

不法及び司法判断としての違法性

——法的に自由な領域の論争を手掛かりに

山川 秀道

はじめに

第一節 適法でなければ違法か

第二節 違法性の判断

結びにかえて

はじめに

一般的に、司法機関が、実体法上の否定的価値判断を表すとき、「違法」という。それは、広く法秩序の見地から是認されないことを意味する。例えば、刑法上の犯罪及び市民又は公務員による不法行為が成立するためには、この意味での違法性が要件とされている。しかしながら、実体法上の価値判断は、常に一義的に下され得るものなのだろうか。時間的・場所的な移り変わりに伴う法意識の変化を除外すれば、ある行為に対する法的評価は、必ず適法か違法のいずれかに確定されるのだろうか。そう断言するには少し疑問がある。少なくとも、刑事司法上の違法性判断は、罪刑法定主義、謙抑主義、不告不理原則などの制約を受けている。また、立法段階、終局的司法判断に至るまでの処

遇段階を視野に入れるならば、法的評価はどのように現れていると理解できるであろうか。これらの疑問に取り組むことで、多少なりとも違法論を捉え直す契機になればと考えている。そこで、いわゆる「法的に自由な領域」の論争を手掛かりに、違法性判断について少し考察してみたい。

第一節 適法でなければ違法か

刑法学の通説的理解によれば、違法性の要件は、類型的違法性（即ち構成要件該当性によって推定された原則的違法性）を例外的に阻却するという消極面で機能する。しかし、このような理解に対する批判も少なくはない。^① その趣旨は、次の二通りに分けられる。一つは、通説の判断方法によると、正当化事由に当たらないため適法化には至らないが、しかし、（可罰的）違法ともいえない中間領域が含まれてしまうことになる。もう一つは、刑法各則上の構成要件該当性を問う類型的判断から直ちに具体的な違法性が結論づけられるわけではないというものである。後者を筆者なりに敷衍すれば、構成要件該当性によって付与される評価は、あくまで立法時に想定された「その種の活動」に対する否定的評価に過ぎず、「その行為」が違法に値するかという積極的判断は含まれていないことになる。もちろん、正当化や不法阻却という消極面では、それを積極的に根拠づけることはできないという発想に基づいている。これら二つの趣旨に従うと、違法論を単なる例外の消極的判断ではなく積極的なものとして捉えなければならぬ、という主張が導かれる。この主張は妥当だろうか。基本的に筆者もこれらの批判的見解に賛成である。ただし、この問題に内在する二つの疑問は、区別して検討すべきかと思われる。ひとつが、適法でなければ違法と判断できるかという、その表裏の把握に対する疑問である。もうひとつは、構成要件該当性から推定される違法性への疑問である。後者は、第二節で検討する。

まずは、法的に自由な領域に関する議論から考察する。これは、端的にいえば、違法とも適法とも評価されない第三の領域が存在するか否かという論争である。肯定説は、法の積極的又は消極的評価のいずれにも属さない領域、とりわけ、法が意識的に評価を差し控え、各人の良心的判断に委ねるべき領域があると主張する。^③これに対して、否定説は、「適法と違法」は矛盾的对立であつて、第三の可能性はないとする。さらには、折衷説とも呼ぶべき見解もある。^④これは、違法とも適法とも評価されない領域が存在する論理的可能性を認めつつも、だからといって司法機関が評価を差し控えることは許されないとする見解である。

法的に自由（空虚）な領域としてよく挙げられるのは、散歩や読書などのように法的に重要性がない故に空虚な行為群、法的にも重要だがその価値判断を一義的に下すことが困難である故に法的評価を免れる葛藤状況などである。法的な解決が困難な葛藤状況とは、具体的には、カルネアデスの板事例、自殺（関与）、人工妊娠中絶などを意味する。また、最近では、ヒト胚の処理やクローン産生^⑤、代理出産なども含まれ得る。そこでは、価値衡量に適さない法益、即ち、生命や人間の尊厳が争いの対象となる。そのため、この種の事案は、許されていないが禁止されてもいない行為、放任行為、単なる不法阻却事由などと位置付けられてきた。^⑦というのも、「適法」という概念には、「法的に正しい」という価値判断が含まれ得るからである。^⑧それ故、これらの事案をまさしく「正当化（適法化）」事由として承認することに對する抵抗が、「適法」という評価を回避するように働くのである。反対に、この種の事案が違法であるならば、何が法的に正しいのであろうか。こうしたジレンマを回避すると同時に、さらに一歩進んで、法と道徳の乖離、様々な宗教観での軋轢を避けるために主張されたのが、肯定説の政策的論拠である。^⑨つまり、この種の事案では、「法秩序がその評価を放棄し、「何が為されるべきかを個々人の自由な良心的決定に委ねなければならない」とする。論者

によれば、より適切には「法的評価から免れた領域」というほうが良いとされる¹¹⁾。その真意は要するに、ここでは、司法機関を法的価値判断から解放することで、法秩序の見地から、違法・適法という価値決定を宣言しなくても良いという点にあると解される。しかしながら、肯定説を支える論理学的根拠に比べて、その法政策的論拠とその結論に對しては、強い異論が存する。順に確認してみる。

