

## 犯罪論における心情要素の体系的な位置付けについて (2)

平尾, 遼海  
九州大学大学院法学研究院 : 助教

<https://doi.org/10.15017/7238733>

---

出版情報 : 九大法学. 124, pp.1-54, 2024-09-27. Kyudai Hogakkai  
バージョン :  
権利関係 :



# 犯罪論における心情要素の 体系的 position 付けについて (2)

平 尾 遼 海

## 目次

第1章 「心情」の概念	以上123号
第2章 心情の諸問題	
第1節 心情の問題点	
第1款 犯罪論に心情を位置付けることに対する批判	
第2款 批判に対する検討	
第2節 ナチスにおける「心情刑法」	
第1款 「意思刑法」	
第2款 「行為者刑法」	
第3款 「心情刑法」の概念	
第3節 心情の認定方法	
第1款 心理的真實の発見	
第2款 Max Weber による動機理解の方法	
第4節 小括	以上本号
第3章 心情要素の犯罪体系上の位置付け	
第4章 各則規定における心情要素	
結語	

## 第1章 心情の諸問題

第1章(九大法学123号6頁以下)において、刑法における心情の概念は「行為者の価値関係的な精神的態度」、すなわち行為の格率であると述べた。本稿はこのような心情を日本の刑法理論の中に位置付けようと試みるが、当然そのような試みは、近代刑法において許されない「心情刑法」(Gesinnungsstrafrecht)を招来し、「法と道徳の区別」を没却することになるのではないか、という疑問に直面するであろう。そこで、本章では、まず第1節で心情を刑法において考慮することを全面的に否定する見解を取り上げる。その上で、第2節でドイツにおける「心情刑法」の概念や「法と道徳の区別」をめぐる議論を紹介することで、心情を刑法で考慮することが直ちに「心情刑法」と理解されるわけではないことを示す。そして、第3節では、実際に「心情刑法」が実現したと言われるナチスドイツにおける主観主義的な刑法を検討することで、どのような刑法が「心情刑法」であるのかを明らかにしていく。この検討を通じて、心情は、個別行為心情に限って、それを外部に表明するに足りる外形的行為を伴って初めて刑法において考慮され得ることが示される。そして、最後に第4節で、どのようにすれば具体的に外部的行為から心情を認定し得るのか、について検討することにする。

### 第1節 心情の問題点

ドイツの刑法学の歴史において、心情や行為者の危険な性格を積極的に刑法および刑罰理論の中に取り入れようとする試みがなされてきた。そして、現在のドイツ刑法典にも行為者の心情を特徴づける心情要素が多く各則構成要件の中に記述されており、また量刑においても行為者の心情を考慮すべき旨の規定が存在する(StGB46条2項)。それゆえ、ドイツにおいて心情を刑法理論の中に積極的に位置付けるための議論がな

されてきたが、これに対して、心情における法理論上あるいは実務運用上の問題点を指摘する見解も多く存在する。以下では、これらの問題点を具体的に見ていった上で、それぞれの批判が、心情を刑法において考慮することを否定するだけの根拠があるのかを検証していく。

## 第1款 犯罪論に心情を位置付けることに対する批判

### (1) 基礎法学的な批判

まず、「心情」を法領域において論ずるにあたって、Kantによる法と道徳の区別についても触れておかなければならない。第1章第4節第1款九大法学123号35頁以下でも述べたように、Kantは行為の道徳的評価を行為者の「格率」の上に基礎付けていた。そして、Kantによれば、道徳法則とは「自由の法則」であり、「自然の法則」とは区別されると述べた<sup>(1)</sup>。その上で、Kantは、法の概念もまたこの「自由の法則」の上に基づいていると述べる。すなわち、「我々は自分たちが自由であること（ここから全ての道徳法則が、したがってまた一切の権利と義務）を知るのは、義務を命じる命題である道徳命法による他ない。そのあとで、この命法から、他の人々に義務を課す能力つまり権利（Recht）の概念が展開されるのである<sup>(2)</sup>」。この意味で、法と道徳は「自由の法則」と言う共通の基盤を有するといえるであろう<sup>(3)</sup>。

しかし、Kantによれば、法と道徳はそれらが関わる対象において、区別されるという。すなわち、法と道徳の共通の基盤である「自由の法則

---

(1) Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, Kant's gesammelte Schriften, Bd. VI (以下、RL.), S. 214. 邦訳として樽井正義・池尾恭一訳『カント全集11』（岩波書店、2002年）参照。

(2) RL. (Anm. 1), S. 239.

(3) Vgl. Kristian Kühnl, Die Bedeutung der kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht — ein Problemumriß, Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, S. 141 ff.

は、ただ単なる外的行為とその合法則性とに関わる限りで、法理学的 (juridisch) と呼ばれ、しかし、この法則がまた、それ (法則) 自身が行為の規定根拠となるべきであるとの要求をするならば、それは倫理的 (ethisch) である<sup>(4)</sup>。Kant において、道徳的に善い行為は「義務に基づいて」行われなければならなかったが、法の概念は「義務の動機を法則に含まず、したがって、義務そのものの理念とはまた別の動機を許可するような立法<sup>(5)</sup>」であるとされる。以上の Kant の記述において、法と道徳の関係は、一方で法が外部的行為にのみ関わり、他方で道徳が行為者の内面にのみ関わる、と言う形式によって明確化されているように見える。そうであるとするならば、法である刑法においても、「心情」を考慮することは、Kant の法と道徳を区別する態度から逸脱し、この意味で刑法の「道徳化」(Ethisierung) が問題となるという指摘がありうるであろう。Kant はこのように法と道徳を区別する理由を次のように語る。

「全ての義務は、法の義務 (*officia iuris*)、すなわち外的立法が可能な義務か、それともそれが不可能な徳の義務 (*officia virtutis s. ethica*) かのいずれかである。—— 徳の義務がどのような外的立法にも従属させることができないのは、もっぱらそれが目的に関わるからであり、その目的 (あるいはそれを持つこと) が同時に義務なのである。目的を定めることは、外的立法によってさせられることではない (なぜならそれは心の内的作用なのだから)<sup>(6)</sup>」。

ここでは簡潔に外的立法が目的を義務付けることができないと言う旨の理由が述べられているのみであり、その理由の根拠までは詳細に議論されていない。ただし、Kant において、「法は強制する権能と結びつい

---

(4) RL. (Anm. 1), S. 214.

(5) RL. (Anm. 1), S. 219.

(6) RL. (Anm. 1), S. 239.

ている<sup>(7)</sup>とされることから、外的立法が目的を義務付けることができない根拠を以下のように理解することができるであろう。すなわち、この強制力は外部的行為にのみ関わり得るのであり、内心において特定の目的を強制することは「自己矛盾」に陥るからである。その「自己矛盾」というのは、仮に他者が「私の目的でない（他者の目的のための手段にすぎない）あること」を「私の目的とするよう強制」した場合、その目的が私の目的となることなく私の目的となるという矛盾に陥ることを意味している<sup>(8)</sup>。

また、心情を刑法において考慮することは自由で多元的な社会観と矛盾するという指摘も存在する。例えば、Grünewaldによれば、道徳的な基準によって責任加重を肯定することは、多元的な社会の理念と矛盾する発想である。というのも、多元的社会において、一つの要求のみが一般的に承認されるわけではないからである<sup>(9)</sup>。これと同じように、Rostalskiも特定の社会観に基づいて、「心情」を刑法において考慮することに反対する。Rostalskiによれば、刑法における行為規範（個々人の行為を統制する規範）と、制裁規範（行為規範に違反する行為に制裁を加えるための規範）は次のように基礎付けられる。すなわち、万人の万人に対する闘争という意味での自然状態から脱し、社会を平和に保つために、対立する諸利益の衡量を通じて、設けられると理解される<sup>(10)</sup>。この自然状態では、各人は無制限の自由を有しているが、それゆえにその自由も不安定であり、常に他人を警戒しなければならない。したがって、個々人は自身の無制限

---

(7) RL. (Anm. 1), S. 231.

(8) RL. (Anm. 1), S. 381. また、Kühl. a. a. O. (Anm. 3), S. 146は、この根拠について、「心情……は、内的事象であり、観察することができず、それゆえ例えば法的な証明を行うことができない。したがって、心情は外的立法およびその法則の執行によって強制されることができないのである」と述べて、立証の困難性に言及している。

(9) Anette Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 205.

(10) Frauke Timm, Gesinnung und Straftat, 2011, S. 42 f., 48 f.

の自由を放棄して、可能な限り自由を獲得できる社会を形成しなければならないと理解できる。このような理解に基づくならば、社会は個々人の自由を最大化させるために形成されるのであるから、国家の介入も第三者の自由領域が侵害された場合のみに限定されなければならないと言える<sup>(11)</sup>。それゆえ、このような意味での侵害との関係において行為規範が正当化され、刑罰に関する制裁規範も正当化される余地が生まれるのである。

さらに、Rostalskiによれば、たとえ有害な考え方であっても、自由な人間像においては、その有害な考え方を知った上で、それに抵抗する機会が与えられていなければならない、その前提として、思想の自由が保障されている必要がある。また、思想の自由は民主主義社会において必ず保障されていなければならない、この自由がなければ、議論を通じて正しい意見に到達することが不可能になってしまうとされる。Rostalskiにおいて、「心情」を法によって規制することは、まさに特定の意見のみについて、その思想の自由を侵害する方法であるため、自由で民主主義的な社会において許されないとされるのである。このような規制を行うことで、国家は、第三者の自由を保護する必要がないにもかかわらず、行為者の自由領域に介入している、個々人の自由を最大限に保証するという国家の正当性を自ら否定することになるとされた<sup>(12)</sup>。

---

(11) Timm, a. a. O. (Anm. 10), S. 80 ff., dies., Tatmotive und Gesinnungen als Strafschärfungsgrund am Beispiel der »Hassdelikte«, JR, 2014 (4), S. 145 f., Frauke Rostalski, Der Tatbegriff im Strafrecht, Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat, 2019 (以下、Rostalski, Tatbegriffと略記), S. 372 f.

(12) Timm, a. a. O. (Anm. 10), S. 83 ff. もっとも、Rostalskiは、「心情」を法秩序全体から排除することまでを意図してはいなかった。Rostalskiにおける「心情」は単なる人の内面ではなく、自身の世界像に基づいた行為への願望として常に外部へと表出しようとしている。したがって、悪しき「心情」を有していることは、人格の危険性を構成することになる (Timm, a. a. O. (Anm. 10), S. 24, 122)。そして、このような危険な人格から法益を保護するという特別予防目的は刑法ではなく、警察法 (Polizeirecht) において追及され得るとした (Timm, a. a. O. (Anm.

## （2） 刑法学的な批判

以上の批判は法一般の基礎理論に基づいた批判であったが、より刑法学的な観点からの批判も存在する。Birkmeyer は、v. Liszt のように処罰の根拠を行為者の心情に求める見解に反対し、「行為者の責任とは、犯罪への自身の自由な自己決定の中に存在する」と主張した。そして、この「自由な自己決定」は直接的には、「行為者が犯罪行為を犯罪として認識していたにもかかわらず、その犯罪行為をしようとする」場合（故意）であり、間接的には、「その犯罪行為が犯罪として認識されなかったものの、行為者がこの行為を妨げる考えを持つことができ、かつ持つべきであった」場合（過失）に存在するとされた。<sup>(13)</sup> このような責任は「法的責任概念」(Rechtsschuldbe­griff) として理解され、「倫理的責任概念」(der ethische Schuldbe­griff) の上に築かれるものであるが、両者は同一のものではないとされた。それゆえ、上記の故意および過失以外の責任種類は存在しないのであって、「行為者の責任を認定するために、目的、動機および心情は問われないのである」。<sup>(14)</sup>

このような法的責任概念の背景にあるのは、責任は不法を超過しては

---

10), S. 118 f., 123., dies., JR., 2014 (Anm. 11), S. 147., Rostalski, Tatbegriff (Anm. 11), S. 124, 375 f.). もっとも、警察法的な処分も害の負科であるが、悪しき「心情」を根拠にしてこのような処分を下すことに自由法治主義国家の観点から正当性があると言えるのが問題となる。Rostalski によれば、特定の「心情」を禁止する行為規範を刑罰によって保護することは、その「心情」に対して一般的に否定的評価を加えることであるゆえに許されない一方で、悪しき「心情」を根拠にして警察法処分を下したとしても、それは特定の思想を禁止したことにはならない。というのも、一時的な性質を持つに過ぎない警察法的な処分自体は、社会倫理的に中立であり、何らの一般的评价を含んでいないからである (Timm, a. a. O. (Anm. 10), S. 124 ff.).

(13) Karl von Birkmeyer, Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht, 1909, S. 18 f.

(14) Encyklopädie der Rechtswissenschaft, hrsg. von Karl von Birkmeyer, 2. Aufl., 1912 (以下 Encyklopädie と略記), S. 1125.

