

犯罪論における心情要素の体系的位置付けについて (4)

平尾, 遼海
中央大学法学部 : 任期制助教C 2 (刑法)

<https://hdl.handle.net/2324/7390847>

出版情報 : 九大法学. 126, pp.1-39, 2025-09-29. Kyudai Hogakka i
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（4）

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・・・・・・・・・・・・・・・・	以上124号
第3章 心情の犯罪体系上の位置付け	
第1節 違法論における位置付け	
第2節 責任論における位置付け・・・・・・・・	以上125号
第3節 検討	
第1款 違法性の基礎付け	
第2款 責任の基礎付け	
第3款 違法性と責任の関係	
第4節 小括・・・・・・・・・・・・・・・・	以上本号
第4章 各則における心情要素	
結語	

第3節 検討

以上の第1節、第2節まででは心情要素をどのように犯罪論に位置付けるのかについて、考え得る理論構成を紹介してきた。そこでは、心情を違法要素と捉える可能性と責任要素と捉える可能性があり、それぞれの可能性においても、法・違法や刑罰・責任をどのように理解するのかに応じて様々な理論構成が考え得るのであった。そこで、本節では、法や違法性、刑罰や責任をどのように理解するべきであるのか、その下で心情要素がどのように位置付けられ得るのかについての検討を行うこととする。

第1款 違法性の基礎付け

まずは、違法性がどのように基礎付けられるのかについて検討していく。⁽¹⁾前提としてここでの違法性は責任から区別された客観的違法である。⁽²⁾それゆえ、「ある行為が違法であるとは、それが法の客観的規範に矛盾す

-
- (1) 山川秀道『刑事不法の基礎理論 — 不法研究方法論序説 — 』（成文堂、2025年）73頁以下、101頁以下では従来同義語として理解されがちであった「違法性」と「不法」の明確な区別を主張している。すなわち、「違法性」とは、「正当な手続により決定された法的にネガティブな「評価」のこと」であり、それは賓概念となるとされる。これに対して、「不法」とは、「実質的価値判断を経て「違法である」と結論づけられた行為又は法制度のこと」であり、それは主概念となるとされる。その上でその「不法の反価値」は「行為又は法制度が「違法である」と決定される場合、その結論を導くはたらきをする（実質的価値判断を構成する）要素・性質のこと」と定義された（84頁、133頁以下）。このような分析によって違法判断を「客観的に基礎付け得る資料（社会的な価値志向）」（96頁）へのアプローチを可能にしようと試みている。もっとも、本稿では、表現をなるべく簡素にするために違法性概念を厳密に賓概念に限定するのではなく、広く主概念も含めて用いることがあることを断っておく。
- (2) ドイツにおける主観的違法論（責任を前提にした違法論）と客観的違法論の対立については、佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（有斐閣、1974年）55頁以下参照。日本における主観的違法論については、甲斐克則『法益論の研究』（成文堂、2023年）121頁以下参照。

ること」、すなわち法的に「維持されるべき客観的生活秩序……の存在を侵害または脅威する事実が違法である⁽³⁾」。このような客観的違法論は長らく今日の違法論の土台になってきたが、さらに違法性の実質論⁽⁴⁾において今日に至るまで大きな議論がなされてきたことは周知の通りである。その中でも最も大きな対立軸の一つとなっているのが「行為反価値」(Handlungsunwert) と「結果反価値」(Erfolgsunwert) の対立である⁽⁵⁾。とりわけ、行為者の主観面をどれだけ違法要素とするかにつき両者は激しく対立してきたのであるから、心情要素の体系的位置付けをめぐるてもこの対立の意義を検討することから出発しなければならないであろう。

(1) 「結果反価値」と「行為反価値」

「結果反価値」と「行為反価値」という概念は Hans Welzel の目的的行为論 (finale Handlungslehre) が由来とされている。Welzel によれば、例えば故意の殺人罪の規定において「殺害」(töten)、過失致死の規定において「人の死を惹起した」(den Tod eines Menschen verursachen) というそれぞれ異なった文言が用いられていることから、故意犯と過失犯の間には構造上の相違があることが窺える。それゆえ、故意犯と過失犯は構成要件段階ですでに区別されるべきであると同時に様々な人的要素が行

(3) 佐伯前掲注 (2) 29頁。

(4) 山川前掲注 (1) 107頁脚注 (19) によれば、無過失責任、少年の保護処分、医療観察処分、国家補償等、「行為者に対して制裁的非難が向けることができない場合でも一定の法的責任（負担を受任すべき義務）は生じると考えるべき場面が想定される」という事情から、客観的違法性説が通説になっている。犯罪論と刑罰—処分論の関連性についてはさらに、中村悠人「犯罪体系と刑罰論の関係から見た不法と責任——犯罪体系と刑罰論の序論的考察——」『犯罪と刑罰』30号（2021年）93頁以下参照。

(5) 通例、「行為無価値」及び「結果無価値」と呼ばれてきているところであるが、刑法が「価値が無い」だけの行為を処罰する必要はないであろう（松宮孝明「結果無価値論」と「行為無価値論」を対比させる意味について」『犯罪と刑罰』20号（2010年）11頁。

為の違法性を規定するとされたのである（九大法学125号12頁以下参照）。この時、行為の違法性は法益侵害という結果（結果反価値）だけでなく、行為のあり方（行為反価値）からも構成されるとされ、刑法の違法論において頻繁に用いられる対概念が誕生したのであった⁽⁸⁾。

以上の Welzel の議論は戦後日本でも紹介され、それ以来結果反価値と行為反価値という概念は広く日本の刑法学の中に浸透していった。とりわけ、Welzel 自身が行為反価値を社会倫理との関係で捉えていたゆえに、⁽⁹⁾
⁽¹⁰⁾
⁽¹¹⁾

(6) Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW., Bd. 58, 1939, S. 499 f. このように条文で用いられている動詞の日常的意味に着目して故意が構成要件に位置付けられることを指摘したのは、Helmuth von Weber である。von Weber は条文上で用いられる動詞を「因果的動詞」（kausales Tätigkeitswort）と「目的的動詞」（finales Tätigkeitswort）に区別した上で、後者の動詞が用いられている構成要件では行為者の意思が重要となるとした（Helmuth von Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935, S. 8 f., 14 ff.）。

(7) Welzel, a. a. O. (Anm. 6), S. 523 f.

(8) 目的的行为論は故意と過失を構成要件段階で区別することで、両者の正犯範囲の違いを区別しようとしたとされている。そこで念頭に置かれているのは、工場火災の際に避難経路が十分に確保されていないことから従業員が死亡して、かつ火災の原因が第三者による故意の放火である可能性があった事案（RGSt., Bd. 61, S. 318 ff.）である。この事案において、ライヒ裁判所は被告人である工場管理者に対して過失致死罪を認めたが、このような判決は故意犯であれば正犯が認められないところに、過失正犯を認めることを意味していた。Welzel の目的的行为論は過失犯において統一的正犯概念を認めることによって、過失犯に故意犯よりも広い正犯範囲を認め、以上のようなライヒ裁判所の判例の結論を理論づけようとしたのであった（松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（成文堂、2004年）3頁以下参照）。

(9) 日本に Welzel の目的的行为論を紹介した文献として、平野龍一「故意について」法学協会雑誌67巻3号（1949年）50頁以下、井上正治「目的行為論の体系上の地位——犯罪論の一つの体系——」法政研究20巻2～4号（1953年）197頁以下、平場安治『刑法における行為概念の研究』（有信堂、1961年）、福田平『目的的行为論と犯罪理論』（有斐閣、1962年）等がある。なお、1961年刊行の法律時報33巻7号では目的的行为論に関する特集が組まれ、木村亀二、内藤謙、莊子邦雄、大野平吉、福田平、西原春夫がそれぞれの視点から目的的行为論を紹介している。

当初の日本の議論では結果反価値論と行為反価値論の対立は、社会倫理という概念によって刑法上の違法性を基礎付けることは妥当であるのか、という問いをめぐる対立となったのであった。すなわち、行為反価値論は違法性の本質を社会倫理秩序違反として捉え、⁽¹²⁾これに対して結果反価値論が刑法の脱倫理化を訴える形で、法益侵害及びその危殆化を違法性

(10) 戦後日本の結果反価値論と行為反価値論の展開については、内藤謙『刑法理論の史的展開』（有斐閣、2007年）189頁以下参照。

(11) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 1 ff.

(12) 「結果反価値論」及び「行為反価値論」という用語法については、内藤前掲注(10) 190頁以下が詳細に記述している。それによれば、本来の「行為反価値論」はWelzelにならって結果反価値が存在していなくても、「行為者の目標設定、心構え、義務」といった行為反価値のみで可罰性を肯定する立場である。これに対して、日本の「行為反価値論」は結果反価値だけでなく行為態様も違法判断において考慮する見解であり、両者を並列的に理解しようとする傾向がある。内藤はこれを「いわゆる行為無価値論」と呼ぶ方が正確であるとしている。また、「結果反価値論」についても、その名称は「有形の結果の現実的発生のみを問題とするように誤解されるおそれがある」とされ、「結果反価値論」も元々自らをそう呼んでいたのではなく、目的的行为論が用いる結果反価値－行為反価値という概念に対応してそのように呼ばれているに過ぎないとされた。それゆえ、内藤はここでも「いわゆる結果無価値論」と呼ぶ方が正確であるとしている。もっとも以上のような名称の問題があるにせよ、内藤は「行為反価値論」を「違法の実質を法益の侵害・危険に求める見解を批判し、「行為無価値」に法益の侵害・危険から独立した……意義を認め、「故意」一般を含めて主観的要素をひろく違法要素とする見解」と定義づけ、「結果反価値論」を「行為の方法・態様を問題にする場合も、……法益の侵害・危険から独立したものとして問題とするのではなく、それがもつ法益侵害の危険性の観点から考慮に入れる」見解と定義づけている。

(13) 福田平『全訂刑法総論〔第五版〕』（有斐閣、2011年）142頁以下、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）76頁以下、団藤重光『刑法綱要（総論）』（創文者、1957年）131頁以下、西原春夫『刑法総論 改訂版（上巻）』（成文堂、1993年）131頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）365頁、さらに最近では大谷實『刑法総論講義〔第5版〕』（成文堂、2019年）229頁。もっとも、団藤に関しては、確かに「社会倫理」という用語で違法性を説明しているものの、その際「行為反価値／行為無価値」という概念は登場していないことに注意は必要である。

の本質に捉えることとなった。⁽¹⁴⁾

結果反価値論の側からの行為反価値論への批判は、刑法が社会倫理の維持を目的とした場合、国家による個人への倫理の押し付けになってしまいかねないというものであり、それはリーガル・モラリズムに対する強い抵抗感の現れであったと言える。⁽¹⁵⁾ とりわけ、戦争を直接経験した刑法学者が多く活躍した頃の日本刑法学においては、戦前の国家の倫理的価値観を強調した刑法理論⁽¹⁶⁾の記憶が色濃く残っていたと思われる。したがって、当時の結果反価値論にとって社会倫理を強調する違法論に対して強い懸念を表明する必要性が特に強かったと言えるであろう。

