

タイトル	責任（7・完）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，52(1)：45-78
発行日	2016-06-30

# 責 任 (7) ・ 完

吉 田 敏 雄

## 目 次

1	総説 責任主義と責任概念	
(1)	責任主義	
A	責任主義の機能	
B	責任主義と憲法	
(2)	責任概念	
(3)	責任主義と意思自由	
A	ドイツ語圏刑法学における歴史の経緯	
B	ドイツ語圏刑法学の現状	
a	ドイツ	
b	オーストリア	
2		
(4)	責任概念の歴史的・理論的発展——心理的責任概念から規範的責任概念へ	
c	スイス	(以上第五〇卷第二号二〇一四年)
C	日本における意思自由に関する学説	
a	木村亀二	
b	團藤重光	
c	平野龍一	
d	福田平	
e	中山研一	
f	評価	
	意思形成における心理的現象	

- (1) ドイツにおける責任概念の変遷
- A 歴史の経緯 (以上第五〇巻第三号〓第四号二〇一四年)
- B 現在の責任概念
- a ミュラー〓デイツ説
- b イエシエック説
- c バオマン〓ヴェーバー〓ミチュ説
- d シエヒ説
- e 機能的責任概念
- aa ロクスイーン説
- bb ヤコプス説
- cc シュトレング説
- f 性格責任論
- g 責任主義不要論
- オーストリアにおける責任概念の変遷
- (2)
- A 歴史の経緯
- B 現在の責任概念
- C 一般的免責事由としての期待可能性の賛否
- (3) スイスにおける責任概念の変遷 (以上第五一巻第一号二〇一五年)
- (4) 日本における責任学説
- A 近代学派の社会的責任論 (いわゆる性格責任論)
- B 個人道義的責任論
- a 国家道義的責任論
- b 人格責任論
- C 個別行為責任論
- (1) 刑法
- (2) 不法
- (3) 法的責任としての客観的・社会倫理的責任
- A 規範的内容
- B 規準
- C 行為責任と行為者責任 (性格責任)
- (4) 法的刑罰
- (5) 量刑
- A 量刑の尺度規準としての責任
- B 責任と予防の關係 (以上第五一巻第三号二〇一五年)
- (6) 裁判外行為和解
- 4 一般的責任要素
- (1) 責任能力
- 3 刑法、法的責任、法的刑罰、量刑及び修復 (以上第五一巻第二号二〇一五年)
- D 非個人道義的責任論
- a 福田説
- b 西原説
- c 大谷説
- d 内田説
- e 内藤説
- f 評価

規範適合の行為をすることも基本的には期待できるといふ思想が背景にある。法的に誠実な内的態度を期待できるといふことが法の期待する通例である。この肯定的表現から、逆に、否定的に、所為に現れた法に対する欠陥のある内

(5) 免責事由の不存在

- 刑法の責任概念は人の意思形成、動機制御にかかわる。責任能力があり、不法の意識（の可能性）を有する人には、
- (2) 不法の意識
- A 定義
  - B ドイツ語圏刑法における理論的展開
  - C 日本における学説の状況
  - D 不法の意識の対象と内容
  - E 不法の意識形態
  - F 潜在的な不法の意識
  - G 認定方式
- (3) 禁止の錯誤
- A 総説
  - B 直接的禁止の錯誤
- (4) 間接的禁止の錯誤
- C 不法の不認識の非難可能性
- (5) 免責事由の不存在
- A 超法規的責任阻却と期待可能性
  - B 期待可能性の責任論における地位
  - C 期待可能性の標準
  - D 判例の動向
  - E 期待可能性に関する錯誤
- 4 構成要件要素としての故意と責任要素としての故意（故意の二重の地位）
- 5 構成要件要素としての過失と責任要素としての過失（過失の二重の地位）
- （以上第五二卷第一号二〇一六年）

的態度の非難可能性が生ずる。ここにおいて、責任概念は期待可能性の処でその特別の規範的意義を有することになる。免責事由では適法行為の期待可能性が問題とされるのである。規準に則った人間に関連づけて、期待不可能性という観点から免責可能性が判断されることになる。法の範型像、いわゆる規準に則った人間に照らした純粹に法的な評価が免責可能性を決定する（外的評価）。かかる人間とは法的に保護された価値と結びついた人間である。免責の中核にあるのは、「行為者の状況において法的に保護された価値と結びついた人間から他の行為が期待できなかつた」ということである。免責事由は、責任を基礎づける責任能力と不法の意識が肯定された後で、責任を阻却する一般的な責任要素である<sup>④</sup>。

A 超法規的責任阻却と期待可能性 現行刑法には期待可能性の欠如・減少を基礎とした規定が存在する。法益同価値の場合の緊急避難（第三七条第一項本文）、及び、盗犯防止法第一条第二項（強盗犯人・窃盗犯人が侵入してきた場合、「自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険アルニ非ズト雖モ行為者現恐怖、驚愕、興奮又ハ狼狽ニ因リ現場ニ於テ犯人ヲ殺傷スルニ至リタルトキハ罰セズ」）は期待可能性の欠如による責任阻却の規定である。期待可能性の減少による刑の減輕・免除を定めたものに、過剰防衛（第三六条第二項）、過剰避難（第三七条第一項但書き）の総則規定、犯人蔵匿・証拠隠滅における親族間の特例としての刑の免除（第一〇五条）、親族間に行われた盗品等譲り受け罪の刑の免除（第二五七条）の各則規定がある。さらに、自己逃走罪（第九七条）、偽造通貨取得後の知情行使罪（第一五二条）、自己墮胎罪（第二二二条）の刑が軽いのも期待可能性の減少によるものである。しかし、問題は、明文の規定がない場合にも、期待可能性の欠如による超法規的責任阻却事由を認めうるかということであり、この点につき、肯定説、限定説、否定説が展開されている。

a 超法規的責任阻却事由説 多数説は、明文の規定がない場合でも期待可能性の欠如による超法規的責任阻却を認める。「期待可能性を欠くこと」によつて、責任が阻却されることについては、刑法は直接の規定を設けていない。しかし、過剰防衛・過剰避難などのばあいには刑の減免をみとめているのは、期待可能性の乏しいばあいを考えた規定というべきであり、また、各本条の規定の中にも期待可能性の強弱を考えたものが多く散見して「おり、「刑法の根底には……期待可能性の考え方が流れている。したがって、期待可能性のないばあいに責任が阻却されると解することは、現行法の解釈論としても根拠をもつというべきである」と論じられる<sup>⑤⑥</sup>。

b 限定的責任阻却事由説 本説は、「故意行為にあつては、法律が禁止・命令している違法な行為の決意をするとは社会生活の基本的義務に違反するものであり、したがつて、適法行為の決意が一般的に期待せられており、原則として責任があると解すべき」<sup>⑤</sup>だとし、「特に例外的に法律上期待不可能性によつて責任が阻却される旨を規定した場合、または、解釈上そのように解すべき場合にかぎり、期待不可能性によつて責任が阻却されると解すべき」<sup>⑥</sup>だと論ずる。本説は、ドイツにおける期待可能性の理論の動向に影響され、「期待不可能性を一般的な超法規的責任阻却事由と解する思想は刑法の規制の機能を弱体化し、刑法的秩序の弛緩を招来する<sup>⑦</sup>」と論ずるとき、そこにドイツにおける期待可能性理論の動向が反映されていることは明らかである。

c 責任阻却事由否定説 本説は、期待可能性という思想そのものは否定できないにせよ、期待可能性の欠如を超法規的責任阻却事由と見ると否定する。実定法の法的安定性、法律秩序は違法性においては「実質的違法論」の立場から「超法規的」に破られるけれども、責任性においては「実質的責任論」という概念によつて超法規的に破ら

説  
れることは許されないと論ずる。<sup>(56)</sup>

論

このように三説が展開されているのであるが、既に屢述したように、期待可能性は責任概念を支える中核的思想であるから、法規に規定がなくても、具体的な事情の下で、その違法行為以外の他の適法行為をすることの期待可能性がない場合に、責任阻却を認めるべきである。期待可能性は市民（社会）のための刑法が備えるべき「安全弁」として必要不可欠と云うべきである。<sup>(57)</sup>