ならないという思想である。つまり、そこでは不法な行為に対する故意以外の目的や動機はその不法な行為との関連性を持たないゆえに、法的責任においては問題としてはならないのである。<sup>(16)</sup>もし、このような「不法を超過した責任」によって可罰性を基礎づけるならば、この「責任非難が無制限に加重可能であることが明らかになる」と言われている。というのも、この責任理解においては、「どのような特定の理念型であろうと、ある理念型から内心的態度が乖離しているかどうか」、が問われるからである。すなわち、「その乖離は両方の方向性において等級づけ可能であり、下方向には責任減少 (verminderte Schuld) の段階を超えて責任阻却 (Schuldlosigkeit) まで減輕される」一方で、「しかし、とりわけ心情の非難可能性は上方向にいかなる限界も存在していない」のである。<sup>(17)</sup>

このように、以上の批判的見解によれば、行為の不法性を超過した心

(15) Birkmeyer, a. a. O. (Anm. 13), S. 87. Vgl. auch ders., Stellung des Vorentwurfs gegenüber dem Streit der Strafrechtsschulen, Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, I. Beiträge, 1910, S. 58 (「むしろ、犯罪の心情はいつ如何なる場合であっても考慮され得ない」)。もっとも、目的、動機および心情に関わるべきでないと言われたのは、主観的構成要件としての責任概念である。むしろ Birkmeyer は、当時のライヒ刑法典 (RStGB) において、量刑事由が全く規定されていないことに着目し、裁判官は法律で規定された加重減輕事由を参照しながら、それらを類推することによって、量刑の際に刑の重さを決定すべきであると述べた (Encyklopädie (Anm. 14), S. 1150)。それゆえ、目的や動機も責任に属さないにもかかわらず、量刑の段階で考慮され得ると結論づけられたのである (Karl von Birkmeyer, Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafbemessung, Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, Heft 16, 1914, S. 41)。これとは反対に、刑の加重も独自の追加的害悪であるため、「心情」を考慮して量刑を重くすることもまた、「心情」による行為規範の設定と同じように、本来的な「心情刑法」を構成するとして、量刑においても「心情」を考慮することに否定的な見解も存在する (Timm, a. a. O. (Anm. 10), S. 90, dies., JR., 2014 (Anm. 11), S. 146 f., Rostalski, Tatbegriff (Anm. 11), S. 374.)。

(16) Anette Grünwald, Reform der Tötungsdelikte, 2016, S. 24 ff.

(17) Tatjana Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ., 1999, S. 1085.

情を責任において位置付けることは、責任が不法から独立した要素として理解されることを意味することになる。さらに、このことは結果的に「不法なき責任」を肯定することにさえ繋がりがかねないと懸念されている<sup>(18)</sup>。つまり、行為と結びつかない心情を犯罪の成立要件の中で考慮することで、「客観的に危険でない行為の可罰性を、その行為を超過する傾向、目的及び悪い心情によって、基礎付ける」<sup>(19)</sup>傾向が生まれてしまうと指摘されている。この傾向のことを刑法の「主観化」(Subjektivierung)と  
言う。

### (3) 法運用上の批判

最後に、法理論上の問題点だけでなく、実際の法運用に関して指摘されている心情の問題点を紹介する。Stratenwerthによれば、心情要素に関して2つのテーゼを確認することができる。それは、「1. 心情要素によって描写された心情は直接的な把握によって理解され得るのではなく、その心情の反映を通じてのみ、他の客観的資料及び主観的資料において理解され得ると言うこと、2. この心情を反映する資料は通常犯罪構造の様々な段階の上に分散していると言うこと」<sup>(20)</sup>である。

そして、第一のテーゼゆえに、刑法において、「心情に対応する全体状況」がまず観察されなければならない。それゆえ、心情要素はこうした「状況の統合的、終極的評価」を表明するものとして理解されなければならない。すなわち、「法律は、—— 心情要素によって —— 対応する事実

---

(18) Ernst-Joachim Lampe, Das personale Unrecht, 1967, S. 257.

(19) Kühn, a. a. O. (Anm. 3), S. 155. また、Oehlerも「状況によっては、保護に値する法益に対する法的関係性の欠けた、刑法的に重要でない行為がそれのみで特定の心情及び気質的な特徴によって犯罪行為となってしまう」ことに懸念を示している (Dietrich Oehler, Das objektive Zweckmoment in den rechtswidrigen Handlung, 1959, S. 140)。

(20) Günter Stratenwerth, Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, Festschrift für Hellmuth von Weber, 1963, S. 177.

関係を終極的に全体評価すること、さらにあるいは、—— 通常の不法及び責任の要件によって補充される、多少たりとも明確な構成要件記述によって —— この事実関係を全体評価することに焦点を当てることができる<sup>(21)</sup>。Stratenwerth によれば、この事実関係は、一貫して「最終的に把握され、刑事的責任の条件一般または刑罰の一定の重さの条件とされる、定型的 (konventionell) 事実関係」であり、この事実は様々な関連資料の非定型的 (unkonventionell) な相互関係的な組み合わせによって基礎付けられるのである<sup>(22)</sup>。

したがって、「心情要素は法律で記述された不法構成要件及び責任構成要件を補充するための指針として働き、裁判官に対して、法律によって断片的にしか記述されなかった不法及び責任を、まさにその心情要素を紐解くこと (Aufschlüsselung) で、完全に記述するように端的に指示する」機能<sup>(23)</sup>を有する。つまり、法律の中で心情要素が用いられていると言うことは、その法律が、考え得る様々な事実関係の詳細を記述することを諦めたと言うことに他ならない。それゆえ、心情要素は、個別の事案において非常に多種多様な判断を下すことを可能にする一方で、法適用の平等性及び構成要件の明確性といった法治国家的原則を害してしまうといわれている<sup>(25)</sup>。

## 第2款 批判に対する検討

以上で見てきた刑法における心情の問題点は、基礎法学的観点、刑法学的観点、法運用的観点に応じて、法と道徳の混同という問題、自由で

(21) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 20), S. 187 f.

(22) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 20), S. 188 f.

(23) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 20), S. 189 f.

(24) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 20), S. 188.

(25) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 20), S. 190, Vgl. auch Eberhard Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, S. 269, Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1993, S. 473.

多元的な社会観との矛盾という問題、心情による無限定な刑罰加重という問題、不法なき責任による処罰という問題、認定の困難性に伴う法治国家主義的な問題にそれぞれ分かれている。以下では、それぞれの問題点への批判に十分な理由があるものであるかを検討していく。

### (1) 法と道徳の混同について

まず、行為者の心情を刑法において考慮することを原則として否定する見解が依拠していた論理的な根拠を見てみると、その一つは法と道徳の区別であった。そこで当然問題となるのは、Kantにおける法と道徳の区別の意味である。前述の通り、Kantは法を外的立法としてあくまで外部的行為の合法則性に関わり、これに対して、道徳は行為の動機をも問題とすると述べたのであった。しかし、Kantにおける法と道徳の区別は、単に前者が行為の外部的側面、後者が行為の内面的側面に対応する、というような単純な図式で捉えることは適当ではない。

第一に、道徳の問題において、Kantは単に行為者の心情のみを問題としていたわけではない<sup>(26)</sup>。例えば、Kantは『道徳形而上学原論』において次のように述べている。

「ここで、初めから義務に違反したと認められる行為全てについて、たとえそれらがあれこれの目的において役に立つであろうとしても、私

---

(26) Kantの倫理学を、心情のみを対象とする倫理学として理解する見解として、Max Weber, *Politik als Beruf*, Max Weber Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 17, 1992, S. 237 ff. (邦訳としてマックス・ヴェーバー著(脇圭平訳)『職業としての政治』(岩波書店、1980年)参照), Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 4. Aufl., 1954, Max Scheler-Gesammelte Werke, Bd. 2, S. 140 f. 参照。これに対して、Kantの倫理学を単なる心情のみの問題として捉えず、「義務に適った行為」を前提とすると理解する見解として、Eberhard Schmidhäuser, *Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht*, Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S. 82 ff. がある。

は問題にしないことにする。というのも、そこにおいて、それらの行為はこの義務と矛盾さえしているゆえに、これらの行為が義務に基づいて行われたであろうか、という問いは最初から問題にならないからである。<sup>(27)</sup>」

つまり、Kant の倫理学において、行為が客観的にどうであるかは全く問題とならないのではなく、ある客観的に「義務に適った行為」が道徳的に善いものであるためには、それが同時に「義務に基づいている」ことが必要とされているのである。<sup>(28)</sup>

ここで、さらに Kant が法において本当にいかなる行為者の心情を考慮していないのかも検討しなければならない。まず、Kant の「法の一般原理」に関する以下の記述を見てみる。

「あらゆる行為は、それが、あるいはその行為の格率から見て、その人の選択意思 (*Willkür*) の自由が全ての人の自由とも普遍的法則に従って両立できるならば、正しい (*recht*)。」「<sup>(29)</sup>」

この記述では、法理学的な観察対象として行為だけでなく、「行為の格率」も挙げられている。もっとも、ここで述べられている「行為の格率」の意味には注意が必要である。すなわち、この「行為の格率」においてはあくまで「外的行為の中で万人の選択意志の自由と両立しうるような普遍性をそなえること」が重要なのであって、「外的行為によって直接的に他人を侵害するのではないかぎり、内心で何を考え何を望んでいようと

(27) Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, Kant's *gesammelte Schriften*, Bd. IV (以下、GMS.), S. 397. 邦訳として、カント (中山元訳)『道徳形而上学の基礎づけ』(光文社、2012年) 参照。

(28) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 26), S. 83.

(29) RL. (Anm. 1), S. 230.

関係なく、格率の（外的・法的）普遍化は成立する」。つまり、ここでの「行為の格率」とは、明らかに行為者の心情とは異なる概念なのであり、適法な行為において行為者の内心は問題とはなっていないことがわかる。<sup>(30)</sup>

これに対して、違法な行為が問題となる場合、Kant は行為者の内心を問題にしようとしていることがわかる。例えば、犯罪の責任に関する記述では次のように述べられている。

「法則に対するどのような違反も、（悪い行いを自分の規則とする）犯罪者の格率から生じるとしか説明できないし、またそう説明されざるを得ない。というのも、感性的動機に導かれて違反するのであれば、違反は自由な存在者であるその人によって行われるのではなく、その人の責任に帰すことはできないからである。<sup>(31)</sup>」

ここにおいても、行為者の「格率」に言及されているが、上述の「行為の格率」とは異なり、感性的動機といった行為者の内心が問題となっている。つまり、刑罰の種類及び量を決定するにあたって、Kant は行為者の心情を考慮しているように思われる。すなわち、Kant は「行為の責任能力（imputabilitas）の程度は、行為に際して克服されなければならなかった障害の大きさによって、主観的に評価されるべきである」と述べた上で、「自然的障害が小さければ小さいほど、義務の根拠に基づく障害が大きければ大きいほどに、それだけいっそう違反には（罪悪として）責任が問われる。—— それゆえ、主体の作為が激情においてのものであるのか、冷静な熟慮においてのものであるのかという心の状態が、責任を問うに際しての大きな相違となるのである」と述べて、行為の責任を問うためには行為者の心の状態を考慮する必要性があることを認めたの

(30) 小野原雅夫「晩年におけるカントの格率概念」倫理学年報50巻（2001年）59頁。

(31) RL. (Ann. 1), S. 321 Fn.

である。<sup>(32)</sup> 加えて、「下される刑罰の種類と程度を決めるために、公的正義が原理と基準にするもの」について、「(正義の秤の針が示す) 一方の側にも他方の側にも傾くことのない平等の原理に他ならない」として、罪と罰の均衡性を要求した<sup>(33)</sup>上で、この「平等性」は「犯罪者の内面における悪意」(innere Bösartigkeit des Verbrechers) と釣り合うものでなければならぬ<sup>(34)</sup>とも述べている。

以上の Kant の記述から、法において行為者の心情は全く考慮されないのではなく、違法な行為を前提として初めて考慮されるものであると言えるであろう。つまり、行為が外形的に適法である場合、言い換えれば他者の自由を侵害しない限りにおいて、行為者の心情は法理学においては問題にはならない<sup>(35)</sup>と言える。これに対して、倫理学では、法則に適った外部行為の他に、その行為の動機が問題となるのである。したがって、違法な行為を前提として、行為者の心情を刑法において考慮することは必ずしも、法と道徳の混同を意味するものではない。

## (2) 自由で多元的な社会観との矛盾について

もっとも、心情を刑法において考慮することが法と道徳を混同するものではないとしても、自由で多元的な社会というコンセプトと矛盾するのではないかという疑念は残るであろう。この疑念の前提となっているのは、国家はいかなる心情に対しても中立でなければならないという要請である。すなわち、民主主義的な社会においては、正しい意見は議論を通じてのみ明らかになるのであり、そのために思想の自由が必ず保障

(32) RL. (Anm. 1), S. 228.

(33) RL. (Anm. 1), S. 332.

(34) RL. (Anm. 1), S. 333.

(35) Vgl. Hans Welzel, Das Gesinnungsmoment im Recht, Festschrift für Julius von Gierke, 1948, S. 294 f., Karl Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit Hauptthemen der Rechtsphilosophie, 1971, S. 90, Brigitte Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007, S. 402 ff., 小野原前掲注 (30) 61頁。

されていなければならなかった。それゆえ、法によって「心情」を考慮することは、特定の意見のみを指定することになり、思想の自由を否定してしまうことになるのではないかという疑念が生じることになる。

思想の自由によって個々人は特定の価値から自由になり、むしろ自分で価値を自由に選択することができるようになった。したがって、思想の自由を前提にする社会は多元主義的な社会である。そして、このような多元的社会における諸価値について詳細な検討を行ったのは社会学者の Max Weber 及び公法学者の Carl Schmitt である。Schmitt によれば、「多数の異質な集団からなり、多数の要素を含む過度に多元的な社会は、その公然性の領域を諸々の価値論理的論証の活動する領域に変えざるを得ない。その場合には、諸集団の諸利益は基本的な法的カテゴリーを、自己に適合した価値体系内の体系内価値に変えてしまう<sup>(36)</sup>」。つまり、多元的な社会において多様な利害が存在することは、それだけ多様な価値が存在することを意味する。

ここに言う価値とは「妥当する」(gelten) ものとして、「現実化への極めて強い衝動をうちに含んで」おり、「執行・遂行されることを待ち望んでいる<sup>(37)</sup>」。また、このような意味で「価値が妥当する」には、「措定」(Setzung) が必要とされ、そこで「価値を措定する主体」は個々人であるとされる<sup>(38)</sup>。それゆえ、Weber によれば、「各人がその抛りどころとする究極の立場のいかに応じて、一方は悪魔となり、他方は神となる。そして、各人はそのいずれがかれにとっての神であり、そのいずれがかれにとって悪魔であるかを決しなければならない。しかも、これはわれわれの生活のすべての秩序についていえることである<sup>(39)</sup>」。すると、個々人

---

(36) Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Wert*, 3. Aufl., 2011 (以下、TW と略記), S. 12. 邦語訳としてカール・シュミット著(長尾龍一/小林公/新正幸/森田寛二訳)『政治神学再論』(福村出版、1980年)173頁以下参照。

(37) TW. (Anm. 36), S. 36.

