

判例研究

具体的事実の錯誤・親族相盜例・不作為による関与と作為義務

清水晴生

- 第一 責任と刑罰——具体的事実の錯誤における法定的符合説の問題性を端緒として——
（東京高裁二〇〇二年十二月二十五日判決判例タイムズ一六八号三〇六頁）
- 一 事案の概要
- 二 判決要旨
- 三 法定的符合説の問題点
- 四 援助を受けるべき地位としての責任とその地位の強制処分としての刑罰
- 第二 内縁配偶者と親族相盜例
（最高裁二〇〇六年八月三〇日決定判例時報一九四四号一六九頁、判例タイムズ二二二〇号一一六頁）
- 一 決定要旨
- 二 刑法二四四条一項の法的性質
- 三 期待可能性と責任能力
- 四 検討

第三 作為義務と因果性——同時に、不作為による関与と共犯の区別根拠について——

(東京高裁一九九九年一月二九日判決判例時報一六八三号一五三頁)

- 一 事案の概要と判決要旨
- 二 作為義務の本質
- 三 作為義務と因果性
- 四 具体的事例・因果予測ないし制御可能性の具体性
- 五 不作為による関与と共犯の区別根拠

第一 責任と刑罰——具体的事実の錯誤における法定的符合説の問題性を端緒として——

(東京高裁二〇〇二年一月二五日判決判例タイムズ一六八号三〇六頁)

一 事案の概要

本稿の検討対象とする方法の錯誤と量刑との関係をめぐる事実関係の概要は以下のとおりである。

- 1 本件は、暴力団組員である被告人兩名が、W会系暴力団組長Xを殺害することを共謀し、不特定もしくは多数の者の用に供される場所である齋場において、けん銃二丁からXに向けて弾丸四発を発射し、Xほか一名を殺害し、他の一名にも傷害を負わせたが殺害するには至らなかつたという、殺人、同未遂の事実である。すなわち、被告人兩名は、W会関係者の通夜(以下、「本件葬儀」という。)が行われていた東京都E区内の齋場に、それぞれ実包五発又は六発を装てんした回転弾倉式けん銃を一丁ずつ隠し持つて赴き、同齋場の建物出入口付近において、いずれもXに向け、各自のけん銃から、まず被告人Bが弾丸一発を、次いで同Aが弾丸三発を発射した。その結果、被告人Bの発射した

弾丸がXの頭頂部に命中し、被告人Aの発射した弾丸のうち一発がXの右側胸部に命中して同人に肝臓損傷を負わせ、同損傷に起因する出血性ショックによつて同人を死亡させた。被告人Aが発射したその余の弾丸のうち一発は、本件葬儀に参列していたW会系暴力団総長のYの左背面部に命中し、右肺及び右肺静脈損傷を負わせ、これによる失血により同人を死亡させた。もう一発の弾丸は、参列していたW会系暴力団組長代行Zの右膝に命中し、同人に加療約三か月間を要する右膝銃創の傷害を負わせたが、同人を殺害するには至らなかった。

2 ところで、この事実において、被告人兩名が殺害を企てたのはX一人であり、被告人AがXに向けて発射した弾丸のうち二発が、被告人兩名が殺害の対象としていなかったYとZに命中したことにより、Yに対する殺人罪及びZに対する殺人未遂罪の成立が認められている。刑法の講学上いわゆる打撃の錯誤（方法の錯誤）とされる場合である。もちろん、原判決の認定事実のみならず、原審検察官の主張に係る訴因も同じ構成と解される。

関係証拠により、この点に関する事実経過をより詳細にみると、まず、被告人兩名は、Xの殺害を共謀した上で、その行動予定を調査し、同人が本件葬儀に出席する可能性が高いことを把握して、その場で実行することとした。現場では、式場内の参列者席にXが着席しているのを確認し、同人が外に出てきたところを挟み撃ちにすることを打合せた。葬儀終了後、建物の前で、XらW会幹部五、六名が挨拶のために整列して数百名の参列者と向かい合い、Xらの少し後方にもZを含む相当数の参列者が並んだが（Yの位置は証拠上必ずしも明らかとなっていない）、被告人兩名も参列者の中に混り、実行の機会をうかがった。Xの挨拶が終わる、全員がお辞儀をし、Xが頭を上げた瞬間、被告人Bは、Xの正面約1mの所に飛び出すと同時に右手に握った拳銃の撃鉄を起こしながら、銃口をXの頭に向けて引き金を引き、弾丸一発を発射してその頭頂部に命中させた（なお、同弾丸は、Xの頭皮を貫通して、後方の斎場壁面

に当たっている。上、更にその腹に向けて引き金を引いたが不発に終わった。被告人Bの発射後、後方にいた同Aもすぐに右手に持ったけん銃の撃鉄を起こしながら前に出て、両手でけん銃を構え、三回にわたり、その都度よろめきながら移動するXを追って、かがむようにしていた同Aの後方ないし右横一m前後の所から、その背中を目掛けて引き金を引き、弾丸三発を発射した。この三発が、それぞれ一発ずつX、Y及びZに命中した。被告人Aは二発目がXに当たった手応えがあったと供述していることなどに照らすと、一発目がYに、二発目がXに、三発目がZにそれぞれ命中したものと推認される。

この最後の点、すなわち本件行為が、(通常方法の錯誤の例として説明される場合と異なり)行為の主観・客観両面において、一度の機会において短時間のうちに連続して同一の客体に向けてなされた同種行為であったことから包括(二罪)的に一つの行為として扱われている(と解される)点を看過すべきでない¹。この点については後述する。

二 判決要旨

同様に方法の錯誤と量刑との関係をめぐる点についての判決の要旨は以下のとおりである。

以上のとおり、被告人両名は、Xを殺害することを企てて、実行に当たっては、確実に同人を殺害できるように至近距離まで接近し、その頭部又は背中等を狙ってけん銃を発射している。もつとも、被告人Aは、よろめきながら移動するXを追いかけて、三回連続して引き金を引いており、発射された各弾丸が周囲の参列者に命中する可能性は相当に高かったといえる。被告人両名は、こうした危険性を認識しながら、周囲の参列者の生命の安全を意に介することなく、

Xに対する殺害行為に及んでおり、その点で悪質であることはいうまでもない。

この点に関し、被告人Aは、捜査段階及び原審公判廷において、また、被告人Bは捜査段階において、それぞれ周囲の参列者に命中心しても仕方ないと思つていた旨供述して、概括的で未必的な殺意を認めるものと解し得る供述をしていた（ただし、被告人Bは、原審公判廷においてはこれを認める趣旨の供述はしていない。）。

ところで、検察官は、被告人両名は、Xを殺害するためには、同人の近くに在る者らを殺害することになつてもやむを得ないとの極めて強固で確定的な殺害意思で犯行に及んだなどと主張する（原審検察官の論告も同様の主張をしていた。）。その趣旨は必ずしも明確ではないが、Y及びZに対する各殺害意思を主張するものとすれば、原審において主張した訴因と整合するものとはいえない。また、原審検察官の冒頭陳述においてもそのような主張は何らなされておらず、原審の審理においても明示的にそれが争点とされていなかった。

そもそも、本件は、打撃の錯誤（方法の錯誤）の場合であり、いわゆる数故意犯説により、二個の殺人罪と一個の殺人未遂罪の成立が認められるが、Y及びZに対する各殺意を主張して殺人罪及び殺人未遂罪の成立を主張せず、打撃の錯誤（方法の錯誤）の構成による殺人罪及び殺人未遂罪の成立を主張した以上、これらの罪についてその罪名どおりの各故意責任を追究することは許されないのではないかと考えられる。したがつて、前述のとおり、周囲の参列者に弾丸が命中する可能性が相当にあつたのに、これを意に介することなく、Xに対する殺害行為に出たとの点で量刑上考慮するのならば、Y及びZに対する各殺意に基づく殺人、同未遂事実が認められることを前提とし、これを量刑上考慮すべきことをいう所論は、失当といわなければならない。

この点、原判決は、「(Yらの死傷の結果は)もとより被告人らの認容するところではあつたが、甲を甲として、乙を

乙として認識し、それぞれの殺害を図った事案とは、その評価を異にする余地がある。」と説示している。検察官の所論はこれを批判して、「XをXとして認識し、さらに『けん銃の弾の射程範囲にあつて、弾が当たつて死ぬ蓋然性が高い場所にいる人』をそのように認識して、X殺害のためにはその周辺者の殺害もやむなしと考えて何ら躊躇することなく周辺の者を含めた殺害行為に出たのであるから、甲を甲として、乙を乙として認識し、それぞれの殺害を図った事案と同一に評価することができる」と主張している。^②しかし、この見解は、既に述べたとおり、被告人両名がY及びZに対しても殺意を有していた事実を主張するものであつて、繰り返しになるが、到底採用することはできない。原判決の上記説示は、必ずしも明確ではないが、その罪となるべき事実の記載にも照らすと、Y及びZに対する殺意までをも認定したのではないと解されるところである。^③

三 法定的符合説の問題点

1

この東京高裁判決をどのように理解すべきか。

無論これは具体的符合説を主張するものではないが、他方、法定的符合説の問題性を明確に指摘したものといえる。

本判決は、法定的符合説に基づき認められた抽象的故意があくまで技巧的・形式的な故意にすぎず、その責任要件としての実質という点においては、具体的故意と比べて一等級落ちるものであることを明言した。具体的認識のない客体に対して成立した故意犯については、「これらの罪についてその罪名どおりの各故意責任を追及することは許されないのではないかと考えられる」というのである。具体的殺意が認められる場合との間でこのような区別をおこなうことは、責