B 期待可能性の責任論における地位 期待可能性は、犯罪論体系上、責任論に位置づけられるのが一般であるが、責任論の内部で、故意・過失などの他の責任要素との関係が問題となる。

a 故意・過失の構成要素説 本説は、期待可能性を故意・過失の成立要件と見て、期待可能性が欠けるときは故意又は過失自体がなく、故意責任・過失責任そのものが阻却されるものとする。<sup>(58)</sup> 本説に対しては、責任の規範的要素である期待可能性は、故意・過失という心理的要素とは把握の仕方を異にしているので、期待可能性を故意・過失の構成要素とみることは妥当でないこと、さらに、期待可能性の不存在の主張は故意・過失の否認に過ぎないことになり、そうすると、刑法法第三三五条第二項の「法律上犯罪の成立を妨げる理由……となる事実」に当たらないこととなり、裁判所は判決の中でその主張に対する判断をしなくてもよいので、被告人にとって不利益であるという批判が向けられる。<sup>(59)</sup>

b 故意・過失と並列する第三の責任要素説 本説は、期待可能性を故意・過失とは区別すべきとし、従来からの責任要素と並列する積極的責任要素とする<sup>(30)</sup>。本説を厳格に捉えると、検察官は期待可能性の存在と程度を常に証明しなければならぬこととなり、訴訟法上の観点から疑問が生ずる<sup>(31)</sup>。本説が、期待可能性の欠如を責任阻却事由と見るならば、次の責任阻却事由説と異なることになる<sup>(32)</sup>。

c 責任阻却事由説 本説は、期待可能性の不存在を責任の消極的要素、つまり、責任阻却事由と解する。期待可能性の不存在が例外的に犯罪の成立を妨げる事情であると解するのである。訴訟法上は、刑事訴訟法第三三五条第二項にいう「犯罪の成立を妨げる理由……となる事実」に当り、その主張があつた場合には、裁判所は、「これに対する判断を示さなければならぬ」<sup>(33)</sup>。

d 可罰的責任阻却・減少説 本説は、「期待可能性がない場合は、責任能力のない場合のように責任がなくなるわけではなく、可罰的責任がなくなるのみである。それだけではなく、期待可能性が減少した場合に、可罰的責任が減少するが、これも責任の段階に位置づけられる<sup>(34)</sup>」と論ずる。

このように諸説が見られるが、期待可能性というのは故意、過失とは別個の独立した責任要素である。故意犯においては、責任前提要件（責任能力、不法の意識）がそろうと責任が阻却されることはなく、期待可能性も肯定されるのが一般的であるから、期待可能性は個別事例において期待不可能性という免責事由という形で消極的に検証されるべきこととなる。過失犯においても、期待可能性は主観的注意義務違反から完全に分離された独立の規範的要素であ



る。過失犯では、行為者が客観的注意義務をその精神的、身体的能力からして遵守できたと云えるが、しかし、法が当該義務の不遵守を非難できないほど、行為者にとって当該義務の要求が高いとき、期待可能性は否定される。ただし、故意犯の場合とは異なり、過失犯では、責任前提要件がそろうと、期待可能性も肯定されるとは一般的にいえないので、期待可能性は積極的責任要素として位置づけられるべきである。期待可能性は積極的に検証されるべきこととなる。<sup>(55)</sup>

C 期待可能性の標準 期待可能性が欠如する場合に、責任が阻却されるのであるが、その有無を判断する標準について、従来、行為者標準説、平均人標準説、国家標準説及び類型的行為事情標準説が拮抗している。

a 行為者標準説 本説は、行為の際における行為者自身の具体的事情を標準とする。期待可能性の理論は、本来、行為者の人間性の弱さに対して法的救済を与えようとの意向に出たものであるから、その存否を判断する標準も、行為者自身の立場に求められるべきであるとか、通常人には期待が可能でも行為者に期待が不可能なときは、非難を加えることができないのは、責任非難が行為者にとって可能なことを限界としなければならないからだと説明される。<sup>(56)</sup> また、このことを基本としつつ、「法規範は、通常人に期待される以上のものは期待しないはずであるから、その上限は通常人の標準によって画されるべきである」として、修正を加える見解（通常人標準説によって修正された行為者標準説）もある。

本説に対して、いかなる人間もその具体的な行為状況においては、行為の外部的事情によって必然的に条件づけら

れているので、行為者が違法行為をしたこと自体が行為者に他の適法行為に出る可能性、すなわち、期待可能性がないということになる。したがって、「すべてを理解することはすべてを赦す」こととなって、刑事司法が軟弱化せざるをえないという批判がなされる<sup>(38)</sup>。これに対しては、行為者標準説の立場から、次のような反批判がなされる。行為者自身の具体的事情を考慮するということは、行為者の主観のみを偏重してこれを無条件に肯定する感傷主義を意味するのではなく、行為者の能力をあくまで客観的に、そして、平均人以下の能力しかない場合にも、その能力の最大限において評価されるべきである。それ故、行為者標準説に従っても、責任能力者である行為者に、適法行為を期待しえないという事態は、それほど多くはなく、したがって、けっして刑法の弱体化が来たされることはない<sup>(39)</sup>。

この反批判が、行為者の能力を「あくまで客観的に」、「その能力の最大限において」評価すると主張するとき、それは行為者標準説の貫徹が難しいことを認めているといえよう<sup>(40)</sup>。実際、行為者標準説は基本的に正しいとした上で、純粹の個人は認識できないので、行為者本人が属する類型人（本人の年齢、性別、職業、経歴等々によって構成された）が標準とされるべきであるから、行為者標準説といっても、期待可能性の有無の判断は常にある程度の類型性・客観性を備えているとの見解もあるのである<sup>(41)</sup>。

**b 平均人標準説** 本説は、行為者のおかれた具体的事情の下で、平均人（通常人・一般人）に適法な行為を期待しうるかどうかを判断の標準とする。これによれば、「期待可能性の判断は、行為者のおかれた具体的事情のもとで、行為者の代わりに通常の理性をそなえた人（英雄でも臆病者でもない通常人）におきかえ、その者に、適法な態度決定を期待できるかどうかにより決すべき<sup>(42)</sup>」こととなる。

本説に対しては、責任非難は行為者にとって可能なことを限界としなければならぬから、平均人には期待が可能でも、行為者に期待が不可能なときは責任非難ができないことになる。又、平均人という觀念が不明確であつて、これを前提とするかぎり、期待可能性の有無の判断が曖昧になるという批判がある<sup>(56)</sup>。これに対して、平均人標準説の立場から、次のような反批判が行われる。平均人というのは、自然科学的・統計学的意味における一般・平均概念ではなく、社会科学の型概念としての一般人・平均人の意味であるから、存在しない抽象概念だという批判は当たらない、一般人・平均人は責任判断の法的基準の要素であつて、これによつて責任非難がなされるのは行為者であり、したがつて、一般人・平均人の標準を認めることは行為者以外の他人について責任を認めるものではないと<sup>(57)</sup>。

なお、平均人標準説から、「責任能力者を通常人とし、通常人が当該行為者の具体的な行為事情のもとに置かれた場合を仮定して、期待可能性があるかどうかを考えるのである。その具体的な行為事情としてどれだけの因子を考慮に入れるかが問題なのであるが、年齢、性、職業などの類は当然考慮に入れるべきであらう」と論じられ、年齢、性、職業等が入られるとき、これは本来の平均人標準説から離れているといえよう<sup>(58)</sup>。

c 国家標準説 本説は、行為者に適法行為を期待する国家ないし法秩序を標準とすべきだと主張する。期待可能性は、「期待する者(国家)と期待される者(個人)との間における現実の状況下での緊張関係として把握しなければならない。その際、国家は決して個人の能力を無視することはできないが、それは個人の現実的能力を標準とするものではなく、さらに意思の緊張・努力を要求するものとして考えなければならぬ。即ち、犯罪への誘惑が如何に強く、彼としては耐えがたいものであつたとしても、国家はなお彼にその欲望を抑制し、適法行為を行うべきことを峻

烈に期待することがありうる」と。

本説に対しては、期待可能性の根本的な思想は、「人間性の弱さ」に対して法的救済を与えようとするものであるのに、本説はこの思想に反する。又、本説は、法上いかなる規準・条件をもって行為者に期待可能性が認められるかを論ずるについて、ただ法上期待可能性があるときに期待可能性があると答えるに等しく、問に答えるに問をもつてする循環論であるという批判が加えられる。これに対して、国家標準説の立場から、反批判が試みられる。「どのような場合に期待できるか」という問に対して「期待するときに期待できる」と答えたものでは答えたことにならないという批判には一面の真理があるが、「しかし必ずしも全面的に正しいとはいえない。期待可能性ということが自由意思という『もの』があるかないかという問題であるならば、行為者の状態だけを調べれば足りるのである。しかし、期待可能性は程度の問題であり、しかもそれは必ずしもすべての犯罪、すべての状況を通じて量的に一律のものではない。それは期待する主体と期待される客体との緊張関係であり、主体は、犯罪が重いか軽いか、反撃が恐怖によるものか、憤慨によるものか、あるいは同種の行為を防止する必要があるかなどにより、ある場合には強く、ある場合には弱く期待することもありうる」と。

d 典型的行為事情標準説 本説は、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考察が必要であり、国家が法の遵守の期待を止めるところに、責任阻却原因の、つまり、期待可能性不存在の認容が始まるという認識から出発する。<sup>(30)</sup>「他の説のいう『行為者』、『平均人』に対応する意味で標準とするのは、法の独自の評価の附着した類型的『行為事情』なのである」<sup>(31)</sup>。そして、期待の構造から自明なように、それは期待する者とされる者と

