

電汽車往来危険罪にいう往来の危険の意義

—最決平成15年6月2日（刑集57巻6号749頁）—

星 周一郎

【事実の概要】

被告人は、国鉄（当時）に対し防災工事費用を分担するよう申し入れたところ、これを拒絶されたため憤慨し、鉄道用地と境界を接する自己の所有地内において、Aをしてパワーショベルで同所有地を同境界に沿って深さ約3.8mないし4.3m、幅約2m、長さ約76mにわたり掘削させた。掘削が進むにつれて電柱（上止69号電柱）付近の土砂が崩壊し、土地の境界杭が落下したほか、国鉄側が同電柱を防護すべく打ち込んでいた長さ約3mのH鋼も滑り落ち、同電柱付近の路盤の掘削断面上端部は、同電柱から約0.6mの距離まで迫った。それによって、盛土上に位置する線路の軌道敷自体が緩むことはなかったものの、同電柱付近の路盤の掘削断面は著しく損なわれ、国鉄の安全基準を大幅に超える急斜面となった。

この掘削開始後、保線区長Bは安全基準を超えて土地が掘削されるのを目撃し、掘削現場にいた被告人に対して掘削をやめるよう警告するとともに、電車の徐行や電柱防護のための措置をとるなどしたが、さらに、国鉄側は、同電柱付近の掘削により土砂が崩壊して境界杭が落下するなどしたことから、このまま電車を運行させると電柱の倒壊等により電車の乗客に危険が及ぶと判断して、送電停止の措置をとり、上り線の電車の運行を中止した。なお、本件の送電停止措置をとってから、掘削部分を埋め戻すなどの復旧作業が行われ、約4時間後には列車の運行が再開された。

原審判決は、同電柱基礎の付近において、すべりが発生して電柱が転倒する可能性が高かったと第1審判決が認定する根拠となったU鑑定について、前提となる土地の形状や土質等に関する数値について、必ずしも掘削現場の

現状を正確に反映したものではない疑いが残るとした。さらに、弁護人から提出された、U鑑定が前提とした事実を否定するK鑑定、および盛土や電柱の安定性が確保されている旨のA鑑定が採用された。ただし、原判決はこれらの鑑定の証明力については判断を示さないまま、往来の危険について、「電汽車の衝突・転覆・脱線などの実害が発生するおそれのある状態を惹起させることをいい、単に交通の妨害を生ぜしめただけでは足りないが、右の実害発生が必然的ないし蓋然的であることまで必要とするものではなく、その一般的可能性で足りる」として第1審判決と同様、従来の判例の見解を採用した上で、さらに「実害発生の一般的可能性については、必ずしも物理的な実害発生の可能性の有無を問わず、通常人をして、実害発生する可能性がある」と認識させ、かつ、そのように認識させるにつき相当な理由がある状態をいうと解するのが相当である」として、本件事実について第1審判決同様、往来の危険の発生を認めた。これに対して被告人側が上告した。

【決定要旨】

最高裁は、弁護人および被告人の上告趣意はいずれも上告理由に当たらないとして、上告を棄却した上で、職権で以下のような判断を示した。

「刑法125条1項にいう『往来ノ危険』とは、汽車又は電車の脱線、転覆、衝突、破壊など、これらの交通機関の往来に危険な結果を生ずるおそれのある状態をいい、単に交通の妨害を生じさせただけでは足りないが、上記脱線等の実害の発生が必然的ないし蓋然的であることまで必要とするものではなく、上記実害の発生する可能性があれば足りる」。本件については、「掘削行為の規模及び掘削断面と上止69号電柱等との位置関係や、本件当時、国鉄職員及び工事関係者らが、上記掘削により上止69号電柱付近において地すべりが生じ同電柱が倒壊するなどして、電車の脱線など安全な走行ができない状態に至るなど、極めて危険な状態にあると一致して認識しており、その認識は、現場の状況からして相当な理由があり合理的なものであったといえることなどに照らすと、上記実害の発生する可能性があったと認められる。した

