

解釈原理としての社会的相当性

Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip

ハロー・オットー^{*1}
訳 鈴木彰雄^{*2} 秋山紘範^{*3}
菅沼真也子^{*4} 富川雅満^{*5}
水落伸介^{*6} 高良幸哉^{*7}

訳者まえがき

本稿は、ハロー・オットー教授の論文 *Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip* を、同教授の許諾を得て、6人の訳者が共同で翻訳したものである。出典は、*Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag* (Herausgegeben von Martin Böse, Detlev Sternberg-Lieben), Duncker & Humblot, Berlin, 2009, S.225-245である。なお、訳文中の圏点は原文の斜字体の部分であり、[……] は訳者が補った注である。

*1 バイロイト大学教授

Harro OTTO

Dr. Dr. h. c., em. Universitätsprofessor, Universität Bayreuth

*2 所員・中央大学法学部教授

*3 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

*4 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

*5 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

*6 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

*7 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

I. 恣意的な議論として用いられる社会的相当性

この記念論文集が献呈されるクヌート・アメルンク(Knut Amelung)は、幫助構成要件の範囲内で他人の犯罪行為に職業的に寄与することの「中立化」(Neutralisierung)に関する彼の論文において¹⁾、この「中立化」が行為態様の社会的相当性を考慮して実現されるべきかどうかという問いにも取り組んでいる。アメルンクは、とりわけ、社会的に通常であることは規範的に正しいこと²⁾の基準としては有用ではないことを指摘してこれを認めず、法益危殆化の態様と性質についての考察が議論を前進させることになると強調した。——職業的な態度のもつ一般的なりすくを知っているということによって幫助を理由とする刑法上の責任を根拠づけることはできず、むしろその危険の意識が具体的な手がかりに関連づけられなければならない、というのである³⁾。アメルンクは、同論文のその後の論述において、特定の構成要件で「描写された」危険に相当する危険を、責任の根拠として指摘している⁴⁾。

幫助の問題はさておき、こうした思考の出発点は、実際に議論を前進させるものであり、しかも社会的相当性の問題の解明にも役立つように思われる。なぜならば、この出発点は、社会的相当性という考え方を別の観点から眺めることを可能にし、これまで社会的相当性という標語に分類されてきた多くの多様な事例形態の下に、一部では隠され続け、一部では他の議論と並んで独自性をもたなかった問題連関を明らかにすることを可能にするからである。しかし、これによって「社会的相当性」の指摘が恣意的になってしまったのである。

1) Amelung, FS Grünwald, 1999, S. 9 ff.

2) Amelung, FS Grünwald, 1999, S. 9, 11.

3) Amelung, FS Grünwald, 1999, S. 9, 24.

4) Amelung, FS Grünwald, 1999, S. 9, 28.

II. 社会的相当性の理論

1. ヴェルツェルの社会的相当性の理論

ヴェルツェル (Welzel) は、彼が展開した社会的相当性の理論⁵⁾によって、彼の見解によれば民事法から刑法へと転用された因果ドグマの過度の強調に反論した。民事法においては、違法性はまずもって結果の発生という事実から判断される。「違法性は是認されない結果の招来（惹起）である。違法性は、刑法においてもこのような形態で一般的に是認され、ここで違法性の客観主義的な傾向がさらに正当化され、この傾向は因果ドグマに基づく法益侵害説によって強められた」⁶⁾。この説は、法益をいわば「博物館の展示品」、すなわち「害のある影響を防ぐために陳列棚の中で注意深く保管され、来館者の視線だけが許されているような展示品」とみなす。「犯罪者はこの保護された領域を侵害し、粗暴なこぶしで介入する」⁷⁾。それゆえ、この理論は、法益の本来の状態は侵害に対して自由で安全な状態であり、「犯罪が初めて法益に侵害を持ち込む」という考え方に基づいている、というのである⁸⁾。

しかし、ヴェルツェルの見解によれば、この理論は社会の現実を無視している。すなわち、法益は、それが「機能」している限りでのみ現実に存在する。「生命、健康、自由、財産等々は単に『そこに』(da) 存在しているのではなく、それらの本質はそれが機能している (In-Funktion-Sein) 点にあるのであり、すなわち、社会的な結びつきの中で影響を与え、影響

5) これについて詳しくは、Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 78 f.; Cancio Meliá, GA 1995, 179, 181 ff.; Moos, in: Leitner (Hrsg.), Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 1996, S. 85, 88ff.; Roxin, Strafrecht, AT I, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 33 ff. も参照。

6) Welzel, ZStW 58 (1939), 491, 507.

7) Welzel, ZStW 58 (1939), 491, 514.

8) Welzel, ZStW 58 (1939), 491, 514.

を被るのである。そしてこれらの影響は…決して単なる積極的な（増進的な、増加的な）態様ではなく、同様に非常に、そしてそれ以上に消極的な（侵害的な、受容的な）態様なのである。すべての社会的生活はまさに『法益』の使用と消費に存在し、それは結局、すべての生活が常に同時に生活の消費であることと同じである」⁹⁾。それゆえ、法の意味も、侵害されていないと考えられる法益に対するすべての侵害的な作用を阻止することに存するのではなく、むしろ法にとっては、社会的存在にとって耐えがたい作用を選択し、禁じることだけが問題となる。すなわち、法は、秩序ある社会的生活が生き生きとして活動する諸機能の中で生じる、当然に前提とされる侵害の程度を超えるような作用に対する保護のみを保障する。それゆえ、法益保護は、「民族の社会生活の歴史的に形成された秩序の内部で機能的に展開する」行為態様に反して存在するものではない。「そのような行為は、標語として社会的に相当であるといわれている」¹⁰⁾。それゆえ、歴史的に形成された「通常の」社会的な生活秩序の範囲内に完全にとどまる活動は、すべて社会的に相当な行為である。社会的に相当な行為は、その結果として法益侵害が生じる場合であったとしても、構成要件に該当する侵害行為ではない、というのである¹¹⁾。

2. 社会的相当性の理論の弱点

社会的に相当な態度は可罰的な不法たりえない、ということはすぐに納得できるように思われるが、しかしこの理解の背後に隠れているのは、論理的に説得力のある帰結ではなく、むしろ概念上自明のことである。すなわち、社会的に相当な態度は、その定義によれば、同時にその反対のこと、すなわち社会的に危険で社会的に有害な態度ではありえない、ということを書いているのである。——したがって、社会的に危険で社会的に有害な

9) Welzel, ZStW 58 (1939), 491, 515.

10) Welzel, ZStW 58 (1939), 491, 516 f.

11) Welzel, ZStW 58 (1939), 491, 517; 同, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S.55 f.

態度とは正反対の意味で社会的に相当な態度を規定するという諸基準は、獲得されていないのである¹²⁾。

これに対して、「社会的に相当な」態度を、「社会的に通常の」態度、「社会生活における日常的な行為態様」、あるいは歴史的に形成された「通常の」社会的な生活秩序の枠内に完全に留まる行為態様と同一視することは危険である。なぜならば、ここでは一定の態様で規範的に評価された態度が、現実において行われている通常の態度と同一視されているからである。だが、これは誤った結論を導く。

一方で、正当にも繰り返し主張されているように、「日常的な」、「通常の」行為態様を指摘しても、結局のところ不確かで漠然としたままであるから、法発見の輪郭を描くことも、争いのある区別を容易にすることもできないのである¹³⁾。たしかに、このような異論は、ハッセマー (Hassemer) の例¹⁴⁾に従って——彼が「職業的な相当性」へと特殊化したことと比較しうるが——領域ごとに特殊な事例群を形成することによって相対化されるかもしれない。しかし、こうしたやり方も社会的に相当な態度の基準にはならないので、不確かで漠然としているという非難に強く反論しようとするならば、ふたたび社会的に相当な態度の基準を前提とすることになる。だが他方で、社会的に通常であることから規範的に正しいことを推論するの

12) これについて、Kudlich (o. Fn. 5), S. 82; Otto, FS Lenckner, 1998, S. 193, 201; Weigend, FS Nishihara, 1998, S. 197, 200; Wohlleben, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1997, S. 158. も参照。

13) これについて、Baumann / Weber / Mitsch, Strafrecht, AT, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 35; Beckemper; Jura 2001, 163, 166; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 296; Hassemer, wistra 1995, 41, 46; Hirsch, ZStW 74 (1962), 78, 93; 同, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 1992 ff., Vor § 32 Rn. 29; Jakobs, ZStW 89 (1977), 1, 5; Kudlich (o. Fn. 5), S. 82; Otto, FS Lenckner, 1998, S. 193, 201; Rabe von Kühlewein, JZ 2002, 1139, 1141 f.; Rönnau, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 51; Roxin, FS Klug, 1983, S. 303, 304; Schall, GS Meurer, 2002, S. 103, 107; Tag, JR 1997, 49, 52.

