

社会的相当性の意義に関する小考

ヴェルツェルを中心に

安達 光治*

目次

1. はじめに
2. ヴェルツェルによる社会的相当性概念の展開
3. 社会的相当性の意義について 批判を踏まえつつ
4. おわりに

1. はじめに

犯罪の実質の解明は、刑法学や犯罪学にとっての永遠の課題といえよう。規範学としての刑法学にとっていかなる概念を犯罪概念の基礎に据えるかは、体系の構築にあたっての重要な作業であり、また、実際の帰結をも左右し得るものである。否、実際に社会において是認できるとされる諸帰結をいかに矛盾なくバランスよく説明し得るかという観点から、犯罪体系を構築し、その結果はじめて犯罪概念にアプローチできるとも言える。事実に学としての犯罪学においては、アンケートデータなどの統計的解析や新聞などに表れる言説の分析などを通じて、犯罪が実際の社会においてどのように捉えられているか立証しようと試みられる。

* あだち・こうじ 立命館大学准教授

* 筆者は、在外研究先のチュービンゲン大学法学部刑法学研究室（ヨアヒム・フォーゲル教授）において本稿を執筆した。研究の場を提供して頂き、また豊富な文献資料を自由に利用させて頂いていることにつき、フォーゲル教授をはじめとする研究室の方々には衷心より御礼申し上げます。他方、我が国の文献の検討については、不十分とならざるを得なかった。どうか御海容願いたい。

本来的には、両者は車の両輪のごとく、有機的に関連していなければならないと思われる。犯罪現象に対する社会の受け止め方を規範として反映できるような刑事立法、刑法解釈論こそが求められるところである。けっして、一部の権力を持つ者の意思を市民に一方的に押し付けることを正当化するような刑法学であってはならない。「社会に生きる法」としての刑法は、社会的現実と調和してこそ意味を有するものである。このような観点から犯罪の実質について考えるとき、それは概念的には、社会にとって耐え難い侵害行為として理解することができよう。このような観点から犯罪の意義に関して、生田教授は、「外部的・客観的行為が社会に損害を与えてはじめて刑法はそれを犯罪とすることができる」という「行為原理」の妥当性を主張される¹⁾。民法や行政法などの第一次法において保護される人権の社会的重要性を前提とし、その侵害が明確である場合に第二次法である刑法による処罰を正当化するものである。他方、それは、刑法を社会コントロールの手段の一つだとする機能主義刑法理論の文脈で理解されてはならないともされる。かかる理論は、「刑法と民法や行政法などとの法的性質の違いをその法的効果である制裁の違いに求めるだけ」で、「そのような効果を生み出す法的要件の実体（つまり法関係）の性質や特徴の相違を問題にしない見解」になりやすく、「犯罪に対する制裁がなぜ（刑罰という引用者）そのように峻厳なものになるのかという理由を犯罪というものの性質とかかわらせて説明しようとししない点に特徴がある²⁾。そうではなく、犯罪行為が社会にとって耐え難いものであるからこそ、それは刑罰という峻厳な制裁に値するのである。

このような観点からは、社会的に受容された行為については、たとえ物的、形式的な意味での侵害が存在するとしても、最終的に社会侵害性は否定されることになるとと思われる。すなわち、そのような行為ははじめから犯罪の実質を有していない。もちろん、社会的受容性そのものは曖昧で

1) 生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）53頁。

2) 生田・前掲(注1)37頁。

あって、むしろ社会侵害性の有無を判断する上では、利益衡量原理の方が、計量的分析と親しむものであり、その意味で理論的に優れているといえるかもしれない。しかし、たとえそうであるとしても、その計測を支えるのは社会的現実である。たとえ、侵害に対抗する利益が提示されるとしても、当該侵害を社会がどのように受け止めるかを把握することなしに、両者の衡量は基本的に成り立たないように思われるのである。むしろ、先に述べたように、社会的受容性が社会侵害性の裏返しに位置付けられるとすれば、端的に社会的受容性を示すことで、社会侵害性を否定することができるはずである。

このような社会的受容性とも関係する犯罪論上の概念として、かねてより社会的相当性の妥当性を主張する見解も有力である³⁾。他方、これに対しては、社会倫理を犯罪論に持ち込むものとして批判も根強くある。果たして、有力説による社会的相当性の理解は適切なのであろうか？もし、そうでないとするなら、この点に対する反対説の論拠が失われることになるかもしれない。規範学としての刑法学において、犯罪の実質を明らかにする上で、その裏返しとも言えるこの概念の分析は、避けて通れないように思われる。そこで、本稿では、この概念を戦後のドイツ刑法学において旺盛に展開し、その礎を築いたヴェルツェルの思想を踏付けた上で、これに対する批判に応えながら、その意義について考えてみたい⁴⁾。

3) 最近の論者によるものとして、たとえば、大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』(成文堂、2009年)237頁。

4) いうまでもなく、ヴェルツェルの社会的相当性概念に関しては、すでに我が国においても多数の先行研究が存在する。ここでは、差し当たり、福田平「社会的相当性」『刑法講座第2巻』(有斐閣、1970年)106頁以下、藤木英雄「社会的相当行為」『可罰的違法性の理論』(有信堂、1967年)53頁以下、同「社会的相当性と構成要件該当性」『可罰的違法性』(学陽書房、1975年)77頁以下を挙げておく。

2. ヴェルツェルによる社会的相当性概念の展開

(1) はじめに

よく知られているように、社会的相当性に関するヴェルツェルの考え方は、その生成発展の途上において、概念内容や犯罪体系上の位置付けにつき変化を遂げてきた。これは、この概念が必ずしも固定的に捉えることができないことを物語る（それゆえ、どの時期の思想を是とするかで、論者の主張も異なってくる）。他方、基本的な考え方の変遷には、必ず、理論的、実際的な背景事情が存在するものと思われる。その分析は、この概念の理論的、実際の意義を考える上で有用となるはずである。軽々な断言は慎むべきであるが、社会的相当性の意義を考える材料として、以下では、変遷に至ったいきさつに関する分析をも踏まえつつ、その内容や位置付けについて詳述する。

すでに知られているように、この概念に関するヴェルツェルの考え方は、大きく言って2度の変遷を経ている⁵⁾。すなわち、初期は第2次大戦前後から1950年代前半までで、そこでは、社会的相当性は構成要件該当性判断にかかわるものと解されていた。その後、50年代後半から60年代前半までの中期には、(慣習法的な)正当化事由とされ、さらに、後期にあたる60年代後半からは再び構成要件該当性の判断で検討されるに至った。このような変遷は、彼の教科書におけるほか、いくつかの論文や小冊子でも展開されているが、ここでは、時系列的な跡付けの容易性という観点から、この概念が始めて包括的に明らかにされた最初期は例外として、教科書の解説を基軸にみていくこととし、その他の論稿に関しては必要な限度で言及する。

5) 藤木・前掲(注4)「社会的相当性と構成要件該当性」82頁以下参照。

(2) 初期(刑法体系についての研究~教科書第2版)

刑法体系についての研究(1939年)⁶⁾

ヴェルツェルは、第2次大戦開戦頃に全刑法雑誌に掲載された論文において、はじめて社会的相当性の概念を明確な形で展開した。本論文全体の目的は、目的的行為概念の具体的内容を明らかにした上で、それに基づく新しい犯罪体系を展開することにあったといつてよい。そこでは、目的的行為である故意犯と、法益侵害結果の惹起を構成要件とする犯罪、とりわけ過失結果犯とでは、異なる正犯概念が妥当することになる。すなわち、目的的な故意の正犯者は、犯行(Tat)を自らのものとして目的意識的に形成し支配するが、共犯者はその関与を通じて他者の犯行につき支配するにすぎない。そこでは、関与者の目的的行為のあり方に依じて、正犯と共犯の区別が可能である。これに対し、結果惹起を構成要件とする惹起犯では、回避可能な結果の惹起により正犯性が根拠付けられるので、たとえ他者の故意行為に共働して結果発生条件を与えるものにすぎないとしても、正犯とされることになる。このように、故意犯と惹起犯(特に過失結果犯)の間では、目的的行為の有無を基礎に正犯概念が二分化される⁷⁾。

しかしながら、彼の目的的行為論の出発点には、不法の本質を因果的な結果発生のみを求める考え方の否認があることから分かる通り、惹起犯の不法についても結果惹起のみでこれが認められることはない。惹起犯といえども、動態的な行為の要素と結びついてはじめてその不法構成要件が充足されるというのが、彼の不法概念からの帰結である。そのような行為の要素と関係するのが、社会的相当性である。社会的に相当な行為は、「歴史的に形成された国民の生活秩序の枠内で行われる活動」であり、それは結果的に法益を侵害することになっても、その社会的相当性の故に

6) H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW. 58 (1939), S. 491ff. その目的的行為論および正犯概念に関する紹介として、安達光治「客観的帰属論の展開とその課題(2)」立命館法学269号255頁以下(2000年)。

7) Vgl. Welzel, a. a. O. (Fn. 6), S. 537f.

けっして違法とはされない⁸⁾。社会的相当性は行為の特性であり、故意犯・過失犯を通じて妥当するものであるが、とりわけ惹起犯においては、結果惹起により統一的に正犯性が基礎付けられることからすると、この概念は、そのような正犯概念が傾向として有する、広がりすぎる負責の範囲を制限する役割を担うことになるといえる。

教科書初版（1947年）

その後、戦後に出版された教科書の初版では、社会的相当性は、「歴史的に形成された共同体生活の社会倫理的秩序の枠内で行われるすべての活動」と定義され、その位置付けについては、構成要件該当性を否定するものとされた⁹⁾。まず、社会的相当性の概念内容に「社会倫理的秩序」の枠が掛けられていることが注目される。これは、「絶えず活動する共同体生活の道徳に適った秩序から逸脱する行為を把握する」という彼の不法概念からの帰結といえる。構成要件は「あらゆる犯罪の不法の中核」であり、個別の犯罪を他のすべての犯罪から区別し犯罪の種類を示す概念的な不法メルクマールの全体である¹⁰⁾。つまり、構成要件は刑法上の不法の類型化である¹¹⁾。それゆえ、共同体の倫理的秩序の枠内で行われる行為、すなわち社会的に相当な行為は不法と把握されることはなく、そのメルクマールである構成要件にも該当しない。これらの行為は、社会的相当性を超過することではじめて構成要件に該当する「殺人」「傷害」「損壊」等の行為となるのである。ここでは、社会的相当性は、構成要件の形式的文言から、実質上そもそもこれに属さないような生活事象を排除する機能を営んでいとされる¹²⁾。さらに、正当化事由に関する説明に際しては、社会的相当

8) Welzel, a. a. O. (Fn. 6), S. 558.

