

# 違法論の歴史的考察 (二・完)

山川 秀道

はじめに

第一節 古代ローマ法

第二節 中世カノン法

小括 (以上、前号)

承前

第三節 近世警察法

第四節 近代の法典編纂

第五節 近現代の実質的違法性

第六節 考察 違法論の意義

結びにかえて (以上、本号)

## 承前

前稿では、おおよそ中世までの間、違法評価が、どのような基準、方法で判断されていたのかを垣間見た。そして、

それは、「善（自然ないし慣習）と衡平」の観点から事案解決の妥当性を重視するものであったのではないかと理解した。「事物の本性により禁止されたものは、いかなる法律によっても承認されることなし」(D.50.17.1881) という法思想のもとでは、抽象的な法律違反ではなく、個々の不法行為が重視されたと考えられる。それは、不正・不満を訴えるものが現れた際、その事態が法共同体内で許されるかどうかという具体的判断に「法の術」が顕在化したものと理解できる。要するに、個別的な不法行為の事後解決が中心であったといえるだろうか。そうして言語化・文書化された「法の術」が、中世法の中身であったと思われる。こうした法からは、今日の違法性というような普遍的性質または一般的要件は生じない。何が法的に正しいか／許されないかは、その都度、法感情や慣習が教えてくれることである。それ故、次の事実は驚くに値しないだろう。それは、すでにローマ法のなかに、粗削りながらも、今日の正当化事由の大半を見出し得ることである。緊急行為はもとより、法令行為、正当業務行為、被害者の承諾などの原形は、すでに確認したとおりである。ここにローマ法が参照されてきた理由の一端があるかもしれない。

但し、次の点には、留意しなければならない。慣習法的色彩が強い中世法においても、次第に、少しずつ異なる法体系に向かうことである。「百年間不法が行われても、それは一時たりとも法ではない」とか、「誤った慣行は慣習法ではない」という中世ゲルマン人の法的確信（「古き良き法」思想）<sup>(1)</sup>でさえも、近世には一新される。要するに、慣習法原理から、「制定法」<sup>(2)</sup>原理へと移行するのである。君主も「法の下に」あり、「法に拘束される」という考えは退廃し、「君主は法の上に」あるという思想が支配的となる。それに伴い、上から制定される法令が支配的となる。そうした傾向は、すでに中世カノン法においても看取された。この点は既に前稿で確認したように、中世カノン法における違法性は、今日の違法論に至る過渡期的な性格を芽生えさせていたといえる。

さて、それでは、ここからどのように今日的違法論が展開されることになったのかを素描してみたい。その流れは、

中央集権化の絶対権力時代への移行、それに対する諸々の抵抗、そしてこれを通じて法が近代化されるという一連の動きのなかに見出すことができる。これは、特に刑法で顕著である。その理由も次節で確認しよう。

(1) 世良晃志郎「封建社会の法思想」『法哲學講座』二卷(有斐閣、一九五六)一一二頁、フリッツ・ケルン著、世良晃志郎(訳)『世の法と国制』(創文社、一九六八)六頁以下参照。

(2) これは、もちろん、今日の意味における制定法を表している。「中世ゲルマン法における制定法」は、「部族法典や法書に記録された慣習法」を意味するので、古き法が新しき法を破るということの意味も次のような内容であったとされる。すなわち、記録にある古・制定法と新しい慣習との間に食い違いが生じた場合は、制定法に記録された慣習を生きた(その時妥当する)慣習に即して実践するので、「生きた伝承の中に意識されて現在している父祖たちの慣習が、記録された死せるラテン語に、書かれた文書にうち勝ったのである」というかたちで、そのずれが解消される。したがって、形式的には法的な文書が制定されたとしても、それが慣習法と相容れない場合には、それはそもそも「法」ではないという法思想があったようである。つまり、悪法は法ではないとされる。ケルン・前掲書二六・三六頁、世良・前掲論文一一八・一三七頁参照。

(3) 戒能通孝『法律講話』(慈学社、二〇一一)一六〇・一六一頁、W・エーベル著、西川洋一(訳)『ドイツ立法史』(東京大学出版会、一九八五)一二六頁、ケルン・前掲書七三頁以下参照。

### 第三節 近世警察法

中世後期以降、刑法の公的側面が強くなる。従来、私的刑法から公的刑法への移行は、中世初期ころに起こり始めた<sup>(4)</sup>と見做されてきた。ところが、比較的最近の研究によれば、公的刑法の端緒に比して、その確立は、実はずいぶんと遅かったのではないかと考えられるようになってきた。<sup>(5)</sup>本稿でこの疑問に深入りすることは避けるが、少なくとも、次の特徴は、違法論との関わりにおいても指摘しておくべきだと考える。すなわち、「公的に処罰される不法行為」

とそうでない不法行為の区別が、違法論に影響を与えたであろうこと、そして、一五世紀から一六世紀末にかけて公的刑法が浸透していく流れには、警察制度の影響が指摘されることである。<sup>6)</sup>

「特別な高権としての『警察（行政）〈Polizey〉』という表現はルネサンスの子であり、この意味での警察は、一四九五年の帝国統治令<sup>7)</sup>において初めて登場するようである。また、一五三〇年以降には、帝国警察法令およびラント警察法令が続々と整備されたので、これをもつて警察刑法典の興隆期と目されている。これら一連の法令は、領内の善良な風俗と公的秩序を守るために定められたもので、いわゆる洗神罪、暴飲・暴食、贅沢に着飾ること、武器の不正所持、賭博などの逸脱行為を取り締まりの対象とした。<sup>8)</sup> もちろん、国王が、例えば領内の治安を維持するために武器の所持を禁止する命令〈Königsbann〉を下賜することはそれ以前にもあったが、本格的な法整備と警察制度は、一六世紀前後に起こったといえる。これは、国王や教会の権力が絶対化してゆく流れと決して無関係ではないはずである。そして、この一連の出来事が、刑法の性質を変化させる大きな要因であったと考えられる。

そもそも、私的刑罰から公的刑罰への変遷とは、端的にいえば、制裁の担い手の交代を意味する。つまり、犯人に対して復讐か贖罪を追及する犯罪被害者等の権利が、公的権力によって掌握されるようになる時代的变化と解される。この変化に伴い、刑法の意味合いも大きく変わったと考えられる。それは、被害者への贖罪のための法から、公共善のための法への変容である。この変化は、「法」の性質にとって非常に重要である。大きな変化を挙げると、次の二点を指摘できる。ひとつは、「法」が、生活共同体の間で生じ共有されるものから、為政者（権力機関）によって上から命じられたものへと変化したことである。もうひとつは、「法」が、共同生活のなかで生じた受忍できない不正の事後解決だけでなく、より広く、公共善に対する危害の予防を目的とするようになったことである。<sup>9)</sup> 両者が結合することで、君主や教会などの権力者の利益に反する不都合な行為は、自然的善に反し、あるいは王の平和や公的秩序

を乱すものとして処罰されるようになる。その結果、公的に処罰される行為とそうでない不法行為の区別は、従来の慣習的な不法とは異なる違法評価を生じさせるに至った。それが、今日の形式的違法性である。公的な処罰の前提として、制定法規に違反していることが次第に要求されるようになっていくのである。

それ故に、違法性は、まず犯罪論の領域において登場する。私法上の法典編纂、及び、それに伴い要請される不法行為法上の違法性は、どうしても公的な刑法を後追いつくかたちになる。おそらく、個別的な不法行為にあっては、私人間の自由裁量の余地が広く、抽象化された一般的な違法性が問題となる場面がより少ないからだろう。

そこで、刑法上初めて、違法性を一般的要件として定義づけたと目されている業績を確認しておこう。犯罪が成立するには違法であることを要するという学説は、一五九〇年に、イタリアのデチアーニの著作で初めて確認されるようである。その卓越した内容には時代が追いつかず、そのように「近代化された」考えが刑法学の共有財産となるには、なお二世紀を要したと評されるほどである。そこでは犯罪〈*delictum*〉が次のように定義されている。

「犯罪とは、次のような、人間の行為をいう。故意又は過失によって、表明されたこと〈*dictum aut scriptum*〉であって現行法により刑罰の下で禁止されたものであり、尚且つ、それを許し得る正当な理由が何ら存在しない場合のものである〈*quod nulla iusta causa excusari potest.*〉」<sup>14)</sup>