(38) TW. (Anm. 36), S. 39.

は価値を完全に主観的で自由に決定するゆえに、「諸価値・諸世界観の永遠の闘争」を招くことになってしまう<sup>(40)</sup>。この「永遠の闘争」というのは、「われわれの生活の究極の拠りどころとなりうべき立場が、こんにちすべてたがいに調停しがたくまた解決しがたくあい争っているということ、したがってわれわれは、当然これらの立場のいずれかを選定すべく余儀なくされているということ」<sup>(41)</sup>である。

すなわち、多元的な諸価値からなる自由な社会において、それらの諸価値は常に闘争関係にあり、それらは根本的に解決不可能であるということになる。そして、とりわけ経済的で交換可能な価値とは異なる「善・利害・目標・理想」といった価値については、「高次の価値のためということを理由に、計量不可能な正当性主張や計量不可能な価値劣等宣告も正当化されてしまう」<sup>(42)</sup>。このような意味で価値を措定することにおいて必然的に「潜在的攻撃性」が内在されていることになる<sup>(43)</sup>。つまり、「高次の価値は、低次の価値を自己の支配下に置く権利と義務を持ち、価値のために反価値を抹殺することも正当である」<sup>(44)</sup>とされた。このような価値の本質は「価値の専制」(Die Tyrannei der Wert)<sup>(45)</sup>と呼ばれている。

(39) Max Weber, *Wissenschaft als Beruf*, 1919, Max Weber Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 17, 1992 (以下、WB と略記), S. 101. 邦語訳としてウェーバー (尾高邦雄訳) 『職業としての学問』(岩波文庫、1980年) 参照。

(40) TW. (Anm. 36), S. 39. Weber はこのような闘争を「神々の争い」(Kampf der Götter) と表現している (WB. (Anm. 39), S. 100)。

(41) WB. (Anm. 39), S. 104 f.

(42) TW. (Anm. 36), S. 23.

(43) TW. (Anm. 36), S. 43. この「潜在的攻撃性」を Weber は「攻撃点」(Angriffspunkt) と名付けている (Max Weber, *Kritische Studien auf dem Gebiet der kulturwissenschaftlichen Logik*, Max Weber Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 7, 2018, S. 423. 邦訳として、M・ウェーバー (森岡弘通訳) 「文化科学の論理学の領域における批判的研究」『歴史は科学か』(みすず書房、1965年) 99頁以下参照)。

(44) ここに言う「抹殺」とは文字通り殺害することも含まれる。Schmitt によれば、諸価値の間の闘争に比べれば、ホッブズの「万人の万人に対する闘争」は「真に牧歌的」である。

以上のように、いかなる価値もそれを措定し、妥当させようとすれば、他の価値を否定あるいは劣位に置くことで、「貫徹」(durchsetzen)しなければならぬ<sup>(46)</sup>。このことは、たとえ「自由」という価値が問題となっても同じである<sup>(47)</sup>。したがって、「言及されている、自由主義的立憲国家における(多元的な)諸価値、例えばとりわけ人間の尊厳、公正及び実質的平等は一貫して人権敵対的で全体主義的な傾向に対して規範的なプログラムを対置させている」<sup>(48)</sup>のである。社会が「自由」という価値に基づいて構成されるものであったとしても、むしろそれゆえに国家は必然的にその価値を「貫徹」させようとせざるを得ない<sup>(49)</sup>のである。

もっとも、価値を貫徹しなければならないといっても、その価値観に

---

諸価値の間の闘争は「脱魔術化」された「古き神々」による闘争であり、「その闘争手段は、もはや武器などと言う生易しいものではなく、身の毛もよだつような抹殺手段・殲滅手段、つまり価値自由な学問とこの学問によって推進された産業・技術との恐ろしい産物である」(TW. (Anm. 36), S. 39)。

(45) TW. (Anm. 36), S. 48.「価値の専制」という言葉自体を提唱したのは Nicolai Hartmann である。Hartmann によれば、「いかなる価値も、——それがひとたび一人格を制したときには——厚かましくも全エートスを支配し、しかも他の価値を、正反対でない価値をも犠牲にして支配する唯一の専制者となる傾向を持っている」(Nicolai Hartmann, *Ethik*, 3. Aufl., 1949, S. 576. 邦訳として、版は異なるが、ニコライ・ハルトマン(高橋敬視訳)『倫理学』(山口書房、1943年)参照)。

(46) TW. (Anm. 36), S. 41.

(47) TW. (Anm. 36), S. 19では至高の価値と定められているものの例として、「神・人類・人格・自由・最大多数の最大幸福・学問の自由」が挙げられている。

(48) Kai Ambos, *Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung*, 2019, S. 83.

(49) それゆえ、ドイツ基本法21条2項第1文では、「政党で、その目的または党員の行動が自由で民主的な基本秩序を侵害もしくは除去し、または、ドイツ連邦共和国の存立を危くすることを目指すものは、違憲である」と明記され、それに基づいて1954年ドイツ連邦憲法裁判所はドイツ共産党(KPD)に対する違憲判決の中で「ある政党が自由民主主義的基本秩序における最上位の諸原則を承認していない時点ですでにその政党は違憲である」と述べた(BverfGE., Bd. 5, S. 85)。そして、マルクス・レーニン主義に基づくKPDについて、同判決は「マルクス・レーニン主義の理論から導き出されるべき社会発展をある一つの形式に要約する

反対する者や別の価値観を持つ者を「抹殺」せよ、と主張したいわけではない。ここでは、あくまで「媒体なき価値執行」(Unvermittelter Wertvollzug) または「直接的価値執行」(Unmittelbarer Wertvollzug) の危険性が問題となっているのである。ここでいう「媒体」とは法律が念頭に置かれている。すなわち、「憲法で立法者を定めている共同体では、立法者そしてその所産たる法律の責務は、予測可能でかつ執行可能な規律を設け、これによって媒体を規制し、直接的・自動的価値執行と言うテロの発生を防ぐことにある」<sup>(50)</sup>。これに対して媒体なしに「理念が、裸のまま直接的に立ち現れるならば、即ち機械的に自己執行するならば、人は恐怖に支配され、凄惨な事態が生じる」<sup>(51)</sup>ことになる。

以上述べてきたことによれば、国家が「自由」という価値を社会において妥当させようとするならば、これに反する態度表明が明確に表れている場面を目の当たりにしているにも関わらず、自由の名の下にこれを放置することは許されない。「価値は、その貫徹を期待することなくして妥当する<sup>(52)</sup>という者は、詐欺師であろう」。ただし、その価値は何らの「媒

---

と、プロレタリア革命とプロレタリア独裁を経て社会主義-共産主義的な社会秩序を確立すること、となるであろう」(BverfGE., Bd. 5, S. 155) と述べ、その上で「それゆえ、KPD は自由民主主義的秩序の機能のための条件として妥当し、存在しなければならぬ諸原則や諸制度を否定している」(BverfGE., Bd. 5, S. 223 f.) と判示して同政党に違憲判決を下した。

(50) TW. (Anm. 36), S. 54.

(51) TW. (Anm. 36), S. 53.

(52) TW. (Anm. 36), S. 41. また、同様の趣旨として、Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 1932, S. 49は次のように記述する。「機能主義的合法性体系の原理的中立性と、内容的な憲法保証の原理的価値重視との間には、中間の線はない。とくに、加重多数の機能主義なるものは、理にかなった「妥協」ではあるまい。中立性か非中立性かの問いに対して中立を守ろうとする者は、まさに中立性の側に決断したことになる。価値主張と価値中立とは、たがいに排斥する。真剣な意図の価値主張、価値肯定に対しては、真剣な意図の価値中立性は、価値否定を意味するのである」。なお、邦語訳として、C. シュミット (田中浩 / 原田武雄訳) 『合法性と正当性』(未來社、1983年) 参照。

体」なく直接的に適用しようとするれば、その価値とは異なる価値や矛盾する価値の「抹殺」と言う悲劇的な事態が生じる危険があるので、法制度によって十分に制御しなければならないのである。

### (3) 心情による無限定な刑罰加重

以上で基礎法理論に基づいた批判について検討してきた。ここでは刑法理論に基づいた批判を検討することにする。心情を加重方向に用いることに反対する見解によれば、心情を刑事責任において考慮することは、責任が行為者の心情に応じて段階付け可能になることへと繋がってしまい、結果として行為責任を超えた責任を負わされる恐れや刑事責任の上限を画する限界が喪失してしまうのであった。もっとも、同時に、この批判的見解においても「行為において、行為者の態度が一定程度理解可能であるとするような状況が表現されている場合には、より軽い処罰が検討されなければならない」と<sup>(53)</sup>されている。

この「行為者の態度が一定程度理解可能な状況」とは、「情動」(Affekt) または「対立状況」(Konflikt) であると理解されている。<sup>(54)</sup> Grünewald や Rostalski によれば、行為者の情動という主観的事情のみが重要なのではなく、その情動に至る客観的事情もまた減輕に作用しているとする。例

---

(53) Timm, a. a. O. (Anm. 10), S. 161, Vgl. auch Grünewald, a. a. O. (Anm. 9), S. 156 f. また、Frisch も法と道徳の区別を重視した上で、「財 (Gut) に対する否定的態度の完全形態」を「減輕事由が存在しないこと」と理解した。そして、「主観的な精神状態を判断するための基準は……差し当たり、構成要件それ自体の中で保護された法益」であり、「それにしたがえば、法益の尊重要求を侵害する行為のための理由が少なければ少ないほど、行為者の態度は否定的なものとなり、行為者の動機や行為の評価もまたより否定的なものとなる」と理解した (Wolfgang Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW., Bd. 99, 1987, S. 766 ff.)。

(54) Vgl. Albin Eser, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?, Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag, 1980, S. 123 ff., 128 ff.

例えば、StGB33条過剰防衛<sup>(55)</sup>及び213条重大でない故殺事案<sup>(56)</sup>において、「混乱、恐怖または驚愕」や「憤怒」と言った主観的事情だけでなく、被害者による先行する攻撃が前提になっていることに注意が必要である。それゆえ、ここにおいて、「指示された刑の減軽が、当該行為の背後に存在する可能性のある、賞賛に値する当事者の心情に対する応答である」と理解することは不相当で、「この刑の減軽は例えば行為者の精神的態度と結びついているのではなく、単に競合する諸利益が有する——考え得る——価値に相応しい形になっているだけである」と主張されるのである。<sup>(58)</sup>

しかし、以上の見解においても、行為者の主観的事情が刑の減軽方向に作用し得ることは根本的に否定されていない。それゆえ、「間主観的に理解可能な実質的理由」によって、減軽されるべき事案として、長い間嫌がらせを受け続けたAがその嫌がらせをしているBを「不倶戴天の敵に対する怒り」(Wut auf den Erzfeind)<sup>(59)</sup>から暴行を行った事案が挙げられているのである。

(55) 混乱、恐怖または驚愕により行為者が正当防衛の限度を超えた場合にはこの行為者は処罰されない。

(56) 故殺者が自身の責任なく被害者によってこの者自身または親族に加えられた虐待または重大な侮辱のため、憤怒に駆られ、それによってその場において犯行に至らしめられたとき、またはその他酌量減軽すべき事情が存するときは、1年以上10年以下の自由刑に処する。

(57) Anette Grünewald, Grundkonzeption der Tötungsdelikte, Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-213, 57a StGB), 2015, S. 509. さらに、Grünewaldは、情動という一過性の行為者の主観的事情が認定困難であることに鑑みて、被害者による挑発や攻撃といった客観的事情によって不法が減少した殺人類型を故殺として、通常の殺人類型である謀殺と区別するような立法論を主張した (S. 510)。

(58) Timm, a. a. O. (Anm. 10), S. 162.

(59) Timm, a. a. O. (Anm. 10), S. 157 ff. もっとも、Rostalskiは「心情」による刑の減軽には明確に反対して、確信犯や信条犯に対する刑の減軽を否定した (S. 163 f.)。しかし、そこに言う「心情」とは、継続的な価値意識として捉えられており (S. 28 f.)、筆者の用いる個別行為心情概念よりも狭い意味で用いられている (拙稿「犯罪論における心情要素の体系的位置付けについて (1)」九大法学123号 (2023年) 58頁参照)。

Eserによれば、これらの事情はまさに感情や気分の動向に基づいた「責任減少的な動機<sup>(60)</sup>」である。したがって、ここでは主観的な事情が減輕方向に働いていると理解されているのである。

すると、ここで行為者の心情を構成するある主観的事情が実際に減輕方向に作用していることをどのように見分けることができるのかが問題となるであろう。第1章第1節第2款（九大法学123号10頁以下）で見た通り、刑法上の心情はある主観的事情が存在しないことによっても基礎付けられ得る概念であった。したがって、見方によっては、ある「情動」が存在しないという心情が刑罰を加重方向に基礎付けていると解釈することもできるであろう。そこで、ある心情が加重的に作用しているのか、減輕的に作用しているのかを見分けるための基準が必要となる。

心情を刑法で考慮することに反対する見解はこの基準を行為責任の基礎となる故意に求める。Grünewaldによれば、故意には、構成要件実現の甘受または容認としての未必の故意、構成要件実現の確定的認識、結果発生を意欲する目的という3つの形態がある<sup>(61)</sup>とされた。この中でもあらゆる故意形態において共通の要素は知的構成要素（Wissenskomponente）<sup>(62)</sup>であるとされ、意的構成要素（Willenskomponente）を故意全体に要求することは故意を目的に限定してしまうことになりかねないとして、これを不要とした<sup>(63)</sup>。もっとも、目的を持って法を侵害する者はより根本的な方法によって法を否定しているゆえに、単なる認識しか有していない行為者よりも行為不法において重大であると述べた<sup>(64)</sup>。したがって、故意責任の重さは目的、確定的認識、未必の故意の順番に重いとされたのであ

(60) Eser, a. a. O. (Anm. 54), S. 128.