がって、電汽車往来危険罪の成立を認めた原判決は、結論において正当である」。

「なお、所論は、原審弁護人の請求に係る鑑定書によれば、上記掘削により上記電柱付近の路盤は物理的、土木工学的にみて不安定な状態になっておらず、上記実害の発生する物理的可能性のなかったことが明らかであるから、『往来ノ危険』は生じていない旨主張する。しかしながら、……同鑑定書は、その前提となる掘削断面の位置、形状等の把握に正確さを欠いており、同鑑定書に依拠して上記実害の発生する可能性を否定するのは相当でない」。

【評釈】

1. 本決定は、線路沿いの土地を掘削した行為について、刑法125条の電汽車往来危険罪の「往来の危険」の発生を認めたものである。

同条にいう「往来の危険」については、「汽車又は電車の脱線、転覆、衝突、破壊など、これらの交通機関の往来に危険な結果を生ずるおそれのある状態」を言うとし、それが「単に交通の妨害を生じさせただけでは足りないが、脱線等の実害の発生が必然的ないし蓋然的であることまで必要とするものではなく、実害の発生する可能性があれば足りる」とするのが判例のほぼ一貫した見解であり、本件決定もこの見解を採用している。ただし、往来の危険の判断基準・方法については、後述するように、とりわけ学説における見解は必ずしも一致してきたわけではない。

本決定は、従来から争いのある往来危険罪の処罰に必要な危険の程度、ならびに危険存否の判断方法を考える上で、興味深い事案であるといえる。

2. 往来危険罪の成立にとって必要な「往来の危険」の程度の判断基準について、判例は、前述したように一貫した態度をとってきている。たとえば、大判大正9年2月2日（刑録26輯17頁）は、「汽車電車又は艦船をして転覆脱線衝突若くは覆没等の災害に遭遇すへき虞れある状態を生せしめたる場合に成立する」とし、大判大正11年12月1日（刑集1巻721頁）は、往来の危険を生ぜしめる行為は「必然的又は蓋然的に危害を生せしむへき行

為たることを要せず」と判示した。このように、必ずしも事故等発生之差し迫った危険がなくても、そのおそれ（可能性）があればよいとされているのである。

具体的事案において、このような往來の危険の発生が認められるか否かが激しく争われたのが、いわゆる人民電車事件に関する最判昭和36年12月1日（刑集15卷11号1807頁）である。正規の乗務員により所定のダイヤに基づいて運行されたが、しかし国鉄（当時）当局の業務命令には服さない「人民電車」を京浜東北線上で走行させた事案について、原審判決が「電車の衝突、脱線、転覆等……の事故発生が必然的、蓋然的たることを要せず」との立場から、本件では人民電車の運行により他の電車の運行停止や時隔の短縮、送電停止等の措置をとらせるなどの「事故発生のおそれある事態を生ぜしめたものと断ぜざるを得ない」とし⁽¹⁾、最高裁もこの判断を支持した⁽²⁾。

これに対して、危険の発生が否定された判例として最判昭和35年2月18日（刑集14卷2号138頁）がある。駅構内信号の操作を放置して自動的に停止信号とさせ、先行電車を定位置外に不時停車させたという事案について、常時厳守されていた運輸規定にしたがって運行されており、構内信号灯と先方電車外方の停止信号灯との間には相当の距離があり、昼間晴天の日で停止信号灯付近の見通しが極めて良好だった等の具体的事情のもとでは、後続電車の追突等による「電車の転覆、脱線、追突等の危険の虞のある状態は、毫も作成されるものでなかった」としたのである⁽³⁾。

3. それでは、従来の判例では、往來の危険についていかなる判断方法が採られてきたのであろうか。

前掲大判大正11年12月1日は、危険の有無を「普通の観念」で判断すべきであるとした。すなわち、踏切板と軌道との間にある電車の車輪の通過する溝に直径約1寸の小石1個を入れ、これに近接する同一側の溝および軌道上に小石4個を置いたという事案について、「其の速力の遅速、車体の軽重、操縦の巧拙、天候の変動其の他諸般の事情に因り電車をして脱線

