

刑法における類推禁止の原則(下)

著者	川口 浩一
雑誌名	関西大学法学論集
巻	57
号	6
ページ	1038-1056
発行年	2008-03-15
その他のタイトル	Das Analogieverbot im Strafrecht (2)
URL	http://hdl.handle.net/10112/12231

刑法における類推禁止の原則 (下)

川 口 浩 一

四 解釈方法論との関係

以上で分析したように、この二つの事例について判例・学説においては様々な議論が展開され、解釈方法論との関係でも様々な論拠が示されている。本節ではこの解釈方法論との対応関係を、ドイツにおける最近の議論も参照しながら分析・検討することにする。

(一) 解釈方法論の意義

周知のように解釈方法論に関する議論は、歴史学派の主唱者として知られる F. C. von Savigny に由来するものである。Savigny は、一八四〇年に解釈の四つの「要素」として ① 文法的 (grammatisch) 、② 論理的 (logisch) 、③ 歴史的 (historisch) 、④ 体系的 (systematisch) 解釈要素を提示した⁽¹⁾。そして Savigny はこの四つの解釈要素は状況により、使い分けられたり、その間に優先関係があることを認め、さらにこれらの解釈要素は、解釈の対象とな

る法テキストが「健全な状態」(gesunder Zustand)にある場合、すなわち規制の対象・目的がはっきりしている場合にのみ解釈の補助手段として適合したものとなるとしていたことも忘れてはならない。そこから Rührens は、現在では ① 文言 (Wortlaut)、② 体系 (Systematik)、③ 制定史 (Entstehungsgeschichte) 及び ④ 目的 (Zweck) による解釈に分類するのが一般的になっているとする。例えば Engisch は、① 文法的解釈方法、② 論理的・体系的解釈方法、③ 歴史的連関、とくに制定史による解釈方法及び ④ 目的論的解釈方法の四種類に分類している。⁽²⁾ Engisch は、ドイツ刑法二五九条の贓物罪 (Hehlerei) における「違法行為によって (durch/mittels) 得られた物」⁽³⁾ の解釈に関するこれらの解釈方法の適用を例示している。この違法行為によって得られた物について、窃盗犯から直接盗んできた宝石がそれにあたることは問題ないが、窃盗犯が窃取した金銭で買った宝石⁽⁴⁾についてはどうか。これに関してドイツ帝国裁判所の古い判決 (RGSt 2, 443, 444) は、「二五九条の明らかな文言によれば」それは「直接」犯罪によって取得された物であるとされ後者の事例のよう場合は含まれないとした。これに対して Belling は、この事前行為 (Vortat) 「によつて (mittels)」とは、その取得と事前行為の間に因果関係がある物も含まれると解釈した。⁽⁵⁾ Engisch は、これはどちらも「文法的解釈」によつたものであるとしている。しかしこの二五九条は、歴史的に見て共犯の一種としての「事後促進罪」(auxilium post delictum) から発展してきたものであるが、現行法では独立の犯罪類型として位置づけられている。この⁽⁶⁾は、その体系的地位 (systematische Stellung) が問題となつていとされる。⁽⁶⁾これに関して Mezger は、Maurach の⁽⁷⁾ように元々は事後従犯的な性質を持つていたことを重視したり、あるいは一八七〇年の帝国刑法典の二五九条の元になったプロイセン刑法典二三七条においては「盗まれ、横領され、又は他の重罪或いは軽罪によつて取得された」物とされており、より帝国裁判所の限定的解釈に適合的なものであつ

たことを理由に代替贓物の可罰性を否定する見解を批判し、むしろ文言が変更されたことからみても肯定説の方が妥当だとしている⁽⁸⁾。このように問題は、同じ解釈方法をしばしば対立する学説の双方が用いる場合があることである。上の例においてもプロイセン刑法にはなかったが、一八七〇年刑法典で明示的に規定された「自己の利益のために (seines Vorteils wegen)」という文言から贓物に代替物を含めるべきだという解釈も可能で、ここでは「文言」およびその「体系的な地位」だけでなく、その「成立史」も一義的な解決に導かないと *Engisch* はいう。そしてそのような場合には「目的論的」解釈の優位性が認められるのである。そこから二五九条について主張されている各学説についても、なぜそれが処罰されているのかという処罰根拠や、法と道德の関係なども考慮した目的論的な考察が必要になるとするのである。⁽⁹⁾ 本稿でもこれらの新しい分類方法に従い、①文言解釈、②体系的解釈、③歴史的解釈および④目的論的解釈という名称を以下では用いることにする。⁽¹⁰⁾ そしてこの③に関しては、いわゆる主観的解釈と客観的解釈の対立があることが知られており、客観的解釈が有力であるが、⁽¹¹⁾ 最近では主観的解釈を再び支持する学説や、それを修正した主観的解釈の語用論的ヴァージョン⁽¹²⁾なども主張されている。

