法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-05-09

# 和仏法律学校講義録

勝本, 勘三郎

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(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

三十四年度乙種講習科用

# 和佛法律學校講義錄

第九號

（第參部）

刑法各論（自六七三至一〇〇二）

法學士 勝本勘三郎

0179

A5e
25
C9

物體ノ觸レシメタル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予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)父母後見人等子弟敎誨ノ任アル者カ懲戒ノ爲メニ本節ニ記載スル所ノ所爲



0180

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ン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サルモノトス但シ今日ノ民法ハ勿論古來未タ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ヲ懲戒權ノ實行トシ何レヨリヲ刑法ノ犯罪行爲ト看做スヘキヤハ一般ノ習慣ニ依リテ之ヲ判定スルノ外ナシ即チ輕微ナル打擊又ハ灸點ヲ施スカ如キハ今日一般ノ

174412

慣習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癈篤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サ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サ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サル所ノモノナルコトヲ要ス是レ我輩カ不法ナラサ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サ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ス

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癈疾ニ致スト雖トモ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



0181

殺人罪ノ規定アルカ故ニ玆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尚ホ詳言スレハ人身ニ損害ヲ與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苟モ人ヲ傷ク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「縱令毆打スルヲ意思アルモ傷害ヲ與フルノ意思ナクンハ本罪ヲ構成セス如何トナレハ此ノ如キ場合ニ於テ尚ホ本罪ヲ以テ論スヘキモノトセハ是レ豫期セサ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ク謬見ナリ「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



人カ豫期セサリシ所ノモノタルニモ拘ラス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雖モ要素ヲ附加スルコトヲ要スル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ニ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）特別處分トシテ說明スルヲ便宜ナリト信ス即チ先ツ普通處分ヨリ說キ起サン

### 第一項　普通處分

第一　法律ハ毆打創傷ノ行爲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爲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死ノ結果ヲ生シタルトキハ之ヲ毆打致死ト謂フコトヲ得ス其行爲ト死トノ間ニ原因結果ノ關係アリシヤ否ヤハ事實ノ問題ニ屬シテ法律ノ問題ニ非ス須ク專門家ノ判定ニ委スヘキナリ苟モ專門家ノ判定ニ依リテ行爲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ノ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サ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シムルヲ謂フ兩肢（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單ニ手足ヲ不隨意タラシメ言語聲音ヲ發スルヲ得サ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瘋癲等ニ致スヲ謂フ

（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癈疾ニ致シタル者



0183

ノ中ニ入ルヘキモノト解セサルヲ得ス(尚ホ注意スヘキハ「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　癒疾ニ致シタル場合　此場合ハ即チ篤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擧シテ他ハ身體ヲ殘虧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サ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サ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說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謬見ナリト確信ス

(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 perpetuel 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サルヘカラス

(二)　先ニ說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ヲ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



0184

(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又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

以上說明セル所ニ據リ我輩ハ玆ニ疾病休業ニ至ラシメ云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說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說ク者アリト雖モ我輩ハ條文ノ體裁上此說ヲ是認スルコトヲ得ス何トナレハ(一)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(二)第三百五條ノ末段ニハ但シ敎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(三)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



0185

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サ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テフ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說明シ次ニ其何カ故ニ此ノ如キ特例ヲ見ルニ至リシヤヲ說述セン

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敎唆者ハ減等ノ限ニ在ラス」ト

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幇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」ト

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敎唆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敎唆者ハ第百五條其他ニ於テ使用セラレタル所謂犯罪ノ敎唆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幇助シテ傷ヲ成サシメタル云云ハ第百九條正犯ヲ幇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說明ヲ須ヒスト雖モ此規定ハ前ニ說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揭ケテ其適用ヲ明カニシ以テ誤謬ナカラシメントス



0186

例ヘハ甲、乙、丙、丁ノ四人中、甲、乙ハ共同正犯ト爲リ丙ハ甲ヲ幇助シ丁ハ乙ヲ幇助シテ從犯ト爲リ戊ナル敎唆者ノ使嗾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幇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、之ヲ幇助シテ傷ヲ成サシメタル丁ハ之ヨリ一等ヲ減シタル刑、敎唆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ハ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敎唆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玆ニ所謂特別規定ニ依リテ排除セラレサル點ナレハナリ

然ラハ玆ニ法律カ此ノ如キ特例ヲ設ケタル所以抑モ何レノ處ニ在ルヤ曰ク是レ先ニモ說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責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共犯ナシ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共犯者互ニ共通ノ意思又ハ所爲アリト雖モ）毫モ共同ノ實ナキカ故ニ普通ノ原則即チ共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共犯者ハ各自其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ス是ニ於テ法律ハ第三



0187

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サル場合ノ各共同正犯及ヒ(何レノ場合ニ於テモ)救援者ニ對シテハ或ハ證憑不十分若クハ共同シテ傷ヲ負ハシメタルノ事實ナシトノ理由ニ依リ全ク不問ニ措カサルヲ得サ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說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曩ニ殺人罪ノ規定ニ於テ說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說明ヲ重ヌルノ必要ナシト信スレトモ尙ホ誤解ナカラン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說明ヲ附加セント欲ス

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樣ヲ變シテ病的ナラシムルコトヲ謂フモノニシテ法律ハ玆ニ其果シテ如何ナルモノヲ吾人ノ身體ヲ病的ナラシムルモノナルヤヲ定義セサ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ロ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飮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爲ニ非サルモノトス(二)疾苦――疾苦トハ云フ如キモ玆ニ疾病トハ身體ノ健康ヲ損害シタル有樣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サル場合ト雖モ健康ヲ害スヘキ物品ヲ施用シタル結果玆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罪ニ被害者ヲシテ白



0188

痴又ハ癲癇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說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說明シタル疾病、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　「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(二)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ス詐稱誘導シテ危害ニ陷ルルノ意思アルコトヲ要ス(三)毆打創傷ヲ以テ論ス」ト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鬪罪ノ五者ヲ包含スト雖モ其之ヲ茲ニ併括シテ說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說明スヘシ



0189

## 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爲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)晝間ニ於ケル住居侵入ノ行爲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爲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爲ヨリ挑發セラレタル憤情(ハ今ヤ腦漿ヲ焦シツツアルノ際行ヒタルモ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サルト他ノ一方ニ於テ其殺傷行爲タルヤ被害者ノ不法行爲ヲ原因トスルモノニシテ不正ノ行爲ヲ爲シタル者ヲ害スル行爲タルカ故ニ客觀的ニ其行爲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下ノ注意ヲ爲スコトヲ要ス

(一)　右ニ說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云フ總則ノ規定ヲ敷衍シタルモノニシテ畢竟原則ノ適用ニ過キサ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キハ云フカ如キ)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ンハ縱令玆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ノ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タ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シテ直チニ意思ノ中正ヲ失ヒタルモノ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宥恕ヲ言渡スヘキモノトス

(三)　本規定ハ前ニ說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宥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尙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サルモノトス

以下法文ノ順序ニ依リテ法律カ特別宥恕ノ場合トシテ揭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ク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宥恕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ラ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

(一)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



0191

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サ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感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ノ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サ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ヲ以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クルコトヲ得ス尚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



0192

怒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ル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縱令暴行ヲ受ケ因リテ人ヲ殺傷スルモ宥怒ヲ受ク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爲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爲ニ見ハレテ殺傷行爲トナリタルコトヲ要ス(イ)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爲ニ見ハレテ殺傷行爲トナリタルコトヲ要ストスル所以ナリ蓋シ縱令怒ヲ發シタルハ暴行ヨリ瞬時ノ間ニ在リト雖モ殺傷行爲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爲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(ロ)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爲タルヤ暴行ヲ受ケタルヨリ殺傷行爲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爲ハ沈思熟慮ノ結果ニ非サ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サ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(ハ)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爲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)殺傷行爲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爲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



0193

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說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ラ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 Faute（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說明ニ於テ再說スヘシ）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クルヲ得サルカ曰ク法律ハ其末文ニ於テ「因リ自ラ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シ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サルモノハ之ヲ包含セサ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說明スルカ如ク此條件ナクンハ挑發ヲ名トシテ殺傷行爲ヲ逞シウ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謂ヶ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ス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サルカ故



0194

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ヲ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爭鬪ス就レカ先ニ手ヲ下シタルヤヲ知リ得ヘキ場合ニ於テ後ニ手ヲ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就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酷ナランヨリハ寧ロ與フヘカラサル者ニ之ヲ與フルノ寛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(一)毆打シテ云云ト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就レカ一方ニ於テ殺意アルトキハ本條ノ場合ニ相當セス(二)互ニ創傷シトアルカ故ニ就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(三)各其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ト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ス(四)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ス」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



0195

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爲ヲ爲シタルコト(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

本夫トハ戸籍上本夫タルノ身分ヲ有スル者ヲ謂フ犯罪ノ主體ハ必ス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爲ヲ成敗スル爲メニ姦通者ヲ殺傷シタルノ行爲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クルコトヲ得ス

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茲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ス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慊



意ノ怨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ンカ爲メニハ常ニ先ッ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サ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サ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擊シテ突然憤情ヲ發シ熟慮スルノ遑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怨スルコ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怨セストニ非スシテ姦夫又ハ姦婦若クハ姦夫ト姦婦トヲ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爲ハ本條ノ宥怨ヲ受クヘカラサルモノトス

第三ノ要素　姦所ニテ姦通ヲ覺知スルト同時ニ殺傷行爲ヲ爲シタルコトヲ要

0196

ス

(一)殺傷シタルコトヲ要スルカ故ニ其他ノ行爲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總テ之ヲ包含セサルカ如キ觀アリト雖モ法文ノ意ハ姦所ニ於テ殺傷行爲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爲ノ姦所ニ於テ開始セラレタルコトヲ必要トスルニ過キサルモノトス(三)姦通ヲ覺知スルト同時ニ殺傷行爲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クルコトヲ得ス從來刑法學者中此點ニ關シテ往往謬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 à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère (即チ夫カ姦夫姦婦ノ姦通ノ現行犯ヲ撞見ス



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(直チニヲ覺知ト殺傷トニ繫ラシメテ)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倶戴天ノ仇敵ヲ討チタル孝子ニ對シテスラ尚ホ謀殺ニ出テタル者ハ何等ノ恩典ヲ與ヘサ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テタル場合ニ於テモ尚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爲ノ故意ニ出テ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ケレハナリ(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說明ヲ要セス唯縱容ノ範圍ニ付テ一言ヲ要スルノミ即チ失カ汎ク妻ノ淫行ヲ許諾シタル場合ニ於テハ別ニ問題ヲ生セサルモ若シ或ル

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サルモノト信ス

第四　晝間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「晝間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入リ若クハ門戸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」ト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)晝間ニ於テスルコト(二)故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入リ若クハ其門戸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　晝間タルコトヲ要ス

晝間トハ日出ヨリ日沒マテノ間ヲ謂フ說明ヲ要セス

第二ノ要素　故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入リ若クハ其門戸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戸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リ若クハ門戸牆壁ヲ踰越損壞セサ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戸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サレハ本條ノ特典ニ浴スルコトヲ得ス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



0198

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メ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說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說明スルノ要ヲ見ス

## 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箇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タ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遑ナキ場合ニ於テモ尙ホ且ツ必ス之ヲ藉ラスンハ甘シテ損害ヲ受ケサルヘカラストセンカ吾人ハ己ヲ保護セラルヘキ公ノ權力アルカ爲メニ却テ權利ヲ傷害セラル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ウスルコトヲ得セシメサ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サ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ス」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



0199

スル暴行者ヲ殺傷シタルコト(二)已ムコトヲ得サルニ出テタルコト(三)不正ノ所爲ニ因リ自ラ(暴行ヲ受クル者自ラ)暴行ヲ招キタルニ非サルコト是ナリ

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

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

(一)生命ニ付テハ別ニ說明スヘキモノナシ(二)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軀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軀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ノミ害スル行爲即チ誣告誹毀ノ手段ト爲ルヘキモノニ非サルト同時ニ凡ソ正當防衛ナルモノハ「正當ニ」又ハ「已ムコトヲ得サル」等ノ文字ニ依リテ推知スルコトヲ得ルカ如ク物其當ヲ得タル場合換言スレハ事正義若クハ衡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衡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サ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衡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ホ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軀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サ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(因ニ云フ或學者カ名譽ハ財産ヨ

リモ重ゞト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說明漠然採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衙ニ訴フルノ餘地アルノミナラス名譽ニ對スル行爲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衙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——例ヘハ演場ニ於テ公衆ニ對シ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ヨヒタルカ如キハ依リテ以テ明カニ是ヨリ名譽ニ對シ危害ヲ加フルノ行爲ヲ豫知セシムルニ足ルヘキ行爲タリ——スルコトヲ得サルモノニ非サレハナリ(三)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說明シタルカ如ク正當防衛ノ行爲ハ公カノ闕缺ヲ補フノ行爲ニシテ公力ノ闕缺ヲ補フノ行爲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　防衛ノ行爲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爲ヲ爲シタル者幼者、瘋癲、白痴及ヒ緊急危難ニ過ヒタル者ノ無責任行爲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爲ヲ行フ者ニ對シテハ正當防衛タルコトヲ得ス

尙ホ本要素ノ說明ヲ終ルニ臨ミテ一言ス後ニモ說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爲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爲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爲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)防衛ノ手段トノ二ニ繫ル語トス即チ

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、身體ニ危害ヲ加ヘサ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寧ロ公ノ權力ヲ蹂躙シタルモノナレハナリ(二)他日同一ノ侵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險ナル加害行爲ニ非スンハ防衛其モノニ於テ已ムヲ得サルモノト認ムルヲ得サレハナリ例ヘハ殺害スルニ非ス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シモ殺傷ノ行爲ヲ要セサルニ拘ラス故ラ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、强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擧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サ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(Par sa Faute)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シカ爲メ故ラニ之ヲ侮辱シ以テ其暴行ヲ誘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人ヲ殺傷シタル者ハ勿論縱令過失ニ因リテ暴行ヲ招キ因リテ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刪除セラレテ「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



0203

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曾ニ前者ト價値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(一)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「但シ過チテ自ラ(Par sa Faute)暴行ヲ招キタル者ハ其罪ヲ宥恕ス」ト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」トシ草案所謂過チテ」ト云フ無意ノ所爲隨テ宥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チ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ヲタル場合ト解セサルヘカラストテ草案所謂 Par sa Faute ナル佛語ヲ過失ニ因ヲ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 Faute ナル語ハ猶ホ我國ニ於テ「過チテナル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ス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 sa 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」ハ佛文草案所謂 Par sa Faute ヲ意譯シタルニ過キス(此點ニ付テ論者ノ謬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三百四十二條ノ但書ニモ cette excuse sera refusée 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絕セラルヘシ)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邀ヘタル場合ニノミ限リ宥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獻過シ「不正ノ所爲ニ因リ」ト Par sa Faute トヲ同一義ノ語ナリト思惟セルヲ見ルモ思ヒ半ハニ過キン



0204

（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）以上說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宥恕ヲ與フヘシト明言シ此ハ罫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（二）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俟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宥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罫ニ正當防衛ニ非ストノミ明言シテ言宥恕ニ及ハストノ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躍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罫ニ論決ノミニ付テ之ヲ觀ルモ論者ノ說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說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說明シタル如ク自己ノ失錯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ヨ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ン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陷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曩ニ示シタル設例ノ如キ場合即チ姦所ニ於テ本夫ノ襲擊ヲ受ケタル姦夫、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擊ハ姦夫、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、財產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贓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リ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」ト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缺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(一)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聖人君子ナリ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セハ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 le meurtre ainsi que les violences volontaires sont encore justifies et exempts de peine, comme moyens de défens legitime et necessaire lorsqu'ils

cut ou lieu dans les suivants:……(次ニ列擧スル場合ニ於テモ亦殺傷行爲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爲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採ルニ足ラサル謬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爲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ネ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　財產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

(一)「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苟モ不正ニ腕力ヲ弄スル行爲ハ皆此中ニ包含セラル(二)財產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產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」トアルカ故ニ暴行ヲ終リタル後ニ於ケル行爲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贓ヲ取還スルニ出テタルトキ

盜犯又ハ盜贓トアルカ故ニ强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爲ハ無罪タルヲ得ス(二)第二ノ場合ニ於テ「盜贓ヲ取還云云」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ン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リ若クハ門戶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全ク同一ニシテ其間唯晝間ト夜間ノ差アルノミ隨テ更ニ說明ヲ要セス

終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幇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サラン

## 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

但書ナクン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癒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ス過失ニ因リテ(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揭ケタル一條ヲ置クヲ以テ足レリトス故ニ本節ノ說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



0208

生スルハ常ニ其事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事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ケル實體的關係アルモ無體的(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)一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事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)一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是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(通俗ニ所謂有意犯罪之ニ屬ス)) / 無意(不期ノ結果ヲ生シタルモノ(過失之ニ屬ス))}

故ニ過失トハ先ッ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(イ)過失ハ常ニ有意行爲ノ一ニ屬スルモノナルカ故ニ癲癇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(ロ)過失ハ所爲者ノ擧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ハ關係ヲ缺クモノ(若クハ行爲又ハ擧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(一般又ハ限定的ナル)ノ結果ハ過失タルコトヲ得サルコト是ナリ

第二　然レトモ有意ノ擧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



0209

有意ノ擧動
- 豫期ノ結果ヲ生セシメタルモノ
- 不期ノ結果ヲ生セシメタルモノ
  - 不注意ヲ原因トスルモノ
  - 不注意ヲ原因トセサルモノ（自由ノ欠缺ニ基ク行爲之ニ屬ス）

