

タイトル	<資料>「社会的相当性」・余計な法形象かそれとも放棄できない法形象か：社会的にありふれた供与を手がかりとした考察
著者	エーザー, アルビン; 吉田, 敏雄(訳)
引用	北海学園大学法学研究, 39(1): 85-102
発行日	2003-06-30

「社会的相当性」・余計な法形象か それとも放棄できない法形象か

「社会的相当性」・余計な法形象か

それとも放棄できない法形象か

——社会的にありふれた供与を手がかりとした考察*——

アルビン・エーザー

吉田敏雄(訳)

一 同じ目的に通じる様々な道 —— 除外すること

郵便配達人に通常新年にあげる酒手(Trinkgeld)は両面価値的贈り物である。つまり、受領者にとっては喜びに満ちたものであるが、この現象の刑法的理解に関して再三再四頭を悩まさざるをえない刑法学者にとっては争いに満ちたものである。なるほど、郵便事業がまだ高権の行う時代にすでに、

贈与者も受贈者も贈収賄罪の廉で処罰されるべきでは無いという点で広く一致が見られた⁽¹⁾。しかし、このほぼ一般的に受け容れられた結論⁽²⁾に如何なる道のりをたどって到達するべきかに関しては、依然として非常に争いのあるところである。

刑法第三三一条の構成要件から出立すると、不処罰ということに関してほぼ一致した合意があることに先ず驚かざるをえない。贈り物や酒手が利益に当たるとは疑いのないこと

料
ろであるし、おまけに、郵便配達人がこれを受け取るのは、

資
親切な人だからなどということではなく、この一年親切且つ
きちんと手紙を配達してくれた（職務行為）からであり、こ

れからの一年も引き続きそうすることになる（つまり反対給
付）からである。したがって、第三三一条第一項の構成要件
は形式的には充足される。

しかし、この帰結を様々な方法で避けようとする試みが為
される。利益という概念はすでに規範的に理解されるべきで
あり、それ故、まだ充足されていないとか、専ら儀礼的なも
のにすぎないから、等価関係が欠けているとか、構成要件は
心付けの些末性の故に充足されないとか、行為の社会的相当
性が欠けるとか、はたまた、法益指向の解釈は些末なそして
社会的に一般に寛容に理解されている心付けを構成要件不該
当にするといつた主張が為される。こういった除外戦略を立
法者もそう長くは閉ざそうとしなかったことは明らかであ
る、というのは、今では、第三三一条に第三項が挿入された
ことで、社会的にありふれた心付けを不処罰とする官庁の許
可が可能となったからである。⁽⁸⁾さらに、実体法上の限定可能
性と並んで、刑訴法第一五三条、第一五三条aがあり、それ
は検察官に責任が軽微な場合に訴追を免除する権限を与えて

いる。⁽⁹⁾

ドイツ法の国境の向こう側を見ると、可罰性を限定するた
めの他の可能性のあることが分かる。イングランドやウェー
ルズでは、「腐敗させる（corruptly）」という構成要件要素の
充足が要求される。このことは、心付けが違法性の意識をもつ
て行われることを前提としている。⁽¹⁰⁾オーストリアでも、立法
者は些細な心付けを排除しようとし、利益の金額を明文化し
ている。⁽¹¹⁾スエーデンでは、「不当性（Ungehörlichkeit）」の
要素が構成要件化されている。⁽¹²⁾こういった除外戦略と並んで、
ドイツと同じく、一部の国では、これらの観点を刑事訴追裁
量において考慮する可能性もあり、特に、イングランド、
ウェールズ及びフランスがそうである。⁽¹³⁾イタリアやギリシャ
では利益と職務行為との間の関係に照準を合わせている。⁽¹⁴⁾

一見して、多様な解決策のあることが分かる。しかし、こ
の様々な現象形象があるにもかかわらず、問われるべきこと
は、たいいていの研究方法が―すべての研究方法とは言わない
までも―少なくとも実体法上の研究方法が統一的な基本思想に
収斂されるのか、それ故、多様性は現象的なものにすぎない
のか否かということである。

二 贈与の些末性

最初に明らかにしておきたいことは、些細な贈り物の供与や收受に関して不処罰とする議論はすべての国で「単純」収賄の範囲内だけで行われている、つまり、始めから、職務行為がそれ自体は適法―利益の側面を無視すればともかくも違法ではない―なものと思われる場合にだけ問題として扱われるということである。したがって、公務員が義務違反の、違法の行為をした場合には、例外的に不処罰とする余地は基本的にない⁽¹⁵⁾。

些末な心付けを構成要件から外すという極めて単純な且つ同時に高度の法的安定性を保障する方法は、一定の価額を数値化して、それ以下では可罰的でないとする方法である。こういった解決に最も近いのがオーストリア刑法典だといつてよいだろう、第三〇四条第四項は、「些細な利益(ein geringfügiger Vorteil)」であり、行為が職業的に行われたのではない場合に、刑罰阻却事由を認める。争われているのは、如何なる具体的金額からものは些末性が存在しないとされるべきかである⁽¹⁶⁾。判例は目下千シリングに限界線を引いているといつてよからう(およそ一四〇マルクに相当する⁽¹⁷⁾)。

