

刑法における「法的に自由な領域」と 「放任行為」の論理（上）

杉 本 一 敏

1 序論

1.1 はじめに

「法的に自由な（空虚な）領域」という理論構成の可能性をめぐっては、ドイツ刑法学において、人工妊娠中絶の法的評価、利益衝突・義務衝突事例の解決などの問題を手がかりとして激しい議論が繰り広げられてきた。日本の刑法学説においても、ドイツの議論が紹介・検討され部分的に引き継がれている。その間に、「法的に自由な領域」という語は、日本の刑法学における専門用語としても定着し、現在では、刑法の議論の中で普通に登場するまでになっているように思われる。

しかしその場合に、「法的に自由な領域」という語が、厳密に言ってどのような意味合いで用いられているかは、必ずしも明らかではない。

第1に、およそ刑法の規制対象とされないような行為や活動領域を指して、この語が用いられる場合がある（例えば、「大学をさぼって映画に行っても、それは法的に自由な領域の行為である。」「日常的な夫婦喧嘩は、刑法が介入するようなものではなく、法的に自由な領域の問題である。」など）。これらの場合には、問題の行為に対する刑法的規制（禁止、命令）が存在していない、という趣旨が述べられているものと思われる。これに対して、第2に、緊急状況の下でなされた法益侵害行為につき、（緊急避難によって）

「適法」になると断定することに躊躇が残るような場合に、当該行為は「不可罰」とされるものの「適法」という評価を受けるわけではなく、「法的に自由な領域」に属する行為である、と言われる場合がある。この場合には、問題の行為が「違法」でも「適法」でもない（刑法が違法／適法の評価を棚上げしている）、という趣旨が述べられているように思われる。第1の場合は、問題の行為に対しては、およそ刑法による義務づけが向けられていない（「禁止されてもいないが、命令されてもいない行為」）という意味で「法的に自由な行為」という言い方がなされているのに対し、第2の場合には、問題の行為は「禁止されてもいないが、許容されてもいない行為」（したがって、違法でも適法でもない行為）という意味で「法的に自由な行為」という言い方がなされている。両者の意味内容は全く異なる。

また、「法的に自由な行為」とは別に、「放任された行為」という語も刑法の議論の中で頻繁に用いられている。この語は元来、緊急避難の法的性格を説明するために一部の学説において援用されていたものであるが、現在では、それとは異なる文脈でも広く用いられるに至っている。一例だけ挙げてみよう。親権者である父親が、他方の親権者である別居中の母親のもとから2歳の長男を略取した、との事件に関して、最決平成17・12・6刑集59巻10号1901頁は、①「親権者による」行為として正当である場合か、②「家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまる」行為である場合には、略取行為の違法性が阻却されるとの判断を示した（なお、同事件においては①、②が共に否定されて違法阻却が認められていない）。これは、子の奪い合い事例に関する周知の最高裁判例であるが、同判例の調査官解説においては、上記②の違法阻却事由の素性について、「…態様がさほど悪質でなく、子の利益を大きく害するものでもないようなものについては、家庭内におけるいわば放任行為として社会通念上許容され得るものと扱う余地も少なくないものと思われるし、違法性阻却までは認められない場合でも、訴追や量刑に当たっての健全な裁量権の行使の側面で配慮すべき場面が多い」（傍点筆者）と述べられている⁽¹⁾。この解説

の中で「放任行為」という性格づけが挙げられた理由は、一方で、ここで問題となっている父親による略取行為が、家族という、一定程度の自律性が承認される領域内での行為であること、他方で、この種の行為が、正面から正当化（許容）を認めることには躊躇が感じられる種類のものであること（子を奪おうとする父親の略取行為に完全な正当化を認めるならば、仮に母親が略取を阻止しようとした場合には、母親の行為の方が端的に違法行為と評価されてしまうこと）にあったのではないかと思われる。つまり、この場合における「放任行為」という性格づけには、「法的に自由な領域」について見られた、上記の第1、第2の両方の意味合いが含まれているように思われる。

さて、本稿の目的は、ここで見たような「法的に自由な領域」、「放任された行為」という行為の性格づけが、（1）規範論理的な観点からみて、一体どのような意味・位置づけを持ち得るものなのか（そのようなカテゴリーの存立は理論的に正当化され得るのか）、そして、（2）刑法理論（犯罪論における要件論）において、一体どのような意味・位置づけを持ち得るのかという点について、検討を加えることである。その検討に入る前に、「法的に自由な領域」というテーマの下で議論されてきた各種の行為を、最初に箇条書きの形式で挙げ、議論の対象領域のイメージをつかんでおくことにしたい（詳細な事例の分類は、本稿の4で行う）。

1.2 「法的に自由な領域」

「法的に自由な領域」という理論構成の可能性を精力的に論じた Arth. カウフマンは、「法的に自由な領域」に属する行為を、①法的に重要でない（法が関心の対象外としている）行為と、②法的に重要であるが、それにも拘わらず法的評価がさし控えられる場合とに区別した。①に含まれるのは、例えば食事、散歩、就寝、外出等々、日常生活における（法的規制を

（1）前田巖「判解（最決平成17・12・9）」最判解刑事篇平成17年度（2008）694頁。

受けない) 各種の行為であり、これらは端的に構成要件に該当しない行為(「構成要件から自由な行為」)、つまり、そもそも刑法の義務づけの対象ではない行為である。これに対して、②として想定されているのは、利益衝突、義務衝突等の事例である⁽²⁾。

また、「自律」概念、法と政治的討議との関係性に関する独自の前提理解から「法的に自由な領域」について検討を加えた W. シルト⁽³⁾は、「法的に自由な領域」を、①「法的規制が不可能である領域」(rechtsunfähiger Raum)、②「法的規制から解放された領域」(rechtsentlassener Raum)、③「法的規制から取り去られた領域」(rechtsentzogener Raum)に分類している。①は、個人及び個人間(の親密圏)の自律に委ねられた領域であり、内心の思想、私的領域内の行為、友情・愛情に関わる行為、婚姻・家庭生活などが考えられる。②は、個々人の習俗・道義観念(Sitte)が対峙し合い、討議に付され、それが普遍的なものへと昇華された場合に、そのような普遍的な習俗・道義観念にその規制が委ねられる(法的規制から放逐される)べき領域であり、その例として、スポーツにおける侵害行為、医療行為、経済活動における行為、同意・人工妊娠中絶などの個人的領域に関わる行為などが挙げられている。最後に、③は、日常生活において通常起こるものではない、例外的な状況下での行為であり、ここに利益衝突、義務衝突等の事例が含まれている。

以上を基に、「法的に自由な領域」というテーマの下で検討対象とされ得る、各種行為の簡単な(暫定的)ラインナップを示してみよう。少なく

(2) *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S.336ff. (邦訳: 山中敬一訳「法的に自由な領域と自己答責的判断」上田健二監訳『転換期の刑法哲学』〔成文堂, 第2版, 1999〕86頁以下)。また、金澤文雄「違法と適法および法的に空虚な領域」平場安治先生還暦祝賀『現代の刑事法学(上)』(有斐閣, 1977)174頁以下も、「法的に自由(空虚)な領域」に関するこのような2分類に従って検討を行っている。

(3) *Wolfgang Schild*, Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes, JA 1978, S.449ff. (1.Teil.), S.570ff. (2.Teil.), S.631ff. (3.Teil.).

とも、次の3つの行為類型が、ここでの検討対象に上ってくるように思われる。

(1) 構成要件から自由な行為。およそ刑法の義務づけ(禁止, 命令)が存在していない日常的な各種の行為がこれに当たる。もっとも、日常的に行われる些末な行為でなく、それに対する道義的・社会的評価が大きく分かれ得るような行為であっても(例えば, 自殺など), 刑法による禁止・命令の直接の対象となっていない行為は、構成要件から自由な行為としてここに含まれることになる。

(2) 構成要件には該当するが、社会的相当性, 法令行為, 正当業務行為などによる違法性阻却が問題となる行為。シルトのいう②「法的規制から解放された行為」に当たる行為の多くは、このカテゴリーにおいて問題とされるものであるように見受けられる。

(3) 解消不可能な利益衝突・義務衝突の事例における法益侵害行為。典型的には、生命法益どうしが衝突している状況において、一方の生命法益を保全するために他方の生命を侵害する行為が問題とされている⁽⁴⁾。例えば、以下のような事例が、頻繁に議論の素材として取り上げられている。

「1本のザイルで繋がれたX, Y, Zの3人からなる登山隊があり、そのうちの2人(Y, Z)がクレバスに落ち込んだ。残ったX1人の力では、Y, Zの2人を引き上げることはできない。そこでXは、2人のうち1人だけでも救命するべく、もう1人をザイルから切り離した。」(登山者事例。なお、これはいわゆる「危険共同体」の事例に当たる)⁽⁵⁾。

この他、医師が2人の重傷者のうち1人しか救命できない状況に置かれ

(4) この場合、日本の刑法においては緊急避難(37条)によって違法阻却を認めるという理論的余地があるが、ドイツ刑法においては、正当化緊急避難(独刑法34条)において「保全法益が侵害利益に著しく優越する場合」という要件があるため、「生命」対「生命」の衝突状況において緊急避難による違法性阻却を認めることができない。

(5) *Lothar Philipps, Sinn und Struktur der Normlogik, ARSP 52,1966, S.201.*

た場合（「義務衝突」事例）や、いわゆる「カルネアデスの板」事例、それらの事例の様々な変種が検討対象に挙げられる⁽⁶⁾。

1.3 本稿の課題

以下、本稿では、「法的に自由な領域」（及び「放任された行為」という概念の規範論理学的な意義（規範論理学的な基礎づけの可能性）と、刑法理論（犯罪論）においてそのような概念を論ずることの理論的・実践的意義について検討を加える。

既に見られたように、「法的に自由な領域」という語は、(A)「禁止されておらず、命令もされていない行為（＝刑法の義務づけが向けられていない行為）」という意味合いで用いられる場合と、(B)「禁止されていないが、許容もされていない行為（＝違法でも適法でもない行為）」という意味合いで用いられる場合とが見られる。上記の検討対象事例のリストに即して言えば、(1)の「構成要件から自由な行為」は、(A)の意味にいう「法的に自由な領域」に属する行為であり、(3)の利益衝突・義務衝突の事例は、(B)の意味合いにおいて「法的に自由な領域」の行為であるか否かが問われている場面である。(2)の違法性阻却の可否が問われる事例も、構成要件該当性が認められることが前提となっているという限りでは(B)の意味の「法的に自由な領域」が問題となっていると言えるが、実質的に見れば、(A)の意味にいう「法的に自由な領域」（類型的に見て刑法規制の射程範囲外の領域）を構成する、と考えるのが自然であるような場面も想定できる。

そこで以下では、(A)の意味にいう「法的に自由な行為」と(B)の意味にいう「法的に自由な行為」とを明確に分け、順次、その規範論理学的な位置づけと、刑法理論上の意義を検討していくことにする。

(6) *Bernd Schünemann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, in: Neumann/Hassemer/Schroth (Hrsg.), *Verantwortete Recht, Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, 2005, S.150ff.

