

# 許された危険

小林 憲太郎

- 序章 「許された危険」とは何か？
- 第一章 初期「許された危険」論
  - 第一節 バール
  - 第二節 ミリヂチカ
  - 第三節 エクスナーとビンディング
- 第二章 「許された危険」の変質？
  - 第一節 エンギツシュの見解
  - 第二節 批判的検討
- 第三章 「許された危険」と犯罪論体系
  - 第一節 特別規範
  - 第二節 結果の発生
  - 第三節 予見可能性
- 終章 「許された危険」のその後

## 序章 「許された危険」とは何か？

許された危険とは、ある振舞いが危険であるというだけの理由で一律に禁止してしまうと、社会的な有用性や国民の行動の自由が著しく害されてしまうことから、一定の範囲で、つまり危険という害悪を社会的有用性や行動の自由という利益が凌駕する限りで、これを許容しようとする考え方である。<sup>(1)</sup>たとえば自動車の運転は、歩行者の生命や身体に一定の危険をもたらすものではあるが、だからといってそれを一律に禁止したときには、人の移動の自由が著しく阻害され、また物流は事実上、完全にストップしてしまう。そこで道路交通に関する一定のルール（交通ルール）という視点を持ち出し、それを自動車運転者に遵守させることで、低く抑えられた危険と多少制約された移動の自由や物流を、バランスさせるという発想が出てくることになる。つまり交通ルールを守っている限り、自動車の運転は許されるというのである。

この許された危険は、そのあまりにも単純な発想のゆえに幅広く受け容れられ、ことに客観的帰属論の有力なドイツにおいては、すでに客観的構成要件該当性の判断公式の中に組み込まれることで、もはや実質的な議論の対象から外されているとさえいつてよい。つまり、どのような場合に許された危険が逸脱されているかとか、どのような場合に許されない危険が実現しているかに関する議論は数多くみられても、なぜ許された危険の創出が客観的構成要件に該当しないかに関する議論は、前述のような実在に形式的なものを除けば、ほとんどみられないのである。しかし翻ってわが国に目を転じてみると、この許された危険の発想に対する、根強い嫌悪感がそこかしこにみられる。許された危険が優越利益の実現という、ほとんど中立的とさえいつてよい可罰性阻却根拠を標榜しているにもかかわらず、このような状況を招いてしまった原因は、大きく分けて次の二点に求められるように思われる。

第一に許された危険は、本来は危険な行為の遂行を許容するものにすぎなかったはずが、その危険が現実化し、侵害結果の発生をみた場合にも許容の効果を持続すると解されている点である。そしてこの点が、交通ルールを守れば自動車運転してよいとしても、人を轢いてよいとまではいえないと批判されているのである。

第二に許された危険の想定する衡量が、あまりにも一般的にすぎ、個別具体的な事例において厳密には優越利益が実現されていなくても、許容の効果を肯定してしまう傾向がみられる点である。そしてこの点が、通常は徐行する必要がないとされている交差点であっても、交差道路から暴走車両が接近しているときは、徐行しなくてもよいとはいえないと批判されているのである。道路交通法を始めとする行政取締法規が、一般的な衡量の目安を示しているからといって、それに形式的に合致するかにみえるというだけで、許容すべきではないとの批判もなされることがあるが、同旨に出たものといえよう。

さらにわが国の議論状況において興味深いのは、右にみた二点が結果無価値論からの、行為無価値論に対する批判というかたちで定式化されているところである。第一の点については、実際に生じた生命の侵害を上回る自動車運転の有用性など想定しがたいから、そこで許容の効果を肯定するためには、運転行為そのものの許容性から、人の死を引き起こした運転行為の許容性を引き出す必要がある、それは結局のところ違法評価の対象を、結果から切り離された行為に求めることに帰し、行為無価値論に基づくものであるという。第二の点については、暴走車両が接近しているという特殊な事情が存在するために、一般にはそれを守っていれば優越利益が実現されるようなルールの想定する範型から外れているにもかかわらず、そのような特殊な事情を認識できないという理由から許容するのでは、結局のところ許容の根拠を優越利益の実現ではなくて、「一般人の認識できないところに違法はない」という命題に求めることに帰し、行為無価値論に基づくものであるという。

本稿は以上に述べてきたような、許された危険をめぐる議論を整理・整頓し、その作業を通じて犯罪論体系全体

の整備・点検を行うものである。<sup>(2)</sup>

(1) この許された危険についてはわが国でも、すでに数多くの浩瀚な論稿が発表されている。たとえば比較的最近のものだけでも、中山研一ほか編『現代刑法講座(第三卷)』(成文堂、一九七九)二五頁以下(前田雅英)、前田『可罰的違法性論の研究』(東京大学出版会、一九八二)二一九頁以下、篠田公穂「許された危険の理論についての一考察——その内在原理について——」(刑法雑誌二七卷二号(一九八六)二九三頁以下、内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣、一九八六)六二五頁以下、町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、一九八六)一六八頁以下、松宮孝明『刑事過失論の研究』(成文堂、一九八九)一頁以下、内田文昭「許された危険」(法理の反省)研修五二五号(一九九二)三頁以下、花井哲也『過失犯の基本構造』(信山社出版、一九九二)二五一頁以下参照。もちろん社会的有用性や行動の自由についても、その内容は様々に観念することができるし、また近時では争いもあるところである。Vgl. z.B. Wiebke Schirer-Mohr, Erlaubte Risiken. Grundfragen des "erlaubten Risikos" im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik, 1998, S. 83ff. しかしこの点については基礎法的考察が欠かせないため、本稿では扱わないことにした。

(2) このような表現はいうまでもなく、町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」(『刑事法学の現代的状況・内藤謙先生古稀祝賀』(有斐閣、一九九四)一一三頁以下、同「原因において自由な行為」の整理・整頓(松尾浩也先生古稀祝賀論文集(上巻))」(有斐閣、一九九八)三三九頁以下という論文のタイトルから借り受けたものである。

## 第一章 初期「許された危険」論

### 第一節 バール

近代的な犯罪理論がある程度その姿を現した段階で、初めて許された危険の発想に言及したのはバールであった。<sup>(3)</sup>

彼は法的な意味における「原因(Ursache)」の概念を明らかにするという作業に取り組んだ。そしてそれは結果

と「あれなければこれなし」の関係に立つという意味における「条件 (Bedingung)」の中でも、それにより本来は常軌に合致する (regelmäßig) とみられる人間生活の現象の推移が、そうでなくなるようなものに求められるというのである。

