

科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金）研究成果報告書

平成 25 年 5 月 31 日現在

機関番号：34315

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2011～2012

課題番号：23730074

研究課題名（和文） 危険犯実務の分析と検討

研究課題名（英文） The analysys and study on practice of crimes constituted by endangerment of legal interests

研究代表者 嘉門 優（KAMON YU）

立命館大学・法学部・准教授

研究者番号：40407169

研究成果の概要（和文）：

本研究では、判例実務における危険犯の扱い、とくに最近の事例として、国公法上の政治的行為の禁止などに加えて、さらに、ドイツ刑法の近親相姦処罰について検討した。本研究によって、当初の目的であった、「分類・分析」による危険犯理論の精緻化が必要であることのみならず、その理論的背景、とくに、憲法理論との関係性が明らかにされてこなかったことが問題視されるべきことが明らかになった。

研究成果の概要（英文）：

In my study, I researched practice of crimes constituted by endangerment of legal interests (Gefaehrdungsdelikt in German). Among them, I studied the limitation on the Political Activities of National Public Servants (A study of the Supreme Court Decision), and punishment of incest crimes in german criminal law etc.. This researches show that not only classification and analysis but also clarification of theoretical background of Gefaehrdungsdelikts are necessary for the study on the limitation of Gefaehdungsdelikte. Especially the relation of constitutional theory.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
交付決定額	1,600,000	480,000	2,080,000

研究分野：法学

科研費の分科・細目：法学、刑事法学

キーワード：法益論、危険犯、ドイツ刑法、道徳処罰、判例研究、国公法上の政治的行為の処罰

1. 研究開始当初の背景

(1) 刑法的介入の限界

現在では刑事立法の活性化状況と言われるほど、刑事立法が数多く成立するに至っている。刑法的介入の限界とはどこにあるのか。この問題は古典的、かつ基本的な刑法上の問題であると同時に、近年の刑事立法の活性化状況に鑑みると、さらなる重要な課題となっていることは否定できない。

(2) 法益論の現代的意義 ここまでの研究成果

これまでの研究において、従来、刑事立法の基準となるとされてきた法益論がなぜ現代においてその効果を発揮せず、批判されるにいたったのかについて分析を行い、法益論に関する議論状況の再検討を行ってきた。そして、ドイツの議論状況を踏まえ、これまで法益概念に過剰な期待をかけすぎてきた、これから着目すべきは「法益とは何か」ではなく、「どのように法益が侵害ないしは危殆化されたか」なのであるという観点から、犯罪構造の分析、特に、危険犯の分析、分類へ着目すべきことを主張した。この研究は科学研

研究費補助金(若手研究(B))「法益論の再検討と犯罪構造の分析」(課題番号:19730059))を受給し、すでにその成果を公表している。また、以上から得られた成果を、2010年5月に開催された日本刑法学会第88回大会において、「法益論の現代的意義」と題する個別報告を行った。この報告においては、法益論には現代的な意義が残されている、すなわち、侵害対象として法益を把握することにより、危険の段階的な把握を可能としていること、この法益を基準として、危険犯を中心とする犯罪構造の分析が急務であることを主張した。

また最近では、以上のような総論的な検討に加え、法益侵害の実質的把握の必要性という観点から各論的検討も行ってきた。特に、住居侵入罪についての判例の状況を批判的に検討し、成果としてまとめている。他にも、経済刑法を中心とした特別刑法分野の検討、判例評釈も順次進めているところである。

(3) 危険犯の研究状況

以上のように本研究において特に重視しているのが危険犯の分析・分類である。現在、日本・ドイツにおける学説状況について研究しているところである。日本における代表的な著作として、山口厚『危険犯の研究』(1982年)を挙げることができ、本研究は学会にも大きな影響を与えた。その他にも多数の論文が公表されている状況にある。これらの研究において、従来、抽象的危険犯について、抽象的危険の発生がつねにあるものと擬制されるととらえる旧通説、判例に対し、行為と法益との間に実質的な関係を要求する考え方を形骸化させてしまうとして批判がなされた。そして、違法であるといえるためにはある程度の実質的、具体的な危険が要求されなければならないとして、抽象的危険犯の危険内容の実質的な把握への努力がなされてきた。

(4) リスク社会と刑法

以上のように、危険の内実をどのようにとらえるのか、その基準を見出す努力が続けられてきているが、最近のさらなる問題として、従来理解されてきた「危険」とは異なる「リスク」の存在が指摘されている。特に刑法上は、有害食品や原子力の脅威、オゾン層の破壊のように一般人が知覚することがきわめて困難な現代のリスクが問題となる(金尚均『危険社会と刑法』(2001年))。こういったリスクに対する市民の安全性に対する要求の高まりから、刑法の処罰の早期化へとつながる傾向にあるが、はたしてどの程度の危険リスクまで刑法的な介入が正当化されるのか、今まで以上に危険犯研究の必要性が高まっている。

