

明治三十九年三月一日

○中央大学記事

○討論会 前号所報の如く去月三日午後二時第三講堂に於て牧野講師出題に係る「犯罪人甲者あり乙者を教唆して自己を蔵匿せしめたり甲の処分如何」の問題に付き討論会を開き伊藤講師は差支の爲め缺席せられたるを以て泉二講師会長席に就き泉二、牧野両講師を審判者として各員熱心に弁論を闘はし同五時終を告げて後両講師は立交立て懇切に問題を説明し且つ討論を批評せらる而して審査の結果消極論者寺岡左一（二等）福田喜久治（二等）遠藤正規（三等）積極論者立川卯七（一等）伊澤嚴吉（二等）板橋菊松（三等）の六氏優等の選に當りて受賞したり左に両講師の説明を略記すへし

（泉二講師）此の問題は大変面白い問題であります、是は御承知の通り判検事の試験問題にも出たのです、所か此の問題は形式からいふと極めて範圍の狭い問題のやうでありますけれども、実は非常な広濶なる範圍の研究問題であると思料する、それで如何なる方面に於て研究したら宜いかといふ事をチョット私は注意をして置くのであります、本問題に付ては大分諸君か鎬を削つて戦闘されたので、或は有罪説諸君か

私の述べる事に付ても大分反対の意見を胸に潜めて黙つて居るかも知れませぬか、それは已むを得ぬ、私は唯だ注意として其の事を御話したいと思ふのでございます、即ち有罪説を論駁するのではない、研究上の注意として御話するのである、さて色色論法はありましたけれども、有罪説の諸君が一番主たる根拠として居られる所か何所にあるかといふと、矢張教唆犯といふものは独立的の性質であるといふ所に根拠があるらしく私は聞いた、独立の性質といふのはおかしいかも知れませぬか、兎に角正犯をして犯罪の決意を起さしむる点だけを以てモウ犯罪か成立するといふ事か一の主たる根拠のやうである、それから無罪説諸君の一番主たる根拠とする所は、自己の犯して正犯で罪にならぬものか、他人を教唆しても罪になる訳か無いといふのか根拠のやうであります、無論枝葉の論もありますし又異りたる根拠を執られた人もありますか、多くの人かサウいふ根拠のやうに思ひました、そこで第一に有罪論の諸君か主張せられた教唆犯といふものは、果して決意を起さしむるたけて——他人に犯罪を為すといふ悪い決心を起さしむるたけて犯罪になるかとうか、或は結果まで生しなければ虚罰をしないといふ事を言つても宜いか、兎に角他人をして悪い事をせしむるのか犯罪になるか、其の犯罪に付て多少自分か影響を及ぼせば附随的の犯罪になるかとうかといふので、是は余程面白い問題でありまして、研究の値打のある問題であります、是は長く言ふことは出来ませぬか、私は現行刑法の解釈として第二の趣意であるたらうと思ふの

てあります、或は独断であるかも知れませぬか、単に他人をして悪い事をせしめたからといふ点か悪いのと云つて罰するのではなくして、他人の犯した結果に対して多少影響を与へたから処罰するといふ趣意であらうと思ふのであります、それは「たらうと思ふ」位にして、余りムツかしい理由を述べる時間もありませぬから止めて置きます、それから無罪論者の方の殆ど金城鉄壁となつて居る、自己か犯して罪にならぬものか他人を教唆しても犯罪にならぬといふ点は大分真理かありますか、併し其の一点を以て無罪説を主張するならば——少くとも其の点に重きを措くならば私は不正確なものであらうと信する、何となれば諸君の中で多く例を引かれまして、非官吏か官吏を教唆して第三者から収賄せしめた場合に、官吏を教唆した非官吏といふものか収賄罪の共犯になるかとうかといふ事は、是は殆ど学者の間には異論の無い説のやうに思つて居ります、併し議論になることはなりません、教唆といふものは一体多少結果に対して影響を及ぼすことになるのである、自分か大部分はやらぬけれども幾分かやつたといふ事か罪になるのである、自分か官吏でなければならぬ、結局する所後藤君か先程言はれた通り、犯罪は単一でなければならぬ、自分か幾分かやつたのであるといふ觀念から見れば、幾分か犯罪にならなければならぬといふことになるかも知れませぬ、併しサウいふ觀念に基けば非官吏か官吏を教唆して第三者から収賄せしめたといふ事は、非官吏か犯罪者或は正犯者と為ることになる、さういふ事になると資格の無い

