

刑罰法規の意味としての行為規範

江 藤 隆 之

- I 本稿の課題
- II 行為規範淵源論の系譜
 - 1. 行為規範非実定法淵源論
 - 2. 行為規範実定法淵源論
- III 法規の意味としての規範
 - 1. 法規のひとつの意味としての行為規範
 - 2. 法規のもうひとつの意味としての制裁規範
- IV いくつかの帰結
 - 1. 行為規範の脱倫理化
 - 2. 行為規範の脱無機質化
 - 3. 刑法の安定と憲法的価値に裏づけられる法益論
 - 4. 違法でない行為の明確化
 - 5. 違法類型としての構成要件
- V 結語

キーワード：行為規範，制裁規範，刑罰法規，言語行為

I 本稿の課題

不正アクセス防止法第3条1項は「何人も、不正アクセス行為をしてはならない」と定めており、売春防止法第3条は「何人も、売春をし、又はその相手方となつてはならない」と定めている。また、ストーカー行為等の規制に関する法律（いわゆるストーカー規制法）第3条は、「何人も、

つきまとい等をして、その相手方に身体の安全、住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせてはならない」と定めている。このように、これら特別法は、制裁規定に前置するかたちで明文により特定の行為の禁止をうたっている。これらの条文がいわゆる行為規範⁽¹⁾を明示したものであることは明白であるといえよう。

ところが、犯罪と刑罰に関するもっとも重要かつ基本的な法典である刑法典には、このような行為規範を直接的に明示する条文は見当たらない(ように思われている)⁽²⁾。たとえば刑法199条は「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」と定めているものの、「何人も、人を殺してはならない」という条文を置いてはいない。同様に、「他人の財物を窃取してはならない」という規定も「建造物等に放火してはならない」という文言も見つけることができない⁽³⁾。それでは、普通刑法は単に事後的に裁判所に対して制裁に関する規範すなわち制裁規範を与えるにすぎず、一般人ないし行為者に対して行為規範を提示することを放棄しているのであろうか。普通刑法は殺人行為や窃盗行為を禁止してはいないのであろうか。答えは否である。刑法が行為規範性を有することに疑いをさしはさむ余地はない。行為規範の内容理解および体系構築におけるその重要度に関する考え方については様々な見解がありうるものの、行為規範性それ自体を完全に否定し去る立場を想定することはきわめて困難であるといわなければならない⁽⁴⁾。

というのも、刑法の大原則である罪刑法定主義は「何が犯罪でそれに対してどのような刑罰が科されるのかをあらかじめ明示しておく」ことを要請するが⁽⁵⁾、これは刑法の行為規範性を考慮に入れて初めて理解可能な原理だからである。もし単に、刑法が行為規範ではなく制裁規範でしかないのだとすれば、刑法は行為時に妥当している必要がないことになる。裁判時に刑法が妥当してさえいれば、それで制裁規範の役割を十分に果たすことができるからである⁽⁶⁾。罪刑法定主義の当然の前提として刑法の行為規範性があることは明らかであり、また罪刑法定主義があることの帰結として、刑法の行為規範性が犯罪人のみならず一般人の自由を「犯罪人および一般

人のマグナ・カルタ」として保障するように刑法は定められ、解釈されなければならないのである。⁽⁸⁾

そこで、この条文に直接明示されていないように思われる行為規範は、いかなる淵源から発するものであるのが疑問となる。行為規範は実定法から導き出されるのであろうか、それとも実定法とは別の何かにその淵源を有するのであろうか。この問いは、長い間さほどの進展も見せずに放置されてきた。最近の規範に関する論文や教科書の叙述においては、それこそ規範の意義や機能——もちろん、それが規範を論ずるうえで最も重要なものではあるが——ばかりが注目され、行為規範の淵源については「条文から導き出される」や「条文の暗黙の前提となっている」などと簡単な一言で片付けられることが多いように思われる。しかし、ある概念の意義や機能を検討するにあたり、それがいったいどこからどのようにして発するのかという淵源論を等閑視することはあまり好ましい態度であるとはいえないであろう。そこで、本稿では、行為規範の淵源を探ることを課題として設定する。行為規範の意義や機能ではなく、刑法に行為規範性があるとしたらそれはどこから発するのかという淵源の問題に焦点を当てた検討をしていきたい。⁽⁹⁾

II 行為規範淵源論の系譜

1. 行為規範非実定法淵源論

規範論に関する先駆的大著“Die Normen und ihre Übertretung”を著し、近代刑法学における規範をめぐる議論の先鞭をつけたのはカール・ビンディングである。ビンディングは、「犯罪者は刑罰法規に違反するのではない」として、犯罪者は刑法に違反したものだという語法を誤りであると断じ、行為者を裁く法命題（der Rechtssatz, nach welchem der Verbrecher beurteilt wird）と行為者が違反する法命題（der Rechtssatz, den er übertritt）とは区別されるものであると主張した。⁽¹⁰⁾ここに裁判規範と行為規範の分離がなされることになる。そのうえでビンディングは、行為規範は「禁止

(Verbot)」あるいは「命令 (Gebot)」であり、不文法として刑罰法規の背後に推認しうるものであるとする。この行為規範は概念的に (begrifflich) 刑罰法規に先立っており、必要的ではないが通常は時間的にも (regelmässig aber nicht notwendig auch zeitlich) 先行しているという⁽¹¹⁾。すなわち、ビンディングは決定規範たる規範を純粹命令 (reiner Befehl) であるとして、彼が授権命題として捉える刑罰法規に先行する別個のものとして理解しようとしたのである⁽¹²⁾。これは、行為規範に非実定法的淵源を認めるものというべきであろう⁽¹³⁾。

同様に、ベーリングは規範の淵源を刑事実定法ではなく、国家の規範的意思という全法秩序に共通な一般規範に求めた⁽¹⁴⁾。このことは、ベーリングが刑法体系的に築き上げた構成要件の理論が、その当初において価値中立的記述的であるとされたことと整合的である。価値中立的な構成要件はベーリングによれば規範的なものではないのであり、それゆえ実定法によって観念されうる構成要件と規範とは切り離され、その当然の論理的帰結として実定法と規範も淵源の段階において切り離されて理解されているのである。

同じく刑法的規範の淵源を実定法以外に求める見解として、M・E・マイヤーの文化規範説がある⁽¹⁵⁾。マイヤーは、行為規範を前法的な社会規範や文化規範 (Kulturnorm) と解し、行為規範の非実定法的淵源を主張した。

これらの行為規範非実定法的淵源論のメリットは、社会諸規範と刑法規範の統一的理解を可能にする点にある。なるほど、刑法は法である以上、社会規範のひとつであるから、他の社会規範との統一的理解は望ましいことではある。しかし、刑法規範を非実定法的に基礎づけようとする試みは、以下の理由により、明らかに失当である。

我々はすでに罪刑法定主義 (Gesetzlichkeitsprinzip) の要請としての行為規範を確認した。そうであれば、ここでは「法定」の語に注意が払われなければならない。ここでの法は不文法を含みうる理念的な法 (Recht) でなく国会が制定した実定的法律 (Gesetz) を意味することはその語義から異論はなく、それゆえ「罪」の「法定」が「行為規範」と結びつく理論

