アリ

第一　殺人的行爲アリテ被害者尚死亡セサル間ニ判決ヲ下サントスレハ此場合ニハ假令將來被害者必ス死亡ス可シト雖モ裁判官ハ殺人未遂ノ判決ヲ下サヽル可カラス何トナレハ裁判官ハ彼ノ賣ト者ノ如ク將來ノ事實ヲ推測シテ判決ノ理由ト爲スコトヲ得サレハナリ

第二　殺人未遂ノ判決ヲ下シ其未タ確定セサル間ニ被害者死亡シタルトキハ

甲　更ニ事實ノ覆審ヲ爲スコトヲ得ル時期ナリトスレハ有權者ヨリ上訴シテ改メテ既遂ノ判決ヲ下スコトヲ得

乙　既ニ事實審ヲ終リタル後ナレハ假令確定前ニ死亡ト云フ結果ヲ生スルモ手續上其判決ヲ破ルノ途ナシ

第三　殺人未遂ノ判決確定シテ既ニ動カスコトヲ得サルノ後ニ至リ被害者生命ヲ失ヒ且其原因ハ犯人ノ殺人的行爲タルコト明ナリトスルモ既ニ其判決ヲ破ルコトヲ得ス何トナレハ一事ハ之ヲ再理スルコト能ハサルヲ以テナリ(Ne bis in item)

尚殺人ノ方法ニ付最後ニ一ノ注意ス可キ問題アリ即チ物質上ノ手段ニ依ラスシテ單ニ精神的ノ方法ニ依リテ本罪成立スルヿヲ得可キカト云フニ在リ此論ハ法律論ト云ハンヨリハ寧ロ事實論ナリトスルヲ可トセン若シ人ノ精神ヲ苦シムルト云フ方法ニ依リ毫モ言語擧動等ノ有形的ノ方法ニ依ラスシテ人ノ生命ヲ斷ツヿヲ得ハ刑法ノ理論トシテ殺人罪成立スト認ムルニ付テ何等ノ妨ナキナリ然レモ事實ヲ證明スル上ニ於テ純然タル精神上無形ノ手段ニ依リテ人ノ生命ヲ奪ヘリト云フヿヲ立證スルノ途ナカル可シ此點ヨリシテ無罪ト云ハサル可カラス

四　本罪ノ成立上故意アルコトヲ要スルハ論ヲ俟タス其權利ナキ者ノ行爲ニ係ルコトヲ要スルモ亦總則ノ適用上明ナリ

右ハ說明ノ要ヲ俟タサルカ故ニ之ヲ省ク

其二　種類

一　謀殺ト故殺ト(刑法第二九二條第二九四條)ノ區別ハ殺人ノ決心ヲ爲スニ付キ豫謀(深思熟慮)アリシト否トニ因ル總則故意ノ說明ヲ參照ス可シ

玆ニ人ヲ殺スノ意思ヲ即決シ唯之ニ用フル手段方法ニ付テ熟慮シタル場合ハ謀殺タルカ故殺タルカヲ考フルニ手段ハ行爲ノ一ノ外形ナリ斬ルト云フコトモ打ツト云フコトモ燒クト云フコトモ殺意ニ出ツレハ殺人行爲ナリ故ニ之ヲ熟慮シ

タリトスレハ即チ殺人行爲ヲ熟慮シタルモノニシテ謀殺タルハ論ヲ俟タス刑法ハ殺人罪ヲ犯人ノ意思ノ狀態如何ニ因リテ謀殺故殺ノ區別ヲ設ケ其責任ヲ異ニシタリ然レトモ立法上果シテ此ノ如キ理由アリヤト云ヘハ左ノ如ク論スルコトヲ得可シ

第一　維持論ノ一ニ曰ク謀殺ハ其情重ク故殺ハ其情輕シ隨テ處分ヲ異ニセサル可カラスト然レトモ事ノ實際ニ照シテ考フレハ故殺ヨリモ情ノ輕キ謀殺ヲ想像スルコトハ之ヲ難シトセス同一ノ關係ニ於テ謀殺ヨリモ其情重キ故殺ヲ想像スルコトハ亦難シトセス例ヘハ君父ノ仇ヲ報ユルカ如キ場合ノ謀殺ハ何程時勢ヲ異ニシタリトスルモ必スシモ萬人ノ惡ム所ニアラス又犯人ヲ主觀的ニ論スルモ躊躇逡巡ノ結果ニ出ツルコトアリテ必スシモ謀殺ハ常ニ社會ニ最モ危險ナリト云フコトヲ得ス之ニ反シテ假令故殺ナリト雖モ十數年或ハ數十年親密ニ交リタル友人或ハ恩顧ヲ受ケタル主人ヲ輕微ナル理由ノ下ニ故殺スル如キハ主觀的ニモ客觀的ニモ其情決シテ輕シトスルヲ得ス故ニ此場合第一ノ論點ニ付テハ故殺必スシモ謀殺ヨリ輕カラス謀殺必スシモ故殺ヨリ重カラスト答フルノ外ナシ

第二　維持論ノ二ニ曰ク謀殺ハ豫謀ニ出テ故殺ハ單純ナル故意ニ出ツ故ニ其性質ヲ異ニスト然レトモ此論旨ハ近世ノ實驗心理ノ證明シタル事實ヲ顧ミサルモノト云ハサル可カラス如何ニ即時ニ意ヲ決シタル場合ト雖モ或時間ヲ費サヽルコトナシ果シテ然ラハ即決ト云ヒ豫謀ト云フモ其實程度ノ差違アルニ過キス性質上區別ナクシテ單ニ程度ノ上ニ差別アルニ過キサルニ拘ハラス法律カ豫メ其刑ヲ異ニシタル結果トシテ謀殺故殺ノ區別ニ關スル判決例ハ內外國共ニ杜撰極マレリ

玆ニ參考トシテ一二ノ問題ヲ揭クレハ胎兒ノ生ルヽヲ俟テ直チニ之ヲ殺シタルハ謀殺ナリヤ故殺ナリヤハ學說ノ分ルヽ所ニシテ其論ノ一致セサルハ此問題カ如何ナル程度ニ於テ之ヲ決スヘキカ全ク判斷ヲ下スコトヲ得サル場合タルカ爲メニシテ是ニ依テ觀ルモ謀殺故殺ヲ區別スルノ理論ニ合セサル理由ノ一助トスルコトヲ得可シ又二階ニ於テ喧嘩ヲ挑ミタル者カ憤怒ノ餘リ下ヨリ刀ヲ把リ來リテ相手方ヲ斬殺シタル場合ハ謀殺ナリヤ故殺ナリヤト云フニ一概ニ之ヲ斷定シテ謀殺ナリ又ハ故殺ナリト云フコトヲ得ス其場合ノ如何ニ因リテ其斷定ヲ異ニシ或ハ謀殺トナリ或ハ故殺トナルナリ即チ謀殺故殺ノ區別

カ性質上ニ差別ナクシテ單ニ程度ノ上ニ差別アルノ故ナルヲ知ルニ足ル可シ

第三　謀故殺ノ區別ハ古來ヨリシテ今日ニ至ルマテ內外國共ニ一般ニ認ムル所ノモノナリ此久シク且廣ク行ハルヽト云フ現像ハ人ノ道理心ヲ發揚スル上ニ於テ最モ有力ナルモノナリト雖モ假ニ此羈絆拘束ヲ離レテ單純ナル理論ニ訴フルトキハ何故ニ殺人罪及ヒ毆打創傷罪ノミニ付テ豫謀ノ場合ヲ重クセリヤ強盜、窃盜、強姦、略取、誘拐、放火、決水等ノ總テノ犯罪ニ付テ何故ニ此保守派ノ學者ハ謀殺、謀取、謀拐、謀姦、謀火、謀水ノ罪ヲ主張セサルカ此等ノ場合ニ其必要ナシトスルハ殺傷罪ニ於テモ亦同一ナラサル可カラサルノ理ナリ

第四　終リニ尙從來ノ說ノ最モ採ルニ足ラサル所以ヲ附加スレハ一切ノ謀殺カ何故ニ僅ニ一ノ死刑ナル刑罰又一切ノ故殺カ僅ニ一ノ無期徒刑ト云フ毫モ伸縮スルコトヲ得サル一個ノ刑罰ヲ以テ滿足スルカ要スルニ歷史ニ拘束セラレテ觀察ノ自由ヲ失ヒタル議論ト云ハサル可カラス

二　毒殺ハ毒物ノ施用ヲ手段トスル殺人罪ナリ豫謀ニ出ツルヲ常トスト雖モ單純故意ニ出テタル場合モ謀殺同樣死刑ニ處セラル（刑法二九三條）(1)毒物トハ僅少ナル分量ヲ以テ化學的ニ生命ヲ害ス可キ物質ヲ謂フ（Liszt § 90 Frank § 229, Meyers, 437 Oppenh, § 229）多量ヲ要スルモノ機械

的作用アルニ止マルモノハ毒物ニアラス(2)施用トハ生活機關ノ中ニ介入（重ニ血液ノ中）セシムルヲ謂フ其暴力ヲ用ヒ詐術ヲ用ヒタルト消化機能ニ依ルト呼吸機能ニ依リタルトヲ區別セス

刑法第二九三條ニ毒殺ハ謀殺ヲ以テ論ストアルハ二ノ意味ヲ包含ス一ハ本文ニ云フ如ク毒物ヲ用フルトキハ假令豫謀ニ出テサル場合ト雖モ謀殺同樣死刑ニ處スルト云フ意味ナリ他ノ一ハ他ノ條文例ヘハ第八五條但書等ノ場合ニ於テ毒殺モ其中ニ包含スルノ意味ナリ

(1)我現行法ヲ初トシテ佛蘭西獨逸其他ノ刑法ニ於テモ毒殺ヲ特ニ一罪ト爲シタル國ニ在リテハ毒物ノ何タルヲ解セサル可カラス

第一　分量ノ上ヨリ視テ其多量ナル爲メニ人ヲ害スルモノ即チ分量カ害ヲ起スノ原因タルモノハ性質上ノ毒物ト云フコトヲ得ス彼ノ人ノ嗜好スル酒類ト雖モ非常ノ分量ヲ用フルトキハ人ノ生命ヲ害スルコトナキヲ得ス然レトモ毒物ト云フコトヲ得サル所ノモノナリ

第二　働ノ上ヨリ觀察シテ化學的作用ヲ起スモノニ非サレハ亦毒物ト云フコトヲ得ス化學的作用ニ相對スルハ機械的作用ナリ故ニ曾テ佛蘭西ニ其實例アリ

シ如キ硝子ノ細沫ヲ食物ニ混シテ屢々之ヲ用ヒ消化機關ヲ損傷セシメテ終ニ生命ヲ奪フカ如キ機械的作用ニ出ツルモノハ毒殺ニアラス現ニ法律カ毒物ト云フ一ノ物質ヲ成立條件トシテ掲クル以上ハ此ノ如ク論スルコト最モ道理アルニ近キ解釋ナルカ如シ然レトモ尙進ンテ純然タル理論ヨリ考フレハ毒物ノ何タルヲ定ムルコトモ恰モ豫謀ノ何タルヲ定ムルカ如キ困難アリテ適用ノ上ニモ云フ可カラサル不便アリ毒物ト雖モ古ノ如キ化學ノ發達セサル時代ニハ或ハ之ヲ區別スルノ必要アリタリト云フヲ妨ケス然レトモ今日ヨリ視レハ一方ニ於テ毒物ノ何タルヲ定ムルニ付キ理論上極メテ困難ナルノミナラス其情狀ニ於テモ常ニ最モ重シト認メラレタル謀殺ト同一ニ取扱フヘキ理由ナク刪除スルヲ妨ケサルモノナリト信ス

三 刑法第二九五條ノ慘殺ハ殺人ノ手段ノ慘酷ナルト故殺ナルトヲ要ス死後遺骸ニ慘行ヲ加ヘタルトキ及ヒ謀殺ニ係ルトキハ該條ノ範圍ニ屬セス

刑法第二九五條等ハ其性質ハ尋常一樣ノ故殺ニ外ナラスト雖モ其方法カ慘酷ナリト云フ點ヲ以テ謀殺ト同一刑罰ニ處スルコトヽ爲シタリ此條ノ立法上ノ價値ニ付テモ慘酷ノ程度ヲ認定スルコト事實上極メテ困難ナルヲ以テ法律ニ之ヲ限定スルハ策ノ得タルモノニ非ス然レトモ近來盛況ニ赴ケル刑事人類學ノ研究ニ依レハ同胞ヲ殺スニ當リ慘酷ナル方法ヲ敢テ辭セスト云フ一種ノ犯人ハ其性質上極メテ危險ナリト論セリ此點ヨリ考フレハ方法ノ慘酷ト云フコトハ必スシモ感情的ニ刑ヲ重クセサル可カラスト云フニ非ス近年ノ學理モ亦之ヲ認ムルモノト云フヲ妨ケス但此等ハ裁判官ノ腦中ニ收ム可キ事實ニシテ法文ニ限定スルハ不可ナリ何トナレハ若シ一歩ヲ誤レハ尋常ノ故殺ト虐殺トノ擬律ノ困難ヲ起スカ如キ不便ヲ避クルコトヲ得サレハナリ隨テ現行刑法ノ適用ニ關シテ此點ハ最モ注意スヘキモノヽ一ナリ

四 刑法二九六條ノ重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ云々ノ(1)重罪輕罪ハ所爲ノ外形ヲ指シテ謂フ(Liszt s. 318)故ニ處罰條件又ハ訴追條件ヲ欠クモ其處分ハ同一ナリ便利トハ障礙ヲ除去スル意ナリ(3)便利ナル爲メトハ重罪又ハ輕罪ヲ犯スニ付キ其障礙ヲ除去スル目的(遠因)ヲ以テト云フニ同シ然ラハ事實障礙トナル可キモノヲ除去シタルコトヲ要スルカ單ニ障礙ヲ除去ス可キ目的ニ出テタルノミヲ以テ足ルカ(第一ノ見解 Meyers. 460 Oppenh 1 Rud.-steng 2 刑法論 686頁)(第二ノ見解 Halschner II 45, Olsh 2, Liszt § 83 Geyer 11)

(1) 嘗テ或一個ノ輕罪ヲ犯シ其公訴ノ時效ニ係リタル後ニ至リ犯人カ當時ノ事實

ヲ目擊シタル者ヲ故殺シ若クハ姦淫罪、略取誘拐罪ノ如キ被害者ノ告訴ナケレハ公訴ヲ提起スルコトヲ得サル罪ヲ犯シタル後其場所ニ在リシ他人ヲ故殺シタル如キハ何レモ本條ニ依リテ支配セラレ必シモ餘罪タル重罪又ハ輕罪モ罰セラル可キモノタルコトヲ要セサルナリ

(2)例ヘハ甲某カ或幼者ヲ略取センコトヲ謀リ偶〻其途中ニ於テ遭遇シタル所ノ乙某ヲ幼者ノ監護人ナリト誤信シテ全ク無關係ノ者ヲ故殺シタリト假定センニ此場合ノ故殺ハ第二九六條ヲ以テ處分ス可キヤ否ヤト云フニ若シ此條ノ意味カ眞ニ障礙トナル可キ事實アルモノヲ除キタル場合ニ限ルノ趣旨ナリトスレハ本問ハ尋常ノ故殺トシテ處罰ス可キナリ之ニ反シテ此ノ如キ目的ヲ以テシタル場合ト雖モ本條ニ依ル可キモノト解釋スレハ偶〻其人ヲ誤リタル點ハ敢テ問フコトヲ要セサルナリ然ラハ其何レニ決ス可キカ起草者ノ意見ハ第一說ニ在リタルカ如シ然レ𪜈立法ノ趣旨ヨリ之ヲ言ヘハ或ハ第二說ヲ以テ妥當ト認メサル可カラス

五　刑法二九七條詐殺ノ規定ハ注意ノ條文ト解スル外ナシ

現行刑法カ第二九七條ヲ設ケタル重ナル理由ハ支那法律ノ先例ヲ收容シタルモノナル可シ然レトモ强テ理論ニ訴テ之ヲ辯護スレハ假令他人ヨリ欺カレタリトスルモ之カ爲メニ危地ニ陷リタルハ被害者自身ノ意思行爲ノ結果ナリ即チ詐害者ト被害者トノ間ニ責任ヲ異ニシタル二個ノ獨立ノ擧動アリテ罪ノ有無ニ議論ノ分ルヽ虞アルヲ以テ注意ノ爲メニ之ヲ設ケタルモノナリト云フコトヲ得ヘシ例ヘハ橋ヲ渡ラントスル者カ橋ノ破損ノ有無ヲ尋ネタルニ其番人カ橋ノ破損セルニ拘ハラス破損シ居ラスト答ヘタルカ爲メ終ニ其者カ河中ニ墜落シテ死亡シタリトスレハ此場合ニ被害者ハ例令加害者タル番人ノ詐稱ニ遇ヒタリトスルモ尙其橋ヲ渡ラントスルノ決意及ヒ之ヲ渡ルノ行爲ハ其者自身ニ於テ執リタル所ノ結果ナリ即チ番人ノ詐稱行爲ト被害者ノ渡橋行爲トハ責任ヲ異ニシタル獨立ノ二擧動ニシテ罪ノ有無ニ關シ議論ノ分ルヽ虞アルカ爲メ注意的規定ヲ爲シタルモノナリ然レトモ欺ク若クハ脅スト云フ如キ手段ノ如何ニ因リテ特ニ一個條ヲ置クノ必要ナキハ多ク疑ヲ容レサルナリ

六　刑法二九八條誤殺ノ解釋ニ二種アリ(1)一ハ謀殺又ハ故殺ノ實行中ニ俱發シタル過失殺ノ規定ト爲シ(2)他ハ人違ノ場合ヲ注意ノ爲メニ規定シタルモノト爲ス余ハ後說ヲ採ル

前說ヲ採ル學者ハ條文ノ謀故殺ヲ行ヒト云フ文字ニ重キヲ置キ一個ノ謀殺又ハ

故殺ノ實行ノ途中タルカ或ハ少クトモ其實行ニ着手シタル以後ナラサル可カラスト解釋シ續テ又誤ト云フ文字ハ支那ノ語源ニ於テ過失ノ過ト同一價値アルコトヲ理由トシテ實行若クハ實行ニ着手シタル謀故殺ト同時ニ別ニ過失殺ヲ犯シタル場合ヲ規定シタルモノト論シ居レリ余カ此說ニ反對セントスル理由ハ凡ソ左ノ如シ

第一　假令他ノ一個ノ謀殺又ハ故殺ノ既遂又ハ未遂ト時及ヒ場所ヲ同フシテ犯シタリトスルモ過失殺即チ殺意ナキ殺人擧動ヲ謀故殺ニ準シタルモノト云フ如キ不條理ナル法文ト解スルコトヲ得ス

第二　本條ハ恰モ刑法學理ノ沿革上物體ノ錯雜(Irrtum in objecto)ト刑事責任トノ關係如何ト云フ有名ナル議論ノ遺物ナルコトハ全ク疑ヲ容レス今其論ノ要旨ヲ述フレハ中世ノ列法論ニ於テハ犯人ノ目的ト爲シタル所ト其目的物カ異ナレル場合ノ有罪ナルカ無罪ナルカハ第一罪質ニ因リ第二人ニ因リ學說分岐シタリ而シテ有罪ヲ主張スル者ノ理由トスル所ヲ聞クニ例ヘハ犯罪ノ物體カ人ナル場合ニ付テ言ヘハ甲某カ乙某ヲ殺サントスル欲シ偶〻丙某ヲ乙某ナリト誤信シテ殺シタル場合ハ之ヲ客觀的ニ觀察スレハ甲某ハ丙某ヲ殺スノ意思ナク隨テ此關係ノ

下ニ於テ甲某ニハ犯意ナキモノナリ然レトモ特ニ之ヲ殺人罪トシテ論スルナリト是レ有罪論ノ一端ナリト雖モ當時ノ法理ハ此ノ如キモノナリキ而シテ今日ノ刑法論ヨリスレハ其誤レルコト明ナリ即チ殺人罪ノ成立スルニハ其犯意及ヒ擧動アルヲ以テ足リ犯罪ノ物體タル人ニ關スル錯誤ノ如キハ毫モ問フ所ニ非サレハナリ

第三　反對論者カ謀故殺ニ伴ヒタル過失殺トシテ示ス處ヲ見ルニ子ヲ背負ヒタル親ノ頭ヲ打タントシテ偶〻其兒器カ子ニ觸レタルカ爲メ死ニ致シタル場合ヲ指シテ過失殺ナリト云ヘリ然レトモ子ヲ殺スト云フノ點ハ殺人罪ノ成立要素ニ非ス而シテ殺意ニ出テタル殺人的擧動ノ爲ニ人カ生命ヲ失ヒタル以上ハ總テ殺人罪ナリト云フコトヲ得ヘク此場合モ正ニ尋常一樣ノ謀故殺ナリトス尙ホ之ヲ約言スレハ偶〻要素ニ非サル點ニ於テ錯誤アルニ過キス隨テ論者ノ云フカ如キ過失殺ニ非スト云フコトヲ得ヘシ極端ニ反對論者ノ意見ヲ貫徹セントスレハ刀ノ刃ヲ以テ人ヲ斬ラント欲シタル者カ誤テ其背ヲ以テ打殺シタルトキハ過失殺ナリト云ハサル可カラサルニ至ル可シ此一點ヲ以テ視ルモ其不條理ナルハ明ナリ

本條立法上ノ價値ハ今日ノ進歩シタル學理ヨリスレハ全ク無用ナル規定ト云ハサル可カラス何トナレハ殺人罪ニ付テ人違ノ明文ヲ置クノ必要アリトスレハ獨リ此場合ニ止マラス强姦ト云フカ如キ人ニ對スル罪ニ付テハ總テ同一ナル規定ヲ設ケサル可カラス又强窃盗ノ如キ物ヲ誤リタル場合ニ付テモ同一ノ規定ヲ設ケサル可カラス而モ此等ノコトハ全ク之ヲ必要トセサルモノニナレハナリ

第二節　毆打創傷ノ罪（刑法二九九條——三〇八條）

其一　通則

一　物體……ハ謀故殺ニ付テ述ヘタル所ニ同シ出生後死亡前ノ人類ナラサル可カラス其自己ニ對スル行爲ノ罪トナルハ刑法一七八條ニ限レリ

二　行爲……ニ付キ法文ニ毆打ト云ヘル有形ノ慘行（Misshandlung Mo(uvais traitement)）全體ニ相當シ烈火、熱湯、蒸氣、電氣、劇藥ニ觸接セシムル如キモ固ヨリ其中ニ包括セラル(1)有形タルヲ要スルカ故ニ單ニ冷遇又ハ侮蔑スル如キ無形精神上ノ手段ヲ含マス（不作爲ハ手段トナルコトヲ得）(2)但苟モ有形ノ慘行アリト云フコトヲ得ル以上ハ機械的ノ作用ニ依ルト化學的ノ反應ニ依ルトヲ分タス又身體ノ外面ニ對スルト內部ニ對スルトヲ區別スルコトナシ(3)慘行ハ猶廣義ニ暴行ト云フカ如シ不法ニ身體又ハ健康ノ現狀ヲ侵害スル場合

ハ勿論人ノ面ニ唾シ若クハ結髮ヲ破壞スル如キハ亦單純毆打ノ適例タル可シ（本節ノ其二參照）

右本文ニ示ス所ノ外別段說明ス可キ程ノモノナシト雖モ不作爲ニ因リテ本罪ノ成立スル一二例ヲ擧クレハ例ヘハ子カ火傷セントスルニ當リ親カ傷ヲ負ハシムルノ意思ヲ以テ捨テ置ク如キ又ハ癲狂院ノ監護者カ狂人ノ自身又ハ他人ニ傷ヲ負ハシメントスルニ當リ狂人又ハ他人ニ傷ヲ負ハシムルノ意思ヲ以テ狂人ノ所爲ヲ制止セサルカ如キ是ナリ

三　故意……總則第七十七條ノ規定アル結果トシテ毆打創傷ノ罪ト雖モ故意アルコトヲ必要トスルハ一點ノ疑ナシ盖シ(1)行爲即チ慘行ニ對スル決意アルニ非サレハ故意ニ出テタリト云フコト克ハサルニ付テハ異論アル可カラスト雖モ(2)結果即チ疾病創傷ニ對シテハ故意アルヲ要セスト云フ者アリ然レトモ(甲)別ニ本罪ニ付テ何等ノ除外例ナキ以上ハ豫見セサル結果ノ責任ヲ負フコトナシ(乙)本罪ハ他ノ犯罪ト同シク確定ノ故意ヲ以テ犯スコトヲ得ルト同時ニ(丙)大多數ノ場合ニハ不確定ノ故意ヲ以テモ犯スコトヲ得其理由他ナシ暴行ノ初ヨリ其勢力ヲ測リ結果トシテ生ス可キ疾病創傷ノ輕重大小ヲ定ムルコト克ハサルヲ以テノミ（Vulnera non da(nta dimensurare)）然モ不確

定ノ故意モ亦故意(Dolus indeterminatum, Sed dolus)タルヲ知ラハ敢テ他ノ罪ト異ナル所ナキヲ視ル可シ

(丁)若シ夫レ全然結果ノ豫見ヲ缺如センカ(例、劇藥ト如ラスシテ人ニ注ク)慘行ヲ爲ス決意アル一事ヲ以テ疾病創傷ノ責ニ任セシムルコトヲ得ス

一派ノ學說ニ依レハ毆打創傷ノ罪ハ結果罪ノ一種ナリ之ニ對スル認識及ヒ決意ヲ缺ク場合ト雖モ全然同一ニ處分ス可キモノナリト云ヘリ蓋シ論者ノ言フカ如キ毫モ意思ノ有無ヲ問ハサル犯罪ナキニ非ス即チ其多クハ行政法規營業規則違反)ニ於テ見ル處ニシテ此等ノ場合ニハ必ス其明文ヲ以テ刑法總則不論罪ノ例ヲ用ヒタルコトヲ明ニセリ然ルニ毆打創傷ノ場合ニハ何等ノ特別規則ナキガ故ニ第一論者ノ意見ハ總則第七七條ト衝突スト云ハザル可カラス即チ同條第一項ヲ閲スルニ「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限ニ在ラス」トアルカ故ニ該條但書ノ規定ヲ無視スルコトヽナル可シ

第二 論者ハ故意ノ何タルヲ誤解シタルモノト云ハサル可カラス現行刑法ニ於ケル毆打創傷罪ノ條文ハ結果ニ對スル認識若クハ擧動ニ對スル決意中ノ一ヲ缺ケハ全然無罪トセサル可カラス今結果ノ認識ヲ全缺スル場合ヲ考フレハ他人ノ身體ニ水ヲ注ク意思ヲ以テ誤テ劇藥ヲ注キタルカ爲メ死ニ致シタルトキハ論者ノ說ニ從ヘハ毆打創傷ノ罪ナリト云ハサル可カラスト雖モ余ノ信スル所ニ依レハ過失殺トナルナリ又假令結果ノ認識アリトスルモ之ニ應スル擧動ヲ爲スノ決意例ヘハ前例ニ於テハ液體ヲ注クト云フ決意ナクシテ此ノ如キ結果ヲ生シタルトキハ決シテ毆打創傷ノ罪トナラス

