

講 演

社会的相当性と可罰的不法

ウルス・キントホイザー
仲道祐樹（訳）

I. はじめに

1. 社会的相当性という表現を打ち立てたのは、Hans Welzelであり、彼が1939年に公表した綱領的論文「刑法体系の研究（Studien zum System des Strafrechts）」でのことであった。この概念は限定機能を果たすべきものとされている。より正確には、この概念を用いることにより、「機能的に、歴史的に形成されてきた国民の共同生活秩序の範囲内に収まっているあらゆる行為は、不法概念（には含まれない）」こととなる〔訳注：丸括弧は原文，キッコーは訳者による。以下同様〕。Welzelは続けて次のようにいう。「そのような行為は、その中で共同体の生活が、歴史的に条件付けられた秩序に従ってまさに営まれているところのあらゆる活動である」と。

社会的相当性というフレーズは、それ以来、息を飲むほどに輝かしい学問的キャリアを積み重ね、最高裁レベルの判例にも採用されてきた。もちろん、社会的相当性論が発展したことは、不法阻却の基準を相当に不明確とした。不法阻却における必要性の問題、不法阻却の内容の正確性の問題、さらには犯罪体系のどこに組み込まれるかという問題については、理論的基礎付けが不十分どころかほとんどなされていない。ある見解によれば、「許された危険も、信頼の原則も、保障された作為（garantenbezogene Begehung）も、遡及禁止も」社会的相当性が展開したものと理解される一方で、他の見解によれば、社会的相当性とは結局のところ、構成要件解釈にあたっての解釈指針にすぎないと言われる。その意味で、Welzelの元々のテーゼから主として得られたものという

のは、社会的に相当な行為は処罰されないという考えだけなのである。広く読まれているある教科書の説明によれば、社会的に相当である行為とは、「完全に合法であるか、一般的に容認されているか、一般的な生活上のリスクの範囲にとどまっているか、法にとっては重要ではない方法でリスクを高めたにすぎないような」行為態様を意味するとされているのである。

完全に合法的なふるまいをする者は処罰の対象とはならないということ自体は、これといって目新しい主張では全くない。Welzel が示した最初の例もまた、学界を騒がせることはほとんどなかったであろう。彼はいう。「鉄道で移動することは、社会的に相当な活動である。鉄道旅行をするように進めることも社会的に相当な行為である」と。ここで、「鉄道で移動する (Bahn fahren)」という行為動詞をどのように解釈しても、これが作為による犯罪と理解されるような態度を記述するものではないということは明白である。たしかに、旅行の途中でその者に何事かが起こるかもしれないし、あるいはその者自身が——例えば窃盗を働くなどして——他人を害するということもあるかもしれない。しかし、旅行そのものは全く害がなく、刑法上は重要ではない。

ところが、社会的に相当な行為の説明として Welzel が次に用いた例は全く性質が異なる。戦争中に敵を殺害することと死刑の執行がこれである。明らかに Welzel はここで、〔鉄道旅行とは〕全く異なる性質のものを社会的相当性の枠内のものとして扱っている。このことは、Welzel は社会的相当性の理論によって、大げさな衣装に身を包んだ常套句を示そうとしていたのではないのではないかと推測させる。むしろ Welzel にとって重要だったのは、犯罪論体系上の正当化に先立って、社会が持つ価値基準に照らして可罰的不法の範囲を限定することだったのである。社会的相当性の思想は、今日においてもなお、犯罪構成要件を導出し、これを限定する際に援用されているが、このような傾向は、以上のような意味において、Welzel の当初の方向性と軌を一にする。それゆえ、以下の考察は、Welzel の当初の構想に限定して進める。

Welzel が社会的相当性という基準を、ある態度を、日常的なものである、あるいは社会的な関心を引かないものであるがゆえに刑法上重要なものではない、と単に特徴付けるため (だけ) に用いていたのではないことは、彼自身が用いた例に照らして明らかである。実際、ある者がウルムからミュンヘンまで、社会的に相当に電車で移動した、あるいはある者が社会的に相当に小説を読んだ、というのは言語の通常の用法とはいえないであろう。社会的に相当であると述べるのが適切なのはむしろ、規範的予期が裏切られたとの非難が問