(14) 平野龍一『刑法の基礎』（東京大学出版会、1966年）93頁以下、香川達夫「結果無価値からの主張」Law School 23号（1980年）15頁以下、中山研一『刑法総論』（成文堂、1982年）255頁以下、内藤前掲注（10）169頁以下。最近では、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2019年）177頁以下。また、通常結果反価値論という結果としての侵害や危険を重視する点で、一元的結果反価値論である。これに対して、構成要件が「行為と結果」の類型であることから、法益侵害に対する定型的危険である「行為の危険」も併せて違法性判断を行う「二元的結果無価値論」も提唱されている（名和鐵郎『現代刑法の理論と課題——二元的結果無価値論の提唱——』（成文堂、2015年）7頁以下）。

(15) 平野前掲注（14）95頁以下によれば、戦後日本は「天皇が絶対的な神聖さを持ち、国家が個人を超えた自己目的の存在とされる価値観から、個人の生存と幸福を最高のものとする価値観への転換」が遂行されており、「この価値の転換は、当然刑法にも反映しなければならないはずである」。

(16) 例えば、小野清一郎『全訂刑法講義・總論』（有斐閣、1944年）123頁以下では次のように述べている。すなわち、違法性の実質とは「法律秩序の精神に反することであり、法律の理念に反することである。然るに法律秩序の精神とするところ、法律の理念とするところは國家及び國民生活の道義的秩序を維持することである。此の見地より行為の違法性を考ふるに、其は行為の反道義性をいふことになる。日本民族の生活に於ける道義的文化の意味に反する行為、即ち違法なる行為である」（傍点は筆者）。ここでは日本法における「日本歴史的・日本民族的特徴……謂ゆる日本の性格」（同『日本法理の自覚的展開』（有斐閣、1942年）2頁）を探究する日本法理運動に基づいた記述がなされていることは明らかである。このような法思想は「道義的共同体としての国家の自覚が強調されることによって、民族共同体的理論を強調するナチスの刑法思想との親和的な関係」を有する

このような社会倫理に対する抵抗感によって、そもそも日本の行為反価値論の多くは結果反価値と行為反価値を併用する二元説に立っていたと言える。⁽¹⁷⁾さらに、行為反価値論は次第に社会倫理という概念すら使用しなくなっていった。例えば、「行為自体の危険性としてとらえられている、行為者の認識事情をも含めた一般人の事前の判断によって得られた法益侵害の危険性をもって行為無価値の基準とし、行為無価値と結果無価値を二元的に」⁽¹⁸⁾（傍点は筆者、以下同じ）把握すべきであるとする見解や「行為者の主観面（行為無価値）」を人間の行為としての意味を持ちうるための要件として、その限りで行為反価値を結果反価値との関連の中で捉

ものであった（中山研一『佐伯・小野博士の「日本法理」の研究』（成文堂、2011年）119頁）。戦後において小野は違法性の実質に関する説明から「日本民族」という用語を削除したが、なお「國家及び國民生活の道義的秩序」という用語は残ったままである（小野清一郎『新訂刑法講義・総論』（有斐閣、1948年）114頁）。なお、団藤前掲注（13）131頁脚注（6）もこのような小野の違法論を踏襲している。

（17）伊東研祐「人の意思と刑事不法の特質——行為無価値と結果無価値」法学セミナー567号（2002年）5頁によれば、「結果無価値と行為無価値が相俟って刑事不法が構成されるという二元的行為無価値論」は「多数派を形成しているといい得よう」。さらに、社会倫理と法益のどちらに重点を置くべきかについて、日本の行為反価値論はあくまで法益保護を目的として社会倫理規範の維持をその手段としていたと考えられる（阿部純二「行為無価値論からの主張」Law School 23号（1980年）9頁以下）。もっとも、二元説自体がどこまで徹底されていたのかについては、結果反価値論の側から疑問視されていた。例えば、偶然防衛において防衛の意思なき行為者を処罰するのは、結果反価値がないにもかかわらず行為反価値のみを理由に処罰することになると批判されたのであった（木村光江「結果無価値論と行為無価値論の対立の構造の意義と機能と射程——結果無価値論の立場から——」現代刑事法3号（1999年）30頁以下参照）。

（18）野村稔『未遂犯の研究』（成文堂、1984年）125頁以下。同様に、「法益侵害性に何らかの影響を持っている」限りで行為反価値を違法判断に取り入れる見解として日高義博『違法性の基礎理論』（成文堂、2005年）60頁以下がある。もっとも、日高は自身の見解を「跋行的結果反価値論」と呼んでおり、野村と違って、故意・過失を法益侵害性に影響を及ぼさないことから主観的違法要素に位置付けていない（61頁）。

える見解が登場してきた。⁽¹⁹⁾これらの見解では、行為反価値を社会倫理への違反として捉える理解を明確に否定しているのである。

さらに、近年では刑罰や刑法の目的や機能の面から行為反価値を基礎付ける見解が有力となっている。すなわち、刑法は法益保護を目的とするものであるが、それは行為者に行為規範を向けることで結果発生を防止しようとするのであり、それゆえ刑法における違法性判断は事前判断でなければならないとされるのである。⁽²⁰⁾つまり、その行為規範は「結果の発生を予見・認容しつつ、またはそうでなくても社会生活上必要な注意を欠いたまま、結果発生の危険と結びついた行為を行うこと」を禁止の対象とするのである。⁽²¹⁾そこでは、法益侵害結果ではなく、故意や過失

(19) 川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013年）300頁。川端によれば、「人的不法論→刑法の倫理化、物的不法論→刑法の没倫理化」という図式を否定する立場が通説となっている（301頁）。

(20) 杉本一敏「日本の刑法理論における行為無価値論・結果無価値論の対立構図に現在見出される意義」早稲田大学法務研究論叢9号（2025年）138頁によれば、結果反価値論と行為反価値論の対立の本質は「事前判断」にも意義を認めるか（行為無価値論）、それとも「事後判断」の視座を徹底させるか（結果無価値論）」となる。

(21) 井田良『犯罪論の現在と目的的行为論』（成文堂、1995年）145頁。同様に刑法の行為規範としての性格を強調する行為反価値論として、伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）164頁、高橋則夫『規範論と理論刑法学』（成文堂、2021年）223頁以下。また、規範が個人の行動を決定する機能を「義務づける機能」と「動機づける機能」に区別して詳細に論じる文献として増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房、2014年）60頁以下がある。前者の機能は行為者の「義務充足能力」、つまり「義務（規範）の内容である行為を単に遂行する能力」を前提としており、後者は義務を義務として認識する「義務認識能力」及びこの認識によって適法行為への動機づける「義務遵守能力」を前提とする。そして、法は義務充足を義務付ける限りで、動機づけも要求しうるのであり、この義務充足能力が違法性を基礎付け、義務認識・遵守能力が責任を基礎付けとしたのである。このような構想は「法が内面的な態度ないし動機づけをも要求しうる」（64頁）ことを認めることになる。これに対しては当然、「刑法による国民の規範意識への積極的介入まで肯定され」、「思想・心情の自由すら刑法によって抑圧されて当然ということになってしまう」という批判が向けられるであろう（生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）77頁）。

といった行為反価値の要素が違法性の本質を構成することになる。⁽²²⁾このような行為反価値論においても社会倫理という概念は刑法の任務においても、違法性の実質においても登場していないのである。⁽²³⁾

以上の日本の結果反価値論と行為反価値論の流れを踏まえると、この対立に関する立場決定を行ったとしても必ずしも心情要素の体系的位置付けの方法が一義的に定まるわけではないことがわかる。むしろ行為反価値論でも各則上の特殊主観的要素の一部を違法ではなく責任の要素として位置付けることも十分に可能であると思われる。⁽²⁴⁾

(22) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）【以下、井田「総論」】90頁以下、186頁以下、高橋則夫『刑法総論〔第5版〕』（成文堂、2022年）182頁。また、故意犯及び過失犯の具体的な規範内容の違いについて論じたものとして井田良「刑法における規範と予防——刑法規範の意義と機能に関する一考察——」佐伯仁志ほか編『山口厚先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2023年）6頁以下。ここでの行為反価値論において重要なのは、規範が訴えかけるところの人の意思であるように思われる。したがって、そこでは「結果を起こすような意図をもつ振舞いをするな」という規範が問題となっているのである。そして、規範による行動統制を重視する限りで、その規範は犯罪を企図することさえも禁止してしまうという批判が向けられることになる（松宮孝明「「結果反（無）価値」について」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）235頁以下）。

(23) 井田「総論」（前掲注22）259頁、高橋前掲注（22）264頁。伊東前掲注（21）では必ずしも社会倫理という概念から決別しているとは明言されていないものの、行為反価値の特徴として、「「倫理性」という観点からそれを選択するかは別として、ある状況下での妥当の想定される一定の社会規範ないしルールから逸脱している行為の態様、それを知っている行為者の主観的要素を考える」（傍点は筆者）ことと述べており、社会倫理への立脚を留保している。

(24) 例えば、川端博『刑法各論講義〔第2版〕』（成文堂、2010年）287頁によれば、「人的不法論をとるかぎり、主観的違法要素としての不法領得の意思をみとめるべきである」とはならないとしている。また、行為反価値論者である大谷も不法領得の意思における利用処分意思は責任要素として位置付けている（大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』（成文堂、2019年）206頁）。

(2) 法益と社会倫理との関係

心情要素の体系的位置付けにとって直接的に重要な違法論上の問題は結果反価値論に立つか、行為反価値論に立つかという問題ではなかった。とはいえ、行為反価値論が当初立脚していた社会倫理の位置付けは心情要素の体系的位置付けにとって重要な問題となる。というのも、本章第1節第1款(九大法学125号8頁以下)で見た通り、社会倫理といった前制定法的秩序を法益とは別に違法性の基準としてみた場合、法益とは関係しない心情要素も広く違法要素と捉える可能性が開けるからである。

従来、結果反価値論は社会倫理という言葉に強い抵抗を示し、行為反価値論もそれに應えるように脱倫理化し、法益保護の観点から違法論を構築していった。しかし、実は法益という概念それ自体が社会倫理とは全く無関係ではあり得ないことが指摘されている。すなわち、法益は全く没価値的な基準から定立されるのではなく、「その時々⁽²⁵⁾の社会を構成する人々の価値意識を考慮することがまた不可欠になる」のである。法益という概念にはすでに法が保護すべきという評価が存在しているのであるから、法益がいかなる倫理的評価からも自由であるというべきではないであろう。そもそも、結果反価値論が意図したところは法益侵害やその危険性のない行為を倫理のみを根拠に処罰するような理論を排除すること⁽²⁶⁾であったのであり、およそ刑法からいかなる意味での倫理も排除することではなかったというべきである⁽²⁷⁾。

(25) 曲田統「行為無価値論と結果無価値論の止揚のありかた」法学新報110巻9・10号(2004年)98頁以下。同様に高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(成文堂、2018年)44頁以下でも「危害原理」が倫理的価値と結びついていることを指摘する。またEdmund Mezger, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 2. Aufl., 1933, S. 200でも、法益とは「法から観察された平均利益の存するところの状態」であると定義づけられており、人々が平均的に保護すべきと評価する利益という倫理意味合いが見て取れる。

(26) 仲道祐樹「論争の終わらせ方——論点整理メモとして」高橋則夫ほか『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』(日本評論社、2014年)335頁。

