

Title	現代刑法理論と民法(二・完): ニーゼのニッパーダイ批判をめぐって
Sub Title	Modern theory of criminal law and civil law (2)
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.8 (1957. 8) ,p.61- 71
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19570815-0061

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.

現代刑法理論と民法（二・完）

— ニーゼのニッパードイ批判をめぐって —

中 谷 瑾 子
宮 澤 浩 一

B

I 目的的行爲論が、民法においても刑法におけるような成果をもたらす理論體系であるかどうかという點が検討されなければならない。

まず行爲を問題にするとして、民法が原則として人間行爲の目的性を考慮しているか否かという點が問われなければならない。

事實、これは、意思表示の際に明瞭に表われている。私法秩序は、目的意識の意思を市民的な生活の中心の形成要素として來た。立法理由書も、法律行爲を定義して「法律上の効果の招來に向けられた私法的意思表示であり、その効果は意欲されたが故に法秩序がこれを賦與するものである」と言う。一定の法律効果に向けられた目的性は、法秩序によつて法形成力を與えられており、實定法的な意味で「民法上重要な目的性」となる。意思主義と表示主義とのアンチ

テーゼを、内部的意思と外部的表示とのジンテーゼによつて克服しようとする實現説（*Geltungstheorie*）において、目的的行爲論との密接な關聯があるとニッパードイは言う（七〇二頁）。

意思表示は法形成力を目的として實現された意思である。従つて意思表示の解釋に際し（民法一三三條）探求されるべきものは、「表示の中に表現された限りにおいて」の意思であつて、潜在的な「表示」されざる意思ではない（八九五頁）。

しかし、取引の安全という觀點から、表示の内容に對應する意思が缺けている場合でも、意思表示が適法かつ有効であるという點については、實現説も異論は唱えない。社會構成員が、故意に又は法的取引における自己の行爲の意味を誤解して、相手方に一定の法律行爲の意思の存在と表明とを推測、信頼せしめ、しかもこの點について合理的根據がある場合、相手方の推測、信頼は保護される（信頼説）。この「取引慣行に基づく法的擬制」（聯邦裁、民事判例集十

一卷五頁)の根據は「法的生活においても、目的的方向づけられた外部的態度から、その態度に相應する目的志向的意思其れ自體が常に推測せられ得、從つて法律行爲の取引における相手方はこの推測を信頼することが法的に許されるのだ」という經驗である。

このような見解の對立について、民法が考慮しなければならぬ點は、「法律行爲の取引に關與するすべての者の相對立する利益、法律行爲當事者間の利益を何等かの方法で調整する事」である。信頼説は、相手方が事情、慣習を考慮して行爲から合理的に讀みとれた筈の法律行爲の意思を表示者に對して擬制して、表示受領者の利益に解決している。

刑法上も、故意犯については、行爲者の外部的態度から故意が推定される場合が多い。しかし、これを争い得ざる推定と置き換えることは出来ない。刑法二五九條から引き出されるいわゆる「故意の推定」は、裁判官の自由な證據評價に對する指示にすぎず、事情によつては排除も出来るという、應の證據を示すにすぎない。或者が罰せられるためには、構成要件に該當する行爲を違法かつ有責に犯したことが完全に立證される必要がある。

刑法においては人間の行爲のみが考察の中心となる。而して行爲が獨立して刑罰の對象とされるのか、それとも行爲者がその行爲について倫理的にその人格を以つて責任を負うのかが追及される。故意犯の場合には、可罰的行爲は内的にも外的にも現實の形で存在し、しかも構成要件の實現に向けられた意思を伴わねばならない。ところが民法においては、前述の通り、法律形成に向けられた意思は「法律効果の根據」と考えられるが、その他に法的取引の安全、

特に表示受領者に對する關係が考慮される。だから或る行爲が相手に一定の法律行爲の意思を推測せしめる場合には、たとえその意思が辯護の餘地ある「意味の錯誤」によつて、存在しない場合でも責めを負わせる。刑法は行爲を現實的に、つまり行爲「そのものとして」行爲者との關聯において個別的に考察する。これに對して民法はある態度を他の社會構成員との關聯において全體關聯的 (konstitutiv) に考察する。

