

可罰的違法性論と社会的相当性論

三 枝 有

目 次

一 序 論

二 社会的相当性論の検討

(一) 西ドイツにおける社会的相当性論

(二) 我国における社会的相当性論

(三) 社会的相当性論に関する私見

三 終 論

——可罰的違法性論の再認識——

一 序 論

今日のように、社会生活関係が複雑・多岐化した状況では、刑法による保護を必要とする法益（生活利益）も、生命・身体・有形的財産などの伝統的犯罪の法益から、人格権的利益をはじめとして、各種の無形的な利益にまで拡張

化する必要性が生じてきている。これらの新しい法益については、その侵害に対しどこまで保護を及ぼすべきか、その客観的判断尺度および範囲につき不明確であり、かつまた、他の法益と衝突する場合における保護の限界につき問題が生じる。すなわち、憲法上生成途上にある権利（例えば、環境権）の行使による犯罪、あるいは生成途上にある権利そのものへの侵害は、今日非常に問題^①となつてきている。特に、生成途上にある権利行使が、形式的に伝統的犯罪類型に該当してくる場合が問題となつてくる。

第一に、生成途上にある権利は、それ自体が、判例上においてすら正式に確立されたものとなつていないため、その行使による犯罪成立については、厳格な要件を伴う緊急避難はもちろんのこと、正当防衛も成立しがたいのである。さらには、労働争議行為のように、法令上の行為^②であるいは、正当（業務）行為とも解しがたく、そうした権利の行使は、被害発生と同時に、ほぼ確実に犯罪として成立することとなるのである。

以上から明白なように、新たに発生してきた生活利益、特に生成途上の利益については、伝統的犯罪を前提とした刑法理論を修正することなく適用してゆくこと自体に無理、不合理があるのみならず、生成途上にある権利、法益を制限し、民主的な社会活動を阻害する虞れが大いにあるといわざるをえない。それ故に、刑法の「謙抑性」、法の「社会性」を念頭に置いて、民主的な市民社会活動を、最大限有効に行なわしめるための刑法理論・解釈の必要性が生じてくるのである。

それでは、このような社会に新たに発生・生育してくる利益（法益）は、如何なる段階にて、如何なる形式（理論）により取り扱われるべきであらうか。すなわち、それは当然に、構成要件ならびに違法の各段階にて、可罰的違法性論もしくは、社会的相当性論として取り扱われるべきものである。

このように、本稿では、可罰的違法性論と社会的相当性論という既に耳慣れた理論の新しい側面の認識の上に立っ

て、「可罰的違法性」と「社会的相当性」との関連をより明確にし、最終的には、「社会的相当性」概念が不必要なものであることを立証し、そのことによって「可罰的違法性」の理論的充実をはかろうとするものである。^③

以下においては、社会的相当性論につき、西ドイツと日本との理論を対比、検討したうえ、可罰的違法性論との関連を究明するものである。

〔注〕

(1) 法律手続上、正当な許可を得た所謂ラブ・ホテルの建築行為とこれに対する周辺の婦人団体による環境権侵害にもとづくラブ・ホテル建築妨害行為(威力業務妨害罪)との関係——財産権対環境権——にみられるような憲法上の価値序列の異なるものから、憲法上同等の価値序列内にある法益同志の衝突(例えば人格権対人格権)まで、その形態は様々である。

(2) 中山研一教授によれば、労働争議行為は、法令上の行為と考える(『刑法総論』(昭和五九年)二九四頁)。このような把握の仕方は、歴史的に発展してきた権利に確固たる保護法益の地位を与える方法として極めて妥当なものと思われる。

(3) 同じ様な観点より、社会的相当性論を分析し、可罰的違法性論に到る考察方法をとられる優れた論著として前田雅英助教の『可罰的違法性論の研究』(昭和五七年)二一九頁以下があるが、結論的には私の考える所といささか異なるように思われる(参照、拙稿「可罰的違法性論に関する一考察」中京大学大学院生法學研究論集第三号(一九八三年))。

二 社会的相当性論

(一) 西ドイツにおける社会的相当性論

ヴェルツェルは、許された危険の法理より理論としての社会的相当性を行為無価値的に構築・発展させた。ここでは、まずヴェルツェルは、構成要件を「歴史的に生成された社会生活秩序を著しく逸脱する行為形式」(傍点——引用者)にとらえ、構成要件すなわち刑法的不法類型とし、構成要件に該当する行為は、原則的に違法である(例外的