そうすると、ここで問題となるのは法益の定立の基礎となる「社会倫理」の具体的な内容である。結果反価値論が当初批判の対象にしたのは刑罰でもって国家倫理を個々人に強制することであった。「法は個人に礼儀正しい「立居振舞い」を教えるために存在するのではない」⁽²⁸⁾（傍点は筆者）という批判はこのことをよく表していると言えるであろう。ここでは個々人が自分の知らない倫理を国家から教えられるという構図が問題となっている。したがって、国家がすでに社会の中で受け入れられた規範意識に基づいて立法する場合、同様の批判は当たらないであろう。法益はこのような意味での社会倫理に基づいて定立されなければならない。

もっとも、社会倫理をすでに社会の中で受け入れられた規範意識として理解しても、その概念自体が悪用される危険性は十分に考慮しなければならない。実際、ナチスによる行為者類型論やそれに基づいた司法殺

(27) 実際、結果反価値論の代表的論者の平野龍一も「法典とははなれた、いわばこれと別個に存在する法」としての「生ける法」への研究が刑事立法論において影響を及ぼすことを示唆しており、また法典と別個に存在する法ではないものの、「国家法・法典法が現実適用される経過におけるさまざまな屈折」としての「生ける法」(Law in action) への研究も刑事法の領域で全く無意味ではないと述べている（平野龍一「法社会学と刑事法」川島武宜編『法社会学講座3 ― 法社会学の基礎1 ―』(岩波書店、1972年) 75頁以下）。

(28) 平野龍一『刑法総論1』(有斐閣、1972年) 51頁。

(29) 山川前掲注(1)によれば、違法性/適法性は「社会的な価値志向」(96頁)、あるいは「社会的価値意識」(98頁)という意味での倫理に基づいた価値である。そしてそのような倫理的価値に従って、「司法の段階だけでなく、立法の場面においても、恣意的かつ不正な価値判断を可能な限り排除すべきことは、当然民主主義的な要請だろう」(92頁)。また、松宮孝明「経済犯罪（あるいは犯罪一般）の実質的違法性ないし「社会侵害性」について」立命館法学415号（2024年）49頁以下では、Amelungによる「社会侵害性」(Sozialschädlichkeit)概念から出発し、Jakobsに従って、その社会に「存在する（＝現に妥当している）規範」の妥当を揺るがすことを持って実質的違法性としている。さらに、大谷實『刑事司法の展望 ― 刑事法学研究第五巻』(成文堂、1998年) 25頁では、社会倫理とは「社会に対する行為あるいは社会の構成員の行為を相互に規律するものとして、社会において一般に承認されている人間の良心に基づく社会規範」と言われている。

人も「健全な民族感情」や「具体的秩序」の名の下に行われたものであった⁽³⁰⁾ (九大法学124号28頁以下、125号9頁以下)。そこでは、現実にある生活秩序を強調することで曖昧な刑事立法や極めて恣意的な法運用を可能にしたのであった⁽³¹⁾。

ナチス法理論が法の恣意的な適用を可能にし、裁判官をナチスイデオロギーに服従させるために用いた手法は「具体的本質直観」(konkrete Wesensschau)⁽³²⁾である。すなわち、合理的な概念形成ではなく、具体的事実を全体的に観察し、総合評価することによって得られる印象こそが上述の生活秩序を把握するうえで重要な手法とされ、⁽³³⁾そこではもはや犯罪の本質は論理的に理解されるものではなくなっているのである。このよ

(30) ナチスの行為者刑法については拙稿「ナチスの行為者刑法と日本刑法の比較」九大法学122号(2023年)1頁以下も参照。

(31) ナチス法学の特徴については、青井秀夫『法理学概説』(有斐閣、2007年)266頁以下。Vgl. auch Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, ARSP, Beiheft Nr. 18, 1983, S. 1 ff. 邦訳として、アルトゥール・カウフマン(上田健二訳)「法哲学とナチズム」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)1頁以下参照。Kaufmannによれば、ナチスの法理論はナチスによる「権力奪取」以前から存在していた法律への裁判官の拘束を緩和する一方で、ナチスによって制定された方に対しては裁判官は厳格な服従が求められていた(S. 13 ff.)。

(32) Vgl. Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht — Kontinuität und Radikalisierung, 2019, S. 109 ff.

(33) 例え、Hans Dieter Freiherr von Gemmingen, Zum Täterproblem, Denknötenfertigkeiten taktische Bedürfnisse, Gefahren, ZStW., Bd. 62, 1942, S. 54 ff.によれば、行為者類型は「嫌悪感類型」(Abscheutyp)である。そして、その類型は非合理的—道徳的な性格を有する(ders., Zum Täterproblem. Ein Nachwort, ZStW., Bd. 62, 1942, S. 275)。

(34) このように犯罪を本質直観によって非合理的に捉えようとする試みを特に推し進めたのがGeorg DahmやFriedrich Schaffsteinらのキール学派であった。例えば、Georg Dahm, Verbrechen und Tatbestand, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (hrsg. v. Karl Larenz), 1935, S. 89によれば「犯罪の中核、本質はまさに論理的に理解することは全くできない」とされている。このような非合理的な犯罪理解の流れに対して批判をしたのがErich SchwingeやLeopold

うな、直観による概念把握という問題は戦後の実質的価値哲学に基づく法理解にも共通していると言えるであろう。⁽³⁵⁾すなわち、その実質的価値秩序は、感覚的に把握できる現実世界とは別の世界に存在するものとして、それを情緒的な作用によって「感得」(Fühlen)しなければならないとされたのであった（九大法学125号12頁参照）。

そこで、社会で受け入れられた規範意識というものは直観によってではなく、合理的な概念形成プロセスの中で把握されなければならない。⁽³⁶⁾基礎となるのは、社会的事象の経験的な把握を出発点とした実証的なアプローチである。⁽³⁷⁾もっとも、第2章第2節第2款（九大法学124号43頁以下）で見たように、社会的事象には無限の多様性が存在するのであり、それゆえ重要と思われる側面を取り出して、そこから合理的観念物としての理念型を形成しなければならなかった。⁽³⁸⁾そして、この理念型の基礎

Zimmerl らのマールブルク学派であるとされている。Erich Schwinge/Leopold Zimmerl, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937, S. 10. はこのような本質直観に基づくキール学派の手法を「謎に満ちた言葉遊び」(das geheimnisvolle Spiel mit dem Sinn und Ursinn der Sprache) であると批判している。もっとも、Schwinge は後に、非合理的な直観に妥協することとなり、「人間の認識の前進」のために非合理的な直観の役割を評価し、合理的な概念的分析はただそのような直観を抑制するための役割が認められるとしたのであった (Erich Schwinge, *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*, 1938, S. 41 ff.)。ナチス刑法理論におけるキール学派とマールブルク学派の対立に関する詳細については、山中敬一「ナチス刑法理論とキール学派・マールブルク学派 — ナチス刑法学研究プロレゴメナ — 」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務4』（成文堂、2022年）3頁以下参照。

(35) 青井前掲注 (31) 302頁、同頁脚注 (33) によれば、ナチス的思考様式と戦後の自然法ルネサンスにおける思考様式には連続性が認められる。

(36) 「合理性」の本質は、ここでは予測可能性である（大澤真幸『社会学史』（講談社、2019年）304頁以下参照）。直観による概念形成では、思考過程がブラックボックスとなるため、どのような立法や判決が下されるか予測が困難となる。したがって、法的な思考過程をなるべく明確にすることでこれらの予測を容易にしなければならない。なお、法における合理化の進展については、石尾芳久『マックス・ウェーバーの法社会学』（法律文化社、1971年）99頁以下も参照。

となる「重要と思われる側面」の選定には観察者の主観的価値判断が不可欠となる。行為者の主観的な思念のみならず、社会的な規範意識を把握する際にもこの理念型に則した「解明的理解」のプロセスは妥当しなければならない⁽³⁹⁾。

つまり、観察者が立脚した目的や価値観に照らして合理的な方法で、この社会的な規範意識に関する理念型を構成しなければならない。この合理性に関して問題となるのは主に2つの意味での合理性である。1つ目は「目的合理性」(Zweckrationalität)⁽⁴⁰⁾である。それは、「外界の事物の行動及び他の人間の行動についてある予想を持ち、この予想を、結果として合理的に追求され考慮される自分の目的のために条件や手段として利用」するような場合に認められる。そして2つ目は「価値合理性」(Wertrationalität)である。それは「結果とは無関係に、特定の態度それ自体における……無条件の固有価値への意識的な信仰」によって規定されるような場合に認められる⁽⁴¹⁾。

(37) 山川前掲注(1) 195頁以下では、社会における価値意識の調査研究方法について詳細な検討がなされている。山川によれば、「実際、社会的な価値意識に関する実証的調査研究は広く行われてきた」のであり、それは「社会における行動・反応パターン(パターン)の観察や個々人の行動選択の反復の実験観察」によって、つまり「主観的なもの(「願望、欲求」など)から客観的な性質(「望ましき」)を推測し、把握しようと試みる行動科学的なアプローチ」によって可能になるとされる。

(38) 法発見における理念型プロセスについては、Vgl. Jens Petersen, Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, 2020, S. 109 ff.

(39) 「解明的理解」という手法で理解社会学を築いた Max Weber においても、社会学で問題となる「意味」には、「ある歴史上のケースにおいて、1人の行為者が実際に主観的に考えている意味」のほかに、「多くのケースを通じて、多く行為者が実際に平均的近似的に主観的に考えている意味」も含まれるとしている(Max Weber, Soziologische Grundbegriffe, Max Weber-Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 23, 2013【以下、SG】、S. 149. 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)。

(40) Weberの「目的合理性」の概念については、田中茂樹「ウェーバーの法社会学における目的合理性の概念」阪大法学39巻3・4号(1990年)165頁以下参照。

(41) SG. (Anm. 39), S. 175.