こういった規定のないドイツでは、些細な利益を第三三一条の構成要件から除外する方法が二つ提案されている。その一つの―今までのところ散発的なものにとどまっているのだが―提案は、些細な利益と宣伝用記念品を刑法第三三一条から外すことで、利益要素に結びつけるというやり方である⁽¹⁸⁾。そこでは、刑法第二四八条aに関する判例に依拠しておよそ五〇マルクに限界線を引くべきだと主張される⁽¹⁹⁾。この方法でたぶん得られることになる法的安定性という長所には、つぎの短所も伴う、つまり、一方で、他の事情、特に、関係者の財産事情を考慮しないわけには行かないこと、他方で、一定の限界線を引くことで、公務員の側に期待の気持ちが生ずるといふ危険が生じかねないことである。

これに対してもっと多くの支持を得ているのが、ごく些細な法益侵害の場合には利益收受の構成要件が充足されないという見解である。オーストリアにおけるこの―些末性原則⁽²¹⁾―に対応する―方法として第三〇四条第四項を引き合いに出すことができるが、ドイツでは根拠付けにはもつと努力⁽²²⁾がある。その出立点には、刑法は法益保護の最後の手段であるという認識がある。それ故、些細な侵害がこの極めて峻厳な統制手段を要しないのは、裏返すと、行為者が刑法関連的方法で社

料 会的に危険をもたらしていないからである。些末性原則は、立法者ばかりでなく、判例も配慮しなければならない比例の原則に基づく。単純収賄に移すと、これが意味するところは、心付けはなるほど形式的には構成要件に該当するが、しかし、守られる法益にとって典型的態様で危険だとはいえない、そして、法規範が単なる形式的不服従を処罰したくないなら、

上述の理由から可罰性は否定されるべきであると。

クラオス・ロクスイーンも、些末性原則が行為の構成要件該当性を否定する場合がありますと考えている。⁽²³⁾ 例えば、持続的でもなくしかもこれといった結果を伴わない日常生活上の短時間の強制力の行使が刑法第二四〇条の強要罪で処罰できないのは、それが社会的に有害であるとはいえないからである。ここで注意を要するのは、ロクスイーンは些細な行為と社会的に相当な行為との間を区別せず、両者を構成要件解釈の範疇に帰属せしめていることである。法益指向の解釈から、些細な行為はすでに構成要件から外され得ること、⁽²⁴⁾ その際、「社会的相当性」の思想は、ただの「解釈原理」としてすらも用いられえないとする限り、ともかくも構成要件不該当とする特別の「要素」ではないことが分かる。⁽²⁵⁾ この法益指向の解釈が贈収賄罪にもつ帰結は、些細な宣伝用の記念品

(例えば、ボールペン、手帳日記、メモ紙)が些末な贈与として行為の構成要件該当性を否定するのは、これが公務員の清廉潔白への公衆の信頼を脅かすものではないからであると。

三 贈与の社会的相当性

かくして個別事例において些細な贈与に刑法第三三一条、第三三三条の構成要件が適用できないとすれば、それ以上になると、やはりかなり高額な心付けについては具体的付随事情に基づき構成要件該当性が否定できないのかどうかという問題が生ずる。そうなると、決定的なのは、もはや贈与の価額だけではないということであり、むしろ、価額は、例えば、心付けの種類、契機及び目的あるいは心付けをする者と公務員の関係といった他の諸基準の一つにすぎないということである。そこで問題となるのは、相応の慣行・風習に従った心付けないしその供与がありふれた行為であるということである。これは、刑法学が一般に「社会的相当性」という標語の下で扱う領域である。

この概念はハンス・ヴェルツェルによって始めて形を与えられたと言つて良いかもしれない。⁽²⁶⁾ ヴェルツェルの理解によると、社会的に相当の行為とは、共同体生活の歴史的に受け

継がれた社会倫理的秩序の範囲内にある行為のことをいう。⁽²⁷⁾

この行為は社会的行為自由の普通の状態を特徴づけるものにはすぎないが、刑法には他でもなく社会的に不相当な行為、つまり、歴史的に生成された社会生活秩序から著しく逸脱している行為が構成要件化されている。それ故、社会的に相当な行為は決して構成要件に該当しないのであり、それが形式的には構成要件に包摂可能であつてもそうであると。⁽²⁸⁾

これ以後の社会的相当性に関する研究は、この広い定式を精密化すること、社会的相当性の別の基準を発見することに向けられている。これにつき―時系列的に―若干の例を挙げると、例えば、フリートリツヒ・シャツフシュタインは社会的相当性の客観的根拠、つまり、「一般にありふれたこと」とであり、歴史的に生成したものであり且つ社会倫理的に許されていること⁽²⁹⁾を強調する。デートレフ・クラオスは、社会的相当性の用語に関して、過失犯罪において遵守されるべきであるような、交通において必要な注意という尺度を故意犯の構成要件にも導入し、客観的注意の限界を遵守しさえすれば、誰にも非難可能な目的を追求する自由があると指摘する。⁽³⁰⁾ハインツ・ツイップによると、社会的に相当な行為は社会的に承認された行為規範に相当するが、しかし、この場合、

行為が単に慣行的なものであるというだけでは足りず、社会の大多数の者が、行われた行為は社会的共同生活の利益のために必要であり、正しいと考えているということではなければならない。⁽³¹⁾さらにツイップの場合、社会的相当性は論者の力動的構成要件理論という視角から考察されるべきである。⁽³²⁾すなわち、力動的構成要件の基礎となつている認識は、構成要件の不法類型化が一定の行為態様が社会に有害であるという経験に基づくこと、しかし、この類型化は欠陥の源と不精確なことがらも伴っているということである。というのは、第一に、法文に包摂可能ではあるが、しかし、基礎にある社会的有害性がない事例を含まないように、構成要件を厳密に定めることは不可能であるし、第二に、法文化された後ほどの静的構成要件も、社会構造の力動的発展および社会的に重要な価値概念から遠ざかる危険に曝されているからである。この「必然的に不十分な構成要件類型化」⁽³³⁾の調整策が社会的相当性である。社会的相当性が刑法規範を共同体の社会生活と調和させるのだと。これに対して遙かに理論的努力が不足しているといえるのがカール・ペータースの考えである。これは社会的相当性の概念を、普通のあたりまえの行為にだけ照準を合わせるだけであつてはならず、行為が一般的に社会

