

Title	現代刑法理論と民法(一): ニーゼのニツパーダイ批判をめぐって
Sub Title	Modern theory of criminal law and civil law (1)
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko) 宮澤, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1957
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.30, No.7 (1957. 7) ,p.49- 58
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19570715-0049

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

現代刑法理論と民法(一)

——ニーゼのニッバーダイ批判をめぐって——

中 谷 瑾 子
宮 澤 浩 一

弁えがき 本稿はマインツ大学の若手教授ヴェルナー・ニーゼ(Werner Niese)が、一九五三年にニッバーダイ(Nippertey)によつて改訂増補されたメンネクツェルスの民法教科書の中、主として不法行為の箇所について批判を加えた同表題の論文(„Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht.“)——一九五六年法曹新聞 Juristenzeitung 紙(JZ 11 Jg. 15/16 S. 457 ff.)上に發表されたもの——を抄録的に紹介しようとするものである。

筆者ニーゼ教授についてはわが國では目的行為論をとる刑法學者として著名である。ことに„Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit”(一九五一年)という論文は、ヴェルツェルの諸著作と並ぶ目的行為論に關する基礎的文獻であり(なお、その紹介として中義勝助教授の刑法雜誌三卷四〇三頁以下がある)、とくに、これは、ヴェルツェルの初期(教科書第二版ま

で)の理論に見られる過失犯における理論的破綻を修正しようとして試み、しかもヴェルツェルの爾後の理論的展開の足場ともなっている點に特色が認められる。ニーゼ教授はしかし單に刑法學の領域において活躍をされているばかりではなく、訴訟法の領域においてもモルトシュエミットの訴訟狀態論を發展させたといわれる„Doppelfunktionale Prozesshandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre, 1950.”及び„Narkoanalyse als doppelfunktionale Prozesshandlung.”(ZStW. Bd. 63, S. 199 ff.)という勞作を學界に問うている。ことに前者は「戦後ドイツ訴訟法學界きつての力作」(刑法雜誌七卷二・三・四合併號文獻解題二六六頁)と激賞されている。さて、ここで「現代刑法理論」というのは、本文に明らかなように専ら目的行為論 Die finale Handlungslehre に關連するのであるが、ニッバーダイは、さきほどメンネクツェルスの

民法教科書を改訂するに當つて、大膽にも現代ドイツ刑法學界の最大關心事であるところの目的的行爲論を、民法法の領域へも移入しようと試みたのである。それは、以下ニーゼの批判によつても明らかのように、必らずしも成功したものと考へられないが、そうかと云つてニーゼの批判自體も亦自己矛盾に墮している感がないでもない。しかし、ともあれ、わが國において

は、目的的行爲論がもつばら刑法學の領域においてのみ論じられて、民法法の領域においては全く關心が拂われていない状態にあるのと比べて、民・刑兩法の理論的架構を試みたニッパードイの説も、またこれに對して目的的行爲論者ニーゼが固有の立場からなした批判も、ともに極めて示唆に富むものと云わなければならぬであらう。そして實にその點にこそ、私共がここに資料としてこれを紹介しようとする意義も存するものと考えられる。この紹介に當り、本論文の意義、ここで問題にされている目的的行爲論に關する各國文献等にふれつつ、問題を附すつもりであるが、紙數の關係で解題は本稿の最後に附すこととしたことを御諒承いただきたい。

「民・刑・二つの法領域の差異を見損なうことなく、しかも刑法と民法の不法との共通性を引き出すことは、學問の任務である。以下の論究は、始めて、法學のこの二つの分野の共通の研究成果に基づく総合的な敘述を試みるものである」と、ニッパードイは、「損害賠償の義務ある行爲」に關する章の冒頭で述べている（エンネクツェルスニッパードイ民法教科書第一卷九一四頁）。「違法にして、損

害賠償の責めを負う」行爲と、「可罰的な」行爲との共通點、特に不法と犯罪行爲との共通點の存在は明白であり、以前から民法學者は業務上の責任と不法行爲上の責任との理論的基礎としての違法および責任の中に、刑法學の成果をとり入れていたのであるから、まさにこの箇所を刑法への架構を設けることは當然の話である。

