九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

責任主義における期待可能性論の意義について(三・完)

徳永, 元
九州大学大学院法学府 : 博士後期課程

https://doi.org/10.15017/1500380

出版情報：九大法学. 109, pp.1-59, 2014-10-01. 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（三・完）

徳永　元

第一章　序論
第二章　現在の議論状況
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（以上、一〇七号）
第三款　フランクの学説とその変遷
第四款　小括
第二節　メツガーの期待可能性論（以上、一〇八号）
第三節　ヴェルツェルの期待可能性論
第四章　結論（以上、本号）

第三節　ヴェルツェルの期待可能性論

ハンス・ヴェルツェルは、目的的行為論の主唱者であり、責任論においては、故意・過失を不法構成要件に移したことによって規範的責任論を純化させたと評価される。[1] ヴェルツェルの期待可能性論を検討する趣旨は、次の二点にある。すなわち、第一に、彼が規範的責任論を「純化させた」と評価されている点。第二に、ドイツ刑法三五条の免責的緊急避難[2]の不処罰根拠について、現在の通説となっている二重の責任減少事由説が、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に端を発する点である。

ヴェルツェルの責任論および期待可能性論は、前節で検討したメツガーとは対照的に、もっぱら責任概念の法哲学的洞察に依拠している。したがって、ここでは、事物論理的構造と呼ばれるその前法的構造の位置づけと、そこから導かれる犯罪論体系上の責任論を確認し、最後に期待可能性論の変遷を検討する。

第一款　ヴェルツェルの責任論の基礎

一　事物論理的構造論

ヴェルツェルのいう「事物論理的構造（sachlogische Struktur）」とは、主に自然法論において論じられる「事物の本性（Natur der Sache）」の一変種であり、彼の法哲学の根幹をなす概念である。[3] ヴェルツェルは、人間の行為の中に目的性という事物論理的構造を見出すことによって目的的行為論を基礎づけるのだが、彼は、責任にも同様の構造を見出す。その詳細はいくつかの場所で展開されているのだが、ここでは「自然法と法実証主義」[4]における、事物論理的構造の拘束力に関する叙述を確認する。

ヴェルツェルは、戦後の自然法の再生の潮流に同調して、ナチス刑法学の支配の原因の一つを法実証主義に求め、

立法者を制約するものとして事物論理的構造論を展開する。まず、ヴェルツェルは、事物論理的構造を、「すべての法の素材の中に点状に行きわたっており、立法者に特定の種類の規制を指示する」ものと特徴づける。それは、自然法とは異なり、相対的にのみ立法者を拘束する。つまり、「それが立法者を拘束するのは、彼が特定の種類の規制を設けようとする場合にのみ、そして彼を単に論理的に拘束するのみである。すなわち、その規制が事物に即したものであることを立法者が望む場合にのみ拘束するのである。事物論理的構造に対する違反が導く帰結は、確かに立法者の規制が無効であるということではなく、彼の目的が達成されない、彼の設けた規制が、欠陥のある、矛盾に満ちた、実質的に不適切なものであったということである」[5]。

ヴェルツェルは、行為概念だけでなく、責任概念にも事物論理的構造があるという。それによれば、立法者は、行為者が有責に行為したということを刑罰の条件とするように拘束されているわけではない。「しかし、立法者がそうするならば、すなわち、彼が、例えば責任について刑罰を科すことを望むならば、彼は責任の実質的内容をなすところのものに拘束されるのである」。「立法者は、確かに責任のない者にも不利益を科す実力を有しているが、責任でないものを責任とすることはできない」[6]。つまり、責任の概念はいかなる立法にも所与のものであり、任意の法律規定にその内容を左右されないという。以上のことを、ヴェルツェルは次のようにまとめる。すなわち、責任の概念は、その事物論理的構造から、立法に際して一定の規制を指示する。「立法者はそのような規制に適合することも誤ることもありうるが、しかし、立法者はそれを思うままに変えることはできないし、ましてやそれを自由に創造することはない」[7]。

ここで注目すべきは、事物論理的構造が拘束力をもつ根拠である。すなわち、事物論理的構造に従わなかった場合に帰結する、立法者の「目的が達成されない」という結果、「彼の設けた規制が、欠陥のある、矛盾に満ちた、実

質的に不適切なものであった」という結果を避けたいのであれば、事物論理的構造に適合すべきであると主張されていることである。つまり、ヴェルツェルのいう事物論理的構造は、すでに一定の目的を予定している仮言的なものであり、刑法は、その目的の達成のために事物論理的構造に従わなければならないのである。そして、ここで刑法の目的とされているのは、「行為を規律しようと思う者」[8]という記述にも見られるように、行為の統制である。このように、一般的に刑法の機能として列挙される三つの機能[9]、すなわち、行為統制としての規制的機能、（法益）保護機能、（人権）保障機能のうち、ヴェルツェルが言及するのは「規制的機能」のみである。それゆえ、ヴェルツェルの刑法理論では、出発点においてすでに、規制的機能の保障機能に対する優先が決定されているようにも見える。[10]

二　法益保護と社会倫理との関係

ヴェルツェルは、『ドイツ刑法』（以下、教科書）において、刑法の役割ないし機能として、法益保護と対比する形で社会倫理の保護を強調している。このことは冒頭において早くも示される。すなわち、「刑法の最も深遠な役割は、積極的・倫理的な性質のものである。刑法の役割が法益保護にあるという認識が一般に流布しているが、これは刑法の社会倫理的機能に関しては不十分にのみ事実であるにすぎない」[11]。「本質的な社会倫理的行為価値の保障の上にのみ、現実に持続可能かつ徹底した法益の保護が実現される。刑法の包括的な社会倫理的機能によって、法益保護は、一般的な利益保護思想以上に、深くそして強く保障される」[12]。このように、ヴェルツェルにおいては、法益保護に対する社会倫理の維持の優位、または後者を通じての前者の達成が主張される[13]。ここでは、国家刑罰権に対する保障機能は触れられていない。

三　小括

以上のように、ヴェルツェルにおいては、責任概念が前法的構造を有していること、法と社会倫理との間に深い連関があることが強調される。[14] 彼が、「人間は答責的存在または（精確には）自己答責を定められた存在である」[15]というとき、そこでは、社会倫理の観点から、人間は自分の行動に責任を負うように求められているということが暗示されているのである。[16] このことは、次の責任説の基礎づけにも現れる。

第二款　ヴェルツェルの責任論

上の考察から、ヴェルツェルの責任論は、事柄そのものに内在する「責任概念の事物論理的構造」に拘束される、変動の少ないものであることが予想される。実際にも、注目すべき変化は、後述の期待可能性についての記述を除けば確認されないため、ここでは、責任論全体の詳細が展開されている『刑法体系の新様相』[17]を中心に、適宜教科書を参照しつつ検討を行う。

一　責任概念に関する基本的な理解

ヴェルツェルは、「犯罪構成における責任の地位」と題する章において、違法性と責任および責任と意思の関係から叙述を始める。

まず、違法性との関連で責任を定義する。すなわち、「責任は、行為と法秩序との間の客観的な不調和の関係に尽きるものではなく、行為者が、その違法行為を控えることができたにもかかわらず、それを控えなかったということについて、行為者に人格的非難を加えるものである」[18]。そして、その限りにおいて、責任は、「行為者は規範に従っ

て意思行為を行うことができたにもかかわらず、彼の意思行為は法の要求するようなものではなかった」という二重の関係を含んでおり、この「適法でありうるのだから違法であるべきでない」という二重の関係に、責任の特殊な非難の性格が存するという。

続いて、「責任は意思形成の非難可能性である」とした上で、犯罪論体系における責任概念を説明する。その整理によれば、「広義における責任」とは、有責な違法な行為意思、またはもっとも広い意味において、有責な（構成要件に該当する、違法な）行為である。そして、この広義の責任は、有責性（非難可能性）、すなわち「狭義の、本来の意味における責任」をすでに概念的に前提する。狭義の責任（非難可能性）は、特定の行為意思ないし行為をその特別な担い手として前提とするものである。すなわち、違法な行為意思ないし構成要件に該当する違法な行為のみが、刑法上関連のある意味において有責でありうる。したがって、「構成要件に該当する、違法な行為意思は、責任の検討に際して、その非難可能性について次のことを問われる。すなわち、いかなる条件の下で、そしてどのような程度において、その行為意思は、法秩序に対する個人的な否認として行為者に非難されうるのか」と結論づけられる。(19)

二　規範的責任論の成立史に関する叙述

続いて、ヴェルツェルは、「現代の理論における規範的責任概念の発展」として、責任の本質が非難可能性として理解されるまでの経過を叙述する。

まず、規範的責任論の展開についての標準的な叙述を行う。すなわち、初期においては、責任は「結果に対する行為者の心理的関係」と理解されていたのだが、フランクが責任の規範的性格の認識への第一歩を踏み出し、ベーリング、ゴルトシュミット、フロイデンタールおよび通説がこれに続いたという。これに続けて、「しかし、依然と

して、「結果に対する行為者の心理的関係」と非難可能性との関連は解明されておらず、「心理的関係」が、少なくとも故意においては、依然として責任概念における本質的要素として連れまわされていた」とヴェルツェルは指摘する。そして、グラーフ・ツー・ドーナを高く評価して、ようやく彼が、評価（非難可能性）と評価の客体（故意）とを厳格に区別して、責任概念を客体の評価に限定したのであるとする。その上で、「ドーナの出発点をさらに前進させて、目的的行為論は、ドーナにおいて故郷を追われることとなった故意に、故意犯の（主観的）構成要件における目的的行為意思の下位事例として、適切な位置を示したのである」として、目的的行為論が規範的責任論の到達点であることを強調する。[20] また、教科書の九版以降では、続けて、非難可能性の標識となるメルクマールについて、「フランクはそれを最終的には「自由」と関連づけたのだが、目的的行為論はそれを、長年の法律学的および哲学的伝統にならって、人が違法な意思形成に対して「責任があること（Dafür-Können）」と定義する」と、フランクとの連続性を示唆している。[21]

この章の最後で、目的的行為論に対する「不法の主観化」ないし「責任概念の空洞化」という従来の批判に言及し、これを「まったく根拠がない」として退ける。本稿と関連する後者については、「行為者の行為に対する精神的な態度は、非難可能性の構成的要素であるから、責任非難の客体はごく些細な問題についても省略されていない」。「実際には、「責任概念の空洞化」と称されることは、責任に無関係な要素からの責任の純化なのである」と、批判を一蹴する。[22]

「規範的責任概念の発展」と題される以上の記述では、目的的行為論の責任論が規範的責任論の到達点であることが示されている。加えて、自らに向けられた「不法の主観化」ないし「責任概念の空洞化」という批判に対して、それが理論的発展の成果であることを強調している。また、叙述の中心は故意と違法性の意識との関係および故意

の体系的地位の問題であり、狭義の期待可能性論への言及はない。これらのことから、ヴェルツェルの規範的責任論の理解においては、責任論の対象を心理的事実から規範的評価の問題に移した点が重視されているといえる。

三　責任説

続いて、ヴェルツェルは個々の責任要素の検討に入る。[23] ここでは、非難可能性の「知的要素」と「意的要素」が区別され、前者では主に故意と違法性の意識における責任説が、後者では期待可能性論が取り上げられている。本稿は責任説自体に検討を加えるものではないが、ヴェルツェルにおいてはこれが責任概念の本質と密接に関連していることから、以下で簡単に確認する。

まず、ある行為を非難するためには、構成要件実現の認識ないし認識の可能性に加えて、違法性の認識ないし認識可能性が存在しなければならないと一般的な立場を示す。そして、責任非難は、行為者が自分の行為の違法性を認識することができる状況にあった場合にのみ加えられうるという単純な真理が貫徹されるには、「長い時間を要し、かつ多大な努力が費やされたのであり、そして今日でもなお争いがないわけではない」とした上で、違法性の意識の可能性さえ問わなかったライヒ裁判所は、「本質的な責任原則」に違反したと評価する。[24]

次いで、責任非難の対象は違法な行為意思であり、その程度は、行為者が行為の違法性を意識して、意味を決定する反対動機とすることができた程度に対応するとして、規範的責任論の標準的な理解を示し、故意と違法性の意識の関係について考察を加える。ヴェルツェルは、違法性の意識を故意の要素とする故意説に対して、次のような批判を加える。すなわち、「故意説が見誤っているのは、故意は責任非難の構成部分ではなくその対象であるということ、したがって、故意は行為および不法構成要件にすでに属するのであり、これに対して、違法性の意識は単な

る非難可能性の構成部分にすぎないということである」。つまり、ヴェルツェルによれば、違法性の意識は、行為者がそれにより非難される根拠ではなく、行為者がなぜ違法な故意について非難されるかの根拠なのである。そして冒頭の定式を持ち出し、「行為者が違法性の意識を現実化して、意味を決定する反対動機とすることができた程度に応じて、行為者に違法な故意が非難されるのである」とする。[25]

続いて、この問題に対する責任主義からの検討が行われる。彼によれば、故意説は、人間が、自己の社会的な洞察能力の程度に応じて、その決意の正しさについて責任を負うものであるということを看過している。すなわち、「責任説が依拠しているのは責任原理（Verantwortungsprinzip）であり、それによれば、人間は、自己の行為決意の適法性について、その社会倫理的な洞察能力の限界内において責任を負う。故意説が依拠しているのは認識原理（Kenntnisprinzip）であり、それによれば、人間は、自己の決意の違法な内容について、ただその違法性を知っている場合にのみ非難されうるのである」。さらに、「非難可能な違法性の不知において行われた故意の構成要件の実現を、過失による犯行ととらえなおすことは、実質的には誤っており、可罰性の耐えがたい間隙を導く」と付け加える。[26] そして最後に、「責任原理は、法的同胞に、一方では、（その社会倫理的な洞察能力の程度に従って、行為者が違法性を認識することができた限りで）その行為決意の内容が違法でないということについて責任を負わせるのであるが、他方では、法的にとるに足らない行為決意の注意深い実行についての責任を、特に重要な法益に対する危険についての注意に限定している。したがって、責任説が、積極的にも消極的にも、人間の社会倫理的な答責の限界を明白に画定しているのに対して、故意説の認識原理にはそれができないのである」として故意説の批判を締めくくる。[27]

