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

| | |
|---|---|
| Title | 『スイス刑法雑誌』第七七巻 (一九六一年) |
| Sub Title | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 77, 1961 |
| Author | 宮沢, 浩一(Miyazawa, Kōichi) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1962 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.35, No.12 (1962. 12) ,p.75- 84 |
| 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=AN00224504-19621215-0075 |

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.

# 紹介と批評

## Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht Bd. 77. 1961.

### 『スイス刑法雑誌』第七七巻（一九六一年）

I　スイス刑法雑誌は一八八八年にカール・シュトースの手によつて創刊された。爾来、その歴史には中断の文字がない。通算誌齢よりも巻数が多いのは、一九二九年にシュトースの八十歳を祝つた論文集を出し、一九四六年に編集者ハフターのための祝賀論文集、一九五九年にゲルマン論文集を特別号として発刊したからに他ならない。ヨーロッパ大陸にありながら、二度の大戦の影響を蒙らなかつたのも、永世中立国スイスに育つた運命によるものであるが、その執筆陣をみても、思想や立場の如何を問わず開放された門戸から入つて、自由に発言しうる中立の特権が発揮されている。あたかも、戦時において中立国がはたす役割と同じ使命がここに見られる。

特に、第二次大戦中、ナチスに追われ、自国での公式の発言を許されなくなつた故ラートブルッフ教授を一九三五年から編者の一人に加えて、経済的に窮地にあつた同教授を助け、その精神的な苦悩を筆に託して、これを和らげる機会を提供すると同時に、如何なる思想的弾圧の下でも、良心は自由を求めて語りかけることをやめないという事実を我々に示すことによつて、人間性の豊かさ、真理の尊さへの信仰をかきたてずにはおかない。一九三五年に同誌に発表されたラートブルッフの〝身分と刑法〟という論文は、法史学的に主題を説いておられるものの、その結論には次のごとくある。「刑罰の中に包含された公民権の喪失（capitis deminutio）に重点を置く権威刑法に逆行する時代にあつては、社会的な保護刑法、福祉刑法へと刑法を変更することからは、これまでよりもずつと遠のいてしまう」と。ナチス刑法学を旗印にかかげたダーム＝シャフスタインに対し、「権威刑法か社会刑法か」という批判の論文を書き、それによつて教職を追放されたのが一九三三年のことであつたことを考え併せるならば、この発言には如何に大きな勇気を必要としたかは思い半ばにすぎるものがあろう。

II　同誌は創刊以来、久しくシュトースの大きな影響下にあつたが、次第にドイツ刑法学とも、密接な関係をもつにいたつた。それは主として、オーストリアを加えたドイツ語圏とスイスとの間に、人事的な交流が盛んであつたことによるものである。例えば、ミッ

テルマイヤー、グライスバッハといつた人々は、しばらくスイスの大学に講座を持つていたし、事実一九〇五年には、シュトース自身ウィーン大学に転任した。この年から、編輯者が複数になり、一九〇七年（二〇巻）頃から、国際色豊かな内容が見られる。

もつとも、フランスの学者の寄稿は伝統的に余り多くないようである。第一次大戦中はスイスの寄稿が比較的多く、その他、ドイツ、オーストリア・ハンガリー、ユーゴー等からの寄稿が目立つた。第二次大戦中には、ラートブルッフの他に、ミッテルマイヤーが「ドイツ刑法学の危機」（一九三八年）を書き、その中で、ナチス刑法の行き方に懐疑的である一方、主としてオーストリア人のカデッカが、ナチスの意思刑法を喧伝したことは忘れられない事実である。

現にスイスの理論家として活躍している人々の中、ゲルマンは一九三五年から、フライは一九四六年から論文を発表している。

Ⅲ　スイス刑法雑誌の特色が多分にスイスという特殊な地理的環境によつて形造られていることは興味深い。

第一にスイス人の物の考方がかなり実際的であることから、いわゆる理論のための理論に走る傾向が少ない。従つて、いわゆる理論好きのドイツの学者からは、スイスの学説には理論がないという批判を受けるが、その反面、実務での影響を考えた上での理論、実務を指導するための解釈を心掛ける者は、スイスの理論から大きな指嗾を受けることが出来る。

第二にスイスではその国の成立、構成から由来する問題が特殊な事情を構成しているということである。つまり、異なる言語、従つて異なつた心情、風習をもつた三つの地方（ドイツ語系、フランス語系、イタリー語系）に分れる二五州の法律と統一法としての聯邦法との調整が実にやつかいな問題であり、これを主題とする論文が非常に多く登場する。だが、これ等は我々の関心の外にある。