もっとも生活の常軌 (die Regel des Lebens) といっても、その内容は必ずしも明らかではない。そこで彼は、同じようなケースで行為者に責任を負わせたり、あるいは逆に負わせなかったりしたときに、どのような帰結が生じるかを想像してみればよいという。よりいつそう注意を払っていけば、結果は回避できたかもしれないとしても、それだけの理由では、いまだ責任を負わせることはできない。われわれの生活は一定の危険を要求しており、過度の予防措置は個別の事例で損害を防止できるとしても、たとえばあらゆる一般営業の可能性を排除してしまうであろう。それ自体として有用な企業が予防措置を怠ったとしても、たとえばそのコストが有用性とバランスしないときには、過失 (Culpa) ではな<sup>(5)</sup>。

さらに彼は続ける。学説には同じような帰結を、予見可能性とか蓋然性という観点から導こうとするものもあるが、これは適切でない。それらが肯定されてもおお生活の常軌に属する、つまり原因でないとすべき場合が存在する。たとえば放っておけばあと三日で死亡する病人に、失敗すれば数時間以内に死亡するような危険な手術を施したところ、ミスなく失敗したような場合がそれである。

以上に述べてきたようなパールの主張は、許された危険の概念をとくに理論化することなく、ほとんど着想の段階でそのまま活字にしたものであり、いまだ結果無価値論も行為無価値論も存在しなかったこととあいまって、今日においては精密な検討に耐えうるものではない。ただその着想自体は、今日でもそのままのかたちで維持され、許された危険の概念を説明する際には、一番初めに言及されるのが通例となっているのである。

## 第二節 ミリヂチカ

前節でみたバールの主張を、もう少し精緻なかたちで展開したのがミリヂチカであった。<sup>(7)</sup>

彼は刑法的に重要な危険の範囲について検討を加え、一定の規準点を超えた、許されない<sup>(8)</sup>通常でない<sup>(9)</sup>異常な危険 (übernormale/abnormale Gefahr) だけがそこに含まれるという。そしてその判断は、具体的には次のように行われる。まず危険の大きさが、危険にさらされる法益の価値の高さと、生ずべき侵害の範囲の広さ、そして侵害の可能性の大きさとの積によって表される。そしてその値が行為の目的の、社会適合性の程度を超えているかが判断されるのである。

もつとも彼は次のように続ける。裁判官が個々の事案において、いちいちこのような判断を下さなければならぬというのでは、非常に問題がある。というのもすでに法的安定性の観点から、一定の恒常的な判断、すなわち一定の規範<sup>(8)</sup>の存在が要求されており、しかもそれは事後判断する裁判官だけでなく、事前判断する行為者に対してのものでもある。こうしてそのような規範を守っていれば、危険は許されるし、そこから生じた侵害に対しても責任を負わなくてよい。

以上がミリヂチカの主張の概要である。基本的にはバールと同様の発想に立ちつつ、危険と有用性の衡量方法を精密に定式化し、さらに許された危険は侵害に発展した場合にも、依然として許されていることを、より明確に打ち出したものと評価することができよう。

しかしミリヂチカの主張をよくみてみると、バールのそれにはない、まったく新しい発想を看取することができる。それは特別規範である。ミリヂチカは個々の事案において衡量を行うことを避け、たとえば道路交通法のような、一定の生活領域を規律する行政取締法規その他のルールを守っていさえすれば、許容の効果を導くことができ

るとしたのである。

もつとも法的安定性というだけでは、なぜ特別規範を守っていさえすれば許容の効果が発生するのか、その根拠は必ずしも明らかではない。またそれが危険と有用性の衡量と、具体的にどのような関係に立つかについても、ほとんど何も述べられていない。この特別規範という概念が、犯罪論体系の中核に登場するには、したがって、まだ時間がかかることになる。

### 第三節 エクスナーとビンディング

前節でみたミリヂチカと、高い親近性を持つ許された危険の概念を主張したのは、エクスナーであった。<sup>(9)</sup> 彼は感情責任 (Gefühlschuld) 論を展開し、過失責任の本質を行為者がうっかり侵害を行うことになった原因である、法益の義務違反的な軽視に求めつつ、たとえ結果が予見可能であったとしても、行為者が「生活上必要な注意 (im Verkehr erforderliche Sorgfalt)」を守っている限り、可罰性は否定されるという。そしてその中には、結果が法的には偶然であるために責任が欠ける場合と、行為が一定の危険と結びついてはいるが許され、すでに違法性が欠ける場合が含まれているとされる。さらに後者の例としてはボール同様、危険な手術を適正に遂行したところ失敗に終わった事例や、危険な操業を行う工場の所有者が、事故の回避に必要なすべての安全措施を講じたにもかかわらず、事故が発生してしまった事例を挙げている。そしていうまでもなく危険を冒してよい根拠は、社会的有用性に求められているのである。

このような発想はさらに、ドーナやマンハイム<sup>(10)</sup>と受け継がれ、ビンディングにその完成形をみることになる。<sup>(11)</sup>

彼は「適度の危険 (massvolles Risiko)」という概念を提唱し、それにより過失犯を限界づけようとする。すなわち危険の許容性や許容される危険の量は、法の目からみた危険を伴う行為の回避可能性および回避不可能性に

よって決定される。それは危険と不可欠な行為の法的価値との比例関係と結びついており、

A 行為が法的な意味において不可欠であればあるほど、より大きな危険が法的に否認されることなく冒されうる。

1 行為を義務づけられている者は原則として、義務の履行にとって必要な危険を冒してよい。

2 法的に許された行為を行う際に、不可避的に冒されざるをえない危険も同様に、原則として正当なもののみなされうる。

3 行為者が自己の権利行使を妨げられる場合には、許される危険が増大する。

4 法益保全の唯一の手段としての法益の危殆化は、常に許された危険である。

B 行為が法的な意味において不要なものであればあるほど、その際に冒される、許される危険は小さくなる。

1 意識的に法に反し、

2 まったく無益で不要な行為

を行う際には、それに伴う危険は正当化されえない。

C あらゆる危険は行為にとつての必要性によつてのみ正当化される。

このようにいうのである。こうして衡量型の許された危険の概念は、それ以前に比して、はるかに精密に規定されることになった。問題は冒された危険によつて、その種類からして禁止された違法な危殆化ないし侵害が引き起こされた場合に、当該危険が適度であれば、適法ではないものの責任がない、つまり行為者個人にとつて禁止されていないことを行ったものとされている点である。そしてこの点を捉えて許された危険の効果が、(危殆化ないし)

