

刑法におけるリスクと危険性の区別

甲 斐 克 則

1 序—問題の所在

1 これまで、日本の刑法学では、因果関係論、実行行為論、未遂犯論、危険犯論、違法性阻却論、過失犯論、責任論、共犯論等、随所に「危険」概念が登場し、その概念をめぐる議論が繰り返されてきた⁽¹⁾。しかし、ここでは、危険性（英語の danger、ドイツ語の Gefahr ないし Gefährlichkeit）とリスク（英語の risk、ドイツ語の Risiko）という似て非なる2つの概念が等しく「危険」と訳されて解釈論でも用いられてきたため、両者の混同から議論に混乱があるように思われる。その背景には、社会的基盤の変動とそれを取り巻く社会意識の変遷がある。

現代社会は、「リスク社会」と言われている。近代テクノロジーは、各種交通分野、企業活動ないし産業・経済分野にとどまらず、環境・エネルギー分野や医療分野にも広く影響を及ぼしている。これらの分野では、様々なリスクが付きものである。とりわけ医療行為にリスクは付きものである。こうしたリスクに基づいて結果が発生した場合、その刑法上の処理に使われてきた理論のひとつが、違法性阻却事由として理解されているいわゆる「許された危険 (erlaubtes Risiko)」という理論である。加えて、ウルリヒ・ベック (Ulrich Beck) の著書『Risikogesellschaft—Auf dem Weg in eine andere Moderne』(1986年)が登場し、しかも『危険社会—新しい近代への道』⁽²⁾として邦訳された影響もあってか、法益保護の早期化および法益概念の拡散・抽象化と相俟って、刑法学においても、しきり

と「危険社会」という用語が使われている⁽³⁾。

2 ここで「リスク（英語のrisk；ドイツ語のRisiko）」に「危険（性）」という訳語を与えてきたことは、理論的にも、例えば、「許された危険」の理論に見られるように、「危険性が許されている」という誤解を招いてきた部分があるように思われる。リスクと危険性（英語のdanger；ドイツ語のGefahrないしGefährlichkeit）は、関係が深いとはいえ、一定程度区別しておかなければならない。この点について、上述のベックの著書の訳者らは、「訳者あとがき」において、次のように述べている。

「日本語で同じ『危険社会』と訳されても、原著でGefahr-Gesellschaft（英語に訳すとdanger society）ではなく、Risikogesellschaft（英語でrisk society）とし、原則として危険を表す言葉としてRisikoを用いたのは著者の主題そのものと深い関係がある。つまり、本書で問題にしている危険とは、社会の発展と無関係に外から襲う危険（Gefahr, danger）ではない。それは『近代化と文明の発展に伴う危険』であり、人間の営み自身が不可欠なものとして造りだした危険（Risiko, risk）である。別の表現をすれば、現代の危険の多くは、社会の発展から生まれ、発展に内在して発展を可能にしたのだが、それが増大し社会自体を危うくするようになったというのである。[原文改行] この意味あいを明確にするため、Risikoを危険と訳した場合にリスクとルビをふることも検討したが、いくつかの理由で敢えてふらずにおくこととした。一つの理由は、もう一つの危険を意味するGefahrは、数としてははるかに少ないが、ベック自身かならずしも区別して用いておらず、むしろRisikoと同じ意味で用いているからである。本訳書中の『危険』はほとんどすべて前述の意味であるといつてよい（「はじめに」の『原子力時代の危険』という表現では全てGefahrが使われているがそのように考えられる）。もう一つの理由は、日本語の新聞の用例を検索してみると、『リスク』という語は経済やビジネス（それも金融、投資、保険等）で使われて、企業や個人の経済面の損害の可能性を意味する場合が圧倒的であり、環境問題ではほとんど用いられていない。そこ

で、『リスク』というルビをふった場合、日本語の用例からみて、原著の『危険』の意味あいを明確にするというよりも、危険の内容を限定し深刻さをむしろ薄めてしまう効果があると思われる⁽⁴⁾。

この文章の中に、すでにリスクと危険（性）が混在して用いられる要因が表れているように思われる。原著者ベック自身も、原子力の持つ底知れぬ潜在的危険性をRisiko（リスク）という用語ではなく、GefahrないしGefährlichkeit（危険性）という語で無意識的に表現したと思われるし、当時のマスコミも無自覚的に両者を併用していたものと推測される。私自身は、バイオテクノロジーないしライフサイエンスと法規制の研究をしている際に、医学者・科学者の側から「リスクと危険（性）を混同してもらっては議論にならない」という声を聞くにつけ、その区別の必要性を強く感じていたが、刑法理論全般について改めて考えてみると、同じことが言えるように思われた。

しかし、いかなる用語を用いようとも、例えば、2011年3月11日の東日本大震災に起因する東京電力福島第1原子力発電所事故に代表されるように、現代テクノロジー社会は、人々の不安感と安心感が交錯する複雑な様相を呈していることに変わりはない。しばしば、「不安」と対置するものとして、「安心・安全」という用語が用いられるが、「安心」と「安全」は異なる。「安心」という用語は、「不安」と同様、人々の「感じ方」を意味する用語であるが、「安全」という用語は、「危険性」との関係で用いられるべきである⁽⁵⁾。犯罪との関係でも、この点を意識せずに「安心・安全」を過度に強調することは、刑法解釈論および刑事立法、さらには刑事政策に大きな影響を及ぼすので、注意を要する。いずれにせよ、いわば人類が誰も直面するリスクを内在する社会が、まさに現代社会の特徴のひとつであるといえよう。

3 もちろん、リスクと危険（性）は、大いに関係がある。ハイリスクであれば、危険性を認定しやすくなる。しかし、そこに「落とし穴」がある。当該行為に内在するリスクを前提とする場合と一定の母数における行