料的に価値のあるものと見られ場合にだけ社会的に相当であり、その際、「価値のある」という属性は様々な時代に様々に答えられるというように限定的に理解されるのであると⁽³⁴⁾。

やや異なった力点の置き方をするものの、それでも同じ線上にあるのが、連邦裁判所の取る見解である、すなわち、社会的相当の行為とは、「ありふれた、人々によつて是認されるそしてそれ故刑法的観点から社会生活において、社会的行為自由の範囲内にあるが故に、全く疑いのない行為」と定義される⁽³⁵⁾。社会的相当性は、刑法においてばかりでなく、法秩序全体に妥当する原理である⁽³⁶⁾。

これらの議論を分析すると、裁判官が具体例において評価しなければならぬ客観的規準に的を合わせることによつて、社会的相当性の概念をもつと厳密に把握する努力であることが分かる。そこでは、とりわけ、一定の行為態様に関して人々が抱く継続的歴史的観念が重要であるので、単なるありふれた行為に比してそれ以上のものがあることが判明する。行為の社会的受容と価値含有性の規準が一般にありふれた不都合な状態を理論の適用範囲から除外するのである。過失犯理論で役割を果たすような、交通に必要とされ且つ命じられる注意の概念に依拠することで、法適用者は人の行為を

比較しうる規準を持つように、社会的相当性も人の行為態様の規準として役立ちうる。

贈収賄罪に移すと、この考察の結果としていえることは、かなりの期間に涉つてありふれたことでありそして慣行に沿つて発展した贈与、つまり、共同体からいかがわしいとは思われず、まさに逆に期待されていると思われる心付けは、刑法第三三一条、第三三三条に該当せず、したがつて、先ず特別の正当化とかその他の不処罰事由、例えば、許可といったものを必要とするものではない。この観点の下でも、郵便配達人への新年の酒手は贈収賄罪の構成要件に該当しない。しかし、かなりの高額であつても、社会的相当性の観点から行為の構成要件該当性が否定されることがある、例えば、贈与が儀礼からか感謝の念を込めているとき拒絶できない場合がある、それは外交交渉とか人命救助との関連で考えられることである⁽³⁷⁾。さらに、贈り物の收受や招待に応じることが社会的に相当であるのみならず、公務員の職務義務ですらあるということも考えられる⁽³⁸⁾。したがつて、社会的相当性の観念は、具体的事例の事情を行為の構成要件該当性への問題と関連づけ、かくして、当罰的利益供与・收受を非当罰的利益供与・收受から区別することを可能とする柔軟な規準を提供す

るのである。

四 社会的相当性についての批判点

しかし、上述の長所には同時に社会的相当性理論の最大の弱点が見られる、すなわち、それが不明確であり、不鮮明な概念であるということである。トーマス・ヴェルテンベルガーはこれにつき以下のように論じている、社会的相当行為を理由とする構成要件不該当は法治国の観点から正当化できない、それというのも周知のごとく社会的相当性の規程があまりにも変転しすぎたし、かくも不安定であることは構成要件の保障機能に鑑み耐え難い⁽³⁹⁾。ヴォルフガング・ミツチュの批判は、社会的相当性が意味すべき輪郭が漠然且つ不明確すぎるといふものである⁽⁴⁰⁾。ヘルムート・マイアーもすでにこう強調していた、法文が社会的に相当な結論を導くか否かという⁽⁴¹⁾こと、これを調べ直すことが裁判官の仕事であつてはならない。この判断を下すのは立法者の仕事である⁽⁴²⁾。社会的相当性に断固として反対するのがハンス・ヨアヒム・ヒルシュである。それによると、特に、可罰性の下領域の境界がぼんやりとしていることがこの理論に対する反対理由として持ち出されている⁽⁴³⁾。立法者による「刑法改正」を素通りさせてし

まう誘惑に駆られるし、検察官も具体的案件が持つ厄介なことがらを回避しようと試みかねない。さらに、今まで社会的秩序の範囲内にあるものとして通用している行為を、新しい認識に基づき禁止するのは、立法者の仕事であるとき、社会的相当性の概念は間違つた解釈を導くことになる。ロクスイーンも先ず犯罪論体系的観点から異論を唱える。正当化事由も「社会的秩序の領域内」にとどまる、つまり、ある行為が法的に且つ社会倫理的に完全に秩序にかなつていないが、同時に、構成要件に該当するということとはありうることであり⁽⁴³⁾。他方で、判断が法感情そのものによつて下されるか、一般にありふれた濫用行為が構成要件不該当と宣告される危険がある⁽⁴⁴⁾。

他でもなく最後に触れたことが、特に、贈収賄罪における社会的相当性に関して問題とされるのである。というのは、具体的案件において社会的相当の心付けと思われるかもしれないものが、全体的に考察するとたちまち望ましくない悪習になる、それ故、行政の中立性維持に鑑み、社会的相当性による修正を許すべきでないとする方が適切である⁽⁴⁵⁾。そうなる⁽⁴⁵⁾と、心付けはすべて例外なく構成要件に包摂しなければならず、許可がある場合にのみ刑を免除できることになるが、し