の対立緊張関係において期待する主体のなす判断なのであり、実際には、行為者標準説も、平均人標準説も、結局このような立場から責任阻却の判断を下しているのであって、実質的には本説とまったく変わりはない。ただ、それらの説が、それぞれの立場から行為者あるいは平均人の能力を超える判断される場合には、法もその遵守の期待を止める（止めるのが国家理念である）と誤解した点が、本説と異なる。結論として、本説は、「様々のニュアンスのある法独自の評価基準を、その前提となっている諸事情——侵害法益、行為者の身分、危難等々の様々な行為事情の要素——に関連させながら、評価基準の類型を見出し、具体的事件をそれらに当嵌めて、当該事件に与えられる（べき）法独自の——期待可能性の有無についての——評価を見出すべきである」と主張する<sup>(36)</sup>。

本説に対しても、問をもって問に答えるものだという批判がある<sup>(37)</sup>。これに対する本説からの反批判は次の通りである。期待可能性の有無の標準は、「まず、刑法典に規定されている行為事情の類型化から看取される法独自の評価基準に着目し、さらに、それらを敷えん展開することによって得られるのであって、それ以外の答えはあり得ないのである。むしろ、法或いは国家の期待が、期待される客体の側からのみの一方的な見方によって一義的に決定されると考える立場こそ、現実の法状態を離れた独りよがりの見解である<sup>(38)</sup>」と。

e 評価 このように期待可能性の標準について様々な説が展開されているが、責任判断の主体が国であり、その客体が行為者である以上、期待可能性についても同じことが云える。国家標準説と類型的行為標準説はそのことを明確にしたにすぎない。行為者標準説も平均人標準説も当然そのことを前提としているといえよう。諸説の違いは、期待する主体である国が何を標準にして期待可能性を判断するかという点にかかわる。

行為者自身を標準にしてその期待性の有無を問うことは実証科学的には無理があり、行為者標準説の論者もその本来の説を貫徹できないことを認めて、客観化に向かっているのである。行為者標準説の難点を避けたのが平均人標準説である。しかし、平均人を標準とすることには問題がある。どの人にとつても標準となる平均人なるものは存在しない。人々の反応態様は実にさまざまだからである。仮に平均人が存在するとしても、行為者の行為が、この平均人ならとると思われる行動から逸脱したからといって、それだけで非難に値するというわけでもない。国家標準説が、国の期待を標準とする、具体的には裁判官自身の期待を標準とするのであれば、行為者のおかれた事情が無視されかねない。典型的行為事情標準説は、「標準は、行為者でなく、むしろ行為者がそのもとで態度をとるにいたったところの行為事情の類型的把握により得られるべきである。これは、結局、社会生活の現実態を洞察する裁判官の判断にまつほかないのであるが、ただ、その際個々の裁判官の判断はその個人的見地によってでなく、法律に内在する指導理念によって拘束されるということに注意しなければならない」と論じて、行為者の属性を無視するのであれば、それは妥当とはいえない。

免責可能性で問題となっているのは、行為となつて現れた心情無価値である。客観化された、社会倫理的責任概念にあつては、虚構の、客観化された「規準人」という媒介概念を用いることによって、行為者の心情を非難できるか否か、その程度如何が判断されることとなる。もつとも、非難というのが行為をしたときの行為者の心情に向けられるのであるから、「規準人」は個別化されなければならない。「客観化・個別化された比較規準人」というのは、普段は法に誠実な内的態度を有するが、しかし、同時に行為者の個人的所与の事情と苦境にある行為者のようなことを云う。すなわち、「規準人」には、行為者の行き方、生活領域、職業、精神的・身体的属性、年齢、健康、教育、素

性等が考慮されるのである。このような「規準人」が現実の行為状況におかれたときの適法行為の期待可能性が問われるのである。すなわち、行為者は「規準人」と比較されるのである。<sup>(55)</sup>

不法構成要件における行為無価値の特徴は故意による行為制禦（意思方向）にあるが、責任においては行為の心情無価値の特徴は動機づけによる動機制禦（意思形成）にある。<sup>(56)</sup>行為者の動機、心情が法の規準人からは認められない程度が大きくなるほど、ますますそれらは不可解であり、それ故、それだけ責任が重い。逆に、それらが無理もないと判断される程度が大きいほど、それだけ行為者の責任も減少する。責任は規範的漸増概念である。完全に無理もないという極端な場合には責任はなくなる。規範に則った行為が行為者には期待できないと見られるからである。行為者が完全に免責されるということは、それ自体法に誠実な内的態度が例外的に社会適応の限界を破ったということを表している。責任の重さは行為者の内的態度が「法から離れている」ところにある。免責判断に当って考慮されるべきなのは、どの程度、所為が法的に保護された価値への行為者の拒否的態度または無関心な態度に帰せられるのか、どの程度、所為が法的に保護された価値と結びついた人間にもっともと思われうる外的事情や動機に帰せられるのかである。<sup>(57)</sup>

D 判例の動向 期待可能性の理論にとって先駆的意味をもつのが昭和八年の「第五柏島丸事件」判決（大判昭和八・一一・二一刑集二二・二〇七二）である。「瀬戸内海で、定員の五倍余りの乗客を乗せて航行中の連絡船第五柏島丸が転覆し、多数の死傷者（乗客二八名が溺死、七名が溺水による傷害）を出したという事案」で、原審判決が被告である船長に禁錮六月を言い渡したのに対し、大審院は業務上過失艦船覆没罪（第一二九条第二項）と業務上過失



致死傷罪（第二十一条）の成立（観念的競合）認め、軽い罰金刑（三〇〇円）を言い渡した。大審院は、①通勤の乗客が船員の制止をきかず先を争って乗船した、②取締りの任に当たる警官も出航時刻の励行のみに専念し、定員に対する乗客数の取締りが寛大にすぎた、③船主が経営上の理由から被告人である船長の再三の注意も聞き入れず、多数の乗客を搭載させた、④被告人が資産乏しく収入僅少であった等の事実を量刑において考慮したのである。大判昭和一一・一一・二二刑集一五・二五〇一は、「被告人が自己の刑事被告事件につき他人を教唆して虚偽の証言をさせたという事案」において、偽証教唆罪の成立を認めたが、その理由として、被告人が自己の刑事被告事件について虚偽の陳述をする場合に犯罪を構成しないのは、「被告人タルノ身分に顧ミテ真実ノ陳述ヲ為スヘキコトヲ期待スルコトノ不可能事ニ属スルカ故ニ責任阻却事由アル一場合トシテ法律上之ヲ不問ニ付スルノミ」と説示して、被告人自身が虚偽の陳述をすることは期待可能性が欠如するために責任阻却事由であるが、それは偽証教唆にまで及ぶものではないことを明らかにした。

第二次世界大戦後は、昭和三〇年代前半までに、経済統制法規違反事件や労働事件を中心に、期待可能性の欠如による責任阻却を是認する下級審判例がかなり見られるようになった。例えば、東京高判昭和二三・一〇・一六高刑集一・追録一八頁「亜鉛鍍鉄板闇取引事件」は、「進駐軍接収建物の改修工事を引き受けた建築会社が、その工期を厳守するよう命じられ、これを懈怠するときは、工事施行の権利を停止せられ、工事担当者は体刑の制裁をもって脅かされる実情にあった。しかし、工事に要する鉄板については、ほとんど正規の供給を期待しえず、自力調達に一任されていたために、その会社の責任者である被告人が、その工事に必要な亜鉛鍍鉄板を、統制額を超過した代金をもって買い受けて工事を進めたが、そのことが統制違反として起訴されたという事案」において、過剰避難（第三七条第一



項但書き）にあたり刑の免除を言い渡した原審判決を破棄し、次のように判示して、期待可能性の欠如を理由に無罪を言い渡した。「法は規範を定立して一定の行為はこれを為すべしと命じ、若しくはこれを為すべからずと禁止し以てわれわれに一定の態度を義務づけて居るが法は不能を強いるものでない。規範はその内容たる命令若しくは禁令の履行の可能なる事を前提とし、これを限度とする。而してその可能といい不可能というも絶対的の意味における能不能をいうのではなく、一般普通人にとつて義務の履行が可能なりとして期待せられるかどうかを標準とするのである。一般普通人が被告人と同一の地位状況の下におかれても、問題の違法行為をせないで、他に適法行為をなすことを期待し得ないときには、被告人の違法行為を非難するのは難を強ゆるものである。これは刑法の人間性の否定であつて、却つて法の權威を失墜させるおそれがあるのであつて、法の問題ではない」。福岡高判昭和二四・三・一七刑集一〇・一二・一六二六「三友炭坑ピケ事件」は、「個人経営の三友炭坑の労働組合は、飢餓突破資金一人一、五〇〇円等の要求を拒まれストライキに入った。ところが、組合員の一部二六名が生産同志会と称して、ストライキから脱退して生産業務に従事したので、他の組合員は極度に憤慨していたが、同炭坑貯炭場から右生産同志会員K等が炭車を連結して駅に向かいガソリン車の進行を開始したので、これを認めた組合婦人部長の被告人等は、他の組合員三〇余名の女子と共に、右ガソリン車の前方線路上に立ち塞がり、通るなら自分を轢き殺して通れ、と怒号し、右Kに対して多衆の威力を示して運炭車の進行を停止させ、運炭業務を妨害したとして業務妨害罪で起訴されたという事案」で、正当な争議行為の範囲内の行為であるという理由で無罪を言い渡した第一審判決に対して、期待可能性を欠くという理由で責任阻却を認め、無罪の結論を維持した。「罷業が組合員の共同目的達成のため、已むなくされた」こと、「生産同志会は経営者側との不純な動機から同志を裏切り、罷業を妨害」したものであること等を考慮して、「かかる主観的、客観的条件の下に被告人に対し、右の如き所為に出でないことを期待することは、一般通念により可能なりと認め難