ニッパードイが、「始めて」と言つてゐるのは、刑法上の成果一般を顧慮したことを意味するのではなくて、最近になつて唱えられた「特定の」理論の成果を取り入れた點にある。即ち、目的的行爲概念、社會相當性の理論、責任の理論（違法性の意識をもつて、故意の要素とは考えずに、故意とは獨立の責任要素だと考へる故意説に對し、責任説と呼ばれるものが對立する。これは目的的行爲論とは必然的に結合するものとは考へられないとしても、目的的行爲論をとる者の多くは、責任説を採用してゐるのが現實である。この點については、本文の中でニーゼが詳しく批判、論及してゐる——筆者註）、および刑法において久しい以前から認められてゐる「個別的」過失の概念が重要なのである。

ニッパードイが、目的的行爲論を民法に通用させようとするなら、目的的行爲論者は喝采を贈るであらうが、それは、何も彼等がその理論の傳播を喜んで迎へるのではなく、行爲概念を、前法律的、存在論的領域から導き出すあらゆる理論にとつて、かような「法秩序に先行する」存在論的行爲概念が、すべての法領域に通用するということが、論理的にして體系上異論の餘地のない歸結だからである。

目的的行爲概念は、因果的行爲概念と同じく、單に「刑法的な」行爲概念ではない。v・リストが行爲を「有意的な態度による（物

理學的) 外界の變更」と定義した時、行爲は人間存在の前法律的現象であることを彼はよく知つていた。またE・シュニツトが、リストの行爲概念を社會的なものに轉換した時、「行爲は有意的な態度による社會的の外界の變更である」、彼が明白に強調したのは「一般的な行爲概念から出發し、行爲の法的意義をできるだけ度外視すべきこと。何となれば、犯罪は一定の性質の、そしてそれに應じて評價される行爲である。それ故、行爲は類概念であり、種概念の種差(即ち、構成要件該當性、違法性、責任という法律學上の評價)が求められるより前に、先ず類概念の徵表が確定されなければならぬ」ということであつた。エンギッシュの社會的行爲概念(「行爲」とは「任意に爲された行動による結果の惹起であつて、しかも豫め意圖し得るもの或は社會的に重要な結果の有意的な惹起であつて、しかも豫想し得るもの」)も、全く前法律學的な領域に止つてゐる。行爲が(物理學的にはなしに)社會的出來事として把握されることは、まだ行爲を法律學的現象としてとらえているのではななくて、ただ共同社會における人間生活についての行爲の意義を表明しているにすぎない。行爲を「目的活動の實行」と規定する目的的行爲概念こそが、前法律學的・存在論的行爲概念であることを明示する。法に先行するかような概念は、すべての法領域に通用する筈のものである。

ところが、異なつた分科につき、その固有な必要に應じた固有な概念が要求される場合には事情が異なる。例えばエーラー(J.R. 1951, S. 65 ff.)は故意について次のように言う。「豫め刑法にふさわしいように調整することなしに、純粹に心理學的な概念を我が刑

法中にとり入れることは、その範圍で、刑法のための精神科學的基準の放棄を意味する。」「我々が固有な概念構成と體系とを持ち、かつ、自然科學から借り物をして生きてゐるのではないことは、我々の誇りである」と。

マイホーフアーの刑法的行爲概念も同じような主張をする。この行爲概念(彼はこれを社會的行爲概念の中に算入される)は、刑法體系において三つの「基本的機能」を果さなければならぬ、とする。一つは論理的根要素としての機能、一つは體系的結合要素としての機能、他の一つは實際的限界要素としての機能がこれである。ところで「行爲概念の存在論的意義」は法理論に委ねられてゐる。さて、前述の三つの任務に應じなければならない行爲概念は次の如きものである。「行爲は、刑法上保護されている法益(社會的利益)の侵害の惹起に向けられた人間の態度であり」、この場合この「向けられてゐる」ということは、ただ單に「客觀的・目的的」傾向、即ち行爲がそのような侵害を惹起するのに適しているということにすぎないのであつて、行爲者が追及する主觀的目的とは何等關係がない。しかしこのような、刑法理論のために「調整された」行爲概念は、始めから他の法領域に承繼されることなど問題にしていないことは明らかである。

