

# 「期待可能性」について

— その標準からの考察 —

西 台 満

- (一) 序 論
- (二) 行為者標準説
- (三) 平均人標準説
- (四) 結 論

(一)

私は先に「期待可能性における国家標準説の問題点<sup>(1)</sup>」と題する論文に於て、もし国家を期待可能性判断の標準と考えた場合どのような矛盾に逢着するかを示すことによつて、佐伯博士の見解を国家標準説と名付けることに反対した。我々はむしろ、博士が示された、事實的・經驗的概念（行為者・平均人）を排して価値（指導理念）を問題にするという方向にこそ注目すべきであると主張した。そこで標準としての責任能力者を如何にして事實的概念としてでなく、価値的概念として把握するか、が次の課題となってくる。その時、期待可能性の實質も亦、同時に明らかになると思われる。

期待可能性理論の創始者フランクは、「責任は非難の可能性である」という命題を前提にして、行為当時に行爲者を取囲んでいた附随事情か

ら見て、別の適法な態度を取り得た筈であると彼を非難できないことがある、従つて附随事情を責任要素の一つとして加えなければならない、という結論を引出したのであつた。ところがこれに對しては、行為者が違法行為しか決意できないような異常な附随事情は現実に存在しなくても、行為者が錯誤によつてそれがあると誤信すれば、精神的影響という点では全く同一である。それで両者がどちらも期待不可能で責任無しということになるのであれば附随事情の客觀的存在そのものは責任にとつて重要でない、換言すると責任要素ではない、ということになる、という批判がなされた。<sup>(2)</sup> フランクはこの批判が正当であることを承認し、附随事情という考え方を棄ててしまつたのであつた。そして「附随事情が責任の有無を決し又は責任の輕重を左右するのは、單にそれが客觀的に存在するからでなく、恰もそれが行為者の心理に反映して彼に精神的影響を与えるからであり、又この影響を及す程度に應じてである。即ち附随事情の客觀的存在でなく、その行為者の精神への主觀的反映が初めて責任要素となるのである<sup>(3)</sup>」という見解に沿つて、附随事情ではなく「正常なる動機づけ」が第三の責任要素であるとした。<sup>(4)</sup> 不可能なことについては非難できない、という原則を貫徹しようとするれば、結局最後には行為者の主觀的事情に帰着せざるを得なくなつていく経過を示している、

と言えるだろう。

ところでフランクに対してなされた右のような批判には、佐伯博士の次のような反論がある。即ち、行為者が錯誤に陥っていた場合にはなる程「彼がその誤信したる危険から免れようとして恰も真実の危険から危れる為に必要なような行為をしたということ自体について彼を非難することはできない」、しかし「若し行為者が、その際の事情に照らして彼に期待せられ得た程度の注意を払うことを怠つたためにその錯誤に陥つたのであるならば、彼はおそらくこの不注意について非難せられ得よう」というものである。つまり、錯誤によつて故意の責任は阻却されようとも、なお過失の關係で附随事情は責任要素たり得る、ということである。しかしながら、ここで過失を問題にすることは適切でないだろう。なぜなら、行為者は「自分の行なう行為とそれから生ずる結果ならびにそれが法上許されず違法であるということ」を認識・理解している<sup>(6)</sup>、つまり故意を有しているということが前提になっているからである。博士によれば、「過失とは：故意の要件を具備していないけれども、行なわれた違法行為についてなお行為者を非難すべきものと一応推定させる第二の責任形式である」<sup>(8)</sup>。従つて、「心理的事実としての過失の特徴は、まさしく故意に見られるような事実または違法性に対する直接の心理關係がないという消極的な面に存する」<sup>(9)</sup>。過失がこのようなものであるとすれば、期待可能性の錯誤に過失責任を持出すのは矛盾だと言わざるを得ない。

他方、団藤博士は同じく客觀的責任要素の存在を肯定する立場から、行為の際の具体的事情から見て錯誤が不可避なものでなければ故意の責任を免れないことがある、と言われている<sup>(10)</sup>。もちろん博士も「その誤認そのものが不可避であつたばあいには、はじめて全体として期待可能性が阻却され、したがつて故意が阻却されるものと解するのが妥当であらう」<sup>(11)</sup>として、期待可能性を阻却するような事情が客觀的に存在しなくても、故意が阻却される場合があることを承認される。そうすると故意の成立の有無は、附随事情から見て錯誤が不可避であつたか、換言すると行為

者に非難されるべき不注意があつたかどうか、にかかつてゐる。ところが博士によれば「不注意というのは、行為者の意識作用ではなく、無意識的な人格態度である」<sup>(12)</sup>。「意識ではなく意識下的人格態度」を問題にするのは、従来の見解ではまさに過失―認識ある過失も含めて―であるが、責任に関する事実についての不注意だけは故意という重い責任形式に該当することになる。これは、注意義務違反は過失だけの特徴ではない、故意責任を問われる不注意がある、と言うことに他ならない。期待可能性に關する錯誤の場合、行為者は主觀的には他の適法行為をとれないような状況にあつた者と全く同一なのであるから、その行為をしたことは全く無理がない―違法行為をしないことが期待され得ない―として、非難を加えることができる。彼を非難する根拠は、まさに行為の際の事実關係を誤認したこと、且つそれが避けることのできるものであつた、ということに存する。彼が犯罪事実、例えば人を殺すという結果、を惹起した原因は彼の不注意な態度であつて、それがなければ結果は発生しなかつたのであるから、彼は「人を殺す結果が起らないように注意しなければならぬ」という注意義務に違反したにすぎず、かような注意義務違反を通じて、間接に、『人を殺すなかれ』という本来の規範に反した<sup>(13)</sup>のである。このように、「注意義務の違反を通じて間接的に反規範的人格態度がみられるにすぎない」場合でもなお故意だと言われるならば、博士の言われる故意と過失の區別、却ち「故意も過失ともに反規範的な人格態度を示すものにちがいないが、それが本来の規範に対して直接的であるかどうか両者の區別がある」<sup>(14)</sup>は成り立たないことになるであらう。