ものとなつてしまふ、或は今のやうな例に於て非官吏を教唆罪に問ふのは間違かも知れませぬ、けれども矢張此の点に於て教唆を以て論ずるといふ説か殆ど一致して居ります、即ち身分を必要とする犯罪に付ては、身分の無き者が身分の有る者を教唆した場合に教唆罪と見ることか出来る、唯た身分有る者が身分無き者を教唆した場合に教唆罪か成立せぬといふ事か一致して居る、其の是非の論は別として、普通の説に従つて非官吏か官吏を教唆して第三者から収賄せしめた時分に、収賄罪の教唆であるといふ学説を根拠として云へば——仮にそれを良いとして云へば、自己の犯すことの出来ない犯罪は教唆しても犯すことか出来ないといふ論は少しく不正確であります、さうするとドウしても他の方面から考へて見るの必要があります、是はドウいふ方面から考へて見るかといふのか研究問題で、其の点に付ては独逸の学者——強ち独逸の学者の説はかりを遵奉する訳ではありませんか、併し斯ういふ説かあるといふ事を聞いて貰へば大に研究を助けるてあらうと思ふから、御話するのですか、それは独逸の学者でも仏蘭西の学者でも英吉利の学者でも言ふて居るのであります、是は独逸の学者のシユルツェルといふ人てありますか、共犯の中に必要的共犯のあるといふ事を認めた、必要的共犯といふのは本統の共犯ではない、其の觀念の間違つて居るといふことをリスト其他多くの学者か説明して居りますか、私も純然たる共犯として認めるのか間違つて居ると考へます、併し此の觀念から云ふ必要的共犯といふ事も私は知つて居る必要

かあると思ふので、それを純然たる共犯として論じてはいけないけれども、さういふ場合に於ては今の問題に非常に關係か有るといふ事を注意して貰ふといふと、大變面白い研究か出来るやうに思ふのです

其の必要的共犯といふのは詰り多数の人間てなければ——二人以上の人間てなければ犯すことか出来ないとするのであります、例へば先達てありました暴動事件の如き——暴動罪の如き内乱罪の如きはドウしても多人数てなければ犯罪か成立しない、又姦通罪の如き或は重婚罪の如き、少くとも二人以上の人か居らなければ犯罪か成立しないのであります、さういふ種類の犯罪を稱して必要的共犯といふので事實は共犯てはない加担といふことてはない独立して罪を成す、例へば暴動罪の如きは独立して罪を成す加担といふことてはない、之を純然たる共犯として罰するのは間違てある、けれども学者か必要的共犯と名ける、其の中に双互的の必要的共犯といふのかある、それから双面的の必要的共犯といふのと片面的必要共犯といふのかある、此の双面的必要共犯といふのは今の暴動罪の如き或は決闘罪の如き或は姦通罪の如きものか総て之に属する、それから片面的必要共犯といふのは例へば重婚罪の如きものであります、其の外強姦罪の如きも片面的である、即ち其の一人は罪ちなるか他の一人の行為の目的となつた者か罪にならぬ、それか片面的なので、此の觀念か如何に此の問題と連結するかといふ事を考へ、斯ういふやうな場合には共犯とか教唆とか従犯とかいふやうな事は成立しないと

