

形式犯の制裁について

— 当罰的不法と可罰性の判断に関する予備的考察 —

山 川 秀 道

はしがき

I. 形式犯の諸概念

- (1) 責任原則の例外
- (2) 単純行為犯または抽象的危険犯
- (3) 純粹不服従 (警察犯の形式不法)

II. 若干の考察

あとがき

はしがき

形式犯は、その名が体を表す犯罪である。それ故に、形式犯は、実質犯の対概念として空虚な犯罪であるかのように解される。しかし、その歴史を少し顧みると、この概念が、刑罰または刑事責任の根拠に関連する様々な文脈において用いられてきたことがわかる。そして、そうした経緯には、刑法の役割または犯罪の実質を考察するうえでの重要な示唆が含まれているように思われる。そもそも、形式犯という概念の存在根拠はどこにあるのか。

刑法に対する要請が高まる今日、個人的法益を十分に尊重しながら、それを支える社会的利益をも十分に追求するためには、事前の禁止命令規範の根拠と法適用の正当性が過不足なく調和しなければならないはずである。本稿では、形式犯の意義を少し顧みることによって、当罰的不法と可罰性の判断に関する予備的考察を試みたい。

I. 形式犯の諸概念

(1) 責任原則の例外

1. 形式犯という概念を知るためにまず確認されるべきは、次の叙述である⁽¹⁾。「学説においても（異論が無いわけではないが）往々にして、そして実務においてもは一貫して、以下の見解が支持されている。すなわち、今日でも未だに、責任なき可罰的行為、つまり次のような行為が存在するというのである。その行為にあつては、単に客観的不法という事実のみが刑罰に処されるのであり、それが故意または過失の態度によるものかどうかには全くかわりないとされる。責任主義からのこうした例外を認めることによる帰結のうち、非常に重要なもののひとつが、ドイツ帝国刑法典 59 条にいう事実の錯誤が考慮外に置かれるということである。好く『形式犯』と呼称されるこの訝しい行為に、かつては、違警罪、特に警察刑法違反（*Polizeiübertretungen*⁽²⁾）も数えられたが、現代に残っているのは、実質的には、もはや種々の公的租税に関する規則への違反行為のみである。但し、それらの可罰性にとって、負責

(1) H. Harburger, Ueber die sog. Formaldelikte auf dem Gebiete der öffentlichen Abgaben und Gefälle, *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, 1911, S.473

(2) この種の犯罪は、*Polizeivergehen* とも表現されたが（例えば、§ 1 P.StGB Hannover vom 25. Mai 1847）、違警罪の一部に相当し、ライヒ刑法典の成立に伴い、警察刑法典の改正を通じて違警罪という概念に統合されたところが多い（Vgl., Edel Carl, *Das P.StGB für das Königreich Bayern vom 26. Dezember 1871, 1872*, S.9ff.）。また、違警罪は、刑罰の軽重による区分であつて、警察犯とは区別される（飯塚敏夫「警察犯と刑事犯」（日本大学）法律学研究 27 卷 11 号 2 頁以下参照）。警察犯の観念は、刑事犯と対置されるものとして両性質の区別を出発点とする上、その区別が刑罰や手続き上の違いに立脚する場合もあるため、その内容は論者によって一様でない。本稿では、主に、違警罪、警察刑法・命令の対象とされていた犯罪を総称する広い意味で用いる（後註 19、29 参照）。

の立証は、不問とされるのである」。

2. 今日、責任原理は、近代刑法の基本原則として位置づけられている。また、ライヒ刑法時代においても既に、「責任なければ刑罰なし (keine Strafe ohne Schuld)」の法命題は、刑罰の前提として広く承認されていた。しかし、形式犯の概念が、その例外のひとつとしてプロイセン時代の判例から承継されてきたことも事実である。その判例を把握するには、プロイセン刑法典が編纂される当時に遡る必要がある。

周知のように、日本の明治刑法典と同様、プロイセン刑法典もフランス刑法から少なからぬ影響を受けた⁽³⁾。プロイセン刑法典が、重罪、軽罪、違警罪 (crimes, délits, contraventions) の 3 区分を採り入れた際、それと併せて《fait matériel》による犯罪成立を認める判断が入り込んだ⁽⁴⁾。すなわち、プロイセン刑法においても、違警罪は、法規に対する不服従またはそれに伴う懈怠という単に外形的事実 (fait matériel) のみによって構成されるのであり、故意または悪意に依存しない、と解される契機が生じたのである⁽⁵⁾。もっとも、この段階では、違警罪の成立には過失で足りるというに過ぎず、その限度で責任は必要であると解する余地があった⁽⁶⁾。しかし、注釈書および裁判実務において責任不要説が採用されたことによって、責任原則の例外 (外形

(3) 但しその点につき、Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht Bd.1, 1925 (Neudruck 1971), S.324f. 参照。

(4) Vgl., Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung Bd.2 Hälfte 2, 2.Aufl. 1916 (1991), S.1182; Hermann Roeder, Schuld und Irrtum im Justiz- und Verwaltungsstrafrecht, 1938, S.40; Klaus Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S.288

(5) Chauveau=Hélie, Théorie du code pénal tom.4, édition augmentée 1843, Chapitre 83 p.280
Vgl., Theodor Goltdammer, Die Materialien zum StGB für die preußischen Staaten, Bd.1, 1851, S.240; Georg Beseler, Kommentar über das StGB für die preußischen Staaten, 1851, S.577 (§ 339); F. C. Oppenhoff, Das StGB für die preußischen Staaten, 5.Aufl. 1867, S.549 (§ 332ff.); Binding, ebenda; L. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd.2, 1907, S.477

犯) 《*délits purement matériels*》が次第に定着していくのである⁽⁷⁾。

プロイセン判例によれば、主として、違警罪、租税犯罪（禁制品輸入、通脱）に関しては法律に反したという外形事実のみが問われ、犯罪遂行の意図・過失⁽⁸⁾、善意（*bona fides*）に基づく法的錯誤またはその回避可能性は⁽⁹⁾、可罰性に影響しないとされたのである。

こうした判例は、一部の領域を例外に⁽¹⁰⁾、主に租税犯罪の領域において、

(6) 前註で参照されている文献ではそのように読むほうが有力であるが、当時のフランス刑法では違警罪に過失さえも必要としないという理解が支配的であったという見解もある（Robert von Hippel, VDA Bd.3, 1908, S.376）。また、Heinz Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten* Bd.1, 1977, S.312ff.も参照。

(7) 泉二新熊『日本刑法論 全』改訂増補 24 版（有斐閣、1918）625 頁では、各種の税法において有責であることを必要としない犯罪が、実質犯に対して、「外形犯」と称されている。この文脈の形式犯を表すには、この表現のほうがわかりやすいと思われる。また、《*délits purement matériels*》については、Mattes, Bd.1, S.312ff.参照。

(8) 以下の裁判例は、特に文献を明記しない限り、F. C. Oppenhoff, *Die Rechtsprechung des Königlichen Ober-Tribunals (u. des Königlichen Ober-Appellations-Gerichts) in Strafsachen* の巻数と頁数、および判決日を表す。なお、ここで言及しきれなかった他の裁判例については、Harburger, a.a.O., S.473ff. ; Loos, *Allg. Deutsche Strafrechtszeitung* 10. Jg. (1870), S.323ff. ; Binding, Bd.2, S.1181ff. 参照。

Vgl., 1858.3.12. preuß. GA Bd.6 S.412 ; 1861.10.11. Bd.2 S.5 ; 1864.2.5. Bd.4 S.350 ; 1868.10.2. Bd.9 S.540

(9) Vgl., 1865.1.5. Bd.5 S.395 ; 1868.11.26. Bd.9 S.677 ; 1868.10.28. Bd.9 S.590 ; 1873.4.8. Bd.14 S.257 しかし、判例に対して、次のような裁判例も看取される。たとえば、警察から求められた道路の修繕要請に応じなかった被告人らが、自分たちはその道路を維持管理する立場にはないという誤解していた事案につき、違警罪にも責任原則の適用を認めるべきとするもの（1867.6.13. Bd.8 S.373）、主観的要件の要否を違警罪の性質に応じて個別的に判断すべきであると判示した判決（1866.3.1. Bd.7 S.138）、予見や回避が期待できない事故を慮外に置くこと、または不可能を強いることがあってはならないと明示した判決（1866.10.25. Bd.7 S.569）などである。

(10) 破産の罪については RGSt Bd.4 S.418 ; Bd.5 S.407 ; Bd.13 S.235 ; Bd.45 S.88 を、過失傷害罪については、RGSt Bd.17 S.303 を参照。軍事法規違反の事例については残念ながら参照し得なかった。（Binding, Bd.2, S.1183 Fn.11 に判例情報が記載されている。）

ライヒ裁判所にも承継された⁽¹¹⁾。もっとも、違警罪一般を形式犯（責任原則の例外）と解釈するような裁判例は稀になり、処罰規定の性質及び法律の趣旨から、主観的要件を必要としない結論を導く傾向に至る。

たとえば、次の、火酒税法（1868 年 7 月 8 日 BGBI. S.384）違反事件が挙げられる。火酒製造所の所有者である被告人は、その工場がロシア国境付近に位置したために夜間には壁門を施錠していたところ、税務官による査察のための入場要請に対して「直ちに開門」することができなかったという同法 43 条違反の事実につき、参審裁判所は、被告人が予てより門番に対し、税務官の開門要求には即刻対応するように再三指示していたこと、および税務官に対しては鍵の提供を繰り返し申し出ていたものの税務局長によって却下されていた事実を勘案し、被告人の過失（*culpa*）の不存在を理由に無罪とした。これに対して、ライヒ裁判所第二刑事部 1891 年 1 月 7 日判決（Bd.21 S.259）は、次のように判断した。「刑法が、どの犯罪行為についても一般的に負責（*Verschuldung*⁽¹²⁾）を前提とすること」には同意するけれども、この法則が例外なく貫徹されるわけではないことは、諸々の法律に看取される責任推定から既にあり得るものである。しかも、同盟関税法 137 条 1 項、手形税法 15 条のように、租税に関する法律のなかには、「あらゆる負責を問うことなく

(11) そのプロトタイプとされるのが、RGSt Bd.7 S.240 であるが、ここではまだ「形式犯」という表現そのものは出てこない。なお、Roeder, a.a.O., S.40 では、「1810 年の Code pénal にいう違警罪にとっては《fait matériel》をもって処罰に足りるとするフランス実務の影響を受け、プロイセン大審院判例は、形式犯の概念にしがみついていたのに対して、ライヒ裁判所の判例は一連の判決でこれを原則的に否定した」と見られるが、「（ライヒ裁判所においては）違警罪一般への形式犯の適用は制限されるようになり、最終的には、これを否定するに至った」というほうが正確である。というのも、重罪、軽罪を考察対象に含む場合には、この形式犯の概念は、プロイセン判例においてもあくまで例外であったし、判例評価の対象を違警罪または租税犯のみに限定する場合には、ライヒ裁判所においても、当初は、形式犯の適用が広く認められていたからである（Binding, Bd.2, S.1182ff.の判例参照）。

