

Title	放射性物質の危険に関する法的規制の考察
Sub Title	Réflexions sur la réglementation juridique du risque des substances radioactives
Author	矢田, 悠真(Yada, Yuma)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.32 (2015. 7) ,p.247- 325
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	リサーチペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20150707-0247

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

放射性物質の危険に関する法的規制の考察

矢 田 悠 真

- 第1章 はじめに
- 第2章 放射線発散処罰法の解釈——環境に対する「危険」の防止——
 - 第1節 問題の所在——核テロリズム防止条約上の義務と放射線発散処罰法——
 - 第2節 核テロリズム防止条約の処罰対象
 - 第3節 抽象的危険犯の考察
 - 第4節 実質説からの解決の試み——予防的危険説の提唱——
 - 第5節 予防的危険説の概念と判断方法
 - 第6節 放射線発散等罪の処罰範囲
 - 第7節 本章の結論
- 第3章 原子炉等規制法の不備——所持規制による「危険」の防止——
 - 第1節 問題の所在——所持規制の必要性——
 - 第2節 所持規制が存在しないことの不合理性
 - 第3節 所持規制の立法案
 - 第4節 無許可・無届出所持行為に対する制裁——制裁としての行政罰——
 - 第5節 本章の結論
- 第4章 おわりに

第1章 はじめに

2011年3月11日に発生した福島第一原子力発電所事故は、「放射能」や「シーベルト」などの専門用語を社会に浸透させるとともに、原子力に対する国民の関心を高め、法的議論を活発にさせた¹⁾。

もっとも、わが国の原子力規制には未だ解決できていない問題が残されているものと思われる。すなわち、「放射線を発散させて人の生命等に危険を生じさせる行為等の処罰に関する法律」²⁾は、「核によるテロリズムの行為の防止

に関する国際条約」³⁾の国内実施法として制定されたもの⁴⁾である。後述のとおり、核テロリズム防止条約は「『環境』に対する危険を生じさせる行為」を処罰する義務をわが国に課しているが、放射線発散処罰法3条1項は「人の生命、身体又は財産に危険を生じさせた者」と規定しており、「環境」の文言は除かれている。このことは、放射線発散処罰法が核テロリズム防止条約の義務を果たしていないことを示すのだろうか。

また、「放射性同位元素等による放射線障害の防止に関する法律」⁵⁾において、人の放射線障害の防止を考慮して、放射性同位元素の所持が原則として禁止されているにもかかわらず、「核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律」⁶⁾において、同じく人の放射線障害の防止について憂慮しなければならないはずの核原料物質と核燃料物質について所持が禁止されていない。原子炉等規制法が所持規制を設けていないことには何らかの理由があるのだろうか。

この2つの論点は、従来あまり議論されてこなかったものであり、現段階に

1) 本稿と同じく、原子力規制に関する法的規制を題材とした先行業績として、下山俊次「原子力」山本草二＝塩野宏＝奥平康弘＝下山俊次『未来社会と法』（1975年、筑摩書房）413頁以下、保木本一郎『原子力と法』（1988年、日本評論社）、高橋滋『先端技術の行政法理』（1998年、岩波書店）、保木本一郎『核と遺伝子技術の法的統制—先端科学技術と法』（2001年、日本評論社）などがある。また、その中でも原子力規制の行政刑罰を中心に検討したものとして、中山研一「原子力・放射線に関する犯罪と刑罰」中山研一＝神山敏雄＝齊藤豊治＝浅田和茂編『環境刑法概説』（2003年、成文堂）297頁以下、丸山雅夫「原子力および放射性物質」町野朔編『環境刑法の総合的研究』（2003年、信山社）395頁以下などがある。

2) 以下、本稿では、「放射線発散処罰法」とする。

3) 以下、本稿では、「核テロリズム防止条約」とする。

4) 2001年9月11日にアメリカ合衆国で発生した航空機を用いた同時多発テロを受けて、国際情勢は大きく変わった。放射線発散処罰法は、その国際情勢の変化を受けて2007年7月7日に発効した核テロリズム防止条約の国内実施法として2007年8月3日に制定された。

5) 以下、本稿では、「放射線障害防止法」とする。

6) 以下、本稿では、「原子炉等規制法」とする。

において、十分な解答が用意されているとはいえない状態にある。本稿は、この放射性物質の「危険」に関する2つの論点を扱うものである。

予め本稿の構成を示せば、第2章において「放射線発散処罰法」について、具体的には「核テロリズム防止条約」は「環境」に対する危険を惹起する場合を国内法上の犯罪とすることを義務付けているが、「放射線発散処罰法」はその義務を果たしているのか考察する。第3章において「原子炉等規制法」における行政法的規制について、具体的には核燃料物質・核原料物質について所持規制を設けるべきか、その実効性を確保する仕組みはいかなる規制によるべきか考察する。

第2章 放射線発散処罰法の解釈——環境に対する「危険」の防止——

第1節 問題の所在

——核テロリズム防止条約上の義務と放射線発散処罰法——

放射線発散処罰法は、核テロリズム防止条約の国内実施法として制定された。そのため、核テロリズム防止条約と放射線発散処罰法を比較すると照応関係がみられるはずである。

しかし、核テロリズム防止条約と放射線発散処罰法との間には若干の、しかし重大な齟齬が生じている。すなわち、核テロリズム防止条約は、「死又は身体[・]の重大な傷害を引き起こす意図」若しくは「財産又は環境[・]に対する著しい損害を引き起こす意図」を持って、「放射性物質若しくは装置を使用すること」又は「放射性物質を放出する方法若しくは放出するおそれのある方法で原子力施設を使用し若しくは損壊すること」を条約上の犯罪とすることを定めており(2条1項(b)(i)(ii))、それを自国の国内法上の犯罪とするために必要な措置を講ずることを定めている(同条約5条(a))。しかし、放射線発散処罰法3条1項は、「放射性物質をみだりに取り扱うこと若しくは原子核分裂等装置をみだりに操作することにより、又はその他不当な方法で、核燃料物質の原子核分裂の連鎖反応を引き起こし、又は放射線を発散させて、人の生命、身体又は財産に危険

を生じさせた者は、無期又は2年以上の懲役に処する」としている⁷⁾。このように、放射線発散処罰法においては、文言上、「環境に対する著しい損害を引き起こす意図」を持って、「放射性物質若しくは装置を使用すること」又は「放射性物質を放出する方法若しくは放出するおそれのある方法で原子力施設を使用し若しくは損壊すること」が欠落しているのである。

この齟齬をそのまま受け入れるのであれば、わが国は核テロリズム防止条約上の義務を怠っていることになるが、果たしてそうなのだろうか。本章では、わが国が核テロリズム防止条約の義務を放射線発散処罰法によって果たしているのか考察する。

考察の手順としては、まず、核テロリズム防止条約が処罰対象とすることを義務付けている行為の範囲を検討し、その上で、現在の放射線発散処罰法の処罰対象となっている行為を画定し、両者が整合しているか検討する。

第2節 核テロリズム防止条約の処罰対象

1 「環境に対する著しい損害」

核テロリズム防止条約2条1項(b)(ii)は、放射線発散処罰法3条1項には記されていない「環境に対する著しい損害を引き起こす意図」を持って、放射性物質若しくは装置を使用すること、又は放射性物質を放出する方法若しくは放出するおそれのある方法で原子力施設を使用し若しくは損壊する行為を、同条約5条(a)において、自国の国内法上の犯罪とすることを義務付ける。そのため、核テロリズム防止条約が処罰対象とすることを義務付けている行為の範囲を検討するにあたっては、「環境に対する著しい損害を引き起こす場合」を明らかにしなければならないのである。

「環境」と一口にいっても、「自然環境」、「人工環境」などをはじめとする様々なカテゴリーを観念することができるが⁸⁾、ここで問題としているのは水

7) 以下、本稿では、本条の罪を「放射線発散等罪」とする。

8) これらのカテゴリーの位置付け・関係をまとめた記述として、北村喜宣『環境法〔第2版〕』（2013年、弘文堂）6頁以下。

や空気や土などの「環境媒体」^{メディア} 9) であると考えて差し支えないと思われる。放射性物質は「目に見えないもの」であるから、農村景観・都市景観などを意味する人工環境を害することはない一方で、原子力規制委員会設置法規則によって削除された環境基本法 13 条¹⁰⁾ を想起すれば明らかなように、「放射性物質が環境媒体を汚染する」という状況はある意味典型的なものであるからである。よって、「環境に対する著しい損害を引き起こす場合」の処罰対象行為は、「環境媒体を行為客体とする攻撃」を指すものと思われる。

2 法益としての「環境」

それでは、「環境媒体」を攻撃すると、いかなる法益が危険にさらされるのであろうか。法益としての「環境」がどのようなものを意味するのかが問題となる。

(1) 「生態学的法益論」の内容とその問題点

この点について、環境媒体のうち、水体を例にとり、「ある現状における水体の・(人間を含む) 動植物や他の環境媒体との相互作用中において保有する動的な諸機能の全体を包含して成っている(小) 生態系」を法益とする見解¹¹⁾ がある。この見解は、「生態学的法益論」と呼ばれるものであり、人間的法益への関連性を排除し、動植物・鉱物・景観およびそれらの集合体という無限の価値の間の価値序列を決定することなく、全体としての環境を法益とする点に特徴がある。しかし、この見解を極端に推し進めると、人間が餓死し人類が滅亡してもそれによって「生態系」が維持されるのであれば、それを保護

9) わが国の環境基本法 14 条 1 号には、「環境媒体」たる資格を有する客体が例示されており、本稿のいう「環境媒体」もこれに拠ることを断っておく。

10) 削除される前の環境基本法 13 条は、以下のようなものであった。

(放射性物質による大気汚染等の防止)

第十三条 放射性物質による大気汚染、水質汚濁及び土壌汚染の防止のための措置については、原子力基本法(昭和三十年法律第百八十六号)その他の関係法律で定めるところによる。

11) 伊東研祐『環境刑法研究序説』(2003 年、成文堂) 61 頁。

の対象とすると思われる¹²⁾が、その結論は妥当でない。法はあくまでも人のためにあるべきものだと考えるからである。

また、人間の生物的＝文明的活動が環境媒体・変数の相互作用を利用しつつ、あるいは、阻害しつつ、維持されてきた歴史は否定することができず、価値衝突の発生を避けることができないと思われるが、この見解では、そのような場合における利益衡量をすることができない点でも妥当でない。人間の個体・集団・種としての存続を求めるのであれば、たとえば、鯨を捕獲して食用にする国民とそうでない国民との、ウグイスとカラスとの、野生の猿と栽培トモロコシとの、これらのどちらを優先するか決定しなければならないはずであるが、それができない点において難点があると思われるのである¹³⁾。

さらに、生態学的システム自体を保護することにも疑問がある。生態学的法益論を唱える論者は、『環境媒体ないし環境要素そのもの』の保護という表現も、一方で、いわゆる絶対的保護を連想させる点で、他方で、諸々の媒体・要素・生物の営み等から成る環境という謂わばダイナミックな機能統一体を捉えきれていない点で、これまた妥当でない¹⁴⁾として生態学的システム自体が保護法益であると主張するが、たとえば、地球の平均気温の様々な周期変動や、種の滅亡・淘汰は、環境媒体・環境変数の「一定限度の変化に対する回復ないし自浄」を超越したものであり¹⁵⁾、その枠組みから外れてしまい、保護の対象にできないと思われるからである。

そうすると、適切な保護の対象を確保すべく、環境媒体自体を保護する方向に進む選択をするものと思われるが、論者自身が認めるとおり、妥当でないと思われる。なお、こうした主張の歴史的背景には、1973年に大阪弁護士会が提唱した「環境を破壊から守るために、環境を支配し、良い環境を享受しう

12) 齋野彦弥「環境保護の方法としての刑法」町野朔編『環境刑法の総合的研究』（2003年、信山社）81頁。

13) 齋野・前掲注12）82頁。

14) 伊東・前掲注11）48頁。

15) 齋野・前掲注12）81頁。

権利」という意味の環境権があると思われる¹⁶⁾。これは、環境の万人共有性を根拠に、「環境が良好な状態に維持されること」それ自体を人格権や物権と同じような個人の権利とみなして、それへの侵害を排除する訴訟を認めようとする見解をルーツとする。しかし、この見解には、環境権は人格権や物権という伝統的私権と同様の「個人権」であると主張するにもかかわらず、その権利帰属主体を明らかにできないという理論的難点が存在する。個人の生命・健康・財産を侵害する蓋然性が高ければ、法的保護が与えられるべきであるが、そうした侵害に至らない程度の環境改変については、それを非難する人もいれば、それを支持する人も存在しうる。つまり、環境権の主張の根底には、「みんなも自分と同じように考えるはずだ」という独善的な発想があると思われる¹⁷⁾。そのため、現在では、判例・多数説はこの見解を支持していない¹⁸⁾。本稿もまた、この見解を採用することはできないと考える。

(2) 「人間中心的法益論」の内容とその問題点

以上の「生態学的法益論」の問題点は、詰まるところ、人間的法益への関連性を排除する点に求められる。そこで、環境の侵害は、それが人間の生命・身体・自由・財産という伝統的な法益のカatalogueに関連付けられる限りにおいて保護されるとする見解¹⁹⁾が注目される。この見解は、「人間中心的法益論」と呼ばれるものであり、環境犯罪の処罰根拠を、人間の生命・身体・自由・財産などの法益の侵害の可能性に求める点に特徴がある。

本稿も、この見解が説く、「自然環境は人間の生存にとって必要な基盤・条件であるから保護に値する」という考え方については賛同したい。しかし、こ

16) 大塚直『環境法〈第3版〉』（2010年、有斐閣）57頁、北村・前掲注8）48頁以下参照。

17) 北村・前掲注8）50頁。

18) 近年では、共同利益性があることを正面から認めた上で、手続的側面を強調し、行政手続権としての「環境権」へと再構成する見解が有力である（北村・前掲注8）54頁）。人工環境における行政手続権としての「環境権」を認める余地を示した判例として、最一判平成18年3月30日民集60巻3号948頁（いわゆる、国立市大学通りマンション事件判決）がある。

19) 齋野・前掲注12）84頁。

の見解の根底には、いわゆる「還元論」²⁰⁾の考え方があると思われるが、それは妥当でないと考える。還元論は、「国家や社会などの超個人的存在が個人」の存在を前提に成立するものであり、個人を無視して、あるいは個人を犠牲にしてまで保護されるべきものではない」との考え方に基づくものであるが、「個人は自己完結した存在であると同時に社会的存在でもあり、従って、個人は社会的環境の中で他の人格と『まじわる』ことによって様々な能力を発現し、行動の自由を拡大する存在者」でもあるから、個人と社会との間にはフィードバック構造が看取され、その構造が存在する以上、「要素の総和が全体と等しくならない」ため、社会的存在は「個人的存在に『還元』しつくせない」ものとするからである²¹⁾。

論者は、個人レベルまでに還元することが「困難」であったとしても、究極的には個人的法益関連性を明らかにするのが「解釈論」の意義であり、環境利益を社会的法益に包摂させることによって、思考経済の省力化を正当化できるものではない²²⁾とするが、ここで問題としているのは、還元が「困難」なことではなく、「不可能」であることであり、社会的法益が個人のために保護されるのであっても、「個人的法益と構成することが、逆に個人のためにならないがゆえに、社会的法益とされているにすぎない」のであるから、「個人のことを思うあまり、社会的法益を個人的法益に還元しようとするのは、風呂桶の水と一緒に赤子を流すようなものである」²³⁾。

論者は、「法益論において、環境それ自体の法益性を承認するかどうかは、用語の問題に過ぎない」²⁴⁾とするが、そこには用語の問題にとどまらない「問題」があると思われる。

20) 原田保『刑法における超個人的法益の保護』（1991年、成文堂）。

21) 梅崎進哉「個人の保護と社会法益の構造」刑法雑誌 35 卷 2 号（1996 年）184 頁以下。

22) 齋野・前掲注 12）93 頁。

23) 小林憲太郎「『法益』について」立教法学 85 号（2012 年）478 頁。

24) 齋野・前掲注 12）85 頁。

(3) 「生態学的＝人間中心的法益論」の内容

両説に問題点があることからすれば、それらを折衷させた「生態学的＝人間中心的法益論」²⁵⁾に活路を見出すことが考えられる。この見解は、生態学的法益が人間中心的法益に関連付けられる限りで、ないしはそれに抵触しない限度で、環境刑法の保護法益たりうるとするものである。

この見解を「人間中心的法益論」と異なる独自のものとして維持するためには、「環境媒体」と「人間の生命・身体・自由・財産」という2つの法益の存在を認める必要があるが、結論から言えば、本稿はこの内容の「生態学的＝人間中心的法益論」を採る²⁶⁾。この見解のいう「環境媒体」は、独立したものではなく、終局的に人間に関係付けられている概念である。両法益の関係を明らかにするのであれば、人間の生命・身体・自由・財産は最終法益に、環境媒体は中間法益に位置付けられることになる。

3 中間法益と最終法益を観念する意味

このような本稿の見解に対しては、「最終的な人間中心的法益への関連性が要求される生態学的法益とは、独立した法益概念ではありえない」²⁷⁾、「法益は、最終的には、中間法益に意味付け・価値付与を行うものとして機能しており、法益の侵害ないし危殆化とは、付与した意味・価値に反する因果的な状態が中間法益において生じていることを意味するのであって、法益自体における因果的な変更を意味しない」²⁸⁾といった趣旨の批判が想定される。

しかし、本稿は、「環境保護」のために刑罰権を用いる場合に、中間法益と最終法益を観念することは有用であることを超えて、必要性が強くあるものと

25) 町野朔「概観—日本の環境刑法」町野朔編『環境刑法の総合的研究』（2003年、信山社）4頁以下。

26) 町野・前掲注25）7頁は、「理論的にいえば、環境財は行為の客体であって、法益そのものではない」とするが、そのように考えるのであれば、「人間中心的法益論」との理論的差異は見出すことができなくなってしまうと思われる。

27) 齋野・前掲注12）83頁。

28) 伊東・前掲注11）56頁以下。

考えているため、これらの批判はあたらないものとする。その内容を説明すると、以下のようなものとなる。

まず、環境媒体を攻撃する行為によって、直接、人の生命・身体・財産などが侵害されることはないということを確認しなければならない。大気・水・土壌などを汚染したとしても、その行為によって直ちに人の生命や身体が侵害されることはない。ある人の土地の土壌を汚染すれば所有権侵害を観念することはできそうであるが、これが「環境犯罪」のカテゴリーに入るものではないことは多言を要しないであろう。そのため、環境犯罪において、人の生命・身体・財産などに対する侵害犯は観念できず、すべてが「(抽象的) 危険犯」であるといえるものと思われる。

もっとも、環境犯罪においては、環境媒体の攻撃による汚染から人の生命・身体・財産などに対する法益侵害までのプロセスが明瞭でないことが多い。特に、本稿が検討の対象としている放射性物質による環境媒体の汚染については、その傾向が顕著である。いたずらに、人の生命・身体・財産などに対する抽象的危険犯であることを認めてしまえば、その処罰範囲は不明瞭となり、濫用の余地を残すおそれがある。その原因は、抽象的危険犯における、従来の学説の内容自体にあると思われる。

本稿は、以下に示すとおり、妥当な処罰範囲を画することができる新たな危険概念を提唱するが、その提唱する見解において、中間法益と最終法益が大きな意味を有するものと考えているのである。

そこで、節を改めて、危険犯における抽象的危険の概念を明らかにすることとする。

第3節 抽象的危険犯の考察

1 従来の学説とその問題点

危険犯は、具体的危険犯と抽象的危険犯の2つに区別されるのが一般である。そして、抽象的危険犯は、処罰根拠として、法益侵害も、侵害発生の具体的危険も必要としない犯罪類型であるとされる。かつては、抽象的危険犯の処罰根

