

超法規的違法性・責任阻却事由の要否

嘉 門 優*
中 村 悠 人**

1. 犯罪の実質的理解の要請

「犯罪」はあらかじめ法律の明文により規定されていなければならない。これが刑法上もっとも重要な原則の一つである「罪刑法定主義」であり、日本では憲法にその規定を有している¹⁾。したがって、実定法上の刑罰規定の文言を離れて「類推」により、犯罪と刑罰を観念することは許されない。この罪刑法定主義の原則から、立法者は、国民に予測可能性を保障しうる程度に、罪刑を明確に法定することが求められる。これにより国民の行動の自由を保障しうることとなる。ただし、いくら詳細な犯罪カタログを立法者が整備しても、裁判官が解釈に際し、言葉の可能な意味を超えて「類推」を行うようでは意味がない。類推は裁判官による法の創造である以上、三権分立を侵すものといえるため厳しく制限されるべきである。以上の観点からは、中国刑法学における「裁判官の裁量の余地を小さくし、制定法による強い拘束力を認める」という考え方は非常に望ましいことであるといえるだろう。

しかしその一方で、立法者がどんなに詳細に処罰規定を作ったとしても、

* かもん・ゆう 立命館大学法学部准教授

** なかむら・ゆうと 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

1) 日本の現行刑法典には罪刑法定主義の規定はない。日本国憲法31条、73条6号ただし書、39条に罪刑法定主義が規定されており、憲法上の原則であることが認められている。

ある行為が制定法上のどの犯罪にあたるのかが一目瞭然であるということはありません。当然のことながら、立法者が用意した犯罪カタログを明らかにするため、裁判官による「解釈」が加えられる必要がある。それによってはじめて各犯罪の内容を理解することができ、法適用が可能となる。この「解釈」に際しては、法文の沿革や比較法的な意義、他の法条との関係や体系的な地位、果たすべき役割や保護すべき法益などを考慮し、全体として法秩序の目的との関係で、合理的な解釈が目指されることとなる²⁾。

このように、解釈に際して「犯罪の実質的内容」を把握する必要性は、時代の変化に伴いさらに強まってくる。その典型例が、第二次世界大戦後の混乱期に生じた経済事犯である。戦後の混乱期には、物価高騰が深刻な問題となった。そこで、商品やサービスごとに統制価格を定め、これを超える取引を禁止したり、買い占めや抱き合わせ販売など不当な取引を取り締まることを目的として「物価統制令(昭和21年3月3日勅令第118号)」が制定された。しかし、その後、品不足のため牛乳の相場が上がり、公定価格で生産業者から牛乳を買いつけてそれを配給することは困難な状況に陥った。この状況において公定価格よりも高く牛乳を購入した被告人に物価統制令を形式的に適用し、処罰することは、法が無理を強いることになってしまい、正義と矛盾する結果を招来することにもなる。そこで、東京高裁は規定を実質的に解することにより、被告人に無罪を言い渡したのである³⁾。

前述のように、裁判官の恣意を排除して法規の形式的な適用により公平性を保つという観点は非常に重要である。しかし、立法者が起こりうる事態をすべて予測して「完璧な犯罪カタログ」を作成することなど不可能である(複雑に利害が衝突する現代社会ではなおさらのことである)。また、法適用者としての裁判官が、変化した社会の状況を無視し、頑なに刑罰法

2) 田宮 裕「刑法解釈の方法と限界」内藤 謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』(有斐閣・1990年)40頁。

3) 東京高判昭和26(1951)年4月3日裁判所時報第82号3頁。

規を形式的に解釈・適用すれば、物価統制令の事例に見られるように、本来処罰されるべきとは思われない者をも処罰することになってしまい、ひいては刑罰権の濫用といった事態に至ることが懸念されるのである⁴⁾。そのため、刑罰法規の制定の趣旨、法秩序に内在する基本理念にまでさかのぼって、犯罪の実体を、具体的、合目的に把握することが要請されなければならない⁵⁾。

みなさんの中にはこのように犯罪を実質的に考察することにより、裁判官の恣意的な判断の余地を生むのではという懸念を感じる方もいるかもしれない。もちろん法文の意味を超えて類推により処罰範囲を「拡大」することは許されない。しかし、「適正な処罰」という観点からは解釈により「処罰に値しないもの」は排除されるべきであり、それは罪刑法定主義に反するものではない。