9) H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht— in seinen Grundzügen, 1947, S. 35. 以下、ヴェルツェルの教科書に関しては、「Welzel, Lehrbuch _Aufl.」という形式で引用する。

10) Welzel, Lehrbuch 1. Aufl., S. 34f. ここでいう「構成要件 (Tatbestand)」とは、厳密には狭義の構成要件であり、彼はこれと、いわゆる客観的処罰条件なども含めた可罰性の要件の全体 (全構成要件) である広義の構成要件とは区別する。

11) Welzel, Lehrbuch 1. Aufl., S. 37.

12) Welzel, Lehrbuch 1. Aufl., S. 36f.

性は構成要件に該当しないことから適法であると明言される¹³⁾。

このような社会的相当性概念には、形式的な文言上は構成要件に該当するように見える数多くの日常生活上の出来事が含まれることになる。これにつき、ヴェルツェルは、鉄道、自動車、飛行機といった近代的な交通、鉄道、鉱山、採石場、工場といった危険ではあるが秩序に適った企業活動、ルールを守り安全措置の施された通常のスポーツに伴う傷害、正しく施術された治療行為に伴う身体的侵襲、秩序に従って行われる危険を伴う取引、親密な家庭関係の中でのおささいな侮辱の言辞など、多様な類型を提示する¹⁴⁾。

(3) 中期(教科書第3版～第8版)

教科書第3版(1954年)

社会的相当性に関連するヴェルツェルの上記の教科書での説明は、第2版(1949年)¹⁵⁾では全く変更されていない。これに対し、第3版では、1952年に公刊された『新しい刑法体系像(Das neue Bild des Strafrechtssystem)』第2版¹⁶⁾で示された構想に従い、社会的相当性に対する考え方を以下のように転換した。すなわち、構成要件に関する解説から社会的相当性に関する記述がなくなり、構成要件該当性と社会的相当性の関係については、正当化事由の序論部分で「歴史的に形成された共同体生活の社会倫理的秩序の枠内に完全にあるような構成要件該当行為は、そのような行為では構成要件該当性が違法性を徴表しないので、適法である。社会的相当性は、構成要件に該当する態度の違法性を、そのような態度がなお完全に社会的にノーマルである、すなわち社会的に適切である(sozial-angemessen)のために問題にさせないのである」¹⁷⁾(傍点は引用者)と説明され

13) Welzel, Lehrbuch 1. Aufl., S. 45.

14) Welzel, Lehrbuch 1. Aufl., S. 36.

15) Welzel, Lehrbuch 2. Aufl., S. 37f.; 46.

16) H. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems 2. Aufl., 1952, S. 19f. (以下, Das neue Bild 2. Aufl.)

17) Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 61.

るに至った。ここでは、社会的に相当な行為は形式上は構成要件に該当し、ただ社会的通常性のために当該構成要件該当行為は違法性を徴表しないとされるにすぎない。そして、それは、正当防衛や正当化緊急避難などの正当化事由と同様に、構成要件に該当する態度が違法でない例外状況と位置付けられた¹⁸⁾。

このような社会的相当性の位置付けの変更の背景には、構成要件の性格に関する理解の変化があるように思われる。先にみたように教科書初版および第2版では構成要件は不法の中核とされ、また、不法ないしは違法性という表現が見られるなど¹⁹⁾、(不法)構成要件と違法性の関係は十分に整理されていなかった。これに対し、第3版では、構成要件は刑法上の規定に示された禁止の素材(Verbotsmaterie)であるとされ、禁止そのものとは厳密に区別されるようになる。すなわち、「構成要件は刑法において特別な配慮をもってなされる、禁止されないしは違法な態度の事物的、事実に記述である」。これに対し、その態度の違法性は禁止として示され、それは、「構成要件(禁止の素材、例えば人を殺すこと)と法が人間の社会的態度に対して行う要求との不均衡を示す」²⁰⁾。それにより構成要件は、禁じられた態度の事実に記述として、違法性ないしは禁止という価値概念とは切り離して理解される。このような構成要件概念からは、価値的判断を構成要件該当性において行うことは基本的にできないであろう²¹⁾。それ

18) Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 61. もっとも、正当化事由は、社会的相当性を著しく逸脱し、そのために徴表される違法性を、特定の例外的事情のために排除するものである。すなわち、ここでは、両者は構成要件該当的態度が違法性を徴表するか否かという点において、本質的に異なるといえる。

19) Welzel, Lehrbuch 1. Aufl., S. 30; ders, Lehrbuch 2. Aufl., S. 31.

20) Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 40f.

21) もちろん、このことから構成要件の違法徴表機能が失われるわけではない。国家は、自らが禁止しようとする態度を構成要件に具体化するので、その限りで構成要件は違法性の「徴表」であり「居場所(Sitz)」である。しかし、構成要件と違法性は同一ではない。それは、いかなる状況においても禁じられる態度を事実に記述することはできないことから明らかである。正当防衛行為などを考えれば分かるように、刑法上示された禁じられた態度の記述にあてはまる態度が、違法でない場合も存在する。態度が構成要件に該当す

ゆえ、社会的に相当な態度といえども構成要件に該当するとしつつ、その性格の故に違法性は徴表しないとしたと考えられる。

ところで、構成要件の理解に関するこのような変更(精緻化?)の背景には、故意の対象の問題があるように思われる。ドイツ刑法(旧)59条では、故意の対象は「行為事情(Tatumstand)」と規定されていたが、故意と違法性の意識を厳格に区別する彼の立場からすると²²⁾、刑法上の禁止そのものが故意の対象となることはありえない。それゆえ、いわゆる法義務メルクマールは59条の行為事情ではないとされる²³⁾。すなわち、刑法典各則の本条の中には、禁止の素材となる構成要件要素と禁止そのものを規定する法義務メルクマールすなわち違法性の要素が存在し、前者のみが故意の対象となるということである²⁴⁾。

構成要件に関するこのような考え方の変化についての実際上のきっかけとして、1953年の刑法改正による強要罪規定(240条)の変更が挙げられる²⁵⁾。ヴェルツェルは、240条2項のいわゆる違法性条項は、「開かれた構成

ることは、その違法性を徴表するだけで、それだけで常に違法性が存在することにはならない。Vgl. Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 41.

22) Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 56.

23) その例として、Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 60では、「法的効力のある(rechtsgültig)」(110条〔公権力に対する不服従の扇動〕)、「適法な(rechtsmäßig)」(113条〔公務執行妨害〕)、「管轄のある(zuständig)」(110条, 116条〔多衆集合解散〕, 137条〔公務所より保管を命じられた物の領得・損壊〕, 153条〔宣誓をしない証人または鑑定人の虚偽供述〕等々)、「権限なく(unbefugt)」(132条〔無権限の公権力行使・公務従事〕, 168条〔死者の平安の妨害〕, 290条〔質物の無権限使用〕, 299条〔信書または閲覧に供されない文書の開被〕, 300条〔秘密漏示〕等々)を挙げる。なお、110条, 116条, 137条は現在では削除されており、299条および300条は個人の生活ないしは秘密領域を侵害する罪として各則第15章(201条~210条)に移されている(299条は202条に、また300条は203条に、保護の範囲を拡大した上で対応する条文が移された)。

24) その背景には、彼がその妥当性を主張する責任説を一貫させるという問題意識があったものと推測される。

25) 1871年のライヒ刑法典制定時には、「暴行または重罪若しくは軽罪による脅迫によって、他人に不法に(widerrechtlich)ある行為、受忍または不作為を強要した者」が処罰の対象とされていたが、脅迫手段が犯罪行為であるのは狭きに失することから、1943年の刑法調整令(Strafrechtsangleichungsverordnung)により、「関知される害悪(einem empfindlichen

要件」ないしは「補充を必要とする構成要件」の最も重要な例であるとする。我々の社会生活において、一定の目的実現のために脅迫的手段が用いられることはよくあることである²⁶⁾。しかし、それが240条1項の強要構成要件を充足するだけでは、その違法性は徴表されない。すなわち、脅迫という構成要件要素は、ここでは禁止の素材を完全には提供しないことになる。2項の違法性条項を通じてそれは補充され、具体的な強要手段（暴行、脅迫）が追求された目的との関係で非難に値する場合にはじめて、積極的に違法性が認められることになる²⁷⁾。このことはさらに、過失犯と不作为犯についてはより高い程度で妥当するとされる。というのも、この両者については、法益侵害という実体的な構成要件要素が違法性を徴表せず、注意義務や作為義務といった事物として書かれざる法義務が、これを基礎付けるからである²⁸⁾。このように開かれた構成要件については、法文に書かれた事実的要素が禁止の素材を完全には提供せず、積極的な違法性判断ないしは行為者の法義務に関する判断により、禁止違反に関する判断の補充が求められる。

そして、法文における禁止の素材と（禁止そのものにかかわる）法義務メルクマール（ないしは特別な違法要素）の区別は、それが正面から問題となる開かれた構成要件だけでなく、「禁止の素材が事実的メルクマールを余すところなく記述している」²⁹⁾ため、原則的に補充を要しない「閉じ

Übel)に拡張された。さらに、2項に「所為が違法であるのは、追及される目的のための暴力の行使または告知された害悪の付加が健全な民族感情に反する場合である」という、いわゆる違法性条項が加えられていた。第3次改正では、「健全な民族感情」を「非難に値する（verwerflich）」に置き換え、また、「告知された害悪の付加」を「害悪の告知」に変更した。これにより、強要手段としての害悪の告知そのものが強要者によって追求される目的との関係で非難に値する場合に、強要行為が違法となることが明確にされた。Vgl. K. Mießbach/G. M. Sander/W. Gropp und A. Sinn, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 3, 2003, § 240. Rn. 22.