料 かし、この帰結は、この厳格さの点で、この見解の支持者によっても導かれていない。⁽⁴⁶⁾ その代わり、社会的相当性という「不可欠の」法思考を理論的にもっと鋭利に把握しようとする試みが為される。⁽⁴⁷⁾

解決策として、法益思考の目的論的解釈が試みられる。ミツチュの考えでは、法文が十分に広い解釈余地を残している場合、「社会的に相当な行為事情が持つ不法否定的価値内容が包摂過程に入り込み、当該構成要件要素の否定を経由して構成要件該当性の否定にいたることがある。⁽⁴⁸⁾」これに対して、限定解釈の試みが失敗した場合、結果が満足のいかないものであっても、形式的違法性は承認されなければならない。同様に、ヒルシュによると、刑法上重要でないものと構成要件該当のものとの区別は、個々の規定の規準となる法律の意味(ratio legis)を手がかりに行われる。⁽⁴⁹⁾

わけでも、ロクスティーンは、社会的相当性の理論の「不明確な根拠付け」を放棄できると考えているが、その理由は、周知のごとく正しい解決は「法益指向の、限定的解釈によって」得られるからというものである。⁽⁵⁰⁾ なるほど先ず、ロクスティーンは、社会的相当性の理論が傾向としては「犯罪類型を輪郭づけるための正しい原理であり、したがって、構成要

件限定事由」であることをみとめるが、しかし、今では、より精密な解釈論的道具で置き換えられるうると論ずる。⁽⁵¹⁾ 構成要件の保護領域は、保護される法益と立法者によって場合によつては定められる特別の攻撃方法から生み出されるのである、ここから犯罪類型が明確化され、その結果、一定の行為は、かなり緩やかな構成要件の法文にもかかわらず、構成要件に該当しないと。⁽⁵²⁾

ここまでは、他の社会的相当性批判論者にもあてはまることだが、ロクスティーンは、更に一步進めて、社会的相当として考慮される事例を綿密に調べて、二群に分けることが必要だと考えている。⁽⁵³⁾ 第一群は「法的に重要でない又は許された危険」の事例に関係する、これには、とりわけ、道路交通の利用や運動競技の参加とか古典的な「金持ちの叔父の事例」が入る。第二群は、些細な社会的に一般に我慢される行為を構成要件から除外することに関係する、特に、ここで議論されている郵便配達人への新年の贈り物の事例がそれである。第一群においては、「社会的相当」として特徴づけられる領域が問題となつているのか、そしてどの程度そうなのかに関してともかくもすでに論争の余地がありうることから、ここでは個々の構成要件の問題ではなく、むしろ客観的帰属とい

う一般的範疇が問題となつていふ点で、いずれにしても結論的にはロクスイーンの考えに賛同できよう。⁽⁵⁴⁾それ故、主たる関心はそもそも第二群に向けられなければならないのであり、ロクスイーンはここで問題となつていふ郵便配達人への新年の贈り物の構成要件該当性を、かかる利益收受によつて公務員の清廉潔白への公衆の信頼が揺らぐことはないという理由で否定する。⁽⁵⁵⁾区別せずにこういつた行為の社会的相当性に頼るといつたようなことはせず、正しい解決はその都度「当該構成要件の保護領域指向の目的論的縮減」によつて可能になると。この方法は次の理由から優先されるべきである、すなわち、これにより社会倫理的観念を社会的にありふれた濫用行為と同一視し、構成要件に該当しないと宣言する危険も防止されうるからである、—些細な物の窃盗が示すように—「些末性またはありふれた行い」すべてが構成要件不該当というわけでは全くない。⁽⁵⁶⁾

五 反問

上述の反論がもつともだと思われるにしろ、しかし、問われるべきは、代わりとなる研究方法の方が社会的相当性の言うところの主たる欠陥—つまりその不明確性—を避けること

ができるのか否かということである。例えば、一方で、社会的相当性への批判として、具体的に問題となつていふ構成要件の意味(Ratio)を考慮せずしては意味のある結論は得られないのだと指摘されるとき、その代わりに「目的論的縮減(teleologische Reduktion)」を採用する及び／又はこのために保護されるべき法益と防御される侵害を示唆する論者が、これにより法益関係性をより直接的に表現しているという点、なるほどこれは認められる。しかし、何がこの決定のための規準となるのか、あるいは何によつて危殆化の重大性の程度が量られるのか、これにつき、上述の研究方法は、社会的相当性の構想から借用される規準さえ利用するには及ばないとする限り、答えを用意しなければならない。というのは、具体的案件で構成要件の法文に当てはまる行為がそれにもかかわらずその構成要件該当性が否定されるべきか否かという問題に答えるために、ありふれた行為であること、慣行あるいは社会的相当性といった尺度がだめだとするなら、如何なる他の尺度が一体引っぱり出されうるのだろうか。法益指向の解釈も、ある行為が法律の意味(Ratio legis)によつて把握されるか否かを評価しようとするとき、実質的規準に依拠せざるを得ない。しかし、公務員の清廉潔白への一般の人々の信

料 頼が蝕まれることがないのは、些細な新年の贈り物がありふれたことだからだと言うのは、今までの慣行に基づいており、社会的に受け容れられるということではなからうか。やはり資

この尺度しか、心付けには危険がないと考える一般の合意を根拠づけることができない。しかし、そうになると、目的論的解釈の背後には基本的には、社会的相当性に関して上述したのと同じ実質的尺度があるということになる。したがって、法的安定性の点で優れているというのは表見的なものにすぎない。

