

刑事不法の哲学的基礎づけ 序論

山川 秀道

はじめに

一. ヴォルフ論考の内容

二. ヴォルフ学派の所説

三. 若干の考察

結びにかえて

はじめに

近年、刑事不法の概念を哲学的に再構成する試みが少しずつ現れている。それらの成果は、一九八〇年代以降のいわゆる「応報刑論のルネサンス」⁽¹⁾を反映したものといえる。ここでは、法哲学的洞察から刑罰の規範的意味が再考されるとともに、刑事不法の概念も同じ視点から捉え直される。その基本的理解によれば、犯罪と刑罰は、規範的意味内容において対応関係にあるものとして把握される。つまり、法の普遍的妥当性を否定する行為に対して、刑罰は、法の妥当性を再確認するための規範的応答として働きかけることになる。刑事立法の活発な今日、制定法及び実定法解釈論から少し距離を置いて刑事不法を見つめ直すことは有意義な試みであると考えられる。もちろん、

犯罪の実質的理解には、実体法上の要件(解釈)及び当罰性・要罰性の考慮が不可欠である。しかしながら、実定法的効果の妥当性、有用性等の観点から刑法の対象を定めるアプローチは、ときに、問題の根本的解決を先延ばしにする傾向がある。それ故、まず法哲学的考察からすれば如何に刑事不法を根拠づけることができるかを大まかながらも検討すべきだと思われる。その後、刑罰効果の検討を通じて刑法の対象範囲が模索されることになる。

そこで、本稿では、応報刑論のルネサンスを代表する立場のなかでも、もっぱらヴォルフ学派の見解を紹介、検討したいと考える。⁽²⁾

(1) 飯島暢「ドイツにおける応報刑論の動向」『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(成文堂、二〇一六)二二頁以下、同「応報刑論のルネサンスの射程とその課題」『刑事法ジャーナル第五四号(二〇一七)一一頁以下、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察(二)」立命館法学第三四二号(二〇一一)二三〇頁以下参照。

(2) 飯島・前掲書二八頁によれば、ヴォルフ学派の応報刑論とは、「エルンスト・アマデウス・ヴォルフとその弟子達(ケーラー、ツァツィック、カール、クレシエヴスキー等)によつて主張されている見解であり、各人の間に重点の置き所の相違はあるものの、基本的に、カント、フイヒテ、ヘーゲルに代表されるドイツ観念論法哲学の立場に依拠しながら、人間の自由・自律性の保障を(刑)法の課題として捉え、それに基づいて応報刑論の現代的な再評価を行っている学派である」。一応、本稿では、そこに連なる考えとして、Dr. Michael Rehr-Zimmermann (Rechtswalt), Prof. Dr. Wolfgang Beck, 飯島暢教授の見解も含めて、ヴォルフ学派と表現することとした。

なお、本来であれば、応報刑論のルネサンスを代表するもう一方の立場として、ヤコブ学派も論じるべきであるが、主に紙幅の都合上断念せざるを得ないので、この点は、機会を改めて検討したいと考えている。

一．ヴォルフ論考の内容

刑事不法の限界を哲学的に究明するという営為は、特にカント、ヘーゲルらの影響を承けた一九世紀頃、精力的に

試みられた。しかし、その後は不法論においても自然科学的、目的論的、機能的なアプロウチが主流となるにつれ、刑事不法もその他の不法と性質的に異なるのではなく、量的又は便宜的に区別されるに過ぎないという見解が有力化してきたと見ることができる。

これに対して、比較的最近になって再び、ヴォルフ学派から重要な異論が唱えられている。その先駆けともいえるヴォルフ論考は、刑事不法と他の不法形態の限界を画する上で重要な意義と影響力をもっている。そこで、まずは、ヴォルフ説の内容をその論考から確認してみたい。

まず論考の導入部において、刑事不法を^④その他の不法から区別することは、実践的意義を有するだけでなく根本的な問題であることが確認されている。それは、刑法学の対象を確かめるという意味で中心的な問いであり、これに答えを与えてくれる基礎的根拠が求められる。実は刑法（解釈）学が日々勤しんでいるのは、個別問題の解決を前提に、その基礎的根拠の一部を解釈論的な道具として駆使する作業だとされる。

この内容は、次のような問題提起を示唆しているのだと解される。一方で、刑法解釈学と緊密な関係に立つ見解は、犯罪を「立法者によって刑罰が科される行為である」と定義するが、これは、次の哲学的理解と対立する。それは、犯罪の本質を制定法へ固定化することを放棄し、罪刑の法定をいわば偶然的なものとして捉えて、犯罪を純粹に思惟的認識において基礎づけようとする見解である。ヴォルフ説によれば、いずれの立場にも納得できる面があるが、その根拠づけにおいて十分でない。^⑥ヴォルフ説は、それ故に、その「統一」的理解を追究するものと考えられる。それによるならば、不法の本質的異同を根拠づけること、及び、犯罪行為を法律へと固定化することは、対立することなく統一的に把握されることになる。もつとも、そのためには、次の疑問が明らかにされなければならないという。すなわち、

なぜ法律がなければ「法」の達成に十分でないのかという疑問に加えて、なぜ一定の実践手続のなかで他者と共同して作成した法律こそが、行為の実践的正当性を基礎づけ得るのかも明らかとされるべき課題となる。⁽⁷⁾ その結論は、犯罪と国家刑罰がどのようにつくられるかという問いに回答にするかたちで示されることになる。したがって、法・不法および刑罰の成り立ちへと視点を転換することが求められている。

そこで、ヴォルフ論考の本論は、まず、刑事不法の限界に関する従来の見解を概観した後、視点を変えた哲学的基礎づけが必要であることを指摘する。⁽⁸⁾ またそこでは、刑事不法の特性を法益侵害の重大性に求めることはできないと結論づけられている。その理由の一つは、刑事不法の直観的把握にある。それによれば、刑事不法は他の不法とは異質なものとして把握されるべきであるが、特に価値論を中心とした法益概念によれば、刑事不法、民事不法、秩序違反(行政違反)は、法益侵害の程度によつて区別されるに過ぎないからである。⁽⁹⁾

また、次の点も、哲学的考察の必要性を示唆していると思われる。それは、峻厳な刑罰・保安処分を本質的に基礎づけるためには、重大な法益侵害を根拠とするだけでは不十分だと考えられている点である。ここでは、医療モデル的発想も拒否されている。犯罪者もある種の助けを求めていることは確かであるが、強制的処遇を望んでいるわけではないので、これを正統化することはできないとされる。というのも、それは、一定の手続を経たにせよ、他人が決定した措置を強いることになるからである。「強制を用いて他人の外的自由を縮減する措置を、もつぱら、《犯罪行為者という、十分に自己規定ができずに外からラベリングされる存在》へ結び付け、その者を精神障害者と同視することとは、他の法的共同体員による余計なお世話であつて、何の正当性もないのである」⁽¹⁰⁾ (二重括弧は筆者注)。それ故に、市民の自立性を害することなく刑事処分を基礎づけ得る根拠が求められるのである。

