

## 責任主義における期待可能性論の意義について(一)

徳永, 元  
九州大学大学院法学府 : 博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/1456115>

---

出版情報 : 九大法学. 107, pp.1-54, 2013-09-30. 九大法学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 責任主義における期待可能性論の意義について (一)

徳 永 元

## 第一章 序論

第一節 問題意識と課題設定

第二節 本稿で扱う期待可能性論の内容と対象

第三節 本稿の構成

## 第三章 ドイツにおける期待可能性論の展開

第一節 フランクの責任論

第一款 概要

第二款 『構成』での主張の時代的背景

第三款 フランクの学説とその変遷

第四款 小括

(以上、本号)

## 第二章 現在の議論状況

第一節 日本における現在の議論状況

第二節 ドイツにおける現在の議論状況

第一款 三五条(免責的緊急避難)をめぐる議論

第二款 故意作為犯における一般的な超法規的責任阻却

第三款 日本への影響

第三節 小括

## 第四章 結論

## 第一章 序論

### 第一節 問題意識と課題設定

本稿では、適法行為の期待可能性の理論（以下、期待可能性論）を扱う。期待可能性論とは、行為時の具体的な事情のために、行為者に適法な行為を期待することができない（または、著しく困難である）ことを理由として、責任を阻却する（または、軽減する）という理論である。

今日、「責任なければ犯罪なし」、「責任なければ刑罰なし」とする責任主義は、刑法の基本原理の叙述に際して必ず言及される、近代刑法に不可欠な公準となつていゝ。この責任主義を貫徹するために、圧倒的に多くの学説は、犯罪論体系の第三のカテゴリーとして責任論を設けている。そして、「現在の日本では、期待可能性の理論は、規範的責任論の中核的理論として定着してゐる」といわれる<sup>1)</sup>ように、期待可能性論（概念）には責任論における重要な地位が与えられている。この際、期待可能性論および規範的責任論が依拠しているのは、「義務は可能を前提とする」という格率である。すなわち、「道徳の世界では《Du kannst, denn du sollst》（するべきだから、することができるといふことが妥当しても、法の世界では《Du sollst, denn du kannst》（することができるといふから、するべきである）であり、しかも、その《Können》（することができるといふ）は——行為者本人にとつて可能であることを要すると同時に——平均人ないし通常人としての可能を最大限度とするのである。かような可能のないところには、責任非難はやむ。期待可能性の理論もその一つの場面にほかならない」<sup>2)</sup>。

期待可能性論は、二〇世紀初頭のドイツ刑法学に生まれ、規範的責任論とほぼ並行して発展した理論である。こ

の両理論は、日本においては、木村亀二<sup>③</sup>による詳細かつ批判的な紹介がなされた後、最終的に、佐伯千仞<sup>④</sup>により総括された。この間の学説は裁判実務にも多大な影響を与え、とくに戦後の混乱期にあつては、下級審で数多くの無罪判決を生み出した<sup>⑤</sup>。その後、昭和三〇年代の半ばを境に、期待可能性の欠如を根拠とする無罪判決は著しく減少することとなるが<sup>⑥</sup>、しかし、この理論自体が判例により明確に否定されたわけではなく、学説においても、期待可能性論(概念)は、依然として責任論の重要な要素であると評価されている<sup>⑦</sup>。

ところで、規範的責任論を、「義務は可能を前提とする」という格率を責任論に反映させる責任理解であるとした場合に、期待可能性論は果たして必要なのだろうか。この問いに対して肯定的に答えることは、以下に見るように、実際にはそれほど容易ではない。

第一に、行為者の可能を判断する枠組みとしては、責任能力論がすでに存在する。すなわち、義務(法)に従つて自己を動機づける行為者の能力の有無は、責任能力判断にもれなく汲み尽くされるのであつて、責任能力者の違法行為は、制御できなかつたものではなく、制御を望まなかつたものと扱われなければならないということもできる。したがつて、期待可能性の有無を独立して判断する意義は、ほとんどなくなる。

第二に、義務が前提とする可能は、具体的行為者の現実の可能ではなく、法秩序の予定する仮定的な可能であると考えられることもできる。この論拠としては、具体的な行為者の現実の可能を検証することはできないとか、刑事責任は法的責任であり一般化を指向するものである<sup>⑧</sup>とか、責任判断はそもそも仮定的な性格のものである<sup>⑨</sup>という発想がありうる。いずれにせよ、一般的・仮定的な可能のみが問題となるのであれば、期待可能性論は、せいぜい、責任判断にあつて個別性を顧慮せよという指導原理にすぎないものとなる。なぜなら、そこでは、あることが行為者に期待できたか(可能であつたか)否かではなく、法秩序が期待できた(可能であつた)と見なすか否か、さらには、

端的に期待するか否かが問題となるからである。それゆえ、刑事責任を基礎づけ限界づけるといふ責任論の役割に対して、期待可能性論が貢献できることは、ほとんどないだろう。

実際に、その母国であるドイツの現在の責任論において、期待可能性論は重要視されていない。<sup>10)</sup> 支配的な学説は以下のように述べる。「期待可能性と期待不可能性は、単なる「調整的原理 (regulative Prinzipien)」であり、それは裁判官に、個々の事例に関連するすべての諸事情を考慮して正しく決断を下すことを指示するのみである」。<sup>11)</sup> 「裁判官に、一般的な形で、期待不可能性のような空虚な定式 (Leertomeil) を用いることによって、法律上の根拠のない不処罰の権限を認めることは許容されない」。「用語として、規範適合的態度の期待不可能性の概念は、それが——少なくとも故意作為犯の場合には——まさに意味することのできない、規範遵守の免除を暗示する限りにおいて、むしろ誤解を招くものである」。<sup>13)</sup> また、責任の意的要素として期待可能性を責任非難の本質的要素とする場合であっても、日本で広く認められているような、故意作為犯における期待不可能性による一般的な超法規的責任阻却事由を認める学説はほとんどない。「期待不可能性においては、特定の例外的状況に対する立法者の評価が問題となるのであり、その範囲は狭い限界においてのみ拡大されることができるのである」。<sup>14)</sup> それゆえ、規範的責任論にとって、期待可能性論およびこれによる一般的な超法規的責任阻却事由の承認は、理論的に当然のものとはまったく考えられていない。

このように、期待可能性論の重要性はそれほど自明のものではなく、日本における規範的責任論および期待可能性論に対する姿勢と、ドイツにおけるそれとの間には、非常に大きな隔たりがある。そして、第二章で見ると、ドイツにおける期待可能性の理解を日本に導入しようとする動きもある。<sup>15)</sup> このような問題認識の上で、本稿では、以下の二点を課題とする。すなわち、①現在の日本およびドイツの期待可能性論の議論状況を概観し、両者の異同

を確認すること、②期待可能性論が責任主義において持つ意義を、規範的責任論におけるその理論的な位置づけから再検討し、日本での期待可能性論の理解が変更を要するものであるか否かを明らかにすること。

## 第二節 本稿で扱う期待可能性論の内容と対象

「期待可能性」または「期待不可能性」は、法律上の概念ではなく、法解釈学者により生み出された「法学上の自由な概念」<sup>16)</sup>である。期待可能性のもつとも一般的な定義は、「期待可能性 (Zurechenbarkeit) とは、行為の当時における具体的事情のもとで、行為者にその違法行為に出ないで、他の適法行為をなしたであろうと期待しうることをいう」<sup>17)</sup>というものである。これに対応して、日本の判例は、「期待可能性の不存在を理由として刑事責任を否定する理論」<sup>18)</sup>、「期待可能性の理論」<sup>19)</sup>というように、期待可能性が理論的な考察にその内容を負っていることを示している。それゆえ、期待可能性概念はある程度任意に規定されうるため、本稿では、期待可能性論を、「狭義の期待可能性論」と「広義の期待可能性論」に区別して検討を行うこととする。

日本における期待可能性論のもつとも標準的な理解は、責任能力者が故意・過失で違法行為を行った場合であっても、行為時に特別の事情があったために、他の適法行為(またはより侵害の少ない行為)をその者に期待できなかった場合に、それを理由として責任を阻却するというものである。これは、期待可能性論について、「被告人らの行為が苟も犯罪構成要件に該当し、違法であり且つ被告人らに責任能力及び故意、過失があつて法の認める責任阻却事由がない限りは、その罪責を否定するには首肯するに足りる論拠を示さなければならない」と述べる判例の立場<sup>20)</sup>にもなっている。本稿では、このように、個々の責任要素(責任能力、故意・過失、違法性の意識(またはその可能性)の射程外で生じる責任阻却・減少の把握を主題とする期待可能性論を、「狭義の期待可能性論」とする。本稿で扱

う狭義の期待可能性論の中心的な題材は、期待不可能性による一般的な超法規的責任阻却をめぐる議論と、ドイツにおける免責的緊急避難論である。狭義の期待可能性論の特徴は、責任能力、故意・過失、違法性の意識（またはその可能性）の枠組みでとらえることのできない責任阻却・減少を、「期待不可能である（または期待が困難である）」という言明により、漏れなく把握して、これを表現することを可能にするという点にある。

これに対して、前述のように、期待可能性は、しばしば規範的責任論の中心概念といわれる。この意味では、責任能力、故意・過失、違法性の意識（またはその可能性）といった、個々の責任要素と期待可能性との関係も問題となる。この意味での期待可能性は、非難可能性とほぼ同義である。本稿では、責任論全体<sup>21</sup>に対応する期待可能性についての議論を、「広義の期待可能性論」とする。すなわち、広義の期待可能性論とは、「義務は可能を前提とする」という規範的責任概念の一般的な性格や法的意義を問う議論である。広義の期待可能性論の特徴は、責任論全体についての叙述を通して、責任概念の理解や、個々の責任要素および狭義の期待可能性論の解釈に影響を与えるという点にある。

この両者を区別する意義は、それぞれの対象としている問題が異なるという点にある。すなわち、狭義の期待可能性論が、規範的責任要素または責任阻却・減少事由としての期待（不）可能性をめぐる議論であるのに対して、広義の期待可能性論は、犯罪論体系上の責任概念の性格およびその法的意義をめぐる議論である。また、広義の期待可能性論において、「義務は可能を前提とする」という言明を承認したからといって、たちまち狭義の期待可能性論に対して一定の帰結が与えられるわけではない。すなわち、この言明を承認しつつ、狭義の期待可能性論の意義およびこれによる責任阻却の余地を認めないことも、反対に、この言明を承認せずに、何らかの理由・構成からそれらを認めることも考えられるのである。<sup>22</sup>

次に、本稿で期待可能性論の対象となる事情の範囲を確認する。論者によっては、狭義の期待可能性論の対象領域は、客観的な事情そのものであると説明されることがある。<sup>23</sup>これに対して、本稿では、責任能力、故意・過失、違法性の意識（またはその可能性）で考慮される事情以外の、反対動機の形成過程に影響を与える事情一般を、狭義の期待可能性論の検討領域に含めることとする。したがって、行為者の性格や素質も、責任能力判断の範囲外にあるかぎりて考察対象となることを前提とする。<sup>24</sup>これに対して、広義の期待可能性論の領域は責任能力論を含むので、その対象は、行為者の動機づけに影響する事情全般ということになる。

また、規範的責任論と区別される可罰的責任論の枠組みとして、行為に直接関係のない事情や行為後の事情を期待可能性論により構成することも考えられる。<sup>25</sup>しかし、本稿では適法「行為」の期待可能性論を扱うことから、検討対象は行為時の事情およびこれに影響を与えうる行為時以前の事情である。

### 第三節 本稿の構成

本稿の構成を前もって示すと、次のとおりである。まず、第二章において、日本と現在のドイツにおける期待可能性論の議論状況をごくおおまかに概観する。第三章では、ドイツにおける期待可能性論・規範的責任論の成立と展開を概観する。ここでは、それぞれ、規範的責任論全体、日本の期待可能性論、現在のドイツの期待可能性論の基礎を築いたと評価されている、フランク、メツガー、ヴェルツェルの学説の検討を行う。ここでは、特に、故意作為犯に対する期待不可能性による一般的な超法規的責任阻却が理論的に否定される経緯と、その理論構成を考察する。第四章では、結論として、期待可能性論が責任主義において持つ意義を示し、本稿の二点の課題に回答する。

## 注

- (1) 平川宗信「期待可能性」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、二〇〇七) 八六頁。
- (2) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(創文社、一九九〇) 二六六頁。
- (3) 木村亀二「刑事責任に関する規範主義の批判」法学志林三〇巻六号(一九二八) 三一頁以下。
- (4) 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想増補版』(有斐閣、一九八五)。
- (5) 佐伯・前掲注(4) 六二九頁以下参照。
- (6) 前田雅英「期待可能性」西原春夫ほか編『判例刑法研究3 責任』(有斐閣、一九八〇) 二八三頁以下参照。
- (7) 加えて、西田典之は、いわゆるオウム真理教「集団リンチ殺人事件」判決(東京地判平成八年六月二六日判時一五七八号三九頁)において、裁判所が責任阻却を認めなかったにもかかわらず執行猶予を付した点を指摘して、「期待可能性の理論は、なお、実務において実際には考慮されているように思われる」とする(西田典之『注釈刑法第1巻』(西田典之ほか編)(有斐閣、二〇一〇) 五〇八頁以下)。
- (8) たとえば、川端博『責任の理論』(成文堂、二〇一一) 三五頁および二〇六頁。
- (9) たとえば、井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、二〇〇八) 三五八頁以下。
- (10) Vgl. Walter Perron, Rechtfertigung und Entschuldigung im System, in: Albin Eser/Haruo Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung 4, 1995, S. 88 ff.
- (11) Hans-Heinrich Jeschek/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 477.
- (12) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 22 Rn. 145.
- (13) Theodor Lencker/Detlev Sternberg-Lieben, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010 (Schönke/Schröder), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 110.
- (14) Thomas Rönnau, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Bd. 2, 12. Aufl., 2006 (LK), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 327.
- (15) 山中敬一「可罰的責任論について——期待可能性の理論の体系的地位——」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第2巻』(成文堂、一九九八) 一三七頁以下。
- (16) 青井秀夫『法理学概説』(有斐閣、二〇〇七) 三六五頁。青井は、法学上の自由な概念を次のように説明する。「この概念は、