(二) ガソリンカー事件と解釈方法論

前述のように大審院の判例は類推の論理⁽¹³⁾を用いているが、その理由づけには目的論的解釈方法が用いられている。これに対してこれは拡張解釈であると主張する学説は、基本的に文言解釈方法(上述の①)を用いるものであるが、大塚教授のようにそれと目的論的解釈を結びつけるもの(①+④)と、西田教授のように立法趣旨をもその際考慮すべきとするもの(①+③)又は④)もある。齊藤誠二教授は、同じく文言解釈を基本として禁止された類推であるとし、

立法者意思によってそれを補強する見解（①＋③）を採り、松宮教授は結論としては必ずしも明確ではないが、おそらく文言だけでは可能としつつも立法者意思説により適用を否定される見解を採られているものと考えられる（③の優位）。さらに文言の基準についてもここで注目されることは、その判断基準が論者によって異なっていることである。例えば内藤教授が「言葉の客観的な意味の限界」を基準にされるのに対し、松宮教授は「その当該社会において通用している意味の限界」を基準にされている。これに対して齊藤誠二教授は、その言葉の辞書的意味を基準とされている（特に「汽」の語義について）。辞書的意味基準は、標準的な辞書などに採用されている語義を基準とするものであり、その限界は比較的明確¹⁴にはなるが、文脈が無視される虞があるように思える。これに対して「その当該社会において通用している意味の限界」という基準は、一定の社会的文脈を考慮するものではあるが、その限界は不明確になろう。

（三） 捕獲事件と解釈方法論

捕獲事件については、判例・裁判例の立場も変遷していることが注目される。特に福岡高裁昭和四二年判決（三①）が「捕獲」、「狩猟」及び「銃猟」という用語が用いられている箇所を分析し、「各禁止目的に従い一応合理的に使い分けして」いること（「目的論的解釈」と「体系的解釈」と捕獲の日常の意味（「文言解釈」）をあわせて考え、「捕獲」とは狩猟禁止「鳥獣を現実に捕捉するか、少なくとも同鳥獣を容易に捕捉しうる状態において、同鳥獣が右状態においた者の実質的支配内に帰属するに至った」ことをいうと解し、「目的論的解釈」を「文言解釈」が限界づけるべきだしたのに対し、同じ福岡高裁の昭和四八年判決（三③）は、とりわけ行政刑罰法規の解釈においては「必

ずしも中性的な辞書的用語例のみにとらわれることなく「合目的的に解釈すべきであるとして、明らかに「目的論的解釈」を優位におく方法論を採用している。これに対する学説の反応は、前述のように議論は文言解釈の限界に集中しており、体系的解釈に言及する論者は少ない。例外として肯定説の立場からであるが、体系的解釈に言及するものとして山中教授の見解がある。⁽¹⁵⁾ 山中教授は、① ここでは捕獲一般ではなく、特定の方法による捕獲が禁止されているので、危険な方法による捕獲のみを処罰していると解釈することができること、② 狩猟鳥獣の捕獲には「殺傷を含む」とされていたことから、目的論的解釈（法益保護）や立法趣旨からというよりも「むしろ他の規定との関連において『捕獲』という語義の範囲には捕獲行為も含むという解釈は十分可能⁽¹⁶⁾」だとされる。

④ ドイツにおける限界事例

ドイツにおいても類推禁止の限界問題については、具体的な事例との関係において議論がなされている。ドイツ刑法で問題となった事例からいくつかの例を挙げると、① 電気は他人の物にあたるか（否定⁽¹⁷⁾）、② 麻酔使用が「暴力（Gewalt）」にあたるか（肯定⁽¹⁸⁾）、③ 被害者に弾丸を装填したピストルを向けることが暴力にあたるか（肯定⁽¹⁹⁾）、④ ゼネストを企画する（inszenieren）ことが暴力にあたるか（肯定⁽²⁰⁾）、⑤ 路面電車の路線上で座り込みデモをすることが暴力にあたるか（肯定⁽²¹⁾）、⑥ 這って侵入すること（Einkriechen）が「忍び込む（Einstei-gen）」にあたるか（肯定⁽²²⁾）、⑦ 郵便為替（Postanweisung）、支払い票、小包票を届けないことが「手紙（Brief）の配達の差し止め（Unterdrückung）にあたるか（肯定⁽²³⁾）、⑧ 塩酸を被害者の顔にかけることが「武器（Waffe）」の使用にあたるか（肯定⁽²⁴⁾）、⑨ 熱いコーヒーが武器にあたるか（肯定⁽²⁵⁾）、⑩ 答責性のある者による自殺が「事故（Unglücksfall）」にあたるか

