



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	客観的可能性という概念とその若干の応用について（その2）
Author(s)	クリース, ヨハネス・フォン; 山田, 吉二郎//訳; 江口, 豊//訳
Description	解題: マックス・ウェーバーとフォン・クリース : 方法論の時代（その2） = Max Weber and Johannes von Kries : a Period of Intense Methodology Discussions (Part 2) / 山田吉二郎 (p.116-125)
Citation	メディア・コミュニケーション研究, 60, 95-126
Issue Date	2011-08-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47032
Type	departmental bulletin paper
File Information	MSC60_006.pdf



客観的可能性という概念とその若干の応用について (その2)

ヨハネス・フォン・クリース 著
山田 吉二郎・江口 豊 訳

III 危険の概念について

1. 一般的な危険

危険という概念を論ずることは我々の研究対象としてふさわしいものと何の困難もなく思われるであろう、なぜならば、危険は、疑いもなく、ある有害なできごとの可能性または確率を意味するとみなしていいから。このいまだ曖昧な説明がすでに、ある重要な推論、すなわち、危険は、可能性および確率がつねにそうであるように、等級に応じて段階づけられるものであるという推論を導くことができる。危険はより大きなものでも、より小さなものでもあり得る。それも、有害さの度合いがより大きい、またはより小さいできごとの発生が危惧されるというよりも、むしろある特定の有害なできごとに対して、より大きな、またはより小さな確率（可能性）が存在するという意味である。この事情は、人は通常、当該の確率がある一定の顕著な値になった場合に初めて危険について語るということによって、ある程度不明瞭になっている。損害の発生に対してきわめてわずかな確率しか示さない状況を、通常、危険とは呼ばない。しかし、「危険な」と「危険でない」という言い方によって（それも、ある特定の有害な結果について言えば）相容れない対立が示されることはほとんどなく、むしろたいていは等級の違いがあるだけだということに留意することは重要である¹。

この前置きのあとで我々はただちに、いま与えられた定義において、可能性または確率という語はいかなる意味で理解されるべきかという問題に取りかかることができる。可能性のカテゴリーに属するすべての概念がそうであるように、危険の概念にあっても用語例に一定の不安

1 通常の用語例では、先に可能性について述べられたこと（p. 227 <166> 脚注。〔< >〕の数字は翻訳掲載紀要のページ数。訳者）にまさにならって、本来ならば、大きい危険と小さい危険と語られるべきときに、近い危険と遠い危険と言われることが多い。大審院のある判決ではまさにこう述べられている（1884年2月7日の判決。大審院判例・刑法部門、第6巻、p. 99）。「人はあるときは『近い』または『差し迫った』危険と言い、またあるときは『遠い』危険と言う。……それによって、ある損害の可能性または確率に関してさまざまな等級があることを示すためである」。先にすでに注意したように、明確な観念を得るためには、実際にはしばしば結びついているが、しかしまったく別の二つのもの、すなわち、危惧されるべきできごとの生じる時点とその可能性または確率の大きさは厳密に区別されることが望ましい。

定性が存在することを忘れてはならない。にもかかわらず、「危険な」という語が、圧倒的に、その語の叙述する事柄が客観的に妥当なものであり、しかも、原因的連関へ関連するものを表現し、ノモス論的内容の判断を示すべきものという意味で使われていることは争う余地のないことと私には思われる。例えば、フォイエルバハの、しばしば引用される一節を思い浮かべるだけでもいい。未遂犯の可罰性が関連するのは、「未遂行為が意図的目的と因果連関のうちにあり、客観的に危険である」場合である。こうした見方によれば、危険という語は、ある有害なできごとの客観的可能性を意味することになる。危険性について述べる時、誰の予期または危惧なのかという、そういう特定の主体が一度も言及されていないこと、例えば、我々が「私には何かが起こりそうな気がする」と述べる時と似たようなやり方で、「危険な」という語に危惧する主体を付け加える用語例は存在しないということはこの考え方の証明とみなしていいだろう。確かに、我々はしばしば「状況は私には危険に思える」と述べるが、それは同時に、状況は実際には危険ではないということと両立するものと考えられている。——さらに、危険を有害なできごとの確率として定義する傾向が我々にあるならば（実際しばしばそうなのだが）、確率という語は、ある特定の主体への関連づけを不要にするような、まったく特殊な意味、普遍妥当的な確率の意味で使われていることが強調されなければならない。一般に、この前提ぬきには、先に見たように、ある任意のできごとに対して成立するまたは成立した確率とか、確定した値とかを口にすることはできない。しかし、概念をこのように特殊化する場合、同じ個所で指摘したように、それはある一定の客観的可能性と等しいものとなる、なぜならば、一般的な原因連関の知識がそのときの前提となっているからである（p. 189 <143>）。こうして、我々はこの出発点から再び上記の定義に到達することになる。

いずれにせよ、我々はこのように先ず、有害なできごとの客観的可能性が危険と呼ばれるというところから出発することができる。主として、この定義が的確で充分なものであることを証明することが、当然のことながら、次になされるべき課題であろう。

この概念特定に結びつくのが、客観的可能性一般についてと同様、とりあえずは危険についても、多数のさまざまな行動様式を包括し、普遍的とされる諸条件に関連づけなければ語ることができないという推論である。危険と呼ぶべきなのは、ある有害な結果について顕著な可能性を表示するような、一般的にあげられる状況のことであろう。ここでも注意しなければならないが、一般的表示はしばしば部分的であり、諸条件の一部だけが提示され、その他の部分はいかなる特定もされていないか、または単なる普遍的な前提が与えられている（p. 181 <138> 参照）。「危険な」という語の多数の用例が単純明白な形でこの考え方と合致する。例えば、我々は病気や仕事その他を「危険な」と呼ぶことができる。ここで問題となっているのはもっぱら一般的な危険である。誰かがコレラに感染するとか、気球に乗るとか、ダイナマイト工場で働くとかいう一般的条件は、有害なできごと（死亡またはある程度の負傷）に対して相当大きな可能性を示す。いま述べられた条件の下での、そういう結果の相対的頻度として、この可能性

は経験的に現われてくる。

2. 具体的構成要件の危険性。絶対的危険。より広い意味での危険。

ところで、危険という語の用例で、上記の理論的定式化とは一見矛盾するように思われるもう一つ別のものもある。そうした用例は、我々がその語を、一般的に示された条件にではなく、具体的構成要件に応用するときに現われる。我々は、ある事例で危険があったとか、誰かが大きな危険のうちにあったとよく言うが、このことと実際には損害が生じなかったということはまったく矛盾しないように思える。この危険概念の応用は——ここでは具体的危険と呼んでいいと思うが——次のこと、すなわち、具体的に実現した諸条件は、損害に至らなかった以上、明らかに、損害の出現に対する可能性を示していなかったということと相容れないように思える。実際に、いまここで問題となっているのは危険概念の修正であり、それは、すでに上で述べた客観的可能性概念の修正とまったくよく似ている。実際は損害が起らなかったのに危険が存在したという主張は、その有害なできごとはいとも簡単に生じ得ただろうという、もう一つの、見かけ上は同じくらい不的確な主張とぴったり重なる。いま見たように、具体的実情について見かけとは逆のことを述べる客観的可能性は、根本的には、すなわち、我々の認識を完全にすり抜けるような形態の極微の特殊性を無視すれば、その具体的実情からきわめて明確な一般化をとおして生じてくると考えられる諸条件と関係する。もし厳密に表現しようとするれば、次のように言わなければなるまい。「状況は以下のようなものだった。すなわち、無害な経過をもたらしたその形態の特殊性の確実な認識は人間の能力のまったく及ばないものだったので、その諸条件の研究から得られた認識は、正確に言って、ある一定の、普遍的に示された条件複合体——それもその形態の『あそび』の結果として、また生起の事実上妥当する法則に則って、損害が生じる大きな可能性を表すような条件複合体——の一例がここにあるとする認識を越えるものではなかった」。だから、これに従えば、条件として働く事情について確認できたすべてのことが、当該の損害の、ある大きさの普遍妥当的な確率を生じさせるはずだった²とすることもできる。こうして、危険性は十分に、具体的構成要件の指標ともなり得る。その際必要なことは、この語を、この・やや複雑な・本来の意味とずれた意味で使うことだけである。

そのような危険の典型的な例は、例えば、爆裂弾の爆発であろう。実際、爆弾の破片が飛ぶ散るであろう方向を前もって特定することはまったくできない、なぜならば、その方向は爆弾の性質に含まれる極微細な個別の特殊性に依存しているから。だから、爆発の間近にいて、爆

2 危険の基準が、直接の関係者が損害を恐れるように仕向けられた場合とはまったく異なることに明瞭な注意を促すことは、多分、余計なことではない。ここで問題なのは個別の確率ではなく、普遍妥当的な確率である。つまり、一般に認識可能なものすべてが知られていて、とりわけ、因果法則の完全・正確な知識がそこにあるときに与えられるような確率である。ゆえに、すべての関係者がその状況を危険と思ったが、あとでそうではなかったことが分かるということもあり得ないわけではない。

弾の破片が当たらなかったとしても、その者が危険のうちにいたことには疑いがない。同じような爆弾がある人から特定の距離で爆発するという普遍化された条件は、その人が負傷する大きな可能性を示している。

危険概念の具体的事例への応用が理論と見かけ上矛盾するように見えても、いま述べたことに従って、具体的な事情を普遍化されたものとみなすきわめて明確な原理が暗黙のうちに基礎に置かれているとすれば、その矛盾は解消する。この、特に重要な危険概念に簡潔な表現を与える必要がある。ゆえに、私は、この意味での危険を絶対的に危険である、またはより狭い意味で危険であると呼ぼうと思う。

言葉の使い方を注意深く探求すれば、人が危険の概念を限定して、例えば、現実の・本来の危険について語るとき、人はつねにこの語のこの意味を念頭に置いていることが分かる。例えば、ある状況がこの観点またはあの観点からすると重大なものに見えるかもしれないのに、実際の危険は生じなかったという言い方を耳にすることがある。その場合、この判断の根拠として、つねに、条件となる状況のうちで表示可能な特殊性が指摘される(例えば、病気に関してなら、患者の体質および治療方法等々)。それがあるために、損害の可能性が、ゼロとは言わないまでも、きわめて小さくなるということが分かるであろう。従って、本当に典型的な危険、または狭い意味での危険としては、そういう特殊性が表示できない場合、むしろ、我々が条件的状況について知っていて発言できるすべてのことが損害の大きな可能性を表現している場合が残ることになる。

しかし、同時に、別の面から見れば、具体的な事例の危険性について、別の意味、しかも、もっと広い意味で語られることがしばしばあることに気づく。何らかの理由から、ある特定の(具体的)構成要件のある有害な結果へ関係づけることが我々の関心を引くやいなや、当然のことながら、いま検討した原理とは多くの点で違ったやり方で、その構成要件を一般化することを何ものも妨げない。例えば、火花が藁屋根に落ちたとして、屋根が少し前に降った雨のせいで濡れていたため、火が燃え上がらなかった場合、十分に叙述できて予め識別可能な根拠ゆえに有害な結果は生じ得なかったにもかかわらず、ここでもある(より広い)意味で危険な状況と言うことができる。——しかし、この「より広い意味での危険性」はきわめて曖昧な概念であり、ある構成要件がこの、より広い意味で危険であったかどうかの問いはきわめて多義的であることは明らかである。我々は識別可能性原理を超越した途端、現実の諸関係をしばしばきわめて多様なやり方で普遍化することができる場合が多いが、それは、我々がそれら諸関係の特殊性のあれやこれやに固執して、他のものは無視することによる。従って、ある構成要件は、ある視点からは、より広い意味で危険なものとはっきりと見えるのに、別の視点からはそうは見えないということがあり得て、すなわち、ある普遍化の下では有害な結果の可能性が生じるが、別の普遍化ではそれが無いということになる³。だから純理論的に言って、さまざまに