構成要件 (Ausnahme tatbestand) の存在に留意) とした。それ故に、社会的相当性ある行為は、構成要件から排除される⁽³⁾ことになる。しかしながら、この段階においてみる限り、社会的相当性概念は、歴史的に形成された社会生活の社会倫理秩序の立場からの、事的、性格の強い判断であると十分に解しうるのである。⁽⁴⁾にもかかわらず、ヴェルツェルが、「社会的相当性は、構成要件の基礎にあり、構成要件によって (暗黙のうち) 前提とされている社会的放任行為 (Handlungs freiheit) である。それ故に、社会的相当行為は、刑法上の構成要件から排除されるし、…」という場合の社会的相当性の内容は、もはや歴史的、事的性質のものから離れ、人的違法概念 (Personaler Unrechtsbegriff) のもとに積極的に行為無価値を導入しているのである。ここに到ってはじめて、ヴェルツェルの社会的相当性論は、ナーグラーやH・マイヤー⁽⁵⁾による社会的相当性概念の曖昧性ならびに一般条項性——罪刑法定主義違反——の批判をうけることになる。しかしながら、ヴェルツェルの社会的相当性論の優れた側面は、現実の社会生活に存在することを許容された無数の法益侵害を、構成要件の保障機能を最大限發揮させることにより、⁽⁶⁾刑罰法規の門前である構成要件該当性において排除するという手段をとったことである。勿論、行為無価値論に立って構成要件を不法類型と見ること自体に曖昧性・抽象性を隠しきれないことは確かではあるが、ここにおいてさえヴェルツェル自身が、従前の如く構成要件に歴史性・事実性を導入していることからいっても、極端な行為無価値的考察を制限し、社会的相当性に或る程度のしほり⁽⁷⁾をかけていたように思われる。

ヴェルツェルにおける社会的相当性論の失敗は、まさしく人的違法観にもとづく行為無価値論に立って違法論を構成したため、不法行為類型たる構成要件の保障機能を、本来強めるように働くはずの「社会的相当性」が、逆に曖昧化・抽象化をまねくことになったことである。しかしながら、現実生活において許容されている行為や生成途上の権利・生活利益等を刑法の謙抑性に立って排除してゆく考え方には、優れたものがある。このことから、社会的相当性

論は、行為無價値的ではなくむしろ結果無價値的に構成されなおしてこそ刑法理論に確固たる地位と意義を有するものと思われる。そして、社会的相当性の結果無價値的再構成こそが、まさしく可罰的違法性論なのである。

前述の教科書十一版におけるヴェルツェルの社会的相当性論は、教科書一版以来の様々な学説による批判にもとづく修正・改説の上に成立している。このようにヴェルツェルの社会的相当性論に様々な影響を与えると共に、より発展させた学説のうち、特に有力な学説を以下に紹介し、検討することで、社会的相当性論の動向をさぐることにする。

ヒルシュは、まず社会的相当行為を「社会上、歴史的に生成した正常なる社会的倫理秩序の範囲内で行なう活動」とし、ヴェルツェルの掲げる大半が構成要件要素欠缺が普通の正当事由によるものであるとし、例外的に構成要件要素の解釈基準としてのみ社会的相当性の理論の存在を許容したにとどまった。このようなヒルシュによる社会的相当性概念の全面的な否定は、ヴェルツェルの構成要件論を純粹に貫徹させることを目的としてなされた明確化・形式化であるが、それですら軽微犯罪については、社会的相当性を例外的に適用せざるをえず、シャフスタインをして暴力的な体系形式の純化であるときめつけさせる結果となるのである。

また、キーナツペルは、¹³⁾ベールリング流の構成要件をとり、社会的相当性を構成要件の解釈原理として取り込むが、やはり社会的相当性そのものに対しては一般条項であるとして批判的である。しかしながら、キーナツペルが目指すベールリング流構成要件論は、彼自身が構成要件判断そのものあまりに過大な実質的価値を導入したために、¹⁴⁾その本来的な機能の場を失っているといえよう。

以上のヒルシュ、キーナツペルからわかることは、構成要件論を純化し、その保障機能を最大限に働かせるとともに、社会的相当性概念を排除してゆくことは、刑法の現実社会への対応を諦めるか、最低限の譲歩として構成要件解釈基準として社会的相当性を導入することを許容せざるをえなくなる。このような理論的妥協は、実は構成要件が違

法類型として、ある程度類型的に違法性の程度（レベル）にもとづき排除しうる機能をもつこと、および排除不能なものにはさらに違法段階におけるより実質的な違法性検証（阻却）過程がひかえていることを意識できなかったために、なされたものである。以下では、この構成要件ならびに違法の二段階で機能する社会的相当性概念（もはやそこではヴェルツェルが予定した行為無価値的な「社会的相当性」とは異なり、より生育・発展した別の理論へと転化しているといえようが）を検討することにする。