こうして、期待可能性の錯誤があつた場合、理論上は故意・過失概念の根本的修正でもない限り、行為者に故意責任又は過失責任を負わすことは不可能である。これは、行為者の主觀に反映した限りに於てしか附随事情は意味をもたない。言い換えると、附随事情は行為者の主觀を離れて独立に責任要素とはなり得ない、ということの意味する。期待可

能性の有無を決するのは、客観的な事情ではなくて、むしろ行為者の主観的事情であると考えねばならない。そこで先ず行為者の主観的事情(能力)によって期待可能性の有無を決するとする行為者標準説を見てみることにしたい。

- (1) 京大院生論集、第二号、三五頁以下。
- (2) 「もし責任が非難可能性なら―これにフランクは多分賛成するだろうが―附随事情はその客観的狀態においてではなく、専らその―現実の又は可能的―主観的反映に於て考慮される。非難可能性としての責任を維持するために責任概念から客観的要素を排除するか、それとも責任概念の要素としてあくまで客観的なものを維持できるように非難可能性を放棄するか、二つに一つしかない。」Kriegsmann, ZStW., Bd. 28, S. 714
- (3) 佐伯、刑法における期待可能性の思想(以後、佐伯と略す)三七頁。
- (4) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 8—10 Aufl. S. 109.
- (5) 佐伯、三四頁。参照せよ、三九頁註。
- (6) 佐伯、刑法講義総論、二四七頁。
- (7) 博士は「責任阻却事由の錯誤」という項目では次のように言われている。「適法行為の期待を不可能にするような事情があると誤信している場合―例えば、自分の生命が危険にさらされていると誤信して、その危険を避けるために他人を死亡させた場合―には、殺人罪の故意は一応存するのである」。講義、二八一頁。同旨、滝川「期待可能性論の回顧」法学論叢、五九卷一〇号、三頁。たとえ現実には違法の認識がなくても、そのことにつき過失があれば、あるものとして取扱われる。佐伯、講義、二七七―八頁。
- (8) 佐伯、講義、二五七頁。「過失を故意から区別するのは、犯罪事実の表象・認容の欠如である」。団藤、刑法綱要総論(以後、団藤と略す)、二五一頁。
- (9) 佐伯、講義、二五八―九頁。
- (10) 団藤、一九三頁註(一〇)。
- (11) 団藤、二四五頁。期待不可能と考えられる程の事情は存在しないとし

て、今度は錯誤を不可避にするような事情かどうかという点で附随事情はなお重要、とされる。二四五―六頁。

- (12) 団藤、二四七頁。
- (13) 団藤、二二三頁註(一)。
- (14) 団藤、二二三頁。博士が期待可能性のない場合を規定したものととして挙げておられる(二四一頁)盗犯防止法一条二項は「現在の危険あるに非ずと雖も行為者恐怖、驚愕、興奮、又は狼狽に因り…」として、責任の有無を主観的事情にかからせていることに注意すべきである。
- (15) 同旨、八木国之「期待不可能性論の批判的考察」法学新報六六卷一〇号、三〇頁。Beising, Unschuld, Schuld und Schuldstufen (1910), S. 8, Anm. 2.

## (二)

刑法上の責任は、他の誰の責任でもなく、行為者の責任である。他の人に可能であっても、行為者に不可能であれば彼を非難することはできない。それ故、「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」<sup>10)</sup>わけであって、期待可能性判断の標準は当然「行為者」ということになるだろう。

この結論は責任は非難可能性であるとする規範的責任論をとる限り問題はないと思われるが、一体どういう点が批判を受けるのであろうか。それは、前述したように、犯罪者が現に犯罪をなしたということが、彼はそれ以外の行為をなし得なかったということの証拠に他ならず、従って責任非難ができないことになる、ということである。<sup>11)</sup>もしそうだとすると行為者を標準とした場合、確信犯人に限らず常に期待可能性はなく、これは刑事司法を弱める(軟骨化)どころではない。これに対しては、植田教授が「この批判は、行為は当該行為者にとってはずねに必然で、他行為の可能性はなかったという思想を前提とするもので、妥当でない。けだし、もしそうであれば、期待可能性を責任の根拠として認めること