これに加えて、すでにシャッフシュタインがこの点につき適切にも論じていたことを思い出すべきである、すなわち、「社会的相当性の観点を不安定にすぎるとして拒否する者は、よもや実定法上の根拠付けを放棄し、その代わりにそれほど拘束的でない自然法の思惟にかかわりあうということをしたくないなら、こういった及び類似の事例で、少なからずかなり不安定でしかも不明確な、『目的説』とか社会的有害性の欠如といった一般条項を持ち出さなければならぬ。その際顧慮しなければならぬことは、社会的相当性の規準の方が、裁判官に一般にありふれたこと、歴史的に生成されたこと及び社会倫理的に是認されていることを考慮させることによつ

て、下されるべき裁判のための一定の客観的根拠を与える限りで、ともかくも上記の方法よりは実践的であり、確実である⁽⁵⁷⁾。

更にもう一つのことを指摘して事柄をはっきりさせたい、つまり、法的安定性の程度というのは刑法上の概念の解釈に当たっては常に相対的なものにすぎないということである。身体的虐待の概念は、被害者の健在を些細なものとはいえない程度に侵害する、悪い、不適當な行為、と一般に定義されている⁽⁵⁸⁾。しかし、不適當とはなにか、些細なものとはいえない程度の侵害とはなにかは、構成要件それ自体の法文からは得られず、裁判官の実際的判断裁量に委ねられている。その際、裁判官も最後のところは、自分には、ありふれたことであり、それ故、不適當ではないと思われる行為態様、ないし、ありふれたこと、つまり、広範囲な、標本抽出された人々が甘受する用意のあること、これを越える侵害との比較しかなきない。この場合も、そもそもはつきりさせることが可能だとして、可罰性の下限が正確に定められるなどと言うことは只に難しいだろう。

この点で「ロクスレーンの二分類に戻ると」ここで問題となつている「些細な社会的に一般に甘受される行為」の事例

群は「法的に重要でない又は許された危険」の事例群から区別されるどころではない。⁽⁵⁹⁾ というのは、とりわけ過失犯において提起される問題も、つまり、どの程度交通において必要な注意が遵守されているか又は行為がまだ「許された危険」の範囲内にあるのかは、具体的事例において期待されて良い「標準的」行為との比較無しには答えることが難しい。ここに、基礎に置かれるべき「標準」を、(実際の)社会にありふれたことと(規範的)社会的相当性を考慮することなしに得ることは難しい。

些細な且つ社会的相当の心付けを除外することに關して、それがドイツ刑法の問題だけではないことは、今一度国境線の向こう側を見るとはつきりする。例えば、スエーデンでは「贈与の不当性」⁽⁶⁰⁾ということで調整されており、イングランドでは「腐敗させる」⁽⁶¹⁾が構成要件上要求されているとき、これらの概念が社会的相当性の概念よりも言明内容があるとはいえず、やはり具体的案件において具体化を要するのである。しかし、ありふれた行為であること、慣行あるいはある行為がひとびとによって受容されていることといったことに依拠しないとすれば、これらの概念はどういった他の尺度で量られるのだろうか。

六 道しるべ

結局のところ、内容と言うよりはむしろ言葉の問題なのだろうか。そうでもあり、そうでもない。次の点では肯定できる、すなわち、論争者はすべて—些少な利益を構成要件不該当とするために金額限界を定めるか、それどころか金額限界を零にしておき、それから心付け一切を許可にかからしめたくないかぎり—実質的な、したがって一定程度の法的不安定性のまわりつく評価規準なしにはうまくいかない、そしてそれ故、同じ内容ではあるものの、適切な語法及び／又はこの犯罪論体系上の分類が争われている限りでは肯定できるのである。次の点では否定できる、すなわち、それぞれ用いられる表現法にはそれぞれ異なった内容が伴いするという限りでは否定できるのである。

例えば、「目的論的縮減」ということが言われるとき、それは、先ず一定の目的との関連で構成要件を限定する任務以上のことを意味しない。しかし、何が一体規準となる目的因(Telos)なのか、どの程度縮減が許されるのかは、依然として未解明であり、そこに置かれるべき尺度もそうである。法益を目的論的に考慮することも、法益の決定が—例えば、贈

料 収賄にとつて重要な、公務員の清廉潔白への人々の信頼にお

けるように――如何なる侵害態様の場合に――利益の種類とか額
資 ―構成要件上重要な危険が認められうるかに依拠するとき、

とどのつまり自己指示的であることが分かる。これに関する
目的論的縮減に関して、如何なる評価規準が――意識的にせよ
無意識的にせよ――一般に基底にあるのかという点で調べてみ
ると、それは社会的にありふれた行為であること・適当性の
規準であると考えて間違ひは無かろう。

しかし、そうなること、つまり、重要な投入・判断基準が同
時に提供されることなく、「目的論的縮減」ということで方法
論的道具が与えられたにすぎないとき、構成要件不該当とす
る要請に応えるために直ちに、方法論的にはなお補充を必要
とするにせよ、本質的な実質的規準を含む構想に考慮を払お
うとしないのが問題として浮上する。

この視角からは、「社会的相当性」という構想の方が、いず
れにせよここで問題となっている、ロクスイーンの第二事例
群のためには、他のあらゆる不該当構想よりも優れているよ
うに筆者には思われる。すなわち、

――「社会的」相当性という要因により、二つの要素により定
められる事実的基礎が与えられる。つまり、この種の行為が

ありふれたことであること、及び、個々人のそれあるいは散
発的な事例群のそれにすぎないのではないから、この種の行
為が社会的慣習としての性格を持つてゐること。

――社会的「相当性」の要請により、ありふれた行為が規範
的に是認に値する、あるいはともかくも社会的に甘受されう
ると見られること、すなわち、事実的慣習から短絡的に社会
的適当性が推測されてはならず、社会的適当性それ自体が別
個に認定されるべきことが保障される。

