

Title	期待可能性の理論に関する一考察(一): 抽象的期待可能性と具體的期待可能性
Sub Title	A study on the theory of "zumutbarkeit" (1)
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1954
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.27, No.11 (1954. 11) ,p.32- 67
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19541115-0032

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

期待可能性の理論に關する一考察(一)

——抽象的期待可能性と具體的期待可能性——

中 谷 瑾 子

- 一 はしがき
- 二 ドイツに於ける期待可能性の理論の史的素描
 - 1 Lehmannsfall とフランク、J・ユールトシニエット、フロイデントール、E・シニエットの四使徒
 - 2 反對説としてのハンブルグ學派とキール學派
- 三 ドイツに於ける期待可能性の理論の現代的展開
 - 1 ライヒ裁判所刑事判例集六六卷三九七頁
 - 2 戦後ドイツに於ける通説的立場(制限説)
 - 3 オニラーに於ける否定
 - 4 體系的的位置變更の試み
 - 5 一般的超法規的責任阻却事由としての期待不可能性の擁護
- 四 日本に於ける期待可能性論の展開(以下次號)
 - 1 期待可能性の實體に關する分析的考察
 - 2 抽象的期待可能性——從來の我が國の學説に於ける行きき
- 五 抽象的期待可能性と具體的期待可能性
 - (a) 證憑湮滅致唆の場合
 - (b) 偽證致唆の場合
- 六 むすび

本稿は去る九月二十四日法學研究發表會に於いて報告したものに多少手を入れたものである。筆者は本報告後に於いてメツガーの七〇歳を祝う記念論文集に接し、特にヘンケル並びにガラスの論文に裨益されるところが多かつたが、その詳細については別に機會を得ることとし、本稿は最小限の補充訂正に止めたことを豫めお断りしておく。

法は一般に不可能を強いるものではない。もとより人間はその能力、素質、環境に於いて千差萬別であるから、時として法は不可能に近いことを要求することがあるように見えても、法の當爲(ソレン)が一般的に可能なことに基くものであるということは、法にとつて本質的な要請と云えよう。しかし乍らこの要請は、それ自らの中に矛盾しあう要素を内含すると云わなければならぬ。何となれば、可能か不可能かということは、本來的にはその行爲者との關連に於いて個別的・具體的に決定されるべきものであり、一般的に可能かどうかという抽象的・普遍的な思惟とは必ずしも調和すべきものではないからである。それは、本質的には、法の普遍性(法的安定性)と具體的妥當性の問題として把握されるのであるが、この二要素の何れにウェイトを置くかによつて、相對立する二つの立場があらわれる。即ち、一方には、この場合法の豫定しているのは、一般的な可能性であつて、人の個別的な可能性ではないから、法の世界ではいわゆる個別的な可能性に對する「當爲の優越」(Der Primat des Sollens)の原則が認められるのであつて、この原則なしには統一的な社會生活秩序というものは考えられない、として、かのカント派のフリードリヒ・シルレルの二行詩

“ auf theoretischen Feld ist weiter nichts mehr zu finden;

aber der praktische Satz gilt doch; du kannst, denn du sollst.”

を肯定する立場が、そして他方には、「汝は爲すべきであるが故に爲すことができない」(du kannst, denn du sollst.)という言葉は、たとひ道德の世界にのみあるべきであつて、法の世界には妥當しない。法の世界ではむしろ「汝は爲すことができるが故に爲すべきである」(du sollst, denn du kannst.)とする立場がそれである。

責任論は、刑法理論の中でも最も重要な問題の一であるが、ここでは法の命ずる一般的な當爲と、之を奉ずる具體的な人間の行爲の可能性との間の間隙をどのように埋めるべきかが大きな課題とされるのである。刑法に限らず、そも／＼法は當爲命題として原則的にその規範意味内容を貫徹しようと欲求するものではあるが(即ち法的安定性)、絶對的不可不(absolutes

Misson) として實現しようとするものであると解すべきではなからう(法の具體的妥當性)。規範的責任論の中心思想をなす期待可能性の理論も亦、正にこの點を捉えたものに外ならない。

期待可能性の理論については、我が國に於いては、既に周知の通り、佐伯千仞博士の「刑法に於ける期待可能性の思想」と題する六二八頁に及ぶ名著が關連問題の殆ど悉くを網羅しているのであるが、期待可能性の理論は、その發足と見られるフランク(Reinhard von Frank)の「責任概念の構成について」(Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907.)が一九〇七年に發表されてから殆ど半世紀、ドイツに於いて今尙論ぜられており、我が國に於いても亦採り上げられており、問題のすべてが解決された譯ではなく(ことにこの理論のハイマートについては道義的責任論からも社會的責任論からも、更に人格責任論からもそれ〴〵自らを主張してやまず、その對立は殆ど世界觀的對立とさえ解せられる程激しいものがある。法律學が純粹科學でない限り、世界觀的對立となれば水かけ論に終るの他ないであろうが、規範的責任論の本質をいつそう深く掘り下げることによつて、その性格をより明らかにすることができるのではないかと思うが、この問題に對して一義的な説明を與え得るか否かは、根本的には法學方法論にも關すること、早急には爲し能うところでもなく、本稿の直接的とするところではない)、更にその後のドイツに於ける學說、判例の展開は、日本に於けるそれとは大分趣を異にしているので、その事情を明らかにすると共に、我が國に於けるこの理論の展開に關する一つの考察を試みることも強ち無用のことではないと考ふる。

- (1) Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen. 39. u. 40. Aufl. 1950. S. 121 f. 〴〵
よな考をせずして「コールラウシヨの「刑事責任の基礎としてのメンタルタムネ」(Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung. Sonderdruck aus der Festgabe für Güterbock. 1910. S. 26.)に見られる。又「ヤームス・モルトシュミットは、法は一つの當爲であるが、しかしそれは可能を前提とすると考ふるのであるが、平均人標準説の立場から、この可能は、個人的、心理的のものではなく、客觀的、一般的に捉らえられなければならないものとし、他人にとつて可能なことは、行者にとつて爲すべきこととなる」というマンハインの言葉(Mannheim, Maßstab des Fahrlässigkeit, 1912. S. 43.)を引用して、

その限度に於いて、同様に考える。(J. Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff. Festgabe für R. v. Frank. 1930. Bd. I. S. 453.) 我が國に於いては武藤文雄・刑法における概念の規範的構成(昭和九年)特六一六三—一七〇頁に、同様の主張が見られる。

(2) 團藤重光・刑法Ⅱ、八八頁、弘文堂法律學講座。尙同様の考え方は井上正治教授に見られる。井上・刑法學(總則)一一七頁、同・目的行爲論の體系上の地位—犯罪論の二つの體系、法政研究二〇卷二—四合併號、二〇七頁。

(3) W. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre. 1949. S. 161; D. Oehler, Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen. Festschrift für W. Sauer. 1949. S. 262 ff.; A. Wegner, Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1951. S. 130 ff.; H. Henkel, Zutunbarkeit und Untunbarkeit als regulatives Rechtsprinzip. Festschrift für E. Mezger. 1954. S. 249 ff.; W. Gallas, Pflichtenkollision als Schuldverschuldungsgrund. Mezger-Festschrift. 1954. S. 311 ff. u. s. w.

(4) 木村龜二・期待可能性の再検討、法律時報二五卷七號五四—五頁、佐伯千似・終戦後の判例と期待可能性、刑法雜誌三卷三號一頁以下、瀧川幸辰・期待可能性の理論、刑事法講座第二卷二六五頁以下、同・期待可能性論の回顧、法學論叢五九卷一號一頁以下、牧野英一・期待可能性と最近の判例、期待可能性の意義及び價值、警察研究二四卷六・七號。

II

1 期待可能性 *Zutunbarkeit* の理論は——今更繰り返すまでもない程——周知の如く、人間の弱さ *humana fragilitas* に對する顧慮によつて、刑事責任——非難可能性 (*Vorwerfbarkeit*)——の限界づけを試みようとするものである。従つて、この理論を生々しい感動と共に世に普及させるに役立つフロイデンタールの「現行刑法に於ける責任と非難」が非常に感銘深いものであつただけではなく、元來この理論そのものがヒューマニズムに根ざすものであり、それだけに魅惑的なものであることは當然なことであつた。このことは、多くの批判や反駁があつても尙完全に之を解消してしまふことはできなかつたし、又道義的責任論、⁽⁷⁾ 社會的責任論、⁽⁸⁾ 人格的責任論⁽⁹⁾ という三つの相容れぬ立場によつてそれ／＼主張されていることに

よつても立證できると思う。

ともあれ、何れの立場からの主張であるかを問わず、期待可能性の不存在を理由として責任阻却 (Schuldabschluss) 又は責任免除 (Entschuldigung) を認めること——こゝでは期待可能性を故意、過失と並ぶ責任の要素と考えるか、⁽¹⁰⁾ 故意、過失に含まれる要素と考えるか、⁽¹¹⁾ それとも、單に責任阻却事由に過ぎないと考えるかは一應不問とする——は、かつてドイツに於いてむしろ支配的な學說であつた。ドイツに於けるこの理論の展開については、もとより佐伯博士の前述著書並びに諸論文——「刑法に於ける期待可能性の思想」は博士のこの分野における研究の集約であるが、なおそれに至るいくつかの貴重な論文も⁽¹³⁾ 忘れられてはならない——に極めて詳細な検討が爲されているが、更に瀧川幸辰博士が昨年ものされた「期待可能性論の回顧」は、文獻を網羅的に引用し乍ら、しかも極めて明快にその全貌を明らかにしておられるので、こゝで更に期待可能性の理論の史的發展について詳論を試みることは屋上屋を重ねるに等しいと云うべきであらう。従つてこゝでは論述と關連して必要な限度の素描に止めることとする。

責任能力及び故意、過失という心理的要素の他に義務違反という規範的要素を認め、これら諸要素をひつくるめて「非難可能性」(Vorwerfbarkeit) を以て責任の本質とする規範的責任論 (normative Schuldlehre)——従つて期待可能性の理論——は、一九〇七年にフランク (Reinhard von Frank) がギーゼン大學の創立三百年祝賀論文集に執筆した「責任概念の構成に關して」(Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907.) を嚆矢としてその後更にフランク、ミールトシュミット (James Goldschmidt)、フロイデントール (Berthold Freundenthal)、E・シュミット (Eberhard Schmidt) の四人の學者によつて、主として緊急避難(獨刑五四條)及び「飽きの程論せられた」(„in den satsam besprochen“—Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, Frank-Festgabe, Bd. I, S. 449) 例の「癖馬事件」(Leinentänfall, RGSt, Bd. 30, S. 25) を中心に展開された。