最初に、2においては、(A)の意味にいう「法的に自由な行為」（「構成要件から自由な行為」）について検討する。(A)の意味にいう「法的に自由な行為」が持つ「刑法理論的な意義」は比較的明白であり（すなわち、多くの場合は単純に「構成要件不該当」を基礎づける）、その限りで、これを論ずる実益は一見するとあまりない。しかし、(A)で言われている「禁止もされておらず、命令もされていない」という状態の「規範論理的な位置づけ」を確認しておくことは、「禁止」や「命令」といった各種の規範的態度の間の論理関係を整理する上で有益であり、その後で行う(B)の意味にいう「法的に自由な行為」の分析にも役立つ。それに続いて、3では、(B)の意味にいう「法的に自由な行為」（「禁止されておらず、許容もされていない行為」）という概念について検討を加える。その後、4において、具体的な検討対象事例に即して、(B)の意味にいう「法的に自由な行為」という理論構成を認めることの刑法理論上の意義を検討することにした。

2 禁止も命令もされない行為（義務対象でない行為）

さて、第1に問題とするのは、上記の(A)の意味にいう「法的に自由な領域」にある行為、すなわち、「刑法の命令・禁止の対象（義務対象）とされていない行為」である。刑法においては、罪（刑）法定主義（「法律がなければ犯罪はない」）が妥当する。それはすなわち、刑法という規範体系においては、「具体的な犯罪規定によって禁止・命令されていない行為は、許容されている。」という規則が採用されている、ということに他ならない⁽⁷⁾。そのため、刑法において、それに関する明文規定が存在しない

(7) このような規則を採用することによって初めて、刑法は「閉じた規範体系」（未だ規制対象となっていないような「潜在的な規制領域」をおよそ残しておらず、規制対象となし得る領域全域に対して、網羅的に一定の規範的態度を示しているような規範体系。Ota Weinberger, Rechtslogik, 2., umgearbeitete und wesentliche erweiterte Auflage, 1989〔以下、Rechtslogikとして引用〕, S.233)

ような行為は、およそ義務の対象（「禁止」または「命令」の対象）ではなく、「許容」の対象にしかになっていない。したがって、このような行為に対しては、刑法に「違反」した（「違法」である）という評価が下される余地はないことになる（構成要件不該当）。

(A) の意味にいう「法的に自由な領域」については、刑法理論（犯罪論）に関する限り、以上で話が終わりになるのだが、以下においては、規範論理学の観点から、いま少し (A) の意味にいう「法的に自由な領域」（「禁止されておらず、命令もされていない行為」＝「義務対象となっていない行為」）という概念について検討を加えることにしたい。なお、この検討の中で、「禁止」「命令」「許容」など、各種の規範的態度の間の論理関係についても、併せて、一般論的な考察を行うことにする。

2.1 基本概念

そのようなわけで、以下では、ある種類の行為が「禁止されている」、「命令されている」、「許容されている」といった当為を内容とする「規範文」の「論理関係」を確認することによって、「義務対象とされていない行為」（(A) の意味にいう「法的に自由な領域」）というものの法的な性格を

を構成することができる。Viktor Knapp, Einige Probleme der deontischen Modalität „erlaubt“, ARSP 67, 1981, S. 401f. は、このように、禁止の不存在から導出される許容を「黙示的な許容」と呼び、具体的な明文規定による「明示的な許容」と対比させている。なお、この規則とは逆に、「具体的規定によって許容されていない行為は、禁止されている。」という規則の導入によって「閉じた規範体系」を作るというやり方は、規範体系の態度矛盾を招いてしまうために実現できない。このような規則を導入すると、例えばおよそ「散歩」に関する具体的規定が存在しない法体系においては、「散歩すること」も「散歩しないこと」も禁止されていることになり、名宛人を進退両難に陥れることになるからである（G. H. v. ウリクト〔稲田静樹訳〕『規範と行動の論理学』〔東海大学出版会、2000〕105-106頁参照）。もとより刑法においては、罪刑法定主義を基礎づけている自由主義的要請、民主主義的要請から見て、このように「許容規定がない場合には禁止が妥当する」といった規則の導入は、最初から考えられないところである。

検討する。ここでは (2.1)、以下で作業のために用いる基本概念と、その記号表記とを示しておく。規範文の論理関係を考察するにあたり、本稿では、法論理学者 O. ヴァインベルガーが教科書『法論理学』において行っている概念整理を考察の前提に置くことにする。

なお、以下では、論理学における通例の記号表記に従い、「 \vee 」は「(非排他的な) または」(両立的選言)を表し、「 \wedge 」は「かつ」(連言)を表し、「 \neg 」は否定を表し、「 \equiv 」「 \Leftrightarrow 」は同値を表し、「 $\dots \supset \sim$ 」「 $\dots \rightarrow \sim$ 」は「 \dots ならば、 \sim 」を表すものとする。

2.1.1 規範文の構造

「ある種類の行為 (x) が禁止されている」「命令されている」「許容されている」などの形式を持った規範文は、対象とされた「行為の内容」を表す部分 (Satzradikal: 文の基体。以下「x」と表記する。) と、その行為の内容に関する規範的な態度 (例えば禁止、命令、許容など) を示した部分 (規範演算子) によって構成されている、と考えることができる。例えば、「殺人は禁止されている。」という規範文は、「人を殺す」という対象行為の内容を示す文の基体に、「 \dots が禁止されている」という禁止の規範演算子が付されることでできている。文の基体である行為内容の表示部分は、「人を殺す」といったように、何らかの「事実」を記述している部分ではあるが、それ自体はいわば「無色透明」な事実の種類の記事にすぎず、「そのような事実が現実に発生した」という主張 (真偽が問題とされるような事実命題) がそこに伴っているわけではない。文の基体となる行為内容の記事は、規範文だけでなく、事実について言明した (「真偽」が問題となる) 事実命題文にも含まれているものである。例えば、「殺人事件が起こった。」という事実命題文は、「(誰かが) 人を殺した」という行為の種類を表す文の基体に、「 \dots は事実である (と私は主張する)」という事実命題文を構成するための演算子が付されることでできている。そして、事実命題文は、文の基体が表している種類の行為に対応する行為事実が現実に存

在したときに「真となる」のに対し、規範文は、文の基体が表している種類の行為に対応する行為事実が現実存在したときに「充足される」ことになる⁽⁸⁾。

このように、文の基体（行為内容の記述部分）は「事実の記述」部分であるから、その部分には、古典的論理学の操作を施すことができる。例えば、文の基体「x」が「人を殺す」という事実内容を表している場合、それに対して「否定」という操作を施してできた「 $\neg x$ 」は、「人を殺さない」という事実内容を表すものになる。また、規範文の文の基体に「二重否定」が施された場合（ $\neg\neg x$ ）、それは「肯定」（x）と同義であり（x が「人を殺す」を表している場合、 $\neg\neg x$ は「人を殺さないことはない」を表すことになり、後者の禁止は、前者の禁止と同じである）、ここでは古典的論理学の恒真式である「二重否定除去則」： $\neg\neg a \equiv a$ が妥当することが分かる⁽⁹⁾。

しかし、他方、規範文においては、古典的論理学における「恒真式」（トートロジー）の論理関係が必ずしも妥当しない、という点には注意を要する。真である「事実命題文」の文の基体に恒真式を適用した場合、新し

(8) *Weinberger, Rechtslogik*, 10.4.3, 10.4.4. (S.228ff.) 参照。このような発想は、直説法・命令法の文の違いを、文の内部構造を「指示部分」（フラスティック）と「承認部分」（ニュースティック）とに分析することによって説明する R・M・ヘア（小泉仰＝大久保正健訳）『道徳の言語』（勁草書房、1982）24頁以下の理論と類似性を持っている。ヘアによれば、例えば「君がドアを閉めている。」（直説法）と「ドアを閉めろ。」（命令法）という2つの文は、「君がドアを閉めること」という共通の「事実の指示部分」に、それぞれ「はい。 [= 事実描写としての承認]」（直説法）、「やれ。 [= 指令としてのコミット]」（命令法）という「承認部分」（一種の発語内行為としての趣旨）が付くことによってできている。同種の発想に基づく説明として、*Lothar Philipps, Braucht die Rechtswissenschaft eine deontologische Logik?*, Günther Jahr/Werner Maihofer (Hrsg.), *Rechtstheorie*, 1971, S.353f. も参照。ヘアの分析に対する批判的検討として、井上達夫「規範と法命題（二）」*国家学会雑誌*99巻5 = 6号（1986）72頁以下参照。

(9) Vgl. *Weinberger, Rechtslogik*, S.229; *dens.*, *Über die Negation von Sollsätzen*, *Theoria* 23, 1957, S.121f.