以上の理由から、ヴォルフ説は、「私というもの・自我《das Ich》(以下同じ。)」の自立性にまで立ち還った基礎づけを行う。そして、カントの法理論に倣って、自由な意志に基づく自己立法および相互承認関係を根拠づけている¹¹⁾。その前提として、カントのコペルニクスの転回を想起すべきことが指摘されている¹²⁾。この点は若干の補足的説明が必要かと思われるので、心もとないが、筆者が大まかに理解している限度で説明しておきたい。

カントによると、当時の一般的な考え方に拠って「われわれの認識が対象に従わなければならない(対象が認識を定める)」とすれば、経験のない(アприオリな)ものごとの認識はほぼ不可能となる。これに対して、「対象がわれわれの認識に従わなければならない(認識が対象を定める)」と仮定すれば、認識者は、時・空間に制約されることなく、アприオリに対象に規定を与えることができる。そうすれば、単に「存在するもの《Was da ist.》」の(理論的)認識だけでなく、「存在すべきもの《Was dasein soll.》」の(実践的)認識もまた可能となる。カントは、これをコペルニクスの転回または思考法の変革として説明する。これによって、「私というもの」を自立的存在として世界のなかに位置づける(理解する)ことができる¹³⁾とされる。すなわち、「私というもの」が自己の思惟を支配する者であることを意識するとともに、現存在を通じて私に属する表象・経験を自己意識へ帰属(統合)させることによって、自由と自然法則を両立させる道が開けるとい¹⁴⁾う。要するに、この世界で自分自身が何者であり、そしてどうあるべきか、即ち世界とどう向き合うべきかを知ることができるのだと解される。

こうした認識が、自由、自立、平等という三つの鍵概念の基礎となる。そして、これら三つの概念を通じて、誰もが自発的に定立した法則に従って、平等に自由を享受できる法的状態、つまり、相互承認関係が構成されることにな¹⁵⁾る。このことが、ヴォルフ説においても、思惟を通じた実践的な自己規律から敷衍されている¹⁶⁾。すなわち、実践という現実世界の営みのなかで自由を獲得するためには、自然法則や動物的感性に支配されることはもちろん、それらに

左右されないという消極的な自由でも不十分である。そのため、道徳法則を意志の規定根拠として自らに課すという自己立法を通じて、自律的に行為するという積極的な自由が求められる⁽¹⁸⁾。ここで、選択意志の自由な行使のなかに法概念が見出される。なぜなら、法の要請によれば、任意かつ自由な選択意志によって定立される主観的原則（格率）は、道徳法則と一致しなければならぬからである。これを定言命法というかたちで表すのが、「汝の格率が普遍的法則となり得るように行為せよ⁽¹⁹⁾」という行為格率である。客観的な合法則性を扱う「法論」では、これが次のように言い換えられている。すなわち、「法とは、そのもとで一方の選択意志が他方の選択意志と自由の普遍的法則に従って統合されることを可能にする諸条件の総体である」から、各人の「選択意志の自由な行使が、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、それは正しい⁽²⁰⁾」。また、先の定言命法は、個々人が理性的関係を樹立し、他者のみならず自分自身をも理性的存在者、すなわち本来の人格たり得ることも命じる。「自分の人格や他のあらゆる人の人格のうちにある人間性を、いつでも同時に目的として扱い、決して単に手段としてのみ扱わないように行為せよ⁽²¹⁾」。これらの命題を実現するためには、各人が目的そのものとして承認・尊重されることを要請する普遍的な法的法則が立法されなければならない。理性的存在者は、他ならぬ自らが定立した法則に従うことを欲すると想定されるからである。ここに、自己立法の思想が明白に表れている。そして、自身の自立と同時に他者の自由も平等に可能とする自己立法においては、すでに相互的信頼を可能とする関係が構築されていると見做される⁽²²⁾。

しかしながら、現実はその上手くは行かないことも想定されている。自然法則や感性に囚われてしまいがちな人間は、個々人が悪しき格率を立てて、それに従い行為することもある。この点、カント同様、ヴォルフ説においても、有限な世界でエゴイステイックに振舞い、他人を支配下に置こうとする人間の性質が指摘されている⁽²³⁾。それ故に、法を維持するための機能が必要とされる。すなわち、法共同体として、各人が定立した法則が普遍的なもの足り得るか

どうかを吟味し、個人間の闘争を調整し得る作用が要請される。この点が、ヴォルフ説では次のようにまとめられている。⁽²⁴⁾

共同体へ統合された個々人は、自分たちに由来する危険に手をこまねき、ただそれを甘受するというわけには行かない。むしろ、それに対処することにこそ、結合の理由がある。すなわち、個々人による侵害のうち重大な事案を犯罪と定め、これに刑罰をもって応じることによりと合意が形成されるのである。それ故に、犯罪とは、他者をその自立の基盤から侵害するものと把握される。それは、全体的な相互承認関係を構成している一部、特定の個人間つまり行為者と被害者との承認のなかで現実化されている自立性の基盤を侵害することである。

ヴォルフ説によれば、右のような観点から、刑法は市民社会のなかで長い歴史をもつものである。ところが、市民社会に加えて国家という統一体が登場したことで、犯罪に対する国家刑罰の法は、(市民法、憲法に加わる) 第三の法領域として把握されるという。その法規範によれば、まず、犯罪の対象とされるのは、市民社会で法的状態へと結束された承認関係である。また、その侵害がいかなる段階で認められるのかという不明確性は、細心の注意をもって解消されなければならない。そのため、罪刑の法定が、根本的な原則となる。そして、法共同体の構成員は、犯罪が生じた場合、他者及び自己によってどのように扱われることを望むのかを明確にしなければならない。そこで、平等性の縮減によって犯罪に応答することが定められる。つまり、国家刑罰とは、国家として「統一」された市民社会において、自由な対等関係の地位を犯罪(の程度)に応じて制限することと解される。⁽²⁵⁾ これに対応する狭義の犯罪概念は、(法的地位に応じた権利や自由などの相応の帰属という) 配分を通じて構成される相互承認関係の侵害であって、なおかつ、個々人が自己規律的な生活の中でそれに順応し得ると期待できないものである。この犯罪概念は、さらに、法社会、特に市民法秩序の基盤といえる信頼との関連でより精確に定義される。すなわち、「犯罪とは、法的に構成された基盤的信

頼の明確な侵害である。そのため、犯罪は、他者または国家が、《法秩序によって認められた自己規律的な現存在の内では》自らの力で対応することができない仕方での侵害されることを前提としている」と定義される（二重括弧は筆者注）⁽²⁶⁾