故ニ結局過失トハ不注意ナル有意ノ行爲ヨリ不期ノ結果若クハ不注意當然ノ結果）ヲ生セシメタル狀態ニシテ一種ノ有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諒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サリセハ其結果ヲ生セサ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意ノ行爲ヨリ當然ナル不期ノ結果ヲ惹キ起シタル有樣ナリ）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セサルコト（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滊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聾者ナリシ爲メ之ヲ知ラサ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箇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）ヲ按シテ常ニ關係的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說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ノ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

（附言）上來說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擊劍、柔術、角力等凡ソ風俗慣習ノ一般ニ認ムル行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ

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ヲシテ不注意ヲ意味スルトセハ我輩ノ說ト其間言語ノ差ノミ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ノ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覩易キ所ナレハナリ

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スルトキハ凡ソ二箇ト爲スヲ得ヘシ即チ一ハ所爲者ノ思慮毫モ其結果ニ及ハサリシ場合他ハ思慮必スシモ之ニ及ハサ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サ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重事ニ從ハサルヨリ之ヲ發見スルコト能ハスシテ遂ニ不測ノ危險ヲ釀シタル場合(俗ニ所謂疎忽ニ出テタル場合)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勞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(俗ニ所謂横着ヲ構ヘタル場合)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若クハ不用心換言セハ豫見シ得ヘキニ豫見セサリシト云フニ歸着スルモノニシテ理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說明スルカ如ク不注意若ク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講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サ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サ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サル場合ニ於テハ懈怠ニ屬スルコト是ナリ

以上說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ニ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サ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サ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揭クル所以トス

又法文ニハ疎虞懈怠又ハ規則慣習ノ不遵守ヲ原因トセサ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サ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ケンカ爲メノミ疎虞懈怠又ハ規則慣習ノ不遵守ヲ原因トセサ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癈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已ニ有意ナリト云フノ論ハ姑ク之ヲ措キ學者間爭ナキ點ニ付テ之ヲ論セン)ナル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說明ヲ爲サントス欲セハ共犯ノ原則ヲモ援引セサルヲ得サルノ結果深

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讓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鵠ヲ得タルカ如キモノアレハナリ

## 第三款　自殺幇助罪

本款ノ說明ニ入ルニ先チ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爲其モノハ立法上之ヲ不問ニ措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與ノ生命ヲ絕ツ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サリシ者ハ勿論其之ヲ遂ケタルモノト雖モ其遺體ヲ刑シ若クハ其遺產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ン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チ前者ニ對シテハ常ニ之ヲ罰セサルノミナラス時トシテハ却テ名譽アル行爲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產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爲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產ヲ官沒スルト同時ニ其遺言ヲ無效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サルノミナラス縱令之アリトスルモ他ノ一方ニ於テ自殺者ハ其行爲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迹



0213

ヲ絕テリ然レトモ他人ノ自殺ヲ幇助シ又ハ之ヲ容易ニスルハ自殺其モノト異ナリ曾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ク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玆ニ一ノ注意ヲ要ス即チ自殺幇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幇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ル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幇助罪ノ性質ヲ說明セリ是ヨリ法律ノ各條ニ入リ自殺幇助罪ノ構成及ヒ其處分ヲ說明スヘシ

第三百二十條ニ曰ク「人ヲ敎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敎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說明ヲ要スヘキモノハ(一)自殺ノ何モノタルコト(二)自殺ノ敎唆、下手、補助ノ何モノタルコトノ二點ニシテ此二點ヲ說明セハ他ハ特ニ說明スヘキモノナシ

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テ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說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說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爲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ナカラ他人ノ生命ヲ亡失セシムヘキ行爲若クハ擧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爲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爲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幇助罪ノ規定ナクン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トアリテ縱令下手即チ殺人ノ行爲アリ確テ殺人ノ意思アルモ其行爲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爲ニ非スシテ自殺ノ幇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爲即チ擧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爲其モノヲ誘發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爲(行爲其モノノ死者自身ノ擧動ナルト他人ノ擧動ナルトニ關セス)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幇助罪ヲ犯シタルモノナルヤノ問題是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ノ生命ヲ絕チ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繫ラシメタルニ過キサレハ到底殺人ノ行爲タラサルヲ得スト主張スル者ア

ルヘシト雖モ我輩ハ先ニ下シタル定義當然ノ應用トシテ自殺幇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ル蓋シ(一)他人ノ請求ヲ容レテ生命ヲ授クルモ(其事柄カ契約トシテ民法上成立セサ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ト其モノヲ惹起スル唯一ノ原動力ヲ形成シタリトノ點ニ於テハ彼此毫末ノ區別アルヲ見サルノミナラス(二)論者ノ主張スルカ如クンハ例ヘハ甲者乙者ヲ殺害センコ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ノ勸誘シ遂ニ之ヲシテ自殺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シタルモ亦(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　是レ自殺ヲ幇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若ク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說明アリ總則ノ說明ニ讓ラン)

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シタル者ニ付テハ其遠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(三)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說明スヘキコトナキモ左ノ二點ニ付テ一言注意ス

一「自己ノ利ヲ云云」トハ自己ノ怨恨又ハ嫉妬ノ情ヲ滿足セシメンカ爲メ又ハ之ニ因リテ其相續權ヲ得若クハ義務ヲ免脫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ンカ爲メ自己モ亦共ニ情死スヘシト詐リ乙女ヲ敎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タ第三百二十一條ノ所謂自殺幇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ク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ノ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德ノ有無ニ因ル(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百十二條以下ノ適用ニ依リ處斷セラルヘシ

## 第四款　決鬪罪

我立法者ハ明治二十二年法律第三十四號ヲ以テ特ニ決鬪罪ノ規定ヲ設ケタリ先ツ其條文ヲ揭ケ後ニ之カ說明ヲ下サン

第一條　決鬪ヲ挑ミタル者又ハ其挑ニ應シ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　決鬪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　決鬪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　決鬪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

情ヲ知テ決鬪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　決鬪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」

茲ニ法律カ決鬪罪トシテ規定スル所ノモノハ佛語ノ所謂「デユエル」(duel)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鬪罪ノ沿革ヲ知ラント欲セハ須ク之ヲ歐米ノ歷史ニ徵セサルヘカラス按スルニ「デユエル」即チ決鬪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鬪ハ爭鬪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求ムルノ行爲ナレハナリ然レトモ其ジユエル即チ決鬪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鬪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「デユース」ノ如キハ寧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ヒタル多數諸外國ノ刑法ハ決鬪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鬪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

以上我輩ハ決鬪ニ關スル沿革ト性質トヲ說述セリ以下決鬪罪ノ定義ヲ擧ケテ之ヲ說明スヘシ

決鬪罪トハ如何何レノ國ニ於テモ之カ定義ヲ上サ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「決鬪罪トハ當事者ノ約

東ニ基キ人ヲ殺傷スヘキ行爲ヲ以テ優劣ヲ爭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鬪罪ノ成立ニハ下ノ條件ヲ要ス

(一)爭鬪者カ豫メ相互ニ約束シタルコト(二)人ヲ殺傷スヘキ行爲ヲ以テ互ニ優劣ヲ爭フコト(三)爭鬪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　爭鬪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爭鬪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鬪ト謂フコトヲ得ス單ニ普通ノ殺傷行爲ノミ蓋シ此條件ハ決鬪罪ニ最モ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爲ヲ以テ相爭フコトヲ要ス

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鬪ニハ非サルナリ

第三ノ要素　爭鬪ヲ爲スノ遠因(モーティフ)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斷セントスルニ在ルモノハ決鬪ト謂フヘカラス

以上三箇ノ條件ヲ具備スルトキハ常ニ之ヲ決鬪ト謂フコトヲ得而シテ決鬪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鬪ト云フコトニ附著スルモノ(所謂常素)ニシテ決鬪罪ノ成立ニ必要ナル條件ニ非ス

是ヨリ法文ノ大要ヲ說カン其第一條ニ於テハ決鬪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爲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鬪ヲ行ヒタル場合ナリ第三條ハ決鬪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鬪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鬪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シテ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



0219

鬪ノ挑ニ應セサル場合ニ於テ其應セサル者ヲ誹毀シタル場合ナリ(裏スルニ決鬪律ヲ以テ刑法ノ缺典ヲ補ヒタルハ第一、第二、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ルモノナルカ故ニ特ニ法文ヲ設クルノ必要ナシ畢竟疑問ヲ絕タントノ婆心ニ出テタルモノナルヘシ)第六條ハ屬、說明シタル所再說ヲ要セス

## 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二箇ノ規定ニ依リテ保護セラ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第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一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說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ノ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構成スル爲メニハ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效ハ直チニ流出スルモ後者ハ繼續犯ニシテ時效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

毆ニ毆打創傷罪ニ付テモ述ヘタル如ク此條件ハ本罪ニ付テ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內ニ於ケル現行犯人ヲ逮捕スル場合(三)船長カ船內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內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ンカ爲メナリ

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日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ニ一等ヲ加フ]トハ例ヘハ十一日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ヲ規定セリ(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[毆打拷責シ又ハ飮食衣服ヲ扃去シ云云]ハ例示的ニシテ制限的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ト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問フヘキハ勿論トス)

## 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クヘキコトヲ想像セシメ以テ之ヲ恐怖セシメ」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ク別ニ其方法又ハ條件ヲ限定セサ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常ニ本罪ヲ構成ス

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



0221

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說明ニ於テ詳ナルヲ以テ更ニ複說スルノ要ナカルヘシ然レトモ後者ニ付テハ聊カ說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爲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サ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說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爲ヲ爲スカ如ク要ス



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說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ヘ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ク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强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ウスルコト能ハサラシムル所爲ニシテ法カ之ヲ罰スル所以主ヲ此點ニ存スル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リ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嘗ニ之ヲ實行スルノ意思ナキノミナラス單ニ戲謔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スルトキハ脅迫罪ヲ構成スルハ之カ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ハ

0222

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ルトセサルヘカラス)

以上脅迫罪ノ成立要素ヲ說明セリ是ヨリ其處分法竝ニ第三百二十九條ノ規定ヲ說明セン第三百二十八條ノ規定ノ如キハ別ニ說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日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說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膽若クハ柔弱ナルコトヲ表示スルモノニシテ之ヲ表



0223

示スルハ多クノ場合ニ於テ却テ被害者ノ不利トナルモノナルトニ由リ法律ハ姦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ナセリ

## 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ンカ爲メニ行ハルルモノニシテ唯其間一ハ尚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故殺ノ各條ヲ適用シテ處斷スルコトトナ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ナ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戸籍簿ニモ登錄セラレサ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之ニ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絕タンコトヲ決意スル者ト同シク鳴咽斷腸血涙ヲ被害者ノ面ニ濺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二主義ノ中後ノモノハ多數學者ノ賛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尚ホ未タ發達セス父母ヨリ產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ニ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增殖ヲ平均セシムルカ爲メ之ヲ奬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尚ホ未タ明カ



0224

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憂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



代ニ至ルマテ尤モ嘉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リテ說明スヘシ

墮胎罪ハ第三百三十條乃至第三百三十五條ニ規定セラル墮胎トハ自然ノ分娩期ニ先チテ人工ヲ以テ不正ニ胎兒ヲ母體ヨリ分離セシムルノ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サル發育ノ程度ニ於テ母體ノ外ニ分離シタルトキハ之ヲ流產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產若クハ死體分娩ト謂フ然レトモ茲ニ刑法カ所謂墮胎ナル者ハ右ニ所謂醫家ノ墮胎ト異ナリ胎兒カ母體ニ生シテヨリ後其自然ノ分娩期ニ至ルマテノ間ニ於テ行ハルル總テノ分離行爲ヲ包含ス此點ハ學者間絕エテ爭ナキ所ナリ然レトモ既ニ之ヲ自然ノ分娩期ニ先チテ母體ノ外ニ分離セシメタルノ所爲アリタルトキハ縱令生兒ハ幸ニシテ其生ヲ保ツモ尙ホ墮胎罪ヲ構成スヘキヤ否ヤハ學者及ヒ實際家ノ間ニ於テ常ニ論議ノ絕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爲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テタル場合ヨリモ)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サ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サルコトヲ要ス

所爲ノ不正ナルコトヲ要スルハ前ニ毆打創傷罪ニ於テ說明シタルカ如ク總テノ犯罪ニ必要ナル條件タリ而シテ我輩カ特ニ之ヲ本罪構成ノ一要素ニ算ヘタル所以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ナルヘキモノニ非サルヲ

以テ之ト區別センカ爲メニ外ナラス

第三ノ要素　墮胎セシムルノ意思即チ胎兒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リ其豫見セル各箇ノ場合ヲ說明スヘシ

法律ノ規定ヲ按スルニ先ニ說明シタルカ如ク法律ハ其行爲カ胎兒ノミヲ害スルモノ(即チ胎兒ノミヲ害スルノ意思アル場合)ト胎兒ノミナラス母體ヲモ害推ルモノ(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)トノ二ニ分チテ各其制裁ヲ異ニセルカ故ニ予ハ便宜上此標準ニ基キ前者ヲ普通墮胎ノ所爲後者ヲ加重ノ情アル墮胎ノ所爲ト名ケ本罪ノ規定ハ之ヲ二分シテ說明スヘシ

甲　普通墮胎ノ所爲

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等ヲ加フ」ト

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



0227

ノ方法」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二分ツヲ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トハ是ナリ前者ハ說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內ニ挿入シ卵子ヲ破壞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サ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慶ノ法律タルヲ示セサルモノト謂フヘシ(二)本場合ノ規定ニ付テハ格別說明スヘキ點ナシ唯右ノ外一應說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敎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敎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敎唆者タルト從犯タルトニ論ナク責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敎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シテ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ニセンカ爲メニ規定セラレタルモノナルニモ拘ラス婦女ト共ニ正犯行爲ヲ行ヒタル場合ニ於テハ身分ノ有無ヲ論シ婦女ヲ敎唆シ又ハ幇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リ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敎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「犯人ノ身分ニ因リ藥物其他ノ方法ヲ以テ墮胎セシメタル者若クハ藥物……墮胎セシメタル醫師……」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モ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」

第三百三十三條ニ曰ク「懷胎ノ婦女ヲ威逼シ又ハ詐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癈篤疾又ハ死ニ致シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス」ト

第一　第三百三十三條ノ場合本條ノ規定ハ草案ハ勿論外國法ニモ殆ト其例ヲ見サ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探ル



ニ足ラス）本場合ノ解釋ニ付テハ下ノ二點ヲ說明スルヲ以テ足レリトス(一)威逼又ハ詐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　威逼シ又ハ詐騙シテ墮胎セシムルトハ如何ナル意味ナルヤ(イ)威逼……トハ威力若クハ脅嚇ニ藉リテ之ニ墮胎ヲ強要シ因リテ之ヲシテ其意ニ非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ツ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スン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)詐騙……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擧ケ若クハ疾走シテ運動セハ胎兒ヲシテ强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敎唆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强要シ又ハ墮胎其モノノ上ニ詐欺ヲ行ヒ婦女ヲシテ其意ニ非サル墮胎ヲ行ハシメタルモノト同一視スルハ大ニ權衡ヲ失スルモノアルノミナラス之ヲシモ尙ホ加重ノ情ナリトセハ唯リ本罪ニノミ之ヲ揭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說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セスンハ威逼又ハ誆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チテ各別ノ刑ヲ定ム別ニ說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强姦スルモ亦本罪ヲ構成スヘキモノトス但シ婦女ヲ殺害セントシテ遂ケス單ニ之ヲ毆傷シタル結果之ヲシテ墮胎セシメタル場合ニ於テハ單純ナル殺人罪ノ未遂犯ニシテ本罪トノ俱發ニ非ス蓋シ本場合ニ

於テハ凡テノ結果ハ殺人行爲ノ中ニ包含セラルレハナリ

二　墮胎セシムルノ意思ナキモ尚ホ結果ニ付テ責任ヲ負フ所以如何　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爲自體ノ性質上犯人ノ豫想スル所ト認メサルヘカラサレハナリ但シ懷胎ノ婦女タルコトヲ知ルヲ要スルカ故ニ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サ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癈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スンハ本條規定スルカ如キ結果ヲ生シタル場合ニ於テモ尚ホ前二條ニ依リ墮胎ノ一罪ヲ構成スルニ過キ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スシテ直チニ第百條ヲ引用スルトキハ擬律ノ錯誤トス（ロ）本條規定ノ結果ヲ生シタル場合ニ限リ始メテ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ルルモノナルカ故ニ直チニ前二條ノ一罪トシテ處斷スヘキモノトス

終ニ臨ミテ一言ス先ニモ述ヘタルカ如ク第三百三十二條以下ニ於テ之ヲ法律カ加重ノ情アル場合トスルハ普通ノ場合ト異ナリ曾ニ胎兒ノミナラス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「八歲ニ滿サ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」百ラ生活スルコト能ハサル老者、疾病者ヲ遺棄シタル者亦同シ」第三百三十七條ニ曰ク「八歲ニ滿サル幼者又ハ疾病者ヲ寥闊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「給料ヲ得ヲ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癈疾ニ致シタル者ハ輕懲役ニ處シ篤



0231

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ス又ハ官署ニ申告セサ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ス又ハ申告セサル者亦同シ」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說明スヘシ

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)犯罪ノ客體ハ八歲ニ滿サル幼者又ハ老疾者ナルコトヲ要ス

第一ノ要素　犯罪ノ客體ハ八歲ニ滿タサ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、疾病者等凡ソ他人ノ扶助ヲ受クルニ非サレハ生存スルコト能ハサ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)瑞國(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サルノ結果其危險極メテ稀ナルト實驗上此等ノ者ヲ遺棄スルハ扶養ノ責ヲ免レントスルヨリモ寧ロ之ヲ害セントノ意思ニ出ツルモノ多キニ居ルモノニシテ殺人、傷人、逮捕、監禁等ニ關スル規定ハ以テ此等

