



## ポツケルマンの人格責任の理論

著者	大谷 実
雑誌名	同志社法學
巻	12
号	6
ページ	120-131
発行年	1961-03-30
権利	同志社法學會
URL	<a href="http://doi.org/10.14988/pa.2017.0000009382">http://doi.org/10.14988/pa.2017.0000009382</a>

## ポツケルマンの人格責任の理論

大谷 実

### 一、はしがき

犯罪理論の構築にあたり、行為者の特性ないし人格を、自己の理論体系に組み入れようとする動きは、今世紀の初葉以来の最も顕著なものとすることができる。もとより、行為が行為者の特性から発露するものであり、行為者の行為が犯罪であるわけだから、犯罪行為を、その主体から切断して把握することは、刑法学の体系的思惟方法として、決して正当な在り方ではないのである。それで、行為主義を標榜する伝統的刑法理論からも、行為者の特性・人格を顧慮する動きが生まれたのであるが、此の立場は、総じて犯罪論の問題としては、行為主義に則り、行為者の特性・人格は、専ら刑罰量定論において顧慮せんとした<sup>①</sup>。だがこうした見解は、責任刑法の抹殺であり、近代学派への完全な叩頭であるといえよう。けだし、責任なければ刑罰なく、刑罰は責任の量に比例すべしとするのが、近代刑法の鉄則だからである。<sup>②</sup> こうした批判がビルクマイヤーによって提出されてから、行為者の特性、人格を責任概念に導入して、犯罪理論とそれとの調和を図る動きが出現した。例えばグリーンフートは、性格を責任要素として把握した。<sup>③</sup> しかし、性格を不用意に責任

要素として、責任概念に包摂することは、責任は非難であるという、責任概念の倫理的側面を無視し、更に近代学派との完全な妥協を意味する以外の何者でもない、といえよう。かくして、責任と行為者の特性との理論的調和をめぐる動きは暗礁に乗り上げた。だがやがて、メツガーの行状責任論が到場するに及んで、解決の方策が提供された。<sup>④</sup> すなわち、行為者の特性の形成過程に非難性の根拠を求めんとしたのである。此の思想は、わが国にも移入され、不破<sup>⑤</sup>、安平<sup>⑥</sup>、島田各博士<sup>⑦</sup>、団藤<sup>⑧</sup>、井上両教授によって強い支持を受けているのである。

ところでメツガーの行状責任論は、ポツケルマンによって厳しく批判されることとなった。彼は、行状責任を修正して生活態度決断の責任という責任概念を用いて、問題の解決に迫った。<sup>⑩</sup> 扱て、以下において、私は、右のポツケルマンの責任論をスケッチしようとするのであるが、惟うに、彼の思惟は、ナチス政権を背景として培われたのであって、それ故、果してどれだけの現代的意義を有つかに就ての理論的評価に関し、相当に異論が予想されるが、ナチ刑法学者の汚名のもとに敵意を示すものがあるとしても、彼の学説が、新しい刑法学の要請に対して、何ほどの方策を示している事実を否定することは、恐らく不可能であろう。もつとも、以下に考察するごとく、彼の学説は、犯罪論として必ずしも成功したものと言えないのだが、今日有力に提唱されている、わが国の人格責任論が、メツガーに源流を求めつつ、一方の闘将ポツケルマンを殆んど無視していることから、彼の学説を改めて検討することは、決して無益な作業

ではないと考えるのである。<sup>⑧</sup>

- ① Anm. M. E. Mayer. Lehrbuch. Aufl. 2. 1923. S. 419 ff.
- ② Anm. Birkmeyer. Schuld und Gefährlichkeit 1914.
- ③ Anm. Grünhut. Gefährlichkeit als Schuldelement. 1926. S. 90. ff

④ Mezger. Ein Grundriss 1937. S. 72 ff.

⑤ 不破博士「刑事責任論」一六五頁以下参照

⑥ 安平博士「人格主義の刑法理論」参照

⑦ 島田博士「刑法の基礎的理論」二五八頁以下参照

⑧ 団藤教授「人格責任の理論」(法哲学四季報)第二号一〇〇頁以下参照

⑨ 井上(正)教授「刑法学総則」一一〇頁以下参照

⑩ Bockelmann. Studien zum Täterstrafrecht 1940. Teil

## I. II.

⑪ 日沖教授「行為者責任」刑政第五六卷第三号八頁以下参照

### 一、三元主義的刑法観

ボッケルマンによれば、独刑法典は、行為主義に基ずく規定と、行為者主義による規定を併置しているのである。<sup>①</sup>すなわち、後者に属するものとしては、第五一条二項の限定責任能力者、第二〇条aの危険なる常習犯人がその典型的なものであり、またそれに準ずるものとして、搾取的娼婦周旋者(Zuhälter)、浮浪者(Landstreicher)、乞食(Bettler)、泥酔者(Trunkenbold)、怠惰者(Müssiggänger)、博徒(Spieler)を掲げている。<sup>②</sup>とこ