(61) Grünewald, a. a. O. (Anm. 9), S. 146 ff.

(62) したがって、Grünewaldは、未必の故意においてすでに行為者は法益を侵害し得ることを認識しており、完全な故意不法を認めることができると述べた（Grünewald, a. a. O. (Anm. 9), S. 150 f.）。

(63) Grünewald, a. a. O. (Anm. 9), S. 150 ff.

る。

しかし、重要なことはそれぞれの故意においてどれだけの刑罰が責任相当であるかの基準であり、この基準が明らかにならなければ心情が本当に減軽方向にのみ作用しているのかは明らかにならないであろう。しかし、行為責任の程度を明確に定める基準は存在しない。「金銭、時間または苦痛の中に我々にとって証明可能で、ある犯罪の責任のための正確な基準に対応するようなパラメーターは存在しないのである。そしてその基準が存在しなければ、ある要素が刑罰を加重しているのか減軽しているのかを確認することは不可能である<sup>(65)</sup>」。加えて、先述の通り、ある内心的事情の存在によって刑が減軽されているように見えても、その内心的事情の存在しない心情が刑を加重していると解釈することは可能なのである。それゆえ、心情を減軽方向にのみ用いるという試みは困難であ

---

(64) Grünewald, a. a. O. (Anm. 9), S. 159. なお、Grünewaldによれば、目的や確定的認識がその他の故意形態よりも重い行為不法を有していることは、例えばStGB226条2項重大な身体傷害において確認することができる(Grünewald, a. a. O. (Anm. 16), S. 6)。この犯罪規定によれば、同条1項各号に定める重大な傷害結果をもたらす傷害行為が「意図的または確知により」(absichtlich oder wissentlich)行われた場合に1項に定める刑(1年以上10年以下の自由刑)よりも加重された刑(3年以上の自由刑)が科されることになる。

(65) José Milton Peralta, *Gesinnungsmerkmale als strafrechtsdogmatische Faktoren? (Zugleich eine Kritik an einer strafrechtsdogmatischen Methode)*, *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, hrsg. Milan Kuhli/Martin Asholt, 2017, S. 129. なお、量刑における幅の理論(Spielraumtheorie)を主張したBGHSt., Bd. 7, S. 32は、「どのような刑罰が責任相当であるかは正確に特定され得ない。ここにおいて、幅が存在し、それは下限においてすでに責任相当な刑罰によって、そして上限においてもなお責任相当な刑罰によって限界づけられているのである」と判事している。これに対して、「ある特定の行為に対して必然的にただ一つの正しい刑罰しか存在し得ない」とする点の理論(Punktstraftheorie)も「この「点」は実務において正確に算出されているわけではなく、単にそこになるべく接近する価値のあるものとしてのみ捉えられ得る」と理解している(Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 2023, § 46, Rn. 104 (Franz Streng))。

り、心情による加重を避けるためには、刑の重さの決定プロセスにおいて、あらゆる行為者の主観的事情を排除せざるを得なくなるであろう。

もっとも、ある犯罪行為において、いかなる心情も考慮可能となり、刑罰が無制限に加重可能となる事態は憂慮されるべきである。このような事態は、些細な不法行為しか認定されない場合であっても、悪しき心情によって重い刑罰を肯定することへと繋がりをうであろう。このことは、次に見る「不法なき責任」の問題へと繋がりを、「心情刑法」へと陥る危険性を明らかにする。

#### (4) 不法なき責任による処罰について

以上まで述べてきたことによれば、心情を刑法において考慮することを全面的に否定する見解には賛成することができない。しかし、あらゆる心情を考慮可能とすると、刑罰が無制限に加重可能となってしまう、行われた不法な行為よりもはるかに重い処罰が正当化され、最終的には「違法なき責任」が肯定されることになってしまうであろう。とりわけ、このことは処罰段階の「前倒し」(Vorverlagerung<sup>(66)</sup>)などの処罰範囲の拡大に関して問題となっている。もし、外形的に日常的な行為しか行われていないにも関わらず、悪しき「心情」を理由として処罰するならば、実質的に「心情」のみを理由として処罰範囲を拡大していると言う疑いが強く向けられるであろう。

しかし、他方で「心情」はかえって処罰範囲を厳格にする機能も有すると言われることもある。すなわち、「心情要素」は「(各則における)自

---

(66) Vgl. Arndt Sinn, Voverlagerung der Strafbarkeit — Begriff, Ursachen und Regelungstechniken, Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, 2011, S. 15 ff. Sinnによれば、「前倒し」とは、結果反価値の発生よりも時間的に早い時点に処罰することによる処罰範囲の「拡大」(Ausdehnung)であり、その時点とは「因果的に害を発生させる行為や具体的危険をもたらし行為」(S. 16)よりも時間的に先行する行為を指している。

身の存在及び機能(可罰性の条件)を記述するという利点」を有するとされるのである。<sup>(67)</sup> 例えば、StGB90a 条 1 項 1 号国家及び国章侮辱罪<sup>(68)</sup>には「悪意によって」(böswillig) と言う文言が規定されている。この90a 条の「悪意によって」と言う文言は、「軽蔑」(verächtlich machen) の概念が「誹謗」(beschimpfen) の概念よりも広いことに鑑みて、主観的構成要件要素の認定を要求することで、「不法内容の程度において両行為形式の同質化」を図っていると<sup>(69)</sup>言われている。すなわち、ここでの「誹謗」とは「形式及び内容からして特に攻撃的な侮蔑表明であり、その際この特に攻撃的な表明は、外形的に表現の粗暴性を備えているか、あるいは内容的に侮辱的行為による非難<sup>(70)</sup>であれば良い」とされる一方で、これに対して、「軽蔑」とは「連邦共和国や州が国家市民による尊重に値するほどの価値や品位を持っていないかのように吹聴するあらゆる単純な評価的表現においても見出されなければならない<sup>(71)</sup>」。このように、「誹謗」に対して、「軽蔑」は包括的な行為態様を予定している。そこで、「自由民主主義的な基本秩序に対する意識的に敵対的な心情<sup>(72)</sup>」という意味での「悪意」を要求することにより、例えば、ある政治的主張が90a 条の意味での「軽蔑」にあたるかもしれないという未必の故意があったとしても、この主張は

---

(67) Harald Niedermair, Tateinstellungsmerkmale als Strafbedürftigkeitskorrektive, ZStW., Bd. 106, 1994, S. 388. Vgl. auch e Werner Hardwig, Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW., Bd. 68, 1956, S. 24.

(68) 公然と、集会において、または(11条3項の意味での)内容の拡散を通じて、次の各号に掲げる行為を行なった者は3年以下の自由刑または罰金に処する。

1号 ドイツ連邦共和国もしくはその州、その憲法的秩序を誹謗し、もしくは悪意によって軽蔑すること

2号 (中略)

(69) BGHSt., Bd. 7, S. 110. この判決は現行90a 条に対応する旧96条 1 項 1 号に関する判例である。

(70) BGH. NSZ., 2000, S. 643.

(71) BGH. BeckRS., 1955, 3119352.

(72) BGH. NSZ., 2003, S. 144.

この構成要件には該当しないことになる。同様に、StGB225条1項要保護者虐待<sup>(73)</sup>においても「悪意によって」と言う文言が規定されている。それによって、例えば他の重要な義務によって、またはアルコール依存症などの個人的な弱さによって要保護者に十分な保護が与えることができなかつた場合に対してこの構成要件が適用されないことになる<sup>(74)</sup>。

このように、90a条及び225条1項の例から「心情要素」には処罰範囲を制限する機能があるように見える。このような機能は「処罰要請の消極的修正」(negative Strafbefürftigkeitskorrektur)と呼ばれ、特別予防または一般予防の観点から基礎付けられうると考えられた<sup>(75)</sup>。しかし、これらの例において本当に「心情要素」が処罰範囲を制限する働きをしているのかについて疑いを向けることはできる。とりわけ、90a条の「悪意による軽蔑」は本来処罰に値しない侮辱行為にまで「心情」を理由として処罰範囲を拡大させていると捉えることもできるであろう。すると、「心情要素」が処罰範囲を制限しているかどうかを明確に確認するためには、客観的な行為自体で十分処罰に値するかが問われなければならない。それ自体として十分に処罰に値する客観的な行為が存在して初めて「心情要素」が処罰範囲を制限する方向に働きうるのである<sup>(76)</sup>。

問題は、この「それ自体として十分に処罰に値する客観的な行為」を明確に規定することができないという点である。刑法は峻厳な制裁を予

---

(73) 次の各号に掲げる18歳未満の者または、虚弱もしくは病によって無抵抗の者を苦しめ、もしくは粗暴に虐待し、または悪意によってこの者を保護する義務を果たさず、この者の健康を害した者は6月以上10年以下の自由刑に処する。

- 1号 公的扶助または後見を受けている者
- 2号 行為者と同一世帯に属する者
- 3号 保護義務によって行為者の支配下に引き渡された者
- 4号 業務または労働関係において行為者の下に配属された者

(74) Vgl. Niedermair, a. a. O. (Anm. 67) S. 391 f.

(75) Niedermair, a. a. O. (Anm. 67), S. 393 f.

(76) Peralta, a. a. O. (Anm. 65), S. 131.

定している法律であるゆえに、比例原則に従って原則として刑法以外の法制度による解決が優先されなければならない。しかし、この要請自体で具体的にどのような場面で刑法的介入が許されるのかは明確にはならず、せいぜい国家に対する行動指針にしかならない。刑法的介入を許すかどうかを決めるのは、まさに国家の刑事政策について決断する能力を有する立法者なのである。<sup>(77)</sup>したがって、「心情要素」が処罰範囲を制限しているのか、拡大しているのかを確認するにおいて、その前提となる「それ自体として十分に処罰に値する客観的な行為」を明確に定義することはできない。そもそも犯罪は客観面と主観面どちらも必要なのであるから、「客観的な行為」だけではいかなる場合も処罰に値することはないのである。

したがって、ある「心情要素」が処罰範囲を制限する働きを有すると言うことを主張することによって、「心情刑法」に至る危険性を回避できるわけではない。ここにおいて、「心情刑法」の概念をより具体的に明らかにしなければならないであろう。「心情刑法」について、「不法な行為を前提としないで非難されるべき「心情」にのみ基づいて処罰を基礎づける」<sup>(78)</sup>刑法、または「外部的なものを意図せず、行為者自身にとってさえ自身の組織領域に留まっている意思決定」<sup>(79)</sup>を処罰する刑法と理解する試みがある。確かに、このような処罰のあり方それ自体は「心情刑法」にあたるであろう。<sup>(80)</sup>しかし、「心情刑法」がこのような処罰のあり方に尽きるものと考えて良いわけではない。違法な行為、または他者と関わる

(77) Peralta, a. a. O. (Anm. 65), S. 132.

(78) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 26), S. 94.

(79) Marcelo A. Sancinetti, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995, S. 43.

(80) Jürgen Rath, *Gesinnungsstrafrecht: Zur Kritik der Destruktion des Kriminalunrechtsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, 2002, S. 22 ff. Rathによれば、「法の必要性と正当化可能性は、もっぱら空間-時間的に一体の外部的相互関係において複数の主体が関わり合っているという基礎の上に成

行為があるからといって、直ちにどのような心情も処罰を基礎付け、あるいは刑罰を加重しても良いことにはならない。<sup>(81)</sup>むしろ、より刑法の重要な機能に着目した定義に依拠するべきである。すなわち、「心情刑法」とは、「刑法的評価及び結論が、それぞれ基礎に置かれている刑法及び刑罰の機能に鑑みて機能不全に陥るような方法で、内面と結びついている」<sup>(82)</sup>場合に問題となりうるのである。

ここで、刑法や刑罰の機能として考えうるものの一つとして法益保護原理が挙げられるであろう。それによれば、刑法は法益の保護に資する限りで正当化され得るとされる。しかし、法益保護原理それ自体は「心情刑法」の内実を明らかにすることには資さないであろう。というのも、行為者が法益にとって潜在的に危険な存在であると見られた場合、その危険が始まる時点が際限なく前倒しされ得るからである。<sup>(83)</sup>

---

り立っており、その関わり合いの限度で基礎付けられる」と述べた。それゆえ、まず a) 「純粹主観」(reine Subjektivität) を処罰する刑法のあり方が「心情刑法」に含まれるとした。そこには、aa) 単純に思想それ自体を直接禁止するような処罰のあり方、bb) 外部的行為が予定されているが、それが私的領域にとどまり、外部的相互関係に何らの影響力を持たない行為を「心情」を理由として規定するあり方が含まれている。また、Rath の言う「心情刑法」はこれだけでなく、b) 外部的相互関係に影響力がある行為でも、例えば道路交通規則を遵守した上での自動車走行など甘受可能な危険創出を侵害意図の存在を理由に処罰することもまた「心情刑法」となる。

(81) Ingeborg Puppe, *Jedem nach seiner Schuld*, ZStW., Bd. 120, S. 521 は次のように述べている。すなわち、「立法者がある特定の不法を処罰するために、その不法に重点をおいて尊重しなかった場合、たとえ特に非難に値する心情または特に非難に値する動機といった追加的な責任要素を加えたとしても、立法者とその不法を処罰することは許されない。そうでなければ、心情刑法が運用されることとなるであろう」。ここでは、明らかに不法な行為がない場合だけを指しているのではなく、その不法な行為が存在する場合も含めた「心情刑法」の概念が問題となっている。

(82) Kai Ambos/Peter Rackow, *Was ist Gesinnungsstrafrecht? — Überlegungen unter Berücksichtigung des §89a Abs. 2a StGB*, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, 2020, S. 26.