任要件を実質的なものとしてとらえる限り十分納得できるところであり、また、責任を認定し刑を宣告する裁判官の立場からすればむしろ当然の理解であろうと思われる。³⁾

しかし実質のない形式的故意を認めること自体の不当性、被告人にとつての危険・不利益を看過すべきでない。被告人Aを無期懲役、同Bを懲役二〇年に処した原判決に対して、検察官は原審での求刑どおり被告人Aを死刑、同Bを無期懲役に処すべきとして控訴したのである。

2

法定的符合説という理論の問題性について再度検討してみたい。

法定的符合説は、故意行為中の過失結果を故意に帰属してしまうという犯罪論上重大な問題をかかえている。わかりやすくたとえるならば、苺ジャムを塗ろうとしたらナイフの裏に付いていたマーメイドジャムまでパンに付いてしまったとき、およそジャムを故意に塗ったというべきか、という問題性を孕む。

設例をあげて考えたい。

a 繁華街のとあるビルの屋上でXはカツとなつて頭に血がのぼり、とつさにAを殺す気でビルから突き落とした（下の人にあたるかもと気づいたのはすでに突き飛ばしたあとだった）ところ、下を歩いていたBに直撃しBが死亡した場合。

b 繁華街のとあるビルの屋上でXはカツとなつて頭に血がのぼり、とつさに嫌がらせのつもりでCの携帯電話をビルの下に投げ捨てた（下の人にあたるかもと気づいたのはすでに投げ捨てたあとだった）ところ、下を歩いていたDに

直撃し当たり所が悪くDが死亡した場合。

すでにaの例だけを見ても、およそ人を殺そうとしておよそ人を殺したという符合で故意帰属に足りるとすることに疑問が生じよう。それはbと比べれば明らかのように、B死亡の結果はむしろ過失によって引き起こされたと考えやすいからである。いいかえれば重大な因果関係の錯誤があり、故意を認めがたいのである(通説の因果関係の錯誤基準それ自体はここでは機能しがたいだろう。過失は認められるべき事案であり、相当因果関係は否定しがたいからである)。

こうした例からわかるように、人を殺そうとした行為と、その行為から生じた死の結果との関係をつねに「意図的に、故意的に」発生させたものといひ切ってしまうのは乱暴すぎる。やはり行為者は一定の因果経過による結果発生を想定しているものであり、その想定を大きく外れた因果経過から生じた結果まで故意に発生させたものとするのは過剰な帰責であり、根拠が抽象的すぎるし形式的すぎる。想定された因果経過と具体的にある程度符合していることが、結果を故意に帰属しうる唯一の根拠である。

また実際の因果経過が相当なものであることと、想定された因果経過が相当なものであることとは、相当性の幅すなわち「相当といえる因果経過のバリエーション」が豊富かつ容易に想定可能である以上、どちらも相当性の範囲内であるということが結果の故意への帰属を根拠付けるということにはなんの説得力もなく、文字どおりそれぞれが相当な因果経過であったというにすぎないのであって、ビルから落ちて死ぬことと、ビルから落ちてきたもの(人)にあたって死ぬこととは因果経過としてあまりに違うというほかはない。

Bをはじめから殺そうとしていたのと同視しようというわけであるが、携帯電話ではじめからDを殺すつもりであったわけではなんらない(明らかに過失行為)のと同様に、Bが死亡したのは過失行為により生じた結果であって、故意

で殺したとはいいたい。

3

さらに、観念的競合として処理することにより責任主義との関係での疑義を回避しようというのが法定的符合説の一つの決定的な論拠だが、こうした処理ですべての場合で問題が回避されるかには疑問が残る。とくに問題となるのは、因果的な齟齬が生じなければ包括（一罪）的に取り扱われるところの複数行為（本件ではなお包括（一罪）的に一個の行為としてとりあつかわれたが）について、因果的齟齬が生じたために包括（一罪）的に一個の行為としてとりあつかうことが困難となった場合の処理である。⁵⁵⁾

・一人を殺すために複数の爆弾をばらまき（あるいは複数の人間に依頼し）、別の二人がかなりの時間的間隔をおいて死亡した場合。

・XはAを殺すつもりでAに毒入りのパンを与えた。しかし次の日、念には念を入れて「一緒に飲んでくれ」と毒を混入した紙バック入りコーヒーも与えた。Aはパンだけを自分で食べ、コーヒーは友人Bに飲ませたため、AとBが死亡した。

・Xは妻Aを殺すつもりで十分過ぎる量の遅効性の毒を二等分し、Aのために用意する昼食に二日続けて混入した。しかし二日目の分を隣家に住むAの姉Bが食べたため、のちにAもBも死亡した。

・Xは被疑者Aを隠避するために二度にわたり捜査員に虚偽を述べたが、二度目の行為は結果的には被疑者Bを隠避するところとなった。

・ Xは不法入国者Aに不法就労をさせていたが、実は二日に一度は双子のBが出勤していたことにXは気がついていなかった。^⑥

・ XはAに対して、九月から翌一月まで数日おきに三八回にわたって麻薬を数グラムずつ交付したが、実はそのうちの何回かはAによく似たBが受け取っていた。^⑦

また次のような(併合罪と考えられる)場合も観念的競合による処理を許さないのではないか。

・ Aを殺すためしばらくあげてロープで車とつなぎ、車で引きずって殺そうとして車を走らせていたところ、運転を過つて(ないし、急に飛び出してきた) Bを轢死させたという場合(線と点の関係)。^⑧

4

具体的符合説も符合判断の対象となる内容を客体の属性(因果的コントロールとする立場もふくむ)に求めるとするのみ(どのような属性が重要かも明らかでない)で、同一の属性を持つ客体間での錯誤を処理できない(一部の併発事例など)。

5

私見は、併発事例たる方法の錯誤の処理について、同一属性の客体間の場合は、規範的性質もふくめて因果の流れ・行為像として表象内容ともっとも符合している対象・因果経過との間のみ故意の成立を認める。

とくに因果関係の錯誤についていうならば、たとえば、齟齬した実際の因果経過の予見可能性が「まずありえない・

まったくの偶然である」（相当因果関係が欠ける）とまではいかないが「通常ほとんどない・ごくまれである」というほど低かった場合、客観的帰属はなんとか可能であったとしても、高度に相当な因果経過を予見していた故意との関係では、両者の齟齬の程度が著しく大きく、つまり両者間の符合が欠け、故意の成立は否定されると解すべきである。むしろ表象因果経過と事実的因果経過とが、行為の意味（行為像）として大きく異なっている場合も同様である（この点についての指標は、多くの事例を個別的に検討することを通して見出されうる）。

畢竟、相当因果関係とは、（一般人が認識できなくても）行為者が特に認識した事情も踏まえた一般人による予見可能性の判断である。

他方、因果関係の認識は必要である。なぜなら、一般人が認識可能でも行為者は認識しなかった事情が当該因果経過において結果を左右するほど決定的・重要である場合には、それを認識せずに行為をおこなった行為者に最終結果までの故意責任を帰属させることはできないから。

さらに、相当な因果経過は一通りとは限らない。とくに、早すぎる結果発生、ヴェーバーの概括的故意事例などでは、事実と表象との間の齟齬の程度は看過しえないほど著しく大きくもなりうる。その他の例を挙げることもできよう。たとえば行為者が、社会と隔絶し孤島で一人で暮らしているAを殺そうとして船便で爆弾を送付したところ、たまたまAの被疑事件の捜査に来ていた捜査員数十名が死亡した場合。

ただし、より実質的な「具体的符合」を問題にする立場に立つ場合でも、行為の事前的に潜在する危険のポテンシャル（＝バリエーション）を広く捉えて、実際生じた因果経過との間の行為像としての類似性（事実的因果経過と因果表

象との間の、因果経過の形態としての類似性に対する一般的評価を十分に顧みないならば、実際の認識・予見や実際に生じた因果経過といった事実によつて錯誤判断が規制されるという契機は軽視され、結局「およそ人を殺すだけの行為をするつもりで、実際にもそれを実現した」という法定的符合説となら変わらぬ結論に至りうることになってしまう。すなわち、因果関係は認められる以上、結果に実現した危険は行為に潜在していたのであり、そして行為者は少なくとも何らかの意味においてその危険を孕んだ行為自体を認識していたことは確かだからである。¹⁰⁾

異常でない因果経過が一通りとは限らず、相当性にはかなり幅がある以上、因果経過が行為の一般的・社会的意味において一定程度符合しているかを論じ、そして符合してはじめて行為者はその意味の行為(實際起こった行為)をしたといえる。具体的符合説が有力に主張されてきたのも、実はこうした因果的符合が(感覺的に)必要とされてきたからにほかならないと思われる(「その人」、「その客体」という形で矮小化されてきたが、もつといえれば具体的符合説の問題は「その」の点にあつたのではなく「客体」のみを対象化しようとした点にあつたといふべきである)。

四 援助を受けるべき地位としての責任とその地位の強制処分としての刑罰

1

本件判例が見過ごさず、長く通説とされてきた法定的符合説が實際上軽視してきた責任主義には、どのような位置づけが見出されるべきであろうか。またそこでいう責任とはどのように意味づけられたものであるべきか。以下、試論を展開したい。

2

まず確認すべき出発点は、刑罰は苦痛であるがゆえに非難でしかありえず、責任は非難可能性でしかありえないと考
 えるとき、その思考は刑罰を全的にただ一方的なものでしかありえないと解することであり、まずこの点をわきまえる
 べきである¹¹⁾。したがって、たとえば仮に保安処分を否定してその分を刑の加重ないし保安刑で補うとしたとしても、あ
 くまで刑罰がただ非難である限り、それはその本質として非難する側が一方的に思うままに決定可能であり、厳罰化・
 重罰化ものぞむなら一方的に推し進めることができる。刑罰をただ一方的であるところの非難だと考えて正当化しよう
 とする限り、非難は苦痛であつてこそ非難である・非難だから苦痛でよいという考えは、非難の本質的内容がただ一方
 的に決定可能である以上、原理的に否定されえない。