さて、以上の内容から、ヴォルフ論考における刑事不法の概念が、導かれたことになる。最後に、民事不法及び秩序違反との差異が論じられているので、これを確認しておこう。

すでに確認したように、民事不法との違いは、量的なものではなく、質的なものであるとされる。例えば、契約違反は、窃盗よりも重大な財産的損害をもたらすこともあるが、それは犯罪行為ではなく民事不法であるという。何故なら、平穩な相互信頼関係に照らせば、窃盜被害に個々人で対処可能だと期待することはできないが、他方で、契約の場合には、自己保全を要請し得るからである。民事不法は、基本的には、社会が私法秩序の内部で自ら解決できる種類の侵害として想定されている。そして、その範疇を超えるときに初めて、刑罰法の領域として、国家としての法共同体が登場するのだと説かれる⁽²⁸⁾。市民法秩序内部で対処可能かどうかに関して、もう一例、信用取引詐欺罪（ドイツ刑法第二六五条）が検討されている。ローン契約などの信用取引に際して、自分に有利な不実文書の提出等によってもたらされる損害リスクは、刑事不法を肯定し得ないとされる。即ち、確かにそれは、被害を受ける銀行にとっては、他の詐欺事例と比較しても巧妙かつ甚大なものだろう。しかし他方で、貨幣の流通がその業務である以上、信用詐欺の企ては予想されないことではなく、そのリスクが銀行の収益と無関係なわけでもない。従って、この法規定をもたらずものは、理性ではなく、カント的用語でいう「幸運」への欲求であるとされる⁽²⁹⁾。

また、ヴォルフ説によれば軽微犯 (Bagatelldelikt) も刑事不法ではない⁽³⁰⁾。刑事不法は、侵害の種類のみによって規

定されるわけではなく、その程度にも関係する。それ故、ある侵害が、その性質上、もはや現実的には他者の自立性を害する意味をもたないほどに小さいなら、それは刑事不法から排除されることになる。

さらに、信用取引詐欺の例からも窺われるように、ヴォルフ説は、秩序違反、抽象的危険犯を刑事不法から区別する。そして、秩序違反は、次の三つに類型化されており、抽象的危険犯もそのなかに解消されている。³¹⁾

一つ目が、道交法など、危険を予防し秩序を維持するための法規則に違反する類型である。それらの規則の特徴は、その一般的順守が具体的事案の実質的正当性を顧慮することなく求められる点にあると見做されている。そのため、法市民は、その必要性に応じて秩序罰を伴う強制的規則に従うが、秩序違反行為も起こり得ることとして甘受されると解される。したがって、それは、信頼関係の侵害でもなければ、他者や国家を具体的に害するわけでもない³²⁾とされる。

秩序違反の第二類型として、国家機関および公的秩序が攻撃される場合が挙げられている。特に「公的秩序」の侵害の大半は、刑事不法でないと説かれる。公的秩序は、その維持が警察の具体的任務であるという状態以外の何物をも付加しないので、法益とはならないという。ヴォルフ説によれば、個々人による攻撃が国家との基盤的關係において問題となるのは、それによって、国家が、もはや通常の活動ではその秩序維持の任務を全うできなくなる場合に限られる。騒乱罪（ドイツ刑法第二二五条）がその代表例として刑事不法に位置付けられていると解されるのに対して、犯罪団体結成罪（同法第二一九条）はそうではない。

最後の類型として、他人の救助義務が問題とされている。自力では自身を救うことができない状況にある者を救助することは法的義務であるとする。³³⁾

以上で、ヴォルフ説の概要が、雑駁ながらも確認できたかと思われる。ヴォルフ学派の細かな検討は後に試みるため、

ここでは、ヴォルフ説の大きな特徴を簡単に纏めるとどめたい。

冒頭での問題提起で確認したように、ヴォルフ論考の出発点にあったのは、哲学的基礎づけと国家刑罰法の統一的把握にあったものと解される。これによって、二つの課題に回答が示されたと考えられる。すなわち、なぜ法律がなければ「法」の達成に十分でないのかという疑問については、市民社会の「法」関係を普遍的に保障したいと望むならば、国家法の枠組みによるしかないと考えられているからである。³³⁾ また、なぜ一定の実践手続のなかで他者と共同して作成した法律こそが、行為の実践的正当性を基礎づけ得るのかも、相互承認関係と国家の存在を通じて回答される。峻厳な刑事処分の根拠は、他の法共同体員による他律的干渉ではなく、自分自身を理性的に基礎づける自立的な自己立法（及び、その修正による普遍的妥当性）に求められていると考えられる。それと同時に、国家刑罰の対象としての犯罪は、もはや純粹に思惟的な産物ではなく、実定法とりわけ国内制定法を通じて現実的可罰性が付与されるものである。このように、ヴォルフ説は、個人の自立的自由を可能とする法的な信頼関係に基づいて、法・不法および国家刑罰と犯罪を根拠づける。不法の実質的根拠は、市民社会の法的関係から生じるのに対して、刑事不法の特性は、その枠外、すなわち国家法の枠組みを通じて獲得される。理念的かつ難解な側面は否めないが、理論的には精緻に基礎づけられていると考えられる。こうした基礎づけによれば、不法の区別は、従来の見解とどのように異なるのだろうか。この点、（刑事）不法の質的違いを強調するヴォルフ説からは、攻撃客体によって権利侵害と秩序違反を質的に区別する権利侵害説が比較的好意的に評価されている。³⁵⁾ 但し、権利侵害説による区別は未だ侵害の性質からは把握されていないと指摘される。というのも、市民社会の法的状態が個々の権利から構成されることを前提としたからといって、それによって直ちに、秩序規範の侵害が、権利侵害よりも軽微だといえるわけではないからである。ヴォルフ説によれば、そうした侵害の比較においても、法の統一的把握が必要とされる。市民社会の法的状態と国家的刑罰

法の統一的把握は、この点に重きを置いていたと評価できるだろう。その主張は、大なり小なり、ヴォルフ学派で共通して受け継がれていると考えられる。

ただ、ヴォルフ論考を概観する限りでは不明瞭な部分も残る。もちろん、これは筆者の説得力不足に因るところもあるが、一見して明白なかたちでは論じられていない課題があるのも確かである。例えば、ヴォルフ説においても法益侵害と相互承認関係の侵害との関連性は示唆されているが、その対応関係は必ずしも明瞭ではない。とりわけ、社会的法益と国家的法益の異同には不分明なところがあった³⁶⁾。また、行為無価値と結果無価値の関係をどのように把握するかが明瞭ではない。そして、抽象的危険犯や予備行為への早期化傾向が示唆されているが、具体的な論述はない。これらの検討課題を受け継ぎ、理論的に発展させてきたのがヴォルフ学派の特徴の一つといえるだろう。その所説を論者ごとに細かく考察する余裕はないので、雑駁ながら、刑事不法に関して主に共通する主張を確認してみたい。

- (36) Ernst Amadeus Wolff, Die Abgrenzung von Kriminalunrechts zu anderen Unrechtsformen, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S.137ff.
 - (4) Vgl., Wolff, aa.O., SS.137-139
 - (5) Wolff, aa.O., S.137は「その一例として、Paul Bockelmann, Strafrecht AT, 3.Aufl., 1979, S.2を挙げてくる。
 - (6) Vgl., Wolff, aa.O., S.137f. 前者の解釈学的見解はもちろん、後者においても、実践的意味における基礎づけが足りないからである。刑法において問題となる行為は、他者への苦痛を必ず伴っている実践的(現実的)なものであるため、この種の行為に不可欠な根拠づけが刑法学に求められると指摘される。
 - (7) Wolff, aa.O., S.138
 - (8) Wolff, aa.O., SS.139-161
 - (9) Vgl., Wolff, aa.O., S.154, 157, 214, und SS.138-139
- また、価値論及びその法益観については Wolff, aa.O., S.151ff.; Rainer Zaczky, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S.61ff.参照。

