

人格責任論に関する二つの見解

大 谷 實

- 一、は し が き
- 二、ウエルツェルの「人格と責任」
- 三、エンギッシュエのポッケルマン批判
- 四、む す び

一

一九三六年にメツガーの行状責任 (Lebensführungsschuld) 論、一九三九年にポッケルマンの行為者責任 (Täterschuld) 論が発表されると、ドイツ刑法学界においては、それに対処するために深刻な動揺が生じたのである。すなわち、この新しい責任観は、それまで焦眉の課題であった性格の危険性と責任の調和の問題に、ある解決の方策を提供し得ると考えられたからである。それと同時に伝統的な三分説的犯罪論の構成において、行為者人格が、ややもすると軽視せられ行為一元主義に偏っていた理論傾向に反省の気運を生ぜしめることになった。もとより、ナチ政權下において生誕したかような人格責任論が、ナチ法思想と全く無関係に成立したとはいいがたいのであるが、しかし、

近代学派と古典学派の止揚を企図し、伝統的立場から犯罪論の新構築を目指した点は、その成立動機と区別して評価されるべきものと思う*。

* Schönke-Schröder, Kommentar. 8. Aufl. S. 20f.

ところで人格責任論の発生の直接の動機は、一九三三年のナチ刑法改正に存したことは、注目すべきことである。すなわち、一九三三年の改正では、先ず、第二十条a項において、危険な常習犯人(Gefährliche Gewohnheitsverbrecher)に対する処遇を規定し、行為者の危険性による刑罰の加重を容認し、他方、それと並んで第四二条eにおいては、第二〇条aのもとで危険な常習犯人と認定され、彼が公共の安全を害するものと認められた場合、保安拘禁に附せられる旨規定した。(第四二条e、Wird jemand nach § 20 a als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt, so ordnet das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert)。更に、第五一条二項では限定責任能力者に対し刑罰の減輕を認めたのであった。かくて、これ等の新しい規定は、ドイツ刑法典が、刑罰と保安処分^{*}の二元主義的システムに立脚していることを前提とするものであり、従って、刑罰の前提には、必ずしも有責任が必要とせられるべきだとする結論にむすびつく。かくて、行為責任と併行して人格責任が検討されねばならぬとしたのである*。しかし、これ等条項の解釈については、相当に異論があるのであり、二元主義に立脚する前記の見解を採用する学者は、メツガー、ボッケルマン、コールラウシュ、ラング^{**}、を数え得るに過ぎず、ヤグウシュ、マウラッハ、エンギツシュ、ウエルツェル等は、反対の立場をとる^{**}。これ等の反対論は、総じて第二〇条aの加重刑をば、保安刑と解しているのであるが、ガラスは、それをば、違法性の面から説明する独自の立場に立脚している^{***}。

* Schönke-Schröder, a. a. O. S. 99.

** Mezger, Täterstrafrecht. DStR. 1934. S. 125. Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Teil II. Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, II. S. 2.

*** Jagusch, Leipziger Kommentar I., Maurach, Deutsches Strafrecht. Allgemeine Teil. 1954. S. 698. Engisch, Zur Idee der Täterschuld, ZStW. 61. Bd. S. 171 ff. Welzel, Schuld und Persönlichkeit, ZStW. 57.

**** Gallas, Tatstrafe und Täterstrafe. ZStW. 60. Bd. S. 374 ff.

かようにして人格責任論は、行為者類型的規定と解し得る第二〇条^a項固有の問題として展開されたのであるが、その結論として、行為責任と人格責任を併せて、刑罰前提である責任性の概念に包摂されるところの、混合的責任概念の承認に至らざるを得ないわけである。従って、この場面では、混合的責任形態の是非の問題が、差当って解決されるべきものである。而して、もしそれが否定されるものとするならば、つぎに人格責任の概念が一般的責任概念に昇華し得るか、が第二の問題として再検討されねばならない。かくして、この問題は、刑罰と保安処分の原理構造にも関連するところから、相当に問題点を含んでいることも併せ考慮せねばならない。

筆者は前稿において、発生的観点から、エリック・ウォルフの見解と人格責任論への可能性を研究してみたのであるが、本稿では、前稿の趣旨を受けて人格責任論の発展を改めて眺望し、行為責任か行為者責任かの大前提を検討する予定であるが、その一方法として、ウェルツェル^{*}、エンギッシュ^{**}の人格責任論に対する見解を検討し、問題解決の糸口を発見したいと考える。かようにして本稿は、前稿の続篇ともいふべきものである。

* Welzel, Persönlichkeit und Schuld. ZStW. Bd. 60. S. 428-474.

** Engisch, Zur Idee der Täterschuld. ZStW. Bd. 61 S. 166-177.

ウェルツェルは、人格責任論に対して決して好意的態度を採るものではなかった。すなわち彼の論文「刑法体系の研究」(Studien zum System des Strafrechts, ZStW. Bd. 53. 1938) では、未だ人格責任論に何等関心を示さなかつたのである。^{*} だがやがて「刑法における人格と責任をめぐる極めて古い問題は、新しく研究されるべき問題となつてきた。それは単に行為の全体的構造の視点から責任の本質を新構成せんとする目的行為論においてのみならず、最近の刑事責任をば行為者の存在自体について向ける行為者責任論においても重要な課題である」と述べ、人格責任論に刺戟されて、責任と人格の問題をば、豊富な哲学的造詣を駆使して詳細な研究を試みる。もつとも、ウェルツェルは、目的行為論の立場から、行為の全体的構造における責任の地位を明らかにせんとするので、結局個別的行為責任の本質究明に力点を置いているのであり、それは「なんら目新しいものではない」ともいえよう。^{**} だが、一種の人格論的責任観を提唱し、過失責任は「性格の構成において重要な意義をもつ決定に際し、操縦活動が不十分であつたことの当為違反を意味する」とした^{***}のであつたから、それは、人格責任論の系譜に属するともいえるのである。

* Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht II. Teil, S. 127.