26) 具体例については、vgl. Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 233.

27) Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 59f. さらに、同様のことは、恐喝罪の新規定（253条2項；条文の文言は240条2項と同じ。）について妥当するとされる。

28) Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 60.

29) Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 59.

られた構成要件」についても一定の意味を持つ。例として、移動の自由は我々の政治体制が前提とするノーマルな状態であるから、あらゆる監禁は原則的に違法であり、裁判の執行のような例外的な場合にだけ正当化されるのみである。これに対し、我々の日常生活には、とりわけ交通の場面において自由の制限が溢れているが、そこで特別な正当化は問題とならない。たとえば、私鉄線の各駅停車に乗るつもりであった客が誤って急行列車に乗車したため、降りたい駅で下車できなかった場合、乗務員が客を監禁したとはいわないであろう。しかし、客の立場からみると、次の急行停車駅まで下車できないということは、その間、移動の自由が侵害されることを意味する。その意味では、この場合も形式上は監禁罪の構成要件に該当すると言えるが、ヴェルツェルは、鉄道の運行のような、歴史的に形成された共同体生活の社会倫理的秩序に完全に合致する行為については、社会的に相当でありその違法性は徴表されないとするのである³⁰⁾。

しかしながら、たとえ社会的に相当な態度であっても、閉じられた構成要件の場合には、それが構成要件に該当することにより、禁止の素材そのものは与えられているはずである。それにもかかわらず、違法性を徴表しないことの意味が問題となる。というのも、構成要件該当性が違法を徴表しないとすれば、はじめから価値判断の俎上に載せない方が理論的にはすっきりするはずであり³¹⁾、その点では、初期の考え方のように、社会的相当性は構成要件阻却とする方が自然といえよう。実は、彼は 正当化事情の錯誤に関連する注釈においてではあるが、「歴史的に裏打ちされた社会生活は、立法者によるあらゆる類型化の前にすでにルールと秩序

30) Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 61. 具体例は筆者によるものである。

31) 料理にたとえていうなら、はじめから味も素っ気もない食材がそこにあるということであろうか。開かれた構成要件や法義務メルクマールの存在する犯罪の場合には、「食材」を具体的に試食することで、すなわち行為態様や行為者の権限などについて具体的に判断することで、特定の「味」がするか、すなわち、違法性があるかが判断される。これに対し、はじめから欲しい味のないことが分かっている食材であれば、普通はそれを材料(素材)とは考えないはずである。

を内在させており、そして構成要件の第一の機能は、社会生活の秩序から甚だしく逸脱しており、それ自身が極端な状況にある場合にのみ正当化し得るにすぎない行為を記述することにあ^り、「実際には、構成要件該当性の肯定によって、すべての正当化事由とは無関係に行為の第一の実質的な刑法的重要性が、すなわち、それは社会生活の秩序から著しく逸脱しており、全く特別な例外的状況においてのみ正当化し得るにすぎないということが、確定されるのである」³²⁾と述べる（ゴチック体は原文強調）。これを前提とすれば、社会生活の秩序の枠内にある行為、すなわち社会的に相当な行為の構成要件該当性は否定されることになろう。

それにもかかわらず、社会的相当行為の場合に違法性が徴表されないということから、「社会的相当性の構成要件該当性を阻却する機能が否定されていることがあきらか」³³⁾という結論を導き出すためには、構成要件と違法性の関係におけるヴェルツェルの理論枠組に即して考えるなら、結局のところ、社会的相当性は書かれざる、裏返された（すなわち消極的な）法義務のメルクマールとみる方が一貫するかもしれない。そして、少なくとも錯誤の取り扱いに関しては、行為の社会的相当性に関する錯誤を違法性の錯誤とするのである³⁴⁾。しかしここで、社会的相当性を構成要件該当性を阻却する事由とすることは、彼が一貫して否認する消極的構成要件要素³⁵⁾を承認することにつながりかねない。他方で、社会的相当性を、正当防衛などのような、社会生活の秩序から著しく逸脱した行為についての例外的状況における正当化と同様に位置づけることは、その本質と相容れない。このような事情から、先にみたように、彼は社会的相当性を、構成要件該当行為の違法性徴表という（構成要件および違法性の）両段階のいわ^{はざま}に置いたものと考えられる。以上のように、この段階では、社会

32) Welzel, Das neue Bild, 2. Aufl., S. 54f.

33) 福田・前掲(注4)109頁。

34) Welzel, Das neue Bild, 2. Aufl., S. 53.

35) Welzel, Lehrbuch 3. Aufl., S. 59; ders., Das neue Bild, 2. Aufl., S. 53f.

的相当性概念の位置付けに混乱がみられるが³⁶⁾、正当防衛などの正当化事由と並立する例外的状況に位置付けることからみても、少なくともこれを違法性に引き付けていることだけは確かである。事実、同年に出版された第4版では、社会的相当性は正当化事由として扱われる³⁷⁾。もっとも、構成要件該当性が肯定されることで、その行為が社会的に重大な、すなわち社会秩序から著しく逸脱するものであることが確認されるという趣旨の考え方は、その後も変更されなかったとみられる³⁸⁾。そしてこのことが、社会的相当行為を構成要件該当行為についての正当化事由とする立場との間で、体系矛盾をもたらすことになるのである³⁹⁾。

教科書第4版(1954年)から第8版(1963年)まで

第4版においても、社会的相当性概念について考える上での基礎となる構成要件、違法性および両者の関係の捉え方に関して根本的な変化は見られない。もっとも、理論的な関心からは、構成要件と違法性の間で、禁止規範が媒介とされることが目を引く。構成要件は禁止規範の内容であり、禁止規範は、構成要件に概念上示された人間のあり得べき行為態様を実現することを禁ずる。それゆえ、禁止規範の構成要件実現は規範違反である。

36) R. Lange, Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 1953, S. 13 は、Das neue Bild, 2. Aufl., S. 54f.において、社会的に相当な行為が構成要件に該当しないことになるかのような記述をしていることにつき、「過渡期の現象」とする。

37) 社会的相当性が例外的状況とされることは、その具体例にも現れている。教科書の初版(第2版も同様)でみたように、前期ヴェルツェルにおいては、近代交通、危険を伴う企業活動、スポーツ、治療行為、親密な家庭内での些細な言動など、多様な態度を社会的相当性の具体例として挙げている。これに対し、ここでは上記の公共交通による監禁の例が取扱われているにすぎない。実は、初版および第2版と、第3版の社会的相当性の定義を比較すると、後者には「社会倫理的秩序の枠内」に「完全に」という修飾語がついていることに気が付く。その意図は文面からは明らかでないが、少なくとも社会倫理的秩序との完全な合致まで要求するということは、その範囲をきわめて限定的に捉えているということは許されよう。

38) Vgl. Welzel, Lehrbuch 7. Aufl., S. 74.

39) H. J. Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), S. 80. つまり、(注36)で触れたランゲの指摘に反して、これは過渡期の現象では済まされなくなったということである。

しかし、それは常に違法であるわけでない。というのも、法秩序は（命令、禁止の）規範だけでなく、許容命題からも成り立っているからである。例えば、正当防衛などの場合、「人を殺す」という構成要件実現は、禁止された構成要件該当態度であるが、許容される。このように、事実的な構成要件と規範的な違法性を直接対峙させるのではなく、そこに禁止規範という媒介項を挿入し、禁止規範と許容命題を対置させることで、構成要件と違法性との関係を、規範理論的に明確化させることができるといえる⁴⁰⁾。もっとも、それは第3版で示された考え方の理論的精緻化というべきものであり、そこに基本的な変化があるわけではない⁴¹⁾。この点は、閉じられた構成要件と開かれた構成要件、および法義務メルクマールないしは特別な違法性の要素に関しても同様である⁴²⁾。

また、社会的相当性の定義そのものは、第3版から基本的に変更されていないが、そのような「共同体生活の歴史的に形成された社会倫理的秩序の枠内に完全にある行為」は、「それ（社会倫理的秩序 引用者）により許される（gestattet）」とされ、そして、社会的相当性は、「構成要件該当態度の共同体生活の社会倫理的秩序に根ざした（慣習法的）正当化事由」と位置付けられたのである⁴³⁾。このような変更の具体的理由について明言されないが、少なくとも社会的相当性が適法性という評価的性格を持つものであり（実際、ここでは鉄道やバスなどの運行に伴う乗客の自由制限は

40) Welzel, Lehrbuch 4. Aufl., S. 41.

41) そのきっかけとしては、構成要件と正当化事由との関係を原則 例外関係とすることによる 規範論的にはあまり意味のない 批判があるようである。たとえば、人の移動の自由に対する制限を例にとると、一定時間移動の自由が制限されるのは日常よくあることであり、むしろそれが監禁罪として当罰的である場合の方が例外的である。このように事実的・統計的には、正当化される場合が原則で、構成要件的な場合が例外というような見方をされかねない。そこで、「禁止規範 許容命題」という形で、ここでの原則 例外関係が規範的な観点からのものであることを明確化したとされる。Vgl. Welzel, Lehrbuch 4. Aufl., S. 60.

42) Welzel, Lehrbuch 4. Aufl., S. 60f.

43) Welzel, Lehrbuch 4. Aufl., S. 62.