14) Hassemer, wistra 1995, 81 ff.

は許されない。なぜならば、法的に決して許されない「悪習」が日常生活に定着していないということは、およそ確かなことではないからである¹⁵⁾。ここでは道路交通が数多くの具体例を示している。——結局のところ、「社会的に通常の状態」それ自体を指摘することは、すでにしてほとんど役に立たない。つまり、外見上認識しうる行為態様だけに着目するならば、例えばナイフを売ること、隣人に斧を貸すこと、あるいは自動車を使わせることがそうであるように、数多くの行為態様が、社会的に通常で社会的に相当であり、可罰的と認められるべきではないことになる。つまり、この個別的な考察方法において前提とされているのは、社会的に通常な、日常的な、一般的に受け入れられた目的設定が、ふたたびこの行為態様それ自体の基礎になっている、ということである。しかし、買主が購入の直後に人を刺殺するつもりでいるという事実を知りながらナイフを販売した場合、斧の借主がその斧で彼の妻の頭部を叩き割るつもりでいるという事実を知りながら斧を貸した場合、あるいは自動車の所有者がその車を故意の殺人に用いるつもりでいるという事実を知りながら自動車を与えた場合には、その様相が根本的に変わってしまう。その場合には、社会的に通常な、日常的な、社会的に受け入れられる行為態様というものは、もはや問題にならない。これによって明らかになるのは、ある行為態様だけが個別的、外部的に考察される場合には、その行為態様は法的に十分には把握されないということである。社会的現実の中で行為者の目的・目標設定があってはじめて、その外見上の態度に社会的な意味が与えられるのであり、したがって外見上はきわめて日常的に見られる行為態様が、包括的な評価をすれば、事情によっては犯罪的な態度として認識されうるのである¹⁶⁾。アルツト (Arzt) の推論は——ドラッグストアの主人による除草剤の売却は外見上社会的に通常取引であるという議論を背景にして——説

15) これについて、Amelung, FS Grünwald, 1999, S. 9, 11; Wolff-Reske, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995, S. 65.

16) 上記の Otto, FS Lenckner, 1998, S. 193, 202を参照; これについて、Gracia Martin, FS Tiedemann, 2008, S. 205, 218. も。

得力のあるものである、ということが依然として明らかである。すなわち、「ドラッグストアの主人が、ある女性がそれを用いて夫を殺害しようとしていることを知りながら彼女に除草剤を販売した場合には、その主人は故意の殺人の共犯者である。謀殺に関与することは通常の取引活動とはおよそいえないものである」というのである¹⁷⁾。

こうした論述は、次のことを指摘しているように見える。すなわち、社会的相当性の思想は、日常的な行動様式は一見すると構成要件に該当するよう見えるとしてもそう考えるべきでない、ということ进行らかにしているが、その点では確かにこの思想に積極的な意義が認められる、ということである。したがって、ここでは構成要件の制限的な解釈が促されている。しかし、「この——傾向としては正しい——理論は、それゆえ今日ではもはや特別な解釈上の意味を必要としていない」のである¹⁸⁾。

3. 社会的相当性の理論の有益な端緒

それにもかかわらず、社会的相当性の理論を根本的に否定するには慎重さが求められる。というのは、日常的な、通常の、あるいはまた職業的な行為について、そうした行為の社会的相当性を指摘するだけで不処罰とすることは、ほとんど説得力のないものであるとしても、次のことを考慮しなければならないからである。すなわち、一見すると構成要件に該当するよう見えるが、一般に社会的に相当なものとみなされ、まさに可罰的とはみなされないような事例状況が明らかに存在すること、そしてこのような判断について学説と判例において広く合意があるということである。しかし、これらの事例群の背後にある統一的な問題提起を明らかにすること

17) Arzt, NStZ 1990, 1, 3.

18) Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 42; Dölling, ZStW 96 (1984), 36, 57; Hirsch, ZStW 74 (1962), 78, 133 ff.; Lackner / Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, Vor § 32 Rn. 29; Lenckner / Eisele, in: Schönke / Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, Vor §§ 13 ff. Rn. 70; Rönnau, in: LK-StGB, 12. Aufl. (o. Fn. 13), Vor § 32 Rn. 52; Schünemann, FS Otto, 2007, S. 777, 786. も参照。

はできない。ただ、このことは社会的相当性の理論の根本的な弱点を明らかにしている。その弱点は、あまりにも多種多様な問題提起が社会的相当性の理論と結びつけられているという点にある。その1つは、——行為者の主観的な態度は別論として——その行為態様が——この点にヴェルツェルの当初の考察がその端緒を見出したのであるが——構成要件に記述された態度に合致しているように見えるにもかかわらず、構成要件に該当しない行為態様が存在するという点であり、もう1つは、その危険がまさに特定の構成要件において捕捉され「記述された」¹⁹⁾危険に合致していないために、その行為態様が実際には保護法益の重大な危殆化とは認められないにもかかわらず²⁰⁾、外見上はその危殆化として現れるような行為態様が存在するという点である。これらの事例状況を社会的相当性という観点の下で理解することは、たしかに、これまで解決できるとは思われなかった問題提起に光を当てるような認識を獲得することを約束するものではない。こうした諸事例は、これまですでに解決策を見出している。しかしながら、社会的相当性によって、一方で、状況によっては構成要件に該当する結果が生じていたにもかかわらず、ある一定の事態を社会的に相当なものとして特徴づけることが、なぜ構成要件に該当する態度の否定に至るのかを理解できるようになる。また他方で、社会的相当性は、いくつかの事例状況において、その態度の日常性ないし通常性という事実がまさに刑法上重要でないとはいえないという理由で、その事例状況を社会的に相当な態度のグループから除外することを可能にする。もっとも、この区別的前提となるのは、社会的に相当な態度の考察対象を転換することである。そこでは、「日常的な」、「通常の」社会的態度は、議論の端緒としては役に立たない。ある態度の刑法上の重要性を判断する際に、「社会的に通常で

19) Amelung, FS Grünwald, 1999, S. 9, 28.

20) これについて、Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 40; Wolter; in: Schünemann / Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, 1995, S. 3, 22 ff. も。

あることを規範的に正しいことの基準として」²¹⁾説明するならば、この端緒は結局あいまいなものであり、それゆえ誤解を招くことになる。ある行為態様が法律の文言によればそこに含まれるとしても、その態度が保護法益に対する法的に重要な危険を基礎づけるものではないという理由で、一見して構成要件に該当するよう見える行為態様が構成要件に該当しないものとして特徴づけることが問題となっているのであるから、その考察はより深いところでなされなければならない。このことは、いうまでもなく力点の重大な移転を意味する。すなわち、社会的相当性という議論の重点は、もはや社会的に通常の、日常的な、中立的な行為にあるのではなく、その危険が法的な諸基準により保護法益にとって重要でないものとして位置づけられるがゆえに社会的に相当となる危険にあるのである。社会的に通常の行為が規範的な評価のための規準を与えるのではなく、ある行為によって基礎づけられる保護法益に対する危険の性質と態様が規範的な評価の対象となるのである。

次に、客観的帰属は、ある人が結果において実現した危険を基礎づけあるいは高めたために、その人に自身の行ないとして帰責される結果についてその人が責を負うものとして理解されるものであるが、社会的相当性は、その限られた範囲で客観的帰属を明確にし、具体化する一要素である²²⁾。——しかし、すでにこの出発点は、これまで社会的相当性という見出しの下で引用されている事例群が区別と選別を必要としていること、しかもこの議論は争いのある事例状況を解明することができる、ということを示唆している。

21) Amelung, FS Grünwald, 1999, S. 9, 11; これと異なる見解として, Gracia Martin, FS Tiedemann, S. 205, 214, 216, 219.