社会に妥当する規範意識が何であるかを決定する者は、この2つの合理性のうちいずれかに立脚し、または両者を妥協させた上で、どのような利益あるいは価値をどこまで実現しようとしているのかを明確にしなければならないと言える。言い換えれば、何が社会的な規範意識であるのかを認識するためには、何を法益と評価しているのかを自覚しなければならないということになる。⁽⁴²⁾つまり、法益というカテゴリと社会倫理というカテゴリは双方向的な関係に立つといえるであろう。すなわち、社会倫理なくして法益の定立はできない一方で、法益を何とするべきかを考えることなくして、社会倫理の具体的内容を合理的に説明することもできないのである。

(42) Max Weber, Die Typen der Herrschaft, Max Weber-Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 23, 2013, S. 455 f. (邦訳として、マックス・ウェーバー（濱嶋朗訳）『権力と支配』（講談社、2012年）参照）では支配の一類型である合法則的支配について説明されているが、そこでの法について以下のような説明がされている。「任意の法が約定または欽定によって合理的に、つまり目的合理的または価値合理的に（あるいは両者を合わせて）制定され、少なくとも団体の構成員による順守を要求するが、しかし、通常その遵守はその団体の権力領域の範囲内で（地域団体の場合には、地域内で）団体秩序によって重要であると表明された社会的関係に入り、または社会的に行為する人間によってもなされる」（傍点は筆者）。そこでは、制定法は目的合理性及び価値合理性による決定の産物であるとされている。そして、目的合理性と価値合理性にどれだけ比重を置くかは、善い心情を持ち続ける心情倫理と、自身の決断から生じる結果への責任を痛切に感じる責任倫理の間の克服しがたい緊張関係の中で決まることになる（Vgl. Max Weber, Politik als Beruf, Max Weber-Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 17, 1992, 227 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）。

(43) Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Max Weber-Gesamtausgabe, Abt. I, Bd. 22-3, 2010, S. 241 (邦訳としてマックス・ウェーバー（世良晃志郎訳）『法社会学』（創文社、1974年）参照）によれば、「法……は、決して経済的な利益だけを保障するのではなく、極めて様々な利益を、すなわち、個人の安全性の保護というような通常は最も基本的な利益から、自分の「名誉」や神的諸力の「名誉」というような純粋に理念的な財に至るまでの、さまざまな利益を保障している」。ここでは、法が保護すべき利益の限界に関する言及は実質的に存在していないように見える。

以上で述べてきたことに鑑みれば、実質的に違法な行為とは、この規範意識と矛盾する行為であるが、それはその法益の侵害と関連させて説明されることになる。それゆえ、主観的要素についても、それを違法要素として位置付けようとする場合、法益侵害との関係性が明らかにされなければならないのである。もっとも、傾向犯のように(九大法学125号2頁以下参照)、行為者の性格的危険性によって法益侵害との関連性を肯定してはならない。⁽⁴⁵⁾このような性格的危険性によって可罰性を基礎付けた場合、それは心情刑法に陥ることになるからである(九大法学124号37頁以下参照)。あくまで法益侵害と関連する対象は行為者ではなく、行為なのである。

第2款 責任の基礎付け

前款的検討より、ある主観的要素が法益侵害とは関係しない場合、それは違法要素とはなり得ないということにある。それでは、その場合その主観的要素は責任要素として位置付けられ得るのか、について以下で述べていく。そこでは当然、責任の本質に関する議論を展開しなければならない。もっとも、前節で述べてきたように、責任の理解は刑罰の理

(44) 青井秀夫『法思考とパターン ― 法における類型へのアプローチ ―』(創文社、2000年) 61頁以下によれば、人間は世界を、言語を用いずに常識的思考によってある程度把握することができる(これをゲシュタルト知覚という)とする。しかし、それは仮説的な再構成であり、その再構成には複数の可能性が併存しているものである(70頁)。それゆえ、「主体の側の立脚点や意識状態」、特に「文化的情意的ファクター、即ち評価・価値判断そして期待」といったものが世界を再認識するためのふりとして機能しているのである。

(45) 拙稿「主観的違法要素と客観的行為の関係について(1)」九大法学118号(2020年) 83頁では、強制わいせつ罪(刑法旧175条)を傾向犯と理解していた。この記述は執筆当時、傾向犯の概念についての検討が十分でなかったことに由来している。もっとも、性的意図を性的自由への侵害のための必要な要件と解することは、決して行為者の性的傾向の危険性を問題にすることを意味するものではないであろう。

解と密接に結びついて議論されてきたのであるから、まずは刑罰の本質についてどのように理解しなければならないのかという問題から出発することとする。

（1） 刑罰の基礎付け

刑罰は過去の行為を理由として有罪宣告者に対して課される法的な強制力としての性格を持っている。他方で、法は個々人の自由に奉仕するとも言われている。そこで、なぜ自由に奉仕する法が刑罰という強制手段によって個人の自由を制約することが許されるのかが問題とされるのである。

まず、「法が自由に奉仕する」とはどういうことを確認する。ここでの「自由」とは、欲求や衝動のままに行動し得ることではなくて、むしろその欲求や衝動から独立して、何を善として行動すべきかを自分で決定し得る自律性と理解しなければならない。⁽⁴⁶⁾ 欲求それ自体に法の根拠を求めると、衝突する複数人の利害を調整する法は何を究極的な拠り所とすべきかを見失うことになるであろう。個人が自律的に自分の行為を決定する際に重要なことは、その行為の格率を万人が実践し得るか（普遍化し得るか）⁽⁴⁷⁾ ということである。というのも、善の基礎となる道徳法則は自然法則と同じように万人に妥当し得るものでなければならないからである。⁽⁴⁸⁾

(46) Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, Kant's *gesamelte Schriften*, Bd. IV, 【以下、GMS】 S. 446 f. 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。このような意味での自由を保障することを法の目的とする見解として、飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂、2016年）91頁。また、Rainer Zaczyk, *Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens*, *Festschrift für Albin Eser* (hrsg. von Jörg Arnord usw.), 2005, S. 213 f. (ライナー・ツァチク（飯島暢訳）「人間的な刑罰における正義の根拠付けについて」香川法学25巻1・2号（2005年）113頁）によれば、当為は法的当為として国民の意思によって形成されるべきであり、その意思は他律を表すのではなく、個々人の自己決定と結びついていなければならない。

したがって、個人が自律的に行動するためには、常に自分以外の他者を念頭に置かなければならない。⁽⁴⁹⁾ しかも、その他者も自分と同じように自律的に行動する主体として想定されることになる。それゆえ、自律的に行動する者は、自己のみならず他者をも目的それ自体として尊重しな

(47) GMS. (Anm. 46), S. 421 (「汝の格率が普遍的法則となることを汝が同時に意欲することができるような格率にのみ従って行為せよ。」), S. 434 (「それと両立し得るような、それが普遍的法則であるような方法以外での格率に従って、行為すべからず。つまり、意志が自身を自らの格率によって同時に普遍的立法者として観ることができような方法以外での格率に従って行為すべからず。」), S. 436 (「それ自体が同時に普遍的な法則となるような格率に従って行為せよ。」)。さらに Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, 1788, Kant's gesammelte Schriften, Bd. V 【以下、KpV】, S. 30 (「汝の意志の格率が常に同時に普遍的立法の原理として妥当し得るように行為せよ」)。KpV. の邦訳として、カント (中山元訳) 『実践理性批判 1・2』(光文社、2013年) 参照。

(48) GMS. (Anm. 46), S. 421 (「汝の行為の格率が汝の意志を通じて普遍的な自然法則として妥当するかのように行為せよ。」), S. 437 (「同時に自分自身を普遍的な自然法則として対象に持ち得るような格率に従って行為せよ。」)。

(49) 加藤泰史「普遍化の論理と相互承認の倫理」現代思想22巻4号(1994年)346頁以下によれば、Kantの定言命法の中にすでに「相互承認論的な問題構制を読み取ることが可能なようにみえる」。もっとも、カントは定言命法において「他者」を暗黙の前提としているだけであって、その必然性は説明されていないとする。この「他者」の問題を自覚的に論じたのは Fichte であると言われている。Johann Gottlieb Fichte, Grundlage des Naturrecht nach Principien der Wissenschaftslehre, Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke, Bd. 3, 1845 【以下、GN】, S. 17 ff. (邦訳として、藤澤賢一郎ほか訳『フィヒテ全集・第6巻』(理想社、1995年)1頁以下参照)によれば、自我は自分自身を自己反省(A)の客体(B)とするのであり、同時に(B)を有限的な存在として定立する。したがって、自我は同時に(B)を制限する他の客体(C)も定立することになる。しかし、この時、自我は自身の自由な働きによって(C)を定立したにもかかわらず、(C)によってその自由な働きを制限されるという矛盾が生じることになる(S. 18 ff., 30)。そこで自我は(C)を、自身に対して自己反省するように「促し」(aufordern)てくる知性を持った能動的な他の主体として見ることで、自我の自由な活動と客体(C)の対立を解消しなければならないのである(S. 32 f.)。こうして、自我は自己と同様の理性的存在者である「他者」(他我)を前提としなければならないとされたのであった(S. 36 ff.)。Fichteの相互承認論についてはさらに、高田純「フィヒテの

なければならないのである。⁽⁵⁰⁾つまり、自己も他者も自分で善を決定する主体として、内的な絶対的価値である「尊厳」(Würde)を有していると認められなければならない。⁽⁵¹⁾このようにして、自己と他者は道徳という普遍的法則を通じて関係し合うのであり、その関係は相互的にその自律性を承認し合う関係となるのである。⁽⁵²⁾

承認論（1～3）」札幌大学教養部紀要33号（1988年）1頁以下、同34号（1989年）63頁以下、同37号（1990年）19頁以下参照、権左武志「フィヒテ相互承認論の構造とその意義——『自然法の基礎』(1796/97年)を中心として——」理想655号（1995年）110頁以下、下城一「現代哲学の基礎・物的世界観から相互承認的世界観へ——フィヒテ『自然法』論文の意義」東洋女子短期大学紀要31号（1999年）83頁以下等参照。

(50) GMS. (Anm. 46), S. 429 (「汝の人格及び他の全ての人格のうちに存する人間性を常に同時に目的として扱い、決して単なる道具として扱わないように行為せよ。」), S. 433 (「というのも全ての理性的存在者が従う法則は、全ての人が自分自身と他者を決して単なる道具としてだけではなく、むしろ同時に目的それ自体として扱われるべきというものだからである。」)。

(51) GMS. (Anm. 46), S. 428.

(52) 「相互承認」という理論を完成させたのは Hegel と言われている。Kant において人間の尊厳の尊重から始まって、Fichte が「他者」の必然性を明らかにすることで承認論は発展したが (GN. (Anm. 49), S. 8, 41 ff.)、Fichte の承認論はなお権利の尊重や保障に限定されたものであったとされている (高田純『ヘーゲル承認論の射程——格差・分断の時代に抗して』(こぶし書房、2023年) 18頁)。Hegel は Fichte の承認論を受容しつつもより存在論的な観点から独自の承認論を発展させている (Hegel における Fichte の影響については、高田前掲51頁以下参照)。Hegel によれば、生命は欲望を持つが、その欲望とは「己に対し自立した生命として提示される他者を廃棄することによってのみ、自己自信を確信」という内容を持つ (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Phänomenologie des Geistes, 1807, Gesammelte Werke, Bd. 9, S. 107. 邦訳として山口誠一編『ヘーゲル全集 第8巻 2』(知泉書館、2025年) 参照)。したがって、自己は他者なしに自立的ではあり得ないのであり、欲望の対象である他者を否定し尽くしてしまえば、自己の自立を確証してくれる他者が存在なくなってしまう。そこで、人間の欲望は、他者が自己の自立を承認すること、つまり他者が自身で自己否定することを求めるのである (S. 108)。もっとも、この他者も自己否定を遂行するものとして同様に欲望を持った存在でなければならない。それゆえ、他者も同じように自己を欲望の対象とする存在として承認しなければならないのである。すなわち、自己が他者に承

そして、「法が客観的妥当性及び無条件の拘束性を要求するならば、道徳法則の下での自由は法論に対しても受け入れられなければならない、法の法則はその名宛人を人格として、その名宛人の行為を所為として、つまり道徳法則に従うものとして見なければならない⁽⁵³⁾」。確かに、法は外形的な合法性で持って満足する点で、義務に基づいた動機をも要求する道徳とは異なる(九大法学124号11頁以下参照)。しかし、法が道徳と違って、外的な合法則性のみで満足せざるを得ないのは、法が外的強制力を持つ規範であって、その強制力でもって特定の動機を強制することは原理的に不可能であるからである⁽⁵⁴⁾。したがって、法と道徳が区別されるべきとしても法が道徳法則と無関係であるわけではなく、むしろ法の正当性は道徳法則に依拠しなければならないのである⁽⁵⁵⁾。そして、道徳法則は自由の法則なのであるから、法的権利や法的義務は自由を基礎として導かれるのである⁽⁵⁶⁾。