つまり刑罰を全的に苦痛・害悪・非難として解することで満足する限り、それはその本質においてもつばら一方的な
 ものとなる。

3

むろん、刑罰そのものがいずれにしても一方的なものすなわちある種の国家的強制であるということは否定されえな
 い。しかしこのとき、この国家的強制たる刑罰は、原理的に立憲主義的制約を受けざるをえない¹²⁾。すなわち、強制する
 側とは異なる価値基準・価値体系をもつ多様なマイノリティに属する強制される側もまた、強制する側と同等に個人と
 して尊重されなければならない¹³⁾。この意味においてある種の強制としての刑罰は一方的に正当化されるということはあ
 りえず、立憲主義に基づく調整を原理とする作用にほかならないことになる（調整原理）。

刑罰が調整原理に基づく作用であることから、まずもって法律主義や実体的デュー・プロセスの保障、さらには罪刑法定主義といった法の支配の原理が刑罰システムにおよぶことになる。

同時に、調整原理により「強制する側と異なる価値基準・価値体系をもつ多様なマイノリティに属する強制される側も同等に個人として尊重されなければならない」がゆえに、「疑わしきは被告人の利益に」、二重の危険の禁止、消極的責任主義、刑事責任年齢といった広い意味での謙抑主義もまた刑罰システムにおよぶことになる。¹⁵⁾

立憲主義に基づく調整原理が根本原理だとすれば、この二つは調整原理下の二大基本原理ともいえる。

4

また、調整原理によるときには、刑罰の本質として一方的性質が全的に正当化されてしまう非難性は刑罰の内実から排除される。では、刑罰の内実ないし基本構造如何、すなわち刑罰がある種の強制であるというとき、それはどのような意味での強制であるのか。いいかえれば、調整原理に基づき一方的性質すなわち強制の契機は最低限度にとどめられなければならない、いわば強制の契機はむしろ刑罰の本質のうち重要ではあるがなお最小限度の一部でしかありえないとき、刑罰の本質のうちの中核的な中身とはいかなるものであるか。

刑罰のもつ意味が上記調整原理から導かれるとき、そこでいう刑罰とは必ず、強制される側を一個の個人として、一個の人格として最大限に尊重するものでなければならない。だとすればそれは、一個の人格に対して、ある機会において精神疾患も種々の事実・状況による強度の心理的圧迫もなくしかるべき行為を選択しうる能力すなわち意思自由をもちながら、その能力を基礎とした結果回避不志向の心理的態度を伴いおこなった行為およびその行為に出たことの広く

深い理解⁽¹⁶⁾（さらにはそれに基づく、その延長としての自律的実践）を援助するものでなければならぬ。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾そして、くりかえしになるが、この強制的側面は、あくまで当該行為に關して（行為責任として）右のような援助を受けるべき地位の強制という最低限の意味に解することができる以上、それで十分でありまたその限度に抑制されるべきである（謙抑主義から）。このとき責任とは、刑罰の要件である犯罪成立の（原則的に）主観的要件である。

相対的応報刑論ないし抑止刑論を是として、刑罰の本質は非難であり責任は非難可能性であるが刑罰の執行は矯正を目的としておこなわれるとか、刑罰の目的は一般予防であるがその執行の目的は特別予防であるなどと述べられることがあつたとしたら、そこでの意味の変質について十分に顧みられたかは疑わしい。

もともともつぱら回顧的な意味づけの下に認定・画定された責任と刑罰とが、その執行において展望的なものとしての意味づけを与えられるという場合にあつては、刑罰の過酷さや矯正プログラムの不十分さの面にあつては回顧的な性格が持ち出されえ、また他方では、回顧的なものと展望的なものとが二元的にすでに用意されていることにより、保安刑ないし保安処分を要請することにも問題なく至りうることになる。⁽²⁰⁾

第二 内縁配偶者と親族相盗例

(最高裁二〇〇六年八月三〇日決定判例時報一九四四号一六九頁、

判例タイムズ一二二〇号一一六頁)

一 決定要旨

本件に係る事実関係は必ずしも明らかではないが、裁判所の決定の要旨は以下のとおりである。

「なお、所論にかんがみ職権で判断すると、刑法二四四条一項は、刑の必要的免除を定めるものであって、免除を受ける者の範囲は明確に定める必要があることなどからして、内縁の配偶者に適用又は類推適用されることはないと解するのが相当である。したがって、本件に同条項の適用等をしなかつた原判決の結論は正当として是認することができる。」²¹⁾

二 刑法二四四条一項の法的性質

刑法二四四条一項が内縁の配偶者にも適用または類推適用されるかについて、上掲最高裁決定要旨は、刑法二四四条一項が「刑の必要的免除を定めるものであって、免除を受ける者の範囲は明確に定める必要があることなど」から、内縁の配偶者には適用も類推適用もなされないと解した。

むしろ刑の必要的免除の適用範囲は明確に定められなければならないが、そのことからただちに内縁関係にある配偶者への適用ないし類推適用が排除されなければならないとは必ずしもいえない。はたしてその結論が、本当に当該条項の趣旨・性格にかなうものであるかが検討されるべきである。

刑法二四四条一項の法的性質をめぐっては、周知のとおり、政策説と法律説（違法阻却ないし減少説、責任阻却ないし減少説）とが主張されている。政策説のうちには法律説を包括・綜合したものである。また法律説のうちにも政策説を實質化・具体化したものとしての法律説があることに注意すべきである。²³

本来的な意味での政策説は、「このような特例を認めるのは、『法律は家庭に入らない』という思想にもとづくもの」とし、「親族間で犯されたこれらの財産犯罪に対しては、国家が積極的に干渉するよりも、親族間の処分委ねる方が、親族間の秩序を維持させる上に適当だと解されるからである」という。²³ これと犯罪成立説とを結びつけて考えることは容易である。

これに対して、犯罪論体系・犯罪成立要件に即して、より実質的な内容を求めるべきとするのが法律説である。違法阻却ないし減少説と、責任阻却ないし減少説とが説かれる。「阻却ないし減少」として犯罪不成立とする立場もあれば、阻却ではなくあえて減少として、なお犯罪の成立を認める（あくまで文字どおりの「刑の免除」にとどまるとする）立場も見られる。²⁴

まず、違法阻却ないし減少説は、たとえば、「実質的な理由は、家庭内での物の所有・利用が個人毎に厳格に区別されたものではないことから、その侵害行為の違法性が通常の場合より低いとみられる点に求められるべきであろう」とする。²⁵ ただし、違法の連帯性と、三項における親族でない共犯者に対する適用除外との不整合が難点として指摘される。

他方、責任阻却ないし減少説は、たとえば、「親族相盜における行為は、親族関係特有の誘惑的要因に動機づけられており、そこには現に刑罰を科してこれを非難するほどの有責性は認められないのである」²⁶ とする。この立場によれば、違法阻却ないし減少説における上記難点は回避されうる。

また、むしろ「親族あるいは家庭という特殊な集団内の自律的な処理に委ね、刑罰による事後処理は不必要であるとされること」が、この規定の実質的な根拠であるといえよう」とし、このとき同時に「責任を規範的に構成し、さらに刑罰目的から責任の内容を演繹するいわゆる『機能的責任論』の立場からは、『法は家庭に入らない』という政策的論拠とされるものを責任論に取り込むことも可能であると考えられる」として、政策説により実質化される法律説(責任阻却説)を唱える立場もある。

ここでとくに、この責任阻却ないし減少説において述べられる「責任」の意味については注意を要しよう。たとえば、この立場の中には、本条項の性格は可罰的責任阻却事由であるとして次のように説く立場もある。すなわち、「ここで問題となつてゐるのは一般的な意味での責任の欠如ではなく、『可罰的責任』の欠如なのである」、「ところで、期待可能性判断は、期待する側と期待される側との緊張関係により成り立つてゐるが、期待する側の期待の強弱を決定する要因は、その行為を刑罰により予防する必要性の程度にあるといえよう。そして、刑罰による予防は、規範意識に働きかけることにより達成されるものであるから、犯行が行為者の反価値的な規範意識の反映であればあるほど予防の必要性は高まり、犯行と反価値的な規範意識との結びつきが希薄であればあるほど予防の必要性は低下する。かような観点から、親族相盗における行為者の動機形成に目を向ければ、親族関係特有の——ある種の『甘え』を背景とした——誘惑的要因が動機形成に寄与していることが指摘できよう。かような親族関係特有の誘惑的要因に動機づけられた行為は、通常の犯行ほどには反価値的な規範意識の反映といえず、犯行の『人格相当性』が希薄なため、特別予防の必要性が後退する。さらに、この点の社会的心理的な反映として、このような行為は、通常の犯行ほどには、法秩序の妥当性にとつて脅威となるような印象を与えないため、一般予防の必要性も後退する。親族相盗においては、——事実上の反対動機

形成の可能性の減弱に加えて——このような予防の必要性の後退が期待可能性判断における期待を後退せしめた結果、可罰的責任が脱落すると考えられるのである」と。²⁸⁾

三 期待可能性と責任能力

一般に、単に故意や過失があつたから（心理的責任論）というだけでなく、それにくわえて、当該違法行為の代わりに他の適法な行為に出ることが、期待されえなかつたのではなく期待された（期待可能であつた）にもかかわらずうしなかつたという責任評価において行為者を「非難」しうる（規範的責任論）とされるとき、「責任阻却ないし減少」とは、「当該違法行為の代わりに他の適法な行為に出ることがまつたく期待されえなかつたか、一定程度、期待されがたかつた」ということである（ちなみに、非難という一方的な攻撃が罪刑均衡の枠内で許容されうるとしても、それは先制攻撃・予防を許すいわゆる侵害原理においてではなく、回顧的な応報原理においてでなければならぬ）。²⁹⁾

