

法哲学における不法概念の一考察

山川 秀道

はじめに

第一節 「法」の否定の理論

第二節 「不法」の積極的意義

結びにかえて

はじめに

不法又は違法性は、法の概念を通じて研究されることが多い。その考察方法によれば、まず法の概念を規定し、その否定という消極面において、不法又は違法性が把握されることになる。このように、法の概念規定を出発点とする考察は、直ちに「法とは何か」という大きな難問に直面する^①。また、それを乗り越えて法概念の重要な性質を定めたとしても、その否定である不法が、法の消極面に留まるならば、果たして不法としての実体を備えているのか、という疑問を避けることは難しい。「法とはいえないもの」を「不法」といい、「不法ではないもの」を「法」という一種

の循環論に陥ってきた虞はないだろうか。

今日のような立法の時代にあつては、このような危惧を抱くことも全く理由のないことではないと思われる。⁽²⁾ 特に、刑事立法の活性化に対しては、本当に不法と捉えられるものだけが犯罪化されているのかという批判的視点も必要になる。それ故、未熟ながらも本小稿で、不法の積極的意義を問い直してみることに、少なからず意義があると考えられる。

そこで、まずは、違法性又は不法の伝統的な理論を断片的に概観し、それらの理論から生じた成果と問題点を確認する。次に、不法と違法性を区別する学説を通じて、不法の積極的側面に焦点を合わせ、若干の検討を試みたいと考える。

第一節 「法」の否定の理論

不法 (Unrecht) とは、法の否定、法の侵害、または法の影であると表現される。

また、違法とは、文字通り、法に違ふという形式をもつ。それ故、違法性又は不法の実質を考察する場合にも、先ず、侵害される「法」の内容が問われてきた。即ち、「何が、違法であり、『法に反する (wider das Recht)』のか」という判断は、『法』とは何かを知って初めて導かれ得る⁽³⁾とされる。そこで、従来、「法」に違ふとは果たして、主観的な法であるところの権利又はその尊重要求に背くことを意味するのか、それとも客観的な法秩序に反する事態を指すのか、あるいは、法規範の名宛人は規範の意味を理解できる者に限られるのか、それともそもそも名宛人をもたないのか、といった議論が積み重ねられてきた。

もつとも、違法性または不法が、実定法上の要件として独自の意義を獲得したのは、比較的最近の出来事に属する。そのため、抽象的な違法性の理論は、ここ一世紀半程度の間で急速に展開されてきたところである。もちろん、その土台には、それまでの間に受け継がれてきた法思想の遺産が存在する。今日の違法性阻却事由のなかに、古代のローマ法にその起源的思想を見出すことができるものがある。その理論史については、別稿で論じる予定のため、本稿では省略する。ただ、違法性又は不法が、法律規定との抵触、責任の判断とは独立に論じられるようになる経緯を知るのに必要な限度で略述する。

自然法が隆盛した中世においては、形而上学的又は道徳的な自由が、帰責の根拠とされていた。これに対して、啓蒙時代以降は、特に刑事法の領域において、法的帰責の根拠が、内面的な意志自由から外面的な行為自由へと次第に移り変わってゆく。その嚆矢としてカントの法論が挙げられる。即ち、各人の「選択意志の自由の行使が、だれの自由とも、普遍的法則に従って両立できる」ような行為であれば、それは正しく法に適っているとされる。⁽⁴⁾

こうしたカント哲学の影響は、その二元論及び国家目的論に做ったことで知られるフォイエルバハの理論に顕著である。⁽⁵⁾ その見解によれば、実定法は、内面的な不道徳には直接関与せず、外的な権利法則、即ち法律 (*Aussere Rechtsgesetz*) を対象とする。違法性とは、第一次的には、この法律に違反することを意味する。⁽⁶⁾ もちろん、ここには、哲学的な内在原理がある。それがいわゆる「権利＝主観的法 (*subjektives Recht*)」の侵害である。ここでの権利概念は、最高の目的を達成するための条件として、理性を介して不可侵のものと宣言され、各人に保障される自由を意味する。⁽⁷⁾ 「内面的な権利 (*inneres Recht*)」にあつては、道徳義務の自由な充足 (*Moralität*) が究極の目的である。しかし、この自由を現実のものとするためには、他者による侵害から自由であることが前提条件となる。そのため、法律的理

性は、強制力を用いても、各人が何らの妨害を受けることなく自由を行使できる状態を求める。そうした法的状態をつくるのが、「外面的な権利 (äußeres Recht)」にとつての最高原理である。それ故、この目的に奉仕するために、法的状態を保持する機関として、国家が必要となる。そうして市民社会の平穩が保持されている限りで、国家及び国民は、各自の自由を行使することができるのである。⁸⁾このように、国民及び国家という主体に保障される法的な自由であり、主観的な能力のことを「主観的法 (権利)」という。こうした権利に対する侵害は、法的自由の限界を超えて他人に害を加える行為であり、それが法律によって禁止されていれば法律上の犯罪となる。