- (10) Wolf, a.a.O., SS.139-140 但し、飯島・前掲書五一頁以下、同・前掲論文、刑事法ジャーナル第五四号一四一―一八頁も参照。
- (11) Vgl. Wolf, a.a.O., S.178ff. また、カントの法概念および相互承認関係については、飯島暢「法概念の基礎としての相互承認関係」(慶応義塾大学)法学政治学論究第四七号(二〇〇〇)一五七頁以下、同「刑法上の不法概念の法哲学的基礎づけ」前掲書一三三頁参照。
- (12) Wolf, a.a.O., S.162
- (13) Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft (=Krv), 2.Aufl. 1787, G.Bd.III, S.421 (Rn.661) 【有福孝岳(訳)『純粹理性批判(中)』カント全集五卷(岩波書店、二〇〇三)三二六頁】
 なお、カント著作集の参照については、次のとおりである。
 底本は、アカデミー版と呼ばれる Kant's gesammelten Schriften の復刻版 [Kants Werke : Akademie-Textausgabe : Unveränderter photomechanischer Abdruck des Textes der von der Preussischen Akademie der Wissenschaften 1902 begonnenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften, Bd.I-IX; Walter de Gruyter, 1968-1977] とし、(Gesammelten) の頭文字 (G) と該当の巻数ならびに頁数を記載した。また、「邦訳」については、一部訳語を改めた箇所もあるが、多くはカント全集(書誌情報は初出のみ明記)の訳文を参照又は引用し、カント哲学上の用語に関しては、有福孝岳「ほか」編『カント事典』縮刷版(弘文堂、二〇一四)等も参照した。
- (14) Kant (Krv), G.Bd.III, S.11f. (Rn.XVIf), S.27 (Rn.1) 【有福孝岳(訳)『純粹理性批判(上)』カント全集四卷(岩波書店、二〇〇一)三三頁以下、六七頁以下】
 なお、カントの超越論的哲学の課題については、F・カウルバツハ著、井上昌計(訳)『純粹理性批判案内』(成文堂、一九八四)七〇頁によれば、「可能的経験の世界に対する主観の立場と姿勢とを規定すること、ならびに、立法者が悟性自然にあらかじめ―書く(指定する)根本法則の各条項を定式化することを主題にしている」とし、また、山口祐弘「カントにおける人間観の探究」(勁草書房、一九九六)二〇頁は、「神と靈魂の不滅を確信し、自由に基づいて行為する人間、そうした人間の成立の可能性を考察することがカントの主要課題であったと考えられる」とする。
- (15) Vgl. Kant (Krv), G.Bd.III, SS.374-377, 190f. (Rn.581-586, 274f.) (邦訳五卷二四八頁以下、四卷三二一頁以下) ; Kant, Kritik der praktischen Vernunft (=KpV), 1788, G.Bd.V, S.3, 33 【坂部恵・伊古田理(訳)『実践理性批判』カント全集七卷(岩波書店、二〇〇〇)一三三頁以下、一六九頁以下】 ; Wolf, a.a.O., S.162ff. ; 飯島・前掲論文「法学政治学論究第四七号一六〇頁以下
- (16) Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten (=Mds), 1793, G.Bd.IV, S.314 【樽井正義・池尾恭一(訳)『人倫の形而上学』カント全集一

- 卷(岩波書店、二〇〇二)一五六頁】において、自由、平等、自立の概念は、国民の本質と不可分な法的属性として登場する。すなわち、「法律上の自由(自分が同意を与えた法律以外のどんな法律にも服従しないこと)」、「国民としての平等(相手がこちらを拘束できると同様にこちらもまた相手を法的に拘束する道徳的能力をもつような、そういう相手だけを認め、人民のなかに自分より上位の者を認めないこと)」、「国民としての自立(自分の生存と維持とを、人民のなかのある他の人の選択意志によってではなく、公共体の成員としての自分に固有の権利と力とによって営むことができること)」である。しかし、これらは、国家によって初めて創出されるものではなく、そもそも人間が生来的に有する権利であると見做されている。Vgl. Kant (Mds), G.Bd.VI, S.237f. (邦訳五八頁)、Kant, *Über den Gemeinspruch*, 1793, G.Bd.VIII, S.290【北尾宏之(訳)「理論と実践」『歴史哲学論集』カント全集一四卷(岩波書店、二〇〇〇)一八七頁】
- (17) Vgl. Wolff, aa.O., S.167ff.; Ernst Anadeus Wolff, *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität*, in ZStW 97(1985), S.806ff.【エルンスト・アマデウス・ヴォルフ(飯島暢・川口浩一(監訳)・中村悠人(訳)「一般予防に ついての最近の理解と犯罪への応答に関するその適格性」(二・完) 関西大学法学論集六二卷六号(二〇一三)三三六頁以下】
- (18) Vgl. Kant (KpV), G.Bd.V, S.33(邦訳一六九頁以下); Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (=GMS), 1785, G.Bd.IV, S.431ff., 446ff.【平田俊博(訳)「人倫の形而上学の基礎づけ」カント全集七卷(岩波書店、二〇〇〇)六九頁以下、九〇頁以下】; (Mds), G.Bd.VI, S.213f., 221(邦訳二二六頁、三二六頁); 飯島・前掲論文、法学政治学論究第四十七号一六〇頁以下
- (19) Kant (KpV), G.Bd.V, S.30(邦訳一六五頁); (GMS), G.Bd.IV, SS.436-437(邦訳七六頁以下) Vgl. Kant (Mds), G.Bd.VI, S.382(邦訳二四五頁); Wolff, aa.O., SS.172-183
- (20) Kant (Mds), G.Bd.VI, S.230(邦訳四八一四九頁) なお、この点は、片木清『カントにおける倫理・法・国家の問題』(法律文化社、一九八〇)四五頁も参照。
- (21) Kant (GMS), G.Bd.IV, S.429, 428(邦訳六四一六五頁)
- (22) Vgl. Wolff, aa.O., S.183
- (23) Vgl. Kant (Mds), G.Bd.VI, S.307f., 312(邦訳一四九頁、一五三頁); Wolff, aa.O., S.185ff., 204ff. なお、カントの想定する人間の根源悪に「ごつは」片木・前掲書一七〇頁以下参照。
- (24) Wolff, aa.O., SS.210-211