欧米の雑誌論文を紹介する態度として、そこに扱われているすべての論文を網羅することは実は意味がない。それぞれ伝統のある法律の個々の条文の解釈を読んでも始まらない。日本の理論刑法学に問題となりそうなもの、理論的水準の高いものに焦点を当てることが重要である。しかし、細かい解釈問題の中にも、これまで我々が余り意識しないことで、しかも本質論にふれるような主題のものはこれを取りあげる必要がありそうである。

法の社会性、法の歴史性というテーマが実はこれ等の論文の書き方から探れるのではないかということを私は考えるのである。

およそ、法を運用するのは人である。法は人間が創つた制度であるから、法を産んだ人間を通して、その時間空間的制約を受ける。現実の社会から影響され、又、影響する実存的な人間によつて立法され、機能していくという事実を忘れてはならない。しかも、法律は

定立されたときから独立の存在者となる。法を単に抽象的にとらえて、普遍的規範であるといい放つだけではなくて、法を生み出した地盤、それによつて立つ立法者、その世界内存在者としての活動、彼を制約する具体的文化との相関関係、更には法を解釈し、適用する者にも更には法をめぐつて思索をする者にさえ同様の条件が併せ考えられなければならないという点をも指摘しておきたい。

スイスは平和な中立国であるとはいえ、やはり現代という怪物の時代思潮の影響下にある。中立国といえども単なる此の世の楽園ではありえず、政治的経済的変容のいちじるしいヨーロッパに位しているという現実が、そこに現われた論文の上にも影響していない筈はない。若し、そのような執筆の動機を探ることが出来るならば、その点にも注目してみたいと考えている。

一九六一年度の本誌には一〇篇の論文があるが、重要なものはゲルマンの故意論である。他のものには寸評を加えるにとどめ、主として最後にゲルマン論文を検討してみる。

なお、ついでながら、七五巻に祝賀論文集をもつて祝われたゲルマンは一九六二年度から編輯者の地位を去つた。同一年度に二篇を発表したことのないゲルマンにとつて、一九六一年度の作品が白鳥の歌にならないよう、今後の健康を祈りたいものだ。

## Ⅳ 1. Germann: Zum strafprozessrechtlichen Legalitätsprinzip.

スイス刑訴法上の起訴法定主義について論じたものである。評者は刑訴法に通じていないから、批評の資格はない。主題は聯邦法上の犯罪の処遇が各州の刑事訴訟法規定で実際にどうなつているかを検討することにある。訴訟法上、起訴か否かにつき検察官の裁量は許されるか、若しそうだとすれば、法治国の原則に反するのではないかという問題が中心に据えられる。

論文はまず法史学及び比較法的視野による概観(Ⅰ)にはじまり、起訴法定主義の意義を論ずる(Ⅱ)。立法論に若干ふれてから(Ⅲ)、現在のスイス諸州法における法定主義を列挙し(Ⅳ)、現行スイス法ではこの原則は裁判上如何に使用されているかにつきその意義を問うている(Ⅴ)。

## 2. Clerc: Les droits du détenu. S. 34 ff.

一九五八年四月一六日にヨーロッパ委員会(Conseil de l'Europe)が被拘禁者の民事上、政治上の権利を如何に扱うべきかについて加盟各国政府に質問表を送つた。投票の権利、家族の権利(婚姻、認知、養子縁組)、財産管理権、出廷の権利、行政庁又はその他の機関への請願提出の権利、職業を営む権利等。

その結果、一九六〇年一二月に会議が開催され、被拘禁者、被告人、被疑者の選挙権、市民権、社会権に関する勧告がなされた。

本論文は五章十六条に分れたその勧告を逐条的に解説したものである。基本規定、選挙権、市民権、社会権、権利の保護に分説されている。クレルク教授はフライブルク（スイス）大学の刑法、刑訴講座を担当。

3. Markees: Die Strafverfolgung im Ausland begangener Verkehrsdelikte nach dem neuen schweizerischen Strassenverkehrsgesetz. S. 46 ff.