以上述フル如ク本罪モ亦其成立ニ故意ヲ必要トスルナリ但實際ニ於テ其多クハ不確定ノ故意ナリト云フニ他人ニ對シ慘行ヲ加フルニ當リ恐ラクハ傷ヲ生スルコトアル可シト云フ如キ不確定ノ認識ノ下ニ其擧動アルヲ常トス而シテ不確定ノ故意ノ何タルヤハ嘗テ總則ノ說明ニ詳論シタル所ナレハ宜シク參考セラル可シ

四 不法行爲……權利ノ實行又ハ法ノ放任スル所ニ係ル暴行カ犯罪ニ非サルハ總則ノ適用上明ナリ故ニ(1)懲戒權ノ範圍ヲ超エサル暴行ハ毆打罪トシテ論スルコト能ハス(2)外科ノ施術モ亦業務上正當ナル行爲ナリ此場合ヲ目シテ相手方ノ承諾アルニ基ク無罪ナリト爲スハ事理ニ適セス(3)相手方ノ承諾アルトキハ無罪トナルカ

(積極論 Garraud IV p. 679; Kessler)(消極論 Liszt §86; Haelschner II91)(獨逸刑法上親告罪タル場合ノミ無罪 Frank S. 258)

(1)懲戒權ノ範圍ヲ超エサル暴行トハ如何ナル程度ノモノナルヤ是レ我國ノ風俗慣習ニ基キ認定ヲ下ス可キ事項ニシテ今玆ニ其各個ノ場合ヲ列擧セントスルハ不可能ナリト雖モ其暴行中最モ過劇ナル可シト認ムルモノハ子供ノ身體ニ灸ヲ施點ス如キ場合ニシテ而モ我國慣習上認メラレタル最モ著シキモノト信ス

(2)若シ承諾アルヲ以テ無罪ナリトスレハ失神中ノ者ニ對シテハ治療ノ爲ナリト雖モ施術ヲ爲スコトヲ得サルノ理ナリ又子供ノ足ヲ治療スル爲ニ之ヲ切斷スルカ如キハ子供ノ承諾ヲ得タルモノニ非ス其他彼ノ治療ノ爲ニ腹部ヲ切開スルト云フ如キ重大ナル施術ヲ爲ス場合ニ於テ萬一ノ危險ヲ本人乃至親族ノ類カ承諾スルカ如キハ事實ノコトニシテ法律上其效力ヲ生セス要スルニ此等ノ場合ハ業務上正當ノ行爲タルニ外ナラス

(3)佛蘭西ノ方面ニ於テハ相手方ノ承諾アリタルトキハ毆打創傷罪成立セスト爲ス論一般ニ行ハレ「ケッス」氏ハ之ヲ放任行爲ニ基ク無罪ナリト論シ「リスト」氏ハ消極論ヲ唱ヘテ承諾アルモ無罪ニ非スト云ヘリ之ト異ナリ獨逸法ニ於テハ假令承諾アルモ一般ニ有罪ト爲シ唯タ親告罪ニ限リ加害者ノ側ヨリ一定ノ金錢ヲ差出サシメテ之ヲ被害者ニ與フルコトヲ認メ此場合ニ限リ承諾ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ故ニ此承諾ハ法律上ノ效力ヲ有スルヲ以テ無罪トナルナリ而シテ余ハ有罪說ヲ妥當ナリト信ス

其二　毆打罪ノ種類

本罪ハ結果ノ如何ニ因リテ處分ヲ異ニス其各種ノ傷害ニ通シテ一ノ注意アリ毆打ハ必スシモ被害者ニ痛感ヲ與フルヲ條件トセス特ニ些少ノ健康紊亂ヲモ伴ハサルコトアリ得ル點是ナリ(單純毆打)

一　毆打致死、刑法二九九條……謀故殺ト本罪トノ差別ニ付キ說アリ(1)曰ク謀故殺ニ在リテハ犯人特定ノ結果即チ被害者ノ死亡ヲ確認シタル事實即チ確定ノ故意ナカル可カラス若シ其豫見不確定ナルカ又ハ全ク之ヲ豫見セサルカ若クハ之ヲ豫見シタル確認ナクシテ毆打ノ結果被害者死シタルトキハ毆打致死ノ罪ナリ云々(Garraud 17/14)(2)又曰ク不確定ノ故意モ亦故意ナリ犯人若シモ被害者ノ死亡ヲ豫期シタランカ縱ンヤ其豫期不確定ナリシ場合(dolus alternat, eventual.)ト雖モ謀故殺ノ部類ナリ毆打致死ノ罪ハ確定ニモ被害者ノ死亡ヲ豫見セサリシ場合ナラサル可カラス云々(Meyer s. 460, 475, Frank §226)(3)第二說ヲ正當トスルトキハ毆打臣死ノ罪ハ故意ヲ以テ人ヲ毆打シ殺意ナクシテ殺害者死亡シタルトキ成立スト云フコトヲ得可シ

右ニ示ス第一說ハ犯罪ノ種類如何ニ因リテ確定ノ犯意アルニ非サレハ成立セサルモノアリ又確定ノ犯意ニテモ不確定ノ犯意ニテモ成立スルモノアリト云フ見解ヲ前提トシテ謀故殺ハ確定ノ犯意アルニ非サレハ成立セサル種類ノ犯罪ナリト認メ其結果トシテ本文ニ示ス如キ斷定ヲ與ヘタリ然レトモ此論タルヤ或種類ノ罪ハ確定ノ故意ニ非サレハ成立セスト爲ス前提ニ誤アリ如何ナル罪ト雖モ不確定ノ犯意ニ因リテ成立スルコトヲ得可シ例ヘハ必ス燒失スルコトヲ期セスシテ放火シタル者モ尋常一樣ノ放火罪ナリ同一ノ理由ニ依リ必ス死ト云フ結果ヲ生ス可シト確認セスシテ人ヲ殺シタル者モ謀故殺犯人ナリ彼ノ忠臣藏ノ四十七士ハ苦心慘憺シテ主君ノ仇ヲ報シタリト雖モ當初其首領ハ或ハ敵ヲ殺スコトヲ期シタリシモ其他ノ諸士中ニハ或ハ敵ヲ殺スコトヲ得サルヤモ知レスト信シタル者モアリタルナル可シ然レトモ今日ノ刑法上之ヲ論スレハ其總テノ者カ謀殺罪タルハ蓋シ疑ヲ容レサル所ナリ

此ノ如ク謀故殺罪ハ不確定ノ犯意ヲ以テ成立シ得ルモノトスレハ第一說ニ示ス所ノ標準ハ採用スルコトヲ得サルノ順序ナリトス

二　篤疾ニ致シタル罪刑法三〇〇條第一項……(1)瞎ハ目盲ナリ兩目ヲ瞎ストハ兩目ヲ以テ物體ヲ識別スル能力ヲ喪失セシムルヲ謂フ單ニ光線ノミヲ感シ得ルカ如キハ勿論縱シヤ幾分カ物體ヲ識別スルコトヲ得ルモ既ニ視力減衰ノ極度ヲ超ヘタルトキハ其喪失タル可シ(2)兩耳ヲ聾ストハ兩耳ヲ以テ明ナル語言ヲ會得スル能力ヲ喪失セシムルヲ謂フ何等ノ音聲ヲモ聽クコト能ハサルニ至レルヲ必要トセス(3)肢ハ股ナリ手足ヲ謂フ折ハ癈毀ノ義ニシテ必シモ醫家ノ所謂折傷折斷ノミヲ指スニ非ス其手足二個以上ノ用ヲ失フルニ至ラシメタルハ別ニ之ヲ折斷セサルモ兩肢ヲ折ルト云フニ相當ス可シ(3)舌ハ說話ナリ斷舌ハ言語ヲ以テ思想ヲ發表スル能力ノ喪失ヲ謂フ(5)陽陰ヲ毀損ス(6)知覺精神ノ喪失

右ハ殆ント說明ノ要ナシト雖モ尙尠シク之ヲ補充ス

(1)視力ノ減衰ト物體ヲ識別スル能力ノ喪失トヲ區別スル標準ハ近年ノ法醫學ニ於テハ一米突ノ三分ノ一ノ距離ニ於テ指ヲ示シ其數ヲ知リ得ルト否トニ在リ

(2)兩耳ヲ聾ストハ毫モ音聲ヲ辨セサルハ勿論高音例ヘハ銃砲ノ音聲ナレハ纔ニ之ヲ辨スルト云フマテニ至ラシムルコトヲ必要トセス是レ亦一定ノ音響ヲ一定ノ距離ニ於テ辨スルヤ否ヤニ依テ其標準ヲ定ムルヲ可トス

(4)本文ニ示ス所ヲ換言スレハ思想ヲ言語ニ綴ルノ働ヲ不能ナラシムルコトヲ謂

フナリ

(5)陽陰ノ毀損トハ生殖ノ不能及ヒ交媾ノ不能ニ至ラシメタルコトヲ指ス

(1)以上六種ノ傷害ハ永久不治ノ徴候アル場合ニ限リ篤疾ニ致シタルモルト謂フコトヲ得

(2)以上ノ傷害二以上ヲ併發セシムルモ仍ホ篤疾ニ致シタルモノナリ

三　癈疾ニ致シタル罪、刑法三〇〇條第二項……癈疾トハ一目ノ視能喪失、一耳ノ聽能喪失一肢ノ實體又ハ作用喪失及ヒ其他身體ヲ殘虧スルヲ謂フ身體ノ殘虧ハ耳鼻ヲ殺キ唇ヲ斷チ指ヲ失ハシムル等外見ヲ變更ス可キ程度ノ傷且害ナリ之ヲ切斷シタル後人工的ニ修補スルコトヲ得ルト否トニ論ナシ(例鼻衞)衣服ニ蔽ハル可キ個所ヲ除外ス可キヤ否ヤニ付テハ議論分ル何レモ永久的タルヲ要ス

(1)先ニ一目ノ明ヲ失ヒ又ハ一手ノ用ヲ缺ケル者ノ殘レル一目一手ヲ失ハシムルハ奈何現行法ノ解釋トシテ癈疾ニ致シタルモノトスルノ外ナシ

(2)同一人ニ對シ異種ノ癈疾的傷害二以上併發シタル場合ハ奈何同シク癈疾ニ致シタルモノトスル外ナシ

(3)著シク視力又ハ聽力若クハ四肢ノ用ヲ減衰セシメタルトキハ如何身體ノ殘虧ニ伴ハサル以上ハ二十日以上ノ疾病ニ致シタルモノトスル外ナカラン(刑法論ト異ナル)

四　疾病又ハ休業ニ至ラシメタル罪、刑法三〇一條……此場合ハ二十日以上持續シタルト否トニ因リ處分ヲ異ニス(1)二十日ト云フ持續時間ハ既ニ過去ノ事實ニ屬シタル場合ノミニ該當シ二十日以上持續ス可シト云フ性質ノミヲ以テ斷定スヘキニ非ス(2)疾病ハ醫家ノ所謂損傷ノ結果病蓐ニ起臥スル場合ト別ニ損傷ニ伴フコトナキ狹義ノ疾病(例盪?腦震)ニ至ラシメタル場合トヲ併セ含ム可シ(3)休業ハ被害本人日常ノ業務ヲ營ム克ハサルヲ謂フ故ニ其業務如何ニ因リ非常ニ差別アル可シ但是レ損害ノ程度ヲ示シタルモノニシテ被害者カ無理ニ從事シタリトスルモ仍ホ休業ニ至ラシムル傷害ヲ與ヘタリト云フヲ妨ケス

(1)第三〇一條第一項ノ適用ニ付キ二十日以上ト云フ事實ノ條件ハ之ヲ創傷又ハ疾病ノ性質ヨリ判斷ス可クシテ過去ニ屬スルコトヲ要セスト爲ス論者アレトモ現行刑法ハ起草者ノ意見ヲ採用シテ結果ニ依リテ處分スルト云フ主義ヲ採用シタルモノナルヲ以テ實際二十日以上ヲ持續シタルト云フ過去ノ事實ヲ根據ト爲サヽル可カラスト信ス

(2)現行刑法ハ或ハ創傷ナル文字ヲ廣義ニ用ヒ俗ニ所謂傷ト病トノ雙方ヲ意味ス

ルコト例ヘハ本節ノ標題ノ如シ然レトモ又場合ニ依リテハ之ヲ狹義ニ用ヒ疾病ト相對セシメタル創傷ニ用ヒラルヽコトアリ又第三〇一條第一項ノ疾病ト云フ文字ノ如キハ此中ニ創傷ヲモ包含スルモノト解セサル可カラス

(3) 元來疾病又ハ創傷ノ輕重大小ハ其觀察ノ如何ニ因リテハ容易ニ之ヲ知ルコト能ハサルモノナリ故ニ現行刑法ハ之ヲ區別スルノ標準トシテ被害者ノ職業ヲ營ム能ハサル程度ト云フコトヲ掲ケタリ故ニ例ヘハ郵便配達夫カ僅ニ指頭ヲ挫折シタリトスルモ別ニ業務ヲ妨ケサル可ク之ニ反シテ彈琴者ナリトスレハ同一ノ負傷ニ因リテ業務ヲ休ムニ至ル可シ即チ職業ノ如何ニ因リ創傷ノ種類ニ非常ナル差別アルコトヲ注意セカル可カラス

五 單ニ創傷ヲ爲シ疾病又ハ休業ニ至ラシメサルトキハ刑法第三〇一條第三項ニ依リテ處分ス

六 毆打シテ創傷疾病ニ至ラサルハ違警罪ナリ(刑法第四二條第九號)總テノ慘行ヲ含ムカ故ニ頭髮ヲ切斷シ面ニ唾シ冷水又ハ穢物ヲ注キ雜沓ノ際人ヲ押仆スノ際ハ何レモ單純毆打ナリ

右ハ本文ヲ一讀シテ明ナルカ故ニ其說明ヲ省略シ以下法文ニ付キ少シク說明ヲ試ミン

刑法第三〇二條ハ豫謀ニ出テタル毆傷罪ヲ刑一等加重スルノ規定ナリ豫謀アルカ爲メニ或場合ニ刑罰ヲ加重スルコトハ敢テ不條理ト云フ能ハスト雖モ明文ヲ以テ此ノ如キ規定ヲ置クノ不當ナルコトハ嘗テ謀殺ニ付キ述ヘタル所ニ同シ刑法第三〇二條ハ殺人罪ノ說明ニ於テ述ヘタル所ト全ク同一關係ナルカ故ニ其說明ヲ參照セラルヘシ

刑法第三〇四條ハ嘗テ第二九八條誤殺ノ說明ニ述ヘタルト同一ノ理由ニ依リ被告者本人ニ錯誤アリタル場合即チ人違ノ場合ヲ規定シタル注意ノ條文ト解セサルヘカラス從テ立法論トスレハ删除スヘキモノヽ一タルコト疑ナシ

刑法第三〇五條ハ之ヲ上半ト下半トニ分テ一言セント欲ス

第一 上半ノ場合 二人以上共ニ人ヲ傷クルト云フハ共犯ノ場合ヲ指スモノナリヤ或ハ共犯ニ非サル場合ヲ指スモノナリヤ若シ之ヲ共犯ノ特別處分ト解スレハ傷ヲ爲スノ輕重ニ從ヒ各自ニ刑罰ヲ科スト云フ規則ハ極メテ不條理ノモノナリト云ハサル可カラス例ヘハ甲乙兩人カ通謀シテ丙ヲ毆傷スルニ當リ各自其執ル可キ所ヲ分擔シ甲ハ被害者ノ右手ヲ切斷シ乙ハ左手ヲ切斷シタリト

假定センニ此場合ニ右ニ述フルカ如ク解スレハ通謀ノ結果兩手ノ喪失即チ篤疾ト云フ結果ヲ生シタルニ各自ノ受クル所ハ各自ノ與ヘタル傷即チ癈疾症トヲ爲スノ罪トシテ處分セサル可カラス右ノ場合ト尠シク其例ヲ異ニシ甲ハ先ツ被害者ノ右ノ前腕ヲ切斷シ乙ハ次ニ其後腕ヲ切斷シタリトスレハ如何ニ處分ス可キカ是レ亦前ノ場合ト同一ニ論スルノ外ナカル可シ此ノ如キ不都合アルヲ以テ本條ニハ共犯ノ場合ヲ包含セスト云フ他ノ解釋ヲ採ルトスレハ第一全ク無用ナル條文ナリト云ハサル可カラサルニ至ル可シ何トナレハ二人以上ノ者カ共同セスシテ輕重ノ異ナリタル傷ヲ負ハスレハ異ナリタル責任ヲ負ハサル可カラサルハ別段ノ規定ヲ俟タサル所ナレハナリ又第二ニハ但書ノ敎唆者ナル語ハ第三〇六條ノ幇助ト云フカ如キ語ヲ解スルコト能ハサルニ至ル可シ此ノ如キ本條ハ共犯ノ特別處分ト解スルモ又共犯ヲ除ク他ノ場合ノ特別處分ト解スルモ共ニ論理ヲ貫徹セサル規定ト云ハサル可カラス然ラハ如何ニ之ヲ解ス可キカト云フニ是レ一ニ起草者カ飽クマテ結果ニ依リテ本罪ノ處分ヲ定メントシタル根本誤見ヨリ終ニ適用上斯ル不便ヲ生スルコトヲ免レサルニ至リシモノニシテ解釋論トシテハ本條ハ共犯ノ場合モ共犯ニ非サル場合モ苟モ二人以上共ニ人ヲ傷ケタル總テノ場合ヲ包含セシムルノ外ナシト信ス

第二　下半ノ場合　此規定ハ二人以上共毆シテ傷ヲ爲スノ輕重ヲ知ル能ハサル場合ヲ特ニ處分セリ多數人カ同時ニ人ヲ傷害スル場合ノ如キハ多クハ何人カ如何ナル傷ヲ與ヘタルカヲ證明シ得サルモノナリ之ヲ通常ノ規則ニ從ヒ證據ノ不充分ナルモノハ無罪ト爲スト云フ主義ヲ採レハ實際ニ屢々起ル所ノ共毆(Raufhandeln)ト云フ事實殊ニ多數人ト云フ實害ノ大ナル場合ニ於テ常ニ之ヲ無罪トセサル可カラスシテ其弊害容易ナラサルヲ以テ斯ル特別ノ處分ヲ設ケシナリ此規定ハ被害者ニ單ニ一ノ傷ヲ負ハセタルニ加害者ハ二人以上ニシテ其本人以外ハ全ク傷ヲ負ハセタルニ非サル場合ニ於テモ其者ヲ知ルコト能ハサルトキハ一同ノ者ヲシテ刑罰ヲ免レシメサルノ精神ナリ(改正案第二四四條參照)

刑法第三〇六條ハ共犯ニ對スル例外ナリ即チ從犯ノ補助罪ニ非スシテ寧ロ實行正犯ナルモ特ニ之ヲ共犯ノ例外トシテ規定セラレタルモノナリ

刑法第三〇七條ニハ健康ヲ害ス可キ物品云々トアレトモ毒物ハ本來健康ヲ害ス可キ物品タルニ相違ナキヲ以テ此中ニ包含ス可シ而シテ現行刑法カ毒物ト不健康物トヲ區別シテ特ニ處分ヲ異ニシタルハ不當ナリト云ハサル可カラス何トナ

レハ兩者ノ間ニハ固ヨリ判然タル區別アルモノニ非サレハサリ

刑法第三〇八條ハ第二九七條ノ説明ニ於テ述ヘタル所ト同一ノ關係ナルヲ以テ同條ノ説明ヲ參照セラルヘシ

現行刑法ハ毆打罪ニ付キ其未遂ヲ罰スルヤ否ヤヲ明言セス殊ニ結果ノ生スルヲ俟テ之ニ依リテ處分スルト云フ主義ヲ採用セルヲ以テ解釋トシテハ何等ノ疾病創傷ヲモ生セシメサル未遂犯ハ或ハ無罪ト解スルヲ至當ナリトスヘシ然レトモ毆打罪ハ其性質上未遂犯ヲ罰スル能ハスト論スル如キハ確ニ不當ノ見解ト云ハサル可カラス若シ他人ニ於テ或ハ疾病創傷ヲ與ヘントシタル意思カ明瞭ニシテ之ニ着手シテ遂ケサレハ其目的罪ノ未遂トシテ處罰スルニ於テ毫モ妨クル所ナシ例ヘハ被害者ノ兩手ヲ喪失セシムルノ意思ヲ以テ其實行ニ着手シタルモ意外ノ障碍ニ因リテ遂ケサルトキハ假令何等ノ傷ヲ爲サヽル場合ニ於テモ篤疾症ニ爲サントシタルノ罪ノ未遂犯トシテ罰スルコトヲ得ヘシ然レトモ其論タルヤ立法論即チ單純ナル理論トシテハ正當ナルモノナリト雖モ現行法ノ如キ極端ナル結果主義ヲ採用シタル規定ノ解釋トシテハ反對ニ見ルヲ正シトス

第三節　殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪（刑法三〇九條—三一六條）

殺傷ニ關スル特別ノ宥恕ハ佛蘭西刑法ノ所謂挑發ニ基ク宥恕ト云フ規則ヨリ推移シタルモノナリ而シテ其趣旨トスル所ハ意思ノ自由ヲ喪失スレハ無罪トナレトモ他ヨリ刺擊ヲ受ケテ此カ爲メニ單ニ辨別ノ幾分ヲ喪失スル場合ニハ其割合ニ從テ刑ヲ減セサル可カラス但無制限ニ減輕ヲ許ストスレハ又之ニ伴フ弊害アルヲ以テ其場合ヲ列記シタリト云フニ在リ

此ノ如キ他ヨリ刺擊ヲ受ケタル場合ニ事情ヲ斟酌シテ幾分ノ減輕ヲ爲スト云フコトハ條理ニ適合スト雖モ(一)之ヲ獨リ殺傷罪ニ限ル可キノ理由ナシ(二)若シ總テノ犯罪ニ適用セラル可キモノトスレハ總則ニ於テ特ニ一個條ヲ設クルカ然ラサレハ刑罰ノ範圍ヲ以テ斯ル場合ニモ自由運轉ノ途ヲ設クルヲ至當ナリトス而シテ其何レヨリ見ルモ刑法第三〇九條以下ノ特別規定ハ全部無用ナリト云ハサル可カラス

第四節　過失殺傷ノ罪（刑法三一七條—三一九條）

總則故意並ニ過失ノ説明ヲ比照シテ自得ス可シ

刑法第三一七條ノ解釋ヲ爲スニ付キ先ツ第一ニ注意セサル可カラサルハ疎虞ト

懈怠トノ間ニハ區別ナシト云フ點ナリ此文字ハ恐ラク起草者ノ意見ヲ採用シテ疎虞ハ結果ヲ豫見セサル過失(犯罪者事實ヲ認識セサル過失、Im-prévoyence)ヲ示シ懈怠トハ結果ヲ豫見シテ其豫防ヲ怠リタル過失(犯罪事實ヲ認識ヲタル過失 Moladresse, inhabile)ヲ示スノ意ナル可シト雖モ若シ故意ノ何タルヲ明ニスレハ結果ヲ豫見シタル過失ハ存在セサルノ理ナルカ故ニ結局此二文字ハ共ニ過失ト云フ意味ニ過キスシテ何等ノ差別ナシト云フノ外ナシ又本條ニ規則慣習ヲ遵守セスト云フ特別ノ規則ヲ挿入シタルハ起草者ノ意見ニ依レハ一度法律規則ノ周知期間ヲ經過スレハ之ヲ知ラサルハ知ラサル者ノ過失ト云ハサル可カラス之ヲ知ラスト云フ過失ノ爲メニ更ニ殺傷ト云フカ如キ害惡ヲ生セシムレハ其刑ヲ免ルヽコトヲ得ス此場合ハ法律カ過失ノ存在スルコトヲ推定シタルモノト云フニ在リテ現行刑法ハ之ヲ襲用シタルモノト解スルノ外ナシ

第五節　自殺ニ關スル罪(刑法三二〇條、二三一條)

現行法上自殺ハ犯罪ニ非ス故ニ法文ニ教唆又ハ補助等共犯ノ場合ニ用ユル文字アリト雖モ共犯ニ非サル別種獨立ノ罪タルヲ注意ス可シ(1)囑託ハ自殺者ヨリ發意シタルヲ要ス殺意アル者承諾ヲ得テ之ヲ實行シタル場合ハ本節ノ範圍外ナリ(2)利ヲ圖リトハ自己ノ物質上ノ滿足ヲ得ヘキ總テノ場合ニ該當シ財產上ノ利益ニ限ラス故ニ配偶者ニ自殺セシメテ美貌ノ人ヲ娶ルト云フ如キ場合ハ自己ノ滿足ヨリ言ヒテ第三二一條ノ適用ヲ受クヘシ

自殺ハ現行法之ヲ罪ト認メス其立法上ノ當否ニ付テハ大ニ論ス可キモノアリ昔時ハ耶蘇教國ニ於テハ人ノ生命ハ神ノ與フルモノナルカ故ニ自儘ニ之ヲ奪フハ罪惡ナリト云フ理由ヲ以テ其既遂及ヒ未遂ヲ處罰セリ現今ハ此ノ如キ論ハ既ニ存在セス但同シク無罪トス可シト云フ論者ノ中ニモ其理由トスル所ハ種々ニ異ナレリ其一說ハ自殺ノ既遂ハ之ヲ處罰スルコトヲ得ス既遂ヲ處罰スルコト能ハサル罪ノ未遂ヲ處罰スルハ不條理ナリト云フニ在リ然レトモ此論ハ本人ノ目的如何ヲ以テ罪ノ既遂未遂ヲ分タントシタルノ誤レルヨリ生シタルモノニシテ假ニ法律ヲ設ケテ自殺セントシテ遂ケサル者ハ何々ノ刑ニ處スト云フ規定ヲ置ケハ其事實ハ既遂犯トナルモノニシテ論者ノ云フカ如ク未遂ヲ處罰スルモノニ非ス此關係ハ國事犯ノ說明ニモ述ヘタル所ナレハ宜シク參考セラル可シ其二說ニ依レハ自殺者ハ一種ノ發狂者ナリ故ニ其行爲ヲ罪ト爲サスト云ヘリ然レトモ事ノ實際ニ於テハ發狂者ニ非サル者アリ又發狂者ニ付テハ總則ニ無責任ノ規定ア

ルヲ以テ自殺ヲ罰スルヤ否ヤニ付キ此論ヲ爲スハ適當ナラス尙此他ニモ種々ナル學說アリト雖モ余カ此行爲ヲ處罰セスト爲ス理由ハ凡ソ左ノ如シ自殺ヲ爲サントスル者ニ付テハ死刑以外ノ脅迫ニテハ全ク之ヲ豫防スルノ效力ヲ有セス又死刑ヲ加ヘントスレハ初ヨリ死ヲ欲スルモノナルカ故ニ寧ロ自ラ死セシムルニ如カサルナリ殊ニ自殺ヲ遂ケサル者ニ縲絏ノ耻辱ヲ與フルコトハ死ヲ奬勵スルニ均シカル可シ結局其刑罰ヲ無用トスルノミナラス寧ロ害アルヲ以テ之ヲ處罰セスト云ハサル可カラス