ボッケルマンの人格責任の理論

ろで、伝統的立場の刑法学者は、かかる行為者類型に対応する刑罰は、刑事政策的要請に由来すると説明したのであるが、ボッケルマンは、保安手段と刑罰手段を嚴格に区別すべきであるとなし、刑罰の前提として、責任の存在が絶対に必要であるので、行為類型に対応する刑罰が行為責任を前提とすることに相応じて、行為者類型に対応する刑罰は、行為者責任(Täterschuld)を前提とする、とするのである。<sup>③</sup>それで、右の立論の視点を吟味するに、二つの理論的特色を把握することが可能である。すなわち、その第一は、近代学派との明瞭な対決が窺える、と言うことである。彼によれば、確かに、現行独刑法典に行為者類型的規定が導入されるに至ったのは、近代学派の真摯な努力によるので、その意味で近代学派の勝利は歴然としている。だが、それが、刑事政策的考慮ないし保安処分の体系の裡で問題にせんとするならば誤っている。独刑法典が、第二〇条aにおいて、危険な常習犯人に対し加重刑を規定しつつ、第二二条eにおいては、更に保安拘禁の制度を採用しているのは、一体、どういう意味なのか。此れは明かに、刑法が刑罰と保安処分の二元的システムを採用していることを立証するものである。それで、実定法上の行為者類型に対応する刑罰は、刑罰手段の体系に属することが明らかになったので、近代学派は、「勝利と敗北を同時に体験することになった」と指摘するのである。<sup>④</sup>次にその第二は、かつて、グリーンフォートや、メッガーが提唱した如く、犯罪論における一般的責任概念の裡に、行為者の特性・人格を導入し、それをば、責任要素とする方法を採用

用せず、行為類型と行為者類型を構成要件上明確に區別して、行為責任と行為者責任の混合的責任概念を容認したことである。ポツケルマンの行為者責任論は、かかる犯罪論に対する根本的視点から、必然的に展開されたのであったから、われわれは更に、此の部分を究明しておくことにしよう。

さて、彼は、保安処分と刑罰とは、全く対立する概念であることを容認し、従来の二元主義の立場を支持する。現行法は、右の二つの系列を認めているとは云え、刑罰は司法的管轄に属し、ここでは専ら、応報贖罪の観念が支配するのに対し、保安処分は、形式的には司法的管轄に属するが、実質的には行政的管轄に属し、ここでは、合目的性が支配する。それ故、行為者類型に対応する刑罰を刑事政策的視点から把握することは、否定されるべきであり、刑罰に合目的要素を認めることは、責任刑法の限界を逸脱する、と主張する。

では、刑罰の本質は、どのように規定されるであろうか。彼によれば、刑罰の本質規定の問題は、解釈学的に攻究すべく、現行法が提示する刑罰観は、刑罰の前提条件として責任の存在を要求しているのに対し、保安処分は行為の違法性のみを要件としている事実から帰納されねばならない。されば、刑罰は此の責任に対する「贖罪」としてのみ是認される。すなわち、贖罪の対象は責任であり、責任と刑罰は背腹の関係に立つのである。かくして「刑罰は、何よりも先ず絶対的なもの」でなければならぬ。ところで、ここに責任とは、社会的危険性でなく、価値否定の判断、いいかえれば、人間的非難性である。恰かも

刑罰がかかる非難性に対して向けられるとき、刑罰的正義感情は満足する。これが、ポツケルマンの刑罰観である。<sup>⑥</sup>

かような見地からは、行為者刑をば、責任論の領域で説明することは、彼にとって論理的必然でなければならぬ。だが、ここに困難な問題が生ずる。何となれば、刑法典が刑罰賦科の前提として認める責任形式（故意・過失）は、行為責任に固有のものだからである。従って、かかる責任概念に行為者典型的規定を包摂することは、論理的に不可能である、といえる。そこでポツケルマンは、行為責任 $\parallel$ 行為応報の体系に準じて、行為者責任 $\parallel$ 行為者応報の体系を設置した。こうして彼は、刑法体系に新たに行為者刑法（Täterstrafrecht）の領域を認め、従来の二元主義から、行為者刑・行為者刑・保安処分がパラレルの關係に配置されるところの三元主義刑法観を提示することになったのである。尤も、右の所見は、彼の主張にもかかわらず、原則的には二元主義に他ならないが、責任 $\parallel$ 刑罰の体系を二分したところに、彼の立論のオリヂナルな面を発見し得るであろう。<sup>⑥</sup>では、かかる行為者責任とはいかなる概念であろうか、以下に簡単に考察することにしてしよう。

- ① Bockelmann. Studien zum Täterstrafrecht Teil I. S. 85 ff. Vgl. Teil II. S. 10 ff.
- ② Bockemann. Teil II. 56-69.
- ③ Bockelmann. a. a. O. S. 12.
- ④ Bockelmann. a. a. O. S. 15.
- ⑤ Bockelmann. a. a. O. S. 17 ff.

