

## 主観的違法要素と客観的要素の関係について（2・完）

平尾, 遼海  
九州大学大学院法学府 : 博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/4371026>

---

出版情報 : 九大法学. 120, pp.161-208, 2021-03-09. Kyudai Hogakka i  
バージョン :  
権利関係 :

# 主観的違法要素と客観的要素の 関係について（2・完）

平尾 遼海

導入

第1部 主観的違法要素の存在について

第1章 ドイツにおける主観的違法要素

第2章 日本における主観的違法要素

第3章 検討

— 以上118号

第2部 主観的違法要素と客観的要素の関係について

第1章 純粹主観的違法要素の否定

第1節 現行法における主観的違法要素と客観的要素

第2節 Mezgerの「純粹主観的違法要素」

第3節 小括

第2章 ナチスの意思刑法

第1節 立法における意思刑法

第2節 判例における意思刑法

第3節 学説における意思刑法

第4節 小括

第3章 検討

第1節 法構成主義の必要性

第2節 法構成主義の正当性

第3節 主観的違法要素と客観的要素の関係

第4節 小括

第4章 各則への還元

第1節 強制わいせつ罪

第2節 予備罪

第3節 不申告罪

第4節 未遂犯

結語

## 第2部 主観的違法要素と客観的要素の関係について

第2部では、主観的違法要素を含む犯罪において、その主観的違法要素と客観的要素がどのような関係性を持つのかを検討していく。その際、まず第1章では主観的違法要素を含む日本の犯罪規定や、行為の客観面を重視したワイマール期のMezgerの見解から主観的違法要素と客観的要素の関係を考察していく。そして、続く第2章では、行為の客観面を重視した見解と対象的なナチスにおける意思刑法(Willensstrafrecht)について見ていく。というのも、第1章まではワイマール期におけるMezgerの法理論に依拠すれば、主観的違法要素と客観的要素の一定の関係を要求するに至ることを示すのみで、同法理論を参考にする必要性及び正当性は示されておらず、したがって、まずこの必要性を示す準備として、第2章でナチス期の意思刑法が極端な主観主義に至ったことを記述しなければならないからである。そして、第3章では意思刑法がワイマール期のMezgerらの法理論を放棄した結果として極端な主観主義に至ったこと(同理論の必要性)、及び同理論の正当性を検討した後に、主観的違法要素と客観的要素の関係について結論を示す。そして最後に、第4章ではこの結論が各則の解釈でどのような役割を果たすのかを見ていく。

### 第1章 純粹主観的違法要素の否定

第1章では、まず我が国の刑法典において主観的違法要素を含む犯罪規定<sup>(1)</sup>を分析することによって、その主観的違法要素と客観的要素がどのような関係に立っているのかを推測していく(第1節)。そして、その上でこの推測をEdmund Mezgerの「純粹主観的違法要素の否定」とその背景にある法理論によって根拠付けていく(第2節)。

### 第1節 現行法における主観的違法要素と客観的要素

現行法には、主観的違法要素を犯罪成立要件に組み込む犯罪規定が多数見られるが、まずは分析の便宜の観点から、客観的態様が記述的要素によってある程度明確に限定されているような犯罪規定が参照されなければならない。それゆえ、規範的要素（刑法176条強制わいせつ罪における「わいせつ」など）や包括的な概念（刑法201条殺人予備罪における「予備」など）、不作為態様（爆発物取締法7条爆発物不申告罪など）によって規定された客観的態様についてはここでは取り扱わず、第4章で改めて触れることとする。

まず、第1部第3章第2節(1) - 1<sup>(2)</sup>において主観的違法要素の存在を肯定した「減縮された二行為犯罪」について検討する。この類型に属する代表例としては、刑法148条1項通貨偽造罪がある。この通貨偽造罪の客観的態様（「通用する貨幣、紙幣又は銀行券」の「偽造」または「変造」）について、以下のような分析がなされている。「偽造通貨の行使という目的の実現によって、法益は単なる偽造通貨作成行為よりも一層危殆化されることになるが、行為の中に目的実現の危険性が存在しなければ、そもそも法益が危殆化されることはない。ここでは、目的実現の可能性は法益と密接な関係を有しており、目的犯成立の前提として、目的実現の危険性が存在しなければならないと考える<sup>(3)</sup>」。すなわち、偽造または変造行為それ自体に「目的実現の危険性が客観的に存在して」いるという。同様に以下のような分析もある。「およそ偽造行為である以上すべて行使される危険のある偽造であって、その危険のない偽造など、むしろはじめから「偽造行為」にも当たらぬとすらいえるのではなからうか<sup>(4)</sup>」、「偽造は、大抵の場合、偽造通貨を流通におく目的でなされ……右の行使の目的以外で作成された通貨も偽造通貨行使罪の客体となりうるということはあまねく通説的に承認されているところであり、このことは逆に、およそ通貨の偽造でありさえすれば、すべて概念的に、行使される資格（危険性）を具える偽造である<sup>(5)</sup>」。

以上の分析は通貨偽造罪における「偽造」または「変造」という客観的態様それ自体の中に目的実現の客観的危険性が存在していると主張する。このことは、偽造は多くの場合、行使の目的でなされるという判断に基づいている。実際、旧改法の改正の際も、「貨幣ヲ偽造シタト云フ方カラシテサウ云フ〔行使の〕目的デアラウト云フコトヲ推定スル場合が多キニ居ルデアラウ」(〔〕内は引用者。以下同じ)と述べられている<sup>(6)</sup>。それゆえ、偽造行為からは通常、行使の目的が推認されているのである<sup>(7)</sup>。

また、その他の「減縮された二行為犯罪」でも、客観的態様と主観的違法要素との間の同様の関係性が当てはまるであろう。例えば、略取誘拐罪（刑法224条以下）においては、他人を本来の生活空間から引き離し、自己または第三者の実力支配下に移す行為が問題となる。このように被害者を実力で支配するという行為について、国会審議や法制審議会において、行為者にさらなる害悪（生命若しくは身体に対する加害、わいせつなど）を加えることや搾取を行うこと（営利）、身代金を要求すること、所在国外に移送することが動機となりやすいことが想定されている<sup>(8)</sup>。また、略取誘拐行為は歴史的に結婚目的で行われることも多く、同目的と密接に結びついているとも言える。さらに、支払用カード電磁的記録不正作出等（刑法163条の2）についても、立法過程で、「プリペイドカードにいたしましてもクレジットカードにいたしましても、それで物を買ったり何か支払いをするというふうにするのが通常<sup>(10)</sup>」と述べられており、「クレジットカードその他の代金又は料金の支払用のカードを構成するものを不正に」作る行為も、多くの場合、「人の財産上の事務処理を誤らせる目的」（刑法163条の2）でなされることは明らかである。それゆえ、刑法163条の2においても、客観的態様がそれぞれで規定されている目的を推認させるのである。

第1部第3章第2節(1) - 2<sup>(11)</sup>で検討した「断絶された結果犯」においても同様の関係性が妥当する。第1部第3章第2節(1) - 2において、「断絶された結果犯」の多くについて、その目的の体系的な位置づけは今後

の検討課題とされた。しかし、仮にこれらの目的が違法要素であったとしても、「断絶された結果犯」における客観的態様は目的実現にとって直接的原因となるのであるから、その客観的態様は多くの場合その目的の下で行われる。例えば、内乱罪については、「客観的に朝憲紊乱に至る可能性を包含すること要す」とされ、ここでの目的は客観化されると言われている。<sup>(12)</sup> ゆえに、「断絶された結果犯」においても客観的態様から特定の目的の存在が推認されるのである。

さらに、他人の財物を自己に占有移転させる行為も通常、それを自分のものとする意思（不法領得の意思）によって行われるであろう（刑法235条窃盗罪）。自分の物が他人の占有下に移され、または、そのような場面に遭遇すれば、泥棒にあったと考えるはずである。つまり、国会審議において述べられたように、他人の動産を「自分の手中におさめるとか、あるいは占有の範囲内に置くということによって、所有権を領得するという意思がはっきりする」<sup>(13)</sup> と言えるであろう。

そして、刑法169条偽証罪においても、客観的事実と異なる証言が要件となるべきであり、<sup>(14)</sup> 客観的事実と異なる証言はその証人が自己の記憶に反する証言または直接体験していない事実に関する証言を行ったことを十分に疑わせる<sup>(15)</sup>。それゆえ、主観的違法要素が目的または意思という形式をとっていなくても、客観的態様が主観的違法要素の存在を推測させるという関係性は肯定されるのである。

最後に、刑法197条以下収賄の罪についても、第1部第3章第2節（2）<sup>(16)</sup> - 2では主観的違法要素の存在（賄賂性の認識と賄賂と対価関係に立つ職務執行を行う意思）を今後の検討課題としていたが、仮にこれらが主観的違法要素であるとしても、主観的違法要素と客観的要素に関する同様の関係性は存在すると言える。というのも、贈賄者は、公務員に対して、何らかの職務行為を行うことまたは行わないことを要求する意思表示を相手方に認識可能な形で表示しなければならず、<sup>(17)</sup> そのような意思表示を前提として公務員があえて、提供された利益を収受したなら、この公務員が相

手方の要求を理解し、承諾したことを疑わせるからである。また、公務員の側からの「要求」も相手方に対して、便宜を図る代りに対価を要求する意思が認識可能な方で表示されていなければならない。<sup>(18)</sup>さらに「約束」においても客観的に約束と見られる行為が必要であり、<sup>(19)</sup>ここでも提供される利益が賄賂であることを理解した上で、相手の要求を承諾した旨の意思表示がなされなければならないのである。

以上より、わが国の現行法における主観的違法要素を伴った犯罪規定について以下の仮説を立てることができる。それは、立法者が主観的違法要素によって犯罪構成要件を基礎づけるときは常に、その主観的要素の存在を推認させるような客観的態様も同時に定められる、ということである。第2節ではこの仮説をワイマール時期のドイツで主張された理論によって基礎づけていく。

## 第2節 Mezgerの「純粹主観的違法要素」

ここでは、Edmund Mezgerの「純粹主観的違法要素」(rein subjektive Unrechtsbegründung)に関する記述を中心に参照していく。というのも、この記述の中でMezgerは主観的違法要素と客観的態様の関係について述べているからである。

純粹主観的違法要素という言葉が初めて語られるのは、1924年のDer Gerichtssaalにおける論文である。その論文によれば、純粹主観的違法要素とはなんらの客観的態様なしに違法性を構成する主観的要素を指す。<sup>(20)</sup>Mezgerはこの純粹主観的違法要素は認められるべきではないと主張する。Mezgerによれば、いかなる犯罪においても「感覺的に知覚可能な事象」としての客観的態様が構成要件となっていなければならない。<sup>(21)</sup>さらに、Mezgerはここで要求されている客観的態様について未遂犯規定及びBGB226条に規定されたシカーネ禁止を例に詳細に説明する。

帝政ドイツ時代からライヒ裁判所は未遂犯について主観的未遂論を採用してきた。主観的未遂論においては、実行行為は結果発生の危険性を

基礎づけるのではなく、行為者の犯意を表明するものとして捉えられている。Mezgerは純粹主観的違法要素を否定する立場からこの主観的未遂論を批判する。Mezgerによれば、行為者の犯罪的意思の表明のみをもって違法とすることは決して客観的な要素によってではなく、ただ行為者の主観的な意思方向によって違法性を基礎付けている<sup>(22)</sup>。ここでは、法益侵害と関連した客観的態様が違法要素として予定されていないことを批判していると思われる。

続いて、MezgerはBGB226条について主観説を採用することも純粹主観的違法要素を肯定することにつながると指摘する。BGB226条は「権利の行使は、他人に害を加える目的しか有し得ない場合には、これを許さない」と規定する。この規定の解釈論としての主観説とは、権利者が他者加害目的という非難すべき動機のみに基づいてその権利を行使した場合に、この権利行使が違法となると理解する見解である<sup>(23)</sup>。これに対して、Mezgerは「他人に害を加える目的」を「行為の客観的目的」(Der objektive Zweck der Tat)として理解した(客観説)。すなわち、権利者の権利行使が加害目的でしかなされ得ないと裁判官によって判断され得るほどの客観的事象が存在しなければならないのである。この客観説はライヒ裁判所によって支持され<sup>(25)</sup>、学説においても支持を広げていった<sup>(26)</sup>。Mezgerによれば、行為者の目的の存在を客観的に判断し得るような客観的事実がおよそ存在しないような場合は、純粹主観的違法要素によって違法性を基礎づけるものとして否定されなければならないのである<sup>(27)</sup>。

以上より、Mezgerが純粹主観的違法要素を否定するにおいて、要求される客観的態様は次のようなものであると考えられる。すなわち、主観的違法要素と共に法益侵害またはその危険性に関連しており(法益関連性)、かつその主観的違法要素の存在を客観的に判断し得るような事実(客観的目的)を備えた客観的態様である。なお、以上のようなMezgerの考え方はワイマール時代における他の法学者によっても共有されており、ワイマール期までの客観主義刑法学を支えていた<sup>(28)</sup>。このうち、法益