自殺者カ先ツ死スルノ意ヲ發シ他人ニ依賴シテ手ヲ下サシメタル場合ハ即チ第三二〇條ノ所謂囑託ナリ而シテ意思ナキ者ニ向テ之ヲ生セシムルハ即チ自殺ノ敎唆ナリ敎唆ニ應シ被敎唆者カ自身手ヲ下シテ死亡シタル場合ハ第三二〇條ノ敎唆シテ自殺セシメシト云フニ該當ス若シ又敎唆者カ被敎唆者ノ爲メニ手ヲ下シタルトキハ性質ハ承諾アル者ヲ殺スト同一ナリ此場合ハ余ノ信スル所ニ依レハ本等ノ支配ヲ受ケスシテ尋常一樣ノ殺人罪ナリト信ス勿論其情狀ヨリ言ヘハ第三二〇條ニ相當スト雖モ此條文ニ漏レタル場合ナルヲ以テ如何トモスルコト能ハス此點ニ付テハ政正案第二三八條ヲ比照ス可シ

同死ヲ謀レル場合ハ昔時或國ニ於テハ二重自殺ト稱シテ自殺セント欲スル者カ同時ニ他人ニ其申込ヲ爲シタルコトヲ含ムニ止マリ單ニ他人ヲ死セシメント謀ル場合トハ異ナレリトシテ明ニ之カ區別ヲ設ケタリ然ルニ現行刑法ニ於テハ此點ニ付キ別ニ規定スル所ナキカ故ニ若シ同死ヲ謀リテ一人又ハ同謀者一同生殘リタル場合ハ如何ニ處分ス可キカト云フニ生殘者ノ中自殺ヲ敎唆シタル者囑託ヲ受ケテ手ヲ下シタル者補助ヲ爲シタル者ニ限リ第三二〇條ヲ適用シテ處分スルコトヲ得可ケン然レトモ立法論トシテハ元來此等ノ者ハ死ヲ欲スル者ナルカ故ニ單ニ他人ヲ敎唆シタル場合等ト之ヲ區別シテ無罪トスルヲ可トス而シテ同死ノ適例トス可キハ彼ノ情死ノ如キモノ是ナリ

第六節　擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪（刑法第三二二條第三二五條）

一　逮捕並ニ監禁ニ通シテ犯罪ノ成立上權利（例、重罪又ハ禁錮ニ該ル可キ輕罪ノ現行犯刑事訴訟法第六〇條、第六一條）又ハ義務（例、狂者ノ監督監護法）ナキ行爲タルヿヲ要ス法文ニ擅ニト云ヘルハ此義ナリ本節ハ一私人ノ行爲並ニ職務ニ關係ナキ官吏ノ行爲ノミヲ支配ス

刑法第三二二條、第三二五條ニ於テ擅ニト云ヘルハ權利ナクシテト云フ意味ナリ官吏ニ關スル場合ハ第二七八條及ヒ第二七九條ニ其規定アリ本節ニ

言フ所ハ固ヨリ一私人若クハ官吏ナルモ其職務ニ關係ナキ一私人トシテノ行爲ノミヲ支配スルモノナリ一私人カ他人ヲ逮捕又ハ監禁スル權利アル場合ハ刑事訴訟法第六〇條、第六一條等ニ明示セラレタリ又義務トシテ監禁又ハ逮捕ス可キ場合ハ狂者ノ監督ノ如キ場合是ナリ

二　汎ク逮捕ト云フトキハ有形ノ自由(即運動、往復ノ意思ヲ實行ス可キ能力 Frank § 22)ノ剝奪ト云フニ同シ直接ニ身體ノ上ニ物質力ヲ加ヘテ實行スルヲ常トス

三　監禁モ一種ノ有形的自由ノ剝奪ナリ但監禁ノ場合ハ一定(通常狹少ナル)ノ區畫ノ外ニ出ツル自由ヲ剝奪スルモノニシテ交通遮斷ナリ方法ノ如何ヲ問ハス

嘗テ獨逸ニ於テ婦人カ海水浴場ノ室內ニ衣服ヲ脫置キタルニ或者カ故意ニ之ヲ奪ヒ其婦人ヲシテ外出スルコト能ハサルニ至ラシメタル實例アリ此場合ハ別ニ室ノ戶扉ヲ閉鎖シテ外出ヲ不能ナラシメタルニ非スト雖モ被害者カ外出スルコト能ハサルニ至レル事情ハ敢テ監禁タルニ異ナレル所ナシト認メテ同國大審院カ之ヲ本罪ニ問ヒタルハ適當ナル判決ナリト云ハサル可カラス又他ノ一例ヲ擧クレハ二階ノ一室ニ或者ノ住居シタルニ他人カ其楷子ノ途中ニ危險物ヲ据付ケ窓ヨリ危險ヲ犯シテ飛下ルニ非サレハ室外ニ出ツルコト能ハサルニ至ラシメタル場合モ同シク監禁罪トシテ判決セラレタリ之ヲ要スルニ本罪ハ被害者ノ交通ノ自由ヲ剝奪スル以上ハ其方法ノ如何ヲ問ハスシテ罪ヲ成スト解釋スヘク隨テ右ニ示ス二個ノ場合ノ有罪タルハ疑ヲ容レサル所ナリ

私家ト稱スルハ單ニ官署ニ非サルヲ意味シ一私人ノ家屋邸宅內ヲ限ルノ意ニ非ス從テ廢坑墜道ノ類モ亦刑法第三二二條ノ私家ナリ

右ハ別段說明ス可キモノナシト雖モ唯一言注意ス可キハ本罪ハ作爲タルト不作爲タルトヲ問ハス罪ノ成立ヲ視ルモノナルコト是ナリ

第七節　脅迫ノ罪(刑法第三二六條、第三二九條)

脅迫トハ汎ク言フトキハ人ヲシテ畏怖心ヲ抱カシム可キ一切ノ行爲ヲ謂フ然レトモ本節ノ定ムル脅迫罪トナルニハ(1)畏怖ノ材料ト爲ス事項殺人、放火、毆打創傷等特ニ法文ニ列擧セルモノタルヲ要シ(2)脅迫ノ言語、文書又ハ擧動ハ被害者ノ見聞ニ觸レタルヲ要ス(Frank § 277)(3)此等ノ條件ヲ具フルニ於テハ犯人ニ實際ニ其害ヲ加フル意アルト否ト又被脅迫者之カ爲メニ眞ニ畏怖シタルト否トヲ區別スルコトナシ

從來脅迫罪又ハ誹毀罪ノ如キハ被害者ノ感情ヲ害スル罪ト認メ脅迫ノ場合ニハ之ニ畏怖ヲ生セシメ誹毀ノ場合ニハ之ニ羞恥心ヲ生セシメタルトキハ罪ヲ成ス

ト論シ來レリ然レトモ現今多數ノ學者ノ認ムル如ク共ニ公ノ利益ヲ害スル罪ニシテ敢テ被害者ノ感情如何ヲ問フノ必要ナシ又此二罪ヲ親告罪ト爲シタル理由ハ判決ヲ爲スニ當リテ受動者ノ感情如何ヲ知ルハ極メテ重要ナル參考トナルカ爲メト受動者ノ意ニ反シタル公訴ノ提起ニ因リ却ツテ其苦痛ヲ大ナラシムル場合アルヲ恐レタルトニ基キ別ニ其感情如何ニ因リテ罪ノ成立不成立ヲ來スコトナシト解釋セサル可カラス

尙法文ニ脅迫ノ材料トナル可キ危害ヲ限定シタルカ故ニ玆ニ揭ケラレサル危害ヲ以テスレハ假令被害者カ如何ニ畏怖心ヲ懷クトモ又如何ニ屢々行ハルヽ事實ナリトスルモ脅迫罪トシテ論スルコトヲ得ス今其適切ナル例ヲ揭クレハ人ノ名譽ヲ傷ケントノ脅迫ナリ惡事醜行ヲ摘發シ人ノ名譽ヲ傷ク可シト脅迫スルノ類ハ實際屢々起ル事ノ事實ナルノミナラス又被害者ニ對シテハ些少ノ財產ヲ失フヨリモ一層重大ナル畏怖心ヲ懷カシムル事アリ而モ法文ニハ何等ノ規定ヲ爲サヽルカ故ニ脅迫罪トシテ論スルコトヲ得ス（之ヲ材料トシテ財物ヲ騙取シタル場合ハ刑法三九〇條ニ依リ恐喝取財トシテ罰スルナリ）尙改正案第二六〇條ヲ參考ス可シ

第八節　墮胎ノ罪（刑法第三三〇條、第三三五條）

一　物體……ハ生活セル胎兒ナリ時期又ハ形狀若クハ健康ノ如何ヲ區別スルコトナシ出生後ヲ含マサルハ論ヲ俟タス

嘗テ刑法第二六四條ヲ說明スルニ當リ埋葬ス可キ死屍ト云フ中ニハ人體ヲ組成シタル死產兒ノ含マルヽコトヲ述ヘタリ而シテ今ヤ墮胎罪ヲ論スルニ當リ時期ノ如何ヲ問ハス出產前ノ胎兒ハ總テ本罪ノ物體トナルコトヲ得ルト論スルハ一見シテ其云フ所矛盾スルカ如シト雖モ彼ニ在リテハ既ニ生活ヲ失ヒタル遺骸ニ對シ吾人ノ有スル宗敎上ノ風儀ヲ害セサラシメントスルノ精神ニシテ此ニ在リテハ尙生活機能ヲ有スル胎兒ニ危險又ハ實害ヲ與フルコトヲ除ク精神ナルカ故ニ此ノ如キ區別ヲ立テヽ論スルノ必要アリ要スルニ前者ハ宗敎上ノ關係ヨリ論シ後者ハ生理作用ノ關係ヨリ論スルモノナリ

二　行爲……墮胎（Abordement, Abtreibung.）ト云フヘキ行爲ヲ解スルニ二說アリ(1)一ハ自然ノ分娩期ニ先テ人工ヲ以テ胎兒又ハ胚胎ヲ母ノ體外ニ驅逐スル總テノ場合ヲ謂フトシ（Merkel § 309 Meyer § 421. Iiszt § 91 Garaud）(2)他ハ母體外ニ驅逐スル方法ヲ以テ胎兒又ハ胚胎ノ死ヲ生セシムル（Foetide）ヲ謂フトス（Frank § 218.）後說ヲ採ルトキハ胎兒ノ死亡シタルトキ本罪ハ既遂ト成ル可シ

右ニ掲クル二個ノ學說ノ意味ハ充分明ナリト信ス然レトモ其何レヲ可トス可キカハ元來墮胎ト云フ文字自身不明瞭ナルカ爲メ容易ニ之ヲ決スル能ハスト雖モ本罪ハ公ノ秩序ヲ害スル行爲ニシテ胎兒ノ生命ノ危險及ヒ實害ヲ生セサラシムルカ爲メニ設ケタル規定ト解スレハ其雙方ノ場合ヲ包含スト云ハサル可カラス隨テ假令殺意ナシトスルモ自然ノ分娩期ニ先チテ產出セシムルハ極メテ危險ナル行爲トシテ罰ス可ク又其生理作用ヲ失ハシムル以上ハ產出スル以前ニ本罪ノ既遂ナリト認ムルヲ至當ト信ス

人工早產ニ付キ一ノ注意ス可キ點アリ近來醫術ノ進步スルト共ニ母體及ヒ胎兒ヲシテ甚タシキ危險ニ陷ラシムルコト無クシテ普通ノ出產期以前ニ分娩セシムルコトヲ得ルニ至レリ然レトモ此事タルヤ醫學ノ認ムル範圍內ニ於テ必要ナル施術トシテ之ヲ行ヘハ一ノ業務行爲ナルカ故ニ無罪ナリト雖モ其他ノ理由ニ出ツルトキハ許ス可カラサル所爲ナリト云ハサル可カラス

以下法文ニ付キテ一二ノ說明ヲ試ミムニ刑法第三三〇條ハ妊婦自身ノ行爲ニ係ル場合ヲ處罰シ第三三一條ハ妊婦ノ同意アルト否トニ拘ハラス他人カ墮胎セシメタルモノヲ處罰セリ而シテ此條ハ妊婦ニ暴行脅迫詐欺其他ノ方法ヲ以テ全ク承諾ナキカ若クハ不本意ナカラ墮胎スルニ至ラシメタル者ヲ處罰スルノ規定ナリ

元來墮胎罪ハ其所爲自身ニ付テ言フトキハ着手未遂ノ場合ヲ生シ得ルコトハ勿論ナリ然レトモ多數ノ場合ハ輕罪ナルカ故ニ未遂ヲ處罰セス隨テ着手ノ時期ヲ定ムル必要ナシ唯既遂ノ時期ヲ定ムルニ付テハ先ニ述ヘタルカ如キ學說ノ相違アルヨリ又自ラ其斷定ヲ異ニセリ假ニ左ノ如ク分チテ言フヿヲ得可シ

第一　胎兒ノ死亡シタル時期ヲ既遂ト爲ス但出產ノ前後ヲ區別セス

第二　毫モ胎兒ノ生死ヲ論セス只出產ノ時期ヲ以テ墮胎ノ既遂ノ時期ト爲ス現行刑法ハ後說ニ依リテ解釋スルヲ便利ナリト信ス

第九節　幼者又ハ老疾者ヲ遺棄スル罪（刑法第三三六條、第三四〇條）

一　物體……八歲未滿ノ幼者又ハ自ラ生活スル能ハサル老者疾病者是ナリ(1)自ラ生活スル克ハストハ自己ノ行爲ヲ以テ自己ノ生命ニ對スル必要ヲ充タシ又ハ危險ヲ防止スル力ナキヲ謂フ(2)老者疾病者ニ付テハ其果シテ自ラ生活スル充ハサル者ナリシヤ否ヤハ罪ノ成否ニ關スル先決問題ナリ八歲未滿ノ幼者ニ付テハ斯ノ如キ問題ナシ(3)暴酒者ハ其程度如何ニ因リ本罪ノ物體トナルヿヲ得トノ說アリ(Frank § 221. 1)

一　行爲……遺棄トハ被害者ノ傍ヲ離レテ其保護又ハ養育ヲ廢絶スルヲ謂フ二ノ場合アリ(1)一ハ被害者ヲ遠サクルニ在リテ俗ニ所謂捨ツル場合是ナリ救助ノ確實ナル場所又ハ方法ニ於テスルモ仍ホ罪トナルカ……消極論多數、我國ニ於テハ反對ニ解ス可キモノ、如シ(2)他ノ一ハ加害者自ラ他ニ遠サカルニ在リテ俗ニ所謂置去ノ場合是ナリ……他ニ遠サカルコトナク單ニ必要ナル保護養育ヲ缺クハ之ヲ遺棄ト云フコトヲ得ルカ(積極論 Olshausen § 221. 7 Olsh)遺棄ハ幼者老者疾病者ヲ救護ス可キ法律上ノ義務アル者ノ行爲ニ係ルコトヲ要ス但契約ニ因リ一時其義務ヲ負ヒタル者(例、車夫、御者、船頭)亦同シ

右ハ本文ヲ一讀シテ明ナレハ其說明ヲ省ク以下參考トシテ一言ス可シ

文明國ノ法律ニシテ墮胎又ハ嬰兒ノ遺棄ヲ處罰セサルモノナシ然レトモ此種類ノ罪ノ或ハ增加シ或ハ減少スルハ必スシモ刑罰ノ輕重ニ關係セス此等ノ罪ヲ犯スニ至レル原因ハ固ヨリ種々アル可シト雖モ其最モ重ナルモノハ出產ノ後之ヲ養育スルノ資力ナキカ若クハ之ヲ養育スレハ世人ノ擯斥ヲ受クルト云フノ二個ヲ出テサル可シ此貧窮若クハ一種ノ廉恥心ヲ其罪ノ原因ナリトスレハ一方ニ於テ嬰兒ヲ養育スルノ場所ヲ設ケ且之ヲ收容スルノ方法ヲ秘密ノモノトスレハ犯罪ノ大部分ハ之ヲ除クコトヲ得可シ勿論宗教又ハ教育若クハ經濟等種々ノ方面ヨリ此等ノ犯罪ノ原因ヲ除カサル可カラスト雖モ同時ニ右ノ如キ救濟場ヲ設クレハ斯ル犯罪ヲ減少セシムルコトヲ得可キハ論ヲ俟タス近年ニ至リ歐米諸國ノ刑事統計上著シク此種ノ犯罪ノ數ヲ減シタルハ育兒場ノ效力其大部ヲ占ムト云ハサル可カラス

第十節　幼者ヲ略取誘拐スル罪

一　物體……ハ十二歲未滿ノ幼者(刑法第三四條)又ハ十二歲以上二十歲未滿ノ幼者(刑法第三一條)ナリ男子女子既婚未婚ノ別ナシ二十歲以上ノ者ニ對シテハ事情ニ因リ逮捕亦監禁等ノ罪ヲ成スコトアルノミ拐取罪ナシ

二　行爲……ハ略取又ハ誘拐シテ藏匿又ハ交付スルコト是ナリ(1)略取ハ暴行又ハ脅迫ヲ手段ト爲シタル場合ニ生シ誘拐ハ僞計又ハ誘惑ヲ手段ト爲シタル場合ニ生ス故ニ人ヲ錯誤ニ陷ラシムル總テノ行爲ヲ含ムハ勿論智慮淺薄ナル幼者ニ逃亡ヲ承諾セシメタル場合ヲモ含ム以上ノ手段ハ第三者ニ對シテ之ヲ施シタル場合モ同一ナリ(2)略取誘拐共ニ被害者ノ現在スル個所ヨリ他ノ個所ニ伴行スル行爲ヲ指稱ス(Entführen)但距離ノ遠近ヲ問フコトナシ(3)略取又ハ誘拐シタル幼者ヲ自ラ藏匿シ又

ハ他人ニ交付シタルトキ既遂ト成ル藏匿ハ他人ノ發見ヲ妨クル總テノ行爲ナリ

略取誘拐罪ハ其行爲ノ受働者ハ刑法第三四一條第三四二條ニ列擧シタル幼者タルコトヲ必要トス然レトモ本罪ノ被害者ハ何人ナリヤハ多少ノ疑アリ或者ハ被拐取者カ即チ被害者ナリト論シ又他ノ者ハ曰ク此等ノ者ニ對シ保育幷ニ監督ノ權利ヲ有スル者カ本罪ノ被害者ナリト余ノ信スル所ヲ以テスレハ本罪ハ右ノ雙方ニ對スルモノナリ即チ左ノ三個ノ場合ヲ生ス可シ

第一　父母其他ノ監督者ノ下ニ在ル幼者ヲ拐取シテ而モ其幼者カ尙全ク意思能力ヲ有セサルカ如キ者ナリトスレハ單ニ監督者ニ對スルモノト云ハサル可カラス

第二　十六歳以上二十歳未滿ノ幼者ノ如キ刑法上既ニ意思能力アリト認メラレタル幼者カ民法上尙他人ノ監督ノ下ニ在ル場合ニハ拐取罪ハ監督者及ヒ被拐取者ノ雙方ニ對スルモノト云ハサル可カラス

第三　既ニ意思能力アル幼者ニシテ監督者ナキ者ヲ拐取スル場合ニハ專ラ被拐取者ニ對スル罪ト爲ルナリ

此ノ如ク本罪ニ付テハ之カ爲メニ害ヲ受クル者如何ハ其國ノ民法又ハ其場合ノ事實如何ニ因リテ多少區別アルヲ免レサルカ故ニ初ヨリ其孰レニ對スルカヲ斷言スルコトヲ得ス但其孰レカノ一方ノミニ對スルモノト解スルハ如何ナル場合ト雖モ狹キニ失シタル斷定ト云ハサル可カラス

本罪ヲ論スルニ付キ總則ノ適用上一ノ注意ス可キ點アリ監督者自身カ被監督者ノ意思ニ反シテ强テ或場所ニ同行シ若クハ欺テ他ノ地方ニ誘導シタリトスルモ監督者自身ノ行爲ナレハ固ヨリ罪トナラス是レ蓋シ權利行爲ニ外ナラサレハナリ

監督者ノ不明ナル浮浪ノ少年ヲ或目的（舟ノ「ボーイ」ニ賣ル如キ）ヲ以テ拐取シタ行爲ハ刑法上罪ト爲ルナリ蓋シ監督者ノ有無ハ本罪ノ成立ニ無關係ナレハナリ全ク害ヲ加フルノ意思ナク本人ニ利益ヲ與フルノ目的ヲ以テ拐取シタル場合モ罪ト爲ルナリ何トナレハ本罪ノ成立スルニハ犯人カ擧動ヲ執レルノ原因即チ犯罪ノ遠因如何ニハ全ク無關係ナレハナリ監督者カ懲戒ノ範圍ヲ超エタル虐待ヲ爲シツヽアル場合ニ於テ其害ヲ救フカ爲メニ一時監督者ノ手中ヨリ被監督者ヲ奪ヒ之ヲ防禦スルハ固ヨリ罪ト爲ラス

刑法第三四四條但書ニ依レハ略取セラレタル幼者式ニ從テ婚姻ヲ爲シタルトキ

ハ告訴ノ效ナシトアリテ其婚姻ヲ爲スニ付キ何人タルヲ限定セサルカ故ニ拐取者ト爲シタルト拐取者ヲ媒介トシテ他人ト爲シタルトヲ問ハス蓋シ其法意ハ既ニ人ノ妻ト爲レル後ニ於テ告訴ヲ爲ス如キハ平和ノ家庭ニ波瀾ヲ起シテ不都合ナル結果ノ生スルコトアルヲ慮リタルモノニ外ナラス

法文ニ婚姻ヲ爲シタル時トハ過去ノ事實ヲ指シ現ニ婚姻關係ノ繼續セルコトヲ必要トスルノ趣旨ニ非サルカ故ニ苟モ婚姻ヲ爲シタルノ事實アル以上ハ其解消後ニ於テモ告訴ヲ爲スコトヲ得サルモノト信ス

刑法第三四五條ニハ外國人ニ交付シタル者云々トアレトモ此規定ハ不可ナリ何トナレハ本條ヲ設ケテ重罰スル所以ノモノハ被害者カ國外ニ移送セラルレハ實害多キコトヲ想像シテ之ヲ防遏セントスルノ趣旨ニ出テタルモノナルニ單ニ外國人トノミアルカ故ニ內地ニ於ケル外國人及ヒ外國ニ於ケル內國人ニ交付シタル場合ニ付テ考フレハ一ハ特別ノ實害ナキニ外國人タルノ故ヲ以テ重罰セラレ一ハ特別ノ實害アルニ內國人タルノ故ヲ以テ重罰セラレサルノ結果トナリ理論ニ適合セサレハナリ此點ニ付テハ改正草案第二六六條ノ規定ヲ優レリト云ハサル可カラス

改正案第二六二條ニ依レハ父母其他監督者ノ承諾ナクシテ未成年者ヲ拐取シタル者云々ト規定シテ監督者ノ承諾ナキコトヲ一要件ト爲セリ然レトモ監督者ノ實際ナキ場合ニ於テハ本條ノ關セサル所トナルカ故ニ此規定ハ不充分ナリト云ハサル可カラス

三　略取、藏匿ト逮捕監禁トノ異同……略取ト逮捕トハ行爲本來ノ差アルニ非ス目的ノ差アルノミ藏匿ハ被害者ノ承諾ノ有無ヲ問ハス總テ他人ノ發見ヲ妨クルニ因テ成リ監禁ハ被害者ノ承諾ナキトキニ限リ且他人ノ知レル個所ニ於テモ成立スルコトヲ得(?)

第十一節　猥褻姦淫重婚ノ罪（刑法第三四六條、第三五四條）

一　猥褻罪　略ス

詳細ニ論スヘキ罪ニアラサルヲ以テ之カ說明ヲ省ク

二　姦淫罪　略ス

現行刑法第三四八條、第三四九條等ニ於テ加害者ノ行爲ヲ以テ被害者カ抗拒スルコトヲ得サル狀態ニ陷リタル場合ノミヲ規定シ被害者自身カ他ノ事情ヨリシテ抗拒不能ノ狀態ニ在ル場合（例ヘハ發狂者ノ如キ）若シクハ意思能力ヲ有セサル狀態（例ヘハ覺醒中）

ヲ利用シタル者ニ關スル規定ヲ缺ケリ而シテ此場合ハ加害者自身ノ行爲ニ出テタル場合ニ比シテ幾分其罪情ヲ輕シトスルモ全ク之ヲ無罪トスルノ理由毫モ之ナキ所ニシテ明ニ欠缺ナリト云フコトヲ得可シ改正案第二〇五條及ヒ第二〇六條等ハ之ヲ補充シタリ

第三四六條乃至第三四九條ニ至ル四個條ノ犯罪ハ被害者又ハ親族ノ告訴ヲ俟テ其罪ヲ論スルナリ然レトモ尚此罪ヲ犯スニ因リ死傷ト云フ結果ヲ生シタルトキハ最早告訴ヲ俟タスシテ直チニ公訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ此事タルヤ告訴ヲ要スト定メタル第三五〇條及ヒ死傷ト云フ結果ヲ生シタル場合ノ規定タル第三五一條ノ位置ヨリ見ルモ又告訴ヲ訴追條件ト爲シタル精神ヨリ見ルモ疑ヲ容レサル所ナリトス

第三五二條ノ規定ハ之ヲ置クコトヲ要スルハ勿論ナレトモ今日ノ風俗慣習ヨリ考フレハ實際適用少キ規定ナルノミナラス此等ノ事項ハ寧ロ行政警察ノ支配ニ屬セシムルヲ可トス

三　重婚罪(Bigamie, Doppelehe)刑法第三五四條……配偶者アル者重ネテ婚姻ヲ爲スニ因リテ成立ス死亡又ハ離婚若クハ取消ノ宣告アリタルニ因リ前婚消滅シタル片ハ其後復タ之ニ對スル重婚罪成立スルコトナシ

我新民法ハ人違又ハ無屆ノ婚姻ヲ無效ト爲シ仍ホ其他ニ取消スコトヲ得ル場合ヲ規定ス(民法第七五條)無效ハ不成立ノ義ナリ法律上婚姻ナシト謂フニ異ナラス之ニ反シテ單ニ取消スコトヲ得ル場合ハ如何ニ重大ナル瑕疵アルモノ(例、近親間ノ痛婚、未成年者間ノ婚姻)ト雖モ法律上一旦ハ婚姻成立ス其結果トシテ(1)先ニ婚姻アリト稱スルモ其實人違又ハ無屆ノモノニ係ルトキハ其後ノ婚姻ヲ指シテ重婚ノ罪ナリト云フ能ハス之ニ反シテ單ニ取消スコトヲ得ルモノニ過キサルトキハ其取消ノ宣告ナキ間ハ重婚ト爲ル可シ(2)第二ノ婚姻亦同シ成立條件ヲ缺クトキハ法律上第二ノ婚姻ナシ單ニ取消スコトヲ得ルモノハ之ニ反ス我民法上重婚ハ取消スコトヲ得ル婚姻ノ一ナリ(3)重婚ノ罪ハ屆出ノ結了スル瞬間ニ既遂トナル然レトモ身分ニ關スル罪ニシテ其持續スル間ハ時效ヲ起算セストスル說多數ヲ占ム

我新民法ニ依レハ人違ナキコト、同時ニ屆出アルヲ以テ婚姻ノ成立條件ト爲シタルノミナラス又其屆出ノミカ婚姻ノ成立ニ必要ナル方式ナリ故ニ一般慣習ノ認ムル婚姻ノ儀式若クハ民法ノ認ムル婚姻ノ效力等ハ其成立及ヒ重婚罪ノ關係ニ於テ何等ノ影響ヲ受ケサル所ナリ此關係ニ於テ實際最モ大切ナル結果ノ生ス

