

刑法解釈における相当性の概念

秋
山
哲
治

- 一 はし が き
- 二 相当性概念の多義性
- 三 相当性判断の基礎
- 四 刑法解釈における意義

《法は、理性によって発展させられた経験であり、しかも、なお一層の経験によって修正される》（パウンド、現代法学の一般理論、海原訳一三頁）

《われわれが心に銘じていなければならないことは、法は生活の規準でなければならないということであり、そして生活の本質は生長と変化であるということなのである》（同書一七頁）

ロスコウ・パウンド博士はジョージア法科大学百年祭を記念する《Law Finding Through Experience and Reason》と題する講義の中で彼の法に關しての基本的な考察を上記のような表現において述べている。

法における理性と経験、そして生活における生長と変化。これは、法の解釈という場においてもわれわれの不断に当面するところのテーマである。刑法の解釈においても大きな関心と注意を要する課題であるとしなければならない。しかし、重要なことは理性と経験の内容、生長と変化の実体についての洞察である。

刑法の解釈においては、云うまでもなく、その厳格性が要求せられるのであり、それは、何よりも国家刑罰権に対する人権の保障を意図するものであるが故に、繰り返し常に高唱せらるべきである。しかし、解釈の対象となる条文自体だけではなく、解釈それ自体において、さらに付言すれば解釈上の概念自体において注意せられ反省せらるべきものがある。つまり、厳格解釈を高唱しながらも、解釈に利用せられる概念自体の多義性の故に、或いは又、その抽象性・一般性・包括性の故に実は厳格解釈の要請に相反することになるのではないか、を惧れなければならない。解釈概念の抽象性は、従って、その不明確性・曖昧性が或程度、到底まぬがれ得ないものであるとしても、われわれは、

そのような概念の意義と内容の解明に努力を払わなければならないと考えるものであり、理性と経験、社会生活の生長と変化というパウンドの考察はこの場合が興味せらるべきものがあると思われるのである。

われわれは刑法の解釈にあたって「社会通念」「信義誠実」「公序良俗」「健全な良識」「経験則」などの概念がいかにも屢々利用せられるかについては刑法学徒の何人も熟知するところである。これらの概念は実は極めて便宜な概念であり、従って、安易に利用せられやすい。しかし少しくその意義と内容とを吟味するとき、その漠然たる様相の故に、或いは多種多様な解釈の可能性の故に一驚すべきものがある。本稿がその意義の解明を試みようとする「相当性」の概念も又このような系列に属する一例である。

「相当性」の観念ないし概念が法律の解釈において軽視し得ない意義を有することの認識はしかく新しいものとすることはできない。我国においても先駆的学者により早くより自覚せられるものがあつた。すなわち、牧野英一博士はその自由法的立場においてではあるが、「相当性」の意義を強調せられたのであつた。曰く「わたくし共は、実生活といたことを標準として法律思想を更に構成し更に展開せんとするのである。この意味に於て、わたくし共の新たに提唱するところの法律的概念は、或は『公の秩序善良の風俗』であり、或は『信義誠実』の原則であり、或は事物の『相当性』であるのである。斯くの如き種々の概念は、その構成に於て必しも論理的ではない。しかし、社会の实情には、彼の論理的なるものよりもよりよく其の応化を全うし得るのである。その展開に於ては決して広いというわけに行かぬ。しかし、常識の欲するところに従つて、常に適当にその適用を按配することを得るのである。」（牧野英

一・法律における実証的と理想的、三三二頁以下）

右の主張の根底には、法の「生きた」解釈、適用の「具体的妥当性」の論理があつたのであるし、又、現実社会の

「実生活」が着眼せられ、そこから法の「目的」と社会の「利益」が展望せられたのであった。こうした主張はわれわれには既に古く、聞き慣れた法思想であり、又、論者によって批判されるものがあつたわけである。しかし今日、依然として「社会の通念」「公序良俗」等々の概念が法律解釈においてふんだんに利用せられるとすれば、それが現在においてどのような意義を有するものであるかを探求しなければならない。

われわれは今、刑法解釈において相当性の概念が如何なる場面において、又、いかなる役割を演じつつあるかについて検討を進めようとするのであるが、「相当」である、という判断は多分に常識による断定である。それは牧野博士が『常識の欲するところに従つて、常に適当にその適用を按配することを得るのである』と指摘せられる通りである。このように考えられるとすれば、刑法解釈の領域においては、厳格な体系的論理の構築の中にあつて、いわゆる良識といわれ、常識と称せられるものにより解釈されざるを得ないものがあり、しかも、極めて重要な機能を果しつつあることを注意しなければならないと思うものである。そして、常識であり良識であるが故にそれは單純に曖昧性を許されてよい、ということにはならないのであつて、可能な限りその意義を明確にしなければならぬ。このことは更に銘記せらるべきである。