### 三、行為者責任の前提たる擬制論

ナチス改正刑法が、第二〇条aを新設するや、メッガーは、性格論的責任観を改め、行状責任論を提案したのは、すでに周知のことである。それによれば、行為者の性格論的人格 (Charakterologische Persönlichkeit) には、彼の動かし難い宿命的要素と、彼が動かし得る (was er ist etwas kann) 要素が存在する。そこで、前者については、それが決定論的要素である故、責任非難を向け得ないが、後者は、主体の有責的形成に基ずく、自業自得的人格だから、責任非難に相当するとされる。此の場合、過去の生活態度を人格形成の決定的要因と解し、行状に責任非難の根拠を求めんとする。<sup>①</sup>

ところで、ボッケルマンは、右の所見に対しおおむね二つの点につき論難する。その第一は、行状責任論が、行状をもって人格形成の動因と解するならば、あらゆる生活態度が人格形成に参加することになり、結局、刑法的価値に相当しない行状も非難の対象になる故に、妥当でないとする。次に、メッガーが、人格形成に後天的に参加するものは、行状であり、それが自業自得的人格を形成すると考えていることに對し、ボッケルマンによれば、人格形成は、行状にのみ絶対的に制約されるのではなく、元来、生来的傾向と行状の不可分的相互作用のもとに形成されるので、人格を二つの要素に分別することは不可能である。そもそもかかる誤謬をメッガーが犯したのは、一体何に基因す

るのか。それは、メッガーが、經驗的自然科学的方法に拘泥したことにあり、とボッケルマンは批判する。<sup>②</sup> すなわち、その人格の主体に、人格形成の途上において、自由性が認められるか否かの問題は、經驗的概念では究明しがたいのであって、今や、かかる方法論から解放され、端的に、法秩序の側から、自由を擬制する必要がある、と主張する。彼によれば、刑法規範は、因果法則と充足理由との関係において定立が可能なのである。

法規範が国民に命令・禁止をなしているのは、当然、その前提として、規範の遵守が可能であることを予め容認しているからに他ならない。こうして、国家の命令・禁止の前提には「汝は義務があるから可能である」(du kannst, denn du sollst) という命題がなければならぬ。此の擬制は、国家的規範の論理的前提であり、若し此の前提を欠くとすれば、規範の遵守を強制することは、不可能に帰し、遂には、国家的共同生活は、潰滅せざるを得ない。かくて「国家の命令に従う自由は、国家的必然として擬制される」のである。だが、こうした擬制は、無制限に容認されるべきものではなく、常に、二つの根拠に基礎を置くか否かが吟味されねばならない。すなわち第一に、それが果して国家的に要請されるか否か (staatnotwendig)、第二に法感情 (Rechtsefülle) に合致するか否かが検討されるべきである。ところで、行為責任における擬制は、「我は他の行為をなし得なかつた」という行為者の弁明に對して「汝はなすべきであるが故に可能である」ということにある。そこで、若し、先の二つの根拠に基礎を置くとすれば、右の擬制を行為者責任に

拡張して「汝は、他の者となるべきであるが故に可能である」(wohl kannst du anders sein, denn du solst)と擬制し得る筈である。このように、彼は、学師コールラウシュの所見<sup>③</sup>に従いつつ、行為責任の前提である擬制をば、行為者責任に拡張して適用せんとする。そこで先ず、右の擬制の拡張が国家的必要性を有するかにつき、二つの理由により証明される。第一に、現行法が行為の命令・禁止のみでは不完全であるとし、共同生活の秩序維持にとって、一定の人間的存在 (Menschliche-so-Sein) に対する規範を認めている事実は、国家的必要性を明確に証明するものである。第二に行為構成要件においては、行為者の特性を顧慮し得ない故に、刑事政策的に無力である。されば、擬制の拡張は、刑事政策上の実践的側面からも、国家的必要性があると結論づけらる。

では、国民の法感情に合致するであろうか。そもそも可能性の擬制は、法感情乃至社会の一般意識が承認している場合に妥当するといえる。しかして行為責任の場合においては、他行為の可能性の擬制《die Fiktion des Anders-Handeln-Können》は、行為がその主体の自由意思に基づくということ、社会的経験が容認していることよって、存立しているのである。ところで他者存在の可能性《das Anders-Sein-Können》は、いかなる形で法感情に合致するか。ポッケルマンによれば、彼の人間的存在自体が、自己の意欲の結果であると一般的に見做し得る要件が具備されることよって、法感情に合致するのである。すなわち、劣悪者も努力次第で善人になり得るし、善