以上述べた民、刑兩法の考察方法の差異は、兩法體系に著しい差異をもたらすことになる。いわゆる優越的因果性 (überholende Kausalität) の問題をみてみる。刑法は、社會生活の根源的、社會倫理的な根本價值からの脱落 (但し行爲に現われたもの) に對して、刑罰を以つて威嚇する。刑法では第一には、犯罪行爲の中にふくまれている、意圖に即應した行爲價值に對して反撃を加える。例えば安樂死における如く被害者の死が必然的である場合とか、他人の住居に放火したところが、翌日そこに爆彈が落ちて爆破坑と燒野原に變つた場合とかにあつても、殺人行爲、器物損壞、放火行爲等の社會倫理的に非難し得る當罰性に變りはない。

この優越的因果性というまぎらわしい名の問題は、民法上では、或る行爲が他人の權利範圍で惹起せしめた經濟的な損害を均等化することを願慮している場合にとりあげられる。殺人の場合に、民法八四四條で扶養の權利を有する遺族の年金請求權の基礎に、扶養義務者たる被害者の「推定的」生存期間を置いてある。従つて、瀕死の者を殺すことは一般に年金請求權を發生せしめることはない。しかしながら、損害發生ということで終り、その時点で損害が確定す

る場合、例えば家屋の焼燬による器物毀損の場合に、問題となるのは因果關係の問題ではなく「損害範圍の正しい限界づけ」という規範の問題である。

次に行爲主體との關係で兩法領域の機能上の差異を見る。刑法は人間の行爲のみを對象とする。行爲者の社會倫理的に非難し得る態度につき責めを負わしめようとするからである。刑法上人間とは「道徳的な成熟に達するや否や、そして又、自由な道徳的自己決定の素質が一時的に支障を來たしたり、或いは一時障害を受けることがない限り、自由な、責任のある、そして道徳的な自己決定の能力を附與されているものであり、それ故に法に即し、不法には反抗して判断をし、自分の態度を法的當爲の規範に従つて調整し、法的に禁止されたことを回避し得る生物である（聯邦裁、刑事部判例集二卷二〇〇頁）」と云われている。従つて法人はこのような道徳的責任を負うことは不可能である。法人の行爲は、人がそれに代つて爲すにすぎないから、人の結合體は犯罪の行爲者とは考えられない。經濟刑法では、結合體それ自體に對し、秩序違反に關する贖罪金を科してはいるけれども、經濟犯に對し刑事罰を許容してはいない。これに對し、税法の中で法人又は人の集團（Personenvereinigung-en）に對し刑罰を科している場合がある（税法犯に對する命令三九三條）。しかしこれは刑法の社會倫理的機能と兩立しない。

民法においては、法人は「意思主體」と考えられている。ニッパードアイは「民法三十一條も法人の、自己の行爲に對する責任と自己の故意過失に對する責任とを考へていると思はれる」（四三三頁）と言つてゐるが、これは存在論的行爲概念の主張者（目的的行爲論）

にとつて肯定することの出来ないことである。ニッパードアイはこの場合、法人を擬人化しているのである。「この機關は生物ではないのであつて、自然的意思を有しない」……「従つてそれは比喩的ではあるが、しかし事物の本質にかなつた見解である」……「従つて我々は、有機體自體を意思主體と考へ、それを人格化する」（四〇一頁）「定款上の機關が行う行爲は、法人自身の行爲と看做され、その意思は法人の意思と看做される」（四〇三頁）。しかし、意思能力、行爲能力、責任能力を有するのは自然人のみであることを考慮してニッパードアイも亦「機關を權利主體および意思主體と考へ、機關の意思をこの主體の意思と見なす」類推が重要なのであるということを示明らかに述べてゐる。彼によれば、人がこの點に擬制を見ようとするかどうかは、どうでもよい。「現行法規定を容易に、かつ目的にかなうように適用することが、このようにして可能にされるならばそれで充分である」（四〇一頁）。