ルハ新配偶者カ暫時モ同居セサルモ重婚ノ罪ハ成立スト云フ點ナリ例ヘハ一方ノ者カ外國ニ在ル間ニ日本ノ法律ニ從ヒ屆出ヲ爲シタルトキハ其時既ニ重婚罪ノ既遂ト爲ルモノトナルナリ

第十二節　誣告及ビ誹毀ノ罪（刑法第三五五條、第三六一條）

其一　誣告罪

一　物體……誣告罪ノ物體ハ被誣告者ナリトスル說アリ（Oppenheim Die Objekte des Verbrechens）又之ヲ法ノ秩序ナリトスル說アリ（Liszt, Olshausen）然レトモ其雙方ニ對スル罪トスル（Frank § 164）ノ說ヲ正トス故ニ

(1)自己ニ對スル誣告罪ナシ(2)一定ノ人ニ對スルコトヲ要ス(法人ニ對スル誣告罪ナシ但電信法ノ如キ特例アリ)(3)刑事上訴追スルコト能ハサル人（例、外國公使）對シテハ成立セス

誣告罪ハ或人カ或罪ヲ犯シタリト云フ僞リノ告訴又ハ告發ヲ爲ス罪ナリ故ニ犯罪ノ主體ト爲ルコトヲ得サル者ニ犯罪アリタリト僞訴スルモ誣告罪ト爲ル能ハサルハ勿論ナリ例ヘハ十二歲未滿ノ幼者カ或罪ヲ犯シタリト僞訴スルモ此ノ如キ幼者ハ犯罪無能力者トシテ訴追ヲ受クルコト無キカ故ニ本罪ハ不成立ナリト云ハサル可カラス法人カ本罪ノ被害者ト爲ルコトヲ得ルヤト云フ問題モ同一理論ノ下ニ於テ決定スルコトヲ要ス法人ハ現行制度ニ於テハ電信法第四二條ニ於ケル例外ノ外ハ其儘刑事ノ被告人ト爲ルコトナキカ故ニ亦隨テ之ニ對スル誣告罪ハ成立セサルナリ

二　行爲……法文ニ不實ノ事ヲ以テ誣告スト云ヘルハ虛僞ノ告訴又ハ告發ヲ爲スヲ謂フ(1)誣告罪ハ刑事上訴追スルコトヲ得ル人ニ對セサル可ラサルノミナラス亦刑事上訴追スルコトアル可キ一定ノ事實即チ一定ノ犯罪事實ヲ告知セサル可ラス單ニ懲戒處分ノ原因ト爲ル可キ事由ヲ告知スル如キハ本罪ノ範圍外ナリ漠然タル嫌疑ヲ發表スル場合亦同シ(2)告訴又ハ告發ノ形式トシテ相當ノ官署又ハ官吏ニ之ヲ爲スコトヲ必要トス書面ヲ以テスルト口頭ヲ以テスルトニ論ナシ(3)告訴又ハ告發ノ條件トシテ本人自ラ進ンテ（Spontan ement）告知シタルコトヲ必要トス官吏ノ推問ニ應シ臨時虛僞ノ陳述ヲ爲スハ誣告ニ非ス(4)告訴又ハ告發シタル犯罪ハ虛僞タルニ因リテ誣告トナル故ニ其眞僞ハ先決問題ナリ(5)本罪ノ既遂未遂ノ限界ニ關シ說アリ(甲)曰ク當該官吏カ不實ノ告訴告發ヲ知リタルトキハ既遂トナル（Blanche V 427）(乙)曰ク當該官吏カ不實タルコトヲ覺ラス公訴ヲ提起シタルトキ既遂トナル（明治二二、五、判決）ト(丙)共

ニ根據ナシ當該官吏カ告訴又ハ告發ヲ受ケタルトキハ既遂トナルトスル多數說ヲ正トス

(1)本文ニ述フル如ク刑事上訴追ノ目的トナラサル事實例ヘハ官吏ノ私行普通雇人ノ秘密ト云フ如キ行政處分若クハ民法上ノ契約ノ效力ノ上ニ或影響ヲ及ホス可キ事實ヲ僞斷シタリトスルモ誣告罪ト爲ルコト無キハ言ヲ俟タス唯一問題トナルハ既ニ訴追サレツヽアル刑事被告人ニ對シ僞リテ一層重キ事實アリト告訴又ハ告發シタル場合例ヘハ單純竊盜トシテ訴追サレツヽアル者ニ對シ僞リテ彼ハ强盜ナリト告訴又ハ告發シタル如キハ罪トナルヤ否ヤ是ナリ本罪ハ必スシモ犯人ノ告訴又ハ告發カ其訴追ノ原因ト爲リタルコトヲ必要トセス既ニ他人ヨリ起リタル公訴ノ實行中ニ於テ其事件ノ問題ニ現ハレサル事實ヲ僞リテ告訴又ハ告發ヲ爲シタルトキハ有罪ナリト解セサル可カラス此場合ハ其途中ヨリノ告訴又ハ告發ニ因リテ事件ハ全部新ナル審判ヲ開始サル可キ性質ヲ有スルモノナリ右ニ述フル既ニ開始セラレタル刑事訴訟ノ途中ニ於テモ誣告罪ハ成立スルコトヲ得ルト云フ論ト犯人自ラ進ンテ申立ツル場合ニ非サレハ誣告罪ハ成立セストト云フ論トハ言葉ノ上ニ於テ一見矛盾スルカ如シト雖モ議論ノ內容ハ全ク別事項ヲ示セリ前ニ述フル所ハ誣告罪ノ成立上其誣告ニ因テ訴訟ヲ開始シタルコトヲ成立條件ト爲スヤト云フ問題ヲ然ラスト消極的ニ決シタリ又茲ニ謂フ所ハ證人參考人等其資格ノ如何ニ論ナク裁判官ヨリ發シタル問ニ對シテ臨時ニ虛僞ノ供述ヲ爲スハ誣告ト云フヲ得スト云フ別ノ說明ナリ從テ訴訟ノ途中ニ於テモ誣告罪ハ成立シ得レトモ訴訟前ト雖モ官吏ノ問ニ對シ虛僞ノ答辯ヲ爲シタルモノハ之ヲ誣告ト云フヲ得スト云フニ歸着ス可シ

三　處分……ハ僞證ニ依ル陷害ト同一ナリ(刑法第三五五條、第三五六條)推問前ノ自首ニ對シ刑ノ全免ヲ與フ

其二　誹毀ノ罪

一　物體……一定ノ人ニ對スルコトヲ要ス故ニ汎ク日本人ハ公德心無シト云フカ如キハ以テ誹毀ノ罪ト爲スコトヲ得ス(概括的指稱ト異同ノ)但直接ニ實名藝名雅號ヲ指稱スルト單ニ容貌其他ヲ以テ指示スルトヲ區別スルコト無シ

概括的指稱トノ異同　例ヘハ日本人ニ公德心ナシト云フト日本ノ官吏社會ハ腐敗セリト云フト或省ノ官吏ハ悉ク職務ヲ曠廢セリト云フト或省內ノ一局若クハ一課ノ官吏ハ悉ク不品行ナリト云フトハ極端ニ論スレハ程度ノ差アルニ過キス

然レトモ此間ニハ又所謂惡事醜行ヲ指摘シ得ル程度ノモノト然ラサルモノトアリ若シ其惡事又ハ醜行ヲ指摘シ得ル程度ニ於テ概括的ノ人ヲ指シタリトスレハ誹毀罪ヲ成スト云ハサル可カラス

本文但書ニ謂フ所ハ他ノ語ニテ謂ヘハ其指示セラレタル一人若クハ數人カ識別サルヽ以上ハ如何ナル方法ニ因リテ之ヲ示シタルヲ問ハスト云フニ在リ彼ノ容貌ヲ標準トシテ世間ニ紹介スレハ容易ニ知ルコトヲ得ヘキ人等ニ付テハ敢テ其姓名ヲ指示セサルモ其人ニ對スル誹毀ト云フヲ妨ケス

本罪ハ一定ノ人ノ名譽心ヲ毀損スル（即チ名譽上ノ感ヲ與フル）ニ因リテ成立スト說クアリ(Hess Die Ehre und die Beleidigung 1891 V Bar G. S. 52) 又單ニ名譽即チ社會上ノ位置ニ危害ヲ與フルニ因リテ成立スト說クアリ（多數說）後說ヲ可トス其直接ノ結果トシテ被誹毀者ノ聞知セサル間ニ於テモ既遂トナルコトヲ得ヘク被誹毀者ニ於テ不名譽ナリト感セサルモ罪トナルコトヲ得ヘシ仍ホ

名譽云々　官吏ニ與フル位置ハ國法ヲ基礎トシタルモノト云ハサル可カラス之ニ反シテ或人ノ學力、藝術、資產、其他種々ノ要件ニ對シテ世人カ自由ナル評價ヲ爲シテ之ニ與フル所ノ位置ヲ名譽ト云フナリ誹毀罪ハ其指示セラレタル人ノ感情

ヲ標準トスルモノニ非スシテ其人ノ社會ニ有スル位置ニ對シテ危險ヲ與フル罪ナリ故ニ或人カ其位置及ヒ身分ヲ顧ミス賭博ニ耽ル惡癖アリト云フコトヲ公然演說シタリト假定センニ假令其指示サレタル人カ賭博ハ惡事ニ非ス又己之ニ耽ルモ別ニ醜行ト認メスト信シ居ルモ斯ル事項ヲ公ニシタル所以ハ完全ニ誹毀罪ヲ爲スモノト云ハサル可カラス何トナレハ斯ル風說ニ因リテ世人ハ其人ノ人格ヲ貶ス即チ社會上ノ位置ヲ墜シ即チ名譽ヲ傷クルヲ以テナリ

右ニ述フル如ク誹毀罪カ被誹毀者ノ感情如何ニ因リテ成立不成立ヲ來サスト云フ論ハ其知ラサル間ニ於テモ成立スト云フト相表裏シテ離ル可カラサル關係ヲ有ス若シ感情如何ニ因リテ罪ノ成立アルモノトスレハ少クトモ其者カ誹毀アリタルコトヲ知リタル場合ニ非サレハ成立セサルノ理ナリ又若シ之ト反對ノ考ヲ採レハ本罪ハ誹毀ノ言語舉動アリタルトキ既遂ト爲ルモノニシテ後ニ本人ノ之ヲ聞知シタルトキ既遂ト爲ルモノニ非サルナリ

(1)幼者ニ付テハ(1)一般ニ本罪成立セスト說クアリ(John)(2)一般ニ成立スト說クアリ(3)又一ノ制限ヲ附シ義務ノ觀念ヲ有スル幼者ノミニ對シテ本罪ノ成立ヲ認ムルアリ(Liszt § 94)(4)然レトモ本罪ヲ以テ社會上ノ位置ヲ危害スル罪トスル以上ハ社會ノ

毀譽ニ上ル可キ幼者(例、商店ノ小僧)ニ對シテハ其成立ヲ認メサル可カラサル道理ナリ

幼者ニ對シテハ全ク誹毀罪ナシトスル說ト總テ誹毀罪トナルト云フ說トノ共ニ極端ニ失スルコトハ多ク疑ヲ容レス然レトモ之ニ對シテ義務ノ觀念ト云フ制限ヲ付スルノ說ハ本罪ノ性質ヨリ論シテ不當ナル解釋ト信ス若シ被誹毀者ノ知識ヲ標準トシテ義務ノ觀念ト云フコトヲ基礎トスレハ多ク法律ノコトヲ辨知セサル支那人亞米利加人等ニ對シテハ結局誹毀罪ナシト論セサル可カラサルニ至リ不都合ナル結果ノ生スルコトヲ忍ハサル可カラス然レトモ本罪ハ此ノ如キ被誹毀者ノ知識ヲ標準トシテ論スルモノニ非ス被誹毀者ノ社會ニ有スル位置ヲ擁護セントスルノ規定ニシテ客觀的ニ論スルコトヲ要スルモノナリ隨テ年齡職業其他種々ノ點ヲ斟酌シテ苟モ社會ノ誹毀褒貶ニ上ル可キモノトスレハ本罪ノ物體トナルコトヲ得ルノ理ナリ

(1)狂者ニ對シテ成立スルコトヲ得ル誹毀ハ之ヲ健人ニ對スルモノニ比シ性質ノ差アルニ非ス分量ノ差アルノミ

發狂者ノ病狀ヲ謂フハ誹毀ニ非ス或發狂者カ正當ノ事由ニ因リ發狂シタルニ世

人カ之ヲ稱シテ不正ノ事項ヲ爲シタルカ爲メ發狂シタリト云ヘハ同シク誹毀罪ト爲ルナリ然レトモ一般ニ分量ノ差アルニ過キサルノミ

(2)法人ハ其如何ナル種類ニ屬スルヲ問ハス誹毀ノ客體ト爲ルコトヲ得

法人ハ自然人ノ如ク意思ヲ有セスト雖モ之ニ對シテ其社會上ノ位置ヲ貶スレハ常ニ誹毀罪トナルモノナリ

(3)死者ハ社會上何等ノ位置ヲ有セス殘ル所ハ單ニ記憶ナリ但我刑法ハ特ニ之ニ對スル誹毀罪ヲ認ム(刑法第三五九條)

我刑法ハ死者ニ對シテ特ニ誹毀罪ヲ認メタレトモ死者ハ社會ニ何等ノ位置ヲ有セサルヲ以テ誹毀ナルモノハアラサルノ理ナリ然レトモ死者ニ關シテ誹毀罪ノ成立スル場合ハ之レヲ想像スルニ難カラス例ヘハ死者ヲ材料トシテ人ノ惡事醜行ヲ摘發スル如キハ社會ノ秩序ヲ害スルモノニシテ其罪ト爲ル可キハ論ヲ俟タス

二　行爲……一定ノ惡事醜行ヲ摘發スルニ在リ故ニ漠然タル不敬ノ言語擧動アルニ止マル場合ハ罵詈嘲弄ト爲ルコトアル可キモ誹毀ニ非ス摘發タル惡事醜行ハ實際ニ存在セシ「Ueble Nachrede」ト處僞ニ屬スル「Verleumdung」トヲ區別セス但

刑法第四二六條第一二號ノ公然人ヲ罵詈弄嘲スルノ罪ト玆ニ論スル誹毀罪トノ差別ハ人ノ名譽ヲ傷ク可キ一定ノ行爲又ハ事實ヲ示スト否トニ存スルモノニシテ單ニ馬鹿ト云フ言葉ヲ用フル如キハ罵詈スル罪ナリ然レトモ或行爲又ハ事實ノ內容ノ醜惡ナル點ヲ發キタルモノナレハ誹毀罪ト爲ルモノニシテ結局行爲又ハ事實ヲ列擧スルト否トニ至リ尙換言スレハ誹毀ト罵詈トノ區別ハ一方ニ具體的ニシテ他方ハ抽象的ナルニ在リ

(1)死者ニ對シテハ誣罔ニ出ツル場合ノミヲ罪トス(刑法第三五九條)

或學者ハ第三五九條ヲ說明シテ曰ク本條ハ歷史家カ歷史ヲ書クニ當リ一方ニ於テ事實ヲ曲クルコトヲ防遏スルト他ノ一方ニ於テ苟モ事實ナレハ罪ヲ成ササルコトヲ明ニスルノ趣旨ナリト現行法ハ此種ノ說ヲ是認シ斯ル規定ヲ設ケタルモノナルヘシ

(2)新聞其他ノ出版物ヲ以テスル場合ハ私行ヲ除ク外公益ノ爲メ事實ヲ公ニスルハ罪ト爲ラス(新聞紙條例第二五條出版法第三一條)

私行ナル語ハ官吏公吏ノ職務行爲ヲ除クハ言ヲ俟タス然レトモ職務外ノ行爲ハ悉ク私行ナリト論スルハ誤レリ然ラハ私行ト私行ニ非サルモノトハ如何ニシテ之ヲ區別ス可キカト問ヘハ多數人ニ影響スル所アリヤ否ヤト云フ結果ノ上ニ於ケル程度ノ問題タルニ過キス隨テ適當ノ認定ヲ下スノ外ナシト雖モ今一例ヲ揭ケテ之ヲ謂ヘハ自己ノ資產ヲ消費シテ時間ヲ空費スルノ外他ニ何事モ無ケレハ私行ト云フヲ妨ケス然レトモ斯ク徒ラニ時間ヲ空費スルカ爲メニ會社ノ事務ヲ紊亂スルニ至ラシメ若シクハ私ノ敎育事業ニ於テハ甚タシキ放漫ノ處置アレハ其及ホス影響ハ公衆ニ及フト云ハサルヘカラス隨テ斯ル場合ハ之ヲ私行ト云フコトヲ得サル可シ

三　方法……惡事醜行ヲ摘發スル方法ハ條文ニ列擧シタルモノナラサル可カラス(1)公然ノ演說(2)書類圖書ノ公布又ハ雜劇偶像ノ作爲

方法ハ條文ニ列擧スル所ニ依リテ全ク疑ナキカ如シト雖モ文明ノ進步ト共ニ新シキ事物ノ發生ニ因リテ多少法律ノ釋解ヲ困難ナラシムルモノ無キニ非ス例ヘハ蓄音器ヲ使用シテ人ノ惡事醜行ヲ公衆ノ面前ニ於テ發表スルカ如キ若クハ活動寫眞器ヲ利用シテ人ノ惡事醜行ノ狀態ヲ公衆ノ面前ニ於テ現出セシムルカ如キ是ナリ而シテ此等ハ解釋上多少疑ナキニ非ナレトモ前者ハ公然ノ演說後者ハ雜劇偶像中ニ入ル可キモノト解スルヲ妥當トス可シ

餘論　誹毀罪ハ告訴ヲ俟テ初メテ其罪ヲ論スルモノナリ（刑法第三六一條）故ニ被害者又ハ死者ノ親族カ告訴ヲ提起セサル限リハ如何ニ惡事醜行ヲ摘發スルモ處罰サルヽコト無クシテ止ム可シ此制度ハ果シテ適當ナリト云フコトヲ得ルヤ近來印刷事業ノ便易ニ趣キタル結果トシテ極メテ僅少ナル勞力ト費用トヲ以テ多大ノ事實ヲ傳播セシムルコトヲ得ル特別ノ現象ヲ生シ來レリ而シテ此事業ハ利益ノ巨大ナルト同時ニ弊害モ亦極メテ重大ナルモノニシテ新聞紙事業ノ如キ或點ニマテ社會ノ運命ヲ左右スルコトヲ得ルモノナリ此ノ如キ重ナル効力ヲ有スルモノニ依リテ一私人カ誹毀ノ害ヲ受ケタル場合ニハ其受クルノ大ナルノミナラス告訴ヲ爲スコトヲ得サル地位ニ在ル者又ハ後難ヲ恐レテ告訴ヲ爲スコトヲ欲セサル者尠ナカラス此等ノ點ヨリ考フレハ本罪ヲ親告罪ト爲ス規定ハ將來其利害ニ付キ更ニ研究スルコトヲ要スル立法問題タルヘシ

其三　陰私漏告罪

一　一定ノ身分職業ヲ有スル者其職業上委託ヲ受ケタル事ニ因リ知リ得ヘキ陰私ヲ漏告スルトキハ一方ニ於テハ同職ノ位置信用ヲ害シ一方ニ於テハ公衆ノ便益必要ヲ缺クニ至ル刑法第三六〇條ノ規定アル所以ナリ

刑法第三六〇條ノ罪ハ其陰私ヲ漏告セラレタル人ノ損害ハ固ヨリ之ヲ顧ミテ設ケタル規定ナリト雖モ他ノ一方ニ於テ法文ニ列擧シタル職業ノ性質モ亦之ヲ同等ニ斟酌シテ設ケタル規定ナリ今一例ヲ擧クレハ吾人ハ病氣ハ醫師ノ力ヲ假ルニ非ラレハ診察治療ヲ受クル能ハス而シテ醫師ハ診察又ハ治療ニ付キ他人ノ秘密ニ屬スル事項ヲ知ルコト尠ナカラス然ルニ妄リニ之ヲ漏告スルコトヲ得トスレハ診察又ハ治療ヲ請ハントスル者ハ之ヲ恐レテ診察治療ヲ受ケサルコトヽナリ病氣ノ爲メニ斃ルヽノ外ナカル可シ又一方ニ於テハ醫師ハ古來ヨリ仁術ヲ施スノ人ナリト唱ヘ來リタルニ却テ人ノ秘密ヲ發ク惡業者ト變ス可シ即チ個人ト職業トノ双方ノ利益ヲ保護スル爲メニ設ケラレタル規定ナリ此考案ニシテ誤ナシトスレハ直チニ一ノ重要ナル結果ヲ生ス可シ委託ヲ爲シタル者ノ承諾ナキ場合ハ勿論假令承諾アリタル場合ニ於テモ其陰私ハ他人ヲ漏告スルヲ得サルコト是ナリ

二　漏告トハ第三者ニ知ラシムルヲ謂フ其公衆ニ對シテ爲シタルト單ニ一人ニ對シテ爲シタルト否トヲ區別スルコトナシ

本罪ノ成立スルニ付テハ其職業上委託ヲ受ケタルコトヲ知得シタル秘密ナラサ

ル可カラス故ニ醫師カ診察ヲ依賴セラレタル病氣ノ病源病質ヲ知ルト同時ニ自ラ判斷シタル事實又ハ委託ヲ受クルト同時ニ本人ノ告ケタルカ爲メニ知得シタル秘密ヲ漏ス如キハ直接ニ此條ノ條件ヲ滿スモノナリ然レトモ若シ醫師カ職業ニ關セサル他ノ機會ニ於テ例ヘハ結婚ノ媒酌ヲ依賴セラレテ或人ノ血統ヲ知得シ同時ニ其秘ス可キ事情ヲ知得シタルトスルモ本條ニ所謂職業ノ委託云々ト云フコトヲ得ス

職業上人ノ秘密ヲ知得シタルハ偶然タルト研究ノ結果タルト依賴者ノ陳述ニ因ルトヲ區別セス又既ニ他人カ之ヲ知レルト否トヲ區別セス殊ニ職業ヲ止メタル後ニ於テ之ヲ漏告スルモ罪トナルト信ス但此最後ノ點ハ議論ノ分ルヽ所ナリ

第十三節　祖父母、父母ニ對スル罪（刑法三六二條―三六五條）

本節ノ犯罪ハ法文ヲ一讀シテ明ナレハ別ニ本文トシテ示ス可キモノナシ以下單ニ法文ニ付キ二三ノ説明ヲ爲ス可シ

第三六二條ニ所謂祖父母、父母若クハ子孫ト稱スルハ必シモ直系ノ親等ト云フ意義ニアラス即チ祖父母トハ高曾父母、外祖父母ヲ含ミ父母トハ繼父母、嫡母ヲ含ミ子孫トハ庶子、曾玄孫、外孫ヲ含ム養子其養家ニ於ケル親族ノ例ハ實子ニ同シ是レ單ニ總則第一五條ノ適用ナリ

刑法ノ規定スル親屬例ハ新民法ノ施行ト共ニ廢止セラレタルヤ否ヤニ付テハ學説ノ分ルヽ所ナレトモ余ノ信スル所ヲ以テスレハ今日ニ於テ尙其效力ヲ有スルモノトス

本條ノ罪ハ子孫カ其祖父母、父母ニ對スルト云フ關係即チ身分ニ因リテ刑ヲ加重セラレタルモノナリヤ將タ殺親罪ト云フ獨立ノ犯罪ヲ規定シタルモノナリヤ此區別ハ共犯ノ場合ニ於テ其實益アル、即チ若シ法律ノ趣旨カ前者ニ在リトスレハ此身分ナキ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ハ刑ヲ加重セラルヽコト無シ之ニ反シテ後者ニ在リトスレハ普通ノ共犯トシテ其責任ヲ論セラルヽコトヽ爲ルナリ而シテ刑法起草者ノ意見モ從來多數學者ノ論スル所モ前説ニ非スシテ後説ナリ余モ亦殺親罪ナリト云フヲ可ナリト信ス

本條ニハ「謀殺、故殺云々死刑ニ處ス」トアレトモ人ヲ謀殺スル時ハ加害者ニ子孫タル身分ナキ場合ト雖モ死刑ニ處ス之ヲ再ヒ本條ニ規定スルハ甚タシキ實益アルヲ見ス然レ𪜈已ニ此明文アル以上ハ子孫、其祖父母、父母ヲ謀殺シタル時ハ第二百九十二條ト本條トヲ適用シテ死刑ニ處セサル可カラス蓋シ第二九二條ニ謀殺ノ

條件ヲ掲ケ本條ニ於テ子孫ニ對シ殺親罪トシテ特別處分ヲ掲ケタルモノナレハ故殺ニ付テモ亦同シ第二九四條ニ條件ヲ掲ケ本條ニ於テ殺親罪タル處分ヲ認メタリ第三六三條ニ毆打創傷ノ罪ト云ヘルハ尚第三編第一章第二節ノ罪ト云ヘルカ如シ健康ヲ害ス可キ物品ヲ施用シテ疾苦セシメタル場合ヲ含ムヤ論ヲ俟タス癈疾篤疾又ハ死ニ致シタル場合ノ處分ハ常人ニ對スル刑ニ三等ヲ加ヘタルモノト等シ之ヲ三等ヲ加フト記載セサリシハ總則第六六條但書及ヒ第七〇條二項ノ制限アリテ此ノ如ク記載スルトキハ加重ノ實ヲ擧クル能ハサレハナリ誹毀ノ罪ト云ヘル中ニハ固ヨリ陰私漏告ヲ包含ス之ヲ區別スルハ學術上ノ便宜ニ過キスシテ法律ハ之ヲ合シテ誹毀ノ罪ト名クルコト第一二節ノ題名及ヒ第三六一條ノ規定ニ依テ明ナリ

以上略述スル如ク第三六三條ニ謀故殺及ヒ自殺ニ關スル罪、第三六三條ニ毆打創傷罪、私擅監禁罪、脅迫罪、遺棄罪、誣告罪、誹毀罪ニ對スル加重ノ特別處分ヲ掲ケ身體ニ對スル犯罪中其重ナルモノヲ網羅シタリト雖モ尚之ニ漏レタル罪アリ之ニ漏レタル罪ニ付テハ總テ常人ノ刑ニ照サヽル可カラス今其大樣ヲ擧クレハ

(一)第四節ノ過失殺傷ノ罪(二)第六節ノ私擅逮捕(三)第八節ノ墮胎ノ罪(四)第四編第四二五條第九毆打シテ創傷疾病ニ至ラサル罪其他第四二六條第十二ノ罪等ニシテ立法上ノ當否ヲ言ヘハ確ニ不論理ナリト云ハサル可カラス

第三六五條ハ缺點多キ法文ニシテ其但書ハ總則ノ規定ト重複セリ本條ニ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ト云ヘルハ猶第三編第一章第三節ノ規定ト云ヘルニ等シ故ニ祖父母、父母ニ對スル罪ト雖モ總則ノ無責任行爲、年齡ニ基ク宥恕減輕、自首減輕、酌量ノ規定ヲ適用スルヲ妨ケス又特別ノ不論罪ト云ヘル中ニハ第三一四條ヲ含ムカ換言スレハ子孫ハ祖父母、父母ノ不正ノ攻擊ニ對シテ正當防衛權ナキカ正當防衛ノ性質上之ヲ子孫ニモ與ヘサレハ甚タ不都合ナリト雖モ本條單ニ特別ノ不論罪トノミ云ヘルカ故ニ其解釋トシテハ第三一四條ヲ含ムモノトスヘク隨テ防衛權ナシトセサルヲ得サル可シ