フランクは「責任概念の構成について」に於いて従来の心理的責任論が責任の本質を専ら外部的事實に對する心理的關係に求め故意・過失を責任の種類とするのに對し、日常生活上及び法律上裁判上に於いて用いられる「責任」という語の用語法を明らかにすることによつて之を批判し、責任が重いか軽いかの評價は「附隨事情」(begleitende Umstände)の如何によつて左右されるとして、この「附隨事情」を責任能力、故意・過失とならぶ第三の責任要素、特に重要な要素と考えたのである。その後フランクの理論は種々批判に遭つて動搖し、そのコンメンタールの版を重ねる毎に書き改められたが、期待可能性の大小によつて非難可能性——従つて責任——の輕重がきまるといふフランクの根本思想は一貫して流れてきた。そして結局最後の二八版(一九三一年)では「責任は自由、目的、及び認識された、若しくは認識可能な結果によるある違法な態度の非難可能性」と定義つけられている。⁽¹⁶⁾

フランクの一九〇七年の論文に次いで、その六年後の一九一三年にはゴルトシュミットの「責任問題としての緊急避難」という論文がオーストリー刑法雑誌に發表された。彼はこの論文の中で、ドイツ刑法に於ける緊急避難を責任阻却原因と解し、この場合阻却されるべき責任要素は責任能力、故意・過失(心理的要素)以外の第三の責任要素、即ち規範的要素(義務違反)に他ならないとし、獨特の規範論を展開して法規範とは獨立の義務規範に責任の基礎づけを求めた。この規範論は後に「法と道徳との混同」といふ非難を受け、規範的責任論を主張する學者即ちE・シュミットやメツガー(Edmund Mezger)の規範論による修正を受けることゝはなつたが、期待可能性の理論にとつて、それはまことに輝しい理論的な基礎を與えたものであつた。⁽¹⁸⁾

ゴルトシュミットはその後一七年にして再び期待可能性論を論じた。フランクの七〇歳を祝う、記念論文集に執筆した「規範的責任概念」がそれで、再び「法規範に對する義務規範の獨立性」(die Selbständigkeit der Pflichtenormen)を掘り下げ擁護しつつ反對論に對決したのである。

規範的責任論の最も熱烈な支持者としてあらわれたのは、云うまでもなくフロイデンタール(Berthold Freudenthal)である。彼が期待可能性について論じた「現行刑法に於ける責任と非難」(一九二三年)⁽²⁰⁾はわずかに二八頁の短いものであつたが、「そのような状態に於いては何人もそのように行爲したであろうと考えられるような人」がしばしば「刑法上責任があるとして有罪判決を受けることになるのは」「法律と國民の間隙」(„Kluft zwischen Volk und Recht“)であつて一刻も早く除去されなければならないとし、「釋馬事件」、「ごうのとおり事件」、「シシリー女のテルラノワの復讐殺人事件」等⁽²¹⁾、いろ／＼な具體的事例をあげて、一般人にもわかり易く、「不可能なことは義務ではない」(Impossibulum nulla est obligatio)の原則を貫徹することを主張し、多大の反響をまき起したことは周知のとおりである。フロイデンタールは「期待可能性」を故意・過失に共通する「倫理的責任要素」と考え、故意と過失とを全く平等に取り扱つた。彼の論理には些か飛躍があり、表現もあまり適切でないものがあつたので、規範的責任論に對する反對ののろしは、主としてフロイデンタールの論文を中心にしてあげられた。⁽²²⁾フロイデンタールはフランクの祝賀論文集になくはならない「規範的責任概念」に關する論文を執筆することになつてゐた。もしこれが實現できたとしたら、フロイデンタールの反對説に對する駁論を聞き得たであろうが、惜しいことにその前に急逝してしまつた爲にゴールトシュミットが代つて執筆することになつたのだといふ。⁽²³⁾

次いで期待可能性の理論を集大成し、且一應論理的な完結をもたらしたと云われるE・シュミット(Eberhard Schmidt)が登場する。E・シュミットはリスト(Hr. Franz von Liszt)の死後、その「ドイツ刑法教科書」の繼續發行を委嘱されたリストの高弟で、恩師の理論構成を忠實に守つて二三版(一九二一年、二四版(一九二二年))を刊行したのであつたが、一九二七年の二五版を出版するに當り、「責任は社會的情操の缺陷である」としたリストの責任概念を「責任とは違法行爲の非難可能性であつて、その行爲を惹起した心理過程の缺陷に基く」と變更した。シュミットに於いて特徴的なのは、ゴールトシュミットが法規範に對立する義務規範に責任の根據を求めたのに對し、之に對する「法と道德の混同」といつた非難をさける

爲に、法規範の中に、評價規範としての機能と決定規範としての機能の二作用を認め、恰もゴールトシュミットが「法規範と義務規範」とを對立せしめたように、E・シュミットは「評價規範」と「決定規範」とを對立せしめ、責任の根據を法の外にある義務規範に、ではなく、法の中で作用する決定規範に求めたこと、期待可能性の標準をゴールトシュミットの線に沿つて一層明らかに平均的國民の典型 (Durchschnitts-Staatsbürgertyp) —— 平均人 —— に求めたこと、更に期待可能性の理論と社會的責任論、犯罪徵表説とを結合させたことの三點に集約される。

フロイデンタールの行爲者標準説から、ゴールトシュミット、E・シュミットの平均人標準説とうつり、ことにE・シュミットによつて社會的責任論との調和が強調されてから、期待可能性の思想はドイツ刑法學界に於いて廣く支持されたばかりでなく、我が國に於いても最初規範的責任論に對して批判的であつた木村龜二教授を始め、牧野英一博士、武藤文雄氏等⁽²⁶⁾ いわゆる社會的責任論と稱せられる學者達によつても歡迎され、支配的なものになつて行つた。⁽²⁸⁾

2 しかし期待可能性の思想と雖も無人の境を行くように一般に受け入れられたのではない。ヒューマニスティクな「人間の弱さ」に對する顧慮を中心とする期待可能性の思想は、形式的な自己貫徹性を宿命づけられている法規範に對して矛盾する。そこで、期待可能性の理論を無限に認めるときは法秩序を維持し難くなつてしまふという聲がでてくるのは當然であると云えよう。そこでシュミットは期待可能性の標準を平均人に求めることによつて、理論の一貫性は犠牲にしてまでも之を限界づけ、ゾレンとケンネンの妥協を試みようとする。かくて當然のこととして反對論が起つた。その主なものとしてはリープマン (Liepmann)、グロスマン (Grossmann)、シューヤッハル (Schunacher) 等いわゆるハンブルグ學派と、ナチス刑法の牙城、シャッフシュタイン (Schaffstein)、ダーム (Dahn) 等を中心とする、いわゆるキール學派をあげるこ⁽²⁷⁾とができる。

まずリープマンは、これらの反對陣營の中で最も好意的であつたが、フロイデンタールの「責任と非難」が出た時いち早

く「全刑法雜誌」にその書評を試み、次のように述べている。「この本の價值は行爲を行わないという期待可能性の思想が、すでに考慮されている過失及び緊急避難から、これまで市民権の與えられていなかった故意の領域に移され、規範的——倫理的な見地によつて支えられた統一的な責任論が開拓されたという點にある。私の第一印象は腹臍なく賛成ということであつた——がそのうちに次のような點が疑わしくなつてきた。」⁽²⁹⁾として結局フロイデンタールの故意論(期待可能性論を過失に於けると同様故意についても適用する)を批判しつゝ、かりに緊急避難を責任阻却事由だとしても、それを擴大して一切の犯罪類型に及ぼすことは例外の不當な原則化であつて許されるべきではない。元來刑法は無上命令的な性格をもつもので、それが受規者たる個人にとつて重荷となることは始めから分り切つたことで何等辯解の理由にはならない。フロイデンタールのいわゆる「このどりの事件」の産婆にしても決して他の行爲の可能性がなかつたとは云えず、この程度の法と公平感情との矛盾は、刑の量定や恩赦權の活用によつて斟酌すれば充分だとするのである。⁽³⁰⁾更にグロスマン、シューマッヘルも同様な見地から期待可能性の理論を「軟弱な」、融通のきゝ過ぎる「女々しい」今日の倫理感の反映と見、⁽³¹⁾或いは「個人主義的」な「刑法の自由法運動」だと非難した。

このようにしてハンブルグ學派を先驅とする反對論はナチス法學のもとで最も徹底した形であらわれたのは、本質的に見てむしろ當然なことであつた。なぜなら、期待可能性の理論は前にも述べた通り、元來ヒューマニスティックな「人間らしい弱々」(humana fragilitas)を顧慮し、「可能性」^(ケレンネン)に責任非難の基礎を求めようとするのに對し、ナチス法學は民族共同體の維持、發展を法の使命として掲げ、この全體的利益を促進する爲に、部分に對する全體の優越を主張し、刑法に於いては特に罪刑法定主義を放棄するに至つたくらいであるから、期待可能性論を否定するのは當然である。

シャッフシュタインは、一九三三年「一般的超法規的責任阻却事由としての期待不可能性」(Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner ubergesetzlicher Schulausschließungsgrund, 1933.)をひびきかけて規範的責任論の全面否定へと乗り出

して來た。彼は問題點を三點に捉え、責任概念の規範的構成、超法規的責任阻却事由の存在の二點について肯定し乍ら期待可能性の不存在を以て超法規的責任阻却事由と認めることだけを否定するのである。そして彼は從來の規範的責任論を個人倫理的立場（フロイデンター）、一般豫防論的立場（メツガー）、特別豫防論的立場（E・シュニット、コールラウシュ）の三つのグループに分つて各個擊破を試みているが、第一の立場に對する非難は結局「確信犯人の問題こそはフロイデンターの責任論のカーブホルンである」と云つたシューマッヘルを出たものではなく、第三の立場について「期待可能性のない場合には責任が阻却される」とすること、及びその標準として平均的態度を認めることは、犯罪徵表説をとり、且純粹に特別豫防論的な立場をとることと矛盾するものでなく、むしろ論理的には首尾一貫する⁽³³⁾が、現行刑法はあくまで行爲責任論であつて性格責任論をとるものではないから、實定法の理論として採用することができない、といふのである。シャッフシュタインの理論は、當時の社會的、政治的指導理念と、彼自身の刑法學界に於ける指導的地位の故に、かなり強力なものと目された。しかし期待可能性の思想はシャッフシュタインの故意・過失を問わぬ全面的な否定にも拘らず霧消し去つたものではなく、逆にナチス法學の陣營からの反省も起り、一方E・シュニット、メツガー等ドイツ刑法學界の主流をなす學者の支持の下に生きつゞけ、それらは又我が國に移植され、展開されて來たのである。

(5) B. Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. 1922.