自体が、根本的に無意味となるからである」と反論されている。<sup>88</sup> そうすると教授は、行為は当該行為者にとって必らずしも必然的なものでなく、選択の余地あるものだ、という思想を採られるわけである。ところで、期待可能性なしと考えられる場合、附随事情のために行為者にとっては違法行為を決意することが不可避であって、彼には選択の余地が全くなかったのであるから、構成要件の結果が発生した原因は行為者ではなく附随事情であると言えるだろう。彼は因果関係の一通過点にすぎないから、非難される理由がない。そして附随事情と違法行為とは必然関係にある。他方、期待可能性があると考えられる場合、行為の原因は行為者の選択である。行為環境がいかに適法行為の選択を困難ならしめようと、選択の余地があれば、行為と必然関係に立つのは行為者人格である。この場合、附随事情と必然関係に立つのは人格の適法行為選択が困難ならしめられた、ということにすぎず、決して附随事情と人格が並列的に行為の原因となるのではない。<sup>89</sup> 今述べたことは要するに、前述の、附随事情は行為者の精神に反映して初めて責任要素になる、<sup>90</sup> ということの繰り返しである。

結局、原因は場合によって異なるとしても行為は必然の産物ということになる。従って植田教授が妥当でないと言われるのは、多分、行為者の選択そのものが常に附随事情その他物理的因子によって決定される、とする「決定論」のことであろう。確かに、このような立場は、教授が言われる通り、附随事情により他行為の可能性ある場合とない場合を識別しようとする期待可能性理論と調和できるものではない。期待可能性理論は「非決定論」を前提にしている、と言える。そこで問題は、行為者標準説に対する前述の批判は決定論を前提にしなければ成り立ち得ないものであるか、という点に存する。

非決定論を基礎にしながらなお且つ、行為者に他行為を期待することはできない、と言うことは可能である。なぜなら、「犯罪者が現に犯罪を行なった」ということは、彼がその行為を選択したということである。

選択と行為は必然関係に立つから、それ以外の行為をなし得ない。従って「彼はそれ以外の行為をなし得なかった」のである。そう言えば、確かに選択以後の因果関係を見ればその通りだが、行為者が行為を選択するに際しては自由があるのだから、その意味では他の行為ができなかったとは言えない筈だ、と反論があるだろう。しかし、ある人格にとってもし本当に二つ又はそれ以上の行為が可能だとすれば、彼は行為―少なくとも有責な―に出ることができなくなる。例えば今A、Bという二つの行為が可能だとしよう。可能という点ではどちらも全く同じである。Aを採ることは可能であるが、しかしどうしてもAでなければならぬという必然性はない。Bでもよいわけである。これはBについても同様で、Bを選ばねばならぬ理由は何もない。こうなれば、行為は偶然によってどちらかに決まる他ないであろう。この場合、人をその行為について非難することはできない。なぜなら、行為の選択に人格は全く関与していないからである。行為は偶然の所産であって、人格のそれではない。偶然とは何ら原因がないということである。偶然に委ねたという点で人格の関与があるではないか、と言われるかも知れない。しかし、この反論は自己矛盾である。なぜなら、その前に人格は偶然に委ねるか委ねないかの選択ができないからである。もし委ねる決意をしたのであれば、そうするだけの何らかの原因があった筈であり、原因があれば結果は必然ということになる。やはりここでも自由の存在する余地はないと言わなければならない。<sup>91</sup>

こうして我々は一方で決定論を排しつつ、同時に他方で偶然論にも反対しなければならぬ。非決定論のいう「自由」とは、選択が附随事情その他あらゆる外部的・物理的因子によって決定されるのではなく、人格によって決定される、という意味であって、行為者にとっては常にいくつかの行為の可能性がありそのうちからどれでも選択できる、という意味に理解すべきでない。従って、具体的事情の下で行為者の採る行為は必然的に一つに決まり、他の行為を選択する可能性は存在しないが故に、

現に違法行為を行なった行為者が同時にまた適法行為に出ることもでき  
たであろうと考えられる主体でもあるとする行為者標準説は、採ること  
を得ないものである。<sup>(16)</sup>

最後に、団藤博士の「通常人標準説によって修正された」行為者標準  
説を見ておくことにしよう。それは行為者標準説を基本とするが、「た  
だ、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」とされる。  
この説によれば、行為者の能力が通常人又はそれ以下であれば行為者  
標準、通常人より高い能力をもっていれば通常人標準、ということにな  
る。しかし、前者の場合には前述の批判、後者の場合には行為者標準説  
からの批判が妥当し、この種の折衷説によっては事態は一向に改善され  
ない。なぜそうなのかと言うと、この修正は佐伯博士の言われるように、  
「単なる修正ではなくて、むしろ行為者標準説の放棄であり、平均人説  
に対する降服にはかならない」<sup>(17)</sup>からである。もし「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ない」とすれば、当然「期待  
可能性の有無は、その行為者の能力の高低に応じて異なることとなり、能  
力の高い人には常人以上のことが期待されることになる」<sup>(18)</sup>筈である。と  
ころが、行為者の能力が通常人のそれより高い場合には、通常人にとつ  
て、可能なことが限界とされ、行為者標準が排除されるのである。この場  
合でも行為者の可能は確保されている、と反論があるだろう。しかし、  
通常人には不可能だが行為者には可能だったという場合、「具体的な事  
情のもとにおいてその行為をすることが全く無理もない」<sup>(19)</sup>と言えるのは、  
通常人についてのみであることは明らかである。行為者は適法行為に出  
ることが可能だったのであり、従って、全く無理もない、とは言えない。  
それにも拘らず、期待可能性なしとして責任が阻却されるのであれば、  
ここでは完全に行行為者標準が放棄されてしまっており、すべての場合を  
通じてそれが「基本」となっていないわけである。それ故、修正は平均  
人説に対する降服であり、「通常人標準説によって修正された行為者標