認を求める前提として、自己が他者を承認しなければならないという相互承認に至るのである(S. 110)。以上のHegelの承認論は単なる道徳的あるいは法的な義務を超えて、互いの生活を保障するという意味で現実的な社会関係、とりわけ経済基盤を形成している点で特徴的であると言われている(高田前掲23頁以下参照)。

- (53) Wolfgang Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, 3. Aufl., 2007, S. 92. 邦訳としてW・ケアスティング(船場保之/寺田俊郎監訳)『自由の秩序——カントの法および国家の哲学』(ミネルヴァ書房、2013年)参照。KerstingのようにKantの道徳法則と法論の必然的な繋がりを主張する見解をKant研究では「連続テーゼ」(Kontinuitätsthese)と言い、これに対して法論は道徳法則と独立に成立し得るとする見解を「独立テーゼ」(Unabhängigkeitsthese)という。両者の議論については石田京子『カント：自律と法——理性批判から法哲学へ——』(晃洋書房、2019年)14頁以下参照。なお、石田も「連続テーゼ」に依拠する(39頁)。
- (54) Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. VI【以下、RL】, S. 239, 381. 邦訳として樽井正義/池尾恭一『カント全集11』(岩波書店、2002年)参照。
- (55) 三島淑臣『理性法思想の成立——カント法とその周辺——』(成文堂、1998年)292頁によれば、「カントにとって、法や法律学は倫理ないし道徳と根底において繋がったものであり、両者の関係は〈統一における区別〉とでも名付けられるべきものであった」。また、Otfried Höffe, *Immanuel Kant*, 7. Aufl., 2007, S. 221では、

それゆえ、法的強制としての刑罰も自由の法則に基づいて正当化されることになる。⁽⁵⁷⁾ この自由の法則によれば、何人も単なる道具として扱われてはならないのであるから、刑罰も社会防衛あるいは犯罪抑止といった目的のための単なる手段として行為者を扱ってはならない。したがって、刑罰は行為者の自由の中においても基礎付けられるべきなのである。⁽⁵⁸⁾

それでは、どのような場合に刑罰が行為者の自由の中においても基礎付けられていると言えるのであろうか。本章第2節第4款(3)で見たように（九大法学125号43頁以下）、個人の自律性を法の出発点とおいた場合、法は自律した存在同士の相互承認関係に基づいて成立しているのであった。相互承認関係においては、自己が他者によって自由な存在として承認される前提として、自己が他者を同じように自由な存在として扱わなければならない。⁽⁵⁹⁾ それゆえ、犯罪行為によって相互承認関係を否定した者は、自身の自由をも否定することになるのである。

この自己否定によって、犯罪行為者は自己矛盾に陥ることになる。つまり、本来犯罪行為者も理性的存在者であって、自身の行為を通じて自身の格率を普遍化しようとしていると見られなければならない。⁽⁶⁰⁾ もっとも、相互承認関係を否定し、自己を他者に対して優位な立場に置こうと

「Kantの法概念の中には、それによってあらゆる実定法がその正当性において判断されるところの基準が潜んでいる」とした上で、「この基準は法論の分野において、道徳領域（徳論）における定言命法と元来対をなすものである。この基準は、定言命法が自身の格率を伴う個人の意志を義務付けるのと同じように普遍的法則性の上に外的自由の共同体を義務付けているのである」と述べている。

(56) RL. (Anm. 54), S. 239.

(57) 法の目的と刑罰の目的は一致しなければならない（飯島前掲注（46）89頁以下）。

(58) Michael Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 12によれば「絶対的な刑罰の基礎付けという不可欠な課題は先に想起された諸要請——つまり行為者主体のためにも、そしてこの者に対しても客観的一般的に妥当させながら刑罰と量刑決定根拠の独自性を確保するという要請——を伴うのであり、それゆえそこでの法的理性（正義）と目的合理性の対立は一時的なものではない」（傍点は筆者）。

(59) 脚注（49）及び（52）参照。

する格率⁽⁶¹⁾はおよそ普遍化不可能である。というのも、そのような格率が普遍化した場合、行為者自身の自由さえも否定されるからである。犯罪行為者はこのような自身の矛盾を解消するために、この格率が普遍的法則となったときの必然的な帰結を自分で引き受けなければならない⁽⁶²⁾。つまり、行為者は自身の自由を制約されなければならないのである。

以上のように、刑罰は行為者自身の矛盾の解消、自由の回復という側面を持つが、他方で客観的な法関係をも回復する制度でもある。すなわち、犯罪行為において、行為者は自身の格率の普遍的な妥当性を主張している⁽⁶³⁾ので、その行為者から別の主体へと一般化する傾向がある。したがって、刑罰はその格率の妥当性を否定することで法関係の妥当性を主

(60) Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, Hegel-Gesammelte Werke 14, 1【以下、GW. 14, 1】, § 100. 邦訳として、ヘーゲル (藤野渉 / 赤沢正敏訳)『法の哲学 I』(中央公論新社、2001年) 参照。

(61) Uwe Murmann, Vergeltungsbedürfnis und Strafrecht — Was sind die angemessenen Antworten auf das Verbrechen?, Das sogenannte Böse — Das Verbrechen aus interdisziplinärer Perspektive (hrsg. von Jörg-Martin Jehle), 1. Aufl., 2020, S. 330によれば、「行為者は法を侵害することで、自身を他の法共同体構成員よりも上位に位置付ける要求を行っている」。

(62) Vgl. GW., 14, 1 (Anm. 60), § 100, Köhler, a. a. O. (Anm. 58), S. 35.

(63) Köhler, a. a. O. (Anm. 58), S. 33, 58 f. このことは、本章第2節第3款(1)で紹介した規範確証型の積極的一般予防論が刑罰の現実的必要性を論証するために特に強調していた点であるように思われる(九大法学125号32頁、33頁脚注(132)参照)。このような刑罰の現実的な必要性は Hegel の刑罰論においても見てとることができる。Hegel の承認論によれば、相互承認関係は単なる道徳的あるいは法的な義務を超えて、実社会におけるあらゆる人間関係(特に経済)の土台となっているのであるから(脚注(52)参照)、その承認関係を侵害することは現実にある社会関係の侵害となるのである。そして、これを回復させることには現実社会にとって重要な意味を持つのである。重松博之『ヘーゲル承認論と法』(成文堂、2021年)によれば、「承認存在」と犯罪者との間の「闘争」である(181頁)と同時に、「刑罰の本質は……承認存在の回復」と言うことができる(183頁)。そして、ここで「闘争」および「回復」の対象となっている「承認存在」とは、「法的関係にとどまらず、様々な社会的諸関係を通じた動的な運動」(171頁)を意味しているのである。

張しなければならない。⁽⁶⁴⁾

以上のように、法を自律性に基づいて基礎付ける場合、刑罰を経験的な目的合理性に基づいて正当化する試みは原則的に拒否しなければならない。消極的一般予防論のように刑罰を一般人に対する威嚇として捉える見解は、人を動物のように扱っているという批判が妥当することは周知の通りである。したがって、一般予防論を採用する見解として有力なのは、規範意識の強化や維持といった観点である。もっとも、これに対しても、刑罰法規によって新たな規範意識の創設を目的としているのならば、刑罰法規で持って人々の心理に働きかけているので、威嚇と本質的に変わらないのではないであろう。⁽⁶⁵⁾ また、このような行動統制は、せいぜい行為規範が有すべき機能であって、刑罰が担うことができるものではない。⁽⁶⁶⁾

他方で、同じく予防を目的とする見解でも特別予防論については、自律性の観点との両立可能性が指摘されている。⁽⁶⁷⁾ つまり、行為者を更生し、社会復帰させることを目的とするならば、行為者も他の社会構成員と同等に扱うことにもつながってくるであろう。⁽⁶⁸⁾ もっとも、特別予防目的を強調したとしても、刑罰が過去に行われたことを前提とした害悪賦課で

(64) WG., 14, 1 (Anm. 60), § 99によれば、刑罰によって「(犯罪者の特殊的な) 意志を侵害することは、そうでなかったら妥当することになるであろうところの犯罪行為を廃棄することであり、正ないし法を回復することである」。このように刑罰が法の客観的妥当性を回復させるものとして理解する発想は規範確証型の積極的一般予防論が依拠する理論である。とりわけ、Hegelの応報刑論を規範確証型積極的一般予防に近いものと評価する見解として、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察（4・完）——日本とドイツにおける刑罰理論の展開——」立命館大学法学344号（2012年）171頁。

(65) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, Philosophische Bibliothek, Bd. 124 (hrsg. von Georg Lasson), Zusatz zu § 99, S. 310. 邦訳として藤野／赤沢訳前掲注（60）参照。

(66) 中村悠人「刑罰目的論と刑罰の正当化根拠論」現代法学28号（2015年）183頁。

(67) 飯島前掲注（46）75頁。

あるから、特別予防目的のみで刑罰を正当化することは困難である。⁽⁷⁰⁾ 特別予防目的が刑罰論の中にどのように位置付けられるのかはなお議論の多いところではあるが、責任非難はあくまで上述の通り行為者の自由の回復および客観的法関係の回復の観点から基礎付けられるべきである。

(2) 責任論における心情の位置付け

本款(1)で述べたように、行為者は犯罪行為を通じて、法関係を否定する格率(不法格率)を普遍化しようと試みているのであり、刑罰はこの格率を再否定しなければならない。したがって、刑罰は行為者の不法格率に応答していると言えるのである。⁽⁷²⁾ それゆえ、この不法格率こそが刑

(68) 応報刑論の論者として知られる Kant も実は予防目的も主張していたことが明らかになっている。KpV. (Anm. 47), S. 37では、「あらゆる刑罰それ自体においてまず正義が存在しなければならず、その正義がこの概念の本質的なものを構成する」としつつも、直後で「その正義には確かに慈悲深さが結びつき得るが、当罰的な者はその行いからしてそのような慈悲を期待する理由は全くない」(傍点は筆者)と述べている。さらに、Immanuel Kant, Reflexionen zur Moralphilosophie, Kant's gesammelte Schriften, Bd. XIX, S. 303では、あらゆる刑罰を矯正または見せしめとして実用的なものにすることは義務であるとすら述べるに至った。Kant における刑罰論と予防目的の関係について言及する文献として、飯島前掲注(46) 59頁以下、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察(3) — 日本とドイツにおける刑罰理論の展開 —」立命館法学343号(2012年) 135頁以下、田中成明『カントにおける法と道徳と政治 — カント「法」哲学読解試論ノート』(有斐閣、2023年) 169頁以下、三島淑臣「カントの刑罰理論(一)」法政研究51巻3/4号(1985年) 199頁以下、210頁以下、城下健太郎「カントの刑罰的正義論」法政研究86巻3号(2019年) 205頁以下など参照。

(69) 例えば、城下裕二『責任と刑罰の現在』(成文堂、2019年) 3頁によれば、「積極的特別予防は、犯罪行為者の主体性を尊重しつつ、社会生活の再建(への援助)ないし社会構成員としての共生を可能にすると同時に、憲法の規定する個人の尊重(13条)、国民の生存権(25条1項)、国の社会保障の義務(25条2項)とも適合するものである」。また、杉山和之「犯罪論と刑罰論との調和 — 積極的一般予防論に対する批判的考察 —」日本大学大学院法学研究年報36号165頁も特別予防論は「あくまでも行為者の社会復帰という利益に向けた必要最小限の害悪」と述べている。

