

期待可能性における類型的 附隨事情の意義

秋 山 哲 治

- 一 刑法解釋における可能性概念の多義性
- 二 適法行爲の可能性判断についての困難性
- 三 期待可能性の標準と類型的附隨事情

一

可能性の概念は刑法學乃至刑法解釋學において重要な機能を果すものと云うことができよう。違法論において然り、責任論において更に一層然りとする。然し乍ら、この可能性の概念は可成りに多義的である。拙論は期待可能性に關し若干の問題を検討しようとするものであるが、一應刑法解釋における可能性概念の多義性を考察し、かくして期待可能性における可能性概念の意義を明かにしたいと思うのである。

「可能なるもの」は、いまだ「現實なるもの」ではないが、併し、それに接續するものとして人間の諸々の行動を制約する。従つて、當然に刑法の領域においても「可能なるもの」が、豫想を越えて多くの場所で問題とな

る。「可能なるもの」が、「現實」となり得る性質を抽象して「可能性」として觀念せられる。

可能性は必然性、偶然性、蓋然性及び現實性等々の諸性質と對照連關せしめて理解することによつて、その特質を明確にすることができよう。まこと、我々の日常生活は、事物乃至行動の必然性、偶然性、蓋然性乃至可能性及び現實性の上に、それらの極めて複綜した相互連關の下に營まれる。現實は他の諸性質の結果でありつゝ、同時に、現實は自己の中に他の諸性質を含蓄し次段階の現實へと發展推移する。以上の如き様相に基き、實は、可能性の概念自體が必然性、蓋然性等の概念と交叉混淆しておることに注意しなければならぬのである。可能性概念の多義性もその原因をこゝに胚胎するかとも思はれるのである。

さて、筆者は可能性の概念を豫め一應類型化し、これについて順次説明を進めることにしよう。

1、自然的物理的可能性

例えば、或種の毒物の一定量において一般的に人を死に至らしめる場合を想定しよう。この一定量の毒物は致死の可能性があり、と云われるのである。毒物の物理的・化學的機能と人體の生理的・物理的・化學的機能との關係において人體の生活機能を停止せしめるのである。

人間の日常生活の多くは、このような可能性を認識し、これを利用乃至支配することによつて營まれる。犯罪行為者が自己の目的を實現しようとするに際し、その手段方法が果して結果を實現し得る可能性を有するやを檢討することを常とするであらう。犯行の手段方法と結果發生との關係が刑事裁判の實際に當つて常に論議せられることは周知の通りである。

さて、この自然的物理的可能性と觀念せられるものの實質については、いさゝか注意を要する。事物の自然的物理的化學的性質が一定の結果を惹起せしめる、とすればむしろ、それは必然性を意味するのではないであらうか。或いは又、一定の結果の發生が必ずしも事物の性質による必然的な經過によるのではないが、一定の事實があれば一定の結果が發生することが常である、換言すれば、結果發生の頻度が高い、という意味において、それはむしろ、蓋然性と呼ばれるに適當するのではないか。まさに、自然的物理的可能性は、これを客觀的に考察するにおいては、必然性であり蓋然性であると云わねばなるまい。それが可能性と觀念される所以は、人間の目的意思乃至行爲に關係づけられる故である。即ち、自然的因果の經過が人間の目的意思活動たる行爲の一部をなすという意味にほかならない。この説明は所謂絶對的不能犯の理解についても妥當すると思われる。即ち、絶對的不能犯として一般に承認せられる迷信犯の如きは、これを客觀的に考察すれば、まさに結果の不發生は必然的である、と云わねばならない。これを行爲者の目的意思を實現するという觀點において不能犯とすることはあながち不當ではないとしなければならぬ。

以上においてその實質において必然性乃至蓋然性なるものが可能性として、人間の行爲に關係づけられて意味される場合のあることが判明したかと思う。併し乍ら、可能性の概念はしかく簡單ではない。即ち、事物の必然性乃至蓋然性それ自體を可能性として觀念する場合があることである。一例を挙げよう。刑法において人間の意思と關係づけけないで、事物の自然的物理的性質を客觀的に考察して規定した所謂危険犯、所謂結果犯においては、結果發生の必然性乃至蓋然性を意味するものとしなければならぬ。併し、この場合においても結果發生の