** Welzel, Persönlichkeit und Schuld, ZStW. Bd. 60. S. 428.

*** 平場教授、「ウェルツェル」(刑法学入門所収)二三五頁。

**** Welzel, a. a. O. S. 468 ff.

責任と人格の問題は、すでに自然科学的実証主義の方法によって詳細に検討され、その結果、責任の規範的概念構

成が否定されることになったのであるが、ウェルツェルは、先ずそれが「意味とは無関係な因果的機械論的要素心理学」に偏った見解であることを喝破しつつ、同時に、刑事責任の本質究明においては刑法の背後にある科学にまで到達すべきであると提唱する。こうして、この問題の前提としては、人間の全体的観察、いかえれば、「哲学的・全体的人類学」(eine philosophische d. h. eine gesamt menschliche Anthropologie)が必要とせられ、この観点からのみ刑法的帰責が明らかになる、と主張する。^{*}このようにウェルツェルは、これまでの責任と人格をめぐる所見が、主として心理学、精神医学に依存していたことの誤謬を指摘し、その根底を揺がす本格的な研究方法を採用したのであるが、その基礎的観点として彼が採用したのは、如何なる立場なのであろうか。

* Welzel, a. a. O. S. 429.

ウェルツェルによれば、責任と人格をめぐる基礎概念は、生物学・遺伝学・民族学・心理学・精神医学を統一的に把握したもの、換言すれば、これらの諸要素を統一したところの形像として人間を把握する立場である。(こうした彼の人間学に決定的影響を与えたのは、ゲーレン《Gehlen, der Mensch. 1940.》とロートハケル Rothaker, 《Die Schichten der Persönlichkeit》である)かくして、彼は、「自然主義と価値哲学」で示した彼の存在論的方法論から出発し、人間の意味的存在構造を哲学的に分析する方法を採用する。^{*}

ところで、人間の本質を生物学的側面から解明し、そこから全体的人間学の領域を提供したのは、ウェルツェルによれば、シェラーであった。シェラーによれば、動物においては、気質と本能が機能上統一体を形成し、即自的に外的環境に適合する能力を有するのである。従って動物の活動は、本能によって規定され、拘束されざるを得ないのである。これに対して人間は、存在論的に拘束・強制・束縛からの自由を有ち、環境を克服し支配して、世界を創造す

るところにその本質が存する、というのである。かように世界を創設する機能を有するとする価値的人間観は、新カント学派一般の人間観であったわけであるが、ウェルツェルによれば、かかる動物と人間の対比は、事実的側面からの考察で、なお満足し得るものではないというのである。^{**}

* Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht 1935 Persönlichkeit und Schuld. S. 429.

** Welzel, a. a. O. S. 43.

ところで、このような事実的側面からの人間考察から脱皮せんとする努力は、ゲーレンによってなされた。彼は先ず自然的環境における人間存在が不完全なものである、という前提から出発する。すなわち人間は、自然的存在としては不適格であるが故に、その環境を克服し、生存のために必要な諸条件をば、自己の目的活動によって取得し、完全化するのである。かようにして人間は行為する本質を有し、目的を設定し、目的に従って自己の活動を操縦するところに、その本質があるというのである。^{*}このゲーレンの提言に基礎を置きながら、ウェルツェルは、以下のように展開するのである。たしかに、動物は、本能に基づく衝動によって容易に環境に順応し得るのであるが、人間は、多様な行為形式を経て自然的条件を克服しなければならない。そこでは、本能的衝動は背後に退き、努力によって蓄積された規律、とりわけ自己規制が生活の軸とならなければならない。例えば、動物は、本能的衝動によって「歩ク」「木登リスル」というような行動が可能であるが、人間は彼の衝動が、自然に対する適応性を欠くことにより、瞬間的規制によって歩行することは不可能なのであり、本能を規制する意思を媒介としてのみ、自己を外界に適合せしめるのである。かくして「人間は、或る一時的衝動を持続せねばならないし、また他の時を撰ぶか、それとも停止するかをしなければならない。彼は、衝動生活を瞬間的に把握して、それを持続する。かかる操作活動は、意思の機能に

属し、人格の連続性、自我の統一性を構成するのも意思なのである^{***}。だから、ウェルツェルによれば、人間の存在の本質は、人間が意思作用・自我規制 (Ichkontrolle) を有していることにあり、そこに、本能的生活の前提として合目的有機体を有つ動物と区別される生物学的特性があることを指摘するのである。ところで、実証主義的人間観によれば、外来的刺戟は、単なる人間形成の因果的要因に過ぎず、従つて環境と人格の関係は自然的・盲目的関係に過ぎなかつたが、ウェルツェルによれば、人間の生物学的特質として、意思の作用による自然の意味的変更が把握されたのであつた。而して、ここにおいて意思と当為との不可分的関係が導かれるのである。すなわち、自然への適合が人間存在の必須的要件であるかぎり規律 (Zucht) へ向けられた意思のみが、それを可能にするからである。かようにして、ウェルツェルは、規律と当為は、人間の生物学的本質規定の要素であると結論するのである。^{***}

* Gehlen, Der Mensch, S. 31, S. 46 ff.