為のリスクを前提とする場合とでは、組み立てる論理が異なりうるのではないか。また、確率としてのリスク（risk）は、ベネフィット（benefit）との関係で一定程度許容せざるをえないが、危険性（danger）は、特段の正当化事由がなければ正当化できないし、特段の免責事由がなければ免責されないのが原則である。両者の区別は、因果関係論、実行行為論、未遂犯論、危険犯論、違法性阻却論、過失犯論、責任論、共犯論、という具合に、刑法の多くの分野に関わる問題であるが、これらの領域における議論をみると、両者の区別の自覚が十分になされていないため、ときおり両者の混同が見られ、中には不毛の議論さえ見られる。仮に、「危険（性）」という語を多用するとしても、その内実を明確にしたうえで使用すべきである。「未知のリスク」も存在しうることからすれば、なおさらそのことを自覚する必要がある。

2012年5月20日に大阪大学で行われた第90回日本刑法学会のワークショップ「いわゆる危険社会論と犯罪理論」では、リスク社会と犯罪論が取り上げられ、本格的に論じられた⁽⁶⁾。日本の刑法学においても、問題意識が共有されつつある。しかし、リスクと危険性の区別が刑法解釈論においてさらに理論的および実践的意義を獲得するには、なお検討すべき課題が多いと思われる。そこで、以上の問題意識から、本稿では、刑法理論におけるいくつかの場面におけるリスクと危険性の区別について、問題提起をすべく論じることとする。なお、本稿は、学説・判例の整理をすることを主眼とするものではなく、現段階での私なりの構想を呈示することを目的とするため、文献の引用は必要最小限にすることを予め了解願いたい。本稿が献呈される同郷の先輩でもあり同じ大学の先輩でもある鯉越溢弘教授は、通説的見解に絶えず疑問を抱きつつ深く考えて研究を進めることの意義を若きころ私に説かれた⁽⁷⁾。本稿は、その意味で、鯉越教授の退官記念論集に寄せるに相応しいものではないかと考えたが、内容は、試論の域を出ないことをお断りしておかなければならない。

2 因果関係論におけるリスクと危険性の区別

1 第1に、因果関係論において危険概念が用いられる。特に相当性判断に際し、折衷説は、判断基底として一般人が認識・予見しえた事情および行為者が特に認識していた事情を考慮し、事前判断から相当性の有無を判断するので、総じて「危険感」を根拠に置くことになる。この「危険感」は、折衷説の宿命として一部主観説を取り入れざるをえないことから、確率としてのリスクを念頭に置きつつも、厳密なリスク評価に依拠せず、行為当時のまさに行為者のまたは市民的「危険感」で相当性の有無を判断しているように思われる。事前判断を行う客観説も、科学的一般人を持ち出すとはいえ、結局は論理的に同じ判断構造にならざるをえない。

これに対して、事後判断を徹底する客観説は、判断基底として、行為時に存在したすべての客観的事情を取り込んで相当性を事後判断するので、行為と発生結果との間の実在の因果系列を検証して相当性の有無を判断することになる。この見解が立脚する因果関係論における危険概念の捉え方は、単なるリスクではなく、当初の当該行為に内在リスクが危険性(danger)に変質してまさに結果に現実化するプロセスを検証していく作業を行うのである。私自身、この見解を妥当なものと考えているが、この立場からは、「広義の相当性」と(介在事情がある)「狭義の相当性」を分ける意味が出てくる。従来、両者は、カール・エンギッシュ⁽⁸⁾に倣って、「危険」と「危険の実現」ないし「危険の現実化(Verwirklichung der Gefahr)」という枠組みで判断されるべきだ、と説かれてきた⁽⁹⁾。しかし、そこで想定されている「危険」が何を意味しているのかは、必ずしも明確でなかった。前者、すなわち「広義の相当性」の判断に際しては、行為それ自体で結果との結び付き(因果力)が強いので、おそらく当該行為それ自体に内在するハイリスクという意味で危険を捉え、それがほとんど危険性(danger)と変わらない類型を想定しているものと思われる。これに対して、後者、すなわち「狭義の相当性」の判断に際しては、介在事情・

介在行為の内在リスク（因果力）が、当初の行為に内在する大小のリスクが危険性（danger）へと変質するプロセスにおいてどのように関わるか、という確認作業であると考えられる。なすわち、介在行為の内在リスク（因果力）が当初の行為のそれよりも強く高い場合、新たな因果関係が形成され、それが危険性となって結果へと至る、と考えることができるのではないか。いずれにせよ、経験則を参考にしつつ、当初の行為に内在するリスクが危険性へと変質するプロセスを実在的に事後的に検証することになる。その中で、経験則上突飛な介在事情が排除されるのである。

ところが、夜間潜水事件最高裁決定（最決平成4・12・17刑集46巻9号683頁）、大阪南港事件最高裁決定（最決平成2・11・20刑集44巻8号837頁）等が、条件説でもなく、また相当因果関係説でもなく、「危険の現実化」だとか「誘引」といった独自の用語を用い始めたことから、学界において「相当因果関係説の危機」が声高に説かれ始め、やがて相当因果関係説を克服すべく、客観的帰属論が日本でも有力に主張されるようになったのである。しかし、相当因果関係説のどこに問題点があったかといえ、私は、「相当性」をめぐる議論の前提としての「危険」という用語の曖昧さに一因があったのではないかと考える。「誘引」という用語は、当初の行為に内在するリスクが危険性に転化する具体的契機を与えることを意味するものと理解できるのではないかと。

2 客観的帰属論の展開を見よう。客観的帰属論の代表者であるクラウス・ロクシンは、「危険創出」と「危険の現実化」の二段階によって当該行為の客観的帰属を行うことを提唱し、ドイツおよび日本の刑法学に大きな影響を与えている。すなわち、前者は、行為者の行為によって法益が許された危険を超えて危殆化されたことを意味し、後者は、行為が、当該結果の防止を目的とする規範がこれを想定して禁止したものであるかどうかの判断（規範の保護目的理論）を中心として判断されるというものである⁽¹⁰⁾。しかし、前者の原語である「Risikoschaffung」は「リスク創出」であり、後者の原語である「Risikorealisation」は「リスクの現実化」で