くできた事実命題文においても「真」が維持されるが、妥当性のある「規範文」を恒真式の関係に即して変形した場合には、新しくできた規範文においても妥当性が維持されるとは限らない。例えば、古典的論理学の恒真式である「項の追加」： $a \supset a \vee b$ （「 a であるならば、 a であるか又は b である。」）は規範文においては妥当せず、このような関係に即して変形されることによって新しくできた規範文は、もはや妥当性を維持していない⁽¹⁰⁾。

2.1.2 規範演算子

次に、「禁止」「命令」「許容」といった各種の規範的態度について、その意味内容と相互の論理関係を検討しよう。本稿では、各種の規範演算子をさしあたり次のように定義し、規範文を以下で見るような記号表記で略記することにする。

2.1.2.1 禁止と命令

いま、「人を殺す（殺人）」という種類の行為を「 x 」とし、「…は禁止されている」という規範演算子を「 V 」（*verboten*の頭文字）で表すと、「殺人は禁止されている。」という規範文は、「 $V(x)$ 」と表記される。また、「…は命令されている」という規範演算子を、「 G 」（*geboten*の頭文字）で表すことにする。

一般的な概念理解に従って、「禁止」と「命令」は、文の基体を否定する操作によって互換できる規範的態度として定義しておくことにする（すなわち、 $V(x) \Leftrightarrow G(\neg x)$ と $G(x) \Leftrightarrow V(\neg x)$ が成り立つものとして、両者の関係を定義する⁽¹¹⁾）。したがって、 x （例えば「人を殺す」）の禁止

(10) Vgl. *Philipps*, aaO (Anm.8) S.358. 「 $a \supset a \vee b$ 」は事実命題文に関しては恒真であり、例えば「甲は大学に向かった。」(a) という文が真ならば、「甲は大学に向かったか、または映画館に向かった。」($a \vee b$) という文も真である。しかし、規範文の場合、「大学に行きなさい。」(aの命令) が妥当している場面で、「大学に行くか、又は映画館に行きなさい。」(a又はbの命令) が妥当することになるわけではない。

(11) *Weinberger*, Rechtslogik, S.232; *Hans Lenk*, Konträrbeziehungen und Operatorengleichungen im deontologischen Sechseck, in: ders. (Hrsg.), Normenlogik,

は、 $\neg x$ （「人を殺さない」）の命令であり、 x （例えば「退去する」）の命令は、 $\neg x$ （「退去しない」）の禁止である。そして、「命令」によって実現が求められている行為「 x 」を「作為」と性格づける、という概念規定に従って言うならば、 G （命令）とは「作為の命令」（＝「不作為の禁止」）であり、 V （禁止）とは「不作為の命令」（＝「作為の禁止」）である⁽¹²⁾。このような「命令」と「禁止」という規範的態度は、それらが同時に同一種類の行為に対して向けられた場合には、妥当性を失うことになる（同一種類の行為「 x 」を同時に命令し、禁止することはできない）。すなわち、 $G(x)$ と $V(x)$ （言い換えれば、 $G(x)$ と $G(\neg x)$ ）は、同時には妥当し得ない（せいぜい一方だけが妥当し得る）。しかし、同時に両者が妥当しないことはあり得る（例えば、散歩や歯磨きのように、同一種類の行為が命令も禁止もされない可能性はある。後述のEとUの関係を参照）。このような「命令」と「禁止」の関係は、論理学に言われる「反対対当」（konträr）の関係（＝2つの判断のうちせいぜい一方だけが妥当し得る、という関係。但し、両者ともに妥当しないことはあり得る。）として整理される。

2.1.2.2 許容と不要求

以上に対して、「禁止」と「命令」の規範演算子の「否定」によって成立する規範的態度として、「許容」と「不要求」を考えることができる。すなわち、 $\neg V(x)$ （ $V(x)$ の規範演算子の否定）という文の表す内容は、「『 x が禁止されている』は妥当しない。」であり、 $\neg G(x)$ （ $G(x)$ の規範演算子の否定）という文の表す内容は、「『 x が命令されている』は妥当しない。」である⁽¹³⁾。以下では、前者の場合のように、行為 x について「禁

1974, S.204f.

(12) もっとも、このような語法は、「命令」が問題となっている場合に、実現が求められている態度をさしあたり「作為」として性格づけ、「禁止」が問題となっている場合に、実現が求められている態度を「不作為」として性格づける、という概念規定の方法に従ったものにはすぎず、それ以外の何らかの実質的基準によって、問題の態度の作為性・不作為性を決定しているわけではない。

(13) Vgl. Weinberger, Theoria 23, S.125f.

止」が否定されている場合に、xは「許容されている」と言い（以下、このような規範的態度を、*erlaubt*の頭文字をとって「E」と略記する）、後者の場合のように、行為xについて「命令」が否定されている場合に、xは「求められていない」と言うことにする（以下、このような規範的態度を、*ungeboten*の頭文字をとって「U」と略記する）⁽¹⁴⁾。

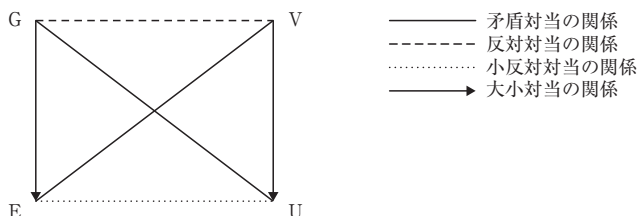
V（作為の禁止）とE（作為の許容）は、当然ながら、同時に、同一種類の行為xに対しては妥当し得ない。しかし（上述のVとGの間の反対対当の関係とは異なり）、VとEは、同一種類の行為xとの関係で、どちらか一方が必ず妥当しているはずである（ある行為xが「禁止」も「許容」もされていないということはない）と考えると⁽¹⁵⁾、VとEは論理学にいう「矛盾対当」（*kontradiktorisch*）の関係（＝2つの判断がともに妥当しないということとはあり得ず、必ずどちらか一方は妥当するという関係。但し、2つの判断が同時に妥当することはない。）に立つものとして整理されることになる。G（作為の命令）とU（作為の不要求）との間の関係についても、これと同じことが当てはまる。

以上で確認した4つの規範的態度（G, V, U, E）の相互関係は、いわ

(14) 「許容されている」（E：*erlaubt*）という語は、様々な意味内容を伴って使用され得るが、本稿では、対象となる行為xについての「禁止の否定」、という規範的態度を表す語として、限定的な意味で使用する。他方、「求められていない（命令されていない）」（U：*ungeboten*）は、文字通り、対象となる行為xについての「命令の否定」、という規範的態度を表す規範演算子である。ここだけ、単純に「un-」という否定の接頭辞が付いた語（*ungeboten*）を用いているのは、「ある行為（作為）xが命令されていない」という規範的態度を表現できるちょうど良い概念・単語が他に存在しないからである（*Joachim Hruschka, Das deontologische Sechseck in der Jurisprudenz, Festschrift für Wolfgang Blomeyer, 2004, S.779.*）。以上のE（*erlaubt*）とU（*ungeboten*）の概念規定は、*Lenk, aaO (Anm.11), S.198ff.*に従ったものである。

(15) もっとも、まさにこの「禁止も許容もされていない行為」というカテゴリー（上述の（B）の意味にいう「法的に自由な領域」）を認める余地があるか否か、仮にそれを認めたとして、そのような行為を観念することの意義は一体何かということが、「法的に自由な行為」というテーマの下で1つの問題となっているのである。この点について、本稿3以下参照。

【図 1】義務論的 4 角形



ゆる「義務論的 4 角形」の形で図示されることがある⁽¹⁶⁾。

この図に示されているように、G と V は反対対当、G と U、V と E はそれぞれ矛盾対当の関係に立つ。

また、ここで E（許容）と U（不要求）の関係は、2 つの判断のうち少なくとも一方は妥当しなければならないが、同時に両方が妥当してもよいという「小反対対当」（subkonträr）の関係に立つものとして整理される（同一種類の行為 x は、少なくともその作為か不作為の一方が許されている必要がある。但し、散歩や歯磨きのように、その作為と不作為の両方が同時に許される場合もあり得る）⁽¹⁷⁾。更に、G と E、V と U は、それぞれ、一方（G、V）

(16) これは、古い論理学において「対当の方形」と呼ばれている 4 角形（全称命題・特称命題の相互の論理関係を整理した 4 角形）を、規範文の論理関係へと応用したものである。「対当の方形」につき、H. ライヘンバッハ（石本新訳）『記号論理学の原理』（大修館書店、1982）96-97頁、L. R. ホーン（河上誓作監訳 / 濱本秀樹ほか訳）『否定の博物誌』（ひつじ書房、2018）8 頁以下、Jan C. Joerden, *Logik im Recht*, 2., überarbeitete und ergänzte Auflage, 2010（以下、*Logik im Recht* として引用）、S.196f. など参照。また、この「対当の方形」の様々な形での応用可能性を（事実言明文と規範文との関係も含めて）検討したのもとして、Ernst-Joachim Lampe, *Logische Beziehungen zwischen ontischen und deontischen Sätzen, dargestellt anhand „logischen Quadrate“*, *Rechtstheorie* 14, 1983（同論説 S.330 に示されている 4 角形が「義務論的 4 角形」に当たる。）を参照。義務論的 4 角形について、Hruschka/Joerden, *Supererogation : Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck*, *ARSP* 73, 1987, S.104ff. ; Hruschka, *Blomeyer-FS*, S.776ff. また、小島秀夫「正当化事由規定における『許容』の意味」増田豊先生古稀祝賀『市民的自由のための市民的熟議と刑事法』（2018、勁草書房）43 頁以下参照。