シャフスタインは、ヴェルツェルが社会的相当性を一般的解釈原理であるとする意味を充実させ、構成要件全体の制限原理とし、概念の必要性——特に構成要件における微罪な不法行為を構成要件段階で不可罰とする——を説くのみならず、積極的に擁護にまわって、慣習法的、超法規的な構成要件の制限は、可罰性を縮少・限定する機能をもつもので、何ら可罰性を拡張する機能をもたないから、罪刑法定主義に反しないと主張したのである。もっとも、シャフスタインは、その構成要件論において、消極的構成要件要素の理論をとりながら、社会的相当性は、構成要件該当性と正当化の区別を否定する「中間項」としての役割をもち、それ故に積極的構成要件にも消極的構成要件にもかかわるとする点で理論的矛盾を生じているのである。¹⁷⁾

しかしながら、シャフスタインが消極的構成要件要素の理論の上で社会的相当性概念を把握したとはいえ、軽微な微罪行為を構成要件段階で不可罰として扱うヴェルツェルの理論を高く評価している点のみがせない。¹⁸⁾

シャフスタインより以上に精巧な論理をもって社会的相当性を構成要件・違法と分離して考察してゆく過渡的段階にある理論としてクルークとツィップの理論がある。

すなわち、クルークは、社会的相当性とは異なる社会適合性（Sozialkongruenz）なる対立概念を主張し、不利益の付加の些少性（Irrelevanz）・侵害（結果）の軽微性を社会倫理概念でとらえ、社会適合性がない時には、構成要件が

形式的に充足されても構成要件該当性は存在しないとするのである。⁽²⁰⁾クルークは、結果無価値的に意味をなさない軽微な微罪行為を、一旦日常的に社会生活上正当視されているかどうかという行為無価値におき換えた上で、構成要件該当性判断(社会適合性判断)を行なうのである。そして社会適合性があるといえる場合は、まさしく明確に類型性を備えている場合であるとする。⁽²¹⁾この類型性の重視は、ヴェルツェルの歴史性・事実性の重視傾向とも相いつながらるものである。そしてこのような構成要件阻却として社会的相当行為をとらえてゆく考え方は、次のツィップフにその典型をみるのである。

ツィップフは、社会的相当性は、積極的に法秩序を補充する原理であり、社会において承認された慣習による社会的に重要な態度(行為類型)として把握している。そして、このような類型的社会的相当行為は、形式・類型的判断を前提とする構成要件段階の問題であり、違法段階の問題ではないとしている。そしてさらに、社会的相当性および法適合性⁽²²⁾(rechtskontornes Verhalten)は、類型化された不法形象と具体的な不法形象との間に存し、それは具体的に違法性を徴憑せず、犯罪類型に包摂される可能性をもたないのである。⁽²³⁾ツィップフの社会的相当行為類型は、社会変化に対応し、しかもそれが類型的であるが故に、構成要件の明確化の要請に十分答えうるものではあったが、類型化作業の基準とその範囲につき困難な問題があるだけでなく、類型行為のすべてを可罰性なしとする点において、逆に特別の主観的要素(例えば害意)が存在した場合において、少なくとも社会的相当行為類型が結果無価値的ではなく、行為無価値的に構成されている以上は、構成要件該当性を肯定せざるをえなくなり、類型的社会的相当行為論としての存在意義を失うものである。もっともこのような問題は、先述したヴェルツェルの歴史性・事実性を重視した社会的相当行為の考え方にもあてはまるものである。

以上のように、クルークとツィップフの理論は、社会的相当性を構成要件において、しかも類型的に構成要件該当

性を排除するものとして考察していたといえる。しかしながら、類型化そのものに既に説明したように問題点があり、また實際上類型性判断作業において間違いなく構成要件該当性を欠くものは、軽微犯罪類型ぐらいのものである。そして、このような軽微犯罪類型——結果無価値的に意味をもたないもの——をあえて行為無価値的に構成しなおす場合には、本来構成要件該当性なき行為が、構成要件該当性を帯びる可能性すら十分に有しているのである。それ故に、構成要件段階における社会的相当性概念の機能はまさしくクルークやツイップの指摘したとおりであるのだが、彼らの理論をより明確な理論として構成要件論に定着させるためには、違法行為類型たる構成要件ならびに違法の各段階をとおして、行為無価値論ではなく、結果無価値論によって構成されることを必要とする。アメリカ法律協会模範刑法典第二・一二条「微罪 (De Minimis Intractions)」の(2)は「被告人の行為が、その罪を定めた法律の防止しようとする害悪もしくは脅威を現実には発生させず、または、発生させた害悪もしくは脅威の程度が全く軽微であって、有罪認定による非難に値しない時」には公訴棄却となるとしている。このことは、軽微犯罪が結果無価値的に構成しうることを十分に物語っているといえる。勿論、結果無価値的に違法性および違法行為類型を構成することは、決して容易なものではないが、各犯罪類型ごとに、予定された法益侵害および危険性の量定化・規準化をはかることで十分に適用可能な、実践的理論となりうるのである。

