

○中央大学記事

○討論会 去月二十二日午後一時第三講堂に於て泉二講師の出題に係る「甲者あり乙者を殺害せんとし之を追窮す乙者止むを得ず丙者の宅内に逃入らんとす丙者此事情を知り速に戸を閉ち乙者の逃入を妨けたる為め甲者は其目的を遂けたり丙者の処分如何」の問題に付き討論会を開き同講師を審判者と為し同六時に至り終を告げたり審査の結果一等篠崎仙司(消極説)二等鈴木唯一郎(消極説)三等諸留勇助(積極説)三等田島猛士(積極説)の四氏優等の選に當りて受賞せり今左に右諸氏の論点を掲げん田島氏は乙者は所謂緊急状態に陥りたるものにして刑法第三十六条により違法行為を為したるものにあらず而して丙者の行為は刑法上適法なるや否は大に研究に価するものなりと雖余は丙者か彼の事情を知らされは格別なれとも苟も之を知りし乍ら他人の殺害行為を容易ならしめたるものなれば権利の正当なる行使と云ふことを得ず従て仮令甲者に於て丙者の幫助あるを知らざるにもせよ丙者は甲者の実行行為を幫助したるものにして従犯として之を処断するに足るものなりと為し諸留氏は丙者の行為と乙者の死亡との間に因果關係あることを述へ丙者に

故意あることは問題上より推知し得るに難からずと為し進て曰く要するに本問は緊急状態行為に対して正当防衛権を認め得べきや否即緊急状態行為は違法なるや否に帰着す而して緊急状態行為の無罪なる所以のものは自己又は他人の権利を直接急迫なる危害より免脱することを法律か個人に許したるものなることは疑を容れず換言すれば法律上之を目するに違法を以てすることを得ず然らば緊急状態行為は之を急迫不正の侵害なりと謂ふへからざること明瞭なり従て之に対して正当防衛の成立すること能はざるは言を俟たず而して丙者の行為は共同正犯か従犯か將又単独犯なるやと云ふに共同正犯には共犯者相互に共同意思の存在するを必要とすへく正犯従犯は畢竟実行行為なるや否に因て之を決すへし丙者の行為は実行行為たること明にして而も共同意思によるものにあらずれば之を単独犯として処断せざることを得すと鈴木氏の論旨は次の如し緊急状態に対し緊急防衛ありや余は之有りと断する者なり緊急状態の性質に付ては主観客観両説あり主観説は既に衰へたるも客観説は分れて四派となり互に相争ふの状あり尤も其中放任行為説は漠然たり折衷説は曖昧たり権利説と刑罰免除説とは勝敗を学海に争ひつゝあるものとす然れども権利説を認むるの結果は義務なき権利あること及び権利の抵觸あることを認めざるを得ざるに至る故に余は刑罰免除説を採らざることを得す今此見解に依て乙者の行為を律すれば其實質は丙者の居室権を侵害せんとする違法のものなり従て之に対して正当防衛の成立し得べきは明なりとす因て余は丙者は正当防衛を為したるものにして当然無罪なりと断定せん

と欲す云云篠崎氏は緊急避難行為は其本質に於て違法行為なり特別状態に基き刑を科せすと云ふに止まると為し丙者は正当防衛を行ひたるものにして無罪なりと断定し尚ほ権利と義務とは必ず相対立すへきこと竝に権利の衝突する理由なきことを縷述し更に民法第七十二条の規定に論及して曰く論者は民法第七十二条の規定を引用して権利行為なりと断定せんとする如きも不可なり民法は加害者は損害賠償の責なしと規定するも是れに依て之を権利行為なりとするものにはあらず若し論者の言ふか如く権利行為なりとせば被害者は其結果を甘受せざるへからずして何等救済の途も之なかるへき筈なるに民法は加害者の行為に原因を与へたる者に賠償を求め得べきことを規定するにあらずや以て其権利行為にあらずるを知るに足らん云々と当日の弁士各員は孰れも熱心に討論を為し或は軽快の弁を以て反対論の本拠を襲ふ者あり或は自重の態度を以て自説を主張して已まざる者あり満場之か為に大に振へり討論終局を告ぐるや泉二講師は登壇せり学生の討論に対する細評を加へ授賞の標準に關して注意せらるる所あり垂て問題に対して解決を与へられたり其大要は次に示すか如し