3 例えば、放火未遂に関して、犯罪者の意志的行為が含む・損害の一般的可能性という点だけである危険を問

異なる物の見方の結論を一つのきわめて不明確な概念に統合することを勧める者はいないであろう。また純理論的観点から見て、ある構成要件に、この、より広い意味での危険性という指標が当てはまるか、または欠如しているかについての決定をそのつど求めることは、なおさら正当なこととはみなされがたいであろう。実践的理由から、例えば、法学のために、その概念は組み立てられるべきだとすると、それに持たせようとする意味に応じて、その意味のより精密な特定、なされるべき一般化についての決定を試みなければならないことになる。——絶対的な危険をより広い意味の危険性から区別すること、そして、この、一般化の方法にもとづく差異を、可能性の等級の差異というまったく別のものから分離することがいかに必要であるか、——これについて特に何かを付け足す必要はほとんどないだろう。なぜならば、我々は至る所で、より広い意味で危険性を帯びていると呼ばれ得るもので、しかし、表示可能で予め識別可能なあれやこれやの特殊性からして絶対的な危険（その最極小の等級すら）をそこに見つけられない構成要件の例を容易に見出すから。

ゆえに、具体的危険の概念、または具体的構成要件の指標としての「危険性」概念は、要約してみるならば、何よりもその明確化のために、どのように具体的事象は普遍化されると考えられるかの決定を必要とする。その際、とりわけ、絶対的危険の話なのか、より広い意味の危険性の話をしようとするのかは区別されなければならない。後者の場合ならば、その概念はより一層の解説を是非とも必要とするが、その解説を最初から、普遍的に適切な方法で与えることは不可能である。

3. 危険概念の境界づけ

ここまで述べてきた中ですでに、さまざまな関係において危険概念につきまとっている曖昧さは何度も明らかにされたにもかかわらず、ここで問題となる最重要な点について、もう一度簡単にまとめておくのが目的に合うように思える。

まず、この事象の性質として、ある有害なできごとの可能性が危険と呼ばれるために、それはどのくらいの大きさでなければならないかを示すことは簡単ではない。我々は、そういう可能性がかなりの値なら危険について論じることになるが、その値がきわめて小さいときはそうはならないと言える程度である。厳密な境界を示すことはここではできないし、この可能性は正確な数値で表示することを許さないのが、一層それは困難となる。しかも、危惧しなければならぬ損害が大きくなればなるほど、それだけ小さな可能性が重大視されて危険とみなされる、ということも十分に考慮しなければなるまい。

さらに、一般的危険という概念に関しては、先に客観的可能性と適合的原因構成の概念につ

題にすることができる。同時に別の面からすると、危険の存在は、例えば、犯罪者の意のままになる手段の不足とか監視体制の入念さが放火の実際の実現性を一般的に排除する限りにおいて否定されることがある。

いて述べたこととまったくよく似た困難さがあることは自明である。普遍的に定式化される任意の諸条件は、ある結果に対する正確に特定され得る可能性をつねに表現するとは限らず、むしろ、そう言えるのは往々にして、さらにある種の普遍的前提が付け加わったときだけであるが、その前提について決定することはいつも自明であるわけではないことがここでも考慮されなければならないだろう。ある種の侵害（例えば、動脈切断）が生命の危険とみなされるかどうかは、ことによると、我々がいかなる普遍性においてそれを考慮するかに完全に左右される。それが危険と呼ばれるかもしれないのは、この世界で生じる事例すべてを念頭に置けば、良質の・迅速な医療上の処置が例外的なものと思われるからであり、逆に、秩序だった治療を受けないことが例外とみなされるような文明国に限定すれば、それは危険ではないということにもなろう。先に十分検討したこのことを、ここでもう一度繰り返す必要はないだろう。

具体的危険という概念も一連の曖昧さを示しているので、それについてより正確に解明することは無駄なことではない。具体的な事例を考察して、生じた危険をあとから判断しようとするとき、場合によっては、先ず最初に、どの時点に対してその考察がなされるべきかを定めることがきわめて重要になることがある。これはつねに自明ということではない。例えば、誰かが誰かに毒を盛ろうとするとしよう。彼は、まちがった容器を手にとったので、砒素ではなくて砂糖を相手に盛るとする。この錯誤そのものを我々は、予見不能な特殊性の結果、すなわち偶然として見ることができる。だから、絶対的危険は、この錯誤が生じたその瞬間までは存在していたが、その瞬間以後、危険は去ったと言うことができよう。ゆえに、そのような、またそれに似た事例において、危険な未遂犯が成立するのか、危険でない未遂犯なのかの問いは、考察されるべき時点の決定を必要とする。そのような決定はしばしば恣意的にしかなされ得ないことは簡単に理解できることで、例えば、危険な未遂犯と危険でない未遂犯のあいだの境界はこのように簡単に不明瞭にされてしまう。これについては、あとでまた取り上げようと思う⁴。

さらに、いい機会なのでここで述べておくが、もし我々が、個別事例の、まったく認識し得ないし表示もできないような特殊性について語る場合、完全に明確に固定された概念を扱っているのではないし、ゆえに、絶対的危険という概念も、個別事例にもとづいているのだから、それだけでも幾分不明確なものとなる。特に注意しなければならないのは、いま述べたことの基準が二重のやり方で理解され得ることで、その違いは、確かにきわめて稀れにしか意味をもつことはないが、しかしそれでも、無視されるべきではない。ある状況を危険と断じるべきな

4 多くの法規定は、まさにこの、危険の時点に関して、興味ある指示を含んでいる。例えば、ドイツ帝国刑法223条a。ここで述べられているのは、一見して目に立つやり方で生命の危険に及ぶ傷害ではなく、「生命の危険のある行為によって」生じる傷害についてである。より正確に考察することによって、後者の表現を選択することが傷害にとって十全な意味をもつことが分かる。大審院が与えた、疑いもなく正しい判決に照らして（1884.1.19、大審院判例・刑法部門10巻p.2）、重要なのは、負傷の成立後に生命の危険を確認できるかどうかではなくて、その傷害行為が、それがなされた時点で、すなわち、負傷のより正確な形態がまだ知覚されないでいる時点で危険となっているかどうかである。

のかどうかは問題である場合、時に、事前の考察と事後の考察と、どちらに重点を置いているのが大事な点となる。前者の場合、我々が危険の存在を認めるのは、一般に前もって査定され得るものすべての調査が、ある損害の大きな、普遍妥当的な確率を提示したようなときである。事後の考察の場合は、これとは逆に、危惧された結果が生じなかったあとで、その結果の不在が、条件を構成する事情の厳密に表示可能な契機に帰せられないこと、そして、それら契機ゆえに結果は必然的だとみなせることが本質的に重要なこととされる。絶対的危険の典型的な事例の場合、この区別は重要ではない。サイコロ投げの場合、いかなる結果が生じるか、前もって述べることもできないし、あとから、例えば、なぜ6が出たのかを言うこともできないように、爆発に際しても、爆弾の破片がいかなる方向に飛ぶのかを予め特定することはできないし、後から、破片がそう飛んだ根拠を突きとめることもできない。しかし、二つの考察方法が同じ結論に至らないような例、むしろ違法的結果の実現または不在が十分に表示可能な契機に依存しているのだが、前もって確認することはまったくできないような例を挙げることは可能である。負傷の場合に、最初のうちは、身体のある部分（例えば、肺）が損傷しているかどうかはまったく確認することができないが、事後の経過がそれを明らかにするという場合が生じ得る。そういう場合、生命の危険は存在していなかった、なぜなら、結果が示すような肺の損傷はまったくなかったからだと言われる。その負傷が死に至るものではなかったということは、厳密・正確に表示可能な契機に帰せられなければならない。しかし、人はここで、危険概念のもう一つ別の解釈に立って、危険はまさに、肺の損傷はもしかするとあったのかもしれないが、ただそれは、実際には、誰も知ることでできないものだったという、まさにそのことのうちにあったと主張することもできるだろう。一般的な用語例は、明らかに、前者の、狭い危険概念に優位を与えているように私には思える。なぜなら、状況が実際よりも危険な様相を呈していたとか、危険は基本的には存在しなかった（それは知り得ないことなのに）とかは、それこそしばしば聞かれる判断だから。これらの判断は、明らかに、語のより狭い意味、事後の考察を前提とする意味で解釈されている。

さらに、たとい我々がこれらの理解のどちらかを選ぶとしても、絶対的危険の基準は依然としてしばしば、多かれ少なかれ不鮮明なままであり得るということをもう一度明瞭に指摘しておくことは無駄ではあるまいと思う。実際、任意の条件構成的事実の形態に関する我々の探究（事前であろうが、事後であろうが）がどこまで到達できるものであるかを明確に確定することはできないということは自明のことである。にもかかわらず、しばしば特定の確率および可能性が普遍妥当的で明確なものともみなされ得るならば、これは、探究をさらに継続して十全なものとしても、広い境界の内部でこうした確率や可能性の値は変わらないということにもとづいている。ルーレット・ゲームの条件構成的事実についても、我々が情報を得る際の厳密さはさまざまであるが、装置の大きさや弾性、気温、摩擦の大きさ等々を特定できる。しかし、我々がどんなに知識を広げても、我々が確認できることは、結局、赤と黒の同じ不変の確率を与え

るのみである。それとは逆に、完全に正確な予想は確かに不可能ではあるけれど、知識の絶えざる拡大でそうした予測が修正される場合には、事柄は違ってくる。そういう事情の下では、普遍妥当的確率または後から本来の可能性と呼ばれ得るような、完全に明確に特定される値はあり得ない。ある病気に死に至るような危険がどの程度あったか、気候急変の危険がどの程度あったかは、このような理由から、しばしば正確に確定することはできない。絶対的危険の他の多くの形式においては、この不確実性は、ほとんどあるいはまったく意味を持たないだろう。

4. 刑法における危険の概念。危険な未遂犯と危険でない未遂犯。

危険の概念は、周知のように、刑法において重要な役割を演じている。ゆえに、普遍的な叙述に、特にこの分野に向けられたいくつかの観察を付け加えることは許されるであろう。犯罪の未遂行為における危険性概念の議論から始めたい。

周知のように、一般に、危険な未遂犯と危険でない未遂犯の区別が有効なものか、あるいは、そういう違いは法的関連性をもつものかどうかについて、法学者たちの意見は分かれている。危険概念の解明がこの問いを解決するということはもちろんないけれども、しかし、それは、的確な解答を得るための不可欠の前提と言っていいたいだろう。