――しかし、さらなる展開を要するのは、問題となる行為が
ありふれたことであること及び適当性を調べ、評価する方法
である。この領域を研究し、必要とあらば、論争の対象とす
ることの方が実際にはするに値する。今までのところ、この
問題提起が真剣に取り上げられなかつたように筆者には思わ
れるが、それは、一部は、用語法上の、一部は、犯罪論体系
上の前域での争いにとらわれていたからである。

他方、ここで問題となっている問題領域からまたもや逸れ
かねない戦場を開かないために、周到にも少なくとも二つの
基点に印を付けなければならぬ。すなわち、

その一つは、法益の種類に関することであつて、そこにお
いて社会的にありふれた侵害に関してそもそも意味のある話

ができるということである。これが一層できるようになるのは、法益が、人間間そして社会の生活に深く絡まっていることによつて、保護の根拠と保護の範囲の点で強く社会的に制約されているという意味で、「社会内的 (intrasozial)」特徴を一層持つ場合である、例えば、言論の自由、発展の自由、名誉あるいは (公務員犯罪の領域におけるように) 公務員の清廉潔白への信頼の種類と程度―それは、身体及び生命といった「社会横断的 (transsozial)」法益の場合とは異なる、この場合、これらの保護とその範囲は、そもそもあるとしても、社会構成的制約が遙かに少ない⁽⁶³⁾。特徴的なことだが、強く社会的に燃り合わさった法益を保護するための構成要件はすでに始めからそれほど強くない輪郭化とこれに対応する、社会的に重要な限定と除外のためはかなり大きな開放性を示している。しかし、中核において身体の不可侵といったような「社会横断的」法益ですらも「社会的相当性」の根拠から一切の相対化を免れうるものではないことは、刑法第二二三条の「身体的虐待」を明確にすることが難しいことから分かる。身体的虐待は他でもなく必ずしも健康障害である必要はなく、すでに身体的健在の悪い「不適當な」侵害でも足りることから、⁽⁶⁴⁾このことは、最後のところは「社会的相当性」の規

準によつて判断されるべき社会的尺度を指し示しているのである。⁽⁶⁵⁾本考察はとりわけ贈収賄領域における社会的にありふれた利益供与に関するものだったから、性急な一般化には注意が必要であるものの、このことは類似の構造を持つ構成要件における相応の推論を排除するものではない。

「社会的相当性」を取り上げることに対する少なからず重要な限界印となるのは、そのときまで社会的にありふれた行為を他でもなく阻止すること、そしてそれ故これをもはや甘受しないとこの立法者意思の宣言である。こういった意識的「犯罪化」を「社会的相当性」を持ち出すことではかいくぐろうとするなら、それは、社会的相当性が認められるためには単にありふれている行為ということだけでは十分でなく、是認に値するということも付け加わらねばならず、これが刑罰化の場合には否定されうることを誤認することになる。どの程度このことが贈収賄罪の領域で刑法第三三一条第三項の定める許可の可能性によつて生ずることになるか、この問題は今までのところ依然として説明が足りなさすぎるのであり、それ故ここではこれ以上扱うことができない。⁽⁶⁶⁾しかし、そうしなくても良いように思われるのは、本論では、この関連では個々の構成要件の解釈よりは、原則が問題だったからである。

料 この基礎に関する議論に重要なきつかけを与えたこと、これには尊敬する被祝賀者に感謝しなければならぬ。同じ目的に達するために異なった道を選ばれるにしろ、それは変わらない。

*クラオス・ロクスイーンが扱った広範囲の問題群の一つに「社会的相当性」の問題性がある(参照、下記注1、7、23に掲げる文献)。これに関してはこのところ幾分鎮静化したけれども、—あるいは、まさにそれ故に—、これについて若干の考察を加えたい。そのきっかけを為したのは、もとより、いわゆる「軽微贈収賄」の問題も対象とする、マックス・プランク外国・国際刑法研究所の比較法プロジェクトである(参照、下記注10)。この問題との関連性と併せて、ロクスイーンは当研究所ともつながりがある。ロクスイーンは、長年に渡り、当初は、マックス・プランク外国刑法・国際刑法研究所の研究者として、最後には、当研究所の専門審議会議長として活躍されたのであり、ここに深く感謝し上げる。それ故、同時に、本論文を七〇歳の誕生日を迎える尊敬する被祝賀者に当研究所との関係について感謝の念を込めて捧げる。—資料の収集、整理・検討、第一草稿起草に当たっては司法官試

補トーマス・ヴィンター、仕上げに当たっては司法研修生マルクス・リヒターにお手伝いいただいたので、ここに厚くお礼申し上げます。

注

(1) 郵便配達人の事例に関して、*Roxin* Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, FS für Klug, Bd. 2, 1983, 303-313 (312) と並べ、他の者も同じ結論に達している、分たじゆ、Schönke/Schröder/Cramer StGB, 26⁹2001, § 331 Rn. 46, 53; LK-Jescheck StGB, 11¹1997, § 331 Rn. 15; Jescheck/Weigend Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, 253; Krey Strafrecht BT, Bd. 1, 11¹1998, 334; Laakner/Kühl StGB, 25¹1999, § 331 Rn. 14; *Mainwald* in: Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, 71¹bd. 2: Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 9¹1999, 302; *Otto* Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte, 9¹1998, 514f. Vgl. auch *Eser Juristischer Studienkurs, Strafrecht III*, 21981, 228.