### (5) 認定の困難性について

そこで、着目されるべきなのは、Stratenwerth によって指摘された、「心情要素」における法治国家的原則を害する危険性である。<sup>(84)</sup> すなわち、行為者の内面の問題である「心情要素」は裁判官から直接観察され得ないゆえに、客観的諸事情を総合考慮して認定されざるを得ないことになる。それによって、刑法の明確性原則や法運用の平等性が害される恐れが生じるのである。刑法の重要な機能が国家の刑罰権を制限し、個々人の自由や権利を保障することであることに鑑みるならば、このような法治主義原則に対する危険性を看過することはできないであろう。しかし、犯罪は客観的要素のみならず、主観的要素からも構成されるものであり、立証が一定程度において困難であるからという理由で、全ての主観的要素を排除するわけにもいかない。

そこで、どのような場合にある主観的要素が「心情刑法」として許されないほどの認定の困難性を生み出し、それによって法治国家原則を脅かすことになるのか、と言う問題をさらに検討しなければならない。そこで有用となる一つの方法は、実際に「心情刑法」が現実のものとなった歴史的的事象を素材として、これを分析することで「心情刑法」の概念をより具体化していくというアプローチである。以下では、この方法に従って、「心情刑法」の概念をより明確にしていく。

## 第2節 ナチスにおける「心情刑法」

「心情刑法」が現実のものとなった歴史的的事象として最も代表的なものはやはりナチスにおける主観主義刑法であろう。もっとも、ナチスの主

(83) Günter Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW., Bd. 97, 1985, S. 753. 邦訳として松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集第2巻』(成文堂、2020年) 1頁以下〔松宮孝明訳〕参照。

(84) Ambos/Rackow, a. a. O. (Anm. 82), S. 25, Anm. 34では「心情刑法」における刑法の機能不全について、Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 20), S. 179が参照されている。

観主義刑法の歴史的展開やそこで実現化した「心情刑法」についての詳細はすでに別稿<sup>(85)</sup>で論じているので、ここでは概略の紹介と若干の補足に留めておく。

### 第1款 「意思刑法」

まず、ナチスにおける主観主義刑法は「意思刑法」(Willensstrafrecht)というスローガンから始まった。この概念はナチス期以前からすでに間接故意を研究した Karl Klee によって導入されていた概念であり、そこでは結果という偶然に刑罰を左右させるのではなく、行為の危険性を直接の処罰根拠とするべきであるとされた<sup>(86)</sup>。この発想はプロイセン司法大臣 Hans Kerrl による1933年覚書<sup>(87)</sup>に引き継がれ、意思刑法は「危殆化刑法」(Gefährdungsstrafrecht)と同じ意味で捉えられていた。しかし、それ以降のナチ党によって主導された一連の刑法典改正<sup>(88)</sup>において、重点は行為の危険性よりも行為者の犯罪的意思それ自体に求められるようになった<sup>(89)</sup>。すなわち、犯罪的意思は「なるべく早く、全力で」(Möglichst früh

---

(85) 拙稿「主観的違法要素と客観的要素の関係について (2・完)」九大法学120号(2021年)171頁以下、拙稿「ナチスにおける行為者刑法と日本刑法の比較」九大法学122号(2023年)3頁以下参照。なお、以上の拙稿の紹介として生田勝義「刑事法学の動き」法律時報96巻4号(2024年)133頁以下も参照。

(86) Karl Klee, Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld, 1906, S. 3, 48.

(87) Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preußischen Justizministers, 1933.

(88) ナチスによる一連の刑法典改正において公刊された総則に関する覚書として、Vgl. Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutsches Strafrechts, 1934 (以下、Denkschrift der Akademie と略記), Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Aufl., 1935 (以下、Bericht と略記), Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues Strafrecht, 1. Teil, 2. Aufl., 1935 (以下、Leitsätze と略記)。

und mit aller Macht)<sup>(90)</sup> 鎮圧されるべきであり、それによって民族共同体 (Volksgemeinschaft) を保護することが意図されたのであった。こうした一連の刑法典の改正によって、処罰段階の早期化が図られ、数多くの企行犯や予備罪などが設けられることとなった。<sup>(91)</sup>

以上のように、意思刑法は元々ナチスによる刑法改正におけるスローガンとしての性質を有しているが、同時に当時の判例にも大きな影響を与えている。まず、ナチス以前からライヒ裁判所によって採用されていた主観的未遂論は当然ナチス期でも引き継がれ、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という、「主体の不能」というべき事案においても血統保護法 (Blutschutzgesetz) 違反の未遂が成立するとされ<sup>(92)</sup>た。さらに、ナチス以前では客観主義的な解釈が取られていた論点においても、ナチス以降で主観主義的な解釈へと転換した判例も見られる。例えば、ライヒ刑法典 (RStGB) 174条及び176条わいせつ犯罪について、ナチス以前の判例は外形的に性的性質を備えた行為を要求していたが、<sup>(93)</sup>ナチス期の判例ではそのような行為がなくても性的意図によってわいせつ犯罪の構成要件該当性が肯定されたのである。<sup>(94)</sup>加えて、RStGB153条以下「偽証」においても、ナチス以前は客観説が採用され、証言内容と客観的事実の不一致が問題となった<sup>(95)</sup>が、ナチス以降は主観説が採用され、

(89) Vgl. Friedrich Oetker, Gefährdungs- und Verletzungsstrafrecht, Denkschrift der Akademie (Anm. 88), S. 46 ff., Roland Freisler, Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung, Bericht (Anm. 88), S. 15. Leitsätze (Anm. 88), S. 30 f. 危殆化刑法から意思刑法への変遷については、拙稿・九大法学120号 (前掲注85) 171頁以下参照。

(90) Freisler, a. a. O. (Anm. 89), S. 22.

(91) ライヒ刑法典 (RStGB) の1933年改正92a条、92b条、1934年改正81条、82条2項、84条、89条、90条、90c条、90d条、90h条、91b条等。これら新たな規定の詳細については拙稿・九大法学120号 (前掲注85) 脚注56及び脚注57参照。

(92) RGSt. Bd. 72, S. 112.

(93) RG. JW., 1925, S. 366f., RG. LZ., 1920, S. 898.

(94) RGSt. Bd. 67, S. 110 ff., RG. JW., 1936, S. 2997, RG. JW., 1939, S. 275, RG. DR., 1940, S. 1825.

証言内容と証言者の記憶の不一致が問題とされた。<sup>(96)</sup>

## 第2款 「行為者刑法」

以上のナチス刑法の意思刑法による主観主義的傾向は、同時期に議論された「犯罪学的行為者類型」(der kriminologische Tätertyp) と合わさり、最終的に1939年の開戦後に成立していった一連の戦争刑法(Kriegsstrafrecht) の中で「規範的行為者類型」(der normative Tätertyp) へと結実した。これによってナチスの主観主義刑法が完成へと至ったと見ることができるであろう。<sup>(97)</sup> 「心情刑法」の概念はこの「行為者刑法」の歴史も踏まえた上で規定されなければならない。

まず、「犯罪学的行為者類型」とは、新派刑法学の影響を受けて、心理学や生物学といった経験科学の見地から、行為者の性格の危険性を問題とする。この行為者類型論のきっかけとなったのは1933年11月24日常習犯罪者法によって規定された、危険な常習犯罪者に対する一般的な加重規定(20a条)及び、限定責任能力者に対する任意的減輕規定(51条2項)である。そこでは、何故に常習性が刑を加重し、あるいは限定責任能力者にも通常の刑を科し得るのか、が問題となっていた。そして、42a条以下で保安処分規定が刑罰制度から独立して存在していたという事情からこの問題を責任刑の枠組みから説明することが求められていたのであった。そこで支配的となったのは、行為者が常習性といった危険な性格を自由に獲得したこと自体に対して「何かなし得た」場合に、非難が可能であるという行状責任(Lebensführungsschuld) という発想である。<sup>(98)</sup>

(95) RG. LZ., 1921, S. 66.

(96) RGSt., Bd. 68, S. 282 f.

(97) Kelker, a. a. O. (Anm. 35), S. 92によれば、「戦争刑法は、民族社会主義者の権力奪取(Machtgreifung)によってすでに始まっていた発展の頂点をなすに過ぎない」。

(98) Edmund Mezger, Deutsches Strafrecht, ein Grundriss, 3. Aufl., 1943, S. 84, ders., Täterstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht, ZStW., Bd. 60, 1941, S. 372, ders., Die Straftat als Ganzes, ZStW., Bd. 57, 1938, S. 689.

この発想は常習犯罪者規定においても責任主義を貫徹しようとする試みであったものの、行為者人格の「何かし得た」部分と「何もし得ない」部分とを区別することが極めて困難であったゆえにその試み自体は成功しなかった。結局、常習犯罪者規定を目の前にして刑罰の保安処分的性格を否定することができず、立法においても1941年9月4日刑法改正20a条によって特別予防上の理由から常習犯罪者に死刑を科すことが許されることとなった。他方で行状責任論は危険な性格であること自体に非難を向けるゆえに、その前提として危険な性格自体を不法構成要件とするものであった<sup>(101)</sup>。このことは、続く「規範的行為者類型」の概念へと引き継がれていったと言えるであろう<sup>(102)</sup>。

1939年9月にドイツがポーランドに侵攻し、世界大戦が始まると、戦争に関連した多くの刑罰法規が命令という形で登場することになり、そこから犯罪学的行為者類型とは違った新たな行為者類型が生まれることとなった。その中で代表的なものは「民族有害分子に対する命令」(Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5. 9. 1939)である。これらの規定は

---

(99) Paul Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil, Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, 4. Folge, 4. Bd., 5. Heft, 1940, S. 135 f.

(100) 刑罰に責任刑の性質のみならず保安処分的性格をも認める多元的刑罰理解を採用する見解として、Vgl. Edmund Mezger, Deutsches Strafrecht, ein Grundriss, 3. Aufl., 1943, S. 85, Hans Welzel, Persönlichkeit und Schuld, ZStW., Bd. 60, 1941, S. 465 ff., Karl Engisch, Zur Idee der Täterschuld, ZStW., Bd. 61, 1942, S. 168, Georg Dahm, Tätertyp im Strafrecht, 1940, S. 13 f.

(101) Vgl. Mezger, ZStW., Bd. 60 (Anm. 98), S. 370, Richard Lange, Täterschuld und Todesstrafe, ZStW., Bd. 62, 1942, S. 208 ff.

(102) Edmund Mezger, Tätertypen und Charaktertypen im Kriegsstrafrecht, DSr., 1942, S. 114によれば、規範的行為者類型を基礎付ける「生活形式」と人格類型は密接に結びついているとされる。また、Friedrich Schaffstein, Zur Lehre vom Tätertyp im Kriegsstrafrecht, DSr., 1942, S. 37においても規範的行為者類型と犯罪学的行為者類型の間には「接続線」(Verbindungsline)が存在していると述べられている。

戦時の混乱に乗じたあらゆる犯罪行為を死刑などの非常に重い刑罰で処罰するものであったが、客観的構成要件が広範であるため、「民族有害分子」といった行為者類型によって処罰範囲を限定することが意図されたのである。<sup>(103)</sup>

もっとも、このような行為者類型は法律学的観点から類型化された「規範的行為者類型」として、犯罪の客観面及び行為者の主観面を裁判官が総合評価することで明らかになるものと理解され、<sup>(104)</sup>そこでは客観的に危険な行為が欠落していても、その欠落を行為者の犯罪的な人格や心情によって補うような「交換関係」(Austauschverhältnis)が前提とされたのである。<sup>(105)</sup>それゆえ、民族有害分子命令は客観的に処罰範囲を画することができず、行為者心情を認定する裁判官に大きな裁量を与えることとなった。その結果、規範的行為者類型は恣意的な法適用を可能にし、客観的に危険な行為が存在しなくても重い刑罰を科すことを可能とする一方で、権力犯罪については「行為者類型に該当しない」ことを理由として正当化していったのである。<sup>(106)</sup>

(103) Hans Dieter Freiherr von Gemmingen, Zum Täterproblem, Denknöwendigkeiten, taktische Bedürfnisse, Gefahren, ZStW., Bd. 62, 1942, S. 47.

(104) 「規範的行為者類型」の出発点となったのは、Erik Wolf, Vom Wesen des Täters, 1932である。S. 21 ff. では明らかに裁判官による裁量によって行為者類型が発見されるべきことが述べられている。

(105) Wilhelm Gallas, Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht, ZStW., Bd. 60, 1941, S. 407.

(106) 拙稿・九大法学122号（前掲注85）21頁脚注（59）参照。なお、親衛隊隊員も Heinrich Himmler の命令に基づいて違法にユダヤ人を処刑したとしても、純政治的な動機から行為した場合には特に訴追されることはなかった（Hinrich Rüping, „Auflockerung“ im Strafverfahrensrecht: Grundsätzliche Entwicklungen zwischen Liberalismus, „deutschem Gemeinrecht“ und Naturrecht, ARSP, Beiheft, Nr. 18, 1983, S. 70 f. 邦訳として、ヒンリッヒ・リュューピング（園田寿訳）「刑事手続法における「弛緩」——自由主義と「ドイツ普通法」と自然法との間における原則的展開」H. ロットロイトナーほか（ナチス法理論研究会訳）『法、法哲学とナチズム』（みすず書房、1987年）96頁以下参照）。

最後にナチスにおける行為者刑法の発展は判決の形式ごと大きく転換させるものであったことを指摘しておく。行為主義を前提とした刑事裁判では、「被告人Aは行為Bにつき刑罰Cとする」という判決形式が取られている。これに対して、ナチス刑法における判決文ではBの部分<sup>(107)</sup>がほとんど認識できないほど後退し、AとCが接近している<sup>(108)</sup>のである。そのような例として「民族法廷」(Volksgerichtshof)における以下の判決文を見てみる。

「ドイツ民族の名において！ (Im Namen des Deutschen Volkes!)