さらに、デチアーニは、この定義を以下のように解説している。まず、「(有効な)法律によって禁止されている」というのは、法律では(刑罰をもって)禁止されていない。如何なる「違法行為〈*actus illicitus*〉」をも排除するという趣旨であり、それ故、法律上はどこにも禁止されていない犯罪はあってはならないとされる。また、「それを許し得る正当な理由が何ら存在しない場合」というのは、許容事由(正当化乃至免責)を意図しての記述であるらしい。す

なわち、一般的にはある法律によって禁止されているが、何らかの特別な根拠によって許され得る犯罪 <delicta, … speciali quadam ratione excusantur.> についても除外するという趣旨である。<sup>16)</sup>

今日に引き付けて理解するならば、右の定義には既に、罪刑法定主義、形式的違法性および違法性乃至責任阻却事由が見いだされる。これは、多少大ざっぱではあるものの、今日の違法性判断の内容を表しているといえるだろう。この約一半世紀後に、ドイツで初めて違法性を一般要件に整理したと目されているベーマーの定義と比較しても、極めて優れたものといえる。ここでは、ローマ法に依拠しながら違法行為 <delicta> 概念が指し示されている。それは、「ときに私的ときに公的な贖罪 <satisfactio> が科せられるところの、法律に反して為され生じた違法なことすべて <quaevis facta illicita contra leges admissa>」<sup>17)</sup> であること。

ここでは、制定法違反という意味での違法性と、その許容事由が違法行為一般に要求されている。しかし、このように制定法から抽象化された違法性が、独自の要件として展開されるようになるのはもう少し時代が下つてからのことである。というのも、個々の違法行為を抽象化することで、成文法がある程度行為規範として整備されるようになって初めて、一般的な違法性が導かれるようになるからである。<sup>18)</sup> むしろ、先の定義は、当時においては例外的で稀少なものであった。まだ魔女裁判と罪刑専断主義が支配的な時代であったからだろう。フランス革命後に、罪刑法定主義が近代法原則として確立されるまでは、裁判官の専断にどう抗うかが重要な課題であったと考えられる。そこで、刑事立法論が展開されるのである。裁判官を罪刑法定主義によって拘束するとともに、公的に処罰される行為の実体が重視された。つまり、実害(社会侵害)又は権利侵害を処罰の根拠に据え、<sup>19)</sup> 法律世界の対象をそれに限定する。要するに、宗教と法の分離が求められるようになった。これによって、裁判官の専断に歯止めをかけようという動きがみられる。いわゆる啓蒙化思想であるが、その根底には、自然科学的な知識の普及があったといえるだろう。

- (4) Rudolf His, *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, 1967 (Unveränderter Nachdruck der Ausgabe 1928), S.48ff.; Carl Ludwig von Bar (et al.), *A history of continental criminal law*, 1916, p.71ff.; またミッターイス・リーベリッヒ著、世良晃志郎 (訳) 『ドイツ法制史概説』(創文社、一九七二) 五五頁以下、一五三頁以下においても、フランク時代(ほぼ五〇〇年から九〇〇年)に公的刑法の萌芽が認められている。なお、法制史学会編『国家権力と刑罰』(創文社、一九六〇) 所収の諸論文も参照。
- (5) ヴィロヴァイト・デイトマル、和田卓郎 (訳)「公的刑法の成立 ある研究プロジェクトの中間的収支決算」大阪市立大学法學雑誌四七卷二号(二〇〇〇) 四一八頁以下、池田利昭『中世後期ドイツの犯罪と刑罰』(北海道大学出版会、二〇一〇) 一三頁以下参照。
- (6) 前注(5)の文献および、Heinz Mates, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Bd.1, 1977, S.50を参照。なお、ルッピは基本的にドイツ法が想定されている。ヨーロッパにおける他国の動向については、Bar, op.cit., p.143ff.参照。
- (7) James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902 (1997), S.70 但し、同書は、第四〇条において「秩序と警察」の概念が登場すると説明しているが、Deutsche Reichstagsakten unter Maximilian I. [Mittlere Reihe] Bd.5, Reichstag von Worms 1495, Bd.1, T.1, Vandenhoeck & Ruprecht, 1981, S.342によれば、第二八条および三二条。
- (8) Vgl., Goldschmidt, a.a.O., S.70f.; Mates, a.a.O., S.44ff. 但し、Mates, a.a.O., S.51は、この当時の「警察(行政)〔Polizey〕」概念は、近現代の警察概念とは異なることを指摘する。
- (9) 警察法令の資料については、Mathias Weber, *Die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577*, 2002を参照。なお、当時の状況については、エーメル・前掲書一〇二頁以下参照。
- (10) Vgl., Goldschmidt, a.a.O., S.1ff.; F. Rotering, *Polizei-Übertretungen und Polizei-Verordnungsrecht*, 1888, S.1ff. 拙稿「形式犯の制裁について」広島法學三八卷四号(二〇一五) 一三七頁脚注(19)参照。
- (11) 池田・前掲書一六頁以下、村上淳一『近代法の形成』(岩波書店、一九七九) 一三六頁以下参照。
- (12) Vgl., Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht Bd. I* (1925), S.213.; Hans-Rudolf Horn, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, 1962, S.13
- (13) Friedrich Schafstein, *Die Allgemeinen Lehren von Verbrechen : in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts*, 2. neudruck, 1986, S.35, 64

- (14) Tiberio Deciani, *Tractatus criminalis*, Tomus Primus: duobusque tomis distinctus, Francofurti ad Moenum, impensis Petri Fischeri, 1590, Lib.2, Cap.3, num.2
- (15) *Ibid.* 具体例としては、内縁 (<concupinatus>) のみが挙げられている。
- (16) *Ibid.*
- (17) Johann Samuel Friedrich von Boehmer, *Elementa jurisprudentiae criminalis*, In Usum Auditorii Commoda Methodo Adornata, Hale, 1732, Sect.1, Cap.2, §.27 なお、よく引用されるベーマーの定義は、同書の第四版 (Editio Quarta, Hale, 1749) Sect.1, Cap.2, §.29 で次のように簡略化されたものである。即ち、「違法行為 (<delicta>) とは、賠償、ときには刑罰も賦課されるものの、法律に反した有意的な作為又は不作為である。」
- Vgl. Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht Bd.1, 1925* (Neudruck 1971), S.250ff. und Bd.2, 1930 (Neudruck 1971), S.86, 182
- (18) バンベルクやカロリーナの刑事裁判令は、主として非学識裁判官に向けられたものであったとされる。村上・前掲書二〇九頁以下、勝田有恒、山内進 (編) 『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』(ミネルヴァ書房、二〇〇八) 『若曾根健治』五六・五七頁参照。
- (19) Vgl. Hippel, a.o., Bd.2, S.86, 182
- 一七九四年のプロイセン一般ラント法第二〇章第七条は、「自由な行為により、人に違法に (<widerrichtlich>) 損害を加えた者は、それにより、被害者ならびにそれを保護する国家に対して責任がある」ものとする。しかし、また同法第一部第八七条は「自然法上及び実定法上の諸法規のいづれによっても禁止されていない行為は、許されたものと見做される。」とも定めている。資料として、*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert, 3. Aufl., 1996*; 足立昌勝「プロイセン一般ラント法第二〇章(刑法) 試訳(一) —付、プロイセン刑法史研究の意義と課題—」(静岡大学) 法経論集第五二号(一九八三) 六頁参照。