以上の叙述から、ヴェルツェルの故意説に対する責任説の論拠は以下の三点に整理される。[28] 第一に、故意が責任非難の構成部分ではなくその対象（評価の客体）であるのに対して、違法性の意識は非難可能性（客体の評価）の構

成部分にすぎない。第二に、責任説が、「人間は、自己の行為決意の適法性について、社会倫理的な洞察能力の限界内において責任を負う」という責任原理に依拠しているのに対して、故意説は、「人間は、自己の決意の違法な内容について、ただその違法性を知っている場合にのみ非難されうる」という認識原理に依拠しており、後者は責任主義の正しい理解とは言えない。第三に、故意説は耐えがたい処罰の間隙を生む。特に、第二点は、最初に確認した倫理的基礎と密接に関連している。すなわち、責任説は、「自己の行為決意の適法性について、その社会倫理的な洞察能力の限界内において責任を負う」という人間像[29]と刑法の規制的機能の重視を前提とした、責任の事物論理的構造から導かれているのである。[30]

四　小括

これらの検討から、ヴェルツェルの責任論は以下のようにまとめられる。責任概念の基本的理解については、（狭義の）責任は非難可能性であり、責任非難の対象は行為意思ないし行為であるが、心理状態そのものは責任ではないとする。そして、規範的責任論の成果のうち、ヴェルツェルは、「責任は心理状態そのものではない」という命題の定立を特に重視する。なぜなら、これは、故意・過失を不法構成要件に移すという点で、目的的行為論体系にとってはきわめて重要な意義をもつからである。その結果、規範的責任論の展開についての叙述の中心は、故意と違法性の意識との関係および故意の体系的地位の問題となり、期待可能性論はほとんど触れられない。

これに対応して、ヴェルツェルおよび目的的行為論の責任論の特徴である、故意と違法性の意識（およびその可能性）についての責任説の叙述も詳細になされる。ヴェルツェルの持ち出す責任説の論拠においては、「人間は、自己の行為決意の適法性について、社会倫理的な洞察能力の限界内において責任を負う」という観念が責任主義の適切

な理解として示される。ここには、法と倫理についてのヴェルツェルの洞察が明確に現れている。

第三款　フランクの責任論との連続性

ヴェルツェルおよび目的的行為論の責任論は、規範的責任論を純化させたものと評価されており、また、本人もそう自負している。もっとも、時代的な隔たりもあって、ヴェルツェルの責任論とフランクのそれとの異同について言及されることはあまりない。

一　責任論全体

両者の責任論の最大の共通点は、責任を「非難可能性」ととらえるところにある。ヴェルツェルは、自らの責任論を、フランクに始まる規範的責任論の到達点であると考えている。すなわち、「目的的行為論は、通説自身の内部で主観的違法要素と規範的責任論の形成により始まった発展を終わらせたにすぎない。歴史的には、目的的行為論は主観的違法要素と規範的責任論によって必然的に生じた新体系の要石（Schlußstein）である。そして実際に、それは矛盾のない体系構造全体の隅石（Eckstein）なのである」としている。[31]

確かに、フランクが『責任概念の構成』において主張した、故意と行為意思とを分離し、[32]「有責性は、決定的な反対動機に向かう特定の表象の不提起にある」[33]として、故意論を表象の提起の問題として整理する発想は、責任を動機づけ過程の純粋な評価とした目的的行為論体系につながる発想である。つまり、責任要素における故意を先取りする形で、この行為意思と故意を不法論の中で行為に結びつけたのが、目的的行為論体系であるといえる。[34]

これに対して、両者の責任論の基礎にある倫理的な観点における相違は明らかである。一方のフランクは、たと

えばコンメンタールにおいて、「私の見解が倫理的な負責を要求しているということが、――ときには賛意をもって、ときには批判をもって――主張されたのであるが、私はそれを誤解と呼ばなければならない」[35]とする。他方のヴェルツェルは、第一款で確認したとおり、非常に強固な倫理的基礎から自覚的に出発している。この相違は、アッヘンバッハによる規範的責任論の展開の整理により説明される[36]。すなわち、フランクが「責任の規範的性格に関する学説」に整理されるのに対して、ヴェルツェルは、ドーナに言及していることからも明らかなように、倫理的観点を重視する「規範的責任要素に関する学説」の構想を受け継いでいるのである。

二　個々の責任要素

個々の責任要素についていえば、当然のことではあるが、フランクが古典的体系に従って故意・過失を責任要素としたのに対し、ヴェルツェルは故意・過失を不法構成要件要素としている点が指摘される。内容に関しては、故意について両者の相違はそれほど大きくないのに対し、過失概念の理解については非常に大きな隔たりがある。すなわち、フランクが基本的には過失を故意の延長線上に捉えたのに対して、ヴェルツェルは、不法構成要件の段階から、故意犯と過失犯の構造的相違を強調する[37]。もっとも、ヴェルツェルが両者の相違を強調しているのは不法論の平面においてであり、両者の間の責任理解の隔たりを、故意・過失の位置づけだけから過大に見積もるべきではないだろう。

より重要な相違点は、フランクが帰責能力と責任阻却事由ないし免責事由とを「自由」の下に統一的に把握しているのに対し、ヴェルツェルは両者を本質的に区別して扱っているところである。すなわち、以下で見るように、ヴェルツェルは、期待可能性を最終的には責任の要素からも除外し、明らかに帰責能力および不法の意識の可能性

と異なる扱いをする。これに対して、フランクにおいては、帰責能力と責任阻却事由の不存在（期待可能性）との間には、内的・外的という区別しかなかった。[38] フランクの責任論において「自由」が中心的な意義を占めていることにかんがみると、このことは、責任を「非難可能性」とする両者の間に、「広義の期待可能性論」、すなわち、「義務は可能を前提とする」という命題の理解についての相違があることを示しているのである。

三　小括

フランクの責任論との差異は、ヴェルツェルの観点からすると、規範的責任論の純化により生じた責任論の進歩を意味する。確かに、フランクの初期の表象説の主張の中には、目的的行為論に親和的な記述が見られる。しかしながら、ヴェルツェルの責任論全体の倫理的な雰囲気は、フランクの責任論とはまったく異なるものである。さらに、帰責能力と期待可能性の関係を考慮すると、両者の間には、「広義の期待可能性論」に関する理解の大きな相違がある。[39]

第四款　ヴェルツェルの狭義の期待可能性論の展開

ヴェルツェルにおいて、責任概念自体とは対照的に、「狭義の期待可能性論」、すなわち、個別の責任阻却・減少事由としての期待可能性論および（免責的）緊急避難の扱いには、学説の変遷が見られる。先取りすると、ヴェルツェルは、当初は緊急避難を違法性阻却事由と理解していたのだが、教科書の三版以降は、一転して免責的緊急避難を承認し、これを「非難可能性の意的要素（法服従の期待可能性）」に整理した。その後、教科書の九版以降になると、狭義の期待可能性論は非難可能性の要素とは項目上別の扱いを受けることとなった。

一　第一期：違法性阻却一元説

ヴェルツェルは、『ドイツ刑法総論』の初版において、狭義の期待可能性論をまったく扱っていない。ここでは、（旧）五四条・五二条の緊急避難[40]は違法性阻却事由として説明されている。したがって、緊急避難に対する正当防衛は許されない[41]。この点について、ヴェルツェルは、心理学的解釈、すなわち動機づけへの圧力の顧慮によって緊急避難を解釈する免責説に対して、「心理学的解釈は根本として誤っている。軍刑法四九条などによれば、またその他の生命および身体の危険と結びつけられた職業（警察、消防隊員）において、自己の生命の危険の援用は顧慮されないのである！」と批判を加える。そして、法益均衡を満たさない緊急避難を違法性阻却事由として基礎づけるために、行為者の主観に着目した不法減少を援用する。すなわち、「客観的な利益衡量は、常に行為の包括的な評価における部分的考慮にすぎない。民法二二八条と同様に、法は、刑法五四条・五二条において、脅かされた法益の切迫、行為者にとってのその主観的な価値を、その行為の評価の際に積極的に考慮に入れる。行為者にとっての生命および身体についての主観的な評価のために、避難行為によってより高い価値を持つ法益が侵害された場合であっても、法はその避難行為に否定的評価を下さないのである。利益の均衡が消極的である場合でさえ、緊急避難行為は適法な（禁じられていない）のである」[42]。同様に、ドイツ刑法総論初版の前年に発表された「刑法体系の研究」の中でも、ヴェルツェルは緊急避難を「免責事由」とする見解を批判している[43]。

以上のことから、当初、ヴェルツェルは緊急避難をもっぱら違法性阻却事由と考えていたことがわかる。すなわち、法益衡量で正当化されない緊急避難行為であっても、それが生命および身体という人の根本的な法益の保全のために行われる以上、違法と評価されないというわけである。

二　第二期：免責事由説

（一）『ドイツ刑法 第三版』（一九五四）

教科書の第三版において、ヴェルツェルは、一転して、緊急避難について違法性阻却事由と免責（責任阻却）事由の二分説をとることを明らかにした。構成としても、「非難可能性の意的要素（法服従の期待可能性）」として、期待可能性が責任要素とみなされている。

まず、帰責能力と違法性の意識について論じた後で、「不法の認識もまた、意思形成の非難可能性をいまだ十分に根拠づけることはできない。それが可能となるのは、行為者が、具体的な決定状況において、不法の弁識にしたがって実際に自分の意思を決定することができた場合のみである」として、期待可能性論の問題領域に立ち入る。彼によれば、適法行為への意味に適った自己決定を行うこの具体的な可能性は、非難可能性の重要な契機である。というのも、「非難可能性の内容は、行為者は自己の意思を違法にではなく適法に決定すべきであったし、かつすることができたということに、まさに行き着くからである」[44]。

ヴェルツェルによれば、完全な不法の認識において行為する帰責能力者に対しても、適法な行為が期待されないような状況が存在するのだが、「法はそのような状況を、自己の規範の妥当力のために非常に狭く局限する必要がある」。したがって、法は、故意作為犯において、帰責能力者には、彼に可能である不法の弁識によって適法な態度へと決定することを非常に厳格に期待するのである。それゆえ、適法行為の期待不可能性による一般的な免責事由は、「正当な利益の保持のために、故意犯においては認められず、免責は生命または身体の危難の場合に限定される」とする[45]。この「適法な態度の期待不可能性の最も重要な適用事例」として、続いて、五四条と五二条の刑法上の緊急避難を扱う。ここで、これらの緊急避難が違法であることが明言される。すなわち、「同胞は、決して単なる物とし

て扱われてはならず、常に自己目的として扱われなければならない（カント）」から、「第三者の生命または身体への重大な侵害を、生命の避難のための単なる手段として正当化することはできず、危難にある行為者には人間の弱さにかんがみると適法な行為を期待されえないということを理由として、これを単に免責しうるにすぎないのである」[46]。

最後に、「生命または身体の危難に迫られているのが、行為者またはその近親者ではなく、そこでは他者の生命または身体の危難が、行為者が一定程度の道義的責任（sittlicher Schuld）の引き受けなしには避けることができないような、義務衝突（良心の衝突）に至らせる状況が存在する」として、超法規的免責事由としての義務衝突の問題を扱う。ここでは、後述のナチスによるいわゆる「安楽死（Euthanasie）」命令の事案が例として援用される。医師による殺害の決断は、彼を不法および道義的責任へと巻き込むのであるが、「法秩序は、より重大な不法を防ぐためにより小さな不法を受けいれたということについて、法共同体の立場から彼に責任非難をすることはできない。すべての法的同胞（Rechtsgenosse）は、行為者の立場では正当にもその行為者と同じように行為しなければならなかったという理由から、行為の社会的非難可能性としての法的責任が欠けるのである。意思形成の非難可能性は、法的責任すなわち法共同体の立場からの責任となるに先立って、特定の社会的に重要な程度へと至る必要があるのである」として、一定の義務衝突事例における責任阻却を承認する。そして超法規的緊急避難の要件として、i）行為者の行為が、さらに重大な害悪を避けるための唯一の手段であること、ii）行為者が実際により小さな害悪を選択したこと、iii）主観的に避難目的が追求されていることを挙げる[47]。

このように、教科書の第三版では、それまでの立場を大幅に変更し、緊急避難について二分説をとることを明らかにした。さらに、免責的緊急避難において期待可能性概念が中核的な役割を果たすということを明言し、義務衝突に限ってではあるが、超法規的な免責について言及している。そして最初の記述からも見られるとおり、これが

責任の「根拠づけ」として扱われている点が注目される。

（二）安楽死判決に対するヴェルツェルの評価

ヴェルツェルの緊急避難論に態度変更をもたらしたのは、教科書中でも言及されている、ナチスによる安楽死命令を受けた医師に対する、イギリス占領地区最高裁判所（ＯＧＨ）一九四九年三月五日判決であった。

（1）判決に対する評釈（一九四九）

事案は、いわゆる「ヒトラーの安楽死計画」[48]に従って、精神病者の殺害に加担した医師に関するものである。[49]本件では、安楽死が行われる施設へと送られる患者のリストの作成を担当した医師である、被告人らの義務衝突の扱いが問題となった。彼らは、できるだけ多くの人命を救うために、体制への協力をすべて断るのではなく、自分たちに託された患者の一部の殺害を受けいれることによって、さらに多くの患者が体制に従順な他の医師により殺害されることを防ごうと試みたのであった。