法解釈学者が、現行の法秩序と直接接触を保ちながら、立法者の全然知らなかった概念を構成する作業に基づく成果である(法内容概念は、立法者の構成した概念の存在が前提となって形成されるものであるが、法学法の自由な概念は法律家の労作のなかではじめて登場する)。たとえば、「違法性阻却事由」「期待可能性」「相当因果関係」「因果関係の追い越し」「許された危険」「構成要件の欠如」「事実上の行為」「行為基礎」「人格権」「契約締結上の過失」「積極的債権侵害」「事実的契約関係」など(各国の法律改正の進捗次第では、これらのうちいずれかの概念が条文に取り込まれて法命題概念に昇華する場合もある)。これらは、一種の「法律学上の発明」であるといわれることもある。

(17) 福田平「注釈刑法(2)のII」(団藤重光編)(有斐閣、一九六九)三九六頁。

(18) 最判昭和三十一年二月一日刑集一〇卷一〇号二四七三頁。

(19) 最判昭和三十三年七月一〇日刑集一二卷一一号二四七三頁。

(20) 最判昭和三十三年一月四日刑集一二卷一五号三四四三頁。

(21) 刑事未成年はこでの検討の対象外とする。

(22) たとえば、前述のレナウの立場は前者と見ることができ。後者としては、たとえば、責任概念を一般予防の観点から基礎

づけつつ、期待不可能性による一般的な超法規的免責の理論的余地を認めるヤコプスの見解が挙げられる(Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 20. Abschn. Rn. 44 f.)。

(23) たとえば、木村亀二は、期待可能性を「決意そのものを外部的事情からみた責任の意的要素として、違法の認識またはその認識の可能性を、決意における動機形成を内部から見た認識の責任要素として理解する(木村亀二「犯罪論の新構造(上)」(有斐閣、一九六六)四三四頁以下)。したがって、「責任阻却事由としての違法の認識の不可能性は決意の際における外部的事情に異常なものがなく、正常で普通の場合に問題となるのに対して、期待不可能性は外部的事情が異常なものである場合に問題となるのであるから、両者は二者択一の関係に立ち、責任非難の限界の両極を意味するのである」(四三六頁)とする。

(24) このような理解として、たとえば、団藤重光は、「素質・環境が不可分なものである以上、期待可能性と責任能力の問題も、また、不可分だといわなければならない」として、責任能力の判断の対象領域に隣接する内面的な事情(素質的・生物学的側面)に踏み込む必要性を強調する(団藤重光「責任能力の本質」日本刑法学会編「刑法講座 3 責任」(有斐閣、一九六三)三四頁)。

(25) たとえば、中止犯の減免根拠について、山中敬一「刑法総論【第二版】」(成文堂、二〇〇八)六八八頁。

## 第二章 現在の議論状況

### 第一節 日本における現在の議論状況

従来、日本の学説において、期待可能性論は、本稿の扱う狭義のそれとして、主に四つの問題に区別されて論じられてきた。すなわち、体系的地位、(故意作為犯における一般的) 超法規性の有無、標準、錯誤がある場合の処理である。このうち、錯誤の問題については、これを期待可能性論の基礎が固定された上で検討されるべき応用領域として位置づけ<sup>(26)</sup>、以下では、期待可能性論そのものにかかわる、それ以外の三点について概観する。ここでは、期待可能性論が責任論において確かな地位を与えられているという点を確認できれば十分である。

期待可能性論の体系的地位の問題では、責任論の内部において、狭義の期待可能性論がいかなる地位を占めるかに焦点が当てられる。ここでは、一般的に、①期待可能性概念を故意・過失の構成要素とする見解、②これを故意・過失および責任能力と並ぶ第三の積極的な責任要素とする見解(積極的要素説)、③その不存在を消極的な責任阻却事由とする見解(責任阻却事由説)が対立しているとされる。

しかしながら、期待可能性を故意・過失の構成要素とする見解は、初期を中心に見られるものの、現在ではほとんど主張されていない。また、積極的要素説の中には、これを責任阻却事由と明確に区別しない主張が多くあり、その積極性を強調する見解はかなり少数にとどまる。したがって、学説の圧倒的多数は、期待不可能性を消極的な責任阻却事由とする責任阻却事由説<sup>(27)</sup>に立っており、この点に関して争いはほとんどないように見える<sup>(28)</sup>。

次に、超法規性の有無についての学説の状況を確認する。前述のように、ドイツにおいては、期待可能性の欠如

を理由とする故意作為犯における一般的な超法規的責任阻却を否定する見解が支配的である。これに対して、日本の学説のほとんどは、このような超法規的責任阻却を理論的には肯定している。肯定説の論拠は、積極的に、規範的責任論からの理論的帰結、「人間の弱さ」の考慮、消極的には、立法者の個別事情に対する予測能力の限界、心神喪失・刑事未成年にもとづく責任無能力以外の一般的な責任阻却規定の不存在に求められることが多い。また、判例が、「期待可能性の不存在を理由として刑事責任を否定する理論は、刑法上の明文に基づくものではなく、いわゆる超法規的責任阻却事由と解すべきものである」と明言しており、その適用を完全に否定していないことも、肯定説の拠り所となっている。

これに対して、期待不可能性による超法規的責任阻却を限定ないし否定する学説は、非常に少数にとどまり、かつ、比較的初期のものに限られる。それゆえ、現在の日本においては、期待不可能性による超法規的責任阻却が、少なくとも理論的には承認されていると整理できる。

最後に、期待可能性の標準をめぐる対立を確認する。この問題は、一般的に、①行為者標準説、②通説とされる平均人（一般人、通常人）標準説<sup>(41)</sup>、③国家標準説の対立として整理される。もともと、当初は国家標準説に数えられていた佐伯千仞は、④類型的行為事情が標準となると自己の立場を説明している。類型的行為事情説は、自らの立場が国家標準説と呼ばれることを「迷惑」<sup>(42)</sup>とした佐伯が、「期待の構造」という点に着目して、自説をより詳細に展開した学説のことを指す。これによれば、行為者標準説と平均人標準説は、「いずれも期待の本質的構造を看過したもの」<sup>(43)</sup>であり、期待可能性判断にあたっては、期待される行為者や一般人の立場からだけでなく、さらに期待する国家の側からも問題を考察する必要がある。そして、期待可能性の判断を拘束するのは、結局のところ「歴史的な現実の国家の基本構造」であり、具体的な標準となるのは、「法の独自の評価の附着した類型的「行為事情」

なのである」と結論づける。<sup>46</sup> 類型的行為事情説の発想は、「期待の構造」という観点が行為者標準説とも平均人標準説とも両立することもあって、現在では広範な支持を得ている。<sup>47</sup>

このように、類型的行為事情説は、それまでの説が「期待の構造」を看過していたことを指摘するのであるが、行為者標準説および平均人標準説の二説と類型的行為事情説との間には、期待の構造という視点以上に、問題意識についての決定的な相違がある。前二説の問題意識が、「個別行為責任主義を貫徹するためには行為者が標準とされるべきである」(行為者標準説)、「法秩序の要請に応えつつ責任主義を維持するためには平均人が標準とされるべきである」(平均人標準説)というものであるのに対し、類型的行為事情説のそれは、「実際には、判断は期待の構造に拘束されている」という認識の下で、「判断にあたっては、期待の構造を加味して類型化された行為事情が標準とされるしかない」というものである。このことは、「我々に残された途は、期待される客体の立場からだけでなく、さらに期待する主体の側からの問題の考察なのである」<sup>48</sup>という表現にも見出される。したがって、問題意識としては、行為者標準説の関心が個別行為責任主義の貫徹、平均人標準説がこれと法秩序の要請との調和であったのに対し、類型的行為事情説の関心は、期待可能性判断の実用化・活性化にあったと見ることができよう。そして、この問題意識の実践性という点に、期待の構造の指摘にとどまる国家標準説と類型的行為事情説との相違があるのである。いずれにせよ、日本の学説は、期待可能性論と責任主義との密接な関係を認めるからこそ、その関係を当然の前提として標準の議論を行ってきたと評価できる。

以上の日本における従来の期待可能性論は、次のようにまとめられる。

まず、期待可能性の体系的地位の問題は、これが責任阻却事由であるということ、判例・学説の一致があるといつてよい。次に、期待不可能性による超法規的責任阻却が認められるかについては、肯定説が圧倒的な通説であ

り、判例もこれを否定していない。最後に、期待可能性判断の標準の問題については、責任主義の理解およびこれと法秩序の要請との関係をめぐって、行為者標準説と平均人標準説との争いがある。また、佐伯の類型的行為事情説は、より実践的な観点から期待の構造に着目して、期待不可能性が問題となる事例を類型化しようとした。そして、行為者標準説および平均人標準説も、現在では期待の構造への着目の下で論じられることが多い。

このような議論状況が示しているのは、規範的責任論と狭義の期待可能性論との密接なつながりである。このことは、期待不可能性による超法規的責任阻却が理論的に承認されていることに、端的に現れている。このような超法規的責任阻却は、刑法上の規定の不存在を根拠にこれを否定できるはずである、平均人標準説や国家標準説からも広く承認されている。また、行為者標準説の根強い支持も、期待可能性論が個別行為責任を基礎づける重要な契機として理解されていることを示している。したがって、日本においては、期待可能性論が、責任論における確固たる地位を与えられていることが確認できる。

## 第二節 ドイツにおける現在の議論状況

ここでは、現在のドイツにおける期待可能性論を、ドイツ刑法三五条に規定される免責的緊急避難をめぐる議論<sup>1)</sup>、および、故意作為犯における一般的な超法規的責任阻却についての議論を通して概観する。

特に注意すべきであるのは、現在のドイツにおいて、期待可能性論は行為者の可能 (Können) の問題とはそもそも考えられていないということである。たとえば、モムゼンは、刑法上の概念としての期待不可能性を次のように定式化する。「命題：「VはPに期待できない」＝「刑法上重要な態度Vは人Pに要求されることが許されない、なぜなら、その不実行は、刑法秩序の評価にもとづく」と、「可罰性 (Strafbarkeit)」を発動させることを志向しないか

らである<sup>49</sup>。したがって、現在のドイツにおける期待可能性論で問題となっているのは、行為者に適法な態度が可能であったか否かではなく、そのような態度を要求することが許されるか否かである<sup>50</sup>。それゆえ、現在のドイツにおける一般的な期待可能性論は、可能ではなく、当為ないし義務(Sollen)の問題である。

### 第一款 三五条（免責的緊急避難）をめぐる議論

ドイツにおける期待可能性論は、主に免責的緊急避難論との関連で論じられてきた<sup>51</sup>。すなわち、緊急避難の不処罰的根拠について、違法性が阻却される緊急避難とそれ以外のものとの二分説が支持を得るにいたって、期待可能性論は、違法性が阻却されない緊急避難を責任阻却事由とする解釈に、実質的な根拠を与えることとなったのである<sup>52</sup>。戦後の刑法改正作業にあたって、緊急避難規定における期待可能性の役割が焦点の一つとなった<sup>53</sup>。最終的には、一九七五年の改正によって、免責的緊急避難は三五条として独立の法律規定となった<sup>54</sup>。

現行ドイツ刑法典三五条は次のとおりである。

「**第三五条** ①生命、身体または自由に対する、現在の、他に回避することのできない危険の中で、その危険を、自己、近親者またはその他の自己と密接な関係にある者から回避するために、違法な所為をなした者は、責任なく行為するものである。このことは、事情に従って、とりわけ、行為者がその危険を自ら惹起した、または、行為者が特別な法的関係にあったことを理由として、その危険を甘受することが行為者に期待されえた限りで、妥当しない。ただし、行為者が、特別な法的関係を顧慮してではなく、その危険を甘受すべきであった場合には、その刑は、第四九条第一項により、これを軽減することができる。

②行為者が、所為の遂行に際し、第一項によって自己を免責すべき事情があると誤信したときは、その者は、

その錯誤を避けることができた場合に限り、処罰される。その刑は、第四九条第一項により、これを軽減しなければならぬ。」

三五条の特徴は、一項第一段による緊急避難成立の制限(保全法益、緊急避難の対象)、および、同第二段の「期待可能性条項」による免責の例外(危険を自ら惹起した者、特別な法的関係にある者など)である。他の改正草案との関係では、期待可能性条項が一項第二段に規定されることにより、緊急避難状況が存在するのに期待可能性条項を適用して免責を否定することが、例外にすぎないということを示した点が特徴的であるとされる。<sup>55)</sup>

#### 一 三五条による不処罰の根拠をめぐる議論

三五条の免責的緊急避難による不処罰の根拠について、日本の学説において理解されているような、もっぱら動機づけへの圧力に着目する「心理学的に理解された期待可能性概念」からの説明は、以下の理由から、今日では広く否定されている。<sup>56)</sup> 第一に、もともと形式的な問題として、動機づけへの圧力の観点からは三五条における免責の制限と例外を説明できない。<sup>57)</sup> 第二に、免責的緊急避難において行為するすべての者が、責任阻却・減少を基礎づけるほどの動機づけへの圧力にさらされるわけではなく、<sup>58)</sup> また緊急避難の成立もそれに左右されない。<sup>59)</sup> さらには、免責的緊急避難において、行為者はむしろ合理的な意思決定を行っているときといえる。<sup>60)</sup> 第三に、免責的緊急避難において問題となるのは、行為者の現実的な「可能」ではなく、法秩序からの「当為」の個別化である。<sup>61)</sup> これらの理由から、心理学的にのみ理解された期待可能性による免責的緊急避難の根拠づけは断念され、不法減少を加味する<sup>62)</sup> 「二重の責任減少事由説」が通説を占めるにいたっている。

二重の責任減少事由説は、次章で検討するヴェルツェルおよびアルミン・カウフマンの「事実的宥恕事由説」<sup>63)</sup> に

端を発する学説である。二重の責任減少事由説によれば、「むしろ、二つの責任減少事由の累積作用による規範的側面の加味の下で、初めて免責事由は説明されうる。それによれば、一方では、免責事由の基礎は、すでに相当する不法減少の中にある」。この不法の減少は、免責を、「さらなる特別に責任に関連する減少事由と一緒になって支える。この減少事由は、行為に際して——ここでも「規範的に設定された」——規範適合的態度のための動機づけ可能性が、行為者の心理的な例外状況（「圧倒的な動機づけへの圧力」）によって、排除はされないのだが、しかし著しく制約されることから生じる」と説明される。ここで決定的に重要なのは、「ここではそれ自体としては依然として可能な責任非難が放棄されるのである」という理解である。すなわち、三五条の免責は、「責任阻却事由（Schuldaußschließungsgrund）」とされる回避不可能な禁止（一七条）および責任無能力（二〇条）とは根本的に異なる「免責事由（Entschuldigungsgrund）」であり、三五条に該当する事例では、責任非難自体はなお可能であるという理解である。この区別の実益は、免責の制限と例外について、責任主義からの疑義を否定できるところにある。すなわち、本来であれば基礎づけられている責任非難が、自ら危険を惹起した者や特別な法的関係にある者などにおいては、いわば「例外（免責の緊急避難）の例外」として再び提起されることとなるのであるから、免責の例外における処罰は、通常の責任非難と何ら異ならないと説明される<sup>(67)</sup>。

