

和仏法律学校講義録

勝本，勘三郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

3

(号 / Number)

号外の7

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1901-05-15

和佛法律學校

講義錄

第三部

第七之號

刑
法
各
論
(自七六
至八六〇)
法學士勝本勘三郎



090
1900
3-2-7

シテ刑罰ヲ免ルルコトアルヲ以テ加重ノ情アル一種ノ殺人罪トスヘキモノナ
ラトスルモノ他ハ歐米大宇諸國ノ規定ノ如ク普通ノ殺人罪即チ怨恨嫉妬復讐
等ニ基テ行爲ト異ナリ犯人ニ於テ取テ重大ナル惡意アルニ非ス否之ヲ實行ス
ルノ前ニ方リテ恰モ彼ノ自己ノ生命ヲ絶タンコトヲ決意スル者ト同シク嗚咽
斷腸血涙ヲ被害者ノ面ニ漲キツツ漸クニシテ之ヲ決行スル者ナルカ故ニ寧ロ
墮胎罪ト輕重スル所ナシトスルモノ是ナリ此ニ主義ノ中後ノモノハ多數學者
ノ扶同スル所ニシテ前ノ主義ヲ取ル國ハ勿論我國ノ如ク普通殺人罪ノ規定ニ
委スル國ト雖モ事實ノ上ニ於テハ常ニ後ノ主義ヲ採用シ裁判官ハ可及的ノ輕
減ヲ試ミルヲ以テ例トス隨テ古昔文化尙ホ未タ發達セス父母ヨリ産出セルモ
ハ父母ノ所有物ナリト思惟セザル時代ニ於テハ人口ノ増殖ヲ平均セシムルカ爲
ナリキ否現ニ希臘及ヒ羅馬ノ古代ニ在リテハ人口ノ増殖ヲ平均セシムルカ爲
メ之ヲ獎勵シ若クハ分統ノ苦痛ヲ免レンカ爲メニ之ヲ認許シタルコトア
リキ然レトモ之ヲ行ヒタル順序及ヒ之ヲ罪ト認ムルニ至リタル順序ニ於テハ
墮胎ハ嬰兒殺ニ次タモノトス蓋シ古代ニ在リテハ生理解剖ノ學尙ホ未タ明カ

刑法各論 身體財產二對スル重罪輕罪 身體二對スル重罪輕罪

ナラサルノ結果其尙未タ母體ノ中ニ在ル間ニ於テ之ヲ外ニ分離セザルノ法ヲ知ラザリシカ故ニ嬰兒親ノ行為ハ墮胎ノ行為ニ先立ツヘキハ自然ノ順序ナルト同時ニ古代ニ於テハ情義ノ觀念極メテ粗笨ニシテ今日ノ如ク精緻ナラサルノ結果吾人ト共ニ吾人ト同一ナル生活ヲ爲ス者ニ對シテハ些カ愛憐ノ情ヲ惹起シ易キ點アルモ胎兒ノ如キ外形上吾人トノ關係稍ヤ密ナラサル者ニ至ラテハ此情ヲ惹起スニ困難ナルハ亦自然ノ勢ナレハナリ是ニ於テキ後社會漸ク進ミ墮胎ヲ以テ一ノ犯罪ト認ムルニ至リテモ尙ホ之ヲ以テ胎兒其モノニ對スル犯罪トセス之カ製作者タル父母ニ對スル罪ト爲セリ故ニ當時ニ在リテハ父母自ラ之ヲ行フカ若クハ父母ノ承諾ヲ得テ之ヲ行ヒタル場合ニ於テハ決シテ罪ヲ構成スルコトナカリキ其父母ニ對スルノミナラス胎兒ニ對シテモ亦一ノ犯罪ナリト認ムルニ至リタルハ彼ノ羅馬ノ末葉基督敎ノ漸ク隆盛ニ趣キ其勢力國法ニ及ヒタル時代ニシテ遂ニ爾來歐米諸國ニ於テハ之ヲ罪トセサル國ナキニ至リシナリ我刑法ニ於テ本罪ヲ規定シタルモ亦此大勢ニ從ヒタルモノニシテ蓋シ我國ニ於テハ支那法ニ則リタル古法以來新律綱領改定律例ノ近

代ニ至ルマテ尤モ憲政中或藩ノ刑法ニハ之ヲ規定スルモノアリシト聞ク本罪ヲ規定シタル普通法アルヲ見スルニ一層注意ヲ喚起セント欲ス他墮胎ニ關スル小沿革ヲ終ルニ臨ミ一言ヲ附加シ以テ注意ヲ喚起セント欲ス他ナシ墮胎ハ廣ク胎兒其モノニ對スル罪ナルモ他ノ一方ニ於テ之カ製作者ノ利益ヲ害スルコトアルヘキ行為ナルカ故ニ本罪ノ刑罰ハ墮胎其モノノミナラス製作者タル父母ノ利害ヲモ斟酌シテ加重セラレタルモノナルコト是ナリ是ヨリ本罪ノ規定ニ入りテ説明スヘシ

墮胎罪ハ第三百三十條乃至第三百三十五條ニ規定セラル墮胎トハ自然ノ分婉期ニ先チ人工ヲ以テ不正ニ胎兒ヲ母體ヨリ分離セシムル所爲ヲ云フ故ニ墮胎罪ヲ構成スルニハ下ノ各要素ヲ必要トス(一)自然ノ分婉期ニ先チ人工ヲ以テ胎兒ヲ母體ヨリ分離セシメタルコト(二)其所爲ノ正當又ハ適法ナラサルコト(三)墮胎セシムルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 自然ノ分婉期ニ先チ人工ヲ以テ胎兒ヲ母體ヨリ分離セシメタルコトヲ要ス

醫家ニ於テハ自然ト人工トヲ問ハス自然ノ分娩期以前ニ於ケル胎兒ノ分娩ニ
關シ其分娩セラレタル胎兒發育ノ程度若クハ時期ニ因リ之カ名稱ヲ異ニシ胎兒
カ生理上母體ノ外ニ於テ生育スルコトヲ得サル發育ノ程度ニ於テ母體ノ外ニ
分離シタルトキハ之ヲ流産又ハ墮胎ト謂セ生理上母體ノ外ニ於テ發育スルコ
トヲ得ヘキ程度ニ於テ母體ノ外ニ分離シタルトキハ之ヲ早産若クハ死體分娩
ト謂フ然レトモ茲ニ刑法カ所謂墮胎ナル者ハ右ニ所謂醫家ノ墮胎ト異ナリ胎
兒カ母體ニ生シテヨリ後其自然ノ分娩期ニ至ルマテノ間ニ於テ行ハルル總
テノ分産行為ヲ包含ス此點ハ學者間絶エテ爭トキ所ナリ然レトモ既ニ之ヲ自
然ノ分娩期ニ先テ母體ノ外ニ分離セシメタルノ所爲アリタルトキハ縱令生
兒ハ幸ニシテ其生ヲ保ツモ尙ホ墮胎罪ヲ構成スヘキヤ否ヤハ學者及ヒ實際家ノ
間ニ於テ常ニ論議ノ絶エサル所トス本問ニ對シテハ一方ニ於テハ本罪ノ規定
ヲ見ルニ至レル重ナル立法ノ理由ハ胎兒ノ生命ヲ保護セントニ在リ隨テ本問
ノ如キ場合ハ恐ラク立法者ノ豫想セザリシ場合ナルト他ノ一方ニ於テ本問ノ
如キ場合ニ於テハ敢テ著シキ害惡ナキカ故ニ不能又ハ未遂犯トシテ無罪タリ

ト謂フヲ可トスヘキカ如キモ一方ニ於テ墮胎即チ Abortio ナル文字カ古來分娩
セラレタル胎兒ノ生育シ得ルト否トニ關セス一般ニ流用セラレタル語ナルト
他ノ一方ニ於テハ沿革上墮胎罪ノ規定カ國法上ニ創設セラレタル當時ニ在リ
テハ本問ノ如キ場合モ亦之ヲ豫想シ尙ホ墮胎罪ヲ構成スルコトヲ妨ケス唯刑
罰ニ多少ノ區別アルノミトセルノミナラス本問ノ如キ行為ハ多クノ場合ニ於
テ生兒ノ發育ヲ害スルモノ普通ノ分娩ニ因リテ生レ出タル場合ヨリモタル
ヲ以テ刑罰ニ多少ノ附随ヲ爲スハ格別墮胎罪ヲ構成スルモノトシテ處罰セザ
ルヘカラサルモノト信ス

第二ノ要素 其所爲ノ正當又ハ適法ナラザルコトヲ要ス
所爲ノ不正ナルコトヲ要スルハ前ニ毆打創傷罪ニ於テ説明シタルカ如ク總テ
ノ犯罪ニ必要ナル條件タリ而シテ我輩カ特ニ之ヲ本罪構成ノ一要素ニ算ヘタ
ル所以ニ亦毆打創傷罪ニ於ケルカ如ク醫師穩婆等ニ於テ往往母體ヲ安全ナラ
シメンカ爲メ治療上人工ヲ以テ胎兒ヲ殺シテ分娩セシムルコトアリテ其所爲
ハ法律若クハ慣習ノ正當トスル所ヲモノニシテ罪ト爲ルヘキモノニ非サルヲ

以テ之ト區別センカ爲メニ外ナラス
 第三ノ要素 墮胎セシムルノ意思即チ胎兒ノ母體ヨリ分離セシムル意思アルコトヲ要ス
 墮胎罪ニ付テハ第三百三十四條前段ノ場合ヲ除クノ外總テ此意思アルコトヲ要ス故ニ予ハ假ニ之ヲ以テ犯罪構成ノ一要素トス即チ右ノ一場合ヲ除クノ外墮胎罪ヲ構成スルニハ彼ノ殺人罪ニ於ケルカ如ク犯人ニ於テ胎兒ヲシテ母體ノ外ニ分離セシムルノ意思換言スレハ一ノ結果ヲ見ントノ意思アルコトヲ要ス單ニ墮胎ノ結果ヲ生スルノ恐アルヘキ所爲ヲ爲スノ意思アルノミヲ以テハ未タ本罪ヲ構成スルニ足ラス
 以上墮胎罪ノ構成ニ關スル一般ノ要素ヲ說明セリ是ヨリ法律ノ各條ニ入り其豫見セル各箇ノ場合ヲ說明スヘシ
 法律ノ規定ヲ按スルニ先ニ說明シタルカ如ク法律ハ其行爲カ胎兒ノミヲ害スルモノ即チ胎兒ノミヲ害スルノ意思アル場合ト胎兒ノミナラス母體ヲモ害スルモノ即チ有形又ハ無形上其母ヲモ害セントノ意思アリ若クハ意思アリトス

定セタルヘカテナル場合トノ二ニ分チテ各其制裁ヲ異ニセルカ故ニ予ハ便宜上此標準ニ基キ前者ヲ普通墮胎ノ所爲後者ヲ加重ノ情アル墮胎ノ所爲ト名ケ本罪ノ規定ハ之ヲ二分シテ說明スヘシ
 甲 普通墮胎ノ所爲 第三百三十條乃至第三百三十二條ニ規定セラルル墮胎罪ノ普通墮胎ノ所爲ハ第三百三十條乃至第三百三十二條ニ規定セラルル墮胎罪ノ普通墮胎ノ所爲ニ曰ク懷胎ノ婦女藥物其他ノ方法ヲ以テ墮胎シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス第三百三十一條ニ曰ク藥物其他ノ方法ヲ以テ墮胎セシメタル者亦前條ニ同シ因テ婦女ヲ死ニ致シタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處ス第三百三十二條ニ曰ク醫師穩婆又ハ藥商前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ各一毎ヲ加ブトス
 第三百三十條ハ婦女自身ノ所爲ニ係リ第三百三十一條第三百三十二條ハ婦女以外ノ者ノ所爲ニ係ル前條ニ同シ又ハ前條ノ罪ナル文字ヲ以テ第三百三十條ニ連結セシメタル規定ナルカ故ニ婦女自身ノ行爲ト同視スルハ性質上ノ行爲即チ單ニ胎兒ノミヲ害シ婦女ヲ害スル意思ナキ行爲タルニ明カナリ(一)藥物其他

ハ方法トアルカ故ニ如何ナル行為ト雖モ墮胎ノ結果ヲ生ズヘキ行為ハ皆之ヲ包含ス普通若クハ平穩ナル墮胎ノ方法ハ通常之ヲニ分ツテ得墮胎藥ハ服用ニ依ルモノト外部器械的ノ作用ニ依ルモノト是ナリ前者ハ説明ヲ須ヒズ後者ハ通常骨角又ハ護膜棒ノ銳尖シタルモノヲ子宮内ニ挿入シ卵子ヲ破壊スルノ方法ニ依ル此法最モ有效ニシテ而モ母體ヲ害スルコト甚タ稀ナルヲ以テ近時行ハルル墮胎法ハ之ニ依ルヲ多シトス然ルニ茲ニ法律カ藥物其他トシテ藥物ニ重キヲ置キタルカ如キ規定ヲ爲シタルハ往時未タ墮胎術ノ發達セザル時代ニ在リテハ多ク藥物服用ノ方法ニ依リシカ故ニシテ其自ラ老廢ノ法律タルヲ示セザルモノト謂フヘシ(二)本場合ノ規定ニ付テハ格別説明スヘキ點ナシ唯右ノ外ニ應説明スヘキモノハ其犯ニ關スル問題是ナリ即チ第三百三十條所謂婦女自身ノ行為ニ醫師藥商其他ノ者カ教唆者又ハ從犯トシテ加功セタル場合ニ於テハ第三百三十條ノ教唆者又ハ從犯トシテ同條ト第百五條及ヒ第百四條若クハ第百九條トテ適用セテ處斷スヘキヤ將テ教唆者タルト從犯タルトニ論ナク資格ノ如何ニ依リ第三百三十一條又ハ第三百三十二條ノ犯人トシテ單ニ

第三百三十一條又ハ第三百三十二條ノミヲ適用處斷スヘキヤ將テ又第三百三十一條又ハ第三百三十二條ノ教唆者又ハ從犯トシテ同條及ヒ第百五條第百四條若クハ第百九條ヲ適用處斷スヘキヤ予ハ第三ノ擬律ヲ以テ其當ヲ得タリト信ス蓋シ第一擬律ノ如クスルトキハ第三百三十條乃至第三百三十二條ハ墮胎行為ヲ行ヒタル者ノ身分如何ニ依リテ刑ヲ異ニセンカ爲メニ規定セラレタルモノナルニモ拘ラス婦女ト共ニ正犯行為ヲ行ヒタル場合ニ於テハ身分ノ有無ヲ論シ婦女ヲ教唆シ又ハ幫助シタル場合ニ於テハ之ヲ論セス常ニ婦女ノ刑ヲ標準トシテ之ト同等若クハ輕キ刑罰ヲ科スルコトト爲ルノ結果彼此權衡ヲ失スルコトト爲リ第二擬律ノ如クスルトキハ婦女以外ノ者ノ墮胎行為ニ限リ明文ナキニ故ナク總則其犯ノ規定ヲ除外スルコトト爲リテ刑ノ輕重其宜キヲ失フノミナラス本問ノ場合ハ彼ノ他人ト共ニ教唆者又ハ從犯トシテ自己ノ父母ヲ教傷シタル場合ト同シテ第百六條第百十條ノ規定ニ從ヒ犯人ノ身分ニ因リ藥物其他ノ方法ヲ以テ墮胎セシメタル者若クハ藥物……墮胎セシメタル醫師……ヲ一箇ノ正犯ヲ豫想シ之カ刑罰ヲ標準トシ或ハ同シク或ハ輕ク處斷ス

（キモノ）ナレハナリ（ニ）婦女自身ナルト然ラサルト醫師穩婆等特別ヲ資格アルモノナルト然ラサルトニ依リテ刑罰ヲ異ニスル所以ハ一ハ婦女ヲモ害スルヲ結果ヲ生スルト然ラサルト他ハ業務上犯人ニ特別ノ義務アルト然ラサルトニ由ルナリ（ハ）本國ノ法律ニ據テハ其ノ詳詳又ハ犯罪イマモ自白シ父由

乙 加重ノ情アル墮胎ノ所爲ニ依リテ規定セラレタル第三十五條ニ規定セラレタル加重ノ情アル墮胎ノ所爲ハ第三百三十三條乃至第三百三十五條ニ規定セラレタル者ハ第三百三十三條ニ曰ク懷胎ノ婦女ヲ威逼シ又ハ誑騙シテ墮胎セシメタル者ハ一年以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス第三百三十四條ニ曰ク懷胎ノ婦女ナルコトヲ知テ毆打其他暴行ヲ加ヘ因テ墮胎ニ至ラシメタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處ス其墮胎セシムルノ意ニ出テタルモノハ輕懲役ニ處ス第三百三十五條ニ曰ク前二條ノ罪ヲ犯シ因テ婦女ヲ癡篤疾又ハ死ニ致シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス（ト）

第一 第三百三十三條ノ場合本條ノ規定ハ草案ハ勿論外國法ニモ殆ト其例ヲ見ナルモノナルヨリシテ學者間多少ノ議論アリト雖モ多クハ附會ノ處斷採ル

ニ足ラス（本）場合ノ解釋ニ付テハ下ノ二點ヲ説明スルヲ以テ足レリトス（一）威逼又ハ誑騙シテ墮胎セシムルトハ如何ナル意味ナルヤ（二）本條ノ罪ヲ構成スル爲メニハ單ニ懷胎ノ婦女タルコトヲ知ルノミヲ以テ足ラス將タ進ミテ墮胎セシムルノ意思アルコトヲ要スルヤ（三）

一 威逼シ又ハ誑騙シテ墮胎セシムルトハ如何ナル意味ナルヤ（威逼……トハ威力若クハ脅嚇ニ藉リテ之ニ墮胎ヲ強要シ因リテ之ヲシテ其意ニ非アル墮胎ヲ爲テシメタル場合詳言セハ父兄又ハ情夫等カ汝若シ墮胎セテレハ親子兄弟又ハ夫妻ノ縁ヲ絶テヘシト威嚇シテ之ニ墮胎ヲ強要シタル場合乃至白刃ヲ振シテ之ニ墮胎ヲ強要セル場合等凡テ婦女ヲシテ若シ墮胎セシムルハ有形又ハ無形上ノ損害ヲ受クヘキコトヲ恐怖セシメタル結果墮胎ヲ決行セシメタル場合ヲ謂ヒ（誑騙……トハ之ヲ欺キ恰モ墮胎ノ結果ヲ生スヘキモノニ非タルカ如クニ思惟セシメテ以テ之ヲシテ墮胎セシメタル場合詳言スレハ高處ニ手ヲ擧ケ若クハ疾走シテ運動セハ胎兒ヲシテ強壯ナラシムヘシト欺キ因リテ墮胎セシメタル場合若クハ解熱藥ナリト詐リテ墮胎藥ヲ服用セシメ因リテ墮胎セシメタル場

合ヲ謂フモノトス此點ニ關シ學者或ハ墮胎セバ百金ヲ與フヘシト婦女ヲ欺キ因リテ之ヲシテ墮胎ヲ決行セシメタル場合モ亦本場合ニ入ルヘシト主張スル者アリト雖モ予ヲ以テ之ヲ觀レハ是レ單純ナル欺行爲ノ或場合ニシテ本場合ニ入ルヘキモノニ非ス蓋シ右ノ場合ニ於ケル欺問ハ墮胎其モノノ上ニ行ハレタルニ非スシテ單ニ其原因ノ上ニ行ハレタルノミ墮胎ヲ強要シ又ハ墮胎其モノノ上ニ詐欺ヲ行ヒ婦女ヲシテ其意ニ非サル墮胎ヲ行ハシメタルモノト同一視スルハ大ニ權衡ヲ失スルモノアルノミナラス之ヲシモ尙ホ加重ノ情ナリトセハ唯リ本罪ニノミ之ヲ揭タルノ理由ヲ了解スルコト能ハサレハナリ