(否定)⁽²⁶⁾、肯定)⁽²⁶⁾a、⑪ 故意で惹き起こしたものが「交通事故」にあたるか (肯定)⁽²⁷⁾、⑫ 自らの行為なしに離れることは、「事故現場からの立ち去り (sich entfernen)」にあたるか (肯定)⁽²⁸⁾、⑬ 過失で立ち去ることが「免責的」にあたるか (肯定)⁽²⁹⁾、⑭ 成果のない売却への努力 (Bemühungen um Absatz) は「売却 (Absetzen)」にあたるか (肯定)⁽³⁰⁾、⑮ その場所に間もなくやって来ようとする者 (Hinzukommender) は、行為者に既に出会った (betroffen)⁽³¹⁾ といえるか、などの例が挙げられている。

五 区別基準

このような状況の中でドイツの学説も十分に説得的な区別基準を提供できていない。そもそもこの問題の困難性は、Jakobs が指摘する⁽³¹⁾ ように、「法律によって挙げられている犯罪メルクマールの範囲は、法律適用者がそれらをいかに理解するかによって決定される」が同時にそれは、「その適用者が当該規制目的について持っている先行想定 (Vorannehmen) に依存している」ことに由来している。すなわち「例えば解釈者が x という領域の規制を期待し、法律が y というメルクマールを挙げていれば、その解釈者は、…… y に対する表示は x に対する terminus technicus (法学的な技術用語) と理解する見解に至りうる。大抵の場合、その解釈者は当該法律が規制対象をあまりにも狭く限界づけているとか、誤った種類 (Spezies) を規定していることすら考えていることが問題となる。それゆえこの解釈者は、包括的で事態に即応した (sachgerecht) 規制 (x) を期待しているが、法律は……部分的又は全く適さない規制 (y) しかもたらさない。このような場合、解釈者はその部分的な規制を pars pro toto (全体の名称に代わる部分名称) と理解し、全く適さない規制を失敗したものと看做しながら、他の事例に対して模範となり

有効な規制の試みであると理解すれば、その解釈者は一般化禁止に反している。なぜならば、その解釈者は当該法律を拡大しているからである……。しかし、この解釈者がこのメルクマールの制限的な又は適さない表示 (y) を全体又は適するもの (x) に対する法学的 terminus technicus として理解するならば、……その法律は包括的又は適した規制自体にあたる。」³¹」の³²」を Jakobs は、有名な森林窃盗事件 (BGHSt. 10, 375) を例として、「引かせた荷車」(ein bespanntes Fuhrwerk) を動物に引かせた荷車と理解し、それを表示されていない一般的な概念 (例えば牽引された車両) に代理させるならば、それは許されない法律の拡張にあたるが、引かせた荷車が牽引された車両にとっての法学的 terminus technicus として解釈されうるならば、それは許容されることになるのである。従って問題は「いつ解釈者がある特別の法学的または刑法学的のみ用いられたり、ある一定の規範のみ妥当することすらありうる専門用語を主張することができるか?」ということである。この困難な問題は、従来「類推禁止」の問題と呼ばれ、様々な解決が試みられてきたが、どれも十分ではなかったと Jakobs はいう。まず名称として類推禁止という表現は不当である。なぜならば「類推なしに解釈はやっていけない」³²」からである。そこで Jakobs は、類推禁止に代えて「一般化禁止」(Generalisierungsverbot)³³ という名称を提案し、禁止されているのは類推そのものではなく、むしろ基準となるのは規制の一般化水準 (レベル) であるとする。しかし前述のこの水準を規定する困難性を克服するため、問題の解決のためのシステム形成の必要性が強調される。まず認識されなければならないのは、解釈の必然的な限界は存在せず、それはむしろ実践された解釈文化 (Interpretationskultur) に規定される³⁴」ということである。³⁴ すなわち解釈の恣意性を排除するためには、システムが形成されなければならないが、その際、解釈の結論がシステムに適合しなければならぬだけでなく、その理由づけもシステムを混乱させるものであってはならない。すなわちその理由