われわれは、先ず、犯罪理論の中で相当性の概念がどのように注意せられているかを概観することにしよう。周知の通り、刑法上の因果関係を論ずるものの一つとしていわゆる相当因果関係論がある。或る行為を原因として発生した結果を相当の範囲に限定しそれを刑法的に重要な結果とする思考である。通常、因果関係の問題は構成要件の問題となされるのであるが、それを前提とすれば、これは構成要件の解釈の場における相当性の問題である。

社会的相当性 (soziale Adäquanz) の概念が行為の違法性を阻却する原理的なものとして論じられるもののあること

は既に刑法学徒の熟知するところである。すなわち、違法性を実質的に論ずる場合、共同生活の秩序、法秩序に照らし相当であると是認せられるとき実質的に違法性がないとするのである。いわゆる超法規的違法阻却事由として従来一般に論じられるものをこの原理によって説明し、さらに阻却事由の拡張が主張せられることになるのである。わが判例にも既にこうした傾向の視られるものがある。一例を示そう。「行為が健全な社会の通念に照し、その動機目的において正当であり、そのための手段方法として相当とされ、又その内容においても行為により保護しようとする法益と行為の結果侵害さるべき法益と対比して均衡を失わない等相当と認められ、行為全体として社会共同生活の秩序と社会正義の理念に適応し法律秩序の精神に照して是認できる」（舞鶴事件第一審判決昭和三一・五・一四東京地裁、判例時報七六号）

次に、正当防衛の成立においては反撃行為の相当性が要件であることは、更めて注意するまでもなからう。

義務違反を客観的に考察するときには、それは法の命令・禁止に違反することであるから、形式的違法の問題であると云つてよい。従つて、不作為犯における作為義務、過失犯における注意義務の存否の問題はこの意味において違法の分野に属するのであるが、作為義務・注意義務が慣習や条理に照らして判断せられるものがあり、この場合、慣習上もしくは条理上相当であるとする義務が認められるのである。ここでも相当性概念の意義が知られるわけである。

責任論において錯誤の問題が論じられるとき、相当性の概念が重要であることは学徒の熟知するところである。いわゆる禁止の錯誤について、法の不知について相当の理由があるときは故意が阻却せられるとする解釈が行われたわけである。又、各則の解釈において犯意の成否が論じられるとき、相当性の観念が有用である。その一例として、刑法二三〇条の二の名譽毀損罪についての解釈を挙げよう。「単に真実と信じただけでは犯意を阻却せず、真実である

と信ずることが健全な常識に照し相当と認められる程度の客観的状況の存在が立証されたとき始めて犯意の成立を阻却するものと解する。」(高松高裁・昭二八・三・九・高刑集六卷五号六三五頁)とされるのである。

刑罰論そして量刑の実際においては、相当性の観念は犯罪論においてよりも更に一層多くの実務的意義が認められることになる。犯罪の可罰性に相当した刑罰の種類ないしその量が考えられるのであるし、又、反対に刑罰を科するに相当な犯罪であるかが吟味される。微罪の故に不起訴が相当であると判断されるものがあり、或いは、犯罪の情状において執行猶予が相当であると判断せられるわけである。周知の通り現行刑法典は「情状ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得」(例えば刑法第三七条但書)という規定をおく。情状に因る、というのは、相当の事由がある場合であると解せられるとすれば、相当性はたんに理論的に承認せらるべき観念であるのみならず実定法規においても認められるものとしなければならぬ。われわれは今次の改正刑法準備草案において相当性の概念が明白に規定せられることを見るのである。曰く「自己の行為が法律上、許されないものであることを知らずに犯したものは、そのことについて相当の理由があるときは、これを罰しない。」(草案第二〇条二項)

現行刑法典においては「相当」の語句を見出し得ないのであるが、他の刑事法中においては、われわれはこれを見出すことが容易である。例えば軽犯罪法においては、第一条九、一〇、一一号において、「相当の注意をしないうで」の表現を見るのであるし、又、酒に酔って公衆に迷惑をかける行為の防止等に関する法律においても、「応急の救護を要すると信ずるに足りる相当の理由があると認められるとき」(同法第三条)といった表示をみるのである。

ところで現行刑事訴訟法にいたっては、「相当」という語句をもつ多数の条文を含むのであり、ここに至って断然活気を呈する観がある。一応列举してみることにしよう。第四七条「……公益上の必要その他の事由があつて、相

当と認められる場合は……」 第五七条「……裁判所の規則で定める相当の猶予期間を置いて……」 第六〇条「裁判所は、被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合で……二被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき。三被告人が逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があるとき。……」 第八四条「……但し、裁判長は、相当と認めるときは、意見の陳述に代え意見を記載した書面を差し出すべきことを命ずることができる」 第八九条四号「……罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき」 同条五号「……畏怖させる行為をすると疑うに足りる相当な理由があるとき」 第九三条「……被告人の出頭を保証するに足りる相当な金額でなければならぬ。」 其他第九六条二号三号、第一九九条第一項、第二八八条「法廷の秩序を維持するため相当な処分をする……」 第二九一条の三「……これによるものが相当でないものであると認めるときは……」 第二九五条「……その他相当でないときは、……」 第三二六条「……相当と認めるときに限り、……」 第三三二条、第三六三条「……上訴の提起期間に相当する期間内に……」 第四一〇条「……その判例を変更して原判決を維持するのを相当とするときは、……」 （訴訟法においては以上の如く「相当」の観念が多いのであるが、何故にそうであるかについては後で説明することになる。）