二 本罪ヲ構成スル爲メニハ單ニ懷胎ノ婦女タルコトヲ知ルノミヲ以テ足ルカ將タ進ミテ墮胎セシムルノ意思アルコトヲ要スルヤ此點ハ學者間異論ナキ所ナルカ故ニ別ニ説明ヲ要セサルモ些カ注意ノ爲メニ一言セント欲ス曰ク本條ニ於テ墮胎セシムルノ意思アルコトヲ要ストモハシハ威逼又ハ誑騙ノ行爲其レ自身ハ次條所謂毆打等ト異ナリ通常多クハ場合ニ於テ墮胎ノ結果ヲ生スルキモノニ非サルニモ拘ラス殆ト次條ノ場合ト同一視スルノ結果甚タ酷ニ失ス

ルノミナラス我刑法中無意ノ結果ヲ謂スル場合ニ於テハ常ニ「因」云云至ラシメ又ハ「致」シタル者等ノ文字アリテ普通ノ場合ト同シカラサルコトヲ表スルヲ例トスルヲ以テ本條ニ適合スル爲メニハ必ス墮胎セシムルノ意思アルコトヲ要スルモノトス

第二 第三百三十四條ノ場合 本場合ハ毆打其他暴行ヲ加ヘテ墮胎セシメタル場合ニシテ法律ハ之ヲ墮胎セシムルノ意思アル場合ト然ラサル場合トニ分チテ各別ノ刑ヲ定ム別ニ説明スヘキモノナシ唯下ノ二點ニ付テ一言スルヲ以テ足レリトス(一)毆打其他暴行トハ何シヤ(二)墮胎セシムルノ意思ナキモ尙ホ結果ニ付テ責任ヲ負フ所以如何

一 毆打其他ノ暴行トハ何シヤ 暴行トハ人身ニ對シテ不正ノ腕力ヲ用フルノ義ニシテ毆打ハ其一例タリ故ニ單ニ人身ヲ打撲スルカ如キ行爲ノミナラス之ヲ逮捕シ之ヲ監禁シ之ヲ強姦スルモ亦本罪ヲ構成スヘキモノトス但シ婦女ヲ殺害セントシテ遂ケス單ニ之ヲ毆傷シタル結果之ヲシテ墮胎セシメタル場合ニ於テハ單純ナル殺人罪ノ未遂犯ニシテ本罪トノ俱發ニ非ス蓋シ本場合ニ

於テハ凡テノ結果ハ殺人行爲ノ中ニ包含セラレレハナリ
二 墮胎セシムルノ意思ナキモ尙ホ結果ニ付テ責任ヲ負フ所以如何ニ是レ墮胎
打創傷罪ニ於テ墮打ノ意思ト所爲トアルトキハ創傷セシムルノ意思ナキモ創
傷ノ結果ニ付テ責任ヲ負シムルト同一般行爲自體ノ性質上犯人ノ豫想スル所
ト認メサルヘカラサレハナリ但シ懷胎ノ婦女タルコトヲ知ルヲ要スルカ故ニ
聯合墮打シテ墮胎セシムルモ懷胎ノ婦女タルコトヲ知ラザリシトキハ(墮胎罪
トシテハ)間擬スヘキ法條ナシ蓋シ銃典トス
(附言) 第三百三十五條前二條ノ罪ヲ犯シ因テ婦女又癡篤疾又ハ死ニ致シタル
者ハ墮打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス(イ)是レ前條ノ性質上之ヲ附加
セスハ本條規定スルカ如キ結果ヲ生シタル場合ニ於テモ尙ホ前二條ニ依リ
墮胎ノ一罪ヲ構成スルニ過キササルヤノ疑ヲ生スヘキカ故ニ數罪併發タルコト
ヲ明言シタルニ過キス但シ本條ヲ引用セスシテ直チニ第百條ヲ引用スルトキ
ハ擬律ノ錯誤トス(ロ)本條規定ノ結果ヲ生シタル場合ニ限リ始メテ墮打創傷イ
各條ト照スヘキモノナルカ故ニ二十日以上ノ疾病休業以下ノ結果ヲ生シタル

トキハ當然前二條ノ中ニ包含セラレルモノナルカ故ニ直チニ前二條ノ一罪ト
シテ處斷スヘキモノトス
終ニ臨ミテ一言ス先ニモ述ヘタルカ如ク第三百三十二條以下ニ於テ之ヲ法律
カ加重ノ情アル場合トスルハ普通ノ場合ト異ナリ曾ニ胎兒ハハナラヌ婦女
モ之ヲ害スルカ故ナリ

第七節 幼者、老疾者ヲ遺棄スル罪

本罪ハ第三百三十六條乃至第三百四十條ニ規定スル
第三百三十六條ニ曰ク八歳ニ滿タル幼者ヲ遺棄シタル者ハ一年以上一年以下
ノ重禁錮ニ處ス百ヲ生活スルコト能ハサル老若疾病者ヲ遺棄シタル者亦同シ
第三百三十七條ニ曰ク八歳ニ滿ナル幼者又ハ疾病者ヲ寥閑無人ノ地ニ遺棄シ
タル者ハ四月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス第三百三十八條ニ曰ク給料ヲ得テ
入ノ寄託ヲ受ケ保養ス可キ者前二條ノ罪ヲ犯シタル時ハ各一等ヲ加テ第三百
三十九條ニ曰ク幼者、老疾者ヲ遺棄シ因テ痲疾ニ致シタル者ハ輕懲役ニ處シ當

疾ニ致シタル者ハ重懲役ニ處シ死ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處ス〔第三百四十四條ニ曰ク自己ノ所有地又ハ看守ス可キ地内ニ遺棄セラレタル幼者老疾者アルコトヲ知テ之ヲ扶助セズ又ハ官署ニ申告セザル者ハ十五日以上六月以下ノ重懲罰ニ處ス若シ疾病ニ罹リ昏倒スル者アルコトヲ知テ扶助セズ又ハ申告セザル者亦同シト〕
 即チ右第三百三十六條乃至第三百三十九條ノ四個條ハ所謂幼者老疾病者ヲ遺棄シタル罪ヲ第三百四十條ハ之ニ準スヘキ罪ヲ規定ス仍チ本節ハ之ヲ二分シテ説明スヘシ

甲 所謂幼者老疾病者ヲ遺棄スル罪
 第三百三十六條ハ通常ノ場合ヲ第三百三十七條ハ場所ニ依リテ加重セラルヘキ場合ヲ第三百三十八條ハ犯人ノ身分ニ因リテ前二條ニ通シテ加重セラルヘキ場合ヲ第三百三十九條ハ結果ニ因リテ前二條ニ通シテ加重セラルヘキ場合ヲ規定ス
 本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成ス(一)犯罪ノ客體ハ八歳ニ滿テタル幼者又ハ老疾者ナ

ルコト(二)遺棄ノ所爲アルコト是ナリ
 第一ノ要素 犯罪ノ客體ハ八歳ニ滿テタル幼者又ハ老疾者ナルコトヲ要ス
 (二)遺棄罪ノ客體ト爲リ得ヘキ者ハ如何ナルモノタルコトヲ要スルヤニ付テハ近世開明諸國ニ於ケル立法ノ主義凡ソ二派ニ岐ル即チ一ハ之ヲ幼者ニ限ルモノトスルモノ他ハ單ニ幼者ノミナラス老疾病者等凡ソ他人ノ扶助ヲ受クルニ非サレハ生存スルコト能ハザル者ハ皆客體ト爲ルコトヲ得ルモノトスルモノ是ナリ前者ハ佛國同刑法第三四八條乃至第三五三條埃國同刑法第一四九條第一五〇條葡國同刑法第三四五條等ノ刑法ノ採用ナル所後者ハ獨國同刑法第二二一條伊國同刑法第三八六條乃至第三八九條匈牙利國同刑法第二八七條ノ刑法及ヒ我刑法等ノ採用スル所ニシテ佛國等ノ諸國カ第一ノ主義ヲ採用シタル所以ハ老疾者等ハ幼者ト異ナリ自己ヲ扶養スル者ノ何人タルヲ知ルカ故ニ事實上到底之ヲ遺棄スル能ハサルノ結果其危險極メテ稀ナルト實驗上此等ノ者ヲ遺棄スルハ扶養ノ責ヲ免レントスルヨリモ寧ロ之ヲ害セントノ意思ニ出ツルモノ多キニ居ルモノニシテ殺人傷人逮捕監禁等ニ關スル規定ハ以テ此等

ノ場合ヲ罰スルニ餘アルヲ以テ更ニ本罪ノ規定ヲ要セスト云フニ在リ實用上ノ議論トシテハ固ヨリ一理ナキノ説ニ非スト雖モ稀ニハ生存競争ノ日ニ困難ナルヨリシテ或ハ單ニ扶養ノ責ヲ免レントノ意思ノミヲ以テ幼者ノ如ク實際遺棄ノ實ヲ舉クルコトヲ得ヘキモノヲ遺棄スル者ナシト斷言シ難キヲ以テ予ハ伊獨及ヒ我利法ノ採用スル第二ノ主義ヲ贊成ス否我輩ハ尙モ現行法ノ規定ヨリモ一步ヲ進メ例ヘハ凡ソ幼者老疾者等他人ノ扶養ヲ受クルニ非サレハ生浴スルコト能ハサル者ヲ遺棄シタル者ハト云フカ如キ抽象的ノ規定ヲ設ケテ諸般ノ場合ニ應スルヲ以テ至當ト信スニ法律ハ幼者ニ付テハ單ニ八歳以下ナルコトヲ要スルノミナルカ故ニ苟モ八歳以下ナルトキハ其男兒タルト女兒タルト健康ナルト羸弱ナルト又智識ノ發達シタルト然ラザルトハ間ハス總テ本罪ノ客體ト爲ルコトヲ得ヘシト雖モ老若疾病者ニ付テハ自活スルコト能ハサル者タルコトヲ要スルカ故ニ他人ノ看護ヲ受ケスシテ生活ヲ全ウスルコトヲ得ヘキモノハ本罪ノ客體タルコトヲ得ス然リ而シテ其果シテ自活シ得ヘキモノナルヤ否ヤハ事實裁判官ノ判斷ニ存ス

第二ノ要素 遺棄シタル所爲アルコトヲ要ス

遺棄トハ不正ニ扶養ノ義務ヲ免脱スルノ所爲ヲ謂フ故ニ通常所謂遺棄即チ幼者又ハ老疾者ヲ其從來扶養セラレツツアル場所以外ニ置クノ所爲ノミナラス幼者老疾者ヲ合キテ扶養シツツアル場所ヲ立チ去リ其踪跡ヲ隠スモ亦遺棄タリ此點ニ付テ我邦ノ規定ト佛法ノ規定トノ間ニ少許ノ差アリ佛國ニ於テ所謂遺棄トハ扶助ヲ受クルノ途ヲ失ハシムルノ義ナルカ故ニ縱令之ヲ遺棄スト雖モ全ク扶助ヲ受クルノ途ヲ失ハサル場合例ヘハ養育院ノ門前ニ遺棄シ事務員ノ之ヲ拾收スルヲ認メテ立チ去リタル場合ノ如キハ罪ヲ構成セスト雖モ我邦ノ規定ハ之ニ反シ單ニ遺棄シタルノ所爲ノミヲ以テ罪ヲ成スニ足ルカ故ニ縱令前例ノ如キ場合ニ於テモ尙ホ本罪ノ犯人タルコトヲ免レス蓋シ本罪ハ單ニ幼者又ハ老疾者其人ヲ害スルノミナラス他ノ一面ヨリ觀察スルトキハ一種ノ風俗ヲ害スル罪ト云フヲ代ヘケレハナリ

處分 (一)先ツ遺棄シタル場所ノ如何ニ依リテ刑ヲ異ニス即チ普通ノ場所ニ遺棄シタルトキハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ客觀無人ノ地ニ遺棄シタルト

キハ四月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス蓋シ前者ノ場合ニ於テハ一方ニ於テ被
 遺棄者ニ危害ヲ生スルノ恐少ナキト同時ニ他ノ一方ニ於テ犯人ニ被遺棄者ノ
 生命身體ヲモ顧ミスト云フカ如キ惡意ナキモ後者ノ場合ニ於テハ往往被遺棄
 者ニ危害ヲ生スルノ恐アルノミナラス犯人ノ意思モ亦單ニ之ヲ遺棄シテ扶養
 ノ義務ヲ免レントニ止マラサレハナリ。空閑無人ノ地トハ如何ナル處ヲ云フヤ
 學者間異議アリト雖モ畢竟事實ノ問題ニシテ必スシモ山間僻地人跡稀ニ印ス
 ル處ノミヲ云フニ非スト知ルヘシ二次ニ犯人ノ身分ニ因リテ刑ヲ異ニス相當
 ノ報酬ヲ受ケ依頼者ノ信用ニ依リテ扶養ノ任ニ在ル者ニ係ルトキハ前者ノ場
 合ニ於テ各一等ヲ加フ責任ノ特ニ重キモノアレハナリ此點亦佛法ト少許ノ差
 異アリ佛法ニ於テハ必スシモ報酬ヲ受ケルコトヲ要セス單ニ他人ノ依頼ヲ受
 ケタル者又ハ法律上ノ責任アル者後見人等ニ係ルノミヲ以テ加重ス(三終ニ遺
 棄ノ結果ニ因リ特ニ刑ヲ加重ス遺棄ノ場所又ハ犯人ノ身分ニ關セス畢竟犯人
 ノ豫想シ得ヘキ結果ナレハナリ別ニ説明スヘキモノナシ但シ前節墮胎罪ニ於
 テ説明シタルカ如ク癡篤疾又ハ死ニ至ラサル結果ハ當然本罪中ニ包含セラル

ルモノナルカ故ニ本罪ト第三百一條ノ俱發ナリトシテ第百條ヲ引用スルトキ
 ハ擬律ノ錯誤タルコトヲ注意スヘシ

乙 幼者、老疾者ノ遺棄ニ準シタル罪

一 法律ハ第三百四十條ヲ以テ自己ノ所有地又ハ看守所ヘキ地内ニ遺棄セラ
 レタル幼者、老疾者又ハ疾病ニ罹リ昏倒スル者アルコトヲ知リテ之ヲ扶助若ク
 ハ申告セタル者ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ處スヘキコトヲ規定セリ是
 レ畢竟人倫ヲ盡ササルノ行爲ニシテ行爲自體ハ違警罪ノ性質ヲ有スルモノナ
 リ然ルニ法律カ之ヲ輕罪トシタル所以ハ人ノ住居若クハ看守所ハ他人
 ノ安ニ入ルコトヲ許ササルノ結果若シ所有者又ハ看守所ニ於テ扶助若クハ申
 告セスンハ他人ノ知ルニ由ナク若クハ知ルモ之ヲ扶助スルコト能ハサルノ
 結果或ハ危險ニ瀕スルノ虞ナシトセス隨テ之ヲ申告又ハ扶助セサル所有者又
 ハ看守所ハ寧ロ遺棄者ノ犯行ヲ助成スルモノナリト云フコトヲ得ヘケレハナ
 リ

二 第二項疾病ニ罹リ昏倒スル者云云ノ冒頭ニハ自己ノ所有地又ハ看守所ヘ

キ地内ニ云云ノ文字ナシト雖モ前項ヲ受ケタル文章ナルト普通ノ場所ニ於テハ違警罪ニ過キサル行爲タルトニ因リ本項モ亦專ラ所有者又ハ看守者ニ對スル責任ヲ究メタルモノニシテ昏倒者ヲ扶助セサル路人ヲ罰スルモノニ非スト信ス

尙ホ一言ス「疾病ニ罹リ昏倒云云」ハ狹隘ニ失ス適當ナル抽象的ノ規定ヲ以テ總テノ場合ヲ包括セシムルヲ可トス

第八節 幼者ヲ略取誘拐スル罪

本節ハ三箇ノ事項ヲ規定ス即チ第三百四十一條第三百四十二條第三百四十五條ヲ以テ所謂略取誘拐ノ行爲ヲ第三百四十三條ヲ以テ略取誘拐セラレタル者ヲ收容シタル行爲ヲ第三百四十四條ヲ以テ處罰權ノ制限ヲ規定ス

甲 略取誘拐シタル罪
第三百四十一條ニ曰ク十二歳ニ滿サル幼者ヲ略取シ又ハ誘拐シテ自ら藏匿シ若クハ他人ニ交付シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ十圓以上百圓

以下ノ罰金ヲ附加ス第三百四十二條ニ曰ク十二歳以上二十歳ニ滿サル幼者ヲ略取シテ自ら藏匿シ若クハ他人ニ交付シタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス其誘拐シテ自ら藏匿シ若クハ他人ニ交付シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス第三百四十五條ニ曰ク二十歳ニ滿サル幼者ヲ略取シテ外國人ニ交付シタル者ハ輕懲役ニ處ス下

本罪ハ下ノ各要素ヲ以テ構成ス(一)犯罪ノ客體ハ二十歳未滿ノ幼者ナルコト(二)略取又ハ誘拐ノ所爲アルコト(三)自ら藏匿シ若クハ他ノ内國人又ハ外國人ニ交付スルコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ客體ハ二十歳未滿ノ幼者ナルコトヲ要ス我邦並ニ直接ノ母法タル佛國ノ規定ニ於テハ必ス幼者タルコトヲ要スト雖モ或國ノ規定ニテハ必スシモ幼者タルコトヲ要セス婦女ナルトキハ丁年以上ノ者ト雖モ亦略取ノ目的ト爲ルコトヲ得ルモノトセリ我邦及ヒ佛國ノ規定ニ於テ幼者ニ非スルハ本罪ノ客體タルコトヲ得ストシタルハ是レ二十歳以上ノ者

ハ民法上獨立ノ位地ヲ有スルモノト看做スカ故ニ之ト相一致セシムルカ爲メナルト同時ニ昔時ト異ナリ別ニ逮捕監禁罪ノ規定アリテ丁年以上ノ者ニ對スルモノハ多ク之ニ依リテ處斷スルコトヲ得ルカ故ナリ(因ニ言フ本罪ハ昔時逮捕監禁罪ノ規定ナキ頃ニ規定セラレタル所謂人盜(Plagium)又ハ Meuschenraub)即チ自由ノ人ヲ捕ヘテ奴隸トスル罪ヨリ變化シタルモノナルカ故ニ逮捕監禁罪ノ制定セラレタル今日ニ於テハ逮捕監禁罪ノ變體トシテ同一條項ノ下ニ規定セラルヘキモノトス法律ニハ單ニ二十歳未滿ノ幼者トノミアルカ故ニ二十歳未滿ノ幼者ナルトキハ其男女賢愚強弱ヲ問ハズ本罪ノ客體ト爲ルコトヲ得ルモノトス賢愚其他ノ情況ニ依リ誘拐又ハ略取セラレタリト謂フコトヲ得タル場合ハ別論トス

第二ノ要素 略取又ハ誘拐ノ所爲アルコトヲ要ス

略取誘拐共ニ不法ニ監督者ノ監督ヲ脱出セシムルノ所爲タリ唯前者ハ暴行又ハ威迫ニ依リテ行ハルルモノナルカ故ニ幼者ノ承諾ナキ場合ニ後者ハ詐欺又ハ誘導ニ依リテ行ハルルモノナルカ故ニ幼者ノ承諾アル場合ニ行ハルルノ差

アルノミ此點ニ付キ從來一ノ疑問アリ曰ク略取誘拐何レモ不法ニ監督者ノ監督ヲ脱出セシムルノ所爲トスレバ若シ事實既ニ監督者ノ監督ヲ脱出セル幼者ナルトキハ本罪ノ目的ト爲ルコトヲ得サルカト本問ニ對シテハ尙ホ竊盜ノ目的タル財物ハ縱令事實所有者ノ手中ニ存セスト雖モ尙ホ所有者ニ屬スルモノタルヲ失ハサルト同シク縱令事實ノ上ニ於テハ監督者ノ監督ヲ脱出スト雖モ法律上幼者ハ常ニ監督者ノ監督ニ屬スルモノナルカ故ニ之ヲ略取誘拐スルノ行爲ハ常ニ其監督ヲ犯シタルモノトシテ略取誘拐罪ヲ構成スルモノト信ス同一ノ趣旨ニ因リ父母後見人等監督ノ位地ニ在ル者又ハ之ニ代リタル者ノ行爲ハ恰モ自己ノ所有物ヲ竊取スル者ノ無罪タルト同シク罪ヲ構成スルノ理由ナキモノトス