関連性の要請は法益侵害またはその危険性に違法性の中核を据える Mezger の見解からは当然と言える。他方で客観的目的性は前節の仮説（立法者が主観的違法要素によって犯罪構成要件を基礎づけるときは常に、その主観的要素の存在を推認させようとする客観的態様も同時に定められる）と内容的に一致するが、この要請は必ずしも法益侵害を中心とした違法性概念からは直接的に導かれ得ないであろう<sup>(29)</sup>。したがって、以下ではさらにこの客観的目的の要請の根拠を追っていかなければならない。

Mezger は、純粹主観的違法要素の存在を否定するにあたって、1933年の教科書で次のように述べている。「現行法において純粹主観的に違法性が基礎づけられることはない。そのような違法性の基礎づけは客観的違法論の放棄であり、立法論上も否定されるべきであると同時に、法の本質に反し、法と道徳の間にある厳格な境界を拭い去るような主観主義であろう<sup>(30)</sup>」。すなわち、純粹主観的違法要素が否定されるのは、それが「法の本質」に反するからであるとされている。

それゆえ、Mezger の「法の本質」の内容が問題となる。手がかりとなるのは1920年に執筆された Mezger の法哲学に関する論文である。そこでは、あらゆる法は人間の意思に由来するとされている<sup>(31)</sup>。そして、同時にあらゆる法は生命に価値の基礎を持ち、それゆえ法は社会生活の維持と促進を目的とする手段であるとされている<sup>(32)</sup>。この目的のために、法は自身の内容を、社会的事実と法則に対して適合するよう決定しなければならない。そして、そのためには、立法者は社会的事象を、統計等を用いて、因果関係法則の中で矛盾なく認識しなければならない。そうすることによって、社会生活の維持及び促進のための条件を具体的に把握して、法の具体的内容を定めることができるのである<sup>(33)</sup>。

立法者が社会的事象を認識することを前提として、法を制定するのであるならば、Mezger の「社会」概念が問題となる。Mezger によれば、社会の本質とは「人間の共同存在 (Zusammensein) によって条件づけられた諸事象の総体」である<sup>(34)</sup>。したがって、社会的事象とはこの共同性なくし

ては考えられないあらゆる事象を指すのである。さらに、ここでの「共同」という概念は「心理的相互作用」(psychische Wechselwirkung)を指している。すなわち、個々の人間が共同して存在するためには、それらの人々が単に物理的、身体的な同時存在（並立：Nebeneinander）の状態であればよいのではなく、ある人間から他の人間へと心理的作用をもたらすことが必要とされる。<sup>(35)</sup>この心理的作用は人間と人間の間で生じるものであり、間主観的なものである。それゆえ、当然、一方当事者が外部的な表現によって他方当事者の心理に作用させなければならないであろう。Mezgerも実際、心理的作用を及ぼすには有形的で物質的な仲介が必要であるとしている。なぜなら、「身体無き魂」も「テレパシー」なるものもこの世には存在しないからである。<sup>(36)</sup>したがって、有形的な手段によって表現されていない心理的事象は心理的相互作用及び「共同存在」を基礎づけないので、立法者が立法の際に依って立つ所の社会的事象には含まれないのである。仮に心理的事象が法律によって規定されるとしても、それは常に有形的な手段によって表現された心理的事象なのである。<sup>(37)</sup>

以上のように、Mezgerは外界において認識された素材から法を構成する立場（さしあたり、この立場を法構成主義とする）を採用しており、この立場から前述の行為の客観的目的の要請が導かれていると考えられる。したがって、Mezgerの法の本質の理解と純粹主観的違法要素の否定は理論的につながっているのである。

### 第3節 小括

第1章では、第1部で取り扱った主観的違法要素と客観的要素の関係を調査した。まず、わが国の現行法上の規定から以下の仮定を立てることができる。すなわち、主観的違法要素は、常にその主観的要素の存在を推認させるような客観的要素と共に規定される、ということである。このことは、主観的違法要素論に重要な寄与を果たした重要な刑法学者のMezgerも主張していた。Mezgerは犯罪の客観的要素に法益侵害性を

要請する一方で、立法者に常に感覚的に知覚可能な外部的な事象を参照して法を構成することを求めた。その結果として、行為者の主観的要素も有形的な方法によって外部に表現される限りで法的に取り扱われるとされたのである。

## 第2章 ナチスの意思刑法

第1章ではワイマール期における Mezger による純粋主観的違法要素を否定する理論を見てきた。しかし、第1章ではあくまで Mezger のような法構成主義に立つならば、純粋主観的違法要素が否定されることを記述したに過ぎず、必ずしも純粋主観的違法要素を否定するために法構成主義の発想を取らなければならない必要性及び正当性を積極的に示したわけではない。まずは法構成主義を採用する必要性を示すために、法構成主義を放棄するならば、純粋主観的違法要素が容認される危険性があることを述べなければならない。この危険性を示す例として第2章ではナチスにおける意思刑法について見ていく。意思刑法とは行為者の犯罪的意思に直接の処罰根拠を見出す見解である<sup>(38)</sup>。以下では、第1節で立法を、第2節では判例を、第3節では学説を通じて、意思刑法が純粋主観的違法要素を容認していたことを示していく。

### 第1節 立法における意思刑法<sup>(39)</sup>

1933年1月30日のナチ党による権力奪取（Machtergreifung）以降、これまでの自由民主主義的な性格を有していたワイマール時代の刑法典は批判的的となり、立法論的に改革されるべき対象となっていた。それゆえ、民族社会主義（Nationalsozialismus）に沿う「来るべき刑法」（Das kommende Strafrecht）のために数多くの立法議論がなされた。

この時代の立法議論においては一貫して刑法の最終目的は民族共同体（Volksgemeinschaft）の保護とされ、そのために従来の客観主義刑法を改めて意思刑法を土台としなければならないとされた。もっとも、意思刑法の

内容をめぐって若干の変遷が見られる。ナチス期で最初に意思刑法という方針を打ち出したのは、プロイセン司法大臣 Hans Kerrl によって刊行された1933年覚書<sup>(41)</sup>である。そこでは、「民族共同体の法益の保護を保障する最善の方法は、危殆化原理（Gefährdungsprinzip）に中心的役割を認めること、つまり多かれ少なかれ偶然的な結果に過剰な意味を認めてきた侵害刑法（Verletzungsstrafrecht）を危殆化刑法（Gefährdungsstrafrecht）（意思刑法）に置き換えることである」と述べられており、意思刑法は危殆化刑法と同視<sup>(42)</sup>されていた。この覚書では、行為者の性格や意思に着目する方向性と、結果発生を刑罰の要件とせず、もっぱら行為の危険性のみに着目する方向性が混在していた。同様の発想は、翌年1934年に刊行されたドイツ法アカデミー（Akademie für deutsches Recht）<sup>(43)</sup>による1934年覚書<sup>(44)</sup>において、Roland Freisler によって繰り返された。「犯罪行為の実行への決意がなされ、この決意が物事の自然な流れにおいて、直接的な危殆化をもたらし方法で影響し始めることで、具現化された瞬間に介入がなされなければならない<sup>(45)</sup>」。

しかし、1934年覚書では同時に Friedrich Oetker によって危殆化刑法に対する批判がなされた。Oetker によれば、危険概念（Gefahr）自体が不明瞭であり、国民を萎縮させる恐れがあり、また危険発生時点を既遂とする危殆化刑法は、本来の結果惹起の意思と危殆化意思に対して同じ評価を下してしまう点で妥当ではない<sup>(46)</sup>。以上のような分析の上で、Oetker は、「帰責能力ある人間が互いに、または、この人間を結束させている共同体に与え得る損害の源泉が……まさにとりわけ意思に存することは確実な真実である。純粹道徳的評価は行為結果を要求せず、行為に移された意思においては、意思の強固性という観点から、加重的要素を見出し、そのような強固な意思という条件がない場合は、単なる思想でもすぐには鎮圧されない悪い思想であれば、断罪する<sup>(47)</sup>」と述べて危殆化刑法とは決別された意思刑法を支持するに至った。その後、ナチ党ライヒ法務局（Das Reichsrechtsamt der NSDAP）<sup>(48)</sup>による1935年の指導書<sup>(49)</sup>においては、「犯罪的意思が具現化した時点で可罰性が充足される」と述べられ、とりわ

け民族の根本価値は犯罪的意思のあらゆる表明から保護されるべきとされた。<sup>(50)</sup>そして、公式刑法委員会（die amtliche Strafrechtskommission）<sup>(51)</sup>による1934年及び1935年の報告書でも、Freislerが「平和妨害者（Friedensstörer）の意思こそが……刑法が常に目を見張らせなければならず、その闘争において殲滅しようとするところの敵なのである。」<sup>(52)</sup>と述べ、危険な行為の存在ではなく、危険な意思の存在を理由に刑法を発動する意思刑法が「来るべき刑法」の中心となっていた。そして、1936年刑法草案の理由書において、「共同体は行為する悪辣な意思の中に、……刑法という武器を持って戦うべき敵を見出すのである」<sup>(54)</sup>としてナチスの刑法が意思刑法を採用することが明言されたのである。

それでは、行為者の意思のみを処罰根拠とする意思刑法は実際の立法においてどのように表れたのか。意思刑法の発想は、既遂と未遂を同じ法定刑で処罰する企行犯規定（Unternehmensdelikt）<sup>(55)</sup>の増加、予備罪の増加、<sup>(56)</sup>累犯や常習犯といった危険な性格を有する行為者に対する重罰<sup>(57)</sup>にも現れているとされるが、刑法典に現れた立法の中で外部に全く現れない意思の処罰や法益侵害と関係のない行為の処罰を正面から肯定する規定は現段階ではあまり見当らなかった。しかし、刑法典以外の領域に目を向けると、行為者の主観的態度を直接規制するような法律や命令を目に行うことができる。例えば、1933年5月26日の「共産主義者の財産没収に関する法律」（Gesetz über die Einziehung kommunistischen Vermögens. Vom 26. 5. 1933.）は1条1項において共産主義的な思想を持つ団体の財産を没収できる規定を置いた。<sup>(59)</sup>この規定では客観的な行為態様は一切規定されていない。さらに、1938年2月1日の「保護検束令」（Schutzhafterlaß）は国家、民族にとって危険と見られた人物を秘密国家警察（Gestapo）が拘束できる旨の規定が置かれており、そこでも特定の客観的態様は予定<sup>(60)</sup>されていない。

## 第2節 判例における意思刑法<sup>(61)</sup>

以上、意思刑法を立法論の側面から観察したが、意思刑法は単なる立法論におけるスローガンに留まらない。むしろ、それは実際の裁判に携わる裁判官にも関わるものであった。意思刑法は帝政ドイツ時代から続く主観主義的な判例の見解（主観的未遂論や主観的共犯論）を根拠づけ、または強化するだけでなく、従来の判例の客観主義的な判断を変更するものでもあった。<sup>(62)</sup> とりわけ、純粹主観的違法要素との関係では、以下に述べる不能犯及び「わいせつ」行為、「偽証」概念に関する判例が目目に値する。

まず、未遂犯における不能犯論において、判例は伝統的に行為者の主観面に焦点を当ててきた。すなわち、行為が客観的に結果発生に資するものでなくても、行為者が結果発生を意図するなら、「実行の着手」を肯定する主観的未遂論が判例によって伝統的に採用されてきたのである。<sup>(63)</sup> 1933年以降も意思刑法の理論的支持を受け、同様の方向性がとられた。例えば、血統保護法（Blutschutzgesetz）2条および5条2項によってユダヤ人がドイツ人と性交することは禁止されていたところ、自身をユダヤ人と誤信した者がドイツ人女性と性交した事案につきライヒ裁判所は以下のように述べた。「被告人は、自身の認識上、最低でも3人の完全ユダヤ人祖父母（drei volljüdische Großeltern）からの血を引いていると考える場合にのみ、血の冒瀆（Blutschande）の未遂として処罰され得る」<sup>(65)</sup>。このように、いわゆる主体の不能の事案につき、客観的に法益への危殆化が存在しないにも関わらず、未遂犯の成立を肯定した。このような法益侵害への客観的な危険性なき処罰は、Mezgerがワイマール期に不能犯の処罰を批判していたように、純粹主観的違法要素の存在を肯定することになる。

次に、わいせつ犯罪（RStGB174条および176条）における「わいせつ行為」（Unzüchtige Handlung）について、1933年以前は外形的に性的性質を備えていない行為は行為者が性的意図を持っていたとしてもわいせつ行