** Welzel, a. a. O. S. 432.

*** Welzel, a. a. O. S. 433-434. Anm. Gehlen, a. a. O. S. 20 ff.

かくして、ウェルツェルが人間の基礎的規定として、先ず、「行為するものとしての人間、すなわち事実的経験を基礎として目的意識的に行為を操縦する人間」を掲げ、次に、当為の本質としての人間、すなわち「衝動的生活を継続的な生存の意味へ形成する本質」として規定することを知るのであるが、では、かかる人間観は、いかにして法的ディメンジョンに還元されるのであろうか。第一に、それは、とりわけ法の存立根拠において重要な意味をもつ。けだし人間が、事実的経験に基づく予見を基礎として、未来を目的意識的に形成することが可能であるがゆえに、共同社会の目的に適合する法秩序の存立が可能である、といえるからである。かように主張する。このことは、刑法上の

違法性、有責性の判断に関連してくる。すなわち、行為する本質としての彼の行為は、共同社会の秩序から評価を受ける一方、彼は、「単に行為を目的的にのみ操縦するという意味だけでなく、価値、無価値に従って自己の目的を意味的に決定し得る」衝動を抑制し得るものとして、倫理的責任の担い手として評価されるのである。かようにして「刑法上の違法性、有責性の主たる領域は、直接に二つの人類学的本質規定、すなわち行為する本質と、衝動を抑制する本質に由来する」ということに帰着する。

* Welzel, a. a. O. S. 434-435. Anm. Naturalismus und Weltphilosophie im Strafrecht, S. 78ff.

だが、こうした提言は、従来の行為責任論に対して、何等、新しいものを提供してはなかつた。いな、むしろそれは、古い心理的責任論への退歩をさえ意味しているといえるであろう。存在論的人類学という衣を着て。けれども、ウェルツェルは、人間の生物学的前提としての意思の機能を中心としながら、その意思と人格との結合についてオリジナルな見解を表明する。古い心理的責任論においては、意思の自由性が強調せられ、意思と人格との関係は不問に附せられていたのであるが、ウェルツェルは、この関連を明確にすることにより、人格責任論への標識を発見するので、彼のやや冗長な説明を聞いて見ることにしよう。ところで、彼の設論の重要な契機となっているクラージェの深層心理学を大雑把に考察すると、従来の心理学は、人間の精神作用を平面的に把え、感情・意欲・思惟が平面的に配列されると解していたが、クラージェは、本能的衝動・傾向・努力・意思決定・思惟活動は、階梯を経て配列され、恰かも、地質学における深層構造に合致するものである、というのである。かくして、先ず最も下底に属するものは、種属保存と自己保存の本能に基づく生活感情の層であり、(Vitalschicht) 次に、努力の感情層が配列され、より崇高な感情および努力を紡ぎだすこの層 (die emotionale Schicht) は、精神的気分、特に価値内容を表示する

機能を有ち、単純な愉快な気分、さらに、倫理的・道徳的価値を決定する作用を営む。ところで、かような深層構造は、たしかに、われわれの生活の基礎になるとはいえ、決して具体的な行為決定の役割を果すわけではない。それゆえ、比喩的に深層は単なる《Es》に過ぎないとも云われるのである。かような《Es》としての深層の直観的な体験を現実化するのには、深層から厳格に区別される自我機能 (Ichfunktion) の役割である。^{*}

* Welzel, a. a. O. S. 435-438. Anm. S. 439. なお Klage の原典を参照することは、不可能であった。Anm. F. Hoffmann, Die Schichttheorie, 1935.

さて、深層は相互関連をもつて直観的な体験を有つのであるが、それを現実的な意味へと方向づけるのが自我機能の役割であり、それは恰かも人格層 (Persönlichkeitsschicht) と称すべきものの機能である。而してウェルツェルによれば、この人格層こそ、思惟・基本的洞察、および意思決定の役割を担うのである。そして更に、「それは行為の意思決定のみならず、半ば、あるいは全く、無意識的な生活経験ないし生活決定をも形成するのであるし、また、半意識的な関心・主義、あるいは傾向をも形成する。」かようにして人格層とは、「世界との交渉において、個人的傾向の基礎のうえに合成された基本的信念であり、内的傾向と立場の体系である」と定義されるのである。かようにして、ウェルツェルによれば、《Ichfunktion》は、人格層の独自の機能として把握される。^{*}

ところで、この深層と人格層の基本的な区別は、およそ三つの領域において重要な帰結を導くに至る。先ず第一に、「人間の精神現象をば、動機の時間的過程としての一様な因果系列として把握し、したがって意思形成をば、純粹に機械論的に考察する」誤謬を明らかにすることになるのであるし、第二に従来の過失、とりわけ無過失責任の根拠が、意思責任の範疇を逸脱する傾向があったことを指摘し、過失責任を合理的に説明することが可能となる。さらに第三

に、刑法上の精神病者にたいして新たな解明の方途を暗示するものと提言する。すなわち、精神病者の本質は、深層におけるペティシエな経験を一定の目的的方向に規制し得ない人格層の錯乱にあるか、あるいは、深層自体の錯乱に由来することが明らかになる、^{* *}というのである。

* Welzel, a. a. O. S. 442.