以上の例示によっても明らかのように、「相当性」の概念は仲々に多義的であり、又、包括的である。従って、その意味は個々の事例に即して解せらるべきであるし、具体的・経験的に認識せられることになるのである。かくして又、それは社会生活、常識、いわゆる社会通念、経験則に照して判断せられることになるのである。しかし、われわれはこのような概念がその性質上、極めて相対的・流動的であるのであり、或いは判断者の主観によってややもすれば制約せられる傾向のあることを注意しなければならぬのである。いわば確定性を欠くこうした概念はできる限

り避くべきであるにも拘わらず、それは刑法解釈において不可避的であり、不可欠でもあると考えられるのである。又、概念の相対性・流動性・包括性の故に解釈における危険性を蔵しつつもしかしその反面において、有用な具体的妥当性を得る可能性をも有つのである。

以下において順次検討が進められるわけであるが、究局においては現実になれわれが生活する社会の基本的構造ないし社会基盤に直面せざるを得ないのである。

二

「相当性」の意味は、既に触れたところで容易に判明するように全く多義的であると云わざるを得ない。従つて、われわれはその意味するところを各々の場合に即して理解しなければならぬのである。

先ず相当因果関係説における相当性の意味について検討を進めたい。相当因果関係説は行為の種々の結果の中、行為者の行為となし得る範囲を「相当」のところに制限しようとする主張である。相当の範囲というのは、われわれの通常の経験に照らし、そのような行為をなせばそれを原因としてそのような結果の発生することが一般的である、ということの意味する。単的に言えば、通常の一般的現象とみられる範囲の意味である。相当因果関係説においての相当の意味は結局、一般性・通常性を意味するのであり、従つて、別言すれば、平均性、定型性を意味することになる。これは特定の価値評価に関するものではなく、事後的経験的に認識せられるものとしなければならぬ。判例における表現も種々様々であるが、一般性通常性を説く点で同じ傾向のものがみいだされる。曰く、「右事情は普通あり得る事情であるから」(昭二四・一二・一〇東京高、高刑集二卷三号二九二頁)「異常特有のものでなく日常の経験に徴し疑な

い場合は」（昭二四・一〇・一五東京高、高刑集二卷二号一七七頁）「特定の行為に起因して特定の結果が発生した場合に、これを一般的に観察して、その行為によって、その結果が発生する虞れのあることが実驗法上当然予想し得られるに
おいては」（昭二三・三・三〇、最高、最刑集二卷三号一一七三頁）「そもそも一定の行為と一定の結果との間に刑法上の因果関係ありと云わんが為には該行為より該結果の発生することが日常經驗上一般的なることを要するものにして該結果の発生が全く偶然なる事情の介入に因る稀有の事例に属し常態にあらざるときは刑法上因果関係なきものと解するを相当とす」（昭八・二・二八東京控、法律新聞三五五号五頁）

因果関係の問題は構成要件に関するものであるが一方において、それが行為者の行為となし得るための行為の範囲を劃するものであることにおいて帰責——客観的帰責（objektive Zurechnung）——の問題である。（団藤、刑法綱要総論一二一頁参照）以上の見地から、一般性・通常性或いは定型性の観念は有用な意味を有つものとしなければならぬ。

次に「相当性」の別の意味について検討しよう。近時、特に目的的行為論によって唱えられる社会的相当性（soziale Adäquanz）における「相当性」の意味は先に述べた一般性・通常性とは異つた意味をもつ。先ず、社会的相当性がいかなる意味において観察せられているかを、ウェルツェル（Welzel）の説くところに従つて例示することにしよう。

「社会的に相当な行為は、特別な法的許容規定がなくても、歴史的に生成した共同生活の社会倫理的秩序によって是認せられるものであり、従つて、かかる行為は社会倫理的秩序の中に根ざした慣習法的な違法阻却行為であると考へられる。例えば、汽車、市電、バス等は一定の停留所にとまるだけであり、乗客のその間の自由は制約されている

わけであるが、しかし、そうだからといって、それを行為の自由を制約する違法行為である、とはなし得ない。

社会的相当性の内容は共同生活の歴史的秩序と共に変化するが、それは一般的法原理の一つであり、単に刑法の問題として限定せられるものでは決してなく、全法律秩序の問題たるものである。」(Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, SS. 23, 24, Das Deutsche Strafrecht 4 auf. S. 62 参照)