ある。リスク創出は理解しやすいが、リスクの現実化は、リスクの程度、およびそのリスクが当該行為に内在するものか外在的なものかを示しておかないと理解しにくい。ときおり、この点についての論拠を十分に示さずに「危険が現実化した」という表現を用いる論者もいる。それでは、単なる印象論に帰着するであろう。リスクは確率概念であるので、当該行為のリスクが現実化するには、全具体的事情を客観的に考慮してそれが実在的危険性（danger）へと質的転化をし、それを経て結果へと現実化する、と解するほかないのである。そのためには、事後判断からこの点を検証するほかないように思われる。

したがって、このように解すると、客観的帰属論は、上述の客観説の判断と実質は変わらないように思われる。このように、リスクと危険性を区別すれば、因果関係論も、理論的により明確になるのではないか。

3 「過失の競合」の場合も、井上祐司博士が説かれたように、基本的視点としては、「一つ一つの過失の連結による結果への因果経過の発展に際して、各過失の連結が日常生活経験からみて通常ありうる連結の仕方といえるかどうか」⁽¹¹⁾が重要だと考える。しかし、不作為の因果関係という難問もあり、リスクの拡散があればあるほど、行為者の特定が困難である。その際、回顧的視点、事後判断を徹底する必要がある。これを、私は、「水の流れ、川の流れのごときもの」という言葉で説明したい。すなわち、「因果力」というのは、「水の流れ」、「川の流れ」のように、結果に至るプロセスであり、海が「結果」とすれば、河川というのはいろいろな因果の流れが途中で集まって「海」という「結果」に結び付くわけであるが、その流れを断ち切る場合はどういう場合か、という判断が「相当性」の判断である。それは、事実を丹念に結果から辿ることによって客観的に事後的にしか判断できないと思われる。相当因果関係説でも、折衷説は、行為者が特に認識していた事情も考慮するので問題がある。「川の流れ」に主観が入る余地はない。折衷説は、前述のように主観面も客観面も両方取り込んでいる分だけ、論理必然的に矛盾も出てくる。したがって、事実の流れを

因果のベクトルに即して事後的に判断するという点で、客観的相当因果関係説が妥当である⁽¹²⁾。

また、相当性の判断も、規範的になりすぎて、事実から離れてしまうと問題である。したがって、条件関係は事実に忠実に判断を行い、それを補うように責任を帰属するというレベルで相当性を考える場合には、経験則を基にして因果の流れを事後的に判断すべきであろう。その際に、当初の行為のリスクが内在的に最初から危険性（danger）と同視できるほどのハイリスクを内包しているか、それとも途中から介入事情と相俟ってリスクが質的に変質して「危険性」という大きな「川の本流」となって現実化していったのか、それとも系列の異なる介入事情により本流を奪われて切れてしまうのかを判断すればよいのではないかと考える。

かくして、「過失の競合」⁽¹³⁾については、過剰な因果連鎖を断ち切るために、客観的相当因果関係説に立脚して、介入事情として重大な過失がある場合には、過失不作為犯であっても、当初の過失行為と結果との因果関係が切れるとする理論を堅持し、発展させるべきである。介入事情としての他者の過失行為の厳密な分析は、事後的判断を基調とする客観的相当因果関係説の使命である。その際、因果連鎖のベクトル、すなわち、各行為者の行為の危険性または内在リスクが因果の流れの中でどの程度の強弱ないし太さを有しているかを十分に考慮すべきである。いずれが「川の本流」であるかを見定め、「川の本流」に支流が吸収されて合流してしまうのか、を検討すべきである。「川の本流」に支流が全面的に吸収されてしまえば、支流の因果関係は切れ、せいぜい従犯になるにすぎないと思われる⁽¹⁴⁾。それによって、「過失犯からの離脱」が認められる。明確な「川の本流」のみが正犯である。それぞれの川が同等の役割・大きさを備えて共に本流を形成すれば、一定の条件の下で過失犯の共同正犯が認められることもあるし、例外的に「過失の競合」が認められることもある。また、それぞれの川が同等の役割・大きさを備えて別々に並行して本流を形成する場合も、例外的に「過失の競合」が認められることもある⁽¹⁵⁾。

3 「許された危険」の理論から「許容リスク」の理論へ

1 第2に、「許された危険 (erlaubtes Risiko)」の理論も、再考の余地がある。この理論は、ヴェルツェル以来の行為無価値論の基本思想と考えられてきた⁽¹⁶⁾。そのためか、結果無価値論は、この理論を批判の標的にしてきた⁽¹⁷⁾。確かに、この理論を「危険性 (danger) を広く許容して」単に社会的効率ないし経済的効率のためにのみ用いれば、「弱者切捨て」と結び付く懸念を払拭できない。しかし、古く、西村克彦博士が指摘されたように、「許された危険」は、本来、「許容危険率」の問題である⁽¹⁸⁾。したがって、「リスク」と「危険性」の区別を自覚しつつ刑法学への取り込み方を誤らなければ、排斥すべきものではない。結果無価値論からも、この理論を容認する方向が出ているように⁽¹⁹⁾、この理論は、過失犯の体系的な位置づけを別とすれば、違法性段階で比較衡量に取り込むことのできるものである。なぜなら、「許容されたリスク」が問題なのであって、「許された危険性 (danger)」が問題ではないからである。社会生活を送るうえで、リスクは付きものである。許容リスクは、軽微なリスクであれば、社会的活動に付随する必然的な優越的対抗利益の方に優位性を認め、社会的有用性が認められることになる。

2 上述のロクシンの客観的帰属論は、「行為者の行為によって法益が許された危険を超えて危殆化されたこと」に根拠を求めるが、これは、「許容されないリスク」、すなわち、ハイリスクが危険性 (danger) に転化したことに基準を求めるもののように思われる。したがって、この見解によれば、許容リスクの範囲内にある行為は、因果関係論・客観的帰属論の土俵にすら上がることはないという懸念がある。この点が、全事情を考慮する客観的帰属論と違法性段階で一定の範囲でのみ「許されたリスク」の理論を認める私見との差異ではなかろうか。