事責任の直接の基礎とならなければならない。第1章第4節第3款（九大法学123号52頁以下、特に58頁以下）で述べたように、刑法学において格率は心情と言ひ換えることができるので、ここでの不法格率は「法的に誤った心情」と表現することもできる。

そこで以下では、刑事責任を基礎づけるとされてきた諸要素がこの心情の中にどのように位置付けられるのかを検討していく。まず、心情という概念が「自由」を前提としている点で責任非難の基礎となりうる性格を有している。つまり、心情は行為者が自身に立てた格率であり、格率という言葉のうちにすでに自由が内包されているのである。⁽⁷³⁾ もっとも、ここでの自由とは「選択意志の自由」を指している。⁽⁷⁴⁾ 格率の普遍化可能性を道徳的評価の基準とした Kant において、「意志」(Wille) とは道徳法

(70) 松原芳博「刑罰の正当化根拠としての応報——刑法学の視点から——」日本法哲学界編『応報の行方〔法哲学界年報2015〕』（有斐閣、2016年）65頁によれば、「現在の目的刑論は、苦痛の賦課を内容とする前述の刑罰の定義〔国家によって意図的に加えられる、過去の違法行為への非難を伴った害悪〕を前提とするもの」(〔〕内は筆者)であるとして、「帰結主義的な応報主義」と評価している。

(71) 近年「〔責任と予防〕の相剋」について論じた文献として十河隼人「刑罰論の概念的・方法論的考察（1～2・完）——相対的応報刑論の再検討——」早稲田法学会誌71巻1号（2020年）175頁以下、同71巻2号（2021年）293頁以下参照。

(72) Murmann, a. a. O. (Anm. 61), S. 330. したがって、刑罰にはコミュニケーション的な性質があると言えるであろう。近年では、表出的刑罰論の議論によって刑罰のコミュニケーションの性質が主張されている。すなわち、このような見解では、犯罪と刑罰は一連のコミュニケーション行為として捉えられ、刑罰は犯罪行為に対する否定的な判断を表明する手段として位置付けられている。このコミュニケーションは行為者、被害者、ひいては社会一般を名宛人にして展開されており、そこでは刑罰を受ける行為者もまた意味を理解する能力を持った自律の人格として尊重されることになる。表出的刑罰論については、竹内健互「刑罰のコミュニケーション的機能について——表出的刑罰論は第三の選択肢となり得るか——」伊東研祐ほか編『市民的自由のための市民的熟議と刑法〔増田豊先生古稀祝賀論文集〕』（勁草書房、2018年）261頁以下、中村悠人「刑罰と「コミュニケーション」——ドイツにおける刑罰論の展開を中心に——」刑法雑誌63巻2号（2024年）184頁以下参照。

則に従う実践理性そのものであって、感官的刺激によって規定される余地がないものである。⁽⁷⁵⁾これに対して、「選択意志」(Willkür)とは「客体を実現するために行為することができるという意識」と結びついた、「任意に行動する能力」であり、それは感官的刺激によって完全には規定されないものの、⁽⁷⁶⁾触発され得るものとして理解されている。したがって、選択意志は感官的刺激による影響を受けつつもなお道徳法則へと決定し得る余地が認められているのであって、その意味でなお自由であるとされている。⁽⁷⁷⁾

以上の記述において、いわゆる他行為可能性が念頭に置かれていることがわかる。したがって、自由意志の存在を肯定した上で、他行為可能性を責任非難の基底に据える道義的責任論⁽⁷⁸⁾にとって、心情を責任概念の⁽⁷⁹⁾

(73) Immanuel Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, 1793, Kant's gesammelte Schriften, Bd. VI, S. 21. (邦訳として飯島宗享 / 宇都宮芳明訳『カント全集・第9巻「宗教論」』(理想社、1974年)参照)によれば、「悪の根拠は、選択意志を傾向性によって規定する客体のうちではなく、つまり自然衝動のうちではなく、選択意志が自らの自由を使用するために自己自身に設ける規則のうちのみ、すなわち格率のうちのみ、存することができるのである」。

(74) RL. (Anm. 54), S. 226 (「意志から法則が生じ、選択意志から格率が生じる。」)。

(75) RL. (Anm. 54), S. 213.

(76) RL. (Anm. 54), S. 213 f.

(77) Immanuel Kant, Vorarbeiten zur Einleitung in die Metaphysik der Sitten, Kant's gesammelte Schriften, Bd. XXIII, S. 249 (「それゆえ、選択意志は法則が命令することをしたりしなかったりするという意味で自由である。」)。

(78) Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., 1787, Kant's gesammelte Schriften, Bd. III. 【以下、KrV】, S. 375 f. (邦訳として、カント (中山元訳)『純粹理性批判 1～7』(光文社、2013年)参照)では、「悪意を持った虚言者」に責任を帰属させる際、「その人の行動は全く別の形で規定されることができたはずであり、規定されるべきだった」と述べられている。

(79) 小野清一郎『刑罰の本質について・その他』(有斐閣、1955年)95頁、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社、1990年)12頁、大谷前掲注(13)38頁は、行為者は環境や素質によってある程度決定されつつもなおおその中の自由を有するという「相対的意志自由論」の立場をとる。

中に受け入れることは比較的容易であるように思われる。さらに、自由意志の存在を科学的証明することができないとしても、規範が要請するフィクションとして自由意志を擬制する立場からしても他行為可能性に基づく責任非難が想定されているので、同様であろう。問題は、意思決定論に立脚した場合に、心情を責任概念に据えることができるかということである。とりわけ、近年脳神経科学の見地から人間の意志が脳神経によって決定されているとする実験結果（リベット実験）が提示され、それに基づいて責任刑法を否定し、もっぱら保安処分を主張する見解が有力に主張されている⁽⁸⁰⁾。

(80) 井田「総論」・前掲注(22) 391頁、西原春夫『刑法総論——改訂準備版(下巻)』(成文堂、1995年) 439頁。また、増田前掲注(21)は「認識論的非決定論」(epistemischer Indeterminismus)を主張している。すなわち、決定論の世界像が正しいとしても我々は未来の出来事を正確に知ることはできず、常に不測の事態が起き得るのであって、自由意志はそのような不測の事態において問題となるとされる(468頁以下)。つまり、完全に知り得ないという意味において「未来は開かれており、われわれは別様の可能性(複数の選択肢)を有している(ように見える)」のである(469頁)。

(81) この実験は1983年にアメリカ合衆国で行われた脳活動に関する実験である(ベンジャミン・リベット(下條信輔/安納令奈訳)『マインド・タイム——脳と意識の時間』(岩波書店、2021年) 171頁以下参照)。まず、被験者の頭皮に電極を取付け、オシロスコープの時計を観測させる。この時計は光の点を秒針としており、1周2.56秒で回っている。被験者にはいつでもやりたい時に指を曲げること、及びその際、指を曲げる意思が生じた時に時計上にある光の点の位置を覚えて、後ほどこれを報告することを指示されている。これによって、指が曲がった身体運動時点、指を動かす意思を認識した時点(W)を測定し、そして被験者に取り付けられた電極による情報から、脳活動の電位変化(準備電位: RP)を測定した。この実験の結果は、RPは実際の指の運動の約550ミリ秒前に生じており、Wは指の運動の約150ミリ秒前に生じている、というものであった。つまり、この実験結果から、意志が生じる前にすでに身体運動へとつながる準備電位が脳内に生じている、すなわち意志は自由ではなく脳内の準備電位の発生によってすでに決定されていると結論づけられたのである。もっとも、それでも100～200ミリ秒間だけ準備電位から意思決定までの過程を取り消すことはできるとしており、完全な自由意志の否定には至らなかった。

もちろん、この実験結果に対しては批判も多く、脳神経による決定論が経験的に実証されたと評価すべきかどうかについてはなお慎重な判断を要するであろう。⁽⁸³⁾しかし、リベット実験は経験科学的方法論を出発点としており、これに対して「信頼に値する形でこれらの主張に正面から対峙するという課題」が刑法学に突きつけられていると評価されることもある。⁽⁸⁴⁾このような経験科学からの示唆もあり、意思決定論に基づきつつ刑事責任論を展開しようと試みる見解もまた有力である。⁽⁸⁵⁾

この様な見解においても、決定論を前提としつつ実は他行為可能性が全く念頭に置かれなければならないわけではない。もっとも、ここでの他行為可能性は現実⁽⁸⁶⁾にその行為を選択し得た、あるいは決意し得たということではない。むしろ、現実に行われた行為の意味を確定するためには、一定の他

(82) Wolf Singer, Der Beobachter im Gehirn, 2002, 54ff.

(83) 例えば、松村格『自由意思と刑事責任——脳科学を顧みて』(八千代出版、2017年) 225頁によれば、人間の活動は自動的なものと分析的なものとの混合体であり、我々の精神状態が自身の行為と全く関係ないと考えることが困難であることに鑑みると、リベット実験の被験者は、指や手首を動かしたその瞬間、明確にそのことを意識していなくても、その動き自体は一連の意図的な行動の一瞬だったとも考えられ得る。また、神田宏「脳科学・意思自由・刑法学——現代によみがえる意思自由論争?——」近畿大学法学55巻4号(2008年) 50頁以下によれば、「自然発生的に生ずるプロセスそれ自体の解明がなされないことは、たとえばこれに遡る時点で『観察できない』意思活動の存在を仮定する余地を拭いきれない」とされる。

(84) 岡上雅美「脳科学の進展と応報主義の行方」法哲学年報(2015年) 81頁。岡上は、近時の科学的な実験結果によって、不可知論の立場はもはやとることができなくなったと評価している。

(85) このような試みとして、真鳥爽「刑事責任論における両立可能論の再定位」一橋法学22巻3号(2023年) 1459頁以下(本論文に対する書評として松宮孝明「刑事法学の動き」法律時報96巻4号(2024年) 129頁以下)、松村格『刑事責任問題の核心——意思の自由と脳科学——』(八千代出版、2023年)、上田正基「自由なき世界に刑罰はあり得るか?——自由意志と(刑事)責任の関係について(1~3)」神奈川法学56巻1号(2023年) 89頁以下、57巻1号(2024年) 105頁以下、57巻3号(2024年) 1頁以下等参照。

行為が対象項として想定されなければならない、その前提として「他行為が可能であったこと」が要請されているのである。⁽⁸⁷⁾つまり、そこで問題とされているのは、期待可能性ということになる。そこでは、行為者の生理的物理的な能力を前提としながらも、法の想定する平均人の側から見て適法行為がなお期待しうる場合に行為者は自由であり、責任を負い得るということになる。⁽⁸⁸⁾