侵害に発展した場合にはもはや及ぼされていないと解するものもある。しかし彼の主観的違法論を前提にしたとき、それはあまりにも強すぎる推論のではなからうか。

- (3) 以下の記述に『vgl. Carl Ludwig von Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871, S. 4ff.
- (4) このようなコンメンタリー公式は当時『ツララーサー』によって主張されていた。Julius Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, 1858, S. 298.
- (5) 当時から故意 (Dolus) を過失 (Culpa) は因果関係の概念から切り離されていたが、パールは両者を一体のものとして解した。ただしここで注意を要するのは、彼が原因性の判断において、行為者の損害が発生すればよいという単なる願望は、意味を持たないとしていた点である。目的的行為論に対し、許された危険の適用領域を故意犯まで拡張した客観的帰属論の主張のなきがけを、ここに看取することができよう。
- (6) 今風にいえば相当性説とか、予見可能性としての過失とどういふことにならうか。
- (7) 以下の記述に『vgl. August Mirička, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903, S. 140ff. なお、シリヤチカは、刑事責任の形式を意図 (Absicht)、認識ある責任 (bewußte Schuld)、認識なき責任 (unbewußte Schuld) に三分したが、以下の記述がそのすべてを規律するものとなっていることは注目に値する。たゞこれは通常の危険を含む行為により表された違法な結果の意欲は、刑法の観点からは単なる願望にすぎず、意図ではないとどういふのである。その前に前掲注 (5) 参照。
- (8) 今口じょうごんの『特別規範 (Sondernorm)』に『89。
- (9) 以下の記述に『vgl. Franz Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung, 1910, S. 192ff. (以下 Wesen と略記す。)] 以下でもエクスナーの議論が、行為者に——外部的事情が同じであれば法益のより強い軽視である——故意がある場合にも妥当するとされている点に注意する必要がある。前掲注 (5)・(7) 参照。なお彼は同時に悟性責任 (Verstandesschuld) 論を批判し、過失の標準に関する議論を大きく前進させたが、これについては本稿の射程を超えるので披うてはばきない。
- (10) Alexander Graf zu Dohna, Zum neuesten Stande der Schuldlehre, ZStW 32 (1911), S. 327 (Anm. 10)。
- (11) Hermann Mannheim, Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912, S. 51ff.
- (12) 以下の記述に『vgl. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, 4. Bd. Die Fahrlässigkeit, 1919, S. 432ff. の後、衡量型の許された危険の概念を主張するものとして』vgl. z.B. Max-Ernst Mayer, AT, 2. Aufl., 1993, S. 199f.; Hellmuth Mayer, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, S. 246ff.; ders., AT, 1953, S. 186ff. などの同意を責任にあらうて主張するものとして』vgl. z.B. Robert von Hippel, LB, Bd. 2., 1930, S. 361f.; Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für

das Deutsche Reich. Nebst dem Einführungsgesetze, 18. Aufl., 1931, S. 194f.; Edmund Mezger, L.B. 3. Aufl., 1949, S. 358f. (ただし不明瞭) ただしビンディングはミリチチカという規範の概念に対し、痛烈な批判を行っている。すなわち警察規範(行政取締法規)は危険かもしれないし、あるいはそうでないかもしれない行為を一律に禁止しており、その違反があったからといって、過失(過度の危険)があったとはいえないというのである。

## 第二章 「許された危険」の変質?

### 第一節 エンギツシュの見解

以上に述べてきたような衡量型の許された危険の概念は、しかし、エンギツシュの「外部的注意 (äußere Sorgfalt)」の理論によって、実質的に廃棄せられるに至ったといわれている。すなわち従来の見解が過失犯において問題となる注意の内容を、多かれ少なかれ内心における良心の緊張に求めていたのに対し、彼はそこに一定の外部的な行動基準の遵守という要素を付け加えた。そしてそれは必ずしも危険と有用性の衡量という観点から導かれたものではなかったのである。<sup>(13)</sup>

彼によれば行為者の払わなければならない「必要な注意」の第一の形態は、危険な行為の不作為としての注意である。しかしたとえ危険であっても、法秩序によって承認された(客観的)目的の達成に役立つ(必要である)ために、許容される場合がある。そこでは次のような、様々な観点を考慮に入れた利益衡量が重要である。まず目指された目的の意義の大きさと、法益侵害の意義の大きさである。つづいて目指された結果の発生するであろう範囲と、差し迫る法益侵害の範囲である。さらに目指された結果が発生する蓋然性と、法益侵害が発生する蓋然性である。

つづいて第二の形態はその逆、すなわち危険な状況における、外部的行為（作為）としての注意である。ある危険な外部的行為が許されるとき、そこから構成要件の実現を回避するために、外部的手段を投入する注意が導かれるのである。

最後に第三の形態は、これまで述べてきた外部的注意ではなくて、内部的注意、すなわち法尊重義務の履行としての注意である。

## 第二節 批判的検討

このようなエンギツシュの見解において、まず特徴的なのは、たとえ危険な行為が許されなくても、第二の形態の注意が発生するとされている点である。つまり衡量の結果のいかんにかかわらず、そこから独立して、社会通念上期待可能な一定の作為が義務づけられるのである。ここには過失犯を不作為犯とパラレルに捉えることにより、<sup>(14)</sup> 衡量から独立した行動基準を想定しようとする、近時の主張の萌芽を看取することができよう。しかしそもそももある行為に出ることが許されるかどうかは<sup>(15)</sup> 衡量によって決定されるのであれば、それがどのような条件のもとで許されるかも衡量によって決定されるはずである。