この権利侵害説は、主観的意義の法を前提としている。これに対して、客観的意義における法及び不法の概念を通じて、後の不法論に大きな影響を与えたのがヘーゲルである。ヘーゲルの出发点も意志の自由に求められる。自由が法の実体と規定をなし、自由はそれぞれ、意志、人格、市民 (社会) の三段階に分けられる。そして、抽象法においては、自由意志が外界の対象を支配 (占有) しようとするが、ここで普遍的意志 (法そのもの) に反する場合、不法が定立される。それは、「犯意なき不法 (unbefangenes Unrecht)⁹⁾」又は市民上の不法、詐欺、犯罪というかたちで現れらる。¹⁰⁾

この「犯意なき不法 (unbefangenes Unrecht)」が、イェーリングによって、客観的不法という概念に改められた。¹¹⁾イェーリングは、この概念を用いて、ある者の所有権が善意の取得者によって制約を受けている状態のことを「客観的不法」と表現する。即ち、その状態は、少なくとも適法ではない以上、不法に当たる (unrechtmäßig) と言わざるを得ないとされる。¹²⁾

これらの見解に対して、メルケルは、不法の種別を一般法学の見地から批判的に検討する¹³⁾。すなわち、「不法」は、刑罰や損害賠償という効果を伴って、可罰的不法、民事不法、行政不法などの特殊形態で現れるが、これらの不法は、本来的に異質な概念であるのかという問いに対して否定的に回答する。それらは「不法」という上位概念で括れる同種のものであり、不法の相対性は、それと結びつく法的効果（責任）の違いによるものでしかない¹⁴⁾と結論づけられる。

こうした結論を導くメルケルによれば、「法の侵害としての不法」は、次のように説明される。不法の概念は、法の概念を通じて、その否定として現れる。国家の法は、その共同利益を満足させるといふ目的に向けた国家的共同意思を表している。そして、法は法的性質をもった命令と禁止の総体であり、不法はこのような禁止・命令を侵すことである。従ってその侵害は、主観的には共同意思の軽蔑視であり、客観的には共同利益の侵害として把握される。さらに、国家的共同意思としての法は、精神的な力として、責任能力ある人間にのみ向けられるという。そのため、不法は、法のなかに客観化された共同意思（共同利益）に対する侵害であると同時に主観的に帰責可能なものであると主張される。

こうして、法の侵害は何に由来するのかという問いに、法規範の名宛人（受範者）を通じて回答したメルケルの所説は、激しい論争を惹き起こすことになった。いわゆる主観的違法性説と客観的違法性説との争いがそれである¹⁵⁾。

しかし、イェーリング及びメルケルのいずれの見解においても、次の点は、共通して認められていた。即ち、客観的法は、人間に対して作用する当為の規範であり、それは生活秩序の保全を内容とするものである。相違したのは、法の侵害が、その「主体」に従属するかたちで判断されるのか、という点である。法規範の精神的作用を重視する主観説からは、（向けられた）規範の意味内容を理解し得る者だけが法を侵害できるといふ。責任能力のない者は、そも

そも法を侵害できない。それ故、有責でない不法は、存在しないことになる。これに対して、イエーリングらの客観説によれば、法的な価値判断と規範の名宛人は直結しない別々の問いである。確かに、法規範は人間のみを対象とするが、それとは独立に、ある事態が法秩序と矛盾しているかどうかの判断はなされ得るとい¹⁶。

従って、行為者の責任の有無とは関係なく、法秩序との適合・違反（違法性）は判断され得るということになる。この見解は、責任及び違法性の要素を分析するのに有用であるというだけでなく、実際的な意義を有している。特に、違法な行為につき、行為者に対して制裁的非難を向けることができな場合でもなお一定の法的責任（負担受忍義務）は生じるとい¹⁷場面がある。例えば、無過失責任、少年の保護処分、医療観察処分、国家補償などが考えられる。

こうした論争が、客観的違法性の今日的理解に通じている。もともと、議論の核心は、必ずしも当初から一致していたわけではない。むしろ、法の本質、法規範の機能、意志と行為の関係、規範の名宛人などの論点が互いに錯綜しながら考察されていた。更にいえば、用語法の上でも混乱が見られた。とりわけ「法の侵害」に関しては、不法、非法（無法）、違法性など、種々の概念が交錯している。このことが議論の食い違いを招いた一面は疑いないと考えられる。この点は、第二節で改めて検討する。

ともかく、結果的には、客観的違法性説が通説の地位を獲得するに至った。これに伴い、法規範に対する違反もまた、客観的かつ形式的意味において把握されるようになる。イエーリングから強い学問的影響を受けていたリストによれば、犯罪とは、私法上の不法行為と同様、不法（Unrecht）、即ち有責かつ違法な行為である。そして、違法であるとい¹⁸のは、形式的には法秩序の命令又は禁止という国家規範に違反することであり、その実体は、法規範によつて保護された生活利益が、法秩序の目的に反して攻撃されることだと説かれる。このように形式的違法性と実質的違法性