が成り立つ場合には、他方 (E, U) も成り立つという「大小対当」(subaltern) の関係にあるものとして整理される (x が「命令」されているならば x は「許容」されているはずであるし、x が「禁止」されているならば x は「求められていない」はずである。しかし、それぞれにおいて、その逆の関係は成り立たない)。

2.2 無関心と義務論的六角形

2.2.1 無関心

さて、義務論的六角形における4種の規範的態度 (V, G, E, U) の整理において、ある行為 x が V (禁止) の対象でも G (命令) の対象でもないという場合、逆に言えば、行為 x について同時に E (許容) と U (不要求) が妥当するという場合があり得ることが明らかにされた。行為 x に対してこのような規範的態度が向けられている場合に、問題の法は x について「無関心」であると言い、それを「I」(Indifferenz の頭文字) で表すことにする⁽¹⁸⁾。

I (無関心) は、行為 x についてその作為と不作為のどちらも許す、という規範的態度であり、E (許容) または U (不要求) の一種だといえることができるが、行為 x に対する G (命令) や V (禁止) が同時に伴う余地がない規範的態度であるという意味で、「絶対的な」許容または「絶対的な」不要求と性格づけられるものである⁽¹⁹⁾。これに対して、E (作為の許容)

(17) 禁止・命令文どうしの間におけるのとは異なり、許容文どうしの間では一貫性の欠如という事態は生じない (Vgl. Weinberger, Rechtslogik, S.236)。

(18) Weinberger, Rechtslogik, S.232; ders., Theoria 23, S.129; Hruschka/Joerden, ARSP 73, S.108; Joerden, Logik im Recht, S.205 の用語法に従う。レンクはこのような規範的態度を gebotsneutral (何の要求もない: N) と表記している (Lenk, aaO (Anm.11) S.198ff.)。

(19) 「絶対的」, 「相対的」な許容・不要求という性格づけについて、Hruschka, Das deontologische Sechseck bei Gottfried Achenwall im Jahre 1767 (以下、Das deontologische Sechseck として引用), 1986, S.45; ders., Blomeyer-FS, S.779; ders./Joerden, ARSP 73, S.111f.; Joerden, Logik im Recht, S.206 など。

は、その対象行為 x が同時に G (命令) の対象にもなっている可能性を排除しない (およそ命令されている行為は、同時に許容されている)。また U (不作為の許容) も、その対象行為 x が同時に V (禁止) の対象にもなっている可能性を排除しない (およそ禁止されている行為は、同時に不要求の対象でもある)⁽²⁰⁾。その意味で (同時に命令・禁止を伴う可能性があるという意味で)、 $E \cdot U$ は、許容・不要求の態度としては「相対的な」ものだと性格づけることができる。そうすると、ここまで単純に「 E 」 (= 作為の許容) として表してきた規範的態度は、精確に言えば「 $G \vee I$ 」 (= 作為が命令されている場合 [相対的な許容] か、または、作為も不作為も命令されていない場合 [絶対的な許容] である。) ということに他ならないし、また、単純に「 U 」 (= 不作為の許容) として表してきた規範的態度も、精確に言えば「 $V \vee I$ 」 (= 不作為が命令されている場合 [相対的な不要求] か、または、作為も不作為も命令されていない場合 [絶対的な不要求] である。) ということに他ならない、とされる⁽²¹⁾。

2.2.2 義務論的 6 角形

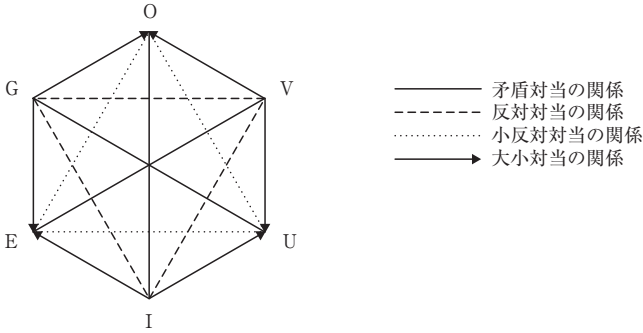
I (無関心) を 1 つの独立した種類の規範的態度として捉えたと、各種の規範的態度の論理関係は、前出の「義務論的 4 角形」から、以下のような「義務論的 6 角形」⁽²²⁾ の形で表記される体系へと拡大される。

(20) *Weinberger*, Rechtslogik, S.232, Fn.10. これは、 G と E 、 V と U が大小対当の関係に立つものと整理されたことに対応する。*Knapp*, ARSP 67, S.401 は、このような許容を「含意された許容」(implizite Erlaubnis) と呼んでいる。

(21) Vgl. *Hruschka/Joerden*, ARSP 73, S.110ff.; *Hruschka*, Blomeyer-FS, S.783f. しかし、このように許容や不要求を二義的に (選言によって) 捉えることが義務論的 4 角形の間概念間の論理関係に矛盾を生じさせるとする批判として、*Pavel Holländer/Viktor Knapp*, Zur Problematik des logischen Quadrats in der deontischen Logik, ARSP 77, 1991, S.401ff.

(22) *Lenk*, aaO (Anm.11), S.201f.; *Hruschka*, Das deontologische Sechseck, S.17ff. (同論説は、このように「義務論的 6 角形」を構成するような概念整理が、既に自然法学者ゴットフリート・アッヘンヴァルに見られたことを詳細に跡づけている。); *ders.*, Blomeyer-FS, S.780ff.; *Joerden*, Logik im Recht, S.205.

【図2】義務論的6角形



このうち、G、V、U、Eで構成される4角形は、前出の「義務論的4角形」と同じものである。義務論的6角形においては、ここに更に、2つの規範的態度が付け加えられている。

I（無関心）は、上記の通り、対象行為 x に対してG（命令）もV（禁止）も妥当しない、という種類の規範的態度をいう。この場合、IとG、IとVは、それぞれ「反対対当」の関係に立つ概念である（両者が同時に妥当することはないが、両者ともに妥当しない可能性はある）と理解できる（すなわち、同一種類の行為 x との関係では、G、V、Iのいずれか1つの態度しか妥当し得ない）。

「O」（obligatorisch の頭文字）は、行為 x がおよそ（命令か禁止かの）義務の対象とされている、ということの意味する⁽²³⁾。この概念は、新たに導入したI（無関心）の「否定」概念（Iと「矛盾対当」の関係に立つ概念）として、新たに想定されたものである。Iは、「行為 x がGの対象にもVの対象にもなっていない」という概念であるから、その否定として、「行為 x がGの対象かまたはVの対象になっている」という概念（O）が帰結する。Oは、命令か禁止かは問わず（いずれかは不確定のまま）、およそ対

(23) Hruschka, Das deontologische Sechseck, S.7ff. の概念に従う。Lenk, aaO (Anm.11), S.198ff. は、この規範的態度を pflichtrelevant (: R) と表現している。

象行為 x (の作為か不作為) が義務の対象である ($G \vee V$)、ということを表示する規範的態度である、とされる。現実の法規定においては、このような形で (禁止か命令かを確定しない形で) 規範的態度が表明されることはないため、 O というものを 1 つの独立した規範的態度として措定する実践的な意味はほとんどないものと思われるが⁽²⁴⁾、 O という概念を導入することにより、 I (無関心) も含めて、任意の行為 x に対して想定され得る各種の規範的態度を (さしあたり) 網羅した概念整理 (義務論的 6 角形) に到達することができる、というのが義務論的 6 角形の主眼である。

義務論的 6 角形に示されている論理関係をまとめると、以下の通りである。

(1) G (命令) と U (不要求 = 命令がない), V (禁止) と E (許容 = 禁止がない), O (義務対象化 = 命令または禁止) と I (無関心 = 命令も禁止もない) は、それぞれ「矛盾対当」の関係に立つ。

(2) G (命令), V (禁止), I (無関心) は、それぞれ「反対対当」の関係に立つ。

(3) O (命令または禁止), U (命令の否定), E (禁止の否定) は、それぞれ「小反対対当」の関係に立つ (2 つの判断のうち少なくとも一方は妥当しなければならないが、同時に両方が妥当してもよい)。

(4) G (命令) は、 O (命令または禁止), E (許容) とそれぞれ「大小対当」の関係に立つ (前者が成り立つ場合には、後者も成り立つ)。 V (禁止) は、 O (命令または禁止), U (不要求) とそれぞれ「大小対当」の関係に立つ。 I (無関心) は、 E (作為の許容), U (不作為の許容) とそれぞれ「大小対当」の関係に立つ。

(5) 義務論的 6 角形において、相互に矛盾対当の関係に立っている 3 つの規範的態度 (G , V , I) は、以下のように、それぞれ、他の規範的態

(24) *Hruschka*, Das deontologische Sechseck, S.31f. は、このような O という概念を定立する意義が感じられないことが、「義務論的 6 角形」という概念整理に到達する上での障害となったのではないかと指摘している。

度 (E, U, O) の「連言」によって定義することができる。ここには、概念上の「対称性」が見てとれる。

$G \equiv E \wedge O$: 命令されている (G) 行為とは、その作為が許容された (E), 義務対象 (O) の行為である。

$V \equiv U \wedge O$: 禁止されている (V) 行為とは、その不作為が許容された (U), 義務対象 (O) の行為である⁽²⁵⁾。

$I \equiv E \wedge U$: 法が無関心である (I) 行為とは、禁止されておらず (E), かつ命令されていない (U) 行為である。

2.3 禁止も命令もされない行為

以上で確認された無関心 (I) という規範的態度は、問題の行為に対して、命令、禁止のいずれの「義務づけ」の態度も示さない。そのため、この I の対象領域が「法的に自由な領域」「法的中立領域」と呼ばれることがある⁽²⁶⁾(これが上記 (A) の意味にいう「法的に自由な領域」である)。これは、およそ問題の種類⁽²⁷⁾の行為につき「義務づけ」(O) が否定されている、ということ表現した語法である。

このような「義務づけの否定」という意味に言う「法的に自由な領域」とは、I (無関心) という規範的態度が向けられている領域のことである。I という規範的態度が向けられている種類の行為 x に関しては、それに合致する態度 (作為) に出た場合も、それに違背する態度 (不作為) に出た場合も、いずれも「正しい」(適法な) 態度とされることになる⁽²⁷⁾(例えば、問題の法において「散歩」が I の対象とされている場合には、散歩することも、散歩しないことも「適法」である)。より正確に言えば、I (絶対的許容) という規範的態度との関係では、それに「違反する」態度 (「違法」行

(25) 以上の G と V の定義は *Hruschka, Das deontologische Sechseck, S.21; Joerden, Logik im Recht, S.206* による。

(26) *Lampe, Rechtslehre 14, S.330*.