適法なものとする), 上述のように構成要件と違法性と厳格に区別する彼の基本的な立場からすると, やはり行為の違法性を排除する事由として正面から承認する方が一貫するといえよう。そしてこの立場は, その後第8版まで基本的に維持されることになる。

ところで, 社会的相当性を社会倫理的観点からの許容として捉え, 正当化事由の一つと位置付けることにより, 正当防衛などの他の正当化事由との区別は相対的に曖昧とならざるを得ない。実際, 第4版からは, 第3版とは異なり, 例外的状況としての他の正当化事由との並立に関する記述がなくなった⁴⁴⁾。また, 社会的相当性と正当化事由の区別に関して, ヴェーバーは, 正当化される構成要件該当行為はすべて社会的に相当であり, 適法性の認定に関し, 正当化される行為はそれが容易で, 社会的に相当な行為は困難であるという程度の差があるにすぎない。正当防衛における「法は不法に譲歩する必要はない」という命題も, 長い歴史的発展において承認された我々の社会秩序の基本命題であるとして, 両者の質的差異を強調することに疑問を投げ掛ける⁴⁵⁾。たしかに, 社会倫理的観点からみると, 個別の正当化事由のある行為についても, それぞれ許容されよう。このような許容性と社会的相当性を同一のものとするなら, ヴェーバーの言うように, 構成要件に該当するが正当化事由のある行為はすべて社会的に相当であるということになる。このような見方は, わが国で比較的広く見られる社会的相当性を正当化の一般原理とする理解に近いと思われる。すなわち, 社会的相当性を違法性阻却の規整原理⁴⁶⁾, ないしはより直接的にその一般原理と捉える考え方である。この考え方を前提とする場合, ヴェー

44) Welzel, Lehrbuch 4. Aufl., S. 62.

45) H. v. Weber, Negative Tatbestandsmerkmale, FS für E. Mezger, 1954, S. 188. 彼はこのことから, そのような社会倫理的直感からは, 立法者の考えとは異なり, 今日認められるような(広い)範囲の正当防衛は否認されるとし, いわゆる社会倫理的制限に道をつけようとする(もっとも, 正当防衛を制限ないしは否定するのは, 法律を変えることによるのみ可能であるとし, これを立法問題として取り扱う)。

46) 福田・前掲(注4)118頁以下。

バーが示唆するように⁴⁷⁾、法文上認められた正当化事由に関しても、社会倫理的観点から制限が認められることも考えられよう。

しかしながら、他方で、社会的に相当な行為について、社会倫理的秩序の枠内に完全にあることを理由に、「特別な法的許容命題の問題は生じない」⁴⁸⁾とすることからは、これを正当防衛等の個別の正当化事由とは区別して考えていることが窺われる。さらに、社会的相当性の正当化根拠を「慣習法」に求めているのは、特別な正当化を問題とすることなく、社会秩序はそのような行為を通常のものとして受け入れているという実態に鑑みたものと言えよう。そうであるとするなら、社会的相当性はそれ自身独自の正当化事由ということになる。すなわち、社会的相当性という一般原理から個別の法文上の正当化事由が導かれ、それらに該当しないについてはこの一般原理を直接援用するという理論構造ではなく、正当化事由はそれぞれその根拠を有しており、社会的に相当な行為に関しては、社会倫理秩序の枠内に完全にあるということそのものが、まさに正当化根拠となるということである。このように考えると、ここでいう社会的相当性は、特別な法的根拠に依拠する他の正当化事由とは、その根拠において区別されることになる⁴⁹⁾。社会的相当性が正当化事由に位置付けられたからといっ

47) (注45)参照。

48) Welzel, Lehrbuch 4. Aufl., S. 62.

49) そもそも、Welzel, Lehrbuch, 1. Aufl., S. 46において、「(正当化という引用者)例外状況の全面的体系は、可罰的不法の全面的体系と同様、不可能である」と述べていることからすると、彼は正当化事由を統一的な原理で説明すること自体に懐疑的と思われる。

また、観点は異なるが、福田博士も、社会的相当性と他の正当化事由の区別を指摘する。すなわち、社会的に相当な行為は違法性を徴表しないという教科書第3版などで示されたテーゼを根拠に、構成要件に該当する行為によって徴表された違法性の排除が問題となる他の正当化事由とは異なるとする。これに対し、強要罪のような開かれた構成要件では、裁判官の独自の価値判断による違法性の確定が必要とされるが、これと同様、禁止の素材を提供しないごくありふれた行為を含む、すなわち社会的に相当な実現が可能な構成要件においても、構成要件該当性が違法性を徴表しないことになるから、ほとんどすべての構成要件が、上記の意味での開かれた構成要件ということになるとの批判に言及される(福田・前掲(注4)117頁)。

しかし、開かれた構成要件が多数の社会的相当行為を含み得ることから、直裁に社会

て、わが国で広く見られるように、これを正当化の一般原理と理解しなければならぬわけではない。

もっとも、態度の許容性が社会倫理の視点から判断される限り、たしかにヴェーバーが指摘するように、社会的相当性が他の正当化事由と同質なものとみられるのは、必ずしも理解できないことではない。行為遂行が、他者の法益を侵害するにもかかわらず許されるのは、それが何らかの倫理的価値を担っていると考えることができるからである。他方、ヴェルツェルはその後、社会的相当性は、「わいせつ」や「贈物」といった個別の構成要件要素の解釈においても役割を果たすと指摘するようになった⁵⁰⁾。特に後者は、郵便配達員に郵便物を受け取った者が新年のささやかな贈り物をするという、しばしば議論の対象となるケースで問題となるものである。それは、慣行的、儀礼的行為ではあるものの、その倫理的価値については、賛否が分かれるところであろう。酷寒の折、わざわざ郵便物を届けてくれた者に感謝の気持ちからささやかなお金や品物を贈るのは、至極人間的な行為にも思われるが、他方、郵便配達が公務であることに鑑みると、それに対する返礼は公務を金銭や品物で買収していることを意味し、社会倫理に反するとも取れるからである。

このように、社会倫理の視点を入れて行為の社会的相当性を論じること

的相当行為による実現のあり得る構成要件はすべて開かれた構成要件とみるのは、論理の飛躍であろう。まず、強要罪が開かれた構成要件とされる根拠は、まさに240条2項の違法性条項によるのであり、また、いわゆる法義務メルクマールについても法文上の要素の位置付けとかかわるものである。すなわち、ある構成要件が開じられているか、開かれているかは、ヴェルツェルにおいては、実定法の規定に依存すると言える(そのこともあってか、後には不真正不作為犯を法義務メルクマールが問題となる犯罪から外している)。その上で、閉じられた構成要件については、そのメルクマールを充足する行為は原則的に違法とされ(Vgl. Welzel, Lehrbuch 4. Aufl., S. 62)、(規範としてみた)例外的な正当化が問題になるにすぎない。価値的視点からの積極的な違法性認定による構成要件の補充ではなく、構成要件に該当する態度の例外的な許容が問題となるという意味では、社会的に相当な態度の場合も変わらないというべきである。

50) Welzel, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 74.; ders, Lehrbuch, 7. Aufl. (und 8. Aufl.), S. 76 では、「生活上必要とされる注意」という過失犯のメルクマールが加えられた。

は、しばしばその判断を困難にさせる。これらのことが示唆するように、ヴェルツェルは後期になって、社会的相当性を再び構成要件と関連付けるに至ったが、注目すべきことに、ここでは「社会倫理」というキーワードは定義から外されるのである。

（4）後 期（教科書第9版～11版）

教科書の第9版（1965年）からは、社会的相当性は構成要件論でのみで解説され、初版および第2版とも異なり、正当化事由の箇所では言及すらされない。以下では、構成要件の機能から、社会的相当性概念の内容および位置付けを見ていくが、ここで紹介、検討する教科書第9版の記述は、第10版（1967年）および最終版である第11版（1969年）でも基本的な部分で変更は加えられていない。それゆえ、後期の考え方を代表するものとして、第9版を取り上げることとする。

まずその前提となる構成要件の機能であるが、それは禁止された態度の「範型（Muster）」を示すことにあるとされ、そのことで、構成要件において選択された態度が、一方では社会生活と関係しているが、他方では秩序だった社会生活に適合しないことが表される。刑法の社会的で、同時に歴史的な性格のために、構成要件は「歴史的に形成された社会生活の秩序から著しく逸脱した態度」を提示することになる。たとえば、生殖という行為そのものは、強姦や（ドイツではなお可罰的な）近親相姦（ドイツ刑法173条）など性的秩序から逸脱しない限り、「生活の『ノーマルな』歴史的に形成された社会的秩序の枠内に完全にある」、すなわち完全に社会的に相当である。そこから、法益侵害が結果として生じたとしても、それは構成要件に該当しないとされるのである⁵¹⁾。ここでは、「秩序」の意味が問題となるが、ヴェルツェルは「社会的に相当な態度はけっして社会の模範である必要はない」と述べて社会的相当性から社会倫理の要素を取り除

51) Welzel, Lehrbuch, 9. Aufl., S. 50.

き、これをノーマルな行為自由とも関連付けた⁵²⁾。要するに、社会生活においてごく普通に行われている行為については、はじめから犯罪構成要件の該当性は問題にならないということである。そしてそれは、社会的相当性は、通則的な意味での構成要件阻却事由としてではなく、各則の解釈原理として機能することを意味する。行為態様がノーマルな行為自由の枠内にある場合、それは刑法各本条の意味での殺人、傷害、監禁、濫用的な財産損害といった行為には該当しないということであり、けっして「社会的に相当な殺人」等々となるわけではない。また、社会的相当性の場合にはノーマルな行為自由が問題となるのに対して、正当化事由の場合には、社会的に相当でない行為についての特別な許容が問題となる点で区別されることになる⁵³⁾。したがって、ここでは、社会的相当性を正当化の一般原理と捉えることはできないことがより明瞭となる。

さらに、社会的相当性の具体例に関しても、先に触れた生殖行為のほか、近現代的な交通への関与、秩序に従った取引、些細な身体傷害や自由制限、ごくわずかな財産を賭けたとばく、ささやかな新年の贈り物など、取引秩序に適った行為や侵害ないしは対象の僅少性のために当罰性を有しないと考えられる行為にまで拡張されている。さらに行為自由ということから、たとえば、精神的に不安定で別れを告げると自殺する恐れがある妻に対し婚姻関係を解消して夫婦の家を立ち去る夫や(BGHSt 7, 268)⁵⁴⁾、過剰なアルコールの摂取により帰りの危険な客に酒類を提供する飲食店主

52) Welzel, Lehrbuch, 9. Aufl., S. 51.