可能性を同時に意味してゐる、とも云い得るのである。かゝる場合における可能性の概念は、所謂顯勢に對する潜勢として觀念されるものに相當するでもあらう。

以上の如く、筆者は一應自然的物理的可能性の概念をとりあげたのであるが、かゝる概念の中に、自然的物理的必然性乃至蓋然性を人間の行爲と關係して可能性として觀念する場合と、自然的物理的性質それ自體を可能性とする場合とを含むことを知らなければならぬのである。

2、生活經驗的可能性

例えば、金錢を強奪する目的を以て通行人の衣服のポケットに手を入れたのであるが、偶々、この場合、通行人は金錢を所持していなかつたために、目的を實現し得なかつた場合を想定しよう。このような場合、これを自然的物理的に觀察すれば、財物強奪の可能性は存在しない。しかし乍ら、我々の日常生活の經驗に照し判斷するときは、このような事情においては、通行人から金錢を奪取する可能性があるものとしなければならぬ。この場合、言葉の正確な使用としては、むしろ、蓋然性とすべきであらう。即ち、そのような事情において、そのような行爲を以てすればそのような結果發生の瀬度が高い、ということより理解せられるべきであるからである。

併し乍ら、この場合においても、既に述べた如く、目的意思の主觀的觀點から可能性として觀念することも出來又更に、事情と行爲と結果との間に社會的事實としての性質上の連結があるものとして、可能性を觀念することができよう。即ち、一定の社會においては、一定の生活様式乃至行動型態が形成される。これを類型的社會的行爲と云つてもよい。今少し具體的に説明すれば、現今の社會生活においては外出に際して金錢を所持することを

通例とする。従つて、通行人から金銭を奪取することは可能である、としなければならぬ。たゞ現實の具體的事情においては、類型的社會行爲の内容を構成する一部分を缺くことによつて、結果の發生をみない場合があつたとしても、類型的事情の認められる限り、行爲者の意圖した結果が發生する蓋然性乃至可能性が存在するものとしなければならぬ。かかる意味において、その表現において必ずしも適當ではないと思いつつも一應、生活經驗的可能性の概念を識別し得る、となすものである。

3、精神的物理的可能性

刑法において性格の危険性が觀念せられる場合、そのような性格においては、違法行爲を行う蓋然性乃至可能性が存在する、ということの意味する。言うまでもなく、性格という概念自體が多義的である。意思によつて支配し得る面を強調することも出来れば、他面、それとは反對に、意思支配の不可能な面を強調することも出来るであらう。所謂、後天的な要素と先天的な要素とを區別することが出来ようが、おそらく、性格は實體的には双方の要素を具有しつゝも、一定の行動への傾向性を表示した概念と云い得るであらう。かく考えることが許されたとすれば、一定の性格は自然的性質を帯びる一定行動への傾向性を保有するものと云い得るであらう。勿論、かかる表現は誇張されたものにほかならないが、性格の危険性が觀念される場合は程度の差別を認めつゝも以上のような意味を有つものと云えよう。精神的物理的可能性という表現は、これ亦、適正を缺くと思はれるが一應かかる概念を他より區別することにしよう。

4、心理的可能性

期待可能性における類型的附隨事情の意義

或種の心理状態において一定の心理的乃至精神的機能を發揮し得るか、が問題とされる場合の可能性の概念を心理的可能性として他の概念から識別され得ると考える。例えば、興奮、驚愕、恐怖、狼狽、酩酊乃至は心神耗弱の状態において、正常な心理的機能を營む可能性があるか、が考慮せられる場合の如きである。このような心理的可能性はなほ事實的可能性であつて、精神機能の事實性において判断されるのである。従つて、客觀的、對象的な觀察方法によつて、可能性有無の判断がなされ得るのである。従つて又、驚愕、興奮の心理的事實が存在すれば、正常なる精神機能は果し得ないもの、と云う判断を心理的性質に基いて引き出すことができるのである。この點において、意思支配によつてはたして何れの結果を實現し得るか、否かを問題としなければならない。規範的可能性とは性質を異にするわけである。