ノ場合ヲ罰スルニ餘アルヲ以テ更ニ本罪ノ規定ヲ要セスト云フニ在リ實用上ノ議論トシテハ固ヨリ一理ナキノ說ニ非スト雖モ稀ニハ生存競爭ノ日ニ困難ナルヨリシテ或ハ單ニ扶養ノ責ヲ免レントノ意思ノミヲ以テ幼者ノ如ク實際遺棄ノ實ヲ擧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刑法ノ採用スル第二ノ主義ヲ贊成ス否我輩ハ尚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歲以下ナルコトヲ要スルノミナルカ故ニ苟モ八歲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サ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者疾病者ニ付テハ自活スルコト能ハサル者タルコトヲ要スルカ故ニ他人ノ看護ヲ受ケシテ生活ヲ全ウスルコトヲ得ヘキモノハ本罪ノ客體タルコトヲ得ス然リ而シテ其果シテ自活シ得ヘキモノナルヤ否ヤハ事實裁判官ノ判斷ニ存ス



第二ノ要素　遺棄シタル所爲アルコトヲ要ス

遺棄トハ不正ニ扶養ノ義務ヲ免脫スルノ所爲ヲ謂フ故ニ通常所謂遺棄即チ幼者又ハ老疾者ヲ其從來扶養セラレツツアル場所以外ニ置クノ所爲ノミナラス幼者老疾者ヲ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令之ヲ遺棄スト雖モ全ク扶助ヲ受タ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尚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闊無人ノ地ニ遺棄シタルト

0233

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寥闊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(一)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賴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クルコトヲ要セス單ニ他人ノ依賴ヲ受ケタル者又ハ法律上ノ責任アル者後見人等ニ係ルノミヲ以テ加重ス(三)終ニ遺棄ノ結果ニ因リ特ニ刑ヲ加重ス(遺棄ノ場所又ハ犯人ノ身分ニ關セス)畢竟犯人ノ豫想シ得ヘキ結果ナレハナリ別ニ說明スヘキモノナシ但シ前節墮胎罪ニ於テ說明シタルカ如ク癈篤疾又ハ死ニ至ラサル結果ハ當然本罪中ニ包含セラルルモノナルカ故ニ本罪ト第三百一條ノ俱發ナリトシテ第百條ヲ引用スルトキハ擬律ノ錯誤タルコトヲ注意スヘシ



乙　幼者老疾者ノ遺棄ニ準シタル罪

一　法律ハ第三百四十條ヲ以テ自己ノ所有地又ハ看守スヘキ地內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爲ニシテ行爲自體ハ違警罪ノ性質ヲ有スルモノ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セル場所ハ他人ノ妄ニ入ルコトヲ許ササルノ結果若シ所有者又ハ看守者ニ於テ扶助若クハ申告セス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者ハ寧ロ遺棄者ノ犯行ヲ助成スルモノナリト云フコトヲ得ヘケレハナリ

二　第二項疾病ニ罹リ昏倒スル者云云ノ冒頭ニハ自己ノ所有地又ハ看守スヘ

0234

キ地内ニ云云ノ文字ナシト雖モ前項ヲ受ケタル文章ナルト普通ノ場所ニ於テハ違警罪ニ過キサル行爲タルトニ因リ本項モ亦專ラ所有者又ハ看守者ニ對スル責任ヲ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

尙ホ一言スルニ「疾病ニ罹リ昏倒云云」ハ狹隘ニ失スル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「十二歲ニ滿サル幼者ヲ略取シ又ハ誘拐シテ自ラ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「十二歲ニ滿サル幼者ヲ略取誘拐シタル罪



本罪ハ下ノ各要素ヲ以テ構成ス(一)犯罪ノ客體ハ二十歲未滿ノ幼者ナルコト(二)略取又ハ誘拐ノ所爲アルコト(三)自ラ藏匿シ若クハ他ノ內國人又ハ外國人ニ交付スルコト是ナリ

第一ノ要素　犯罪ノ客體ハ二十歲未滿ノ幼者ナルコトヲ要ス

我邦竝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ンハ本罪ノ客體タルコトヲ得ストシタルハ是レ二十歲以上ノ者

以下ノ罰金ヲ附加ス第三百四十二條ニ曰ク「十二歲以上二十歲ニ滿サル幼者ヲ略取シテ自ラ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ラ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「二十歲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

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ノ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隷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)法律ニハ單ニ二十歲未滿ノ幼者トノミアルカ故ニ二十歲未滿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ス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脫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脫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脫出セル幼者ナルトキハ本罪ノ目的トナルコトヲ得サルカト本問ニ對シテハ尙ホ竊盜ノ目的タル財物ハ縱令事實所有者ノ手中ニ存セスト雖モ尙ホ所有者ニ屬スルモノタルヲ失ハサルト同シク縱令事實ノ上ニ於テハ監督者ノ監督ヲ脫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內國人又ハ外國人ニ交付スルコトヲ要ス」

法律ハ母法タル佛國法ト異ナリ單ニ略取又ハ誘拐シタルノミヲ以テハ罪ヲ成サス進ミテ自ラ之ヲ藏匿シ又ハ他人ニ交付スルコトヲ要スト雖モ藏匿トハ他人ノ發覺ヲ妨クルノ行爲ニシテ彼ノ或ハ他人ノ人家ヲ遠サカリタル別野ニ置

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說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ク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サ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サ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內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歲以下ナルト以上ナルトヲ別チ十二歲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歲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歲以下ノ者ニ付テハ略取ト誘拐トヲ同一視シ十二歲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齡ト手段ノ如何ヲ問ハス輕懲役ニ處ス年齡ト手段ヲ問ハサルハ繁ヲ避ケタルノミ司直ノ者宜シク法ノ示シタル範圍ニ於テ斟酌スヘキナリ刑ノ著シク重キヲ加フルハ一方ニ於テ其結果被害者ヲシテ同胞ニ比セハ比較的慈悲哀憐ノ情ニ乏シカルヘキ外國人ノ手ニ陷ルノ慘ヲ嘗メシムルノミナラス他ノ一方ニ於テ多クハ國辱ヲ曝スノ結果ヲ生スレハナリ(隨テ按スルニ茲ニ所謂外國人トハ外國ニ在ル外國人ノ義ニテ內國在留ノ外國人ヲ云フニ非サ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爲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ヲ減ス」ト

是レ贓物ニ關スル罪ト同シク事後從犯ノ性質ヲ有スル罪ナリ事後從犯ノ性質ヲ有スル罪即チ主犯ヲ幇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幇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爲ニ非ス）收受トハ官吏收賄罪ニ所謂收受ト同シク授クルモノヲ受クルノ義ニシテ貨幣僞造罪所謂取受即チ取リ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」ト廣ク記載シテ諸般ノ場合ヲ包含セシムルカ故ニ彼ノ徒弟、職工、藝娼妓酌婦等皆其著シキモノトシテ之ヲ包含スヘシ刑ノ略取誘拐者ニ比シテ一等輕キハ其助犯タルヨリ流出シタル當然ノ結果ナリ

丙　犯人ニ對スル處罰權ノ制限

第三百四十四條ニ曰ク「前數條ニ記載シタル罪ハ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス但略取誘拐セラレタル幼者式ニ從テ婚姻ヲ爲シタル時ハ告訴ノ效ナシ」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妄ニ之ヲ訴追スルコトヲ得ルモノトスルトキハ被害者ノ利益ヲ保護セントシテ却テ之ヲ傷クルノ結果ヲ生ス是レ被害者ノ告訴アルニ非スンハ處斷スルコトヲ得ストスル所以ナリ又茲ニ法律カ親屬ヲ記載シタルハ被害者自身ニ於テ訴追スルコト能ハサル場合ヲ豫想シタルニ因ルモノナルカ故ニ被害者ノ代理タル性質ヲ有スル場合（例ヘハ被害者ノ死亡シタル場合若クハ無能力ナル場合ノ如シ）ニ非スンハ親屬ハ告訴權ヲ有セサルモノトス（二）但書ヲ置キタル



0238

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效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效トシテ取消シ得ヘキ瑕瑾アルモノト雖モ亦告訴ヲシテ無效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效トシテ取消サレタル場合ハ如何是ナリ一方ニ於テ我刑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)外國人ニ交付シタル者ニ此制限ヲ適用セサルハ被害者ノ利益ヨリモ寧ロ國家ノ利益ニ重キヲ置キタルナリ

## 第九節　猥褻、姦淫、重婚ノ罪

法律カ猥褻、姦淫、重婚ノ罪トシテ規定スル所ノモノハ第三百四十六條乃至第三百五十四條ノ規定ニシテ更ニ之ヲ細別スルトキハ(一)猥褻ノ罪(二)淫行ヲ媒合スル罪(三)強姦ノ罪(四)姦通ノ罪(五)重婚ノ罪ノ五トスルコトヲ得ヘシ

### 第一款　猥褻ノ罪

第三百四十六條ニ曰ク「十二歲ニ滿サル男女ニ對シ猥褻ノ所行ヲ爲シ又ハ十二歲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「十二歲ニ滿サル男女ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ猥褻ノ所行ヲ爲シタル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」ト

本罪ヲ構成スルニハ下ノ各要素ヲ必要トス(一)猥褻ノ所行ヲ爲シタルコト(二)十



0239

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說明シタルカ如ク淫事吾人異性間ノ結合(鷄姦獸姦手淫等)ニ關シ見ルニ堪ヘサル醜行ヲ總稱スルモノニシテ例ヘハ婦女ヲ捕ヘテ其裳裾ヲ上クルカ如キモ亦猥褻ノ所行タリ法律ハ單ニ猥褻ノ所行トノミ言ヒテ之ヲ列擧セサ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サルハ是レ十二歳以下ノ者ハ未タ淫事ノ何事タルコトヲ知ラサル者タル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シテ敢テ著シキ損害ヲ生セシメサレハナリ

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

## 第二款　淫行ヲ勸誘シテ媒合スル罪

第三百五十二條ニ曰ク「十六歳ニ滿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

吾人自ラ背德ノ所行ヲ爲シ以テ自ラ傷クルハ道德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



0240

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說明シタル自殺幇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ヽ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」本罪ヲ構成スル爲メニハ下ノ要素ヲ必要トス(一)犯罪ノ客體ハ十六歲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　犯罪ノ客體ハ十六歲未滿ノ男女タルコトヲ要ス

十六歲未滿ノ男女タルコトヲ要スルカ故ニ十六歲以上ノ者ニ係ルトキハ本罪ヲ構成セス十六歲未滿ノ男女タルコトヲ要スル所以ハ這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チ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

淫行トハ姦淫鷄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擧動ニ依ルトヲ問ハス凡テ淫行ヲ爲サンコトヲ決意セシムルニ足ルヘキ行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賴ニ應シ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陷ルルカ如キ事ヲ職業トスル者例ヘハ女衒等ヲ罰センカ爲メニ規定セラレタルモノナルヘシト雖モ明文ノ性質ハ廣ク諸般ノ場合ニ適用セラルルモノトス然レトモ自己直接ノ色慾ヲ滿足セシメンカ爲メ十六歲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(強テ之ヲ言ハヽ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



0241

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サルモノタルヘシ又本條ニハ單ニ十六歳未滿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鑑クル所ナキカ故ニ積極論ヲ主張セント欲ス

## 第三款　强姦ノ罪

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强姦シタル者ハ輕懲役ニ處ス藥酒等ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシメテ姦淫シタル者ハ强姦ヲ以テ論ス」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强姦シタル者ハ重懲役ニ處ス」ト

本罪ノ構成ヲ說明スルニ先チ一言ノ注意ヲ要ス即チ先ニモ說明シタルカ如ク人或ハ本罪ト猥褻罪トヲ混同シ姦淫ヲ遂ケタルトキハ本罪トシテ其未タ遂ケサ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ルモ猥褻罪ニ非スシテ本罪ノ未遂罪トス(若シ意外ノ障害ニ因リ遂ケサルトキハ)

本罪ヲ構成スル爲メニハ下ノ要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)强姦シタルコト(二)犯罪ノ客體ハ婦女ナルコト是ナリ

第一ノ要素　强姦シタルコトヲ要ス

强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タ之ヲ以テ强姦ノ手段



0242

トセサルト同時ニ第三百七十八條强盜ノ定義ニ「暴行脅迫ヲ以テ財物ヲ强取シタル者」トアリテ强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强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ク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强淫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　强姦罪ハ婦女ヲ强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　强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庭內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)カ故ニ强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　姦淫ノ手段トシテ玆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强姦ノ行爲トシテ未遂犯タルヘシ

四　然レトモ强姦ハ暴行ノミナラス脅迫ノ行爲ニ依リテモ行ハルルモノナルカ故ニ普通脅迫罪ト同シク其當時ノ狀況加害者及ヒ被害者ノ年齡位地强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



0243

ヘキ行爲ヲ爲シタルヤ否ヤヲ觀察スルコトヲ要ス彼ノ强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サ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强姦タルヘシ

本罪ノ處分ハ別ニ說明ヲ要セス法律ハ犯罪ノ客體タル婦女ヲ分チテ十二歲以上及ヒ十二歲未滿ト爲シ十二歲以上ノ者ニ對シテハ所謂强姦ノ場合ニ於テ輕懲役ニ十二歲未滿ノ者ニ對シテハ單純姦淫即チ準强姦ノ場合ニ於テ輕懲役ニ所謂强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殿打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス但强姦ニ因テ癈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」ト

第三百五十條親告ノ規定ハ既ニ屢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强姦罪ヲ犯シ因リテ人ヲ癈疾以下ニ致シタル者ハ猥褻又ハ强姦罪ノ刑ト殿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强姦罪ヲ犯シ因リテ癈疾篤疾ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ無期徒刑ニ處ス亦說明スヘキモノナシ唯本條ノ規定ニ付テ一言スヘキハ猥褻又ハ强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是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强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强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)タルト强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



0244

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

## 第四款　姦通ノ罪

史ヲ按スルニ古ハ何レノ邦國ニ於テモ(一)姦通ノ所爲ヲ罰シ(二)時ニ或ハ之ヲ侍ツ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 セ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)トヲ生スルニ過キス然ルニ古來之ヲ以テ一ノ犯罪ト認メタルハ畢竟民法上ノ思想ノ尙ホ幼稚ナリシニ基因スルモノニシテ大ナル誤ナリ否假ニ之ヲ罪トシ罰スヘキモノトスルモ若シ之ヲ一般ノ犯罪トシテ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ罰スヘキモノトスルトキハ往往一家ノ平和ヲ阻害シ其結果失フ所多クシテ益スル所ナシ若シ又現今諸國ノ刑法カ規定スル如ク處罰ノ全權ヲ被害者タル一方ノ夫又ハ婦ニ歸セシメンカ從來幾多ノ實例カ之ヲ證明スル如ク彼等ヲシテ法ヲ以テ財物强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セハ何ソ之ヲ不問ニ付スルノ理アラン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



0245

害アリト云フ如キハ固ヨリ爭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說ヲ貫徹セントス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

此二說ニ付キ予ハ單純ニ後說ヲ贊成ス

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

一　如何ナル刑ヲ科スヘキヤノ點ニ付キ古ハ前ニモ說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寬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滿足スヘキヤトノ點ニ在リ前問題ニ於テ消極說ヲ主張スル者ハ少クトモ罰金刑ヲ以テ滿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說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說　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說　男子ト女子トノ間ニ於テ其性質ニ差異アルコト隨テ男子ノ姦通ハ女子ノ姦通程ニ害ヲ生セサルハ事實ナレトモ同シ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饑餓ニ瀕セシムルカ如キ)ヲ生スルコトアリ畢竟前說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說ニ付テモ亦予ハ單純ニ後說ヲ贊成ス但シ其制限ニ至リテハ十分ナル研

究ヲ要スヘキモノト思考ス

（附言）近世和蘭刑法改正ノ際姦通ハ之ヲ罪トシ罰スヘキモノニ非ストノ學說ヲ主張スル者アリシカ結局採用セラレサリシノミナラス近世一般ノ學者ハ罰スヘキモノナリトノ說ヲ主張セリ唯開明諸國中之ヲ民事犯罪トシテ刑事犯罪ト爲ササルハ英國アルノミ又男子ノ姦通ハ之ヲ問フヘキモノニ非ストハ近來マテ一般學者ノ異シマサル所ナリシカ現行佛國刑法カ或制限ノ下ニ於テ之ヲ罰スルコトトシテヨリ大半ノ學者ハ皆之ヲ贊成スルニ至リシカ如シ以上ヲ以テ我輩ハ姦通罪ニ關スル一般ノ說明ヲ了レリ是ヨリ法律ノ規定ニ入リ說明ヲ試ムヘシ

姦通罪ハ第三百五十三條ニ規定ス

第三百五十三條ニ曰ク「有夫ノ婦姦通シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス其相姦スル者亦同シ此條ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス但本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ告訴ノ效ナシ」ト

本罪ヲ構成スルニハ下ノ要素ヲ必要トス（一）犯罪ノ主體ハ有夫ノ婦ナルコト

（二）姦通ノ所爲アルコト是ナリ

第一ノ要素　犯罪ノ主體ハ有夫ノ婦ナルコトヲ要ス

犯罪ノ主體ハ有夫ノ婦ナルコトヲ要スルカ故ニ法律ノ認ムル方式ヲ履ミテ結婚シタル婦ナルコトヲ要ス（此點ニ付キ新民法發布以前マテハ隣里鄉黨ノ認メタヲ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サル者ハ本罪ノ主體タルコトヲ得ス）然レトモ單ニ法律ノ認ムル方式ニ由リテ夫婦ト爲リタル婦女タルコトヲ要スルノミナルカ故ニ縱令婚姻ノ無效トシテ解除セラルヘキ場合ト雖モ未タ解除セラレサル間ハ本罪ヲ構成スル主體タルコトヲ得ヘシ