(2) 反対意見はむしろ少数だとおもわれ、特に *Dallinger* Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, MDR 1958, 738-742 (740f). マリンガーは、金額をあまり与えられた行い (Üblichkeit) を考慮せず如何なる形態の心付け (Zuwendung) であれ拒否する。批判的なのは、近時 *Wagner*, Die Rechtsprechung zu den Straftaten im Amt seit 1975 -

Teil 1, JZ 1987, 594-605 (604).

- (30) *Kaiser* Spenden an politische Parteien und strafbare Vorteilsannahme, NJW 1981, 321-322 (322); Dingeldey Anm. zu BGHSt 31, 264, NSTZ 1984, 503-505 (505); Überblick bei *Merges* Die Strafausschlussgründe der Bestechungsdelikte, 1995, 147ff.
- (31) *Wagner* (Fn. 2), 604; Schönke/Schröder/*Cramer* (Fn. 1), 331 Rn. 29c; LK-*Jescheck* (Fn. 1), § 331 Rn. 13 a.E.; Überblick bei *Merges* (Fn. 3), 154ff.
- (32) *Gribl* Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten, 1993, 134ff, *Ostendorf* Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, GA 1982, 333-345 (345).
- (33) *Wessels/Hettinger* Strafrecht BT 1, 2⁴2000, 290; Otto (Fn. 1), 514f; *Krey* (Fn. 1), 334; *Merges* (Fn. 3), 156ff; s.a. die Analyse bei *Gribl* (Fn. 5), 105ff; aus der Rechtsprechung vgl. BGHSt 31, 264-290 (279).
- (34) *Roxin* (Fn. 1), 312; *ders.* Strafrecht AT I, ³1997, 243f.
- (35) Aufgrund von Art. 19 Nr. 187 EGSStGB vom 2.3.1974 (BGBl. I 469); vgl. dazu u.a. Maurach/Schroeder/*Maiwald* (Fn. 1), 302; *Gribl* (Fn. 5), 110ff; *Jung* in: Roxin/Stree/Zipf/*Jung*, Einführung in das neue Strafrecht, 1975, 129.
- (36) *ルネサ* 「邦憲加が刑罰の程度ヤル (minima non curat praetor)」のゴヤローマ法の原則と其のへるのてぬぬ° siehe dazu *Ostendorf* (Fn. 5), 335f mit Verweis auf *Digesten* IV, 1, 4.
- (37) *Huber/Beck* Landesbericht England und Wales, in: Eser/Huber (Hrsg.), Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht. Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, 1997, 78.
- (38) *Überhofen* Landesbericht Österreich, in: Eser/Überhofen/Huber (Fn. 10), 394f.
- (39) *Cornils* Landesbericht Schweden, in: Eser/Überhofen/Huber (Fn. 10), 515f.
- (40) *Huber/Beck* (Fn. 10), 79; *Barth* Landesbericht Frankreich, in: Eser/Überhofen/Huber (Fn. 10), 121.
- (41) *Hein* Landesbericht Italien, in: Eser/Überhofen/Huber (Fn. 10), 231f; *Papacharalambous* Landesbericht Griechenland, in: Eser/Überhofen/Huber (Fn. 10), 184f.
- (42) Vgl. *Maiwald* Die Amtsdelikte - Probleme der Neuregelung des 28. Abschnitts des StGB, Jus 1977, 353-363 (355).
- (43) Vgl. die Angaben bei *Überhofen* (Fn. 11), 395 Fn. 71.
- (44) OGH Österreichische Juristen-Zeitung 1991, 138-141 (138).
- (45) *Kaiser* (Fn. 3), 322; *Gribl* (fn. 5), 146.
- (46) *カイサー* (*Kaiser* (Fn. 3), 322) の提案する五〇マルクの外に他の金額が提案される。例えば、フランクフルト上級裁