ウェルツェルの上記事例は社会的相当性の観念を説明するに必ずしも適切であるとは思われない。つまり、社会的相当性を持ち出す必要のない事例である。ウェルツェルは目的地に運搬されるまでの車内の乗客は自由が制約されているというのであるが、自由にされることは下車させられることであり、これは乗客を運搬することにならない。学生が受講のために、或いは受験のために教室内に一定時間着席することと同様であって、自由の制約、監禁といった違法性を考慮することを要しないものと云ってよい。換言すれば、車内の着席の状態は運搬行為そのものであり、教室内の着席は勉強行為であるわけである。構成要件該当性は考えられない。

社会的相当性の意義は、一応構成要件に該当するものとして、且つ、明確な法的許容規定がない場合、すなわち、行為の違法性が考えられるとき、実質的に考慮して社会的に相当であれば違法性が阻却せられる、ということである。この見地から問題とせられるものは、労働争議において、争議手段としてどの範囲、程度までが正当な争議行為として許されるかの問題、工場・交通機関等の活動に随伴する危険性がどの限度において許容せられるかの問題などがある。

以上の記述においてすでに明らかであるように社会的相当性といわれるときの「相当性」の意味は、是認性ないし許容性を内容とするものである。一定の行為が社会から容認せられるということは、それが社会生活において有用と

せられるものであること、又は、必ずしも有用ではないが、社会生活の必要上止むを得ないと考えられるものであることを意味する。従つて、このような判断はたんに事実的判断に尽きるのではなく価値的な判断であるとしなければならぬ。社会生活の変動、進展に伴つてその意味内容に変化を生ずることは当然であり、従つて、相対的流動的に理解せられることにならざるを得ない。

ここにおいて、われわれは、権利行使と犯罪の成立との関係、——いわゆる権利の濫用としても考えられる——を想起することにした。すなわち、権利の行使は相当の程度、範囲内に限られるべきであつて、不相当と認められる場合は違法であり犯罪を構成する、という考察である。告訴権を有する者についての脅迫罪の構成、損害賠償請求権を有する者についての恐喝罪の構成などはこの理由に基いて首肯せられるところである。結局、権利行使の相当性とは、社会生活上是認、許容せられる程度でなければならぬ、ことを意味する。一つの判例を示すことにしよう。《原判決の認むるところに依れば、被告人は甲及び乙より夫々同人等の脇田株式会社に対する各債券の取立方を依頼せられ昭和八年十月二十日及び同月三十一日の両度同店に立越し同店員Aに対し其の支払方を交渉したるが其の際同人に対し「余り冷淡な態度をせられると自分にも未だ手下の若きものが多数ある故身体に傷が付く様な事があると困るから話をつけて払つたらどうか」又は、「貴方が誠意がない場合には若い者が沢山居る故身体位は何時でも貰うからよく考慮せられたし」と申向けたりと謂うにあり。此の如く配下多数の者が相手方の身体に危害を加うることあるべき旨を告知して債務の弁済を要求するが如きはたといそれが容易に債務を履行せざる債務者に対して為されたりとするも之を以て一般取引上の慣例の認容するところなりと謂うべからずして脅迫罪を構成すること明なりとす。》(昭九、七、一九・大審、判例集一三卷一〇三七頁)債務弁済の要求において不相当なものがあるとして脅迫罪の構成を判示したものである。

現行刑法第三八条三項はいわゆる法律の錯誤に關しての規定である。曰く「法律ヲ知ラザルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト為スコトヲ得ズ、但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」。改正刑法準備草案は前にすでに記したように、その第二〇条二項において「自己の行為が法律上、許されないものであることを知らないで犯したものは、そのことについて相当の理由があるときは、これを罰しない」と規定するのである。法律の不知が無理からぬと思われる理由が存在すること、別言すれば、このような不知があつたことは止むを得ないものがあり、強く非難できない事由があることである。結局、それは、そのような理由において法の不知が首肯せられ許容せられることを意味する。このように考へられるとすれば、相当の理由というのは内容的には法の不知が許容せられる理由に基く、ということの意味するものとなし得よう。判例の一つ。「停止価格を超過する価格で取引しても何等法律上差し支えないものと誤信したが、そう信ずることについて相当の理由がある場合は、犯意を欠くものである。」（東京地、昭一六・四・五、新聞四七〇六号一二頁）

正当防衛の要件として防衛行為の相当性が挙げられるのであるが、この場合の相当性の意味はどうであらうか。防衛行為の相当性は、現行規定三六条の「己むことを得ざるに出でたる行為」の解釈として説かれるところである。「己むを得ざる行為なりや否は、社会的見解に従いて之を論じ、一般人が防衛行為として当然視するものなりや否に依り之を考ふべきものなるべし」と説かれるのは牧野英一博士であつた。（重訂日本刑法上巻三七〇頁）同博士は又、「觀念としては必然性に代るるに相当性 *Angemessenheit* を以てすることを得べし。即ち、正当防衛は、事情に依り相当なる行為と認めらるる場合に於て罪とならざるものと解すべきなり」（同上書三七二頁）とも説明せられるのである。