転覆又は進行の障害其の他の事変を惹起せしむる虞なしと謂ふへからす」とした上で、「普通の觀念に於て汽車又は電車の安全なる往來を妨害すへき結果を發生せしむへき可能性あり」とした。また、東京高判昭和30年4月26日（裁特2卷9号369頁）は、自転車を踏切軌条付近に放置したために、通過した汽車がその自転車に衝突し、これを機関車の下に巻き込み、よって機関車左前部排障器等を損傷させるなどした行為について、「往來の危険を生ぜしめる行為とは、普通の觀念において汽車又は電車の安全な往來を妨害する結果を發生する可能性がある」と認められる一切の行為を指すとして、危険の發生を認めている。

これに対して、鑑定結果などに基づいて物理的法則による可能性判断を重視していると見うる裁判例もある。たとえば、福岡高判昭和40年4月16日（福岡高検速報945号）⁽⁴⁾の原判決である大分地判昭和39年10月30日（判例タイムズ169号217頁）は、レール下に雷管を装填したダイナマイト1本をレール下に設置した行為について、「雷管つきダイナマイトの爆発の可能性極めて低く、かつその威力においても低度であるため」既遂として処罰すべきほどの危険の發生は認められないとした⁽⁵⁾。また、大阪高判昭和50年7月1日（判例時報803号128頁）は、エアホースが列車のブレーキ装置の一部として重要な部分を構成しており、列車運行上果たす機能は極めて重要であること、鉄道技術研究所科学研究室長らが作成した鑑定書等に基づいて貨車連結部エアホースの焼損事故発生のおそれを招いたことを前提とした上で、この焼損事故発生のおそれが「とりもなおさず列車に火災事故発生のおそれを招来させ、これによって電車の往來の危険を生ぜしめた」としている⁽⁶⁾。

ただし、危険發生の根拠について明示的判断を示していない判例も多い。たとえば、前掲大判大正9年2月2日は、軽便鉄道の軌条上に長さ4寸5分、幅約3寸、厚さ約1寸5分の石を置くなどした事案について、弁護人は「被告の所為は客観的に觀察して現に危険を生ぜざるなり」と主張したが、大審院は、単に以上の事実をもって「危険の程度模様等の具体的事実

の判示」をしなくとも、危険の発生を認定できるとした。また、大判大正11年6月14日（刑集1巻341頁）は、軌条間または軌条上に洒空樽、重量一貫目の石を置いたという事案について、「該軌道を通すべき電車に……実害の発生すべき虞を生せしめたるものと認むるに足る」としている。さらに、東京高判昭和62年7月28日（判例時報1249号130頁）では、地下鉄の軌道上に鉄製ごみ箱2個を投げ込んで放置した行為について、電車が「急制動も停止もせずに正規のとおり進行していたとすれば、ごみ箱との接触は避けられず、それに基因して電車が脱線するなどの危険があったことが認められる」として、危険の発生が認められているのである。

このように、従来の裁判例を見ると、鑑定結果に基づく判断に依拠するか否かについて、必ずしも一致していないようにも思われる。ただし、鑑定結果を重視していると見うる判例では、ダイナマイトの爆発の可能性、あるいは燃焼行為によるエアホースの焼損によって生ずる結果など、被告人の行った行為の客観的意義について専門的知見が必要と思われる場合であるといえる。これに対して、軌道上に障害物を置くなどした事案では、障害物の形状や運行状況などを考慮しつつ、いわば経験則に基づく判断がなされているのであり、危険判断に際して必ずしも鑑定に依拠する必要がない場合であると解することもできる⁽⁷⁾。それゆえ、客観的事実を判断基底にしつつ、鑑定結果または一般人の経験則に基づいた危険発生の可能性を判断していると解することができるのであり、必ずしも「一般人の不安感」のみで危険の存否を判断しているわけではないのである。