第三ノ要素 自ら贓匿シ若クハ他ノ内國人又ハ外國人ニ交付スルコトヲ要ス法律ハ母法タル佛國法ト異ナリ單ニ略取又ハ誘拐シタルノミヲ以テハ罪ヲ成サス進ミテ自ら之ヲ贓匿シ又ハ他人ニ交付スルコトヲ要ストセリ贓匿トハ他人ノ發覺ヲ妨グルノ行爲ニシテ彼ノ或ハ他人ノ人家ヲ違サカリタル別墅ニ置

キ又ハ姓名服装等ヲ變セシムルカ如キハ其重ナル場合タリ交付トハ讀ミテ字ノ如ク他人ニ引渡スノ行為ナリ別ニ説明ヲ要セスト雖モ彼ノ一時他人ニ交付スルノ行為即チ一時他人ニ預ク置クノ行為ハ竊口藏匿ノ行為ニシテ茲ニ所謂交付ノ行為ニ非サルカ故ニ茲ニ所謂交付ノ行為ハ自己ヲ爲メニ之ヲ藏匿スルノ意思ニ出テタル場合換言スレハ自己ノ手ヲ離レテ全然他人ノ手ニ歸スル場合タルコトヲ要スルモノトス

處分 法律ハ先ツ自己ニ藏匿シ若クハ他ノ内國人ニ交付シタル場合ト外國人ニ交付シタル場合トヲ區別シ第一ノ場合ニ於テハ被害者ノ十二歳以下ナルト以上ナルトヲ別チ十二歳以下ノモノニ係ル場合ニ於テハ略取ト誘拐トヲ分タス二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ附加ス十二歳以上ノ者ニ係ルトキハ略取ト誘拐トヲ分テ略取シタルトキハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加シ誘拐シタルトキハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ二十圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス十二歳以下ノ者ニ付テハ略取ト誘拐トヲ同一視シ十二歳以上ノ者ニ付テハ之ヲ區別スル

ハ是レ畢竟前者ハ意識不完全ナル者ナルカ故ニ其承諾ハ全然承諾ナキニ異ナラサルモ後者ハ多少ノ意識ヲ有スル者ナルカ故ニ其承諾ハ全然承諾ナキモトハ區別セサルヘカラサルニ由ルナリ又略取ト誘拐トニ論ナク一般ニ前者ニ對スルモノ後者ニ對スルモノロリモ重キハ是レ一方ニ於テ犯スニ易ク防クニ困難ナルト他ノ一方ニ於テ未タ東西ヲモ辨セス且ツ身體ノ結構未タ完カラサルカ故ニ被害ノ結果ニ於テ大ナル差異アルニ由ルナリ第二ノ場合ニ於テハ年齢ト手段ノ如何ヲ問ハス輕懲役ニ處ス年齢ト手段ヲ問ハサルハ繁ヲ避ケタルノミ司直ノ者宜シク法ノ示シタル範圍ニ於テ斟酌スヘキナリ刑ノ著シク重キヲ加フルハ一方ニ於テ其結果被害者ヲシテ同胞ニ比セハ比較的慈悲哀憐ノ情ニ乏シカルヘキ外國人ノ手ニ陥ルノ慘ヲ嘗メシムルノミナラス他ノ一方ニ於テ多クハ國辱ヲ曝スノ結果ヲ生スレハナリ隨テ按スルニ茲ニ所謂外國人トハ外國ニ在ル外國人ノ義ニテ内國在留ノ外國人ヲ云フニ非サルヘシト雖モ法文柄トシテ他ノ解釋ヲ容テサルヲ以テ廣ク外國在留ノ者ト然ラサル者トヲ問ハスト謂ハサルヘカラス蓋シ法ノ缺點ナラン

乙 略取誘拐セラレタル者ヲ收容シタル罪

第三百四十三條ニ曰ク「略取誘拐シタル幼者ナルコトヲ知テ自己ノ家屬俣婢トナシ又ハ其他ノ名簿ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ前二條ノ例ニ照シ各一尋ヲ減ス」ト

是レ贓物ニ關スル罪ト同シク事後從犯ノ性質ヲ有スル罪ナリ事後從犯ノ性質ヲ有スル罪即チ主犯ヲ幫助スル性質ヲ有スル罪ナルカ故ニ贓物ニ關スル罪ト同シク主犯又ハ主犯ノ代人ト看做スヘキ者ヨリ收受シテ主犯ノ犯行ヲ幫助スル結果ヲ生スヘキ場合ニ非スンハ罪ヲ構成セス同一ノ理由ニ因リ主犯ト共ニスルノ行為即チ主犯ノ藏匿行為ヲ分擔シタル者ハ主犯ト共ニ純然タル略取誘拐罪ヲ以テ論セラルヘク本條ノ範圍ニ入ルヘキ行為ニ非ス收受トハ官吏收賄罪ニ所謂收受ト同シク授タルモノヲ受クルノ義ニシテ貨幣偽造罪所謂收受即チ取り又ハ受クルト異ナルカ故ニ略取誘拐セラレタル幼者ナルコトヲ知リテ更ニ之ヲ略取誘拐シタルモノハ之ヲ包含セス此場合ハ更ニ一箇ノ略取誘拐罪ヲ構成スヘシ尤モ無罪ト云フノ說モアリ又曰ク法律ハ「家屬俣婢トナシ又ハ其

他ノ名稱ヲ以テ」廣ク記載シテ諸般ノ場合ヲ包含セシムルカ故ニ彼ノ徒弟職工藝娼妓酌婦等皆其著シキモノトシテ之ヲ包含スヘシ刑ノ略取誘拐者ニ比シテ一等輕キハ其助犯タルヨリ流出シタル當然ノ結果ナリ
丙 犯人ニ對スル處罰權ノ制限
第三百四十四條ニ曰ク「前數條ニ記載シタル罪ハ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス但略取誘拐セラレタル幼者式ニ從テ婚姻ヲ爲シタル時ハ告訴ノ效ナレ」ト

(一)略取誘拐ノ事實ハ多クハ被害者ノ名譽ヲ害スルノ結果ヲ生スヘキモノナリ然ルニ妄ニ之ヲ訴追スルコトヲ得ルモノトスルトキハ被害者ノ利益ヲ保護セントシテ却テ之ヲ傷クルノ結果ヲ生ス是レ被害者ノ告訴アルニ非スンハ處斷スルコトヲ得ストスル所以ナリ又茲ニ法律カ親屬ヲ記載シタルハ被害者自身ニ於テ訴追スルコト能ハサル場合ヲ豫想シタルニ因ルモノナルカ故ニ被害者ノ代理タル性質ヲ有スル場合例ヘハ被害者ノ死亡シタル場合若クハ無能力ナル場合ノ如シニ非スンハ親屬ハ告訴權ヲ有セサルモノトス(一)但書ヲ置キタル

ハ是レイ夫婦ハ異身同體犯人ヲ罰セント欲スルトキハ其實引テ無辜ノ幼者ニ及フトロ貴重ナル夫婦間ノ平和ヲ傷害スルト同時ニ其害或ハ引テ其間ニ生シタル無辜ノ家屬ニモ及フトコトアルカ故ナリ隨テ但書所謂告訴無効ノ條件ハ一方ニ於テ訴訟ノ未タ行ハレサル間ハ勿論既ニ起リタル後ニ於テモ尙モ效力ヲ有シ之ヲシテ廢滅ニ歸セシムルノ力ヲ有ス式ニ從テ婚姻ヲ爲シタル云云トハ法律慣習ノ認ムル方式ニ依リテ結婚シタルノ義ニシテ要スルニ成立條件ヲ缺如セナル場合ヲ意味スルカ故ニ無効トシテ取消シ得ヘキ瑕瑾アルモノト雖モ亦告訴ヲシテ無効ナラシムルノ力アルモノトス終ニ一ノ疑問アリ縱令一旦式ニ從ヒテ婚姻スルモ無効トシテ取消サレタル場合ハ如何是ナリ一方ニ於テ我母法タル佛法ニ於テハ告訴ヲ有效トスルト他ノ一方ニ於テ法理上敢テ大ナル障害ナキトニ依リテ之ヲ觀レハ告訴ヲ有效トセサルヘカラサルカ如キモ法律ハ單ニ式ニ從テ婚姻ヲ爲シタル時トアルノミナルト婚姻解消ノ後ニ於テモ之ヲ罰スルハ多少道義ニ反スルノ點アルトニ據リ我輩ハ反對ノ決定ヲ探ラント欲ス蓋シ疑問タルヘレ三外國人ニ交付セタル者ニ此制限ヲ適用セサルハ被

害者ノ利益ヨリモ寧ロ國家ノ利益ニ重キヲ置キタルナリ

第九節 猥褻、姦淫、重婚ノ罪

法律カ猥褻姦淫重婚ノ罪トシテ規定スル所ノモノハ第三百四十六條乃至第三百五十四條ノ規定ニシテ更ニ之ヲ細別スルトキハ(一)猥褻ノ罪(二)淫行ヲ媒合スル罪三強姦ノ罪四姦通ノ罪五重婚ノ罪ノ五トスルコトヲ得ヘシ

第一款 猥褻ノ罪

第三百四十六條ニ曰ク十二歳ニ滿サル男女ニ對シ猥褻ノ所行ヲ爲シ又ハ十二歳以上ノ男女ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ猥褻ノ所行ヲ爲シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス第三百四十七條ニ曰ク十二歳ニ滿サル男女ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ猥褻ノ所行ヲ爲シタル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加スト本罪ヲ構成スルニハ下ノ各要素ヲ必要トス(一)猥褻ノ所行ヲ爲シタルロト(二)十

二歳ニ滿タサル男女ニ對シテ爲シタルカ又ハ十二歳以上ノ男女ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ爲シタルコト是ナリ

第一ノ要素 猥褻ノ所行ヲ爲シタルコトヲ要ス

猥褻ノ所行トハ第二百五十八條ニ於テ説明シタルカ如ク淫事吾人異性間ノ結合鶏姦獸姦手淫等ニ關シ見ルニ堪ヘタル醜行ヲ總稱スルモノニシテ例ハ夫婦女ヲ捕ヘテ其裳褌ヲ上クルカ如キモ亦猥褻ノ所行タリ法律ハ單ニ猥褻ノ所行トノミ言ヒテ之ヲ列擧セザルカ故ニ如何ナル程度ニ至リタルモノヲ以テ猥褻ノ所行ト謂フヘキヤハ一ニ裁判官ノ斷定ニ存スルモノタルト同時ニ本罪ニハ未遂犯ナキモノトス蓋シ猥褻トハ或所爲ノ性質ヲ形容シタル語ナレハナリ

第二ノ要素 十二歳未滿ノ男女ニ對シ若クハ十二歳以上ノ男女ニ對シ暴行脅迫ヲ以テシタルコトヲ要ス

暴行トハ有形ノ暴行ヲ脅迫トハ無形ノ暴行ヲ意味ス十二歳以下ノ者ニ對シテハ單ニ猥褻ノ行爲ヲ爲スノミヲ以テ罪ヲ構成シ暴行脅迫ハ加重ノ情タルニモ拘ラス十二歳以上ノ者ニ對シテハ暴行脅迫ヲ以テスルニ非スンハ罪ヲ構成セ

ナルハ是レ十二歳以下ノ者ハ未タ淫事ノ何事タルコトヲ知ラサル者タルソミナラス身體ノ結構不十分ナルカ故ニ縱令暴行脅迫ヲ加ヘタルモ向ホ之ニ重大ナル損害ヲ生セシムヘシト雖モ十二歳以上ノ者ニ對シテハ單ニ道義ニ反スト云フノミニシテ敢テ著シキ損害ヲ生セシメサレハナリ

終ニ臨ミ本罪ト第二百五十八條ノ罪トノ區別ヲ一言セン即チ彼ニ在リテハ公然タルコトヲ要スルモ此ニ在リテハ然ラザルト彼ニ在リテハ特定ノ被害者アルコトヲ要セザルモ此ニ在リテハ必ス之アルコトヲ要スルトノ點ニ於テ區別アルモノトス

第二款 淫行ヲ勸誘シテ媒合スル罪

第三百五十二條ニ曰ク十六歳ニ滿タル男女ノ淫行ヲ勸誘シテ媒合シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

吾人自ラ背徳ノ所行ヲ爲シ以テ自ラ傷タルハ道徳ノ範圍ニ屬シ法律ノ關スル所ニ非ス唯因リテ他人ヲ害シ又ハ公ノ秩序安寧ヲ害スルニ至リテ法律之ニ關

本罪ノ如キ單ニ道義ニ反スト云フニ止ルカ如シト雖モ先ニ説明於タル自殺幫助罪ノ如ク畢竟思慮未タ定モラザル幼者ヲ害スルノ結果ヲ生ス是則法律カ之ヲ罪トシテ規定シタル所以ナリ又曰ク幼者ノ行為ハ主タル行為決リト雖モ罪ヲ成ササルモノナルカ故ニ本罪ハ其從タル行為ニ非スシテ獨立ノ一罪トスル本罪ヲ構成スル爲メニ一ノ要素ヲ必要トス(一)犯罪ノ客體ハ十六歳未満ノ男女タルコト(二)之カ淫行ヲ勸誘シテ媒合シタルコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ客體ハ十六歳未満ノ男女タルコトヲ要ス十六歳未満ノ男女タルコトヲ要スルカ故ニ十六歳以上ノ者ニ係ルトキハ本罪ヲ構成セス十六歳未満ノ男女タルコトヲ要スル所以ハ道義ノ著ハ思慮未タ定マラサルカ故ニ往往一時ノ情慾ニ制セラレテ身ヲ放蕩ニ持チ崩シ以テ終生背徳ノ人ト爲リ若クハ畢生不健康ノ人ト爲ルノ惡結果ヲ生スルカ故ナリ

第二ノ要素 之カ淫行ヲ勸誘シテ媒合シタルコトヲ要ス(一)媒合ニ對シテ淫行トハ姦淫竊姦取手淫等ノ淫事ヲ謂フ勸誘トハ淫行ヲ爲サンコトヲ決意セシメタル總テノ誘導行為ヲ謂フ法律ニハ勸誘トノミナリテ其手段ヲ特定セザ

ルカ故ニ文書ニ依ルト言語ニ依ルト舉動ニ依ルトヲ問ハス凡テ淫行ヲ爲サンコトヲ決意セシムルニ足ルヘキ行為ハ皆是レ茲ニ所謂勸誘タルヘシ媒合ト云フ尙ホ媒介ト云フカ如シ淫行ヲ取持ツコト即チ通常房屋ヲ給與シ又ハ待合所ニ誘導スルカ如キ行為ニ依リテ行ハル但シ勸誘即チ誘導ノ行為アルコトヲ要スルカ故ニ男女ノ依頼ニ應ジ其淫行ヲ媒合シタル所爲例ヘハ淫行ヲ爲スノ目的アルコトヲ知リテ房屋ヲ給與シタルカ如キハ媒合ヲ爲シタルノ行為アルモ進ミテ之ヲ勸誘シタルニ非サルカ故ニ罪ヲ構成セス

本條ハ主トシテ彼ノ利慾ノ爲メ無垢ノ處女等ヲ誘惑シテ泥水ニ陥ルルカ如キ事ヲ職業トスル者例ヘハ女街等ヲ罰センカ爲メニ規定セラレタルモノナルヘシト雖モ明文ノ性質ハ廣ク諸般ノ場合ニ適用セラルモノト然レトモ自己直接ノ色慾ヲ満足セシメンカ爲メ十六歳未満ノ男女ニ猥褻ノ圖畫等ヲ示シ因リテ之カ春情ヲ發動セシメテ之ト淫事ヲ行ヒタルカ如キハ強テ之ヲ言ハハ猥褻ノ圖畫ヲ示シタルハ勸誘ニ相當シ其春情ヲ發動セシメテ之ト淫事ヲ爲シタルハ被害者ヨリ觀察スレハ淫行ヲ媒合セラレタリト謂フヲ得ヘキカ故ニ媒合

ニ相當スト謂フコトヲ得タルニ非タルモ前段猥褻罪トノ關係上之ヲ包含セザルモノタルヘシ又本條ニハ單ニ十六歳未満ノ男又ハ女トアリテ被害者タル男
女ト犯人トノ關係如何ヲ問ハタルカ故ニ犯人カ被害者ヨリモ幼弱ナル場合若
クハ被害者ノ夫タル場合ニ於テモ本罪ヲ構成スルモノトス
終ニ本罪ヲ犯ス者タルコトヲ知リテ被害者タル幼者ト淫事ヲ爲シタル者ハ本
罪ノ正犯又ハ從犯トシテ處罰スルコトヲ得ヘキヤトノ問題アリ予ハ共犯ノ性
質ニ缺タル所ナキカ故ニ積極論ヲ主張セント欲ス

第三款 強姦ノ罪

本罪ハ第三百四十八條及ヒ第三百四十九條ニ規定ス
第三百四十八條ニ曰ク十二歳以上ノ婦女ヲ強姦シタル者ハ輕懲役ニ處ス藥酒
等ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシメテ強姦シタル者ハ強姦ヲ以テ論
ス第三百四十九條ニ曰ク十二歳ニ滿サル幼女ヲ強姦シタル者ハ輕懲役ニ處ス
若シ強姦シタル者ハ重懲役ニ處スト

本罪ノ構成ヲ説明スルニ先テ一言ノ注意ヲ要ス即チ先ニモ説明シタルカ如ク
人或ハ本罪ト猥褻罪トヲ混同シ姦淫ヲ遂ケタルトキハ本罪トシテ其未タ遂ケ
タルトキハ猥褻罪ナリト思料スル者アルヘシト雖モ本罪ト猥褻罪トハ竊盜罪
ト家宅侵入罪トノ關係ノ如ク多少相類スルカ如キモノアルモ其間確然タル標
界アリ即チ本罪ハ竊盜罪ニ於テ其構成ニ財物竊取ノ意思アルコトヲ要スルト
同時ニ此意思アルトキハ單ニ家宅ニ入ルモ竊盜未遂罪ニシテ家宅侵入罪ニ非
タルカ如ク其構成ニ姦淫ノ意思アルコトヲ要スルト同時ニ此意思アルトキハ
單ニ猥褻ト見ルヘキ行爲ヲ爲シタルニ過キサルモ猥褻罪ニ非スシテ本罪ノ未
遂罪トス(若シ意外ノ障害ニ因リ遂ケサルトキハ)
本罪ヲ構成スル爲メニハ下ノ要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)強姦シタルコト
(二)犯罪ノ客體ハ婦女ナルコト是ナリ
第一ノ要素 強姦シタルコトヲ要ス
強姦トハ何ソヤ法律ハ別ニ之カ定義ヲ下サスト雖モ第三百四十八條第二項ニ藥
酒等云云トアリテ單ニ承諾ヲ缺クノミヲ以テハ法律未ダ之ヲ以テ強姦ノ手段

トセザルト同時ニ第三百七十八條強姦ノ定義ニ暴行脅迫ヲ以テ財物ヲ強取シタル者トアリテ強トハ暴行脅迫ヲ用ヒタルコトヲ意味スルニ依リテ之ヲ觀ハ強姦トハ暴行脅迫ヲ用ヒテ被害者ノ抵抗力ヲ失ヘシメ因リテ姦淫即チ不正ナル男女兩性ノ交接ヲ爲シタルコトヲ謂フモノトス姦淫ノ手段トシテ暴行脅迫ヲ用ヒタルコトヲ要スルカ故ニ法律カ第二項ニ於テ除外スル場合ヲ除外例ハハ熟睡人事不省若クハ有形上身體ノ不自山ナルニ乘シタル者ハ勿論詐欺ヲ用ヒテ強姦シタル者ト雖モ本罪ヲ構成セス

第二ノ要素 犯罪ノ客體ハ婦女ナルコトヲ要ス

婦女タルコトヲ要スルカ故ニ婦女ヨリ男子ニ對スル行爲ハ猥褻罪ヲ構成スルハ格別本罪ヲ構成セス

一 強姦罪ハ婦女ヲ強姦スルコトヲ要スルカ故ニ共犯數人アル場合ニ於テ主犯ハ必ス男子タルコトヲ要スルモ便宜ノ爲メ主犯カ無責任タル場合ト否トヲ區別セズ其他ノ者ハ婦女タルコトヲ得