題となる場合である。例えば、芝刈り機の騒音に苦情を言ってきた隣人に対しては、この地域では15時以降に芝刈り機をかけることは普通のことであり、それゆえに許されているのだ、と冷静に反論することができる。言い方を変えれば、芝刈り機の使用は騒音を引き起こすがゆえに差し控えられるべきものである、との非難に対して、時刻を引き合いに出すことで、お騒がせしたことは申し訳ないが、しかしそれは社会的に全く相当であり、それゆえ甘受されるべきものである、との反論が許される。以上の例が示すように、ここで「社会的に相当である」という表現は、社会的に相当でない行為であるとの非難を無効化するために用いることのできるものである。すなわち、肯定の表現が、否定的な評価をする表現の否定形として用いられているのである。

言語哲学者の John Langshaw Austin は、否定の方に意味の中心がある言葉を「否定主導語」と呼んだ。[そのような言葉では] 否定的な意味が「主導権を握る」のであり⁽¹⁾、否定的な意味が前面に出てくるというのである。日常的に使われる典型的な否定主導語は、「不本意 (unfreiwillig)」である。これが表現するのは、あることをやったのは圧力をかけられてのことであり、自らの責任でなしたのではない、あるいは完全にはそうではないということである。それゆえ、彼は「自分の意思で (freiwillig)」ネクタイをしめた、という記述がなされる時、それが指し示すのは、彼の意思は自由な状態にあったのであり、その状態から、因果的には説明のできない方法で、オウム柄のネクタイが彼を飾り立てるという事態が生じた、ということではない。このような記述が明らかにするのはむしろ、彼の妻や上司などが、彼に対していやな脅しをかけて、ネクタイを結ぶよう強制したのではない、ということである。ここで「自分の意思で」という言葉を用いることにより明らかにされているのは、それが期待されているにもかかわらず、ネクタイを締めたのは不本意ではないということである。というのは、周りからの圧力がないのにネクタイという不快なものを身につける者など普通はいないからである。

私見によれば、以上に述べたことと同様に、[社会的相当性という言葉の] 意味の中核を担っているのは、「社会的に相当ではない」との表現の方であり、

(1) 訳注：原文の Hosenwörter/trouser words は直訳すると「ズボン語」であり、「否定主導語」の訳は、J. L. オースティン（丹治信春＝守屋唱進訳）『知覚の言語 センスとセンシビリア』（勁草書房、1984年）105頁による。これは die Hosen anhaben/wear the trousers（ズボンを履く）が、「主導権を握る」という意味になることに基づいた用語法である。

それゆえ、社会的に相当である行為というのは、当初の印象に反して、社会的に相当ではないわけではないと評価される行為なのである。このような意味において社会的に相当ではないものというのは、ここでも容易に特定できる。社会的に相当でない行為とは、広く認められている社会的規範に違反するあらゆる行為である。法規範や道徳規範のみならず、礼儀作法のルールまでも含めたあらゆる種類の規範が、ここでいう社会的規範に該当する。

以上のことから次のようにいうことができる。社会的に相当ではない態度とは、(広義の) 規範に違反する態度である。反対に、社会的に相当な態度とは、一見したところに反し、社会生活上承認された規則に違反したのではないとする十分な理由を主張しようような態度である。したがって、規範の存在しないところ、すなわち自らの考えにしたがってあることをなし、あるいはなさないということができるところでは、社会的相当性について語ることは意味がないのである。

社会的相当性に関する Welzel の理解は——少なくともこの問題に関する彼の最初の論文においては——このような意味で、ある行為に対する一見したところ否定的な評価を修正するものと理解できるであろう。彼が「歴史的に条件付けられた秩序」、すなわち網のように広がる規範的な規則の集合体を持ち出すのもこのような理解を示唆する。刑法的に言い換えれば、これは次のことを意味する。すなわち、ある犯罪構成要件の記述に形式的には該当するが、社会的に相当である態度は、実質的には不法ではない、というのがこれである。社会的相当性を、形式的に実現している不法の実質的修正と理解することが、分析的な行為論および規範論の観点からの批判に耐えるものであるか、そして場合によっては、刑法理論上の他のカテゴリーに解消されるのかといった点については、以下で詳細に検討することとしたい。