犯罪の未遂行為の法的判断は、少なくともさしあたっては、ある一点、すなわち、行動の有責性に関してすべての事例が一致していること、つまり、行為者は犯罪的意図を持って、ある行為（そこから違法の結果が実現することを彼は予期できると信じた）を遂行した、または、し始めた、というところから出発できると思う。——しかし、この契機の他に、まったく別のもの、すなわち、未遂犯の危険性をも考慮に入れることができる。確かに、現実的侵害が生じなかった、つまり、その具体的な事例の諸関係の下では生じ得なかったという点においては、すべての未遂犯は一致する。しかし、危険性という概念が上で議論された意味で（つまり、個別事例を普遍化する考察を基礎とするという意味で）解釈される限り、ここでその概念に対する反論は成立しない。——ゆえに、ある未遂犯の危険性または非危険性について論じていいということに疑問の余地はないということであれば、上記の説明から、この指標はさしあたってはきわめて曖昧であるという、もう一つの推論をただちに引き出すことができる。それに従って、ではいかなる差異が刑法的判断には意義があるのか、また、いかなる意味で刑法は危険な未遂犯と危険でない未遂犯を分けるのかを吟味しなければならないだろう。

さしあたっては、ここでも、有責的行動の意図の実現方法の、違法的结果に対する一般的関係を考えて、その有責的行動がそのような結果の実現に対して、一般的に言って、適当でない場合、その未遂犯を罪にならない、または罪を軽減するものとみなすことは当然と思えるだろう。この原理から出発すると、前に適合的原因構成と偶然的原因構成について行わなければならない考察が、明らかにここでも標準的なものとなる。さしあたって有責的行動をあそこで議論されたような純心理的なものと解釈すると、危険でない未遂犯とされるものは、犯罪的

意図があるにもかかわらず、違法的結果を実現するのに適当でない状況がその心理的構成要件の中にすでに含まれている、そういう未遂犯である。なぜならば、これは、すぐに分かるように、行為者が普遍的意義に関する錯誤（ノモス論的内容の誤った判断）によって欺かれているとき、すなわち、行為者がある企図の普遍的作用に関して誤った観念を作り上げる場合に該当する。現実よりも文学において登場する多くの事例（心霊的手段による殺人の試み等々）もここに属するものであろう。——これに対して、危険性の指標として要求されるものは、その行為が、外的経過の特定の一部として、違法的結果の出現にとって一般的に適していることであるとすれば、危険でない未遂犯として今述べた事例には、その行為者が、自分の行為を形成する外的経過に関してある現実の錯誤のうちにおいて、自分がやっていると信じていることと違うことをしている（例えば、砒素を盛ろうとして、誤って砂糖を盛る等々）ような場合も加わることになる。こうして得られた未遂犯の二つのカテゴリーへの分割は、フォイエルバハによって次のように公準化されたものである。彼が犯罪を構成するものとみなそうとしたのは、その未遂行為が「その外的様相によれば、……意図された結果と原因的連関にあり、客観的に危険」だとする場合のみである。

フォイエルバハ的区別（それは、その未遂犯が結果実現に有効な手段を使って行われたかそうでないか、と問うこととほとんど同義であるが）が、いくつかの事例に対して、きわめて正確に応用できるものであることは疑いがない。例えば、殺人未遂犯が、一般的に不能な手段で実行される、つまり、そういう行動の適用（その際、特殊な事情、とりわけ、被害者の個性等に関わるものは無視する）の普遍的条件は、ある人間の死の可能性をまったく、または最小限にしか表していないという主張がしばしばなされるわけである⁵。

別の面において、ここで立てられた基準が、完全に明確な区別をするのにはまったく適当ではないことは、他の多くの点が無視するにしても、外的経過において行為そのものに帰すべきものを正確に識別することは不可能だという、先に検討した状況から導き出される。さしあたり、この、直ちに問題とされるべき難点についての検討は控えておく。なぜなら、我々の出発点であり、有責の行為の一般的有害性が決め手となるという判断原理がここでは決定的意味をほとんど持ち得ないから。最初、その原理に対する反駁として立てられるのは、犯罪的意図によって生じた意志行為の未遂の場合はつねに、一般的に有害的なものとされ、そこから、さらにより広げる形で一般化するとき、帰責のための原因特定に際して立てられたこの公準は、未遂においてもつねに充たされるように思われることである。それに加えて、危険でない未遂犯の上で述べたあり方は犯罪性がより少ないと我々に思えるとしたら、それは、まったく別の判

5 手段の一般的不能性は、このように、その手段が個々の場合において致命的なものであり得るということによって排除されるものではない（砂糖を糖尿病患者に盛るとか、迷信深い人に心霊的手段を使って恐怖と驚きを与えるとか）。しかし、この理由から、一般的不能性と言う方が絶対的な不能性と言うよりも適切である。

断方法にもとづくものであると、多分、することができる。実際、それが未遂行為の一般的有害性ではなくて、他のものが決め手になっていることを示す例をあげることはむずかしくない。例えば、ある人の殺害をもくろむ未遂犯がほとんどあるいはまったく罪とされない例としては、その行為が現実すでに死亡した人に向けられた場合が考えられる。この主張もまた、十分根拠のある重要な一つの判断原理に依拠するものであることは疑い得ないものと私には思われる。この原理は、有責性および有責的行動により引き起こされた現実的侵害以外の処罰は、さらにもう一つの契機、すなわち、ラマシュにならって、社会における犯罪的行為の印象⁶と呼び得るものを考慮しなければならないという点にはっきりと現われている。この立場に立てば、まさに通常の語法が未遂犯の危険性とよぶものが、法的意味をもつものであることを容易に示すことができるし、ここで危険性が問題となっているその意味にとって必要な根拠も簡単に分かる。その「印象」として明らかに決定的な重要性をもつのは、我々が具体的構成要件を理解するそのやり方である。我々はそのような印象の観念をつねに一連の諸要素（その一つ一つが、一般的な原因的連関によって生み出された意味を我々に対して持っている）から形成する。ここからただちに、自己観察が最も疑いのないやり方で示すように、ある構成要件の印象はつねに、その個々の部分の性質によって特定されているということが帰結する。その性質はそれから一般的な原因的連関によって、またはこう言ってもいいと思うが、我々が目の前のものからある一定の普遍化によって作り上げる事例のカテゴリーの性質によって与えられる。AがBを撃つて的を外したという、ある殺人未遂犯の構成要件は、他者に向かって発射された弾丸が、そのふるまい（行為そのものと外的状況）の多様性は大きいとしても、致命傷を与え得るということを考えずには、完全に説明することはできない。そういう構成要件が作り出す心的印象は、何よりも先ず最初に、我々に周知のこの一般的可能性にもとづいている。具体的構成要件を危険なまたは危険でないと呼ぶことのうちに、まさにそういう普遍化された考察の結論が現われている以上、フォン・リストが言うように、「我々の法意識は、未遂行為の危険性に依拠して、さまざまな方法でそれに反応する」⁷ということは、まったく正しく理解可能なことである。

我々が、ここでいかなる一般化が考察されるべきかという問いを提起するとき、絶対的危険概念の基礎にある認識可能性の原理にもとづく一般化がつねに最も決定的な意義をもつことが明らかとなる。構成要件の判断において具体的事例を越えるとき、我々は先ず、我々が通常純然たる偶然と呼びならわしているものを排除するが、それは、我々がそれら事例の一般的意義

6 ラマシュ、「犯罪未遂犯における客観的危険性の契機」、p. 65。「ある犯罪的行為の量刑を決める本質的要因の一つに、社会におけるその犯罪的行為の印象がある」。同様に、フォン・パール著「刑法概論」（p. 63）参照。両著者はともに、この原理から、完遂された犯罪は未遂よりも重く処罰される（たとい両方の場合とも、主観的責任性は同等であるとしても）という判断根拠を導き出している。危険な未遂犯を危険でないそれとは別に扱うという欲求も、この原則以外に立脚するものではないが、これはまた、そのような区別を正当化するのにまったく十分な根拠となっていると思う。

7 フォン・リスト著「ドイツ刑法」、第2版、p. 191。

を念頭におき、それらの条件が眼前の事例の条件と認識可能で表示可能なすべての点において一致するとみなすことによる。ゆえに、未遂犯のうち、行為を失敗させる個別事例の特性が表示不可能で前もってはまったく予期されないものこそが、他の条件が等しければ、最も処罰可能なものに思えるだろう。我々はそういう未遂犯を、上記の用語にならって、絶対的に危険なものと呼ぶことができる。この種の典型的な例は、殺人未遂犯のうちに容易に見出すことができるだろう。——いま絶対的に危険な未遂犯において、結果の可能性がきわめて狭い普遍化においてすでに現れるものならば、それは印象にとっては決定的であり、一方、他の事例では、ある程度包括的な普遍化において損害的結果の発生がまったく排除されるか、または最小限の可能性しかないという、まさにそのことで、非危険性の印象が条件づけられているのが分かる。実際、典型的な事例のいくつかにおいて、構成要件の、十分に境界づけられたある部分は、我々が残りの諸関係において今あるその状況を排除して、それをまったく普遍的な条件と入れ替えても、ある違法的結果の可能性がまったくないか最小限にしかないようにできている。人が「不能な客体」への未遂犯とふつつ呼んでいる事例がそれに当たる。誰かがある人を殺そうと試みるが、こちらはすでに死んでいたという場合、殺人行為の不可能性がここでは普遍的に成立するから、目論まれた目的はそれ自体不可能であることが強調されている。こういう事例には、不能な手段による未遂犯として典型的に表現されるものとしてすでに述べたことがそのまま当てはまる。

未遂犯の心理的印象にとって、先ず第一に決定的となるのは、普遍化する考察がこのように一般的不可能性（または最小限可能性）に至る場合であることは疑いがない。これに対して、違法的結果が外的状況によって、すなわち、空間的・時間的共起の特殊性によって実際には阻止されたが、その発生が諸条件の変異次第によってはこの関連で可能であることが判明する場合、一般的にその結果を排除するような包括的な、単純に表示できるカテゴリーには逢着しない。ゆえに、同じようには非危険性の印象は生じないだろう。——しかし、明らかに、行為の手段と客体の間にも、また、この両者とそのときどきの状況の間にも明確な境界線を引くことはできない。誰かが雨にぬれた藁屋根に火をつけようとしたとき、その湿気が未遂犯の客体に数えられるべきか、未遂犯が実行される際の特異な状況とみなされるべきものかは決定できないだろう。ここで、一般化する考察が湿気を度外視すべきだとする主張は、そんなことはあってはならないとする主張と同様に、一面的・恣意的であろう。心理的印象にとっては、ある種の普遍化において発火（すなわち、状況はどうあれ、濡れた屋根の）は排除されるということも、さらに広義の普遍化（そのときどきの屋根の状況は度外視される）においては発火の可能性が一般的に想定できるということも、ともに意味のあることであろう⁸。ゆえに、ここからす

8 従って、不能な手段をもって不能な客体に行う未遂犯の学説は、非危険性の事例のうち、とりわけ重要で典型的なものを我々に教えてくれる限りにおいて価値をもつが、しかし、この概念から、明確に定義された基準を作ることはまったくできない。