しかしながら、判決は、「できる限りの医療的手段でもって救うという彼らの医師としての義務、および、犯罪行為から遠ざかるという一般的な国民としての義務」のために、安楽死処分への関与をしなかったとしても、被告人らに法的な非難は生じなかったであろうとして、法的な義務衝突の存在を否定した。そして、正当化事由としての超法規的緊急避難を否定した上で、さらに、「施設での殺害に関与した者は、むしろほかのすべての行為者と同じように、法律の下にある。行為者が通常であるならば決して行わなかったであろう行為への刺激が国家から出されたという事情は、それ自体だけでは、特に多くの他の行為者にもそれが該当するという理由では、行為者を免責しないのである」として、医師の有責性を結論づけた。しかしながら、他の関連では、そのような集団犯罪の国家的計画と実行に重大な意義を認めることが可能であり、「その限りで一身的刑罰阻却事由（persönlichen Strafausschließungsgrund）

という効果を備えた、唯一の、狭く画された例外が必要となる」として、刑罰からの特別な解放の道を示す。そして最終的には、「自分が、この集団犯罪に対する決定的かつ明らかな反対者として、かつ直接に殺害に加担することなく、もっぱら抵抗の動機から関与したこと、そしてそのように振る舞ったということを証明する者は、一身的に不処罰（persönlich strafrei）である」と結論づけた[50]。

これに対して、ヴェルツェルは、協力を拒むこともまた一つの決断であり、しかも非常に重大な結果をもたらす以上、「そのような状況において生じる道義的葛藤を、それがふりかかる人間と同じように、法も逃れることができないのである」として、義務衝突の存在を肯定する[51]。

まず、裁判所の超法規的緊急避難の否定の根拠を検討し、裁判所が否定しているのは、超法規的緊急避難全般というよりも、その正当化機能であるとする。そして、法は医師らの行為を違法であるとしなければならないのだが、「しかし、法共同体の立場から行為者に責任を問い、彼を法的に有責と宣言することはできない」と、法的観点からの責任の存否を問題とする。「それゆえ、人命からなる危険共同体においては、より小さな害悪の選択は責任阻却事由の一つであり、そこでは五四条の狭い限界を超えるので、法規外的または超法規的責任阻却事由（正当化的超法規的緊急避難と対をなすものとしての）が論じられてもよいのである」として、責任阻却を認める[52]。さらに、裁判所の採用した一身的刑罰阻却事由という構成を、それは刑法外的観点が問題となる場合のものであるが、むしろここでは、まさに行為の犯罪的評価内容が問題なのであると批判する[53]。

（2）「緊急避難問題について」（一九五一）

むしろ責任阻却事由を認めるべきであったというヴェルツェルの批判に対して、一身的刑罰阻却事由による処理は、単なる抜け道ではなく、実質的に根拠づけられたものであるとする反論が、ペータースにより出された。これ

に対するヴェルツェルによる再反論が、当該論稿で展開されている。[54]

ヴェルツェルは、ペータースが責任阻却を認めない根拠を以下のように理解する。すなわち、「無辜の人間の意識的な殺害を決意した場合には、それは人間に認められていない権限の行使を意味するのである。道義的および法的秩序はおおよそ選択を委ねない。道義的および法的秩序のそのような基本法に対する違反は、すでに責任の主観的な答責性へのかかり合いを意味している」。[55] 次いで設例として、有名な「転轍手事例」[56]を提示した後で、不作為がはるかに多くの数の人間の死を導いたにもかかわらず、行為者は法的にのみならず倫理的にも正しく行為したのかという問いについて、「わたしの確固たる信条からすると、それは間違っている」という。[57] つまり、ここで問題となる義務衝突においては、作為によってより少数の人間の死を積極的に惹起するか、不作為によってより多くの数の人間の死を消極的に黙認するかの選択に迫られるのだが、後者の選択を倫理的・法的に正当なものであるとすることを、ヴェルツェルはあくまで誤りであるというのである。言い換えれば、本件の被告人である医師は、やはり法的にも義務衝突にあるということになる。

この観点を、ヴェルツェルは次のように展開する。すなわち、少数の人間の死についての責任は、確かに、行為者がまさにその行為によってはるかに多数の人間を助けたということによって埋め合わせられるわけではない。しかし、不作為によってより多くの人間の死を黙認することが許されるわけでもない。「というのも、人は逃れようとすることによって、同じく自己決定を行っているのであり、そして行為に出ないことではるかに大きな責任を負っているのである」。[58] したがって、問題の場面は違法性の領域では解決されえない。

ヴェルツェルは、以上の倫理的な葛藤を法がどのように処理するのかがさらに問われるとして、責任の領域の検討に入る。まず、法的な免責事由の承認に対するペータースの反論を整理して、「行為者が、無辜の人間を犠牲にし

たことによって、誰もが認めるように彼の良心と神との前で有責であるとされた場合には、彼は法的にも有責でなければならない。なぜなら、法的な責任と道義的なそれとの断絶は、認められることができないからである」と説明する。[59] これに対して、ヴェルツェルは、すべての道義的責任が同じく法的責任であるわけではないとして、道義的責任と法的責任との相違に言及する。それによれば、「「責任」という無価値判断は、その特有の二重に関係する構造を、意思形成の非難可能性という特徴的な非難要素が構成しているのだが、それが法的責任、法的共同体を前にしての責任となるに先立って、一定の社会的に重大な量に到達したことを必要とする」。「そこから、本当の道義的葛藤におけるより小さな害悪の選択について、法共同体は行為者に法的責任の非難をすることができないということが帰結する」。[60] さらに、「エバーハルト・シュミットは、彼がＯＧＨの判決に際しては「期待不可能性」の問題、あるいは ―― 彼がより適切に名づけたように ―― 「非難不可能性」の問題への立入りを見積もるとき、まったく正当であった」として、期待不可能性の判断がここで行われるべきであることを明言する。その上で、「法的責任とは、行為の特定の社会的非難可能性である。他のすべての法的同胞が行為者の立場に際して同じく行為しなければならなかったことを理由として、社会的非難可能性が欠ける場合には、法的責任もまた欠落するのである」と結論づける。[61] この叙述は、教科書においてもそのまま引き継がれることとなった。

この論稿で、ヴェルツェルは、「わたしにとって、それは、五四条について正当化事由説から免責事由説へと転向する決定的な根拠であった」[62] とし、ここでの脚注において、五四条について正当化事由説から免責事由説へと転向したことを明示している。さらに、当該事例において期待不可能性が問題となるとしたシュミットの言明を、前述のように「まったく正当」と評価している。これにより、ヴェルツェルがほぼ従来の意味における狭義の期待可能性論、すなわち、緊急避難論および期待可能性論を責任阻却事由とする立場をここで受け入れていることがわかる。

したがって、この段階におけるヴェルツェルの狭義の期待可能性論に対する理解は、メツガーやシュミット、したがって、日本の理解に近いものである。もっとも、ここでも行為者（医師）は道義的責任からは逃れられないという見解が維持されており、これと法的責任との関係は不明朗なままである。すなわち、なぜ道義的責任が認められるにもかかわらず、法的責任が阻却されるのかといえば、それは「他のすべての法的同胞も同じく行為しなければならなかった」がゆえに社会的非難性が欠けるからなのであるが、そうであるならば、むしろ、規範違反性ないし行為無価値が存在せず、したがって違法ではないという帰結になるはずである。[63]

また、期待不可能性による責任阻却の根拠は、動機づけへの圧力によって説明されているわけではない。ここでは、あくまで義務の衝突のために「社会的非難可能性」が欠けることが重要なのである。すなわち、ここで問題となっているのは行為者本人の事情それ自体ではなく、まさにそれが社会から承認されうるか否かである。このことは、超法規的責任阻却の要件として、補充性と避難の目的に加えて、小さな害悪を実際に選んだことが求められている点にも現れている。

三　第三期：事実的宥恕事由説

（一）『ドイツ刑法 第九版』（一九六五）

教科書の第九版において、ヴェルツェルは免責的緊急避難による不処罰の根拠を、責任阻却事由とほぼ同義の免責事由から、「事実的宥恕事由（faktischer Entschuldigungsgrund）」と変更する。また、責任論の叙述の構成も、「非難可能性の要素」として挙げられるのは、第一に責任能力（帰責能力）、第二に不法の弁識の可能性のみとなり、期待可能性はこれらの責任要素と明確に区別して記述されることとなる。すなわち、第三版における責任の「根拠づ

け[64]」という地位を奪われ、すでに根拠づけられた責任に対する宥恕の問題とされるに至ったのである。

ヴェルツェルの上の姿勢は、期待可能性論の最初の記述に尽きる。すなわち、「帰責能力および不法の認識の肯定でもって、構成要件該当・違法な行為に対する行為者の「責任があるということ（Dafür-Können）」、すなわち責任は実質的に基礎づけられる[65]」。

続いて、その詳しい内容が示される。まず、期待可能性が問題となるような事例では、行為者により追求される正当な目的（自己または近親者の避難）が、行為無価値の判断の際に不法減少として評価されるのだが、客観的な行為無価値の減少は、その行為が完全に正当化されるまでには至らない。むしろこのような事例において、法は、「人間の弱さに対する宥恕の行使」という理由でのみ、完全な刑罰からの解放を認めるのである。すなわち、「異常な動機づけ状況にある事例においては、不法も責任も阻却されず、宥恕（Nachsicht）が認められるにすぎないのであり、そして、それは単に原則的にそうなのであって、常にそして必然的にではない。ここから導かれるのは、この異常な動機づけ状況における、いわゆる「適法な態度の期待不可能性」は、帰責無能力または回避不可能な禁止の錯誤のような責任阻却事由ではなく、法秩序が責任の存在にもかかわらず責任非難を放棄し、行為者に宥恕を認めるという意味で、事実的宥恕事由にすぎない」と結論づける[66]。

この傾向は、超法規的免責的緊急避難の説明においても現れる。すなわち、そこでは、安楽死事例を念頭に置いた義務衝突の問題に際して、理由づけは従来のまま、不処罰の根拠だけが、第三版における「社会的非難可能性」の欠如から、単なる宥恕の行使へと切り替えられる[67]。このような発想は、前述のとおり、帰責能力と不法の認識でもって責任は実質的に基礎づけられているという最初の一文に明瞭に現れている[68]。

このヴェルツェルの改説は、そこで参照が指示されている[69]、アルミン・カウフマンの不作為犯に関する著作[70]から

影響を受けたものであるといわれる。[71] ヴェルツェル以上のフィナリストとも呼ばれる[72]カウフマンの見解は、目的的行為論の責任論の到達点を示すものといえる。また、今日の通説である二重の責任減少事由説に対しても、カウフマンの学説は大きな影響を与えた。[73]

（二）アルミン・カウフマンの見解

カウフマンは、期待不可能性の思想およびこれを伴う（旧）五二条（強制）・五四条（緊急避難）の免責的緊急避難が、「緊急状況の受忍が要求される」事例によって、さらなる制約を被る点に焦点をあてる。[74] そして、このような場合における免責の排除または制約が、責任原理と調和するのか否かが問題となるという。

彼によれば、「五四条で規定されている状況（同じく五二条・五三条三項（過剰防衛））は、行為者の規範適合的な動機づけへの能力に対して、常に本質的な影響を及ぼすわけではない。それが影響を及ぼされている場合、動機づけへの圧力は、正しい意思決定への能力を排除するに至るほどには強くない」。すなわち、「動機づけへの圧力」も、その具体的な影響も、五四条・五二条および五三条三項の適用にとっては重要ではないというのである。[75] それゆえ、「期待可能性は「責任要件」でも、「非難可能性の要素」でもないのであり、さらには、期待不可能性は厳密な意味での「免責事由」ではない」とする。したがって、「前述した緊急避難規定の排除または制約の諸事例では、責任非難が提起される。ここでは、刑法上の緊急避難は責任の存在に関係しないという理由から、責任原理は依然として保障されたままなのである」と結論づける。[76] さらに、カウフマンは、「根本において、ここで規範的な責任の理解は、自らをその論法によって反駁される」として、従来の規範的責任論に対する批判を行う。なぜなら、責任非難が「期待可能性」の要件なしに行われうるならば、期待可能性という「規範的責任要素」は、少なくとも非難可能性の要件ではないからである。[77]

それでは、五四条などこれまで期待可能性論により説明されてきた規定を、カウフマンはどのように根拠づけるのか。その出発点となるのは、「責任は包括的な概念である」という洞察である。すなわち、「――広義における――責任には、すべての責任要件の総体が含まれ、ここには同じく――そして決して最後にではなく――不法も属するのである！構成要件の現実化は不法の前提であり、不法は責任の前提であり、構成要件のメルクマールは同時に不法および責任のメルクマールでもあるのである」[78]。それゆえ、まず、期待可能性原理に隠れている評価が、不法の領域においてどのように作用しているのかが問われるとして、さらなる検討を加える。

カウフマンによれば、五四条の緊急避難の事案においては、そのためにある行為が行われるまたは控えられるところの、自己保存本能目的が評価されている。そして、それ自体としては否認されない（「もっともな」）目的の追求は、行為無価値を減少させ、同時に不法に左右される責任非難の量も減少する。彼は、これを、必要な緊急行為または不作為のみが法律の要件を満たすということから説明する[79]。さらに、この作用は期待不可能性の要件に該当するすべての個別事例において生じるものであり、「緊急避難行為者の責任は、個々の場合で生じる「動機づけの圧力」に関係なく、常に減少しているのである[80]」というのである。続いて、特別な責任の領域においても、五四条は作用するという。というのも、原則的には、意思を不法の弁識にしたがって形成する能力もまた、「通常の場合」と比べて減少しているからである。ここでは、――動機づけに関して――法律により事実上推定が行われているとする[81]。

以上のことから、次のように結論づける。すなわち、これまで免責的緊急避難とされてきた事例においては、一方では、目的追求の顧慮による不法減少、他方では、動機づけの状況の顧慮による責任減少により基礎づけられる、二つの責任減少事由が重なり合っているのである。そして、両方の、密接に関連し、互いに基礎づけあう根拠が説明するのは、「なぜ法秩序が、「法的な制限から」、ごくわずかな責任内容にかんがみて、責任非難を実際に提起する