II. 弱い許容と強い許容

1. 今の議論の文脈では、一見したところ禁止されている態度が実は許容されているかどうかが問題となっているのであるから、分析的な規範理論が示す次のような区分に依拠するのがよいであろう。この理論によれば、弱い許容と強い許容が区別される。この区別は、Welzel が示したもう 1 つの有名なテーゼを想起すれば難なく理解できるものである。すなわち、蚊を殺す行為と、正当防衛として人を殺す行為は、規範的には同視することが許されない、という

あのテーゼである。

法的な評価としては、蚊を殺す行為も正当防衛として人を殺す行為も許容されているという点では変わりはない。法的な許容に程度の差はない。許容されているものは許容されている。しかし、2つの行為態様の評価にはある語用論的な相違がある。蚊を殺すことはそれ自体として許容されている。意味論的に、すなわちその概念の内容に照らして、「蚊を殺す」という行為記述と対立するような禁止は存在しない。この点で、次のような定義が可能である。弱い許容の対象となるのは、一般的なレベルでも、具体的状況のレベルでも、何らの禁止の記述対象に該当しない態度である。

これに対して正当防衛は、ある行為に対抗する一般的な禁止が存在するにもかかわらず、特定の条件下においてある行為を行うことを許す、法的に承認された事由である。殺人の禁止と正当防衛による許容は、「人を殺した」という記述の下で競合するが、その際には、正当防衛による許容が、具体的事案において殺人の禁止が妥当しない根拠を提供するのである。すなわち殺人の禁止は、事案に即して、正当防衛による許容によって解除されるのである。ここでは次のような定義が可能である。ある態度が強く許容されている場合とは、その態度が一般的に妥当している禁止の記述に該当するが、具体的状況において、特別な事情を理由として許容される場合である。

教義学的観点から、弱い許容と強い許容を区別する意味を過大評価することは全くできない。しかしこの区別の意味に対して、通常は十分に意が払われていない。それは、この区別が、ある態度に対する刑法上の評価に影響しないからである。許容されているものは同じように許容されている。しかし、この2つの許容の間の区別が重要なのは、弱い許容は理由付けを必要としないのに対して、強い許容の場合には、十分に根拠のある理由が存在しなければならないからである。強い許容は、事案に即して、許容されなければ刑罰をもって禁止されていた行為を止揚するものなのである。

2. 強い許容と弱い許容の区別は、決して容易にとらえられるものではない。その理由は、行為記述が言語に依存する〔行為記述の言語依存性〕という点にある。明確化のためにこの点を簡単に取り上げよう。例えば、講義中にある学生が突然カバンからタバコを取り出して吸い始めたとする。隣に座る学生がムッとして注意したのに対して、タバコを吸っている学生が平然と次のように言ったらどうであろうか。学生にとって、大学の授業に参加することは社会

的相当性がある。したがって、タバコを吸うことも許されている、と。

タバコを吸い出した学生の論証がなぜ誤っているかを明らかにするには、「態度 (Verhalten)」と「行為 (Handlung)」という 2 つの概念を区別することが有益である。「態度」が示すのは、2 つの時点間において同一人物の身体が存在していることである。換言すれば、人間はその人生全体を通じて間断なく何らかの態度をとっている。この経過から時間的に切り出されたものがそれぞれ、特定の態度である。それゆえ、人間は常に何らかの態度をとっているものであり、それが喫煙であるか、山歩きであるか、睡眠であるかにはかかわらない。これに対して「行為」とは、特定の記述の下である態度を解釈したものである。タバコ事例が示すように、同一の態度が、全く異なる行為としての意味を複数持ち、時には不作為をもそこに含むことがありうる。例えば、先ほどの学生に子どもがいて、講義に出席していたため目が届かなくなっており、その間にその子どもが、その辺にあったマッチで嬉しそうにゴミ箱に火をつけているという場合がこれにあたる。

先の例における学生が、Welzel の言葉を借りれば、講義に参加するという観点においては歴史的に条件付けられた社会生活上の秩序の範囲内にある、ということにより、喫煙や不作為による放火から社会的に相当ではないという性質が失われるわけではない。複数の行為記述が概念上相互に異なるものである場合、その行為はいずれも、その意味においても評価においても異なるものである。「喫煙」という行為は、「教室に座って講義を聞く」という行為とは全く異なる意味を持ち、一方の行為に対する評価は、他方に対する評価に全く影響しない。しかし、あらゆる行為記述は、異なる条件の下で、同一の空間的・時間的態度に関係する。したがって、ある態度が特定の記述の下で禁止されている場合、その態度が他の記述の下で許されているからといって、この記述の下で許容されるということとはありえないのである。