刑罰を単に客観的構成事実の存在にかからしめている規定が幾つか有る」ことは全く疑いない。そして、責任原則から外れるそうした規定に当該罰条も属すると結論される。というのも、その立法趣旨には、「負責要件を不問視しなければ、十分には保障されない国家財政への考慮」が深く根付いているからであるという。

また、個別的判断の傾向は、租税犯以外の事案における判決で更に進展する。すなわち、主観的な負責、法定構成要件の認識が意味をもたないのは、「法律自体が、可罰性を客観的構成要件の存在のみにかからせているような、所謂、形式犯（Formaldelikt）」のみに限られ、そうした例外に当該罰条が属するという手掛かりが看取されない以上は、責任原則に服するべきであると⁽¹³⁾。こうした見解が、次第に租税犯の領域においても採用されることによって、租税法上の違反行為が問われる場合であっても、それが、形式犯、すなわち負責を考慮することなく処罰されるべきものであるかどうかは、一概に決定される問題ではなく、個々の法律規定の内容と目的に応じて吟味されなければならないという個別判断が広まることとなった⁽¹⁴⁾。

そうした個別化傾向は、形式犯の適用範囲を特定するために、必然的に法律の趣旨と法定刑の軽重へ注視を促し、租税犯においても刑罰の重さから形

(12) この概念は、個人の能力を勘案することなく肯定され、社交上要求される注意の懈怠（ドイツ民法 276 条）の意味でもかなり緩やかに理解された（Vgl., Reinhard Frank, StGB 18. Aufl. 1931, S.198 u. 137）。さらに、ここでの責任負担は、同 278 条に近い性質を有する（後註 34 参照）。この規定によって、債務者は履行補助者の行為について広範に責任を負担しなければならず、今日では特に免責事由の認められない傾向にあるようである（ユルゲン・プレルス、金岡京子（訳）、阿部満（監）「ドイツ法における契約義務違反責任の基本特性」明治学院大学法律科学研究所年報 27 号 73 頁以下参照）。

(13) 被告人が、ある外国人を、そうとは知らずに官庁の許可なくユダヤ人の会堂（ジナゴーグ）の職員として採用した事案について、RGSt. Bd.29 S.73(74f.)参照。

(14) Vgl., RGSt Bd.35 S.309 ; Bd.43 S.390

式犯の成立を否定するという判決、更には形式犯概念そのものに否定的な判決をもたらした⁽¹⁵⁾。こうした判例の推移は、学説上、責任主義が高じたことも相俟って、形式犯、責任推定の内容をもつ法律そのものを「異物」視する傾向を強め⁽¹⁶⁾、「正義の観念にそぐわないそうした時代錯誤な法律」の改正を通じて、一応の解決をみることとなったようである⁽¹⁷⁾。

3. 以上の経緯からも明白なように、この文脈における形式犯（以下、外形犯）の概念が、過去の異物として一掃されるべきことについては、今日の責任主義の観点からほぼ異論がないように思われる。それ故、学説上の検討を喋々する必要は多くないけれども、「形式犯」を分析にするにあたって重要な点が幾つかあるので、それを確認しておきたい。

ここまで判例を概観してきたように、違警罪、特に租税法上の違警罪ないし軽罪の領域において、錯誤に基づき、法的義務を充足しなかった事実が責任を問うことなく処断されることは珍しくなかった。こうした外形犯の問題は、当初、刑法総則の故意犯処罰規定が違警罪または警察刑法典にも適用をみるべきか否かというかたちで議論されていたところ、次第にこれを前提としながらも、当該罰条が責任を不要とする性質の規定、すなわち形式犯に属するのか否かという問題へと推移していった⁽¹⁸⁾。つまり、主観的構成要件について明示的に規定していないために解釈上導かれる外形犯、または客観的構成要件の存在のみによる処罰が明規されている法規的外形犯のみが問題の

(15) Vgl., RGSt Bd.43 S.70 ; BayObLGSt Bd.11(1912) S.23 後者の判決にとって、調査官解説または専門家所見に類する重要な意味を有するのが、本節の冒頭で引用した Harburger 論文である。

(16) Vgl., Nagler, LK, 6.Aufl. 1944, S.36 (Einl.)

(17) Vgl., Ernst Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1910, S.18 ; Harburger, a.a.O., S.485f. ; Nagler, ebenda ; Tiedemann, a.a.O., S.289

(18) Vgl., Harburger, a.a.O., S.480ff. また、前註 5 文献参照。

対象とされるに至った。したがって、この段階で外形犯の問題は、主観的構成要件についての立法形式に存することが判明する。

そこで、試みに、前掲の 1891 年 1 月 7 日判決が例示する外形犯の規定を挙げると以下のようなものである。

前者の例に属する、手形税法 (1869 年 6 月 10 日 BGBl. S.193) 15 条 1 項によれば、

「印章税の納入に関する義務の不充足は、免れた税金の 50 倍に相当する金額の罰金 (Geldbuße⁽¹⁹⁾) に処する。」

そして後者の例である同盟関税法 (1869 年 7 月 1 日 BGBl. S.317) 137 条によると、

「諸関税犯の有無、およびその刑罰の適用は、136 条に列挙されている各場合においては、単に同条が列挙する構成事実のみによって基礎づけられる。」

(19) (Geld-)Buße、または、(Defraudations-)Ordnungsstrafe は多義的であるが、特に 19 世紀の租税刑法上は、刑罰を意味した (Vgl., Emil Reinhardt, Geldstrafe und Busse, 1890, S.2 ; Karl Binding, Grundriss AT, 6.Aufl. 1902, S.211 auch 220ff. ; Meyer=Allfeld, LB, 6.Aufl. 1907, S.6f. ; Frank, a.a.O., S.56f. ; K. Preger, AöR Bd.7 (1892), S.385ff.)。古くは贖罪 (和解) のために用いられた Buße は、ライヒ刑法 (例、188 条) では附帯私訴による損害賠償請求の意味で用いられるが (Vgl., Reinhardt, a.a.O., S.15ff. ; Frank, a.a.O., S.46 ; Hinrich Rüping, ZStW 85(1973), S.682f.)、中世以降、Brüche とともに、王の命令に反する公刑罰 (罰金) の一種 (Bann-, Königsbuße) として国庫を潤した経緯を有しており (Vgl., L. v. Bar, Geschichte des deutschen Strafrechts u. der Strafrechtstheorien, 1882, S.141 ; F. Roterling, Polizei-Uebertretungen und Polizei-Verordnungsrecht, 1888, S.4 ; ders, ArchKrimAnthr Bd.25(1906), S.112ff ; Rüping, a.a.O., S.675)、警察犯に限らず、不法の内容と効果との関係について、深い意義をもつと思われる。

また、違警罪同様、行政目的のために警察官庁によって公布された警察命令 (P-Verordnungen) への違反についても、1931 年までは、正式裁判を受ける権利を留保しながら、警察官庁の権限によって軽微な刑罰 (警察罰) が科され得た (Heinrich Rosin, Das allg. Polizeistrafrecht in seinen Grundzügen, 1890, S. 23ff. u. 40ff. ; Rüping, a.a.O., S.681 ; 土屋正三「西独の秩序違反に就いて (一)」警察研究 25 卷 6 号 23 頁参照)。

2 もっとも、被告人が、136 条 1 号 a, (中略) に列挙されている各場合において、密輸または通脱の罪を犯すことはできなかつたこと⁽²⁰⁾、またはそれが意図されなかつたことを証明し得るときには、152 条の規定によって秩序罰 (Ordnungsstrafe) のみが科される」。

判例が、法解釈から外形犯を導き出している前者の例の多くは、手形税法 15 条のように客観的行為を記述したものに過ぎず、主観的構成要件が不要であることを窺わせる事情は、違警罪の歴史的経緯以外に何もない。また、後者についても、137 条 1 項は、本来、「責任の推定」に過ぎないのに、判例は、これを、主観的構成要件を不要とする規定と誤解しているという見方が有力である⁽²¹⁾。したがって、「刑罰が客観的構成事実のみと結びついている」外形犯は、137 条 2 項のように、責任推定に対する反証にかかわらず、秩序罰が適用される場合のみであるという見解もある⁽²²⁾。それはともかく、法的義

(20) 同法は、134 条に密輸犯、135 条に通脱犯、そして 136 条にそれらの看做し規定を置いている。例えば、136 条 1 号 a によれば、禁制品についての「不正の申告」または「不申告」をもって密輸犯が遂げられたと見做される。したがって、税関を通過した物品につき、確かに申告は為されなかつたが、それが、実は海外からの輸入禁制品でも課税対象でもなかつた場合には、密輸または通脱の罪を犯すことは客体上不可能である。137 条 2 項は、このような場合をも想定しているようである。(Vgl., Ernst Löbe, Das deutsche Zollstrafrecht, 4.Aufl. 1912, S.149ff.)。なお、『独逸関税法』(横浜税関、1892) も参照。

(21) Vgl., Binding, Bd.2, 1184ff. ; Hermann Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte, 1883, S.135 ; Hermann Ortloff, Die Strafbarkeits-Erkenntnis als Schuld-Voraussetzung, 1891, S.121ff. ; Preger, a.a.O., S.391ff. ; Franz v. Liszt, LB, 10.Aufl. 1900, S.140, 233 u. 119 ; Liszt=Schmidt, LB, 26.Aufl. 1932, S.237f. u. 148 ; Allfeld=Meyer, LB, 8.Aufl. 1922, S.162 ; dagegen, a.A. Meyer=Allfeld, LB⁶, S.137 ; Alfred Wolff, Strafe ohne Schuld in deutschen Abgabengesetzen, 1913, S.24ff. u. 31ff.