- (25) Vgl. Wolf, aaO, S.211. また, Wolf, aaO, ZStW, S.821 (中村(訳)三四二頁)によれば、刑罰は、法共同体における関主観的な関係のなかで対話的な契機を有すると説かれる。それによれば、刑罰には、(自己立法による)行為者の原則に含まれる誤りを明らかにし、矯正する可能性を与える作用があると解される。
- (26) Wolf, aaO, S.213. 狭義の犯罪概念は S.212 参照。
- (27) ここでの刑事不法概念は、冒頭の問題提起からも明らかのように実定法から離れた哲学的な犯罪概念に近いが、国家刑罰法との統一的理解によって実定法上の可罰性と結びつけられている。なお、この点は、本文「二、ヴォルフ学派の所説」においても後述する。
- (28) Wolf, aaO, S.212, 214.
- (29) Wolf, aaO, SS.215-217.
- (30) Wolf, aaO, S.217f.
- (31) もっとも、一般的には抽象的危険犯の規定と解されているが、例外的に刑事不法を根拠づけ得る場合として、放火罪(ドイツ刑法旧第三〇六条)、酩酊運転(同法第三二六条)が指摘されている。もっとも、それは、当時の実定法解釈の帰結ではなく、注意義務違反を構成要件要素として要求する過失犯的構成が想定なれている。Vgl. Wolf, aaO, S.219f., 218.; ders., aaO, ZStW, S.828f. (中村(訳)三五〇頁以下)
- (32) Vgl. Wolf, aaO, SS.220-223.
- (33) Vgl. Wolf, aaO, S.223. ここでは、不救助罪(ドイツ刑法第三三三 c)が可罰的行為として肯定されているように読めるが、刑事不法を肯定する趣旨であるのか定かではない。
- なお、犯罪者に対して、刑罰に伴い直接に積極的な方法で実施される援助も、他人の救助義務に対応するものと理解できるかと思われる。Vgl. Wolf, aaO, ZStW, S.823f. (中村(訳)三四五頁)
- (34) この理解は、ヴォルフ学派内である程度共通しているように見受けられる。飯島・前掲書一三七頁以下、一四七一―一四八頁、飯島・前掲論文、刑事法ジャーナル第五四号一四頁; Zaevyk, aaO, S.215f. 参照。
- (35) Vgl. Wolf, aaO, S.145. なお、フォイエルバハの権利侵害説と違法論の関係については、拙稿「違法論の歴史的考察(二・完)」広島法学第四一卷第四号(二〇一八)一二頁以下も参照。
- (36) この点については、飯島・前掲書一三六頁以下; Zaevyk, aaO, S.170f., 203f.; Wolf, aaO, S.212, 220f. 参照。

二. ヴォルフ学派の所説

そもそも、(刑事)不法を論じる際に、なぜカントの超越論的主観(思惟する自我)に立ち還った議論がなされるのだろうか。この点は、カントの超越論的自由に立脚しながら不法概念を構成される飯島暢教授の説明を通じて明らかになる。「本書では、刑法上の不法概念の本質が、ドイツ観念論における自由の哲学に基づいて探求される。私は、この点に関してとりわけ、自由の法的基础づけに変革をもたらしたものと目され得るカントの思想を扱う。超越論的基礎を通じていわば純化される不法概念は、経験的な条件、つまり時間的・空間的な条件では制約されることのない普遍的妥当性を示し得る」と。そして、飯島説はもちろん、ヴォルフ学派に共通しているのは、「不法」が「法」の裏面・否定に過ぎないという前提的理解である。「不法」概念は、「法」概念の原理的考察を通じて初めて明らかになると考えられている。つまり、ヴォルフ学派によれば、(刑事)不法を根拠づける際の出発点となるのは、「法」の確定なのである。そのため、自由の普遍的保障を可能とし得る「法」秩序はどのように形成されるのが、その主体から検討されているのだと考えられる。ヴォルフ学派の所説は、この点を明確化している。そして、ここで想定されている「法(の侵害)」は、前実定的なものである。³⁰⁾ この点は、次の三つの意味で重要である。もつとも、これらは相互に関連し合う内容のため、ヴォルフ学派の一つの重要な主張と捉えることもできる。

第一に、ヴォルフ学派の法哲学的観点によると、法に先立ってその保護に値する価値利益が見出されるわけではない。法の実質的内容は、制定法に先立つ法関係そのものだと考えられる。したがって、価値利益も、その中で把握されてこそ意義をもつ。実定法解釈論上の法益概念は、法の実体を法治国家が保障するという形式で現れるに過ぎない。そのため、(不法)構成要件によって把握される形式的内容は、必ずしも不法(法の否定)の実体を捉えるわけではない。

ないとされる。⁴⁰⁾

第二に、それ故、法益は、自由保障のための法関係を通じて初めて構成される。それは、常に客観的な行為規範と結びついて、人格相互間の関係のなかで理解される。⁴¹⁾したがって、法益にとって決定的なのは、その対象物である財ではなく、規範化されたその尊重要請にある。例えば、法益としての生命とは、自然的・生物的な状態ではなくて、法主体が自立的かつ自己規律的に存立するための基盤、そしてそれを構成するための行為規範(殺害禁止)の総体として理解される。これに伴って第三の理解が導かれる。

第三に、行為無価値と結果無価値は、「法」の否定として統一的に把握されるべきであり、両者を切り離して理解することはできないと説かれる。⁴²⁾二つ揃って一つの法益侵害が構成される。結果(事態)無価値を行為無価値から切り離すことは、自然災害を不法として把握することに至る。つまり、違法状態説を肯定することになる。これは、ヴォルフ学派の不法論によれば一貫して否定される。法益侵害は、人格相互間の法的関係に対する否定的態度を通じて初めて把握される。言い換えれば、ここでの「結果」概念は、あくまで、行為と統一的に把握される「前実定的かつ普遍的な要素」を意味するのであり、構成要件の結果とは区別される。⁴³⁾この意味での「結果」には、法益に対する侵害結果のみならず、その具体的・抽象的危険も含まれる。これに応じて、未遂の不法も、「外的な自由侵害」によって定義されねばならず、そこでは、実行の着手に相互承認関係(自由の基盤)の否定が見出されるかどうかが重要となる。⁴⁴⁾従って、実質的な意味における未遂犯を「結果不法は欠けるが、行為不法はある場合」と理解することも、また予備行為に刑事不法を認めることも、原則的に否定されることになる。⁴⁵⁾

右の三つの理解は、ヴォルフ学派でほぼ共通していると解される。その内容をもう少し掘り下げながら、再度、刑

事不法の限界を確認しよう。この点に関して、不法の性質的違いを論じているケーラー説に依拠しながら確認することにする。

ケーラー説においても、⁴⁶⁾すべての不法は、自由の実現という法原理を共通基盤としつつ、その否定として演繹される。その限りでは、実質的不法と秩序不法（秩序違反）に差異は認められない。一面では、自由の法原理を共通基盤とする法秩序が特殊・細分化されるに依じて、民事不法、秩序違反（行政不法または警察不法）、刑事不法という違いが生じるに過ぎない。しかし、他面において、刑罰には、他の不法効果とは原則的に異なる特徴が認められている。秩序不法、民事不法に対する強制措置は、客観的な不法の防止及び清算を目的とする。しかし、刑事不法に対する強制的効果に関しては、それでは不十分であるとされる。ここに、刑事不法及びその他の不法の質的な区別が看取される。つまり、刑事不法は、他の不法とは質的に異なるものとして扱われるべきだと説かれている。その理由は、概略、次のとおりである。⁴⁷⁾