つづいて特徴的なのは注意の体系的位置づけである。彼によれば三つの形態の注意は、すべて構成要件要素であるという。問題は犯罪事実の予見可能性や、違法性の意識の可能性を実質的に捕捉する第三の形態の注意であるが、それが責任要素とされない理由は、犯罪事実の予見や違法性の意識を獲得するために、内心的努力だけでなく一定の外部的行為、たとえば情報収集や調査を行う必要があるところに求められている。しかしこのような外部的行為それ自体に意味があるわけではなく、あくまで犯罪事実の予見可能性や、違法性の意識の可能性を認定するための資料となるにすぎないから、第三の形態の注意を責任要素と解することに、なんら理論的な障害は存在しな

い。さらに彼は過失非難の構成要素として、行為者個人を標準とする認識可能性を要求しているが、事前の認識可能性の標準に意味のある区別を設けることはできないから、そこに第三の形態の注意を超えた内容を見出すことはできない。<sup>(16)</sup>

(13) 以下の記述に「vgl. Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 283ff. (以下 Untersuchungen と略記す)」(これについてはカール・エンギッシュ『刑法における故意・過失の研究』(莊子邦雄・小橋安吉訳)一粒社、一九八九)に翻訳がある。エンギッシュによれば第一と第二の形態の注意は、故意犯にも共通するものだという。前掲注(5)・(7)・(9)参照。もっとも第三章三節で述べるように、彼に反して第三の形態の注意も、故意犯に共通するものである。

(14) 橋爪隆「過失犯(下)」法学教室二七六号(二〇〇三)三九頁以下。

(15) 小林憲太郎「信頼の原則と結果回避可能性——交差点衝突事故に関する二つの最高裁判決の検討——」立教法学六六号(二〇〇四)一三頁以下参照。

(16) 小林憲太郎「因果関係と客観的帰属」(弘文堂、二〇〇三)一八三・一八四頁参照。

### 第三章 「許された危険」と犯罪論体系

#### 第一節 特別規範

以上でみてきたように危険な行為の許容性が、究極的にはその持つ有用性との衡量によって決定されるとし<sup>(17)</sup>ても、それによって問題がすべて解決したわけではない。というのもそこにある危険や有用性は、多くの場合きわめて抽象的なものであって、それらを裁判官がなんの指針もなく衡量するというのは、およそ現実的ではないからである。衡量型の許された危険の概念を支持する論者の多くもが、なんらかのかたちで特別規範を参照せざるをえ

なかつた理由は——彼ら自身は詳説していないもの——ここに求めることができよう。

そもそも特別規範とは、とくにそれが道路交通法や建築基準法のような、実定法（ないしその委任を受けた命令）の形態を採っている場合には、国家があらかじめ範型となる一定の事例類型を想定したうえで、そこにおける危険と有用性の衡量の帰結を示したものと理解することができる。たとえば地震が起きて建物が倒壊し、損害が発生する危険性と、建物を安価かつ迅速に建築する有用性は、法が耐震基準を定めることにより、あらかじめ衡量されていると解することが可能である。したがって耐震基準が守られているか否かにより、危険の許容性が決定されることになる。だからこそ結果回避可能性を判断するために仮定される振舞いも、不建築ではなく耐震基準を守った建築に求められるのである。<sup>(18)</sup>従来から結果無価値論には、特別規範の概念を嫌悪する傾向がみられるが、それは理論的には不当なものである。誤解を恐れずにいえば行政取締法規は、結果無価値論においても実質的違法性の判断に際し、不可欠な役割を果たすのである。

もっともここではいくつかの重要な点に注意が必要である。

第一に、これまで述べてきたところは実定法（ないしその委任を受けた命令）に限られず、一定の合理性を有すると判断される、当該生活領域において承認されたルールの体系についても妥当するということである。典型的には医術上の準則や、危険なスポーツにおける安全確保のための規則などが挙げられよう。もっともこの合理性判断は、結局のところ裁判官による衡量に帰着し、薬害エイズ事件帝京大ルート判決（東京地判平成一三年三月二十八日判時一七六三号一七頁）にみられるように、非常に困難である場合がある。このことは裁判所自身が「検討に当たったの基本的な視点」という表題のもとで、「非加熱製剤を使用すれば高い治療効果は得られるが、それにはエイズの危険が伴うことになり、また同製剤の使用を中止すればエイズの危険は避けられるが、血友病の治療には支障を来すという困難な問題が生じていた」と述べているところに、如実に表れているといえよう。

第二に、たとえ実定法（ないしその委任を受けた命令）に定められている準則であっても、それが科学の進歩に追いついておらず、いわば時代遅れなものになっていている場合には、それを無視して独自に衡量することが要求されるということである。まさしく「国家に一方的な安全宣言の権限などありえない」<sup>(19)</sup>のである。たとえば法律や条例による排ガス規制において、排出基準が定められた後に科学の進歩によって、人体へのより重大な害悪が証明された場合には、そのような基準を離れて排ガスによる健康被害の危険性と、簡便な移動や運送の有用性を衡量しなければならぬ。

第三に、特別規範を衡量の指針とするためには、問題となる事案が当該特別規範の想定する範型に含まれていることを、慎重に確定しなければならないということである。たとえば劣後道路と交差する優先道路を通行する車両は、道路交通法上、徐行せずに交差点に進入することができるが（四二条一号括弧書）、それは劣後道路を通行する車両が、優先道路を通行する車両に譲歩する範型を想定し（三六条一・三項参照）、そこで衝突の危険性と迅速な移動の有用性をバランスさせたものと解することができる。これに対して劣後道路を暴走車両が走行してくるような事案は、そのような範型に含まれていないから、優先道路を通行する車両が徐行せずに交差点に進入する行為は許されず、せいぜい暴走車両を認識しえなかつたとき、責任が否定されるにすぎないことになる。<sup>(20)</sup>かりに行為無価値論がこれと逆の結論、すなわち交差点進入行為の許容性を主張するものだとすれば、それは支持することができない。<sup>(21)</sup>

もちろん交差点進入行為が、交差道路の車両を運転するのが善良なドライバーであるときは許容され、暴走族であるときは禁止されるという帰結が、不均衡であるとの疑問は生じるかもしれない。しかし厳密に考えると、このような疑問は適切でない。そこにある「不均衡」とは、相手の「悪さ」との相関関係に着目したものと解されるが、「悪者ほど大きな顔をする」ような事態は、必ずしも生じていないからである。たとえば善良なドライバーは、