社会的相当性を構成要件ならびに違法段階において積極的に構成した学者にガルラスがいる。彼の理論は、社会的相当性概念を可罰的違法性論に転化・発展させる上で極めて重要な意義をもつものである。

すなわち、ガルラスは、まず形式的構成要件該当性を実質的に制限する場合には、法治国家思想には反しないとして、構成要件の実質的違法類型化をはかろうとする。もっともこの前提としてガルラスは、⁽²⁰⁾犯罪の違法の重大性は、法益の侵害またはその脅威を尺度とすることで測定できるとするが、ある行為が刑罰を科され、それにより犯罪とさ

れるか否かは、法益侵害および脅威ではなく、法益侵害の特別な量と質に依存するとしている。そしてこの量的要因 (quantitatives Moment) と特別な質 (Besondere Qualität) とにより構成される法益に向けられた攻撃は、より大きな危険性 (größere Getährlichkeit) と特別な反良俗性 (desondere Sittenwidrigkeit) により決定されるのである。このようにガルラスにおいて、犯罪的違法性の問題と犯罪として断定される当罰的価値 (Strafwürdiges) の問題を明白に区別し、その機能・基準を異にするのである。このような犯罪理論に立つガルラスでは、社会的相当行為類型として違法性が欠如する場合に構成要件該当性を否定し、他方構成要件に該当するが違法段階で可罰性が欠如するものが存在することになる。すなわち、ガルラスにおいては、従前の行為無価値面からのみの社会的相当性概念の構成とは異なり、むしろ結果無価値を或る程度は重視しつつ、より極端な行為無価値をその本質とするために、社会的相当性を構成要件ならびに違法の各段階で考慮すべきことになるのである。

以上検討してきたことから、西ドイツにおいては、社会的相当性の概念は、違法論における行為無価値論と結合し独自の発達をとげた。ここでは社会的相当性は違法論の核心というよりは、むしろ行為無価値論を制限するような形で、すなわち社会的相当行為類型として展開したのであった。しかしながら社会的相当性という超法規的概念は、やがてその便宜さから単に類型的に構成要件該当性を排除するという機能から、さらに進んで社会生活上の放任行為につき積極的に違法性を阻却してゆく機能をもつことになる。そしてここに到っては、もはや歴史性や事実性を背景にした類型化は不可能となるのである。すなわち、西ドイツにおける社会的相当性概念は、もはや本来の機能以上の働きをもたされ、理論的には、その曖昧性・一般条項性から言っても成立し続ける余地をもたないのである。それ故に、本来の社会的相当性とは異なった形 (例えば、社会適合性など) で西ドイツにおいても議論されてきたのである。もともと社会的相当性論は、ヴェルツェルにより構成要件段階での機能を本来の姿として形成されてきたもので

あり、違法段階での機能を付け加えるには、それなりの理論構成を必要とする。同時に、必然的に構成要件段階の社会的相当性と違法段階でのそれとは、機能・判断基準ともに異なってくるはずである。そのことを物語っているのがガルラスの社会的相当性論である。そして、ガルラスの社会的相当性論の二段階（構成要件ならびに違法）での適用方法は、従前の行為無価値論による社会的相当性概念ではなしえない異なった機能をもつわけであるが、このような把握方法は、違法性の本質を結果無価値として、行為の方法・態様などの行為無価値の要素を法益の侵害・危険との関係において考慮する立場⁽²⁷⁾において活用しうる。すなわち、構成要件が少なくとも違法行為類型であり、類型性・形式性の抽象的客観的判断段階である以上、そこでは純粹に結果無価値のみを、しかも法益侵害への客観的危険性の量——それは当該構成要件が予定した法益侵害の最低限度を充足しているかの問題——を検討するのである。また他方、違法段階では、当該構成要件の予定した法益侵害の最低限度を下まわるような要因（實質的違法性）を、行為の方法・態様などの行為無価値の要素が結果無価値に置き換わる限度において斟酌するのである。⁽²⁸⁾

このように、構成要件・違法の二段階にて實質的違法性を吟味してゆく考え方は、一見ガルラスの理論と類似はしているが、その實質は、結果無価値であり、しかも構成要件段階での類型的・形式的判断において排除されるものは、定型的輕微犯罪であり、違法段階での結果無価値に転化しうる行為無価値の衡量は、まさしく犯罪不成立の方向にのみ積極的になされるべきである。そして、当初構成要件該当性により推定された最低限度の違法性が減少して、もはや刑法上問題とすべきレベルを割った時には、その時点で犯罪として不成立（可罰的違法性なし）となるのである。