まず、否定説は、「適法と違法」は矛盾的对立であるから第三の可能性はないとする。しかし、この主張は、論理学上も言語上も支持できない。仮に、人の情愛を「敬慕 (adore) ↓好き (like) ↓無関心 (indifference) ↓嫌い (dislike) ↓憎悪 (hate)」という五段階で表現したとする。このとき、「彼女／彼のが好きですか、それとも嫌いですか?」という質問に對して、「好きでも嫌いでもない (無関心?)」という回答は、矛盾なく成立し得る。彼女／彼のことを「好きである」・「嫌いである」という二つの命題に對して、どちらも偽であるという状態が肯定されるからである。そのため、この場合、「好き」と「嫌い」は、反意語 (反対語の一種) であると解される。この場合には、「嫌い」という可能性を取り除いても、「好き」という結論は根拠づけられない。もし、どちらの命題も共に偽となる可能性がないようなかたちで問いを立てるならば、「彼女／彼のが好きですか、それとも好きではありませんか?」としなくてはならない。これならば、質問に對する二つの回答「好き (a)」「好きではない (非 a)」が共に真又は偽になる可能性はない。つまり、常に一方が真で他方が偽となる。こうした法則は、論理学上、排中律と呼ばれている¹²⁾。古典論理学によれば、排中律は、常に正しいはずである。先の例でいえば、「あなたは、彼女／彼のが好きか、好きではないかのいずれかである」という命題は正しいはずである。しかし、排中律にも例外はあるということが確認されている¹³⁾。例えば、「その政党に支持票を投じるか、投じないか」が問われたとき、そもそも回答者が選挙権を有していなければ、この問いは意味をもたない。ここでは、回答者が選挙権者であるということが暗黙の前提とされている。

そのため、問いのなかで暗黙裡に設定された条件の枠外では、有効な判断ができないことになる。

これと同様のことが、法的評価にも妥当する。中間領域を排除するかたちで問いを立てるならば、「違法」と「適法」を対置することは妥当でない。精確な判断を求めるならば、「違法である」か「違法ではない」かの判断に限るべきである。¹⁵⁾ その上で、司法判断を求めない又は回避するということは一応可能である。したがって、少なくとも論理的には、法的に自由な領域を認める余地はあるといえる。問題は、その当否である。

こうした領域を認める肯定説の法政策的論拠は、それによって、行為の是非を、個々人の良心的判断に委ねることにある。確かに、そうすることによって、葛藤の上で決断した行為者に、国の法的評価を押し付けることは避けられる。しかし、他方で、自己の行為が適法であるという司法判断を望む者はいないといえるのだろうか。必ずしもそうではないと考えられる。例えば、免訴又は公訴棄却と無罪判決のいずれの場合も、有罪判決でないという点では共通する。だが、両者の意味は法的にも社会的にも異なる。そのため、「無実」を主張する被告人にとって、免訴判決や公訴棄却は望むところではないという心情は理解可能である。¹⁶⁾ さらに、少なくとも民事訴訟では、損害賠償請求のために法的評価が必要となる事案も生じるように思われる。もともと、裁判所がなるべく司法判断を回避しようとする場合があることも否定できない。例えば、高度に政治的な性格を孕む憲法判断や、尊厳死などのように未だ価値観の対立が大きい問題などがそうである。¹⁷⁾ ただ、この点を考慮してもやはり、司法機関が、法的解決の困難な葛藤事例から一律に解放されるべきとは認め難いのではないだろうか。とはいえ、実際には、司法機関がそうした葛藤事例に直面することは少ない。その意味では、法的評価から自由な領域は、少なからず、現に認められているといえそうである。例えば、平成二七年度の衛生行政報告例によれば、当該年度の人工妊娠中絶件数は一七万六三八八件に上るが、墮胎罪の犯罪認知件数は二件に留まり、その二件とも起訴はされていない。¹⁸⁾ また、今日、代理出産の商業化という問題も生

じている。これに一定の立法的解決を試みることは喫緊の課題であるが、法律による禁止には至っていない。代理出産の原則的禁止のほか、生殖補助医療により出生した子の親子関係、余剰胚の処理など、生殖補助医療に関する法整備が課題として残っている。²⁰⁾ まさしく価値観の対立を緩和し、「国民的合意の形成を図るべき事柄」ではあるが、その困難さ故に放置されがちであるようにも見受けられる。

この点に関連して、法の欠缺に否定的な見解を確認しておこう。これは、法的に自由な領域に否定的な見解の法理論的根拠としてよく援用される。少し長いが引用する。

「普遍的であるということは法秩序の本質である。法は部分的な規律を目的とするものではありえない。法は、一部分を規律する場合にも、人間の諸関係中のすでに規律された部分を選別することによって、規律されていない部分に対しても—まさに法的効果を排除することによって—一つの態度をとっているのである。したがって『法的に空虚な』空間というもの、つねにただその法秩序の独自の意思によって、法的に空虚なのであり、厳格な意味では、決して法的に空虚ではないのである。それは、法によって規律されていない事実の領域ではなく、すべての法的効果を否定することにより、消極的な意味で法によって規律されている事実の領域なのである。」²¹⁾

これに対して、肯定説の側からは、次のように反論される。即ち、こうした見解は、いわば法万能思想に基づくものであるが、法律の成立していない段階で合法か違法かを論じても無意味であるとされる。²²⁾

