

119 第三回東京法学院討論会傍聴筆記

〔『法学新報』第一〇七号 明治三十三年二月二十日〕

○第三回東京法学院討論会傍聴筆記

本月十日頃の事なりしと覚ゆ生徒控所に麗々と書き記されたる
広告出づ其の文に曰く

来る拾八日（即ち第三日曜）午後一時より開会討論題及主論
者左の如し

村役場の書記乙某なる者其の村長甲と共謀し甲の管掌に係
る支払命令を偽造して之を収入役に交付したり右乙某の刑
法上の処分如何

第二百五条主論者 法学士 豊島直通君

同 森川源吾君

第二百三条主論者 法学士 羽生顯親君

同 山本宮市君

同時に都下二三の新聞紙にも載りたりと記す余も亦熱心なる会員の一人なれば当日早々腰弁当携帯にて詰め掛けぬ

オルトランの再生と呼ばれたる宮城浩藏氏は先年已に九泉の下に逝けり而して冷灰江木博士亦た漫に風流状師と化し去りて哀然たる刑法原論は空しく図書館員の邪魔にする所となれるのみ岡田氏稍や条文の解釈に熟せるも今ま遠く行て海の外に在り独り勝本氏ありて後進を薰陶するに勉むるも是れ亦疇昔京都に赴き其帝国大学教授たり且氏の研究は専ら各論にあるが如く而かも其各論を講するや好んで異を立て奇を衒ひ頗る人を過まるの弊あり若し夫れ有名なる大審院検事古賀廉造君に至ては其肩書のみ立派にして其一言一語一字一句疎なり暴なり齒牙に懸くるに足らざるなり嗚呼我か刑法学界も觀来れば実に春雨蕭々の感なくんはあらず

此の蕭々たる時代に於て實際の事情は果して如何と顧みるに大審院、控訴院、乃至地方裁判所に起る所の偽造、変造、恐喝取財、詐欺取財、強盜、竊盜、殺人罪等の事件は益々、多く刑法々典の適用は愈々益々頻繁なり現に今回の討論題の如き控訴院若くは大審院部内に於て問題となりしものたるや明けし

村役場の書記の市町村制に拠りて市町村公吏たることは論なき所又た明治二十三年十月法律第百号に拠りて之に刑法中官吏に

関する条項を適用することも疑を容れず是故に書記の官吏なるや否やに付ては絶対疑なき所にして始めより之を論するの必要なし其の之を論するの必要あるは即ち第二百五条の罪を犯すには犯人の身分が官吏にして且管掌者たるを要するや否やにあり之を論点の第一とす

今仮りに管掌者たる身分を要すとせば本問題に於ける乙某は管掌者に非ざるを以て第二百五条に入らざること明かなり則ち明かなりと雖も乙某は甲と共謀したる者なり而して甲の第二百五条に問はるゝは論を俟たず故に乙某も亦其の共犯者として同じく第二百五条に問はる可きや否や之を論点の第二とす

第二の論点を決せんには更に微細なる二個の疑問を生ず即ち条文に其管掌に係るとあるより此罪を犯すには管掌者たる身分を要するか將た所謂管掌とは身分の条件にあらあるか是れ蓋し第三の論点なり又た身分の条件たると否とに拘らす条文に一等を加ふとあるは犯罪の種類を異にするなるか若くは刑罰を加重したるに止まるか是れ第四の論点なり

想ふに管掌を以て身分に因る加重条件なりとせば第百六条の規定に拠り乙某は第二百五条に問はるゝことなかる可きも身分に因らざる加重条件又は身分に因ると否とを択はず之を犯罪成立条件とするときは大に之に反するに至る是れ亦た第五の論点とするに足らん歟

尚ほ之を身分に因る犯罪成立条件とすれば乙某が従犯者又は教唆者なる場合も純然たる正犯なる場合も同一なるや或は又た純然たる正犯なるときは甲の身分ば乙某に影響を及ぼさず従て乙

開口一番余は第二百五条論者として補充的地位に在るに拘らず少く理由を殊にして立論せんと欲すとの前置きにて管掌は身分に非ずして所為に附着する条件なり故に第二百五条は加重の規定たるの特種の犯罪の規定たるを問はず身分に因るものに非ざるを以て第百六条を適用することを得ず結局甲者の所為は乙者に影響を及ぼし乙者をして第二百五条の下に服せしむ可きなりと論せり或は評して曰く着眼一等高し前人未発の論と然れども余を以て之を見れば君か余の所謂第三の論点に氣付きたるは大に多とす可きも管掌を以て犯すに易く防くに難き所為の条件とせるは少しく誤る所なきか五味先生希くは再思せよ管掌は所為の条件に非ずして所為以前より存在する文書と犯人との関係なり而して文書と犯人との関係は取りも直さず犯人の身分ならずや