第三六四條ハ子孫カ必要ナル奉養ヲ缺ク罪ヲ規定シタルモノニシテ祖父母父母ニ對スル特別罪ナリ本條ニ必要ナル奉養トハ生活ニ缺ク可カラサル衣食其他ノ手當ヲ供給スルヲ謂フナリ刑法ニ於テモ民法ニ於ケルカ如ク必要ノモノト有用ノモノト奢侈ニ涉ルモノトヲ區別セサル可カラス本條ノ罰スル所ハ止タ必要ナル奉養ヲ缺キタル場合ニ在ルヲ以テ飢エタルニ食ヲ供セス凍ヘタルニ衣ヲ給セ

ス疾病創傷ニ際シテ醫療湯藥ヲ薦メサルノ類ハ罪ト爲ル可キモ子孫カ富豪タリ貴顯ナルニ拘ハラス之ニ相應セサル衣食其他ノ手當ヲ供給スルハ罪ト爲ラス即チ有用若クハ專ラ奢侈ニ渉ル可キ養育ヲ缺クノ類ハ之ヲ罪トスルノ精神ニ非サルナリ而シテ其一定ノ場合ニ果シテ衣食カ必要ナリシカ醫療カ必要ナリシカ食醫療カ必要ナリシカノ問題ノ如キハ純然タル事實論ナリ尙本條ノ罪ト雖モ總則ノ適用トシテ故意ニ出テサル場合ハ成立セス故ニ赤貧洗フカ如キ事情ノ爲メ已ムコトヲ得ス必要ナル奉養ヲ缺クニ至レル類ハ之ヲ欲シテ故ラニ消極的行爲ヲ實施シタル有意ノモノニ非サルヲ以テ無罪タルヤ勿論ナリ

第二章　財産ニ對スル罪

財産ニ對スル罪ハ之カ手段ニ僞計ヲ用フルモノト暴力ヲ用フルモノトノ二種アリ僞計ヲ用フル場合ハ詐欺取財ノ如キヲ其適例トス但シ竊盜ノ如キモ最モ廣義ニ於テハ僞計ヲ用フル場合ノ一例ナリト云フコトヲ得ヘシ又暴力ヲ用フル場合ハ强盜乃至器物ヲ毀棄スルノ罪ノ如キヲ其適例トス次ニ目的タル財物ノ所持ノ關係ヨリ論スレハ犯人ノ所持セル他人ノ財物ノ上ニ成立スル場合例ヘハ依託物費消ノ如キモノ又犯人ノ所持セサル他人ノ財物ノ上ニ成立スル場合例ヘハ竊盜

强盜ノ如キモノ又人ノ所持ヲ離レタル他人ノ財物ノ上ニ成立スル場合例ヘハ遺失物拾得ノ如キモノ等三種アリ

第一節　竊盜ノ罪

第一款　要素通則

一　物體……本罪ノ通則タル刑法三六六條ニハ單ニ人ノ所有物ト規定スト雖モ行爲ノ點ニ於テ竊取即チ他人ノ所持ヨリ己レノ所持ニ移スコトヲ要素トシタル結果其物體ニ左ノ制限アリ

(1)有體物ナラサル可カラス故ニ瓦斯又ハ水カ本罪ノ物體トナルコトヲ得ルハ勿論ナリ電氣ハ之ヲ物トスル說ト力ニシテ物ニアラストスル說トアリ無體物タル權利ハ本罪ノ成ルコト能ハス但權利ヲ記載シタル證書ハ此限ニ在ラス

竊盜ノ目的物體カ有體物ナラサル可カラスト云ヘル有體物ノ意味ハ民法第八五條ニ基クモノニ非スシテ竊取ト云フ行爲自身カ物ヲ現實ニ握取シテ他人ノ所持ヨリ自己ノ所持ニ移スヲ謂フニ基キタルモノナリ而シテ其結論ヨリスレハ同一ナレトモ民法ノ規定ヨリ生スト云ヘルト竊取ト云フ行爲ノ性質ヨリ來ルト論スルトハ他ノ問題ニ於テ其結果ヲ異ニスルモノアリ例ヘハ民法ニ於テハ物ハ必シ

モ動產物タルコトヲ要セスト雖モ竊盜ノ場合ハ事實上動カシ得ヘキモノナラサル可カサルカ如シ

刑法上有體物ノミ何ソヤト云フニ此問題ハ偶々民法ノ論ト同一ニ決スルコトヲ要スルモノナリ種々ノ學說アリト雖モ一定ノ空間ヲ充タシ且量定(Nagleare.)スルコトヲ得ヘキモノナラサル可カラスト信ス若シ此觀念ヲ正當トスレハ瓦斯、水ノ如キ有體物タルハ言ヲ俟タスト雖モ空間ヲ充タサス唯働アルノミニシテ物質ヲ量定シ能ハサル電氣ノ如キハ物ニ非スト云フ說ヲ正シトス

無體物タル權利云々……茲ニ貸金證書ヲ竊取シタル者アリト假定センニ此場合ハ債權ヲ竊取シタルモノナリヤ證書ヲ竊取シタルモノナリヤト云フニ債權ハ無體物ナルカ故ニ現實ノ握取ヲ爲スコトヲ得ス隨テ竊取ト云フ行爲ニ因リ他人ノ所持ヨリ自己ノ所持ニ移轉スルコトヲ得サルモノナリ故ニ本問ノ場合ハ書類ニ對スル竊盜而モ相當ノ價額ヲ有スル書類ニ對スル竊盜ト看做サヽル可カラス其結果トシテ若シ贓額カ問題ト爲レル場合ニハ其證書ニ記載シタル價額ニ依ラスシテ裁判官ノ評定ニ任セサル可カラス

(2)己レノ所持ニ移スコトヲ得ル物ナラサル可カラス民法上ノ動產不動產ノ區別ニ關係ナシ土地家屋ト雖モ發掘破壞シテ之ヲ己レノ所持ニ移スコトヲ得日月星辰ハ人間ノ力ニ及ハス

竊盜罪ノ目的物體ヲ論スルニ當リ單ニ動產タルコトヲ要スト述フルトキハ或ハ誤解ヲ來シテ民法ノ不動產ト名クル物ノ上ニハ竊盜罪ハ成立セサルカ如ク解スル者ナキニ非スト雖モ此條件ノ意味ハ他人ノ所持ヨリ移シテ自己ノ所持ニ入ルヽコトヲ得ル物ハ竊盜ノ目的物體トナルト云フニ過キスシテ名稱ノ如何ハ之ヲ問フ所ニ非サルナリ

(3)人間ハ之ヲ物ト看做ス規則アルニ非サレハ本罪ノ物體ト爲ルコト能ハス身體ヲ毀損セスシテ分離スルコトヲ得ル加工物(例義足、入毛、義齒、義眼)ハ別問題ナリ

右ハ別ニ說明スルノ要ナシ

(4)交換價額ヲ有セサル可カラサルヤ否ヤハ議論岐ル Bar, Finger, John, Maschke. 諸氏ハ積極論ナリ Geberney, Janka, Meyer, Frank, Uhlmann, Lirth, Niszt. 諸氏ハ消極論ナリ

民法刑法ヲ初メトシテ國法上ノ論ハ極端ナル哲學論若クハ數學論ヲ以テ一貫セシムルコトヲ得スト絲ノ毛髮若クハ一葉ノ紙片ト雖モ嚴確ニ云ヘハ固ヨリ幾分ノ交換價額ハ之ヲ有スト云ハサル可カラス然レトモ其國貨幣ノ最低額以下ニ位

スル場合ニ在リテハ交換價額ナキモノト論スルヲ妨ケス而モ此等ノモノト雖モ歴史上ノ關係若クハ所持者ノ事情ニ因リ感情上貴重ナリトスル場合是レ無シト云フヲ得ス而シテ法律ハ必シモ價額ヲ保護スルモノニ非スシテ所持及ヒ其他ノ權利ヲ保護スルモノナルカ故ニ此ノ如キモノニ對シテモ竊盜罪ハ成立スト云ハサル可カラス而シテ茲ニ歴史上ノ關係ヨリ所持者ノ貴重スルモノトハ例ヘハ名・聲宇内ニ赫々タリシ英雄豪傑ノ遺髪ヲ藏スル場合ノ如キモノニシテ所持者ノ事情ニ因リ感情上貴重スルモノトス例ヘハ戰死者若クハ旅行中死亡シタル者ノ遺髪ヲ紀念物トシテ贈ラレタルヲ遺族ヲ有スル場合ノ如キモノナリ

二　以上ノ條件ヲ具ヘタル物ハ現ニ他人ノ所持内ニ存スルトキニ限リ竊取スルコトヲ得故ニ

(1)無主物(Res nullius.)ニ對シテハ竊盜罪ナシ(1)大氣海水ハ無主物ナリ(2)魚類ハ天然ノ河海ニ在ルハ無主物ニシテ加工私有ノ池沼ニ在ルハ無主物ニ非ス(刑法三七二條)(3)禽獸蟲魚ノ網罔ニ罹レルハ既ニ他人ノ先占シタルモノナリ

(2)遺棄物(Res derelicta.)ハ所有權ヲ拋棄スル意思ヲ以テ所持ヲ拋棄シタルモノナリ故ニ本罪ノ物體トナルコト能ハス遺棄物ト誤信シテ拾得スルハ犯罪事實ノ錯誤ニ基ク無罪ノ行爲ナリ

(3)遺失物ハ既ニ他人ノ所持ヲ離レタルモノナリ自己ノ家屋内ニ於テ所在不明ナル物ハ仍ホ其所持ヲ離レタルニ非ス

(4)墓所ニ殘留セシムル物件ハ場合ニ依リ或ハ遺棄物タリ或ハ相續人ノ所有物タリ或ハ寺院ノ所有物タル可ク其物ノ性質ニ因リテ議論ヲ異ニスルモノナリ

(5)死屍遺骨ハ解剖陳列其他ノ目的ニ因リ既ニ他人ノ所持ニ入レルモノニ付テハ議論ナシ其墓所ニ在ル間ハ多少ノ議論アリト雖モ積極ニ解スルヲ可トス

墓所ニ在ル間云々……墓所ニ在ル間ノ遺骸ノ權利關係ハ民法刑法ニ於テ最モ議論ノ分ルヽ所ナリ多數ノ學者ハ公益上私權ノ物體ト爲スコトヲ得サル物ナリト論セリ然レトモ余ハ公益ノ爲メ極メテ多クノ制限ヲ受クルト雖モ私權ノ物體ト爲リ得ルコトハ他ノ物ト毫モ異ナル所ナキヲ信セントス彼ノ「ダイナマイト」ノ如キハ危險ト云フ關係ヨリ極メテ多クノ制限ノ下ニ於テ私權ノ物體ト爲ルコトヲ得ヘキモノヽ一ナリ

右ニ付キ參考トシテ一實例ヲ擧ケンニ嘗テ八王子ノ蕎麥屋ノ雇人某カ其身ニ文身アリシノ故ヲ以テ外國人ヨリ若干金ヲ得テ死後死屍ノ皮ヲ與フ可キコトヲ約

セリ此契約ハ果シテ有效ナリヤ否ヤト云フニ余ノ信スル所ニ依レハ別段公ノ秩序ニ反スルモノト認ムルコトヲ得サルカ故ニ有效ナリト信ス又藥種店ニ賣品トシテ人頭骨存スルコトアレトモ其出所ニ付テ考フルニ苟モ其初メ不正行爲ニ因リテ人ノ占有シタル物ニ非サルヨリハ賣買讓與等ノ正權原ニ因リテ獲得シタル物ト云フ可ク隨テ此等ノ物ノ處分ノ法律上有效ナルヲ推測スルコトヲ得ヘシ

(6)相續人不分明ナル遺產ハ法人ナリ(民法一〇五條)然レトモ此場合ノ法人ハ即チ財產財產ハ則チ法人ナルヲ以テ管理人ノ定アルマテハ所持者ナシ、行路死亡人ノ遺留物亦同シ? (Frank 242 VII 參照)

相續人ノ不分明ナル遺產ノ生スル場合ハ例ヘハ地方ニ於テ往々目擊スル彼ノ山番ノ如キ者カ山中ニテ死亡シタル其親屬ヲ知ルコトヲ得サリシ場合ノ如キハ最モ適例ナル可シ

三　如何ナル條件ノ下ニ他人ノ所持スル物タルコトヲ必要トスルカ

(1)竊取者所有權ヲ有セス被竊取者自身又ハ第三者ニ所有權アル爲メ所持スル物ニ付テハ議論ナシ

(2)竊取者所有權ヲ有スルモ被竊取者亦所有權ヲ有スル爲メ(共有物)所持スル物亦同シ共有物ノ竊取ニ付キ實際ニ最モ起ル例ハ共有山林ノ盜伐ナリ共有山林ト雖モ其所持カ自己ニ存スル場合ニ於テモ或ハ受託物ノ費消ト爲ルコトアル可シト雖モ他人カ所持スル場合ニ於テ之ヲ自己ノ所持ニ移ストキハ竊盜ト爲ルニ付キ異論ナキ所ナリ

(3)竊取者所有權ヲ有シ被竊取者動產質權ヲ有スル爲メ所持スル物ニ付テハ明文アリ、(刑法三一七條)官署ノ命令ニ因リ他人ノ看守スル自己ノ所有物亦同シ

動產質權ヲ有スル爲メ所持スル物トハ質物ノ謂ナリ而シテ法文ニ交付ナルコトヲ明言シタルハ舊民法ニハ動產抵當ナルモノアリテ物ノ引渡ヲ爲サヽル典物ノ例アリタルカ爲メ疑ヲ避ケントシテ此ノ如キ規定ヲ爲シ典物トハ他人ニ物ノ移轉セルコトヲ要スル旨ヲ明ニシタルモノナリ

(4)質權以外ノ物權ニ依リ他人ノ所持スル自己ノ所有物ニ對シ竊盜罪成立スルコトヲ得ルカ刑法三六六條、三七一條ノ結果殆ト消極ノ解釋論ニ一致ス然レトモ理論ト編纂ノ沿革トニ付テ熟考スルトキハ十分積極論ヲ主張シ得ルニ似タリ(例、留置權、獨逸刑法二八九條)

第三六六條ニハ人ノ所有物云々ト云フ明文アリ他人カ所有權ヲ有スル物ニ對セ

サレハ竊盗罪成立セサルヲ原則トス故ニ竊取者自身カ所有權ヲ有スル物ニ付キ竊盗罪ノ成立ス可キハ例外ナリト云ハサル可カラス即チ第三七一條ニ特別ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ而シテ此特別規定カ獨リ質權ノミニ關スルヲ以テ質權以外ノ物權ニ因リテ他人ノ所持スル自己ノ所有物上ニハ竊盗罪成立セストノ論ヲ普通ナリトス今之ヲ駁スルコト左ノ如シ

第一　刑法ノ所有若クハ所有物ナル語ハ必シモ所有權又ハ所有權物ト云フヲ得スシテ寧ロ單純ナル所持ノ意味ニ解スルコトヲ要ス

第二　此文字ノ基礎ト視ル可キ草案ノ説明ニ依レハ必シモ所有權物ニ限ラサルコトヽ爲リ居レリ

第三　質權ニ因リテ他人カ所持スル自己ノ所有物上ニ竊盗罪成立ストセハ同シク物權タル留置權ニ因リテ他人ノ所持スル自己ノ所有物ニ對シ何故ニ竊盗罪成立セサルカ質權又ハ留置權ヲ比較スレハ或ハ其價額相違スルコトアル可キモ物權タルノ性質ニ於テハ何等ノ差異ナキニ拘ハラス其間ニ竊盗罪ノ成立スルモノト成立セサルモノトヲ區別セント欲スル如キハ道理上許スコトヲ得ス

ト信ス反對論即チ普通ニ行ハルヽ論ヨリ云ヘハ自己ノ典物ヲ竊取シタル者ハ處罰セラレ强取シタル者ハ無罪ト爲ルノ結果ヲ見ル可シ蓋シ論者ノ如ク文字ニ拘泥シタル解釋ヲ採レハ强盗罪ノ場合ニハ典物云々ノ規定ナケレハナリ

四　行爲……竊取トハ物ノ他人ノ所持ヲ離シ自己ノ所持ニ移スヲ謂フ（Addrehentio-nstheorie.）

故ニ

(2)單ニ目的物ニ手ヲ觸レタルノミ（Kontrektati-onstheorie.）ヲ以テ足レリトセス又犯所ヨリ持去リタルコト（Ablation-stheorie.）又ハ全ク安全ナル個處ニ移シタルコト（Illation-theorie.）ヲ必要トセス要ハ止タ

(2)他人ノ所持ヲ離シタルノミナラス(例、生洲ノ口ヲ開ク)己レノ所持ニ移シタル(例、生洲ヲ出テタル魚ヲ捕フ)ヲ要スト云フニ在リ

若シ竊取行爲カ他人ノ所持ヲ侵スニ初マリ己レニ物ノ所持ヲ移スニ終ルトスレハ苟モ竊取ト云フ行爲アリタル場合ハ他人ノ所持ヲ離スコト及ヒ自己ニ其所持ヲ取得スト云フ二個ノ條件ナカル可カラス然レトモ總テノ場合ヲ比較スルニ左ノ如キ二樣ノ區別存在セリ

第一　ハ他人ノ所持ヲ離シタル瞬間カ事實上自己ノ所持ニ移ル場合ニシテ例ヘハ掬摸カ他人ノ懷中ヲ探リテ財囊ヲ拔去リタルトキハ其懷中ヲ離レタル瞬間

ハ即チ犯人カ所持ヲ得タルトキニシテ時期ノ問題ヨリスレハ此場合ニハ被害者ノ所持ノ喪失ト加害者ノ所持ノ獲得トカ同一時ニ存在スルモノト云フ可シ

第二　ハ他人ノ所持ヲ離スト云フコト、犯人カ所持ヲ取得スル事實トハ遙ニ距リテ明ニ二個ノ事實カ獨立ノ狀態ノ下ニ現ハル、場合アリ例ヘハ人ノ飼養スル鳥若クハ魚又歐洲ニ於テ屢々存スル例ヨリ言ヘハ蜜蜂等ヲ其常ニ生活スル場所ヨリ追出シテ後更ニ自己カ之ヲ捕獲スル場合ノ如シ此等ハ被害者ノ所持ノ喪失ト加害者ノ所持ノ取得トカ全ク獨立ノ狀況ノ下ニ現ハルヽモノナリ

竊取ノ行爲ハ前二種ノ場合ニ通シテ他人ノ所持ヲ侵害スルニ初マリ犯人自身ニ之ヲ取得スルニ終ルモノナリ

五　物ノ所有者又ハ所持者之ヲ持去ルコトヲ認許シタルトキハ固ヨリ竊盜罪ナシ竊取ハ自儘（Eigenmachtigket）（Albitraroto）ノ意ヲ含ム然レトモ暴行脅迫欺罔恐喝等特ニ法律ノ指示シタル方法ヲ用ヒサル總テノ場合ニ該當シ被害者又ハ其他ノ者ノ知ラサル間（Heimlich）（ohkent clandestinite）タルヲ必要トセス

竊盜強盜詐欺取財等ノ取ナル語ハ所持ノ取得ノ意味ナリ唯所持ヲ取得スルニ付テノ方法如何ニ因リ或ハ強取或ハ騙取ト云フナリ而シテ竊取ト云フ場合ハ之ヲ解シテ被害者ノ知ラサル間又ハ他人ノ心付カサル間ニ取得スル意味ナリト解シタル例アリト雖モ今日ノ法理ヨリ論スレハ單ニ消極的ノ意味ヲ有シ暴行脅迫欺罔等ノ特別ノ手段ナキ場合ト解セサル可カラス其結果トシテ被害者ノ目前ニ於テ其人ノ明ニ知ル場合ト雖モ此等ノ手段ヲ用ヒスシテ所持ヲ取得スレハ窃取ナリト云ハサル可カラス

六　故意……他人ノ物タルコトヲ知ラサルトキ、窃取スル決意ナキトキ故意欠闕シテ窃盜罪ノ成立セサルハ論ナシ己ヲ富マス目的（Animus lucri faciendi）アルヲ必要トセサルコトハ亦明ナリ

羅馬法及ヒ其後ニ於ケル刑法上ノ議論ニ窃盜罪ハ他人ノ財産ヲ侵シテ自己ヲ富マスヲ其特色トスル罪ナリト解釋シタル例アリ而シテ現今ハ又窃盜ノ物體トナルコトヲ得ル物カ交換價額ヲ有スルコトヲ要スルヤ否ヤト云フ點ニ付キ議論ノ分ル、所ナリ若シ之ヲ必要ナリトスレハ意思ノ問題ニ付テモ之ト相應シテ交換價額ヲ有スル物ヲ窃取スルノ意思ヲ要スト論セサル可カラス之ニ反シテ前ニモ述フル如ク交換價額アルコトヲ要セストノ論ヲ採レハ意思ノ問題ニ於テモ別ニ自己ヲ富マスノ目的ニ出テタルコトヲ必要トセスト云ハサル可カラス余ハ後説

ニ賛成スルモノナリ今一例ヲ擧クレハ或ル寡婦カ夫ノ紀念トシテ所持スル遺髪ヲ他人カ復讐ノ爲メニ窃取シタルトスレハ其遺髪ハ毫厘ノ交換價額ナシト雖モ窃盗罪タルコトヲ妨ケサルモノナリ

(1)單ニ一時使用シテ後ニ返還スル意ニ出ツル場合ハ如何現行法ハ使用權ノ窃盗(Furtum usus)ヲ認メスト解スルヲ正トス(例、無斷ニ主人ノ衣服ヲ着テ散歩ス然レトモ所持ト云フ事實ハ時間ノ觀念ヲ離レテ論スルコトヲ得ス若シ時間ノ繼續スル所如何ニ因リ或ハ所持トナリ或ハ所持トナラストスレハ是レ結局程度ノ問題ニ歸スルカ故ニ裁判官ハ事情ニ照シテ相當ノ認定ヲ下スノ外ナシ今熟睡シタル友人ノ時計ヲ無斷ニ取出シテ時ヲ觀タル後再ヒ元ノ位置ニ復シタリト假定センニ此ノ如キハ極メテ少時間ノ握持アリシニ相違ナシト雖モ常識ヨリ論スルモ國法ノ精神ヨリ論スルモ所持ヲ奪ヘリト云フコトヲ得サル可シ故ニ僅少ナル時間所持使用等ヲ奪フカ如キハ尚窃盗ヲ以テ論ス可キモノニ非サルナリ

(2)質物ト爲ス目的ニ出テタルトキハ單ニ(Furtum usus)ナリト云フコトヲ得ス獨逸ニ於テハ法文ニ不法ニ領得スル目的ヲ以テ云々ノ制限アルヲ以テ種々ノ議論アリト雖モ此ノ如キ制限ヲ附セサル我刑法ノ解釋トシテハ一般ニ本罪ト認ム可シ?

(3)破棄スル目的ニ出テタルトキハ如何又法文ニ何等ノ制限ナキヲ以テ事後ノ處分ニ關スル目的如何ハ之ヲ問ハスト解ス可シ

假令窃取シタル後ニ於テ物ヲ破壞スル目的ヲ有セリトスルモ此ノ如キハ賍物ノ處分ノ問題ニシテ原則トシテハ賣却スル目的ニ出ツルモ贈與スル目的ニ出ツルモ又破壞スル目的ニ出ツルモ皆窃盗ナリト云ハサル可カラス唯一注意ヲ要ス可キハ所持ヲ繼續シタル時間ノ長短ノ問題ナリ若シ直チニ破壞スル意思ナリシトスレハ精神解釋上物ノ毀棄罪ヲ以テ論ス可キモノトス之ニ反シテ相當ノ時間所持ヲ繼續シタル上ニ於テ破壞スル意思ナリシトスレハ窃盗罪タルヲ妨ケス例ヘハ他人ノ秘藏スル陶器ヲ或理由ニ因リテ破壞セント企圖シタル者カ之ヲ其被害者ノ室ニ於テ破壞シタル場合ニテモ或ハ門外ニ持出シテ破壞シタル場合ニテモ共ニ器物毀棄罪タリト雖モ若シ之ヲ自己ノ家ニ持歸リテ數日若クハ數月間使用シタル後破壞スルト云フ意思ナリトスレハ此等ハ寧ロ窃盗ナリト云ハサル可カラス

第二款　種類

現行刑法ノ第三六六條ニ窃盗ノ通則ヲ掲ケ二ヶ月以上四年以下ト云フ極メテ狹

キ範圍ノ刑ヲ定メタリ此ノ如キ狹キ範圍ノ刑ヲ原則トシテ掲クレハ種々ノ事情ト比較シテ其ノ處分ノ輕キニ失スト認ム可キ場合ト重キニ失スト認ム可キ場合トヲ生ス可シ是ニ於テ乎立法者ハ更ニ第三六七條乃至第三七七條ノ十一條及ヒ屋外窃盗ニ關スル特別法等ヲ設ケテ種々ノ區別ヲ爲シ處分ノ輕重ヲ分テリ然レトモ獨リ窃盗罪ノミニ限ラス凡ソ犯罪ノ情狀ト云フコトハ其種類極メテ夥多ナルモノニシテ容易ニ列擧スルコトヲ得ス換言スレハ法律カ情狀ヲ認定スルト云フコトハ極メテ策ノ得タルモノニ非ス現ニ立法者ハ第三六七條乃至第三七〇條ニ至ル四種ノ場合ハ重キ窃盗ナリトシテ之ヲ列擧スト雖モ余ヲシテ之ヲ觀察セシムレハ此以外ニモ尚情ノ重キ場合アリ例ヘハ抗拒スルコトヲ得サル狀況ニ在ル被害者ノ所有物ヲ窃取スルカ如シ之ヲ要スルニ窃盗ニ關スル多クノ種類ヲ列擧シタルハ極メテ杜撰ナル立法例ナリト謂フ可ク此點ニ付テハ改正案第二七二條ノ如ク規定スルヲ以テ得策ナリトセサル可カラス

一　刑法三六七條……刑ヲ重クシタルハ被害者自ラ財産ヲ顧慮スル暇ナキヲ斟酌シタルモノナリ其他ノ變ト稱スルハ戰爭、百姓一揆、暴風雨、汽車ノ轉覆、難破船等水火震災ニ比ス可キ事變ヲ謂フ婚禮葬式ノ類ノ混雜ヲ含マス

二　刑法三八六條　本條ハ特別ノ手段方法ヲ採ルニアラサレハ輙ク人ノ侵入開披スル克ハサル設備ヲ保護シ傍ラ之ニ届セサル犯人ノ盗心ノ强固ナルヲ斟酌シテ刑ヲ重クシタルモノトナルカ故ニ

(1)原狀ノ儘往復シ得ル竹籬ノ間ヨリ侵入シ又ハ開放サレタル門ヨリ侵入シ若クハ鎖鑰ヲ施サヽル門戸ヲ押開キ侵入スルモ之ニ本條ヲ擬スルコト能ハス

(2)但上ヨリ乘越ユルト下ヨリ潛入スルトハ共ニ踰越ナリ上ニ示ス如キ狀況アル門戸牆壁ト雖モ之ヲ踰越損壞シタルトキハ本條ノ範圍ニ屬ス公道ニ直接スル窓ノ内ヘ踰入リタル場合亦同シ引窓又ハ掃除口ヨリ侵入シタル場合ニ付テハ議論アリ