為にはならないとされていた。<sup>(66)</sup>これに対して、1933年のRGSt. Bd. 67, S. 110ff.においてライヒ裁判所は、被告人が性的意図を持って14歳未満の少年を鞭で殴打した事案において、以下のように判示して、「わいせつ行為」の存在を肯定した。「行為の外部的側面と内部的側面は厳格に区別されるべきではないであろう。……〔公共の羞恥心及び道德感情を害さなければならないという〕前者の概念要素の検討の際、外形的事象のみならず、行為を伴っている心情、とりわけ行為とともに追及されている行為者の目的が明らかになれば、公共はどのように感じ、判断するのか、という問いが提起されなければならない。……それゆえ、純粹外部的行為が性的性質を表出させていなくても、〔わいせつ行為という〕要素は存在し得るのである<sup>(67)</sup>。その後も同様の判示を行う判例が複数確認される<sup>(68)</sup>。つまり、ナチス期におけるライヒ裁判所は外部に現れない行為者の主観的態度をも違法要素として考慮していたのである。

最後に偽証罪における「偽証」概念について、1933年以前の判例は客観的事実に反する証言を「偽証」とする客観説を採用していた。<sup>(69)</sup>これに対して、1935年のRGSt. Bd. 68, S. 278ff.においてライヒ裁判所は以下のように述べて従来の客観説を修正する判決を出した。「証人は自身の知る限りにおいて純粋な真実を述べ、何事も隠さず、何事も付け加えない、という宣誓形式の中に含まれる言葉は証言そのものの内容として取り扱われるほかない。それゆえ、証言が自らの知る限りでなされるという宣言が虚偽であることによっても、証言に関する客観的な不実が存在し得る。……したがって、—— 供述された事実が真実または不実であるとは関わらず —— 証人が自身で証言したような方法で自分で知らないことを知っているものとして供述した場合、証言は虚偽である<sup>(70)</sup>」。この判決において、証人の記憶に反するか否かという基準で偽証が決定されることが明らかとなっており、結果的には主観説と同様の基準が採用されている<sup>(71)</sup>。また、その後も明らかに主観説に立った判例がいくつか現れており、<sup>(72)</sup>ナチス期における偽証概念は主観説の下で理解されていたと言って良いであろう。

そして、主観説の下では、たとえ証言が客観的に真実であって、それゆえ行為者の主観的態度が外部に現れていない場合でも、そのような行為者の主観的態度を処罰していたのである。

### 第3節 学説における意思刑法<sup>(73)</sup>

以上の立法、判例を受けて1933年までは客観的側面を重視していた学説の大勢に変化が生じた。1933年覚書が今後の立法方針において意思刑法を明言して以来、学説も意思刑法を支持するために理論構成を試みたのである。その中でも、大まかに従来犯罪論の中心であった法益論を拒絶する見解と法益論を継受する見解に分けることができる。

まず、法益論を拒絶する見解から見ていく。この見解はとりわけ Kiel 大学を中心とするいわゆるキール学派と呼ばれる論者（特に Dahm と Schaffstein）によって主張された。彼らは個人の権利の保護を出発点にした法益論を自由主義、個人主義の産物であると評価した<sup>(74)</sup>。さらに法益論では犯罪における様々な行為態様の違いを説明できないとした上で、法益に代わって民族共同体から出発して新たな犯罪概念を構築しようとした<sup>(75)</sup>。

この「共同体」にとって重要なことは、民族同胞（Volksgenosse）同士が内的に結束していることである。それはすなわち、個人はもはや独立した存在ではなく、共同体の一部であることを意味する。このことから、共同体の結束に必要な義務に違反することが犯罪の本質と理解されるようになった。この義務の内容を構成するのは、共同体への忠誠心（Treu）<sup>(76)</sup>などの、民族共同体において民族同胞が結束するために必要な一定の心情態度であるとされた。そして、こうした義務に対する違反の中でもとりわけ内乱等の国家に対する犯罪などは最も重い忠誠義務違反である反逆（Verrat）としての罪質を持つとされ<sup>(78)</sup>、法的保護の喪失（Ächtung）および名誉剥奪（Entehrung）、共同体からの追放（Ausschluss aus der Gemeinschaft）<sup>(79)</sup>といった名誉刑（Ehrenstrafe）の対象となった。また、その

ほかの犯罪（例えば窃盗や詐欺）においても、中世の破廉恥罪（Neidingswerk）と同様に行為者の陰険で不名誉かつ卑劣な心情が犯罪の本質であるとされた。<sup>(80)</sup>以上のように、キール学派における犯罪の本質は行為者の墮落した心情に見出されるようになった。<sup>(81)</sup>このことによってキール学派の刑法理論は意思刑法と同様の内容を持つに至ったのである。

以上のように、ナチスの「来るべき刑法」においてキール学派は法益論を否定し、新しい犯罪論を構築することで民族社会主義に奉仕しようとした。しかし、キール学派は一切の異論もなく受け入れられたわけではなかった。むしろ、以下に見る従来の法益論を継受する見解も法益自体に民族社会主義的な内容を与えることによってナチス時代を生き延びたのであった。

法益論を継承する見解（Klee や Freisler など）によれば、むしろ、キール学派が犯罪論の中心に置いた義務は法益保護を前提として初めて成立しようと主張された。<sup>(83)</sup>保護すべき価値があればこそ義務が存在しうるのであり、保護法益のない義務は全く無意味なのである。その上で、キール学派が法益に代わって犯罪論の出発点に掲げた民族共同体の保護を最重要価値として、その下でその他の諸々の価値を序列化しようとした。<sup>(84)</sup>そして、刑法は以上のように民族社会主義的に彩られた法益を保護するための闘争法（Kampfrecht）として捉えられた。この「闘争法」においては、新たに構成された法益への共同体内部からの脅威はなるべく早期に排除されるべきであり、それゆえ結果発生を待つのではなく、共同体にとって有害な人間の排除が目指された。したがって、「なるべく早く、全力で」<sup>(85)</sup>（Möglichst früh und mit aller Macht）<sup>(86)</sup>というスローガンの下で、法益を継受する立場からも犯罪論の重点は客観的行為ではなく、行為者の意思に置かれたのである。

結果的に、法益論を否定する見解も維持する見解も民族共同体の保護のために行行為者の犯罪的意思を犯罪の本質と理解した。しかし、両見解において、意思刑法と心情刑法（Gesinnungsstrafrecht）は一応区別されて

いた。すなわち、後者は、外部に現れない行為者の主観的態度を処罰するものとして批判されたが、前者はあくまで外部に現れた犯罪的意思を対象とする<sup>(87)</sup>とされた。しかし、このことは意思それ自体の立証の困難性を理由として<sup>(88)</sup>、単なる手続的な譲歩に過ぎず、理論的に可罰性を制限するものではない<sup>(89)</sup>。実際ナチス期の刑法は第2章第2節で見たように外部に現れない意思を処罰しており、意思刑法と心情刑法の区別は曖昧なままである<sup>(90)</sup>。

#### 第4節 小括

以上、本章ではナチス期における意思刑法について記述してきた。意思刑法は行為者の主観的態度を犯罪の中心に位置づける刑法思想であり、立法、判例、学説全てに大きな影響を及ぼした。学説において、意思刑法と心情刑法は一応区別され、意思刑法はあくまで外部に現れた犯罪的意思のみを処罰すると主張されることもあったが、立法及び判例の中では、外部に現れない意思をも規制あるいは処罰している場面が確認された。また、ナチス期の判例が（帝政ドイツ、ワイマール時代から引き続き）不能犯において法益侵害の危険性のない行為を処罰していることも確認された。以上より、ナチス期において、純粹主観的違法要素は容認されていたと言える。

### 第3章 検討

第2章では、ナチス期における意思刑法が純粹主観的違法要素の存在を容認していたことを確認した。第3章では、第1章で確認したワイマール期の Mezger に代表されるような法構成主義の必要性及び正当性を論証していくこととする。第1節では法構成主義の必要性を述べるために、法構成主義の放棄が純粹主観的違法要素を容認したナチスの意思刑法に至ったことを指摘し、法構成主義の必要性を論証し、次に第2節で刑法における法構成主義の正当性について論じていく。そして、第3節で主

観的違法要素と客観的要素の関係性について結論を述べる。

### 第1節 法構成主義の必要性

第2章で述べたように、ナチス期の意思刑法は法益侵害の危険性のない行為やそのような行為によって外部に表現されない意思を処罰していた。このような極端な主観主義は独特の民族主義及び法の民族道徳への融合を基礎に持っている。第2章第3節で見たように、ナチス期の刑法は民族共同体の保護を出発点にしている。この民族共同体とは人種的に同じ血統を持った民族同胞によって構成されるとされた<sup>(91)</sup>。この血統を基にした人種という基準は決して科学的な実証に基づいて決定されたわけではなく、人種間の不平等性を前提とした民族社会主義による神話に基づいた基準である<sup>(92)</sup>。このような民族共同体と言う不可思議な神話にナチスの刑法が基づいた結果、何を持って民族共同体が侵害されたと言えるのかが非常に曖昧になってしまい、共同体侵害性を基準とした実質的違法論も明確な実態を持たなくなってしまった。それによって、ナチス期における実質的違法性は民族道徳秩序に違反することという非常に曖昧な内容を取ることに繋がったのである。この民族道徳は「健全な民族感情」(gesundes Volksempfinden)<sup>(94)</sup>と言い換えられ、1935年刑法改正2条<sup>(95)</sup><sup>(96)</sup>において構成要件とは別個で犯罪を基礎付ける実質的な根拠とされた。

以上のようにナチス刑法は法と道徳の区別を否定したが、ここに言う道徳秩序の性質は Carl Schmitt による「具体的秩序思想」(konkretes Ordnungsdenken)<sup>(97)</sup>の中によく現れていると言える。Schmitt によれば、具体的秩序とは立法者によって制定された規範あるいは規則の総体ではなく、むしろ規範あるいは規則を生み出す所与の秩序であるとしている<sup>(98)</sup>。この秩序は、「何が正常であり、何が正常な類型および正常な状態であるかについてののおのおのの概念をそれ自らに持っている」、「制度的に形成された生活領域」<sup>(99)</sup>であるとされている。ここでの「制度」(Institution)とは、国家行政を念頭にした概念であり、「審級秩序、官職の階層組織（ヒ

エラルキー)、内部的自律、相対する諸力および諸傾向の内的均衡、内部的規律、名誉と職務上の秘密、およびそれに加えて、いっさいのものを支える根本的前提、つまり、正常な安定した状態」を諸要素とする。<sup>(100)</sup>そしてこれらの諸要素は決して制定された規範や規則によって生み出されるものではなく、実務から徐々に生まれてきたものが想起されている。<sup>(101)</sup>そして、この「制度なる概念」は公法および私法上のきわめてさまざまな構成体や組織に適用されるとされた。<sup>(102)</sup>例えば、「婚姻における夫婦、家族における家族構成員、血族団体における血族仲間、ある身分層における同僚、国家の官吏、教会の聖職者、労働奉仕団宿営の同僚、軍隊の兵士」における共同生活が数えられる。<sup>(103)</sup>

以上見てきたように、具体的秩序とは個々具体的な生活領域において自然に発生した秩序という意味を持つ。Schmittによれば、このような具体的秩序を中心とした法思考は古来ドイツに根付いてきた考え方であり、ローマ法の継受によって歪められてしまったが、ナチス期において新たな共同体生活とともに再びいきいきと蘇ったと評価できる。<sup>(104)</sup>そして、Schmittの言う具体的秩序がドイツ民族共同体における法源であるとするならば、実質的違法性の基準となった民族道徳あるいは「健全な民族感情」とは立法者による決断や制定された法規範を言うのではなく、実定法の制定以前から存在する自然に生成された生活秩序を指すことになる。そこでは、法はもはや人間が事実を認識した上で構成するものではなく、人間の認識いかんに関わらず、初めからそのうちに秩序と形を有するものとされる。<sup>(106)</sup>

このように法を人間による構成ではなく、はじめから自然に存在するものとして捉える考え方に意思刑法へのきっかけがあったと考えられる。なぜならば、法はもはや人間が認識した素材の範囲内で構成されるものではないため、外部に現れないゆえに人が直接認識できない主観的態度それ自体も法的な取り扱いの対象となり得るからである。実際、法と道徳の区別を廃止することと、犯罪論の重心を行為者の主観面に移すこと

の間には密接なつながりがあることはナチス期から意識されてきたことである。<sup>(107)</sup>

ナチスにおける法と道德の同一化はワイマール期の Mezger の法理論とは真逆の方向性を有する。第1章第2節に見たように、Mezger によれば法は社会的現象を認識した上で、人間の意欲によって構成されるものであり、立法者は知覚可能な事象を前提に法を創造しなければならない。それゆえ、Mezger は法と道德の区別を厳格に主張し、この区別は自身の客観的違法論の基礎になるとしたのである。<sup>(108)</sup> もっとも、1936年になると Mezger は Schmitt の具体的秩序思考に賛同を示し、<sup>(109)</sup> これまで自身の違法論の基礎であった客観的違法論を意思刑法の下では維持し難いと評価したのである。<sup>(110)</sup> Mezger がナチス期における刑法理論の発展に寄与したことを指摘する文献もあるが、<sup>(111)</sup> 確かに、違法性の中心となる法益概念を民族共同体の下に序列化したことは確かである。しかし、法は人間の認識したことを基に構成されるものであるのかという問題において両時期の Mezger の見解は大きく異なるのである。Mezger も意思刑法を支持するために、ワイマール期までの法構成主義を放棄せざるを得なかったのである。

