

西岡正樹著

「実質的責任論に関する  
一考察（1）（2・完）」

法学（東北大学）71巻4号・5号（2007年）

大 山 弘

1. は じ め に

周知のとおり、2009年5月21日から裁判員が関与する刑事裁判が始まった。裁判員は、犯罪事実の有無の認定とともに、有罪となった被告人の量刑も判断する。裁判員裁判の導入は、手続き上、これまでの我国の刑事裁判実務のあり方に大きな影響を与えるとともに、裁判員への説明・理解という観点から、刑法理論分野、とりわけ、責任論・量刑論の領域において少なからず影響をもたらすものと思われる。裁判員が適切な判断をするためには、法曹関係者（とくに裁判官）は「責任主義」の意義・内容、刑事「責任」の概念、「責任能力」、「故意」、「過失」、「量刑基準」などの概念や内容と体系的位置付けについて、判例・学説の現状をその歴史的な意義を踏まえて裁判員に対して適切に説明し、正しい理解を得る必要があろう。裁判員裁判では、形式的・抽象的な概念ではなく、事案に即して思考可能な実質的・具体的な論理枠組み（概念と理論）が必要となる。その意味で、刑事「責任」の理論構造を実質的に考究すること（実質的責任論）は、刑事責任論において今後一層重要な課題になるように思われる。

このような現状において、西岡正樹著「実質的責任論に関する一考察（1）（2・完）」は注目すべき論稿である。かつて、わたくしも本論文の著者とほぼ同じ問題意識から「実質的責任論」を論じたことがある。その後、数十年を経過した現在も基本的な考え方は変わっていないが、本論文に接して、「実質的責任論」をめぐる研究課題の意義と奥深さと広がりあらためて感じた次第である。以下では、本論文を概観した上で、若干の評論を加えておきたい。

## 2. 本論文の概要

本論文は6つの章立てから成る。以下、その内容をかいつまんで紹介しておこう。

### （1）「はじめに」

かつて、1970年代を中心にドイツ刑法学においては、責任概念を予防的に再構成しようとする立場が有力となり、いわゆる「責任と予防」を巡る論議は一時わが国の刑法学界を席卷した。しかし著者は、「責任と予防」を巡る論議については、「綜括が十分になされておらず、それゆえに予防の内実とされた刑罰目的の当否も十分議論されないままに量刑判断の内実がますます不明確にされるという結果をももたらしている」との現状認識を示した上で、量刑の場面で積極的一般予防の思想を顧慮すべきことを明示した例としていわゆるオウム真理教事件判決（東京高裁平成15年5月19日）を挙げ、「『国民の規範意識の安定化』といった犯罪予防的観点が行為者の量刑に影響を与え得ると考えることは果たして妥当なのか、すなわち、このような観点から行為者の帰責判断が行われるということになると、それは終極的に行為原理を基礎に置く個別行為責任に反する帰結をもたらすのではないか、という疑問を抱かせる」とする。そしてドイツ刑法46条1項やわが国の改正刑法草案48条1項は責任原理を量刑の場面においても貫徹すべきだとしているが、著者は、責任原理や量刑原理がそれ自体支持すべきものだとしても、「そこにいう

『責任』概念の内実が曖昧なままであるならば、これらの原理原則の意義は低減するであろう」と述べ、「刑法学上問題となる『責任』概念を、我々は如何に把握すべきなのか」という問題を提起する。

（２）「第一章 前提的考察——『責任』概念の多義性と本稿の射程」

ドイツでは、責任概念を「刑罰根拠付け責任」と「量刑責任」とに区別する見解（区別肯定説）が一般的であるとしながら、それぞれの責任の内実、及び両者の異同はそれほど明確ではなく、「責任原理や量刑原則の意義を明らかにし、また確固とした量刑基準を確立するためにも、それぞれにいう『責任』の内実を明確化することが理論展開の前提として必要であろう」とする。そして、ドイツにおける区別肯定説（アッヘンバッハの見解）と区別否定説（フリッシュの見解）を概観したうえで、著者は、『刑罰根拠付け責任』と『量刑責任』とを区別した上で、さらに、『刑罰根拠付け責任』として理解されている『責任』の中には、犯罪を構成する一要素としての『責任』という意味での『犯罪成立要件としての責任』と、科刑の可否を決する『責任』という意味での『科刑責任』とが含まれており、これらを明確に区別して把握すべきである」と主張する。現在わが国において有力に主張されているところの、「犯罪成立要件としての責任」と同義に捉えられる「刑罰根拠付け責任」と「量刑責任」との区別を否定する諸見解（井田説、城下説等）に対しては、確かに、違法性に依拠せずに判断される責任というものは観念し得ず、量刑責任は違法を包含する責任であり、犯罪の成否判断の資料となる事情が量刑においても影響を及ぼすべきであること（犯罪の成否判断と量刑判断の一体性）は当然であるとしながらも、著者は「そのことを認めた上でなお、『刑罰根拠付け責任』と『量刑責任』とは区別し得る、さらには区別すべきである」とする。すなわち、『犯罪成立要件としての責任』は違法を前提とするだけであるが、『量刑責任』は違法を前提としかつ違法を内包するものと考えらるべきである。そして、『量刑責任』は『犯罪行為の違法・責任のみならず、犯罪前後の事情に基づく最広義