第三六八條ノ門戸牆壁トハ此四文字ニ因リテ組成セラレタル一個ノ熟語ニシテ外圍ト云フ意味ナリ此語タルヤ支邦刑法ニ存スル所ニシテ佛蘭西刑法ノ踰越盗ト名クル場合ノ飜譯ニ適當セシムルノ趣旨ヲ以テ使用シタモノニシテ外圍ノ中ニハ殊ニ門戸牆壁ト名クルモノヲ制限シテ列擧スル精神ニ非ス單ニ外圍ト云フ意味ナリト云ハサル可カラス然ラハ外圍トハ何ソヤ

普通吾人ノ取ル所ノ方法ヲ以テ往復スルコトヲ得サル障碍物ハ外圍ナリ故ニ堤

防ヲ築キタリトスルモ普通吾人ノ取ル處ノ方法即チ歩行ト云フ程度ニヨリテ踰ユルコトヲ得レハ之ヲ外圍ト云フコトヲ得ス特ニ攀チテ踰ヘ若クハ飛ヒ踰ユルト云フ如キ普通ノ歩行以外ノ方法ヲ必要ナリトスレハ是レ外圍ト云フコトヲ得ヘシ

玆ニ諭越盗ト稱スルハ門戸牆壁ノ踰越又ハ鎖鑰ノ開放若クハ此等ノ物ノ毀損ヲ手段トシテ邸宅内ニ侵入シタルコトヲ要ス故ニ例ヘハ他人カ所持スル鞄中ノ財物ヲ竊取セントシテ錠ヲ破壞シタル場合ノ如キヲ含マス

三　刑法三六九條　二人ノ内一人身分ニ因リ訴追スルコト能ハサル者アルモ妨ナシ幼者ニ就テハ辨別ノ有無ニ由リテ之ヲ一人ニ數フルト否トヲ分ツヘシ

本條刑一等ヲ加重シタルハ加害者ニ於テ罪ヲ犯シ易ク被害者ニ於テ避ケ難キヲ以テノ故ナリ而シテ「二人以上共ニ前三條ノ罪ヲ犯シタル者」トハ二人以上時ヲ同フシテ同一被害者ノ財物ヲ竊取シタルコト及ヒ二人以上ノ間ニ通謀アリタルコトヲ謂フモノナリ

四　刑法三七〇條　兇器ニ性質上ノモノアリ用法上ノモノアリ

(1)性質上ノ兇器トハ人ヲ死傷スル爲メニ製造サレタル器具ヲ謂フ絞臺ノ如キ建造物ハ勿論棍棒「ナイフ」ノ類ヲ含マス但「メリケンボックス」ヲ含ム(2)用法上ノ兇器トハ人ヲ死傷スル爲メ人力ヲ以テ機械的ニ(化學的ニ對立ス)使用スルコトヲ得ル一切ノ物品ヲ謂フ故ニ其ノ目的如何ニ因リテ(例ハ目ヲ瞎ス爲ナラハ)一本ノ箸モ兇器タリ(Frank § 221 II)持兇器竊盗ニ付テハ二個ノ問題ヲ生ス

(1)性質上ノ兇器ノミヲ含ムカ消極說(Berner, Merkel, Olshausen, Schutze, Meyer, Frank)積極的(Geyer, Anischner, liszt)

(2)臨時使用スルコトアルヘキ故意ヲ以テ携帶シタルコトヲ必要トスルカ消極說(Olshausen, Liszt Halschner, Oppenheim. 刑法論)積極說(Buri Binding, Meyer Adolphe et helie II 163)

本條ニ於テ持兇器ナル狀態ヲ重罰スル所以ノモノハ臨時其兇器ヲ使用スルト云フ危險アルカ爲メナリ而シテ兇器ヲ携帶スルハ故ラニ盗罪ニ際シテ携ヘタルヲ要スルカ或ハ然ラサルカ余ハ現行刑法ノ精神トシテハ後者ニ在リト信ス

五　屋外窃盗　家屋建造物ト明言シタルカ故ニ邸内ト云フニ比シ其範圍一層狹隘ナリ(1)停車場内ハ建造物内タル可シ列車内ハ屋内ニアラス(2)全身又ハ半身屋外ニ在リ手又ハ竿ノ類ヲ屋内ノ物品ヲ窃取スルハ屋外窃盗ナリ

屋外窃盗罪モ立法論トスレハ區裁判所ノ管轄ニ屬ス可キモノト爲スノ趣旨ナレトモ固ト屋外屋内ト云フノ點ハ甚タ不明瞭ナルカ故ニ宜シク改メテ裁判刑期ヲ

定メテ之カ標準トシ其何レノ裁判所管轄ニ屬ス可キカヲ決定セシムルヲ可トス例ヘハ二ケ月以下ハ區裁判所其以上ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬ストスルカ如シ若シ然ラサレハ裁判事務ヲ複雜ナラシムルノ感アリ

第二節　强盜ノ罪（刑法第三七八條―第三六四條）

其一　通則

一　物體　ハ窃盜ニ付テ述ヘタル所ニ同シク質物ト爲シタル自己ノ所有物ニ對シ强窃罪成立スルカ（積極）

强盜罪ハ盜罪ノ一種ニシテ他人ノ所持ニ在ル有體物ヲ自己ノ所持ニ移スト云フ點ハ窃盜ノ場合ト敢テ異ナル所ナシ唯手段カ暴行又ハ脅迫ナル點ニ於テ彼此ノ區別ヲ爲スモノナルカ故ニ物體ニ關スル問題ノ如キハ窃盜罪ニ付テ論シタル所ハ之ヲ强盜罪ニ適用スルコトヲ要ス但物體ノ問題ニ關シ法文ノ比較上左ニ掲クル一二ノ點ヲ注意セサル可カラス

第一　窃盜罪ニ付テハ第三六六條ニ人ノ所有物ト云ヒ强盜罪ニ付テハ第三七八條ニ財物ト云ヘリ各其ノ語ヲ異ニスルカ故ニ意味ニ於テモ異ナル所アルカ如シト雖モ余ハ全ク同一ノ内容ヲ有スル語ナリト信ス現ニ窃盜ニ關スル第三七七條ニ於テ財物ナル語アルヲ見テモ斯ク解スルノ誤ナキヲ信スルニ足ル可シ

第二　質物ト爲シタル自己ノ動產物ニ對シ强盜罪成立スルヤト云フ問題ニ付テハ議論ノ存スル所ナリ窃盜罪ニ付テハ第三七一條ニ罪ト爲ルコトヲ明言シ强盜罪ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ全然無罪ノ說ヲ主張スル者ナキニ非スト雖モ曩ニ述ヘタルカ如ク第三七一條ノ上半ハ注意的規定ニシテ物權ニ因リ他人ノ所持スル物ニ付テハ其所有者自身モ盜罪ヲ犯スコトヲ得ルモノトスレハ本問ノ如キ自己ノ質物ニ對スル强盜罪ハ成立スト云ハサル可カラス

二　行爲　モ亦窃盜ト同シク他人ノ所持スル物ヲ己レノ所持ニ移スヲ謂フ故ニ此無形ノ俱發アル可カラス獨リ彼ト異ナルハ暴行脅迫ヲ以テ其ノ手段ト爲スニ在リ暴行脅迫ヲ財物奪取ノ手段ト爲シタリト認ムルニハ

（1）第一ニ目的物ノ所有者、所持者、看守人（Garraudy 136, Liszt § 128）又ハ事實上奪財ノ妨害ト爲ル人（Frank § 249 II 2）ノ說ハ妨害タル可シト思料シタル人ニ對スルコトヲ要ス

二人以上ノ者カ共同シテ他人ノ家ニ侵入シテ强盜ヲ働クニ着手シ或事情ノ爲メニ共同者ノ一人カ他ノ共同者ニ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘテ財物ヲ奪ヒタリト假定セ

ンニ此場合ノ暴行又ハ脅迫ハ目的物ノ所有者、所持者、看守人又ハ妨害ニ加ヘタルモノニ非サルヲ以テ余ハ單純ナル竊盜ナリト信ス之ニ反シテ事實上奪財ノ妨害ト爲ル可キ者ニ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタルトキハ其妨害者カ財物ニ對シテ債權又ハ物權トシテノ權利關係ヲ有スルコトヲ必要トセス故ニ偶々被害者ノ爲メニ防禦セントシタル友人ヲ脅シテ目的ヲ遂ケタル如キハ疑モ無ク强盜ト爲ルモノナリ

(2)奪受ノ着手又ハ實行中ニ在ルコトヲ要ス隨テ豫備ノ間又ハ既遂ノ後ヲ除ク(刑法三八二條)

元來手段若クハ方法ト云フ以上ハ行爲自體ノ存續スル間ニ非サレハ存在シ得サルヲ原則トス獨リ暴行取財脅迫取財ト云フ如キ二段ノ行爲カ合シテ一罪ヲ成ス場合ニハ其雙方ノ行爲カ時間場所及ヒ其他事實狀況ニ因リ相接近シタルトキニ限リ暴行又ハ脅迫ニ着手スレハ强盜罪全部ニ着手シタルモノト云ハサルヘカラス然レトモ之ニ反スル場合ニ於テハ時トシテ單純ナル豫備行爲ト爲リ手段又ハ方法ト云フ能ハザル場合ヲ生ス可シ又奪財ト云フ行爲ノ終レル後ナリトスレハ特ニ第三八二條ヲ適用ス可ク臨時强盜ト名クル後ノ場合ヲ指スルモノナリ

(3)奪取ノ手段トシテ故意ニ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタルコトヲ要ス(刑法第三七〇條恐喝ノ說明參照)暴行又ハ脅迫ハ犯人故意ニ之ヲ用ヒタルコトヲ必要トシ單ニ結果ヨリ論スルコトヲ得ス故ニ例ヘハ盜人カ財物ヲ竊取スルヲ見テ被害者カ非常ニ恐怖心ヲ懷キ袖手傍觀シタリトスルモ脅迫ニ因ル取財即チ强盜ト云フコトヲ得ス

三　暴行又ハ脅迫ヲ手段トシタル場合ノ外人ヲ醉迷セシメ其財物ヲ竊取シタル場合ハ之ヲ强盜ニ準シタリ(刑法三八三條)法文藥酒等ヲ用ヒ云々ト云ヘルヲ以テ催眠ノ如キモ此中ニ含マル

第三八三條ノ罪ハ犯人カ其受動者ヲ醉迷セシメテ財物ヲ竊取シタル場合ニシテ之ヲ强盜ニ準シタルハ單ニ情ノ重キ點ヲ斟酌シタルモノナル可シ犯人カ醉迷セシメタルコトヲ要スルカ故ニ他人ノ醉迷セシメタルニ乘シ第三者カ其財物ヲ奪取シタルカ如キハ本條ヲ適用スルコトヲ得ス固ヨリ其情狀ヲ論スレハ敢テ輕重ナカル可シト雖モ解釋論トシテハ竊盜罪ナリト云ハサル可カラス若シ立法論トスレハ抗拒スルコトヲ得サル者ノ財物ヲ奪取スル場合ハ其抗拒不能カ犯人ノ手ニ出テタル場合モ他人ノ手ニ出テタル場合モ輕重ヲ附セサルト認メサル可カラス

第二　強盜殺傷

一　殺傷ハ之ヲ奪財ノ手段ト爲シタルトキハ勿論縱シヤ之ヲ其手段ト爲サヽルトキト雖モ強盜ノ現場ニ於テ併發シタルモノナルトキハ法文ノ所謂強盜殺傷ノ罪ト爲ル可シ然レトモ

(1)殺傷ヲ奪財ノ手段ト爲サヽルトキハ別ニ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘ強盜タル資格アルコトヲ要ス恰モ強盜強姦ノ關係ノ如シ

(2)現場ノ殺傷トハ實行中及ヒ實行ノ着手中ノ殺傷ヲ謂フハ勿論實行終結後ト雖モ財物ノ取還ヲ拒ム爲メ又ハ其場ノ逃走ヲ容易ニスル爲メノ臨時ノ殺傷ヲモ含ムヘシ刑法二九六條、三〇三條ノ(Lesgeiolis)ナリ

第三八〇條ニハ強盜人ヲ傷シタル者強盜人ヲ死ニ致シタル者トアリ次ニ第三八一條ニハ強盜婦女ヲ強姦シタル者ト規定スルカ故ニ一派ノ論者ハ強盜罪ノ成立スルニハ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘテ之ヲ奪財ノ手段トナシタルコト又ハ殺傷又ハ強姦ヲ手段トシタルコトヲ必要トスト主張スレトモ此二个條ニ所謂強盜ナル語ハ論者ノ言フ如ク殺傷カ奪財ノ手段ト爲レル場合ヲ含ムハ勿論(強姦カ奪財ノ手段ト爲ルコトハ實際極メテ稀ナルヘキモ若シ事實上然ル場合ヲ生セハ刑三八一條ニ問ハアル可カラス)余ノ信スル所ニ依レハ強盜ト又殺傷ハ強姦トノ俱發シタル場合ヲ含包スルモノナリ換言スレハ強盜罪ト其着手實行後ノ殺傷及ヒ強姦トノ俱發シタル場合及ヒ暴行脅迫ニ換フルニ殺傷ヲ以テシタル場合ノ二種ヲ包含スト信ス何カ故ニ立法者ハ斯ル區別ヲ設ケタルカ強盜ノ如キ暴力ヲ以テ目的ヲ達セントスル犯人ハ同時ニ屢殺傷又ハ強姦ト云フ如キ暴行ニ因リテ成立スル他罪ヲ犯スモノニシテ同時ニ生スルコト事實上極メテ多キカ故ニ特別ノ狀態トシテ處罰シタルモノナリ玆ニ參考トシテ一二ノ問題ヲ揭ケン

第一　犯人カ強盜ヲ働クニ際シ其共犯者ヲ殺傷シタルトキハ如何ニ處分ス可キカ

第二　強盜強姦致死ナル事實ニ對シテハ如何ニ判決ヲ下スベキカ

二　死ニ致ストハ通常殺意ナキ場合ニ用ユル文例ナリ然レトモ刑法第三八〇條ニ於テハ毆打致死ノ外謀殺又ハ故殺ヲモ含ムト解ス可シ

玆ニ參考トシテ一言ス竊盜ト強盜トノ情狀ノ輕重如何換言スレハ兩者ノ社會ニ與フル危險ノ程度ニ大小アリヤ行爲ノ上ヨリ論スレハ後者ヲ重シトシ前者ヲ輕シトセサル可カラスト雖モ犯人ノ性格ヨリ論スレハ後者ハ前者ヨリモ一般ニ度シ易キ人物ナリ即チ後者ノ中ニ往々改心スル者アルヲ見ルニ反シ前者ハ却テ改

心スル者稀ナルカ如シ故ニ一般ニ兩者ノ輕重ヲ謂ハント欲セハ一方ニ於テ行爲ノ社會ニ與フル影響ト他ノ一方ニ於テ犯人ノ性格ヨリ結果スル所トヲ鑑ミサル可カラス然ルトキハ兩者ハ一見大ナル輕重ノ差アルカ如シト雖モ必シモ然ラス却テ同等ナリト云フコトヲ得ヘキカ如シ

第三節　遺失物埋藏物ニ關スル罪（刑法第三八五條—第三八七條）

參照(1)明治三十二年法律第八十七號遺失物法(2)同年法律第九十五號水難救護法第二十四條以下(3)同年法律第九十三條旅行病人云々法第十六條

一　遺失物　狹義ノ遺失物（Eadvve ex davefacta）ハ權利ヲ放棄スル意ナキ者ノ所持ヲ離レ而シテ發見者ニ於テ其所持者ヲ知ルコト能ハザル物ヲ謂フ所持ヲ離ルヽトキ所持者ノ之レヲ知ル（例、汽車ノ窓ヨリ物ヲ落ス）ト否トニ區別ナシ故ニ甲ノ所持ヲ離ルヽト同時ニ乙ノ所持ニ入リタル者（例、湯屋ノ遺留品）ハ丙ニ對シテ遺失品ニ非ス

然レトモ現行刑法ハ原所有者又ハ所持者ノ分明ナル物モ亦之ヲ遺失物トシテ論セリ是レ恐ラク原所持者ノ知ラサルトキ其所持ヲ離レ發見者ニ於テ却テ原所持者ヲ知レル物ヲ指稱スル意ナラス

本文ニ示ス所ヲ約言スレハ現行刑法ノ解釋上遺失物ニ二種アリ即チ

第一　原所持者ノ知レル間タルト知ラサル間タルトニ論ナク其所持ヲ離レテ發見者ハ其原所持者ヲ知ラサル物

第二　發見者ハ原所持者ヲ知レルモ原所持者ハ物カ其所持ヲ離レタルヲ知ラサル物

是ナリ此二種ノ遺失物ノ意義ニ通スル要素ハ(一)原所持者カ權利ヲ抛棄スル意思ナキ物ナラサル可カラス若シ之ニ反スルトキハ曩ニ述ヘタル所謂遺棄物ト爲ル可シ(二)原所持者ヲ離レタル後他人未タ其所持ヲ得タル物ニ非サルコトヲ必要トス故ニ第一ノ所持カ終リ第二ノ所持ノ初マレル後ニ至リ之ヲ侵害シタリトスレハ竊盜或ハ其他ノ罪ト爲ルコトヲ得ヘキモ遺失物ニ關スル罪ト爲ラス

人動モスレハ遺留品ハ法律上如何ナル性質ヲ有スル物ナリヤヲ問フ者アリト雖モ余ノ信スル所ニ依レハ遺留品ハ原所持者其物ノ所持ヲ失フコトヲ知ラスシテ所持ノ離レタル物ヲ總稱スルモノニシテ之ト同時ニ他人カ其物ノ所持ヲ得サルトキハ遺失物ト爲リ他人カ其所持若クハ監督ヲ爲ストキハ或ハ緊急寄託ト爲リ其他ノ關係ヲ生ス可シ要スルニ場合ノ如何ニ因リテ其性質ヲ異ニスルモノニシテ民法上竝ニ刑法上遺留品ト云フ特別ノ物件ハ生セサルモノト信ス

又世俗ノ所謂紛失物ニ付テモ法律上一定ノ性質ヲ求メント欲スル者アリ然レトモ紛失物トハ自己ノ所持内ニ在リタル物ニシテ自己カ其所在ヲ知ラサル物ヲ謂フニ在ルヲ以テ場合ニ因リ既ニ其所持ヲ放レテ遺失物タルコトアリ尚其所持内ニ在リテ遺失物ニアラサルコトアリ故ニ場合ヲ分ツニアラスンハ法律上一定ノ意味ナシト云フヲ妨ケサルナリ

以下法文ニ付キ尠シク説明ヲ爲セハ第三八五條ノ拾得トハ所持ノ獲得ヲ謂フモノナリ其特ニ拾フト云フ語ヲ用ヒタルハ遺失物ト云フニ對スル文章上ノ必要ヨリ出テタルモノニシテ法律論トスレハ他人ノ所持ヲ離レ而カモ原所持者カ權利ヲ抛棄セサル物ノ所持ヲ獲得スルト云フノ外別段ノ意味アルニ非ス而シテ殊ニ注意ス可キハ必シモ本人カ積極的ニ或行爲ヲ爲シタルコトヲ必要トセス遺失シタル動産物ノ自己ノ所持内ニ入リタルヲ捨置クコトモ尚拾得ト云フヲ妨ケサルナリ次ニ藏匿ハ前ニモ屢々述ヘタルカ如ク發見ヲ不能若クハ困難ナラシムルコトヲ總稱スルモノニシテ必シモ物質ノ消滅ヲ謂フモノニ非ス動物ヲ殺シテ其遺骸ヲ燒棄ツルカ如キハ勿論他人ノ氣付カサル場所ニ生育スルモ固ヨリ藏匿ト云フコトヲ得ヘシ

茲ニ參考トシテ一問題ヲ掲ケテ其解説ヲ試ミンニ

湯屋ニ於ケル遺留品ヲ浴客カ故意ニ持チ去リタルトキハ如何ニ處分ス可キヤ余ハ本問ニ對シ竊盜罪ナリト答ヘント欲スル者ナリ其理由ハ元來此場合ノ遺留品ハ湯屋營業者ノ監督區域内ニ在ル物ニシテ隨テ其者ノ所持ニ在リト云フコトヲ得ヘク而シテ犯人ハ故意ニ持去リタルモノナルカ故ニ正ニ湯屋營業者ノ所持ヲ離レテ自己ノ所持ニ移シタリト云フコトヲ得ヘケレハナリ固ヨリ湯屋營業者ハ遺留品ニ對シ緊急寄託ニ基キ監督義務ヲ負擔スルコトアリト雖モ本問ニハ全ク關係ナシ即チ遺留品ハ已ニ湯屋營業者ノ所持ニ在レトモ監督義務ハ未タ發生セサルコトアルナリ

漂流物ハ水上ニ在ルカ又ハ流水波浪ノ爲メ水邊ノ陸地ニ達シタル遺失物ナリ

漂流物ハ物カ遺失物ト爲リタル原因及ヒ其所在ノ關係ヨリ斯ル名稱ヲ附シタルニ過キス隨テ其他ハ遺失物ニ關スル要素全體ヲ具ヘサル可カラス亦之ヲ具フルヲ以テ足レリ爲スナリ

二　埋藏物(Thesaurus)トハ偶然發見シタル土中ノ藏匿物又ハ貯藏物ニシテ所有者ノ分明ナラサルモノヲ謂フ(參照佛蘭西民法第七一六條)故ニ人ノ埋沒シタルニ非サル物ハ土中ヨリ發見

スルモ埋藏物ニ非ス(例、Aer shte)

右ノ外法文ヲ一讀セハ明ナルヲ以テ別ニ說明セス

第四節　家資分散ニ關スル罪附破產（刑法第三八八條—第三八九條）

參照(1)明治二三年法律第六九號家資分散法(2)同年法律三二號破產法（商法第九七八條以下）(3)

同年法律第一〇一號

一　物體　家資分散ニ關スル罪並ニ破產ニ關スル罪ハ共ニ債權ニ危險ヲ釀スヲ以テ之ヲ罪ト爲シタルナリ（Meyer 597 Rohland Gefahr）但債權者ノ請求權ヲ害スル罪トノ說アリ（Liszt § 138）

二　行爲　刑法三八八條、三八九條、商法一〇五〇條、一〇五一條

玆ニ參考トシテ右ノ條文ヲ揭載ス可シ

刑法

第三八八條　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

第三八九條　家資分散ノ際帳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擔ヲ私償シテ他ノ債主ヲ害シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス

商法（舊商法中破產ノ部）

第一〇五〇條　破產宣告ヲ受ケタル債務者カ支拂停止又ハ破產宣告ノ前後ヲ問ハス履行スル意ナキ義務又ハ履行スル能ハサルコトヲ知リタル義務ヲ負擔シタルトキ又ハ債權者ニ損害ヲ被ラシムル意思ヲ以テ貸方財產ノ全部若クハ一部ヲ藏匿シ轉匿シ若クハ脫漏シ又ハ借方現額ヲ過度ニ揭ケ又ハ商業帳簿ヲ毀滅シ藏匿シ若クハ僞造變造シタルトキハ詐欺破產ノ刑ニ處ス

第一〇五一條　破產宣告ヲ受ケタル債務者カ支拂停止又ハ破產宣告ノ前後ヲ問ハス左ニ揭クル行爲ヲ爲シタルトキハ過怠破產ノ刑ニ處ス

第一　一身又ハ一家ノ過分ナル費用、博奕、空取引又ハ不相應ノ射利ニ因リテ貸方財產ヲ甚タシク減少シ若クハ過分ノ債務ヲ負ヒタルトキ

第二　支拂停止ヲ延ハサンカ爲メ損失ヲ生スル取引ヲ爲シテ支拂資料ヲ調ヘタルトキ

第三　支拂停止ヲ爲シタル後支拂又ハ擔保ヲ爲シテ或債權者ニ利ヲ與ヘ財

團ニ損害ヲ加ヘタルトキ

第四　商業帳簿ヲ秩序ナク記載シ藏匿シ毀滅シ又ハ全ク記載セサルトキ

第五　財産目錄、貸借對照表ノ作成若クハ支拂停止屆出ノ義務ヲ怠リタルトキ又ハ裁判所ノ許可ヲ得スシテ其住地ヲ離レタルトキ

三　時期　刑法又ハ商法ニ列擧シタル行爲ハ如何ナル時期ニ之ヲ實行スルニ因テ罪ト爲ルカ刑法三八九條ノ末文ニ負擔ヲ私償スル罪ハ明ニ之ヲ分散決定ノ後ノミニ限レリト雖モ其他ノ場合ニ付テハ單ニ家資分散ノ際ト云ヘリ又商法一〇五〇條一〇五一條ニハ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ヲ問ハス云々ト云ヘリ是ニ依テ之ヲ觀レハ家資分散ノ決定又ハ破産宣告ノ前ニ於テモ本罪ノ成立スルコトヲ得ルハ論ヲ俟タス然ラハ

(1)强制執行處分又ハ支拂停止ノ前ニ於テモ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルカ家資分散又ハ破産ノ到底免ル可カラサル時期ニ達シ法律ノ示ス行爲ヲ爲シタル者ハ有罪ニ決セサル可カラス

(2)分散ノ決定又ハ破産ノ宣告アルコトハ本罪ノ一要素ナルカ刑法ニ明文ナシ然レトモ破産法トノ權衡ヨリ云ハヽ積極ニ解スルヲ正トス

(3)商法ニハ破産宣告ヲ受ケタル者ト明言シタルカ故ニ議論ナシ

第五節　詐欺取財ノ罪及ヒ受寄物ニ關スル罪（刑法第三九〇條―第三九條）

其一　欺罔取財

一　物體　法文ニ汎ク「財物若クハ證書類」ト云ヘルカ故ニ强竊盜、遺失物隱匿ノ場合ト異ナリ其動産タルト不動産タルトヲ區別セサルハ勿論ナリ然レトモ

(1)金錢ニ見積リ得ルコトヲ必要トスルカ（積極說、Lsiz. § 138 1 3 Garraud v 267, 消極說、David 147 Dorigny 163）消極說ヲ採ル者ハ資産ノ一部ト爲ルコトヲ得ル物ハ亦總テ本罪ノ物體ト爲ルコトヲ得ト說ケリ

(2)債權ハ本罪ノ物體ト爲ルコトヲ得ルカ現行刑法ノ解釋トシテハ欺罔ノ結果人ヲシテ債權ノ得喪移轉ヲ口約セシムルモ之ニ關スル證書類ヲ交付セシムルニ非サレハ刑法三九〇條ノ罪ニ非ストスルヲ正當ト信ス（Res et instrumenta Garraud v 267 a）

凡ソ詐欺ニ因リテ權利ヲ取得スル場合アルヤ否ヤハ其國ノ民法ノ解釋如何ニ關シ初ヨリ之ヲ離レテ斷言スルコトヲ得サル問題ナリ而シテ現行民法ノ下ニ於テ詐欺ニ因リテ不動産ヲ取得スルコトヲ得ルカト云フニ彼ノ竊取强取ト云フ如キ不法ノ手段ニ因リテ有體動産ノ所持ヲ取得スルコトアルカ如ク詐欺ニ因リ他人

カ錯誤ニ陷リタルヲ奇貨トシテ不動産ノ所持ヲ取得スルコトヲ得ルハ疑ヲ容レス但其不動産ノ上ニ存スル所有權其他ノ權利カ欺罔者ニ移轉スルヤ否ヤハ全ク別問題ナリ恰モ此點ハ竊盜ハ目的物ノ所持ヲ取得スルモ所有權ヲ取得セスト云フカ如シ

詐欺ニ因リテ債權取得ノ效力ヲ生スル場合アリヤト云フニ我現行民法ノ解釋トシテ或種類ノ詐欺ハ債權ノ得喪移轉ヲ成立セシムルコトヲ得レトモ之ヲ詐欺取財ノ罪トシテ論スルコトヲ得ルヤ否ヤハ刑法上ニ於ケル特別ノ問題ニシテ第三九〇條ニ特ニ證書類ノ文字ヲ附加シタル立法ノ精神ヨリ考フレハ債權ノ詐欺取財罪ハ成立セスト云ハサル可カラス但證書ノ交付ヲ受クレハ證書ニ關スル詐欺取財ノ罪ト爲ルト解スルヲ正當トスヘシ

二　欺罔　行爲トシテノ欺罔ハ他人ニ虚僞ノ事實ヲ信セシメントスル故意的働作ナリ

(1)佛蘭西刑法四〇五條ハ氏名又ハ資格ヲ詐リ云々獨逸刑法二六三條ハ無根ノ事實ヲ虚構シ又ハ眞正ノ事實ヲ變更隱蔽シ云々ト記載シ方法ヲ示定スト雖モ我刑法ニハ此事ナシ苟モ人ヲシテ僞事ヲ誤信セシメントスル方法ハ即チ欺罔行爲ナリ

(2)單純ナル虚言ハ之ヲ欺罔行爲ナリトスルコトヲ得ルヤ佛蘭西ノ學說判決例ハ消極說ニ一致シ別ニ之ヲ信セシムル僞計(Manoeuvre frauduleuse)スルヲ要スト論ス(後ノ事實ノ說明參照 Frank § 263 III 同說)

(3)行爲ハ必スシモ積極ノモノタルコトヲ必要トセス總則ノ適用上義務ニ背反シタル消極行爲ハ本罪ノ成立上同等ナリ(Frank § 263 III 3.)