準説」は相容れない二つの説をそのままつなぎ合わせただけのものにす  
ぎないと言えるだろう。

- (16) 団藤、二四三頁。フロイデンタールは一般に行行為者標準説の代表者と  
見なされているが、必ずしもそうとは言えない。というのは、彼  
は「行為者の可能」を強調しているけれども、その可能の有無を実際に  
認定するに当たっては、個々の具体的事情を見て、それが「犯罪を思い止  
まるためには、普通、誰にも期待できない程の低抗力を必要とするよう  
なものであれば」可能でない、とするのであるから、標準は行為者では  
なくて「すべての人、実質的にはその中でも最も能力の高い人、という  
ことになるだろうからである。B.Freudenthal, Schuld und Vorwurf  
im geltenden Strafrecht, 1922, S. 7. なお、我国で行為者標準説を採  
っておられるのは、植田、刑法講座(3)。大塚、刑法概説(総論)。井上正  
治、判例にあらわれた過失犯の理論。吉川、刑法総論、二〇七頁。小暮、  
旧法学教室(5)、一四三頁。
- (17) 佐伯『米田、総合判例研究叢書、刑法(2)、二八五頁。木村、犯罪論の  
新構造(上)、四四四頁。
- (18) 植田、前掲、二六頁。シャフスタインもこの批判を決定論からのもの  
と見ている。F.Schaffstein, Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner  
über gesetzlicher Schuldanschlussesungsgrund, 1933, S. 32.
- (19) 「行為者人格と行為環境の相互作用のもとに犯罪行為が決定される」  
団藤、九頁。これに対する批判は、後出註(37)。
- (20) 「附随事情の異常性だけが裸のまま問題となるのではなく、その行為者  
との関係において検討されなくてはならない」井上、前掲、二九七頁。
- (21) 行為者がAかBかの選択を偶然的決定に委ねようと決意して、その結  
果Aという行為を行なったとする。この場合、偶然という要素が入った  
以上は行為者を非難できなくなる、却ち行為と人格との必然関係が切れ  
るのではないか、という疑問が出されるかも知れない。しかし、非難は  
可能である。なぜなら、行為者の「偶然的決定に従う」という決意が行  
為の原因なのであり、偶然的指示それ自体は原因となるだけの力を有し  
ないからである。言い換えると、そういう決意が予め存在して初めて、

偶然の「A」という指示が行為者を拘束するのである。

- (22) 「外部的」とは、行為者を取巻く環境的要素のみならず、精神ないし人格以外の一切の要素を含む。

- (23) 「行為者標準説が妥当である」とされた植田教授も、最後には「もつとも、ここで注意を要するのは、行為者標準説といつても、純粹の行為者個人が標準とされているわけではなく（かかる純粹の個人は認識できない）、行為者本人が属する類型人（本人の年齢、性別、職業、経歴等々によつて構成された）が標準とされていることである。したがつて、ここでの行為者も類型人の観点からみられた行為者であるから、その能力もまた決して主観的のものではない」と言われて行為者標準説の否定に至っている（植田、前掲、二七頁）。佐伯博士もこれは明らかに一種の平均人説である、と言われる。（佐伯＝米田、一八五頁）参照せよ、植松、刑法概説Ⅰ、一七七―八頁。行為者標準説か否かを識別する際に重要なのは、行為を決定する行為者人格のみである。それを標準としないうなら、それ以外の因子をどんなに細かく考慮しようとも、行為者標準説ではない。行為者人格は最も特殊的、個人的なものであり、類型化になじまないものである。

- (24) 団藤、二四三頁。通常人の能力を上限とする理由は、「通常人として一般的にまったく無理もないような行為は、おそらく、行為そのものとして法秩序によつて容認される」からである。二四五頁註（一九）。

- (25) 佐伯＝米田、総合判例研究叢書(22)、二八七頁。

- (26) 佐伯＝米田、二八七頁。

- (27) 団藤、二三九頁。

### (三)

期待可能性の有無の判断基準に行為者本人をおいた場合は、常に期待可能性なく、無罪を言渡さねばならない、というのがその帰結である。それ故、適法行為に出ることもできたであろうと考えられる主体は、現

実の行為者以外に求められねばならない。そこで出てきたのが、今日我国で通説の地位を占めている平均人標準説である。<sup>24</sup>これによれば、行為者が犯罪を行なった事情の下に平均人ないし通常人を置き、この通常人に他の適法行為をなし得る可能性があったかどうかによつて期待可能性の有無を決するのである。<sup>25</sup>

この説は他行為可能性を行為者以外の者に求めようとする方向に於て妥当なものであるが、他方で、行為者標準説を生み出しそれを支えている重要な根拠を失うのではないか、という問題を抱えている。その根拠とは、即ち、行為者に他の適法行為を行なう可能性がなければ彼を非難することはできない、従つて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ない、ということである。これが平均人説が行為者標準説の陣営から受ける批判であり、その最大の難点である。いくら平均人に適法行為の期待が可能であろうと、それは行為者本人の可能性とは本来別個のものである。「可能」が責任非難に不可欠の前提だとすれば、平均人説が論証したのは平均人の責任であつて、行為者のそれではない。