さらに、免責の緊急避難を予防的観点から説明するものがある。たとえば、ロクシンは、二重の責任減少事由説と同じく免責の緊急避難の事例においても実質的には責任が根拠づけられていることを前提として、一般予防的ないし特別予防的な処罰の必要性の欠如による答責性阻却によって、三五条一項第一段の不処罰と第二段のその例外を根拠づける<sup>(68)</sup>。すなわち、免責の緊急避難において行為する者は、規範予防の観点からにせよ、再社会化の観点からにせよ、処罰の必要性が欠けるのに対し、免責が制限される特別な法的関係にある者などは、一般予防の観点か

ら処罰の必要性が肯定されるとする。また、ヤコブスは、指導原理は常に一般予防的な側面であるとする。すなわち、ヤコブスのとる機能的責任論に依拠すると、行為者がその状況について管轄を有しない (*unzuständig*) 場合には、行為者の動機づけは状況に対する適切な反応と定義される。<sup>(70)</sup>そして、精神的な圧力と不法減少が免責を生じさせるのは、コンフリクトが偶然として処理されるか、第三者に押し付けられることができる場合にのみであるとして、免責の例外はこの観点から否定的に説明される。これらの見解の影響を受けて、予防的考慮を二重の責任減少に続く付加的な契機と位置づける学説も多い。<sup>(71)</sup>

もつとも、二重の責任減少事由説および予防を加味する学説によつても、三五条の免責の制限と例外を完全に説明することはできないという指摘もなされており、「そのすべての個別性において、免責的緊急避難規定を導出させるような「理論」は、存在しないように思われる」<sup>(72)</sup>とまでいわれる。とはいえ、より実質的な観点から三五条を基礎づけようとする主張も一部ではなされているものの、<sup>(73)</sup>学説においては、とりあえず二重の責任減少事由説に従うという姿勢が多数を占めている。<sup>(74)</sup>

以上のことから、いずれにせよ、日本の学説において理解されているような「心理学的に理解された期待可能性論」は、免責的緊急避難を部分的に基礎づけるにとどまっているということが確認される。また、免責的緊急避難が認められる場合であっても、責任はそれ自体として実質的に基礎づけられており、免責の制限と例外は責任主義に反しないというのも、完全に共通理解となつている。そこでは、三五条一項第一段が「責任なく行為する (*handelt ohne Schuld*)」と規定するにもかかわらず、刑法で問題となる責任は法的責任 (*Rechtsschuld*) であることを強調する論者でさえ、<sup>(75)</sup>ここでの責任非難の基礎づけを肯定している。

## 二 三五条一項第二段の「期待可能性条項」をめぐる議論

今日のドイツ刑法学において期待可能性概念に与えられている地位を端的に示すものとして、三五条一項第二段に規定される「期待可能性条項 (Zumutbarkeitsklausel)」が挙げられる。現行ドイツ刑法は、改正作業におけるそれまでの各草案とは異なり、期待可能性条項を、免責的緊急避難の例外を表すものとして、したがって、いわば「例外 (免責的緊急避難) の例外」を表すものとして規定している。すなわち、三五条における原則である、免責的緊急避難による不処罰の要件が充足された後で、さらにその不処罰の例外として論じられるのが、期待可能性条項としての期待可能性論である。

一九七五年の現規定への改正に強い影響を与えたのは、アルミン・カウフマンの見解、とりわけ、一九六七年にミュンスターで行われた刑法学者会議での主張であった。カウフマンの緊急避難論 (事実的宥恕事由説) の検討は後に行うものとして、ここでは、彼の行った一九六六年代案二三条の免責的緊急避難規定<sup>(77)</sup>に対する批判を確認する。

アルミン・カウフマンは、まず、代案が、免責的緊急避難の錯誤と避難の必要性 (補充性) のメルクマールを、<sup>(78)</sup>期待可能性の問題に解消していることを批判する。続けて、代案において、期待可能性条項があるにも関わらず、危険が現在のであることの必要性や、緊急避難状況の制限が依然として残っていることを指摘する。つまり、素直に読めば、不処罰が生じるのは、「一、(客観的であれ主観的であれ) 緊急避難状況が存在し、かつ、その回避のために行為がなされ、二、これに加えて、他の態度が期待されることができない場合」(傍点は原文斜体)<sup>(79)</sup>であるという。ここから、彼は次のことを導く。「一、この期待不可能性は、緊急避難状況の存在自体からたちまち生じるものではない。なぜなら、この期待不可能性は、まさしく責任阻却のための追加的基準だからである。二、この法服従の

期待不可能性は、それ自体も、その側面において責任阻却事由ではない。つまり、それは不処罰を直接には導かないものである。なぜなら、この他態度の期待不可能性に、さらに追加的に緊急避難状況が加わる場合にのみ、両草案は責任の否定と不処罰を生じさせるからである。それゆえ、ここから読み取られる言明は次のようになる。「違法な行為の実行に際して他の態度が期待されえない者であっても、彼は責任を負うのである。——緊急避難状況が存在しない限りでは」<sup>(80)</sup>。

そして、アルミン・カウフマンは、このような期待不可能性の理解は、「期待不可能性という名辞でもって、帰責が否定され、同時にこれに対する根拠が述べられる」という、従来論じられてきたそれとは異なるものであるという。ここから、彼は次のような帰結を導く。「立法者は、期待不可能性概念でもって、ただ一つのことのみを行うことができる。つまり、たとえば以下のような規定で、期待不可能性概念を完全に受けいれることである。「違法な態度以外の態度を期待されえなかつた者は、不処罰である。」以上。これ以上の言葉はない。いかなる付け加えも不整合をもたらす。期待可能性条項という呪文に、人は完全に身を委ねるか、または、これを放棄するかのいずれかをとらなければならない。いわゆる免責事由の構成要素として、この条項は役に立たないのである」<sup>(81)</sup>。

ここで明らかにされているのは、期待可能性条項の緊急避難規定中の採用と、期待不可能性による責任阻却とは別のものであるということである。すなわち、どのような形であれ、緊急避難規定の中に追加的に期待可能性条項を挿入することが意味するのは、期待可能性条項によって緊急避難の不処罰範囲を狭めるということである<sup>(82)</sup>。したがって、日本における狭義の期待可能性論が、責任阻却の「十分条件としての期待不可能性」を判断する理論構成・基準を論じるのに対し、ドイツにおける期待可能性条項論は、免責の「必要条件としての期待不可能性」を扱っているといえる。この意味で、緊急避難規定の中にある期待可能性条項の議論は、単なる緊急避難の限界づけの問題

であり、日本における期待可能性論と直結するものではない。それゆえ、この期待可能性条項の採用に「期待可能性」の思想」が流れている<sup>(85)</sup>というのは、あまり適切ではない。

期待可能性条項による免責の例外を定める三五条一項第二段に対して、学説からはいくつかの問題点が指摘されている<sup>(84)</sup>。

第一に、三五条一項第二段の期待可能性条項と、「他に回避することのできない」という第一段の必要性のメルクマールとの関係が不明瞭である。一方では、期待可能性の考慮は、第一段の必要性メルクマールの中で、免責的緊急避難の成立自体の要件として吟味されているといわれる。すなわち、「すでに危険の他回避不可能性 (Nicht-anders-Abwendbarkeit)<sup>(85)</sup> のメルクマール (緊急避難行為の必要性) は、広範囲において期待可能性の考慮によって共同決定される」とする理解である。たとえば、ペロンによれば、避難行為の必要性のメルクマールは三四条の正当化的緊急避難にも規定されているのだが、三五条においては、「比例性 (Verhältnismäßigkeit)」と「相当性 (Angemessenheit)」からなる期待可能性の考慮が追加的に行われる<sup>(86)</sup>。この見解に対して、三五条一項第一段の必要性のメルクマールの判断と、第二段における期待可能性の考慮とは異なるものであるということ、特に強調する見解もある。この立場からは、「他回避不可能性の決定に際して、必要性の考慮と期待可能性の考慮を混ぜ合わせることは、今日の三五条における免責的緊急避難の規定からは、必要でもなければ、適切でもない」とされる<sup>(87)</sup>。立法過程を見ると、六十年代案二三条のような、必要性のメルクマールを用いずに期待可能性条項を緊急避難の成立要件として用いる方式が意識的に採用されなかったことから、基本的には後者の解釈が規定に忠実といえるだろう<sup>(88)</sup>。もっとも、実際の判断において両者がどれだけ区別できるのか、何についてどちらで判断するのかという問題は残る。

第二に、自ら危険を惹起した者、特別な法的関係にある者という例示は適切ではないといわれることがある。なぜなら、一方では、いずれにせよその他にも危険の甘受を期待される対象が存在するからであり、また他方では、期待される「限りで (soweit)」という文言からもわかるように、例示される二者であっても具体的な事情が問題となるからである。<sup>90)</sup>

第三に、個別の問題として、惹起の対象は「危険」なのか「衝突状態」なのか、惹起とは因果的惹起で足りるのか有責な惹起まで必要なのか、「特別な」法的関係とは何なのか、特別な「法的」関係に限られるのかなど、多くのあいまいな点が残されている。<sup>91)</sup>

このような議論の錯綜は、免責的緊急避難の不処罰は二重の責任減少の後に残された軽微な責任の宥恕であり、その範囲は法秩序が決めるものであると考える以上、当然の結果である。というのも、責任主義といった指導原理を欠くことに加えて、不処罰の法的根拠が違法性と責任 (さらには予防) にまたがることにより、様々な要素の影響を受けるため、解釈の指針が定まらないからである。

## 第二款 故意作為犯における一般的な超法規的責任阻却

冒頭でも述べたとおり、現在のドイツにおいて、期待不可能性による故意作為犯における一般的な超法規的責任阻却の余地は、理論的にもほとんど認められていない。<sup>92)</sup> その理由としては、前述のように、免責的緊急避難の枠内でさえ責任非難自体は基礎づけられており、本来は処罰が可能なのであるという意識や、適用における法的安定性の侵害、不処罰の拡大による一般予防効果の弱体化のおそれなどが挙げられる。<sup>93)</sup>

加えて、とりわけ重要であるのが法治国家原則の要請との関係であり、特に、基本法二〇条三項 (立法は憲法適

合的秩序に、執行権と裁判は法律と法に拘束される」、同一〇三条二項（「ある所為が処罰されるのは、その所為がなされる以前に、その可罰性が法律により規定されていた場合のみである」）が問題となる。この関連で、憲法論を援用して一般的な超法規的免責を基礎づけようとしたヴィティツヒおよびリュッケの試み<sup>94</sup>に対して、アッヘンバッハは次のような批判を行った。すなわち、法治国家原則が国家権力の制限を要請するというのは確かに正しいものの、「一般的な期待不可能性の思想のように、結論が先取りされた細やかさを欠く原理の妥当性については、何ものも導出されない」。加えて、実質的な責任概念は絶えず争われてきたことに言及した上で、「そのように争いのある、内容的に非常に不明確な「規範的責任概念」というような思考図式についての決定は、いずれにせよ憲法からは読み取られない」<sup>97</sup>。そして、「一般的な個別化された期待可能性による調整の適用は、基本法二〇条三項および一〇三条二項により要請される相対的な法律の決定性 (relative Gesetzesbestimmtheit) を、本質的な領域において、客観的な基準なしに完全に解消する」ものであり、「したがって同時に、推定上の個別事案における正義の片面的な強調によって、基本法二〇条により要請される法的安定性と正義とのバランスを大いに乱す」。さらに、そのような期待可能性による判断は、「平等原則を侵害する重大な個別化の危険を助長する」と批判する<sup>98</sup>。ここに見られるように、期待不可能性による超法規的免責は、基本法および判例により憲法上の価値を認められた責任主義との関連を否定される場合には、法治国家原則からの批判に対抗することはできない。三五条を、責任阻却事由とは区別される免責事由にすぎないとする意義は、期待不可能性による一般的な超法規的責任阻却を否定するという側面も持っているのである。

もつとも、三五条の免責的緊急避難を（二〇条の責任無能力と同じ）責任阻却事由と考える場合であっても、憲法上の要請から期待不可能性による一般的な責任阻却事由が導かれるわけではないとする見解もある。シュレーホー

フアーによれば、以下の理由から、期待不可能性による一般的な超法規的責任阻却事由を認める必要はない。すなわち、第一に、「憲法は、個々の責任の要件を未決定のままにしている」から、刑法にとってアプリアリに拘束的な責任概念を定式化しているわけではない。第二に、刑法上の責任が弁識能力と制御能力を前提にするにせよ、「そのような能力にとって——同じくそれが存在することに——、期待可能性は必要ではない。近親者の自由に対する危険を引き受けることが三五条に従って期待されない者であっても、事実としては規範適合的態度が可能であるといえる」。第三に、憲法から期待不可能性による責任阻却を主張するためには、責任が特定の程度の能力を前提としている必要があるが、「しかしこの点について、憲法は、法定刑は均衡のとれたものでなければならぬとするのみである。特定の責任の量を、憲法は確定していない」。

以上のことから、ドイツの現在の学説においては、故意作為犯について、期待可能性の不存在による一般的な超法規的責任阻却の余地は理論的にも否定されており、狭義の期待可能性論が責任主義と完全に切り離されているということがわかる。<sup>(10)</sup> それゆえ、責任主義が直接及ぶのは、回避不可能な禁止の錯誤、責任無能力および限定責任能力のみであり、それ以外の場合は、「立法者によって、完全な弁識と能力の下で「単に」制御を望まない (zweckungsunwilling) ものと整理される」。