## 第2節 法構成主義の正当性

ナチス期の刑法は前実定法的な道德秩序を直接的な内容としているものであった。ここで、「道德」といっても2通りの理解があり得る。1つには、「特定の宗教に由来する道德や特定の共同体・文化において妥当している〈ローカルな〉個別道德あるいは慣習道德……すなわち「一階の道德」(Moral erster Ordnung)」と、もう1つには、「地域を問わず妥当する〔(普遍) 道德すなわち「二階の道德」(Moral zweiter Ordnung)〕である。<sup>(112)</sup> ここでは、「一階の道德」が問題とされるべきであろう。というのも、Schmitt は具体的秩序を提唱することで、法実証主義への批判を加えると同時に、<sup>(113)</sup> 普遍主義という発想にも反対していたからである。

もっとも、そのような道徳を法律学の中で重要視する見解はナチス以前以後にも見られるのであって、<sup>(114)</sup>決してナチズム特有の見解というわけではない。刑法学においても、刑法の行為規範を前実定法的な道徳秩序の中に見出す見解は存在している。<sup>(115)</sup>例えば、Bindingは実定的な刑罰法規は裁判規範として裁判官に向けられており、それゆえ行為者は刑罰法規それ自体に違反することはできないとした上で、<sup>(116)</sup>「犯罪者はすでに、この者を評価するところの〔刑罰〕法規に違反しないとしたら、今日ほとんどの犯罪者は概して、こうした狭義の意味での「法規」に反して行動するのではなく、非制定的な法命題に反して行動する」<sup>(117)</sup>と述べている。ここでの「非制定的な法命題」とは、「その規範が何千年もの土壌としてすべての人間に妥当するゆえに、そのもっとも重要な部分についてそのような〔制定法的な〕形式化はもはや必要のない」<sup>(118)</sup>規範であるとされ、道徳秩序としての性質を持っていたのである。また、日本でも「法というもの、国民的社会的倫理的文化を、国家の政治過程において実現化する軌範的方法である。法の根本は倫理、人間生活の道理である。事理又は条理といってもよい」<sup>(119)</sup>と述べられており、法と前実定法的な規範とのつながりを指摘している。

確かに、社会において支配的である道徳観に反する立法は好ましくないとと言えるが、以下に述べる理由から、刑法は前実定的な道徳規範がそのまま反映されたものではなく、あくまで立法者が認識した事実から構成された規範であると考え。まず、不文の道徳規範を刑法における行為規範とすることは罪刑法定主義に馴染まないであろう。罪刑法定主義によれば、犯罪の内容が法律によって明確に定まっていなければならない。それゆえ、刑法における行為規範も実定法によって制定されると考えるのが自然である。<sup>(120)</sup>

また、罪刑法定主義には民主主義的要請という側面があり、犯罪の内容は民主的手続きに従って、国民全体で議論して決定しなければならない。もし、刑罰規定が単に道徳秩序違反のみを理由に制定されるなら、

国民がその犯罪規定の合理性について批判的に検討することは困難になると言わざるを得ない。なぜなら、道徳という曖昧な内容は直観によって決定されることが多く、直観は経験的事実に則した合理的判断に依拠しないゆえに、思考過程が検証困難である場合が多いからである。<sup>(121)</sup>それゆえ、立法者は経験可能な事実を認識した上で法概念を合理的に構成していかなければならないのである。そのような合理的な法概念の構成によって、国民は刑罰法規の合理性について批判的に検討し、議論することができるようになる。加えて罪刑法定主義の自由主義的側面に関して言えば、ナチス期の刑法のように、法と道徳が融合することで、刑法が極端な主観主義を採用し得ることになるが、このことは罪刑法定主義の自由主義的側面と摩擦を生むことになる。というのも、行為者の主観面は認定において合理的な過程を踏むことが難しく、裁判官の心証というブラックボックスに委ねられるからである。<sup>(122)</sup>このようなブラックボックスは事実上、個別具体的に好ましい結論を導くための裁量となってしまいう危険性を孕んでいる。<sup>(123)</sup>

### 第3節 主観的違法要素と客観的要素の関係

以上により、立法者は刑罰規定を設ける際は、経験可能な事実を認識した上で合理的に法概念を構成しなければならない。この観点からすると、犯罪行為の内容は立法者が認識した社会的事実を基に構成されることになるゆえに、行為者の主観的要素も他者から認識可能な形で表現されている限りで、犯罪行為の内容となり得るのである。したがって、主観的違法要素が存在する犯罪において構成要件の客観的要素は、行為者がこの主観的要素を有していることを第三者に推測させるものでなければならない。

ただし、行為者の主観面が外部に表現されていれば良いというわけではない。日記やメモにおいて気持ちを記述する行為や捜査官の前で特定の動機や目的を自白する行為によって行為者の主観面が表現されたから

とって、その主観的要素が何らかの犯罪を構成するものとしては見られてはならないのである。構成要件の客観的要素は違法性要素として、違法性の中心である法益侵害またはその危殆化に関連していなければならない。言い換えれば、主観的違法要素は、法益侵害、危殆化に関連する客観的要素それ自体によって表現されなければならないのである。

要約すれば、主観的違法要素を含む構成要件における客観的要素には法益関連性のみならず、行為者の主観面を表現する行為の客観的目的性が必要である。すなわち、主観的違法要素と客観的要素は、お互いに法益侵害と関連する限りで、それぞれ表現される客体、表現する媒体という関係を有することになる。もっとも、この行為の客観的目的性は抽象的に判断されざるを得ないであろう。つまり、構成要件で記述された行為に主観的違法要素を外部に表現する性質があっても、具体的事案の特徴によって、主観的違法要素が客観的行為から見て取れないこともあり得る。例えば、窃盗罪において客観的行為である占有移転行為は通常他人の物を我が物にする目的のもとに行われるが、自分のマントの上に他人のマントが覆い被さっている場合において、他人のマントを我が物とする目的でそれに手をかけても、通常第三者からは自分のマントを取るためであると見られるであろう<sup>(124)</sup>。それでも、この場合において少なくとも窃盗罪の未遂が成立するというならば、行為の客観的目的性はすべての具体的事案において行為者の主観面が表現されていなければならないということの意味しない。あくまで、行為の客観的目的は構成要件の中で抽象的に規定された客観的要素と主観的違法要素の関係を指すのである。

#### 第4節 小括

本章では、ワイマール期の Mezger が純粹主観的違法要素の存在を否定する際に前提としていた法構成主義の必要性和正当性について取り扱った上で、主観的違法要素と客観的行為の間に要求されるべき関係について試論を示した。人間が自身の認識を基に法を構成するのではなく、元

から自然に存在すると考えるなら、直接認識することのできない行為者の主観面も法が取り扱えることになるであろう。実際に、純粹主観的違法要素の存在を肯定したナチスの意思刑法では、法を自然に存在するものとして捉えることと深く結びついていたのである。しかし、犯罪と刑罰の内容は国民の代表たる立法機関を通じて決定されることに鑑みれば、刑法の構成要件は経験的に認識可能な事実をもとに構成されるべきである。それゆえ、行為者の主観面も認識可能な形で表現されている限りで構成要件要素となるのである。

#### 第4章 各則への還元

第3章までの議論で、主観的違法要素は法益侵害と関連する客観的要素によって外部に表現されていなければならないと述べた。以下では、このことが刑法典の各則の解釈でどのような意義を有するのかを見ていく。ここで取り扱う規定は刑法176条強制わいせつ罪と各種予備罪、爆発物取締罰則7条及び8条、それから未遂犯である。

##### 第1節 強制わいせつ罪

強制わいせつ罪においては性的意図が主観的違法要素として構成要件段階で要求される<sup>(125)</sup>。それゆえ、「わいせつ」という裁判官による解釈を必要とする規範的要素を有する強制わいせつ罪では、外形的におおよそ性的性質を持っていない行為が性的意図を理由に強制わいせつ罪と評価される恐れが存在するのである。したがって、「わいせつ」行為に関して外形的な限界づけがなされなければならない。もちろん、強制わいせつ罪の客観的行為がいかなる内容を持つべきかという問いは最終的には各論的な議論が必要である<sup>(126)</sup>。そこでは、「わいせつ」概念の定義や各都道府県で定めている迷惑防止条例との関係、強制わいせつ罪における「暴行又は脅迫」の程度、強制わいせつ罪の法定刑の重さ等が重要となるのであり、本稿が以上で示してきた結論が与える影響は限られているであろう。

しかし、強制わいせつ罪において性的意図という主観的違法要素が存在する以上、性的意図を表現するような客観的行為が必要である。

そのような観点からすると、わいせつ行為には外形的に性的性質を有していなければならない<sup>(127)</sup>。少なくとも、「非性的部位」（陰部、乳房、尻以外<sup>(128)</sup>）への接触であって性欲とはおおよそ無関係な行為は性的意図があってもわいせつ行為とは言えない。例えば、少女の膝の上に手を置いた行為<sup>(129)</sup>についてわいせつ行為を肯定した裁判例や指を口の中に入れて被害者を嘔吐させる行為<sup>(130)</sup>につき強制わいせつを肯定するべきであるという主張も存在するが、これらの行為はおおよそ行為者の性的意図を外部に表現するものとは言えないため、客観主義の観点からわいせつ行為の存在を否定するべきである。また、「性的部位」への接触であっても、尻を強く蹴り上げるなど苦痛や損傷を与えるだけの行為は性的意図で行われることがほとんどない<sup>(132)</sup>から、行為者の性的意図を表現する行為とは言えないであろう。

## 第2節 予備罪

刑法典103条（放火予備）、201条（殺人予備）、228条の3（身代金要求目的略取等予備）、237条（強盗予備）などは重大犯罪に対する予備行為を処罰している。これらの条文においては構成要件の客観的要素として「予備」としか記述されていない。このような包括的な記述では、おおよそ犯罪とは言い難い日常的行為をも含み得ることになってしまうため、「予備」の成立範囲を限定的に解釈する必要がある。また、「予備」という文言でなくても、刑法典208条の2では「凶器を準備して」とあり、重大犯罪に対する予備罪という性質を持つ。この「凶器」には銃刀剣類などの元々凶器として製造された「性質上の凶器」だけでなく、金属バットや包丁等使い方によっては人を殺傷し得る「用法上の凶器」も含まれるとされる。したがって、この「用法上の凶器」についても限定的に解釈しなければならない。以下では、便宜上、（1）凶器準備集合罪、（2）（「予

備」という包括的な文言が予定されている）予備罪について検討する。

### （1）凶器準備集合罪

凶器準備集合の「凶器」については、判例は他人に対して危険感を抱かせるかどうかという基準で判断してきた。もっとも、1970年の最高裁決定は、長さ1メートルほどの角棒について、「用法によっては人の生命、身体または財産に害を加えるに足りる器物であり、かつ、二人以上の者が他人の生命、身体または財産に害を加える目的をもってこれを準備して集合するにおいては、社会通念上人をして危険感を抱かせるに足りる」<sup>(133)</sup>としており、同様の表現を用いた下級審判例も存在する。<sup>(134)</sup>これらの判例では、行為の客観面だけでなく行為者の目的をも考慮して、危険感を判断しているようにも見える。これに対して、ダンプカーを「殺傷する用具として利用される外観を呈していたものとはいえず、社会通念に照らし、ただちに他人をして危険感をいだかせるに足りるものとはいえない」<sup>(135)</sup>（傍点は引用者。以下同じ）とした事案や竹竿34本を「社会通念に照らし人の視聴覚上直ちに危険感を抱かせるに足りる」<sup>(136)</sup>とした事案、長さ3、4メートルの旗竿につき、「外観上その旗ざおが武器として使用されるものであることが覚知される状況になったときは兇器性を帯有するに至る」<sup>(137)</sup>とした事案、「用法上の兇器とは人に危害を及ぼすに足る器具であるがその構造または性質からみて人の身体に危険を感じしめるにたるものと限定されるもので、その兇器性の認定は社会通念にてらし客観的になしうるもの」<sup>(138)</sup>とした事案もあり、これらの判例においては、危険感をもっぱら外見的に判断されている。

主観的違法要素は法益侵害と関連する客観的行為によって外部に表現されていなければならないとする本稿の立場からすると、凶器準備集合罪の「凶器」における危険感をもっぱら外形的にのみ判断されるべきである。こうした外形的な観点からすると、判例上、棒状の器物については「凶器」と認める傾向にあるが、<sup>(139)</sup>「凶器」とは人を殺傷することを目的

とするゆえに、それに適した長さ、太さ、強度が必要となる。ただし、少なくとも、角材の先端にプラカードが付いていたり、竿に旗がついていたりなど、それらが表現物として使用されることが明らかな場合は「他人の生命、身体または財産に害を加える目的」が表現されているとは言えず、「凶器」には該当しないであろう<sup>(140)</sup>。また、石塊といった棒状の器物でないものに関しては、それ単体では棒状の物よりも威力が低い物であり、他人に危険感を抱かせるには足りないというべきである<sup>(141)</sup>。