防衛行為として当然視されるというのは、それが攻撃に対する反撃として適応している、適当ないし相応であることに根拠をもつ。そうであるとすれば、正当防衛の要件としての「相当性」の意味は、相応性ないし適当性である。勿論反撃行為の手段方法について、更に、反撃によって与えられた侵害等について判断せられるものであるが結局のところ、それらが相応であり適当であるとみられなければならないわけである。判例も亦、この意味を特記するものがある。曰く「其の防衛行為たるや固より無制限に許容せらるべきに非ず、自ら一定の限度ありて客観的に視て適正、妥当のものたるべからず、是れ、近時正当防衛に於ける防衛行為の必要性に代えて適当性が主張せられる所以なりとす」（昭二・一二・二〇判決、判例大成八五頁牧野前掲書三七二頁に引用されている）

次にわれわれが判決文において屢々遭遇するところのもの、すなわち、刑の量定において「懲役三年に処するを相当とす」「刑の執行を猶予するを以て相当とす」といったように表示される場合の「相当」の意味について検討することにしよう。犯罪に対し懲役三年の刑が相当である、ということは、犯罪の可罰的評価として三年の懲役刑が相応であることを意味する。或いは、それが適当である、妥当であること、或いは又、それが犯罪の重さに対し均衡を得たものであることを意味しよう。時にまた、刑の目的に照し、合目的であるという意味において相当という概念が用いられる。結局、それは目的に照して適当であるという意味である。

「相当」という言葉が日常生活用語として用いられるとき、更に多様な意味のあることはわれわれも承知している。例えば、「相当な財産家である」「相当な家柄である」「相当な心臓の持主である」などと云われるものがある。これらはそれぞれのニュアンスを持ちつつ、程度の高さを表わしている。しかし、われわれは、一応、こうした日常用語は、「相当」概念の多義性を示す例としてあげるに止め、刑法解釈の場においての意義を考察するわけである。上

来、相当性概念の意味として、一般性、通常性、平均性、許容性、是認性、又更に、適當性、妥当性、相応性、均衡性等々が考えられることを述べてきた。多義でありつつ、その性質において自然的事実的な意味があり他方、社会的価値的な意味がある。前者における概念はより經驗的であり、後者におけるものはより理性的であるといつてよい。又、前者における概念の内容はより確定的であるが、後者においては流動的である。われわれはこうした点を顧慮しつつ次の考察に進むことにしよう。

三

刑法解釈における「相当性」の意味が前記のように考えられるとして、さて現実の問題としては、個々の具体的事例に即し、相当であるとし、又は、相当でないとする判断は何を基礎としてなされるのであろうか。因果関係における相当性、すなわち、自然的事実的な相当性の判断の基礎と社会的相当性の判断の基礎とは幾分異なるものがあるように思われる。先ず因果関係における相当性について考えてみよう。

木村亀二博士は因果関係における相当性の判断は「人類の全經驗的知識」を基礎とするとし、次のように説明されるのである。《相当因果關係説又は相当説は、条件説を基礎として具体的に因果關係が存在するとせられる原因たる行為と結果たる事実の間に、「人類の全經驗的知識」(das gesamte Erfahrungswissen der Menschheit)を基礎として、原因たる行為が結果たる事実を惹き起すについて一般的に適當すると考えられる場合に、相当因果關係がある……》(木村・刑法総論一八〇頁)「人類の全經驗的知識」というのはこれを文字通りに解すれば専門学者のみの知る専門的知識をも含むように思われるが、そうした意味ではなく当該社会における一般常識にほかならない。それは、いわゆる

経験則とよばれるものである。われわれの日常の生活経験である。「経験則に照らして」という表現はわれわれが判例を読むとき屢々接するところであるが相当であるか否かの事実の認定はたしかに経験則に負うところが多いわけである。

ところで、経験則といわれる場合、それはたんに自然的事実に関するものの外に、人間の行為に関するものがある。すなわち、人間の社会的行為ないし個人的行為の一般的傾向性を内容とするのである。一定の状況の下において一定の行為の可能性ないし蓋然性を意味するものがあるわけである。マックス・ウェーバーが経験則といっているのもこの意味である。(Max Weber, *Wissenschaftslehre* Ss. 276 277.)