* * Welzel, a. a. O. S. 443-444, Anm. Hoffmann, Schichtstheorie. 1935

さてウェルツェルは、人格層に独自の自我規制の役割を認めるのであるが、しかし問題となるのは、かかる人格層が、実は素質と環境によって決定論的に形成されるものである、という実証学派の反駁である。而して、もしこの間の事情を説明しないかぎり、かれのいわゆる意思責任も根底から瓦解せざるを得ないのであるし、また人格責任の介入する余地は、存しないといわなければならない。かくて彼は主張する。

およそ人間の傾向は「世界との事実的交渉の結果生じたものである」。かくて「人間の性格は、彼の行為の系列 (Reihe) である」(ゲーテ)ということが実証される。だが、確かに遺伝学における遺伝的性格の存在は是認しなければならぬ。しかしそれを直ちに個別的な特性 (Eigenschaft) として把握する仕方は誤りであり、むしろ遺伝とは「精神または精神的な基礎的機能の立体的経過」なのであって、人間は、恰かも外界を自己に適應するよう変革するのと同様に自からの行為によって性格を意味的に改変し得るのであって、まことに性格は「意思の目的設定の支配下にある」のである。こうしてウェルツェルは、責任概念を事実的に把握すべきか規範的に構成すべきかの分岐点を明らかにし得たと自負する。^{*}

では、意思と人格層及び深層は、いかなる関係に立つのであろうか。その前に、彼の意思の概念についての分析を

しておくことにしよう。けだし、意思は、行為決定の主要素としてのみならず、人格形成の主要素とも考えられているからである。

* Welzel, a. a. O. S. 445-447, Anm. Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW, Bd. 51. 1931.

およそ人間の目的的意思決定の可能性は「行為する人間が生存している社会的機構によって与えられている。社会的領域における一切の行為は、損得・好・不便・勝敗の総体である」。かくて人間は、かかる意味に従って、深層の衝動に対する意思支配が方向づけられる。すなわち自我は「自己」の不利益 (z. B. Strafe) への衝動を抑制し、その実行を中止するか、少なくともその実現形式を社会的要求に合致せしめる自由意思的行動が可能なのである。だが、在来の自由意思論は、彼の関知するところではない。けだし、それは意思決定を平面的に眺めており、価値からの自由を承認する不合理を侵しているからである。而して、人間の自由意思は価値への自由のみ意味するのである。こうして「意味的観点による自己決定こそ本質的要素であり、同時に生活の基礎的必要性である」といえるのである。こうみると、自由意思とは「意味に満ちた必然性ではなく、価値観点による意味的拘束性である」、だから、単なる《willkürlich》なものではなく、拘束され、決定された自由ともいえようが、それは「盲目的因果によるのではなく、意味的観点によるものである」ということに帰着する*。このように、人間は、意味的観点に従がう自律の可能性を有っているのであるが、では、人間の深層構造と意思決定、および人格は、いかなる関係にあるのだろうか。

* Welzel, a. a. O. S. 449-553.

ところでウェルツェルによれば、既述のごとく、人間の生物学的特質として、生来的・本能的行態からの広範な自由により、また自己の行為の正当性を思慮ある行動によって発見し、かつ創造する答責的な本質と規定されたのであ

る。こうして人間は本体人 (Homo nomenon) としてのみならず、すでに存在的に現象人として (Homophänomenon) 責任ある存在なのである。^{*}

さて人間は、深層において外界の刺激に対する衝動を経験する。この衝動は直ちに現実化されることはない。それは単なる行為への動機を形成するに過ぎないのである。この動機を意味へと方向づける機能こそ、自我機能に外ならない。かくしておよそ人間の行為は、かような衝動的経験と自由活动 (意味的) の立体的相互関連のもとに実現されるのである。「あらゆる人間の行為は、常に錯綜した関係法則と、多様な本能的規制と意思活動の結果である。かくて責任とは、感情的傾向に対する意味的操縦の欠陥ある差向 (Einsatz) である^{**}」^{*}ということに帰着する。こうして、ウェルツェルは、責任の存在論的局面を明らかにせんとするのであるが、しかし、われわれは、ここに枢要な課題が存することを看却しては、ならないのである。すなわち、ここで意味的操縦ないし価値の概念がいかなるものか、いかにえれば、意味・価値が、少なくとも客観的性格を具有しないかぎり、責任性を基礎づけることは不可能なのである。ウェルツェルの説明によれば、次のように要約し得るであろう。

「意味的操縦行動を必要とする人間にとって、意味的生活秩序は、一つの生活条件である」、だからその意味で「人間は、本質規定において歴史的存在である。」^{*}「ただし「歴史は、意味的生活秩序の現実的展開であり形像であって」「人間は彼の現存在を意味的秩序に適應せしめようとする」^{***}からである。では、このことは、法学の領域では、いかに理解されるのであろうか。

「法は、社会的領域においては、国家的有機体の意味の方向づけをなす秩序である」すなわち「法は、実証的な意味での単なる積極的な強制秩序でなく、また、一定の強制作用でもない。全体として、意味的に義務づける価値秩序

である」。かくして、人間に対して「意味的使命」を義務づけ得るのであって、刑事責任は、まことに「自己規制をば、感情的衝動を不完全に操縦し当為の要請に反する」^{***}ことを意味する。

* Welzel, a a O. S. 452. Anm. Welzel, Das Bild S. 46.