を分けることによって、違法性の実質的根拠を、法規範の内か外のいずれに求めるべきかという議論が盛隆した。そうした超法規的違法性の判断は、戦前ないし戦後のイデオロギー的対立と絡み合いながら、犯罪の実質論としても展開されている¹⁸。しかしそうした対立も、次第に、より理論的な対立へと収束してゆく。違法評価の対象には主観的要素も含まれるのか、その評価は誰を基準に、行為時又は裁判時のいずれの段階で判断されるのか。目的的行為論を中心とした解釈論上の対立軸を巡り、このような課題が盛んに論じられてきた。だが、違法な行為が、少なくとも形式的には、法規範に違反すると同時に、法益侵害的な側面を有するものであるということは、ある程度共通の土台とされてきたといえる。

ところが、今日のように、刑法の守備範囲が拡大するにつれて、法益侵害という概念に対する疑問も大きくなってきている。従来、客観説の立場から、法的に保護される生活利益と矛盾する事態が結果無価値として理解されてきた。この結果無価値が人の行為によって惹起される事態を防ぐという点に、刑法の重要な任務があるとすれば、刑法は、生活利益を保護するためにあらゆる場面に介入し得るということになりかねない。それ故、刑罰という峻厳な制裁を伴う刑法は、それ以外の手段では利益保全が難しい場合に限って介入し得るのだという謙抑性が要求されてきたのだといえる。しかし、実際には、自然環境から経済秩序に至るまで、社会生活と断絶しない以上はそこに何らかの生活利益を見出すことは可能であり、現に、多くの行政法に処罰規定が設けられている。ここに及んで、法益概念の限定を試みる立場と、法益侵害という構成から再び離れようとする立場とが登場する次第である。そこで注目されるのは、再度、カントやヘーゲルの法理論に立ち還る動きがみられることである¹⁹。今日、相互承認関係又は連帯性の概念が援用される理由は、そこに、客観的生活利益を超えた内実が見いだされるためであろう。

この点の検討は今後の課題として、本稿では、次の疑問に焦点を合わせることとしたい。

すなわち、「法」との矛盾を「違法 (rechtswidrig)」と捉えた場合、それは、果たして「法の侵害」と同義であったのだろうか。この点には疑いがある。客観説の立場から、法的な生活利益と矛盾する事態を違法と理解したことによって、法の否定又は法の侵害に含意されていた積極的な側面が脱落してしまったように考えられる。そこで、不法を「法」から演繹し、その消極面として捉える見解への疑問点を検討することとしたい。

第二節 「不法」の積極的意義

さて、第二節で、違法性又は不法の史的展開を断片的かつ簡略的に眺めたこととして、改めて二つの疑問点を確認したい。

まず、「法の侵害」として「不法」の内容は、果たして明らかになったのか、という点を顧みる。再度、主観的違法性説と客観的違法性説の争いに目を向けて、「法」と「違法」は、表裏の関係にあるのかを検討する。

次に、不法は「法」を通じて初めて認識され得るものであるのかを考える。「不法の否定」として「法」が認識されるというショーペンハウアーの所説を通じてこの点を考察したい。⁽²⁰⁾

「法(権利)」という概念を、言葉の意味やその日常的用法から探ろうとすると、そこには、何らかの意味で「正しい」という内容が含まれていることは周知のとおりである。⁽²¹⁾ 同様に、「不法 (Unrecht)」という言葉は「正しくない」という意味をもち、そこには倫理的非難などのニュアンスが含まれることもある。⁽²²⁾ それでも、違法性と不法とが類義語であるという理解は、ある程度共有されていたため、⁽²³⁾ 両者の差異にはあまり注意が払われなかったといえ

る。しかしながら、「違法性」の概念が、責任判断とは独立の理論的意義を獲得するに至った一九世紀末葉を境として、それ以前と以後の見解を比較する際には慎重な検討が必要である。少なくとも、一部の主観的違法性説が、「不法」を「法の侵害」として論じるとき、これを違法性の類語として扱うことには疑問がある。端的にいえば、「法の否定」又は「法の侵害」としての「不法」は、「違法性」以上の内容を含意する場合がある。

まず、ヘーゲル学派によれば、意志が重要な意味をもつ。例えば、ヘルシュナーの見解は、次のようなものと考えられる。⁽²⁴⁾ 不法(法の否定)は、法に反する意志に由来する。そして、意志は有責的行為として、現実世界に現れる。したがって、不法は、有責な行為に由来するときのみ不法と認識され得る。ヘルシュナーは、善意占有の例を挙げて、これは責任なく生じた違法状態であると認めながら、他方で、次のように主張する。曰く、「『犯意なき不法 (den unbefangenen Unrechte)』即ち責任なき違法性からは区別し、有責な不法のみを法の侵害と表す場合、それは不適切でなければ用語法と矛盾するものでもないと思われる(傍点は筆者)」と。

