慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ダンネルト著『イタリア刑法理論に反映したウェルツェルの目的的行為論』
Sub Title	Gerhard Dannert : Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik
Author	宮沢, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.11 (1963. 11) ,p.122- 128
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19631115-0122

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.

ン、トラスト、カルテルや、その他の「競争を妨げる」経済権力の諸形態によつて、巨大な資本蓄積を行う産業時代の社会における権力状況に対して、新自由主義者たちの批判の眼がむけられたことは確に意義のあることであり、それによつて社会主義者たちとの競争に参加したことになる。なぜなら、彼らがこの問題においてまさに「国家」の危険な可能性を認識しているからである。

新自由主義者たちは、社会主義的静観主義を断乎として拒否する。すなわち、それは「父なる国家」(Vater Staat) にすべてをゆだねるが故にである。そして彼らはヨーロッパ政治の基本的課題の実現に関して新出発の気構えをみせている。すなわち、より正確に、より合法的に、ただし事に処しては不屈に、政府と社会の間の境界線を確定しようとするのである。そのあらゆる欠陥にもかかわらず、ヨーロッパの新自由主義者たちは、決して終ることのない課題、すなわち、社会的正義と自由の間の、共同体人と個人との間の、理性と意志との間の均衡を創造しようという課題をその身に負つているのである。

（多田真鋤）

Gerhard Dannert: Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik

1963, SS. 147

ダンネルト著

『イタリア刑法理論に反映したウェルツェルの目的的行為論』

I　著者ダンネルトについて筆者は寡聞にして知らないが、恐らくゲッチンゲン大学のジーゲルト教授の門下ではないかと思う。ゲッチンゲン大学のディセルタチオンとして受理され、同大学法学部の編集する法学研究叢書第四七巻として発刊された本書の扉にも、序文にもこの点の言及はない。しかし、現在、西独刑法学界でイタリア現代刑法学に非常な関心を示し、論文三編を公にしているのは、他ならぬジーゲルトであるから、私の推測に根拠がないわけではない。Karl Siegert: Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte neuester italienischer Literatur, Goltdammer's Archiv fur Strafrecht Jahrg. 1955, S. 144 ff. Ders. Das italienische Strafrecht und Straf

prozessrecht nach Frosali, Bettiol und Battaglini, GA, Jahrg. 1959. S. 243 ff., Ders.; Italienisches Strafrecht und Strafprozessrecht in neuen Veröffentlichungen, GA, 1962. S. 74 ff. の三編がこれである。

ところで、イタリア現代刑法学が、ドイツにおける目的的行為論の展開に相当深い関心を示していることは、我が刑法学会における状況と比べて勝るとも劣らない程度であることも知られている（宮沢・イタリア刑法学の現状・本誌三三巻一〇号五八頁以下）。目的的行為論が議論の対象となつている国は、スペイン、イタリー、日本であることから、この態度は新しいものに飛びつく後進国的なところの特徴として批判されている（滝川幸辰・法律学と私・法学セミナー・八五号一三七頁）が、一概にそうきめつけたものでもあるまい。学問的情熱の赴くところが、新しい魅力にみちたテーマにゆきつくことはよく見られるところであり、伝統のある学問の〝いわゆる〟通説には、行きづまりが感じられることはしばしば経験されるところであるから。ただ問題は、一部に見られるように、自己の過去の業績に固執しつつ、新しい問題にも欲目を出して、しかもこの両者の間に統一がとれないといつた作品である。この種の論述は、読者に混乱を与えるばかりであつて、「何を言つているかよくわからない」という故瀧川博士の評言がずばり当てはまる感じがしないでもない。

イタリア刑法学では、総じて、若い世代に刑法学のこの〝新しい波〟を受容したモノグラフィーの多いことが注目をひく。いわゆる大家の中では、早くから目的的行為論に注目し、共感を示していたベッティオール（Bettiol）を除いては、これを正面からとりあげた論著はグリスピーニ（Grispigni）くらいのものであつて、バッタリーニ（Battaglini）、マンヂーニ（Manzini）、マジオーレ（Maggiore）等は殆んどこれと対決をしていない。部分的な引用が散見されるにとどまる。もつとも、アントリセイ（Antolisei）の体系書は目的的行為論をとり入れて、工夫したものである。