木村博士は、もし期待可能性の有無を行為者自身を基準にして判断するならば、行為者は常に現実になされた違法行為以外の決意に出ることが不可能だから、期待不可能で無罪としなければならなくなる、とされ、従つて「行為者標準説は妥当でなく、社会の一般人すなわち平均人を基準として期待可能性の判断をし、社会の一般人が行為者の立場にあつたならば適法行為の決意の期待が可能であつたか否かによつて判断すべきだとする客観的基準が妥当である。そのことは、刑法が聖人・賢人のためのものでもなく、また勇者と怯懦者とを区別するものでもなく、社会の一般人に対する規範であることからいって当然の結論である」と言われる。そして「社会の一般人・平均人を期待可能性の有無の判断の基準とすることは、責任を行為者自身について認めず、行為者以外の他人の頭のなかに認めることになる」との批判もないではないが、一般人・

平均人は責任判断の法的基準であつて、それによつて責任非難がなされ、有責とせられるのは行為者であり、したがつて、一般人・平均人の基準を認めることは決して行為者以外の他人について責任を認めるものではないことはいうまでもない。<sup>80)</sup>

しかし、博士が行為者標準説を排し平均人標準説を採られたということは、当然平均人は行為者とは異なる者であるという意味を含む。<sup>81)</sup> なぜなら、もし同一であれば平均人説と言っても名称が変わつただけで実質は同じことになり、敢えて行為者説を排斥する必要はないからである。博士が、二つの基準を異なるものとして把握されながら他方で「期待可能性の理論における期待可能性とは、行為者における決意すなわち動機形成とその際における外部的事情との関係において、その外部的事情が普通のものであり、したがつて、行為者に対して適法行為の決意を期待することが可能であつたということを意味する」<sup>82)</sup>（傍点筆者）と言われるのは矛盾である。平均人を基準にして期待可能性の有無が決まるのであれば、期待可能性とは平均人に対して適法行為の決意を期待することが可能であつたということを意味する、と解されねばならない。<sup>83)</sup>

こうして、期待可能性を直接的には平均人の責任を基礎づけるものとした平均人標準説は、如何にしてそれを行為者を非難するための根拠へと移行させ得るのか。木村博士もまた滝川・佐伯博士と同じく、「行為者が社会の一般人であつたならばという場合に現実に行為者が社会の一般人であるときは期待可能性の有無の判断は具体的に妥当な結論に到達するが、もし行為者が内体的・精神的に社会の一般人の基準に達せず、責任無能力者であつた場合には、責任能力の理解にしたがつて、異なつた結論にいたることのあるのは当然である」<sup>84)</sup>とされ、社会の一般人即ち平均人を責任能力者と解される。行為者の能力が平均人のそれに達しない場合は、すべて責任無能力として扱われるから、行為者が責任能力者である限り、平均人の責任は同時に行為者の責任として論ずることが可能になる。実際、そう解さなければ「一般人・平均人の基準を認めるこ

とは決して行為者以外の他人について責任を認めるものではない」とは言い得ないであろう。ところで、前述のように、博士が行為者説を妥当でないとしされる理由は、行為者には当該違法行為しかできなかったということである。そうすると、平均人の責任をそのまま行為者の責任へと移行するのを可能ならしめるのは、両者の「責任能力」という共通性であるから、両者を共に責任能力者として把握すると、なぜ一方には適法行為ができたのに他方にはできなかったというような違いが出て来るのかの説明に窮することになる。

能力という点に関して言えば、行為者も平均人もどちらもここでは「事物の是非善悪を判断し、それに従つて行動する能力」を有する者と規定されているから、何の違いもない。期待可能性を調べる場合、平均人を行為者と同じ行為環境におくから外部的事情——年齢、性別、職業、健康状態等を含んでもよい——も等しい。ではどこに違いを見出すか。この場合、責任能力に程度の差を考へることはできない。なぜなら、もし能力の違いを考慮に入れるとなると、行為者に代えて同じ状況に置かれる平均人は、責任能力者ということだけでは足りず、更にその内でも少なくとも行為者と同程度の能力をもつた者という条件を満たさなければならなくなるからである。もし行為者より高い能力をもつた者を置けば、行為者に不可能を強いる結果になり、結局、平均人に適法行為の決意が可能だつたから、行為者にも可能だつた筈だ、と直ちには言えなくなる。そこで、仮に平均人はいろいろの程度を考へ得る「責任能力者」と同義ではなく、その内の最も能力の低い者を意味するのだとすれば、行為者は責任能力者である限り、必らず平均人と同等かそれ以上の能力をもっていることになるから、平均人の可能は常に行為者非難の根拠となり得るだろう。しかし、そうなると、行為者は標準とされる平均人よりも常に同等か又はそれ以上の能力を有するにも拘らず、違法行為の決意を避け得なかつたわけで、両者の選択した行為の違いを能力の差に起因すると結論づけることができなくなる。つまり、平均人を責任能力者の内の