** Welzel, a. a. O. S. 453.

*** Welzel, a. a. O., S. 454-456.

**** Welzel, a. a. O. S. 456.

このような行為の全体的考察を経て人間の存在論的分析に到達したウェルツェルが、責任の観念を行為の側面から規定したことは、当然のことであった。すなわち曰く。

「責任、その非難性は、共同社会秩序の意味に満ちた要求に従って決定すべきなのに誤った道を選択したことに向けられる。」^{*}されば、「およそ責任非難に相当する要素は、他行為の可能性」^{*}以外に存しない。このような帰結は、しかしながら、規範的責任論のそれとの対比において、いかなる相違点も見出しがたいのである。そうして、この点に関する限りでは、人格責任論への方向は、全く途絶しているといわなくてはならない。だがウェルツェルは、人間の性格構造における人格層の存在を容認したのであった。而して、ここから人格責任論への可能性を証明せんと試みる。すなわち、たしかに責任非難の対象は感情的衝動を十分に操縦しないことによって当為の要請に反することである。そして当為違反は、一回的行為によって完成するのであるが、しかし、上述のごとき自己規制の機能に、責任の根拠を求める以上、少なくとも、行為が意識的に支配されているものであることが必要とされなくてはならない。^{**}だが、ウェルツェルによれば、「もし人間が、すべて意識的にあらゆる行為について自己規制をするものとすれば、

もはや人間の行為は麻痺してしまふ」のであり「意味的に規制された人間の生活は全く現実的に不可能となる。」而して「自己規制は、常に、現実的に決定を迫られている問題のためにのみあてはまるのであって、その他の大部分は、半意識、または無意識的に行われるのである」^{***}。ここで、かような行為の領域を容認する以上、これまで彼が主張した意思理論に対し、本質的な補充が必要となってくる。かくして、ここにおいて既述の人格層が、重要な意義を帯びることになるのである。

* Welzel, a. a. O. S. 457.

** Welzel, a. a. O. S. 457-458.

*** Welzel, a. a. O. S. 458.

では、ここにいわゆる人格層は、いかなる機能を有するのであろうか。改めて、彼の見解を聞くことにしよう。

深層と自己規制との中間に介在する人格層 (Persönlichkeitsschicht) は、行為を半意識的ないし無意識的に決定する機能を有する。この人格層は、以前に行った多くの意思決定が累積され、人格における無意識的態度となったものを蓄積する貯水池 (Reservoir) である。だからその機能も独自のものを持つのである。すなわち人格層は、深層において感知された本能的衝動を、あるものは排除し、あるものは受容する。そして「激情的衝動」を無意識的に統制する人格の内的組織を意味するのである。^{*}ところで、意識的な自己規制においては、「行為の基礎たる明白な決意、可能性についての理解力、選択、避止の本能の存在、われわれが関心を有っていることに対する注意深い準備」が存在している。かくて意識的に許容されたものは、行為に移される。このような決意は貯蔵せられ、無意識なものの裡にとり入れられて「態度および行状規則の秩序」が形成されるというのである。^{**}かかる観点からすれば、「性格は、

先の行為の結果であると同時に将来の行為の決定的な基礎である^{***}という提言が、当然、承認されなければならない。

* Welzel, a. a. O. S. 458.

** Welzel, a. a. O. S. 405, 458.

*** Welzel, a. a. O. S. 457-458.

このように、ウェルツェルは、意識的行為と人格層との関連を述べつつ、人格層の組織が因果論的に生来するものでなく、過去の意識的な行態によって、無意識裡に形成されるものであることを提言したのである。ところで彼は、自己規制の機能の面から意思責任の根拠を明らかにしつつ、自己規制の統制外にある行為の存在をも容認したのであった。而して、それが恰も人格層にうらうちされる行為だとしたのであったから、そこにおいては当然、人格層における責任の観念を導入せざるを得ない、といわなければならない。彼によれば、「人間は、教育および自己の経験を通じて無意識的な態度の組織を自己の裡に形成するのである。」かくして、人格自体に対する責任の可能性をも容認するに至ったのである。

以上、概観したように、ウェルツェルは先ず、責任の一般的概念として、行為責任、従って意思責任の妥当性を論証するのであるが、同時に、人格層の形成における当為違反の形で行為者責任を併せ容認する立場にあることが明らかになった。ところでウェルツェルは、一般的、原則的に行為責任が成立するとし、特殊的、例外的に人格自体に対する責任を認めんとしたのであったが、では、行為者責任が妥当するのは、具体的にいかなる場合なのであろうか。

先ず、メツガー、ポツケルマンが、行為者責任の典型的条項として指摘したドイツ刑法第二〇条aについてのウェルツェルの見解によると、第二〇条aの危険な常習犯人に対する加重刑は、その前提として責任性を必要とするもの

ではなく、従って、第二〇条 a は、有責な行為者人格《die echte schuldhafte Täterspersönlichkeit》のみならず限定責任能力者の場合をも含むことになるのである。而して後者の例として遺伝的負因に由来する常習犯人が考えられているのである。さて、こうした見解は、実は、第二〇条 a の加重刑の性格に根差していることを看却してはならないであろう。すなわちウェルツェルは、第二〇条 a の下における刑罰概念を多面的に把握するのである。もっとも、彼においても保安的・目的實現のために刑を加重することがナンセンスであることは、承認されている。だが、同条項にいわゆる加重刑には、特に重要な意義があるとする。何故なら、この場合、刑の加重を賦科することは、犯人の善なる傾向を覚醒するかも知れないからである。このようにして、第二〇条 a の刑罰を多面的にとらえ、それが保安的・教育的目的を有つことを指摘し、刑罰前提として行為者責任の觀念を持ち込む必然性は存しない、というわけである。かような見地に立つことから、ウェルツェルは、行為者類型の存在を否定し、それに対応する行為者責任の觀念をも、積極的に評価しようとは、しなかつたのである。^{*}

* Weizel, a. a. O. S. 465-468.