二 強姦ノ未遂ト既遂トノ區別ニ付テ二箇ノ學說アリ一ハ犯人カ情慾ヲ遂ケタルコトヲ以テ既遂トスルモ他ハ陽物ヲ陰腔内ニ挿入シタルノミヲ以テ既遂トスルモノ是ナリ前者ハ専ラ法醫學者間ニ行ハレ後者ハ普通刑法學者間ニ行ハル予ハ前説ヲ以テ正論ヲ得タルモノト信スル姦淫ハ交接即チ情慾ヲ充タスコトヲ意味スルモノト信スルカ故ニカ故ニ強姦罪ノ既遂ナリト謂ハント欲セハ常ニ犯人ニ於テ情慾ヲ遂ケタルコトヲ證明スルコトヲ要スルモノトス

三 姦淫ノ手段トシテ姦淫ニ暴行脅迫ノ行爲アリタルコトノ明白ナル場合ニ於テハ縱令姦淫行爲執行ノ中間ニ於テ被害者カ之ヲ甘受シタルカ如キ姿態ヲ呈スルモ多クノ場合ニ於テハ單純ナル物理上ノ現象トシテ犯罪ノ既遂タルニ影響ヲ及ホサザルノミナラス縱令被害者カ中心之ヲ甘受スルモ其時マテハ強姦ノ行爲トシテ未遂犯タルヘシ

四 然レトモ強姦ハ暴行ノミナラス脅迫ノ行爲ニ依リテモ行ハルモノナルカ故ニ普通脅迫罪ト同シク其當時ノ狀況加害者及ヒ被害者ノ年齡地位強弱等ヲ斟酌シ以テ果シテ犯人カ被害者ヲ恐怖セシメ以テ其意思ノ自由ヲ失ハシム

ハキ行爲ヲ爲シタルキ否キヲ觀察スルコトヲ要ス彼ノ強姦カ婦女ヲ姦淫シタル場合ノ如キハ姦淫ノ爲メ特ニ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタルモ蓋シテ爲メ暴行脅迫其モノカ業ニ既ニ婦女ノ自由ヲ剝奪シテ餘アルモノナルカ故ニ多クノ場合ニ於テ強姦タルヘシ

本罪ノ處分ハ別ニ說明ヲ要セス法律ハ犯罪ノ客體タル婦女ヲ分テテ十二歳以上及ヒ十二歳未満ト爲レ十二歳以上ノ者ニ對シテハ所謂強姦ノ場合ニ於テ輕懲役ニ十二歳未満ノ者ニ對シテハ單純姦淫即チ準強姦ノ場合ニ於テ輕懲役ニ所謂強姦ノ場合ニ於テ重懲役ニ處ス

附言 第三百四十六條乃至第三百四十九條ニ共通ノ規定即チ第三百五十條及ヒ第三百五十一條ニ付テ

第三百五十條ニ曰ク前數條ニ記載シタル罪ハ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス第三百五十一條ニ曰ク前數條ニ記載シタル罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス但強姦ニ因テ癡篤疾ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ無期徒刑ニ處ス

第三百五十條親告ノ規定ハ既ニ屢ニ說明セリ仍テ之ヲ略ス第三百五十條ノ規定ニ付テ法律ハ猥褻罪ヲ犯シ因リテ人ヲ死傷ニ致シタル者及ヒ強姦罪ヲ犯シ因リテ人ヲ癡疾以下ニ致シタル者ハ猥褻又ハ強姦罪ノ刑ト毆打創傷ノ各本刑トヲ對照シ一ノ重キモノニ依リテ處斷シ強姦罪ヲ犯シ因リテ癡疾篤疾ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ無期徒刑ニ處ス亦說明スヘキモノナシ唯本條ノ規定ニ付テ一言スヘキハ猥褻又ハ強姦罪ニ付テ被害者又ハ親屬ノ親告ナキ場合ト雖モ本條ノ規定スルカ如キ結果ヲ生シタルトキハ本條ヲ適用處斷スヘキヤノ問題はナリ學者或ハ本條ノ規定ハ第三百五十條所謂告訴ヲ待テ其罪ヲ論ストノ規定ノ後ニ在リテ親告ヲ待テヘキ場合ハ單純猥褻又ハ強姦ノ場合ニ限ルカ故ニ若シ本條豫見スルカ如キ殺傷ノ結果ヲ生シタルトキハ親告ヲ待タスシテ本條ヲ適用處斷シ得ヘキモノナリト主張スル者アリト雖モ我輩ハ本條ハ猥褻又ハ強姦罪ヲモ論スルノ規定比較シ又ハ之ヲ原因トシテ刑ヲ加重スルカ故ニタルト強姦罪ハ告訴ヲ待テテ之ヲ論スルモノナリトノ原則ニ對スル明白ナル例外ナキト此等ノ犯罪ニハ通常本條ニ豫見スルカ如キ結果ア

ルヘキモノニシテ若シ輕微ナル創傷ヲ生シタリトテ告訴ヲ待タズシテ直チニ此等ノ犯罪ヲモ處斷スルコトヲ得トスルトキハ親告ヲ待ツノ規定ハ殆ト其用ヲ失フニ至ルヘキトニ據リ殺傷ノ原因タル猥褻又ハ強姦罪ニ付テ告訴ナキトキハ裁判所ハ單純ナル殺傷即チ毆打創傷トシテ審理處斷スヘキモノニシテ本條ヲ適用スルコトヲ得ナルモノト信ス

第四款 姦通ノ罪

史ヲ按スルニ古ハ何レノ邦國ニ於テモ(一)姦通ノ所爲ヲ罰シ(二)時ニ或ハ之ヲ侍ヲニ嚴刑ヲ以テスルノミナラス(三)之ヲ罪トシ罰スルハ妻ノ姦通ノミニ限レリ然ルニ近世ニ至リ(一)姦通ハ之ヲ罪トシ罰スヘキモノナルヤ(二)若シ之ヲ罰ストモハ如何ナル刑ヲ以テスヘキヤ又夫ノ姦通ハ之ヲ問フヘキモノニ非サルヤ等ノ問題ヲ生セリ請フ左ニ其一斑ヲ示シ以テ卑見ノ存スル所ヲ述ヘン
第一 姦通ハ之ヲ罪トシ罰スヘキモノナルヤ
第二 姦通ハ婚姻ヲ破ルヲ行爲ニシテ婚姻ハ他ノ契約ト同シク一種ノ

契約ナルカ故ニ之ヲ破ルノ行爲モ亦他ノ契約違反ノ行爲ト同シク婚姻契約解除ノ結果ト相當ノ損害賠償民事上トヲ生スルニ過キス然ルニ古來之ヲ以テ一ノ犯罪ト認メタルハ畢竟民法上ノ思想ノ尙ホ幼稚ナリシニ基因スルモノニシテ大ナル誤ナリ否假ニ之ヲ罪トシ罰スヘキモノトスルモ若シ之ヲ一般ノ犯罪トシテ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ罰スヘキモノトスルトキハ往往一家ノ平和ヲ阻害シ其結果失フ所多クシテ益スル所ナシ若シ又現今諸國ノ刑法カ規定スル如ク處罰ノ全權ヲ被害者タル一方ノ夫又ハ婦ニ歸セシメンカ從來幾多ノ實例カ之ヲ證明スル如ク彼等ヲシテ法ヲ以テ財物強取ノ器具トシ其極刑事裁判所ヲ顛弄セシムルニ至ルノ弊アリ如カス之ヲ刑法ヨリ除却シテ民法ノ規定ニ委センニシト
二 積極說 姦通ハ決シテ單純ナル契約違反ノ行爲ニ非ス婚姻ト云フ契約ニ因リテ獲得シタル公ノ身分即チ社會ノ秩序ニ關係アル所ノ夫タリ妻タル身分ヲ毀傷スルノ罪ナリ既ニ公ノ秩序ヲ破壞スルノ罪トセハ何ソ之ヲ不問ニ付スルノ理アラシヤ其消極論者カ之ヲ罪トシ罰スルノ理由アリトスルモ種種ノ弊

害アリト云フ如キハ固ヨリ争フヘカラサル事實ナリト雖モ此弊害ハ必スシモ
本罪ニノミ特殊ノモノニ非ス法律カ親告ヲ待チテ之ヲ論ストシタル諸種ノ犯
罪皆然リトス隨テ論者ノ説ヲ貫徹セント欲セハ此等ノ罪モ亦本罪ト共ニ不問
ニ付セサルヘカラサルニ至ラン豈ニ難カラスヤ

此二説ニ付キ子ハ單純ニ後説ヲ贊成ス

第二 若シ之ヲ罰ストセハ如何ナル刑ヲ科スヘキヤ又夫ノ姦通ハ之ヲ問フヘ
キモノニ非サルヤ

一 如何ナル刑ヲ科スヘキヤノ點ニ付キ古ハ前ニモ説明シタル如ク往往極刑
ヲ以テ之ヲ處罰セシコトアルモ近世社會ノ進歩ハ他ノ犯罪ト共ニ寛和ナル刑
罰ヲ用フルコトニ一致セリ唯今日ノ問題トシテ存スルハ體刑ヲ用フヘキヤ將
々罰金刑ヲ以テ満足スヘキヤトノ點ニ在リ前問題ニ於テ消極説ヲ主張スル者
ハ少クトモ罰金刑ヲ以テ満足スヘシト主張スル者アリト雖モ罰金刑ハ最も不
完全ナルモノナルカ故ニ體刑ヲ用フヘシトスルノ説多キヲ占ムルカ如シ

二 夫ノ姦通ハ之ヲ問フヘキモノニ非サルカ

(イ) 問フヘキモノニ非ストスルノ説 女子ハ先天的一方ニ執著スルノ性質ヲ
有スルノミナラス妻カ婚姻中ニ生ミタル子ハ夫ノ子ト看做スノ推定アリ隨テ
其姦通ヲ不問ニ付スルトキハ一家ヲ擾亂スルノ結果ヲ生スルモ男子ノ姦通ハ
單ニ道義ニ反スト云フノミニシテ此ノ如キ弊害ヲ生スルコトナキカ故ニ敢テ
刑罰ヲ科スルノ要ヲ見スト

(ロ) 問フヘキモノナリトスルノ説 男子ト女子トノ間ニ於テ其性質ニ差異ア
ルコト隨テ男子ノ姦通ハ女子ノ姦通程ニ害ヲ生セサルハ事實ナレトモ同シテ
公ノ秩序ヲ破壞スル行為トシナカラ其行為ノ結果ニ多少ノ相違アルノミヲ以
テ一ハ刑罰殊ニ輕罪以上ノ刑ヲ科シ他ハ全ク之ヲ不問ニ付シテ道德上ノ制裁
ノミニ委スルハ公平ヲ失スルノ嫌アリ少クトモ或制限ノ下ニ於テ夫ノ姦通モ
亦之ヲ問ハサルヘカラス蓋シ男子ノ姦通ト雖モ時ニ或ハ女子ノ姦通ヨリモ大
ナル害悪ヲ生ラシテ餓饉ニ瀕セシムルカ如キヲ生スルコトアリ畢竟前説ノ如
キハ或點ニ於テ男尊女卑ノ惡弊ヲ因襲スルモノニ外ナラスト

此二説ニ付テモ亦子ハ單純ニ後説ヲ贊成ス但シ其制限ニ至リテハ十分ナル研

究ヲ要スヘキモノト思考スルニ對シテハ、
 (附言) 近世和蘭刑法改正ノ際、姦通ハ之ヲ罪トシ罰スヘキモノニ非ストノ學說ヲ主張スル者アリシカ結局採用セラレザリシノミナラス、近世一般ノ學者ハ觀スヘキモノナリトノ說ヲ主張セリ、唯開明諸國中之ヲ民事犯罪トシテ刑事犯罪ト爲ササルハ英國アルノミ、又男子ノ姦通ハ之ヲ問フヘキモノニ非ストハ近來マテ一般學者ノ異シマサル所ナリシカ、現行佛國刑法カ成制限ノ下ニ於テ之ヲ罰スルコトトシテヨリ大半ノ學者ハ皆之ヲ贊成スルニ至リシカ如シ、
 以上ヲ以テ我輩ハ姦通罪ニ關スル一般ノ說明ヲ了レリ、是ヨリ法律ノ規定ニ入リ說明ヲ試ムヘシ、
 姦通罪ハ第三百五十三條ニ規定ス
 第三百五十三條ニ曰ク「有夫ノ婦姦通シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス其相姦スル者亦同シ」此條ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス但本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ告訴ノ效ナシトモ、夫ハ其罪ヲ論ス但本夫先ニ本罪ヲ構成スルニハ下ノ要素ヲ必要トス(一)犯罪ノ主體ハ有夫ノ婦ナルコト

(二)姦通ノ所爲アルコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ主體ハ有夫ノ婦ナルコトヲ要ス、
 犯罪ノ主體ハ有夫ノ婦ナルコトヲ要スルカ故ニ法律ノ認ムル方式ヲ履ミテ結婚シタル婦ナルコトヲ要ス(此點ニ付キ新民法發布以前マテハ隣里鄰黨ノ認メテ以テ夫婦ト看做ス者ハ刑法ノ姦通罪所謂夫婦タルヘシトノ判例アリシカ故ニ此等ノ者モ亦本罪ノ主體タルコトヲ得タルモ新民法ニ於テハ婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生スト規定セシカ故ニ未タ戸籍吏ニ届出ヲ爲ササル者ハ本罪ノ主體タルコトヲ得ス然レトモ單ニ法律ノ認ムル方式ニ由リテ夫婦ト爲リタル婦女タルコトヲ要スルノミナルカ故ニ縱令婚姻ノ無効トシテ解除セララルヘキ場合ト雖モ未タ解除セラレザル間ハ本罪ヲ構成スル主體タルコトヲ得ヘシ、
 茲ニ有夫ノ婦ニ非サレハ本罪ノ主體タルヲ得ストハ本罪構成ニ缺クヘカラザルモノタルヲ意味スルモ、
 得スト云フニ非ス故ニ有夫ノ婦タルコトヲ知りテ之ト姦通シタル相姦者ハ勿

論則ニ所謂其犯ノ條件ヲ具備シテ本罪ニ加功シタル者ハ何人ト雖モ本罪ノ犯人タルコトヲ得ヘシ前者ニ付テハ法律特ニ之ヲ明記ス畢竟刑罰ニ異同ナキヲ明言セントシタルニ過キヤラン尤モ本罪ハ有夫ノ婦タル身分アルニモ拘ラヌ公ノ秩序ヲ破リテ夫以外ノ男子ト結合シタル故ニ構成スルモノニシテ畢竟有夫ノ婦ニ專屬スル犯罪ナルカ故ニ其因リテ公ノ秩序ヲ破ルノ身分ナキ者ハ縱令之ニ加功一例ヘハ姦通ノ媒介ヲ爲スカ如シ一スルモ罪ヲ構成セスト主張スル學者アリ參考ノ爲メ一言ス

第二ノ要素ニ姦通ノ所爲アルコトヲ要ス

姦通トハ本夫以外ノ男子ト不正ノ結合ヲ爲スコトヲ謂フ不正ノ結合タルコトヲ要シ且ツ不正結合ノ對手者ハ本夫以外ノ男子タルコトヲ要スルカ故ニ此ニ要件ヲ完備セザルモノハ縱令如何ナル醜行ト雖モ例ヘハ姦姦又ハ獸姦ノ如キ本罪ヲ構成セズ然レトモ既ニ不正ノ結合ニシテ且ツ其對手者カ本夫以外ノ男子タル以上ハ幼童又ハ白痴等機械的ニ婦女ノミヲ情慾ヲ充タシタルニ過キナラモノトノ結合ト雖モ尙ホ姦通ノ所爲タルヘシ

然ラハ男子ノ生殖器ト女子ノ生殖器トカ有形上相接著シタルノミヲ以テ姦ニ姦通既遂ノ行爲アリト謂フコトヲ得ヘキヤト云フニ予ハ先ニ強姦罪ニ於テ説明シタルト同一ノ論法ニ據リ男女子就レカ情慾ヲ遂ケスルハ既遂ノ行爲アリト謂フコトヲ得スト言ハント欲ス(反對論アリ一考ヲ要ス但シ一言ス文字上ヨリシテ之ヲ論スルトキハ予カ說正當ナルカ如キモ實際ニ於テハ其情ヲ遂ケタルヤ否ヤハ殆ト證明スルコトヲ得ザルヲ以テ通例トスルカ故ニ反對説ヲ採用スル方寧ロ實際的ナルヘシ又曰ク姦通ニ著手ノ行爲ナシト主張スル學者アリト雖モ予ハ其何ノ故タルヲ解セス將ニ姦通セントシテ男女衾ヲ同シウスルカ如キハ姦通著手ノ行爲タルヘシ唯法律ニ於テ之ヲ罰セザルノミ

處分 六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス其相姦スル者亦同シ此條ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テテ其罪ヲ論ス但シ本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ告訴ノ效ナシ前段ニ付テハ説明スヘキモノナシ唯説明ヲ要スヘキハ後段ノミトス

告訴ヲ待テテ其罪ヲ論スル所以ハ姦通罪モ亦他ノ犯罪ト共ニ國家ノ秩序ヲ害スル罪ニシテ社會全般ニ對スル罪ナリト雖モ他ノ一面ヨリ觀察スルトキハ確

ニ夫ニ對スル貞節ヲ破ルノ罪ニシテ夫妻隨テ家族間ノ關係ヲ傷害スルノ罪ナリ然レトモ此所謂夫婦ノ關係ハ被害者タル夫ト加害者タル妻トノ和親ニ因リテ往往原狀ニ回復セラルルコトアルノミナラス姦通罪ハ他ノ多クノ親告罪ト同シク夫ノ名譽ニ關スル罪ナルカ故ニ單ニ社會ノ秩序ヲ維持センカ爲メノミヲ以テ妄ニ之ヲ處罰スルコトトスルトキハ或ハ徒ニ夫婦間ノ和親ヲ害スルカ少クトモ夫ノ名譽ヲ毀損スルノ結果害ノミアリテ益ナキコトト爲ルヘシ是ニ於テカ法律ハ被害者タル夫ノ利益ヲ保護センカ爲メ處罰ニ關スル利害得失ヲ其判斷ニ委スルコトトシタルナリ

告訴ノ性質 右ニ説明シタル如ク告訴ヲ待テテ其罪ヲ論スルコトトシタル所以ハ單ニ夫ノ名譽ノミヲ保護セントニ非ス家族間ノ關係ヲモ亦之ヲ害セザラントトテ希フニ出ツルモノナルカ故ニ姦ニ所謂告訴ハ處罰ノ條件ヲ成形スルモノニシテ犯罪ノ構成條件又ハ起訴ノ條件ヲ成スニ過キサルモノニ非スト思考ス德國刑法ノ如キハ尙ホ一步ヲ進メテ處刑ノ後ニ於テモ再ヒ之ヲ妻トシテ婚姻ヲ繼續スヘキコトヲ條件トスルトキハ妻ノ刑罰ヲ中止スルヲ得ルトセリ

(註) 犯罪構成ノ條件トスルノ說ハ罪アレハ刑アリ刑ナクシテハ罪ナシトノ考ヨリ來ルモノニシテ一種ノ學說タリト雖モ罰スヘキ行為即チ罪ト云フ觀念ト刑罰ト云フ觀念ハ自ラ分離シテ考フヘキモノトス之ヲ分離シテ考フルトキハ犯罪ハ姦通ト云フコトニ因リテ構成シ告訴ハ之ヲ處分セシムルカ爲メニ提起セラルルモノナルカ故ニ告訴ハ即チ處罰ノ條件ト謂ハサルヘカラス否之ヲ以テ犯罪構成ノ條件トスルトキハ時効ハ告訴ノ時ヨリ始マルト云ハサルヘカラスルニ至ルノ結果ヲ生スヘシ