最も能力の低い者と規定すれば、今度は、平均人に適法行為ができたのに行爲者にはできなかったその理由として、前者の方が後者より能力が高かったからだ、とは言えない、ということである。いずれにしても、両者の採った行為の違いを「能力」で説明することはできない。私が先に、責任能力の程度の差を考へることはできない、と言ったのはそういう趣旨である。<sup>(30)</sup>

こうして、我々は今や一定の能力をもった主体に目を向ける行為者標準説と平均人標準説、あるいは外部的事情に目を向ける国家標準説から離れて、問題解決の糸口を探さなければならぬであろう。

(28) この説を採っているのは、木村、刑法総論、三〇五頁。江家、刑法、八二頁。植松、再訂刑法概論Ⅰ総論、二〇六頁。八木国之、木村博士還暦祝賀、刑事法学の基本問題(上)五六三頁以下、など。

(29) ドイツでこの立場を採っているのは、エーベルハルト・シュミット、ゴルトシュミット、コールラウシュ等であるが、例えばE・シュミットは次のように言う、「行為者に適法行為を期待してよいかどうかは：行為がなされた全状況から見て、行為者が経験上法規範の決定規範としての作用をもちや期待できないような心理的圧迫を受けていたかどうか、によって決まる」と。しかし、ここで注意しなければならないのは、「行為者」と言いながら、実際には、行為者を意味しないということである。即ち、「その場合、特別の精神的高尚さが前提とされてはならず、また特別の精神的弱さを前提にする必要はない。判断をする裁判官は、むしろ、平均的国民型を表象し、この立場から適法行為の期待可能性を吟味しなければならぬ。」Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen

Strafrechts, 26 Aufl. 1932, S.283 f.

(30) 木村、犯罪論の新構造(上)、(以後、木村と略す)四四四―五頁。

(31) 行為者は決して平均人であり得ない、という意味でないことはもちろんである。たとえ行為者が平均的能力の人であったとしても、彼以外の平均的能力をもつ人を基準にする、ということである。

(32) 木村、四四三頁。

(33) 木村博士自身も次のように言われている、「期待可能性の有無の判断の基準を社会の一般人・平均人と解することのもっとも重要な結論は、：たとえ行為者が社会の一般人であったとしても、適法行為の決意を期待することが不可能であったときは、行為者に対する責任非難が不可能であり、したがって、責任が阻却せられるということである」(傍点筆者)。木村、四四五頁。一般人・平均人が責任判断の法的基準だとすると、「それによって責任非難がなされ、有責とせられるのは」一般人又は平均人であろう。

(34) 木村、四四五頁。

(35) こうして責任能力に程度の差を考慮できないとすれば、結局、平均人と言っても責任能力者と全く同義になる。佐伯博士はまさにこの点を指摘して、「一体このように現実の行為者に置き換えて考えられる平均人・平均的国民典型は、果して、真に問題に対する解答を与えるものであるうか。それとも、むしろ問題の外包を改めただけではあるまいか。私見によればこれこそ平均人論に対する真実に重大なる疑問である。というのは我々は刑法が―而も正しく責任の問題に関して―既に一種の平均人の型を使用していることを知っているからである。所謂『責任能力者』の型がそれである。：責任能力者の型と期待可能性の標準として特出される平均人とは果してどれだけ異っているのであるか。私見によれば：その間に本質的な相違はないのである。：若し然りとせば後者を更に期待可能性の標準として持出すことは許されない筈である」と言われる。佐伯、三三三頁。

#### (四)

行為者標準説のところ述べたことは、平均人についてもそのまま当てはまる。即ち、そこにいかなる人を想定しようとも、彼なら適法行為の決意が可能であった、換言すると、適法違法いずれの行為でも選択できた、と考えることはできない。なぜなら、彼の採る行為はその人格によって決定されざるを得ないのであって、両方の可能性が漫然と併存し

ているわけではないからである。このように「行為を決定するもの」を明確にしておいた上で、我々が平均人説から学ぶことは、現実の行為者、即ち一定の違法行為を決定した人格、から離れなければならないということである。そうしなければ、既に繰り返し述べたように、彼としてはそうせざるを得なかったという事実を事実として肯定する他なく、その現実に対する無価値判断即ち行為者を非難するということができないからである。換言すると、現実の人格のあり方をそのまま肯定する結果になるのが行為者標準説である。そうではなくて、行為者自身の別のあり方を想定することによって当該人格を非難しなければならぬ。しかも、こう考えることによってのみ、他人の責任を負わせることになるという平均人説に対する批判も避けることができるのである。

従来 of 学説を批判する中で明らかになった問題点をこの立場で克服できるかどうかを順次見ていくことにしたい。まず、行為時の人格と、具体的事情の下で違法行為を思い止まったであろうと考えられる「あるべき人格」(是非を弁別しそれに従って行動する人格)とは同一でない。前者を期待可能性の標準とするのが行為者標準説であり、後者を標準とするのが今述べている立場である。即ち、適法行為をする予想されるのは、従って非難の根拠として持出されるのは、過去に現に存在していた人格ではなく、本来存すべきであった人格である。平均人説の陣営からの「すべてを理解することはすべてを許すことである」という批判によって既に不可避なことでとされていた期待可能性の標準と現実の行為者との乖離は、このような態様に於て確保されねばならない。こう考える以外に第二の条件を満たす道はないように思われる。即ち、行為者は実際には他行為を選択できなかったにも拘らず、社会の一般人ないし平均人にできたから行為者にもできた筈だと擬制して責任を負わすのではなく、他行為の可能性はあくまでも行為者自身に求められなければならない。その点で、過去の具体的事情の下で適法行為を決定する人格は、他の誰の人格でもなく行為者のそれである。従って、行為者の他行為可能性は