### 第三款 日本への影響

以上のようなドイツの議論は、ドイツ刑法三五条に対応する規定が存在しないこともあって、日本に影響を与えることはほとんどなかった。<sup>(11)</sup>

近年、ドイツにおける議論状況を参照してこれに従うものとして、山中敬一の見解がある。山中は、適法行為の

期待可能性が話題となる場合で実際に問題となっているのは、責任能力で判断されるような「規範の呼びかけに答える能力」ではなく、適法行為への物理的・心理的圧迫を考慮した「処罰の必要性」であるとする。それゆえ、「行為者自身が規範適合的に意思決定することが可能かどうかを基準に判断する」(傍点原文)<sup>(16)</sup> 狭義の責任ではなく、法秩序と行為者の実質的な期待関係から処罰の必要性を考慮する、可罰的責任の問題であるとする。すなわち、「いわゆる期待可能性がない行為者も、責任能力と違法性の意識の可能性があるかぎり、このような意思決定可能性はあったというべきである。しかし、「付随事情の異常性」により「適法行為の期待可能性」はないとされる場合があるのである。ドイツにおいても、責任阻却事由と責任宥恕事由とが区別されるように、「弁識能力」ないし「行動制御能力」あるいは「違法性の意識の可能性」が欠落する内面的な「意思決定」における可能性と、外部的事情による「心理的圧迫」によって規範適合的な意思決定を行動に移すことができるかどうかという可能性とは理論上区別することができるというべきであろう」とする。<sup>(16)</sup> 次いで、期待可能性の標準の問題に関して、類型的行為事情説が規範的責任論を前提としたために不十分なものに終わったことを指摘して、可罰的責任論の観点からは、具体的な行為事情の下での行為者の適法行為の可能性と処罰の必要性との相關関係の中で、「規範的・可罰的評価の類型化」が可能となるという。そして、可罰的責任阻却ないし減少の例として、安楽死・尊厳死、法益同価値の緊急避難、中止犯の減免、過剰防衛・過剰避難、親族相盗例・親族間の犯人蔵匿・証拠隠滅等を挙げる。<sup>(17)</sup>

山中の見解は、期待可能性が問題となる事例においても実質的に責任は基礎づけられているというドイツの通説を前提としたものであり、これまでの日本の期待可能性論とは発想を異にするものである。もつとも、ドイツの通説が期待可能性概念自体に重要性を認めないのに対し、山中説は、期待可能性概念の役割を再構成することで、むしろその重要性を提起する方向性に立っている。<sup>(18)</sup> いずれにせよ、このような見解は、今のところ日本において広ま

りを見せているとはいえないが、ドイツにおける確固たる通説として、今後日本でも主張者が現れる可能性は十分にあるだろう。

### 第三節 小括

以上の検討から、現在の日本とドイツの間には、期待可能性論の理解について大きな相違があることが見て取られる。特に、日本における期待可能性論は、(個別行為)責任主義との密接な関係の下で論じられているのに対して、ドイツにおける期待可能性論は、責任主義とは切り離された、義務の限界を画する議論と理解されている。すなわち、ドイツにおいては、日本とは異なり、理論的にも期待可能性論が責任主義から切り離されており、その結果として、責任主義に憲法上の価値が認められているにもかかわらず、期待不可能性による超法規的責任阻却の余地が完全に否定されているという状況にいたっているのである。そして、日本において期待可能性論が実務でほとんど役割を果たしていない状況の下での山中説の登場は、(広義・狭義の)期待可能性概念が再検討を迫られていることを示している。

### 注

(26) もっとも、ドイツにおいては、期待可能性の錯誤の問題は重要な論点であった。なぜなら、これは、特に、免責的緊急避難の条文を創設するにあたって、その前提事実の錯誤をどのように扱うのかという問題に関わっていたからである。しかしながら、日本では、前提事実の認識・錯誤が問題となるような一般的な免責規定は存在せず、また、個別的なものではそれぞれの免責の性質がさらに問題となることから、本稿では期待可能性の錯誤を応用領域と位置づけた。

(27) 小野清一郎『刑法講義全』(有斐閣、一九六二)一四三頁以下、団藤・前掲注(2)三三四頁以下、藤木英雄||板倉宏『刑

法案内2」(勁草書房、二〇一一) 九頁。なお、瀧川幸辰は、体系書ではこの学説をとっていたが「瀧川幸辰『犯罪論序説 改訂版』(有斐閣、一九四七) 一〇八頁、その後、「期待可能性と故意、過失とは理論上は別ものであるが、認識のあるなし、認識範囲の大小、認識程度の強弱を通じて密接な関係にある」(同「期待可能性論の回顧」『瀧川幸辰刑法著作集 第五巻』(世界思想社、一九八二) 四四二頁。初出は法学論叢五九巻一号(一九五三))としており、改説したものと思われる。

- (28) 大塚仁『刑法概説(総論) 第四版』(有斐閣、二〇〇八) 四七七頁、柏木千秋『刑法総論』(有斐閣、一九八二) 二五一頁、虫明満・佐久間修『大コンメンタル刑法 第二版 第3巻』(大塚仁ほか編)(日本評論社、一九九九) 六〇頁。ごく最近のものとして、高良幸哉「期待可能性の体系的地位と機能について」大学院研究年報(中央大学、四二号(二〇一一)) 二三八頁。
- (29) 高橋則夫『刑法総論』(成文堂、二〇一〇) 三五七頁、鈴木茂嗣『刑法総論「第二版」』(成文堂、二〇一一) 一三七頁、西原春夫『刑法総論(下)「改訂準備版」』(成文堂、一九九三) 四七八頁など。

- (30) 消極的な責任阻却事由であることに特に言及するものとして、浅田和茂『刑法総論「補正版」』(成文堂、二〇〇七) 三五七頁、大山弘「可罰的責任論の構造」神戸学院法学三四巻三号(二〇〇五) 二六頁、川端・前掲注(8) 二〇四頁以下、佐伯・前掲注(4) 一九六頁、莊子邦雄『刑法総論(第三版)』(青林書院、一九九六) 四〇〇頁、内藤謙『刑法講義総論(下) I』(有斐閣、一九九二) 一一〇五頁、中山研一『新版概説刑法 I』(成文堂、二〇一一) 一七六頁、福田平『全訂刑法総論(第五版)』(有斐閣、二〇一一) 二二三頁(もつとも積極的要素説と大きな差異はないとする)など。「期待可能性の不存在を理由として刑事責任を否定する理論」とする判例もこの立場に近いといえる。

- (31) もつとも、注意すべきは、責任阻却事由説の内部に二つの軸があることである。第一は、佐伯の主張を中心とするものである。すなわち、「責任能力及び故意過失(事実及び違法の認識またはその可能性としての)があれば一応期待可能性があることが推定せられ、この一応の推定は例外的事情(その類型化せられたものが責任阻却事由である)によって破られる」(佐伯・前掲注(4) 六八〇頁)という理解である(これに従うものとして、浅田・前掲注(30) 三五七頁、香川達夫『刑法講義(総論) 第三版』(成文堂、一九九五) 二七五頁、吉川経夫『刑法総論』(法律文化社、一九六三) 一九八頁以下、中山・前掲注(30) 一七六頁。なお、同様の見解として、松宮孝明『刑法総論講義「第四版」』(成文堂、二〇〇九) 一七〇頁以下は、責任能力と故意・過失を責任の「必要条件である構成要素」としている)。第二は、このような原則・例外型を強調しない見解であり、積極的要素説と責任阻却事由説の区別に言及しない前掲注(29)の論者や、両者の同質性に言及する論者(たとえば、鈴木・前掲注(29) 一三三頁、福田・前掲注(30) 二二三頁以下、曾根威彦『刑法総論 第四版』(弘文堂、二〇〇八) 一六〇頁、

第一の見解と異なる原則・例外型を主張する内藤・前掲注(30)一二〇五頁)による理解である。

第一説の特徴となっているのは、上述の主張の前段、すなわち、「責任能力及び故意過失(事実及び違法の認識またはその可能性としての)」があれば一応期待可能性があることが推定「されるという主張である。この推定関係に対して、鈴木茂嗣や内藤謙は、責任能力の不存在もまた例外型に含まれる責任阻却事由であるとす(鈴木・前掲注(29)二六九頁以下、内藤・前掲注(30)一二〇五頁)。したがって、第二説は、責任無能力・限定責任能力と、違法性の意識の可能性の不存在・減少および期待可能性の不存在・減少とを対照させて理解する見解と整理される。この第二説は、基本的には、責任能力についての責任要素説および故意と違法性の意識についての責任説に親和的である。

- (32) この点についての日本における評価を確認する。中谷瑾子は、「故意、過失を問わず、期待可能性のないことを、超法規的責任阻却事由と考える立場は、ドイツ刑法学に於いて、もはや一般的な支持を失ってしまったと解してよからう」とした上で、「ドイツに於ける『期待可能性の理論の現代的展開』を、従来の行きすぎに対する反省といった意味あいのもと解し、この期待可能性の理論の現代的展開』によって得られたドイツ的帰結をメツガー、シェーンケ、ヴェルツェル、コールラウシュ・ランゲ、更には極限としてオエラー、H・マイヤーに見るのである」と、その学説史を肯定的に評価する(中谷瑾子「期待可能性の理論に関する一考察(一)」法学研究二七卷一―号(一九五四)六二頁以下)。これに対して、米田泰邦は、ドイツにおけるこのような傾向を、「人間の弱さへの固執によって、規範的責任の統一原理を提供することに失敗してしまった」と否定的に評価し、「ドイツ的歪み」と表現する(米田泰邦「犯罪と可罰的評価」(成文堂、一九八三)一〇四頁)。

(33) 川端・前掲注(8)二〇六頁など。

(34) 特に、佐伯・前掲注(4)二二三頁以下。

(35) 内藤・前掲注(30)一一八九頁以下など。

(36) 浅田・前掲注(30)三五四頁、内藤・前掲注(30)一一九一頁など。

(37) 最判昭和三十一年二月一日刑集一〇卷二二号一六〇七頁。

(38) 超法規性を限定する見解として、木村・前掲注(23)四五二頁、瀧川・前掲注(27)「回顧」四四二頁、中谷瑾子「期待可能性の理論に関する一考察(二・完)」法学研究二七卷二―号(一九五四)五三頁。また、超法規性を否定する見解として、八木國之「期待可能性論の運用と体系的地位と機能」木村博士還暦祝賀「刑事法学の基本問題(上)」(有斐閣、一九五八)五七二頁、萩原玉味「期待可能性についての若干の考察」法学雑誌一六卷二―四号(一九七〇)二四二頁。限定説は、基本的

- にはドイツの議論を参照して故意作為犯における一般的な超法規的責任阻却を否定するものであり、その意義はドイツの期待可能性論と連動する。これに対して、八木の否定説は、期待不可能性を超法規的違法性阻却事由としつつ、同時に従来の狭義の期待可能性論の問題領域を責任能力および責任形式（故意・過失）に解消することを試みるものであり、独立の検討の必要性があるが、本稿でこれを行うことはできない。いずれにせよ、限定説・否定説は、今日ほとんど支持されていない。
- (39) 行為者標準説に立つものとして、植田重正「期待可能性」日本刑法学会編『刑法講座 3 責任』（有斐閣、一九六四）二五頁、内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）（補正版）』（青林書院、一九九七）二五三頁以下（違法性阻却事由では平均人）、大塚・前掲注（28）四七八頁以下、大谷實『刑法講義総論 新版第三版』（成文堂、二〇〇九）三五五頁以下、篠田公穂『新・判例コンメンタール刑法Ⅰ 総則（Ⅰ）』（大塚仁・川端博編）（三省堂、一九九六）三一七頁以下、莊子・前掲注（30）四〇〇頁以下、西田典之『刑法総論 第二版』（弘文堂、二〇一〇）二九五頁、藤木〓板倉・前掲注（27）一三頁、虫明〓佐久間・前掲注（28）六六頁。「期待の構造」の加味の下で基本的に行為者標準説に立つものとして、伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、二〇一〇）二九〇頁以下、岡野光雄『刑法要説総論「第二版」』（成文堂、二〇〇九）二〇七頁以下、香川・前掲注（31）二七八頁以下、吉川・前掲注（31）二〇七頁、斎藤信治『刑法総論 第六版』（有斐閣、二〇〇八）二〇八頁、曾根・前掲注（31）一六一頁、高橋・前掲注（29）三五七頁、高山佳奈子『注釈刑法 第一卷』（西田典之ほか編）（有斐閣、2010）五三六頁以下、内藤・前掲注（30）一二二頁以下、中山・前掲注（30）一七八頁、平川・前掲注（Ⅰ）八七頁、山口厚『刑法総論「第二版」』（有斐閣、二〇〇七）二五二頁以下。期待の上限を平均人とする学説も特に区別する必要がないのでここに含まれる。浅田・前掲注（30）三五八頁以下、梅崎進哉・宗岡嗣郎『刑法学原論』（成文堂、一九九八）二五二頁以下、因藤・前掲注（2）三二九頁以下、船山泰範『期待可能性—刑法の争点「第三版」』（有斐閣、二〇〇〇）八七頁。
- (40) 平均人標準説を通説とするものとして、西田・前掲注（39）二九五頁、福田・前掲注（30）二二二頁など。
- (41) このほか、平均人標準説に立つものとして、朝倉京一『刑法総論』（酒井書店、一九九三）一九九頁、井田・前掲注（9）三八九頁、市川秀雄『刑法総論』（春秋社、一九五五）一九五頁以下、出射義夫・松本一郎『刑法要綱』（高文堂、一九七二）一〇七頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（勁草書房、一九七四）二〇七頁、川端・前掲注（8）二〇六頁、木村・前掲注（23）四四四頁、江家義男『刑法（総論）』（千倉書房、一九五二）一四八頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂、二〇〇九）二六一頁、西原・前掲注（29）四八一頁、平出禾『刑法総論』（酒井書店、一九七三）一八七頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、一九七五）二二六頁、堀内捷三『刑法総論 第二版』（有斐閣、二〇〇四）二二五頁、前田雅英『刑法総論講義 第五版』

(東京大学出版会、二〇一〇) 四二五頁、宮原三男「期待可能性の理論」総合法学二二二(一九六〇) 二六五頁。「期待の構造」の加味の下で平均人標準説をとるものとして、齊藤信幸「新版刑法講義(総論)」(成文堂、二〇〇七) 三七二頁(基本的には平均人標準説に依拠した主観的客観説)、福田・前掲注(30) 二二二頁、安平政吉「新修刑法総論」(酒井書店、一九七〇) 三二六頁。また、期待可能性論を援用して責任阻却を肯定する判例の多数も、平均人標準説に近い表現を用いる(前田・前掲注(6) 二九二頁参照)。

- (42) 当初学説上想定された意味における国家標準説の主張者としては、「違法性の軽重、行為者の地位、能力等を考慮して期待可能性の有無を定めるべき」として、自らの立場が一種の国家標準説であるとする青柳文雄(「青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』(泉文堂、一九六五) 三二四頁以下) や、定塚道雄「刑法略説」(渡辺書房、一九五〇) 八八頁、期待可能性は程度の問題であり、期待の標準が一般人か本人かという対立は「あまり意味があるものとは思われない」とする平野龍一(「平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、一九七五) 二七七頁以下) が挙げられる。また、最近の規範予防の観点から、規範意識を法が要求するものに置き換えることで、結論的に国家標準説に近い主張をする見解として、鈴木・前掲注(29) 一三八頁、林幹人「刑法総論 第二版」(東京大学出版会、二〇〇八) 三三九頁、松原芳博「刑法総論」(日本評論社、二〇一三) 二〇七頁、松宮・前掲注(31) 一七〇頁。

(43) 佐伯千仞・米田泰邦「総合判例研究叢書・刑法(二二) 期待可能性」(有斐閣、一九六四) 二九五頁。

(44) このほか、行為事情の類型化に特に言及するものとして、浅田・前掲注(30) 三五八頁、吉岡一男「刑事法通論」(成文堂、一九九五) 八三頁。また、平場安治「刑法総論講義」(有信堂、一九五二) 一一二頁以下も同じ方向性を示す。

(45) 佐伯・米田・前掲注(43) 二九六頁。

(46) 佐伯・米田・前掲注(43) 二九七頁。

(47) たとえば、山口厚は、行為者標準説に重点を置いて、「適法行為の期待可能性は、どの程度までそれを期待するかという期待する側と期待される側の「緊張関係」において判断されるべき、規範的な問題である」というのである。結局、行為者の能力を前提とした上で、行為当時の行為者にその能力を発揮することにより、違法行為にでないことが期待しえたかを判断するほかないのである」とする(山口・前掲注(39) 二五一頁以下)。これに対して、福田平は、平均人標準説に重点を置いて、「わが通説である平均人標準説は、行為者が、行為した際の具体的な諸事情——それは外部的・客観的事情だけでなく、行為者の精神的・肉体的状況といった主観的事情をも含めて——を検討し、そうした事情のもとで、平均人ならばどう行動した

であろうかを期待可能性の標準とするものであり、その判断にあたっては、期待する側の期待の強弱も考慮に入れられているものといえよう」とする(福田・前掲注(30)二二二頁)。

(48) 佐伯＝米田・前掲注(43)二九六頁。

(49) Carsten Momsen, Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, 2006, S. 65f.