この期待可能性を中核とする規範的責任論の究極の根拠は憲法三二一条に（場合によつては同三八条等にも）求めうるのだとしても、より直接的な刑法上の根拠はやはり刑法三九条ないし四一条に求めるほかない。³⁰⁾

そこに明確に規定されているのは、心神喪失による責任無能力、心神耗弱による限定責任能力、そして刑事責任年齢である。責任能力を責任前提とするにせよ、責任要素とするにせよ、責任能力の判断自体が生物学的的方法と心理学的方法との混合的方法によることについてはほぼ意見の一致を見ているといつてよい。³¹⁾ 生物学的要件は精神病等の精神障害を内容とし、心理学的要件は弁識能力および制御能力を指す。

責任評価を基礎づける能力としてこれらが要求される理由は、弁識・制御能力が「違法結果回避行為に出る意思（活

動の「自由」にほかならず、そしてそれはまさに規範的責任の基礎的要素をなすものと考えられるからである。³³⁾ この意味で、弁識・制御能力、すなわち「その場でしかるべき行為を選択しえた判断能力およびそのしかるべき行為を實際に実現しえた能力」(当該違法行為をさける意思自由)と、それらの能力を發揮しえた客観的状况とが両方ともあつてはじめて、単に故意や過失があるというだけではなく、それにくわえ、「当該違法行為の代わりに他の適法な行為に出ることが、期待されえなかつたのではなく期待されえた」(期待可能・結果回避可能であつた、不可能をしいられたわけではない)という規範的評価の基礎が形成される(一方、責任評価の直接の対象は、こうした基礎の上で實際どういった心理状態にあつたか、またどのような認識をもつていたか、どのような意思決定をなしたかという心理的要素である)。したがつて、この基礎が形成されるかどうかの問いは、刑法三九条ないし四一条(さらには三八条)の実質的解釈のもとで、「責任能力ないし期待可能性」の有無として、(「その場でしかるべき行為を選択しえた判断能力およびそのしかるべき行為を實際に実現しえた能力」とそれらの能力を發揮しえた客観的状况との相関において)問われるべきであるし、また問われうる。³⁴⁾

「責任能力ないし期待可能性」の有無ないし低減がとくに問われるべきであるところの、「その場でしかるべき行為を選択しえた判断能力およびそのしかるべき行為を實際に実現しえた能力」とそれらの能力を發揮しえた客観的状况との相関」をなす要素には次のようなものがある。すなわち、生物学的要素、違法性の意識の可能性(三八条三項但書)、³⁵⁾ 強制、信頼、(経験、予測、立場などからくる)心理的圧迫、また政策(四一条)、等。

この期待可能性は実践上、緊急避難と合わせて主張されることが少なくない。当該行為が緊急避難の補充性をみたし

て「やむを得ずにした」「ほかにとるべき方法がなかった」ものならば、それはすなわち「他の適法な行為に出ることが期待できなかった」ことになるからである。しかし逆に、緊急避難の補充性をみたまさず「やむを得ずにした」といえないから「他の適法な行為に出ることも期待できた」とはいえない。ほかにとるべき方法がなかったかどうかという補充性判断の資料となる客観的状况と、ほかにとるべき方法はあったがそれに出ることを行為者のためらわせるところの客観のおよび主観的諸事情とは区別できるからである。

実践上むしろ重要なのは、この、ほかにとるべき方法があったことはたしかだが、にもかかわらず、当該状況で行為者が当該違法行為をさけ、しかるべき行為に出ると期待することがまったく不可能であったかまたはいちじるしく困難であったという主張である。そしてこの主張はすでに見てきたとおり、刑法三九条の趣旨に準じてなされうる。

したがってここにおいて、期待可能性の欠如または低減が認められるための要件をあげるとすれば、次のようなものとなる。

・ほかにとるべき方法はあったが、その方法を選び実現するのを行為者のためらわせないし断念させる客観的状况が存在したこと。

・ほかにとるべき方法はあったが、その方法を選び実現するのを行為者のためらわせないし断念させる主観的諸事情が存在したこと。

そしてこれらの具体的な内容となるのは、すでにあげた、『その場でしかるべき行為を選択しえた判断能力およびそのしかるべき行為を実際に実現しえた能力』とそれらの能力を発揮しえた客観的状况との相関』をなす諸要素であって、それらは具体的状況に依じて多岐に互りうる。

さらに、実践上の期待可能性の主張は、責任阻却による犯罪不成立(三九条一項)ないし責任減少による刑の減輕(三九条二項)につぎるものではない。犯罪構成要件に該当しないという形の主張も考えられる。なぜなら、他のしかるべき方法をとりうる可能性がまったくなかったとは厳密にはいえないにせよ、實際上、同じ具体的状況におかれた人が当該行為をさけてほかの行為に出るということはほとんど考えられない、期待不可能という客観的状況が存在した場合、行為類型たる構成要件の中に実行不可能な行為ははじめから含まれないといえるならば、当該行為は「まだ犯罪構成要件に該当したとはいえないこと」になるからである。作為可能性のない不作為がその典型といえる。

四 検討

あえて遠回りをしたが、その上でふたたび、刑法二四四条一項の趣旨・性格からして、内縁関係にある配偶者間においても本条項の適用ないし類推適用があると解すべきか否かにつき論じてみたい。

まず、最終的には政策的性格という中に包括せざるをえないとしても、本条項の性格を端的に政策によるものであるというだけでは十分にその性格を明らかにしたものといえないことは、くり返されてきたとおりである。重大な法効果を予定するものである以上、より実質的な分析が必要である。

では、違法阻却ないし減少説における、違法の連帯性と三項における親族でない共犯者に対する適用除外との不整合といった難点とも無縁な、責任阻却ないし減少説による説明はどうであろうか。

しかしやはり、そこでいう「責任」は、その本質において、意思の自由の下で行為したこと、適法行為に出ることが期待できたのにそれを選ばなかったこと、結果の回避が可能であったのに避けなかったということにほかならないから、

刑法三九条との比較から明らかなように、本条項の性格と効果をこの点のみに帰せしめることは困難である。

また先に取り上げた、予防の必要性の減退にもづく可罰的責任欠如を説く（親族相盜例を可罰的責任阻却事由と解する）立場についてはどのように考えるべきであろうか。この立場は、概略、特別予防の必要性および一般予防の必要性が後退、減退することから、そもそも適法な行為に出る意思決定がさほど期待されない、したがって可罰的責任も減退、脱落するというものであり、本条項の性格を単に対象行為の性格のうちに見るにとどまらず、それを（法律説でありながら）刑法の目的・機能論（すなわち法政策的な意味に通じる議論）に還元して分析し、論じている点は、本条項による法効果の重大性（刑の必要の免除さえあること）にかんがみれば、重要な指摘といふべきである。しかしこの見解が、自由な意思にもとづいて違法な行為を選ばないことが、はじめから（その人には）期待されない、選んだとしてもはじめから非難されないというのであれば、それはまずは期待されるがその人に限っては期待できないということとは異なるように思われ、そのときには責任阻却ではなく、メタ責任阻却を考えなくてはならないように思われる（「一般的な意味での責任の欠如ではなく、『可罰的責任』の欠如なのである」というのだが、そこでいう「可罰性」の中身が問題である）。この見解において、「期待可能性判断における期待を後退せしめ」るのは「予防の必要性の後退」であり、その実質的内容は、「反価値的な規範意識の反映」の程度が低く、また、「法秩序の妥当性にとつて脅威となるような印象」の程度も低いということにある。ここから「可罰的な程度」の行為は行われえず、したがって予防の必要性も後退するということである。しかし、可罰的な程度の行為は行われえないから予防の必要性が後退するということとは、すなわち、その行為は行われてもかまわない、仕方ない、つまりは当該行為は許容されるということである。刑法（刑罰）の目的の少なくとも一部を予防に求める立場に立つとしたら、あるいはまた、法益保護の利益があつてはじめて当

該行為についての期待可能性なり非難可能性なりが問われるとするのであるならば、その利益がすでにない行為はすでに刑法上許された行為であり、可罰的違法(すなわち実質的違法)が欠けるのである。⁸⁸ 畢竟、この見解の実質は(一身)違法阻却ないし減少説(的政策説)なのではなからうか。

予防目的云々に關しては別としても、右の可罰性阻却説を正しく主張する場合には、それは「違法阻却ないし減少説を内面化した政策説」ということになる。違法阻却ないし減少説を内面化した政策説(二四四条一項の刑の免除を「犯罪の実体關係的な政策的考慮によるもの」だという)として、次のような立場が主張されており、重要な指摘といえる。すなわち、「親族間の財産犯においては、類型的に可罰性が低下すると解する余地もある。また、家庭共同体内の財産の所有形態ないし占有形態は、共有または共同占有状態にあると言つても過言ではない面も備えるために、家庭共同体内の窃盜においては、他人の財産に対する侵害性が希薄であり、その違法性が通常の窃盜に比して減少すると考えることはできよう」、「被害者が訴追ないし処罰を求めような場合でも、親子ないし夫婦という人的關係を考慮して処罰を控え、将来にわたる家庭の平和の回復の可能性を残し、長期的に当事者間の解決に委ねることが相当だというわけである。この点に關し、夫婦間の同居扶助義務、直系血族間の扶養義務の存在は、右の立場を補強することにもなる。以上からも明らかのように、親族相盜例における刑の免除は、可罰性の減少と人的關係に基づく家庭共同体保護の必要性とに支えられている。つまり、親族間においても窃盜罪の成立は認められるが、しかし、可罰性の減少により処罰の必要性が輕微となるという一面と同時に、処罰することがむしろ好ましくないという一面をも備えるが故に、刑が免除されると解すべきである。従つて、二四四条第一項前段における刑の免除は、告訴が要件とされていないこともあわせ考