……Margot von Schade は、7月20日の暗殺未遂事件を賛美し、我らが総統への暗殺が失敗したことを残念だと述べ、我らが総統をこのうえなく貶めようと試み、さらに恥知らずにもあるロシア人男性と「政治的」な会話をを行った。

ゆえに当法廷は被告人に対し、永遠にその名誉を剥奪するとともに死刑を宣告する。

#### 理由

当人は総統の暗殺未遂に関して「ついてなかったわね」と発言したことを認めている。

つまり暗殺が失敗に終わって「ついていなかった」ということなのだ。

(107) Klaus Marxen, Zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Strafrechtspraxis im Nationalsozialismus, Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, hrsg. v. Udo Reifer, B.-R. Sonnen, 1984, S. 78.

(108) 「刑法及び刑事訴訟手続に関する諸規定の改正のための法律」(Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens, 24. 4. 1934) の第3章1条によれば、「民族法廷」とは内乱罪 (Hochverrat) 及び外患誘致罪 (Landesverrat) の事案を裁くための特別法廷であり (1項)、上級検察庁の起訴に基づいて (3項)、公判においては裁判長含め5名、公判以外では3名で開かれる (2項)。

それだけでも我々の敵とみなすことができる。というのも我々は、民族と総統とライヒに反逆する者たち、裏切りを通じて我々を恥辱と滅亡へと陥れる者たちに対して連帯を表明するような輩を、とうてい味方とみなすことはできないからだ。

しかし Margot von Schade は、その忌まわしい人物像をことさら見せつけるかのように、ますます反逆性を増してゆくその恥知らずな考えに基づいて、かくも下劣な言動をおこなった……。

……本人も認めるように、彼女は総統が演説なさる地元歓迎会に同志と出かけた際に、「Hitler さんのお出ましょ」と相手に伝えた。宜なるかな。ドイツのうら若き女性が1944年にそのような口の聞き方をすると、誰も怒りと恥辱を禁じ得まい……<sup>(109)</sup>」

この判決において、被告人は他人の戦意を破壊したとして「戦時特別刑法命令」(Kriegssonderstrafrechtsverordnung vom 17.8.1938) 5条、及びそれによって利敵行為を行なったとして RStGB91b 条による有罪判決が言い渡された。注目すべきなのは、認定された被告人の行為は「ついでなかったわね」の一言だけであるということである。それ以外の判決文は被告人の人格を否定するためだけに記述された箇所であると言って良<sup>(110)</sup>い。さらに、この人格否定のために民族法廷は認定事実とは関係のない出来事 (Hitler の地元歓迎会) をも持ち出している。つまり、行為者人格に着目した刑法理論によって裁判所はそれを認定するために被告人の半

(109) Helmut Ortner, Der Hinrichter: Roland Freisler — Mörder im Dienste Hitlers, 2014, S. 23 ff. より抜粋。邦訳としてヘルムート・オルトナー (須藤正美訳) 『ヒトラーの裁判官フライスラー』(白水社、2017年) 参照。なお、被告人であった Schade は処刑される前にソ連軍の進撃によってナチスドイツが崩壊し、生き延びている (S. 22)。

(110) Marxen, a. a. O. (Anm. 107), S. 79によれば、非難の対象が行為ではなく人格となった結果、判決文において被告人と刑罰がより直接的に結び付けられ、そこでは被告人は蔑まれ、罵倒される存在となっている。

生全体から任意に都合の良い事実をピックアップすることができたのである。

このような判決形式は「友と敵」の区別という政治的要請と結びついているとされる<sup>(111)</sup>。ここでの「敵」(Feind)とは「公的な敵」(Gegner im allgemeinen)であり、「ときとして、すなわち現実的可能性として、抗争している人間の総体」<sup>(112)</sup>を指している。このような「敵」概念にはつねに「闘争の現実的可能性」が存在していたのであり、裁判は目の前の被告人にまさにこのような闘争の現実的可能性を有する「敵の像」を見出そうとしたと言える<sup>(114)</sup>。このように、行為者刑法の教義は刑事裁判の社会的意味を大きく変質させ、特に戦争の激化に伴って刑事裁判は「敵」との闘争という性格をより明確にあらわにした<sup>(115)</sup>。行為者刑法によるインパクトは単に学說的意義にとどまるだけでなく、実際の裁判実務における判決文の形式にまで強い影響を及ぼしたと言える。そして、その形式は民族共同体の「敵」の殲滅という政治的な要請を満たすことに合致していたのである<sup>(116)</sup>。

---

(111) Marxen, a. a. O. (Anm. 107), S. 79.

(112) Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen; Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, 1963 (以下、BPと略記), S. 29. 邦訳としてカール・シュミット(田中浩/原田武雄訳)『政治的なものの概念』(未來社、1970年)参照。

(113) BP (Anm. 112), S. 32.

(114) Monika Frommel, Von der Strafrechtsreform zur „Rechtserneuerung“, ARSP, Beiheft. Nr. 18, 1983, S. 47 ff. (邦訳として、モニカ・フロンメル(園田寿訳)「刑法改正から「法革新」へ」ロットロイトナーほか前掲注(106)71頁以下)によれば、厳格な刑事司法への要請から予想される有罪宣告者数の増加には、「警察による犯罪対策」の強化による対処が講じられることとなった。これによって、裁判所に持ち込まれる事件では、ナチスに対する「敵の像」に合致する特殊な行為者が問題となったのである。

(115) Friedrich Dencker, Die strafrechtliche Beurteilung von NS-Rechtsprechungsakten, Recht und Unrecht im Nationalsozialismus (hrsg. v. Peter Salje), 1985, S. 294によれば、1933年から45年までの間に下された死刑判決は32000件を超えるが、そのうち30000件以上が独ソ戦が開始された1941年以降に下されている。

### 第3款 「心情刑法」の概念

以上の主観主義的なナチス刑法の歴史を踏まえて検討するに、Stratenwerthの指摘するように、行為者の心情に重点をおく刑法では、その心情を認定する裁判官に大きな裁量もたらされたことがわかる。その裁量は「刑法及び刑罰の機能」を大きく損なうものであるゆえに、「心情刑法」の概念は、行為者心情を認定する裁判官にもたらされる裁量の観点から具体化されなければならない。

別稿でも述べたように、裁判官の恣意的な裁量行使を可能にするような「心情刑法」とは次の2つの場合である。すなわち、第一に行為者の性格といった継続的心情によって可罰性を基礎付ける場合と、第二に客観的な犯罪行為によって表現され得ない心情によって可罰性が基礎付けられる場合である。第一の場合について、人間の性格は心理世界の中でも特に深層に位置する事象であり、行為者の半生や生活態度全体から明らかにせざるを得ないものであるから、その認定には裁判官の特に大きな裁量行使が必要となる。実際に、RStGB20a条によれば、危険な常習犯罪者は裁判官の全体評価によって認定されるのであった。<sup>(117)</sup> また、第二の場合についても、客観的行為からおよそ推認できない心情は第一の場合と同じく行為者の半生や生活態度全体から認定されざるを得ない。特にナチス期の判例では、例えば外形的に性的性質のない行為が、行為者の性的意図のみを理由として「わいせつ」に該当すると評価されるなど、外形的な危険性の欠落が行為者の心情によって埋め合わせられていた。この客観的行為と行為者心情の「交換関係」は規範的行為者類型を基礎

(116) Ortner, a. a. O. (Anm. 109), S. 135 ff.によれば、HitlerやGoebbelsの司法への攻撃によって、司法は独立性を失い、1942年当時の民族法廷長官Thierackの認めるように、裁判官たちは「政府の直接的な支援者」となった。

(117) 拙稿・九大法学122号（前掲注85）22頁以下参照。

(118) Christian Müller, Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933, 1997, S. 67.

付け、民族有害分子命令等の戦争刑法の濫用へとつながったのであった。<sup>(119)</sup>

### 第3節 心情の認定方法

第2節までの検討の結果、心情刑法においては、客観的行為において現れない心情や行為者の継続的心情を処罰対象とすることで、裁判官の恣意的裁量の可能性を大きく広げることになることが分かった。このことによって、被告人は裁判官の恣意の単なる客体となり、手続の中で主体的存在として尊重されなくなるであろう。それゆえ、行為主義を掲げる現代の刑法は、行為によって表現される限りにおいてのみ、個別行為に関わる心情のみを考慮して可罰性を判断することが許されるのである。そこで、裁判官の裁量をなるべく排除するべきであるならば、個別行為の心情が行為に現れている場合、裁判官は具体的にどのようなプロセスでその心情を認定すれば良いのか、という問題が出てくるであろう。本節では、最後にこの問題について若干の検討を行うことにする。

#### 第1款 心理的真實の発見

心情とは個別の心理的事実から区別されなければならないとはいえ、行為者の心理に所在を有するゆえに、他人の心情を知るためには行為者の心理状態を認識しなければならない。しかし、他人の内心を直接観察することは不可能であり、それゆえ、行為者の心理状態を認識しようとする試みは大きな困難を伴うであろう。そこで行為者の心理状態を認識するためにはどのようなプロセスを踏めば良いのかが問題とされなければならない。

---

(119) Jana Nüchterlein, Volksschädlinge vor den Sondergerichten Berlins, 2015, S. 3によれば、やはり独ソ戦開始後(1941年)において民族有害分子命令による訴追が急増している(拙稿・九大法学122号(前掲注85)21頁脚注(60)において筆者は同書の著者を Monika Frommel、出版年を2013年と誤記しているので、ここで謹んで修正する)。

行為者の心理状態を認識する方法として、精神鑑定等の心理学に基づく専門的な知見を用いることが考えられるであろう。実際の刑事裁判においても、特に責任能力の有無については、心理学の専門知識を持った精神鑑定人による鑑定が重要な役割を果たしている。しかし、心理学によって行為者の主観的犯罪要素の全てが明らかにされうるわけではない。<sup>(120)</sup> 例えば、対象者へのインタビューをする場合、心理的事実に関する証言の真実らしさは、証言の整合性、詳細さ及び一貫性といった基準で判断されるが、これらは外部的ファクターよりも取り扱いが困難にならざるを得ない。<sup>(121)</sup> そもそも、心理学は継続的に存在する心理的構造を明らかにするものであり、一回限りの心理的事実を明らかにすることに適していない。<sup>(122)</sup>

それゆえ、もはや行為者の主観的事実に関する真実発見を放棄する見解も存在する。それによれば、「法律学において、いわゆる行為故意は「証明され」得るのではなく、帰属されるということは、従前より根本においても知られていた。……我々はたいていの場合、外部的条件が充足されたと見る場合に、内部的条件の充足を推測することで満足している」。それゆえ、「全く明らかに侵害的行為を行なっている行為者がその行為の侵害の性格に関する意識を否定しようとしているならば、実際それは我々

---

(120) Susanne Ecker, Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechenmerkmale, 1981, S. 70 f.

(121) Fritz Loos, Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, S. 272.

(122) Loos, a. a. O. (Anm. 121), S. 272. Vgl. Auch Paul H. Bresser, Die Ermittlung des subjektiven Tatbestands — Grundsätzliches über „Psychologie und Recht“, Festschrift für Richard Lange, 1976, S. 672, 678 f., 682 f. ここで、継続的な心理構造が心理学的な究明によって明らかにされうるからといって、継続的心情が行為主義の下で正当化されうるわけではない。というのも、継続的心情の認定において問題となるのは、被告人の人生全体に対する裁量的評価そのものであるからである。そこにおいて取り扱われる対象は無限定とならざるを得ず、被告人による反証は非常に困難なものとなるであろう。

にとっても全く信じ難いことであろう<sup>(123)</sup>」。すなわち、この見解によれば、行為それ自体からその行為の意識が行為者に帰属されなければならないものであり、それは「「事実」(Fakten)ではなく、知覚(wahrnehmen)され、知覚可能な「事実」を解明する試みの結果<sup>(124)</sup>」でしかない。そして、故意に必要な行為意思はこの意識と結びつき、その行為の意識を持つことは、その行為を意欲することを意味する<sup>(125)</sup>。

主観的要素を帰属させる場合において重要なのは、目的達成という観点であるとされる<sup>(126)</sup>。刑事裁判において、この目的達成とは刑罰理論との関係で捉えられるであろう。「考え得るすべての刑罰理論は手続上の真実概念を特殊な方法で特徴づけ、それを前提とする<sup>(127)</sup>」のである。その中でも、行為者の再犯防止を目的とする特別予防論においては、とりわけ詳細な心理的事実の証明が求められ、個別の事案において合法的に説明されることが目指されるであろう。これに対して積極的一般予防論の下

(123) Joachim Hruschka, Strukturen der Zurechnung, 1976, S. 25 f. Hruschkaにとって人間の単なる身体的な運動と「行為」は区別されなければならない(S. 4)。すなわち、ここでの「行為」において、単なる身体的な運動の背後に「行為する意思または精神」としての「惹起者」(Urheber)が想定される(S. 5)。そして、「我々は意思や意識、精神や心理を見たり、聞いたり、触れたり、嗅いだり、味わったりすることができない」(S. 6)ゆえに、「行為」を「感覚的に知覚」(S. 5)することはできない。

(124) Hruschka, a. a. O. (Anm. 123), S. 6.

(125) Hruschka, a. a. O. (Anm. 123), S. 27.

(126) Hruschkaもある行為を批判する際には、行為を行う場合と同じように、「規則」(Regel)を用いなければならないと述べる。そして、その行われた行為がその「規則」と合致しているかどうかに基づいて評価が下されるのである。その際の「規則」は様々なものがあり得るとされ、その批判の目的が重要となる。したがって、「批判とは、あらかじめ批判の目的のために前提とされた規則によって、規則の適用として捉えられた事象と対面することである」と定義されるのである(Hruschka, a. a. O. (Anm. 123), S. 30 ff.)。

(127) Detlef Krauß, Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß, Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 423.