ことを、放棄できるのかである」。そして免責的緊急避難の例外をなす事情は、まさしく、法共同体の全体利益の侵害なく刑事制裁を放棄することができない領域であり、そこでは、法秩序は「――それ自体としてはすべての事例に存在する――責任非難」を提起するのである。「したがって、期待可能性が形成する問題は、非難可能性の基礎づけではなく、（すでに基礎づけられた）責任非難の定量化である。それゆえ、期待不可能性の該当事例は、真正の責任阻却と同じ法的効果を導き出す根拠として、せいぜい「事実的宥恕事由」と名づけられることが許される[82]」。

このカウフマンの見解がヴェルツェルの変説に影響を与えたということは、ヴェルツェル自身が、前述のように教科書においてこの論稿の参照を指示していることからも明白である。「不法減少による責任減少」と「動機づけへの圧力による責任減少」の両方に視点を向ける彼らの発想は、学説の名称としては「二重の責任減少事由説」として、現行三五条の根拠についての今日の支配的な見解となっている。この見解の決定的に重要な点は、免責的緊急避難の事例に際しても責任非難は実質的には基礎づけられているから、責任主義からの問題は生じないということである。

四　小括

五四条の緊急避難による不処罰の法的根拠に関するヴェルツェルの見解は、違法性阻却から、二分説にしたがった免責（責任阻却）となり、最終的には、一旦は基礎づけられた責任非難の事実的な宥恕という見解へと推移した。これに応じて、期待（不）可能性は、教科書の第三版では明確に非難可能性の「意的要素」とされたが、第九版以降では非難可能性の要素とは別の節で扱われることとなった。また、期待不可能性による超法規的免責についても、その記述は義務衝突のみを念頭に置いたものであり、期待可能性の一般理論は積極的には扱われていない。これら

のことから、ヴェルツェルにとって、期待可能性の問題とは違法行為を控えるよう意思決定を動機づける義務の存否の問題であり、責任能力者についてその義務履行の可能性は問題とならない、少なくともその可能性が消滅することはないとされていることがわかる。これは、通常の市民は自己の行為につき責任を負わなければならないという「責任倫理」の現れでもある。また、いずれにせよ責任非難は基礎づけられているという発想は、現在でも、免責的緊急避難について、二重の責任減少事由説のみならず、犯罪予防の観点から不処罰または減軽を基礎づける学説にも明確に引き継がれており、日本でも同様の主張が現れている。[83]

第五款　検討と小括

一　規範的責任論の純化と「責任の空洞化」

目的的行為論の責任論に対しては、規範的責任論を純化させたという評価の他に、またはこのことをとらえて、「責任の空洞化」を招いたという評価が多くみられる。[84] しかし、これらが念頭に置いているのは、故意・過失の体系的地位の移転と、故意と違法性の意識についての責任説に対してであり、[85] 期待可能性論または免責的緊急避難論についての言及はあまり見られない。

この批判に対して、ヴェルツェルは、「行為者の行為に対する精神的な態度は、非難可能性の構成的要素であるから、責任非難の客体はごく些細な問題についても省略されていない」。「実際には、「責任概念の空洞化」と称されることは、責任に無関係な要素からの責任の純化なのである」と反論する。[86] 確かに、故意・過失が責任論から不法論に移っただけであるなら、責任が空洞化しているか否かは、結局は故意論・過失論の具体的な内容次第である。

では、狭義の期待可能性論による責任阻却事由の否定は、責任の空洞化と無関係なのだろうか。ヴェルツェルの

観点からは、心理的な圧迫を生じさせるような緊急状況においても、責任能力が認められる行為者には規範に従った自己決定を行う能力は認められるため、責任非難は実質的に基礎づけられていると説明される。そして、期待可能性の問題は、責任概念の事物論理的構造にあくまで抵触しない法政策的な問題とされることになるのである。[87] しかしながら、倫理的に基礎づけられる意思自由の観点から責任が否定される場合にのみ「責任阻却」が行われ、それ以外の不処罰を法的・政策的観点からの「宥恕」とする発想に、責任論の空洞化がある。このような倫理的洞察には、一方では確かに、責任無能力者や禁止の錯誤が避けられなかった者の処罰を批判するという意義はあったのだろう。[88] 他方で、これにより、従来責任論として論じられ、結局はヴェルツェルも責任論の中で扱った狭義の期待可能性論は、責任主義とのつながりを失う。それは同時に、免責的緊急避難が責任主義という憲法的価値を失うことで、処罰範囲が立法または司法の裁量に大きく委ねられることを意味する。ヴェルツェルは「責任に無関係な要素からの責任の純化」によって、責任論の内部に責任主義の及ばない空隙をつくったのである。

二　人的不法論と期待可能性論の関係

目的的行為論の拠って立つ人的不法論では、メツガーにおいてはもっぱら責任論の問題とされた規範の決定機能を、広く不法論の領域で扱うことになる。[89] しかし、エトカーがそれ以前に指摘していたように、「法が期待しないものが、同時に命じられるということはありえない」。[90] このことは、ヴェルツェルの緊急避難論が、違法性阻却一元説から出発して、最終的には、一方の違法性が阻却される緊急避難と、他方の違法性・有責性の有無に影響を与えない緊急避難という二分説に至ったことに明瞭に現れている。狭義の期待可能性論は、そのどちらに割り振られても、十分な力を発揮することができない。なぜなら、前者では、行為者の具体的な個別事情よりも行為の一般的な法的

評価が重要となり、特に、避難行為の対象者の正当防衛権を強く意識した制限を受けるからである。また、後者では、行為者の具体的な個別事情よりも国家が宥恕を行使するか否か自体が重要となる結果、危難の自招性や身分上の受忍義務を根拠に、不処罰範囲は様々な制限を受けることとなる。

三　ヴェルツェルの学説の現在への影響

第二章で概観した現在のドイツの議論状況は、ヴェルツェルおよびアルミン・カウフマンの学説に大幅に依拠している。すなわち、責任能力の不在による責任阻却と免責的緊急避難による免責とは厳密に区別され、三五条の免責的緊急避難規定は責任主義と直接の関係をもたないとされる。その結果、確かに三五条は免責の制限と例外について責任主義上の疑義を回避できたとされるが、その反面、まさしく責任主義という指導原理を欠くために、免責の限界はかなり不明確になっている。[91]

これに対して、日本では、責任説の支持の広まりにもかかわらず、目的的行為論の期待可能性論が根づくことはなかった。これは、三五条のような責任阻却規定がないこと、メツガーおよびエバーハルト・シュミットの犯罪論体系が根強い支持を得ていることによって説明できるだろう。[92]もっとも、期待可能性の不存在にもとづく責任阻却を論じる実践的な意義がこれまでなかったため、問題自体が自覚されていないという説明もできるかもしれない。[93]

結　び

ヴェルツェルらの目的的行為論は、規範的責任論を「純化」させ、同時に「責任の空洞化」を招いたと評価されたのだが、それは故意・過失を不法構成要件に移し、故意と違法性の意識とを分離させた点に着目しての批判であっ

た。これに対しては、ヴェルツェルが反論しているように、責任非難の客体は省略されていないということもできる。しかし、ヴェルツェルが、「責任概念の空洞化」と称されることは責任概念の純化なのであるというとき、狭義の期待可能性は責任の構成要素から放逐されることになる。なぜなら、緊急避難においても、事物論理的構造より導かれる責任概念からは、それが立法者にとって所与であるため、責任は、法律上の免責に左右されずに基礎づけられるからである。その結果、免責的緊急避難の規定は、責任概念の構成要素から追い出されたにもかかわらず、体系上は免責事由として責任論に残るという事態に至った。

期待可能性論を広義と狭義に分ける本稿の観点からは、ヴェルツェルの期待可能性論は次のようにまとめられる。すなわち、ヴェルツェルにおいて、帰責能力論および不法の意識の可能性の問題と狭義の期待可能性論とには、本質的に異なった意義が与えられている。それは、倫理的観点から、前二者について欠けることのない行為者は、自己の意思を規範に向けて動機づける能力が備わっていると見なされるからである。これに対応して、さらなる法的観点からの免責は、倫理的にも基礎づけられている責任阻却とは厳密に区別される。「義務は可能を前提とする」という広義の期待可能性論の命題は、帰責能力および違法性の意識の可能性にまでしか及んでいないのである。そして、この前提の当然の帰結として、ヴェルツェルは、狭義の期待可能性論を責任主義から切り離す。すなわち、実際には免責的緊急避難における行為者も有責に行為しているのであり、事実上責任非難を宥恕されるにすぎないのだから、国家は、責任主義のくびきを逃れて、免責の範囲を制限することが許されるのである。

注

（1）ヴェルツェルの人物像については、福田平「ドイツ刑法学者のプロフィール〔4〕ヴェルツェル」法学教室一三〇号（一九九

一）五六頁以下、宮澤浩一編『西ドイツ刑法学　学者編』（成文堂、一九七八）六七九頁以下参照。

（2）「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ない。」

（3）内藤謙『刑法理論の史的展開』（有斐閣、二〇〇七）四六頁。「事物論理的構造」については、アルミン・カウフマンおよびシュトラーテンヴェルトによる見解もあるが、ここではヴェルツェルのものを扱う。両者の見解について、増田豊『規範論による責任刑法の再構築 ― 認識論的自由意志論と批判的責任論のプロジェクト』（勁草書房、二〇〇九）一七頁以下。三者の事物論理的構造論に対する批判として、Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 20 ff.（甲斐克則訳『責任原理』（九州大学出版会、二〇〇〇）九頁以下）。

（4）Hans Welzel, Naturrecht und Rechtpositivismus, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953 S. 279 ff.（邦訳、金沢文雄・政経論叢一六巻三号（一九六六）七三頁以下）。

（5）Welzel, a.a.O. (Anm. 4), S. 290.

（6）Welzel, a.a.O. (Anm. 4), S. 290.

（7）Welzel, a.a.O. (Anm. 4), S. 291.

（8）Welzel, a.a.O. (Anm. 4), S. 292.

（9）団藤重光『刑法綱要総論 第三版』（創文社、一九九〇）一四頁以下、内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣、一九八三）四三頁以下。

（10）これに関連して、内藤謙は、「法における心情的要素を重要視する思考に裏づけられながら、刑法の「社会倫理的機能」のみを強調することは、刑法の「保障機能」の重要性を忘れるものといわなければならないだろう」とする（内藤・前掲注（9）四七頁）。

(11) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 3. なお、ヴェルツェルは『ドイツ刑法』(Das Deutsche Strafrecht) 以前に、『ドイツ刑法総論』(Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts) を第三版まで発表しており、『ドイツ刑法』の初版は『ドイツ刑法総論』の第四版である。本稿で「教科書」の版として示しているのは、すべて『ドイツ刑法』の版である。

(12) Welzel, a.a.O. (Anm. 11), S. 4 f.

(13) Vgl. Harro Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStrW 87, 1975, 543 f.

(14) この点について、田中成明は、ヴェルツェルの法と倫理の関係の理解を次のようにまとめている（田中成明「ハンス・ヴェルツェルの人格主義法学 ―― 現代ドイツ法思想研究ノート ――」法学論叢八八巻一・二・三号（一九八一）一六七頁以下）。ヴェルツェルは、カントの実践哲学における自律に関する理論の批判的検討から、「自律が可能であるための前提として実質的倫理的秩序の存立とその客観的妥当性が想定されなければならないこと、自律を道徳界の基本原則として確立することは同時に倫理的人格という一の実質的目的に絶対的価値を賦与することになるということ、さらに、M・ウェーバーからの示唆をも受けて、正しく理解された自律の完全な内実は「責任倫理（Verantwortungsethik）」においてのみ再建されうるものであることを確認する」（二三二頁）。行為は純粋な心情から行われねばならぬという狭義の心情問題においても、「法的義務履行への持続的意思たる法的心情を確保するという法の社会倫理的機能を強調し、法の倫理的性格を多面的に浮き彫りにしている」（二三四頁）。

(15) Welzel, a.a.O. (Anm. 11), S. 143. この点について、シュトラーテンヴェルトも、「ヴェルツェルは、答責的な個人として人間の承認は、「単に権力として強制するのではなく、法として義務づけようとする」法秩序にとっての最低条件であり、この承認から、責任原理だけでなく、事物論理的な関係の重要性が導かれるということを、繰り返し力を込めて強調していた」(Günter Stratenwerth, Sachlogische Strukturen?, in: Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 672 f.) と述べている。

(16) この点について、田中は、ヴェルツェルの法と倫理との関係の理解を、「いささか単純な倫理的性格の強調といえるのではないか」（田中・前掲注（14）二三五頁）とした上で、「ヴェルツェルのような立場は、その時々の国家権力の担い手によって制定された法秩序の内容とそれへの服従に過度の倫理的正当化を与える危険を内含しており、それに対する限界づけの堅固な理論的基礎を見出しえないのではないかという疑問を感じる」（二三七頁）とする。

(17) Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S.45 ff.（福田平・大塚仁訳『目的的行為論序説 ―― 刑法体系の新様相 ――』（有斐閣、一九六二）六一頁以下）。

(18) Welzel, a.a.O.（Anm. 17）, S. 39; Vgl. ders., a.a.O.（Anm. 11）, S. 138. なお、九版以降の教科書では、規範に従って「行為する（handeln）」ではなく、「動機づける（motivieren）」とされる。

(19) Welzel, a.a.O.（Anm. 17）, S. 40 f.

(20) Welzel, a.a.O.（Anm. 17）, S. 42; Vgl. ders., a.a.O.（Anm. 11）, S. 140 f. 教科書ではこれに続いて、ヘルムート・フォン・ヴェーバーの貢献が参照される。

(21) Welzel, a.a.O.（Anm. 11）, S. 140. なお、この叙述は八版以前には見られない。

(22) Welzel, a.a.O.（Anm. 17）, S. 43; Vgl. ders., a.a.O.（Anm. 11）, S. 141.