人も自からの意欲によつて劣悪者たり得るということは、社会生活の前提である。だが更に、人間形成の結果としての善的存在 (gutes Sein) 悪的存在 (schlechtes Sein) は、彼自身の外形的行為 (態度) の結果である場合にのみ主体に帰責されるのであり、この前提を欠くならば、かかる人間的存在は、愛情、憐憫、嫌悪の対象とはなり得ても、非難や称讃の対象とはなり得ない。かくて、擬制の拡張は、右の要件を具備してのみ法感情に合致する。これを要するに、自己の存在自体を意思的に形成したことが、外部的行為乃至態度として具現した場合に限つて、他者存在の可能性の擬制は容認されるのである。<sup>④</sup>

扱て、右の所説に従えば、行為者類型に相当する特性を主体的に形成し、しかも、それが外形的行為乃至態度を前提としての法的非難に相当すると解して、行為と人格との有機的關係を認めようとしたのであったから、極めて重要な意義を認め得るのであるが、此の問題は節を改めて説くことにしよう。ただここでは、右の擬制論は、すでにグリーンフートによつて提案された立場にいかに対峙するかを検討するにとどめる。というのは、グリーンフートが「責任要素としての危険性」の理論を展開するに際し、「人は彼が苟くも責任能力者の類型に当嵌まる限り、自己の性格を制御し得る筈である」と擬制されるが故に、行為に表動した性格の危険性について責任があるとしたのであった。<sup>⑤</sup> されば佐伯博士は、ポッケルマンの見解は、グリーンフートのその蒸し返しに過ぎぬと論評したのである。だが、ポッケルマンがグリーンフートの所論に対し、それは自然主義的であるとして一言

に附しているのを見ると、彼は決してグリーンフットに好意を寄せているのではなかった。しかし、彼が擬制論を提唱する以上、先駆者の地位にあるグリーンフットに喰い下って、彼此の相違点を明瞭にすべきであったと思われる。では、どこが違うか。

グリーンフットは、行為に表動した性格は、直ちに責任評価に服すると解したのであった。しかるにポッケルマンは、自己の人格自体に主体的関与が認められる場合にかぎり、他者存在の可能性は擬制されるとするのであるから、その相違点は明瞭であると言えるであろう。

扱て、ポッケルマンは、右の如き擬制論を通して、いかなる責任概念を構成するのであるか。いよいよ彼の本質的部分を検討する段階に達した。

- ① Mezger. Grundriss S. 72 ff. derselbe. Leitfaden. S. 58.
- ② Bockelmann. Teil I S. 134-135.
- ③ Kohlausch. Sollen und Können als Grundlage der Strafrechtlichen Zurechnung 1910. S. 10 ff.
- ④ Bockelmann. Teil II. S. 147. 148. 150. 151.
- ⑤ 佐伯「刑法に於ける期待可能性の思想」五八七頁。
- ⑥ Bockelmann. Teil II. S. 21.

#### 四、行為者責任の検討

行為者責任を理論的に基礎づける為には、人格形成過程の本質を、いかに把握するかと言う問題に絞られる。凡ゆる疑問は、此の点にかかっている。行状責任論が、高く評価されるのは、

此の点の究明に真摯に取り組んだからに外ならない。ポッケルマンは、かくのごとく主張して、所論を展開する。

「行為者責任においては、行為者の人格が背反する二つの精神によって支配されていることを前提にする。」それで、責任の問題となるのは、行為者が二つの矛盾の中から一方を克服し、正しい方向に自己を決定することにある。「人間には、犯罪傾向と善への傾向の相矛盾する性向が存する。法の要求は、此の一方を克服し、正しい傾向に従うべきことに向けられる。」それ故「行為者責任は、行為者が法の要求に遵がわず、善悪の岐路に立ちながら、悪なる自我に自己を従がわせ、誤った道を選択し、悪魔に従ったことに於て成立する。」つまり「自己の傾向に自からを支配せしめた」ことに責任非難が向けられる。このように、単に悪行をなすのみならず、自己を劣悪者ならしめた事実こそ、悪への服従と善への回避が認められる。責任非難は、こうした「情操頹落」(Gesinnungsverfall)に対して向けられる、と言うのである。

ところで「この過程は、行為責任を導く場合に類似する」のであるが、「行為責任の場合は、禁ぜられた行為を実行せんとする誘惑に敗れたのであるから、行為者の心情には、《正しい道に戻る(Umkehr)》と、及び《二度とやらない(die Trost des nicht wieder)》という改悛の現象が見られる」。此れに対し行為者責任では、「リチャード三世の《余は悪漢たらんと決心した Ich bin gewillt, ein Böse wickt werden》という告白が妥当する。このように、ポッケルマンによれば、悪への意