#### 第四節 近代の法典編纂

法の近代化は、神の法又は内心的道徳からは距離をとる方向に進む。初期の実証主義は、法の功利化というかたち



で現れたと見て良いだろう。大仰に例えるならば、法の世界に君臨していたものが、神から科学へ交代したといえるだろうか。<sup>(20)</sup>

例えば、社会契約説および抵抗権の近代化もその一例と考えられる。それ以前、君主の絶対的専制に対抗するための抵抗権は、譲渡不可能な生来的権利であるとして、自然法の観点から根拠づけられた。これと異なり、ベッカリアは、それを数学的論理に基づいて説明する。すなわち、社会契約のために各自が提供した総和を超えた刑罰権の行使は、「権力の濫用であり、不正であって、各自は、これに承服する必要はない」<sup>(21)</sup>とされる。そして、犯罪と刑罰の均衡を導くのである。もつとも、説明の異なる二種の抵抗権は、アメリカ及びフランスでの人権宣言に影響を与えたという点では一致する。これに対して、さらに一歩進んで、画一的で安定的なルールを法典として組み立てようという試みが、近代の法典編纂として顕れる。特徴的なのは、「一八世紀および一九世紀のヨーロッパおよびアメリカでは、法創造の場所が裁判所から立法機関へ移行するという動き」<sup>(22)</sup>を看取できることである。この時代では、コモンローに対する理解でさえも、古来の慣習から法実証主義的ルールへ変容しつつあった。<sup>(23)</sup>ここでも、違法論に変化を認めることができる。そこで、特に刑事立法に取り組んだ二人の「偉大な改革者」に焦点を当てて、当時の違法論を顧みたい。

一人目は、世界の立法者として有名なベンサムである。完全な法典の完成に尽力したベンサムの業績は、「ベンサムの時代以後になされた法改正で、彼の影響が窺われないものを一つも知らない」と評されるほどである。<sup>(24)</sup>その著作がフランス語で公刊されたこともあってか、特に一八一〇年のフランス刑法典に影響を与えたことで知られている。<sup>(25)</sup>

ベンサムは、ベッカリアらの影響も受けつつ、しかし、はるかに緻密に、自然科学および人文社会科学 (*les sciences morales*) の知識を活かして、道徳と立法の部門を科学に変えようとした。<sup>(26)</sup>その出発点は、裁判官の恣意的な判断と、根拠のない不安や偏見に対して決定的な批判を加えて、それらを改善することにあつたと思われる。ベンサ

ムは、功利の原理をもって、これらの問題に取り組んでいる。

ベンサムは、まず、当時のコモンローを批判し、「慣習法のもとでは、どのような事例においても正しい又は不正だといわれることは、まず見つからない。どのようにすれば見出せるか？正しいことはルールへの適合であり、不正とはルールからの逸脱である。しかし、慣習法の下では、何らのルールも確立されておらず」、すべてが暗闇であるという。<sup>(27)</sup>そこで、ルールの制定が必要とされる。これは、害悪の経験から生じると考えられている。すなわち、悪を生む行為の流れを止めようと望み、そのために、一定の行為を禁止すると法律によって宣言することが、それを「違法行為 (unlawful offence)」とする。<sup>(28)</sup>それ故、法の制定とは、違法行為の創設であるとされる。<sup>(29)</sup>そこには功利主義的な主張が含意されている。それは、違法行為に対する民事罰及び刑事罰それ自体が害悪なのだから、それが正しいものであるには、そこから最大量の幸福が得られなければならないというものである。そして、そのためには、裁判官の恣意的な判断を抑制するとともに、何が法的に許されないのかを国民が知る必要がある。というのも、公的機関への信頼や適切な期待が保障されている状況から、さらに快・幸福 (期待に基づく効用) が増大するからである。<sup>(30)</sup>

ここでは、物事の正・不正、道徳・不道徳、善・悪の評価が、快楽と苦痛の計算に基づいている。<sup>(31)</sup>ある行為が制定法によって違法行為とされるのは、それが善 (快楽) よりも多くの悪 (苦痛) をもたらすからである。ベンサムのアプローチは、ある違法行為から、どのような苦痛、恐れが生じるのかをつぶさに検討する作業といえる。ここでは、快楽と苦痛が、非常に様々な事情から判断されているようである。たとえば、快楽と苦痛の感受性に影響を与える諸事情 (年齢、性別、身分、教育の程度、宗教観、等々) に加えて、何十種類もの快楽・苦痛、そして、七つの評価基準が挙げられている。その結果、違法行為の分類は、ある種過剰とも思われるほど冗長になっている。<sup>(33)</sup>

右の見解によれば、ある行為の善・悪を計算したうえで、害悪が認められない場合、又は苦痛を上回る快楽を見出

し得る場合には、違法行為でない。そうした正当化事由〔*justification*〕には、いわば総則的な効果が認められている。今日的な概念に置き換えると、被害者の同意、緊急避難、医療行為、正当防衛、国家権力の正当な行使、家庭内での懲戒権が挙げられている<sup>34)</sup>。また、異端や魔術などの「想像上の悪から成る違法行為〔*les délits de mal imaginaire*〕」も、真実は違法行為でない<sup>35)</sup>とされる。したがって、これらの場合には、刑罰を科す根拠を欠くことになるので、刑罰を科すことは許されない。不当な刑罰の一例となる<sup>36)</sup>。なお、その余の具体例は、刑罰が有効でない場合、より穏やかな代替手段がある場合、そして、刑罰による犠牲のほうが大きい場合である。

もつとも、ベンサム<sup>37)</sup>の立論に対しては、今日、批判的な評価が強い<sup>38)</sup>。その功利計算は検証されたものではなく独断的であったという指摘に加え、そもそも道徳感と功利はときに背反するという根本的な批判が向けられる。それは確かにそうかもしれない。しかし、その計算式や前提が誤っていたとしても、ベンサムのアプローチは、違法論にとつて大きな価値をもつと思われる。それは、法律がある行為を禁止して違法行為を創設する根拠を何とか具体的に測定しようと試みたことである。そのため、違法行為を過剰とも思われるほどに分類し、誰がどのような害悪、危惧を認識するのかという点に注意が払われたのである。これは、観念論的な違法論とは明らかに異なる。後者は、禁止されるべき違法行為の概念を法規範や権利という観念から導く傾向にあった。しかし、もはや、慣習法が法・不法を明確には呈示してくれないのだとすれば、害悪とは何なのかを明らかにするための視座が、不可欠ではないかと考えられる。実際、今日でも、違法な行為が、被害者や社会に与える（特に精神的）悪影響を具体的かつ適切に把握し、共有するという作業は、立法及び司法判断の骨子ではないかと思われる。この点、特に悪法論との関連で再び検討したい。

二人目の改革者は、近代刑法学の父として有名なフォイエルバハである。フォイエルバハは、カント哲学の影響を

承けつつ、実定法上の違法性と、哲学上の権利侵害を区別する。

そこでの権利とは、各人が本来的に有する自由、及び、国家という主体に保障される法的な能力を意味する。<sup>(37)</sup> この権利の侵害は、法的自由の限界を超えて他人に害をなす行為であり、それが刑罰法規によって禁止されていれば、「**「義の犯罪」**<sup>(38)</sup>」となる。だが、他方で、国家は、すべての権利侵害を犯罪とするわけでもなければ、直接的には誰の権利も侵害しない行為をも法的に禁止することができるといえる。それ自体としては違法でない行為、例えば違警罪も、法的平穩の保持という国家目的に反する限りで、可罰的行為（広義の犯罪）に含まれる。フォイエルバハの起草によるバイエルン刑法典（一八一三年）の第二条第四項によっても、「それ自体においては、国家又は国民の権利を侵害しないが、法的秩序及び公安に対する危険性の故に刑罰をもって禁止又は命令されている作為もしくは不作為、および特別の法律によって警察官庁にその捜査ならびに処罰について委ねられている軽微なる法侵害は、**「違警罪」**<sup>(39)</sup>とされる。もともと、フォイエルバハは、原理的には、違警罪をその内容、法的効果、及び手続きなどにおいて狭義の犯罪から区別し、警察刑法典に定めるべきことを主張していた。<sup>(41)</sup> しかしながら、これに批判的であった当時の潮流は、可罰的行為を一つの刑法典に包摂可能な理論、即ち**「法益論」**へと流れていったのである。<sup>(42)</sup> すでにこの誕生時点で、**「法益侵害説は、ペンディングのような法実証主義的「形式的違法性」へと至る運命にあつたといえるだろう。」**<sup>(43)</sup>

以上のように、フォイエルバハは、**「当罰的根拠としての権利侵害と、可罰的根拠としての違法性を区別した。権利侵害は、法律に先立って、本来的に禁止されるべき行為の実質として把握されるが、広義における犯罪の違法性は、あくまで制定法に依存する。」**<sup>(44)</sup> つまり、権利侵害は、違法性の前提条件ではないのである。次のような理解も、そのために生じたのだろう。すなわち、「フォイエルバハにあつては違法論は存在せず、権利侵害の概念は、体系上は量刑事由の一つとして扱われているにすぎない。即ち、今日の体系とフォイエルバハの体系とで最大の相違と目し得るもの