く、従つてその所為について被告人に対しその責任を追及し、罪責を負わしめるのは条理上相当なりと言ひ得ないの  
で、被告人の右所為が他の婦人達の所為と相俟て右K等の業務、進んでは経営者Mの業務を妨害するの結果を惹起し  
て居ても、その所為に対する責任を阻却するものとして被告人に対し無罪の裁判をするのを相当と認め」る。東京高  
判昭和二八・四・六高刑集六・四・四五八「肥料公団業務上横領事件」は、「肥料配給公団の経理局長であつた被告人  
外一名が、公団役職員全員に法定の給与以外に、貸付金等の名目で特例の給与として公団資金を分配支出したこと(当  
時、占領軍の指令により、このような特例給与は禁じられていた)で起訴されたという事案」で、業務上横領罪の成  
立を認めて有罪とした第一審判決を破棄して、無罪を言い渡した。「本件公団資金を擅に分配給与した所為において  
違法たるものあるを免れないとしても、その所為は寧ろ公団業務の円滑な運営上真に止むを得ざるに出でたものに係  
り、当時同じくその衝に当る他の通常人においても、これが違法な所為を避け、他に適法な所為に出ずべきことは到  
底期待し得ざりし事情にあつたものである。本判決は、「インフレ昂進による賃金と生活費との不均衡による生活困  
難のさなかにあつて」、肥料公団は占領軍の厳しい監督のもとにあつたこと、肥料公団における「労働攻勢は次第に熾  
烈を加え」ていたこと、食料の確保・増産のために重要な「公団業務の円滑な運営上真に止むをえざる」行為である  
こと等の事情を考慮したのである。東京高判昭和二八・一〇・二九高刑集六・一一・一五三六「東芝川岸工場失業保  
険法違反事件」は、「被告人は東京芝浦電気株式会社川岸工場の工場長として同工場の経営を担当していたが、同社は  
失業保険法所定の事業主として保険料納付義務者であるところ、工場長は、同工場における失業保険被保険者の賃金  
から控除した昭和二三年九月〜十一月分の保険料をいづれも所定の納付期日までに納付しなかつた。その失業保険料  
不納付の事実について、工場長及び会社自体が失業保険法違反の罪(両罰規定適用)で起訴されたという事案」に關  
するものである。第一審は、問題の保険料が納付期日までに本社から川岸工場に送付されてこなかつたという事実を

認定した上で、工場長はこれを所定期日までに納付する義務はなく、また自らの責任で資金を調達することを期待することは不可能であるとして、工場長及び会社を無罪とした。しかし、東京高裁（昭和二五・一二・一九）は、検察官の主張を容れ、工場長に納付義務を認め、破棄、差し戻した。差し戻しを受けた長野地裁（昭和二七・一二・七）は、本社から川岸工場への送金が遅れていた諸事情を認めながらも、工場長には「不要不急資材を処分して収入を得ることとの可能な状況を現認し乍ら、進んで之等の者に之を進言し強調して、その実現に努めたと認むべき証拠の認め得ない以上……経理状態の改善について果し得る責務を尽したものは云えない」として、工場長及び会社を有罪とした。これに対し、第二次控訴審（昭和二八・一〇・二九）は、原判決認定の保険料不納付が起こった事情をそのまま援用した上で、「かような事情たるや、被告人Hに対し本件失業保険料納付義務の履行を期待するのは不可能であったし、「該不履行につき故意がなかった」としたのである。

最高裁の判例は、一般論としては、期待可能性の不存在が超法規的責任阻却事由であることを認めているが、しかし、期待可能性の理論を直接、肯定も否定もしていない。最判昭和三一・一二・一一刑集一〇・一二・一六〇五「三友炭坑ピケ事件」は、違法性がないという理由で無罪の原判決を維持したのであるが、検察官の「成法上の根拠なしに責任阻却は認められないこと、期待可能性不存在による責任阻却は成法上の根拠に基づくものではない、したがって期待不可能は責任阻却原因となることができないこと、原判決には理由不備・判断遺脱の違法ある」との上告趣意に対しては、「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である。従つて、原判決がその法文上の根拠を示すことなくその根拠を条理に求めたことは、その理論の当否は別としても、なんら所論のような違法があるものとはいえない。されば論旨は理

由がない」と説示した。最判昭和三三・七・一〇刑集二二・一一・二四七一「東芝川岸工場失業保険法違反事件」は、構成要件に該当しないという理由で無罪の原判決を維持したのであるが、期待可能性がないことを理由に無罪としたのは従来の判例に反するとの検察官の上告趣意に対して、引用の諸判例は、「期待可能性の文字を使用したとしても、いまだ期待可能性の理論を肯定又は否定する判断を示したものは認められない」から判例違反でないとした上で、「事業主において、右代理人が納付期日に保険料を現実に納付しうる状態に置いたに拘わらず、これをその納付期日に納付しなかった場合」にはじめて保険料不納付罪の構成要件にあたるのであり、本件の場合は「犯罪の構成要件を欠く」とした。最判昭和三三・九・一二裁判集刑事一二七・一三七「肥料公団業務上横領事件」は、判例違反、理由不備を理由とする検察官の上告に対し、「所論引用の各判例は、いずれもその挙示の証拠により、犯罪事実を認定するに当り、情状の斟酌、法令の解釈その他に關し必要な説示、判断を示したに止まり、判文中期待可能性の文字を使用し」としても、いまだ期待可能性の理論を肯定又は否定する判断を示したものは認められない。されば、所論判例違反の主張はその前提を欠くものであつて、採るを得ない（なお、原判決に理由を附さない違法があるものとはいえない……）として、期待可能性がないという理由で無罪とした原判決を留保なく維持している。最判昭和二四・九・一四刑集三・一〇・一五二九は、訴訟法的側面から、期待可能性の不存在が超法規的責任阻却事由になることを肯定しているように見える。「原審における弁護人の前記期待可能性の理論の主張が刑訴三六〇条第二項（注：「法律上犯罪の成立を妨げる理由……となる事実」）に該当するとしてもこれに対する判断の方法は、必ずしも常に弁護人の主張事実を掲げてこれに対し直接的に判断を示す方法を採用するものではなく、弁護人の主張する事実に関し却つて反対の事実を認定して、間接的に主張否定の判断を示す方法を採用することも差支えない」。最判昭和二四・三・一七刑集三・三・三一―も同趣旨のようである。

最高裁の判例の中には、原審と同一の事実認定の上で、期待可能性がないという理由で無罪とした原判決を覆したものがあつた。最判昭和三一・一二・二六刑集一〇・一二・一七六九「外国人登録令違反事件」は、不法入国外国人の外人登録申請義務不履行について、期待可能性のないことを理由に無罪の言い渡しをした原審判決（東京高判昭和二八・一・三一刑集一〇・一七九七）に対し、外国人登録令「四条一項に規定する登録の申請は、不法入国の犯罪の申告を要求しているものと認められないから、これが申請義務を課したからといつて、原判決説示のように自己の不法入国の罪を供述するのと同じの結果を来すものといふことはできない。……出入国と登録申請とは直接の関係はない」と説示して、原判決を破棄、差し戻した。最判昭和二三・一一・四刑集一二・一五・三四三九「三菱炭鉱新入礦業所事件」は、「原判決は、……三菱炭鉱新入礦業所の労働争議に際しての被告人ら組合員百数十名により行われた暴行、脅迫及び不法監禁なる一連の違法行為について、その前半の暴行、脅迫のみを切り離してこれを期待可能性がないものとして無罪とし、後半の不法監禁は期待可能性がないとはいえないとして有罪としているのである。ところで、刑法における期待可能性の理論は種々の立場から主張されていて帰一するところを知らない有様であるが、仮に期待可能性の理論を認めるとしても、被告人らの行為が苟く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、過失があつても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ねばならないことはいうまでもない」と判示して、無罪の判断部分について法令の適用の誤り又は理由不備の違法があるとして原判決を破棄、差し戻した。注意すべきは、この二つの最高裁判決ともに期待可能性の理論を否定しているわけではないことである。