以上のような犯罪の実質的理解という要請を踏まえ、刑法学上の理論が構築されてきた。まず、違法性については「形式的に法規に違反する」というだけでなく、「実質的に法に反すること（実質的違法性）」を把握する努力がなされてきた。また、この実質的違法性論を前提にして、刑罰を科するに値する程度の違法性（可罰的違法性）がないことを理由に犯罪の成立を否定する理論である可罰的違法性論が形成されてきた。また、責任についても、単なる心理的事実そのものとしてではなく、実際に行った行為とは別の行為を選択することが期待しえた（適法行為の期待可能性）にもかかわらず違法行為に出た場合には、「非難可能性」があると理解されることになる（規範的責任論⁶⁾）。

4) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（有斐閣・1974年）24頁。

5) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』（有信堂・1965年）14頁以下。

6) 規範的責任論における非難は、この「法的」ないし「規範的」な非難を意味する。この点で、（意思自由を前提として）他行為可能性があったにもかかわらず、違法な行為を行った（不法を為した）ことにつき、行為者を道義的に非難することができるという「道義的責任論」と区別して「法的責任論」と呼ぶ見解もある（内藤 謙『刑法講義総論（下）』（有斐閣・1991年）743頁）。

2. 超法規的違法性阻却事由

(1) 「超法規的」の意味

以上述べたような「適正な処罰」を目指すという発想は、刑罰法規を実質的に解釈するだけでなく、刑罰法規に規定のない場合、すなわち、「超法規的違法性ないしは責任阻却事由」の是認へとつながる。「超法規的違法性阻却事由」の代表例は、松宮報告にもあったとおり、1920年代のドイツにおいて、母親の生命を救うための墮胎を第三者である医者が行い、墮胎罪の成否が問題となった事例において、判例が認めた「超法規的緊急避難」である(RGSt 61, 242)。当時、ドイツ刑法旧54条には、自己または親族の避難のために行う緊急避難行為だけしか免責されなかったため、この免責事由は、妊婦には認められるが、妊婦の親族とはいえない医師には認めることはできなかった。そこで、ライヒ裁判所は新たな正当化事由を一般原理に依拠して展開せざるを得ないと考え、「超法規的に」正当化を認めたのである⁷⁾。

違法性阻却は、あらゆる具体的事情を勘案したうえで決定されるべきものであり、そもそも類型的な判断になじみにくいものであり、そのすべての場合を明文で規定することはおよそ不可能である⁸⁾。したがって、法適用者としての裁判官が実質的な判断を行い、「超法規的な」違法性阻却事由を認めざるをえないのである。なお、その際、「超法規的」とは、「実定法を超える」という意味ではなく、「刑罰法規に規定のない⁹⁾」という意味であることに注意が必要である。このことは、前出のライヒ裁判所の緊急避難の判例が、その正当化を導くために、「法秩序の統一性」にもとづ

7) いわゆる医学的適応事件(Indikations-Fall)。アルピン・エーザー・西原春夫監修『違法性と正当化 原則と事例』(成文堂・1993年)81頁以下。

8) 曽根威彦「超法規的違法阻却事由」中山研一ほか編『現代刑法講座第2巻』(成文堂・1979年)79頁。

9) エーザー・前掲注(7)82頁参照。

きドイツ民法228条や904条や、「成文又は不文の法」といった「実定法」をその根拠として挙げつつ、これを「超法規的」違法性阻却事由と呼んだことから明らかである。

(2) 日本の裁判例

日本では、第二次世界大戦後、日本国憲法の公布にともない、法制度の改革と価値観の転換が行われたことが、超法規的違法性阻却事由を認めることにつながったといわれる¹⁰⁾。その代表例が、憲法上の権利に関する事例である。ここでは、学問の自由（日本国憲法28条）および大学の自治が問題となった東大ボボロ事件と、労働者の権利（同82条）をめぐる三友炭鉱事件を挙げる。