では、主観的要素の立証の際に生じる様々な問題を、「スティグマ的な対話手続き」(stigmatisierendes Dialogverfahren)によって、「縮減」(reduzieren) <sup>(128)</sup> させる努力がなされている。すなわち、「刑法は第一に逸脱行為に対する、社会の側からの集団的応答であり、それゆえに刑罰権を有する社会における必要性、不安、感情及びイメージを担っている」ゆえに、主観的犯罪要素は個人としての行為者の心理を表しているのではなく、「行為者心理に関する特定の集団的イメージ」 <sup>(129)</sup> を表しているとされる。つまり、ここでは主観的要素とは「事実上、人間行為を法的に評価するための特定の条件に対する単なる「タイトル」でしかない」と言われるのである。 <sup>(130)</sup>

確かに、主観的要素は五感によって知覚されうるものでないゆえに、知覚し得る事実 <sup>(131)</sup> に立脚して間接的に解明されなければならないことは否定し得ない。しかし、そもそもすべての刑事手続的な証明は初めから間接証明でしかない。というのも、客観的要素の証明においても、裁判官は要証事実を直接知覚するのではなく、提出された証拠のみを知覚して、要証事実を経験則に即して推測する他ないからである。したがって、基本的に「他者の心理的事実の認識は……外部的事実の認識と全く同様に <sup>(132)</sup> 行われる」ゆえに、立証の困難性を理由に主観的要素のみをその他の犯罪要素から区別して特別扱いすることはできない。主観的事実であっても、「罪となるべき事実」(刑事訴訟法335条1項)である以上、その意味では、主観的要素も「犯罪行為の客観的要素と同様に証明が必要」 <sup>(133)</sup> となる。

(128) Krauß, a. a. O. (Anm. 127), S. 423 f.

(129) Bernhard Haffke, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA., 1978, S. 38.

(130) Paul Bockelmann, Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, S. 253.

(131) 増田豊『刑事手続における事実認定の推論構造と真実発見』(勁草書房、2004年) 1頁。

(132) Edmund Mezger, Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, Archiv für die Civilischen Praxis, Beilageheft zu Band 117, 1918, S. 62.

もつとも、刑事手続上の立証において、刑罰目的がなんらかの影響を及ぼすことを排除することは難しいであろう。<sup>(134)</sup>「合理的疑いを超えた立証」が求められるとしても、誤判の可能性を完全に排除することは原理的に不可能である以上、あらゆる事実認定は「フィクション」にならざるを得ず、それゆえ刑罰の目的との関係で規範的に正当化されなければならない。<sup>(135)</sup>しかし、このことを持って要証事実に関する真実解明を放棄して、事実上疑われるだけで有罪とすることは許されない。ある目的のために都合が良いからある犯罪要素を認定することはもはや立証活動とは言えず、そのような認定において被告人は単なる刑罰目的達成のための手段へと陥るであろう。実際に一般予防論的な認定論において重要な関心ごとであったことは、「刑法による社会のコントロールという現象を批判的に分析し、そこで司法的認定における「変更し難い」(askriptiv)性格を発見することであり、そのような〔集団心理的関心に基づいた〕<sup>(136)</sup>帰責を理論的に正当化し、または法秩序に要求することではない」。した

(133) Herbert Jäger, Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, MschKrim., 1978, S. 300.

(134) 応報刑論においても、積極的一般予防と同じように、「シンボルの色彩の強い」(symbolbeladen) 手続きが要請される。応報は経験的な目的を持たないゆえに、様々な法治国家的要請と結びついた手続きの中に正当化根拠を持たざるを得ない。すなわち、「犯罪行為があらゆる手続参加者による人的かつ倫理的所産の結果として被告人に帰責されたこと」の中に刑罰の正当性が基礎付けられるのである。その手続きにおいて重要なのは、議論の当事者に対して中立な判断者による決断であり、そのような決断の中に「シンボルの色彩」が認められることになるであろう (Vgl. Krauß, a. a. O. (Anm. 127), S. 424 f.)。

(135) 増田前掲注 (131) 25頁以下。

(136) Jäger, a. a. O. (Anm. 133), S. 306. 積極的一般予防的な関心に基づいた立証方法を主張する Krauß も、威嚇的な措置は刑罰の宣告を前提としているという一般予防論の刑罰思想に基づいた上で、刑罰目的のみに基づいて事実上疑わしいだけで事実認定することは、「疑わしいことをするな」という命令を下すことになり、社会を適切に統制することができなくなると指摘する (Krauß, a. a. O. (Anm. 127), S. 424)。

がって、主観的要素の立証においても真実解明に向けた認知的な態度が可能な限り必要となるのである。<sup>(137)</sup>

## 第2款 Max Weber による動機理解の方法

それでは、行為者の主観的事実を可能な限り解明していくためにはどのようなプロセスを踏めば良いのかを明らかにしなければならない。Schmidhäuserによれば、「特定の精神的関係はもはや直接的に理解されるのではなく、所与の立脚点に基づいて解明される (*deuten*)」。すなわち、心理的關係は直接的な「証拠」(Evidenz)に基づいて、「*理念型に即して*」(*idealtypisch*)「*理解可能*」(*verständlich*)となるのである。<sup>(138)</sup>ここで、Schmidhäuserは明示していないが、「解明」、「理念型」、「理解」といった単語が斜字となって強調されていることから特殊な意味を持たせていることが明らかである。<sup>(139)</sup>そして、これら3つの単語はとりわけ19世紀終わりから20世紀初頭にかけて活躍した社会学者Max Weberによって頻繁に用いられた概念として有名である。実際、Weberの社会学は行為者の動機の「*解明的理解*」(*deutendes Verstehen*)を軸とした「*理解社会学*」(*Verstehende Soziologie*)と呼ばれている。<sup>(140)</sup>したがって、ここではWeberによる動機の「*解明的理解*」とはどのようなものであるのか、について

(137) Mezger, a. a. O. (Anm. 132), S. 62 f. ただし、ここでの認知的な態度は「認知的空想」(*kognitive Phantasie*)と呼ばれ、そこでは外部的事実の知覚とは異なる「想起」(*Erinnerung*)が問題になっているとされている (S. 53)。しかし、他者の心理的事実の認定においても、外部的事実の認定の際に発達させてきたあらゆる規則を用いるものとされ、「空想を自発的に行う直感能力」(*spontane Anschauungsfähigkeit der Phantasie*)のみによって証明されてはならない (S. 61 f.)。

(138) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 25), S. 66.

(139) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 25), S. 66 f., Anm. 121, 122, 123, 125において Karl Jaspers, *Allgemeine Psychopathologie*, 5. Aufl., 1948が引用されている。そして、そのS. 250, Anm. 1において、JaspersはWeberによる解明的理解の方法論を参照していることを明らかにしている。

見ていくことにする。

(1) 「理念型」とは何か。

まず、「解明的理解」の手法を理解するにおいて重要なのは「理念型」という概念である。この「理念型」について、Weber は次のように語っている。

「思考によって構成されるこの像は、歴史的な生活の特定の関係と事象とを結びつけ、考えられる連関の、それ自体として矛盾のない宇宙を作り上げる。内容上、この構成像は、実在の特定の要素を、思考の上で高めて得られる、一つのユートピアの性質を帯びている。<sup>(141)</sup>」

つまり、「理念型」とは、「経験的に与えられた生活事実に対する……

---

(140) Weber の社会学の関心は差し当たり国民経済のあり方に向けられていた。ドイツでは1871年の帝国成立後、急速に資本主義が発達し、産業の工業化が進められていったが、それに伴って、労働者の利害を代表する社会主義勢力と、自由貿易を主張する地主貴族 (Junker) との対立が激化していった。そこで、基本的に自由主義経済による産業発展を支持しつつも、それによって生じる社会問題を国家による社会政策でどのように対処するかが問題となった (中野敏男『ヴェーバー入門 — 理解社会学の射程』(筑摩書房、2020年) 25頁以下参照)。そのような問題状況において、Weber は「経済的・社会的な生活条件によって育て上げられる人間の質」とはどのようなものか、という疑問に関心を持ったのである (Max Weber, *Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik*, Max Weber-Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 4-2, 1993, S. 559. 邦訳として田中真晴『国民国家と経済政策』(未来社、1959年) 参照)。そして、この疑問に答えるためには、実際の人々の内面に立ち入り、その「心的動機と影響」を解明しなければならなかったのである (ders., *Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, Max Weber-Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 7, 2018 (以下、OE と略記), S. 201, 邦訳としてマックス・ヴェーバー (富永祐治 / 立野保男 / 折原浩訳) 『社会科学と社会政策にかかわる認識の「客観性」』(岩波書店、1998年) 参照)。

(141) OE. (Anm. 140), S. 202 f.

関係」である点で、現実には根ざしている一方で、「概念的に純粹な姿では、現実のどこかに経験的に見出されるようなものでは決してない」点で、ユートピアなのである。言い換えれば、「理念型」とは、「現実のある側面を抽出してそれを純化した一種のユートピア」、あるいは「仮想のヴィジョン」であり、「数式などによる法則の抽象的な定式化と、現象の個別具体的な記述との中間に位置するもの」である。

Weber は以上のような「理念型」の形成と言う方法を用いて様々な歴史的事象を分析して行ったが、なぜそのような方法論が用いられたのかについて若干の説明を行う。「理念型」という方法の背景には「価値自由」(Wertfreiheit) という発想が存在する。Weber によれば、社会学または経済学の議論において次のことが不可避的に問題になるという。

*「我々の科学にとってのこの討論に際しては、倫理的または文化的観点のもとに、あるいは他の根拠から、実践的に望む価値があるものとして、または望ましくないものとして、社会的事実の実践的評価が問題となる」。*

では、なぜ社会学において「実践的評価」が問題となるのか。それは、対象となる「生活の現実」がその特性において「無限の多様性」を含んでいるからである。たとえば、ある生活上の事象の原因となった要因を全てあまねく記述しようとするれば、その記述は果てしなく無限定に続く

(142) OE. (Anm. 140), S. 202 ff.

(143) 山之内靖『マックス・ヴェーバー入門』（岩波新書、1997年）4頁。

(144) 仲正昌樹『マックス・ウェーバーを読む』（講談社、2014年）161頁。

(145) Max Weber, Der Sinn der Wertfreiheit der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, Max Weber-Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 12, 2018, S. 459. 邦訳としてマックス・ヴェーバー（木本孝造訳）『社会学・経済学における「価値自由」の意味』（日本評論社、1980年）参照。

(146) OE. (Anm. 140), S. 174 f.

であろう。また、「どのような個別的知覚の实在も、一層立ち入ってみると、実際には常に限りなく多い個々の構成部分を提示し、これらは、知覚判断としてもれなく言表し尽くすことができない<sup>(147)</sup>」。それゆえ、無限の多様性を持つ事実から、取り扱うだけの価値があると思われる、特定のものを選択して観察することが不可欠となるが、この選択において、観察者の価値理念が不可避的に問題となるのである。したがって、「価値自由」とは、一切の価値判断にとらわれてはいけないという意味ではなく、「社会科学のいかなる命題も、根本的には何らかの価値判断を前提とせざるを得ないということ、そしてこの点をはっきり自覚している必要がある<sup>(148)</sup>ということ」を意味している<sup>(149)</sup>。

つまり、「理念型」とは、無限の多様性を持つ社会的事象そのものを全て認識することが不可能であるゆえに、特定の価値判断に基づいて、重要であると思われる特定の側面を抽出して構成される分析ツールとして理解できる。もっとも、「理念型」が観察者の特定の価値判断を前提としているからといって、完全に観察者によって恣意的に形成されるわけではない。Weberによれば、個々の事象から「理念型」を形成する際には「因果的解釈」が重要となる。「因果的解釈」とは、「外的過程や動機が的確に認識されるだけでなく、同時に、その連関の意味が理解されるように認識されること」を指している。つまり、「類型的行為（理解可能な行為類型）の正しい因果的解釈というのは、類型的と思われる過程がある程度まで意味適合的に見えると同時に、ある程度まで因果適合的と認めうる場合である」。「意味適合的」とは、「行動の諸部分の関係が、思考や感情の平均的慣習から見て、類型的な（普通は、「正しい」という）意味連関と認められる程度の連関性ある過程を辿る行動」を指し、これに対して、「因果適合的」とは「経験的規則から見て、いつも実際に同じような経過

---

(147) OE. (Anm. 140), S. 184.

(148) OE. (Anm. 140), S. 190 f.

(149) 山之内前掲注 (143) 3頁。

を辿る可能性が存在するという程度の諸過程の前後関係」を指している<sup>(150)</sup>。Weberによれば、以上のような「因果的解釈」に基づいて、「理解可能な行為類型」、つまり「意味の理解が可能な行為という合理的構成物」を「観念的に構成」する、つまり「理念型」を形成しなければならない<sup>(151)</sup>。

行為者の主観面もこの「理念型」の形成プロセスを経ながら解明理解されなければならない。つまり、Schmidhäuserは「所与の立脚点」に立たなければならないと述べていたが、この立脚点の選定において我々は特定の価値基準に従わなければならない。刑罰法規の適用が問題となる刑事裁判の場面においては、観察者である裁判官にとって最も重要な事象は何よりもその規範に違反する客観的行為そのものである<sup>(152)</sup>。したがって、裁判官はまずその客観的行為のあり方から出発して、それを「因果的解釈」の第一の対象とするのである<sup>(153)</sup>。また、周辺の事情や過去の事実

(150) Max Weber, *Soziologische Grundbegriffe*, Max Weber-Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 23, 2013 (以下、SGと略記), S. 159. 邦訳として、マックス・ヴェーバー（清水幾太郎訳）『社会学の根本概念』（岩波文庫、1972年）参照。

(151) SG. (Anm. 150), S. 152, 159.