ある意味で否定されねばならない反面、ある意味で肯定される。繰り返し述べたように、違法行為はその人の人格の必然の産物であってそれ以外の行為は現われ得ず、しかしまた同時に彼は適法行為を行なう人格であり得るが故に、他の行為を行なう可能性を有するのである。換言すると、他行為可能性は行為を決定するものとしての人格を介してのみ、即ち間接的に、すべての責任能力者に存すると言いうことができるのである。なぜ、行為者は適法行為を行なう人格であり得るのか。それは彼が責任能力者だからである。適法行為を行なうとは、善悪を弁別し、それに従って自己の行動をコントロールするということであり、もし弁別能力を有しながら違法行為をしたのであれば、善悪の弁別に従ったコントロールが存しなかったのである。行為者が責任能力者であるということは、そういうコントロールをなし得る主体であること、換言すると、適法行為を行なう人格であり得る、ということに他ならない。

ここに到って、期待可能性の有無の判断基準とされる主体は具体的事情の下で適法行為をなすのに対して、現実の行為者は違法行為をなす、という違いが何に由来するのか、が明らかになった。どちらの主体も全く同一の外部的事情の下に置かれるが故に、そこに違いを見出すことはできない。結局、残るのは内部的事情、即ち行為を決定するものとしての人格、である。そうであるからこそ、行為は人格の徴憑、その現実化である、と言われる。

人格の現われとしての「行為」が存在する限り、それは原因として人格のみをもつのであって、附随事情は原因でない、ということ客観的責任要素の有無の問題に関連させて前に論じた。それは、行為についての責任はすべて人格が負わなければならない、ということを意味する。行為事情が人格と並んで原因の一端をなすのであれば、人格は責任の一部を免れることができるだろう。期待可能性理論はこのような考えを基礎にし、行為が完全に行為事情によって惹起せしめられたと考えられる場合は期待不可能、原因の一部をなすと考えられる場合はその程度に応

じて期待困難による責任減輕、とするものである。決定論を採らない限り、行為事情と人格との必然関係は否定されるが故に、行為事情を行為に結びつける、即ちそれが人格の非難可能性の有無・強弱に影響を与えるのを可能ならしめるためには、このように行為事情と人格とを並列的に捉える他ないであろう。<sup>(35)</sup>

しかし、行為事情が人格とは独立に、それと並んで、行為の原因となり得る、言い換えると、行為者の主観に反映することなしに責任の有無・輕重を左右する客觀的事実が存在する、ということを論証しようとするあらゆる試みが矛盾に逢着して失敗せざるを得なかったことは、既に見た通りである。

こうして、一定の具体的行為環境の下で、行為者が違法行為を思い止まり得なかったことは、ひとえにその時の行為者の主觀的事情にかかっており、行為環境はただ主観に影響を及ぼすのみで、如何なる行為に出るかの決定には決して関与しない、ということであるから、当然「期待可能性」概念の理解の仕方にも変化を来たさざるを得ない。即ち、「期待可能性」とは、違法行為を行なった者に対し、行為の際の外部的事實から見て、現に行なった行為とは別の、適法な行為に出ることができた筈である、と言いつけることである」とされてきたが、外部的事實と、行為者によってどういった行為がなされるか、ということとの間には因果関係が存在しないが故に、両者の因果的連関を前提とする従来の概念規定は不適当である。それは、「行為の際の内部的（主觀的）事情から見て」と変更して初めて意味を有するであろう。

では、このような変更を受けた「期待可能性」はどういう意味をもつか。期待可能性とは、違法な行為を行なった者が、その行為の際の主觀的事情から見ても、別の適法な行為をとり得た筈である、ということである。行為者は現に違法行為をなしたのであるから、我々としては、彼にはそのような行為しかなかったのだ、と理解する他ない。しかし、彼の主觀的事情、即ち彼が責任能力者であったということから、

彼は違法行為を思い止まる人格であり得たが故に、彼は責任を負うのである。もし人間が、決定論の考えるように、因果の鎖で完全に縛られているものなら、彼がどういった人格であろうと、彼の責任ではない。彼は自己の人格をどのようなものたらしめるか決定することができ、が故に責任を負う。行為者の他行為可能性、即ち期待可能性という要件は、彼が行為時に責任能力を有していたということと既に満たされている。<sup>(36)</sup>なぜなら佐伯博士が言われるように、人は「實際、自由の主体として自らも行動し、また他人からも取り扱われるというのが現実であり、そしてまさにそのような「自由の主体として扱われるために、その人が備えていなければならない条件が、法律上は、責任能力とよばれ」<sup>(37)</sup>ているものだからである。

(36) 人格とは「一束の義務と権利の統一を、即ち規範集合体の統一を擬人的に表現するもの」（ケルゼン「純粹法学」横田訳、八七頁）だから、現実の人格とは換言すると個人的な行動原理（格率）・主觀的法であり、これに対して当為としての人格は規範・客觀的法である。後者は、学者によりさまざまに表現されている。例えば、平均的国民型（E. Schmidt）、勇士でも弱虫でもない普通の国民、あるいは平均的な意思の強さをもった国民（Karl Siegfert, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Notstand und Putativnotstand, 1931, S. 52, 54）。メッガーは、平均人について「人は事實的平均、經驗的標準を想起するけれども、ここには一定の要求、理想型、創造された標準としての『操守堅固な人』（ハインリッヒ）を意味する」としている。Mezger, Schuld und Persönlichkeit, 1932, S. 15.