(22) 前註 21 文献参照。但し、Wolff, a.a.O., S.36 ; Martin Isaac, ZStW 21(1901), S.652ff. も参照。

務の不充足が、回避不可能な錯誤に基づく場合にも秩序罰を免れ得ない趣旨の規定が少なからず存在したことは確かである⁽²³⁾。そうした法律の無分別な適用は、形式的に過ぎ、少なからず法実証主義的であったという批判を免れ得ないところである⁽²⁴⁾。そうした判例の態度は、ビンディングによって痛烈に批判されている。曰く、我々の「法」は、「形式一犯 (Formal-Delikte⁽²⁵⁾)」なるものを知らない。非常に遺憾ながらも不精確な法文が責任要件について記述していなかったとしても、また、確かに租税法の領域においてはそうした解釈を後押しするような若干の手掛かりがあるにせよ、その種の低劣な法律 (Erbärmlichkeit dieser Art Gesetze) を理性と正義に適合させることこそが、実務の崇高な職責だったはずである。責任推定の完全な誤解から生じた外形犯の思考は、我々の法文化を最大の不名誉に貶めるものであると⁽²⁶⁾。

しかしながら、注意を要するのは、外形犯がライヒ判例へ踏襲された頃には未だ、警察犯については違法性の認識（の可能性）を不要とし、外形犯についても肯定的と思われる見解が有力に主張されていた点である⁽²⁷⁾。国家の財政保障という理由も確かに主張されたが⁽²⁸⁾、より説得力のある根拠は、警察ないし行政機能の肥大化である。それは、権利侵害の発生を俟たずに、警

(23) 租税犯におけるこの種の規定については、Wolff, a.a.O., S.32ff.参照。

(24) Vgl., Tiedemann, a.a.O., S.288ff. ; Loos, a.a.O., S.333

(25) ビンディングによれば、Deliktとは「有責な規範違反」を内容とするものであるから、責任なき形式「犯」は考えられないのである (Vgl., Binding, Normen Bd.1, 2.Aufl. 1890, S.190 ; Bd.2, S.203ff. u. 1181 ; ders, Grundriss, S.80) 。

(26) Vgl., Binding, Bd.2, 1181ff. u. 1201ff.

(27) Vgl., Drenkmann, GA 8(1860), S.164ff. ; Hugo Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd.1, 1881(1997), S.258 ; Finger August, LB Bd.1, 1904, S.232 ; Olshausen, Kommentar zum StGB Bd.1, 11.Aufl. 1927, S.253f. (Abschn.4 N.2) ; Friedrich Wachenfeld, LB, 1914, S.144 ; Frank, a.a.O., S.198

これらの見解に対して、警察犯を刑事犯から原理的に区別することは不可能であることを理由に、警察犯（主に違警罪）においても責任原則が妥当すべきことを説くのは、Bar, Gesetz, S.476ff. ; ders, Geschichte, S.348 である。

察刑法典または警察命令を通じて公的利益の維持と追求に向かう社会的潮流である⁽²⁹⁾。そうした法規定の改正が頻繁に繰返される時勢において、個々の法規に反する意識の立証を求めることが困難であったことは想像に難くない。それ故、社会生活の複雑化に伴い増加する行政法規上の秩序を維持するには、遺憾ながらも反証不可能な方法で責任を推定するか、禁止された行為であるが故に、法律への無頓着さに刑罰を投じるしかないという主張をみるのである⁽³⁰⁾。こうした見解に対して強い批判を投じた責任主義の陣営でさえも、秩序罰の適用についてはほとんど問題視していない⁽³¹⁾。ここに、この問題の本質があるように思われる。犯罪の根拠たる事実の立証が困難な領域を想起するとき、今日にも妥当する問題が浮上するように思われる。

4. 実は、外形犯の概念またはこれに類する法律によって、主観的犯罪要素の立証について、検察官が負担する責任の軽減を図ることは、珍しい立法例ではない⁽³²⁾。日本においても、特に税法の分野において責任を問わない外形犯規定が存在した⁽³³⁾。たとえば、明治 29 年 3 月 28 日法律第 28 号 (旧酒造

(28) この点については、外形犯に関する文献のいたるところで主に批判的に指摘されているが、特に、Beling, a.a.O., S.18 ; Roeder, a.a.O., S.40 Fn.7 において行政に対する批判的視点が強調されている。また、Hellmuth Mayer, LB AT, 1953, S.47 では端的に、「国庫の強欲」と表現されている。

(29) 警察刑法の概要については、Rosin, a.a.O., S.5ff. ; Mattes, Bd.1, S.50ff. および、L. Stempf, P.StGB für das Großherzogthum Baden, 1864, Einl. 【ル・ステムフ『独逸聯邦巴丁國警察刑法釋義』(警保局蔵版、1886)】 ; Carl Friedrich von Dollmann, Die Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II. 1862, 3.Teil Bd.3 u. Bd.5 参照。また、違警罪の保護法益上の分類については、Rotering, Polizei, S.32ff.ほか前註 5 の注釈書参照。

(30) Vgl., Finger, ebenda ; Moritz Liepmann, LB, 1900, S.136ff.

(31) 前註 21 の文献および前註 19 参照。これに対して、挙証責任の転換および嫌疑刑の問題点を指摘するのは、Bar, Gesetz, S.478f. ; Joseph Zeitler, Strafe ohne Schuld, 1899, 57ff.である。

税法) 31 条は、抗拒不能な強制下の場合を除く一切の不論罪の適用を排除し、同 32 条は製造主が従業員の税法違反について責任を負う旨定めていた⁽³⁴⁾。

そうした法規は、公共の福祉、社会の治安や風俗、経済秩序・制度に資することを目的するものが多い。したがって、その目的を達成するために、取締りや事前予防のための制裁と結びつきやすい性質を有していたといえる。このことは、犯罪概念の因果主義的または実質的な理解が深まっても同様である。法規に反する身体的動静および外界変動から、処罰根拠たる法益侵害が推定されるようになる。

(2) 単純行為犯または抽象的危険犯

(32) フランスの判例および立法例については Mattes, Bd.1, 312ff. ; スイスの判例および立法例については Hans Schultz, Einführung in den AT des Str. Bd.1, 3.Aufl. 1977, S.166 ; フランスおよびスイスの判例とアメリカの厳格責任の指摘について Tiedemann, a.a.O., S.289 を参照。

(33) 勝本勘三郎『刑法要論総則 上巻』(有斐閣、1915) 181 頁以下 ; 宮本英脩『刑法大綱 (総論)』(弘文堂、1932) 48 頁、230 頁において、責任原則の例外を定める各種の税法規定が掲げられている。

(34) また、小疇傳『大審院判例ト新刑法』第二版 (清水書店、1909) 170 頁以下には、「蚕病予防法 26 条に違反した妻の行為について戸主たる被告人が刑事責任を負担すべし」という明治 39 年 10 月 12 日大審院第二刑事部判決についての判例評釈がある。ここでは、形式犯 (外形犯) は、責任能力の具備さえも要しないが故に警察犯ではないと説明されている。

さらに、外形犯規定の一種として、1874 年のライヒ出版法 (RGBl. S.65) 20 条 2 項が指摘されることも多い (Vgl., Nagler, LK, S.36 ; Frank, a.a.O., S.198 ; Liszt, LB, S.166 ; Liszt=Schmidt, LB, S.236f.)。しかし、該規定の内容は、正犯としての刑事責任の推定である。すなわち、「印刷物が定期刊行物である場合には、特別の事情によりその正犯性が排除されない限り、編集責任者はこれを正犯として処罰する」とある。ライヒ出版法の検討を踏まえた、出版犯罪についての研究には、すでに、草野豹一郎『出版罪ト朝憲紊乱』草野豹一郎論文集一卷 (清水書店、1922) の業績がある。

1. 前述の形式犯（外形犯）つまり、責任を加味することなく法規に反する外形のみによって処罰が肯定される犯罪が、少しずつ過去のものとなりつつあった当時、全く同じ言葉で表現されたのが、挙動犯としての形式犯（Formaldelikt）である⁽³⁵⁾。外形犯が、この意味で用いられるようになった直接の根拠を見出すことはできないが、その契機としては次の3点を指摘して良いと思われる。

まずは、フォイエルバハの「(不明確な) 形式的犯罪 (formelle Verbrechen)」の概念である⁽³⁶⁾。これは、犯罪の構成事実にとって、特定の対象、特定の違法な結果、そして法律上、特定された目的のいずれも要求されず、ただ行為の形式それのみによって成立するものである。そして、それは「不明確な実質的犯罪」、すなわち「特定の対象を要求するものの現実の権利侵害の把握が容易でないために侵害そのものが不明確な犯罪」と対置される。後者には、子の遺棄、墮胎、不妊手術が挙げられ、前者の形式的な犯罪には、人または物に向けられた暴行、騒乱、各種の欺罔行為（文書内容の改竄、偽証）などが属する。これらは警察犯からは区別されている。そのため、明確性の基準は、犯罪の対象である権利（またはその侵害）が明白に把握されるかどうか依存する。ここで、形式的な犯罪が外界で認識され得る挙動と結びついて把握されていたことは明らかである。

こうした形式的な犯罪の理解に対応する裁判例が、第2の契機である。事件の発端は、被告人が、ドイツとフランスの国境から、フランス領へ200メ

(35) Vgl., August Köhler, LB, 1917, S.174f.

(36) Vgl., Anselm Ritter von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11.Aufl. 1832, S.254 u. 264ff.(§ 388 u. § 399ff.) ; Feuerbach=Mittermaier, LB, 14.Aufl. 1847, S.616 u. 264ff.(§ 388 u. § 161) なお、西村克彦（訳）『近代刑法の遺産 中』（信山社、1998）41頁以下；山口邦夫「フォイエルバハ死後の『教科書』改訂・増補版の怪異」『帝国崩壊後（一八〇六年）のドイツ刑法学』（尚学社、2009）67頁以下も参照。

ートル程入った場所で、「フランス万歳（Vive la France）」とエルザス・ロートリンゲン地方の住民を刺激する煽動的な言辞を叫んだことである。ライヒ裁判所は、1889年12月23日判決（Bd.20 S.146）において、フランスの、出版物またはその他の公表手段による軽罪の処罰および訴追に関する法律（1822年3月25日法⁽³⁷⁾）8条所定の煽動の罪に関して次のように判断した。当該犯罪行為の構成要件の解釈によれば、呼び掛けが公的に行われ、その内容が、公的平穩を乱し、または公的権力に対する反抗を喚起するのに適したものであれば足りる。したがって、故意または過失によって、公的安全に対する障害が生じたことも、呼び掛けを特定の人物に向けて行う意思も必要ない。また、呼び掛けを聞いた人物に、暴動を起こす気が喚起され得たかどうかも重要でない。可罰的行為がどこで行われたかという疑問への回答は、目標となる客体をもたない「形式的な犯罪（formellen Delikte）」においては、その行為がどこまで及んだかに依存する。行為という概念が、「身体的挙動によって、因果法則の力で有為的かつ任意的に惹起された外界の変動」に見出されるならば、ここでは音響を生み出すことがそうである。したがって、行為地が、口を開いた場所から、呼び掛けが響いた場所全体（ドイツの地）に及ぶならば、属地主義を制限する問題もなく、当該罰条は適用可能である

(37) Loi (du 25 mars 1822) relative à la répression et à la poursuite des délits commis par la voie de la presse, ou par tout autre moyen de publication.