東大ボボロ劇団事件

昭和27（1952）年、東京大学の教室内において反植民地闘争の一環として開催された大学公認の劇団による演劇発表会が行われていた。その観客の中には情報収集のためとして警察官3名がまじって会の模様を監視していた。その監視に気づいた被告人ら数名が問いただしたところ、じっと押し黙っていたため、コートを引っ張る、警察手帳を取り上げるといった軽度の暴行を加えた。東京高裁は、「大学の自治」が日本国憲法上保障され、すでに確定的な法律的制度となっている以上、警察官らの行動は憲法を頂点とする全法的秩序に違反する意味において違法行為であるとした。そして、この「大学の自治」と損害を被った警察官の個人的法益の価値とを比較すると、前者の著しき優越は自ら明白であるから、警察官に対する外観上犯罪類型に該当する法益侵害行為はありとしても被告人の行為は刑法上違法性を阻却せられるとして、被告人を無罪とした¹¹⁾。

10) 曾根・前掲注（8）79頁以下。

11) 東大ボボロ劇団事件の第二審判決（東京高判昭和31（1956）年5月8日高刑集9巻5号425頁）。

三友炭坑事件

労働争議に対しては1900年の治安警察法以来いくつかの弾圧法令があり、加えて一般の刑罰法令もしばしば弾圧的に濫用されてきた¹²⁾。戦後にいたって旧労働組合法により明文でその原則的合法性が確認され、さらに日本国憲法では労働者の団結権・団体交渉権が保障されることになった(日本国憲法82条)。

昭和22(1947)年、当時の三友炭坑の労働者は劣悪な労働条件のもとにおかれていた。そのため、経営者に待遇改善を要求したが受け入れられなかったためストライキ(罷業)を行うこととした。しかし、経営者と縁故のある一部の労働者が裏切って就業を開始しようとした。そこで被告人は、ストライキの目的を達成するために、線路に横たわるなどして炭車の運転を妨害し、就業を妨げた事例(威力業務妨害罪に問われた)。最高裁は、本件は「組合内部の出来事」であって「いまだ違法に威力を用いて人の業務を妨害したとはいえない」として、無罪とした¹³⁾。

他の例として「自救行為」がある。たとえば、カバンを盗まれた者が、1週間後、そのカバンをもって歩いている犯人を発見した場合に、警察官を呼んでいたのでは間に合わないので、自分の実力でこれを取り返すような行為である。一種の緊急行為であるが、すでに侵害が終了している点で正当防衛や緊急避難を認める余地はない。本来、権利が侵害されれば、その救済は国による法定の手続き(警察を呼ぶ、訴訟をする等)をとることが原則である。しかし、国による救済が迅速かつ効果的になされる保障はない。場合によってはなかなか権利救済されず、自救行為を一切認めないとすると、法が不法な権利侵害をそのまま放置することを容認することにもなってしまう¹⁴⁾。そこで、最高裁も一定の要件のもとに自救行為を認め

12) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社・1990年)210頁以下参照。

13) 最判昭和31(1956)年12月11日刑集10巻12号1605頁。

14) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣・1986年)444頁。

ている¹⁵⁾。

また「被害者の同意」も超法規的違法性阻却事由の代表例とされる。たとえば、みなさんのカバンを私が勝手に持っていけば当然、私は窃盗罪で処罰される。しかし、そのカバンをみなさんが私にプレゼントをしてくれたとしたらどうだろうか。この場合に窃盗罪になるという人はいないだろう。このように法益主体が侵害に同意している場合には、超法規的に違法性が阻却されることがある。ただし、自由や財産に対する罪のほとんどは、被害者の同意により構成要件該当性そのものがなくなると解されており、たとえば、住居侵入罪における「侵入」、窃盗罪における「窃取」は、その文言が被害者の意思に反することを前提としているため、被害者の同意があれば構成要件に該当しないのである。一方、被害者が傷害を受けることに同意していた場合、「傷害」という文言には該当するため、構成要件段階ではなく、違法性阻却が問題となりうる。その場合に特に議論されるのが、医的侵襲である。

(3) 日本刑法35条との関係

次に、以上のような超法規的違法性阻却事由は、刑法典上の違法性阻却事由との間で、刑法解釈上の位置づけが問題となる。日本の刑法典には、35条に法令行為（前段）・正当業務行為（後段）、36条に正当防衛、37条に緊急避難が規定されている¹⁶⁾。36、37条に比べて、35条は「法令又は正当

15) 最判昭和30（1955）年11月11日刑集9巻12号2438頁。なお、刑法238条は、窃盗犯人が財物の取り返しを防ぐために暴行・脅迫を行ったときは、強盗をもって論ずると規定している。言い換えれば、刑法は取り返し防止のための暴行・脅迫に対して重い刑罰を科すことで、逆に取り戻し行為を保護していると考えられる。松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（成文堂・2009年）117頁参照。