(6) 期待可能性の理論を全く否定してしまふとする學者としては次のような人々が擧げられる。Liepmann, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 43. (1922) S. 710-713; Schunacker, Um das Wesen der Strafrechtsschuld. 1927; Groszmann, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. 1924; Schaffstein, Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldanschließungsgrund. 1933.

(7) 小野清一郎・新訂刑法講義一五六頁以下。

(8) 木村龜二・新刑法讀本一九〇頁以下、同・刑事責任の本質、法哲學四季報第二號刑事責任の本質所收、特に一一頁以下、武藤文雄・刑法における概念の規範的構成特に一六九頁以下、牧野英一・刑法研究第五卷四九七頁以下。

- (9) 團藤重光・刑法Ⅱ八三頁以下、同・人格責任の理論、法哲學四季報第二號刑事責任の本質所收一〇〇頁以下、井上正治・刑法學(總則)一二五頁。
- (10) このような考え方をするのはフランク、ゴルトシュミット、宮崎澄夫・刑法總論一〇四頁、一二二頁、平場安治・刑法總論講義、九二頁。
- (11) この立場はフロイデンタール、M・E・マイヤー、E・シュミット、瀧川・刑法讀本七六頁以下、同・犯罪論序説一〇八頁、小野・刑法概論一四三頁以下、特に一五四頁、團藤・刑法Ⅱ一一〇頁、一一八頁以下。
- (12) 佐伯・刑法總論一一五頁、一四九頁、同・刑法に於ける期待可能性の思想三四六頁以下、不破武夫・刑事責任論一九八頁以下、井上正治・刑法學(總則)一二二頁。
- (13) 佐伯・規範的責任概念の一考察(法學叢報二五卷)、刑法に於ける期待可能性の思想(同二八卷)、一身刑罰阻却原由(同三四卷)、主觀的違法要素(同三七卷)、刑法に於ける所謂キール學派について(同三八卷)、責任と危険(同四一卷)、期待可能性に関する錯誤(同四三卷)、期待可能性の理論と法規範の構造(同四四卷)、期待可能性の標準(同四五卷)等、著者の京大在職中法學論叢誌上に發表された諸論文。これらは後に單行本としての『刑法に於ける期待可能性の思想』に集大成され且、部分的な修正を受けているが、なお獨立の論文としても價值を失わない。
- (14) 瀧川・前掲期待可能性論の回顧一四五頁。
- (15) しかし、平野助教教授は主觀的違法要素の面から故意、過失を構成要件要素と解し、更に主觀的要素を、目的として觀察される故意と動機として批判される犯意とに分け、故意は違法要素に、犯意は責任要素に屬するものとされる。(平野・故意について、法協六七卷四號三五頁以下)。
- (16) Reinhard von Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931. S. 138.
- (17) James Goldschmidt, Notstand, ein Schuldproblem. 1913.
- (18) 法規範の中に評價的機能と決定的機能とを認め、違法を評價規範に、責任を決定(命令)規範に屬せしめようとするE・シュミットやメツガーの規範論はゴルトシュミットの規範論の修正として展開されたものではあるが、これとて完全なものとは云えない。何となれば、違法も亦決定的な側面を、責任も亦評價的な側面をもつものであることは疑がないからである。後述のようにオエラーの考え方はゴルトシュミットの線に沿いながらこの方向に深められて行く。
- (19) J. Goldschmidt, Normativer Schuld begriff. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag. 16. Augst. 1930.

(20) B. Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch von 1919. 1922.

(21) 期待可能性の理論に關する(の三つの事例はあまりにも有名であるが、念の爲一應その概要にふれることとする。

(1) 『辯馬事件』(Lehnfängerfall) ライヒ裁判所刑事判例集三〇卷(一八九八年)二五—八頁。

被告人たる辻馬者の馭者は一八九五年一〇月から雇主の二頭立の馬車を使つていたがその中一匹の馬は、ときどき手綱を尻尾で叩いてその下にはさみこみ、頭を押しつける癖のある(Lehnfänger)馬であつた。このことは被告人も雇主もよく知つていた。たまたま一八九六年七月一九日、街道を走つてゐる時にこの悪癖がでてセーブしようがなくなり、遂に道を歩いてゐた鍛冶屋を倒して脚を折つてしまつた。馭者は過失傷害罪で起訴されたが第一審グライウィッツ地方裁判所で無罪とされ、更に検事の上告に對しライヒ裁判所はこれを棄却した。被告人に對して、雇主の命令を拒んで、そのために自分の地位を失う方が、雇主から與えられた馬を走らせて、意識しながら、他人の身體傷害を可能とすることよりも義務として期待できるだろうか。或いはこの他人の身體傷害の可能性に對する顧慮は自己の職を失わないために主人の命令に従おうとする衝動程には大きくないものとして、後の衝動を優先させることを認めるべきではなからうか。という理由による。

(2) 『うのとり事件』(Fall vom "Klappenstorch")

聖Yという鑛山では日曜日以外の日に子供が生れると、鑛夫に有給の休暇が與えられることになつてゐた。しかし、『うのとり』(赤ん坊を連れて來るといふ傳説のある)はそんなことにはおかまいなしで、日曜にも訪れた。そこで鑛夫たちは臨時のお休みがふいにならぬように、日曜日に生れた子供も次の月曜日に生れたように申告することを産婆に頼みこみ、産婆がこれを拒むとそれなら皆もつと親切な産婆に頼むばかりだと脅かされてそうすることが習慣になつた。このことがわかつて刑事問題になつたらしい。拒むと産婆は仕事を失うおそれがある。生活のためにやむを得なかつたらう、従つて虚偽の申告の責任は免除される、というのがフロイデンタールの意見である。

(3) シシリイ女テララノワの復讐事件。

シシリイ女テララノワ(一九才)は伊太利人と幸福な結婚生活を営んでいたが、あるとき、かつて彼女を世話したことのある伯母が、その伊太利人に對し、彼の妻はかつて伯父と性的關係を結んだことがあると洩らしたために彼はテララノワを見捨ててしまつた。そこで彼女はシシリイの民族觀念に従つて伯父夫婦に對し復讐して名譽を回復しようとし、二人を殺害してしまつた。陪審は彼女に無

期待可能性の理論に關する一考察

罪を評決した。フロイデンタールはこの場合若干の疑問があり、違法の認識が缺けていたという理由でも説明できるが、又他の行爲の期待可能性がなかつたとも説明できるとした。

- (22) Liepmann, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 43. (1922) S. 710—713; Grossmann, Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. 1924; Schumacher, Um das Wesen der Strafrechtsschuld. 1927; Marceus, Gedanke der Zurechenbarkeit. 1927. u. s. w.
- (23) Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff. Frank-Festsgabe. Bd. I. S. 428.
- (24) 佐伯・刑法に於ける期待可能性の思想。九五頁以下。
- (25) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927. S. 215. (Schuld ist die Vorwerfbarkeit einer rechtswidrigen Handlung im Hinblick auf die Fehlerhaftigkeit des sie verursachenden psychischen Vorganges.)
- (26) 例えに W. Sauer, (Grundlagen) P. Merkel, Graf zu Dohna, Hegler, Kohlransch, Wegner, Marceus, Siegert.
- (27) 木村龜二・刑事責任に關する規範主義の批判。法學志林三〇卷(昭和五年)。
- (28) 前掲註(26)参照
- (29) Liepmann, Literaturbericht. ZStW. Bd. 43. (1922) S. 712.
- (30) Liepmann, a. a. O. S. 712 f.
- (31) Grossmann, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. 1924. S. 8.
- (32) Schumacher, Um das Wesen des Strafrechtsschuld. 1927. S. III.
- (33) Schaffstein, Die Nichtzurechenbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldauflösungsgrund. 1938. S. 53.

III

1 その後、ドイツの刑法學界に於ける通説的な期待可能性の理論が一九三二年一月一日のライヒ裁判所第一刑事部判決を基礎として展開されていることは、すでに木村教授の指摘されたところである。⁽³⁴⁾

一九三二年一月一日、ライヒ裁判所第一刑事部判決、刑事判例集六六卷(一九三三年)三九七—四〇〇頁は、

1、現行法上故意犯の場合に、行爲者に、法律上規定された責任阻却事由以外の責任阻却事由が認められ得るだろうか？

2、(a) 刑法五二條（筆者註、強制の規定）、五四條（同、緊急避難の規定）に規定された強制状態及び緊急状態という責任阻却事由を承認するため（zur Annahme）には、全くとるに足りないような身體の危険で充分であろうか？

(b) 強制状態又は緊急状態を認めるためには、危険の重さと防衛行爲に存する法益侵害の重さとの間にある種の關係が必要であろうか？

という見出しで、一つの偽證罪事件について論じたものである。

判決要旨によればこの事案の内容は次のようなものである。

「被告人B女は共犯者Hに對する官吏侮辱罪に關する刑事訴訟手續に於いて、證人として、その知るところに反して、Hが侮辱的言辭を弄したことを聞かなかつたと陳述した。この意識的な虚偽の陳述をば彼女は宣誓して裏付けたのである。彼女はこのことを認めたが、彼女は緊急状態に於いて行爲したのだと異議を申立てた。即ちHはもし彼女が彼にとつて都合の悪いことを陳述するならば、彼女は彼女を打ち、又ははや彼との間に儲けた子供達の生活をみてやらないだろうと脅かしたのである。陪審裁判所（ツヴィカウ陪審裁判所）は、被告人B女が彼女自身の陳述の後に、彼女がそれに價するならば彼女を打つことをHにたび／＼／＼すゝめて居たのであつて、彼女がHの打つという脅しを甚しい害悪と感じたこと、緊急状態を認めることが正當とされるということは、このような事情の下では認められず、更に又眞實に反した證言は現在の危険から逃れる爲になされたものではなかつたこと、即ちそのような危険は存在しなかつた、という理由で刑法五四條の適用を否定したのである。」