当該フランス法の施行当時はフランス領であったエルザス・ロートリンゲン地方においても、普仏戦争後は、ライヒ刑法典が、1871年8月30日の施行法（当該地方への導入に関する法律）を通じて適用されることとなったが、1871年法2条の解釈に関する法律（1888年3月29日の法律 RGBL. S.127）によって、当該フランス法8条の有効であることが確認されたのである。また、前註34のライヒ出版法も、差し当たっては、当該地方への効力が、その31条によって留保されていた（Vgl., Albert Friedrich Berner, LB des deutschen Preßrechtes, 1876, S.336ff. ; Franz von Liszt, Das deutsche Reichs-Preßrecht, 1880, S.11）。その後、1898年8月8日法を通じて、同ライヒ出版法が、当該地方においても（全面的にはではないものの）効力を有するに至ったという経緯のようである（Vgl., Liszt, LB, S.47, 82, 88 u. 165）。

とされた。

ここでは、「形式的な犯罪」が、その成立にとって効果または結果を要求しない犯罪として規定されている。おそらく、これが今日のフランス刑法における形式犯 (*infractions formelles ou délits formelles*) の概念に相当すると思われる⁽³⁸⁾。また、文書偽造罪の判例なども当初はここに属した。すなわち、文書偽造罪は、作成名義人の具体的な権利関係の侵害ではなくて、文書の形式を客観的法に反して濫用することにその本質があると解されていた⁽³⁹⁾。

こうした身体的動静についての理解と結びつき、犯罪構成要件の充足に結果を必要としない犯罪類型が「形式犯 (Formaldelikt)」という範疇を形成することになった。そこにはやはり、構成要件論に基づく犯罪概念の分類が大きく影響したと思われる。これが、第3の契機である。ベーリングによれば、形式犯 (Formaldelikte) とは、行為に連なる因果連鎖について記述することなく単に行為そのものを挙示する構成要件である⁽⁴⁰⁾。これに対して、実質犯とは、構成要件該当結果を備えた犯罪であり、要するに結果犯のことである。

2. このような経緯から、犯罪 (特に重罪) の既遂のために、行為とは別に

(38) G・ステファニ＝G・ルヴァスール＝B・ブーロック著 (澤登俊雄＝澤登佳人＝新倉修訳)『フランス刑事法 (刑法総論)』(成文堂、1981) 149 頁、201 頁；Kolb＝Leturmy, *L'essentiel du droit pénal général 2014-2015*, 11^e éd. 2014, p.43；Larguier＝Conte＝Chambon, *Droit pénal général*, 22^e éd. 2014, p.36 参照。

(39) Vgl., RGSt Bd.23 S.249

その他の判例について詳しくは、Diethelm Kienapfel, *Urkunden im Strafrecht*, 1967, S.183ff.参照。

(40) その例は、ライヒ刑法上の各種の扇動罪 (ライヒ刑法 49 条 a、同 85 条、同 110 条) などである。Vgl., Ernst von Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906(1964), S.203ff.

ベーリングは、責任原則の例外としての外形犯も Formaldelikt と記述するが、ここでは、そちらの概念には「責任なき犯罪 (schuldlose Delikte)」の呼称を優先している (Beling, a.a.O., S.203 Fn.1 u. S.44)。

把握されるところの外界の変動が要求されるか否かという観点によって、単純行為犯を形式犯と理解するのが一つの見解として主張された次第である⁽⁴¹⁾。ここで挙動犯（形式犯）とは、その既遂の構成要件が、単純な身体的動静によって汲み尽くされており、そこに結果を加味することはないものと考えられている。その典型例は、侮辱罪、偽証罪、そして稀には賭博罪も挙げられる。

こうした見解に対する論陣を張るのは、「結果なき犯罪（Nichterfolgsdelikte）」は存在しないと、異なる観点から主張する2つの立場である。

そのひとつは、相対的結果概念に基づくものである。すなわち、次のように主張される。すべての犯罪（重・軽罪）は、「結果」を必要とするが、その認識は多かれ少なかれ、意思活動に依存する。しかし、だからといって、量的な差異を質的相違と捉えてはならない。つまり、概念的に、結果を前提とする犯罪と、結果なき挙動犯とを対置して区別してはならない。侮辱的な言辞も、他人によって知覚されなければ、考えられないものである。はっきりと認識できる外界の変更のみを結果と特徴づけることは正しくない。したがって、身体的動静とは別に観念される外界の変動が、挙動犯においては時間的・場所的にはほぼ隔たりなく認識されるとしても、やはり狭義の行為そのものとは別に存在すると説明される⁽⁴²⁾。したがって、この立場では、外界の変動という「結果」概念を厳密に確定する立場から主張されているものである。

それに対して、「結果なき犯罪（Nichterfolgsdelikte）」は存在しないと主張するもう一方の立場は、より率直に保護客体から「結果」という概念を導いている⁽⁴³⁾。たとえば、偽証罪、侮辱罪といった構成要件は、外観上は行為によって完結するが、虚偽の陳述や侮辱的な言辞も、それが裁判官または他人

(41) ここに分類される見解として、たとえば、Köhler, LB, S.174 ; Allfeld=Meyer, LB, S.104 ; Joseph Heimberger, LB, 1931, S.31 ; Frank, a.a.O., S.10 ; Lobe, LK, 3.Aufl. 1925, S.35 (Einl.) など。

の耳に入るという結果を必要とするとされる。すなわち、ここでいう「結果なき犯罪」とは、保護法益に対する攻撃を内容としない犯罪のことであり、そのような存在は否定されるのである。したがって、たとえ警察犯であっても、結果の発生なく、処罰されることはあり得ないことになる。この意味で、法規違反に何らの処罰根拠も見いだせない純粹な不服従犯は存在し得ないとされる。つまり、形式犯の概念も、行為客体（人間、物、文書）をもたないが、保護客体を有すると解されるのである。

3. これらの争いは、抽象的または一般的な危険性をもつに過ぎない犯罪を結果犯（危殆化犯）という概念から区別するか否かに由来する。この意味において、それは、結果概念についての用語法上の争いに過ぎないともいえる⁽⁴⁴⁾。今日では、挙動犯と結果犯の区別は、すでに別の観点から説明されている。すなわち、構成要件上の結果は、既遂犯の成立時期にとって有用な概念であ

(42) Vgl., Franz v. Liszt, LB, 19.Aufl. 1912, S.128f. ; Liszt=Schmidt, LB, S.157f. ; Max Ernst Mayer, LB AT, 2.Aufl. 1923(1997), S.117ff. ; Edmund Mezger, LB, 2.Aufl. 1933, S.96f.

これによって挙動犯においても未遂が観念しやすくなるという利点がある。しかし、ここで重要なのは、この結果概念に、危険という概念が含まれていることである。すなわち、リスト（LB¹⁹, ebenda）によれば、結果とは、『所与の客観的状況、および意思活動の瞬間には一般的にも認識され得る状況、あるいは行為者のみにわかっている事情』のもとで、『侵害発生が現実化されそうである』という差し迫った可能性（蓋然性）が存する状態』のことであるという。したがって、賭博による財産の危殆化や、公的平穩の危殆化なども「結果犯」に位置付けられている。また、マイヤー（LB, S.129）も抽象的危険犯という概念を否定する。しかし、その理由は一般的危険性の擬制である。ここには、違警罪などが数えられている。

(43) Vgl., Wachenfeld, LB, S.72f. ; Paul Merkel, LB, 1927, S.18f. ; Heinrich B. Gerland, LB, 2. Aufl. 1932, S.106f. ; Theodor Rittler, LB Bd.1, 2.Aufl. 1954, S.83ff. ; auch Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht Bd.2, 1930(1971), S.132 Fn.1

(44) Vgl., Mezger, LB, S.97 Fn.16 ; Liszt=Schmidt, LB, S.157 Fn.7

なお、(抽象的)危険犯と挙動犯を等閑視する分類に対する批判的考察としては、香川達夫『危険犯』（学習院大学、2007）1頁以下、特に32頁、218頁以下も参照。

る。これは、保護客体または攻撃客体とは異なるものと把握されるべきである。この意味で、結果なき犯罪（挙動犯）を認めても問題はない。ただ、犯罪ごとの性質を考えるにあたって、侵害結果が構成要件要素として規定され得るということには、配慮が要ると思われる。というのも、そうした構成要件要素が重要でない犯罪が存在するからである。

(3) 純粹不服従（警察犯の形式不法）

1. 形式犯を考察するうえで、最も重要なのが、純粹不服従⁽⁴⁵⁾の検討である。

周知のように、ビンディングは、規範による法益保護を3つの禁止によって達成しようとする⁽⁴⁶⁾。侵害禁止、危殆化禁止、または単純禁止の3つがこ

(45) 純粹不服従は、その主対象である警察犯が、純粹な不服従という形式的な不法のみを内容とすることから、行政刑法、秩序違反法に関する文献で形式犯と表現されることが多い。Vgl., Julius Hatschek, LB des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 3/4 Aufl. 1924, S.155 ; Albin Eser, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, 1961, S.26, 56 Fn.37 u. S.85 (<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3907/>) ; Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S.76f. また、メルケルが、警察犯に形式的軽罪という名称を用いていることも影響している。Vgl., Adolf Merkel, Kriminalistische Abhandlungen Bd.1 1867, S.99 ; Binding, Bd.1, S.411 ; James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902(1997), S.460 u. 479

(46) Vgl., Binding, Normen Bd.1, S.111ff., 364ff., 368ff., u. 397ff. (以下、Binding と略記。)
また、ビンディングの規範論については、特に、富田敬一「ビンディングの規範論」
国士館法学 2号 53 頁以下 ; Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings
Normentheorie, 1988, S.1ff.を参照。

なお、山岡萬之助「規範論」（法政大学）法学志林 14 卷 5号 36 頁以下は、ビンディングの見解を日本刑法に敷衍し、法益保護のための規範を、「毀損禁制」「(具体的・抽象的) 危険禁制」に加えて「動作禁制および命令」に分けたうえで、最後の禁令は、抽象的危険禁制のように危険防止をその目的の遠因とするものの、その本質は「動作自体」を禁止する規範の不遵守にあり、主観的責任を要件としないという。これに警察犯処罰令上の違反行為が対応されている。

れである⁽⁴⁷⁾。保護法益への攻撃として具体的な効果の発生を要求する前 2 者に対して、単純禁止に対する違反においては、公的な服従権に対する不服従のみが現れる。

ビンディングは、服従それ自体を目的とする法律が存在してはならないことは全く争いのない点であると断った上で、不法行為（犯行 *Delikt*⁽⁴⁸⁾）の前提を論じるブリントツの所見について次のように評価している。「法律違反は、それ自体すでに悪である。しかし、ある法律への違反から、法律違反以外の害悪が何ら生じないような法律は、それ自体が悪であろう⁽⁴⁹⁾」という文意が、「純粹に形式的な犯罪（*rein formales Delikt*）は在り得ない」との謂いでないならば、それは断じて正しいであろうと⁽⁵⁰⁾。

ビンディングは、害悪の発生を要件としない禁止をその性質から解き明かそうとする⁽⁵¹⁾。

その見解を、今日の構成要件論を通じて解釈することが許されるならば、犯

(47) この 3 つの禁止に対応する命令規範も存在するが（Vgl., Binding, S.123f.）、ビンディングの説明に即して禁止規範を主対象に論じる。なお、ビンディングの 3 つの禁止規範については、岡本勝『『抽象的危殆犯』の問題性』（東北大学）法学 38 卷 2 号 71 頁以下；山口厚『危険犯の研究』（東京大学出版会、1982）189 頁以下においても詳細に論じられている。

(48) 刑法上の文脈においては *Delikt* を犯罪と表現しているが、これは犯罪そのものというよりも、広く不法な行為の意味でも用いられる（Vgl., Liszt, LB¹⁰, S.96f. ; Mezger, LB, S.88）。ビンディングの不法概念と犯行概念については本文で後述するが、富田・前掲論文 69 頁以下；Kaufmann, a.a.O., S.17f. u. 196ff.参照。

(49) Alois Brinz, LB der Pandekten Bd.2 Abt.1, 2.Aufl. 1879, S.152

(50) Vgl., Binding, S.397f. また、当該箇所には、ブリントツの見解のほか、ビンディングの（刑事）不法概念へ批判の矛先を向けて、形式的な不法（純粹な不服従それ自体）は当罰的でないという指摘（Adolf Wach, GS Bd.25(1873), S.457ff. insb. 459）、純粹に形式的な不法の処罰には十分な根拠がないという批判（Wanjeck, GS Bd.31(1879), S.2）も挙げられている。

(51) Vgl., Binding, S.398ff.