なお、「許された危険」としてしばしば引合いに出される医療行為のうち、臨床研究に関する有名なアメリカの『ベルモント・レポート』（1979

年)の用語によれば、リスクとは、「害が起こりうる可能性を意味する」が、『小さなリスク』とか『高いリスク』といった表現が用いられるときには、(しばしば、漠然と)害を経験する見込み(確率)と、予想される害の深刻さ(大きさ)の両方を意味するのが通常」とされ、これに対して、便益(ベネフィット)とは、「研究に関する場合、健康ないしは福祉と関連する何らかのプラスの価値」を意味し、確率を表す用語ではなく、その対概念は「害」であるが、両者の評価は、「生じうる害と期待される便益の確率と大きさに関する評価であり、生じうる多様な害と便益を考慮する必要がある」⁽²⁰⁾。この指摘は、本質を衝いており、刑法における違法性阻却を考える際に参考にするべきである。今後は、この問題は、「許されたりスク」(許容リスク)という題目で論じるべきである。

4 リスクの引受け

1 第3に、「被害者の承諾」と「リスク(risk)の引受け」の関係について論じることにする。この問題は、通常、「危険の引受け」として論じられている。これも、原語は「Rsikoübernahme」であるから、やはり「リスクの引受け」であり、「危険性(danger)の引受け」ではないのである。この区別を自覚しておかないと、やはり混乱が起きる。この問題に関する論稿は多いが⁽²¹⁾、必ずしもこの区別の自覚がないように思われる。リスクは、あくまで確率、すなわち危険率のことである。この点について、伊東研祐教授が適切にも指摘しているように、「いわゆる『危険の引き受け』の場合について、これを、法益の侵害・結果に対する許諾ではないが、『被害者の承諾』事由の適用範囲に拡張的に取り込んで解決しようとする見解が存するが、妥当とは思われない。…危険の引き受け(リスク・テイキング)は、殆どの場合、本来的に『被害者の承諾』事由の包摂範囲内に存するものではないし、危険行為の遂行に対する許諾によって謂わば必然的・

不可避的に結果を生じる行為が開始されたとしても、行為者が帰責されないのは、結果回避可能性がないから、即ち、結果が客観的にその行為に帰属しないから、あるいは、無過失であるからであったり、引き受け者と一定の共犯関係にあると解される等、危険行為の遂行に対する許諾とは別個の理由に基づくからである⁽²²⁾、といえよう。

したがって、「リスクの引受け」は、あくまで、どこまで「許されたりリスク」、「許容リスク」を認め、さらにそれ以上の「許されないリスク」を引き受けた場合にどのような刑法的処理がなされるべきか、という問題として考えるべきである。結論から言えば、前者は正当化（違法性阻却）の問題として処理し、後者は予見可能性の問題、もしくは被害者のイニシヤチタイプが強い場合に被害者を正犯とし、関与者を幫助犯とする（したがって過失の場合には不可罰）という処理になると考える。

2 「リスクの引受け」の問題は、a) 被害者による自己危殆化への関与の形態とb) 同意に基づく他者危殆化の形態があるといわれる⁽²³⁾。「危殆化」という用語を持ち出すことには、違和感がある。前者の形態として、例えば、歌舞伎役者の坂東三津五郎ふぐ中毒死事件が挙げられる（最決昭和55年4月18日刑集34巻3号149頁）。本件では、条例で禁止されたふぐの肝（有毒）を歌舞伎役者の強い希望で調理して提供した結果、役者が死亡した事案であるが、当時は「リスクの引受け」が正面から争われず、有罪となった。本件では、許容リスクを超えて「許されざるハイリスクの引受け」の領域に入っており、正当化は困難である。ただし、死亡することを具体的に予見できなかったという論理で無罪を導くことが可能であったと思われる。

これに対して、後者の形態として、ダートトライアル事件（千葉地判平成7年12月13日判例時報1565号144頁）が挙げられる。本件では、ダートトライアルの練習に臨んだ初心者にはベテランが好意で同乗したところ、途中、ギアチェンジでハンドル操作を誤り、車両を防護柵に激突させ、同乗者を死亡させたが、裁判所は、以下のように述べて違法性阻却を認め、

業務上過失致死罪の成立を否定した。

「ダートトライアル競技は既に社会的に定着したモータースポーツで、JAFが定めた安全確保に関するルールに従って実施されており、被告人の走行を含む本件走行会も一面右競技の練習過程として、JAF公認のコースにおいて、車両、走行方法及び服装もJAFの定めたルールに準じて行われていたものである。そして、同乗については、競技においては認められておらず、その当否に議論のありうるところではあるが、他面、競技においても公道上を走るいわゆる『ラリー』では同乗者が存在しており、また、ダートトライアル走行の練習においては、指導としての意味があることから他のコースも含めてかなり一般的に行われ、容認されてきた実情がある。競技に準じた形態でヘルメット着用等をした上で同乗する限り、他のスポーツに比べて格段に危険性が高いものとはいえない。また、スポーツ活動においては、引き受けた危険の中に死亡や重大な傷害が含まれていても、必ずしも相当性を否定することはできない。〔原文改行〕これらの点によれば、被害者を同乗させた本件走行は、社会的相当性を欠くものではないといえる」。

かくして、判決は、「本件事故の原因となった被告人の運転方法及びこれによる被害者の死亡の結果は、同乗した被害者が引き受けていた危険の現実化というべき事態であり、また、社会的相当性を欠くものではないといえるから、被告人の本件走行は違法性が阻却されることになる」、と結論づけた。