3. 弱い許容が登場する場面に関して、以上の考察から導出される結論は明白である。ある態度がある特定の記述の下で、弱く許容されているとみなされるのは、この態度に対して、それと意味上区別され、その行為が禁止されていることを示すような、さらなる行為記述が存在しない場合のみである。ある特定の態度が、可能なあらゆる記述の下で許容されている場合にのみ、その態度は弱い許容の意味でも許容されている。というのも、ある態度が弱く許容されている場合とは、まさにその態度について、これを禁止されたものとするよう

な記述が存在しない場合であり、その場合のみなのである。

郵便配達を介して郵便を届けることや鉄道旅行を勧めることは、これらの記述の下では、刑法上重要ではない態度記述であるとみなされるであろう。しかし、これらの態様の態度に対して、具体的事案において競合する記述が存在する場合、例えば、ポストに投函された小包に爆発物が入っていると、その路線へのテロ攻撃が予定されているといった記述が成り立つ場合には、その態度の刑法的評価については、この記述の方が重要となりうる。

現在の刑法学においてよく議論されるテーマである特別知識 (Sonderwissen) の問題を解決するにあたって、行為の記述依存性が考慮されるべきである。A が、登山仲間である B に対して、目の前で魅力的に輝く湖に入ってリフレッシュすることを提案した場合、A の態度は、この記述の下では刑法上重要ではない。これに対して、A が B に、凍えるように冷たく、身の危険を感じるほどに荒れている湖に入ろうと提案したという記述の下では、A の態度はもはや社会的に相当なものではない。A が、湖が荒れていることを知っている場合、彼は何らかの意味での「特別知識」を有しているのではなく、自らの態度の記述が——それがいかなる理由からであれ——自らの態度を社会的に相当なものとし、これを知らないことを知っているのである。この態度は無害なものであるとする記述群が他にもありうるかもしれない、ということは、いずれにせよ、刑法という相の下において、A による提案は生命の危険のあるものであるとする客観的に正当な記述を疑問にさらすものではないし、ましてやこれを排除するものでもない。

自明のことであるが、刑法が取り上げることができるのは現実のみであり、他にありうる記述が存在するとしても、それが一般的ではなかったり、あるいは全く誤っていたりする場合には、これに依拠することはできない。より正確には、刑法にとって基準となりうるのは、犯罪構成要件が問題となる禁止を示すところのまさにその行為動詞による態度の記述のみなのである。

この問題を Welzel は、次の点を指摘することで解決しようとした。すなわち、行為者が、社会的相当性という「隠れ蓑」に隠れて、目的的に犯罪を実行することは許されない、というのがこれである。しかし、行為者が社会的に相当であると僭称する態度、例えば湖に入ってリフレッシュしようという〔それ自体としては〕無害な提案の部分が行為の客観的意味の基準となるのであれば、この隠れ蓑を剥ぎ取るためには、行為者の主観的視点を、行為の客観的意味を修正するものとして考慮しなければならないであろう。——これは明らか

にカテゴリー上の混乱をきたしている。また、このような方法をとることによって同時に、社会的相当性は純客観的に、構成要件阻却の帰結をもたらすものであるとの要請が放棄されることになるであろう。実際のところ、事は非常にシンプルなのである。ある態度が弱く許容されている場合とは、この態度が関係する犯罪構成要件によって禁止されていることを示す客観的に正しい記述が存在しない場合であり、その場合のみである。問題となる態度が客観的に禁止されているとする記述が存在する場合には、行為の主観面として、自らの態度を禁止されたものとする実際の記述を行為者が認識していたかどうかをもっぱら重要となる。