が構想されなければならない。罪刑法定主義によって不文刑法を当然に排除しておきながら、刑法的行為規範の淵源が不文法に求められたのでは、我々は正しい到達点を見失ってしまうどころか、スタート地点からすでに矛盾を抱え込んでいることになるだろう。それゆえ、行為規範の淵源は実定法に求められることが必要となる。

それでは、実定法はいかなる形で行為規範を制定しているのか。ここで我々は最初の疑問に立ち返ることになってしまう。一部の特別法はともかくとして、刑法典は犯罪を禁止する直接的規定を持っていないように見えるのではないか、という疑問である。しかし、この問題はさほど難問ではない。以下に、行為規範を実定法から導き出そうとする見解を概観してみよう。

2. 行為規範実定法淵源論

ロバート・フォン・ヒッペルは、ベンディングの表現をそのままひっくり返すかのように、「犯罪者は刑法に違反するのである」という⁽¹⁶⁾。ヒッペルのベンディングへの批判は論理的な鋭さを有している。もしベンディングが現行法規から認識されうる規範を規範というのであれば、それは単にそう名づけたに過ぎないことになり、ベンディングのいう規範の実体は法規であるということになる。もしベンディングが現行法規以外のものを規範というのであれば、それは検討するに値しないベンディングの主観の見解にすぎないのであるとヒッペルは指摘する⁽¹⁷⁾。この批判は、竹田直平がいうようにベンディングら行為規範非実定法淵源論にとって「致命的」である⁽¹⁸⁾。すでに行為規範の認識根拠論のレベルにおいて、非実定法淵源論は破綻しているのである。刑法がある行為を違法であるとするか適法であるとするかというとき、手がかりとなるのは当然に刑法である。その刑法とは現行法であるのに決まっているのだから、行為規範を認識する淵源は現行刑法に求められるほかないからである。もしそうではなくて、行為規範非実定法淵源論者が現行法の枠組みの外から規範を導き出そうとするのなら、そのような見解は罪刑法定主義の許容する範囲を踏み越えており、不

当であるといわざるを得ないであろう。

さらに、ヒッペルは進んで、単に行為規範の認識が刑罰法規によるのみならず、行為規範の発生も刑罰法規に根拠づけられるという。ヒッペルによれば、刑法は「構成要件該当行為に対し刑罰予告をすることにより、その行為を禁止している」⁽¹⁹⁾のであり、「刑法それ自体が、構成要件と違法効果たる刑罰を結びつけることにより、犯罪者が違反するところの命令・禁止の規範」⁽²⁰⁾となっているのである。

我が国において、分類が困難な独自の規範淵源論を展開するのは宮本英脩⁽²¹⁾である。宮本は、ペンディングのように、規範と刑法の区別を是認し、規範的評価と可罰的評価とを区別する構想を導き出す⁽²²⁾。しかし、宮本の行為規範淵源論はペンディングと異なり、実定法淵源論とも共通した基礎を有している。というのも、ペンディングが「前刑法的な規範」と「刑罰法規」とを分離したのに対して、宮本「刑罰法規その他の法源から導き出される規範」と「刑罰法規から導き出される刑法」とを対比させたからである⁽²³⁾。宮本の言葉によれば、「刑法その他の法から発見し得る禁令または命令そのものとして独立の法」である行為規範と「刑法から同時に発見しうる刑法自体」とが区別されるのである。ここでは確かに行為規範と制裁規範の意味での刑法とが区別されている⁽²⁴⁾が、その根拠はいずれも刑法とは無関係ではない。したがって、刑法から規範が導き出されることを肯定する点において、宮本の規範淵源論は実定法淵源論との共通点を有するといえるのである。しかしまた、宮本の規範論を詳細に分析した三上正隆が正当にも指摘するように⁽²⁵⁾、宮本によれば行為規範の淵源は成文刑法のみに限られるのではないという点において、単純な行為規範実定法淵源論に分類することも妥当ではないのである。

我が国において明確に行為規範実定法淵源論を主張するのは竹田直平⁽²⁶⁾である。竹田は、諸議論を検討の後、ヒッペルのような行為規範実定法淵源論を妥当であるとする。そして、刑法は、法規の前句に行為を示し、後句に当該行為に対して刑罰を科すことを示すことにより「間接的黙示的に」⁽²⁷⁾行為規範を宣言しており、「国家はこのような行為については、直接的明

示的に禁止意思を表示しなくても、国民はこのような違法効果の予告から当然にその禁止を認識し得る立場にあることを知っているのです、その直接的表示を省略している⁽²⁸⁾」のだという。

竹田の理論は、行為規範が実定法から導かれるという点において妥当な方向を示している。しかし、そこにはなお実定法がどのように行為規範としての意味を持ちうるのかの検討が決定的に不足しているように思われる。それゆえ、制裁規範と行為規範が竹田理論の中では淵源段階において不用意に一体化してしまっている。竹田は、刑法は行為法と制裁法とを「同時に同一法条に表現した」と述べているが⁽²⁹⁾、この点に制裁規範と行為規範の不用意な一体化の根源が見て取れる。この一体化は、行為規範と制裁規範とをまったく同一のものとするほどの理論的混乱をもたらしはしなかったものの、その両規範から導き出される規範的評価と可罰的評価という区別された二つの視点を刑法体系に持ち込むことを——規範違反をすべて可罰的規範違反とすることによって、あるいは逆から表現すれば、可罰的でない行為規範違反の存在を否定することによって——拒否するにいたった⁽³⁰⁾。規範の淵源を実定法に求めたからといって、規範的評価と可罰的評価が理論的に必然として一体化するものではない⁽³¹⁾にもかかわらずである。むしろ、そのふたつの評価にそれぞれ別個の機能を持たせうえて犯罪論体系に持ち込み、そこで結合させて理解するという体系も採られ得る⁽³²⁾。なぜなら、同一法条から行為規範と制裁規範の二様の規範が導き出されるとしても、それは決して——後述するように——「同時」ではなく、その「意味」も異なるからである。

さらに、竹田は「間接的黙示的」ないし「直接表示を省略している」という表現によって、行為規範を「法規には直接的に書かれざる規範」へと押し込めてしまった⁽³³⁾。いや、これは竹田だけの責任ではないだろう。行為規範実定法淵源論者の多くが、無意識のうちに行為規範の表示は成文刑法において「黙示的」であり、「直接表示されていない」と考えてきたようにも思われる。刑法には「人を殺してはならない」、「他人の財物を窃取してはならない」と文言が見当たらないことの一点をもって、せつかく行為

規範の淵源を実定法に求めるという正しい方向を示した諸見解が、最後の一步になって「しかしそれは直接的には表現されていない」との及び腰になってしまっているのである。果たして、それは正しいのだろうか。間接的黙示的な行為規範で、罪刑法定主義の要請を満足させることができるのだろうか。本当に刑法は行為規範を成文によって明示してはいないのだろうか。