(50) ヴォルトマンによれば、「誰かが何かをzumutenする」という表現は、もともと二つの異なる意味で用いられていた。すなわち、一方では、何かを誰かに帰する(zuschreiben)または誰かに何かの能力があると信じる(zutrauen)、他方では、何かを誰かに所望する(beghehen)または誰かが何かを行うことを要求する(verlangen)。そして、前者の用法が見られるのは一九世紀の終わりまでであり、後者も、初期においては、要求の性質を表さない価値中立的な用法であったという。これに対して、一七世紀以降は、「その要求は、本来的には、ほとんどしくはまったく立てられてはならない、または立てられるべきではない」という意味が次第に加わるようになり、この意味合いは今日においても認められるとする。これらのことから、ヴォルトマンは、法的な意味を前提としないZumutbarkeitという言葉は、barという接尾辞とあわせて、「正当に要求することができる(zugänglich)」を意味するようになると結論づける(Lars Wortmann, Inhalt und Bedeutung der »Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens« im Strafrecht, 2002, S. 13f.)。

(51) ドイツの刑法改正作業における緊急避難の議論については、内藤謙『刑法改正と犯罪論(上)』(有斐閣、一九七四)一六五頁以下参照。最近のドイツの期待可能性論の議論状況については、山中・前掲注(15)一四八頁以下および一五六頁以下参照。

(52) 緊急避難の学説史については、井上宜裕『緊急行為論』(成文堂、二〇〇七)一三九頁以下、森下忠『緊急避難の研究』(有斐閣、一九六〇)一頁以下参照。

(53) これについてモムゼンは、「とりわけ、大刑法委員会の議事録が明らかにするのは、すでに一九五四年から五九年にかけて行われた委員会の会議において、緊急避難規定の新しい形に際して、いかに激しく期待不可能性の観点が議論されたかということである」としている(Momsen, aa.O. (Anm. 49), S. 106)。

(54) 以下ではもっぱら現行三五条についての議論を見るが、基本的にその多くは旧五四条(緊急避難)および五二条(強制)にも当てはまるものである。

旧五四条および五二条は次のとおりである。

「第五四条 行為が、正当防衛以外の場合に、自己で責を負わない、他の方法では取り除くことのできない緊急状態におい

て、行為者または近親者の身体または生命に対する現在の危険を避けるために行われたときは、可罰的行為は存在しない。」  
 「第五二条 ①行為者が、抵抗できない暴力、または、現在の、他の方法では回避することできない、自己または近親者の身体または生命に対する危険と結びついた脅迫によって、その行動を強いられたときは、可罰的行為は存在しない。」

②近親者の範囲(略)」

- (55) 内藤・前掲注(51)三二六頁以下。  
 (56) 山中・前掲注(15)一五六頁以下参照。  
 (57) 同様に、旧法との関連において、「三五条に事例において必ず責任が阻却されるのならば、旧五二条・五四条は、緊急避難の要件が今日の三五条に比べて狭かった限りにおいて、責任主義違反であったということになるだろう」といわれる(Lenkner/Sternberg-Lieben, Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 108)。  
 (58) この点を詳細に扱ったものとして、Klaus Biersmann, »Entschuldigung« durch Notstand, 1989, S. 165 ff.  
 (59) Vgl. Reinhart Maurach/Heinz Zief, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1, 8. Aufl., 1992, § 33 Rn. 8.  
 (60) Helmut Frister, Die Struktur des „voluntären Schuldlements“, 1993, S. 210 ff.  
 (61) Vgl. Frister, aa.O. (Anm. 60), S. 216 ff.; Wortmann, aa.O. (Anm. 50), S. 88 ff.  
 (62) 二重の責任減少の第一段階である不法減少について、結果無価値の考慮に対しては、法律上非難の効果が生じたことは要件とされておらず、結果無価値の減少は現行法においては加味されていないという批判がある(Biersmann, aa.O. (Anm. 58), S. 210; Frister, aa.O. (Anm. 60), S. 208)。  
 (63) 特にアルミン・カウフマンの見解は、三五条の立法にあたった連邦司法省当局者であるホルストコッテにより、度々参照されている(Protokolle über die Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, in: Deutscher Bundestag 5. Wahlperiode, S. 184 ff.)。ヴェルツェルおよびアルミン・カウフマンの見解は後に詳しく検討する。これを扱ったものとして、川端・前掲注(8)一九八頁以下、木村亀二「期待可能性論の問題(つづき)」法学セミナー一五九号(一九六九)四八頁以下参照。  
 (64) Lenker/Sternberg-Lieben, Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 111.  
 (65) Walter Perron, Schönke/Schröder, § 35 Rn. 2.  
 (66) 山中敬一は、責任非難自体は依然として可能であることを意識して、これを「責任宥恕事由」としている(山中・前掲注(15)一五六頁以下、同・前掲注(25)六七七頁)。

- (67) これに対して、結局は法的責任のみが問題となるのだから、三五条の免責の緊急避難は端的に責任阻却事由であり区別を不要とする見解として、Hans Joachim Hirsch, Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus Deutscher Sicht, in: Albin Eser/Walter Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung 3, 1991, S. 37 f.; Rönau, LK, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 323; Horst Schlehofer, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2011 (MK), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 248 ff. また、ロクミンは「責任阻却事由におよぶ免責事由と同様に予防の必要性が加味されるのだから、両者の区別は誤りである」とする (Roxin, aa.O. (Anm. 12), § 19 Rn. 57)。<sup>70</sup> 一方は、Hans-Ulrich Pfaffgen, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ulrich Pfaffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2013 (NK), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 242 ff. によれば、これにやや実益のなる議論は、Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 60. Aufl., 2013, § 35 Rn. 99<sup>71</sup> 「責任なく (ohne Schuld) 行為する」という法文から、端的に責任阻却事由と呼んでくる。もともと、いずれの見解も、三五条の基礎づけは二重の責任減少事由説とは異なっている。
- (68) Roxin, aa.O. (Anm. 12), § 22 Rn. 11; Vgl. ders., „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien. Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, in: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 183 ff. (邦訳 高橋則夫「刑法上の体系カテゴリとしての「責任」と「答責性」」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』(成文堂、一九八四) 九〇頁以下)。
- (69) Jakobs, aa.O. (Anm. 22), 20. Abschn. Rn. 4; Vgl. Bernd Musig, MK, § 35 Rn. 1 ff.
- (70) Vgl. Günther Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, S. 20 ff. また、ノイマンは「状況に適した (situationsadäquates) 態度としての避難行為を論じている。それによれば、「法秩序は、三五条の規定でもって、密接な社会共同体における特別な連帯関係の存在を承認したのである」。「避難行為が (相対的に) 状況に適しているように見えるのは、犠牲者となるものの利益が、それではいく僅かなもの (quantité négligeable) としては扱われない場合このみである」(Ulfrid Neumann, NK, § 35 Rn. 6)。
- (71) たといは、Jescheck/Weigend, aa.O. (Anm. 11), S. 478; Rönau, LK, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 326.
- (72) たといは、フリスターは「二重の責任減少事由に対して、「たといは、あらゆる器物損壊(三〇三条)が限定責任能力であっても同じく可罰的であるならば、非常に重大な不法が、単なる自己決定能力の減少のために完全に免責されることはありえないのである」として、不法の減少がある場合であっても完全な不処罰を導くことはない」と批判する (Helmut Fritzer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011, 20. Kap. Rn. 3)。また、予防を加味する学説に対しても、この見解をとる論者が少な

からず責任を予防的観点から基礎づけていることを前提として、「行為者の不法および責任が阻却ないし減少されない限りで、免責的緊急避難に際しても一般予防上の刑罰の必要性に欠けることはないのである」と批判する (Rn. 4)。

(73) Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 10 Rn. 103.

(74) たよえは<sup>73</sup> Pfister, aa.O. (Anm. 60), S. 154 ff.; Mohnsen, aa.O. (Anm. 49), S. 536 ff.; Wortmann, aa.O. (Anm. 50), S. 87 ff. 本稿ではこれらの詳細を扱うことはできないが、いずれにも共通しているのは、期待可能性を規範的観点から理解する点、それゆえ、日本の学説において理解されているような心理学的に理解された期待可能性論を否定する点である。

(75) たよえは<sup>74</sup> Paefgen, NK, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 252; Kristian Kuhl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 12 Rn. 22.

(76) たよえは<sup>75</sup> Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011, § 21 Rn. 10.

(77) 代案の二三条は免責的緊急避難について次のように規定した。

「第二三条 生命、身体または自由に対する現在の危険を、自己、近親者またはその他の自己と密接な関係にある者から回避するために違法な所為をなした者は、所為の事情に従って、その者に他の態度が期待できない場合には、責任なく行為したものである。その者に他の挙動が期待できる場合には、その刑は、第六一条第一項により、これを軽減することができる。」

この規定の特徴について、パウマンは、「代案は、一五条においては、正当化的緊急避難について、客観説にいずれにせよ余地を残しているのに対し、免責的緊急避難について主張するのは、学説においても支配的に要請される主観的解決(期待可能性の解決(Zunutbarkeitslösung))である」とした上で、誤想された危険に対しても緊急避難が可能であることを強調して、「代案は、一貫して責任の領域において心理的強制状態のみに焦点を当てる」とする (Jürgen Baumann, Einschränkungen der Strafbarkeit im Allgemeinen Teil des Alternativ-Entwurfs, GA 1967, S. 339)。

(78) 「他に回避するべきなき」という要件は、現在のドイツの議論では「必要性」と呼ばれることが多い。

(79) Armin Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 60, 1968, S. 46.

(80) Kaufmann, aa.O. (Anm. 79), S. 46 f.

(81) Kaufmann, aa.O. (Anm. 79), S. 47.

(82) 特に、「他に回避するべきなき」という必要性(補充性)の要件に加えて期待可能性条項が規定される場合には、「回避行為の可能性」は前者の要件の下で判断されることとなり、期待可能性条項の判断対象は「危険の受忍」となる。しかし、危険の受忍の期待可能性は、これが責任能力判断における制御能力判断とは明らかに異なるものであることからわかるよう

に、当初の（および日本において議論されている）期待可能性概念ではない。

- (83) 佐伯・前掲注（4）一三頁以下、内藤・前掲注（51）一七二頁。
- (84) Vgl. Berrmann, aa.O. (Anm. 58), S. 109 ff.; Volker Krey/Robert Esser, *Deutsche Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2011, § 22 Rn. 754.
- (85) Perron, Schönke/Schröder, § 35 Rn. 13a; Vel. Jeschek/Weigend, aa.O. (Anm. 11), S. 482 Fn. 9; Roxin, aa.O. (Anm. 12), § 22 Rn. 19.
- (86) Walter Perron, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus Notlagen*, in: Albin Esser/Walter Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung* 3, 1991, S. 107. もともと「ペロンは「コンメンタールではどのような要件を明示していない」。
- (87) Frank Zieschang, LK, § 35 Rn. 46. なお、同じく「今日の」とされるのは、旧五四条のように期待可能性条項を含まない場合には必要性のメルクマールで一律に判断せざるをえないが、三五条ではさうではないという趣旨である。
- (88) また、同じく期待不可能性が否定される（つまり期待可能と判断される）としても、第二段の期待可能性条項でこれを判断する場合には、さらに三五条一項第三段による刑の減輕の可能性がある。これに対して、第一段の必要性のメルクマールにおいてこれを考慮すると、原則型の三五条一項第一段の適用が否定されることとなり、刑の減輕は類推によらざるをえなくなる（Zieschang, LK, § 35 Rn. 46）。
- (89) たとえば、「特別な法的関係」には包摂されないが保障的地位にある者（家族関係から生じる義務、自由意思により結ばれた危険共同体）、差し迫った損害と行為による結果との間に著しい不均衡が生じる場合（たとえば軽度の傷害の回避のための殺人）などである。
- (90) たとえば最近の例として、コスタ・コンコルディア号の座礁事故における船長の責任について、エッサーとベッテンドルフは次のような検討を加えている。「甘受しうる、したがって期待しうることの限界に到達するのは、船長が船内にとどまることにより、その存在が脅かされる、さらにはそれを放棄することになるであろうという場合である。したがってその限りで、彼には、（それ以上）危険を（さらに）甘受することが期待されえない。……しかし、船長が、そのような具体的な危険の発生の前に船内から逃げ出した場合には、不作為による殺人（未遂）の責任を負う——三五条一項第一段による彼の行為の免責は、不可能である——」。そしてこの「具体的な危険の発生」時点については、「差し迫った沈没を伴う海難事故の極限的に危険な段階において、つまり、彼自身に対する現在の具体的な危険の存在に際して」とされている（Robert Esser/Susanne Bettendorf, „Muss der Kapitän als Letzter Bord?“ - Zur Strafbarkeit von Schiffsführern im Notfall zwischen Rettungspflicht