## （2）予備罪

予備罪に関して、包括的な研究を行なった斎藤誠二によれば典型的に客観的予備行為となるのは、1. 犯罪実行手段となる物品の購入等その他準備行為、2. 犯罪決行の時期及び場所について研究する行為、3. 犯罪行為を行うために当該場所へ向かう行為、4. 犯罪行為を行うために被害者を待ち伏せまたは追尾する行為、5. 刑罰を免れるための工作をする行為または犯罪行為によって得られるべき利益を確保する行為、であるとしている<sup>(142)</sup>。しかし、これらの類型に該当する行為がすべて予備行為として可罰的であるとすると、処罰範囲が実質的に客観的に限定することは困難なままである。例えば、1. に関しては、包丁を購入することさえも処罰可能になるであろうし、2. に関して言えば、外形上散歩をしているだけの行為を処罰することになるであろう。

判例及び学説の中には、未遂犯の実行行為との接着性を重視した見解がある。1964年の三無事件において、東京地裁は「各犯罪類型に応じ、その実現に「重要な意義をもつ」あるいは「直接に役立つ」と客観的にも認められる物的その他の準備が整えられたとき、すなわち、その犯罪の実行に着手しようと思えばいつでもそれを利用して実行に着手しう程度の準備が整えられたときに、予備罪が成立すると解するのが相当である<sup>(143)</sup>」としている。また、その他の判例でも「客観的な危険性」に触れて予備罪を肯定するものもある<sup>(144)</sup>。学説においても、実務において予備罪が

認められるのは実行行為に接近した行為がほとんどであるという指摘<sup>(145)</sup>や「犯罪の「予備」が当罰性を獲得するには、行為態様の不特定を埋め合わせるような客観面の絞り、即ち、未遂に準じるような危険の存在が不可欠なように思われる<sup>(146)</sup>」という主張もある。

犯罪の実行行為との接近性を重視するこれらの見解は、実質的な危険性の発生を要求し、その危険性を客観的な観点から判断していると言える。これに対して、予備罪における危険性の発生を客観的な観点を無視してもっぱら行為者の目的から判断していると評価せざるを得ない事案もある。例えば、タクシードライバーから強盗する目的でタクシーに乗ってベルトで運転手を襲撃する機会を伺っていた行為につき強盗予備罪が成立した事案<sup>(147)</sup>は、確かに実行行為との時間的・場所的な接着性が認められ得るが、外形的に見ればタクシーに乗ってベルトを外しただけである。また、標的にした人物を溺死させるために、川のそばに呼び出した、またはダム<sup>(148)</sup>の近くで1泊旅行に誘った事案でも外形的には単に人を呼び出したり、誘ったりする行為である。これらの事案では外形的に日常的な行為しかなく、客観的な観点から危険性が判断されているとは言えないであろう。

予備罪においても、犯罪実行目的を表現するような外形的行為が必要である。このような観点からすれば、予備罪において必要とされる危険性も客観的な判断を必要とするべきである。この際、凶器準備集合罪でも用いられた他人への危険感が要求されるべきであろう。というのも、そのような危険感がない行為はおおよそ犯罪実行目的が外部に表現されたとは言えないからである。ほとんどの判例においても、何らかの凶器を携帯して犯行現場に赴く、徘徊する、被害者を待ち伏せる行為が予備罪とされている<sup>(149)</sup>が、凶器をもって外出するなどの行為は確かに客観的に他人に危険感を抱かせると評価できるであろう<sup>(150)</sup>。もっとも、犯罪実行目的が行為によって外部的に表現されていても、その行為には法益侵害との関連性が<sup>(151)</sup>必要である。この観点からすれば、先に述べた齊藤誠二による

典型的な予備行為<sup>(152)</sup>5. に法益侵害との関連性があるかは疑問が残る。

### 第3節 不申告罪

爆発物取締罰則7条（爆発物を発見したにもかかわらず、警察官に告知しない犯罪）及び8条（爆発物を用いた犯罪や爆発物製造などを認知したにもかかわらず、警察官または危害を被ろうとしている人に告知しない犯罪）に規定されている各種の不申告罪についてもすでに当該犯罪や爆発物のあることを認識することが期待されるような客観的事情と共にこの認識という主観的違法要素が違法性を構成すべきである。この点、爆発物取締罰則7条爆発物不告知罪における「発見者」とは、直接に爆発物を発見した者と理解されており<sup>(153)</sup>、妥当である。直接発見するということは、客観的に発見し得る状態にいたということであり、犯罪の客観的側面を保障し得る。

しかし、同罰則8条犯罪不告知罪になると、その「認知」の解釈につき、「外界の事象を自己の耳目等により認識感知することをいい、犯人から直接聞知し、あるいは犯罪を直接感知する場合に限らない<sup>(154)</sup>」としているが、直接犯罪を感知した人間の方が間接的に伝聞で感知した人間よりも高い作為義務が発生すると考えるべきである。他人伝に聞いた情報やインターネットに掲載されているソースが不確かな情報を基に特定の作為を行うことを法が期待しているとは考え難く、直接犯罪を感知した人間にのみ作為義務が発生すると考えるべきである。また、ネット上の情報を見た大勢の人が一斉に官憲や被害を受けそうな人に連絡を取るといった困った事態を法が期待しているとも考え難い。したがって、同罰則8条においても告知義務を有するのは犯人から直接聞知するまたはその現場を目撃した者など直接犯罪を感知した者に限られるべきである。

### 第4節 未遂犯

未遂犯における行為は「実行の着手」である。一般的な理解に従えば、

「実行の着手」とは結果発生に対する具体的な危険性が発生した時を指すとされている。しかし、具体的な危険性だけでは明確な限界づけが困難であるとされ、形式的観点からも交えて、「実行の着手」には各則の構成要件の一部またはこれに密着する行為の開始が必要であると理解されている。<sup>(155)</sup> もっとも、「密着する行為」をどこまで肯定するかも判然としないであろう。Reinhard Frankによれば、「構成要件該当行為との必然的関連性ゆえに、自然な解釈（Natürliche Auffassung）に従えば、その構成要件行為の一部分に見えるようなあらゆる行為（Tätigkeitsakt）の開始」（Frankの公式）<sup>(156)</sup> という形で限界づけを図っていた。

それでも、「実行の着手」については各則の既遂構成要件ごとの検討を必要とするので、とりわけ「密着する行為」が具体的にどの時点から肯定されるべきかという問題にはより詳細な検討を必要とする。それゆえ、現時点としては、未遂犯にどのような外形の行為が必要であるかについては今後の課題とさせていただく。

## 結語

以上まで、主観的違法要素と客観的要素の関係について検討をしてきた。本稿の結論としては、主観的違法要素は、その主観的要素を外部に表現し、かつ法益侵害と関連する客観的要素を前提にしなければならない、ということである。このような結論はワイマール期に主観的違法要素の理論を主導的に発展させてきたMezgerや彼を支持したその他の刑法学者によっても共有されてきた。とりわけ、Mezgerが純粹主観的違法要素の存在を否定し、常に法益侵害と関連し、主観的要素を第三者から推知させるような客観的要素を要求してきた背景には、法は立法者によって感覚的に知覚可能な社会的事実を基に構成されるものであるという発想があったのである。逆に、行為者の主観的態度のみで犯罪を構成して

きたナチス期の意思刑法では、法は立法者の認識に依存せずにあらかじめ存在する道德秩序と同一視された。その結果として客観的行為によって表現されていない、それゆえ感覚的に知覚できない行為者の主観的態度をも法的に取り扱うことができたのである。そして、意思刑法による極端な主観主義は行為者の主観的態度を認定する裁判官の裁量の拡大に寄与していった。このような歴史に鑑みるならば、客観主義や罪刑法定主義に照らして、刑法を認識可能な社会的事象を基に構成された規範として理解し、法益侵害に関連する行為によって外部に現れた限りで主観的違法要素を考慮するべきなのである。

## 注

- (1) 拙著「主観的違法要素と客観的要素の関係について（1）」九大法学118号（2020年）78頁以下参照。
- (2) 拙著・前掲註（1）80頁以下。
- (3) 伊藤亮吉『目的犯の研究序説』（成文堂、2017年）143頁。
- (4) 中義勝「故意の体系的地位」平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学〈上〉（1977年）154頁。
- (5) 中義勝『刑法上の諸問題』（関西大学出版、1991年）51頁以下。
- (6) 『第16回帝国議会議院刑法改正特別委員会議事速記録第10号』162頁〔菊池武夫質問〕（1902年2月15日）。
- (7) ここで、本来五感で直接的に捕捉することができない目的等の心理的事象をそもそも客観的な方法によって推測することができるのか、ということ自体が問題となり得るであろう。この問題点について Edmund Mezger は一定の方法を提示している。Mezger によれば他者の心理的事実の認定は決して直接的に行われ得るものではなく、常に特定の外部的事実の認定を前提とするものである（Edmund Mezger, *Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, Archiv für die Civilistische Praxis*, Bd. 117, 1919, S. 60ff.）。しかし、この外部的事実からひとりでに他者の心理的事実が判明するのではなく、さらに自己の心理的経験あるいは他者の心理的経験に基づいて当該外部的事実から精神的内容を理解するように思考を巡らせなければならない（Mezger, a. a. O., S. 62 f.）。特に、自己の心理的経験は重要である。というのも、経験はすべて認識の唯一の源であるからである（Mezger, a. a. O., S. 51.）。他者の心理的経験も結局のところ自己の心理的経

験に基づいてのみ想像可能なのである。もっとも、自己の心理的経験に基づいて他人の心理的事実を想像すると言っても、何らの根拠に基づかず自由に想像して良いわけではない。他人の心理的事実を想像する際は、常に知覚した現実と心理学的な因果関係法則等に照らして矛盾がないように想像しなければならない。というのも、この想像は現実を認識するという目的に向けられているからである (Mezger, a. a. O., S. 69 f.)。そして、Mezgerによれば、他人の心理的事象に関するこのような事実認定のあり方は、外部的事実を認定するあり方と本質的に異なるところはないという。なぜなら、両者とも知覚した事象を自身の経験則に基づいて因果関係形式の中に当てはめるという作業を通して認識されるからである (Mezger, a. a. O., S. 68.)。

- (8) 「暴力団関係者等が対象者に暴行を加える目的、リンチとか、そういう問題がありますけれども、そういうことで略取誘拐に及ぶ事案も多い」(『第162回国会参議院法務委員会第12号』5頁〔大林宏政府参考人答弁〕(2005年4月14日))、「これ〔誘拐罪〕は被害者の生命身体の安全という面に対する極度の危惧の念を抱かせる罪である」(□内は筆者。以下同じ)(『第46回国会衆議院法務委員会第13号』4頁〔竹内壽平政府委員答弁〕(1964年3月12日))といった発言から略取・誘拐行為は生命もしくは身体に対する加害行為を目的として行われることが多いことが窺える。また、「略取誘拐事件のほとんどが営利誘拐でございまして、営利誘拐は結局本人を売り飛ばし、そうしてそれによって利を得るということになっております」(『第22回国会参議院法務委員会第22号』13頁〔高橋勝好説明員答弁〕(1955年7月28日))、「現に誘拐されて、それを手段としてのいわゆる営利目的の行為が相当に増加しつつあります」(『第24回国会参議院法務委員会第14号』6頁〔中山福藏答弁〕(1956年4月12日))といった発言からも略取・誘拐行為が営利目的によってなされることも多いと見ることができるであろう。さらに、「たとえば誘拐事件などを見ますと、……わいせつ目的の誘拐事件、それからかわいさの余りというふうなものの率が比較的高いわけでございます」(『第91回国会衆議院法務委員会第14号』11頁〔加藤晶説明員答弁〕(1980年4月9日))といった発言から略取・誘拐行為が性的意図の下に行われることも多いことがわかるであろう。そして、「戦後こういう犯罪〔身代金目的誘拐〕が……あとを断ちませんで、毎年数件あったように思うのでございますが、しかし最近になりまして昨年、一昨年あたり、最近二、三年の間かなり頻発しておるのでございます。」(『第46回国会衆議院法務委員会第13号』5頁〔竹内壽平政府委員答弁〕(1964年3月12日))という答弁から多くの略取誘拐行為が身代金要求目的の下でも行われることがわかる。加えて、「日本人が、他人の支配下に置かれ、第

三国に移送されるといった事案の発生が、より容易に想定される」（『法制審議会刑事法（人身の自由を侵害する犯罪関係）部会第3回会議事録』（2004年11月22日））と述べられていることから、略取・誘拐が所在国外へ移送する目的でなされやすいことも分かる。