このようにして、メツガー、ポツケルマンが行為者責任の理論的根拠として指摘したドイツ刑法第二〇条 a は、責任概念のディメンジョンに迄引きあげ得ないというのが、ウェルツェルの結論となつたが、では、彼において、行為者責任が妥当するのは、いかなる場合なのだろうか。彼は、その典型的な場合として過失犯、就中、認識なき過失をとりあげる。^{*}

彼によれば、あらゆる社会生活、とくに職業活動は、法益に対する危険の源泉を盈んでいる、のである。人間は危険をめざしそれに対処することを学ぶことによって社会生活が可能となる。これは、一度は計画的に統制された意思

活動によって実行されるが、それが反覆されることによって「自動的」に、無意識裡に反応を示すのであってこうした行為の準備の蓄積によって危険な社会生活を営むことが可能となる。^{**}

かような見解に立脚して、過失の本質たる注意義務違反は、「意思の現実的集中活動において、或いは、人格の無意識的傾向構造の不十分な熟練において成立する」ということができる、ということに帰着するわけである。^{***}

三

さて、右に述べた如くウェルツェルは、人間の存在的構造から、行為概念を論及し、而して、その人格層の位置を明らかにしつつ、人格責任ないし行為者責任の可能性を論じたのであるが、それは、先ず、当時の課題であった性格の危険性と責任性の調和の問題を不問に附し、もっぱら、過失責任の理論的基礎づけに向ったことから、われわれの当面の分析とは歩みを異にしているといえよう。

これに対して、エンギッシュのポツケルマン批判に於て展開された所論は、われわれの課題に対して鋭くアプローチするものだといわなければならない。以下にわれわれは、エンギッシュの所論について検討することにしよう。

ポツケルマンの「行為者刑法研究」が公刊されるや、エンギッシュは「行為者責任の観念について」^{*}という論文において、その意義と課題を端的に指摘した。ところで、ポツケルマンの行為者責任論は、二つの仮設を前提とするものであった。第一に、現行法上行為者刑法の領域を是認し得るか否か、の問題である。行為者主義が行為主義に浸透しているか否かは改めて実証されねばならない。それで、行為者類型に対応する刑罰は、行為者刑として行為刑と対応する独自のものとして把握されざるを得ない。次に若し然りとすれば行為者刑は、いかにして合理化されるか、こ

れが第二の課題である。かようにして、ポッケルマンは、先ず、仮設的認容の形で、現行ドイツ刑法における行為者主義的規定をば、第二十条a、第五十一条二項、及び第三六一条乙三—五号を具体的例として掲げ、それに対する刑罰を行為者責任によって合理化したのである。^{**}

* English, Zur Idee der Täterschuld. ZStW. Bd. 61. S. 167 ff.

** Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht. I. II. 1940. 拙論「ポッケルマンの人格責任論」同志社法学六四号。

ところでエンギッシュは、先ず、ポッケルマンの第一の仮定に批判的検討を加える。エンギッシュによれば「行為者刑法的規定とされている諸条項が行為者刑法として理解されるべきか、また行為者責任に対する贖罪の意味で考えられるべきかは、必ずしも明白なことではなく」^{*}多くの反対論が成り立ち得るとしている。これは、既述のごとく、ガラス、ウェルツェル、ザウアー等も強く批判したのと同じのものといえるが、では、エンギッシュは、いかなる見地からポッケルマンに対決するのであろうか。

エンギッシュによれば、「若し第二十条aに対する基礎づけが、より広範に犯罪傾向 (einer Hang zum Verbrechen) による、危険な常習犯人をも付加するとするならば、それに対しては、一般に重要な場合には (in schweren Fällen) 犯罪人の保安監置によってのみ社会を保全することが可能である」^{*}されば、さして重要でない場合 (in leichten Fällen) には、^{**}刑罰が保安目的を果すことになるのである。このことは、裁判官の危険な常習犯人についての判断に就いても同様に妥当するのであって、犯罪傾向が、先天的なものか後天的なるかの判断は、不必要とならざるを得ない。^{**}

このような設論は、先ず、第四二条 e と第二十条 a を質的に区別しない前提から出発する。すなわち、重要な犯罪傾向については保安監置、軽微な犯罪傾向については、刑罰によって保安目的を実現するるのであって、その本旨は、上述二条項の区別を量的なものに置いていのである。かくのごとく解する以上、第二十条 a の行為者類型的意義は、根底から覆えされざるを得ないわけである。従って、もとより、同条項から行為者責任の觀念を帰納することは、エンギッシュによつては、全く否定されるわけである。^{**}

* Engisch, a. a. O. S. 167.

* * Engisch, a. a. O. S. 168.

* * * Engisch, a. a. O. S. 167-168.

ところで、第二十条 a をば、行為者類型として把握すべきとしたポッケルマンの提言は、ドイツ刑法の文理的解釈をその根拠としている点を看却してはならない。すなわち、ポッケルマンは、第二十条 a が第四二条 e から区別される根拠として、第四二条 e が「公共の安全のために」(für die öffentliche Sicherheit) という文言を含んでいるのに対し、第二十条 a はこの文言を有せず、従つて前者は保安目的を前提にする特別予防主義に立脚するのに対応して、後者は、もっぱら危険性に対する贖罪刑を中心とするものであると主張したのであった。^{*}この立論は、一九二七年草案の見地に立つものであるが、第二十条 a をもっぱら行為者類型と解して第四二条 e と別異の概念構成に向つたことは、若干の疑義が生じても仕方のないところである。けだし、第二十条 a の規定自体刑罰の特別予防的機能を顧慮して設定された事實は歴史的に否定しがたいからである。さればエンギッシュの反論は鋭い。「犯罪予防を根幹とする保安刑においては、「危険な」と「公共の安全のために」という二つの文言に異なるところはない。要するに両者の

目的は同一だからである、^{*＊}と。かようなエンギッシュの批難は、しかしながら、結局一元主義に趨かざるを得ず、刑罰手段と保安手段の統一化への努力の結果に過ぎないのであって、現行法に矛盾するといふべきであらう。確かに第二十条aの趣旨、立法動機に鑑み、エンギッシュの見解は説得力に富むのである。しかし、解釈論としては、なお首肯しがたいのである。

* Bockelmann, Teil I, S. 50 ff.