5、規範的可能性

周知の通り、規範的という表現は種々の意味で用いられる。従つて、規範的可能性と云つても、筆者の意味するところを明かにしておかなければならない。こゝでは、當爲に基く意思決定の可能性乃至意思支配による行爲の可能性を意味することとする。例えば、過失において豫見認識の可能性が問題とせられる場合、或は、附隨事情において適法行爲の可能性が考えられる場合、の可能性の概念を、こゝで云う規範的可能性とする。この概念において、可能性の意味するところは、違法行爲をなす意思決定も可能であり、又、適法行爲をなす意思決定も可能である、ということである。

可能性の本來の意味、特質はこのような意味において認められるとしなければならぬ。即ち、一のこと可

能であり他のことも可能である、という場合において人間の意思活動の餘地があるのであり、若し、一つのことのみ可能であるとすれば、それは既に決定されているのであり、可能性は最早存在しないとしなければならぬからである。刑法における責任論の中核的思想は、こゝに云う規範的可能性の基礎に立脚する。

期待可能性の概念については、いさゝか注意を要するものがある。期待する者と、期待される者との對立が理論的に當然豫想される。期待可能性とは、期待する者の立場における評價である。換言すれば、相手に對し、「適法行爲を要求することが出来る」「適法行爲を要求することは無理ではない」「適法行爲を要求することを相當とする」「適法行爲を期待するに充分の理由がある」ということを意味するのである。従つて、期待可能性は行爲者の一定行爲を對象とした價值評價であつて、意思支配には直接の關係なくむしろ、次に述べる評價的可能性の概念とするを適當とも考えられるのである。しかし乍ら、たとへ、期待する者の立場における評價であるとしても、評價を下すに當つては、期待される者の立場における適法行爲實行の可能性の有無の判斷が前提とならなければならぬ。詳しくは後で述べるとして、(三節 参照)筆者は適法行爲の實行可能性と期待可能性とを表裏の關係にあるものとする。かゝる理由に基いて、筆者は多少のためらひを感じつゝも尙、期待可能性をもつて規範的可能性として觀念することにしたのである。

6、評價的可能性

例えば、非難可能性と表現される場合の可能性を、筆者は評價的可能性として他の可能性概念から識別する。併し乍ら、非難可能性という概念は、その表現はまさに、「可能性」であるけれども、その實體は「相當性」と

いうに適當したものである。即ち、非難性という價值を基準として現實の事實を評價した場合における評價の程度を表示するところの概念である。従つて、「非難し得る」ということはかゝる評價を動詞的に表示したものと云うべきであらう。

以上において種々の意義における可能性の概念を考察して來たのであるが、その共通の性質に着眼して大別すれば、事實的な可能性、意思支配による可能性、價値的可能性とすることが出来る。拙論の意圖するところは、意思支配による可能性の性質を検討しようとするのであつて、そのためにのみ、他の可能性概念と對比せしめたのであつた。

二

ニコライ、ハルトマンはその著「可能性と現實性」の一節において洞察に富んだ次の言葉を述べてゐる。

「實際これ等の諸可能性に於て「可能であるということ」は一體本來何を意味するかゞ問題となる。寧ろこれ等の諸可能性の大多數は全然不可能であつて、淺薄な、實在的所與を離れた思惟にのみ、可能性として見えるのであるということ、人は明かに究明してゐない。よく見ればこのような淺薄な思惟は精々抽象に於てのみ存し實際生活に普通なものではない。普通我々には瞬間の實在關連に於ては、眞の可能存在には廣汎な被制約性のあることが漠然ながらよく知られてゐる。我々に可能として見える一切のことが必ずしも實際には中々實在的に可能でないことを我々は知つてゐる。しかも、我々には、上述の色々の可能性が浮ぶが、併し、一つの可能性は他

の可能性を放棄しないこと、又、浮んだ可能性のうち、どれが本来の實在可能性たるの要求をなし得るかの暗示さへも、それからは得られないことを、我々は常に知つてゐるのである。我々は状況の完全な知をもたないのである。併し経験のある人は、一般に自らこの知をもたないことをよく知つてゐるのである。》(Nicolai Hartman, Wirklichkeit, S. 9, 1938, 高橋) (Möglichkeit und
敬視譯 可能性と現實性一二頁)