それ故、客観説の論者からは、何故、他人の物を違法に占有することが(責任なき)不法でありながら、しかしその侵害(損害)は不法ではないなどといえるのか、という疑問が向けられた。⁽²⁶⁾ また、同論者は、正当防衛の要件に関するメルケルの解釈にも困惑と非難を顕わにする。即ち、メルケルが、責任なき不法は存在しないと主張しながら、他方で、責任無能力者によっても「違法な」攻撃は為され得るのでこれに対する反撃は正当防衛として許されると説明するとき、これに対して、果たして「違法」は「不法」よりも弱い表現ではないのに、何故そのようにいえるのか⁽²⁷⁾と。

この疑問にも、確かに理由はある。しかし、少なくとも主観的違法性説の一部が主張する文脈では、「不法」は「違

「法性」よりも強い表現だと解される。ヘルシュナーによれば、不法が「法の侵害」として現れるとき、それは、現実のものでなければならぬ。善意占有の例は、一見、法に反する客観的状态が存在するような仮象に捉われるが、これは、偶然の不法に過ぎない。²⁸⁾ というのも、行為者が、真にそれを自分の所有物だと錯覚しているならば、そこには法に背く意志がないため、有責的行為としての現実的な不法(犯罪)は存在しないと考えられるからである。

また、意味合いは異なるが、メルケルの見解も「不法」と「違法性」を区別していると考えられる。「法の侵害としての不法」は、全法分野に共通する広義の「不法行為」(法的要件事実)に近い概念と解される。「不法」を統一的に把握するメルケルの見解からすれば、可罰的な不法 (strafbare Unrecht) という場合、刑罰と結びつく不法事実を意味するので、これは犯罪の言い換えとなる。²⁹⁾ それならば、当然に責任要件も含まれるはずである。また、法的保護利益への侵害は、責任の有無に関りなく、把握され得るものという。それ自体を「違法性」と表現するかどうかはさておき、少なくとも法益侵害だけでは、「法の侵害(犯罪や不法行為)」があるとはいえない。違法性は不法の一要素に過ぎないと位置づけられるのである。メルケルの見解を支持する立場から、有責な「不法」というのは同義反復であると指摘されるのは、そうした意味に理解することができる。³⁰⁾

以上のように、不法を違法性と区別する理由は何なのか。この点が最も明快なのは、イエリネックの所説である。

「凡ゆる不法は規範に背く意志に依って発生せしめられる。勿論法規範に適合しない状態は規範に背く意志以外の他の諸力に依って発生せしめられることもある。しかし、かような場合には単に法に反する状態が存在するのみ、即ちその状態は適法に非ず (nicht Rechtes)」というに停る。不法とは規範に背く意志に依って惹起せしめられる非法のみを

謂うのである。³¹⁾ (括弧は筆者)

ここから、「法」の積極的な侵害のみを「不法」という概念で表現しようとした意図が明らかに読み取れる。もちろん、これらの見解に倣って、不法という概念の中に意志的行為や責任の要素を含ませるかどうかは、単なる用語法の争いといえる。この点は、むしろ、通説の考えに従って、違法性と責任の概念を区別する方が便宜的と考えられる。

しかし、適法ではない状態を違法と表現するかどうかは、問題である。これは、善意占有が「適法ではない以上、不法に当たると言わざるを得ない」というイェーリングの思考に表れている。この場合、違法(不法)には、「適法とはいえない」という消極的意義しか付与されないことになる。このような把握に疑義が生じたのは、当然のことである。それ故、「不法」の概念規定を、一部の主観的違法性説が争ったことには理由があるといえる。

もっとも、この主張が主観的違法性説に立脚する必然性は、勿論ない。客観的違法性説からも、価値の欠如が、価値の否定又は肯定に含まれてはならないことは疑いないと主張され得る。曰く「違法性も、適法性も、法的な無関心と混交されてはならない。こうした法的中立性が、まだ広い範囲で誤解されていること、そして禁止されていないことは許されているという愚直な命題が今なお支持されることは、我々の学問の理解しがたい珍事に属する。」⁽³³⁾として、ヘップの所説を引用する。そこでは、「法律に違反しないことすべてが、『正しい』と呼ばれるわけでは決してない。というのも、不法の否定に過ぎないこと(これのみを『法律と矛盾しないこと』と表す)と積極的な正しさとの間には、誤解しようもない本質的違いがあるから」⁽³³⁾だと説かれる。

ところが、古代ローマ法の(帝政)時代から、「権利なく(法によらず)発生したこと (quod non iure fiat)」は押しなべて iniuria に包摂され、これをもって不法とは「法に反する全て」をいうと理解されてくる(D.47.10.1 pr.; D.9.2.5.1 ; D.50.17.151 ; 144 pr. ; G.3.220)。

またその反対に、「禁止されていないことは全て許されている」(シラー『ヴァレンシュタイン』第一部第六場)とも表現される。こうした理解は、今日においても支持されていると見受けられる。その背景には、いわゆる法的評価から自由な領域は存在しない、という理解があると考えられる。この点は、別に論じなければならぬ。しかし、ここでも次の点を指摘することは可能である。そのように、法及び不法を表裏の関係で把握する場合には、一種の循環論に陥らざるを得なくなる。³⁴⁾ 精確には、どちらか一方の概念には、積極的意義が認められないことになる。けれども、果たしてそれで良いのかという疑問は拭えない。「法」又は「不法」に、何ら価値的な内実が含まれないとすれば、やはり究極的には、形式的な法実証主義の問題に突き当たることが避けられないと考えられる。特に「不法」の内実がそのように空虚なもので良いのかという疑問は、ある程度共有されるだろう。