以上より、意思決定論に立って上でも他行為可能性の概念に一定の意

(86) 他行為可能性の意味については、Harry G. Frankfurt による反例以来盛んに議論がなされてきた（Frankfurt の反例については、瀧川裕英「他行為可能性は責任の必要条件ではない」大阪市立大学法学雑誌55巻1号（2008年）33頁以下参照）。Frankfurt が想定した事例とは、Xはある時点tにおいてYを意図的に殺害したが、たまたま同じくYを殺害しようとしていたZは、tにおいてXが仮に殺害しようとしなかった場合に特殊な装置を用いてXにYを殺害するように決心させるように仕掛けを施しておいたという事例である。この様な場合において、XはYを殺害しようとしなくても、Zの仕掛けによってY殺害へと仕向けられたのであるからXには他行為可能性がないとされるものの、Xは自分の意思に基づいてYを殺害しているため、その殺害につき責任があるとされた。すなわち、この事例は他行為可能性を責任の前提とする原則を否定するための反例とされたのである。これに対する反論の一つとして、Xはtの時点で他行為を決意することができたという意味で「別様の決意可能性」といった弱い形での別様の可能性が主張された。「別様の可能性」の意味については、増田前掲注（21）403頁以下、島田美小妃「自由意思論と神経科学——脳についての神経生物学的知見を契機として——」大学院研究年報38号（2008年）230頁以下等も参照。

(87) 瀧川裕英『責任の意味と制度——負担から応答へ——』（勁草書房、2003年）80頁、同前掲注（86）47頁。瀧川は現実の行為の意味を確定させるために想定される他行為可能性として「意味的他行為可能性」という語を用いている。

(88) 中村悠人「責任と決定論についての小考」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2016年）250頁。佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（有斐閣、1981年）289頁以下は期待可能性の標準を行為者基準に立って判断した場合、一切の責任非難が不可能になるとした上で、平均人基準に帰着する。期待可能性の判断においては「行為者がそのもとで態度をとるに至ったところの行為事情の類型的把握」を前提としなければならないが、この把握において裁判官は「歴史的な現実の国家の基本構造または理念」という客観的な基準に立脚しなければならない。

義を認めることができるので、ここでも心情に基づいた責任論への可能性は開かれていると言えるであろう。⁽⁸⁹⁾ そうすると、続いて個別の責任の要素や前提が心情概念の中でどのように位置付けられるのかが問題となる。まず、心情は行為の格率として行為者が自身に対して自由に設定したものであり、第1章第4節第2款で見たように道徳法則への態度を示すものである(九大法学123号48頁以下参照)。したがって、そこでは行為者には善悪の判断に従って行動を制御する能力が生物学的・心理学的観点に照らして存在していなければならない。⁽⁹⁰⁾ すなわち、心情は責任能力を基礎としなければならないのである。⁽⁹¹⁾ 次に、行為者の心情においては、行為者が規範に従う可能性が認められなければならないが、それは当然規範に従う義務から規範に従う可能性でなければならない。⁽⁹²⁾ その意

(89) 実際に Kant 倫理学においても、その当時から主張されていた意志決定論が十分に念頭に置かれていたとされている。すなわち、Kant は「因果的な必然性があるにせよ、自由意志やそれに伴って道徳について考えることはなお可能であり、それどころか適切に定められた方法において考える必要さえある」ことを主張していたのである (Otfried Höffe, *Kants Kritik der praktischen Vernunft — Eine Philosophie der Freiheit* —, 2012, S. 88. 邦訳としてオトフリート・ヘッフエ(品川哲彦ほか訳)『自由の哲学 — カントの実践理性批判 — 』(法政大学出版局、2020年)参照)。

(90) 安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』(弘文堂、2006年)163頁によれば、「心神喪失・心神耗弱の判断に際して問題とされるべきであるのは、規範の要求を認識し、それに従って行動する能力の有無・程度であり、その判断は、精神の障害という生物学的事実およびそれが被告人の認識・制御能力にいかなる影響を与えていたかという心理的事実を前提としてなしうるものである」。

(91) Michel Köhler, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, 1997, S. 378によれば、「弁識能力とは、広義の意味においても、暫定的に支配的な計画(衝動、動機)に対抗して規範にとって重要な(法的)格率を自身の中で実現させ得ること、例えば状況によって引き起こされた憤怒の情動を規範に即して制御することを意味している」(傍点は筆者)。また、Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts — Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, S. 433も「責任能力が欠ければ、行為者は確かに行為はできて……、行為が法的に否定されるに値する心情に基づいていないゆえに、有責的ではない」(傍点は筆者)と述べている。

味で、行為者には自分が行おうとする行為が違法であるという意識を持つ可能性が認められなければならないであろう。⁽⁹³⁾

さらに、心情は行為の格率として、具体的な状況において具体的な行為を指し示す「第一秩序の格率」と、行為者の道徳法則への態度を内容とする「第二秩序の格率」という2つの層から構成されるのであった（九大法学123号46頁以下参照）。このうち、「第一秩序の格率」は「私は状況Sにおいて、行為Xをしよう」という形で表されるが（九大法学123号57頁）、このS及びXの内容が犯罪事実に該当するものであるならその「第一秩序の格率」は刑法上の故意を構成することになる。故意が認められる場合、「第二秩序の格率」においては、原則として法や法益を否定する敵対的な心情が看取されることになるであろう。⁽⁹⁴⁾ また、「第一秩序の格率」が犯罪事実の認識・意欲を含んでいない過失犯においても、「第二秩序の格率」

(92) Kantにおいても、自由とは決して何にも拘束、強制されずに選択できるという「無差別の自由」を意味するものではなかった（久呉高之「他行為可能性と自由」カント研究会（久呉高之ほか編）『自由と行為〔現代カント研究6〕』（晃洋書房、1997年）3頁）。むしろ、Kantが主張する人間の自由には方向があるのであって、それは「為すべし」によって定められた方向へ向けて「為しうる」自由に他ならない（脇坂真弥「未遂の道徳——カントの道徳哲学と人間の自由の問題——」現代思想49巻9号（2021年）140頁）。

(93) 法論においては外的に適法な行為があれば、その行為は合法的と評価されるのであるから、「法的に誤った心情」では、もっぱら法秩序に適った行為に出る可能性のみが問題となる。つまり、行為者にその行為について道徳的に問題があるといった意識だけでなく、少なくとも法的に是認されていないと言う意識を持つ可能性が認められることが刑事責任の前提となる。もっとも、それ以上に可罰的違法性の意識の可能性まで要求する見解が近年では多く見られている（高山佳奈子「故意と違法性の意識」（有斐閣、1999年）295頁以下。これに対して松原久利「違法性の錯誤と違法性の意識の可能性」（成文堂、2006年）44頁は違法性の意識の対象として「実質的違法性」を要求するが、刑法上の違法性や可罰性である必要はないとしている）。心情を責任論に位置付ける見解においても、刑事不法は他の法領域と違って法益の一般的妥当性を侵害しているという観点から（Köhler, a. a. O. (Anm. 91), S. 22ff.）、違法性の意識についても刑法規範との関連性を強調している（S. 402 ff.）。

を問題にすることができる。すなわち、結果予見可能性が認められるにもかかわらず、注意を怠り、結果を発生させた場合、法益に対する尊重が不十分であるという「第二秩序の格率」における欠陥が問題となる。⁽⁹⁵⁾

以上より、従来刑事責任を形成してきた諸概念は心情という概念の中に十分位置付けられ得ると言えるであろう。その上で、最後に各則で規定された特殊主観的要素が法益侵害との関連性を有さない場合に、なお心情要素として責任を基礎付け得るのかについて検討する。本款(1)で

(94) 故意責任の本質を「法益侵害の心情」と理解する見解として、小池直希「故意の提訴機能」の史的展開とその批判的検討(2・完)——心理的責任要素としての故意理解について——」早稲田法学96巻3号(2021年)112頁以下。なお、その114頁脚注(211)では、心情要素について詳細な議論を展開したEberhard Schmidhäuserの見解が引用されている。Schmidhäuserによれば、責任は「行為における行為者の、構成要件的に記述された法益侵害の精神態度(不法な心情)としての形式と内容」(ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, 1970, S. 283)を備えており、そして「故意性(Vorsätzlichkeit)は犯罪行為の要件として——過失も同じように——不法な行為の責任への主観的帰属を基礎付けている」(S. 307)。

(95) Jeschck/Weigend, a. a. O. (Anm. 91), S. 567によれば、過失犯においても責任非難は非難に値する法的心情(Rechtsgesinnung)である。その上で、「注意の欠如が、たとえば他者に対する無配慮、無関心、心掛けの欠如といった誤った心情、言い換えれば価値感情の機能的失敗に基づく場合」に過失犯の当罰性が肯定されるとした。さらに、過失犯において、法の要求する水準での、「構成要件実現回避への関心」の欠如を問題とする見解として松宮孝明「過失犯における近年の理論と実務」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務5』(成文堂、2023年)135頁(そこでは行為者の性格上の欠陥が責任非難の根拠となっている)もある。以上のような過失責任の理解はとりわけ、認識なき過失をも射程に置いた見解であるが、これに対して意思責任の観点から認識なき過失の不可罰性を主張する見解として、Michael Köhler, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982, S. 385 ff. がある。認識なき過失においては確かに「第一秩序の格率」の中に犯罪事実に関する契機が含まれていないようにも見えるが、近年では認識なき過失の可罰性を肯定する見解の中でも予見可能性の契機として「リスク情報の認識」を強調するものがある(小池前掲注(94)117頁以下、山本紘之『近代刑法原理と過失犯論』(信山社、2023年)33頁以下)。このような見解に立てば、認識なき過失においても「第一秩序の格率」の中にも犯罪事実に関する契機が含まれることになるであろう。

述べたように、刑罰は行為者の格率における矛盾を解消することで行為者の自由及び客観的な法関係を回復させるものであり、行為者の不法格率への応答としての性質を持つ。それゆえ、刑罰は行為者の格率がどれだけ法の立場から矛盾しているのかを表明しなければならない。したがって、責任の重さは行為者における「効力倒錯」の度合いに応じて決定されるべきである（九大法学125号50頁参照）。ここで問題となる心情要素もこの「効力倒錯」の度合いを基礎付ける要素として理解できるであろう。

先ほどの格率の形式に当てはめるならば、「第一秩序の格率」の形式における「状況 S」に、特定の目的⁽⁹⁶⁾や動機を有している状況を当てはめることになる。それによって、心情要素は行為の中で表現される行為者の心情の反価値性を詳細に特徴付けることができるのである⁽⁹⁷⁾。この心情のあり方は当然法的な観点から評価されるべきである⁽⁹⁸⁾。すなわち、行為者の心情が法の前提とする根本的な価値を否定するものである場合や法の効力をより一般的に否定する場合には、それだけ強い非難が可能となるであろう。例えば、利己的な目的のために他人を侵害することは人間を単なる道具とする心情の表れであり、人間の尊厳との矛盾を明確に示す格率であるゆえに、より強い非難に値するのである⁽⁹⁹⁾。

(96) 「目的」の概念について、この中に未必的認識をも含める見解があるが（金谷 暁「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成3年度11頁以下）、「目的」の原義からして、あくまで積極的意図を出発点としなければならない。もっとも、積極的に意図した結果とは別の結果が確実に発生すると認識された場合においても、その認識は積極的意図と「実現可能性の観点の下で一体のもの」と評価することができるであろう（玄守道「いわゆる目的犯にいう「目的」の範囲に関する覚書」赤池一将ほか編『土井政和先生・福島至先生古稀祝賀論文集——刑事司法と社会的支援の交錯——』（現代人文社、2022年）610頁参照）。

(97) Vgl. Eberhard Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, S. 217 ff., Brigitte Kelker, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, 2006, S. 527 ff.

(98) Johannes Wessels (fortgeführt von Werner Beulke/Helmut Satzger), *Strafrecht——Allgemeiner Teil*, 54. Aufl., 2024, S. 216.