本書の著者ダンネルトは、現代イタリア刑法学の中に投じられた目的的行為論の争点に対し、イタリアの側に見られる賛否の声を丹念に聞き、それをよく咀嚼して理論体系の系列に分説して、イタリア刑法学に目的的行為論が如何に反映しているかを浮き彫りにしようと試みる。ガルロ（Gallo）、マントバーニ（Mantovani）、サンタマリア（Santamaria）、カンピッシ（Campisi）、等のモノグラフィー（これらの表題につき前掲小論参照）を縦横に紹介、批判している態度は好ましい。

ともあれ、ドイツの刑法学界の目から見たイタリア現代刑法の一断片を、ドイツ語で読むことが出来ることは、イタリア語を読むのに関のかかる者にとつて、この上もなく便利である。もつとも、筆者の手元には著者ダンネルトの駆使した資料の殆んどすべてがあるので、この著書に見受けられる誤解、どうかと思われる批判等については、いずれ機会を改めて、論議したいと思う。ここでは、本書の大体の内容を紹介し、簡単な評言を呈するにとどめる。

II　本書は五章に分れる。第一章は序説であつて、本書叙述の目的（第一節）、目的的行為論に関する概観（第二節）、イタリアの立法と学説の現状について（第三節）に分説されている。第二章は目的

的行為論の哲学的・方法論的根本問題と題され、序説（第四節）、存在論的行為概念（第五節）、存在論的構造への立法者の拘束とは？（第六節）、ベッティオールの目的主義（第七節）を論ずる。

第三章は本書の中で最も詳細な部分であつて、目的性と故意犯をそのテーマとする。簡単な序説（第八節）に続いて、第一部目的性と故意性において、その後の目的への単なる手段としての構成要件の実現（第九節）、未必の故意（第一〇節）、〝絶対的目的性〟（第一一節）に分けて論じ、次いで目的性と不法なる表題を与えられ、人的不法概念を主たるテーマとする第二部においては、一般的論点（第一二節）、人的不法概念に対する批判（第一三節）、人的不法概念の実際的成果（第一四節）、〝主観的違法性〟論（第一五節）、ガルロの見解における人的不法概念（第一六節）、ベッティオールとマントバーニの不法論（第一七節）、附論・競合の諸問題（第一八節）がそれぞれ対象として詳論されている。第四章は目的性と過失犯を扱う。第一九節は問題の提起、第二〇節はウェルツェルの初期の過失論、第二一節はその最近の過失論をとりあげ、かなりの詳論が見られる。

最終の第五章は目的性と責任と題され、第二二節でイタリアの責任論の状況にふれた後、第二三節はウェルツェルの責任論に対する反論、第二四節はウェルツェルの責任論の実際的結果にふれ、第二五節で技術的責任概念を論じて本書はその全構成を終える。

この小冊子の中で、刑法総論的な諸問題は殆んどすべてが手際よく扱われている。例えば、未遂、主観的正当化事由、共犯論、不作為犯論が第一四節で、禁止の錯誤、自然的故意が第二四節でまとめられている。勿論、これらのそれぞれに問題の多いテーマは、この短かい記述の中では、殆んど簡単にふれられているにすぎない。

Ⅲ　次に、本書の内容について見てみよう。

まず、目的的行為論を紹介、批判する者として、哲学的・理論的前提にまで気を配つている戦前からのベッティオールの業績、戦後のグリスピーニ、ガルロのモノグラフィーの紹介に次いでマントバーニ、サンタマリア、カンピッシの著書の構成にふれている。第二節でのこの要領のいい紹介と併せて、イタリア犯罪論の概観、ことに犯罪論体系の二分説・三分説の過去と現在を解説する第三節はイタリア刑法学の現況を知る上で便利である。