は、違法論の有無である」<sup>(46)</sup>。ここには、確かに、領ける一面もある。なぜなら、刑罰法規に違反した行為は、権利侵害の有無にかかわらず、その違法性が肯定されることになるからである。成文法上の根拠がない限り、司法機関には、それを覆す裁量が認められない。特に、近親相姦などの性犯罪、未遂犯、その他の違警罪など、権利侵害の存在が疑問視される犯罪についても違法であると擬制されることになる。この意味では制定法こそが決定的であり、司法判断又は刑法解釈論において、違法性が果たす役割は、罪刑法定主義に解消される。

しかし、成文法上に許容の根拠を有する侵害行為は、やはり適法 (rechtmässig) となる。<sup>(46)</sup> フォイエルバハの犯罪体系においては、「法的根拠のない」権利侵害であることが犯罪の前提条件とされているので、右に引用した理解では、法的根拠を有する行為はそもそも法が禁止する「権利侵害」ではないと解されたのかもしれない。<sup>(47)</sup> しかし、これは、体系的な記述方法から生じる違いといえるだろう。構成要件該当性に伴う違法性の推定が正当化事由によって破られたとするか、違法性が阻却されるとそもそも構成要件的不法はなかったというか、はたまた、推定的違法性のもつ否定的評価を上回る積極的価値を発見したと判断するのかは、その行為が違法ではないという結論に影響しない。ここで重要なのは、特定の事情については、予め正当化根拠が制定されていなければならない点である。具体的には、被害者の承諾、権利の行使、正当防衛のほか、特別法上の根拠規定のある場合が想定されており、前三者は、一八一三年のバイエルン刑法典第一二三条以下に定められている。<sup>(48)</sup> もともと、これらを責任阻却事由と解する余地もある。特に、バイエルン刑法典第一二四条は、その効果を、法律上の権利行使から生じた損害について「責任を負わない (nicht verantwortlich)」<sup>(49)</sup> もとするので、微妙なところである。しかし、同法の不可罰事由に関する注釈では、「帰責が欠ける場合」と「それ自体違法ではない場合」が分けられていることからすれば、正当化事由と解するのが自然なように思われる。<sup>(50)</sup> ただ、そうだとしても、これらの不処罰根拠は、あくまで制定法上の規定であり、実質的判断によつ

て(擬制された)権利侵害が阻却されるわけではない。そうすると、権利侵害は、立法段階においても司法判断においても、決定的な役割を果たしているわけではないことがわかる。要するに、権利侵害説は、当罰性が高いと考えられる行為(狭義の犯罪)を優先的に立法化する指導原理として理解できるが、可罰的行為の「違法性」を限定する機能はあまり期待されていないと考えられる。既に触れたように、フォイエルバハは、哲学的原理としての権利侵害と、実定法上の違法性との乖離をいかに処理するか、という点に苦心した。このジレンマは、今日に至るまで、刑法学の悩みの種である。しかし、翻ると、その意味では、今日にもひげをとらない大きな進展があったといえる。しかも、違法性の阻却と目される許容事由が、特定の罪に限らず、総論的に展開されている。この実際上の効用は大きい。また、中世以来、違反される「法」は、「君主の命令」とされていたところ、フォイエルバハにあつては、個人の権利または「国家の権利」に変更された。しかし、違法論が抽象的かつ一般的な問題になるのは、違反される「法」が、抽象的・客観的法としての「国民の総意」に置き換えられてからのことになる。

- (20) 梅崎進哉『刑法における因果論と侵害原理』(成文堂、二〇〇二)七五頁以下参照。
- (21) ベッカリア著、風早八十二・五十嵐二葉(訳)『犯罪と刑罰』(岩波書店、一九五九)二六頁、「解説」二〇八頁
- (22) ヨシユア・ドレスラー著、星周一郎(訳)『アメリカ刑法』(レクシスネクシス・ジャパン、二〇〇八)四三頁
- (23) エドワード・クックからベンサムに至るまでのコモローに対する理解の変遷について、戒能通弘『近代英米法思想の展開』(ミネルヴァ書房、二〇一三)一頁以下参照。
- (24) Sir Henry Sumner Maine, *Lectures on the early history of institutions* 1875, p. 397  
また、法典化の鬼とも称されたようである。その評価について詳しくは、戒能通弘『世界の立法者、ベンサム』(日本評論社、二〇〇七)五三頁、九〇頁以下参照。
- (25) G・ステファニアニ G・ルヴァスール B・ブーロック著(澤登俊雄 II 澤登佳人 II 新倉修訳)『フランス刑事法(刑法総論)』(成文堂、

一九八一) 三六頁

- (26) *Traité de législation civile et pénale : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham / par Ét. Dumont*, 1802, Tome 1, p.xx et suiv. [Discours Préliminaire (par Ét. Dumont)]; J・ベントム著、E・テュモン編、長谷川正安(訳)『民事および刑事立法論』(勁草書房、一九九八)「訳者はしがき」三頁、テュモン「緒論」九頁以下参照。
- なお、全文訳ではないが、英語版として次の文献も参照。Jeremy Bentham, 'The theory of legislation, with an introduction by Upendra Baxi, [translated from the French of Etienne Dumont by Richard Hildreth] Oceana Publications, Inc., 1975
- (27) Jeremy Bentham, *The limits of jurisprudence defined : Being part two of An introduction to the principles of morals and legislation* [Now first printed from the author's manuscript, with an introd. by Charles Warren Everett], Greenwood Press, 1970, p.274
- (28) Bentham, *op. cit.*, *Traité*, Tome 1, p.89s, 159s.; ベントム・前掲書八二頁以下、一二八頁参照。
- この「違法行為」が、「刑典」を念頭に立論されていることは確かであるが、そこには民事上の違法行為も含まれる。やむを得ないことに、ベントムは、権利・義務の創設およびその侵害である違法行為は、民法に属し、その制裁のみが刑法に属するとする。したがって、殺人を禁止する法律は民法であり、殺人者に死刑を命じる法律は、刑法であると説明される。民法と刑法が、行為規範と裁判規範によって区別されるようなものだろうか。詳しくは、内田博文「ベントム刑法理論について(一)」*刑法雑誌*第二六卷一号四七・四九頁、戒能・前掲『世界の立法者』六一頁以下参照。
- (29) Cf. Bentham, *op. cit.*, *Traité*, Tome 1, p.153s.; ベントム・前掲書一二四頁以下、Bentham, *op. cit.*, *The limits of jurisprudence*, p.115
- (30) 戒能・前掲『世界の立法者』三二頁以下参照。
- (31) Bentham, *op. cit.*, *Traité*, Tome 1, p.1s.; ベントム・前掲書一三頁以下； Jeremy Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation : with an introd. by Laurence J. Lafeur*, Hafner, 1948, p.1ff.
- (32) Cf. Bentham, *op. cit.*, *Traité*, Tome 1, pp.34-172; *Traité de législation civile et pénale*, Tome 2 (1802), p.247s.; ベントム・前掲書四七一三七頁、四五二頁以下
- ただし、犯罪者の個人的特性については、あまり注意を払っていなかったことが批判の対象として挙げられる。柳本正春(編訳)『刑事学のバイオニア』「ギルバート・ゲイス」「ジュレミイ・ベントム」法務資料第四一八号二六二二七頁参照。
- (33) Cf. Bentham, *op. cit.*, *Traité*, Tome 1, p.172s.; Tome 2, p.239s.; ベントム・前掲書一二七頁以下、四四五頁以下； Bentham, *An introduction*,

p.204ff.

なお、この点は、批判対象としてよく指摘されるが、ベンサム自身も認めている点である。Cf. An introduction, pp. xxvi-xxvii (Preface) (34) Bentham, op.cit., *Traité*s, Tome 2, p.285s.; ベンタム・前掲書四七七頁以下参照。

(35) Bentham, op.cit., *Traité*s, Tome 2, p.380s.; ベンタム・前掲書五四一頁以下、Bentham, An introduction, p.170ff.