しかしこのような態度が法律學上の概念構成において許されるか、法の有する社會的任務の遂行に役立つかどうかは疑問である。法の任務は共同社會における生活を秩序づけるところにある。この秩序づけの機能は、法がその素材に適合すること、法が社會的現象において遭遇する現象を「實體論理的」に正しく把握することを要

求する。ウェルツェルが言うように「全法素材は、實體論理的な構造によつて貫かれてゐる。この實體論理的な構造は、立法者にもまた學問にも先行しており、この實體論理的な構造に、立法者も學問も——各々がその各々の方法で——拘束されている。立法者、學問はそれによりまく適合するか、或は適合し損うか、ということとはあり得ても、それを恣意的に變更し、いわんや「創造する」ことは出来ない」(Das neue Bild 2. Aufl. 1952, S. 6)人間の行爲はこの基本的な現象に屬している。法律家もまた、その存在論的な状態を解明することで足れりとする場合にのみ、この行爲の構造を事物に即して把握することができる。そこで、法律學の體系はそのすべての分科においてこの状態を顧慮しなければならない。ここには「精神科學的基準の放棄」がなされるわけではない。「行爲概念の發見に當つて、(刑)法は、生活の前所與性から離れることは出来ない。それ故、存在論的行爲概念と刑法的行爲概念との分離は、論議のほかである。……生活における行爲概念は、同時に刑法的行爲概念である」(マウラッハ、刑法總論、一九五四年、一四五、六頁)。この根本的立場に立つてのみ、ニッパードイが企圖した「共通の研究成果に基づく綜合的敘述」が意義深いものとなるのである。

目的的行爲論の存在論的行爲概念が正しいものであれば、それは民法にも通用する筈である。だが、これだけでは、この概念が刑法體系において働いていると同じような重要な働きを民法においてもはたすとは言えない。

かくて、まずニッパードイが目的的行爲論を承繼した際に犯した誤解を正し(A)、そして逐次論を進めてゆく(B)。

A

I 目的的行爲論によれば、人の行爲は目的活動の實行である。人の生活形成の手段としての行爲は、目的を意識的に自ら設定し、自からの手で設定した目的を追及する點、即ち人がその思考の中にその目的を豫め設定し、自分の因果に關する知識に基づいて、この目的達成の爲め適切な手段を選択し、選擇した手段を實行し、このようにして始められた因果の過程を、方向づけられた目的、即ち意圖された結果に導くことにより、内心において一定の決意を堅めるのであり、然る後に彼はこの決意を外界において實現するのである。この目的性は意思形成の内的過程および意思實現の外的過程をも支配し、目的活動の意思は意思形成という内面および意思實現という外面からなる行爲全體の支配的要素である。

この見解の最も重要な歸結は、形成的な方向づけの要素としての、目的に向けられた目的の意思が、行爲の全出來事を、その内的および外的過程において支配するのであるから、行爲は、その中に活動する意思をぬきにしては捉えられないという點にある。従つて、行爲の意味内容は、意欲されたもの、行爲で以つて意圖されたものから明らかとなるのであつて、行爲の結果から得られるのではない。かくして「目的を意識し、故意に他人を殺した者のみが殺人行爲を行う」のであつて、例えば、裝鎧された銃をそうとは知らずに掃除しようとして、誤まつて人を殺した場合には、單に人の死を惹起したにすぎないのであつて、目的的態度によればこの行爲は手入れ行爲である。

因果的行為概念が行為を、外界における因果の流れとして意味つけているのは、行為の範疇的全體像を壊すものである。外界における因果の流れというものは、意思の具體的内容の如何を問わず、何等かの形で人により意欲された身體の動作から發しているという點によつてのみ他から區別されるにすぎない。かくして、行為の社會的意味は目的的行為論によれば目的活動の意思から規定され、因果的行為論更には社會的行為論によれば結果から規定される。