4. 往来の危険の発生を条文上の要件とする125条の往来危険罪を「具体的危険犯」と解することに、争いはない。しかし、従来の通説では、往来の危険の成立にとって事故発生等の「差し迫った高度な危険」が必要とは解されてこなかった。たとえば、小野清一郎博士は「必ずしも目前に切迫せる危険を生じたることを必要としない」とされ⁽⁸⁾、団藤重光博士も、「具体的危険が発生したといえるためには、実害の発生が必然的ないし蓋然的であることを要するものではない」とされる⁽⁹⁾。

ところが、近時になって、抽象的危険犯において危険の発生を擬制する通説的見解に対して、抽象的危険犯でも具体的事案において何らかの危険の発生が必要であるとする批判論が展開されるようになり、それとの関連において、具体的危険犯の場合には、差し迫った高度な危険の発生を必要とする見解が有力化する。往来危険罪についても、「往来の危険」が条文上の要件とされていることの他、往来の危険は、「保護法益たる人の生命・身体に対する具体的危険を必ずしも意味」するわけではなく、車船の衝突・転覆等の事故発生の具体的危険であり⁽¹⁰⁾、それゆえ交通安全との関係でいえば相当高度の危険が予定されている⁽¹¹⁾との説が主張されているのである。

しかし他方、山口厚教授は、具体的危険犯を、現実に存在する個別具体的な客体（法益）に対する個別的な切迫した危険を必要とすると解しつつも⁽¹²⁾、このような理解がすべての具体的危険犯には妥当しないことを前提に、往来危険罪における往来の危険、すなわち、保護の対象が多数ないし不特定の法益の場合には、切迫した危険以前の段階の危険が発生した段階で刑法が介入する必要性と合理性があるとされている⁽¹³⁾。それゆえ、この点についても、近時の学説の見解に一致が見られるわけではない。

5. 刑法125条において「往来の危険」が条文上の成立要件とされているのは、他の条文上の構成要件要素を充足したか否かの判断のみでは、危険の発生の有無が判断できないからであると解される。すなわち、「鉄道若しくはその標識を損壊」する等の構成要件該当行為があったとしても、たとえば、損壊された鉄道施設が長期休業中のそれであったなど、必ずしも危険の発生が認められない場合があると考えられる⁽¹⁴⁾。したがって、上記構成要件該当行為の存否に加えて、処罰の根拠たる「往来の危険」を別個独立に判断する必要が生ずるのである⁽¹⁵⁾。

そのように解するのであれば、危険の発生が構成要件要素として明示されていることは、論理必然的に「差し迫った高度な危険」を要求する趣旨であると解すべき理由はない。むしろ、処罰根拠として認められる危険の

程度は、結果発生の確率の大小ではなく、往來危険罪の立法趣旨や保護法益の観点から、個別的に決せられる必要がある⁽¹⁶⁾。

交通機関がますます高速化・大量化している現代社会では、その交通の安全を侵害する行為により生ずる不特定または多数人の生命・身体・財産に対する危険は、より重大なものとなっている。それゆえ、交通機関の安全確保の必要性は一段と高まっていることは言うまでもない⁽¹⁷⁾。往來危険罪（125条）が鉄道交通等を道路交通と区別し、「往來の妨害」を成立要件とする往來妨害罪（124条）とは異なり、「往來の危険」の発生を要件として重く処罰しているのは、刑法の早期の介入を要請したものであるが⁽¹⁸⁾、この要請はますます強まっているものと解される。それゆえ、往來危険罪の構成要件所定の行為が行われれば、必ずしも実害発生の高度な蓋然性がなかったとしても、なお同罪での当罰性が認められると解されるのである。

6. 往來の危険の発生についての判断方法についても、従来の学説では見解の対立が見られてきた。

差し迫った高度な危険を要求する説は、(a)危険の科学的・物理的な発生法則を重視する見解につながりやすい。たとえば、岡本勝教授は、危険判断は、「あらゆる専門的知識及び最高の認識能力を有する者が、行為時に客観的に存在した事情を判断基底に据え、判断時までには判明した因果要因及び因果法則に基づいて下すところの、実害（法益侵害）発生の可能性についての判断である」とされる⁽¹⁹⁾。