(36) 柳本・前掲書『刑事学のバイオニア』二六頁以下、戒能・前掲『世界の立法者』七六頁以下参照。

(37) 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)三・四頁ではもう少しだけ詳しく説明している。

(38) 二つでの犯罪〈Verbrechen〉という概念は、立法に先立ち当罰的なものという哲学的意味で用いられており、実定法上の重罪からは区別される。Vgl., Anselm Ritter von Feuerbach (Hrsg. von C. J. A. Mittermaier), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Aufl. 1847, SS.45-49 (§§.21-22 Note des Herausgebers)

Paul Johann Anselm Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1. Aufl. 1801, §.27 では「最広義の犯罪〈Verbrechen im weitesten Sinne〉は、狭義の犯罪〈crimen, Verbrechen, κατ' ἐξ ὄχλην〉及び軽罪〈Vergehen 〈Polizeyverbrechen, delictum〉〉に分けられており、狭義の犯罪は、国家または市民のもつ本来的権利の侵害を刑罰法規が禁止しているものをいう。更に、その内、「かけがえない権利」の侵害は、最狭義の犯罪とされる。しかし、前後の記述や改版された内容を見比べると、不明瞭な点もある。例えば、Feuerbach, *Lehrbuch*, 14. Aufl., §§.22-23 では「狭義の犯罪が、刑罰の重さや裁判管轄によって刑事犯罪〈Criminal-Verbrechen〉と民事犯罪〈Civil-Verbrechen〉に分類されており、これは、公的犯罪及び私的犯罪の区別とは異なるようである。

(39) Vgl., Feuerbach, *Lehrbuch*, 14. Aufl., §.22, §.4, §.432ff.

(40) 一八一三年のバイエルン刑法典については「Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern, Bd.1-3, 1813-1814; 中川祐夫(訳)「一八一三年のバイエルン刑法典」(一)一(五)龍谷法学 第二巻一三・四号、第三巻一号、二号、三・四号、第四巻一号参照。

(41) Vgl., A. A. O., *Anmerkungen zum StGB für das Königreich Baiern*, Bd.1, 1813, SS.23-32, 68-80; Feuerbach, *Lehrbuch*, 1. Aufl., §.1

実際に、一八一三年のバイエルン刑法典では、警察刑法典を別に編纂することが予定されていたが、結局、未完成に終わったようである。違警罪の扱いについて、フォイエエルバハは、立法上の現実的な障害と哲学的考察との間で呻吟していたことが窺われる。この点については、ゲルノート・シューベルト著、山中敬一(訳)『1824年バイエルン王国刑法典フォイエエルバハ草案』(関西大学出版部、一九八〇)「日本語版への序文」及び本文一一頁以下参照。



- (42) さしあたり、内藤謙「刑法における法益概念の歴史的展開」『刑法理論の史的展開』(有斐閣、二〇〇七)七三頁以下参照。
- (43) 新谷一幸「一九世紀前半期ドイツにおける犯罪と刑罰に関する一考察」(大阪市立大学)法学雑誌第二八巻一号(一九八六)一三六頁以下、拙稿・前掲「形式犯の制裁について」一二七頁以下、前掲「法哲学における不法概念の一考察」七参照。
- (44) 前掲「法哲学における不法概念の一考察」一七頁脚注(5)、(6)参照。 Vgl. Max Grünhut, P. J. A. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, 1923, S.98
- (45) 佐久間基「ドイツ犯罪論体系の形成期(遺稿)」大阪経済法科大学法学論集三三二号(一九九四)三六頁  
この点は、本文で述べるように少し疑問であるが、他方で、内田文昭「近代ドイツ刑法における『違法』と『責任』(一)」警察研究六四巻四号(一九九三)二五頁が、「行為の危険性のみが市民的可罰性の根拠となる」というのは「違法論」にはかならないとする主張にもわかには首肯しがたい面がある。
- (46) Feuerbach, Lehrbuch, 14. Aufl., § 32ff.
- (47) 佐久間・前掲論文五五頁は、フォイエルバハによれば、権利侵害を禁止する法が別の法的根拠によって相殺される場合には、「法以前の状態に戻る」ため、犯罪が成立しなくなるとされる。これは、制定法との混同ではないかと思われる。というのも、国内制定法の有無に関わらず、本来的な権利や、それ自体違法な行為は観念されているからである。前注(38)参照。
- (48) Vgl. Feuerbach, Lehrbuch, 14. Aufl., §§ 33-39  
但し、一八一三年のバイエルン刑法典第二二三条によって不可罰となるのは、被害者の承諾が財産権の処分に向けられており、尚且つ、その行為が公共の危険を生じさせない場合に限られる。
- (49) もちろん、(二)での用法は、違法と責任非難との間に位置する評価、即ち「行為が答責的である」と「(Tarverantwortung)」の意味とは異なる。 Vgl. Reinhard Maurach, Deutsches Strafrecht AT, 4. Aufl., 1971, SS. 404-406, 377-381  
右の文献では、行為答責が欠ける場合、つまり、通常であれば、構成要件該当の違法な行為が形成するはずの否定的価値(行為の否認)が例外的に取り除かれる一例として、違法命令状況が挙げられている。非常に興味深いことに、一八一三年バイエルン刑法典第二二三条においても、上官の違法命令につき、部下は、「責任を負わない(nicht verantwortlich)」ものとされている。
- (50) Vgl. A. A. O., Anmerkungen, Bd. I, S. 298 同頁、シューベルト・前掲書一四九頁以下参照。

## 第五節 近現代の實質的違法性

一九世紀後半以降、福祉国家化が進むなか、これに併せた法整備が進められる。近現代にドイツで発展した違法論は、この現実的な影響を受けながら展開していったとみても、それほど見当外れではないだろう。というのも、刑法典の編纂が継続されるなか、やはり、警察刑法典をどのように扱うかが、理論の展開を促す要因となったからである。とりわけ、次第に肥大化する行政及び経済活動と刑法との関係を的確に記述することは、一つの課題となる。この現実的要請に応じつつ、違法論は哲学的考察を通じて深められたといえる。

一方では、法・権利の本質を巡る意志説と利益説に対応するように、主観的不法説と客観的不法説の論争が展開され、他方では、各法分野に応じて不法は相対的か、それとも統一的かが議論された。ここで、しばしば「不法〈Unrecht〉」とは、「違法行為」を統一的に説明する概念として用いられる。特に、民事不法行為と犯罪に共通する基体を説明するために、この概念が使用されることがある。つまり、「違法（かつ有責な）行為」が共通分母である。この共通要素「違法行為〈Unrecht〉」と結びつく効果によって、各実体法上の要件が、民事不法、刑事不法、又は行政不法に分けられる〈Zivil-, Straf-, Verwaltungs-Unrecht〉<sup>50</sup>。ただし、行政法上の違反行為だけについては、前二者と区別するために、行政違反若しくは警察違反、あるいは今日では、秩序違反と表されることがある〈Verwaltungs-, Polizei-, Ordnungswidrigkeiten〉。かくして、違法性は、実定法上の各領域で共通の要素として、一般的な問題として共有されるようになった。

そうして、一般的に議論されるようになった違法論の展開を承けて、ペンディングは、規範論を通じて實質的違法性論の下地を形成する<sup>52</sup>。これによって、現実の制定法に、仮初の法理論的根拠を付与することができた。そこでは、

制定法への違反が違法となるのは、それに先立つ規範に違反するからだと言われる。つまり、制定法に先立ち、法益保護を目的とする禁止・命令という規範があると観念され、これが、違法性の根拠とされるに至ったのである。

これを承けて、リストも当初は、犯罪とは、有責な規範違反のうち刑罰の科されるもの、つまり可罰的不法行為であると解した。そして、規範違反、即ち違法性がなければ、不法行為も犯罪も成立しないことを確認した。それと同時に、リストは、侮辱罪の成立を限定するドイツ帝国刑法第百九三条を例に、犯罪全般の違法性を阻却する事由を見出した。ある注釈書によれば、同条の趣旨は、学術上、芸術上、営業上の成果に関する批評、権利行使又は正当な利益の保護を理由とする意見表明や、訓戒・説諭等に関しては、それが罵詈雑言などの不穏当なたちで行われな限りは侮辱罪を構成しないというものであるが、リストは、これらの事情が、侮辱罪に限らず、犯罪一般の違法性を阻却する性質のものであると説いている。その趣旨は、一九三条をすべての犯罪に類推適用できるといふ意味ではなく、諸々の違法性阻却事由の統一的原理とでもいふべき事由を同条に見出すことができるという内容だと推測される。