又起訴ノ條件トスルノ說ハ夫ヲシテ告訴ノ初ヲ慎マシメ以テ裁判所ヲ騙弄セシメサルノ利益アリト雖モ公訴提起ノ爲メ告訴ヲ待ツノ理由ハ之ヲ名譽ノ保護ノミニニ基カサルヘカラサルノ結果若シ夫先ニ姦通ヲ縱容セタルカ如キ行為アリタルトキハ自ラ名譽ヲ傷ケタルモノニシテ亦別ニ保護スヘキ名譽ナキカ故ニ國家ハ他ノ犯罪ト同シク直チニ之ヲ訴追スルコトヲ得ルノミナラス進ミテ夫ヲモ秩序破壞罪ノ共犯トシテ處罰セサルヘカラサルノ結果ヲ生スヘシ

告訴ハ主トシテ家族間ノ關係ヲ維持セシメンカ爲メ夫ニ與ヘタル妻ニ對スル處罰ノ權能ナルカ故ニ左ノ結果ヲ生ズ

(イ) 夫カ先ニ姦通ヲ縱容シタルトキハ當時家族ノ親睦ハ毫モ害セラレタルノ痕跡アルラ認メサルカ故ニ縱令夫ニ於テ之ヲ告訴スルモ告訴ノ效ナキモノタリ(縱容ハ許諾ノ義)

- (ロ) 告訴ノ權能ハ夫ニ專屬スルカ故ニ夫ニ非ナル者ハ勿論縱令夫ノ委任若クハ遺言ヲ受ケタル者ト雖モ其死亡後ニ於テハ告訴又ハ取下ヲ爲スコトヲ得ス又本夫トハ姦通當時ノ夫タルノ義タルヲ以テ姦通當時ニ於テ夫タル身分アルニ於テハ離婚後ト雖モ告訴權ヲ失ハス
- (ハ) 告訴ハ姦通罪ニ對シテ提起セラルルモノナルモ夫カ妻ニ對シテ有スル權能ナルカ故ニ妻ノミニ對スル告訴又ハ其取下ハ延テ相姦者ニ及フト雖モ相姦者ノミニ對スル告訴又ハ其取下ハ妻ニ對シテモ相姦者ニ對シテモ何等ノ效果ヲ生ゼズ(妻ハ主ニシテ相姦者ハ從者ナリ)
- (ニ) 告訴ハ妻ニ對スル處罰ノ權能ナルカ故ニ裁判宣告ノ確定スルマテハ拋棄スルコトヲ得ルモ其以後ノ取下又ハ初コリ處罰スルノ意思ナキ告訴ハ其效

ナキモノトス

右ノ結果ニ關連シテ一ノ問題アリ曰ク處罰以前ニ於テ夫又ハ婦カ死亡シタルトキハ裁判所ハ夫若クハ婦カ生存セシナラハ告訴ノ取下アリタルヲ保スヘカラストノ理由ニ因リ凡テ向ヒテ無罪ヲ宣渡スコトヲ得ヘキヤ否ヤ是ナリ本問ニ對シテハ管テ積極論ヲ主張セシ今ハ却テ消極論ヲ可トセリ蓋シ取下ハ夫又ハ妻ノ死亡マテニ存スヘキモノニシテ其時マテ取下ナキトキハ縱令偶然ノ出來事ナリト雖モ已ムヲ得サルモノニシテ畢竟權利ノ拋棄ハ明示セラルルコトヲ要スレハナリ

終ニ立法論トシテ一言注意スヘキハ獨逸刑法ニ於テハ姦通ノ告訴ヲ爲スニハ先ツ離婚ヲ請ムスルコトヲ要ストセリ最モ適宜ノ立法ト認ム

第五款 重婚ノ罪

重婚罪ハ第三百五十四條ニ規定ス

第三百五十四條ニ曰ク「配偶者アル者重キテ婚姻ヲ爲シタル時ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」

古昔重婚罪ハ之ヲ姦通罪ト混同シ其之ヲ分離シタルハ近世ノ刑法ニ始マレリ其構成要素ニ付テハ既ニ本罪ト相類似シタル姦通罪ニ於テ之ヲ説明シタルカ故ニ茲ニ再說セス唯單ニ姦通罪ト重婚罪トノ異同ヲ示スニ止メント欲ス

一 姦通罪ハ男女兩性間ニ於ケル不正ノ結合アルコトヲ要スルモ重婚罪ノ成立ニハ必スシモ之アルコトヲ要セス既婚者タルノ身分ヲ有シナカラ其婚姻ノ未タ解除セザルニ先チ再ヒ法律ノ規定シタル方式ヲ履ミテ他ノ男子又ハ女子ト結婚シタルノ事實アレハ足ル

二 姦通罪ハ不正ノ結合アリタルトキニ成立スル即時犯ナルモ重婚罪ハ男女兩性間ノ畢生ノ結合ヲ目的トスルモノニシテ時ノ觀念カ行爲組成ノ一要素タルカ故ニ豎禁罪ト同シク繼續犯タリ唯彼ト此トノ差異ハ繼續カ彼ニ在リテハ有形ナルモノニ在リテハ無形タルノミ

三 我刑法ニ於テハ姦通罪ハ妻ニ非ナレハ之ヲ犯スコトヲ得スト雖モ重婚罪

ハ夫妻共ニ之ヲ犯スコトヲ得佛國ノ如キハ夫妻共ニ姦通罪ノ主體タルコトヲ得

四 又我刑法ニ於テハ姦通罪ハ親告訴ナルモ重婚罪ハ他ノ犯罪ノ如ク檢事ニ於テ進ミテ起訴スルコトヲ得他國ノ立法ニ於テハ姦通罪ト同シク親告訴トスルモノアリ

姦通罪ニハ「其相姦スル者亦同シ」トノ明文アルモ重婚罪ニハ之ヲ缺如スルヨリ人或ハ重婚罪ハ姦通罪ト異ナリテ相重婚者ヲ罰セスト主張スル者アリト雖モ前ニモ説明シタルカ如ク姦通罪ニ限り明文アルハ沿革上刑ノ相同シキコトヲ示スカ爲メニシタルモノニシテ重キヲ置クニ足ラス知情ノ事實アルニ於テハ相重婚者ハ勿論其他ノ者ト雖モ之ニ加效シタル者ハ皆總則ノ原則ニ依リテ處罰スルコトヲ得ヘキモノト信ス

第十節 誣告及ヒ誹毀ノ罪

法律カ誣告及ヒ誹毀ノ罪ト題スルモノハ第三百五十五條乃至第三百六十一條

ノ規定ナリ單ニ誣告及ヒ誹毀トアレトモ其包括スル所ノ犯罪ハ之ヲ分類スル
ハ三箇トス(一)誣告ノ罪(二)誹毀ノ罪(三)陰私漏告ノ罪是ナリ

第一款 誣告ノ罪

本罪ハ第三百五十五條乃至第三百五十七條ニ規定ス(一)「誣告ノ罪」
第三百五十五條ニ曰ク「不實ノ事ヲ以テ人ヲ誣告シタル者ハ第二百二十條ニ記
載シタル偽證ノ例ニ照シテ處斷ス」第三百五十六條ニ曰ク「誣告ヲ爲スト雖モ被
告人ノ推問ヲ始メナル前ニ於テ誣告者自首シタル時ハ本刑ヲ免ス」第三百五十
七條ニ曰ク「誣告ニ因テ被告人刑ニ處セラレタルトキハ第二百二十一條第二十
二條ニ記載シタル例ニ照シテ處斷ス」ト

本罪ヲ構成スルニハ下ノ條件ヲ必要トス(一)告訴又ハ告發ヲ爲シタルコト(二)不
實ノ事ヲ告訴告發シタルコト(三)不實ノ事タルコトヲ知リナカラ之ヲ告訴又ハ
告發スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 告訴又ハ告發ヲ爲シタルコトヲ要ス

原告トハ猶ホ讒訴ト云フカ如ク凡テ處罰ノ權力ヲ有スル者ニ或人カ處罰ノ目
的ト爲ルヘキ非行ヲ爲シタリト偽リ告タルコトヲ謂フ隨テ單ニ誣告ト云フト
キハ必スシモ司法官廳ニ對スル告訴又ハ告發ノミニ限ラス他ノ官廳又ハ一私
人ニ對スル告知モ亦之ヲ包含ス然レトモ茲ニハ「被告人若クハ「被告人刑ニ處セ
ラレタルトキ云云」ノ文字アルカ故ニ司法官廳ニ對スル告訴又ハ告發即チ犯罪
ヲ告クルモノニ限ルモノトス是レ我輩カ之ヲ本罪構成ノ一要素トスル所以ナ
リ

告訴告發ハ共ニ進ミテ犯罪ヲ司法官衙ニ申告スルノ行爲ニシテ唯其異ナル所
ハ一ハ被害者之ヲ爲シ他ハ何人ト雖モ之ヲ爲シ得ルノ差アルノミ即チ告訴告
發カ告訴告發タル爲メニハ刑事訴訟法ノ規定ニ依リ左ノ條件ヲ具備スルコト
ヲ要ス

一 進ミテ犯罪事實ヲ申告スルコト 進ミテ犯罪事實ヲ申告スルコトヲ要ス
ルカ故ニ官廳ヨリ召喚ヲ受ケ又ハ官吏ノ訊問ニ應ジテ或事實ヲ陳述スルカ如
キニ非スシテ進ミテ犯罪事實アリト申告シタル場合ニ非スンハ或ハ偽證罪等

ノ他罪ヲ構成スルコトアルモ本罪ヲ構成スルコトナシ
二 確定シタル事實ヲ申告スルコト 確定シタル事實ヲ申告スルコトヲ要ス
ルカ故ニ單ニ犯罪アリト思料スト云フカ如キ漠然タルモノハ未タ以テ告訴告
發トシテ有效ノモノト謂フヘカラス

三 犯人ノ何タルコトヲ明示スルコト 犯人ノ何タルコトヲ明示スルコトヲ
要スルカ故ニ單ニ人ヲ殺シタル者アリ物ヲ盜ミタル者アリト云フニ止マルモ
ノハ告訴告發ノ態ヲ成ナス蓋シ訴ハ人ニ關スルモノニシテ其處罰ヲ目的トス
ルカ故ニ人ヲ指定セザルトキハ訴ノ目的ヲ缺如スレハナリ然レトモ其所謂人
ヲ明示スルコトヲ要ストハ其氏名住所及ヒ職業等マテヲ詳ニスルコトヲ要ス
トノ義ニ非ス之ニ依リテ凡ソ犯人ノ何タルヤヲ確定シ得ルヲ以テ十分ナリト
ス故ニ例ヘハ人相特徴ヲ明示スル如キ以テ犯人ノ誰タルコトヲ知り得ルモノ
ハ茲ニ所謂犯人ヲ明示セタルモノナリトス
四 告訴告發ヲ受クヘキ官吏ニ對シテ之ヲ爲シタルコト 告訴告發ヲ受クヘ
キ官吏ハ刑事訴訟法第四十九條ニ規定スル所ニシテ檢事及ヒ司法警察官トス

檢事及ヒ司法警察官刑事訴訟法第四七條第四八條參看ニ之ヲ爲スヲ要スルカ
故ニ此等ノ官吏以外ノ者ニ對シテ爲シタルモノハ告訴告發トシテ有效ナラス
以上ノ各要素ヲ具備スルトキハ或二三諸國ノ規定ト異ナリ必スシモ書面ヲ以
テ之ヲ爲スコトヲ要セザルカ故ニ縱令口頭ヲ以テラスルモ告訴告發ノ效アルモ
ノトス

第二ノ要素 不實ノ事ヲ告訴告發シタルコトヲ要ス
此點ニ付テハ別ニ説明スヘキコトナシ唯一言スヘキハ報告セラレタル犯罪事
實ト報告ノ犯罪事實ト同時ニ裁判所ニ現出スルコトアリ此場合ニ於テ報告罪
カ罰セラレルコトノ爲メニハ報告セラレタル犯罪事實カ虛偽ナリシコト即チ
裁判ニ依リテ無罪タルコトノ證明セラレルコトヲ要ス但シ是レ唯報告事實ノ
證明ニ要スルモノナルカ故ニ報告罪ノ成立條件ヲ成スモノト思惟スヘカラス
彼ノ或一派ノ學者カ報告罪ノ時効ハ其報告セラレタル事實カ虛偽ナリシコト
ノ證明セラレタル時ヨリ始マルモノナリト云フカ如キハ此點ヲ誤解セタルノ
罪ニ坐スルモノトス

第三ノ要素 不實ナルコトヲ知リナカラ之ヲ告訴又ハ告發スルノ意思アルコトヲ要ス

事實ノ虛偽ナルコトヲ知リナカラ之ヲ告發スルノ意思アルノミヲ以テ十分トスルカ故ニ既ニ之ヲ具備スルニ於テハ特ニ他人ヲ害セントノ意思アルコトヲ要セス爲メニスル所アルコトヲ要セサルノ義其レ自身法律カ罪トスル所ノ惡意アルモノトス故ニ縱令罪ヲ他人ニ移シテ自己ノ罪ヲ免レンカ爲メ又ハ一時ノ戲ヲ以テスルモノト雖モ罪ノ構成ニ影響ヲ有セス

處分 處分法ハ何レモ偽證罪ノ刑罰例ニ依ルノ規定ナルカ故ニ詳細ハ偽證罪ノ處分法ノ説明ニ譲リ茲ニハ唯第三百五十六條ノ規定ヲ一言スルニ止ムヘシ

第三百五十六條ニ曰ク「証告ヲ爲スト雖モ被告人ノ推問ヲ始メサル前ニ於テ証告者自首シタルトキハ本刑ヲ免スト

被告人トハ被証告者ヲ指シ推問トハ訴ヲ審理スルカ爲メノ推問即チ豫審又ハ公判ニ於ケル訊問ヲ謂フ法律ニハ被告人ノ推問トアリテ縱令被告事件ノ審理訊問ヲ開始スルモ未タ被告人ヲ訊問セサル間ハ自首ニ依リテ本條ノ恩典ニ浴

スルヲ得ルカ如キモ法文ノ意ハ被告事件審理ノ爲メニスル豫審又ハ公判ノ手續開始前ノ義ニシテ既ニ此等ノ手續カ開始セラレタル後ニ在リテハ縱令未タ被告人其人ノ訊問ヲ開始セサルモ自首ニ依リテ本條ノ恩典ニ浴スルコトヲ得タルモノトス蓋シ若シ夫レ然ラストスルトキハ被告人闕席ノ時ハ裁判官渡ノ後ニ於テモ尚ホ自首ニ依リテ無罪タルコトヲ得ルノ結果彼此權衡ヲ得サルニミナラス本文ハ實ニ佛文草案第三百九十六條 *§1. est retruqué avant toutes poursuites outre Sapeurisme Tenonche* (被証告者ニ對スル凡テノ訴追手續以前ニ於テ自首シタルトキ)ニ該當スルモノナレハナリ

第二款 誹毀ノ罪

本條ハ第三百五十八條第三百五十九條ニ規定セラル

第三百五十八條ニ曰ク「惡事醜行ヲ摘發シテ人ヲ誹毀シタル者ハ事實ノ有無ヲ問ハス左ノ例ニ照シテ處斷ス

一 公然ノ演說ヲ以テ人ヲ誹毀シタル者ハ十一日以上三月以下ノ重禁錮ニ處シ三回以上三十回以下ノ罰金ヲ附加ス

二 書類圖畫

ヲ公布シ又ハ雜劇偶條ヲ作爲シテ人ヲ誹毀シタル者ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス第三百五十九條ニ曰ク死者ヲ誹毀シタル者ハ既囚ニ出タルニ非サレハ前條ノ例ニ照シテ處斷スルコトヲ得スト

本罪ノ構成要素ヲ説明スルニ先テ誹毀ト報告及ヒ誹毀ト侮辱ノ區別ヲ一言セント欲ス

一 誹毀ト報告トノ區別 兩者共ニ惡事醜行ノ摘發タルノ點ニ於テハ同一ナルモ左ノ各點ニ於テハ著シキ差異アリ
(一) 惡事醜行ノ真偽ニ關シ 報告ニ在リテハ必ス虛偽タルコトヲ要スルモ誹毀ニ在リテハ新聞紙條例第二十五條ニ記載シタル場合即チ惡事醜行ヲ摘發公布スル機關カ新聞紙ニシテ且ツ其事カ一私人ノ私行ニ係ラザルコト隨テ摘發ノ意思カ公益ノ爲メニスルニ在ル場合ヲ除ク外虛偽ト眞實トヲ問ハス罪ヲ構成ス畢竟誹毀ハ他人ノ惡事ヲ發キテ第三者ニ知ラシムルト云フ單純ナル徳性ヲ缺クノ行爲ナルモ報告ハ罪ナキ者ヲ既ヒテ刑罰ニ觸レシメントスル敗徳

加害ノ甚シキ行爲ナルヨリ流出スル結果トス

(二) 惡事醜行ノ性質ニ關シ 報告ニ在リテハ刑罰ニ觸ルヘキ事項タルコトヲ要スルモ誹毀ニ在リテハ必スシモ之ヲ要セス單ニ其人ノ名譽ヲ毀損スヘキ事項タルノミヲ以テ十分トス一ハ刑罰ニ觸レシムル目的トシ他ハ單ニ人ノ名譽ヲ毀損スルヲ目的トスルノ行爲タルヨリ流出スル結果トス

(三) 摘發ノ方法ニ關シ 報告ニ在リテハ告訴又ハ告發人タルコトヲ明示報告ニ因ル責任ヲ生スヘキモノナルカ故ニ明示セラルルコトヲ要スシテ刑罰ニ觸ルヘキ事項ヲ告訴告發ヲ受クヘキ職責若クハ職權アル官吏ニ申告スルコトヲ要ス

要ス誹毀ニ在リテハ全ク之ヲ缺如スル外摘發ノ方法カ公布ニ依ルコトヲ要ス(檢察司法警察官ノ讀ムヘキモノタルコトヲ知リ他人ノ刑罰ニ觸ルヘキ事項ヲ新聞紙ニ記載シ又ハ其面前ニ其新聞紙ヲ呈出シ又ハ其面前ニ於テ此等ノ事項ヲ演述スルモ告訴又ハ告發人タルコトヲ明示セザレハ誹毀罪ヲ構成スルノミ

ニシテ報告罪ヲ構成セス
二 誹毀ト侮辱トノ區別 此區別ニ付テハ前者ト異ナリ人或ハ疑ヲ懷ク者ア

ルヘキニ由リ予ハ先ツ各所爲ノ性質ヲ明カニシ以テ其差異ノ存スル所ヲ示ス
 (一) 侮辱 侮辱トハ他人ヲ輕侮スルノ行爲換言スレハ被害者カ犯人ニ對シテ有スル地位品格ヲ蹂躪スルノ行爲即チ犯人カ被害者ニ對スル一般若クハ特別ノ敬禮ヲ缺クノ意思アルコトヲ表示スル行爲ニシテ其構成ニハ被害者ニ對シテ一般若クハ特別ノ敬禮ヲ缺クノ意思アルコト及ヒ之ヲ表示スルノ行爲アルコトヲ要ス(我刑法ノ規定ニ於テハ官吏ニ對スル侮辱ハ官吏其人ニ對スルモノニ非ナスシテ其官吏カ奉スル所ノ職務即チ公權ニ對スルモノトスルカ故ニ此場合ニ於テ所謂被害者ハ國家タルヘシ其結果トシテ
 (イ) 犯人對被害者ノ間ニ於ケル體面蹂躪ノ行爲ナルカ故ニ必スシモ第三者ノ之ヲ聞知スルコトヲ要セス(加重ノ情タルハ格別單ニ犯人カ被害者ニ對シテ之ヲ爲セタルノモヲ以テ十分トス
 (ロ) 犯人對被害者間ニ於ケル體面蹂躪ノ行爲ナルカ故ニ犯人カ被害者ニ對シテ一般又ハ特別ノ敬禮ヲ爲ササルハカラナル地位ニ在ルコトヲ要ス之ヲ