3 本件の無罪の結論は妥当であるが、問題は、その論理である。判決は、「危険の引受け」を社会的相当性に結び付けて違法性阻却を導いているが、それは、本件行為を「許されたりスク」論で処理する発想だといえる。しかし、死亡結果が発生している場合には、むしろ許容リスクを超えており、「許されないリスク」の領域において被害者が引き受けたリスクの意味を分析する必要がある。少なくとも、被害者は、死亡結果を引き受けたとはいえないのであるから、行為としてはスポーツという正当業務行

為に起因しつつ、その枠を超えた結果を生ぜしめているのである。しかし、通常の過失犯における予見可能性の否定という観点からのみ処理するのも妥当でない。

そこで、被害者の「リスクの引受け」を3段階に分けて考えるべきことを提唱したい。第1に、行為においても結果においても許容リスクの範囲内にある場合、「許されたリスク」（許された危険）として正当化（違法性阻却）が可能であり、第2に、行為においては許容リスクのボーダーライン周辺にあるが、結果が一定程度許容度を超える場合（例えば、傷害程度の場合）、被害者の追求利益を考慮して正当業務行為論の延長に位置する独自の超法規的違法性阻却として位置づけ、第3に、行為が許容リスクのボーダーライン周辺にあるが、結果が許容リスクを超えて発生した場合のうち、予見可能性の判断で容易に結論づけることが可能な場合は予見可能性を否定し、それが困難な場合でも、義務衝突と同様、リスクの分配により一種の超法規的責任阻却事由として位置づけることができる。ダートトラリアル事件は、この範疇に入る。まだ、試論の域を出ないが、さらに理論を深化させたい。なお、行為が重大なリスク（ハイリスク）を伴う場合、結果が発生すれば、正当化（違法性阻却）の余地も責任阻却の余地もないであろう⁽²⁴⁾。

5 未遂犯・不能犯および危険犯におけるリスクと危険性の区別

1 第4に、未遂犯・不能犯および危険犯においても、リスクと危険性の区別は、意義深いものがある。

まず、未遂犯についてみよう。いわゆる結果無価値論に基づく実質的客観説からすると、未遂犯における危険は、一種の「結果」と理解されている⁽²⁵⁾。これは、まさに結果と同程度の危険性（danger）をその内実とし

て措定しているといえよう。私も、その方向で考えている。これに対して、いわゆる行為無価値論に基づく形式的客観説によれば、反規範的意思の方に力点が置かれるため、危険の内実は、「危険感」ないし「高度とはいえない一定程度のリスク」にあるといえよう。

その差異が明確に出てくるのが、間接正犯・離隔犯における実行の着手をめぐる議論である。形式的客観説に立てば、利用者標準説に依拠することになり、結果に向けたベクトルは、まだ「高度とはいえない一定程度のリスク」の段階であり、しかもその行為の因果力に内在するリスクが結果としての危険性に至らない場合でも実行の着手を認めることになる。しかし、それでは、予備行為を未遂犯として処罰するに等しい⁽²⁶⁾。これに対して、実質的客観説に立てば、被利用者標準説に依拠することになり、ほぼ間違いなくその行為の当該因果力に内在する危険性が発生しているがゆえに、未遂犯として確固たる基盤の上で処罰可能となる。かくして、こうした危険性の理解に基づけば、実質的客観説に立たざるをえず、それゆえに被利用者標準説に依拠せざるをえない。

2 不能犯についても、同様の論理を当てはめてみよう。通説・判例とされる具体的危険説は、当該行為に伴う不安感を感じる程度の外在的または内在的リスクがあれば、不能犯とせずに、可罰未遂とする。しかし、すでに指摘されているように、そのような「不安感」ないし「危険の印象」だけでは、処罰の論拠としては不十分である⁽²⁷⁾。そもそも、具体的危険説は、「危険」を当該行為に伴う不安感を感じる程度の外在的または内在的リスクとして捉えるところに問題性を抱えているといえよう。

これに対して、客観的危険説は、事後的・客観的に危険性を判断する。この方向は、妥当である。しかし、客観的危険説内部でも、危険性判断については、厳密な事後的・科学的判断を重視すべきか（純客観的危険説）⁽²⁸⁾、それとも結果発生 of 蓋然性の有無を重視すべきか（仮定的蓋然性説）⁽²⁹⁾、争いがある。典型的な客体の不能については、おそらく不能犯とすることに違いはないであろう。ところが、人を狙って発砲したらまた

ま被害者が不在であったという「空ベッド事例」に関して、後者から前者に対して、「結果不発生の原因が究明されるならば、すべての未遂犯は不能犯だということになりかねない」という批判が出されているし、また、客体は存在したが、ピストルの弾丸が被害者の傍らを通り過ぎた場合、事後的・客観的に厳密に科学判断をすれば、命中しなかったことには、それなりの科学的根拠があるはずであるし、「厳密な事後的・科学的判断によれば、すべての未遂は不能犯となりかねない」という批判も出されている⁽³⁰⁾。しかし、ここには誤解があるのではないか。純客観説によっても、客体が存在するときに、その客体を狙って外れた場合は、その行為自体に高度のリスクを内在した因果力があるので、結果との関係で危険性が認められ、未遂犯として処罰可能である。すべての未遂犯が不能犯だということではない。しかし、人を狙って発砲したらたまたま被害者が不在であったという「空ベッド事例」では、短時間トイレに行っていて客体が不存在であった場合は、なお未遂犯として処罰可能であるとしても、当日はたまたま家にいなかったという場合は、その行為自体に高度のリスクを内在した因果力はなく、結果との関係で危険性が認められないので、不能犯となる。

仮定的蓋然性説は、「そこでの結果発生の可能性判断も、結果が発生しなかった原因・事情を究明すると同時に、いかなる事情の変更があれば結果が発生し得たか、そして、その事情の変更はどの程度の蓋然性があつたのかが探求されねばならない」⁽³¹⁾、と説く。そして、方法の不能に関して、例えば、空ピストル事例では、仮定的蓋然性説によれば、「使用されたピストルが通常弾丸を入れずにショーケースに陳列してあるものである場合には不能犯とすべきであろうが、通常実弾が込められている警察官の所持するピストルを奪って撃つ場合には殺人未遂の成立を肯定することができる」⁽³²⁾、と説く。しかし、そこで採用されている蓋然性は、当該行為に内在するリスクがその行為の因果系列を経て結果発生に結び付きうる危険性を有するものではなく、まさに前提事実を差し替えたリスク判断に基づ