22) これについて文献紹介を含めて, Otto, Grundkurs Strafrecht, AT, 7. Aufl. 2004, § 6 Rn. 45.

III. 社会的相当性の理論の犯罪体系上の位置づけ

1. 構成要件阻却としての社会的相当性

法的に重要でない危険創出ないし危険増加を構成要件から除外するために、法的に重要でない危険創出ないし危険増加と法的に重要な危険創出ないし危険増加とを区別する点に、社会的相当性の理論の機能があると認められるならば、構成要件レベルでの解釈原理が問題となる²³⁾。

もっとも、これを「構成要件阻却事由」と認めることは、概念上あまり適切でないように思われる。ある構成要件要素が存在しないということは、当該構成要件について構成要件阻却事由があることを意味するのではなく、その重要な態度が当該構成要件要素によっては包摂されないということの意味する²⁴⁾。そのことは、例えば窃盗ないし横領の構成要件についての自己の物に妥当するし、——結果から見て——該当するようにも思われる構成要件についての、社会的に相当な、したがって構成要件的に重要でない危険にも同様に妥当する。

23) OLG München NStZ 1985, 549; Baumann / Weber / Mitsch (o. Fn. 13), § 16 Rn. 35; Dölling, ZStW 96 (1984), 36, 55 ff.; 同, FS Otto, 2007, S. 219 f.; Ebert / Kühn, Jura 1981, 227; Gracia Martin, FS Tiedemann, S. 205, 210; Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 155; Jescheck / Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 25 IV 1; Kudlich (o. Fn. 5), S. 79 f.; Lackner / Kühn (o. Fn. 18), Vor § 32 Rn. 29; Lenckner / Eisele, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 18), Vor §§ 13 ff. Rn. 70; Maurach / Zipf, Strafrecht AT 1, 8. Aufl. 1992, § 17 Rn. 21; Otto (o. Fn. 22), § 6 Rn. 71; Rönnau, in: LK-StGB, 12. Aufl. (o. Fn. 13), Vor § 32 Rn. 48; Roxin, FS Klug, 1983, S. 303, 310 ff.; 同 (o. Fn. 5), § 10 Rn. 36; Tröndle / Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, Vor § 32 Rn. 12; Welzel (o. Fn. 11), S. 57; Wessels / Beulke, Strafrecht, AT, 37. Aufl. 2007, Rn. 57. も参照。

24) これについて、Otto (o. Fn. 22), § 6 Rn. 71; Roxin, FS Klug, 1983, S. 303, 310 ff. も。

2. 正当化事由としての社会的相当性

社会的相当性を正当化事由として解釈すること²⁵⁾は、構成要件に該当する法益侵害を適法と認める正当化の機能を正しく評価していない。なぜならば、正当化はより高い価値の利益を守るために必要な手段だからである²⁶⁾。社会的相当性は、より上位の利益に基づいて法益侵害を正当化するのではなく、法的に重要な、したがって構成要件に該当する保護法益の危殆化を阻却するのである。社会的相当性は、——規範的に見て——「見せかけの危険」を法的に重要な危険から分離するのである。

3. 責任阻却事由としての社会的相当性

社会的相当性を責任阻却事由として位置づけること²⁷⁾は、社会的に相当な危険創出ないし危険増加が構成要件に該当する違法な行為態様として評価されることを前提としているであろう。しかし、それによって、まさに社会的に受け入れられた、保護法益を危殆化しない行為が、社会的に危険で社会的に有害なものとして位置づけられることになるであろう²⁸⁾。——それは現実を無視したものである。

25) Klug, FS Eb. Schmidt, 1961, S. 249, 262; Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1975, 9 / 26. を参照。

26) これについて、 Freund, Strafrecht AT, 1998, § 3 Rn. 4; Langer, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 316 f.; 同, Die Sonderstraftat, 2007, S. 95 ff.; Lenckner, GA 1985, 295 ff.; Lenckner, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 18), Vor §§ 32 ff. Rn. 7 (利益欠缺の原理によって補充されている); Rudolphi, GedS Armin Kaufmann, 1989, S. 371 ff., 396; Schlehofer, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 2003, Vor § 32 Rn. 53 ff.

27) Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau, 1969, S. 67 ff. を参照。

28) Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 36; 同, FS Klug, 1983, S. 303, 309 ff.; Zipf, ZStW 82 (1970), 633, 639 ff. も参照—法文に規定された社会的相当性の諸事例については、 Dölling, FS Otto, 2007, S. 219, 220 ff., 225. も参照。

IV. 学説および判例において検討された事例群について 社会的相当性の限界づけから生ずる諸帰結

社会的相当性の理論が、刑法上重要でない危険創出ないし危険増加を刑法上重要な危険創出ないし危険増加から分離する機能に限定されるならば、その理論は一方で、学説および判例において社会的相当性の理論と関連づけられるあらゆる事例状況を統一的に解決することができなくなる。しかし他方で、その理論は、そのような問題の解決方法を、今まで社会的相当性の諸事例とは考えられていなかった別異の問題提起へと導くのである。

1. 「中立的な」、職業上の行為態様

II 2で述べたように、人間の行為態様を、それだけ切り離して外部的に考察して評価することは誤っている。これに対して、その行為態様を、包括的に状況に即して客観的にかつ主観的に判断すれば、例えば、客の殺人計画を知りながらその客にナイフを販売したナイフの販売者や、客の殺人計画を知りながらその客に毒物を販売したドラッグストアの店主は、その殺人の被害者の生命に対する法的に重要な危険を高めなかった、とはいえない。その点で、こうした事実は、そうした方法で殺人を幫助するために、報酬と引き換えにナイフを与える場合や、他人のために毒物を入手する場合とまったく異ならない。——それゆえ、「中立的な」、あるいは職業上の行為態様の範囲内で可罰性の制限ないし阻却が意味あるものとみなされている点についていえば、その任務を果たしうるのはもっぱらこれとは別の理論構成である²⁹⁾。ここでは、保護法益にとって重要でない危険が問題に

29) いくつかの理論構成について、例えば、Amelung, FS Grünwald, 1999, S. 9, 10 ff.; Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, AT, 12. Aufl. 2006, 28. Problem; Joecks, in: MK-StGB (o. Fn. 26), § 27 Rn. 41 ff.; Kindhäuser, FS Otto, 2007, S. 355, 360 ff.; Kudlich (o. Fn. 5), S. 68 ff., 424 ff.; Otto, FS Lenckner, 1998, S. 193, 200 ff.; 同 (o. Fn. 22), § 22 Rn. 67 f. mit Fn. 46; Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 26 Rn. 218

なっているので、社会的に相当な危険は問題にならないのである。

2. 規則にかなった経済活動の領域における冒険的取引

規則にかなった経済活動の領域における冒険的取引は、一部の学説によれば社会的相当性に含まれているが³⁰⁾、この問題は社会的相当性から根本的に区別される。すなわち、ここでは、法的に重要でない危険の創出ではなく、法的にきわめて重要な危険の創出ないし増加の正当性が問題になっているのである。すなわち、規則にかなった経済活動の領域における冒険的取引が、もはや規則にかなったとはいえない経済活動の領域における冒険的取引から区別されるのは、前者の場合には、取引の成立によって法的に重要な許された危険が創出されるのに対して、後者の場合には、法的に重要な許されない危険が創出されるからである。それゆえ、会社の幹部や役員、あるいは第三者のために行為するその他の者に適用されうる刑法266条の背任罪を見れば、その問題は、信託者の財産に対する危険の創出ないし増加ではなく、信託義務違反の問題に注目することを求めているのである。