(23) なお、責任（帰責）能力については、ヴェルツェルの言及はあまり詳細ではない（Welzel, a.a.O.（Anm. 17）, S. 52 ff.; Vgl. ders., (Anm. 11）, S. 152 ff.）。

(24) Welzel, a.a.O.（Anm. 17）, S. 61 f.; Vgl. ders., a.a.O.（Anm. 11）, S. 159 f.

(25) Welzel, a.a.O.（Anm. 17）, S. 64; Vgl. ders., a.a.O.（Anm. 11）, S. 161 f.

(26) Welzel, a.a.O.（Anm. 17）, S. 64 f.; Vgl. ders., a.a.O.（Anm. 11）, S. 162. なお、この責任原理（Verantwortungsprinzip）は、刑法において通常論じられる責任原理（Schuldprinzip）とは異なる原理である。前者は、ヴェルツェルもところどころで言及しているように、マックス・ヴェーバーの責任倫理（Verantwortungsethik）と心情倫理（Gesinnungsethik）の対置から示唆を受けて主張されているものである。本節では、この Verantwortungsethik が一般的に責任倫理と訳されることから、Verantwortungsprinzip を責任原理と表記する。

(27) Welzel, a.a.O.（Anm. 17）, S. 66; Vgl. ders., a.a.O.（Anm. 11）, S. 164. ヴェルツェルは、大刑法委員会における錯誤規定の議論に際しても、責任原理と認識原理との対置に言及している。その際、法と倫理の関係に際して触れた、ヴェーバーの社会倫理学とこれを対照させ、責任倫理と責任説のとる責任原理、心情倫理と故意説のとる認識原理が対応しているという（Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Bd. Allgemeiner Teil, 14. bis 25. Sitzung, 1958, S. 157 f.）。

(28) また、明言はされないが、故意が不法構成要件にある以上、違法性の意識が故意の要素となり得ないという目的的行為論からの帰結も、第四の点としてこれに加えられるだろう。

(29) 責任説の基礎について、金沢文雄は、ヴェルツェルの目的的行為論および責任説を「現代の人間の尊厳の思想を刑法において具現化した典型例」と評価している（金澤文雄「ハンス・ヴェルツェルの「責任説」の人間学的基礎」岡山商大法学論叢四号

（一九九六）一六頁）。もっとも、責任説を反映させた現行ドイツ刑法一七条は、戦時経済体制のために発布された一九一七年の「錯誤令（Irrtums-Verordnung）」に由来するという指摘もある（Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., 2011, S. 154）。

（30）増田豊は、故意と不法の認識の可能性（不法認識能力）とは、「規範論理的に区別され、責任説の正当性は、規範の制御機能の分析を通して論証されることになるのである」とする（増田・前掲注（3）九三頁）。

（31）Hans Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 28 f.

（32）「表象説の主張者は、表象をそれ自体として故意概念の充足に十分なものとみなすことは決してなく、そうではなくてその意思活動との関係において表象のみを吟味するのである。というのも、すでに言及したように、行為がなければ、したがって意思の協同がなければ責任は存在しないということから、表象説は出発しているからである」（Reinhard Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S. 26）。

（33）Frank, a.a.O.（Anm. 32）, S. 28.

（34）これは、ヒルシュによる『構成』の導入においても示唆されている（Hans Joachim Hirsch, in: a.a.O.（Anm. 32）, S. XI ff.）。

（35）Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 18. Aufl., 1931（Kommentar 18. Aufl.）, S. 138. また、刑罰論についても、「しかし、正義の実現が人間的な刑罰の最高の目的であるということを、決して認めることはできない」と明確に述べていた（ders., Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe, 1908, S. 25）。

（36）Hans Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 113.

（37）Welzel, a.a.O.（Anm. 11）, S. 129 f.

（38）Frank, Kommentar 18. Aufl., S. 147.

（39）バウマン／ヴェーバーは、規範的責任論の展開に際して、「目的的行為論によって規範的責任概念は変容された（Modifiziert）」と表現する（Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 18 Rn. 12 ff.）。

（40）「第五四条　行為が、正当防衛以外の場合に、自己で責めを負わない、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のできない、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、その行為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）」

(41) ただし、これに対するさらなる緊急避難は可能とされる（Hans Welzel, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 1940, S. 53 f.）。

(42) Welzel, a.a.O.（Anm. 41）, S. 52.

(43) Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStrW 58, 1939, S. 491 ff. ここでは、まず、緊急避難を免責事由とする解釈の実践的な意義を、緊急避難に対する正当防衛を許容する点に位置づける。そして、そのような理解に対して、「緊急状況の斟酌は、事後的な恩恵の手続きではなく、緊急においては、避難の努力はより重要な法益の犠牲の下でさえ不正ではないということ、法的に否認されないということの承認である。これが意味するのは、緊急避難行為は、それが、（特定の解釈によれば）正当防衛を正当化するところの、消極的に評価される結果としての法益侵害をもたらす場合ですら、行為として不法ではないということである」（S. 534 f.）と緊急避難行為の適法性を主張する。

(44) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 3. Aufl., 1954, S. 130.

(45) Welzel, a.a.O.（Anm. 44）, S. 131 f. それ以外では、まず、興奮状態の影響は、それが一般的な帰責能力を阻却ないし限定しない限りで、場合によっては責任減少的に顧慮され（例外的に過剰防衛は責任を完全に阻却する）、さらに、不作為犯は一般的な例外であり、ここでは故意の不作為も免責されうるとする。

(46) Welzel, a.a.O.（Anm. 44）, S. 132.

(47) Welzel, a.a.O.（Anm. 44）, S. 134 f.

(48) ナチスの安楽死計画については、宮澤浩一「「安楽死事件」と西ドイツの刑事司法 ―― ナチス犯罪追及と過去の清算」世界五二号（一九八八）一七一頁以下。

(49) Hans Welzel, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1949, S. 370 ff.

(50) Welzel, a.a.O.（Anm. 49）, S. 371 ff.

(51) Welzel, a.a.O.（Anm. 49）, S. 374.

(52) Welzel, a.a.O.（Anm. 49）, S. 374 f.

(53) Welzel, a.a.O.（Anm. 49）, S. 375.

(54) Hans Welzel, Zum Notstandsproblem, ZStrW 63, 1951, S. 47 ff.（紹介、平野龍一・刑法雑誌二巻一号（一九五一）一九三頁以下）。

(55) Welzel, a.a.O. (Anm. 54), S. 50.

(56) Welzel, a.a.O. (Anm. 54), S. 51. 転轍手が、多数を乗せた列車の崖からの転落（不作為）と、三人の作業員の死亡（作為）との間の選択を迫られるという事例である。

(57) Welzel, a.a.O. (Anm. 54), S. 51.

(58) Welzel, a.a.O. (Anm. 54), S. 51 f.

(59) Welzel, a.a.O. (Anm. 54), S. 52 f.

(60) Welzel, a.a.O. (Anm. 54), S. 53 f.

(61) Welzel, a.a.O. (Anm. 54), S. 54.

(62) Welzel, a.a.O. (Anm. 54), S. 52.

(63) Vgl. Heinz Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 65 f.; Otto, a.a.O. (Anm. 13), S. 545; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 22 Rn. 162.

(64) 前述のように、三版では、帰責能力および「不法の認識もまた、意思形成の非難可能性をいまだ十分に根拠づけることはできない」(Welzel, a.a.O. (Anm. 44), S. 130) とされていた。

(65) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 9. Aufl., 1965, S. 160.

(66) Welzel, a.a.O. (Anm. 65), S. 161.

(67) Welzel, a.a.O. (Anm. 65), S. 166.

(68) なお、緊急避難を責任阻却と区別される放任行為や刑罰阻却事由と理解する学説は、かなり前から存在している。たとえば、ビルクマイヤーは、「彼は、確かに、あらゆる状況の下でも違法なことを行っており……、かつ、彼は問題となる違法性を同じく有責に行っているのである」。「この考慮は、緊急避難行為を衡平により（ex aequitate）不処罰とすることへと導く（いわゆる相当説）。したがって、緊急避難は、確かに責任阻却事由ではなく、むしろ刑罰阻却事由として承認されなければならない」(Karl von Birkmeyer, Das Strafrecht, in: ders. (Hrsg.), Enchyklopädie der Rechtswissenschaft, 1912, S. 1157) としていた。

(69) Welzel, a.a.O. (Anm. 65), S. 161.

(70) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 151 ff.

(71) 川端博『責任の理論』(成文堂、二〇一二) 一九九頁、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）四九頁以下参照。なお、この考え方自体はそれ以前の著作にも現れている（Vgl. Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 202 ff.）。

(72) 福田平「ドイツ刑法学者のプロフィール〔一〇〕アルミン・カウフマン」法学教室一三六号（一九九二）五〇頁。

(73) 現在でも、二重の責任減少事由説の基礎としてしばしば参照される（Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 478 Fn. 11）。

(74) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 70), S. 152.

(75) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 70), S. 153 f.

(76) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 70), S. 154.

(77) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 70), S. 155.

(78) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 70), S. 156.

(79) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 70), S. 156 f.; Vgl. Welzel, a.a.O. (Anm. 11), S. 178 f.

(80) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 70), S. 157 f.

(81) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 70), S. 158.

(82) Kaufmann, a.a.O. (Anm. 70), S. 158 f.; Vgl. Welzel, a.a.O. (Anm. 11), S. 179.

(83) たとえば、井田良は、期待可能性が問題となる場合の多くは違法性の減少が前提となっていると指摘する（井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、二〇〇八）三八七頁以下）。また、山中敬一も、期待可能性に責任無能力とは異なる地位を与えている（山中敬一『刑法総論［第二版］』（成文堂、二〇〇八）六七六頁以下）。さらに、増田・前掲注（3）九六頁。

(84) たとえば、内藤・前掲注（3）五六頁など。

(85) たとえば、Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm. 39), § 18 Rn. 19 ff.; Kaufmann, a.a.O. (Anm. 3), S. 174 ff.

(86) Welzel, a.a.O. (Anm. 17), S. 43.

(87) これに関連して、増田は、カウフマンの立場を次のように示している。「なお、用語法として、一次的体系に対応する「有責性」ないし「非難可能性」と二次的体系に対応する「刑罰必要性」(Strafbedürfnis) ないし「制裁必要性」(Sanktionsbedürfnis) とが区別される。すなわち、行動規範（の目的）との関係で確定された「違法・有責な行動」をさらに「刑罰必要的」なものとして処罰し得るか否かは、制裁規範の目的によって確定されることになるのである」（増田・前掲注（3）一六頁以下）。

（88）内藤・前掲注（3）四六頁以下参照。

（89）この点について、増田・前掲注（3）三四頁以下。また、オットーは、「義務は当為の別の表現の一つに過ぎない」（Otto, a.a.O. (Anm. 13), S. 547）という。

（90）Friedrich Oetker, Notwehr und Notstand, in: Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1930, S. 383. フリスターによれば、違法性判断において規範の決定機能を加味する場合には、「すでに違法性判断が、自己を適法な態度にむけて決定するという要請を内容としているならば、適法な態度が期待不可能であるという事例は、早くも純概念的に存在しえない」という「解決不能な逆説」に陥る（Helmut Frister, Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“, 1993, S. 159）。

（91）Vgl. Volker Krey/Robert Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2011, § 22 Rn. 754.

（92）このような評価をするものとして、たとえば、高橋則夫『刑法総論 第二版』（成文堂、二〇一三）二三四頁、増田・前掲注（3）四頁注三。

（93）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）一五三頁参照。

第四章　結論

第一節　ドイツにおける期待可能性論の展開の総括

第一款　規範的責任論（広義の期待可能性論）について

規範的責任論の創始者と呼ばれるフランクにおいて、責任阻却事由にあたるものは、「自由」の欠如として、帰責無能力と一括した扱いを受けていた。[94] フランクは、自由が欠ける場合には非難可能性もなくなるとするのだが、これは、「義務は可能を前提とする」という広義の期待可能性の発想といえる。メッガーも、特に初期の見解において

は、規範的責任論の実質を、この広義の期待可能性とほぼ同視していた。これは、狭義の期待可能性論の最後の叙述で、違法性阻却にとっての法益衡量が責任阻却にとっての期待可能性と同視されていることからもうかがえる。[95]そして、初期の見解においては、法の意思決定規範としての機能に着目して、広義の期待可能性論から、故意作為犯における一般的な超法規的責任阻却が、限定的ではあるものの、導出された。

これに対して、メツガーの後期の学説では、この導出が否定されるに至る。これは、広義の期待可能性論の意義も、行状責任論により同じく制約を受けたことにより理由づけられる。[96]すなわち、「法は行為時に不可能なことを期待しない」という命題が、答責の対象を行為以前に拡大する行状責任概念により否定されたことで、広義の期待可能性論から狭義の期待可能性論を導出して、一般的な超法規的責任阻却事由を構想するための図式が崩されたのである。さらに、ヴェルツェルにおいては、広義の期待可能性論は根本から異なった形で考えられていた。そこでは、帰責能力論および不法の認識の可能性の問題と狭義の期待可能性論との間には、まったく異なった意義が与えられている。それは、前二者について欠けることのない行為者は、自己の意思を規範に向けて動機づける能力が備わっていると見なされるからである。[97]

第二款　故意犯における一般的な超法規的責任阻却（狭義の期待可能性）について

しばしば「期待可能性論の創始者」とも呼ばれるフランクは、責任阻却・減少事由としての狭義の期待可能性論をほとんど扱っていない。『構成』においては、超法規的責任阻却は、過失犯では認められるものの、故意犯では、現行法上は無理があるとされている。[98]メツガーは、狭義の期待可能性論について、当初は故意犯における一般的な超法規性を限定的に認める立場をとっていた。[99]