づけはシステムにとっての損害なしに一般化可能なものでなければならぬのである。⁽³⁵⁾ この解釈理由の一般化可能性は、もちろん類推的解釈問題についてのみ存在しなければならない。Jakobs が例として挙げているのはドイツ語の Arzt とか Amtsträger などの男性形で規定された職業表示に、Arztin とか Amtsträgerin などの女性の行為者 (Täterinnen) を適用することは、もしこの場合に性別によって適用に差を設けることは恣意的であるから、認められるが、性犯罪のように性別が一定の役割を果たす場合には別であるとする。このシステムへの拘束によって恣意を排除し、法律によって使用されているメルクマール表示に一般化可能な規則に従って意味を付与する努力の真摯性が解釈文化に他ならないのである。⁽³⁶⁾ 従ってこの解決においては、従来の (通常行なわれてきた) 用法が出発点となるが、それに拘束はされない。むしろ解釈されるべき規範は、新しい文脈においては古い犯罪メルクマールの表示に新しい意味を与えることができる。しかし解釈者は、彼によって主張されている従来とは異なる解釈の理由を一般化可能なように、すなわちシステムを破壊することなく対応した状況に対して反復可能でなければならないという事に拘束される。この拘束によって実際上は、あるメルクマール表示の解釈者がこれまでの理解を完全に超えた意味を与えたり、或いは全く逆の意味を与えたりすることは排斥される。例えば、「逃亡」(Flucht) という表示に「自ら名乗り出ないこと (Sich-nicht-Melden)」を含めることはできない。⁽³⁷⁾ さらにこれまで特殊な意味に用いられてきた表示に一般的な意味を持った表示の内容を与えることも排斥される。どちらの事例においても恣意性が生じるからである。一般規則としての恣意性はシステムを破壊する。確かに解釈者はその解釈によってある規制の内容を創設するが、その際、解釈者が使用する規則と、解釈者が自ら奪う自由はすべての規制の解釈へ反作用をもたらすということに拘束される。システムは継続性を持たなければならないのである。⁽³⁸⁾ 以上より、結論として Jakobs は、① 概念展開の継続性、②

適用しなかった場合に生じる評価の恣意性、③ 同ランクの規制必要性及び④ 問題処理への適合性という基準を提案している。この基準を森林窃盗事例に適用すると次のようになる。

① 概念展開の継続性 まず「意味の変化が通常の継続性の範囲内にある」ことが必要である。これは共通の上位概念が欠けている場合に、ある対象の表示（「引かせた荷車」）を機能的等価なもの（自動車によって牽引された車両）に妥当させるという刑法でよく行われている解釈に対応している。他には化学物質を「武器」と解釈することや這って侵入すること（Einkriechen）を「忍び込む（Einstiegen）」と解釈することなどがこのような解釈の例である。

② 適用しなかった場合に生じる評価の恣意性 次に「拡張しないと評価の恣意性が生じる」場合であるということも要件になる。森林窃盗事例においてはトラックであっても動物によって牽引された車両と同じ重量またはそれ以上の重量を運搬可能であろう。⁽³⁹⁾

③ 同ランクの規制必要性 さらに新しい動力（自動車）によるものが動物を牽引力としている荷車と今日においては同ランク又はそれ以上の規制必要性があることは明らかであろう。

④ 問題処理への適合性 当該問題を処理するために「引かせた荷車」を機能的に等価な「自動車によって牽引された車両」等に拡張して解釈することは事案解決にとって適合したものであったと考えられる。

さらに Jakobs は、これらの基準によって肯定されるべき拡張の事例としてドイツ刑法旧二二四条の「生殖能力（Zeugungsfähigkeit）⁽⁴⁰⁾」（女性の）「受胎能力（Empfangnisfähigkeit）」を包括する⁽⁴¹⁾と（BGH St 21, 194）を、否定されるべき事例としてドイツ刑法旧三二三条の「事故」（Unglücksfall）に答責性のある人の自殺を含める場合⁽⁴¹⁾を

挙げている。

この Jakobs 説に対して、この基準、特に「継続的な概念形成」によれば、なぜ電気を「物」と解釈してはならず、家の壁 (Hauswand) を「危険な道具」に解釈してはならないのかが不明だとする Roxin による批判がある。⁽⁴²⁾ また Frister⁽⁴³⁾ も Jakobs が前提としている語の限界の相対性という主張は誇張されたものであり、同じく文脈性を重視したうえで語義の限界を設定することは可能だとする Velten/Metens⁽⁴⁴⁾ の見解を引いて Jakobs を批判している。しかし Roxin の批判については、例えば「電気」と「物」(有体物) については、法システムは基本的に物に対する規制のレベル (水準) と物以外の利益についての規制のレベルを区別しており、②③④の要件を満たすものではないし、Frister らの批判についても結局文脈が基準となるのであれば、語義に限界があるといってもそれは Jakobs の基準と同様の判断を行っているに過ぎないのではないかという疑問が逆に生じる。これらのことから、この Jakobs の基準は、基本的に妥当なものであると考える。