拠を「単なる規範違反」に求める純粹不服従説も唱えられていたが、現在では、処罰根拠は「抽象的危険の発生」に求める点において一致している。

現在の学説の対立点は、その判断方法においてである。すなわち、いわゆる「形式説」と「実質説」の対立である。

形式説とは、法文上に規定された行為の有無によって形式的に抽象的危険犯の可罰性の有無を判断する見解である。この形式説は、「抽象的危険の意義」という観点から、①法益侵害の危険は構成要件要素ではなく、立法理由であるにすぎない、とする「立法理由としての危険説」²⁹⁾、②法益侵害の危険は、法文上に規定された行為が行われたときには、そのことによって発生したものとみなされている、とする「擬制された危険説」³⁰⁾、③抽象的危険犯において、法文上規定された行為を行った者が処罰されるのは、その行為は、一般的な危険性をもつものだからである、とする「一般的な危険説」³¹⁾の3つに分類される。いずれの意義に解したとしても、「具体的場合において処罰根拠をなす危険が発生していないことを認めつつ、他の場合において発生しうるから、その危険が具体的には発生していないにも拘らず、犯罪の成立を認めようとするもの」である点は共通しているため、「危険を擬制して処罰」している点に形式説の特徴があるといえる³²⁾。

他方、実質説とは、法文上の行為と法益との実質的関連性を問うことによって個別事案に即し、およそ危険が認められない場合には犯罪の成立を否定するという実質的な判断を行う見解である³³⁾。すなわち、「法益侵害のみならず、

29) 木村竜二『刑法総論〔増補版〕』（1978年、有斐閣）170頁は、「構成要件の内容たる行為をすればそれだけで危険があるとし、危険を単に立法理由とするところの犯罪」と定義する。

30) 不破武夫＝井上正治『刑法総論』（1955年、酒井書店）78頁、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年、創文社）130頁、藤木英雄『刑法講義総論』（1975年、弘文堂）88頁。

31) 井田良『講義刑法学・総論』（2008年、有斐閣）102頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（2012年、成文堂）113頁など。

32) 山口厚『危険犯の研究』（1982年、東京大学出版会。以下、「山口・危険犯」とする）201-202頁参照。

33) 山口・危険犯・207頁。

法益侵害の危険が処罰の対象とされているのはそのことにより、そのような事態（＝危険）が生ぜしめられることを防ぐ点にあり」、危険犯の処罰根拠をなす法益侵害の危険を、法益保護のため、その発生が防止されるべき、外界に生ぜしめられた「結果」に求める³⁴⁾。犯罪の成立を認めるためには、このような——正しく当該の規定が——その発生を防止しようとする事態が実際に生ぜしめられたことが必要であるとするのである³⁵⁾。この実質説も、抽象的危険と具体的危険の区別を侵害発生の量的差異に求める見解と、危険判断の構造の質的差異に求める見解の2つに分類される。

わが国では、当初、支配的であった「法秩序の基底となっている社会倫理的な規範に反すること」³⁶⁾を違法性として理解する行為無価値論の立場から形式説が唱えられた後、「現行憲法の下では、国家が、個人に優越する立場で、何が道徳的に正しいことを判断する権限は有していないこと」、「価値観の多様化した現代社会では、ある道徳を正しいものとして刑罰で強制することは妥当でないこと」、「道徳それ自体を守ることは、個人の内心の問題であって、法的に強制するのは適当でないこと」から、刑法の任務は法益の保護につきるべきであるとする一元的結果無価値論の立場³⁷⁾から実質説が唱えられたという構図となっている。

そして、現在では、行為規範を手段とする一般予防の思想を基礎とする行為無価値論³⁸⁾の立場から、法益保護の見地から否定的に評価され、禁止されるべき規範違反行為が行われたことが処罰の理由になるとして³⁹⁾、法文上規定された行為が行われれば一般的・類型的な危険が発生したといえるとする見解

34) 山口・危険犯・57-58頁。

35) 山口・危険犯・207頁。

36) 団藤・前掲注30) 188頁。

37) たとえば、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年、有斐閣）7頁など。

38) たとえば、井田・前掲注31) 230頁など。

39) 井田良「危険犯」同『入門刑法学・各論』（2013年、有斐閣）130頁は、「抽象的危険犯の処罰の理由は行為無価値に求め」られ、「結果無価値が付け加わることなく、ただ行為無価値のみで犯罪の違法性が肯定される」とする。

が唱えられ、この意味で理解された一般的危険説が形式説内部の主流となっている。他方、実質説と整理される見解の中でも、構成要件の各要素に「危険の発生」を読み込んで、条文の文言に伴う制約の範囲内で実質的な構成要件解釈を行うべきであるとする危険内在説⁴⁰⁾が主張されている。

形式説と実質説は接近しており、その対立は止揚しつつあったものと評価することができよう。

2 累積犯処罰の問題

もともと、環境刑法・経済刑法の分野を中心に社会システムなどそれ自体を保護する抽象的危険犯の立法が活発化したことによって、いったん生じれば取り返しのつかないおそれのあるリスクが問題となる場面でも、一定範囲で従来とは異なる性質の抽象的危険犯を認めざるを得ないことが意識されるようになった。このような犯罪類型は、1つの行為だけを見ると法益の消滅やその現実的危険までは含まないが、同様の行為の集積によって重大な帰結に至る場合を処罰対象とすることから「累積犯」と呼ばれる⁴¹⁾。なお、念のため付言をしておけば、伝統的に抽象的危険犯として理解されてきた犯罪類型にも累積犯として理解できるものは存在する⁴²⁾。そのため、こうした社会の変化に伴っ

40) 星周一郎『放火罪の理論』(2004年、東京大学出版会)280頁以下。

41) 高山佳奈子「将来世代の法益と人間の尊厳」岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之『町野朔先生古稀記念論文集 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』(2014年、信山社)16頁。なお、累積犯の先駆的主張として、Lothar Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerbeverunreinigung (§ 324 StGB), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1986, S. 399 ff.

さらに、Wolfgang Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: Zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, 2000.

42) 後述するとおり、通貨偽造罪は累積犯の典型例として挙げることができる。

また、ドイツの学説においては、贈収賄罪や通貨偽造罪などの社会制度に対する「信頼」を保護するとされている犯罪なども、この観点に統合して説明する学説も有力となっているようである(Fritz Loos, *Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, in: *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, hrsg. von Günter Stratenwerth ... [et al.], 1974, S. 879)。

て意識されるようになった累積犯の登場は、従来の抽象的危険犯の中で有意識化されていなかった問題点にスポットライトを当てた、と表現した方が正確だろう。

累積犯について、非犯罪化を唱える見解⁴³⁾もあるが、伝統的に抽象的危険犯として理解されてきた犯罪類型にも累積犯として理解できるものが存在することから、この処罰を認める見解が多数を占めているものと思われる⁴⁴⁾。安易に「限定解釈」という言葉を用いて非犯罪化を説くのではなく、社会の変化に伴って環境保護・経済システム保護の需要が生じている以上、累積犯の処罰を説明できる見解を提示することが刑事法学として望ましい姿であるように思われる⁴⁵⁾。

累積犯の典型例としては、たとえば、「景観」を守るべく商業ビラを張り付ける行為を禁止する条例を挙げることができる⁴⁶⁾。そして、この不法の実体は、「ビラ1枚、電柱に貼っただけでは、景観が汚される可能性はゼロである

43) 齋野・前掲注12) 88頁、謝煜偉『抽象的危険犯論の新展開』（2012年、弘文堂）138頁以下など。

44) 長井圓「日本の公害刑法から環境刑法への展開」町野朔編『環境刑法の総合的研究』（2003年、信山社）200頁は累積犯を処罰することを正面から認める。高山・前掲注41) 17頁も、「謙抑性原則や可罰的責任主義に従う限りにおいて」処罰を認める。

45) ここでは、「従来考えられてきた抽象的危険犯とは異なるから累積犯は処罰できない」という一刀両断的な解決方法に警鐘を鳴らしているのであって、刑罰権を用いるべきではないが他の法分野によって解決することができる道を模索している見解まで論難しているわけではない。たとえば、環境刑法・経済刑法の処罰の対象となる行為については、多くの場合、行政指導や秩序罰などの行政手法を用いて解決する方法が十分に想定される。第3章で検討しているように、本稿もそのような行政手法による解決を視野に入れて議論を進めている。

46) 屋外広告物法（昭和24年6月3日法律第189号）34条は、広告物の表示を禁止する規定に罰則を設けることを条例に委任する。そして、この法に基づいて制定された大阪市屋外広告物条例（昭和31年大阪市条例39号）の罰則の合憲性（憲法21条）が問題となった事案として最大判昭和43年12月18日刑集22巻13号1549頁、同じくこの法に基づいて制定された大分県広告物条例（昭和39年条例第71号）の罰則の合憲性（憲法21条）が問題となった事案として最三判昭和62年3月3日刑集41巻2号15頁がある。

が、みなが同じようなことをすると、景観が汚されることになるため、(最初の1回である)ビラ1枚貼る行為を処罰することによって、同様の行為(フリーライド)による侵襲を防ぐ」ものとして説明される⁴⁷⁾。

形式説の立場によれば、この説明を刑法の体系に惹き付けて理解することが容易である。それは、「ビラを貼るな」という純粋なルール違反を犯した当該行為に、禁止されるべき規範違反行為を理由とする行為無価値を見出すことが容易にできるからである。他方、従来唱えられてきた実質説の立場からは体系に惹き付けて理解することは困難である。このような行為による因果的な法益侵害ないし危殆化を観念することは難しいからである⁴⁸⁾。

もちろん、実質説の立場からも累積犯の処罰について説明することは可能である。たとえば、抽象的危険を「ある程度の具体的危険」として理解する立場⁴⁹⁾からは、ビラを1枚貼る行為に——ほんの微量ではあるものの——抽象的危険が発生しているということも可能であろう。もっとも、微小な危険を個別事案においてどのように認定するのかは疑問であるし、仮にそのようなものを認定できたとしても、一方の処罰が妥当で、他方が不適切という天と地ほどの差を付けることの正当性にも疑義があると思われる⁵⁰⁾。

こうして、累積犯という犯罪類型が注目されることによって、止揚していた

47) 小林・前掲注23) 474頁。

48) 小林・前掲注23) 474頁参照。

49) 沢登俊雄『刑法概論』(1976年、法律文化社) 251頁、岡本勝「『抽象的危殆犯』の問題性」法学38巻2号(1974年) 1頁以下、山口・危険犯・225頁以下、内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年、有斐閣) 209頁以下。

なお、平野龍一『刑法総論I』(1972年、有斐閣) 120頁がこの見解に立つとの説明がされることがある。もっとも、同書119頁以下は、危険判断において「どの程度の危険を処罰すべきか」という問題を指摘したうえで、具体的危険犯では「さしせまった危険が必要」としているものの、「この見解が具体的危険犯と抽象的危険犯との区別が危険の程度概念であると解しているとは必ずしも断定できないと思われる」との指摘がある(名和鐵郎「犯罪における危険概念について—総合的危険説の立場から—」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会『中山研一先生古稀祝賀論文集 第3巻 刑法の理論』(1997年、成文堂) 238頁注16))。

形式説と実質説の対立が、「形式説の優位」という形で再燃してきたように思われる。

3 形式説の問題点

もっとも、本稿は形式説を無批判に採用することにも躊躇する。

まず、旧い形式説（「立法理由としての危険説」、「擬制された危険説」）については、個別事案において処罰根拠をなす危険が発生していないことを認めつつ、他の場合において発生しうるから、その危険が具体的には発生していないにもかかわらず、犯罪の成立を認めてしまい、危険を擬制して処罰している点において、個別事案における行為者の行為を完全に捨象してしまうおそれがあるため、妥当でないように思われる。

他方、この問題点は、現在の形式説の主流である行為規範論を基礎とした形式説によれば、ある程度回避することができるだろう。刑罰法規を法益保護の見地から目的論的に解釈することによって、社会生活上無視できる程度の危険性しか惹起しない行為を「構成要件該当行為ではない」として排除することができるからである⁵¹⁾。しかし、そのような処理を行っても、個別事案において「危険」が生じたかどうかを認定することはできず、あくまでも一般的な危険の有無を判断できるにすぎないため、理論上危険が擬制されてしまうことは否定できず妥当でない。

この見解に対するより根本的な批判としては、抽象的危険犯が一般予防の必要性のみによって基礎付けられている犯罪類型と言い切ってしまう点にあると思われる。すなわち、通説は、刑罰は応報であると同時に犯罪予防の効果を持つことによって正当化されるとする、いわゆる相対的応報刑論を採用する。相

50) 岩間康夫「抽象的危険犯における結果概念」大阪学院大学通信 32 巻 3 号（2001 年）146 頁。さらに、違法性の要素を専ら客観的なものに限ろうとする結果無価値論の論調からすれば、危険犯の一切不処罰まで踏み切るのが同説の本来あるべき姿ではないかとまで指摘する。

51) 井田・前掲注 31) 91 頁。

対的応報刑論内部においては様々なバリエーションが存在するが、国家の制度としての刑罰制度の正当化と特定の個人の処罰の正当化を区別して検討することが分析には有用である。これに照らせば、行為規範論を基礎とした形式説は、刑罰制度の正当化のレベルにおいても、特定の個人の処罰の正当化のレベルにおいても、一般予防論を採用するものであるといえる。

しかし、個人に対する刑罰の正当化を導くための理由として一般予防論を採用することは許されない。なぜなら、憲法が保障する基本的人権は、多数の利益のために個人の利益を犠牲にするという功利主義的主張に対抗する「切り札」としての役割を有しているものであり⁵²⁾、国民多数の利益のために個人の人権を犠牲にすることは許されないはずだからである⁵³⁾。

そのため、特定の個人の処罰の正当化としては応報刑論を採用すべきであり、個別事案における法益侵害・危険に対する応報非難を捨象することは許されないように思われるのである⁵⁴⁾。こうして、本稿は、行為規範を基礎とした形式説を採用することはできず、個別事案における法益侵害・危険に着目することによって必要最小限の応報非難を要求する実質説を採用すべきであると考え

第4節 実質説からの解決の試み——予防的危険説の提唱——

前節における検討から、形式説・実質説ともに従来の学説には問題があるが、基本的には実質説の立場からの説明が適切であることが明らかとなった。そこで、本稿は実質説の立場から、伝統的な抽象的危険犯・新しい抽象的危険犯の双方を問題なく説明できるモデルを提唱することとしたい。

52) 長谷部恭男『憲法〔第5版〕』（2011年、新世社）108頁以下。

53) H. L. A. Hart, Punishment and Responsibility, p. 9-11 (1968) 参照。また、佐伯・前掲注 37) 4頁以下参照。

54) 念のため付言しておけば、ここで問題としているのは、抽象的危険犯を一般予防の必要性のみから基礎付けることの不都合性であり、行為無価値のみで基礎付けることの不都合性ではない。

1 新しい抽象的危険犯のモデル

モデルを構築するにあたり参考となるのが、実質説の立場からも累積犯処罰を説明できるとする見解である。すなわち、累積犯には「処罰すべき実体が備わっており、これを処罰することは」、法益保護主義の意味における「法益保護の目的に照らしても、きわめて合理的である」にもかかわらず、「そういった目的を実現するのに適しているという理由から採用されたはずの、結果無価値論という思考様式が」、「目的実現の桎梏になるというのでは、目的と手段が逆転してしまっ」ており、①『法益保護主義の意味における法益』と法益侵害・危殆化、すなわち、②『不法の構成要素の意味における法益』を切り離して理解すべきであるとするものである。この見解によれば、フリーライドが刑法理論における固有の結果無価値を構成し、その客観的に帰属可能な惹起が、処罰の対象となる行為を構成することになるという⁵⁵⁾。

もっとも、累積犯に処罰の実体が備わっていること、あるいは、累積犯を処罰することは①の意味における法益保護の目的に照らしても合理的であること、といった理由のみでは、従来の実質説、さらにいえば、いかなる被害が被害者に生じたのかに着目してきた従来の結果無価値論の価値観に基づく見解⁵⁶⁾に對する十分な論証に成功しているとはいえない。さらなる論証を行う必要があると思われる。

55) 小林・前掲注 23) 473 頁。

56) 利得罪における文脈であるが、山口厚「財産上の利益について」植村立郎判事退官記念論文集編集委員会編『現代刑事法の諸問題〔第1巻 第1編 理論編・少年法編〕』（2011年、立花書房）132頁以下は、定時に運行するバスや列車に不正に乗車した者が輸送の役務を不正に取得したことは明らかであるとしても、犯人が乗車したか否かによって、被害者が費やす「当該役務を提供するのに必要な時間や労力、資源等」に何らの相違も生じないのであるから、いかなる被害が被害者に生じたのかこそが利得罪の限界に係わる問題の核心であるとする。ここで、被害者に生じた被害を問題としないのは、過去のものとなったはずの倫理主義的理解にはかならないとする。

2 抽象的危険の内容

従来の結果無価値論の立場からでも、抽象的危険犯において個別事案における被害及び被害者を厳密に要求しているかといわれると、必ずしもそうではないように思われる。

それは、当該個別事案における行為客体に対する攻撃は必要とするが、行為客体に現実[・]に[・]付[・]着[・]している[・]法[・]益[・]の[・]侵[・]害[・]可[・]能[・]性[・]を[・]問[・]う[・]て[・]い[・]た[・]わ[・]け[・]で[・]は[・]な[・]い[・]という[・]ことである。たとえば、刑法 108 条の現住建造物等放火罪でいえば、行為客体は「現住建造物」であるが、通説的見解は、それに付着している財産的価値が侵害される可能性を問うているのではなく、現住建造物内外の人の生命・身体・財産が侵害される可能性を問うている。なぜなら、通説的見解は、住人が旅行等で外出している場合であっても同罪の成立を認める⁵⁷⁾ が、このような場合、行為客体に現住建造物内の人の生命・身体・財産は現実[・]に[・]付[・]着[・]してい[・]な[・]いからである。要するに、通説的見解は、個別事案における行為客体に現実[・]に[・]付[・]着[・]している[・]法[・]益[・]以[・]外[・]の[・]法[・]益[・]の[・]侵[・]害[・]可[・]能[・]性[・]を[・]根[・]拠[・]に[・]、[・]抽[・]象[・]的[・]危[・]険[・]の[・]発[・]生[・]を[・]認[・]め[・]て[・]い[・]る[・]もの[・]と[・]思[・]わ[・]れ[・]る[・]の[・]で[・]あ[・]る[・]。

現実[・]に[・]付[・]着[・]している[・]法[・]益[・]で[・]な[・]け[・]れ[・]ば[・]、[・]そ[・]の[・]法[・]益[・]は[・]ど[・]こ[・]に[・]存[・]在[・]す[・]る[・]の[・]か[・]。その答えは、「将来」であると思われる。本稿は、抽象的危険とは、現実の行為客体に付着している法益侵害の可能性ではなく、将来[・]の[・]法[・]益[・]侵[・]害[・]の[・]可[・]能[・]性[・]を[・]内[・]容[・]として[・]い[・]う[・]と[・]考[・]え[・]る[・]。

「将来の法益侵害」が問われる理由は、以下のとおり、説明することができる。すなわち、危険犯は「侵害以前の段階における刑法の介入を許し、法益を、侵害犯におけるよりも厚く保護することが意図されているもの」⁵⁸⁾ である。

57) たとえば、最二決平成 9 年 10 月 21 日刑集 51 巻 9 号 755 頁は、抵当権の設定されている家屋を転売目的で取得したものの、当該家屋の競売開始決定の通知を受けたことから、競売手続の進行を妨害し、競落された場合には居住権を主張すべく、当該家屋に人が住んでいるように見せかける工作をする目的で、自己の経営する会社の従業員 5 名に、約 1 か月半の間に合計で 10 数回寝泊まりさせていた事案において、従業員を沖縄旅行に行かせ、また他の従業員にも旅行期間中に泊まりに行かないよう指示した上で、放火した行為について現住建造物等放火罪の成立を認めた。

そして、具体的危険犯が「差し迫った危険」を内容とすることには争いがないから、抽象的危険犯は「差し迫った危険」以外を内容とするものであることがわかる。しかし、それを「ある程度の具体的危険」と理解すべきではないことは、既に述べたとおりである。両者は、危険判断の構造の差異によって区別されるべきである。