認めるのか至当であらうと思ふ、一体此の刑法の規定といふものは単に或条文だけを見て説明することか出来ぬのであります、例へは司獄官か死刑を執行するといふやうな事は、刑法の条文一方だけから云へば、無論二百九十二条に該当するのである、併しそれを犯罪者といふ人は誰も無い、又子供か人に悪戯をしたり火傷をさせた、斯ういふ事も殴打創傷の規定の形から云へば丁度其れに該当する、けれどもアノ条文に拠つて罪有りといふことか出来ない、それと同じ事て教唆罪の規定に丁度形か該当するからと云つて、直ちに教唆罪と論ずることか出来ない、矢張実質の方面から観なければならぬのであります、ところか姦通罪とか重婚罪とか或は決闘罪の如き場合でありますと、総て此の共犯といふ百五条の觀念に當る、例へは決闘罪の如き是は刑法の中に特別の規定かありまして、決闘を挑みたる者又は是に應したる者は云云とある、決闘を挑んだといふ事は即ち向ふの應する罪の教唆の性質か成つて居ります、けれども其れを教唆犯とは云はない、決闘を挑みたる者として独立の犯罪て罰するのであります、それから姦通罪の如きも矢張一人ては出来ない二人て姦通する誰か先きに言ひ出したものかある、それか他の一方か姦通罪の教唆になるかと云へばサウてはない、それは形から云へば矢張百五条の要件になりますけれどもサウいふ意味に立法者か見たとは云へない、それから重婚罪もサウてある、配偶者のある者に対して結婚を申込んだ、それが配偶者あるところの重婚者か教唆になるかと云へば、今の問題にチヨツ

ト似て居るので或は教唆になるといふ論者かあるかも知れませぬけれどもドウもサウてないといふ方か宜いやうに思ふ、今のやうな場合か沢山あります、例へは刑法の二百五十三条、二百五十四条に健康を害すへき物品を販売し或は劇毒薬類を販売したる者は云云といふ規定かあります、私に或劇薬を売つて下さいといふ、向ふに医者か証明の無い時に向ふか犯罪者になる、誰か官許を得ずして云云といふ文句かあつたと思ひますか犯罪になる、それで買ふた者か教唆罪になるかと云へばサウてはない、詰り総則の中に教唆なら教唆といふ事の形かあつても、刑法か特別各論の所へ往つて総則の教唆に該当する事實をは独立の犯罪として規定して居るものかある、例へは囚徒に対して凶器を給与したる者、是などはお前か逃けるなら斯ういふものを与へると言つたならば、是は純然たる教唆であります、けれども独立罪としてある、そういふ工合に各本状に於て総則から云へば犯罪になる罪をは独立罪とした場合に、一面に於て同一犯罪に対して総則の關係と認めるといふ事は常識に合はぬことであらうと思ひます、唯だ常識に合はぬといふ点か第一でありますか、併し常識に合はぬといふ説明たけては説明か着かぬかも知れませぬか、兎に角立法者の意見から見えて決闘を挑んだ行為を独立の行為として処罰するといふならば、決闘に應したる者の意思として更に処罰する、ドチラも処罰する意思かあるものとは認められぬのであります、是か通法と特法の關係であります総則の關係は皆な通則であります、通則に対して或特則かあつた場合

に、其の特則を適用すれば宜いので、特則があるに拘はらず同一事件に付ても一度通則を適用するといふ事はないであらうと思ひます、一概にサウは言へないか教唆罪などはサウであらうと思ひます

それで独逸の学者がサウいふ場合を見て斯ういう説を立て、居ります、是はリストなどもサウいふ風に説明して居りますか、殊にマイヤーといふ人などは場合を一々挙げて説明して居るのであります、詰り或る刑罰法か或る一個人の保護を目的にして居るといふ場合に、其の保護さる、人間か一方に対して従犯たる事も出来なければ教唆たる事も出来ないと云つて居る、例へは強姦罪の如き場合を見て居るのでありませう、強姦罪の如きは婦女を保護する規定と見た、其の時分に其の婦女か或男子に対して私通を申込んだといふ場合には教唆と見ることか出来ない、亦従犯とも見ることか出来ない、殊に其の場合に自分か十分に意思がありますからして、強姦といふ犯罪は成立せぬのでありますか、一体さういふ概念で以て見ることか出来る

それから第二には法律か今の必要的共犯といふ場合に於て片面的共犯の場合、即ち必要的の共同はしたか一人を罰して一人を正犯として罰しない場合、即ち重婚罪の如き配偶者か婚姻すれば相手方の方は罰しない、即ち重婚罪の成立するのは必要的の行動であるか独立的の行為として罰しない、斯ういふ場合に於て独立に処罰されない人間——他の者の罪にならぬ者に対して罪になるといふことか出来ない