思うに、これまでの行為規範実定法淵源論に欠けていたのは、「言語による表現が何を意味するのか」という基本的な考察である。道を歩いている者が別の者に「すみません、時間を教えていただければ嬉しいのですが」と言えば、それは「時間を教えてください」ということを明示的かつ直接的に意味するものであって、その人が喜ぶ条件を示したのではないという単純な視座である。その結果、行為規範黙示説の陥穽にはまってしまったのである。そこで、以下に後期ウィトゲンシュタインの意味の使用説およびオースティンに連なる言語行為論——サールの間接的言語行為からガイスの直接的遂行まで⁽³⁴⁾——の視座から実定法規を眺め、そこから行為規範を取り出す作業を行いたい。それにより、刑法は行為規範を明示するものとして理解され、さらに同一条文から別個の——すなわち竹田理論のような一体化をしていない——行為規範と制裁規範が直接的に取り出されることになる。

III 法規の意味としての規範

1. 法規のひとつの意味としての行為規範

ここに「走らない」という言葉が発せられたとしよう。この言葉はどのような意味を有するのであろうか。言葉は、言語形式だけでは真理条件を持たない。その意味は、具体的コンテキストにおける使用によってはじめて決定されるのである。したがって、この単純なわずからモーラの「は・し・ら・な・い」も、コンテキストがなければその意味を確定することができないのである。たとえば、古い自動車の運転席に座ってエンジンを掛

けようとしていた者が、しばらくエンジンキーと格闘した後、ドアを開けて悲しそうな顔つきで「走らない」と言えば、それはこの車が故障するなどして「走らない」という事実を描写する命題となるであろう。これに対して、小学校の教師が廊下を走っている生徒を見つけて「走らない」と叫べば、それは「廊下を走るな」という禁止であり、先ほどの自動車の場合が事実描写であったのとは異なり、禁止規範への言及となる。同じように、コーヒーを飲んでいるときに友人に「何を飲んでいるのか」と尋ねられ答えた「コーヒー」という言葉は「私は今コーヒーを飲んでいる」という事実命題であり、後払い方式の喫茶店で給仕に「ご注文はお決まりでしょうか」と聞かれたときに答えた「コーヒー」という言葉は「コーヒーをもってきてくれ」という依頼なのである⁽³⁷⁾（同時に「後ほど所定のコーヒー代金を支払う」という約束ですらある⁽³⁸⁾）。このように、言語の意味はその使用される状況に依存するのであり、ウィトゲンシュタインが表現したように端的に「言葉の意味とは言語におけるその使用である（Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache）」⁽³⁹⁾といてよい。したがって、ある発話の意味を知ろうとする者は、それがいかなる状況において使用されているのかをまず知らなければならないのである。法規の意味もまた法規が言語による表現であるかぎり、それはただの文章や独り言ではなく、発し手と受け手の存在する言語行為である。そうであるなら、その意味が具体的コンテキストにおける使用に依存することを免れない。我々は、法規の字義的な意味によって法規を把握すべきなのではなく——というよりも、字義的な意味のみによって法規を理解することなどそもそも不可能である。このことは、目的論的解釈を排した純粋な文理解釈のみでは法解釈が成り立たないということからも明らかである——その使用によって意味を理解すべきなのである⁽⁴⁰⁾。

ここで、制裁要件と制裁の提示という方法により実践的に行為規範を提示するのは、日本語の当然の言語行為であるという点に注意を向けてみたい。たとえば、親が小さな子供に「いたずらをしたらおやつを抜きにする」と言明したとき、これを制裁要件と制裁、すなわち「あなたがいたずらを

したという要件が整えば、私はあなたにおやつを与えないという効果が発生する」という要件・効果を単純に明示したものであり、それ以上の意味を持たないと理解するのはナンセンスなことである。この言明が子供に対して「いたずらをしてはならない」という行為規範を提示するものであることは、通常の日本語能力を有する者であれば、——オースティンのいうところの発話内行為 (illocutionary acts)⁽⁴¹⁾として——誰もが容易に理解可能だからである。この子供が後にいたずらをし、それを親に発見された時に、「僕は、いたずらをしてはいけないと言われたおぼえがない」と抗弁したとしても、その抗弁が受け入れられないのは自明のことであろう。というのも、これは制裁要件と制裁の提示を通じて行為規範を表現するという、日本語にとって通常の言語行為に他ならないからである。日本語を使って相手に何かを伝達しようとするとき、そこには様々な表現方法があり、話者はそこから相手と共有しているコンテキスト——これを言語ゲームと読み替えてもよい——にしたがって任意の表現方法を選択して相手に伝達をするのである。その表現選択の手がかりは時に伝達効率であったり、時に人間関係であったりするのだが、いずれの表現方法が選択されたとしても、相手とコンテキストが共有されていて、その発話が適当なものであれば、そこには「発話された文字通りの意味」を超えた発話内の力が発生するのである。これは誰もが経験的事実として知っているまったく自然なことといえよう。

例を出してみよう。高校野球の監督が練習試合に負けて悔しがる部員たちに対して「もっと練習しなければ甲子園にいけない」と言ったとする。すると、それは「もっと練習しなければ甲子園にいけない」という事実を描写したのではなく、——少なくともこの監督の下で甲子園目指して練習に励んできた部員たちにとっては——「もっと練習しろ」との命令を意味することになる⁽⁴²⁾。これは日本語の通常の命令の表現方法なのである。暗黙のうちに命令が前提とされているわけでも、間接的に練習をするように命令したのではない。日本語に認められる数ある命令方法のうちのひとつを選択して命令したにすぎないのである。⁽⁴³⁾

もっと例を出そう。あなたが誰かに荷物を持ってほしいとき、「荷物を持ってください」という表現以外にも、同じ行動を相手にさせるだけの意味を込めた言葉を「荷物を持ってくれば有難いのですが」、「この荷物を持つのは君の役目としよう」、「あなたに荷物を持ってほしいのです」などと様々に表現可能なのである。「荷物を持ってくれば嬉しい」というのは、ある具体的使用場面においては「荷物を持ってくれ」というのとまったく同等に荷物を持つことを依頼する意味を有し得る。「今、何時だ」と「今、何時かお教えいただければ嬉しいのですが」は、実践的には同じことを意味している（尋ねている）が丁寧さが違うに過ぎないということ（⁴⁴）を想起すれば明らかであろう。

このような視座を前提とすれば、刑法199条の「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」という条文を見て、「人を殺してはいけないと書いていない。そこにはただ要件と効果が表現されているに過ぎない」と考えることは、「今、何時かお教えいただければ嬉しいのですが」と言われて、「この人は、時間を教えれば喜ぶ人だ」と受け取るのと同じくらいナンセンスなのであるということが判然としよう。「今、何時かお教えいただければ嬉しいのですが」と言われれば、「この人は、今、時間を尋ねた」と理解してこそ通常の日本語の言語行為であるといえるのである。同様に、「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」という国会から一般人に向けて明文で発せられた法規テキストはつまり、「人を殺してはならない」という意味を普通に（少なくとも通常の日本語能力を有する一般人に対して）明示的・直接的に伝えることになる。⁽⁴⁵⁾