第六席好野藤馬君第二百五条は身分に因る加重の規定なりと解して第二二三条説を支えんと務む君の壇を降るや議長は番外論者としての申込者副島寅三郎君と呼ぶ寅君在らず根矢熊吉君と呼ぶ又た欠席是れより石田宗一君の五条論奥村君の三条論佐山君の飛入にて五条説に声援を添ゆるありて岩井平次郎君の三条論にと移りけり岩井君雄弁家としては天下に得難きの人而かも才進はる者は必ず学を軽んず君か滔々数千言の大議論は恐らく君自身と雖も確く信する所にあらざる可し君は第二百五条に前二条に照しとあるを行々しく述立てたれども之れが先決問題たる甲者の罪に付て思慮を費やさりしか如し君乞ふ膝を屈して法理の研磨に従事せよ余輩君の爲めに切に之を勧む

第十一席橋井清五郎君村役場の書記は官吏にあらず又た公吏にもあらず然れども書記は村長と俱与に働く者なれば二者一体を爲すものなり余は書記村長一体論を以て第二百五条説を買かんと欲すとて悠然壇を降りける次は院友鈴木喜太郎君洋服の出て立ち金縁眼鏡幹事よりヤツテ呉れと頼まれたる故此壇に上りたるか昨日親戚にゴタ／＼か起り云々と始めるや聴衆声張り上げて笑ひ罵り暫しは鳴りも止まざりきされと君はこれしきの事にうろたえ騒ぐ人に非ず乃ち故らに従容自若行政法上の觀察と刑法上の觀察に分論して諄々三条説を主張したり君か書記の地位を長々しく説明したるとき傍聴席より取入役の解釈は如何まつた小使の解釈は如何と冷かされたるは一興なりき

議長中野祐君は二年級中瀟洒出塵の才子なり当下静かに満場を見渡して曰く諸君の討論も是れにて尽きたれば是れより主論者の説明に移る筈なるか羽生先生は先き頃より病に打臥し居り恰も卜部君来会羽生先生に代て三条論を述べらるることを諾せられたり而して討論の順序は五条論者を先きにする筈なれども同君自ら先きにせんと仰せに従ひ直ちに登壇を願ふこととせりと乃ち条文を片手にして演壇に進みたるは弁護士卜部喜太郎君なりその言に曰く

予は羽生君の代りに臨時飛入りして茲に第二二三条の説を支持せんと欲する者なり羽生君は想ふに本問題は欠席判決を受けても負ける氣付いはなきものと思惟せるならん聞く所によれば現時親殺しの罪に加功し共謀したる者は又た同様親殺しの罪たるを免れずとの説盛んなり是れ立法論としては可なら

んも我か現行刑法の解釈として許すことを得ず元來日本刑法に於ては身分を成立条件とする特種の犯罪あり官吏収賄罪の如し此罪に於ては官吏たる身分を有するに非されは決して之を犯すことを得ず然るに又た身分に加重の規定もあり本問に付て考ふれば第二百五条は官吏にして管掌者なる身分を必要とする加重の規定なり而して乙某なる者は官吏なるや否や暫く之を市町村制等の解釈に一任し兎に角管掌者に非ざること明かなり既に此管掌者たる身分を有せすとせば第六六条の適用に依り之を第二二三条に問ふの外なかる可し羽生君か欠席判決にても大丈夫なりと家にアンカで寝て居るは蓋し怪しむに足らざるなり(満堂失笑)

と且つ君は去るに臨んで一種の建議案を出して曰く討論會の法は宜しく之を改めて予め問題を示さず当日に至りて突如として之を掲げ以て諸君即席の名論を戦はずに如かず願ふに法学生か試験に應じて落第するは此の討論會の僻か失せされはなり試験の問題は普通討論會の如く十日も二十日も前より出づるものに非ず云々と君の説や善し唯た其の実行の難きを奈何ん

ト部君の降壇とすれちかひて出てたるは即ち法学士豊島直通君なり果然君は出題者としての義理を述へて曰へり

本問題は實際に現はれたるものにして東京控訴院に於ては從來第二二三条を適用したれども余は甚だ疑へり然るに近頃或所にては之に第二百五条を適用したり是れ我か意を強ふするに足る

と君は次に之を論断するの順序に付て一言して曰く

余は之を二段に分ち第一段に於ては第二百五条の罪は第二二三条に定めたる犯罪の刑を加重したるものに過ぎざるや但しは特別の一罪なるやを論究し結局特別の一罪なることを主張せんとす又た第二段には身分に依り構成する犯罪に於て其実行に加功したる者は身分なき者と雖も同責任を負ふや否やを觀察し結局同責任を負ふと断定せんとするなり