このように、最高裁判所は、構成要件該当性や（可罰的）違法性の段階で解決する傾向にある。そのような方法で

解決できるのであれば、その限りで期待可能性の理論は不要である。しかし、それで解決できない場合には、やはり期待可能性の理論は必要である。最高裁判所はこの理論の採用に躊躇しているのであるが、その理由について、実定法上の根拠が欠けていることもあるが、それ以上に、実質的な問題のあることが指摘される。前掲最高裁判決「三菱炭鉱新入礦業所事件」の補足意見で、垂水克己裁判官は、「今日の期待可能性論の内容は学者によってまちまちのようであり、下級裁判所の判決や上告趣意においても十分にその意義、理論構成、適用限界が示されていないのではなからうか。だから最高裁判所としてこの理論を肯定も否定もできないのはむしろ当然であろう。もし、或る下級裁判所の判決や上告趣意で示された、あるいは、一学者の示した期待可能性論が最高裁判所の心（リーガル・マインド）を捉えるならこれは受け入れられるであろうと推測する。それまでは『法は不能を強くない。』の立場以上には踏み出さないかも知れない」と述べている。

昭和三〇年代後半以降は、期待可能性の欠如を理由とする無罪を言い渡した下級審判例は少ない。東金簡裁判決昭和三五・七・一五下刑集一・七〇八・一〇六六「墓地外区域遺体埋葬事件」は、「脳溢血で突然死亡した亡夫の遺体を、埋葬する墓地がないため墓地以外の山林に埋葬したとして、「墓地埋葬等に関する法律四条」違反に問われた事案」について、当初埋葬を予定していた本家の墓地が宗派の相違で断られたこと、共同墓地にも埋葬の余地がなく、付近住民一般も許可された墓地以外の埋葬が法により禁じられていることを知らず、許可された墓地がどこにあるかも分からない事情にあり、埋葬の場所にも墓標等が立派に立てられ、宗教的立場並びに保健衛生の立場が十分守られていること等の事情の存するとき、適法行為が期待できないとし、法の不知との関連について、次のように判示した。「法律を知らないからといって直ちにそれのみで責任を免れることができないことは法律に明記されているところである



が、しかし適法行為を期待することが可能であるか否かは、具体的環境のもとにおいて被告人に適法行為をなすことを期待できるかどうかということであつて、一般的に国民生活と密接にして誰でも知り得る法律を知らずに犯した場合と、一般的には知ることが困難で国民生活とはなじみの薄い法律を知らずに犯した場合とを比較すれば、後者の方が前者に比較して法律不知の過失は小であり、従つて期待不可能を判断するにあつても他の客観的事事は前者よりは寛大に解すべきであつて、結局い、かえれば、右法律不知についても本件の如き特別の場合には期待不可能であつたかどうかの判断の一資料として考慮に入れるべきが妥当である」と判示した。松江地裁浜田支部判決昭和三八・一二・一一下刑集五・一一〇二・一一六六「不法出国事件」は、旅券に出国の証印を受けないで、北朝鮮に向けて出国した行為について、警察当局の承認があつたと信ずべき事情があるなど、出国もやむをえないと認められるときは、密出国（出入国管理令違反事件）は期待可能性がないし、仮に被告人に違法の認識があつたとしても、本件事情下では期待可能性がなかつたとして無罪を言い渡した。しかし、その控訴審である広島高裁松江支部判決昭和四六・四・三刑月三・四・四八三は、「一般に犯罪をおかそうとする者が共犯者よりその費用や対価を受領し、準備を完了したからといって右犯行を思いとどまることを期待するのが不可能であるとなし得ないことは多く言をまたない」として、原判決を破棄した。一宮簡裁判決昭和四八・一二・二二判時七三九・一三七「無免許診療エックス線照射事件」は、「高校卒業直後から神経科病院に検査助手として就職した被告人が、病院長、事務長の指示によりレントゲン撮影技術の習得に専念させられ、その後は自分が主となつてレントゲン撮影業務を行つていたことにつき、「診療放射線および診療エックス線技師法二四条」違反に問われた事案」につき、病院長、事務長等からは、右撮影について資格が必要である旨の説明がなかつたばかりか、その点を疑問として問いただした被告人に対し、「医師の監督管理・指示によるのだから大丈夫だ」などの説明を受けていたときは、それ以上に調査研究して適法行為に出るべきことを期待するの

は酷に過ぎるものであり、期待可能性がないとして無罪を言い渡した。いずれの判決も期待可能性を違法性の意識(の可能性)がないこととの関連で論じているが、それは最高裁判との抵触を避けようとしたものといえよう。<sup>(36)</sup>

E 期待可能性に関する錯誤 期待可能性に関する錯誤には二つの場合がある。その一つは、期待不可能性を肯定するような事実が実際に存在するにもかかわらず、行為者にその認識が欠ける場合である(消極的錯誤)。このような事實は、行為者の認識・意欲によって把握されねばならない。さもなければ、期待可能性にとって重要な動機づけ状況が生じえない、つまり、行為者には心理的圧迫状態が欠けるので、免責はされない。せいぜい量刑において考慮されるに過ぎない。<sup>(37)</sup>

その二は、期待不可能性を肯定するような事実がないにもかかわらず、その存在を誤認した場合である(積極的錯誤)。責任説の立場からは、このような錯誤の場合、その錯誤が避けえた場合には責任を阻却しないが、その錯誤が避けえなかった場合には責任を阻却すると主張される<sup>(38)</sup>。故意説の立場からは、期待可能性を故意の内容とするとき、誤認そのものが不可避であったとき、全体として期待可能性が阻却され、したがって、故意が阻却されると主張されるが、これに対して、期待可能性が客観的責任要素であって、心理的責任要素としての責任故意と並列する責任要素であると解するとき、行為者がそのような錯誤に陥ったことが期待不可能であったかどうかを検討し、真に止むを得ない場合にかぎって、期待可能性の欠如に基づく責任の阻却を認めると主張される<sup>(39)</sup>。期待可能性を失わせる事実がないにもかかわらず、その存在を誤認した場合も、期待可能性が否定されると解される。そもそも、期待不可能性を肯定するような客観的事情があるときでも、それが行為者に及ぼす心理的圧迫が認められるからこそ、期待可能性が否定され



るのである。そうだとすると、かかる事情がなくともあると誤信した場合も、錯誤によって心理的圧迫状態に陥ったことに変わりなく、したがって、錯誤に陥っていない者と同じく期待可能性は否定される<sup>(36)</sup>。例えば、「原動機付自転車を運転していた甲が不注意にも自転車で行っていた乙と衝突し、両者とも転倒した。甲は、意識朦朧とした状態で立ち上がったとき、自分が重傷を負ったと思ったので、重傷の乙の面倒を見ることなく、即座に病院に向かった。診断の結果、甲はかすり傷を負ったに過ぎないことが分かった。甲は乙を救護することが可能であり、その期待もできた<sup>(37)</sup>」という場合、不救護罪（道交法第七二条前段、同第一一七条第二項）の成立は期待可能性が欠けるため否定される。このように、期待不可能性の故に故意犯は成立しないのであるが、しかし、錯誤に陥ったことに過失があれば、過失犯規定の存在を前提に、過失犯の成立が肯定される<sup>(38)</sup>。この場合、錯誤に陥ったことの過失は、過失犯の構成要件に関係しているのではなく、本来故意犯で問題となる免責事態に関係している。ここでは、不法帰属と責任帰属が分離するのである<sup>(39)</sup>。

#### 4 構成要件要素としての故意と責任要素としての故意（故意の二重の地位）

人的不法論では、故意は構成要件の一部をなすので、主観的構成要件要素とも呼ばれる。しかし、故意は責任にも位置づけられる。したがって、故意には二重の地位が与えられる。ただし、この二重の地位というのは、故意を犯罪概念の異なった段階に分割することを意味しないし、それどころか、人的不法論の意味で構成要件において、古典的又は新古典的犯罪論の意味で責任において故意を二重に検証することを意味しない。新古典的犯罪論が故意を責任に、超過的内心傾向を構成要件に配分することも故意の二重の地位とは関係なく、その理論的一貫性のなさを表しているに過ぎない<sup>(40)</sup>。