「差し迫った危険」という表現のうち、「差し迫った」という語の意味するところは、詰まるところ、「応報」の要請の強さに求められよう。そこで、その対置された概念である「差し迫った危険」以外の危険には、「予防」の要請が強く働いているとの推測をすることができる。この理論は「形式説」の論者がまさに正当に説くところなのである⁵⁹⁾。

たとえば、現住建造物等放火罪においては、個別事案における行為客体に対して刑法 260 条の建造物等損壊罪に該当する程度の外界の変動（「焼損」）の惹起のみでも犯罪成立要件の必要条件を満たしてしまうのにもかかわらず、「死刑又は無期若しくは 5 年以上の懲役」という重い刑（建造物等損壊罪の法定刑は「5 年以下の懲役」である）が用意されているが、これは不特定多数の人の生命・身体・財産という重要な集合的法益を保護しており、その予防の必要性が高度に認められるからである。典型的な累積犯の類型についても、1 つの行為だけを見ると法益の消滅やその現実的危険までは含まないのであるから、同様に予防の必要性が根拠となっているといえるだろう。

よって、抽象的危険犯における重い不法を基礎付けている「抽象的危険」は予防の必要性を根拠としており、また、これを根拠としていることから、将来の法益侵害の可能性が問われているのだと考える。

3 抽象的危険犯の理論構造

もっとも、実質説は、危険犯の処罰根拠をなす法益侵害の危険を「外界に生ぜしめられた」結果に求める見解であり、行為客体に現実に付着した法益を一

58) 山口・危険犯・58 頁。

59) 井田・前掲注 39) 128 頁以下。

一切無視することは許されないはずである。そして、抽象的危険犯として分類されている犯罪類型を概観すると、行為客体に付着している法益侵害の有無を一切捨象しているわけではないように思われる。

たとえば、現住建造物等放火罪においては「現住建造物」という個別事案における行為客体に対する攻撃と、その行為者が惹起した事態に対する反動が考慮されている。従来の学説によっても、放火行為によって焼損という事態が惹起されなければ既遂になることはなく、現実の行為客体に対する攻撃が完全に捨象されてしまうわけではないからである。また、典型的な累積犯の類型においても、少なくとも「ビラ1枚が電柱に貼られた」という外界の変動は生じているはずであり⁶⁰⁾、その反動は不法に影響されているだろう。

こうして、実質説の立場からは、現実の行為客体に付着している法益に対する侵害を最低限要求すべきことになると思われるのである。このように理解された抽象的危険犯は、一般予防の必要性を根拠とする「抽象的危険」（将来の法益侵害の可能性）と応報非難を根拠とする「法益侵害」の2つから不法が構成されている犯罪類型⁶¹⁾であると説明することができると思われる⁶²⁾。

60) 軽犯罪法1条33号は、「みだりに他人の家屋その他の工作物にはり札」をする行為を禁止し、「拘留又は科料」の刑罰を用意している。

61) このように解することによって、「刑罰が、過去の犯罪行為を原因として課されるもの」という応報非難の要請を充足することができるように思われるのである。

なお、刑罰の犯罪防止機能には一定の評価をすべきものがあるとしても、それを国家制度の目的として肯認することには問題があり、むしろ、手段としての刑罰の性格そのものから無理なく導き出される「犯罪行為者に不利益を課すことにより、犯罪によって惹起された社会的動揺をしずめ、一定範囲の人々が共同生活するのに必要な情緒的安定を再び獲得する」機能を率直に認めるべきであるとする見解として、吉岡一男『刑事制度の基本理念を求めて』（1984年、成文堂）111頁以下。

また、刑罰の実現と公判との間にある内在的・意味的な連関に着目し、公判を応報非難の意味・正当化をめぐる、被告人、共同体、被害者の間で交わされる理性的なコミュニケーションの場であるとする見解について、高橋直哉「刑罰論と公判の構造」駿河台法学22巻1号（2008年）234頁。

62) 川端博＝日高義博＝山口厚「鼎談『危険概念と各種犯罪類型』（特集 刑法各論における危険概念）」現代刑事法4巻1号（2002年）6頁〔山口発言〕参照。

4 予防的法益と応報的法益

このモデルの有用性を説くためには、「将来の法益侵害の可能性」の意味に理解された抽象的危険と「行為客体に現実に着した法益の侵害」との関連性について明瞭な説明がなされなければならない。そして、本稿はこの両者の関連性は以下のように説明できると考える。

すなわち、抽象的危険犯は、「行為客体に現実に着する②の意味における法益の侵害」が将来繰り返されたときの「①の意味における法益侵害の可能性」が存在する場合に、犯罪の成立が認められるものであると理解すべきである。たとえば、前節2で示した事例に従えば、「電柱にビラ1枚が貼り付けられた状態」が仮に繰り返された場合における、将来「景観」が侵害される可能性の有無が、抽象的危険の有無を判断するメルクマールとなる。このように考えることによって、「行為客体に現実に着した法益の侵害」という、まさに個別事案において行為者が惹起した事態を根拠として危険の発生の有無を決することができるのである。現住建造物等放火罪のような公共危険犯についても同様であり、「現住建造物が継続して燃焼している状態」という結果が惹起されたときに、それが仮に繰り返された場合に「不特定多数人の生命・身体・財産」に対する危険が肯定されるか否かが犯罪の成否を決することになる。

このように考えれば、「①の意味における法益」と「②の意味における法益」を切り離し、固有の結果無価値を観念しようとする論証についても成功するように思われる。すなわち、ビラ1枚、電柱に貼っただけでは、直接に景観が汚される可能性はゼロである。しかし、みなが同じようなことをすると、景観が汚されることになる。つまり、ビラ1枚貼る行為にはその行為が惹起する結果を媒介として間接的に景観を汚す可能性が生じるため、その行為が抽象的危険を発生させる可罰的なものであるとして処罰を認め、同様の行為による侵襲を防ぐことができるのである。

もっとも、①「法益保護主義の意味における法益」と②「不法の構成要素の意味における法益」を無限定に切り離してしまえば、全く無関係の法益が「不法の構成要素」として扱われてしまうおそれが生じるため許されない。そのた

め、「②の意味における法益」は、「『①の意味における法益』を保護する法益」でなければならないと考える⁶³⁾。

こうして本稿は、抽象的危険犯には、「①の意味における法益」のほかに、①の意味における法益に対する将来の侵襲を防ぐための法益、すなわち「法益を保護する法益」（②の意味における法益）が看取できなければならないと考える。この「②の意味における法益」に対する侵害が固有の結果無価値を観念するための「手掛かり」となるのであり、「①の意味における法益」に対する危険を測定するための礎となるのである。これこそが、本稿が、環境犯罪において、中間法益と最終法益を観念する必要があると考える理由である。

具体的危険犯と抽象的危険犯の理論構造の差異は、具体的危険（差し迫った危険）は行為客体に現実に着する①の意味における法益が侵害される可能性を内容とするのに対して、抽象的危険は行為客体に現実に着する①の意味における法益が侵害される可能性を問題にせず、行為客体に現実に着する②の意味における法益の侵害が仮に繰り返された場合に①の意味における法益が将来侵害される可能性を内容とする点に求められると考えるのである。

本稿では、抽象的危険犯の不法を構成する2種類の法益、すなわち、当該行為によって侵害される「②の意味における法益」のことを当該行為の（最低限の）応報非難を基礎付ける「応報的法益」、応報的法益の侵害を根拠として将来の侵襲が防がれる「①の意味における法益」のことを（最低限の）一般予防の必要性を基礎付ける「予防的法益」と呼ぶこととする。そして、このように理解された抽象的危険犯の理論構造を「予防的危険説」と呼ぶこととしたい。

なお、応報的法益は、予防的法益を保護するための法益である以上、基本的には、侵害された場合の不法の大きさが予防的法益以下のものである必要があ

63) 和田俊憲「賄賂罪の見方—職務型賄賂罪と行為型賄賂罪：破産法罰則を題材にして」高山佳奈子＝島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』（2014年、成文堂）367頁以下は、このような「法益を保護する法益」のことを「バリア法益」と名付け、このような概念を観念することによる適切な処罰範囲を拡張的に画することの有用性を説く。

また、法益を保護する法益たる資格を有するか否かは、経験則上の判断に基づくものであるが、そのテストをするための手段として比例原則が有用であると思われる。

るだろう⁶⁴⁾。予防的法益よりも応報的法益の方が高い価値を有するとすれば、その犯罪類型は法益保護の手段として稚拙な政策を採っていることになり、抽象的危険犯を採用する立法者の判断の合理性を認めることが困難となるからである⁶⁵⁾。

他方、応報的法益が侵害された場合の不法は、必ずしもそれ自体が刑法上の可罰的違法性を備えている必要性はない⁶⁶⁾。ピラを1枚電柱に貼ったという外界変動自体が結果無価値を構成するのではなく、将来同種の法益侵害が繰り返された場合に惹起される景観に対する危険と合わせて固有の結果無価値を構成するからである⁶⁷⁾。

5 従来の見解との親和性

「法益保護主義の意味における法益」のほかに、新しく「応報的法益」という概念を持ち込むことには、①「伝統的に理解されてきた保護法益のほかに新たな法益を見出すこと」自体について、②「法益を保護する法益」というカテゴリーを認めることについて、疑問があるかもしれない。しかし実は、そこでなされている議論は既に一般に受け入れられているように思われる。

第1に、「伝統的に理解されてきた保護法益のほかに新たな法益を見出すこと」については、いわゆる「副次的法益論」⁶⁸⁾において議論がなされている。

64) 量刑判断における文脈であるが、小池信太郎「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学7号（2007年）80頁。

65) もっとも、必ずしも、法益の侵害＝不法の大きさではないことからすれば、理論上、応報的法益の方が予防的法益よりも高い価値を有することも観念できなくはない。「基本的には」という留保を付したのはこの意に基づくものである。

66) たとえば、道路交通法においては行政刑罰の他に秩序罰も用意されているものもある。この点は、両制度の峻別の手掛かりになりうるものと思われるが、本稿の目的を大きく超えることとなるため、その検討は他日に期することとしたい。

67) もちろん、応報的法益自体が既に刑法上の保護法益としての地位を確立していた方が望ましい事態ではあるが、それが必要条件となることはないように思われる。

68) 平野龍一『刑法概説』（1977年、東京大学出版会）152頁。鎮目征樹「社会的・国家的法益」法律時報81巻6号（2009年）66頁以下。なお、謝・前掲注43）139頁以下参照。

すなわち、個人的法益・社会的法益・国家的法益という分類は「一応」の分類にすぎず、凶器準備集合罪のように個人的法益（個人の生命・身体・財産の安全）と社会的法益（社会生活の平穩）との両者を含んだ犯罪類型もあり、虚偽告訴罪のように国家的法益（国家の審判作用）を保護すると同時に個人の法益（不当に処罰を受けないという法的安定性）をも保護する犯罪類型もあるという指摘である⁶⁹⁾。この副次的法益の存在については、その理論の重要性の扱いにこそ差があるものの、一般に受け入れられていると思われる⁷⁰⁾。

第2に、「法益を保護する法益」についても、既に刑法典上の犯罪類型においてその存在が認められているように思われる。たとえば、堕胎罪は、②「不法の構成要素の意味における法益」は「胎児の生命」であるが、①「法益保護主義の意味における法益」は「人の生命」だとされることがある。暴行罪についても、身体的接触のない物理力介入行為を暴行罪とする見解からは、「人の身体」を②の意味における法益とするのではなく、それを①の意味における法益とした上で、「身体の物理的平穩」あるいは「身体の安全」を②の意味における法益とすることがある。住居侵入罪・建造物侵入罪は、権利者の意思に反した立入りを処罰することで究極的に保護されるのは住居・建造物内での諸々の利益であるが、立入り許諾権・管理権を内部利益に直接関係する法益からは独立に、そのような内部利益を保護する法益として位置付けることがある。窃盗罪においても、いわゆる占有説が、所有権が究極の保護対象であることを認めている。盗品等関与罪も、通説は追求権を法益としつつも、本犯助長性を同罪の本質的要素として承認しているから、①の意味における法益として「所有権の保護」、②の意味における法益として「財産領得罪を禁止する刑法規範の実効性」、より具体的には「財産に関して市民が自由な意思決定に基づく（利

69) 平野・前掲注68) 152頁。なお、芝原邦爾「経済刑法の保護法益（第1章・第1節）」『経済刑法研究（上）』（2005年、有斐閣）12頁以下を参照。

70) 量刑判断において、副次的法益を構成要件の保護範囲内に位置付けることの有用性を説くものとして、小池・前掲注64) 69頁以下。副次的な保護法益論が「余りに便宜的」で「限界において不明確」だとして反対する見解として、井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(4)」法学研究 56巻1号（1983年）74頁。

用・処分等を含んだ意味での）支配を為し得る、且つ、為している事実的状态・基盤」を据えることもできる。このように、各犯罪類型において処罰を前倒しするにあたって、「法益を保護する法益」の存在は、既に承認されているように思われる⁷¹⁾。

6 補論——「累積型抽象的危険犯」と「濫用型抽象的危険犯」——

以上の議論を、抽象的危険犯全般について、殊に公共危険犯についても妥当するという結論をとることに對して違和感を覚えるかもしれない。おそらく、その違和感は、公共危険犯においては、当該行為によって、必ずしも高い確率ではないにしても、予防的法益について危険が生ずるようにも感じる点⁷²⁾に由来するものと思われる。

しかし、抽象的危険犯についてどのような理解をしたとしても、具体的危険犯というカテゴリーを別に認めるのであれば、抽象的危険の内容を「差し迫った危険」⁷³⁾として理解することはないだろう。つまり、「極めて低い確率かもしれないが、当該行為によって直接に予防的法益に対する危険」が生じる（ように感じられる）ことは、抽象的危険の発生を基礎付ける十分条件となり得たとしても必要条件ではないということである。その意味でこの違和感は払拭されるべきである。

それでもなお、公共危険犯と累積犯において異なる規範的判断がなされるべきだと主張するのであれば、個人的存在と切り離された社会的存在の独自性を否定し、社会を個人の集合として捉える「還元論」を（部分的であっても）維持する見解に立っているか、あるいは、我々がまだ、「具体的危険の前段階には抽象的危険が存在する」という「ある程度の具体的危険説」のイメージに囚われているからにすぎないように思われる。

本稿では、累積犯のように「応報的法益の侵害が繰り返され、それが集積さ

71) 以上の説明について、和田・前掲注 63) 368 頁以下参照。

72) 小林・前掲注 23) 474 頁参照。

73) たとえば、平野・前掲注 49) 121 頁。

れることによって将来予防的法益が侵害される可能性」を問題とする類型の抽象的危险犯を「累積型抽象的危险犯」、公共危险犯のように「応報的法益の侵害の繰り返しによる集積ではなく、侵害の濫用によって将来予防的法益が侵害される可能性」を問題とする類型の抽象的危险犯を「濫用型抽象的危险犯」と呼ぶこととしたい。

第5節 予防的危险説の概念と判断方法

続いて、本稿が提唱する予防的危险説の立場における「危険概念」と「危険判断」について詳しく説明することとしたい。

1 不能犯に関する従来の学説の検討

「応報的法益の侵害が仮に繰り返された場合に将来予防的法益が侵害される可能性」の意味に理解された抽象的危险の有無を判断するにあたっては、どのような判断方法・基準が用いられるべきであろうか。この判断方法については、危険犯の全体像を明らかにした上でどのように構想するかの問題となるので、具体的危険の有無の判断方法と併せて検討することとしたい。

具体的危険の有無を判断する方法として、特に議論がなされてきたのが、未遂犯における不能犯の論点である。不能犯の問題は、未遂犯の危険性判断の問題として、危険性判断の基礎となる事実をどのように設定するかという問題と、どのような基準に基づいて危険性を判断するかという問題の2つの点について争われている。学説においては、どちらも行為者の認識・判断による「純主観説」、行為者の認識した事実を基礎として一般人の立場から危険性を判断する「抽象的危险説」、行為時に一般人が認識可能な事実と行為者が特に認識していた事実を基礎にして一般人の立場から危険性を判断する「具体的危険説」、事後的に判明した事実を基礎に客観的に危険性を判断する「客観的危险説」が主張されてきた。

純主観説は、行為者の意思の危険性に未遂の処罰根拠を求める主観主義刑法学からの主張であって、主観主義の支持が失われた現代では、ほとんど見られ

ない。また、抽象的危険説の理論的基礎となる一元的行為無価値論も、それを採用する見解がわが国ではさほど多くない。そのため、具体的危険説と客観的危険説とが大きく対立している状況となっている。

具体的危険説は、判断資料・判断基準・論拠、それぞれについて批判が加えられているが⁷⁴⁾、その中でも特に重要な批判として、判断基準に関するものを挙げることができる。すなわち、用いられた手段の性質の危険性を判断する際に科学的知識が不可欠である場合に、一般人基準では判断が困難とならざるを得ない点⁷⁵⁾、一般人が迷信を信じていれば迷信犯も可罰的となるし、一般人が科学的危険性を知らなければ客観的に危険であっても不能犯となってしまう、その結論に妥当性を欠いてしまう点⁷⁶⁾に批判が加えられている。

具体的危険説は抽象的危険説を予防的見地から客観化したものであると理解する見解⁷⁷⁾からは、「ある薬剤が人体に致死的な作用を及ぼすものであったか否かは、裁判における科学的鑑定によって、ほぼ確定的に明らかになるものである。そうだとすれば、行為時の一般人には判断がつかかねるものだったとしても、裁判を通じてその薬剤が致死的作用を有しないということが明らかになれば、その後、それを用いて殺人をしようとする者は出ないはずである……。したがって、仮に行為者がその薬剤で人を殺せると信じていたとしても、予防的な見地からはそのような行為を処罰することに意味は認められない」⁷⁸⁾という説明が可能だとされることもあるが、そのような判断は具体的危険説が前提とする事前判断とはもはやいえないとの指摘⁷⁹⁾がある。このように、具体

74) 佐伯仁志「不能犯」『刑法の争点』(2007年、有斐閣)90頁参照。

75) 山口・危険犯・69頁。

76) 山口厚「コメント①」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(2002年、岩波書店)199頁以下、佐伯・前掲注74)90頁。

77) 井田・前掲注31)411頁以下。

78) 佐藤拓磨「不能犯」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究④』(2011年、成文堂)49頁。なお、井田良『刑法総論の理論構造』(2005年、成文堂)274頁参照。

79) 佐藤・前掲注78)49頁以下。

的危険説は、理論上はともかく、実用には耐えない見解であるとされている。

他方、客観的危険説も、その内部において様々なバリエーションが存在している。行為の客体、手段の性質からみて、結果がおよそ発生しない場合と特別の事情から偶然発生しない場合とを区別し、前者を不能犯、後者を未遂犯とする「絶対的不能・相対的不能説」という見解があるが、「相対的不能」という概念が事実の抽象化を前提とするものであり、事実をどのレベルまで抽象化するのかによって絶対的不能と相対的不能の範囲は異なってくるにもかかわらず、抽象化の基準を提示できない点にこの見解の理論上の欠陥があるとの批判がされている⁸⁰⁾。

客観的危険説内部のバリエーションは、この絶対的不能・相対的不能説の課題を克服するアプローチの違いによって大きく2つに分けることができる。第1に、「裁判時までには明らかになった事情を基に科学的な判断をすれば危険を認める余地がなくなる」という命題を否定し、事実の抽象化を行わずに危険概念の成立する余地を探る見解である。第2に、結果不発生の原因を究明した上で、仮に存在していたとすれば結果を発生させたであろう事実を想定し、実際の事実がそのような仮定的事実置き換わった可能性を問題にする見解である。

第1の「事実の抽象化を否定し、科学的不確実性の範囲で危険を認める見解」には、「1つの徹底した立場ではあるが、未遂犯の処罰根拠としての危険を定める基準として不適切」であって、「現実の事実のうちの一部を抽象化する考え方は、抽象化の基準の実質的根拠を示すことができて」いないという批判⁸¹⁾がある。これに対し、第2の、いわゆる「修正された客観的危険説」は、結果不発生の方向に働いた現実の事実が、存在していれば結果発生の方に働いたであろう他の事実置き換わった可能性を問うことにより、恣意的な事実の選別という問題を回避できる点において優れており、この修正された客観的危険説が基本的に支持できる見解であると思われる。

80) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年、有斐閣）325頁。

81) 佐藤・前掲注78）62頁。

2 修正された客観的危険説の問題点とその解決

もっとも、修正された客観的危険説については、置き換えの対象となるべき仮定的事実の範囲が無限定だという問題⁸²⁾が指摘されることがある。この点について、行為規範論を支持する立場から、「規範による一般予防の合理的制約」によって仮定的事実の範囲を限定することによって回避しようとする見解がある⁸³⁾。この見解によれば、仮定的事実の範囲は行為者の犯行計画に取り込まれていた事情に限定される⁸⁴⁾。しかし、未遂における裁量的減軽は、処断刑の段落差の最小単位であり、既遂と未遂には、現行刑法上、類型的に最小単位の違法性の違いしか認められていないにもかかわらず、このように未遂処罰の基礎を一般予防の必要性のみに求めてしまうと、既遂における法益侵害は既遂と未遂の小さな差のみを基礎付けるものに縮減されてしまい、法益侵害に対する応報非難と一般予防の必要性とのバランスが悪くなり、予防偏重の刑法となってしまうため妥当でない⁸⁵⁾。

同説においても、仮定的因果経過の可能性がわずかでも認められれば未遂犯の成立を肯定するというのでは、刑の重さに見合った非難を基礎付けるに足りる高度の危険なしに未遂犯の成立を認めてしまうことになるから⁸⁶⁾、仮定的因果経過をたどることが、ある程度高度にあり得るという要請は最低限働くことになると思われる⁸⁷⁾。

また、同説の中でも、基礎とすべき事実を実行の着手の時点で固定するのか、それとも、さらに遡った時点での事実を基礎として、実行の着手時点では実際と異なる事実であった可能性があることも考慮するのか見解が分かれている

82) 松生建「具体的危険犯における『危険』の意義（2・完）」九大法学49号（1984年）50-51頁。

83) 佐藤・前掲注78）65頁以下。

84) 佐藤・前掲注78）67頁。

85) 和田俊憲「不能犯の各論的分析・試論の覚書」岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之『町野朔先生古稀記念論文集 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（2014年、信山社）237頁。

86) 和田俊憲「未遂犯」山口厚編『クローズアップ刑法総論』（2003年、成文堂）199頁。

87) 山口・危険犯・166頁。

が⁸⁸⁾、上述の要請から、現実になされた行為と時間・場所・態様において異なる別個の行為を仮定してはならないことになると思われる⁸⁹⁾。たとえば、殺意を持ってナイフで刺そうとしたが、おもちゃのナイフだったので、傷害を負わせることすらできなかったという場合、よく見れば隣にピストルがあり、代わりにそれで射殺していたことがあり得たとしても、そこで仮定される射殺行為は現実になされた刺突行為とは別個の行為であり、これに基づいた危険を肯定することを認めてしまえば、危険を過度に抽象化させ、結果発生の危険が具体的であるべき未遂犯の範囲を超えてしまうからである⁹⁰⁾。

さらに、客体の不能の扱いをめぐる争いもあるが、同説が採用する事実の置き換えという手法は、現実存在した一定の事実を消し去って現実には存在しなかった世界の存在可能性を問うところに特徴があり、客体に対する現実の脅威を問題にすることは本見解の発想とは相容れない⁹¹⁾。「すべての事情は等しく可能性判断に服し、客体の不能の場合にも、客体の存在した高度の可能性が認められれば、未遂の成立を肯定し得ると解するのが一貫⁹²⁾」しており、客体が存在しなかった場合は危険の現実性に欠けるから、客体が存在し得たとしてもそれを根拠に未遂の成立を認めるべきではないとする限定的な基準⁹³⁾を適用すべき理由はないと思われる⁹⁴⁾。もっとも、未遂は処罰拡張事由であるとはいえ、現に生存する人の現に存在する生命に対して保護の範囲を拡張するだけで、法益主体を死者に拡張したり、法益をあり得た生命に拡張したりするものではない。そのため、客体がその場に存在した可能性とこの世に存在した

88) 山口厚「インタビュー『問題探究 刑法総論』」法学教室 241 号（2000 年）72 頁以下参照。

89) 和田・前掲注 86) 201 頁。

90) 和田・前掲注 86) 201 頁以下、林陽一「不能犯について」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』（1998 年、有斐閣）388 頁参照。

91) 佐藤・前掲注 78) 60 頁。

92) 佐伯・前掲注 74) 91 頁。

93) 山口・危険犯・168 頁、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』（2002 年、有斐閣）1275 頁。

94) 佐伯・前掲注 74) 90 頁。

可能性とは扱いを分けるべきで、この世に存在しなかった場合は、いわば「法益の不能」として、未遂を論ずる前提を欠くとするべきである⁹⁵⁾。

なお、未遂の危険を形式的に判断する立場や未遂犯の成立範囲を形式的に制限する必要がある立場からは、構成要件要素のうち結果の発生が欠けた場合などだけが未遂犯で、その他の要素が欠けた場合は、形式的に未遂犯は排除されとする構成要件欠缺理論も主張されるが、既に述べたとおり、すべての事情は等しく可能性判断に服するべきであるから、主体、客体、因果関係、行為態様、行為状況が欠けた場合にも未遂の危険が認められることがある。また、違法阻却・違法減少が認められる場合、それが認められなかった可能性を根拠に未遂犯が認められることがあり得る⁹⁶⁾。

具体的危険の有無はこのようにして判断されるべきであると思われる。

3 抽象的危険の判断方法

それでは、予防的危険説の立場からは抽象的危険をいかにして判断すべきか。実質説を出発点とする本稿の立場からは、具体的危険の有無と同様に、修正された客観的危険説を判断基準として用いるべきであると考ええる。

もっとも、具体的危険犯と抽象的危険犯の理論構造の違いに基づき、考慮することができる仮定的事実の範囲にも違いが生じてくるものと思われる。予防的危険説の立場からは、抽象的危険は「応報的法益の侵害が仮に繰り返された場合に将来予防的法益が侵害される可能性」を内容とする。この理論構造から、以下のように仮定的事実の範囲に制限がかかるものと思われる。

まず、「行為客体に付着した応報的法益を侵害する行為」が判断の起点となるため、「応報的法益を侵害する行為の同一性」が要求される。

95) 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志『注釈刑法 第1巻』（2010年、有斐閣）657頁以下〔和田俊憲〕。

96) 和田・前掲注86) 202頁以下。なお、責任は、現に存在した限りで犯罪を構成し、その可能性で足りる場合は、その可能性自体が責任要件とされているのでなければならないから、責任要件・責任要素については未遂の可能性の対象から外すことになると思われる（西田＝山口＝佐伯・前掲注95) 658頁〔和田〕）。

次に、「濫用型抽象的危険犯」については、「行為客体に付着した応報的法益を侵害する行為」が将来別の機会に行われたときに「予防的法益が侵害される可能性」が問われる。たとえば、非現住建造物等放火罪では、「行為者の放火行為によって惹起された当該非現住建造物の燃焼状態」が将来別の機会に行われたときに「不特定多数人の生命・身体・財産」に対する危険が生じるかを判断することになる。

よく取り上げられる「周囲に引火すべき物は何もない平原の一軒の物置小屋を焼損した」事案では、少なくとも当該非現住建造物の燃焼状態は看取することができよう⁹⁷⁾。そして、実質説の多くがこのような事案では他の建造物への延焼可能性が否定されるとして抽象的危険の発生を否定するが⁹⁸⁾、予防的危険説の場合、さらなる論証が必要となる。すなわち、放火罪の処罰根拠は、不特定多数の人の生命・身体・財産に対する危険に求められるから、その物置小屋に人が現在していなかったとしても、小屋の中に財産が存在していたか否かが明らかにされなければならない。仮に、財産が存在し、その財産につき互換可能性⁹⁹⁾が肯定される場合には、犯罪の成立が否定されることはない¹⁰⁰⁾。そして、仮に財産が現在していなかった場合には、その物置小屋に人が訪れる可能性、財物が搬入される可能性が検討されることになる。その可能性が肯定されれば、「行為客体に付着した応報的法益を侵害する行為」が将来別の機会に行われたときに「予防的法益が侵害される可能性」が肯定されることになり、抽象的危険の発生が認められる。他方、物置小屋に人が訪れる可能性、財物が搬入される可能性が否定された場合には、抽象的危険の発生が否定され、犯罪

97) 物置小屋が109条にいう建造物にあたるとした判例として、大判明治41年12月15日刑録14輯1102頁。

98) 山口・危険犯・239頁など。

99) 深町晋也「放火罪」山口厚編『クロズアップ刑法各論』(2007年、成文堂)279頁以下参照。互換可能性のある財産と認められる場合として、貸倉庫として使用されていた場合などが考えられるだろう。

100) 本稿の立場からすれば、抽象的危険の発生どころか、具体的危険の発生を看取できる場合にあたる。

の成立が否定されることになる。

留意すべきは、具体的危険犯と抽象的危険犯の理論構造の違いである。具体的危険犯とは異なり、抽象的危険犯では当該行為と同一機会における仮定的事実の存在可能性が問われるわけではないということである。もちろん、同一機会においてすら存在可能性が十分に認められる仮定的事実を看取できれば、それをもって抽象的危険の発生を認めることもできるが、それは必要条件を上回るものだという事を自覚しなければならない。

たとえば、現住建造物等放火罪における複合建造物の現住性が問題となる場合に、物理的・構造的一体性のないところにまで、利用上の機能的一体性を理由として現住建造物の範囲を拡張することは、「住居」概念の拡散を招くことになるため妥当でないものの、構造上の一体性の枠内で、建造物内部の人に対する危険を実質的に基礎付ける際に補充的に援用するとの見解¹⁰¹⁾がある。しかし、そこで同一機会における仮定的事実の存在可能性が認められないからといって、抽象的危険の発生を認めないとするのは妥当でない。将来の機会における仮定的事実の存在可能性が認められれば、抽象的危険の発生は肯定されるべきである。これを認めなければ、具体的危険と抽象的危険の境界を曖昧にしまうため、妥当ではないと考える。

他方、「累積型抽象的危険犯」については、「応報的法益の侵害が繰り返され、それが集積されることによって将来予防的法益が侵害される可能性」が問われる。たとえば、通貨偽造罪・同行使罪は、「通貨に対する公共の信用」という予防的法益を保護するために「通用する銀行券」を「行使の目的」をもって「偽造」した者を処罰している。そして、通貨偽造罪・同行使罪の不法の実体は以下のように説明されることになる。すなわち、通貨の偽造・行使を放っておけば、偽の1万円札1枚を流通に置いて、回り回って自分が偽札を掴まされて困るリスクよりも、現時点で1万円分買い物ができるメリットの方がはるかに大きいから、偽1万円札を偽造・行使しようとする者が出てくる。偽1万

101) 山口厚『刑法各論 第2版』（2010年、有斐閣）382頁。

円札が1枚、流通に置かれたところで、円滑な通貨システム（＝通貨に対する公共の信用）そのものに対するリスクはほとんどないに等しい。しかし、このような者がどんどん出てくると、世の中は偽造された1万円札であふれかえってしまい、とうとう通貨に対する公共の信用が失われてしまうことになる¹⁰²⁾。こうした不法の実体からは、予防的法益である「通貨に対する公共の信用」を保護するための応報的法益として「通貨の真正」、より具体的にいえば「日本の通貨制度の適切・円滑な機能状態」¹⁰³⁾が位置付けられる。

偽造通貨行使罪では、行為者が偽貨を真正な通貨として流通に置くことによって、応報的法益である「通貨制度の適切・円滑な機能状態」が害されることになる。もっとも、それだけで直ちに同罪が成立するわけではなく、その法益侵害が累積することによって予防的法益である「通貨に対する公共の信用」が害されるといった関係が看取されなければならない。通貨に対する公共の信用は、法益として形式的・抽象的次元に位置するものであり侵害された事態を想定すること、また、侵害されるまでのプロセスを明らかにすることが困難であるが、同種応報的法益の侵害が累積していく可能性が全く想定できないような場合¹⁰⁴⁾には、抽象的危険の発生が否定されることになるとと思われる。

「濫用型抽象的危険犯」に比べると、「累積型抽象的危険犯」の場合の判断が抽象度の高いものになってしまうことは否めないが、それは「累積型抽象的危険犯」における予防的法益が「信頼」や「経済システム」といった形式的・抽象的次元に位置付けられるためである。もっとも、そこで想定されている法益は、一度侵害されてしまえば回復が著しく困難となる「不可逆性」を備えているものであることから、許容されているものと思われる。反対に、そのような性質を備えていない法益を予防的法益とする「累積型抽象的危険犯」の存在は

102) 小林・前掲注23) 471頁以下、高山・前掲注41) 17頁参照。

103) 伊東研祐『刑法講義 各論』(2011年、日本評論社) 341頁。

104) 通貨偽造罪・同行使罪だと想定しづらいが、文書偽造罪・同行使罪の場合、文書の性質も多種多様であるため、法益侵害の累積が否定され、抽象的危険の発生が否定されることも十分に想定できるように思われる。

否定されるべきだと思われる。

4 小括——「環境に対する著しい損害を引き起こす場合」——

以上の本稿の構想する予防的危険説の立場に従えば、核テロリズム防止条約2条1項(b)(ii)の処罰対象のうち、放射線発散処罰法との整合性が問題となるように思われる「環境に対する著しい損害を引き起こす場合」とは、以下のようになるものになる。

すなわち、「環境に対する著しい損害を引き起こす場合」の処罰対象行為は、水や空気や土などの環境媒体を攻撃する行為である。そして、環境媒体自体を最終法益と観念することは処罰範囲を不明瞭にするため、本罪の（究極の）保護法益は人の生命・身体・財産に求められることになる。もっとも、上記行為によって、直接、人の生命・身体・財産などが侵害されることはない以上、本罪は抽象的危険犯であることになる。

予防的危険説においては、抽象的危険犯は、当該行為によって侵害される「応報的法益」と応報的法益の侵害を根拠として将来の侵襲が防がれる「予防的法益」という2つの法益の存在が要求されるが、本罪では、環境媒体が「応報的法益」に、集合的法益である人の生命・身体・財産が「予防的法益」に対応することになる。このような理解によって、「環境犯罪」としての本罪が判断の明瞭性を有し、適切な処罰範囲を画することになると思われるのである。

第6節 放射線発散等罪の処罰範囲

続いて、放射線発散等罪の処罰範囲を明らかにすることとしたい。

1 放射線発散処罰法3条1項の仕組み

放射線発散処罰法3条1項は、「放射性物質をみだりに取り扱うこと若しくは原子核分裂等装置をみだりに操作することにより、又はその他不当な方法で、核燃料物質の原子核分裂の連鎖反応を引き起こし、又は放射線を発散させて、人の生命、身体又は財産に危険を生じさせた者は、無期又は二年以上の懲役に

処する」と規定している。

本条を分解すると、3つの行為（①「放射性物質をみだりに取り扱う行為」、②「原子核分裂等装置をみだりに操作する行為」、③「その他不当な方法」）と2つの中間結果（①「核燃料物質の原子核分裂の連鎖反応を引き起こしたこと」、②「放射線を発散させたこと」）、1つの最終結果（「人の生命、身体又は財産に危険を生じさせたこと」）に整理することができる。そのため、放射線発散等罪の処罰対象は、以下の6つの類型に整理することができる。すなわち、①①「放射性物質をみだりに取り扱う行為によって、核燃料物質の原子核分裂の連鎖反応を引き起こしたこと」、①②「放射性物質をみだりに取り扱う行為によって、放射線を発散させたこと」、②①「原子核分裂等装置をみだりに操作する行為によって、核燃料物質の原子核分裂の連鎖反応を引き起こしたこと」、②②「原子核分裂等装置をみだりに操作する行為によって、放射線を発散させたこと」、③①「その他不法な方法によって、核燃料物質の原子核分裂の連鎖反応を引き起こしたこと」、③②「その他不当な方法によって、放射線を発散させたこと」の6つである。

2 放射線発散等罪の処罰根拠

放射線発散等罪の最終結果に着目すると、放射線発散等罪が「危険犯」であり、「人の生命、身体又は財産を侵害する可能性が生じたこと」をもって処罰している犯罪類型であることがわかる。続けて中間結果に着目すると、「核燃料物質の原子核分裂の連鎖反応を引き起こし、又は放射線を発散させた」という条件があることから、本罪は、「核燃料物質の原子核分裂の連鎖反応を引き起こし、又は放射線を発散させたことによって、人の生命、身体又は財産を侵害する可能性が生じたこと」を処罰根拠としているものということができる。

3 放射線発散等による「危険」の内容——公衆被曝——

「核燃料物質の原子核分裂の連鎖反応を引き起こし、又は放射線を発散させたことによって、人の生命、身体又は財産を侵害する可能性」がいかなる場合

に生じるかについては、放射線発散処罰法制定当時の国会答弁が参考となる。これによれば、「人がたくさん出入りするような場所、劇場とか駅構内等において、プルトニウム等をまき散らす」ことによって生じるとされている¹⁰⁵⁾。端的に言い換えれば、「公衆が被曝する可能性が生じたこと」が本罪の危険の内容を構成しているといえよう。

もっとも、抽象的な議論に終始することなく、個別事案における「公衆が被曝する可能性」を探るにあたっては、ICRP¹⁰⁶⁾ が確立している放射線防護体系における「公衆被曝」の概念を整理することが便宜になると思われる。

放射線防護体系において、放射線を受ける人の面から着目すると、「職業被曝」、「公衆被曝」、「医療被曝」の形態に分類される。職業被曝は、工作中に、主に仕事の結果として被る被曝のことをいう¹⁰⁷⁾。また、医療被曝は、放射線や放射性物質による診断・検査・治療などの医療行為を受けた場合に、患者や治験者が被る被曝のことをいう¹⁰⁸⁾。そして、公衆被曝は、職業被曝と医療被曝を除いたすべての被曝のことをいう¹⁰⁹⁾。

公衆被曝は、放射線事業所外の一般環境において起こるものであるが、放射線源である放射線事業所からの直接経路、間接経路を経由して生ずることを想定している。そのため、個別事案における「公衆が被曝する可能性」を把握するのに一役買うことになると思われる。以下、公衆被曝の概念について整理する。

（１）直接経路と間接経路

直接経路は、直接線、スカイシャイン（放射線施設の天井から空中に放出された放射線が空気の多重散乱を経て遠方まで放射線が伝播する現象）を経て人が被曝する経路のことをいう¹¹⁰⁾。他方、間接経路は、主として、気圏・水圏・陸圏

105) 第 166 回国会文部科学委員会第 10 号（2007 年 4 月 11 日）森口泰孝政府参考人発言。

106) 国際放射線防護委員会の略称である。

107) 小佐古敏荘編『原子力教科書 放射線安全学』（2013 年、オーム社）116 頁。

108) 小佐古編・前掲注 107) 116 頁。

109) 小佐古編・前掲注 107) 116 頁。

に放出された放射性物質の環境中の移行を経由して、フォールアウトなどにより飲料水・野菜・魚類などの食品の汚染に至り、その後の人の摂取を経て内部被曝を生ずる経路のことをいう。これらの被曝経路は、施設の設計段階などでは計算などにより評価されるが、施設が存在する段階では、直接経路は環境での空間線量の測定で、間接経路では、環境試料のサンプリング、人への摂取分析などにより測定される¹¹¹⁾。

(2) 公衆被曝における外部被曝

公衆が放射線から被曝する形態は、外部被曝と内部被曝に分類することができる。そして、公衆の受ける外部被曝には、自然起源のものと人工起源のものがある。自然起源の外部放射線は地域などにより異なるが、おおそ大地からのものと宇宙線とに分かれる。各々約年間 0.4mSv（ミリシーベルト）¹¹²⁾ で、合計年間約 1mSv である。他方、人工起源のものは放射線施設、原子力施設、放射線施設でない一般の産業利用の放射線源、規制を免除された線源などであるが、後二者は一般に線量が低く管理されていないケースがほとんどであるので、放射線管理上の公衆の外部被曝の管理下には置かれていない。