この第一審、ツヴィカウ（Zwickau）陪審裁判所の判決に對して、刑法五四條を適用しないことの理由づけが不充分であるとして上告が申立てられた。ライヒ裁判所はこれに對して「異議を申立てられた判決の理由づけは勿論全く非難の餘地のあるものである。」

ないものではないが、やはりなお、事情上その判決は正當と認められるのに十分である”として次のように判示している。

「緊急状態の問題を論じながら判決理由に於いても上告理由に於いても、被告人の防禦の提出は、彼女が現在の、他の方法では避けることのできない、彼女自身の身體若しくは生命に對する危険を伴う脅かしによつて、偽證せざるを得なかつたのだという主張を含むこと、従つて被告人は實は刑法五二條の意味に於ける緊急状態(強制状態)に基いてるのであつて、刑法五四條の意味に於ける緊急状態(緊急避難)に基いてるのではないということが見損われてゐる。刑法五四條の緊急状態は五二條の緊急状態とは次のような點で全く異つてゐる。即ち、その危険は概して脅迫によつてではなく、自然力によつて生じたものであるか、あるいは、なるほどその危険は脅迫に基くが、脅迫者は防衛行為を強制したのではない、かの何れかである。しかるに被告人は正に防衛行為を強制されたこと(die Abnötigung der Abwehrhandlung)を主張してゐるのである。

又緊急状態(強制状態又は緊急避難)の故に故意になした虚偽の宣誓が責任を免除されるものではないことはライヒ裁判所の判決に於いて認められてゐる(刑事判例集六六卷九八頁、同六六卷二二三頁、法律週報一九三三年三〇六八頁等)。本件の判定のためには第一刑事部の一三四一號の三一の判決(筆者註、判例集六六卷二二三頁)に於いて明らかにされた、現行法の緊急状態の諸規定に共通な根本思想が重要なのである。これによれば、それらの規定に於いては自己又は親族の身體若しくは生命に對する現在の危険を免れる方法が構成要件該當の違法な行為より他に見つけることのできない行為者に對して、一定の條件と結びつけられた責任阻却事由が規定されてゐるのである。これ等の諸事由は、その本質上責任阻却的に作用するところの刑法五一條(筆者註、責任無能力、限定責任能力の規定)の意味における自由な意思決定の完全な欠如——内面的な事情に還元しうる——と並んで、特殊な外部的事情によつて生じた自由な意思決定の異常な(außergewöhnlich)侵害、異常な精神的壓迫も亦考慮され得るものであり、行為者が特別な法規定によつて、敢然と危険に立ち向うべく義務づけられていない限り、その

壓迫が自己維持の本能やこれと類似の、親族保護のための本能を考慮する際、合規範的な態度を、期待できない、と思わせ、従つて規範侵害を、免責し得る、ものと思わせるのであるということを認識することに基くのである。こゝに期待可能性の概念を用いたからと云つて決して、法律週報の上述判決の爲の註釋の中で、可能なものとして認められたように、法律上限定された場合を超えた、期待不可能性の超法規的責任阻却事由が認められてはならないだろう。當部は、むしろ責任阻却事由の沿革を顧慮して、現行法上故意犯の場合には法律に規定された責任阻却事由以外の責任阻却事由は行爲者の爲に認められないという見解をもつものである(傍點筆者)。……又ライヒ裁判所の判決(五八卷九七頁、六〇卷一〇一頁、六三卷二三三頁。筆者註、期待可能性に關する著名な判例)からも、故意犯の場合に期待不可能性の超法規的責任阻却事由を認めたとの推論されてはならない云々⁽³⁵⁾。そして第一審判決を支持しながら……危険が現在のものとして考慮せられうるかどうか、及び偽證の實行が彼女を守る唯一の手段であつたかどうかの問題は調査される必要なく、自稱の緊急状態は、異議を申立てられた判決の理由づけに對して問題とはならない⁽³⁶⁾と結論づけられている。

この判決に於いて重要なことは、超法規的責任阻却事由としての期待不可能性を過失に限定して、故意犯についてはこれを否定した點にある。

2 そこで、次にこの判例を中心として學説がどのように展開されているかを見て行こう。

まず、現在の我が國の刑法學に最も大きな影響を與えているメツガー(Edmund Meger)を見よう。メツガーは、その刑法教科書第二版までは、過失について、期待可能性のないことを超法規的責任阻却事由と認めることの正當なことを“Leindefangfall”等三つの判例を引用し乍らこれを肯定するだけではなく、進んで過失について正當なことは、故意について不當である筈がない⁽³⁷⁾というフレイデンタールの命題を是認して、期待不可能性という、超法規的・特別責任阻却事由は、故意行爲の領域に於いても亦正當と認められる⁽³⁷⁾と論結しているのである。たゞ、メツガーは、期待可能性論

の故意への擴大につきフロイデンタールのように無條件ではなく、極めて慎重で、次のような警告を發している。即ち、勿論この原則（筆者註、故意の領域に於いても期待可能性のないことを超法規的特別責任阻却事由と認めること）の適用に當つては、フロイデンタールの論文よりも一層大きな注意が必要である。まず第一に過失の領域で獲得した立場は決してそのまま故意へ持ちこまれてはならないということが確立されなければならない。なぜなら、例えば、行爲者に、あるいは好ましくない結果が單に可能であるというような程度で豫見されたにすぎない場合（即ち過失の場合）には、その態度を斷念すること、即ち反對行爲が期待できないとしても、侵害の結果を確實なものとして豫見した場合（即ち故意の場合）には、そのような期待が可能であり、従つて責任阻却事由は興えられないという場合があり得る。又、未必の故意（*Dolus eventualis*）と直接故意（*Dolus directus*）もフロイデンタールのように常に等しく取り扱うべき必要はない。更にフロイデンタールは、期待不可能性という責任阻却事由が、たゞ單に評價的裁量（*wertendes Ermessen*）という比較的狭い範圍に於いてのみ認められるに止まるのであつて、それ以上に、法益評價の實定性に何らの變更をも加えるものではないということを餘りにも看過しすぎている。或いは言葉をかえて云うならば、期待不可能性という責任阻却事由の中で爲されなければならない評價の個別的な適用ということは、實定法上の評價を變更することはできないのであつて、單にそれを完成するという役目を持つているに過ぎない（要するに期待可能性がないからと云つて、それだけですぐに實定法が法益についてなしている價值判斷を替えるということではないという意味）。フロイデンタールは、こののとおり、事件の無罪判決に賛成しているが、若し侵害された法益に對する正しい評價というものがなされたとすればこの事件を無罪とはしないだろう。法律は時として可罰的な行爲を避けるために個人の犠牲を要求するのであるから、産婆は出産登録簿に不實の申告をしたことについて、さし迫つた商賣上の損害を引合ひに出して責を免れるということではできない。⁽⁸⁸⁾メツガーはこのように論じて一應故意、過失の兩方について期待可能性のないことを理由とする責任阻却を認め乍らも故意については實定法の評價を變更することは許されないのだとして極めて限定

的であり、そこにすでに今日の彼の改説の素地は充分看取し得る。即ち彼の今日の所論はたゞライヒ裁判所の判決（判例集六六卷三九七—四〇〇頁）によつてその裏付けを得て理論を發展させたのであつて、この判決に刺戟されて突如として彼の従来の説と全くちがつた方向に轉向したのではないことを指摘したい。メツガーは今次大戦後第三版を出版するに當り、その序文で舊説を改めてライヒ裁判所の判決（六六卷三九七—三九九頁）に照して期待不可能性という責任阻却事由の効力を原則として制限する旨を明らかにし、*「以前から、法秩序を個人主義的に解消するという意圖は毛頭なかつたのだが、故意行為について期待不可能性（という責任阻却事由）を一般的に承認することは、誤解と濫用へと導くことがあり得ると思ふ。しかし、過失行為にとつて、期待不可能性を特に強調することは不可缺であり（たとえ教科書三七一—三七二頁の敘述が依然として理論的な考慮を必要としても）、すでに過失概念の中で、考慮せられ得る」*ことだとしている。⁽³⁹⁾そしてその「第三版のための補充的考察」という副題を附せられた「刑法解釋學の現代的方法」⁽⁴⁰⁾に於いても、責任論の構成を(1)責任能力、(2)非難される意思方向 (*miffligte Willensrichtung*, a' 故意, b' 法背反性, *Rechtsfeindlichkeit*, c' 過失)、(3)責任阻却事由とするのであるが、こゝで責任阻却事由としているのは「現行法で特に認められた」もの限り、個別的に刑法五二條、五四條、五三條三項（筆者註、過剩防衛）、違法な拘束力ある命令、刑法二五七條の自己庇護について、責任を阻却するような義務の衝突があつたり期待可能性がないことを列擧し、「この場合重要なのは常に……行為者の「不可能」(*Nicht-Können*)ということではなくて、個々の場合に、期待可能性がないということのために、若しくは唯「人間らしい弱さ」(*humana fragilitas*)を考慮して責任を減輕するということである」と述べている。⁽⁴¹⁾そして更に刑法概論の總論では次のように論じている。*（ヤム長くなるが、本文を引用することとする。）*「與えられた事情の下では行為者に他の行為を期待することができないということが法律によつて認められる場合には行為者に責任がない。教科書三七〇—三七四頁は、期待不可能性を一般的な責任阻却事由とし、故意の領域に於いても過失の領域に於けると同様これを認めた。しかし乍らその場合でも個々の行