以上のように、結果無価値的に、しかも二段階におよんで違法性を吟味するのが妥当である以上、行為無価値論的構成が主体となる社会的相当性概念は、もはやその曖昧性・一般条項性からいっても、具体的に検証の可能な概念、

すなわち可罰的違法性に取って代わる必要性が生ずるのである。

以下の項目では、主に我国の学説を検討し社会的相当性概念の可罰的違法性概念への転換が妥当なものかどうかを検討することにする。

〔注〕

- (1) もっともヴェルツェルは、社会的相当性論につき変説をかさね、彼の教科書一版・二版および九版以後十一版までは、構成要件該当性阻却、三版から八版までは違法性阻却としていた。本著では十一版における立場(構成要件阻却)こそが最も首尾一貫したものと考え、以後はこれを中心に論を進めるものである。なお、変説については、西山雅明「社会的相当性の理論」西南学院大学法学論集一卷一号一六五頁以下が詳しい。
- (2) Hans Welzl, *Das Deutsche Strafrecht*, II, Aufl., 1969, S. 55.
- (3) Welzel, a. a. O., S. 57.
- (4) このような考え方は、社会的相当性論を社会的相当行為類型として客観性・事実性をもたせることにより構成要件の形式性と合致するものである(大野平吉「可罰的違法性の理論について」(イ)判例タイムズ二八〇号三五頁。莊子邦雄『刑法総論(新版)』(昭和五六年)一九五頁)。もっともこの考え方においても、歴史的事実行為のすべてを(すなわち、特別の害意等を持つている場合まで含んで)構成要件に該当しないもしくは阻却するわけではない。(Welzel, a. a. O., S. 55.)としてる。
- (5) ヴェルツェル自身も「構成要件においては、刑法の社会的歴史的な性格が明らかになる。」(Welzel, a. a. O., S. 55.)としてる。
- (6) Welzel, a. a. O., S. 56.
- (7) Hellmuth Mayer, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1953, S. 108.
- (8) Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW Bd. 58, 1939, S. 516 ff.
- (9) Hans-Joachim Hirsch, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, ZStW Bd. 74, 1962, S. 79.
- (10) Hirsch, a. a. O., S. 89f., 90f.

- (11) Hirsch, a. a. O., S. 99f., 106ff.
- (12) Friedrich Schaffstein, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW Bd. 72, 1960, S. 384.
- (13) Diethelm Kienapfel, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 1961, S. 181f.
- (14) Kienapfel, a. a. O., S. 107ff.
- (15) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, II. Aufl., 1969, S. 56.
- (16) Friedrich Schaffstein, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW Bd. 72, 1960, S. 376. 同旨、仲地哲哉「規範的構成要件要素と社会的相当性」愛知学院入学生論叢法學研究六卷二号六〇頁、中義勝「行為の社会的相当性と構成要件該当性」関大法學論集一二卷一号一七頁。
- (17) Hirsch, a. a. O., S. 84.
- (18) Schaffstein, a. a. O., S. 389.
- (19) 前田雅英『可罰的違法性論の研究』(昭和五七年)二九六頁以下。
- (20) Ulrich Klug, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechts system, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, S. 260.
- (21) Klug, a. a. O., S. 263ff.
- (22) シュンブンの言う法に適合した態度とは、常に社会的に相当な態度である。ただし、法に適合した態度は、必ずしも適法な態度 (rechtmäßiges Verhalten) と同一ではない。
- (23) Heinz Zipf, Rechtskonformes und sozialadäquantes Verhalten im Strafrecht, ZStW Bd. 82, 1970, S. 649ff.
- (24) Wilhelm Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW Bd. 67, 1955, S. 21.
- (25) Gallas, Beiträge zur Verbrechenlehre, 1968, S. 1ff.
- (26) Gallas, 注(24) 参照 a. a. O., S. 22.
- (27) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』一七四頁以下、平野龍一『刑法総論I』五一頁、内藤謙「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中義勝編『論争刑法』(昭和五一年)四一頁以下。
- (28) 拙稿「可罰的違法性論に関する一考察」中京大学大学院生法學研究論集第三号二七頁以下参照。

(二) 我国における社会的相当性論

西ドイツの前述のような学説の発展は、我国の社会的相当性論に多大の影響を与えることとなる。しかしながら、ここで注意しなければならないことは、我国では、西ドイツと異なり、違法論において純然たる行為無価値論を採用する学者はほとんどなく、何らかの形で結果無価値を取り入れていることである。