(3) 「心情要素」の再定義

本稿ではここまで「心情要素」を「法益侵害との関わりが不明瞭な特殊主観的要素」と定義してきた(九大法学123号3頁)。しかし、法益侵害と関連しない特殊主観的要素も「法的に誤った心情」を基礎付ける限りで責任要素となり得ることがわかったゆえに、ここで改めてより積極的な定義を与えることとする。すなわち、「心情要素」とは、法益侵害との関連性を有さないが、「法的に誤った心情」を構成し、それによって行為者に対する非難可能性を高める特殊主観的要素である。⁽¹⁰⁰⁾

第3款 違法性と責任の関係

第1款、第2款では、違法性及び責任の内容を検討し、心情要素がどのようにして犯罪論の中で位置付けられるのかを明らかにしてきた。すなわち、主観的要素は法益侵害との関連性を示す限りで、主観的違法要素として位置付けられるが、そうでない場合には、行為者の「法的に誤った心情」を基礎付ける要素として位置付けることが可能なのである。もっとも、第2章第2節第3款で見たように、行為者の心情は個別の犯罪行為の中で十分に表現されたものでなければならない(九大法学124号37頁以下)。行為者の心情は十分に行為の中で表現されていればこそ、刑罰による応答の対象となり得るのである。⁽¹⁰¹⁾その意味で本章第1節3款(九大法学125号14頁以下)で紹介した見解の言うとおり、違法性が認められる行為は同時に行行為者の責任を表現するものでなければならない。

(99) これに対して、例えば、いじめや虐待への復讐や被害者の囑託がある場合のように、被害者側に落ち度や原因があったときには、行為者が一方的に被害者を道具にしたわけではないので、非難可能性は低くなるであろう(Vgl. Gunner Helmers, Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe (§ 211 Abs. 2 StGB), HRRS., 17. Jahrg., 2. Ausgabe, Februar 2016, S. 96)。

(100) 平野前掲注(28)128頁では、「心情要素」が主観的違法要素とは区別されている。平野によれば、それは「法益を侵害するような客観的事実を内容としていない主観的要素」であり、行為の法益侵害性には影響がないものとされている。

しかし、このような発想に対してはある種の犯罪徴表理論（symptomatische Verbrechenslehre）へと至るのではないかという指摘もあり得るであろう。⁽¹⁰²⁾ 犯罪徴表理論とは元々、特別予防論に立った上で、法益侵害、外界の事象としての犯罪行為は社会防衛の対象である行為者の危険な性格を認識する手段に過ぎないと理解する見解であった。⁽¹⁰³⁾ この見解は Liszt の見解をより先鋭化する形で Tesar および Kollmann によって主張されたものである。この見解によれば、結果発生の認識は通常人をして、その結果発生を阻止、回避するための感情を引き起こすが、実際に犯罪行為に及んだ行為者にはこの感情が欠落しているものであり、この点で行為者には結果の表象に対して非通常の反応が徴表されるのである。⁽¹⁰⁴⁾ この感

(101) GW. 14, 1 (Anm. 60), § 99 によれば、犯罪とは犯罪者の特殊な意志の「現存在」（Dasein）である。「現存在」とは「我々を取り巻いて存在する具体的諸物」である（川瀬和也『ヘーゲル再入門』（集英社、2024年）148頁、「現存在」については、さらに岩佐茂／島崎隆／高田純編『ヘーゲル用語辞典』（未來社、1991年）86頁以下参照）。つまり、犯罪において行為者の特殊意志は現実のうちに表現されたものでなければならないのである。「現存在」に関する詳細な記述については Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Wissenschaft der Logik, Erster Band. Die objective Logik*, 1812, Hegel・Gesammelte Werke 11, S. 59 ff. 邦訳として久保陽一編訳『ヘーゲル全集 第10巻1』（知泉書館、2020年）95頁以下、さらに岩佐茂／島崎隆／高田純編『ヘーゲル用語辞典』（未來社、1991年）86頁以下も併せて参照。

(102) 松原芳博「刑法における違法性と責任」伊東研祐ほか編『市民的自由のための市民的熟議と刑法——増田豊先生古稀祝賀論文集——』（勁草書房、2018年）95頁以下では、Lesch や Pawlik らの新しい主観的違法論を紹介した上で、「犯罪をもっぱらコミュニケーション的に規範否認の意味の表明」と捉える考え方に対して、犯罪と刑罰における事実的な側面の意義を看過する、全ての犯罪を規範の否認とする結果、未遂と既遂、危険犯と侵害犯の区別を喪失させるといった批判に加えて、犯罪意思を有すると公言することさえも規範に対する不服従の表明として刑罰の対象となる可能性があるとして批判している。

(103) 犯罪徴表理論については、牧野英一『罪刑法定主義と犯罪徴表説』（有斐閣、1924年）125頁以下、竹田直平『犯罪徴表説』（大畑書店、1932年）1頁以下参照。

(104) Ottokar Tesar, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, 1907, S. 201 ff.

情の欠落は、「反社会的意識状態」⁽¹⁰⁵⁾あるいは「法律秩序がその制定において前提とされなければならない社会的関心の欠落」⁽¹⁰⁶⁾ともいうべき責任の本質である。犯罪行為はこのような行為者の責任を徴表する限りでのみ意義を有するとされたのであった。

以上のような犯罪徴表理論に対しては、犯罪はもはや刑罰の基礎ではなく、単なる機会でしかなくなってしまうという批判が向けられてきた。この批判によれば、行為者の性格の危険性さえ証明できれば、犯罪行為は必ずしも必要ではなくなってしまう。というのも、犯罪徴表理論においては、犯罪行為は行為者の性格を証明するための証拠でしかなく、行為それ自体に独自の意義を見出さないからである。つまり、犯罪徴表理論では、犯罪行為が行われなくても、行為者の性格が明らかであれば、処罰の理由としては十分であるということにもなってしまいかねないのである。

以上の犯罪徴表理論においては、行為の違法性は独自の内容を持ち得ず、完全に責任に従属しきっていると言えるであろう。しかし、これに対して、刑事責任を基礎付ける行為者の心情は常に違法な行為との関係でのみ定義できる。つまり、故意犯であれば、第一秩序の格率の中に違法な行為の内容が規定され、過失犯においても違法な行為にでないようにする注意の欠落という心情が問題となる。したがって、「法的に誤った

(105) Horst Kollmann, Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW., Bd. 28, 1908, S. 463.

(106) Horst Kollmann, Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechts-system, 1908, S. 208.

(107) Karl von Birkmeyer, Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig?, 1907, S. 2, Karl Binding, Grundriss der Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 2. Aufl., 1879, S. 94.

(108) それゆえ、犯罪徴表理論は責任なき違法を否定する主観的違法論へとつながるであろう。実際、違法な行為において責任の徴表機能しか見出さなかった Jacobs は新しい主観的違法論の論者として紹介されている (松原前掲注 (102) 97 頁脚注 (8))。

心情」を定義する前提として、どのような行為が違法となるのかが予め定まっていなければならない。その意味で評価規範は決定規範に先行するという Mezger の指摘は正当である。⁽¹⁰⁹⁾

加えて、心情の形式を確認していくと、心情は何らかの行為の実行を暗黙の前提におかれていることがわかる。第一秩序の格率では、具体的状況と具体的行為が記述される。そこで重要なことは、実際に行為が行われなければ、単に格率が経験的に第三者から明らかにならないというだけでなく、格率そのものが存在しないということである。というのも、格率という概念は何らかの行為への決断をも含んだ概念だからである（九大法学123号57頁）。したがって、例えば口で「行為 X をする」と宣言しても、直ちに「X をする」という格率が存在するわけではない。

もっとも、「法的に誤った心情」に基づいた行為があったとしても、その行為が必ずしも客観的に犯罪行為であるとは限らないであろう。錯誤によって自分の行為が犯罪行為であると誤信した場合であってもこの心情までは理論的に否定され得ない。⁽¹¹⁰⁾しかし、心情がある行為への決断を含む概念である以上、外部に表現されているのは実際に行われた行為に関する心情のみである。したがって、実際は錯誤等によって別のより犯罪的な心情が存在する可能性があっても、実際に行われた犯罪行為を内容とする心情以上の内心面を根拠に可罰性を基礎付けることは許されないであろう。⁽¹¹¹⁾

(109) Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS., Bd. 89, 1924, S. 239 f. Mezger によれば、「誰かを何かへと決定しようとする者は、この者を何へと決定しようとしているのかを予め知らなければならない」（S. 241）。これに対して、吉田宜之『違法性の本質と行為無価値』（成文堂、1992年）10頁では、「評価と決定は同時性が承認されなければならない」として、評価規範の決定規範に対する先行性を批判している。しかし、Mezger が問題としていたのはあくまで「論理的な先行性」（logisches Prius）であって、時間的な前後関係ではない。

(110) Vgl., Günter Stratenwerth, Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, Festschrift für Hellmuth von Weber, 1963, S. 189.

以上より、「法的に誤った心情」は常に違法な行為を内容としており、かつ何らかの行為の実行を前提としているのであった。それゆえ、この心情はそれ自身と結びつく行為によって表現されなければならないのであって、その行為は実際に法益を侵害する違法な行為である必要があるのである。したがって、この行為以外の事情で偶然より犯罪的な心情が明らかになったとしてもそれは刑法上の評価の対象とはならない。

第4款 小括

本章では心情要素が犯罪論体系において、違法要素となるのか、責任要素となるのか、について一般的な基準を求めてきた。この議論において、違法論、責任論あるいは刑罰論といった基礎理論に立ち戻る議論が必要となった。まず違法な行為とは社会で妥当する規範意識と矛盾した行為である。ただし、この社会で妥当する規範意識は、法益の観点から合理的に解明理解されるべきであって、その限りで違法要素は法益侵害との関連性を有していなければならない。次に刑罰は行為者自身の心情(格率)における自己矛盾を解消し、客観的な法関係を回復させるための制度であり、それゆえ刑罰が応答する対象である心情こそが刑事責任の本質を構成する。そして、法益侵害との関係性がない各則上の主観的要

-
- (111) とりわけ、犯罪行為も一種のコミュニケーションとして理解した場合、当然行為者このことをコミュニケーション主体として尊重しなければならない。そもそも「コミュニケーション」とは「コミュニケーションは、人間の意図的な選択の産物」(大澤真幸『コミュニケーション』(弘文堂、2019年) 28頁)なのであって、その主体は「もはや、消極的な「受け手」ではなく、積極的な「送り手」、さらには創造的な「作り手」となる」(船津衛『コミュニケーション・入門〔改訂版〕』(有斐閣、1996年) 7頁)。そして、コミュニケーションにおいて受け手は送り手がその行為に基づいて選択した意図を解釈しなければならないのであるから、犯罪行為を通じて行為者が選択して表明した意図はその犯罪行為のみに基づいて解釈しなければならないと理解できる。したがって、犯罪行為以外の事情から行為者の犯罪的心情を詮索することは行為者をコミュニケーション主体として尊重することと矛盾するであろう。

素は、この心情の「効力倒錯」の度合いを高める限りで、責任要素となり得るのである。最後に、責任を基礎付ける心情は違法な行為によってのみ表現される限りで刑罰の対象となり、そのような特殊主観的要素は心情要素となる。したがって、違法な行為以外で偶然明らかになった行為者の内面的態度は、たとえ犯罪的な内容だったとしても、刑罰の対象とはならない。