53) Welzel, Lehrbuch, 9. Aufl., S. 52.

54) 本件では、妻は小さな子供を殺害して自殺した。被告人は子供の殺害については、子への監護義務が存在し、妻の両親や警察などに妻の心的状態を告げることで結果を回避でき、また殺害の危険性を過失により認識しなかったとしてその刑事責任が基本的に肯定されたのに対し、妻の自殺という結果に関しては、婚姻の継続を要求することは、人格の自由や尊厳に対する期待不可能な介入であり、許される権利行使の耐え難い妨害であるとして、その違法性は否定された(なお、妻の自殺結果につき過失致死が成立するという検察官の上告は認められず、量刑判断についても被告人に有利に作用するのに対し、被告人の上告も無罪にはつながらず、手続を打ち切るとしている)。

（BGHSt 19, 152）⁵⁵⁾などの態度も、後の妻の自殺や客の起こした交通事故による傷害との関係では、社会的に相当であるとされる。

ここでの問題は、ヴェルツェルが社会的相当性を再び構成要件該当性を否定するものとするに至った背景である。この点、彼は弟子のヒルシュの業績が、社会的相当性の概念的な明確化をもたらしたと述べている⁵⁶⁾。すなわち、教科書第3版の検討の最後で指摘したように、構成要件該当性判断により、その態度が社会的に重大なものであるとしつつ、社会的相当性を構成要件該当行為についての正当化事由とすることは矛盾している。消極的構成要件要素論のように、構成要件該当性の積極的要素と、その消極的要素である正当化事由を同列にみることで、これを矛盾なく説明できるが、事実と評価を厳格に区別するヴェルツェルは、消極的構成要件要素論を一貫して否認している⁵⁷⁾。この矛盾を解消する方法の一つとして、構成要件を社会的相当性からの逸脱とする前提は維持し、これを構成要件と関係付ける方法を選択したと考えられる。つまり、正当化という評価の視点を

55) 本件では、深夜すでにアルコールを飲んだ状態で被告人の店に入ってきた3人の客が、それぞれウィスキーを10杯ほど飲んで早朝3時頃帰ろうとするときに、被告人はタクシーを呼ぶように助言したにもかかわらず、そのうちの1人の運転する自動車で家路に着いた。途中運転手が運転できない状態のために、自動車は畑に突っ込み2人が怪我をした。ラント裁判所は、被告人は運転不能な客から自動車の鍵を取り上げるか警察を呼ぶなどして運転を阻止しなければならなかったとして、過失致死とした。飲食店主が客の運転を阻止する法的義務があるのは、責任無能力であるか、特に高度に運転能力を失っている場合に限られると考え、事件をBGHに提示した。本決定では、上級ラント裁判所の提示は有効とされた。被告人の刑事責任に関しては、責任の有無を問わず、その態度により損害の危険を創出または共同創出する者は、損害の回避が義務付けられるという一般に承認された法思想は、飲食店における酒類の提供のような社会的に通常のもので承認された態度にも妥当するわけではない。酒類を提供することを生業とする者が、客がアルコールの飲みすぎで起こした結果について一般的に刑法上答責的とされるとするなら、彼はたいていのケースにおいて刑法上の保障人的義務を介していれば客の保護者が後見人となってしまふ。アルコールを飲んで酔っ払った客が起こした事故について、飲食店主が負責される限界は、客の酩酊の度合いが、もはや答責的に行為できないことが明らかであるか否かにあると判示された。

56) Welzel, Lehrbuch 9. Aufl., S. 52.

57) 第3版（(注35)参照）以降、正当化事由の序論では、消極的構成要件要素論に対する批判的コメントがなされている。

含む位置付けを断念したということである。

後期になって社会的相当性の概念から「社会倫理」の要素を外されたことも、これと関係するように思われる。これに関して、ペータースは次のように分析する。すなわち、「とりわけ社会倫理的観点は、社会的価値の肯定を阻害する。ポルノグラフィ、不倫、ないしはその他の刑法典から取り除けられた不道德な行為は、刑罰権が制限されるからといって、それらが広まっているほどに、価値のある行為となるわけではない。社会的相当性の価値的性格は、行為の通常性に着目することを禁じもする。それゆえ、ヴェルツェルは、新しい版では、もともとの見解に反し、道徳的性格ではなく、ノーマルな行為の通常性に着目し、社会的相当性の基礎をあまりに広範に拡張したのである⁵⁸⁾」と。実際、先に取り上げた BGHSt 7, 268では、宗教および道徳法則からは、夫は妻の許にとどまることが要請されると述べられるのである⁵⁹⁾。それにもかかわらず、自殺のおそれのある妻の許を立ち去った夫の態度を社会的に相当という場合、そこには、道徳的ないしは社会倫理的意味は、もはや含まれていないものとみるべきであろう。そして、このような社会倫理的な許容性という評価的視点が取り除かれた社会的相当性は、違法性ではなく、禁止規範の対象となる態度を記述するという意味で事実的な概念である構成要件に位置付ける方が事理に即している。これは、換言すると、ペータースの指摘にもあるように、通常性、つまり、その行為が社会において広く普通に行われているという事実、あるいは、ヴェルツェル自身が前提とするような行為自由、すなわち、自己の判断で任意に振舞えるという事実と関係しているということである。事実と評価を厳格に区別する彼の基本的な立場からすると、評価的な視点のない社会的相当性概念にとって一番据わりのよい場所は、やはり構成要件であったということなのである。そして、上述の理論的矛盾の問題解決の行き方を考え合わせると、彼の社会的相当性に対する考え方には その体

58) K. Peters, Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, FS für H. Welzel, 1974, S. 427.

59) BGHSt 7, 268 (271).

系的位置付けの変遷にもかかわらず 基本的な変化はなかったのではないかとさえ思われる。

(5) 小 括

以上、ヴェルツェルの社会的相当性概念の展開につき、教科書での説明を中心に詳述してきた。初期において、社会的相当性は行為の社会的性格から、因果的に基礎付けられる構成要件該当性を否定する役割を担っていた。しかし、社会倫理的視点からの許容性を内在する概念を、刑法上の禁止の対象となる事実の記述である構成要件に組み込むことは、事実と評価を厳格に区別するヴェルツェルの基本的な立場と相容れない。それゆえ、中期には、社会的相当性は、その社会的許容性のために構成要件該当行為が違法性を徴表しないとの見解を経て、(慣習法的な)正当化事由とすることで、違法性と関係付けられた。しかしながら、彼において社会的相当性の概念そのものは、その体系的地位の変遷にもかかわらず、基本的に変化していなかったとも考えられる。そしてこのことが、正当化事由とする中期の構想との体系矛盾を引き起こし、後期には、社会倫理的視点を外し、行為の通常性ないしは行為自由をその本質に据えた。そして、社会倫理という評価的視点が外されることで、この概念は再び構成要件と関係付けられるに至ったと考えられるのである。

3. 社会的相当性の意義について 批判を踏まえつつ

(1) はじめに

ヴェルツェルによって展開された社会的相当性の概念は、ドイツにおいては多くの論者の承認を得、また、刑法を越えて民事法や労働法の領域でも意味を持つに至ったとされる⁶⁰⁾。他方、この概念に対しては、当初より

60) Welzel, Lehrbuch 11. Aufl., S. 58.

批判も根強く存在する。以下では、これまでの検討を踏まえつつ、社会的相当性に対して提起される批判を検討しながら、その意義について考えてみたい。

(2) 社会倫理と犯罪論

社会的相当性に対して、まず第一に提起される批判は、犯罪論に社会倫理の視点を持ち込むことは、刑法のモラル化につながり、法と道德の区別を危うくするというものである。この批判はとりわけ、我が国では、結果無価値論を支持する論者において見られる⁶¹⁾。たしかに、構成要件解釈に社会倫理的視点が入り込むことは、倫理に反するという理由によって、社会的に問題のない行為が処罰の対象とされる危険性を孕む。これは、違法性阻却の一般原理とする場合にも同様である。これらの場合には、社会倫理が可罰性の決定において決定的な役割を果たすからである(これに対し、中期ヴェルツェルのように、一正当化事由と位置づけ、他の正当化事由と切り離して考える場合には、問題は限局される)。謙抑性の原則からは、刑法は社会にとって耐え難い侵害行為のみを処罰すれば足りるのであり、可罰性の論証において倫理違反の規準を持ち出すことは、我々の社会において何が侵害されているのかを見えにくくしてしまいかねない。これは、たとえば保険金詐取目的で相手方の承諾を得て傷害を負わせるという、よく知られた例(最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁参照)を考えれば明らかであろう。この場合、傷害そのものは相手方の承諾により侵害の対象とは考えられず、まだ保険金の支払い請求を行っていない時点では、財産的な侵害ないしはその危険も生じていない。それにもかかわらず、承諾を得た動機の不当性を根拠に傷害罪で処罰するとするなら、そこでは一

61) たとえば、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂、2007年)176頁、山口厚『刑法総論第2版』(有斐閣、2007年)172頁等参照。生田教授は、行為無価値論の性格に由来する社会的相当性に対して、動機の悪質性などの主観的要素を違法性と関係付けることを批判される(生田・前掲(注1)301頁以下)。これも、実質的には同旨に理解することもできよう。

体何が侵害の対象と考えられているのであろうか？ このように、社会倫理の視点を可罰性の論証に取り込むことは、侵害の対象が曖昧なまま処罰を肯定することにつながりかねないのである⁶²⁾。