識的決断 (Entscheidung) が行為者責任の根拠となる。しかし、行為者責任にとって、個々の決断が必ずしも必要なものではない。それは、徐々に成熟する場合もあれば、突発的な場合もある。肝要なことは、彼の人格において「悪への方向転換」(Wendung zum Bösen) がなされた、という事実である。かくて「誤った行状にはなくして、誤った生活態度への決断」に、行為者責任の本質がある、というのである。<sup>①</sup>

扱て論者のいわゆる「生活態度決断の責任」(Lebensentscheidungsschuld) の根本観念は、人格形成過程から決断という意思的要素を抜き出し、その悪に向けられた意思に、行為者責任の根拠を置く点で、メツガーの行状責任と対比して考えられるのである。しかしながら、通常、犯罪行為に著手する場合、リチャード三世の言葉にあるような悪者たらんとする意思を、容認し得るであろうか。例えば「今後、常習窃盗で生きてゆく」という如き、悪への意識的決断は、単なる机上の設例としては兎も角、實際上、想像し得ないとすべきであろう。むしろ、常習者等は、自己の内的圧迫 (der inner Drängung) を抑止し得ずして犯罪行為に出る場合が一般であろう。そこで流石のポツケルマンも、此の反論を予想して、若干の修正を施すに至った。<sup>②</sup>すなわち、熟慮に基く悪への決断 (überlegten Entscheidung) 乃至、行為者の明白な自己評価は、行為者責任にとって必要でなく「行為者が今後いかなるものとなるか、及び、人間はかく生きるべきでない」》Was er wird, und das man so nicht leben darf《」ことに関する認識があれば、その存在自体に対

する非難は可能であるに至った。それを具体的に示せば、前科を認識して窃盗行為にでる場合とか、売春婦からの搾取を手段として生活している事実、及びその生活方法が恥辱的、有害的なものであることの認識があつて、娼婦の周旋行為に出る場合のごとくである。<sup>③</sup>

かくのごとく論者にとって、積極的、意欲的な悪への自己決定は、極めて広汎に承認し得るものとなった。そこで先の定義を修正して「正しい生活からの内的墮落」(der innere Abfall von einem gerechten Leben) が情操頹落であり、行為者責任の本質は、此れを非難することにある、とするに至った。<sup>④</sup>しかし、かような修正は、その当否は別として、彼が行為者責任の根拠を人格形成過程の意思的要素に求めた当初の企図を、自ら損うものと言えるであろう。もっとも、ポツケルマンからは、正しい生活からの内的墮落があれば、悪への決断があることになつて、概念上、些かの相違もないことにならう。だが、それをしも決断と呼ぶことは、決断概念の濫用である。

扱て、右のごとく、行為者責任は、悪への生活態度の決断に、その根拠を有するのであるが、此の責任は、生来的犯罪人にも後天的犯罪人にも妥当する。すなわち、前者に対しては、生来的犯罪傾向を克服しなかつたことに対する非難が向けられ、後者の場合は、犯罪的傾向を形成したことに対する非難が向けられる。かかる立論は、前節の擬制論によって合理化される、と言うのである。しかし、かかる行為者責任の前提たる擬制は、論者によれば、社会の法感情に根拠を有する筈であつた。して



みると、例えば、衝動的病的な人格者、限定責任能力者に対して、右の擬制を容認することは、いかにも不合理である。ただし、彼等に就て、他者存在の可能性を擬制することは、社会の一般的法律意識に合致しないと考えられるからである。そこで、論者は、この批判を予想し、確かに国家的擬制によるも「一連の生物々理学的に制約された素質」<sup>⑤</sup>に対する責任非難は不可能である。しかし行為者責任は行為責任と同一平面において承認されるので、行為責任の前提条件たる責任能力は、行為者責任においても容認されなければならない、と主張する。それで、前記論難は、実は、責任能力の限界から逸脱している行為者を引き合いに出している、と非難する。論者によれば、行為者責任も亦「国家がその命令を遵守し得ると期待している人間グループ (Gruppe von Menschen)」を前提とするのである。その故に、かかる人間のみが生来的犯罪傾向を克服する義務が科せられ、それ以外のものには、刑罰手段によらず、保安手段が撰ばるべきであるとする<sup>⑥</sup>。

かくて問題は解決したかに見える。だが、ここに困難な疑問が生ずる。というのは、行為責任の場合、限定責任能力者につき、全然責任を認めないわけではないからである。だとすると、行為者責任についても同様ではなからうか。そこで論者は、限定責任能力者に関しては、原則的に答責性は容認されるが、絶対的に責任を負担するわけではないので、行為者の具体的事情から、彼の人格態度自体に対する責任非難が阻却される場合があり、その場合は、当該行為者責任の要素となった個別的違法