ここに至って、違法性が、およそ犯罪の成立を肯定または否定する要素として明確に根拠づけられたといえる。もちろん、客観的違法性論の議論を承けて、違法評価と責任要素は区別されている。

しかしながら、その後、リストは、規範論的説明とは袂を分かち、違法であるというのは、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、法規範によっ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くに至る。<sup>(56)</sup> 通常、前者に対応する意味で、後者は「実質的違法性」と説明される。

ここで、なぜペンディング及びリストの見解が相違するようになったのかを確認しておくことは、実質的違法性概念の理解にとって有益である。両者はともに、一九世紀の実証主義時代にあつて、その影響を大きく受けている。ペンディングは、法学の対象面において、いわゆる法実証主義の立場を採った。これに対して、「実証主義の方法論お

よび科学概念を首尾一貫して刑法に転用した最初の人<sup>57)</sup>であるリストは、現実の社会生活のなかで生起する犯罪の実体を強調した。そうした観点からは、ペンディングがほぼ同じ概念を用いていても、その規範論に基づく法益侵害および違法性は、国家が表面に貼り付けるだけの、まさに形式上の評価に過ぎないと批判されたのである。結局、極端な形式主義からは、法律に違反すれば、違警罪も行政違反も難なく法益侵害であり、違法と見做されるからである。それ故、リストは、刑罰法規範に対する違反を、反社会的または非社会的 (antisozial od. asozial) な行為として、事実的側面から捉え直したといえる。つまり、抽象化された世界の観念的法益ではなく、現実的な人間の利害関心を重視したのである<sup>58)</sup>。

それでは、実質的違法性とは何かといえ、それは、制定法の外に求められる「違法」の根拠を意味するものと解される<sup>59)</sup>。私見ではその内容は「不法」であるため、実質的不法論と表したほうが良いかと思われるが、それはともかく、制定法に先立つ法的許容性の評価は、ときに、哲学的・法理的なものとして把握されてきた<sup>60)</sup>。違法性の根拠を制定法の外に求めることによって、(一) 制定法に実定法的根拠 (妥当性) を、場合によっては、(二) 制定法の効力を否定する根拠を与えることができる。但し、罪刑法定主義が有効な限り、解釈論上、違法性の実質的把握は、結局、犯罪の成立を阻却するという消極的な方向をとってあらわれざるを得なかった。したがって、超法規的違法性阻却事由に至る<sup>61)</sup>。この意義は大きい。統一的な違法性阻却原理を考えたことに加えて、違法性の実質根拠を制定法の外に求めたことが、超法規的正当化事由の展開に寄与したといえる。ときに、実質的な違法性阻却事由こそが、違法性の本質論の裏返しにほかならないと説かれてきたのは、この意味で正当だろう。

しかし、超法規的違法性阻却事由は、いわば善後策であるということも銘記しなければならない。要するに、成文法規が、「不法」を的確な範囲で把握しきれていないからこそ、制定法を修正する超法規的違法性阻却事由が必要になっ

たといえる。そもそも、違法論のこうした発展は、成文法体系における法実証主義が抱える問題と関係する。いわゆる悪法、疑法、過酷な法の問題である。最後に、この点に若干言及しつつ、違法論の意義を考えてみる。

(51) 拙稿・前掲「法哲学における不法概念」一八頁脚注(13)、二〇頁脚注(29)の本文参照。

なお、莊子邦雄『刑法総論』(青林書院新社、一九六九)一三〇頁によれば、メルケル、ビンディングは、私法上の不法と刑法上の不法(犯罪)の区別を否定し、リストは、さらに進んでこの区別を撤廃したので犯罪の実質概念は無内容なものとなったと目される。そこで断定することができるのかは、今後の検討課題である。

(52) Vgl. Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd.1, 4.Aufl. 1922, S.3ff.

なお、ビンディングの規範論と違警罪については、拙稿・前掲「形式犯」一〇四頁以下参照。

(53) Vgl. Franz von Liszt, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1.Aufl., 1881, SS.64-65, 83-94

拙稿・前掲「法哲学における不法概念」一九頁脚注(17)参照。

(54) Vgl. Reinhard Frank, *SIGB 2.Aufl.*, 1901, § 193 und § 192 (SS.251-254) なお、現行のドイツ刑法第一九三条本文はほとんど変わっていない。

(55) 諸々の違法性阻却事由としては、古代ローマ法を参照しつつ、正当防衛・緊急避難のほか、公務の執行、正当な権利行使としての懲戒権や医療行為、被害者の承諾、自傷行為、などが挙げられている。Vgl. Liszt, a. a. O., SS. 83-94

なお、違法性阻却事由を統一的に説明可能としたことが、超法規的正当化事由(実質的違法性論)の展開に寄与したことは大きな成果である。しかし、それ以上の意義があるかといえは疑問である。社会的相当行為、被害者の同意、緊急行為、および法令行為では、それぞれ正当化の根拠が異なるので、これらを統一的に説明しようとしてもあまり実りのある要件や基準は導けないのではないだろうか。極端に言えば、これらはそれぞれ根源的に異なると思われる。漠然とした把握に過ぎないが、例えば、社会的相当行為は、法共同体での生活態度や慣習に、被害者の同意は、私的刑法から公的刑法に移行した後もなお私人に残されるべき処分権に、緊急行為は自己保存と正当な戦闘に、法令行為は国家的権力の行使が必要不可欠であることから導かれた必要悪を適正手続化したものに、それぞれ由来しているのではないだろうか。詳しくは、将来の検討課題としたい。

- (56) Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 19. Aufl., 1912, SS. 143-145, 120-121
- (57) フリチョフ・ハフト(平田公夫訳)『正義の女神の秤からヨーロッパ法二千年の流れ』(木鐸社、一九九五)二二七―二二八頁
- (58) 莊子邦雄「リスト」木村龜一(編)『刑法学入門』(有斐閣、一九五七)九八頁以下参照。
- Vgl., Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3. Aufl., 1888, S.21.Fn.3
- なお、Liszt, *Lehrbuch*, 2. Aufl., 1884, S.94 では、また規範論的な理解が残っているが、他方、同書七三頁では、規範論の意義を高く評価しつつも、規範論に基づく法益概念及び責任論に対して異論を投じている。
- (59) Vgl., Liszt=Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23. Aufl. 1921, S.140; Max Ernst Mayer, *AT des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl. 1923 (1997), S.180ff.; 黒田誠/牧野英一『行為の違法/不作爲の違法性』(第二版、有斐閣、一九二〇)「はしがき」参照。
- なお、実質的違法性の概念は、この意味に限られず、別の意味で使用されることもある。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)六九頁以下、竹田直平『法規範とその違反』(有斐閣、一九六二)六七・六九頁も参照。
- (60) フォイエルバハの権利侵害、リストの実体的不法はこれに近い。また、小野清一郎『新訂刑法講義総論』(有斐閣、一九五三)七九頁、小暮・前掲論文五八頁以下は、犯罪の法理的・法哲学的考察と、犯罪の法理的・特殊犯罪論的考察を大別し、前者が行為の当罰性の問題、後者が可罰性の問題であるとされる。なお、拙稿「不法及び司法判断としての違法性」広島法学第四一巻第二号(二〇一七)二八頁以下も参照。
- (61) 森下忠「超法規的緊急避難論」『緊急避難の研究』(有斐閣、一九六〇)一八七頁以下、小暮・前掲論文四四―四五頁参照。

## 第六節 考察 違法論の意義

これまで確認してきたように、ドイツ法を中心とした今日の違法論は、基本的に立法論から解釈論へと展開してきたといえる。中世までの違法論が個別的な不法行為の法的評価を対象としてきたのに対して、抽象的な違法性の理論では、不法行為の総論的性質または本質を追及してきたと考えられる。それは、主として、「制定法によって」許さ