実際、先にみたように、ヴェルツェルも最終的に社会的相当性から社会倫理の視点を外した。それは、ペータースが指摘したように、我々の社会で通常に行われている行為を、はじめから処罰の対象から外すという、社会的相当性の機能貫徹させるためであったと思われる。刑法が我々の社会生活に過度に介入するのを防ぐための概念装置は、どのような立場をとるにしても、不可欠と思われる。たしかに、犯罪論に社会倫理の視点を持ち込むことは原則的に認めるべきとは思われない。しかし、社会的相当性には我々の日常生活において通常見られる出来事につき可罰性を否定し、それにより国家刑罰権が我々の日常生活に不必要な形で介入するのを防ぐ役割があることに鑑みると、後述するように、この概念を一概に拒絶することは必ずしも適切でないと思われる。

(3) 社会的通常性の基準

社会的相当性の概念が社会倫理の視点を含まないものとして理解されるとしても、なお、社会的通常性の視点を犯罪の成否の判断に持ち込むことは妥当でないとの批判が考えられる。社会的相当性による一般的な構成要件該当性阻却ないしは正当化を認めることは、世間で行われている悪習をそのまま是認することにつながりかねない⁶³⁾。このことは、公務員に対す

62) このケースと関連して、H. Zipf, Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht, ZStW. 82 (1970), S. 634 は、「責任のある」他の交通関与者の保険から保険金をせしめる目的で、自動車の運転手が意図的に事故へと仕向ける場合、自らが交通上正しく振舞っていたことを援用できないとする。たしかに、交通法規に従った自動車の運転そのものは社会的に通常の状態であるが、運転者が人身ないしは物損事故をわざわざ「アレンジする」ような場合、事故の破壊的作用からするとやはり通常性の限界を超えるといえよう。殊に、相手方の同意を得て自動車をぶつけるような場合、それは社会的相当性の範囲を逸脱する。それを正当化するのは、まさに相手方の承諾に他ならないということである。

63) 福田・前掲(注4)119頁参照。

る付け届けが常態化している社会を想定すれば、明らかと言えるであろう。「皆がやっていることだから」という理由でいろいろ罪の処罰を免れさせれば、たちまち公務員の腐敗が進むことは経験から明らかである。また、「通常性」という観点だけでみるなら、たとえば、強盗がごく当たり前になっている治安の悪い地域で、強盗犯人が自分の行為は社会的に相当だというのはたしかに馬鹿げている。さらに、極端な話、戦地における殺人や傷害が社会的に相当であるとは言わないであろう⁶⁴⁾。

しかし、これは、「通常性」を単純に「頻度」を置き換えることからくる誤解であると考えられる。たとえば、列車内で痴漢が頻発する線においても、我々は痴漢を普通のこととは考えない。これは、上記のいろいろや強盗の例でも同様と言えるであろう。また、少なくとも日本社会では、最後に挙げた例で前提とされる「戦争」そのものがすでに、憲法9条を持ち出すまでもなく、通常のもので受け止められないのではないか。つまり、我々の社会にとって、戦場での殺人や傷害は普通のことではない⁶⁵⁾。このように、社会的通常性とは、当該種類の態度の現れる頻度というよりも、それに対する社会の受け止め方と関係している。「社会生活における常軌を逸脱しない行為」⁶⁶⁾とは、このことを指しているように思われる。すなわち、「通常性」とは、その種の態度を、我々の社会がごく普通のこととして受け入れているという事実を意味している。それゆえ、この概念は社会的受容という意味で規範的性格を帯びている。しかし、それは、先にみたように、事の善悪という意味での倫理性とは切り離して考えるべきである。交通、秩序付けられた企業活動、スポーツなど社会的価値の認められ

64) Vgl. Weber, a. a. O. (Fn. 45), S. 188.

65) Hirsch, a. a. O. (Fn. 39), S. 107 が指摘するように、2度の世界大戦を経験してきたドイツでも事情は変わらないようである。また、先の検討ではあえて触れなかったが、ヴェルツェルも戦場における殺害は社会的相当性ではなく、正当化事由と考えている。Vgl. Welzel, Lehrbuch 11. Aufl., S. 50 (それ以前の版でも基本的に同様である)。

66) 福田・前掲(注4)107頁。福田博士は同所で、ヴェルツェルの定義では社会倫理的秩序を考えていたと指摘されるが、すでに確認したように、この要素は後期には外された。

る活動は言うまでもなく、患者の家族がお世話になった公立病院の医師をお茶に誘ったり、多少過激な性的表現の含まれる雑誌を販売したりする場合にも、通常性は認められる。後者の場合、公務員倫理や性的風俗の視点からは問題視されることもあるであろうが（特に、雑誌などのどきつい性的表現に関しては、眉を顰める者も多かろう）、社会的にはごく普通の事物として受容されているという「事実」こそが決定的なのである⁶⁷⁾。

しかしながら、外形的態度が社会的に通常であったとしても、内心的事情が不当なものである場合も考えられる。その場合、外形的態度の通常性を理由に犯罪の成立を否定することの適否が問われる。たとえば、(競技ルールも確立され、それ自身社会的に受容されている) 格闘技において、はじめから悪意により相手に傷害を負わせる目的で無理な関節技を掛けるような場合、あるいは、薬屋が殺害目的に使用するという客の意図を知りながら植物用殺菌剤を販売するような場合⁶⁸⁾である。オットーは最近の論文の中で、「行為態様はそれだけを切り離してみても法的に十分に把握することはでき」ず、「社会的現実における行為者の目的ないしは目標設定が外形的態度に社会的意味を付与するので、外形上全く日常的と見られる行為態様は、包括的に評価する場合、事情によっては犯罪的な態度と認識されることがある」⁶⁹⁾と述べる。たしかに、たとえば金物屋が殺害に使用されることを認識しながらあえて包丁を販売するような場合、金物屋にとって包丁の販売が日常的な取引であるからといって、これにより処罰を免れるというのは妥当でない場合もあり得る。店先で喧嘩が行われており、明らかにその当事者と見られる客に包丁を販売する場合はそれにあたる。

67) もっとも、性表現などに関しては、社会的な受容性がしばしば公権力による規制のあり方によっても左右されるという問題は、注視すべきであろう。これについては、三島聡『性表現の刑事規制 アメリカ合衆国における規制の歴史的考察』（有斐閣、2008年）4頁参照。

68) Vgl. G. Arzt, Geldwäscherei— Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung, NStZ 1990, S. 3.

69) H. Otto, Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip, FS für K. Amelung, 2009, S. 228.

この場合、店主の態度が通常性の範囲を超えていることは明らかである。しかし、店主がたまたまその客の容貌などから、人をあやめるのに使うのではないかと考えた場合、包丁は本来的に調理に使用する日用品であるから、たとえ人の殺傷に用いることができるとしても、その用途を詮索することなく販売するのが通常であろう⁷⁰⁾。先に挙げた、殺菌剤の販売の場合も、その用途からすると同様といえる。社会的通常性は、行為の対象、態様やその状況を踏まえ、それが行われる文脈により決定されるものというべきである。これに徴すると、格闘技の例についても、はじめから相手に意図的に傷害を負わせようとする場合には、身体の危険な部位に対する執拗な攻撃がなされることで、一旦はレフェリーが制止するはずである。それにもかかわらず攻撃を続けることは、もはや通常性の範囲を超える。もし、そのような攻撃が許容されるような競技があるとすれば、それ自身、社会的通常性の枠内にはないということになる⁷¹⁾。それゆえ、通常性を

70) もっとも、包丁を使用した殺傷事件をきっかけに、スーパーなどでは客が容易に取り出せないように管理を厳重にしているところもあると聞く。その場合、仮に、客に用途を確かめてから販売するという規則になっているとして、客が調理に使用すると虚偽の目的を告げる場合、それで店員の疑念が払拭できなかったにもかかわらず販売し、実際に殺害に使用されたとしても、店員の行為は日用品の販売という通常性の範囲内にあるというべきであろう。これに対し、客が正直に「人を殺害するのに使用とする」と告げた場合はどうか？ 店側としては、無用なトラブルを避けるために念のため販売を断るべきだというのが常識的かもしれないが、販売したことで店側の人間が殺人幫助の刑責を問われることになるとは考えにくい。むしろ、取引の対象が他者の犯罪行為を助長ないしは援助することを認識したというだけで、刑罰威嚇でもって取引の拒絶を義務付けるのは、日常的取引に対して無用の萎縮的作用をもたらしかねないからである。これとかわかって、無闇に拒絶を求めることは、取引行為者側の悪評につながるという指摘もある(中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レヴィジョン刑法』〔成文堂、2009年〕123頁〔松宮発言〕)。つまり、オトターが述べるのとは逆に、日常的な取引行為という文脈から、一律に関与者による他者の犯罪遂行の認識だけを切り離し、積極的に他者の犯罪に負担する場合と同列に扱うことこそ、社会的現実と反しており、上述のようなマイナスの作用を看過するものと言わざるを得ない。なお、これらの点をも踏まえ、客観的帰属論を土台に共犯処罰根拠論の視角から理論的に問題解決を図るものとして、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂、2009年)。

71) そのような危険な競技に参加する者の刑事責任を否定するには、自己答責性の考え方

決定付けるのは、行為者の態度の性格であり、それを決定付けるのは、それがどのような文脈において行われたかということである。ここでは、文脈から切り離された行為者の内心的態度は決定的とはいえない。このことは、たとえば、医師が裸の異性を診察する際にみだらな感情を抱くケースを考えれば明らかであろう。この場合、医学的な必要かつ適切な診察の範囲にとどまる限り、医師の内心的事情は問題にならないのである。

(4) 構成要件と違法性の関係

以上、社会的相当性の概念内容について考察したところで、次にその犯罪体系上の位置付けについて検討してみる。これに関しては、福田博士が指摘されるように、本来的には、構成要件および違法性の概念、および両者の関係が明確とされることが前提となろう⁷²⁾。限られた残りのスペースでこれについて論じ切れることは、筆者の能力を超えるので、上で論じてきたことと関係付けながら簡単に検討したい⁷³⁾。