その後、判例が期待不可能性による一般的な超法規的免責を否定したことを契機に、メッガーは反対説へと移った。[100] ただし、ここでも狭義の期待可能性論と責任主義との連関は維持されていた。すなわち、故意犯における一般的な超法規的免責の否定が認められることは、行状責任により広義の期待可能性論の依拠する行為責任原則の制限が認められることにより裏打ちされていた。したがって、一般的な超法規的責任阻却事由の否定は、責任主義自体の制約と対応していた。これに対して、ヴェルツェルは、狭義の期待可能性論を責任主義から理論的に切り離した。すなわち、帰責能力と不法の認識の可能性が備わっている以上は、規範適合的な意思決定は可能であるから、実際には免責的緊急避難における行為者も有責に行為しているのであり、事実上責任非難を宥恕されるにすぎないとした。[101] それゆえ、免責の制限と例外は、責任主義の問題ではないとされた。

第二節　現在のドイツにおける期待可能性論の理解の問題点

ここでは、現在のドイツ刑法学に多大な影響を与えているロクシンとヤコブスの責任阻却の理解について、ごく簡単に触れる。次いで、これらと、さきに検討したヴェルツェルの責任論および期待可能性論との共通の発想を示し、両者の問題点を指摘する。特に強調したいのは、ここで示される責任主義に関する疑義が、いわゆる機能主義や予防論に起因するものではないということである。

第一款　ロクシンの責任（答責性）論

ロクシンを、現在のドイツ刑法学の方向性に決定的な影響を与えた論者として挙げることに、それほど異論はないだろう。「ロクシンは、「ヴェルツェル以降もっとも独創的な理論家」として、学界に大きなインパクトを与え、

幾多の論争を巻き起こし、まさに時代の寵児として理論刑法学に新生面を開いてきた[102]。

ロクシンは、その教科書において、「非難可能性という概念は、それがもっぱら責任だけに向いていることから、ここで取り組まれるべき評価の性質を不十分に把握するにとどまる」とした上で、「非難可能性は答責性の必要条件ではあるが、十分条件ではない。それゆえ、規範的責任概念は、規範的答責性概念へとさらに発展しなければならない」と主張する[103]。すなわち、従来の規範的責任概念に加えて、予防的観点からの「答責性」判断が行われなければならないという。そして、通説によれば、三五条などの免責事由に際しては低減された責任がまだ存在するので、立法者は、単なる特別な宥恕により、それ自体としては依然として可能な責任非難の提起を放棄すると説明されるのだが、ロクシンは、二〇条などの責任阻却事由においてもその事情は同じであるという。すなわち、「「免責事由」に対置される「責任阻却事由」が、宥恕による刑罰の放棄（つまり、予防的な処罰の必要性の欠如に際しての不処罰）に対していかなる裁量の余地も与えないということを固持するならば、処罰厳格主義が助長されるのだが、それは刑事政策的に誤りである」とする。なぜなら、「責任は確かに国家刑罰の必要条件ではあるが、しかし、いまだその十分条件ではない」からである[104]。

ここでのロクシンの記述からは、自ら言及する目的的行為論との方法論的差異にもかかわらず、責任論における同一の構造が見て取れる。すなわち、少なくとも、責任無能力および回避不可能な禁止の錯誤からなる「責任阻却事由」が存在しない場合には、責任は実質的に基礎づけられるという姿勢である[105]。ロクシンは、「宥恕による刑罰の放棄」によって「責任阻却事由」と「免責事由」とを区別する通説を批判して、責任阻却事由においても、たとえば高度の情動やノイローゼの事例で最低限の制御能力が肯定される場合にも、予防的観点からの不処罰が認められる可能性は残される、すなわち、責任阻却事由とされる責任無能力においても予防的観点からの不処罰の余地があ

るとする。[106] 明らかにここでは、最低限の制御能力が存在するだけで、責任は基礎づけられるということが前提とされている。

第二款　ヤコブスの責任能力論

このように、ロクシンは、最低限の制御能力が認められる場合にも、予防的観点からの不処罰がありうるという。反対にいえば、すべての責任無能力者が、規範に応じて自己を動機づける能力を失っているわけではないということになる。同様の主張を行うのは、ヤコブスである。ヤコブスによれば、従来の責任能力論が前提としている、「責任のない態度は決定されているのに対して、責任のある態度は決定されていない」という定式は、科学的に証明されていない。従来の責任無能力者の中には、帰責無能力者とそうでない者がいる。

第一に、ヤコブスによれば、所見（Befund）は、「行為に際して、応答可能な、つまり、違反された法規範によって決定可能な主体が、いかにその呼びかけが強いかに関わりなく、もはやおおよそ存在しないということ」を徴表することがある。この場合、「行為者には規範の妥当を否認する能力が欠けるのであり、したがってこの者は帰責無能力である」。[107] これに対して、第二に、所見は、応答可能な主体がまだ残っているということを示すこともあるという。ここでは、確かに主体は存在するのだが、「主体が管轄を持たない根拠から負担（Belastung）が構成される場合には、彼にとって外在的な諸条件からの行為動機の発生が参照され、それがその諸条件によってのみ説明されうる限度において、主体は免責される」。「これは期待不可能性の領域である」。[108] したがって、ヤコブスの責任能力判断においては、まず応答可能な主体の有無が問われ、主体が存在する場合には、さらに期待可能性の程度が問題となることになる。ヤコブスは、前者の判断において主体の存在が否定される者を「質的異常」と特徴づけ、帰責無能力

とする。これに対して、後者の判断において期待可能性が否定される者は、帰責能力はあるが、責任能力がないとされる。それゆえ、彼の構想する責任能力は、帰責能力と期待可能性という二つの判断からなる。[109]

続いて、ヤコブスは責任能力判断における期待不可能性の考慮を、次のように説明する。帰責無能力と区別される期待不可能性の考慮が実際的な意義を特に持つのは、責任無能力を定める二〇条に列挙される生物学的要件のうち、「根深い意識障害」と「（その他の）重大な心神の変性」である。なぜなら、ここでは主体が完全に失われていない場合、すなわち帰責能力がある場合でも責任無能力となる場合が予定されているからである。そして、期待可能性による解決は、帰責能力による解決が完全な免責を否定する場合であっても、それを認める可能性を開く。すなわち、三五条が自ら責を負わない危難からの避難を免責するのであれば、「責を負わない」変性を持つ行為者には、その変性から生じた負担に対してさらに抵抗することは期待できない。「同様に、「責を負わない」中毒者には、その身体的苦痛が三五条の事例において想定される程度に達した場合には、規範の遵守はすでに期待できない。変性が彼の主体性をすでに破壊したということは、――帰責無能力の場合とは異なり――免責のために必要ではないのである」。[110] このように、ヤコブスの責任能力論は、その有無が問題となる帰責無能力という核の外側に、帰責能力はあるが期待可能性がないという、その程度が問題となる圏をめぐらせ、その圏の中で規範的な考慮をはたらかせようとするものである。[111]

第三款　ロクシン・ヤコブスの見解とヴェルツェルの期待可能性論との関連

このように、ロクシンやヤコブスは、それまでの責任無能力の内部で、規範に従う能力の欠如を理由とする本来的な責任阻却と、予防の必要性の欠如や期待不可能性による付加的な責任阻却とを類型上区別している。これは、

まさしく、アルミン・カウフマンが、それまでの責任阻却事由の内部で、責任無能力による責任阻却と緊急避難による事実的宥恕とを区別し、後者の判断にあたっては、事前の負責などを判断材料としても責任主義とは対立しないと主張したことと相似である。つまり、法律上責任阻却が認められる者の中に「実は」有責に行為している者がいると指摘することで、表面上は、「本来的な」責任阻却に加えてさらに免責・宥恕が行われていると説明しつつ、その追加的とされる免責・宥恕の領域では責任主義が直接及ばないと説明できるようになる。そして、責任主義が相対化される後者の領域では、事前の負責や特別な法律関係などを理由として、規範・政策的観点から不処罰範囲を自由に制限することができるようになる。[112] このような領域は、意思自由の存否が経験的にはっきりと画定できない以上、責任無能力者にも及びうるだろう。実際に、ロクシンの「応答可能性」やヤコブスの「帰責能力」は、責任能力よりも内包の多い概念を用いることによって、責任は意思自由（または、それに対応する行為者の能力・性質）を前提とするという建前をとりながら、当該概念の裏側にあたる「本来的な」責任阻却の外延を縮減することを可能としている。上述の相似性が同時に示しているのは、三五条の免責の制限・例外は責任主義に反しないという主張を根拠づけるための学問的営為は、等しく二〇条の精神障害にもとづく責任阻却にも向けられうるということである。

このような帰結こそが、ヴェルツェルないし目的的行為論による「責任の空洞化」と呼ばれる。すなわち、その倫理的に基礎づけられた責任概念からは、狭義の期待可能性が問題となる事例においても、責任は基礎づけられているといわれる。その結果、期待可能性は、責任概念の構成要素から追い出されたにもかかわらず、犯罪論体系上は免責事由の根拠として責任論に残るという事態に至る。そして、法律上「責任なく行為する（handelt ohne Schuld）」者を扱う免責的緊急避難[113]が予防的観点から基礎づけられることで、従来の責任論の一角を予防の観点が占めること

となり、さらなる責任論・責任概念全体の機能化をもたらす可能性を生む。[114] もちろん、三五条の文言にある責任（Schuld）は、本来的な意味における責任ではないとすることもできるだろう。しかし、その推論は二十条の責任無能力でもまったく同じなのである。目的的行為論の行った「責任概念の純化」は、実際には責任主義の射程の縮減であり、予防目的を志向する機能主義に対する露払いの役目を果たしたのである。[115]

第三節　期待可能性論の再検討

第一款　責任主義からの期待可能性論の必要性

以上では、ドイツにおける本来的な責任阻却事由と免責事由の区別が、処罰を限定するという責任主義の機能、より詳細には、不処罰範囲の画定について、立法者・裁判官の裁量の余地を狭めることで、それらを拘束するという意味での責任主義の機能を弱めるということを示した。このことは、具体的には、行為前の負責や行為者の特別の地位を根拠に、不処罰が限定されるという形で現れる。それゆえ、免責事由とされる期待可能性論の領域も、責任阻却事由と同じく責任主義の支配下にあると考えるべきなのだが、そうすると、責任理解によっては反対に、本来の責任阻却事由が免責事由と同じ扱いを受けることにもなりかねない。[116] この帰結に至る原因の一つは、責任刑法をもっぱら法秩序の観点から基礎づけようとする責任理解である。ここでは、「期待する側と期待される側の緊張関係」という期待可能性論の意義を、行為者個人の観点を軸に見直す必要がある。[117]

一　責任論における行為者個人の観点の必要性

期待する国家と期待される個人との関係について、ドイツの期待可能性論の展開からは、次のように整理される。

規範的責任論の出発点であるフランクや初期のメツガーにおいては、責任主義の貫徹のためには後者の観点を重視すべきであるという姿勢がある程度見られた。[118] これに対して、後期のメツガーやヴェルツェルの見解では、責任主義における行為者個人の位置づけは軽視されている。たとえば、後期のメツガーにおいては、「法は、社会的人間的共同生活の一般的な（普遍的な）規則として、「一般化」されなければならない、つまり、普遍妥当的な概念および慣例に適合しなければならない」[119] として、自らの責任論の一般化的傾向に対する初期の懸念は、ほぼ払しょくされている。ヴェルツェルにおいても、「人間は、自己の行為決意の適法性について、その社会倫理的な洞察能力の限界内において責任を負う」という原理にもとづき、個人の位置づけは相対化されている。[120]

それでは、今日のドイツの責任論においては、どのような理由から、行為者に責任のあることが可罰性の要件になると考えられているのか。この問いに対して、現在のドイツで有力な積極的一般予防論の典型的な回答は、たとえば以下の叙述のようになるだろう。[121]「古代社会のそれとは異なり、われわれの社会的世界は、人間のみに自己決定のための能力が認められるように構築されている。われわれは、その態度を、それが身体的に制御可能である、つまり、意思決定に従属する場合にのみ自己決定活動と解釈する」。「われわれの社会的世界のこの構造と、ここから生じる自己決定能力の意義に、同様に刑法も拘束される。したがって責任原理は、意思決定に従属する態度のみを刑罰の対象とすることを命じるのである」。[122] したがって、行為者に責任が認められる、すなわち自己決定または自律が認められる必要性は、おおむね次のように理解されるだろう。[123] すなわち、行為者は、自律が認められる限りで自己を適法な態度へと動機づけなければならず、これについて責任を負う。自律が認められない行為者に責任を負わせることは、社会の人間観に適合しないという点で不正であり、規範の確証を生じさせないという点で無意味である。

この理解を、処罰を限界づけるという刑法の保障機能の側から眺めると、いくつかの指摘ができる。第一に、自

律という概念を刑法上いかに定義するかは、適法行為を期待する国家の側に委ねられており、自律概念の操作により「本来的な」責任阻却の範囲は容易に狭められうる。[124] そして、立法者が画した責任阻却の境界は、前述のように、その内にも有責に行為している者が実際にいるとして、学説によりさらに狭められうる。第二に、自律が認められない行為者に対する処罰が規範予防にとって無意味であるという発想は、これ自体の真偽は別としても、もっぱら法秩序の側からの見方である。しかし、責任論の持つ処罰を限定するという保障機能が、行為者の側から見た場合にも、規範予防の有効性に汲み尽くされているとは限らない。[125] 保障機能の側面から見ると、「責任とは非難可能性である」という定式は、法秩序が非難を望むにもかかわらず、非難が不可能となる場合があって初めて重要な意味を持つ。行為者側の観点が責任概念に組み込まれない場合には、責任論の保障機能的意義の減退がそもそも責任主義の問題とならない可能性すらある。[126]

ところで、自律を重視するという点は、予防を特に強調しない応報刑論も同じである。応報刑論の責任理解に対しても、「期待する側と期待される側の緊張関係」は独自の意義を持つのだろうか。