れない範囲を決定するための作業である。それ故、いくつかの邦または国家の法を統合しようとする際に、違法性の理論が発展しやすいように思われる。とはいえ、違法論が特に成文法主義の国で発展したことに不思議はないとしても、ドイツ及び日本が、その他の国と比較しても詳細な違法論を展開しているという背景には、やはりドイツ及び日本に特有の性格が反映されているのかもしれない<sup>(65)</sup>。しかし、次のことは、憚られながらも銘記しないわけにはいかならう。ドイツ法学がそうした緻密な違法論を発展させた後、遠からぬ内に、ナチス体制下で制定法による不法が起こつたのである。この点、前稿の第一節で挙げたギリシアの状況に似ているようにもみえる。とりわけ注意すべきは、この問題を学説的対立に解消してしまうことである。実質的違法性論が、一部の学派によって、国家社会主義的に即した刑法を可能とすべく利用されたことはよく知られている。しかし、実際、それは、客観的違法性説や主観的違法性説、法益侵害説や義務違反説という対立と直接に結び付けられるわけではない<sup>(64)</sup>。もちろん、それが本心からの主張であつたのかどうかは判らない。ただ、主観主義や客観主義という立場を超えて、実質的違法性論そのものが、当時の悪法問題に対抗し得なかつたことは事実である。

悪法の典型例としては、やはりナチス体制下における一連の法律と命令が挙げられるだろう。特に、ヒトラーの独裁体制を最初に基礎づけた授權法、アーリア人至上主義とユダヤ人への迫害を内容とするニュルンベルク三法は有名である<sup>(66)</sup>。もちろん、悪法問題は、ナチスドイツに限られたことではない<sup>(66)</sup>。ソクラテスの時代から、過酷な法律による悲劇は知られている<sup>(67)</sup>。中世の絶対君主制の下では、むしろ、君主による不法にいかに対抗かが、むしろ法学の重要な課題であつたはずである。また、比較的最近でも、旧東ドイツにおける国境法が亡命者の射殺を許可する明文規定を置いていたため、その合法性が問題とされたところである<sup>(68)</sup>。未だ検討も調査も不十分であるが、妥当性に疑いのある法律は、決して少なくないと思われる。

この種の問題に対して、観念的な違法性論は、果たして真摯に取り組んできたのだろうか、と率直な疑問が浮かび上がる。そして、今日の違法論が、実際、制定法による不法に対してどれだけ有効に機能し得るかと問われれば、ここには疑問を抱かざるを得ないところである。むしろ、制定法による不法への対策のみに目を向けるならば、国家的・政治的動揺の予防措置を講じるほうが、より効果的かつ建設的であると言えそうである。というのも、いかに優れた法理念をもつ国家であろうと、政治・社会体制が不安定な「危機的状況下に陥るほど、人権もより脆弱なものとなる」<sup>⑧</sup>ということを我々は歴史的に知っているからである。

そうすると、違法論は、法の実践にとつてそれほど有益ではないのだろうか。もちろん、容易にはこれを受け入れがたい。そこで、違法論の意義をもう一度顧みたい。一説によれば、「法の本質は、不法に対抗すること」<sup>⑨</sup>であるとされる。これは、国家不法に対する抵抗権について主張された見解である。しかし、その内容は、まさしく違法論の意義に通じるのではないかと考えられる。違法論とは、まさに不法の内容を明らかにしてそれに対抗する一手段を提供するものと理解できないだろうか。ただ、この点に関しては、批判的に自問してみる必要があるだろう。

一つには、それは、法哲学の領域における課題であり、実定法上の違法論が直接に扱うものではないと指摘できるかもしれない。しかし、この点は、それほど深刻には問題視されないだろうと予想される。死刑の是非、安楽死、戦争への参加などの問題もやはり、個々の具体的な訴訟事件となり得る以上、やはり実定法上も検討しなければならないだろう。

次に、制定法による不法の問題は、いわば不法国家や不法体制の顕れであるから、不法行為責任、特に刑事責任の範疇ではないと考えられないだろうか。しかし、この考えにもやはり疑問がある。確かに、中世の「君主は法の上に」という思想が妥当したように、現状は「国家は、刑法の上に」という考えが維持されるかもしれない。<sup>⑩</sup>しかしながら、



少なくとも、国家も不法行為責任の主体にはなり得る。また、国家それ自体ではなくとも、公的機関として機能する個人は当然処罰の対象となる。より根本的には、制定法によってある行為を許さないと宣言し、法的効果を付与することは、まさに不法行為、犯罪をつくりだす作用に他ならない。しかも、制定法上の不法は、不法に従う行為者を犯罪者に仕立て上げ、さらに別のいわれなき被害者を生み出すため二重に有害である。さらに、死文化した法律であっても、慣習法でない以上、国民の行動を萎縮させる効果は保ち続けるといふ弊害もある。それは、刑罰権の濫用といわざるを得ないのである。実際、この問題に対しては、アメリカ法における適正手続の実践に一日の長があるように思われる。<sup>②</sup>特に行政刑法の分野に関しては、日本の違憲審査制度をもう少し活性化させる方法を探るべきだという考えもあり得るように思われる。

最後に、実定法上の違法論が、仮に、不法に対抗する手段を理論的に提供することにあるとしても、次の疑問が浮かぶ。制定法による不法と、国民による不法では、主体も性質も異なるのであるから別に論じるべきであり、前者には、抵抗権や政治的緊急行為権の行使を認めれば足りるのでないだろうか。確かに一理ありそうに思われるが、これは、制定法による不法を違法論の対象とすることへの批判ではないだろうか。むしろ、それを違法論の対象として論じることから生じる見解である。したがって、理論構成はどうあれ、抵抗権を認める結論自体には異論がないと考えられる。<sup>③</sup>ただし、やはり、それは善後策である。不法な制定法によって、不法に行動することを命じられた葛藤状況下において抵抗する権利があったのか否かが事後的に判断されることになる。それが現実的に可能かどうかともわからない以上、やはり、事前に、不法な制定法そのものの効力を否定する議論もなされるべきだろう。

さて、それでは、この問題にどのように取り組めば良いのだろうか。ここではまだ本格的な検討はできないので、

今後の検討課題と検討の方向性のみを素描しておきたい。

まずは、いわゆるラートブルフ公式を確認しておこう。<sup>(24)</sup>その後半部分は、正義の核心をなす平等を意識的に否定する法律は、単に「不正な法 (unrichtiges Recht)」であるのみならず、そもそも「法」たる本質を欠くとする。しかし、そこまで明白な悪法は、それほど多くはないのではないだろうか。また、そのような悪法は、平時の法治国家であれば、比較的容易に憲法違反を認め得るのではないだろうか。むしろ、ラートブルフ公式の前半で指摘される「不正な内容をもつにも関わらずなお妥当する法律」のほうが、現実には、多く存在すると考えられる。したがって、明らかに憲法に反するとまではいえない多くの制定法に焦点を合わせる必要があるだろう。画一的な制定法には、法的安定性に資する長所がある反面、不法とまではいえない行為も違法行為として等しく処理する虞れがあると思われる。そこで、多くの制定法は、その妥当根拠をもう一度検討し直す必要があるのではないかと考えられる。

今日、法制度を通じて付与される評価は、市民の法感覚に適うものだろうか。制定法からの逸脱に対する画一的評価を重視するあまり、法感情や慣習から生じる評価を遠ざけすぎたことはないだろうか。<sup>(25)</sup>改めて、「事物の本性により禁止されたものは、いかなる法律によっても承認されることなし」、「百年経っても不法は不法」という法感覚に学ぶことがあるように思われる。法実証主義的傾向の高まりに対して警戒心を抱く論者は、それ故に、制定法の外に、不法の実体的根拠を求めたと解することができる。

そもそも、制定法によって禁止される範囲は、どうしても広めに設定されてしまうので、そのなかに社会的相当行為を包摂してしまう虞れがある。これを適切に排除するためには、制定法という形式で法が何を許さないと見做すのかを市民の生活に尋ねる必要がある。そのうえで、市民的法感情を伴う不法と、制定法からの逸脱をやはり区別したほうが、福祉国家に資するのではないかと思料する。というのも、多くの行政法規が公共の利益や福祉の最大化を図