茲ニ有夫ノ婦ニ非サレハ本罪ノ主體タルヲ得ストハ本罪構成ニ缺クヘカラサ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



0247

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（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サラン（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―例ヘハ姦通ノ媒介ヲ爲スカ如シ―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（例ヘハ鷄姦又ハ獸姦ノ如キ）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ノ情慾ヲ充タシタルニ過キサルモノトノ結合ト雖モ尚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强姦罪ニ於テ說明シタルト同一ノ論法ニ據リ男女子兩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的ナルヘシ又曰ク姦通ニ著手ノ行爲ナシト主張スル學者アリト雖モ予ハ其何ノ故タルヲ解セス將ニ姦通セントシテ男女衾ヲ同シウスルカ如キハ姦通著手ノ行爲タルヘシ唯法律ニ於テ之ヲ罰セサルノミ

處分　六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス共相姦スル者亦同シ、此條ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待チ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

告訴ヲ待チ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



0248

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同復セラルルコトアルノミナラス姦通罪ハ他ノ多クノ親告罪ト同シク夫ノ名譽ニ關スル罪ナルカ故ニ單ニ社會ノ秩序ヲ維持センカ爲メノミヲ以テ妄ニ之ヲ處罰スルコトトスルトキハ或ハ徒ニ夫婦間ノ和親ヲ害スルカ少クトモ夫ノ名譽ヲ毀損スルノ結果害ノミアリテ益ナキコトト爲ルヘシ是ニ於テカ法律ハ被害者タル夫ノ利益ヲ保護センカ爲メ處罰ニ關スル利害得失ヲ其判斷ニ委スルコトトシタルナリ

告訴ノ性質　右ニ說明シタル如ク告訴ヲ待チ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サ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爲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愼マシメ以テ裁判所ヲ欺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ス又本夫トハ姦通當時ノ夫タルノ義タルヲ以テ姦通當時ニ於テ夫タル身分アルニ於テハ離婚後ト雖モ告訴權ヲ失ハス

(ハ) 告訴ハ姦通罪ニ對シテ提起セラルルモノナルモ夫カ妻ニ對シテ有スル權能ナルカ故ニ妻ノミニ對スル告訴又ハ其取下ハ延テ相姦者ニ及フト雖モ相姦者ノミニ對スル告訴又ハ其取下ハ妻ニ對シテモ相姦者ニ對シテモ何等ノ效果ヲ生セス(妻ハ主ニシテ相姦者ハ從タリ)

(ニ) 告訴ハ妻ニ對スル處罰ノ權能ナルカ故ニ裁判宣告ノ確定スルマテハ拋棄スルコトヲ得ルモ其以後ノ取下又ハ初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「配偶者アル者重ネ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說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末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盡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之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サ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罪トスルモノアリ）

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說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



0251

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僞證ノ例ニ照シテ處斷ス」第三百五十六條ニ曰ク「誣告ヲ爲スト雖モ被告人ノ推問ヲ始メ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二百二十二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クルコトヲ謂フ隨テ單ニ誣告ト云フトキハ必スシモ司法官廳ニ對スル告訴又ハ告發ノミニ限ラス他ノ官廳又ハ一私人ニ對スル告知モ亦之ヲ包含ス然レトモ茲ニハ「被告人」若クハ「被告人刑ニ處セラレタルトキ云云」ノ文字アルカ故ニ司法官廳ニ對スル告訴又ハ告發即チ犯罪ヲ告クルモノニ限ルモノトス是レ我輩カ之ヲ本罪構成ノ一要素トスル所以ナリ

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

一　進ミテ犯罪事實ヲ申告スルコト　進ミテ犯罪事實ヲ申告スルコトヲ要スルカ故ニ官廳ヨリ召喚ヲ受ケ又ハ官吏ノ訊問ニ應シ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僞證罪等

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サ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ルトハ其氏名住所及ヒ職業等マテヲ詳ニスルコトヲ要スル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徵ヲ明示スル如キ以テ犯人ノ誰タルコトヲ知リ得ルモノハ茲ニ所謂犯人ヲ明示シタルモノナリトス

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ハ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サルカ故ニ縱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

此點ニ付テハ別ニ說明スヘキコトナシ唯一言スヘキハ誣告セラレタル犯罪事實ト誣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誣告罪カ罰セラルルコトノ爲メニハ誣告セラレタル犯罪事實カ虛僞ナリシコト即チ裁判ニ依リテ無罪タルコトノ證明セラルルコトヲ要ス但シ是レ唯誣告事實ノ證明ニ要スルモノナルカ故ニ誣告罪ノ成立條件ヲ成スモノト思惟スヘカラス後ノ或一派ノ學者カ誣告罪ノ時效ハ其誣告セラレタル事實カ虛僞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



0253

第三ノ要素ハ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

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

處分　處分法ハ何レモ僞證罪ノ刑罰例ニ依ルノ規定ナルカ故ニ詳細ハ僞證罪ノ處分法ノ說明ニ讓リ茲ニハ唯第三百五十六條ノ規定ヲ一言スルニ止ムヘシ」

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

被告人トハ被誣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サルモノトス蓋シ若シ夫レ然ラストスルトキハ被告人闕席ノ時ハ裁判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草案第三百九十六條 S'il s'ert retructe avant toutes poursuites entre Sapersonne Jénoncée (被誣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」一　公然ノ演說ヲ以テ人ヲ誹毀シタル者ハ十一日以上三月以下ノ重禁錮ニ處シ三圓以上三十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」二　書類圖畫



0254

ヲ公布シ又ハ雜劇偶像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罔ニ出タルニ非サレハ前條ノ例ニ照シテ處斷スルコトヲ得ス」ト

本罪ノ構成要素ヲ說明スルニ先チ誹毀ト誣告及ヒ誹毀ト侮辱ノ區別ヲ一言セント欲ス

一　誹毀ト誣告トノ區別　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)　惡事醜行ノ眞僞ニ關シ　誣告ニ在リテハ必ス虛僞タルコトヲ要スルモ誹毀ニ在リテハ新聞紙條例第二十五條ニ記載シタル場合即チ惡事醜行ヲ摘發公布スル機關カ新聞紙ニシテ且ツ其事カ一私人ノ私行ニ係ラ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僞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德性ヲ缺クノ行爲ナルモ誣告ハ罪ナキ者ヲ誣ヒテ刑辟ニ觸レシメントスル敗德加害ノ甚シキ行爲ナルヨリ流出スル結果トス

(二)　惡事醜行ノ性質ニ關シ　誣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

(三)　摘發ノ方法ニ關シ　誣告ニ在リテハ告訴又ハ告發人タルコトヲ明示(誣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サレハ誹毀罪ヲ構成スルノミニシテ誣告罪ヲ構成セス)

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ヅ各所爲ノ性質ヲ明カニシ以テ其差異ノ存スル所ヲ示スヘシ

(一) 侮辱　侮辱トハ他人ヲ經侮スルノ行爲換言スレハ被害者カ犯人ニ對シテ有スル地位、品格ヲ蹂躙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ヘシ)其結果トシテ之ヲ爲サタルノミヲ以テ十分トス

(イ) 犯人對被害者ノ間ニ於ケル體面蹂躙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ス(加重ノ情タルハ格別)單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(カラサル)位地ニ在ルコトヲ要ス之ヲ要スルカ故ニ主人カ僕婢ニ對スル場合ノ如キ之アラサル場合ハ(他人ニ對シテハ通常侮辱ト爲ルヘキ場合ニ於テモ)侮辱ト爲ラス(即チ雙方ノ關係ヲ審査シタル後之ヲ決スルヲ要ス)

(ロ) 犯人對被害者間ニ於ケル體面蹂躙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(カラサル)位地ニ在ルコトヲ要ス之ヲ

(ハ) 不法ノ判斷ニ基ク體面蹂躙ノ行爲ニシテ判斷ハ犯人一人ノ心裡ニ存スルモノナルカ故ニ性質上證明スルコトヲ得サルモノトス(但シ判斷ノ材料タル事實ノ證明ハ之ヲ爲スコトヲ得ルモ是レ單ニ犯罪ノ情狀ニ關係ヲ有スルノミニシテ構成ニハ何等ノ影響ヲ有セス)

(二) 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ノ行爲(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位地、品格ヲ蹂躙スルノ行爲ヲ爲サス、被害者ノ惡事醜行ヲ第三者タル社會公衆ニ紹介シ以テ社會公衆ヲシテ其被害者ニ對シテ有スル普通又ハ特別ノ感情(コレアラシメ)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トニ因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爲ナルカ故ニ必ス第三者タル社會公衆ノ之ヲ聞知スルコトヲ要ス單ニ犯人カ被害者ノミニ對シテ之ヲ爲シタルノ行爲ハ(後ニ說明スルカ如ク依リテ侮辱スルノ行爲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爲ナルカ故ニ社會公衆トノ關係上被害者カ社會公衆ニ對シテ赤面スヘキ事實ナルヲ以テ十分トス(被害者ト社會公衆トノ關係ニ於テ赤面スヘカラサル事項ナルトキ例ヘハ現在公衆ノ面前ニ於テ竊盜又ハ風俗ヲ害スヘキ行爲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爲ヲ爲シツツアリト公言スルモ誹毀ニ非ス被害者ト犯人トノ位地品格等ハ犯罪ノ構成ニ關係ヲ有セス

(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)

之ヲ要スルニ侮辱ト誹毀トハ其間大ナル區別ノ存スルアリ詳言スレハ(一)性質ノ上ニ於テ一ハ被害者ニ對スル一般又ハ特別ノ敬禮ヲ缺クノ意思ヲ以テ被害者ノ自己ニ對スル位地品格ヲ蹂躙スルノ行爲即チ犯人自ラ進ミテ被害者ヲ論評スル行爲ナルモ他ハ被害者ノ惡事醜行ヲ第三者タル社會公衆ニ通告シ以テ之ヲシテ被害者ヲ論評スルノ材料ヲ得セシムルノ行爲即チ犯人自ラ進ミテ被害者ヲ論評セサル行爲タルノ差アリ隨テ(二)其結果ノ上ニ於テモ一ハ證明スルコトヲ得サルモ他ハ證明スルコトヲ得一ハ第三者ノ介在ヲ要セサルモ他ハ之ヲ要スルノ差アリ然ルニ學者或ハ官吏ノ職務ニ對スル惡事醜行ノ摘發ハ皆侮辱罪ヲ構成スルモノニシテ誹毀罪ハ一私人ノ私行ニ關スルモノニ非サレハ成立セスト云フ者アリ大ナル誤解ト謂ハサルヘカラス官吏ノ職務ニ關スル惡事醜行ノ摘發ト雖モ侮辱ノ意思ナキモノ隨テ其レ自身官吏ノ職務即チ公權ヲ蹂躙スルノ意思ヲ表示セサルモノハ單ニ誹毀ノ行爲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專ラ公益ノ爲メニスルモノト認ムル

トキハ被告人ニ事實ヲ證明スルコトヲ許スコトヲ得若シ其證明ノ確立ヲ得タルトキハ誹毀ノ罪ヲ免ス其損害賠償ノ訴ヲ受ケタルトキモ亦同シトアリテ公行即チ公益ニ關スル行爲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爲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爲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爲ノ如キ一般社會公衆カ其行爲ノ正邪善惡ニ關シ法律上ノ利害關係ヲ有スルモノ私行トハ姦通、殺人、竊盜等ノ如キ其利害關係カ單ニ之ヲ行フ者ノ一身ニ止マルモノ——佛語ニテ云ヘハ Vie domestique ニ關スルモノ——即チ一私人ノ資格ニ於ケル諸般ノ行爲ヲ謂フ)

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爲タルヲ得ヘキカ故ニ侮辱ノ行爲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擧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爲アリト云ハンカ如シ

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

誹毀罪ヲ構成スル爲メニハ下ノ各要素ヲ必要トス(一)惡事醜行ヲ摘發シタルコト(二)法律ニ定メタル方法ヲ以テ摘發シタルコト(三)惡事醜行タルコトヲ知リ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

0258

(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公知セシムルノ義ナルカ故ニ隱事ヲ發キテ之ヲ公ニスルノ所爲アルヲ要ス隱事隨テ社會公衆カ未タ之ヲ知ラサルモノニ非スンハ以テ被害者ノ名譽ヲ毀損スヘキ結果ヲ生スルコトナキカ故ニ現ニ公ト爲リ居レル事項例ヘハ現ニ刑事ノ被告人ト爲レル者ニ對スル公知ノ被告事件裁判言渡ノ如キ)ヲ新聞紙ニ揭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祕スルカ如キノ狀況アル場合ヲ謂フ此點ハ各事實ニ依リテ變ハルヘキ問題トス)(三)名譽ヲ毀損セシムヘキ材料ヲ社會公衆ニ與フルノ所爲ナルカ故ニ某ハ何何ノ行爲アリト詳說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カ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寧ロ之ヲ賞揚スルノ語ナリシモ今日ニ於テハ刑律ヲ以テ之ヲ罰スル程ノ惡事タルカ故ニ復讐ヲ爲シタリトノ事實ヲ摘示スルハ却テ名譽ヲ害スルノ行爲タルカ如シ)

第二ノ要素　法律ニ定メタル方法ヲ以テ摘發シタルコトヲ要ス



0259

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祕密ニ對スル語ナルヲ以テ祕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說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サ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擧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、手眞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リ之ヲ摘發スルノ意思アルコトヲ要ス

別ニ說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フ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(虛僞)ニ出ツルニ非スンハ之ヲ罰セスト



法政大學蔵書

0260

セリ畢竟後段ノ場合ニ於テハ歷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〻被害者ノ名譽ヲ傷クルノ結果却テ被害者ヲ害スルノ結果ヲ生スルノ恐アルトニ由ルナリ

## 第三款　陰私漏告ノ罪

第三百六十條ニ曰ク「醫師藥商穩婆又ハ代言人辯護人代書人若クハ神官僧侶其身分職業ニ於テ委託ヲ受ケタル事ニ因リ知得タル陰私ヲ漏告シタル者ハ誹毀ノ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祕密ヲ漏スニ於テヲヤ然レトモ從來屢〻說明シタル如ク近世ノ法律ニ於テハ單ニ道義ニ反スルノミヲ以テハ之ヲ罪トシ罰セス其之ヲ罰スルハ甚シク一私人ノ利益又ハ公益ヲ害スル場合ニ限レリ法律カ誹毀ノ行爲及ヒ本場合ノ行爲ヲ罰スル所以亦茲ニ存スル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リ

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

法律ハ之ヲ列擧シテ醫師、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サルカ故ニ彼ノ一時裁判所ノ許可ヲ得テ辯護人ト爲ル者ノ如キハ茲ニ所謂辯護人ノ中ニ包含セラレサラン蓋シ茲ニハ「身分、職業」トアリテ之ヲ以テ業務トスル者ニ限レハナリ代書人トハ佛語所謂 avoué 即チ訴訟代理人(佛國ニテハ avoué(辯護士)ノ外單ニ訴訟代理ノ業ノミニ從事スル avoué ナル者アリ)ノ義ニシテ普通ノ代書人即チ代筆人ノ義ニ非サラン蓋シ現今裁判所又ハ區役所又ハ警察署等ニ附屬セル代筆人ハ雜業者ノ一種ニシテ所謂代書人ト云フ公認セラレタル職業ヲ有スルモノニ非サルノミナラス此等ノ者ハ單ニ依頼者ノ手足トシテ文書ヲ起草又ハ筆寫スルニ過キサルカ故ニ職業上他人ノ陰私ヲ知ルノ機會ナケレハナリ要スルニ我國ニ於テハ佛國所謂 avoué(訴訟代理人)ナルモノナキノミナラス代書人ト云フ職業モ亦之アラサルカ故ニ全ク無用ノ文字ト謂ハサルヘカラス神官、僧侶トハ讀ミテ字ノ如ク說明ヲ要セサレトモ之ヲ列擧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絕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擧シタル身分、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牴觸スルコトアルノミ本罪ヲ構成スルコトナシ



法政大學圖書館

0262

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

陰私ノ何モノタルハ法律之ヲ定義セスト雖モ被害者カ他人ニ打明カスコトヲ欲セサル總テノ祕密ヲ意味スルモノ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サルカ故ニ苟モ自己以外ノ者ニ知ラシメタル場合ニ於テハ其之ヲ聞知シタル者ノ親疎ヲ論セス常ニ本罪ヲ構成スルモノトス法律ハ委託ヲ受ケタル陰私ト言ハスシテ委託ヲ受ケタル事ニ因リ知得タル陰私ト云ヘルカ故ニ特ニ漏洩セサルコトヲ依託セラレタルモノタルヲ要セス苟モ其依託セラレタル職業ニ因リ若クハ之ヲ機會トシテ知得シタル者ハ總テ之ヲ漏告スヘカラサルモノニシテ之ヲ漏告セハ常ニ本罪ヲ構成スルモノトス故ニ例ヘハ醫師カ治療ヲ爲スカ爲メ患者ヨリ創傷ノ原因カ犯罪タルヲ知得シタル場合ノ如キハ勿論治療ノ際偶然患者ノ不具ナルヲ知得シタルカ如キ場合ト雖モ陰私タルコトヲ知リテ之ヲ漏告セハ罪ヲ構成スヘシ