罪構成要件の定立には2つのパターンが存在する。ひとつは、個別事案の観察から生じた成果としての構成要件である。特定の法益に対する具体的攻撃が侵害または危殆化というかたちで幾度も生じるために、個別具体的な事例が、類型として禁止される場合がこれである。その典型例として殺人罪を想起し得る。Aという人物が殺害された事実は、それと類似の事件を反復継続的に観察した立法者を規範の公布へと突き動かし、それは、種類として抽象化された構成要件要素（「人」を「殺した」）に変化する。

もうひとつのパターンは、ある種類の活動全体が、様々な有害と結びついているけれども、個々の事実がそれを惹起したとは必ずしも云えない場合である。この巨視的考察、または大量観察は、そうした種類の活動そのものへの疑念をもたらす。無害な事案を危なっかしい諸事例から立法上で分離することが不可能な場合には、意図的に、無害な事例をも、そうした諸事例と併せて禁止するか、あるいは、危なっかしい事例を無害なものとして併せて放任するかの二者択一のみが残る。

ベンディングによれば、これを決定するのは、有害さの比較衡量である。行動群が禁止された場合と許容された場合の有害さは、その行動群の無益さまたは有益さに応じて衡量される。しかし、ここでもっばら問われるのは、「警察命令⁽⁵²⁾が闘争に臨む行為群」、すなわち、リスクから完全に自由とはいえない無益な種類の活動である。

したがって、警察犯を主対象とする単純禁止は、具体的事案における危険の有無を問わずに、ある種の行動一般を例外なく禁止する。それにもかかわらず、この種の禁止が許容されるのは、もし、具体的事案における危険性によって無害の行為群を峻別しようとするれば、(1) 何が現に禁止されるのかを実生活上で明確に把握することが困難となり、(2) 刑の軽さに反して、警察犯として禁止されるべき予備行為や幫助行為の立証のほうに困難に陥り、(3)

(52) 前註19参照。

「自身の行為は無害なものであった」という被告人の抗弁には、およそ反駁し得なくなるからである。それ故、(1) 法的確実性、(2) 立証負担の軽減、(3) 答責逃れの阻止が、この種の単純禁止の根拠となり得る。

そこから、ビンディングは以下のような結論にいたる。危なっかしい諸事例が、そうでない行為とともに同じ禁止の下に置かれる場合、後者を危険な行為と擬制することは、重大な不正義であろう。そうすると、立法者に残されている唯一の途は、両者を同じものとして、「つまり、規範に対する単純な不服従」として刑罰で威嚇することである。

したがって、犯行は、実際には、他の要素が本質的でないという意味で純粹な不服従と、法益の侵害または危殆化を内包している不服従に分けられる。前者は、「純粹に形式的な不法」を表し、後者は、「実質的かつ形式的な不法」である。実質的かつ形式的な不法は、法益の侵害・危殆化を内容とする攻撃犯であるため、作為犯に特有の性質である。これに対して、形式的な不法は、作為犯と不作為犯の両方で常に表れるのである⁽⁵³⁾。

2. このように、ビンディングによれば、純粹不服従の処罰は、実質的不法をその根拠としない形式的なものと考えられるのである。それは、結局、例外なき処罰に至る⁽⁵⁴⁾。それ故、純粹に形式的な不法のみを内容とする純粹不服従は、その禁令の根拠が常に法益保護に向けられているにもかかわらず、規範違反がそれ自体のために制裁を受けるという印象を喚起する⁽⁵⁵⁾。単純禁止に対する違反には、その処罰の形式的な側面が看取される。これが、純粹

(53) Vgl., Binding, S.412

(54) もちろん、Binding, Bd.2, S.1202 における例外なき処罰は、責任なき刑罰を肯定するが故の結果であり、ビンディング自身はそれを強く批判したが、犯罪成立要件の客観面に限れば、皮肉にも、同じ結論に至る。もっとも、既に明らかのように、ビンディングはこの結論を政策的に必要であると考えている。

(55) Vgl., Amelung, a.a.O., S.80

不服従としての形式犯である。

しかしながら、既に明らかなように、単純禁止という規範は、その類型を構成する個々の犯行の内実とは無関係に定立されている。つまり、法益の侵害・危殆化を禁止する侵害禁止や危殆化禁止においては、その種に属する犯罪の実質と禁止の内容とが概ね重なるのに対して、単純禁止の性質は全く異なるのである。単純禁止の規範は、政策的所産である。それは、有害な事態を予防し、法益と法秩序の保護を目的とする点では他の禁止規範と軸を一にするが⁽⁵⁶⁾、一律的禁止という手段を採ることで、他の禁止とは異なるのである。それ故、そうした規範の形式主義を批判する場合、またはその対象に抽象的危険犯を重ねてみる場合には、規範論に由来するその本質が、決して看過されてはならない⁽⁵⁷⁾。なぜなら、純粹不服従の問題の所在は、禁令規範と処罰の分離に求められるからである。

3. そこで、純粹不服従の実体を明らかにするため、警察犯についてのベンディングの分析を検討する⁽⁵⁸⁾。警察犯を主な対象とする単純禁止は、補完的な禁止と独自の禁止に大別される。前者は、侵害禁止または危殆化禁止を通じて保護されるべき法益が、何らかの理由によって十分に保護されない場合のための受け皿構成要件のような役割を果たすと理解される。つまり、処罰阻却事由の存在、可罰的でない場合（例、危殆化、未遂、または過失に因る器物損壊）、あるいは、構成要件要素すべての証拠がそろわなかった場合などのいずれにせよ、法益の侵害ないし危殆化が不処罰に至る場合に備えて、

(56) Vgl., Binding, S.51ff., 340f. u. 402ff. ; Amelung, a.a.O., S.80

(57) 山口邦夫・前掲書所収「いわゆる『危険犯』観念の功罪」192頁以下の指摘が重要である。

反対に、Reinhard Frank, Studien zum Polizeistrafrechte, 1897, S.17f.のように、規範論の敵対者として批判するのも違うように思われる。

(58) Vgl., Binding, S.402ff.

比較的軽微な刑罰によって法益保護を補完するのである。たとえば、ライヒ刑法 366 条 6 号は、「人に向かって犬をけしかけた」者に対する軽微な罰金と拘留を定めている。それは、殺人の正犯として、または傷害の幫助としても為され得るし、悪ふざけから行われることもあり得る。当該罰条は、殺人の故意の立証が困難な場合や、傷害結果が発生しなかった場合に、殺人罪や傷害罪としての処罰の間隙を埋めるのである。

これに対して、後者は、侵害禁止または危殆化禁止が保護の対象としていない公共財を、独自の法益として補足し、その保護に資するものである。ライヒ刑法 366 条 10 号および 9 号または警察命令によって保護される、公的な道・水路等における「安全、利便、清潔または静謐」または「自由な交通」のほか、公共の福祉に資する財が挙げられる。

したがって、警察犯の 2 類型は両者ともに、侵害・危殆化禁止による法益保護の範囲をさらに拡張したようなものと観念されている。それにもかかわらず、ビンディングによれば、「警察犯は、通常または一般的に危険な行為として刑罰の下に置かれている」という表現は、不正確なばかりか方法論的に間違っているとされる。「法律家は、いわゆる警察不法そのものの犯罪要素を、断じてその実質的内容に従って決定してはならない。この不法にとって正しく本質的なのは、『侵害や危殆化、または、未遂・幫助・予備行為の特質が、その不法にとっては本質的でない』ということである⁽⁵⁹⁾。」したがって、その不法は、犯罪群の種類としては、「侵害犯や危殆化犯でないもの」として根本的に区別されるのである。

ここでは、それまで論じられてきた法益保護のための単純禁止と危殆化禁止の類似性に関する内容とは一見、正反対のことが述べられている。その理由は、犯行群 (Deliktsart) の把握にある。侵害犯における犯行要素は、規範に反する有責な行為と、そうした反抗的行為が法益界に及ぼす侵害作用から

(59) Binding, S.406f.

成る。財の侵害は、法が規範を用いて追求する目的を個別事案において無効化するものであり、その非難すべき手段を構成するのが不服従である⁽⁶⁰⁾。しかし、犯行とは、主観的法が要求する命令の数だけ存在する幾種類もの不法のうち、公的な服従権の有責的侵害という限られた種属に過ぎない⁽⁶¹⁾。公法または私法上の効果と結びつくことによって不法は多様であり得るが、結局のところ、それは、規範と実定法がすり合わされた結果である。ベンディングの規範の本質は、実定法に先行する禁令にある。したがって、実定法上は不可罰な犯行が存在するように、有責な規範違反（純粹に形式的な不法）という要素のみから成る犯行も存在するのである。このような犯行が、法益保護に資するはずの禁令規範に含まれ得るのは、単純禁止に限って、個々の犯行要素は度外視されているからである。すなわち、純粹不服従は、グループとして把握されることによって禁止され得るのである⁽⁶²⁾。そうした把握は、個々の犯行内容のなかに既に有責な規範違反（形式的不法）と法益侵害作用（実質的不法）の両者を含む侵害犯・危殆化犯においては必要ない。個別事

(60) Binding, S.365

(61) Vgl., Binding, S.298f., 308 u. 310f. ; Kaufmann, a.a.O., S.22f. u. 145ff.