そこで最後に、「不法」の概念規定を「法」の概念から出発するという発想から少し離れてみたい。すなわち、「不法の否定」こそが「法」であるという見解に触れる。

シヨールペンハウアーの見解によれば、「不法(不正)」と「法(正)」(Unrecht und Recht. 以下同じ)の概念は、概ね次のようなものである。³⁵⁾

「不法(不正)」は、積極的概念であり、「法(正)」の概念に先行する。人は、自己肯定という固有の意志領域を有する。自分と同様、他者もその意志の領域を有するのだが、これを暴力や策略によって侵害することが、不法(不正)である。従って、不法が常に他者に対する侵害として現れるのに対して、法(正)の概念は、侵害を受けないという消極的なもの、つまり「不法(不正)の否定」に過ぎない。人は不法(不正)を蒙ることで精神的苦痛を瞬間的に感じる。そうした苦痛ないし苦悩こそが、積極的かつ直接的に感じ取れるものである。³⁶⁾ また、人は不法(不正)へと傾

く根源的な性質を有しているため、不法(不正)を妨げ、その苦痛を軽減する必要がある。これが国家の本質的起源である。従って、不法と法(不正と正)は、あらゆる実定的な立法に依存することなくこれに先行する。

この見解は、全面的に賛同することはできないが、かなりの説得力を有するように思われる。人は、日常的な生活のなかで自身に帰属する利益を享受している、それを法に適ったものだと意識することは多くない。むしろ、自分の身体や財産に危害が加えられたときに初めて、自分が正当な利益の担い手であるということに自覚するのではないだろうか。確かに、論理的には、法が先行していなければ、自分の利益が法的保護を受けるものであり、その否定は不正なものだと主張することはできない。その意味では、不法を通じて、法の存在に気付くというのが近いかもしれない。経験的にも、失って初めてその有難みに気づくということをよくある。Iniuriaが、当初は、傷害及びそれに伴う名誉侵害の内容から、次第に多様な権利侵害を包摂する概念へと広がりをもせたのは、不正だと知覚された侵害を通じて、保護されるべき対象(権利)を発見していったからだと推測することができる。³⁷⁾

ただ、ここで指摘したいのは、卵か鶏のどちらが先かという問題ではない。重要だと考えられるのは、「不法」の概念は、やはり積極的な価値侵害(不正)を本来的な性質として含むのではないか、ということである。もう少し精確に述べると、人間の結びつきのないなかで芽生える規範的意識こそが、一定の害悪を、制定法に拠ることなく直接に不正なものとして把握させ得るのではないだろうか。このように「法」の積極的侵害として把握される「不法」は、単なる制定法との矛盾から、その内容において区別することができる。もちろん、制定法の多くは、不法の禁止のみを内容とするわけではない。法的制裁を予定していない規定に違反することも、当然に違法だと評価され得る。しかし、それでも不法と違法性を同一視することには疑問がある。例えば、医師が、手術の際、その説明不足によって患者の自

己決定権を侵害したとしても、それはやはり、単なる傷害とは区別される内容だと考えられないだろうか。通常の傷害が、他人の身体及びその処分権を一方的かつ積極的に損なうものとすれば、説明義務に反した手術は、患者の自己決定権のための保障を尽くさなかったという消極的な意味にとどまるとも考えられる。双方ともに、違法と判断されるにせよ、やはり、幸福追求への障害設定（価値実現の妨害）と、不幸（否定的価値）の創出とは、法的効果を異にするべきではないだろうか。³⁸⁾

同様に、法の目的、内容においても、利益の実現・促進を図るものと、害悪の予防、制裁ないし清算を企図するものとは区別できるように思われる。その場合、前者の法の実現を妨害するかたちで生じる違法行為については、可能な限り、制裁以外の手段を講じるのが望ましいと考えられないだろうか。³⁹⁾ 例えば、違法薬物の自己使用が、法律に違反したという事実以外には、何ら不正の評価を生み出すものではなく、ただ、自身の健康及び家族に対する悪影響、組織的犯罪の資金源化などの取締が主な目的であるならば、それはむしろ、福祉法（及び警察法）からの解決を目指すべきではないだろうか。

もつとも、このような理解が従来唱えられていない、ということでは勿論ない。同様の主張は、可罰的違法性の理論や、非犯罪化・非刑罰化などの議論のなかでも行われてきたといえる。ただ、そこでの主張は、法分野に応じた違法性の強弱という点に主眼があったと解される。しかし、不法と違法の区別は、刑法だけに特有のことではないと考えることも可能であろう。法の積極的侵害（不正）の要素をどのような基準で判断すべきか、という大きな課題と併せて今後、検討していくつもりである。