それから第三には同じ法律か其の性質上に於ては教唆になつて居る行為をば独立罪とした時分に、其の行為に対して教唆といふことか出来ない、例へは囚徒逃走の場合であります、囚徒か逃走するといふのか一つの独立の罪になつて居ります、正犯になつて居ります、それか或囚徒か他人に対してドウか私は逃げたいから何か良い器械を貸して呉れぬかといふ事を頼む、頼まれた人か宜しいといふので其れを与へた、さうすると与へた人か囚徒を逃走せしむる目的を以て器具云々を給与したる罪として処罰せらる、それから其の器具の給与を受けてサウして逃走した者は逃走罪に問はるたけて、逃走罪と器具を給与したといふ罪に対して教唆と併せて居るものではないと説明して居ります、リストも大体に於て斯ういふ風に説明して居る、うれからメルケル或はオツペンフォークといふ人などもサウ見て居ります、是は我が現行刑法の解釈として斯ういふ説があるものではない、独逸の刑法に対する説明でありますけれども、此の点は我が刑法にも之を適用することは一向差支ないと思ふ、さういふ概念からして此の問題を見たならばドウなるか、即ち蔵匿せしめた場合——甲者か乙者を教唆して蔵匿せしめた場合、其の蔵匿といふ場合に被蔵匿者の行為といふものか共同の性質を持つかドウかといふ事を云へば宜からうと思ふ、其の点は他の諸君が大分論せられた或は蔵匿するといふ事とそれから潜伏する隠秘するといふ事とは別の関係であるといふ風に説明された諸君もありました、さういふ説も必しも排斥することは出来ませぬか、

併し其の實質に付ては甲者か乙者をして自己を蔵匿せしむるといふ事か、即ち隠秘する所以ではないか、或は潜伏する所以ではないか、自ら潜伏する隠秘するといふ事は罪にならぬのである、是は別段説明する必要はないと思ふ、さうすると詰り蔵匿罪の場合に蔵匿する人間か居らなければならぬ、それから蔵匿せらるゝ人間か居らなければならぬ、詰り必要的共犯といふ此の觀念を適用することか出来やうと思ふ、さうすると蔵匿する方か罪になつた、蔵匿さるゝ方か罪にならぬのでありますから片面的觀念になる、さうすると今の独逸の學者などの説明する所を是に應用すれば、片面的必要の場合に独立に処罰されない者は詰り教唆も出来ないことになるので、此の場合に甲者といふ者は片面的必要的共犯の中に独立して罪にはならぬ行動をしたものといふことになりはせぬかと思ふのであります、それて其の觀念を以て説明すれば收賄の場合なども同様であります、甲といふ官吏か乙といふ官吏を教唆して丙といふ第三者から收賄せしめた場合には、甲なる者は乙か丙から收賄をした事に付ては必要的共同ではないのでありますけれども、甲か乙といふ官吏に贈賄をした時分には、甲と乙即ち財物を贈る人間と其財物を受ける官吏とか必要的共犯になる、其の場合に官吏か收賄罪を教唆したものとといふことは出来ないアナタ之をあげます取つて呉れと云つて頼んたら教唆でありませう、けれども其の贈るといふ行為と收賄するといふ行為とは唯た方面を違へて見た、けてあつて、一方から見れば贈賄であつて一方から見れば收賄である、

而して立法者か收賄者を罰して居るか贈賄者を罰することをしないのである、其の点から贈賄者を罰することか出来ない、要するにサウいふ考から見ますと、自己か正犯たることを得ない罪は教唆することも出来ないと思ふ方面から見ることか出来るのでなくして、自分か他人の犯罪の成立上必要なる部分を為し而も其の行動といふものは独立に処罰されて居らぬといふ時分に、其の行為の提供に因て教唆たる事従犯たる事を得ないといふことになるであらうと思ひます、さういふ觀念で見ないと此の刑法の種々の場合に於て不完全な關係か出て来ます、例へは十七八歳になる者を誘拐するといふ罪がある場合に、誘拐さるゝ者も矢張共犯になるか或は教唆罪といふものになるか、それから其の他さういふ場合を想像すれば此の刑法の中に幾らもそれに類似する規定があるのであります、殊に決闘罪の如き決闘を挑んだ者か矢張独立の罪として罰せられる、さういふ場合に決闘に應ずるものを教唆と見ることか出来るや否や、少くとも二重にサウいふ事を見るのか矢張不都合であらうと思ふのです