(27) *Hruschka, Das deontologische Sechseck, S.26*.

為)は概念上およそ想定できない⁽²⁸⁾。すなわち、I という規範的態度との関係では、I (x) が成り立つ場合には、I (\neg x) も成り立っているのである⁽²⁹⁾。したがって、「絶対的な許容」と「絶対的な不要求」とは、規範的態度として、概念上全く同じものである。

以上から、行為 x が I という規範的態度の対象とされている場合、I との関係では「違反」という態度が想定不可能であるため、x に出る態度も、x に出ない態度も共に「適法」行為であることになる。つまり、I の対象であるという意味で「法的に自由な行為」は、全て「適法」行為なのである。

I という規範的態度は、原理上、以下の3つの形で示される可能性がある⁽³⁰⁾。第1に、x の許容 (E) と、 \neg x の許容 (U) が、ともに明文で規定

(28) なお、ヴァインベルガーは、「許容は表明しているが、当為〔義務づけ〕を何も表明していないような規範文は、それを充足することも、それに違反することもできない」(Weinberger, Rechtslogik, S. 227)と述べている。ヴァインベルガーは、当初、命令・禁止を表す規範文を否定した文(「『…は命令(禁止)されている』は妥当しない」という許容を表す文)それ自体は規範文ではない、という理解を示しており(Weinberger, Theoria 23, S.126f.)、その後も、「禁止・命令」(義務づけ)と「許容」とを全く別種の役割を担った規範的態度として理解しているように見受けられる。ヴァインベルガーの理解では、法の規制機能を本来的に担っているのは義務づけ(命令・禁止)であって、許容の役割は、(a) 義務づけを制限するか、(b) 義務づけを廃棄(廃止)するか、(c) 義務づけに含意されているか(=含意された許容。前掲注(20))のいずれかである(Weinberger, Rechtslogik, S. 232)。

(29) Weinberger, Rechtslogik, S.236.; Kazimierz Opalek/Jan Woleński, On weak and strong permission, Rechtstheorie 4, 1973, pp.170-. Lenk, aaO (Anm.11), S.204は、I (x) と I (\neg x) が同値であることを、 $I(\neg x) \Leftrightarrow \neg [G(\neg x) \vee V(\neg x)] \Leftrightarrow E(x) \wedge U(x) \Leftrightarrow I(x)$ として示している。これは以下のように証明できる。I (無関心)は義務づけ ($O \Leftrightarrow G \vee V$) の否定であるから、I (\neg x) は、 $\neg [G(\neg x) \vee V(\neg x)]$ である。G (\neg x) は V (x) と、V (\neg x) は G (x) と同値であるから、 $\neg [G(\neg x) \vee V(\neg x)]$ は、 $\neg [(V(x) \vee G(x))]$ となる。古典的論理学の恒真式であるド・モルガンの法則(否定の分解則： $\neg (a \wedge b) \equiv \neg a \vee \neg b$)により、 $\neg [(V(x) \vee G(x))]$ は、 $\neg V(x) \wedge \neg G(x)$ となり、更に $\neg V(x)$ は E (x) と、 $\neg G(x)$ は U (x) と互換可能であるから、 $E(x) \wedge U(x)$ となる。そして、これは I (x) である。

されている場合である。第2に、 x の許容(E)が明文で規定されていて、他方、 $\neg x$ についてはその許容が明文で規定されていないが、その禁止(V)も明文で規定されていない(すなわち $\neg V(\neg x)$)、という場合である。また、 $\neg x$ の許容(U)が明文で規定されていて、他方、 x についてはその許容が明文で規定されていないが、その命令(G)が明文で規定されていない(すなわち $\neg G(x)$)、という場合も同じことである。第3に、 x についても $\neg x$ についても明文規定が(命令、禁止の規定も含めて)何も存在していない場合である。上述の通り、刑法は「義務づけ(命令、禁止)の対象となっていない行為は、許容されている。」(罪(刑)法定主義)というルールを導入によって「閉じた」規則体系を構成している。そのため、刑法は、この第2、第3の場合においても、問題の行為に対して「I」(無関心)という規範的態度で臨んでいる、ということが一義的に帰結するのである⁽³¹⁾。

(30) Vgl. Knapp, ARSP 67, S.404ff.

(31) 閉じた規範体系における、規制対象領域内にある任意の行為 x に対して採られ得る規範的態度は、以下のようにまとめられる(下図はWeinberger, Rechtslogik, S.235のもの)。

①	G (x)	I (x)	V (x)
②	E (x)		V (x)
③	G (x)	U (x)	

この表に付け加えるならば、 $G(x)$ と $V(x)$ とを足した範囲に対応するのが $O(x)$ である、ということになる。

この表を見ると、従来、広い意味で共に「許容」として捉えられてきた $E(x)$ (相対的許容)と $I(x)$ (絶対的許容・無関心)との違いが視覚的に明確になる。 $E(x)$ は、 x の許容如何だけに着目し、 x の不作為($\neg x$)の許容如何は問題にしない概念であるが、 $I(x)$ は、 x と $\neg x$ の双方の同時的な許容を意味する概念である。つまり、 $E(x)$ は、 x が「禁止されている」($V(x)$)ののであれば妥当する概念だが、 $I(x)$ は、 x が「禁止されている」($V(x)$)場合から区別されるだけでなく、 x が「命令されている」($G(x)$)場合からも区別される概念である。すなわち、 $E(x)$ は、上の表の②に見られるように、 $V(x)$ との区別だけが問題とされる概念であり、「一面(片面)読み」

2.4 補説（義務論的 6 角形の疑問点）

以上が、義務論的 6 角形という理論的道具を用いて示されている、「I」（無関心）という規範的態度の分析である。本稿もひとまずこの分析に倣い、「I」という規範的態度を上記2.3で示したような形で定義しておくことにする。しかし、この義務論的 6 角形を用いた論理的な概念分析には疑問点もあるため、ここで付言しておくことにする。義務論的 6 角形を援用した概念分析になお感じられる疑問点は、O（義務対象である）、E（許容されている）、U（求められていない）という 3 つの概念の規定内容にある。

第 1 に、義務論的 6 角形において、O（義務対象である）は、「G ∨ V」という概念として定義されていた（上記2.2.2参照）。すなわち、O は、G（命令）と V（禁止）との「両立的選言（∨）」として、すなわち、「命令されているか、禁止されているか、またはその両方である」という概念として定義されていることになる。しかし、G と V は「反対対当」の関係に立つ（1 つの行為との関係で両者が同時に成り立つことはない）、というのが義務論的 6 角形において示された概念整理である。したがって、「G ∨ V」として定義される「O」は、そもそも、義務論的 6 角形が前提とする概念整理上あり得ない可能性（1 つの行為に対して G と V とが同時に成り立つ場

の許容（「禁止」との一正面における区別だけが問題となる許容）と呼ぶことができるものだが、I (x) は、上の表の①に見られるように、一方で V (x) との、他方で G (x) との、二正面における区別が問題となる概念であり、「二面（両面）読み」の許容と呼ぶことができるものである（この「一面読み」と「二面読み」という概念について、ホーン〔河上監訳〕・前掲注（16）13-17 頁、*Holländer/Knapp*, ARSP 77, S.403 参照）。この区別は元々、アリストテレスが論じた「必然」「可能」「不可能」の概念の理解をめぐる、そこに言われる「可能」が「必然」の場合をも包含した概念なのか（「不可能」との区別だけが問題となる「一面読みの可能」）、それとも、「必然」でも「不可能」でもない場合だけを「可能」と呼んでいるのか（「必然」、「不可能」の両方から区別される「二面読みの可能」。「一面読みの可能」から区別するために「偶然」という用語が充てられることもある）、という問題が生じたことから生まれた整理である（*Jaako Hintikka*, *Aristotle's different possibilities*, in: *Time & Necessity*, 1973, pp.28-参照）。以上の議論と同じことは、U (x)（不要求）と I (x) との関係についても当てはまる。

合) を含意した概念であることになる。そうだとすると、O というのは、I (無関心) を1つの独立した種類の規範的態度として新たに導入するにあたって、各種の規範的態度の間の概念的な「対称性」を確保するという目的のためだけに人工的に作り出された、(現実に登場するような実体を持たない) 便宜上の対概念にすぎないものではないか、と思われるのである

(32)。

本来ならば、O (義務対象である) という概念は、「命令されているか、または、禁止されている (しかし同時にその両方であるということはない)」という、G と V との「排他的選言 (>-<)」の関係で定義するのが、その最も適した定義方法であるように思われる。しかし、O についてそのような (排他的選言を用いた) 定義を採用すると、今度は、そのOの否定 (O と矛盾対当の関係に立つ概念) として想定されたI (無関心) の定義の方に問題を生じてしまうことになる⁽³³⁾。