Ⅱ 目的行為概念を民法中にとり入れる場合、この概念は、民法がその法律効果を附與する基本的生活關係を扱う個所で、體系中に組み入れられるべきである。この場合まず「行為」という存在論的現象の概念的把握が必要である。エンネクツェルス¹¹ニッパードの教科書では「法律が法的効果の基礎として認めた」要件の主たるものとして「法的事實」があげられているが、ここでも行為の問題は考えられている。更に「人の行為」は、法的に重要な事實の主たる場合として強調されている。行為については次の三點につき言及されている。

a 「人の行為を前面におく。それは精神生活上の出來事および外的事實（例えば、意思及びその表示）からなる。」（前掲書五七二頁）

b 「法的意味における」行為は、原則として人の意思表示（實行）と定義される。」（同五七二頁）

c 「より正確には、行為とは意欲せられた又は豫見しうる外的結果の實現とされる。」（同五七三頁）

a は目的的行為概念に適合するようであるが、行為の内的側面と

外的側面との關係を嚴密に示していない。b は「法的意味における」行為が問題とされていない限りで、適切なものではない。この定義は、行為が人の意思の表われであるという限りで、少なくとも不明瞭である。この命題を、「行為とはその行為内に働らく意思の表われである限りにおいて行為である」と解する場合に限つて上述のことは正しい。これに對してc は決して目的的行為概念を示すものではない。行為が目的活動の實行であり、従つて目的意思によつて特質づけられるなら、行為はいずれにせよ「意欲された」結果の實現として定義づけられ得ても、「豫見し得る」結果の惹起とは定義され得ないであろう。何故なら豫見し得るが事實上豫見されなかつた結果は、決して目的意思即ち行為の意味を規定する方向づけの要素の内容たり得ないからである。「豫見しうる結果の實現」は、因果的行為論の意味における行為であろう。

一方、意欲された外的結果の「實現」として行為を定義することも、目的的行為論に適合しない。何故なら、このことはまた再び結果惹起の理論に戻るものであつて、行為者になるほど意欲しようとはしたが、結果が發生しなかつた場合、行為は存在しなかつたことになるからである。結果發生は行為の概念には屬さない。不能犯はこれを示している。不能犯においては、法益侵害は危険の發生というより低次の型でも亦生じるのである。因果的行為論が危険なき未遂（*ungefährlicher Versuch*）をも行為とするならば、上述のことを自己の立場から説明することは出來ない。行為は意欲された結果の事實上の「實現」により始めてなされるのではなく、その結果への努力の中に既に存在する。これはウエルツェルの「行為とは目的

活動の實行である」とする定義の中に明らかにされている。マウラッハの定義は幾分具體的である。即ち「行爲は、方向づけんとする意思に支配され、一定の結果に向けられた人の態度である」と(前掲書一二五頁)。

Ⅱ 第一三六節の脚註でニッパードイは次の如き點を指摘している。「構成要件該當の行爲が單に『任意的な態度』、因果的事象』であるのか、或は存在論的行爲概念に専ら固有な目的的な(目的に適つた)内容が、すでに狹義の構成要件該當の行爲に屬するのであつて、責任においてはじめて屬するものではないのか」といふ點に刑法上の論争がある。目的的行爲論は後者に立ち、故意と過失とを構成要件要素とみている。これに對して、特に、目的的行爲論が現行法と調和せず、過失行爲の本質を説明しえないとする見解が對立する」と。

かくて、ニッパードイの説明につき、本文の個所と對比して反論が加えられる。

a 目的的行爲論と因果的行爲論との論争は、構成要件該當の行爲ではなく、行爲一般を問題とする。なるほどニッパードイも、第一三七節で先ず、1、何が行爲であるかを研究し、2、それから法律行爲に關心を向けている。法律行爲に對し法秩序が法律効果を結びつけている點、換言すれば、法律要件を通じて行ふものを法的に重要なものとしている點で、法律行爲を特質づけていることは適切である。

存在論的行爲概念を明確にしようと努力する限り、構成要件該當

性の問題は考慮されないのである。

b 存在論の領域で、行爲が人の目的な意思に基づくというところ、意思がなければ内面および外面を支配する方向づけの要素が考えられないのだということが認識されれば、ここから引き出される歸結は、このような目的意思が構成要件該當の行爲においては構成要件の實現に向けられており、従つて故意即ち法的に重要とされた目的性となる場合にも、行爲の構成部分であるにとどまるという點である。それ故、故意は構成要件の實現に向けられた目的性、従つて構成要件に關係する法律概念の一つなのである。故意は構成要件によつて法律上重要とされた目的性であつて、法的に評價された目的性でもある。刑法上の構成要件は「禁止の素材」と記述される故に、その意味で價值があり、構成要件に含まれた禁止の素材の實現に向けられた故意は、法的非難に値する目的性である。かくて、故意は目的性という存在論的上位概念の法的下位概念である。故意の法的特殊性は、構成要件と内容的に關連している點にある。