結びにかえて

「従来、「不法」の概念は、「法」の概念規定を通じて演繹されていた。しかし、このアプローチによるとき、「不法」の内容は、法という抽象概念の消極面に留まり、害悪の実態（「不正」）を捉えられていないのではないか。そのような疑問から、従来の違法論、特に、主観的違法性説と客観的違法性説の論争を通じて、不法概念に含意され得る積極的侵害（不正）の側面に焦点を当てた。

前述のように主観的違法性説の一部は、法の積極的侵害の要素を意志ないし責任に求めてきた。しかし、責任非難に依存することなく、行為の不正性を判断することが可能であり必要であるならば、これをそのまま維持することはできない。そこで、法の積極的侵害（不正）が認められる場合を、どのように判断するかが大きな課題となる。それを法の保護客体（法益）に見出すという立場と、攻撃の態様によつて違法性を段階づけるという立場が見受けられるが、この点は今後の検討課題である。

今日、不安社会に対応するように、法整備が進められているように思われる。もちろん、そこには、必要が法を生むという現象があるのかもしれない。しかしながら、その背後に、共生に向けた社会づくりという動きがあるのだとすれば、それは、法的強制力によつて促されるべきものであるのか少し疑問が起こる。社会的な平穏や福祉の実現を図る法令に違反することによつてその目的の達成を妨害することは、確かに有害であり得る。しかし、それが、法律的根拠に拠ることなく直接に把握され得る不法と同様に把握されるものか疑わしい。両者を区別することなく法益を追求するとき、「法」の規範的な意味合いが、薄らぎはしないだろうか。法規範というものが、仮に人間の結びつ

きや生活秩序への信頼を根底に置くのだとすれば、すべての法益侵害に違法という否定的評価を下すことが、長期的には却ってマイナスに作用するかもしれない。大方のご指導とご批判を仰ぎながら今後とも検討していきたいと思考する次第である。

〔付記〕

本稿脱稿後、山口邦夫「不法の二重の意味」『山中敬一先生古稀祝賀論文集「上巻」』（成文堂、二〇一七年四月二〇日発刊）に接した。ここでは、「本能的、生理的、心理的に害を被ったという事実」こそが、不法の實在的内容（第一の意味の不法）であり、これは、「法律の存在を前提として、論理的に認識する不法」（第二の意味の不法）から区別されている。本稿は、そのご趣旨と同じ方向を目指すものと思料する。詳しい検討は、別の機会としたい。

(1) 「法とは何か」という問いは、法の本質又は法の本質を巡って、非常に長らく論じられてきた。その学説史を敷衍し、法の本質を確定することは、まったく容易なことではない。「法の完全な定義を下すことはほとんど不可能である」ともいわれる（田中耕太郎『法律概論 學生社、一九五八、一五頁』）。しかし、我々が従うべき（在るべき）法と、不正であるが現実には存在する法を分析するためにも、法概念論は有益だと考えられている。森村進『法哲学講義』（筑摩書房、二〇一五）三四頁以下参照。

もちろん、未熟な本稿は、この問題を直接に扱うものではない。ただ、不法論に関する先学の検討を通じて、従来議論とは若干異なる一面に光を当ててみたいと思考する。

(2) 次のような特集においても、立法のインフレーションに対するある種の問題意識は、共有されているように見受けられる。

『立法の法哲学—立法学の再定位—』法哲学年報二〇一四（有斐閣）、「特集 立法学の新展開」ジュリスト一三六九号（二〇〇八）八頁以下参照。

(3) F. A. Hold von Fernack, Die Rechtswidrigkeit, Bd. 1, 1903, S. 4

- 同様に、違法性に関する文献で、法の問題規定を考察の出発点とするものは多い。例えば、以下のものがある。Hans Albrecht Fischer, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911, S.11ff.; Ernst Heimitz, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, 1926, S.4ff.; 飯島暢「刑法上の不法概念の法哲学的基礎」、『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(成文堂、二〇一六) 一一九頁参照。
- (4) Vgl. Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten: in Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie*, (Werke in sechs Bänden, Bd.4), Darmstadt, 1998, A.33 (S.337)；カント著(樽井正義・池尾恭一訳)『人倫の形而上学』カント全集第一一(岩波書店、二〇〇二) 四九頁参照。なお、カントの法概念は、特に相互承認関係論については、飯島・前掲論文二一三〇頁以下参照。
- (5) カント哲学の影響を受けたフォイエルバハの刑法理論の詳細については、山口邦夫「フォイエルバハ (Paul Johann Anselm Feuerbach) の刑法理論」(中央大学) 法学新報第七二巻第七・八号(一九六五) 六四頁以下参照【同著『一九世紀ドイツ刑法学研究 フォイエルバハからメルケルへ』(八千代出版、一九七九) 三頁以下所収】。
- (6) Vgl. Anselm Ritter von Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Bd.1, 1799, SS.65-66; ders., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 9. Aufl. 1826, SS.41-43 (insb. § 42 Anm.c), § 22, § 4
- (7) Vgl. Anselm Ritter von Feuerbach, "Versuch über den Begriff des Rechts", *Philosophisches Journal einer Gesellschaft deutscher Gelehrten*, Bd.2, 1795, SS.138-162 (insb. S.158ff.); ders., *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, 1796, SS.144-149, 247-266, 276ff., 286-307
- 前者の論文については、西村克彦「フォイエルバハ『権利の概念に関する試論』(1795年)」『青山法学論集三十巻一号(一九八八)』一三九頁以下も参照した。
- なお、フォイエルバハの権利概念と国家目的論については、莊子邦雄『近代刑法思想史序説 フォイエルバハと刑法思想の近代化』(有斐閣、一九八三) 一八頁以下、Eckhart von Bubnoff, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1966, SS.17-20 参照。
- (8) Vgl. Feuerbach, *Revision*, S.26, 39-40, 53ff.; ders., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1. Aufl. 1801, SS.12-13 (§§ 9-11); *Lehrbuch*, 9. Aufl., S.16ff. (§ 8 8ff.)
- (9) 山口邦夫「不法と責任との分離的思考の源流 ―イェーリングのヘーゲル解釈を端緒に―」『駒澤法学一四巻第二号(二〇一五) 一四四頁では「unbefangenes Unrecht」の訳語として「漠然として不確定な不法」があげられている。もっともな訳語であると解される。