環境放射線には、 α 線、 β 線、 γ 線、宇宙線などいろいろな種類がある。このうち、 α 線と β 線は透過力が弱いので外部被曝線量はほとんど無視できる。環境放射線の中で外部被曝線量の評価上最も重要なのは γ 線である。外部被曝は直接線やスカイシャインにより外から照射を受ける場合の被曝が主たるものである¹¹³⁾。

(3) 公衆被曝における内部被曝

公衆の受ける内部被曝も、自然起源によるものと人工起源によるものがある。

110) 小佐古編・前掲注 107) 150 頁。

111) 小佐古編・前掲注 107) 150 頁。

112) 「放射線の人体に対する被曝影響の大きさ」である実効線量の単位である。人体の各臓器・組織は放射線に対して異なる感受性をもつが、放射線防護では、この違いを考慮に入れたうえで、全身にわたり平均した量を導入している。これが実効線量である（小佐古編・前掲注 107) 4、32 頁）。

113) 小佐古編・前掲注 107) 150 頁。

自然起源は、吸入摂取と経口摂取の2つに分けることができる。人工起源のものは、放射線施設、原子力施設からの気体、液体の放出によるものが主である。

具体的なプロセスとして、①放射性雲（大気中の放射性物質）からの外部被曝（ γ 線と β 線）、②地表面に沈着した放射性物質からの外部被曝（ γ 線と β 線）、③水域内に蓄積した放射性物質が、漁業関係者や遊泳者などに与える外部被曝（ γ 線と β 線）、④放射性雲（大気・地表沈着物からの舞上がりを含む）中の浮遊性放射性物質の吸入摂取による内部被曝、⑤土中及び水域内に蓄積した放射性物質が、農畜産物、海産物あるいは飲料水などに移行し経口摂取されることにより生じる内部被曝などが挙げられる。

放射能は時間とともに減衰するので、放射性物質が人に達するまでの時間が長ければその影響は小さくなる。また、気体・液体状の放射性物質は環境中に放出されると一般的には拡散により希釈されるが、逆に環境中の生物などにより濃縮されたり土壌中に蓄積されたりすることがある。

気体状の放射性物質からの外部被曝及びそれらの吸入による内部被曝は、放出期間中の被曝が大部分である。しかし、長半減期核種からの土壌や水への蓄積による外部及び内部被曝（地表面に沈着した放射性物質からの外部被曝、及び放射性物質の沈着により汚染した牧草飼料や水を摂取した家畜からの畜産物あるいは放射性物質の直接汚染または土壌からの移行により間接汚染した農産物の摂取による内部被曝）は放出が終わった後も継続し、長期間にも及ぶことになる（図1「大気中に放出された放射性物質の人までの経路」を参照）。さらに、海洋中に放出された液体廃棄物の場合も、水中で拡散する一方で微生物や藻類などによりゆっくりと濃縮され、それらを食する魚類によりさらに濃縮される場合もある（図2「海洋に放出された放射性物質の人までの経路」）。

図 1 大気中に放出された放射性物質の人までの経路

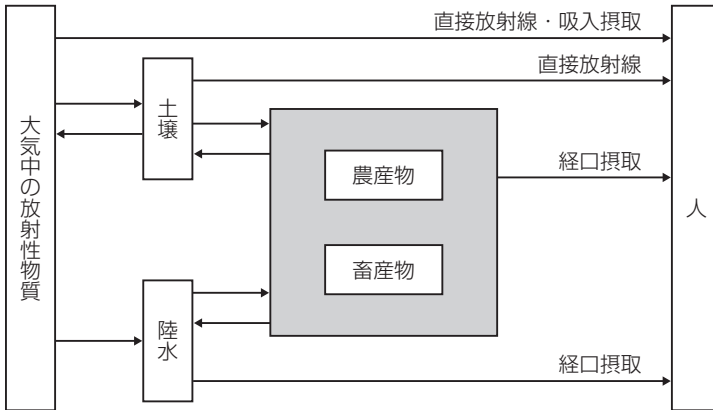
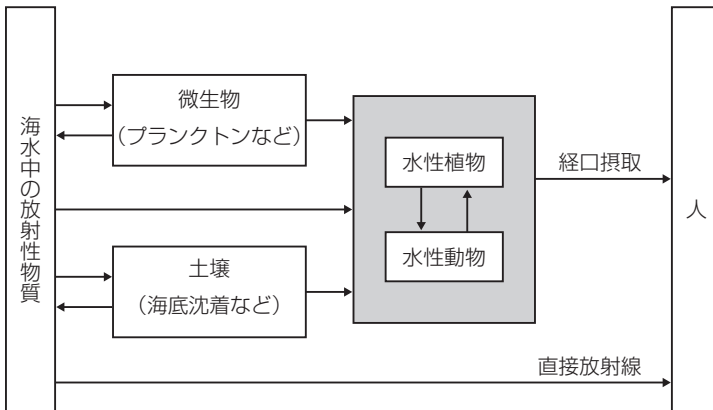


図 2 海洋に放出された放射性物質の人までの経路



(図1・2ともに小佐古敏荘編著『原子力教科書 放射線安全学』(2013年)

157頁を参考に筆者作成)

4 放射線発散等罪の処罰範囲

こうして公衆被曝の概念を整理すると、放射線発散等罪の具体的な処罰範囲

を画定することができるように思われる¹¹⁴⁾。

第1に、容器に詰めたプルトニウム等の放射性物質を町中でまき散らし、直接放射線を浴びさせ、あるいは、吸入摂取をさせることによって、人の生命、身体又は財産を侵害する可能性を惹起した場合が想定される（以下、「第1類型」という）。

第2に、容器に詰めたプルトニウム等の放射性物質を、周囲に人や財産がない場所（たとえば、大気や海水）に向けてまき散らし、生物濃縮を経て、経口摂取をさせることによって、人の生命、身体又は財産を侵害する可能性を惹起した場合が想定される（以下、「第2類型」という）。

5 核テロリズム防止条約2条1項(b)(ii)と放射線発散等罪の整合性

このように放射線発散等罪の処罰範囲を画定すると、核テロリズム防止条約2条1項(b)(ii)における「環境に対する著しい損害を引き起こす場合」と、放射線発散等罪の第2類型が重なり合うことがわかる。

すなわち、第1類型の場合、直接放射線を浴びさせ、あるいは、吸入摂取をさせることによって生ずる人の生命、身体又は財産に対する危険を問題としているから、そこでは「さししまった危険」、すなわち、具体的危険の有無が問題となっているといえるだろう。これは、核テロリズム防止条約2条1項(b)(i)(ii)のうち、「環境に対する著しい損害を引き起こす場合」を除いた犯罪類型に対応する。

他方、第2類型の場合、生物濃縮を経て、経口摂取をさせることによって生ずる人の生命、身体又は財産に対する危険を問題としており、時間的隔離はさることながら、放射性物質を、周囲に人や財産がない場所に向けてまき散らしたとしても、人の生命、身体又は財産に対する「差し迫った危険」が生じたとは到底いえず、そこで問題となっているのは抽象的危険の有無であるということが出来るだろう。予防的危険説の立場からは、第2類型において想定されてい

114) 本罪を具体的危険犯に分類する見解として、中山・前掲注1) 311頁がある。

る行為客体が大気や海などの「環境媒体」であることから、応報的法益は「環境媒体」に、予防的法益は「人の生命・身体・財産」に求められることになる。そのため、核テロリズム防止条約2条1項(b)(ii)における「環境に対する著しい損害を引き起こす場合」に対応すると思われる。

6 解釈論上の問題点

もっとも、重なり合うという事実をもって放射線発散処罰法が核テロリズム防止条約上の義務を果たしていると即断することはできない。次の3点について検討する必要があると思われる。

(1) 抽象的危険犯と具体的危険犯の形式的区別の基準

まず、放射線発散等罪は、条文上、「危険」という文言を用いている。そして、現在の多数説は、危険犯の中でも、法益侵害の危険の発生を明文で要求する犯罪類型を具体的危険犯とする。そのため、抽象的危険犯である第2類型を処罰することができないように思われる点に問題がある。

もっとも、抽象的危険犯と具体的危険犯の形式的区別の基準を「条文上の成立要件」の有無に求める多数説の見解は、抽象的危険犯は構成要件該当事実に法益侵害の危険の発生が常にあるもの¹¹⁵⁾であり、具体的危険犯は法益侵害の具体的危険の発生を要件とするもの¹¹⁶⁾であるとする形式説の理論を基礎にしていると思われ¹¹⁷⁾、実質説を基調とする予防的危険説を採用する本稿の立場からはこの見解を維持する必要性は乏しい¹¹⁸⁾。また、形式説の立場を採用する論者も条文上の成立要件となっていることが多いとしているにとどまり、絶

115) 木村・前掲注29) 170頁、団藤・前掲注30) 130頁、藤木・前掲注30) 88頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』(1974年、勁草書房) 130頁。

116) 団藤・前掲注30) 130頁、藤木・前掲注30) 88頁、植松・前掲注115) 130頁。

117) 形式説の立場からは、構成要件該当事実さえ充足してしまえば抽象的危険の発生が擬制されることになるため、条文上の成立要件として「危険」が記述されていない危険犯が抽象的危険犯であり、「危険」の発生が明示されているものが具体的危険犯であるとの形式的な区別基準が、まさに実質的な区別基準と合致することになるからである。星・前掲注40) 84頁参照。

対的な区別基準として維持しているわけでもない¹¹⁹⁾。そのため、抽象的危険犯と具体的危険犯の形式的区別の基準を「条文上の成立要件」に求める必要はなく、条文上に「危険」という文言が用いられていたとしても、抽象的危険犯として解釈する余地は十分にあると思われる。

（2）同一の条文における具体的危険犯と抽象的危険犯の処罰

そうだとすると、同一の放射線発散処罰法3条1項によって、具体的危険犯たる第1類型と抽象的危険犯たる第2類型を処罰できるか、果たしてそのような文言解釈が可能なのであろうか。この点に関して、具体的危険犯である第1類型の行為と抽象的危険犯である第2類型の行為の処罰を可能にする点が構成要件の明確性を欠き、一般市民の予測可能性を欠くことにならないかが問題となる。

まず、条文上明文で「危険」という文言が使われている点である。従来の見解によれば、このように条文で「危険」という文言が使われている場合、具体的危険犯であるとするのが一般であった。しかし、そのような形式的区別の基準を採用しない本稿の立場からは、条文の文言解釈として「成立要件として『危険』の存在が必要となるのだろう」という指針が立てられるというぐらいの意味合いしか求められず、「危険」という文言の存在ゆえに予測可能性を欠くことはないと思われる。

そうすると、予測可能性の担保は本条文の解釈可能性にかかってくるが、放射線安全学の見地から、放射線発散等罪の処罰対象行為が人の生命・身体・財産に危険を与える場合として第1類型の行為と第2類型の行為の2パターンが想定されるのであるから、このような解釈も十分に可能であると思われる。

よって、「第1類型の行為、または、第2類型の行為によって、人の生命、

118) 山口・危険犯・226頁は、「具体的危険犯においては、『危険』を法文上に規定することによって、抽象的危険犯においては、一般に抽象的に危険と考えられる行為を法文上に規定することによって表現されているのである」とするが、その結論が採られる論理的必然性には欠けるように思われる。

119) 井田・前掲注31) 103頁。

身体、財産に対する危険を与えてはならない」という規範を正確に把握でき、構成要件は明確であるといえるため、一般市民の予測可能性を必要以上に奪うこともない。

(3) 第1類型と第2類型の不法の同一性

最後に、第1類型と第2類型を放射線発散処罰法3条1項という同一の条文で処罰できるとしても、具体的危険犯と抽象的危険犯という理論構造の違う犯罪類型が同一の不法を生じさせるという結論は妥当であるといえるか。通説的見解によれば、具体的危険犯よりも抽象的危険犯の方が小さい不法を生じさせるにとどまるものとされているため、説明が必要なようにも思われる。

しかし、既に述べたとおり、本稿の提唱する予防的危険説の立場においては、具体的危険犯よりも抽象的危険犯の方がより大きな不法を生じさせる事態も十分に想定される。具体的危険よりも抽象的危険の方が小さい不法を生じさせるように思えるのは、「具体的危険の前段階には抽象的危険が存在する」という「ある程度の具体的危険説」のイメージに囚われているからにすぎない。

そして、第1類型も第2類型も、最終的に与える放射性物質の「危険」は、人体に与える被曝の程度が同一でなければならないと考えるため、発生させる不法は同一の法定刑の範囲内のものであるということが出来る。

第7節 本章の結論

1 結論

以上より、核テロリズム防止条約2条1項(b)(ii)における「環境に対する著しい損害を引き起こす場合」は、放射線発散等罪の第2類型によって処罰することが可能であるため、核テロリズム防止条約が義務としている犯罪類型について、わが国の放射線発散処罰法はそのすべてを処罰することができる状態にあるものと思われる。

よって、放射線発散処罰法は核テロリズム防止条約の義務を果たしているといえる。

2 第2種類の危険の認定方法

最後に、本稿の提唱する予防的危険説の認定方法を示す意味も込めて、第2種類の認定方法について記述することとしたい。

（1）応報的法益を侵害する行為の同一性

第2類型は、応報的法益たる「環境媒体」の侵害が繰り返され、それが集積されることによって、将来、予防的法益たる「人の生命・身体・財産」が侵害される可能性を問題とする「累積型抽象的危険犯」にあたる。

まず、「応報的法益を侵害する行為の同一性」としては、環境媒体に対する攻撃行為が要求される。大気に対する放射線発散行為であれば、同一の行為が判断の始点となる。

（2）将来予防的法益が侵害される可能性

次に、「応報的法益の侵害が繰り返され、それが集積することによって将来予防的法益が侵害される可能性」が問われる。この点については、既に述べた、公衆被曝の概念が参考となる。

ア 決定経路

前節で述べたとおり、公衆被曝の経路としては、①放射性雲からの外部被曝、②地表面に沈着した放射性物質からの外部被曝、③水域内に蓄積した放射性物質が、漁業関係者や遊泳者などに与える外部被曝、④放射性雲中の浮遊性放射性物質の吸入摂取による内部被曝、⑤土中及び水域内に蓄積した放射性物質が、農畜産物、海産物あるいは飲料水などに移行し経口摂取されることにより生じる内部被曝などの経路が考えられる。

これらの経路の中でも、人への影響で被曝寄与が大きい重要な経路を決定経路という¹²⁰⁾。決定経路は、放出される核種、原子力施設から環境への放出の形態、放射性物質の物理的・化学的性状、放出時点における周辺の自然・社会環境条件により異なるものが選ばれる。

たとえば、希ガス状の放射性物質（アルゴン、クリプトン、キセノンなど）が

120) 小佐古編・前掲注107) 156頁。

スタックなどから大気中に放出された場合、地表面への沈着はなく、また吸入しても体内には蓄積されずすぐに体外に排出されるため線量寄与は小さい。このような場合、この経路は決定経路にはならず、放射性雲などからの直接放射線による外部被曝のみを主要な経路として考慮しておけばよいことになる。

他方で、放射性ヨウ素や微粒子状の放射性物質が気体廃棄物として放出される場合には、地表面への沈着による地表面からの外部被曝、動植物への移行により食物として摂取されることによる内部被曝も考慮しなければならない¹²¹⁾。

そのため、たとえば、希ガス状の放射性物質を大気に発散させたような場合には、将来人の生命・身体・財産が侵害される可能性が認められず、放射線発散等罪は成立しないことになる。

イ 個人の内部被曝

公衆被曝における内部被曝の評価のためには、放出放射能の評価、その環境中での移行、環境中での汚染の把握、食物連鎖などの環境中での動態、人への摂取後の体内動態、線量評価、評価の簡略化のためにまとめた線量への換算係数などをステップごとに評価する必要がある¹²²⁾。

ウ 気体状放射性物質の大気拡散

大気中に放出された気体状（ガス状または微粒子状）の放射性物質は、大気の流れに従って拡散していく。気体状放射性物質の大気中での拡散は、大気の状態（大気安定度）、風速及び風向により異なる。大気中に拡散した放射性物質が、最大の放射能濃度を示す地点（最大濃度地点）及びその最大濃度値は、大気安定度により変動する。

大気状態が不安定で、上下及び横方向への拡散が大きい場合には、最大濃度地点は放出点の比較的近傍に出現するが、大気状態が安定している場合は、最大濃度地点は比較的遠方に出現する。また、放出高が高くなると最大濃度地点はより遠方になり最大濃度値は小さくなる¹²³⁾。

121) 小佐古編・前掲注 107) 156、157 頁。その他、放出時の気象条件や住民の食習慣や生活習慣、農産物や海産物などの食品の流通状況なども考慮要素となる。

122) 小佐古編・前掲注 107) 157、158 頁。

エ 地表・植物への移行

大気中に放出された放射性物質のうち、粒子状あるいは揮発性状の放射性物質は、重力、静電効果、空中浮遊物への吸着あるいは降雨などにより地表面に沈降し土壤に沈着する。沈着した放射性物質は、地表面からの放射線により外部被曝をもたらすほか、一般に土→植物（→動物）→人という経路で移行し、人に内部被曝をもたらす。

一般には、沈着、移行の過程において雨による洗浄、風による再浮遊などにより拡散・希釈され、放射能濃度は減少すると考えられているが、核種（および化学形）によって移行の過程で濃縮されることもある¹²⁴⁾。

オ 水中への拡散

環境中に放出された液体状の放射性物質は、水の移動に伴って拡散する。拡散の状況は、河川の場合と海の場合とでは大きく異なる。河川に放出される場合、流れの方向は一定と考えることができ、通常は流速もほぼ一定とみなされる。このため放出口から下流側における水中の放射能濃度は、放射性物質の放出量を河川の流量で除して概略・推定することができる。

他方、海洋放出の場合、放出口周辺の地形、気象条件や海流などの状況により流れの方向や流速が変化する上、潮汐によっても影響を受けるので拡散状況は極めて複雑となる。沿岸海域における物質の拡散については染料を使った実験を含め多くの研究が実施されてきたが、地域や場所により条件が異なること、長期間の連続観測データが得られていないなど不十分な点が多く、気体の大気拡散の場合のような一般的な拡散モデルはないのが現状である¹²⁵⁾。

カ 水生生物への移行・沈着

海洋や河川などに放出された放射性物質は、水中においてプランクトンなどの微生物、藻類、貝類、魚類に取り込まれたり、水中の化学物質と反応して放出時とは異なる化学形になったり、混濁物などに吸着して沈降し、海底や河底

123) 小佐古編・前掲注 107) 158 頁。おおよそ、放出高の 2 乗に反比例して減少する。

124) 小佐古編・前掲注 107) 159、160 頁。

125) 小佐古編・前掲注 107) 160、161 頁。

に沈着するなど、様々な状況で存在する。また、水中の生物が放射性物質を取り込むと物質によっては生物体内に吸収され蓄積する。多くの場合、それらの放射性物質は生物の体内において濃縮される。

濃縮の程度は、放射性物質の化学的性質、生物の種類、放射性物質が蓄積される器官や臓器などによっても異なる。また放射性物質を取り込んだ生物がさらに別の生物によって食される、いわゆる食物連鎖（プランクトン・海藻→小魚→大魚）を通して放射性物質は濃縮されることが多い。

水中放射能濃度から水生生物中放射能濃度を求める差に必要な濃縮率（濃縮係数）などのパラメータは複雑であるが、一般に個々の生物について実験的に求められた経験値が用いられる¹²⁶⁾。

キ 固体状放射性物質からの被曝

固体状放射性物質からの公衆の外部被曝、内部被曝は、環境に放出された後に起きた土壌の汚染などから生ずる。平常時の場合はそのレベルは極めて低い。大規模原子炉事故時の場合には、セシウム 137 などによる広域の土壌汚染が生じてそこからの外部被曝や、そこで生育する植物を食料として人が摂取すると、人に対して経口摂取の形で内部被曝を生ずることとなる¹²⁷⁾。