このように法人を單なる法技術上の概念として規定することの最も重要な點は、法人のために活動する人間の意思、行爲、故意過失が法人自身に歸せられる點にある（民法三一條）。他人の行爲の侵害的な結果について、恰も彼自身が行つたかの如くに、財産法上他人の代りになるということは、民法上の保護目的にはかなうが、刑法上は、社會倫理的に非難し得る態度に代つて道徳的に身代りになるといふことは、何人にも認められない。機關説をとることは、目的的行爲と相容れない。代理説のみが目的的行爲論と結合し得る。

以上のことから、「民法が目的的行爲概念を逸脱して、外部から見れば目的的態度ではあつても、内部からみれば目的的行爲でないも

のを取り扱うならば、ここに目的的行爲概念を使用することは出来ない」と言える。實際的な結果の點では、目的的行爲概念は意思表示に關して信賴説をとる場合に有意義となり、法人の行爲を説明するには、機關説をすてて代理説をとることによつて、理論的に實り多いものとなし得よう。

Ⅱ しかしながら民法が、故意過失責任 (Verschuldenshaftung) に基づいて故意行爲又は過失行爲にその法律効果を付與する限り、目的的行爲論の體系の效果は刑法におけるよりもずっと實り少い。

その理由は、民法が「全體關聯的」な目的設定をしている點にある。民法は行爲者が他人の權利領域において惹起した損害を填補せんとするものであるから、刑法とは異なつて結果不價値に重點を置く。たしかに、民法八二三條によつて保護された權利に對する侵害が未遂に終つた場合、その侵害は豫防上その不作爲を求める訴の基礎となり、民法二三三九條一號によれば、殺人未遂は相續缺格という民法上の特殊効果を生ぜしめる。しかし民法上は未遂はあまり重要ではない。

この損害填補への方向づけが、民法法の規範體系に刑法とは異なつた形相を興える。民法法の基本型をなすものは、純然たる結果惹起の法律要件である。民法八二三條一項では行爲の態容には別段の注文をつけずに、一括して、總ての絶對權の侵害を對象とするのである。だから、八二三條一項の法律要件は、民法上個人の法益、即ち生命・健康・自由・名譽等に對する總ての犯罪行爲を含む。法律

なければ刑罰なく、犯罪なしとする法治國家の命令を實現するために、刑法の構成要件は特別な社會倫理的困難が加えられる典型的違法行爲を嚴密に限定しているのだが、民法法には、このような構成要件の特殊な機能は缺けている。

故意犯の行爲の不價値は、それが心情に基づくという點に、處罰するについての本來の手がかりが存し、従つて故意行爲が刑法の基本類型となるのだとする論結は、法に誠實な態度の社會倫理的な根本價値を確保しようとする刑法の特殊な使命の實體論理的な結論である。過失犯は、最高法益に向けられたものに限つて認められる例外である。制裁は刑罰の種類においてもその範圍においても多様であつて、個々の場合には責任と違法の程度に應じて科せられる。これに反して民法法では、故意過失責任 (Verschuldenshaftung) の範圍内で、異なつた責任の等級を、等しく責任原因として同一視している。契約法、不法行爲法においては、債務者に責ある故意及び過失がなければならぬ。そして、責任の程度如何と關係なく、法律効果は同一である。債務者は全損害を賠償しなければならぬ。加擔形式の區別もない(民法八三〇條、八四〇條を参照)。殊に八三〇條一項後段は、反證を以つて覆し得る推定を興えられた惹起行爲に對しても、賠償義務を負わせている。この點からして、共同行爲者の取扱について、刑事法で發揮する効力を、民法法の中に作用せしめることは、目的的行爲論に期待することは出来ない。

民法法では、惹起の要件、責任程度、法律効果の點で劃一的であるから、故意行爲と非故意行爲を法律上區別し、種々の行爲不價値を抽出する目的的行爲概念は、意味がなくなる。何故なら是認せら

れない目的性をもつ行爲（故意行爲）と非難されない目的を伴う行爲（過失行爲）により惹き起された結果惹起は民法法においては、同一の法律要件において、同一の法律効果（完全な損害賠償）の原因となるからである。結果の惹起と結果の不償値に重點が移れば、行爲不償値の意義は全く失なわれる。責任説と故意説の區別も、責めある故意と過失が責任原因として同じ法律要件中に同列に置かれているならば、意味はない。何故なら、責任説は責めある禁止の錯誤の場合に、故意を理由として責任を負わせ、故意説は過失に基づいて責任を負わせるということになる。即ち而も兩者は完全な賠償義務という同一の法律効果を伴っているから。