要スルカ故ニ主人カ僕婢ニ對スル場合ノ如キ之アラサル場合ハ他人ニ對シテハ通常侮辱ト爲ルヘキ場合ニ於テモ侮辱ト爲ラス(即チ雙方ノ關係ヲ審查セタル後之ヲ決スルヲ要ス)
 (二) 不法ノ判斷ニ基ク體面蹂躪ノ行爲ニシテ判斷ハ犯人一人ノ心裡ニ存スルモノナルカ故ニ性質上證明スルコトヲ得サルモノトス(但シ判斷ノ材料タル事實ノ證明ハ之ヲ爲スコトヲ得ルモ是レ單ニ犯罪ノ情狀ニ關係ヲ有スルノミニシテ構成ニハ何等ノ影響ヲ有セス)
 (三) 誹毀 誹毀トハ他人ノ惡事醜行ヲ摘發シテ之ヲ第三者タル社會公衆ニ紹介スルハ行爲(詳言スレハ犯人自ラ被害者ノ惡事醜行ヲ材料トシテ其人カ犯人ニ對シテ有スル地位品格ヲ蹂躪スルノ行爲ヲ爲サス被害者ノ惡事醜行ヲ第三者タル社會公衆ニ紹介シ以テ社會公衆ヲシテ其被害者ニ對シテ有スル普通又ハ特別ノ感情思ヒ込ミヲ惡シカラシムルノ行爲)換言スレハ被害者ノ名譽ヲ毀損スヘキ材料ヲ社會公衆ニ供給スルノ行爲ニシテ其構成ニハ他人ニ惡事醜行ヲ摘發公布スルノ所爲ト惡事醜行隨テ其人ノ名譽ヲ毀損スヘキ事實ナルコト

ヲ知リテ之ヲ摘發公布スルノ意思トヲ要ス其結果トシテ
(一) 社會公衆ニ對シテ。感情阻害ノ行為ナルカ故ニ必ス第三者ヲ
社會公衆ノ之ヲ聞知スルコトヲ要ス單ニ犯人カ被害者ノミニ對シテ之ヲ
爲シタルノ行為ハ後ニ說明スルカ如ク依リテ侮辱スルノ行為ト意思トアル
場合ニ侮辱罪ヲ構成スルハ格別本罪ヲ構成セズ
(二) 社會公衆ニ對シテ。感情阻害ノ行為ナルカ故ニ社會公衆トノ
關係上被害者カ社會公衆ニ對シテ赤面スヘキ事實ナルヲ以テ十分トス被害
者ト社會公衆トノ關係ニ於テ赤面スヘカラサル事項ナルトキ例ヘハ現在公
衆ノ面前ニ於テ竊盜又ハ風俗ヲ害スヘキ行為ヲ爲ス者ニ對シ彼ハ現ニ竊盜
ヲ爲シツツアリ又ハ風俗ヲ害スヘキ行為ヲ爲シツツアリト公言スルモ誹毀
ニ非ス被害者ト犯人トノ位地品格等ハ犯罪ノ構成ニ關係ヲ有セズ
(三) 惡事醜行即チ事實ノ羅列ナルカ故ニ性質上證明シ得ヘキモノトス法律
上果シテ證明ヲ許スヤ否ヤハ別問題トス
之ヲ要スルニ侮辱ト誹毀トハ其間大ナル區別ノ存スルアリ詳言スレハ(一)性質

ノ上ニ於テ一ハ被害者ニ對スル一般又ハ特別ノ敬禮ヲ缺クノ意思ヲ以テ被害
者ノ自己ニ對スル位地品格ヲ蹂躪スルノ行為即チ犯人自ラ進ミテ被害者ヲ論
評スル行為ナルモ他ハ被害者ノ惡事醜行ヲ第三者タル社會公衆ニ通告シ以テ
之ヲシテ被害者ヲ論評スルノ材料ヲ得セシムルノ行為即チ犯人自ラ進ミテ被
害者ヲ論評セサル行為タルノ差アリ隨テ(二)其結果ノ上ニ於テモ一ハ證明スル
コトヲ得サルモ他ハ證明スルコトヲ得一ハ第三者ノ介在ヲ要セサルモ他ハ之
ヲ要スルノ差アリ然ルニ學者或ハ官吏ノ職務ニ對スル惡事醜行ノ摘發ハ皆侮
辱罪ヲ構成スルモノニシテ誹毀罪ハ一私人ノ私行ニ關スルモノニ非サレハ成
立セスト云フ者アリ大ナル誤解ト謂ハサルヘカラス官吏ノ職務ニ關スル惡事
醜行ノ摘發ト雖モ侮辱ノ意思ナキモノ隨テ其れ自身官吏ノ職務即チ公權ヲ蹂
躪スルノ意思ヲ表示セサルモノハ單ニ誹毀ノ行為タルノミニシテ侮辱ノ罪ヲ
構成セズ是レ明治二十年勅令第七十五號新聞紙條例第二十五條ニ新聞紙ニ記
載シタル事項ニ付キ誹毀ノ訴アル場合ニ於テ其私行ニ涉ルモノヲ除クノ外裁
判所ニ於テ其人ヲ害スルノ惡意ニ出テス專ラ公益ノ爲メニスルモノト認ムル

トキハ被告人ニ事實ヲ證明スルコトヲ許スコトヲ得若シ其證明ノ確立ヲ得タルトキハ誹毀ノ罪ヲ免ス其損害賠償ノ訴ヲ受ケタルトキモ亦同シトアリテ公行即チ公益ニ關スル行為ニモ亦誹毀罪アルヲ認ムルニ依ルモ自ラ明カナル所タリ蓋シ官吏ノ職務ニ關スル行為ハ公行即チ公益ニ關スルモノ最モ重ナルモノナルノミナラス若シ夫レ學者ノ主張スルカ如ク官吏ノ職務ニ關スル行為ニ對スルモノハ常ニ侮辱罪ヲ構成ストシテ證明ヲ許ササルモノトセシカ普通ノ公行ニ關スルモノハ常ニ之カ證明ヲ許スニモ拘ラス公行中ノ最モ公ナルモノ隨テ最モ之ヲ證明シテ無罪タラシムヘキ必要アルモノニ對シテハ之ヲ許ササルカ如キ背理ノ結果ヲ生スレハナリ(公行トハ官吏、公吏又ハ議員ノ職務ニ關スル行為ノ如キ一般社會公衆カ其行為ノ正邪善惡ニ關シ法律上ノ利害關係ヲ有スルモノ私行トハ姦通殺人竊盜等ノ如キ其利害關係カ單ニ之ヲ行フ者ノ一身ニ止マルモノ—佛語ニテ云ヘハ *Via domestique* ニ關スルモノ—即チ一私人ノ資格ニ於ケル諸般ノ行為ヲ謂フ)

終ニ臨ミ凡ソ如何ナル手段ヲ以テスルモ言語ト文章ト動作トヲ問ハス苟モ侮辱ノ意思ヲ表示スルニ足ルヘキモノハ皆侮辱ノ行為タルヲ得ヘキカ故ニ侮辱ノ行為ハ時ニ或ハ誹毀ノ手段即チ惡事醜行ノ臚列ヲ以テ行ハルルコトアリ此場合ニ於テハ一面侮辱罪ヲ構成シ一面誹毀罪ヲ構成スルモノニシテ侮辱ノ意思ハ通常極メテ野卑ナル言語若クハ嘲弄のナル言語ノ使用ニ依リテ惡事醜行ノ列舉中ニ現ハルルヲ以テ例トス例ヘハ某國會議員ハ何何ノ行為アリト云ハントスルニ當リ滑稽戲員、オット國會議員某ハ何何ノ事ヲ爲シタリト云フカ如シ

(附言) 以上侮辱ト誹毀トノ區別ニ關シテハ千八百八十九年六月三十日伊太利刑法第百九十四條第百九十八條侮辱罪ニ關スル法條及ヒ第三百九十三條乃至第三百九十五條誹毀罪ニ關スル法條ヲ參考スヘシ一層明白ナルヲ得ン

誹毀罪ヲ構成スル爲メニハ下ノ各要素ヲ必要トス(一)惡事醜行ヲ摘發シタルコト(二)法律ニ定メタル方法ヲ以テ摘發シタルコト(三)惡事醜行タルコトヲ知り之ヲ摘發スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 惡事醜行ヲ摘發シタルコトヲ要ス

(一) 惡事醜行何レモ道義觀念ヨリ立言シタルモノナルヲ以テ恐ラタ惡事トハ罪ニ刑律ニ觸ルヘキ事項ト云フノ義ニ非シテ廣ク道義上他人ヲ害スヘキ若クハ刑律ニ觸ルヘキ總テノ行爲ト云フノ義ニシテ醜行トハ其人一身ニ止マルヘキ敗徳ノ行爲ト云フノ義ナラン(例ヘハ彼ハ男性ト女性トノ生殖器ヲ具有セル變性ノ人ナリト云フカ如キ惡事ニモ醜行ニモ非ス單ニ惡事ト云フヘキモノハ此中ニ入ラサルノ恐アリ用語稍ヤ狹隘ニ失セリ宜シク他人ノ名譽ヲ毀損スヘキ事實ト改ムヘキナリ)(二) 摘發トハ事實ヲ摘示シテ之ヲ公衆ニ告知セシムルノ義ナルカ故ニ隱事ヲ發キテ之ヲ公ニスルノ所爲アルヲ要ス隱事隨テ社會公衆カ未タ之ヲ知ラサルモノニ非スンハ以テ被害者ノ名譽ヲ毀損スヘキ結果ヲ生スルコトナキカ故ニ現ニ公ト爲リ居レル事項例ヘハ現ニ刑事ノ被告人ト爲レル者ニ對スル公知ノ被告事件裁判言渡ノ如キヲ新聞紙ニ掲載スルカ如キハ尙ホ現ニ娼妓ヲ爲シツツアルモノニ對シ某ハ娼妓ナリト云フト一般モ名譽ヲ毀損スヘキ結果ヲ生セス隨テ之ヲ公示スルモ摘發ト云フコトヲ得ス但シ既ニ刑期ヲ終了シ又ハ娼妓ヲ廢業シタル者ニ對シ彼ハ管テ此等ノ事實アリタリト云フ

カ如キハ場合ニ因リテ本罪ヲ構成スヘキモノトス(場合トハ社會カ稍ヤ之ヲ遺忘シタルト同時ニ被害者モ亦之ヲ認スルカ如キノ狀況アル場合ヲ謂フ此點ハ各事實ニ依リテ變ハルヘキ問題トス)(三) 名譽ヲ毀損セシムヘキ材料ヲ社會公衆ニ與フルノ所爲ナルカ故ニ某ハ何何ノ行爲アリト詳説スルカ如キ社會公衆カ之ニ依リテ被害者ニ對スル思込ヲ變スル程ニ確定シタル事實ノ摘示ナルコトヲ要ス單ニ彼ハ何事カ惡事ヲ爲シタルナラント云フカ如キ漠然タルモノハ罪ヲ構成スルノ要素ト爲ラス(四) 終ニ臨ミ被告人ノ行爲因果シテ人ノ惡事醜行ト云フヘキモノヲ摘發シタリト云フヘキヤ否ヤハ諸般ノ事情就中現今ノ風俗人情等ヲ斟酌シテ決スヘキ法律問題トス蓋シ惡事ナルカ醜行ナルカヲ定ムヘキ道義上ノ標目ハ時ト事情トニ依リテ變スヘキモノナレハナリ(例ヘハ昔時ニ於テハ復讐ヲ以テ美事トモシカ故ニ彼ニ此行爲アリト云フハ寧ロ之ヲ賞揚スルノ語ナリシモ今日ニ於テハ刑律ヲ以テ之ヲ罰スル程ノ惡事タルカ故ニ復讐ヲ爲シタリトノ事實ヲ摘示スルハ却テ名譽ヲ害スルノ行爲タルカ如シ)

第二ノ要素 法律ニ定メタル方法ヲ以テ摘發シタルコトヲ要ス

即チ法律ハ公然ノ演說書類圖書ノ公布雜劇偶像ヲ以テ摘發スルニ非スンハ罪ヲ構成セストセリ公然トハ秘密ニ對スル語ナルヲ以テ秘密ニ非ザルモノハ總テ公然ナリ演說トハ同時ニ多數ノ者ニ聽聞セシムルカ爲メニスル談話即チ音樂ノ連續ヲ謂フ隨テ彼ノ謠歌音曲ニ事寄セ若クハ新聞紙ヲ販賣センカ爲メ公衆ノ面前ニ於テ他人ノ惡事醜行ヲ叙述スルカ如キモ亦茲ニ所謂演說タリ書類トハ發音シ得ヘキ文字ヲ記載シタルモノヲ圖書トハ發音シ得ヘカラザル文字ヲ記載シタルモノ也語ヲ以テ之ヲ言ヘハ一ハ發音ノ媒介ニ依リ間接ニ人ノ思想ヲ表ハスモノ他ハ形狀自體ニ依リテ直接ニ人ノ思想ヲ表示スルモノヲ謂フ其手記シタルモノタルト否トヲ論セザルカ故ニ印刷又ハ彫刻シタルモノト雖モ此中ニ包含セラル公布トハ衆人ノ耳目ニ觸レザルコトヲ謂フ其各自ニ配布スルコトヲ要セザルカ故ニ公衆ノ集ルヘキ場所ニ揭示スルモノ亦一種ノ公布タリ雜劇偶像共ニ言語文書ニ對シテ用ヒラレタルモノニシテ別ニ説明ヲ要セス唯其法律カ此二者ニ限り公然又ハ公布等ノ文字ニ應對スヘキ文字ヲ用ヒナリヤハ何レモ公衆ニ觀覽セシムルヲ以テ通常ノ目的トスルカ故ナラン法律

ハ茲ニ列舉シタル方法ヲ以テスルニ非スンハ本罪ヲ構成セストスルカ故ニ彼ノ單ニ身振手真似等茲ニ規定セザル方法ヲ以テスルモノハ縱令公衆ノ面前ニ於テスルモノト雖モ本罪ヲ構成セス蓋シ法律ノ用語狹隘ニ失シタルノ結果ニシテ畢竟法律ノ缺點ナラン

第三ノ要素ニ惡事醜行タルコトヲ知リ之ヲ摘發スルノ意思アルコトヲ要ス別ニ説明ヲ要セス唯之ヲ知ルニモ拘ラス敢テ之ヲ摘發スルノ意思アルタルノミヲ以テ罪ヲ構成スルカ故ニ特ニ被害者ノ名譽ヲ毀損セント欲スルノ希望アルコトヲ要セス故ニ例ヘハ學術研究ノ爲メニスルモノト雖モ既ニ此二箇ノ意思ヲ以テスルモノハ本罪ヲ構成ス蓋シ本罪ハ他人ノ惡事醜行即チ世人カ通常耳ヲ掩フヘキ事項ハ之ヲ流布スヘキモノニ非ザルニモ拘ラス之ヲ公布セリテフ背徳ノ行爲ヲ罰シタルモノナレハナリ彼ノ他人ヲ害スルノ意思アルコトヲ要ストスルノ學說ハ予ノ採ラザル所ナリ

處分ニ付テニ法律ハ先ツ事實ノ有無ニ關セス之ヲ處罰スルヲ以テ原則トシ死者ニ對スルモノニ限り例外トシテ既因處爲ニ出ツルニ非スンハ之ヲ罰セスト

セリ畢竟後段ノ場合ニ於テハ歴史ハ正實ナラサルヘカラスト云フ公益ト相衝突スルカ故ニ彼ノ新聞紙條例第二十五條ト同一ノ精神ニ基キ公益ニ重キテ畫キテ之ヲ無罪トシタルモノトス次ニ法律ハ公然ノ演説ヲ以テシタルト書類圖畫ノ公布又ハ雜劇偶像ノ公示ヲ以テシタルトニ依リ刑罰ヲ異ニセリ畢竟人ノ耳目ニ觸ルル時間ノ長短演説ハ一時的ノモノナルモ書類其他ノモノハ永ク人ノ耳目ニ觸ルルヘキモノタリト之ヲ傳聞スル者ノ多寡演説ハ人員ニ限アルモ書類圖畫等ハ比較的多數者ノ耳目ニ觸ルルヲ通常トストニ依リタルモノニシテ又實害ノ大小ヲ標準トスルモノトス終ニ法律カ之ヲ親告罪トシタルハ一方ニ於テ誹毀ハ一面被害者ニ依リテ其成立ヲ知ルモノナルカ故ニ之ヲ知ルニ便ナランカ爲メナルト他ノ一方ニ於テ普通ノ親告罪ト同シク進ミテ之ヲ罰スルトキハ益被害者ノ名譽ヲ傷クルノ結果却テ被害者ヲ害スルノ結果ヲ生スルノ恐アルトニ由ルナリ

第三款 陰私漏告ノ罪

第三百六十條ニ曰ク醫師藥商穩婆又ハ代言人辯護人代書人若クハ神官僧侶其身分職業ニ於テ委託ヲ受ケタル事ニ因リ知得タル陰私ヲ漏告シタル者ハ誹毀ヲ以テ論シ十一月以上三月以下ノ重禁錮ニ處シ三圓以上三十圓以下ノ罰金ヲ附加ス但裁判所ノ呼出ヲ受ケテ事實ヲ陳述スル者ハ此限ニ在ラズトス又ハ他人ノ醜事ヲ漏告スルハ道義ノ許ササル所ナリ況ヤ他人ヨリ委託ヲ受ケ又ハ受ケタリト看做スヘキ秘密ヲ漏スニ於テヲヤ然レドモ從來屢ニ說明シタルカ如ク近世ノ法律ニ於テハ單ニ道義ニ反スルノミヲ以テハ之ヲ罪トシ罰セス其之ヲ罰スルハ甚シク一私人ノ利益又ハ公益ヲ害スル場合ニ限レリ法律カ誹毀ノ行為及ヒ本場合ノ行為ヲ罰スル所以亦茲ニ存ス蓋シ本場合ニ規定セラレタル身分職業ヲ有スル者ニ於テ安ニ其身分又ハ職業ニ因リテ知得シタル陰私ヲ漏告センカ此等ノ者ニ依リテ利益ヲ受タヘキ者カ却テ害惡ヲ被ルノ結果國家カ一私人ノ利益ヲ保護センカ爲メ特ニ之ヲ公許シタルノ目的ニ反スレハナ本罪ヲ構成スルカ爲メニハ下ノ要素ヲ必要トス(一)犯人ニ於テ本條ニ規定シタ

ル身分若クハ職業ヲ有スルコト(一)其身分又ハ職業ニ因リテ知り得タル陰私ヲ
漏告シタルコト(二)陰私タルコトヲ知りナカラシテ漏告スルノ意思アルコト
是ナリ
第一ノ要素 犯人ニ於テ本條ニ規定シタル身分若クハ職業ヲ有スルコトヲ要
ス

法律ハ之ヲ列挙シテ醫師藥商穩婆代言人辯護人代書人神官僧侶茲ニ所謂身
分トハ人事上ノ身分ト云フ義ニ非ス職業ヲモ身分ト云フ通俗ノ義ニ用ヒタ
ルモノニシテ畢竟語調ヲ助タル爲メニ挿入シタルモノナラントセリ穩婆ハ産
婆ヲ指シ代言人辯護人ハ今日ノ辯護士ヲ謂フ但シ現今辯護士ノ外辯護ヲ業ト
スル者アルヲ認メサルカ故ニ彼ノ一時裁判所ノ許可ヲ得テ辯護人ト爲ル者ノ
如キハ茲ニ所謂辯護人ノ中ニ包含セラレザラン蓋シ茲ニハ「身分、職業」トアリ
テ之ヲ以テ業務トスル者ニ限レハナリ代書人トハ佛語所謂 *avoué* 即チ訴訟代
理人佛國ニテハ *avocat* (辯護士)ノ外單ニ訴訟代理ノ業ノミニ從事スル *avoué* ナ
ル者アリ)ノ義ニシテ普通ノ代書人即チ代筆人ノ義ニ非ザラン蓋シ現今裁判所