く「仮定的」な蓋然性判断である。それは、「危険性（danger）」とは異質のものではなからうか⁽³³⁾。客観説に立つ以上、理論としては、純事後の科学的判断を前提とした規範的判断を貫徹すべきだと考える。

3 第5に、危険犯の場合は、リスクと危険性の区別がいかなる意味を有するか、難解である。なぜなら、危険犯には、具体的危険犯と抽象的危険犯があるからである。しかも、後者には、刑法犯のほかに形式犯としての行政犯もあるからである。もともと、具体的危険犯の場合は、まさに具体的な危険性（危殆化）を前提としているので、分かりやすい。しかし、抽象的危険犯は、刑法犯で規定されているようなdangerとしての危険性を前提としているもの（例えば、放火罪もそのように位置づけることができる）もあるが、単なる形式犯のように、そこにdangerとしての危険性はない行政犯の場合、かなり抽象化された典型的リスクを前提として処罰が行われているように思われる⁽³⁴⁾。その処罰の正統性を担保するには、累積的リスクを含め、当該行為の有するリスク・アセスメントを示す必要があるのではないか。条文で規定さえすれば、機械的にその違反を処罰することは、実体的デュープロセスに反するであろう。

6 過失犯におけるリスクと危険性の区別

1 最後に、過失犯においてリスクと危険性の区別は、いかなる意義があるであろうか。

まず、過失犯の実行行為に関して、「実質的に許されない危険」を持った行為を過失犯の実行行為とする理論⁽³⁵⁾は、おそらく、一般的リスクでは過失犯の実行行為性を基礎づけるには漠然としているため、典型的に高度のリスクを要求しているものと思われる。それは、未知のリスクや軽微なリスクを過失犯の実行行為から除外するという意味で理解すれば、重要な意義を有する。それは、おそらく、確固たる因果的基盤を有する行為と

して捉えられなければならないであろう。

2 つぎに、過失不作為犯の場合、作為義務を基礎づける際に、「危険源の排他的支配」に依拠すべきだと考えるが、そこで想定されている「危険源」は、「Quelle der Gefahr」ないし「source or origin of danger」のことであり、単なる「Quelle des Risiko」ないし「source or origin of risk」ではない。後者は、一般的なリスクマネジメントのことであり、それを超えて処罰に結び付けるには、前者のような理解が必要である。特に管理・監督過失の場合、そのことを自覚しておく必要がある。このような視点から、実質的権限があり、かつリスク情報を掌握している者を行為主体として選び出すことができると考える⁽³⁶⁾。

3 さらに、「認識ある過失」と「認識なき過失」の区別、および予見可能性についても、リスクと危険性の区別が理論的意義を与えうる。私は、ドイツのアルトゥール・カウフマンの影響を受け、実質的責任原理の観点から、「認識ある過失」については処罰の対象にしてよいが、「認識なき過失」については、せいぜい民事制裁の対象にとどめ、刑事処罰からは解放すべきだと説いてきた⁽³⁷⁾。しかし、この考えに対しては、西田典之教授から次のような丁重な批判が寄せられている。

「まず、認識ある過失も結局は結果発生の可能性はないと判断しているのであるから、結果を予見していないという点では認識なき過失と区別することはできないというべきである。つぎに、もし、区別するとしても、より不注意の度合いの高い認識なき過失の方が不可罰というのは合理性がないというべきである。最後に、この見解は、過失をいわば『間接的な故意（悪い意思）』と解し、道義的・倫理的避難のできる場合に限定する倫理的責任論に帰着することになろう。しかし、責任を法的非難可能性であるとすれば、認識なき過失の場合でも、結果の予見が可能であり、かつ、予見すべきであったという場合には、これを非難することは可能である。この場合に過失犯として処罰することは、一般予防・特別予防の効果をもち得るのである。要するに、過失犯処罰によって、行為者の不注意な心理

状態に働きかけ結果を回避するように動機づけることは可能である。それは、刑罰による人間行動の心理的コントロールというシステムの枠内にあるといえよう⁽³⁸⁾。

この批判のうち、第3の点については、依って立つ基礎理論の相違からくるものであり、ここで再反論することはしない。問題は、第1および第2の批判点である。第1の批判については、私見は、予見可能性を判断する前提として、まず「認識ある過失」と「認識なき過失」を区別しようとするものである。その際、リスクと危険性の区別という観点から補足すると、少なくともリスク情報は行為者が認識していなければ、刑事過失責任を問う前提が成立していないと考える。リスク情報の認識すらない過失が、「認識なき過失」である。一定のリスク情報を認識している者であってはじめて、具体的な危険の予兆の有無を手がかりにして当該結果発生について予見可能性が具体的に問われるのである。西田教授が挙げられる例、すなわち、「認識ある過失」として、「たとえば、自動車を走行中、交差点でボールが転がり出てきたため、そのボールを追いかけて子供が出てくるかもしれないと思ったが、出てこないだろうと軽信して徐行・停止をせず子供と衝突し死亡させた場合」、および「認識なき過失」として、「たとえば、ボールを認識せず漫然と走行して子供と衝突し死亡させた場合」⁽³⁹⁾ に関していえば、前者は当然に「認識ある過失」であり、交差点であってみれば、予見可能性を問えるし、後者に関しても、ボールの認識の有無が決定的ではなく、交差点が有するリスク情報を運転手が覚知しているかどうかが決定的であり、特段の事情がないかぎり、自動車運転者が交差点でのリスク情報を認識していることが通例であり、これも「認識ある過失」であって、そのうえで、具体的事情をさらに吟味して具体的な危険の予兆の有無を手がかりにしながら予見可能性の判断を行うことになるのである。この論理は、リスク社会における大規模災害等でも妥当すると考える。過失事犯となりうる事故は、決して偶発的・突発的に起きるものではない。そうすると、第2の批判について、「より不注意の度合いの