いずれの見解も極端なように思われる。確かに、生殖補助医療に関する法整備は、未だ行われていない。だからといって、法規のない現状こそが、法秩序の望むところであるとは到底考えられない。今日、代理出産の商業化という現象がみられる。これが法的に許されないことは、疑いなく²³⁾。しかし、それが生じる背景には、単純に需要と供給というだけではない事情が潜んでいるようである。²⁴⁾ 日本では法規制こそないものの、日本産婦人科学会会告の自主規

制によって禁止されている。そのため、海外への生殖ツーリズムが横行することになるが、依頼者としても、遺伝的つながりのある子を授かるには他に手段がないため、代理出産契約に伴う様々なリスクを承知した上での苦渋の決断といえるだろう。また、代理母となる受託者としても、貧困ゆえに、リスクの高い代理出産を低い対価で請負う以外に生計手段がないという場合が多い。そこで、仲介業者が比較的安価に代理出産契約を提供すれば、当然に需要は高まるが、仲介業者が悪徳なものであれば、契約に伴うトラブルも必然的に多くなる。それ故、代理出産の商業化は法的に禁止しつつ、生殖補助医療の一環として指定医療機関に代理出産を許可する場合を限定的に認める方が良いと思われる。ところが、いざ法的に整備するととなると、そうした事情を踏まえた上で、さらに、子が自らの出自を知る権利、代理母と配偶子提供者との親権争いなどの様々な問題に解決案を示しておく必要がある。これはまさしく困難である。そのため、法整備が必要であるという理解は共有されながらも、その実現は容易ではない。どこまで、そしてどのようなかたちで法規制を行うかという点で、一応の国民的合意に至るまでには長い討論が必要であろう。法的に自由な領域で問われているのは、立法及び司法の在り方かもしれない。ただ、これ以上の検討は本稿の目的を超えるため、将来の課題としたい。

ここで、本節の小括として、次の結論を確認しておくことにする。

まず、法的に重要でないが故に空虚な行為群、法的にも重要だがその価値判断を一義的に下すことが困難な葛藤状況では、實際上、司法機関による法的評価が回避されるかもしれない。それは、立法面に反映されることもあれば、訴えの提起がないという実情に現れることもある。しかし、ひと度事件が係属すれば、裁判所は、当事者の紛争解決に必要な法的評価を原則回避すべきではないであろう。但し、司法が介入して違法と宣言するほどの否定的評価には値

しないという法的評価はあり得る。一例を挙げれば、妻と離婚係争中の夫が、妻の監護下にある二歳の子を一時的に連れ去った事件はここに含まれて良いと思われる²⁵⁾。

裁判所による最終的な価値決定がなるべく一義的であるためには、「違法か違法でないか」という判断形式が最も適している。法的評価には段階があり、²⁶⁾ 中間的な領域、所謂グレーゾーンも存在するためである。紛争解決のため、これを意識的に排除するならば、「違法か違法でないか」という判断形式が最も精確といえる。

つまり、違法性が争われる訴訟全般において、特に刑事裁判では、その行為が違法であるという積極的確定がない以上は、明確に適法と断言できなくとも、適法なものとして扱われなければならない。これは、刑事訴訟上、中間的な評価領域に属する行為を誤って違法なものとして処罰することを避けるための不可欠な要請である。

また、その精確さを維持するためには、「適法か適法でないか」という判断形式に変更してはならない。このことは、刑事訴訟で、「無実かどうか」ではなく「有罪か有罪でないか」を争うのと同様といえる。しかしながら、この点は実際疑わしい。

そこで、違法性判断の現状の確認に移ることにする。まず、違法性判断が、学説上は、どのように考えられているのか、実際はどのように現れているのかを確認する。そのうえで、問題点を若干検討してみたい。

第二節 違法性の判断

刑法解釈学上、犯罪とは、「構成要件に該当」する「違法」かつ「有責な」行為であると定義される。これによると、

行為を修飾する三つの属性が犯罪要素を表している。違法性はその一つに過ぎない。そのため、違法性は、他の二つの評価と区別されることによつて独自の意義をもつと解される。しかしながら、違法性の要素には、積極的意義はあまり認められていない。實際上、違法性は、例外的な違法性阻却事由という消極面において機能しているに過ぎない²⁷⁾。構成要件に該当する行為は原則的に違法である、というのが通説の理解である²⁸⁾。

「通説の立場からは構成要件に該当する行為は原則として違法であるから（違法性推定機能）、行為に違法性が備わっていることを認定する際には、その存在を積極的に基礎づけることは必要なく、構成要件該当行為について、例外的に違法性を否定すべき特別な事情（違法性阻却事由）が存在するか否かを検討すれば足りることになる。」²⁹⁾ これに対応して、訴訟法上も、構成要件該当性には、一種の違法性推定機能が認められている。すなわち、構成要件該当事実が証明された場合には、違法性阻却事由の存在を疑わせる事情が（被告人側からの主張などによつて）現れていない限り、当該行為の違法性は争いなく確定されることになる³⁰⁾。

しかしながら、このように、正当化（適法化）又は違法性阻却の判断から違法性を推論することには、前述のように疑いがある。構成要件に該当する行為は、本当に否定的価値判断を受けたものなのだろうか。推定的な違法評価と、裁判所による違法性判断が遊離する場合を考えてみたい。