でに明らかなように、根本において、心理的印象が規定するような広い意味での未遂犯の危険性はきわめて多面的な指標であって、ある未遂犯が危険であるとか危険でないとかは、きわめてさまざまな意味で言うことができるということ、ある統一的な見解に達するためには、さまざまな普遍化の結果を考察して相互比較するしかないという以上のことは、実際、ほとんど言えない。これは、絶対的危険の概念の基礎にあった考察方法がいまここで最後に検討したものとまったく違っていることを思えば、より明確になろう。我々がある未遂犯を絶対的に危険と呼ぶとき、まったく認識不可能なものを度外視した段階ですでに、一般に有害な事例というカテゴリーが結果として生じているということ、ゆえに、個別事例を非有害なものとする特殊性は認識不可能なものであるということが我々にとって重要である。その際、例えば、その特殊性が未遂行動そのものの中にあって、それで手段の一般的不能性が形成され得るということは重要ではない。爆発を起こすべき導火線の一部に破損があったため、または、時限爆弾の時計のゼンマイが切れたために失敗した暗殺を、我々は危険でない未遂犯とは呼ばない。確かに、そういう事例では、ある種のかなり広い一般化が、今の具体的な事例が提示したような、同様の非有害的経過の一貫した必然性を示しているが、しかしこれに対して、別種のきわめて狭い一般化を行うだけでもすでに有害なできごとの大きな可能性が判明するとき、それがここでは決定的となる。

ゆえに、いま言及した広い意味における危険性は、いずれにせよ、さまざまな多様性をあまり正確には規定されていないやり方で一まとめにした述語なので、危険性と非危険性が明確な境界なしで互いに移行するばかりでなく、この移行もまた、ある一貫した指標の量的な段階として単純に理解することはまったくできないものと結論づけるべきであろう。ゆえに、我々はある未遂犯を危険なものと呼び、他のものを危険でないと呼び、また、あるものが他のものよりもより危険だと深く考えることなく呼んでも差し支えないとはいえ、この区別と比較は一貫して確実に使えるわけではない。

我々が理論のこの結論からある帰結を導こうとする場合、まさに犯罪的未遂行為においては、法的判断の究極の原則は、まったく自明で反論の余地のないやり方で固定できるものではないこと、むしろここで問題になっているのは、純論的分析によつてはまったく決定できないような、また、ある特定の解答を正しいものとみなして、他のすべてを単に誤りとみなすことは全然できないと思われるような原理の問題であるということは、先ず最初に強調しておかねばならない。だから、当然のことながら、判断は、少なくとも最初のうちは、すべての犯罪的未遂行為に共通のもの、すなわち、違法的結果の意図、行為の実施（違法的結果の実現が期待されるもの）を重要視しなければならない⁹、と主張できる。従つて、未遂犯の法的処理にとって、語の最も広い意味での危険性がそもそも心理的印象に応じて考慮されるべきものかどうか、ま

9 これに関してはラマシュの解説を参照（「客観的危険性の契機」、p. 53以降）。

たその範囲はどうかは疑いの余地があるわけである。ゆえに、司法が保持すべき手続きについて、ここでは、心理的印象の考慮が必要とみなされるという前提がある場合においてのみのめかすべきであり、ゆえに、危険性のある未遂犯の処罰の場合、それが考慮されるであろう¹⁰。さて、この前提の下では、未遂犯を単純に危険なものと危険でないものに分類して、前者を処罰可能なもの、後者を処罰不要なものとして処理することはいずれにせよ適切ではないということを、この理論は示している。このような区分はいずれも最大級の困難と懸念に逢着するだろう。例えば、上で説明された意味で絶対的に危険な未遂犯のみを罰しようというのであれば、それはまったく許されることではあるまい。失敗の原因を、表示可能な・前もって認識可能な契機に求めることのできるすべての未遂犯を処罰不要とみなすことは考えられることではあるまい。少なくとも現状においては、未遂犯の可罰性に対してそれほど狭い境界を定めることはどこでもやっていない。しかし、人は不能な手段をもって不能な客体に向かった未遂犯を（特に強制された場合に）処罰から除外したいと思うかもしれないが、そうすると、ここでも可罰性に対してきわめて恣意的な境界が引かれるかもしれないことに注意しておかねばなるまい。それに、心理的印象の契機全体は、主として処罰の可否にとって、明らかにそれだけではないどころか、標準的ですからあり得ないということになり、それが関わるのは量刑に対するその影響のみであるということにもなるだろう。さらに、未遂犯を危険性の視点から単純に二つのカテゴリーに区分するというこの方法は、何度も述べたように、いま問題となっているカテゴリーがいかなる状況においても明確な境界なしで互いに移行するものである以上、きわめて問題があるということは強調されなければならない。上で語られた視点（一方での外的状況と他方での未遂犯の客体または手段との間の境界づけの不可能性）およびその他の、危険概念につねにつきまとう不特定性を度外視するならば、ここではとりわけ、想定される時点の不特定性のゆえに、絶対的に危険な未遂犯は、不能な手段をもったそれにも、明確な境界なしに移行し得るということを述べておきたい。比較的長い時間を要する未遂行為は、任意の各段階における偶然の過誤によって危険でないものとなり得るし、不能な手段をもった未遂犯として終わることもある。しかし、危険の存在または不在によってその未遂犯を可罰的なものまたは非可罰的なものとみなすために考慮しなければならない時点を正確に定めようとしてもむなしいことであろう。この状況では、法が未遂犯の量刑に関して裁判官の裁量に、あまりに狭くない余地を定めて、さらに、まったく危険でない未遂の場合（一般に不能な手段または不能な客体を伴うもの）は最小刑として、それ以外の場合は、刑の査定は一貫してその危険度を考慮して行うべしと規定するのが至当と思われる。

10 我が国の現行法においては、この手続きは、危険犯の処理を通じて必然的な帰結として要請されているように思えるということは、すぐあとで言及されるであろう。

5. 刑法における危険の概念。危険犯と警察犯。

未遂犯に関してよりもはるかに単純であるが、危険概念の議論は、危険犯の名称でまとめられる諸犯罪の大部分において展開されている。その最良の例とみなしてよいのは、ドイツ帝国刑法第27章で扱われているいわゆる公安危険犯および軽罪であろう。危険の招来はここでは一連の犯罪の必然的指標とされている¹¹。問題なのは、ここではいかなる意味で危険という概念が使われているかであろう。いまこの問題に対しては、事象の本性からも、完全に確定している法的手続き様式にもとづいても、余すところなく確実に異論の余地なしに答えることはできないにもかかわらず、ある見解がともかくも理論的に許容できるものとして広く広まっていると私には思われる。それは、この概念がここではつねに、絶対的危険という狭い意味で使われているというものである。公安危険犯の構成要件は、現実的な危険がもたらされたときにのみ成立することは、しばしば（とりわけ、警察犯と対比して）強調される。鉄道輸送の危険行為に関係するある大審院判決によれば（似た形で何度も繰り返されているが）、概して、危険の存在は、事故の発生が蓋然的であって、それが実現しないのは偶然の介入によって回避される場合にのみ想定できる¹²。もしこの決定に対してより詳しい解説が必要だとされるとしても、ここでの確率は普遍妥当的な確率であり、偶然は絶対的な偶然と理解されるべきだとすればいいだろう。このことは、判決理由に強調されているように、特に個別事例の具体的な状況が何よりも先ず念頭に置かれるべきとする点から導き出される。これは、可能な限り狭い一般化がなされなければならないということと別様に理解されることはほとんどあり得ないだろう。——もちろん、危険という概念がここよりも広く用いられる例を想定することはできるだろう。とりわけ、明確に境界づけられた活動領域において、一定の損害から人々を守る課題がある場合（例えば、鉄道会社などがそれに当てはまる）、構成要件全体の中のこの部分が、それだけ見るとある損害の可能性を示しているとき、たとえ他の状況が、ざっと見当をつけたところで、この損害の出現を排除するものであったとしても、そこにすでに危険を確定したがるかもしれない。しかし、大審院の判例は、まさにこの観念を忌避しているように見える。なぜなら、それは、具体的確率と事故の抽象的可能性を区別してもらいたいと考え、後者ではなく前者だけが危険を意味すると強調しているから¹³。

11 これらの事例で一番多いのは、危険が犯罪の指標として法によって明示的に述べられているものであるが、個々の例では、例えば、放火の場合など、この付記のないものがある。明らかに、これは、放火に危険性の指標がつねに備わっていることは自明であるとされているせいである。

12 1884年2月7日の判決。判例集刑法部門、第6巻、p. 98。

13 同前、p. 99。また、1884年3月11日の判決。（「大審院判例集刑法部門」、6巻、p. 190。）もちろん、判例集においては可能性と確率の等級の違い、およびそれらが狭い一般化と広い一般化の下にあるときの違いは明確に区別されることはまったくない点は忘れてはならない。いま言及している判決の理由には「危険の想定に当たっては、ともかく一つの損害の可能性が単に遠ざけられただけでは十分とは言えない」と書かれているので、確率と「単なる可能性」の間の区別を形成するものは、主として可能性の大きさ（近さ）であるかのようにまた思われる。同じ個所の少し前にはこうある。「危険とは、その時代に周知の諸関係によれば損害

さらに、このカテゴリーに属するたいていの関係において、結果は事実上、まったく予測不可能なやり方で、あらゆる個別事例の特殊な行動に依存しているということ、従って、この領域における絶対的危険の概念は、典型的とはいえなくても、きわめて近似的に実現し得るということは特別の困難もなく示すことができる。いくつかの例（鉄道輸送における危険行為、井戸への毒注入等々）には、人間生活に関連する多数のできごとの共起の予測不能な絡み合いがあって、一般的に可能な損害が発生するかもしれないかがそれに依存している。他の例（放火、水害）でも似たように、一定の自然力の影響が条件的状況のきわめて些細な、ほとんど確認できない差異によりまったく違った拡大を生じ得ること、ゆえに、そのような自然力の「解放」が絶対的危険となることが示される。その他の例（航海の危険、危険と背中合わせの欠陥建築）でも、似たようなやり方で、絶対的危険の概念に対して積極的な論拠を見つけることは容易であるし、それに合致するような事例を提示することもできる。

こうして、危険概念のこの解釈に対して顕著な疑念がないとするならば、ようやく一般化の原理がこれによって十分堅固に固められたようであること、しかし、危険概念の境界づけにとつては、危険を構成するべき可能性の等級について一定の決定が絶対に必要であることを指摘しなければならないであろう。刑法上の意味でも（普遍的用語例によるのと同様に）、損害の発生に対してごくわずかな確率しか存在せず、通常の表現様式で言う侵害的できごともまったくありそうにないというべきところでは、明らかにいかなる危険も想定されないし、ある人の行動によってすでに予め存在するこの種の確率がまったく微細な値しか増えないときも、同様に危険行為は認められない。確率値の量的段階づけの意義を一度はしっかりと認識した人は、このことを疑わないだろう¹⁴。さらに、犯罪的指標としての危険概念の導入においていかなる立法原理が明らかになるかについて数言付け加えておこう。行為が故意のものであれ、過失的なものであれ、ある行為の処罰にあたっては、危険が発生するかもしれないかが途轍もなく大きな相違となる。故意の行為は、前者の場合、既遂の犯罪または軽罪であるが、後者の場合は未遂として処理され、過失行為は一般に、前者においてのみ処罰される恐れがある。しかし、危険の存在または不在は、行為の有責性においても、その一般的な有害性においても、さらに、それによっ

の発生が蓋然的であるとみなざるを得ないような状況を意味する」。しかし、ある具体的構成要件の判断に際して、これについて後から誰の知識に頼るべきかは、ここでは挙げられていない。この判決には、確率概念の深く踏み込んだ分析の不足と呼応して、危険概念の精密化も同様に、それが可能である個所においてさえ与えられていない。ともかく、引用した2つの事例において、検察庁（危険行為は実行されるものと信じていた）の異議は、犯罪を構成する過失的行動のまったく外にある一定の状況（距離、走行速度、天候条件、信号施設、他の職員たちの協力等々）の考慮が許容され必要とされるとみなされるがゆえに、主要な点で却下されたことは注目すべきことのように思える。