しかしこの Jakobs 説にも、問題がないわけではなく、いくつかの補充が必要である。まず第一に体系的解釈との関連性が明らかにされなければならない。上述の四基準では、それぞれシステム (体系) を破壊しないような解釈でなければならないことが強調されているが、ここでいうシステムとは、単に条文相互間の関係にとどまらず、法体系全体や刑法の規制システムにおける規制レベルの水準なども含む包括的なものである。後者の例としては、①未遂を処罰する範囲を明示した未遂処罰規定 (刑法四四条)、②故意犯を原則とし過失犯処罰については特別の規定が必要だとする過失処罰規定 (刑法三八条一項)⁽⁴⁵⁾、③それらを含めた総則規定全般 (例えば共犯の処罰に関する規定) を、刑罰法規全体について、特別規定のない限りが適用されるという規定 (刑法八条) の規定などが現行法のシステ

ムを示す重要な規定であるといえよう。第二に従来の解釈方法論において議論されている主観的解釈／客観的解釈論との関係が問題になる。この点については項を改めて考察する。

六 主観的解釈と客観的解釈

最近、日本においても主観的解釈又は歴史的解釈を重視する見解が主張されている。例えば松宮教授は、ガゾリンカー事件に対するコメントの中で「『動力の相違』は、汽車と電車が書き分けられた規定から見て、立法者が重視したと見ざるをえない⁽⁴⁵⁾」とされている。もちろん基準としてはこのような立法者の意思によることは可能であり、立法過程においてそれが明示されていたり、議論の過程からそれが推認される場合には、より明確な基準を提供することができることもあることは確かである。しかし問題はそれが規範的にみて妥当であるかどうかであろう。また上述のような意味での体系的解釈の関係が問題となろう。ここではその点に限定して、Jakobsの見解を検討する。まず用語法として問題になるのは歴史的解釈の位置づけである。主観的解釈は通常歴史的解釈と同義に解される場合が多いが、Jakobsは両者を区別し主観的解釈を「立法者の意思」を基準とする解釈、歴史的解釈を「歴史的な法律の意思」と定義し、現在の「法律の意思」を基準とする客観的解釈と対比させている⁽⁴⁶⁾。そしてこれらの要素はすべて前述のヘルメノイティシユな「先行想定」を形成する要素であり、「規制目的についての主観的、歴史的及び客観的先行想定とのコネクション (Konnexität) がなければ、解釈はせいぜい偶然の産物にしか過ぎなくなる」とし、例えばドイツ刑法一七条の禁止の規定を、故意説の先行想定の下で解釈したならば、その結論は価値論的 (axiologisch) に最早正当化できないものになってしまう⁽⁴⁷⁾。しかしここで注意しなければならないのは、Jakobsがそのなかで現在の

システムを基準とする客観的解釈を優先させていることである。⁽⁴⁸⁾ その点で、この見解は語用論的解釈を強調する松生教授の見解と Jakobs の見解は親和的であると思える。すなわち松生教授は「解釈の構造からいっても、法解釈において発話者の意図を理解するとは、一定の状況に置かれたテキストを理解することであって、それを起草した具体的な人の意図を探究することではない」とされ、「テキストの解釈は常に解釈する時点での状況に規定されているのであるから、現在の状況を基準とせざるをえ」ず、「客観的目的論的解釈が解釈の構造に合致する」ものであるとされる。⁽⁴⁹⁾ Jakobs も前述のドイツ刑法一七条を例にあげて、この規定が制定されたのは当時有力だった存在論的責任論 (ontologierender Schuld begriff) に影響をうけたことが大きい⁽⁵⁰⁾ が、その理論が正当化力 (Legitimationskraft) を失えば、それに従ってこの規定の意味も変遷せざるをえないとするのである。

七 結 論

以上の考察によって、解釈方法論としての客観的解釈が妥当性、その内部における体系的解釈の優位性が示された。またその判断においては Jakobs の挙げる四つの要件が参考になるということも明らかにされた。以下では、冒頭に挙げた日本の判例における二つの事例にこれらの原則の適用を試みる。

(一) ガソリンカー事例

この事例はドイツにおける森林窃盗事例と対比しうる事例である。前述のように Jakobs は ① 概念展開の継続性、② 適用しなかった場合に生じる評価の恣意性、③ 同ランクの規制必要性、④ 問題処理への適合性という基準を提