応報刑論にもとづく責任論にとって決定的な問題は、意思自由の扱いである。周知のとおり、決定論と非決定論の対立を含めた意思自由の問題は、学派の争いにおいては責任理解の中心問題であった。[127] しかしながら、現在では、意思自由と同視される意味での他行為可能性は、そもそも経験的問題ではない、あるいは、この問題は少なくとも刑法とは関係がないといわれることが多い。[128] この主張の背景にあるのは、意思自由および従来の責任刑法への批判に対する反論、それゆえ、基本的には責任刑法の擁護である。

しかし、注意しなければならないのは、意思自由を経験的平面から離れて基礎づけることには、同時に、その反証可能性がなくなる危険性があるということである。すなわち、経験的な証明の不在という批判を回避するために

構成された意思自由概念は、同時に、責任阻却・減少を主張する行為者からの反証を許さない擬制となりかねない。もっとも、この事情はもともとの規範的責任論においてもそれ程変わらず、メツガーは、その初期においても、期待可能性の標準について平均人標準説をとっていた。[129] 少なくとも、意思自由という意味での他行為可能性の有無を経験的に画然と証明できない以上、責任刑法を維持するためには、他行為可能性を仮設的に判断するか、[130] もしくは、意思自由自体を別の方法で規範的に構成する必要がある。[131] それゆえ、刑法の保障機能を重視する立場からは、責任刑法を維持しながら、意思自由に対する反証可能性が担保された責任論が模索される。そして、ここに、広義の期待可能性論とそれに組み込まれた行為者の側への着目の意義がある。つまり、責任を基礎づけるためには規範的判断でも十分と考える国家に対して、行為者には、有責性の反証可能性に固有の利益があるのである。

二　具体的帰結

国家の側に対置される行為者側の観点の重視は、具体的には責任論において以下のような帰結を導く。

第一に、有責性の反証可能性を残すために、その認定は事実的基礎に依拠することとなる。反対にいえば、非難可能性という純粋な評価から責任を認めることは許されない。つまり、故意・過失、責任能力など個々の責任要件が非難可能性を基礎づけるのであって、非難可能性があるからそれらが認められるのではない。

第二に、責任阻却の要件が充足された場合には、その行為については責任がないものと扱うこととなる。すなわち、刑法の中には「行為者の側に自由の喪失を推論させ、それゆえ、免責または責任阻却を導くことができる事態が規範化されている」[132] と考えるのである。このように考えると、三五条の免責的緊急避難においても責任は実質的に基礎づけられているという主張や、責任無能力状態が確認された行為につき事前責任を問う見解には、根拠がな

いことになる。なぜなら、経験的な意思自由は証明できず、規範的な意思自由は責任阻却事由の要件充足により否定されるからである。

第三に、ある行為について、責任阻却事由該当行為に相当する動機づけへの圧力が推論される場合には、その要件外であっても、これと同様に不処罰としうる。なぜなら、立法者・裁判官は、責任阻却事由に該当する事例においてでさえ、自己を規範に向けて動機づける能力の（質的ではなく）量的な減退に依拠して責任阻却を認めざるをえないからである。[133] 一般的な超法規的責任阻却事由は、この量的観点から類推的に論じられる余地が常に残されている。

このような考え方、特に前二点は、必ずしも期待可能性論固有の問題ではない。しかし、これらは規範予防論の規制的機能から導かれる責任概念にとっては異質のものであろう。なぜなら、規範予防の観点からは、社会における責任観と合致しさえすれば、それ以上行為者に意思自由の証明に対する反証の余地を認める必要性はないからである。[134] しかしながら、保障機能を重視するとき、裁判官の処罰方向への規範的判断を形式的に限界づけ、行為者に反証の可能性を認める必要性は、決してなくならないのである。

三　小括

確かに、目的的行為論の倫理的基礎にもとづく責任説および積極的一般予防論による免責的緊急避難や事前責任の解釈においても、個別具体的観点は加味されてきた。ただし、それは、法秩序の観点から社会一般の責任観に合致するため、または、規範予防を達成するためであり、かつ、その限りにおいてであった。責任刑法を護持するために応報の枠組みを採用する立場も、意思自由に対する批判の回避を急ぐあまり、行為者の側からの反証可能性を軽視しがちであったように思われる。

しかし、これを保障機能の側から眺めると、個別行為者の観点は法秩序からの責任主義の要請に解消されないということがわかる。それゆえ、保障機能は規制的機能を重視する規範予防の観点と対置されるべきである。また、規範的判断を制限するためには、期待可能性判断は事実的基礎に拘束される方が望ましい。それゆえ、行為者の動機づけを中心に構成されている、規範的責任論の出発点となった期待可能性概念の重要性が再検討されるべきである。

第二款　日本での期待可能性論の方向性

以上のような責任主義における意義を生かすために、日本における期待可能性論はどのように論じられるべきか。第一款から、超法規的責任阻却・減少事由としての期待可能性論は認められるべきであると結論づけられるので、ここでは、体系的地位と標準の問題を扱う。

一　（狭義の）期待可能性論の体系的地位

現在の日本の学説において、期待可能性の体系的地位については、期待不可能性を消極的な責任阻却事由とする見解が学説の多数を占めている。ただし、責任阻却事由説の中には二つの軸がある。その一つは、佐伯千仞の理解であり、それによれば、「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」[135]。もう一つは、このような原則・例外型を強調しない見解および両者の同質性に言及する見解である[136]。この両者は、それぞれ、責任能力についての責任前提説と責任要素説の対立に近い。

私見は責任能力と期待可能性を同質のものと考えるため、後者の理解である。それゆえ、心神喪失による責任無

能力は、精神障害を徴表とする法定の期待不可能類型と理解される。[137] 原則・例外説は、ドイツの議論を見ればわかるように、処罰の要求に直面して、原則型が縮小してゆき、つまり原則型の事例が例外型へと移されることで、様々な規範的考慮を許す結末に至りかねない。なぜなら、「原則型＝規範遵守無能力者／例外型＝規範遵守能力者」という図式は、佐伯が責任能力者を「自分の行為の正邪善悪を判断し且その判断に従って行動し得ると刑法によって考えられた人」[138]（傍点筆者）とすることからわかるように、法的擬制だからである。そうであれば、「例外型」という、ドイツの「免責（宥恕）事由」と同じように不処罰の制限を予感させる構成は、避けるべきだろう。

二　期待可能性の標準

期待可能性の標準については、判断者として期待可能性判断の標準をどのように定めるかという内的視点の問題と、観察者として期待可能性判断の標準をどのように発見するかという外的視点の問題を区別する。[139]

まず、後者の期待可能性判断の標準の発見、つまり、現に行われている期待可能性判断の把握については、佐伯の類型的行為事情説が適切である。佐伯によれば、期待という限り期待する者と期待される者との対立を含むのであり、この関係を明らかにするためには、「実定法がこの問題について設けた個々の規定を綜合し、更に判例や当該社会の支配的法意識を検討することによって、……それらの個々の規定を含みつつしかもこれを超えた判断基準の認識に努めなければならぬ」。[140]

これに対して、前者の問題は、裁判官をはじめとする判断者がどのように期待可能性の有無を判断する（べき）かという問いとして、別個に立てられうる。そして、これについては行為者標準説をとるべきである。[141] その理由は、第一に、判断者たる裁判所が行為者個人を見つめない限り、両者の「統一」はあっても、「緊張」は生じないからで

ある。つまり、期待可能性判断において、期待する側としての裁判所が、期待される者として現実の行為者（被告人）個人を定立しない場合には、「期待する側によって期待される者」と行為者個人とは別人なのだから、当該期待可能性判断の中には、裁判所と「期待する側によって期待される者」しか存在しない。そこには、期待する国家と期待される現実の個人との緊張ではなく、「期待される者」という虚像における両者の統一があるだけである。第二に、憲法十三条は国民を「個人として」尊重するとしている。刑事責任と刑罰の対象は、最終的には個人の肉体・精神、その延長としての財産に及ぶのだから、最後まで個人を捨象して責任を確定することは許されない。行為者の一部を最後まで捨象して行われる刑事責任判断は、適正手続（憲法三一条）の観点からも問題がある。責任論は、犯罪論体系の最後の関門として、これらの要請を理論的には充足しうるように構築されるべきである。

行為者標準説に対しては、「彼が現に違法行為を行ったことが、彼がそれよりほかに行為できなかったことの証拠だということになり、一切の責任非難は不可能になる」[142]という批判が挙げられてきた。しかし、これに対しては次の二点が反論される。第一に、意思決定論が正しいことは証明されていない[143]。少なくとも、法廷に出た証拠のみでは、他行為可能性があったか否かはわからないはずである。第二に、裁判所は、精神鑑定が心神喪失を示唆する場合であっても、責任能力を認めることができると考えている[144]。それゆえ、仮に、行為者側から、規範遵守の可能性がないことを伺わせる事情の主張と、その事実自体の証明があったとしても、規範的判断として、行為者標準の期待可能性を判断できるはずである[145]。もっとも、その際、何をどのように評価するのかについては、さらなる検討を要する。

この内的視点と外的視点の区別は、問題領域の相違によるものである。つまり、内的視点については、主張された事実に関する期待可能性判断だけが問題となるのに対して、外的視点については、行為者を取巻く全事情につい

て、判断者が何をどの程度加味しているか、加味すべきかが問題となる。その判断の際、確かに、最終的には何らかの点で「置き換え」がなされることとなる。しかし、その「置き換え」は、判断が行われた後に、外的視点から分析する者が批判的に顕在化させるものなのであって、判断を行う際に、内的視点に立つ者が有責性認定のハードルを下げる口実として援用してよいものではない。

平均人標準説をとった裁判例[146]は、裁判所が別の価値のために責任主義を後退させたものとして分析される。責任主義の実現のためには、それがどのような原理と衝突しており、どのような理由から対立原理の優先が認められているのか、その優先に根拠はあるのか、責任主義にそのような譲歩が許されるのかといった点が、さらに検討されなければならない。[147]

三　小括

以上より、狭義の期待可能性論の体系的地位は、その不存在が責任無能力および違法性の意識の可能性の欠如と並ぶ消極的な責任阻却事由であり、その標準は客観的には国家と個人との緊張関係の中にあるが、判断の際には、行為者の個別事情のみを考慮すれば足りると結論づけられる。

標準についてのこの発想は、従来から、類型的行為事情説に立ちつつ、個別行為責任主義を貫徹するために、あくまで行為者にこだわった論者に現れていた。[148] このことは、標準論と責任刑法の正当化とが密接に関連づけられることを意味している。平均人標準や、法の予定する標準人による期待可能性判断は、確かに、予防刑法と対置される意味での責任刑法を、抽象的なレベルで正当化することができるだろう。[149] しかし、そのようにして抽象的に正当化された責任が、なぜ当の個別行為者に対する具体的な刑罰権行使の正当化となるのか。平均人標準説が個人の一

定要素を加味するとしても、それ以上分割できない（In-dividual）のが個人なのであって、最後まで一部考慮されない部分があることは、全体として無視されていることを意味する。責任刑法の正当化は、やはり、行為者個人に方向づけられるべきである。

結　び

以上より、第一章で立てた、①現在の日本およびドイツの期待可能性論の異同、並びに、②期待可能性論の意義および日本における理解の変更の要否について、以下のように結論づける。

①期待可能性論は、日本においては、責任の本質として重要な地位を与えられているのに対し、ドイツにおいては、責任主義とは基本的に無関係のものと扱われている。後者の理解は、期待可能性が問題となる場面（免責的緊急避難など）においても、行為者の規範に従って行為する可能性は肯定されるという洞察に依拠している。故意作為犯における一般的な超法規的責任阻却の可否についても、前者では肯定的に、後者では否定的に回答される。

②期待可能性論は、責任論に行為者個人の視点を持ち込みうるという意義を持っている。このことは、責任論において、行為者個人が、「国家の側から見た行為者」にとどまらず、まさしく具体的な行為者個人にまで至ることを可能とする。このためには、現在の日本の期待可能性論理解は維持されるべきである。

なお、本稿では、刑事責任はなぜ正当化されるのかという問題に直接には触れていない。また、責任主義には憲法上の意義があるということを前提にしてきたが、それも詳しくは論証していない。これらの点について、本稿の結論を維持する形で回答できると考えているが、その詳細は今後の課題としたい。

注

(94) Frank, Kommentar 18. Aufl., S. 138 f.

(95) Edmund Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 1931 , S. 374.

(96) Vgl. Edmund Mezger, Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 3. Aufl., 1951, S. 112.

(97) Welzel, a.a.O. (Anm. 11) , S. 178.

(98) Frank, a.a.O. (Anm. 32) , S. 14.

(99) Mezger, a.a.O. (Anm. 95) , S. 373 f.

(100) Mezger, a.a.O. (Anm. 96) , S. 165.

(101) Welzel, a.a.O. (Anm. 11) , S. 178 f.

(102) 井田良「ドイツ刑法学者のプロフィール〔九〕ロクシン」法学教室一三五号（一九九一）六一頁。

(103) Roxin, a.a.O. (Anm. 63) , § 19 Rn. 15 ff.

(104) Roxin, a.a.O. (Anm. 63) , § 19 Rn. 56 f.

(105) 山中・前掲注（83）六七六頁以下はこれに従う。

(106) Roxin, a.a.O. (Anm. 63) , § 19 Rn. 57.

(107) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 18. Abschn. Rn. 4. ヤコブスの責任能力論については、神田宏「責任の機能化と責任能力」法と政治四四巻一号（一九九三）二四七頁以下、安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』（弘文堂、二〇〇六）一〇九頁以下参照。

(108) Jakobs, a.a.O. (Anm. 107) , 18. Abschn. Rn. 5.