今私の述べた事は多少独断的で、多少常識論であるといふ事を私も認めて居りますか、トウもサウいふ考か刑法の上になければ矢張常識に外れた結果といふものか出て来るのであつて、さういふ觀念を應用して刑法の種々の規定を適用して見ましたならば面白からうと思ふのです、けれども其の觀念か必しも正確であるとは云へない、故に有罪論者にも賞与は与へるのである、けれどもサウいふ面白い事かありますから、

唯た諸君の研究の為にチヨット注意したたけであります、私も此の点に付て法律上確かなる根拠があるとして無罪説を主張する訳ではない、研究の結果唯た無罪説か穩当と思つて無罪説を主張するのであります、是に付て確かなる法律上の根拠がある訳ではありません、之を以て有罪論者を論破したりといふことは出来ませぬか、諸君か之を参考として研究せられたならば余程面白からうと思ふのであります

(牧野講師) 私か出題者といふことになつて居りますけれども実は私ではない、判検事及弁護士試験委員か出題したのであります其の問題を直ちに持つて来てサウして諸君か御議論になつたので、問題の味ひは矢張試験を受くへき諸君か平等に其の味ひを翫味すへき性質のものであります、昨年の司法省の試験には直接正犯たることの出来ない者か間接正犯たることか出来ぬかといふ問題か出て、大に受験者を苦しめたのである、さうして今年は同しやうな問題を具体的にして、是の如き問題を出して来たのであつて、直接正犯たることの出来説者か間接正犯たることか出来ぬかといふ問題に付ては、学説か三つあります、それと同しやうな問題か素より教唆の場合にも起るのです、実行正犯者たることの出来ぬ者か教唆者たることか出来ぬかといふ事に付ても亦三つの学説を生し得るのです、元來性質か同しやうな事柄で、試験委員か矢張同しやうであるだけに問題か同しやうに湧いて来たもののやうに思ふ、元來間接正犯といふものと教唆といふものの中には性質上の差異を認めなければならぬかドウかといふ事は重大

な問題であつて、現に或事柄を教唆して居る——広い意味に於ける教唆をするといふ事は被教唆者か責任無能力で有ると無いとに依つて認識の区別はしないけれども、實際の無能力者であつたのは間接正犯であつて、實際の能力者であれば教唆になるといふ事か多くの書物に書いてあります、そういう事から考へて見れば實際教唆といふものは間接正犯といふものと違ひかあるかドウかといふ事か矢張問題になるのであります

そこで今日は其の問題を拉し來つて諸君か大に論じて居る、教唆といふものと間接正犯といふものとは全然区別をしなければならぬと片方で論じて居るかと思へは、一方では教唆といふものは一つの実行正犯の対犯であるといふ口吻で論じて居る、是は両方御尤もである(マ)さうして日本に於ける通説はドウであるかと云へは現在行はれて居る多くの書物を見ると、直接正犯と間接正犯との差異を認めて居る、間接正犯といふものは其の被教唆者をは一つの器械としてやつたといふ事を言ふて居る、さうして大審院の判決も其の言葉を使つて居る、併ながら教唆といふものはドウいふものであるかとへは、教唆といふものは犯因を造るものであるといふて居る、それか通説であります、泉二君か今晚反対であると言はれましたか、併ながら著書を書いた多くの人が大概其の説明をして居るやうに思ふ、今晚諸君か結局其の点を論断せられたので、それか至極面白いと思ふ、時に或者は其の点をアツサリと言ふて、教唆といふものは犯因を造るものであるから如是