まさに觀念的抽象的な可能性と現實的具體的な可能性とは常に一致すると限らない。我々の何等かの行爲に際しては、可能性の條件と共に、又、他面、不可能性の條件が存在するわけである。従つて、現實的具體的に可能性が存在するが否かは、これ等の事情乃至條件を考慮しなければ決定できないことである。我々は輕々に觀念的可能性をもつて現實的具體的可能性なりとする危険な誤謬を犯し易いのである。この點に關し、興味ある最近の判例を中心にして検討を加えたいと思う。事件は、經理金融等について自由裁量をもたない工場長についての失業保險金不支拂に關するものである。辯護人側は、被告には期待可能性がないと主張したのに對し第一審はこの主張を容れず可能性ありとして有罪の判決をなしたのである。併し、控訴審においては逆に可能性なしと判決されたものである。

先づ第一審の判決文を摘記してみよう。

△被告人會社においては、戰時中、不要不急の資材と認むべきスクラップ等を相當多量、支配下の各工場に分散したが、本件發生當時右川岸工場における之等物資の處分も行われなない儘に置かれた事實を認めることができ
る。

凡そ、被告人會社の經理上の支拂不能から、本件違反に出でざる期待の不可能なる所以を主張するについては、先づ以て、主たる經理擔當者が經理上全力を盡して、有効適切な手段をとつても、右の保険料納付が不可得であつたことが明かにされなければならぬと解するが、前記認定の事實が認められる以上、本件については、未だ以て、右納付について、必要な經理上爲し得る有効適切な手段を盡して、餘す所がないとは認め得ない。》これに對し辯護人は控訴理由において次の如く主張する。

△これは、全然證據にもとずかないで、實際上不可能なことを可能だと判断し、現實的に期待可能性がないのに觀念的にそれがあると断定するものである。——その可能性は、實際的、現實的なものでなければならぬ。事實にもとづかないで、單に理窟の上で、觀念的に事を論ずるなら、どんなことでも可能になる。世には絶対の不可能というものはないとも云える。》

現實を離れた可能性は一種の幽霊とも云うべく、餘りにも自由に駆け廻る、とも云はれるのである。現實的實際的可能性によつてこそ我々の行爲は規制されるものとしなければならぬ。然らば、現實的實際的可能性は如何にして識別せられるであらうか。問題の核心はこゝにあると云はなければならぬ。ともあれ、控訴審の判決要旨に聽くことにしよう。

△電氣機械器具電球等の製造事業を営む會社の工場長としてその工場の管理に當つてゐる被告人が、その代理人として納付義務を有する失業保険料の納付を怠つた當時において、會社の經理狀況が終戦後のインフレーションと統制經濟による原料價格と製品價格との不均衡、過剩従業員による人件費の増大等に基く事業採算の困難、

一般生活費の高騰に基因する従業員の賃上要求による長期間のストライキから生じた生産低下等により、唯さえ經理の困難さが存在したのに加えて、これらが延いては金融機關よりの融資の圓滑を妨げる材料となり、益々經理狀況に悪化を加えていた事情もあつて、右會社本店からの送金が遅れていた反面、その工場長として自由裁量を許される手許資金もなくまた独自の權限で融資を受ける方法等もなかつた事情にあることが認められる場合においては、前記納付義務の履行を期待することは不可能と認めるのが相當であつて、不履行につき故意責任のなかつたものと解すべきである。》

以上は要旨において述べられるところであるが、更に判決理由について見れば、進んで第一審の決論を次の如く難じている。即ち「たゞ漫然と「本件については、未だ以て、右納付について必要な經理上爲し得る有効適切な手段を盡して餘す所がない」と認め得ない」と斷じた上、被告人に本件納付義務の不履行による責任を問うたのは、事を單に理窟の上だけで觀念的に論じただけであつて、可能不可能の問題が實際的、現實的なものであることを忘れたという非難を免れないものといわなくてはならない。》と斷定しておるのである。

（東京高裁昭和廿八年一〇月廿九日判決高裁判例集第六卷第十
一號一五三七頁以下參照）。

現實的具體的可能性はまさに具體的事情において判別せらるべきである。一應、このように理解できたとしても、問題はそれ程簡單ではない。具體的事情といつても或いは廣く或いは狭くその範圍を制限することも出来るのである。換言すれば、具體的事實の取捨選擇の仕方、又は、一事實と他の事實との關連の仕方によつて具體的事情の性格が異つたものとなるのである。具體的事情は判斷者に對し實在的所與であるとするよりも、むしろ、