凡そ討論問題は多くの場合に於て積極消極の議論を立て得るものなり故に説の甲なると乙なるとを問はず之を主張するに確乎たる根拠あり且論理整然たるものを以て良しとす即ち敢て出題者の所論に一致したるや否やを以て之れか標準となしたるものにあらず又反対説に対しては之を駁するは可なり然れとも之に対する侮蔑的態度及弁論は謹まざるへからず殊に

人身攻撃に涉るか如きことは避くべきことなり又与へられて
る時間内に弁論終結せざる為め中止せられ其要点に論及する
こと能はず或は少くとも之を悉さざる如きは試験場裡に立つ
場合には大に留意せざるへからざることを懇示せらる更に理
論と常識の要求に關し述へられて曰く元來独逸の学説は非常
に理論的にして実際の事情を顧慮すること少し即ち悪しく之
を云へば徒らに空微に失するの弊あるを免れず英国にありて
は凡て實際的なり即ち実際の事情を参酌して之を定むるか故
に時に理論の明晰を欠くか如き場合ありとするも迂曲の弁を
弄するの弊なし独逸の学説は抽象的思想を以て「ドグマ」を
立てその「ドグマ」を以て立論の根拠として議論するか故に
空想に陥り易し夫の因果關係を論する場合の如きも亦然り即
ち理論一方に偏するか故に實際を閑却し殊更に困難なる理論
を入れるか為め事態をして益益紛淆ならしむ之に反して英仏
に於ける学者は深く實際に着目するか故に其所説亦簡明なり
其緊急行為を論する場合にありても英米法は實際的方面より
立論するか故に其常識的なることは余の嘗て法学新報に掲載
したる英米法に於ける正当防衛と緊急避難と題する論文によ
るも明なりとす之に反して独法に於ては理論を極度迄貫徹せ
しめんとする風潮あるを以て罪刑其均衡を得ざる場合に於て
も是れ理論当然の結果なりとして之を顧みざることあり抑も
法律の学は理論の精確を要すと雖も而かも空理を論するもの
に非らず否反て實際の生活關係に接觸して之を規律すること
を其主眼とせざるへからず之を要するに法万章悉く常識を体

得し之を保護するに由て其目的を達することを得へし而して
現時の趨勢は繁を去りて閑に就き空理を捨て實際に赴くの傾
向あるは注意すべき現象なりとす討論諸士中常識に依て本問
題を解決せんとしたる者あり是れ固より一概に排斥すべきも
のに非らず然りと雖も論者の所謂常識を本問題の解決に適用
し果して過つことなきや否余は大に疑はざるを得ざるなり
予の見る所に依れば此問題は容易に解決することを得ず即ち
無罪説、有罪説孰れも立ち得へし固に問題は故意の有無、緊
急防衛なりや緊急避難なりや其一を決せば即ち足る而して故
意の有無は事実上之を觀察すべきものなり又少くとも自己の
生命身体自由財産に対する恐怖の念あるの故を以て故意なし
と断することを得ざるなり今本問題を認識主義より云へば故
意ありとすることを得へし即ち丙は自己の戸を閉鎖する行為
に因り乙か避難する機会を失ふべき事実を認識せり即ち丙か
戸を閉鎖するに因り乙の殺害せらるることを認識したりと云
ふことを得へし但其結果の發生を希望したるや否やは事実問
題なり故に其孰れの場合なるかは之を仮定して論結するの外
なきなり若し此場合に於て故意なしとせば過失の問題起り得
へし所謂認識主義の故意ありとせば丙の行為は緊急防衛なる
か緊急避難なるか二者其一を出てざるへし今乙の行為を見れ
ば緊急避難なること疑なし但之に対して緊急防衛の成立する
ことを得るやは問題なり緊急行為は処罰免除なりや將た權利
なりやは大に議論の存する所とす而して緊急避難か単に処罰
免除なりとせば本問に於ける丙の戸を閉ちたる行為は純然た