ベンディングのこうした考え方は、結局、責任要素を除けば、民事不法と刑事不法の本質的な相違を否定するものである。Vgl., Johannes Nagler, FG-Frank Bd.1, 1930, S.340 ; auch ders, FS-Binding Bd.2, 1911(1974), S.358ff. ; Hippel, Bd.1, S.17f. u. 29 ; Ernst Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, 1926, S.8ff.

(62) Vgl., Binding, S.406f. そうした把握は、ベンディングが否定する抽象的危険犯論、すなわち一般的に危険なグループへの属性のみを本質とする見解 (S. 379) とあまり異ならない。この点は、岡本・前掲論文 95 頁以下；佐伯和也「『抽象的危険犯』における可罰性の制限について (一)」(関西大学) 法学論集 46 卷 1 号 128 頁以下；振津隆行『抽象的危険犯の研究』(成文堂、2007) 85 頁以下参照。

なお、佐伯千仞「刑法犯と警察犯」『刑法における違法性の理論』(有斐閣、1974) 298 頁以下では、警察犯の特徴は、個々としては軽微であるが多数繰返されることによって重大な実害を生むことにあり、犯罪の公的侵害性に鑑みれば、個人的利益と行政利益の違いのみを強調することの誤りが説かれている。至極、正当と思われる。

案においては危険でないかもしれない警察犯は、グループとして把握されることによって、個々の犯行要素（法益の危殆化）が止揚されているのである。単純禁止の規範は、まず、法益の世界に生じ得る有害な事態の観察、次にそれへの対処から定立されている。

規範による社会統制というビンディングの視点は、有益かつ法的に必要な活動を、許可留保付きで、単純禁止の下に置く場合にも顕著である。救急車の速度違反のように、法的な必要が認められる行為については、法律が、許可、免許、承認などの留保を設けることによって、一律的な禁止もかなり寛容できるとされる。こうした許可事由に拠ることなくコントロールに服そうとしない者には、何か後ろ暗い目的をもって行動しているのではないかという推測が働き、また、許容の範囲もある程度は把握できるという。

4. 最後に、ビンディングの純粹不服従に対する批判的検討を要約する。それは、一方で、警察犯を、そこに潜在するリスクの擬制によって禁止するのは不正義であると主張しながら、単純禁止という規範への違反を理由に行爲者の抗弁を封殺する点にある。単純禁止が向けられる範囲、その規範の根拠についての分析にもかかわらず、規範の一般的遵守を強調する余り、可罰性の個別判断は顧慮されていない。先述の3つの政策的理由から、規範の具体的妥当性を捨象した形式的不法のみを根拠に、危なっかしい活動の処罰が肯定される⁽⁶³⁾。確かに、形式的不法は法的確実性を保証するが、それは、自由を一律に制限することによる⁽⁶⁴⁾。今日、形式的不法と実質的不法が矛盾するものでないことは既に明らかにされている。それ故、法秩序と自由の保障を両立させるためには、まず、グループとしての警察犯が実定法上はいかなる方法で禁止されるべきかが検討されるべきであった⁽⁶⁵⁾。そして、有害な活動に対する立法時の法的評価と、個別行為が有する侵害作用の僅少さに対する法適用時の評価とのズレをどのように埋めるべきかが考察されねばならなかったはずである。これに対するビンディングの回答は、規範違反と違法評価

をとり違えたものであった。すなわち、不可罰の侵害禁止違反（契約違反）は、可罰的な不服従よりも重大な犯行であるという。そして、意図的な債務不履行は、飼い犬を口輪なしに単独で散歩させる者よりも、はるかに深刻な不法を犯すことも疑いないというのである⁽⁶⁶⁾。ここでは、可罰的な不法の効果である刑罰は、損害賠償をもたらす民事不法よりも重大な不法結果を意味しないと明白に述べられている。他方で、ビンディングは、禁止規範と可罰性の範囲は必ずしも一致しないことを明らかにしている。規範目的と構成要件の射程に鑑みた適切な結論にもかかわらず、結局、それは、規範違反が、実定法上は、構成要件上記述された客観的行為状況や処罰条件に拘束されることを認める以外に、重要な帰結をもたらしていない⁽⁶⁷⁾。

禁止規範が、法益の保護された世界を有害な事態から保護するために予め一般的に定立されたものであるならば、そうした一般的禁止と個別事案における制裁との整合性を図ることは必要不可欠であったように思われる。これを欠くとき、立法者の立場からどのように有害活動を規制するか、という視

(63) そうした形式的違法性による処罰の肯定は、抽象的危険犯における危険の擬制または推定の問題点と同じである（岡本・前掲論文 103、108 頁；山口厚・前掲書 200 頁；佐伯和也・前掲論文 130 頁参照）。例えば、Horst Schröder, ZStW 81(1969), S.15f. は、交通犯罪のような大量行為については、危険の擬制を認める。それに対して、個別具体的事案における抽象的危険犯の制限解釈を、記述されていない構成要件要素の反証に求める諸説に対する批判的検討については、岡本・前掲論文 106 頁以下；山口厚・前掲書 228 頁以下；松生建「抽象的危険犯における危険」大國仁先生退官記念論集『海上犯罪の理論と実務』（中央法規出版、1993）64 頁以下；北野通世「法益論の現代的課題（一）」山形大学法政論叢 35 号 21 頁以下参照。

(64) この点については、Nagler, FS-Binding, S.343ff.と M.E.Mayer, LB, S.181 における論争、および Heinitz, a.a.O., S.108ff.参照。

(65) 佐伯千仞「公安条例と抽象的危険犯 5」法時 49 卷 10 号 85 頁、88 頁以下の指摘が重要である。

(66) Vgl., Binding, S.410 u. 298ff.

(67) Vgl., Binding, S.225ff., 426ff. u. 51ff.

点のみが際立つ結果となるのである⁽⁶⁸⁾。

II. 若干の考察

1. 以上の内容を要するに、形式犯の概念は、良くも悪くも立法技術の所産であることが判る。それは、個々人の自由に委ねることから生じ得る社会的弊害を防止する国家的、社会的な制度・秩序に由来する。責任原則の例外としての外形犯は、公共の福祉や租税制度の保障を確実なものとするために、警察刑法および租税法の違反については責任要件を不問とするものであった。これによって、行政法規の増加に伴う法適用の困難さに対処する狙いがあったのである。警察犯を刑法犯から区別する試みは、そうした刑法総則からの特別な扱いを認めるという意義を有していたといえる。そして、法益概念が展開された後は、社会的・国家的法益に対する一般的な危険性を有する身体的動静、および公的秩序に対する違反が広く取締りの対象とされるに至った⁽⁶⁹⁾。それは、有害な事態の早期的予防という理由に尽きるのではなく、むしろ、必然的な一面を有する⁽⁷⁰⁾。例えば、賭博は、警察犯の典型例の一つであったが、本人またはその家族の財産保護というパターンナリスティックな観点を除けば、その禁止規範は、健全な勤労意欲の低下、関連（組織）犯罪の誘発、または賭博依存症の蔓延という事態の予防を目的とするものであろう⁽⁷¹⁾。そうした弊害は、個人の行為のみと結びつくものではなく、その種の

(68) Amelung, a.a.O., S.77ff.によれば、ベンディングの視点に対する批判は、自由保障に対する社会主義的制約ではなく、保護法益が無制約であることに求められる。

(69) 岡本・前掲論文 42 頁以下参照。

(70) Vgl., Mattes, Bd.1, S.330

(71) 下村康正「賭博及び富籤に関する罪」『刑事法講座 7 卷』（有斐閣、1953）1545 頁以下；小谷文夫「ギャンブルと刑法」『現代刑罰法大系 4 卷』（日本評論社、1982）237 頁以下；Christian Laustetter, Grenzen des Glücksspielstrafrechts, 2011, S.25ff.；Hoyer, SK-StGB, 135.Lfg. 2012, § 284 Rn.1ff.参照。

活動が横行することによって弊害との結びつきが経験的に実証され得るものと思われる。しかし、そうした超個人的法益の危殆化と個人の特定行為との因果関係を立証することは至難である⁽⁷²⁾。まず、勤労意欲の低下や賭博依存症の蔓延という事態（結果としての危険）を確定することが困難である上、個々人の寄与度は小さいために、当該行為を取り除いた結果が検証できないからである。さらには、危殆化を俟って禁止することは遅きに過ぎる。そもそもそうした事態に陥らないように秩序を保つためには、結果としての危殆化を構成要件要素とすることなく、一般的な危険性のある活動の禁止が要請される。その帰結として、抽象的な危険性ないしリスクのみを内容とする犯罪構成要件が定立されるのである⁽⁷³⁾。立法形式上、抽象的危険犯と形式犯は同じ範疇に属する。形式犯も法益保護に資するという立法動機から生じるものであり、「法によって禁止されている」ことのみを正当化根拠とするわけではない⁽⁷⁴⁾。それは、刑罰の対象ではない秩序違反行為であっても変わることがない。たとえ行政法規に対する不服従であっても、その具体的妥当性と無関係に禁止されるわけではないのである⁽⁷⁵⁾。

そこで、問われるべきは、次の2点である。形式犯が、公的利益の間接的

(72) 金尚均『危険社会と刑法』（成文堂、2001）97頁以下、223頁以下；謝焯偉『抽象的危険犯論の新展開』（弘文堂、2012）107頁以下、125頁以下；また、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975）88頁以下も参照。

(73) もちろん、抽象的危険犯または形式犯の規範定立は、処罰が必要かつ相当であることを前提とする上、そうした法命題の正当化は、個々具体的な法適用の正当化とは区別される（北野・前掲論文25頁参照）。なお、ここでの危険概念については、松生建「具体的危険犯における『危険』の意義（1）」九大法学48号7頁以下；同・前掲論文80頁以下参照。

(74) 莊子邦雄『刑法総論』第三版（青林書院、1996）116頁；内田文昭『改訂刑法1総論』（青林書院、1986）106頁以下；山口厚・前掲書237頁参照。また、上述のように概念の混乱もあり、今日、ドイツにおいて実質犯と形式犯という対概念は用いられていない。

(75) BVerfGE Bd.87 S.399

な保護、または社会秩序の保障に資するものであるにせよ、その制裁として刑罰を科しても良いのかという疑問が 1 つ目である。とりわけ、そのリスクが、大量行為や累積を通じて初めて顕在化するものであると⁽⁷⁶⁾、あるいは行政目的の円滑な達成をいくらか阻害するに過ぎないと解される場合にこれが問われる。形式犯への刑罰賦課が肯定される場合には、2 点目として、抽象的危険犯と同様、有害結果への一般的な危険性を理由として立法時に付与された形式的違法のみを根拠に処罰されて良いかが問われる。つまり、個別具体的な事案における法適用の正当性が問われる⁽⁷⁷⁾。