によることになろう。すなわち、被害者の承諾、あるいは危険引き受けによる処罰からの解放である。このように、社会的相当性と自己答責性は別の思想とみるべきものであり、社会的相当性だけが、構成要件を限定する原理であるというわけではない。これとかかわって、社会的に相当でない危険な事態への関与につき、危険領域への参加の同意から注意義務を否定するものとして、Hirsch, a. a. O. (Fn. 39), S. 95f. もっとも、そこでは注意義務が否定される根拠がさらに問われるように思われる。

72) 福田・前掲(注4)110頁(注3)参照。なお、社会的相当性を責任阻却事由とみるものとして、H. Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau, 1969 がある。これに対し、Zipf, a. a. O. (Fn. 62), S. 640f. は、責任非難の個別的性格は、社会的相当性の一般化的思考法と相容れないことを批判する。これまでみてきたように、社会的相当性は行為の一般的、社会的性格を問題とするものであり、具体的ケースにおいて個別の行為者に特に存在する事情とは区別される。その意味でこの批判は適切と思われる。論者は、社会的相当性に構成要件該当性阻却ないしは正当化の作用を認めるとこれに対する正当防衛ができなくなることを、責任阻却事由の根拠とするが、そもそも社会的に相当な態度に、一律に正当防衛で対抗できるという考え自体、転倒したものであろう。

73) ベーリングからメツガーまでの構成要件論を踏まえたとうでの筆者の構成要件の理解については、安達治光「構成要件論の意義 序論的考察」法時81巻6号12頁以下(2009年)。この論文の末尾で示唆したように、本稿にはその続編という位置付けがある。

まず、社会的相当性を違法性阻却ないしは正当化事由とする考え方に對してであるが、中期ヴェルツェルの考察において指摘したように、これに関しては、基本的に二つの方向性があるように思われる。第一は、我が国で一般的に理解されているように、これを違法阻却の規整原理、あるいは一般原理とする方向である。しかし、社会的相当性をこのような方向において把握することは、行為の正当化の判断において、社会倫理の観点を持ち込むことに道を開く可能性がある。すなわち、社会的相当性をこのように位置付ける場合、これには、保護利益の消滅、優越利益、法ないしは権利の確証といった個別の正当化事由を基礎付ける原理に對し、「社会的相当性」という観点から規制を掛け、その効果を減殺してしまう作用を有しかねない。それは、先にみたように、刑法の発動の根拠となる社会的侵害の実体を見失わせる。倫理違反そのものを処罰することは、今日の刑法の役割に反するといえるであろう。他方、社会的相当性の概念を認めることが、論理必然的に、違法性阻却に社会倫理の視点を持ち込むことにつながるわけではない。ツィップのように、正当化の役割は本来的に、侵害利益と、具体的状況においてこれと対立する保全利益の衡量にあるのであり、形式的な利益侵害の社会的受容性そのものとかかわる社会的相当性は、基本的にこれと関係を持たないとすることも可能である⁷⁴⁾。

これに對し、ドイツにおいて社会的相当性を正当化の一般原理として理論的に根拠付けたのは、実は、消極的構成要件要素論なのである。たとえば、シャフシュタインはこのような立場から、「社会的相当性は、特定の生活状況にある態度について、そのような状況に置かれた人間が通常一般的な承認に従い、それゆえ正当化事由ではその法定化が図られているにすぎない前法的な秩序観念が存在することを、概念的な前提とする。そこでは、制定法および裁判官による法創造的な欠缺の補充の任務は、まさに正

74) Zipf, a. a. O. (Fn. 62), S. 645ff.

当化事由の領域においては、社会的に相当な態度の法定化を超えている⁷⁵⁾とする。ここでは、社会的相当性は歴史的に生じた前法的な社会倫理的観念として構成要件の基礎に置かれ、(不法を根拠付ける)積極的な該当性判断を規定するとともに、その消極的要素である正当化事由に対しても、法定化の有無を問わず基本原理として創造的および規制的作用を持つことになる⁷⁶⁾。社会的相当性を正当化するすなわち違法性阻却の「一般的」原理と位置付ける場合には、その裏返しとして、社会的不相当が違法性を根拠付けることになる。そして、違法行為の類型化である構成要件は、当然、社会的に不相当な行為の類型化でもあることになる。そこから逆に社会的に相当な行為の構成要件該当性が否定されることにもなる⁷⁷⁾。たしかに、違法性を基礎付ける原理とそれを阻却する原理を同一のものとして理解することは、理論的にはスマートである。しかし、そうすると、結局、違法性判断は、たとえば社会的相当性の有無のみを判断すればすむ。不法を基礎付ける積極的要素とそれを阻却する消極的要素を、構成要件という同一の平面に置く消極的構成要件要素論は、このことを意識したものと言える。これに対し、我が国で見られるように社会的相当性を正当化の一般原理とするとしつつ、構成要件該当性と正当化をそれぞれ別々の平面に置くと、たとえば、正当防衛による人の殺害などの場合に、一旦、その態度の構成要件該当性を認めて、すなわち社会的相当性を否定し、その後、違法性阻却を認めるすなわち社会的相当性を肯定するという論理的には矛盾とみられる判断をすることになる(そして、それは中期ヴェルツェルの抱えた体系矛盾と同質の問題といてよい)。それは結局、社会的相当性という一般原理の概念内容と、構成要件および正当化というそれを具体化する概念との論理的関係が十分に整理されていないことの証左であるように

75) F. Schaffstein, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), S. 393f.

76) Vgl. auch Hirsch, a. a. O. (Fn. 39), S. 85f.

77) Vgl. Schaffstein, a. a. O. (Fn. 75), S. 393. もっとも、それは構成要件の限定解釈の必要性の前提として言われるだけであり、構成要件の類型性まで否定するものではないといえよう。

思われる⁷⁸⁾。

第2の方向は、中期のヴェルツェルがそうであったと思われるように、社会的相当性そのものを独自の正当化事由とすることである。周知のように、ドイツ刑法には我が国の刑法35条後段のような一般的正当行為と解し得る規定は存在しないので、ヴェルツェルはその正当化の形式を慣習法的なものに求めた。この立場からは、藤木博士が示唆されるように⁷⁹⁾、我が国の35条後段を社会的相当行為の正当化に関する規定と解する余地はあるかもしれない。しかし、ここで理解される社会的相当性は、ある態度がはじめから犯罪とは考えられないという社会的受容と関係する事実の概念にすぎないので、実は、その正当性に関しては述べるところがない。たとえば、誇大とも思われる宣伝により顧客を取引に参入させ、結果的に損害を負わたとしても、それが当該取引慣行上、通常あり得るやむをえない損害であった場合、そのやり口が何らかの法規違反に問われる可能性があったとしても、その社会的通常性のために詐欺罪の処罰対象とは考えられないこともあり得る。また、この立場が社会的相当性を正当化事由だけではなく、構成要件該当性とも関係するとみる場合には、第1の方向と同様の理論的問題を抱えることになる。

このようにみえてくると、後期ヴェルツェルと同様、社会的相当性は、行為の違法・適法という価値判断とは切り離れた上で、これを構成要件該当

78) 構成要件の形式性と正当化の実質性という判断の性格の違いを言うだけでは十分でない。ここでは、社会的相当性という単一の原理が、両平面において異なる現れ方をする根拠が理論的に説明されなければならない。すなわち、本文で指摘したような矛盾を解決するには、構成要件該当性を否定する「社会的相当性」と正当化を基礎付ける「社会的相当性」の内容および関係について説明されなければならない。両段階で基準を分けるものとして、U. Klug, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, FS für E. Schmidt, 1961, S. 249 ff.

79) 藤木・前掲(注4)「社会的相当行為」57頁以下参照。ここでは、藤木博士は、社会的相当性の思想を正当化事由の基礎に置く福田博士と異なり、中期ヴェルツェルと同様正当防衛等の個別の正当化事由に該当する類型と、社会的相当性に関係する類型を区別される。

性の判断において考慮するのが、概念的にも、体系的な位置付けとしても一貫するように思われる。これとかかわって、社会的相当性を構成要件該当性を阻却する一般的な原理と解することに対し、福田博士は、たとえ行為者を処罰から解放する方向のものであっても、このような漠然とした原理を構成要件該当性判断に持ち込むことは、保障機能を弱めると批判される⁸⁰⁾。たしかに、構成要件を行為規範による禁止の対象としてみる場合、その範囲が不明確であることは、これと関係する行為者の法的な立場を危うくするかもしれない。しかし、はじめから社会的に受容される行為を形式上処罰の対象に含めるような考え方こそ、市民に対し無用の萎縮的作用をもたらすというべきである⁸¹⁾。保障機能侵害を言うだけでは、構成要件論において社会的相当性の概念を否認する根拠とはなり得ないと思われる。もっとも、(超法規的か、制定法化するかを問わず)これを一般条項として位置付ける場合、今度は濫用の危険が生じ刑罰法規の保障的機能を危うくする可能性はある。特に、一般条項が一人歩きし、これに社会的現実とかけ離れた、人権保障上問題のある特定の価値観が組み込まれるとき、その危険性は高まる。さらに解釈論としてみても、個別の構成要件要素から離れていわば裸の社会的相当性を判断することは、藤木博士のように、刑法35条のような総則規定を手がかりとするとしても適切とはいえない⁸²⁾。というのも、罪刑法定主義に鑑みると刑法解釈の出発点は、個別の刑罰法規の適用可能性の問題であるからである。それゆえ、社会的相当性はあくまで、社会的現実即ちした個別の構成要件解釈において前提とされる図式として理解されるべきである。

80) 福田・前掲(注4)114頁。

81) (注70)の指摘を参照。なお、ピラ配布と住居侵入罪の成否という問題から、この点にアプローチしたものとして、安達光治『立川自衛隊宿舎反戦ピラ入れ事件』に関する小考 刑法の立場から 立命館法学310号26頁以下(2007年)。