- (9) 柳田国男著・石井正己編『柳田国男の故郷七十年』（PHP 研究所、2014年）69頁以下によれば、明治時代初期まで日本の一部には略奪婚の風習が存在していた。また、被拐取者収受に関してであるが、「随分サウ云フ〔結婚という〕場合モアル」（『第16回帝国議会貴族院刑法改正案特別委員会議事速記録第12号』195頁〔菊池武夫質問〕（1902年2月18日））と指摘されている。なお、現代でも買受けに関して、「現在日本の農村などで東南アジアの諸国から花嫁を迎えて結婚しているという例は、かなり多いのじゃないかと思います」（『法制審議会刑事法（人身の自由を侵害する犯罪関係）部会第2回会議事録』（2004年10月18日））と述べられている。
- (10) 『第151回国会参議院法務委員会第8号』9頁〔古田佑紀政府参考人答弁〕（2001年5月29日）。
- (11) 拙著・前掲註（1）81頁以下。
- (12) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（有斐閣、1974年）269頁。また、August Hegler, Die subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, 1930, S. 314によれば「断絶された結果犯」の目的は客観化可能であるとされている。
- (13) 『第34回国会衆議院法務委員会第6号』8頁〔田中幾三郎委員質問〕（1960年3月3日）。
- (14) 拙著・前掲註（1）85頁以下。
- (15) 東京高判昭和34年6月29日下刑集1巻6号1366頁は被告人の証言と客観的事実が食い違っていることから被告人が自身の記憶と異なった証言を行なったことを事実認定しており、平野龍一はこの裁判例に言及して、証人の証言が客観的事実と異ならない限り、偽証罪を成立させることは困難であるとしている（平野龍一「偽証罪における客観説と主観説」判時1557号（1996年）9頁）。
- (16) 拙著・前掲註（1）85頁。
- (17) 最判昭和31年7月3日刑集10巻7号965頁。
- (18) 大判昭和7年7月1日刑集11号999頁。
- (19) 松宮孝明『刑法各論講義（第5版）』（成文堂、2018年）495頁。
- (20) Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, Der Gerichtssaal（以下GSと略記）, Bd. 89, 1924, S. 266.
- (21) Edmund Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestänß, 1926, S. 7 f. 同

- 旨として、Willhelm Sauer, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie, 1921, S. 345 及び Erik Wolf, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts, 1931, S. 21, Anm. 3も参照。
- (22) Mezger, a. a. O. (Anm. 20), S. 266, ders., Subjektivismus und Objektivismus in der strafgerichtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 5, 1929, S. 13. なお同旨として、Hegler, a. a. O. (Anm. 12), S. 300 ff., Rudolf Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934, S. 105 f.
- (23) Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911, S. 138, August Hegler, Die Merkmale des Verbrechen, Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft (以下 ZStW と略記), Bd. 36, 1915, S. 37, Anm. 45, Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 12, Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 142.
- (24) Mezger, a. a. O. (Anm. 20), S. 266 ff. 同様に客観説を支持する刑法学者として、Sauer, a. a. O. (Anm. 21), S. 348.
- (25) RGZ., Bd. 68, S. 425. (「条文上の明確な文言によれば、そこで重要なのは、権利者の目的ではない。むしろ、決定的なのは、事案の全事情を客観的に観察したときに見て取られるような、その行為の目的である。」)
- (26) Mezger, a. a. O. (Anm. 20), S. 268. また、磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展 — ドイツにおける「二二六条・八二六条から二四二条への展開」の意義 — 」末川先生古稀記念・権利の濫用〈上〉(1962年) 60頁以下も参照。
- (27) 同様に、行為の一般的傾向としての「行為の一般目的」(der generelle Zweck der Tat) を強調する記述として、Sauer, a. a. O. (Anm. 21), S. 346.
- (28) 脚注 21、23、24 で引用した各文献がその支持者である。また、Fischer は、主観的正当化要素として正当防衛において防衛意思を要求すること、及び緊急避難において避難意思を要求することについて、防衛行為及び避難行為から通常において防衛意思及び避難意思が推認されることからこれらの主観的正当化要素が客観的違法性と矛盾しないことを説明している (Fischer, a. a. O. (Anm. 23), S. 294.)。
- (29) Günther Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW, Bd. 97, 1985, S. 753によれば、法益思考はかえって極端な主観主義をもたらすとさえ言われている。
- (30) Edmund Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 2. Aufl., 1933, S. 170.
- (31) Edmund Mezger, Sein und Sollen im Recht, 1920, S. 2. このように法の根源

を人間の意思に求める見解を主観主義という（これに対して法の根源を客観的に妥当する文化や歴史法則、自然法に求める見解を Mezger は客観主義と呼んだ（Mezger, a. a. O., S. 33 ff.））。Mezger によれば、当為は意欲（Wollen）の特殊な一形態であり（Mezger, a. a. O., S. 20.）、客観主義は人間の意欲なしに当為を定義づけようとしている限りで失当であるとする（Mezger, a. a. O., S. 65）。

- (32) Mezger, a. a. O. (Anm. 31), S. 78 ff. 「社会生活の維持と促進」とは Mezger にとっての正法（法の理念に合致した、客観的正当性を備えた法）である。脚注31で述べた主観説のうち、単純な正義感情の中に正法を見出す見解を素朴主観主義（der einfache Subjektivismus）というが、Mezger はこの見解では人間の数だけ正しさが存在することになり、妥当ではないとする（Mezger, a. a. O. (Anm. 31), S. 4 ff.）。その上で、Mezger は実定法を素材としてそこから時代特殊のまたは文化特殊の内容を捨象して、あらゆる法規範が前提とする根源的な価値を見つけ出そうとした。これを Mezger は批判的検討と呼び、自身の正法理論を批判的主観主義（der kritische Subjektivismus）と表現した（Mezger, a. a. O. (Anm. 31), S. 12 ff.）。そのような方法によって、Mezger はあらゆる法は生命を価値の基礎においてるのである（Mezger, a. a. O. (Anm. 31), S. 78）。ゆえに、「社会生活の維持と促進」を法の終局目的と評価できるのである。
- (33) Mezger, a. a. O. (Anm. 31), S. 80 ff.
- (34) Mezger, a. a. O. (Anm. 31), S. 90. なお、このような「社会」概念の定義を Mezger は経験説（die empirische Theorie）と呼んだ。そこでは、社会的事象にとって本質的なことは構成員間の心理的相互作用であり、社会的事象は（とりわけ心理学的に基づく）因果関係カテゴリの中で説明可能であるとされる。これに対して、社会生活を「外部的に規制された人間の共同生活」と定義づける見解を認識説（die Erkenntnistheorie）という（Mezger, a. a. O. (Anm. 31), S. 88）。そこでは、「外部的規制」が社会的事象の本質であるとされる。しかし、Mezger によれば、「外部的規制」自体が社会的事象であるため認識説に基づく定義は不十分であるとされる（Mezger, a. a. O. (Anm. 31), S. 89）。
- (35) Mezger, a. a. O. (Anm. 31), S. 90 f.
- (36) Mezger, a. a. O. (Anm. 31), S. 91.
- (37) このような発想は当時有力な民法学者で法学者であった Philipp Heck の利益法学でも共有されている。Heck によれば、「法律とはそれぞれの法共同体の中で互いに対立し合い、その承認を求めて闘争する、物質的、国民的、宗教的、倫理的方向性を持つ諸利益の合力である」（Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S. 17）。そして、この

「利益」は「欲求素地 (Begehrungsdispositionen)」であり、「欲求」を一つの心理的事象としたうえで、「直接的に観察されず、常に惹起された行動から、または通常そのような利益の素地が生み出されるような社会的基礎が存在することから推論される」とされる (Philipp Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1932, S. 27)。さらに、他の論文でも「〔法律が依拠するところの〕利益状況も感覺的に知覚できる諸事象のなかで実行される生活事象の抽象化にすぎない」(Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, S. 79)とも述べており、Heckの利益法学にとって、外部に現れた社会的な事象こそが法の認識対象であったことが分かる (Heckの著作の翻訳についてはヘック (津田利治訳)『利益法学』(慶応義塾大学法学研究会、1980年)参照)。なお、MezgerもHeckの利益法学に賛同している (Edmund Mezger, *Der Begriff der Rechtsquelle*, Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, 1931, S. 28)。

- (38) 意思刑法はナチズム特有の産物というわけではない。この発想はすでに1906年にKarl Kleeが提唱した考え方である。Kleeは間接故意を規定するオーストリア刑法典1条から出発して意思刑法に至った。ここでの間接故意とは、行為者がある結果を意図して行為に及んだが、その行為が実際には別の結果を発生させた場合にも故意責任を肯定する制度を指す。本来の犯罪結果への意思を理由に偶然発生した結果への重い責任を負わせる構造からKleeはもはや結果発生という偶然的な事象に刑を左右させるべきではなく、行為者の危険な意思を基準として刑を決定するべきであると主張した (Karl Klee, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, 1906, S. 3, 48)。Kleeはさらに1916年にも刑罰を結果発生という偶然に依拠させてはならないと主張し、既遂犯と未遂犯を同じ法定刑で処罰すべきことなども併せて主張した (Karl Klee, *Erfolgs- oder Willensstrafe?*, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. 10, 1916/1917, S. 187, 316)。その後、1922年、1925年の刑法草案において、未遂犯 (Entwurf 1922, 1925, ¶23, Abs. 2) や幫助犯 (Entwurf 1922, 1925, ¶26) に対する減軽が任意的となる規定が置かれ、量刑に関しても行為者の非難すべき意思や心情を考慮すべき旨の規定も置かれた (Entwurf 1922, 1925, ¶67。同様の規定として Entwurf 1927, ¶69)。以上のように、ナチス期の意思刑法にはナチス以前からの立法論を受け継いだ面も存在するのである。
- (39) 意思刑法に基づく法改正議論の過程や実際の法律について、Benedikt Hartl, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, 2000, S. 65 ff. 参照。
- (40) 通例、国家社会主義と翻訳されるが、国家社会主義はStaatsozialismusの訳であるため、Nationalsozialismusを国家社会主義と訳するのは不適切である。国家社会主義とは労働者に対する富の再分配と労働条件の改善のた

めに国家の介入を要望するものである（木下半治『新体制辞典』（朝日新聞社、1941年）58頁）が、民族社会主義は民族主義の名においてマルクス主義の国際主義に対抗し、社会主義の名において資本主義に対抗して、自由民主主義を撃破しようとする思想である（木下前掲68頁）。

- (41) Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preußischen Justizministers.
- (42) A. a. O. (Anm. 41), S. 112.
- (43) 1933年当時国家弁務官 (Reichskommissar) であった Hans Frank の提案で召集され、1934年7月3日のライヒ内閣の決定によって設置された委員会である (Karl Lasch, Die Akademie für Deutsches Rechts, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung von Hans Frank, 2. Aufl., 1935, S. 1568)。
- (44) Denkschrift des Zentrallausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts (以下、Denkschrift der Akademie と略記)。
- (45) Roland Freisler, Ergebnisse der Beratungen des Zentrallausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht, Denkschrift der Akademie, S. 13.
- (46) Friedrich Oetker, Gefährdungs- und Verletzungsstrafrecht, Denkschrift der Akademie, 1934, S. 46 ff.
- (47) Oetker, a. a. O. (Anm. 46), S. 51 f.
- (48) ナチ党において法的業務を司る部署であり、1930年に Adolf Hitler が Hans Frank に委託して組織した。
- (49) Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 1. Teil, 2. Aufl., 1935.
- (50) A. a. O. (Anm. 49), S. 30 f.
- (51) 1933年に Hitler の委託によってライヒ司法省内部に設置された刑法委員会である (Hartl, a. a. O. (Anm. 39), S. 71)。
- (52) Das kommende deutsche Strafrecht, allgemeiner Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 1. Aufl., 1934/2. Aufl., 1935 (以下 Bericht と略記)。
- (53) Roland Freisler, Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung, Bericht, 2. Aufl., 1935, S. 15.
- (54) Begründung zum Entwurf 1936, S. 4.
- (55) 1934年刑法改正 (Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens vom 24. 4. 1934) 87条参照。
- (56) もっぱら意思が表出された時点を処罰する意思刑法にとって、既遂犯と

未遂犯に違法性に違いはないため、同一の法定刑を予定する企行犯が推奨される(A. a. O. (Anm. 41), S. 112 f., S. 123, Freisler, a. a. O. (Anm. 45), S. 13)。1934年刑法改正では81条によって、大統領、首相、その他の政府構成員に対する強要を定めた企行犯規定が補充され、89条国家機密漏示罪など5つの国家的法益に対する罪においても企行犯が規定された(89条の他、90条、90条d、90条h、91条b)。また、1939年9月5日の「民族有害分子に対する命令」(Die Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5. 9. 1939) 4条は戦時の混乱(特に空襲時の規定は2条)に乗じた犯罪行為を処罰するが、これら規定も既遂犯と未遂犯で刑の軽重に違いがないため企行犯である。そして、未遂と既遂を同一の法定刑で処罰するものではないが、1939年12月5日の「粗暴犯に対する命令」(Die Verordnung gegen Gewaltverbrecher vom 5. 12. 1939) 4条においてあらゆる犯罪の未遂犯と幫助犯を既遂犯と同様の刑で処断することができる旨の規定が置かれている。