慮し、犯罪の実体關係的な政策的考慮によるものと考えるべきである」とする。³⁹⁾

対象行為の性格から本条項の性格を導き出す限りにおいては、右の主張は説得的であるように思われる。しかし、本条項による法効果の特段の重大性にかんがみるところには、その趣旨を対象行為の実体的性格のみから端的に導き出すよりも、その内容をむしろ、法政策的意味へと通じるところの刑法の機能という文脈に還元したうえで把握することがとめられるのではなからうか。

以上の考察にかんがみると、本稿が対象とした問題については、畢竟、次のように考えるべきである。すなわち、違法阻却ないし減少説の主張に重要な内容があるとしても、それは、該条項による法効果の特段の重大性（刑の必要的免除さえあること）にかんがみるならば、（法政策的な意味へと通じるところの）刑法の機能論と関連させて論じられることがのぞましく、このことと、さらにまた三項との整合性も顧慮するときには、やはりそれは政策説のうちで語られることが必要であり、またのぞましい。⁴⁰⁾

このときまず、家庭内での行為に関しては、端的に当該財産が合有・共用のものとして一般的に考えられるということではなしに、「当該財産が合有・共用であったかどうか」といった違法評価にかかわる微妙な判断を要求すること自体が困難であり、その意味においてこそ、刑法が刑罰をもつて秩序づける領域ではないと考えるべきである。さらにまた、仮に法益侵害があったといえたとしても、そこにおいて同意が推定しえたかどうか、すなわちまた、具体的に刑法が保護すべき法益であったかどうかといった判断も同様にあいまいなものとならざるをえず、刑罰へといたりうる厳格・厳密な判断を必要とする刑法上の評価にはなじまないとわなければならない（他方、二項に関しては、当該財産の帰属に

関する判断に困難はないものの、やはり一定程度の同意が推定できたかどうかについては明確な判断が困難である余地が少なからず残るといえよう、この点兒童虐待の場合などとは異なる。つまり、本条項が示す「法は家庭に入らず」という謙抑的な法政策的配慮の実質としては、憲法三一条に帰着するところの実体的適正手続保障の意味が見出されるのである。^④

そしてこのことは、婚姻が内縁関係である場合でも本質において異なるところはない。

右のような実体的適正手続保障の意味において、刑法二四四条のいわゆる親族相盗例は、刑法・刑罰による解決を万能とは見ず、家庭内のことについては一定の範囲で家庭の自治にゆだねるべきという、いわばある種の、限定的な意味での修復的司法による解決を要請したものということもできる。^⑤

これまでの考察からすれば、内縁の配偶者間の場合への二四四条一項の適用または類推適用をさまたげる理由は見あたらず、適用または類推適用を認める見解も学説上少なくない。^⑥しかし冒頭にあげたとおり、本判例は、刑法二四四条一項が刑の必要的免除を定めるものであることから、「免除を受ける者の範囲は明確に定める必要がある」ことなどからして、内縁の配偶者に適用または類推適用されることはない^⑦と解するのが相当だとした。しかし、二四四条一項の適用または類推適用にあたっては、婚姻が内縁関係の場合とそうでない場合との間で扱いを異にすべき本質内在的な理由が存在せず、したがって内縁の配偶者間への適用排除は「社会的身分」による差別を禁じた平等原則（憲法一四条一項）に反するといわなければならない。同時に、判例が持ち出したところの「明確性」は、処罰しなくてよい行為の範囲を明らかにすることに眼目があるのであって、広く処罰することで明確さを保障することなどはまったく要請されていない。

い。この点で憲法三一条にも反する解釈だといわざるをえない。

第三 作為義務と因果性——同時に、不作為による関与と共犯の區別根拠について——

（東京高裁一九九九年一月二九日判決判例時報一六八三号一五三頁）

一 事案の概要と判決要旨

ここでの関心とかかわる限り、被告人は勤務先の同僚らとその勤務先で強盜を実行するつもりであることを知りながらこれを阻止しなかつた不作為につき原審において幫助が成立するとされたが、東京高裁は「その職務との関係から、いずれにしても本件犯行に関する前記保護義務及び阻止義務を認めることができないといわねばならない」（二五九頁）と判示してこれを破棄した。

二 作為義務の本質

作為義務の発生根拠については、法令、契約、先行行為、事実上の引き受け、さらには危険源の排他的支配、効率性のほか、作用可能な傍觀的時間経過等、さまざまに考えられ、しかしいずれも十分に作為義務の発生根拠の特質を明らかにするにはいたらなかつた。また同時に作為義務の発生根拠は、因果関係における不作為の（実行）行為性ないし構成要件該当性、あるいはそうした意味での作為同等性をも基礎づけるのでなければならなかつた。

そのような要請をもみたます作為義務の発生根拠たる特質、すなわち作為同等性たる特質として、当該状況において当

該行為者が、特段の情報・知識を有していることにより、当該状況から一定の結果発生へいたる因果予測を他の一般人よりも細密・確実になしうることが考えられる。

そしてこの特質は次のように展開することではじめて、因果関係における不作為の行為性ないし構成要件該当性上の難点克服という要請に 대응するものとなる。すなわち、当該状況において作為可能な者のうちの一人にすぎない当該行為者(あるいは一部にすぎない当該行為者ら)が、必ずしも先行行為により重大な危険を発生させたというわけでもなく、必ずしも危険源等に対する(排他的)支配を有していたというわけではないとしても、たしかに「特段の情報・知識を有していることにより、当該状況から一定の結果発生へいたる因果予測を他の一般人よりも細密・確実になしうる」という特質を有していたのであれば、その限りでその後の因果経過を(他の人よりも)もつともよくコントロールしえた、その制御によりもつともよく結果を左右しえたという意味において、結果発生への寄与度が作為と同等に大きく(したがって他の人よりも大きく)、したがって作為同等性すなわち(実行)行為性ないし構成要件該当性を認めることができる。

そしてこの作為義務の発生根拠すなわち「高度の制御能力・(制御能力を発揮しうる状況をふくめた意味での)制御可能性」の評価にとつて、法令、契約、先行行為の存在から推知される特段の情報・知識の保有や因果予測の容易さ・細密さ・確実さ、危険源に対する排他的支配や作用可能な傍観的時間経過(その場にずっと居合わせたこと)の存在といった要素は重要なメルクマールだということになる。

(特段の情報にもとづく高度の制御可能性というのは、因果関係論上の概念でいいかえれば、行為者の特段の認識を基礎とした非常に高度の予見可能性およびそれゆえの結果発生への寄与における非常に高度の重大性ということになり、

従来作為義務の発生根拠とされてきた要素はそこでの一般人を基準とする結果の予見可能性判断ないし寄与の重大性判断の具体的指標だととらえることができる。さらにそこで要求される高度の制御可能性としての予見可能性は、偶然ではないといった低いものではなく、まさに作為と同等といえるほど非常に高度のものでなければならぬ。作為義務の発生根拠という具体的指標にかんがみ、作為同等の非常に高度の予見可能性および作為同等の非常に高度の寄与の重大性すなわち高度の制御可能性が認められてはじめて、当該不作為は結果の原因とされるにたるものとなる。

三 作為義務と因果性

ただ規範的に同価値だと宣言するのでは足りず、なにかしら事実的な先行行為、意思にもとづく事前の危険創出・増加等を要求する発想にいたること自体はむしろ健全である。不真正不作為犯はやはりなお、「していない」人にすぎないからである。やはり、なにかしらでも「した」ということが必要とされるべきとの発想は、刑法・刑事実体法という危険な手段をあつかううえで健全な感覚といえる。

しかし、たとえば、母親がある日思い立ち、死んでもかまわないと考えて赤子を一人残して部屋を去ったという場合（母子二人での生活自体は危険創出先行行為とはいいたい）、部屋を去ることはすでに面倒を見ないという不作為の一部と考えられる）でも、あるいは帰ってくるつもりで出かけたあと同じように思い立って帰らなかつたという場合（千葉地裁二〇〇〇年二月四日判決判例タイムズ一〇七二号二六五頁以下参照）でも、不作為の殺人が成立する余地があると考える。

「特段の情報・知識の保有」という事実から、「当該状況から一定の結果発生へといたる因果予測を他の一般人より

も細密・確実になしえた」(高度の因果予測能力・可能性) という当該客観的行為事実それ自体に備わる特質が導き出され、その特質からまた同時に「その後の因果経過を(他の人よりも)もつともよく制御・コントロールしえた、その制御・コントロールによりもつともよく結果を左右しえた」という客観的状况(高度の制御能力・可能性)が存在したことまでが見出されうる限り、こうした客観的状况下での不作為(いいかえれば、こうした客観的状况を含んだ意味での不作為。これこれの客観的状况においてしなかった、ということ)は、結果発生への寄与度の点で作為と同等に大きい(したがって他の人よりも大きい)ものといえる。「高度の因果予測能力・因果予測可能性」から導かれうる「高度の因果経過制御能力・因果経過制御可能性」が認められるがゆえに、「当該客観的状况下における(すなわち当該客観的状况を含む)不作為」は、(構成要件該当の)因果的な行為事実として画定されうる。

鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要八号三五三頁以下は、結果に対する因果性が積極的な処罰根拠であるとしながら、相当因果関係が帰属主体の限定機能をもたないがゆえに、刑法の謙抑性になう合理的な選別基準として、法益との距離や行為者の能力ないし結果回避に必要な情報の保有等からして最も低コストで結果回避措置をなしえたこと(最高の効率性)と、危険源への他者介入可能性の減少を事前に自らの意思で創出したこと(行為選択の自由の事前的保障)の二つを示した(後者はいわゆる排他的支配と異ならないように思われる)。しかし刑法の謙抑性や自由保障をいうなら不真正不作為犯の不処罰が最も徹底した結論ということにもなりかねないのであって、こうした抽象的原理からただちに積極的処罰根拠たる因果性に外在する限定基準設定を根拠づけるかは疑問である。これらの基準自体は重要な指摘を含むものと思われ、またむしろ積極的処罰根拠とされた因果性との関連が