以上の考察から、小括として以下のことが確認できる。ある態度が、いかなる記述の下でも刑法上禁止されていないという要件を満たし、それゆえ弱く許容されている限り、このような態度の呼称としてどのようなものを選んで問題ではない。——社会的に相当な態度と呼んだとしてもそれは構わないであろう。しかし、そのような態度は可罰的不法とはほとんど関係がない。それゆえ、ネガティブな評価を修正するものとしての社会的相当性という考え方は、強い許容の文脈でのみ意味を持ちうるのである。すなわち、ある態度が禁止されているのではなく、その社会的相当性ゆえに許容されているのかという問いは、ある犯罪構成要件の記述の下でのみ意味を持つのである。

Ⅲ. 強い許容の背後にある根拠

1. 強い許容とは、一般的には変わらず成り立っている禁止を、領域ごとに止揚する事由である。立法者が——例えば姦通罪（ドイツ刑法旧172条）の事例のように——それまで妥当していた禁止を廃止する場合、立法者は強い許容に関して何らかの決定をしたのではなく、最初は禁止されていた態度を弱く許容されたものへと変更したのである。というのも、このように規定が廃止される場合においては、その後になお事例に応じて解除されるような、対応する刑法上の禁止がおよそ存在しないからである。

一見すると、社会的相当性に関する Welzel の例のうち、いくつかのものは強い許容の事例と解釈することができるように見える。たしかに、手続法に従った確定判決に基づいて科された刑を執行することは、受刑者の利益への侵害ではあるが、この範囲においては許容されたものであり、したがってなら不法ではないということは明らかである。その意味で、刑の執行を社会的に相当

であると表現することはできる。しかし、Welzel は、社会的相当性をこのように解釈する可能性を明確に否定している。Welzel は次のようにいう。死刑執行事例における殺人は、——刑法的にみて——これが許容されるかをさらに検討することが必要な殺人では全くない。Welzel によれば、社会的相当性の認定はむしろ、違法性の判断に先行するものなのである。刑の執行という行為として人を殺すことが、その社会的相当性ゆえに、刑法上の殺人禁止の意味における行為とは解釈されないのであれば、そのような行為態様をこの領域においては合法であると示すために、強い許容としての正当化を必要とすることもない。そのような行為態様はむしろ最初から禁止の対象ではなく、それゆえ弱く許容されているというのであろう。

2. もっとも、社会的相当性をこのように理解することがいかに批判の余地のあるものであるかは、すでに挙げた蚊を殺すことと正当防衛で人を殺すことの区別によって、Welzel 自身により具体的に示されていた。というのは、死刑の執行と戦争中の殺人とが弱く許容された行為態様であるとするならば、それらは、その法的・社会的価値にしがたい、正当防衛と同置されるのではなく、——恐ろしいことに——蚊を殺すことや鉄道での旅行と同置されるものとなるからである。

このような危険な問題をより説得的に分析するためには、一旦 Welzel の例を脇に置いて、次のような事例で考えていくのがよい。教授である A が、F の前で同僚の B のことを「うぬぼれ屋のロバ (eitle Esel)」と評したところ、これに対して F が怒って、B がうぬぼれ屋のロバなら、あなたは「役立たずのネズミ (miese Ratte)」だね、と言い返したとする。この事例の刑法的判断には何らの難しさもないようにみえる。少なくとも、A の発言も F による反論も、ひとまずはそれぞれ侮辱罪（ドイツ刑法185条）の構成要件に該当する。しかしここで、次のような情報を追加したらどうであろうか。A と F は夫婦であり、先の会話は、ゆらゆらと暖炉の火がゆれる前で、くつろいだ雰囲気の中、夜の赤ワインを一杯、という状況で行われたものだったのである。ここでも、F の態度の法的な評価を変える契機は存在しない。F が A を「役立たずのネズミ」と評したことによって、F は自分が A の人格を侮蔑していることをはっきりと口にしている。当時の状況や、夫婦であるということ、第三者がその場にいないことは、侮辱の禁止に違反したという事実を変えるものではない。