財産的損害が生じるに至った冒険的取引を法的に評価するための出発点となるべき事実は、経済取引におけるリスクは必ずしも常に排除され、あるいは減ぜられうるとは限らず、しかもそれが法的にもきわめて重要なリスクである、という事実である。冒険的取引の範囲内にいる行為者は、立法者によって、あるいは権限ある者（信託者）によってあらかじめ定められたリスクの限界を無視した場合、あるいは、「きわめて疑わしい利得のチャンスを得るためだけに、賭博者のように意識的に、しかも商業上の注意規則に反して……きわめて高い損失の危険を引き受けた」場合にはじめ

ff. を参照。

30) Hirsch, ZStW 74 (1962), 78, 89; Lenckner / Eisele, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 18), Vor §§ 13 ff. Rn. 69; Welzel (o. Fn. 11), S. 56. (ここでは一般的に、規則にかなった経済活動の領域における取引に焦点が当てられている) を参照。

て、許されない危険、したがって誠実義務違反を創出する³¹⁾。しかし、それによって、規則になかった経済活動の領域における冒険の取引の事例群において、法的に重要でない危険の創出ではなく、法的に重要であるが許された危険の創出が問題となるのである。

3. 配偶者の遺棄

ヴェルツェルは、社会的に相当な態度は必ずしも当然に社会的に模範的な態度であるということではなく、むしろ社会的な行為の自由の範囲内にある態度である、ということを描して、夫が家庭を見捨てたためにその妻の自殺の危険が創出された場合でも、その遺棄は社会的に相当な態度に属するとした³²⁾。しかし、ここでも法的に重要でない危険の創出は問題とはなりえないのであるから、この事例も法的に重要でない危険の創出または増加を問題にする社会的相当性の理論の限界を超えているのである。

BGH [連邦通常裁判所] も、その事実関係を判断する中で、この夫に、第三者に妻の状況について注意を促して妻の保護を求めるという措置がなお可能であるかぎり、絶対的にそうする義務があると認めたことによって、妻の自殺のリスクは法的に重要でないとはいえず、むしろ法的に重要であるとみなした³³⁾。もっとも、BGHは、その夫に破綻した婚姻を継続すべき義務があるとは認めなかった。すなわち、「……被告人には、そうすべき法文上の根拠がまったくない場合でも、本人が耐えられないと思っているような破綻した婚姻を家族共同体として継続すべき義務はなかった。これに

31) BGH wistra 1991, 220; また、BGHSt 46, 30, 34 ff.; BGH StV 2004, 424; Hillenkamp, NSz 1981, 161 ff.; Kindhäuser, in: Nomos Kommentar zum StGB, Bd. 2, 2. Aufl. 2005, § 266 Rn. 73 ff.; Martin, Bankuntreue, 2000, S. 103 ff.; Nack, NJW 1980, 1599; Otto, Grundkurs Strafrecht, B.T., 7. Aufl. 2005, § 54 Rn. 30; Schünemann, in: LK-StGB, 11. Aufl. (o. Fn. 13), § 266 Rn. 95 ff.; Tröndle / Fischer (o. Fn. 23), § 266 Rn. 42 ff.; Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 52 ff., 73 ff. も参照。

32) Welzel (o. Fn. 11), S. 56; また、Lenckner / Eisele, in: Schönte / Schröder (o. Fn. 18), Vor §§ 13 ff. Rn. 69; Jescheck / Weigend (o. Fn. 23), § 25 IV 1. も参照。

33) BGHSt 7, 268, 269 f.

対する法的強制は存在しない。」というのである³⁴⁾。—それゆえ、この問題状況においては、保護法益に対する法的に重要でない危険の存在ではなく、法的に要求される態度の期待可能性の限界が問題になっているのである。

4. 自己答責的な自己危殆化

a) スポーツでの傷害

ボクシング、ラグビー、アイスホッケー、サッカー等のスポーツ競技に参加することは、そうしたスポーツや競技のルールを慎重に守っていても重大な身体傷害と結びつきうるということが、一般に知られ、また認められている。これらの事例においても、その態度を刑法223条以下の傷害罪や刑法212条の殺人罪の意味で構成要件に該当しないとみなすのではなく、社会的に相当なものとして除外することが考慮されている³⁵⁾。

たしかに、ここで身体・生命に対する法的に重要でない危殆化が問題にならないことは、この事例群においても明らかであり、とりわけスポーツ競技の参加者に重大な傷害や死の結果さえ生じた場合であっても、このことは明らかである。しかし、その危険状況は別としても、これらの事例の法的評価は、一般に認められていて争いが無いというものではない。すでにこの点で、スポーツ競技に参加することの社会的相当性を指摘するだけでは問題解決はできない。

支配的見解によれば、この点に関連する事例状況は、合意による他者危殆化ないし他者傷害の観点の下に含まれ、その根本な問題性は承諾にあるとされる³⁶⁾。そこではたしかに、承諾の限定的な効果に関する刑法216条〔要

34) BGHSt 7, 268, 270 f.

35) Dölling, ZStW 96 (1984), 36, 59 ff.; 同, FS Otto, 2007, S. 219, 223; Gropp, Strafrecht, AT, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 228 a ff.; Jescheck, in: LK-StGB (o. Fn. 13), Vor § 13 Rn. 49; Jescheck / Weigend (o. Fn. 23), § 25 IV 1; Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 38. を参照。

36) これについて、BGH NJW 2004, 1055; Beulke, FS Otto, 2007, S. 207, 215 ff.; Dölling, GA 1984, 71, 80 ff.; Hillenkamp, JuS 1977, 166, 171 f.; Hirsch, in: LK-StGB, 11. Aufl. (o. Fn. 13), Vor § 32 Rn. 94 f.; Weber, FS Baumann, 1992, S. 43, 46

求に基づく殺人], 刑法228条 [承諾による傷害] にどのような意味があるのかが争われている³⁷⁾。しかし, 一般に認められている承諾の諸要件を考慮すれば, この理論構成にはほとんど説得力がない。すなわち, 承諾する者が自己の法益への侵害について自己の判断の射程を認識し判断することが, 有効な承諾の前提とされているからである。このこともまた, 具体的な法益侵害の認識を前提とする。この要素を曖昧にすべきでないならば, ボクシングやサッカーに参加する者が身体の傷害を被るかもしれないことを知っていることは, これらの要件を充足しないことになりうる。医師による医的侵襲への承諾と関連して考えれば, この理念はまったく不適当なものといえるだろう。——しかも, スポーツ競技に参加する者は, そのような競技では身体の傷害が生じうることを知っているが, 誰に生じるのかわからない場合には, 傷害を被るのは自分ではなく, たぶん相手方であろうと思っている, という事情がこれに付け加わる。

それゆえ, この承諾という考え方は, いわゆる合意による他者危殆化ないし他者傷害の諸事例において, 問題性を見誤っている。これらの事例における法益侵害に関する答責性の問題を, 当事者がまさに回避しようとした侵害あるいは危殆化への承諾の問題へと解釈し直すことはできない。ここではむしろ, そこから場合によっては侵害が生ずるような危殆化に近づくという決意についての答責性の問題が重要である。しかし, この答責性の付与は明確なものであるべきであろう。つまり, 危険状況について十分な認識を持って自己答責的に危険状況へ赴いた者は, 自己の決定の結果をも引き受けているので, それについて第三者を刑法上答責的であるとすることはできない。そのような者は, たとえ他人が危険の現実化に加功していたとしても, その現実化に関する答責性から他人を排除しているのである³⁸⁾。

ff.; 同, FS Spendel, 1992, S. 371, 373 ff. を参照。

37) これについて, Beulke, FS Otto, 2007, S. 207, 215 ff.; Otto, FS Tröndle, 1989, S. 157, 172 f.