見出されるべきである。

（よく「規範に直面する」とたとえられるところの）一定の状況下、あるいは行為の直前という状況下にある行為者に対して、規範が「するな」と命じることと逆に「せよ」と命じることの二つについて考えあるいは両者を比較するとき、いずれにおいてもいまそこで問題となりうる（構成要件該当性がとわれうる）作為ないし不作為のみが刑法の関心対象であり、そのみを基準に考えれば足りるのだとしたら、いずれについてもそれを「するかしないか」あるいは「しないかするか」の二者択一であつて差異はないと考えられる。

しかし、「するな」と命じられるべき客観的状况は、行為者自身の作為およびそれと被害者との対向関係から容易に導きうるのに対して、「するな」との質的差異なしに「せよ」と命じられるべき客観的状况の画定は、行為者自身の客観的・外形的態度やそれと被害者との対向関係のみからでは困難であり、さらに、当該状況下における行為者の「特段の情報・知識の保有」の事実如何、そこからまた「当該状況から一定の結果発生へといたる因果予測を他の一般人よりも細密・確実になしえた」かどうかの点、さらに「その後の因果経過を（他の人よりも）もつともよく制御・コントロールしえた、その制御・コントロールによりもつともよく結果を左右しえた」かどうかといった客観的状况（高度の制御能力・可能性）の存否といったことを加味して評価せざるをえない。

これらがそが作為義務の発生根拠として論じられてきたものである。そしてまた、この評価はやはり因果的な評価の一部だといわねばならないわけである。

四 具体的事例・因果予測ないし制御可能性の具体性

たとえばおぼれかけている子供を見ている数人にまぎって傍観している保護者は、その子供の保護者がだれであるかを知っており、保護者である自分が助けにいかない(あるいは助けを呼ばない)場合に代わりに他人が助けることを期待するのはより困難で、その分だけ結果発生の危険が高まることをとくに認識しているといえる。同時にまた、その子供が泳げないことおよび自分も泳げないので助けられないことを早く大声でまわりに知らせれば、それにより結果発生へいたる経過をよりよく制御しようと考えられる。救助自体が容易であればあるほど、またそうしたもろもろの情報の保有者がその場に少なければ少ないほど、制御可能性はより高度のものとなる。

店の常連が店を詐欺をおこなうための場所として利用していることを知っており、また常連が力毛を連れて店に来たという場合における店主の傍観的態度や、自分の子供が恐喝をするために夜出かけることを知つていながら、今夜もまた出かけていくのをそのままにしたという場合における親の傍観的態度についていえば、その立場上他の一般の人が知らない特段の情報を有してはいるもののそれがむしろ推測的なものとどまるため、その情報にもとづく因果予測も抽象的な内容の域を超えず、当該状況から発生する具体的な因果予測について他の人よりも細密・確実になしえたとは必ずしもいいがたい。したがってその後の因果経過に対する制御能力・制御可能性も、具体的に画定されるべき行為ないし客観的行為状況としては抽象的なものにすぎ、不十分だといわなければならない(この点につき、島田聡一郎「不作為による共犯について(一)」立教法学六四号八頁参照)。

この点に関して、本件の判示内容が参考になる。そこでは次のように述べられていた。「職務内容とは関係なく、従業員としての一般的地位から、前記保護義務及び阻止義務が認められるか考えると、もしその従事する具体的な職務内

容と関連なく、一般的に、例えば雇用会社の財産について保護義務あるいはそれに対する犯罪の阻止義務が認められるとなると、その保護義務及び阻止義務が無限定的に広がってその限界が不明となり、ひいてはそれら義務懈怠の責任を問われないため取るべき行動内容があいまいとなつて、余りに広くその義務懈怠の刑事責任が問われたり、あるいは犯罪告発の危険を負うべきかその懈怠の責任を問われるか進退兩難に陥らせるなど、酷な結果を導きかねないといえるのであつて、職務とは関係なく従業員としての地位一般から、保護義務あるいは阻止義務を認めることはできないといわねばならない。ただ、もしそうした義務が是認されることがあるとすれば、犯罪が行われようとしていることが確実に明白な場合に限られるものと考えられる」（一五九頁）と。

すでに述べたところからすれば、「犯罪が行われようとしていることが確実に明白」であるとは、そのおこなわれようとしている犯罪の個別具体的な内容・計画まで明白であるとの意味で理解されなければならない（この点は判例もたんに主観的要件として要求しているわけではなく、客観的事実とともに認められるものとして思うように思われる。松生光正「不作為による幫助—犯罪防止義務を否定した事例」判例セレクト九九・三〇頁参照）。

同じく名古屋高裁一九五六年二月一〇日判決刑集一四卷九号一一七四頁も参照に値する。そこでは「会社の取締役の地位にある被告人等は、会社から公共危険を発生することを阻止する義務があり、社長が放火の決意を打ち明けたのに対し、これを阻止しなかつたのは、放火の幫助に該らないかの問題を吟味するを要する」としたうえで、会社に無関係の者が工場放火の決意をうちあけられた場合とことなり「会社の枢機に参与する重役たる被告人等が、社長より工場放火の決意を打ち開けられた場合であるから、万全の力を致して、これを阻止すべき責任があるは当然である。しかし、これは、道義上の責任であつて、これを超えた法律上の責任と観念するを得ない。現に危険が差し迫り、例えば、現に

放火行為に着手せんとした場面に遭遇して、これを阻止する挙に出ない場合であれば、幫助をもつて論することも強ち無理とは言えないが、本件の如く、決意を打ち明けられたに止り、具体的に何等如何なる方法で放火するか、或は、放火そのものを決行するかどうかも定かでない場合にまで、被告人等にこれを阻止すべき法律上の義務を認めるのは、無理であり、これを阻止する方法がないからである」、放火の意見に対して沈黙しあるいは反対した被告人らの行動は「道義上の責任はともあれ、法律上の責任を帰せしむることはできない」とされた。

このように犯行の具体的事情についてとくに通じていたといえないことから制御可能性(作為義務)が肯定されなかった他の例として、さらに、大阪高裁一九九〇年一月二三日判決高刑集四三巻一号一頁もあげることができる。

また、ひき逃げ事犯における殺人と保護責任者遺棄致死の差異は、たとえば前者では被害者が行為者の車の中や家の中にいるといったより高度の制御能力・可能性が認められる場合であるのに対して、後者では公道上にいるという、それよりも一段下がった制御能力・可能性しか認められない場合であると考えられる。

五 不作為による関与と共犯の区別根拠

正犯(共同正犯・同時犯)・共犯(幫助・片面的幫助)の成立については、相対的に主要な・中心的な役割を担ったか、相対的にそれよりも主要でなく、中心的でもない役割にとどまったか(因果性に尽きない寄与の相対的程度差、行為実行上の同時的相互連絡の緊密性における相対的程度差)によると考えられる(拙稿「正犯に客体の錯誤がある場合の教唆犯の擬律に関する一考察」東北法学二二号二二三頁註(一))、同「虚偽不申告通脱犯における所得秘匿工作の意

義」白鷗大学論集一九卷二号一四〇頁註（一）参照。なお、平野龍一『刑法総論Ⅱ』三九七〜三九八頁、亀井源太郎『正犯と共犯を区別すること』九四頁以下も参照。

ところで、西田典之「不作為による共犯」法学協会雑誌一二二卷四号四一八頁は「まず、確認しておくべきことは、不作為による共犯は、理論的に片面的共犯しかありえないということである。作為による犯罪実行者乙と事前の、または、現場における明示・黙示の共謀ないし意思連絡を有する甲は、乙の犯罪を阻止しないとしても、犯罪結果との心理的因果性により当然に共犯として処罰されるのであって、甲の作為義務を吟味する必要性はないのである。これは、因果的共犯論の当然の帰結である」という。

しかし心理的因果性とは通常、実行者の実行意思を維持・促進するという意味で認められるものであって、たんに意思連絡があればたりるというわけでは必ずしもない。児童虐待事例で、虐待をやめるようにいえば自分にも暴行が向けられるあるいはいつ虐待が激しくなることを懸念してとめなかつたというような場合、さらにはとめようとはしたけれども結局はとめられなかつた（そのことが義務を十分尽くしたといえるものかどうかが問題となる）場合、意思連絡による共謀共同実行があるからといってただちに作為義務の吟味が不要だとはいえない。作為義務もまた因果的要素だからである。

また意思連絡があるからといってただちに心理的因果性が認められるわけではないということは、物理的因果性が認められる場合についてもいえる。心理的因果性はすでに述べたように実行者の実行意思を維持・促進するという内容をもった概念であつて、意思連絡があればただちに認められるといった空疎な概念ではない。したがつて意思連絡がある場合でもなお、実行者の実行意思を維持・促進したかという心理的因果性の実質的内容の存否がとわれなければなら

いのであって、この意味で、意思連絡がある場合でも、心理的因果性の実質的内容の存否の代わりに物理的因果性の存否を論ずるといふ余地は理論的に十分残されているといわなければならない(また共謀概念については、拙稿「教唆の本質と通謀要件」白鷗法学二七号(一三巻一号)一頁以下参照)。

犯罪に使われることも知りつつころよく思っていないかかったものの、実行者が銃をもっていくにまかせたというような場合、意思連絡があるから心理的因果性があり作為義務を吟味する必要性はないとはいえない。