例えば、刑法各則上の処罰規定が、法的に否定されるべきものとまではいえない中間領域の活動を広く把捉してしまふ場合がある。通説によれば、「正当な理由なく」、「不法な（の）」などの要素は、違法性阻却事由が存在しないこととの単なる注意規定と解されている。しかし、これでは、違法性阻却事由が構成要件該当性及び違法性の段階で重ねて判断されるに過ぎず、何らの限定も働かないことになる。その結果、「チラシお断り」との注意書のある建物へチラシを配布するために立ち入ること、息子の心身を鍛えたいと考えた父が近所の寺に子を一週間預けた場合、機械い

じりを趣味とする者がドライバーを携えて外出すること、性別変更の審判を受けた者が男性限定のゴルフ場を利用する場合などは、違法とされる虞がないとは言いつれもない。もちろん、これらの事案が起訴される可能性は低いと思われるが、行為者の地位や態度、世間の関心度などによって事情が異なるかもしれない³¹⁾。実際、これらに類似の裁判例があることは確かである³²⁾。

反対に、ちょっとした喧嘩、交通規則の軽微な無視、傘の置引き、行政法規の形式的違反などの事案は、それほど強く違法だと認識されていないように思われる。少なくとも処罰に値するほどに違法なものと解される場合は例外である。そもそも、例外的な正当化事由であるはずの正当業務行為、例えば、公務の執行、医療行為、スポーツに伴う傷害なども、マスコミへの情報提供などよほどの事情がない限り、最初から当然に適法視されているのではないだろうか。特に侵襲性の高い治療行為は、個別具体的な患者の同意を正当化要件とするが、その存在は基本的に信頼されており、その不存在が問題となるのは例外的であろう。

要するに、当然のことながら、犯罪の場合はそう認知されなければ、少なくとも裁判所による違法判断の対象とはならない。また、不法行為の場合も、訴えを提起する者がいなければ、同様である。更に言えば、犯罪として認知されたとしても、起訴を通じて裁判所の違法性判断を受ける数は、三割にも満たないのであるから、構成要件該当性によって原則違法性が推定されるというのは少し違和感がある。むしろ、正当に起訴された構成要件該当行為は原則違法である、というほうが率直に了解できる。

これに対して、いかに許されない行為であっても、刑法上は、それが法律によって禁止又は命令されていないければ、犯罪とは見做されない。ここでも、裁判所は、違法性判断の対象に制限を受けていることになる。

また、観念的には違法であると判断できても、司法機関が違法と宣言できない場合もある。例えば、令状を請求す

ることなく強制採尿を行ったことよつて、実際に覚せい剤の使用反応が出たが、それが違法収集証拠であることのみを理由に無罪と判断せざるを得ないような場合が考えられる。

以上のように、司法機関の違法性判断とは異なる法的評価があり得る。率直に言えば、市民、立法機関及び（半司法的）行政機関の観点からも実体法的な評価が行われている。特に、（半司法的）行政機関による評価は、終局的司法判断に至るまでの処遇段階において反映されているはずである。³⁴ また、立法にも、国民の評価が直截に反映されなければならぬ。そこでは、一般的にみて社会的に耐え難い出来事なのかどうか重要となるであろう。それに対して、司法機関による違法性判断は、そうした市民的評価を前提とした上での個別的判断となる。³⁵ 後者では、具体的な事情を踏まえた上で、当該紛争をいかに処理（解決）するかという点が決定的である。

結局、司法上の違法性判断は、罪刑法定主義のある限り、犯罪の成立を阻却するという消極的な方向で現れやすい。³⁶ 成文法主義のもとでは、各種の法律に合憲性の推定が働いたため、成文法規に違反する行為が違法であることは、ほぼ争いなく確定されるからである。制定法への違反がなぜ違法性を帯びるのかといえ、処罰規定が存在するからだという形式的理由以上の実質根拠が争われ、その抗弁が認められるケースはまず無いだろう。³⁷ 不法行為とは異なり、刑事裁判上の違法性判断は、合憲性の推定に強く依存しているといえる。ところが、構成要件該当性の類型的判断から直ちに具体的な違法性が結論づけられるわけではない、という点にはほぼ異論がない。そこで、そうして形式的に判断された違法行為の中から、具体的にも違法だと評価できる行為を選別することが必要となる。とりわけ、処罰に値するものであるかどうか吟味されなければならない。これは、従来、実質的違法性判断という名称で行われてきた具体的かつ総合的な判断を指す。ドイツとは異なり、刑法第三五条のような一般的な正当行為の規定をもつ日本では、そうした判断が、違法性阻却事由の段階で行われてきた。³⁸ そうした判断形式は、実際、「違法か違法でないか」を正

面から問うよりも受け容れやすいものであったと考えられる。検察官の訴追裁量とも非常に親和的である。ここでは、構成要件不該当なのか構成要件該当性又は違法性のいずれを阻却するのか、違法性の相対性を認めることになるか等の問題は重要でない。そのような、煩わしいにも関わらず当該事件の終局判断に有益というわけでもない疑問は回避できる。日本の刑事司法における法的安定性を保つためにも、この種の事案を早期かつ率直に手続過程から外すように流れてきたことは、ある面、当然の成り行きであったのかもしれない。