- (57) 意思刑法の目的は犯罪を早期の段階で予防することであり(Freisler, a. a. O. (Anm. 53), S. 22, ders. und Franz Gürter, Das neue Strafrecht, 2. Aufl., 1936, S. 137 f., Karl Alfred Hall, Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung im Willensstrafrecht, GS., Bd. 110, 1938, S. 99, Alfred Seidl, Der Beginn der Straftat, 1938, S. 93)、予備罪の拡大もその目的のための手段である。例えば、1933年刑法改正(Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. 5. 1933) 92条bは、国家機密漏示目的内通(1934年刑法改正では90条c)の規定を1914年のスパイ防止法(Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse) 6条から引継ぎ、92条aで反逆目的国家機密取得を規定した(1934年刑法改正では90条)。また、1933年2月28日の「ドイツ民族への反逆と内乱的策動に対する大統領緊急令」(Verordnung des Reichspräsidenten gegen Verrat am Deutschen Volke und hochverräterische Umtriebe vom 28. 2. 1933) 2条では反逆目的機密公文書偽造、6条1項では内乱目的文書作成等(1934年刑法改正では85条)が規定された。さらに、1934年刑法改正82条2項によって、改正前の84条内乱目的内通の適用範囲が拡大し、これまで外国政府が行為者の内乱目的を認識していなければならなかった(Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 254)ものが、この認識が不要となった(Hartl, a. a. O. (Anm. 39), S. 290 f.)。そして、1933年刑法改正で導入された92条bが1934年刑法改正90条cによって適用範囲が拡大し、これまで実際に外国政府と関係を持つことが要求されていたものが関係を持つことまでは不要とされた(Hartl, a. a. O. (Anm. 39), S. 294)。その他にも、1933年2月28日大統領緊急令2条に規定された反逆目的機密公文書偽造に特に重大な事案と過失による事案に関する規定が追加され(1934年刑法改正90条aの2項及び3

項)、1934年刑法改正法92条には外患誘致目的陰謀が規定された。また、1943年刑法調整命令（Die Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau- Reichsgau 29. 5. 1943 nebst Durchführungsordnung vom 29. 5. 1943）によって追加された49条aの1項であらゆる独立教唆行為（教唆行為と正犯行為との間に因果関係がない場合）が通常の教唆犯と同様に処罰されるようになり、同2項によって重罪の実行を他人と陰謀する行為、同3項によって独立幫助をも処罰するようになった。

- (58) 常習犯罪者及び改善保安処分に関する法律（Das Gesetz gegen Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Besserung und Sicherung vom 24. 11. 1933）20条a。
- (59) 「ラントの最高官庁または当該官庁によって定められた機関はドイツ共産党及びその補助団体、補完団体の物または権利並びに共産主義的策謀の寄与のために必要とされるまたは使用されると判断された物または権利をラントの利益のために没収できる」。なお、この規定は1933年7月14日に「民族敵対者及び国家敵対者の財産没収に関する法律」（Gesetz über die Einziehung volks- und staatsfeindlichen Vermögens. 14. 7. 1933）によって、「1933年5月26日（RGBl., I, S. 293）の「共産主義者の財産没収に関する法律」の諸規定はドイツ社会民主党とその補助団体及び補完団体が保有する物と権利並びに、マルクス主義者またはライヒ内務省によって民族敵対的または国家敵対的と認定された者による策謀に寄与するために使用されまたは決定された物と権利に適用される」という規定に変更された。
- (60) 「保護検束は、民族と国家に敵対するあらゆる志向態度の防止のために、その行動によって民族と国家の存立と安全を危険に陥れる者に対する、秘密国家警察の強制処分として命令され得る」（Karl-Leo Terhost, Polizeiliche planmäßige Überwachung und polizeiliche Vorbeugungshaft im Dritten Reich, 1985, S. 6）。訳については、山中敬一『近代刑法の史的展開』（信山社、2017年）217頁を参考にした。
- (61) ナチス時代の判例についての詳細は、Gerhard Pauli, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1992参照。
- (62) Pauli, a. a. O. (Anm. 61), S. 123 ff.
- (63) 例えば、RGSt. Bd. 1, S. 439 ff., S. 451 f., Bd. 17, S. 158 ff., Bd. 50, S. 35 f., Bd. 39, S. 316 f., Bd. 49, S. 16 ff.
- (64) 正式には“Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“と言う。
- (65) RGSt. Bd. 72, S. 112.

- (66) 接吻する行為について *Juristische Wochenschrift*（以下 JW と略記）. 1925, S. 366f., 臀部に触れる行為について *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*（以下 LZ と略記）, 1920, S. 898がある。
- (67) RGSt. Bd. 67, S. 112 f.
- (68) JW, 1936, S. 2997, JW, 1939, S. 275, *Deutsches Recht*, 1940, S. 1825.
- (69) LZ., 1921, S. 66.
- (70) RGSt. Bd. 68, S. 282 f.
- (71) ただし、本判決と過去の判例（RGSt. Bd. 37, S. 395 ff.）とのつながりを指摘する文献として、Emil Niethammer, Über das Wesen des Meineids und die rechtliche Möglichkeit eines fahrlässigen Falscheids, *Deutsches Strafrecht*（以下 DStR と略記）, Bd. 7, 1940, S. 161 ff. 参照。同判例を過去の客観説から主観説への転換として評価するものとして Friedrich Schaffstein, *Der Meineid in der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts*, JW., 1938, S. 145 f. 参照。
- (72) *Höchststrichterliche Rechtsprechung*, 1940, Nr. 523, RGSt. Bd. 77, S. 371 ff.
- (73) ナチス時代の学説に関する詳細な記述として、Hartl, a. a. O. (Anm. 39), S. 102 ff. 参照。
- (74) Friedrich Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, S. 112 f.（以下、Schaffstein, *Verbrechen* と略記）, ders., *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*, DStR., Bd. 4, 1937, S. 338（以下、Schaffstein, *Streit* と略記）. なお Georg Dahm, *Gemeinschaft und Strafrecht*, 1935, S. 5 f.（以下、Dahm, *Gemeinschaft* と略記）, ders., *Verbrechen und Tatbestand, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, S. 80も併せて参照。
- (75) Georg Dahm, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, ZStW., Bd. 57, 1938, S. 233, Schaffstein, *Streit*, S. 337 ff. 法益侵害に関係しない主観的要素としての心情要素を根拠に法益侵害説を批判したものとして、Werner Braun, *Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts*, 1936, S. 22 ff.
- (76) Schaffstein, *Verbrechen*, S. 109, ders., *Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?*, DStR, Bd. 2, 1935, S. 104.
- (77) Paul Bockelmann, *Studien zum Täterstrafrecht*, 2. Teil, 1940, S. 117参照。
- (78) Georg Dahm, *Verrat und Verbrechen*, *Zeitschrift für Staatswissenschaft*, Bd. 95, 1935, 283 ff., ders., *Gemeinschaft*, S. 13, Schaffstein, *Verbrechen*, S. 121.
- (79) Dahm, a. a. O. (Anm. 78), S. 286 f.
- (80) Dahm, *Gemeinschaft*, S. 15 f.
- (81) Friedrich Schaffstein, *Das subjektive Recht im Strafrecht*, *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936, S. 46. また、キール学派は犯罪論の重心を客観的

- 行為ではなく、行為者の主観的態度に置くことで、もはや違法性と責任を区別する必要はないと主張し、犯罪を段階的に検討することに反対した（Schaffstein, Verbrechen, S. 123, 132 ff.）。
- (82) ナチス期の法益論の展開について詳細な検討を行なった文献として、伊東研祐『法益概念史研究』（1986年、成文堂）139頁以下参照。
- (83) Karl Klee, Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung. Ein kritischer Beitrag zur Geschichte des Verbrechensbegriffs, DStR., Bd. 3, 1936, S. 2., Alfred Seidl, Der Beginn der Straftat, 1938, S. 90 f., Graf von Pestalozza, Baldur, Rechtsgutsverletzung oder Pflichtverletzung?, DStR., Bd. 5, 1938, S. 108.
- (84) Roland Freisler, Deutsches Strafrecht, Vermächtnis und Aufgabe, DStR., Bd. 1, 1934, S. 6, Edmund Mezger, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, ZStW., Bd. 55, 1936, S. 8 f., Erich Schwinge/Leopold Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken, 1937, S. 62 ff.
- (85) Roland Freisler, Der Wandel der politischen Grundanschauungen, DJ., Bd. 97, 1935, S. 1251, ders., Franz Gürtner, Das neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit, 1936, S. 134, Edmund Mezger, Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage, 2. Aufl., 1942, S. 78. また、キール学派も刑法に同様の位置づけを与えている（Schaffstein, a. a. O. (Anm. 81), S. 46）。
- (86) Freisler, a. a. O. (Anm. 53), S. 22, Hall, a. a. O. (Anm. 57), S. 99, Seidl, a. a. O. (Anm. 57), S. 93.
- (87) Roland Freisler, Der Versuch, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1934, S. 83, Edmund Mezger, Deutsches Strafrecht, Ein Leitfad, 1936, S. 29, Hall, a. a. O. (Anm. 57), S. 97, Friedrich Schaffstein, Ehrenstrafe und Freiheitsstrafe in ihrer Bedeutung für das neue Strafrecht, DStR., Bd. 1, 1934, S. 280, Anm. 22.
- (88) Freisler, a. a. O. (Anm. 53), S. 33, Edmund Mezger, Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht, Deutsche Juristen-Zeitung, Bd. 39, 1934, S. 102f.
- (89) Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung, 2019, S. 46.
- (90) Hartl, a. a. O. (Anm. 39), S. 93 ff. 参照。
- (91) A. a. O. (Anm. 41), S. 6.
- (92) Ambos, a. a. O. (Anm. 89), S. 18. また、Hartl, a. a. O. (Anm. 39), S. 41 f. によれば、「民族社会主義によって特徴づけられた狂信主義は本質的に特定の考え方の科学的正当性というよりも感情と結びついている」。
- (93) Freisler, a. a. O. (Anm. 53), S. 17.

- (94) この概念はナチス期において頻繁に出現するが、発想自体は Friedrich Carl von Savigny にまで遡るとされている (Joachim Rückert, *Unrecht durch Recht. Zur Rechtsgeschichte der NS-Zeit*, 2018, S. 70 ff.)。そして、1920年代に入ると、Arthur Schnitzler 作の演劇「輪舞」(Reigen) の内容の不道徳性が指摘され、同演劇と「健全な国民感情」(ナチス期に関しては、„Volk“ はドイツ国外にいる民族同胞をも含む可能性もあるので国を前提にする「国民」ではなく、「民族」と訳している) という概念の関係が問題となった (Manfred Schmitz, „Der Reigen“ und das gesunde Volksempfinden. Über die Technik der politischen Diffamierung, Hans Otto Horch, *Judentum, Antisemitismus und europäische Kultur*, 1988, S. 267 ff.)。さらに戦後においても保守的な政治家等によってこの概念は用いられている (Kurt Marti, *Notizen und Details 1964-2007, Beiträge aus der Zeitschrift Reformatio*, 2010, S. 77)。したがって、ナチス特有の概念というわけではない。
- (95) Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. 6. 1935.
- (96) 「法律が可罰的であると宣言し、または刑法典の根本思想および健全な民族感情によって処罰に値する行為を実行した者が処罰される場合、その行為は、その根本思想がそれに最も相応しい法律に従って処罰される。」(訳は山中・前掲註 (60) 205頁)。
- (97) 具体的秩序については、加藤新平、田中成明訳「法学的思惟の三種類」長尾龍一他訳『危機の政治理論』(ダイヤモンド社、1973年) 243頁以下及び C. シュミット著・田中浩、原田武雄訳『政治神学』(未來社、1971年) 8頁以下、竹島博之『カール・シュミットの政治 — 近代への反逆』(風行社、2002年) 159頁以下参照。
- (98) Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, S. 11. また、一般的な法規範が事実上の効力を失うような「例外状態」(Ausnahmestandard) において、法規範の効力は失うが、なおも秩序は存続するとしている (田中、原田前掲註 (97) 19頁)。
- (99) Schmitt, a. a. O. (Anm. 98), S. 17.
- (100) Schmitt, a. a. O. (Anm. 98), S. 46.
- (101) Schmitt, a. a. O. (Anm. 98), S. 46.
- (102) Schmitt, a. a. O. (Anm. 98), S. 46 f.
- (103) Schmitt, a. a. O. (Anm. 98), S. 17.
- (104) Schmitt, a. a. O. (Anm. 98), S. 9. また、佐野誠訳「ナチズムの法思想」古賀敬太、佐野誠編『カール・シュミット時事論文集—ヴァイマル・ナチズム期の憲法・政治議論』(風行社、2000年) 221頁以下も参照。
- (105) Schmitt, a. a. O. (Anm. 98), S. 43.
- (106) Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, S. 74.