故意の二重の地位というのは、行為者の意識現象を理論的に分割することと関係する。認識心理学的に見ると、意思活動はその諸原因が行為者にあり、行為者もこの諸原因を多かれ少なかれ認識している。ここから出立すると、不法における行為無価値の心理的担い手（意思活動ないし行為制禦）としての故意、つまり、存在関係的、価値自由の意思制禦と、責任における心情的無価値の心理的担い手（意思形成ないし動機制禦）としての故意が区別されるべきである。すなわち、不法では、故意は行為制禦として、責任では、この故意の発生（意思形成）が評価の対象となる<sup>(37)</sup>。責任というのは故意行為へ向かう動機制禦とまさにこの心情無価値としての意思形成の評価にかかわるから（期待可能性）、故意は故意犯において当然責任の独自の要素である。動機制禦では、個人・主観的状况から出立して、「なぜ行為者はそれを意欲したのか」が問題となる。これは、行為制禦としての構成要件の故意、つまり、「なにを行為者は意欲するのか」に先行して生じ、責任検証の基礎となる。行為制禦というのは、外に向けられた、その発生から区別できる意思活動現象なのである。次いで、動機の調査結果が客観的規準によつて評価される。動機制禦、結果に向かう行為制禦、そして、非難可能性<sup>(38)</sup>というこの機能的連関において故意犯における責任は真性の故意責任である。この意味で故意は二重の地位を占める。故意は結果への方向付けを与える行為不法の本質だけでなく、出所源の責任の本質も特徴づける。不法構成要件における主観的行為態様は責任に単に反映するだけでなく、責任を直接に特徴づける。故意の種類（目的の故意、確定的故意、単純故意及び未必の故意）は心情無価値の等級付けに繋がる。存在の認識に関わる構成要件の故意が当為の認識に関わる責任能力の前に検証されるべきことは当然であるが、責任要素としての故意は、構成要件の故意とは異なり、責任能力の存在を前提とする<sup>(39)</sup>。

このことは、故意が責任において改めて検証されねばならないことを意味しない。構成要件の故意、責任能力、不

法の意識の存在が肯定されると、通常の場合、故意責任が認められる。それにもかかわらず、故意の二重の地位は体系的観点からすると責任概念の絶対に必要な要石である。免責緊急避難では、故意不法は残るが、故意責任がなくなる。故意の原因において自由な行為の場合、故意に招来される責任無能力を利用して犯罪行為を行おうとする故意が生ずるとき、この故意の成立は責任無能力と非難可能な連関にある。こういった場合、故意は責任能力ある時点で独自に検証されるべきである。正当化事由の事実的前提の錯誤（違法性阻却事由の錯誤）が責任で扱われるのは、行為者には違法性の意識がないからであるが、構成要件の故意が存在するにもかかわらず、これが故意犯でなく、過失犯で処罰されるべきなのは、不法への動機づけが故意責任の心情無価値に相応しないからである。<sup>⑤</sup>

##### 5 構成要件要素としての過失と責任要素としての過失（過失の二重の地位）

過失というのは、単なる責任形態でなく、不法の要素と責任の要素から成る独自の可罰類型であることは今日一般に認められている。この場合、通説は、客観的注意義務違反を不法要素として理解し、主観的注意義務違反を責任要素と捉えるのであるが、しかし、主観的注意義務違反は、新古典的犯罪概念とは異なり、客観的注意義務違反と並んで構成要件に、したがって不法に位置づけられるべきである。客観的注意義務は洞察力のある、慎重な人間という規準から生ずる。しかし、それは行為者の個人的当為を徴表するにすぎず、精神的及び身体的状況からこれに従うことのできない具体的行為者への義務づけを基礎づけることができない。「不可能は義務づけず（*ultra posse nemo obligatur*）」つまり、「汝できるとき、汝なすべし」ということであるが、この可能性は期待可能性とは関係がない。客観的な、一般的拘束力のある注意義務に基づく一般的禁止は、規範名宛人がそれを自己の精神的、身体的可能性に従って実際に実行可能な場合にだけ効果的な、特別の義務になる。主観的注意義務というのは、行為者の一身専属的能力

に応じた客観的注意義務の個別化に資するのであり、客観的注意義務を修正・補充し、微調整するのである。<sup>(36)</sup> 主観的注意義務違反と責任無能力を区別することは必ずしも容易でないが、前者が因果関係などの現実の連関を認識する行為者の能力に関係するのに対し、後者は事態を不法として弁識する、つまり、既に正しく認識された又は少なくとも認識可能な構成要件実現を不法と評価する行為者の知的能力に関係する。<sup>(37)</sup>

主観的注意義務違反があったか否かが構成要件で検証されるべきなのは、故意との比較からも云えることである。故意は主観的構成要件要素である。過失犯における存在次元への行為者の個人的能力というのは、結果回避に関して、犯罪理論体系上、故意犯における結果招来への行為者の認識・意欲による行為制禦と同じ機能を有している。そうすると、主観的注意義務違反も主観的構成要件要素と位置づけられる。実際、未必の故意と認識のある過失の区別は認識面ではなく意欲面にあるのだが、その区別が流動的であるとき、未必の故意は構成要件要素であり、認識のある過失は責任要素であるとするのは理解しがたい。両者ともに行為制禦の形態であり、構成要件要素である。<sup>(38)</sup> 認識のある過失が構成要件要素であるなら、認識のない過失も構成要件要素である。主観的注意義務違反は責任能力とは関係がない。前者は存在次元に関係するが、後者は不法弁識によって導かれる価値関係的能力に関わるからである。

過失犯の構成要件では、客観的構成要件に客観的注意違反の行為と結果の招来が含まれ、主観的構成要件に主観的注意義務違反の行為が含まれる。構成要件該当性を限定する機能を有する結果の客観的帰属では、相当性連関、危険連関及び適法代替行為が問題となる。

故意犯においては、価値自由の存在次元に関係する犯罪基礎づけ要素はすべて構成要件に属し、価値関係的要素はすべて責任に属する。過失犯においても同じことが妥当する。責任においては、責任能力、不法の意識及び注意に適切な期待可能性が問題となる。認識のある過失では、行為者は危険を認識することによって現実の不法の意識をもちうるのだが、認識のない過失では当然のことだが潜在的不法の意識しか存在し得ない。構成要件実現の危険を認識していない者は法的評価もすることはできないからである。この場合、認識のない過失行為者が自己の義務違反を知ったならば、違法に行為をしていることも分かったか否かが問題となる。<sup>(37)</sup>

期待可能性は動機制禦の欠陥、つまり、心情無価値に関わる。期待可能性は、行為者が客観的注意義務をその精神的、身体的能力から遵守できたが、特別の事情のためにその不遵守が非難できない場合に問題となる。認識のない過失では、先ず、行為者にその客観的注意義務違反の行為を認識するために主観的注意を払うことが期待できたか否か、次いで、行為者に客観的注意義務違反の認識があったとすれば、その行為を中止できたか否かが問われる。認識のある過失では、後者だけが問われる。<sup>(38)</sup>故意犯の場合とは異なり、過失犯では、期待可能性は独自の積極的責任要素と見られるべきである。故意犯では一般的に期待可能性が推定できるので、期待可能性は消極的に免責事由として位置づけられるが、過失犯では期待可能性が一般的に推定できるというわけではないからである。<sup>(39)</sup>

過失の二重の地位というのは、既に指摘したように、行為の客観的部分が構成要件に、行為の主観的部分が責任に属するということ、換言すると、客観的注意義務違反という行為が不法に位置づけられ、主観的注意義務違反が責任に位置づけられることを意味しない。過失は先ず所為に関連した行為不法の担い手であり、責任において行為の

心情無価値の担い手でもある。後者が期待可能性という独自の規範的責任要素の基礎をなす。期待可能性は、行為者に責任能力と不法の意識の可能性があるにもかかわらず無思慮から注意深い行為への動機が十分でなかったという動機制禦<sup>(8)</sup>に関係する。

注

(521) Steininger, (Fn. 1), 15, Kap. Rn. 1.

なお、厳密に云うと、責任前提要件である不法関係的心理学的要素(責任能力、不法の意識)が欠如している場合を責任阻却(Schuldabschluss)、規範的責任要素である期待可能性がない場合を免責(Entschuldigung)と区別すべきであろう。Vgl. R. Moos, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, § 10 Rn. 36.

ロクスレーンは免責事由を責任の領域からはずす。「免責事由」の前提要件に当る行為をする者は、それでも有責である。しかし、この行為者が処罰される必要がないのは、予防の必要性がないからである。というのは、特殊の例外的事情に基づくと、再犯の危険性もないし、一般の人々の目には規範妥当性も害されていないからである。C. Roxin, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984), 641 ff., 655; ders., (Fn. 8), § 19 Rn. 3 ff. 免責事由を責任からはずすというのは説得力に欠ける。免責事由が予防の考慮に基づいているにしても、免責事由にとって決定的な規準は、これに当ると行為者は刑法的非難をされるべきでないということなのである。したがって、免責事由は、責任能力と不法の意識が検証されると同じ犯罪理論構造の段階で扱われるべきである。Vgl. Trifflerer, (Fn. 3), 12, Kap. Rn. 129.