爲者の個人的な評價ではなく、法秩序及び實定法の客觀的な評價が問題になるのであるということは教科書三七四頁に於いて明らかである。従つて、勿論、たとえばフロイデンタールから引き出された線とは反對に、法秩序の、個人主義的な、解消ということは問題になり得ない。それにもかゝらず、そのような期待可能性の思想を一般的なものとして表現することは構成要件該當の行爲の責任免除を餘りに擴大しすぎるといふ危険を内含するものであり、従つて避けた方がよいということを見損つてはならない。このことをライヒ裁判所の刑事判例集六卷三九七頁以下三九九頁の判決は詳細に述べて、期待可能性の思想の適用を、故意の自己庇護を無罪とする(判例集六〇卷一〇一頁、六三卷二三三頁、七〇卷三九〇頁)という範圍に制限している。我々は教科書同所に於いてこの見解と異つていたが、すでにグルンドリス⁽⁴²⁾二二頁に於いて賛成し、今又これに從う。判例集三〇卷二五頁の „Leinentängerfall“ 同三六卷七八頁のその子供を手術させなかつた父親の事件、同三六卷三三四頁に於ける妊娠中絶事件、及び類似の事件は、これを他の關係(義務の衝突、刑法五四條の緊急避難及び類似のもの)の中に、一般的にその適切な解決を見出すのである。⁽⁴³⁾

三書を通じてメツガーは一貫して、一般的責任阻却事由としての期待不可能性を否定し、ライヒ裁判所の判例の線に沿つて故意の場合の適用を制限している。期待可能性の理論としては著しい後退といわなければならぬ。このような思想傾向をわれわれはすでにマルツェトウス(Marcus)⁽⁴⁴⁾や特にドワロスト(Drost)⁽⁴⁵⁾に見るのであるが、當時(一九三〇年前後)それがそれ程有力なものではなく、未だ一般の承認を得るに至つていなかつたことはメツガーの舊版等に照して明らかである。しかし現在そのような思想傾向がメツガーに特有なものか、それとも今日のドイツの刑法學界にむしろ一般的なものか、明らかにされなければならない。

そこで、次にメツガーが Studienbuch の中で自説と同意見として紹介したシェーンケ(Adolf Schönke)のコメントと
ール及びヴェルツェル(Hans Welzel)を見ることしよう。

シェーンケは、「責任は規範的に評價された事實關係である。」⁽⁴⁷⁾として規範的責任論を肯定するのであるが、責任阻却事由については法律上規定された以外の場合を認めず、「期待不可能性は決して超法規的な責任阻却事由ではない。文献の中では屢々、その事情上、行爲者に對して、當該態度以外の態度が期待できない場合には、行爲者の態度は有責なものとして評價され得ないという見解が主張されているが、この見解には従うことができない。ことに、五二條、五四條の免責事由が期待不可能性の思想に基いているということから、一般的に、期待不可能性が責任阻却事由であると論結してはならない。但し、個々の條文の解釋に際して、期待可能性の問題はあくまでも重要な意義を持ち得る。解釋によつて例えば自己庇護の無罪ということは導き出される。」⁽⁴⁸⁾とする。

又、ヴェルツェルは、教科書第二版までは、「目的行爲論(Finale Handlungslehre)の立場から、正當防衛、緊急避難等緊急行爲一般を違法阻却事由と解し、その中で「いわゆる超法規的緊急避難」の項で期待可能性論を論じていたが、⁽⁴⁹⁾刑法體系の新構想⁽⁵⁰⁾」及び第三版ではこの體系を變更して(メツガーが少くとも故意については同説だとして引用しているのは一九四七年の初版である。しかし體系的地位に變更はあつても限界づけは同様である)緊急避難については二分説を採用し、又「意思形成の非難可能性」を以て責任の本質と解し、⁽⁵¹⁾之に知的要素(Intellektuelle Momente、構成要件實現の認識と違法性の認識)と意的要素(Voluntatives Moment)とを認め、⁽⁵²⁾後者のサブタイトルを「法服従の期待可能性」(Die Zumutbarkeit des Rechtsgenossams)として、期待不可能性の免責事由を認めている。即ち「……非難可能性の内容は、正に、行爲者がその意思を違法に決定する代りに適法に決定すべきであり、且、決定することができたということにある。法は原則としてその意思形成の違法性を認識することのできる責任能力者に、この可能な洞察(Einsicht)にふさわしく彼の意思を決定すべきことを期待するのである。それにも拘わらず、重々違法を認識し乍ら行爲する責任能力ある行爲者に對して、適法行爲を期待することのできない決定的な事情が存在する場合がある。勿論法はそのような事情を、その規範の實効力のために非常に狭く限界づ

けなければならぬ。⁽⁵³⁾ このようにしてヴェルツェルは、過失犯については一般に期待不可能性による免責を認め乍ら、故意犯については不作爲の場合を除いて、反對している。即ち故意犯については、法は、責任能力のある行爲者に對して、違法の認識 (Einsicht) が可能な場合には適法な態度を決意すべきことを (過失の場合よりも) はるかに強く期待する。

1、興奮状態の影響は——それが一般的な責任能力を阻却若しくは減輕しない限り——過剩防衛の際の恐怖、驚愕、狼狽のような興奮 (これは責任を完全に阻却する。五三條二項) を除いて、たかく責任減輕的に考慮されるにすぎない。

2、正當な利益を保護するため、適法行爲が期待されないとすることを、法は故意犯については認めない (判例集六六卷三九七頁) のであつて、責任免除を身體及び生命の緊急の場合に限るのである。たゞし、個々の犯罪については犯罪庇護や偽證緊急状態 (一五七條) の場合のように比較的軽度の危険を以て満足している場合がある。しかし、一般に不作爲犯の場合を例外とするのであつて、その場合、故意の不作爲であつても、期待可能性がないということによつて正當な利益の侵害が免責され得る。⁽⁵⁴⁾ このように論じているヴェルツェルは、故意の不作爲犯の場合を區別している點で特色はあるが、故意犯一般について期待不可能による責任阻却を認めないという點でメツガーと軌を一にするものである。このことはまことに注目に値するものといわなければならない。云うまでもなくヴェルツェルは目的行爲論 (finale Handlungslehre) の提唱者として刑法の體系づけ及び刑法解釋學に劃期的な影響を興えつゝある學者であつて、その行爲論を中心としてメツガーの所説とは對立しているにも拘らず責任阻却としての期待不可能性の適用を同様に、大體過失に限定しようとしていることはドイツに於いてこのような傾向が一般的に承認されるものであることの一つの證左ではなからうか。

メツガーの引用には見られないが、コールラウシュランゲ (Kohrausch-Lange) も同様の見解を明示している。即ち、コールラウシュランゲのコンメンタール三九・四〇版は、刑罰阻却若しくは減輕事由を論ずるに當り、その前註の箇處で、

「責任は（、違法な、行為にも拘わらず）次のような場合に阻却される。a、責任無能力の場合、b、錯誤の結果、その行為を故意又は過失責任に歸せられない場合、c、納税義務の範囲について錯誤があつた場合のように、違法を行うことを認識する可能性のない場合、d、故意行為であり、しかも違法の認識が可能であつたにも拘らず緊急避難（五四條）、強制（五二條）、過剰防衛（五三條三項）の場合には責任が阻却される。e、dに擧げられた以外の免責事由は法律上認められない。即ちそれ等を容認することは法律違反である（傍點筆者）。特に、かの免責事由が期待不可性の思想に基いているからと云つて、期待可能性が一般的な責任條件（*allgemeine Schuld voraussetzung*）であると論結することはできない。適法な態度の期待不可能性というものは、故意については、立法者が一定の責任阻却事由を認めた時に考慮された一つのものに過ぎないのであつて、それは單なる立法理由（*ratio legis*）に過ぎないが、裁判官によつては法規を超えて（*praeter legem*）若しくは更に法規に反して（*contra legem*）考慮されるべきではない。過失の場合には別である。即ちこゝでは期待不可能性は概念に屬する」と論じて、判例集六六卷三九八頁を引用している。⁽⁵⁵⁾

從來の、期待不可能ということを以て故意、過失に共通な、一般的な責任阻却事由と認める説に對して、これを過失概念に解消せしめるこれ等の理論は、なるほど期待可能性論を全面的に否定したものであると云い得ても、期待可能性の理論としては著しい後退であることは看過できない。

又、訴訟法で有名なザウアーは、特に、責任阻却事由としての「期待不可能性」を論ずるということはなしに、たゞ過失犯の説明に關連して「……非常に緊張しているとか、貧乏な爲に平均以下にある人は、戰災とか、經濟的な窮狀とか、病氣とか（の理由）で、責任を免れてよからう。方向や程度がまち／＼だから、刑法では、平均的規範からの逸脱や例外が可能でもあり、又必要でもある。そのことは一九二七年の刑法草案の、期待不可能性の制限によつて不充分乍ら暗示されている」と述べて「*Leinentfall*」等三つの判例を脚注で論じている。之も明示的ではないが上に見た學者同様故意に於いて

之を否定し、過失についてはその概念要素と考えているようである。——もう少し文献にあたつて見よう。ザウアーと同様、更めて“Leinenfängerfall”をとりあげ、しかも判決文を詳細に引用、批判しているのは、ミュンスター大學の教授、アルトワール・ヴェークナーである。⁽⁵⁸⁾ヴェークナーによれば、〃、釋馬事件、に於ける判断は未だライヒ裁判所の判決に革命を必要としているのではなく、この場合、われ／＼はたか／＼ライヒ裁判所が、むしろ心理學的に捉らえられた過失の主觀的標準、即ち行爲者の能力のあらわれということで済ましているか、或いは、特にコールラウシュによつて主張された客觀的な標準——その本質上平均人の標準的尺度で作られたもの、従つて何か規範的なもの——が基礎になつているかを問題とすることができすぎない。しかし、特にフロイデントールは極めて勇敢に、過失に對して展開された問題の提出を、故意の場合にも適用した。そして理論的には、概念構成の爲に、すべての規範的責任論はそうしなければならなかつた。しかし、過失の場合には已むを得ないとしても、より重い故意責任の場合に、一般的な公式を以て、通常の構成要件の限界を超えることができるか、あるいは單にこれを補充することが許されるにすぎないかということとは依然として問題である。⁽⁵⁹⁾”として結局〃一般的な公式は法律上の免責事由以外の、又はそれを超えた一般條項であつて、そのような歴史的な法秩序の認めたる緊急避難をこえた超法規的緊急避難は、法律國家の安全性と規定性の解消を意味する。……我々は法律上規定された責任阻却事由で立派に用を足しているのであるが、個々の場合にその非類型性 (Atypizität) が豫め特に證明されなければならぬ場合が残るかも知れないが、それについては一般的な公式をくつつけないで、反對に、ものやわらかな經驗、(zarte Empirie)でもつて有機的に、歴史的且解釋的法律學によつて解決すべきであり……E・シュミットはリストの教科書二六版で、すべての責任阻却事由の前に、適法な態度の期待不可能を理由とする責任阻却事由、の思想を提出して居り、私自身もかつてはゴルトシュミット、フランク、フロイデントールの理論に於ける善と眞とに (von Guten und Wahren) 魅せられたが、結局は賛成できない……”⁽⁶⁰⁾ことを説いている。要するにヴェークナーも亦メツガーやコールラウシュランゲ