の「責任」を内容とする総合的なもの』して把握されるべきである」とする。さらに、例えば、中止未遂における刑の必要的減軽や裁量の免除の場合は、「原則的に、量刑段階で判断される『量刑責任』にその根拠が求められ、それとともに、科刑の可否を決する『科刑責任』が考慮されることになる」とし、また親族相盗例（244条1項）における刑の必要的免除の根拠を「犯罪成立要件としての責任」や「量刑責任」と解することは不適切だとする。以上のように、著者は、刑法上の責任概念を「犯罪成立要件としての責任」、「科刑責任」及び「量刑責任」の3つに区別したうえで、次章以下では、本論文の射程を「犯罪成立要件としての責任」の内実を明確化するという点に絞って考察している。

### （3）「第二章 ドイツ刑法学における実質的責任論の展開」

著者は、ドイツで1960年代後半から近年に至るまでに展開された責任論を予防志向的責任構想（ロクシン、ヤコプス、カラマギオリス）、理性主義的責任構想（ケーラー、ツァチック）、討議的責任構想（キンントホイザー、ギュンター）、に大別して、その主たる論者の各見解を紹介し、その意義と問題点を分析している。そして著者は、予防志向的責任構想は、責任の内実を「非難」から「予防上の処罰の必要性」へと徐々に変質させ、「最終的に、規範維持にとって必要か否か、社会統合にとって必要か否か、という観点から『責任』の有無を決するものであり、主観的帰属という視点は『責任』から完全に排除されることとなる」として厳しく批判する。それに対して、理性的で自律的な人間像を基礎とした主観的—自由主義的な責任概念の把握を目指す潮流（理性主義的責任構想）や「責任」と「規範の正当性」との結び付きを重視し責任を語るための条件にまで遡って理論展開を行う潮流（討議的責任構想）は、少なくとも次の2つの点で「示唆的な内容を含むものである」と評価する。すなわち、違法行為に対する行為者の個別的・主観的な「意思」を「責任」の基礎として明確に位置づけるべきである点、そして違法限定機能としての「責任」把握が目指されるべきである点、である。とりわ

け２点目につき、著者は、「『犯罪成立要件としての責任』は…中略（評者）…確定された『違法』の程度を超過させる要素をその内に持つものではなく、確定された違法が行為者の責めに帰し得るものであるかを、個別的・主観的側面から、制限的に判断する役割を担う犯罪成立要件の最終段階として位置付けられねばならない」と主張する。

#### （４）「第三章 わが国の刑法学における実質的責任論の展開」

著者は、わが国における責任と予防との関連を説く責任論を「責任を予防的に再構成する立場」と「責任と予防を対立的に把握する立場」に分けて考察する。まず、「責任を予防的に再構成する立場」として、伊東研祐、林幹人、松原芳博の各見解を取り上げ、それぞれの問題点を指摘して批判する。次に「責任と予防を対立的に把握する立場」として、浅田和茂、大山弘の各見解を取り上げ、これらには①「責任」と「予防」を対立的に把握する点、②規範的責任を行為者の主観的行為事情を基礎として判断しつつ、可罰的責任判断の基礎を行為時の客観的行為事情に求める点に批判が投げかけられているとした上で、著者は、①に関しては「やはり『責任』と『予防』は対立的に把握することが望ましい」とし、他方②に関しては「批判の方に妥当な核心がある」と主張する。つまり、「専ら刑罰軽減的な機能を有する可罰的責任評価であっても、それが『犯罪成立要件としての責任』判断の一部であるならば、行為者の主観面との関係性が曖昧な客観的判断を含むものであってはならず、徹頭徹尾、行為者本人の主観的事情を基礎とした個別の非難可能性判断でなければならない。過去志向的な犯罪成立要件としての責任を考える場合に、その内部に、予防という将来志向的な刑事政策的考慮を混入させる時、その責任判断が客観化する恐れは避けられまい。やはり、『犯罪成立要件としての責任』を『過去の犯罪行為に対する回顧的な非難』と捉えることによって初めて、犯罪予防という目的を追求することを主目標とする国家刑罰権の行使を抑制することが可能である。したがって、『予防』の要素は『犯罪成立要件としての責任』において考慮される余