c エーラーは故意について次の如く説いている。即ち「心理學と刑法は意思を問題とする。しかも刑法では法的に重要な意思のみが問題となる」と。そしてボールで遊ぶ子、スキーを楽しむ人、狂人を例にとり、この場合に刑法上の評價に服する意思、即ち刑法第五一條の範圍内で法的に重要とされる意思のみを考察の對象に限定し、この法的意思から刑法上の故意を導き出す。「例えば子供又は氣狂いがないうるようになり、すべての人の意思は構成要件を實現しうる。しかし前者の意思は故意ではなくて、單なる心理的現象であるにすぎない。だから刑法は、このような意思の實現に刑罰を科する

ものではない」と論じる。

これに對して「エラーラーが精神科學の方法論一般を用いて論じているのは餘計」なことで、「構成要件は行爲および行爲の内に働く目的的意思の刑法上の重要性を根據づけるのであり、この意思が構成要件との關係で故意となるのである」とし、「刑法が子供や氣狂いの、目的的な構成要件の實現を處罰しない理由は、構成要件の實現に向けられた意思が故意でないとする點にあるのではなく、少年裁判所法一條三項、刑法五一條によつて彼等に責任能力がない點にある」と反論している。「石を投げて隣家の窓をこわす競争をしている十三歳の子供達は、器物損壞の故意を持つていないだろうか。

彼等に故意がないのではなく、單に刑法上の責任が缺けているにすぎないのである。(民事法の規定と比べてみると)彼等は刑法三〇三條「故意をもつて他人の物を損壞した」のであり、民法八二三條一項「故意に他人の所有權を侵害した」のである。十三歳のものは、少年裁判所法一條三項によると、刑法上責任はなく、民法八二八條二項によると、民法上は彼等が侵害行爲の實行に際し、「責任の認識に必要な判斷力をもつている場合には責任がある」。だから、刑法三〇三條、民法八二三條一項に規定された故意の内容は彼此同一であるが、故意行爲に對する責任は異なつて規定されているのである。

d ニッバーダイの斷定の中、目的的行爲論が故意を構成要件該當の行爲の中に算入するという點は正しいが、過失も行爲の構成要素であつて責任の要素ではないと主張するのは不當である。しかしニッバーダイの誤解は、目的的行爲論の本来であるウェルツェルが

教科書の第二版まではこの見解をとつていたこと、そして彼はすでに一九五一年に改説をしたにもかかわらず今日でもこの點が非難されていふという事實に基づくのである。

故意が行爲に屬するならば、非故意的態度は行爲たり得ないという反論は、なるほど總ての人の行爲は目的であるが、目的的行爲の總てが故意的であるというわけではないということを看過しているし、目的性が存在論的構成要素として各行爲に固有なものであるということ、しかし故意又は非故意に關する問題は法的評價の第一段階としての構成要件の面でのみ設定されうるといふ點も看過している。

殺人犯人は目的的行爲し、且つ、この目的性は刑法二二一條の實現に向けられているから同時に故意的でもある。従つて彼は殺人行爲を行うのである。狩の後銃の手入れをし、誤つて發射して人を殺した者は二二一條の構成要件に該當しない手入れ行爲を目的的行爲しているが、刑法二二二條の構成要件については故意をもつて行爲したのではない。手入れ行爲に際し、因果性が手入れ行爲といふ目的的方向づけから「離れる」ことによつて死を惹起したのである。

刑法上主として問題となるのは、行爲の中に働く惡意、信念に基づく社會倫理的根本價值からの離反であるから、その基本型は故意である。刑罰法規の多くは、非難されるべき目的性を伴つた行爲を、非難されるべき目的性を伴うが故に構成要件中に規定するのであつて、過失犯は、例外的に、目的性においては非難されないが、その行爲によつて結果が惹起されたという理由で、構成要件の中に規

定されているにすぎないのである。故意犯の場合には、故意は客観的構成要件と並ぶ主観的構成要件のメルクマールであり、過失犯の構成要件においては、客観的結果の惹起と並んで主観的觀點において故意の欠如のみが認められるのである。故に構成要件該當性の面で對立するのは、故意と過失ではなく、故意と非故意（**a**對**非 a**）なのである。