と大體同様に、一般的責任阻却事由としての期待不可能性を否定し、たゞ、過失についてののみ判例を支持していると解せられる。

又、期待不可能性を超法規的、一般的な責任阻却事由とは認めないが、過失の場合の外、故意の中でも、不真正不作爲犯について重要性を認めるヴェルツェルの系統に、ハンブルグのギュンター・ミデル (Günter Mittel) を挙げることができ(61)る。ミデルが概説法律國家學全集 (Grundrisse des Rechts- und Staatswissenschaften) に分擔執筆したドイツ刑法總論は、學生の講義用として書かれたものだけに、極めて簡明であるが、責任阻却事由の項では、法律上の強制、緊急避難の他にいわゆる超法規的責任阻却事由というものを認めない。判例集六六卷三九七頁はこゝでも亦引用されている。彼によれば、法律は二、三の場合(即ち獨刑法五二、五四條及び軍刑法四七條)に限つて、期待不可能性に基く責任阻却事由を認めているが、それを一般化することは許されない、一般に期待不可能性は不眞性不作爲犯及び過失の場合に重大だといふのである(62)。

以上見たドイツの學説は、メツガーの改説に顯著に示されたように、大體に於いて、期待可能性の思想は一應認め乍らも、その適用を過失、若しくは過失と故意の不作爲犯の場合に制限しようとするものと云えよう。そしてかつて、期待可能性論を展開するに當つて、論者が一樣に判例集三〇卷二五頁 „Leinentängerfall“ を引用したように——そしてそれはゴルトシュミットによれば「飽きる程論ぜられた」ように——今や今日の制限的期待可能性論に大きく作用しているものは判例集六六卷三九七頁であることに注意が惹かれることはすでに指摘したとおりである。

3 この判例と關連して、やはり従來の期待可能性論の擴張を不當とし、その否定に近い限界づけを論じた論文として、ザウアーの七〇歳の祝賀記念論文集(一九四九年)中のディートリッヒ・オエラー (Dietrich Oehler) の論文「刑法上の法規範と義務規範の實質的内容」が注目される。これは、その論題によつて明らかかなように、期待可能性論を直接の研究對象としたものではなく、違法と責任の實質的内容、その限界について考察を加えたもので、E・シュミットやメツガー等

わゆる客觀的違法論が、法規範の中に評價規範としての機能と決定規範としての機能を併存的に認め、客觀的な評價規範の背後にある規範は名宛人なしに存在し、之を主觀的な、名宛人に向けて命令するのは決定規範による。従つて論理的には、すべての決定はまず評價を前提とするとして、結局評價規範は違法に、決定規範は責任に關係すると主張するものに批判を加え、J・ゴルトシュミットの線に沿つて、外面的な態度に向けられる法規範と、内面的な態度に向けられる義務規範の二つの規範を認め、そのそれ／＼に同時に評價的機能と決定的機能を認めようという規範論を展開したものである。そしてかつて、ゴルトシュミットが期待可能性論の支柱を義務規範論に求めたように、オエラーも亦義務規範の評價機能と關連して期待可能性論を展開しているのである。オエラーは、法が、過剰防衛や緊急避難の場合に責任を免除するのは「自己維持の本能からくる人間の弱さ」(die Schwache des Menschen, die aus dem Selbsterhaltungstrieb entstammt)を宥すに過ぎないとし、その限界を義務規範の評價機能に基礎づけようと試みるのである。即ちE・シュミットが期待可能性論の限界を「自己維持の規範」(Selbsterhaltungsnormen)⁽⁶⁵⁾に求めたのに對して「自己維持の本能」に求め、「法律が、自己維持のための本能在義務規範のよびかけを聞き流すことができるということに基いて」とするならば、常に人間の生命が問題なのである。適法の判断が利益衝突の原則から生ずるとするならば、責任は、人間が義務規範に従つて自らを決定しなかつたことから生じ、且そのことが生存の爲の重大な不安のために爲されたのでないことから生ずる。……このことが刑法五二條(強制)、五三條三項(過剰防衛)、五四條の根本思想である」として期待不可能性に基く責任阻却を自己維持の本能という狭い範囲に限定しようとする⁽⁶⁶⁾。そしてこの立場から、リーブマンのいわゆる「刑法の骨軟化」(Knochenweichung des Strafrechts)の危険を示した判例として判例集五八卷九七頁を批判して「私見によれば、こゝでは不眞性不作爲犯の場合の法義務が問題であるということをぬきにすれば、判決の基本的見解は期待可能性論の麻痺的な力を示している。……經濟的利益の追求は決して生存本能の代替とはなり得ない……これに反して……犯罪庇護の範囲で人間の生存の自己維持の爲に行

うような場合に緊急避難の根本思想を擴張することは是認される⁶⁷ことを論じて例の判例集六六卷三九九頁に言及している。そして更に、正に正反對の意味に於いては⁶⁸はあるが、奇しくもフロイデンタールが主張したように「責任免除について故意と過失とを區別して取扱うことは全く理由がない。實定法はそれについては全く手がかりを與えていない。のみならず、過失については——過剰防衛の場合を除いて——責任免除の問題が重要なのではなくして過失概念そのものが重要なのである。

注意は行爲者の個人的な標準に基いて要求されるのであるから、過失に於いては既に規範的要素は備つてゐる。従來の學說に於ける過失概念といわゆる期待可能性との混同が責任免除の洪水へと導いたのである。……ライヒ裁判所が“Leinen-fangefall”に於いて、既に緊急避難を否定する以上、馭者には全然生命の不安がないということについて確定すべきである。彼は經濟的不利益よりも他人の可能な傷害を選んではならないのだ。又經濟的な利益以外の利益、例えば倫理的利益——父親が倫理的に是認される理由からその子供を醫者の手に渡さなかつた事件に於ける——は、法律が緊急避難の爲に要求する生命の不安の代用には決してなり得ない。……期待可能性の概念はあまり廣すぎるために、責任阻却の立法上の根據を完全に押しやつてしまふ。だからこの概念はやめるべきだ。生存を維持するのに必要な限度を超えて緊急避難の根本思想を擴張することは判決及び學說に於ける概念の混亂へと導き、刑法の恣意的な取扱いをますます大きくする。期待可能性の理論は、新しい發見として歓迎されたが、次第に、責任概念の全體を空っぽにしつゝある。過失の場合には非難可能性の思想は五三條三項を超えて役割を演ずることはなく、故意の場合にはたゞ法律上の責任阻却事由及びその犯罪庇護への類推適用 (analoge Anwendung) の範圍で役割を演ずるに過ぎない⁶⁹。”

オエーラーは、はつきりと「この(期待可能性の)概念はやめるべきだ”(Der Begriff ist... zu meiden)と主張する。正にオエーラーのように期待可能性の理論の適用を自己庇護の狭い範圍に限定し、過失の場合すら法律上規定された過剰防衛(五三條三項)の範圍に限定するなら、期待可能性論の否定という結論に至らざるを得ない。

4 更に、従來責任要素又は責任阻却事由として論じられて來た期待可能性の體系的位置づけの變更も三つの方向に於いて試みられている。その一は違法阻却事由としての體系づけであつて、ヴェルツェルが教科書の舊版（二版一九四九年）に於いて試みたところであり、ヘルムート・マイヤー（Helmut Mayer）も消極的乍らこの方向を志向している⁽⁶⁵⁾。

ヴェルツェルは「目的行爲論について」（Um die finale Handlungslehre, 1949.）に於いても、教科書の舊版に於いても、價值評價としての責任とその評價の對象としての「故意」とを明らかに區別し、従來専ら責任要素と考えられていた「故意」を行爲の要素、構成要件の主觀的違法要素であると解するのであり、いわゆる責任論に於いては、責任能力と違法性の意識（特に禁止の錯誤 Verbotirrtum）を論ずるに過ぎないから、緊急行爲はすべて違法阻却事由として取扱われることとなるのである。しかしこれは故意等の主觀的要素を従來の責任論から行爲論に轉位させたことに基くもので、行爲論若しくは故意論自體としては極めてユニークなものであるが、期待可能性そのものゝ位置づけに關しては少くとも思考過程に於いて従來の考え方と近似しているばかりでなく、ヴェルツェル自身、「刑法體系の新構想」以來、責任の本質を以て「意思形成の非難可能性」と爲し、その非難可能性の意的要素として期待可能性を論じていることは前述の通りで、違法阻却事由としての體系づけは少くともヴェルツェルに於いては崩れてしまつた。

次にその體系づけに於いてユニークなものをわれ／＼はまずマウラッハのそれに見出すのである。彼は、同じく一九四八年の春出版された二つの著書、即ち「刑法總論」とナーグラに捧げられた「刑法に於ける責任（Schuld）と行爲責任（Verantwortung）」に於いて特異な責任論を展開し、合規範的な態度の可能性がないと云ふことは、責任（Schuld）とは區別され、且責任の前提とされる行爲責任（Tatverantwortung）を阻却する事由として體系づけるのである⁽⁶⁶⁾。マウラッハの責任概念は二段構造をとる。まず、行爲責任は上位概念たる歸責（Zurechenbarkeit）の第一段階で、責任の基礎であるが、行爲者の行爲に對する未だ非難可能ではないが承認し難い關係であり、責任はその第二段階で、行爲責任を前提とし、之に