判断者における構成的現實であると云うことを適當とする如くにも思はれるのである。この間の消息を語るものとして、更に他の一の判例を考察してみよう。本事件は第一審において期待可能性なしと判決されたものであるが、控訴審において審理不盡とされたものである。

第一審判決は次の如く云う。本件賃金未拂の原因が昭和廿三年九月頃の豪雨のため杭内に浸入し石炭が流れ搬出道路決壊して當時約四〇日間操業不能の状態となり、且貯炭約五百噸を喪失し、深刻な資金難に逢着したと、搬出道路が翌年四・五月頃まで原状回復に至らず、しかもその頃打續く降雨と相俟ち出炭運炭共に著しく振わざるに加へ、被告人が同年三月から六月頃まで病臥した、——昭和二四年四・五月頃、西九州石炭株式會社から金四十六萬圓の石炭代の収入があつた。右の中約半額は労働者の未拂賃金の支拂に充て、他の半額を従前の賃金の支拂のための過去の債務金の辨濟、事業繼續に必要な火藥、カーバイト、坑木等の資材の購入に充て、以て辛うじて鑛業の經營を繼續した、 \sphericalangle ことにあると認定、期待可能性なしとして無罪を言い渡したのであつた。

(上記引用判例文は多少原文の語句を變更した。)

併し控訴審はこの判定に對し同意を惜しんだのである。即ち曰く \sphericalangle 企業が使用労働者の賃金を長期に亘つて支拂い得ないような場合は、其の原因及び將來の見通によつては經營の規模の縮少、人員の整理合理化をも必要とする場合もあるのであるから、被告人が、其の經營の規模、使用人員數の適否について検討し如何なる手段方法を講じたか否か、を考察すべきである。

本件不拂賃金は、福岡石炭局の斡旋によつて、鑛業使用權者が、鑛業權者に支拂うべき使用料(約四十五萬圓)

を不拂賃金の支拂に充てることとして全部支拂われたことが認められるので、(中略)被告人に於て賃金支拂資金入手のために如何なる程度の奔走方をしたか、又、不要不急資産にして處分換價し得るものゝ有無、右期間内の収入金額及び其の費途、出炭運炭の成績を上げるための努力の程度等について審理すべきである。

被告人は石炭代四十六萬圓の収入あり、内約半額は炭坑經營のための資材の購入、及び従前の賃金支拂のための借入金に充てたことは、原判決の認定するところではあるが、賃金の支拂をなさず従前の借入金に充てた場合には借入金に充てた賃金の性質、借入の条件等を審究せずして従前の賃金の支拂のための借入金なればとて賃金の支拂に優先し得るものとは斷じ難いので、(中略)右借入金に充てた賃金の性質、返濟期其他借入の条件等につき、更に一段の審理を盡した後でなければ期待可能性の有無について斷定することは出来ない。(中略)原審は審理不盡のそしりを免れない。(福岡高裁昭和二六年五月一九日判決高裁判例集第四卷第七號六七四頁以下参照。多少原文の語句變更)

我々の當面の問題に關連する更に幾つかの判例を擧げることができるのであるが、問題の考察のためには上記の判例によつて事足りよう。問題は可能性判斷の基礎若しくは前提となる事情乃至條件を如何に限定するかと云うことである。論究を進めるに當つて次の點を注意しておかう。

こゝで云う事情という概念は客觀的外觀的に觀察したものであり、條件という概念は事情を機能的に觀察したものである。即ち、可能なるものが現實となるためには、乃至は可能なるものを現實とするためには、一定の條件を要するわけである。従つて附隨事情はこれを機能的に觀察すれば附隨條件となるわけである。

前節において筆者は、可能性の概念として自然的物理的可能性、生活經驗的可能性、精神的物理的可能性、心

理的可能性、規範的可能性、評價的可能性等を識別したのであつた。これ等の各々の可能性は各自の性格において、その可能性を支配し決定する條件を有するわけである。即ち、自然的物理的可能性は、自然的物理的條件によつて支配され、心理的可能性は心理的條件によつて決定される如くである。これらは事實的法則によつて律せられるが故に、可能性判断は事實的認識に基いてなされ得るわけである。