以上に示した現在の科学的知見をもとにして、「応報的法益の侵害が繰り返され、それが集積することによって将来予防的法益が侵害される可能性」が問われることになる。

第 3 章 原子炉等規制法の不備——所持規制による「危険」の防止——

第 2 章では、放射性物質の「危険」の中でも、発生する可能性は高くないが、甚大な被害を生じさせうる放射性物質を利用したテロリズムの危険を防止する法的規制について考察した。

126) 小佐古編・前掲注 107) 161 頁。

127) 小佐古編・前掲注 107) 161 頁。なお、具体的な測定方法について、小佐古編・前掲注 107) 161 頁以下を参照。

第3章では、対照的に、軽微な被害ではあるが、しかし日常に潜む放射性物質の危険を防止する法的規制について考察することにした。

第1節 問題の所在——所持規制の必要性——

1 原子炉等規制法の仕組み

原子炉等規制法は、総則規定（第1章）をはじめとして、製錬事業規制・加工事業規制・原子炉設置運転等規制・貯蔵事業規制・再処理事業規制・廃棄事業規制（第2章～第5章の2）の各種事業規制、核燃料物質等使用等規制（第5章の3）、原子力事業者等規制（第6章）、国際規制物質使用等規制（第6章の2）、溶接検査等（第6章の3）、雑則（第7章）、罰則（第8章）、外国船舶に係る担保金等の提供による釈放等（第9章）から構成されている。一瞥するだけで、原子炉等規制法の大半は事業に着目した規制によって構成されていることがわかるが、第5章の3の核燃料物質等使用等規制は「事業」と「物質」の2つに着目した規制であり、異色のものとされている。

もっとも、以下で述べるとおり、現行の核燃料物質等使用等規制には、核燃料物質と核原料物質について所持規制が置かれていない点について、物質規制としての不十分さがあると思われる¹²⁸⁾。

2 モナザイト事件

原子炉等規制法において、核燃料物質と核原料物質に関する所持規制が置かれていない点については、かねてから「法の不備」であるとして問題意識が持

128) 原子炉等規制法については、所持規制の不備以外にも、硬直した縦割り型の規制による新規事業などへの対応の阻害、複雑な規制・許認可体系による弊害が存在しているが、本稿では、さしあたり、所持規制の不備だけを指摘することとする。原子炉等規制法の不備・改善点について網羅的に検討した文献として、田邊朋行＝神田啓治「原子炉等規制法の課題と今後のあり方—これからの原子力事業に相応しい原子炉等規制法のあり方について—」公益事業研究 52 巻 3 号（2001 年）91 頁、田邊朋行＝下山俊次「原子力立国にふさわしい原子力法制を 原子炉等規制法の問題点」日本原子力学会誌 50 巻 3 号（2008 年）32 頁がある。

たれていた。この法の不備が顕在化し、社会問題となったのが「モナザイト事件」である。事案の概要は、以下のとおりである。

X（当時 42 歳）は、2000 年 6 月 4 日の夜に、核原料物質のモナザイト粉末数グラムずつを入れた封筒 10 通を立川市内の郵便ポストに入れ、首相官邸や文部省（当時）、防衛庁（当時）、科学技術庁（当時）、国家公安委員会などの 10 機関に郵送させた。この封筒は 6 月 6 日から 8 日にかけて各機関に届いた。

この封筒の中には、モナザイトの他に、財団法人 A の団体名と、A 団体理事長 B の知人である鉱物会社顧問 C の名前を挙げて、「ウランを北朝鮮に輸出しています」、「取引トン数 70 トン」、「核ミサイルに使用する」、「新潟港より船にて」などの内容を記載した「告発文」が同封されていた。

科学技術庁は、1999 年 11 月に、B が建設工事代金の担保としてモナザイト 20kg を東京都青梅市の建設業者に譲渡した際、建設業者が科学技術庁に「安全なものなのか」と問い合わせたことがきっかけで、B が大量のモナザイトを所有していることを把握していた。だが、原子炉等規制法には核原料物質の所持規制がないため、科学技術庁は B に使用規制に基づく届出をするよう再三要望するにとどまっていたのである。

しかし、それが北朝鮮に輸出されるとなれば、話は違ってくる。2000 年 6 月 12 日、この告発文をもとに、長野県警、警視庁公安部、科学技術庁が長野県上伊那郡辰野町の空き家に立入調査に踏み切り、モナザイト約 16 トンが保管されていることを確認した。そして、屋内に袋積みになされているモナザイトの直近から自然界の約 1200 倍である毎時約 120 μ Sv の放射線が測定された。この空き家は、辰野町役場から南に約 4km 離れた、小学校や公民館が周囲にある県道沿いの住宅地にあり、周辺住民は不安に陥った。

6 月 14 日、警視庁公安部は B を原子炉等規制法違反で事情聴取を開始した（79 条 5 号の罪の嫌疑だと思われる）。そして、捜査が進むにつれ、徐々に事件の全容が明らかとなった。すなわち、1966 年、B が経営する貿易会社 D 社が、タイからモナザイトを含む鉱石約 150 トンを輸入し、1967 年から 1972 年にかけて選鉱作業を行い、約 20 トンのモナザイトを所持するようになり、以後、

B は、A の取引相手などにモナザイトを譲渡していた。だが、長野県上伊那郡辰野町の倉庫には約 16 トン、埼玉県熊谷市広瀬の倉庫には約 1 トンしかなく、残り 3 トンのモナザイトの所在が明らかになっていなかった。

そのため、科学技術庁らは、残りのモナザイトの所在を把握すべく、全国各地を調査するに至った。結果として、茨城県土浦市港町の男性宅の民家玄関脇の火鉢の中に 18kg（放射線量は袋の表面で毎時 61 μ Sv。自然界の約 600 倍）、千葉県佐原市の佐原市議宅の納屋から 1.8 トン（直近で毎時 120 μ Sv。自然界の約 1200 倍）、埼玉県羽生市上手子林の自称発明家の男性の自宅兼倉庫から約 40kg（直近で毎時 40 μ Sv。自然界の約 400 倍）、埼玉県大宮市の電子機器店のプレハブ下に撒かれていた 120kg（毎時 41 μ Sv。自然界の約 410 倍）、長野県上伊那郡辰野町平出の金属加工業者の事務所兼倉庫から約 8kg（毎時 12 μ Sv。自然界の約 120 倍）、長野県長野市北尾張部の無職男性宅の物置と敷地内から約 2 トン（直近で 70 μ Sv。自然界の約 700 倍）、岐阜県土岐市駄知町の工業窯炉製造会社から約 40kg（直近で 40 μ Sv。自然界の約 400 倍）、同社で排ガス吸収用の触媒セラミックスに使用された約 10kg（毎時 2.60 μ Sv。自然界の約 26 倍）、三重県鳥羽市幸丘にある元ホテルの社員寮から 8kg（毎時 40 μ Sv。自然界の約 400 倍）があることがわかった。科学技術庁は、これらの場所のモナザイトについて遮蔽措置をとった後、周囲を立入禁止にするなどの対応をした。

一方、6 月 19 日、B は科学技術庁に対し、長野県上伊那郡辰野町の空き家と埼玉県熊谷市広瀬の倉庫で所持しているモナザイト計 16 トンについて、使用目的を「温泉に利用するためのモナザイト鉱石の保管及び販売」として、核原料物質使用の届出をした。これによって、科学技術庁は B に対し行政処分を行うことができるようになり、6 月 23 日に長野県上伊那郡辰野町の空き家について柵の設置、放射線測定装置の常備などの是正命令（現在の法 57 条の 8 第 5 項）を出す必要があると判断し、6 月 28 日に埼玉県熊谷市広瀬の倉庫について是正命令を発した。これによって、ようやく B の所持するモナザイトを原子炉等規制法の規制管理下に置くことができるようになった。

結局、X は、6 月 17 日、郵便法 14 条（現行法では、12 条 1 号）違反を理由に、

同法 81 条の罪で逮捕された後に略式起訴され、罰金 30 万円の略式命令を受けた。他方、B については、原子炉等規制法の「使用」の定義が曖昧であることを理由に、所持行為について 79 条 5 号の罪で起訴することはできないとして立件が見送られ、一連の捜査は結末を迎えることとなった¹²⁹⁾。

3 所持規制の不存在によって生じる 2 つの「危険」

モナザイト事件は、原子炉等規制法が核原料物質について所持規制を置かないことによって生じうる 2 つの「危険」を浮き彫りにさせた。

(1) 核物質自体の「危険」

1 つ目は、自然界の約 1200 倍の放射線を発する核原料物質を、住宅街など人が密集する地域で所持する者に対し、何らの行政的対応ができないことによって生じる核物質自体の「危険」である。

核原料物質を使用する場合には、原子力規制委員会に使用の目的・方法（法 57 条の 8 第 2 項 2 号）、核原料物質の種類（同 3 号）、使用の場所（同 4 号）、予定使用期間・年間の予定使用量（同 5 号）、使用に係る施設の位置・構造及び設備の概要（同 6 号）を記載した書面を届け出なければならず（同柱書）、核原料物質使用者は、届け出た事項を変更した際には原子力規制委員会に対する届出義務（同条 3 項）を負う。また、核原料物質使用者は、技術基準遵守義務（同条 4 項）を負い、その基準に適合していないと認められる場合に、原子力規制委員会は是正命令を発することができるようになっている（同条 5 項）。つまり、原子力規制委員会が核原料物質について適切な管理を行い、「国民の

129) 以上のモナザイト事件の事案をまとめるにあたり、毎日新聞 2000 年 6 月 14 日東京朝刊 1 頁 1 面、6 月 14 日東京朝刊 31 頁、6 月 14 日東京夕刊 9 頁、6 月 15 日東京朝刊 31 頁、6 月 15 日東京夕刊 11 頁、6 月 16 日東京朝刊 28 頁、6 月 17 日東京夕刊 1 頁 1 面、6 月 17 日東京夕刊 9 頁、6 月 18 日東京朝刊 5 頁、6 月 18 日東京夕刊 1 頁 1 面、6 月 18 日中部朝刊 23 頁、6 月 20 日東京朝刊 31 頁、6 月 21 日東京朝刊 31 頁、6 月 22 日東京朝刊 3 頁、6 月 22 日東京朝刊 3 頁 3 面、6 月 25 日西部朝刊社会面、6 月 27 日東京朝刊 30 頁、6 月 29 日東京朝刊 31 頁、6 月 29 日中部夕刊 6 頁、6 月 30 日東京朝刊 29 頁、7 月 8 日東京朝刊 29 頁、2001 年 7 月 11 日東京朝刊 29 頁を参照した。

生命、健康及び財産の保護、環境の保全」(1条)を実現するという法の仕組みとなっているのである。

また、この管理から外れた行為をした者、すなわち、届出をせず、核原料物質を使用した者には、79条5号の罪による処罰が用意されているため、実効性が担保されている。

しかし、所持行為については規制が用意されていないため、たとえモナザイト事件のように、核原料物質を不適切な場所で不適切な方法によって所持し、放射線障害という形で「国民の生命、健康及び財産の保護、環境の保全」にとって望ましくない事態を惹起したとしても、現行法の仕組み上、手を拱いて見ていることしかできないのである。

(2) 転用の「危険」

2つ目は、核原料物質を北朝鮮に輸出しようとするなど、核テロリズムにつながる可能性のある行為を未然に防止できないことによって生じる転用の「危険」である¹³⁰⁾。もし、Xによる告発がなかったとしたら、モナザイトはみすみす北朝鮮へと輸出されていたかもしれない。郵便法違反の処罰を受けるリスクを顧みず決死の告発をしたXが略式命令を受け、Bが何らの咎めを受けなかったことは、原子炉等規制法が法として望ましい状態にあるとは言い難いことを示すものと思われる。

モナザイト事件は、Bが科学技術庁に核原料物質使用の届出を自主的に行ったことにより、その後、措置命令などの行政処分を行うことができた。しかし、警視庁公安部がBを79条5号の罪で立件できないと判断したことから矛盾なく考えるのであれば、Bは使用の届出をする必要はなかったはずである。もし、Bが届出をしなかった場合に、科学技術庁（現在では、原子力規制委員会）が届出をするよう行政指導したのであれば、「法に定められていないことを国民に強いる」ことになるから、違法な行政指導となってしまったであろう¹³¹⁾。

また、核原料物質のみならず、核燃料物質についても同様の事案が発生して

130) 田邊＝神田・前掲注128) 95頁。

いる。1989年、天然ウランの粉末を米国大使館に売りこんだとして、貿易商の男女11人が原子炉等規制法違反容疑で逮捕されたが、所持規制がなかったため、処分保留にとどまった¹³²⁾。核燃料物質にも、核原料物質と同様の問題が生じているのである。

そのため、核原料物質・核燃料物質の双方について、所持規制を設ける必要があると考える。

このような所持規制を設ける強い必要性があるにもかかわらず、2014年現在においても、原子炉等規制法に核原料物質・核燃料物質の所持規制は整備されておらず、上記2つの「危険」は放置されている状態にある。

他方、核原料物質・核燃料物質よりも線量が弱いとされている放射性同位元素については、放射線障害防止法30条が、人の放射線障害の防止を考慮して、その所持行為を原則として禁止している。

果たして、原子炉等規制法が上記2つの「危険」を放置していることには合理的な理由があるのだろうか。節を改めて検討することとしたい。

131) この点について、「使用目的を全く有さない核燃料物質の単純所持でございますが、これは原子炉等規制法で規制をしているわけでございますけれども、これについては許可を要しないということになってございます。これは、規制法上、使用という形で規制をしているわけでございますが、そういう使用をしないということでもありますので、単純所持は許可を要しない、そういう法体系になってございます。ただ、しかしながら、安全確保等の観点から、これは具体的にどのような場合に単純所持ということが起こり得るかという、未登録の核物質等が発見された、そういった場合があるわけでございますけれども、これにつきましては、同法の52条それから61条の3に基づく核燃料物質の使用の許可あるいは国際規制物資の使用の許可、こういったものをとるようということをその者に対して求めているところでございます」との2007年第166回文部科学委員会第10号・森口泰孝政府参考員の発言があり、現在もなお、行政上の手続違反を惹起するおそれがあり、法にとって望ましくない事態が内包されているといえる。

132) 毎日新聞2000年7月8日東京朝刊29頁。

第2節 所持規制が存在しないことの不合理性

1 原子炉等規制法・放射線障害防止法の制定経緯

放射線障害防止法に所持行為規制があって、原子炉等規制法にそれが無い理由を探るには、両法を含めたわが国の原子力立法の歴史的沿革を検討することが便宜に資すると思われる。

（1）原子力三法の誕生まで

わが国の原子力の平和利用は、アイゼンハワーアメリカ合衆国大統領（当時）による「平和のための原子力」政策¹³³⁾により本格的に始まった。この直後の1954年3月、中曽根康弘衆議院議員（当時）を中心とする保守三党によって、科学技術振興のための追加予算として2億3500万円の原子炉予算が突如国会に提出され、わずか3日で衆議院を通過する¹³⁴⁾。

この原子力予算の衆議院通過を受けて、学界は、日本学術会議を中心として原子力研究に協力すべきか否かの論議を戦わせ、1954年4月に声明を発表した。すなわち、今後原子力の研究・利用・開発を行うにあたってはその前提として原子力が絶対に軍事目的に利用されないという決意が必要であり、そのため、情報の完全公開と国民への周知（公開）、民主的運営と能力ある研究者の十分な協力（民主）、自主性ある運営（自主）が条件であり、「平和利用三原則」を

133) この「平和のための原子力」の歴史的背景について説明する。

核分裂エネルギーは、軍事目的に利用することを原動力として、「科学的知識」の世界から、現実社会へと登場するに至ったが、1945年8月15日の太平洋戦争終結以来、アメリカ国内において、軍の管理下にあった原子力について、軍の手から切り離し、専門の国家機関による管理へと移行することが適切であるという考えが議会を中心に強まった（鈴木達治郎「原子力と国際政治 プルトニウム利用をめぐる法技術社会学」日本原子力学会誌41巻3号（1999年）・147、148頁）。しかし、徹底した核の国際管理が不可能と気づいたアメリカは、アメリカの優位性があるうちに、世界にアメリカの原子力平和利用を普及させ、その供給国として実質的な影響力を維持しようとし、この構想を唱えるに至ったのである。そして、この構想は、平和利用技術と核物質を供与する代わりに、保障措置を受けることにより、平和利用以外には転用しないという約束を取り付けることで、核の拡散防止を図ろうとするものであった（下山・前掲注1）472-475頁）。

134) 中曽根康弘「原子力平和利用の精神」日本原子力学会誌45巻1号（2003年）1頁。

提唱し、政府へ申し入れるというものであった¹³⁵⁾。

わが国の原子力法制の整備は、原子力開発促進のための法律制度確立について、ごく初期は学界が主導権を握っていたがまもなく議会側に移った。そして、議会主導の立法過程を経て、学界との妥協において「原子力基本法」が、行政との妥協において組織法たる「原子力委員会設置法」と「総理府設置法の一部を改正する法律」が1955年12月に成立した¹³⁶⁾。

これが、わが国最初の原子力立法（これらは、「原子力三法」と呼ばれる）の誕生経緯である¹³⁷⁾。

(2) 原子炉等規制法・放射線障害防止法の制定経緯

もっとも、原子力三法については非常な熱意を示した議会側が、運用法たる原子炉等規制法、放射線障害防止法についてはあまり議論をしなかったため、今度は行政側の主導によって立法がなされた。

この二法の違いは規制対象にある。放射線障害防止法の規制対象が放射性同位元素であるのに対し、原子炉等規制法の規制対象は核物質と原子炉にある。放射線障害防止法は、放射性同位元素が学術研究の分野において既にかんりの規模で使用されるなど、規制対象の実体が現に存在し、かつ規制の範囲も明確であったので、科学技術庁の設置に伴い、その立法作業は比較的順調に進んだ。

一方、原子炉等規制法においては、特にイギリスからの最初の商業用全電プラントの導入を前に、立法を急ぐ必要性が生じた。実体を詳細に把握できない事業を規制するための法令の作成は、非常な困難を伴ったという¹³⁸⁾。

(3) 所持規制不存在の理由

このような歴史的背景を踏まえて原子炉等規制法を点検すると、原子炉等規制法が所持規制を設けていない理由が浮き彫りとなる。

既に述べたとおり、原子炉等規制法の大部分を占めるのは事業者に対する規

135) 下山・前掲注1) 493頁。

136) 下山・前掲注1) 495頁。

137) 下山・前掲注1) 492頁。

138) 下山・前掲注1) 496頁。

制である。製錬・加工・原子炉設置・運転等・貯蔵・再処理・廃棄、そして使用に区分して事業規制を行い、かつ当該事業の施設の位置、構造及び設備を災害防止の面から技術的に規制する構造となっている。この法の仕組みは、在来のが国における公益目的あるいは危険防止のための事業規制をそのまま踏襲したものであり、多くの事業規制において類似した規制構造をみることができる（たとえば、電気事業法）。

もっとも、原子力の場合、発電施設などが膨大なエネルギーを発生させることに由来する「設備と核物質との一体化による危険」（施設規制）と核物質自体が放射線を発散することに由来する「核物質そのものの危険」（物質規制）が存在する。そのため、諸外国¹³⁹⁾においては、施設規制に加えて、物質規制を行っている場合が多い。核物質は、施設とは異なり定位置に存在するものではなく、生産・加工・処理・使用・輸送・貯蔵・廃棄・輸出あるいは輸入などの経済流通機構の中で移動または移転するので、その過程を逐一把握するためには、核物質そのものの許可制が便宜に資するからである。

しかし、原子炉等規制法の制定時においては「流通の過程は必ず何らかの目的のためになされる筈であるから、その最終目的あるいは末端利用の施設あるいは事業者に集中して規制することも相当程度可能である」¹⁴⁰⁾として物質規