行為についての行為責任が成立するとされる。それで、そのいずれが成立するかは、法の規定を欠くから、裁判官の自由裁量に従がうと言うのである<sup>⑦</sup>。

ところで、ポツケルマンは、行為に現実的意義を認め、行為者責任は、個別的違法行為を実行して、悪に向う時に成立するので、行為は、行為者責任の根拠となり得る。としたのであるが、しからば、情操頹落という内心的現象と犯罪行為は如何なる有機的関連を有するのであろうか。この問題は、行為者責任と罪刑法定主義との関係という視点から、彼の学説の現代的意義を決する手懸りにもなるので、以下に節を改めて検討しよう。

- ① Bockelmann. Teil II. 152. 153.
- ② Bockelmann. a. a. O. S. 154.
- ③ Bockelmann. a. a. O. S. 155-156.
- ④ Bockelmann. a. a. O. S. 158.
- ⑤ Vgl. Wolf. Vom Wesen des Täters S. 27 f.
- ⑥ Bockelmann. a. a. O. S. 159.
- ⑦ Bockelmann. a. a. O. S. 159.

#### 五、行為者責任における実行々為の意義

惟うにポツケルマンは、法治国主義的刑法観、乃至罪刑法定主義尊重の思想に立脚するのではなかった<sup>①</sup>。従って、刑罰を犯罪行為に局限することは、行為刑・行為者刑にとって決定的意味を持ち得ないとし、それは、自由主義的國家にのみ妥当する、<sup>②</sup>。かように彼は、明らかにナチズムと迎合する態度を示

すが、こうした主張は、彼の刑法体系とは必ずしも結合しないのであって、むしろ、ナチが隊伍を整え、罪刑法定主義を真向から否定するナチ刑法第二条が設置された時期に直面したことから、それとの表面的妥協の産物として、かかる見解が表明されたのであろう。

ところで、リストは、自由主義刑法観の視点から、犯罪行為に徴表的意義を認め、而して、犯罪行為から行為者の刑事学的特性、性格の危険性を把握せんとしたのであるが、ポッケルマンは、行為に徴表的意義を認めんとすることは、実際的には、空論であって、もし徴表と言う点に重点を置くなら、犯罪行為以外のより広範な資料を手段とすべきである、と論難する。ポッケルマンによれば、行為は徴表的意義でなく、現実的意義を有する。すなわち、行為者責任の対象たる情操頹落の人格への転移は、内心的、主観的領域でなされる。しかし、かかる情操頹落を可罰化せんとするならば、それは、ダムやシャフタインの企図に通ずることになり《Cogitationis poenam nemo patitur》(何人も考えることによって罰せられない)という刑法の原則に矛盾することになる、と説明している。かように、彼は、ナチの御用学と見做された意思刑法と一線を劃しつつ、しかも、リストとも対峙する。かくて彼は主張する。

右の情操頹落は、しかしながら、未だ刑法的評価の対象とはなり得ない。そのためには、情操頹落を客観的な活動に現実化し、実定法が行為者威嚇を通じて非難する生の形式 (Lebensform) において、現実活動に至る必要があるとされる。けれど

も、こうした提言は、犯罪行為に徴表的意義を認めるリストの学説と、さして去ること遠からざる解釈であると言える。されば、ポッケルマンは、情操頹落は、犯罪人にとって特徴的な行為を実行する場合《im dem für den Verbrecher charakteristischen Handeln》に、初めて完成するのだとされる。

というのは、犯罪行為に到達する以前においては、行為者は依然として、正道への復帰が可能であり、改悔することもあるからである。だが情操頹落という内的現象が、一度、実行行為として客観的に現実化した以上、最早「骰子は投げられた」《der Würfel ist gefallen》のであり、正しい生活からの内的墮落は、確定的となり、情操頹落は完成すると主張する。その故に、ポッケルマンにおいても《Cogitation poenam nemo patitur》の原則は、維持し得るのである。かくて、行為者責任における行為の意義は、情操頹落を完成せしむる動因であると解されることになった。すなわち「犯罪行為は徴表的意義のみならず、構成的意義《konstituierende Bedeutung》」を持つとされる。だが、その場合、単に可罰行為を実行することが問題なのでなく、情操頹落にとっての特徴的行為、すなわち、行為の仕方が問題となるのである。それ故、此の意味で行為者責任は、行為責任に相当するとも言える。また、ガラスも指摘するように、彼の行為者責任は、潜在的行為者に対する非難でなく、現実的行為者に対する非難である、と言えよう。わたくしは、かくの如き、情操頹落は、犯罪行為によって完成するとした論者の見解に対し、行為者責任と罪刑法定主義の関連づけという視点か

ら、重要な意義を認めたいのである。かくて、論者の此の部分の解明は輝かしい成果を収めたように思う。

- ① Bockelmann. Teil II. S. 145.
- ② Bockelmann. a. a. O. S. 160.
- ③ Bockelmann. Teil I. 45 ff. Teil II 159. 160.
- ④ Bockelmann. Teil II. S. 120.
- ⑤ Bockelmann. Teil II. S. 161.
- ⑥ Anm. Gallas. z. f. s. Bd. 56. S. 799.