スイス道路交通法一〇一条に外国における違反行為として次の条文がある。

I 外国において交通規則を侵犯し又は道路交通でスイス聯邦法上自由刑を科せられている違反行為を犯し、行為地にて罪となる者は、その者がスイスに居住し又は滞在し、外国の刑罰権に服さざる限り、権限ある外国官庁の要請にもとづきスイスで訴追される。

II 裁判官はスイスの刑罰規定を適用するが行為地の法が自由刑を課している場合には、それを課すことはない。

本論文は、ヨーロッパの発展的統合とヨーロッパ諸国の増大する経済的及び民政学的結合によつて急速に実現されている法の発展によい起因を与えるという根本的認識に基づいて書かれている。

ヨーロッパ委員会が中心となつて道路交通上の可罰行為の訴追に関するヨーロッパ協約草案が編纂され、間もなく現われようとしている一方、西独とスイスとの間に久しくこれに類する相互協定の締結につき討論が重ねられている。本法はこのような社会情勢の中に生れた。一〇一条の規定の意味は自動車運転者の或る種の者にあつて、自国の域外で動いている限りはどんなことでも出来るという安心感から自制心をなくし、無責任な運転をしていたといつた従来の法律状態を払拭するのに役立つものであるという見地に立つて、その構成要件を分析しているものである。マルケースは聯邦司法・警察庁の警察部に属する実務家。

4. Glaser: 《Agression Spatiale》 à la lumière du droit international pénal. S. 129 ff.

U二型機事件で一躍世上の関心をひいた領空侵犯にちなんで、領空に対する国家主権の問題、宇宙開発に対する国際協力とその前提としての宇宙の国際化、世界の連帯性につき論ずる。その視角は筆者の専攻する国際刑法の分野である。領空に関する学説、条約につき法史学的に論じた後、航空機、ロケットの発達、遂には人工衛星の出現した時代にあつては、「空間侵犯」の問題もその現代的状況に応じて考えなければならないとしつつ、空間の国際化、世界主義は現時の趨勢であるという。世界主義に向う理由としては、知識や技術の普及、地球の狭小化、距離感の喪失、国民と文化の間にある関係の拡大等をあげ、科学的発見、ロケットや人工衛星による空間

の征服は、人種、言語、宗教、政治制度がたとえ異なつても、地球上の住民のすべてを結びつける連帯性の意識を生ぜしめずにはおかないと強調する。

豊かな国際法の知識に立脚した理想主義的な主張は、自然科学の誇らしい成果を眼前にして、何等なすすべを知らない社会科学の陣営の中にあつて小さき声の一つであるにせよ一読の価値はある。ベルギーのリエージュ大学の国際刑法教授（一九五四年に著書あり）。

5. Peters: Probleme der deutschen Strafrechtsreform. S. 162 ff.

現行ドイツ刑法は古い核心を保持しつつ、本質的には大きく変容した。単行立法による部分的改正と判例による変更がこれである（禁止の錯誤を認めた聯邦裁判所の判例、堕胎の場合に違法阻却事由として医学的適応症を認めた判例等）。

更に刑の量定の変遷は裁判所自体が新しい刑事政策上の認識をとり入れてきた現われである。ペータースは以上のことを出発点として一九六〇年の改正草案の理念は、もはや前世紀の刑法像ではなく行為者人格を強調する本質的な革新の実現にある。このことは、聯邦裁判例集七巻二八頁、同八九頁に判示された「応報によつて規定された範囲が許す活動範囲内で、他の刑罰目的が主張されうる」ということの中に現実に則した刑罰目的の規定が明らかにされた、とし、こうした努力は応報の思想が刑法の分野を支配していたときに成立した刑法と現代の刑法思潮を如何にマッチさせるべきかの苦心の現われである、と説くのである。

ペータースは刑法改正につき、全面的改正には時期をえていないから、部分的改正を単行立法という形で行なうべきであるとし、その理由についてV・ウェーバーと共に、「ドイツでは刑法学、刑事司法に刑事学の素養が滲透していないから一般的改正はまだ早い」というのである。

新草案に対しては、その罰金制にスウェーデンの日割罰金制をとり入れたことに賛意を表し、又、各論中で新しい当面の問題、人工授精の処罰がとり上げられていること等は、その他草案に加えられた多くの材料とともに既存の法律規定の改善を招来し、判例に作用する好ましい影響力を有すると説いている。

部分的な単行立法の道を選ぶべきことと併せて、刑訴法の補充、行刑法の新構成を強調している。この点はたしかに重大な問題である。刑罰権の代行者とその手続が行刑においてこの権力の下に服する者との間で絶えず人間的葛藤を生ぜしめるという重大問題を解決することは、刑法改正をまつまでもなくとりあげなければならない。訴訟手続、行刑の法治性と有効性を保証する精神及び態度を改める努力も又内的改正として忘れてならない点である。ペータースとともに、人間の不法、人間の責任等が実際に法的解決と倫理的解