地はなく、少なくとも犯罪論においてその占める位置は全くない」と言明し、その立場から、従来、期待可能性理論に基づいて解釈されてきた現行刑法上の諸規定についての解釈論を展開している。そして著者は、責任概念（正確には「犯罪成立要件としての責任」）から「予防」の考慮を排除するという著者の考え方に対して、「刑法による法益保護が犯人処罰の単なる言い換えではなく犯罪予防として具体化されるなら、犯罪論・責任論からは排除された予防目的が量刑論では責任を拡大するものになるおそれは常にある」（吉岡）という批判と、「『犯罪』概念は、刑罰に対する法律要件として、刑罰の意義と正当化を説明しうるものでなければならない。それゆえ、絶対的刑罰論を放棄し目的刑論を採用した以上は、犯罪概念（ないし犯罪論）はその内部に目的論的な契機を含むことを求められる」（松原）という批判を取り上げ、その批判に説得力を持った反論をするためには「犯罪論と刑罰論との分断を否定する以上、予防目的を排除した刑罰把握の可能性が示されねばなるまい」として、次章で「予防の観点を排除した責任概念の把握を担保するために採るべき刑罰論」を考究する。

#### （5）「第四章 刑罰論と責任」

まず、著者は、現在ドイツで有力な「新応報刑論」をカント哲学に立脚する応報刑論とヘーゲル哲学に依拠する応報刑論に大別し、それぞれの代表的論者の見解を取り上げ、そこに潜む問題点を指摘し批判する。そして、わが国で有力に主張されている吉岡一男の見解、すなわち「刑罰に犯罪予防機能を附与することを完全に否定し、刑罰の本質を手段としての応報に求めつつ、『刑罰目的』を専ら『犯罪の事後処理』に求める見解が、基本的に妥当である」と主張する。すなわち、著者は、刑罰目的を、立法段階、科刑段階、行刑段階に分けて考える段階説的発想に依拠し、立法段階では一般予防目的が、行刑段階では特別予防目的が妥当し、犯罪成立要件としての責任（「過去に行われた犯罪行為についての行為者に対する回顧的な非難可能性」という意味）を問題とする科刑

段階での刑罰目的は「手段としての応報を本質とする犯罪の事後処理に求めざるを得まい」とし、「犯罪予防という目的は、刑罰制度を支持する不可欠の要素ではあるが、科刑（刑罰賦科）の段階においては、積極的に考慮されるべきものではなく、刑罰賦科を通じて自動的に達成されることが望ましいものとして理解されるに止まるもの」とする。

（６）「むすびにかえて」

著者は、以上の考察を簡潔に要約したうえで、結論として「犯罪成立要件としての責任においては刑罰の予防目的を考慮する必要はないということが示され得た」としたうえで、今後の課題として、『犯罪成立要件としての責任』の内実を明らかにするためには、責任論に位置するものとして措定される個々の責任要件（または要素）の内容を緻密に検討しなければならない」とする。そして最後に、「本稿において責任概念からの予防目的の排除を主張した背後には、『不安定な処罰の回避』と『実践的な犯罪予防政策の必要性』を強調するという目論見があった。真の犯罪予防にとって第一義的に重要なのは実践的犯罪予防政策の実施であり、刑の執行を終えた者の社会の受け入れ態勢の充実である。これが不十分である場合には、刑の執行において再社会化目的を高唱することも無に等しくなる。しかしこの点をより明らかにするためには、前記の点を中心として、責任論の全体的考察が不可欠である」と述べて稿を閉じている。

### 3. 若干の評論

本論文の要点は次の４点にまとめられる。すなわち、①責任概念を「犯罪成立要件としての責任」、「科刑責任」、「量刑責任」の３つに区別したこと、②考察の射程を「犯罪成立要件としての責任」に限定したこと、③これまでの実質的責任論を検討し、「犯罪成立要件としての責任」から「予防」を完全に排除すべきであるとしたこと、④それを担保する刑罰論を、段階説的発想に依拠して、「応報を本質とする犯罪の事後処