更に人間の心理的事実についての一般的傾向性を経験則と云う場合がある。例えば、時間についての人間の記憶の不確実性が経験的に明白であることに照して特定個人の記憶も亦確実性を欠くことを推論するとき、このような推論は経験則からの結論ということになるわけである。

以上の記述から察せられるように、因果関係の相当性というのは、原因と結果との一般的蓋然性であり、これはわれわれの経験的知識によって認識せられるものとしなければならない。経験的知識といっても結局それは常識にほかならない。一般に発生する結果、通常起る結果はわれわれの常識となつていっているものといつてよい。

ところで、社会的相当性、すなわち、社会的許容性、是認性といわれるものは、何を基礎として判断せられるかが吟味されなければならない。現実の社会生活は何かを共通の地盤として運営されている。或いは社会生活の秩序は何かの根幹につながつて維持されている、といつてよい。このような共通の地盤に背反するもの、生活秩序の根幹を侵害するものは是認せられるはずがない。ところで、共通の地盤とか秩序の根幹とか云つても経済的のものがあ

又、政治的、法律的东西がある。しかし、われわれが今当面の問題としているものは、いわゆる社会生活であつて、ここで共通の地盤と考えられるものは、いわゆる社会通念であり、一般的社会観念である。倫理的性質のものとして社会的倫理観ないしは良識或いは健全な常識と云われるものである。公序良俗といわれるものも亦これに類するものと考へてよい。これを倫理的な常識といつてもよく、また、たんに常識と云われることもあるわけである。そこで、ひとしく常識といわれるものにあつても、事實的常識と価値的常識があることを注意しなければならない。《常識とは、どういふことであるか。それは通常の判断能力を備へている人間の間では、論議の必要なく、容易にその知識を肯定できる知識と、いつてよいであらう。社会一般の人々が誰でも持つてゐる知識が、常識であること勿論である。》とされる斎藤朔朗博士の主張（斎藤、事實認定論、八四頁）は勿論事實的常識に重点がおかれてゐる。何人にも容易に肯定される知識であるが故に、その価値は一般に軽視され勝である。しかし、常識の意義は更に注意される必要がある。三木清氏もかつて次のように常識の重要性を説いたことであつた。曰く《常識というものは多くの場合ただ單純に前科学的知識と見られ、哲学者の特別の関心の対象にならないのがつねであるけれども、常識は決して單に科学の前段階とのみ見られ得ない特殊な存在である。常識という知識の形態は特に社会的知識に關係して、自然についての知識の場合とは殆ど比較にならぬ重要性を持つてゐるであらう。自然科学の性質の哲學的説明にとって常識の問題はなにほどの關係も持たないにしても、社会科学にかかわる場合、事情は全く異つてゐる。》（三木、社会的知識の諸形態、哲学ノート三二五頁）

常識といへば簡單に聞えるが、しかし、内容は仲々に複雑である。又、常識の特色は社会一般の承認を受けるところにあるとしても社会構造の動揺する場合には、その一般性に問題がある。相当性の基礎としての常識については更

に検討を要する問題がここかしこに存在する次第である。

四

上來述べて来たように「相当性」の概念はその多義性、そして又、その一般性・抽象性・相対性を特色としつつ刑法解釈の種々の場面において利用せられるのである。その一般性・抽象性の故に却って、個々の具体的事件に即して妥当な解釈が得られるとも考えられるのである。

しかし刑法解釈はあくまで具体的、客観的な明確性を要するのであって、それを欠く抽象的概念は極力避けるべきであるとすれば、何らかの曖昧さを残すところの相当性の概念の如きは刑法解釈においてむしろ駆逐されるべきものであると考えられる。その時、その場に即しての具体的妥当性を求めることは当然であるとして、しかし、そこには解釈者の恣意的判断の潜入する余地を残すという危険性の故に抽象的相対的概念の排除が主張せられるのである。殊に、或種の「社会的相当性」の概念においては、その内容が解釈者の社会観、価値観、法律思想のいかんによって流動するのであるし、階級的分裂の社会にあっては、その意義は多元的にならざるを得ない。そして、それは時の政治的支配権力の性格と結合することにもなるわけである。このような考慮においては、社会的相当性の概念に対して一種の疑念が生ずることも無理からぬこととしなければならぬ。東独刑法学者の一人、レクシャスが、社会的相当性の理論に対し、次のような一種の批判を投げかけているのも理由なしとし得ないものがある。

「社会的相当性の理論は、構成要件該当性と違法性との分離を基礎とするものであり、又、ザインとゾレンとの反動的分離への復帰ともなるものである。このような分離は刑法においては法規を軽視し罪刑法定主義の原則を侵害す

る。又、かかる分離は、法規はただの半製品であつて、裁判官や学者の価値づけによつてはじめて法として形成せられるものであることを意味する。そこで、違法性は行為に対する無価値判断とみられるのであり、従つて、法規は本来の地位を失うのである。法規の侵犯はただ構成要件に該当するだけであり、構成要件該当の事実を違法とするものは何よりも裁判官による価値評価と、それから生ずる無価値判断である。以上のような見解は帝国主義的恣意を助成するものであり、何らの真実もなく、従つて排除されなければならない。」(Lekschas, Zum Aufbau der Verbrechenslehre unserer demokratischen Strafrechtswissenschaft, S. 19) レクシャスの批判はもちろん、直接には違法理論としての社会相当性の思想に向けられたものであるから、直ちに相当性概念一般についての批判とはなし難いのであるが、しかしその言わんとする趣旨は、柔軟性、伸縮性や抽象性をもつた概念の利用による漠然性に対する批判とも受取り得るのである。さて、このような理由において、相当性概念を刑法解釈から追放し得るであろうか。或いは又、これを絶対的に駆逐しなければならぬのであろうか。