14 私がこの点を特にここで力説するのは、1884年3月11日の大審院判決（判例集、第6巻、p. 190）に、「法は（危険の想定において）、確率の高い、またはそもそもある特定の、等級を要求しない」という一見驚くべき主張が見つかるからである。しかし、これによって、確率のある適度の等級が必要であることを恐らく否定しようというのではないし、主張されているのは、その厳密な測定は不可能だということである。

でもたらされる実在的侵害においても違いをもたらさない。私の見る限り、取るべき方法は、上で述べた原理——すなわち、処罰は構成要件の心理的印象を考慮に入れなければならないということ——、そして次の事実——すなわち、この印象は、そこで検討されたように、普遍化という考察において与えられる可能性によって特定されるということ——以外の何ものにも依拠してはならないだろう。我々の法感情がいかに強烈にこの方法を要求するかは、大きな危険が犯罪により生じたが、ある特別に幸運な偶然によって辛うじて大きな損害の発生が妨げられたという事例を我々が作り出すやいなや、顕著なものとなる。損害が事実上起こらなかったのだから、従って、全体状況からしてもそれは発生することはあり得なかったと我々に指摘してくれてもそれは無益であろう。そのような事例は、主観的に同等の損害責任があったとしても実際に危険は生じなかったという事例と同等に扱われていいとすることには我々はつねに反対するだろう。

危険の招来が過失を可罰的なものとするばかりでなく、未遂をもより重く罰せられるものとする契機とみえる根拠、(侵害の結果ではなく)危険のあり方が犯罪行為の分類根拠を表示するということの根拠は、明らかに、外的なものにすぎない。当該の犯罪行為は、それが結びついている危険の種類による方が、またその外的様相によると同様に、その根底にある故意（それが考慮される限りにおいて）による方が、多分、起こしてしまった侵害の結果（殺人、傷害、器物破損等々）によって分類しようとするときよりも、よりよくグループ分けすることができる。しかし、危険行為はここではまったく現実に侵害的な結果として扱われ、その未遂犯および過失の発生も、少なくとも大部分の事例において処罰可能なものとなるので、ここで危険の概念がきわめて狭く捉えられていることは不適当なこととは思われまいだろう。

概して、刑法は犯罪の指標として、ある特定の侵害の結果または危険（上で検討した意味での）を使用するのに対して、我々は、これが当てはまらない一連の規定を見出す（ドイツ帝国刑法、主として29章に含まれている）。ここでは、反対に、いわゆる通常の意味で危険と結びついている行為が可罰的なものとされている。だから、それを独特だと呼ぶのが普通である。この規則によれば、侵害をもたらすような働きをしなかった行為も、「現実的危険」とならない行為も、ともに禁止され可罰的なものとして分類される。住宅地で馬を猛スピードで駆る人は、騎馬の名手で馬もよく調教されていて、自分の行動の無害さをあらかじめ確信することができたとしても、違反を犯せば処罰される。無視されているのは、まさに絶対的危険、すなわち、危険犯と警察犯の区別に際して考慮されなければならないより狭い意味での危険の概念があるということである。なぜなら、個別事例のある一定の特殊性を度外視するやいなや、すなわち、一般化をさらに進めることで、当然ながら警察犯も危険行為となるから。一般に、危険性は二つの不法行為の形態において共通であるが、絶対的危険は危険犯にとっては必然的な指標であるが、しかし警察犯にとってはそうではない。

さて、ここでより広い意味での危険性が、禁止および刑罰威嚇に訴えるのに十分であるとす

る根拠はどこにあるか、そして、このより広い意味とは何か。危惧される損害の大きさが顕著なものであれば、我々の法感情のさらに強い反応を引き起こし、厳しい規定によってさらに効果的な保護を求めると考えることはありそうにない。逆に、ここで問題となっているのは、ほんの些細な、それゆえ、微細な罰で威嚇される行為、すなわち軽罪であって、危険犯における違犯行為および犯罪ではない。だから、ここでは明らかに、禁止の範囲の拡大に対して、まったく別の根拠が提出されなくてはならない。これを発見すること、そしてそれと同時に、いかなるより広い意味で危険性が、ここで禁止された行為の指標であるかを確認することは、それほどむずかしいことではない。なぜ立法者は、「過度な速度で騎行すること」という犯罪概念を、その行為が危険（より狭い意味での）となっているかどうかの決め手となるべき個別事例の特殊な指標を顧慮することなく、構築できるのか。その無害性があらかじめ、特に、その行為者自身に見通せて、それゆえ、より狭い意味での危険にもならないし、語の通常の意味で有責でない¹⁵行為が禁止され処罰されるということは、一見、余計であり不当であると思える。そのあり方全体の正当性は、明らかに、もっぱら規定の実践的運用の必要性にもとづいている。例えば、警察または裁判官が個別の事例ごとに、御者や馬の練度が速い速度で通行するに十分であったかどうかの調査を命ぜられるのはあり得ない話であろう。ゆえに、この場合、立法者は、普遍的原理に従えば一定の配慮をしなければならないところだが、実際的な理由からその調査と確認は放棄するのが妥当と考えられるような個別事例の特殊性は無視するわけである。いかなる意味で警察犯は危険行為であるかの問題には、これによって明確に答えることができる。すなわち、警察犯の指標は、個別事例の一定の特殊性（それは、確かに、識別不能なものでもないし表示不能なものでもないが、その探究は実際的な理由から裁判官には課せられない）が無視されるやいなや、一般的に有害な事例というカテゴリーが明らかになるという意味における危険性である、と。ゆえに、この指標となるのは絶対的な危険性ではなく、ある種の、恐らく表示可能な、より広い意味での危険性である。

こうすると、危険犯と警察犯の関係はきわめて単純に決定される。二つの異なる立法原理が関与するという事情に応じて、危険性の概念もまた異なる意味で犯罪指標として登場するが、警察的禁止においては、特殊な禁止理由の付加が危険概念の拡張を引き起こすようなことになる。

いまや十分に特徴づけられ、互いに区別される二つの立法的手順の様式が明示されるにもかかわらず、この区別が、少なくともわが国の現行刑法においては、明確・簡明にはまったくなされていないと付け加えなければならない。確かに、我々は、主に、公安的犯罪および違反においては前者の手順が、警察犯においては後者が関係するということを見出した。にもかかわ

15 禁止の存在によって初めて、その行為は有責的なものとなり、ついで、その罪は特殊な性質のもの、すなわち、単なる不服従ということになる。

らず、例えば、27章322条は、「航海の安全を損なうに相当する」行為について述べているが、絶対的な危険を引き起こさない行為を罪として警告しているように思える。さらに、立法者が危険という語を概して絶対的な危険という意味で理解してもらいたいと思っているならば、29章で行為の危険性が犯罪指標として言及される必要はなかったと思う。実際、これはふつうは起こらないことで、むしろ、この定義は、たいていの場合、行為の種類に応じて自ずと与えられるか、または、ある一定の侵害的結果を引き起こすところの、その行為に固有の可能性が基準として挙げられる。ここで問題となるのは、一般的な可能性、すなわち、より広い意味での危険性であることを疑う余地はないと思う。しかし、いくつかの事例によっては事情が少し違っていて、警告される行為の性格づけにおいても「危険な」という語が使われている¹⁶。いずれにせよ、この語がここで、27章で言及されているようなより狭い意味で使われているのか、または、警察犯で採られているもう一つの手順に合致するような、より広い意味で使われているのかは¹⁷、はっきりしないように思える。

さらに、若干の、それ以外の法的規定がある。そこでは、侵害の結果に対する一般的原因的關係が、一部は危険という語を使用して、一部は使用しないで語られている。こうして、法は、公共の平安を危くする主張をなすこと、誰かを笑いものにしたり、世論において誹謗したり、信用を危くしたりするのに相当する虚偽の事実を広めることを禁ずる。法は、生命を危うくする処置、健康を損ねるに適当なものを人に与えることについて述べている。さらに、危険性は、たとい明確に表現されていなくても、疑いもなく決闘および遺棄に対する可罰性の根拠である。これらすべての犯罪行為において、可罰性は、侵害の結果が現実が生じたということに依存しない。公共の平安が現実には損なわれること、中傷的な物語が現実には信じられること等々は必要ではない。しかし、危険行為や適当性の概念がどの程度広くまたは狭く解釈されるべきか、どんな原理によって個別事例が一般化されると考えるべきかははっきりしないように見える。法的判断の直接理解できる基本原理も、変動することなく一貫して実行される実践も、ここでは確実な手がかりを与えてくれない。ある処置が「生命を危険にする」ものとして、ある物質が「健康を損ねるに適当な」ものとして妥当なものであるかどうかという問いに対して、大審院の判決は具体的事例の状況の可能な限り入念な考慮が必要だとした¹⁸。似たような解釈は、例えば、中傷により信用を危険に晒す行為にはほとんど適用できないように思える。公共の平安を危険に晒す行為に関しては、大審院は危険概念を、上で引用したように、鉄道輸送の

16 366条2項、367条6項および11項、369条6項と7項。

17 368条は7項において、「森または荒地の危険な場所において、または、建物または可燃物の近辺で火をつける者」を諷めている。ここで、個別事例の判断が、危険性の確認のために、具体的事例のともかく確かめ得るすべての状況（風向き、つけられた火の状態と大きさ等々）を考慮しなければならないものかどうか、という問いが提起されてもいいであろう。

18 例えば、1884年1月19日の判決、大審院判例集刑法部門、第10巻、p. 1。1884年2月14日の判決、同書、p. 101。さらに、1884年1月14日の判決、同書、p. 178。

危険行為に対してなされるよりもより広く理解したいように見える¹⁹。危険概念の拡張は先ほど警察犯において検討された根拠からのみ許容されるのではないことは明確に考慮しておかなければならない。当該の行為の基礎につねに有責の意図がある場合、当然のことながら、違法的未遂行為におけるのと同様に、現実の損害の発生も絶対的危険の存在も可罰性の必然的な条件ではない。より広い意味における危険性を重視すること、絶対的危険の指標を度外視することは、ここでは許容されるように見える。なぜなら、守るべき客体（例えば、公共の平安のような）の特別な価値ゆえに、特に厳しい規定が必要だとされるかもしれないし、絶対的危険の指標は、中傷的な信用危険行為の場合にそうであったように、この場合にもあまりに不明確なものと思えるかもしれないから。ここで危険概念の広い理解を表すのと同じような方法は、法律によってしばしばきわめて明確に守られてきている。例えば、危険または結果の発生がまったく度外視されて、不服従への教唆（112条）または官吏への贈賄を目的とする贈与（333条）は罪とされている。ここで刑罰の対象とされている行為はつねに故意のものであって、それらは語のより広い意味で危険でもあるが、個別事例においては、有害である必要はないし絶対的危険となる必要もない。——ところで、行為（構成要件の主観的側面）の有責性を主として考慮しようとする人は、例外なく、危険概念のより広い理解をする傾向があり、外的経過の総体と結果（客観的側面）が決定的に重要な意味をもつと思える人は、より狭い理解をしたがるようである。この根拠から、最後にあげたすべての事例に関しては、どちらの方法の様式が立法者によって望まれたものとされるかは幾分不明瞭であるとみなしていいようである。