これは、一般的に行為規範を「殺人罪の規定においては『人を殺してはならない』という、一般人に向けられた、殺人を禁止する行為規範が暗黙のうち（⁴⁶）に前提とされて」いるという「暗黙前提論」とも一線を画するものである。暗黙の前提にされているのではなくて、殺人罪の規定はあの規定方法でもって殺人を禁止する行為規範性を有するのである。したがって、刑法の行為規範性は、実定法から直接導き出されるのであるといわなければ

ばならない。

2. 法規のもうひとつの意味としての制裁規範

ところで、このような視座は竹田理論とどのような差異を生むのだろうか。竹田直平は、行為規範を実定法から導き出し、それゆえに同一法条に表現されている行為規範と制裁規範が淵源段階で不用意に一体化してしまったのであった。しかし、我々は、すでに語の意味は語の使用であるという意味理論の立場から、コンテキストがその意味を決定することを確認している。ここに竹田理論との大きな差異が生ずることになる。それは、制裁規範も同様の理論によって、行為規範とは別個に同一の刑罰法規から導き出されるという点である。

もう一度、「いたずらをしたらおやつを抜きにする」という言明の意味を考えてみよう。もちろん、実践を離れては意味を確定できないのであるから、ここに具体的文脈を付け加える必要がある。先ほどは、親が子供に対し、この言明をしたのであった。それゆえ、この言明から「いたずらをしてはいけない」という行為規範が日本語として当然に導かれたのであった。今回は、これを子供が寝た後、両親が子育てについて話し合っている際に一方の親がもう一方の親に言った言葉であるとしよう。「躾のルールを決めよう。いたずらをしたらおやつを抜きにする」と。このとき、「いたずらをしたらおやつを抜きにする」は、「いたずらをしてはいけない」という意味ではない。ここで提示されたのは行為規範ではなく、制裁要件と制裁に関する規範、すなわち制裁規範である。昼に子供に言った「いたずらをしたらおやつを抜きにする」は行為規範であり、夜に配偶者に言った「いたずらをしたらおやつを抜きにする」は同じ文言でありながら行為規範でなく制裁規範である。

高校野球の監督が練習試合に負けた部員たちに「もっと練習しなければ甲子園にいけない」と言えばそれは「もっと練習しろ」という命令であったが、勤務校の校長に「野球部の調子はどうですか」と聞かれたのに応えた「もっと練習しなければ甲子園にいけない」であつたら、自分が思うと

ころの事実（自己の事実認識）を伝えたのである。同じ発話者から同じ言葉が発せられても、その意味は同時的に同じ意味を持つわけではない。たとえば母親が父親と子供の両者に向けて「いたずらをしたらおやつを抜きにする」と発すれば、子供に対しては行為規範としての意味を持ち、父親に対しては制裁規範としての意味を持つのである。

刑法も同様である。一般人が「どのような行為が刑法で禁止・命令されているのだろうか」と思い、六法をめくって刑法の条文を見ると、刑法は行為規範として受け取られる。これに対して裁判官や裁判員が「この被告人の行為に対してどのような制裁が法定されているのだろうか」と考えながら参照する刑法の条文は制裁規範の意味を持つ。たしかに行為規範と制裁規範は同一条文に根拠を持つ。しかし、その意味は決して同一ではない。同一条文に二様の規範が記されているとしても、その条文の同一性がただちに規範の同一性を導き出すのではない。それぞれの言語的实践がそれぞれの規範の意味を規定するのである。国家によって定められた刑法の条文が「どのような状況で誰によって」受け取られるかがその意味を決定するのである。

したがって、制裁規範も行為規範と同一の条文から直接導き出されるが、両規範が同一の意味を有すると考える必要はなく、また、両者を一体化して理解する必要もないのである。それは「名宛人が異なれば法規の意味も異なる」からである。⁽⁴⁸⁾

IV いくつかの帰結

以上の議論は、考えてみれば当たり前のことを述べたにすぎないようにも思われる。あるいは、行為規範が実定法に根拠を持つのが、前実定法的根拠を持つのが、どちらにせよ刑法に行為規範性があることは否定できないだけでなく、制裁の対象行為と範囲は刑法において実定法的に定められているのであるから、このような議論に言葉の争い以上の実質的な意義はさほどないと考える向きもあろう。しかし、そのような考えは正しくない。⁽⁴⁹⁾

本稿のように、刑法の行為規範を実定法的に根拠づけるやり方からは、いくつかの刑法解釈上重要な帰結が導き出されるからである。以下に簡単にその帰結を紹介したい。

1. 行為規範の脱倫理化

刑法の行為規範性が実定法に由来するものなのであれば、そこに前実定法的（あるいは非実定法的）な要素である倫理を持ち込む必要はなくなる。行為規範性を前実定法的なところから導き出せば、そこには倫理も含む前実定法的な価値がさまざまに付随してござるを得ない。これに対し、刑法の行為規範の淵源はあくまで条文、すなわち国会の立法によるものであるとすれば、そこに立法者が託した以上の価値を持ち込むことは不可能となるのである。法は、倫理とは区別された法としての妥当範囲を確保することになる。ここに刑法を倫理化させることのない法益保護を志向する行為規範論を構築する契機がある⁽⁵⁰⁾。

2. 行為規範の脱無機質化

さらに、このように具体的コンテキストにもとづく意味理論から導かれた行為規範淵源論は、刑法の脱倫理化が置き去りにしてしまいがちな社会規範としての行為規範論を提供することができるだろう。刑法の脱倫理化は必要なことであるが、それが刑法の無機質化・非社会化であってはならないことは明白である。刑法に倫理ないし社会的相当性の概念を取り入れようとする見解が、今なおそれなりの実際の魅力を持って映るのは、そこに社会を動的に把握し、現代社会の諸規範との関連において刑法をいかに現実的な規範として妥当させていくかの考慮が働いているからであり⁽⁵¹⁾、また慣習刑法が排斥されるにしても、刑法解釈の中に社会的慣行などを読み込まなければ結局のところ解決困難な問題を生じてしまうからである⁽⁵²⁾。しかし、これは何も倫理を刑法に取り入れなければならないということの意味しない。条文解釈において倫理ではなく、意味論の範囲でコンテキストに依拠して規範解釈することは、現代刑法が現代社会の文脈の中で、い