16) (正当防衛)第36条 急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

2 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

(緊急避難)第37条 自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難

な業務による行為は、罰しない。」とのみ規定されており、包括的で非類型的である。そのため、超法規的違法性阻却事由にあたる前述の例の条文上の根拠について、法令に規定がある場合は「法令行為」とし、それ以外についてはすべて「正当業務行為」であるとする見解がある。本説によれば、刑罰法規に規定のない（つまり、超法規的）違法性阻却はすべて35条後段の「正当業務行為」として扱われることになる¹⁷⁾。それに対し、超法規的違法性阻却事由の条文上の根拠を35条に求めず、正面から違法阻却を肯定する見解もある¹⁸⁾。また、違法の一元性・法秩序の統一性を前提にして、刑罰法規以外の他の法規から（超法規的に）違法阻却を認める場合、刑法35条は「刑法が超法規的な違法阻却を認めることを示す」条文である、という理解も可能である。

日本の裁判所は前者のように、35条を法文上の手がかりとして違法性阻却の実質的根拠と要件をさぐるという手法をとる傾向にある。ただし、仮にこのように超法規的違法性阻却事由の根拠を35条に求めるとしても、包括的・非類型的な規定である以上、解釈のための実質的な判断基準はいずれにせよ必要となる。その基準を明確にしなければ、恣意的な判断におちいりやすく、暴力的な行為について安易に不可罰とすると、暴力を容認し「弱きをくじく」ことにもなりかねない¹⁹⁾。そこで、いかにして明確な基準を見出すかが次の問題となる。

を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。ただし、その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

2 前項の規定は、業務上特別の義務がある者には、適用しない。

17) 木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（有斐閣・1978年）280頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕（第3版）』（成文堂・1995年）192頁など。

18) たとえば、中山研一『新版口述刑法総論〔補訂2版〕』（成文堂・2007年）132頁、内藤・前掲注（14）708頁以下、上田健二「法令または正当な業務による行為」西原春夫ほか編『判例刑法研究第2巻』（有斐閣・1981年）40頁、曽根・前掲注（8）85頁。

19) 平野龍一『刑法総論』（有斐閣・1975年）223頁。

（4）違法性阻却の一般原理

超法規的違法性阻却事由を見出すための基準は、学説上これまで「違法性阻却の一般原理」として争われてきた。第一の目的説は「行為が国家的に規律せられた共同生活の目的達成のために適当な手段である」かどうかを違法性阻却の判断基準とする見解である²⁰⁾。第二が「社会的に相当な形態は、たとえ法益を侵害しても適法である²¹⁾」とする社会的相当性説である。第三は「法益侵害が違法でないとされるためには、侵害される法益よりも優越した法益（少なくとも同等の法益）が、その行為によって救われる場合でなければならない」とする法益衡量説である²²⁾。また第四の見解として、法益衡量そのものが違法性判断の1つの手がかりとはなりえても、これだけでは不十分であるとして、法益に対する危険の程度（切迫性、重大性）、法益侵害の必要性・範囲等の諸事情を考慮に入れる学説もある（優越的利益説²³⁾）。

一方、判例は違法性阻却の実質的根拠と要件について必ずしも一貫していないといわれる²⁴⁾。社会通念上許容される限度を超えれば違法とするもの（最大判昭和28（1953）年6月17日刑集7巻6号1289頁）、法益衡量のみで判断するもの（前出：東大ポポロ劇団事件の第二審判決（東京高判昭

20) 牧野英一『重訂日本刑法上巻』（有斐閣・1939年）344頁以下、木村・前掲注（17）252頁。本説は Dohna の見解の影響を受けたものである（Alexander Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905, S. 48.）。

21) 福田 平『全訂刑法総論〔第4版〕』（有斐閣・2004年）149頁、団藤・前掲（12）209頁。Hans Welzel の見解の影響を受けて日本で展開された見解である（福田・大塚訳『ハンス・ヴェルツェル目的的行為論序説』（有斐閣・1962年））。Welzel の社会的相当性についての最近の文献として、安達光治「社会的相当性の意義に関する小考」立命館法学327・328号（2010年）50頁以下参照。

22) 佐伯千仞『刑法講義（総論）四訂版』（有斐閣・1981年）197頁、平野・前掲注（19）213頁以下、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂・2007年）177頁、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣・2007年）105頁以下など。

23) 内藤・前掲注（14）313頁以下。本説の論者は Lenckner の見解の影響を受けたとされる。Theodor Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 135.