正当防衛は許されないにしても、緊急避難によって對抗する余地が残されているのに対し、暴走族は自招侵害であることを理由に、あらゆる對抗措置を奪われているのである。

## 第二節 結果の発生

以上でみてきたような考え方により、危険な行為の遂行が許容されたとき、さらに問題となるのはそれが、侵害に発展した場合の処理である。ある行為の持つ有用性が、その危険とバランスするとしても、その発展的帰結である侵害とバランスするとは限らず、そうだとすれば危険が侵害に発展した場合には、衡量によって当該行為を許容することは困難だからである。たとえば法の定める耐震基準を守ったからといって、実際に地震が起きて建物が倒壊し、損害が発生した場合には、それは建物を安価かつ迅速に建築する有用性で相殺できる範囲を超えてしまうのである。

もっともこのような場合に当該行為の許容性を、衡量以外の方法によって導く余地は、必ずしも排除されていないというべきである。すなわち、ひとたび刑法が危険な行為の遂行を許容した以上、たとえそれが侵害に発展したとしても、そのような事態を回避するために、当該行為の遂行をあきらめるほかない場合には、刑法が矛盾した態度をとることを避けるため、許容の効果を持続させる必要がある。<sup>(22)</sup> たとえば、ひとたび耐震基準を守った建物の建築を許容した以上、実際に地震が起きてどれほどの被害が出ようと、それを避けるには建築を止めるか、もしくはより耐震性の高い建物を建築するほかない場合には、許容の効果を持続させなければならない。まさしく山口厚の述べるように、「そうでなくては、許されたはずの危険行為の遂行がもはや回避しえない結果惹起によって、事後的に禁止されることになるのと同じであり、危険行為の遂行を許すことと矛盾することになるからである（危険行為に出ることを差し控えることによってしか、結果惹起は回避しえないからである）」<sup>(23)</sup>。

このような解釈は一定の限度で、行為そのものの許容性から結果惹起の許容性を導くものであり、その意味で行為無価値論に親和的な発想と捉えられるかもしれない。現にそれは歴史的にみると、まさしく行為無価値論の正当性を論証するために用いられたロジックであった。<sup>(24)</sup>しかし厳密に考えると、刑法が同一の行為を許容しつつ、同時にこれを禁止することができないというのは、そこにいう許容や禁止がどのような理論的根拠から導かれているかと、まったく関係がない。したがって行為の許容や禁止の理論的根拠に関わる行為無価値論は、このような解釈にとって親和的でもなければ、その逆でもない。結果無価値論についても同じことがいえ、しかも刑法が矛盾挙動を避けうるだけでなく、避けなければならないとすれば、このような解釈はむしろ要請さえされているのである。

ところで学説の一部にはこのような解釈によらずとも、可罰性にとって具体的予見可能性を要求することで、可罰範囲を適切に限定しようと解する向きもある。しかし先の例を用いていえば、たとえ地震による損害の発生が万一の事態にすぎないとしても、かりに許容の効果を及ぼさなければ客観的に帰属可能である以上、<sup>(25)</sup>それを万一のこのと認識しうるだけで、<sup>(26)</sup>十分に具体的予見可能性を肯定できるはずである。<sup>(27)</sup>その意味でこのような解釈は、可罰性の限定にとって、不可欠であることに注意する必要がある。

### 第三節 予見可能性

では予見可能性という概念は犯罪論体系上、一体どのような意味を持つのであろうか。これまではそれが責任の段階に位置づけられるとだけしてきた。<sup>(28)</sup>しかしこの点については、もう少し立ち入った検討が必要である。

そもそも予見可能性とは、行為者が刑法の期待する規範心理ないし倫理的能力を備えれば、<sup>(29)</sup>犯罪事実の予見に至りうるということである。より分かりやすくいうと、慎重かつ冷静に考えれば、頭の中を犯罪事実がよぎるといふことである。そしてこのようなことは、刑法が人々の行動をコントロールすることを通じて犯罪を防止するとい

う、抑止のプロセスを実現するために最低限必要な条件なのである。

たとえば人を死に致すことの禁止が、人の死を避けようとするインセンティブになるためには、そうしなければ人を死に致すことが分からなければならない。しかしだからといって実際に、人を死に致そうとしていなければならないわけではない。刑法は過度に鈍感な人々や、あるいは逆に過度に敏感な人々を、ありのままに制御しようとするわけではない。そうでないと禁止の対象は、法益侵害から離れて無数に具体化<sup>(30)</sup>し、非効率的である一方、それらを条文に書ききれない以上、罪刑法定主義に抵触する。あるいは逆に禁止のインセンティブが、日常生活のあらゆる局面で与えられることになり、あまりにも大きな精神的負担を強いるものであつて不当である。たとえばちよつと注意すれば、目の前にいるのが人間であることに気づきうるにもかかわらず、ただそれを熊だと軽信しているような人々を、ありのままに制御しようとするならば、禁止の対象は眼鏡をかけていないとか、懐中電灯を消しているなどといった、きわめて煩瑣な事柄に求めなければならないことになる。あるいは逆に少し落ち着いて考えれば、いくらテロの危険がささやかれているとはいえ、友人に搭乗を勧めた飛行機に実際に爆弾が仕掛けられている凶など、すぐに頭の中から追い出せるにもかかわらず、ただそのように妄信しているような人々を、ありのままに制御しようとするれば、あまりにも禁止の幻影に怯えさせることになってしまうのである<sup>(31)</sup>。以上の点で刑法による行動制御の限界を、行為者の現実の事実認識に求める近時の見解<sup>(32)</sup>には賛成できない。

むしろ刑法は人々に対して、まず一定の規範心理ないし倫理的能力を備えることを要求し、そのうえでたとえば人を死に致さないよう働きかけるものである。そうすると、そのような規範心理ないし倫理的能力を備えれば、人を死に致すことが分かること、すなわち予見可能性が、刑法の想定する抑止のプロセスの、本質的な構成要素だということになる<sup>(33)</sup>。論理的には、このように予見可能性という要件が基礎づけられた後に、初めてその体系的位<sup>(34)</sup>置づけが議論されるべきであることに注意を要する。

こうして過失犯としての可罰性が許されない危険の実現と、その認識可能性によって基礎づけられるとすれば、過失などという体系的カテゴリーはまったく不要である。それらはことごとく故意犯としての可罰性にとつても要求されているからである。つまり過失犯としての可罰性は、およそ可罰性の最下限を構成しており、故意はそれに付け加わる特別な要素、具体的には行為者が、現に法益をないがしろにしているという点で、強度な法益敵対的性情を持つ、高度に危険な人物であることを徴表する要素にすぎない<sup>34</sup>。したがってあくまで理論的には、過失犯が犯罪のプロトタイプであり、故意犯はより当罰的な過失犯だということができるかもしれない。