かなる規範として機能しうるのかという観点を必然的に刑法解釈に要求することになる。このようにして、刑法の脱無機質化の道を本稿の立場は拓くことになろう。

3. 刑法の安定と憲法的価値に裏づけられる法益論

本稿の立場からは、行為規範の制定は——条例等の特別な場合を除き——原則として国会によって為されることになる。国会以外が行為規範を制定することは、本稿の立場からは原則としてあり得ない。すると、不安定な法ではなく実定された制定法のみが行為規範であるということになり、法的安定性および罪刑法定主義の形式的要請に合致した刑法が実現されるということになる。それだけではなく、刑法が正当な立法機関を通して立法され、その内容も手続きも、もちろん刑法それ自体も憲法の下にあるという現代国家の枠組みを前提とする限りは、憲法の価値を逸脱するような行為規範の制定は不可能であるということになる。すなわち、行為規範非実定法淵源論が必然的に導く結論と異なり、行為規範実定法淵源論によれば、刑法行為規範制定そのものが違憲立法審査の枠内に入ることが当然に承認されることになるのである。刑法の体系目的は法益保護であり、行為規範は法益保護を志向して制定されるが、その法益の範囲が明確に憲法体系の下に入ることになる。憲法が守るべき価値としている価値を法益とし、憲法に反する刑法を排除し、国民が選挙を通じて選んだ代議士による立法という行為規範定立の限界を刑法内在的でも前実定法的でもなく憲法に求めることができるようになる。行為規範を倫理に求めれば、その内容が曖昧なままの行為規範制定がなされてしまうおそれがあり、刑法内在的に行為規範を考えるならば、刑法の自己目的的肥大化や、論理的な自己言及の矛盾といった問題点を生じさせることになる。その点、刑法の行為規範性の由来を国会（それも憲法的に正統な国会）に委ね、その立法目的である法益の概念を憲法が守るべき価値とすれば、このような問題を回避しながら、強い実定性が求められる刑法の分野において成文法主義的な議論を採用することができるのである。これは、19世紀的な意味における法実証主

義 (Rechtspositivismus) とは一線を画する。制定法を重視しながらも、制定法に限界や不明確性があることを認め、規範目的を憲法的価値を逸脱しない法益保護に限定し、その意味内容を現代社会の具体的なコンテクストにおいて動的に把握することを認める立場だからである。

4. 違法でない行為の明確化

また、本稿の立場からは、刑罰法規に明記されていない行為には一切の禁止・命令規範が向いていない、すなわち適法であるということが帰結される。たとえば、過失による所持侵害 (いわゆる過失窃盗) は違法ではないことになる。結果無価値論を採用し、法益侵害が一元的に違法性を構成すると考え、故意・過失の区別を責任段階のみで行おうとする見解は、理論的には過失の窃盗や過失の器物損壊を違法であると認めなければならないだろう。しかし、このような理解は、本稿の規範の淵源論からは否定されることになる。刑法が明文で定めている行為のみに規範が向けられるのであって、それ以外の行為はすべて違法でないとして理解されることになる。それにより、不必要な違法評価の拡大を防ぐとともに、違法でない行為が明確化され、より強く罪刑法定主義の要請に合致しうる体系を構築することが可能になる。

5. 違法類型としての構成要件

条文が行為規範を明示的に謳ったものであれば、もはや条文は価値中立的ではありえない。条文自体が違法な行為を明示的に謳ったものであり、それを類型化したものが構成要件であるとすれば、構成要件は違法類型であるということも同様に帰結されよう。⁽⁵⁴⁾

V 結 語

以上のように、行為規範は刑罰法規から直接導き出されることが明らかになった。行為規範は刑法と別個の存在でもなければ、刑罰法規に黙示さ

れているものでもない。刑法が明示しているところの規範、「国会が一般人に向けている刑罰法規の意味」こそが行為規範なのである。もちろん、国会は裁判所にも刑法を向けている。「国会が裁判所に向けている刑罰法規の意味」は制裁規範である。

最後に、本稿の立場から、なお検討すべき点が残ることを指摘しておきたい。その問題とは、刑罰法規の意味としての行為規範は具体的にどのような意義と機能を有しているのか。この立場から違法論はどのように構築されるのか。38条3項はどのような意義を有するのか。刑法解釈論においてどのような解釈理論が採用可能であるのか、⁽⁵⁵⁾ などである。これら点については、なお検討のうえ、別の機会に論稿を発表したいと思う。

(了)

注

- (1) 本稿でいう「行為規範」はペンディングのいうところの“Norm”（規範）であり、ペンディングが“Strafgesetz”（刑罰法規）と対置し、現在では多くの論者によって“Sanktionsnorm”（制裁規範）と対置される“Verhaltensnorm”の意である。より正確に訳出すれば「行動規範」（たとえば、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（平成21・2009）1頁以下参照）ということになるだろうが、本稿では慣例に従い「行為規範」と訳す。なお、“Verhaltensnorm”と“Sanktionsnorm”の対置とそれぞれの意味については簡単に Urs Kindhäuser, *Strafrecht AT.*, 4. Aufl., 2009, S. 35ff. および高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（平成19・2007年）1頁以下参照。さらに、概念として“Handlungsnorm”を使い、それを分析するものとして、vgl. Stephan Ast, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, S. 9ff.
- (2) ここで「行為規範を直接的に明示する条文は見当たらない」ではなくて「行為規範を直接的に明示する条文は見当たらない（ように思われている）」と奇妙な表現となっているのは、「実は行為規範を直接的に明示する条文は刑法典にあるのだ」という本稿の結論部分に留意したからである。以下、本稿において行為規範を明示する規定が刑法に見あたらないという趣旨の文章にはすべて「（ように思われている）」との留保がつくものと考えてほしい。
- (3) この理由を単に刑法典が古い時代のものであるからということに帰す

ことはできないであろう。たとえば刑法典より古い明治28年の通貨及証券模造取締法第1条は、「貨幣，政府発行紙幣，銀行紙幣，兌換銀行券，国債証券及地方証券二紛ハシキ外觀を有スルモノヲ製造シ又ハ販売スルコトヲ得ス」と定めているのである。

- (4) いわゆる厳格な結果無価値論者であっても一般に刑法の行為規範性を否定するものではない。たとえば浅田和茂『刑法総論』補正版（平成19・2007年）10頁。

ただし、齋野彦弥『故意概念の再構成』（平成7・1995年）190頁以下，同「犯罪論体系の構造とその規範理解」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』上巻（平成19・2007年）101頁以下参照。Dazu Vgl. Andreas Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, 1997, S. 41ff; Eberhard Schmidhäuser, Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen, 1964, S. 10ff; ders., Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988, S. 36f. 本稿においては，行為規範の存在・機能を否定しあるいは過小に評価しようとする見解は，本稿が検討対象とする淵源論と関連しないために取り上げない。これらは改めて行為規範の意義・機能を論ずる際に，議論の俎上に乗せたい。

- (5) BVerfGE 45,363; 78,374.
- (6) ドイツにおいて罪刑法定主義を“nulla poena sine lege”と定式化したフォイエルバッハの構想には，今や説得力を失ったものの彼の心理強制説（Theorie des psychologischen Zwangs）に基づく行為規範論があったことは明らかである。Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, S. 1ff.