第五節ではグリスピーニが「行為を論ずるとき意思行為を考えないなどということがあろうか。一体どこにウェルツェル説の新しさがあるのか」を問い、ダローラ（Dall'Ora）は目的志向的でない行為の例をあげて、行為の本質的構成要素としての目的性という考え方に反論をし、アルバーニ（Albani）が喜捨、市電の中で漫然と他人の会話を聞くこと、旅行で無関心なまま景色を眺めること等を例示して、これらの場合意思の方向づけはあるが、それと〝目的〟とは同置されえないと批判し、サントロ（Santoro）が不作為や気晴しをする行為等には目的性が欠けていると指摘している等、諸論者の批判を一わたり紹介し、現代イタリア刑法学の中に見られる批判、即ち目的性という概念は刑法の体系構成にとつて必ずしも有用でなく、むしろ矛盾をはらんだ体系となるとする論拠をあげ、それぞれに短評を加えている。この節ではマントバーニの存在論的構成にふ

れた部分が重要である。マントバーニはその独自の存在論的思考に立脚して、ウェルツェルの立場を deontologico であると非難し、自己の立脚点を意思に求める。その議論の特性は次の点に集約出来るであろう。人間行為の特質は意思行為である。それ故に、その中にすでに目的が包含されているのであつて、行為者が決意を行為へと移すときには彼はこの目的に対して決意する必要にせまられる、と説いて、意思性の中にあつて、行為の実行と関聯する内部的目的性と並んで、単なる行為の実行を越えた外部的な目的へと行為を向けるところの外部的目的性を認める。著者は又、目的性と過失とを結びつけようとするウェルツェルの試みに対して批判的である。

次に、アルバーニの批判の中さらに注目すべきものとして精神病者の目的的行為をとりあげる。精神病者には意思はない。しかし、目的的行為論は責任能力を責任論で扱つているのであるから、精神病者にもその行為の目的性ということが予定されているわけである。しかし、このことは実は精神病者にとつては仮説的であり、これこそ自然主義的な見解の表われではないかという批判がこれである。勿論、目的的行為への能力と責任能力とを一緒にすることは妥当ではないが、目的的行為のテーゼである、「目的を思考的にあらかじめ定め、因果の要素を計画的にはめ込むことによつてその目的としたものを合目的的に惹起する」ということは、はたして精神病者について言えることであろうか。精神病の程度によつては帰責性 (Zurechenbarkeit) のみならず、行為能力 (Handlungsfähigkeit) に影響するまでに進行したものがありはしないか。若しあるとすれば、それらの者の〝目的的活動〟とは何か、というのがその要点であり、よく考えるべき疑問を含んでいる。

第六節において、今日、我が国の法哲学者の間でも問題とされているテーマ、即ち、立法者を拘束する存在論的構造とは何か、それを認めるべきか否かが論じられ、「法と哲学とは関聯を持つべきでない、何となれば哲学的概念は可変的であり、先験的基礎を承認する者によつてのみ認識されるからである」とする多くの考え方に対し、若い世代のサンタマリア、カンピッシ等はウェルツェル説を勇敢にとりあげようとしていること、デランドロ (Dell'Andro) も原則的にはこれに同意していることが説明されている。

人間行為に目的的性格があることを強調するベッティオールの根本的な考え方に目的主義 (teleologismo) がある。法を形式的に考察し、現実から、さらには倫理から法を遊離せしめる概念法学に反対し、規定の形式的考察に満足せず、深いところまで下りてゆき、規範が保護する〝価値〟を考慮する法学、〝価値法学〟の必要性をベッティオールは強調する。刑法学はこの価値を求める。ここに具体的論理の重要な役割がある。論理は帰納と演繹を用いるが、現実の要求にかなうよう努め、それは現実と結合した目的に向けられ、刑法規範の保護する社会的価値に仕えるものである。

彼の行為論は、機械的、自然主義的考察によつては行為を把握出来ないのであつて、社会的現実からとり出される観点をかりてはじめて可能となる。ここには価値の観点が用いられるべきであり、目的的要素はもはや無視せられるべきではない、とする。目的を意

識して動作をする者のみが行為を完成すると論ずるベッティオールは行為を定義づけて、「意識的に目的の実現に向けられた意思的な筋肉運動である」という。この定義の中に、客観的要素、主観的要素、目的論的要素の三要素が総合されるべき所以が説かれているのである。