大半の事例では、こうした判断が適切に為されることによって、法的評価の中間領域も問題なく排除可能と考えられる。しかしながら、違法性がつばら消極的に判断される場合には、やはり中間領域を排除し尽くせない虞はある。本節で挙げた若干の事例や、正当化の範囲が局限された処罰規定の存在を考慮するとき、その虞を単なる杞憂として払拭することは難しい。さらに、活発な刑事立法が続く現状を鑑みれば、違法判断を正面から積極的に問い直してみることが必要ではないかと思料する。

そこで最後に、司法機関の違法性判断と市民的観点による法的評価の違いを、雑駁ながら纏めることにする。まず、用語上、違法(性)とは、司法機関が制定法を主な法源として評価し、宣言する否定的な価値判断という意味で用いる。これに対して、市民的観点から直截に評価される否定的内容のことを、不法と表現することとしたい。

一般的に、否定的な評価の現れ方は、二通り考えられる。一方が肯定的内容の打ち消しであり、他方が否定的な事実関係の把握である。⁽³⁹⁾後者のほうが、拒否される事実を直截に現していると考えられる。これを法的評価で表したものが不法である。つまり、不法とは、市民的な法感覚から不正なものと直截に理解される行為を意味する。不法は、より積極的に直観的な評価といえるだろう。⁽⁴⁰⁾その意味で、司法判断における違法性よりも、実社会の規範的評価を反

映しやすいものと考えられる。例えば正当業務行為等においては、そもそも不法だとは認識されず、率直に適法と捉えられる場合が多い。もつとも、正当業務行為においてもその領域の行為準則を外れる場合のほか、緊急行為については、司法上の精査が求められることが多いだろう。また、不法は、当然ながら必ずしも制定法のみを判断基準とするわけではない。むしろ、慣習的な評価に基づくことが多い。そのため、量的評価になじみやすく、不法といえるか曖昧な領域も生じることになる。これに対して、紛争解決を目的とする裁判所の判断は、最終的には「違法かそうでないか」という二者択一で結論されるほうが明快で優れている。それ故、刑事司法上は、違法性が積極的に確定されることが望ましく、そのためにも、それに先立つ積極的かつ直截的評価が肝要となる。それが、不法である。これが欠ける場合には、違法性の要件を満たさないものと判断して良いと思われる。要するに、司法が違法性を宣言するときは、当該行為が不法を根拠づけたという積極的判断が求められる。それによって、不法と断定できるか曖昧な中間領域が、違法と確定される虞はなくなる。

もつとも、そうすると今度は、不法の内容が問われることになる。市民的観点から直截に評価される否定的内容とは、どのようなものか。検討は未だ十分でないが、いわゆる危険創出論が、慣習的な規範的评价を反映するのに適しているのではないだろうか。不法の評価は、権利・利益に対するそのリスク乃至侵害が許せないかどうかの評価に似ているのではないかと愚考している。不法のそのような直截的理解は、社会生活上ある程度経験に基づいて判断可能なように思われる。また、民事判例上の受忍限度論も参考となるだろう。さらに、危険創出論は、従来の体系論とも符合し易いと考えられる。不法の積極的判断を構成要件論、違法論、その中間のいずれに整序するかは、それほど重要ではない。しかし、構成要件論において「不法の根拠づけ」というかたちで展開すれば、多少なりとも受け入れられ易いだろう。そうすれば、構成要件においては単なる違法類型への包摂(当てはめ)が問われているのではなく、個々

の行為によって当に不法が根拠づけられ得るのかという、処罰根拠への実質的反省が少なからず期待可能である。また、違法論においては、根拠づけられた不法に対する例外的許容という、正しく正当化の意義が発揮され易くなるうかと思われる。詳細については、今後、少しずつ考察を重ねたいと考えている。

結びにかえて

違法性が消極的に判断されてきたことを顧みて、前稿に続き、本稿においても、これを若干の批判的考察の対象とした。従来の解釈論においては、主に、終局的司法判断において確定されるべき違法性の要件を論じてきたように思われる。ところが、刑事立法、終局的司法判断に至るまでの処遇段階を視野に入れると、より実態的あるいは動的な法的評価が必要になると考えられる。また、司法判断においても「適法かどうか」という判断よりも「違法かどうか」を問うほうが率直かつ精確である。そこで、違法論を正面から捉え直してみることが肝要ではないだろうか。このように考えて、司法上の違法性判断からは区別される不法評価につき、若干の未熟な分析を試みた次第である。本稿では、法的に自由な領域の各論的問題はもとより、不法の根拠づけについても、その内容はほとんど論じられていない。今後は、残された課題の検討を少しずつ進めてゆきたいと考えている。