2. 1 点目につき、個別事案では危険性が認められない可能性のある犯罪、すなわち、危殆化ではなく、抽象的危険性ないしリスクを根拠として禁止される行為は、行為責任の原則を貫徹するためにも、非犯罪化されるべきであるとの主張がなされる⁽⁷⁸⁾。確かに、他の制裁による規制のほうが適当な場合には、立法的解決を望むべきであろう⁽⁷⁹⁾。しかし、すべての形式犯が何ら無害なものではない以上、そこには、いかなる制裁が必要かつ適当なものといえるか判断に困難が伴う⁽⁸⁰⁾。それは、警察犯ないし行政犯を刑法犯から区別

(76) この点についての諸見解については、謝・前掲書 66 頁以下；嘉門優「法益論の現代的意義（2・完）」大阪市立大学法学雑誌 51 卷 1 号 114 頁以下参照。

(77) 岡本・前掲論文 103、108 頁；山口厚・前掲書 232 頁；松生・前掲「抽象的危険犯における危険」82 頁；北野・前掲論文 25 頁；振津・前掲書 150 頁参照。

(78) Vgl., Frank Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S.383ff. ; Hans Joachim Hirsch, (Hrsg. v. Hans Lilie), Strafrechtliche Probleme Bd.2, 2009, S.11ff. u. 549ff. 【ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ（振津隆行訳）「危険犯の体系性と限界」金沢法学 51 卷 1 号 185 頁以下参照。】

(79) この点の研究については、佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009）7 頁以下；今村暢好「軽微な犯罪と行政秩序違反」愛媛法学会雑誌 39 卷 3・4 号 201 頁以下参照。

(80) Vgl., Joachim Vogel, StV 1996, S.112f. ここでは、例えば、逋脱犯、無免許運転、薬物の所持などの当罰性（刑罰による法益保護）が肯定された連邦憲法裁判例が、検討されている。

する永年の試みにも現れている⁽⁸¹⁾。警察不法との関連のみを略述すれば以下のとおりである。

当初、その試みは、啓蒙期の自然法思想に由来する不法概念を出発点としていた⁽⁸²⁾。ここで、不法とは、法の否定、法的状態の不存在として思弁的に理解されていた⁽⁸³⁾。歴史的には、「法に反して為された事実（quod non iure factum est, hoc est contra ius）⁽⁸⁴⁾」に由来する「不法という事態」の一体的な把握は、2つの意味をもつ。ひとつは、主観的法と客観的法の一体性である。これらは、特にイエーリングによる区別以降、不法と責任の分離、または責任なき不法という命題の下で論じられてきたところである⁽⁸⁵⁾。もうひとつは、法秩序における不法の統一的把握である。ここでは、構成事実（要件事実）

(81) この学説史については、福田平『行政刑法（新版）』（有斐閣、1978）1頁以下；神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（一）（二）（三）」刑法雑誌24巻2号1頁；26巻2号94頁；27巻1号21頁以下；Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.2 1982, S.1ff.；Bohnert, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über OWiG, 2006, S.16ff.(Einl.)参照。

(82) Vgl., Nagler, FS-Binding, S.346ff.；Mattes, Bd.1, S.5ff.；Ernst Amadeus Wolff, (Hrsg. v. Winfried Hassemer), Strafrechtspolitik, 1987, S.141ff.

(83) Vgl., Nagler, FG-Frank, S.339；Georg Jellinek, Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878(1967), S.56【イエリネク（大森英太郎訳）『法・不法及刑罰の社会倫理的意義』（岩波文庫、1936）】また、大森英太郎「不法と違法」『刑法哲學研究』（関西学院大学法政学会、1954）192頁以下；佐伯千仞・前掲書所収「主観的違法と客観的違法」55頁以下も参照。

(84) Vgl., Jellinek, ebenda；D. 9, 2, 5, 1

(85) Vgl., Rudolph Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, S.5f.

この文脈において、「不法と責任との区別を目して、ヴェルツェルが1966年に、『この2、3世代における、解釈学上の最も重要な進歩』と評した」（Fritz Loos, FS-Maiwald, 2010, S.469）ことはよく引き合いに出される。正確には、「構成要件該当性、違法性、責任」の区別のことであるが（Hans Welzel, JuS 1966, S.421）、不法がどのように捉えられているかが少し窺える。なお、当該論文の原稿については、ハンス・ヴェルツェル（大野平吉訳）「最近百年のドイツ刑法学と目的的行為論」法セミ138号2頁以下参照。

と法的効果との対応関係が問われる。構成要件論の台頭によって、構成事実が、一般的な犯罪成立要件の第一位または第二位に整序されるまでは、法秩序からの総体評価を意味する違法性から、不法が意識的に区別される契機は生じ得なかった。不法と違法性は、単なる類語と解されたに過ぎない⁽⁸⁶⁾。それ故、法的効果の分化によって刑事不法、民事不法の区別が論じ始められた後も、メルケルやビンディングらの可罰的不法は、主観的法の一面に依存していたのである⁽⁸⁷⁾。しかしながら、一般法から不法という事態を考察する限り、犯罪論上の不法は特色をもたない。違法評価から区別される不法は、法的効果との質・量的関連に注視することによって意義を獲得する⁽⁸⁸⁾。そのことは、不法の今日的定義にも表れている。刑罰という効果を顧慮することなく、不法とは「構成要件に該当する違法な行為そのもの」であると云うとき⁽⁸⁹⁾、行為の存在論的構造を重視しない立場からは⁽⁹⁰⁾、それは重要な意味をもたないはずである。この定義は、法的効果の内容と結びつけて理解されるときに初めて有意義なものとなる。すなわち、不法は、「一般的見地から評価した

(86) Vgl., Mezger, LB, S.163

(87) Vgl., 前註 61 のほか、Bar, Geschichte, S.345 ; Ernst-Joachim Lampe, Das personale Unrecht, 1967, S.28 も参照。また、ヘーゲル以降の民事不法と刑事不法の区別と一体性の経緯については、Hippel, Bd.1 S.25ff, Bd.2 S.87 ; Lampe, a.a.O., S.13ff. ; Heinitz, a.a.O., S.4ff. ; Alexander Löffler, ZStW 21(1901), S.548ff. を参照。さらに、ヘーゲルの刑罰論のうち、特に警察犯 (行政犯) については、松生建「ヘーゲルの市民社会論における犯罪と刑罰 (二・完)」海上保安大学校研究報告 44 卷 2 号 45 頁以下を参照。

(88) Hirsch, LK, 11.Aufl. 1994, vor § 32 Rn.11 u. 10 ; Kristian Hohn, JuS 2008, S.494f. ; Günther, SK-StGB, 28.Lfg. 1998, vor § 32 Rn.16ff. aber auch Rn.30ff. ; 佐伯千仞 (まえがき) ・浅田和茂 (訳) 「H - L ・ギュンター『可罰的不法の理論—西欧刑法の日本化の例?—』」犯罪と刑罰 6 号 152 頁も参照。

また、夙に刑法の補充性から刑事不法を強調したものに、Hippel, Bd.1, S.31f.がある。さらに、Jescheck=Weigend, LB, 5.Aufl. 1996, S.50 ; Harro Otto, ZStW 87(1975), S.539 および次註の文献も参照。

(89) Vgl., Hans Welzel, LB 11.Aufl. 1969, S.52, 62 ; Jescheck=Weigend, LB, S.233 ; Claus Roxin, LB AT Bd.1, 4.Aufl. 2006, S.601

ときに法的効果（刑罰）を確定する法的否認という事実（行為）」を意味するのである。

いみじくもビンディングが認めたように、警察犯は、個人的法益との関係においては、法益侵害の未遂や予備、幫助、過失に因る法益侵害を、社会的・国家的法益との関係では抽象的危険犯を対象とすることが多く、その本質は、侵害犯と危殆化犯によっては捕捉されない法益侵害に認められる。それならば、刑事不法に対する警察不法の補充性は、法的効果を注視しない観念的見解によっては解決されないのである⁽⁹¹⁾。もし、純理論的な区別を一貫しようとするれば、侵害または危殆化を構成要件要素とする犯罪とそうでない犯罪に分けるか、個人的権利に対する罪とその他の罪に分ける以外に途はなくなり、現実的には挫折せざるを得ないのである⁽⁹²⁾。

3. したがって、警察犯から展開されてきた行政犯ないし秩序違反の不法評価は、少なからず、その効果に応じた相対的な区別に帰着せざるを得ないように思われる。そこで、まず、形式犯に対する制裁が必要とされ得る場合には、次の2つがあると考えられる。すなわち、補助的生活利益の保障を通じて基本的法益の存立を間接的に保護する場合、および、派生的生活秩序の維

(90) そうした立場に対する批判として、Hans Joachim Hirsch, FS-600-Jahr-Feier Köln, 1988, S.401f. 【ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ（福田平＝井田良共訳）「ヴェルツェル以降の西ドイツ刑法学（上）」ジュリスト 934号 119頁】；ders, ZStW 116(2004), S.9f. 参照。

(91) もっとも、ビンディングは、警察犯に対して、刑罰と区別されるべき警察罰を想定している場面もあるため、法的効果を度外視していたわけではない。ただ、その内容は、不法ではなく、純粹不服従という点のみに反映されている。そのため、不法の内容が、実質的に刑罰に値するのかどうかの吟味に欠けるのである。前註 50 および Roterling, ArchKrimAnthr, S.129 参照。

(92) Vgl., Wachenfeld, LB, S.75 ; Hippel, Bd.2, S.103f. ; Binding, Bd.2, S.1201f. ; Kurt Seelmann, (Hrsg. v. Hefendehl=v. Hirsch=Wohlers), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S.266 ; auch RGSt Bd.49 S.116(118)

持・円滑化によって社会的利益の促進を図る場合である⁽⁹³⁾。例えば、無免許運転、税法上の不申告、銃砲刀剣類の不法所持、医薬品の無許可販売などが前者に属し、後者は、免許証の不携帯・不提示、公職選挙法上の個別訪問、変死者密葬のほか、各種の届出・報告義務違反、帳簿備付・記載義務違反、措置・改善命令への違反などである。もっとも、道交法上の速度超過などがその程度によって前者にも後者にも属し得るように、一律に区別可能なわけではない。しかし、主として、前者が特に抽象的危険犯による法益保護を補充する要保護性の高い利益を対象とするのに対して、後者は、更に社会生活上の利益の拡充を図るための秩序や制度を補強するものといえる⁽⁹⁴⁾。したがって、後者は、前者よりも当罰性が低く、画一的で公平な取締りのためにも、刑罰以外の制裁によって規制されるべき性質が強いといえる⁽⁹⁵⁾。けれども、後者の義務違反についても、それがあまりに反復累行する場合には、峻厳な