よつて不承認 (Mißbilligung) とされたものに更に行為の動機づけ (Tatmotivierung) に對する非難の加つたものである。マウラッハは行為概念については目的行為論を「われ」が目的性といふことを緩和して、意味のある形成 (sinnvolle Gestaltung) と考へるならば、今日既に支配的な見解と考へ得られ、自然主義的な行為論はそれに讓歩したと考へられる⁽⁷⁾として之に賛成するが、いわゆる二分説の立場から、ヴェルツェルが舊版に於いて、緊急状態を一律に違法阻却事由とすることに懐らず、⁽⁸⁾「……だが彼(ヴェルツェル)の解答には賛成できない。彼は……あらゆる緊急状態の場合を違法阻却事由とした」ことを非難し⁽⁹⁾(尤もマウラッハのこの非難はヴェルツェルの「刑法體系の新構想」以來彼の體系上の變更により必ずしも當らなくなつたことは上述に明らかな通りである)、自らは、先に述べた責任構成の下に「一定の非常規的で法律上遺漏なく規定された事情の下に爲されなかつた場合に、構成要件該當の、違法な行為の行為者は行為責任を以て行為した」ことになるが、その非常規的な事情が存する場合には「行為責任阻却事由」(Gründe ausgeschlossener Verantwortungs)があると解し、期待可能性のないことは、この行為責任阻却事由だとする。もう少し詳しく彼の所説を聞くことにしよう。マウラッハによれば、規範はフランクのいわゆる「附隨事情の常規性」、即ち「平均事情」(Durchschnittssituation)に基き、それが存在するときは誰にでも合規範的な態度が期待される。之に反してその事情がない場合、即ち合規範的な態度が期待されない一定の緊急状態を法律は類型化して居り、その一般化及び類型化は、具體的な行為者が具體的な場合に、他に行為することができなかつたかどうかを再検査することを意識的に放棄するものである。従つて期待可能性がないといふことを採用することは、個人的な「可能性」を問ふことなく、志操堅固なものも薄弱なものも、責任能力者も無能力者も區別なく許される。そして、そのよ⁽¹⁰⁾うな場合として個別的にドイツ刑法五二條(強制)、五四條(筆者註、緊急避難、但し彼は一方に於いて違法阻却原因としての緊急避難をも考へている)、五三條三項、拘束的違法命令について論ずるのである。そしてマウラッハは上にあげた場合以外に期待可能性のないことに基く責任阻却を認めず、「期待可能性のないことを普遍的な一般條項としようとする試みは、ライヒ裁

判所によつて短かい茶番劇に終止符がうたれた”として、こゝでも亦例の判例集六六卷三九七頁を引用している。⁽⁷⁴⁾

右に見たヴェルツェルの舊版(更にH・マイヤー)及びマウラッハの所論は期待可能性の理論についての體系的な位置づけの點で從來の學說と異なるもので、その點注目に價するのであるが、たゞその現實的な適用の限界については大體前に見た現在のドイツの通説的なものを出ていないことは指摘されなければならない。

期待可能性を責任要素と考へるにしろ、又はその裏返しであるところの期待不可能性を責任阻却と考へるにしろ、從來の期待可能性をめぐる所論は、いずれも期待可能性を刑法上の“規範的”な概念として取扱つて來たものである。ところが、責任阻却事由としての期待可能性を掘り下げることによつて、之を“規範的概念”としてではなく、“調整的法原則”(regulatives Rechtsprinzip)として考察するのがハインリッヒ・ヘンケル(Heinrich Henkel)である。⁽⁷⁵⁾彼はまず從來の責任要素的期待可能性若しくは“超法規的”責任阻却的期待不可能性を検討することによつて、メツガー⁽⁷⁶⁾や一九四五年以降のドイツ最高裁判所の判例の暗示したところに従つてこの期待可能性の思想は從來討論された以外の面——超法規的責任阻却事由以上もしくは以下の面——に發展すべきであること、即ち、刑法的に分析された“期待可能性”と“期待不可能性”を立法上—法適用上の原則とし、且他の法領域に於いても亦役割を演ずるものであることを提唱し、民法、公法及び國際法に於ける期待可能性の概念の機能を明らかにした後、いよいよこの機能を作爲犯、不作爲犯、過失犯及び問題の故意の作爲犯の各領域について個別検討し、廣汎に認めて“個別化的正義を満足させるためには、われわれは期待可能性の原則に内蔵する一種の不確實性という冒險を、引き受けなければならない”と論結し、⁽⁷⁷⁾期待可能性の原則を個別具體的正義實現のための調整的原理(Regulatives Prinzip)として止揚したのである。この論文はまことに刮目に値する貴重な勞作といわなければならない。しかし、期待可能性の(同時に期待不可能性)の問題が、本質的には一般的法的安定性に對する個別具體的な妥當性という調整的な作用に繋がる問題であることは今更ヘンケルに指摘されるまでもないが(前述三三頁)、“刑罰”という特

殊な法効果の附せられる刑法の領域に於いては、一般的法理論に於ける、法理念の相剋に對する調整的作用として止揚解消し盡せるものかどうかはなお疑問なしとは云われぬ。

ヘンケルは實質的には期待可能性論の機能を廣汎に認めるのであるが、そこではすでに刑法特有の概念上の體系的地位は失われてしまつた。

5 これに對し從來のわが國の學說の基礎となつた、一九三〇年代の理論を素朴に守つてゐる著書もしかし皆無ではない。例えば、ベルリンの辯護士兼公證人のポラック⁽⁷⁸⁾（Erich Pollack=Gerhard Jurisch）の「刑法總論」（Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1949.）は、責任阻却事由として、責任無能力・錯誤の他に、法律上の責任阻却事由たる緊急避難・強制・過剰防衛・一般的責任阻却事由としての期待不可能性（傍點筆者）・誤想防衛・命令行爲の都合六つを認めてゐる。そして一般的（超法規的）責任阻却事由としての期待不可能性を論じた後、「この理論は未だ一般的には認められていず、むしろ通例は部分的に否定されてゐる」と云つてゐるのは、ドイツ刑法學界の動向を端的に物語つてゐるものと云つて差支えないようである。

しかし何と云つても規範的責任論の立場からの辯護として最も注目し得るのはやはりE・シュミットである。即ち、E・シュミットは「南ドイツ法曹新聞」（SZN）の一九四九年五六八號に於いて戦後の醫師訴訟について論じた際に、期待可能性という一般的「超法規的」責任阻却事由の爲に戦つてゐる。即ちこの期待不可能性という責任阻却事由は「國家社會主義的法思想の刺針によつて」⁽⁷⁹⁾ 陥入らされてゐた「茨姫の眠り」（Dornröschenschlaf.——童話の茨姫は百年間眠りつづけた）から眼覺まされ⁽⁸⁰⁾るべきである、と。

このようにして、從來の、一般的、超法規的責任阻却事由としての期待不可能性の擁護も一方に於いて見遁すことはできない——ことにE・シュミットが今尙自説を固持していることはメツガーの理論の轉同との對比に於いて注目されなければ

ない——が、何といつてもその聲は小さく弱いように思われる。ライヒ裁判所の判例集六六卷三九七頁を基礎とする制限説の方が今や滔々として通説的支配的地位を占めていることはもはや疑がないようである。

6 以上見たように、よしんばE・シュミットの依然たる辯護論やヘンケルの異色ある論文も看過することは出来ないとしても、故意、過失を問わず、期待可能性のないことを「超法規的」責任阻却事由と考ふる立場は、ドイツ刑法學界に於いて、もはや一般的支持を失つてしまつたと解してよからう。メツガーに於いて見られた理論的推移は、そのまゝ一九三〇年代の後半から現在に至る、いわばわれわれが世界的動亂前後、「つんぼ棧敷」で安閑としていた間の、ドイツに於ける期待可能性論の展開を如實に代辯するものゝようである。そこに私は凡そ新しい理論と稱せられるものゝ運命の縮圖を見る思いがする。即ち、その初め、極端な形で登場し、反對説とは極限に於いて對立した新理論が、やがて具體的な實踐の過程を経て次第に現實的な考慮が加えられて變貌し、同時に反對説も次第に内容をかえて相互に妥協し、若しくはより高いジュンテ一ゼへと解消して行く過程がそれである。期待可能性論も亦この、凡そ新理論と呼ばれるものゝ擔う宿命の例外ではあり得なかつたと解することは誤りであらうか。ドイツ人は冷靜沈着合理的な民族といわれる。しかし、人間の可能性の限界を超えては法もその當爲を貫徹すべきではなく、人は誰でもその「人間らしい弱さ」の故に宥されなければならないというこの理論は、いかにもヒューマニズムに富んだものであり、且、第一次世界大戰後のドイツの一般國民生活の極端な窮乏は、いつそうこの理論にとつて絶好の足がかりを與えたとも見られよう。更にこの理論は、思想的に云つても一九世紀的、觀念論的哲學、個人—自由主義的思潮の裏付けによつて、いわゆる自由法運動と共通の地盤の上に、⁽⁶⁾はなはしく絶頂に引き上げられたのではなかつたらうか。そして裁判所も亦その潮流に竿さして大きな役割を果して行つたのではなかつたらうか。しかし、これが單なる理論闘争の分野から實踐的適用の分野に移されると、まず裁判所は終始故意については自己庇護の場合を除いて否定的態度を保持し、又學說的にもハンブルグ學派の否定を経て、やがて擡頭したナチスの全體—民族主義的法

理論との結びつきに於いて、キール學派による全面的否定へと導かれて行つた。期待可能性の理論の制限的見解は、たしかにナチス法理論の洗禮を受けることによつて必然的に明確とはされたが、單に全體—民族主義的な法思想を離れても、純然たる解釋、又は理論として、その無制限な擴張、行きすぎに對する反省として當然現われるべきものであつたと認めるのが正當ではあるまいか。しかもその反省は、單に一九世紀的、個人—自由主義的法思潮に對する二〇世紀的、法社會化的思潮への推移の中にその根據を求め、といつた公式論的な把握としてとはなしに、なるほど社會科學の常として、そうした潮流の中で何ほどの影響を受けることは否定できないとしても、單にそれだけのものではなく、行爲に附隨する事情 (*begleitende Umstände*) の「非常規性」を問題とする「危機の學說」としての期待可能性の理論が、社會生活秩序の安定に伴つてその機能及び必要を減じたこと、更に本質的に、期待可能性の思想そのものゝ分析に於いて正當に基礎づけられなければならないと考ふる。