(109) Jakobs, a.a.O. (Anm. 107) , 17. Abschn. Rn. 48. 神田・前掲注（107）二四九頁。

(110) Jakobs, a.a.O. (Anm. 107) , 18. Abschn. Rn. 16. ロクシンもこのような考慮に肯定的な態度を示している（Roxin, a.a.O. (Anm. 63) , § 20 Rn. 21）。

(111) より具体的には、ヤコブスは個々の生物学的要件の説明に際して、次のように述べる。まず、根深い意識障害について、従来の見解は、責任阻却に際して、分別の喪失（Besonnenheitsverlust）に対する行為者の管轄（特に、それについての事前の負責）の考慮を許さない。この禁止が依拠しているのは、主体が完全に喪失した情動状態を狭くとらえる理解である。これに対して、

「ここでの解決法は、行為者が管轄を持たない外的または内的状況的要素に際して、加えて免責を行うものである。……期待（不）可能性の領域において問題となる事例は、帰責能力は依然として存在するが、しかるべき基準に従って動機づけによる負荷が免責的に作用する場合のみである。しかし、その基準は心理的状態に左右されず、二〇条にまったく規定されないままである」（Jakobs, a.a.O.（Anm. 107）, 18. Abschn. Rn. 18）。また、重大な心神の変性のうち、薬物等の濫用と中毒について、「中毒性が病的な心神の障害として帰責能力を排除しない限りにおいて、期待不可能性による免責は、中毒者が中毒の原因について、自己が管轄を持たない事情を示すことができるか否かにかかっている」とする（18. Abschn. Rn. 23）。

(112)　なお、規範的・政策的観点から責任無能力を語る場合、そのような考慮を行わない責任無能力の範囲を維持するのであれば、当然に責任阻却の対象は広がる。それゆえ、ロクシンやヤコブスの理論構成が、責任阻却の範囲の制限に直結するわけではない。

(113)　ただし、（免責的）緊急避難の法効果が「責任なく行為する」となったのは、ヴェルツェルおよびカウフマンが事実的宥恕事由説を唱えた後である。

(114)　実際に、ロクシンは、まさしく三五条（および、三三条の過剰防衛）を自己の答責性論のために援用したのであった。Vgl. Claus Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien. Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, in: Festschrift für Heinrich Henkel, 1974, S. 183 ff.（邦訳、高橋則夫「刑法上の体系カテゴリーとしての「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）。

(115)　この経過は、一般予防を強調するクリュムペルマン（Justus Krümpelmann, Affekt und alkoholish bedingte Schuldfäigkeit, ZStrW 99, 1987, S. 221 ff.）と、基本的には伝統的な責任論を維持するシュトラーテンヴェルト（Günter Stratenwerth, Vermeidbarer Schuldausschluss, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 491）が、共に、回避可能性判断による事前責任の考慮を、責任説の帰結として主張していることに現れている（安田・前掲注（107）五四頁以下参照）。

(116)　実際に、原因において自由な行為についての「例外モデル」の代表的論者であるルシュカは、例外モデルが責任主義に反しないという論証の過程で、現行法が禁止の錯誤（一七条）と免責的緊急避難（三五条）において事前責任ないし回避可能性による免責の制限を認めていることを根拠として挙げる。そして、ルシュカは、これらの例外が責任主義に反しないのならば、責任無能力判断にもそれは妥当すると主張する（Joachim Hruschka, Die actio libera in causa -speziell bei § 20 StGB, JZ 1996, S. 67 ff.）。日本でも、たとえば、安田・前掲注（107）五二頁以下および一三一頁以下。

(117)　なお、むしろ犯罪予防のために責任主義を相対化すべきなのではないかという、前提の議論については、ここでは問題としな

いこととする。

(118) たとえば、フランクは、故意犯における超法規的責任阻却を否定しつつも、その際には常に「現行法では」という留保をつけており、また、裁判官の裁量や緊急避難の拡張による行為者の個別的救済にも言及していた（Frank, a.a.O. (Anm. 32), S. 14）。

また、初期のメッガーは、たとえば、「責任概念のこの内在的対立、この弁証法、すなわち、司法の「骨軟化」へと導きかねない純粋な個別的立場と、実際には責任思想を放棄することになる全体の目的への単なる即応との間のこの浮動」（Edmund Mezger, Schuld und Persönlichkeit, 1932, S. 16）と、国家と個人との緊張関係を明瞭に描写しており、ただ、「責任と刑罰を実際に個々人の個別的な態度のみから決定しようとする場合には、これにより反対に放棄することのできない法秩序の利益が許されない形で諦められるのではないか」（S. 22 f.）という懸念の下で、一般的な責任阻却を限定的に解していた。メッガーは、一方では、確かに責任非難を一般化させてはいるが、他方では、「共同体の利益と個人のそれとの止揚、われわれの特別の問題における一般性の要求と個人的責任のそれとの止揚は、所与のものではなく、絶えず更新される、永遠の課題なのである」（S. 24）と、共同体と個人との緊張関係を真摯に受け止めているのである。

(119) Mezger, a.a.O. (Anm. 96), S. 115.

(120) Welzel, a.a.O. (Anm. 11), S. 162. ヴェルツェルが緊急避難を免責事由としていた時期の見解においても、免責の根拠は、「すべての法的同胞は、行為者の立場では正当にもその行為者と同じように行為しなければならなかった」（Welzel, a.a.O. (Anm. 44), S. 135）からであって、行為者が他に行為することができなかったからでは決してなかった。

(121) 近年のドイツにおける責任論については、西岡正樹「実質的責任論に関する一考察（一）」法学七一巻（二〇〇七）四九〇頁以下、安田・前掲注（107）八頁以下参照。

(122) Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, 3. Kapitel. Rn. 10 f. また、社会心理学の見地をふまえてより機能的な責任概念を提唱するシュトレンクは、次のように答える。「刑法的な正当化戦略としての積極的一般予防は、基本的な、正義感として感知可能となる個々人の規範確証への欲求を、有意義な形で考慮に入れる」（Franz Streng, in: Wolfgang Joecks/Kraus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2011 (MK), § 20 Rn. 23）。「帰責（Schuldzuschreibung）が基礎を置くところの、刑罰による必要的な規範の確証の感情は、法益侵害が――まさしく刑法規範の無視として――いわば「模範的な」、それゆえ、誘惑的な性格を獲得することができるか否かに左右される。これに対して、精神的に健康ではないと格づけされ、それゆえ完全な同胞とはみなされない者、または、「不自由に」運命的なかかり合いの中に立ち入った者による、

結局のところ感情移入できない犯罪行為は、犯罪的な伝播の危険性をほとんどまたはまったく持たず、それゆえ、責任阻却・減少が可能となる」（§ 20 Rn. 60）。

(123) もっとも、「積極的一般予防論そのものには、対象者の自律性の尊重につながる契機は内在していない」という指摘もある（飯島暢「刑罰の目的とその現実性 ―― 法の目的、法の原理としての自由の保障との関係 ――」川端ほか編『理論刑法学の探究6』（成文堂、二〇一三）四一頁）。また、種々の規範的一般予防論と自律の関係について、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察（二） ―― 日本とドイツにおける刑罰理論の展開 ――」立命館法学三四二号（二〇一二）二二六頁以下参照。

(124) これについては、フリスター自身も、「……自己決定能力の概念は、刑法典自身によってのみ具体化されうる。責任原理への刑法立法者の拘束は、これにより放棄されるわけではないが、しかし、著しく相対化される。憲法上保障された責任原理に対する違反は、結局のところ、立法者が自己決定能力の概念の具体化のための権限を踰越し、われわれの社会的世界の構造からは明らかに自己決定とはもはや見なされえない態度に処罰規定を設ける場合に、ようやく存在するのである」（Frister, a.a.O. (Anm. 122), 3. Kapitel. Rn. 12）として、この懸念を認めている。

(125) この点に関連して、内藤謙は、責任主義は国家刑罰権を制約する原理として形成されたものとみるべきとした上で、「罪刑法定主義」と「責任」主義の原則は、刑法の犯罪防止機能（この機能は、刑法の法益保護機能の一側面である）と関係がないわけではない」と、保障機能を強調しつつ犯罪防止を二次的にとらえる（内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（有斐閣、一九九一）七三八頁以下）。さらに、浅田和茂『刑法総論［補正版］』（成文堂、二〇〇七）四五頁以下参照。

(126) 前述のフリスターは、免責的緊急避難においても責任は実質的に基礎づけられているといいつつ、同時に、「責任主義をあらゆる事例において考慮に入れることを可能にするためには、したがって三五条と並んで書かれざる免責事由が要求されるのである」ともしている（Frister, a.a.O. (Anm. 122), 20. Kap. Rn. 19）。

(127) 団藤・前掲注（9）二六頁以下、内藤・前掲注（125）七七〇頁以下など。

(128) たとえば、以下の説明である。「刑法は、自由の上に築かれた法秩序においては、この主観的帰属の方式が必要であり正当でもあるという立法者の決定に依拠しているのである」。「十分に成長した、精神的に並みの健康な行為者についての答責性の思想は、われわれの社会的および道徳的な意識の疑いえない現実である」（Jescheck/Weigend, a.a.O. (Anm. 73), S. 411 f.）。

(129) Mezger, a.a.O. (Anm. 118), S. 15 f.

(130) たとえば、井田・前掲注（83）三五八頁など。

(131) たとえば、ロクシンの「規範的応答可能性（normative Ansprechbarkeit）」（Roxin, a.a.O.（Anm. 63）, § 19 Rn. 36 ff.）。

(132) Jürgen Tiemeyer, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStrW 100, 1988, S. 545. 日本では、平野龍一が、意思自由の有無の認識はほとんど不可能であり、「したがって、一方では、精神の障害という生物的要素にもとづく場合にかぎって、責任能力がないとするほかないし、他方では、一定の生物的要素がある場合には責任能力がないと考えるほかないことも多いのである」（平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、一九七五）二八六頁）とする。

(133) 重篤な精神病者であっても、弁識能力・制御能力がまったく「ない」のは稀である（浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』（成文堂、一九九九）九〇頁参照）。

(134) 西岡正樹も、「予防志向的責任構想は、終極的に、規範維持にとって必要か否か、社会統合にとって必要か否か、という観点から「責任」の有無を決するものであり、主観的帰責という視点は「責任」から完全に排除されることとなる」（西岡・前掲注（121）七一頁）とする。

(135) 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）六八〇頁。この責任能力者観は、「刑罰は、自分の行為について責任を負いうると考えられる能力者に対する非難を含んだ改善教育の処置である」（同『四訂 刑法講義（総論）』（有斐閣、一九八一）七六頁）とする刑罰観によるものだろう（この点について、松宮孝明「佐伯刑法学における責任論」犯罪と刑罰一八号（二〇〇八）六七頁以下参照）。

(136) たとえば、曽根威彦『刑法総論 第四版』（弘文堂、二〇〇八）一六〇頁、内藤・前掲注（125）一二〇五頁、福田平『全訂 刑法総論〔第五版〕』（有斐閣、二〇一一）二二二頁以下。

(137) 精神障害を期待不可能性の認識根拠とする場合には、その判断は、相対的に安定した基礎を有する生物学的要件に依拠すべきである。したがって、一般的な責任要素説に対する理解に反して、責任無能力判断については生物学的要件を重視することとなる（責任要素説をとりつつ生物学的要件を重視する見解として、内藤・前掲注（125）八〇〇頁）。この限りでは、責任能力判断の規範化を批判してきた責任前提説（たとえば、浅田・前掲注（125）二八七頁）と共通する。

(138) 佐伯・前掲注（135）『思想』六七六頁。

(139) 内的視点と外的視点の区別については、田中成明『現代法理学』（有斐閣、二〇一一）一六頁以下参照。もっとも、本稿の外的視点は、「距離を置いた内的視点」（一九頁）に近い。

(140) 佐伯・前掲注（135）『思想』六七七頁。

(141)　もっとも、期待可能性判断の対象となっている事例が、緊急行為や心神喪失における行為といった行為類型に近いかどうかという点も重要な契機となる。しかし、法定の責任阻却事由の外である以上、行為類型への包摂だけでは、期待不可能という結論を下すことも、期待可能性の減少を具体的に把握することもできないだろう。
　なお、行為者の能力が一般人を上回る場合には、一般人を標準とすべきであるという、いわゆる折衷説がある。私見は、責任論としての期待可能性はあくまで行為者の可能を扱うべきであり、折衷説の主張は別の形で構成される方が適切であると考える。

(142)　佐伯・前掲注（135）『講義』二九〇頁。

(143)　大谷實『刑法講義総論 新版第三版』（成文堂、二〇〇九）三五六頁、曽根・前掲注（136）一六一頁。

(144)　最決昭和五十九年七月三日刑集三八巻八号二七八三頁。もっとも、責任能力判断としてこの姿勢が望ましいのかは別問題である。

(145)　従来の議論の問題点は、期待可能性判断の対象・素材となる事実を、行為者を取り巻く内的・外的事情の総体として捉える点にある。しかし、訴訟において、期待不可能性は、事情の総体としてではなく、個々の状況に依拠して主張されるはずである。そして、期待可能性の不存在について主張される個々の事実は、外的事情と内的事情という点を除けば精神障害の存在と同じレベルにあるのだから、結局は、主張された事実について、事実に即して行為者標準の期待可能性判断を行えば足りる。

(146)　たとえば、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）。

(147)　ここでは、「しかしどのような価値を考量し、その結果どのような価値観にもとづいて結論を下したかという判断の経路を明らかにすることが、これに対する批判を容易にするためにも重要なのである。端的に法秩序の精神に反する、社会倫理に反するとして結論を下すのは、自己の価値観を、法秩序、社会倫理の名によっておおいかくして他人におしつけることになりかねない」（平野・前掲注（132）二一六頁以下）という、平野龍一の緊急避難に際しての法益考（衡）量の位置づけが、期待可能性論にもあてはまる。

(148)　問題意識が特に明瞭なものに限って、浅田・前掲注（125）三五八頁、内藤・前掲注（125）一二一三頁、中山研一『新版 概説刑法Ⅰ』（成文堂、二〇一一）一七八頁、平川宗信「期待可能性」西田ほか編『刑法の争点』（有斐閣、二〇〇七）八七頁など。

(149)　このような正当（統）化のレベルの区別については、増田・前掲注（3）六二二頁以下参照。