これに對し生活經驗的可能性における可能性の條件は人間の社會生活における行動型態に依存するが故にその條件の構造は可成りに複雑なものがあるとしなければならぬ。併し乍ら、この場合の可能性の判断は、人間の日常生活經驗において何人も熟知し得られる類型的行爲に基いてなされるものであり、結果の發生が高度の蓋然性を有するという性質によつて可能性有無の判断はさして困難を感じないものと云い得る。

これに對し、規範的可能性については著しく事情を異にする。この可能性の中核は適法行爲への意思決定をなし得るか乃至は適法行爲を實行し得るか點にあるのであるから、可能性の有無、その程度の判断は自然的物理的乃至は事實的法則のみによつては認識し得ないことは論をまたない。まさに規範的に判断されなければならぬのであり、その故にこそ又、多様の可能性が觀念的抽象的に想定されることにもなるわけである。こゝにおいて再びハルトマンの言葉を想起しよう。

「世界には現實的なものよりは遙かに多くの可能的なものがあらねばならぬように見えた。何となれば各々の現在時期から將來に向つて可能性の多が開けてゐるが、その後常にその一つのみが現實になるからである。それ故に、現實になつたものは何時も、可能的なものゝ遙かに廣い範圍からの一種の選擇として現われなければな

らなかつた。》(Möglichkeit und Wirklichkeit, S.)
(8, 1938. 高橋敬視譯 一〇・一一頁)

「遙かに廣い範圍からの一種の選擇として現われる」ところにこそ、規範的可能性の特質が存在するのである、と云わなければならない。既に前に述べた如く、一應實在的所與的なものと思われる附隨事情の如きすら、實は判斷者の法的評價に依つて構成されるという性格を有するに至ることも、以上の如き事情に基くのである。規範的可能性の判斷は、單に「可能である」する事實的判斷ではなくして、「可能であるはずである」乃至は「可能となすべきである」という評價的判斷によつて指導せられる。まさに、規範的可能性の判斷は困難であると云わなければならない。併し、困難ではあつても不可能ではない筈である。困難の途を切り開く一つの手懸りは可能性の標準である。

三

期待可能性は、期待する者の立場において行爲者の適法行爲を期待する可能性の有無に關する問題である。従つて、期待される者の立場においては、適法行爲を實行する可能性の有無の問題でなければならぬ。かくして期待可能性における法的評價と適法行爲の可能性における法的評價は一致するものであるか、それとも相異なるものであるかの問題が生ずる。併し乍ら、この問題は結局のところ期待可能性の標準を如何に定めるかの問題に懸る、としなければならない。

期待可能性の標準として従來主張せられた學說に行爲者説、平均人説、法秩序説更に類型的事情説等があること

は周知の通りであり、又、これ等學說相互の批判検討のあることも熟知されていよう。(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・佐伯千仞・刑法における期待可能性の思想下卷二九五頁以下・終戦後の判例と期待可能性の理論・刑法雜誌第三卷第三號等参照) 筆者は従來の學說とは多少觀察の角度を異にして拙論を進めてみようと思ふ。

筆者の見解を一應結論的に述べれば次の如くなる。即ち、期待可能性の有無その程度は行爲の主體者と附隨事情との關係において定まるのであり、行爲者説・平均人説は行爲者についての標準であり、別に附隨事情についての標準がなければならぬのである。更に又、行爲者説・平均人説の實體は附隨事情を如何に限定するかの問題つまり、行爲者について附隨事情を限定するか、平均人についてそれを限定するかの問題に歸着するのである。而も行爲の主體を具體的行爲者としようが、これを平均人としようが、實際は意味がないのであつて、結局は附隨事情を個別化するか類型化するかという點に意義があるとしなければならぬ。然らば附隨事情の類型化は如何にして行はれるか。社會意識及び法意識乃至法秩序に基く法的評價によつて具體的附隨事情が限定せられることになる。かくて、期待可能性の標準は類型的附隨事情に求めらるべきであり、社會意識及び法意識乃至法秩序は次元を異にする標準であると考えらる。以下、この見解の生れる理由を説明しよう。