38) Otto (o. Fn. 22), § 6 Rn. 61, 62; 詳しくは上記の Otto, FS Tröndle, 1989, S. 157,

もっとも、この問題性の個々の観点に関する以上のような議論は、いまだ未決定のままでよい。というのは、ここでは法的に重要でない危険の創出ではなく、法的に重要な危険の創出についての答責性が問題となることが、すでに明白であるからである。しかしそれゆえに、この問題性は、ここで論じられている社会的相当性の理論の範囲外にあるのである。

b) いわゆる雷雨事例

様々に形を変えて、かなり以前からいくつかの解決をもって議論されてきた雷雨事例は、甥が叔父に対して、雷雨が近づきつつある時に広い荒野ないし殺風景な尾根を越えて散歩へ出かけるように勧めたという状況において、自己答責的な自己危殆化の問題性を指摘している³⁹⁾。これに対して、叔父が雷に打たれて死ぬことを期待して雨中の散歩へ出かけるよう勧めることだけを論ずるならば⁴⁰⁾、実際には法的に重要でない危険の創出の事例を問題にすることになる。というのは、雨が降っていても、あらかじめ天気状況から徴候が現れていないような落雷が発生するのは考えられないことであって、このような危険は日常計画においては考慮されえないからである。——それゆえ、社会的に相当な事例になるであろう。

5. 緊密な家庭内で名誉を毀損する発言

緊密な家庭内で名誉を毀損する内々の発言について、学説の一部では告知とはいえないとされ⁴¹⁾、また一部では家庭内での内々の発言は当事者の社会的な尊重要請 (Achtungsanspruch) に何らの損害も与えないと考えられている⁴²⁾。緊密な家庭内の名誉を毀損する内々の発言が当事者の尊重

169 ff. を参照。

39) これについてより詳しくは、Otto (o. Fn. 22), § 6 Rn. 4, Fall 8 in Verb. mit Rn. 66 Fall 8; Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 38 mit Fn. 77.

40) Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 38. を参照。

41) 例えば、Hansen, JuS 1974, 104, 106; Hirsch, ZStW 74 (1962), 78, 129; Krey / Heinrich, Strafrecht, B.T. 1, 13. Aufl. 2005, Rn. 417; Zaczky, in: NK-StGB (o. Fn. 31), Vor § 185 Rn. 38. を参照。

42) 例えば、Engisch, GA 1957, 326, 331; Gallas, ZStW 60 (1941), S. 374, 396 Fn.

要請を損なわないということが正しいとすれば、構成要件が充足されていないとする理由は、実際には、その尊重要請にとって理由のある危険の社会的相当性に根拠をもつとされることになる。その発言は、刑法185条〔侮辱〕以下の意味における重要な危険を何ら基礎づけなかったといえよう⁴³⁾。

とはいえ、そのような発言は社会的な尊重要請 (Geltungsanspruch) を損なわないという前提は、ほとんど説得力のないものである⁴⁴⁾。例えば、「隣人は危険な児童愛好者である」と主張することは、その隣人の社会的な尊重要請を著しく損なう適性が大いにあるように思われる。このことが目のとどく人的範囲で行われているからといって、その法的評価が変更されるわけではない。というのは、その尊重要請は、公衆における、あるいは公共における評価の低減に対してのみ保護されるわけではないからである。それにもかかわらず、緊密な家庭内の名誉を毀損する内々の発言は許される。内々の緊密な家庭内でざつぱらんな発言をすることができるという利益は緊密な社会的関係を形成するので、内密な範囲で表現する者が発言する利益は、それによって名誉が毀損される者の保護されるべき利益よりも高く評価され得るのである⁴⁵⁾。——したがって、ここで重要なのは、一定の法益に対する法的に重要な危険の正当化の問題であり、法的に重要な危険の確定ではないのである。

6. 航空交通、鉄道交通、道路交通を利用させること

航空交通、鉄道交通、道路交通は、明らかに——抽象的には——危険な

31; Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 40; 同, FS Klug, 1983, S. 303, 312. を参照。

43) Jescheck, in: LK-StGB (o. Fn. 13), Vor § 13 Rn. 49; Jescheck / Weigend (o. Fn. 23), § 25 IV 2; Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 40; 同, FS Klug, 1983, S. 303, 312; Stratenwerth / Kuhlen, Strafrecht, AT I, 5. Aufl. 2004, § 8 Rn. 31. を参照。

44) これについて, Dölling, ZStW 96 (1984), 36, 59; 同, FS Otto, 2007, S. 219, 223.

45) 例え、Herdegen, in: LK-StGB, 11. Aufl. (o. Fn. 13), § 185 Rn. 14; Otto, FS Schwinge, 1973, S. 71, 87. を参照。

ものと考えられるが、社会的にも法的にも受け入れられた公共機関である。法的規制によってこの危険が最小限に抑えられ、限定されれば、社会はこの抽象的なリスクを容認することができる。その場合、交通の利益は、個人の法益に対する抽象的な危険の回避と比較してより高次の利益である。ここでは、安全規定によって法的に規制されて許された製材、採石、原子炉等の操業とまったく同様に、許された危険の状況が問題になる。抽象的に生じうる危険が具体的な危殆化に現実化したことについて、認識可能であり回避可能であれば、許された（継続的）操業の限界が超えられたことになる。これに対して、安全規定が守られながら、抽象的な危険が法益侵害に現実化したのが、その具体的な危険状況があらかじめ認識可能でも回避可能でもなかった場合には、その操業を法的に適法なものとして判断することには変わりはない。許された危険な操業から生じる抽象的な危険は、個人の法益にとって法的に重要でないと判断されるべきである。そうした危険は法的に受け入れられ、侵害の危険としては法的に重要でないのである。

したがって、他人に航空券を贈ったり、鉄道旅行に招いたり、タクシーに乗るよう要請することによって、他人に公共交通を利用させる者は、交通利用者にとって社会的に相当な危険を基礎づけているにすぎない⁴⁶⁾。その危険は法的に許容され、法的に重要でないとみなされるため、交通事象の経過やその支配に関する誘致者の主観的な表象は重要でない。誘致者は、法的に許された範囲を超えて危険状況を支配しているのではない。交通利用者がその交通に固有の——抽象的な——危険によって死に至るかもしれないという誘致者の計画は、法的に重要でない願望であり期待にすぎない。自分が危険を支配していると思っていたとしても、幻覚犯となるだけであり、不能未遂ではないのである。

しかし、たとえば、誘致者が、特定の飛行機に爆弾が仕掛けられていること、市街鉄道の転轍機が誤って転轍されていて対向車と衝突するであろ

46) Jescheck / Weigend (o. Fn. 23), § 25 IV 1; Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 38; 同, FS Klug, 1983, S. 303, 310 f.; Welzel (o. Fn. 11), S. 56; 同, ZStW 58 (1939), 491, 517. も参照。

うこと、あるいはタクシーのブレーキが作動しないことを知っているために、抽象的で許された危険の限界が超えられた場合には、この状況は根本的に違ったものになる。それはもはや交通の許された危険ではなく、個人や社会一般の法益に対する刑法上の危険である。

7. 生殖行為

ヴェルツェルが、彼の教科書の社会的相当性の理論についての論述の冒頭で、社会的に相当な行為態様の例として生殖行為をあげ⁴⁷⁾、これを「通常の」歴史的に生成した社会秩序の枠内に完全に留まる態度として特徴づけたことは正当である。この評価は依然として法的な位置づけに合致している。生まれた子が殺人者になるかもしれない、あるいは母親が出産の際に死ぬかもしれないということは、たしかにありうることであるが、法秩序はそうした抽象的な危険を法的に重要なものとは認めないのである。そうした危険は、生殖行為を構成要件に該当する傷害あるいは殺人とするに適しない。——これに対して、身体的素質その他の特別な事情に基づいて、具体的な傷害や生命の危険が出産と結びついている場合には、その状況はまさに法的に重要な危険を示しているのであり、その女性はその危険を認識している場合には自己答責的な自己危殆化あるいは自傷の問題になり、生殖行為の相手が優越的な事実認識を有する場合には他者傷害の問題になる。

8. 軽微犯罪：軽微な法益侵害

軽微な法益侵害は構成要件に該当しないという一般的原則は、ドイツ刑法には存在しない⁴⁸⁾。このことはすでに、法が告訴を待って論ずることによってのみ軽微原則を考慮する刑法248条a〔価値僅少物の窃盗及び横領〕、263条〔詐欺〕4項、266条〔背任〕2項が示している。その他の事例にお

47) Welzel (o. Fn. 11), S. 55 f.