料 資

- 判所は「〇〇マルクの心付みや「境界線や適かなり裁とる」と
 ちね (OLG Frankfurt NJW 1990, 2074-2076 (2075))。ケー
 ルミンは、行刑職員のオマルクが境界事例だとする
 (Geerds Anm. zu BGHSt 36, 45, JR 1993, 211-213 (212))。
- (20) *Merges* (Fn. 3), 165f.
- (21) Vgl. dazu Schönke/Schröder/*Lenckner* (Fn. 1), Vorbem.
 70a vor § 13ff; *Ostendorf* GA 1982, 333ff. der sich auf eine
 Entscheidung des OLG Hamm NJW 1980, 2537, bezieht.
- (22) Vgl. zum folgenden *Ostendorf* (Fn. 21), 333ff.
- (23) *Roxin* Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als
 unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, Jus 1964,
 373-381 (376); *ders.* Strafrecht AT (Fn. 7), 243 Fn. 78.
- (24) *Roxin* (Fn. 1), 312f.
- (25) *Roxin* Strafrecht AT (Fn. 7), 244.
- (26) *Welzel* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58
 (1939), 491-566 (516f); *ders.* Das deutsche Strafrecht, ¹¹1969,
 55f. 社会政策と犯罪の關係を論ずるに於て *Roxin* Straf-
 recht AT (Fn. 7), 240ff mWN. 社会政策と犯罪の關係
 に於て *Wolsky* Soziale Adäquanz, 1990, 15ff.
- (27) *Welzel* ZStW 58 (1939) (Fn. 26), 516f.
- (28) *Welzel* Strafrecht (Fn. 26), 57.
- (29) *Schaffstein* Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre,
 ZStW 72 (1960), 369-396 (378).
- (30) *Krauß* Erfolgswert und Handlungswert im Straf-
 recht, ZStW 76 (1964), 19-68 (47f).
- (31) *Zipf* Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten
 im Strafrecht, ZStW 82 (1970), 633-654 (633).
- (32) *Zipf* (Fn. 31), 647ff; ein Überblick über *Zips* Lehre findet
 sich auch bei *Merges* (Fn. 3), 139f.
- (33) Zitat bei *Zipf* (Fn. 31), 648.
- (34) *Peters* Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, FS für
Welzel, 1974, 415-429 (426f).
- (35) BGHSt 23, 226-229 (228). 同に於て *Welzel* 社会政策と
 「社会政策と犯罪の關係」を論ずるに於て OLG Hamm NJW 1973,
 716-719 (718f). Vgl. dazu auch *Eser*, Strafrecht III (Fn. 1),
 223, 228 sowie *Merges* (Fn. 3), 131.
- (36) BGHSt 23, 226-229 (228).
- (37) *Mainwald* (Fn. 15), 355; im übrigen gilt die Annahme
 geringer Geschenke durch einen Amtsträger als Schul-
 beispiel eines Anwendungsfalles der sozialen Adäquanz; s.
 dazu *Merges* (Fn. 3), 129 mWN.
- (38) BGHSt 31, 264-289 (279).
- (39) *Wirtenberger* Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre
 der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, FS für Ritterler zum
 80. Geburtstag, 1957, 125-140 (129).
- (40) *Mitsch* in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT,
¹⁰1995, 291.
- (41) *H. Mayer* Strafrecht AT, 1967, 65.

- (43) LK-*Hirsch* StGB, 111994, Vorbem. 29 vor § 32; ders. Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 78-135 (93).
- (44) *Roxin* (Fn. 1), 305.
- (45) *Roxin* Strafrecht AT (Fn. 7), 244; vgl. zur Kritik an der Lehre von der Sozialadäquanz auch *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), 252f sowie Schönke/Schröder/*Lenckner* (Fn. 1), Vorbem. 70 vor § 13.
- (46) *Merges* (Fn. 3), 172 mit Verweis auf OLG Celle SJZ 1948, 686-687 (686); *Fuhrmann* Die Annahme von sogenannten Aufmerksamkeiten durch Beamte, GA 1959, 97-109 (103); *Thiele* Darf ein Beamter Geschenke oder Belohnungen annehmen?, ZBR 1958, 33-35 (35).
- (47) Siehe z.B. *Merges* (Fn. 3), 172, der "bei Beamten im diplomatischen Dienst etc." Ausnahmen zulassen möchte, dafür freilich eine dogmatische Begründung schuldig bleibt.
- (48) *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), 252 mwN.
- (49) *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 40), 291.
- (50) *H.J. Hirsch* ZStW 74 (Fn. 42), 134.
- (51) *Roxin* Strafrecht AT (Fn. 7), 244.
- (52) *Roxin* (Fn. 1), 312.
- (53) *Roxin* Strafrecht AT (Fn. 7), 244.
- (54) So bereits in FS für Klug (Fn. 1), 310 sowie - mit unwesentlichen Modifizierungen - in Strafrecht AT (Fn. 7), 242f.
- (55) *Roxin* (Fn. 1), 311; ders. Strafrecht AT (Fn. 7), 242.
- (56) *Roxin* (Fn. 1), 312.
- (57) *Roxin* (Fn. 1), 312f; vgl. auch *Jakobs* Der Kern der Gesellschaft ist betroffen, KritV 1996, 320-324 (320).
- (58) *Schaffstein* (Fn. 29), 377f.
- (59) Vgl. statt vieler Schönke/Schröder/*Eser* (Fn. 1), § 223 Rn. 3.
- (60) Vgl. oben zu Fn. 53.
- (61) Vgl. oben zu Fn. 12.
- (62) Vgl. oben zu Fn. 10.
- (63) Vgl. oben zu Fn. 55.
- (64) 「社会区別」と「社会断絶的」の区別について vgl. bereits *Eser* Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, 1969, 45ff.
- (65) Vgl. oben zu Fn. 58.
- (66) 幾分異なるた力点を置いているが、「法益は刑法上始めから絶対的ではなく、社会の共同生活の必要性に關係した社会的拘束性において」保護されるところロクスレーンの論述にも (Fn. 1, 307)「やはり、たゞ異なる程度が、しかし、決して断定的には否定することのできない、法益保護の社会的相当性規準への依存性が表現されている。」
- (67) この種のもう一つの論争領域は刑法第二六一条の資金洗淨

構成要件によって開かれた、それはとりわけもともと定められていた社会的相当性条項 (vgl. BTDrucks 11/7663, 7 zum Entwurf von § 261) が最終的には削除されたからである。日常生活の軽微な事例における資金洗浄目的の財産移転も当罰的不法だからというのがその理由である (BTDrucks 11/7663, 50)。この立法者の意図を、構成要件の目的論的縮減や社会的相当性を持ち出してかいくぐる試みについて、vgl. - mit weiteren Nachweisen - OLG Hamburg NJW 2000, 673-682 (674ff).

〔訳者付記〕

本翻訳は、マックス・プランク外国刑法・国際刑法研究所前所長アルビン・エーザー教授 (Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser) の手になる論文「„Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? - Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen - を翻訳したものである。本論文は、ロクスレーン古稀祝賀論文集 (Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, Walter de Gruyter) への寄稿論文である。翻訳に当たっては、エーザー教授のご快諾を得た。