民法法で故意説、責任説のいずれをとるかの決定を迫られるのは、單に責めある故意についてのみ責任を負う場合である。

民法法上の責任規範において、責任を故意に制限するのはごく稀で、民法二七六條により契約上合意し得る場合である。通説によれば、それは、現在の契約關係の枠内で生じる不法行爲にも及ぶ。この場合故意とは何かが問題である。即ち、故意説の主張するように、法律要件の認識及び禁止の認識（違法性の意識）であるのか、責任説のように、單に法律要件の認識だけで足りるのか。

例えば、契約上責任を故意の場合にだけ制限せられた賃借人が、賃借人の樹木は全く腐朽し、今度風が強く吹けば倒れて自分の工作物を破壊する恐れがあると誤信して切り倒した場合に、故意説によれば、賃借人はそれを倒すことが民法二二八條により適法であると信じたのであるから、過失によつて行爲したということになる。責任説によれば、彼は知りかつ意欲して他人のものを毀損したのであ

るから、彼は故意を以つて行爲したのであり、彼が樹木はなおしつかりして、工作物に何等危険のないことを當然知つていなければならなかつた筈の場合には、責任を負わしめられる。

前述の場合禁止の錯誤は、違法性を阻却する行爲事情の誤解に基づく。日常の殆んどの場合、禁止の錯誤は、行爲者が、彼の知つて「抽象的」な禁止は、行爲の際の「具體的」な違法阻却事由の前では後退するのだと信じた事に基つるのである。「嚴格」責任説は、違法性を阻却する事實状態についての誤認をも故意と關係のない禁止の錯誤として取り扱つている。「制限」責任説は、違法性を阻却する事實状態についての錯誤を、故意を阻却する構成要件の錯誤とし、違法性を阻却する規範の存在及び法的限界についての錯誤のみを禁止の錯誤とみなしている。

ニッバーダイが、右のいずれの説に従うかは明らかではない（九三一・九三三頁）。責任が故意に限定されると、右の理論のいずれをとるかについて、民法法は決定をしなければならない。目的的行爲論と共に、嚴格責任説がひきつがれれば有効である。

責任を故意の場合にのみ限定する民法八二六條において、通説に従つて、故意に行爲する加害者が良俗違反の意識を持つ必要がないとするならば、民法法は、禁止規範についての錯誤を責任説の意味で扱つている。良俗違反は違法性の一形式にすぎない。形式的な法規に基つて、或る態度が適法ではあるが良俗違反であると言うことは出来ない。民法八二六條、二二六條、二四二條の法倫理的規制は、正當な權利行使の限界が、善良の風俗、及び信義則違反の點にあることを示す。權利の濫用は、權利の行使ではない。濫用の始ま

るところ、權利は消滅する。違法な態度がすべて良俗違反であるというのではないが、良俗違反の態度は、常に違法である。責任説を貫徹するに際して、ニッパードイが、違法性の意識についてと同じことが良俗違反の認識に妥當すべきであるとするのは正しい。責任非難は、行爲者が良俗違反を知り、或は必要な注意を拂えば知りえたであらうということに基づく(九三二頁)。しかしこういつておきながら、脚註八で、八二六條は良俗違反の認識を必要としないという通説は克服されたものと考える、といつてゐるのは矛盾である。通説が、民法八二六條において責任説に左袒していることは明らかである。良俗違反の不知につき責めあるということで、責任非難をなすに充分であるとすれば(責任説)、責任非難は良俗違反を現に意識することと無關係である。ここにニッパードイが、責任説(責任説によれば違法性の意識の可能性で充分である。——筆者註)をとると言つたにも拘らず、違法性の意識が責任に屬するという原則に、なお固執する原因があるのである。