概念上、犯罪における不法は、特定の法益に関してその法的な普遍的妥当性そのものを否定することによって、他の不法とは異なるレベルの性質を獲得する。この点で、行為不法と結果不法の密接不可分な関係が特殊な性格を有する。一方で、客観的な「結果」要素は、単に些細な損害にあるのではなく、人格又は社会が実現している自由の基盤を具体的に奪う侵害にこそある。もう一方で犯罪を構成するのは、不法の格率（主観的原則）である。すなわち、「法主体が不法の原則へと趣くことによって、法的妥当性を、局所的な過ちにおいてではなく、原理的かつ広範に廃棄してしまうことである」⁴⁸⁾。要するに、法益の法的妥当性一般を否定しようという目的設定を意味する。こうした法の否定が普遍的妥当性をもって定立されるとき、それは、人格相互の間で次のような意味を有する。即ち、それは、自立的な法主体としての他者、その法的能力を否定する不遜な「態度」として受け止められるのである。したがって、行

為者に端を発する不法的妥当性の要求は、将来に向けて継続的な(反)規範的意味を客觀的事象に付与すると説かれる。これが刑事不法(犯罪)の特殊性を為す、という主張であると思われる。そうすると、刑事不法の異質な取り扱いても率直に了解できる。

この意味での犯罪は、他の不法と比較して、概念的に異なるレベルにある。犯罪は、法の妥当性に逆らう法則を打ち立てるので、その影響を根本的に打ち消す(廃棄する)には、他の不法と同じ対処では不十分となる。それ故に、公的な刑罰が必要となるという⁴⁹⁾。つまり、刑事不法は、その他の法的効果では回復不可能な侵害として理解されている。言い換えれば、刑事不法は、その概念上の侵害規模においてすでに次のことを前提とする。それは、基盤的な相互的信頼が攻撃されること、即ち自由を自立的かつ自己規定的に現実のものとする能力が奪われることである⁵⁰⁾。これが、民事不法、秩序不法のレベルと異なる点とされる。他人の法的自己実現を部分的・一時的に妨害するに留まる場合には、確かに不法ではあるが、その質的輕微性ゆえに犯罪ではないとされる⁵¹⁾。その例として、使用窃盜、非常に価値の低い財物の窃盜が挙げられている。

ケーラー説は、最近の立法が、經濟刑法、環境刑法、政治刑法などの分野において抽象的危険犯の構成要件を多用する傾向に対して批判的な立場である⁵²⁾。法治国家の伝統的刑法観によれば、抽象的危険犯には主に秩序不法のみが看取されるため、刑法の介入は否定されるという。ケーラー説も基本的にはこれを踏襲する立場であるが、ヴォルフ説よりも抽象的危険犯を肯定する範囲が少し広いように見受けられる。一方で、抽象的危険犯の多くは、仮にそれを禁止する法規に違反しても、なお、危険の現実化が、(理性的存在者としての)行為者又はその他の者の自己決定的態度に依存しているため、その規則違反は、単なる秩序違反でしかないとされる。これに対して、もはや行為者又はその他の者が危険を妨げる自己決定的態度に出られないような状況では、抽象的な危険の創出であっても、他者の自己規定

的な自由を実体的に害するものと評価される。具体的には、今日の交通量の下での酩酊運転、自己制御を失っているような状況にある人物に中毒性の高い薬物を交付すること等が想定されている⁽⁵³⁾。

また、近代社会で生じる様々なリスクないし危険を減少させる任務は、基本的には、私法上の注意規則、行政規則に属するとされる。つまり、公的な平穩・秩序、福祉に資する法規則に違反することは、主に秩序違反（行政不法又は警察不法）として制裁が科されるべきことになる⁽⁵⁴⁾。例えば、交通規則違反、環境犯罪、武器や薬物の所持、いわゆる覆面デモなどが想定されていると解される。ここでも、秩序違反と刑事不法の違いは、量ではなく質の点で理解される。ケーラー説は、量的区別説が刑法を単なる秩序不法の領域へ拡張することに無批判であると指摘し、両者を立法上区別すべきであると主張する⁽⁵⁵⁾。

ベック説もまた、不法の質的区別から、政治刑法への非刑罰的な対策を結論づける。つまり、政治刑法という範疇で可罰的な行為の多くは、刑事不法から区別される。ここでいう政治刑法とは、諸々の国家機関、国家的作用に対する攻撃の処罰を定める領域である⁽⁵⁶⁾。とりわけ問題視されているのは、処罰の早期化とも重なる領域である。その代表例が、政治的公共体の給付能力に対する市民間の信頼を損なう行為として可罰化されている「表現犯」である。例えば、違憲組織のプロパガンダ、犯罪団体の結成などの罪がこれに当たる（ドイツ刑法典第八六条以下、同一二九条以下）。たとえ組織犯罪やテロへの対策が法規制を必要とするにせよ、その必要性、合目的性でもってそれらの刑事不法が根拠づけられるわけではないと説かれる⁽⁵⁷⁾。ベック説によっても、刑事不法は、「双方向的な承認関係に関連づけられる法益」の侵害を意味するため、抽象的なリスクしか認められない行為は、刑事不法ではなく、技術的な法規範に根拠をもつ特殊な不法（秩序不法）として把握される⁽⁵⁸⁾。それ故、処罰が早期化された領域や、象徴的な刑事立法に批判的である。