西田・前掲論文は、判例も共謀がある場合について作為義務の存否を検討対象としていないことの例として、最高裁二〇〇三年五月一日決定刑集五七巻五号五〇七頁の判例をあげている。

しかし「所持」という行為が継続的性格をもつことにかんがみれば、最高裁が本件行為を「スワットらにけん銃を持たないように指示命令することもできる地位、立場にいながら、そのような警護をむしろ当然のこととして受入れ、これを認容し」た不作為態様のものととらえたか、それとも「スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていた」とされ、また「彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるという被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである」とされているところからして作為態様のものととらえたかはかならずしも判然とはしない。

釧路地裁一九九九年二月一二日判決判例時報一六七五号一四八頁は、児童虐待への不作為関与における作為義務につき十分に吟味している。作為実行者は不作為関与者があえて制止しないことを認識しつつ行為し、不作為関与者も実行者の作為や意図を認識しながら阻止しなかったものであり、両者の間には実行される当該犯罪行為についての意思連絡

が存在していた。だからといって、だちに心理的因果性があるから作為義務の吟味は不要とはいえない。釧路地裁は作為義務の程度や義務遂行の容易性、作為との同価値性等を十分にかつ丁寧な精査・吟味して無罪の結論を導いている。

結論は反対となったが、控訴審である札幌高裁二〇〇〇年三月一六日判決判例時報一七一〇頁も同様の態度を示している。さらに同様の例として、東京高裁一九九九年一月二九日判決判例時報一六八三頁一五三頁、広島地裁二〇〇四年四月七日判決判例タイムズ一一八六号三三七頁（ちなみに「死の入り口にとどく」「死に一步を踏み入れる」認容があったと解する余地のある事案）、名古屋高裁二〇〇五年一月七日判決も参照。そのほか、松尾誠紀『「不作為による共犯の限定化」について』北大法学論集五三巻六号一七八二頁以下や島田聡一郎「不作為による共犯について（一）」立教法学六四号一七頁以下で紹介されているドイツ判例のうちにも、意思連絡がありながらも作為義務を吟味すべき（また実際に吟味されたとされる）事例が見出される。

いずれにしても、作為義務の問題が究極的には因果性の問題に行き着くものであるのに対して、正犯と共犯の区別は因果性の問題に尽きない（むしろ、正犯か共犯かの区別、すなわち因果性に尽きない寄与の相対的程度差ないし「行為実行」上の同時的相互連絡の緊密性における相対的程度差といった判断において、実際にどのような「行為実行」がなされたかは、どのような行為実行においてどのように関与したかという意味において判断の重要な内容であるから、その限りで実行された作為・不作為ないし作為義務をふくむ意味での因果性は関与形式の判断の中で考慮される必要がある、それらから離れて役割分担が考慮されるわけではない）。したがって不作為をめぐってにせよ、ただ作為義務の差異によって正犯と共犯とが区別されうるとはいえず（岡本勝「不作為による従犯に関する一考察」法学六九巻五号

五〇三頁以下は、両者の作為義務は区別可能だとし、不作為従犯は正犯に比し決定的でなく間接的だとするが、そこでは父親に虐待された子供を父親が家を出たあとも病院に連れて行かず死なせた母親の態度や、治療器具を外された患者をその後も放置して死なせた医師の態度といった、正犯関与は決定的だがなお不作為関与も正犯となるかといった問題は検討されていない)、また逆に作為義務に反している以上ただちにみな正犯ということもできない。

こうしたことは、正犯と共犯とが違法において原則連帯しつつ、責任においては個別化されるということとも符合する。

共犯の処罰根拠論は違法の連帯性の内実・本質を探究したが、責任の個別性(関与形式の責任限定性)の内実・本質を探究する共犯の区別根拠論も責任概念との関連においてなされるべき余地があるとすれば、次のように展開しうる。

関与者間において行為実行上の同時的相互連絡の緊密性(共同的行為実行へのかかわりにおける同時性・直接性・継続的密接性)につき相対的に程度の高い(具体的行為実行への関与が相対的により同時的で、より直接的・近接的で、より継続して密接的である)正犯者(ら)は、相対的に程度の低い共犯者(ら)にくらべ、当該違法行為を避けられたのに避けなかったという評価における弁識・制御能力ないし弁識・制御可能性ひいては意思自由(の行使)という観点において、当該行為実行の間中いつでも、しかもすぐ、より直接に避けることができたのに避けなかった、しかもそのように意思決定できる機会もより継続的に存在していた、にもかかわらず避けなかったといえる。

逆にいえば、共犯者(ら)は、当該違法行為を避けられたのに避けなかったという評価における弁識・制御能力ないし弁識・制御可能性ひいては意思自由(の行使)という観点において、正犯者(ら)と比較した相対的な意味において、

当該行為実行の間中いつでも実効的に当該違法行為の回避をなしたわけではなく、しかもすぐ、より直接に回避行為をなしたわけでもなく、しかもそのように意思決定できる機会もかならずしも継続的に存在していたわけではなかった、そのような中で避けられないことはなかったが避けなかったというのが、共犯（とりわけ従犯）の責任における區別根拠（限定根拠）だということになる。

- (1) 判例タイムズ一六八号三〇七頁「解説コメント」の最終段落を参照。
- (2) 認識内容がさまざまなレベルで特定可能なことにつき、井田良『刑法総論の理論構造』八九頁以下、拙稿「近年のドイツにおける客体の錯誤と方法の錯誤とを巡る議論の展開について」(二) 法学六六卷四号四三六頁以下、同「正犯に客体の錯誤がある場合の教唆犯の擬律に關する一考察」東北法学二二号二一七頁以下参照。
- (3) 本判例の紹介として、小島透「方法の錯誤の事例における故意責任と量刑の上での考慮」判例セレクト二〇〇五（法学教室三〇六号別冊）三一頁。
- (4) 法定的符合説と判例との関係について、松宮孝明「他車を高速道路上で停止させた行為と追突事故による死傷結果との間の因果関係」判例評論五七一号四四頁（判例時報一九三四年二一四頁）も参照。
- (5) 拙稿「実行行為性の認識に關する符合判断について」白鷗法学二四号五八頁も参照。
- (6) 最高裁一九九七年三月一八日決定刑集五一卷三号六一九頁。
- (7) 最高裁一九五七年七月二三日判決刑集一一卷七号二〇一八頁。
- (8) 最高裁一九七四年五月二九日判決刑集二八卷四号一一四頁。
- (9) 拙稿「近年のドイツにおける客体の錯誤と方法の錯誤とを巡る議論の展開について」(二・完) 法学六六卷五号五二〇頁以下参照。
- (10) 井田・前掲九〇頁以下、および拙稿「正犯に客体の錯誤がある場合の教唆犯の擬律に關する一考察」東北法学二二号三三七頁以下参照。
- (11) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』二七一頁は、「自分が行為者であったとしたら、法に従った動機づけ」の条件において対等で非難可能性が肯定される。その場合には、具体的な行為者と、処罰する側に立つ人間とが、『法に従った動機づけ』の条件において対等であったと評価されたことになる」というが、「自分が行為者であったとしたら、法に従って動機づけられたかどうかが、「条件

において対等であったと評価されたことになるのかどうか」を決するのは必ず処罰する側に立つ人間でしかないのであるから、「法的非難は対等性を要求する」ことはなんら根拠付けられてはいない。

- (12) 平山真理・石村耕治「性犯罪者情報の公開制度とプライバシー保護の接点——和製メーガン法は不要、まずは更生プログラムの充実を」
CZNニューズ (<http://www.jci.webnet/>) 四三号七頁。

また、ドイツ刑法三二三a条について、神田宏「酩酊犯行と限定責任能力をめぐる一考察——ドイツ連邦通常裁判所二〇〇三年三月二七日判決を素材に——」近畿大學法學五二巻三〇四号三五頁以下も参照。

- (13) 内藤謙『刑法原論』一六一頁、曾根威彦『刑法の重要問題(総論)』第二版「三三頁および三七頁以下参照」。

またこの点、実際の被害者からすれば、そのコストを自分たちだけが負担しているように思える(また世間もそう思う)としても、実際には、社会のメンバー全員が保険者であると同時に被保険者でもあるという形で関わっている。

- (14) くりかえしになるが、ここで同等性は非難に内在していない。仮に「法的非難は対等性を要求する」というときの「法的」を、立憲主義の意味を内在させた「法の支配」の意味で用いたといえたとしても、そのことは「非難」自体からは導き出されえないし、またそこでの法的非難はなお「非難」の一方的性質、とりわけ非難する側が正当でありされる側が不当であるからこそ「非難」として正当化されるという意味での一方向性をまったく奪われなない。

なお「法」であること自体になんらかの意味での正義要求が内在するとの理解(井上達夫「正義への企て」としての法」『岩波講座 現代の法15 現代法学の思想と方法』一〇七頁以下)は、緊急避難や自殺についての放任行為論を想起するだけでも採りえない。

- (15) この点と被害者保護との関係について、平山||石村・前掲四頁参照。

- (16) 少年については、こうした場合における理解力と同様、行為の社会的意味に対する弁識能力および自分の意思活動を制御する能力に関しても、経験・養育の不十分ゆえの心身の成長発達の不熟ゆえに成人と同格に論じうるかは疑わしく、この点は軽視しえない。さらに、成人とは異なり、とりわけ家庭環境や生育環境に対する調整・補充・適応等についての格別の配慮・補助を含む、いっそう広範かつ丁寧な(ケースワーク的な)、そしてむしろ一方的なものであつてはならない援助(困難のある現在の状況)に対する救援・補助、ないし、——当該行為のみならずそれを取り巻く——「困難のある現在の状況」に対する広く深い理解とそのための理解力とを得るための——実践(自立的なものに限らない)に対するものも含む——支援。そして——多くの場合、そのエピソード性に対応して比較的短期間のもので足りるところの——それらを受けるべき地位)を要する少年に関して、刑事責任能力と同質の実質的責任能力をその「少年の(少年法上の保護処分に対応する)責任」の裏づけとして取り入れること(畢竟成人と同等の責任能力を有した上で行為をおこなったとすること)も、刑罰を第一次的・原則的なものとして、これとの関係で保護処分は第二次的・例外的・恩恵的なものとする発想と径庭なくなる点で疑問である。佐伯仁