最後に、刑法の個別的過失が民法でも亦必要とされるべきかどうかの問題が論ぜられなければならない。

刑法上の個別的責任に關する理論的成果は「客觀的な注意義務の違反は、違法性の一要素である。個別的能力上、客觀的に命ぜられた注意を拂ふことの出来なかつた者も、その損害を賠償しなければならぬ」とすれば、それは過失責任(Verschuldensartung)ではない」といふ點に要約し得るが、これは民法にも妥當し得る。そこでニッパードイは「このような場合、責任がないから、道義的觀點に立つて、賠償の責めは認めらるべきではない」と論結する。し

かし法政策的にはこれは極めて疑わしい。即ち、未成年者若しくは限定責任能力者の利益が、一般の利益と衝突する場合に、法が常に前者を優先せしめるかどうかは全く疑わしい(九二五頁)。刑法の場合とは異なつて、民法においては、債務のない責任、更には違法性のない責任(後述)が認められてゐる點を考えると、一般の利益を優先せしめてゐることが明らかである。ドイツ民法典の立法者は、「過失ある行爲者には、責任を超えた、法定の保證義務が課せられること」を認めていた。しかし法典には明記されてはいない。學説には、取引において要求される注意の違反があつて始めて不法となるが、しかしただそれだけでは未だ責任はない、と論ずるものがある。これに對しては、實定法が過失責任の點で、無過失の不法について何等かの責任を必要と考えていなかつたかが問わらるべきである。自己の状態(Besoin)に責めを負わねばならないということとは、生來の同性愛者、又は犯罪への先天的性向をもつた慣習犯人にみられる如く、刑法に全く無縁なものとは言えない。民法において、取引上の注意に反したことによつて加えられる損害から第三者を守るという必要は、正當であるとされる。従つて過失責任を一貫するために、違法な加害から同胞を保護することに限定するよりも、むしろ「責任を超えた、法定の保證義務」を認めることの方が、民法独自の任務にかなうものである。

故意過失責任が全損害賠償法の一部をなすにすぎないものであつて、決してその大部分を形成してゐるものでないなら、上述のことは更に正當なものと言える。ニッパードイ自身、これを「過失責任原則の過度の優越」と言つてゐる(九一四頁)。我々の生活が高度に

技術化するに伴い、大きな損害は人間の責任によるのではなくて、むしろ巨大な物理・化学の諸力から生じるのであるから、「ドイツ民法典の周りに」一段と範圍を擴大してゆく原理を認める必要がある。しかしこの原則を序々に克服してゆく原理を認める必要がある。しかしこれまで民法典の自己完結的な體系構成とその傳統的な中心的地位がそれを妨げてきた。生活の技術化、損害の不可避化に伴い、危険の分配という法政策的課題が一層強く前面にうち出される。まことに、ヘッカーの説くところに眞理がある (Arch. f. ziv. Praxis Bd. 148, 121 ff. bes. 122, 127)。即ち「工業化および動力化が行われる以前では、自己の過失に對して責めを負うことが、時代の社會的要請と一致していた。その限りで、ドイツ民法典の損害賠償秩序は機能を果し得た。社會的必要性のある、現代の技術的・工業的生活の危険に對しては、右の損害賠償秩序は對處し得なくなつた。この新種の冒険という新しい秩序領域は、民法の損害賠償法および民法理論の外で成長した。……その典型的な損害賠償の問題を伴つた現實を見ることによつてのみ、この秩序領域は、その特殊の歸責問題および歸責方法で別個の不法と災害とを獨立して、有機的に結合することができる。」

だがこの廣範圍な災害責任については、犯罪概念を以つて統御されている刑法理論は何等の寄與をなし得ない。目的的行爲論の爲し得る「一つの」寄與は、その違法論が、社會的に重要なしかも危険な業務に際して、命ぜられた注意を拂つても不可避的に生じる損害は、社會相當性があり、従つて違法ではなくて災害であることを明らかにし、かつ確證した點である。この見解は、民法の損害賠償