る権利なり従て此説を取れば丙は無罪なりとの論結を生ず然れとも予は緊急行為は権利の本能に其源を発し権利を直接急迫なる危難より救済し保護するものなるを以て又一の権利なりと信す蓋緊急防衛と緊急避難とは其觀念を異にするものなるか故に其範圍及条件も亦之を異にするの理由ありと雖も前述の如く兩者は共に権利を直接急迫なる事情より救済する点に於ては其觀念を同うするものなり而して権利の保護は法か一個人に許したる範圍内に於ては又権利たるなり故に緊急防衛は権利なるも緊急避難は権利に非らずと云ふは同意し難き説なり又我民法第七百二十条に於ても緊急防衛又緊急避難は同一条項中に包含せしめたり故に緊急防衛の権利なることを肯定したる以上は緊急避難は権利に非らずとするは不当なり以上述ふる所に依り予は緊急避難は単に処罰免除にあらずして不可罰行為たり放任行為に非らずして権利行為たり而して丙は乙に対して緊急防衛をなすことを得す何となればこの行為は不正の侵害に非されはなり然らば丙の行為は緊急避難の過剰行為にあらざるや研究を要する問題なり抑も緊急避難たり得るには保護せんとする権利に制限あり而して乙か甲の追撃を避けんか為め丙の家宅に侵入せんとする行為は緊急避難なり然らば丙の之を防くは如何なる権利を保護する為めなりやこれ所謂憲法の保護する家宅権なり而して本問の場合に於て家宅権より見れば急迫なるも生命身体に対しては急迫ならずと認めらるべき事情もあり又単に家宅権に対するものとせばそは財産に対するものと云ふことを得べきやは研究を要す

る問題なり而して民法に従へば所有権は法令の範圍内に於て自由にも其所有物を使用収益処分する権利なり由是觀之乙の侵入行為は丙か安全に居室を使用する権利を妨ぐるものと云ふことを得へし即ち後の見解に依れば財産権に対するものと云ふ条件を備ふるを以て緊急避難なる觀念を容るることを得へし而して今丙の行為を以て緊急避難と見るときは加害行為か避けんとする害の程度を越えたるや否やを見ざるへからず然るに丙は財産権の保護の爲めに乙の生命権を侵せり丙の行為は害の程度を越えたるものと云はざるへからず而して此場合に於て通説より云へば丙の行為と乙の死とは之を分離して考ふべきにあらず従て又其間に因果關係ありと云ふを適當とす本場合は丙か単に之を救はざりしと云ふ場合とは異なる又丙の方より見れば自己の権利を行使したるか如く見ゆ然れとも是れと類似の場合には夫の放火罪の場合に於ける準放火罪なり其規定に依れば火災の際鎮火を妨害したるものは之を罰すと規定せり此場合に於て自己の所有器具なるの故を以て消化用の器具を破壊したる場合と本場合は同一なり即ち其破壊行為か消防を妨害したるの結果を生ずるを以て単に権利の行使と見ることを得ざるなり之を要するに本問に於ける丙の行為は緊急避難の程度を越えたる行為として処罰すべきものと云はざるへからず尚其処罰に就いては或は之を共同正犯なりとし或は之を従犯なりと為す者あり畢竟するに是れ従犯と共同正犯との區別に関する根本觀念の差異より生ずる結果なりと謂はざる可らず

○講談会 去月二十四日午後四時より第三講堂に於て臨時講談
会を開催し法学博士勝本勘三郎氏は文官高等試験に於ける刑法
問題に付き懇切に論評せられたり其速記は之を次号に掲載すへ
し