ただ、本稿では、この概念の内容については、第二節に先送りしている(後掲注二四、二五の本文記述)。そのため、客観的違法性説の説明上、便宜的に「犯意なき不法」としておく。

(10) Vgl., G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder, Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* : mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen, 1. Aufl., Suhrkamp Werke 7, 1970, §§82ff.

ヘーゲル著(上妻精、佐藤康邦、山田忠彰訳)『法の哲学 自然法と国家学の要綱』ヘーゲル全集 9a (岩波書店、二〇〇〇) 一四八頁以下参照。

なお、ヘーゲルの抽象法における犯罪の概念については、松生建「ヘーゲル『法哲学』における報復の論理」海上保安大学校研究報告三七卷一号二五頁以下参照。

(11) Vgl., Rudolph von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 1, 2. Aufl., 1866*, S.128; ders., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867*, S.5ff.

(12) Vgl., Jhering, a.a.O., *Das Schuldmoment*, S.5-6

(13) Vgl., Adolf Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen, Bd.1, 1867*, S.49ff.; ders., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1889*, S.183

なお、メルケルの一般法論については、A・カウフマン、G・ドルンザイファー(川端博訳)『刑法の基本問題』(成文堂、一九八三)六七頁以下も参照。

(14) Vgl., Merkel, a.a.O., *Abhandlungen, SS.42-48*; ders., a.O., *Lehrbuch*, S.18f.

(15) 主観的違法説と客観的違法説の論争は、法の客観的意義を前提としながらも、その本質的内容を巡る対立である。その内容には、共同体の意思、法秩序、社会の利益状態など種々の要素が認められた。一方の極端な見解によると、法とは、人間関係の中に在る精神的作用、つまり法意識を実現する命令に尽きるので、そうした命令に違反する意思こそが違法に他ならないと説かれる(命令説。Vgl., Feneck, a.a.O., S.8, 276ff.)。また他方の極からは、法的に望ましい状態からのあらゆる不利益変更が違法であるため、自然現象や動物も違法に振舞うべきであると主張された(違法状態説。Vgl., Alexander Löffler, *Unrecht und Notwehr, ZStW* (=Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), Bd.21 (1901), S.564)。しかし、これらの見解は、法の性質として一つの側面を偏重する結果、他方の性質を没却してしまう。

なお、この論争については、既に多くの文献がある。差当り、民法の観点から論じられたものとして、末川博『権利侵害論』(第二版、

- 日本評論社、一九四九) 一七八—一九九頁参照。
- (16) Vgl. Jhering, a.o., Das Schuldmoment, S.6ff.
- (17) Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 19. Aufl., 1912, S.143-144, 120-121
もちろん、この間には命令説の影響を受けて台頭してきた規範論がある。ビンディングの規範論については、拙稿「形式犯の制裁について」広島法学三八巻四号(二〇一五)一〇四頁以下参照。
- なお、リストも、当初は、かなりビンディングの規範論に依拠し、犯罪を有責な規範違反行為、即ち、法益の侵害又は危殆化はたまた法の命令(Imperative)に対する不服従であると説明していたが、次第に批判の色を濃くし、規範論からは遠ざかるようになった。Vgl. Franz von Liszt, Das deutsche Reichsstrafrecht, 1. Aufl., 1881, S.64-65, 83-84; ders., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S.94
この点については、山口邦夫「いわゆる『危険犯』観念の功罪」『帝国崩壊後(一八〇六年)のドイツ刑法学』(尚学社、二〇〇九)一九三頁も参照。
- (18) この点について、当時の時代背景も踏まえた文献として、安平政吉「実質的違法理論の法規的展開」『人格主義の刑法理論』(巖松堂書店、一九三八)三二四頁以下、生田勝義「違法論における『結果無価値』と『行為無価値』について」『阪大法学八二号(一九七二)四七頁以下、内藤謙「刑法理論の史的展開」(有斐閣、二〇〇七)参照。
- (19) 飯島・前掲書、特に一四九頁参照。
- (20) 「不法の概念が法の概念に先行する」というショーペンハウアーの見解については、山口邦夫先生から、御手紙でご教授戴いた。心から感謝を申し上げたい。
- (21) アルトゥール・カウフマン著(上田健二訳)『法概念と法思考』(昭和堂、二〇〇二)二頁以下参照。
- (22) Vgl. Feneck, a.o., S.304ff.
なお、Fischer, a.o., S.120は、「違法性」が非難的要素を含むとする。
また、山口・前掲「不法と責任との分離的思考の源流」一四七—一四八頁も参照。
- (23) Vgl. Fischer, a.o., S.92; Edmund Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S.163
もともと、不法、違法、非法など多くの言葉が、論者ごとに多様な意味で用いられたため、類語として把握せざるを得なかったのかもしれない。多くの用法については、Feneck, a.o., S.399-400に掲げられている。