しかしながら、Bは「うぬばれ屋のロバ」だとするAの発言については事情が異なる。たしかに、このような言葉も、他人(B)に対しする侮辱を表明するものであるが⁽²⁾、一方では妻に対して行われたものであり、他方で第三者がその場にいない状況で行われたものである。このような事情を加味すると、この発言はもはや侮辱を禁止する構成要件には該当しえない。というのも、この構成要件は、通説により、第三者の名誉を害する発言が、ごく近い家族関係(im engsten Familienkreis)においてなされた場合には、侮辱の表明にはあたらないと解釈されているからである。その限りでここでは、弱い許容の典型例が示されているように思われる。家族関係においてAがなした侮辱発言を禁止するものは存在せず、それゆえこのような態度は特別な許容も必要としない。このような状況を社会的に相当な態度の範例と理解することは難しいものではない。Aの発言はたしかに文言上は侮辱の禁止する範囲に含まれている。しかし、この禁止は、家族内の会話に適用されないように、内容的に限定される。ここではそれゆえ、家族内の会話であることが、社会的に相当な態度として、侮辱罪の不法の型を狭めているのである。

仔細にみると、侮辱の禁止を以上のように狭く解釈する十分な根拠が存在するということがただちに明らかとなる。しかもその根拠は、これを強い許容の意味における根拠として解釈することも正当化されるような根拠である。換言すれば、このような根拠は、侮辱の禁止の消極的条件という衣に身を包んで現れる、隠れた許容事由なのである。ここで重要なのは、例えば、社会的相当性は国民の意識から導き出されるものであるから評価が不明確になるといったことではなく、憲法上保障されている尊厳(Dignität)によって法原則を具体化していくことなのである。

IV. 利益調整としての規範

1. 強い許容の背後に隠れた事由をみつけ出すためには、まず刑法上の禁止規範と対抗する利益を調整する技術を概観しておく必要がある。刑法上の犯罪構成要件は、その実行が刑罰をもって禁止されている行為を記述している。これらの構成要件はすべて一面的に規定されている。これらが記述するのは、規

(2) 訳注：ドイツ刑法185条の構成要件である侮辱(Beleidigung)は、侮辱を表明すること(Kundgabe von Missachtung)と解釈されている。

範の名宛人が行なってはならないこと、または差し控えてはならないことであり、それのみである。これによって刑法は、ある者が事実上なしうる態度の範囲に、規範的な範囲設定による枠付けを行うのである。事実上なしうる態度の範囲は、ある者が、特定の時点において、その者の行為能力に基づいて採ることができる〔すべての〕態度の選択肢を包摂するものである。例えば、人は左に進むことも右に進むこともできるが、月まで飛んで行くことはできない。後者は、その者がなしうる態度の範囲に属する選択肢とはいえない。事実上なしうる態度の範囲に属する選択肢は、次に法によって評価され、ある選択肢が禁止されている場合には、そのような選択肢は規範的に態度の範囲から除外されることになる。教室で同僚を侮辱することは、たしかに事実上は教員がなしうる態度の範囲に含まれるが、規範的にはそこには含まれないのである。

それゆえ、刑法という規範は、名宛人がなしうる態度の範囲を制限し、それによって名宛人から自由を奪うものなのである。このように自由を規範的に制限するには、正当化が必要である。特に、〔一般的〕行為自由〔ドイツ基本法2条1項〕は人の根本的な基本権に属するのであるからおさら正当化が求められる。刑法上の規範は、今日支配的な理解によれば、個人、社会、国家の持つ重要な法益を保護するがゆえに正当化されている。刑法典が禁止する構成要件を仔細にみれば、規範の名宛人の利益、あるいは第三者の利益が、構成要件に従った紛争調整において基本的には考慮されていないということに気づく。殺人禁止は、条件や留保なく、他人を殺すことを禁止している。たしかに詐欺や恐喝においては、被害者が強要されたり欺罔されたりした場合という条件の下でのみ他人の財産が保護されている。しかし、行為自由にとどまらず、利得や仕事の上での成功、生活費などにも及ぶ行為者側の利益は考慮に入られていない。刑法上の禁止構成要件を基準としてなされる対抗利益の調整は、常に、また明らかに、保護法益を利する形になっている。

例えば、故殺禁止の場合には、このように理解する十分な根拠があるのかもしれないが、これに対して、侮辱禁止の場合には、利益状況は明らかに異なったものである。名誉の保護が、例えば個人の私的領域や親密圏の形成との関係で無制限に優越すると考えることはおそらくできないであろう。むしろ、行為者による発言がもはや潜在的な被侮辱者とは関わらない場合、例えば日記にメモをするとか夫婦間の会話の中でのことであるとか、そのような場合には、侮辱禁止の規制範囲は本来及ばないのである。すなわち、侮辱罪の事案において禁止されている行為とは、規範の名宛人が規範的にとりうる態度の範囲を、法