決を見出しうるか否かは、実に司法、行政に関与する人間が、人間的方法でもつて、精神的価値、道徳的価値をどの程度伝達することが出来るか否かにかかつているという事実をよく考えてみたいものである。西独・ミュンスター大学教授。

6. Saladin: Der Ehrenschutz durch gerichtliche Feststellung der Unwahrheit ehrenrühriger Behauptungen. S. 182 ff.

一九五〇年刑法一部改正法によつて挿入された一七三条五号を中心とした解釈論。

V真実の証拠が提出されない場合、裁判官は判決その他の文書に不真実を確定し、真実が証明されざるときは不真実の証拠の不顕出を確定しなければならない。

本稿は右の規定がいかなる場合に意味をもつかを論ずる。名誉回復手続として、民訴上の手続である Wiederherstellung der Ehre とは異なつた、理論的には新しい訴訟の種類とされる Rufreparation につき、特に体系的な考慮から区別を論じている。

7. Clerc: Reflexions sur la Publicité des Debats. S. 233 ff.

弁論の公開性につきスイス各州での立法の歴史を尋ねた後、ordre public, moralité public, intérêt public の三点から公開性の限界につき論じている。弁論の内容を報ずる法廷記事はどの程度までこれを許すかについて場合をわけて論ずる。結論として「現代の社会防衛の必要と矛盾しない方法さえ保持しうるならば、現行法に対して何等かの修正を加え、或は他の精神でそれを活用しうるし、公開性の原則が課する問題に解決を見出すことは可能である」という。

8. Tzermias: Die Brandstiftung. S. 254 ff.

放火罪につきフランス、ドイツ、イタリア、スイス、更にギリシア刑法中の放火罪の規定を比較法的に研究している。

論者自身の言葉として、いろいろな法条を単に蒐集することを超えた比較法は刑法理論家、刑事学者、刑事政策学者の視野をひろめるというが、彼自身の論述はその犯罪手段の性質から公共危険犯として把握するという放火罪を上掲各国の構成要件中で立法技術的にどうとらえているかを眺め、極めて平面的な考察に終り、結論も陳腐であつて、単なる条文及びその解釈論を並べるのみで、社会的背景等を考察しているところはない。筆者はチューリッヒ大学でバーダー教授の研究室に在籍しているアテネの弁護士。

9. Crespi: Rilievi sulla Revisione a favore del condannato secondo l'art. 397 cps. S. 277 ff.

スイス刑訴三九七条の被告人のためにする再審につき論じたものである。細かい刑訴の条文上の考察が聯邦法と州法との関係に迄及んでいて、専門家でない評者の能力の限界外にある。

V 10. Germann: Vorsatzprobleme. S. 345 ff.

スイス聯邦裁判所の最近の判例を批判的に分析して故意をめぐる諸問題を論じたものであつて、本巻中最も注目に価する文献であるのみならず、ここ二、三年来発表されたドイツ語圏の刑法関係の論文の中、最も注目に価するものの一つであるといえる。

もつとも最近の判例によつて機因を与えられた本稿もその対象が刑法の中心概念であり、多面的な性格をもつた故意であるだけに、すべての問題点を網羅的に論ずるのではなくて、問題点を二つに限定する。一つは未必の故意であり他は故意の意思内容である。ここで特に指摘したいのは、後者につき個々の犯罪をとりあげて故意の意思内容がどの点で関聯するかを具体的に説いている点である。

論文はこの二点の検討に先立ち、第一部においてスイス法及び隣接諸国の法を手がかりとし、法的基礎を論ずることから出発する。

何よりもまず、ゲルマン論文はいわゆる意思説に立脚して、その立場から一貫して議論していることに注意しなければならない。それは、スイス法の故意の規定自体が故意の心理的把握に根拠を与えているからである。その一八条に故意・過失に対し法律上の定義を下している。故意につき同第二項には「行為を知りかつ意欲して(Wissen und Wollen)実行する者は、重罪又は軽罪を故意で行なつたものとする」とある。又、これと類似のものにはイタリア刑法四三条の規定がある。犯罪の心的要素と題された同条の第一項には「作為又は不作為の結果であつて、法律が犯罪の存在をそれに依拠せしめている有害又は危険な出来事が、行為者自身の作為又は不作為の結果として予見せられかつ意欲せられたものであるときは、犯罪は故意すなわち意図によるものである」とある。本研究はこの Wissen und Wollen という故意の要件を主題として、故意論を展開してゆく。もつとも、ここで心理的な故意概念を論ずるのは実定法の基礎にある根本概念であるからであつて、補充的に、いわゆる規範的概念を顧慮する必要を排斥するものではない。