- und entschuldigendem Notstand-, NSZ 2012, S. 236)。したがって、いずれにせよ、船長としての具体的な義務と具体的に生じた危険とが顧慮されることになるのである。
- (91) BERNHANN, aa.O. (Anm. 58), S. 110; Michael Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1996, S. 336 f. 特別な法的関係が認定されれば、第三段の刑の減輕からも排除されるだけに、重要な問題である。
- (92) 期待可能性による超法規的責任阻却についての現在の議論状況の概観として、Reinhard Moos, *Der allgemeine übergesetzliche Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit in Deutschland und Österreich*, ZStW 116, 2004, S. 891 ff. 通説に対して、ほぼ日本の理解と同じ構成から、故意作為犯における期待不可能性による一般的な責任阻却の余地を認める見解として、Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., 2003, § 23 Rn. 64. ①の他には、機能的責任論の観点からこれを認めるヤコブスの見解がある。彼は、期待不可能性による一般的な責任阻却は、次の要件の下で存在しうるとする。「一、強制的状況 (Zwangslage) が存在しなければならぬのだが、二、それは、客観的な量定において、行為を相当な (adäquate) 対応と思わせるものであり、三、行為者または受益者は強制的状況について管轄を有しない」。そして、この制限の考慮は三五条の類推に反対するものではなく、かつ法的安定性を脅かすこともないという。ただし結論的には、現在の法状態では、一般的な期待可能性標準は確かに理論的にありうるが、実践的意義を持たないとする (Jakobs, aa.O. (Anm. 22), 20. Abschn. Rn. 45)。
- (93) たむねは、Röman, LK, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 327.
- (94) Peter Witting, *Der übergesetzliche Schuldverschließungsgrund der Unzumutbarkeit in Verfassungsrechtlicher Sicht*, JZ 1969, S. 547 ff. ヴィテイツヒは、責任原理に憲法的価値を付与する判例に言及した上で、責任は非難可能性であるという命題から、「期待不可能性による一般的な超法規的責任阻却事由を規範的責任論自体から導出しようとする論証が、憲法的意義をも獲得する」と結論づける。
- (95) Jörg Lücke, *Der allgemeine Schuldverschließungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches Problem*, JR 1975, S. 55. リュッケは、ヴィテイツヒの見解をさらに展開して、「刑法は、期待不可能性による一般的な責任阻却事由に関して、法律の欠缺 (Gesetzeslücke) があることを示している」と指摘した上で、刑法上の類似の規定はその補充のためには不十分であり、「この欠缺は民法典二四二条の類推によって補充されることができるとして、行為者の利益が公共の利益と衡量されなければならない。期待不可能性の概念は、典型的例証 (typische Beispiele) によって定義可能とされる可能性がある」とする。そ

して、結論において、「したがって、期待不可能性概念の使用は法治国家違反にはあたらない。むしろそれは、法治国家原則(基本法二〇条二項および三項)の一要素としての正義から要請されるものである」とする。

- (96) これらの展開について、山中・前掲注(15)一四五頁以下参照。
- (97) Hans Achenbach, *Wiederholung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht?*, JR 1975, S. 493.
- (98) Achenbach, a.a.O. (Anm. 97), S. 493.
- (99) しばしば引用されるのは、基本法一条一項(人間の尊厳は不可侵である。それを尊重し保護することは、あらゆる国家権力の義務である)、同二条一項(「すべての者は、他者の権利を侵害せず、憲法的秩序または道徳律に抵触しない限りで、その人格の自由な発展の権利を持つ」)、および上の同二〇条三項である。
- (100) たとえば、「処罰は当事者本人の責任を前提とする」(BVerfGE 20, 323)。
- (101) Schlehofer, MK, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 274. 同様の主張として、「しかし実際には、基本法によれば、免責事由の法定に際しては、立法者の法政策的な定式化の裁量があったのであり、かつ、あるのである。……そのような免責事由の法定に対する憲法的義務づけは、否定されなければならないだろう」(Krey/Esser, a.a.O. (Anm. 84), § 22 Rn. 748)。もっとも、いずれの根拠も、憲法および責任と期待可能性との関係が必然的ではないと主張することを示すにとどまり、期待不可能性による一般的な責任阻却を完全に否定する理由にはならないように思われる。
- (102) このことから、ベルンスマンは三五条を刑罰阻却事由と位置づけ(Bernsman, a.a.O. (Anm. 58), S. 379 ff.)、ペロンは「期待不可能性に依拠する「免責事由」は将来的に刑罰阻却事由として議論されるべきであるとする」(Perron, a.a.O. (Anm. 10), S. 85)。
- (103) Momson, a.a.O. (Anm. 49), S. 479; Vgl. ders., in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Strafrechtbuch*, 20. Ed., 2012, § 35 Rn. 5.
- (104) もっとも、前述のとおり、期待可能性の不存在による責任阻却の超法規性を制限する木村亀二や中谷瑾子の見解は、ドイツの議論の影響を受けていた(木村・前掲注(23)四五二頁、中谷・前掲注(38)五三頁)。
- (105) 山中・前掲注(25)六七七頁。同・前掲注(15)一六〇頁参照。
- (106) 山中・前掲注(15)一七二頁。同・前掲注(25)六七六頁以下参照。
- (107) 山中・前掲注(15)一六七頁以下、同・前掲注(25)六八八頁以下。

(108) 山中・前掲注(15) 一七二頁、同・前掲注(25) 六八七頁以下。

(109) 比較的ドイツの理解に近いものとして、井田・前掲注(9) 三八八頁は、「期待可能性の理論を根拠として、責任の減少と阻却を認めたものと解される場合の多くは、違法性の減少が前提となっている」とする。

### 第三章 ドイツにおける期待可能性論の展開<sup>(110)</sup>

本章では、前章で確認された、日本とドイツの間にある期待可能性論についての理解の相違が生まれるに至った背景、および、期待可能性論の責任主義における意義を、期待可能性論および規範的責任論の発展の観点から考察する。具体的には、日本・ドイツのそれぞれの期待可能性論の理論的基礎と考えられる、ラインハルト・フランク、エトムント・メツガー、ハンス・ヴェルツェルの三者の学説と、後二者が故意作為犯における一般的な超法規的責任阻却を否定するにいたる経緯、および、その理論構成を確認する。

法制度や立法過程の議論ではなく、学説における期待可能性論を扱う理由は、本章の目標が、期待可能性論が規範的責任論において占める理論的地位を確認することにあるからである。また、議論の全体ではなく、特定の論者の主張を検討する趣旨は、それぞれの論者の期待可能性論をより精確に検討する点にある。すなわち、それぞれの論者がいかなる基礎の上で期待可能性論を展開したのかを検討することで、その主張の内容と意図をできるだけ精確に把握するようにつとめる。また、この三者を扱う理由は、フランクが規範的責任論全体の、メツガーが現在の日本における期待可能性論の、ヴェルツェルが現在のドイツにおける期待可能性論の原型をつくったと考えられるからである。また、これに加えて、佐伯千仞の研究<sup>(111)</sup>などで従来から言及されてきた、ゴルトシュミット、フ

ロイデンタール、エバーハルト・シュミットらの議論とは異なる期待可能性論を扱うことで、期待可能性概念の意義を問い直すことができる。

## 第一節 フランクの責任論

### 第一款 概要

本節では、規範的責任論の創始者とされるフランクの責任論の内容と意義を、心理的責任論との対決を中心に考察する。

まず、規範的責任論の成立以前の議論状況を、フランクの主張と照らし合わせながら確認する。ここでは、期待可能性論および規範的責任論の出発点とされる一九〇七年の『責任概念の構成について』<sup>11)</sup>（以下、『構成』）において、彼がどのような問題の解決を試みたのかを軸に、彼の問題意識とそれに対応する時代的背景を見る。それゆえ、当時の問題状況を現在の視点から包括的に叙述することはしない。

続いて、確認された時代的背景と問題意識を前提として、フランクの責任論とそこに見出される期待可能性論の萌芽を検討する。ここでは、彼の刑罰論に関する立場を明らかにした上で、『構成』およびコンメンタールにおける責任論の展開を見る。

## 第二款 『構成』での主張の時代的背景

### 一 フランクが対決した問題

フランクが、『構成』の序論にあたる第一章において、批判対象となる伝統的見解の主張者として名指ししてい

るのは、レッツラー、コールラウシュ、ビンディング、M・E・マイヤーであり、異なる立場とされるものの、リストもここに含められる。フランクの理解によれば、「いずれにせよ通説は、責任の本質を、行為者の人格の外部にあるものに対する、その心理的な関係に見出している。同様に、一方の責任の概念と他方の故意と過失の概念との間にある関係についても、かなりの一致が形成されている。すなわち、前者は類概念、後者は種概念とみなされている」。「まさしくこの最後の言い回しが、その見方についての通説のさらなるドグマをもたらしただけであり、それによれば、責任概念が含むのは故意と過失という下位概念に他ならず、その他の、行為の法的評価のために重要となりうる、とりわけ付随事情といったあらゆる事実は、責任概念の外にあるのである」。「この見方、つまり、責任概念を心理的關係に限定することの正当性が、ここで第一に検討されるべきである」<sup>15)</sup>。

したがって、フランクのいう「心理的責任論」の特徴は、第一に、責任の本質を心理的關係に見出す点、第二に、故意・過失と責任を種と類の關係と理解する点にある<sup>16)</sup>。また、この二点をもたらず「通説のさらなるドグマ」の問題としてフランクが何度も言及するのが、責任判断において付随事情を考慮に入れることができないうことと、帰責能力がないにもかかわらず故意がある場合を説明できないという二点である。それゆえ、フランクによる規範的責任論の主張に際しては、付随事情の考慮(責任阻却・軽減事由、特に緊急避難)と帰責能力が主要な役割を果たしている。

これに対して、しばしば心理的責任論の問題として指摘される、(特に認識なき)過失の責任形式としての性格を説明できないという論点について、フランクは『構成』でまったく言及をしていない。したがって、この点については、規範的責任論に至る別系統の議論の流れがあると考えた方がよいだろう<sup>17)</sup>。この系統でしばしば言及されるのは、グラーフ・ツォー・ドーナである<sup>18)</sup>。彼は、故意・過失の共通の要素として「義務違反性」を見出すことにより、

M・E・マイヤーらとともに、『構成』以前から、故意・過失の本質を心理的關係に求める見解に批判を加えていた。<sup>(18)</sup>

したがって、「規範的責任論前史」として、ここでは以下の事柄を扱うこととする。第一に、理論的な側面として、フランクの理解した心理的責任論の内容と意義を確認する。すなわち、「責任の本質を心理的關係に見出す理解」と「責任を類概念、故意・過失を種概念とする理解」の主張と問題点を概観する。第二に、実践的な側面として、フランクが主張の足がかりとした、付随事情の考慮（責任阻却・軽減事由、特に緊急避難）と帰責能力について、当時の議論状況を概観する。

## 二 理論的な側面——心理的責任論との対決——

### (一) 心理的責任論の成立

一般的な理解に従うと、「心理的責任論」とは、責任の本質を心理的關係に見出す学説の総称である。それ以上の理論的共通点は、フランクがここに含まれるとした前述の一連の論者の名前を見ればわかるように、存在しない。すなわち、とりわけ責任の本質をめぐって激しく議論された「学派の争い」の最中にもかかわらず、フランクの理解によれば、学説は一致して心理的責任論をとっていた。<sup>(19)</sup> それゆえ、彼の認識において、心理的責任論は、道義的・社会的責任論との関連ではなく、規範的責任論との対置においてのみ意味を持つ枠組みであった。以下では、心理的責任論の内容と成立を詳細に扱った数少ない著作である、アッヘンバッハによる整理を中心<sup>(20)</sup>に、心理的責任論の内容、および、その問題点を確認していく。

アッヘンバッハによれば、心理的責任論とは、「自然主義学派によってリストの主導の下で主張された、責任と

いう体系的概念の新しく生じた解釈<sup>(12)</sup>である。後述するように、私見ではこの特徴づけの前段には疑問があるのだが、いずれにせよ、心理的責任論とは「責任という体系概念」の「解釈」の一つなのである。アッヘンバッハによれば、責任についての議論は非常に長い歴史を持つ分野であるが、厳密に体系的な意味における責任の概念は、刑法教義学の比較的新しい成果である<sup>(13)</sup>。すなわち、今日でいうところの犯罪論体系における第三のカテゴリーとしての「責任」概念は、比較的最近になって登場したものである。それ以前に現在の責任論に該当する素材を扱っていたのは、もともとは、普通刑法学、とりわけプーフエンドルフに端を発する帰責論<sup>(14)</sup>であり、心理的責任論の直近の学説としては、ヘーゲリアナーの行為論・帰責論<sup>(15)</sup>であった。それでは、心理的責任論がヘーゲリアナーの帰責論を克服したことに關して、アッヘンバッハはどのような点を重要視するのだろうか。彼によれば、責任概念について、「ヘーゲル主義に続く刑法教義学的解釈の体系に關する本質的な革新は、……もっぱらその体系概念への昇格にある」<sup>(16)</sup>。それ以前の「帰責論」から新しい「責任論」へのこの術語上の発展は、徹底的な方法論上の転換への前兆であった。すなわち、「一八四〇年頃からドイツ刑法学において支配的であったヘーゲル主義の弁証法的手法から、一九世紀後半における刑法学の精神を特徴づける強度に概念的で分類的な体系学への移行」<sup>(17)</sup>である。そしてこの後者の特徴こそ、「概念のピラミッド、類、種および亜種からなる相互秩序」であり、まさしくフランクの批判した心理学的責任論の方法論であった<sup>(18)</sup>。

このヘーゲリアナーの行為論・帰責論から心理的責任論への移行の基礎を、アッヘンバッハは、法実証主義と科学的実証主義という二つの実証主義に求める<sup>(19)</sup>。その背景には、一八七一年のドイツ帝国刑法典の成立に伴う法の形式化・合理化と、当時の学問一般における潮流があった<sup>(20)</sup>。そして、まさにこの時代背景において、法実証主義を基本的立場として責任概念を犯罪論体系に昇格させたのがビンディングであり、これをさらに体系的に理論化したの