また，山中敬一『犯罪論の機能と構造』（平成22・2010年）13頁および70頁参照。

- (7) もしそうでないというのであれば，それは多かれ少なかれ行為規範へのまなざしを持っている理論といわなければならない。
- (8) 大野真義『罪刑法定主義』（昭和55・1980年）240頁参照。

罪刑法定主義の萌芽をみることができる『犯罪と刑罰』においてベッカリアが印刷術の発明を実に啓蒙精神たっぷりにたたえたのも，まさに成文の法典が万人に読まれるようにならなければならないという彼の主張からきたものであり，この主張もまた刑法が犯罪者および一般人のマグナ・カルタであらねばならないということのあらわれである（チャーザレ・ベッカリア（風早八十二・五十嵐二葉訳）『犯罪と刑罰』（昭和13・1938年）37頁）。

- (9) なお、あらかじめ述べておくと、本稿の法規を見つめる基本的視座は増田豊『語用論の意味理論と法解釈方法論』（平成20・2008年）1頁以下と共通する。同書は語用論の意味論の立場から法解釈の根源を問い直す重要かつ重厚な研究である。そして、増田は規範の淵源論について本稿とおそらくほぼ同様であると思われる構想を、同書の中の45頁6行目から46頁1行目にかけて簡潔に表現している。ただし、その叙述はあまりにも簡潔にすぎて行為規範淵源論に十分に焦点をあてたものとはいえないように思われる（語用論の意味理論やそこから導き出される法解釈方法論については十分な探究がなされており、これを跡づけることは重要なことであると思われるが、本稿は規範の淵源のみを対象としたい）。そこで、本稿はその視座から「刑法における行為規範の淵源」というピンポイントを対象として検討することにより、いかなる行為規範淵源論が可能であるかを探るものである。
- (10) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, Die Normen und ihr Verhältniss zu den Strafgesetzen, 4. Aufl., 1922, S. 3ff.
- (11) Binding, a. a. O. (Anm. 10), S. 4.
- (12) 決定規範の背後には価値判断があることをビンディングは認めている。Binding, a. a. O. (Anm. 10), S. 356ff.
- (13) Binding, a. a. O. (Anm. 10), S. 19ff.
- (14) Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 118f.
- (15) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrecht, 2. Aufl., 1923, S. 37ff.
- (16) Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, 1925, S. 19f.
- (17) Hippel, a. a. O. (Anm. 16), S. 21.
- (18) 竹田直平『法規反とその違反』（昭和36・1961年）206頁。
- (19) Hippel, a. a. O. (Anm. 16), S. 19f.
- (20) Hippel, a. a. O. (Anm. 16), S. 20.
- (21) 宮本英脩の規範論について詳細に分析したものとして、三上正隆「宮本英脩の規範理論」早稲田大学法学研究論集116号（平成17・2005年）225頁以下、同「宮本英脩の規範理論Ⅱ——一般規範の法源について——」早稲田法学会誌56巻（平成18・2006年）165頁、同「宮本英脩の規範理論Ⅲ——規範理論による違法要素の体系的整序について——」早稲田法学会誌58巻1号227頁以下がある。
- (22) 宮本英脩「規範的評価と可罰的評価」牧野教授還暦祝賀刑事論集（昭和13・1938年）5頁以下参照。

- (23) 宮本・前掲注(22) 6頁以下。
- (24) 宮本の用語法によれば、「規範」とは「直接我々に対して行為不行為を命ずるもの」であり、「刑法」とは「規範の違反を理由としてその匡正の為の処分を命ずるもの」である。したがって、宮本のいう「刑法」は本稿のいう「制裁規範」に該当する概念であるといつてよいであろう。宮本・前掲注(22) 8頁以下参照。
- (25) 三上「宮本英侑の規範理論Ⅱ——一般規範の法源について——」前掲注(21) 166頁以下参照。
- (26) 竹田直平の規範論を詳細に検討・分析したものととして、三上正隆「竹田直平の規範理論」早稲田法学会誌第60巻2号(平成22・2010年) 307頁以下。
- (27) 竹田・前掲注(18) 31頁。
- (28) 竹田・前掲注(18) 32頁。
- (29) 竹田『刑法と近代法秩序』(昭和63・1988年) 103頁参照。
- (30) 三上「竹田直平の規範理論」・前掲注(26) 317頁参照。規範を前実定法的に捉えたペンディングが、犯行論(Deliktslehre)と犯罪論(Verbrechenslehre)を区別したのと好対照である。Binding, a. a. O. (Anm. 10), S. 19ff.
- (31) たとえば、高橋則夫のように行為規範と制裁規範とを区別し、規範違反にくわえて可罰的評価を考慮する体系を、行為規範実定法淵源論から採用することも可能である(高橋則夫『刑法総論』(平成22・2010年) 3頁以下)。
- (32) 高橋『刑法総論』・前掲注(31) 237頁が、「きわめて軽微な窃盗の場合、規範的違法性は肯定される」が、制裁規範によって基礎づけられる「可罰的違法性は否定される」というのがその代表例である。
- (33) 竹田は、「習字・絵画・工芸品等の手本、模型、船舶電気等の基準型式等の表示は、いわば規範の前句の内容を具体的に表現したものであって、『これに準拠せねばならない』という規範の後句は省略されている」として、これと同様に刑法規範も後句が省略されているものとする(竹田『法規範とその違反』・前掲注(18) 32頁以下)。
- (34) 本稿は、言語学および言語の哲学的な視座を採用するものではあるが言語学のない言語の哲学的な学説争いについて本文で直接触れることはしない。必要な範囲で注釈において触れるにとどめる。
- (35) 先注でも述べたが、語用論的意味論の立場から法解釈を探究する優れた先行研究として増田『語用論的意味論と法解釈方法論』・前掲注(9)

1 頁以下がある。同『規範論による責任刑法の再構築』・前掲注(1) 1 頁以下もあわせて参照。

- (36) フランソワ・レカナティ (今井邦彦訳)『ことばの意味とは何か』(平成18・2006年) 5 頁以下参照。

多義語はコンテクストがなければその意味を決定することができないことを考えれば明らかであろう。たとえば, “Gericht” は「裁判所/料理」を意味するのであるが, 留学先のホストファミリーに食事時に “Was ist dein Lieblingsgericht?” 「君の好きな Gericht は何かな」と尋ねられれば好きな食べ物を答えるべきであって, “Ich mag gar keinen Gerichtshof!” 「私は裁判所はどれもまったく好きではありません」と答えるのはジョークでしかない。また, 厳密に多義語でなくともコンテクストを無視した意味確定は不可能である。コンテクストを無視した意味決定はやはりジョークにしかならない。レストランでウェイターに「あそこの男性が食べているものをください」と注文したとき, ウェイターが「でもそれはあちらのお客様のものですから, 取り上げるわけにはいきません」と答えれば, それは「あそこの男性が食べているもの」という言葉の意味の前提を話し手と受け手で共有できなかったからであり, ジョークにしかならない。

- (37) 増田『語用論の意味理論と法解釈方法論』・前掲注(9)514頁参照。

- (38) このようなことは刑法学においても考えられてきたように思われる。たとえば, 挙動による詐欺において, 代金支払い意思がないのに飲食を注文する注文行為(無銭飲食詐欺)は, 告知義務違反による不作為の欺罔を問題とするまでもなく, 作為による欺罔であると理解されてきたのである。なぜならば, 飲食店における飲食の注文(たとえば「コーヒー」)は代金支払いの意思を表示している(「代金を支払うのでコーヒーを持ってきてくれ」という意味を有している)からであると。山口厚『刑法各論』第2版(平成22・2010年)253頁以下参照。

- (39) Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, 43.