139) たとえば、ドイツでは、各原子力施設に対する規制が施設許可の形で一本化され、そのような許可を受けることを必要としない形態での核燃料の使用については包括的な物質規制条項の下で捕捉されるという規制の仕組みが一つの法の中で設けられている。また、イギリスでは、原子炉を含む各原子力施設に対する規制と放射性廃棄物を含む放射性物質に対する規制とが、それぞれ別の法律の下で行われている（田邊朋行＝中込良廣＝神田啓治「我が国の原子力規制構造にみる制度的硬直性と潜在的脅威—原子炉等規制法における問題点と改善提案—」社会技術研究論文集2巻（2004年）254-255頁）。「原子炉等規制法が、作用規制のうち事業規制方式に重点をおき、原子炉については、施設規制を敷いていることが明らかである。さらに、『使用』の概念は、原子炉等規制法52条に示されているように、核燃料物質を製錬・加工等の事業に供する場合を含む上位概念である。つまり、一定の目的のために、核燃料物質を積極的に利用する（したがって、単なる保持、移送等を含まない）ことを指すものであるので、これも、作用規制の一種とみてよいであろう」（塩野宏編『核燃料サイクルと法規制』（1980年、第一法規出版）5頁）と述べられていることから窺える。

制をとらずに、施設規制によって核物質規制は十分に行うことができると判断した。この判断に至ったのは、すぐに立法しなければならないという時間的制約があったことも関係していると思われる。

そのため、原子炉等規制法は、核物質を使用する者は事業者に限られるという考えに基づいて規制がなされているのである¹⁴¹⁾。

2 制定時と現在の状況の変化

もっとも、制定時と現在において、状況が大きく異なることは多言を要しないであろう。モナザイト事件においても、財団法人 A の理事長 B は原子力事業者ではなかった。また、東京都小金井市にある慶應義塾大学旧工学部キャンパス跡地から放射性物質が発見されたこともあった¹⁴²⁾。原子力事業者ではない一般市民であっても、核物質を入手することができる時代へと移り変わっていると思われるのである。

こうした社会状況の変化を受けて、核燃料物質等の使用等に関する規制（第 5 章の 3）が実質的に物質規制としての役割を担っている¹⁴³⁾のが現状であるが、核燃料物質と核原料物質の使用許可・届出制度は、「核燃料物質を使用しようとする」行為意思（52 条 1 項本文）、「核原料物質を使用しようとする」行為意思（57 条の 8 第 1 項本文）を要求しているため、物質規制としての機能を十分に果たすことができていない。

こうして、所持規制が存在しないことには合理的な理由があるとはいえ、直ちに所持規制を立法する必要に迫られていると考える。

140) 下山・前掲注 1) 510 頁。

141) 「使用という概念は包括的であり前記の四つの行為（製錬・加工・原子炉・再処理を指す―筆者注）を含むことになるから、法の構造としては、逆に原子力関係の全ての事業が核物質を使用することを前提に、まず使用に当って許可を義務付け、上記四つの事業者の場合はこれを適用除外としている」（下山・前掲注 1) 510 頁）。

142) これらの事例について、赤塚洋＝小川明雄「放射線管理区域跡地の再開発を規制する法令の不備」日本原子力学会和文論文誌 2 巻 3 号（2003 年）220 頁以下。

143) 藤原淳一郎「原子力と立法」ジュリスト 805 号（1984 年）157 頁。

第3節 所持規制の立法案

1 所持規制立法の方法

所持規制を設ける方法として、現行原子炉等規制法の全面的改廃を通じて解決を図る方法と、現行原子炉等規制法の基本的規制構造を維持しつつ解決を図る方法の2つが提唱されている。

前者は、縦割り型の事業規制枠組みを基本に据える現行原子炉等規制法を全面的に見直し、ドイツやイギリスなどにおいて採用されている全ての原子力施設の設置・運営者を許可制に係らしめる包括的な施設規制方式と法定の要件に該当する全ての核物質の単純所持も含む全ての利用行為を許可制に係らしめる包括的な物質規制方式を導入するというものである¹⁴⁴⁾。この方法は、事業規制が念頭に置かれていた従来の原子炉等規制法の問題点を解消し、最適なシステムへと転換するために必要かつ十分であり、何よりも問題点が解消されたかどうかは明快である点に利点がある。

しかし、この方法では、現行の規制枠組みに対応して組織された行政の規制運用・執行システムに対して大きな変革を強いるとともに、そのシステムを前提にして講じられてきた被規制者の対応にも多大な変更を迫らなければならない。そのため、規制主体・原子力事業者の双方に対し、規制移行に伴う多大なコストを強いることになる¹⁴⁵⁾。わが国の原子炉等規制法が、可及的速やかに単純所持規制を設けなければならない必要に迫られていること、そして、福島原発事故以来、原子力事業者が、事故の収束や地震・津波に関する新規規制基準適合性に係る審査の対応などに追われていることからすれば、決して望ましい方法であるとはいえないように思われる。

そのため、立法的解決の方法としては、後者の方法、すなわち、現行原子炉等規制法の基本的規制構造を維持しつつ解決を図る方法を採用した上で、最も少ない修正で済む方法をとるべきと思われる。

144) 田邊＝中込＝神田・前掲注139) 265頁。

145) 田邊＝中込＝神田・前掲注139) 267頁。

2 修正案の具体的内容

修正案の候補はいくつか考えられるが、本稿では52条1項本文と57条の8第1項本文に「又は所持」という文言を追加するという、シンプルな修正をすることが妥当かつ適切であると考ええる。

すなわち、52条1項本文は「核燃料物質を使用『又は所持』しようとする者は、政令で定めるところにより、原子力規制委員会の許可を受けなければならない」、57条の8第1項本文は「核原料物質を使用『又は所持』しようとする者は、政令で定めるところにより、あらかじめ原子力規制委員会に届け出なければならない」という規定に修正される¹⁴⁶⁾。

もっとも、事業規制を念頭に作られた規制に対して単に文言を追加するだけでは物質規制として未だ不十分な点がある。そのため、以下に示す2点において法の仕組みを修正する必要があると思われる。

(1) 許可基準の適用除外

第1に、第2章から第5章の2までの各事業許可の基準と同様に、核燃料物質使用許可の基準として「平和利用」(53条1号)、「災害防止」(同条2号)、「技術的能力」(同条3号)の充足を要求しているが、この基準は事業者が事業行為を念頭に置いているものであるから、物質規制としての許可を行う場合には、この基準は適用除外とすべきである¹⁴⁷⁾。

(2) 裾切規定の新設

第2に、原子炉等規制法52条1項5号が委任している原子炉等規制法施行令39条では、核燃料物質について、使用許可を要しない種類及び数量を定めている。このいわゆる裾切規定も事業規制を念頭に置いたものであると考えられるため、物質規制としての許可を行う場合にはこれを単純に適用すべきではないと考える。

物質規制の基準として適切なものを探るにあたっては、放射線障害防止法の

146) 田邊＝中込＝神田・前掲注139) 270-271頁。なお、このような規制方式を採用しているものとして韓国原子力法がある。

147) 田邊＝中込＝神田・前掲注139) 271頁。

放射性同位元素の所持規制（30 条）が参考となる。放射線障害防止法は、①許可使用者（10 条 1 項前段）など原子力規制委員会から許可を受けた者、あるいは届出をした者など、原子炉等規制委員会の管理下に置かれている放射性同位元素の所持行為、②放射線障害を受けた者又は受けたおそれのある者に対する措置、危険時の措置など緊急時における所持行為のみを例外的に適法として、放射性同位元素の所持行為を原則として違法としている。

そして、放射性同位元素は、下限数量及び濃度を超えるものを一律に規制の対象にしている。この下限数量は、自然界の放射線レベルに比較しても十分小さく人の健康への影響が無視できるもので、その物質を放射線防護に係る規制の枠組みから外してもよいという判断をもとに規制がなされている。具体的には、「放射線を放出する同位元素の数量等を定める件」によって、当該物質に起因する年間の被曝線量が $10\mu\text{Sv}$ 以下となるものを裾切りできるよう各核種について規定されている。

物質規制は核物質が放射線障害を引き起こす危険を考慮してなされるものである¹⁴⁸⁾。そこで、核燃料物質の所持行為についても同様に下限線量による規制を置くべきである。他方、核原料物質は、事業規制を前提にして裾切規定がされている（57 条の 8 第 1 項 3 号・原子炉等規制法施行令 44 条）からこれは適用せず、核燃料物質と同様に下限線量による規制を置くべきである¹⁴⁹⁾。

3 小括

以上より、本稿は、現行原子炉等規制法における物質規制の不備を解消する方法として、52 条 1 項本文と 57 条の 8 第 1 項本文に「又は所持」という文言

148) 田邊＝中込＝神田・前掲注 139) 252 頁。

149) 実際に、原子力規制委員会は、使用許可の対象とならない核原料物質であっても、「取扱いの際の無用な放射線被ばくによる健康上のリスクを低減することを目的」として、「法規制の対象外のウラン又はトリウムを含む原材料、製品等の安全な取扱いについて事業者自主管理を求め」る「ウラン又はトリウムを含む原材料、製品等の安全確保に関するガイドライン」を公開している。インターネットからは、http://www.nsr.go.jp/activity/regulation/shiyou/data/1291646_1.pdf でアクセスできる（最終アクセス 2014 年 12 月 31 日）。

を追加し、事業規制を前提としている基準、すなわち、53条各号の許可基準と原子炉等規制法施行令39条、同令44条の裾切規定を適用しないものとした上で、核燃料物質・核原料物質に起因する年間の被曝線量が $10\mu\text{Sv}$ 以下となる「下限線量」を設け、それを所持行為の場合に適用するという方法を提案したい。

第4節 無許可・無届出所持行為に対する制裁——制裁としての行政罰——

以上、核燃料物質・核原料物質所持行為を行政の管理下に置くことができる法的規制の立法案について論じてきたが、本節ではその規制の行政上の実効性を確保する仕組みについて論じることとしたい。

1 行政制裁と刑事制裁

行政上の実効性確保の手段としては、現在では、従来の行政上の強制執行制度に加え、行政罰、給付拒否、違反事実の公表、課徴金、加算税など様々な手段が観念されている¹⁵⁰⁾。本稿では、ここまで指摘してきた事情から、許可・届出制度の実効性確保の手段を設ける強い必要性があると考ええる。そして、特に問題となっている私人による核燃料物質・核原料物質の無許可・無届出所持行為に関する実効性確保の手段に焦点を合わせて論じることとしたい。

許可・届出をしていない者に行政行為を撤回することはできない¹⁵¹⁾から、実効性確保の手段の筆頭としては、行政罰が考えられることになる。行政罰は、刑法典上の刑罰による制裁を内容とする行政刑罰（刑事制裁）と、刑法典上の刑罰ではなく過料を制裁の内容とする秩序罰（行政制裁）に分かれる。核燃料物質・核原料物質の無許可・無届出所持行為に対する制裁として刑事制裁と行

150) 塩野宏『行政法 I 〔第五版補訂版〕』（2013年、有斐閣）221頁以下は、この分類に従って行政の実効性確保の制度を整理している。

151) 佐伯仁志『制裁論』（2009年、有斐閣）12頁以下は、許可の取消し・停止も「制裁」のカテゴリーに含める。これに反対する見解として、塩野・前掲注150）226頁以下などがある。

政制裁のいずれを用いるべきか問題となるが¹⁵²⁾、本稿では、以下に示す理由から、刑事制裁を用いることを提案したい。

第1に、原子炉等規制法内部での平仄を合わせる点にある。すなわち、核燃料物質無許可使用行為と核原料物質無届出使用行為については、原子炉等規制法77条8号の罪¹⁵³⁾、79条5号の罪¹⁵⁴⁾という行政刑罰が用意されているところ、所持行為に関してのみ、あえて軽い行政制裁規定を新設する理由はないと思われるからである。

第2に、放射線障害防止法との平仄を合わせる点にある。すなわち、本稿では、原子炉等規制法の物質規制を構築するにあたり、放射線障害防止法における放射性同位元素所持規制の仕組みを手掛かりとして裾切規定を設けた。後述のとおり、その放射線障害防止法には、行政上の実効性確保の手段として、放射性同位元素所持罪という行政刑罰が用意されている。そのため、あえて軽い行政制裁を新設するよりも、同じく刑事制裁を用いることが理に適っているように思われるからである。

2 法定刑の検討方法

刑事制裁を用いることにしたとしても、その法定刑を定めるためには、さらなる検討をする必要がある。すなわち、核燃料物質無許可使用罪には、「3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」という法定刑が、核原料物質無届出使用罪には「300万円以下の罰金に処する」という法定刑が用意されているが、これは事業規制を念頭に置いたものであり、本稿が提案する物質規制としての性質を反映したものとはいえず、別個の法定刑

152) 行政刑罰と秩序罰は併科が可能とされているように、通説は、両者には制度上明確な区別があるとされているが、実質上その区別基準は決して明確ではない。本来であれば、この論点について正面から取り組むべきであるが、原子炉等規制法の不備を指摘するという本章の目的からはあまりにも大きすぎる論点であり、この点に関する検討は他日を期することとしたいと思う。

153) 以下、本稿では「核燃料物質無許可使用罪」とする。

154) 以下、本稿では「核原料物質無届出使用罪」とする。

を検討する必要があると思われるからである。

法定刑を検討するにあたっては、放射線障害防止法と放射線発散処罰法に所持行為に関する類似の行政罰が存在することに留意しなければならない。すなわち、放射線障害防止法は、放射性同位元素の所持行為を一律に禁止するとともに法定刑を「1年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」（放射線障害防止法52条5号）とする処罰規定を設けており、また、放射線発散処罰法は、核燃料物質について「第3条第1項の犯罪の用に供する目的」を有している場合に限定しているものの、同法5条2項の罪¹⁵⁵⁾によって核燃料物質所持行為を処罰しているため、それらとの平仄を合わせる必要があると思われるからである。

適切な法定刑を導くための方法としては様々なアプローチが考えられるが、本稿では「保護法益」を措定する方法を採用することとしたい。保護法益を侵害ないし危険にさらすことを最低限の刑事不法の構成要素として承認する立場が、わが国では一般的であるからである。

3 放射性同位元素所持罪の保護法益

まず、放射性同位元素所持罪の保護法益を検討することとしたい。

(1) 法の仕組みの分析

放射性同位元素所持罪は、「第30条……の規定に違反」する行為を処罰対象としている（52条5号）。そして、30条は放射性同位元素を所持する行為を原則として禁止した上で、例外的に「法令に基づく場合又は次の各号のいずれかに該当する場合」を処罰対象から外している。

その各号要件では、「許可使用者」（10条1項前段、30条1号）、「届出使用者」（3条の2第2項、30条2号）、「届出販売業者・届出貸業者」（4条2項、30条3号前段）、「許可廃棄業者」（11条1項前段、30条4号）、「表示付認証機器等について認証条件に従った使用等をする者」（12条の5第2項、30条5号）、「許可

155) 以下、本稿では、「放射線発散等目的放射性物質所持罪」とする。

等取消業者等」(26条1項、27条1項、27条3項、30条6号～10号)、「運搬委託業者」(30条11号)、「従業者」(30条12号)を主体とする所持行為と、「放射線障害を受けた者又は受けたおそれのある者に対する措置」(24条)、「危険時の措置」(33条1項・4項)という緊急時の所持行為が規定されている。

このように、例外規定は放射線障害防止法の許可あるいは届出を受けた者による所持行為、あるいは、放射線障害を取り除くための緊急性のある行為について定めている。前者は、許可・届出制度の実効性を確保するものであり、後者は、緊急状況下での行為を定めたものである。緊急状況下の行為が「放射線障害」を防止する目的による行為であり、真に例外的な規定であることからすれば、この例外規定は「人を放射線障害から守ることを目的とした許可・届出制度」に適合的な者を対象としていると評価できる。

そのため、放射性同位元素所持罪は、放射線障害防止法の許可・届出制度の実効性を確保するための行政刑罰であると評価することができる。

(2) 制定当時の国会答弁

法の仕組みの分析に加えて、以下に示す放射線障害防止法制定当時の佐々木義武政府委員の国会答弁が保護法益を探るにあたって参考となる。

「30条で『所持の制限』、……こういう制限規定を設けておりますが、これはどうということかと申しますと、①単に使用者のみの障害を守るばかりでなしに、一朝これが②犯罪等に用いられた場合には、非常にゆゆしい問題になりますので、目には何にも見えず、しかも量としてはごくわずかなものでございますので、もしこういうものが犯罪等に使われますと、そのときにすぐ障害が起きぬ場合でも、後々また非常に障害が起きて参りますので、必ずやこの所持あるいは譲渡、譲り受けというものに対しましては、思い切った制限が必要でございますので、この法案では、③許可を受けた者以外には一切これを譲渡、譲り受け、あるいは所持をしてはならないというような制限を設け、一方では、31条で18才未満の者あるいは精神障害者といったような人たちには、こういうものを扱わしちゃいかぬというふうにして、公衆の安全を保持いたしたいという

考えてございます」¹⁵⁶⁾（下線部、番号付記について筆者）。

この発言からわかるように、放射性同位元素所持罪は、①使用者の放射線障害の防止と、②他の犯罪への放射性同位元素の利用可能性の防止を目的としていると思われる。もっとも、この国会答弁に従えば、②犯罪の利用可能性については「そのときにすぐ障害が起きぬ場合でも、後々また非常に障害が起きて参ります」という発言からわかるように、使用者以外の第三者の放射線障害による被害を想定しているため、究極的には「人の放射線障害の防止」を目的としていることになる。そして、この目的を達成するための「思い切った制限」として、③許可者以外の放射性同位元素の所持を一切禁止するという手段が採られているのである。

既に述べたとおり、本罪は放射線障害防止法の許可・届出制度の実効性を確保するための行政刑罰である。そして、この許可・届出制度の目的は「人の放射線障害の防止」にある。そうだとすれば、本罪の構成要件に該当する行為を行うと、人の放射線障害の防止を目的とする放射性同位元素の適切な管理という国家作用に対する侵害を観念できるものと思われる。

そのため、放射性同位元素所持罪の保護法益の候補として「放射性同位元素の適切な管理という国家作用」という国家的法益を挙げることができる。

（3）国家的法益を想定することの限界——法益を保護するための法益——

ただ、放射性同位元素所持罪の究極の目標は、あくまでも「人の放射線障害の防止」にある。本罪の構成要件に該当する行為を行ったからといって、必ず放射線障害によって人の生命・身体・財産のいずれかが害されるわけではない。それは、許可を受けずに放射性同位元素を所持していたとしても、放射性同位元素を遮蔽した上で所持していれば、放射線障害が生じることはないことからわかる。

他方、「人の生命・身体・財産」が保護法益であるとして、このような場合

156) 1957年第26回国会商工委員会第37号・佐々木義武政府委員発言。

に法益侵害ないし危険に欠けるとして犯罪が成立しないという結論をとることもまた妥当でない。この手の「許可を受けてはいないが放射性同位元素は遮蔽されているため、人の生命・身体・財産を害することはない行為」が頻発すれば、放射性同位元素の「目に見えない」という性質と相俟って国家が「放射性同位元素の適切な管理」を行うことができなくなる。そうすると、わが国の至るところに放射性同位元素が散らばる事態へとつながり、最終的に「人の生命・身体・財産」を保護するという目的が達成できなくなってしまうからである。

そのため、やはり放射性同位元素所持罪の保護法益は「放射性同位元素の適切な管理という国家作用」に求められるべきであることがわかる。

ここで、究極の目標である「人の生命・身体・財産」が侵害ないし危険にさらされるのを待たずに、その目標を達成するための国家的法益の侵害を理由に処罰することは許されるか問題となるも、この点については、第2章第4節5で論じた「不法の構成要素としての法益と法益保護主義の意味における法益の峻別」と「法益を保護する法益の概念」の2つを用いて説明することができると思われる。

すなわち、放射性同位元素所持罪においては、「人の生命・身体・財産」は『予防的法益』に、「放射性同位元素の適切な管理という国家作用」は『応報的法益』に位置付けることができる。

そして、「放射性同位元素の適切な管理」が「人の生命・身体・財産」を保護する関係にあるか否か問題となるが、以下のように説明することができると考える。すなわち、放射性同位元素は人の健康への影響が無視できない下限数量及び濃度を超えるものである。そして、先に検討した佐々木義武政府委員の発言からもわかるとおり、放射性同位元素は適切な管理をされなければ使用者はおろか第三者に対しても放射線障害を惹起するおそれがある。それは、放射性同位元素が肉眼で視認することが困難であり、またわずかな量であったとしても人の生命・身体・財産に対する危険を惹起する性質を有しているからである。