(32) ルシユカは、「命令」か「禁止」かを確定しないまま、それらの選言である「義務対象化」(O) といった概念を定立することの実益が感じられなかったことが、「義務論的6角形」という形での概念整理が歴史上なかなか進まなかった原因である、という趣旨の分析を加えていたが(前出・注(24)を参照)、それ以上に、O という概念が、「義務論的6角形」を用いた分析の中でもそもそも存在し得ないような内容を持っている(たとえば言えば、いわば「虚数」のような存在である)ことが、O 概念の導入の障害になっている(ひいては、「義務論的6角形」を用いた分析それ自体を疑問視させる原因になっている)のではないと思われる。

(33) O を G と V の「排他的選言」($G > - < V$) として定義した場合、この排他的選言 ($> - <$) の関係を基本的な連言 (\wedge) と両立的選言 (\vee) とを用いて表現すれば、 $(G \vee V) \wedge \neg(G \wedge V)$ となる(すなわち、「命令されているか、禁止されているか、その両方であるかのいずれかであり、かつ、その両方であるという場合ではない」ということである)。しかし、O についてこの定義を採用した場合、O の否定である (O と「矛盾対当」の関係に立つ) とされる「I」(無関心) の定義内容は、「命令も禁止もされていないか、同時に命令されかつ禁止されているか、またはその両方のいずれかである」ということになってしまう。すなわち、O の否定は $\neg\{(G \vee V) \wedge \neg(G \wedge V)\}$ であり、これは、ド・モルガンの法則と二重否定除去則から $\neg(G \vee V) \vee (G \wedge V)$ となり、更に $(\neg G \wedge \neg V) \vee (G \wedge V)$ となる。これはすなわち、命令も禁止もされ

第2に、義務論的6角形を用いた分析においては、E（許容されている）とU（求められていない）の概念も、OがGとVの選言として定義された（ $O \equiv G \vee V$ ）のと同じように、次のような選言によって言い換えることができるものとされていた（上記2.2.1参照）。

$E \equiv G \vee I$ ：許容されている（E）行為とは、その作為が命令されている（G）行為か（相対的許容）、または、その作為も不作為も命令されていない（I）行為（絶対的許容）である。

$U \equiv V \vee I$ ：要求されていない（U）行為とは、その作為が禁止されている（V）行為（相対的不要）か、または、その作為も不作為も禁止されていない（I）行為（絶対的不要）である。

このようにして、O、E、Uという3つの概念は、それぞれ、 $G \vee V$ 、 $G \vee I$ 、 $V \vee I$ と定義される概念としてシメトリックな関係性の下に理解できる、というのである。

しかし、ここでも「 \vee 」は「両立的選言」の関係であるから、 $G \vee I$ とは「命令されているか、命令も禁止もされていないか、またはその両方である」ということであり、 $V \vee I$ とは「禁止されているか、命令も禁止もされていないか、またはその両方である」ということに他ならない。このような形で定義されたEとUは全く理解不能な概念になってしまうだろう（「命令されている」と「命令されていない」、「禁止されている」と「禁止されていない」とは、それぞれ同時に両立し得ない）。E、Uを理解可能な概念とするには、GとI、VとIをここでもそれぞれ「排他的選言（ $>-<$ ）」の関係にあるものとして理解する必要があるが（ $E \equiv G >-< I \equiv \{(G \vee I) \wedge \neg(G \wedge I)\}$ 、 $U \equiv V >-< I \equiv \{(V \vee I) \wedge \neg(V \wedge I)\}$ ）、そうすると、今度もまた、E、Uの否定（矛盾概念）であるV、Gの定義内容に問題が生

ていない（ $\neg G \wedge \neg V$ ：無関心）か、同時に命令されかつ禁止されている（ $G \wedge V$ ）か、またはその両方である、という概念である。このような概念は、「I」（無関心）という規範的態度として想定していたものからは程遠いものであろう。

じてしまう。

以上からすれば、本稿の問題関心である（(A)の意味に言う）「法的に自由な領域」を考えるにあたっては、G（命令）、V（禁止）とそれぞれ反対対当の関係に立つ「I」（無関心＝絶対的許容＝二面読みの許容）の概念を確立・確認することで必要十分であり、その意味で、G、V、I間の反対対当関係から成る「3角形」の論理関係（【図2】における義務論的6角形の中の「3角形GVI」）を前提にして考えていけば足りるように思われる。そういうわけで、いったんIの概念を得た以上、問題を孕むO、E、Uの概念が登場する義務論的4角形、義務論的6角形を持ち出す必要はもはやないと言うべきかもしれない⁽³⁴⁾。そのように解しても、上述のIの概念の内容に変更は生じない。

3 禁止（命令）も許容（不要求）もされない行為

前章（2）で確認した各種の規範的態度の論理関係に従って考えれば、ある種類の行為xについて、禁止（命令）も許容（不要求）も妥当しない、という場合は考えられないことになる。そこで判明した論理関係によれば、禁止と許容（命令と不要求）は「矛盾対当」の関係に立ち、両者が同時に妥当することはあり得ないが、必ずいずれか一方が妥当するはずだからである。しかしながら、刑法学の文献においては、「禁止の対象にも、許容の対象にもされていない行為」というものが存在し、そのような行為こそが「法的に自由な領域」を構成するものである、との説明が多く見ら

(34) Joachim Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S.172f. は、ある法規範体系において、行為は、「命令されている」(geboten)か、「禁止されている」(verboten)か、「放任されている」(freigestellt)かのいずれかである（この3種類の可能性だけが考えられる）、との理解に立っている。レンツイコフスキーがここで言っている「放任」(freistellen)とは、「禁止」、「命令」の両方から区別された許容のことであり（Vgl. S.127）、これは本稿に言う「I」（無関心＝二面読みの許容＝(A)の意味に言う法的に自由な領域）と等しい概念である。

れるところである（上記（B）の意味にいう「法的に自由な領域」）。また、「法的に自由な領域」にある行為のことを、「違法でも、適法でもない（第3の種類）行為」⁽³⁵⁾として定義づけている文献も見られる。上述の通り、（絶対的）許容という規範的態度との関係では「適法」行為しか観念されない（「違法」行為はない）のだから、この定義も、「禁止の対象にも、許容の対象にもされていない行為」と同じ観念を表現しようとしたものと解してよいだろう。では、このような行為は、果たして認められ得るのだろうか。以下では、このような行為の存立可能性が規範論理的に基礎づけられ得るのか、という点（3.1）、仮に基礎づけられ得るとして、それでは、そのような行為のカテゴリーを認めることが刑法理論上どのような意義を持ち得るのか、という点（3.2）について、順に検討を加えることにしたい。

3.1 L. フィリップスの規範論理体系と「法的に自由な領域」

「禁止も許容もされていない行為」という、前出の「義務論的6角形」からは基礎づけられないようなカテゴリーの存立可能性が、果たして規範論理的に基礎づけられ得るのだろうか。この基礎づけを正面から試みたのが、刑法学者L. フィリップスの著作である（それ以外には、「法的に自由な領域」の規範論理的な基礎づけを試みた文献は見当たらない）。そこで以下では、このフィリップスの見解をとり上げたい。

フィリップスは、「義務論的6角形」が立脚している古典的な論理学ではなく、「直観主義」⁽³⁶⁾という（特殊な）論理学上の立場を支持する。直観

(35) *Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV, 1919, S.347*（ビンディングは、「違法な行為」でも「適法な行為」でもない両者の中間にある第3の行為として、「禁止されていない」（*unverboten*）行為というカテゴリーを想定しているが、これは非常にミスリーディングな名称である）。また、金沢・前掲注（2）174頁、同『刑法とモラル』（一粒社、1979）91頁、同「法的に空虚な領域の理論」法の理論3（1983）1頁以下など参照。

(36) 直観主義とは、数学者L. E. J. ブラウアー、A. ハイティングらによって提

主義とは、(思想的な側面はいったん措き、その具体的・技術的な側面に限って言えば、)古典的な論理学において恒真式とされている「排中律」($a \vee \neg a$):「aか、aでないかのいずれかである。）」と「二重否定除去則」($\neg\neg a \rightarrow a$):「aの否定の否定は、aの肯定になる。）」の妥当性を否定する、という立場である(もっとも、古典的な論理学ではもちろん、直観主義の立場においても、二重否定除去則を逆にした恒理「 $a \rightarrow \neg\neg a$ 」:「aが肯定される場合には、それはaの否定の否定に等しい。」は妥当する。この点には注意を要する)。フィリップスは、古典的な論理学から「排中律」と「二重否定除去則」を取り去って考えることで(直観主義)、「法的に自由な領域」(禁止も許容もされない行為)の存立可能性が規範論理的に基礎づけられる、という主張を展開している⁽³⁷⁾。以下、その主張内容を概観しよう。

唱・展開された数学上の学説であり、数学の証明において公理から「排中律」を排除するという立場である。この立場の概要については、R. L. ワイルダー(吉田洋一訳)『数学基礎論序説』(培風館、1969)333頁以下、スチュワート・シャピロ(金子洋之訳)『数学を哲学する』(筑摩書房、2012)229頁以下、金子洋之『ダメットにたどりつくまで』(勁草書房、2006)39頁以下、鈴木俊洋『数学の現象学』(法政大学出版局、新装版、2018)194頁以下、松本和夫『復刊 数理論理学』(共立出版、2001)51頁以下など参照。

- (37) フィリップスは、法論理学においては直観主義の思想が特に適合的であるとして(*Philipps, Rechtliche Regelung und formale Logik*, ARSP 50, 1964, S.319; *ders.*, ARSP 52, S.199; *ders.*, *Aufgaben und Wertungen als Gegenstände der Logik*, Peter Schneider (Hrsg.), *Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechtes*, 1970, S.66.), 直観主義の立場を援用することの正当性を直観主義の思想・発想にまで遡って説いているが、本稿においては、直観主義援用の思想的背景には踏み込まず、フィリップスの主張のうち、専ら「法的に自由な領域」の規範論理的な基礎づけという部分に絞って検討を加える。フィリップスの構想は、法論理学者 G. カリノフスキの教科書においても、古典的な論理学に立脚した規範論理学に対する(建設的な代案の提示も含んだ)重要な批判と評価されている(*Georges Kalinowski, Einführung in die Normenlogik* (übersetzt von Wolfgang Klein), 1973, S.114)。