当初、社会的相当性は、せいぜい社会通念程度の意味内容しかもたず、犯罪成立を妨げる要因としては意識されなかったが、やがてヴェルツェルの人的違法論が導入されるに到り、積極的な意味を付与されてくるのである。

すなわち、藤木博士は、構成要件を可罰的違法行為の類型とし、⁽¹⁾構成要件が、社会的相当性を逸脱した法益侵害の類型であるため、「健全な社会通念によつて、一見して、不法性をもたず、一般の社会生活上あるいは社会生活の基本的単位としての個々の生活領域、職域、経済活動の領域等において、日常性、通常性を認められており、そのタイプの行為が、何ら処罰感情を喚起することがないもの、については、外形的には、構成要件の定める類型性をそなえているようにみえても、このような行為は、本来構成要件⁽²⁾性を欠くものと解す」⁽³⁾（傍点——引用者）ことになるのである。このように藤木博士は、行為の日常性、通常性を重視され、ヴェルツェルが構成要件において重視した歴史性・事実性と形は異なるにしても行為の類型性を見、重要視されているようにうかがわれる。しかしながら、藤木博士が、「ただし、外形上、社会的な相当性のある行為として類型化されているものに属するけれども、具体的には社会的相当性から逸脱した法益侵害行為であるものについては、原則に立ち戻つて、犯罪構成要件⁽⁴⁾性が肯定される」とされることにより、構成要件は、単なる類型的判断からより実質的な違法性判断に移行したものとなったのである。それ故に、藤木博士の所説に対しては、構成要件そのものに違法性判断の大半が流れ込み価値化され、構成要件該当即違法となるとの批判がなされることになる。⁽⁴⁾これに対し藤木博士は、構成要件での実質的違法性判断は、お

よそ違法性の存否一般に及ぶものではないとされて⁵⁾いるが、その実体は、違法段階での実質的違法性判断をなしうる場合を、正当業務行為の場合のほかに⁶⁾は、緊急行為的超法規的違法阻却事由にしか認めておらず、実質的違法性判断の大半は構成要件段階に存在することになる。このように過度に価値化された構成要件において、藤木博士は社会的相当性と並行して可罰的違法性という犯罪阻却フィルターを用いる。それ故に、この二つのフィルターの機能的区別が必要となるわけだが、両者ともに、社会的相当性の程度を逸脱した法益侵害行為が違法性の実質であるとの同一の行為無価値理論を背景に成立しているだけに、実質上その区別は不可能とな⁷⁾っているのである。このように基盤を同じくする二種の理論が併存することは、その存在意義が無意味だけでなく、適用基準および範囲の不明確性をまねき、理論としての妥当性を欠くものとなるのである。

このように構成要件を過度に価値化させ⁸⁾たうえで、社会的相当性を機能させる藤木博士の所説には、様々な問題点がある。それ故に、ヴェルツェルの社会的相当行為類型における歴史性・事実性を強調することで構成要件の価値化を妨ぎ、社会的相当性の曖昧性を排除してゆこうとする学説⁹⁾(¹⁰⁾ 莊子教授、大野教授)が主張される。しかしながら、このような考え方をとつても、如何なるものを社会的相当行為類型とするかの基準につき不明確さが残るとともに、構成要件段階で排除しきれなかった実質的違法性判断が違法段階に残されるため、より明確な基準の規定が違法段階において必要とな¹¹⁾ってくるのである。また、仲地助教教授は、社会的相当性を構成要件の一般的制限原理として位置づけるため、社会的相当行為類型をより明確な形で定義されるのだが、特に生成途上にある権利や生活利益は、構成要件において保護されることにならず、社会的相当性概念を主張してあえて構成要件にのみ従属させる必要性がなくなるのである。このような思考体系は、ドイツにおけるツィップフの理論と類似したものである。

また、これとは逆に藤木博士の価値に充ちた構成要件をより一層価値化・機能拡大化を押し進めて、構成要件の故

意規制機能を徹底するならば、必然的に中教授の主張される消極的構成要件要素の理論¹³⁾にいたることになる。あるいはまた、植田博士¹²⁾の如く可罰的違法阻却原因と違法阻却原因とが共に保護法益の不存在であるとされて、はじめから類型性を欠如するとの見解も考えうる。さらには、構成要件の違法類型性を強調して、刑法規範は二重の構造をもち、正当事由（前段）と構成要件（後段）の両者から認識され、構成要件該当性を違法性の一要素にすぎない¹⁴⁾とし、行為―違法―責任の犯罪体系にまで展開される西原教授の理論がある。

しかしながら、これらの理論は、罪刑法定主義の重大な要請である構成要件の形式化・類型化による法的安全性を無視してまで犯罪の個別化をはかる点において妥当性を欠くものといえよう。