24) 上田・前掲注（18）5頁。

和31(1956)年5月8日高刑集9巻5号425頁)),法益衡量のほか動機目的の正当性・手段方法の正当性を要求するもの(舞鶴事件第一審判決(東京地判昭和31(1956)年5月14日判時76号2頁)などがある。

もっとも、このような様々な見解が、すべての違法性阻却事由を一元的に判断するための基準として考えられ得るかは、まだ日本でも明らかにされてはいない。違法性阻却原理の分析の中で、正当防衛と緊急避難の正当化原理が異なって精緻化されてきたように、被害者の同意や自救行為についてもそれぞれに妥当する原理が明らかにされることもある。その意味では、違法性阻却の原理は多元的に理解する必要がある。

3. 超法規的責任阻却事由

(1) 超法規的責任阻却事由としての期待不可能性

次に、超法規的「責任」阻却事由について論じたい。その著名な例として19世紀末のドイツにおける暴れ馬事件がある。ある雇われの御者が、馬が暴れたため通行人を負傷させてしまい過失傷害罪で起訴された。しかしその背景には、事件の前から馬が暴れる癖があることを御者は知っていたものの、雇い主に馬を代えてくれるように頼むと解雇され、御者の一家が路頭に迷うかもしれなかったという事情があった。本件の御者の行為は形式的には傷害罪に該当しており、さらに、過失とはいえ、正当な理由なく傷害結果を発生させている以上、実質的な違法性があるといわざるをえない。そこでライヒ裁判所は、その御者には適法な行為を期待できなかった、すなわち「期待可能性」がなかったとして無罪としたのである²⁵⁾。つまり、無罪という結論を根拠づけるために、超法規的に責任を阻却したのである²⁶⁾。

25) RGSt 30, 25.

26) Reinhard Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, FS der jur. Fakultät der Universität Gießen, 1907, S. 3, 4, 28.; James Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldbegriff, ÖstZStr 1913, S. 131, 137 ff.; Berthold Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922, S. 6, 8 ff.

日本の判例上、期待可能性という考え方の先駆になったのは、第五柏丸事件（大判昭和8（1933）年11月21日判例集12巻2072頁）といわれる²⁷⁾。これは、定員の五倍余の乗客を乗せて航行中の船が転覆し、多数の死傷者を出した事件である。実は、船長による再三にわたる警告にもかかわらず、船主が過剰な乗客を乗船させていた事情があったという事案であったため、大審院はこの事情を考慮して船長について原判決を破棄したうえで、刑を減輕した。この判決後、期待可能性についての判例が続くこととなった²⁸⁾。もっとも、最高裁は、期待可能性を積極的に認めてはならず²⁹⁾、期待可能性の不存在を理由として正面から無罪とした例は、いまだ存在していないという現状にある³⁰⁾。

(2) 期待可能性の標準

超法規的違法阻却事由と同様に、超法規的責任阻却事由としての期待不可能性についてもその基準の明確化が要請される。学説上、行為者標準説³¹⁾、平均人標準説³²⁾、国家標準説³³⁾が主張されてきた。責任が行為者

27) 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』（有斐閣・1947年、復刻版1985年）212頁以下。

28) 東京高判昭和25（1950）年10月28日高等裁判所刑事判決特報第13号20頁，大阪高判昭和28（1953）年6月15日高等裁判所刑事判決特報第28号43頁等。

29) 最判昭和31（1956）年12月11日は、「期待可能性の不存在を理由として刑事責任を否定する理論は、刑法上の明文に基くものではなく、いわゆる超法規的責任阻却事由と解すべきものである」として期待可能性には言及したものの、期待不可能であることから無罪を導いてはいない（刑集10巻12号1605頁以下）。

30) なお、期待可能性論は、日本の現行法における刑の減免規定の多くにつき、その実質を明らかにするものとしても論じられてきた。例えば、緊急避難の法益同価値の場合の責任阻却、盗犯等防止法1条2項の不処罰の根拠、過剰防衛や過剰非難における刑の減免の根拠、親族間の犯人蔵匿罪および盗品等の罪における刑の免除、などである。