的に認できない方法で制約するものではないと位置付けることができる。

もちろん、侮辱禁止の内容を限定する際に、本来の意味での意味論的制限が問題となっているわけではない。行為者がある特定の者への評価を下げるような発言を、任意の第三者に向かってなしたのか、あるいは2人きりの時に妻に向かってなしたのかは、どちらの場合についても彼が他者に対する侮蔑を表したという事実を変えるものではない。第三者についての発言が、妻に対してのみ行われたという事実は、その発言から侮辱的性格を奪うものではなく、単にその第三者の名誉がもはや法的保護を受けなくなる状況を示すものにすぎない。すなわち、ここで問題となっている特別な状況は、法的な根拠により、侮辱の禁止が解除される条件になっているのである。換言すれば、ここで問題となっている、〔禁止される行為の範囲を〕限定する定義付けによって禁止構成要件をそれと示さずに限定する手法は、その内容上は、偽装された強い許容なのである。したがって、このような制約は、犯罪の構成要件において明示することも可能であろう。例えば、阻却事由として、「侮辱は罰する。ただし、それが家族関係において第三者についてなされた場合はこの限りでない。」とすることが考えられる。

禁止を制約する事由をそれと示すことなく考慮する場合も、法的な衡量のみが重要な役割を果たしうる。その限りで、例えば正当化の緊急避難（ドイツ刑法34条）や正当化事由としての正当な利益の主張（ドイツ刑法193条）が予定する利益衡量には、関連する構成要件要素を解釈する際のモデルとしての性格が認められる。この文脈において決定的なのは、単なる社会的な慣例や既に存在する事実上の予期ではなく、法的・目的論的な論証のみによって禁止の制約に至ることが許されるという点である。そうでなければ、例えば一度広まってしまった汚職に、法的な手段によって対抗することはできないことになってしまうであろう。

2. 刑法上の禁止を制約する際には、強い許容としての法的事由が問題となるのであるから、通常は、この事由に特別な許容規範の形式を与えることも、問題なくできるであろう。例えば、「ごく近い家族関係における第三者についての侮辱的表現は違法ではない」といったように。この点で消極的構成要件要素の理論が、態度の不法を事案ごとに止揚する事由を禁止の消極的内容とするか、禁止を解除する許容規範の積極的内容とするかは、規範理論としてみれば等価であるとしたことはよく知られている。しかしながら、禁止を制約する

事由を構成要件に属するものとするか正当化に属するものとするかという振り分けの背後には、ある立法技術が存在しており、それは十分な説得力を持っている。すなわち、いくつかの例外を別にすれば、ある規範を解除する事由のうち、——例えば、手続法上の逮捕権（ドイツ刑事訴訟法127条2項）のように——他の法領域に由来するものや、——例えば、正当防衛や正当化的緊急避難がそうであるように——刑法に内在するものであってもあまりに多くの禁止規範に妥当するもののみが、特別な正当化事由と扱われるのが通例である。

しかし、それにより事案ごとに禁止が止揚されるところの事由は、一般的に保護されている利益への介入を正当化するための質も備えていなければならないということは常に考慮されるべきである。ある者がその態度によって追求する利益が全く正当なものであるとしても、その利益が、保護されている利益との関係で無視できる程度のもの（*quantité négligeable*）であるということはある。それゆえ、朝時間通りに職場にいたいという願望は尊重すべきものではあるが、これが赤信号を無視して歩行者を危険にさらしたり傷害を負わせたりすることを正当化することはありえない。したがって、法的な原理と評価に基づく事由のみが、規範を事案ごとに止揚するだけの質を示しうるのである。

V. 社会的相当性

ここまで、社会的相当性の理論を規範論的に分析してきた。ここから以下の帰結が導かれる。

（１） 任意の態度が、可能な記述の中のいずれにおいても刑法上禁止されていない場合、その態度は、——刑法という相の下では——弱く許容されており、それゆえ、刑法上重要ではない。——例えば電車で移動するとか蚊を殺すといった——態度を社会的に相当と呼ぶことができる。これは実質的には何も述べていない。なぜならば、このような場合に「社会的に相当」という名称を用いることによって、その態度が持つ刑法にとって潜在的に意味のある性質が否認されるということはないからである。