直観主義とは、「直観的に与えられた自然数の列の上に、構成的方法だけを使って」得られた事柄だけが「証明された」と認められる、という発想に立脚する立場である。例えば、ある条件を充たす数の存在を証明するにあたっては、そのような条件を充たす数を現に挙げて見せるなどして、そのような数

フィリップスの出発点は、法には「原則-例外」の構造がある、ということである。モデル的に言えば、「原則」的な規範的態度が「許容」であるようなルール体系（「例外的に禁止されていない行為は、許容されている」

が「実際に構成される」ということを積極的に示さなければならず、「そのような数が存在しないと仮定すると、矛盾に陥る」ということから、直ちに「そのような数が存在する」という結論を引き出すような推論は許されない、と考えるのである（ワイルダー〔吉田訳〕・前掲注（36）347-352頁等参照）。直観主義が排除しようとしているこのような推論は、「排中律」（全ての事柄は a であるか a でないかのいずれかである。）を公理として前提に据え、そこから出てくる「二重否定除去則」（ a でないとすると矛盾に陥るならば、 a である。）を用いることによって初めて導かれる。例えば（よく挙げられている一例を引用すると）、「 X^y が有理数になるような無理数 x, y が存在する。」といった命題は（これは、数学素人の目からすればどのように証明できるのか見当もつかない命題であるが）、排中律を前提にすれば、次のような証明が成り立つとされる。いま、無理数であることが分かっている $\sqrt{2}$ を利用し、 $\sqrt{2}^{\sqrt{2}}$ という数を想像してみる。この $\sqrt{2}^{\sqrt{2}}$ という数が一体どんな数なのかは具体的に想像がつかないが、少なくともそれは有理数、無理数のいずれかのはずである。①いま、これが有理数だと仮定する。その場合には、この仮定からして既に、 $x = \sqrt{2}$ 、 $y = \sqrt{2}$ が、上の命題を充たす x, y だということになる。②逆に、これが無理数だと仮定する。その場合には、 $x = \sqrt{2}^{\sqrt{2}}$ 、 $y = \sqrt{2}$ と考えれば、これらが上の命題を充たす x, y だということになる（というのも、 $(\sqrt{2}^{\sqrt{2}})^{\sqrt{2}} = \sqrt{2}^2 = 2$ となり、2 は有理数であるから）。こうして、上の命題が証明されたものとされる（鹿島亮『数理論理学』〔朝倉書店、2009〕3, 145頁、金子・前掲注（36）51-52頁に挙げられている例）。しかし、このような証明は、「全ては a か、非 a かのいずれかである。」という「排中律」が妥当することを前提として仮定した世界の中で、問題の数の存在可能性が論理的な矛盾なく説明される、ということ述べているにすぎないものであって、それでは上の命題にいう X^y が具体的にどんな数なのかという、その直観的な手触りを上の証明から得ることは全くできない。そこで直観主義は、このような「排中律」（及び「二重否定除去則」）を公理から排除する、という前提を大胆に採用し、数学全体の再構成を試みる考え方として登場したのである。

このように、直観主義は数学方法論における一思想であり、本来、法学分野とは直接関係がない。本文において以下で見ると、フィリップスは、法規範体系に見出される「原則 - 例外」という非対称的構造に「排中律（二重否定除去則）の排除」という直観主義の発想と通じ合うものを見てとり、そこで、直観主義の発想を法規範の論理分析に援用することを着想したのであって、この連想はフィリップスの創見であろう。

というルールが妥当している体系。自由主義的なルール体系」と、「原則」的な規範的態度が「禁止」であるようなルール体系（「例外的に許容されていない行為は、禁止されている」というルールが妥当している体系。権威主義的なルール体系）とが考えられる⁽³⁸⁾。このようにモデル化すると、罪（刑）法定主義が妥当している「刑法」というルール体系は、「許容」が「原則」である自由主義的なルール体系として性格づけられるようにも思われるが、フィリップスは、構成要件に該当する行為は「例外」的に正当化事由に当たらない限り「禁止」されている、という点に着目し、「刑法」を「禁止」が「原則」である権威主義的なルール体系の例としてとり上げている⁽³⁹⁾。

この「原則-例外」の関係は、優劣のある非対称的な関係である。つまり、法に見られる「原則-例外」の関係というのは、禁止と許容とが対等の立場でいわば「綱引き」をしており、一方がなくなる場合には他方があることになるというような、単純な「表裏の関係」ではない。「原則」に当たる方の規範的態度は、「例外」に当たる方の規範的態度が存在していないということが確認されれば、反射的にその妥当性が認められるが、「例外」に当たる方の規範的態度は、その存在それ自体が明示的に示されている場合でなければ、その妥当性が基礎づけられない。これが、実際の法に見出される「原則-例外」の非対称的構造である。

具体的に言えば、「原則」が「許容」である自由主義的なルール体系においては、問題の行為 x に関して「禁止」が妥当していないと分かれば、直ちに x の「許容」が妥当することになる ($\neg V \rightarrow E$)。しかし逆に、行為 x との関係で「許容」が妥当していない場合には、そのことから直ちに、 x について、「例外」である「禁止」という規範的態度が妥当することにはならない ($\neg E \rightarrow V$ は妥当しない)。 x について「禁止」が妥当するかどうかは未確定である。この場合、 x は「(明示的に) 禁止されていな

(38) *Phillips*, ARSP 50, S.320f.; *ders.*, ARSP 52, S.211f.

(39) *Phillips*, ARSP 50, S.321f., 325.

い、というわけではない」($\neg\neg V$)と言えるだけなのである($\neg E \rightarrow \neg\neg V$)。ここでは、 $E(x)$ と $V(x)$ との間に排中律は妥当しておらず、二重否定除去則($\neg\neg V \rightarrow V$)も妥当しない。

「原則」が「禁止」である権威主義的なルール体系においては、問題の行為 x に関して「許容」が妥当していないと分かれば、直ちに x の「禁止」が妥当することになる($\neg E \rightarrow V$)。しかし逆に、行為 x との関係で「禁止」が妥当していない場合には、そのことから直ちに、 x について、「例外」である「許容」という規範的態度が妥当することにはならない($\neg V \rightarrow E$ は妥当しない)。 x について「許容」が妥当するかどうかは未確定である。この場合、 x は「(明示的に) 許容されていない、というわけではない」($\neg\neg E$)と言えるだけである($\neg V \rightarrow \neg\neg E$)⁽⁴⁰⁾。ここでは、 $E(x)$ と $V(x)$ との間に排中律は妥当しておらず、二重否定除去則($\neg\neg E \rightarrow E$)も妥当しない。そして、このように「禁止されていないが、許容されてもいない」(せいぜい、「(明示的に) 許容されていない、というわけではない」という規範的態度が向けられる行為が、「法的に空虚な領域」を構成することになる⁽⁴¹⁾。

ここでもう一つ、フィリップス独自の概念規定を挙げておく必要がある。フィリップスは、規範的態度の「否定」を、(数理論理学に倣って) 次のような特殊な形で定義する。すなわち、規範的態度の存在が「否定」されるというのは、「そのような規範的態度の存在を認めたとすれば、それは、不当な扱い(矛盾)を認めることになってしまう」という場合のこと

(40) Vgl. *Philipps*, ARSP 50, S.324f.

(41) *Philipps*, ARSP 52, S.205f. また *Georg Maria Scheid*, Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt (unter besonderer Berücksichtigung der Abwägung Leben gegen Leben), 1999 (以下, Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollisionとして引用), S.133f. も同様に、「適法」とは「違法でない」というだけであり、「違法でない」からといって特に明示的な法規制(=法的許容)の対象とされていない限り「許容されている」とまでは言えないのだから、そこに「法的に自由な領域」というものが位置づけられる余地がある、との概念整理を示している。

【図 3】

E	⇔	¬V	U	⇔	¬G	※左図において、⇔は等値、←は含意 (大小対当の関係)を表す。(【図 4-1】 【図 4-2】も同じ。)
↑			↑			
G	⇔	¬U	V	⇔	¬E	

である⁽⁴²⁾。そうすると、規範的態度の存在が「二重否定」される場合というのは、「そのような規範的態度の存在を不当なもの(矛盾)として扱うならば、その扱いの方が不当なものだ(矛盾)ということになってしまう」という場合のことである。以上の概念規定を基に、フィリップスは「法的に自由な領域」の実例を次のように説明している。例えば、本稿冒頭で挙げた「登山者事例」(1.2)で説明するならば、この事例において、Xの殺人行為が(殺人の)「禁止」に対する違反(違法行為)であると評価するならば、それは、このような状況におけるXに対して「不当な扱い」であると言わざるを得ない。したがって、この場合には(殺人の)「禁止」という規範的態度は否定される。しかし、禁止が「原則」である刑法においては、禁止の否定(欠如)から、反射的に、「例外」である「許容」が基礎づけられることにはならない。この場合、Xの行為に対しては、(殺人の)「許容」ではなく、せいぜい、「許容されていないわけではない」(許容の二重否定)という規範的態度が向けられるに止まるのである⁽⁴³⁾。フィリップスの「否定」概念に即した言い方をすれば、「Xの殺人の『許容』を不当なものとして断ずると、そのような断定の方が不当な断定である」ということである。

以上の規範論理的な概念関係を、フィリップスの提示する図に従ってまとめておく。

(42) *Philipps*, ARSP 52, S.197ff.,211f. 自然演繹(数理論理学)において、ある命題Aの否定「¬A」(「Aでない。»)は、「A⇒⊥」(「Aであるならば、そこから常に偽の結論に至る。»)と互換可能と解されている(⊥は、「絶対的な偽(=常に偽である)」を表す記号)。フィリップスがここで用いている「否定」概念も、このような理解を基礎にしたものである。

(43) *Philipps*, ARSP 52, S.201f.