現実の具体的事象は極めて複雑であり、多種多様である。これを一々適確に具体的な概念を以て規定することは困難というより不可能に近い。具体的規定が不可能であるという点に着眼するとき、相当性という概念は不可避免的である、としなければならない。社会生活の事象は千種万別のものがある。このような事象に対処するには、一般的抽象的規定の下に、個別的に解決をはかることがむしろ妥当であるものがある。(刑事訴訟法の条文中「相当」の表現を多く見るのはこの理由に基づくといつてよい。) このような場合を考慮したとき、相当性という抽象的概念はむしろ不可欠であるとも云い得るのである。われわれは、「正当」とか「情状酌量」の概念が同様の事情において考えられることを想起するわけである。しかしこのことは、これらの概念を解釈するに当つて恣意的であつてよいということ

意味するものでないことは勿論である。

相当性の概念はその場合に依じて多義的であることは既に繰返し述べたところであるが、刑法解釈においてそれが如何なる意義ないし機能をもつかについてもそれぞれ異なるものがあることを注意しなければならない。自然的・事実的な相当性と社会的、生活的な相当性とはその意義を異にするものがあり、社会的相当性にあつても、経験的・慣習的性質のものと、理性的、目的的、価値的な性質のものとは區別せらるべきものがある。

相当因果関係説においての相当性は、原因と結果との因果的事象をその一般性、通常性の限界においてのみ、すなわち、異常性、偶然性を排除して因果関係を認めようとするものであること勿論である。ところで、一般性、通常性ないし異常性、偶然性という判断は自然的事實的、或いは自然的經驗的な認識であつてそれ自体当為性・目的性を有さない。このことは、因果関係は相当の範囲に限らるべきである、限ることを妥当とする、という目的的、価値的考察とは異なる。この後者の見解に基いて、相当因果関係説が主張せられるのであるが、この場合における相当性の概念は、条件説において拡大する因果の関係を、一般的通常的事象の範囲内に制限しようとするものである。これを相当性概念の制限的意義と云つてよい。この種の概念は自然的經驗的事実に関するものであり社会生活の変動に左右されることはない。例えば、ピストルをもつて人を射撃することによつて傷害もしくは殺害の結果を発生することは、いわゆる因果の定則であつて、ピストルという道具を所持することはもちろん文明の歴史的発展の結果であるとしても、いかなる社会にあつてもこれを首肯せざるを得ないものである。

ところで、社会的相当性における相当性の概念についてはいささか複雑な問題を蔵する。既に社会的慣習とも云うべき何人にも承認せられている社会的相当行為があると共に、相当とせらるべきである行為という意味における社会

的相当行為が一方に考えられる。前者の相当性は慣習的經驗的な概念であるが、後者は理性的・目的的な価値的な概念である。

さらに、社会的相当行為とされるものの内容においてその多様性を注意しなければならない。すなわち、一般的社会生活における相当性のほかに、経済生活における相当性、職業界における相当性、政治的な相当性、倫理的相当性等々が考えられるのであり、それらが各々慣習的な性格のものとして目的的性格のものに分ち得るのである。そこで、社会的相当行為が刑法解釈上どのような意義を有するかについては、慣習的相当行為と目的的相当行為に分けて考察すべきであろう。

慣習的社会的相当行為はすでに慣習的に日常の社会生活において一般的に行われている行為であり、従って、一般社会人によって是認せられるものであるが故に、たとい、行為の外形が形式的に犯罪の構成要件に該当するとしても実質的に違法性はないとせられる。例えば、プロやアマのボクシングが暴行罪や傷害罪としてその刑事責任を問われることはあり得ないのである。尤も、近時、社会的相当行為は構成要件には該当するが違法性が阻却せられるとすべきか、それとも構成要件該当性自体が阻却せられるかについて論じられるものがある。(Shafstein, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, ZStW 72, S. 369 ff. Hirsch, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, ZStW 74, S. 78 ff. Weber, *Negative Tatbestandsmerkmale*, *Festschrift für Edmund Mezger*, S. 189 ff. 藤木英雄, *社会的相当行為* 雑考、警察研究二八卷一四四頁以下) 今これらの問題を取り上げて論ずることは本稿の意図ではないので他日を期するほかないのであるが、筆者は刑法各本条は違法行為を禁止するものと解し、従って、構成要件は違法行為の種類であるのであるから、適法行為即ち、最初から違法性の考えられない行為は構成要件に該当しないと解すべきであると思う。かくして、筆者は医

師の治療行為としての手術は、構成要件に該当しないものと解する。以上のような観点において、「相当性」概念は、構成要件を或は違法性を「制限」する意義を有するものとすることができ。