(93) 福田・前掲書 37 頁；内田文昭「特別刑法の体系」『注釈特別刑法 第 1 巻』（立花書房、1985）40 頁以下参照。

(94) なお、社会制度や秩序そのものを保護客体とするとき、規範は自らを正当化できないのではないかという疑問がないわけではないが（Vgl., Hans Welzel, ZStW 58(1939), S.511 Fn.30 ; Amelung, a.a.O., S.167 u. 173 ; Young-Whan Kim, ZStW 124(2012), S.607）、ここで保護（攻撃）の客体とされる社会制度や秩序上の利益は、法の目的そのものではない。たとえば、蒸気機関車が「危なっかしい乗り物」であった時代から、ひとが、運行規則、操縦技術、機関車の安全設計、走行環境への配慮を試行錯誤しながら発展してきたことによって、今日、電車には安心して乗ることができるのである。こうした技術の向上によって、その秩序に即していれば危険の実現が回避され得るという信頼が高まる。そうして「社会生活上、技術規範の生成から獲得された秩序に対する法的信頼」のことを社会的に相当ということができるのである（Vgl., Welzel, LB, S.56 ; なお、拙稿「社会的相当性の理論的意義に関する一考察—社会的相当性の判断方法についての試論—」北九州市立大学大学院紀要 25 号 179 頁以下も参照）。その倫理的な色彩は、倫理規範に対する法的信頼を重視する社会の一面に過ぎない。

(95) 実際、交通犯罪の多くは、交通反則金制度によって、その納付後は公訴提起が許されなくなるのであるから（道交法 128 条 2 項、刑訴法 338 条 4 号）、事実上、非犯罪化されているといえなくもない。

措置を必要とすることも考えられるため、刑罰の賦課が常に不適當であるとまでは言い切れないように思われる。そして、前者は、保護客体が派生的な利益または普遍的法益であるため、要保護性は高いものの、個別具体的な事案における危険判断に、すなわち抽象的危険犯になじみにくい類型である。この種の活動が横行することによって高まるリスクを制御することが、形式犯の存在理由ともいえる。それ故、その法的効果として、社会の状況に応じた、より適当な制裁が見出されるまでは、形式犯の当罰性を全面的に否定することはできないのである。

4. そこで、形式犯についても、抽象的危険犯と同様、一般的な有害性を理由として立法時に付与された形式的不法のみを根拠に処罰されて良いかが問われる。つまり、個別具体的な事案における法適用の正当化が問われる次第である。

この点については、形式犯の存在根拠が、公益の間接的保護、または交通秩序のような社会秩序の画一的保障にあることを理由に消極に解する見解もある。例えば、道交法上のスピード違反などの大量行為、運転免許証不携帯罪、公害関係行政取締法における各種の届出義務違反などについては、限定解釈を行わずに画一的に処罰することに合理的な根拠があるとされるのが、これである⁽⁹⁶⁾。

しかしながら、形式犯とは、抽象的危険犯とは異なり、個別事案における危険の発生を全く考慮することなしに一律に処罰することが許される場合であるという前提は、否定されるべきように思われる。取締り目的の一般的正当性から、単純不服従の例外なき処罰を根拠づけることには疑問がある。例えば、交通安全のために為される警察官の命令に対する違反⁽⁹⁷⁾、後述する、

(96) 萩原滋『実体的デュー・プロセス理論の研究』（成文堂、1991）153頁以下；選挙犯罪については、鎌倉節『「形式犯」雑感』警察学論集21巻5号33頁以下も参照。

選挙期間中の個別訪問、猥褻表現物の輸入などにおいても、その目的の識別が難しいことを理由として、不服従という態度の疑わしさに刑罰が科されてはならない。たとえ、公益や社会秩序を維持するという正当な目的を達成するための規制であっても、個々の不服従が制裁とりわけ処罰に値するものであるかどうかは、検討される余地を残すべきである。立法時の禁止命令規範が一般的な性格を有する以上、その規範が具体事例においても妥当なものであるのか確認が必要である⁽⁹⁸⁾。ただ、形式犯にあっては、法規範の抽象的内容そのものが憲法に反するものでない限り、その有害作用について事実上の推定が強いことは確かである。抽象的危険犯の具体事例においても、「特段の事情のために、法文上規定された行為が行われたとしても、処罰根拠をなす抽象的危険は発生していないと考えることができる」事情は例外的であるが⁽⁹⁹⁾、形式犯の場合は一層そうかもしれない。つまり、保護されるべき補助的生活利益や派生的生活秩序に対する有害性がその違反から生じていないとはいえないだろうという推定の働く余地が大きいのである⁽¹⁰⁰⁾。

けれども、個別具体的な事案における法適用が吟味される際には、やはり、形式犯の実質的違法性は、その形式的不法からは断じて区別されなければならない。立法時に付与された違法評価は、大量観察に基づく類型的把握に依存するからである。

立法時において当罰的であると判断される対象は、ある活動の類型的な危険性または有害性である。その程度は、その種の活動の反復累行性、他の犯罪や有害な事態を助長する虞、派生的生活秩序に対する規範的影響力にも関連し得る。それ故、有害な活動が社会に与えている弊害の規模に応じて規範

(97) 安廣文夫「警察官の命令等に対する不服従に関する諸問題」判タ 284 号 284 頁以下参照。

(98) 前註 75 参照。

(99) 山口厚・前掲書 234 頁、237 頁、244 頁参照。

(100) 山口厚・前掲書 237 頁、244 頁参照。

的統制への要請は高まるであろう。しかし、それは、あくまでも弊害と結びつくその種の活動に対する評価であり、比喩的には、同時傷害の特例⁽¹⁰¹⁾のごとき、「観念的な一体的把握」に基づく評価である。立法時に、大衆の活動を通じて一体的に把握された危険性に基づく当罰的评价は、裁判時においては個々人の寄与に応じて実質的に評価されなければならない⁽¹⁰²⁾。行為責任は、形式的不法ではなく、実質的違法性に応じて判断されるべきだからである⁽¹⁰³⁾。したがって、例えば、もっぱら個人的鑑賞のための単なる所持を目的として数個の猥褻表現物を輸入した行為を無罪とした判断は至当なものであった⁽¹⁰⁴⁾。真に可罰的とされるべきは、「個人の領域を越えて社会との間に接点を生じ、健全な精神的な社会環境秩序に対する侵害となる場合のみ」であって、不服従という疑わしい態度の目的を識別し難いが故に一律的禁止が望まれる場合ではないからである。それ故、正当にも、選挙情勢を尋ねるために自己の選挙運動者のもとへ行く途上で見かけた選挙人に挨拶をした後「よろしく頼みま

(101) この特則について、齊藤誠二『刑法講義各論 I』新訂版（多賀出版、1979）277 頁以下、特に 290 頁；ドイツの喧嘩関与罪については、山口厚・前掲書 232 頁も参照。

(102) それ故、ドイツ連邦憲法裁判所が、自己使用目的で少量のカンナビス製品を所持する行為をも包括的に処罰する規定を、比例原則に照らして合憲であると判断した 1994 年 3 月 9 日第二部決定において示された補足意見は未だ十分なものではなかった。すなわち、同意見によれば、超個人的法益が大量違反行為を通じて危殆化されるときには、各人の僅かずつの関与が、法益侵害作用に対する「各自」の寄与を意味するので責任原則には反しないと判断される（BVerfGE Bd.90 S.145(204, 212)）。しかし、それは未だ立法段階で推定された責任であって、裁判時には、大量違反行為を通じて一体的に把握される活動と被告人の寄与との関係が明らかにされねばならないであろう。なお、当該決定については、Vogel, a.a.O., S.113f.; 白川靖浩「ドイツ薬物事情—ある連邦憲法裁判所決定の紹介」(上)～(下) 警察学論集 47 卷 12 号 125 頁；48 卷 1 号 115 頁；48 卷 2 号 124 頁；48 卷 3 号 178 頁も参照。

(103) Vgl., Arthur Kaufmann, JZ 1963, S.426

(104) 東京高裁平成 4 年 7 月 13 日（刑集 49 卷 4 号 692 頁）の無罪判決は、最高裁平成 7 年 4 月 13 日判決（刑集 49 卷 4 号 619 頁）によって破棄された。

す」旨の儀礼的な言辞があったとしても個別訪問罪は成立しないとした裁判例の態度は⁽¹⁰⁵⁾、今後も維持されることが望まれる。

たとえ、それが希有な特段の事情であるにせよ、立法時に、形式的不法が付与されたところの「観念的な一体的評価」を解消する事情が判明した場合には、実質的な可罰的違法性の不存在を理由に無罪とされるべきと思われるのである⁽¹⁰⁶⁾。

あとがき

形式犯の概念は、法律に反する客観的事実に例外なき刑罰を科すことによって、刑法による過度な干渉を認めてしまった。その反面、法益を確実に保障し得る社会制度を保護するため、社会的弊害が生じる前に有害な活動から社会的秩序を維持するための重要な手段であると考えられていたことも確かである。しかし、これを杓子定規に適用すれば、理の高じたるは非の一倍となり⁽¹⁰⁷⁾、結局は、個人の自由に対する制約の総和が、予防されるべき弊害よりも大きくなるおそれがある。不特定多数の者に向けて、または彼らを通じて行われる同時的かつ大量的な活動が社会的弊害と結びついて看取されるとき、確かに、実害の把握という観点からは個別的判断が困難と思われる。しかし、その代わりに、一定の義務ないし禁止命令への一律的な遵守のみを要求することによって達成される社会秩序もまた、形式的なものとなりはしないであろうか。

(105) 高松高判昭和 31 年 9 月 10 日・高刑特 3 卷 17 号 855 頁

(106) 岡本勝「特別刑法犯と可罰的違法性」『注釈特別刑法 第 1 卷』306 頁以下；なお、板倉宏「当罰性（実質的可罰性）と要罰性」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』（有斐閣、1990）95 頁以下も参照。

(107) 龍岡資久「刑法からみた <De minimis non curat praetor>（「法官は些事を取り上げず」の原則）佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰（上）』（有斐閣、1968）108 頁参照。

刑事立法が活性化し、柔軟かつ公正な刑事制裁への期待が高まる今日、立法段階における当罰性の判断と、裁判時における可罰性の判断を適合させる試みが必要と思われる。その予備的考察を試みるため、本稿では、形式犯の歴史を少し顧みたものである。当罰的な刑事不法の内実、抽象的危険犯と形式犯の限界、行為規範と制裁規範の関係などの論点については、課題として残されたままである。とりわけ、形式犯の性格が問われ易い領域における個別的な検討が重要である。裁判例の具体的検討と併せて、今後、考察していくつもりである。

〔付記〕本稿は、筆者がヨアヒム・フォーゲル教授（Herr Professor Dr. Joachim Vogel）のもとに留学中に着想を得たものである。私事ではあるが、ここに謹んで深謝の念を記すとともに、痛ましい事故で急逝されたヨアヒム・フォーゲル教授のご冥福を心からお祈りする次第である。