【図 4-1】許容が原則であるルール体系



【図 4-2】禁止が原則であるルール体系



以上の【図 3】は、直観主義に基づく規範論理体系と対比するために、古典的な論理学に従った規範論理体系をフィリップスがまとめたものである⁽⁴⁴⁾。【図 3】で示されている各種の規範的態度の論理関係は、前出の義務論的 6 角形で既に確認したものと変わらない。これとの対比で、上述の直観主義に基づく規範論理体系をフィリップスが図示したものが【図 4-1】【図 4-2】である⁽⁴⁵⁾。

【図 3】に示された規範論理体系との違いは、次の点である。

【図 3】では、 $\neg E$ （許容の否定）と V （禁止）、 $\neg U$ （不要求の否定）と G （命令）とが同値と考えられていたが、許容が原則であるルール体系を表した【図 4-1】においては、 $\neg E$ （許容の否定）は V （禁止）と同値でなく、 $\neg\neg V$ （禁止の二重否定＝「禁止されていないわけではない」）と同値であるにすぎず、 $\neg U$ （不要求の否定）は G （命令）と同値でなく、 $\neg\neg G$ （命令の二重否定＝「命令されていないわけではない」）と同値であるにすぎないものとされている。

【図 3】では、 $\neg G$ （命令の否定）と U （不要求）、 $\neg V$ （禁止の否定）と E （許容）とが同値と考えられていたが、禁止が原則であるルール体系を

(44) *Philippis*, ARSP 52, S.208に示されている図である（図中の記号は、本稿で採用しているものに変えている）。

(45) *Philippis*, ARSP 52, S.212に示されている図である（図中の記号は、本稿で採用しているものに変えている）。

表した【図4-2】においては、 $\neg G$ （命令の否定）はU（不要求）と同値でなく、 $\neg\neg U$ （不要求の二重否定＝「不要求でないというわけではない」）と同値であるにすぎず、 $\neg V$ （禁止の否定）はE（許容）と同値でなく、 $\neg\neg E$ （許容の二重否定＝「許容されていないわけではない」）と同値であるにすぎないものとされている。

これらの点は、上述の通り、それぞれのルール体系において「原則」に当たる規範的態度が否定される場合に、反射的に「例外」に当たる規範的態度が妥当することにはならず、「例外」に当たる規範的態度の「二重否定」が妥当するにすぎない、という論理関係を図示したものである。この「二重否定」の規範的態度が向けられる対象行為が、それぞれのルール体系において「法的に自由な領域」を構成することになる。

3.2 「法的に自由な領域」を認める意義

さて、フィリップスは、以上のような（かなり難渋な）規範論理の整理を提示することによって、刑法において「禁止」でも「許容」でもない、第3の規範的態度である「禁止されていないわけではない」（「禁止の二重否定」）という規範的態度のカテゴリーの存立を基礎づけることができる、と考えた。言い換えれば、問題の行為に対して、「違法」でも「適法」でもなく、「法的に自由な領域」にある、という評価が下される可能性が基礎づけられたことになる。

しかし、ここで更に問題となるのは、このような「第3」の規範的評価を想定することによって一体どのような意義があるのか、という点である。この点に関して、分析哲学者 M. ダメットが述べていることが、有益な示唆を与えてくれる。①「前件が偽である条件文」（例えば、「今日雨が降っても、裏山で土砂崩れは起こらない。」という文が発話されたが、今日は雨が降らなかったという場合）や、②「存在しない個別名辞について述べた文」（例えば、「いまの日本の太政大臣は身長が180cm以上ある。」）は、「真」なのだろうか、「偽」なのだろうか。それとも、これらは、そもそも現実存在す

る事柄について述べられた文ではないのだから「真でも偽でもない」と解する第3の可能性を追究すべきだろうか。ダメットは、事実言明の「真偽」を問題とする場合、我々がどういう目的で、どのような関心から「真偽」ということを問題にしているのか、という点を前提に据えて考えることが必要不可欠であるとした上で、上の①、②の文については「真でも偽でもない」という第3のカテゴリーを導入する必要はない、と指摘する。①の「前件が偽である条件文」が話される場合、その話者が目指しているのは、ひとえに「前件が真なのに、後件が偽となる」ような事態の可能性を排除すること（上の例で言えば、「今日雨が降ったら、裏山で土砂崩れが起こる。」という事態の可能性を排除すること）である。今日雨が降らなかった（前件が偽である）場合にどうなるかは、その発言においておよそ問題とされていないだけであって、このような文の発話は、話者が、聞き手の誤解を誘発するために、前件が偽となる可能性（今日雨が降らない可能性）を意図的に排除して述べたもの、とは考えられない。これに対して、②の「存在しない個別名辞について述べた文」については、その個別名辞が存在しない（実在する対象を持たない）という可能性を話者が知りながらそれを話した場合には、話者はその言明を「誤って」使っているか、「聞き手を誤解させる」ために意図的に「ミスリーディングな話し方をした」と見なされることになる。したがって、①は「真」、②は「偽」であると考えれば、事実言明の「真偽」を問題とすることの目的には適っているのであり、その限りで「真でも偽でもない」という第3のカテゴリーを持ち出す必要はない⁽⁴⁶⁾。

さて、「違法」行為でも「適法」行為でもない、「法的に自由な領域」に属する行為という第3の種類のある行為があるのか、という問題も、以上の議論との類比関係において考えることができるだろう。刑法において「違法」と「適法」を区別する目的は、刑法の規範的態度に違反する行為があ

(46) マイケル・ダメット（藤田晋吾訳）『真理という謎』（勁草書房、1986）3-6頁、14-21頁、また、金子・前掲注（36）62頁以下の説明も参照。

ったか否かを判定して、犯罪の成否を確定する点にある。このような区別の目的との関係で見れば、犯罪の成立を基礎づける（違法）か、基礎づけない（適法）かという点がここでの問題であり、「法的に自由な領域」に属する行為は「犯罪を基礎づけない」行為である以上、「適法」行為のカテゴリーに含めて考えれば足りるものと考えられる。したがって、犯罪の成否を判定するという刑法の目的との関係では、違法でも適法でもない第3のカテゴリーとして、「法的に自由な領域」というものを持ち出す必要はない。ダメットは、上記の①「前件が偽である条件文」について、「真でも偽でもない」第3の領域を設ける必要はなく、「真であり得る相異なる二様式」を区別すれば足り、上記の②「存在しない個別名辞について述べた文」について、「真でも偽でもない」第3の領域を設ける必要はなく、「偽であり得る相異なる二様式」を区別すれば足りると言っているが⁽⁴⁷⁾、それに倣って言えば、「適法」でも「違法」でもない、第3の領域としての「法的に自由な領域」を想定する必要はなく、「適法」の中に、狭義の「適法」行為と、「法的に自由な領域」に属する行為との2様式がある、と解すれば足りる⁽⁴⁸⁾。

しかし、刑法による行為の評価において、「行為者の犯罪の成否」とい

(47) ダメット（藤田訳）・前掲注（46）20-21頁。

(48) 山中敬一『「法的に自由な領域」に関する批判的考察』関西大学法学論集32巻3 = 4 = 5号（1982）39, 41頁が、刑法的評価は「違法」か「適法」かの二者択一でしかなく、「放任」といっても、それは刑法が消極的ながら当該行為を「是認」（適法視）しているのに他ならない旨述べているのも同趣旨と思われる。また、Theodor Lenckner *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, S.18f.; *Gunnar Duttge, Zum „rechtsfreien Raum“ nach Lothar Philipps, Gerechtigkeitswissenschaft-Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps*, 2005, S.379ff. 参照。また（レンクナーとドットゲも引用しているが）、この文脈でG. ラートブルフの一節が同じ発想を表現したものとしてよく援用される。「法的に空虚な」領域とは「法によって規律されていない事実の領域なのではなく、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。」（ラートブルフ〔田中耕太郎訳〕『法哲学』〔東京大学出版会、1961〕385頁）。

う問題とは別個に、もう一つ考慮に入れられている問題がある。「他者の行為の評価への影響」がそれである。すなわち、(1) 行為が「違法」とされる場合には（ドイツ刑法32条における「違法な攻撃」、日本刑法36条における「不正の侵害」の要件を充足することになるので）、その行為に対して、他者が「正当防衛」に出ることが可能になる（当然ながら「適法」行為に対しては正当防衛はなし得ない）。そこで、「法的に自由な領域」という第3のカテゴリーが持ち出され、その領域に属する行為は端的な「適法」行為ではない、という理論構成が試みられる実践的な目的の1つとして、その種の行為に対する正当防衛権を他者に認めよう、という発想が見受けられるのである⁽⁴⁹⁾。また、(2) 特に自殺、自己危殆化行為との関係で問題となる点だが、行為者本人は不可罰とされるものの、それに対して共犯的に関与した他者の罪責が問題とされる局面がある。この場合に、行為者の行為が端的な「適法」行為であるとする、他者の関与行為を「違法」と見てその罪責を基礎づけることが理論的に困難になる。「法的に自由な領域」という理論構成は、この場合に他者の関与行為の犯罪性を基礎づけるために援用される余地もある。

以上のような形で、行為者の行為評価が他者の行為評価を左右することが基礎づけられる場合には、「法的に自由な領域」という第3のカテゴリーを認めることにもなお実践的な意義・効果が伴うことになる。もっとも、これらの効果が、「法的に自由な領域」という理論構成を採用することによって理論的に帰結するものか否か、という点については詳しい検討を要する。そこで次に、この点について章を改めて検討を加えることにしたい。

(未完)

(49) Vgl. *Philipps*, ARSP 52, S.201, 205.; *Schild*, JA 1978, S.635f.