法の根本的な新しい秩序づけに役立つであろう。

しかしながら、以上述べたような損害賠償法の改革をするよりも先に進歩した國の立法者は、新しい怖るべき種類の災害、即ち原子力の「平和的利用」により、個々の人間ではなく、全人類を威嚇している、全く見極めのつかないような損害に對して法的に備えるべき緊急の任務がある。立法者は、今まで知られなかつたような高度の倫理的責任を受け持つ。立法者が、若し「核エネルギー法」において、原子力から生じうる現存の人間および將來の世代に對するすべての災害についての責任を規律するならば、それによつて、立法者は、全人類を害するように反轉するおそれのある諸力を、經濟的有用性のために放出することが一體人間に許されるのか、そうすることが法秩序および倫理秩序と結合しうるのか、又それは「人間の共同體に適合している」(社會相當性がある)のか、という宿命的な、困難な問題を「肯定」することになる。

だがしかし、運命の「回避可能な」挑撥は、むしろ「違法」ではないだろうか？

解題

すでに「まえがき」で指摘した通り、ニーゼは本論文において、ニッバーダイの試みた目的的行爲論を以てする刑法と民法との架橋に對する批判、ひいては目的的行爲論の民法領域への導入の可否を自己體を論じているのである。本抄譯によつても窺われるように、ニッバーダイの試みは必ずしも成功したものとは云えないが、それは、刑法理論として争われている「目的的行爲論」に對する理解が必ずしも正鵠を得た

ものでなかつたことが大きな原因となつて、いるように思われる。元來刑法學における行爲論は、構成要件との關連においてのみ論すべきものとする立場(例えば小野清一郎博士)はもとより、その他の立場においても極めて規範的な色彩の濃いものといふべきであつた。これに對して目的的行爲論は、行爲を直ちに構成要件と結びつけようとはしないで、専らその存在構造を重視し、存在論的、前法律的なものとして、しかも人間の行爲として、主觀的側面と客觀的側面との相即不離の統一體として把握しようとするのである。即ち、ここでは刑法的ニ構成要件的行爲概念ではなくして一般的行爲概念が追及されるのである。目的的行爲論が前法律的、存在論的行爲一般を前提としてゐることから、形式論理的には、それは全法領域に妥當する理論であると論結されそうである。ニッバーダイもこの點を重視したものである。しかしここで我々はもう一度續つて、目的的行爲論が從來の刑法的行爲論に對するアンティテーゼとして出て來たものであり、そもそも刑法理論という固有な思惟の苗床に育くまれ、前法律的、存在論的とは云いながらも、その規制面では常に刑法的規律を豫定しており、刑法理論における各分野にわたつて微妙に反響し合うハーモニイの基調であることを再認識すべきであらう。そのような廣汎な相互關連を度外視するならば輕卒と誤謬のそしりを免れないであらう。ともあれニッバーダイは目的的行爲論の主張の核心を追うに性急の餘り、その刑法理論の全領域に及ばず影響乃至はその役割を充分理解していない嫌いがあり、反面ニーゼの批判は目的的行爲

論を辯護し、ニッバーダイの目的的行爲論に對する誤解を解こうとすることにのみ急で、例えば「この理論は全法領域に妥當する理論である」と昂然斷言した端から、民事法の領域では目的的行爲論の體系は實り多いものをもたらすとは云えないと論じてゐるあたり「語るにおちた」感がある。要するに、ニーゼ自身もある程度意識して論じてゐるように、倫理的な人格非難の觀點から行爲不價值(Handlungsunwert)に重點をおく目的的行爲論は刑法の領域においては妥當し得ても、生じた損害の填補の觀點から、むしろ結果不價值(Erfolgswert)に重點を置かざるを得ない民法の領域には妥當しないように思われる。

しかし以上の所論から直ちにニッバーダイの試みは全く失敗であり、ニーゼの批判も何らの價值をもたないという結論がひき出されてはならない。

わが國において目的的行爲論への關心が示された最初の論稿は、私の知る限りでは東京大學の平野龍一教授の「故意について」である。これが發表されたのは法學協會雜誌第六七卷第三・四號(昭和廿四年八・九月號)である。爾來木村龜二東北大教授、平場安治京大教授、井上正治九大教授、植田重正關大教授、福田平神戶大助教授、中武靖夫大阪大助教授、中義勝關大助教授、下村康正中大助教授等が折にふれ發表された、目的的行爲論に關係のある論文は極めて多い。戦後の日本刑法學界の最大關心事の一つは正に目的的行爲論であつたのである。このようにドイツはさておき日本の刑法學界において目的的行爲論の關心が八年餘にわたりこれほど熱心に披瀝されたにもかかわ