行爲の主體を行爲者としても、これを平均人としても、具體的附隨事情の下において適法行爲の期待可能性があるかどうかの判断は如何になされるべきであらうか。この見地よりすれば、行爲の主體は附隨事情と共に可能性判断の素材たる意味を有するものと云わなければならぬ。換言すれば、行爲者なり平均人なりを標準としてその上で、可能性の有無が判断される次第である。従つて、かかる判断の問題と、標準の問題とは範域を異にす

るものと云わなければならぬのである。今少し説明を加えよう。例えば平均人説によれば、（同じ行為的事情の下で、被告人の代りにその社會の平均人をして行為せしめたとしても、被告人と同じ態度しかとらなかつたであらうと考えられるときは期待可能性がなく、逆に平均人なら適法な態度に出たであらうと考えられるときは期待可能性があり責任があるということになるのである。）（佐伯博士、終戦後の判例と期待可能性の理論、刑法雜誌第三卷第三號三三三頁）としても、「被告人と同じ態度しかとらなかつたであらう」「平均人なら適法な態度に出たであらう」という判断は如何にして決定せられるか、の問題は、行為の主體をなに人に定めるかによつては解決されないものである。

我々は更に行為の主體の標準としては行為者、平均人の外に、階級、職業等に着眼し、通常の商人、通常の船長、通常の教師、通常の工員等を行爲者の屬する階級、行爲者の従事する職業等における平均人として想定し得るわけである。併し乍ら、行爲者、平均人、職業人等の何れにおいても、その標準とする意味が所謂責任能力の如きものにあるとすれば、標準を區別することの無意味であることは一見明瞭である。刑法上の責任評價の對象となる者はすべて責任能力者にほかならないからである。そこで標準を區別することの意味は、個々人によつて異なる才能、智識、經驗、感覺、性格等に着眼し、行爲者における特殊性をそのままに可能性判断の條件として認めるか否か、にあるとしなければならぬ。一例を考えてみよう。行爲者たる一商人は統制法規の存在を知らなかつた。そのため違反行為をなしたとせよ。しかし乍ら、通常一般の商人はこのような統制法規の存在を知ることが普通であるとせよ。この場合明らかに行爲者を標準とすることゝ通常の商人を標準とすることとは、可能性判断の結論を異にする。併し乍ら、注意すべきは、行爲者の認識、不認識の主觀的事情が實は附隨事

情の一要素であるということである。更に例を取つて説明しよう。金融難に喘ぐ経営主があつたとせよ。彼は八方盡力したが金策に成功するを得なかつた。彼は或資材の存在することに氣がつかなかつた。しかし、或資材の處分によつて金融をなし得たと假定せよ。かゝる場合、行爲者における附隨事情と、客觀的に見られたもの、即ち普通人における附隨事情とが異なる次第である。

以上の如く行爲の主體として行爲者を標準とするか普通人を標準とするかは歸着するところ附隨事情を個別化するか一般化するかの問題となるのである。そこで附隨事情の性格を考究してみよう。

附隨事情は一見、行爲における客觀的な事情として固定したものと思われる。併し乍ら、附隨事情は單に客觀的事實ではなくして可能性判断における規範的評價の素材となるところに意味を持つのである。既に前節において觸れた如く、附隨事情は可能性への積極的條件、消極的條件たる意味を有つのであり、更に、同一事情を積極的條件と評價するか消極的條件と評價するかは、判断者の經驗、洞察、法律的認識等によつて異なるものとしなければならぬのである。かゝる筆者の見解を例證するものとしては既に前節において引用した鑛山経営主の勞働賃金の不拂事件に對する判例がある。即ち、第一審は石炭代の収入が、炭坑經營のための資材の購入及び従前の債務金の支拂に充てられた事を以て、勞賃支拂の不可能になつた一要件として數えるのであるが、控訴審は、借入金の性質、返済期、借入の條件等を更に審理するものでなければ、勞賃の支拂に優先すべきものであるかどうか決しられない、とするのである。