(152) Stratenwerthは心情要素が客観的事情から認定されざるを得ないことから、この客観的事情をも不法または責任の要件として取り扱うことを試みていた（Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 20), S. 187）。しかし、このような解釈は犯罪構成要件の明確性を大きく害することになるだけでなく、認定手続上で必要となる事情を実体法の構成要件で要求しても良いのかという根本的な疑問が残るであろう。

(153) 実際、犯罪の故意の認定においては、客観的な行為の態様が重要視されている。たとえば、殺人や傷害に関しては、「①凶器の種類・形状、②創傷の部位・形態、③凶器の用法を含む犯行の手口が組み合わさった形での事実関係」が重要な証拠となる（植村立郎『実践的刑事事実認定と状況証拠（第4版）』（立花書房、2020年）345頁）。薬物犯罪の「営利の目的」については、「①被告人が当該取引で直接あるいは間接に利得を得たとき、②将来の利得が約束されていたとき（当該取引では利得を得ない形も含む。）……③取扱いの量が自己仕様にふさわしい量を明らかに超える量であるとき、④取扱いの薬物が多数個に小分けされているとき（＝譲渡に適した保管形態ということになる。）、⑤被告人を含む関係者が多額の資金で当該薬物を入手したとき、⑥当該薬物が有償で譲渡されたとき、⑦組織的

に関しては、初めからそれ自体として行為者の主観面の認定にとって重要となり得るのではなく、あくまでこの客観的行為を解釈する際に重要となる限りでのみ、考慮され得るのである。<sup>(154)</sup>

(2) 「解明的理解」とは何か。

行為者の主観面を認定するための立脚点として、客観的行為態様のあり方から出発するとしたが、その認定において有効な手段として考えう

な密売の一貫をなす事件で、被告人が売人やそれより上位の地位にあるとき、⑧携帯電話での取引の場合には、客は当該電話に電話をかけて注文してくるから、被告人が、そういった顧客が既に付いている携帯電話を所持しているときに重要な状況証拠が存在するとされる(392頁以下)。このうち、⑧を除いた客観的状況が行為態様と直接結びついた事情と言えるであろう。また、盗品関与罪における「知情」の認定においては、「取引に関する、時刻・場所・態様・取引開始に至る経緯等の異常さの有無、②仮に異常であると判断される場合には、そういった時刻・場所・態様が選択されたこと、そういった経緯で取引が開始されたこと、への合理的な説明の有無、が有力な状況証拠となり得る」とされている(399頁)。ここでも客観的行為に関する詳細な情報を手掛かりにしていることがわかる。

(154) 行為者の主観面を認定するにおいて、客観的行為のあり方以外に重要な事情として、たとえば同種前科や類似事例の有無が挙げられるであろう。これらの事情を証拠として扱うことは、「不当な偏見を生じ、事実認定を誤らせるおそれがあるので、原則として許されないであろう」(福井厚『刑事訴訟法講義(第5版)』(法律文化社、2012年)348頁)。もっとも、被告人の性格を問題としない限りで、当該客観的行為のあり方との関連の中で考慮されることは許されるであろう。判例においても、前科を根拠に詐欺の故意を認定することについて、「犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる本件事案の下において、被告人の詐欺の故意の如き犯罪の主観的要素を、被告人の同種前科の内容によって認定した原判決に所論の違法は認められない」と述べている(最決昭和41年11月22日刑集20巻9号1035頁)。また、その他にも犯行直後の被告人の言動が主観的要素の証拠に用いられることもある。たとえば、被害者の救護の有無は殺意認定において重要な役割を果たす場合がある(熊谷弘/浦辺衛/佐々木史朗/松尾浩也編『証拠法大系I証明』(日本評論社、1970年)264頁〔森岡茂執筆箇所〕)。とはいえ、不救護とは多義的であり、それだけで殺意を認定することは許されないであろう(植村前掲注(153)389頁)。そこでも、あくまで客観的行為の態様と共に勘案されて初めて意味を持つのである。

るのは、「推論」(Erschließung) または「感情移入」(Einfühlung) であろう。「推論」とは次のような方法をとる。それは、「歴史的事実の中にあって常に新たな解明的に把握された構成要素を結合させ、「解明」し得る常に新たな「起源」(Quellen) を、この「起源」がその痕跡となるところの行為の意味として推論し、このようにして、意味に満ちた行為の持つ、次第に包括的になっていく関連性を構築」<sup>(155)</sup> することである。この方法は「思考法則の基盤に基づいて」<sup>(156)</sup> 行われるものであり、論理的思考力が中心的な役割を果たすことになる。つまり、「対象となる人物の「内面」を外側に現れた行為の連鎖から論理的な筋道を立てて推し量る」<sup>(157)</sup> ことが「推論」という手法になる。

これに対して、「感情移入」とは、「模倣」という衝動の一側面、すなわちある事象を……「自己のもの」として「内的」に模倣すること」である。そこでは、「感情移入」する人は、「感情移入される」べき客体への全面的な内的没入」を通じて、事象を「直感的」に体験する」<sup>(158)</sup> ののである。つまり、「感情移入」においては、論理的な筋道に沿った思考ではなく、「対象となる人物の「怒り」や「悲しみ」あるいは「喜び」などの表情や表現に接したときにそれに誘発される感情動作」<sup>(159)</sup> が問題となる。

もっとも、Weberによれば、行為の動機理解において、「推論」は「非常に多くの場合に極めて確實」な手段であったとしても、そこから導かれるのは、「経験的な検証」を必要とする「仮説」でしかない。というの

(155) Max Weber, Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie. (Zweiter und dritter Artikel.) II. Knies und das Irrationalitätsproblem, Max Weber-Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 7, 2018 (以下、RKと略記), S. 316. 邦訳として、マックス・ウェーバー (松井秀親訳) 『ロツシャーとクニース』(未来社、1988年) 参照。

(156) RK. (Anm. 155), S. 318.

(157) 中野前掲注 (140) 47頁。

(158) RK. (Anm. 155), S. 328 f.

(159) 中野前掲注 (140) 47頁。

も、人間の行動の動機が常に論理的にのみ解明されるとは限らないからである。<sup>(160)</sup> また、「感情移入」も観察対象の人が体験していることを体験しているのではなく、観察者がこの対象の人と同じ状況に置かれた場合に体験するであろうことを体験しているのでもない。そこでは、「何らかの意味での「認識」を全然含まないだけでなく、「歴史的に」認識すべき客体すらも全然包含していない、あるもの」が体験されているだけなのである。それゆえ、「感情移入」も概念的に客観化していく過程の中に位置づけられるべきである。<sup>(161)</sup> 結局、「推論」も「感情移入」もそれ単体では不十分な方法でしかないであろう。

しかし、それによって、これらの2つの方法の有用性が完全に否定されるわけではない。Weberによれば、「すべての理解は、「明確性」を求めらる」。そして、「明確性」には二種類存在し、それぞれ「合理的なもの」と「感情移入による追体験的なもの」がある<sup>(162)</sup>とされ、それぞれ「推論」と「感情移入」と対応していると言える。そして、Weberによれば、「行動の非合理的感情的な意味連関が行為に影響を及ぼす場合、すべてこういう意味連関は、まず、行為の純粹目的合理的過程を観念的に構成した上で、それから偏向として研究し叙述すると非常に明瞭になる」と述べている。つまり、「非合理的な感情の影響がなかった場合に想像される行為の過程」や「当事者の事情や意図が完全に知られているという仮定、または、正しいと思われる経験に従って手段の選択が純粹目的合理的に行われているという仮定」を想定し、その次に「非合理的要素を攪乱要因<sup>(163)</sup>として導入するのが便利である」というのである。

(160) RK. (Anm. 155), S. 319 ff.

(161) RK. (Anm. 155), S. 330. 中澤平「ウェーバー社会学における感情の位置づけ — Gefühl 概念の検討を中心に —」ソシオロジ65巻3号(2021年)53頁以下注①も参照。

(162) SG. (Anm. 150), S. 150.

(163) SG. (Anm. 150), S. 152.

このように、Weberの「解明的理解」において、「推論」と、「感情移入」はそれぞれ単体で用いるには不十分であるが、正しい手法の中で組み合わせて使われるならばそれらは有効な手段を提示すると言えるであろう。もっともこの手法はある思考方法に過ぎない。それゆえ、行為者の動機を「解明理解」するための全体的プロセスが明らかにされる必要がある。そのためには、Weberが依拠したところのSimmelの所論を確認しなければならない。まず、Simmelによれば、「理解」は、「事象的理解」(sachliches Verstehen)と「歴史的理解」(historisches Verstehen)に分けられる。例えば、Goetheの『ファウスト』という作品について、「論理的、芸術的な連関、謎の部分の統一的な解明、各部分の相互関係の追体験による展開などの究明」を行う場合、「事象的理解」が問題となる。これに対して、「すでに成立しているこの形成物を心的活動と発展——この形成物の各部分を1つ1つGoetheの意識の中で成長させていったところの活動と発展——を通じて理解」する場合には、「歴史的理解」が問題となる。<sup>(164)</sup>つまり、「事象的理解」とは、ある表出の持つ、主体の意図から独立した客観的意味を理解することであり、「歴史的理解」とは、主体の主観的な意識の展開について理解することである<sup>(165)</sup>と言える。

以上の2つの「理解」のあり方はSimmelの歴史理解の方法にとって重要な役割を果たしている。つまり、ある歴史的人物の人物像を描く際、歴史家は「その人物の全体像をこの者の個々の表出からのみ獲得することができるのだが、この個々のものはすでに根底にあるその人物の全体像からのみ正当に解釈でき、また集めることができる」。言い換えれば、

---

(164) Georg Simmel, Vom Wesen des historischen Verstehens, Georg Simmel-Gesamtausgabe, Bd. 16, 1999, S. 169 f. 邦訳として、ゲオルグ・ジンメル(酒田健一/熊沢義宜/杉野正/居安正訳)『ジンメル著作集12 橋と扉』(白水社、2004年) 61頁以下参照。

(165) 牧野雅彦『責任倫理の系譜学——ウェーバーにおける政治と学問』(日本評論社、2000年) 120頁以下参照。

ある人物から現れる表出のもつ客観的意味の「事象的理解」と、その人物の人物像への「歴史的理解」は循環することになる。そして、この循環は次のようにして解決される。

「さしあたりどこかある一点から独断的にか、仮説的にか着手し、そこから同一方向に進んでいって、次々出てくる個々のものの全てを同一の意味で解釈することができるか否かによってその最初の仮説を確認し、これを相対的な確実性にもたらずか、あるいは反対にその修正を迫るわけである<sup>(166)</sup>」。

Weber も Simmel が指摘したような循環の中で行為者の動機を「理解」しようとしていた。つまり、Weber も「表出の意味の客観的な「理解」と「人間の動機の主観的な「解明」」を区別した上で、一方で前者の「理解」は決して理論的な形式に沿ってのみ得られるのではなく、人間の動機を理解することで初めて明確になると述べ、他方で「歴史的人格」の「内的発展」の歴史的に意義ある構成部分の……十分なる説明は、実際、彼らの行動についての可能な「評価」の対決を通じてのみ獲得し得る<sup>(167)</sup>」とも述べている。したがって、Simmel が指摘した循環関係は行為者の動機を「理解」するという Weber の方法論においても重要なプロセスであるということになる。

以上をまとめると、心情を認定するためには「解明理解」というプロセスが必要であり、そこにおいて、「推論」及び「感情移入」という思考

(166) Georg Simmel, Die Probleme der Geschichtsphilosophie (Zweite Fassung 1905/1907), Georg Simmel・Gesamtausgabe, Bd. 9, 1997, S. 253. 邦訳としてゲオルグ・ジンメル (生松敬三 / 亀尾利夫訳) 『ジンメル著作集1 歴史哲学の諸問題』(白水社、1994年) 参照。

(167) RK. (Anm. 155), S. 310 ff.

(168) RK. (Anm. 155), S. 352.

方法を正しく組み合わせて使用することで、行為の客観的意味と行為者の主観的意味の間を相互に循環しながら、意味適合的かつ因果適合的に解釈し得る「理念型」の形成が目指されなければならないことになる。そして、このような「解明理解」のプロセスは考え得る行為の客観的意味を前提として、その行為において行為者によって思念された主観的意味を問題とするものであるから、このプロセスは心情刑法とは違って、その行為における主観的意味を超えた継続的な行為者の性質や、そもそもおそ行為によって表現されえないような心情を取り扱うものではないと言える。

#### 第4節 小括

本章では、刑法における心情の諸問題を扱ってきた。この諸問題の1つによれば、心情によって刑罰を基礎づけ、または加重することは「法と道徳の区別」という近代法の原理と矛盾し、自由で多元的な社会観と相容れないとされる。しかし、「法と道徳の区別」の意味するところは、法において全く行為者の心情を考慮しないことではなく、適法な行為を前提とした場合には、法は道徳と違って行為者の心情のあり方を問わないというものであった。また、我々の社会が自由で多元的な社会であるとしても、自由そのものが価値であり、それゆえ自由と異なる、または矛盾する態度が表明された場合には、むしろそれに対して何らかの応答を必要としなければならない。もっとも、心情に対して批判的な見解が指摘するように、刑法において心情を考慮することで、実質的に心情のみで刑罰を無制限に加重し、または違法性のない行為をも処罰することになれば、それは「心情刑法」に陥ることを意味するであろう。このような「心情刑法」は行為の主観面を認定する裁判官の恣意的な裁量を肯定することになり、国家の処罰権限の制御という刑法の重要な機能を喪失させることになってしまう。そこで、心情を刑法において考慮する場合、そこには常にその心情を外部に表現する客観的行為が必要となり、

その心情も個別行為にのみ関わる心情でなければならない。そして、裁判官はこの客観的行為を出発点として、我々が理解しうる平均的意味内容及び我々の経験則に沿った因果関係に照らしながら行為者の主観的意図を合理的に解明していかなければならない。