## 六、その理論的成果と課題

(一)すでに折々に触れて来たのではあるが、本稿の終節の問題として、ポツケルマンの研究を通じて得られた成果と課題につき、試みに三つの点を選んで検討することにしよう。

その第一は、とりわけ、擬制論についての問題である。扱て、此の部分に関しては、メッガーの行状責任論と対比して考えるのが便利である。すなわち、その論拠は「行為者がその性格論的人格に対して何か為し得たものに対してのみ、責任非難が可能である」とすることにある。此の点につき団藤教授は更に端的に「違反に対して非難を加えることができるような義務づけのためには、自由が必然的な前提だ……」<sup>①</sup>として、行為者人格に対する非難のために、自己決定の主体が、外部的環境の下で自由意思に基づいて自己決定したことを前提とされるのである。だが、それは、先ず訴訴法上挫折せざるを得ない。けだし、その可能性、すなわち性格形成について「何かをなし得る」ことに

ついでに証拠資料をいかに蒐集するか、が結局明らかにし得ないからである。しかして、次に人格形成自体をとりあげて、その原因を一一検討して行けば、「結局、素質と環境に行きあたると言うべきである。かくて理論的にも妥当ではない。<sup>②</sup>こうして、行為者責任を容認するには擬制論に達せざるを得ない。ところで、ポツケルマンの擬制論は、行為責任の前提たる可能性の擬制を、行為者責任に拡張し、両者を極めて類似する概念として把握したのであった。それで、悪への自己決定という意思的要素を抜き出し、かかる意思が存すれば、他者存在の可能性が擬制し得るとするのである。此れはグリーンフートに対する重大な修正と言えるが、生活態度の決断という意欲的態度のみをとり立てて擬制を是認することはかなり問題がある。なぜなら、「無意識の中にいわば過失的に……するすると頹落して行ったような場合を視野から逸する」<sup>③</sup>といえるからである。そうとすれば、此の問題が課題として残されたわけである。

さて、その第二は、混合的責任形態をめぐる問題であるが、彼は、総じて実定法上の行為者類型にも責任非難の要素が存在することを論証すべく問題を提起したので、犯罪論の体系的問題として行為者責任を唱道したのではなかった。<sup>④</sup>しかし、行為者責任を認める以上は、行為者責任の本質に従って行為責任の内容を論定すべきであったと思われる。しかも二つの責任概念は極めて類似するのであったから、一層このことは容易な筈である。その点、三元主義という体系の構成はユニークなものと言えるが、それは決して学問的努力の真剣さを意味するとは言え

ないであろう。そもそも責任論は、刑罰論と犯罪論の架橋のよ  
うなものである。その故にボツケルマンにおいても刑罰は責任  
を前提とし、責任に応じた刑罰を理念としているのであった。  
かくの如く、責任性の体系上の地位が刑罰量定の唯一の基準で  
あることに存する以上、責任概念が統一的に把握されなければ、  
重大な混乱に陥るものと言ふべきである。されば、われわれの  
理論的課題は、ボツケルマンの行為者責任を前接に、責任性の  
統一的概念規定が可能か否かに存する、と思われる。

そこで第三の問題点、すなわち、行為者責任の本質について  
検討しよう。ボツケルマンの学説は、総じて、行為者類型を単  
に刑事学的類型として刑事政策の領域で把握するのではなく、方  
法論的に反省を加え、責任論のディメンジョンに迄その地位を  
高めることとなったが、それは間接的に責任概念自体に対する  
反省を促すものであった。ところで、彼の行為者責任は、悪へ  
の生活態度の決断に対する非難であった。だが、既述のごとく、  
行為者責任をかような積極的・意欲的態度に限定して承認する  
必要はなく、過失的な場合も含ませるべきであるとするのが一  
般の論評であった。<sup>⑥</sup>さるからに彼は此の論難を予想し「正しい  
生活からの内的墮落」を非難することに行為者責任の本質があ  
るとしたのである。しかし、すでに述べた通り、かかる表現を  
用いつつ、なお、彼は生活態度の決断という概念に拘泥するの  
であるが、むしろ彼の真意は、かつてウォルフが主張したよう  
な、悪いことを悪いと思わないような「内的墮落」を表象する  
人格態度こそ責任非難に相当すると考えることに存したと言え