そうした犯罪化は正統化されないため、刑法以外の方法を模索すべきだと主張する。特に、犯罪化の代替案として、協同的な紛争解決の方向性を示している。⁽³⁵⁾

- (37) Mitsuru Iijima, Die Entwicklung des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs in Japan, 2004, SS.12-13. また、飯島・前掲論文「法学政治学論究第 四七号一五八頁も参照。
- (38) Vgl., Michael Köhler, Strafrecht AT, 1997, S.20 ; Zaaczyk, a.a.O., S.127, 196 ; Iijima, a.a.O., S.113, 142 ; 飯島・前掲書二二九頁 ; auch Diethelm Klesewski, Kants Ausdifferenzierung des Gerechtigkeitsbegriffs als Leitfaden der Unterscheidung von Unrechtsformen, ARSP Beheft 66 (1997), S.77ff.
- (39) Vgl., Michael Rehr-Zimmermann, Die Struktur des Unrechts in der Gegenwart der Strafrechtsdogmatik, 1994, S.1, 18f., 86 ; Köhler, a.a.O., S.24, 28 ; Zaaczyk, a.a.O., S.165, 196f. ; 飯島・前掲書九二頁以下。
- (40) Vgl., Rehr-Zimmermann, a.a.O., S.95f. ; Zaaczyk, a.a.O., S.195, 222ff.
- (41) Rehr-Zimmermann, a.a.O., SS.81-89, 99 ; Zaaczyk, a.a.O., S.229
- (42) Vgl., Köhler, a.a.O., SS.26-28, 20 ; Zaaczyk, a.a.O., S.198, 219 ; Rehr-Zimmermann, a.a.O., SS.90-98 ; Iijima, a.a.O., S.146 ; 飯島・前掲書一四五頁以下 ; Wolfgang Beck, Unrechtsbegündung und Vordeldkriminalisierung, 1992, S.81, 88. したがって、厳密には、行為無価値・結果無価値という価値論的用語よりも、行為不法・結果不法というほうが相応しいと考えられているかもしれない。
- (43) Vgl., Köhler, a.a.O., S.28 ; Zaaczyk, a.a.O., S.198 ; 224f.
- (44) Vgl., Köhler, a.a.O., S.28 ; Zaaczyk, a.a.O., S.229ff., 299ff., 195 ; Rehr-Zimmermann, a.a.O., S.92ff. 但し、Zaaczyk, a.a.O., S.311ff., 327-330. よれば、未遂犯の不法の実質的基準は「法益及び構成要件」に異なるため、個別的判断が重要となる。
- (45) Vgl., Zaaczyk, a.a.O., S.311, 322ff. ; Beck, a.a.O., S.89. また、予備行為に類似する早期化された処罰規定も同様に解される (vgl., Köhler, a.a.O., S.29 ; Beck, a.a.O., S.89ff.)。
- (46) Vgl., Köhler, a.a.O., SS.20-22, 24. なお、偶然防衛も結果不法で行為不法に欠けるというのではないと結論づけられる。飯島・前掲書一五一頁参照。

- (47) Vgl., Köhler, aa.O., SS.22-24
- (48) Köhler, aa.O., S.23 Vgl., auch Zaaczyk, aa.O., S.228 ; 飯島・前掲書七六頁以下
もちろん、故意犯のほうが、過失犯よりもその否定的効果の規模が大きくなると考えられる。Vgl., Zaaczyk, aa.O., S.214
- (49) 公的刑罰は、生じた普遍的な妥当否定性に行為者も関連づけることで、法的関係を再構築し、理性的に予防的な作用の可能性も根拠づけることされる。(Köhler, aa.O., S.24) なお、ヴォルフ学派の応報刑論が、予防的契機も含むことについては、飯島・前掲書七八頁参照。
- (50) Vgl., Köhler aa.O., S.30 ; Wolff, aa.O., S.217f. ; Zaaczyk, aa.O., S.200 ; ders., Der Begriff "Gesellschaftsfähigkeit" im deutschen Strafrecht, in: Lunderssen/Nestler-Tremel/Weigend, Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, S.124f.
- (51) Vgl., Köhler, aa.O., S.30, 35 ; ders., JZ, 1989, S.697ff. (Anm. zu BayObLG, Urteil v. 21.7.1988)
- (52) Köhler, aa.O., SS.31-33, 30 ネット説が類似の考えを展開しているので本文ですぐに後述する。また、治安刑法に対しては飯島・前掲書一五―一九頁も参照。
- (53) そのほか、放火や環境の危殆化なども抽象的危険犯を根拠づける例として挙げられている。Vgl., Köhler, aa.O., S.32, 30
- (54) Köhler, aa.O., SS.31-32, 33-34
- (55) Vgl., Köhler, aa.O., SS.34-35, S.22
- (56) Beck, aa.O., SS.104-107によれば、政治刑法は、ドイツ刑法典各則の第一章ないし第七章に定められている罪(但し、第三章、外国に対する犯罪は除く。)を対象に、三つの範疇に分類される。すなわち、合憲的に設立された国家机关の存立を危殆化する攻撃(例、内乱に関する罪)、国家の給付機能に対する特定の攻撃(例、諜報行為などの罪)政治的公共体の給付能力に対する市民の関主観的信頼を損なう行為(例、違憲組織のプロパガンダ、犯罪団体の結成など)の三つである。
- (57) Vgl., Beck, aa.O., S.90, 208ff., 215ff.
- (58) Vgl., Beck, aa.O., SS.78-80, 81ff., 215ff.
- (59) Vgl., Beck, aa.O., S.156ff., 218f.

三．若干の考察

以上の内容から、ヴォルフ学派は、自由の普遍的保障を基礎に法概念を構成し、その否定を不法として把握していることが概ね明らかとなった。刑事不法は、相互承認関係又は自立的自由の否定という規範的意味において、行為不法及び結果不法の統一体として把握される。ここでは、法益侵害という概念の中に、法的な信頼関係の破壊という意味合いが込められている。それ故、刑罰は、これに対応する「法（その規範的妥当性）の回復」として理路整然と理解され得る。もつとも、法益概念に尊重要求という規範的内容を含蓄させる見解は、以前から主張されていた。ヴォルフ学派も基本的にはその主張に賛同する立場から、哲學的基礎づけに欠ける部分を補強したものといえるかもしれない。そのような基礎づけられた不法概念は、經驗的にも非常に説得力のあるものと思われる。人間相互の関係のなかで、行為が規範的な意味合いで理解されるからこそ、それは、「正しい／不正だ」という評価が生じるのだと考えられる。そして、「不正」という評価が生じたとき、そこには、少なからず信頼関係が裏切られたという思いがあるのではないだろうか。だからこそ、法の否定には、不遜な態度が看取され、単なる事故や自然災害よりも強い反感を生むように思われる。⁽⁶³⁾もつとも、ヴォルフ学派の不法概念によると、法の否定にあつては、その（反）規範的意味が重視される。そのため、法益に対する危険性の評価は行為者基準につながりやすく、侵害の意味や重大性も被害者との関係に左右されるのではないか、という疑問が生じる。この点は、解釈論の視点から改めて検討したいと考える。

それでは、ヴォルフ学派の主張、すなわち、刑事不法が他の不法と性質的に異なるという点の検討に移りたい。ケーラー説によれば、刑事不法は、他の不法と共通する基礎を有しながら、特殊な性質によって区別される。しかし、共通の不法概念に一定の特質を付加したものが刑事不法なのであれば、それは、同種類の不法概念の特殊な面を捉えた

に過ぎないのではないだろうか。もしこの理解に大きな間違いがないならば、果たして、それは本質的な違いを意味するのか少し疑問である。もちろん、特殊な性質の付加を通じて異なる地平（レベル）へと移行したことによって、もはやその不法は異質なものであると把握することができるのかもしれない。しかし、そうであるならば、今度は、不法行為法上、大きな課題に直面するだろう。何故なら、少なくとも現行法上、犯罪と不法行為は、同一の違法行為によって重疊的に構成されることが少なくないからである。もしこれを異質のものとして把握するならば、もっぱら実定法的な効果によって区別するか、あるいは、損害賠償法を純粹な（無過失）補償法に改めることによって、不法行為を、犯罪と全く重なり得ないものに転換する以外ないだろう。ヴォルフ学派の見解は、どちらかといえば、前者に親和的のように思われる。このことは、不法の区別において侵害の程度ないし規模が考慮されることから窺われる。刑事不法及びその他の不法の区別が、「法秩序によって認められた自己規律的な現存在の内（自らの力）で対応すること」が可能かどうかに求められるのであれば、それは少なからず、程度問題になると思われる。そのことは、すでに輕微犯との区別や処理にも表れている。