- (1) 井上正治「違法論の法理」(九州大学) 法政研究三三卷三一六号(一九六七) 四九七頁は、違法論をこれまでよりずっと日の当たる場所に引き出すべきであると主張している。
- また、違法性の積極的判断を主張する見解として、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、一九七五) 一三二四—三二五頁、内田文昭『改訂刑法Ⅰ(総論)』(青林書院、一九八六) 一七二頁、同「形式的犯罪概念と構成要件の機能」『犯罪概念と犯罪論の体系』(信山社、一九九〇) 二五頁以下、曾根威彦「刑法総論」(第四版、弘文堂、二〇〇八) 六一頁、岡本勝「特別刑法犯と可罰的違法性」『注釈特別刑法 第一卷』(立花書房、一九八五) 二九八頁以下、鈴木茂嗣「刑法学、刑訴法学、そして犯罪論」『犯罪と刑罰二四号』(二〇一五) 一〇—一七頁参照。
- (2) 岡本・前掲文献三〇二—三三〇六頁以下参照。
- (3) 主要な文献に限れば、Karl Engisch, Der rechtsfreie Raum, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd.108 (1952), S.385ff.; Lothar Philipp, Sinn und Struktur der Normlogik, ARSP(=Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie) Bd.52 (1966), S.204f.; Arthur Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, in: Maunach-Festschrift, 1972, S.330ff. 【山中敬一(訳)「法的に自由な領域と自己」答責的決断」上田健二(監訳)『転換期の刑法哲学』(第二版、成文堂、一九九九) 七六頁以下所収】; Heinrich Comes, Der rechtsfreie Raum, 1976, S.107ff.; 金沢文雄「違法と適法および法的に空虚な領域」『現代の刑事法学(上)』平場安治博士還暦祝賀(有斐閣、一九七七) 一六八—二七一—二七三頁、ホセ・ヨシパルト「法の歴史性」(成文堂、一九七七) 二六四—二六九頁など参照。
- また、この論争を取り上げたものとして、『法の理論3』(成文堂、一九八三) 所収の、金沢文雄「法的に空虚な領域の理論—ヒルシュ・山中批判に答えて—」、山中敬一「法的に自由な領域の理論再批判—金澤論文を読んで—」も参照。
- (4) Vgl., Hans-Rudolf Horn, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, 1962, S.24; Wilhelm Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S.236; Edmund Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. 1949, S.163
- (5) Vgl., Hans Joachim Hirsch, Strafrecht und rechtsfreier Raum, in: Bockelmann-Festschrift 1979, S.89(96ff.); H.J. ヒルシュ著、山中敬一(訳)「刑法と法的に自由な領域」福田平・宮澤浩一(監訳)『ドイツ刑法学の現代的展開』(成文堂、一九八七) 七一頁以下、山中敬一「法的に自由な領域の理論」に関する批判的考察」関西大学法学論集三三卷三・四・五号(一九八二) 三七頁以下参照。
- (6) Vgl., Klaus Lüderssen, Rechtsfreie Räume?, Suhrkamp, 2012, S.81ff.

- (7) 諸学説については、Kaufmann, a.a.O., S.327-331；森下忠『緊急避難の研究』（有斐閣、一九六〇）特に二三八頁以下参照。
- (8) 行為を適法化する正当化事由と、不法でも適法でもないものと見做す不法阻却事由を区別する見解として、Ernst von Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906 (1964), S.168；Wolfgang Schild, Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes, JA (=Juristische Arbeitsblätter) 1978, S. 632ff. 参照。
- また、正当化事由にはなじまないが、不法阻却は、部分的にも認められる。可罰的不法のみを阻却する場合、不法減少を認める場合などがそうである。Vgl., Eduard Kern, Grade der Rechtswirksamkeit, ZStW (=Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft) Bd.64 (1952), S.261ff.；Hans-Joachim Rudolph, Ist die Teilnahme an einer Nozstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?, ZStW, Bd.78 (1966) S.84；H. L. Günther, Strafrechtswirksamkeit und Strafrechtsschluss, 1983, S.114ff.
- (9) Vgl., Kaufmann, a.a.O., S.341f.
特にカトリック教義への配慮が示されている。Vgl., Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2.Aufl., 1997, S.233 [A.カウフマン著、上田健二（訳）『法哲学』第二版（ミネルヴァ書房、二〇〇六）二九六頁]
- (10) Kaufmann, a.a.O., S.330
- (11) Vgl., Kaufmann, a.a.O., Rechtsphilosophie, S.227
- (12) 情愛の五段階表現及びその論理関係については、特に、アラン・クルーズ著、片岡宏仁（訳）『言語における意味』（東京電機大学出版局、二〇一三）二一三―四一八―五―二〇五、四三三―四四一頁、野矢茂樹『入門―論理学』（中央公論新社、二〇〇六）三五―七二頁、また、河西良治『否定：対立と超越』加藤泰彦、吉村あき子、今仁生美（編）『否定と言語理論』（開拓社、二〇一〇）四四―三頁以下も参照。
- (13) 遠藤孝『論理学』（第一評論社、一九五八）三九―四〇頁、野矢・前掲書四六頁以下、山田有希子「排中律とは何であるか」宇都宮大学教育学部紀要第一部五八号（二〇〇八）一三七頁以下参照。
- (14) 前注文献のほか、Philipps, a.a.O., S.206ff.；戸田山和久『論理学をつくる』（名古屋大学出版会、二〇〇〇）二八〇―三〇四頁参照。
- (15) Vgl., Hirsch, a.a.O., S.95-96. また、山中・前掲論文三三六―四七頁も参照。
- (16) 最大判昭和三年五月二六日・刑集二卷六号五二九頁、最決昭和五三年一〇月三一日・刑集三三卷七号一七九三頁参照。
- (17) 未だ価値観の対立が大きい問題の具体例として、重要な裁判例を二つ挙げておきたい。