ようやくここで次のことを指摘しておく頃合いとなったようである。すなわち、客観的可能性の概念は、あまり変わらないやり方で、刑法によって使用されているある別の名称〔危険〕の基礎をなしている、ということである。ある行為が危険をもたらすものとなるのみならず、ある構成要件が危険とされるのみならず、対象にもまたこのような性質が帰せられることになる。法は「危険な手段」「致命的な武器」「自ら発火しやすい」物質等々と言う。ここで明らかに問題となっているのは、もっぱら可能性の概念にもとづいている概念である。いずれにしても、当該の性質は、ある普遍的に表示される条件がある結果の顕著な可能性を表わしている——あるできごとは、その対象の協力の下で、諸関係が比較的大きな多様性をとりながら実現する——という意味において、ある対象に帰属させられるか、または否認されるだろう。似たような意味で、例えば、ある対象はある目的のために多かれ少なかれ有効と言われることがあって、従って、未遂犯の理論においてあれほど頻繁に議論された有効・不能手段の概念もある程度これと関連する。少なくとも、我々が対象のある目的に対する有効・不能を測定する最重要

19 1881年10月24日の判決、大審院判例集、第3巻、p. 633。1880年11月10日の判決、同上、第2巻、p. 432。鉄道輸送に関わる判決によれば、既述のように、損害の「抽象的可能性」ではなく、「蓋然性」が危険を構成しなければならない。これに対して、公共の平安は、「煽動が激意ある考え方を呼び起こす可能性が与えられただけで」危険に晒されているとみなすべきで、「従って、その煽動はそのために適当であると思える」。

な視点の一つは、その目的がその対象の協力を得て実現し得る際の諸関係の多様性である²⁰。こうして、それは、ある人がある他人に対する攻撃のためにそれを使用するという普遍的条件が、ある殺人または重傷の顕著な可能性を表示する場合、我々はある武器を致命的とし、ある対象を危険な道具と呼ぶ。この指標の法的意義を生み出す立法者の原理を特に取り上げる必要はないだろう。ここに見られるのは、上で示唆したこととまったく類似の思考過程であることはただちに自明であるから。しかし、ここでも、どのくらい個別事例の具体的諸関係を考慮すべきか、または、いかなる普遍的条件にそれらの述語は関係づけるべきなのかは不明瞭であるとまたまた繰り返さなければならないだろう。

以上述べたことから導き出される主要な結論は、刑法における危険概念はどこでも同じ意味で解釈できるわけではない、ということである。確かに、それはつねにある有害なできごとの可能性を意味してはいるが、しかし可能性概念自体はあるところではより狭く、あるところではより広く理解されなければならないし、具体的事例が普遍化されるものとして考慮されるそのやり方が多分何よりも問題となる。従って、絶対的危険か、それともより広い意味での危険性が犯罪行為の指標とならねばならないかは特に区別されるべきである。きわめて狭い範囲でのみ、これは、事象の本性から、または周知の法律実践から現われてくる。さまざまな機会において「危険」「危険な」等々、類似の意味の語が使われる際のその意味の解説は、少なくともこの最も重要な点においては、簡単にできそうであって、それによって法律は、疑いもなく、表現の明瞭さと正確さを大いに増すことであろう。危険が犯罪行為の指標であるのはより狭い意味でなのかより広い意味でなのかを言うことができるのみならず、後者の事例においてもしばしば間違いなく、考慮されるべき一般化、または一定の指標が関係する普遍的条件、または、個別事例の特殊性（どれが度外視されどれがされないか）をより厳密に表示することもできそうである。——それにもかかわらず、危険概念には、もちろん、いつも一連の不特定性が付いて離れず、それらを取り除くいかなる可能性も存在しない。危険と呼ばれるべき可能性の等級が数字上特定できないという理由はここにある。しかしその上に、語の最も広い意味での危険性が考慮されなければならない場合に、そもそもいかなる一般化が考慮されるべきなのか、すべての結果の中からどういうやり方で結論を導き出すべきなのか、明確に決定できたことは一度もない²¹。

20 もちろん、これだけが重要であるわけではない。目的の達成をより大きな完全性において、またはより少ない労苦で許すところの対象もまた、我々にとってより有効性の高い対象である。それにもかかわらず、この点は法学的語法では、めったに、または全然問題になっていない。

21 法律的に特にしばしば論じられてきた危険概念の特異形「共通の危険」がここで取り上げられていないことがひょっとすると目につくかもしれない。その特徴は、明らかに、危惧される被害の種類と範囲にある。それは、いかなる損害が可能と考えられるかにかかっているのであって、ある損害の可能性がいかなる意味で成立するかではない。だから、この概念の展開と批判は、可能性概念の形成を追跡しようとしたこの論文の範囲外にあった。

すべての基礎にある危険の定義は、客観的可能性の概念と結びつくことで、法律用語とも合致する——これについて、私の信じるところでは、いかなる疑いもあり得ないだろう。厳密な意味での確率の概念から出発しようとする人は、確率がいかなる知的状態とみなされるべきかを区別することで、もちろん、危険概念のさまざまな変形をも展開することができる。しかし、そういう試みは法学的に満足の行くやり方でもこれまで実行されていないと思う。一般的用語例の矛盾については言うまでもない。危険と、個々人が抱く（または抱くべきはずの）ある有害な結果の期待（それは過失の概念にとって意味をもつだろう）とはきっぱりと区別されなければならない。

しかしながら、完璧を期すために述べておくが、危険という語の逸脱した解釈が法の意味と目的にとってかえってよく合致するように思える特殊な事例がいくつかある。これまで述べてきた事例の全体において、危険概念は、可罰的行為の指標として、またはそうやって生じた構成要件の指標として役に立つ。この場合、つねに重要なのは、客観的行動様式であって、一人一人の個人の期待または危惧ではない。これとは逆に、まさにそのことが意味をもつのは、誰かが何かをする権利または義務があるという状況が提示される場合である。この目的のためにも、法は危険という語をときどき用いている。例えば、52条は「行為者が、……身体または生命に対する、他の方法では防止できない現在の危険と結びついた脅迫によって……行為を強制された場合」、その行為は罪とされないと述べている。54条は「自らの責任ではない非常事態において現在の危険から身を守るために……遂行された」行為について同様に語る。しかし、法の意味からすれば、52条は、その分野の知識からして銃を装填されたものとみなさざるを得ない場合に、行為者が装填されていない銃で脅迫されたときは、やはり適用されるはずであろう。事態の客観的危険性ではなく、特定の個人的観点から当然視される懸念がここでは決定的でなければならない。この種類の規定において危険という語を避けるのが、疑いもなく、より正しいであろう。

フライブルク（ブライスガウ）

フォン・クリース

（続く）

マックス・ウェーバーとフォン・クリース —— 方法論の時代(その2) ——

山 田 吉二郎

1

フォン・クリースの論文「客観的可能性という概念とその若干の応用について」²²の翻訳・分載の2回目である。前回と同様、翻訳は山田・江口が共同で行った。今回掲載された「Ⅲ 危険の概念について」は、前回掲載分²³において「客観的可能性の理論は、二つの対象に対して応用される、すなわち、第一に、原因構成および原因連関の概念に対して、第二に、危険の概念に対して。……この原因と危険の二つの概念は、周知のように、法学において特段に重要なものとなっている。だから、その分野に少しばかり逸脱することは避けられないだろうが、もっとも、範囲が広すぎにならないように、刑法に限定しておいた方がよい」²⁴(下線フォン・クリース)と述べられていたことに対応する。

今の引用の中に「原因と危険の二つの概念は、周知のように、法学において特段に重要なものとなっている」という一文があるが、「周知のように」は、もちろん、「法学専門家には」という意味で、私のような非専門家は、これら二つの概念が、なぜ「法学において特段に重要なものとなっている」のか、その理由から勉強しなければならない。刑法に関する概説書は、十九世紀の後半(特に、ドイツ)において、「犯罪および刑罰とは何か」をめぐる方法論的論争が展開されたことを教えてくれる²⁵。新旧両派による、いわゆる「学派の争い」と呼ばれるものがそれである。さまざまな争点の一つに「犯罪はいつ成立するか」の問題があり、「行為者の意思が外界に発現したとき」という「客観主義」をとる旧派に対して、近代社会の進展に伴う犯罪の激増を踏まえて²⁶、犯罪以前に「犯罪人」という人間類型の存在を主張する新派が対立した。

22 Johannes von Kries, „Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben“, *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, XII, 1888, S. 179-240, 287-323, 393-428.

23 「客観的可能性という概念とその若干の応用について」(その1)、山田吉二郎・江口豊訳、「メディア・コミュニケーション研究」第59号、北海道大学大学院メディア・コミュニケーション研究院、2010、pp. 137-189.

24 同上、p. 146.

25 以下の叙述は、主として、大塚仁著「刑法概説(総論)」(第4版、有斐閣、2008年)による。

26 「学派の争い」は、当時の社会環境の変化を考慮して、初めて意味をもつ。「十九世紀の中葉にヨーロッパ大

後者によれば、犯罪という客観的行為ではなく、犯罪人のもつ「社会的危険性」こそが処罰の対象であるということになる。新派の中心であったフォン・リストの言葉「行為ではなく、行為者が罰せられなければならない」はこの立場を端的に表現したものとしてよく知られている。

さて、上記のことに関連して、「未遂犯」および「危険犯」の可罰性が争点となった。未遂犯とは、犯罪的意思をもって開始された行為が犯罪的結果に至らなかったものをいうが、結果重視の立場からは、未遂犯には結果が存在しないから処罰の必要はないということになるし、犯罪的意思重視の立場からは、未遂は既遂と同様に処罰されるべきだということになる。フォン・クリースが今回掲載分のⅢ-4「刑法における危険の概念。危険な未遂犯と危険でない未遂犯」でこの問題を詳細に論じている意義は、新旧両派の論争が未遂行為の「危険性」を処罰根拠にすることに収斂しつつある状況において、改めて「危険概念の解明」を行ったという点にある。

これに対して、「危険犯」は、犯罪の構成要件として「(法益) 侵害の危険の存在だけで足りるもの」²⁷をいう。「危険犯」も、「未遂犯」と同様に、法益の現実的侵害はないという状況で、しかし、その「危険性」があった（または、あり得る）ことを根拠として処罰できるかどうか争点となる。フォン・クリースは、Ⅲ-5「刑法における危険の概念。危険犯と警察犯」でこの問題を扱っている。「警察犯」は、日本の現行刑法にはない概念であるが、「公共の安全と秩序を維持するために課せられた義務に違反する行為」をいい、実例として「潜伏、浮浪、消灯、交通妨害、誇大広告、面会強請等」²⁸があげられている。これらの行為に対して「法益侵害の危険性」を理由に「拘留、科料」が認められていた。

フォン・クリースが「客観的可能性」概念を考察するにあたって、その「若干の応用」の一つとして刑法学における「危険」概念を取り上げた理由の説明としては、これで十分であろう。前回の解題でも述べたように、十九世紀から二十世紀へのいわゆる「世紀の変わり目」は、科学の諸分野において方法論の根本的な再検討が行われた時代であり、この点で法学、特に刑法学も例外ではなかった。刑法学の最重要概念の一つ「構成要件」(Tatbestand)が多くの刑法学者の努力の末に確立するのは、エルンスト・ベーリングの「犯罪論」²⁹(1906)においてだと言われているが、それはちょうどマックス・ウェーバーが「理念型」概念を中心とする彼の方法論確立に努力していた時期と重なる。ベーリングにとって「構成要件」は「犯罪類型の輪郭」(Umriss des Verbrechenstypus)³⁰として、具体的事例を客観的に把握することを可能にする工夫だったが、ウェーバーも自身の理念型について同じことが言えたはずである。

陸諸国に普及した産業革命は、やがて激しい経済的・社会的混乱を招来し、失業などに起因する犯罪、とくに累犯および少年犯罪の増加を呼び起こした」(大塚、前掲書、p. 24)。

27 同上、p. 130。

28 有斐閣「法律用語辞典」(第3版)、「警察犯」および「警察犯処罰例」の項。

29 Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906, Scientia Verlag Aalen, 1964.