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



法政大學圖書館

0263

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

第三ノ要素　祕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祕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祕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是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曾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リ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ニ止マラス延テ公益ヲ害スヘキモノニシテ此場合ニ於テハ裁判事務ヲ幇助スルト云フ公益ト一私人ノ陰私ハ之ヲ漏スヘカラスト云フ私益トカ互ニ相衝突シテ相殺スルカ故ニ二者ノ中孰レニ重キヲ置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タルヘシ

本罪ノ處分ニ付テハ別ニ說明スヘキモノナシ法文ト前ニ說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



法政大學圖書館

0264

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實ニ祖父母、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百十五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」ト說明ヲ要セス

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宥恕及ヒ不論罪ノ例ニ關スルモノ是ナリ

第一　殺人ニ關スルモノ　殺人ニ關スルモノハ第三百六十二條ニ規定ス曰ク「其祖父母、父母ヲ謀殺故殺シタル者ハ死刑ニ處ス」其自殺ニ關スル罪ハ凡人



ノ刑ニ照シ二等ヲ加フ」ト

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ニシテ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ル是ニ於テ人或ハ之ヲ理由ト為シ祖父母、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予ハ之ヲ採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ル曰ク「子孫其祖父母父母ニ對シ毆打創傷ノ罪其他監禁脅迫遺棄誣告誹毀ノ罪ヲ犯シタル者ハ各本條ニ記載シタル凡人ノ刑ニ照シ二等ヲ加フ但癈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

法政大學圖書館

0265

ナ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猥褻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ク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僞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ル曰ク「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尚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ル曰ク「子孫其祖父母父母ニ對シ衣食ヲ供給セス其他必要



法政大學圖書館

0266

ナル奉養ヲ缺キタル者ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス因テ疾病又ハ死ニ致シタル者ハ亦前條ノ例ニ同シ」ト

衣食云云其他必要ナル奉養トアルカ故ニ其所謂奉養ハ之ヲ缺クトキハ身體若クハ健康ヲ害スル結果ヲ生スヘキ程ノモノニシテ即チ生活ニ缺クヘカラサル奉養トス例ヘハ病ヘルニ藥餌ヲ與ヘサルカ如シ然レトモ彼ノ有益又ハ奢侈ノ奉養ヲ缺ク者例ヘハ山海ノ美味若クハ絹布ノ衣服ヲ與フヘキ位地ニ在リナカラ之ヲ供給セサルカ如キハ以テ不孝ノ人タルヘキモ本條ノ罪人タルコトナシ本罪モ亦一般ノ犯罪ト同シク有意犯罪タルカ故ニ之ヲ缺クノ意思アルニ非スンハ罪ヲ構成セス彼ノ赤貧洗フカ如ク之ヲ缺カサラント欲スルモ能ハサリシモノハ犯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)ヲ有スルニ依リテ構成スル犯罪ナルカ故ニ他人之ニ加效スルモ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莚ニ屬スルカ故ニ之ヲ省ク

## 第二章　財產ニ對スル重罪、輕罪

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

甲　本罪ヲ構成スル一般ノ要素　他人カ物ノ上ニ有スル法律上ノ利益ヲ害スル罪ナルカ故ニ本罪ヲ構成スルニハ一般ノ要素トシテ下ノ三要素ヲ必要トス

(一)他人カ其上ニ法律上ノ利益ヲ有スル物ニ關スルコト(二)他人ノ利益ヲ害スルノ所爲アルコト(三)他人ノ利益ヲ害スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素　他人カ其上ニ法律上ノ利益ヲ有スル物ニ關スルコトヲ要ス

(一)物ニ關スルコト即チ物ヲ目的トシタルコトヲ要スルカ故ニ人ノ身體、物質ノ運動又ハ存在ヨリ發生スル諸般ノ效力(例ヘハ人ノ勞力又ハ電氣力等)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



法政大學圖書館

0267

ヲ得ス(三)他人カ利○益ヲ有スル物件タルコトヲ要スルカ故ニ縱令一箇人ノ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モ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失スル行爲ノ如キ是ナリ然レトモ放火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僞造貨幣等ノ如キ法律ノ禁制シタル物件(イ僞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カ人ニ關スルモノ(例ヘハ軍用ノ銃砲、彈藥ノ如ク其物ハ本來各人ノ所有スルコトヲ得ヘキモノナルト雖モ特ニ官許ヲ得ル者ニ非サレハ所有スルコトヲ得ストスルモノ)ト物ニ關スルモノ(例ヘハ阿片烟又ハ僞造貨幣ノ如ク何人ニ對シテモ所有ヲ有セサルモノ)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人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理藏物ハ例外トシテ本罪ノ目的タルコトヲ得サルモノトス)及ヒ埋葬スヘキ屍體ノ



法政大學圖書館

0268

如キ資產上ノ利益ヲ享有スヘキモノニ非サルモノハ但シ解剖其他ノ必要上官許ヲ得テ保有スルモノハ之ヲ除外スト雖モ此等ノモノハ人カ其上ニ金錢ニ見積本罪ノ目的物タルコトヲ得ス

第二ノ要素　他人ノ利益ヲ害スルノ所爲アルコトヲ要ス

(一)財產ニ對スル罪ハ或ハ他人ノ財產ヲ奪取シ又ハ橫領スルモノアリ或ハ單ニ他人ノ財產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(資產上ノ)ノ大小輕重ハ固ヨリ刑罰ヲ輕重スルノ要素タルコトヲ得ヘシト雖モ此點ニ付テハ凡ソ三種ノ立法アリ(イ)或ハ佛國革命時代ノ刑法(支那刑法及ヒ新律綱領等ノ如ク一一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摸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內ニ於テ刑罰ヲ輕重スルコトヲ得セシムルノ要件タラシムルニ過キサルモノトスルモノト(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脫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產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竢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的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祖セント欲ス

第三ノ要素　他人ノ利益ヲ害スルノ意思アルコトヲ要ス

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

法政大學圖書館

0269

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說明ヲ要セス)

乙　本罪ノ種別　本罪ハ財物ヲ橫奪スル罪即チ淸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ントノ意思ニ基ク罪トノ二種ニ大別スルコトヲ得ス

第一　財物ヲ橫奪スル罪即チ淸廉ノ念ヲ缺クニ基ク罪　財物ヲ橫奪スル罪即チ淸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、强盜罪、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)委託物費消罪、遺失物隱匿罪及ヒ家資分散ニ關スル罪ノ四トス(家資分散ニ關スル罪ヲ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ケ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)決水ノ罪(三)艘舶ヲ覆沒スル罪及ヒ(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說明セリ仍テ是ヨリ各犯罪ノ說明ヲ試ミント欲ス

## 第一節　財物ヲ橫奪スル罪(即チ淸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



法政大學圖書館

0270

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 meuble corporel appartenant à autrui (即チ他人ニ屬スル有體動產)トアルヨリ法文所謂他人ノ所有物トハ他人ニ屬スル物件即チ他人カ占有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　以上說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ヲ是ナリ

第一ノ要素　他人ノ所有物タルコトヲ要ス

(一)他人ノ所有物タルコト即チ他人カ其上ニ所有權ヲ有スル物タルコトヲ要スルカ故ニ自己ノ所有物强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强盜罪ニ付テハ他人ノ所有物タルコトヲ要セスト主張スル者アリト雖モ暴論ノミ蓋シ「人」ヲ脅迫云云「財物」トアルニ依リテ之ヲ觀レハ自ラ人ノ財物即チ他人ノ財物タルコトヲ示セルノミナラス既ニ竊盜罪ニ付テハ他人ノ財物タルコトヲ要シナカラ唯リ强盜罪ニ限リ他人ノ財物タルコトヲ要セサルノ理ナケ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爲ハ本罪ヲ構成スルモノトス(一)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苟モ犯人以外ノ者カ所有スル物件即チ他人カ其上ニ所有權ヲ有スル物件ヲ奪取シタルトキハ現在之ヲ奪取セラレタル者ハ縱令所有權ヲ有セ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爲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爲ナルカ故ニ犯罪其モノニ附著スル被害者ハ所有者ナルコト一點ノ疑ヲ容レス畢竟此等ノ問題ヲ提起スル所以ハ犯罪ノ被害者ト犯罪ヨリ生シタル損害ノ被害者即チ刑法上ノ被害者ト民法上ノ被害者トノ區別ヲ明カニセ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爲ニ因リテ害ヲ受クル者ナルカ故ニ賠償ヲ請求シ得ヘキハ勿論タリトス)但シ本要素ニ付テハ明文上一ノ例外アリ

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還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

(二)奪取即チ己ノ占有ニ移スノ行爲アルコトヲ要スルカ故ニ占有ニ移シ得ヘキ

物件即チ現實ニ甲ノ場所ヨリ乙ノ場所ニ移轉シ得ヘキ物件タルコトヲ要ス單ニ移轉シ得ヘキ物件タルコトヲ要スルノミナルカ故ニ必スシモ民法上所謂動產タルコトヲ要セス不動產ト雖モ山林ノ竹木、鑛物、田野ノ菜草又ハ建造物ノ一部分等事實上動シ得ヘキ物ハ皆本罪ノ目的タルコトヲ得ヘシ（此點ニ關シテ人或ハ盜罪ノ目的ハ動產タルコトヲ要スト云フ者アリ誤ニ非スト雖モ民法上所謂動產タルコトヲ要スルヤノ疑ヲ生スヘキカ故ニ可○得○動○物○ト云フヲ以テ可ト又曰ク人或ハ誤リテ動產タルヲ要スルコトヲ主張センカ爲メ不動產ハ決シテ盜罪ノ目的タルコトヲ得ス蓋シ其一部分ハ之ヲ盜取スルコトヲ得ルカ如クニ見ユルモ是レ不動產其モノノ一部分ヲ盜取スルニ非ス先ツ主體タル不動產ヨリ分離シテ動產トシタル後之ヲ盜取スルモノナリト云フ者アリト雖モ謬見ナリ不動產ノ一部分カ其主體ニ附著スル狀況モ動產カ不動產ノ上ニ存在スル有樣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ナタル勢力ヲ要スルノミ換言スレハ不動產ノ一部分ヲ主體ヨリ分離スル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ニ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產ヲ盜取スルノ行爲トヲ比較セハ思ヒ半ニ過クルモノアラン（二）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已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スト思料スル區域内ニ容レタル物件（例ヘハ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サル物件ノ交付シタル場合ノ如シ）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（此點ニ關シ彼ノ例ヘハ郵便ノ取扱吏、商家ノ丁稚其他ノ使用人、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



0273

ヲ監守盜ニ付テ說明シタル如ク此等ノ者カ握取スルノ意思ヲ以テ物件ヲ握取スルノ行爲ハ恰モ倉庫ニ於ケル鑰鑰ト同シク此意思ト此行爲トヲ以テ國家主人又ハ所有者ノ占有ノ機關トセルモノ換言スレハ占有ノ心素ヲ有スル國家主人又ハ所有者ノ監督ノ下ニ於テ其占有ノ體素ヲ代表スルニ過キサルモノナルカ故ニ此等ノ者ノ占有內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脫シ全ク物件ヲ委託セラレタルノ狀況ニ在ルトキハ所有者ノ占有內ニ在ルモノトス(四)然レトモ自己ノ占有內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內ニ移スコトヲ得ルカ故ニ本罪ノ目的物ハ必シモ他人ノ占有內ニ在ル物タルコトヲ要セス換言スレハ遺失物又ハ埋藏物ト雖モ初ヨリ不正ニ所有スルノ意思即チ奪取スルノ意思ヲ以テ之ヲ獲得シタルハ者ハ本罪ノ犯人トス要スルニ本罪ノ目的物ハ自己ノ占有ニ移シ得ヘキ物タル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强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內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橫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サルノ行爲ナルカニ依リタルモノナルカ故ニ物カ他人ノ占有內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ン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（但シ此論爭ハ畢竟主觀

0274

的ヨリ立論スルカ客觀的ヨリ立論スルカノ相違ニシテ結局ハ水掛論ニ終ルノ恐アリ後ノ立法者タル者ノ注意スヘキ點トス

本罪ハ奪取ト云フ即時ノ行爲ヲ以テ成リ所有又ハ所持ノ行爲ヲ以テ成ルニ非サルカ故ニ奪取ノ行爲ニ因リテ完成スル即時犯罪ニシテ奪取以後ノ行爲例ヘハ奪取シタル物ヲ抛棄シ又ハ返還シタル等ノ行爲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爲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　物カ犯人ノ行爲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內ニ入リタルトキ(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リタルトキ)ヲ以テ已遂トス

第三說　……犯人ノ實力內ニ入リ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リ犯人カ之ヲ携ヘテ所有者ノ邸內ヲ出テタルトキ)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……所有者ノ邸內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タ奪取ノ行爲アリト謂フヲ得サルト同時ニ已ニ之ヲ自己ノ實力內ニ入レタルトキハ必スシモ被害者ノ占有區域ヲ脫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サ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クル所以ハ畢竟盜罪ハ所有權奪取ノ行爲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爲(例ヘハ代價ヲ支拂ヒタルニモ拘ラ



0275

ス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サ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サ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滿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ル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リテ不正ノコトヲ言ハス文書僞造ト言ヒテ害意ヲ言ハサルカ如シ說者ノ如キハ竟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リ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リ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ス然レトモ茲ニ聊カ注意スヘキハ縱令借入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內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



0276

以上盜罪ニ共通ナル要素ヲ說明セリ以下親屬相盜ニ付テ一言セン

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ヒ(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 Famille 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サ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如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箇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サ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サ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サ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

ヲ科セサルナリ（第一說）

（二）之ヲ無罪トスルハ公益ニ基クモノニシテ啻ニ刑ヲ科セサルノミナラス根底ヨリ罪ヲ構成セストスルナリ（第二說）

是ナリ

右二說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說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說ヲ以テ我法律ノ精神ヲ得タルモノナリト信ス蓋シ第二說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個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タサルトキハ之ヲ無罪トシ財物ヲ分チタル場合ニ於テノミ始メテ盜ヲ以テ論スルモノトシ以テ明カニ第二ノ主義ニ反セルノミナラス第二說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、卑屬親間ノ關係（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サルモノト謂フニ非サレハ遂ニ能ク說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說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　其ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ノ罪質如何　既ニ說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其ニ犯シテ財物ヲ分チタル場合ニ限リ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效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說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說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）

終ニ臨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戶籍面ノミノモノヲモ包含ス(三)戶籍面ノミノ絕緣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已ニ之ヲ說明シタルカ故ニ予ハ直チニ本罪ノ種類ヲ說明スヘシ

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(二)田野、山林、牧場等ニ於ケル産物又ハ牧畜ノ竊盜是ナリ

甲　田野、山林、牧場等ニ於ケル産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ル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サル者又ハ已ニ遂ケタルモ其贓額五圓ニ滿サル者ハ十一日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サルモノトセリ

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ヲ區別スルニ在ルカ故ニ彼ノ勤工場、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尚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シ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リ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

屋内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内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ル

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、池沼、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タ遂ケサル者又ハ已ニ竊取シタルモ其贓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リ

場所ニ付テハ說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鋤鍬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苟モ天產ノ儘ニシテ未タ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タ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雖然ラサルモノヲ分チ(一)然ラサルモノノ中家屋外ニ於テ行ハレタル竊盜賍額五圓ニ滿タサルモノ及ヒ賍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日以上二月以下(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百十二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賍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日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、第百十二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斷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效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



0282

ヘ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、倉庫ニ入リタル場合(三)兇器ヲ携帶シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入リタル場合是ナリ

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」ト

水火震災トハ文字ノ示スカ如シ別ニ說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チ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、倉庫ニ入リタル場合

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リ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、倉庫ニ入リ竊盜ヲ爲スカ爲メニ行ハレタルコトヲ是ナリ

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效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リ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戶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戶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、倉庫ニ入リ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、戶棚又ハ箪笥等ニ施サレタル錠前ヲ開クノ



0283

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リ竊盜ヲ爲ス カ爲メニ行ハレタルコトヲ要ス

(二)此點ハ嘗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ヲ若クハ鎖鑰ヲ開キテ入リ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(二)邸宅トハ家屋ニ屬スル園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ルカ故ニ倉庫以外ノ建造物ニ入リテ竊盜ヲ爲サンカ爲メ其門戸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)門戸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已ニ著手以上ノ行爲ヲ形成シタルモノトス

丙　兇器ヲ携帶シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入リタル場合

第三百七十條ニ曰ク[兇器ヲ携帶シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入リ竊盜ヲ犯シタル者ハ輕懲役ニ處ス]ト

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)兇器ヲ携帶シタルコト(二)人ノ住居シタル邸宅ニ入リタルコト是ナリ

第一ノ要素　兇器ヲ携帶シタルコトヲ要ス

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帶スルモ本條ノ罪ヲ構成セス然ラハ苟モ兇器ヲ携帶シタルトキハ縱令竊盜ヲ爲スカ爲メ特ニ携帶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嘗テ消極論ヲ採リ彼ノ例ヘハ兵士等平常兵器ヲ携帶スル者カ偶然之ヲ携帶シタル傭人ノ住居シタル邸宅ニ入リ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



0284

ノ携帶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帶シタル者ハ特ニ携帶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リタルコトヲ要ス

(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帶ノ行爲ヲ加重ノ情アリトシタルハ人身ニ危害ア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即家若クハ不在中ノ邸宅ニ入リタル者ハ本罪ヲ構成セス(三)邸宅ニ入リテ竊盜ヲ爲シタルコト即チ竊盜ヲ爲スカ爲メ邸宅ニ入リタルコトヲ要スルカ故ニ縱令兇器ヲ携帶シ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戸牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キ邸宅倉庫ニ入リ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帶シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入リ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タル場合ニ於テハ何レノ法條ヲ適用スヘ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リタルトキハ加重スヘキモノト信ス



0285

## 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ニ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

右ニ說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說明セス單ニ本罪ニ特別ナルモノノミヲ說明セン

第三百七十八條ニ曰ク「人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說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的ニ人ノ生命、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



0286

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　財物ヲ奪取シタルコトヲ要ス

奪取ノ何タルヤハ既ニ說述シタル所更ニ復說セス財物トハ何ヲ云フカ財物トハ廣義ニ於テ財產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ス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サルカ故ニ暴行脅迫ヲ用ヒ因リテ義務ヲ謬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ス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「エクストルシヨン」ナル文字ヲ用ヒテ本罪ノ末段ニ之ヲ豫見セリ然ルニ其途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ツコトヲ得

## 第一段　普通强盜

普通强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チテ所謂强盜及ヒ準强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强盜ハ已ニ之ヲ說明シタルカ故ニ茲ニハ準强盜ノミヲ說明スヘシ

準强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)竊盜財ヲ得テ其取還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强盜ヲ以テ論シ輕懲役ニ處ス」ト

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强盜ニ準シタルモノトス

(一)單ニ「藥酒等ヲ用ヒ」ト「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



0287

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强盜ニ於ケル暴行脅迫ニ該當スルモノニシテ法律カ强ノ字ヲ用フル場合ハ常ニ罪ヲ犯スカ爲メ故ラニ被害者ノ抵抗力ヲ失ハシメタル場合ニ限ルカ故ニ藥酒等ニ依リ醉迷シタルニ乘シ財物ヲ奪取シタル者ハ醉迷ノ原因カ犯人自身ノ行爲ニ出ツ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サラン

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强盜ヲ以テ論ス」ト

「返還セサラン爲メニ暴行脅迫ヲ加フルハ奪取セン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强盜ニ準シタリ(一)「竊盜財ヲ得テ」トハ竊盜行爲ヲ遂ケ尚ホ未タ刑事訴訟法ニ所謂現行犯ノ有樣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ルルノ間ハ竊盜ヲ遂ケタルモノニ非スト云フカ如キハ謬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强盜ニ準セラル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說スルノ要ナシト思料ス)

普通强盜ノ處分　(一)所謂强盜準强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百十二條第百十三條ニ依リ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スル別ニ說明ヲ要セス(二)第三百八十二條ノ場合ニ於テハ單ニ「强盜ヲ以テ論ス」トアルニモ拘ラス第三百八十三條ノ場合ニ限リ更ニ「輕懲役ニ處ス」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



0288

## 第二段　加重强盜

法律カ加重强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帶シテ犯シタルトキ(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說明ノ便ニ因ルノミ)(二)强盜人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタルトキ(三)强盜婦女ヲ强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帶シテ犯シタルトキ

第三百七十九條ニ曰ク「强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「兇器ヲ携帶シテ犯シタル時」ト(一)二人以上共ニ犯シ及ヒ兇器ヲ携帶シタルコトニ付テハ已ニ說明セリ(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帶シテ犯シタルトキハ二等ヲ加フヘキモノトス(三)本條ハ普通强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强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已ニ其行爲ヲ以テ普通强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モ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ンヤ

第二　强盜人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタルトキ

第三百八十條ニ曰ク「强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)强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强盜ノ行爲トシテ爲シタル人トノ關係ニ於テ其人カ强盜犯人タルノ稱呼ヲ受クルノ間即チ犯罪ノ著手ヨリ之ヲ行ヒ了リタル際マテ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テノ間即チ犯罪ノ構成要素ニ觸ル



0289

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サルノ感アルヨリシテ遂ニ犯罪行爲ノ範圍ヲ擴張シ縱令財物ヲ强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論據ヲ取ラサルヘカラサレハナリ(二)犯人カ强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强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「强盜人ヲ傷シ……死ニ致シ」トハ强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之ヲ觀レハ

(一)强盜即チ暴行、脅迫ヲ加フルノ行爲其レ自身トシテ發生セシメタルモノ詳言スレハ(イ)財物ヲ奪取センカ爲メニ殺傷シタル者(ロ)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(ハ)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)强盜ニ因緣シテ發生セシメタル者詳言スレハ(イ)强盜ノ手段タル暴行、脅迫ノ餘勢即チ乘スルモノヲ以テ人ヲ殺傷シタル者(ロ)得タル財物ノ取還ヲ拒カンカ爲メ人ヲ殺傷シタル者等(殺傷トハ薨殺傷以上ヲ包含シ過失殺傷ヲ包含セス)

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强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蹈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サルモノト信ス

此點ニ付キ一二ノ注意ヲ要ス

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ノ



0290

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謂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故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〕傷シ又ハ〔死ニ致シ〕トハ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(二)殺害ハ抵抗力ヲ抑壓スルモノノ最極度ニシテ最極度ニ達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達シタルモノハ強取ト云フヲ得スト云フハ理論ノ許ササル所ナルト(三)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サルニ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トシテ遂ケサル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シ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揭ケタル所以トス〔人或ハ未遂ノトキハ數罪俱發トナリ已遂ノトキハ本罪ノミトナル者アルヘシト雖モ竊盜財ヲ得テ取還ヲ拒ミ臨時暴行脅迫ヲ爲シタルトキハ竊盜ト雖モ強盜トナルノ類定アルニ對照セハ疑問ハ直チニ消解セン〕

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緣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揭ケサル所以トス

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サルト同時ニ死傷ニ付テ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



0291

終ニ臨ミ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サル場合ニ於テ人ヲ傷セサ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創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　強盜婦女ヲ强姦シタルトキ

第三百八十一條ニ曰ク「强盜婦女ヲ强姦シタル者ハ無期徒刑ニ處ス」ト强盜ノ意義ハ前條ト同シク强姦ノ何者タルハ已ニ說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强姦ノ行爲ヲ以テ罪ヲ論スルカ故ニ强姦セントシテ遂ケサ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强盜婦女ヲ强姦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

加重强盜ノ處分　二人以上共ニ又ハ兇器ヲ携帶シテ强盜又ハ準强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强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强姦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)說明スヘキモノナシ



0292

## 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ヤ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ク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驅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」ト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驅取ノ手段ニシテ欺罔ノ手段ニ非ス驅取ノ總テノ手段ヲ網羅セルモノト觀察セサルヲ得サ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ク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飜譯セラレタル第三百九十條(確定法文ノ飜譯文)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(恐喝云云ハ「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驅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驅取テフ文字ヲ以テシタルハ恐ラク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サ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」ト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



0293

方ニ於テ詐欺取財ト恐喝取財ノ行爲トヲ併括シ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玆ニ恐喝取財ナルモノアリト假定シ左ニ其性質竝ニ强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　歐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 chantage 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　恐喝取財ト强盜トノ區別　長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一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(二)財物ノ强要又ハ奪取ノ性質ニ付テ恰モ債權ハ人ノ行爲ニ對シ物權ハ物ニ對スト云フカ如ク一ハ被害者ノ行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强テ被害者ノ手ヨリ剝キ取ルノ差アリ(强盜ニハ迫ノ字アリテ恐喝取財ニハ之ヲ缺クヲ見ルモ其一斑ヲ知ルヘシ)

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働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ノ取財モ亦詐欺取財ノ取財ト同シク被害者ノ財物ヲ提供スルニ依リテ行ハル)犯罪全體ノ性質ハ寧ロ强盜ニ近遉スルモノニシテ詐欺



0294

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强盜ニ於ケルカ如ク被害者カ物品ヲ奪取セラルルハ加害者ノ行爲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ヾ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僞ナリシヤ否ヤヲ研究スルノ必要ナキヤヲ一ノ問題ト爲シタルカ如キハ畢竟此區別ヲ發見セサ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强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說明セン即チ右ニ說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)不正ニ財產上ノ利益ヲ獲得スルノ目的アルコト(二)無形ノ害惡ヲ加ヘントノ威嚇シタルコト(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　不正ニ財產上ノ利益ヲ獲得スルノ目的アルコトヲ要ス

(一)財產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位地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ヾ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ヾ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爲ナ



0295

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屬シ現ニ和闇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躙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躙ノ行爲タルニ過キサレハナリ伊太利刑法ニハ明カニ本場合ヲ以テ司法權蹂躙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ス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說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祟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ノミ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自及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强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マ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

0296

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說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(此點ニ關シ他ノ諸外國殊ニ我舊法タル佛國刑法ニ於テハ明カニ不動産ハ廣キ意味ニ於テ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强取又ハ詐取ハ竊取ノ行爲ト異ナリ錯誤ニ陷ラシメ若クハ强制ニ依リテ被害者ノ承諾ヲ詐欺又ハ强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脫離セ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强取若クハ詐取ノ目的ト爲リ得ヘシト說明シタルモ法律ノ所謂强取又ハ詐取ノ意味ニ該當セサル說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草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サ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僞造罪ヲ構成シ或ハ證書類ノ詐取又ハ强取罪(之ハ明文ニナシ)ヲ構成スルモノナルカ故ニ之ヲ罰セサルモ敢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サルカ故ニ文書ノ外更ニ印ヲ僞造盜用シタルトキハ先ツ第三百九十條第一項ト第二項トニ依リ恐喝取財ト文書僞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僞造、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說明スヘキ點ナキカ故ニ之ヲ



0297

省ク(以下倣之)

## 第四項　詐欺取財ノ罪

予カ玆ニ詐欺取財トシテ說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說明スヘシ

### 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」因テ官私ノ文書ヲ僞造シ又ハ增減變換シタル者ハ僞造ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス」ト

前ニ說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 naître la crainte d'un danger imaginaire ou l'espérance d'un avantage chimérique, ou par toute autre manœuvre frauduleuse, se sera indûment fait remettre des sommes ……(想像ノ危險アルノ恐レ若クハ架空ノ利益アルノ希望ヲ懷カシメ又ハ其他ノ總テノ僞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僞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テ人ヲ詐欺スルコトヲ抽象的ニ言ヒ表ハシ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 menace 即チ脅迫若クハ恐喝ヲ言ヒ表ハシ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爭ヲ須ヒス唯前者ノ意味ニ解釋スレハ欺罔恐喝ハ共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僞計詐術即チ演技ヲ用ヒテ人ヲ欺罔スルニ非スンハ詐欺取財ヲ構成セス(此主



0298

義ノ解釋ヲ採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縱令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虛僞ノ陳述(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サ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雜ナル詐欺隨テ通常被害者ノ防禦シ得ヘカラサル詐欺ニ因ルモノニ限リ詐欺取財トシテ刑罰制裁ヲ生スヘキ刑事上ノ詐欺トス)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揭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僞計詐術ヲ用ヒタルコトヲ要セサルカ故ニ縱令單純ナル虛僞ノ陳述ニ由ルモノト雖モ之ニ依リテ人ヲ欺罔シ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擧シテ詐欺取財ハ一定ノ僞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險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說明シタルカ如キハ我輩ノ感服セサル所トス蓋シ學者ノ如ク說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僞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サルノミナラス草案所謂想像ノ危險アルノ恐ヲ懷カシメ云云ノ文字ハ佛律第四百五條 escroquerie 即チ詐欺取財ノ條文中 fait naître la crainte..... d'un accident ou tout autre evenement 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揭ケタルモノニシテ所謂恐喝取財トハ全ク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



0299

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「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說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說明スヘシ

第一　欺罔シタルコトヲ要ス

欺罔トハ有ヲ無、無ヲ有ト僞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ヘキ（矯正シ得即チ其錯誤ヲ利用シ恰モ眞正ノ乙ナルカ如クニ裝ヒ之ヲ奪取（奪取スルノ意思ヲ要スルハ勿論トスシタルモノ及ヒ無錢飮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シト主張スル者アリト雖モ採ルニ足ラス蓋シ財物ヲ奪取スルカ爲メ故ラニ獸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違ヲ所ナケレハナリ但シ商事上ノ懸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陷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陷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竢タス蓋シ

詐欺ハ詐欺者對被詐欺者間ノ行爲ナルカ故ニ犯人カ人ヲ欺クノ意思ヲ以テ其行爲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ノ者ハ決シテ欺カルヘキ行爲ニ非サルモ犯人對被詐欺者間ニ於テハ詐欺ノ行爲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爲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ト隨テ本罪ヲ構成スルモノトスヘキヤ換言スレハ賣買若クハ貸借ト云フカ如キ物ノ交付ヲ要ヰタル契約其モノ又ハ金銀寶石ト云フカ苟キ目的物ノ性質(substance)ノ上ニ行ヒタルコトヲ要スルヤ將タ秀吉ノ佩ヒタル乃又ハ「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加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



0301

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サルモ爲メニ財產ヲ奪取セラルルコトアルヘキカ故ニ特ニ此等無能力者ヲ保護セン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ヲ問ハサルモノトス

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僞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ハ「ボ」氏カ其註釋ニ於テ說明スルカ如ク所謂詐欺取財ハ僞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條所謂詐欺取財ヲ以テ僞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僞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說明セサルヘカラサルモ予ハ前ニ第三百九十條ハ廣ク詐欺ノ行爲ヲ罰シタルモノニシテ佛國刑法



0302

第四百二十三條及ヒ佛文第一草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ス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者換言セハ初ハ誠實ニ契約通リノ目的物ヲ引渡スノ意思ヲ以テ契約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 nature 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ス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玆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雖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)若シ分量ヲ僞ラン 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ノ限ニ在ラス

## 第二款　橫領罪

### 第一項　冒認罪

第三百九十三條ニ曰ク「他人ノ動產不動產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」自己ノ不動產ト雖モ已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說明ヲ異ニセサルヘカラサルモノニ



0303

シテ

第一　若シ第三百九十條所謂詐欺取財ナルモノハ僞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說明スル如ク羅馬及ヒ佛國古刑法ノ「スステリオナ」(stellio)又ハ佛國民法第二千五十九條ノ「スステリオナ」(stellionat)(佛國民法第二千五十九條ニ曰ク「スステリオナ」ノ行爲アルトキハ民事上ノ禁錮ニ處ス左ノ場合ニ於テハ「スステリオナ」ノ行爲アリトス自己ノ所有物ニ非サルコトヲ知リナカラ他人ノ不動產ヲ販賣シ又ハ抵當トシタルトキ抵當ニ係レル財產(佛國ニ於テ抵當ノ目的物ハ我現行法ト同シク不動產ニ限レヲ抵當ニ係レル物ニ非スト申述シテ提示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(ト)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產ト雖モ已ニ他人ニ抵當、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リ若クハ重テ抵當、典物トスルコトヲ肯セサルニモ拘ラス故ニ之ヲ欺騙シテ對手者ニ賣與シ若クハ重テ抵當、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「スステリオナ」ノ規定ト異ナリ動產ノ上ニモ行ハレ動產ニ付テハ (en fait de meuble la possession vaut titre) 即チ即時時效ノ規定アルト同時ニ不動產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(用語少シク穩當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)一動產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效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已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產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內

若クハ實力内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產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毫モ相違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リ又ハ交換シタル者ニ對シテ詐欺取財ノ行爲アリテ或論十禁治産者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)次ニ不動產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位地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リ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ルルコトナキカ若クハ已ニ財物ヲ奪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カ登記名義主トシテ對手者ノ權利ヲ契約通リニ登記スルノ自由ヲ有シ居リタル不動產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リ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リ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僞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(〇唐律戶婚律ニ曰ク諸妄(ミタリ)以私(己)若盜賣買(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侵占他人田宅者、田畝屋一間以下、笞五十云云」同戶律典買田宅ノ條ニ曰ク「凡典買田宅不稅契者、笞五十云云若將已典賣與人田宅朦朧重複典賣者、以所得價錢、計贓准竊盜論云云」同刑律賊盜律ニ曰ク「凡用計詐欺官私以取財物者、並計贓准竊盜論、免刺、云云、若冒認及誆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「凡盜他人田宅賣將已不堪田宅換易及冒認他人田宅作自己者若虛寫價錢實立丈契典買及侵占他人田宅者、田一畝屋一間以下、笞五十云云」同戶律、典買田宅ノ條ニ曰ク「凡典買田宅不稅契者、笞五十云云若將已典賣與人田宅、朦朧重複典賣者、以所得價錢計贓准竊盜論免刺云云」同賊盜律、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、若冒認即チ動產及誆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ヲ重ネ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」同賊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動產ヲ冒認シテ己ノ物ト爲シ及ヒ誆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、不動產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、又ハ自己ノ不動產ト雖モ已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ネ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剝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盜ハ有形上現實ニ他人ノ物ヲ自己ノ占有內ニ移シ入ルルニ因リテ利益ヲ得ルノ行爲此ハ無形上物ノ上ニ存スル他人ノ權利ヲ攘奪スルニ因リテ利益ヲ得ルノ行爲ナリ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サルカ故ニ犯罪ノ當時現ニ所有者又ハ質權者ノ握有內ニ在ル動產又ハ所有者、抵當權者若クハ質權者カ已ニ其權利ヲ登記シタル不動產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サ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內若クハ實力內ニ在ラサル動產又ハ所有者

抵當權者若クハ質權者ノ權利カ未タ登記セラレサル不動產ニ非スンハ本罪ノ目的タルコトヲ得ストセサルヘカラス此點ニ關シ被ノ證書ヲ僞造シ又ハ騙取シ又ハ其他ノ不正ニ正當ナル所有者ニテ不正ニ登記シタルカ如キハ冒認ノ行爲ナルヤ否ヤ權利者ノ登記ヲ取消シ更ニ他人ノ權利ヲ登記シタルモノニ非サルノ結果次ニ登記權利者ノ登記ヲ取消シ更ニ他人ノ權利ヲ登記シタルカ如キハ冒認ノ行爲ナルヤ否ヤ

（附言）一方ニ於テ前ニ說明シタル如ク第三百九十條所謂詐欺取財ヲ狹ク解釋シテ僞計、詐術ヲ要スルモノトシ他ノ一方ニ於テ後ニ說明スルカ如ク交換、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ニ就レカヲ害スヘキ行爲ニシテ本條ハ詐取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就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採ラサル所以ハ先ニ說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說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)他人ノ動產、不動產タルコト(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)他人ノ動產、不動產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)已ニ抵當、典物ト爲シタル自己ノ不動產タルコト(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ネテ抵當、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劍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已ニ說明シタル所ニ因リ格別說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ラ費消シ又ハ他人ニ贈與シタル者ハ罪ヲ構成セサルト同時ニ(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者クハ剝奪スル行爲ナルカ故ニ事實犯人カ之ヲ橫領シ又ハ剝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縱令實力ヲ有スルモ已ニ犯人カ强盜、詐欺取財等他ノ犯罪ニ因リテ寄取シタル物ハ再ヒ之ヲ橫領スルノ理由ナキカ故ニ本罪ノ目的物タラサルハ勿論トス

三　第二項ノ場合ニ付テハ自己ノ不動產ト雖モトアリテ不動產ニ限ルカ故ニ動產ハ犯罪ノ目的トナラス蓋シ抵當ハ不動產ニ限リ又質契約ハ要物契約ニシテ已ニ典物トシタル動產ハ犯人ノ實力內ニ在ラサルカ故ニ重ネ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說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而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段ニ分チテ說明スヘシ

### 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



0309

ハ全ク同一ニシテ所有者ヲ害スルノ方面ヨリ觀察スレハ後者ハ別ニ背信ノ要素ヲ包含スルカ故ニ後者ハ前者ヨリモ其情重ク要スルニ何レノ方面ヨリ觀察スルモ後者前者ヨリモ輕カルヘキ理由ナキニ法律ハ却テ之ヲ輕シトシ(二)非委託物ヲ典物トシタル者ト委託物ヲ典物トシタル者ニ付テモ亦右ト同一ナルカ故ニ後者モ亦前者ト共ニ有罪タラサルヘカラサルニ法律ハ全然之ヲ無罪トシ(三)動產ニ付テハ非委託物ナルト委託物ナルトニ因リ其間大ニ刑ヲ異ニスルニモ拘ラス不動產ニ付テハ委託ノ目的ト爲ラストノ簡單ナル理由ノミニ據リ法律ハ直チニ重キ詐欺取財ヲ以テ論スルコトトスル等法律ノ區別ヲシテ極メテ不條理ノモノタラシムルノミナラス本條ノ規定ヲ其時法ト認ムヘキ佛國刑法第四百八條及ヒ佛文第一草案第四百三十八條及ヒ支那律竝ニ之ヲ繼承シタル新律綱領ニ對比スルニ

一　佛國刑法第四百八條ニハ[Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittance ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail, salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées on l'article 406.— Si l'abus de confiance prévu et puni par le précédent paragraphe a été commis par un officier public ou ministériel, ou par un domestique, homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître, la peine sera celle de la reclusion—Le tout sans préjudice de ce qui est dit aux articles 254, 255 et 256, relativement aux soustractions et enlèvement de deniers effets ou pièces, commis dans les dépôts publics] (「何人ト雖モ質貸借寄託、代理賃使用貸借ノ名義ヲ以テ若クハ勞銀ノ有無ヲ論セス或勞力ヲ施スカ爲メニ之ヲ返還シ又ハ提示スルノ義務ヲ附シテ若クハ其物ニ付テ或定リタル使用ヲ爲スヘキ爲メ動產物、金額、商品手形若クハ請取書其他總テ義務ヲ認メ又ハ之ヲ免除シタル事項ヲ記載シタル書類ノ附記ヲ受ケナカラ所有者、占有者又ハ所持者ヲ害シテ之ヲ橫領若クハ消、盡シタル者ハ第四百六條ニ記載シタル刑ニ處ス若シ官吏(少シク譯語不穩當ナレトモ僕姑、物件保管ノ職ニ當ル者、生徒(弟子ノ類)筆生(公證人又ハ代書人等ノ職務見習

ノ爲メ其助手ヲ書記ノ類（番頭職工見習生等）前項ノ罪ヲ犯シタルトキハ懲役ニ處スル者ヲ謂フ

如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牴觸スルコトナシ云云）

又「ボ」氏佛文第一草案第四百三十八條ニモ［Est coupable d'abus de confiance et puni d'un emprisonnement avec travail de 1 mois à 1 an et d'une amende de 2à 2) yens celui qui a frauduleusemens détourné, dissimulé ou dissipé des sommes, valeurs ou effets mobiliers quiona reçus qui lui avaient été confiés à titre de louage, de dépot, de mandat, de gage ou de prêt à usage—La peine sera augmentée d'un degrée, en cas de dépot confié pendant un incendi, une inondation ou une des autres calamites prevues 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サルヲ以テ省略ス）即チ佛法ト大同小異ニシテ「賃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橫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（現行法第三百六十七條ニ相當ス）ニ揭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云」トアリテ本條ノ如ク單ニ消費ニ止マラス橫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絕エテ其影跡ヲ認メサルニ反シテ

二　支那律竝ニ新律綱領ニハ

（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竝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詐騙律如以產業轉寄他人戶下而爲所費失自有詭寄盜賣本條云云」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盜乾沒之也故坐贓論減一等若詐言畜死財失者欺騙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」（盜賣ノ本條ハ冒認罪ノ說明中ニ揭ク參看）



0311

スヘシ詐騙律ハ清律詐欺官私取財ノ末文若冒認及詐騙局騙帶人財物云云トス

(ニ)新律綱領「凡他人ヨリ財物畜産ノ寄託ヲ受ケ輒ク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失ト詐言スル者ハ竊盜ニ二等ヲ減シ罪徒三年ニ止ル竝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」

トアリテ費消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テ(イ)其所謂費消シタル者ト支那律ニ所謂輒ク費用シタル者詳言スレハ右清律註釋ノ説明スルカ如ク絕エス返還ノ意思アルニモ拘ラス自己ノ手裡ニ在ル物ヲ便トシ或ハ「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ヲ意味シ其刑重カラサルハ進ミテ他人ノ物ヲ竊攘シテ己ヲ利セント欲スルカ如キ盜ノ心ナク哀情憫諒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詳言スレハ已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橫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(二)其法律カ第三百九十三條ニ於テ他人ノ物件ヲ販賣、交換者クハ抵當、典物トシテ又ハ已ニ抵當、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(三)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ルカニ存スルモノト解スヘキモノト信ス(此結論ニ依レハ委託物ヲ冒認シテ交換、販賣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說明シタルカ如ク第三百九十條ヲ補足シタル一種ノ詐欺取財詳言スレハ自己ノ實力內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橫領、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採ルトキハ本條後段ノ說明ニ付キ(一)之ヲ初ヨリ物件橫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僞計、詐術ヲ要ストシタル精神ニ著シク背反シ(二)之ヲ「ボ」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、橫奪スルノ意思アルニモ拘ラス僞計、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 était utile de dire que la peine de l'escroquerie resterait applicable lorsque les manœuvres frauduleuses auraient eu justement pour objet d'



amener le dépôt, le mandat ou toute autre détention précaire, ou pourrait sans doute arriver à cette peine par une saine interprétation de la loi, sans l'étendre, mais il est mieux qu'elle s'en explique elle-même 若シ僞計詐術カ其實寄託、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シ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シト雖モ之ヲ明言スルノ明カナルニ若カサレハナリ)ト說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タラシメ(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シタル者隨テ亦當然盜ノ心アルモノトノ比較上彼ヲ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遂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說明シタリ仍テ是ヨリ尙ホ例ニ依リ本條ノ構成要素ヲ揭ケ以テ法條ノ各點ヲ詳說スヘシ

本條ノ構成要素　右ニ說明シタルカ如ク本條前段ト後段トハ全タ其性質ヲ異ニスルカ故ニ予ハ之ヲ二箇ニ分別シテ說明スヘシ

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

(一)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寄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寄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說明ニシテ採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テ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寄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寄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寄託契約ニ基キテ授受シタルモノトシテ其所謂寄託契約ハ明示ノモノタルコトヲ要スルヤ將タ暗默ノモノト雖モ倘ホ犯罪ヲ構成スヘキヤトノ問題アリト雖モ予ハ暗默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默ノ寄託アリタル物トスルモノハ(三)金額トハ讀ミテ字ノ如シ說明ヲ要セス物件トハ文字自體ノ上ヨリ觀レハ不動產ヲモ包含スルモノノ如シト雖モ我毎法タル支那律及ヒ佛律ハ勿論何レノ國ニ於テモ寄託ノ目的物ハ動產ニ限ルトスルノミナラス後段更ニ「拐帶云云」ノ文字アリテ不動產ハ拐帶シ得ヘキモノニ非サルカ故ニ動產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

(一)前ニ說明シタル所ニ據リ茲ニ所謂費消ハ(他ノ法條ノ解釋如何ニ由リテハ或ハ



0314

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横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罰タルヘシト雖モ金額ヲ贈與スルハ金額ノ用法ニ從ヒタル消盡行爲ナルカ故ニ本罪ヲ構成スヘキモノトス又曰ク物ノ贈與ヲ無(二)金額罪トフルハ予カ解釋ノ根據ニ非スシテ立法ノ缺點ト云フノ外理由ナシ

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說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ヲ混同シタル謬見ニシテ



採ルニ足ラス代替物ト雖モ單純ナル一時ノ融通即チ百個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竢ツコトヲ要セス要スルニ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請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サス隨テ費消ヲ罪トス返還セサ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贅辯ヲ要セス

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サ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陷レ因リテ委託物ヲ橫領スルコトヲ意味スルモノニシテ橫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ト言フ場合(預リタル覺ナシトハ預リタルカ爲メニ言フモノト即チ欺罔ト爲ルモノト雖モ證ナキヲ幸トシテ單ニ抗辯ノ爲メニ言フモノトノニアリテ前者ノミ詐欺ノ手段ト爲ル但シ後者ノ場合ト雖モ第三者タル裁判官ニ對シテ錯誤ニ陷ルヘキ人ニ對シ之ヲ欺カシカ爲メニ用ヒラレタルトキハ亦詐欺ノ手段トス)ト詐言シ因リテ委託物ヲ橫奪スルヲ謂フ(二)拐帶トハ清律集註ニ所謂因事過便而携取人財物(即チ之ヲ携帶シ居リテ持チ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稚番頭等ノ主人ヨリ物ヲ他ニ持チ行クノ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橫奪シテ返還セサ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リ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陷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サ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橫領及ヒ夜中竊ニ家屋ヲ引拂ヒテ除跡ヲ晦マスカ如キ拐帶ニ類シタル橫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脫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」ト

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ヲ問ハス又單ニ差押ヘ

タル物件トシテ差押ノ性質ヲ限定セサ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モ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サ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」トアリテ消費ヲ含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　遺失物埋藏物ニ關スル罪

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サ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揭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官計合還主之分坐贓論減三等」○諸得闌遺物滿五日不送官者各以亡失罪論贓重者坐贓論」私物坐贓減二等」明律戶律得遺失物ノ條ニ曰ク「凡得遺失之物限五日内送官官物還官私物召人識認於内一半給與得物人充賞一半給還遺失物人如三十日内無人識認者全給限外不送官者官物坐贓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應收用若有古器鐘鼎符印異常之物限三十日内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犯律ニ曰ク「凡ソ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



0317

半ヲ其主ニ給シ一半ヲ得ル人ニ給ス如シ三十日内ニ其主ナケレハ全ク給ス若シ官ニ送ラサル者官物ハ坐贓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内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サル者ハ主ニ分ツ可キノ數ヲ計ヘ坐贓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默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揭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篇ノ目的ヲ超脫スト雖モ竊盜罪及ヒ冒認罪等ノ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内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内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ル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サ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サルモノトシテ處斷セラルルニ反シ新法ニ於テハ此期間ヲ設ケサ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隱匿スルモ五日ヲ經過セスンハ即チ構成



0318

セスト云フハ謬論トス(二)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云トアリテ他人ノ所有地内ニ於テ掘得タル物ニ非スン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サ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所有ノ有體動産タルコトヲ要スルモノニ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、河海ノ魚鼈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所有ノ有體動産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ノ關係即チ主觀的方面ヨリ觀察シ苟モ犯人カ遺失物(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シ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說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說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セル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セ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橫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スル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橫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將タ單ニ他人ノ所有物ヲ保護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)奪取ノ意思隨テ盜取ノ行爲ナルカ保管ノ意思隨テ拾得ノ行爲ナルカハ無形上ノ判斷ニ屬スルカ故ニ通常之ヲ判別スルコト困難ナルノ結果多クノ場合ニ於テハ單ニ拾得ノ行爲ト爲ルヘシト雖モ彼ノ現實ニ物ヲ自己ノ手中ニ移シ入ルル場合ニ於テ例ヘハ現在遺失者自ラ之ヲ拾得シ得ヘキ位置ニ在ルコトヲ知ルニモ拘ラス其遺失ヲ幸トシ竊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隨テ竊盜ノ行爲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ヲ以テ拾得ノ行爲ト看做ス場合ニ於テハ實際拾得ト認ムヘキ外形ノ行爲ナキモノナルカ故ニ如何ナル場合ニ於テモ竊盜ノ行爲ヲ成形セサルモノトス又曰ク遺失物法第十二條

所謂誤リテ占有シタル物件トハ犯人カ誤リテ占有シタル物件ノ義ニシテ彼ノ他人カ誤リテ自己ニ交付セントスルヲ知リナカラ故ラニ默シテ之ヲ受取リタル者ハ消極ノ詐欺取財トス

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縱令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沒シテ人ノ之アルコトヲ知ラサリシ有體動產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說明ニ準據シテ之ヲ知ルコトヲ得ヘキカ故ニ省略ス

以上說明シタル所ニ據リ本罪ハ橫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橫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ニ對シ行ハレタルト否トニ存ス刑ノ冒認罪及ヒ委託物費消罪ヨリモ輕キ所以ニ付テハ法律ハ先ツ犯人ノ占有ニ在ル動產ニ對スル橫領ノ行爲ヲ契約ニ基キテ委託セラレタル物(賣買、交換シテ未タ引渡ヲ爲サヽル物亦此中ニ入ル蓋シ買主又ハ交換ノ對手者ノ信託ニ因リ賣主又ハ他ノ交換ノ對手者ノ手中ニ存スル物ナレハナリ)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ノ二ニ分チ契約ニ基キテ委託セラレタル物ニ對スル行爲ハ更ニ之ヲ犯人ノ惡意ノ程度如何ニ因リ委託物費消罪ト重キ委託物費消罪及ヒ冒認罪トノ二級ニ分チ契約ニ基カスシテ犯人ノ占有ニ在ル物ニ對スル行爲ハ罪情輕微ナルカ故ニ其程度ヲ區別セス單ニ遺失物埋藏物ニ關スル罪ノ一トシタルモノナリト觀察セハ明瞭ナラン

## 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「家資分散ノ際其財產ヲ藏匿脫漏シ又ハ虛僞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」情ヲ知テ虛僞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「家資分散ノ際牒簿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」ト

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產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ルルモノトス(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)財產ヲ藏匿脫漏スルコト(二)虛僞ノ負債ヲ增加スルコト(三)牒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ルルニ非スンハ罪ヲ構成セス

(一)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往之ヲ解シ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サルカ故ニ縱令終ニ民事ニ於テハ此決定ヲ爲ササ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)藏匿脫漏共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產ヲ藏匿脫漏スルトハ現在有體財產ヲ他ニ隱匿シ又ハ貸方財產ヲ牒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)虛僞ノ負債ヲ增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虛僞ノ負債ヲ記載シタル證書ヲ第三者ニ交付シ或ハ第三者ニ虛僞ノ負債アルコトヲ牒簿ニ記載スルカ如キコトヲ謂フ(四)牒簿類トハ積消兩極ノ資產ヲ知ルニ足ル一切ノ記錄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產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書僞造ヲ以テ論スルノ覺悟ナルヘケレトモ予ノ解釋ハ無形ノ僞造ヲ認メサルカ故ニ無罪トス)(五)債主中ノ一人又ハ數人ニ負債ヲ私償シ云



0322

云ハ法文明瞭說明ヲ要セス

然ラハ何故ニ第一乃至第三ノ行爲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爲ノミ分散決定ノ後之ヲ行フニ非スン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サレハ生セサレハナリ

本罪ノ處分ニ付キ(一)家資分散ノ際財産ヲ藏匿脫漏シ又ハ虛僞ノ負債ヲ增加シタル者ヲ重クシ(二月以上四年以下ノ重禁錮)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(一月以上二年以下ノ重禁錮)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サ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脫漏シ又ハ虛僞ノ負債ヲ增加シタル者ヲ重クシ牒簿類ヲ藏匿毀棄シタル者ヲ輕ク(一月以上二年以下ノ重禁錮)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爲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サルトノ差アルニ由ル(二)情ヲ知リテ虛僞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僞ノ負債ヲ增加セント欲スル者タルコトヲ知リナカラ其依賴ヲ受ケ虛僞ノ債權アリト主張スルコトヲ承諾シ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ル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罪行爲其モノノ上ヨリ觀レハ共同正犯ノ一人タリ)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牒簿類ヲ藏匿スル者タルノ情ヲ知リナカラ其依賴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爲ヨリ觀レハ共同正犯(犯罪ノ構成要素ニ加擔シタル者ナルカ故ニ從犯ニ非スシテ正犯タリ)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サルノ結果兩者ノ間故ナク權衡ヲ失スルニ至ル恐ラク立法ノ錯誤ナラン(經令本罪ハ身分ニ因リテ構成スヘキ犯罪ナルカ故ニ身分ナキ者ハ明文ナキ限リハ罪ヲ構成セス(此說ハ予ノ採ラサル所ナルモ)ト云フノ說ヲ採ルモ亦反對ニ何故ニ虛僞ノ契約ヲ承諾シ若クハ其媒介ヲ爲シタル者ノ外ハ之ヲ罰セサルヤトノ反問ヲ生スルカ故ニ到底錯誤トセサルヲ得ス又曰ク人或ハ財産又ハ牒簿類ノ寄藏者ハ贓物ニ關スル犯人ナリト曰フ者アルヘシト雖モ彼ハ犯罪ヲ手段トシテ得タル物即チ犯罪以後ノ結果ニ係リ此ハ犯罪其モノニ係ルカ故ニ混同スヘカラサルモノトス)



0323

## 第二款　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スシテ格別ニ發生スルモノナルカ故ニ獨立ノ一罪トス

本罪ハ第三百九十九條乃至第四百一條ヲ以テ規定セラル

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」ト本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成ス（一）犯罪ノ目的物ハ贓物ナルコト（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スノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素　犯罪ノ目的物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物ハ贓物ニ非ス（第四百一條「欺取財其他ノ犯罪ニ依リテ之ヲ獲」ト云フ語調ニ依リテ之ヲ觀レハ立法者ハ寧ロ冒認罪又ハ委託物費消罪等ノ目的物ヲ以テ贓物ノ重ナルモノト思料シタルモノナルヘク從來一般ノ學者モ亦此點ニ疑義ヲ挾ミタル者ナシト雖モ畢竟右ニ示スカ如キ微細ナル區別アルコトヲ忘却シタルニ基因スルモノニシテ大ナル誤謬トス然ラハ此等ノ犯罪ノ目的物タルコトヲ知テ之ヲ買取リ又ハ買取シタル者ノ處分如何ヲ是レ買取又ハ寄藏ノ外形ヲ具フルノミニシテ眞ニ之ヲ買取リ又ハ買取レタル者ニ非ス賣主又ハ買置主タル犯人ニ對シ單ニ他人ノ物件ヲ横領セントシタル者ニシテ單純ナル横領ハ明文ナキカ故ニ無罪タルト同時ニ眞ニ販賣又ハ典物トシタル者ニシテ單ニ非サルカ故ニ賣主又ハ買置主タル犯人モ亦無罪トス——必要的共同正犯ナリト又曰ク人或ハ第四百一條ニハ……其他ノ犯罪ニ關シタル物件トアルカ故ニ必スシモ贓物タルコトヲ要セスト主張スル者アルヘシト雖モ非ナリ犯罪ニ關シタル物件トス贓物ヲ意味スルモノト



0324

ス蓋シ贓物以外ニ付テハ別ニ罪證ト爲ルヘキ物件ニ關スル犯罪ノ法條アルノミナラス若シ夫レ之ヲ文字ノ示スカ如クニ解スルトキハ茫漠トシテ其界限ヲ知ルヘカラサレハナリ(二)犯罪ニ因リテ不正ニ獲得シタル物件換言スレハ法律カ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ハ原物ノ實質カ變色シタルト同一ナルカ故ニ原物ト同シク贓物ナリト云フノ論ハ粗ナリ(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幼者、精神喪失者等ノ事情ニ因リテ免刑セラル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)受ク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ス皆茲ニ所謂受クル者タルカ如キモ法律カ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擧スルニ依リテ之ヲ觀レハ茲ニ受ク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サル者ノ如キハ之ヲ包含セサルモノト信ス(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、販賣等廣ク有償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强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

ト信シテ强竊盜ノ贓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「强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」ト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强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ルヨリ本問ノ如キ意思ト目的物トノ投合セサル場合ハ明文ヲ缺クカ故ニ罪ヲ構成セストニ云フ者アルヘシト雖モ法律カ「强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」ト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揭ケタルモノニシテ犯罪ノ構成ニ關スル條件ヲ揭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(一)目的物カ强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日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定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産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産ニ對スル罪ノ中ニ規定セラレアルヨリ財産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强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說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說明シタルモ尙ホ注意ノ爲メ一二ノ問題ヲ說明セント欲ス

一　苟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リナ



0326

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眞正ノ所有者ニ之ヲ返還スルノ義務ヲ免脫セサル間ハ尙ホ贓物タルノ性質ヲ保有スルモノナルカ故ニ占有者カ眞正ノ所有者ニ返還スルノ義務ヲ免脫シタル後ニ非サレハ常ニ本罪ヲ構成スルモノトス

二　本罪ノ或モノハ第百五十二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產ニ對スル罪即チ自己又ハ他人ヲシテ財產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產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產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「火ヲ放ツ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



0327

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說明ヲ要セス

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紛歸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「火ヲ放テ人ノ……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ノ程度ニ至ラスン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穀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サ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濟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ル語ニ據リテ之ヲ知リ得ヘキカ如ク所謂山林ノ竹木田野ノ穀麥ハ山林ニ在ル竹木田野ニ在ル穀麥ノ義ニ非ス山林又ハ田野ヲ成形スル竹木若クハ穀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セ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）建造物（三）廠屋及ヒ柴草肥料等ヲ貯フル屋舍（四）船舶瀛車（五）山林ノ竹木田野ノ穀麥又ハ露積



0328

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滊車ニ、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サ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苟モ犯人以外ノ者ノ居住セル家屋タルトキハ縱令居住者カ外出シテ在宅セサルトキト雖モ仍ホ茲ニ所謂人ノ住居シタル家屋ナリト曰フ者アリト雖モ若シ夫レ然ランカ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モ仍ホ第四百二條ヲ以テ論セサルヘカラサルノ結果第四百七條ヲ適用スヘキ場合ハ極メテ稀ナルノミナラス第四百三條人ノ住居セサル他人ノ家屋ヲ燒燬シタル場合ニ對比シテ刑罰權衡ヲ得サルノ嫌アリ(二)人ノ住居セサ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)犯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要スルニ法律ハ先ツ家屋ヲ犯人以外ノ者カ住居シタルト否ラサルトニ因リ人ノ住居シタル家屋ト人ノ住居セサル家屋トニ分チ人ノ住居セサル家屋ハ更ニ之カ犯人ノ所有ニ屬スルト否トニ因リテ人ノ所有ニ係ル家屋ト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、劇場、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滊車ニ、家屋類似ハ立像、圍墻、柵欄等ニ多少重要ハ小屋掛ニ異ナル要點トス但シ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タリ

三　廢屋及ヒ柴草、肥料等ヲ貯フル屋舍　(一)廢屋トハ朽廢シテ用ニ堪ヘサルカ爲メ使用セラレサル家屋若クハ建造物ヲ謂フ(二)肥料、柴草等ヲ貯フル屋舍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　船舶滊車　其何物タルコトハ説明ヲ要セス(一)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(二)滊車トアルカ故ニ電車ヲ含マス

(三)二者共ニ家屋ト同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サ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、田野ノ穀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ス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リ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シ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)人ノ住居セサ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)人ノ住居セサ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、肥料等ヲ貯フル屋舍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、瀕車ニ係ルトキハ死刑ニ處シ(第四〇五條第一項)人ヲ乘載セサル船舶瀕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、田野ノ穀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



0330

年以下ノ監視ニ付ス（第四〇八條）別ニ說明スヘキコトナシ

夥ニ臨ミ一ノ問題アリ曰ク他人ヲ敎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敎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キ敎唆者ハ其行爲ヲ敎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敎唆者タル所有者ハ其敎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」下本罪ハ(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說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質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產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



0331

三　過失犯ニハ未遂犯ナク所謂燒燬ハ前ニ說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鑵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、蒸氣鑵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說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サルモ是ハ手段ヲ火藥其他激發スヘキ物品又ハ煤氣井、蒸氣鑵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詳言スレハ多少重要ナル物ニ對シテ行ハレタルトキハ犯罪ノ手段カ火藥其他激發スヘキ物品又ハ煤氣井、蒸氣鑵ノ破裂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、蒸氣鑵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リシト否トヲ以テ區別ス

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ス

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



0332

ニ依ラス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チ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)氏佛文第二草案(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)ニ毀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閘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、第四百十二條ハ毀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閘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潰シ又ハ水閘ヲ毀壞シ因リテ人ノ住居シタル家屋チ漂失セシムルノ結果ヲ生シタルトキハ第四百十一條ニ依リ無期徒刑ニ處シ人ノ住居セサル家屋其他ノ建造物チ漂失シタル結果ヲ生シタルトキハ其第二項ニ依リ重懲役ニ處スルモノニシテ因テ人ノ死傷ヲ生シタルトキハ輕懲役ニ處スルモノトス又第四百十二條ハ因テ田園、碳坑、牧場等チ荒廢セシムルノ結果チ生シタルトキハ輕懲役ニ處シ因テ要塞、停車場、鑛山、製造所、倉庫、船舶、橋梁、燈臺、標柱、水門、堤防、道路、運河、溝渠、堰、隄、堀、用水路、又ハ公衆ノ通行ニ供スル人造ノ建物、工作物、又ハ標柱、里程標、若クハ公衆ノ通行ニ供スル天然ノ場所チ損壞シ又ハ變更シ因テ人ノ通行ニ危險ヲ生セシメタルトキハ重懲役ニ處スルモノニシテ因テ人ノ死傷ヲ生シタルトキハ死刑又ハ無期徒刑ニ處スルモノトス）ノ如何ニ依リテ處分チ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（明治十年元老院ニ提出サレタルモノ）ノ規定ヲ按スルニ該草案ハ現行法ト全ク其體裁ヲ同シウ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「Ibi tentative de eo 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（當然ノ推理トハ單ニ他人ノ便益チ損シ又ハ自己ノ便益チ圖ルカ爲メ堤防チ決潰シ水閘チ毀壞セシトスルノ行爲カ有罪トシテ罰セラルル以上ハ之ヨリモ尚ホ重大ナル結果チ生セシメントノ目的チ以テ堤防チ決潰シ水閘チ毀壞セシトスルノ行爲ハ當然有罪トシテ罰セラルヘカラサルモノニシテ未遂ノ行爲ヲ想像スルモノハ自ラ亦有意犯ニアラサルヘカラサルヲ謂フナリ）



0333

ミナラス論者ノ說ニ從フトキハ過失ニ因リテ水害ヲ起シタル者ハ其結果ノ輕重ヲ問ハス皆第四百十四條ニ依リテ處斷セラルルニモ拘ラス有意ニテ堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シタル者ハ縱令水害ヲ起スモ法律ノ規定シタル結果ヲ生セシムルニ至ラサルトキハ無罪ト爲リ人ノ住居シタルコトヲ以テ刑ヲ加重スルノ條件トシタルハ危險ヲ想像シタルモノナルカ故ニ因リテ人ヲ死傷ニ致シタルトキハ結果犯ノ性質上更ニ刑ヲ加重セサルヘカラサルニ之ヲ加重セス罪ニ他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ルカ爲メニ堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シタル者スラ尙ホ第四百十三條ニ依リテ有罪タルニモ拘ラス人ノ家屋其他ノ物件ヲ漂失荒廢セシメント欲スルカ如キ之ヨリモ重大ナル害ヲ生セシメンカ爲メ同一ノ行爲ヲ水利ノ妨害ヲ爲スコトヲ以テ無罪タルノ結果ヲ生スル等支離滅裂殆ト法文ヲシテ讀ムヘカラサルニ至ラシムレハナリ彼ノ本說ヲ主張スル學者ノ一人カ水閘ヲ毀壞シテ家屋其他ノ物件ヲ漂失荒廢セシメンカ爲メ堤防ヲ決潰シ又ハ水閘ヲ毀壞シテ家屋其他ノ物件ヲ漂失荒廢セシメンカ爲メニ堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シタル者ハ却

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擧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(犯人ノ擧動ノ性質ト云フカ故ニ單ニ人ヲ驚怖セシメンカ爲メ又ハ一時ノ戲謔ニ出テタルモノ隨テ一般ノ觀察上行爲其レ自身ハ決シテ重大ナル結果ヲ生セシムヘキ性質ヲ有セサルニモ拘ラス偶然ノ出來事ヨリ不慮ノ大事ニ至リタルモノハ之ヲ除外セサルヘカラサルハ勿論トス)

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セサ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」ト

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ヲ問ハス(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サラシムルヲ謂フ(六)家屋田圃等



0335

ヲ漂失、荒廢セシムルハ必スシモ堤防ノ決潰、水閘ノ毀壞ニ依ラスト雖モ法律ハ此方法ニ限ルカ故ニ溜水ノ流出ヲ阻害シテ沿岸ノ家屋、田圃等ヲ漂失、荒廢シタル者ハ第四百十七條以下ニ依ルノ外ナカラン(七)漂失、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、失火罪ニ於テ說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



フル屋舍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チ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ヲ要ス

(一)單ニ堤防ヲ決潰シ又ハ水閘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リナカラ之ヲ漂失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七十七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失若クハ荒廢即チ物質的損害ヲ加フルノ意思ニ非ス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テタルトキハ第四百十三條ニ屬シ本罪ヲ構成セス(二)尙ホ本罪ノ意思ノ實行ハ性質上自然力ヲ假リテ行ハル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

生セシムルノ意思アリトセサルヘカラサルコト前ニ詳說シタル所ナリ(三)漂失又ハ荒廢ノ意思アルコ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)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失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失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ハ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)前ニ說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ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」ト

前ニ說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コ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故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ク水ヲ兇器(用語例ニ曰ク兇器ト稱スルハ人ヲ殺傷スルノ用ニ供スル物ヲ謂フ)トシテ物質ヲ害スルノ罪、此ハ水ニ依リテ享クル所ノ財產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說明スヘシ



0337

シ

一　堤防ノ決潰水閘ノ毀壞ハ第四百十一條第四百十二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サルカ故ニ其レノミハ單ニ未遂犯ノ所爲ヲ成形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便益即チ財產上ノ利益ヲ損シ又ハ水ニ依リテ享クル所ノ便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ス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隣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閘ヲ毀壞スルモ堤防又ハ水閘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サルモノトス

四　水利ヲ妨害センカ爲メ堤防ヲ決潰シ又ハ水閘ヲ毀壞シタル結果人ノ住居シ若クハ住居セサル家屋建造物又ハ田圃礦坑牧場等ヲ漂失荒廢セシメタル者ノ處分如何前ニ說明シタル如ク其漂失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失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四百十一條第四百十二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

(一)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テフ文字ハ水ニ因リテ物質上ノ損害ヲ生シタル場



0338

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產不動產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失荒廢ニ當ルトニ依リテ之ヲ觀レハ財產ハ總テノ動產不動產ヲ含ミ損害ハ漂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　船舶ヲ覆沒スル罪

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沒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沒シタル者ハ輕懲役ニ處ス」ト

本罪ノ規定ハ極メテ簡單ナルカ故ニ重ナル點ノミヲ說明スヘシ

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チ若クハ船體ニ穴ヲ穿ツ等苟モ之ニ因リテ船舶ヲ覆沒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ト雖モ尙ホ本罪ヲ構成ス(三)覆沒トハ顚覆及ヒ沈沒ノ義ナリ顚覆若クハ沈沒ニ限ルカ故ニ暗礁又ハ淺瀨ニ乘リ上ケ船體途ニ用ヲ爲ササルニ至ルモ未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沒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(毆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



0339

(二)人ヲ乘載セサ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サ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サルモノトス(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拘子掟木的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月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圍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



0340

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三十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

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サルモノハ之ヲ包含セサルモノトス

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シ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



0341

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サラシムルヲ謂フ

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サ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圍、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說明ヲ要セス

(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屋、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園ノ樊圍、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爲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(二)之ト一體ヲ成セル門モ亦之ヲ包含スルモノトス(三)「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(四)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內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)「田圃ノ樊圍、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字ナキカ故ニ例ヘハ家屋又ハ建造物ナキ運動場ノ外圍、山林又ハ養鷄場等ノ樊圍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



0342

三　稼穡竹木其他需用ノ植物（一）稼穡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產其他研究等ノ爲メニ培養セラル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荊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產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ス稼穡ト對向セシメアルト雜草荊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フ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產其他研究ノ爲メ等格別ニ培養セラルルモノヲ意味スルモノ、信セラル

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テヲ包含ス毀壞ト移轉ノ文字アル所以トス

五　器物　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產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　牛馬ニ付テハ說明ヲ要セス其他ノ家畜トハ豕、羊、犬、猫、兎、鷄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サルモノト信ス

七　權利、義務ニ關スル證書類　第二百十條第一項ニ於テ說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

以上列擧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雜ナルカ故ニ遺漏甚タ多シ今枚擧ニ遑アラス到底修正ヲ免レサル規定トス



0343

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產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カ爲メ之ヲ毀損シ又ハ他人ノ樹木ニ手入ヲ爲サンカ爲メ其枝ヲ伐リ拂ヒタルカ如キハ到底本罪ヲ構成セス(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ンハ罪ヲ構成セスト思料スル者アルヘシ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値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說明スヘシ(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宮ニ之ヲ分タ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フ畢竟行爲ヨリ生スル危險ノ程度ニ著目シテ酌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パトアリテ裁判官ニ刑ノ選擇ヲ許シタルハ目的物ノ價値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說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



0344

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讓リ茲ニ之カ説明ヲ略ス

刑法各論終

0345

## ○稟告

三十四年度乙種講習科講義錄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遲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

編輯兼發行者 東京市牛込區早稻田南町三十九番地 松田久次郎

印刷者 東京市牛込區矢來町三番地 小宮山信好

印刷所 東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地 金子活版所

發行所 司法省指定 東京市麹町區富士見町六丁目十六番地 和佛法律學校 （電話番町百七十四番）

0346