ところで、たとえば人を死に致すことが予見可能であるにもかかわらず、その禁止に従おうとする動機形成が不可能であったり(責任〔無〕能力、違法性の認識〔不〕可能性)、かりに可能であったとしてもそれを期待しえない(期待〔不〕可能性)場合には、終局的に可罰性が否定されることになる。このうち前者は予見可能性を前提として、刑法の想定する抑止のプロセスが完成するための条件と評価しうるかもしれない。しかしそこから独立した後者が責任主義の中核を構成している以上、しばしば用いられる「責任主義の観点から過失(予見可能性)を要求する」との表現は、厳密には適切でないことになる。

また学説には過失犯の意思責任を強調し、自己の行為の属性としての具体的危険性を認識していない、「認識なき過失」は不可罰だと主張するものもある<sup>35</sup>。過失を犯罪事実の予見可能性に求める論者が、認識なき過失の可罰性を肯定するとき、そこでは故意という犯罪事実の予見には存在しない、「法の期待する倫理的能力を備えた人間ならば犯罪事実の予見に到達しえたか」という、行為者に第三者を代入した規範的な判断が行われている。そこで右の見解はこれを、実体的な対象を持たない非難可能性、行き過ぎた規範的責任論だと論難し、当該行為者がその個人的知識および能力により犯罪事実を予見しえた場合、すなわち認識ある過失に可罰性を限定すべきだというのである。

しかしすでに述べたように予見可能性の判断は、かりにそれが「規範的な」側面を有していても、非難可能性とか規範的責任論とはまったく関係がない。人としての程度の注意深さを備えていなければならないかという問題と、彼／彼女があえて刑法を無視して従った他の行動規準が、その自ら主体的に選び取ったものなのか、それとも外部から押しつけられたものなのかという、期待可能性の判断に典型的に現れる問題とは、まったく関係がないのである。

むろん予見可能性は意思責任に関係するものでもないから、とくにそのような観点から可罰性にとって、あえて法益を毀滅したり（故意）、あるいは危険にさらす（危殆化故意）意思を要求することも、論理的には排除されないというだけである。ただそのような解釈が、行為者の頭の中をひとたび犯罪事実がよぎったという意味での認識ある過失とか、刑法の期待する倫理的能力を備えればきわめて容易に犯罪事実の予見に至りうるという意味での、重過失の一般的な可罰性とは関係がないこと、および結果的に可罰範囲の著しい縮小をもたらすことには、十分な注意が必要であろう。<sup>(36)</sup>

(17) ただしここでは次の二点に注意する必要がある。第一に功利的正当化は、他者人格の犠牲にまでは及ばないから、衡量される危険は他者人格の犠牲と評価できない限度まで、低く抑えられているか、もしくは当該危険の対象である人格が、有用性のそれと同一である必要がある。第二に衡量にとつては補充性、すなわち有用性を達成するためには、危険を冒すほかに必要である。ビンディングが示した「あらゆる危険は行為にとつての必要性によつてのみ正当化される」という命題は、まさにこのことを定式化したものである。

なおこのようにいうと衡量による正当化事由の典型例である緊急避難が、法益の権衡や他者人格を犠牲にしないこと、補充性のほかに、「現在の危険」まで要求していることとの関係が問題になるかもしれない。しかしこの要件が補充性を超えて有する独特の内容は、私には観念することができない。

(18) 小林・前掲『因果関係と客観的帰属』五四頁以下参照。

(19) 梅崎進哉「過失犯と因果関係」刑法雑誌三八巻一号（一九九八）四五頁。

(20) Vgl. Hermann Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau, 1969, S.

65ff., insb. 80. 道路交通法違反の違法性が存在しないことは別論である。S. 89ff. もっともリーダーがこのような、必要的に責任を阻却する「社会的に相当な危険」に、過失犯においてしか意味を与えていない点は、次々節で述べるように適切でない。

(21) 近年、許された危険の概念を詳細に検討し、これを支持する代表的論者である林幹人も、この点においてだけは支持することができない。同『刑法総論』(東京大学出版会、二〇〇〇) 参照。

(22) プロイスがいったん行為の許容によって保障された行為自由 (Handlungsfreiheit) は、事後的に結果が発生しても失われまいとするのも、同旨に理解することができよう。Wilhelm Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974, S. 113 ff., 215. ただし同時に行き自由が、常に発生した結果無価値に優越する、したがって結果無価値が欠けると表現するのはスリディンクである。

(23) 山口厚『危険の引受け』論再考『刑事法学の現実と展開・齊藤誠二先生古稀記念』(信山社、二〇〇三) 九七頁。ただしこれは危険な行為の許容根拠が、被害者による危険の引き受けに求められる場合について述べられたものである。ここからも分かるように本文中で述べたところは、当該根拠が衡量のみならず、ほかにもたとえば正当化される帰結を求める行為は当然に正当化されるという、いわば勿論解釈に求められる場合にも妥当する余地がある。小林・前掲『因果関係と客観的帰属』一八八・一八九頁参照。

加えてここいう「回避しえない」とは、「さらなる過誤が付け加わっていない」という意味では必ずしもない。さらなる過誤が付け加わっていても、回避しえない場合は十分にありうるからである。むしろ当該過誤が独自に可罰性を構成しうるのは別論である。

(24) たとえばヴェルツェルは次のように述べる。「ある振舞いがその遂行の際に法に反していなかったのであれば、それは法がどのみちその可能性を算入していたような事象が発生したことによって、事後的に(さかのぼって) 法に反することはない」、「許された危険に不可避的に含まれるありうべき侵害は、あらゆる危険な行為を禁止することによってしか防がれない」と。Hans Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, 1961, S. 26, 29.