48) これについて、Lenckner / Eisele, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 18), Vor §§ 13 ff. Rn. 70 a; Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 40. も。

いては、法が例えば刑法184条 f [概念規定] において「保護法益について一定の重大性のある」行為だけを法文の意味での性的な行為として認めていること、あるいは刑法240条 [強要] の意味で「重大な」害悪を前提とすることによって、軽微な法益侵害は立法者によってすでに構成要件から排除されている。最後に、例えば身体の完全性の重大な侵害という傷害の定義を用いるなど、構成要件の個々の要素の定義によって、軽微な法益侵害が構成要件から排除されているのである。

たとえば刑法239条の自由の剝奪や刑法303条の器物損壊が軽微な場合など、法または具体的事例における法の解釈によって原則的な解決が示されていない場合には、その態度の構成要件該当性を否定すべきではなく、それに当たると思われる諸事例を例外的に社会的に通常なものとして処理することもできない。というのは——軽微な場合であっても——法益の侵害があることに疑いの余地がないからである。もっとも、ここでも、個々の事例において当罰性と刑罰必要性を刑事訴訟法153条 [軽微性を理由とする不訴追]、153条 a [賦課又は順守事項履行による手続の打切り] の範囲内で適切に考慮するという、訴訟法的な解決が考えられる⁴⁹⁾。

9. 軽微犯罪：外見上の法益侵害

実態に関して軽微な法益侵害に類似しているのは、外見上の法益侵害の諸事例である。ここでも軽微な諸事例が問題となるからである。しかし、法的には、これらの事例群の間に本質的な違いがある。これについて典型例としてあげられる郵便配達員への慣例的な新年の贈り物⁵⁰⁾や、公務員が

49) すでに OLG Hamm NJW 1980, 2537は、差し押さえられた物を、当該物が後に他の債権者によって差し押さえられた場所へと移転する行為を、刑法136条 [差押目的物の破棄・封印の破棄] 1項の意味での構成要件に該当しないとした。Jescheck / Weigend (o. Fn. 23), § 25 IV 2; Lenckner / Eisele, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 18), Vor §§ 13 ff. Rn. 70 a. も参照—異論として、Freund, in: MK-StGB (o. Fn. 26), Vor § 13 Rn. 188 ff.; Ostendorf, GA 1982, 333 ff.

50) もっとも、今日の法的状況では郵便配達員はもはや公務員ではない。それゆえ、今日では郵便配達員を警察官に置き換えるべきであろう。これについて、

迅速な、あるいは型にはまらない職務行為を行ったことについて、その公務員に紙巻きタバコ1本やコーヒー1杯を提供することは、およそ保護法益の軽微な侵害とはいえず、外見上の法益侵害にすぎないものである。というのは、そうした贈り物は職務執行の清廉性への信頼を危殆化するものではないからである⁵¹⁾。それゆえこの場合には、社会的に相当な、法的に重要でない危険が基礎づけられるにすぎない。同様のことは、刑法284条〔賭博の無許可開催〕の保護法益が賭博熱を煽って搾取することから国民を保護することにあると認めるならば、賭け金がわずかな賭博にも妥当する。その場合には、このような賭博は保護法益にとって社会的に相当な、法的に重要でない危険を根拠づけるにすぎない⁵²⁾。——これに対して、刑法284条によって財産が保護されていると見れば、軽微な法益侵害の問題になり、その当罰性と刑罰必要性が訴訟法的に顧慮されるべきことになる。

価値がわずかで慣行となっている贈り物の社会的相当性についての考察を、業務上の社会的取引の範囲内にある他の給付——より高額の出費——に拡大するのは、当然のことと思われる⁵³⁾。もっとも、このような出費は相当の利益となりうるので、その利益が職務の遂行のためであったか、それとも通常の必要な業務上もしくは社会的な取引の範囲内で行われたかを、さらに事実在即して検討しなければならない。というのは、このよう

Gropp (o. Fn. 35), § 6 Rn. 228; Schünemann, FS Otto, 2007, S. 777, 785. も参照。

51) Dölling, FS Otto, 2007, S. 219, 220; Hirsch, ZStW 74 (1962), 78, 126; Jescheck, in: LK-StGB (o. Fn. 13), Vor § 13 Rn. 49; Jescheck / Weigend (o. Fn. 23), § 25 IV 2; Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2. Aufl. 2006, § 33 Rn. 33; Rönnau, in: LK-StGB, 12. Aufl. (o. Fn. 13), Vor § 32 Rn. 52; Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 40; 同, FS Klug, 1983, S. 303, 312; Schünemann, FS Otto, 2007, S. 777, 785 f. も参照。この問題性について詳しくは、Eser, FS Roxin, 2001, S. 198, 203 ff.

52) Hirsch, ZStW 74 (1962), 78, 128; Jescheck, in: LK-StGB (o. Fn. 13), Vor § 13 Rn. 49; Jescheck / Weigend (o. Fn. 23), § 25 IV 2; Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 40; 同, FS Klug, 1983, S. 303, 312. も参照。

53) これについて詳しくは、Eser, FS Roxin, 2001, S. 198, 205; Knauer / Kaspar, GA 2005, 385, 396 ff.; Kuhlen, in: NK-StGB (o. Fn. 31), § 331 Rn. 88; Thomas, FS Jung, 2007, S. 973 ff.; 特に、S. 979, 981.

な出費を正当化しうるのは、業務上の取引ではなく、利益供与の目的方向だけだからである。

10. 教唆の要件

ヴェルツェルはすでに、社会的に相当な態度の例として、ある人が、今にも溺れそうな第三者を救助しようとしている他人に、その他人がその決心を断念することを期待して、水が冷たいことを気づかせた（これが結果的に実現された）という例をあげた⁵⁴⁾。それによってヴェルツェルは、ある根本的な問題、すなわち教唆の要件についての問題に言及している。つまり、刑法26条〔教唆犯〕の意味で他人を「決意させる」ことにとって、教唆者が正犯者の行為決意の原因となったことで足りるのか、それとも「決意させる」とは、惹起することを超えて法益を危殆化するような教唆者の態度をも必要とするのか、という問題である。

最高裁の判例と一部の学説は、正犯者に決意させることとして、行為決意を惹起することで足りるとしている。すなわち、「教唆においては、たとえその手段が影響を受ける者にそのようなものとして認識されていなかったとしても、知的影響を及ぼすなんらかの手段であれば構成要件の充足にとって十分である」と⁵⁵⁾。また、別の論者は、少なくとも、教唆する者において行為決意を惹起しようという目的のある、教唆者と被教唆者との精神的つながり（geistiger Kontakt）を必要としており、したがって、所為を促す状況を創出するだけではいまだ教唆の手段にふさわしいとはいえないとする⁵⁶⁾。

54) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 200. に関して、Welzel (o. Fn. 11), S. 56.