さらに、前述の藤木博士の理論的問題点を回避する理論として福田教授の所説がある。福田教授は、社会的相当性を実質的違法性の内容をあきらかにするものとして把握し、社会的相当性を逸脱した法益侵害だけが違法だとする行為¹⁵⁾を無価値論重視の立場を採られる。教授はまた、ヴェルツェルと同様に、社会的相当性を、「社会生活の中で歴史的に形成された社会倫理的秩序の枠内にある行為」として歴史性、事実性を尊重されるのであるが、最終的には、社会的相当性概念は、社会的相当行為類型としてではなく、個々の構成要件要素の解釈にあたっての解釈、原理¹⁶⁾としてのみ構成要件に関連し、理論的価値をもつとされる。このことは、福田教授自身が社会的相当性の理論の曖昧性・一般条項性を認識されていることからの当然の結論ともいえよう。同様に、青柳教授も、社会的相当性概念の重要性を説きつつも、社会的相当性概念の曖昧性から、実質的違法阻却事由としての利用に躊躇され、構成要件の解釈原理としてのみ活用されるのである。

以上より、従前の藤木博士の所説において述べた如く、行為無価値的に社会的相当性および可罰的違法性の両概念を構成する際には、両概念の区別ならびに併存の必要性の証明は困難を極めるのである。このことは、可罰的違法性

概念につき、違法性の量と質をある程度問題にする福田教授の所説においても、違法性を行為無価値的に構成する以上同一の問題性をもつのである。福田教授が可罰的違法性を構成要件のみならず違法段階においてさえ機能させるとしても、社会的相当性と可罰的違法性の両概念の関係・機能は全く不明確のままであると言えるのである。

[注]

- (1) 藤木英雄『刑法講義総論』（昭和五〇年）七四頁。
- (2) 藤木・同右一二六～七頁。
- (3) 藤木・同右一二七頁、同著『可罰的違法性の理論』（昭和四二年）五一頁以下。
- (4) 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（昭和五六年）一八〇頁。内田文昭『刑法Ⅰ（総論）』（昭和五二年）一七五頁。
- (5) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』（昭和四二年）二二頁、同『刑法講義総論』一一九頁以下。
- (6) 藤木『刑法講義総論』一八四―五頁では、正当行為も場合によっては可罰的違法性なしとして構成要件該当性なしとされている。
- (7) 藤木『刑法講義総論』七八頁。
- (8) 藤木・同右一二七―八頁では、藤木博士は、可罰的違法性を欠く場合は、社会的相当性を認められる行為の範囲よりひろく、社会倫理的な判断、道徳、礼節のレベルでの判断としてはマイナス評価をとまなうにもかかわらず、刑罰を用いることなく我慢できる程度のものであるとされているが、実質的には可罰的違法性と社会的相当性との適用範囲はほとんど重複しているといえよう。また博士自身も両者を「表裏一体をなすもの」とされている。
- (9) 庄子邦雄『刑法総論（新版）』（昭和五六年）一九五頁、大野平吉「可罰的違法性の理論について」判例タイムズ二八〇号三五頁。
- (10) 仲地哲哉「規範的構成要件要素と社会的相当性」愛知学院大学論叢法学研究六卷二号六三頁以下。
- (11) 中義勝『講述犯罪総論』（昭和五五年）九〇頁以下、一三〇頁以下。同著「行為の社会的相当性と構成要件該当性」関西大法学論集一三卷一号六頁以下。

当性は、判例の使用する「社会通念上」という言葉とかわらぬ存在でしかなく、しかも判例上承認されてきた可罰的違法性論との差異が不明確のままになっているのである。

このようなことから、社会的相当行為類型説における社会的相当性は、所謂軽微犯罪の場合につき機能しうるにすぎず、この点から結果無価値的に社会的相当行為類型を編成しなせば、わざわざ社会的相当性なる概念を用いる必要性もなくなる。そして、解釈原理として社会的相当性が意味をもつとの見解については、解釈原理であるから検証不能な主観的曖昧な概念を用いてもよいという理由にはならないこと、および解釈原理といえども違法性概念に大きく左右されるわけであるから、ある程度まで明確な価値基準を究明できるものでなければならぬことから、たとえ解釈原理であるとしても社会的相当性概念を使用することは妥当性を欠くものと思われる。それ故に社会生活上放任された行為や生成途上にある権利および生活利益の刑法理論上の取り扱いの結果無価値論の上に構築された可罰的違法性論によってなされるべきものであると思われる。