もつとも、右のような〝目的主義〟とウェルツェルの目的的行為論との間に如何なる一致点があるのか、殊にベッティオールは存在論的構造とは混同すべきではないとする価値、倫理的要請の顧慮を強調して居り、これにより彼は存在論的根本構造の考え方を否定する陣営に算え入れられるのである。この問題については、今後の研究課題として留保しておきたい。

目的性と故意性については、特に未必の故意をめぐつて争われている。目的的行為論によれば意思があつてのみ〝目的的〟といいうるわけであるから、〝未必的な〟結果が意思に依拠するものであると指摘しうるときにはじめて目的性と故意性とは同置される。ところが、未必の故意の場合にはこの未必的結果は行為者の意欲するところではなく、故意を認めるにはそれを知つていたこと及び行為者の一定の感情上の態度如何による。イタリアの学者の多くはこの点と附随効果（Nebenfolgen）に関するウェルツェルの所明に対して、激しい批判を加えている。

過失の問題、特にウェルツェルの初期の理論、あの有名な〝潜在的目的性〟という概念を用いた理論構成をめぐつて、イタリア学説は相当華々しい反論を提供した。

その論難中に出てくる諸論点はこれまですでに言いふるされた言葉であつて、ここに紹介する必要はあるまい。特にガルロの著書はこれに焦点を当てて書かれ、非常にすぐれた内容であることを私は前掲の小論で指摘しておいた。ただ、注意すべきは伊刑法二二二条一項により、責任無能力者に対して保安処分を課すに当り、その者が故意で犯したか過失で犯したかによつては取扱上重大な相違があるという点である。精神病等で無罪となつても、故意犯ならば二年以上司法精神病院に強制入院する旨の規定のあるイタリア刑法学では、違法性、責任と過失との関係が重要な意味をもつ。過失に副次的な地位しか与えない理論は、少くともイタリアの現行法の解釈には不適切であるとするグリスピーニの批判に注目しなければならない。同様な問題は二二四条二項にもある。一四才以下の少年にして死刑、無期又は三年以上の有期懲役の課せられた犯罪を犯した者は、それが過失で行われた場合を除き、三年以上教護施設に収容する、とされているのである。

ニーゼの批判によつて、改説されたウェルツェルの最近の過失論についても、ここにとり立てて論ずる必要はあるまい。しかし構成要件的な結果ではなく、何等かの他の構成要件外の結果に向けられた目的性というニーゼの提唱にはじまる最近のウェルツェルの説明はすでに一九四〇年にベッティオールがこれを行つていたことは殆んど知られていないから、これを取りあげてみることにする。

彼はマッサリ（Massari）の説明を用いて自分の目的的行為論を展開していた。マッサリの所説に曰く、過失犯においても意思は目的

を有する。何故なら何等かの目的を設定しない意思はないからである。しかしこの場合の目的は刑法によつて禁じられていない「結果」、即ち、〝惹き起されたのとは異なつた「結果」の実現である。若し行為者が事実上の結果を確実なもの、蓋然性あるものと予見していたならば、彼は計画的にその行為を断念し、〝許された目的〟を実現することをあきらめた筈である、と。ベッティオールはこれを用い、自分の〝目的論的〟体系に組み入れた。「これらの場合には行為者の意思は因果性により圧倒されている。何故なら結果が彼の意図に反して推移したからである。しかしながら、行為者が追行した許された目的はその態度に目的的性格を附与するに充分である。故意犯では従つて因果性は意識的に制御され、過失犯では制御されてはいないが、回避可能であつた筈である。若し行為者が活動をした具体的状況を注意して調べていたならば、それを回避しえた筈である」と。又、最近の体系書では「過失犯では松葉杖にすがつて歩くびつこの行為を論じてはならない。故意行為は目的的行為の典型的な例ではあるが、過失行為にも目的的要素を認めることを妨げるものではない。ともかく事実上惹起された結果に対する観点では出来ないかも知れないが行為者が招来しようとした結果に対する観点ではそれを認めることは恐らく可能であろう」と論じて、患者を治療しようとしたが、過失によつて死をひき起した外科医の例をあげ、生じた結果の死については純粋に因果的で、〝盲目的〟ではあるが、追及した目的（治療）については目的的で、〝目が見え〟ていると説明し、過失の行為性をここに求めているのである。