(5) 本研究の特色

このように従来型の危険に加え、リスクといった現代型の危険をも含め、程度も種類も異なる危険を「危険犯」概念のなかにまとめられてしまっている状況が問題であるといわざるをえない。したがって、従来のように、危険犯の実質的な把握を統一的行おうとすることには無理がある。そのため、まずは危険を詳細に分析し、危険犯をより細かく、その内実に応じてカテゴリーごとに分類する必要がある。そして、そのカテゴリーごとに危険の限界を見出すという手法により、現代における刑法的介入の限界を見出しうるのではないかと考える。

(6) 危険犯実務の状況分析

そのような方法の前提として、まず危険犯実務の分析が必須となる。判例は従来、放火罪の成否に関し、危険の擬制をするとの判断を示していた(大判明治44年4月24日刑録17輯655頁)。しかし、前述のとおり、現実的な危険が一切発生しておらず、行為と法益との関係性がない場合にまで処罰することに対しては批判が強い。実際に、判例上(旧)あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法が禁止していた、業として行う医業類似行為について「人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局」されるものとしており(最大判昭和35年1月27日刑集14巻1号33頁)、判例も、抽象的危険犯にも「実質的な危険」を要求するという解釈を排斥していないとみられる。しかし、このように抽象的危険犯にも「実質的な危険」を要求するとしても、判例においてとらえられている「危険」の内実は明らかではない。現在、必ずしもこのような判例の理解について詳細に分析した研究は、各論的にはなされているが、総合的には行われていない状況にある。したがって、本研究の目的である危険犯の限界を探るにあたり、まずは、危険犯実務を把握し、批判的に検討を行いたいと考えている。

さらに、現行法上、抽象的危険犯とされている規定の分析、分類を行い、ドイツでの研究を参考に、カテゴリーわけを行いたいと考えている。その際、法益との関係をもたない形式犯とされるべき類型も多く含まれていると思われ、それらの非犯罪化の提案も行うつもりである。

2. 研究の目的

現代において刑法的介入の限界を見出すことが急務とされている。本研究では、法益論の見地からの「犯罪構造の分析」を行うことを目的としている。すなわち、特に抽象的危険犯をより詳細に分析し、危険の種類や程度ごとに分類し、抽象的危険犯の下位カテゴ

リーの作成を行うという手法をとることにより、カテゴリーごとの危険の限界を把握することが可能になり、刑法的介入の限界を探る第一歩となるものとする。

3. 研究の方法

(1) 研究方法一般

研究方法として、本研究では、「下からの基準提示」を目指していることから、判例実務における危険犯理解の現状把握、現行法上の規定の分析・分類を行っていく。基本的にはドイツにおける危険犯分類研究を参考にするため、ドイツにおける資料収集、研究者へのインタビューが必須であり、ドイツへの出張を行う予定である。さらに、日本独自のカテゴリー分類を作成するため、日本の刑法の特色としての、行政刑法上の形式犯と思われる規定の分析が必要となる。これらに関する資料収集、さらに、関連する研究会への出席を行う予定である。また、これまでに危険犯に関して同様の関心を持つ研究者と緊密に連携しており、本研究に関する有益な示唆をえる環境も整っている。

(2) 具体的な研究計画・方法

・文献収集、危険犯分析

まず、最近の法益論・危険犯の文献の収集を行う。さらに各論分野（経済刑法、環境刑法、生命倫理などの分野）の最近の文献についても広く収集する。

同時に、危険犯に関する古典的な書物の収集も行い、歴史的な分析に役立てる。ただ、すでに絶版になっているものがほとんどであるため、入手が困難であることが予想される。したがって、ドイツ本国の図書館を訪れ、コピーによる入手を予定している。

文献収集と並行して、現在の判例における危険犯理解、現行法上の危険犯分析を行う。

・海外調査

ドイツを訪れ、法益論や危険犯に関する文献収集を行う。特に、国内では入手困難な古書、雑誌論文、さらに、最新の文献を入手する。そして、刑法研究所のあるフライブルク等を訪れ、最近の刑事立法に関する議論状況を理解するため、この分野を専門的に研究する刑事法研究者へインタビューを行う。

・国内での研究会への参加

本研究に関する広い知見を得るため、海外の文献紹介を行う月例の刑法読書会への参加を予定している。ここで本研究内容を報告することにより、同じ関心を有する研究者と知り合い、研究協力を求めていく。