従って、ヴォルフ学派の刑事不法概念によれば、まず、自立的自由の基盤（特定の法益）が侵害されたかどうかが問われ、その性質・程度がいわば市民社会の自助力というか自救力による解決を望み得るものかどうかによって依拠することになるが、こうした二重の基準による区別も、極端にいえば、量的区別説と大きな差はないのかと思われる。だからといって、ヴォルフ学派の区別基準が不適切になるわけではない。そもそもヴォルフ説によれば、量的な区別そのものが批判の対象とされているように見受けられる。しかし、問われるべきは区別の方法ではないはずである。問題は、各不法が区別できないことでその混同が生じることだと考えられる。裏返せば、たとえ質的観点から完全な区別基準を立てなくとも、刑事不法が支障ない程度の明確さで限界づけられるならばそれで足りるのではないだろう。

か。この点、ヴォルフ学派によれば、明らかに、刑事不法の範疇が限定されているが、果たしてそれは、どのように為されるのだろうか。また、それは実行可能な限定であろうか。民事不法、秩序違反の順に少しだけ検討してみる。

個人の自立的自由に重点を置くヴォルフ学派によれば、それを可能とする現実的基盤が法的に保障されなければならぬ。これを相互承認の要請によって表したものが法益であるとすれば、それは、従来、私法秩序のなかで保護されてきた個人的な権利・利益を限定ないし排除しないと考えられる。したがって、民事不法からの区別についていえば、刑事不法特有の性質は、主に、(行為不法の影響力に応じた) 刑罰に依存すると考えられる。もちろん、社会的・国家的法益に対する罪は別論であるが。つまり、この点での区別は先述のように、市民法秩序内の自力解決(法の回復)が可能かどうかという点に依拠することになるだろう。

これに対して、秩序違反との区別においては、保護法益との関連でかなりの限定が行われ得ると解される。ヴォルフ学派によれば、予備罪、秩序違反は、刑事不法足り得ない。さらに、他者の自由を保障する法的妥当性、相互信頼関係を著しく侵害するものでない限り、原則、抽象的危険犯、軽微犯も刑事不法から排除される。もつとも、その場合にも、相互的信頼関係が侵害されない理由は、秩序違反が、自由の基盤を直接の攻撃対象としないためか、それともその間接的侵害に留まるためなのかは事例によって異なるかもしれない。いずれにせよ、今日の状況に照らして、刑事不法をそこまで制限するには、現実的な障壁があると思われる。すなわち、ヴォルフ学派の理念に従って刑事不法の制限を達成するためには、刑罰以外の自助力によって法の回復が可能であることを実証的に検討する必要がある。この点は、やはり、自立的な市民社会の秩序内で損害の防止・回復が可能かどうかに依存するだろう。したがって、結局のところは、法的効果の現実的有効性・必要性を考慮に入れざるを得ないと思われる。その意味で、理念的な刑事不法の概念は、事実上、法的効果の検討に依存することになる。それ故、全実定法秩序のなかで刑法が担うべき守

備範囲は、刑罰以外の有効な紛争解決手段を多様に構築することによって、狭くなると考えられる。また、刑事法の枠組みにおいても、加害者・被害者和解（ドイツ刑法典四六条a）のような規定を活用することによって、法的関係の回復に伴う刑の減免が可能かもしれない。この点の多角的検討が今後の重要な課題と思われる。

(60) 飯島・前掲書四一頁、一一九頁参照。

(61) Vgl., Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht AT Lehrbuch*, 2. Aufl., 1975, 2/30, 6/6, 8/28ff.; Wolfgang Rütger, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, 1993, S.247ff.

(62) Vgl., Köhler, aa.O., S.27; Zaeyk, aa.O., S.236。なお、この意味でヴォルフ学派の不法論は、固有の「人的不法」であると説かれる。

(63) Köhler, aa.O., S.23によれば、その関連性は社会心理学的にも観察され得ると説かれる。

また、同一の客観的事象であっても、社会的意味が異なるという場面でヴォルフ学派の規範論的理解は有用ではないかと思われる。例えば、同じ内容の侮辱的言辞であっても、それが、気の置けない友人同士の会話でなされた場合と初対面の者に対して発せられた場合は、やはり評価が異なるだろう。この種の事例は、従来、社会的相当性、許された危険、推定的承諾などで論じられてきたが、ヴォルフ学派の不法論は、そこに法哲学的な基礎づけを付与し得るだろう。

(64) Vgl., Köhler, aa.O., S.30ff.; ders., *JZ*, 1989, S.699; Zaeyk, aa.O. (Fn.50), S.125ff.; Wolff, aa.O., S.217ff.

なお、ケーラー説によれば、行政法規違反なども幅広く不法概念に含まれる（Vgl., Köhler, aa.O., SS.20-22, 24）。しかし、相互承認関係の侵害を不法内容とするならば、その意味での不法と、制定法規違反とは内容上区別したほうが良いように思われる。なお、拙稿「不法及び司法判断としての違法性」広島法学第四一卷第二号（二〇一七）一八頁以下参照。

結びにかえて

本稿では、刑事不法の哲学的基礎づけに関して、ヴォルフ学派の見解を紹介し、若干の検討を試みた。本稿の検討は、その対象範囲においても、その内容においても未だ有意義な程度に達していないが、若干の課題は見えてきたように

(思われる。自立的自由の実現を相互に可能とする信頼関係の構築は、法(秩序)にとつてまさに主たる目標と思われる。ヴォルフ学派の見解は、客観的行為に込められた対話的要素として、その規範的な意味内容を重視する。これによって、不法概念に新たな理解をもたらすものと評価できるだろう。この点は、ややもすれば不安が蔓延しがちな現代社会において有意義な視点ではないかと考えられる。もつとも、本稿でも若干ながら検討したように、相互承認関係の基準だけで刑事不法を概念規定することは困難なように思われる。ヴォルフ学派の概念的にも、刑事不法が、刑罰の必要性・有効性と無関係に規定されているわけではない。むしろ、法規範の侵害に応じた回復手段としての刑罰が、重要な要素であると解される。それ故、刑罰以外の法的効果においても、むしろ、刑罰以外の紛争解決手段においてこそ(？)、規範的な応答を認める意義はないだろうか。そうすれば、結果的には、自由の普遍的保障という法の理念に資するのではないだろうか。もちろん、このような理解は、刑事不法と他の不法の区別を相対化することになるので、ヴォルフ学派の趣旨とは異なるかと思われる。この点は、本稿で至らなかつた部分と併せて改めて検討したいと考えている。また、応報刑論のルネサンスの一翼を担うヤコブス学派の見解も本稿では論じることができなかった。ヴォルフ学派と類似の哲学的基礎づけを行いながらも、法益概念から脱却した刑事不法概念を構成するヤコブス学派の見解を考察することも筆者にとつて重要な課題である。今後、検討を深めてゆきたいと考えている。