- (24) Vgl., Hugo Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd.1, 1881, SS.18-20, 480
- (25) Hugo Hälschner, Der Gerichtssaal Bd.28 (1876), S.404 Anm.
- (26) Vgl., Löffler, a.a.O., S.553 Fn.32
- (27) Vgl., Löffler, a.a.O., S.550
- これは、Merkel, a.a.O., Lehnbuch, S.163 における正当防衛の説明に向けられたものである。これを Löffler, a.a.O., S.550 は、主観的違法説の放棄だと捉えているが、疑問である。
- (28) Vgl., Hälschner, a.a.O., Strafrecht, SS.18-20
- そのため、ヘルシユナーの見解を客観的違法性説の折衷的見解と位置付けることには疑問がある。
- (29) Vgl., Liszt, a.a.O., 19.Aufl., S.121 に「すると、有責かつ違法な行為（犯罪）と民事上の不法行為は、Unrecht 又は Delikt という種概念に属する。」の意味で、否定されたのは、責任なき刑罰を肯定するかという問いに近いようにも考えられる。Vgl., Liszt, a.a.O., 1.Aufl., S.65 も「とも、メルケルの用語の使い分けは、不明瞭である。」
- (30) Eduard Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, Bd.1, 1880, S.14 は、「客観的及び主観的な不法という二重の概念を無用のものと考え。後者が前者を包摂するからである。もともと、この点では、不法は、法の侵害ではなく、法への違反 (Widerspruch) と言い換えられているので、不法と違法の間に内容の違いは含まれていないのかもしれない。」
- なお、大森英太郎「不法と違法」『刑法哲学研究』（関西学院大学法政学会、1954）一九二頁以下でも、違法性が不法の一要素に過ぎないことを説かれている。
- (31) Georg Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl., 1908, S. 60
- 引用した日本語訳は、「イェリネク（大森英太郎訳）『法・不法及刑罰の社会倫理的意義』（岩波文庫、一九三六）七四頁による。」
- (32) Vgl., Johannes Nagler, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, in: Festgabe für Reinhard von Frank Bd.1, 1930, S.341
- (33) Carl Ferdinand Theodor Hepp, Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechts-Systeme, Bd.2-2, 2.Aufl., 1845, S.522
- (34) もちろん、本文で記述したように、法の「否定」に積極的な意味を持たせるヘーゲル学派の弁証法は除いて良いだろう。
- (35) Vgl., Arthur Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung, Bd.1, 3.Aufl., 1859, § 62; ders., Die beiden Grundprobleme der Ethik, behandelt in zwei akademischen Preisschriften, 2.Aufl., 1860, § 17 (insb.S.216ff.); 西尾幹二責任編集『ショーペンハウアー』（世界の名著 続一〇）（中

央公論社、一九七五) 五九三頁以下、シヨーペンハウアー著(前田敬作、芦津丈夫、今村孝訳)『倫理学の二つの根本問題』(シヨーペンハウアー全集九卷)(白水社、一九七三) 三三八頁以下参照。

(36) 同様に、満足、享樂、幸福の概念は、ただ、欠乏が解消され、苦痛が鎮められるという消極的なものに過ぎないとされる。Vgl. Schopenhauer, a. a. O., Die beiden Grundprobleme der Ethik, § 16; 前掲書『倫理学の二つの根本問題』三一九頁以下参照。

(37) この点は、別稿で検討するが、差当り、末川・前掲書、四一一六頁、カウフマン・前掲書二頁以下参照。

(38) 拙稿「緊急避難と自己決定」広島法字三六卷二号(二〇一二) 九九頁以下参照。
勿論、法の積極的侵害(害悪の創出)と、法の消極的違反(正当利益への障害)のどちらを不法と表現するかは、それほど重要ではない。

(39) 生田勝義『人間の安全と刑法』(法律文化社、二〇一〇)の随所では、「核心刑法」と「広範だが穏やかな介入法」という区分が示されており、関心を惹くところである。