高い認識なき過失の方が不可罰というのは合理性がない」というのも、誤解が氷解すると思われる。決して、「ボーッとしていた方が得だ」という論理ではないのである。

要するに、当該行為に際して一般的リスク情報すら得られていなければ、「認識なき過失」となるのであり、複雑な因果経過を経て結果が発生する事故の場合、それによって行為者の特定も容易になると思われる。情報収集義務も、これと関係する。そのうえで、予見可能性は、当該行為の因果力に内在するリスクが危険性に転化して結果に結び付くか否かを具体的な危険の予兆を手掛かりにして判断しようとするわけである⁽⁴⁰⁾。もちろん、これだけでは、十分な反論にならないであろう。詳細は、別途論じたい。

7 結 語

以上、刑法におけるリスクと危険性の区別について、刑法解釈論のいくつかの点について論じてきた。本稿は、あくまで両者の区別の刑法解釈論上の意義に基づいてそれらの輪郭を示したにすぎない。当然ながら、この論理は、刑事立法、特に法益保護のための処罰の早期化、法益の抽象化への対応等にも関係してくる⁽⁴¹⁾。それらについても、今後、さらに議論を展開していきたい。

(1) 刑法における危険概念については、代表的モノグラフィーとして、山口厚『危険犯の研究』（1982・東京大学出版会）、振津隆行『抽象的危険犯の研究』（2007・成文堂）、謝煜偉『抽象的危険犯論の新展開』（2012・弘文堂）等があるほか、共同研究として、1992年5月16日に独協大学で行われた日本刑法学会第70回大会の共同研究において曾根威彦教授を中心に本格的に議論された「特集 刑法における危険概念をめぐる問題点」刑法雑誌33巻2号（1993）45頁以下がある。なお、日中比較刑法の観点からの特集として、

- 西原春夫編『危険犯と危険概念』（2005・成文堂）がある。簡潔に論じたものとして、塩見淳「危険の概念」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』（2007・有斐閣）24頁以下参照。
- (2) ウルリヒ・ベック著（東廉・伊藤美登里訳）『危険社会—新しい近代への道』（1998・法政大学出版局）。
 - (3) 例えば、金尚均『危険社会と刑法』（2000・成文堂）、小田直樹「危険社会論」法学教室264号（2002）65頁以下等参照。
 - (4) ベック（東・伊藤訳）・前出注（2）「訳者あとがき」463-464頁。
 - (5) 加藤尚武『災害論』（2011・世界思想社）69頁参照。
 - (6) 島田聡一郎ほか「特集・リスク社会と犯罪理論」刑事法ジャーナル33号（2012）4頁以下は、このワークショップの成果である。この刑法学会のワークショップのテーマを選ぶに当たり、私は、大会準備委員として準備段階で企画を持ち出し、島田教授に問題意識を伝えたくてオーガナイザーをお願いしたが、予想以上に立派なワークショップにいただいた。なお、島田聡一郎「リスク社会と刑法」長谷部恭男編『法律からみたりスク』（2007・岩波書店）9頁以下は、この問題性を的確に描写した論稿である。特に、「いくら不安を感じなくなり、危険を問題としなくなったからといって、環境等に対する危険が消滅するわけではなく、状況は悪化してゆくだけである（Beck, 1988）。『不安』という概念によって、リスク社会論と重罰化論とを結合してしまうと、重罰化論への批判とともに、この点が見失われかねないが、それは大きな問題であろう」（26頁）、と説く点は、示唆深い。なお、「特集 最近の刑事立法の動きとその評価—刑事実体法を中心に—」法律時報75巻2号（2003）、松原芳博「リスク社会と刑事法」日本法哲学学会編『リスク社会と法』法哲学年報2009（2010）78頁以下参照。また、国際レベルでは、ウルリッヒ・ズィーバー（甲斐克則・田口守一監訳）『21世紀刑法学への挑戦—グローバル化情報社会とリスク社会の中で—』（2012・成文堂）がリスク社会における国境を越える刑法の役割について論じている。
 - (7) 鯨越溢弘教授は、私と同じく大分県の朝地町立大恩寺小学校に通い、（中学校は異なるが）高校も大分県立大分上野丘高等学校を卒業し、大学も九州大学法学部および九州大学大学院法学研究科修士課程・博士課程と同じ道を歩んだ方である。このような偶然は、そうあることではない。しかも、大学院生のころ、学問的にも知的刺激を大いに受けたことを、ここに特記しておきたい。
 - (8) Vgl. Karl Engisch, Die Kausalität als der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, insbes. S. 63ff.
 - (9) 井上祐司『行為無価値と過失犯論』（1973・成文堂）185頁以下、同『因果関係と刑事過失』（1979・成文堂）1頁以下参照。