と論点明白にして奪ふ可らず旗鼓堂々大軍を行るの概あり余の所謂第四の論点と第六の論点とは他なし之を指せるのみ然り而して第六の論点は前席の弁士敵味方の共に知らざりし所今や君の口よりしく吐露せられぬ君は果して何等の根拠を以て反対説を打破せんとはしつるぞ曰く

反対論者と雖も偽造に有形、無形の區別を認めざる者はなかる可し夫れ既已に之を認むる以上は第二百五条の規定を解して第二二三条の刑を加重したるものとするは余の想像し得ざる所なり第二二三条は有形偽造の外に含むものなし元來無形偽造は我刑法に於て特別の法文あるにあらざれば罰せざる所にして即ち第二百五条、又た私文書にては第二百九条第二項、或は第二百五条第二項の如き皆な特に規定せられたる場合なることを要す即ち無形偽造は一般に認められたるものに非ざるなり今夫れ一般の官文書偽造行使罪に於ては文書を發行する者の資格を偽はる者を罰するの精神なり犯人か其文書の方式を偽はるを以て之を犯罪とす内容か眞実に合ふや否やは其の問ふ所にあらず然るに第二百五条は之に反し其内容に偽はりありとの故を以て之を罰す故に第二二三条の規定に

比較すれば雲泥の差にして彼此其の罪質を異にすることを知らる可し反対論者の如く有形無形の區別に付て深く考えざるべきは終に偽造の定義を下すことを得ざるに至り延て本問題の如き場合も断定を誤るに至る若しも第二百五条も無形の偽造に関する規定なるを以て本問乙者の罪は之に該当せずとならば有形偽造を規定せる第二百三条に入るの理なく寧ろ無罪とするの已むを得ざるに至らん要するに本問は第二百五条の論と無罪の論との争ひなり」

と是れ君か第一段の論点に答ふる所有形無形の區別を以て特別の一罪なりとの論を抽出したるはあつばれなりと謂ふ可し森川君の論蓋し此を距る僅かに一步のみ同君遺恨千歳豊島君は更に第二段の論断を与へて曰ひけらく

元来身分に因り構成する犯罪に於て身分なき共謀者の処分如何の問題に付ては或一派の説に教唆者及び従犯者と実行正犯者とを區別し教唆者及び従犯者は主たる正犯と同じく責任を負ふべきも実行正犯者は無罪なりと云ふにあり而して是れ独乙に於ける判決例並びに多数の学者の認むる所なり此説に依れば本問題は第二百五条を前述の如く解するも尚ほ之に該當せざることとなる即ち無罪となる

然れども独乙学者中此説の理由を述べたる者一人も無し余は今其の理由とする所を付度するに教唆者や従犯者や身分なくとも身分を構成条件とする罪に加功するを得へし然れども独り実行正犯に至りては身分なければ罪を犯すの意思あることを得ずと云ふにあらんか果して然らんには是れ大なる誤謬に

して自己は身分なしとも他人の身分を利用して罪を犯さんとする意思を有することを得可きに依り立法論としても將た今日の現行法の解釈としても乙者は第二百五条の適用を受けざるべからざるものなり(拍手喝采)

と余は聞て此に至り呆然自失するもの之を久ふす何者君か学者の説を揣摩憶測せることの甚だ當を得ざればなり抑も身分なければとて犯意あり得べからざるの理なきは君の言はるゝ如し独逸学者と雖も恐らくは之を楯とする者なかる可し然れども苟くも身分を以て一要素とする以上は之を欠て犯罪を成立する筈なし縦令共謀の形跡あるにせよ其罪の実行正犯となるを得ず畢竟実行正犯と言ひ得るには独立しても成立することを得るものなるに身分を欠くときは身分罪を独立に犯し得べからざればなり斯の如く論すれば乙者を第二百五条に問ふこと能はざるや明かなり然れども第二百五条に問ふこと能はざればとて之を無罪とするは大早計の議を免れず乙者と甲者とは共謀の形跡あるに止まり共犯の關係なし而して共謀の形跡は法理の問題に非ずして事實の問題なるを以て罪責不可分なるの理なし故に甲者は無形の偽造として第二百五条に問はるゝも敢て乙者の有形偽造として第二百三条に問はるゝを妨げざるなり詳しくは傍聴録に蛇足を添ゆるの煩なるを思ふて茲に筆を擱く可し

豊島君退壇と共に中野議長討論終結を宣告し散会す時に午後五時聴衆五百余名ドヤ／＼然として堂を出づ(匪石道人投)