東京高判平成一九年二月二八日・刑集六三卷一〇二二三五頁(川崎協同病院事件控訴審判決)は、終末期医療における治療義務の限界と治療中止については、「尊厳死法の制定ないしこれに代わり得るガイドラインの策定が必要で」あり、国民的な合意の形成を図るべき事柄である旨、銘記している。

最決平成一九年三月三日・民集六一卷二六六一九頁(ネバダ州において合法の代理出産契約により生まれた子らと日本人夫婦との間に実親子関係の成立を認めた外国裁判所の裁判が公序良俗に反するものとして、我が国において効力を有しないとされた事例)では、医療法制、親子法制の両面にわたる検討の上、「立法による速やかな対応が強く望まれるところである」と銘記している。

(18) 厚生労働省のウェブサイトに閲覧可能(最終アクセス日、平成一九年八月四日)。http://www.mhlw.go.jp/foukei/saikin/hw/eisei_houkokku/15/dl/kekka6.pdf

(19) 『犯罪統計書 平成27年の犯罪』三頁参照。警察庁のウェブサイトから閲覧(最終アクセス日、平成二九年八月四日)。http://www.npa.go.jp/foukei/soubunkan/h27/pdf/H27_ALL.pdf 検察統計年報二〇一五年、図表「15-00-08」参照。法務省のウェブサイトからのリンクで閲覧可能(最終アクセス日、平成二九年八月四日)。http://www.moj.go.jp/housei/foukei/foukei_ichiran_kensatsu.html

(20) 「特集 生殖補助医療の規制と親子関係法」法律時報七九卷一一号(二〇〇七)四頁以下参照。特に刑事規制に関しては、甲斐克則『生殖医療と刑法』(成文堂、二〇一〇)一頁以下参照。なお、生殖補助医療の法整備に向けた報告書、ガイドライン、その他の情報については、(静岡大学人文社会科学部社会学科)堂園俊彦氏のウェブサイトで整理されており、有益である(但し、一部リンク切れのものもある)。http://plaza.umin.ac.jp/philha/bioethics_data/surrogacy.html(最終アクセス日、平成二九年八月四日)

(21) 引用は、ラートブルフ著、田中耕太郎(訳)『法哲学』ラートブルフ著作集第一卷(東京大学出版会、一九六一)三八五頁による。但し、引用箇所は、当時の国際法に関する記述であることには注意が必要である。Vgl. Gustav Radbruch, Erik Wolf und Hans-Peter Schneider (Hrsg.), *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., Koehler, 1973, S.294

(22) ヨンバルト・前掲書二六五頁参照。

(23) 前掲最決平成一九年三月二三日では、立法による速やかな対応の必要性を銘記する一方で、外国で合法の代理出産契約でさえも、判決当時の「我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないもの」であり、公序良俗に反すると判断している。

(24) 日比野由利「生殖医療における医療ツーリズム」産科と婦人科八三卷三号(二〇一六)二七五頁以下参照。

(25) 本件につき、最決平成一七年二月六日、滝井繁男裁判官の反対意見(刑集五九卷一〇号一九〇一「二九〇六」頁)が、「刑事司法

機関の介入は極力避けるべきものと考えられる」とする判断に筆者は肯定的である。なお、前田巖「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成一七年度)』(法曹会、二〇〇八)六九四頁は、いわば放任行為として許容され得るものと扱う余地も少なくないと指摘する。ただ、本件行為が社会的に相当かと問われると、そこには疑問がある。

(26) 例えば、「要求→是認・許容→無関心?→望ましくない→否認(不許可)→禁止」という具合に何段階かに分け得るだろう。この段階(↑)は、Arthur Baumgarten, *Notstand und Notwehr*, 1911, S.30に記載のものを参考に筆者が若干手を加えた一例である。なお、Kem, a.a.O., ZStW, S.263ff.も参照。

(27) 違法性の要件が例外的かつ消極的な犯罪不成立事由であることを強調する見解として、中山研一『刑法総論』(成文堂、一九八二)二〇九、二二三頁以下参照。

また、ドイツの実務においても、違法性の積極的な確定は全く行われていないとされる。Vgl. Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl., 1996, S.232【イエシュェック＝ヴァイゲント(西原春夫監訳)『ドイツ刑法総論第五版』(成文堂、一九九九)】

(28) 団藤重光『刑法綱要総論』(第三版、創文社、一九九〇)一九九頁、大塚仁・河上和雄・中山善房・古田佑紀編『大コンメンタール刑法』【第三版】第二卷(青林書院、二〇一六)〔大塚仁〕一七二―一七三頁、(小林公夫)三三〇頁、西田典之・山口厚・佐伯仁志(編)『注釈刑法 第一卷』(有斐閣、二〇一〇)〔西田典之〕二五九頁、(今井猛嘉)三二五頁参照。

(29) 浅田和茂・井田良編『新基本法コンメンタール 刑法』別冊法学セミナー no. 219 (二〇一七)〔橋爪隆〕八三頁

(30) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(七訂版、創文社、一九六七)二二七頁などのように、構成要件に該当する事実の証明をもって、違法性阻却事由や責任阻却事由等の不存在が事実上推定されると解する立場もあるが、近時は、そのような推定が一律に働くとはいえないとする見解が一般的である。河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』【第二版】第七卷(青林書院、二〇一七)〔安廣文夫〕三四五―三四六頁、四二二頁、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法』【第三版】第六卷(立花書房、二〇一五)四〇頁〔植村立郎〕参照。