しかしながら、問題の中心にはあくまでも Wissen und Wollen という文言であり、この概念がすべての故意犯の場合に必要な要件であることを忘れてはならない、と主張する。

従つて、次に意思と表象の関係が論ぜられなければならない。

スイス刑法学では一八条の解釈に際しては殆んどの学説が意思説をとる。故意には行為の犯罪的結果の表象と並んで行為者がこの結果を実現しようと欲したことを要する、となす。ドイツ刑法五九条を手がかりとする表象説を批判した後、論者は、「犯罪にとつて本質的な事情と結果とが行為者の意識の中に入つていたことで充分である。表象や意識は、行為に至り又行為を支配する意思決定の基礎を形成しなければならない。意思決定をする意思内容が重要なのであつて、故意にとつて意思こそが基準となりうること明らかであ

る」という。「犯罪的故意に属する表象は行為自体及び行為の結果に関せず、行為者の意思から独立したものであるが、行為の犯罪的性質にとつて本質的である事情に関聯している場合」でも意思が故意にとつて基準となる。例として、風俗犯の場合の被害少年の保護年齢をあげ、行為者が被害者の年齢は保護年齢を超えていないということを知つていても、その知は犯罪故意を形成せず、その知が行為に際して、意思内容の構成部分であつた限りでのみ意味がある、という。意思は、行為時の意思をいうという点も強調されている。

次に、犯罪意思の種類としての意図（Absicht）と単純故意を論ずる。行為者が態度を向ける目的は意図せられている。その場合に、それに適した手段も意図せられる。しかし、手段の方は、途中で意図と違つた形をとることがあり、その限りでは問題とならない。意図から区別されるものは単純故意である。刑法上重要な結果を目的とせず、不可分の結果として予見し、意思決定の場合に望ましくはないけれども仕方がないとして認容する。意図の場合にも、又単純故意における単なる認容の場合にも行為者の表象では行為による犯罪の実現は不確実であるが、その行為にとつて起りうると予見せられている。ここに未必の故意の特性がある。ゲルマンはここでも判断の基準は意思であるとする。従来、意図、単純故意、未必の故意の三段階に分けられていたのに対し、彼は犯罪意図の性質に従つて、一つを意図、他を犯罪の単なる認容による単純故意とする。

第二部では従つて専ら未必の故意が論じられている。

未必の故意の問題についてはスイス法上も、ドイツ法上も種々の問題点があつて、いまだ一致した見解はない。特に、目的的行為論の登場をみた後者では、ボン大学出身のカウフマン（現チュービンゲン大学教授）の投じた一石により、この問題に新たな議論が始まつたといえる。「未必の故意はすべての故意と同様、或る犯罪構成要件の実現のための意思である。この意思は、その発生又は存在が可能なものとして考慮せられるすべての結果及び事情を包括する。但し、方向づけの意思がそれの回避に向けられている場合にはこの限りではない」という主張がそれである。

まず、一般的な基準として、行為者の意図しなかつた結果の可能性又は蓋然性の意識の問題についてとりあげる(一)。判例でも学説でもしばしば犯罪的結果の可能性を予見し又はその行為の他の犯罪的事情の可能性を意識していたということが確定されれば未必の故意が認められるとされた。これに対してゲルマンは基準となる意思を特に確定する必要があるとする。例えば犯罪的結果、死の認容は行為の結果の可能性についての行為者の意識から単に推論されるのではない。なるほど、そのような可能性の意識は行為者が意識したにも拘らず、行為へと決意した場合には、たしかに行為者の意思の形

成につき有用たりうるが、しかし意識はその行為意思の中に入りこむ必要はない。蓋然性説についての批判の後に、

㈡行為者によつて可能であると認識された行為の犯罪的結果を回避する行為者の意思につき論じる。

㈢は犯罪的結果の予見された可能性と関聯して、行為者の態度にもとづく基準につき論じる。ここでは意思形成に対する種々の影響、特に犯罪的結果に対する行為者の人格的態度につき分析がある。行為の犯罪的結果の認識という要素と決意との間に挿入される心理的な経緯は未必の故意の存否につき基準とされている。そこでBilligung, Einverständnis, Gleichgültigkeitがそれぞれ分析される。そして最後に認識ある過失との区別につきその基準として予見された結果を真剣に考える(ernst nimmt)か軽卒に考える(leicht nimmt)かといつた人格態度の検討がなされている。