さて、目的な社会的相当行為における相当性の意義について検討しなければならぬ。このような社会的相当行為は、いまだ一般化ないし慣習化されないために特定の事情の下にないし特定の社会状況において、はたして、社会的相当性を有するかが問題とされる場合が多いわけである。そして又、この場合の相当性概念は正当概念と同様な意味を有つことにもなるわけである。元来、正当性概念と相当性概念とは必ずしも同様の意味を有つものではない。単的に言えば正当ではなくても相当である、と考えられることにおいて相当性概念の意義が認められるからである。ところが、他方において相当であるが故に正当であるとされるものがあるわけである。この場合においても、その前提事情が相当であり、その結果が正当であるとされる場合と、相当であること自体において正当であるとされる場合のあることは区別されなければならないのであるが、しかし、要するに、相当性概念の目的性、価値性の故に、元来そのような正当概念と同様にみられるものがある次第である。このような事例として、われわれは、いわゆる自衛行為、または労働争議においてとられる争議手段をあげることができる。

一般的、原則的に論ずる場合、このような意味をもつ社会的相当性は、現存する社会秩序、ないし、いわゆる全法秩序に適應するものとして肯定せられるのである。ところで、現存する社会秩序は実は変動を余儀なくされるものであり、われわれの社会意識、ないし社会的常識も動揺することをまぬがれない。かくして、社会的相当性は当然のこととして流動と変転の宿命を負うものとせざるを得ない。相当性判断の困難性の原由の一つはここにある。しかし、それはそれとして、このような社会的相当性の概念が現実に刑法解釈においてどのような機能を果すものであるか。

われわれは、ここにおいて、法定せられた違法阻却事由を越法規的に、解釈によって拡張せしめていることを観取するのである。これを相当性概念の擴張的意義といつてよい。まさに、相当性概念について、われわれは、前にその制限的意義を注意したのであったが、今、その擴張的意義を唱えんとすれば、ここにこの概念の伸縮的な多義性を示すことになる。

ある時は制限的に、ある時は擴張的ではあるが、われわれは、この概念の現実的機能として実は国家刑罰権の制約という同一の指向のあることを注意したいと思うものである。正当防衛における反撃行為の相当性が正当行為としての範囲を適度に抑制するものであり、従つて、その限度において不正な侵害者をも過度の反撃から保護しようとするものである一面をもつことを知る。さらに、刑罰の量が、犯罪の軽重、情状、犯人の性格、年齢、境遇、等々を参酌して、これに相応すべきであるとする刑罰の相当性の概念も亦、国家刑罰権を抑止する趣旨のものとしなければならぬ。相当性概念の意味するところの一般性、通常性、均衡性、適当性等々は社会生活秩序における基本的要求であり、又、それは法律秩序の基礎的要請でもあるわけである。そして、それが、刑法解釈において国家刑罰権の抑制的機能を果すものがあり、その方向において相当性概念を活用しなければならぬと論じたいものである。

ところが、以上のような観察は相当性概念の解釈上の意義を余りにも一方的に樂觀的に考えたものであり、その危険性を度外視するものであるという批判を思わねばならない。たしかに、それは、有効性と危険性の両刃を備えた剣にも似たものがある。

少年法第二十条は「家庭裁判所は、死刑、懲役又は禁錮にあたる罪の事件について、調査の結果、その罪質及び情状に照して刑事処分を相当と認めるときは、決定をもつて………」と規定する。《それが「刑事処分を相当」と認め

る程度であるから、科学的必要性からははるかに遠い。ではその相当性の認定には権威があるかどうか」と疑われる者に前田信二郎教授がある。(前田、犯罪と刑罰少年犯罪論、一三頁)又、『実質的違法性』の理論がややもすれば気軽に適用せられ、『超法規的違法阻却事由』が、安易に、独断的に認定されるおそれが多分にあることが考えられるとし、それは法的安定性を危殆ならしめる余地を裁判所の裁量に許すことになる、のではないかを惧れられる者に八木胖博士がある。(八木、超法規的違法阻却事由、木村博士還暦祝賀論文集上二八五頁)もとより、これらの疑念や危惧心は刑法学徒の何人も抱くところのものであろう。法律家の主観的な社会理想的なものを判断の基準とするのではなく、いわゆる健全な社会通念を基準とする(八木、前掲書二九一頁)としても、社会通念自体の浮動性ないし流動性を注意せざるを得ないものがある。或る種の相当性概念は裁判官の主観に従って解釈せられるものであり、従って、判断者の恣意が潜入する可能性をもつものであることにおいて警戒すべきことは云うまでもない。しかし、そのような危惧の反面、なお相当性概念の利用さるべき意義を認めざるを得ないものがある。すなわち、犯罪の積極的成立要件とするのではなくこれを消極的要件とすることによって国家刑罰権の抑制のために利用し得るわけである。このような方向に相当性概念を利用することは、究局において、政治的支配権力の民主化、社会構成の基盤の民主化、国民生活を支配する社会意識の民主化に依存するものとしなければならない。