又ハ區役所又ハ警察署等ニ附屬セル代筆人ハ雜業者ノ一種ニシテ所謂代書人
ト云フ公認セラレタル職業ヲ有スルモノニ非サルノミナラス此等ノ者ハ單ニ
依頼者ノ手足トシテ文書ヲ起草又ハ筆寫スルニ過キサルカ故ニ職業上他人ノ
陰私ヲ知ルノ機會ナケレハナリ要スルニ我國ニ於テハ佛國所謂 *avoué* (訴訟代
理人ナルモノナキノミナラス代書人ト云フ職業モ亦之アラサルカ故ニ全ク無
用ノ文字ト謂ハサルヘカラス神官僧侶トハ讀ミテ字ノ如ク説明ヲ要セザレト
モ之ヲ列挙シタルハ畢竟ボ氏ノ佛文草案ヲ其儘ニ譯出シタルモノニシテ實ニ
笑フヘキノ甚シキモノタリ蓋シ歐米各國ニ於テハ犯罪人等カ神官僧侶ノ面前
ニ於テ既往ノ惡事ヲ懺悔スルノ慣習アルカ故ニ職務上他人ノ陰私ヲ知ルノ機
會ヲ有スト雖モ我國ニ於テハ絶ニテ此ノ如キ慣習ナキカ故ニ職務上他人ノ陰
私ヲ知ルノ機會ヲ有スルコトナケレハナリ
本條ノ罪人タルニハ右ニ列挙シタル身分、職業ヲ有スル者タルヲ要スルカ故ニ
官吏又ハ公證人等カ其職務ニ因リテ知り得タル事ヲ漏洩スルモ或ハ他罪ヲ構
成シ又ハ服務規律ニ抵觸スルコトアルノミ本罪ヲ構成スルコトナシ

又本條列記ノ身分、職業ヲ有スル者ハ大抵助手又ハ徒弟ヲ有ス是ニ於テカ若シ此等ノ助手又ハ徒弟カ業務執行ニ因リテ知得シタル他人ノ陰私ヲ漏告シタルトキハ如何ニ處分スヘキヤノ問題ヲ生ス獨、英等ノ法律ニ於テハ之ヲ豫見シタル法條アルモ我國ノ法律ニ於テハ之ヲ缺如スルカ故ニ無罪トセサルヘカラザラン蓋シ法ノ缺點ナリ

第二ノ要素 其身分若クハ職業ニ因リテ知り得タル陰私ヲ漏告スルコトヲ要ス

陰私ノ何モノタルハ法律之ヲ定義セスト雖モ被害者カ他人ニ打明カスコトヲ欲セサル總テノ祕密ヲ意味スルモノモシテ妄ニ漏洩スルニ於テハ被害者カ有形又ハ無形ノ損害ヲ被ルヘキモノヲ謂フモノトス漏告トハ他人ニ通知スルノ義タリ法律ハ其方法ノ言語ニ依ルト文書ニ依ルト公然タル祕密タルト多人數ニ知ラシムルト一人ニ知ラシムルトヲ區別セサルカ故ニ苟モ自己以外ノ者ニ知ラシメタル場合ニ於テハ其之ヲ聞知シタル者ノ親疎ヲ論セス常ニ本罪ヲ構成スルモノトス法律ハ委託ヲ受ケタル陰私ト言ハスシテ委託ヲ受ケタル

事ニ因リ知得タル、陰、私ト云ヘルカ故ニ特ニ漏洩セサルコトヲ依託セラレタルモノタルヲ要セス苟モ其依託セラレタル職業ニ因リ若クハ之ヲ機會トシテ知得シタル者ハ總テ之ヲ漏告スヘカラザルモノニシテ之ヲ漏告セハ常ニ本罪ヲ構成スルモノトス故ニ例ヘハ醫師カ治療ヲ爲スカ爲メ患者ヨリ創傷ノ原因カ犯罪タルヲ知得シタル場合ノ如キハ勿論治療ノ際偶然患者ノ不具ナルヲ知得シタルカ如キ場合ト雖モ陰私タルコトヲ知リテ之ヲ漏告セハ罪ヲ構成スヘシ

終ニ之ニ關シ一二ノ問題アリ曰ク(一)現在世人ノ一般ニ知得シタル事項ト雖モ之ヲ漏告セハ罪ヲ構成スヘキヤ曰ク(二)被害者カ漏告ノ許諾ヲ與ヘタル場合ト雖モ尙ホ之ヲ漏告シタルトキハ罪ヲ構成スヘキヤノ問題はナリ第一ノ問題ニ付テハ唯簡單ニ其漏告力更ニ世人ノ確信ヲ強カラシムヘキ場合ニ於テハ罪ヲ構成シ然ラサル場合ニ於テハ罪ヲ構成セスト答ヘンノミ蓋シ後段ノ場合ニ在リテハ人ヲ殺サントシテ死者ヲ斬リタルト一般更ニ之ニ依リテ祕密ヲ漏告セタルモノト謂フヘカラザレハナリ第二ノ問題ニ付テモ亦祕密ノ漏告ヲ罪ト爲

ルハ畢竟之ニ依リテ直接一私人ノ利益ヲ害シ延テ公益ヲ害スルノ結果ヲ生スルカ故ニシテ既ニ被害者ニ於テ之ヲ承認スルニ於テハ更ニ之ニ依リテ害セラルヘキ一私人ナク隨テ公益モ亦爲メニ害セラレルコトナキカ故ニ罪ヲ構成セラルモノト確信ス

第三ノ要素 秘密タルコトヲ知リテ之ヲ漏告スルノ意思アルコトヲ要ス

秘密タルコトヲ知ルニ拘ラス之ヲ漏告セハ益ニ害ヲ生スルト同時に其害ハ犯人ニ於テ之ヲ生セシメタリト謂フコトヲ得ヘキカ故ニ本罪ヲ構成スルカ爲メニハ單ニ此二段ノ意思即チ秘密タルコトノ知覺ト之ヲ漏告スルノ意思トアルノミヲ以テ十分トシ更ニ他人ヲ害セントノ惡意アルコトヲ要セス故ニ縱令單ニ好奇心ヲ以テ之ヲ漏告シタル場合ト雖モ本罪ヲ構成ス

以上列舉シタル所ノ要素ヲ具備スルトキハ常ニ本罪ヲ構成スルヲ以テ原則トス然レトモ法律ハ茲ニ一ノ制限ヲ置ケリ即チ本條但書ノ場合はナリ此但書ノ立法ニ關シテハ古來三種ノ學說アリ第一ニ曰ク陰私漏告ノ行爲ハ無制限ニ之ヲ處斷スヘシ隨テ縱令裁判所ノ呼出ヲ受ケタル場合ト雖モ之ヲ漏告セハ本罪

ヲ構成スト謂ハサルヘカラスト第二ニ曰ク私益ハ公益ヲ害セサル限度ニ於テ保護セラルヘキモノナルヲ以テ裁判所ノ呼出ヲ受ケテ證言又ハ鑑定ヲ爲ス場合即チ公益ノ爲メニスル場合ニ於テハ管ニ罪ヲ構成セサルノミナラス證人又ハ鑑定人ハ職務ニ因リテ知り得タル陰私タルノ故ヲ以テ陳述ヲ拒ムコトヲ得ストセザルヘカラスト第三ニ曰ク陰私ノ漏告ト雖モ單ニ私益ヲ害スルニ止マラス延テ公益ヲ害スヘキモノニシテ此場合ニ於テハ裁判事務ヲ補助スルト云フ公益ト一私人ノ陰私ハ之ヲ漏スヘカラスト云フ私益トカ互ニ相衝突シテ相殺スルカ故ニ二者ノ中孰レニ重キヲ置タヘキヤハ偏ニ陳述者ノ選擇ニ一任スヘシト即チ我立法ハ第三說ニ依リタルモノニシテ蓋シ多數ノ立法カ採用セル所タルト同時ニ最モ穩當ナルモノタルヘシ

本罪ノ處分ニ付テハ別ニ説明スヘキモノナシ法文ト前ニ説明シタル所トヲ對照シテ之ヲ知ルヘシ

第十一節 祖父母、父母ニ對スル罪

法律ヲ祖父母、父母ニ對スル罪ト題スルモノハ第三百六十二條乃至第三百六十五條ノ規定ヲ包含ス祖父母、父母ニ對スル罪トアリテ特別ノ犯罪ヲ規定シタルカ如キモ其眞ニ祖父母、父母ニ對スル特別ノ罪ト稱スヘキモノハ第三百六十四條ノ規定ニシテ他ハ身體ニ對スル普通犯罪ノ加重處分犯人ト殺害者トノ身分上ノ關係ヲ原因トシタルヲ規定シタルニ過キス

法律ニ所謂祖父母、父母及ヒ子孫ノ範圍ハ第十五條ノ規定スル所ナリ曰ク「祖父母ト稱スルハ高曾祖、祖父母、外祖父母同シ父母ト稱スルハ繼父母、嫡母同シ子孫ト稱スルハ庶子、曾玄孫、外孫同シ……養子其養家ニ於ケル親屬ノ例ハ實子ニ同シト説明ヲ要セス

甲 加重處分ニ關スル規定 之ニ關シテハ法律之ヲ三種ニ分テテ規定セリ曰ク殺人ニ關スルモノ曰ク傷人其他ノ犯罪ニ關スルモノ曰ク殺傷ニ關スル特別ノ有罪及ヒ不論罪ノ例ニ關スルモノ是ナリ
第一 殺人ニ關スルモノ 殺人ニ關スルモノハ第三百六十二條ニ規定ス曰ク其祖父母、姪士 父母ヲ謀殺故殺シタル者ハ死刑ニ處ス其自殺ニ關スル罪ハ凡人

ノ刑ニ照シ二等ヲ加フトハ第三百六十六條ノ規定ス謀殺故殺ノ何モノタルコトハ第三百九十二條以下ニ規定スル所自殺ニ關スル罪ハ第三百二十條以下ニ規定スル所執レモ再言スルヲ要セス謀殺ハ一般ノ規定ニ依ルモ死刑タリ然ルニ法律ハ更ニ之ヲ規定ス是ニ於テ人或ハ之ヲ理由トシ祖父母、父母ニ對スル罪ハ加重處分ヲ規定ニ非スシテ特別ノ一罪ナリト主張スル者アリト雖モ予ハ之ヲ探ラズ畢竟廣ク殺人罪所謂殺人罪即チ第二百九十二條以下ノ罪ト云フヘキヲ換言シテ謀殺故殺ト言ヒタルノミニシテ深キ意味アルニ非スト思料スレハナリ
第二 傷人其他ノ犯罪ニ關スルモノ 傷人其他ノ犯罪ニ關スルモノハ第三百六十三條ニ規定ス曰ク「子孫其祖父母、父母ニ對シ毆打創傷ノ罪其他監禁脅迫遺棄誣告誹毀ノ罪ヲ犯シタル者ハ各本條ニ記載シタル凡人ノ刑ニ照シ二等ヲ加フ但瘡疾ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處シ篤疾ニ致シタル者ハ無期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ死刑ニ處ス」ト云フニ於ケルカ如ク包括的ノ文字ヲ用ヒズシ

ヲ各犯罪ヲ列罪スルカ故ニ茲ニ漏レタルモノ例ハ過失殺傷罪墮胎罪狼狽姦淫罪ノ如キハ其依リテ疾病死傷ニ致シタル場合ニ於テハ毆打創傷ノ中ニ包含セラルルカ故ニ格別ナリト雖モ通常ノ例ニ依リテ處斷セサルヘカラス恐ラケ法ノ缺點ナラン然レトモ毆打創傷ト曰ヒ監禁ト曰ヒ誅殺ト曰フハ法文ノ標題ニ依リ極メテ廣キ意味ニ使用セラレタルモノナルカ故ニ監禁罪ノ中ニハ逮捕罪ヲ毆打創傷罪及ヒ誅殺罪ノ中ニハ毆打創傷及ヒ誅殺ヲ以テ論スヘキ總テノ罪ヲ包含スルモノトス(但シ刑罰ノミヲ同一ニシタルモノ例ハ誣告罪ノ處分ニ關シテ引用セラレタル偽證罪ノ如キハ茲ニ所謂誣告罪中ニ包含セラレサルモノトス)

第三 殺傷ニ關スル特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ニ關スルモノニ之ニ關スルモノハ第三百六十五條ニ規定ス曰ク「祖父母父母ニ對スル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用アルコトヲ得ス但其犯ス時知ラサル者ハ此限ニ在ラス」下特別ノ宥恕及ヒ不論罪トアルカ故ニ第三編第一章第三節所謂殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪即チ第三百九條乃至第三百十六條ノ規定ヲ指スモノニシテ總則

ノ宥恕及ヒ不論罪ノ規定ヲ含マサルモノトス特別ノ宥恕及ヒ不論罪ト雖モ皆主觀的責任ノ根據ニ環環アルカ若クハ客觀的罪ノ構成ニ缺點アルカ故ニ之ヲ宥恕又ハ無罪トスルモノニシテ其性質ニ於テハ彼ノ意識自由及ヒ犯意ヲ缺クニ基ク總則ノ宥恕及ヒ不論罪ト相異ナル所ナシ畢竟法律力之ヲ特別ノモノニ限リタルハ程度ノ上ニ著眼シタルニ外ナラス又曰ク法律カ所謂特別ノ不論罪中ニハ正當防衛ヲ包含スルカ故ニ學理ノ上ニ於テハ兎ニ角明文ノ上ニ於テハ他ノ特別ノ不論罪ト共ニ無罪タルヲ得サルモノトス學理上ニ於テモ我輩ハ我法律カ祖父母父母ニ對スル正當防衛ヲ認メサルハ東洋君子國ノ實ヲ明カニスルモノニシテ歐米諸外國ニ誇ルヘキ點ナリト思惟ス然レドモ正當防衛ヌラ尙ホ之ヲ許ササルノ規定ヲ採リナカラ第七十五條第一項中脅迫ニ原因スルモノ及ヒ其第二項ヲ之ニ包含セシメサリシハ彼此權衡ヲ失スルノ嫌アリ予ノ遺憾トスル所ナリ

乙 所謂祖父母父母ニ對スル罪若クハ奉養ヲ缺クノ罪 奉養ヲ缺クノ罪ハ第三百六十四條ニ規定ス曰ク「子孫其祖父母父母ニ對シ衣食ヲ供給セス其他必要

ナル奉養ヲ缺キタル者ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス因テ疾病又ハ死ニ致シタル者ハ亦前條ノ例ニ同シト
 衣食云云其他必要ナル奉養トアルカ故ニ其所謂奉養ハ之ヲ缺クトキハ身體若クハ健康ヲ害スル結果ヲ生スヘキ程ノモノニシテ即チ生活ニ缺タヘカラナル奉養トス例ヘハ病ヲルニ藥餌ヲ與ヘサルカ如シ然レトモ彼ノ有益又ハ奢侈ノ奉養ヲ缺ク者例ヘハ山海ノ美味若クハ絹布ノ衣服ヲ與フヘキ位地ニ在リナカラ之ヲ供給セサルカ如キハ以テ不孝ノ人タルヘキモ本條ノ罪人タルコトナシ本罪モ亦一般ノ犯罪ト同シク有意犯罪タルカ故ニ之ヲ缺クノ意思アルニ非スンハ罪ヲ構成セス彼ノ赤貧洗フカ如ク之ヲ缺カサラント欲スルモ能ハサリシモノハ犯罪ナキモノトシテ無罪タルヘシ又曰ク本罪ハ彼ノ姦通罪ト同シク或身分(子孫タル身分)ヲ有スルニ依リテ構成スル犯罪ナルカ故ニ他人之ニ加效スルモ共犯トシテ罰スルコトヲ得スト主張スル者アリト雖モ予ハ之ヲ採ラス詳細ニ總則ノ講義ニ屬スルカ故ニ之ヲ省ク

第二章 財産ニ對スル重罪、輕罪

先ニモ説明シタルカ如ク財産トハ人カ其上ニ法律上ノ利益資產的ノ利益ヲ有スル物タリ故ニ財産ニ對スル罪トハ他人カ物ノ上ニ有スル所ノ法律上ノ利益ヲ害スル罪ヲ謂フモノトス

甲 本罪ヲ構成スル一般ノ要素 他人カ物ノ上ニ有スル法律上ノ利益ヲ害スル罪ナルカ故ニ本罪ヲ構成スルニハ一般ノ要素トシテ下ノ三要素ヲ必要トス
 (一)他人カ其上ニ法律上ノ利益ヲ有スル物ニ關スルコト(二)他人ノ利益ヲ害スルノ所爲アルコト(三)他人ノ利益ヲ害スルノ意思アルコト是ナリ
 第一ノ要素 他人カ其上ニ法律上ノ利益ヲ有スル物ニ關スルコトヲ要ス
 (一)物ニ關スルコト即チ物ヲ目的トシタルコトヲ要スルカ故ニ人ノ身體物質ノ運動又ハ存在ヨリ發生スル諸般ノ效力例ヘハ人ノ勢力又ハ電氣力等ハ本罪ノ目的タルコトヲ得ス(二)他人即チ特定シタル人カ利益ヲ有スル物件タルコトヲ要スルカ故ニ一箇人ノ專有ニ屬セサル空氣光線水等ハ本罪ノ目的物タルコト

ヲ得ス(三)他人カ利益ヲ有スル物件タルコトヲ要スルカ故ニ縱令一箇人ノ専有ニ屬スヘキモノト雖モ未タ初ヨリ何人ノ所有ニモ屬セザル無主物又ハ所有者カ放棄シタル物ハ本罪ノ目的物タルコトヲ得ス(四)他人カ利益ヲ有スル物件タルコトヲ要スルカ故ニ犯人ニシテ專屬シテ他人カ其上ニ何等ノ利益ヲモ有セザル物ハ本罪ノ目的物タルコトヲ得ス然レトモ他人カ利益即チ權利ヲ有スルノミヲ以テ足レリトシ必スシモ所有權ヲ有スルコトヲ必要トセス故ニ犯人カ他人ト共ニ共有スル物ハ勿論共有ハ共有者ノ各自カ其物ノ上ニ不可分ノ權利ヲ有シ何レノ部分ニ於テモ犯人以外ノ共有者ノ持分ヲ含有スルカ故ニ之ヲ害スルトキハ同時ニ他ノ共有者ノ權利ヲ害スレハナリ縱令所有權ノ犯人ニ專屬スル物ト雖モ其上ニ他人カ或利益例ヘハ質權又ハ抵當權等ヲ有スル物ハ常ニ本罪ノ目的物タルコトヲ得ヘシ但シ此點ニ付テハ一ニノ例外アリ即チ自己ノ家屋ヲ燒燬シ又ハ漂流スル行爲ノ如キ是ナリ然レトモ放水又ハ決水ノ罪等ハ本來靜謐ヲ害スル罪ノ中ニ列スヘキモノニシテ本罪ノ中ニ列シタルハ畢竟編纂ノ體ヲ失シタルモノトス(五)他人カ法律上ノ利益ヲ有スル物件タルコトヲ要ス

ルカ故ニ縱令事實上他人カ利益ヲ有スト思惟スル物件ト雖モ例ヘハ阿片烟又ハ偽造貨幣等ノ如キ法律ノ禁制シタル物件(イ)偽造貨幣ハ法律ノ禁制物ナルヤ否ヤニ付キ多少ノ疑義ヲ懷ク者アリト雖モ予ハ明治九年四月十九日第五十七號布告及ヒ同年五月十八日第十二號大藏省布達ノ趣旨ニ依リ法律ノ禁制シタル物件ナリト確信ス(ロ)法律ノ禁制ニ二種アリ禁制カ人ニ關スルモノ(例ヘハ銃砲彈藥ノ如ク其物ハ本來各人ノ所有スルコトヲ得ヘキモノナルト物ニ關スルモノ(例ヘハ阿片烟又ハ偽造貨幣ノ如ク何人ニ對シテモ所是ナリ茲ニ法律ノ禁制物トハ後者ヲ指スモノトス然ラハ前者ハ本罪ノ目的物タルコトヲ得ヘキカト云フニ物ニ關スルモノハ關スルモ禁制ハ一ニシテ公法上ノ禁制ハ私法上所有權存否ノ問題ニモ同一ノ效果ヲ生スヘキモノナルカ故ニ人ニ關スル禁制物ト雖モ若シ違法ニ之ヲ所有シタル被害者ノ外正當ノ所有權ヲ有スル者ナキトキハ後者ト同シク本罪ノ目的物タルコトヲ得スト雖モ後者ト異ナリ物自體ハ所有權ノ目的タルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ無主物埋藏物ハ例外トシテ本罪ノ目的タルコトヲ得サルモノトス)及ヒ埋葬スヘキ屍體ノ