Ⅳ 以上の論述に基づいて、次に違法性および責任と目的的行為概念との結びつきが究明される。

1 a 違法性の本質的構成要素は、是認せられぬ結果を惹起すること（いわゆる結果不價值）ではなく、故意犯では、結果に向けられた行為（いわゆる行為不價值）なのである。これを示すものは不能犯および單純擧動犯——これの不法は本來、行為不價值のみに基づく——である。過失犯においても、違法性は結果の惹起それ自体によつて根據つけられるものではない。行為者が、命ぜられた注意を拂つたなら避け得たであろうような結果惹起のみが違法なのである。法秩序は法益侵害の意識的な招來を否認し、禁止するにとどまらず、許された行為をする場合にも、その目的志向において生活上法益侵害を避けるべく命ぜられた程度を保つということ（ウエルツェル）、換言すれば、取引上必要な注意を拂うべき事を社會構成員に命ずる。

b この點に「社會相當性」という概念の働く餘地がある。この原理は、特殊な違法阻却事由（正當防衛等）を要さずに、法益の不可避的侵害の違法性を阻却する。これは、法秩序が生活上必要やむ

を得ざる典型的に危険な仕事の場合のみならず、技術の増大に伴つて法益が侵害され危殆化されるという事實を、全般的に忍受しなければならぬことを意味し、このような事態をたとえ相當な注意を拂つても避け得ないという場合にはこれを非難しないということの意味する。ニッペーダイは九一六頁で次の如く言う。「他人の利益を侵害することがすべて違法なのではない。何故なら社會生活はこのような角逐から成つていからである。違法たるために常に必要なのは、法的禁止、命令（故意によらない侵害の場合には、注意を要する命令）が破られるということである。」エンギンシュは「社會的に相當なる行為の適法性は、完全なる無害性に基づくのであつて、これを正當づけるために、特に利益の優越を確定する必要はない」と簡潔に特徴づけている。

社會に適合した生活から發生する不可避的な損害惹起は、災害でこそあれ、不法ではない（獨民二七六一、2参照）。

九一八頁、九二一頁では、若干不明確ではあるが、この社會相當行為は違法ではなく、同時に構成要件に該當しないと説かれているが、この點について刑法上も（ウエルツェル自身も）確立した見解を示していない。多くの責任論の中構成要件の錯誤と禁止の錯誤を區別する理論に従うなら、この點は責任論で實際上重要となる。

2 ニッペーダイは責任論においても、目的的行為論の成果を繼承して（九三三頁）、「果して刑法上の責任論を、そのまま民法に持ち込めるかという問題は、一見したところ確かに疑問である。何故なら刑法上の責任論は、故意犯と過失犯の嚴格な區別および減刑の可能性に基づくものであるから、民法の不法行為に何等役立たな

い。更に、この責任論は行爲者類型についての特殊な犯罪學上の觀念に基づく。しかし、それにも拘らず、民法上も故意と責任とを區別することは正當であり、これより生じる歸結、即ち、意思的に行爲し、しかも過失により法律の錯誤を犯した行爲者は、故意に行動したのであり、過失で行動したのではないとする歸結も、また正當であると私は考へる」と言う。しかし、「法政策的考慮から出たこの論議は、原因と結果をとり違へている」と。刑法上の責任論は、故意犯と過失犯との嚴格な區別に基づくものではなく、この區別の結果、責任論が効果的に働くのである。それ故、民法にも實益をもたらずかどうかは疑問である。

故意が構成要件の實現のみをその内容とし、構成要件に該當する行爲の主觀的部分を形成することは、目的的行爲論により導き出されてゐる。従つて、故意は一方では責任に屬することは出來ず、他方違法性の意識(禁止の知了)は、故意に屬することはあり得ない。責任論では、禁止の知了および禁止の錯誤が、責任にとつて如何なる役割を果すかという點のみが決定される必要がある。