示している。この基準をガソリンカー事例に適用すると以下のようなだろう。

① 概念展開の継続性 まず「汽車」「電車」という概念展開の継続性という点に関しては、立法時点において鉄道動力車両としては汽車及び電車しか存在せず、その後「ガソリンカー」など別方式の動力車が開発されたという事に注目しなければならない。立法当時は「汽車」及び「電車」という呼称は、その動力の種類の違いに着目したものではなく、鉄道動力車両一般を意味していたと考えられる。その後、ガソリンカーや現在でも一般的に用いられているジーゼル車などが付け加えられていったが、「汽車」「電車」の中にそれらを包摂する用語法が成立していったと考えられる。従ってこの概念展開の継続性ということは肯定されよう。

② 適用しなかった場合に生じる評価の恣意性 ①でみたように「汽車」「電車」という概念は鉄道動力車一般を指示するものであり、往来危険罪の規定の趣旨は鉄道・軌道交通の安全確保にあることから見て、新しい動力の鉄道車両にこれを適用しなかった場合に生じる評価の恣意性は大きいといわざるをえない。

③ 同ランクの規制必要性 さらに新しい動力によるものであれ、鉄道動力車であることには変わりなく、同ランクの規制の必要性があることは明らかであろう。

④ 問題処理への適合性 この問題を処理するために「汽車」又は「電車」の文言を拡張して解釈することは事案解決にとって適合したものであったと考えられる。

なおこの基準からはなぜ「バス」にまで拡張することが許されないのかという疑問が生じよう。これに関しては、「バス」は、鉄道車両ではないことから、「ガソリンカー」のように鉄道動力車の新しい種類というわけではなく①の概念形成の継続性が欠け、またバスなどの自動車については道路交通法において別途それを対象にした詳細な規定

が存在しており、②適用しなかった場合に生じる評価矛盾も生じず、またこのことは③の同ランクの規制必要性および④問題処理への適合性に疑問を生じさせるものである。したがって「バス」にまで「汽車」又は「電車」概念を拡張することは許されない。なお鉄軌道交通と自動車交通が区別されるメルクマールとして最近自動車の無軌道性を強調する見解⁵¹があるが、結論的に妥当であると思われる。この見解は、むしろ自動車運転過失致死傷罪の新設に際して自動車運転の危険性の高さを根拠づけようとするものであるが、逆に被害車両が鉄軌道車両である場合には、軌道性が被害の大きさの要因になりうると考えられる。例えば自動車であれば衝突を回避するためにハンドルを切って対向車を避けることができるが、同一軌道上に別車両がある場合には鉄道車両はそれを避けることはできず、衝突回避措置としては急ブレーキをかける以外にないのである。そこから上述の限界事例について検討すると、「トロリーバス」は、軌道上を走るものではないが、架線のないところは走れず、鉄道営業法上も軌道車扱いなので、通説と異なり、「電車」に含めてよいと解する。特に現在日本で営業しているトロリーバスは専用トンネル内を走行するものなので、その往來を危殆化する行為は、通常の自動車の運行妨害とは異なり、往來危険罪の適用が相応しいと考えられる。これに対してガイドウェイバスやDMVは、まさに軌道上と道路上の両者を走行可能な車両なので、軌道上を走行中は「汽車」又は「電車」に、道路上を走行中は自動車と扱ってなんら問題ないであろう。

(二) 捕獲事例

この捕獲規定については、最高裁で問題とされた事案を一般化すれば、問題となったのは既遂を表示する用語が用いられている場合にそれを未遂に拡張することができるかという問題である。確かに各捕獲規定の規制目的について

は様々な解釈が可能であるが、前述のように未遂処罰については明文の規定があるというのが現行刑法のシステムの基礎となっている原則なのであるから、この場合にまで拡張することは、システム損害を伴うものであり、許されないと解すべきであろう。この点に関して立法者が鳥獣保護法の全面改正において未遂処罰規定の新設や、捕獲と殺傷の用語上の分離を行ったことは高く評価されるべきだと考える。なお同様の問題は水産資源保護法（昭和二十六年十月十七日法律第三百十三号）における「採捕」においても生じているので、⁽⁵²⁾これについても新鳥獣保護法をモデルにした罰則規定の整備が望まれよう。