なお, 黒崎宏は当該箇所の訳を「言語における」ではなくて「言語ゲームにおける」としている。原語では “in der Sprache” であるので「言語における」が素直な訳であるが, 「言語ゲームにおける」とした方がより理解が正確になるようにも思われる(黒崎宏訳『『哲学的探究』読解』(平成9・1997年)33頁参照)。

なお, ウィトゲンシュタインの引用部においては *Bedeutung* (意味・指示) が問題となっているが, 本稿の検討対象には法規の *Sinn* (意義

・意味)が含まれている。この Sinn も具体的言語ゲームにおける使用に依存することは、本文で述べる通りである。

- (40) きわめて単純に字義的に理解可能であると思われる「赤いペン」という語の意味ですら、コンテキストから離れて理解することは不可能である(レカナティ・前掲注(36)275頁以下参照)。

ここで、幸いなのは、刑法学が対象とすべき語の使用場面は、言語学や言語の哲学が探究すべき場面よりも極端に限定されている(およそ明文の刑罰法規についての国家と人間間とのコンテキストに限定されている)がゆえに、言語を考える上での困難な問題はほとんど回避可能であるという点である。

- (41) オースティンは、言語行為には発語行為(locutionary acts)、発語内行為(illocutionary acts)、発語媒介行為(perlocutionary acts)の3つの側面があるという。たとえば、母親が子供に言った「いたずらをしたらおやつ抜き」であれば、発語行為は「母親は『いたずらをしたらおやつ抜き』と言った」と表現され、発語内行為は「母親は子供にいたずらを禁じた」であり、発語媒介行為は「母親は子供にいたずらを思いとどまらせた」である。刑法的な関連で言えば、刑法による発語行為は条文そのものであり、発語内行為は条文から導き出される行為規範であり、発語媒介行為は行為規範の現実的作用である(J. L. Austin, *How to Do Things with Words* (1962) および同書の邦訳 J. L. オースティン『言語と行為』坂本百大訳(昭和53・1978年)参照)。
- (42) 「練習しなければどうなるかわかってるな」、「練習」、「さあ、お前たちは今何をすべきなのか考えてみろ」、「去年卒業した先輩はもっと努力していたぞ」などの表現方法も——コンテキスト(言語ゲーム)の共有を前提として——選択可能である。
- (43) ただし、サールは、このような発話者が聞き手に字義以上のことを伝えようとする言語行為(サールのいう言語行為はオースティンという発語内行為である)を「間接的言語行為(indirect speech acts)」と呼ぶ(John R. Searle, "Indirect Speech Acts" in *Syntax and Semantics*, 3 *Speech Acts*, pp. 59-82. (1975) [邦訳としてジョン・R・サール著・山田友幸監訳『表現と意味』(平成18・2006年)53頁以下(当該部分は三好潤一郎訳))。たとえば、サールの例によれば「今晚、映画に行こう」と誘われた学生が「試験勉強をしなければならんだ」と答えるのがそれである。ここで、注意したいのは、言語学的にこれが「間接的」とされているのは、一般的に「間接的」と表現されるものと若干意味が異なると

いうことである。本稿においては間接的言語行為についても、一般的に「はっきりと意味が捉えられる」という意味で「明示的」との表現を、「推論を経ずに内容を理解できる」という意味において「直接的」との表現を使用することにする。というのも、言語学においても、言語行為における命令・依頼については、直接的言語行為がなされることは稀であり、現実には間接的言語行為によるものがほとんどであるとの指摘もあり (Stephen C. Levinson, *Pragmatics* (1983) pp. 264-265, p. 274. 邦訳として S. C. レヴィンソン (安井稔・奥田夏子訳) 『英語語用論』 (平成 2・1990年)。レヴィンソンを引用する場合の和訳は同書による)、これを「通常の言語行為」と理解することに問題はないばかりか、間接的言語行為を「間接的」と呼ぶのは間違いであるというべき場面もあるとして、内容の明白な間接的言語行為を「直接的伝達」として捉え直そうという見解もあるからである (Michael L. Geis, *Speech Acts and Conversational Interaction*, p. 122, p. 255. (1995))。たとえば、オースティン的には “Pass the salt.” 「塩を取って」は非明示的の遂行文 (implicit performatives) ということになるが、一般には明示的の遂行文 (explicit performatives) である “I request you to pass the salt.” 「あなたに塩を取ってくれるように頼みます」と違いなく文意は自明であるといい得るし、サールの的には間接的言語行為であるとされる “Can you pass the salt?” 「塩を取っていただけますか」は一般的には「あなたに塩を取ってくれるように頼みます」という直接的言語行為と何の違いもないほど直接的伝達であるといい得るのである。この点、レヴィンソンやガイスの指摘は私には正しく思われるのである。

- (44) 他の言語においても、もちろん同様である。言語行為論のテキストにおいて頻繁に用いられる例であるが、英語の “Can you pass the salt?” は、「塩を取ってくれ」という意味 (オースティンによれば発語内行為であり、サールによれば間接的言語行為) なのであって、相手に塩を取る能力があるか否かを尋ねているのではないのである。これは明らかに依頼を表す please をつけて “Can you please pass the salt?” と言えることから明らかである。また、レヴィンソンは、ドアを閉めることを依頼する表現として “I want you to close the door.” 「ドアを君に閉めてほしいのです」や “Can you close the door?” 「ドアを開けてくれますか」、 “You ought to close the door.” 「ドアは閉めるべきです」、 “I am sorry to have to tell you to please close the door.” 「すみませんが、ドアをどうか閉めてほしいのですが」、などから “How about a bit less breeze?” 「風

がちよっと入りすぎるんじゃない」や“Did you forget the door?”「ドアのことは忘れたの」, “Do us a favour with the door, love.”「ドア, お願い, ね」, “Now Johnny, what do big people do when they come in?”「さあジョニー, お兄ちゃんなら, 部屋に入るときどうするかしら」まで無数に考え得ると指摘する。Levinson, *op. cit.*, pp 264-265.