55) BGHSt 45, 373, 374; BGH NJW 1985, 924; また、Herzberg, JuS 1976, 40, 41; Hillenkamp, JR 1987, 254, 256; Lackner / Kühl (o. Fn. 18), § 26 Rn. 2; Widmaier, JuS 1970, 241, 242 f. も参照。

56) Jescheck / Weigend (o. Fn. 23), § 64 II 2 a; Kühl, Strafrecht, AT, 5. Aufl. 2005, § 20 Rn. 172; Plate, ZStW 84 (1972), 294, 295; Schmidhäuser (o. Fn. 25), 14 / 104. を参照。

この双方の見解は重大な批判にさらされている。第一に、刑法26条は法定刑に関して教唆者と正犯者を同置している。しかし、この同置が正犯の不法内容と教唆のそれとが段階的に一致することと結びつけられなければ、それは恣意的なものになってしまうであろう。もっとも、正犯と共同正犯は所為結果の単なる(共同)惹起以上のことを前提としていることが、一般的に認められている。これに対して、教唆において単なる惹起で十分であるとするならば、不法内容が段階的に一致するとはいえなくなってしまう。それゆえ、教唆についても、単なる行為決意の惹起を超える教唆行為を必要とすべきである、といわれる⁵⁷⁾。第二に、ドイツ刑法は答責性原理、換言すれば行為者の所為に対する行為者自身の答責性に基づいている。これによれば、すべての人は自分自身の態度についてのみ答責的であり、自由で答責的に行動する他人の態度については答責的ではない、というのである⁵⁸⁾。たしかに、他人が行為者を幫助し、あるいは行為者に影響を及ぼすことによってその所為に関与することはありうる。しかし、行為者の行為決意を惹起したにすぎない者は、行為者に犯罪的態度の可能性を示してはいるが、行為者が犯罪的所為計画を実現するか否かを、まさに行為者の自由で答責的な行為者自身の決定に委ねているのである。したがって、所為計画を惹起した者は、いまだその所為には関与していない。その者は、他人が自己の答責的な決定に基づいて犯罪計画を実行に移す決意をするという危険を基礎づけるにすぎない。ただし、実行に移すこと自体は正犯者の仕業であって、所為計画の惹起者はそれには関与していない。所為計画の惹起とは、「所為を誘発するような状況」の創出であるとしても(「所為を誘発するような状況」とは、例えば、(所為の)惹起者が夜にはしごを家の開いている窓の近くに置き、そのことからこの状況が侵入者に住居侵入する気にさせることを狙った場合や、銀行強盗が追跡者の気をそらすた

57) これについて、Krey, Deutsches Strafrecht, AT 2, 2. Aufl. 2005, Rn. 257; Otto (o. Fn. 22), § 22 Rn. 35. も参照。

58) これについて詳しくは、若干の参考文献を含めて、Otto (o. Fn. 22), § 6 Rn. 49 in Fn. 32.

めに逃走中一握りの100ユーロ紙幣を後方に投げる場合)、あるいは、所為の決意を促進するようなもっともな事情の指摘による所為計画の惹起となるとしても(たとえば、ひどい悪天候のときに起こした交通事故において、同乗者が、事故の被害者を保護しようとする運転者に、この天候ではあなた自身の衣服がだめになってしまうと言ひ、その指摘に基づいて運転者は車を降りるのを断念し、走り去ったという場合)、その所為計画を惹起することは、保護法益に対する、犯罪の可能性を指摘することを超えた独自の危険を基礎づけるものではない。正犯者の決意の自由は影響されないのである。それゆえ、正犯者の意思に対する影響づけがあってはじめて、その所為の答責性に惹起者が関与したことが基礎づけられるのである。この影響づけが行なわれない限り、行為決意を惹起したとしても、それは法的に重要でない社会的に相当な危険の創出にすぎない⁵⁹⁾。この危険は、その惹起者が単に所為を決意させることを超えて、正犯者の意思へ影響を与えた場合にはじめて、法的に重要なものとなる。この考え方は、学説において次のような要求として表現された。すなわち、正犯者に決意させることは、心理的つながりを要件とするだけでなく、このような意思疎通が存在する場合でも、所為に対する認識しうる影響づけ、促進、刺激へと向けられていなければならない、という要求である⁶⁰⁾。アメルンクは、この墮落させる促進(korrumpierende Aufforderung)という概念を詳細に具体化し、これを犯罪行為の遂行に対する賛意を含んだアピールとして理解し

59) これについて、Frisch (o. Fn. 13), S. 332 ff.; Hilgendorf, Jura 1996, 9 ff.; Roxin, AT II, 2003, § 26 Rn. 77. も参照。

60) Freund (o. Fn. 26), § 10 Rn. 115; Fuhr, Die Äußerung im Strafgesetzbuch, 2001, S. 65 f.; Joecks, in: MK-StGB (o. Fn. 26), § 26 Rn. 9; Krey (o. Fn. 57), Rn. 257; D. Meyer, MDR 1975, 982, 983; Otto, JuS 1982, 557, 560; 同, (o. Fn. 22), § 22 Rn. 34; Roxin (o. Fn. 59), § 65 ff., 74 ff.; Schild, in: NK-StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2005, § 26 Rn. 23; Schlüchter / Duttge, NStZ 1997, 595; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 51 f.; Stratenwerth / Kuhlen (o. Fn. 43), § 12 Rn. 143; Wessels / Beulke (o. Fn. 23), Rn. 568. を参照。

た⁶¹⁾。ある一定の犯罪行為を行なうよう行為者を影響づけることによって、そのような影響を与えた者は、法的に重要でない、社会的に相当な危険の創出を超えているのである⁶²⁾。そのような影響を与える者は、法的に重要な危険を創出している。その点で、社会的相当性の理論は、教唆行為を明確に規定し具体化するためにも有用であることが明らかになるのである。

11. アルコールの販売

実質的に教唆の問題性と等しいのは、ある者がアルコールを摂取したことにより、もはや安全に乗用車を運転できる状態でないにもかかわらずその運転をした場合に、その者にアルコールを販売したことの問題性である。この場合にも、アルコールを販売する者は、アルコールを飲んだ者によって行われる可罰的行為の可能性を基礎づけている。しかし、飲酒した者の判断の自由がいまだ法的に重大に侵害されていない限り、その者の判断の自由はこのアルコール販売行為によって影響されていない。それゆえ、アルコールを飲んだ者が、飲酒したにもかかわらず乗用車を運転するか否かについて法的に自由に答責的に判断しうる限り、アルコールを販売する者は、法的に重要でない社会的に相当な危険を基礎づけるにすぎない。これについて、BGHが次のように述べたことには説得力がある。すなわち、「飲食店の経営者として運転手にアルコールを販売した者が、その客がさらに運転を続けることを、その経営者にとって可能で適切な方法で阻止する義務を負うのは、原則としてその客がもはや分別のある判断に従って自己答責的に行動しえないほどに明らかに斟酌している場合のみである」と⁶³⁾。

61) Amelung, FS Schroeder, 2006, S. 163 ff., 178.

62) 決意させることについて、行為者への影響づけを超えたそれ以上の要件を要求することについて、Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Stand Okt. 2005, § 26 Rn. 12; Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl. 1991, Abschn. 22 / 21 ff.; Puppe, GA 1984, 101 ff.; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 124; Schulz, JuS 1986, 933, 937 ff. を参照。

63) BGHSt 19, 152; また、Jescheck, in: LK-StGB (o. Fn. 13), Vor § 13 Rn. 49; Jescheck / Weigend (o. Fn. 23), § 25 IV 1; Roxin (o. Fn. 5), § 10 Rn. 39; 同, FS

——飲食店の経営者に関するこの判断を、私的に客を招いた者に容易に転用することができる。

12. 刑の免脱

刑法258条〔刑の免脱〕1項によれば、他人が違法な所為（11条1項1号）を理由として刑罰法規に従って罰せられ、または処分（11条1項8号）に付されることを、全部または一部免脱させた者は、刑の免脱の罪により処罰される。この免脱行為自体によって、刑罰権の実現可能性が低下することが必要である。たしかに、法は刑罰権の貫徹を困難にしたり妨げたりすることを禁ずるのみであり、これに対して、犯罪者が社会的諸関係から排除され、それにより隔離されることによって刑罰権の貫徹を可能にしたり容易にしたりすることを、法は命じてはいない。犯罪者を社会的に隔離することが、刑事訴追機関の介入を容易にし、あるいは犯罪者をして刑事訴追当局へ出頭するよう決心させるであろうことが確かであったとしても、以上のことは妥当する。しかし、そのことが意味しているのは、国家の介入が相当の期間実現されえなかったことについて因果関係のある態度がすべて所為行為として問題となるわけではない、ということである。その態度自体が、免脱行為として「蔵匿の性質（Verheimlichungscharakter）」を有していなければならない。その免脱行為において実現される危険は、一定の態様で適性のあるものでなければならない。刑罰権の実現可能性を低下させるものの、蔵匿の性質を有していない行為態様は、保護法益にとって法的に重要でない、社会的に相当な危険を基礎づけるにすぎない。