るために必要な法規制を行うのだとすれば、それによって制約を受ける利益との衡量は避けられないからである。法律で禁止されたものが「違法」であると評価されてしまうと、違法行為者に対する制約は比較的当然のこととして認められ易いだろう。<sup>(76)</sup> その際、重要であると考えられるのは、比例原則の判断材料に対する配慮である。ベンサムが努めたように、ある行為からどのような不快、恐れ、損害が生じるのかという点を慎重に検討すべきだろう。違法論ももう少し他の科学的知識に耳を傾けて良いのではないだろうか。何より肝要であると思われる点は、単なる感情や不快感、偏見などを法感情と区別することである。以前に筆者は、社会的相当性の概念が曖昧で漠然としたものだという理解に対して、若干の批判的考察を試みたことがある。<sup>(77)</sup> その際は、この理論の本来的意義や判断対象に重きを置いていた。しかし、もっと考えるべきであったのは、人々がある行為を社会的に相当で甘受できると考えるとき、それはどのような精神活動に由来するのか、という点にあったように思われる。この点、法の精神、リーガルマインドというものを磨き上げるための討議の機会が、部分社会でも国全体でももつと増加することを望むしだいである。

前節で確認したように、成文法主義を念頭に置いた実質的不法論の目的は、(一) 制定法に先立ち、許されざる行為の性質を明らかにし、実定法に立法的根拠を付与し、(二) 必要に応じて、司法解釈の段階で、これを超法規的に修正することにある。この二つは、車の両輪のようなもので、前者が欠けると後者に過度の負担をかけることになり、後者が欠けると前者が完璧を期さない限りやはり事故が起こるだろう。さらに重要なのが、この両輪を支える土台である。この、法の精神とでも呼ぶべきものを涵養することこそ、「不法に対抗する」手段を講じる上で肝要ではないかと考えている。

- (62) この点、今日のヨーロッパ不法行為法の動向は非常に興味深いところである。クリスティアン・フォン・パール著、窪田充見(編訳)『ヨーロッパ不法行為法』(弘文堂、一九九八)五頁および「解説・訳者はしがき」参照。
- (63) 宮澤浩一「犯罪論体系の意義」中山研一、西原春夫、藤木英雄、宮澤浩一(編)『現代刑法講座』第一卷(成文堂、一九八〇)一九三頁参照。
- (64) Vgl. Mezger/Schaffstein/Henkel, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, in: ZStW Bd.55 (1936), S.1ff.  
この点、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)三三四頁以下参照。
- (65) 授權法の正式名称は、「民族及びドイツ国の危難除去のための法律」(Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933: RGBl. I, S.14)、「ニュルンベルク三法の正式名称はそれぞれ」、「ライヒ国旗法」(Reichsflaggengesetz vom 15. September 1935: RGBl. I, S.1145)、「ドイツ人の血と名誉を保護するための法律」(Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935: RGBl. I, S.1145)、「ライヒ公民法」(Reichsbürgergesetz vom 15. September 1935: RGBl. I, S.1146)である。  
なお、当時の日本からみた評価については、我妻栄(編)『ナチスの法律』(日本評論社、一九三四)特に、木村亀二「ナチスの刑法」同書二八四・二八六頁も参照。
- (66) 例えば、当時、優生保護思想に基づき断種法を制定したのはドイツだけではなくたようである。日本でも、戦後に優生保護法を制定した上、その問題が取りざたされて母体保護法に改正されたのは比較的最近のことである。竹下賢・平野敏彦・角田猛之(編)『トピック法思想―羅針盤としての歴史』(法律文化社、二〇〇〇)「住吉雅美」六頁以下参照。
- (67) 柴田光蔵「ローマ法の基礎知識」(有斐閣、一九七三)一〇五頁以下によれば、少なくともローマ法上の格言〈*dura lex sed lex*〉は、「悪い」「法」というより、「厳格な」「峻厳な」又は「過酷な」「法律」という意味であるとされる。
- (68) Vgl. Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik vom 25. März 1982 (GBl. DDR, I S.197) § 27: Silke Buchner, Die Rechtswidrigkeit der Taten von "Mauerschützen" im Lichte von Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts, P. Lang, 1996, S.66ff.
- (69) Frédéric Studré, La convention européenne des droits de l'homme, 10e édition, 2015, pp. 27-28

右文献では、ヨーロッパ人権条約（における人権保護条項）の一時的適用除外（第一五条、デロゲーション）が問題とされるような危機的狀況が想定されている。そこで挙げられている具体例は、対テロ警戒態勢、軍事政權体制、戒厳令が布かれる非常事態などであるが、「法律による不法」が生じやすいのは、この種の不安定な状況下である。

- (70) Arthur Kaufmann, *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit: Aspekte des Widerstandsrechts von der antiken Tyrannis bis zum Unrechtsstaat unserer Zeit, vom leidenden Gehorsam bis zum zivilen Ungehorsam im modernen Rechtsstaat*, 1991, S.6 (但し「これは、マーティン・ルーサー・キング牧師の言葉のようである。)

- (71) この点に鋭い疑問を投げかける文献として、ホセ・ヨンバルト「正義の感覚・理論・実現」(成文堂、二〇〇六) 一六五頁以下参照。なお、ここでは、スペイン法の「刑事責任は人的である」という趣旨の伝統的見解と法人処罰とを矛盾させない思索が提案されているが、この点、イタリア法の企業犯罪規制が参考になるかと思われる。吉中信人「イタリア刑法における企業犯罪の法的規制」(広島法学第三四巻第三号(二〇一一)一九二頁以下参照。

- (72) 奈良俊夫「英米刑法における『利益侵害論』(一) 独協法学一三三号(一九七九) 四三頁以下参照。

- (73) 菅野喜八郎「抵抗権論とロック、ホップズ」(信山社出版、二〇〇一) 特に一四四頁以下参照。

- (74) Gustav Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht", in: Erik Wolf und Hans-Peter Schneider (Hrsg.), *Rechtsphilosophie*, 8.Aufl., Koehler, 1973, SS.345-346; ラートブルフ著、尾高朝雄ほか(訳)『実定法と自然法』ラートブルフ著作集第四巻(東京大学出版会、一九六二)二六〇・二六一頁参照。

- (75) キルヒマンは、その「法学無価値論」において、制定法に関する知識に対して、法感情の伴う生の法（生）(自然の法: das natürliche Recht) の重要性を指摘する。Vgl. Julius Hermann von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848(1966), S. 89ff.; 山口邦夫「キルヒマン「法学無価値論」の歴史的意味」(駒澤大学) 法学論集第五〇号(一九九五) 一三二頁以下参照【同】「帝国崩壊後(一八〇六年)のドイツ刑法学」(尚学社、二〇〇九) 所収】。

- (76) この点、拙稿・前掲「法哲学における不法概念」一三頁以下では、単純に不法と違法を区別したことを反省しなければならぬ。ただ、どのように概念的に区別するのが良いかは、もう少し検討課題としておきたい。差当り、行政違反や警察違反のように、「違法」という概念を用いないという見解と、実体法上、不法と区別される「違法」を觀念するという考えがあるだろう。

- (77) 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一七九頁以下参照。

## 結びにかえて

歴史的には、刑法は、私法の領域から行政法の領域へと移行しつつも、両者の間を行き来しているとみることができ。前者は、違法行為の個別的判断を重視する傾向にあり、後者は、実定法規範による画一的な評価を要求する。慣習の異なる法共同体を統合するためには、実定法規範から違法性なる概念を抽象化した後、解釈によって内容を補充していくほうが実際のだろう。また、そのような変遷を確認することができたように思われる。

しかし、あまりに抽象化された法実証主義的ルールは、ときに法感覚から離れすぎのおそれがある。違法論の目的が「不法への対抗手段」を講じることにあるとすれば、制定法の氾濫に伴う弊害には自覚的であるべきだろう。もちろん、制定法の重要性を否定するつもりはない。特に、行政法規の多くが今日、福祉国家を支える不可欠な役割を果たしていることは確かである。

しかし、だからこそ、制定法に違反することと、不法とは、別の概念として機能させるべきであると考える。それは、ややもすれば、今日、刑罰を積極的かつ機能的に投入することによって社会的利益の増大を図れるのではないかという風潮において、不可欠な視点ではないだろうか。もっともその作業は、今日、刑法に期待されている任務と関連する。私法の領域から行政法の領域の間でどのようにバランスをとるべきかが重要となるだろう。それ故、民事不法、刑事不法、行政違反の異同を分析し、互いの特性を限界つける思索が必要となる。特に、行政法規違反との限界づけは、法益侵害説が誕生した当初から刑法学が抱える問題であり、今後とも検討すべき課題である。