結果無価値的に違法性を構成し、社会的相当性を刑法理論上問題とせず、かわりに可罰的違法性論に刑罰法規の適正な活用をゆだねようとする主張の代表者は、佐伯博士であると言えよう。佐伯博士によれば、刑法の謙抑主義を前提に、違法かつ有責な行為であっても、その違法性または有責性が軽微な場合や行為が一般的な場合には、刑罰に適用しないことがあるとし、「犯罪類型は、刑罰に値する違法行為の類型化されたもの（可罰的違法類型）」⁽¹⁾と主張される。そして博士は、可罰的な程度に達しない軽微な違法行為は、構成要件該当性（犯罪類型該当性）が否定される場合もあるし、また構成要件該当性はあるが、例外型としての違法減軽事由あるいは可罰的違法阻却事由により可罰的違法性が阻却される場合もあるとされるのである。⁽²⁾

以上の佐伯博士の所説の如く、結果無價值的に可罰的違法性論をとらえることで、社会的相当性論が主唱した社会生活の実態や感覚への刑法理論の即応が十分可能である以上、⁽³⁾法益という価値考量の容易な、しかも判断経路を明白にしうる可罰的違法性論こそが、まさしく社会的相当性論にとってかわるべき理論なのである。

最後に、社会的相当性論に代わる可罰的違法性論の理論構成を考察することにする。

〔注〕

(1) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和五六年)一七六頁。

(2) 佐伯・同右一七九頁。同旨、中山研一『口述刑法総論』(昭和五三年)一二九頁以下、一三四頁。

(3) 法益考量においては、勿論、当面の具体的な微視的な法益だけを考量するのではなく、言論・報道の自由とか、勤労者の社会的地位の向上とかの巨視的な法益も考慮に入れなければならない。(平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)二二五頁。)

三 終 論

——可罰的違法性論の再認識——

社会的相当性論は、既に述べてきたように歴史性・事実性を強調した社会的相当行為類型として意味をもつか、行為無價値論にもとづく実質的違法性判断価値として意味をもつかのどちらかである。そして、少なくとも特殊でない一般的な構成要件論をとる限りにおいては、構成要件段階における社会的相当性の概念の機能は、⁽¹⁾軽微犯罪を対象としたものに限定されてくる。そしてこのような法益侵害の些少性の考量こそ、結果無價值的考察方法になじむものであり、絶対的軽微類型はすべて、その行為の行為無價值的側面を一切考慮に入れることなく、法益侵害の軽微さをもって構成要件該当性を排除するものである。すなわち、構成要件にて社会的相当性が問題とされた大半は、純粹に結

果無価値論で構成された可罰的違法性論の適用場面に取って代わるのである。それでは、社会的相当性が行為無価値論にもとづく実質的違法性判断価値として機能する場合はどうかといえ、極めて実質的価値判断（それが特に行為無価値的に構成される場合）を必要とするため、形式的類型である構成要件段階の判断基準としては極めて不都合であり、その機能すべき場は、まさしく違法段階にあるといえよう。しかしながら、既に検討した如く「社会的相当性」の曖昧性、一般条項性は、違法判断を主観的な方向へと方向付けするだけにすぎず、それがたとえ犯罪成立に消極的に機能したとしても法的安定性を欠いた適用をまねきかねないのである。それ故に、違法段階での社会的相当性の機能を、最大限に結果無価値へと置き換え、行為の態様・手段等が持つ法益侵害の一般的危険性として把握できる限りにおいて結果無価値的に考察するべきである。そして、結果無価値的に法益考量を行ない最終的に、当該犯罪が予定しているだけの法益侵害性がない（相対的輕微）場合には、まさしく可罰的違法性なしとして犯罪成立を妨げるのである。

このように、社会的相当性論に代わる可罰的違法性論は、構成要件段階における機能と違法段階における機能とを或る程度分けて考察しなければならぬ。すなわち、構成要件の形式性・類型性から要求される絶対的輕微型の排除は、まさしく純粹に結果無価値的のみ構成された可罰的違法性論によりなされねばならぬし、また違法段階における実質的違法性の考量による相対的輕微型の排除は、行為無価値的要素を結果無価値的に置き換える限度で取り込み考量することにより、法定の違法性阻却事由と共に、違法論の中で二段階的に機能させることで可罰的違法性が存在しなくなった場合に、犯罪として不成立となるのである。

このような形で述べてきた可罰的違法性論によってこそ、構成要件・違法・責任の体系の維持ならびに、新たに生成してくる人権や生活利益の擁護、社会的放任行為の理論的処理がはじめて可能となるのである。

今後は、具体的判例、特に生成途上にある権利（環境権等）や生活利益に関する可罰的違法性論の具体的適用の問題がひかえているといえよう。

〔注〕

- (1) 前田雅英『可罰的違法性論の研究』（昭和五七年）三二九頁以下。
- (2) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（昭和五〇年）二一六頁。
- (3) 本稿の一、序論の（注一）のような具体的問題例がそれである。