

抽象的危険犯の諸問題

-アルゼンチン刑法を軸に-

YAMAMOTO, María Veronica (京都大学大学院法学研究科研究生)

I 日本刑法とアルゼンチン刑法における共通点

● 立法の起源

アルゼンチン刑法・日本刑法の起源はドイツ刑法典(1871年制定)にある。
両国には法理上の共通点が多い(罪刑法定主義、平等の原則、個人的責任の原則)。

● アルゼンチン刑法学の発展

1931年にスペインに導入されたドイツ刑法学がアルゼンチンで紹介される。
1970年代以降、多くのアルゼンチン学者がドイツに留学した。

II 危険犯の特徴

● 犯罪類型の大別

侵害犯: 法益を実際に侵害する行為。例: 他人のものを盗むこと(窃盗罪)。

危険犯: 法益をおびやかす行為。法益が侵害されなくても犯罪類型に該当する。

● 危険犯の区別

具体的危険犯: 法益が実際に脅かされる行為。例: 遺棄罪(アルゼンチン刑法106条以下)。侵害犯と共通するところが多い。

抽象的危険犯: 社会の一般基準からして危険とみなされる行為。例: 拳銃等不当保持(アルゼンチン刑法189条2項)。

● 危険犯の歴史

ナポレオン政権下に編纂された刑法に危険犯に該当する類型がある(放火罪や児童遺棄罪など)。

1872年に、危険犯は刑法学上のカテゴリになった。『NORMEN』(ビンディング著)が危険犯について記述している。

20世紀後半、「リスク社会」の登場に伴って、危険犯の増大現象が起こる。

「リスク社会」: 社会自体及び人々の存在を脅かしうる新たな危険に直面しなければならない社会。社会的不安の領域が増える一方であるため、人々の不安が益々増幅する。

● 現代社会における危険犯の拡大の原因

- 1 新たな法益の登場、又は以前豊かであった法益の減少(例、環境問題)。
- 2 新たなリスクの登場(例、工業・科学・技術・医学の発展に伴うリスク)。リスクの制度化。

III 危険犯の有する問題点

自由主義的刑法は、人々の共同生活を守るための道具である。

従って、刑事的制裁(例えば自由刑など)に頼るのは、共同生活を守るに当たり、行政的制裁、民事的制裁が不十分であるときのみ。危険犯類型の増加によって、刑罰の領域が拡大する。これについて、3つの問題点が指摘される。

● 「法律の留保」の原則

「法律の留保」(アルゼンチン憲法19条):

- ① 法律が禁止しない行為の処罰が禁止される。
- ② 法律による制限の対象になじまない人々の自由領域が設置される。

1986年、最高裁は、薬物法(法律第20771号)に定める「個人的使用のために覚せい剤を保持する罪」に違憲の判断を下した。憲法19条は私生活に関わる行為の処罰を禁止する。自己使用のために覚せい剤を保持することが直接に公衆衛生を脅かすことは十分に立証されえない。

● 「有害性」の原則

「有害性」の原則：

行為が犯罪と認められるためには、当該行為が特定の法益に対して有害なものでなければならない。

危険犯の法的根拠は社会的法益の保護にあるが、特に抽象的危険犯は、社会的法益の膨張をもたらす。その結果、行為の有害性が確認困難になる。

アルゼンチンの税金刑法1条：総額10万ペソの脱税行為が処罰の対象になる。単一旦つ軽微な脱税行為の場合、果たして「国家の財政」（社会的法益）が脅かされるのであろうか。

● Non bis in idem

「一事不再理」の原則：

ある事件について、判決を受けた者を、同事件について再び審理することを禁止する。

アルゼンチン憲法はこの原則に言及していないが、国が批准した国際規約・条約において保障されている。

アルゼンチンの法制度において、必ずしも一事不再理の原則が守られているわけではない。アルゼンチン刑法193条2項は無謀な運転行為に関する罪を規定し、道路交通法81条は同一の行為について行政的制裁を設けている。