しかし、通説は、(b)一般人の認識に依拠して危険を判断するという見解をとる。ただし、その場合の一般人の判断とは、(i)通常一般人の見地を意味するという立場と、(ii)「科学的一般人」の見地を意味するという立場とに分かれる。(i)説は、必ずしも科学的・物理的な因果法則に依ることなく、社会通念上危険であると判断されるか否かを重視する見解である⁽²⁰⁾。これに対して、(ii)説は、鑑定結果などに依拠しつつ、実害発生に至る物理的因果性に関する科学的知識に基づきつつ、一般人の見地から危険の発生の

有無を判断する見解であるといえよう⁽²¹⁾。

(a)説の見解を徹底すると、事後的に実害結果が発生しなかった場合には、常に危険の発生は認められないことになりかねない。それゆえ、(a)説の論者も、危険概念が、最終的には人間の仮定的判断の所産であることは認めている⁽²²⁾。そうであれば、危険を判断する際には、一般人の観点からする「事象の抽象化」は不可避である。

ところで、往來の危険の存否の判断は、ある行為を往來危険罪で処罰すべきか否かを判断するために行われるものである。このような当罰性判断は、「専門的知識及び最高の認識能力を有する者」によってではなく、裁判官によって行われるべき規範的判断である。それゆえ、その究極の判断基準は、現在の国民一般の意識を踏まえて設定すべきである⁽²³⁾。

しかし他方、一般人の漠然とした不安感を危険判断の根拠とする(b)(i)説は、以下の2点から肯定し得ない⁽²⁴⁾。すなわち、①実害発生の可能性がないにもかかわらず、一般人の危惧感によって往來の危険の発生を認めるとすれば、それはとりもなおさず、客観的な処罰根拠たる法益侵害結果（危険性）がなくても処罰を認めることになり、妥当ではない。逆に、②客観的な事後的判断によれば、結果発生 of 物理的可能性があったと評価できるが、行為時には一般人がその可能性や危惧をまったく感じなかった時でも、危険の発生は認めるべきである⁽²⁵⁾。たとえば、一般人には認識し得ないような特殊な因果事象を利用して路盤を流出させる可能性を発生させたというような場合でも、客観的・物理的には危険は発生しているのである⁽²⁶⁾。

それゆえ、一般人を基準とした危険判断であっても、客観的な物理法則を判断の場面から排除することはできない。そこで、鑑定結果など科学的知識を、危険判断作業において、どのように位置づけるかが問題となり得る。鑑定は、物理的因果法則に関する科学的知見を提供するものであるが、それは規範的判断の前提となる客観的事情を明らかにするための一資料と解するべきである。鑑定結果により、実害発生 of 物理的可能性が明確に立

証されれば、危険の発生を認めることに問題はない。しかし、鑑定を利用しなくても、一般人の有する経験則のみで危険の発生を認定できる場合はあり得る。まして、必ずしも事後的な鑑定になじまない事案において、鑑定が不可能であることのみを根拠に、危険の発生を認め得ないと解するのは妥当ではない⁽²⁷⁾。5. で述べた往來危険罪の処罰根拠に鑑みれば、行為当時の客觀的事情について、単なる危惧感にとどまらず、一般人から見た一定の経験則に基づいた判断をすれば、なお実害発生の可能性があるとして解すべき場合もあり得るのである⁽²⁸⁾。

7. 本件では、当該掘削行為が行われた後、まもなくして現場が埋め戻されている。そういった事情があるため、事件現場の状況に関する鑑定書をめぐって争いが生じ、第一審と控訴審とで異なる評価がなされた。すなわち、第一審判決は、電柱基礎付近ですべりが発生する可能性が非常に高い状態にあったとするU鑑定を採用して、危険の発生を認めている。これに対して、原判決は、U鑑定の証明力を否定したが、K鑑定およびA鑑定の信用力については判断を下さずに、危険の発生を認めた。これがもし、弁護人請求鑑定書の証明力を認めたという趣旨であれば、客觀的には「実害発生のおそれがない事案」について、一般人の危険の認識を根拠として危険の発生を認めるものであり、従来判例の傾向から一步踏み出した判断を示したと解する余地もなくはない⁽²⁹⁾。しかし、最高裁は弁護人請求の鑑定書に関しては、明確にその証明力を否定した。もし「実害発生のおそれがなかった」という事案であれば、往來の危険の発生を認めるべきでない⁽³⁰⁾。