31) 団藤・前掲注（12）329頁，大塚 仁『刑法概説（総論）（第四版）』（有斐閣・2008年）478頁以下等。

32) 木村・前掲注（17）305頁，植松 正『再訂刑法概論 総論』（勤草書房・1974年）206頁，西原春夫『刑法総論〔改訂版〕』（成文堂・1998年）481頁，福田・前掲注（21）219頁等。

33) 平場安治『刑法総論講義』（有信堂・1952年）113頁，中 義勝『刑法総論』（有斐閣・

本人に対する非難可能性であるならば、期待可能性は「当該行為者」に適法行為が期待できるかという形で判断されるべきだろう。しかし、この行為者標準を徹底すると、事後的にみれば行為者は適法行為をしえなかったと考えられ、そうである以上「全てを許す」ことにもなりかねない。また、平均人を標準にする場合は何を平均とみるべきかという問題が生じる。

行為者本人を基準とすることができない以上、何らかの外的な基準が必要とならざるをえない。たとえばこのような例を考えてみよう。夫の死後、莫大な借金を抱え、まだ産まれたばかりの子どもと二人で生きていくことになってしまった女性が、このまま自力で生きていくことは困難であると思いつめ、また、子どもに苦勞を負わせたくないと考え、親子で無理心中をしようとしたが、自分だけが生き残ってしまった。みなさんはこの女性の処罰についてどのように考えるだろうか。このような苦しい状況下でも、親が子どもを殺すことは許されないとして、母親を厳罰に処する社会もあれば、そのような事情の下で死にきれずに生き残った母親に子供を殺さないことを十分に期待することはできなかつたろうとして、刑の減輕を認める社会もあるだろう³⁴⁾。

このような場合、どのような適法行為が「期待」されるかについては、その時代のその社会において妥当している規範を基準とせざるをえない。その意味で、いわゆる国家標準説が正当である³⁵⁾。もちろん、この期待は、

1971年)180頁、佐伯・前掲注(22)290頁以下等。ただし、佐伯博士自身は、次のように述べ、自説を「国家標準説」と呼ぶのは正しくないとしている。「このようなわれわれの立場を国家標準説と呼んで平均人標準説や行為者標準説と対比させる仕方が流行しているが、それは正しくない。われわれは、いわゆる平均人説や行為者標準説が、いかに自己を美しく装うとも、問題がぎりぎりのところにくれば、現存する国家秩序の立場からことを決せざるを得ないという冷厳な事実を指摘しつつ、しかもその枠の中でまだまだヒューマンな法の適用を実現する余地が広く残されていることを説いているのである」と(同書292頁)。

34) 刑事裁判においても、それぞれの社会における文化や規範の差異に着目する必要がある。これについては、Alison Dundes Renteln, *The cultural defense*, 2004を参照。

35) 佐伯千円『刑事法と人権感覚 ひとつの回顧と展望』(法律文化社・1994年)337頁以下参照。なお、いわゆる国家標準説は国家が期待する人間ということで、国家主義的であ

現実に妥当している規範に沿うものであって、現実に支持されない規範を基準に判断されてはならない。あくまで、その社会における規範が基準となるのである。

4. 最 後 に

以上のような超法規的違法性・責任阻却事由については、判断の安定化のためにも、事後的に立法化されることが望ましい。前述のとおり、ライヒ裁判所が超法規的な違法性阻却事由として緊急避難を認めたことは学説において肯定的に評価され、その後34条に正式に正当化緊急避難として立法化されたのがその例である。

ただいくら事後的に立法化しても、今後も社会は複雑化し、変化していく。われわれが予想しない事態が今後も発生するだろう。法適用に当たって、超法規的な違法性・責任阻却事由を認めることは避けられない。そのために、犯罪の実質を考察し、判断基準を明確化することが刑法学にとって最重要課題の一つであることが強く認識されなければならないのである。

るとの批判があるが、しかし、国家が期待する人間が「法」に忠実な人間であるならば、この批判は当たらない。その時代のその社会における規範、つまり当該社会における「法」が基準となるために、法の期待が基準となるからである。法が期待する行為の期待可能な状況での不履行は、非難可能性の根拠になるが、逆に期待不可能であれば非難可能性が欠けるのである。期待可能性の標準として、期待される側から期待する側に視点を移したことが佐伯博士の見解の画期であり、このことを正面から打ち出すならば、「法の予定する標準人説」とも言い得るだろう。