30 *Ebenda*, S. 110 ff.

上で触れた「学派の争い」において、新派の人々に「犯罪人類型」の考え方を教示したのは、ロンブローゾ、フェリ、ガロファローの犯罪人類学であったという³¹。この三人の名前はデュルケームの読者には親しいはずである（前者二者は「自殺論」³²に、ガロファローは「社会学的方法の規準」³³に登場する）。デュルケームの、彼ら「イタリア学派」の扱いは概して批判的であるが、その一方で、彼は人類学のもつ類型学的方法を自分の学問に取り入れようとした形跡が窺える。デュルケーム、ウェーバーら、この同じ時期に社会学の方法論を探究した研究者たちにとって、自然科学の方法論の摂取およびそれからの脱却はよほど重要なことだったように思える。

2

フォン・クリースがここで論じている「危険」概念がウェーバーにとって方法論的概念として重要なものとなったかという、——もしそれが、ウェーバーは「危険」概念を重要概念として研究の要所々々で使用したかという意味ならば——、必ずしもそうとは言えないだろうと思う。「客観的可能性」「適合的原因構成」その他、フォン・クリース直伝の概念をウェーバーは頻繁に使うが、「危険」概念はそれら「愛用概念」のうちには入っていないように思う（確かに、「危険」「危険性」という言葉はいろいろな論文に散見するが、「方法論的」概念として使われているとは見えない）。だから、多忙な読者は、フォン・クリース論文のこの部分はウェーバー理解に関係がないとして読み飛ばすかもしれない。それはある意味ではやむを得ないことかもしれないが、ただ私はフォン・クリース論文のこの部分を読みながら、ここにはフォン・クリース自身の方法論が（特に「一般化」とは何かに関して）詳しく語られていると思うし、そして恐らく、ウェーバー自身もそれを興味をもって読んだと想像できるので、やはりこの部分も飛ばさないで読むことを読者にはお勧めしたいと思う。

31 大塚仁、前掲書、pp. 24-25。

32 例えば——「自殺と殺人の双方の素因をなす心理的構造は一つのものであろう。フェリとモルセッリは、ロンブローゾにつづいて、ともにこの気質を規定しようと試みた。その気質とは、人びとにとって闘争に耐えるのに不利な条件である肉体の劣等性によって特徴づけられるにちがいない。殺人者と自殺者はともに変質者であり、無能者であろう。ひとしく、社会において有益な役割を果たすことのできない者であり、したがって敗北者たるべき運命を負う者であろう。……だが、以上のいかにも巧みな説は、はたして正しいのだろうか。問題は二重にあり、それを別々に検討する必要がある。犯罪と自殺の心理的条件は、このように一つのものなのか。そして、両者の依存している社会的条件のあいだには相反する関係が存在しているのか」、デュルケーム「自殺論」（宮島喬訳、中公文庫、1997）、pp. 431-432。

33 例えば——「ガロファロー氏は、その『犯罪学』の冒頭で、この科学の出発点は『犯罪の社会学的観念』でなければならないことをいみじくも論証した。ただ、この社会学的観念を構成するに、氏は、さまざまな社会類型のなかで規則的に刑罰によって抑えられてきたすべての行為を区別なく比較するのではなく、そのうちの若干のみを、すなわち道德的感覚の平均的・不変的部分を傷つけるような諸行為のみを比較するにとどまっている」、デュルケーム「社会学的方法の規準」（宮島喬訳、岩波文庫、2005）、p. 108。

要するに、方法論の習得とは「キーとなる概念」（それを通して見ることによって研究対象が明確に浮かびあがるという、いわば魔法のランプのような）を手に入れることではないのであろう。または、それのみではなくて、——方法論を学ぶということは、（新しい服を着るように）新しい概念を獲得するということではなくて、そもそも「どうして私たちは概念というものを獲得できるのか」を明確に理解することかもしれない。（もしそうではなくて、ただ出来合いの概念を摂取するだけでいいのなら、ウェーバーにしろ私たちにしろ、方法論獲得にこんなに苦勞する必要はないわけである。）

さて、私たちが社会科学の研究者として、何であれ「何か」に観察の眼を向けるとき、私たちが眼にするのは、（厳密に言うならば）一つとして同じもののない・具体的な諸事象であるのに、にもかかわらず、私たちは先ずそれらを「分類」しようとする（分類の基準を知らないのに！）。次に、私たちは分類された各々のグループに名前を与えて、これを「事象の本質」（すなわち、概念）とする。本来ならば、「概念」（＝事象の本質）が先に分かっている、それを基準として分類がなされるはずなのに、順序が逆になっていることに注意しよう。この思考順序（または試行錯誤）が人間の認識の通常の様式であることを理解することが私たちの第一の仕事であるが、しかも、この認識はついに客観的なものであり得る、——それはいかにして可能かが、フォン・クリースの「客観的可能性」論文の主題（の一つ）であるように思える。これは、ある意味で、フォン・クリース自身の方法論にかかわるものであって、彼はそれを「一般化の原理」³⁴（Prinzip der Generalisierung）と呼んでいる。彼はこの「原理」を必ずしも定式化はしていないので、彼がこの論文のあちらこちらで行っている説明を一つ一つ追って理解するしかない。そして、それは精読に値することであろうと思う、なぜなら、「一般化」はウェーバーがある時期に方法論的に活用した概念の一つであるから。

いま、分類の規準を知らずに分類しようとする（そして、それを可能と思う）私たちの認識の不思議を述べたが、これが人間の社会科学的認識の本質であることを明確に述べたのはジンメルであり、この意味で彼は、ウェーバーの方法論探求に対して、フォン・クリースと並んで、重大な影響を与えた思想家であると言えると思う。ウェーバーが熟読したに違いない「社会分業論」（1890）に次の一節がある。

「言うまでもなくこれは、社会学の根本概念にとって明確に限定された・異論の余地のない定義が必要であることを意味しない。例えば、社会とは何か、個人とは何か、諸個人相互の心的作用はどうして可能か等々という問題に最初から答えることができることを意味しない。古い心理学では、心の現象を科学的に認識し得るためには、その前に心の本質を定義しておかなければならないとしたが、同じ誤りに陥りたくないならば、我々はここでもまた領域の大まかな

34 本論文、p. 16。

限定だけに満足し、客体の本質に対する完全な洞察をこの科学の完成の前ではなく、その後
期待しなければならない。ことがらとして最初のものが我々の認識にとっては最後のものである
というアリストテレスの真理はなお依然として妥当する」³⁵（下線山田。以下、断りのない限り同じ。）

ここで語られていることは難解な論理であるが、自然科学とは異なる社会科学的認識のもつ顕著な逆説を明確に述べたものとして記憶すべき一節である。特に、下線部は、社会科学の「対象の完全な認識」を（永遠のかなたにある）「科学の完成の後」に指定することで、かえってその間の（人間的対象を対象とする）人間の認識の自由を確保したものと言える。なぜならば、もし対象が完全に認識されたならば、その対象は法則的に把握されるわけで、そこには自由の要素は必要とされないから。その間の（不完全な）認識を曲がりなりにも確保するものが「方法論」であり、ゆえに、この方法論は、当然のことながら、「究極の」「不動の」方法論ではなく、「一時的な仮説」（そういうものとして、個人的なものではなく、共有のものであっていい）として、絶えず（ウェーバーの表現によれば）「変形の過程」（Umbildungsprozeß）³⁶ になければならない。ウェーバーがジンメルはこの一節を熟読したに違いないという私の断定の根拠は、どこかにそういう証言があるわけではなく、ただ「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」の最初の方にある次の一節から、否応なくそう思うしてしまうだけである。

「このような歴史的な概念〔資本主義の精神〕は内容的にみて、その個体的特性が成り立つために有意義であるようなそうした現象にかかわるものだから、『直近の類、種差』という図式にしたがって定義する（……）ことは不可能で、むしろ、歴史的現実のなかから得られる個々の構成部分を用いて漸次に組み立てて行くという道をとらねばならない。だから、その最終的な概念的把握は研究の初めにありうるものではなく、むしろ研究の結末にあるべきものである。言いかえるなら、ここで資本主義の『精神』とよばれているものの最良の——すなわち、われわれがここで問題としている観点にもっとも適合的な——定式化は、究明の過程を経てはじめて、しかもその主要な成果として提示することができるのだ」³⁷

下線部から、これがジンメルの思考から学んだもの——というのがやはり証明を要することであるなら、とりあえずここでは、ジンメルの思考と完全に一致するもの、と言っておきたい

35 ジンメル「社会分化論」、社会学大系、第1巻、p. 6、居安正訳、青木書店、1991〔1970〕。なお、訳は若干修正した。

36 ウェーバー「社会科学と社会政策にかかわる認識の『客観性』」、富永・立野訳、岩波文庫、2001、p. 146。

37 ウェーバー「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」、大塚久雄訳、岩波文庫、2006、pp. 38-39。訳は若干修正した。

——であることは明らかであろうと思う。ただし、これによってウェーバーはジンメルを「模倣」したと言いたいわけではなく、また、そう考える必要はまったくないと思う。これはまさに「方法論の共有性」であって、ここから、実際の研究をどの観点からどう行うかは、研究者の「自由」であるから。だから、ウェーバーが上の引用部分に続けて、次のように述べていることの意味は私たちにはもはや自明であろう。

「さらにまた、われわれが今とろうとしている観点（……）が、ここで問題としている歴史的現象を分析するために唯一可能な観点だということでも決してない。観点を異にするなら、ここでも別のものが『本質的』特徴となってくることは、一切の歴史的現象についても見られるとおりだ。——このことから直ちに次のことが生じてくる。すなわち、われわれのとらえ方からすれば本質的なものとしてわれわれに見えてくる、そうしたもののだけが、資本主義の『精神』の唯一可能な理解であるわけでもなければ、またそうでなければならぬ必要もない。このことは、方法上、現実の事象を抽象的な類概念に当てはめていくのではなしに、むしろつねに、またどうしても、特殊個体的な色彩をもつ具体的な発生的関連という姿にまとめ上げて行かねばならぬ、そのような『歴史的な概念構成』というものの本質に根ざしているのだ」³⁸（強調ウェーバー）

ウェーバーがここで述べているのは「理念型」という方法についてであるが、それが唯一絶対のものではなく相対的なものであることは、ウェーバーが繰り返し強調することである。フォン・クリース論文の訳載が完了していないこの段階で、「理念型」について詳しく述べることはしないが、やがてそれについて述べられるとき、それが「歴史的な概念構成」と言い換えられていること、「発生的関連」が語られていることの意味が、合わせて論じられるはずである。