・法益論に関心を持つ研究者との交流（研究協力者からの支援）

以前より、法益論や危険犯に関心を有し、専門的に研究を行っている研究者との交流を図ってきた。今後も緊密に連携し、本研究

に対する協力を得る予定である。

・判例、現行法についての個別具体的な分析
判例実務における危険犯理解の分析、現行法上の危険犯規定の分析・分類を行う。日本の分析において特に注意しなければならないドイツとの相違点は、行政刑法の分野である。特に、行政刑法の分野には命令違反といった、一見すると形式犯と思われる規定が多数あり、これらの分析にも取り掛かる。これらを分析することにより、ドイツにおける研究とは異なり、日本独自の危険犯分類が必要になるものと予想している。

4. 研究成果

現在では刑事立法の活性化状況と言われるほど、刑事立法が数多く成立するに至っている。刑法的介入の限界とはどこにあるのか。この問題は古典的、かつ基本的な刑法上の問題であると同時に、近年の刑事立法の活性化状況に鑑みると、さらなる重要な課題となっていることは否定できない。本研究では、まずは、判例上、「危険」がどのようにとらえられているかを検討するために、これまでの判例実務における危険犯の扱いについて検討し、論文を公表した。また、最近の事例として、特別刑法を検討の素材とし、国公法上の政治的行為の禁止、さらに、行政書士法上規制についても具体的に検討した。この検討を通じて、刑法上の危険犯理論が判例実務に生かされていないことを痛感し、いかにして今後、この理論が実務に影響を与えうるかという観点から考察せねばならないことが明らかとなった。とくに、判例上、一切の実質的な判断を行わないという態度をとっていないことから、危険犯分類の精緻化、分析が一定程度効果を発揮しうることが間違いないと思われる。加えて、本研究において、基盤となる危険犯の理論の弱さが明らかとなっており、その方面からの検討も急務となる。

そのような観点から、ドイツ刑法の現状についても検討したが、その素材としてとくに、実体は道徳違反の処罰に見えるが、危険処罰としてとらえられてきた、近親相姦処罰について検討した。ドイツ刑法においても、「危険」概念のあいまいさ、さらには、法益論の問題性が長らく指摘されてきており、ドイツ憲法裁判所も法益論の採用を見送っている現状にある。とくに、道徳違反 VS. 法益侵害というテーゼの不安定さ、危険内容の把握の困難さがより明らかとなっており、法益論の限界が示された。この検討を通じて、当初挙げていた「分類・分析」による危険犯理論の精緻化のみならず、その背景としての理論、とくに憲法理論との関係の不明瞭性が問題視されねばならないことが明らかになった。

本論文では、憲法理論との関係の分析について方向性のみを指摘するにとどまったが、

今後、その精緻な理論化を進める予定である。また、それに加えて、危険犯の分類・分析についても、公表した論文に加えて、ドイツとの比較検討を行っており、近日中の公表を予定している。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計 6件)

嘉門 優、国家公務員の政治的行為処罰に関する考察 国公法事件最高裁判決を題材として、立命館法学、査読無、345.346号、2013、282-308

嘉門 優、「刑事立法論の前提的考察 ドイツ刑法の近親相姦処罰規定を題材として」、斉藤豊治先生古稀祝賀論文集(成文堂) 査読無、2013、1-28

嘉門 優、可罰的な兄弟姉妹間の性交処罰の正統化への疑念〔ドイツ刑法第173条〕(Zur fragwuerdigen Legitimation des strafbaren Geschwisterinzests [§ 173])、龍谷法学、査読無、45巻2号、2012、253-272

嘉門 優、インターネット上の個人利用者による表現行為と名誉毀損罪の成否、判例時報、査読無、2148号、2012、181-185

嘉門 優、鑑賞ないしは記念のための品として作成された家系図が、行政書士法1条の2第1項にいう「事実証明に関する書類」に当たらないとされた事例、新・判例解説 Watch(法学セミナー増刊・速報判例解説) 査読無、10巻、2012、145-148

嘉門 優、最終手段としての刑法、刑罰論と刑罰正義(成文堂) 査読無、2012、235-243

[学会発表](計 1件)

発表者名: Yuu Kamon、発表標題、Die Bedeutung des Strafrechtseinsatzes ~ Inzestverbot und Strafrecht ~、学会名等 Deutsch-japanisch-tuerkisches Diskussionsseminar Strafrecht AT; Auswirkungen im Medizinstrafrecht、発表年月日: 2013年03月01日、発表場所: ドイツ、ギーゼン大学

6. 研究組織

(1)研究代表者

嘉門 優(KAMON YU)

立命館大学・法学部・准教授

研究者番号: 40407169

(2)研究分担者
なし ()

研究者番号:

(3)連携研究者
なし ()

研究者番号: