

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)

3-9

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

168

(発行年 / Year)

1902-01-24



明治三十五年一月二十四日發行

(第參部)

三十四年度乙種講習科用

和佛法律學校講義錄

第九號



刑法各論(自六七三至一〇〇三) 法學士 勝本勘三郎

090
1901
3-9

物體ヲ觸レシメテ一ノ震動ヲ起シ音響ヲ發セシムルハ即チ生理的作用ニ屬ス
茲ニ謂フ所ノ毆打創傷トハ其病理的作用ヲ謂フモノニシテ生理的作用ヲ含マ
ス生理的作用ハ第四百二十五條第九號ノ場合ニ相當ス即チ單純ナル毆打ト毆
打創傷トノ別アル所ナリ

既ニ病理的作用ヲ起ストキハ其大小ノ如キハ刑ノ重輕ヲ來スノミニシテ犯罪
構成ノ要件ニハ何等ノ影響ヲ及ホサス又過失犯ト同シク結果ヲ生スルコトヲ
要スルカ故ニ何程危險ナル行爲ト雖モ又犯人ニ於テ如何ニ重大ナル損害ヲ與
フルノ目的アリト雖モ被害者タルヘキ者ノ身體ニ未タ何等ノ損害ヲモ生セサ
ル間ハ毆打創傷トシテハ常ニ無罪ニシテ未遂犯ナルモノナシ

第四ノ要素 不法ノ所爲ナルコトヲ要ス

所爲ノ不法ナルコトヲ要スルハ必スシモ本罪ニ於テ唯リ然ルニ非ス凡百ノ犯
罪皆然リ然ルニ于カ其特ニ之ヲ茲ニ揭クル所以ハ是レ左ニ揭クル數箇ノ場合
ニ於テ多少疑問ヲ生スレハナリ

(一)父母、後見人等子弟教誨ノ任アル者カ懲戒ノ爲メニ本節ニ記載スル所ノ所爲

ト類似ノ所爲ヲ爲シタル場合例ヘハ盜心アル小兒ヲ懲戒セントシテ之ヲ鞭撻シ又ハ灸點ヲ施シ仍テ身體ニ或創傷ヲ負ハシメタル場合ニ醫師カ新治療ノ爲メニ身體ノ一部ヲ切斷シ或ハ藥品ヲ以テ一時患者ヲ疾苦セシメタル場合ニ被害者ノ承諾アリタルニ因リ其身體ノ一部ヲ毀損シタル場合等ニ於テハ毆打創傷罪トシテ處罰スルコトヲ得ヘキヤ

此中第三ノ場合ハ下文自殺ノ條ニ於テ說明スルヲ便宜トスルカ故ニ茲ニ之ヲ省キ先ツ第一第二ノ場合ニ付テ說述セシ成程此等ノ所爲ハ法律ニ所謂毆打創傷ノ外觀ヲ具フル行爲ナルモ第一ノ場合ニ於テ父母後見人等ハ監督上子弟ヲ懲戒スルノ必要アルカ故ニ法律又ハ慣習上常ニ懲戒權ナルモノノ存在ヲ認メ其監督上必要ナル限度ニ於テハ之ヲ行フコトヲ是認セリ故ニ此場合ニ於テハ罪トシテ論スルコトヲ得ザルモノトス但シ今日ノ民法ハ勿論古來未ダ曾テ明カニ父母後見人等ノ懲戒權ノ範圍ヲ規定シタルモノナキカ故ニ何レマテハ懲戒權ノ實行トシ何レヨリテ刑法ノ犯罪行爲ト看做スヘキヤハ一般ノ慣習ニ依リテ之ヲ判定スルハ外ナシ即チ輕微ナル打撃又ハ灸點ヲ施スカ如キハ今日一般ノ

習慣上普通ナル懲戒ノ手段トシテ是認スル所タリト雖モ其小兒又ハ被後見人ノ身體ニ重大ナル損害例ヘハ之ヲシテ疾病又ハ癩癩疾ニ至ラシムルカ如キハ既ニ懲戒權ノ範圍ヲ超越シタルモノトシテ之ヲ排斥セザルヘカラス第二ノ場合ニ於テモ亦之ト同シク治療ノ爲メ必要ナル限度ニ於テ人ノ身體ヲ毀損スルハ法律習慣ノ是認スル所ナルカ故ニ醫術ノ施行トシテ法律ノ認ムル限度ニ於テハ罪ヲ構成セザルモノトス要之本罪ヲ構成スルニハ其行爲カ常ニ法律又ハ慣習ノ認メタル所ノモノナルコトヲ要ス是レ我輩カ不法ナラザルヘカラストノ條件ヲ特標スル所以ナリ

(注意) 法律執行ノ爲メニ人ヲ殺傷スル行爲モ亦罪ヲ構成セザルハ右ノ場合

ヨリモ尙ホ一層明了ナルモノアリ說明ヲ要セズ
第五ノ要素 人身ニ損害ヲ與フヘキ所爲ヲ爲スノ意思アルコトヲ要ス
既ニ此意思アルニ於テハ犯罪ハ茲ニ構成セラル或ハ被害者ヲ死癩疾ニ致スト
否ト篤疾ニ致スト否ト又ハ故意ニ出ツルト豫謀ニ出ツルトハ單ニ刑罰ノ輕重
ニ影響ヲ有スルノミ但シ注意スヘキハ(イ)若シ人ヲ殺スノ意思アルトキハ別ニ

殺人罪ノ規定アルカ故ニ姦ニ謂フ所ノ人身ニ損害ヲ與フヘキ意思トハ殺人ノ意思以外ニ於ケル人身損害ノ意思ナリトスロ又我輩ハ人身ニ損害ヲ與フヘキ所爲ヲ爲スノ意思尙ホ詳言スレハ人身ニ損害ヲ興フル性質ノ所爲ヲ爲スノ意思アルヲ以テ足レリトスルカ故ニ其所爲カ尙モ人ヲ傷タルニ足ルヘキモノタルコトヲ知リテ之ヲ爲シタル以上ハ優ニ本罪ヲ構成スヘク更ニ人ヲ傷クルノ意思アルコトヲ要セスト確信ス或學者カ縱令毆打スルノ意思アルモ傷害ヲ與フルノ意思ナクシハ本罪ヲ構成セス如何トナレハ此ノ如キ場合ニ於テ尙ホ本罪ヲ以テ論スヘキモノトセハ是レ豫期セザリシ結果ヲ負擔セシムルモノニシテ刑法ノ原則ニ反スレハナリト言フカ如キハ是レ毆打創傷罪ハ或點ニ於テ過失犯ニ類スルモノタルコトヲ知ラサルニ基テ認見ナリ毆打創傷罪ノ結果ハ不期ノモノナリト雖モ豫期セサルヘカラサル當然ノモノナルカ故ニ有意犯ナリ純然タル無意犯ニ非ス是レ過失犯ニ類スト云フ所以ナリ注意スルコトヲ要ス宜シク排斥スルヲ要ス蓋シ此說ノ主張者カ人ノ一手一足ヲ傷ケントスル意思ヲ以テ之ヲ毆打シ其結果人ヲ死ニ至ラシメタル場合ニ於テ其結果ハ現ニ犯

人カ豫期セザリシ所ノモノタルニモ拘ラヌ猶ホ毆打致死ナリト決定セルヲ見ルモ以テ其論理ノ貫徹セサルヲ知ルニ足ルヘケレハナリ終ニ臨ミ本罪ノ構成要素トシテハ更ニ他人ヲ害スルノ意思アルコトヲ要ストノ一要素ヲ附加スルコトヲ要スルモ第四不法ノ所爲ナルコトヲ要スラフ要素ノ中ニ自ラ包含セラルルモノナルカ故ニ之ヲ省ケリ

第二款 處分

法律ハ毆打ニ因リテ生シタル結果ノ輕重ヲ標準トシテ其刑罰ヲ定ムルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ殺人罪ニ於ケルカ如ク其決意ノ單純ナルト豫謀ニ出ツルトニ依リテ亦刑ヲ輕重セリ之ヲ普通ノ處分トス而シテ又法律ハ本罪ノミ限リ或一種ノ特別處分ヲ規定セリ仍テ本款ノ處分ハ之ヲ二分シ(一)普通處分(二)特別處分トシテ説明スルヲ便宜ナリト信ス即チ先ツ普通處分ヨリ説キ起サン

第一項 普通處分

第一 法律ハ毆打創傷ノ行為カ人身ニ及ホシタル損害ヲ四箇ニ區別シテ刑罰ヲ定メタリ(第二九九條乃至第三〇一條)

一 死ニ致シタル場合 死ニ致シタル場合トハ犯人ノ行為カ原因ト爲リテ死ノ結果ヲ惹起シタルヲ謂フ故ニ犯人ノ所爲以外ノ影響即チ風土氣候等特別ノ事項ニ因リテ死ノ結果ヲ生シタルトキハ之ヲ毆打致死ト附フコトヲ得ス其行為ト死トノ間ニ原因結果ノ關係アリシヤ否キハ事實ノ問題ニ屬シテ法律ノ問題ニ非ス須ク専門家ノ判定ニ委スヘキナリ苟モ専門家ノ判定ニ依リテ行為ト死トノ間ニ明白ナル結果ノ關係アルニ於テハ其經過時間ノ多少、遲速及ヒ當時被害者ニ於テ特ニ死ノ結果ヲ惹起シ易キ狀況ヲ其身體ニ具ヘタリシカ爲メ意外ノ結果ニ因リテ死ニ至リタルト否トハ犯罪ノ構成ニ何等ノ影響ヲモ有セザルナリ蓋シ毆打創傷罪ハ一種ノ過失犯ニ類スレハナリ

二 篤疾ニ致シタル場合 法律ハ規定シテ曰ク人ヲ毆打創傷シ其兩目ヲ瞎シ兩耳ヲ聾シ又ハ兩肢ヲ折リ及ヒ舌ヲ斷チ陰陽ヲ毀敗シ若クハ知覺精神ヲ喪失セシメ篤疾ニ致シタル者ハ輕懲役ニ處スト兩目云云トハ讀ミテ字ノ如ク目若

クハ耳ノ作用ヲ失ハハムルヲ謂フ兩肢上肢又ハ下肢ノ左右ヲ謂フヲ折リ及ヒ舌ヲ斷チ陰陽ヲ毀敗スル等ノ文字ハ多少有形ノ結果ヲ指スカ如ク感スルモ本文字ノ字源ハ唐明清等ノ支那律及ヒ之ヲ繼承シタル新律綱領等ヨリ出テタルモノニシテ損傷ノ狀態ヲ形容シタル文字ナルカ故ニ必スシモ有形ノ結果ノミニ止マラス無形ノ結果即チ手足ヲ不隨意タラシメ言語聲音ヲ發スルヲ得テラシメ又ハ交接ヲ不能ナラシムルカ如キモノモ亦之ヲ包含ス知覺精神ヲ喪失セシムルトハ白痴癡癲等ニ致スヲ謂フ

(注意) 兩目兩耳又ハ兩肢即チ上肢ノ左右又ハ下肢ノ左右云云トアルカ故ニ初ヨリ一目一耳又ハ上肢又ハ下肢ノ左又ハ右ノ一肢ノミヲ有スル者ノ一目一耳又ハ一肢ヲ損傷シテ不能ナラシメタル結果恰モ普通完全ナル體軀ヲ具フル者ノ兩目兩耳又ハ兩肢ヲ不能ナラシメタルト同一ノ結果ヲ生セシメタル場合又ハ完全ナル體軀ヲ具フル者ノ一目ト一耳若クハ上肢ノ一ト下肢ノ一即チ一足ト一手トヲ不能ナラシメタル場合等ニ於テハ本項ニ入ルヘキカ如キモ法文上此ノ如キ解釋ハ之ヲ許ササルカ故ニ次項即チ癡疾ニ致シタル者

ノ中ニ入ルヘキモノト解セザルヲ得ス尙ホ注意ス兩トハ雙對ト云フノ義ニシテ二ト云フノ義ニ非ス誤ルヘカラス

三 痲疾ニ致シタル場合 此場合ハ即チ痲疾ニ比スレハ稍ヤ輕キモノヲ謂フ法律ハ其重ナルモノヲ列舉シテ他ハ身體ヲ殘廢シ即チ不具ナラシムルコトノ一言ヲ以テ之ヲ包括ス詳細ハ第二ノ場合ニ依リテ之ヲ推スコトヲ得ルカ故ニ復タ反覆セス唯茲ニ謂フ所ノモノハ身體ヲシテ永久ノ損害ヲ負ハシムルモノノ中前項ノ中ニ入ラザルモノノ總テヲ指スモノタルコトヲ注意スルニ止ム

四 疾病又ハ休業ニ至ラシメタル場合 法律ハ此場合ヲ更ニ二分シテ二十日以上ト以下ノ疾病休業トセリ休業トハ何ソヤ或學者ハ茲ニ疾病ノ外更ニ營業ヲ營ムコト能ハサルニ至ラシメ云云ノ文字アルヨリ之ヲ解シテ營業上ノ休業ト爲セリ隨テ其結果トシテ如何ニ微細ナル創傷ト雖モ之ニ因リテ其常職ヲ執ルコト能ハサルニ至ラシメタル場合例ヘハ彼ノ美術工藝等ノ如キ精巧ナル技藝ヲ爲ス者ノ指頭ニ輕微ナル擦過傷ヲ負ハシムルニ過キタルモ因リテ之ヲシテ其常業タル美術ニ從事スルコト能ハサルコト二十日以上ニ至ラシメタル場

合ニ於テハ第三百一條ノ第一項ヲ以テ處斷スヘキモノナリト説明セリ成程法文ニハ職業ヲ營ムコト能ハサルニ至ラシメタル者云云トアルカ故ニ單ニ文字ノ上ヨリ之ヲ解釋スルトキハ學者ノ言或ハ正當ナルカ如キ觀アリト雖モ我輩ハ下文三箇ノ理由ニ基キ斷然認見ナリト確信ス

(一) 職業ヲ營ムコト能ハス云云ノ文字ハ從來ノ我刑罰法ニ於テ之ヲ見タルコトナキ用語ニシテ恐ラクハ草案又ハ佛國法所謂「Travail personnel」ナル語ノ譯字ナラン若シ夫レ然リトセハ「Travail personnel」トハ「Travail carsonnel」(體軀ノ動作ニシテ「Travail professionnel」(職業上ノ動作)ニ非サルカ故ニ茲ニ「職業ヲ營ムコト能ハサル」ニ至ラシメ「ト」ハ吾人日常ノ動作ヲ爲スコト能ハサラシムルノ意ナリト解セザルヘカラス

(二) 先ニ説明シタルカ如ク毆打創傷罪ハ身體ニ加ヘタル損害ノ輕重トハ醫學上ノ觀察ニシテ經濟上ノ觀察ニ非ス若シ或學者ノ如ク解スルトキハ此場合ニノミ限リ特ニ經濟上ノ影響ヲモ斟酌スルコト爲リテ他ノ場合ト大ニ性質ヲ異ニスルニ至ル是レ豈ニ立法ノ趣旨ナランヤ

(三) 第三百二條ハ豫メ謀リテ人ヲ毆打創傷シタル場合ヲ規定シタル條文中休業廢篤疾父ハ死ニ致シタル場合ハ之ヲ明記スルモ疾病ニ致シタル場合ヲ缺如セルカ故ニ若シ夫レ或學者ノ謂フカ如クナラシメハ豫謀ヲ以テ人ヲ毆打シ因リテ疾病ニ至ラシメタル處分ハ無罪トセサルヘカラサルノ結果ヲ生ス是レ亦立法ノ趣旨ニ適合シタルモノト謂フヘケンヤ

以上説明セル所ニ據リ我輩ハ茲ニ疾病休業ニ至ラシメ云トハ身體ノ動作即チ吾人日常ノ動作ヲ爲スコト能ハサルニ至ラシメタルノ義ニシテ畢竟疾病ノ意義ヲ註釋センカ爲メ疾病ニ附加シテ一箇ノ熟語トシタルモノト確信ス蓋シ單ニ醫學上ヨリ觀察スルトキハ單ニ創傷ヲ負ハシメタルノミニシテ未タ休業ニ至ラサルモノモ亦之ヲ疾病ト謂フコトヲ得ヘキノ結果單純創傷ト疾病トノ限界ハ之ヲ明カニスルヲ得サルニ至ルノ恐アルノミナラス第三百一條ノ末文ニモ單純創傷ニ對シテ疾病休業ノ文字アリテ疾病カ單純創傷ニ對スルト同時ニ休業モ亦之ニ對向セラレアルヲ見ルモ思ヒ半ニ過クルモノアレハナリ

第二 普通處分ノ第二ノ場合ハ別ニ説明スヘキモノナシ唯第三百二條ト他ノ

條項トノ關係ノミ詳言スレハ犯人ノ人ヲ毆打スル意思カ豫メ謀議計畫シタルモノナルト否トニ依リテ刑罰ヲ異ニシ故意ニ出テタル場合ニ於テハ第二百九十九條乃至第三百一條ニ依リテ處斷シ若シ豫謀ニ出テタル場合ニ於テハ第三百二條ニ依リテ一等ヲ加フ

第二項 特別處分

法律ハ本罪ニ關スル共犯ニ付テ第三百五條第三百六條ニ特別處分ヲ規定セリ人或ハ此規定ヲ以テ共犯ト同時ニ行ハレタル別箇ノ犯罪ニモ尙ホ適用スルコトヲ得ト説ク者アリト雖モ我輩ハ條文ノ體裁上此説ヲ是認スルコトヲ得ス何トナレハ(第三百五條及ヒ第三百六條共ニ同シク)二人以上共ニノ文字アリ而シテ二人以上共ニトハ共犯ノ事項ヲ規定シタル第四百四條ノ二人以上現ニノ文字ト相擇フ所ナキノミナラス寧ロ一層明白ナルモノアレハナリ(第三百五條ノ末段ニハ但シ教唆者ハ云云ノ文字アリテ明カニ共犯ニ關スル規定タルコトヲ明ニスレハナリ)若シ夫レ之ヲ以テ別箇ノ犯罪ニモ適用スルコトヲ得ヘキ

條文ナリトスルトキハ單ニ他人ト同時ニ毆打ノ所爲ヲ爲シタリトノ故ノミヲ以テ自己ノ毫モ關與セザル結果ニ付テ責任ヲ負ハシメラルルノ結果他人ノ所爲ニ付テ責任ヲ負ハスヲ刑法ノ大原則ヲ破壞スルニ至ルヘケレハナリ以下先ツ法律ノ條項ヲ説明シ次ニ其何カ故ニ此ノ如キ特例ヲ見ルニ至リシヤヲ説述セシ

一 第三百五條ニ曰ク二人以上共ニ人ヲ毆打創傷シタル者ハ現ニ手ヲ下シ傷ヲ成スノ輕重ニ從テ各自ニ其刑ヲ科ス若シ共毆シテ傷ヲ成スノ輕重ヲ知ルコト能ハサル時ハ其重傷ノ刑ニ照シ一等ヲ減ス但數、毆者ハ減等ノ限ニ在ラス

二 第三百六條ニ曰ク二人以上共ニ人ヲ毆打スルニ當リ自ラ人ヲ傷セスト雖モ幫助シテ傷ヲ成サシメタル者ハ現ニ傷ヲ成シタル者ノ刑ニ一等ヲ減ス

第三百五條前段中段ハ共同正犯ニ對スル規定後段但書ハ其數、毆者學理上ノ準正犯ニ對スル規定第三百六條全部ハ從犯ニ對スル規定タリ蓋シ第三百五條前段中段及ヒ第三百六條中共ニ云、云、現ニ手ヲ下シ云云ハ第四百四條二人以上現ニ罪ヲ犯シタル云云ト同一文字ニシテ其共同正犯タルコトヲ明カニシ第三百五條末段數、毆者ハ第五百五條其他ニ於テ使用セラレタル所謂犯罪ノ數、毆者ナル文字ト同一ニシテ正犯ノ原動力ト爲リタル者タルコトヲ明カニシ第三百六條自ラ人ヲ傷セスト雖モ幫助シテ傷ヲ成サシメタル云云ハ第九條正犯ヲ幫助シテ犯罪ヲ容易ナラシメタル云云ト同一義ヲ表スルノ文字ニシテ從犯タルコトヲ明カニスレハナリ

其適用ニ付テハ法文ノ意義明カニシテ更ニ説明ヲ須ヒスト雖モ此規定ハ前ニ説明シタル如ク總則ノ共犯例ヲ排除シタルモノ換言スレハ毆打創傷罪ノ共犯ニ關スル刑罰ノ適用ニ付テハ如何ナル場合ト雖モ總則ニ所謂犯罪ノ共犯者ハ各自ノ力ノ集合ニ因リテ生シタル法律上ノ結果ニ對シテ不可分ノ責任ヲ負フモノナリトノ原則ヲ排除シタルモノニシテ大ナル特例ナルカ故ニ或ハ之カ適用ヲ誤ル者ナキヲ保セス仍テ予ハ左ニ設例ヲ掲ケテ其適用ヲ明カニシ以テ誤謬ナカラシメントス

例へハ甲乙丙丁ノ四人中甲乙ハ共同正犯ト爲リ丙ハ甲ヲ幫助シ丁ハ乙ヲ幫助シテ從犯ト爲リ戊ナル救護者ノ使喚ヲ受ケ四人共通ノ意思ヲ以テ己ナル被害者ヲ毆打シ甲ハ第三百條第二項ノ創傷ヲ負ハシメ乙ハ第三百一條第一項ノ創傷ヲ負ハシメタリトセハ甲ハ第三百條第二項ノ刑之ヲ幫助シテ其傷ヲ成サシメタル丙ハ之ヨリ一等ヲ減シタル刑乙ハ第三百一條第一項ノ刑之ヲ幫助シテ傷ヲ成サシメタル丁ハ之ヨリ一等ヲ減シタル刑救護者戊ハ第三百條第二項ノ刑ヲ以テ處斷スヘク

若シ被害者己ノ身體ニ甲乙ノ負フシタル創傷一ハ第三百條第二項一ハ第三百一條第一項ニ相當スルモ何レヲ甲又ハ乙カ負ハシメタルモノナルヤヲ知ルコト能ハサルトキハ第三百條第二項ノ刑ヨリ一等ヲ減シタルモノヲ以テ甲乙二人ノ刑トシ之ヨリ更ニ一等ヲ減シタル刑ヲ以テ丙丁ノ刑トシ第三百條第二項ノ刑ヲ以テ救護者戊ノ刑トスルモノトス

【注意】 身分上ノ特別關係ニ因リテ更ニ刑ヲ加減スルコトヲ要スル場合ニ於テハ之ニ總則第百六條第百十條ノ規定ヲ加味スルコトヲ要ス蓋シ茲ニ所謂

特別規定ニ依リテ排除セラレサル點ナレハナリ

然ラハ茲ニ法律カ此ノ如キ特別ヲ設ケタル所以抑モ何レノ處ニ在ルヤ曰ク是レ先ニモ説明シタル如ク毆打創傷罪ハ他人ノ身體ニ創傷ヲ負ハシムヘキ行爲ヲ爲スノ意思ニ基キタル所爲ヨリ生シタル必然ナル不期ノ結果ニ依リテ其實任ヲ論スルノ罪ニシテ一種ノ過失犯ニ類スル性質ヲ有スルヨリ自然ノ結果トシテ流出シタルノ規定トス蓋シ過失犯ニ其犯ナントノ說此說ハ現今多數學者ノ是認スル所ニシテ恐ラク我立法者ノ採ル所ナリシナランヲ採ルトキハ不期ノ結果ニ向ヒテ責任ヲ負フモノナリト云フノ點ニ於テ之ト形體ヲ同シウスル毆打創傷罪ニ於テモ亦其因リテ被害者ニ被ラシメタル創傷ハ各自各別ニ被ラシメタルモノニシテ縱令毆打セントノ意思ノミノ點ニ於テハ其犯者互ニ共通ノ意思又ハ所爲アリト雖モ蓋モ共同ノ實ナキカ故ニ普通ノ原則即チ其犯者ハ互ニ其因リテ被害者ニ被ラシメタル法律上ノ結果ニ付テ共同不可分ノ責任ヲ負フモノナリトノ原則ニ反シタル原則ヲ採リ其犯者ハ各自自ラ負ハシメタル創傷ノ大小ニ從ヒテ責任ヲ負フヘキモノトセサルヲ得ヌ是ニ於テ法律ハ第三

百五條前段及ヒ第三百六條ノ規定ヲ置ケリ然レトモ單純ニ此原則ノミヲ勵行スルトキハ共犯者ノ加ヘタル各創傷ノ輕重明カナラザル場合ノ各共同正犯及ヒ(何レノ場合ニ於テモ)教唆者ニ對シテハ或ハ證據不十分若クハ共同シテ傷ヲ負ハシメタルヲ事實ナシトノ理由ニ依リ全ク不問ニ措カサルヲ得ザルノ結果ヲ生ス是ニ於テヤ法律ハ再ヒ總則共犯ノ原則ヲ加味シ第三百五條中段及ヒ末段ノ規定ヲ置キタルモノトス

以上ヲ以テ毆打創傷罪ノ成立要素及ヒ處分ノ大綱ヲ説了セリ第三百三條第三百四條第三百七條第三百八條ヲ剩セリト雖モ此等ノ各條ハ難ニ殺人罪ノ規定ニ於テ説明シタル所ト對比セハ自ラ了解スルコトヲ得ヘシ隨テ亦説明ヲ重スルノ必要ナシト信スレトモ尙ホ誤解ナカラシムコトヲ期シ茲ニ其彼ト較ヤ行文ヲ異ニスルモノノミニ付キ一言ノ説明ヲ附加セんと欲ス

一 第三百七條ノ規定ニ付テ(一)健康ヲ害ス可キ物品—健康ヲ害スルトハ從前被害者ノ保持セシ身體ノ自然ノ有様ヲ變シテ病的ナラシムルコトヲ謂フモノニシテ法律ハ茲ニ其果シテ如何ナルモノカ吾人ノ身體ヲ病的ナラシムルモノ

ナルヤヲ定義セザルカ故ニ縱令如何ナル物品ト雖モ(例言セハ毒物ト雖モ)苟モ其施用ニ因リテ吾人ノ身體ヲシテ病的ナラシムルニ足ルヘキモノハ皆之ヲ健康ヲ害スヘキ物品ト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ一言注意スヘキハ健康ヲ害ス可キ物品トアルカ故ニ其物自體ニ於テ人ノ健康ヲ害スヘキ性質ヲ有スルモノタルコトヲ要ス隨テ彼ノ寧ろ身體ヲ健康ナラシムヘキ物品例ヘハ牛乳又ハ米麥等ヲ多量ニ飲食セシメ爲メニ被害者ノ健康ヲ害スルモ健康ヲ害スヘキ物品ノ施用ニ因リテ人ヲ疾苦セシメタルニ非ス分量ノ過度ニ因リテ疾苦セシメタルモノナルカ故ニ本條ノ支配ヲ受クヘキ行為ニ非ザルモノトス(二)疾苦—疾苦ト云フトキハ疾病ヲ醸シ其結果トシテ苦痛ヲ生シタル場合ノミヲ云フカ如キモ茲ニ疾病トハ身體ノ健康ヲ損害シタル有様ヲ無形ニ形容シタル語ニシテ凡テ吾人身體ノ健康ヲ害シタル諸般ノ病的結果ヲ包含スルモノナルカ故ニ縱令被害者ニ於テ事實寸毫ノ苦痛ヲモ感セザル場合ト雖モ健康ヲ害スヘキ物品ヲ施用シタル結果茲ニ被害者ヲシテ其身體ノ健康ヲ失ハシメタルトキハ皆本條ノ支配ヲ受クヘキモノトス蓋シ若シ夫レ然ラストセハ彼ノ單ニ被害者ヲシテ白

痴又ハ癡癡ナラシメタル場合ノ如キハ法ノ以テ罰スヘキモノナキニ至リ立法ノ趣旨ニ反スレハナリ又茲ニ疾苦トハ右ニ説明シタル如ク身體ノ健康ヲ害シタル諸般ノ病的結果ヲ意味スルモノニシテ畢竟他ノ場合ニ於ケル創傷ニ對向スルモノナルカ故ニ縱令因リテ健康ヲ害スルモ其程度極メテ輕ク曩ニ我輩カ説明シタル疾病休業即チ吾人身體ノ日常ノ動作ヲシテ不自由ナラシムルト云フマテニ至ラサルモノハ第三百一條末項ノ刑ニ一等ヲ加フヘキモノニシテ同條第二項ノ刑ニ一等ヲ加フヘキモノニ非サルモノトス

二 第三百八條ノ規定ニ付テ一人ヲ殺スノ意ニ非スト雖モ詐稱誘導シテ危害ニ陷レ云云(一)第二百九十七條ノ行文ト異ナリ人ヲ殺スノ意ナキ場合タルコトヲ要スト雖モ注意スヘキハ本條ノ罪ハ決シテ無意犯罪ニ非サルカ故ニ本條ヲ適用スル爲メニハ犯人ニ於テ必ズ詐稱誘導シテ危害ニ陷ルルノ意思アルコトヲ要ス(二)毆打創傷ヲ以テ論ス(下)アリテ第二百九十七條ノ如ク故意ノ豫謀トニ出テタル場合ヲ區別セスト雖モ行文自然ノ性質ヨリ省略シタルモノナルカ故ニ故意ニ出テタルトキハ普通毆打罪ニ豫謀ニ出テタルトキハ第三百二條ヲ適

用シテ豫謀毆打罪ニ擬スヘキモノトス

第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

我輩カ茲ニ殺傷ニ關スル特別ノ規定ト稱スルモノハ本章第三節ニ規定スル宥恕及ヒ不論罪第四節ニ規定スル過失殺傷罪第五節ニ規定スル自殺ニ關スル罪及ヒ特別法ニ規定セラルル決闘罪ノ五者ヲ包含ス而シテ其之ヲ茲ニ併括シテ説明スル所以ハ是レ其前二節即チ殺傷罪ノ普通ナルモノニ對スル特別ノ場合ト看做スヘキモノナルヲ以テ彼此相對照シテ攻究セハ講學上多少ノ便宜アリト思料シタルカ故ナリ

第一款 殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪

本款ハ之ヲ(一)殺傷ニ關スル宥恕及ヒ(二)殺傷ニ關スル不論罪ノ二項ニ分チテ説明スルベシ

第一項 殺傷ニ關スル宥恕若クハ挑發ヲ原因トシタル殺傷罪

法律カ殺傷ニ關スル宥恕ノ節目ヲ設ケ殺傷行為ニ對スル刑罰ヲ宥恕スヘキモノトシタル場合ハ第三百九條乃至第三百十三條ノ規定ニシテ(一)自己ノ身體ニ對スル暴行ヲ原因トシタル場合(二)之ニ準シタル場合(三)現行ノ姦通ヲ原因トシタル場合(四)畫間ニ於ケル住居侵入ノ行為ヲ原因トシタル場合ノ四トス

右四箇ノ場合ニ於テ法律カ其殺傷行為ヲ宥恕スヘキモノトシタルハ是レ一方ニ於テ犯人ノ之ヲ爲シタルハ素ト被害者ノ不法行為ヨリ挑發セラレタル憤情ハ今ヤ服藥ヲ焦シツアルハ際行ヒタルモノノ換言スレハ普通ノ場合ニ比セハ多少意思ノ中正ヲ失ヒタル際ニ行ヒタルモノナルカ故ニ刑法ノ大原則トシテ總則ニ於テ意思ノ自由ヲ有スル程度ノ大小ニ從ヒ犯人ノ責任ヲ輕重スルノ主義ヲ採用スル以上ハ當然ノ結果トシテ主觀的犯人ハ自體其責任ヲ輕減セラルヘキモノトセサルヘカラナルト他ノ一方ニ於テ其殺傷行為タルヤ被害者ノ不法行為ヲ原因トスルモノニシテ不正ノ行為ヲ爲シタル者ヲ害スル行為タルカ

故ニ客觀的ニ其行為モ亦普通ノ場合ニ比セハ輕キモノタルカ故ナリ

是ニ於テカ此規定ニ關シテ下ノ注意ヲ爲スコトヲ要ス

(一) 右ニ説明シタル如ク法律カ此宥恕ヲ認メタルハ總則所謂罪ヲ犯ストキ知覺精神ヲ喪失シタル者意思ノ自由ヲ喪失シタル者又ハ辨識力ヲ缺損シタル者ヲ免刑又ハ宥恕ストノ規定ヲ敷衍シタルモノニシテ畢竟原則ノ適用ニ過キザルモノナルカ故ニ純理上ニ於テハ殺傷以外ノ犯罪例ヘハ放火若クハ毀棄財物等ノ犯罪ニ付テモ同一ノ適用ヲ爲スヘキモノタリト雖モ法律ハ之ヲ廣ク總則ノ規定例ヘハ凡ソ罪ヲ犯ストキ意思若クハ精神ノ常態ヲ缺損シタリト認ムヘキ者ハ罪ヲ宥恕スト云フカ如キトセスシテ單ニ殺傷ニノミ關スル場合ノ特例トスルカ故ニ殺傷罪ニ關スル場合ニ非スルハ縱令茲ニ規定スルト同一ノ宥恕ヲ與フヘキ事情ノ存スル場合ト雖モ單ニ總則酌量減輕ノ規定ヲ適用シ得ルニ過キス

(二) 本規定ハ犯人ニ於テ意思ノ中正ヲ失ヒタル際ニ行ヒタルモノナルヲ理由トスルモノナルカ故ニ純理上ニ於テハ事情ノ如何ニ拘ラス事實上犯人ニ於テ

意思ノ中正ヲ失ヒタルコトヲ要スト雖モ法律ハ他ノ條項ニ於テモ其例ヲ示スカ
如ク第三百九條以下第三百十二條ニ規定シタル外形ノ事實ノミヲ具備スルト
キハ更ニ事實意思ノ中正ヲ失ヒタル際ニ行ハレタルモノナルヤ否ヤヲ調査ス
ルコトヲ許サスモ直チニ意思ノ中正ヲ失ヒタルモノ隨テ有恕ノ理由アルモ
ハト推定スルカ故ニ第三百九條以下各條項ニ該當スヘキ要件ヲ具備シタル場
合ニ於テハ裁判官ハ更ニ事實上意思ノ中正ヲ失ヒタルヤ否ヤヲ調査スルコト
ナク直チニ法律上ノ有恕ヲ言渡スヘキモノトス

(三) 本規定ハ前ニ説明シタルカ如ク一方ニ於テ犯人ニ於テ意思ノ中正ヲ失ヒ
タルヲ理由トスト雖モ他ノ一方ニ於テ被害者ニ於テ不正ノ所爲ヲ爲シタルヨ
リ生シタル犯罪行爲ニシテ犯人ノ所爲自體ニ於テ輕減スヘキモノタルヲ理由
トスルカ故ニ茲ニ規定スル有恕ハ彼ノ酌量減輕ノ如ク單ニ刑罰ヲ輕減スルニ
止マラス犯罪其モノヲモ輕減セラルルモノ換言スレハ罪質ヲモ變スヘキモノ
トス(第九九條參照)隨テ本規定ニ適合スルノ事情アルノ外更ニ主觀的輕減スヘ
キ事情アルトキハ第三百十三條ヲ適用シテ本刑ニ二等又ハ三等ヲ減シタル上

尚ホ總則酌量減輕ノ規定ヲ適用シテ一等又ハ二等ヲ減スルコトヲ妨ケザルモ
ノトス
以下法文ノ順序ニ依リテ法律カ特別有恕ノ場合トシテ掲ケタル四ノ場合ヲ說
明スヘシ

第一 自己ノ身體ニ對スル暴行ヲ原因トシタル場合

第三百九條ニ曰ク「自己ノ身體ニ暴行ヲ受ケルニ因リ直チニ怒ヲ發シ暴行人ヲ
殺傷シタル者ハ其罪ヲ有恕ス但不正ノ所爲ニ因リ自ら暴行ヲ招キタル者ハ此
限ニ在ラス」ト

即チ本條ノ場合ニ相當スル爲メニハ左ノ各要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)自己
ノ身體ニ暴行ヲ受ケタルコト(二)之ヲ受ケタルニ因リ直チニ怒ヲ發シテ暴行人
ヲ殺傷シタルコト(三)其暴行ハ不正ノ所爲ニ因リ犯人ノ自ら之ヲ招キタルモノ
ニ非サルコト是ナリ

第一ノ要素 自己ノ身體ニ暴行ヲ受ケタルコトヲ要ス
(二)法律ハ暴行ノ行ハレタル目的カ身體ナルコトヲ要スルカ故ニ財物ニ對スル

暴行ナルトキハ本場合ニ相當セス(二)自己ノ身體タルコトヲ要スルカ故ニ縱令身體ニ對スルモノト雖モ自己以外ノ人ノ身體ニ對スル暴行ハ亦本場合ノ恩典ニ浴スルコトヲ得ス是レ我母法タル佛法ノ規定ト異ナル所ニシテ佛法ニ於テハ本場合ニ相當スルコトヲ得ル爲メニハ單ニ暴行カ身體ニ對シテ行ハレタルコトヲ要スルノミニシテ其自己ニ對スルト他人ニ對スルトヲ問ハサルナリ(三)右ニ述ヘタルカ如ク法律ハ暴行ノ身體特ニ自己ノ身體ニ對スル場合ニ非ズレハ本場合ノ恩典ニ浴スルコトヲ得サルコトヲ明言スルカ故ニ解釋上ニ於テハ一言ノ論議ヲ試ムルノ餘地ナシト雖モ立法上ノ議論トシテハ些カ異論ナキヲ得ス蓋シ本場合ノ宥恕ハ犯人ニ於テ主觀的自由意思ヲ缺損セリトノ推測ヲ原因トスルモノニシテ其犯人ニ於テ主觀的自由意思ヲ缺損スル場合ハ必スシモ自己ノ身體ニ對スル暴行ヲ受ケタル場合ノミニ限ラス自己ノ財物例ヘハ平素自己ノ愛養セル家畜ニ對シ暴行ヲ受ケタル場合又ハ親戚師友等ノ身體ニ對シ暴行ヲ受ケタル場合ニ於テモ往往之ニ因リテ憤情ヲ惹起シ以テ意思ノ中正ヲ失フコトアリ隨テ法律ヲ以テ自己ノ身體ニ對スル場合ノミニ限ルハ規定稍

ヤ狹隘ニ失スルノ威アレハナリ予ノ見ル所ニ依レハ自己ノ身體ニ暴行ヲ受ケタルトキト云フカ如ク法律ヲ以テ豫メ犯人ニ於テ意思ノ中正ヲ失フヘキ場合ヲ限定セスシテ例ヘハ他人ノ不正行爲ニ因リテ挑發セラレ意思ハ自由ヲ缺損シタル者ハ云云ト云フカ如キ明文ヲ設ケ以テ意思ノ自由ヲ缺損シタルヤ否ヤハ偏ニ裁判官ノ判定ニ委スルヲ以テ至當ナリト信ス(四)暴行トハ之ヲ廣義ニ解スルトキハ苟モ不正ニ腕力ヲ弄シ又ハ弄セントスルノ所爲ハ皆之ヲ暴行トセタルヘカラサルモノニシテ有形ノモノト無形ノモノトニ分ツコトヲ得ヘシ然レトモ刑法ノ用語上暴行トハ常ニ其有形ノモノノミヲ指シ無形ノモノニ付テハ脅迫テ文字ヲ用フルヲ通例トスルカ故ニ茲ニ所謂暴行モ亦有形ノモノヲノミ指スモノトス有形ノ暴行トハ白刃又ハ銃砲ヲ擬スルノ類ヲ謂フ隨テ夫ノ形容又ハ言語ヲ以テ汝ノ身體ヲ害セント脅迫シタルモノニ對スル行爲ハ本場合ノ特典ヲ受ケタルコトヲ得ス尙ホ暴行云云ノ文字ニ付テ一言注意スヘキハ茲ニハ暴行トアリテ其レ自身不法ノモノタルヲ明カニセルカ故ニ彼ノ正當防衛ノ行爲及ヒ官吏職務執行上ノ行爲等適法ナル行爲ニ對スルモノハ本場合ノ宥

想ヲ受クヘキモノニ非サルモノトス
第二ノ要素 暴行ヲ受ケタルニ因リ直チニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタルコトヲ要ス

此條件ノ存在ハ以テ犯人ノ責任カ輕減セラレル唯一ノ基本ニシテ本場合ノ規定中最モ重要ナルモノナルカ故ニ諸君ハ細心留意シテ研究セラレンコトヲ希望ス(一)先ツ怒ヲ發シタルコトヲ要ス怒ヲ發スルトハ憤激ヲ挑發セラレテ意思ノ平均ヲ失ヒタル狀態ヲ指スナリ憤激シタルコトヲ要スルカ故ニ之ヲ缺如スル場合ニ於テハ經令暴行ヲ受ケ因リテ人ヲ殺傷スルモ有怒ヲ受ケタルノ限ニ在ラス蓋シ之ヲ以テ普通意思ノ中正ヲ失ヒタル行為ト速斷スルコトヲ得サレハナリ(二)暴行ヲ受ケタルニ因リ直チニ怒ヲ發シ其熱情カ直チニ外部行為ニ見ハレテ殺傷行為ト爲リタルコトヲ要ス(茲ニ直チニト云フノ文字ハ怒ヲ發シタルコトト暴行人ヲ殺傷シタルコトトノ二者ニ繫屬スルノ文字ニシテ單ニ怒ヲ發シタル云云ノ文字ニノミ繫屬スヘキ文字ニ非ス是レ予カ直チニ怒ヲ發シ其熱情カ直チニ外部行為ニ見ハレテ殺傷行為ト爲リタルコトヲ要ストスル所以

ナリ蓋シ經令怒ヲ發シタルハ暴行ヨリ即時ノ間ニ在リト雖モ殺傷行為ニシテ暴行ノ行ハレタル時間ヲ距ルコト遠キトキハ其殺傷行為ハ以テ犯人カ意思ノ中正ヲ失シタル際ニ生シタルモノト認ムルコトヲ得サレハナリ(三)法律ハ直チニ怒ヲ發シテ殺傷シタルニ非スンハ本場合ノ特典ヲ與ヘサルカ故ニ犯人ノ殺傷行為タルヤ暴行ヲ受ケタルヨリ殺傷行為ヲ爲スマテノ間ニ於テ沈思熟慮スルノ遑ナカリシコトヲ要ス殺傷行為ハ沈思熟慮ノ結果ニ非ナルコトヲ要スルカ故ニ本場合ノ殺傷ハ常ニ故殺傷ノ場合ニシテ謀殺傷ノ場合ニ非ナルヲ知ルヘシ蓋シ沈思熟慮ノ遑ナシト云フコトト豫謀アルコトトハ柄鑿矛盾シテ相容レサルノ事柄ナレハナリ(又曰ク法律ハ茲ニ因リノ文字ヲ置クカ故ニ暴行ト憤怒及ヒ殺傷行為トハ其間互ニ因果ノ關係アルコトヲ要ス直チニ怒ヲ發スルモ其暴行ヲ原因トスルニ非スンハ本條ノ場合ニ相當セス(三)殺傷行為ノ被害者ハ暴行人タルコトヲ要スルカ故ニ暴行人以外ノ人ニ對スル行為ハ縱令其親族故舊等ニ對スルモノト雖モ本條ノ場合ニ相當セス(四)殺傷シタル者トアリテ特別ノ規定ハ嚴正ノ解釋ヲ要スルカ故ニ殺傷以外例ヘハ逮捕監禁放火財物毀棄

等ノ行爲ニ依ルトキハ縱令犯人ニ於テ意思ノ中正ヲ失ヒタル際ニ爲シタルモノタルコトノ明白ナル事情即チ他條件ヲ完備シタル場合アルモ本條ノ宥恕ニ該ルコトヲ得ス此點ハ先ニ第一ノ要素ヲ説明スルノ際述ヘタルカ如ク立法上非難スヘキ規定ナリトス

第三ノ要素 其暴行ハ不正ノ所爲ニ因リ犯人ノ自ら之ヲ招キタルモノニ非サルコトヲ要ス

不正ノ所爲トハ何ソヤ此點ニ付テハ學者間見解ヲ異ニスルモノアリト雖モ我輩ハ信ス不正ノ所爲トハ草案所謂 *unlawful* (失行又ハ不正ノ行爲ト譯スヘシ過失ト譯スヘカラス或學者カ之ヲ過失ト譯シタルハ大ナル謬ナリ詳細ハ第三百十四條ノ説明ニ於テ再説スヘシヲ指スモノニシテ自己ニ責任ヲ引クヘキ不法行爲ト云フノ義ナリ) 不法行爲ナルカ故ニ有意ノ行爲ハ勿論過失ニ出テタル行爲モ亦之ヲ包含ス然ラハ如何ニ輕微ナル行爲ト雖モ苟モ不法ノ行爲タルニ於テハ常ニ本場合ノ特典ヲ受ケタルヲ得サルカ曰ク法律ハ其末文ニ於テ因リ自ら暴行ヲ招キタル者云云トアリテ他人ヲシテ自己ノ身體ニ暴行ヲ加ヘシムルノ原

因ト爲リタル不正ノ所爲ハ自ラ即チ主觀的ニ暴行ヲ招キタルモノニシテ偶然即チ客觀的ニ暴行ヲ招キタルモノニ非サルヲ明カニスルカ故ニ犯人ニ於テ豫メ自己ニ暴行ヲ加ヘシムルノ原因ト爲ルヘキモノタルコトヲ自覺セ得ヘキ行爲タルコトヲ要スルモノニシテ彼ノ過失懈怠乃至極メテ輕微ナル有意ノ行爲等偶然暴行ヲ招クノ原因ト爲リ得ヘキモノ換言スレハ犯人ニ於テ豫メ自己ニ暴行ヲ加ヘシムルノ原因ト爲ルヘキ行爲タルコトヲ自覺シ得ヘカラザルモノハ之ヲ包含セザルモノトス然リ而シテ法律カ此一條件ヲ要シタル所以ハ是レ畢竟草案註釋ノ説明スルカ如ク此條件ナクシハ挑發ヲ名トシテ殺傷行爲ヲ逞シクシ以テ宥恕ノ特典ヲ叨リニスル者アルヘキカ故ニ茲ニ汝ニ出テタルモノハ汝ニ還ルハ原則ヲ揭ケ若シ本條ノ恩典ニ浴セント欲セハ宜シク己レ先ツ不正ノ行爲ヲ爲スコト勿レ然ラズンハ彼ノ不正ニ宥恕ノ恩典ヲ受ケンコトヲ企圖シ己レ先ツ對手者ニ不正ノ行爲ヲ加ヘ之ヲシテ自己ノ身體ニ暴行ヲ加ヘシメ之ニ因リテ憤情ヲ惹起セラレタルヲ名トシテ豫メ圖リタル殺傷行爲ヲ遂ケ以テ本場合ノ恩典ヲ受ケンコトヲ欲スル者タラサルコトヲ保スヘカラザルカ故

ニ法律ハ恩典ヲ與ヘサルヘシト豫告シ以テ恩典ヲ與フヘキ理由ノ明白ナラサル者ヲ除外スルト同時ニ彼ノ證據ハ明白ナラサル豫謀殺傷者ニ恩典ヲ付與スルハ危險ヲ避ケントシタルモノトス

第二 自己ノ身體ニ對スル暴行ヲ原因トシタル場合ニ準シタル場合即チ交互毆打ノ場合

第三百十條ニ曰ク「毆打シテ互ニ創傷シ其手下スノ先後ヲ知ルコト能ハサル者ハ各其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」ト

此場合ハ前條ノ規定ヲ敷衍シテ前條宥恕ノ理由アルモノト推定シタルモノトス蓋シ二人相争鬪シ孰レカ先ニ手下シタルヤヲ知り得ヘキ場合ニ於テ後ニ手下下シタル者ニシテ前條規定スル所ノ條件ヲ具備スルトキハ其者ハ前條ノ適用ニ依リ其罪ヲ宥恕セラルヘキモノタリ然ラハ其下手ノ前後ヲ知ルコト能ハサルトキト雖モ場合ニ依リ宥恕ノ特典ニ與ルヘキ者アルヲ保セス隨テ孰レカ果シテ此特典ヲ受クヘキ者タルヤヲ知ルヘカラストテ實際特典ヲ受クヘキモノアルニモ拘ラス之ヲシテ特典ニ與ルノ利益ヲ失ハシムルノ際ナランヨリ

ハ寧ロ與フヘカラナル者ニ之ヲ與フルノ寬ニ失シ以テ實際恩典ニ與ルコトヲ得ヘキ者ヲシテ其受クヘキ利益ヲ受ケシムルニ如カストシタルニ由ルナリ尙ホ二三ノ注意スヘキハ「毆打」云云「アルカ故」ニ縱令下手ノ前後ヲ知ルコト能ハサル場合ト雖モ孰レカ一方ニ於テ殺意アルトキハ本條ノ場合ニ相當セス「互ニ創傷」アルカ故ニ孰レカ一方ニ於テ未タ病的損害ヲ受ケサル者アルトキハ亦本條ノ場合ニ相當セス「各其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」アルカ故ニ一方ニ之ヲ與ヘテ他ノ一方ニ之ヲ與ヘサルコトヲ得「宥恕スルコトヲ得」トアルカ故ニ其宥恕スルト否トハ事實裁判官ノ判定ニ委スヘキモノトス

第三 現行ノ姦通ヲ原因トシタル場合

第三百十一條ニ曰ク「本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫又ハ姦婦ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ此限ニ在ラズ」ト

即チ本條ノ場合ニ相當スルコトヲ得ル爲メニハ左ノ要素ヲ具備スルコトヲ要ス「(一)犯罪ノ主體ハ本夫ナルコト」(二)犯罪ノ客體ハ姦夫又ハ姦婦若クハ姦夫及ヒ

姦婦タルコト(三)姦所ニ於テ姦通ヲ覺知スルト同時ニ殺傷行為ヲ爲シタルコト
(四)本夫ニ於テ先ニ姦通ヲ縱容シタルノ事實ナキコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ主體ハ本夫タルコトヲ要ス

本夫トハ戶籍上本夫タルノ身分ヲ有スル者ヲ謂フ犯罪ノ主體ハ必ズ本夫タルコトヲ要スルカ故ニ彼ノ歐洲ノ或邦國又ハ吾邦ノ古代ニ於テ見タル所ノ場合即チ妻若クハ夫ノ尊屬親等カ夫ニ謝スル爲メ又ハ不義姦通ノ行為ヲ成敗スル爲メニ姦通者ヲ殺傷シタルノ行為ハ總則ノ適用上或ハ酌量減輕ノ恩典ニ浴スルコトアルヘキモ決シテ本條ノ恩典ヲ受タルコトヲ得ス

第二ノ要素 犯罪ノ客體ハ姦夫又ハ姦婦若クハ姦夫及ヒ姦婦ナルコトヲ要ス

(一)姦婦トハ本夫アルニモ拘ラス之ニ對スル貞操ヲ破リテ他ノ男子ト不正ノ交接ヲ爲ス女ヲ謂ヒ姦夫トハ有夫ノ婦女ト法律ノ認メサル結合ヲ爲ス男ヲ謂フ姦ニ注意スヘキハ所謂姦夫タルカ爲メニハ彼ノ第三百五十三條所謂相姦スル者ト異ナリ必ズシモ其對手ノ婦女カ有夫ノ者タルヲ知ルコトヲ要セス蓋シ有夫ノ婦タルコトヲ知ラスシテ法律ノ認メサル結合ヲ爲ス者ハ業ニ已ニ過失懈

怠ノ恕スヘカラサルモノアルノミナラス若シ夫レ姦夫タルカ爲メニハ對手ノ婦女ノ有夫ノ者タルコトヲ知ル者タルヲ要ストセハ本夫ニ於テ恩典ニ浴セシカ爲メニハ常ニ先ツ豫メ其妻ノ對手者カ其妻ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ルヤ否ヤヲ調査セザルヘカラサルカ故ニ多クノ場合ニ於テ本條ノ殺傷ハ豫謀ニ出テタルヘカラサルノ結果後ニモ論述スルカ如ク本條ノ殺傷ハ現ニ姦通ヲ目撃シテ突然憤情ヲ發シ熟慮スルノ違ナク行ハレタルモノニシテ本夫ニ於テ意思ノ中正ヲ失ヘルカ故ニ其罪ヲ宥恕スルコトトシタル立法ノ趣旨ニ背馳スヘケレハナリ(二)法律ニハ姦夫又ハ姦婦トアルモ是レ姦夫姦婦ノ中孰レカ一方ヲ殺傷シタル場合ニ非サレハ宥恕セストニ非スシテ姦夫又ハ姦婦若クハ姦夫ト姦婦ト併セテト云フ義タリ是レ我輩カ茲ニ姦夫又ハ姦婦若クハ姦夫及ヒ姦婦ト云フ所以ナリ(三)犯罪ノ客體ハ姦夫又ハ姦婦若クハ姦夫及ヒ姦婦タルコトヲ要スルカ故ニ此等以外者例ヘハ其媒合者等ヲ殺傷シタル行為ハ本條ノ宥恕ヲ受クヘカラサルモノトスルニ非ス

第三ノ要素 姦所ニテ姦通ヲ覺知スルト同時ニ殺傷行為ヲ爲シタルコトヲ要

(一)殺傷シタルコトヲ要スルカ故ニ其他ノ行為ニ付テハ本條ノ特典ナシ(二)姦所ニ於テ直チニ云云殺傷シタル者トアルカ故ニ姦所以外ニ於テ殺傷シタル者ハ姦テ之ヲ包含セザルカ如キ觀アリト雖モ法文ノ意ハ姦所ニ於テ殺傷行為ニ著手シ其場所ニ於テ之ヲ遂ケタル者及ヒ其場所ヨリ繼續シテ他ノ場所ニ於テ殺傷ヲ遂ケタル者ヲ包含セシムルニ在リテ要スルニ殺傷行為ノ姦所ニ於テ開始セラレタルコトヲ必要トスルニ過キタルモノトス(三)姦通ヲ覺知シ竊ニ時ヲ計リ殺傷行為ヲ爲シタルコトヲ要スルカ故ニ豫メ妻ノ姦通ヲ覺知シ竊ニ時ヲ計リ機ヲ窺フテ姦所ニ闖入シ以テ姦夫姦婦ヲ謀殺傷シタルカ如キハ決シテ本條ノ特典ヲ受タルコトヲ得ス從來刑法學者中此點ニ關シテ往往意見ヲ有スル者アリ其言ニ曰ク(條文ハ姦通ヲ知リテ而シテ後ニ姦所ニ於テ殺傷シタルモノトノ意ニ解スヘキカ故ニ豫メ姦通ヲ知ルト否トハ毫モ關與スル所ニ非ス)ト然レトモ條文ニ所謂姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直チニ云云ハ草案ノ a. Instant on the las surpris on flagrant delit adultero (即チ夫カ姦夫姦婦ノ姦通ノ現行犯ヲ撞見ヤ

タル其時)ニ該當スルモノニシテ姦通ヲ知覺シ姦所ニ於テ直チニト直チニヲ覺知ト殺傷トニ繋ラシメテ(一)氣ニ讀ミ下スヘキモノナルヲ以テ本條宥恕ノ特典ニ浴スヘキ殺傷ハ姦通ヲ覺知シタルト同時ニ行ハレタルモノ即チ故殺ナラサルヘカラス蓋シ若シ夫レ論者ノ言フカ如クニ解釋センカ法律ハ不俱戴天ノ仇敵ヲ討チタル孝子ニ對シテスラ尙ホ謀殺ニ出ラタル者ハ何等ノ恩典ヲ與ヘザルニモ拘ラス之ヨリモ輕減スヘキ理由ナキ姦通ニ限リ謀殺ニ出ラタル場合ニ於テモ尙ホ宥恕ノ恩典ヲ與フルコトト爲リテ彼此大ニ其權衡ヲ失スルノミナラス法律カ本節ノ規定ヲ設ケタルハ皆其行為ノ故意ニ出ラタルモノ隨テ意思ノ中正ヲ失ヒタルモノナルカ故ナリトノ一般ノ趣旨ニ反スヘクレレハナリ(謀殺傷ハ沈思熟考ノ上行ハルルモノナルカ故ニ毫モ意思ノ中正ヲ失フコトナシ)

第四ノ要素 本夫ニ於テ先ニ姦通ヲ縱容シタルノ事實ナキコトヲ要ス讀ミテ字ノ如ク別ニ説明ヲ要セス唯縱容ノ範圍ニ付テ一言ヲ要スルノミ即チ夫カ汎ク姦ノ淫行ヲ許諾シタル場合ニ於テハ別ニ問題ヲ生セザルモ若シ成一

人又ハ數人ヲ限リテ縱容シタルニ其以外ノ者ト不正ノ結合ヲ爲シタル場合ニ於テハ如何曰ク姦通罪ハ一種風俗ニ關スル罪ニシテ夫ノ許諾ハ其處罰權ノ拋棄ニシテ妻ノ一身ニ存スル姦通罪ト云フ不可分ノモノニ對スルモノナルカ故ニ縱令人ヲ限ルモ制限ノ效ナキモノタリ隨テ本問ノ場合ニ於テハ宥恕ノ恩典ニ浴スルコトヲ得タルモノト信ス

第四 査問ニ於ケル住居侵入ノ行爲ヲ原因トシタル場合

第三百十二條ニ曰ク「査問故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戶牆壁ヲ踰越損壞セントスル者ヲ防止スル爲メ之ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス」

即チ此場合ノ宥恕ヲ受クルカ爲メニハ下ノ各要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)査問ニ於テナスルコト(二)故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ其門戶牆壁ヲ踰越損壞セントスル者ヲ防止スルニ出テタルコト(三)之ヲ殺傷シタルコト是ナリ第一ノ要素 査問タルコトヲ要ス

査問トハ日出ヨリ日没マテノ間ヲ謂フ説明ヲ要セス

第二ノ要素 故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ其門戶牆壁ヲ踰越損壞

セントスル者ヲ防止スルニ出テタルコトヲ要ス(一)人ノ住居シタル邸宅若クハ門戶牆壁トアルカ故ニ必スシモ家屋タルコトヲ要セス單ニ家屋ヲ構成スル所ノ邸宅ノ一部ニ侵入シ又ハ之ヲ踰越損壞セントスルモノタルヲ以テ十分トス(二)人ノ住居シタル邸宅トハ現在人ノ住居スル所ノ邸宅ヲ意味スルモノトス蓋シ單ニ人ノ住居ニ供シタルニ過キサルモノナルトキハ人身ハ勿論財產ニ對シテモ亦必スシモ損害ヲ生スルノ恐ナキカ故ニ宥恕ノ規定ヲ以テ之ヲ保護スルノ必要ナキカ故ナラン(三)之ヲ防止スル爲メタルコトヲ要スルカ故ニ其未タ邸宅ニ入り若クハ門戶牆壁ヲ踰越損壞セザル以前ナラサルヘカラス既ニ之ヲ遂ケタル後ナルニ於テハ或ハ第三百十四條ノ正當防衛トシテ無罪ト爲ルコトアルヘキモ決シテ本條ノ範圍ニ屬セス

第三ノ要素 之ヲ殺傷シタルコトヲ要ス

邸宅ニ侵入スル者ヲ殺傷シタルコトヲ要スルカ故ニ門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ人ノ邸宅ニ入ラントスル者ヲ殺傷スルニ非テハ本條ノ特典ニ浴スルコトヲ得ズ殺傷シタルコトヲ要スト云フカ故ニ其他ノ行爲ニ出ツルトキハ亦本

條ノ特典ニ與ルコトヲ得サルナリ要之殺傷ニ關スル宥恕減輕ハ普通ノ原則ヲ破リタル特別ノ規定ナルカ故ニ其解釋ハ極ノテ嚴格ナラサルヘカラス以上殺傷ニ關スル宥恕ノ場合ヲ説明セリ其處分法ハ第三百十三條ニ規定スル所ニシテ各本刑ニ照シ二等又ハ三等ヲ減ス別ニ説明スルノ要ヲ見ス

第二項 殺傷ニ關スル不論罪

殺傷ニ關スル不論罪ハ第三百十四條乃至第三百十六條ニ規定セラル即チ第三百十四條及ヒ第三百十五條ハ正當防衛ノ場合ヲ規定シ第三百十六條ハ正當防衛ニ似テ非ナル行爲ニ關スル特別宥恕ノ場合ヲ規定ス

第一段 正當防衛

凡ソ近世開明ノ社會ニ於テハ各個人ノ權利ハ常ニ必ス公ノ權力ヲ藉リテ實行セラルルモノナルカ故ニ縱令純理ニ於テハ毫モ正義公道ニ反セサル行爲ト雖モ公ノ權力ヲ藉リテ實行セラレサルモノハ皆不法ノ行爲トシテ處罰ノ目的ヲ

ラサルヲ得サルヲ以テ原則トス然レトモ公ノ權力ハ何レノ時何レノ所ニ於テモ常ニ吾人ノ身邊ヲ圍繞シテ人ノ權利ヲ擁護スルコトヲ得ルモノニ非ス隨テ事態重大且ツ切迫シテ公力ノ保護ヲ待ツノ逸ナキ場合ニ於テモ尙キ且ツ必ス之ヲ藉ラスンハ甘シク損害ヲ受ケタルヘカラストセンカ吾人ハ己ヲ保護セラシムルヘキ公ノ權力アルカ爲メニ却テ權利ヲ傷害セラシムルノ結果ヲ生スヘシ是ニ於テカ法律ハ事態重大ニシテ且ツ切迫シ公ノ保護ヲ待ツノ暇ナキ場合ニ限リ特ニ一箇人ヲシテ自ラ腕力ニ訴ヘテ其權利ヲ全クスルコトヲ得セシメタルヘカラス是レ正當防衛ニ關スル規定ノ存スル所以ナリ

第一 生命、身體ニ關スル正當防衛
第三百十四條ニ曰ク身體生命ヲ正當ニ防衛シ已ムコトヲ得タルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラズト
即チ本場合ノ正當防衛タルカ爲メニハ下ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス(一)自己若クハ他人ノ生命、身體ヲ正當ニ防衛スル爲メ自己若クハ他人ノ生命、身體ニ對

スル、暴行者ヲ殺傷シタルコト(一)已ムコトヲ得タルニ出テタルコト(三)不正ノ所
 爲ニ因リ自ら(暴行ヲ受クル者自ら)暴行ヲ招キタルニ非ナルコト是ナリ(一)自
 第一ノ要素、自己若クハ他人ノ生命、身體ヲ正當ニ防衛スル爲メ自己若クハ他
 人ノ生命、身體ニ對スル暴行者ヲ殺傷シタルコトヲ要ス(二)其罪ノ輕重ハ其
 更ニ之ヲ分析セハ(一)防衛ノ目的ハ自己若クハ他人ノ身體生命ニ在ルコト(二)防
 衛ノ行爲ハ自己若クハ他人ノ生命、身體ニ暴行ヲ加フル者ニ對シテ行ハレタル
 コトノ二要件ト爲スコトヲ得

一 防衛ノ目的ハ自己若クハ他人ノ生命、身體ニ在ルコトヲ要ス

(二)生命ニ付テハ別ニ説明スヘキモノナシ(一)自體ニ付テハ我刑法第三編第一章
 ノ標題ニ「身體ニ對スル罪」トアリテ生命又ハ人身ヲ組成スル體驅ニ對スル有形
 ノ傷害行爲ハ勿論其自由、清淨、通常貞操ト謂フ及ヒ榮譽ニ對スル不法行爲ヲモ
 之ヲ包含スルカ故ニ文理當然ノ解釋ヨリスルトキハ榮譽モ亦茲ニ所謂身體ナ
 ル語中ニ包含スルモノト解スヘキカ如キモ一方ニ於テ身體生命トアリテ身體
 ノ中ニ生命ヲ包含セシメサルト他ノ一方ニ於テ暴行人トアリテ暴行トハ我刑

法ノ用例上常ニ有形ノ體驅ニ對シテ行ハルル不正ノ腕力ヲ意味スルモノニシ
 テ不正ノ腕力ハ我刑法所謂名譽ヲミ害スル行爲即チ誣告、誹毀ヲ手段ト爲ル
 ヘキモノニ非ナルト同時ニ凡ソ正當防衛ナルモノハ正當ニ又「已ムコトヲ得
 タル」等ノ文字ニ依リテ推知スルコトヲ得ルカ如ク物其實當ヲ得タル場合換言ス
 レハ事正義若クハ衛平ノ觀念我立法者ハ吾人ハ先天的ニ一ノ良心鏡ヲ有シ正
 義又ハ衛平ヲ觀念ヲ會得スルモノナリトノ獨斷ヲ基礎トセルハ何人モ爭ハ
 サル所ナリニ合シ且ツ已ムコトヲ得タル場合ニ於テ始メテ之ヲ認ムルモノ換
 言スレハ正義又ハ衛平ノ觀念ヲ基礎トスルモノニシテ凡ソ防衛行爲トシテ行
 ハルル殺傷ト之ヲ惹起シタル暴行トハ略々相對比シテ過不及ナキヲ期スルモ
 ノナルカ故ニ縱令不法ノ行爲者ニモセヨ夫ノ生命又ハ體驅ニ對スル損害ト異
 ナリ後日挽回スルニ困難ナラサル榮譽ヲノミ防衛スル爲メ之ヲ殺傷スルコト
 ヲ許スヘキモノニ非ナルトニ依リテ之ヲ觀レハ茲ニ所謂身體トハ暴行ニ依リ
 テ害ヲ生スヘキモノ即チ人身ヲ組成スル物質其自由、清淨等ヲノミ包含スルモ
 ノニシテ榮譽ヲ包含スルモノニ非スト確信ス(因ニ云フ成學者カ名譽ハ財產ヨ

リモ重wert云フノ理由ヲ以テ身體ナル語ノ中ニハ榮譽ヲモ亦包含スルモノナ
 リト云フカ如キハ説明漠然探ルニ足ラスト雖モ其之ニ對シテ或他ノ學者カ榮
 譽ニ對スル危害ハ腕力ニ依リテ之ヲ防衛スルコトヲ必要トセス正當ノ手續ヲ
 踏ミ法衛ニ訴フルノ餘地アルノミナラス名譽ニ對スル行為ハ之ヲ爲スノ以前
 ニ在リテハ果シテ名譽ヲ毀損セントスルヤ否ヤヲ知リ難シト論スルモ亦議論
 適切ナラス蓋シ單ニ防衛ノ一邊ニノミ著目セハ榮譽ニ對スル危害ト雖モ必ス
 法衛ニ訴フルノ餘地アリト謂フヘカラサルト同時ニ之ヲ爲スノ以前ニ在リテ
 ハ必スシモ常ニ豫知一例ヘハ演壇ニ於テ公衆ニ對シテ某ハ言フニ忍ヒサル惡事
 醜行アリ今左ニ之ヲ詳述セント曰ヒタルカ如キハ依リテ以テ明カニ是ヨリ名
 譽ニ對シテ危害ヲ加フルノ行為ヲ豫知セシムルニ足ルヘキ行為タリ一スルコト
 ヲ得サルモノニ非サレハナリ(二)自己ノ爲メニスルト他人ノ爲メニスルトヲ分
 タサルハ是レ先ニ本段ノ序說ニ於テ説明シタルカ如ク正當防衛ノ行為ハ公力
 ノ闕缺ヲ補フノ行為ニシテ公力ノ闕缺ヲ補フノ行為ハ自己ニ係ルト他人ニ係
 ルトヲ區別スヘキモノニ非サレハナリ

二 防衛ノ行為ハ自己若クハ他人ノ生命身體ニ暴行ヲ加フル者即チ暴行人ニ
 對シテ行ハレタルコトヲ要ス

是レ第七十五條第二項所謂緊急危難ト異ナル所ニシテ亦正當ノ文字アル所以
 ナリ暴行人即チ正當ノ權利ナクシテ他人ノ身體ニ損害ヲ與フヘキ不法ノ行為
 ヲ爲シタル者幼者瘋癲、白痴、及ヒ緊急危難ニ遇ヒタル者ノ無責任行為ハ權利行
 爲ニ非サルカ故ニ暴行トスニ對シテ行ハレタルコトヲ要スルカ故ニ正當防衛
 又ハ法令執行ノ爲メ或行為ヲ行フ者ニ對シテハ正當防衛タルコトヲ得ス
 尙ホ本要素ノ説明ヲ終ルニ臨ミテ一言ス後ニモ説明スルカ如ク茲ニ所謂正當
 防衛タルカ爲メニハ加害者ノ行為ハ常ニ自己又ハ他人ノ生命身體ニ對スル暴
 行タラサルヘカラスト雖モ其之ヲ防衛スル行為ハ常ニ必スシモ暴行者ニ對ス
 ル重キ殺傷タルコトヲ要セス蓋シ殺傷以外ノ輕キ行為例ヘハ逮捕スルカ如キ
 ハ刑事訴訟法其他ノ法令ニ於テ特ニ適法トセラルルノミナラス殺傷タモ尙ホ
 之ヲ許スニ於テハ之ヨリ輕キ手段ヲ許スハ當然ノ結果ナレハナリ(宥恕ノ場合
 ト異ナルハ彼我規定ノ性質ヲ異ニスルニ由ル)

第二ノ要素 已ムコトヲ得サルニ出テタルコトヲ要ス

法文ノ所謂已ムコトヲ得サルニ出テタルコトトハ必要ニ出テタルコトト云フノ義ニシテ(一)防衛其モノト(二)防衛ノ手段トノニ緊ル語トス即チ

一 防衛其モノカ已ムコトヲ得サルニ出テタルコトヲ要スルカ故ニ(一)攻撃カ急迫ナリシコトヲ要ス行爲者ニ於テ故ラニ他人ヲシテ自己ノ生命身體ニ危害ヲ加ヘタルヘカラサルニ至ラシメタルカ若クハ豫メ此事アルヲ知得シタル場合ニ於テハ其攻撃ハ急迫ニ非サルカ故ニ本條所謂正當防衛者トシテ無罪タルコトヲ得ス蓋シ此場合ニ於テハ正當ノ手續ニ依リ公權ノ保護ヲ受クル餘裕アルカ故ニ行爲者ノ行爲ハ公ノ權力ヲ代表スルモノニ非スシテ尊ロ公ノ權力ヲ蹂躪シタルモノナレハナリ(二)他日回復スルコトヲ得サル重大ナル危害ヲ受クルノ恐アルコトヲ要ス蓋シ正當防衛ハ加害者ヲ殺傷シテマテモ之ヲ行ヒ得ヘキ行爲ニシテ法律カ特ニ一私人ニ付與シタル重大ナル權力ナルカ故ニ殺傷行爲ヲ爲スモ尚ホ防衛セサルヘカラサル程ニ危険ナル加害行爲ニ非スハハ防衛其モノニ於テ已ムヲ得サルモノト認ムルヲ得ザレハナリ例ヘハ殺害スルニ非

ズンハ他ニ之ヲ防止スルノ途ナキ加害行爲ト雖モ若シ其加害行爲ニシテ僅ニ手腕ヲ以テ輕微ナル打撃ヲ加フルモノタルニ過キサルトキハ法律ハ其人ヲ殺害シテマテモ之ヲ防止スルノ權アルヲ認メス)

二 防衛ノ手段其モノカ已ムヲ得サルコトヲ要ス故ニ(一)縱令防衛ノ爲メニスルモノナリト雖モ其手段ニ於テ必要ノ限度ヲ踰エタルトキ例ヘハ之ヲ防止スルニハ必スレモ殺傷ノ行爲ヲ要セサルニ拘ラス故チニ暴行人ヲ殺傷シタルカ如キ場合(二)一旦正當ニ防衛シ危害已ニ去リタルニモ拘ラス勢ニ乘シ害ヲ暴行人ニ加ヘタルカ如キ場合ニ於テハ常ニ正當防衛タルヲ得サルモノトス

尚ホ本條件ニ關シ一言ス本條件所謂已ムヲ得ス云云ハ所爲者ト暴行者ノ年齡男女強弱及ヒ行爲ノ行ハレタル時又ハ場所其他種種ノ狀況ニ依リテ變スヘキ事實ノ問題ニ屬スルモノナルカ故ニ裁判官ハ此等諸般ノ狀況ヲ考察シ其果シテ已ムヲ得サルニ出テタルモノナルヤ否ヤヲ定ムヘキモノタリ

第三ノ要素 不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招カサルコトヲ要ス
第三百十四條末段但書ニ曰ク但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此

限ニ在ラス」ト此但書ノ解釋ニ付テハ從來學說紛未タ歸著スル所アルヲ聞カス請フ先ツ從來之ニ關シテ行ハレタル學說ノ重ナルモノヲ掲ケ其當否ヲ論評シテ終ニ予カ所見ヲ述ヘン

第一說「不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者云云」トハ他人ヲシテ正當防衛權ニ依リテ自己ヲ殺傷セタルヘカラサルニ至ラシメタル場合ニ於テハ之ニ對スル殺傷行爲ハ正當防衛ニ非ス約言セハ正當防衛ニ對シテハ正當防衛權ナシト云フコトヲ規定シタルモノナリ故ニ縱令自己ノ不正行爲ヲ原因トスル殺傷行爲ト雖モ其行爲カ正當防衛權ノ實行ニ非サル限リハ之ニ對シテ正當防衛權ヲ失フコトナシト正當防衛ニ對スル正當防衛權ナシトハ正當防衛其モノノ性質上自明ノ原則ナリ否現ニ本文中ニモ「暴行人即チ正當防衛其他適法ノ行爲ヲ爲ス者ニ非スシテ不正ノ行爲ヲ爲ス者」ヲ殺傷シタル者云云トアリテ正當防衛ハ不正ノ行爲ヲ爲ス者ニ對シテノミ行ハルルモノタルヲ明言スルノ結果本說ノ如ク解スルトキハ此不正ノ所爲ニ因リ云云ノ文字ハ全ク無用ノモノト爲リ了ルヘシ是レ豈ニ正當ノ解釋トスヘケンヤ

第二說 本條但書ニ相當スル草案第三百五十條第二項ニ但シ過チテ自ラ招キタル暴行ヲ招キタル者ハ其罪ヲ宥恕ストアリタリ而シテ起草者カ此但書ヲ必要トシタル所以ハ是レ彼ノ他人ヲ殺傷センカ爲メ故ラニ之ヲ侮辱シ以テ其暴行ヲ讞發シ正當防衛ヲ口實トシテ其目的ヲ達シタル者換言セハ正當防衛ヲ口實トシテ謀殺傷ヲ行ヒタル者ヲシテ其刑ヲ免レシムルノ危險ヲ防止センカ爲メニシテ法文ノ意ハ故意ヲ以テ暴行ヲ招キ因リテ他人ヲ殺傷シタル者ハ勿論輕令過失ニ因リテ暴行ヲ招キ因リテ他人ヲ殺傷シタル者ト雖モ尙ホ防衛權ヲ失ヒ單ニ刑ヲ宥恕セラルルニ過キストスルニ在リキ然ルニ修正ノ際草案ノ「過チテ」ト云フ無意ノ場合ニ適合スル文字ハ删除セラレテ「不正」ト爲リ其罪ヲ宥恕スト云フ規定ハ此限ニ在ラス即チ「防衛ニ非ス」ト改メラレ以テ本條但書ヲ成シタルカ故ニ彼此ノ對照上草案ニ於テハ過失隨テ宥恕ノ場合ヲ規定セシカ本條但書ニ於テ之ヲ斥ケテ故意ノ場合ヲ規定シタルモノトセサルヘカラサルノ結果本條但書ハ防衛ヲ名トシテ刑ヲ免レンカ爲メ故意ニ暴行ヲ招キタル者ハ縱令身體生命ニ危險アリト雖モ正當防衛ト爲ラス約言セハ正當防衛ヲ口實トシ

タル謀殺傷ハ正當防衛ニ非スト云フコトヲ示シタルモノト解セサルヘカラス
 隨テ縱令姦所ニ於テ本夫ニ襲撃セラレタル姦夫姦婦ト雖モ其之ニ因リテ本夫
 ノ暴行ヲ挑發シ之ニ乘シテ殺傷セントノ意ナキ場合ニ於テハ決シテ正當防衛
 權ヲ失フコトナシト此說ハ管ニ前者ト價值ヲ同シウスルノミナラス立論ノ根
 據ヲ佛文ノ誤讀ニ酌ミ且ツ論理紛亂セルノ點ニ於テハ寧ロ前說ヨリモ劣レル
 モノタリ(二先ツ論者ハ其論據ヲ佛文ノ草案ト確定法文ノ對照ニ酌ミ佛文草案
 第三百五十條第二項ニハ但シ過テテ自ラ(Par. 50)暴行ヲ招キタル者ハ其罪
 ヲ宥恕ス下アリシヲ確定法文ニ於テハ但シ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キ
 タル者ハ此限ニ在ラス下シ草案所謂過テテ云フ無意ノ所爲隨テ有恕スルノ
 規定ヲ斥ケ之ニ代フルニ不正云云此限ニ在ラス即テ正當防衛權ヲ與ヘストノ
 規定ヲ以テシタルカ故ニ彼ハ無意ノ場合ナレトモ此ハ故意ニ出テタル場合ト
 解セサルヘカラスト草案所謂(Par. 50)佛語ヲ過失ニ因リテノ義ナリト
 解セリ是レ大ナル誤ニシテ此誤ハ實ニ論者ヲシテ邪徑ニ入ラシメタルノ原因
 タリ佛文草案所謂(Par. 50)ナル語ハ猶ホ我國ニ於テ過テテ爾語ト同一ニシテ或

場合抽象的ニ所爲自體ノ性質ヲ形容スル場合ニ於テハ過失ト云フコトヲ意味
 スルモ或他ノ場合責任ノ負擔ノ點ヨリ人ノ行爲ヲ品評スル場合ニ於テハ落度
 ト云フコトヲ意味ス(過ヲ改ムルニ吝ナル勿レノ如シ過失ニ非シテ不法行爲
 若クハ自己ニ責任ヲ引クヘキ失行ナリ草案茲ニ所謂 Par. 50 Faute ハ第二ノ意義
 即チ失行ニシテ第一ノ意義即チ過失ニ非ス是レ佛文ヲ讀ム者ノ普ク了解シ得
 ル所ニシテ確定法文不正ノ所爲ニ因リ云云佛文草案所謂 Par. 50 Faute ヲ意譯
 シタルニ過キス(此點ニ付テ論者ノ認レルコトハ彼ノ第三百九條但書但不正ノ
 所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラスニ相當スル佛文草案第三
 四十二條ノ但書 *si octo excuse sans refusé a celui qui Par sa Faute se sera exposé a la
 provocation* (此宥恕ハ其失行ニ因リテ Par sa Faute) 挑發セラレタル者ニ拒絶セ
 ラルヘシトアリテ論者ノ譯法ニ依レハ彼ハ過失トアリテ無意ノ場合ノミニ限
 レトモ此ハ之ヲ斥ケタルカ故ニ故意ヲ以テ暴行ヲ逸ヘタル場合ニノミ限リ有
 恕ノ特典ヲ與ヘスト謂ハサルヘカラサルニモ拘ラス之ヲ過失ト不正ノ所爲ニ
 因リテ Par sa Faute ト同一義ノ語ナリト思惟セルヲ見ルモ思ヒ平ハニ過キ

〔岡田氏刑法論總論ノ部第二五六號乃至第二五九號及ヒ同書各論ノ部第五二四號末段〕以上説明シタル所ニ依リテ之ヲ觀レハ草案ト確定法文トハ其間彼ハ正當防衛ニ非スト雖モ有恕ヲ與フヘット明言シ此ハ單ニ正當防衛ニ非ストノミ云ヒタルノ差アルノミ若シ僅ニ此差異アルニ過キサルヲ知リタランニハ蓋シ論者ト雖モ彼ハ過失ノ場合ヲ此ハ故意ニ出テタル場合ヲ規定シタルモノナリト云フ如キ論決ヲ爲スノ勇ナカリシナラン(一)假ニ數百歩ヲ讓リ論者カ草案ヲ誤讀セストスルモ論者ノ議論ハ論理紛錯見ルヘカラサルモノアリ何ヲ以テ之ヲ言フ曰ク縱令草案ニハ過失トアリタルニモセヨ之ニ代リタル確定法文ニハ「不正ノ所爲」トアリ不正ノ所爲トハ普通ノ意味ニ於テ不法ノ行爲ノ義ニシテ過失ヲ包含スルヤ論ヲ揆タス隨テ論者ニ於テ論理ヲ正シウセント欲セハ草案ニ於テハ過失ノ場合ノミヲ豫見シタルカ故ニ常ニ有恕ストシタルモ確定法文ニ於テハ過失ト故意トヲ合セテ規定シタルカ故ニ單ニ正當防衛ニ非ストノミ明言シテ言有恕ニ及ハスト謂ハサルヘカラス然ルニ議論茲ニ出テスシテ不正ノ行爲ノ中ニハ過失ヲ包含スルコトヲ知リナカラ一層遽ニ採テ以テ故意

ニ出テタル場合ヲノミ規定シタルモノナリト論斷セリ是レ論理ニ適シタルモノト信スルヲ得サレハナリ(三)論定ノ由ル所即チ理由ノ可否ハ姑ク措キ單ニ論決ノミニ付テ之ヲ觀ルモ論者ノ説ニ依ルトキハ究竟本條但書ハ正當防衛ヲ口實トシテ謀殺傷ヲ爲ス者換言スレハ謀殺傷ハ謀殺傷ナリト云フ事ヲ明言シタルニ外ナラサルコトト爲リテ亦第一説ト共ニ無用ノ文字タラン

以上我輩ハ本條但書ニ關スル重ナル學說ヲ擧ケ之ヲ論評セリ仍テ是ヨリ我輩ノ卑見ヲ述ヘンニ我輩ノ見ル所ニ依レハ本條但書ノ意義ハ曩ニ第三百九條但書ニ於テ説明シタル如ク自己ノ失墜落度若クハ失行即チ自己ニ責任ヲ引クヘキ不法ノ行爲ニ因リ他人ヲシテ自己ニ暴行ヲ加ヘサルヘカラサルニ至ラシメタル者ハ之ニ對シテ正當防衛ヲ爲スノ權ヲ失フヘシト云フニ在リテ其理由モ亦立法者ニ於テ第三百九條ノ但書ヲ設ケタルト同シク若シ此但書ナクンハ證據ノ上ニ於テハ之ヲ知ルコトヲ得サルモ事實ノ上ニ於テハ所爲者ニ於テ豫メ他人ヲ殺傷セシコトヲ決意シ故ラニ之ヲシテ自己ニ暴行ヲ加ヘシムルニ至ルヘキ原因ヲ與ヘ其計圖ニ陥リ暴行ヲ爲スニ乘シ名ヲ正當防衛ニ藉リテ之ヲ殺

傷シタル者ノ刑律ヲ免ルルコトアルヘキカ故ニ廣ク自己ニ責任ヲ引クヘキ行爲ニ因リテ暴行ヲ招キタル者ハ縱令事實上其人カ豫メ謀リテ人ヲ殺傷シタルモノニ非サルヘシト雖モ之ヲ甄別スルコト甚タ困難ナルカ故ニ正當防衛ノ權ヲ喪失スルコトトスヘシト規定シ以テ一般人民ニ對シ汝等ハ本來正當防衛ノ權ヲ有スト雖モ之ヲ行フニ至リタル原因ニ於テ不正ノ所爲アリタルトキハ法律ハ之ヲ剝奪スヘキカ故ニ固有ノ正當防衛權ヲ失ハサラント欲セハ常ニ潛心注意シテ不正ノ行爲ナキコトヲ期スヘシト警戒スルニ在リ隨テ獲ニ示シタル設例ノ如キ場合即チ姦所ニ於テ本夫ノ襲撃ヲ受ケタル姦夫姦婦ハ本夫ニ對シテ正當防衛ノ權ヲ喪失スルモノトス蓋シ本夫ノ襲撃ハ姦夫姦婦ノ不正行爲之ヲ招キタルモノナレハナリ然レトモ終ニ臨ミ一言注意スヘキハ不正ノ所爲トハ有意ノ所爲ハ勿論過失ノ如キ無意ノ所爲ヲモ亦之ヲ包含スヘキ廣キ文字ナリト雖モ法文ニハ「因リテ、自ラ、暴行ヲ、招キ」トアリ亦第三百九條ニ於ケルカ如ク暴行ヲ招クヘキコトヲ豫知スルニ足ルヘキ有意ノ行爲ヲノミ指スモノトス

第二 生命身體以外ノモノニ關スル正當防衛

第三百十五條ニ曰ク左ノ諸件ニ於テ已ムコトヲ得サルニ出テ人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ論セス(一)財産ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出タル時(二)盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出タル時(三)夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戶牆壁ヲ踰越損壞スル者ヲ防止スルニ出タル時(一)本條ノ規定ニ對シ學者或ハ前條ニハ正當ナル文字アルモ本條ニハ之ヲ狭如スルヲ理由トシ是レ彼ノ幼者又ハ瘋癲、白痴者等カ罪ヲ犯シタル場合若クハ緊急危難等ニ因リテ罪ヲ犯シタル場合ト同シク一種ノ無責任行爲ヲ規定シタルモノニシテ正當防衛ニ非スト主張スル者アリト雖モ(二)法律ハ前條ト同シク「已ム、コトヲ得サル」ノ語ヲ用ヒ第七十五條ニ規定スル場合ノ如キ若シ他人君子ナラセハ已ムコトヲ得ヘキ場合ト區別シ以テ其事ノ不正ニ非サルコト即チ正當ナルコトヲ表白セルト(二)若シ夫レ前條ト性質ヲ異ニスルモノタリトモハ(三)第三百十六條ニ於テ二條ヲ併括シテ同一ノ但書ヲ置クヘキ理由ナキト(三)本條ニ相當スル佛文草案第三百五十一條ニ *Je m'entre ainsi que les violences volontaires sont encore justifiées et exemptés de peine, comme moyens de défense légitime et nécessaire lorsqu'ils*

ont en lieu dans les suivantes:.....(次ニ列擧スル場合ニ於テモ亦殺傷行為ハ正當且ツ必要ナル手段トシテ正當トシ且ツ免刑セラルヘシ)トアリテ明カニ正當行為タルヲ明言セルトニ依リテ之ヲ觀レハ論者ノ說ハ畢竟立法者ニ於テ已ニ前條ニ「正當ニ.....」ノ文字ヲ用ヒタルヲ以テ本條ニ於テ再ヒ之ヲ反覆スルノ要ナキヲ信シ故ラニ之ヲ省略シタルヲ知ラサルニ基因スルモノニシテ探ルニ足ラサル認見タリ蓋シ若シ夫レ然ラストセハ本條ノ場合ニ相當スヘキ行為ヲ爲ス者ニ加功シタル者ハ有罪タラサルヲ得サルノ結果例ヘハ自己ノ家屋ヲ燒燬セラレントスル者ニ於テ力能ク其兇行ヲ防止スルコト能ハサルヨリ應助ヲ第三者ニ求メタル場合ニ於テモ第三者ハ手ヲ束キテ之ヲ傍觀セサルヘカラサルノ結果ヲ生スヘシ是レ豈立法ノ趣旨ナランヤ

本條規定スル所ハ三箇ノ事項ニ係ル

- 一 財産ニ對シテ放火其他ノ暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出テタルトキ
- (二)放火其他暴行「トアリテ放火ハ單ニ暴行ノ一例タルニ過キサルカ故ニ荷モ不正ニ腕力ヲ弄スル行為ハ皆此中ニ包含セラル(三)財産ニ對スル暴行タルヲ要ス

ルカ故ニ生命身體ニ對スルモノハ本條ノ管スル所ニ非ス然レトモ財産トアリテ其規定極メテ廣濶ナルカ故ニ證書類モ亦此中ニ包含セラル(三)防止スルニ出タル時「下アルカ故ニ暴行ヲ終リタル後ニ於ケル行為ハ本條ノ特典ヲ受クルノ限ニ在ラス

- 二 盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出テタルトキ
- 盜犯又ハ盜賊トアルカ故ニ強竊盜ヲ區別セスト雖モ(一)第一ノ場合ニ於テハ防止タルヲ要スルカ故ニ已ニ盜ミ終リタル者ニ對スル行為ハ無罪タルヲ得ス(二)第二ノ場合ニ於テ盜賊ヲ取還云云トアリテ時ヲ擇ハサルカ如キモ已ムコトヲ得ス云云ノ文字アルカ故ニ直チニ取還セスハ遂ニ之ヲ奪取セラルルノ恐アル場合即チ現行犯ノ場合タルコトヲ要スルモノトス
- 三 夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戸牆壁ヲ踰越損壞スル者ヲ防止スルニ出テタルトキ

是レ第三百十二條ノ規定ト疊ク同一ニシテ其間唯晝間ト夜間ノ差アルノミ隨テ更ニ説明ヲ要セス

傍ニ臨ミ第三百十四條ニ於テハ其行爲ノ自己ノ爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ分タスト雖モ本條ニ於テハ之ヲ缺如スルカ故ニ他人ノ行爲ヲ補助シタル者ハ格別主トシテ他人ノ爲メニシタル者ハ本條所定ノ特典ニ浴スルコトヲ得ザラン

第二段 正當防衛ニ似テ非ナル行爲ニ關スル規定

第三百十六條ニ曰ク身體財產ヲ防衛スルニ出ルト雖モ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害已ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乘シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者ハ不論罪ノ限ニ在ラス但情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ト
但書ナクシテハ本條ハ全ク無用ノ法文タリ隨テ但書以前ノ法文ハ但書ヲ喚起スル爲メニ置キタル枕詞ニ過キスト謂フヘキノミ情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ依ラシメタルハ我輩ノ贊スル所ナリ

第二款 過失殺傷罪

過失殺傷トハ過失ニ因リテ他人ノ身體ヲ損傷スル罪ヲ謂フ第三百十七條乃至第三百十九條ニ規定セラル即チ第三百十七條ニ於テハ死ニ致シタル場合ヲ次ノ二條ニ於テハ創傷殊ニ疾病休業以上、廢篤疾ニ致シタルマテノ場合ヲ規定ス條項三箇アリト雖モ畢竟過失ニ因リテ生シタル結果ノ大小ニ依リテ刑罰ヲ異ニセンカ爲メノミ約シテ之ヲ規定セハ第一項ニ於テ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セズ過失ニ因リテ(若クハ不注意又ハ規則慣習ノ不遵守ニ因リテ)人ノ身體ヲ損傷シタル者ハ左ノ例ニ照シテ處斷ストシ第二項ニ於テ其之ニ因リテ生シタル損傷ノ種類ト之ニ對應スル刑罰トヲ掲ケタル一條ヲ置クヲ以テ足レリトス故ニ本節ノ説明ハ主トシテ過失ノ何物タルヤヲ明カニスルヲ以テ十分ナリト信ス

過失トハ何ソヤ

第一 凡ソ一ノ事實カ或人ニ對シテ責任ヲ生スヘキモノナルヤ否ヤノ問題ヲ

生スルハ常ニ其實カ其人ノ身體ト多少ノ關係ヲ有スル場合タルコトヲ要ス即チ之ヲ種別スレハ凡ソ三アリ曰ク(一)其人ノ身體ノ一部又ハ全部カ其實ヲ惹起シタル原因若クハ媒介タリシモ心意上其人ノ與リ知ラサル場合即チ結果ト其之ヲ生セシメタル原因ノ一タリシ人ノ身體トノ間ニ於テ實體的關係アルモ無體の若クハ精神的關係ナキ場合例ヘハ意識ノ欠缺シタル者錯亂シタル者不十分ナル者等ノ行爲ヨリ生シタル事實ノ如シ(二)ノ事實カ或人ノ有意行爲ヨリ生シタル不期ノ結果ナル場合即チ其實ニ關與シタル人ハ有意ニテ或行爲ヲ爲シタルモ之ヨリ生シタル結果ハ其人ノ曾テ豫期セサリシモノタル場合(三)ノ事實カ或人ノ有意ノ行爲ヨリ生シタル豫期ノ結果ナル場合即チ或一定ノ結果ノ生スヘキコトヲ希望又ハ豫知シテ爲シタル或人ノ行爲ヨリ生シタル豫期ノ結果ナル場合通俗ニ所謂有意犯ト稱スル場合はナリ本問所謂過失ハ右三箇ノ場合中第二ニ屬スルモノニシテ尙ホ圖ヲ以テ之ヲ明カニセハ左ノ如シ

舉動 有意 (豫期ノ結果ヲ生シタルモノ) (通俗ニ所謂有意犯即チニ屬ス)
無意 (不期ノ結果ヲ生シタルモノ) (過失ニ屬ス)

故ニ過失トハ先ツ或人カ有意ノ行爲ヨリ不期ノ結果ヲ生セシメタル狀態ナリト謂フコトヲ得是ヨリシテ直チニ下ノ結果ヲ生スルコトヲ注意スヘシ曰ク(一)過失ハ常ニ有意行爲ハ(一)ニ屬スルモノナルカ故ニ癡癩白痴幼者等ノ爲シタル行爲即チ無意ノ行爲ヨリハ決シテ之ヲ生セサルコト(二)過失ハ所爲者ノ舉動ト生シタル出來事トノ間ニ物理的原因結果ノ關係ノミアリテ精神的(原因)結果ノ關係ヲ缺クモノ(若クハ行爲又ハ舉動其モノニ結合セル意思ト生シタル結果トノ間ニ連絡ナキモノ)ナルカ故ニ有意ノ行爲ヨリ生シタル豫期(一)般又ハ限定のナルノ結果ハ過失タルコトヲ得サルコト是ナリ

第二 然レトモ有意ノ舉動ヨリ不期ノ結果ヲ生セシメタル狀態常ニ必スシモ過失ニ非ス有意ノ行爲ヨリ豫期ノ結果ヲ生セシメタルモノニ種種ノ區別アルカ如ク不期ノ結果ヲ生セシメタルモノニモ(一)不注意ヲ原因トシタルモノト(二)然ラサルモノトアリ本問所謂過失ハ第一ニ屬ス尙ホ圖ヲ以テ之ヲ明カニセハ左ノ如シ

有意ノ暴動

【不期ノ結果ヲ生ゼシメタルモ】
【不注意ノ原因トスルモ】

【不注意ノ原因トセシメタルモ】
【自由ノ欠缺ニ基テ行爲之ニ屬ス】

故ニ結局過失トシテ不注意ナル有^レ意ノ行爲ヨリ不期ノ結果若クハ不注意當然ノ結果ヲ生ゼシメタル状態ニシテ一種ノ有^レ意犯罪ト謂フヲ得ヘシ本論以外ニ於テハ予ハ過失ヲ無意ノ行爲ト言フ是レ了解ニ容易ナラシメンカ爲メノミ請フ諛セヨ敢テ矛盾スルニ非ス蓋シ過失ニ因リテ責任ヲ負フ所以一ハ注意ヲ怠ラナリセハ其結果ヲ生ゼツルヘシトノ推測アルト同時ニ他ハ注意不注意ハ所爲者ノ自由ナルニモ拘ラス注意セスト決心消極的ニシタル有^レ意行爲當然ノ結果タルニ因ルモノナレハナリ犯人不明ノ結果ニ行爲當然ノモノト不當然ノモノトアリ過失ハ不注意ナル有^レ意ノ行爲ヨリ當然ナル不期ノ結果ヲ惹キ起シタル有^レ様ナリ是ヨリシテ直チニ又下ノ結果ヲ生スルコトヲ注意スヘシ曰ク(一)所爲者カ其行爲自體ノ上ニ十分ナル注意ヲ取リタル場合ニ於テハ過失ノ問題ヲ生ゼサルコト例ヘハ鐵道線路内ニ入ルヘカラスト榜示シアルト同時ニ當時

機關手カ十分危險ヲ避ケ得ヘキ距離ニ於テ適當ノ笛聲ニ依リテ涼車ノ進行シ來リタルコトヲ報シタルニモ拘ラス不可見地ニ在リタル被害者不幸ニシテ襲者ナリシ爲メ之ヲ知ラザリシ場合ニ於ケル殺傷ノ如キ其一例トス(二)注意不注意ノ問題ハ一方ニ於テ法令又ハ慣習ニ照査シテ決定スヘキモノタルト同時ニ他ノ一方ニ於テ所爲者其人ノ能力如何ニ關スル簡人的問題ナルカ故ニ先ツ法令慣習ヲ按シ次ニ所爲者其人ノ能力智力體力男女老幼等ヲ按シテ常ニ關係のニ判定スヘキモノナルコト(三)過失ハ所爲者其人ニ存スル不注意ナルカ故ニ右説明シタル諸般ノ事情ニ依リテ已ニ所爲者ニ於テ不注意ノ行爲アリト認ムヘキ場合ニ於テ其レノミヲ以テ過失アリトスヘク被害者ハ不注意ハ所爲者ノ過失ヲ滅却スルノ原因ト爲ラサルコト(普通所謂犯行ニ相殺ナキカ如ク過失ニモ亦相殺ナシ是ナリ

(辨言) 上來説明シタル點ニ關シ學者或ハ過失ハ常ニ犯罪其他不正ノ行爲ヨリ生スルモノニシテ正當行爲ヨリ出ツルモノニ非ス故ニ適當ノ方法ヲ以テ彼ノ聲劔柔衝角力等凡ソ風俗慣習ノ一般ニ認ムル行爲ヲ爲セタル場合ニ於テ

人ヲ殺傷スルモ過失ニ非スト主張スル者アリ學者ノ所謂不正行爲ナル語モシテ不注意ヲ意味スルトセハ我輩ノ説ト其間言語ノ差ノモニシテ毫モ異同アルコトナシト雖モ其例示スルカ如ク風俗慣習ノ認ムル方法ヲ以テ風俗慣習ノ認ムルコトヲ爲シタル場合即チ適法ノ行爲ヨリハ過失ヲ生セスト斷言スルニ在ラハ是レ大ナル誤謬ナリ蓋シ縱令適法ノ行爲ヲ行フノ際ニ生シタルモノタリト雖モ其之ヲ生セシメタル原因カ所爲者ノ不注意ニ存スルコトノ明白ナル場合ニ於テハ茲ニ一ノ過失アリト云フヘキハ甚タ觀易キ所ナレハナリ

今通俗ノ觀察ニ基キ過失ト爲ルヘキ不期ノ結果ヲ惹起スル所ノ原因ヲ尋ヌルトキハ凡ソ二箇ト爲ヌヲ得ヘシ即チ一ハ所爲者ノ思慮毫モ其結果ニ及ハザリシ場合他ハ思慮必スシモ之ニ及ハザルニ非サルモ此事ナカルヘシト妄信シ萬一ノ危險ヲ避クルノ策ヲ怠リシ場合復言セハ前者ハ所爲者ニ於テ少シク思慮ヲ運ラザハ容易ニ危險ノ虞アルコトヲ發見スルヲ得ルノ結果過失ヲ成ササルコトヲ得ルニ拘ラス沈黙事ニ從ハザルヨリ之ヲ發見スルコト能ハスシテ遂ニ

不測ノ危險ヲ醸シタル場合(俗ニ所謂疎虞)ニ出ラタル場合(後者ハ所爲者ニ於テ已ニ危險ノ虞アルコトヲ發見セルカ故ニ其事ヲ廢スルニ非スンハ須ク危險ヲ防止スルノ方法ヲ講セサルヘカラサルニ其勢ヲ厭ヒ萬一ヲ僥倖センコトヲ企圖シ放膽事ニ從ヒシヨリ遂ニ其本意ナラサル豫見ノ危害ヲ生セシ場合俗ニ所謂横着ヲ稱ヘタル場合)ニシテ法律カ所謂疎虞トハ前者ヲ懈怠トハ後者ヲ指ス然レトモ是レ畢竟事情ニ因ル程度ノ區別ニ過キス學理上ニ於テハ二者孰レモ不注意者トハ不用心換言セハ豫見シ得ヘキニ豫見セザリシト云フニ歸着スルモノニシテ裡別ノ要ナキモノトス尙ホ此點ニ付テ一言以テ注意スヘキハ右ニ説明スルカ如ク不注意者トハ不用心中懈怠ニ屬スルモノハ所爲者ニ於テ或結果ノ生スヘキコトヲ豫見スルニモ拘ラス之ニ要スル所ノ必要ナル注意ヲ怠リタルモノナルカ故ニ其狀態恰モ普通所謂有意犯罪ノ行爲ト同一ナルカ如キ感アリト雖モ其間判然タル區別ノ存スルアリ即チ所爲者ノ豫見シタル結果カ必然ノモノタル場合ニ於テ之ヲ避クルノ策ヲ購セサル場合ニ於テハ普通所謂有意犯罪ノ行爲ニ屬シ毆打創傷罪ノ有意犯タル所以此ニ存ス所爲者ノ豫

見シタル結果カ必、然、ノ、モ、ノ、タ、ラ、ザ、ル、場、合、換、言、ス、レ、ハ、其、生、シ、得、ヘ、キ、コ、ト、ヲ、豫、見、シ、得、ル、ト、同、時、ニ、其、生、シ、得、ヘ、カ、ラ、ザ、ル、コ、ト、モ、亦、之、ヲ、豫、想、シ、得、ヘ、キ、場、合、ニ、於、テ、之、ヲ、避、ク、ル、ノ、途、ヲ、求、メ、ザ、ル、場、合、ニ、於、テ、ハ、懈、怠、ニ、屬、ス、ル、コ、ト、是、ナ、リ、以、上、説、明、ス、ル、カ、如、ク、過、失、ハ、常、ニ、不、注、意、ニ、原、因、ス、ル、モ、ノ、ナ、ル、カ、故、ニ、或、一、ノ、行、爲、カ、過、失、ナ、ル、ヤ、否、ヤ、ノ、問、題、ヲ、決、ス、ル、カ、爲、メ、ハ、常、ニ、所、爲、者、ニ、於、テ、不、注、意、又、ハ、不、用、心、ノ、行、爲、ア、リ、タ、ル、ヤ、否、ヤ、ヲ、調、査、セ、ザ、ル、ヘ、カ、ラ、ス、ト、雖、モ、若、シ、夫、レ、犯、人、ニ、於、テ、一、定、ノ、規、則、慣、習、ヲ、遵、守、セ、ザ、リ、シ、事、實、ア、ル、ト、キ、ハ、其、レ、自、身、不、注、意、ノ、要、素、ヲ、包、含、ス、ル、モ、ノ、ナ、ル、カ、故、ニ、裁、判、官、ハ、更、ニ、不、注、意、ノ、行、爲、ア、リ、タ、ル、ヤ、否、ヤ、ヲ、調、査、ス、ル、コ、ト、ヲ、要、セ、ス、是、レ、法、律、カ、過、失、ノ、原、因、ノ、一、ト、シ、テ、規、則、慣、習、ノ、不、遵、守、ヲ、掲、ク、ル、所、以、ト、ス

又、法、文、ニ、ハ、疎、虞、懈、怠、又、ハ、規、則、慣、習、ヲ、遵、守、セ、ス、過、失、ニ、因、リ、テ、云、ト、ア、ル、カ、故、ニ、疎、虞、懈、怠、又、ハ、規、則、慣、習、ノ、不、遵、守、ヲ、原、因、ト、セ、ザ、ル、過、失、ア、ル、カ、如、キ、モ、是、レ、畢、竟、一、方、ニ、於、テ、刑、法、第、一、條、ニ、法、律、ニ、於、テ、罰、ス、可、キ、罪、ヲ、別、テ、三、種、ト、爲、ス、ト、ア、ル、ハ、裏、面、ニ、於、テ、法、律、ノ、罰、セ、ザ、ル、罪、ア、ル、ヲ、示、シ、タ、ル、ニ、非、ス、シ、テ、罪、ノ、何、モ、ノ、タ、ル、ヲ、定、義、シ、タ、ル、ト、同、一、般、過、失、ノ、何、モ、ノ、タ、ル、ヲ、定、義、シ、タ、ル、ト、同、時、ニ、他、ノ、一、方、ニ、於、テ、次、ノ、二、條、ニ、於、テ、再、ヒ、疎、虞、云、云、ヲ、復、言、ス、ル、ノ、煩、ヲ、避、ク、ン、ガ、爲、メ、ノ、ミ、疎、虞、懈、怠、又、ハ、規、則、慣、習、ノ、不、遵、守、ヲ、原、因、ト、セ、ザ、ル、過、失、ア、リ、ト、云、フ、ニ、非、ス

處、分、 處、分、ニ、付、テ、ハ、別、ニ、言、フ、ヘ、キ、モ、ノ、ナ、シ、法、律、ノ、罰、ス、ヘ、キ、場、合、ハ、死、ニ、致、シ、タ、ル、場、合、癡、篤、疾、ニ、致、シ、タ、ル、場、合、疾、病、休、業、ニ、致、シ、タ、ル、場、合、ノ、三、ト、ス、法、文、ヲ、一、讀、セ、ハ、明、カ、ナ、ラ、ン、疾、病、休、業、以、下、ノ、結、果、ヲ、生、シ、タ、ル、場、合、ヲ、不、問、ニ、付、ス、ル、ハ、事、態、輕、微、罪、ト、シ、論、ス、ル、ノ、必、要、ナ、キ、ニ、由、ル

終、ニ、臨、ミ、過、失、犯、ニ、共、犯、ア、リ、ヤ、否、ヤ、ト、ノ、問、題、ハ、從、來、議、論、ア、ル、問、題、ナ、レ、ト、モ、一、方、ニ、於、テ、曩、ニ、予、カ、過、失、ハ、有、意、ノ、行、爲、ヨ、リ、生、シ、タ、ル、不、期、ノ、結、果、不、期、ノ、結、果、自、體、カ、巴、ニ、有、意、ナ、リ、ト、云、フ、ノ、論、ハ、始、メ、之、ヲ、措、キ、學、者、間、爭、ナ、キ、點、ニ、付、テ、之、ヲ、論、ゼ、ン、テ、ハ、コ、ト、ヲ、明、カ、ニ、シ、タ、ル、ト、同、時、ニ、有、意、ノ、行、爲、ハ、共、同、ス、ル、コ、ト、ヲ、得、ヘ、キ、カ、故、ニ、例、ヘ、ハ、二、人、以、上、同、一、ノ、馬、車、ニ、乘、リ、テ、群、集、ノ、中、ヲ、馳、驅、セ、シ、ト、云、フ、カ、如、シ、理、論、上、過、失、犯、ニ、共、犯、ア、ル、ヘ、キ、ハ、是、ノ、ミ、ヲ、以、テ、モ、斷、定、シ、得、ヘ、キ、ノ、ミ、ナ、ラ、ス、他、ノ、一、方、ニ、於、テ、詳、細、ノ、説、明、ヲ、爲、サ、ン、ト、欲、セ、ハ、共、犯、ノ、原、則、ヲ、モ、援、引、セ、ザ、ル、ヲ、得、ザ、ル、ヲ、結、果、深

ク總則ノ範域ニ入ラサルヘカラサルヲ以テ詳細ハ總則ノ說明ニ譲リ茲ニハ單ニ理論上ニ於テハ過失犯ニモ亦共犯アリト謂ハサルヘカラサルモノタルコトヲ告クルニ止ムヘシ理論上ト謂フ所以ハ法律ノ他ノ規定ヲ參酌シテ立論スルトキハ明文ノ規定上ニ於テハ共犯ナシト云フノ說正稿ヲ得タルカ如キモノアレハナリ

第三款 自殺幫助罪

本款ノ說明ニ入ルニ先テ姑ク自殺其モノニ付テ一言セン
凡ソ人ハ自己ノ利益ヲ自由ニ處分スルノ權ヲ有スルカ故ニ生命モ亦之自由ニ處分シ以テ自ラ其存立權ヲ拋棄スルコトヲ得ヘキカ換言スレハ自殺ノ行為其モノハ立法上之ヲ不問ニ指クヘキモノナルヤ將タ或規定ニ依リ相當ノ制裁ヲ要スヘキモノナルヤハ近世ニ至ルマテ屢哲學家宗教家又ハ法律家ノ論題ト爲リタルモノニシテ古今ノ立法例モ區區タリ古代埃及希臘ノ時ニ於テハ自殺ハ私ニ天典ノ生命ヲ絶フモノニシテ神ニ對スル不法ノ所爲トセリ故ニ自殺ヲ遂

ケテラシ者ハ勿論其之ヲ遂ケタルモノト雖モ其遺骸ヲ刑シ若クハ其遺産ヲ官沒セリ降テ羅馬ノ時代ニ於テハ自殺ヲ單ニ自己ノ不名譽又ハ苦痛ヲ免レシカ爲メニスルモノト刑罰殊ニ死刑ヲ免レンカ爲メニスルモノトノ二種ニ分テ前者ニ對シテハ常ニ之ヲ罰セザルノミナラス時トシテハ却テ名譽アル行為トシ唯リ後者ニ對シテノミ刑罰ヲ加ヘ其遂ケタルモノニ對シテハ其遺産ヲ官沒セリ羅馬ノ末世基督教ノ漸ク其勢力ヲ得ルニ及ヒ其思想延テ國法ニ及ヒ遂ニ復タ古代ノ埃及希臘ニ於ケルカ如ク自殺ヲ以テ神ニ對スル背法ノ行為トシ一方ニ於テ自殺者ノ身體ニ或一種ノ刑罰ヲ加ヘ他ノ一方ニ於テ其財産ヲ官沒スルト同時ニ其遺言ヲ無効トセリ然レトモ近世文化漸ク進ムニ及ヒ自殺ハ一方ニ於テ自殺者以外ニ何等ノ害惡ヲモ生セザルノミナラス綜合之アリトスルモ他ノ一方ニ於テ自殺者ハ其行為自體ニ於テ已ニ死モ之ヲ避ケサルモノナルヲ以テ之ニ對シテ刑罰ヲ加フルモ何等ノ效果ヲ奏スヘキモノニ非サルモノナルヨリシテ或ハ道德ノ範圍ニ屬スヘキモノトスルモ國法ノ關スヘキモノニ非ストノ思想ヲ生シ其結果近世開明諸國ノ法律ニ於テハ全ク之ヲ罰スルノ形跡

ヲ絶テリ然レトモ他人ノ自殺ヲ補助シ又ハ之ヲ容易ニスルハ自殺其モノト異ナリ管ニ背德ノ行爲ナルノミナラス多クノ場合ニ於テ自殺者ハ狂者ト同一視スヘキモノニシテ之カ兇行ヲ助ケルハ一種ノ殺人ト看做スコトヲ得ヘキモノナルト同時ニ之ニ對スル刑罰亦能ク其目的ヲ達シ以テ其害惡ヲ防止スルコトヲ得ルカ故ニ何レノ時何レノ國ニ於テモ之ヲ處罰スルヲ例トス隨テ茲ニ一ノ注意ヲ要ス即チ自殺補助ノ行爲ヲ罰スルハ自殺其モノカ罪ト爲ルカ故ニ非スシテ自殺補助其モノカ一種ノ害惡タルカ故ナルヲ以テ其性質ハ自殺行爲ノ從タル行爲ニ非スシテ一種獨立ノ行爲タリ故ニ本罪ニ付テ更ニ共犯ノ原則ニ依リ共ニ正犯又ハ從犯トシテ罰セラレル他ノ犯人アリ得ヘキコトヲ忘ルヘカラサルコト是ナリ

以上自殺ニ關スル法律上ノ沿革及ヒ自殺補助罪ノ性質ヲ説明セリ是ヨリ法律ノ各條ニ入り自殺補助罪ノ構成及ヒ其處分ヲ説明スヘシ

第三百二十條ニ曰ク人ヲ教唆シテ自殺セシメ又ハ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手ヲ下シタル者ハ六月以上三年以下ノ輕禁錮ニ處シ十圓以上五十圓以下ノ

罰金ヲ附加ス其他自殺ノ補助ヲ爲シタル者ハ一等ヲ減ス(第三百二十一條ニ曰ク自己ノ利ヲ圖リ人ヲ教唆シテ自殺セシメタル者ハ重懲役ニ處ス)ト

右二條解釋ノ骨子トシテ説明ヲ要スヘキモノハ(一)自殺ノ何モノタルコト(二)自殺ノ教唆、下手、補助ノ何モノタルコト(三)此二點ニシテ此二點ヲ説明セハ他ハ特ニ説明スヘキモノナシ

第一 自殺ノ定義 自殺ノ何モノタルヤハ自殺ト他殺人命亡失ノ原因ハ之ヲ大別スレハ天爲ニ出ツルモノト人爲ニ出ツルモノトニ區別スルコトヲ得而シテ自殺他殺ハ人爲殺ノ種別タルカ故ニ茲ニ所謂他殺ノ中ニハ天爲殺ヲ包含セサルモノトストハ何ヲ標準トシテ區別スヘキヤ詳言スレハ二者ノ區別ハ殺人行爲ヲ爲スニ至リタル唯一ノ原因タル意思カ死者自身ヨリ出ツタルト否トニ因ルヘキカ將タ單ニ殺人ノ行爲其モノヲ實行シタル者カ死者自身ナルト否トニ因ルヘキカノ問題ヲ決スレハ之ヲ了解スルコトヲ得ヘキモノトス故ニ我輩ハ先ツ自殺ト他殺トハ何ヲ以テ區別スヘキモノナルヤヲ説明シ次ニ自殺ノ何モノタルヤヲ定義スヘシ

予ハ先ニ謀故殺即チ他殺ハ(一)被害者タル人ノ生命カ豫メ存在シタルコト(二)他人ヲ殺スノ所爲アルコト(三)他人ヲ殺スノ意思アルコトノ三要素ヲ以テ構成スルモノタルコトヲ説明セリ是ニ於テカ此條件ノミニ依リテ自殺ト他殺トヲ區別スルトキハ縱令殺人行為ヲ導キタル原動力ト爲リタル意思カ死者自身ニ出テタルトキト雖モ苟モ之ニ因リテ他人カ生命ヲ亡失スルノ結果ヲ生スルコトヲ知リテカ他人ノ生命ヲ亡失セシムヘキ行為若クハ舉動ヲ爲シタル者ハ皆凡テ謀故殺罪ヲ犯シタル者ト判定スルコトヲ得ヘキカ故ニ自殺ト他殺トノ區別ハ殺人行為其モノヲ實行シタル者ノ死者自身ナルト否トニ因ルヘキモノニシテ生命ヲ奪フニ至ルヘキ行為ヲ爲サシメタル唯一ノ原動力カ死者ニ存スルト否トヲ問ハサルカ如キ觀アリ(我刑法ニ於テモ佛國刑法ノ如ク自殺幫助罪ノ規定ナクシハ此見解蓋シ正確ナリ)ト雖モ第三百二十條中段ニ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手ヲ下シタル者云云下アリテ縱令下手即チ殺人ノ行為アリ雖テ殺人ノ意思アルモ其行為ヲ導キタル原因カ死者自身ノ囑託ニ在ルトキハ謀故殺ノ行為ニ非スシテ自殺ノ幫助罪タルニ依リテ之ヲ觀レハ自殺ト他殺ト

ハ單ニ生命ヲ亡失セシメタル行為即チ舉動其モノヲ爲シタル者カ死者自身タルト否トニ依リテ區別スヘキモノニ非スシテ殺人行為其モノヲ誘殺シタル原動力タル唯一ノ原因意思カ死者自身ニ存スルト否トニ依リテ區別スヘキモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ我輩ハ其當然ノ結果トシテ自殺トハ死者自身ノ意思ヲ原動力トスル殺人行為爲其モノノ死者自身ノ舉動ナルト他人ノ舉動ナルトニ關セズナリト定義スヘキモノト確信ス此點ニ關シ從來一ノ問題アリ死者ノ承諾ヲ得テ之ヲ殺害シタル者ハ謀故殺人罪ヲ犯シタルモノナルヤ將タ自殺幫助罪ヲ犯シタルモノナルヤノ問題はナリ此問題ニ對シ論者或ハ第三百二十條中段ノ場合ハ下手者ニ於テ初ヨリ他人ヲ殺害セントスルノ意思アルニ非ス會マ自殺者其人ノ懇請ヲ受ケタル爲メ已ムヲ得ス其手足ニ代リテ自殺者ハ生命ヲ絶テタル場合ナリ然ルニ本問ノ場合ハ之ニ反シ初ヨリ下手者ニ殺人ノ意思アリテ之ヲ實行スル爲メ死者ノ承諾ヲ得タルモノ換言スレハ所爲者ニ於テ豫メ其腦裏ニ形造リタル殺人ノ意思ノ實行ヲ死者ノ認諾ヲ停止條件ニ繋ラシメタルニ過キサレハ到底殺人ノ行為タラサルヲ得スト主張スル者ア

ルヘト雖モ我輩ハ先ニ下シタル定義當然ノ應用トシテ自殺幫助罪ヲ犯シタルモノニシテ謀故殺罪ヲ犯シタルモノニ非スト斷言ス蓋シ(一)他人ノ請求ヲ容レテ生命ヲ授ケルモ其事柄カ契約トシテ民法上成立セザルモノナリト云フノ論ハ別問題トス他人ニ囑託シテ其生命ヲ奪ハシムルモ其間言語ノ上ニ少許ノ差アルノミ實質上其行爲カ殺人行爲其モノヲ惹起スル唯一ノ原動力ヲ形成シタリトノ點モ於テハ彼此毫末ノ區別アルヲ見ザルノミナラス(二)論者ノ主張スルカ如クシテ例ヘハ甲者乙者ヲ殺害セントノ意思ヲ實行センカ爲メ先ツ乙者ニ對シ貧賤ニ泣カンヨリハ寧ロ自盡シテ其苦痛ヲ免ルルニ如カサラント勸誘シ遂ニ之ヲシテ自殺センコトヲ決意セシメタル末乙者ノ囑託ヲ受ケ其生命ヲ奪フノ所爲ヲ爲セタルモ亦前者ト同シク停止條件附ナリ謀故殺罪ヲ犯シタルモノト謂ハサルヘカラサルニ至ルノ結果明カニ法文第三百二十一條ノ規定ト相矛盾スルノ結果ヲ生スレハナリ

第二 教唆下手及ヒ補助 是レ自殺ヲ幫助シタル者ヲ區別シテ自殺ヲ惹起シタル唯一ノ原動力ヲ形成シタル者ト自殺者カ自殺ノ意思ヲ形成シタル後ニ於テ

主者トハ從トシテ之ニ加功シタル者トノ三種トシタルニ過キス(教唆ハ讀ミテ字ノ如シ下手ハ介錯補助ハ手傳(直接又ハ間接)ト云フカ如シ是ニ於テモ次ノ問題ヲ決スルコトヲ得曰ク人ヲ教唆シテ自殺ヲ決意セシメタル末其囑託ヲ受ケテ下手又ハ補助シタル者ハ自殺ノ教唆者ニシテ同時ニ下手又ハ補助罪ヲ犯シ又ハ單ニ下手罪若クハ補助罪ノ一ヲ犯シタル者ニ非ス蓋シ(一)右ノ者ノ行爲ハ單純ナル下手又ハ補助罪ノ如ク受動的行爲ニ非サルノミナラス(二)若シ二罪以上ノ俱發トスレハ自殺者ノ死ナル一事ヲ一方ヨリ自殺セシメタルコトト看他ノ一方ヨリ下手又ハ補助シタルコトト看ルノ結果一事ヲ雙面ヨリ處罰スルノ結果ヲ生スレハナリ總則共犯ノ場合ニ於テ本問ノ如キ場合ヲ生シタルトキハ自ラ別途ノ説明アリ總則ノ説明ニ讓ラン)

處分 處分ニ付テ法律ハ(一)教唆者即チ自殺ノ決意ヲ促シタル唯一ノ原動力ヲ形成セタル者ニ付テハ其處因ノ如何ニ依リテ之ヲ二種ニ分チ單ニ教唆シタル者ハ六月以上三年以下ノ輕禁錮十圓以上五十圓以下ノ附加罰金ニ處シ自己ノ利ヲ圖リテ教唆シタル者ハ重懲役ニ處ス(二)囑託ニ應シテ下手シタル者ハ六月

以上三年以下ノ輕禁錮十圓以上五十圓以下ノ附加罰金ニ處ス(二)補助ヲ爲シタル者ハ前者ヨリ一等ヲ減シテ四月十五日以上二年三月以下ノ輕禁錮七圓五十錢以上三十七圓五十錢以下ノ附加罰金ニ處ス別ニ説明スヘキコトナキモ左ノ二點ニ付テ一言注意ス

一「自己ノ利ヲ云トハ自己ノ怨恨又ハ嫉妬ノ情ヲ満足セシメシカ爲メ又ハ之ニ因リテ其相續權ヲ得若クハ義務ヲ免脱センカ爲メニスルコト等ヲ意味スルモノトス此點ニ付キテ一ノ問題アリ甲男其情婦乙女ヲ殺害シテ丙女ト通セシカ爲メ自己モ亦共ニ情死スヘシト詐リ乙女ヲ教唆シテ自殺ヲ決意セシメタル末其囑託ヲ受ケテ之ヲ殺害シタル場合ニ於テ右甲男ハ謀故殺罪ヲ犯シタル者トスヘキヤ將テ第三百二十一條ノ所謂自殺幫助罪ヲ犯シタル者トスヘキヤ是ナリ本問ニ付キ論者或ハ謀故殺罪ヲ犯シタル者ナリト主張スル者アリト雖タ予ハ本問甲男ノ詐欺ニ因ル錯誤ハ乙女ヲシテ自殺ヲ決意セシメタル遠因ノ上ニ存シ生命ハ亡失即チ死ノ上ニ存セサルカ故ニ斷然第三百二十一條ノ罪ヲ犯シタルモノト確信ス

二(一)第三百二十一條ノ場合ニ於テ加辱ノ刑ヲ科シ其前條ノ場合ニ於テ非加辱ノ刑ヲ科スル所以ハ主觀的犯人ノ心意上ニ存スル敗徳ノ有無ニ因ル(二)第三百二十一條ノ場合ハ重罪ナルカ故ニ總則ノ適用上未遂ナルトキモ第一百十二條以下ノ適用ニ依リ處斷セラルヘシ

第四款 決闘罪

我立法者ハ明治二十二年法律第三十四號ヲ以テ特ニ決闘罪ノ規定ヲ設ケタリ先ツ其條文ヲ掲ケ後ニ之カ説明ヲ下ケン

第一條 決闘ヲ挑ミタル者又ハ其挑ニ應ジタル者ハ六月以上二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

第二條 決闘ヲ行ヒタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第三條 決闘ニ依テ人ヲ殺傷シタル者ハ刑法ノ各本條ニ照シテ處斷ス
第四條 決闘ノ立會ヲ爲シ又ハ立會ヲ爲スコトヲ約シタル者ハ證人介添人等

何等ノ名義ヲ以テスルニ拘ラス一月以上一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

情ヲ知テ決闘ノ場所ヲ貸與シ又ハ供用セシメタル者ハ罰前項ニ同シ

第五條 決闘ノ挑ニ應セサルノ故ヲ以テ人ヲ誹毀シタル者ハ刑法ニ照シ誹毀ノ罪ヲ以テ論ス

第六條 前數條ニ記載シタル犯罪刑法ニ照シ其重キモノハ重キニ從テ處斷ス
茲ニ法律カ決闘罪トシテ規定スル所ノモノハ佛語ノ所謂「デュエル」(Duell)ニシテ我邦ニ在リテハ未タ曾テ其例ナキモノトス故ニ決闘罪ノ沿革ヲ知ラント欲セハ須ク之ヲ歐米ノ歴史ニ徵セサルヘカラス按スルニ「デュエル」ハ決闘ナルモノハ彼ノ羅馬ニ侵入シタル北方ノ野蠻即チ「日耳曼」種屬ニ創マリタルモノニシテ希臘羅馬ノ時代ニ於テハ未タ曾テ見サル所ノ習慣トス故ニ我邦ノ古代及ヒ歐米諸國「日耳曼」種屬ヲ除クノ昔時ニ於ケル「クガタチ」(探湯)等ト其淵源ヲ異ニス蓋シ決闘ハ争闘ノ結果ヲ以テ毀損セラレタル名譽ヲ恢復スルノ所爲ニシテ探湯等羅馬及ヒ我邦ノ古代ニ行ハレタルモノハ裁判上ノ疑問ヲ決スヘキ證據ヲ

宗ムルノ行爲アレハナリ然レトモ其「デュエル」即チ決闘ヲ爲スノ方法若クハ儀式ハ佛國ニ於テ始メテ大成シタルモノトシテ第十六七世紀ノ頃ニハ其流行最モ盛ナリキ是ニ於テカ決闘ハ罰スヘキモノナルヤ若シ罰スヘキモノトセハ其制裁如何等ノ問題ヲ生シ有名ナル法學者「デュール」如キハ專ロ普通ノ殺人行爲ヨリモ重ク處罰スヘキモノナリト論セシニモ拘ラス終始未決ノ問題タリシカ近來ニ至リ遂ニ佛國ノ大審院ハ同院連合部ノ議決ニ由リ斷然普通殺人罪ノ規定ニ照シテ處斷スルコトトセリ然レトモ佛國ノ刑法ヲ學ビタル多數諸外國ノ刑法ハ決闘罪ヲ殺傷罪ノ規定ニ一任スルヲ以テ不可ナリトシ特ニ明文ヲ設ケ決闘ハ勿論其豫備ニ關スル或行爲及ヒ之ニ參與シタル行爲マテヲモ罰スルコトトセリ我立法者カ右ノ特別法律ヲ設ケタルモ亦之ニ倣ヒタルモノトス以上我輩ハ決闘ニ關スル沿革ト性質トヲ說述セリ以下決闘罪ノ定義ヲ舉ケテ之ヲ説明スヘシ

決闘罪トハ如何レノ國ニ於テモ之カ定義ヲ上ナサルヲ以テ例トス隨テ學者間多少ノ議論アリト雖モ我輩ハ茲ニ歐米ノ習慣ニ鑑ミ決闘罪トハ當事者ノ約

東ニ基キ人ヲ殺傷スヘキ行為ヲ以テ優劣ヲ争ヒ以テ其毀損セラレタル名譽ヲ回復スルノ所爲ナリト定義セント欲ス故ニ決闘罪ノ成立ニハ下ノ條件ヲ要ス
(一)争闘者カ豫メ相互ニ約束シタルコト(二)人ヲ殺傷スヘキ行為ヲ以テ互ニ優劣ヲ争フコト(三)争闘ハ毀損セラレタル所ノ名譽ヲ回復スルカ爲メナルコト是ナリ

第一ノ要素 争闘者カ豫メ相互ニ約束シタルコトヲ要ス

之ヲ要スルカ故ニ偶然出會シテ争闘ヲ爲シタルモノナルトキハ縱令其意思ハ毀損セラレタル名譽ヲ回復スルニ在ルモ未タ以テ決闘ト謂フコトヲ得ス單ニ普通ノ殺傷行為ノミ蓋シ此條件ハ決闘罪ニ最重要ナルモノナレハナリ

第二ノ要素 人ヲ殺傷スルニ足ルヘキ行為ヲ以テ相争フコトヲ要ス

之ヲ要スルカ故ニ縱令名譽ヲ回復スルニ在ルモ此結果ヲ生セサル或偶然ノ出

來事ニ由ルモノハ法律ノ所謂決闘ニハ非サルナリ
第三ノ要素 争闘ヲ爲スノ原因ハ毀損セラレタル名譽ヲ回復スルニ在ルコトヲ要ス

名譽ヲ回復スルニ在ルコトヲ要スルカ故ニ單ニ事實ノ曲直正邪ヲ判断セントスルニ在ルモノハ決闘ト謂フヘカラス

以上三箇ノ條件ヲ具備スルトキハ常ニ之ヲ決闘ト謂フコトヲ得而シテ決闘ニハ通例立會人又ハ介添人アルヲ常トスルモ是レ事實上決闘ト云フコトニ附著スルモノ(所謂常素ニシテ決闘罪ノ成立ニ必要ナル條件ニ非ス

是ヨリ法文ノ大要ヲ説カン其第一條ニ於テハ決闘ヲ申込ミ又ハ之ヲ承諾シタル者ヲ罰セリ其承諾ノ方法ニ至リテハ法律之ヲ特定セサルカ故ニ文書ヲ以テスルト言語ヲ以テスルト乃至符號ヲ以テスルトヲ論セス苟モ其行為アレハ法律ノ制裁ヲ受ク第二條ハ第一條ノ結果ヲ規定ス即チ決闘ヲ行ヒタル場合ナリ第三條ハ決闘ノ結果人ヲ殺傷シタルトキノ規定ニシテ殺傷スルノ意思ヲ以テ決闘ヲ爲シ人ヲ殺シタルトキハ殺人罪ヲ以テ論シ人ヲ傷クルノ意思ヲ以テ爲シ因リテ人ヲ殺シ若クハ傷ケタルトキハ毆打創傷ノ各本條ニ擬ス第四條ハ決闘ノ立會ヲ約シ若クハ立會ヲ爲シタル者ハ其名義ノ何タルヲ問ハス之ヲ罰ス其第二項ハ場所ヲ給與シ又ハ給與セシメタル者ヲ罰ス第五條ハ決

圖ノ挑ニ應セザル場合ニ於テ其應セザル者ヲ誹毀シタル場合ナリ(要スルニ決
圖伴ヲ以テ刑法ノ缺典ヲ補ヒタルハ第一第四ノ諸條ニシテ第三第五ノ兩
條ニ規定スル所爲ノ如キハ刑法ニ依ルモ當然處罰セラルモノナルカ故ニ特
ニ法文ヲ設タルノ必要ナシ畢竟疑問ヲ絶タントノ婆心ニ出テタルモノナルヘ
シ(第六條ハ屢説明シタル所再説ヲ要セス)

第四節 擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪

人ハ法律ニ依ルニ非スンハ逮捕監禁セラルルコトナシトハ憲法ノ明言スル所
ニシテ刑法上ニ箇ノ規定ニ依リテ保護セラルル即チ第二百七十八條乃至第二
百八十一條及ヒ第三百二十二條乃至第三百二十五條ノ規定是ナリ第一ハ官吏ノ
爲シタル場合第二ハ私人ノ爲シタル場合ニシテ之ヲ各別ニ規定シタルハ先
ニモ説明シタルカ如ク古來ノ沿革ニ基キタルノミ深キ理由アルニ非ス法律改
正ノ機ニ臨マハ宜シク併括スヘキモノトス

第二ノ場合即チ我輩カ此處ニ擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪トシテ論セントスル所

ラモノハ第三百二十二條以下第三百二十五條ニ規定スル所ノモノニシテ之ヲ稱
成スル爲メニ上下ノ要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)人ヲ逮捕監禁シタル所爲ア
ルコト(二)逮捕監禁ノ所爲ハ不正ナルコト是ナリ

第一ノ要素 人ヲ逮捕若クハ監禁シタルコトヲ要ス

逮捕監禁共ニ何レモ去留ノ自由ヲ失ハシムルノ行爲ニシテ其些カ異ナル所ハ
逮捕ハ時間ノ觀念ト關係ヲ有セサルモ監禁ハ時間ノ觀念ト關係ヲ有スルカ故
ニ前者ハ即時犯ニシテ其時効ハ直チニ流出スルモ後者ハ繼續犯ニシテ時効ハ
行爲ヲ終リタル時ヨリ流出スルノ差アルノミ

第二ノ要素 逮捕監禁ノ所爲ハ不法ナルコトヲ要ス

曩ニ毆打創傷罪ニ付ラモ述ヘタル如ク此條件ハ本罪ニ付ラノミ特ニ必要ナル
ニ非ス(一)刑事訴訟法ニ依リテ一私人カ重罪輕罪ノ現行犯ヲ逮捕スル場合(二)貴
衆兩院ノ議長カ院内ニ於ケル現行犯人ヲ逮捕スル場合(三)船長カ船内ニ於ケル
犯罪人ヲ逮捕スル場合(四)父母後見人教師等カ懲戒權執行ノ爲メ適法ノ限度内
ニ於テ其子弟ヲ監禁スル場合(五)醫師カ適法ノ囑託ニ應シテ精神病者ヲ監禁ス

ル場合等適法ノモノハ本罪ヲ構成セサルコトヲ明カニセシカガメナリ
 處分 (一)普通ノ場合ハ第三百二十二條ニ定ムル所ニシテ十一月以上二月以下
 ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス(監禁日數十日ヲ過クル毎
 二)一等ヲ加フ(下)ハ例ヘハ十一月ヨリ二十日マテ二十一日ヨリ三十日マテ各一
 等ヲ加フルヲ謂フ(二)特別ノ處分トシテハ苛酷ノ所爲ヲ用ヒタルトキト監禁ヲ
 解クコトヲ怠リ因リテ死傷ニ致シタルトキト規定セリ(イ)其苛酷ノ所爲ヲ用
 ヒタル場合ハ第三百二十三條ノ定ムル所ニシテ其所謂毆打拷責シ又ハ飲食衣
 服ヲ屏去シ云云(云)ハ例示のニシテ制限のニ非サルカ故ニ凡テ苛酷ト認定スヘキ
 所爲ハ皆此特別處分ヲ要スヘキモノニシテ若シ之カ爲メ疾病死傷ニ致シタル
 下キハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從ヒテ處斷ス(ロ)監禁ヲ解クコトヲ怠リタ
 ル場合ハ第三百二十五條ノ定ムル所ニシテ人ヲ監禁制縛シ水火震災ノ際其監
 禁ヲ解クコトヲ怠リ因リテ死傷ニ致シタルトキハ亦毆打創傷ノ各本條ニ依リ
 重キニ從ヒテ處斷ス(其殺意アリテ爲シタル場合ニハ殺人罪ニ關フヘキハ勿論
 トス)

第五節 脅迫ノ罪

脅迫罪ハ第三百二十六條乃至第三百二十九條ニ規定セラル脅迫トハ人ヲシテ
 法律ニ規定シタル所ノ危害ヲ受シヘキコトヲ想像セシムル以テ之ヲ恐怖セシム
 ルノ所爲ヲ謂フ

故ニ本罪ヲ構成スルニハ(一)人ヲシテ恐怖セシムルノ所爲アルコト(二)法律ニ規
 定シタル所ノ危害ヲ加フヘキコトヲ以テ人ヲ恐怖セシムルノ材料トシタルコ
 ト(三)人ヲシテ恐怖セシムルノ意思アルコトノ三要素ヲ具備スルコトヲ要ス

第一ノ要素 人ヲシテ恐怖セシムルノ所爲アルコトヲ要ス
 法律ハ何レノ場合ニ於テモ單ニ人ヲ脅迫シタル者云云トアリテ佛國刑法ノ如
 タ別ニ其方法又ハ條件ヲ限定セタルカ故ニ苟モ人ヲシテ恐怖セシムルノ所爲
 アルニ於テハ其手段ノ言語又ハ文書等無形ノ所爲ニ依ルトヲ將タ短銃ヲ擬シ又
 ハ白刃ヲ加ヘントスルカ如キ有形ノ所爲ニ依ルトヲ問ハス當ニ本罪ヲ構成ス
 第二ノ要素 法律ニ規定シタル危害ヲ加フヘキコトヲ以テ人ヲ恐怖セシムル

ノ材料トシタルコトヲ要ス
 法律ノ規定シタル所ノ脅迫ノ材料ニ二種アリ其一ハ第三百二十六條第一項ニ規定スル所ニシテ人ヲ殺シ又ハ人ノ住居スル家屋ニ放火スルコトヲ以テスルモノトス前者ニ付テハ殺人罪ノ説明ニ於テ詳ナルヲ以テ更ニ複説スルノ要ナカルヘシ然レトモ後者ニ付テハ聊カ説明ヲ要スルモノアリ茲ニ人ノ住居スル家屋トハ單ニ人ノ住居ニ供シタル建造物ト云フノ義ニ非スシテ現ニ人ノ住居セル家屋ヲ指スモノナリ蓋シ人ノ住居ニ供シタル家屋ニ止マル場合ニ於テハ其放火ノ行為タルヤ人身ニ危害ヲ及ホスノ恐ナキモノニシテ本條人ヲ殺サント脅迫シタル場合ト對向セシメタル立法ノ旨趣ニ適合セザルモノアレハナリ而シテ放火ノ何物タルヤハ後ニ第四百二條以下ヲ説明スルニ當リ之ヲ詳論スヘキヲ以テ茲ニ贅セス其二ハ毆打創傷其他暴行ヲ加ヘント脅迫シ又ハ財產ニ放火シ若クハ之ヲ毀壞劫掠セント脅迫スルモノトス毆打創傷トハ人ノ體軀ニ有形ノ損害若クハ損傷ヲ與フル總テノ結果ヲ指シ第二節ニ所謂毆打創傷ト全ク同義タリ其他ノ暴行トハ或ハ人ヲ逮捕監禁シ或ハ猥褻ノ行為ヲ爲スカ如ク要ス

ルニ人ノ身體ニ對シテ有形ノ損害ヲ與フルモノヲ指ス又財產ノ何タルヤヲ詳説スルハ民法ノ範圍ニ屬スルカ故ニ茲ニハ唯財產トハ人ノ利益ノ目的ト爲ルベキ物件即チ人カ之ニ依リテ或利益ヲ享有スル所ノ物件ヲ謂フトノ定義ヲ揭タルニ止メントス而シテ放火毀壞トハ文字自體及ヒ第四百二條以下ノ法文ニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ劫掠トハ強奪ノ義ニシテ暴行ヲ加ヘテ奪取スルノ謂ニ外ナラス猶ホ第二百二十二條ニ於ケル劫掠ノ語ニ同シ
 第三ノ要素 人ヲシテ恐怖セシムルノ意思アルコトヲ要ス
 脅迫罪ハ人ヲシテ其安全ナル生活ヲ完ラシムルコト能ハナラシムル所爲ニシテ法イカ之ヲ罰スル所以主ラ此點ニ存ス故ニ脅迫ノ罪ヲ構成スル爲メニハ恐怖セシムルノ意思アレハ足り更ニ進ミテ脅迫ノ材料ニ供シタル危害ヲ實行スルノ意思アルコトヲ要セス否管ニ之ヲ實行スルノ意思ナキノミナラス單ニ獻體ヲ以テスルモ犯人ノ意思ニシテ人ヲシテ恐怖ノ念ヲ起サシメントニ存スルトハハ脅迫罪ヲ構成スルノ意思トシテ毫モ缺點アルコトナシ是ニ於テカ近世新ニ刑法ヲ改正シ若クハ制定スル國ノ法律ニ於テハ本罪ヲ公安ヲ害スル罪又ニ

人ノ自由ヲ害スル罪ノ中ニ列セリ蓋シ能ク脅迫罪ノ性質ヲ明カニセルモノト謂フヘシ

抑モ脅迫ノ所爲即チ人ヲシテ安全ナル生活ヲ爲スコト能ハサラシムルノ所爲ハ之ニ依リテ被害者カ安全ナル生活ヲ營ムコト能ハサルノ位地ニ在ラスンハ犯罪ヲ構成セス換言スレハ被害者ニ於テ恐怖ノ念ヲ惹起スニ非スンハ茲ニ其人ノ靜謐ヲ害シ若クハ自由ヲ害スルコトナキヲ以テ脅迫ノ所爲ハ猶ホ彼ノ犯人ニ於テ罪ヲ犯スノ意思アリト雖モ之ニ適當ナル方法ヲ行ハサリシ場合ト一般ニシテ單ニ主觀的犯人ニ於テ人ヲ恐怖セシムルノ意思アルノミ毫モ社會ノ秩序安寧ヲ害セサルカ故ニ犯罪ヲ構成セサルモノタリ一言以テ之ヲ蔽ヘハ脅迫罪ヲ構成スル爲メニハ常ニ主觀的情況ト其之ニ依リ反響スヘキ客觀的情況ノ相合致スルコトヲ要ス是レ未遂犯ヲ罰セサルノ結果ナリ若シ未遂犯ヲ罰スルトキハ犯人ニ於テ被害者ヲシテ恐怖セシムルニ足ルヘキ所爲ヲ爲シタルトキハ茲ニ罪ヲ構成ストセサルヘカラス

以上脅迫罪ノ成立要素ヲ説明セリ是ヨリ其處分法並ニ第三百二十九條ノ規定

ヲ説明セン第三百二十八條ノ規定ノ如キハ別ニ説明ヲ要セサルヲ以テ之ヲ略ス

脅迫罪ノ處分方法ニ付テハ若シ人ヲ殺シ又ハ人ノ住居シタル家屋ニ放火セント脅迫シタル場合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シ又毆打創傷其他暴行ヲ加ヘント脅迫シ若クハ財產ニ放火シ及ヒ毀壞劫掠セント脅迫シタル場合ハ十一月以上二月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上三十圓以下ノ罰金ヲ附加ス又兇器ヲ持シテ此等ノ罪ヲ犯シタル場合ハ各一等等ヲ加フルモノトス兇器トハ通常人ヲ殺傷スルノ用ニ供セラルル物件例ヘハ刀劍槍又ハ棍棒ノ類ヲ謂フ

脅迫罪ハ一方ニ於テ右ニ説明スルカ如ク其構成ニハ主觀的情況ト客觀的情況トノ相合致スルコトヲ要スルモノニシテ其所謂客觀的情況ノ生シタルヤ否ヤハ脅迫ヲ受ケタル被害者ノミ唯リ能ク之カ判斷ヲ下シ得ルモノナルト他ノ一方ニ於テ脅迫ヲ受ケタルコト即チ之ニ因リテ畏懼ノ念ヲ惹起シタルコトヲ世上ニ發表スルハ自己ノ怯懦若クハ柔弱ナルコトヲ表示スルモノニシテ之ヲ表

示スルハ多クノ場合ニ於テ却テ被害者ノ不利ト爲ルモノナルトニ由リ法律ハ
森ニ第三百二十九條ノ特例ヲ設ケ脅迫罪處罰ノ要件トシテ被害者又ハ其親族
ノ告訴アルヲ要スルコトト爲セリ

第六節 墮胎ノ罪

墮胎ハ嬰兒殺ト全ク其性質ヲ同シウスルモノ詳言スレハ共ニ均シク之カ父母タ
ル者ニ於テ養育教育ノ勞ヲ免レ若クハ其原因タル不名譽ノ結合ヲ蔽ハシカ爲
メニ行ハルルモノニシテ唯其間一ハ尙ホ母體ニ存スル間ニ行ハレ他ハ已ニ母
體ヲ分離シタル後ニ行ハルルノ差アルノミ(我國ニ於テハ嬰兒殺ヲ以テ特別ノ
罪トセス廣ク謀殺ノ各條ヲ適用シテ處斷スルコトト爲セリト雖モ歐米大半
ノ刑法ニ於テハ普通ノ殺人罪ト分離シテ一種獨立ノ犯罪ト爲セリ而シテ其之
ヲ一種獨立ノ犯罪トスル主義ニ二種アリ一ハ佛國ノ如ク防禦若クハ抵抗ノ能
力ナキ者ニ對スル行爲ナルカ故ニ其行爲自體ニ於テ已ニ兇惡ナルノミナラス
未タ戶籍簿ニモ登錄セラレザル者ニ對スル行爲ナルカ故ニ之カ犯人ハ往往ニ

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
リトスルモノ他ハ歐米大半諸國ノ規定ノ如ク普通ノ殺人罪即チ怨恨嫉妬復讐
等ニ基ク行爲ト異ナリ犯人ニ於テ敢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灑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
ノ贊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
ノハ父母ノ所有物ナリト思惟セシ時代ニ於テハ二者孰レモ國法ノ間フ所ニ非
サ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娩ノ苦痛ヲ免レシメ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
墮胎ハ嬰兒殺ニ次ク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

ナラサルノ結果其尙ホ未タ母體ノ中ニ在ル間ニ於テ之ヲ外ニ分離セシムルノ法ヲ知ラサリシカ故ニ嬰兒殺ノ行爲ハ墮胎ノ行爲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リ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ヤ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

代ニ至ルマテ尤モ幕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

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爲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ラル墮胎トハ自然ノ分娩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)自然ノ分娩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 自然ノ分娩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ナ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ヒ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
 タノ分離行為ヲ包含ス此點ハ學者間絶エテ爭ナ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予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サ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斟酌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ハタ
 ル所以ハ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ノモノニシテ罪ト爲ルヘキモノニ非ザルヲ

以テ之ト區別セシムルカ爲メニ外ナラス

第三ノ要素 墮胎セシムルノ意思即チ胎兒ヲ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説明スヘシ

法律ノ規定ヲ按ズ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

定セサルヘカラサル場合トノニ分テ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説明スヘシ

甲 普通墮胎ノ所爲

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
第三百三十條ニ曰ク「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フ」

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ヘキ性質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ヤ明カナリ(一)藥物其他

ハ方法トアルカ故ニ如何ナル行爲ト雖モ墮胎ノ結果ヲ生スヘキ行爲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ノ服用ニ依ルモノト外部器械的ノ作用ニ依ルモノ是ナリ前者ハ説明ヲ須ヒス後者ハ通常骨角又ハ護謨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一應説明スヘキモノハ共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爲ニ醫師穩婆藥商其他ノ者カ教唆者又ハ從犯トシテ加功シ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ヲ適用シテ處斷スヘキヤ將タ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タ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爲ヲ行ヒタル者ノ身分如何ニ依リテ刑ヲ異テ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爲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爲ニ限り明文ナキニ故ナク總則共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殺傷シタル場合ト同シク第百六條第百十條ノ規定ニ從ヒ犯人ノ身分ニ因テ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……「テフ」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

ヘキモノナレハナリ(三)婦女自身ナルト然ラサルト醫師穩婆等特別ノ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害スルノ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

乙 加重ノ情アル墮胎ノ所爲

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ルル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」

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臆斷採ル

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ルヤ將タ進ミテ墮胎セシムルノ意思アルコトヲ要スルヤ

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(イ)威逼……トハ威方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サル墮胎ヲ爲サシメタル場合(詳言セハ父兄又ハ情夫等カ汝若シ墮胎セサレハ親子兄弟又ハ夫妻ノ縁ヲ絶フヘシト威嚇シテ之ニ墮胎ヲ強要シタル場合乃至白刃ヲ擬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(ロ)誑騙……トハ之ヲ欺キ恰モ墮胎ノ結果ヲ生スヘキモノニ非サルカ如クニ思惟セシメ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舉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ハ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罔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ヤ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掲ク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感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ノ場合ニ於テ墮胎ノ結果ヲ生スヘ
 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罰スル場合ニ於テハ常ニ「因テ云云至ラシ
 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
 テ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ソヤ(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ソヤ 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為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毆打創傷罪ニ於テ毆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為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縱令毆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問擬スヘキ法條ナシ蓋シ缺典トス
 (附言) 第三百三十五條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(イ)是レ前條ノ性質上之ヲ附加セシムル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俱發タルコトヲ明言シタルニ過キス但シ本條ヲ引用セ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毆打創傷ノ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ラ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雷ニ胎兒ハミナラズ婦女ヲ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
 第三百三十六條ニ曰ク八歳ニ滿ナル幼者ヲ遺棄シタル者ハ一月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閱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人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フ第三百三十九條ニ曰ク幼者老疾者ヲ遺棄シ因テ癡疾ニ致シタル者ハ輕懲役ニ處シ篤

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禁錮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个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テ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前三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ザ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ザル幼者又ハ老疾者ナルコトヲ要ス

(一) 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者疾患者等凡ソ他人ノ扶助ヲ受タルニ非テ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奧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ス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ザ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實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ホ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活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以テ諸般ノ場合ニ應スルヲ以テ至當ト信ス(二)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ヲ問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クスシテ生活ヲ全リ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ズ幼者老疾者ヲ舍キテ扶養シツツアル場所ヲ立チ去リ其踪跡ヲ隱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合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得ヘケレハナリ

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寥閑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。蓋シ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タ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テ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レ

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サ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為ニシテ行為自體ハ違警罪ノ性質ヲ有スルモノハタ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セル場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ズンハ他人之ヲ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ろ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定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タ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誘拐シテ外國人ニ交付シタル者ハ輕懲役ニ處ス」ト

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 Menschenraub)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満ノ幼者トノミアルカ故ニ二十歳未満ノ幼者ナルトキハ其男女賢愚強弱ヲ問ハス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サル場合ハ別論トス

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ハ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ヘタ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 自ラ藏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ル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ラ之ヲ藏匿シ又ハ他人ニ交付スルコトヲ要ストセリ藏匿トハ他人ノ發覺ヲ妨タ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

キ又ハ姓名服裝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爲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爲即チ一時他人ニ預ケ置タノ行爲ハ寧ロ藏匿ノ行爲ニシテ茲ニ所謂交付ノ行爲ニ非ナルカ故ニ茲ニ所謂交付ノ行爲ハ自己ノ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年以上ノ者ニ係ルトキハ略取ト誘拐トヲ分チ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ノ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ヨ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ト如何ヲ問ハス輕懲役ニ處ス年齢ト手段ト問ハサルハ繁ヲ避ケタルノミ可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蒙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ナルヘシト雖モ法文炳トシテ他ノ解釋ヲ容サ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僕婢トナシ又ハ其他ノ名稱ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ前二條ノ例ニ照シ各一等級ヲ減ス

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取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僕婢トナシ又ハ其

他ノ名稱ヲ以テ下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級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シト

(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安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んと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(二) 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尚ホ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サ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アリ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採ラント欲ス蓋シ疑問タルヘシ(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)淫行ヲ媒介スル罪(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(一)十
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コト(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ヘハ婦女ヲ捕ヘテ其裳褻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舉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

タルハ是レ十二歳以下ノ者ハ未ダ淫事ノ何事タルコトヲ知ラサル者タルノ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サルモ尙ホ之ニ著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ニヤ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サルト彼ニ在リテハ特定ノ被害者アルコトヲ要セサルモ此ニ在リテハ必ズ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サ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ト
 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

ス本罪ノ如キ單ニ道義ニ反スト云フニ止マルカ如シト雖モ先ニ説明シタル自
 親幫助罪ノ如ク畢竟思慮未タ定マラサル幼者ヲ害スルノ結果ヲ生ス是レ法律
 カ之ヲ罪トシテ規定シタル所以ナリ又曰ク幼者ノ行爲ハ主タル行爲ナリト雖モ
 罪ヲ成ササルモノナルカ故ニ本罪ハ其從タル行爲ニ非スシテ獨立ノ一罪トスル
 本罪ヲ構成スル爲メニハ下ノ要素ヲ必要トス(一)犯罪ノ客體ハ十六歳未滿ノ男
 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滿ノ男女タルコトヲ要ス
 十六歳未滿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滿ノ男女タルコトヲ要スル所以ハ道般ノ者ハ思慮未タ定
 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テ崩シ以テ終生背
 德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
 淫行トハ姦淫竊姦獸姦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爲ヲ謂フ法律ニハ勸誘トノミアリテ其手段ヲ特定セサ

ルカ故ニ文書ニ依ルト言語ニ依ルト舉動ニ依ルト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爲ハ皆是レ茲ニ所謂勸誘タルヘシ媒合トハ
 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
 誘導スルカ如キ行爲ニ依リテ行ハル但シ勸誘即チ誘導ノ行爲アルコトヲ要ス
 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爲アルモ進
 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衞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ラルモノトス然レトモ自己
 直接ノ色慾ヲ満足セシメンカ爲メ十六歳未滿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サルニ非サ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サ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乘酒等ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシメテ姦淫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姦淫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チ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ダ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サ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レ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

トセサルト同時ニ第三百七十八條強盜ノ定義ニ暴行脅迫ヲ以テ財物ヲ強取シタル者下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レハ強姦トハ暴行脅迫ヲ用ヒテ被害者ノ抵抗力ヲ失ハ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ヘハ熟睡人事不省若クハ有形上身體ノ不自由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

終ニ尙ホ左ノ點ニ付テ一言セント欲ス

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ス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ノ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專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說ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト信スル姦通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 姦淫ノ手段トシテ絛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サ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齢位地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

ヘキ行爲ヲ爲シタルヤ否ヤヲ觀察スルコトヲ要ス彼ノ強盜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ザルモ盜ヲ爲ス爲メノ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

本罪ノ處分ハ別ニ説明ヲ要セス法律ハ犯罪ノ客體タル婦女ヲ分チテ十二歳以上及ヒ十二歳未滿ト爲シ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滿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瘡痍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ト

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瘡痍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瘡痍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ツ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チ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褻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モテ本條ヲ適用スルコトヲ得サルモノト信ス

第四款 姦通ノ罪

此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)時ニ戒ハ之ヲ待テ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)若シ之ヲ罰ストキ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

一 消極說 姦通ハ婚姻ヲ破ルノ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テ生ズ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翻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ハト

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モハ何ゾ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
此二説ニ付キ予ハ單純ニ後説ヲ賛成ス

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
タ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モ不
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リ
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ク
公ノ秩序ヲ破壞スル行爲トシナカラ其行爲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
ナル害惡(妻子ヲシテ餓饑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
此二説ニ付テモ亦予ハ單純ニ後説ヲ賛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

(附言) 近世和蘭刑法改正ノ際姦通ハ之ヲ罪トシ罰本ヘキモノニ非ストノ學說ヲ主張スル者アリシガ結局採用セラレザリシノミナラス近世一般ノ學者ハ罰本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ザ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り說明ヲ試ムヘシ

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ズ但本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ告訴ノ效ナシト

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

(一)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戶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戶籍吏ニ届出ヲ爲サザ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效トシテ解除セラレ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

茲ニ有夫ノ婦ニ非ラ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ノニシテ他ノ之ニ加功シタル者ハ本罪ヲ犯スコトヲ得スト云フニ非ス故ニ有夫ノ婦タルコトヲ知リテ之ト姦通シタル相姦者ハ勿

論總則ニ所謂共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カラシ尤モ本罪ハ有夫ノ婦タル身分アルニモ拘ラス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 姦通ノ所爲アルコトヲ要ス 姦通トハ本罪ニ加功シタル者ハ何人ト雖モ本罪ノ要件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二要件ヲ完備セサ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)本罪ヲ構成セス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ニ情慾ヲ充タシタルニ過キサル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說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ン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サルヲ以テ通例トスルカ故ニ反對說ヲ採用スル方寧ロ實際の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妻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サルノミ

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說明スヘキモノナシ唯說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タ
 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レ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
 ヲ以テ妾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
 ンコトヲ希フニ出ツルモノナルカ故ニ茲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(佛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ンハ罪ナシトノ考ヨ
 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效ハ告訴ノ時ヨリ始マルト云ハサルヘカラサ
 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翻弄
 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
 保護ノミニ基カサルヘカラサルノ結果若シ夫先ニ姦通ヲ縱容シタルカ如キ行
 爲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ス

(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ヲ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サ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ヌ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

(ニ) 告訴ハ姦通罪ニ對シテ提起セラレ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セス妻ハ主ニシテ相姦者ハ從タリ

(三) 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ヨ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ニ向ヒテ無罪ヲ言渡スコトヲ得ヘキヤ否ヤ是ナリ本問ニ對シ予ハ嘗テ積極論ヲ主張セシニ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求スルコトヲ要ストセリ最モ適理ノ立法ト認ム

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サ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監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リ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レハ三箇トス(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

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ノ推問ヲ始メサ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

「誣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僞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サ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總令口頭ヲ以テ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效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

第三ノ要素ニ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タ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說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(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認告者自首シタルトキハ本刑ヲ免スト

被告人トハ被認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ナルモノトス蓋シ若シ夫レ然ラストキハ被告人闕席ノ時ハ裁判言渡ノ後ニ於テモ尙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ノミナラス本文ハ實ニ佛文章案第三百九十六條 *Si l'accusé se retire avant toutes poursuites contre l'accusé dénoncé* (被認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ハ)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

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

二書類圖書

ヲ公布シ又ハ雜劇俳優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經問ニ出タルニ非ラ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誹告及ヒ誹毀ト侮辱ノ區別ヲ一言セント欲ス

一 誹毀ト誹告トノ區別 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) 惡事醜行ノ眞偽ニ關シ 誹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テ其事カ一人ノ私行ニ係ラサ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ノ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誹告ハ罪ナキ者ヲ經ヒテ刑辟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

(一) 惡事醜行ノ性質ニ關シ 誹告ニ在リテハ刑辟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辟ニ觸レシムルヲ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

(二) 摘發ノ方法ニ關シ 誹告ニ在リテハ告訴又ハ告發人タルコトヲ明示誹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辟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(檢事司法警察官ノ讀ムヘキモノタルコトヲ知リ他人ノ刑辟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誹告罪ヲ構成セス)

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テ其差異ノ存スル所ヲ示ス
 一 侮辱 侮辱トハ他人ヲ誹、侮、スルハ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
 ニ非サ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ベシ其結果トシテ
 (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
 ハ之ヲ聞知スルコトヲ要セズ(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ヘカサル地位ニ在ルコトヲ要ス之ヲ

要スルカ故ニ主人カ奴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)

(ハ) 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ズ)

(ニ) 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テ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

(イ) 社會公衆對被害者間ニ於ケル感情阻害ノ行為ナルカ故ニ必ス第三者タル社會公衆ノ之ヲ知スルコトヲ要ス犯人カ被害者ノミニ對シテ之ヲ爲シタルノ行為ハ(後ニ説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ス

(ロ) 社會公衆對被害者間ニ於ケル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亦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地位品格等ハ犯罪ノ構成ニ關係ヲ有セス

(ハ) 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(註ニ見ル) 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地位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タ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ス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専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ン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 *Vis à Vis Relationship* ニ關スルモノ—即チ一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的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ツ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九十四條、第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ク惡事トハ單ニ刑律ニ觸ルヘキ事項ト云フノ義ニ非ス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德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醜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テ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毫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嘗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(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セシカ故ニ彼ニ此行爲アリト云フハ事コ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畫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サ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聲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畫トハ發音シ得ヘカラサル文字ヲ記載シタルモノ(他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サ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シムルコトヲ謂フ其各自ニ配布スルコトヲ要セサルカ故ニ公衆ノ集ルヘキ場所ニ揭示スルモ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リ公然又ハ公布等ノ文字ニ應對スヘキ文字ヲ用ヒナリシ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サ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 惡事醜行タルコトヲ知り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リ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サルニモ拘ラス之ヲ公布セリテ背德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サル所ナリ

處分ニ付テ 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リ例外トシテ誣罔(虛偽)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ヲ置キテ之ヲ無罪トシタルモノトス次ニ法律ハ公然ノ演說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說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說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シ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、被害者ノ名譽ヲ傷タ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日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スト

凡ソ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トモ從來屢々説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ズ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妄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ク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(二)其身分又ハ職業ニ因リテ知リ得タル陰私ヲ漏告シタルコト(三)陰私タルコトヲ知リナカラ之ヲ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

法律ハ之ヲ列舉シテ醫師藥商穩婆、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ノ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クル爲メニ挿入シタルモノナラントセリ穩婆ハ產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タ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タラン蓋シ茲ニハ「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 agents 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 avocat 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ナ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 *procureur* (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謂ミテ字ノ如ク説明ヲ要セザレトモ之ヲ列舉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エ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舉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リ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ザ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ザル總テノ秘密ヲ意味スルモノニ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ト隱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ザ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ザ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カ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ザル場合ニ於テハ罪ヲ構成セスト答ヘシノミ蓋シ後段ノ場合ニ在リテハ人ヲ殺テントシテ死者ヲ斬リタルト一般更ニ之ニ依リテ秘密ヲ漏告シ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秘密ノ漏告カ罪ト爲

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レ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茲ニ害ヲ生スルト同時ニ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 以上列擧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サ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ト云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就レニ重キヲ置ク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ナルヘシ 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

法律カ祖父母、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被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チ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恕及ヒ不諭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、姪子 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

ノ刑ニ照シニ等ヲ加ズト

謀殺、故殺ノ何モノタルコトハ第二百九十二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孰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ノ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子ハ之ヲ探ラス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ニ等ヲ加フ但癩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

毆打創傷其他ト云フト雖モ一般ノ例ニ於ケルカ如ク包括的ノ文字ヲ用ヒスシ

テ各犯罪ヲ列擧スルカ故ニ茲ニ漏レタルモノ例ヘ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タ法ノ缺點ナラン然レトモ毆打創傷ト曰ヒ監禁ト曰ヒ誹毀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誹毀罪ノ中ニハ毆打創傷及ヒ誹毀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ヘ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 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フルコトヲ得ス但其犯ス時知ラサル者ハ此限ニ在ラス」ト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瑕瑾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カ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トモ正當防衛ス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クヘカラサル奉養トス例ヘハ病メ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シハ罪ヲ構成セス彼ノ亦貧洗ノカ如ク之ヲ缺カサラント欲スルモ能ハサリシモノハ犯意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)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其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ハ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産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置ノ運動又ハ存在ヨリ發生スル諸般ノ效力例ヘハ人ノ勞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人ノ專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サル無主物又ハ所有者カ委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ノミ專屬シテ他人カ其上ニ何等ノ利益ヲ有セサ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一二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甲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力人ニ關スルモノ(取用ハ錢鐵、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(特ニ官許ヲ得タル者ニ非ズンハ)所有スルコトヲ得ストモノナルト)物ニ關スルモノ(有權ノ目的物トシテハ)法律上ノ存在ヲ有セサルモノ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ニ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(及ヒ埋藏スヘキ屍體ノ

如キ資産上ノ利益ヲ享有スヘキモノニ非サルモノハ許ラ得テ保有スルモノハ之ヲ除外ス蓋シ此等ノモノハ人カ其上ニ金錢ニ見做本罪ノ目的物タルコトヲルヘキ利益ヲ有スルコトヲ得ヘキモノナレハナリ得ル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

(二)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ア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テ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サルモノトスルモノト(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埃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マ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之
ヲ毀損スル罪即チ單ニ他人ノ利益ヲ害セシトノ意思ニ基ク罪トノ二種ニ大別
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サルトニ因リテ之ヲ(一)盜罪(二)橫
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 橫領罪 橫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)
委託物消費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
ル罪ヲ橫領罪中ニ入ルルハ少シク妥當ナラサ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サ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サルニ非サルヲ以テ特
ニ種目ヲ設クスシテ本罪中ニ編入スルコトトセリ)

三 盜罪ト橫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「ボ氏佛文第二草案第四百十條ニ un mobile corporel appartenant à autrui」(即チ他人ニ屬スル有體動産)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有若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尚ホ罪ヲ構成スト云フ者アリト雖モ「ボ氏佛文第一草案ニ 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サ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サ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

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

ヲ明示セサ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下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サルノ理ナクレハナリ又ハ何人ノ所有ニモ屬セサ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サルカ故ニ荷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サ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タ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ズ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サルニ由ルモノニシテ民法上所謂損害ノ點ヨリ觀察スレハ占有者ト雖モ犯人ノ行為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

第三百七十一條ニ曰ク「自己ノ所有物ト雖モ典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」ト是ナリ(一)典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スシテ事務管理ノ爲メナルトキ又ハ事實他人カ占有セサルトキハ本則ニ違リ罪ヲ構成セサルモノトス

第二ノ要素 奪取ノ所爲アルコトヲ要ス

(一)奪取即チ己ノ占有ニ移スノ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ル
 ニ移轉シ得ヘキ物件タルコトヲ要スルノミナルカ故ニ必スシモ民法上所謂動
 産タルコトヲ要セス不動産ト雖モ山林ノ竹木、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産タルコトヲ要スト云フ者アリ誤ニ非スト雖モ民法上所
 謂動産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産タルヲ要スルコトヲ主張センカ爲メ不動産ハ決シ
 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産其モノノ一部分ヲ盜取スルニ非ス先ツ主體タル不動産
 ヲリ分離シテ動産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
 ノミ不動産ノ一部分カ其主體ニ附著スル狀況モ動産カ不動産ノ上ニ存在スル
 有様モ全ク同一ニシテ其間毫モ異同アルコトナシ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ノ若クハ複雜タル勞力
 ヲ要スルノミ換言スレハ不動産ノ一部分ヲ主體ヨリ分離スルノ行爲ハ之ヲ移

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
 上ニ在ル菓實ヲ盜取スルノ行爲ト最モ重ク且ツ大ナル動産ヲ盜取スルノ行爲
 トヲ比較セハ思ヒ半ニ過タルモノアラシニ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サ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本罪ノ目的物タルコトヲ得サルモノトス(三)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有スト思料スル區域内ニ容レタル物件他人カ
 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ヒ
 又ハ百圓ナリト信シテ二百圓紙幣ヲ自己ニ支拂ヒ又ハ交付ヲ要セザル物件ノ
 在中スルコトヲ知ラスレテ之ヲ自己ニ引渡シ若シ又ハ拾得シテ占有スル物件
 八人ヲ誤リテ自己ニ物件ヲ交付シタル誤合ノ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(此點ニ關シ彼ノ例ハ郵便ノ取扱吏商家ノ丁
 種其他ノ使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擷取スルノ意思ヲ以テ物件ヲ擷取スルノ行爲ハ恰モ倉庫ニ於ケル鑰匙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ササルモノナルカ故ニ此等ノ者ノ占有内ニ在ラサルモノトス但シ監守官吏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ヘ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サ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和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ノミヲ以テ足レリトス(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

ハ被奪取者アルコトヲ想像スルノミナラス法文ニモ亦竊取又ハ強取トアリテ他人ノ監督ヲ侵シテ行ハルル行爲タルコトヲ示スカ故ニ本罪ノ目的物ハ他人ノ占有内ニ在ル物タルコトヲ要スト主張スル者アリト雖モ我輩ノ考フル所ニ依レハ遺失物ニ對スル罪モ亦本罪ト同シク他人ノ所有物ヲ橫奪スルノ行爲タリ然ルニ本罪ニ限リ法律カ特ニ取ノ字ヲ用ヒテ彼ト區別シタルハ客觀的ニ物カ奪取セラルヘキ位地ニ在ルト否トニ依リタルニ非スシテ主觀的ニ犯人ノ意思カ初ヨリ他人ノ物ヲ奪取セント欲シタルニ在ルヤ將タ初ハ善意ニ之ヲ拾得シ後ニ至リテ横領セント欲シタルニ在ルヤ換言セハ奪取ノ行爲カ將タ返還セザルハ行爲ナルカニ依リタルモノナルカ故ニ物カ他人ノ占有内ニ在ルト否トハ本罪ノ構成ヲ左右スルモノニ非ス蓋シ論者ノ言フカ如クソハ凡ソ犯罪ヲ構成スル爲メニハ常ニ物ニ關スル要素ト意思ニ關スル要素トカ互ニ相投合スルコトヲ要スルカ故ニ遺失物ナリト信シ他人ノ占有セル物ヲ拾得シテ之ヲ隱匿シタル者及ヒ他人ノ占有セル物ナリト信シテ遺失物ヲ盜取シタル者ハ何レモ無罪タラサルヲ得サルノ結果ヲ生スヘシ是レ豈ニ立法ノ趣旨ナランヤハ此論爭

的ヨリ立論スルカ客觀的ヨリ立論タルカノ相違ニシテ結局ハ本罪ハ奪取ト云フ即時ノ行為ヲ以テ成リ所有又ハ所持ノ行為ヲ以テ成ルニ非ナルカ故ニ奪取ノ行為ニ因リテ完成スル即時犯罪ニシテ奪取以後ノ行為例ヘハ奪取シタル物ヲ拋棄シ又ハ返還シタル等ノ行為ハ本罪ノ構成ヲ左右スルモノニ非ス然ラハ其所謂奪取ノ行為ハ何時完成スヘキヤ換言スレハ盜罪ノ未遂犯ト已遂犯トノ境界如何此點ニ付テハ從來種種ノ學說アリ

第一說 物カ犯人ノ行為ニ因リ現在ノ場所ヲ離レタルトキ例ヘハ目的物タル菓實、魚鳥等カ樹木、池水又ハ籠ヲ離レタルトキヲ以テ已遂トス

第二說 ……現在ノ場所ヲ離レテ犯人ノ實力内ニ入りタルトキ例ヘハ……樹木、池水又ハ鳥籠ヲ離レテ犯人ノ手又ハ之ニ代ルヘキ籠等ノ中ニ入りタルトキヲ以テ已遂トス

第三說 ……犯人ノ實力内ニ入り犯人カ之ヲ獨占スルノ狀況ニ達シタルトキ例ヘハ……犯人ノ手又ハ之ニ代ルヘキ籠等ノ中ニ入り犯人カ之ヲ握ヘテ所有者ノ邸内ヲ出テタルトキヲ以テ已遂トス

第四說 ……犯人カ之ヲ獨占シテ持行カント欲シタル場所隨テ自己ノ物ノ如ク自由且ツ平穩ニ處分シ得ヘキ場所ニ置キタルトキ例ヘハ……所有者ノ邸内ヲ出テ被害者其他ノ者ノ追呼ヲ免レ自宅又ハ其他ノ場所ニ置キタルトキヲ以テ已遂トス

而シテ予ハ奪取トハ他ニ在ル物ヲ移轉シテ自己ノ手中ニ入ルルコトヲ意味スルモノニシテ單ニ移轉シタルノミヲ以テハ未ダ奪取ノ行為アリト謂フヲ得サルト同時ニ已ニ之ヲ自己ノ實力内ニ入レタルトキハ必スシモ被害者ノ占有區域ヲ脱シ又ハ自由且ツ平穩ニ處分シ得ヘキ場所ニ置クコトヲ要セザルモノト信スルカ故ニ第二說ヲ主張セント欲ス

第三ノ要素 不正ナルコトヲ要ス

凡ソ犯罪ハ皆不正タリ唯リ本罪ニ於テ之ヲ要スルニ非ス而シテ特ニ之ヲ揭タル所以ハ畢竟盜罪ハ所有權奪取ノ行為ニシテ他人ノ所有物ヲ奪取シ其物ノ上ニ所有者ト同一ナル利益ヲ享受セントスルハ其レ自身既ニ正當ニ非スト雖モ自己ニ得ヘキ權利アル物件ヲ奪取スルノ行為例ヘハ代價ヲ支拂ヒタルニモ拘ラ

★賣主カ其物ノ所有權ヲ移轉スルノ行爲ヲ爲ササル場合ニ於テ適法ノ手段ニ依ラス腕力ニ訴ヘテ之ヲ奪取シタルカ如キ行爲ハ適法ノ手段ニ依ラスシテ人ノ所有物ヲ奪取シタリト云フ形式上ノ不法不正即チ裁判權侵害ノ行爲アルノミ其本質ニ於テハ彼ノ權利ナクシテ之ヲ奪取スルカ如キ不正アルニ非ス隨テ盜罪ヲ構成セサルモノタルコトヲ明カニセンカ爲メナリ(此點ニ關シ人或ハ曰ハン自己ニ得ヘキ權利アリト信シテ之ヲ奪取スルモ然ラザルモ畢竟盜心ヲ生出シタル原因即チ奪取ノ意思ノ遠因ノ上ニ差異アルノミ自己ノ所有ニ非ザルコトヲ知リテ之ヲ奪取スルノ意思ト所爲トニ於テハ其間毫モ相異ナル所ナシ法律ハ此意思ト此所爲トヲ要スルノミ隨テ兩者均シク犯罪ヲ構成ス此等ノ遠因ハ單ニ酌量減輕ノ理由タルコトアルノミト然リ法律ハ奪取ノ意思ト行爲トヲ以テ充足スルカ如シ然レトモ是レ畢竟皮相ノ見ノミ法律ハ普通ノ場合ニ依リテ規定ヲ設クムナリ之ヲ要セサルカ故ニ言ハサルニ非ス猶ホ毆打創傷トアラテ不正ノコトヲ言ハス文書偽造ト言ヒテ害意ヲ言ハサルカ如シ說者ノ如キハ竊ニ法律ヲシテ死物否有害物タラシムルニ至ラン蓋シ盜罪ノ規定ハ不廉潔ノ

意思ヲ罰スルニ在リ本問ノ如キハ裁判權侵害罪ノ規定ヲ設ケテ之ヲ罰センノミ)

第四ノ要素 他人ノ所有物ナルコトヲ知り之ヲ奪取スルノ意思アルコトヲ要ス

他人ノ所有物タルコトヲ知り之ヲ奪取スルノ意思即チ所有者ノ意ニ反シテ所有者ト同一ノ利益ヲ享受センカ爲メ之ヲ獲得セント欲スルノ意思アルコトヲ要スルカ故ニ自己ノ所有物ナリト信シタル場合若クハ他人ノ所有物タルコトヲ知ルト雖モ之ヲ奪取スルニ非スシテ一時借入レ又ハ保管センカ爲メニ出テタル場合ハ本罪ヲ構成セズ然レトモ茲ニ聊カ注意スヘキハ縱令借入ルルノ意思ヲ以テスルモ始ヨリ所有者ニ非サレハ爲スコトヲ得ヘカラサルノ行爲ヲ爲スノ目的例ヘハ賣却若クハ抵當典物トスルノ目的ヲ以テ物ヲ所有者ノ意ニ反シテ自己ノ占有内ニ入レタル場合ニ於テハ本罪ノ意思アルモノトス蓋シ所有者ニ非サレハ爲スコトヲ得サル行爲ヲ爲スノ意思ハ物ヲ危險ノ位地ニ置クモノニシテ借入レノ意思即チ返還ノ意思ヲ抹消スルモノナレハナリ

以上盜罪ニ共通ナル要素ヲ説明セリ以下親屬相盜ニ付テ一言セシ

親屬相盜 第三百七十七條ニ曰ク祖父母父母夫妻子孫及ヒ其配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹互ニ其財物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラス若シ他人共ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ハ竊盜ヲ以テ論スト(一)茲ニ所謂竊盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラストノ規定ノ性質(二)共ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ノ罪質及バ(三)本條適用ノ範圍如何

一 [竊盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラストノ規定ノ性質如何 此點ニ付テハ從來二箇ノ學說アリ

第一說ニ曰ク古代羅馬其他ノ諸國ニ於テハ凡ソ財產ハ家長ト家族トニ由リテ成立シタル家即チ Familie ニ屬シ其間甲ノモノ若クハ乙ノモノト云フカ如ク或者ニ專屬シタル特有ノ財產アルコトヲ認メザリキ即チ現今諸外國特ニ我國ノ刑法ニ於テ其間ニ於ケル盜取ノ行爲ヲ罪トシ論セサルハ猶ホ古代羅馬ニ於ケルカ如ク親屬間ニ於テハ特種ノ財產ヲ有スル者ナク所謂甲ノ處分シ得ヘキ物ハ乙モ亦之ヲ處分シ得ヘキ物ト認ムルノ結果之ヲ盜取スルノ行爲ハ恰モ自己

ニ屬スル物ヲ奪取スルニ異ナラサルモノニシテ盜罪ノ目的物ハ他人ノ物件タルコトヲ要スルノ條件ヲ缺カスルカ故ニ之ヲ無罪トスルナリト

第二說ニ曰ク古代ニ在リテハ第一說ノ主張スルカ如ク親屬間ニ於テハ互ニ特有ノ財產ヲ有スル者ナキカ故ニ其間ニ於ケル盜取ノ行爲ハ猶ホ自己ノ物ヲ盜取スルト同シク根底ヨリ罪ヲ構成セスト雖モ文化漸ク進ミ所謂家族制度ナルモノ漸次簡人制度ニ傾キタル今日ニ在リテハ法律ハ現ニ親族間互ニ獨立シテ財產ヲ有スル者アルコトヲ認メタリ然ルニ第一說ノ如ク親屬間ニ於テハ互ニ獨立シテ財產ヲ有スル者ナキカ故ニ其間ニ於ケル盜取ノ行爲ハ罪ヲ構成セタルナリトスルハ明カニ他ノ法律ニ矛盾セルモノニシテ正當ノ解釋ト謂フヲ得ス畢竟或親密ナル親族間ノ平和ヲ維持センカ爲メ之ヲ罪トシ論セザルモノニシテ道義若クハ公益ニ基キタル規定ト云フノ外ナシト

而シテ此第二說ニ於テ其之ヲ罪トシ論セザルノ意義如何ニ付テハ學說更ニ二派ニ岐ル

(一) 之ヲ無罪トスルハ或親族間ノ平和ヲ破ラサランカ爲メ罪アリト雖モ刑

ヲ科セザルナリ(第一説)

(二)之ヲ無罪トスルハ公益ニ基クモノニシテ當ニ刑ヲ科セザルノハミナラス、
根底ヨリ罪ヲ構成セストスルナリ(第二説)
是ナリ

右二説果シテ孰レヲ以テ我刑法ノ解釋ニ適スルモノトスヘキカ第二説ハ近世
ノ進歩シタル他ノ法律思想ニ適合シタルモノニシテ立法論トシテハ固ヨリ非難
ヲ容ルルノ餘地ナシト雖モ我現行刑法ノ解釋トシテハ予ハ寧ロ第一説ヲ以テ
我法律ノ精神ヲ得タルモノナリト信ス蓋シ第二説ノ如クナラシメハ之ヲ無罪
又ハ無刑トスルハ犯人ト被害者トノ間ニ簡人的親族ノ關係アルカ故換言スレ
ハ其人ニノミ對シテ特種ノ身分アルカ故ニシテ之ト共ニ犯シタル他人ハ無罪
又ハ無刑トセラルヘキ特種ノ身分ナキカ故ニ有罪タラサルヲ得ス然ルニ我刑
法ニ於テハ他人共ニ犯スモ財物ヲ分テタルトキハ之ヲ無罪トシ財物ヲ分テタ
ル場合ニ於テノミ始メテ盜ヲ以テ論スルモノトシテ以テ明カニ第二ノ主義ニ反
セルノミナラス第二説ノ如ク單ニ親族間殊ニ或親密ナル關係アル親族間ノ平

和ヲ維持セントスルニ在ラハ兄弟姉妹ハ通常親密ナル關係ヲ有スルモノニシ
テ同居ノ兄弟姉妹タルト然ラサルトヲ區別スルノ必要ヲ認メス然ルニ一方ニ
於テ祖父母父母ト言ヒテ尊屬單屬親間ノ關係此關係ニ於テハ事實上特有ノ財
産アルコトナシヲ示スト同時ニ兄弟姉妹ニ對シテハ特ニ同居ノ條件ヲ必要ト
スルヲ觀レハ到底我刑法ハ古代羅馬法ノ主義ノ如ク此等親族間ノ關係ニ於テ
ハ各自特有ノ財産アルコトヲ認メタルモノト謂フニ非サレハ愈ニ能ク説明ス
ルコト能ハサレハナリ之ヲ要スルニ親族相盜ヲ罰セスト云フハ遠ク羅馬ノ時
代ヨリ今日ニ至ルマテ各國ノ立法上久シキ沿革ヲ以テ採用セラレタル規定ニ
シテ第二説ノ如キハ畢竟理論ニノミ偏シテ沿革ヲ無視シタルモノト謂ハサル
ヲ得スト信ス

二 共ニ犯シテ財物ヲ分テタル者ノ罪質如何 既ニ説明シタルカ如ク親族相
盜ハ根底ヨリ竊盜罪構成ノ要件ヲ缺クニ基ク無罪ナルカ故ニ之ニ與リタル他
人ハ猶ホ他人ノ正當防衛ニ加效シタル者ト同シク根本ヨリ罪ヲ構成セス然ル
ニ法律ハ共ニ犯シテ財物ヲ分テタル場合ニ限り特ニ之ヲ罪トシテ論スルコト

ト爲シタルカ故ニ其所謂他人ノ罪質ハ財物ヲ分ツト云フ條件ヲ以テ若クハ條件ヲ具備シテ始メテ獨立ノ犯罪ヲ構成スルモノト謂ハサルヘカラス茲ニ共ニ犯ストハ他ノ條項ニ於テ用ヒラレタルカ如ク正犯若クハ實行ニ加効シタル者ノミヲ謂フニ非ス總テノ共犯ヲ包含スルモノトス

三 第三百七十七條適用ノ範圍如何 本問ニ關シ竊盜罪ナルモノハ前ニ吾輩カ殺人罪ニ付キ故殺ハ凡テノ殺人罪ニ通スル基本罪ナリト説明シタルカ如ク所謂總テノ盜罪ニ通スル基本罪ニシテ其規定ハ總テノ盜罪ニ通スル總則ナルカ故ニ純理ヨリ立論スルトキハ盜罪總則ノ一タル本條モ亦單ニ竊盜罪ノミニ止マラス強盜恐喝取財及ヒ詐欺取財ニモ適用セラルヘキモノト謂ハサルヘカラス然レトモ刑法ノ規定ヲ見ルニ詐欺取財其他之ニ類似ノ犯罪ニ關シテハ本條ニ拘ラス別ニ第三百九十八條ノ規定アルト同時ニ強盜罪ニ關シテハ唯リ此規定ヲ缺如セルニ依リテ之ヲ觀レハ立法者ニ於テ強盜罪ニノミ限リ之ヲ遺忘シタリ若クハ總則ノ規定ニ委シタリト看ルコトヲ得サルノ結果解釋論トシテハ強盜罪ニハ本條ノ適用ナキモノナリトスルノ説モ有力ナル議論ナルヘシ第

三百七十一條ノ規定モ亦之ニ準ス

終ニ隨ミ一言本條ノ適用ニ付キ注意ス(一)本條ノ親屬ニ付テハ第百十五條ヲ參照スヘク(二)同居ハ事實上ノ同居ノミナラス戸籍面ノミノモノヲモ包含ス(三)戸籍面ノミノ絶縁ハ必スシモ血統上ノ親屬タルコトヲ妨ケス

乙 盜罪ノ種類 法律ハ盜取行爲ノ行ハルル手段ノ如何ニ依リ之ヲ四種ニ分類セリ曰ク(一)竊盜罪(二)強盜罪(三)恐喝取財ノ罪(四)詐欺取財ノ罪是ナリ

第一項 竊盜罪

本罪ハ故殺罪ノ殺人罪ニ於ケルカ如ク盜罪ノ基本罪ニシテ其定義及ヒ構成要素ハ己ニ之ヲ説明シタルカ故ニ予ハ直チニ本罪ノ種類ヲ説明スヘシ
本罪ハ之ヲ分チテ二トスルコトヲ得曰ク(一)普通竊盜(二)加重竊盜是ナリ

第一段 普通竊盜

普通竊盜ハ更ニ之ヲ二種ニ分ツコトヲ得曰ク(一)田野山林牧場等ニ於ケル產物

又ハ牧畜以外ノ物ノ竊盜ニ田野山林牧場等ニ於ケル產物又ハ牧畜ノ竊盜是ナリ

甲 田野山林牧場等ニ於ケル產物又ハ牧畜以外ノ物ノ竊盜 本場合ノ竊盜罪ハ第三百六十六條及ヒ明治二十三年法律第九十九號第一條ニ規定セラレ第三百六十六條ニ曰ク人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス明治二十三年法律第九十九號第一條ニ曰ク家屋其他ノ建造物外ニ於テ犯シタル竊盜ニシテ未タ遂ケタル者又ハ已ニ遂ケタルモ其感額五圓ニ滿ナル者ハ十一月以上二月以下ノ重禁錮ニ處スト

即チ法律ハ本場合ノ竊盜ヲ分チテ更ニ家屋内ニ於テ行ハレタルモノト然ラザルモノトセリ

一 家屋内又ハ家屋外トハ如何ナルコトヲ云フヤ 本規定ハ恐ラク佛國刑法第三百九十條ノ規定ニ倣ヒタルモノニシテ其意蓋シ盜取ノ行爲ヲ防止センカ爲メ特ニ設ケラレタル保障線ヲ侵シテ行ハレタル竊盜ト然ラサルモノトテ區別スルニ在ルカ故ニ彼ノ勸工場劇場演車ノ待合所等公衆ノ自由ニ來往スヘキ

場合ニ於ケル竊盜ハ縱令家屋内又ハ建造物内ニ於テ行ハレタルモノト雖モ尙ホ屋外竊盜ノ行爲タリトスルヲ以テ立法ノ趣旨ニ適スルモノタルヘト雖モ若シ夫レ此ノ如ク論センカ縱令吾人ノ住居スル家屋内ニ於ケル竊盜ト雖モ犯人ニ於テ家内ニ在ル物ヲ竊取センカ爲メ特ニ保障線ヲ侵シテ盜取シタルノ行爲ナク單ニ保障線内ニ入りタルヲ好機トシテ竊盜ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ屋外竊盜ノ行爲トセサルヘカラサルニ至リ明カニ法文ニ反スルノ結果ヲ生スルカ故ニ予ハ寧ロ場合ニ依リテハ無意味ノモノト爲ルコトアルヘシト雖モ單ニ明文ノ表示スル所ニ依リ如何ナル性質ノ場所ト雖モ苟モ家屋其他ノ建造物即チ吾人ノ住居ニ供セラレタル住家及ヒ之ト同シク土地ニ定著セラレ家屋ト同一ナル構造ヲ有スル建築物内ニ於テ行ハレタルモノハ皆屋内竊盜ノ行爲ニシテ然ラサルモノハ皆屋外竊盜ノ行爲ナリト言ハント欲ス畢竟明文ノ用語宜キヲ得サルニ基クモノニシテ刑法改正ノ時ニ當リテハ注意スヘキ點トス

二 然ラハ屋内ニ於テ行ハレタルモノト然ラサルモノトハ何ヲ標準トシテ區別スヘキヤ詳言スレハ(一)物カ屋内ニ在ルト然ラサルトニ依ルヘキヤ(二)犯人カ

屋內ニ在ルト然ラサルトニ依ルヘキヤ將タ(三)物ト犯人トカ同時ニ屋內ニ在ルト然ラサルトニ依ルヘキヤ予ハ嘗テ右第三ニ依リテ區別スヘキモノナリトノ說ヲ主張セシカ今ハ一般ノ判例ニ從ヒ第一ニ依ルヲ以テ正當ナリト信ス蓋シ田野山林牧場等ノ竊盜ニ付テモ亦物ノ所在ヲ標準トスレハナリ

乙 田野山林牧場等ニ於ケル產物又ハ牧畜ノ竊盜 本場合ノ竊盜罪ハ第三百七十二條乃至第三百七十四條及ヒ明治二十三年法律第九十九號第二條ニ規定セラレ

第三百七十二條ニ曰ク「田野ニ於テ穀類菜菓其他ノ產物ヲ竊取シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處ス」第三百七十三條ニ曰ク「山林ニ於テ竹木鑛物其他ノ產物ヲ竊取シ又ハ川澤地沼湖海ニ於テ人ノ生養シ若クハ營業ニ關スル產物ヲ竊取シタル者ハ亦前條ニ同シ」第三百七十四條ニ曰ク「牧場ニ於テ牧畜ノ獸類ヲ竊取シタル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス」明治二十三年法律第九十九號第二條ニ曰ク「田野山林川澤地沼湖海ニ於テ其產物ヲ竊取セントシ又ハ牧場ニ於テ其獸類ヲ竊取セントシテ未ダ遂ケサル者又ハ已ニ竊取シタルモ其賊

額五圓ニ滿サル者亦前條ニ同シト

即チ前ノ場合ト異ナル所ハ竊盜ノ行ハレタル場所カ田野山林又ハ牧場ナルト其目的物カ田野山林……ノ產物又ハ牧場ニ於ケル牧畜ノ獸類ナルトノ點ニ在

場所ニ付テハ説明ヲ要セス產物トアルカ故ニ佛國等ノ法規ト異ナリ農耕若クハ漁業等ノ爲メニ使用スル錨釣漁網又ハ牧蓄ノ爲メニ使用スル乘馬又ハ犬等ヲ包含セサルハ勿論トス然ラハ產物トハ如何ナルモノヲ云フヤ換言スレハ荷モ天產ノ儘ニシテ未ダ何等ノ人工ヲモ加ヘサルモノナルトキハ天然ノ狀況ニ存在スルト將タ已ニ天然ノ狀況ヲ離レタルトヲ問ハサルヤ反對論アリト雖モ予ハ天然ノ狀況ニ存在スルモノニ限ルモノニシテ彼ノ已ニ收穫又ハ伐採セラレテ田野山林ニ在ル樹木若クハ菜菓等ハ縱令天然ノ儘ニ存在スルモノニシテ未ダ何等ノ人工ヲモ加ヘサルモノト雖モ前ノ場合ニ入ルヘキモノト思料ス

普通竊盜ノ處分 普通竊盜ノ處分ニ付テハ法律ハ先ツ田野山林……ノ產物又

ハ牧場ニ於ケル牧畜ノ獸類ニ係ルモノト然ラサルモノトヲ分テ(一)然ラサルモノノ中家屋外ニ於テ行ハレタル竊盜贓額五圓ニ滿タサルモノ及ヒ贓額五圓以上ノ未遂犯ハ明治二十三年法律第九十九號第一條ニ依リ十一月以上二月以下(再犯以上ノモノハ總則ノ適用ニ依リ二月十五日ニ至ルコトヲ得)ノ重禁錮ニ處シ其他ノモノハ第三百六十六條、第三百七十六條ニ依リ二月以上四年以下ノ重禁錮及ヒ六月以上二年以下ノ監視ニ處シ未遂ニ係ルトキハ第三百七十五條、第三百七十二條ニ依リ一等又ハ二等ヲ減シ二人以上共ニ犯シタルトキハ第三百六十九條ニ依リ各一等ヲ加ヘ(二)田野、山林……ノ產物又ハ牧場ニ於ケル牧畜ノ獸類ニ係ルモノノ中未タ遂ケサルモノ及ヒ已ニ遂ケタルモ贓額五圓ニ滿タサルモノハ明治二十三年法律第九十九號第二條ニ依リ十一月以上二月以下再犯以上ノ者ハ總則ノ適用ニ依リ二月十五日ニ至ルコトヲ得)ノ重禁錮ニ處シ其他ノ者ハ第三百七十二條乃至第三百七十四條及ヒ第三百七十六條ニ依リ一月以上一年以下ノ重禁錮若クハ二月以上二年以下ノ重禁錮及ヒ六月以上二年以下ノ監視ニ處シ未遂ニ係ルトキハ第三百七十五條、第三百七十二條ニ依リ一等又ハ二等ヲ

減ス

(注意)(一)明治二十三年法律第九十九號ニ依リテ處罰セラルヘキ者ニモ亦刑法第三百七十六條ヲ適用シテ監視ヲ附スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題アレトモ法律第九十九號ハ主刑ト附加刑トヲ併セテ一刑トシタル普通刑法ノ規定ヨリ除外セラレタル特別法ナルカ故ニ消極ニ決スヘキハ勿論トス(二)第三百六十九條ニ付テイ(二人以上共ニ犯シタルノ故ヲ以テ加重セラルル所以ハ犯罪ノ實行ヲ確實ニシ以テ被害者ヲシテ之ヲ防クニ困難ナラシムルカ若クハ危險ノ恐アルカ故ナルヲ以テ其所謂二人以上共ニ犯シタル者トハ實行ニ加致シタル者ノミヲ謂フモノトス(ロ)共犯ハ必スシモ意思ノ共通ヲ要セス隨テ若シ意思ノ共通セサル場合ニ於テハ主觀的ニ他人ト共ニ犯サントノ意思ト行爲トアルモノニ對シテノミ本條ヲ適用スヘキモノトス

第二段 加重竊盜

法律ハ第三百六十七條、第三百六十八條及ヒ第三百七十條ニ於テ三箇ノ加重ス

（キ）場合ヲ規定セリ曰ク（一）水火震災其他ノ變ニ乘シタル場合（二）門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キテ邸宅倉庫ニ入りタル場合（三）兇器ヲ携帯シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入りタル場合是ナリ

甲 水火震災其他ノ變ニ乘シタル場合

第三百六十七條ニ曰ク水火震災其他ノ變ニ乘シテ竊盜ヲ犯シタル者ハ六月以上五年以下ノ重禁錮ニ處ス

水火震災トハ文字ノ示スカ如シ別ニ説明ヲ要セス其他ノ變トハ被害者カ物ノ監督ニ注意ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ立テ至ルヘキ一般ノ出來事ヲ意味ス乘ストハ之ヲ機會トスルコトヲ謂フ際ナル文字トハ少シク異ナル所アリ被害者ノ備ナキヲ利用シタルノ狀況アルコトヲ要ス

乙 門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キテ邸宅倉庫ニ入りタル場合

第三百六十八條ニ曰ク門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キテ邸宅倉庫ニ入り竊盜ヲ犯シタル者ハ亦前條ニ同シト

本場合ノ罪ヲ構成スル爲メニハ特ニ下ノ二要素ヲ具備スルコトヲ要ス（一）門戶

牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キタルコト（二）踰越損壞若クハ鎖鑰ヲ開クノ行爲ハ邸宅倉庫ニ入り竊盜ヲ爲スカ爲メニ行ハレタルコト是ナリ

第一ノ要素 門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キタルコトヲ要ス

（一）茲ニ門戶牆壁ト云フハ人ノ侵入ヲ防クカ爲メニ設ケラレタル保障線ヲ形容シタルモノナルカ故ニ門戶牆壁ニ代ルヘキ堀若クハ溝ヲ踰越シタル者モ亦此中ニ入ル（二）踰越損壞ナル文字モ亦恰モ門戶牆壁ノ上ヲ通過シ若クハ破壞シタル行爲ノミヲ意味スルカ如キモ畢竟故ラニ障害物ヲ排除シ若クハ之ヲ無効ナラシムルコトヲ形容シタルモノナルカ故ニ臺所ノ流口ヨリ潛入スルカ如キ非常ノ方法ニ依リテ邸宅ニ入りタル者モ亦茲ニ所謂踰越損壞タルヘシ（三）次ニ鎖鑰ナル文字モ亦恰モ金屬ヲ以テ作ラレタル錠前ノ如キモノノミヲ意味スルカ如シト雖モ畢竟廣ク戸締リノ用ニ供シタルモノト云フコトヲ形容シタルモノナルカ故ニ如何ナル物ト雖モ戸締リノ用ニ供セラレタルモノハ皆茲ニ所謂鎖鑰トス（四）末文ニ邸宅倉庫ニ入りノ文字アリテ所謂鎖鑰ハ此等ノ物ニ施サレタルモノタルコトヲ要スルカ故ニ押入戸棚又ハ箆筒等ニ施サレタル錠前ヲ開クノ

行爲ハ本條ノ管スル所ニ非ス

第二ノ要素 踰越損壞若クハ鎖鑰ヲ開クノ行爲ハ邸宅倉庫ニ入り竊盜ヲ爲スカ爲メニ行ハレタルコトヲ要ス

(一)此點ハ管テ我母法タル佛國刑法ノ下ニ於テ一タヒ疑問ト爲リタルコトアルモ此點アルカ故ニ加重ノ情アリトセラルルモノニシテ他ノ目的ノ爲メニ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キテ入りタル際竊盜ヲ爲シタル者ハ加重スヘキノ理由ナシト云フコトニ判例一定シ今日ニ於テハ學者間亦議論ヲ弄スル者ナシ(一)邸宅トハ家屋ニ屬スル圍牆内ヲ總稱スルモノナルカ故ニ家屋ヲ包含スルコト勿論ナリト雖モ建造物トハ全ク別異ノモノナルト同時ニ倉庫ハ建造物ノ一部ニ過キサレカ故ニ倉庫以外ノ建造物ニ入りテ竊盜ヲ爲サンカ爲メ其門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ其鎖鑰ヲ開キタル者ハ本條ノ管スル所ニ非スト謂ハサルヘカラス恐ラク立法ノ缺點ナラン

(注意) 門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開クノ行爲ハ犯罪構成ノ要素ヲ形成スルモノナルカ故ニ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開カントスルノ行爲ハ業ニ

巳ニ着手以上ノ行爲ヲ形成シタルモノトス

丙 兇器ヲ携帯シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入りタル場合

第三百七十條ニ曰ク兇器ヲ携帯シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入り竊盜ヲ犯シタル者ハ輕懲役ニ處ス

本條ノ罪ヲ構成スルカ爲メニハ特ニ下ノ二要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)兇器ヲ携帯シタルコト(二)人ノ住居シタル邸宅ニ入りタルコト是ナリ

第一ノ要素 兇器ヲ携帯シタルコトヲ要ス

兇器トハ普通人ヲ殺傷スルノ用ニ供シ得ヘキ物件ヲ謂フ普通人ヲ殺傷スルノ用ニ供シ得ヘキ物件タルコトヲ要スルカ故ニ極メテ小ナル小刀鑿又ハ繩等ノ如キハ之ヲ携帯スルモ本條ノ罪ヲ構成セス然ラハ苟モ兇器ヲ携帯シタルトキハ縱令竊盜ヲ爲スカ爲メ特ニ携帯シタルニ非スト雖モ本罪ヲ構成スヘキヤ此點ニ付キ予ハ管テ消極論ヲ採リ彼ノ例ヘハ兵士等平常兵器ヲ携帯スル者カ偶然之ヲ携帯シタル僮人ノ住居シタル邸宅ニ入り竊盜ヲ爲シタルカ如キハ本條所謂持兇器竊盜ヲ以テ論スルコトヲ得スト主張セシカ今ハ反對論ヲ主張シ兇器

ヲ携帯ハ其レ自身人身ニ危害ヲ與フヘキ機會ヲ有スルモノニシテ少クトモ客觀的加重ノ情アルモノナルカ故ニ知リテ之ヲ携帯シタル者ハ特ニ携帯シタルト否トニ論ナク凡テ本條ノ範圍ニ屬スヘキモノト決定ス

第二ノ要素 人ノ住居シタル邸宅ニ入りタルコトヲ要ス

(一)人ノ住居シタル邸宅トハ人ノ住居ニ供シタル邸宅ノ義ニ非スシテ現在人カ其内ニ住居スル邸内ヲ云フモノトス蓋シ法律カ兇器携帯ノ行爲ヲ加重ノ情アリトシタルハ人身ニ危害アラランコトヲ慮リタルモノナレハナリ(二)人ノ住居シタル邸宅タルコトヲ要スルカ故ニ邸宅ト云フヘカラサル建造物ハ勿論縱令人ノ邸宅ト雖モ明家若クハ不在中ノ邸宅ニ入りタル者ハ本罪ヲ構成セス(三)邸宅ニ入りテ竊盜ヲ爲シタルコト即チ竊盜ヲ爲スカ爲メ邸宅ニ入りタルコトヲ要スルカ故ニ縱令兇器ヲ携帯セテ竊盜ヲ爲スモ偶然他ノ理由ニ因リ邸宅内ニ在ルノ際竊取シタル者ハ本條ノ範圍外トス

加重竊盜ノ處分 水火震災其他ノ變ニ乘シタル場合及ヒ門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キ邸宅倉庫ニ入りタル場合ハ六月以上五年以下ノ重禁錮及

ヒ六月以上二年以下ノ監視(第三七六條)ニ處シ未遂ニ係ルトキハ一等又ハ二等ヲ減シ(第三七五條)第一一二條二人以上共ニ犯シタルトキハ各一等ヲ加ヘ(第三六九條)兇器ヲ携帯シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入りタル場合ハ輕懲役及ヒ二年ノ監視(第三七〇條)ニ處シ未遂ニ係ルトキハ一等又ハ二等ヲ減ス(第三七五條)第一一二條第一一三條別ニ説明ヲ要セス然レトモ茲ニ一二ノ問題アリ

(一) 第三百六十七條ノ場合ト第三百六十八條ノ場合トカ競合シ又ハ此二條ノ場合ト第三百七十條ノ場合トカ競合シタル場合ニ於テハ何レノ法條ヲ適用ス可キヤ第三百六十八條ハ第三百六十七條ヲ補ヒタル法條又第三百七十條ハ第三百六十九條以上ノ規定ヲ適用セラルヘキ總テノ場合ヲ總括シ之ノミヲ以テ特別加重ノ情アリトシタルモノナルカ故ニ前ノ場合ニ於テハ第三百六十七條ノミ後ノ場合ニ於テハ第三百七十條ノミヲ適用スヘキモノト信ス

(二) 第三百七十條ノ共犯中兇器ヲ携ヘサル者アルモ尚ホ該條ニ依リテ加重スヘキヤ知情ノ如何ヲ以テ區別シ情ヲ知りタルトキハ加重スヘキモノト信ス

第二項 強盜罪

前ニ述ヘタル如ク強盜モ亦盜ノ一種ナリ唯第三百六十七條ノ如ク盜ヲ行フノ手段カ普通ノ場合ト異ナルノミ隨テ或二三ノ國ニ於テハ特ニ之ヲ別種ノ犯罪トセス盜ノ一種トシテ規定スルモノアリ之ヲ特種ノ犯罪トシ強盜ナル名稱ヲ附シタルハ蓋シ古來ノ慣習ニ基キタルモノナリ

右ニ説明セルカ如ク本罪ハ盜ノ一種ナルカ故ニ盜罪ニ通スヘキ各要素ヲ具備スルコトヲ要スルハ勿論ナリ故ニ此點ハ再ヒ之ヲ説明セス單ニ本罪ニ特別ナルモノノミヲ説明セン

第三百七十八條ニ曰ク「入ヲ脅迫シ又ハ暴行ヲ加ヘテ財物ヲ強取シタル者ハ強盜ノ罪ト爲シ輕懲役ニ處ス」ト

故ニ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)盜ヲ行フノ手段トシテ人ノ生命又ハ身體ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘタルコト(二)財物ヲ奪取シタルコト是ナリ

第一ノ要素 盜ヲ行フノ手段トシテ人ノ生命又ハ身體ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘタルコトヲ要ス

(一)暴行トハ不正ノ腕力ヲ弄スル總テノ行爲ヲ意味スト雖モ前ニ説明シタルカ如ク脅迫ト相對シテ用ヒラルル場合ニ在リテハ有形ノ暴行即チ人ノ生命、身體等總テ人ノ身體ヲ組成スル物質ノ上ニ向ヒテ直接ナル損害ヲ生セシムヘキ不正ノ腕力ヲ意味シ脅迫トハ暴行ノ一種ニシテ總テ精神ノ人ノ生命、身體等ニ危害アラントノ恐怖心ヲ起サシムヘキ總テノ行爲即チ無形ノ暴行ヲ意味ス然ラハ茲ニ所謂脅迫トハ現實且ツ直接ナル危害ヲ生スルノ恐ヲ懷カシムヘキ有形ノ行爲ト未來ニ有形又ハ無形ノ危害ヲ生スルノ恐ヲ懷カシムヘキ無形ノ行爲トヲ問ハス總テ之ヲ包含スルヤ予ハ茲ニ所謂脅迫トハ現實且ツ直接ナル危害ヲ生スヘキ恐ヲ懷カシムヘキ有形ノモノトヲ包含スルモノノ總テト未來ニ有形ノ危害ヲ生スルノ恐ヲ懷カシムヘキ無形ノモノトヲ包含スルモノニシテ未來ニ無形ノ害惡ヲ生スヘキ無形ノモノトハ之ヲ包含セサルモノト信ス(二)又茲ニ所謂暴行脅迫ハ盜取ノ手段タルコトヲ要スルカ故ニ盜取以外ノ目的ヲ以テ暴行脅迫ヲ加ヘタル

際同時ニ盜取ヲ行ヒタル場合ニ在リテハ普通竊盜罪ト他罪トノ併發ナリトス
 第二ノ要素 財物ヲ奪取セタルコトヲ要ス 竊取ニテハ盜取ニテハ奪取ニテハ
 奪取ノ何タルヤハ既ニ說述シタル所更ニ復說セズ財物トハ何ヲ云フカ財物ト
 ハ廣義ニ於テ財産ト同一ナルカ故ニ前ニ述ヘタルカ如ク人カ其物ノ上ニ利益
 ヲ有スル物件ハ總テ之ヲ包含スト雖モ第三百九十條ヲ按ズルニ法律ハ財物ト
 證書類トヲ區別シ未存ノ證書ハ財物ノ中ニ包含セシメザルカ故ニ暴行脅迫ヲ
 用ヒ因リテ義務ヲ認メシメ若クハ權利ヲ拋棄セシメタル證書ヲ獲得スルモ本
 罪ヲ構成スルノ限ニ在ラズ蓋シ法ノ缺點ナラン多數諸外國ノ法律殊ニ我草案
 ニ於テハ「エクストルシヨ」ナル文字ヲ用ヒテ本罪ノ末段ニ之ヲ豫見セリ然ル
 ニ其遂ニ削除セラレタルハ蓋シ修正者ノ錯誤ニ出テタルモノナラン
 本罪ノ種類 本罪モ亦竊盜罪ト同シク之ヲ普通ノモノト加重ノ情アルモノト
 ニ分フコトヲ得

第一段 普通強盜

普通強盜ハ第三百七十八條第三百八十二條及ヒ第三百八十三條ニ規定セラレ
 更ニ分テテ所謂強盜及ヒ準強盜ノ二種トスルコトヲ得而シテ第三百七十八條
 即チ普通強盜ハ已ニ之ヲ說明シタルカ故ニ茲ニハ準強盜ノミヲ說明スヘシ
 準強盜トシテ法律カ豫見シタルモノハ下ノ二トス曰ク「(一)藥酒等ヲ用ヒ人ヲ醉
 迷セシメ其財物ヲ盜取シタル者(二)竊盜財ヲ得テ其取返ヲ拒ク爲メ臨時暴行脅
 迫ヲ爲シタル者是ナリ

第一 藥酒等ヲ用ヒ人ヲ醉迷セシメテ其財物ヲ盜取シタル者

第三百八十三條ニ曰ク藥酒等ヲ用ヒ人ヲ醉迷セシメテ其財物ヲ盜取シタル者
 ハ強盜ヲ以テ論シ輕懲役ニ處ス

是レ第三百四十八條第二項ノ規定ト同シク藥酒等ヲ用ヒ被害者ノ抵抗力ヲ失
 ハシメ因リテ財物ヲ盜取シタル者ハ暴行脅迫ヲ用ヒテ其抵抗力ヲ失ハシメ因
 リテ財物ヲ盜取シタルモノト異ナラサルカ故ニ之ヲ強盜ニ準シタルモノトス
 (二)單ニ藥酒等ヲ用ヒテアリテ其用法ノ如何ヲ制限セスト雖モ醉迷セシメタル
 者トアルカ故ニ夫ノ劇藥ヲ灌キ掛ケテ身體ヲ傷害シタル場合ノ如キ其レ自身

暴行ト謂フヘキモノハ此中ニ包含セス(一)茲ニ所謂藥酒云云ハ所謂強盜ニ於ケル暴行脅迫ニ該當スルモノニシテ法律カ強ノ字ヲ用フル場合ハ常ニ罪ヲ犯スカ爲メ故ラニ被害者ハ抵抗力ヲ失ハシメタル場合ニ限ルカ故ニ藥酒等ニ依リ昏迷シタルニ乘シ財物ヲ奪取シタル者ハ昏迷ノ原因カ犯人自身ノ行爲ニ出ワル場合ト雖モ單純ナル竊盜ニ過キサルモノトス(三)藥酒等トアリテ藥酒其他之ニ類似ノモノタルコトヲ要スルカ故ニ或手術ヲ用ヒテ人ヲ昏醉セシメタル者ハ此中ニ包含セザラン

第二 竊盜財ヲ得テ其取還ヲ拒ク爲メ臨時暴行脅迫ヲ爲シタル者

第三百八十二條ニ曰ク竊盜財ヲ得テ其取還ヲ拒ク爲メ臨時暴行脅迫ヲ爲シタル者ハ強盜ヲ以テ論ス

返還セザランカ爲メニ暴行脅迫ヲ加フルハ奪取センカ爲メニ暴行脅迫ヲ加フルモノト其間僅ニ表裏ノ差アルニ過キサルヨリ之ヲ強盜ニ準シタリ(一)竊盜財ヲ得テトハ竊盜行爲ヲ遂ケ尙ホ未タ刑事訴訟法ニ所謂現行犯ノ有様ニ在ル間換言スレハ犯罪ノ當時ナルカ故ニ犯罪ノ事實カ犯人ニ附著シテ竊盜犯人ト稱セ

ラルル間ニ於テノ義タリ彼ノ此條文アルニ依據シ財ヲ得ルモ追呼セララルル間ハ竊盜ヲ遂ケタルモノニ非スト云フカ如キハ認見ノ甚シキモノトス(二)取還ヲ拒クカ爲メハ奪取スルカ爲メニ對當スルモノニシテ本條ノ強盜ニ準セララル重ナル點ナルカ故ニ彼ノ追捕ヲ拒クカ爲メニ暴行脅迫ヲ加ヘタル等取還ヲ拒クカ爲メニ出テサルモノハ本條ノ範圍ニ入ラサルモノトス此點ハ第三百七十八條ト表裏ノ差ニシテ彼ヲ知得セハ自ラ此ヲ了知シ得ヘキカ故ニ詳説スルノ要ナシト思料ス

普通強盜ノ處分 (一)所謂強盜準強盜共ニ輕懲役及ヒ二年ノ監視ニ處シ未遂ニ係ルトキハ第一百十二條第一百十三條ニ依リテ一等又ハ二等ヲ減シ未遂其他ノ原因ニ因リ輕減シテ輕罪ノ刑ニ處スヘキ者ハ第三百八十四條ニ依リ六月以上二年以下ノ監視ニ付ヌ別ニ説明ヲ要セス(二)第三百八十二條ノ場合ニ於テハ單ニ「強盜ヲ以テ論ス」トアルニモ拘ラス第三百八十三條ノ場合ニ限リ更ニ「懲役ニ處ス」トノ文字ヲ追加シタルハ果シテ何ノ意カ藥酒等ヲ用ヒタルモノハ手段輕微ナルカ如キ感アルカ故ニ特ニ注意ノ爲メニ追加シタルモノナランカ

第二段 加重強盜

法律カ加重強盜ノ場合トシテ豫見シタルモノハ第三百七十九條乃至第三百八十一條ノ規定ニシテ下ノ三箇トス(一)二人以上共ニ犯シ若クハ兇器ヲ携帯シテ犯シタルトキ(竊盜ノ場合ト異ナリ)二人以上共ニ犯シタル場合ヲ茲ニ入レタルハ説明ノ便ニ因ルノミ(二)強盜人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタルトキ(三)強盜婦女ヲ強姦シタルトキ是ナリ

第一 二人上共ニ犯シ若クハ兇器ヲ携帯シテ犯シタルトキ
第三百七十九條ニ曰ク強盜左ニ記載シタル情狀アル者ハ一箇毎ニ一等ヲ加フ
一、二人以上共ニ犯シタル時二、兇器ヲ携帯シテ犯シタル時ト
(一)二人以上共ニ犯シ及ヒ兇器ヲ携帯シタルコトニ付テハ已ニ説明セリ(二)一箇毎ニ一等ヲ加フトアルカ故ニ二人以上共ニ兇器ヲ携帯シテ犯シタルトキハ二等ヲ加フヘキモノトス(三)本條ハ普通強盜ニ對スル加重ノ情狀ヲ規定シタルモノナルカ故ニ第三百八十條第三百八十一條ニ適用ナキハ明白ナリト雖モ第三

百八十二條第三百八十三條所謂準強盜ニ適用セラルヘキヤ否ヤニ付テハ疑義ヲ挾ム者アリ然レトモ予ハ其何カ故ニ適用セラルヘカラサルヤヲ了解スルコト能ハス縱令特別ノ法條ニモセヨ巳ニ其行爲ヲ以テ普通強盜ニ準シタル以上ハ之ニ關スル法條ハ當然適用セラルヘキモノタリ人或ハ第三百八十二條第三百八十三條ハ本條ノ後ニ在ルカ故ニ適用スルコト能ハスト云フ者アリト雖モ若シ之ヲ以テ正當ナリトセハ第三百七十一條亦第三百七十二條乃至第三百七十四條ニ適用スルコトヲ得スト謂ハサルヘカラス豈ニ此ノ如キ理アラシヤ
第二 強盜人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタルトキ
第三百八十條ニ曰ク強盜人ヲ傷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
(一)強盜トハ猶ホ第三百八十二條所謂竊盜財ヲ得テ云云ニ於ケル竊盜ノ如シ強盜ノ行爲ト之ヲ爲シタル人トノ關係ニ於テ其人カ強盜犯人タルノ稱呼ヲ受ケルノ間即チ犯罪ノ著手ヨリ之ヲ行ヒ了リタル際マデニ於ケル犯人ノ名稱トス彼ノ之ヲ以テ犯罪ノ著手ヨリ已遂ニ至ルマデノ間即チ犯罪ノ構成要素ニ觸ル

ルノ間換言スレハ強盜ヲ行フ者カ「ト解スルハ非ナリ蓋シ此ノ如ク解センカ犯
罪ヲ遂ケテ了リタル際財物ノ取還ヲ拒カンカ爲メ被害者ヲ殺傷スルモ本條ニ該
當セサルニ至リ立法ノ趣旨ニ適合セザルノ感アルヨリシテ遂ニ犯罪行為ノ範
圍ヲ擴張シ縱令財物ヲ強取シ了ルモ犯人カ未タ安全且ツ自由ニ其目的物ヲ處
分シ得ルノ位地ニ達セスシテ例ヘハ現ニ被害者ノ追呼ヲ受ケツツアルカ如キ
場合ニハ未タ犯罪ヲ遂ケタリト謂フヘカラスト謂ハサルヲ得サルノ結果明カ
ニ法理ニ反シタル證據ヲ取ラサルヘカラサレハナリ「二犯人カ強盜ト稱呼セラ
ルルノ間ニ發生セシムル所ノ殺傷ニ二種アリ一ハ強盜ノ稱呼ニ關係ヲ有スル
モノ他ハ之ニ何等ノ關係ヲモ有セサルモノ是ナリ茲ニ「人ヲ傷シ又ハ「死ニ致ス」
トハ前ノモノノミニ限ルヤ將タ後ノモノヲモ亦之ヲ包含スルヤ一方ニ於テ強
盜人ヲ傷シ……死ニ致シ」トハ強盜トシテ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シト讀ムヘキヲ至
當トスヘキト之ニ關係ヲ有セスンハ更ニ刑ヲ加重スヘキノ理由ナキトニ依リ
テ之ヲ觀レハ

(一)強盜即チ暴行脅迫ヲ加フルノ行為其レ自身トシテ發生セシメタルモノ詳言

スレハ「財物ヲ奪取センカ爲メニ殺傷シタル者」財物ヲ奪取スル手段タル暴
行脅迫當然ノ結果トシテ死傷セシメタル者「暴行脅迫ヲ行ハントシテ誤リテ
死傷セシメタル者」及ヒ

(二)強盜ニ因リテ發生セシメタル者詳言スレハ「(一)強盜ノ手段タル暴行脅迫
ノ餘勢即チ乘スルモノヲ以テ人ヲ殺傷シタル者」得タル財物ノ取還ヲ拒カン
カ爲メ人ヲ殺傷シタル者等殺傷トハ殺傷以上ヲ包
ノ中本條カ規定シタル所ノモノハ前者ノミニ限ルモノニシテ彼ノ強盜ヲ行ヒ
又ハ行ヒ了リタル際偶マ平生恨メル者ノ側ニ在ルヲ發見シタルニ由リ臨時之ヲ
殺傷シタル者又ハ共犯互ニ爭論ヲ起シテ相殺傷シタル者及ヒ逃走ノ際誤リテ
嬰兒ヲ踏ミ殺シタルカ如キ純然タル過失ニ因リテ人ヲ殺傷シタル者等後者ニ
屬スルモノハ之ヲ包含セザルモノト信ス

此點ニ付キ一ノ注意ヲ要ス

一 人或ハ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シ」トハ毆打創傷又ハ過失殺傷ニ於テ規定セラ
レタル字句ト同一ナルカ故ニ結果ニ向ヒテ意思ナキ場合ト看サルヘカラサル

ミナラス強取トハ被害者カ抵抗力ヲ有スルニモ拘ラス之ヲ抑壓シテ奪取シタルコトヲ意味スルモノニシテ被害者カ抵抗力ヲ有セサルノ際奪取シタルモノハ強取ト開フコトヲ得サルカ故ニ財物ヲ奪取スルカ爲メニ人ヲ殺害シタル者ハ純然タル謀殺ニ屬シ茲ニ所謂致死ノ中ニ包含セスト云フ者アリト雖モ予ハ「(一)傷シ」又「死ニ致シ」トハ結果ノミヲ言ヒタルモノニシテ結果ノミヲ言ヒタルノ語ハ直チニ其原因タル意思ヲ制限シタルモノト看ルコトヲ得サルト(一)殺害ハ抵抗力ヲ抑壓スルモノノ最極度ニシテ最極度ニ違セサルモノ即チ被害者ヲシテ多少ノ抵抗力ヲ保有セシメタルモノハ強取タルヘキモ極度ニ違シタルモノハ強取ト云フヲ得スト云フハ理論ノ許ナサル所ナルト(二)若シ此論法ヲ以テ正當ナリトセハ奪取ノ行爲ヲ行フノ際意外ニモ被害者ヲ死ニ致シタル場合モ亦強盜ノ未遂ト毆打創傷トノ數罪俱發ナリト謂ハサルヘカラス至リ明カニ立法ノ趣旨ニ反スルノ結果ヲ生スヘキトニ依リ茲ニ死ニ致シタル者トハ強取ノ手段トシテ殺害シタル者ト將タ暴行脅迫ヲ行ヒ因リテ死ニ致シタル者トヲ問ハス皆之ヲ包含スルモノニシテ奪取センカ爲メ殺害セントシテ遂ケサ

ル者ハ殺人未遂犯ト強盜罪トノ俱發ヲ以テ論シ遂ケタル者ハ本條ニ依リテ處斷スヘキモノト信ス是レ右ノ決定中ニ奪取センカ爲メニ殺害シタル者即チ殺傷ヲ奪取ノ手段トシタル者ヲ強盜ニ關係シタル殺傷ノ重ナルモノトシテ掲ケタル所以トスルヲ詳ルモノトキハ數罪俱發ト爲リ已迄ノトキハ本罪ノミト掲ケテ奪取爲シタルモノニ對照セハ強盜ハ重チニ強盜ト爲レシ

二 若シ被害者又ハ官吏ノ追捕ヲ免レンカ爲メ之ヲ殺傷シタル場合ハ本條ニ屬スヘキヤ否ヤ極メテ難問ナリト雖モ廣ク犯罪ト云フコトニ附著シテ發生シタル結果ニシテ特ニ強盜ト云フコトヨリ直接ニ因縁シタルモノニ非サルカ故ニ單ニ第二百九十六條又ハ第三百三條等ニ屬スヘキモノト思料ス是レ亦右ノ決定中強盜ニ關係シタルモノトシテ之ヲ掲ケタル所以トス

三 強盜ト云フ稱呼ヲ受クヘキ者カ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタル場合ヲ規定シタルモノナルカ故ニ強盜ノ行爲カ未遂ナルヤ將タ既遂ナルヤハ之ヲ問フコトヲ要セザルト同時ニ死傷ニ付ラモ亦未遂既遂ノ問題ヲ生セス唯此結果アリシヤ否ヤヲ調査シ結果アリタルトキニ於テ始メテ本條ヲ適用スヘキノミ

終ニ臨ニ本條ノ適用ニ付キ一ノ問題アリ即チ二人以上共ニ強盜ヲ犯シ或者ハ人ヲ傷シ他ノ者ハ人ヲ傷セザル場合ニ於テ人ヲ傷セザル共犯モ亦本條ニ從ヒテ處斷セラルヘキヤ否ヤ是ナリ人或ハ傷人又ハ致死ノ結果ハ強盜當然ノ結果ナルカ故ニ縱令自ラ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタルコトナシト雖モ共ニ犯シタル他人ニ於テ已ニ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタル場合ニ於テハ共同シテ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタル者トシテ責任ヲ負ハサルヘカラスト主張スル者アリト雖モ予ハ毆打制傷罪ニ於ケル結果ト同シク共同スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ責任ナシト確信ス第三百五條及ヒ第三百六條ノ規定ニ依レハ我刑法ハ結果犯ニ共犯アルコトヲ認メス是レ吾輩カ右ノ論結ヲ爲ス所以ナリ然レトモ若シ純理一片ニ據リ結果犯過失犯モ其一ニモ共犯アリト云フノ主義ヲ採ルトキハ固ヨリ反對ノ論結ヲ爲ササルヲ得サルモノトス

第三 強盜婦女ヲ強盜セタルトキ

第三百八十一條ニ曰ク「強盜婦女ヲ強盜シタル者ハ無期徒刑ニ處スト」

強盜ノ意義ハ前條ト同シク強盜ノ何者タルハ已ニ説明シタル所ニ係ルカ故ニ

何レモ再言スルノ要ヲ認メス唯前條ノ場合ト異ナリ結果ヲ以テ罪ヲ論セス強盜ノ行爲ヲ以テ罪ヲ論スルカ故ニ強盜セントシテ遂クナルトキハ本條ノ未遂ヲ以テ論スヘキモノタルヲ注意スヘキノミ

本條ニ關シテ從來一ノ問題アリ若シ強盜婦女ヲ強盜シ因リテ死傷ニ致シタル場合ニ於テハ何條ニ依リテ處斷スヘキヤ是ナリ予ハ第三百八十條ト第三百八十一條トノ關係ハ猶ホ第三百六十七條ト第三百六十八條トノ關係若クハ第三百六十七條及ヒ第三百六十八條ト第三百七十條トノ關係ノ如ク第三百八十一條ハ第三百八十條ヲ補ヒタル規定ナルカ故ニ本問ハ當然第三百八十條ノミニ依リテ處斷スヘキモノト確信ス

加重強盜ノ處分 二人以上共ニ又ハ兇器ヲ携帯シテ強盜又ハ準強盜ヲ犯シタルトキハ一箇毎ニ一等ヲ加ヘ重懲役又ハ有期徒刑ニ處シ其強盜ニ關連シテ人ヲ傷シタルトキハ無期徒刑ニ死致シタルトキハ死刑ニ處シ婦女ヲ強盜シタルトキハ無期徒刑ニ處ス(別ニ第三十七條又ハ第三百八十四條ノ適用セラルル場合アリ)説明スヘキモノナシ

第三項 恐喝取財ノ罪

我刑法ハ本項ノ犯罪ヲ豫見シタルヤ否セ此問題ハ劈頭第一ニ研究スルコトヲ要ス此問題ニ關シ一般ノ學者ハ殆ト疑ナキモノトシテ不問ニ付スルノ傾アリト雖モ我刑法ノ規定上決シテ輕輕ニ看過スヘキモノニ非ス然ラハ我刑法ニ恐喝取財罪ナルモノアリヤ否ヤト云フニ我刑法ニ於テ恐喝ナル文字ヲ用ヒタル法條ハ唯第三百九十條アルノミ隨テ之カ決定ハ該條審査ノ結果如何ニ由ルモノトス同條ノ規定ニ依レハ或ハ之アリト謂フコトヲ得ヘタ或ハ又之ナシト謂フコトヲ得ヘシ蓋シ第三百九十條所謂騙取ナル文字ニ重キヲ置クトキハ恐喝ハ草案ニ所謂無根ノ事實ヲ恐怖セシメ下アルヲ意譯シタルモノ即チ欺罔ノ手段ヲ揭ケタルモノト觀察セサルヲ得サルノ結果我刑法ニ於テハ歐洲諸國ノ刑法及ヒ我母法ノ一タル支那律ニ所謂恐喝取財罪ナルモノナシト謂ハサルヘカラス之ニ反シ第三百九十條前段欺罔ナル文字ニ重キヲ置クトキハ恐喝トハ騙取ノ手段ニシテ欺罔ノ手段ニ非ス騙取ノ總テノ手段ヲ網羅セルモノト觀察セ

タルヲ得タルノ結果恐喝ハ欺罔以外ノ手段ニ因ル特別ナル財產奪取ノ行爲ト解シ我法律ニ於テモ亦諸外國ノ法律ニ於ケルカ如ク恐喝取財罪ナルモノアリト謂ハサルヲ得ス之ヲ要スルニ我法律ハ其レ自身紛亂錯綜明瞭ヲ缺カカ故ニ恐喝取財アリヤ否ヤノ問題ハ終始不決ノ問題タルヘシ草案ノ規定殊ニ外國文ニ翻譯セラレタル第三百九十條確定法文ノ翻譯文ヲ按スルニ第三百九十條ハ純然タル詐欺取財罪ヲ規定シタルカ如シ恐喝云云ニ無根ノ事實ヲ恐怖セシメニ相當シ純然タル欺罔ノ一手段タリ然ラハ第三百九十條ノ明文ハ人ヲ欺罔シ財物若クハ證書類ヲ騙取シタル者ハト記載スルヲ以テ十分ナリトス然ルニ既ニ欺罔ト言ヒナカラ更ニ恐喝ナル文字ヲ附加シ之ヲ結フニ騙取ヲ文字ヲ以テシタルハ恐ラタ當時草案ヲ修正シテ確定法文ト爲シタル編纂委員ノ重ナル者ハ外國文記載ノ文字ヲ十分ニ了解セザルト同時ニ所謂恐喝取財ナルモノハ聊カ詐欺取財ニ類スルカ如キ觀アルヨリシテ草案所謂無根ノ事實ヲ恐怖セシメ下アルハ即チ支那律ニ所謂恐喝取財ヲ規定シタルモノナリト速斷シ一方ニ於テ恐喝ノ文字ヲ以テ無根ノ事實ヲ恐怖セシメナル文字ニ對當セシメ他ノ一

方ニ於テ詐欺取財ト恐喝取財ノ行爲トテ併括セテ之ヲ形容スルニ騙取ノ文字ヲ以テシタルモノナルヘシ

右ニ述ヘタルカ如ク我刑法ニ恐喝取財アリヤ否ヤノ問題ハ終始不決ノ問題ニシテ到底孰レニモ斷言スルコトヲ得スト雖モ我輩ハ一方ニ於テ恐喝ナル文字ハ(縱令草案ノ意義ヲ誤解シタルニモモセヨ)支那法又ハ新律綱領所謂恐喝取財ヲ規定スルノ精神ヲ以テ記載セラレタルト他ノ一方ニ於テ恐喝取財アリトハ學說及ヒ判例ノ一決スル所ナルトニ因リ茲ニ恐喝取財ナルモノアリト假定シ左ニ其性質並ニ強盜及ヒ詐欺取財トノ區別ヲ一言セント欲ス

第一 恐喝取財ノ性質 欺米諸國殊ニ我母法タル佛律及ヒ支那律ニ依リテ之ヲ按スルニ恐喝取財トハ佛律所謂 *obtain* 支那律所謂恐喝又ハ恐嚇取財ニシテ人ノ名譽ヲ毀損スヘキ醜事ヲ摘發シ若クハ犯罪ヲ申告セント恐嚇シ以テ人ノ財物又ハ證書類ヲ奪取スル等要スルニ人ノ身上ニ無形ノ害惡ヲ與フヘキ行爲ヲ爲スヘシト威嚇シ之ヲ爲スノ自由ヲ拋棄スルノ對價トシテ不正ニ財物又ハ證書類ヲ獲得スルモノヲ謂フ

第二 恐喝取財ト強盜トノ區別

畏怖ノ念ヲ起サシメ依リテ財物ヲ奪取スルコト換言スレハ畏怖ノ念ヲ起サシムルコトヲ以テ財物奪取ノ手段トスルノ點ニ於テハ二者全ク相類似スト雖モ(一)威嚇又ハ脅迫ノ材料ニ付テハ醜事ヲ摘發シ又ハ犯罪ヲ申告セント云フカ如キ無形ノ害惡ヲ材料トシ他ハ生命身體又ハ財產ニ現實ノ危害ヲ與ヘント云フカ如キ有形ノ害惡ヲ材料トスルノ差アリテ自ラ緩急ノ別アリ其結果トシテ(一)財物ノ強要又ハ奪取ノ性質ニ付テ恰モ債權人ノ行爲ニ對シ物權ハ物ニ對スト云フカ如クハ(二)被害者ノ行爲爲財物ヲ提出スルト云フニ對シ他ハ直接ニ被害者ノ物ニ對スルカ故ニ一ハ被害者カ已ムヲ得スシテ提出スルニ因リテ之ヲ獲得シ他ハ犯人カ強テ被害者ノ手ヨリ剝奪取ルノ差アリ

第三 恐喝取財ト詐欺取財トノ區別 恐喝取財ト詐欺取財トハ或錯綜シタル思想ヲ以テ觀察スルトキハ大ニ相類似スルモノアルカ如キモ單ニ取財ノ行爲カ受動的ナルノ點ニ於テ些カ相類似スルノミ前ニ述ヘタルカ如ク恐喝取財ト詐欺取財ト同シ

取財トハ其間確然タル區別アルモノトス即チ恐喝取財ニ在リテハ猶ホ強盜ニ於ケルカ如ク被害者カ物品ヲ奪取セララルルハ加害者ノ行為ニ恐怖シタルニ原因シ詐欺取財ニ於テハ被害者カ物品ヲ奪取セラレタルハ加害者ノ詐術ヲ眞實ナリト誤信シタルニ原因スルモノ例ヘハ汝ニ劍難ノ相アリ予爲メニ除厄スヘケレハ財ヲ與フヘシトテ財ヲ得タルカ如キハ純然タル詐欺取財ニシテ恐喝取財ニ非ス蓋シ被害者ノ財物ヲ提出シタル原因ハ劍難ノ相アリ除厄セントノ詐欺ヲ信シタルニ在リテ劍難云云ニ依ル被害者ノ恐怖ハ單ニ其遠因ノミナレハナリナルカ故ニ二者ノ間大ニ手段ヲ異ニスルト同時ニ取財ノ點ニ付テモ恐喝取財ニ於テハ已ムコトヲ得スシテ被害者之ヲ提出シテ詐欺取財ニ在リテハ被害者自ラ進ミテ之ヲ提出シタルノ差異アリ此二點ハ極メテ判然タル區別ニシテ決シテ混同スルコトヲ得サルモノトス彼ノ或學者カ恐喝取財ハ恐怖ノ材料カ虛偽ナリシヤ否ヤヲ研究スルノ必要ナキヤラ一ノ問題ト爲シタルカ如キハ畢竟此諸易キ區別ヲ發見セザリシニ因ルモノニシテ其レ自身錯誤ニ陷レルコトヲ表白セルモノタリ

以上我輩ハ恐喝取財ノ性質及ヒ其強盜、詐欺取財トノ區別ヲ述ヘタリ以下恐喝取財ノ成立要素ヲ説明セン即チ右ニ説明シタル所ニ依リ本罪ヲ構成スルニハ下ノ各要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)不正ニ財産上ノ利益ヲ獲得スルノ目的アルコト(二)無形ノ害悪ヲ加ヘント威嚇シタルコト(三)財物若クハ證書類ヲ奪取シタルコト是ナリ

第一ノ要素 不正ニ財産上ノ利益ヲ獲得スルヲ目的アルコトヲ要ス

(一)財産上ノ利益ヲ獲得センカ爲メニ威嚇シタルコトヲ要スルカ故ニ單ニ他人ノ地位ヲ傷ケンカ爲メ又ハ復讐ノ爲メ威嚇シタルニ過キサルトキハ縱令後ニ至リテ財物又ハ證書類ノ交付ヲ受クルモ決シテ本罪ヲ構成スルコトナシ(二)不正ナルコト即チ正當ニ得ヘカラサル利益ヲ獲得スルノ目的アルコトヲ要スルカ故ニ債務ノ辨濟ヲ催スカ爲メ又ハ侵害セラレタル權利ノ賠償ヲ得ンカ爲メニシタル等得ヘキ利益ヲ獲得センカ爲メニシタルモノハ縱令之ニ依リテ財物若クハ證書類ヲ獲得スルモ本罪ヲ構成スルコトナシ(此點ニ關シ人或ハ縱令正當ニ獲得シ得ヘキ利益ト雖モ他人ヲ威嚇スルカ如キハ其レ自身不正ノ行為ナ

ルカ故ニ本罪ヲ構成スト主張スル者アリト雖モ是レ盜罪當然ノ性質ニシテ歐米諸國殊ニ我母法タル佛國法ニ於テハ殆ト疑ナキ問題ニ關シ現ニ和蘭及ヒ獨國刑法ニ於テハ自己又ハ他人ニ不正若クハ不法ノ利益ヲ得又ハ得セシムルカ爲メトアリテ明カニ無權利ノ行爲タルヘキコトヲ明言スルカ故ニ予ハ多少ノ異議アルニモ拘ラス此決定ヲ下サント欲ス蓋シ此場合ニ於ケル權利者ノ行爲ハ盜罪ニ所謂他人ノ物件ヲ盜取シタルニ非スシテ司法權若クハ公ノ手續ヲ蹂躪シテ債務ノ辨濟又ハ損害ノ賠償ヲ受ケタルモノニシテ畢竟單ニ司法權蹂躪ノ行爲タルニ過キナレハナリ伊太利刑法ニハ明カニ本場合ヲ以テ司法權蹂躪ノ罪トシ盜罪ト區別セリ亦以テ參考トスヘキナリ)

第二ノ要素 無形ノ害惡ヲ加ヘント威嚇シタルコトヲ要ス

(一)威嚇シタルコト即チ威嚇カ財物又ハ證書類奪取ノ直接ノ原因タルコトヲ要スルカ故ニ前ニ説明シタルカ如ク汝劍難ノ相アリ予ニ若干ノ金ヲ贈ラハ神ニ賭リテ其厄ヲ除カント云フカ如キ恐怖スヘキ事實ニ因縁シテ他人ヲ欺キタルモノ即チ詐欺カ財物又ハ證書類奪取ノ直接ノ原因タルモノハ純然タル詐欺取

財ニ屬シ本罪ヲ構成セス(二)無形ノ害惡ヲ加フヘキコト即チ單ニ精神上ニシテ恐怖ノ念ヲ起サシムヘキ害惡ヲ加フヘキコトヲ以テ威嚇シタルコトヲ要スルカ故ニ例ヘハ白刃ヲ擬シテ身體ヲ傷害セント云フカ如キ現實有形的ノ害惡ヲ加ヘント威嚇シタルモノ又ハ他日爾ヲ殺害セント云フカ如キ未來ニ有形的ノ害惡ヲ加ヘント威嚇シタルモノハ強盜罪ヲ構成スヘキモ本罪ヲ構成スルコトナシ(三)然レトモ已ニ無形ノ害惡ヲ加ヘント威嚇シ且ツ其威嚇カ被害者ヲシテ恐怖セシメ得ヘキモノタル以上ハ縱令被害者ニ於テ偶々其威嚇ニ應セサルモ(詐欺取財ニ於テ人ヲ欺キ得ヘキ方法ヲ以テ人ヲ欺カントシタルトキハ縱令其人初ヨリ之ヲ看破シ居リタルモ尙ホ詐欺取財ノ著手タルヲ失ハサルト一般尙ホ本罪ノ著手トシテ罪ヲ構成スルモノトス

第三ノ要素 財物若クハ證書類ヲ奪取シタルコトヲ要ス

(一)證書類 第四百二十四條ニ人ノ權利義務ニ關スル證書類ヲ毀棄滅盡シタル者云云トアリテ已存ノ證書ハ有形ノ物件トシテ一ノ財物タルカ故ニ茲ニ證書類トハ未存ノモノヲ指スモノニシテ證書類ノ奪取トハ權利ヲ拋棄シ又ハ義務ヲ

認メタル證書資産ニ關スルモノト否トヲ問ハスヲ作製セシメテ之ヲ獲得スルコトヲ意味スルモノトス(二)財物 茲ニ所謂財物トハ如何ナルモノヲ云フヤ換言スレハ茲ニ所謂財物中ニハ不動産ヲ包含スルヤ否ヤ通俗ノ意味ヲ以テ觀察スルトキハ財物トハ極メテ概博ナル文字ナルカ故ニ不動産ヲモ亦之ヲ包含スルモノノ如シト雖モ本罪モ亦盜罪ノ一種ニシテ所謂奪取ハ前ニモ説明シタルカ如ク有形上現實ニ物ノ所在ヲ移轉シテ之ヲ犯人ノ占有ニ入ルルコトヲ意味シ不動産ハ此行爲ノ目的ト爲リ得ヘキモノニ非サルカ故ニ茲ニ財物トハ動産所謂動産及ヒ已存ノ證書類ノミヲ指シ不動産ハ之ヲ包含セサルモノトス此點ニ關シテ諸外國殊ニ我母法タル佛國刑法ニ於テハ明カニ不動産ハ廣キ意味ニ於ケル強取及ヒ詐取ノ目的ト爲ルコトヲ得ストセリロ予ハ嘗テ理論上ヨリ言フトキハ暴行又ハ詐欺ヲ用ヒテ財物ヲ取ルノ行爲即チ強取又ハ詐取ハ竊取ノ行爲ト異ナリ錯誤ニ陥ラシメ若クハ強制ニ依リテ被害者ノ承諾ヲ詐欺又ハ強取シテ或利益ヲ得ルノ行爲ニシテ凡ソ諸般ノ利益ハ之ヲ有スル者ノ行爲ニ依リ脱離ヒラルルコトヲ得ルカ故ニ有形ノモノト無形ノモノトヲ問ハス又動産ト

不動産トヲ問ハス總テ強取若クハ詐取ノ目的ト爲リ得ヘシト説明シタルモ法律ノ所謂強取又ハ詐取ノ意味ニ該當セタル説明ナルカ故ニ錯誤トス(ハ)又曰ク當時予ハ不動産ヲモ本罪ノ目的ト爲リ得ヘキカ如ク記載シタル佛文案案ヲ引用シテ反對論ヲ主張セシカ今ニシテ之ヲ思ヘハ草案文ニ此記載アルハ或ハ植字ノ誤ニ非ナルナキヤヲ疑フ然ラハ事實上暴行脅迫又ハ詐欺ヲ用ヒテ不動産權ヲ獲得シタル場合ニ於テハ常ニ無罪ナルカ曰ク然リ蓋シ不動産權ノ移轉ハ證書ニ依リテ證明セラルルモノナルカ故ニ必ス或文字ノ偽造罪ヲ構成シ或ハ證書類ノ詐取又ハ強取罪之ハ明文ニナシテ構成スルモノナルカ故ニ之ヲ罰セタルモ取テ不都合アルコトナシ

處分ニ付テハ第三百九十條第一項末文第二項文書トアリテ印ヲ包含セザルカ故ニ文書ノ外更ニ印ヲ偽造盜用シタルトキハ先ツ第三百九十條第一項第二項トニ依リ恐喝取財ト文書偽造ト孰レカ重キヤヲ定メ次ニ第百條ニ依リ其重キモノト官私印ノ偽造盜用罪トヲ比較シ一ノ重キニ從テ處斷ス第三百九十四條及ヒ第三百九十七條ノ記載スル所ニシテ格別説明スヘキ點ナキカ故ニ之ヲ

省ク(以下做之)

第四項 詐欺取財ノ罪

予カ茲ニ詐欺取財トシテ説明セント欲スル所ノモノハ第三百九十條乃至第三百九十二條ノ規定ニシテ第三百九十條ハ所謂詐欺取財ヲ第三百九十一條第三百九十二條ハ之ニ準シタル場合ヲ規定シタルモノナルカ故ニ予ハ之ヲ二段ニ分チテ説明スヘシ

第一段 所謂詐欺取財ノ罪(即チ第三百九十

條ノ場合)

第三百九十條ニ曰ク「人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ證書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト爲シ二月以上四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」因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル者ハ偽造ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス」

前ニ説明シタルカ如ク本條所謂「人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ……」トハ佛文第一草案

第四百三十四條 *celui qui en faisant croire la crainte d'un danger imaginaire ou*

le pénaire d'un avantage chimérique, ou par toute autre manœuvre frauduleuse, se sera indé-

ment fait remettre des sommes …… (想像ノ危險アルノ恐れ若クハ架空ノ利益アル

ノ希望ヲ懐カシメ又ハ其他ノ總テノ偽計ヲ用ヒテ不正ニ金銀ヲ渡サシメタル者ヲ直寫シタルモノニシテ所謂欺罔シ又ハ恐喝シトハ想像ノ危險架空ノ利

益其他ノ總テノ偽計ト云フコトヲ意味センカ爲メニ用ヒラレタルモノナルヤ

將タ文字ノ示スカ如ク欺罔トハ手段ノ如何ヲ問ハス凡チ人ヲ詐欺スルコトヲ

抽象的ニ言ヒ表ハンタルモノニシテ欺罔シ騙取スルトハ詐欺取財ヲ恐喝トハ

佛律 *chantage* 支那律恐喝若クハ恐嚇取財ノ手段タル *Huancas* 即チ脅迫若クハ恐

喝ヲ言ヒ表ハンタルモノニシテ恐喝シテ騙取スルトハ *chantage* 又ハ恐喝若クハ恐嚇取財ヲ言フモノナルヤハ終始不決ノ問題ニ係ルカ故ニ此點ハ論争ヲ須

ヒス唯前者ノ意味ニ解釋スレハ欺罔恐喝ハ其ニ詐欺取財ノ手段ナルカ故ニ法律ハ佛律第四百五條及ヒ草案及ヒ草案第四百三十四條ニ於ケルカ如ク一定ノ

偽計詐術即チ演技ヲ用ヒテ人ヲ欺罔スルニ非スシハ詐欺取財ヲ構成セス此主

義ノ解釋ヲ探ルトキハ詐欺ヲ民事上ノモノト刑事上ノモノトニ區別シ綜合契約ノ主眼ニ錯誤ヲ生セシメ依リテ財物ヲ詐取スルモ單ニ言語又ハ文書ヲ以テ虚偽ノ陳述(affirmation)ヲ爲シタルカ如キ單純ナル詐欺隨テ通常被害者ノ防禦シ得ヘキ詐欺即チ必スシモ信スルコトヲ要セザルモノニ因ルモノハ契約ノ無效取消若クハ損害賠償等ヲ生スルニ止マルヘキ民事上ノ詐欺トシ彼ノ種種巧妙ナル手段ヲ用ヒテ人ノ耳目ヲ誤マラシメタルカ如キ複雑ナル詐欺隨テ通常被害者ノ防禦シ得ヘカラザル詐欺ニ因ルモノニ限り詐欺取財トシテ刑罰制裁ヲ生スヘキ刑事上ノ詐欺トスルト同時ニ我法律ニハ所謂恐喝取財ナルモノナキモノナリトシ後者ノ意味ニ解釋スレハ欺罔ハ詐欺取財ノ手段ヲ恐喝ハ恐喝取財ノ手段ヲ掲ケタルモノニシテ詐欺取財ニ付テハ法律ハ佛律及ヒ草案ニ於ケルカ如ク必スシモ一定ノ偽計詐術ヲ用ヒタルコトヲ要セザルカ故ニ縱令單純ナル虚偽ノ陳述ニ由ルモノト雖モ之ニ依リテ人ヲ欺罔セタルトキハ常ニ詐欺取財ヲ構成スルモノナリトスルト同時ニ我法律ニモ所謂恐喝取財ナルモノアリト論結スルヲ要スルノミ(此點ニ關シ或學者カ一方ニ於テ沿革ニ

反キ恐喝ヲ區別シタル文面ニ衝突シ民事上ノ詐欺取財ト混亂シ刑法ノ總則ニ違フト云フカ如キ無意味ノ理由ヲ列舉シテ詐欺取財ハ一定ノ偽計詐術ヲ用フルニ非スンハ構成セストシ他ノ一方ニ於テ恐喝シテ騙取シタル者トハ草案所謂想像ノ危険アルノ恐ヲ懷カシメ云云ニ相當スルモノナリトシ故ラニ恐喝取財ノ名稱ヲ附シテ詐欺取財ノ一種ナリト説明シタルカ如キハ我輩ノ感服セザル所トス蓋シ學者ノ如ク説明セハ詐欺取財ノ手段トシテハ單ニ欺罔ノ文字アルノミニシテ偽計詐術ヲ要ストノ論定ハ學者カ草案ノ註釋又ハ佛國ノ規定等ニ因リテ得タル架空ノ想像ニ依リタルモノト認ムルノ外有力ナル根據ヲ發見セザルノミナラス草案所謂想像ノ危険アルノ恐ヲ懷カシメ云云ノ文字ハ佛律第四百五條 *escroqueme* 即チ詐欺取財ノ條文中 *fait autre la crainte..... d'un accident ou tout autre evnement chimérique* (災害又ハ凡テ其他ノ想像ノ出來事ノ恐ヲ懷カシメ)ニ對當シ詐欺取財自體ノ手段ヲ掲ケタルモノニシテ所謂恐喝取財トハ全く別途ノモノナレハナリ佛律ノ *chantage* 支那律ノ恐喝又ハ恐喝取財ニ付テハ佛國刑法第四百條第二項、匈牙利刑法第三百五十一條、和蘭刑法第三百十八條

唐明清等ノ支那律及ヒ我新律綱領中賊盜律恐喝又ハ恐喝取財ヲ參看スヘシ
而シテ我輩ハ後段ノ解釋ヲ採リ別ニ恐喝取財罪ナルモノアリトシタルカ故ニ
本條中詐欺取財罪ノ規定トシテハ一人ヲ欺罔シ財物若クハ證書類ヲ騙取シタル
者ハ詐欺取財ノ罪ト爲シ云云……ノ明文アルノミトス
故ニ本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成スルモノトス曰ク(一)不正ニ財物又ハ證書類ヲ
奪取スルノ手段トシテ人ヲ欺罔シタルコト(二)財物又ハ證書類ヲ奪取シタルコ
ト是ナリ

而シテ不正ナルコト及ヒ財物又ハ證書類ノ奪取ニ付テハ前ニ恐喝取財ニ付テ
説明シタルカ故ニ茲ニハ單ニ欺罔ヲ奪取ノ手段トシタルコトヲ要スル點ノミ
ヲ説明スヘシ

第一 欺罔シタルコトヲ要ス

欺罔トハ有ラ無ラ有ト偽リ以テ人ノ確信ヲ誤ラシムルコトヲ謂フモノニシ
テ積極即チ錯誤ヲ誘引スルノ方法ニ依ルモノト消極即チ錯誤ヲ利用スルノ方
法ニ依ルモノトノ二アリ例ヘハ予ハ乙ナリト詐リ甲カ乙ニ支拂フヘキ金額ヲ

奪取シタルモノハ前者ニ屬シ乙ナリト誤信シテ甲カ自己ノ金額ヲ支拂フコト
ヲ知リナカラ毫モ其錯誤ヲ矯正スルコトナク正シ得即チ其錯誤ヲ利用シ恰
モ真正ノ乙ナルカ如クニ錢ヒ之ヲ奪取スルハ勿論トスシタルモノ及ヒ無錢
飲食等ハ後者ニ屬ス人或ハ此點ニ關シ消極ノ詐欺ナルモノアルコトナレト主
張スル者アリト雖モ探ルニ足ラス蓋シ財物ヲ奪取スルカ爲メ故ラニ欺スルハ同
一ノ目的ノ爲メ故ラニ語ルト唯方法ヲ異ニスルノミニシテ行爲ノ性質ニ於テ
ハ毫モ相擇フ所ナケレハナリ但シ商事上ノ應引ノ如ク始ヨリ詐欺ト云フコト
カ一般ノ慣習ナル場合隨テ對手者モ亦之ヲ豫知セサルヘカラサル場合ニ於テ
對手者カ錯誤ニ陥リタルハ被告ノ行爲ニ拘ラス對手者自ラ自己ノ鑑定ヲ誤リ
テ錯誤ニ陥リタルモノナルカ故ニ詐欺ト爲ラサルモノタルコトヲ注意スルコ
トヲ要ス

人ヲ欺クニ足ルヘキ詐欺ノ行爲アリタルヤ否ヤハ普通ノ智能ヲ標準トシテ判
斷スヘキヤ將タ被詐欺者ノ智能ヲ標準トシテ判斷スヘキヤノ問題アリト雖モ
極メテ幼稚ナル問題ニシテ被詐欺者ノ智能ヲ標準トスヘキヤ論ヲ埃タス蓋シ

詐欺ハ詐欺者對被詐欺者間ノ行為ナルカ故ニ犯人カ人ヲ欺クノ意思ヲ以テ其行為ヲ行ヒ對手者カ之ニ欺カルルノ事情アルニ於テハ縱令他人ノ者ハ決シテ欺カルヘキ行為ニ非サルモ犯人對被詐欺者間ニ於テハ詐欺ノ行為アリタリト謂フヲ得ヘケレハナリ

第二 欺罔ヲ奪取ノ手段トシタルコトヲ要ス
換言スレハ欺罔ヲ奪取ノ原因トシタルコトヲ要スルカ故ニ彼ノ商家ノ番頭又ハ官吏等カ主人又ハ官廳ノ物件ヲ竊取シタル後帳簿ノ記載ヲ詐リテ他人ヲ欺クカ如キハ犯罪ノ痕跡ヲ蔽ハントスル行為タルニ止マリ本罪ヲ構成スルノ限ニ在ラス

然ラハ如何ナル點ニ向ヒテ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テ果シテ詐欺ヲ財物……奪取ノ手段トシタルモノ隨テ本罪ヲ構成スルモノトスヘキヤ換言スレハ買賣若クハ貸借ト云フカ如キ物ノ交付ヲ要シタル契約其モノ又ハ金銀寶石ト云フカ如キ目的物ノ性質(quality)ノ上ニ行ヒタルコトヲ要スルヤ將タ秀吉ノ佩ヒタル刀又ハ「デヤンダルク」ノ家ト云フカ如キ目的物ノ品格其他ノ條件ノ上ニ行ヒタ

ル場合ニ於テモ尙ホ本罪ヲ構成スヘキヤ人或ハ契約其モノ又ハ契約ノ目的物ノ上ニ行ヒタル場合ニ非スンハ本罪ヲ構成セスト主張スル者アリト雖モ予ハ右等ノ區別ニ關セス苟モ物ノ交付ヲ要シタル最モ重ナル理由ノ上ニ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ常ニ本罪ヲ構成スヘキモノニシテ所謂最モ重ナル理由ハ時ト事情トニ因リテ判定スヘキ問題トス蓋シ犯人カ財物ヲ奪取シタルハ被害者ノ決意ノ原因ニ錯誤ヲ生セシメタルニ因ルモノニシテ決意ノ原因ハ物ノ交付ヲ要シタル最モ重ナル理由ナルト同時ニ其所謂最モ重ナル理由ハ必スシモ契約其モノ又ハ契約ノ目的物ノ性質ノ上ノミニ止マラス場合ニ因リテハ品格其他ノ條件ノ上ニモ亦存スルコトアレハナリ

終ニ臨ミ縱令人ヲ欺罔シテ財物ヲ奪取スルモ欺罔セラレタル者ト奪取セラレタル者トカ人ヲ異ニスル場合例ヘハ對手者ノ否認スルニモ拘ラス裁判所ヲ欺罔シテ財物ヲ奪取シタル場合ニ於テハ本罪ヲ構成セスト論スル者アリト雖モ予ハ其何ニ由リテ然ルヤヲ了解スルコト能ハス苟モ欺罔ト云フコトト奪取ト云フトカ原因結果ノ關係ヲ有スルトキハ何人ヲ欺罔シテ何人ヨリ財物……ヲ奪

取スルモ本罪ヲ構成スルモノトス

第二段 準詐欺取財罪

刑法カ犯罪ノ性質上詐欺取財ニ準スヘキモノトシテ規定シタルモノハ第三百九十一條及ヒ第三百九十二條ノ二トス

甲 第三百九十一條ニ曰ク「幼者ノ知慮淺薄又ハ人ノ精神錯亂シタルニ乘シテ其財物若クハ證書類ヲ授與セシメタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」ト
本條ハ知慮淺薄即チ經驗少ナク遠キ慮ナキ幼者又ハ精神ノ錯亂シタル者ハ利害得失ヲ判定スルノ能力ナク隨テ格段ノ詐欺ヲ用ヒラレタルモ爲メニ財産ヲ奪取セララルコトアルヘキカ故ニ特ニ此等無能力者ヲ保護セシカ爲メニ規定セラレタルモノトス

(一)乘シテ授與セシメタルコトヲ要スルカ故ニ知慮淺薄又ハ精神錯亂等ノ弱點ヲ利用シタルノ事情アルコトヲ要ス(二)幼者トノミアリテ其年齡ヲ示サスト雖モ財物若クハ證書類ノ授與即チ民法上ノ行爲ニ關スルカ故ニ民法上ノ未成年

者ヲ指スモノトス(三)幼者ニ付テハ知慮淺薄ナルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラスト雖モ精神ノ錯亂シタル者ニ付テハ幼者ト未成年者ト間ハナルモノトス
乙 第三百九十二條ニ曰ク「物件ヲ販賣シ又ハ交換スルニ當リ其物質ヲ變シ若クハ分量ヲ偽テ人ニ交付シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」ト

本條ハ佛國刑法第四百二十三條ニ倣ヒタル佛文第一草案第四百三十六條ヲ譯出シタルモノニシテ佛國刑法第四百二十三條及ヒ佛文第一草案第四百三十六條ノ規定「ボ」氏カ其註釋ニ於テ説明スルカ如ク所謂詐欺取財ハ偽計詐術ヲ用ヒタルコトヲ要シ之ヲ用ヒサルモノハ詐欺取財ヲ以テ論スルコトヲ得スト雖モ商事ニ付テハ信用ヲ重スルカ故ニ縱令此條件ヲ具備セサルモ商品ヲ詐リタル者ハ特ニ詐欺取財トシテ論セサルヘカラストノ理由ニ因リ詐欺取財ノ規定ヲ補充セラレタルモノナルカ故ニ若シ第三百九十条所謂詐欺取財ヲ以テ偽計詐術ヲ要スルモノトセハ本條ハ佛律及ヒ草案ニ於ケルカ如ク偽計詐術ヲ用ヒサル單純ナル商品上ノ詐欺取財ヲ罰シタルモノナリト説明セサルヘカラサルモノ予ハ前ニ第三百九十条ハ廣ク詐欺ノ行爲ヲ罰シタルモノニシテ佛國刑法

第四百二十三條及ヒ佛文第一章案第四百三十六條ノ如キ場合ハ當然之ヲ包含スルモノト解シタルカ故ニ別途ノ解釋ヲ採リ本條ハ商事上ノ取引ト民事上ノ取引トヲ區別セズ廣ク物件ヲ販賣又ハ交換スルニ當リ當初ノ契約ニ違背シテ詐欺ノ物件ヲ引渡シタルモ後物件ヲ引渡スニ當リ惡意ヲ生シ詐欺ノ物件ヲ引渡シタル者ヲ罰センカ爲メニ規定セラレタルモノニシテ畢竟亦前條ノ如ク純然タル詐欺取財ニ非サル一種ノ不法行爲詐欺ノ要素ヲ包含スルヲ詐欺取財ニ準シタルモノトス詐欺取財ニ於テハ詐欺カ物ヲ奪取スルノ手段トシテ用ヒラレ本罪ニ於テハ義務ヲ免ルルノ手段トシテ用ヒラルルノ差アリ

(一)物質 物質トハ佛語 *matere* 又ハ *substance* ニ對當スルカ故ニ人或ハ金銀寶玉酒油ト云フカ如キ物ノ實質ノミヲ指シ精粗善惡ト云フカ如キ物ノ品格ヲ意味セズ隨テ單ニ物ノ善惡精粗等ヲ詐リタルニ止マルモノハ民事上ノ責任ヲ生スルニ止マリ本罪ヲ構成セスト曰フ者アルヘシト雖モ予ノ按スル所ニ依レハ益ニ物質トハ契約ノ主眼點ト云フコトヲ形容シタルモノナルカ故ニ縱令品格ト限

モ契約ノ主眼點ヲ詐リタルモノハ常ニ本罪ヲ構成スルモノトス(二)若シ分量ヲ偽ランカ爲メ不正ノ度量衡ヲ使用シタルトキハ第二百二十九條第二項ト第三百九十條ニ依リテ處斷シ本條ニ依ルルノ限ニ在ラス

第二款 橫領罪

予ハ本罪ノ名稱ノ下ニ於テ第三百九十三條乃至第三百九十六條ニ規定スル罪即チ冒認罪委託物費消罪及ヒ第三百八十五條乃至第三百八十九條ノ罪即チ遺失物理藏物ニ關スル罪家資分散ニ關スル罪ヲ説明セント欲ス

第一項 冒認罪

第三百九十三條ニ曰ク他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ販賣交換シ又ハ抵當典物ト爲シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス自己ノ不動産ト雖モ己ニ抵當典物ト爲シタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重テテ抵當典物ト爲シタル者亦同シト本條モ亦第三百九十條ノ解釋如何ニ依リ説明ヲ異ニセサルヘカラサルモノニ

シテ

第一 若シ第三百九十條所謂詐欺取財ナルモノハ偽計詐術ヲ要スルモノナリト解釋スルトキハ本條ハ草案理由書ノ説明スル如ク羅馬及ヒ佛國古刑法「ステリオ」(Stein)又ハ佛國民法第二千五十九條ノ「ステリオナ」(Steinart)佛國民法第二千五十九條ニ曰ク「ステリオナ」行爲アルトキハ民事上ノ禁錮ニ處ス左ノ場合ニ於テハ「ステリオナ」行爲アリトス自己ノ所有物ニ非ナルコトヲ知リナカシ他人ノ不動産ヲ販賣シ又ハ抵當トシタルトキ抵當ニ係レル財産(佛國ニ於テ物ハ我現行法ト同レトハ不動産ナリ)抵當ニ係レル物ニ非スト申述シテ提示ルカ故ニ並ニ財產トハ不動産ナリ)抵當ニ係レル物ナリト申述シタルトシ又ハ實際抵當ニ係レルヨリモ少額ノ抵當ニ係レル物ナリト申述シタルトキ「下」ヨリ來リタルモノニシテ要スルニ他人ノ所有物ナルカ故ニ對手者ヲシテ其上ニ所有權抵當權若クハ質權ヲ有セシムルコトヲ得サルニモ拘ラス自己ノ所有物ナリトシテ之ヲ對手者ニ販賣交換抵當典物トシテ又ハ自己ノ不動産ト雖モ己ニ他人ニ抵當典物ト爲シタルモノナルカ故ニ若シ對手者ニ於テ之ヲ知得セハ更ニ之ヲ買取り若クハ重キテ抵當典物トスルコトヲ肯セサルニモ拘ラ

ス故ラニ之ヲ欺隱シテ對手者ニ賣與シ若クハ重キテ抵當典物トシテ以テ對手者ヨリ不正ニ財物ヲ詐取シタル者即チ一種ノ詐欺取財ヲ規定シタルモノナリト謂フコトヲ得但シ此解釋ヲ採ルトキハ一方ニ於テ本條ハ佛國民法所謂「ステリオナ」ノ規定ト異ナリ動産ノ上ニモ行ハレ動産ニ付テハ「ten fait de meuble la Possession vaux titres」即チ即時時効ノ規定アルト同時ニ不動産ニ付テハ現今登記ノ規定アルト他ノ一方ニ於テ第三百九十五條所謂費消ハ法律上ノ處分行爲用語少レク輕富ナラサレトモ販ヲモ包含スルモノト解セサルヘカラサルノ結果(動産ニ付テハ若シ被告カ契約ト同時ニ其物件ヲ對手者ニ交付シテ之ヲシテ即時時効ヲ對抗セシメ得ヘキ位地ニ置キタルトキ若クハ契約ノ當時現在被告カ其物件ヲ握有シ何時ニテモ之ヲ對手者ニ交付シ得ヘキ自由ヲ有シ居リシトキニ於テハ縱令被告ノ行爲自體ハ正當ナラサルモノナルニモセヨ對手者ハ之カ爲メ遂ニ財物ヲ詐取セラルルコトナキカ若クハ己ニ財物ヲ詐取セラレタリト看ルヘキ位地ニ在ラサルカ故ニ少クトモ契約ノ當時被告ノ握有シ居リタル動産ハ本罪ノ目的ト爲ラス裏面ヨリ換言セハ契約ノ當時被告ノ處分權力内

若クハニ在ラサル物件隨テ被告ニ於テ對手者ヲシテ其上ニ或權利ヲ有セシムルノ實力ヲ有セサル物件ニ非スンハ本罪ノ目的ト爲ルコトヲ得スト謂ハサルヘカラス蓋シ契約ノ當時被告カ動産ヲ握有シ居リタル場合ハ勿論縱令之ヲ對手者ニ交付スルモ尙ホ本罪即チ詐欺取財ヲ構成スルモノトセハ此點ニ付テハ委託物費消罪ノ行爲トモ相擇フ所ナキノ結果彼此ノ區別ニ付キ言フヘカラサル困難ヲ生シ或學者ノ如ク辛ウシテ彼ハ委託物ノ上ニ行ハルルト此ハ委託物ニ非サル物ノ上ニ行ハルルノ差アリト云フカ如キ形式上ノ區別ヲ爲スモ實質上委託物ヲ費消スル行爲ハ一面委託者即チ所有者ニ對シテ背信ノ行爲アルト同時ニ他ノ一面之ヲ買取り又ハ交換シタル者ニ對シテ詐欺取財ノ行爲アリテ被告ニ對テ詐欺取財ノ行爲ナルニ反シ本罪ハ單ニ詐欺取財ナルニモ拘ラス本罪却テ委託物費消罪ヨリモ重刑ニ處セラルルノ奇觀ヲ呈スヘケレハナリ(二次ニ不動産ニ付テモ亦被告カ契約ト同時ニ對手者ノ權利ヲ登記シ之ヲシテ第三者ニ對抗セシメ得ヘキ地位ニ置キタルトキ若クハ契約ノ當時現在被告カ登記上ノ名義主トシテ何時ニテモ對手者ノ權利ヲ契約通りニ登記スルノ自由ヲ有シ居リ

タルトキニ於テハ縱令被告ノ行爲自體ハ正當ナラサルニモセヨ對手者ハ之カ爲メ遂ニ財物ヲ奪取セラレルコトナキカ若クハ己ニ財物ヲ奪取セラレタリト看ルヘキ地位ニ在ラサルカ故ニ少クトモ契約ノ當時被告カ登記名義主トシテ對手者ノ權利ヲ契約通りニ登記スルノ自由ヲ有シ居リタル不動産ハ本罪ノ目的ト爲ラス裏面ヨリ換言セハ契約ノ當時被告カ登記名義主トシテ對手者ノ權利ヲ契約通りニ登記スルノ自由ヲ有セサル物件隨テ被告カ對手者ヲシテ其上ニ契約通りノ權利ヲ有セシムルノ實力ヲ有セサル物件ニ非スンハ本罪ノ目的ト爲ルコトヲ得スト謂ハサルヘカラス

第二 若シ之ニ反シ第三百九十條所謂詐欺取財ナルモノハ廣ク人ヲ欺罔シテ財物ヲ詐取シタル行爲ヲ罰スル規定ニシテ必スシモ偽計詐術ヲ用フルコトヲ要セスト解スルトキハ總テノ詐欺ニ因ル財物奪取ノ行爲ハ皆該條ノ中ニ包含セラレ該條ノ外別ニ一種ノ詐欺ニ因ル財物奪取ノ行爲ヲ規定シタル法條アルコトヲ認ムルヲ得サルカ故ニ本條ハ我刑法ノ母法ノ一タリシ支那律及ヒ我新律綱領所謂冒認罪○唐律戶婚律ニ曰ク「請妄^ハ公私山若盜賣賣者一畝以下笞五

十云云○明律戶律盜賣田宅ノ條ニ曰ク凡盜賣換易及冒認若虛錢實契典買及僥
 占他人田宅者田畝屋一間以下答五十云同戶律典買田宅ノ條ニ曰ク凡典買田
 宅不脫契者答五十云云若將已典賣與人田宅廳重復典賣者以所得價錢計贓准
 竊盜論云云同刑律贓盜律ニ曰ク凡用計詐欺官私以取財物者並計贓准竊盜論免
 刺云云若冒認及誣賺局騙拐帶人財物者亦計贓准竊盜論免刺○清律戶律盜賣田
 宅ノ條ニ曰ク凡盜賣他人田宅不換易及冒認他人田宅者虛假錢實契典買及僥
 占他人田宅者田一間以下答五十云同戶律典買田宅ノ條ニ曰ク凡典買
 田宅不脫契者答五十云云若將已典賣與人田宅廳重復典賣者以所得價錢計贓
 准竊盜論免刺云云同贓盜律詐欺官私取財ノ條ニ曰ク凡用計詐欺官私以取財者
 並計贓准竊盜論免刺云云若冒認他人田宅及誣賺局騙拐帶人財物者亦計贓准竊盜論
 免刺○新律綱領戶婚律盜賣田宅ノ條ニ曰ク凡他人ノ田宅ヲ盜賣換易冒認典賣
 スル者ハ並ニ竊盜ニ準シテ論シ云云同戶婚律重典賣田宅ノ條ニ曰ク凡已ニ典
 賣シテ人ニ與ヘタル田宅ヲ將テ重テ典賣スル者ハ得ル所ノ價錢ヲ贓ニ計ヘ竊
 盜ニ準シテ論シ云云同贓盜律詐欺取財ノ條ニ凡官私ヲ詐欺シテ財物ヲ取ル者

ハ云云若シ人ノ財物即チヲ冒認シテ己ノ物ト爲シ及ヒ誣欺局騙拐帶スル者モ
 亦贓ヲ計ヘ竊盜ニ準シテ論ス云云ヨリ來リタルモノニシテ要スルニ他人ノ動
 產不動産ヲ冒認盜奪シテ自己ノ物トシ以テ之ヲ販賣交換又ハ抵當典物トシテ
 不正ニ財產上ノ利益ヲ獲得シタル者又ハ自己ノ不動産ト雖モ己ニ抵當典物ト
 爲シタルノ事實ヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重テテ抵當典物ト爲シ以テ第一
 抵當權者又ハ質權者ニ與ヘタル擔保ヲ竊ニ剽奪シテ更ニ不正ノ利益ヲ獲得シ
 タル者即チ一種ノ橫領罪若クハ無形盜竊ハ有形上現貨ニ他人ノ物ヲ自己ノ占
 ノ行爲此ハ無形上物ノ上ニ存スル他人ノ權利ヲ規定シタルモノナリト謂フコ
 トヲ得但シ此解釋ヲ採ルトキハ所有者又ハ第一抵當權者若クハ質權者カ物ノ
 上ニ有スル權利ヲ攘奪セラルヘキ狀態ニ在ラスンハ犯罪ヲ構成セザルカ故ニ
 犯罪ノ當時現ニ所有者又ハ質權者ノ握有内ニ在ル動産又ハ所有者抵當權者若
 クハ質權者カ己ニ其權利ヲ登記シタル不動産等要スルニ犯人カ其權利ヲ攘奪
 セント欲スルモ得ヘカラナル物件ハ本罪ノ目的ト爲ラス裏面ヨリ換言セハ犯
 罪ノ當時所有者若クハ質權者ノ處分權力内若カ内ニ在ラサル動産又ハ所有者

抵當權者若クハ質權者ノ權利カ未ダ登記セラレザル不動産ニ非スルハ本罪ノ目的タルコトヲ得ストセザルヘカラス此點ニ正當ナル所有名義シテ又ハ編取ノ權利者ノ登記ヲ取消シ或ハ他人ノ權利ヲ登記シタルカ如キハ冒認ノ結果ト爲シ得ルヲ又ハ編取ノ他人ノ權利ハ到底消滅スヘキ構成ニナルカ故ニ信託ノ關係ニ屬ス然リ而シテ予ハ(一)第三百九十條ハ必スシモ偽計詐術ヲ用フルヲ要セス支那律ノ如ク廣ク詐欺ヲ用ヒテ財物ヲ奪取シタル者ヲ規定シタルモノナリト解釋シタルト(二)他人ノ動産不動産自己ノ不動産ト雖モ云云ハ第三百六十六條ノ所有物云云第三百七十一條自己ノ所有物ト雖モ云云ト全文體ヲ同シクシ所有者抵當權者又ハ質權者ニ對スル行爲タルヲ示スカ如キト(三)支那律所謂冒認ノ文字アルト同時ニ動産ニ關スル規定ハ(四)買ハ要物契約ニシテ動産ヲ典物トシテ占有スル者ハ即時時効ヲ主張スルコトヲ得ルカ故ニ如何ナル場合ニ於テモ犯人ノ爲メニ財物ヲ詐取セラルルコトナキノ結果本罪ヲ詐欺取財トスルトキハ動産ヲ典物トスル規定ハ全ク背理ノモノトシテ適用スルコトヲ得サルコト

ト爲ルト(五)第三百九十五條後段若シ騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アル者云云ノ規定ハ後ニモ示スカ如ク佛律ニハ全ク其影跡ヲ發見セザルモノナルニ反シテ支那律費用受寄財産ノ後半所謂詐言死失者准竊盜論減一等ト全ク同一ノ規定ニシテ騙取拐帶等ノ方法ニ依リテ委託物ヲ奪取スルノ行爲カ詐欺取財トシテ重ク處罰セラルル以上ハ販賣交換等ノ方法ニ依リテ他人ノ物ヲ奪取スルノ行爲モ亦同一ニ處罰セラレザルヘカラザルヲ當然ノ推理詐取取財ト稱シトスルトニ因リ(固ヨリ恐喝取財ニ於テ一言シタル如ク第三百九十條以下ハ客觀主義ナル佛律ノ規定ニ依リテ草案ヲ起シタル「ボ氏」ノ思想ト主觀主義ナル支那律ノ規定ニ依リテ之ヲ修正シタル我委員ノ思想ト氷炭相容レザルニ箇ノ思想カ相符合シテ成立シタル規定ナルカ故ニ何レニ依ルモ完全ナル説明ヲ看ルコト能ハスト雖モ客觀主義ト(犯人ノ行爲ヨリ生ズル被害ノ程度如何ニ重キト輕キト區キテ刑罰ヲ輕重スルモノ)主觀主義ト(犯人ノ惡意ノ程度如何ニ重キト輕キト區キテ刑罰ヲ輕重スルモノ)後者ノ解釋ニ從ヒ本條ハ第三百九十條ヲ補充シタル一種ノ詐欺取財ヲ規定シタルモノニ非スシテ横領罪ノ一種タル冒認罪即チ無形

(附言) 一方ニ於テ前ニ説明シタル如ク第三百九十條所謂詐欺取財ヲ狭ク解釋シテ偽計詐術ヲ要スルモノトシ他ノ一方ニ於テ後ニ説明スルカ如ク交換販賣等ノ如キ行爲ハ所謂無形盜ノ行爲ニシテ第三百九十五條所謂費消トハ全然別異ノモノナリトスルコトヲ忘却セサルニ於テハ茲ニ第三即チ折衷ノ解釋トシテ本條規定スル所ノ行爲ハ必ス販賣交換、抵當典物ノ對手者カ又ハ所有者第一抵當權者又ハ質權者カノ一方孰レカヲ害スヘキ行爲ニシテ本條ハ詐欺ノ方面ト冒認ノ方面トノ雙面ヲ豫見シテ規定セラレタルモノ換言スレハ必スシモ詐欺取財ノ一種ニモ非ス又必スシモ橫領罪ノ一種タル冒認罪ニモ非ス詐欺取財ト橫領罪トノ中間ニ位シテ二面ヲ有スルモノナルカ故ニ孰レカ一方ニ於テ被害者ヲ生シタル場合ニ於テハ其方面ニ於テ本條ノ罪ヲ構成スルモノニシテ本罪ノ被害者ハ犯罪ニ因リテ生シタル損害ノ方面如何ニ因リテ轉換スルモノナリト謂フコトヲ得予カ之ヲ探ラサル所以ハ先ニ説明シタル理由就中第三百九十條ヲ反對ニ解釋シタルニ由ル

以上予ハ本條規定ノ性質ヲ説明セリ而シテ予ハ本條ヲ以テ冒認罪即チ一種ノ

橫領罪ヲ規定シタルモノト決定シタルカ故ニ本條第一項ノ場合ハ(一)他人ヲ動産、不動産タルコト(二)之ヲ橫領シテ販賣交換シ又ハ抵當典物トシタルコト(三)他人ノ動産、不動産ヲ橫領スルノ意思アルコトノ三要素ヲ以テ成立シ第二項ノ場合ハ(一)己ニ抵當典物ト爲シタル自己ノ不動産タルコト(二)抵當典物ト爲シタル事實ヲ隱蔽シテ他人ニ賣與シ又ハ重キテ抵當典物ト爲シタルコト(三)第一抵當權者又ハ質權者ニ與ヘタル擔保ヲ私ニ剝奪スルノ意思アルコトノ三要素ヲ以テ成立スルモノトス

右ノ各要素ニ付テハ己ニ説明シタル所ニ因リ格別説明ヲ要セサルカ故ニ一二ノ注意ヲ爲スニ止メント欲ス

一 法律ハ支那律ト異ナリ單ニ冒認シタルノミヲ以テハ之ヲ罪トセス販賣交換又ハ抵當典物トシタルコトヲ要スルカ故ニ(一)單ニ自己ノ物ナリト冒認シタルニ過キサルモノ及ヒ冒認シテ自ら費消シ又ハ他人ニ贈與シタル者ハ罪ヲ構成セザルト同時ニ(二)販賣交換又ハ抵當典物ノ目的タルコトヲ得サル金錢ハ本罪ノ目的タルコトヲ得ス畢竟草案ノ法文ヲ其儘支那的ニ修正シタル

ヨリ生シタル缺點ナラン

二 販賣交換又ハ抵當典物トシテ他人ノ所有權又ハ債權ノ擔保ヲ橫領若クハ剽奪スル行爲ナルカ故ニ事實犯人カ之ヲ橫領シ又ハ剽奪シ得ヘキ實力ヲ有スル物ニ對スルニ非スンハ罪ヲ構成セス 竊盜令實力ヲ有スルモ已ニ犯人カ強キカ故ニ本罪ノ目的物ヲラササルハ勿論トス

三 第二項ノ場合ニ付テハ自己ノ不動産ト雖モトアリテ不動産ニ限ルカ故ニ動産ハ犯罪ノ目的ト爲ラス蓋シ抵當ハ不動産ニ限り又質契約ハ要物契約ニシテ已ニ典物トシタル動産ハ犯人ノ實力内ニ在ラサルカ故ニ重キテ典物トスルヲ得サルニ由ラン

第二項 委託物費消罪

予カ茲ニ委託物費消罪トシテ説明セント欲スル所ノモノハ第三百九十五條及ヒ第三百九十六條ノ規定ニ係ル面シテ第三百九十五條ハ所謂委託物費消罪ヲ第三百九十六條ハ之ニ準シタル罪ヲ規定シタルモノナルカ故ニ予ハ之ヲ二覽ニ

分チテ説明スヘシ

第一段 所謂委託物費消罪(即チ第三百九十 五條ノ場合)

第三百九十五條ニ曰ク受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス若シ騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アル者ハ詐欺取財ヲ以テ論スト

人或ハ第三百九十三條第一項ノ規定ヲ以テ他人ノ物件ヲ販賣交換スルニ由リテ或ハ對手者ヲ害シ或ハ所有者ヲ害スル犯罪ナリト解スルト同時ニ本條ノ規定ヲ以テ佛國刑法第四百八條ヲ模倣シタル「ボ」氏佛文第一草案第四百三十八條ニ淵源スルモノニシテ所謂費消ハ單ニ事實上ノ費消即チ消磨行爲ノミナラス法律上ノ處分即チ交換販賣スル等ノ行爲ヲモ包含スルモノナリト解シ彼此ノ異ナル所ハ彼ハ非委託物ノ上ニ行ハルルト此ハ委託物ノ上ニ行ハルルノ差アルノミナリト曰フ者アリト雖モ此解釋ニ依ルトキハ(一)非委託物ヲ交換販賣シタル者ト委託物ヲ販賣交換シタル者トハ對手者ヲ害スルノ方面ヨリ觀察スレ

ノ爲メ其助ヲテ 書記ノ職工見習生等前項ノ罪ヲ犯シタルトキハ懲役ニ處ス
但シ本條ノ規定ハ公ノ保管所ニ於テ金額動產若クハ證書類ヲ竊攘又ハ奪取シ
タル所爲ヲ罰シタル第二百五十四條第二百五十五條及ヒ第二百五十六條ノ規
定ト抵觸スルコトナク云々)

又ホ氏佛文第一草案第四百三十八條ニモ「Est coupable d'abus de confiance et punie
d'un emprisonnement avec travail de 1 mois à 1 an et d'une amende de 28 29 yens celui qui
a frauduleusement dérobé, dissimulé ou dissimé des sommes, valeurs ou effets mobiliers quel-
conques qui lui avaient été confiés à titre de louage, de dépôt, de mandat, de gage ou de prêt à
usage—La peine sera augmentée d'un degré, en cas de dépôt confié pendant un inconvient, une
inondation ou une des autres calamités prévues à l'article 412」(本條ハ第二ノ第四百三十
八條トシテ尙ホ一條アリト雖モ委託セラレタル白紙濫用ニ關スル規定ニシテ
本論ニ何等ノ關係ヲモ有セザルヲ以テ省略ス)即チ佛法ト大同小異ニシテ實借
寄託代理質若クハ使用貸借ノ名義ヲ以テ委託セラレタル金額有價證券其他諸
般ノ動產物ヲ横領隱匿若クハ消盡シタル者ハ背信ノ罪人トシ一月以上一年以

下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス水災火難其他第四百十
二條現行法第三百六ニ掲ケタル危難ノ際委託セラレタル場合ニ係ルトキハ一
等ヲ加フ云々(二)トアリテ本條ノ如ク單ニ消費ニ止マラス横領又ハ隱匿等ノ語ア
ルノミナラス本條後段ノ規定ニ至リテハ絶エテ其影跡ヲ認メザルニ反シテ
二 支那律並ニ新律綱領ニハ
(イ) 唐律「諸受寄財物而輒費用者坐贓論減一等詐言死失者以詐欺取財物論減
一等」

(ロ) 明律「凡受寄人財物畜產而輒費用者坐贓論減一等詐言死失者准竊盜論減
一等並追物還主其被水火盜賊費失及畜產病死有顯跡者勿論」
(ハ) 清律 前同文有顯跡者勿論ノ下本註ニ曰ク若受寄財產而隱匿不認依驅驅律
如以產業轉寄他人戶下而爲所費失自有詭寄盜竊本條云云又其集解ニ曰ク凡
受人寄託之財物畜產而輒擅費用者猶有償還之心非遂乾沒之也故坐贓論減一
等若詐言畜死財失者欺而隱匿之有盜之心矣故准竊盜論減一等蓋受寄之物
原在其家與取諸外者稍有不同故坐贓准盜皆減一等云云(盜竊ノ本條ハ冒認準
原在其家與取諸外者稍有不同故坐贓准盜皆減一等云云)ノ說明中ニ掲ク冒認準

スヘシ 誣騙罪ハ法律 詐欺 官私取財ノ末
 文者 冒認及 贓物 贓物 贓物云トス
 (二) 新律網領 凡他人ヨリ 財物 畜産ノ 寄託ヲ 受ケ 贓トシテ 費用スル者 坐贓ヲ 以テ 論
 シ一等ヲ 減ス 罪徒 二年半ニ 止ル 死ト 詐言スル者ハ 竊盜ニ 二等ヲ 減シ 罪徒
 三年ニ 止ル 益ニ 物ヲ 追シテ 主ニ 還ス 其水火 盜賊ニ 費失セラレ 及ヒ 畜産 病死
 スル者ハ 論スルコト 勿レ

トアリテ 費用ト 同意義ナル 費用ノ 一事ナルト 其後段ノ 規定ハ 本條後段ノ 規定
 ト 全ク 同一ナルニ 依リテ 之ヲ 觀レハ (一) 本條 規定ハ 支那律ニ 淵源シタルモノニ
 シテ (イ) 其所謂 費用シタル者トハ 支那律ニ 所謂 輒ク 費用シタル者 詐言スレハ 右清
 律註釋ノ 説明スルカ 如ク 絶ニス 返還ノ 意思アルニモ 拘ラス 自己ノ 手裡ニ 在ル
 ヲ 便トシ 或ハ ツイ之ヲ 使用シテ 其物ノ 原形ヲ 亡失セシメ 或ハ ツイ之ヲ 費用金
 錢等ニ 付テ 謂フシ又ハ 飲食シテ 其物ヲ 消盡シタル者等 凡テ 事實上ノ 消盡ヲ 爲
 シタルモノノ ミラ 意味シ 其刑重カラサルハ 進ミテ 他人ノ 物ヲ 竊攘セテ 己ヲ 利
 セント 欲スルカ 如キ 盜ノ 心ナク 哀憫 竊スヘキモノアルニ 由リ (ロ) 末段 若シ 騙
 取 拐帶 其他 詐欺ノ 所爲アル者云云トハ 支那律 所謂 死失ト 詐言スル者 詐言スレ

ハ 己ニ 自ラ 消費シ 又ハ 現在 自己ノ 手中ニ 在ルニモ 拘ラス 犯跡ヲ 蔽フテ 賠償ノ
 責ヲ 免レ 若クハ 更ニ 進ミテ 横領センカ 爲メ 水火 盜賊ニ 罹リ 若クハ 病死シタリ
 ト 詐言シタル者ヲ 意味シ 其刑前者ヨリモ 重キハ 進ミテ 他人ノ 物ヲ 攘奪シテ 己
 ヲ 利セント 欲スル 盜ノ 心アリテ 主觀的行爲ノ 性質 竊盜又ハ 詐欺 取財ト 異ナラ
 サルニ 由ルト 解スルト 同時ニ (一) 其法律カ 第三百九十三條ニ 於テ 他人ノ 物件ヲ
 販賣 交換 若クハ 抵當 典物トシテ 又ハ 己ニ 抵當 典物トシタル 自己ノ 物件タルニ
 モ 拘ラス 之ヲ 欺隱シテ 他人ニ 賣與シ 又ハ 重キテ 抵當 典物トシタル者ヲ 詐欺 取
 財トシ 以テ 本條ノ 末段ト 同一ノ 刑ヲ 科スルコトトシタルモ 亦 本條 末段ノ 行爲
 ト 同シク 進ミテ 他人ノ 物ヲ 攘奪シ 又ハ 權利ヲ 侵害シテ 己ヲ 利セント 欲スル 盜
 ノ 心アリテ 主觀的行爲ノ 性質 竊盜又ハ 詐欺 取財ト 異ナラサルニ 由ルト 解シ以
 テ (二) 本條 前段ノ 行爲ト 第三百九十三條 第一項ノ 行爲トノ 差異ハ 本條 前段ト 後
 段トノ 差異ニ 於ケルカ 如ク 目的物ノ 委託物ナルト 然ラサルトニ 在ラスシテ 主
 觀的行爲ノ 性質カ 盜ナルカ 將タ 輕微ナル 不法行爲ニ 過キササルカニ 存スルモノ
 ト 解スヘキモノト 信スヘキ 結論ニ 依リ 委託物ヲ 冒認シテ 交換 販賣シタル者
 ト 解スヘキモノト 信スヘキ 結論ニ 依リ 委託物トシタル者モ 亦 冒認罪ノ 犯人ト 知ルヘシ

附言) 若シ第三百九十三條ヲ以テ前ニ説明シタルカ如ク第三百九十條ヲ補足セタル一種ノ詐欺取財詳言スレハ自己ノ實力内ニ在ラサル物ナルカ故ニ契約ヲ履行スルコト能ハサルニモ拘ラス販賣交換抵當典物トシテ對手者ヨリ財物ヲ詐取スル罪ナリト解スルトキハ本條前段ニ所謂費消ハ佛律及ヒ佛文第一草案ニ所謂横領隱匿及ヒ消盡ヲ簡譯シタルモノニシテ必スシモ事實上ノ消盡ノミナラス交換販賣ト云フカ如キ法律上ノ處分行爲ヲモ包含スルモノナリト解スルコトヲ得ヘキモ此解釋ヲ探ルトキハ本條後段ノ説明ニ付キ(一)之ヲ初ヨリ物件横奪ノ意思アルニモ拘ラス委託ヲ受ケント詐言シテ之ヲ受取リタル末騙取拐帶等ノ行爲ヲ爲シタル者ト解スルモ詐欺ノ手段甚タ簡ニ過キ法律カ第三百九十條ニ於テ所謂偽計詐術ヲ要ストシタル精神ニ著シク背反シ(二)之ヲ「ホ氏佛文第二草案第三ノ第四百三十七條ト同シク初ヨリ物件ヲ横奪スルノ意思アルニモ拘ラス偽計詐術ヲ以テ之ヲ受取リタル者ト解スル」モ氏カ其註釋第九百十號ニ於テ「Il est tûle de dire que la peine de l'escroquerie resterait applicable lorsque les manœuvres frauduleuses auraient eu jûtement pour objet d'

annoncer le dépôt, le mandat ou toute autre détention precative, ou pourrait sans doute arriver à cette peine par une saine interprétation de la loi sans l'écarter, mais il est mieux qu'elle s'en explique elle-même. 若シ偽計詐術カ其實寄託代理其他總テノ容假ノ占有ヲ獲得スル爲メニ用ヒラレタルトキハ詐欺取財ノ刑ニ處スヘント云フハ敢テ無益ノ業ニ非ス蓋シ能ク詐欺取財ノ法條ヲ咀嚼シテ之カ正解ヲ取ラハ敢テ法條ヲ敷衍スルヲ要セスシテ直チニ本文ト同一ノ決定ニ至ルヘント雖モ之ヲ明言スルノ明カナルニ若カサレハナリト説明シテ之ヲ自認シタルカ如ク法文ヲシテ全ク無用ノモノトシメ(三)之ヲ支那律ニ所謂詐言死失ト同一ニシテ盜ノ心アルモノナリト解スルモ彼ノ故ラニ委託物ヲ販賣交換シテ不正ニ己ヲ利セタル者隨テ亦當然盜ノ心アルモノトノ比較上彼ノ輕クシテ此ヲ重クシタルノ理由ヲ發見スルコト能ハサルノ結果途ニ後段ノ規定ハ衍文ナリトシテ之ヲ排除セスンハ論旨ヲ貫徹スルコト能ハサルヘシ

以上我輩ハ本條ト第三百九十三條トノ關係隨テ本條ノ性質ヲ説明シタリ仍ラ是ヨリ尙本例ニ依リ本條ノ構成要素ヲ掲ケ以テ法條ノ各點ヲ詳説スヘシ

本條ノ構成要素 右ニ説明シタルカ如ク本條前段ト後段トハ益々其性質ヲ異ニスルカ故ニ予ハ之ヲ二箇ニ分別シテ説明スヘシ
甲 本條前段ノ場合 本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成スルモノトス(一)犯罪ノ目的物ハ受寄ノ財物即チ委託ヲ受ケタル金額物件ナルコト(二)犯罪ノ所爲ハ之ヲ費消シタルコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ目的物ハ受寄ノ財物即チ委託ヲ受ケタル金額物件ナルコトヲ要ス

(二)人或ハ受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル云云トアリテ法律ハ委託ヲ受ケタル物件即チ委託契約ニ因リテ委託セラレタル物件ノ外更ニ受寄ノ財物ナルモノアルコトヲ認ムルカ故ニ本罪ノ目的物ハ必スシモ委託契約ニ因リテ委託セラレタル物件タルコトヲ要セスト曰フ者アリト雖モ是レ畢竟法文ヲ誤讀シタル説明ニシテ探ルニ足ラサルモノトス蓋シ法文借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル云云トハ受寄ノ財物ヲ註釋シタルモノニシテ法文ハ受寄ノ財物即チ借用物又ハ典物等凡チ委託ヲ受ケタル金額物件ト讀ムヘキモノナ

ルカ故ニ法律ハ明カニ本罪ノ目的物ハ委託契約ニ因リテ委託セラレタル物件タラサルヘカラサルコトヲ示スノミナラス委託契約以外更ニ受寄ノ財物アリト云フカ如キハ殆ト想像スヘカラサレハナリ(二)又曰ク受寄ノ財物即チ委託契約ニ基キテ授受シタルモノトシテ其所謂委託契約ハ明示ノモノタルコトヲ要スルヤ將タ暗黙ノモノト雖モ尙ホ犯罪ヲ構成スヘキヤトノ問題アリト雖モ予ハ暗黙ノ契約ナルモノハ民法ノ上ニ於テノミ之ヲ言ヒ得ヘキモノニシテ嚴格ナル刑法ノ解釋トシテハ明示ノモノナラサルヘカラサルヤ疑ヲ容レスト思料ス通常學者カ暗黙ノ委託アリタル物トスル重罪輕罪モノハ(三)金額トハ讀ミテ字ノ如シ説明ヲ要セス物件トハ文字自體ノ上ヨリ觀レハ不動産ヲモ包含スルモノノ如シト雖モ我民法タル支那律及ヒ佛律ハ勿論何レノ國ニ於テモ委託ノ目的物ハ動産ニ限ルトスルノミナラス後段更ニ拐帶云云ノ文字アリテ不動産ハ拐帶シ得ヘキモノニ非サルカ故ニ動産ノミヲ指スモノタルコト明白ナリトス

第二ノ要素 犯罪ノ所爲ハ之ヲ費消シタルコトヲ要ス

〔二)前ニ説明シタル所ニ據リ茲ニ所謂費消ハ(他ノ)法律ノ解釋如何ニ由リテハ或ハ

事實上ノ消盡ハ勿論交換、販賣、贈與等法律上ノ處分ヲモ包含スルモノト解スルコトヲ得ヘキモ、事實上物ノ用法ニ從ヒテ物ヲ消盡スルコトヲ意味スルモノニシテ法律ハ此行爲アルコトヲ要スルカ故ニ交換、販賣又ハ抵當典物トスル等自體ヲ其用法ニ從ヒテ消盡スルニ非スシテ特ニ之ニ因リテ不正ニ己ヲ利セントスルモノ即チ盜ノ心ヲ以テ委託物ヲ橫奪スルノ行爲ヲ爲シタルモノハ後段ノ場合ト同シク第三百九十三條ノ罪トシテ詐欺取財ノ刑ヲ受クヘキモノトス

予ノ解釋ニ從フトキハ贈與ハ通常物自體ノ消費ニモ非ス又交換、販賣等ノ行爲ニモ非サルカ故ニ無罪ナルヘシト雖モ金額ヲ贈與スルハ金額ノ用法ニ從ヒテ爲シテ消盡行爲ナルカ故ニ本罪ヲ構成スヘキモノトス又曰フ物ノ贈與ナシニ金額罪トアルハ予カ附條ノ取理ニ非スシテ立法ノ缺點ト云フノ外理由ナシニ金額物件費消時期即チ犯罪構成ノ時期如何特定物ニ付テハ議論ナシ唯代替物ニ付キ人或ハ代替物ハ融通物ナルカ故ニ縱令一時之ヲ費消スルモ返還ノ時期ニ至リテ之ヲ返還スルコトヲ得サリシ場合ニ非スンハ費消ノ行爲アリト謂フコトヲ得ス換言スレハ代替物ハ返還ノ時期ニ返還スルコト能ハサル時ニ於テ之ヲ費消シタルモノトスト説明スル者アリト雖モ是レ畢竟物ノ融通即チ甲ノ物ヲ以テ乙ノ物ニ代フルト云フコトト消盡ト云フコトトヲ混同シタル認見ニシテ

探ルニ足ラス代替物ト雖モ單純ナル一時ノ融通即チ百圓ノ預ケ金アル者カ手許ニ在ル五十圓ノ委託金ヲ使用シタルカ如キ甲ノ金錢ヲ以テ乙ノ金錢ニ代ヘタルニ過キサルモノハ格別無資產隨テ現在代フヘキ金錢ナキニモ拘ラス委託金ヲ使用シタル場合ニ於テハ縱令返還時期ノ到著セスト雖モ其時業ニ已ニ之ヲ費消シタルモノニシテ必スシモ返還ノ時期ヲ缺ツコトヲ要セス要融通ト費消トヲ區別ス可キノミ費消ノ時期ハ特定物ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ隨フ費消ヲ許シタル借用金ト對比セヨ思ヒ半ニ過クルモノアラン換言スレハ費消ヲ許ナス隨テ費消ヲ罪トス返還セザルカ故ニ之ヲ罰スルニ非サルナリ

乙 本條後段ノ場合 本罪ハ下ノ二要素ヲ以テ構成スルモノトス(一)目的物ハ委託物ナルコト(二)騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アルコト是ナリ

第一ノ要素 目的物ハ委託物ナルコトヲ要ス

前段ヲ承ケ費消ニ止マラス騙取拐帶云シタルトキハト云フ法條ナルカ故ニ目的物ノ委託物ナルコトヲ要セス

第二ノ要素 騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アルコトヲ要ス

(一) 騙取、取トハ通常自己ノ所持内ニ在ラザル物ヲ有形上自己ノ所持内ニ移シ入ルルコトヲ意味スルモノナルモ茲ニハ委託物隨テ自己ノ所持内ニ在ル物ニ對シテ用ヒラルルカ故ニ茲ニ所謂騙取トハ人ヲ欺罔シテ錯誤ニ陥レ因リテ委託物ヲ横領スルコトヲ意味スルモノニシテ横領ハ物ノ存在ヲ要スルカ故ニ例ヘハ現在之ヲ所持シ居リナカラ水火盜難ニ遭ヒテ亡失シ又ハ疾病ニ罹リテ死亡シタリ若クハ預リタル覺ナシ預リタル覺ナシト爲メニ言フ協合ハ他人ヲ錯誤ニ陥レテ爲ルル但シ後者ノ協合ト雖モ第三者タル裁判官職ヲ錯誤ニ陥ルヘキ欺ノ手口タルトキハ亦詐欺ノ手段トスレト詐言シ因リテ委託物ヲ横奪スルヲ謂フ(二) 携帶トハ清律集註ニ所謂因事遇便而携取人財物即チ之ヲ携帶シ居リテ持テ去ルコトヲ得ヘキ便宜アルヲ利用シテ之ヲ取リ去ルコトヲ謂フモノニシテ例ヘハ丁雜番頭等ノ主人ヨリ物ヲ他ニ持チ行ク途中之ヲ携ヘテ逃亡シタルカ如キヲ謂フ但シ携ヘ去ルハ横奪シテ返還セザルノ行爲ナルカ故ニ之ヲ費消スルカ爲メ携ヘテ遊里ニ入りタルカ如キハ費消セントスル行爲ニシテ拐帶ニ非ス注意スルコトヲ要ス(三) 其他詐欺ノ所爲云云詐欺トアルカ故ニ人ヲ錯誤ニ陥ルヘキ欺

罔ヲ用ヒタルコトノミヲ意味スルカ如キモ詐欺ニ非タル拐帶ヲ承ケ來リ總括シテ其他詐欺ノ所爲ト云フカ故ニ茲ニ所謂詐欺ノ所爲云云トハ總テ右ニ類シタル惡所爲ト云フノ義ニシテ已ニ自ラ費消シ又ハ自己ノ過失ニ因リテ亡失シタルニモ拘ラス水火盜難ニ遭ヒ又ハ疾病ニ因リテ亡失シタリト詐言シテ返償ノ責ヲ免レントスルカ如キ騙取ニ類シタル消極又ハ無形ノ横領及ヒ夜中竊ニ家屋ヲ引拂ヒテ踪跡ヲ晦マスカ如キ拐帶ニ類シタル横領等ヲ謂フモノトス

第二段 準委託物費消罪

第三百九十六條ニ曰ク自己ノ所有ニ係ルト雖モ官署ヨリ差押ヘタル物件ヲ藏匿脱漏シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス但家資分散ノ際此罪ヲ犯シタル者ハ第三百八十八條ノ例ニ照シテ處斷ス

本條ハ第三百七十一條ト同性質ノ規定ナルカ故ニ予ハ之ヲ準委託物費消罪トス別ニ說明スヘキ點ナシ唯左ノ數點ヲ注意スルニ止ム

一 單ニ官署トアリテ司法官廳タルト行政官廳タルト問ハヌ又單ニ差押ヘ

タル物件トシテ差押ノ性質ヲ限定セタルカ故ニ如何ナル官廳ヨリ如何ナル理由ニ因リテ差押ヘタル物ト雖モ皆本罪ノ目的物タルコトヲ得ルモノトス

二 單ニ差押ヘタル物件トアリテ動産ナルト不動産ナルト犯人自己ノ保管ニ係ルト他人ノ保管ニ係ルトヲ區別セスト雖モ本條ハ受寄財物ニ關スル罪ノ節目ノ中特ニ委託物費消罪ノ次ニ記載シアリテ委託物ニ準スヘキノナルカ故ニ犯人自己ノ保管ニ係ル動産タルコトヲ要スルヤ勿論トス蓋シ不動産ハ藏匿脫漏スルコトヲ得タルト同時ニ他人ノ保管ニ係ル動産ニ關スルトキハ場合ニ依リ第三百七十一條ノ罪ヲ構成スヘケレハナリ

三 藏匿脫漏下アリテ消費ヲ合マサルカ如シト雖モ藏匿脫漏ハ常ニ消費ニ先ツ行爲ナルカ故ニ當然之ヲ包含スルモノトス

四 刑罰ノ第三百九十五條前段ヨリモ輕ク僅ニ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ止マルハ人情ノ自然ヲ斟酌シタルモノナラン

第三項 遺失物理藏物ニ關スル罪

第三百八十五條ニ曰ク遺失及ヒ漂流ノ物品ヲ拾得テ隱匿シ所有主ニ還付セス又ハ官署ニ申告セタル者ハ十一日以上三月以下ノ重禁錮ニ處シ又ハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス第三百八十六條ニ曰ク他人ノ所有地内ニ於テ埋藏ノ物品ヲ掘得テ隱匿シタル者亦前者ニ同シ第三百八十七條ニ曰ク此節ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者第三百七十七條ニ掲ケタル親屬ニ係ル時ハ其罪ヲ論セスト

右三條ノ規定ハ明治九年四月十九日第五十六號布告遺失物取扱規則ト共ニ支那律及ヒ之ヲ繼承シタル新律綱領唐律雜律ニ曰ク諸於他人地内得宿藏物隱而不送者計合還主之分坐罪論減三等○諸得闕遺物滿五日不送官者各以亡失罪論罪重者坐罪論私物坐罪減二等明律戶律得遺失物ノ條ニ曰ク凡得遺失之物限五日內送官官物還官私物召入認認於內一半給與得物人充賞一半給還遺失物人如三十日內無人認認者全給限外不送官者官物坐罪論私物減二等其物一半入官一半給主○若於官私地内掘得埋藏之物者並聽收用若有古器鐘鼎符印異常之物限三十日內送官違者杖八十其物入官清律戶律得遺失物ノ條前同文新律綱領雜律ニ曰ク凡遺失物ヲ得レハ必ス官ニ送ルヘシ官物ハ全ク官ニ入レ私物ハ一

半ヲ其主ニ給シ一半ヲ得ル人ニ給ス如シ三十日內ニ其主ナケレハ全ク給ス若シ官ニ送ラナル者官物ハ坐賍ヲ以テ論シ物ヲ追シテ官ニ還ス私物ハ一等ヲ減シ主アルハ物ヲ追シテ主ニ給シ主ナキハ官ニ入ル若シ官私地內ニ於テ埋藏ノ物ヲ掘得ル者ハ竝ニ官ニ送リ地主ト中分セシム隱シテ送ラナル者ハ主ニ分ツ可キノ數ヲ計ヘ坐賍ヲ以テ論シ一等ヲ減ス仍ホ地主ト中分セシムニ淵源スルモノニシテ從來遺失物埋藏物ニ關スル罰條タリシモ右遺失物取扱規則ヲ廢止シタル明治三十二年三月法律第八十七號遺失物法第十六條ノ規定ニ由リ暗黙ニ廢止セラレタルカ故ニ現今遺失物埋藏物ニ關スル罰條ハ單ニ右遺失物法第十六條ノ規定アルノミトス

明治三十二年三月法律第八十七號遺失物法第十六條ニ曰ク拾得物其他本法ノ規定ヲ準用スル物件ヲ隱匿シ若クハ不正ニ處分シタル者ハ三月以下ノ重禁錮又ハ二十圓以下ノ罰金ニ處ス前項ノ罪ハ刑法第三百七十七條ニ掲ケタル親屬ニ係ルトキハ之ヲ論セスト

今ハ特別法ニ關シ之カ說明ハ本著ノ目的ヲ超脱スト雖モ竊盜罪及ヒ冒認罪等

他ノ犯罪ト密接ナル關係ヲ有スル重要ナル規定ナルカ故ニ一言刑法及ヒ之ニ關係スル舊法ト本法トノ重ナル差異ト本罪ノ性質及ヒ本罪ニ類似シタル他罪トノ關係トヲ說明セント欲ス

第一 刑法及ヒ之ニ關係スル舊法ト本法トノ重ナル差異 遺失物埋藏物ニ關スル舊法ハ刑法第三百八十五條乃至第三百八十七條明治九年四月十九日第五十六號布告遺失物取扱規則明治九年十二月二十日內務省達乙第百三十六號及ヒ明治十年九月二十七日同省達甲第二十號ニシテ本法ノ之ト異ナル重ナル點ハ(一)遺失物漂流物ニ付キ舊法ニ於テハ五日內ニ所有主ニ返還シ又ハ官署ニ申告スルコトヲ要シ之ヲ爲ササル者ハ隱匿シタル者ト推定セララルカ故ニ縱令遺忘シテ返還又ハ申告ヲ怠リ居リタル者ト雖モ明カニ之ヲ證明スルコトヲ得タル者ハ單ニ五日ヲ經過スルモ返還又ハ申告セストノ事實ノミニ因リ直チニ隱匿シテ返還セス又ハ隱匿シテ申告セタルモノトシテ處斷セラル之ニ反シ新法ニ於テハ此期間ヲ設ケタルカ故ニ縱令十數日ヲ經過スルモ隱匿又ハ處分シタルノ事實アルニ非スンハ罪ヲ構成セス 舊法ニ於テハ五日ノ期間アルカ故ニ縱令

ハモスト云フ(一)埋藏物ニ付キ舊法ニ於テハ遺失物取扱規則第六條及ヒ第十四條ニ「官私ノ地内ニ於テ埋藏物ヲ掘得タルモノハ官ニ送ル可ク之ヲ爲ササルモノハ律ニ照シテ處分ス」トアリテ掘得タル場所ノ如何ヲ問ハサルニモ拘ラス刑法第三百八十六條ニハ他人ノ所有地内云トアリテ他人ノ所有地内ニ於テ掘得タル物ニ非スニハ制裁ヲ加ヘサルカ故ニ自己ノ所有地内ニ於テ掘得タルモノハ假令官ニ送ラサルモ罪ヲ構成セス之ニ反シ本法ニ於テハ第十三條ニ「埋藏物ニ關シテハ第十條ヲ除ク外本法ノ規定ヲ準用ストアルカ故ニ如何ナル場所ニ於テ掘得タル物ト雖モ之ヲ隱匿又ハ處分シタル者ハ第十六條ニ依リテ處斷セラルルモノトス

第二 本罪ノ性質及ヒ本罪ニ類シタル他罪トノ關係
 甲 遺失物漂流物モ亦遺失物ノ一種ナリニ關スル罪
 一 本罪ノ目的ニ付キ (一)拾得トハ竊取ノ行爲ト同シク自己ノ占有ニ在ラザル他人ノ物件ヲ現實ニ自己ノ占有ニ移シ入ルルノ行爲ナルカ故ニ本罪ノ目的物ハ犯人ノ占有ニ在ラサル、他人ノ所有、有體動產タルモノトシテ

無體物タル債權又ハ不動産等現實ニ移動スルコトヲ得サルモノ阿片烟又ハ之ヲ吸食スルノ用ニ供スル器具等法律ノ禁制シタルモノ、山野ノ鳥獸、河海ノ魚鱉等未タ何人ノ所有ニモ屬セサルモノ及ヒ契約ノ錯誤又ハ偶然ノ出來事等ニ因リ犯人ノ占有ニ在ルモノハ本罪ノ目的物タルコトヲ得サルハ甚タ明白ニシテ嘗テ爭ナキ所トス但シ最後ノ點ニ付テハ遺失物法第十二條ニ誤リテ占有シタル物件他人ノ置去リタル物件ヲ遺失物ニ準シ其發見ヲ以テ拾得ニ準スルノ規定アルカ故ニ茲ニ所謂占有ハ結局契約ニ因リテ占有シタル物件ニ限ルモノトス(二)然ラハ本罪ノ目的物ハ單ニ犯人ノ占有ニ在ラサル他人ノ所有ノ有體動產タルノミヲ以テ足レリトスヘキカ將タ更ニ何人ノ占有ニモ屬セサル物件タルコトヲ要スルカ此點ニ付キ人或ハ遺失物法第一條ニ他人ノ遺失シタル物件ヲ拾得云云トアルヨリ所有者ト物トノ關係即チ客觀的方面ヨリ觀察シ右ノ外更ニ何人ノ占有ニモ屬セサル物件タルコトヲ要スト云フ者アリト雖モ予ハ遺失物法第一條ハ犯罪ト爲ラサル場合ニ民法上物ノ分配ヲ定ムルノ必要アルカ故ニ一般ノ場合ヲ想像シ所有者ト物トノ關係即チ客觀的方面ヨリ立言シテ他人ノ遺失シ

タル物件ト言ヒタルニ止マリ直チニ採リテ刑事上ノ定義トスルコトヲ得ス
 刑事上ニ於テハ犯人ト物トハ關係即チ主觀的方面ヨリ觀察シ荷モ犯人カ遺失
 物何人ノ占有ニモ屬セサル他人所有ノ有體動產ト思料シテ拾得シタルモノハ
 縱令現ニ他人ノ占有ニ係ル物件ト雖モ法律ニ所謂遺失物ニシテ之ヲ隱匿又ハ處
 分シタル者ハ本罪ヲ犯シタル者トセサルヲ得サルカ故ニ必スモ何人ノ占有
 ニモ屬セサル物件タルコトヲ要セスト思料ス蓋シ前ニ盜罪ノ總論ニ於テ説明
 シタルカ如ク已ニ拾得シテ隱匿又ハ處分シタルモノカ他人ノ所有物タル以上
 ハ茲ニ被害者ヲ生スルノミナラス前説ノ如ク論定スルトキハ凡ソ犯罪ヲ構成
 スル爲メニハ所爲ト犯意トノ投合ヲ要スル結果他人ノ占有ニモ屬モノト信シテ
 何人ノ占有ニモ屬セサル物件ヲ盜取シ又ハ何人ノ占有ニモ屬セサルモノト信
 シテ他人ノ占有ニモ屬セサル物件ヲ拾得シテ隱匿若クハ處分シタル場合ニ於テ何レモ
 無罪タラサルヘカラサルノ不結果ヲ生スレハナリ

二 本罪ノ所爲ニ付キ 人或ハ自己ニ移入レタル物件カ遺失物ナルトキハ縱
 令占有ニ移入ルルノ當時業ニ已ニ之ヲ横奪セントノ惡意アルモ仍ホ拾得ノ行

爲ニシテ本罪ト竊盜罪トノ岐ルル所ハ遺失物ナリヤ將タ他人ノ占有ニモ屬物件
 ナリヤニ在リト曰フ者アリト雖モ予ハ拾得トハ所有者ノ爲メニ物件ヲ保護セ
 ントノ善意ノ行爲ニシテ本罪ハ始メ善意ヲ以テ獲得シタル物ヲ後ニ至リ横領
 セントノ惡意ヲ生シ之ヲ隱匿又ハ處分スルニ因リテ構成スルモノニシテ冒認
 罪ノ一種ナルカ故ニ本罪ト竊盜罪トノ岐ルル所ハ物カ遺失セラレタル物ナル
 ト否トニ在ラスシテ初メ犯人ノ之ヲ其占有ニ移入レタル所爲カ之ヲ自己ノ物
 トセントノ意思即チ奪取ノ意思ノ表示ナリシヤニ在ルモノトス蓋シ法文遺失物
 セントノ意思即チ保管ノ意思ノ表示ナリシヤニ在ルモノトス蓋シ法文遺失物
 法第一條所謂所有者云云ニ返還シ又ハ官署ニ差出スヘシト云フカ如キハ他人
 ノ物件ヲ奪取シタル者ニ對シテ言フヘキノ語ニ非サレハナリ(注意)奪取ノ意思
 ナレカ保管ノ意思即チ奪取ノ意思ノ結果多クハ無形上ノ判斷ニ關スルカ故ニ通常
 之ヲ判別スルコト困難ナルモ結果多クハ無形上ノ判斷ニ關スルカ故ニ通常
 (例)自ラ之ヲ拾得シ得ヘキ位區ニ在ルコトヲ知ルニモ拘ラス其遺失ハ現在遺
 失ニ之ヲ取得シタルカ如キ場合ニ於テハ奪取ノ意思アルモノト斷定シ得トシ
 アルモノト謂ハサルヘカラス但シ準拾得ノ場合即チ發見アルモノト斷定シ得トシ
 ナル場合ニ於テハ實際拾得ト成ルモテハ外形ノ行爲トス又曰ク遺失物法第十二條何

他人ノ財産ヲ占有シタル物件トハ犯人カ誤リテ占有シタル物件ノ屬ニシテ彼ノ詐欺ハ消極的ニ

乙 埋藏物ニ關スル罪

埋藏物ニ付テハ遺失物法第十三條ノ精神上總合初メヨリ所有者ナキコトノ明白ナル物ト雖モ犯罪ノ目的ト爲リ得ヘキモノナルカ故ニ遺失物ト異ナリ嘗テ人ノ所有ニ屬シ現時地下ニ埋没シテ人ノ之アルコトヲ知ラザリシ有體動産ハ皆本罪ノ目的物ト爲リ得ヘキモノトス

其他ハ遺失物ニ付テノ説明ニ準據シテ之ヲ知ルコトヲ得ヘキカ故ニ省略ス以上説明シタル所ニ據リ本罪ハ横領罪中所謂冒認罪ノ一種ニ屬シ其竊盜罪ト岐ルル點ハ初メ之ヲ獲得スルノ意思カ横奪ニ在ルカ善意ノ占有ニ在ルカニ存シ其冒認罪ト岐ルル點ハ犯罪ノ所爲カ犯人ノ遺失物ト認メタル物ト對シ行ハレタルト否トニ存ス例ハ先ヅ犯罪人ノ占有ニ在ル動産ニ對スル横領ノ行爲ヲ以テ蓋シ買主又ハ委託セラレタル物ノ賣買交換ニ因リ賣主又ハ他ノ交換ノ相手者中ニ入存スル物トナレハナク對ニ委託セラルル物ト對スル物ト對シテ行ハレ更ニ之ヲ罪トス

二人ノ故意ノ程度如何ニ因リ委託物ノ賣消即ト重キ委託物ノ賣消及ロ冒認罪トノ區別ニ其程度ヲ區別セシメ重キ委託物ノ賣消ハ明瞭ナル關係ニ在リテハ

第四項 家資分散ニ關スル罪

昔時ハ單ニ債務ヲ辨濟セサルノミヲ以テ已ニ罪アルモノトシ刑罰ヲ加ヘタルコトアルモ現今ハ何レノ國ニ於テモ債務ヲ辨濟セサルニ止マルモノハ單ニ或失權ヲ來スノミニシテ犯罪ト爲ルコトナシ唯詐欺又ハ重キ過失アル場合ニ始メテ罪ヲ構成スルモノトス
第三百八十八條ニ曰ク「家資分散ノ際其財産ヲ藏匿脱漏シ又ハ虛偽ノ負債ヲ增加シタル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス情ヲ知テ虛偽ノ契約ヲ承諾シ若クハ其媒介ヲ爲シタル者ハ一等ヲ減ス」第三百八十九條ニ曰ク「家資分散ノ際藏匿ノ類ヲ藏匿毀棄シ若クハ分散決定ノ後債主中ノ一人又ハ數人ニ其負債ヲ私償シテ他ノ債主ヲ害シタル者ハ一月以下二年以下ノ重禁錮ニ處ス」
此規定ハ以前民事上ノ無資力ト商事上ノ支拂停止トヲ區別セス共ニ家資分散

ノ處分ニ付シタル當時ニ在リテハ民事上ノモノニモ商事上ノモノニモ適用セ
ラレタリシモ明治二十六年七月一日商法施行以來商事上ノ支拂停止ハ商法破
産ノ處分ニ付シ之ニ關スル犯罪ハ明治二十三年法律第百一號ニ依リテ處斷セ
ラルルコトト爲リシヲ以テ現今ハ民事上ノ家資分散ニ關スル犯罪ニノミ適用
セララルモノトス(民事上ノ家資分散ハ明治二十六年法律第六十九號家資分散
法ニ規定セラル)

法律カ茲ニ罪トシ規定スル所ノ所爲ハ(一)財産ヲ藏匿脱漏スルコト(二)虚偽ノ負
債ヲ増加スルコト(三)賸簿類ヲ藏匿毀棄スルコト(四)債主中ノ一人又ハ數人ニ負
債ヲ私償スルコトノ四ニシテ第一乃至第三ハ家資分散ノ際ニ行ハレタルノミ
ヲ以テ罪ヲ構成スルモ第四ハ分散決定ノ後ニ行ハラルルニ非スシテ罪ヲ構成セ
ス

(二)家資分散ノ際トハ事實分散セントシ又ハ分散シタル當時ヲ謂フ其事實果シ
テ分散セントシ又ハ分散シタルヤハ裁判官ノ判定ニ依ルモノトス人往之ヲ
解セテ分散決定ノ前後ト曰ヒ以テ之ヲ民事ノ判決ニ關連セシメントスル者ア

リト雖モ大ナル誤ナリ蓋シ刑事ノ判決ハ民事ノ判決ニ羈束セラルルモノニ非
タルカ故ニ縱令終ニ民事ニ於テハ此決定ヲ爲サナリシ場合ト雖モ分散セント
スル事實アリト認メタル刑事ノ判決ハ法理上毫末ノ瑕疵ナキモノナレハナリ
(二)藏匿脱漏(其ニ同一事ヲ意味ス犯人ノ方面ヨリ主觀的ニ言ヒタルト被害者ノ
方面ヨリ客觀的ニ言ヒタルノ差アルノミ)財産ヲ藏匿脱漏スルトハ現在有體財
産ヲ他ニ隱匿シ又ハ貸方財産ヲ賸簿ニ記載セス以テ債權者ノ擔保ヲ剝奪スル
コトヲ謂フ(三)虚偽ノ負債ヲ増加[スルトハ分散財團ノ分配ニ加入シテ債權者ヲ
害セシメンカ爲メ或ハ虚偽ノ負債ヲ記載セタル證書ヲ第三者ニ交付シ或ハ第
三者ニ虚偽ノ負債アルコトヲ賸簿ニ記載スルカ如キコトヲ謂フ(四)賸簿類トハ
積消兩極ノ資産ヲ知ルニ足ル一切ノ記録ニシテ貸借又ハ會計ニ關スル帳簿等
ヲ謂フ債權證書ハ財産ノ中ニ入ルヘキモノナルカ故ニ之ヲ包含セス藏匿毀棄ハ
藏匿毀棄ト讀ムヘク藏匿シテ所在ヲ不明ナラシメ若クハ有形又ハ無形ニ毀損
シテ讀ムヘカラサラシムルヲ謂フ變造ヲ含マス立法ノ趣旨ニ於テハ變造ハ文
字ヘケレトモ字ノ解釋ハ無形ノ偽(五)債主中ノ一人又ハ數人ニ負債ヲ私償シ云
造變造ヲ認メタルカ故ニ無罪トス

云二 法文明瞭説明ヲ要セス

然ラハ何故ニ第一乃至第三ノ行為ハ家資分散ノ際之ヲ行フトキハ直チニ罪ヲ構成スルニモ拘ラス唯リ第四ノ行為ノミ分散決定ノ後之ヲ行フニ非スルハ罪ヲ構成セサルヤ曰ク債務者ノ財産ハ總テノ債權者ノ擔保ナルカ故ニ之ヲ害スヘカラサルノ義務ハ常ニ之アリト雖モ平等支拂ノ義務ハ分散決定以後ニ非ズレハ生セザレハナリ

本罪ノ處分ニ付キ(一)家資分散ノ際財産ヲ藏匿脱漏シ又ハ虛偽ノ負債ヲ増加シタル者ヲ重クシ(二)以下ノ重罪輕罪分散決定ノ後債主中ノ一人又ハ數人ニ其負債ヲ私償シタル者ヲ輕ク(三)以下ノ重罪輕罪シタル所以ハ犯人自ラ利セント欲スルノ意思アルト然ラザルトニ於テ主觀的犯意ニ輕重ノ差アルト同時ニ客觀的被害ノ結果ニモ亦輕重ノ差アルニ因リ財産ヲ藏匿シ脱漏シ又ハ虛偽ノ負債ヲ増加シタル者ヲ重クシ(四)簿類ヲ藏匿毀棄シタル者ヲ輕ク(五)以下ノ重罪輕罪シタル所以ハ一ハ直チニ債權者ヲ害スルノ結果ヲ生スル行為タルト他ハ之ヲ害セントスルノ手段タルニ止マリ必スシモ債權者ヲ害スルノ結果ヲ生スヘキモノニ非ザルト

ノ差アルニ由ル(二)情ヲ知リテ虛偽ノ契約ヲ承諾シ若クハ其媒介ヲ爲シタル者トハ家資分散ノ際虛偽ノ負債ヲ増加セント欲スル者タルコトヲ知リナカラ其依頼ヲ受ケ虛偽ノ債權アリト主張スルコトヲ承諾セタル者若クハ兩者ノ間ヲ周旋シタル者等ヲ謂フ而シテ其法律カ一等ヲ減シテ之ヲ罰ストシタル所以ハ主觀的ノ從犯(主觀的トハ無形上ト謂フ)ノ義ニシテ客觀的即チ犯タルカ故ニ事情ヲ斟酌シタルモノナラン然レトモ家資分散ノ際財産又ハ簿類ヲ藏匿スル者タルノ情ヲ知リナカラ其依頼ヲ受ケテ之ヲ寄藏シタル者ニ付テハ減等ノ明文ナキカ故ニ均シク客觀的犯罪行為ヨリ觀レハ共同正犯(共同正犯ト稱スル者タルカ故ニ從犯ト非ス)ニシテ主觀的無形上ヨリ觀レハ從犯タルニモ拘ラス總則ノ適用ニ因リ正犯トシテ處斷セサルヘカナルノ結果兩者ノ間故チ權衡ヲ失スルニ至ル恐ラク立法ノ錯誤ナラン(總令本罪ハ身分ニ因リテ構成スヘキ犯罪ナルカ故ニ至ル其媒介ヲ爲シタル者ノ外ハ之ヲ探ルル亦反對ニ何故ニ處罰ノ契約ヲ承諾シ若クハトセザル者アラス又曰ク人或ハ財産又ハ簿類ヲ寄藏者ハ總則ニ照スル犯罪以後ノ結果ニ係リ此ヘカラザルモノニ係ルカ

第三款 盜罪ト横領罪トニ共通スル附隨ノ罪

(即チ贓物ニ關スル罪)

本罪ハ盜罪又ハ横領罪ニ隨伴シテ生スル犯罪ナルカ故ニ學者通常之ヲ稱シテ事後從犯ト曰フ然レトモ是レ畢竟便宜上ノ名稱ニシテ學理上ニ於テハ盜罪又ハ横領罪其モノノ實質ニ關セシテ格別ニ發生スルモノナルカ故ニ獨立ノ罪トス

本罪ハ第三百九十九條乃至第四百一條ヲ以テ規定セラレ

第三百九十九條ニ曰ク強竊盜ノ贓物ナルコトヲ知テ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲シタル者ハ一月以上三年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第四百條ニ曰ク前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス第四百一條ニ曰ク詐欺取財其他ノ犯罪ニ關シタル物件ナルコトヲ知テ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲シタル者ハ十一日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

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ト

本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成ス(一)犯罪ノ目的ハ贓物ナルコト(二)犯罪ノ所爲ハ

之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲シタルコト(三)犯罪ノ意思ハ贓物タル

ノ情ヲ知リテ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲スノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ目的ハ贓物ナルコトヲ要ス

贓物トハ犯罪ニ因リテ不正ニ獲得シタル物件ヲ謂フ(一)犯罪ニ因リテ獲得シタル物件ナルコトヲ要スルカ故ニ冒認罪及ヒ委託物費消罪(第三九五條前段)ノ目的物等犯罪ニ因リテ獲得スルニ非スシテ犯罪ニ因リテ他人ニ交付シ又ハ消盡

スルモノ換言スレハ之ヲ獲得スルコトカ罪ト爲ルニ非スシテ交付又ハ消盡スル

コトカ罪ト爲ルヘキ行爲ノ目的ハ贓物ニ非ス

レハ立法者ハ容易ニ冒認罪又ハ委託物費消罪等ノ目的ヲ以テ贓物ノ重ナル

ト雖モ學究上ニ誤認トスルカ如キ然ルニ此等ノ犯罪ノ目的ハ贓物タル者ナル

ニシテ又ハ實取タル者ノ區分如何ニ依リテ非ズ取タル者ニ依リテ實取タル者

純實ナルモノト爲シテ取タル者ノ區分如何ニ依リテ非ズ取タル者ニ依リテ實

信ナル者ト爲シテ取タル者ノ區分如何ニ依リテ非ズ取タル者ニ依リテ實

非ナル者ト爲シテ取タル者ノ區分如何ニ依リテ非ズ取タル者ニ依リテ實

他ノ犯罪ニ關シタル物件トナリ犯罪ニ關セタル贓物タルコトモ主

刑法各論 自衛財產ニ對スル重罪罪 財產ニ對スル重罪罪 九六一

ス蓋シ該物以外ニ付テハ別ニ罪設テ爲ルニキ物ニ關スル犯罪ノ法律上ノ知レハナリ(二)犯罪ニ因リテ不正ニ獲得シタル物件換言スレハ法律力之ヲ獲得スルコトヲ不正ナリトシテ罰シタル罪ヲ犯スニ因リテ得タル物件タルコトヲ要スルカ故ニ彼ノ賭博富籤又ハ淫賣等法律カ其手段ノミヲ不法ナリトシテ罰シタル罪ヲ犯スニ因リテ得タル物件ハ贓物ニ非ス(三)犯罪ニ因リテ獲得シタル物件換言スレハ犯罪構成ノ要素タル目的タルコトヲ要スルカ故ニ因リテ得タル目的物ニ代リタル物件例ヘハ盜品ヲ賣却シテ得タル金額ハ贓物ニ非ス(代物物ノ買賣カ變色シタルト云フノ論ハ故ニ原(四)然レトモ苟モ法律カ客觀的犯罪トシテ處罰シタル行爲ニ因リテ得タル物件ナランカ其犯人カ主觀的ノ事情者等ノ事情失ニ因リテ免刑セララルト物件ノ動産タルト不動産タルト特定物タルト代替物タルトハ贓物タルノ性質ニ何等ノ影響ヲモ有スルコトナシ

第二ノ要素 犯罪ノ所爲ハ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲シタルコトヲ要ス

(一)受タルトハ授クル物ヲ領收スル行爲ノ總稱ナルカ故ニ苟モ授クルニ依リテ

之ヲ占有シタル者ハ名義ノ如何ヲ問ハズ皆茲ニ所謂受タル者タルカ如キモ法律力之ト相對シテ更ニ寄藏故買牙保等凡テ犯罪ノ結果ヲ保全シ以テ犯罪人ヲ利シ若クハ犯罪人ト共ニ己ヲ利スルノ行爲ヲ列舉スルニ依リテ之ヲ觀レハ茲ニ受タルトハ無償ニテ之ヲ貰ヒ受ケ以テ犯罪ノ餘澤ヲ蒙ルコトヲ意味スルモノニシテ彼ノ修繕改造又ハ運搬等ノ勞力ヲ施スカ爲メ單ニ之ヲ占有シタルニ過キナル者ノ如キハ之ヲ包含セザルモノト信ス(二)寄藏トハ寄託ヲ受ケテ之ヲ收藏スルコトヲ謂フ(三)故買トハ交換販賣等廣ク有價名義ニテ之ヲ獲得スルコトヲ謂フ(四)牙保トハ讓渡人ト讓受人トノ間ニ介在シ賣買ノ媒介ヲ爲スコトヲ謂フ賣買ノ媒介ヲ爲スコトヲ謂フカ故ニ賣買ヲ了リタルトキニ於テ完成スルモノトス

第三ノ要素 犯罪ノ意思ハ贓物タルノ情ヲ知リテ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲スノ意思アルコトヲ要ス

是レ總則ノ適用ニシテ別ニ說明ヲ要セス然ラハ強竊盜ノ贓物ナリト信シテ詐欺取財其他ノ犯罪ニ關スル物件ヲ又ハ詐欺取財其他ノ犯罪ニ關スル物件ナリ

ト信シテ強竊盜ノ贖物ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲シタルトキハ如何ニ處分スヘキヤ人或ハ強竊盜ノ贓物タルコトヲ知テ又ハ詐欺取財其他ノ犯罪ニ關シタル物件ナルコトヲ知テアリテ第三百九十九條ノ罪ヲ構成スル爲メニハ其物件カ強竊盜ノ贓物タルト同時ニ犯人ニ於テ其情ヲ知ルコトヲ要シ第四百一條ノ罪ヲ構成スル爲メニハ其物件カ詐欺取財其他ノ犯罪ニ關スル物件タルト同時ニ犯人ニ於テ其情ヲ知ルコトヲ要スルカ如ク記載シアレヨリ本問ノ如キ意思ト目的物トノ投合セザル場合ハ明文ヲ缺タカ故ニ罪ヲ構成セスト云フ者アルヘシト雖モ法律カ強竊盜ノ贓物タルコトヲ知テ又ハ詐欺取財其他ノ犯罪ニ關シタル物件ナルコトヲ知テ下記載シタルハ單ニ處罰ヲ異ニセンカ爲メ處分ニ關スル條件ヲ掲ケタルモノニシテ犯罪ノ構成ニ關スル條件ヲ掲ケタルモノニ非サルカ故ニ本問ハ當然第七十七條第三項ヲ適用シテ處斷スヘキモノトス

處分ニ付テハ(二)目的物カ強竊盜ノ贓物ナルト其他ノ犯罪ニ關スル物件ナルトニ依リ刑罰ヲ異ニシ前ノ物ニ關スルトキハ一月以上三年以下ノ重禁錮ト三圓

以上三十圓以下ノ附加罰金及ヒ六月以上二年以下ノ監視ニ處シ後ノ物ニ關スルトキハ十一月以上一年以下ノ重禁錮及ヒ二圓以上二十圓以下ノ附加罰金ニ處ス畢竟罪質ノ輕重ニ著眼シタルモノナルヘシト雖モ些カ杓子梳木ニ過クルノ嫌アリ(二)詐欺取財其他ノ犯罪トハ刑法第三編第二章財產ニ對スル罪ノミヲ謂フヤ將タ第二編ニ規定シタル收賄罪等ヲモ之ヲ包含スルヤ人或ハ本罪ノ財產ニ對スル罪ノ中ニ規定セラレアルヨリ財產ニ對スル罪ノミヲ謂フモノナリト曰フ者アリト雖モ明文何レノ處ニモ此ノ如キ制限ナキノミラス法理上ヨリ言ヘハ收賄罪ノ如キハ當然之ヲ包含セシメサルヘカラサルカ故ニ予ハ後段ノ決定ヲ採リテ第二編ニ規定セラレタル犯罪ヲモ包含スルモノトス然ラハ監守盜ハ益ニ所謂強竊盜ニ屬スルヤ將タ其他ノ犯罪ニ屬スルヤ有力ナル反對論アルヘシト雖モ予ハ前ニ説明シタル如ク竊盜ニ屬スルモノト信ス

以上我輩ハ本罪ノ構成竝ニ處分ヲ説明シタルモ尙ホ注意ノ爲メ一二ノ問題ヲ説明セント欲ス

一 荷モ贓物即チ犯罪ニ因リテ不正ニ獲得セラレタル物件タルコトヲ知りナ

カラ之ヲ受ケ又ハ寄藏……シタルトキハ縱令善意ニテ其所有權ヲ得タル者ヨリ之ヲ受ケ又ハ寄藏……スルモ本罪ヲ構成スヘキヤ曰ク占有者カ真正ノ所有者ニ之ヲ返還スルノ義務ヲ免脱セザル間ハ尙ホ贖物タルノ性質ヲ保有スルモノナルカ故ニ占有者カ真正ノ所有者ニ返還スルノ義務ヲ免脱シタル後ニ非テレハ常ニ本罪ヲ構成スルモノトス

二 本罪ノ或モノハ第五十二條ノ罪證隱蔽罪ト全ク相混同ス何ヲ以テ之ヲ區別スヘキヤ曰ク本罪ハ財産ニ對スル罪即チ自己又ハ他人ヲシテ財産上ノ利益ヲ得セシメントノ意思ニ出ツル罪ニシテ罪證隱蔽罪ハ犯罪ヲ庇護セントノ意思ニ出ツル罪ナルカ故ニ之ヲ以テ區別ノ標準トシ財産上ノ利益ヲ目的トスルトキハ本罪ニ屬シ犯罪ノ庇護ヲ目的トスルトキハ罪證隱蔽罪ニ屬スルモノトス

第二節 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

第一款 放火、失火罪

法律ノ規定ニ依レハ自己ノ家屋ヲ燒燬スルモ尙ホ罪ヲ構成スルモノナルカ故ニ本罪ハ寧ロ靜謐ヲ害スル罪ノ中ニ入ルヘキモノニシテ其之ヲ財産ニ對スル罪ノ中ニ規定シタルハ蓋シ編纂ノ體ヲ失シタルモノトス

本罪ハ第四百二條乃至第四百十條ノ規定ニ係リ法律ハ三種ノ犯罪ヲ規定セリ曰ク放火罪曰ク失火罪曰ク準放火及ヒ失火罪是ナリ

第一項 放火罪

本罪ハ第四百二條乃至第四百八條ノ規定ニ係ル

第四百二條ニ曰ク火ヲ放テ人ノ住居シタル家屋ヲ燒燬シタル者ハ死刑ニ處スト(以下省略)

本罪ヲ構成スル爲メニハ下ノ要素ヲ必要トス(一)火ヲ放チテ燒燬シタルコト(二)家屋其他法律ノ規定シタル物件ニ係ルコト(三)火ヲ放チテ家屋其他法律ノ規定シタル物件ヲ燒燬スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素火ヲ放チテ燒燬シタルコトヲ要ス
 火ヲ放ツコト及ヒ燒燬ノ何タルヤハ説明ヲ要セス
 然レトモ如何ナル程度ニ達シタルトキニ於テ燒燬ノ行爲ヲ遂ケタリトスヘキ
 ヤ換言スレハ燒燬ノ未遂ト既遂トノ區別如何トノ點ニ付テハ從來學說紛紜
 一スル所ヲ知ラス或ハ曰ク目的物タル家屋物件ニ傳火スヘキ媒介物ニ火ヲ移
 シタル時ヲ以テ既遂トス或ハ曰ク目的物タル家屋物件ニ傳火シタルトキヲ以
 テ既遂トス或ハ曰ク目的物タル家屋物件カ危險ナル有様ニ陥リタルトキ換言
 スレハ火勢カ當然目的物タル家屋物件カ其原形ノ大部分ヲ失ヒタルトキヲ
 以テ既遂トス或ハ曰ク目的物タル家屋物件カ其原形ノ大部分ヲ失ヒタルトキヲ
 以テ既遂トスト果シテ孰レヲ以テ正鵠トスヘキヤ第二說ハ區畫明白喜フヘキ
 モノナルヘシト雖モ一方ニ於テ刑罰極メテ嚴ナルト他ノ一方ニ於テ火ヲ放チ
 人ノ……家屋ヲ燒燬シタル者トアリテ目的物ノ存在ヲ亡失セシメタルコトヲ要
 スルカ如ク記載シアルトニ依リテ之ヲ觀レハ第四說ニ依リ家屋……トシテハ
 存在ヲ亡失セシムルハ程度ニ至ラズンハハ既遂トスルコトヲ得ストスルヲ以テ

最モ穩當ナルモノト信ス人或ハ第四說ヲ主張シナカラ第四百六條山林ノ竹木
 田野ノ叢麥露積シタル柴草竹木等ハ必スシモ分量ノ大小ヲ以テ區別スルコト
 ヲ得ナルカ故ニ一部分ト雖モ之ヲ燒燬シタルトキハ既遂ト謂ハサルヲ得ス唯
 裁判官ニ於テ酌量減輕ノ救済策ヲ行フノミト曰フ者アリト雖モ予ハ法文露積
 シタル柴草竹木ヲ語ニ據リテ之ヲ知り得ヘキカ如ク所謂山林ノ竹木田野ノ
 叢麥ハ山林ニ在ル竹木田野ニ在ル叢麥ノ義ニ非ス山林、又ハ田野ヲ成形成形、竹
 木若クハ叢麥ノ義ニシ露積シタル柴草竹木ト共ニ皆或區域内ニ於テ一體ヲ成
 ヘル集合物ヲ意味スルモノナルカ故ニ家屋……ト同シク原形ノ大部分ヲ燒燬
 シタル場合ニ非スンハ既遂タルコトヲ得スト思料ス但シ其果シテ大部分ヲ燒
 燬シタルヤ否ヤハ尙ホ家屋……ノ存在ヲ亡失セシメタルヤ否ヤト同シク裁判
 官ノ判定ニ委スルモノトス