(522) 團藤(注238)三二六頁以下。

(523) 木村(注65)三二九頁、同『犯罪論の新構造 上』一九六六年・四五二頁。

(524) 木村「期待可能性」(木村亀二編『法律学演習講座・刑法』所収・一九五五年)一二〇頁。

(525) 八木國之「期待可能性論の運用と体系的地位と機能」『刑事法学の基本問題(上)』(木村亀二博士還暦)一九五八年・五五六頁以下。

(526) 平野(注一)二七八頁。

(527) なお、内田(注263)刑法I(一)二五二頁は、期待可能性の犯罪論体系上の位置については、その大部分(平均人一般に対する期待可

能性)は違法論の問題であり、きわめて例外的な場合(当該「行為者」に対してのみ適法行為を期待しえない場合)に、理論上は、責任阻却事由(超法規的責任阻却、ないし実質的責任なし)としての「期待可能性不存在」を認め、この限りで、期待可能性は責任要素たりうると論ずる。

(528) 瀧川幸辰『犯罪論序説』[改訂版]一九四七年・一〇八頁、一三四頁、一四一頁、小野清一郎『新訂刑法講義・総論』[増補版]一九五〇年・一五六頁、一七六頁、團藤(注238)三二四頁、三四七頁。

(529) 内藤(注268)一二〇三頁、中森喜彦「期待可能性」(『刑法基本講座 第三卷 違法論／責任論』所収・一九九四年)二七七頁以下、二八〇頁。

(530) 大塚(注242)四一八頁。

(531) 中森(注529)二八〇頁。

(532) 内藤(注268)一二〇三頁以下。

(533) 佐伯(注460)二八三頁、中山研一『刑法総論』一九八二年・三八九頁。なお、平野(注391)二五八頁、二七一頁以下、中森(注529)二八二頁以下。

(534) 山中敬一『刑法総論』[第二版]二〇〇八年・六八四頁以下。

(535) 参照、吉田敏雄『刑法理論の基礎』[第三版]二〇一三年・四〇九頁以下。

(536) 大塚(注242)四七八頁、團藤(注238)三二九頁、内田(注263)刑法I)二五三頁以下、大谷(注1)三六〇頁以下、曾根(注267)一六一頁。

(537) 團藤(注238)三二九頁。

(538) 参照、内藤(注268)一二〇六頁、川端(注278)四四四頁以下。

(539) 大塚(注242)四七九頁。なお、香川(注465)二七八頁は、行為者標準説を基本とするが、刑法の軟骨化を避けるために、「違法な行為にでざるをえなかったような事情そのものは一般的に決定するにしても、そうした事情のもとにおいて、なお行為者はそれ以外の行為にでることが、果たして不可能であったか否かは、行為者自身において判断するほかない」と論ずる。

(540) 参照、内藤(注268)一二〇七頁。

(541) 上田重正「期待可能性」(『刑法講座三卷』所収・一九六三年)一八頁以下、二七頁。内藤(注268)一二二一頁以下(修正された行為者標準説を基本としながら、類型的行為事情標準説を併せ用いる)。



- (542) 西原(注93) 四八一頁、藤木英雄『刑法講義総論』一九七五年・二二六頁、福田(注247) 二二二頁、川端(注278) 四四七頁以下、同「期待可能性」(『現代刑法講座 第二卷 違法と責任』所収・一九七九年) 二三七頁以下、二四九頁。平均人標準説的表現を用いた判例に、東京高判昭和二三・一〇・一六高刑集一・追録一八「亜鉛鍍鉄板閣取引事件」、「一般普通人」、東京高判昭和二八・四・六「肥料公団業務上横領事件」、「普通人」。なお、福岡高判昭和二四・三・一七刑集一〇・一二・一六二六「三友炭坑ヒケ事件」(「一般通念」により期待可能とは認め難く、罪責を負わせるのは「条理上」相当とはいえない)。
- (543) 参照、中山(注33) 三九六頁(注1)、内藤(注268) 一二〇八頁、川端(注278) 四四七頁。
- (544) 木村(注65) 三〇五頁以下。
- (545) 植松正『再訂刑法概論I総論』[第八版]一九七四年・二〇七頁。
- (546) 参照、内藤(注268) 一二〇九頁。
- (547) 平場安治『刑法総論講義』一九六一年・一一三頁以下。
- (548) 瀧川幸辰「期待可能性の理論」(『刑事法講座 第二卷』所収・一九五二年) 二七六頁、川端(注278) 四四五頁、同(注542) 二四九頁、植松(注545) 二〇六頁。
- (549) 平野(注39) 二七八頁。
- (550) 佐伯千仞、米田泰邦「期待可能性」(『綜合判例研究叢書・刑法』三二一九六四年) 二九六頁。中山(注533) 三九五頁、三九六頁(注3)。
- (551) 佐伯/米田(注550) 二九七頁。
- (552) 佐伯/米田(注550) 二九七頁。
- (553) 佐伯/米田(注550) 二九八頁。
- (554) 瀧川(注548) 二七六頁。
- (555) 佐伯/米田(注550) 二九八頁以下。
- (556) 佐伯(注46) 二九〇頁。参照、山中(注147) 六八四頁「期待可能性は、可罰的責任阻却・減少事由として位置づけられることによつてはじめて、具体的な行為事情のもとで、行為者の適法行為の期待可能性と処罰の必要性との相関関係の中で、規範的・可罰的評価の観点からの類型化を図ることが可能となる。『行為事情の類型的把握』そのものが問題ではなく、規範的・可罰的評価の類型化が必要なのである」。



- (557) 参照、林(注48)三三八頁以下。
- (558) R. Moos, Der Begriff der „geringen Schuld“ in § 42 StGB, in: Platzgummer-FS, 71 ff., 93 FN 75; Steininger, (Fn. 1), 12, Kap Rn 323.
- (559) Steininger, (Fn. 1), 12, Kap Rn 17; Moos, (Fn. 1), § 4 Rn 81.
- (560) この大審院判決は、ドイツにおいて期待可能性理論の展開の契機となったとされる有名な一八九七年三月三日の「暴れ馬事件」判決(RGSf. 30, 25)と似ている。その馬車馬は尻尾を手綱に絡ませる悪い癖があり、いつ事故を起こすか分からない状態であった。禦者は、そのことを知っていた雇い主の命令に背くことができないので、やむなくその馬を使用していたところ、通行人を傷つけた。禦者は、注意すればその馬が事故を起こす危険に気づいたはずであるが、気づいたとしても、馬の使用を断れば職とパンを失う心配があったという事件である。ライヒ裁判所は期待可能性がないとしてこの禦者を無罪にした。
- (561) その他、高知地判昭和四三・四・三判時五一七・八九〔被告人は公安委員会の許可を受けずして無許可営業を行ったという事案〕「被告人として法及び条例(……)に従い願書を提出したが、管轄署が許可を必要としないと指示した以上、被告人に更に許可を得るべき方法(行政行為に対する不服の申立等)をとるべきことを期待することはできない。かかる場合結果において無許可営業をなしたからといって刑罰をもつてのぞむ」とは酷であり、結局この場合違法性の認識の欠除は故意を阻却する特例として是認すべきものと考へる」。
- (562) Steininger, (Fn. 1), 12, Kap Rn 17; Moos, (Fn. 1), § 10 Rn 144.
- (563) 福田(注247)二二五頁、川端(注278)四四九頁。
- (564) 團藤(注238)三三一頁。
- (565) 大塚(注242)四八〇頁。
- (566) Steininger, (Fn. 1), 12, Kap Rn 17; Moos, (Fn. 521), § 10 Rn 145 f. なお、適法行為の期待可能性を否定する事実が存在しないのに存在すると誤信した場合、その誤信が相当であれば責任を阻却し、相当でない場合には責任は阻却されないとする見解もあるが妥当でない。西原(注93)四八一頁、石堂淳「責任阻却事由の錯誤——期待可能性の錯誤を中心として」(『刑法基本講座三』所収・一九九四年)三二七頁以下、三三三頁。
- (567) Kienapfel/Höpfel/Kerr, (Fn. 1), Z 21 Rn 29.
- (568) Moos, (Fn. 521), § 10 Rn 146; 佐伯(注46)二八一頁。
- (569) Moos, (Fn. 521), § 10 Rn 146.