- なお、S. 73, Anm. 51, S. 74, Anm. 53で、Schmitt, a. a. O. (Anm. 98) が引用されており、Welzel も具体的秩序思考を支持していたことがわかる。
- (107) A. a. O. (Anm. 54), S. 4 (「草案が刑法という手段を用いて外部的事象としての行為ではなく、行為者の犯罪的意思に対して闘争を告知するということは、刑法に道徳的な根を張るという指導的思想及び内なる正義という思想と密接な関係がある」), Hans Dieter von Gemmingen, Willensstrafrecht oder Gefährdungsstrafrecht?, JW, 1933, S. 2732 (行為者の犯罪的意思こそが「民族道徳に深々と根付くあらゆる刑罰の根拠」).
- (108) Mezger, a. a. O. (Anm. 30), S. 170.
- (109) Mezger, a. a. O. (Anm. 84), S. 10.
- (110) Mezger, a. a. O. (Anm. 84), S. 11.
- (111) 伊東・前掲註 (82) 158頁以下。
- (112) 増田豊「刑法と道徳との関係についての法倫理的考察」明治大学社会科学研究所紀要52巻2号 (2014年) 10頁以下参照。
- (113) 古賀敬太「カール・シュミットの国家概念再考 — 主権国家からグロース・ラウムまで — 」政治思想研究3号 (2003年) 14頁以下。
- (114) ナチス以前では例えば、自由法運動 (Freirechtsbewegung) が考えられる。そこでは、法はもっぱら実定法としてではなく、現実に展開される「生ける法」、「生ける力」と理解され (Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903, S. 11, 34. 翻訳については、石川真人「エールリッヒ「自由な法発見と自由法学」北大法学論集39巻1号 (1988年) 153頁以下)、裁判官は個別具体的な事案において、その時代や社会に合った正義にかなう判決を下すために自由に法発見をすることができるとされた (Ehrlich, a. a. O., S. 28 ff.). さらに、現代日本でも、「法言語に生きた解釈・意味を与え、法の運用の基礎となっているものが、現代社会において相当頑固に残された集合意識であり、集合判断である」(巻口勇一郎「法と自生的秩序 — 法に対する非法の抵抗について — 」立命館産業社会論集36巻3号 (2000年) 94頁) として実定法外に存在する道徳を重視する見解が主張されている。そして、こうした実定法外の秩序に依拠することで、法律上の規範的概念及び一般条項の解釈や、ある事例が制定法にとって全くの想定外であるような法の欠缺において有効な指針を示してきたと言えるであろう (Ehrlich, a. a. O., S. 23 ff.). また、「法が当事者の主張を認めるのは、当事者の主張が、伝統、道徳や慣習など、個人を超えた集合的な類型に、あらかじめ合致している場合だけである」(巻口・前掲92頁) というように、道徳規範に実定法を抑制する機能を指摘することもできる。
- (115) 近年、刑法の目的を法益の保護ではなく、社会に妥当する規範の保護とする規範妥当保護説が有力に主張されている (例えば、松宮孝明『刑法総

- 論講義（第5版補訂版）』（成文堂、2018年）16頁）。もっとも、ここで言われている「規範」が法と道徳の融合を意味するとは限らないという指摘もなされており（小島秀夫「法益論の根本的問題——法益と道徳は対置されるか——」大東法学26巻2号（2017年）7頁）、規範妥当保護説についてはなおも検討すべき点が多いため、同説への評価は今後の課題とする。
- (116) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 1 (Normen und Strafgesetze), 1872, S. 3 ff.
- (117) Binding, a. a. O. (Anm. 116), S. 5.
- (118) Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 159.
- (119) 小野清一郎『刑法と法哲学』（有斐閣、1969年）112頁。もっとも、小野氏においても実定法は「社会のもろもろの生活条件の確保」という目的の下で、社会におけるさまざまな主体が持つそれぞれの目的を調整する形で制定されると述べている（小野・前掲120頁以下）。そこでは、実定法は単に前実定の道徳秩序からの流出物ではなく、立法者が意識的に構成するものとして理解されている。そして、人間社会における道徳は社会における諸目的の調整の際の基準として意味を持つとされるのである（小野・前掲122頁）。
- (120) 江藤隆之「刑罰法規の意味としての行為規範」桃山法学17号（2011年）4頁以下。
- (121) ナチス期の法理論では、法は民族意思として扱われ、この民族意思は結局のところ総統（Hitler）の気分によって決定された（Ambos, a. a. O. (Anm. 89), S. 39 f.）。
- (122) Susanne Ecker, Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale: der Versuch einer Problemanalyse auch unter historischem Aspekt, 1981, S. 70 f.によれば、主観的事実の認定において心理学的知見が用いられることはほとんどない。
- (123) Pauli, a. a. O. (Anm. 61), S. 125, Hartl, a. a. O. (Anm. 39), 262 f. 参照。
- (124) Karl Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 178.
- (125) 拙著・前掲註（1）83頁以下。
- (126) 「わいせつ」行為を詳細に類型化して描写する文献として、嘉門優『法益論——刑法における意義と役割——』（成文堂、2019年）252頁以下参照。
- (127) BGHも「わいせつ行為は一定の外形的重大性を帯びた行為であって、たとえその行為が性的快樂に基づいていようと、短時間の接触もしくは取る

- に足りない接触または手荒な嫌がらせはその時点でわいせつ行為ではない」（BGHSt. Bd. 2, S. 166 f.）としており、また1970年刑法改正以降も「性的行為（sexuelle Handlung）とは、客観的に性的なものとの関係がある行為態様である。外部的事象からして性的なものへのきっかけが含まれていなければならない」（Monatsschrift für Deutsches Recht, 1980, S. 454.）としており、一貫して外形的な性的性質を要求している。
- (128) 嘉門前掲註（126）258頁によれば、「性的部位」とは陰部、乳房、尻を指す。
- (129) Goldammer's Archiv, 1967, S. 53 f.によれば、このような行為につき原審はStGB176条1項3号により被告人を有罪としたが、BGHは当該行為に外形的な性的性質がないことを理由に同罪の成立を否定した。
- (130) 青森地判平成18年3月16日 LEX/DB28115159。
- (131) 園田寿「強制わいせつ罪における「性的意図」の要否」新・判例解説 Watch 第23巻（2018年）169頁。
- (132) 成瀬幸典「強制わいせつ罪に関する一考察（下・完）—— その主観的要件を中心に ——」法学82巻6号（2019年）16頁は、ズボンを脱がせた上で陰茎を握って、ナイフで切断するという場合において、「ズボンを脱がす行為」と「陰茎を握る行為」は客観的に明らかにわいせつな行為であるとしているが、「陰茎をナイフで切断する行為」をわいせつな行為とはしていない。
- (133) 最決昭和45年12月3日刑集24巻13号1707頁。
- (134) 東京高判昭和49年7月8日判時766号124頁、東京高判昭和50年2月28日東高刑時報26巻2号47頁、東京高判昭和53年9月20日東高刑時報29巻9号169頁。
- (135) 最判昭和47年3月14日刑集26巻2号187頁。
- (136) 京都地判昭和47年7月14日刑月4巻7号1312頁、同様の表現を用いた判例として、東京地判昭和45年7月11日判タ261号278頁。
- (137) 福岡地判昭和49年8月26日刑月6巻8号918頁、同様の表現として、東京地判昭和46年3月19日刑集31巻3号653頁参照。
- (138) 東京地判昭和46年11月30日刑月3巻11号1565頁。
- (139) 角材を「凶器」とした判例として、東京高判昭和44年9月29日高刑集22巻4号672頁、最決昭和45年12月3日前掲註（133）など、木刀や竹刀を「凶器」とした判例として、東京高判昭和35年3月26日家月報12巻6号174頁、名古屋高判昭和36年4月18日高刑集14巻6号351頁など、鉄パイプを「凶器」とした判例として、函館地判平成14年8月29日 LEX/DB28075719、岐阜地判平成14年2月15日 LEX/DB28075261など参照。
- (140) 東京地判昭和46年3月19日前掲註（137）、福岡地判昭和49年8月26日前

掲註（137）。ただし、本来「凶器」として見られなかった物を、凶器として使用されてから、「凶器」と評価した事案である。しかし、これでは手ぬぐいやタオルも凶器として使われれば凶器準備集合が成立してしまい不当である（西田典之、橋爪隆（補訂）『刑法各論（第7版）』（弘文堂、2018年）67頁）。

- (141) 東京高判昭和50年2月28日前掲註（134）。ただし、石塊それ自体では「凶器」にならないものの、「集合体のうちの多数の者が手にこれを持って投げるような場合には、その所持する鉄パイプ、角材などと合わせて、……なお通常人をして客観的な危険感を抱かせるに足りるもの」とされている。
- (142) 斎藤誠二『予備罪の研究』（風間書房、1971年）174頁以下。
- (143) 東京地判昭和39年5月30日下刑集6巻5・6号694頁。
- (144) 東京地判平成8年3月22日判タ923号98頁、「客観的・実質的危険」に言及する判例として福岡高判平成18年11月28日高刑速（平成18年）307頁など。
- (145) 中森喜彦「予備行為の処罰」法學論叢116巻1～6号（1985年）536頁以下。
- (146) 塩見淳「犯罪成立時期の包括的な早期化について」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〈上巻〉（2007年）511頁。
- (147) 東京高判昭和32年5月31日高刑特報4巻11・12号289頁。
- (148) 最判平成8年9月20日刑集50巻8号571頁。
- (149) 殺人予備罪に関しては、大阪高判昭和39年4月14日高刑集17巻2号219頁、札幌高判昭和50年6月10日刑月7巻6号647頁、宮崎地判昭和52年10月18日刑月9巻9・10号746頁（強盗予備罪も成立）、広島地裁平成3年6月25日判時1407号120頁、福岡地判平成15年3月4日LEX/DB28095273、静岡地判平成15年10月23日LEX/DB28095413、大阪地判平成27年5月28日LEX/DB25540668、福井地判平成31年2月6日LEX/DB25562501など、放火予備罪に関しては、東京高判昭和49年3月27日刑月6巻3号202頁、東京高判昭和58年8月23日刑月15巻7・8号357頁、新潟地判平成15年10月14日LEX/DB28095318、東京地判平成25年12月26日LEX/DB25502935、福岡地判平成29年3月2日LEX/DB25545348など、強盗予備罪に関しては、大阪高判昭和23年9月21日刑集2巻10号1217頁、大阪高判昭和23年3月9日刑集2巻3号149頁、東京高判昭和24年4月26日刑集3巻5号656頁、熊本地判昭和36年8月8日下刑集3巻7号742頁、名古屋高判47年12月6日高刑集25巻6号937頁、福岡地判昭和48年7月16日高刑集26巻4号438頁、最決昭和54年11月19日刑集33巻7号710頁、函館地判平成13年11月13日LEX/DB28075326、富山地判平成16年3月26日LEX/DB28095251、神戸地判平成16年6月23日LEX/DB25410587、神戸地判平成18年2月6日LEX/

DB28115161、甲府地判平成31年2月28日LEX/DB25562742、福岡高判令和1年10月30日LEX/DB25564484などを参照。

- (150) 凶器を準備するといった物的予備に予備罪の適用を限定するべきかについては、引き続き検討しなければならない。最判昭和52年12月20日判時876号127頁の第1審である東京地判昭和47年4月8日刑月4巻4号729頁の事案では、被告人は確かに身代金目的誘拐等の目的で鎮静剤を粉末にしたものとナイフを準備していたが、身代金目的誘拐等予備罪は計画を変更して興信所調査員に対して偽名を名乗り、標的にした人物を被告人が指定した旅館に連れてくるように依頼した上で、その旅館の一室を予約した行為に成立していると見ることができる。この計画変更後の行為には確かに物的な準備はないが、偽名を名乗り、標的を誘き出そうとする行為は危険感のある行為と評価する余地はある。
- (151) 「基本犯達成への寄与・促進関係」を予備罪の要件とする見解として、君塚貴久「予備罪の独立性と未遂犯の実行の着手」法学研究論集50号（2019年）118頁以下参照。
- (152) 札幌高判平成21年5月26日LEX/DB25440852は、被害者名義の遺書を偽造した行為には客観的危険性がないとして、その行為については殺人予備罪を成立させていない。もっとも、輪状に結束したロープを準備した上、同人（校長）を待ち伏せる場所の下見をするなどした行為について殺人予備罪が成立するとしており、この行為自体が犯罪実行目的を表現するものであるかどうかは疑問である。ロープを輪にするだけで危険感を抱かせるとは言い難いであろうし、現場の下見という行為も外形的にはただ佇んでいるだけである。
- (153) 『注釈特別刑法第7巻（公害物・危険物編）』（立花書房、1987年）334頁〔坪内利彦〕。
- (154) 前掲註（153）337頁〔坪内利彦〕。
- (155) 山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣、2016年）281頁以下、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（慶應義塾出版会、2016年）218頁以下、松原芳博『刑法総論（第2版）』（日本評論社、2017年）309頁以下など参照。なお、密着行為を未遂行為とすることについて、否定的な見解として浅田和茂『刑法総論（第2版）』（成文堂、2019年）380頁以下。
- (156) Frank, a. a. O. (Anm. 57), S. 87.