IV 本研究の発展

- ① 以上の諸問題点を更に分析し、抽象的危険犯を類型化するアルゼンチン刑法学にみられる傾向に対し、問題提起を行うこと。
- ② 日本の刑法学における抽象的危険犯に関する理論を精査し、アルゼンチンの事情との共通点の有無を明らかにすること。
- ③ 日本での経験を基に、できるだけ刑法学から逸脱することなく、アルゼンチンが直面している問題について適切な解決策を探求すること。

***** 資料 *****

CONSTITUCION NACIONAL ARGENTINA

Artículo 18 (Principio de Legalidad)

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

Artículo 19 (Principio de Reserva)

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

CODIGO PENAL ARGENTINO

Abandono de personas

ARTICULO 106. - El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la

salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

Tenencia de armas

ARTICULO 189 bis.- (1) El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años.

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.

(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de UN (1) año a CUATRO (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a OCHO (8) años y SEIS (6) meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

(Nota Infoleg: Por art. 4° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004, se establece que el primer párrafo del punto 2 del artículo 189 bis entrará en vigencia a partir del término del plazo establecido de SEIS MESES, en el cual el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá, las medidas pertinentes para facilitar el registro gratuito y sencillo de las armas de fuego de uso civil o uso civil condicionado. Asimismo, en el mismo término, se arbitrarán en todo el territorio de la Nación, con contralor de la máxima autoridad judicial que en cada jurisdicción se designe, los medios para recepcionar de parte de la población, la entrega voluntaria de toda arma de fuego que su propietario o tenedor decida realizar.)

(3) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas, o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a DIEZ (10) años.

(4) Será reprimido con prisión de UN (1) año a SEIS (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acreditare su condición de legítimo usuario.

La pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de DIECIOCHO (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de CUATRO (4) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la

venta de armas de fuego, se le impondrá, además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

(5) Será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena el que, contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su número o grabado conforme a la normativa vigente, o asignare a DOS (2) o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004.)

Prohibición de competencia de velocidad

ARTICULO 193 BIS.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.

La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilite su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin.

(Artículo incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.362, B.O. 16/4/2008)

LEY PENAL TRIBUTARIA N° 24.769

Evasión simple

ARTICULO 1°.- Será reprimido con prisión de dos a seis años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, siempre que el monto evadido excediere la suma de cien mil pesos (\$ 100.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aún cuando se tratare de un tributo instantáneo o de periodo fiscal inferior a un año.

Evasión agravada

ARTICULO 2°.- La pena será de tres años y seis meses a nueve años de prisión, cuando en el caso del artículo 1° se verificare cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Si el monto evadido superare la suma de un millón de pesos (\$ 1.000.000).
- b) Si hubieren intervenido persona o personas interpuestas para ocultar la Identidad del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de doscientos mil pesos (\$ 200.000).
- c) Si el obligado utilizare fraudulentamente exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales, y el monto evadido por tal concepto superare la suma de doscientos mil pesos (\$ 200.000).

CODIGO DE TRANSITO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROHIBICION DE COMPETIR

ARTICULO 81: Queda absolutamente prohibido conducir con exceso de velocidad, compitiendo con otro u otros vehículos o animales. El vehículo será secuestrado y retenido en depósitos municipales por treinta (30) días si el infractor fuera el propietario. El infractor será además sancionado con la inhabilitación para conducir durante seis (6) meses reteniéndosele la licencia. En caso de primera reincidencia la inhabilitación será de doce (12) meses y en caso de segunda reincidencia la inhabilitación será definitiva.

Si se trata de vehículos para el transporte de pasajeros, aunque no se exceda el máximo de velocidad, si la competencia tuviese por causas ostensibles, finalidades comerciales, y de ello derive el compromiso a la seguridad, las penalidades que anteceden podrán duplicarse.

Quedan exceptuadas de esta prohibición las competencias deportivas autorizadas legalmente.