らず、わが國の民法學界では私の知る限り一片の顧慮すら拂われていないようである。それは一面では刑法理論において依然むしかえされている體系構築論といういわば「觀念の遊戯」から超然と己を持っているとも受けとれるし、又未だむしろ形成途上にあつて提唱者たるウエルツェル自身動搖を續けている新理論の完成に至るまでの沈黙とも考えられる。その點から彼此考え合せると、たとえその果す機能、その目的等を異にしているとは云え、その獨自性に安んじて相互に關係のうすいものとして放置せず、民・刑兩法とも同一法秩序内にある法領域として、そこに何らかの架橋をしようとし、しかもその架橋の媒體として目的的行爲論を民法へと導入しようとしたニッパードの試みは、やはり極めて野心的なものであるとして試金石的價値ありと云わなければならぬであろう。その試み自體むしろ失敗で検討、訂正されるべき多くの點を残したとしても今後の發展の可能性が信じられてよいであろう。ニーゼの批判も前述のように論理一貫しないものはあるが、とくに違法性の意識に關するいわゆる「責任説」と民法との關係や、いわゆる「社會相當性の理論」による損害賠償法の新しい秩序づけの提案等聞くべきものがあるのではなからうか。又、最後の、原子力の利用に關する發言も簡單ながら極めて注目に價するものであることを看のがしてはならないであろう。

以上長短相俟つて我々はニッパード、ニーゼの議論を通じて、目的的行爲論の民法領域への導入の可否、ひいては目的的行爲論それ自體についての認識を得ることができる。その意味

現代刑法理論と民法

で本稿は民事法關係者に何らかの寄與をなし得ると同時に刑事法關係者にとつても目的的行爲論批判のため一素材としての意味を持ちうることに信じる。そして本資料の意義も亦そこに求められるであろう。

文 獻

本稿において問題とされている目的的行爲論とはいかなる理論かという點については、すでに前述の通り、諸刑法學者によつて紹介済みであるので、ここで蛇足を加えるべきではなからう。ただ、本誌を購讀しておられる學生諸君の研究と理解の便のため、主たる参考文献のみを指摘するに止める。

ドイツ語の文獻

H. v. Weber, Grundriss des tschechoslowakische Strafrechts, 1929.

ders., Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935.

(目的的行爲論の主唱者はあまりにも有名なハンス・ウエルツェルであるが、その萌芽とも見るべきものを最初に提唱したのはフォン・ウエルバーである。その意味で上述二著は注目される。)最近では Grundriss des deutschen Strafrechts (1948) が目につく。

H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung, 5. Aufl., 1956.

ders., Um die finale Handlungslehre, 1951.

ders., Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl., 1952.

ders., Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953.

Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1954.

Lekschas, Die Lehre von der Handlung unter besonderer Berücksichtigung strafrechtlicher Probleme, 1953.

本場ドイン以外の諸外國における目的的行爲論に關する論争を見ると、わが國におけるそれが最も活潑であるがその他にも例えばイタリーにおいては、ウエルツェルがイタリー語で書いた論文を發表した事情等も相俟つて中々見るべきものが多い。その他注目すべきものとして

フランス語の文献

Paul Piotet, La doctrine dite Finaliste de l'infraction (《Annale Handlungstheorie》) — Étude critique (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 71. Jahrg., 1956, H. 4, S. 385 ff.)

イタリー語の文献

H. Welzel, La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione, Rivista penale italiana, 1951, p. 1 e.

ders., Il nuovo volto del sistema penale, Jus, 1952, p. 31 e.

Marcello Gallo, La teoria dell'azione finalistica nella

piu recente dottrina tedesca, 1950.

F. Crispigni, Diritto Penale Italiano, Vol. II, 1952. ders., La nuova sistematica del reato nella piu recente dottrina tedesca in scuola positiva, 1950.

Giuseppe Bettiol, Diritto penale (parte generale), 3ed., 1955.