理」を目的とする刑罰論としたこと、である。

従来から刑法上の責任概念を「刑罰根拠付け責任」と「量刑責任」に区別する区別説とこれを否定する説が主張されてきたが、著者は区別説に立ち、さらに「刑罰根拠付け責任」を「犯罪成立要件としての責任」と「科刑責任」とに分けており、この点に独自性がみられる。従来の区別説が二分説とすれば、西岡説はいわば三分説といえようか。ただ、西岡説に従った場合、この3つの責任概念の内容と相互関係が問われよう。著者は、「科刑責任」を非常に限定的に捉えて、法定された処罰阻却事由に該当する場合と刑の免除が施される場合に問題とされる「科刑の可否を決する責任」と定義し、その実質的判断基準は「合理的な立法政策的観点」であるとする。この「合理的な立法政策的観点」には実質的に刑事政策的判断、すなわち刑罰による犯罪予防の観点が決定的なものとして機能するはずである。このような判断をあえて科刑「責任」と呼ぶかについては議論の余地があるが、著者は、これを「科刑責任」と特徴づけて「犯罪成立要件としての責任」とは区別することにより、「犯罪成立要件としての責任」から予防の考慮を完全に排除するという結論を導こうとするのである。刑罰阻却・免除の側面からみると、この「科刑責任」は評者が構想する「可罰的責任」と合い通じるものがあるが、前者は限定された場面での責任判断（政策的決定）であり、消極的責任主義の理論化を志向する後者とはその判断構造に大きな違いがある。他方、著者は、「量刑責任」を「犯罪行為の違法・責任のみならず、犯罪前後の事情に基づく最広義の責任」と説明する。しかしこの責任判断構造、すなわち、どのような事情をいかなる基準で刑罰を具体的に量定するのかは本論文では示されていない。また著者は、「科刑責任」について「犯罪行為の違法および責任をも顧慮した複合的な性格を持ち得るものであるという点で量刑責任に近い」ともいう。著者によっても、「科刑責任」と「量刑責任」の区別はそれほど明確ではないようにみえる。著者自身が本論文の「はじめに」で最近の判例を引用して強調して

いるように、量刑場面での積極的一般予防の重視に疑念を抱き、量刑場面での責任原理の貫徹に意義を認めるのであれば、「量刑責任」の内実・構造に踏み込んだ考察こそが不可欠であった。実践的で実質的な責任概念を構築するための準備的作業として本論文を位置づけ、その考察の射程を「犯罪成立要件としての責任」に限定するにしても、射程対象範囲を明確にするためには、少なくとも３つの責任概念についてより明確に判断構造を示しておく必要がある。

なお、著者は、現在わが国で有力な区別否定説が犯罪の成否判断と量刑判断の一体性を根拠に区別肯定説を批判していることを指摘している。この点について、評者は、犯罪の成否判断と量刑判断の「一体性」ではなく、判断構造として、先行判断された違法性の枠内での責任の有無・程度の判断、次いで確認されたその責任枠内での処罰の可否判断、さらに刑の量定判断という「段階的連続性」を重視して区別肯定説を支持し、規範的責任評価をさらに限定づける可罰的責任評価という「責任の二段階評価」という観点から実質的責任論を展開してきたのである。

著者は、責任と予防を対立的に把握する見解に賛成しながらも、評者の見解を批判して「専ら刑罰軽減的な機能を有する可罰的責任評価であっても、それが『犯罪成立要件としての責任』判断の一部であるならば、行為者の主観面との関係性が曖昧な客観的判断を含むものであってはならず、徹頭徹尾、行為者本人の主観的事情を基礎とした個別的非難可能性判断でなければならない」という。確かに著者が指摘するとおり、「行為者の主観面との関係性が曖昧な客観的判断」は否定すべきであろう。しかし評者は、「行為者の主観面への影響が直接的で明確な客観的行為事情」については消極的に考慮すべきであり、それを基礎として規範的責任の程度を刑罰による予防の必要性の有無によって軽減的に従属的に判断するというのが「可罰的責任評価」の理論構造であると考えている。また著者は、犯罪成立要件としての責任の内部に予防の考慮を混入させるとき、「その責任判断が客観化する恐れ」があることを強調す

る。だが同時に、それは「責任判断が主観化する恐れ」、すなわち、責任判断者の主観（予防思想）による恣意的判断を許してしまうという恐れがあることにも注意が必要であろう。要するに重要なことは、責任判断の客観化・主観化の是非というよりも、消極的責任主義を具体化する責任判断構造の合理的論理的枠組みをいかに構築するかである。結論として著者は予防の考慮を「犯罪成立要件としての責任」から徹頭徹尾排除すべきだと主張する。これは、いわば徹底した「責任概念の脱予防化」の主張であると特徴づけることができよう。だが反面、それは「責任概念の道義化・倫理化・神秘化・形而上学化」への回帰を想起させる。しかしそれはおそらく著者の意図するところではないであろう。著者の立場からも、やはり消極的責任主義の理論化のために責任概念の合理化・明確化は必要なのであり、そのためには「犯罪成立要件としての責任」の判断構造（特に「個別的非難可能性判断」の合理性）につき、近時ドイツで主張されている「理性主義的責任構想」と「討議的責任構想」から著者が得たとする「示唆的な内容」を十分に踏まえながらの説得的な新たな論証が不可欠であろう。