もっとも、団藤・前掲書二二七頁によっても、「法律上の推定とちがって、事実上の推定は、積極的に反対の事実を証明するまでもなく、裁判官の心証を動揺させるだけで破られるのである」と説かれるので、実際上の違いはさほど大きくないと考えられる。

(31) 近時の刑事立法における一つの特徴として、怪しい人物を対象とする「狙い撃ち立法」の性格を指摘するのは、松原芳博「立法法の時代における刑法学」井田良・松原芳博(編)『立法実践の変革』立法学フロンティア三(ナカニシヤ出版、二〇一四)一二五―

一二六頁。実務でも既にそうした傾向はあるのかもしれない。この点は特に、松原英世「刑事司法研究をとおして《法》を見る」法社会学八三号(二〇一七)四四一―五二頁参照。

(32) 刑法第一三〇条前段の罪の成立を認めた政党ビラ配布事件(最判平成二一年一月三〇日・刑集六三卷九号一七六五頁)、一九歳の長女を宗教法人オウム真理教の施設に連行した上、約二週間、同施設の内外で監視下に置いた親に、結論的にはしかたないが監禁罪の成立を認めた事例(東京地判平成八年一月一七日・判時一五六三号一五二頁)、廃棄されたパソコンを分解する意図でドライバーをリュックサックに入れて携帯した行為が特殊開錠用具の所持に当たるとされた事例(東京地判平成一六年五月一七日・判タ一七六号三二一頁)、同伴者が暴力団関係者であることを申告せずにゴルフ場の施設利用を申し込み、施設を利用させた行為が刑法第二四六条第二項の詐欺罪に当たるとされた事例(最判平成二六年三月二八日・刑集六八卷三三六四六頁)なお、性同一性障害による性別変更を理由とするゴルフクラブへの入会拒否が正当にも憲法第一四条第一項の趣旨に照らして違法とされた民事裁判例(静岡地裁浜松支判平成二六年九月八日・判時二二四三三六七頁)も参照。

(33) 平成二八年度版の犯罪白書によれば、平成二七年における検察庁処理事件の内、起訴率は33・4%であり、不起訴理由中、嫌疑不十分が占める割合は19・4%である。

(34) 起訴猶予が司法的処遇に含まれることについては、吉中信人「非行少年処遇における保護処分の意味」広島法学第二八巻第四号(二〇〇五)四八頁参照。本稿では、微罪処分なども念頭に置いている。

(35) Vgl. Hom, a.O., S.16

(36) 小暮得雄「違法論の系譜と法益論」(東京大学)法学協会雑誌八〇巻五号(一九六四)四四―四五頁参照。

(37) もちろん、日本でも法令違憲を認めた最高裁判例は、二〇一七年八月現在で十件(適用違憲として整理されることもある判例も含むと十三件)ある。しかし、当該法規に処罰の実質的根拠が欠けるといふことを理由とした例はない。

(38) 拙稿「社会的相当性の理論的意義に関する一考察」北九州市立大学大学院紀要二五号(二〇一二)二二〇頁参照。

その代わりにドイツ刑法解釈学においては、社会的相当性の理論や、規範の目的論的解釈、許されない危険の創出などの規範的評価を手厚く構成要件判断に組み込むことによって、構成要件論で積極的に不法の根拠づけを判断していると理解できる。前掲拙稿一七九頁以下参照。したがって、違法性要件の判断が、当に例外的な正当化事由と理解されることにも不思議はない。

もっとも、その影響もあつてか、刑事訴訟法上の建前である起訴法定主義と現実乖離していることも指摘されている。ハンス＝

エルゲン・ケルナー著、小川浩三(訳)『ドイツにおける刑事訴追と制裁』(信山社、二〇〇八)一六一、一七一頁参照。Statistische Bundesamt の Justiz auf einen Blick (2015) によれば、2012 年における起訴率(手続の打切があつた場合は除かれている。)は約 26% に留まる。Statistisches Bundesamt の ウェブサイトから閲覧(最終アクセス日、平成 29 年 9 月 7 日)。https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/Querschnitt/Broschueren/JustizBlick0100001159004.pdf?__blob=publicationFile

(39) Vgl. Adolf Reinach, Zur Theorie des negativen Urteils. In: Münchener Philosophische Abhandlungen. Lipps-Festschrift, 1911, S.223ff.

(40) 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)一九〇—一九三頁では、不法が二つの意味に分析されている。第一の意味の不法とは、「本能的、生理的、心理的に害を被つたという事実(Umrechtsfaktum)」という、不法の實在的内容を意味する。この意味での不法が、法律を作らせる實在根拠になる。そうして制定された法律の存在を前提として、「論理的に認識する不法」が第二の意味の不法となる。筆者が本稿で「違法」としているのは、この第二の意味の不法に相応する。なお、不法概念を限定的に理解するという筆者の主張については、拙稿「法哲学における不法概念の一考察」広島法学第四一巻第一

号(二〇一七)一三頁以下も参照。