がリストであった。

アッヘンバッハは、ビンディングの責任論にヘーゲリアナーの犯罪論体系の名残があることや、故意と過失を責任の種とする定義が伝統に従ったものであることに言及しつつも、「しかしながら、ビンディングは、彼により初めて体系の構成要素として使用された責任という類概念の定義に際して、完全に新しい道を進んだ」。<sup>(13)</sup>「ビンディングは、法学的実証主義にもとづき、責任概念に明確に輪郭づけられた内容を与え、これを体系的な地位へと高めた」<sup>(14)</sup>とその意義を評価している。もつとも、ビンディングの責任論自体が広い支持を得ることはなく、心理的責任論を決定的な形で支配的地位に押し上げたのは、続くリストであった。<sup>(15)</sup>アッヘンバッハによれば、「リストの責任論に際しての斬新さは、客観的・一般的であり、主観的・裁判官的価値評価から独立した確定を可能とする、推定上の心理的・記述的メルクマールに責任要素を徹底的に限定したことである。刑罰を、完全に客観化可能であり、いわば自然科学的に確定可能な標準に結びつけるこの試みは、リストの基本的な立場を明瞭に示すものである」。<sup>(16)</sup>

このようなアッヘンバッハによる心理的責任論の描写は、現在の標準的な理解となっており、<sup>(15)</sup>基本的には支持できるものである。すなわち、心理的責任論の決定的な意義は、責任概念を、違法論に続く犯罪論体系の第三のカテゴリーに位置づけた点にあった。

## (二) 心理的責任論の欠陥の露呈

アッヘンバッハは、心理的責任論から規範的責任論への移行として、次のような背景を挙げる。すなわち、責任論に外在的なものとして、新カント学派による実証主義の克服と刑法学の規範的転換、<sup>(17)</sup>刑法改正作業におけるより実質的な理論の必要性、内在的なものとして、故意と過失の関係および後者の心理的把握の不可能性、刑法上の緊急避難の法的位置づけである。

これらの諸事情は、心理的責任論を支えていた二つの実証主義の方法論が広く批判されたという点に集約される。一方の厳格な制定法実証主義は、特に私法の分野において社会情勢に対応することができず、自由法論(運動)を中心とする新しい方法論によって克服されていった<sup>(8)</sup>。この影響として裁判官法が台頭し、裁判官を指導する実質的な責任概念や、反対に個々の裁判例から帰納的に明らかとなる責任概念が刑法学の対象となった。また、法と倫理との厳密な区別という法実証主義の前提も、新カント学派の影響を受けて、さらには、刑法改正のための現行法を前提としない実質的な議論の必要性を受けて、後退せざるをえなかった。このような潮流にあつては、道義的責任論と社会的責任論とが争つた責任の理念だけでなく、犯罪論体系上の責任概念についても、刑法典中の責任形式から構成する必然性は無くなる。他方の厳格な科学的実証主義に対しては、新カント学派によって、自然科学においても主体的な構成の契機が問題となる、さらには、法教義学は自然科学とは異なる基礎を持つという意識が広まった。さらに、種概念と類概念を中心とした概念形成論とその発想は、経験科学の分野の内部においても転換を余儀なくされていた<sup>(11)</sup>。

このような潮流は、フランクの心理的責任論に対する問題意識と大部分において対応している。すなわち、フランクは責任を心理的關係に見出すことを批判するが、ここにはすでに、犯罪論体系上の責任概念が法律上の責任形式(故意・過失)を離れて想定されうるという前提がある。この前提は、制定法実証主義の強い支配のもとでは成り立たない<sup>(12)</sup>。そして、責任の概念が必ずしも制定法に形式的に拘束されないとすると、「法学上の自由な概念」として、目的論的に責任概念を構成することが可能となる。心理的責任論のドグマから離れて、フランクが責任を非難可能性と定義することができた背景には、このような社会的・学問的思潮があつた。

心理的責任論から規範的責任論への転換について、アッヘンバッハは、主に、①「心理的責任論は、一九世紀、

その最後の10年さえも支配したわけでは決してない」、②「自然主義的責任概念の克服は、団結した「規範的責任論」の功績ではなく、世紀の転換から始まる、実証主義から地盤を奪った、方法論上の新思潮の大きなプロセスに属する」という前提から、「したがって、フランクがまったく新しい責任解釈の「創始者」ではないということに、もはや証明は必要ない」という結論を導き出す<sup>(16)</sup>。この最後の評価については、フランクの責任論において再度検討するとして、ここでは、その前提となっている二点について確認する。

まず、第一の点については、フランクの理解した心理的責任論とアッヘンバッハのいうそれとの相違を指摘しなければならぬ。アッヘンバッハは、「自然主義的な責任モデルの導入以前は、自然法期に由来する、早くも出発点において「規範的」な法律的または主観的帰属に関する理論、そして、それほど規範的でないともいえないヘーゲル主義的な行為論が支配していたのである<sup>(17)</sup>」という叙述からもわかるように、責任概念を心理学的に分析する自然主義的な責任論を、それまでの規範的な帰責論と対置して、心理的責任論としている。したがって、アッヘンバッハがここで想定しているのは、厳密には「心理学的」責任論である。これに対して、フランクが『構成』において批判の対象とした論者の中には、前述のとおり、ペンディングやブルクマイヤーといった旧派の論者も含まれている。さらに、たとえば故意の分析に見られるように、フランクは決して心理学的な方法論を否定しているわけではない<sup>(18)</sup>。フランクが批判したのは、「責任概念を、単に故意と過失の概念を内含するものと定義する」責任論全般である。したがって、フランクが『構成』で指摘しているのは「心理的」責任論であり、特に自然主義による責任理解を指しているわけではない。本稿のように、心理的責任論の意義を犯罪論体系上の責任概念の確立に見出すならば、フランクの理解した心理的責任論は当時通説を占めていたのである。

第二の点については、アッヘンバッハのとる前提はまったく正しいといえるだろう。しかしながら、この点だけ

からフランクの責任論の意義を過小評価することはできない。

### 三 実践的な側面——緊急避難論と帰責能力論——

#### (一) 緊急避難論

フランクは当時の緊急避難の議論状況を、「不幸な緊急避難は、最近の著作において、安定することなく、違法性阻却事由と責任阻却事由との間でバドミンソンの羽のように行ったり来たりしている」と表現している。<sup>147</sup>

当時の緊急避難の法的意義の問題にとって決定的であったのは、一九〇〇年のドイツ民法典の成立である。ここでの緊急避難規定は、その成立に衡量要件が設けられ、法効果も「違法に行為するものではない」とされるなど、刑法典における緊急避難とは大きく異なるものであった。<sup>148</sup> このように緊急避難について刑法と民法の規定が交錯する中で、緊急避難の法的意義について様々な見解が対立していた。<sup>149</sup> そして、「緊急避難の法的性質について二〇世紀前半までは統一説が支配的であった」のだが、「一九〇〇年民法典施行後、民法典に基づく緊急避難（民法二二八条及び同九〇四条）は違法性阻却事由、刑法典に基づく緊急避難（刑法五二条及び同五四条）は責任阻却事由とする見解が唱えられるようになる」。<sup>150</sup>

そして、まさしくこの二分説こそ、期待可能性論が緊急避難論として展開される基礎となった。すなわち、緊急避難についての区別説の登場により、五二条・五四条は責任阻却的作用を規定しているという理解が広まったのだが、心理的責任論の責任理解からは、心理的關係と直接の関連を持たない緊急避難が、どのようにして責任を否定するのかを説明できなかつた。<sup>151</sup>

もつとも、刑法上の緊急避難の法的意義を帰責無能力と同視すれば、一応は緊急避難による責任阻却を肯定する

ことができる<sup>(18)</sup>。しかしながら、すでにヘーゲリアナーの体系において緊急避難は帰責能力と別個に論じられ、さらに、実証主義の浸透によって帰責能力がもっぱら心理学・精神医学の問題となつてからは、緊急避難の法的意義を帰責無能力とすることには、用語としての困難があつた<sup>(19)</sup>。このような事情から、帰責無能力とは異なる「責任阻却事由(免責事由)」についての理論的根拠が必要とされていたのである<sup>(20)</sup>。

加えて、緊急避難の説明自体にも、期待可能性概念を産み出す萌芽が一九世紀の後半からすでにあつた。たとえば、一八八七年の著作において、「唯一の手段がそれ自体として他者の可罰的な侵害にある事例で、これを用いて避難することをあきらめることを、彼に(通常の刑罰でもって)期待できなく、(inn nicht (bei sonstiger Strafe) zuzunehmen kann) ような緊急状態にその者が追い込まれた場合には、正しい見解に従えば、およそ不処罰が生じなければならぬ<sup>(21)</sup>」という説明が行われている。これは、緊急避難の成立範囲が狭すぎるといふ言及に続くものであり、期待可能性概念の発想の端緒が存在していたことをうかがわせるものである<sup>(22)</sup>。

## (二) 帰責能力論

フランクは、当時の帰責能力を、「もう一つのさまよえる亡霊<sup>(23)</sup>」と表現している。この表現でもって彼が意図したのは、主に、責任前提説の批判であつた。具体的には、フランクは『構成』において、責任前提説は帰責無能力者の故意行為がありうるという事態を説明できないという批判を行っている<sup>(24)</sup>。

帰責能力を責任前提とする発想は、旧派も含めた心理的責任論の共通理解であつた。そもそも、帰責能力は、ヘーゲリアナーの体系においては行為能力として扱われており、ビンディングにあっては行為ないし犯行能力とされ、旧派の論者においても責任論に先立って論じられ<sup>(25)</sup>、リストにおいても帰責能力論が責任論に組み込まれたのは教科書の第六版以降であつた<sup>(26)</sup>。とはいえ、帰責能力が責任の前提であるにせよ、このように、その位置づけは論者によ

り異なり、それゆえ、故意・過失という責任の種概念と帰責能力との関係は確かに不安定であった。

もつとも、フランクが指摘した、帰責無能力者でも故意行為が可能であるという批判自体は、やや迫力を欠いている。というのも、たとえばリストの立場からは、帰責能力がない場合には行為者の反社会的性情の主観的な顕現としての故意は認められないといえ、依然として責任前提説は維持できる。また、故意に違法性の意識を含める場合には、故意の存在にとって違法性を意識するための帰責能力は、むしろ当然に前提条件となる。これらのことから、帰責能力の体系的地位についてのフランクの批判は、それほど決定的ではなかったのではないか。

帰責能力論としては、実際には、その体系的な位置づけよりも、むしろ刑法改正に関連した議論の方が当時は重要な問題であった。この点に関して、特に限定帰責能力の導入について激しく議論が交わされていたが、これについてフランクは、立法論としては「論理的に可能なだけでなく、まさしく必要である」と、限定帰責能力規定の導入にかなり前向きであった。そして、コンメンタールにおける限定帰責能力の部分の冒頭ではっきりと述べられているのが、帰責能力は段階づけが可能であるという主張である。帰責能力に段階をつけることができるという発想は、帰責能力を責任前提とする理解にはなじみにくい。一九三三年の刑法改正による限定帰責能力の導入にあたって、フランクの主張が実際に影響を与えたのかは不明であるが、彼の問題意識の背景に、責任および帰責能力の段階づけの理論化、さらには限定帰責能力の導入があったことは確かである。

#### 四 小括

以上のことから、フランクの『構成』における主張の背景には、理論的には、法実証主義と科学的事実主義の漸次的解体、新カント学派の台頭という大きな流れがあり、制度的には、特に緊急避難の二分説の有力化による責任

阻却の根拠の要請があったとまとめられる。また、当時の限定帰責能力の議論について、浅田和茂が、「帰責能力に程度を付し得るかといった理論的側面から、刑事政策的側面へと移っていった」、「限定責任能力の概念そのものに対する批判は重視されず、むしろ諸草案をめぐって、法律上の規定の要否ないし規定の仕方・限定責任能力者の処遇といった合目的性の観点からする論争が中心となってきたのである」と描写するように、当時の時代情勢も、実践的な議論に耐えうる責任概念、および、教義学と刑事政策との関係に調和をもたらず責任論を要請していた。そしてこの点で、フランクが提起することとなる「非難可能性」という定義は、時宜に適ったものであった。

## 注

- (110) 以下でも引き続き、「義務は可能を前提とする」という規範的責任論の裏面としての「広義の期待可能性論」と、個別の責任阻却・減少事由としての「狭義の期待可能性論」という分析の枠組みを維持する。また、緊急避難規定の改正作業における「期待可能性条項」をめぐる議論は、前述したように従来の期待可能性論とは大きく異なるものである。たとえば、一九二七年草案では、正当化緊急避難についても期待可能性条項が用いられていた。そのため、日本における期待可能性論の意義の再検討を主な目的とする本稿では、これを検討の対象外とする。
- (111) 佐伯・前掲注(4)一七頁以下。
- (112) 心理的責任論から規範的責任論への移行については、佐伯・前掲注(4)七頁以下参照。
- (113) Reinhard Frank, *Über den Aufbau des Schuld begriffs*, 1907.
- (114) Frank, a.a.O. (Anm. 113), S. 4.
- (115) もっとも、フランクの問題意識に反して、この責任概念の構成に関する方法論が最終的に心理的責任論と規範的責任論の分水嶺と理解されたわけではない。たとえば、M・E・マイヤーは、『構成』の意義を高く評価しつつも、故意・過失は行為者の義務違反性のメルクマールであるからこそ法律上の責任形式であるとして、故意・過失は責任種であり、責任阻却事由はこれを阻却するものであると、(M.E. Mayer, *Glossen zur Schuldlehre*, ZsRw 32, 1911, S. 510 f.)。また、期待可能性論を完成

- させた」と評価されるエバーハルト・シュミットも、帰責能力を責任の前提と解し、かつ、責任論において依然として種と類の發想を用いている (Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 217 ff.)。
- (116) 心理的責任論から規範的責任論への移行を故意と違法性の意識を中心に検討したものとして、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣、一九九九)一四頁以下。
- (117) Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, aa.O. (Anm. 92), § 18 Rn. 15; Maurach/Zipf, aa.O. (Anm. 59), § 30 Rn. 23; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 140.
- (118) Graf zu Dohna, Die Elemente des Schuldbegriffs, Gerichtssaal 65, 1905, S. 304 ff.; M.E. Mayer, Die Schuldhafte Handlung, 1901.
- (119) Frank, aa.O. (Anm. 113), S. 3 f.
- (120) Hans Achenbach, Historische und Dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974.
- (121) Achenbach, aa.O. (Anm. 120), S. 56.
- (122) Achenbach, aa.O. (Anm. 120), S. 19.
- (123) Vgl. Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsplege, 3. Aufl., 1965, § 156 ff.; 浅田和茂『刑事責任能力の研究 上巻』(成文堂、一九八三)四五頁以下参照。また、啓蒙期以降の帰責論について、高橋直人「意思の自由と裁判官の恣意——ドイツ近代刑法成立史の再検討のために——」立命館法学三〇七号(二〇〇六)一頁以下参照。
- (124) ヘーゲリアナーの学説において、責任 (Schuld) という概念は明確に定義されずに用いられていた。たとえば、ケストリンは、著作 (Christian Reinhold Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, 1845) の同一の章の中で「帰責の目的は、責任と主体の可罰性について決定する点である」(S. 136)、「客観的に存在する法侵害は、主体の責任に、つまり、帰責能力者の行為にその根拠を持つ」(S. 136)、「刑法においては、道徳的 (moralischen) 責任について、つまり、人間的行為において、主体の自由な因果性において基礎づけられることのみが問題となる」(S. 138)と様々な形で責任という語を用いる。もっとも、ヘルシュナーにおいては、「実質的関係における犯罪」という章の中で「法侵害」と「倫理的責任」とが対置されており、一見すると体系的概念としての責任概念の萌芽が見出される (Hugo Hirschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881)。もっとも、帰責能力、故意・過失・錯誤は、倫理的責任の前提となる「形式的関係における犯罪」で論じられており、ここでの「責任論」も、今日の犯罪カテゴリーとしてのそれとは大きく異なるものである。
- (125) Achenbach, aa.O. (Anm. 120), S. 21.