第二ノ要素 家屋其他法律ノ規定シタル物件ニ係ルコトヲ要ス

法律カ本罪ノ目的物トシテ列擧スルモノハ下ノ五種トス(一)家屋(二)建築物(三)厩
 屋及ヒ柴草肥料等ヲ貯フル屋舎(四)船舶(五)山林ノ竹木田野ノ叢麥又ハ露積

シタル柴草竹木其他ノ物件是ナリ
 一 家屋 家屋トハ人ノ常住起臥スルカ爲メ土地ニ定著シテ建造セラレタル物件ヲ謂フ(常住起臥ハ建造物ニ土地ニ定著スルコトハ船舶瀛車ニ圍墻庭園ヲ含マサルハ邸宅ニ異ナル要點トス)法律ハ三種ノ家屋ヲ區別セリ曰ク人ノ住居シタル家屋曰ク人ノ住居セサル家屋曰ク犯人自己ノ家屋是ナリ(一人ノ住居シタル家屋トハ所有者ノ何人タルヲ問ハス犯人以外ノ者カ現在居住セル家屋ヲ謂フ現在居住セル家屋タルカ故ニ縱令居住者アリト雖モ現在在宅セザリシトキハ次ニ所謂人ノ住居セサル家屋ニシテ茲ニ所謂人ノ住居シタル家屋ニ非ス人或ハ菊モ犯人以外ノ者ノ居住セル家屋タルキハ權令居住者カ外出シテ宅モ若シ夫レニテモ犯人カ家族ノ不在中自己ノ家屋ヲ燒燬シタル場合ニ於テ場合ハ極メテ稀ナルニ對シテ第四百七條ヲ適用スヘキナル家屋トハ犯人以外ノ者ノ所有ニ屬シ且ツ現在犯人以外ノ者ノ居住セサル家屋ヲ謂フ(三人自己家屋トハ犯人ノ所有ニ屬シ且ツ現在犯人以外ノ者ノ居住セサル家屋ヲ謂フ否ヲサレニ法律ハ先テノ家屋ヲ犯人以外ノ者カ住居セルト

家屋トニ分チ人ノ住居セサル家屋ハ犯人自己ノ家屋トニ分チタルモノトス
 二 建造物 建造物トハ神社佛閣廳舍學校博物館倉庫等人ノ常住起臥以外ノ目的ニ於テ土地ニ定著シテ建造セラレタル家屋類似ノ多少重要ナル物件ヲ謂フ(常住起臥以外ノ目的ハ家屋ニ土地ニ定著スルハ船舶瀛車ニ家ト同時ニ人ノ常住起臥スヘキ場所ヲ包含シ又ハ臨時人ノ住居ニ充テラレツツアルノ間ハ家屋ノ中ニ入ルヘキコト勿論トス)
 家屋ニ付テハ犯人自己ノモノト雖モ罪ヲ構成ストスルニモ拘ラス之ト同一ナル建造物ニ付テハ必ス他人ノ物タルコトヲ要ストスルハ非難スヘキモノトス
 三 廢屋及ヒ柴草肥料等ヲ貯フル屋舎 (一)廢屋トハ朽廢シテ用ニ堪ヘサルカ爲メ使用セラレザル家屋若シハ建造物ヲ謂フ(二)肥料柴草等ヲ貯フル屋舎トハ此等重要ナラサル安價ノ物件ヲ貯藏スル小屋掛ヲ謂フ
 四 船舶瀛車 其何物タルコトハ説明ヲ要セス(船舶トノミアリテ大小形狀ヲ問ハサルハ立法上非難スヘキモノナラン)(瀛車トアルカ故ニ電車ヲ含マス

(三)二者共ニ家屋ト同ヅク人ヲ乘載シタルモノト否トヲ區別ス詳言スレハ人ヲ乘載シタルモノニ付テハ自己ノ物ト雖モ本罪ノ目的ト爲リ人ヲ乘載セザルモノニ付テハ他人ノ物タル場合ニ限リ本罪ノ目的ト爲ル

五 山林ノ竹木田野ノ藪麥又ハ露積シタル柴草竹木其他ノ物件 皆集合シテ一體ヲ成形セタル物ヲ指スカ故ニ所謂其他ノ物件モ亦此意ヲ以テ適用スヘキモノトス

第三ノ要素 火ヲ放テテ家屋其他法律ノ規定シタル物件ヲ燒燬スルノ意思アルコトヲ要ス

總則ノ適用ニ過キスト雖モ疑ヲ絕タンカ爲メ一二ノ注意ヲ爲サント欲ス

- 一 火ヲ放ツコトト燒燬スルコトトノ意思アルヲ要スルカ故ニ例ヘハ單ニ直チニ消火セシムルノ意思ヲ以テ人ヲ驚怖セシメンカ爲メ家屋ノ一部ニ放火シタル者ノ如キ縱令火ヲ放ツモ實際之ヲ燒燬スルノ意思ナキ者ハ本罪ヲ構成セズ意外ニモ家屋ヲ燒燬シタルトキハ失火罪ヲ構成スヘキノミ
- 二 然レトモ當然他ノ物ヲ燒燬スルニ至ルヘキコトヲ知りナカラ或物ヲ燒燬

スルノ意思ヲ以テ放火シタルトキハ他ノ物ヲモ燒燬スルノ意思アルモノニ付テ直接ニ放火シテ燒燬セントシタル物ト他ノ物トヲ併セテ燒燬シタルトキハ既遂ノ數罪俱發ト爲リ直接ニ放火シタル物ノミヲ燒燬シタルトキハ直接ニ放火シタル物ニ對スル既遂ト他ノ物ニ對スル未遂トノ數罪俱發トス

三 目的物ト意思トノ間ニ錯誤アリタルトキ例ヘハ自己ノ家屋ナリト信シテ他人ノ家屋ヲ燒燬シタルトキハ第七十七條第三項ヲ適用スヘキモノトス

處分ニ付テハ目的物ノ如何ニ因リテ異ナル人ノ住居シタル家屋ニ係ルトキハ死刑ニ處シ(第四〇二條)人ノ住居セザル他人ノ家屋又ハ建造物ニ係ルトキハ無期徒刑ニ處シ(第四〇三條)人ノ住居セザル自己ノ家屋ニ係ルトキハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ(第四〇七條)廢屋及ヒ柴草肥料等ヲ貯フル屋舎ニ係ルトキハ重懲役ニ處シ(第四〇四條)人ヲ乘載シタル船舶瀛車ニ係ルトキハ死刑ニ處シ(第四〇五條)第一項人ヲ乘載セザル船舶瀛車ニ係ルトキハ重懲役ニ處シ(第四〇五條)第二項山林ノ竹木田野ノ藪麥又ハ露積シタル柴草竹木其他ノ物件ニ係ルトキハ輕懲役ニ處シ(第四〇六條)何レモ輕罪ノ刑ニ處スルトキハ六月以上二

年以下ノ監視ニ付ス(第四〇八條)別ニ説明スヘキコトナシ
 終ニ臨ミ一ノ問題アリ曰ク他人ヲ教唆シテ人ノ住居セサル自己ノ家ヲ燒燬セ
 シメタル場合ニ於テ行爲者及ヒ教唆者ノ責任如何客觀的行爲其モノヨリ觀察
 スレハ行爲者ハ人ノ住居セサル他人ノ家ヲ燒燬キ教唆者ハ其行爲ヲ教唆シタル
 モノナルカ故ニ共ニ第四百三條ヲ以テ處斷スヘキモノナリト云フノ說ハ法文
 ノ形式上ニ於テハ極メテ有力ナル說ナルヘシト雖モ予ハ第四百三條第四百七
 條第四百九條ノ規定ハ殺人ノ謀故殺自殺ニ關スル罪及ヒ過失殺ノ規定ト全ク
 同一ナルカ故ニ第四百三條ト第四百七條トノ關係ハ謀故殺ト自殺トノ關係ニ
 於ケルカ如ク主觀的放火ノ原因タル唯一ノ意思カ所有者ニ在ルカ將タ他人ニ
 在ルカニ依リテ區別シ所有者ニ在ルトキハ縱令所有者自ラ手ヲ下サスト雖モ
 之ニ關スル總テノ犯人ハ第四百七條ノ罪ヲ犯シタルモノトスヘキモノニシテ
 本間放火ノ原因タル唯一ノ意思ハ所有者自身ニ在ルカ故ニ第四百七條ノ犯罪
 ニ屬シ行爲者タル他人ハ正犯教唆者タル所有者ハ其教唆者トシテ處斷スヘキ
 モノト論定セント欲ス非カ

第二項 失火罪

第四百九條ニ曰ク火ヲ失シテ人ノ家屋財產ヲ燒燬シタル者ハ二圓以上二十圓
 以下ノ罰金ニ處ス

本罪ハ(一)火ヲ失スルコト即チ過失ニ因リテ火ヲ出シタルコト(二)人ノ家屋財
 產ヲ燒燬シタルコトトノ二要素ヲ以テ成立ス別ニ説明スヘキコトナシ唯左ノ
 四點ヲ注意セント欲ス

一 人ノ家屋財產トアリテ他人ノ所有物タルコトヲ要スルカ故ニ縱令其他
 ノ原因ニ由リ他人ノ占有スル物ト雖モ自己ノ所有物ハ竊盜罪等ニ於ケルカ如
 ク特別ノ明文ナキカ故ニ本罪ノ目的物タルコトヲ得ス

二 財產トハ如何ナル輕微ノモノト雖モ之ヲ含ムノ語ナルモ茲ニハ家屋財產
 トアリテ家屋ト對向セシメアルカ故ニ人ノ資産ヲ成形スル多少重要ナル部分
 ヲ指スモノニシテ彼ノ筆一本紙一枚ヲ燒燬シタルカ如キハ本罪ヲ構成スヘキ
 モノニ非ス寧ロ第四百二十一條ニ入ルヘキモノナラン

三 過失犯ニハ未遂犯ナク所謂燒燬ハ前ニ説明シタルカ如ク目的物ノ原體ヲ
亡失セシムルノ程度ニ達シタルコトヲ要スルカ故ニ大事ニ至ラスシテ止ミタ
ルモノハ無罪トス

四 依リテ人ヲ殺傷シタルトキハ本罪ト過失殺傷罪トノ數罪俱發ヲ以テ論ス
ヘキハ勿論ナリトス

第三項 準放火及ヒ失火罪

第四百十條ニ曰ク火藥其他激發ス可キ物品又ハ煤氣井蒸氣罐ヲ破裂セシメテ
人ノ家屋財產ヲ毀壞シタル者ハ其故意ニ出ルト過失トヲ分テ放火失火ノ例ニ
照シテ處斷スト

本罪ハ(一)火藥其他激發スヘキ物品又ハ煤氣井蒸氣罐ヲ破裂セシメタルコト(放
火失火ニ對向ス)(二)人ノ家屋財產ヲ毀壞シタルコト(燒燬ニ對向ス)(三)故意又ハ過
失ニ出テタルコトノ三要素ヲ以テ成立ス亦深ク説明ヲ要スヘキ點ナキカ故ニ
要點ノミヲ括約シテ一二ノ注意ヲ爲スニ止ム

一 本罪ノ放火及ヒ失火罪ト異ナル所ハ犯罪ノ結果カ彼ハ燒燬ナルモ是ハ毀
壞ナルニ在リテ其第四百十七條以下ノ犯罪ト異ナル所ハ彼ハ手段ト目的物ト
ヲ制限セザルモ是ハ手段ヲ火藥其他激發スヘキ物品又ハ煤氣井蒸氣罐ノ破裂
ニ限ルト同時ニ目的物ヲ放火失火ト同シク人ノ資產ヲ組成スル多少重要ナル
物ニ限ルノ點ニ在リ評言スレハ多少重要ナル物ニ對シテ行ハレタルトキハ見
破製ニ在リシト否トヲ以テ區別シ火藥其他激發スヘキ物品又ハ煤氣井蒸氣罐ノ
破裂ヲ手段トシタルトキハ目的物カ人ノ資產ヲ組成スル多少重要ナル物ナ
クテ區別ス

二 本罪所謂毀壞ハ放火及ヒ失火罪所謂燒燬ニ對向スルモノナルカ故ニ其既
遂未遂ノ區別ハ放火及ヒ失火罪ノ例ニ依ルモノトス

三 人ノ家屋財產トアリテ他人所有ノ物件ニ限ルカ故ニ放火罪ト異ナリ自己
所有ノ家屋ニ係ルトキハ罪ヲ構成セズ

四 但シ明治十七年布告第三十二號爆發物取締規則第一條治安ヲ妨ケ人ノ身
體財產ヲ害セントスルノ目的ヲ以テ爆發物ヲ使用シタル者……死刑ニ處スノ
規定アルカ故ニ本條ノ行爲中火藥其他激發スヘキ物品ヲ使用シタル者ハ本條

ニ依ラヌシテ爆發物取締規則ニ依ルヘキモノトス

第二款 決水ノ罪

本罪モ亦放火失火罪ト同シク靜謐ヲ害スル罪ノ中ニ列セラルヘキモノニシテ
茲ニ規定シタルハ編纂ノ體ヲ失シタルモノトス

本罪ハ第四百十一條乃至第四百十四條ヲ以テ成リ亦放火失火罪ニ於ケルカ如
ク(一)有意ニ出ツルモノト(二)無意ニ出ツルモノトヲ規定ス

甲 有意ノ場合

有意ノ場合ハ更ニ之ヲ(一)有形上物質ニ損害ヲ加ヘントノ意思ニ出ツルモノト
(二)無形上人ノ利益ヲ害シ又ハ自己ノ利益ヲ圖ラントノ意思ニ出ツルモノトノ
二ニ分テ前者ハ之ヲ第四百十一條及ヒ第四百十二條ニ規定シ後者ハ之ヲ第四
百十三條ニ規定ス此點ニ付キ或ハボ氏佛文第二章案即チ現行法發布ノ後修正
案トシテ「ボ」氏ノ起草シタルモノニ毆打創傷罪ニ類シタル本罪ノ規定アルヨリ
シテ第四百十三條ハ明文ノ示スカ如ク堤防ヲ決潰シ又ハ水開ヲ毀壞スル意思

ノ外更ニ他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ルノ意思アルコトヲ要スルモ
第四百十一條第四百十二條ハ毆打創傷罪ニ類シタル結果犯ナルカ故ニ單ニ堤
防ヲ決潰シ又ハ水開ヲ毀壞スルノ意思アルノミヲ以テ足レリトシ必スシモ他
人ニ特定ノ損害ヲ加フルノ意思アルコトヲ要セス詳言スレハ故意ニ堤防ヲ決
テ依リノ住居シタル家屋ヲ瀆失セシムル結果ヲ生シタルノ建遺物ヲ瀆失シタルノ第一條
ノ結果ヲ生シタルキハ其第二項ニ依リ重懲役ニ處スルモノシ田圃礦坑牧場等ヲ能シタル
分ヲ異ト主張スル者アリト雖モ是レ大ナル謬見トス蓋シ現行法ノ淵源タル第
一草案明治十年元老院ニ規定ヲ按スルニ該草案ハ現行法ト全ク其體裁ヲ同
シクシ現行法第四百十三條ニ該當スル其第四百五十九條ノ末文ニハ現ニ「[a
tentative de ce delit est punissable]」本條ノ罪ノ未遂犯ハ之ヲ罰スノ規定アリテ當
然ノ推理上現行法第四百十一條及ヒ第四百十二條ニ該當スヘキ其第四百五
十六條第四百五十七條ハ有意犯タルコトヲ示ス蓋シ然レ推理トハ單ニ他人ノ便
益ヲ害スル堤防ヲ決潰シ水開ヲ毀壞セシムル結果ヲ生シタルノ行為ノ目的ヲ以テ堤防ヲ決潰シ
以上ハ之ヨリモ尙ホ重大ナル結果ヲ生シタルノ行為ノ目的ヲ以テ堤防ヲ決潰シ
水開ヲ毀壞セシムルノ行為ハ當然有罪トラサルヘカカラサルモノニシテ未
遂ノ行為ヲ類像スルモノハ自ラ亦有意犯トラサルヘカカラサルモノナリ未

不定ノ意思ニシテ彼ノ人ノ死ヲ生スヘキコトアルコトヲ知リナカラ暗夜又ハ群衆ニ發砲シタルト同シク不測ノ結果ヲ生スヘキ自然力ヲ發生スヘキコトヲ知リナカラ之ヲ爲シタリト云フ行爲自體ノ上ニ於テ犯人ハ之ヨリ當然生スヘキ結果ニ向ヒテ意思アリト謂フヘキモノ(換言セハ犯人自身モ亦其意思ナシト謂フコトヲ得サルモノ)ナルカ故ニ敢テ不明ナル事實ヲ認定スルノ要ナシ唯當然生スヘキ結果如何隨テ犯人ノ意思如何ヲ知ルニ付キ犯人舉動ノ性質ト之ヨリ害ヲ受クヘキ周圍ノ事情トノ關係ヲ詳ニ觀察スルノ要アルノミナレハナリ犯人ノ舉動ノ性質ト云フカ故ニ罪ニ入テ驚怖セシムルハ決シテ重大ナル結果ヲ生シテ出テ公モノ罪ト一般ノ觀察上行爲其ノ自體ハ決シテ重大ナル結果ヲ生シテ大ニ至リタルモノハ之ヲ除外セサルハカテサレハ勿論トス

第一 有形上物質ヲ害セントノ意思ニ出テタル場合即チ物件毀損罪

第四百十一條ニ曰ク堤防ヲ決潰シ又ハ水閘ヲ毀壞シテ人ノ住居シタル家屋ヲ漂失シタル者ハ無期徒刑ニ處ス若シ人ノ住居セサル家屋其他ノ建造物ヲ漂失セシメタル者ハ重懲役ニ處ス[第四百十二條ニ曰ク]堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シテ田圃礦坑牧場等ヲ荒廢シタル者ハ輕懲役ニ處ス]

本場合ノ罪ヲ構成スル爲メニハ下ノ要素ヲ必要トス(一)堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シテ物件ヲ漂失又ハ荒廢シタルコト(二)家屋其他法律ノ規定シタル物件ニ係ルコト(三)堤防ヲ決潰シ又ハ水閘ヲ毀壞シテ家屋其他法律ノ規定シタル物件ヲ漂失若クハ荒廢スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シテ物件ヲ漂失又ハ荒廢シタルコトヲ要ス

(一)堤防トハ水ノ溢出ヲ防禦スルカ爲メニ造ラレタル總テノ物件ヲ謂フ造ラレタル物質ノ土ナルト石ナルト其他ノモノナルトト問ハス(二)水閘トハ水ヲ導引スルカ爲メニ造ラレタル物件ヲ云フ亦造ラレタル物質ノ何タルヲ問ハス(三)決潰ト毀壞トハ其ニ同一義ニシテ水ノ流出スヘキ程度ニ達シタル損傷ヲ謂フ唯目的物ヲ異ニスルカ故ニ文字ヲ異ニシタルノミ(四)家屋建造物ヲ漂失スルトハ家屋建造物ヲシテ其土地ニ定著シタル基礎ヲ離レテ水中ニ浮ハシメ以テ其原形ヲ亡失セシムルヲ云フ(五)田圃礦坑牧場等ヲ荒廢スルトハ田圃礦坑牧場等ノ原形又ハ原質ヲ亡失セシメ以テ用フルニ堪ヘザラシムルヲ謂フ(六)家屋田圃等

ヲ漂流、荒廢セシムルハ必スシモ堤防ノ決潰、水開ノ毀壞ニ依ラスト雖モ法律ハ此方法ニ限ルカ故ニ湖水ノ流出ヲ阻害シテ沿岸ノ家屋、田圃等ヲ漂流、荒廢シタル者ハ第四百十七條以下ニ依ルノ外ナカラシテ七漂流、荒廢シタルコトヲ要スルカ故ニ單ニ家屋又ハ土地ヲ水中ニ浸シタルニ止マルモノハ未遂犯タルヘシ

第二ノ要素 家屋其他法律ノ規定シタル物件ニ係ルコトヲ要ス
法律ノ規定シタル物件ハ(一)家屋建造物及ヒ(二)田圃、礦坑、牧場ノ二種トス
一 家屋建造物 (一)家屋ニ付テハ人ノ住居シタルモノト否ラサルモノトヲ分チ(二)建造物ハ通常人ノ住居セサルモノナルカ故ニ人ノ住居セサル家屋ニ準ス但シ人ノ住居シタル場合ニ於テハ人ノ住居シタル家屋トス詳細ハ放火、失火罪ニ於テ説明シタルカ故ニ之ヲ省ク

二 田圃、礦坑、牧場等 (一)田圃、礦坑、牧場皆他人ノ物タルコトヲ要スルカ故ニ自己ノ田圃、礦坑、牧場等ニ係ルトキハ縱令他人カ其上ニ或權利ヲ有スル場合ト雖モ本罪ヲ構成セス(二)等トアルカ故ニ之ニ類シタル山林等此中ニ包含ス
右二種ノ物件ニ限ルカ故ニ建造物ト謂フヘカラサル廢屋又ハ柴草、肥料等ヲ貯

フル屋舎及ヒ露積シタル柴草、竹木其他ノ財產ニ係ルトキハ第四百十七條以下ニ依ルノ外ナシ放火罪ノ規定ト權衡ヲ失スルノ嫌アリ

第三ノ要素 堤防ヲ決潰シ又ハ水開ヲ毀壞シテ家屋其他法律ノ規定シタル物件ヲ漂流若クハ荒廢スルノ意思アルコトヲ要ス
(一)單ニ堤防ヲ決潰シ又ハ水開ヲ毀壞スルノ意思アルノミナラス進ミテ家屋其他法律ノ規定シタル物件タルコトヲ知りナカラ之ヲ漂流若クハ荒廢スルノ意思アルコトヲ要スルカ故ニ家屋其他法律ノ規定シタル物件ニ非スト信シタルニ家屋其他法律ノ規定シタル物件ナリシ場合及ヒ之ニ反對スル場合ハ第十七條第三項ノ適用ニ因リ本條又ハ第四百十七條以下ニ該リ漂流若クハ荒廢即チ物質的損害ヲ加フルノ意思ニ非シテ單ニ他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ル爲メ即チ無形上ノ利益ヲ害シ又ハ之ヲ得ンカ爲メ隨テ單ニ水利ヲ害セントノ意思ニ出アタルトキハ第四百十三條ニ屬シ本罪ヲ構成セス(二)向ホ本罪ノ意思ノ實行ハ性質上自然力ヲ假リテ行ハルモノニシテ往往目的物ニ對スル意思ハ不定ナルコトアルモ當然生スヘキ結果ニ對シテハ常ニ其結果ヲ

生セザルノ意思アリトモナルヘカテナルゴト前ニ詳説シタル所ナリ(1)漂流又ハ荒廢ノ意思アルゴトヲ要スルモノニシテ或學者ノ主張スルカ如ク結果犯ニ非ス普通ノ有意犯ナルカ故ニ已ニ其意思ヲ以テ實行ノ端緒ニ臨ミタル後總則第百十二條ノ條件ヲ具備シタルトキハ第百十三條皆重罪ナルカ故ニ依リ未遂犯ヲ構成スヘキモノトス

處分ニ付テハ(一)人ノ住居シタル家屋ヲ漂流シタルトキハ自己所有ノモノナルト他人所有ノモノナルトヲ分タス無期徒刑ニ處シ(二)人ノ住居セサル家屋建造物ヲ漂流シタルトキ及ヒ田圃礦坑牧場等ヲ荒廢シタルトキハ自己所有ノモノト他人所有ノモノトヲ分チ他人所有ノモノニ限リ前者ハ重懲役ニ後者ハ輕懲役ニ處シ自己所有ノモノハ無罪トス此區別ヲ爲ス所以ハ一人ノ生命身體ニモ害ヲ生スルノ恐アルモ他ハ單ニ財產ヲ害スルノミナルニ由ル(放火罪ト同シ)(三)前ニ説明シタルカ如ク有意犯ニシテ何レモ重罪ナルカ故ニ其未遂犯ハ第百十二條及ヒ第百十三條ニ依リ各一等又ハ二等ヲ減シテ處斷ス

第二 無形上人ノ利益ヲ害シ又ハ自己ノ利益ヲ圖ラントノ意思ニ出テタル場

合即チ水利妨害罪

第四百十三條ニ曰ク他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ル爲メ堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シ其他水利ヲ妨害シタル者ハ一月以上二年以下ヲ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ヲ罰金ヲ附加ス

前ニ説明シタルカ如ク前二條ト異ナル所ハ犯人ノ意思カ堤防ノ決潰水閘ノ毀壞ト云フゴトヲ手段トシテ物質ヲ損傷セント欲スルニ在ルカ將タ何等物質上ノ損害ヲ生セシムルノ意思ナク單ニ水ニ付テ地人カ享有スル所ノ便益ヲ損シ又ハ水ニ付テ享有スヘカラサル便益ヲ不正ニ圖ルコト換言スレハ單ニ水利ヲ妨害スルニ在ルカニ存スルモノニシテ更ニ他ノ語ヲ以テ之ヲ言ヘハ彼ハ放火罪ト同シテ水ヲ兇器用テ殺害トシテ物質ヲ害スルノ罪此ハ水ニ依リテ享タル所ノ財産上ノ利益ヲ害シ又ハ不正ニ獲得セントスルノ罪タリ

故ニ本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成スルモノトス(一)堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シ又ハ其他水利ヲ妨害シタルコト(二)他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ルノ意思即チ水利ヲ妨害スルノ意思アルコト是ナリ左ニ重ナル要點ノミヲ説明ス

一 堤防ノ決潰水開ノ毀壞ハ第四百一十一條第四百一十二條即チ水ヲ兇器トシテ
 物質ヲ害スル行爲ニ於テハ犯罪ノ手段ニシテ其レ自身物質ヲ害スルノ行爲
 ニ非ナルカ故ニ其レノミハ單ニ未遂犯ノ所爲ヲ成形式スルニ過キスト雖モ本
 罪ニ於テハ其レ自身他人カ水ニ依リテ享クル所ノ利益即チ財產上ノ利益ヲ
 損シ又ハ水ニ依リテ享クル所ノ利益即チ財產上ノ利益ヲ不正ニ獲得スルノ
 行爲ニシテ亦其レ自身水利ヲ害スル行爲ナルカ故ニ既遂犯ノ所爲ヲ成形式
 ルモノトス水利妨害罪ノ重ナル一例タル所以ナリ

二 其他水利ヲ妨害スルノ行爲ハ枚擧スルニ勝ヘスト雖モ水車ノ用ニ供スル
 水ヲ堰キ止メテ其流通ヲ妨ケ斷ノ所有地ニ灌漑スル用水ヲ自己ノ所有地ニ
 引キ入ルルカ如キ其重ナルモノトス

三 意思ニ付テハ他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ルノ意思換言スレハ
 水利ヲ妨害スルノ意思即チ惡意アルコトヲ要スルカ故ニ縱令堤防ヲ決潰シ
 又ハ水開ヲ毀壞スルモ堤防又ハ水開ヲ修繕改築セント欲スルカ若クハ水害

ヲ避ケンカ爲メニシタルモノハ罪ヲ構成セザルモノトス

四 水利ヲ妨害セシカ爲メ堤防ヲ決潰シ又ハ水開ヲ毀壞シタル結果人ノ住居
 シ若クハ住居セタル家屋建造物又ハ田圃礦坑牧場等ヲ漂流荒廢セシメタル
 者ノ處分如何前ニ説明シタル如ク其漂流荒廢カ當然避ケ得ヘカラサルモノ
 ニシテ犯人ノ之ヲ知レル場合ニ於テハ之ヲ漂流荒廢セシメントノ不定ノ意
 思アルモノナルカ故ニ本罪ト第四百一十一條第四百一十二條ノ罪トノ數罪俱發
 ヲ以テ論スヘク之ニ反スルトキハ本罪ト第四百一十四條ノ罪トノ數罪俱發ヲ
 以テ論ス可キモノトス

乙 無意ノ場合

第四百一十四條ニ曰ク「過失ニ因テ水害ヲ起シタル者ハ失火ノ例ニ照シテ處斷
 ス」ト

(二) 法條ノ位地ト水利ノ妨害モ亦水害ノ一ナラスト謂フヲ得ストノ點ヨリ觀察ス
 レハ茲ニ所謂水害ヲ起シタル者トハ水利ノ妨害ヲ生セシメタル者ヲモ包含ス
 ルモノノ如シト雖モ通常水害ヲ文字ハ水ニ因リテ物質上ノ損害ヲ生シタル場

合ニノミ用フルノ語ナルト失火ノ例ニ照シテ處斷ストアリテ失火ノ處分ハ家
 屋財產有形物ニ損害ヲ生シタル場合ニ限ルトニ依リテ之ヲ觀レハ過失ニ依リ
 テ出水セシメ因リテ人ノ家屋財產ヲ損害シタル場合ヲ謂フモノニシテ無形上
 ノ水利ノミヲ害シタル場合ヲ包含セサルモノトス(二)然ラハ其所謂財產ハ總テ
 ノ動産不動産ヲ含ムヤ將タ第四百十一條及ヒ第四百十二條ニ列記シタルモノ
 ニ限ルヤ又其損害ハ凡テノ損害ヲ含ムヤ將タ漂流失荒廢ニ限ルヤ失火ノ例ニ照
 シテ處斷スルモノナルト同時ニ彼ノ燒燬ハ此ノ漂流失荒廢ニ當ルトニ依リテ之
 ノ觀レハ財產ハ總テノ動産不動産ヲ含ミ損害ハ漂流失荒廢ニ限ルモノトス(三)失
 火ノ例ニ照シテ處斷スルカ故ニ物ノ輕重大小ヲ問ハス二圓以上二十圓以下ノ
 罰金ニ處スルモノトス因リテ人ヲ殺傷シタル場合ハ本罪ト過失殺傷罪トノ數
 罪俱發ヲ以テ論スヘキコト失火罪ニ於ケルカ如シ

第三款 船舶ヲ覆没スル罪

第四百十五條ニ曰ク衝突其他ノ所爲ヲ以テ人ヲ乘載シタル船舶ヲ覆没シタル

者ハ死刑ニ處ス但船中死亡者ナキ時ハ無期徒刑ニ處ス(第四百十六條ニ曰ク前
 條ノ所爲ヲ以テ人ヲ乘載セサル船舶ヲ覆没シタル者ハ輕懲役ニ處ス)

本罪ノ規定ハ極メテ簡單ナルカ故ニ重ナル點ノミヲ説明スヘシ

- 一 (一)衝突其他ノ所爲トアルカ故ニ船舶ニ發砲シ又ハ水雷艇若クハ水雷火ヲ放テ若クハ船體ニ穴ヲ穿ツ等苟モ之ニ因リテ船舶ヲ覆没セシムルニ足ルヘキモノハ皆之ヲ包含ス(二)船舶トアリテ大小形狀ヲ問ハサルカ故ニ苟モ船舶タル以上ハ如何ナル小船舶雖モ向ホ本罪ヲ構成ス(三)覆没トハ顛覆及ヒ沈没ノ義ナリ顛覆若クハ沈没ニ限ルカ故ニ暗礁又ハ淺瀬ニ乘リ上ケ船體遂ニ用ヲ爲ササルニ至ルモ未遂犯トシテハ格別既遂犯トシテハ本罪ヲ構成セス(四)衝突其他ノ手段ヲ以テ船舶ヲ覆没セシムルノ意思アルコトヲ要ス
- 二 處分ニ付テハ放火又ハ決水罪ニ於ケルカ如ク人ヲ乘載シタル船舶ニ對スルモノト否ラサルモノトヲ區別シ(一)人ヲ乘載シタル船舶ニ對スルトキハ犯人ノ所有ニ屬スルト否トヲ問ハス船中ニ死亡者アリタルトキハ死刑ニ處シ(殴打致死罪ノ條文ヲ引用スヘカラサルハ勿論トス)死亡者ナキトキハ無期徒刑ニ處ス

(二)入ヲ乘載セザル船舶ニ對スルトキハ財產ニ對スル罪ノ性質上特別ノ明文ナキトキハ他人ノ所有物ニ限ラサルヘカラザルカ故ニ他人ノ所有物ニ係ル場合ニ限リ輕懲役ニ處シ犯人ノ所有ニ係ルトキハ縱令他人ノ物件ヲ乘載シタルモノニ對スル場合ト雖モ第百十七條以下ノ犯罪ト爲ルハ格別本罪ヲ構成セス

三(一)第四百五條モ亦船舶ヲ目的トスト雖モ彼ハ燒燬シタル場合ヲ規定シ此ハ覆沒シタル場合ヲ規定スルカ故ニ燒燬シタル場合ニ於テハ縱令之ニ因リテ覆沒セシムルノ結果ヲ生スルモ彼ニ屬シテ此ニ屬セザルモノトス(二)第百六十九條モ亦船舶ヲ覆沒シタル場合ヲ規定スルモ彼ハ因テトアリテ他ノ犯罪ニ附隨シタル當然ノ結果タル場合ヲ規定シ此ハ初メヨリ覆沒セシムルノ目的アル場合ヲ規定スルカ故ニ彼ト此トハ初メヨリ覆沒セシムルノ目的アリシト否トヲ以テ區別スヘキモノトス詳言スレハ縱令第百六十五條又ハ第百六十六條ニ規定スル行爲ヲ行ヒ因リテ船舶ヲ覆沒セシムルモ初メヨリ之ヲ手段トシテ船舶ヲ覆沒セシメントノ特定ノ意思アルトキハ本罪ニ屬スルモノトス

第四款 家屋、物品ヲ毀壞シ及ヒ動植物ヲ害スル罪

本罪ハ第四百十七條乃至第四百二十四條ニ規定スル所ノモノニシテ財物ヲ毀損スル罪ノ最モ尋常ナルモノトス然レトモ此點ニ付キ法律カ包括的ノ規定ヲ設ケスシテ種種約子掘木のノ規定ヲ設ケ以テ著シク裁判官ノ自由ヲ羈束シタルハ他ノ規定ト共ニ贊成スヘカラサル規定トス

第四百十七條ニ曰ク人ノ家屋其他ノ建造物ヲ毀壞シタル者ハ一年以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス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(第四百十八條ニ曰ク)人ノ家屋ニ屬スル牆壁及ヒ園地ノ裝飾又ハ田圃ノ樊園牧場ノ柵欄ヲ毀壞シタル者ハ十一日以上三月以下ノ重禁錮ニ處シ又ハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス第四百十九條ニ曰ク)人ノ稼穡竹木其他需用ノ植物ヲ毀損シタルハ十一日以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ又ハ三圓以上三十圓以下ノ罰金ニ處ス(第四百二十條ニ曰ク)土地ノ經界ヲ表シタル物件ヲ毀壞シ又ハ移轉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第四百二十一條ニ曰ク、人ノ器物ヲ毀棄シタル者ハ十一日以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ又ハ三圓以上三圓以下ノ罰金ニ處ス第四百二十二條ニ曰ク、人ノ牛馬ヲ殺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第四百二十三條ニ曰ク、前條ニ記載シタル以外ノ家畜ヲ殺シタル者ハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス但被害者ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス第四百二十四條ニ曰ク、人ノ權利義務ニ關スル證書類ヲ毀棄、滅盡シタル者ハ二月以上四年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ト

本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成ス(一)毀壞其他法律ノ規定シタル所爲ヲ爲シタルコト(二)家屋建造物其他法律ノ規定シタル物件ニ係ルコト(三)他人ノ利益ヲ害スル意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 毀壞其他法律ノ規定シタル所爲ヲ爲シタルコトヲ要ス

毀壞ノ外法律ノ規定シタル所爲ハ毀損毀棄滅盡屠殺移轉ノ五トス

一 毀壞 毀トハ凡テ有形的物ノ實質ヲ傷害スルコトヲ壞トハ人力又ハ自然

力ニ依リテ結合セラレタル物件ヲ強テ解放スルコト換言スレハ物體ヲ結合シタル力ノ作用ヲ非常手段ニ依リテ滅却スルコトヲ謂フモノナルカ故ニ茲ニ毀壞トハ例ヘハ家屋若クハ建造物ノ家根又ハ家屋ニ屬スル牆壁等ヲ破損スル等人力又ハ自然力ニ依リテ組成セラレタル物件ノ一部又ハ全部ヲ強テ解放シ以テ之ヲ傷害スルコトヲ意味シ彼ノ白堊ニ墨ヲ塗リ又ハ屋壁ニ落書ヲ爲シテ家屋若クハ建造物又ハ牆壁ノ實質ヲ汚損シタルカ如キ物ノ實質ヲ解放シテ傷害セザルモノハ之ヲ包含セザルモノトス

二 毀損 損トハ毀ヨリモ廣ク凡テ有形又ハ無形ノ損害ヲ物ノ實質ニ加フルコトヲ謂フモノナルカ故ニ茲ニ毀損トハ植物ヲ引キ抜キ伐リ仆シ毀傷シ又ハ其生活力ヲ害スル等凡テ有形又ハ無形ニ物ノ實質ヲ害スルコトヲ謂フモノトス

三 毀棄 棄トハ廢棄シテ其用ヲ失ハレムルコトヲ謂フモノニシテ毀棄トハ例ヘハ諸般ノ器具ヲ破損シ若クハ證書類ヲ引キ裂クカ如キ有形的ニ物ノ實質ヲ傷害シ又ハ記載ノ事項ヲ塗抹シテ證書ノ效用ヲ失ハシムルカ如キ無形上物

ヲ廢棄シテ其用ヲ失ハシムルコトヲ謂フ
 四 滅盡 トハ證書ヲ火中スルカ如キ物ヲ滅却シテ其形體ヲ留メザラシムルヲ謂フ
 五 屠殺 殺スコトヲ要ス殺スノ意思アルコトヲ要スルカ故ニ初メヨリ單ニ傷害セントノ意思アルニ過キナルモノハ之ヲ包含セス
 六 移轉 トハ物ノ所在ヲ變更セシムルヲ謂フ
 第二ノ要素 家屋建造物其他法律ノ規定シタル物件ニ係ルコトヲ要ス
 家屋建造物ノ外法律ノ規定シタル物件ハ家屋ニ屬スル牆壁及ヒ園池ノ裝飾又ハ田圃ノ樊園牧場ノ柵欄稼穡竹木其他需用ノ植物土地ノ經界ヲ表シタル物件器物牛馬其他ノ家畜及ヒ權利義務ニ關スル證書ノ六種トス
 一 家屋其他ノ建造物 家屋建造物ノ何タルハ更ニ説明ヲ要セス
 (一)人ノ家屋建造物トアリテ他人ノ所有ニ係ルコトヲ要スルカ故ニ自己ノ所有ニ係ルトキハ屬說明シタルカ如ク縱令他人カ其上ニ質權抵當權若クハ賃借權等ヲ有スル物ト雖モ本罪ヲ構成セス(二)家屋又ハ建造物ニ附著シテ之ト一體ヲ

成セル造作ハ固ヨリ家屋建造物ノ一部タルヘシト雖モ彼ノ疊建具等家屋又ハ建造物ニ附屬スルモノ之ニ附著シテ一體ヲ成ササルモノハ家屋又ハ建造物ノ一部トスルコトヲ得ス
 二 人ノ家屋ニ屬スル牆壁及ヒ園池ノ裝飾又ハ田圃ノ樊園牧場ノ柵欄 (一)家屋ヲ組成スル牆壁ハ家屋ノ一部ニシテ之ニ對スル行為ハ家屋ニ對スルモノナルカ故ニ茲ニ家屋ニ屬スル牆壁トハ家屋自體ニ非スシテ之ニ屬スル牆壁即チ家屋ノ外部ニ在ル牆壁ノ類ヲ謂フ之ト一體ヲ成セル門モ亦之ヲ包含スルモノトス(牆壁トノミアリテ其物質ヲ限ラサルカ故ニ生垣竹垣ノ如キモノト雖モ仍ホ之ヲ包含スルモノトス)家屋ニ屬スル牆壁トアリテ建造物ヲ言ハスト雖モ畢竟省略シテ家屋ノ内ニ包含セシメタルモノトス(二)園地ノ裝飾トハ庭石石燈籠等土地ニ定著シテ園地ノ裝飾ヲ爲セルモノヲ謂フ(三)田圃ノ樊園牧場ノ柵欄トノミアリテ他ノ法條ト異ナリ等ノ字ナキハ恐ラク缺文ニシテ此文文字ナキカ故ニ例ヘハ家屋又ハ建造物ナキ運動場ノ外園山林又ハ養鷄場等ノ樊園柵欄ニ對スルモノハ第四百十八條ヲ以テ論スルノ限ニ在ラス

三 稼稿竹木其他需用ノ植物 (一) 稼稿トハ總テノ耕作物ヲ意味ス (二) 竹木トハ如何ナル物ヲ云フヤ換言スレハ特ニ殖産其他研究等ノ爲メニ培養セララル物ノミヲ云フヤ將タ庭前ノ竹木ヲモ包含スルヤハ需用ノ解釋如何ニ依リテ定マル若シ之ヲ以テ雜草荆棘等ト區別センカ爲メノ語ニ過キストセハ庭前ノ竹木ト雖モ仍ホ之ヲ含ミ殖産其他研究ノ爲メ特ニ培養シタル植物ヲ意味シ一般裝飾又ハ娛樂ノ爲メニ植付ケタル植物ト區別センカ爲メノ語ナリトセハ庭前ノ竹木等ハ之ヲ含マズ稼稿ト對向セシメアルト雜草荆棘ト區別スル爲メトスレハ故ラニ需用ト云フカ如キ文字ヲ用アルノ必要ナキトニ依リ後者ノ意義ニ解釋スヘキモノニシテ所謂竹木ハ殖産其他研究ノ爲メ等格別ニ培養セララルモノヲ意味スルモノニ信セザル

四 土地ノ經界ヲ表シタル物件 (一) 土地ノ經界トアリテ水上ノ經界ヲ含マサルカ如シト雖モ水上ノ經界ハ同時ニ土地ノ經界ナルカ故ニ之ヲ包含スルモノトス (二) 單ニ物件トアルカ故ニ土手ノ如キ移轉スヘカラサルモノヨリ一片ノ標木マナラ包含ス毀壞ト移轉ノ文字アル所以トス

五 器物ト通俗ノ意味ニ於テハ疊衣類夜具文書盆栽又ハ動物等ヲ包含セスト雖モ茲ニ所謂器物トハ此ニ規定セラレサル總テノ動産ヲ意味スルモノト云フコトニ解釋一致ス

六 牛馬其他ノ家畜 牛馬ニ付テハ説明ヲ要セス其他ノ家畜トハ豕羊犬猫兎雞等人ニ類ラスンハ生活スルコト能ハサル動物ヲ云フモノニシテ臨時見世物トスルカ爲メニ飼養スル象虎猿等ノ如キハ所謂器物ノ中ニ入ルヘキモノニシテ茲ニ包含セラレタルモノト信ス

七 權利義務ニ關スル證書類 第二百十條第一項ニ於テ説明シタル如ク權利義務ヲ證明スルノ目的ヲ以テ作製セラレタル一切ノ書類ヲ謂フ權利義務ヲ證明スルノ目的ヲ以テ作製セラレタルモノニ限ルカ故ニ書翰帳簿又ハ一箇人カ有スル官ノ辭令書等ハ亦所謂器物ノ中ニ入ルヘキモノトス

以上列舉スル所ノ物件ニ限ルコトヲ要スルカ故ニ此以外ノ物ニ係ルトキハ本罪ヲ構成セス然リ而シテ法律ノ規定ハ極メテ粗糲ナルカ故ニ遺漏甚タ多シ今枚舉ニ遑アラズ到底修正ヲ免レタル規定トス

第三ノ要素 他人ノ利益ヲ害スルノ意思アルコトヲ要ス

此意思アルコトヲ要スルハ財産ニ對スル犯罪タルカ故ナリ(一)之アルコトヲ要スルカ故ニ例ヘハ好意ニテ隣家ノ牆壁ヲ修繕セシムルカ爲メ之ヲ毀損シ又ハ他人ノ樹木ニ手入ヲ爲サシムルカ爲メ其枝ヲ伐リ拂ヒタルカ如キハ到底本罪ヲ構成セズ(二)然レトモ茲ニ所謂他人ノ利益ヲ害スルノ意思トハ他人ノ損害ト爲ルヘキコトヲ知リナカラ敢テ法律ノ豫見シタル行爲ヲ爲スノ意思アルコトヲ意味シ必スシモ他人ノ損害ヲ希望スルコトヲ要セサルカ故ニ例ヘハ自家ノ室内ニ光線ヲ引カンカ爲メ隣家ノ樹木ヲ伐リ透シタルカ如キハ當然有罪トス(三)然ラハ土地ノ經界ヲ表シタル物件ニ關スル所爲ニ付テモ亦然ルカ曰ク此點ニ付キ人或ハ經界ヲ不明ナラシムルノ意思アルニ非スハ罪ヲ構成セスト思料スル者アルヘント雖モ法律ハ此目的ヲ要スルコトヲ規定セサルノミナラス縱令經界ヲ不明ナラシムルノ意思ナクシテ之ヲ表シタル物件ヲ毀壞シ又ハ移轉スルモ茲ニ經界ヲ不明ナラシムルノ實害ヲ生スヘキモノニシテ十分責罰ノ價值アルヘキモノナルカ故ニ此罪ニ付テモ亦單ニ情ヲ知リ意ヲ以テスルノミヲ以テ足

レリト確信ス

處分 處分ニ付テハ要點ノミヲ説明スヘシ(一)家屋ニ付テ放火罪及ヒ決水罪ニ於テハ人ノ住居シタル家屋ニ對スル場合ト否トヲ分チ人ノ住居シタルトキハ放火罪ニ於テハ死刑ニ處シ決水罪ニ於テハ無期徒刑ニ處スト雖モ本罪ニ於テハ畜ニ之ヲ分テサルノミナラス人ヲ死傷ニ致シタル場合ニノミ限リ毆打創傷ノ各本條ニ照シテ重キニ從テ畢竟行爲ヨリ生スル危險ノ程度ニ著目シテ斟酌シタルモノナルヘシ(二)第四百十八條第四百十九條及ヒ第四百二十一條等ニ又ハトアリテ裁判官ニ刑ノ選擇ヲ許シタルハ目的物ノ價值ニ大ナル懸隔アリテ上千金ヲ價スルモノヨリ下數錢ニモ値セサルモノアルカ故ナリ(三)經界ヲ表シタル物件ヲ毀壞又ハ移轉シタル者ノ刑比較的ニ重キハ被害小ナラサルニ因ル(四)牛馬以外ノ家畜ヲ殺シタル罪ヲ親告罪トシタルハ草案者ノ説明スルカ如ク犯罪ノ輕微ナルト舉證ノ困難ナルトニ由ルト云フニ在ラン

第三編 違警罪

違警罪ハ學理上ノ研究トシテハ多少ノ趣味アルモノナレトモ解釋上ノ研究トシテハ格別ノ必要ナキモノナルカ故ニ特別ノ研究ニ關リ茲ニ之カ説明ヲ略ス



刑法各論終



○稟告

三十四年度乙種講習科講
義録ハ去ル十一月ヲ以テ
完結スヘキ筈ノ處講師ノ
公務多忙且印刷上ノ都合
等ノ爲メ遅延相成居候ヘ
トモ來ル二月マテニハ全
部完結可致候間御諒承相
成度此段稟告候也

明治三十五年一月

和佛法律學校

明治二十二年十二月九日内務省許可

明治三十五年一月二十三日印刷
明治三十五年一月二十四日發行

東京市牛込區早稲田南町三十九番地

編輯者 松田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者 小宮山信好

東京市芝區西久保明舟町十一番地

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)