（２） これに対して、任意の態度が、刑法上の禁止構成要件の記述に該当し、かつ、その時の状況下で特定の事由によりその態度の禁止が止揚される場合には、——刑法という相の下において——その態度は強く許容されているといえる。そのような事由は、犯罪論体系上さまざまな形態をとって現れるが、それによって内容的な質や、禁止を領域に応じて止揚し、あるいは

制限するという規範的機能に影響があるということはない。これらの事由は、

- a) 特別な許容規範として明示的に規定されたもの
- b) 規範内容の消極的条件として明示され、それによって禁止の適用範囲を限定するもの、あるいは
- c) 規範内容の解釈基準として、規範の適用範囲を概念上制約するものでありうる。

強い許容のうち最後にあげたバージョンでは、事由は正面には出ずに、それゆえ隠された形で領域ごとの規範制約機能を発揮するが、このような理解は、社会的相当性に関する Welzel の元々の理解と本質的な部分で一致しているといつてよいであろう。そのような事由は、その規範的な重要性を、明示的な正当化事由や消極的構成要件要素と必然的に同じくするのであるから、その事由は特定され、刑法上の禁止の適用範囲を領域ごとに制約する際の基準として、法的な原則や基準にてらして正当化されなければならない。禁止を制約する事由をどこに位置付けるかが、法技術に関する形式的な問題にすぎないような場合には、それが犯罪論体系においてどのような地位を占めるかは、その事由が持つ禁止制約機能にとって必要な要素に何らの影響も与えない。

国民や社会、日常生活上の評価といった漠然としたものを持ち出すことは、それ自体として、可罰的な不法を限界付けるのには全く不十分である。法は、社会統合の媒体である。社会的予期が立法者によって法という形式に移しかえられ、あるいは少なくとも法的な原理と評価を具体化するものとして把握される場合にはじめて、そのような期待が法的に重要なものとなり、刑法上の規範を強い許容として限界付けることができるようになる。歴史的に条件付けられた実践が拘束力を持たなくなるまでがいかに驚くほど早いかを印象深く示すが、次の出来事である。Welzel が死刑を社会的に相当なものとして位置付けたそのちょうど10年後、憲法の起草者は、基本法102条として次のような簡潔な規定を置いたのである。すなわち「死刑は、廃止する。」と。

それゆえ、社会的相当性という定式は、内容空虚な型なのである。何が社会的に相当であるかは、法の評価と原理に方向付けられるのであってその逆ではない。法が「ズボンを履いている〔主権を握っている〕」のである。あるいは次のようにいうこともできる。社会的相当性とは、刑法上は、法的な正当性をもたらす相当性としてのみ重要性を有する。したがって、刑法上の禁止を社会的相当性によって制限する際、それが規範的な質を備えているかは、次のシ

ンプルなテストによって判断されるのである。その制限を正当化事由として定式化しうる場合、そのような制限は強い許容を基礎付けるに十分である。そうでない場合、そのような制限は刑法上無意味である。

〔訳者あとがき〕

本稿は、ボン大学法学・国家学部（法学分野）ウルス・キントホイザー教授（Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser）が、2017年10月9日の「早稲田大学におけるボン大学デー（University of Bonn Day at Waseda）」の一環として比較法研究所で講演された際の講演原稿の翻訳である。本講演の基となった論文は、2018年に公刊が予定されている *Festschrift für Rudolf Rengier* に掲載される予定である。講演原稿においては原論文に付されていた注が省略されているため、翻訳にあたってもこの形式を維持している。本講演と原論文の内容には異同がありうるため、学術論文における引用に際しては原論文のみを指示すれば足り、本稿を同論文の翻訳として挙げる必要はない。講演原稿においてイタリックで表記されている語には、人名とラテン語を除き、本翻訳では圏点を付している。

キントホイザー教授は分析哲学の方法論を用いた規範論研究で世界的にその名が知られているが、日本での講演は今回が初めてである。当日は多くの参加者が得られ、キントホイザー教授も日本の刑法学者との議論・交流を楽しんでいる様子であった。本講演を快くお引き受けくださったキントホイザー教授に心から感謝を申し上げる次第である。