たしかに本件は、事後的な鑑定による物理的可能性の判断が困難な事案であった。しかし、そうだからといって、最高裁は前掲(b)(イ)説のような「一般人の危惧感」を根拠とした危険判断をしているわけではない。すなわち、最高裁は、掘削現場に居合わせた担当者が「極めて危険な状態にある」と一致して認識していた」等の事情に基づき、実害発生のおそれを認定した。これは犯行時の具体的状況に基づいて、一般人の経験則に基づいた

実害発生の可能性判断を行っているのであり、前掲(b)(c)説の立場に立っていると解することができる。往來の危険の発生を認めた結論およびその判断方法のいずれにおいても、本決定は妥当である⁽³¹⁾。

〈注〉

- (1) これに対して、原々審判決は、本件人民電車の運行は、これによって生ずべき危険の発生を防止するために遵守を要する諸法規や慣行の許容する通常の状態を逸脱していないとして、危険の発生を否定していた。
- (2) 本件は、わが国でも有数の列車過密路線での事案であったことも念頭に置くべきであろう。拙著『放火罪の理論』(2004年)146頁参照。
- (3) また、広島高裁松江支判昭和29年12月13日(高刑集7巻12号1747頁)も参照。
- (4) 平木・後掲注③論文327頁。
- (5) 逆に、不能犯であるとする弁護人の主張も、「往來危険を生ぜしめる可能性が絶無であるとはとうてい認められず」として退けている。ただし、控訴審判決では、実害発生の可能性があればその程度如何を問わないとして、上記事実に関して既遂の成立が認められたとのことである。平木・後掲注③論文327頁。
- (6) さらに、京都地判昭和47年2月28日(刑裁月報4巻2号421頁)は、鉄道技術研究所科学研究室長らが作成した鑑定書等を基にして、エアホースが列車の運行にとって不可欠であること、本件火災の具体的状況などから、「列車の連結部のエアホースを焼損するに足りる程度のものであるから、本件犯行の時刻、場所、気象条件、列車の運行状況等に照らして、被告人等の本件犯行が電車の往來の危険を生ぜしめたというに十分である」としている。
- (7) 平木・後掲注③論文329頁。また、大判昭和2年9月30日(法律新聞2759号11頁)では、軌条上に石を置いたという事案について、鑑定人が「列車の進行に危険なく石を動揺せぬ様に置きあれば列車が乗上ることかあるから危険あり又石を進行する方向に次第に高くなる様に傾斜をつけて置く時は乗上げ易い」といった証言をしていたが、裁判所は「軌条上に石塊を差置くの行為は石塊の位置の態様如何に拘らず実害を発生すべき虞ある」とのみ判示して、危険の発生を認めている。
- (8) 小野清一郎『刑法講義全』(1932年)399頁。
- (9) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』(1990年)226頁。さらに、瀧川幸辰博士も、危険の発生が条文上の要件となっても、抽象的な危険で足りると解されていた。瀧川幸辰『刑法各論』(1933年)51頁。
- (10) 岡本勝「往來を妨害する罪」小暮得雄ほか編『刑法講義各論』(1988年)324頁。