(25) 私がかねてより、あらゆる生活経験の外にある因果経過は、公害の事案で作用物質が明らかでない場合などと同じく、行為と結果との間の最低限度のつながりという意味での、合法的な条件関係を充足しないと主張してきた。小林・前掲『因果関係と客観的帰属』一九一頁以下参照。これは恣意的な処罰を可及的に避けるため、因果経過が「おかしな出来事」であると自認しながら、あるいは因果経過の持つ「おかしな出来事」という印象を払拭しないまま被告人に責任を負わせてはならないとする、実践的な戦略的主張である。したがって単に地震が蓋然的な事象でないというだけで、直ちに帰責を否定しなければならないわけではない。

これと同じく火災の発生についても、直ちに帰責を否定しなければならないわけではない。もっともホテル火災などにおいて、個々の「客を引き入れる行為」を実行行為と解する場合には、法則と呼ぶために必要な最低限度の蓋然性すら備わっていないことが多いであろう。かりに特別な事情のため高度の蓋然性があつたとしても、それを認識しえない限り過失がない。後掲注(27) 参照。だからこそ多くの学説は実行行為をホテル営業の継続という行為や、それが擬制的だとして安全体制確立義務違反という不作為に求めているのである。ただしその場合でも、出火により客に損害が発生する危険性と省コストという有用性をバランスさせた消防法の規定を守っていれば、問題となる事案がその想定する範囲に収まっている限り——そして消防法の規定は、放火などを幅広く捕捉していると考えられるから、収まる場合が多いであろうが——許容さ

れることになる。学説にはこれを超えて、たとえ消防法の規定を守っていなくても、実行行為を作為と捉える場合には、「ホテル・デパートに経済的利益を与え、客に宿泊・購買などの利益を与える傾向性」という有用性があるために、なお許されると主張するものもある。林幹人『刑法の基礎理論』（東京大学出版会、一九九五）九八頁、さらに同『刑法の現代的課題』（有斐閣、一九九一）五・六頁参照。しかしそうだとすると不作為と捉える場合にも、その禁止の根拠となる危険性は客の引き入れによって生じるものである以上、同様の有用性を算入せざるをえなくなり、許されることになってしまふのである。

(26) むろん重要な法則知識が欠如することにより、万一のこととすら認識しえない場合はありうる。「宝くじに当たるのは稀ではあっても、宝くじに当たるかもしれないことは予見可能である」という佐伯仁志が、未知の危険から生じた結果について予見可能性を否定するのは、まさにこのことを指摘したものであろう。同「判批」警察研究五六巻五号（一九八五）五三頁、同「予見可能性をめぐる諸問題」刑法雜誌三四巻一号（一九九五）一一五・一一六頁。

(27) 伊藤渉ほか『アクチュアル刑法総論』（弘文堂、二〇〇五）一三三頁（小林憲太郎）参照。逆にいえばこのことを否定するためには、客観的帰責と主観的帰責の規制原理の違いに関する、もう一つ別の論拠が必要である。小林「被害者の自己保護義務と結果の帰責——危険の引き受けと被害者の素因を中心に——」立教法学六六号（二〇〇四）五五頁以下参照。

ところで危惧感説の主張が、本文に述べたような場合に予見可能性を肯定するところにとどまるのであれば、それに反対する理由はなく、ただ通常の理解と異なり具体的予見可能性説に対し、独自の理論的特徴を備えていないというだけである。これに対してそもそも客観的に帰属可能でないとか、刑法の期待を超える規範心理を備えた、いわば臆病すぎる人間でなければ万一のこととすら認識しえないような場合にも、なお予見可能性を肯定するところまで及ぶのであれば、それは支持することができない。

(28) 本稿および小林・前掲『因果関係と客観的帰責』一八〇頁以下参照。

(29) この規範心理ないし倫理的能力そのものは、健全な法市民の示すべき一般的な精神的態度であって、特定の犯罪事実に関連づけられているわけではない。この点でエクスターが「結末を考えよ（*vespice finem*）」という要求された「内部的行為」は、それにより個々の事例において、どのような結果の表象が生み出されるかということから、完全に独立していると述べるのは適切である。Exner, *Wesam*, S. 85. もっとも彼は、むしろこれを（当時の）通説の難点とし、第一章三節でみた感情責任論を展開したのであった。しかし人は重視する法益をもう一つかり傷つけることがある。Vgl. ders., aa.O., S. 177f. (Amm. 1). そして「感情責任論が、「実は軽視していた」というのであれば通説と異ならず、「過失がない」というのであれば不当である。つまり法益の軽視は後にも述べるように、故意に特有の要素なのである。なお彼によれば抗拒不能の強制により法益を侵害した場合には、法益の軽視がないとして責任が阻却されるが、これもまた後に述べるように、法益軽視の有無とは関係がない。

(30) むろんたとえば実際に、人を死に致そうとしていなくても、その危険性があると分かっていたら、人を死に致すことの禁止も行動制御の機能を持ちうるから、常にそうなるわけではないだろう。Vgl. Makoto Ida, *Inhalt und Funktion der Norm beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, in: *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, 1999, S. 235f. しかしたとえ危険を認識してはいても「殺すつもりはないから安心しろ」と述べ

る行為者に、「人を殺すな」といってもそれは無意味であろう。

(31) 付言すると、かりに本当に爆弾が仕掛けられていれば、因果関係が肯定される限り、殺人罪の成立を排除する理論の方策は存在しなくなってしまう。

(32) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、二〇〇五) 一一一頁以下など。論者は「過失結果犯においては、応報的処罰の要請と規範による行動コントロールの要請とが悲劇的に分裂する」と述べるが、「悲劇的に分裂」してはいけないのである。もともとこのような見解は、本稿で扱う問題に関する議論のレベルを飛躍的に向上させた。

(33) 今日の有力な見解は正当化にとつて、いわゆる合義務的検討 (pflichtgemäße Prüfung) を不要としている。学説の引用については小林憲太郎「いわゆる推定的同意について」立教法学六十九号(二〇〇五)掲載予定参照。客観的にみて優越利益や注意に適切であれば、それだけで許容すべきだというのはそのとおりであるが、かりに適っていないときに、努力してもそのことに気づきえなかったことが、可罰性を阻却しようという意味においては、依然として意味を持つものといえる。