三　虚僞ノ事實　事實(Fait Tha-toache)ハ過去又ハ現在ニ係ルコトヲ要シ將來ノモノヲ含マストスル說汎ク獨逸派ノ學者間ニ行ハル(Frank § 263 II)

(1)過去又ハ現在ノ事實ニ付キ單ニ意見又ハ判斷ヲ表示スルハ虚僞ノ事實ノ表示ニ非ス

甲カ乙ニ向テ自己ノ所有スル土地ハ市區改正又ハ鐵道敷設ノ爲メニ政府ニ買上ケラルヽコトアル可キヲ以テ高價ニ買受クル價値アリト主張シタリト假定センニ此ノ如キ言語若クハ文章ハ其内容ニ於テ或ハ斯ル買入ノ申込ヲ受ケタリト云フ或事實カ過去ニ存在シタルコトヲ告知スル場合ト單ニ將來斯ル事實アル可シト云フ意見又ハ想像ニ過キサル場合トアレトモ固ヨリ事實ヲ虚構シタルモノト斷言スルコトヲ得サルハ言ヲ俟タス之ヲ區別スル唯一ノ標準ハ唯一場ノ意見ニ

過キサルカ或ハ已ニ存シ若クハ現ニ存スル事實ノ主張タルカニ因リテ決セサル可カラス彼ノ佛蘭西學派ニ於テ虚言ハ欺罔ニ非スト云フ如キ論ハ佛蘭西ノ如キ法文ナキ國ニ於テハ之ヲ主張スルコトヲ得ス

(2)然レトモ其事實ノ認識又ハ決意アリトスル披露ハ一ノ事實ノ披露ナリ(反對說 Hälschner, Meyer, Mehl)

(3)法令自體ハ事實ニ非ス但法令ノ存否ハ事實ナリ故ニ僞テ一定ノ法令ナシ又ハ有リト告知スルハ欺罔ナリ

四　錯誤　刑法第三九〇條ニ所謂欺罔ハ欺罔行爲ノ結果トシテ他人ニ醋誤(即チ有ナトシ無ナトスル誤言)ヲ惹起シタルコトアルヲ要ス故ニ一定ノ人ニ對シテ僞計ヲ施シタル事實ナキトキハ欺罔取財ノ罪ナシ(例、自働函ノ商品ヲ奪フ Automate)(2)他人ニ何等ノ誤信ヲモ惹起セシメサル場合亦同シ(例、Bsinder passagiere)

自働函　近來內外國共ニ衆人ノ往復スル場合ニ一定ノ裝置ヲ爲シタル箱ヲ立テ之ニ一定ノ貨幣ヲ投スレハ一種ノ働ヲ爲スノ組織漸次增加セリ所謂働ニ二種アリテ其一ハ或物品ヲ引出スコトヲ得ルモノ(葉子、煙草、繪はがき、汽車ノ切符等ノ如シ)他ノ一ハ身體ノ重量ヲ計ル如キモノナリ今若シ之ニ必要ナル貨幣ト同一ノ形狀及ヒ重量ノ物

體ヲ投シテ其目的ヲ達シタル場合ハ刑法上如何ナル責任アリヤト云フニ或學者ハ區別ヲ立テ、物品ヲ得タル場合ハ詐欺取財ニシテ其他ノ場合ハ純然タル民事問題ナリト論スレトモ此場合ハ物品ヲ得タルト否トニ論ナク人ヲ欺罔シタル事實ナシ詳言スレハ他人カ錯誤ニ陷リタリト云フ事實ナシ隨テ詐欺取財トシテハ無罪ナリト云ハサル可カラス

右ニ述フル所ハ唯僅ニ一例ヲ示シタルニ過キス苟モ一定ノ人ニ對シ而シテ其人カ錯誤即チ誤信ヲ惹起シタル場合ニ非サレハ欺罔ナル所爲ナシト云ハサル可カラス

(2)前例ニ於テハ人ニ對セス然レトモ假令一定ノ人ニ對シ欺罔ノ言語又ハ擧動ヲ施シタリトスルモ相手方ニ於テ毫モ其眞實ヲ誤解セサル場合即チ錯誤ヲ惹起サヽル場合ニ於テハ此カ爲メ財物又ハ證書類ヲ交付スルモ畢竟任意ノ處分アリタルモノト云フ可ク詐欺取財ノ罪ト爲ラス本文ニ掲クル例ハ馬車電車又ハ汽車等ニ其役員ノ氣付カサル間ニ乘込ミ其儘立去ル場合ヲ謂フモノニシテ其知ラサル間ニ行ハレタルモノナルカ故ニ錯誤ト云フ關係ヲ生セサルナリ

欺罔ノ說明ヲ終ルニ臨ミ實際屢々起ル二個ノ例ニ付キ罪ノ有無ヲ比較ス可シ其

一ハ金錢ヲ所持セサル者カ飲食ヲ爲シ後ニ至リ其無錢タルコトヲ告クル場合ニシテ他ノ一ハ車ノ乘逃是ナリ此二個ノ例ヲ比較スルニ前者ハ財物ヲ引渡サシメテ消費シタル事實アリト雖モ後者ハ一定ノ勞力ニ對シ賃金ヲ支拂フ可キ義務ヲ免レタルニ過キスシテ財物ヲ取得シタル事實ナシ故ニ假令欺罔ナル所爲カ完全ニ具備シタリトスルモ後者ニ付テハ取財ト云フ事實ナキカ爲メ詐欺取財ヲ以テ論スルコトヲ得ス又前者ニ付テハ取財ノ事實アルコトハ一點ノ疑ヲ容レサル所ニシテ罪ノ有無ノ分ルヽハ欺罔ト云フ行爲換言スレハ人ヲ錯誤ニ陷ルヽ擧動及ヒ結果アリタルヤ否ヤノ一點ニ歸着ス我邦ノ實際ヲ考フルニ食飲店等ニ於テハ其金錢ヲ所持スルヤ否ヤヲ豫告スルコト無シ故ニ慣習上認ムルカ如キ關係ニ於テ金錢ヲ所持セサルコトヲ豫告セサルハ直チニ欺罔ナリト云フコトヲ得ス然レトモ一歩進ンテ服裝其他ノ方法ニ因リ特ニ金錢アルコトヲ信セシメ而シテ酒食ヲ供セシメタル場合ノ如キハ本罪ヲ以テ論セサル可カラスト信ス（改正案第二八〇條參照）見世物ニ入リタル者カ之ヲ出ツルニ際シ混雜ニ紛レテ代價ヲ支拂ハスシテ出テ去リタル如キハ詐欺取財ヲ以テ論スルコトヲ得可キカト云フニ積極論ヲ主張スル者ハ或財物ヲ支拂フ可キ義務アル者カ之ヲ故意ニ支拂ハサルハ消極的ニ財物ヲ取得シタル者ト云フコトヲ得ヘキカ故ニ本罪ヲ以テ論スヘキ者ナリト云ヘリ

然レトモ民法上ニ於テ支拂フヘキ義務ヲ故意ニ履行セサルコトヽ詐欺取財ニ所謂財物ヲ消極的ニ交付セシムルコトヽハ之ヲ區別シテ論セザル可カラス即チ兩者ハ全ク異ナリタル關係ナルコトヲ注意セサル可カラス已ニ詐欺取財カ積極的ニ財物ヲ交付セシムルコトヲ要件トスル以上ハ本問ノ場合ハ之ヲ消極ニ決セサル可カラス

五　騙取　欺罔ノ場合ノ騙取ハ錯誤ノ結果トシテ他人ノ交付スルコトヲ同意シタル財物證書類ノ收受ナリ目的物ハ之ヲ他人ノ授付スルト犯人自ラ持去ルトヲ區別セス

1 强取窃取ト騙取トノ差ハ他人目的物ヲ授付スルト否トニ在ラスシテ錯誤ノ結果合意ヲ與ヘタルト否トニ在リ

第三九〇條ノ欺罔又ハ恐喝シテ騙取スルト云フ規定ハ嚴格ニ之ヲ言ヘハ重複シタル文字ナリ欺罔又ハ恐喝ヲ手段トシテ財物證書類ヲ取得スレハ是レ即チ騙取ナリ恰モ暴行脅迫ヲ加ヘテ有體物ノ所持ヲ取得スレハ是レ即チ强取タルト同一ノ關係ナリ隨テ騙取ナル文字ヲ改メテ單ニ取得トスルモ妨クル所ナシ此點ニ付

キ注意ヲ要ス可キハ彼ノ窃取強取ハ犯人自身ニ目的物ヲ所得シ騙取ハ被害者自身ニ引渡スニ在リト爲スノ説ナリ此説ハ慥ニ誤レリ暴行脅迫ノ結果抗拒スルコト能ハスシテ被害者カ目的物ヲ加害者ニ引渡スモ強盗タルハ明ナルト同時ニ被害者ヲ錯誤ニ陷ラシメテ犯人自身ニ財物證書類ノ所持ヲ取得スルモ騙取タルハ毫モ疑ヲ容レス畢竟兩者ノ差別ハ錯誤ノ有無ニ在リ

(2)欺罔ノ結果錯誤ニ陷リタル者ト此カ爲メニ財物證書類ヲ失ヒタル者トハ同一人タルコトヲ必要トセス

欺罔ノ結果錯誤ニ陷リタル者ト財物證書類ヲ失ヒタル者トカ別人ナル場合ハ本罪成立スルヤ否ヤハ曾テ議論ノ岐レタル所ナリ然レモ現今ニ於テハ内外國共犯罪成立スルト云フ説多數ヲ占ム其最モ著シキ例ハ詐欺ノ證書ニヨリテ訴ヲ起シ裁判官ヲ欺キテ眞ニ債務ナキ者ヨリ金錢其他ノ財物ヲ引渡サシメタル場合ナリ即チ被欺罔者ト被騙取者トハ別人ナリト雖モ固ヨリ詐欺取財ノ罪ヲ成スナリ

其二　恐喝取財

一　恐喝ハ一ノ脅迫ナリ人ヲシテ害ヲ恐怖セシムル行爲ナリ但之ヲ單純ナル脅迫罪ト比較スルニ(1)脅迫罪ノ材料タルヘキ害ハ法文ニ限ラレ(刑法第三二六條以下)

(2)財物證書類ヲ騙取スル目的ニ出テサルノ差アリ

強盗ノ手段タル脅迫ト比較スルニ恐怖ノ材料ト爲ル害ノ狀態ヲ異ニス強盗ノ材料ト爲ル害ハ恰モ暴行ヲ以テ身體ヲ強制スル如クニ精神ヲ強制スヘキ程度ノモノナラサル可カラス即チ暴行ハ身體ノ反抗ヲ防止シ脅迫ハ精神ノ反抗ヲ抑制スヘキモノナラサル可カラス之ニ反シテ恐喝ノ材料ト爲ル害ハ精神上ノ反抗ヲ試ムル餘地(被害者ニ於テ Coactus voluit sed volui ト云フヘキ狀況)ヲ存セサル可カラス其結果トシテ元來余ノ信スル所ニ依レハ脅迫ト恐喝トハ程度ノ論ニシテ嚴格ナル區別ヲ立ツルコトヲ得ス若シ強ヒテ此二者ヲ區別シテ處分ヲ輕重セントト欲セハ宜シク立法者ニ於テ其標準ヲ示サヽル可カラス別言スレハ明文ヲ以テ規定ヲ設ケサル限リハ脅迫ト恐喝トノ判然タル區別ハ之ヲ立ツルコトヲ得スト信ス故ニ此點ニ付テハ改正案第二七九條ノ規定ハ一歩ヲ進メタルモノト云ハサル可カラス(改正案第二七九條ハ強盗ト爲ラサル脅迫取財ヲ列擧スルト同一規定ナリ)不幸ニシテ現行刑法ハ脅迫ト恐喝トノ間ニ何等ノ區別ヲ明示セサルカ故ニ沿革及ヒ學説ヲ比較シ又論理ニ訴ヘテ適當ナル判斷ヲ下スノ外ナシ元來窃盗又ハ詐欺取財ト強盗トノ異ナレル根本ノ點ハ一ハ奸黠ナル性質ヲ有シ一ハ殺伐ナル性質ヲ有スル點ナリ隨テ強盗ニ在リテハ財物ヲ失フ以

外ニ重大ナル危害ヲ伴フヲ特色トシ詐欺取財ノ如キハ人ノ平靜ナル判斷ヲ妨害スルヲ特色トス故ニ本文ニ示ス如キ區別ヲ生スルモノト信ス

(1)人爲以外ヨリ來ルヘキ災害ヲ說クハ一般ニ恐喝ト爲ルヘキモ脅迫ト爲ルコト無シ

(2)人爲ニ出ツヘキ災害ハ之ヲ自己ノ手ニ出テシムヘシトスルト己ノ命ニ應ス可キ第三者ノ手ニ出テシムヘシトスルヲ分タス(此點ニ付キ刑法原論三282頁參照)

(1)目前ニ於テ生命身體ヲ危クスヘキ狀況ヲ以テセハ脅迫タリ(2)放火、決水、船舶覆沒ノ如キモ目前ニ生命身體ヲ危クスヘキ狀況ヲ以テスルトキ亦同シ(3)純然タル財產危害(例、器物又ハ建造物毀棄)又ハ將來ニ於テ生命身體ヲ危クスルコトアルヘキ狀況ヲ以テスレハ恐喝タルヘシ

脅迫ト喝恐トヲ區別スル要點ノ一トシテ一派ノ獨逸學者ハ脅迫ハ加害者カ自ラ害ヲ加ヘントスル狀ヲ示シ恐喝ハ第三者カ害ヲ加クル狀ヲ示スニ在リト論スレトモ若シ此論ヲ實際ニ適用スルコトヽセハ例ヘハ多ク徒黨ヲ率ヒテ自己ハ單ニ部下ニ指揮ヲ爲シ財物ヲ强取シタル强盜ノ首魁ハ恐喝取財ノ犯人ト爲リ又數日若クハ數ケ月ノ後或危害ヲ加フヘシト脅迫シテ財物ヲ引渡サシメタル者ハ却テ强盜犯人ナリト云ハサル可カラス斯ル不條理ナル結果ノ生スルハ犯人自身ニ害ヲ加フル狀ヲ示スト第三者カ害ヲ加フル狀ヲ示ストニ依リテ脅迫ト恐喝トヲ區別セントシタルノ誤ニ基クモノナリ余ハ其ノ斯ル標準ニ依ルヘキモノニ非スシテ單ニ切迫ナル危害ヲ以テ脅ストト否トニ在リト信ス

(3)名譽ニ對スル危害ヲ以テ人ヲ脅スハ一般ニ恐喝タリ多數ノ場合ハ人ノ眞實又ハ誣罔ナル醜惡ヲ自己又ハ第三者ノ手ヲ以テ或ハ法廷ニ或ハ出版物ノ上ニ公ニスヘシト畏嚇スルヲ常トス(佛蘭西刑法400, 2 Chantage)

二　驅取　恐喝ノ場合ノ驅取ハ畏怖ノ結果トシテ他人ノ交付スルコトヲ同意シタル財物證書類ノ收受ナリ

(1)物體ノ交付ニ付キ同意アル點ハ受託物ニ關スル罪ノ如シ但詐欺取財ニ於テハ錯誤又ハ畏怖ノ結果トシテ同意ヲ與ヘタルニ過キス受託物費消ニ於テハ此事アル可カラス

(2)所持占有ヲ取得スルニ付キ瑕疵アルニモセヨ同意アル點ハ驅取ト竊取又ハ强取トノ差アリ

三　外國ノ立法例

(1)佛蘭西刑法400§I Extorsion de signature on de titre ハ(1)物體ニ於テ Rapine ト異ナリ(2)又 Rapine ハ他人ノ意ニ反スルモ Extorsion ニ在リテハ Coactus voluit sed voluit ナリ(Garraud v, d, 196 Boissonade r 901, 902.)

同400§2ノ Chantage ハ眞實又ハ誣罔ナル醜惡ヲ公ニスヘキ脅迫ヲ以テ財物證書類ヲ交付セシムル罪ナリ(1)單純脅迫罪ハ必スシモ財物ヲ交付セシムル目的ニ出テス(2)又有形ノ害惡ヲ恐怖ノ材料トス(Garraud v, 204)

(2)獨逸刑法253(Einfache) (Erpressung) (extsroton)ハ人ニ對セサル暴行又ハ生命身體ニ對スル現在ノ危難以外ノ脅迫ヲ加ヘテ或行爲不行爲(Handlung, Duldung, Unterlassung)ヲ強制シタルモノ

同255 RaNbische Erpressung 人ニ對スル暴行又ハ現在ノ生命又ハ身體ニ對スル危害ノ脅迫ヲ以テ(同§240 Notigung 參照刑法原論)自己ノ手ニ出ツルハ脅迫ナリ

其三　準騙取ノ一

刑法第三九一條　略

第三九一條ノ場合ヲ準騙取ト名ケタル理由ハ法文ニ示ス如ク幼者ヲ瞞着シ精神病者ヲ利用シテ財產ヲ騙取シタル場合ハ必スシモ相手方カ錯誤ニ陷リタルコト又ハ畏怖心ヲ懷キタルコトヲ必要トセサレハナリ第三九〇條ノ場合ハ欺罔又ハ恐喝ノ結果錯誤又ハ畏怖心ヲ惹起シタルコトヲ必要トスレトモ第三九一條ノ場合ハ之ヲ必要トセサルノ點ニ於テ兩者ノ間ニ差別アリ

其四　準騙取ノ二

刑法第三九二條　略

第三九二條モ準詐欺取財ニシテ犯人カ物質又ハ分量ヲ詐稱スレハ必スシモ相手方ニ於テ錯誤ニ陷リタル事實ナクトモ直チニ第三九一條ヲ適用スルコトヲ得ルノ點ハ即チ此條ノ特色ナリ

其五　準騙取ノ三　冒認罪(刑第三九三條)

一　物體　他人ノ動產不動產又ハ當抵典物ト爲シタル自己ノ不動產

二　冒認　トハ所有權又ハ抵當權若クハ質權ノ他人ニ屬スルヲ知リテ之ヲ己レニ屬スト詐稱スルヲ謂フ目的物ノ所持ニ關シテ下ノ如キ場合ヲ生ス

(1)第一ハ他人ノ所持スル他人所有ノ動產不動產ノ冒認是ナリ(例他人ノ馬ヲ示シ己レノ所有物ナリトシテ販賣ス)

(2)第二ハ自己ノ所持スル他人所有ノ動產不動產ノ冒認是ナリ二ノ制限アリ(1)罪トナル行爲ヲ以テ之ヲ自己ノ所持ニ移シタルトキ(2)動產ニ係ル場合ハ他人之ヲ任意

ニ引渡シタルトキハ冒認ノ罪ヲ成サス但不動産ニ付テハ他人ノ任意ニ引渡シタルモノナルト否トヲ區別スルコト無シ

冒認罪ニ關スル第三九三條ニハ目的物タル動産又ハ不動産カ犯人自身ノ所持スル場合タルト他人ノ所持スル場合タルトヲ區別セス故ニ本文ニ示ス如キ區別ヲ爲サヽル可カラス而シテ茲ニ一言スヘキハ他人ノ所持スル儘ニ於テ他人ノ動産不動産ヲ冒認スル例ナリ數年以來我國ニ屢々行ハルヽ事實ハ所有者ノ知ラサル間ニ其者ノ改印屆ヲ爲シ而シテ新ナル印顆ヲ所有者ノモノナリト詐リ其者ノ土地家屋ヲ他人ニ賣渡ス如キハ他人ノ所持ヲ離ルヽコト無クシテ其不動産ヲ冒認販賣シタルモノト云フヘシ

自己ノ所持スル動産不動産ハ其所持ヲ取得シタル原因ニ付テ一ノ區別ヲ爲サヽル可カラス若シ任意ニ引渡シアリタルモノナルトキハ第三九五條ニ所謂受託物ト爲ルヘシ但第三九五條ノ金額物件ト云ヘルハ動産物ニ限ルト信スルヲ以テ不動産ニ付テハ此ノ如キ制限ヲ必要トセス例ヘハ賃借物タル動産ヲ他人ニ賣渡シタルトキハ受託物費消タルヘキモ賃借シタル家屋ヲ賣渡シタルトキハ他人ノ不動産ヲ冒認スル罪ト爲ルナリ又例ヘハ他ヨリ窃取強取若クハ騙取シタル動産又ハ不動産ハ同シク權利ノ移轉セサルモノナルカ故ニ之ヲ處分スレハ冒認ノ事實アリト雖モ此場合ハ窃盗、強盗、詐欺取財ノ罪トシテ論スヘキモノニシテ獨立ノ一罪ヲ成サス此點ハ總則ニ所謂一罪數罪ノ區別中後ノ行爲カ先ノ行爲ニ吸收セラレテ其獨立ヲ失フト云フ場合ニ恰當スルモノナリ

茲ニ一問題ヲ掲ケテ其論斷ヲ試ミン

屑屋カ其買受タル屑中ヨリ發見シタル金指環ヲ自己ノ物トシテ賣却シタル行爲ハ如何ニ處分ス可キヤ

第一　本問ニ對シテ窃盗ナリト主張スル論者ハ說ヲ爲シテ曰ク凡ソ窃盗トハ他人ノ所持ニ在ル物ヲ自己ノ所持ニ移スコトヲ謂ヒ而シテ其所持ノ移轉ハ不法即チ被害者ノ意ニ反スルコトヲ要スルハ本罪ノ先決問題ナリ飜テ本問ノ場合ヲ顧ミルニ屑ノ賣主ハ屑其物ノミヲ引渡ス意思アリテ金指環ヲ引渡ス意思ナシ然ルニ屑屋ハ斯ル高價物ヲ横領シタルカ故ニ是レ窃盗ニ所謂所持ノ奪取アリタルモノニシテ窃盗ヲ以テ論セサル可カラスト

然レトモ論者ノ說ハ誤レリ論者ノ言フカ如ク屑ノ賣主ハ金指環ヲ引渡ス意思ナカリシニ相違ナシト雖モ而モ物全體ノ上ヨリ觀察スレハ之ヲ引渡スノ意思ヲ以

テ引渡シタルコト疑ヲ容レス換言スレハ屑屋カ其所持ヲ放シタルニアラス果シテ然ラハ論者ノ主張ハ此點ニ於テ破壞セラレタルモノト謂フヘシ

第二　本問ニ對シ受託物消費ナリト主張スル學者ハ說ヲ爲シテ曰ク此場合ニ於テ屑屋ハ其發見シタル金指環ヲ返還スルマテ保管スルノ義務ヲ負擔スルモノナルニ拘ハラス之ヲ費消シタル者ナルカ故ニ受託物費消ヲ以テ論セサル可カラスト

然レトモ受託ノ義務ハ合意又ハ法令ノ規定若クハ事務管理ノ如キ場合ニ非サレハ生セサルモノナルカ故ニ其何レニモ屬セサル前例ハ受託物費消ヲ以テ論スルコトヲ得サルモノナリ

第三　本問ニ對シテ遺失物ニ關スル罪ナリト主張スル學者ハ說ヲ爲シテ曰ク遺失物トハ權利ヲ拋棄スル意思ナキ者ノ所持ヲ離レタル物ヲ謂ヒ而シテ發見者ニ於テ其原所持者ヲ知ルコトヲ妨ケサルヲ以テ本問ノ事實ハ正ニ之ニ恰當スヘシ而モ屑屋ハ發見シタル金指環ヲ不正ニ處分シタルモノナルカ故ニ遺失物ニ關スル罪トシテ論セサル可カラスト

右遺失物ニ關スル罪ナリト主張スル說最モ其當ヲ得タルモノトス遺失物法第十二條カ「誤テ占有シタル物件他人ノ置去タル物件又ハ逸走ノ家畜ニ關シテハ本法及ヒ民法第二百四十條ヲ準用ス但シ誤テ占有シタル物件ニ關シテハ第三條ノ費用及ヒ第四條ノ報勞金ヲ請求スルコトヲ得ス」ト規定シ其爭ヲ斷チタルノ所以亦之ニ出ツヘシ

三　販賣交換抵當典物　トハ草案ノ賣渡シ又ハ有償名義ヲ以テ讓渡シ云々ト云ヘル譯語ニ外ナラス故ニ止タ無償名義ノ讓渡ノミヲ除去スヘキナリ

右ハ本文ヲ一讀シテ明ナレハ別ニ說明ヲ要セス以下冒認罪ノ被害者ニ付キ一言スヘシ

冒認罪ニ於ケル被害者ハ何人ナルカハ從來人ノ種々ニ論究セル所ナリ元來被害者ナル語ハ人ニ因リテ其意味ヲ異ニスレトモ若シ私訴權ヲ有スル者ト云フ意味ナリトスレハ冒認罪ノ場合モ冒認行爲ニ因リテ損害ヲ受ケタル者ハ皆其被害者ト爲ルノ理ナリ故ニ甲某カ乙某ノ動產ヲ自己ノ物ナリト詐ハリ丙某ニ賣渡シタル場合ニ若シ丙某カ其目的物ヲ取戻サルレハ丙某モ亦被害者ト爲ルナリ加之其動產物ノ所有者ハ贓物ノ返還損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ル點ニ於テ私訴權ヲ有スル者即チ被害者ナリト云ハサル可カラス之ニ反シテ買受人タル丙某カ目