ところで、予防の考慮を「犯罪成立要件としての責任」から一切排除するという結論は、逆に、「科刑責任」と「量刑責任」においては予防の考慮を組み入れる、又は少なくとも排除しないということを意味しているように思われる。実際、前述したように、著者は「科刑責任」については専ら予防の考慮を科刑決定基準としているようにみえる。もしそうだとすれば、さらに、予防の考慮による「量刑責任」の拡大化の歯止めとなる消極的責任主義の理論化のための理論構成こそが検討されなければならない。なぜなら、著者も適切に指摘しているように、「犯罪論・責任論から排除された予防目的が量刑論では責任を拡大するものになるおそれは常にある」（吉岡）からである。

著者は、予防の考慮を「犯罪成立要件としての責任」からの排除を担保するための刑罰論として、立法段階では一般予防目的が、科刑段階で

は「手段としての応報を本質とする犯罪の事後処理目的」が、そして行刑段階では特別予防目的がそれぞれ段階的に妥当するという。予防の考慮を「犯罪成立要件としての責任」から一切排除するという著者の結論からは、当然ながら、それを担保する刑罰論は応報刑論という帰結に至るであろう。しかし著者は、近年の新応報刑論を批判し、結論として「手段としての応報を本質とする犯罪の事後処理目的」論を支持する。これが従来 of 段階説と整合しうるのかはなお検討の余地がある。周知のとおり、従来から主張されている段階説にも様々なタイプがあり、著者が主張する見解も段階説の一種といえよう。自説を説得的に展開するためにも、これまでに段階説に向けられた批判や問題点を様々な予防概念の分析とともに掘り下げて検討すべきであったように思われる。

ところで、著者は、科刑段階で「手段としての応報を本質とする犯罪の事後処理目的」論が「犯罪成立要件としての責任」からの予防の考慮の排除を担保するための刑罰論として妥当するとしているが、他方で、「科刑責任」と「量刑責任」をどの段階に位置づけて、それを担保するためにいかなる刑罰論が妥当だと考えているのであろうか。この点について著者の明確な説明はない。著者は「『立法』、『科刑』、『行刑』」の各段階は、相互に密接な連関を有しながらも、刑事法の理論的な適用場面としては、それぞれ、『刑事立法論』、『犯罪論・量刑論』、『行刑処遇論』に直接関係するもの」という。この記述からは、「科刑責任」と「量刑責任」はいずれも科刑段階（犯罪論・量刑論）に位置づけられるように見える。もしそうだとすれば、論理上、「犯罪成立要件としての責任」と同様に、「手段としての応報を本質とする犯罪の事後処理目的」論が妥当し、予防の考慮は「科刑責任」と「量刑責任」からも一切排除されるべきこととなる。しかしそのことは、合理的な立法政策的観点から科刑基準となる「科刑の可否を決する責任」としての「科刑責任」や「犯罪行為の違法・責任のみならず、犯罪前後の事情に基づく最広義の責任」としての「量刑責任」という著者自身の定義内容と調和しないように思

われる。あるいは、「科刑責任」は立法段階（刑事立法論）に、「量刑責任」は行刑段階（行刑処遇論）に位置づけられるのであろうか。そうだとすれば、著者の立場からは、「科刑責任」では一般予防目的が、「量刑責任」では特別予防目的がそれぞれの責任概念を担保するものとして考慮されることになろう。しかしそうであるなら、解明されるべき問題は、それらの予防の考慮を限定的に機能させるためにいかなる理論構造が必要かである。結局、著者の主張する3つの責任概念の関係と機能は何か、また、どのような理論構造をもった「実質的責任論」が想定され、それに相応する段階的刑罰論がどのように構想されているのかがあらためて問われることになる。

以上、評者の考えも織り込みながら若干の疑問を呈示してみた。もとより、著者の問題意識の出発点や本論文の構想には基本的に賛同しう。とくに内外の学説の整理・検討は的確であり明解である。なお、評論の中で指摘した点には、評者の思わぬ誤解に基づくものがあるかも知れない。ご海容を願う次第である。著者には今後益々の研究の発展深化を期待したい。