もし、放射性同位元素所持行為が一般的に許容されるとすれば、「目には何にも見えず、しかも量としてはごくわずかな」放射性同位元素が社会に蔓延するおそれが生じることになる。許可・届出制度が法制度として存在しなかったのであれば、放射性同位元素について最低限の知識を有しない人々が、社会に蔓延している放射性同位元素を取り扱うことになる。「目に見えない」という性質があるから、除去することは困難である。

このような状況になれば、不特定多数の人（究極的にいえば、全日本国民）の近くに人体に影響を及ぼす可能性のある実効線量を有する放射性同位元素が存在することになり、不特定多数の人の生命・身体・財産が放射線障害によって脅かされる結果となるだろう。

このような事情からすれば、「放射性同位元素の適切な管理」という『応報的法益』は「人の生命・身体・財産」という『予防的法益』を保護する関係にあるといえることができる。

4 放射線発散等目的放射性物質所持罪の保護法益

次に、放射線発散等目的放射性物質所持罪の保護法益を検討する。

(1) 法の仕組みの分析

放射線発散等目的放射性物質所持罪は、「第3条第1項の犯罪の用に供する目的で、放射性物質を所持した者は、7年以下の懲役に処する」との規定に基づくものである。放射性物質は「核燃料物質その他の放射線を放出する同位元素及びその化合物並びにこれらの含有物（原子力基本法第3条第3号に規定する核原料物質を除く）」（2条3項1号）とこれによって「汚染された物」（同条同項2号）と定義されているため、核燃料物質が本罪の対象物件となることがわかる¹⁵⁷⁾。そして、3条1項の放射線発散等罪の用に供する目的を有し、核燃料物質を所持する行為が本罪の処罰対象であるといえることができる。

157) なお、核燃料物質無許可所持罪・核原料物質無届出所持罪には、放射線障害防止法を参考にして、年間10μSvという下限数量が設けたが、放射線発散処罰法にはそのような裾切規定が設けられていない。

（2）放射線による人の身体への影響

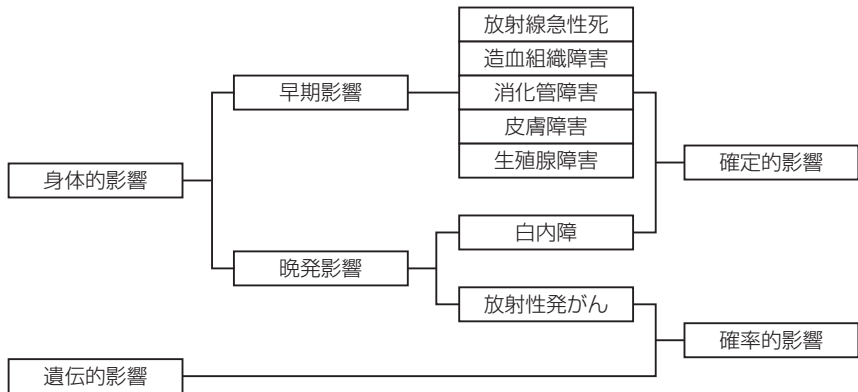
法の仕組みの分析に加えて、放射線による人の身体への影響を整理することが保護法益を探るにあたって参考となる。

すなわち、放射線による人の身体への影響は、影響が現れるまでの期間に着目することで、早期影響（被曝直後から数十日のうちに現れる影響）と晩発影響（数ヶ月から数十年にわたる潜伏期間を経て現れる影響）に分類することができる（図3「放射線の健康影響の分類」参照）。

放射線による人体への影響についてそのプロセスを確認すると、分子レベルで起こる DNA 損傷から始まり、細胞レベルでの影響、臓器・組織レベルでの影響へと進展していく。DNA 損傷により、細胞死や細胞変性が生じる場合があり、それが体細胞の場合には組織・臓器の機能障害が、生殖細胞の場合には不妊といった確定的影響が現れる可能性がある。一方、DNA 損傷により突然変異が生じた場合には、発癌や遺伝的影響といった確率的影響が現れる可能性がある。もっとも、人体には DNA 損傷を修復あるいは除去する機構が備わっているため、損傷した DNA が臓器・組織レベルでの影響にまで必ず進展するというわけではない¹⁵⁸⁾（図4「影響の進展」参照）。

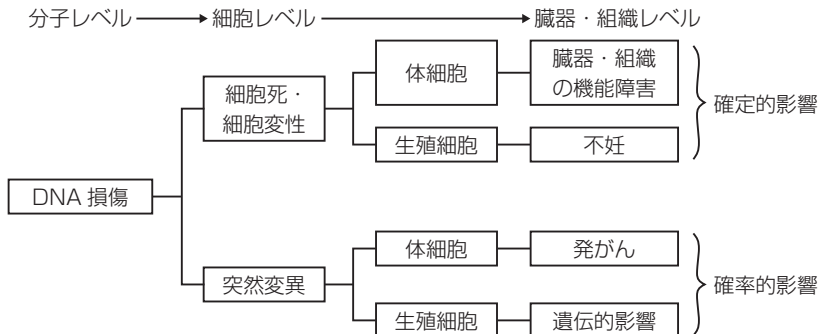
158) 小佐古編・前掲注 107) 51、52 頁。

図 3 放射線の健康影響の分類



(小佐古敏荘編著『原子力教科書 放射線安全学』(2013 年) 51 頁を参考に筆者作成)

図 4 影響の進展



(小佐古敏荘編著『原子力教科書 放射線安全学』(2013 年) 65 頁を参考に筆者作成)

(3) 確定的影響

確定的影響とは、影響（組織障害）の発生する最小の線量（しきい線量）が存在し、そのしきい線量を超えて被曝した場合には線量の増加に伴い影響の発生確率と症状の重篤度が増加する放射線影響のことである¹⁵⁹⁾。しきい値は、細胞集団に放射線損傷を認めうる最小線量であり、このしきい値を超えると放射

線損傷を認めうることができる。

ア 造血組織

造血組織は、赤血球、白血球などの血液細胞（血球）を産生する臓器であり、骨髄、リンパ節がこれにあたる。中でも、リンパ球についてみると、放射線被曝により抹消血中のリンパ球は細胞死を起こすため、供給の低下を待たずに被曝直後からリンパ球が減少する。

そのしきい線量は0.25Gy（グレイ）¹⁶⁰⁾である¹⁶¹⁾。

イ 消化管

小腸絨毛の付け根には分裂を盛んに行っているクリプトと呼ばれる細胞がある。小腸が10Gy以上の急性照射を受けた場合、クリプトの細胞分裂が停止し、吸収上皮細胞の供給が絶たれ、粘膜上皮の剝離、萎縮及び潰瘍が発生する¹⁶²⁾。

ウ 皮膚

皮膚は、表面から深部に向かって、表皮、真皮、皮下組織の順に配列している。3Gy以上で脱毛、3～6Gyで紅斑・色素沈着、7～8Gyで水疱形成、10Gy以上で潰瘍形成、20Gy以上で皮膚がんへと移行する難治性潰瘍が発生する¹⁶³⁾。

エ 生殖腺

男性の生殖腺である精巣は、0.15Gyの急性被曝によって細胞死が起こり、一過性の不妊が生じる。3.5～6Gyを超える線量では精原細胞はほとんど死んでしまい、永久不妊が起こる。他方、女性の生殖腺である卵巣は、0.65～1.5Gyで一過性の不妊が生じ、2.5～6Gyで卵巣に蓄えられている未成熟卵母細胞が死滅し、永久不妊となる¹⁶⁴⁾。

159) 小佐古編・前掲注107) 60頁。

160) 放射線の人体に対する被曝影響の大きさを示す単位である（小佐古編・前掲注107) 4頁）。

161) 小佐古編・前掲注107) 61頁。

162) 小佐古編・前掲注107) 62頁。

163) 小佐古編・前掲注107) 62、63頁。

164) 小佐古編・前掲注107) 63、64頁。

オ 水晶体

水晶体は、0.5Gy で視覚障害性白内障が生じる。透明な水晶体は、加齢とともに混濁し、白内障となるが、電離放射線によっても白内障となることが知られている¹⁶⁵⁾。

カ 甲状腺

甲状腺は、首の前面下部にある蝶の形をした内分泌器官で、全身の細胞の代謝率を上昇させる働きをもつ甲状腺ホルモンを作る。25 ～ 30Gy で甲状腺機能低下症、急性甲状腺炎、慢性リンパ性甲状腺炎が現れる¹⁶⁶⁾。

キ 全身被曝

全身あるいは身体の広い範囲が、短時間大線量を被曝した場合、あるいは、短時間にきわめて強い放射線を浴びた場合に、細胞がそのエネルギーで破壊されたり、染色体が壊れて細胞の再生が不可能になったりする症状¹⁶⁷⁾を、急性放射線症という¹⁶⁸⁾。全身被曝では、およそ3 ～ 5Gy の被曝により人の半数は死亡し、7 ～ 10Gy の被曝でほぼ全数が死亡する¹⁶⁹⁾。

全身被曝による死亡の原因や潜伏期間は線量によって異なる。

第1に、骨髓幹細胞の損失による骨髓機能の喪失を原因とする骨髓死である。骨髓死は10Gy 程度の被曝をしたときに起こる。15Gy が死亡のしきい線量である。

第2に、消化管の障害を原因とする腸死である。腸死は、5 ～ 15Gy の被曝をした際に、小腸クリプト細胞の細胞死により吸収上皮細胞の供給が絶たれ、その結果として粘膜剥離が起こり、脱水症状、電解質平衡の失調、腸内細菌への感染が生じ、死亡に至るというプロセスをたどる。平均生存期間は10 ～ 20

165) 小佐古編・前掲注 107) 64 頁。

166) 小佐古編・前掲注 107) 64 頁。

167) 北村行孝＝三島勇『日本の原子力施設全データ どこに何があり、何をしているのか』(2001 年、講談社) 176 頁。

168) 小佐古編・前掲注 107) 65 頁。

169) 急性放射線症の傷害・死亡について取り扱ったわが国の裁判例として、水戸地判平成 15 年 3 月 3 日判タ 1136 号 96 頁(いわゆる、東海村臨界事故判決)がある。

日間である。

第3に、中枢神経の障害を原因とする中枢神経死である。15Gyを超える高い線量を被曝した際に、神経細胞自体の細胞死ではなく、血管系及び細胞膜の損傷などによって全身けいれんの症状が起こり、ショックなどにより1～5日後に死亡する¹⁷⁰⁾。

（4）確率的影響

確率的影響は、線量の増大とともに発生確率が徐々に増加していくが、重篤度は線量によらないという特徴をもつ。確定的影響は、しきい値の線量の前後でリスクが大きく変化する特徴を示すが、確率的影響は、線量に対してリスクが直線的に増加する特徴を示す一方で、約100mSv未満の低線量領域においても直線的な関係が成り立つか、科学的には証明されていない¹⁷¹⁾。

確率的影響として挙げられている症状としては、放射線発がんや遺伝的影響¹⁷²⁾がある。

（5）小括

このように、放射線障害はしきい値を超えるものでないと、人体に対する生理的機能を侵害しうることを証明できない。そして、人体の部位によって高低はあるが、先に挙げた部位の中でも、最も低いしきい値は、精巣の0.15Gyの急性障害であるから、既に述べたモナザイト事件の最大の線量である毎時約120μSvでも遠く及ばないことからわかるように、かなりの高線量が必要である。そのため、単に放射性物質を無許可で所持する行為によって生じる放射線発散では、しきい値を超える線量を出すことは困難であり、確定的影響を与えることは想定しづらい。他方、原子核分裂の連鎖反応の惹起では、かなりの高線量を出すことができ、確定的影響を与えることが想定されるため、放射線発散

170) 小佐古編・前掲注107) 65頁。

171) 小佐古編・前掲注107) 70頁。なお、放射線防護体系では、線量がどんなに低くなくてもリスクが直線的に伸びていると仮定し、低線量領域においても高線量領域と同様にしきい値のない直線的な関係が成立するとした仮説（LNT仮説）が適用される。

172) 小佐古編・前掲注107) 66-68頁。

等罪が予定している行為を行った場合（特に、第1類型）には、より確度の高い人の生命・身体・財産に対する放射線障害の危険を惹起することになると思われるのである。

そして、放射線発散等目的、すなわち、放射線障害による不特定多数人の生命・身体・財産に対する危険の発生という、重大な被害を与える行為を行う目的を有して放射性物質を所持する場合には、その法益敵対的態度を有することによって、重い不法を惹起することになると思われる。

したがって、放射線発散等目的放射性物質所持罪の保護法益（予防的法益）は、「人の生命・身体・財産」に求めることができると思われる。

5 放射性同位元素所持罪との比較

以上の検討を踏まえ、核燃料物質無許可所持罪・核原料物質無届出所持罪の保護法益を明らかにしたい。

本稿は、核燃料物質許可制度・核原料物質届出制度を従来の事業規制ではなく、物質規制として構成できるか検討を行っている。既に述べたとおり、核燃料物質許可制度・核原料物質届出制度を物質規制として捉えた場合、放射線障害防止法における放射性同位元素とパラレルの関係に立つこととなるし、立つべきであると考え。その考えに基づいて立法すべきであるとした核燃料物質無許可所持罪・核原料物質無届出所持罪の保護法益は「核燃料物質・核原料物質の適切な管理という国家作用」と「人の生命・身体・財産」に求められるべきである。

そして、立法案の検討で述べたとおり、核燃料物質・核原料物質は放射性同位元素同様に人の健康への影響が無視できないものが規制の対象となり、放射性同位元素所持行為と核燃料物質無許可所持行為・核原料物質無届出所持行為はパラレルの関係に立つ。そのため、もし核燃料物質無許可所持行為・核原料物質無届出所持行為が一般的に許容されるとすれば、不特定多数の人々の近くに人体に影響を及ぼす可能性のある実効線量を有する核燃料物質・核原料物質が点在することになり、そして現にそうになっているため、不特定多数の人の生

命・身体・財産が放射線障害によって脅かされる結果となっている。

このような事情からすれば、「放射性同位元素の適切な管理」という『応報的法益』は「人の生命・身体・財産」という『予防的法益』を保護する関係にあるといえることができる。

6 放射線発散等目的放射性物質所持罪との比較

他方、核燃料物質無許可所持罪・核原料物質無届出所持罪と放射線発散等目的放射性物質所持罪の究極の保護法益は、共に「人の生命・身体・財産」である。もっとも、両罪の処罰対象行為を、本稿が提唱する『応報的法益』と『予防的法益』の観点からみると、放射線発散等目的放射性物質所持罪の「人の生命・身体・財産」は『予防的法益』であり、『応報的法益』でもある一方、既に述べたとおり、核燃料物質無許可所持罪・核原料物質無届出所持罪の『予防的法益』は、「人の生命・身体・財産」であるが、『応報的法益』は「核燃料物質・核原料物質の適切な管理という国家作用」に求められる。すなわち、両罪は同じ「人の生命・身体・財産」を保護法益とするが、前者の方が後者よりも、処罰対象行為と法益との距離が近いことになるから、そこには大きな隔たりがあつて然るべきである。

そのため、放射線発散等目的のない単純所持行為を処罰する核燃料物質無許可所持罪・核原料物質無届出所持罪の法定刑として「7年以下の懲役」という重いものを用意するべきではないといえる。

7 無許可所持罪・無届出所持罪の法定刑

以上より、核燃料物質無許可所持罪・核原料物質無届出所持罪の保護法益は、『応報的法益』として「核燃料物質・核原料物質の適切な管理という国家作用」、『予防的法益』として「不特定多数の人の生命・身体・財産」が求められ、法定刑としては、「1年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金、又は併科」を設定すべきであるといえる。

形式面にも着目すると、放射性同位元素を客体とする法規制は、放射線障害

防止法と放射線発散処罰法の規定のすべてを網羅している。放射性同位元素をめぐる処罰対象行為を整理すると、放射性同位元素の単純所持行為（放射線障害防止法 52 条 5 号・30 条柱書。法定刑：1 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金、又は併科）、放射線発散等予備行為（放射線発散処罰法 3 条 3 項本文。法定刑：5 年以下の懲役）、放射性物質放射線発散等目的所持未遂行為（放射線発散処罰法 5 条 3 項・同条 2 項。法定刑：7 年以下の懲役・未遂減輕）、放射性物質放射線発散等目的所持行為（放射線発散処罰法 5 条 2 項。法定刑：7 年以下の懲役）、放射線発散等未遂行為（放射線発散処罰法 3 条 1 項・同法 3 条 2 項。法定刑：無期又は 2 年以上の懲役・未遂減輕）、放射線発散等行為（放射線発散処罰法 3 条 1 項。法定刑：無期又は 2 年以上の懲役）となる。

このとき、核燃料物質・核原料物質規制において、核燃料物質無許可所持罪・核原料物質無届出所持罪を追加したとき、同罪を「1 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金、又は併科」とすれば、放射性同位元素に関する刑事規制と平仄が合う。この事情からしても、核燃料物質無許可所持罪・核原料物質無届出所持罪の法定刑は、放射性同位元素所持罪と同じ法定刑とすべきである。

したがって、核燃料物質無許可所持罪・核原料物質無届出所持罪の法定刑は、1 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金、又は併科とすべきである。

第 5 節 本章の結論

1 所持規制の立法案

現行の原子炉等規制法は事業規制を念頭に法制度が設計されており、物質規制として不十分であると思われる。そのため、同法 52 条 1 項本文と 57 条の 8 第 1 項本文に「又は所持」という文言を追加し、新たに核燃料物質・核原料物質の所持規制を設けることを提案する。

その際、既存の許可基準が事業規制を念頭に置いたものであることから、①物質規制としての許可を行う場合にはこの基準を適用除外とすること、②許可の対象とする核燃料物質・核原料物質を当該物質に起因する年間の被曝線量が 10 μ Sv 以下となるものを裾切りできるよう各核種について規定し、原子炉等規

制法施行令 39 条、同令 44 条の裾切規定を適用しないこと、を内容とした規定を設ける必要がある。

2 所持規制の実効性確保のための制裁

所持規制の実効性確保の手段としては、制裁としての行政刑罰を用意すべきであると思われる。具体的には、核燃料物質無許可所持罪・核原料物質無届出所持罪を新設する。両罪の保護法益は、放射性同位元素所持罪と同じく、予防的法益として「人の生命・身体・財産」を、応報的法益として「核燃料物質・核原料物質の適切な管理という国家作用」を観念することができるから、同罪の法定刑と同じ、「1 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金、又は併科」を用意すべきである。

第 4 章 おわりに

本稿では、「放射性物質の危険」をテーマに、それをめぐる法的規制について考察してきた。放射線発散処罰法が核テロリズム防止条約の義務を果たしているのか、原子炉等規制法は核燃料物質・核原料物質に関する所持規制を置くべきでないのか、といった従来あまり議論されてこなかった論点について、原子炉等規制法・放射線障害防止法・放射線発散処罰法とそれらの関連法令をはじめとする法的規制、社会科学分野の知識・情報のみならず、（不十分であることは承知しているが）放射線安全学などの科学分野からの知識・情報を考慮した上で、できる限り具体的かつ詳細な考察を試みたことは、本稿の意義として挙げることができると思われる。

他方、本稿は多くの課題を残していることもまた事実である。基礎理論でいえば、脚注でも述べたとおり、制裁の中でも行政刑罰と秩序罰の区別の理論的根拠を、個別の議論でいえば、同じ放射性物質の危険を防止するための（行政）法的規制であるにもかかわらず、許可・届出制の有無によって保護法益・法定刑が異なる点における峻別の規律の根拠を挙げることができる。これらの

論点は、行政法と刑法の違いといった大きなテーマに収斂されることになると思われるが、その検討は今後継続していく研究活動の課題とすることとしたい。

最後に、この論文を完成させることができたのは、本塾法務研究科教授の磯部哲先生、和田俊憲先生の心温かいご指導があったからにほかならない。両先生の学恩に報いるためにも、今後なお一層の研鑽を積んでいきたいと思う。