- (10) 山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』（1997・成文堂）の随所参照。
- (11) 井上・前出注（9）『因果関係と刑事過失』38頁。
- (12) 甲斐克則「過失犯の因果関係」早稲田大学法科大学院Law & Practice No.5（2011）251頁および254頁参照。この方向を目指していると思われるのは、曾根威彦『刑法における結果帰属の理論』（2012・成文堂）である。
- (13) 甲斐克則「過失の競合」刑法雑誌52巻2号（2013）140頁以下参照。
- (14) 甲斐・前出注（13）152頁。
- (15) 甲斐・前出注（12）254頁、同・前出注（13）152頁、同『医療事故と刑法』（2012・成文堂）119頁参照。
- (16) 篠田公穂「『許された危険』の学説史的考察（一）（二）—とくにドイツおよびわが国の理論をめぐって—」名古屋大学法政論集61号（1974）100頁以下、63号（1975）184頁以下、同「許された危険の理論についての一考察」刑法雑誌27巻2号（1986）39頁以下、前田雅英「許された危険」中山研一ほか編『現代刑法講座第三巻 違法と責任』（1979・成文堂）28頁以下、松宮孝明『刑事過失論の研究〔補正版〕』（2004・成文堂）1頁以下参照。
- (17) 例えば、井上祐司『争議禁止と可罰違法論』（1973・成文堂）175頁以下、同・前出注（9）『行為無価値論と過失犯論』1頁以下参照。
- (18) 西村克彦「許された危険」警察研究30巻11号（1959）3頁参照。西村博士は、50年以上も前のこの論文で、RisikoとGefahrの区別を自覚しておられたが（6-7頁）、このことは、再評価されるべきである。
- (19) 例えば、内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986・有斐閣）625頁以下参照。
- (20) 生命倫理百科事典翻訳刊行会編『生命倫理百科事典〔別冊〕』（2009・丸善）6頁〔掣則章訳〕。
- (21) この問題に関する論稿は多いが、さしあたり以下の文献参照。山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』（1997・成文堂）708頁以下、山口厚「被害者による危険の引受けと過失犯処罰」研修599号（1998）4頁以下、吉田敏雄「『合意のある他者危殆化』について—ドイツ刑法学説の概観—」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第1巻』（1998・成文堂）407頁以下、曾根威彦『刑事違法論の研究』（1998・成文堂）151頁以下、十河太朗「危険の引受けと過失犯の成否」同志社法学50巻3号（1999）105頁以下、奥村正雄「被害者による『危険の引き受け』と過失犯の成否」清和法学研究6巻1号（1999）105頁以下、神山敏雄「危険の引き受けの法理とスポーツ事故」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第3巻』（2000・成文堂）17頁以下、深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要9号（2000）121頁以下、松宮孝明「被害者の『自己答責性』と過失正犯」渡部保夫先生古稀記念『誤判救済と刑事司法の課題』（2000・日本評論社）523頁以下、井田良「危険の引受け」ジュリスト増刊『刑法の争点（第3版）』（2000・有斐閣）78頁以下、佐久間修『事

- 例解説・現代社会と刑法』（2000・啓正社）96頁以下、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（2004・法律文化社）240頁以下、須之内克彦『刑法における被害者の同意』（2004・成文堂）200頁以下、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（2003・弘文堂）61頁以下、東雪見「法益主体の危険引受け（一）（二・完）」上智法学論集47巻2号（2003）69頁以下、47巻3号（2004）77頁以下、ドイツ語文献として、Heinz Zipf, Einwilligung und Risiköubernahme im Strafrecht, 1970等。
- (22) 伊東研祐「『被害者の承諾』論の再検討と犯罪論の再構成」現代刑事法6巻3号（2004）23頁以下参照。
- (23) Vgl. Harro Otto, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und-gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und-gefährdung, in Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, S.157ff. 邦訳として、ハロー・オットー（加藤摩耶・甲斐克則訳）「自己答責的な自損および自己危殆化ならびに合意に基づく他害および他者危殆化（一）（二・完）」岡山商科大学法学論集13号（2005）95頁以下、14号（2006）127頁以下がある。
- (24) 以上の点については、甲斐克則「被害者の承諾」椎橋隆幸・西田典之編『変動する21世紀において共有される刑事法の課題』（2011・成文堂）106頁以下でも述べたところである。
- (25) 西田典之『刑法総論（第二版）』（2010・成文堂）300頁、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007・有斐閣）269-271頁。未遂犯の基本文献として、山口・前出注（1）のほか、野村稔『未遂犯の研究』（1984・成文堂）、宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』（1990・成文堂）がある。
- (26) 西田・前出注（25）300頁参照。
- (27) 西田・前出注（25）309頁、鈴木茂嗣「刑法における危険概念」同『犯罪論の基本構造』（2012・成文堂）356頁参照。
- (28) 宗岡・前出注（25）18頁以下。宗岡説は、実在的危险説を説く。
- (29) 山口・前出注（1）66頁以下、81-82頁、同・前出注（25）276頁。
- (30) 西田・前出注（25）310-311頁。
- (31) 西田・前出注（25）311頁。
- (32) 西田・前出注（25）311頁、山口・前出注（1）171頁。
- (33) 鈴木・前出注（27）358-359頁は、「科学的一般人」に基づく山口説を適切に批判している。
- (34) 山口・前出注（1）248頁以下が、早い時期に〔危険の擬制〕の克服を目指し、「準抽象的危险犯」という概念を提唱したのも、このような問題意識が根底にあったのではないかと推察する。なお、危険犯について、井田良「危険犯の理論」山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（2001・岩波書店）171頁以下、この論文に対するコメントとして、山口厚・同書

- 194頁以下および佐伯仁志・同書203頁以下参照。近時、リスク概念の意義を自覚しつつ抽象的危険犯の問題性に鋭く切り込む研究として、謝・前出注(1)および同「抽象的危険犯の現代的課題」前出注(6)刑事法ジャーナル33号30頁以下がある。
- (35) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（1972・有斐閣）193-194頁。
- (36) 甲斐克則『医療事故と刑法』（2012・成文堂）201頁。
- (37) 甲斐克則「『認識ある過失』と『認識なき過失』—アルトール・カウフマンの問題提起を受けて—」同『責任原理と過失犯論』（2005・成文堂）127頁以下参照。
- (38) 西田・前出注(25)256頁。
- (39) 西田・前出注(25)256頁。
- (40) 甲斐・前出注(37)では、執筆当時、リスクと危険性の区別について十分な自覚がなかったため、表現がやや不十分であった。今後、さらに洗練していきたい。なお、リスクと過失犯の問題についての最近の興味深い論文として、杉本一敏「リスク社会と過失結果犯」前出注(6)刑事法ジャーナル33号9頁以下がある。
- (41) この点に関する私見については、さしあたり、甲斐克則「刑事立法と法益概念の機能」前出注(6)法律時報75巻2号7頁以下参照。なお、全体として、島田・前出注(6)「リスク社会と刑法」9頁以下参照。