(34) このことを裏からいえば——しばしば誤解されているものの——旧過失論にとつても、過失を故意の可能性(良心を緊張させれば故意に到達した)と定義する必然性は存在しない。つまり「かりに確実に結果が発生すると分かっていたとしても、それでも行為者は行為していたであろうという場合であれば未必の故意が肯定される」というフランクの第一公式に代表されるように、故意に意思的要素を要求する余地は残されることになる。意思説を採用するヒツベルが、確実な結果発生を表象を意欲とみなすことで実質的に表象説を併用する一方、表象説を採用するフランクが右の公式を立てることで、実質的に意思説を併用していた点についてはvgl. Englisch, Untersuchungen, S. 126ff. このことは故意と同じく、法益をないがしろにしていることを示す要素である。営利の目的などを想起すれば明らかであろう。佐伯仁志「故意論(一)」法学教室二九八号(二〇〇五)四三頁以下、さらに同「判批」ジュリスト一二三二二号(二〇〇二)一九二頁以下(同様の性質を有する背任罪における凶利加害目的について、動機という表題のもとで意思的要素を要求する)参照。もともと実際に故意に意思的要素を要求すべきか、要求すべきだとして常にそうなのか(単なる相当性や許されぬ危険を超えて、とくに重大な危険が作り出された場合でもそうなのか)、またそこにある意思的要素はフランクの第二公式のように、結果が発生しても仕方がない、結果が発生しようがしまいが意に介さないとものなのか、それとも結果が発生することが行為決意を引き起こす、公式にならうていえば結果発生が確実であればあるほど、行為決意が強化されるというものなのか、といった点については、責任論の全体に関わるため、別稿に譲らざるをえない。

(35) 甲斐克則「責任原理と過失犯論」(成文堂、二〇〇五)。これはアルトゥール・カウフマン(Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2., durchges. und durch einen Anhang ergänzte Aufl., 1976 [つれづれごとくはカウフマン著・甲斐訳「責任原理——刑法的・法哲学的研究——」(九州大学出版会、二〇〇〇)に翻訳がある)にならったものである。

(36) そもそも侵害を引き起こしたことに對する意思責任にとつて、なぜ危険の認識で足りるのかも疑問があるが、責任論の全体については別稿で検討を加えるため、ここでは割愛する。

## 終章 「許された危険」のその後

これまでみてきたところからも分かるように、許された危険の概念はエンギツシュに至るまで、基本的には行為の持つ危険と有用性の衡量というかたちで規定されてきた。しかしこのような流れはヴェルツェルによって中断されることになる。すなわち彼は不法概念の外枠を構成する、「社会的に相当な」行為の内容を「機能的にみて、歴史的に形成された国民の共同生活秩序の範囲内に収まる」ことに求め、「許された危険は社会的相当性の特殊なケースであり、他の社会的に相当な行為とは、法益危殆化の程度によってのみ區別される」としたのである。<sup>(37)</sup>

もつともたとえば目新しいが、安全確保に関するしつかりしたルールを持つ、危険なスポーツを許容すべきでないというのは、ほとんど思想の違いと呼んでもさしつかえないと同時に、具体的帰結において到底妥当とは思われない。そこからロクシンによって許された危険の概念は、少なくとも表現のうえで衡量型のそれへと振り戻され、またその初期の形態と同じく、故意犯にも妥当せられることになった。<sup>(38)</sup>しかし同時にその内容は危険減少や遡及禁止、答責原理など、本質的に衡量とは異質の可罰性限定原理にまで及ぼされるようになり、こうしてそこから何かを導き出せるような、実体的意味を失っていったのである。許された危険が様々な可罰性限定原理の寄せ集めであり、その意味でスーパーカテゴリーであるとする近時の論調<sup>(39)</sup>は、まさにこのことを表現したものである。このような現況に鑑みたとき、許された危険について議論し尽くすためには、いまだ個々の可罰性限定原理に関する検討が、著しく不足しているように思われる。

(37) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 516ff.

(38) その集大成が Claus Roxin, AT, Bd. 1, 3. Aufl., 1997 ㄒㄨㄥㄨㄛ。

もちろん目的的行為論もその初期において、あるいは各論的には、社会的相当性や許された危険が故意犯でも意味を持つことを認めていた。小林・前掲『因果関係と客観的帰属』二二五・二二六頁、伊藤ほか・前掲『アクチュアル刑法総論』一三〇・一三一頁注四一(小林)参照。しかしとくに不能未遂の可罰性(たとえばドイツ刑法典二三条三項)から、目的性が存在するだけで直ちに禁止し、たとえば他のプレーヤーを傷害することを意図しつつ、ルールを守ってプレーするスポーツ参加者に、故意の傷害罪の成立を認める見解もあり、本来はそれがプロトタイプなのである。Jürg Rehberg, Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", 1962, S. 99, 233f. (ただしレーベルク自身はマウラッパ型の特殊なフィナリストであり、過失犯における許された危険の実体も、行為無価値を体系的に捕捉する、規範適合的行態すなわち結果無価値の回避の、一般的期待可能性という意味での所為答責性〔Tatverantwortung〕を阻却することである)。

目的的行為論によって、故意犯と異なり目的的行為支配(狭義の行為〔無価値〕)を要件とせず、目的的に回避可能な、つまり責任能力を前提として、結果を予見して目的的回避行動に出ることが可能な任意の惹起(広義の行為〔無価値〕)により充足される過失犯の正犯構成要件(惹起構成要件〔Verursachungsabstand〕)を「社会生活上必要な注意」という行為不法の観点から限定することは、焦眉の課題であった。新過失論の出現もある。Vgl. Welzel, ZStW 58, S. 491ff. しかもこのいわゆる潜在的目的性 (potentielle Finalität) は、その後、ニーゼにより責任のカテゴリーに追いやられ、過失構成要件は目的性を完全に喪失した。つまり、たとえば行為を標準とする罪数処理を行うために(ドイツ刑法典五二条一項参照)、目的性を含意する過失「行為」を論じなければならぬとしても、それは構成要件に該当しない結果に向けられたものにはあらずとしようのである(刑法的に重要でない目的性〔strafrechtlich irrelevante Finalität〕)。Werner Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 51f. このような過失構成要件の客観化が、右の「プロトタイプ」を形成してゆくとである。

(85) Z. B. Diethelm Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht. Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff, 1966, S. 9ff., 14f., 17, 21ff.; Klaus Geppert, Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstrafaten im Straßenverkehr?, ZStW 83 (1971), S. 995f.; Manfred Maiwald, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, 1985, S. 405 ff.; Theodor Lenckner, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., 2001, Vorbem §§ 32ff., Rn. 107b.