(37) 例えば、団藤博士は次のように言われる、「行為は人格のあらわれである」（刑法綱要、総論、六八頁）「人の身体の動静がその背後においてその者の主體的な人格態度と結びつけられ、その者の人格の主體的現実化とみとめられるばあいには—そうしてかようなばあいには—これを行為と解するのである」（同、六七頁）。ところで、従来の見解によれば、期待不可能を理由として無罪とされる行為は、附随事情が異常なた

め生じたのであって行為者人格に非難を帰すことのできないものである。これは言い換えると、その行為は行為者人格の主體的現実化とは認められない、ということである。そうすると博士の行為概念規定によると、期待不可能とされる場合は、そもそも初めから「行為」が存在しないことになり、責任判断の前の構成要件該当性判断、違法性判断は一切何を対象になされたのか、あるいは、行為であるか否かの判断がなぜ責任判断に於てなされるのか、という疑問が生じる。この矛盾を避けようとするれば、期待不可能で無罪とされる場合でも「行為」は存在する、即ち、異常な附随事情のために違法行為をせざるを得なかつた場合でも、その違法行為は人格のあらわれであり、人格によつて決定されたものである、と言わなければならぬだろう。そうであれば、博士の言われる「人格態度の場としての行為環境」——責任事実関係——は責任要素ではない。なぜなら、行為にあらわれた人格態度が非難可能性なしと判断されたのであつて、責任事実関係はここでは関係していないからである。行為を行為環境と人格の相互作用の所産と考える立場からは、当該違法行為は人格と行為環境のあらわれであるから、後者もまた責任要素である、と反論があるかも知れない。即ち、「人格態度は一定の行為環境を場とする。かような行為環境を度外視して人格態度を批判することはできない。：したがつて、責任事実関係の中には、一方において行為者人格の側における心理的ないし生物学的な人格態度そのものと、他方においてその人格態度の場としての行為環境とが含まれるといわなければならない」(同、一九二頁)。行為は人格だけを表わしているのではない、という意味である。従つて、責任要素は必ずしもすべて行為者の主観に反映したものだけに限らない。「客観的事情が、かならずしも、行為者の意識を通じてでなく、無意識的にあるいは生物学的に行為者に影響を与えることがありうる。一派の学者が客観的責任要素の存在を主張しているのは、正しいと思う」(一九三頁、註一〇)。しかし、この反論は博士にはできない筈である。なぜなら、博士は責任のところで「行為者が違法性阻却原因たる事実を表象すれば、故意の成立が阻却されることになる：誤想防衛、誤想避難などがこれである。これは構成要件該当事実の錯誤とかなじく、事実の錯誤であり、故意の成立を阻却する」(二二五頁)と言

われている。これによれば実際に違法性阻却原因たる事実が存在しなかつた場合、それを正しく認識して行為をすれば故意が成立して有責、そういう事実が存在すると誤認して行為すれば故意は成立せず責任なし(又は過失責任)である。客観的事実は全く同一であるのに、行為者の主観によつて責任の有無(又は形式)が異なる。これは、責任を左右するのは客観的事実ではなく、主観的事実である、ということを確認していることに他ならない。結局、我々としては、行為は人格と行為環境の相互作用の結果として生じたものではなく、ひとえに人格の所産であり、従つてまた、客観的責任要素というものを否定せざるを得ないのである。

(38) 例えば木村博士によれば「強制は物理的と心理的に区別せられるが、『物理的強制』の下にあつては刑法上の行為すなわち目的(的)行為はあり得ないから、もつぱら『心理的強制』だけが『期待可能性で問題になる(刑法総論、三三〇頁)。心理的に強制を受けたのでなければならぬから、やはり外部的事情は行為者の主観に反映することを要する。

(39) 「客観的事情が、かならずしも、行為者の意識を通じてでなく、無意識的にあるいは生物学的に行為者に影響を与えることがありうる」(団藤、前掲、一九三頁註一〇)。もしそうなら、行為が無意識的な影響に完全に支配されて生じた場合は、行為の原因は外見上は行為者の決意であるけれども、実質的には客観的事情である。行為者には意識的に行為の選択に關与する余地が全くなかつたわけで、而もそれは客観的事情の異常さのためそうなのであるから(誤認でないとして)、期待不可能で無罪となるだろう。次に、人格の意識的コントロールが完全に排除されたわけではないが、異常な客観的事情の無意識的影響もあった場合、両者の相互作用の結果として、つまり両者が原因となつて、違法行為がなされたのである。客観的事情が因果関係に於て人格と並ぶ、とはこの場合を指す。

(40) 参照せよ、註(35)  
(41) 佐伯、講義、二二九—四〇頁。 —