- (45) 当然, 「人を殺すことは良くないことだ」という評価規範 (Bewertungsnorm) の側面と「人を殺すな」という決定規範 (Bestimmungsnorm) の側面の両方を有する。

ここで, 「直接的」, 「間接的」という表現について, もう一度注意を喚起しておきたい。字義以上のことを含意し, 相手に伝える言語行為 (発話内行為) は, サールによれば間接的言語行為であるが, 本稿においては特に推論をたどることなく, その意味が発話者から聞き手に伝わることを「直接的」と表現し, たとえば“Can you pass the salt?”や「時間をお教えいただければ嬉しいのですが」という発話を「直接的遂行」と呼びたい (Geis, *op. cit.*, p. 255.)。それは以下の道筋をたどって基礎づけられる。最初に, 「彼は喉が渴いている」という単純な発話ですら, すでにコンテクストに依存していることが確認される。「彼」が誰なのかは, 字義的には表現されておらず, 発話のコンテクストによらなければならないからである。この発話は字義以上のことを含意しているのであるから「間接的」とあるという見解も主張され得ようが, 本稿はそのような見解をひとまず排除することを主張したい。「彼は喉が渴いている」という発話は, 受け手が誰であれ具体的なコンテクストの下においては, いかなる推論を経ることもなくその意味 (「指示された男性の喉が渴いている」という事実描写としての意味) を理解可能な発話だからである (これが「彼に飲み物を与えよ」という命令を含意しているのだとしたら, それはコンテクストによっては推論を経なければならない間接的なものと言い得るかもしれない)。ここで, 字義以上のこと (コンテクストに依存しなければ理解不可能なこと) を発話が含まれていたとしても, それによって直ちに「間接的」とされるべきではないということが導かれる。次に, 皮肉が検討の対象となる。たとえば, ある者がいつもつらく当たってくる同僚がまたひどい表現で難癖をつけてきたのに対し「いつも君は優しいね」と発話したとする。この場合は, まず字義的なあるいは直接遂行的な意味「君は優しい」が聞き手の頭の中に浮かび, 次に「自分はいつも彼に対して優しくない」という事実思いいたり, そして「ああ, これは嫌味 (皮肉) を言ったのだ」という理

解プロセスをたどるだろう。このような場合を「間接的」と呼ぶことを本稿は主張したい（これが推論を経るという意味である）。以上により、本稿における「直接的」と「間接的」の意義は大まかに理解されたと思う。それでは、たとえば発話が「君は死なない」「You are not going to die.」だとしたらどうか。人が死なないということはないのだから、字義以上の意味がこの発話には込められていそうであり、何らかの推論を経なければ発話者の含意を理解できそうにないと思うかもしれない。しかし、たとえばこれが母親がすり傷で大げさに泣く子供に対して発した言葉であるとしたらどうか。「(このようなすり傷程度では) 死なない(からそんなに泣かないで)」という意味であることは、本稿の意味における「直接的」に理解されるだろう。母親が擦り傷で大げさに泣く子供に対して「死なない」と声をかけたのを見て、「いや、人は必ず死ぬはずだ。この人は事実と違うことを描写した。いったいどういうことだろうか。ああ、なるほど、その程度の傷を原因としては死なないという意味か。そしてだから泣くなということを含意したのか」という推論をたどりはしないだろう。そのような推論をたどることなく、直接的にその意味が理解されるはずである（以上の例について、レカナティ・前掲注(36)140頁以下参照。レカナティは字義的をt字義的、m字義的、p字義的などと段階によって分類し、字義的であるということはどういうことかを示そうとする）。さて、それでは「時間をお教えたいただければ嬉しいのですが」はどうだろうか。サールの意味において間接的であっても、本稿の意味において（そしてそれは一般的な意味においてもあると信ずるが）「直接的」であることは明らかであろう。「時間をお教えたいただければ嬉しいのですが」と言われて、「この人はなぜ喜ぶ条件を私に知らせたのだろうか。ああ、なるほどこの人は時間を教えて欲しいのだな」と考える者はいないだろう。受け手は「直接的」に「私はあなたに時間を教えてくれるよう要求します」と言われたのと同じ意味を理解する。これは本稿の意味においては直接的遂行である。この発話者は、ただ丁寧な表現で時間を教えることを要求したに過ぎず、皮肉や嫌味や相手に推論の負担をかけるつもりで発話したのではない。もし聞き手が発話者の意味するところを理解しなかったとしたら、発話者は驚くであろう。それはこれが一般的な意味においても言語行為における直接的遂行だからである。そこで、「人を殺した者は、刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」という日本国の発話（言語行為）が「人を殺すな」という意味であると、「直接的」に言えるかが問題となる。ここで私が

注目してほしいのは、ここで共有されているコンテクストである。すでにこの発話が法規（法律の条文の文言）であるということは、発し手にも受け手にも前提とされている。そして、現代社会において法律が国家社会生活を規律する国家的ルールであるということは、共有されている。この現状の中で「一体何が犯罪となるのだろうか」と考える一般人が接する国家からのメッセージたる「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」は、私には直接遂行的に「時間をお教えいただけならば嬉しいのですが」と同等のレヴェルで「人を殺すな」という意味を有するものと思われるのである。「いたずらをしたらおやつ抜き」という子供に対する母親の叱り言葉は、直接的に「いたずらをするな」という意味として了解可能ではないのか。前期ウイトゲンシュタインの言葉を借りれば、「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」という文言が「人を殺すな」という意味であることは、「侵しがたく決定的 (unantastbar und definitiv)」であると思われるのである (Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus, Vorwort, 1922. 当該箇所訳は岩波文庫版の野矢茂樹訳によった。ウイトゲンシュタイン (野矢茂樹訳) 『論理哲学論考』 (平成15・2003年) 11頁)。

- (46) 井田良『講義刑法学・総論』 (平成20・2008年) 49頁。
- (47) それゆえ、当然に制裁規範も制裁者にとっての行為規範である。Vgl. Günther Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 13.
- (48) 名宛人が異なれば言語ゲームが異なるからである。この観点から、ハートの一次的ルールと二次的ルールの差異を理解することも可能であろう。H. L. A. Hart, The Concept of Law, 2. Ed. (1994). 邦訳として H. L. A. ハート (矢崎光圀監訳) 『法の概念』 (昭和51・1976年) 参照。それゆえ、ハートの二重のルール理論から行為規範と制裁規範を理解しようとする高橋則夫『規範論と刑法解釈論』・前掲注(1) 1頁以下の構想は正当である。
- (49) Vgl. Hippel, a. a. O. (Anm. 16), S. 19. あわせて、宮本・前掲注(22) 5頁以下参照。
- (50) そもそも一概に規範違反説の論者の見解が倫理的であり反法益的であるとはこれまでもいえなかったのである。犯罪論体系内において結果を重視しないほどの規範違反説論者であっても、規範の目的は法益保護にあることは認めている。z. B. Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954. S. 69ff; ders, Die Aufgabe des Strafrechts, 1983, S. 263.

- (51) 岡野光雄『刑法要説総論』第2版(平成21・2009年)3頁。
- (52) 水利妨害罪の「水利」概念などから、信頼の原則の実質的な意義まで、社会の具体的な事情を考慮しないと理解不可能な問題は刑法上実に多く存在する。脱倫理の掛け声の下、これらの社会の具体的な事情を考慮する観点をも刑法体系から排除してしまうとすれば問題であろう。
- (53) Kaufmann, Lebendiges und Totes, a. a. O. (Anm. 50), S. 69ff; Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 123ff.
- (54) 竹田直平の理論とは違い、可罰的違法類型とするまでは帰結されない。
- (55) 増田は語用論的意味論・コンヴェンショナリズムの立場から主観的解釈論(ネオ主観的解釈論)を根拠づける(増田『語用論的意味理論と法解釈方法論』・前掲注(9)1頁以下)。その試みが正当であるか否かについては別の機会に検討してみたい。