* * * Engisch, a. a. O. S. 168.

かくして、わたくしも、第四二条eと第二十条aを別個の範疇下において把握する見解に従がう。けだし、前者において保安監置の制度を置き、更に特殊の類型として危険な常習犯人の規定を設置することは、明らかに二元主義的システムに立脚するものであり、第二十条aの刑罰は、責任を前提とするものと解する。因みにライヒス・ゲリヒトも、やや懐疑的にはあるが危険な常習犯人に対する加重刑をば、加重された責任に立脚するものと解している。^{*}さて、エンギッシュは、第五一条二項に対しても同様な論法でポッケルマンに迫るのであるが、この部分は、前の部分と重複するので省略することにする。^{*＊}

* Reichsgericht, 72 Bd. S. 295, 73 Bd. S. 46. Vgl. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 140-141.

* * * Engisch, a. a. O. S. 168-179.

第二十条a、第五一条二項の解釈論でポッケルマンに激しく迫ったエンギッシュは、ポッケルマンが行為者刑法的规定として摘示したドイツ刑法第一八一条a及び第三六一条乙・三一五に対しては、好意的態度を示す。すなわちエンギッシュによれば、「これら諸条項の刑罰は、本質的に、それに相当する継続責任(Dauerschuld)に対する贖罪

として考えられる」而して、これ等諸規定は、例えば搾取的娼婦周旋者、(一八一条)浮浪者(三六一条乙三号)乞食(同条四号)泥酔者(同条五号)の如き、一定人の全生活態度、全存在(das ganzes Sein)を類型化するものであり、それが非道德的なものとして、あるいは公共の秩序を危殆に曝すが故に非難されるのである。^{*}ところで、これ等諸類型は、主観的構成要件要素と思考されるべきであり、それ自体、刑法的反動の客体たり得る性質を具有する。このように主張する。

こうしてエンギッシュは、行為者類型の存在を容認するのであるが、それにもかかわらず彼は、それに対応する刑罰は、依然として特別予防的性格を有するというのである。かくてこの点においても、ポッケルマンと厳しく対立することになるのである。^{**}

* Engisch, a. a. O. S. 179-170.

** 同意見 Dahm, Der Tätertyp im Strafrecht 1940, S. 15 ff.

では、エンギッシュは、行為者責任の観念に対して如何なる態度を示すのであろうか。

エンギッシュによれば、ポッケルマンの行為者責任の観念は、少なくとも将来の立法論として可能的概念を提示するに過ぎないのだ、というのである。^{*} もっともポッケルマン自体、行為者刑法研究において主題たり得るのは、「行為者刑法は正当となり得るか、而して行為者の形象に属するものは何か」を究明することにある、とするのであって、その見地に立脚して、(一)行為者責任は、行為者の存在的欠陥が、行為者自体の「何かをなし得る」(etwas kann)要素に原因していること、(二)そして人間は、善的傾向と同様、悪的傾向をも有しており、善悪の岐路に立ちつつ、自己を悪への傾向に委ねたことに、すなわち「行為者責任の本質は、誤った生活態度の決断にある」。(三)而して、およそ

人間は、通常人である以上、国家的命令に従い得るものとして国家から期待されているのであり、その範囲に属するかぎり、彼の現に在る存在は、運命的に決定されたものか、有責的に形成されたものかは問わず、国家的に擬制されるのである。かくして、行為者責任に対応する刑罰が相当する、というのである。^{**}

* Englisch, a. a. O. S. 170.

** Bockelmann, Teil II. S. 153-161. Vlg. 拙稿「ボッケルマンの人格責任論」同法六四号。

さて、かようなボッケルマンの行為者責任に対して、エンギッシュは、鋭く批判する。

先ず第一に、ボッケルマンの行為者責任は、果して、メツガーの行状責任の如く行為者責任観念の範疇に属するといえようか。と根本的疑問を提出する。ボッケルマンは繰り返し、「存在自体の責任」或いは、「国家的刑罰が、彼が現に在るところのもの《Was er ist》に科せられるとき行為者刑という」と述べている。^{*}だが、行為者責任の観念は、厳格には、行為者の性格、人格が、行為者に帰属し得るか否かを問題とするので過去の「生活態度の決断」(Lebensentscheidung)を指すのではない。このことは、「彼が、非難が妥当するのは、人間的存在が或る行為の結果である場合に限る」としていることでも明らかであるとエンギッシュは詰め寄る。^{**}

だが、かような批判に一理あるとしても、なお性急に過ぎるとは言えないだろうか。おもうにボッケルマンは、行為者の存在自体に対する非難の要件として、行為責任にその範を求めたのである。その結果として、先ず、法感情との調和を求め、第二に行為構成要件の充足を要件とすることによって、罪刑法定主義の要請に答えたことは、明白なのである。さるからにボッケルマンは「生活態度の決断」から「善的生活の内的墮落」という表現に改めんとしているのではないか。^{***}こうしてボッケルマンの行為者責任も行為者責任観に他ならないのであるが、因みに筆者もボ

ツケルマンの責任観は、行為責任に帰着する旨、先に発表したものであるが、それは、彼の行為者責任論を一般的責任概念へ昇華せんとする企図に由来することを附記しておきたい。^{***}

* Bockelmann, Teil II. S. 144, 147, 151.