続く二つの節では未必の故意に対する判断につき基準となる観点が検討せられ、行為につき基準となる意思決定に関聯する基準及びそれの合理的な法規化の問題が論じられ、併せてドイツの一九六〇年草案批判がある。

ここにおいても、ゲルマンは、若し行為者がその行為によつて恐らくは犯罪構成要件を実現するであろうということを意識している場合に、行為者が行為につき基準となる意思決定にこの事情を関係せしめるならば、その者は未必の故意で行為するのであるという立場から出発しているのである。

未必の故意に関する第二部では更に立証の問題、過失との関係、危殆化故意(Gefährdungsvorsatz)との関係につき詳論が見られる。

ここで二、三考えなければならない点をあげてみる。未必の故意につき、認識ある過失との区別を訴訟上の立証問題と考え併せる必要がある。余りにも細かな心理的要素を用いる区別は、実務に役立たない理論という非難を免れない。

犯意の推測は、犯行とその結果の可能性を知つていることからは直ちに得られなくとも結果発生の蓋然性の高いことを知つていることから故意の徴表をひき出すことは出来る。

又、客観的事実、客観的関係から、犯人の心理的推移を推測することは、実務上、故意・過失の判別に用いられている。(例えば、犯行中、犯行直後の犯人の言動、被疑者の財産状態の変化、賍物授受の際の犯人の行動等から、故意を推定する。)

第三部故意の意思内容はすでに指摘したように、刑法各論中の代表的な個々の構成要件を列挙して、そこに意思内容が如何なる関聯を有するかにつき極めて具体的に展開されている。

行為者の故意、「知」も「意思内容」も何に関聯するのかという点については、これまでスイスの学説の多く、及び判例上は形式的

に解答されていた。即ち行為者が実定法上列挙されたメルクマールを認識し、意欲したときには故意で行為したものである、とする。

ゲルマンは第三部では、個々の犯罪につき故意に必要な意思内容という多層的な問題を論じる。そこでは最近の判例を多く用い、通説のような形式的な解決は事実上充分ではないのであつて、特にその形式主義は故意を阻却する錯誤の限界づけの点で、意味にかなつた法の発見に一歩をゆずらなければならないことを示そうとする。刑法各則の中の若干の重要な犯罪類型につき、判例を手がかりとして、必要なものとして基礎に置かれている意思内容が、判例上、単に法律上の要件に関聯づけられているにすぎないものではない点を論証しようとする。通貨、有価証券、文書等の偽造罪、窃盗罪、文書破棄罪につき、最後に総則の問題として未遂と共犯につき意思内容が決定的基準となる点を論じて、本稿は終る。

故意を論ずる場合に従来はこれを総論の問題として、単に総論の問題に終始することが常であつた。しかし、総論に仮説として提唱したテーゼを直ちに各則の構成要件によつて確認することは従来は怠られていたのである。総論で論じた内容と各則で論ずる内容とが矛盾するのに気がつかない刑法理論がないではない事実を考え併せると、ゲルマンの態度は大いに参考になるというべきである。

各論の構成を遺漏なく説明しきれるのでなければ総論の理論は単なる知的遊戯の具としか存在の理由を見出しえないからである。

勿論、この論文も批判の余地はないわけではない。認容説、特に蓋然性説の立場からは批判が出る余地は充分考えられるが、ゲルマン説の根拠にスイス刑法一八条が確固とした手がかりとして存在することを忘れて批判をしないよう期待したい。（一九六二・九・一〇稿）

（宮沢浩一）



## 福島正夫編
## 『「家」制度の研究』（資料篇・第二巻）
### ――「家」制度立法資料と戸籍法令――

「家」の制度――これほどわれわれの生活を根づよく支配してきた社会制度は、他に類例がすくないのではあるまいか。そして、その形成に根幹的に作用したのが戸籍制度であることは、ここに喋々するまでもなかろう。されば、明治以降の「家」制度の形象と発展を闡究するに、それと不可分の関係にたつ戸籍との連関からアプローチすることは、まことに的確かつ本格的な方策である、といえよう。

すぐる昭和三四年、「『家』制度の研究――資料篇・第一巻――」