その他いろいろあげたいことは多いが、これ以上いたずらに本書の内容を羅列することはさしひかえることにする。

Ⅳ　以上、簡単に本書の内容にふれたことからも分る通り、本書は現代イタリア刑法学において目的的行為論に対しどのような受け容れ方がなされているかを概説したものである。概観であるから、それ相応の限界があること勿論であるが、しかし、語学のハンディキャップから、これまで我国に余り知られていなかつたイタリアにおける目的的行為論の趨勢を手軽に知る機会が与えられたことは大きい。勿論、その解説も極めて簡単にダイジェストされ、転訳されたものに立脚しているから、原文の意図がはたして忠実に理解されうるかどうかは分らないが、しかし少くとも、著者の態度は客観的で、かなり公平に記述しているということは出来る。加えて、各所でイタリアの学者の批判に対し、誤解を指摘し、又適切な批判には賛意を表し、イタリア刑法の立て前と相容れないことによつて加えられた批判についてはその現行法の説明を加味し、何故消極的な立場が強いかを明示している。例えば、同法中の共犯の規定を具体的に示しつつ、〝行為支配〟という概念が受容されにくい事情を説明している（六二頁以下）。さらに、故意について、これを責任から切り離して違法の要素と考えるのにイタリアの理論家の多くが難色を示しているのは、イタリア語の dolo という言葉が、ドイツ語の Vorsatz と違つて、価値的に中性的ではなくて、ラテン語の起源たる dolus と同じく、はつきりしたネガティブな響きをもつて居り、反価値、法の命令に対する反抗の考えが現われているので、dolo を単なる事実的故

意と把握しえずに、それを規範的概念として考えることは理解できる（一二三頁）という説明がある。これらから分るように、本書は単なる学説の紹介に終ることなく、イタリア刑法学に対して比較法的研究態度を立派に貫徹した研究書であると評することが出来よう。

ただ、イタリアの通説の説明とどう違うかという点にまで考察が及んだ立体的な研究であればなお一層良いという気がしないでもないが、これは望みすぎというべきか。ともあれ、イタリア刑法学では非常に多くの学者が目的的行為論をテーマとして研究し、それも断片的な引用にとどまるものではなくて、本格的なモノグラフィーの形で数多く出ているという事実は我々の勉強意欲をそそるものがある。特に、それらの多くが単なる翻訳調のものではなくて、例えばマントバーニ、デランドロ、デローラに見られるような誤解や間違いがあるにせよ、ともかくも自信をもつてそれと対決している態度は他山の石とすべきであろう。

著者ダンネルトには根本的には目的的行為論に好意的な態度が読みとれる。ゲッチンゲン大学には、シャフスタイン、アルミン・カウフマン（現在はボンにもどつたかも知れない）という二人の目的的行為論の同調者、そして最近、若いながらも堅実な目的的行為論批判の作品を発表している新任のロクシン教授等が居る。ダンネルトも又、いずれは研究者として作品を発表しつづけることであろうが、ドイツにのみ通用する理論にとじこもることなく、今後も、視野の広い研究成果を発表することを期待したい。

最後に一言。若し日本の学界における目的的行為論が本書と同じようにドイツ語で紹介されたらどうであろうか。本書の程度以上の内容になるであろうか。それとも、「我々の理論と余り変らないではないか」とウェルツェル、ガラス等から評されるようなものであろうか。日本語特有のあいまいな言い廻しで説明出来ているつもりになつている学説を、文法的に二義を許さないドイツ語の表現に直して、批判の風にさらしてみたらもう少し実りある論争が出来るかも知れないなどと考えてみた。いずれにせよ、日本語で発表された沢山の研究成果が日本にだけ知られているのはいかにも残念であると本書を読みながらつくづく感じた次第である。

（一九六三・九・一三）（宮沢浩一）

Donald Atwell Zoll: Reason and Rebellion

An Informal History of Political Ideas
Engelwood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, I.N.C. 1963. IX＋373 pp.

ドナルド・A・ゾル著
『理性と叛逆』
――インフォーマルな政治思想史――

政治思想史といえば、かならずギリシア人の政治思想を端初とす