- (1) この Savigny の見解については Rühfers, Rechtslehre, 3. Aufl., 2007, S. 402 ff (Rn. 698 ff). を参照。
- (2) Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., 1989, 71 ff.; 10. Aufl., 2005, S. 85 ff.
- (3) この規定の立法史については Athenhain, Das Ausschlussdelikt, 2002, S. 122 ff., 219 ff. を参照。一九七五年の刑法改正までは、一八七〇年の帝国刑法典以来 mittels という語が使われ「それについてその者が、可罰的行為によって取得[……]」であったところ、このことを認識しているか状況から想定している「物」とされていた (Vornbaum/Welp (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch, Bd. 1: 1870 bis 1953, S. 58) が、同改正によって「他人が盗み又は他人の財産に向けられた違法な行為によつて (durch) 取得[……]」された物」に変更された (A. a. O., Bd. 3: 1973 bis 1992, S. 103)。
- (4) 代替贓物 (Ersatzheherei) と呼ばれる問題である。
- (5) Beling, VDB, IV, 1907, S. 69.
- (6) Engisch, a. a. O. 8 Aufl., S. 73, 10 Aufl., S. 87.
- (7) Maurach, Deutsches Strafrecht BT 5. Aufl. 1969, S. 365 f.
- (8) Mezger, Zur Entwicklung der so genannten Ersatzheherei, ZStW 59 (1940), 549, 570 ff.
- (9) Engisch, a. a. O. 8 Aufl., S. 77, 10 Aufl., S. 96.
- (10) Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 2005, S. 51 ff. は ① 言語的・文法的解釈 (文言解釈)、② 体系的解釈、③

歴史的解釈要素、④ 目的論的解釈に分類している。

- (11) ドイツにおける最近の客観説の動向については増田豊「ネオ・客観的解釈論についてのデアグノーゼ」法律論叢（一九八六年）五八卷三号、一一七一—一四七頁を参照。
- (12) 増田豊「主観的・歴史的解釈論の語用論的ヴァージョン」法律論叢（一九八六年）五八卷六号、一一三九頁、同「主観的・歴史的解釈論のためのプレドワイエ」法哲学年報一九八六年一二—一三二頁、同「刑罰法規の主観的・目的論的解釈——クライの所説をめぐって——」法律論叢（一九八八年）六〇卷四・五号、一六七—一九四頁などを参照。
- (13) 類推推論の論理的性格については青井秀夫・法理学概説（二〇〇七年）五三四頁以下参照。
- (14) 「比較的」としたのは、辞書間においても定義が異なる語もあるし、その場合にどの辞書を基準とすべきかということも問題となるからである。
- (15) 山中敬一・ロースクル講義刑法総論（二〇〇五年）六三頁。
- (16) 川端博・山中敬一・日高義博「罪刑法定主義の問題状況」現代刑事法三二号（二〇〇一年）一六頁（山中発言）。
- (17) 判例として RGSt 29, 111: 32, 165. がある。以下の判例については *Jakobs, AT 2 Aufl. 1991, 4/34 Fn 52* 参照。
- (18) 判例として BGHSt 1, 146 がある。
- (19) 判例として BGHSt 23, 126 がある。
- (20) 判例として BGHSt 8, 102 がある。
- (21) 判例として BGHSt 23, 47 がある。
- (22) ドイツ刑法旧二四三条一項二号（侵入窃盗）、判例として BGHSt 14, 198 がある。
- (23) ドイツ刑法旧三五四条（郵便局員の手紙の無断開封等）、判例として RGSt 1, 114; 72, 193; 77, 326 がある。
- (24) ドイツ刑法旧二五〇条一項一号（武器使用強盗）、判例として BGHSt 1, 1 がある。日本でも凶器準備集合罪の解釈において「凶器」の意義が争われている。すなわち、刑法二〇八条の三（旧二〇八条の二）の凶器とは、その性質上、又は使用方法によっては、人を殺傷しうる器具を指すとされ、前者の具体例としては、拳銃が、後者の具体例としては斧や包丁などが挙げられる。判例で認められたものとして、長さ一メートル前後の角棒がある（最判昭和四五年十二月三日刑集二四卷一三号一七〇七頁）。一方、ダンブカーは、人を殺傷する意図で準備された場合でも、人を殺傷する器具としての外観がなく、