** Engisch, a. a. O. S. 171-172.

*** Bockelmann, a. a. O. S. 160

**** 拙稿、前掲論文。参照

既述のごとく、ボッケルマンは、行為者責任は結局、行為責任に帰着することを意識していたのであった。その際、先ず、「行為者責任の評価対象は、行為者の行為又は態度でなければならぬが、そこで問われるべきは、結果が違法行為 (eine unrechte Tat) なのではなくて不法な現存在 (ein unrechtes Dasein) なのである。だとするとその場面では、責任の問題よりも、むしろ不法行為に基づく行為者の存在自体の不法性こそ問題とされるべきではないか。これがエンギッシュの第二の批判である。この疑問は極めて人格責任、行為者責任の提唱者に対して核心を衝くものと言わなければならない。蓋し、今日、わが国をも含めて、人格責任論は、犯罪行為を無視しては、成り立ち得ない。しかるに、犯罪行為と非難の対象たる人格との論理的関係は必らずしも明白でないのであって、犯罪行為の意義を強調する以上、人格は、犯罪論の体系上、構成要件乃至違法の領域にも入らざるを得ず、突如として責任の場面に登場することは奇妙であるといわなければならない。^{**}

さて、以上にわれわれは、エンギッシュの行為者責任に対する態度を大雑把に検討したのであるが、此れを要するにエンギッシュは、行為者責任の観念をば、将来の立法論としてのみ成立し得ること、而して現行ドイツ刑法上は、

わずかに、第一八一条 a、第三六一条乙三―五に適用し得るに過ぎないというのである。

* English, a. a. O. S. 171.

** 拙稿「予備と未遂の限界」同法六六号、「未必の故意」同法六八号参照

右にわたくしは、行為者責任の発展を理論的に考察するために、ウェルツェル、エンギツシュの見解を、やや詳細に紹介したのであるが、ここで注目すべきは、行為者責任乃至人格責任をあくまでも行為責任の補充、乃至、その例外として論議しようとする態度である。そこで主題たり得るのは、行為者類型が具体的にどの条項に現れているか、その点から、第二十条 a の解釈が検討されるのである。この点、わが国の人格責任論の傾向とは大部異なるのである。

そこで、前二章の見解を基礎にしながら、行為責任か行為者責任かの問題を若干展望してみることとする。

四

すでに折に触れて述べた如く、メッガー、ポッケルマンは、ドイツ刑法第二十条 a 及び第五一条二項を中心として、行為者責任を展開した。特にポッケルマンは、更に第一八一条 a、三六一条乙三―五についても行為者責任の論拠とした。このことは、おのずから混合的責任形式に結びつくのであるが、われわれは、混合的責任形式を以下のような理由で否定するのである。

およそ刑罰の本質を理解する場合に、その応報的性格を無視することはできない。またその目的的性格において一般予防、特別予防の性質を有すること当然であるが、その中核は、犯罪人の悪なる情操を責めつつ、且つ将来に向つ

て苦痛を乗り越え、悔恨の情を湧きたたせる教育的意義に存するといわなければならない。しからば、その前提には、人格的非難すなわち責任が存しなければならない。「刑罰は責任の量に比例すべし」との法諺は、かくて実現する。ところで、かような命題に立つ以上、行為責任、行為者責任として、責任概念を二分することは、量刑評価上無用の混乱を来すものというべきである。

ところでウェルツェルは、過失責任の実質は、人格責任にあることを、容認したのであるが、その際、人格層が無意識的行為を決定するというのが主たる論拠であった。だが今日の犯罪学からすれば、故意行為もまた行為者人格に決定づけられるのである。而して、彼は人間の意識的行為は、人格層に累積されて将来の行為を決定すると述べた。かくして、故意行為についても、一般的に行為者責任が妥当するということが可能であったろう。

ところで、エンギッシュの行為者責任論に対する態度は、それ程明確ではないのであるが、彼は、否定的批判に立ちながら、第二十条aに問題点をしぼって所論を展開する。これは、われわれの主題にとって極めて重要な点である。すなわち、わが国の現行法上、行為者責任論の根拠として第二十条aに相当するものは、総則上は累犯加重（第五十六乃至第五十九条）、各則上、常習賭博罪（第八十六条）、特別法上、「暴力行為等処罰ニ関スル法律」第一条二項、第二条二項、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」第二条乃至第五条等の規定が考慮されようが、問題は、常習者として刑が加重される根拠をいかに解するかにある。これは、やがて、刑罰の本質に絡む問題であって、究極的には、行為者責任の課題として、刑罰論が鍵とならなければならない。

最後にエンギッシュが提案したように、行為者責任は結局、違法論における人格の位置をいかに確定するかの問題を發展させなければ、体系的に一貫しないのではなからうか。行為者責任論者がややもすると安易に、構成要件論、

違法論の場面では行為主義に則り、責任論において突如として人格中心主義を採用することは、奇妙であるといわなければならぬ。

以上わたくしは、行為者責任論の成立を契機として発表されたウェルツェル、エンギッシュの見解を中心として紹介したのであるが、これ等は、総じて当時の独刑法学界における人格責任（行為者責任）論に関する傾向を示すものとして代表的なものといふことができよう。而して、わたくしもまた、もはやこれ等の論究の現代的意義を疑うのであるが、人格責任論研究の一段階として敢て発表する次第である。

——一九六三年一月三十一日稿——