と言ひ、或者は単に教唆といふものは斯ういふ性質のものであるといふ事を言はれた、其所か議論になるのであるから、其所に兎も角着目して説かれたのは宜いけれども、モウ少し何か説明があつて一方の反対説かいけないといふ事に付て、モウ少し深刻な説明があつたならば宜かつたらうと思ふ、多くの説を聞きますと間接正犯と性質か違ふといふ事にあると思ひますか、其の点か消極論でも積極論でも独断的でありました、併ながら其の点は学理的の説明か無かつたやうに思はれる、此の点に付て尚一つ諸君の御研究を願つて置くてす、勿論教唆と間接正犯といふもの、性質を論じて、アトて此の問題か論せられるのでなくして、此の問題の解決如何といふ事か教唆の性質に又遡つて影響を及ぼすべきことである、必ず抽象的問題か極まつて後に具体的問題を決しなければならぬといふ事はない、具体的の問題を其の場合に論じて抽象的問題に遡つても宜いのであるか、併ながら具体的の問題か今問題になつて居る時に、抽象的問題の説明を明かにしてサウして取掛つた方が宜からうと思ふ、併ながら日本に於ける通説は、少くとも私の観たところでは教唆といふものは犯因を拵へるものであるやうに思ふ、日本の学者の説明か貫徹して居るかドウかといふ事は別問題として、兎に角さういふ通説でありますから吾吾には拳証の責任か無いと云つても宜い、却て消極的論者に拳証の責任かあると云つて然るへきてある、従て此の点に於ては審判上有罪論の肩を持つて置きます

第二に問題となるのは総論の問題ではなくして各論の問題である、即ち教唆の性質に關係する問題でなくして、藏匿といふ問題に關係するのである、犯罪人藏匿といふ事はドウいふ罪であるかといふことである、犯罪人藏匿といふ事に因て生ずる所の法律侵害といふものはドウいふ事かといふことである、即ち犯罪人藏匿罪といふものの性質である、犯罪の罪質である、罪質かドウであるかといふ議論である、そこて是か結局教唆に跨つて来るのであるか、犯罪人か自ら隠れた場合には是は罪にならぬ、併ながら自ら隠れた事に因て或社会上に何か悪い事があるかも知れませぬ、少し例を云へば盗人を押へてそれを放任して居つても問はないといふ事は、総ての人か承認して居るらしい、併ながら其の盗人か贓品を売るといふ事か又片片には冒認である、それか宜くない——罪人が隠れるといふ事は見方に依つて宜くない、併ながら其罪人か犯罪をやつたという事に吸収されてしまふかも知れませぬ、犯罪人か潜伏するといふ事と藏匿させるといふ事はドウ違つて、サウして公益か侵害されて居るかドウかといふ問題である、或論者は違ふと云ひ或論者は潜伏も藏匿も同じといふ議論がある、併しなから此の点は唯た同してある唯た違つて居るといふ点だけは説明か足らなかつたと思ふ潜伏といふ事に因て如何なる事柄か生ずるか、犯罪人を藏匿したといふ事に因て如何なる公益に侵害かあるか、若し犯罪人藏匿といふ事に因て生ずる社会上の侵害といふものか、犯罪人潜伏に因て生ずる所の侵害といふものと同じであれば、公益の侵害



か即ち同じなんてす、罪質か同じなんてす、唯た其れか違ふか同じであるかといふ事に因て蔵匿論かやかましくなるので、此の問題は各論の問題として蔵匿といふ事を考へなければならぬ、元來此の教唆といふものは実行の一つの有様である、実行の一つの対象であるとしても、其の実行か犯罪人蔵匿といふ方法に依つて実行されて居る場合には、潜伏と蔵匿とか若し罪質か違ふと無罪と云はなければならぬ、自ら隠れるならば何んでもないか他人をして蔵まはしめる、即ち蔵匿といふ事に因て、潜伏では侵害されぬところの公益か侵害されたといふ事であるならば、無罪ではなからうか、若し同じであるならば其れは一罪と見るべきものでなからうか、それて之をサウいふ風に論して来ると此の問題は単に刑法の総則の問題でなく、各論の問題ではなからうか、諸君か是に着目されたのは大に満足を表します、けれども、独断的て学問的の論か無いといふ事は不満足であるといふことを表示して置きます

○海外留学生 去る三十六年優等の成績を以て英語法学科を卒業したる學員荻野對助氏は経済学研究の爲め本学海外留学生として滿三个年欧米在学の見込にて去月二十日出発米国に向て渡航したり