- (126) Achenbach, a.a.O. (Ann. 120), S. 21.
- (127) もっとも、『構成』におけるフランクの心理的責任論の扱いをみると、ヘーゲリアナーの帰責論から心理的責任論への移行は、ほとんど重要視されていなく。
- (128) Achenbach, a.a.O. (Ann. 120), S. 22 f.
- (129) 内藤謙『刑法理論の史的展開』(有斐閣、二〇〇七)一〇二頁。これはビンディングの法益論に際しての叙述であるが、当時の刑法理論一般的にも妥当するといつてよいだろう。また、青井秀夫は、一九世紀における法学一般における法実証主義への潮流の変化を、次のようにまとめる。まず、法思想史内部で法実証主義隆盛の下地を形成したのは、一方では、歴史法学からパンデクテン法学へ、他方では、ヘーゲルからマルクスへとという推移である。また、哲学一般の傾向として、実証主義哲学による形而上学追放の気運が高まっていた。さらに、現実的背景として、政治的国家的変化(国家的統一への道)、経済的变化(資本主義と産業革命の一層の進展)、法制的変化(統一的諸法典の成立)が挙げられる。「とくに、最後の法制的変化は、法の分野の実証主義の成立にடுத்து決定的な意義をもつことであった」(青井・前掲注(16)二〇二頁以下)。
- (130) Achenbach, a.a.O. (Ann. 120), S. 35.
- (131) Achenbach, a.a.O. (Ann. 120), S. 37.
- (132) Achenbach, a.a.O. (Ann. 120), S. 35. 実際には、現在の視点から「心理的責任論」としてまとめられる論者の中にビンディングは含まれないことが多い(たとえば、内田・前掲注(39)二二八頁は、心理(学)的責任論の論者として、レップラー、リスト、M・E・マイヤー、ラートブルフ、ペーリングを挙げ、ビンディングを挙けない)。
- (133) リストの責任論については、小坂亮「リストの責任論——錯誤論におけるリストの動機説の意義をめぐって——」(一)「早稲田大学大学院法研論集一一五号(二〇〇五)二六二頁以下参照」。
- (134) Achenbach, a.a.O. (Ann. 120), S. 42.
- (135) たとえば、フォルムバウムは、次のように叙述し、アッヘンバッハを参照する。「責任(Schuld)」という表現の使用は、確かにその当時については、慎重にのみ用いることができる。というのも、これは、それ以前に支配的に用いられていた「帰責性(Imputabilität)」または「帰責可能性(Zurechenbarkeit)」という表現に対して、一九世紀の終わりごろに初めて、徐々に貫徹されたものだからである。同様に、「責任」は一九世紀の終わりごろに初めて、とりわけビンディングによって刑法体系の確固たる範疇へと発展することになるのである」(Thomas Vormbaum, Einführung in die modern Strafrechtsgeschichte, 2

- Aufh., 2011, S. 87)。
- (136) この点について、アッヘンバッハは、刑法学については次の二点が重要であるとす。一、シュタムラーが、価値哲学と同様に、「目的科学 (Zweckwissenschaft)」または「文化科学 (Kulturwissenschaft)」としての法律学の自然科学からの方法論上の独立性を新しく基礎づけた。これにより実証主義の専制は疑問に付され、自然主義の自明性が破られた。二、カント倫理学との関連づけ、さらには方法論への価値概念の導入は、帰属論の終末以来失われていた、刑法学は、事実にないし論理的関連の定立と体系化に尽きるものであつてはならず、それ以上に規範的関連を確立しなければならないという意識を、新たに強固にした」(Achenbach, a.O. (Ann. 120), S. 51)。
- (137) この点について、青井秀夫は当時の情勢を次のように描写する。「一八九六年に公布され一九〇〇年から施行されたドイツ民法典 (BGB) のつまずきは、法典の無欠缺性・完結性への信頼に暗い影を投げかけた。こうした事情の上に、反パンデクテ法学・反制定法 (反国家法) ・反実証主義といった根強いムード、実生活に疎い形式合理性偏重に対する庶民の反発、理論至上主義を支える密室司法の保守的体質に対する反感など、これらすべてが束になり、やがて自由法学が一気に燃え上がるための火種ができあがった」(青井・前掲注 (16) 二二七頁)。フランクが、日常用語を手がかりに付随事情の重要性や責任の段階づけ可能性を主張し (Frank, a.a.O. (Ann. 113), S. 4 f.)、フロイデントールが、「法律と国民の間隙」を批判して期待可能性論を展開した (Berthold Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922, S. 1 f.) ということは、このような社会情勢を十分に想起させるものである。川端・前掲注 (8) 一九六頁参照。
- (138) ドイツにおいても (たとえば Oskar Schmacher, Um das Wesen der Strafrechtsschuld, 1927, S. 111 ff.)、日本においても (たとえば、牧野英一「刑法における自由法運動」『刑法研究 第五卷』(有斐閣、一九三五) 四八二頁以下)、規範的責任論はしばしば自由法論と関連づけて論じられることがあるのだが、本稿ではこの点について検討することはできない。
- (139) ヤン・シュレーター (石部雅亮訳)「講演」ドイツにおける法哲学方法論史 (一八五〇年—一九三三年) の一考察「法哲学雑誌五五号三—四卷 (二〇〇九) 一〇七—四頁以下。
- (140) 後述のように、フランクは「暴れ馬事件」判決を規範的責任論の一つの足がかりとした (Frank, a.a.O. (Ann. 113), S. 13 f.)。
- (141) たとえば、『構成』とはほぼ同時期の一九一〇年に発表された、エルンスト・カッシーラー (山本義隆訳)『実体概念と関数概念』(みすず書房、一九七九) 二〇頁以下は、種と類による概念形成の欠陥を次のように指摘する。「この点で、伝統的な論理学の理論を脅かす新しいより一般的な困難が、同時に浮き彫りにされる。伝統的論理学では、われわれは特殊から普通へと上

昇する規則にもつぱら従っているのだとすれば、下位の概念から上位のより包括的な概念へと上昇するさいに思惟が行っていることは単なる〈否定〉にすぎないという、逆説的な結果が示される。……というわけで、すべての概念形成は個的な直観を概略的な全体像で置き換え、現実の知覚のかわりにその不完全で漠然とした残存物を置くことから始まる、ということになる。』自然科学の領域については、一三〇頁以下参照。

- (142) 心理的責任論の方法論においては、「故意」と「過失」の概念から独立して刑法上の責任の概念が構築されうるということは、責任の問題に関する学問的な教義学上の努力の放棄であり、その成果の一つではなく、いわんや決してその前提ではなかった。それゆえ、特別な「責任」論は学問の消耗であった」(Erik Wolf, *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928, S. 12)。

- (143) Achenbach, aa.O. (Ann. 120), S. 56 f.

- (144) Achenbach, aa.O. (Ann. 120), S. 56.

- (145) Vgl. Reinhard Frank, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, ZStW 10, 1890, S. 195. フランクの故意論の分析として、玄守道「故意に関する一考察(四)——未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって——」立命館法学三〇八号(二〇〇六)三三頁以下参照。

- (146) Frank, aa.O. (Ann. 113), S. 9.

- (147) Frank, aa.O. (Ann. 113), S. 6. なお、フランクは、初期のコンメンタールにおいては刑罰阻却事由説をとっていた(Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 3-4. Aufl., 1903, S. 94)。

- (148) 規定は以下のとおりである。

「第二二八条 他人の物から生じる自己または第三者に対する危険を回避するために、他人の物を毀損または破壊する者は、その毀損または破壊が危険の回避のために必要で、かつ、その損害が危険に対して均衡を失しない場合には、違法に行動するものではない。ただし、行為者が危険について責を負う場合には、行為者は損害を賠償する義務を負う。」

「第九〇四条 物の所有者は、物に対する他人の干渉が、現在する危険の回避に必要で、かつ、急迫する損害が、その干渉によって所有者に生じる損害に対して不均衡に大きい場合には、他人による物への干渉を禁じる権限を持たない。ただし、所有者は自己に生じた損害の賠償を請求することができる。」

旧刑法典における緊急避難規定である五四条、五二条については、前掲注(54)。

- (149) 森下・前掲注(52)一三八頁以下参照。フランクが『構成』で言及しているのは、違法性阻却事由説、責任阻却事由説、刑

罰阻却事由であるが、これはいずれも刑法上の緊急避難の根拠についてである。また、ここで参照が指示されているコンメンタールの五二条の注釈では、主観的刑罰阻却事由説（ビンディング、フィンガー）、責任阻却事由説（R・メルケル、ドーナ、実質的にビルクマイヤー）、違法性阻却事由説（リスト）が言及されている（Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, 5-7. Aufl., 1908 (Kommentar 5-7. Aufl.), S. 114)。

(150) 井上・前掲注(52)一五四頁以下。

(151) 佐伯・前掲注(4)一一頁以下。Vgl. Mohnsen, aa.O. (Anm. 49), S. 100. これについてフランクは、レップラーとコルラウシユのような責任の定義、すなわち心理的責任概念からは、その主張は端的に不可能であるとする（Frank, aa.O. (Anm. 113), S. 6）。

(152) たとえば、フォイエルバッハによれば、刑法の本質的なる目的は、行為能力者へ作用して権利侵害を防止すること（心理強制）に他ならないから、刑法の適用可能性は心理強制の対象となるべき違法な意思の存在に拘束される。それゆえ、帰責の本質には、犯罪の原因である意思決定が内面的にも刑法に違背していることが要請される。そして、緊急避難は、帰責の原則にしたがって責任が存在しない場合、すなわち帰責無能力事由として扱われる。それゆえ、フォイエルバッハにおいては、行為者への心理強制が不可能であることを理由として、緊急避難が不処罰とされる。この意味で、年少や精神障害を理由とする帰責無能力と緊急避難とは同じ意味を持つていた（Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen Deutscheschland gültigen peinlichen Rechts*, 1801, S. 72 ff.）。

(153) 森下・前掲注(52)一六〇頁以下参照。さらに、モムゼンによれば、旧刑法典の理由書は緊急避難を帰責無能力の下位事例とは考えていなかった（Mohnsen, aa.O. (Anm. 49), S. 98）。

(154) なお、二〇世紀に入って緊急避難の不処罰根拠を責任無能力とする見解として、baumガルテンのものがある。これによれば、緊急避難が帰責無能力を導くという見解は、確かに時代遅れであるように見え、また、五四条に規定される状況で行為する者が必然的に意思の自由を完全に奪われているとは考えられないが、「しかし、このことは、意思自由の減少のために、非難が処罰を正当化するために十分な重さではないように見えるということを妨げるものではない」。「上述の説明から、緊急避難は帰責能力論に含まれる。ただし、避難行為のみが免責されるがゆえに、部分的責任無能力の事例の一つを意味するのである」(Arthur Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1913, S. 126 f.)。これにひいて、井上・前掲注(52)一五二頁脚注三二、森下・前掲注(52)一五八頁以下。baumガルテンの見解は、緊急避難と帰責能力を同じ意思自由の平面に整理する点で、後述するコンメンタール一五版以降でフランクがとることになる、帰責能力と責任阻却事由の不存在を「自由」の

下に包括する立場にかなり近い。

- (155) August Geyer, in: Franz von Holzendorff (Hrsg.), *Handbuch des deutschen Strafrechts*. In Einzelbeiträgen Bd. 4, *Ergänzungen zum Deutschen Strafrecht*, 1877, S. 94. 佐伯・前掲注(4) 四頁以下註参照。
- (156) モースによれば、オーストリアにおいては、プーフェンドルフに由来する婦責論が保持された結果、すでに一九世紀半ばに期待可能性の発想が見られるところ。(Moos, a.a.O. (Anm. 92), S. 900 ff.)。
- (157) Frank, a.a.O. (Anm. 113), S. 8.
- (158) Frank, a.a.O. (Anm. 113), S. 8 f. 前者の批判は主にビルクマンヤーに、後者の批判は当然に新派の論者に向けられており、このでも、フランクの批判の対象が学派の争いとは関係ないということが示されている。
- (159) Hälscher, a.a.O. (Anm. 124), S. 201 ff.
- (160) Karl Binding, *Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 1902, S. 88 ff.
- (161) たよね<sup>19</sup> Karl von Brkmeier, *Das Strafrecht*, in: ders. (Hrsg.), *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1912, S. 1122 ff.
- (162) Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 6. Aufl., 1894, S. 131 ff. 小坂・前掲注(133) 二五三頁。
- (163) 実際には、エバーハルト・シュニットの見解はこれに近ず。Liszt/Schmidt, a.a.O. (Anm. 115), S. 235 f.
- (164) たよえは、Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, S. 178. Binding, a.a.O. (Anm. 161), S. 107 ff.
- (165) 浅田・前掲注(123) 七九頁以下参照。
- (166) Frank, *Kommentar* 5-7. Aufl., S. 109.
- (167) もともと『構成』において、フランクは責任の段階づけの可能性については何度も触れているものの、限定婦責能力には特に言及していない。
- (168) 浅田・前掲注(123) 八一頁。