- (570) *Steininger*, (Fn. 1), 8. Kap. Rn. 19.
- (571) *Nowakowski*, (Fn. 3), Vorbem. §8-3-5 Rn. 11 「無価値の決意は外への効果のために不法であり、それは意思形成の所産であって、この意思形成との関連では責任ではない」。
- (572) *Moos*, (Fn. 1), 8-4 Rn. 114; *Steininger*, (Fn. 1), 8. Kap. Rn. 4, 12. Kap. Rn. 17.
- (573) それに対して、故意は構成要件におけるその任務を果たし、不法を備えて責任に反映されるので、独自の責任要素としては位置づけられないと主張するものが、*R. Maurach, H. Zifg, Strafrecht AT*, Bd. 1, 8. Aufl., 22. Kap. Rn. 6; *Trifflerer*, (Fn. 3), 6. Kap. Rn. 51; *Fuchs*, (Fn. 4), 21. Kap. Rn. 7.
- (574) *Moos*, (Fn. 1), 8-4 Rn. 114.
- (575) *Moos*, (Fn. 1), 8-4 Rn. 114; *ders.*, Zum Stand der österreichischen Verbrechenlehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition: ein Diskussionsbeitrag, ZStW 93 (1981), 1023 ff., 1039; *Jescheck/Wegenst*, (Fn. 1), § 41 IV 1 d.
- 正当化事由の錯誤の理論的位置づけは以前から「争いの種」なのであるが、ここには若干の学説を見るにとどめる。厳格責任説によれば、正当化事由の錯誤それ自体は不法の意識を欠如させるに過ぎず、故意に影響を与えないので、禁止の錯誤として扱われる。制限責任説によれば、正当化事由の錯誤は構成要件の錯誤とは異なるが、構造的にはこれと似ているので、故意の不法が認められず、構成要件の錯誤の法的効果に準じて扱われる。消極的構成要件要素の理論によれば、正当化事由は消極的構成要件要素であり、正当化事由を誤想しているとき、不法故意が欠如する。この故意は、積極的に全ての構成要件要素が存在するということ、消極的に正当化事由の事実的前提要件が欠如しているということの認識を要するからである。故意の行為無価値否定説によれば、行為者の法に不法に関する表象は、正当化事由を誤想しているにせよ、法と完全に一致しているのであるから、故意に特有の行為無価値が、したがって又結果無価値を帰属させる基礎が欠如する。この錯誤が過失に基づくとき、行為者は過失不法を実現している。*Fuchs*, (Fn. 4), 20. Kap. Rn. 12. 本説に対しては、正当化事由を誤想している者に対する正当防衛が許されなくなるとの批判があるが、*Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. 1), 2-19 Rn. 5. の批判は過失不法もなり場合にだけ妥当すると云える。過失不法は違法な侵害を前提に正当防衛状況を基礎づけるからである。*Fuchs*, (Fn. 4), 20. Kap. Rn. 13.
- (576) *Moos*, (Fn. 1), 8-4 Rn. 119; *Trifflerer*, (Fn. 3), 13. Kap. Rn. 26 「通説に依れば、規範の定立は、名宛人が規範違反を避けることができる場合にだけ意味をもつ。……この出立点は犯罪構造における主観的義務違反の位置づけにでも考慮されるべきである。というのは、この出立点は人間の不完全な性質に由来するのであるから、立法者もそれを変えることができないからである」。

なお、責任は、法的に保護された価値と結びついた人を前提とするので、この個別化の故に、行為者の身体的、精神的（知的）能力は主観的注意義務違反を否定しうるものの、性格の欠陥（思いやりのなさ、軽率、無頓着等）は主観的注意義務違反を排除しない。

M. Burgstaller, Weiner Kommentar zum Stragesetzbuch, 2. Aufl., 2001, § 6 Rn 92 ff.; Fuochs, (Fn. 4), 26. Kap Rn 4.

Kienappel/Höpfel/Kert, (Fn. 1), Z 25 Rn 24.

(57) Tryfiferer, (Fn. 3), 13. Kap Rn 56.

(58) E. Steininger, Strafrecht AT, Bd. 2, 2012, 17. Kap Rn 10; Moos, (Fn. 1), § 4 Rn 121, 126.

(59) Tryfiferer, (Fn. 3), 13. Kap Rn 62 f.; Steininger, (Fn. 578), 17. Kap Rn 49.

(60) Burgstaller, (576), § 6 Rn 102 f.; romeo, (Fn. 8), § 19 Rn 24 「行為者の心情というものは行為者の認識のある態度を前提とせよと思われただが、認識のなり過失とは、行為者の心情は何も価値違反的なものに向けられずなす」。

(61) Tryfiferer, (Fn. 3), 13. Kap Rn 65; Steininger, (Fn. 578), 17. Kap Rn 52; Kienappel/Höpfel/Kert, (Fn. 1), Z 26 Rn 23.

(62) Moos, (Fn. 1), § 4 Rn 131.

- (1) Schuldfähigkeit
  - A. Bedeutung der Schuldfähigkeit und der verminderten Schuldfähigkeit
  - B. Das biologisch-psychologische Stockwerk
  - C. Das psychologisch-normative Stockwerk
  - D. Der Zeitpunkt des Vorliegens
  - E. Art der Feststellung
  - F. Rechtsfolgen
- (2) Unrechtsbewusstsein
  - A. Definition
  - B. Entwicklungsstufen im deutschsprachigen Raum
  - C. Theorienstreit in Japan
  - D. Bezugspunkt und Inhalt
  - E. Bewusstseinsformen
  - F. Potentielles Unrechtsbewusstsein
  - G. Erkenntnisprobleme
- (3) Verbotsirrtum
  - A. Allgemeines
  - B. Direkter Verbotsirrtum
  - C. Indirekter Verbotsirrtum
- (4) Die Vorwerfbarkeit der Unrechtsunkenntnis
  - A. Inhalt und Grundlagen
  - B. Allgemeine leichte Erkennbarkeit
  - C. Verletzung einer Erkundigungspflicht
  - D. Spezielle Konstellationen mangelnder Vorwerfbarkeit (Bd.51, Nr.4)
- (5) Keine Entschuldigungsgründe
  - A. Übergesetzliche Schuldausschließungsgründe und Unzumutbarkeit
  - B. Stellung der Zumutbarkeit in der Schuldlehre
  - C. Maßstäbe der Unzumutbarkeit
  - D. Rechtsprechung
  - E. Irrtum über Unzumutbarkeit
- (6) Vorsatz als Tatbestands- und Schuldmerkmal
- (7) Fahrlässigkeit als Tatbestand- und Schuldmerkmal (Bd. 52, Nr. 1)

- dd. Merkel
- f. Der Charakterschuld
- g. Das Strafrecht ohne Schuld
- (2) Österreich
  - A. Frühere Lehre
  - B. Der Schuld begriff von heute
  - C. Die Zumutbarkeit als allgemeiner Entschuldigungsgrund
- (3) Die Schweiz (Bd. 51, Nr. 1)
- (4) Japan
  - A. Die charakterlistische Schuldlehre der modernen Schule
  - B. Die individualmoralische Schuldauffassungen
    - a. Die staatssittliche Schuldauffassung
    - b. Die Persönlichkeitsschuldauffassung
  - C. Die Einzeltatschuldauffassung
    - a. Fukuda Taira
    - b. Nishihara Haruo
    - c. Ohya Minoru
    - d. Uchida Fumiaki
    - e. Naito Ken
    - f. Eine Zwischenbilanz
  - D. Die nicht individualmoralische Schuldauffassungen
    - a. Kimura Kameji
    - b. Hirano Ryuichi
    - c. Horiuchi Shozo
    - f. Masuda Yutaka (Bd. 51, Nr. 2)
- Drittes Kapitel Strafrecht, Rechtsschuld, Rechtsstrafe, Strafzumessung und Außergerichtlicher Tatausgleich
- (1) Strafrecht
- (2) (Un)recht
- (3) Die objektivierte, soziaethische Schuld als Rechtsschuld
  - A. Der Gehalt des Schuld begriffs
  - B. Maßstab
  - C. Tatschuld und Täterschuld
- (4) Rechtsstrafe
- (5) Strafzumessung
  - A. Schuld als Maßprinzip für die Strafzumessung
  - B. Das Verhältnis der Schuld zur Prävention
- (6) Außergerichtlicher Tatausgleich (Bd. 51, Nr. 3)
- Viertes Kapitel Allgemeine Schuldmerkmale

## Schuld (7 · Schluss)

Toshio YOSHIDA

### Erstes Kapitel Schuldgrundsatz und Schuldbegriff

- (1) Bedeutung des Schuldgrundsatzes
  - A. Strafbegründende, strafschützende und strafbegrenzende Funktion
  - B. Verfassungsrechtliche Absicherung
- (2) Bedeutung des Schuldbegriffs
- (3) Zur Problematik der Willensfreiheit
  - A. Geschichtliche Entwicklung im deutschsprachigen Raum
  - B. Gegenwärtige Situation im deutschsprachigen Raum
    1. Deutschland
    2. Österreich
    3. Die Schweiz (Bd. 50, Nr. 2)
  - C. Die Auseinandersetzung mit der Willensfreiheit in Japan
    - a. Kimura Kameji
    - b. Dando Shigemitsu
    - c. Hirano Ryuichi
    - d. Fukuda Taira
    - e. Nakayama Kenichi
    - f. Eine Zwischenbilanz
- (4) Psychologische Vorgänge bei der Willensbildung

### Zweites Kapitel Geschichtliche dogmatische Entwicklung des Schuldbegriffs — vom psychologischen Schuldbegriff zum normativen Schuldbegriff —

- (1) Deutschland
  - A. Frühere Lehre (Bd. 50, Nr. 3/4)
  - B. Der Schuldbegriff von heute
    - a. Müller-Dietz
    - b. Jescheck
    - c. Bauman/Weber/Mitsch
    - d. Schöch
    - e. Der funktionale Schuldbegriff
      - aa. Roxin
      - bb. Jakobs
      - cc. Streng