如キ資産上ノ利益ヲ享有スヘキモノニ非サルモノハ但レ得テ其ノ他ノ必要上ハ之ヲ除外ス蓋シ此等ノモノハ人カ其上ニ金銀ニ見れば本罪ノ目的物タルコトヲ得ス

第二ノ要素 他人ノ利益ヲ害スルノ所爲アルコトヲ要ス

(一)財産ニ對スル罪ハ或ハ他人ノ財産ヲ奪取シ又ハ横領スルモノアリ或ハ單ニ他人ノ財産ヲ亡失又ハ毀損スルモノアリ然レトモ總括シテ之ヲ言フトキハ皆他人ノ利益ヲ害スルノ所爲トス(放火罪等ハ例外トス)(二)同一ナル犯罪ヨリ生スル損害(資産上ノ)大小輕重ハ固ヨリ刑罰ヲ輕重スルノ要素タルコトヲ得ヘシト雖モ此點ニ付テハ凡ソ三種ノ立法アリ(イ)或ハ佛國革命時代ノ刑法支那刑法及ヒ新律綱領等ノ如ク一損害ノ大小輕重ト之ニ對應スヘキ刑罰ヲ定メ裁判官ニ寸毫ノ自由ヲモ與ヘサルモノト(ロ)或ハ佛國現行刑法及ヒ之ニ模倣シタル諸國ノ刑法殊ニ我刑法ノ如ク罪質ノ同一ナルモノニ對シテハ凡ソ同一ノ刑罰ヲ定メ損害ノ大小輕重ハ單ニ裁判官ヲシテ一定ノ範圍内ニ於テ刑罰ヲ輕重スルコトヲ得セシムルノ要件タラシムルニ過キサルモノトスルモノトスル(ハ)或ハ

現行伊太利刑法ノ如ク損害極メテ大ナルカ若クハ小ナルトキハ裁判官ヲシテ一定ノ範圍ヲ脱出シテ更ニ刑罰ヲ加減スルコトヲ得セシムルモノ是ナリ三者ノ可否ニ付キ刑罰ハ單ニ其因リテ生セシメタル資産上ノ損害ヲ標準トスヘキモノニ非スシテ社會ニ生セシメタル危害ノ大小ヲ標準トスヘキモノ(近世ノ學理ニ於テハ更ニ犯人其人ノ身上ヲモ觀察スヘキモノトス)ナルカ故ニ第一ノ不可ナルハ論ヲ缺タス唯第二ト第三トノ間ニ於テ多少ノ議論アルノミ然ラハ孰レヲ以テ可トスヘキカト云フニ學者或ハ第三ノ主義ハ裁判官ヲシテ法律ノ豫定以外ニ刑罰ヲ加減スルノ自由ヲ得セシムルカ故ニ民其依ル所ヲ失フニ至ルヘシト非難スル者アリト雖モ予ハ法ハ可成の大綱ヲ規定スルニ止メ以テ裁判官ヲシテ十分ナル應用ノ自由ヲ得セシムルヲ以テ最モ宜キヲ得タルモノト信スルカ故ニ第三ノ主義ニ左袒セント欲ス

第三ノ要素 他人ノ利益ヲ害スルノ意思アルコトヲ要ス 他人ノ利益ヲ害スルノ意思即チ惡意アルコトヲ要スルカ故ニ他人ノ囑託又ハ承諾ヲ受ケタル者隨テ毫モ他人ノ意思ニ反シテ其利益ヲ害セント欲スルノ意

思ナキモノハ本罪ヲ構成セス(先ニモ述ヘタルカ如ク放火罪等ハ例外トス)極メテ明白ナル點ニシテ深ク説明ヲ要セス

乙 本罪ノ種別 本罪ハ財物ヲ横奪スル罪即チ清廉ノ念ヲ缺クニ基ク罪トシテ毀損スル罪即チ單ニ他人ノ利益ヲ害セントノ意思ニ基ク罪トシテ二種ニ大別スルコトヲ得ス

第一 財物ヲ横奪スル罪即チ清廉ノ念ヲ缺クニ基ク罪 財物ヲ横奪スル罪即チ清廉ノ念ヲ缺クニ基ク罪ハ更ニ之ヲ犯人カ現實ニ物ヲ他ヨリ移シ來リテ自己ニ獲得スルノ手段ニ因リテ奪取スルト然ラザルトニ因リテ之ヲ(一)盜罪(二)横領罪及ヒ(三)二罪ニ共通スル附隨ノ罪ノ三種トスルコトヲ得

一 盜罪 盜罪ニ屬スルモノハ竊盜罪強盜罪恐喝取財罪我法律ニ之アリヤ否ヤハ疑問トス及ヒ詐欺取財罪ノ四トス

二 横領罪 横領罪ニ屬スルモノハ冒認罪我法律ニ之アリヤ否ヤハ疑問トス(委託物費消罪遺失物隱匿罪及ヒ家資分散ニ關スル罪ノ四トス)家資分散ニ關スル罪ヲ横領罪中ニ入ルルハ少シク妥當ナラザルノ嫌アルモ犯人ノ占有ニ在ル

物ニ對シテ行ハルルモノト然ラザル物ニ對シテ行ハルルモノト云フコトヲ標準トシテ種別スルトキハ本罪中ニ屬セシムルコトヲ得ザルニ非ザルヲ以テ特ニ種目ヲ設ケスシテ本罪中ニ編入スルコトトセリ

三 盜罪ト横領罪トニ共通スル附隨罪 即チ贓物ニ關スル罪是ナリ

第二 財物ヲ毀損スル罪即チ單ニ他人ノ利益ヲ害セントノ意思ニ基ク罪 本罪ニ屬スルモノハ(一)放火失火ノ罪(二)洪水ノ罪(三)船舶ヲ覆没スル罪及ヒ(四)家屋物品ヲ毀壞シ及ヒ動植物ヲ害スル罪ノ四トス

以上我輩ハ本罪ニ關スル一般ノ成立要素ト本罪ノ種別トヲ説明セリ仍テ是ヨリ各犯罪ノ説明ヲ試ミント欲ス

第一節 財物ヲ横奪スル罪即チ清廉ノ念ヲ缺クニ基ク罪

第一款 盜罪

盜ノ何物タルヤニ付テノ觀念ハ羅馬法ト近世諸國ノ立法トノ間ニ著シキ差異

アリ羅馬法ニ於テハ一方ニ於テ自己ノ所有物ト雖モ苟モ他人ノ占有ヲ奪フノ所爲アレハ直チニ罪ヲ構成スルト同時ニ他ノ一方ニ於テ特ニ己ヲ利スルノ意思アルニ非スンハ罪ヲ構成セス故ニ當時ニ在リテハ盜罪トハ己ヲ利スルノ意思ヲ以テ他人ノ占有ヲ奪取スルノ所爲ト云フコトヲ得タリ之ニ反シ近世諸國殊ニ我國ノ法律ニ於テハ一方ニ於テ必スシモ己ヲ利スルノ意思アルコトヲ要セス單ニ他人ノ利益ヲ奪取スルノ意思アルノミヲ以テ罪ヲ構成スルト同時ニ他ノ一方ニ於テ他人ノ所有物ニ對スルニ非サレハ罪ヲ構成セス故ニ近世諸國ノ法律殊ニ我國ノ法律ニ於テハ盜罪トハ不正ニ他人ノ所有物ヲ奪取スルノ所爲ナリト定義スルコトヲ得ヘシ此點ニ關シ人或ハボ氏佛文第二章案第四百十條ニ un membre corporel appartenant à autrui 即チ他人ニ屬スル有體物產トアルヨリ法文所謂他人ノ所有物トハ他人ニ屬スル物件即チ他人カ占有著クハ所持スル物件ト云フノ義ニシテ羅馬法ノ如ク自己ノ所有物ト雖モ苟モ他人ノ占有ヲ侵シテ之ヲ奪取スルノ行爲アルトキハ盜罪ヲ構成ス換言スレハ占有ノミヲ奪フモ尙ホ罪ヲ構成スト云フ者アリト雖モボ氏佛文第一章案ニ la chose autrui 即チ

他人ノ物ナル文字アリテ犯人以外ノ者カ所有權ヲ有スル物タルコトヲ明カニセルト第二佛文草案ニモ亦 dans l'intention de se l'approprier (即チ其レヲ自己ニ獲得スルノ意思ヲ以テナル文字アリテ自己ノ物件ハ更ニ之ヲ獲得スルコトヲ得ナルカ故ニ自ラ他人ノ物件タルコトヲ示セルト明文ニモ第三百七十一條等ノ規定アリテ亦自ラ他人ノ所有物ニ對スルニ非サレハ盜罪ヲ構成セザルコトヲ示セルトニ依リテ之ヲ觀レハ我國法ニ於テハ單ニ占有ノミヲ侵奪スル盜罪ナキモノト確信ス

甲 盜罪ノ成立要素 以上説明シタル所ニ據リ盜罪ヲ構成スルニハ下ノ各要素ヲ必要トス(一)他人ノ所有物タルコト(二)奪取ノ所爲アルコト(三)不正ナルコト(四)他人ノ所有物ナルコトヲ知リナカラ之ヲ奪取スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 他人ノ所有物タルコトヲ要ス

(一)他人ノ所有物タルコト即チ他人カ其上ニ所有權ヲ有スル物タルコトヲ要スルカ故ニ自己ノ所有物強盜罪ニ付テハ單ニ財物トアリテ他人ノ財物タルコト

ヲ明示セザルカ故ニ人或ハ強盜罪ニ付テハ他人ノ所有物タルコトヲ要セスト
主張スル者アリト雖モ暴論ノミ蓋シ人ヲ脅迫云云財物トアルニ依リテ之ヲ觀
レハ自ラ人ノ財物即チ他人ノ財物タルコトヲ示セルノミナラス既ニ竊盜罪ニ
付テハ他人ノ財物タルコトヲ要シナカラ唯リ強盜罪ニ限リ他人ノ財物タルコ
トヲ要セザルノ理ナクレハナリ又ハ何人ノ所有ニモ屬セザル物即チ無主物又
ハ委棄物ハ盜罪ノ目的タルコトヲ得ス然レトモ他人ト共有スル物件ハ其上ニ
己カ全部不可分ノ所有權ヲ有スルト同時ニ他人モ亦全部不可分ノ所有權ヲ有
スルカ故ニ之ヲ奪取スルノ行為ハ本罪ヲ構成スルモノトス(二)法律ハ單ニ他人
ノ所有物タルコトヲ要シ被害者若クハ被奪取者ノ所有物タルコトヲ要セザル
カ故ニ苟モ犯人以外ノ者カ所有スル物件即チ他人カ其上ニ所有權ヲ有スル物
件ヲ奪取シタルトキハ現在之ヲ奪取セラレタル者ハ縱令所有權ヲ有セザルモ
尙ホ常ニ本罪ヲ構成スヘシ此場合ニ於テ被害者ハ所有者ナルカ將チ占有者ナ
ルカノ問題ヲ提出スル者アリト雖モ盜罪ハ人ノ所有物ヲ奪取スルノ行為即チ
前所有者ト同一ノ利益ヲ享受セントノ意思ヲ以テ他人ニ屬スル物件ヲ奪取ス

ルノ行為ナルカ故ニ犯罪其モノニ附著スル被害者ハ所有者ナルコト一點ノ疑
ヲ容レス畢竟此等ノ問題ヲ提起スル所以ハ犯罪ノ被害者ト犯罪ヨリ生シタル
損害ノ被害者即チ刑法上ノ被害者ト民法上ノ被害者トノ區別ヲ明カニセザル
ニ由ルモノニシテ民法上所謂損害ノ點ヨリ觀察スレバ占有者ト雖モ犯人ノ行
爲ニ因リテ害ヲ受クル者ナルカ故ニ賠償ヲ請求シ得ヘキハ勿論タリトス但シ
本要素ニ付テハ明文上一ノ例外アリ(三)第三百七十一條ニ曰ク「自己ノ所有物トシテ他人ニ交付シ又ハ官署
ノ命令ニ因リ他人ノ看守シタル時之ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論ス」ト是カ
ヲ(一)與物トシテ又ハ官署ノ命令ニ因ルト云フコトト(二)他人カ占有スルト云フ
コトトヲ要スルカ故ニ貸借等典物以外ノ名義若クハ官署ノ命令ニ非ズレバ事
實管理ノ爲メナルトキ又ハ事實他人カ占有セザルトキハ本則ニ違リ罪ヲ構成
セザルモノトス(三)竊盜罪ノ成立ニ關シテ前記ノ如ク(一)與物トシテ又ハ官署
ノ命令ニ因リ他人ノ看守シタル時之ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論ス(二)奪取
即チ己ノ占有ニ移ズル行為アルコトヲ要スルカ故ニ占有ニ移シ得ヘキ

物件即チ現實ニ甲ノ場所ヨリ乙ノ場所ニ移轉シ得ヘキ物件タルコトヲ要ス單ニ移轉シ得ヘキ物件タルコトヲ要スルニミナルカ故ニ必スシモ民法上所謂動產タルコトヲ要セス不動產ト雖モ山林ノ竹木、礦物、田野ノ菜草又ハ建造物ノ一部分等事實上動シ得ヘキ物ハ皆本罪ノ目的タルコトヲ得ヘシ此點ニ關シテ人或ハ盜罪ノ目的ハ動產タルコトヲ要スト云フ者アリ誤ニ非スト雖モ民法上所謂動產タルコトヲ要スルヤノ疑ヲ生スヘキカ故ニ可得動。物ト云フヲ以テ可トス又曰ク人或ハ誤リテ動產タルヲ要スルコトヲ主張セシカ爲メ不動產ハ決シテ盜罪ノ目的タルコトヲ得ス蓋シ其一部分ハ之ヲ盜取スルコトヲ得ルカ如クニ見ユルモ是レ不動產其モノノ一部分ヲ盜取スルニ非ス先ツ主體タル不動產ヨリ分離シテ動產トシタル後之ヲ盜取スルモノナリト云フ者アリト雖モ隱見ノミ不動產ノ一部分カ其主體ニ附著スル狀況モ動產カ不動產ノ上ニ存在スル有様モ全ク同一ニシテ其間毫モ異同アルコトナセ唯彼ハ此ヨリモ固ク附著スルカ故ニ彼ヲ移動スルニハ此ヲ移動スルヨリモ多クハ複雜タル努力ヲ要スルノミ換言スレハ不動產ノ一部分ヲ主體ヨリ分離スルニ行爲ハ之ヲ移

轉スル爲メノ豫備行爲ニ非スシテ其レ自身移動行爲其モノノ端緒タリ彼ノ樹上ニ在ル葉實ヲ盜取スルノ行爲ト最モ重ク且ツ大ナル動產ヲ盜取スルノ行爲トヲ比較セハ思ヒ半ニ過タルモノアラシク然レトモ彼ノ權利又ハ義務ノ如キハ有形上移轉シ得ヘキ物ニ非タルカ故ニ之ヲ證明スル爲メノ證書等ハ盜罪ノ目的タルコトヲ得ヘキモノ本罪ノ目的物タルコトヲ得サルモノトス(四)己ノ占有ニ移スノ行爲アルコトヲ要シ己ニ自己ノ占有内ニ在ル物ハ更ニ之ヲ占有スルノ理ナキカ故ニ本罪ノ目的物ハ常ニ自己ノ占有内ニ在ラサルモノタルコトヲ要ス自己ノ占有内ニ在ラサル物タルコトヲ要スルカ故ニ他人ヨリ寄託セラレタル物件他人カ誤リテ自己ノ占有内ニ在ル物タルコトヲ要スル物件他人ハハ百圓ヲ支拂フヘキニ二百圓ヲ支拂フヘキモノト信シテ二百圓ヲ自己ニ支拂ハ在中百圓ヲ自己ニ信シテ二百圓紙幣ヲ自己ニ支拂ヒ又ハ交付ヲ要セサル物件ハ人ヲ誤リテ自己ニ信シテ交付シタル如シ又ハ拾得シテ占有スル物件等ハ本罪ノ目的タルコトヲ得ス此點ニ關シ彼ノ例ヘハ郵便ノ取扱吏、商家ノ丁稚其他ノ用人引越荷車ノ車夫等カ長官、主人又ハ所有者ノ直接ナル監督ノ下ニ於テ占領スル物件ハ此等ノ者ノ占有内ニ在ルモノナルヤ否ヤノ問題アリ嘗

ヲ監守盜ニ付テ説明シタル如ク此等ノ者カ擅取スルノ意思ヲ以テ物件ヲ擅取
 スルノ行爲ハ恰モ倉庫ニ於ケル鎖鑰ト同シク此意思ト此行爲トヲ以テ國家主
 人又ハ所有者ノ占有ノ機關トセルモノ換言スレハ占有ノ心素ヲ有スル國家主
 人又ハ所有者ノ監督ノ下ニ於テ其占有ノ體素ヲ代表スルニ過キナルモノナル
 カ故ニ此等ノ者ノ占有内ニ在ラザルモノトス但シ監守官更ヲ除クノ外主人又
 ハ所有者ノ直接ナル監督ヲ脱シ全ク物件ヲ委託セラレタルノ狀況ニ在ルトキ
 例ハ主人又ハ所有者ノ信用ヲ受ケテ獨リ主人又ハ所有者ノ物ヲ違方ニ運搬
 スルカ如キ場合ニ於テハ其占有内ニ在ルモノトス(四然レトモ自己ノ占有内ニ
 在ラザル物ハ總テ之ヲ奪取スルコト即チ不正ニ所有スルノ意思ヲ以テ之ヲ自
 己ノ占有内ニ移スコトヲ得ルカ故ニ本罪ノ目的物ハ必スシモ他人ノ占有内ニ
 在ル物タルコトヲ要セス換言スレハ遺失物又ハ埋藏物ト雖モ初ヨリ不正ニ所
 有スルノ意思即チ奪取スルノ意思ヲ以テ之ヲ獲得シタルハ者ハ本罪ノ犯人ト
 ス要スルニ本罪ノ目的物ハ自己ノ占有ニ移シ得ヘキ物タルヲ以テ足レテ
 トス此點ニ關シ人或ハ盜罪ハ他人ノ物件ヲ奪取スルノ行爲ニシテ奪フノ行爲

校外生規則摘要

- 一 講義録ハ各部毎月二回發行シ滿一今年ヲ以テ卒業トス
- 一 一今年ヲ以テ完了セザルトキハ號外ヲ發ス
- 一 講義録ハ之ヲ三部ニ分ツ其發行定日左ノ如シ
 - 第一部 毎月 五日 二十日
 - 第二部 毎月 十日 廿五日
 - 第三部 毎月 十五日 三十日
- 一 月謝金ハ全部壹圓、各一部四十錢トス但シ入學金ヲ要セズ
- 一 校外生ハ本校講談會、討論會ニ出席傍聴スルコト及ヒ本校ノ出版ニ係ル書籍雜誌ハ特別ノ廉價ヲ以テ購求スルコトヲ得
- 一 校外生全部卒業證書ヲ有スル者ハ試驗ノ上校內生ニ同級ニ編入セラルルコトヲ得
- 一 校外生ハ講義録中ノ疑義ニ付キ質問スルコトヲ得問題ハ一問毎ニ別紙ニ認メ且一問毎ニ返信用郵券ヲ封入スルコトヲ要ス
- 一 三ヶ月以上月謝不納ノ者ハ退學者ト看做ス
- 一 月謝ハ東京飯田町郵便支局拂和佛法律學校會計係宛トスヘシ

明治廿二年十二月九日內務省許可

明治三十四年五月十一日印刷

明治三十四年五月十五日發行

東京市四谷區四谷仲町三丁目三十八番地

編輯者 小山幹治郎

東京市芝區四ノ久保町九丁目十一番地

印刷者 金子鐵五郎

東京市芝區四ノ久保町九丁目十一番地

印刷所 金子活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)