刑法における類推禁止の原則（下）

社会通念上直ちに他人に危険感を抱かせ得ない場合には、凶器にあたらざるとされた（最判昭和四七年三月一四日刑集二六卷二号一八七頁）。

- (25) 判例として RG GA 62 (1916), 321. 類似の事例に關して *Heinrich, Die gefährliche Körperverletzung*, 1993, S. 132 ff.
- (26) 判例として BGHSt 2, 150 がある。
- (27) 判例として BGHSt 24, 382 がある。
- (28) 判例として Bay OBLG NJW 1982, 1059 がある。
- (29) 判例として BGHSt 28, 130 がある。
- (30) 判例として BGHSt 27, 45 がある。
- (31) ドイツ刑法二五二条（強盜的窃盜）判例として。この事例では、侵入窃盜の行為者が、家人が帰宅のために家に近づいてきたことに気づき、ドアの影に隠れてその家人が行為者に気が付く直前に殴りつけて気絶させたという事例で、被害者が行為者に気が付いていないのに同条の文言にある「出会った」といえるかどうかが問題となった。文言は「気が付く」(Bemerken) ではなく「出会った」(Betreffen) となっているので、学説上は、そこから文言を超えたものではないとして判例を支持する学説 (Lackner/Kühl, StGB 26. Aufl. § 252 Rn. 4 m. w. N. 等) と判例を批判する学説 (Roxin, AT I 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 34 mit Fn. 54; Lask, Das Verbrechen des räuberischen Diebstahls, 1999, S. 123 f. 等) に分かれている。Lask は、① 1) 1) ① betreffen は wahrnehmen, bemerken と書き換えることができる概念であり、② 純粹に客觀的に規定されるべきであり、③ その概念の主觀化には反対すべきで、④ 被害者の觀點から規定されるべきで、⑤ 被害者は、行為者が誰か (in persona) を認識し、しかも少なくとも行為を嫌疑を持っていなければならず、⑥ 事實的な一人に關連した認知 (personbezogene Wahrnehmung) では不十分であり、⑦ 判例のような解釈は、単なる拡張解釈ではなく、許されない類推であると結論している (A. a. O.)。
- (31) a *Jakobs*, 前掲書(注17) 4/34.
- (32) *Jakobs*, 前掲書(注17) 4/33 Fn. 60.
- (33) *Jakobs*, 前掲書(注17) 4/33.
- (34) *Jakobs*, 前掲書(注17) 4/37.

- (35) 311ff Jakobs 及び Zippelius, Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit, JZ 1970, 241 ff., 245 を引用している。同所で Zippelius は「法の静かな変遷」(stiller Wandel) について論じている。
- (36) Jakobs, 前掲書(注17) 4/38.
- (37) それを肯定する判例として BGHSt. 5, 125 ff., 127ff. 否定する判例として BGHSt. 7, 112 ff., 117.
- (38) この例としてドイツ刑法二四〇条における暴力 (Gewalt) の概念が挙げられる。これに関する最新の文献として Lesch, Gewalt als Tatbestandsmerkmal des § 240 StGB, FS für Jakobs, 2007, S. 327 ff. を参照。
- (39) Jakobs の教科書の記述 (前掲書(注17) 4/41 の (b) の部分) は、車両自体の重要に関するようにも読めるが、この点の本文の記述のように理解すべきであろう。
- (40) この語はドイツ語では男性側の生殖能力のみを意味している。これについては山中・前掲(注16) 一一頁を参照。
- (41) これを肯定する判例 (BGH St 23, 126) がある。
- (42) Roxin 前掲書(注31) § 5 Rn. 39 (S. 156).
- (43) Frister, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2007, 4/27 ff.
- (44) Velten/Mertens, Zur Kritik des grenzenlosen Gesetzesverstehens: Grund und Umfang der Wortsinbildung im Strafrecht, ARSP 76 (1990), 516-543.
- (45) この問題については甲斐克則「行政刑法における過失犯処罰と明文の要否…法益保護と行為主義・罪刑法定主義・責任主義の衝突から調和へ」同・責任原理と過失犯論 (二〇〇五年) 所収を参照。
- (45) a 松宮孝明・刑法総論講義 (第三版・二〇〇四年) 二八頁。
- (46) Jakobs, 前掲書(注17) 4/19.
- (47) Jakobs, 前掲書(注17) 4/20.
- (48) Jakobs, 前掲書(注17) 4/21.
- (49) 松生光正「構成要件の解釈」伊藤寧・松生光正・川口浩二・葛原力三・刑法教科書総論 (上) (補訂版・一九九七年) 一一二頁。
- (50) Jakobs, 前掲書(注17) 4/21.

- (51) 今井猛嘉「飲酒運転対策としての罰則の整備」ジュリスト一三三〇号（二〇〇七年）二五頁以下参照。
- (52) この問題について詳しくは北川佳世子「海洋生物資源の保護と罪刑法定主義…水産動植物の『採捕』について」海上保安
大学校五〇周年記念論文集（二〇〇二年）一三頁以下を参照。