(とくにニッチオールの本著は、その第二版で、来るべき第三版にはウエルツェルの體系によつて改訂すると言明されていた「序文九・一〇頁」が本版「第三版」一四九頁以下の行爲論一般、とくに一八八頁以下の敘述には注目すべきものがある) スペイン語の文献

Rodriguez Munoz, Consideracione sobre la doctrina finalistica de la accion, Anuario, 1953, p. 207 e.

ders., La doctrina de la accion finalistica, Valentia Vol. 27 (1953/1954).

わが國における文献

平野龍一 故意について 法學協會雜誌六七卷三號二二六頁以下、四號二二五頁以下

木村龜二 刑法における目的的行爲論——その意義と價值 季刊法律學一四號三頁以下

平場安治 刑法における行爲概念と行爲論の地位 小野博士還曆祝賀論文集上卷三三頁以下

同、刑法總論講義

同、目的的行爲論の素描 季刊法律學二四號五〇頁以下

井上正治 故意と過失の限界 刑法雜誌一卷二號二二七頁以下
同、目的行爲論の體系上の地位——犯罪論の一つの體系 法
政研究二〇卷二—四合併號一九七頁以下

植田重正 目的的行爲論と間接正犯 瀧川博士還曆祝賀論文集
下卷六四七頁以下

福田平 目的的行爲論について 神戸經濟大學創立五十周年記
念論文集一三三頁以下。なお、福田助教は本論文を壓縮し
たものを書齋の窓、刑法學入門にも發表されている。

中義勝 刑法における行爲の概念 刑法雜誌四卷四七六頁以下
中武靖夫 主觀的正犯概念 法學論叢五六卷三・四號、五七卷
四號

下村康正 ヴェルツェルの行爲論 法學新報六四卷四號二七頁
以下

附記 本資料は「まえがき」においてふれたように、ニー
ゼ教授が *Juristenzeitung* 紙上に發表した「*Die moderne
Strafrechtslehre und Zivilrecht*」の抄譯である。しか
し、本資料がここにこのような形で發表されるについては、よ
き指導者と多くのよき協力者のあつたことを明らかにし、感謝
を捧げたいと思う。

まず原文譯出の経緯を簡単に述べると、本塾大學院の民事法
研究科においては、その設置以來津田利治教授がエンネクツェ
ルス・ニッパードの民法教科書をテキストとして獨法の講義
が進められている。ところが本文にも明らかなように、その

現代刑法理論と民法

「不法行爲」論に關してしばしば目的的行爲論が引用されてい
るので、學生全員の理解の便のため、昨春宮澤が目的的行爲論
の主張のアウトラインを説明したのであつたが、その折津田教
授から「これを一つ翻譯して研究してみないか」と示されたの
が、ここに抄譯、紹介の論文だつたのである。

そこで、民事法研究科出身の宮澤浩一、林脇トシ子、石川
明、當時まだ大學院學生だつた内池慶四郎の四名がこれを輪讀
翻譯し、津田教授の許に提出、種々御指導を仰いだのである。
その後に至り、これを抄譯して學界に發表することに何らかの
意義あるものと考え、津田教授の御了解を得、更に紙數の關係
もあつたので林脇、石川、内池三氏の承諾を得て抄譯したもの
を紹介、發表することにしたのである。抄譯は主として宮澤が
これを擔當し、中谷が多少筆を加えた。従つて中谷、宮澤兩名
の名で發表されても、實は前述諸氏の協力によるものであり、
もし本資料に何らかの價値ありとせば、その大半は優秀なる協
力者の力に與るところである。しかし、ここに出來上つた抄譯
自體は、ニーゼ教授の眞意が充分傳へられていなかったり、極
めて拙譯と思われる箇所乃至は更に誤譯となつている箇所も
二、三に止まらないであろう。これらは全く抄譯に際しての中
谷、宮澤兩名の淺學非才の責めに歸せられるべきものである。
なお、「まえがき」「解題」「附記」共に中谷が擔當した。

以上本資料成立についての協力者を明らかにしてその協力に
感謝を捧げると共に、私共兩名の責任の所在を明らかにして大
方の御批判、御叱正を乞う次第である。