附隨事情が外形的に一定する場合においても以上の如くその法的評價は浮動的である。更に、法的評價に基い

て、附隨事情の限定が客觀的にも浮動的である、としなければならぬ。以上のような事情があるとすれば、評價者の如何によつて可成りに多様な附隨事情が構成されることになるのである。かくて或る評價者は極めて觀念的抽象的附隨事情を構成し、或る評價者は極めて現實的具體的附隨事情を構成することになる。併し行爲者の直面する附隨事情は歴史的個別的一回的である。かくて、我々は妥當なる法的評價の基準を求めなければならぬ。筆者はこゝにおいて、附隨事情の類型化を、即ち、類型的附隨事情を想起するのである。附隨事情の類型化は如何にして可能であるか。我々の日常生活が類型的行爲を以て營まれるという點において、我々の社會意識乃至法律意識が類型化されるという點において、勿論十全においてはなく、或程度において可能であると云わなければならぬ。而して、期待可能性の一應の標準は類型的附隨事情であると云わなければならぬ。

我々は前に一言觸れるに止め、その解決を後に持ち越すことにした、行爲者における適法行爲の實行可能性と期待する者の立場における期待可能性との關係について、検討をなすべき段階に達した。期待可能性は行爲者に適法行爲を期待する可能性の有無についての問題であるから、當然に、行爲者の立場において適法行爲を實行し得たか、否かを考察しなければならぬのである。勿論、期待する者の立場においては、行爲者において實行可能性の無い場合においても、適法行爲を要求することがあり得るわけである。併し乍ら、適法行爲の實行可能性と、期待可能性とが餘りにかけ隔ることは、期待可能性本來の思想ではなからう。只、適法行爲の實行可能性の有無を判斷するに當つて、何を基準にするかが問題であり検討されなければならないのである。若し適法行爲の可能性を、行爲者の歴史的現實的、個別的附隨事情を基準として判斷する場合においては、期待者における可能

性の評價は、期待者が行爲者の立場に没入しない限りは、即ち、期待者たる立場を放棄しない限り到底一致しないことは見易い道理である。そこで、行爲者における適法行爲の實行可能性の基準の如何によつて、期待者における期待可能性の評價と適合するものとなるのである。かくして、實行可能性の基準を類型的附隨事情となすことを妥當と考へるのである。

次に期待可能性の標準として、類型的附隨事情を以てすることが何故に適當であるかの理由を今少し説明しなければならぬ。というのは、期待可能性の標準は現存國家の法秩序であり、ほかならぬ現實の國家機構であるとするのが適當である、とする有力な主張があることに對し、上述の見解を保持しなければならぬからである。尤も現實の國家機構を以て標準であるとする説に對しては、既に、（具體的國家の法秩序のもとで、どういう場合に期待可能性があるということが出来るか、ということが與えられた問題である。これに對して、法秩序が期待可能性を認めるときに期待可能性がある、というのでは、證明を必要とするものをもつて證明したまでのことである。）という趣旨の批評が加えられている（瀧川博士、期待可能性の理論、刑。併し乍ら、どうする場合に期待可能性があるかの疑問に對し、附隨事情が標準である、と答へるのは、同様の批判を受けなければならぬ。問題の提起は、行爲者の適法行爲への意思決定を支配するものは何か、という仕方であり、それに對する答はまさに附隨事情であるとするのが正しい。如何なる附隨事情において可能性が肯定されるか、否定されるかの判断は、類型的附隨事情を一應の手懸りとしつゝも健全な知性によつて、經驗則によつて、法意識によつて、社會意識によつて、はたまた法秩序に照して決定しなければならぬ。）

思うに、何が判断を下すのか、の問題における標準と、何を手懸りとして判断するのかという意味における標準とは次元を異にするのである、と云わねばならない。前者の標準は法的評價自體の標準となるものであり、かかる標準は單に期待可能性判断の標準たるに止まらず、他のあらゆる場合における法的判断の竟局の標準たるものである。われわれが、期待可能性の標準として求めているところのものは、かかる意味における竟局的標準ではない。それは、行爲者が適法行爲を實行し得るや否やは、直接的に何によつて判断し得るか、を定める標準でなければならぬ。意思決定を左右するものが、附隨事情であることが承認された上で、個別的特殊的附隨事情において判断するか、或は、一般的類型的附隨事情において判断するかを、答うべき問題とするのである。