このようにして、私はドイツに於ける「期待可能性の理論の現代的展開」を、從來の行きすぎに對する反省といつた意味あいのものと解し、この「期待可能性の理論の現代的展開」によつて得られたドイツ的歸結をメツガー、シェーンケ、ヴェルツェル、コールラウシュランゲ、更に極限としてオエーラー、H・マイヤーに於いて見るのである。すでに見たように、そこでは、期待可能性はもはや超法規的、一般的責任阻却事由としては認められない。過失犯に於いては比較的廣く認められているようではあるが、それすら過失概念の中に解消されようとしており(メツガー、コールラウシュランゲ、オエーラー)、まして故意犯に於いては殆んどが實定法の範圍を超えて、期待可能性がないということを理由に責任を阻却することを認めず、期待可能性の思想は「立法者が一定の責任阻却事由を認めた時に考慮された單に一つのもの、即ち立法理由にすぎない」(コールラウシュランゲ)とか、「構成要件の解釋についてとり入れられる」(H・マイヤー、尚シェーンケも同旨)にすぎないものとされ、更にヘンケルに至つては、之を徹底せしめて、その規範概念としての性格をすて、調整的に作用する法原則として

理解するのである。尙この場合、判例、通説共、故意の自己庇護については期待可能性のないことを理由に例外的に責任阻却を認めるのであるが、それは結局ドイツ刑法五四條(緊急避難)及び一五七條(犯罪庇護罪)の解釋に解消できる問題であり(シェンケ)、ことざらとり出して論ずべきものとは考えられない。更にヴェルツェル、H・マイヤー等、いわゆる目的行爲論者は、故意の不真正不作爲犯の場合を例外としているが、その兩者の説くところは異つても、要するに不作爲犯の作爲義務との關連に於いて、行爲者にその作爲義務を果すことが期待されるかどうかを問題とするのであるから、過失犯の場合と同様の扱いと見てよいように思う(現にオエラーはその方向に於いて處理している)⁽⁸²⁾。

以上、期待可能性に關する、現在のドイツ刑法學界に於ける通説的な考え方は、なるほど期待可能性の思想そのものを全面的に抹消し盡そうとするものとはいえないまでも、期待可能性はたかく過失の概念要素たるに止まり、故意については否定的であることが論證されたことと思ふ。

- (34) 木村・期待可能性の再検討、法律時報二五卷七號(昭和二八年七月)刑法雜筆(その一五)。
- (35) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 66. (1933) S. 397—99.
- (36) a. a. O. S. 400.
- (37) E. Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. 1932. S. 373.
- (38) Meger, a. a. O. S. 373 f.
- (39) Mezger, Strafrecht. 3. Aufl. 1949. Vorwort zur 3. Aufl. XII.
- (40) Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik. 1950.
- (41) Mezger, a. a. O. S. 49 ff.
- (42) Mezger, Strafrecht. Ein Grundriss. 3. Aufl. 1943.
- (43) Mezger, Strafrecht. I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 4. neubearbeitete Aufl. 1952. S. 180.
- (44) Marcfus, Der Gedanke der Zurechenbarkeit. 1928.
- (45) Drost, Die Zurechenbarkeit bei vorsätzlichen Delikten. Archiv für Strafrecht und Strafprozess. Bd. 77. 1933. S. 175 ff.

- (46) 瀧川・前掲期待可能論の回顧三二—四頁參照。
- (47) A. Schönke, Strafgesetzbuch. Kommentar. 6., neubearbeitete Aufl. 1950. S. 200.
- (48) Schönke, a. a. O. S. 202 f.
- (49) H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. 2. Aufl. 1949. S. 84.
- (50) Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems. 1951.
- (51) Welzel, Das Deutsche Strafrecht. 3. Aufl. 1954. S. 102.
- (52) Welzel, a. a. O. S. 116—36.
- (53) Welzel, a. a. O. S. 130; ders., Das neue Bild. S. 55.
- (54) Welzel, Strafrecht. 3. Aufl. S. 131; ders., Das neue Bild. S. 55.
- (55) Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch. 39. u. 40. Aufl. 1950. S. 119 f.
- (56) 一九二七年の刑法草案 (Entwurf) 第二五條は次の通り規定してゐる。

„In Notstand handelt, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn ihm oder dem Gefährdeten unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüber stehenden Interessen nicht zuzunutzen ist, den drohenden Schaden zu dulden.“

現在の、他に避けることのできない、重大なる損害の危険から自己若しくは他人を免れしめるために刑罰を以て臨まれた行爲を爲した者は、もし對立する利益を義務相應に考慮したとしても、彼又は危険に曝された者に、さし迫つた損害を忍受することが期待される場合には緊急状態に於いて行爲したものとす。〆

- (57) W. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre. 1949. S. 161.
- (58) Arthur Wegner, Strafrecht, Allgemeiner Teil. 1951. S. 130—3.
- (59) Wegner, a. a. O. S. 132.
- (60) Wegner, a. a. O. S. 133. S. 188 f.
- (61) Günter Mittel, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1948.
- (62) Mittel, a. a. O. S. 110.

- (83) Dietrich Oehler, Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnorm. Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag. 1949. S. 262—278.
- (84) Liszt-Schmid, Lehrbuch. 25. Aufl. S. 209 f. Anm. 4. 特註 S. 211.
- (85) Oehler, a. a. O. S. 275
- (86) この判決は夫が、メキャンダルの種を播いたり、商賣上不利な影響の及ぶことをおそれて妻の姦通を黙認したことにつき獨刑一八〇條の狼狽行爲の媒介が問題とされた事件に關するもので、ライと裁判所は「夫が妻の不行跡を單に忍受したというだけで罰せられるのは、唯その場合の事情全体から見て、彼に民法第一三五四條の趣旨に基き干渉を加えることを期待することができたためにその不干渉が積極的な幫助行爲と同一視することの出來た場合のみである」と判示したのである。
- (87) Oehler, a. a. O. S. 276 f.
- (88) Hellmuth Mayer, Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1953. S. 189 ff. S. 213. ツィヤーは「緊急避難の法的性格に關する二分説(Differenzierungstheorie) は「貫徹し難し」(undurchführbar) し又二分説によつて緊急行爲を評價することは間違つてゐるとしてこれをしりぞけ、ヴェルツェルの舊版同様統一的に違法阻却事由と見るのである。そして、この違法阻却事由としての緊急状態と關連して期待可能性について言及してゐるのである。H・マイヤーによれば、一九二七年の刑法草案二五條(註56参照)は期待可能性のないことを正に一般的な刑罰阻却事由にまで高めた。しかしこの期待可能性のないことを刑罰阻却事由として認めることは主觀的な緊急状態の原則を普遍化することを意味する。特別な行爲事情が存在した爲に通常人でさえ通例誘惑をしりぞける力を持たなかつたであろうような場合には規範に對する服従は期待せられないだろう。だが、そのような刑罰阻却事由を認めることは耐え難いのであつて、われ／＼はむしろそれを違法阻却事由若しくは免責事由の下に分類することができるとは異なる。だがどつちもそれは現行法とは異なる。H・マイヤーはこのようにして、期待可能性のないことを以て實定法上一般的な違法若しくは責任阻却事由と解することを否定するばかりではなく、規範的責任論については、平均人を抑制しようとする刑法の一般豫防的任務を見損うものであり、且、認識しうる行爲のみならず認識し得ない行爲者の内面性についても亦敢えて裁きにかけることによつて人間の判斷の限界を超えるものとして之を排斥してはいるが、一方に於いて「期待不可能性の見地は構成要件の解釋の際にとり入れられるべきであり、ことに不作爲による犯行の場合には考慮される」とヴェルツェルに近い考え方をしているものであり、又前述の二七年の刑法草案二五條に關する所論と綜合してこの教科書の体系づけから窺つても、期待不可能を立法論的には間接的、消極的乍ら違法阻却事由として考えられてゐるものと解してよいであらう。但しこゝで注意すべきことは、同じく目的行爲論に賛同する學者であつてもウェーバー(Hellmuth von Weber)は始めから責任

- 國語博士の論文「Weber, Grundriss des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1948. S. 121 ff.
 (69) Welzel, Das deutsche Strafrecht. 2. Aufl. S. 89 ff. S. 84. Um die finale Handlungslehre. S. 22 ff. 特ニS. 25. S. 28.
 (70) Reinhart Maurach, Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1948. S. 90 ff.; ders., Schuld und Verantwortung im Strafrecht. 1948. S. 24 ff.
 (71) Maurach, Schuld und Verantwortung. S. 29.
 (72) Maurach, a. a. O. S. 31.
 (73) Maurach, Grundriss. S. 80 ff.
 (74) Maurach, a. a. O. S. 95.
 (75) Heinrich Henkel, Zutunbarkeit und Untunbarkeit als regulatives Rechtsprinzip. Festschrift für E. Mezger zum 70. Geburtstag. 1954. S. 249—309.
 (76) Mezger, Grundriss. 1948. S. 121. Vgl. Henkel, a. a. O. S. 258 f. S. 305.
 (77) Henkel, a. a. O. S. 309.
 (78) Pollack-Jurisch, Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1949. S. 158.
 (79) Pollack-Jurisch, a. a. O. S. 165 f.
 (80) E. Schmidt, Süddeutsche Juristenzeitung. 1949. 568. 本文獻を筆者は直接見ることはできなかった。筆者がこれを知つたのはメンケルの前述論文中に於いてである。従つてこれをどのような形で論じているかその詳細を知ることが残念乍らできなかったが、ヒットラーの秘密命令に基く安樂死に名をかりた虐殺(醫師の手による)を問題とした事件(「安樂死訴訟; Euthanasieprozesse)を扱つたものではなからうか。カウフマンの「不法の意識」の中にもE・ミューニツが南ドイツ法曹新聞(SJZ)一九四九年五五九號以下にこの事件を詳論してゐる旨脚註を見れば。A. Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts. 1950. S. 215. Anm. 8.
 (81) 武藤文雄氏は「わたくしからすれば、規範的責任論は自由法論の責任論への適用に外ならないのである」と明言している。武藤・刑法における概念の規範的構成、一三〇頁。尙牧野博士も同じ觀點から武藤氏のこの著書を紹介しておられる。牧野・刑法における自由法運動(特に一〇)刑法研究第五卷所収。
 (82) Oehler, a. a. O. S. 276.