ここで聯邦裁判所刑事部の判例(B.G.H.St. 2. 104 = J.Z. 52, 36)が引用される。この判例の内容は、故意は單に構成要件の認識であり、禁止の認識は獨立の責任要素である。行爲者は故意に行爲したのではあるが、但し禁止の錯誤を犯して行爲したとき、行爲者が良心その他の認識能力を相當に緊張したなら、當該禁止、命令を認識したであらうような場合、一般に責任は輕減される。錯誤につき責めなき場合には、たとへ故意であつても、責任非難は加えられないといふのである。

この判決では故意も責任要素と考へているが、この點を除けば目的的行爲論の結論と一致するのである。

この考へ方をとる以上、「(責任能力のある)行爲者が法的禁止、命令を知らず、若くはそれを誤解した結果、不法を行う」という意識を持たない場合だけは、例外的に、その行爲につき責任ありとする非難を受けることはない(九二五頁)と説くことは許されない。更に、このことから、故意行爲者においては「責任非難は違法性の意識」を前提とする(九二五頁)という誤まつた結論が生れてくる。責任の認められるのは、禁止を知つて或る行爲を行う場合、又は禁止の錯誤に責められる場合なのである。

しかし、九三〇頁以下では「行爲者が、禁止的な法規範の存在を知了している場合にのみ、その行爲に責任ありとされる」という主張があつて、先の誤りは修正されている。もつとも、この主張を原則化するには「制限」が必要である。ニッバーダイは、聯邦裁判所刑事部判例第二卷一九四頁に従つて、責めある禁止の錯誤も、責任非難に至らしめるといふ點にこの制限を認めている。責めある禁止の錯誤と禁止の知了とは、責任を構成する要素としては二者擇一の關係にある。ニッバーダイの態度は、民法的思考の段階にあつて、故意説を土臺とし、責めある錯誤をふくめてすべての禁止の錯誤に故意を否定し、過失において、禁止の錯誤は「全く例外的に」責任を免れ、責任阻却の色彩があることを強調する。しかし、程度の差はあるにせよ、禁止の錯誤にも禁止の知了にも責任は存在するといわねばならない。

3 過失行爲者は、「その行爲の違法性を認識していた事を要し、

然らざる場合には責任は生じない」(九三二頁)と彼は言う。故意的でなく行爲をした者は「自分が何を爲すか」知らないのだから、その行爲が違法であることを知り得る筈がない。認識ある過失の場合にも、行爲者は結果が可能性の範囲にあることを見通してはいるが、結果實現の意思は持っていないのであり、法益侵害の回避可能性を信じているのであるから、彼はその不用意の非故意的結果惹起につき違法性を意識する筈はない。

この他の點でも、「個別的」過失を刑法より繼承している點に問題がある。

過失が非難されるのは、行爲者が取引上必要な注意義務に反したということでは足りないのであつて、この客觀的注意義務を、彼がその個人的、主觀的な能力、情況の下で遵守出来たであろうような場合に限るのである。だから従來通りの過失の定義「取引上必要な注意を怠つた事」(九三六頁)は正當でない。民法上個別的過失論を否定する通説に従うならば、民法二七六條の右の要件は、過失行爲の責任を根據づけるのではなく、その違法性を理由づけるのである。何故なら「行爲の個別的回避可能性こそが、客觀的に要請せられて注意を怠つて爲された行爲に對する、非難可能性の構成要素たるもの」(九二五頁)であるから。このことは、別に目新しいものではないし、責任なき不法を民法二七六條一項二號から引き出すことを意味するものでもない。

責任能力者は、個別的能力に應じて客觀的な注意義務を遵守し得たであろうといふことはいえるが、「(責任能力ある)不完全能力者、無學者、虚弱者が、全力をつくしたにも拘らず、なおただ單にその

精神的若くは肉體的缺點のために、故意過失なくして、行爲に出でざるを得なかつた場合、責めを負うべしと宣言される」(九二五頁)という事は、非難に基づく責任であると言えようか。

責任は自由を前提とし、行爲者が適法に行爲し得たであろうことを理由として、違法行爲は非難される。かくて民法が對決しなればならないのは個別的過失に基いて責任(Schuld)も民事責任(Haftung)も否定し、それによつて年少者又は精神的限定責任能力者の利益を公益より優先させる(ニッパードイ)か、又は責任の領域に一個の特殊地帯(結果惹起の責任ではなく、責任なき不法に對する民事責任)を承認し、一般公益を優先せしめようとするかの問題である。

(未完)