志「少年法の理念——保護処分と責任——」猪瀬慎一郎他「少年法のあらたな展開——理論・手続・処遇」四〇頁以下参照。「少年の責任」についてはさらに、高内寿夫「現行少年法における『責任』概念について」法政理論三五卷四号七四頁、とくに八〇頁以下および八四頁以下、また、中山研一「心神喪失者処遇法案の性格——保安処分か保護処分か——」北陸法學一〇卷一・二号五二頁以下、なお、塩盛俊明「刑事責任能力と答責性概念——ドイツにおける刑法と少年刑法の交錯——」広島法学三〇卷一・号一五七頁以下、とくに一七一頁以下、一七六頁以下も参照。

少年犯罪への対処としての少年への援助に関して重要な指摘と視座とを提供するものとして、武内謙治「少年犯罪の社会構造性と少年への援助——一九九〇年代ドイツにおける厳罰化要求への対抗機軸——」九大法学八〇号一頁以下、とりわけ九六頁以下、また、同「少年手続における『教育思想』と『法治国家原則』——ドイツ少年刑法における『内的改革』の展開——」九大法学七六号四五頁以下、とくに一〇三頁以下、一二一頁以下も参照。

(17) 甲斐克則「責任論における自律と自己決定」刑法雑誌四一巻二二六頁、アルトゥール・カウフマン(甲斐克則訳)『責任原理 刑法的・法哲学的研究』四三二頁以下、同(上田健二・浅田和茂訳)「刑法における責任原則のための反時代的考察」同志社法学三八巻三三九五頁以下、および、葛野尋之『少年司法の再構築』七〇頁以下、五一七頁以下、笹沼弘志「現代福祉国家における自律への権利」法学二八号一〇二頁以下も参照。さらに、平野龍一『刑法総論I』二六頁も参照。

ここで扱った内容全般に関し総論的に、犯罪者処遇論を基本的視座として種々の重要な指摘をする論稿として、吉中信人「非行少年処遇における保護処分の意義」広島法学二八巻四号四五頁以下、とくに五五頁以下も参照。

理解の対象・内容とは、その行為がいかに法を破ったか。すなわち、実際に、具体的に、どのような法益をどれだけの程度で・どれだけの範囲で、どのような態様で・どのような経過において侵害したか。

(18) 罰金刑にまったく同じ意味づけを与えることはできないが、制約の程度を低減しつつ、行為の意味理解・意味の自覚を促すものと考えられる。

(19) つまり、憲法の保障する適正な手続を通してなされる刑罰システムは「赦し」の過程にほかならない。そしてそこで生起する諸問題は「どう赦すか」をめぐる問いとしてのみ投げかけられる。

(20) 沢登俊雄「新社会防衛論の展開」一一三頁以下、および、浅田和茂『刑法総論』二七一頁参照。また、平野・前掲三四頁も参照。

(21) 内縁関係が刑法二四四条にいう親族関係にあたるかについて、名古屋高裁昭和二六年三月二日判決高等裁判所刑事判決特報二七号五四頁、および、東京高裁昭和二六年一〇月五日判決高等裁判所刑事判決特報二四号一一四頁も参照。

(22) 親族関係について錯誤があった場合に、刑法三八条二項による親族相盜例の準用を政策説の立場から認めるならば、それは「理論的な一

責任に欠けるといふべき」との指摘もある。中山研一『新版口述刑法各論「補訂二版」』一三三頁参照。

(23) 大塚仁『刑法概説(各論)「第三版増補版」』二〇八頁参照。その他、たとえば、「たとえ違法性および責任が、減少するとはいえ、依然として存在するものと解すべきであり、従って、犯罪は成立するが、親族関係の存在が刑罰権の発動を妨げるものと解することにより、人的処罰阻却事由に從うべきであろう。この見解に立つ限り、本特例は、科刑による家庭・親族関係の破壊を回避し、『親族間の平和を維持する必要』からその情誼による処分に委ねるといふ政策的意図に基づき、親族という身分を行為者に有利な方向で考慮する特典と解する外ないであろう」(大原邦英「刑の免除序説(三)」法学五二巻三号四三八頁)とされ、あるいはまた、「結局、親族間の紛争は親族間の解決に委ね、たとえ求められたとしても、刑罰権力による介入を差し控えることにしたもので、説明するほかないと思われる」(山口厚「刑法各論「補訂版」』二〇七頁)などとされる。井田良「窃盗犯人が所有者以外の者の占有する財物を損取した場合における親族相当例(刑法二四四条一項)の適用の要件」法学教室一七三号一三五頁、および、山中敬一「刑法各論I」二六九頁も参照。

(24) ただし、「責任が減少すると『刑の免除』となることの説明が必ずしも容易ではないように思われる」との指摘もある。木村光江「親族相盗例の人的適用範囲」東京都立大学法学会雑誌三六巻一号二七七頁参照。

(25) 中森喜彦『刑法各論』一二六頁。その他、たとえば、「家庭内でも、物の所有権は、その誰かに属するであろう。しかし、その所有関係は、家庭外の場合よりもいくらかルーズである。財産は、家族の合有であり共同利用に属するといえなくもない。占有についても、ほぼ同じことがいえるであろう。したがって、その侵害も、違法性が小さい。刑が免除されるのは、このような『違法性の減少』を理由とするものと解すべきである」(平野竜一「刑法各論の諸問題10」法学セミナー一二三号五三頁)とされ、あるいはまた、「合有関係が濃厚な同居の親族の間においては被害法益が軽微であるために刑を免除し、非同居の親族の場合にも法益性の減少を考慮してその告訴がなければ処罰できないというのが刑法の趣旨である」(町野朔「いわゆる親族相盗例における親族関係」ジュリスト一〇九二号一三一頁)などとされる。さらに、中山・前掲書一三〇頁も参照。

(26) 曾根威彦『刑法の重要問題(各論)第二版』二五八頁。同『刑法各論「第三版補正三版」』一三二頁も参照。

(27) 川口浩一「親族相盗例の人的適用範囲」奈良法学会雑誌九巻三二四号一八一頁参照。

(28) 松原芳博「親族関係と財産犯」阿部純二他編『刑法基本講座 第五巻 財産犯論』三二二頁以下参照。

(29) 心理的責任論と規範的責任論との関係について、浅田和茂「刑事責任能力の研究 下巻」三五四頁、同『刑法総論』二七二頁参照。

(30) 高山佳奈子「責任能力について」刑法雑誌四五巻一号六・七頁以下参照。

(31) 牧野英一「期待可能性論と最近の判例」警察研究二四巻六号七頁、一八頁以下参照。ここでは「規範的責任論は、刑法における自由法論であり、期待可能性論は、法律実証主義に対する自然法論的な実体論上の思想である」とされ、それは「法規を超越した『條理』」だとされ

る。なお、同一三頁以下も参照。ただし、大審院昭和二年一月二日判決大審院刑事判例集一五卷一五〇九頁は、自己の刑事被告事件につき偽証罪が成立しない理由について、条理違反性を有しないと解するためではなく、その身分上期待不可能であるがゆえに責任阻却事由のある場合だとした。

また、東京高裁昭和三年一〇月一六日判決高刑集一卷追録一八頁以下も参照。

- (32) 生物的要素と心理的要素との相関について、平野龍一『刑法総論Ⅱ』二八二頁以下参照。また、大審院昭和六年二月三日判決大刑集一〇卷六八六頁参照。

- (33) 浅田・前掲『刑法総論』二八六頁、また、牧野・前掲一三頁以下参照。

- (34) 佐伯千仞「終戦後の判例と期待可能性の理論——高等裁判所の判例を中心として——」刑法雑誌三卷一号三〇三頁、また、福岡高裁昭和三年六月一日判決判例時報六一号三一頁参照。

- (35) 西村克彦「期待可能性と責任能力」岡山大学法経学会雑誌五号四頁註(2)、七頁、一七頁、一九頁、高山佳奈子「違法性の意識」(3)『法学協会雑誌』一四卷三号三二六〜三二七頁参照。

- (36) 牧野・前掲四〜五頁。

- (37) 最高裁昭和三年七月一〇日判決刑集一二卷一一号二四七一頁以下参照。

- (38) 中森・前掲書一二七頁註(17)参照。

- (39) 石堂淳「親族相盜例の承譜と根拠」法学五〇卷四号六三五〜六三六頁参照。

- (40) 山口・前掲書二〇六〜二〇七頁参照。

(41) したがって直接の占有者ないし被害者との間に親族関係があれば、親族相盜例の適用を認めるべきことになる。委託物横領の場合も同様に考えられ、あつかいを異にする理由はない。親族の後見人による被後見人の財産に対する横領行為に親族相盜例の適用が認められるかについても同様に考えられ、あつかいを異にする理由はない(福島地裁平成一八年一〇月二五日判決、秋田地裁平成一八年一〇月二五日判決、福島民報平成一八年一〇月二六日参照)。

- (42) 石堂・前掲六三八頁、および、川口・前掲一八二頁参照。

- (43) 石堂・前掲六三六頁、中森・前掲書一二七頁註(17)、前田雅英『刑法各論講義「第三版」』一八五頁脚註(21)、等参照。反対、山口・前掲書二〇七頁。また、中山・前掲書一三〇〜一三二頁も参照。