3

フォン・クリース論文の今回掲載部分について、彼自身の方法論である「一般化」を中心に、少し解説を試みたい。

「危険」という概念が「客観的可能性」概念の応用例であることを証明することが、フォン・クリースのここでの目的であることは言うまでもないだろう、——「危険という語は、ある有害なできごとの客観的可能性を意味することになろう」「有害なできごとの客観的可能性が危険と呼ばれる」³⁹等々。これに関連して、著者は、論文「その1」で述べられた重要なテーゼ「客

38 同上、p. 39。

39 本論文、p. 2。

観的可能性に関する命題にはつねにノモス論的内容の知識が表現されている」⁴⁰ をここでも強調している。私たちの課題は、著者がさまざまに説明してくれているこの「ノモス論的内容の知識」をできるかぎり明確に理解することである、——「普遍的・一般的に提示された諸条件」「普遍的で曖昧な、いくつかのさまざまな行動様式」⁴¹ 等々。しかし、その理解は必ずしも容易でない。その理由はいろいろあるだろうが、多分その一つとして、(今の引用にあった)「普遍的・一般的」と「曖昧な」の併存が私たちの通常の理解の意表を突いて、私たちを混乱させるからであろう。「普遍的・一般的」記述(または呼称)が同時に「曖昧な」記述(または呼称)であることは、自然科学的認識と社会科学認識の顕著な違いを生む原点であろうと思う。例えば、「酸素」「水素」等々はある明瞭な属性をもったものとして、けっして「曖昧」ではないのに対して、「ドイツ人」「日本人」等々の「一般的」呼称は、確かに、時に完全に明瞭な属性をもつかのように使用されるが、実はまったく「曖昧」であり、これに明瞭な属性を付与したければ、例えば、フリードリヒ二世とか徳川家康とかいう、具体的な「歴史的個体」のレベルに降りなければならない。これは、社会科学において、「普遍的・一般的」な記述を行いつつ、それが「曖昧」ではない記述であることがいかに稀れであるかの理由の一つである。

「どのように具体的事象は普遍化されると考えられるのか」⁴² —— その一例として、フォン・クリースは「絶対的危険」と「広い意味での危険」の区別を論じている。前者は、例えば、至近距離での爆弾の爆発といった事象で、この場合、たまたま無傷だったとしても、それはまったくの偶然である。後者の例として、雨でぬれた藁屋根に火をつける行為があげられる(普通は着火しないと考えられるが、何かの加減で火がつくことも考えられるから。これからすると、乾いた藁屋根に火を近づけることは「絶対的危険」とみなされよう)。こうして、「藁屋根への放火」という「一般的」概念は、同時にきわめて「曖昧な」ものであることが分かる。「広い意味の危険」(すなわち、「曖昧な一般概念」)には、「客観的可能性」と同様に、「等級」が考えられるわけで、危険性の大きいもの(すなわち、限りなく「絶対的危険」に近いもの)から危険性の小さいものまで切れ目なく移行するが、そのどこかに有罪と無罪の境界を予め設定することは困難であろう。

「危険」概念から「客観的可能性」概念に戻って、「普遍化」「一般化」の考え方として、「絶対的可能性」と「広い意味での可能性」の区別を想定することは、方法論として有効かもしれない。なぜなら、社会科学的事象においては、「絶対的」に可能だという判断(これはほとんど必然性判断であろう)は稀れであって、たいていの判断は「広い意味の可能性」判断(すなわち仮説)であって、その「等級」もさまざまであるということの方がはるかに普通であろうか

40 「メディア・コミュニケーション研究」第59号、p. 138。

41 同上。

42 本論文、p. 5。

ら。この考え方は、過度の（ゆえに誤った）断定を避けるために有益であろうと思う。ウェーバーが「文化科学の論理学の領域における批判的研究」において述べた「もしマラトンでギリシアが負けていたら、その後のヨーロッパの歴史はどうなっていたか」という設問は、「絶対的可能性」として考察することはできないが、「広い意味での可能性」としてなら考察できることになる。ウェーバーが次のように述べるとき、彼はまったくフォン・クリースの概念と用語に依拠している。

「マラトンの戦いの『意義』を基礎づけるものとしてのこのような判断がその根拠とする『知識』は、今まで述べてきたところからすると二通りある。一つは、『歴史的状況』に属し、文献にもとづいてハッキリと証明できるような特定の『事実』についての知識（つまり『存在論的知識』）、もう一つは……多くの人間が熟知している特定の経験諸規則についての、特に人間が与えられた諸状況に対していかに反応するのをつねとするか、そのあり方についての知識（『ノモス論的知識』）である」⁴³

フォン・クリースにおける「存在論的」知識と「ノモス論的」知識の対比は解題その1ですでに触れた。ウェーバーがここで「ノモス論的知識」に言及するのは、フォン・クリースの「客観的可能性に関する命題にはつねにノモス論的内容の知識が表現されている」という命題に拠るものである。「ノモス論的知識」については次回の方載その3の解題で検討したいと思うが、その際に、ウェーバーがいまここでそれを「多くの人間が熟知している特定の経験諸規則」と言い換えたことの当否と、その言い換えが一見して提示するような「非科学性」の評価にも触れたいと思う。

4

ウェーバーにおける「方法論的」探究のもつ意味について、ある時期のウェーバーにそういう関心が強くあったことは明瞭な事実であるが、それ以後の彼の著書にそういう関心が一見必ずしも濃厚に見られないゆえに、これを重要視しない意見がある。私はいずれ「それ以後」の問題について正面から論じたいと思っているが、今はそれには触れない。その代わり、ここで触れたいのは、むしろ「それ以前」との比較——すなわち、「国民国家と経済政策」（1895）のある一節と、「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」（1904）のある一節との比較——をとおして、両者の「認識」のあいだに一種「質的な」違いが透けて見えはしないかということである。両者とも、ポーランド人とドイツ人の対比について述べている。先ず、「国民国家と

43 森岡弘通訳「歴史は科学か」、みすず書房、1975、p. 192。

経済政策」から。

「わたくしがお話ししようと思っているのは、さしあたってはつぎのこと、すなわち、異なった民族のあいだに存在する、肉体的および心的な人種的相違というものが、経済上の生存競争において果たしている役割をひとつの実例に即して具体的に示すことであります⁴⁴。……ポーランド人小農が進出するのは、かれらがいわば地面の草を食って生きているからなのです。かれらの生活慣習が、物質面でも精神面でも、低いにもかかわらずではなくして、低いからこそ、進出してくるというわけです。／したがって、われわれの眼前でおこなわれているのは、一種の淘汰過程であるように見えます。二つの民族はずっとむかしから、同じ生存条件のなかに置かれていました。その結果どうなったかという、俗流唯物論の立場が考えるように、二つの民族は同じような生理的・心理的性質をもつようになったのではありません。そうではなくして、一方が他方に屈し、勝ったのはどちらかといえば、それは与えられた経済的・社会的生存条件に対して適応力の大きいほうの民族だったのです⁴⁵」(下線ウェーバー)

この論文の来歴がどのようなものであれ(周知のように、この論文はフライブルク大学での教授就任演説を母体としている)、引用部分のテキストの文体と論理の意外な粗野さは、「それ以後」のウェーバーの繊細さ・鋭敏さに親しんだ読者を当惑させるほどのものである(もちろん、このことは、この論文の、ウェーバーの全業績中に占める位置を、そしてそれと同時に、ウェーバーにおけるナショナリズムの位置を定めない限り、正しく評価することはできない⁴⁶)。その「粗野さ」の一つの淵源は、例えば「経済的・社会的生存条件に対して適応力の大きいほうの民族」という記述に含まれている、「生存条件」「適応力」「民族」という「一般的」概念が、同時に(フォン・クリースが言うように)「曖昧な」概念であることに、「それ以前」のウェーバーはあまり注意を払っていないところにあるのではないか。これを、「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」にある、同じくポーランド人とドイツ人を比較した一節と比較してみよう。

「さまざまな種類の信仰が混在している地方の職業統計に目をとおすと、通常つぎのような現

44 ウェーバー著・田中真晴訳「国民国家と経済」、未来社、2000、p.9。

45 同上、p.22。訳は若干修正した。

46 今野元氏の「マックス・ウェーバーとポーランド問題——ヴィルヘルム期ドイツ・ナショナリズム研究序説」(東京大学出版会、2003)は、ウェーバーの政治論文を精読することで、当時のドイツにとって大きな問題であったドイツ東部の農業問題とポーランド問題をめぐって、ウェーバーがいかに一貫して強靱なナショナリストであったかを論証した労作である。「学者」ウェーバーと「政治家」ウェーバーは「二つの別な人格」ではなく、「一つの人格の二つの側面」というのが著者の結論であり(p.237)、確かに、そういう他はないだろうが、私の率直な印象は、「政治」はウェーバーにとって「鬼門」であった、ということである。

象が見出される。それはドイツ・カトリック派会議の席上や同派の新聞、文献の中でたびたび論議されていることだが、近代的企業における資本所有や企業家についてみても、あるいはまた上層の熟練労働者層、とくに技術的あるいは商人的訓練のもとに教育された従業者たちについてみても、彼らが著しくプロテスタント的色彩を帯びているという現象だ。この現象は、例えば東部ドイツにおけるドイツ人とポーランド人の間のように信仰の種類が国籍の区別と一致し、従って文化の発達程度とも一致しているような地方で見られるだけではない。およそ資本主義の発展期に、その結果として、住民たちの間には社会層分化と職業分化が生じた地方では至る所——この分化が激しければ激しいほど明白に——信仰統計の数字をとおして明らかに見出される」⁴⁷

この一節は、下線部を除けば、「普遍的で曖昧な」と呼べる記述は慎重に遠ざけられている印象を与える。(ドイツの)「至る所」に見られる現象を基礎にして、そこから「普遍的で明確な」概念化を行おうとする姿勢を可能にしたものが「ある時期」のウェーバーの方法論的考察およびその成果であったことを、今回の解題で取り上げてみようと思う。

(2011年4月4日原稿受理)

47 「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」、p. 16。

《SUMMARY》

Johannes von Kries,
„Über den Begriff der objektiven Möglichkeit
und einige Anwendungen desselben“
—— A Japanese Translation (Part 2)

Kichijiro YAMADA
Yutaka EGUCHI

Max Weber and Johannes von Kries
—— a Period of Intense Methodology Discussions (Part 2)

In the part published here of his treatise “On the Concept of Objective Possibility and Some of its Applications” (1888), von Kries discusses the “Concept of Danger (Gefahr),” which was one of the most essential issues of the controversy between the “old” and “new” schools of German legal philosophers in the second half of the 19th century. They argued whether pre-criminal “social dangerousness” is enough to be regarded as the committed crime or not. Von Kries defines “danger” as “*objective possibility of a certain harmful result.*” According to him, judgments of “objective possibility” presuppose “*nomological*” knowledge, that is, “*certain empirical rules widely known to many people*” (M. Weber). It is on the basis of them that we can *generalize* various concrete experiences which must be distinguished from each other. As for “danger,” e.g., we can classify them into two groups at first: the “*absolutely*” dangerous ones and the dangerous ones “*in the wider senses.*” Then we must try to divide the latter cases into “grades,” although we can’t attain to numerical exactness. Von Kries calls this a “principle of generalization” (Prinzip der Generalisierung) which has *methodologically* great importance to Weber.