以上の点を踏まえれば、判例が、犯罪者に宿泊所を提供した事例において、犯罪者を宿泊させただけなのか、それとも犯罪者に「隠れ家を提供した」⁶⁴⁾のかを基準として区別したことは、十分に理解しうる。たしかに、

Klug, 1983, S. 303, 311; Welzel (o. Fn. 11), S. 57. も参照。

64) OLG Stuttgart NJW 1981, 1569, 評釈は、Frisch, JuS 1983, 915 ff., Geppert, JK StGB, § 258 / 2; OLG Koblenz NJW 1982, 2785, 評釈は、Frisch, NJW 1983, 2471 ff.; LG Hannover NJW 1976, 979, 評釈は、Schroeder, 同所, 980. を参照。

この領域においては、私的な諸関係のある個々の事例において、その境界づけの問題は排除されえないが、それはさほど重大なものではないと思われる。というのは、ある特定の行為が関与者らの諸関係の内部で通例のものであるか、それとも当該行為が刑の免脱の結果を考慮して「例外的に」行われたものであるかは、この場合にも基本的に必ずや確認されうるからである。これに対して、業務上の諸関係においては、その区別はより明白である。というのは、この場合にいかなる行為が一般に通例のものであるかは、類型化ないし定着した役割行動によって認定されうるからである。同様に、人道的な行為も認定可能である。犯罪者に医療的措置を施す者は、たとえそれが生命の危険の回避に関わるものでないとしても、社会的な相互関係において市民に向けられた期待に込めているのである⁶⁵⁾。——学説においては、その理由づけについては異なっているものの、結論においては、「ある行為が、誰にでも保障された自由の余地の正当な行使を意味するにすぎない場合には、その行為を刑の免脱行為と認めることはできない」ということが、ほぼ一致して前提とされている⁶⁶⁾。それゆえ、刑の免脱の領域においては、保護法益にとって法的に許されていない危険は、通常の社会的なつながりの維持を超えて蔵匿することに向けられ、それによって刑罰権の貫徹を困難にしたり妨げたりしうような行為態様をもってはじめて基礎づけられるのである。「蔵匿の性質」が認められない行為態様は、

65) これについて、Frisch, JuS 1983, 915, 923; Otto, FS Lenckner, 1998, S. 193, 217 f.; Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 510 ff; Stree, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 18), § 258 Rn. 21; Tröndle / Fischer (o. Fn. 23), § 258 Rn. 11. も参照。

66) Lackner / Kühl (o. Fn. 18), § 258 Rn. 3; これについて詳しくは、Frisch, JuS 1983, 915; 同, NJW 1983, 2471; Hassemer, wistra 1995, 81, 83; Hoyer, in: SK-StGB, Stand: Okt. 2006, § 258 Rn. 24 f.; Kindhäuser, StGB, 3. Aufl. 2006, § 258 Rn. 6; Küpper, GA 1987, 385, 399; Otto, FS Lenckner, 1998, S. 193, 217; Rengier, Strafrecht, B.T. I, 10. Aufl. 2008, § 21 Rn. 37; Weisert, Der Hilfeleistungsbegriff bei der Begünstigung, 1999, S. 197. を参照—異論として、Wolf, Das System des Rechts der Strafvereitelung, 2000, S. 289.

保護法益に対する法的に重要でない、社会的に相当な危殆化を意味するにすぎないのである。

13. 刑法86条 a 違憲組織の象徴物の使用

BGH の見解によれば、刑法86条 a [違憲組織の象徴物の使用] の意味における象徴物を用いることは、すべてその使用に当たるが、その使用が明らかに刑法86条 [違憲組織のプロパガンダの頒布] の保護目的に反せず、したがってその構成要件に該当しない場合は、この限りでない⁶⁷⁾。たとえば、違憲組織の象徴物を、その内容が明白かつ一義的な態様でその組織に反対し、そのイデオロギーと戦うことを表明するような表現として使用する場合がこれである、とされる⁶⁸⁾。

使用という概念をこのように解釈することは、まさに社会的相当性の典型的な適用例を示している。なぜならば、その態度は保護法益に対する法的に重要でない危険を基礎づけるにすぎないので、その態度が構成要件に該当しないと思われるからである。社会的に相当な事例状況を法的に規制することを規定する、刑法86条 3 項を準用する刑法86条 a 第 3 項は、この解釈に矛盾しない。なぜならば、その規定は、外見上の法益侵害にすぎないその他の諸事例を除外するものとして把握されるわけではないからである。しかし、この解釈は実質的には問題がある。すなわち、刑法86条 a が、その象徴物とその意味内容の想起との結びつきを妨げるために一定の象徴物を社会一般から排除すること⁶⁹⁾、すなわちタブー視することを目的としているならば、この象徴物と結びついている制度に反対することを表現す

67) BGHSt 25, 30, 32 ff.; 25, 133, 136 f.; 28, 394, 396; OLG Hamburg NSTz 1981, 393; OLG Hamm NJW 1982, 1656, 1657; OLG Stuttgart MDR 1982, 246; OLG Frankfurt NSTz 1982, 333; OLG Köln NSTz 1984, 508; OLG Oldenburg NSTz 1986, 166, 167; BayObLG NJW 1988, 2901, 2902. も参照。

68) BGH HSt 51, 244, 評釈は, Bosch, JA 2007, 551 ff.; Hörnle, NSTz 2007, 698 f., Kasper, JR 2008, 70 ff.; Satzger, JK StGB, § 86a / 1; Schroeder, JZ 2007, 851 f.; Vorbaum, JR 2007, 524 ff.

69) これについて、BayObLGSt 2002, 43. も。

るためにこれを使用する場合にも、保護目的の重要でない危殆化が存在するのではなく、きわめて重要な危殆化が存在するのである。——その規範が、象徴物として用いられるものの意味内容と内容的に同調することを妨げることを目的としている場合には、状況は異なる。しかし、その場合には、その象徴物と結びつくイデオロギーに反対することを表現するためにそれを使用することのみならず、その象徴物の表示と禁止された組織の目的に同調することと同時に結びついていない限り、それをモデルや収集物等に用いることも、その規定の保護目的を害するような性質をもたない⁷⁰⁾。——しかし、BGHはこのような解釈を否定している。そのためにBGHの判例は首尾一貫していないのである⁷¹⁾。

V. 結 論

1. 以上の考察によって、社会的に通常であることから規範的に正しいことを推論することは議論を進展させるものではないというクヌート・アメルンクの思考が確認された。

2. 何が社会的に通常の行為態様であるかという判断の出発点となりうるのは、その態度の通常性ではなく、その行為態様が——法的な諸基準により——社会的に相当な、すなわち保護法益に対する法的に重要でない危険を基礎づけるにすぎないのか、それともすでに法的に許されない危険、すなわち法的に重要な危険を基礎づけるのか、という問題である。

3. 危険の性質と態様によって区別することは、典型的に社会的に相当であるとされる行為態様の下で、その背後に客観的帰属の問題が隠れているような行為態様を見出すことを可能にする。なぜならば、そのような行為態様は、保護法益に対する法的に重要でない危険を基礎づけるにすぎな

70) これについて、Paeffgen, in: NK-StGB (o. Fn. 31), § 86 a Rn. 14; Rudolphi, in: SK-StGB (o. Fn. 66), § 86 a Rn. 6, 8; Sternberg-Lieben, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 18), § 86 a Rn. 6. を参照。

71) Bosch, JA 2007, 551, 553. も参照。

いからである。これによって同時に、本稿では触れなかったその他の行為状況について、法解釈学的に維持しうる別の解決策を追求する必要性が基礎づけられる。いずれにせよ、ある態度の社会的相当性を指摘するだけでは、それ以上の議論の手がかりを与えるものではないのである。

4. 以上のことから、社会的相当性は、構成要件段階において客観的帰属を限定し、より明確にすることを可能にする解釈原理となるのである。