よう。ここにわれわれは、当時支配的思想であったカール・シ  
ュミットやケルロイターの決断主義の影響を端的に読みとるこ  
とができるのである。<sup>⑦</sup>かくして、彼の責任概念自体を容認する  
ことは、相当に問題があるので、ここでは、彼が責任非難の対  
象は、性格の危険性でなく、かかる情操頹落的人格であるとし  
たことに意義を認め、此れに限定して彼の企図を承認すること  
にする。

(二)さて、われわれにとって最後の課題として残るのは、彼の行  
為者責任論が、刑法体系上の責任性を規定する場合に、果してど  
れだけの意義を有し得るかということである。ところで、彼は、  
三元主義刑法観を提唱したので、一般的責任概念の再構成には  
関知するところがなかったのであるが、行為と行為者は分離し  
て把握すべきでなく、犯罪成立要件としての構成要件該当性、  
違法性、有責性という行為主義の体系の裡に行為者の特性を包  
摂することが重要であり、その故に行為者責任の観念は全刑罰  
法規の課題であるとするのが、われわれの立場である。ところ  
で先に、私は、行為者責任の理論が行為責任に帰著することを  
認めたのであった。ゆえに、ボツケルマンの試みた行為を含ん  
だ行為者人格に対する責任の観念は、行為主義の体系において  
も重要な主題になると思われる。かくて彼の独自の学説は、伝  
統的立場にありながら、責任の概念を行為から行為者に移す架  
橋的役割を果たしたといえよう。

確かに、われわれも亦、フッサールがいうように「法はその  
妥当性において法的共同体構成員である人間に依存している。

法肯定的意思情操の墮落は法の墮落である<sup>⑨</sup>と考えている。その故に、法規範にとって重要なことは「外的態度において法を遵守することではなく、内的態度自体が法に服従しているか否かである<sup>⑩</sup>」と言っているのである。ポツケルマンが行為者責任の本質を「正しい生活からの内的墮落」すなわち「情操頹落」を非難することに在るとしたのは、まさにこうした視角においてなのである。かくて、われわれは、法規範は一般的・抽象的当為として法を遵守する人格態度を要求しているとするのである。されば、ウォルフの立場に再び立戻り、情操頹落をば「法的情操の突発的或いは継続的又は部分的或いは全体的頹落<sup>⑪</sup>」として把握するか、または「法秩序を尊重しない意識、無意識の心構<sup>⑫</sup>」乃至「規範に対する無関心<sup>⑬</sup>」として把握し、かかる人格態度を非難することが責任性の本質である、としよう。しかして此の場合、われわれは、犯罪行為の行為者責任における意義についてポツケルマンのオリジナルな見解を参照することができる。違法行為を通じて到達した情操頹落が責任非難の対象になると言うことは、責任事実が行為環境に制約されることを意味し、それはやがて罪刑法定主義との内的関連を導くことができる。さらに亦、かかる人格態度を非難するについて、メツガーや団藤教授の所説は採用しがたいとするのがわれわれの立場であり、その意味で彼の擬制論は極めて示唆の多い理論を展開したと言える。このような諸視点においてわがポツケルマンは、多くの示唆に富む論策を提供したのであるが、今やわれわれは、別の角度から、すなわち責任刑法を墨守しつつ、その範囲で刑罰を

合目的的に運用する立場から行為者責任を発展したい。つまり佐伯博士も云うように<sup>⑭</sup>、責任非難は単に過去に属する事実につきその主体を責め苦しめるだけではなく、それについて行為者の後悔と謝罪を求めこれを介して未来に向って改悛を齎らそうとする目的観念の強調こそ重要なのである。かかる視点に立つ時、躊躇することなく、彼の理論は、現代的意義を持つと提唱し得るであろう。

- ① 団藤教授、前掲書、一〇六頁。
- ② 平場教授「法律の錯誤」（刑事法講座第二卷）三六頁。
- ③ 佐伯博士、前掲書、五八六頁。
- ④ Bockelmann. Teil I. S. 1-2. Teil II. S. 162.
- ⑤ Bockelmann. Teil II. S. 150.
- ⑥ 団藤教授、前掲書、一二九頁参照。佐伯博士、前掲書、五八六頁参照。
- ⑦ Bockelmann. Teil II. S. 158.
- ⑧ Carl. Schmitt. Über der Arten des rechtswissenschaftlichen Denken] 堀・青山共訳、「国家、議会、法律」二二六頁以下参照。
- ⑨ G. Husserl. Recht und Welt. 1925. S. 143.
- ⑩ Wolf. Vom Wesen des Täters S. 15.
- ⑪ Wolf. a. a. O. S. 16.
- ⑫ 不破博士、前掲書、一四頁。
- ⑬ 宮本博士、刑法大綱四九頁。
- ⑭ 佐伯博士、前掲書、六二八頁。