電汽車往來危険罪にいう往來の危険の意義

- (11) 曾根威彦『刑法各論〔第3版補正3版〕』（2006年）234頁。さらに、内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（1996年）483頁。
- (12) 山口厚『危険犯の研究』（1982年）166頁以下。
- (13) 前掲書172頁以下。これを準具体的危険犯と呼ばれる。もっとも、前提として有人の汽車・電車・艦船の交通に対する危険が生じたことは必要とされる。山口厚『刑法各論〔補訂版〕』（2005年）401頁。
- (14) 前田雅英『刑法各論講義〔第3版〕』（1999年）335頁注(4)参照。
- (15) この点において、抽象的危険犯、たとえば「放火して」「現に人が住居に使用している建造物等を「焼損した」というそれぞれの構成要件要素を充足したか否かの判断において、（建造物内部の人や財産も含めた）生命・身体・財産に対する公共の危険を発生させたか否かの判断を行うことが可能な現住建造物等放火罪（刑法108条）との違いが存する。
- (16) 内海・後掲注(3)論文227頁，拙著・前掲注(2)書148頁以下。
- (17) 渡邊一弘「往來を妨害する罪」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第7巻〔第2版〕』（2000年）184頁参照。
- (18) 大谷實『新版刑法講義各論〔追補版〕』（2002年）409頁。
- (19) 岡本勝「『危険犯』をめぐる諸問題」『犯罪論と刑法思想』（2000年）79頁。
- (20) これは、判例の採用する見解だと一般に解されている。大判明治44年4月24日（刑録17輯655頁）などを参照。
- (21) 山口・前掲注(12)書164頁以下，前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』（2006年）153頁など。また、井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）268頁。
- (22) たとえば、岡本勝教授は、「実害結果の不発生にいたる因果経過を専門家の見地から究明しようとしたにも拘らず、結果の不発生に導いた決定的要因が解明されぬまま、不発生がいかにも偶然と考えられるべき場合や、予測し得ない条件が、経験則上付加される可能性が強く認められる場合には、実害発生の危険が客観的に生じたものと考えられるべきである」とされる。岡本・前掲注(19)書79頁。
- (23) 前田・後掲注(3)論文218頁，拙著・前掲注(2)書155頁。
- (24) また、この見解に対しては、一般人の「危惧感」「不安感」を問題とするために、公共の平穩を直接保護することになり、妥当でないと批判されることもある（中山研一『刑法各論』（1984年）380頁など）。しかし、たとえば、放火罪における延焼の可能性について、公衆一般がその可能性について危惧の念を喚起するかどうかによって判断するとすれば（藤木英雄「放火及び失火の罪」団藤重光責任編集『注釈刑法(3)』（1965年）177頁以下）、必ずしもそのような批判が妥当するかは疑問である。

- (25) 平木・後掲注(31)論文330頁。
- (26) 對馬・後掲注(31)論文106頁は、「『法益侵害ないしその可能性』があればただちに違法であると『評価』し処罰しようとするのは、刑法が法益保護を任務とし、それを十分に果たすべく刑法規範は究極的には『行為』規範として作用すべきであるという観点からすれば、刑法が一般人を名宛人とする行為規範であること看過するもの」であるとす。しかし、本文のような設例で危険（違法性）の発生を認めないことで、法益保護という刑法の任務が果たされていると言えるかは疑問である。また、橋本正博「公共危険罪と危険概念」現代刑事法4巻1号（2002年）48頁参照。
- (27) なお、内海・後掲注(31)論文227頁参照。
- (28) 前田・後掲注(31)論文218頁。なお、坪内利彦「電汽車往来危険罪の成立が認められた事例」警察学論集41巻1号（198年）191頁参照。
- (29) 平木・後掲注(31)論文329頁参照。なお、内海・後掲注(31)論文228頁は、原審判決は脱線等が生ずる可能性は相当程度低いと判断して、「汽車または電車の安全な往来を妨げる一切の危険」というように往来の危険の概念を拡大した判断を示したと評する。ただし、同判決も最終的には「列車の脱線、場合によっては転覆の危険性までである」と判示しており、必ずしもそのように拡大された危険概念を適用しているわけではないと解される。平木・後掲注(31)論文332頁注(5)。
- (30) 最高裁も、前掲最判昭和35年2月18日のように、実害発生のおそれがない場合には、往来の危険の発生を否定している点に留意すべきである。
- (31) 本件の評釈として、對馬直紀・現代刑事法6巻8号（2004年）103頁、前田雅英『最新重要判例250刑法〔第5版〕』（2004年）、内海朋子・ジュリスト1295号（2005年）225頁、平木正洋・法曹時報58巻3号（2006年）314頁がある。