82) 藤木・前掲(注4)の2論文参照。

(5) 構成要件の解釈図式としての社会的相当性

もっとも、そうであれば、重要なのは個別の構成要件解釈のあり方であって、そこで殊更に社会的相当性という一般の原理のようなものを定立する必要はないという批判もあり得る。ヒルシュは、社会的相当性を構成要件該当性を否定する要因として考えるとするなら、それは消極的構成要件要素論を前提としなければならないという(正当化の一般原理とする見解について先に述べたこととも関係する)批判に応え、社会的相当性の適用事例とされるものの多くは、個別の構成要件要素の解釈ないしは正当化事由の問題として解決すれば足り、社会的相当性は一部の構成要件要素の解釈において考慮される観点にすぎないとする⁸³⁾。むしろ、このような大雑把な概念を断念することで、精密な解釈論的分析をなすですませることの危険性が軽減されるとさえ言う⁸⁴⁾。たしかに、社会通念のような漠然とした概念が精密な解釈を妨げる危険性は、どれほど意識してもしすぎることはない。しかし、エーザーが指摘するように、個別の事例において、文言上構成要件に該当する態度がそれにもかかわらず阻却されるかどうかの問題に対する解答を、通常性、取引慣行、社会的相当性などによらず、他の基準に依拠することが困難な場合もあることは事実であろう⁸⁵⁾。たとえば、郵便配達員に対する新年のささやかなお礼の贈り物のケースにおいて、ヒルシュはその程度の贈り物であれば公務の公正さに対する社会的信頼というわいろの保護法益は侵害されないとするが、そのような判断を支えるのは、彼自身が認めるように、その贈り物の通常性なのである⁸⁶⁾。また、

83) Hirsch, a. a. O. (Fn. 39), S. 81. 具体的考察について, S. 87ff. Vgl. auch C. Roxin, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, FS für U. Klug, 1983, 303f.

84) Hirsch, a. a. O. (Fn. 39), S. 135.

85) A. Eser, „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? – Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen –, FS für C. Roxin (2001), S. 208.

86) Hirsch, a. a. O. (Fn. 39), S. 126ff. いわゆる信頼保護説からのこのような説明は分かりやすいが、わいろの保護法益を公務の公正さそのものと捉える純粋性説でも同様に解することはできよう。社会的慣行の範囲内で行われるお礼の類が職務の公正さを害するとは

詐欺罪や背任罪などにおいても、通常取引慣行の範囲内にある場合、たとえ欺罔的手段や任務違背的行為によって、相手方ないしは本人に財産的損害を与えたとしても、その成立が否定される場合がある。この点につきここで精密に検討する暇はないが、たとえば、「経済取引上の交渉事として社会的に容認される範囲を超えない限り」、事務処理者が本人に対し背任罪の罪責を問われる場合にも、共犯者は共同正犯の責任を問われることはないとする北國銀行事件の差戻審無罪判決（名古屋高判平成17年10月28日高等裁判所刑事裁判速報集平成17年度285頁）はこのことを端的に物語っている。本件の被告人は、交渉においてその立場から相応に強く要請を行ったようであるが、それでもなお経済取引上の交渉事としてみた場合の社会的許容性に着目し、その範囲を超えないことから、背任罪の共同正犯の成立が否定されているのである。このようにみえてくると、態度の社会的通常性という意味での社会的相当性は、一定の解釈図式として意義を有することが分かる。

そこで問題は、このような図式を犯罪概念においてどのように位置付けるかにあると言える。因果的にのみ基礎付けられた犯罪概念には、もはやこれを受け入れる用意はないように思われる。たしかに、ヒルシュがいうように、わいる罪などでは、保護法益から説明する余地は残されているかもしれない。しかし、北國銀行事件のような財産犯罪で、単純にそのようなロジックに依拠することは困難であろう。しかも、この事例では、共同正犯者である被告人の側から、事務処理者の側に交渉を強く要請する形で持ち掛けていることから、相当因果関係も明白なのである。そうすると、結局、社会的相当性そのものを図式として援用しつつ行為者に対する背任罪（の共犯）としての帰責を否定することを可能にする体系が求められよう。この場合、可罰的違法性が否定されることから、可罰的違法

言えない。これに対し、不可買収説では、一応の対価関係は認められると言えるのである（Vgl. Eser, a. a. O. (Fn. 85), S. 200），たとえば、殊更に買収の意味を持たないなどという形で、その社会的通常性が前面に出てこざるを得ないように思われる。

類型としての構成要件に該当しないとしても、事情は変わらない⁸⁷⁾。なぜ、「なぜ可罰性が否定されるのか」と問われるとき、このようなケースでは、結局、行為者の態度の社会的受容性すなわち社会的相当性に帰ってこざるを得ないと思われるからである⁸⁸⁾。

他方で、後期ヴェルツェルの社会的相当性による解決も、なお未整理なものを含んでいるように思われる。それは、彼が「行為自由」の文脈で取り上げた2つのBGH判例のケースに現れている。妻が自殺する危険性がある場合に、半ば見殺しにして同居関係を解消しようとする夫の態度が我々の社会において果たしてノーマルなものといえるか、再考の余地はあろう。また、飲食店のドライバーに対する酒類の提供は、昨今の道交法厳罰化改正を促した背景に鑑みれば、現在の我が国の社会ではもはや通常性を認めることはできないと思われる⁸⁹⁾。既婚者が同居関係を解消したり、飲食店が酒類を販売する自由は一般的には存在するが、しかし、それが相手方や第三者の生命、身体を毀損する危険性がある場合、単純にその自由に依拠することは許されない。実際、ドライバーへの酒類の販売は法律で禁じられている社会もある。それにもかかわらず、「行為自由」の枠組でもって発生結果についての構成要件該当性を否定するのであれば、それは、その結果が相手方の自由領域で生じたことの反映でしかないように思われるのである。すなわち、各人にはそれぞれ自由領域が存在するが、それはそこで生じた結果について原則的にその者が責任を負うことを意味する。このような答責原理を根底に据えてはじめて、「行為自由」による構成要件不該当を論じることが許されるように思われる。これは、たとえば、先

87) 断言はできないが、生田・前掲(注1)における全体の趣旨からすると、生田教授はこの解決を指向されるのではないかとと思われる。

88) 中山/浅田/松宮・前掲(注70)77頁以下〔松宮発言〕参照。利益衡量による解決も考えられるが、この場合、銀行側の財産的利益と信用保証協会側のそれを単純に比較することは難しいように思われる。

89) 実は当時のドイツでも、それは飲食店法(Gaststättengesetz)に違反するものであったとされる。

に取り上げた，危険なスポーツを自らの意思と責任で行うケースからも明らかのように，行為そのものの通常性という社会的相当性とは区別される。

4. おわりに

本稿では，ヴェルツェルの社会的相当性概念の変遷につき，教科書での説明を基にしながらか，その背景的事情を含めて詳述し，その上でこの概念に対する批判に応える形で，その意義について考察してきた。その結果明らかになったことを簡潔にまとめると，以下のようになる。

社会的相当性に対しては，社会倫理を犯罪概念に取り込むことがしばしば批判の対象とされる。しかし，本稿での検討からは，この概念は必ずしも社会倫理の要素を含むものと理解する必要はなく，社会的通常性ないしは受容性という形で規定する方が事理に即している。そして，それは我が国で広く理解されているように，正当化ないしは違法性阻却の一般原理というより，一定の犯罪類型における解釈図式としての役割を果たす。後期ヴェルツェルの社会的相当性論は，まさにそれを指向したものであり，その解決は一定の妥当性を有する。特に，社会的相当性を正当化事由としつつ，それが構成要件をも規制し得るとすることに内在する体系的矛盾が，彼の最終的な転回の理論的基礎にあったことは重要である。というのも，それは社会的相当性を違法性阻却の一般原理としつつ，構成要件解釈の基礎でもあるとする我が国の有力説には，この矛盾がより直截的に現れると言えるからである。もっとも，最終的なヴェルツェルの社会的相当性の構想も，なお未整理なものを含んでおり，社会的相当性の構成要件を限定する解釈図式としての有用性を認めるとしても，そのような役割を果たす図式はこれに尽きない。むしろ，ヴェルツェルが社会的相当性で説明するケースの中には，答責原理など他の解釈図式の有用性を示唆するものが含まれるからである。

そこで，これらを犯罪概念として統一的視点から整理し得る理論である

が、筆者は、客観的帰属論がそのような役割を担い得るのではないかと考えている⁹⁰⁾。とはいえ、本稿で取り上げた社会的相当性や、その必要性が示唆される答責原理が、結果の客観的帰属という統一的観点からどのように整理され、具体化されるのか、この点については今後の研究の中で明らかにされるべきテーマである。さらに、本稿の検討対象であった社会的相当性の概念について、あるいは、その今日的意義について、個別問題も含め検討されるべき課題は山積している。その意味で甚だ中途半端なものであるが、さらなる研鑽をお約束することで、本稿を生田、大河両先生に謹んで捧げたい。

90) 客観的帰属論が登場してきた背景およびその展開に関する筆者の論稿として、安達光治「客観的帰属論の展開とその課題(1)～(4・完)」立命館法学268号112頁以下、269号252頁以下(前掲・注6)、270号19頁以下(以上、2000年)、273号87頁以下(2001年)の他、同「客観的帰属論の意義について」国学院法学40巻4号98頁以下(2003年)、同「客観的帰属論 体系論という視点から」川端博、浅田和茂、山口厚、井田良(編)『理論刑法学の探究』(成文堂、2008年)45頁以下、同「因果主義の限界と客観的帰属論の意義」刑法雑誌48巻2号221頁以下(2009年)参照。この点、ロクシンは、社会的相当性は客観的帰属論の先駆者と認めつつ、その独自の意義については否定的にみるが(Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 33ff.), 彼自身認めるように、その場合でも、社会的通常性の視点は構成要件解釈すなわち客観的帰属の判断において重要な役割を果たす場合があると思われる。