的物ヲ取戻サレサルトキハ何等ノ損害ヲ受ケサルヲ以テ被害者ナリト云フコトヲ得ス之ヲ要スルニ本問題ハ場合ニ因リテ其斷定ヲ異ニスルモノナリ

第六　受託物費消罪

一　物體　刑法第三九五條ノ金額物件ト云ヘル物件ハ動産ノ義ナリ

物件ナル文字自身ハ動産物ナルヤ不動産ナルヤ明瞭ナラスト雖モ現行法ノ用例上ヨリ言ヘハ通常動産物ヲ指ス文字ナルカ故ニ本條ニ付テモ同一ニ解セサル可カラス

二　受託物　金額物件ハ委託ヲ受ケタルモノナラサル可カラス條文ニ受寄ノ財物、借用物又ハ典物ト云ヘルハ受託物ノ例示ナリ、寄託、貸借、質ノ外保管、代理、雇傭習業、請負等ノ契約ニ因リテ金額物件ヲ委託スル事例尠カラス返還又ハ一定ノ使用ヲ爲ス可キ義務ヲ負フテ他人ノ爲メニ所持スル有體動産ヲ謂フ

保管ニ付キ受託物ノ例ハ民法上所謂事務管理又ハ係爭物件ノ管理ノ如キヲ言ヒ代理ニ付キ受託物ノ例ハ代理關係ニ於テ他人ノ爲メニ取立テタル金錢ノ如キヲ言ヒ雇傭ニ付キ受託物ノ例ハ商人又ハ非商人ノ雇主カ主人ノ爲メニ物品ノ代理占有ヲ爲ス場合ノ如キヲ言ヒ習業ニ付キ受託物ノ例ハ習業契約ノ結果トシテ弟

子カ師匠ノ爲メニ物品ノ管理ヲ爲ス場合ノ如キヲ言ヒ請負ニ付キ受託物ノ例ハ請負契約ノ結果トシテ其仕事ノ材料ヲ注文者ヨリ受取リタル場合ノ如キヲ言フモノナリ

茲ニ受託物ト爲ルヤ否ヤニ付キ一二ノ實際問題ヲ掲ケテ其解說ヲ試ミン

五圓紙幣ト誤信シテ十圓紙幣ヲ引渡シタル場合ニ差額五圓ニ付テハ委託關係アリヤト云フニ大審院ニ於テハ引渡ノ當時ニ於テ委託スルノ意思及ヒ委託ヲ受クルノ意思ナキカ故ニ受託物ニ非スト判決セリ余モ之ニ贊成スル者ナリ

又物品ヲ買受クルニ當リ目的物以外ノ物件カ紛レ入リタルトキハ其物品ニ付キ買受人ハ委託ヲ受ケタリト云フコトヲ得ルカト云フニ前ニ述ヘタルト同一理論ヲ以テ委託關係ナシト云ハサル可カラス

右ノ二例ニ示ス所ト極メテ相類似シテ其實性質ヲ異ニスルモノアリ受任者カ委任事務ヲ處理スルカ爲メニ必要ナル委託關係ヲ生シタル物是ナリ例ヘハ他人ノ爲メニ物ヲ買入ルヽニ當リ賣渡人ヨリ受取リタル剩錢ノ如キハ初メ委任アリタル事務ノ當然ノ結果トシテ生スル委任物件ト爲ルモノナリ

會社ノ重役カ會社ノ財產ヲ管理スル場合ニハ之ヲ刑法上ノ關係ヨリ言ヘハ委託

ヲ受ケタル物件ト爲ルモノヽナリ

郵便局役員若クハ配達夫ノ如キハ郵便物ニ付テハ委託ヲ受ケタルモノナリ固ヨリ官吏ノ資格ニ於テ窃盗シタルトキハ監守盗罪ト爲レトモ其以外ニ於テハ本罪ト爲ルナリ

三　消費　ハ處分行爲ナリ受託物ニ付テ權利ナキ處分行爲ヲ爲シタル事實ナカル可カラス

費消ト云フ行爲ヲ解スルニ付キ物質上ノ消滅例ヘハ目的物ヲ破壞シ又ハ燒捨テ若クハ他ノ形體ニ變造スル場合ノミヲ指スト解スルハ狹キニ失シテ誤レリト云ハサル可カラス若シ純然タル物理上ノ考ヨリ論スレバ物質ハ決シテ消滅スルモノニ非ス法律上ノ消滅トハ權利義務ノ關係ニ於テ其存在ヲ新ニスルヲ謂フモノナリ玆ニ言フ受託物ノ費消ノ如キモ委託者ノ財産ヲ受託者ノ財産ノ如クニ處分スルコト即チ權利上ノ位置ヲ變換スルコトヲ指スモノナリ是レ費消トハ權利ナキ處分行爲ヲ爲スヲ謂フト說明シタル所以ナリ故ニ物質上毫モ損害ヲ加ヘスシテ販賣又ハ交換若クハ贈與スル如キモ悉ク消費ナリト信ス

受託物ハ其代換物タルト非代換物ナルトニ因リテ本罪成立ノ時期ヲ異ニスルコト無キカ換言スレハ代換物ノ委託ヲ受ケタル者カ不正ニ之ヲ處分シタル場合ニハ處分シタル時ニ本罪成立スルカ或ハ請求ヲ受ケタルニ拘ハラス返還ヲ拒絶シタルトキ又ハ返還スル能ハサルニ至レルトキ本罪ノ已遂ト爲ルカ佛蘭西ノ學說及ヒ判決例ハ返還ヲ拒絶シ又ハ之ヲ不能ニ致シタル時ヲ以テ本罪ノ已遂ト爲ス意見ニ傾ケリ日本ノ大審院ニ於テハ假令代換物ト雖モ已ニ費消シタルトキハ其時ヲ以テ本罪成立ノ時期ト認メタリ（明治三十一年十月大審院判決例）

金錢ノ如キ代換物ヲ嚴封シテ他人ニ委託シタル場合ニ受託者カ其封ヲ破リ物品ヲ取出シテ費消シタル場合ハ如何ニ處分スヘキカ我大審院ニ於ケル以前ノ多數ノ判決ハ窃盗ヲ以テ論セリ其理由トスル所ハ封シタル代換物ハ其實非代換物ニシテ尙委託者ノ所持ヲ離レサルモノナリ之ヲ取出スハ窃盗ナリト云ヘリ斯ル物品ヲ非代換物トスルノ點ハ固ヨリ異議ナシ然レトモ封ヲ破リテ取出ス點ヲ以テ窃盗ナリト論スルハ不可ナリ何トナレハ此場合ハ全部委託アリタル物件ニシテ之ヲ取出シテ費消スルハ受託物費消罪ヲ成スモノナレハナリ

下女ニ十錢ヲ與ヘテ郵便切手ヲ買來ルヘキコトヲ命シタルニ下女カ其命ニ背キテ十錢ヲ着服シタルトキハ如何ニ處分スヘキカ獨逸ノ民法學者ノ論スル所ニ依

レハ此場合ニハ一方ニ於テ金錢ノ所有權ハ下女ニ移轉シ他ノ一方ニ於テ郵便切手ヲ買來ルヘキ義務ヲ發生スルモノナルカ故ニ結局民法上ノ義務違背アルノミ從テ若シ下女カ自己所持ノ金錢ヲ以テ郵便切手ヲ買來レリトスレハ刑法上ノ責任ハ勿論民法上ノ責任ト雖モ之アルコトナシト然レトモ郵便切手ヲ買來ルヘキコトヲ命シテ金錢ヲ與ヘタルニ因リ直チニ金錢ノ所有權移轉スルモノト認ムルノ不可ナルコトハ同一ノ關係カ大金ニ付テ起レル場合ヲ想像スルハ思ヒ半ハニ過キン要スルニ本問ノ場合ハ雇傭契約ノ結果トシテ生シタル金錢ノ委託ニシテ下女カ之ヲ着服スルハ權利ナキ處分行爲ヲ爲シタルモノニシテ受託物費消罪ヲ成スト云ハサル可カラス

四　受託物ノ詐欺取財　受託物ニ關シテ若シ騙取、拐帶其他詐欺ノ所爲アルトキハ刑法第三九五條末文ニ依リ詐欺取財トシテ處分ス

第三九五條ノ末文ニ言フ所ノ受託物ニ關スル詐欺取財ノ第一種ハ騙取ノ所爲アルニ在リ普通ニ起ル事實ハ受託物ノ返還ヲ要スル時期ニ於テ一定ノ不實ノ事項ヲ述ヘテ之ヲ履行セサルニ在リ例ヘハ代理人トシテ他人ヨリ受取リタル金錢ヲ窃取セラレタリト詐稱シテ返還セサルカ如キ是ナリ此點ニ付屢々起ル實例ハ詐欺ニ因リテ爾後自己ノ爲メニ受託物ノ所持ヲ繼續スルコト例ヘハ質取主カ火災ノ爲メニ質物燒失セリト詐リテ返還ヲ拒絶スル場合ナリトス次ニ拐帶ト稱スルハ受託物ニ付キ自己ノ爲メニ所持ヲ繼續スルノミナラス犯人自身カ逃走スル場合ヲ謂フモノニシテ俗ニ所謂持逃ナリ法律上ノ語ヲ以テ之ヲ說明スレハ受託物タル物ト受託者タル人トカ其發見ヲ不能若クハ困難ナラシムルコトヲ言フモノナリ

第六節　贓物ニ關スル罪（刑法第三九九條—第四〇一條）

一　物體　贓物トハ犯罪行爲ニ因テ占有ヲ取得（例窃取強取騙取）又ハ保（例遺失物藏匿）シタル有體物ヲ謂フ無形ノ權利ヲ含マス（參照 Frank § 257. 唐書凡非理所得財賄皆曰贓）

犯罪行爲ニ因リテ新ニ占有ヲ取得スルノ例ハ窃取强取ノ場合ヲ最モ適切トス騙取ハ他人ヲ欺罔又ハ恐喝シテ其錯誤ニ陷リタルカ爲メ物ヲ引渡サシメタル場合ニシテ犯罪行爲ニ因リ物ヲ取得シタルモノナリ之ニ反シテ委託ヲ受ケタル物件ニ付キ詐欺ニ依リテ返還ヲ拒ム場合ハ犯罪行爲ニ因リテ占有ヲ保持スル場合ト爲ルナリ又遺失物ヲ拾得シテ之ヲ所有主ニ還付セス又ハ官署ニ申告セサル如キハ犯罪行爲ニ因リテ占有ヲ持續スル適例ナリ但此場合ニ拾得スル行爲自身ハ犯

罪ニ非ス還付セス又ハ申告セスト云フ不作爲カ犯罪行爲ナリ故ニ此カ爲メニ所持ヲ繼續シタル物件カ即チ贓物ト爲ルモノナリ

(1)有體物ノ占有ヲ取得又ハ保持シタル行爲カ刑法上ノ犯罪タル以上ハ縱シヤ之カ訴追又ハ處罰ノ條件ヲ缺クカ爲メニ刑ヲ受ケサルモ其有體物ヲ目シテ贓物ト云フヲ妨ケサルハ明ナリ

彼ノ公使ノ如キ日本裁判權ニ服セサル身分アル者カ竊盜其他ノ罪ヲ犯シタル場合ニハ竊盜罪又ハ其他ノ犯罪トシテノ訴追竝ニ處罰ハ之ヲ日本ニ於テ爲スヿト無シ然レトモ贓物ハ犯罪行爲ニ因リテ占有ヲ取得又ハ保持シタルモノヲ言フニ外ナラスシテ其行爲者カ日本ノ裁判權ニ依リ有罪ト認メラレタルコトヲ必要トセサルカ故ニ其物件ハ勿論贓物ト爲ルナリ

(2)無責任行爲ノ中(1)故意ヲ缺ケル無罪ノ行爲ニハ贓物ナシ(2)責任能力ナキ者ノ行爲ニ付キ贓物アリヤ否ヤハ議論分ル

責任條件即チ故意又ハ過失ニ出テサル擧動ト責任無能力者ノ擧動トヲ總テノ點ニ於テ全ク同一ニ論ス可キヤ否ヤハ說ノ分ルヽ所ナリ若シ責任條件ノ缺ケタル場合ト責任能力ナキ者ノ擧動トヲ全ク同一ト看做セハ本文ニ示ス(2)ノ場合ニハ

共ニ贓物ナシト斷定セサル可カラス又若シ他人カ其物件ノ上ニ不正ノ行爲アリタルトキハ中間ニ介入シタル責任無能力者又ハ責任條件ヲ缺ケル者ナキト同一ニ論セサル可カラス

(3)犯罪ニ由來スルモ民法上所有權移轉ノ效ヲ生シタル物件ハ之ヲ贓物ト云フ能ハス(例乞食ノ貰受品密醜業婦ノ所得)

犯罪ニ由來スルニモ拘ハラス何故ニ所有權移轉ノ效ヲ生スルヤト云フニ乞食カ食ヲ貰受ケタルコト若クハ醜業婦カ金錢ヲ取得シタルコトヲ處罰スルノ趣旨ニ非スシテ其趣旨ハ取締上斯ル行爲ヲ爲スニハ許可ヲ受クルコトヲ要スルニ拘ハラス之ヲ受ケスシテ爲スト云フ點ニ存スレハナリ

二　行爲　(1)贓物ヲ受クトハ特ニ明文アル寄藏故買牙保ノ外情ヲ知テ之ヲ收受スル總テノ行爲ヲ謂フ(2)有償タルト無償タルトノ區別ナシ(3)現物ノ引渡ヲ受ケサルモ之ヲ受ケテ再ヒ處分シタルト同一ノ關係ヲ有スル場合亦同シ(4)寄藏(5)故買(6)牙保ハ贓物ノ所持者ト通謀シ財產上ノ利益ヲ得ル爲メ第三者ニ贓物ノ引渡ヲ爲シ又ハ其引渡ノ媒介ヲ爲スヲ謂フ

(1)故ニ寄藏故買牙保ノ外收受ノ例トシテハ贓物タルコトヲ知テ之カ運搬ヲ爲ス

カ如キモ此中ニ包含シ又贓物タルコトヲ知リテ贈與ヲ受クルカ如キモ同シク此中ニ包含スヘシ

(3)ハ例ヘハ他人カ贓物ヲ以テ自己ノ爲メニ債務ヲ辨濟シタルカ如キ是ナリ然ラハ竊盜カ贓金ヲ以テ自己ノ債務ヲ辨濟シタルハ贓物ヲ受ケタリト云フコトヲ得ルヤト云フニ固ヨリ直接ニ贓物ノ交付ヲ受ケタルニハアラスト雖モ之ヲ受ケテ再ヒ處分シタルト同一ノ關係ヲ有スル場合ナルカ故ニ刑法上贓物ヲ受ケタルモノト云フコトヲ得ヘシ

(4)寄藏トハ贓物ノ寄託ヲ受ケ且之ヲ藏匿スルヲ謂フ故ニ請求アル場合ニハ返還スルノ義務ヲ負ヒ而シテ其所持ヲ得タルノミナラス尙其物ノ發見ヲ妨クル行爲アルヲ謂フ

(5)故買トハ贓物タルノ情ヲ知リ有償名義ニ讓受クル總テノ場合ヲ謂フ故ニ民法ノ所謂賣買ハ勿論交換ノ如キモ此中ニ入ルモノナリ尙窃盜其人ニ債權アルカ爲メニ贓物タルヲ知リテ支拂ヲ受ケタル如キハ亦故買ナリ

三　贓物ニ關スル罪ト刑法第一五二條ノ罪トノ差ハ(1)物體ノ範圍ヲ異ニシ(2)又犯人ノ目的ヲ異ニス單ニ犯人ノ逮捕又ハ處罰ヲ免レシメンコトヲ圖ルニ出テタルハ罪證隱蔽罪ナリ專ラ財産ノ關係ニ於テ他ヲ害シ又ハ自己若クハ他人ヲ利セントスルニ出テタルハ贓物ニ關スル罪ナリ

以下法文ニ付キ少シク注意的説明ヲ爲スヘシ

贓物ニ關スル罪ハ其强窃盜ニ係ル物件ト其他ノ犯罪ニ係ル物件トニ因リ一ハ第三九九條ニ依リ一ハ第四〇一條ニ依リ異ナリタル處分ヲ設ク第四〇一條ニ規定スル其他ノ犯罪ニ關シタル物件ナル語ハ極メテ曖昧不明瞭ノ文字ニシテ單ニ文字上ヨリ言ヘハ法律ノ禁制シタル物件モ犯罪ノ用ニ供シタル物件モ皆犯罪ニ關シタル物件ナリト云ハサル可カラス然レトモ本罪ヲ獨立ノ一罪ト見ルニ付テハ歷史上及ヒ事實上別段ノ理由アルニ基キタルモノニシテ或犯罪ノ爲メニ目的物ノ所持ヲ取得スルカ或ハ其所持ヲ繼續シタルコト例ヘハ受託物ニ關スル騙取拐帶ノ罪又ハ遺失物埋藏物藏匿ノ罪家資分散ノ罪監守盜罪等ニ非サレハ此中ニ包含セスト信ス

第七節　放火失火ノ罪（刑法第四〇二條―第四一〇條）

其一　放火ノ罪

一　行爲　本罪ノ行爲ヲ定ムルニ付キ法文ニ火ヲ放チテ云々燒燬シタル者トア

リ火ヲ放ツノ何タルハ之ヲ說明スル必要ナシ燬ハ火焚壞也火ヲ以テ物質ヲ毀損スル謂ナリ然ラハ毀損サレタル物質ノ分量ヲ區分スルコトナキカ換言セハ放火ノ既遂未遂ノ分界如何(1)曰ク目的物ニ火ヲ傳フヘキ媒介物燃出シタルトキハ既遂ナリ(2)曰ク目的物燃出シタルトキハ既遂ナリ(Blanche, Vnº 526; Chauveau Hélie, Vnº 2524.)(3)曰ク目的物カ危險ナル有樣ニ陷リタルトキ即チ目的物ノ燃出シタル火力カ爾後自然ノ勢ニ依テ燃廣カルヘキ狀況ニ至レルトキハ既遂ナリ(Garraud, Vnº 561; Liszt, § 148 II; Frank, § 306 I.)(4)余ハ各目的物ノ性質ニ從ヒ其用ヲ失フニ至レルトキハ既遂ナリト信ス(刑法原論下九頁同趣旨?)

若シ純粹ノ法理論ヨリ言ヘハ放火ノ既遂ノ時期ハ何レニ定ムルヲ以テ最モ便宜トスルカノ問題ニ過キスシテ何レニ決スルモ不可ナシト信ス又之ヲ解釋問題トスレハ各條ノ正文ヲ基礎トシテ立論セサル可カラス例ヘハ一定ノ物ヲ燒燬スル目的ヲ以テ火ヲ放チタル者ハ放火罪ト爲スト云フ規定アリトスレハ結果ノ如何即チ火ニ因リテ目的物カ燒燬セラレタル分量ノ如何ヲ問ハス火ヲ放チタル時ニ於テ既遂ト爲ルモノナリ然レトモ日本ノ刑法ノ如ク結果ニ付テ燒燬ナル條件アル刑法ノ解釋トシテハ本文第四ニ述フル如キ斷定ラ下サヽル可カラスト信ス而シテ燒燬ナルコトハ單ニ物質上ノ損害ヲ與フルト云フコトヲ意味スルモノニ非

スシテ物夫自身ノ存在ヲ害セラルヽコトヲ謂フモノナリ故ニ若シ一枚ノ板ナリトスレハ之ニ僅少ノ傷ヲ付スルヲ以テ毀損ト云フコトヲ得ヘシ然レトモ板ヲ以テ組立テタル家屋ナリトスレハ未タ之ヲ以テ家屋ノ毀損ト云フコトヲ得サルヘシ又例ヘハ一枚ノ瓦ヲ破壞シタルコト若クハ壁ニ僅少ノ穴ヲ穿チタルヲ以テ家屋ノ存在ヲ失ハシメタリト云フコトヲ得ス此理論ヨリ言ヘハ火ヲ以テ家屋其他ノ目的物ノ存在ヲ害セラレタルトキニ初メテ放火ノ既遂ト爲ルモノト云ハサル可カラス右ニ述フル所ハ多數ノ事實ヨリ言ヘハ目的物ノ大部分ノ燒失スルト云フ事實ト同一ニ歸着スヘシ然レトモ必スシモ此ノ如ク論スルコトヲ得ス假令小部分タリトモ家屋トシテノ必要ナル個所例ヘハ屋根床ノ類ヲ燒失セシムレハ既ニ燒燬ヲ遂ケタルモノト云ハサル可カラス故ニ燒失セラレタル部分ノ分量ヨリ論スルニ非スシテ其性質ヨリ論スヘキモノト信ス

右ニ述フル所ト第三ノ說トハ實際著シク異ナレリ第三說ニ依レハ一旦目的物ニ燃移リタリトスルモ濕氣其他ノ事情ノ爲メニ尙續テ燒失スルコト能ハサル狀態ニ在レハ未遂ニシテ此ノ如キ障碍ナキカ爲メ全部燒失スヘキ狀態ニ在レハ既遂ト爲ルモノナリ即チ同一ノ結果カ或ハ未遂ト爲リ或ハ既遂ト爲ルノ不都合ナル

議論タルコトヲ思ハサル可カラス

二　物體　放火ノ物體ハ之ニ人ノ住居又ハ現住スルト否ト及ヒ其所有權ノ犯人ニ屬スルト否トヲ區別ス

(1)刑法第四〇二條ニ所謂人ノ住居シタル家屋ハ犯人以外ノ者ノ住居スル家屋ヲ總稱ス其所有權カ犯人ニ屬スルト否ト及ヒ居住者カ犯人ノ親屬タルト否トヲ區別スルコトナシ

自己及ヒ自己ノ家族カ住居シタル家屋ニ放火スレハ假令其家屋カ自己ノ所有ニ係ルト雖モ第四〇七條ニ依ラスシテ第四〇四條ニ依ルヘキモノナリ

(2)何人モ居住セサル家屋及ヒ犯人以外ノ居住者ナキ家屋ニ付テハ其所有權ノ犯人ニ屬スルト否トヲ區別ス犯人以外居住者ナキ他人所有ノ家屋ヲ燒燬スルハ刑法第四〇三條ノ罪ニシテ犯人所有ノ家屋ヲ燒燬スルハ刑法第四〇七條ノ罪ナリ

(3)船舶汽車ハ人ヲ乘載シタルト否トニ因リ亦著シク處分ヲ異ニス(刑法第四〇五條)

(4)建造物ニ付テハ僅ニ刑法第四〇三條ニ人ノ住居セサル場合ノ規定アルノミ爲メニ種々ノ疑問ヲ生ス(1)建造物ノ一部ニ人ノ住居シタルモノヲ放火燒燬シタルトキハ如何恐ク刑法第四〇二條ニ問擬スヘキ法意ナラン(2)居住者ナキ建造物ヲ人ノ存

在スル間ニ放火燒燬シタルトキハ如何居住ト現在トハ到底之ヲ同一視スル能ハス從テ本問ハ刑法第四〇三條ニ據テ處斷スヘキニ似タリ(3)自己ノ建造物ヲ放火燒燬シタルトキハ如何刑法第四〇七條ノ範圍カ

以下放火罪ノ立法上ノ當否ニ付キテ一言スヘシ

放火罪ノ如キハ其性質不定ノ多數人ニ種々ノ實害又ハ危險ヲ生スルモノ即チ公共ノ安全ヲ害スル點ヲ主眼トシテ罰セサル可カラス然ルニ立法者ハ財產權ノ侵害ト云フ點ヲ餘リニ深ク斟酌シタルカ爲メ右ノ學理上ノ要求トハ遠ク懸隔シタル處分ヲ設ケタリ若シ公共ノ安全ヲ害スルト云フ點ヲ主眼トシテ處罰スル精神ナレハ都會其他人家稠密ナル土地ニ於ケル犯罪ト他ニ多クノ人家アラサル土地ニ於ケル犯罪トニ付キ其處分ヲ異ニスヘキノ理ナリ殊ニ他人ノ所有ニ係ル家屋ナリトスレハ人ノ住居スルト現在スルト然ラサルトハ現行法ノ如ク大ナル差別ヲ立テヽ論スヘキモノニ非ス尙改正案第一二八條以下第一三九條ハ斯ル目的ヲ以テ處分ノ標準ト爲セリ

其二　失火ノ罪

失火罪ニ付テハ法文及ヒ總則過失ノ說明ヲ參照スヘシ

第八節　決水ノ罪（刑法第四一一條―第四一四條）

一　物體　本罪ノ物體ニシテ刑法第四一一條ニ其規定アルハ人ノ住居シタル家屋又ハ人ノ住居セサル家屋其他ノ建造物是ナリ放火ニ付テ述ヘタル所ト同趣旨ニ解スヘシ但犯人以外ノ居住者ナキ犯人所有ノ家屋ニ付テハ刑法第四〇七條ニ類スル明文ナキヲ以テ無罪ニ解セサル可カラス

決水罪モ財産ニ對スル罪ノ中ニ編入セラレタリト雖モ尚人體ニ危險アル點ヲ斟酌シテ其處分ヲ爲シタリ第四一一條第一項及ヒ第二項ニ於テ人ノ住居シタル家屋、人ノ住居セサル家屋ト云ヘル住居ナル語ハ放火罪ノ場合ト同樣ニ生活ノ本據ヲ意味スルモノト解セサルヘカラス從テ唯一時現在スル場合ヲ除外セサルヘカラス一方ニ於テ人命ニ危險アル場合ヲ想像シテ之ニ重キ處分ヲ加ヘナカラ他ノ一方ニ於テ住居ト云フ法律上一定ノ意味ヲ有シタル文字ヲ用ヒタルカ爲メ終ニ立法ノ趣旨ヲ貫カサル解釋ヲ生スヘシ然レトモ前ニモ述ヘタルカ如ク單純ナル現在者アル場合ニ住居云々ノ規定ヲ適用スルハ刑法ノ嚴禁スル類似解釋ナリト云フヘシ

刑法第四一二條ハ汎ク田圃礦坑牧場等ト云ヒ本條ニ擬スヘキ物體ノ限界ヲ示サス蓋シ田圃ト云ヒ礦坑ト云ヒ將タ牧場ト云ヒ何レモ人ノ利用スル土地ノミヲ指摘シタルヨリ考フルトキハ單ニ人ノ利用セサル土地ノミヲ除外シタルモノト解スヘク隨テ通路ハ本條ノ範圍ニ入リ砂漠又ハ未墾地ハ之ニ入ラスト解セサルヲ得サルヘシ

第四一二條ニ於テ水害ヲ被リタル個所ヲ列擧スルニ當リ法文ニ等ト云フ文字ヲ附加シテ他ニ別段概括的ノ標準ヲ示サヽルハ編纂上ノ失態ト云ハサル可カラス然レトモ解釋論トシテハ廣ク利用地ヲ荒廢シタル場合ヲ罰スル精神ナリト論スルノ外ナシ今一例ヲ擧クレハ家屋建造物ヲ設ケタル花壇ノ如キハ勿論本條ニ示ス物體ノ中ニ加ハリ何人ノ利用ニモ供セサル河原又ハ砂漠若クハ磯ノ類ハ此中ニ包含セスト云ハサルヘカラス

二　行爲　水害ヲ惹起スヘキ方法ハ一ニシテ足ラス然ルニ不幸ニシテ法文ハ堤防ノ決潰乃至水閘ノ毀壞ノ二ニ限定シタルカ故ニ若シ堤防ヲ增築シ又ハ水閘ヲ閉塞シ若クハ之ヲ開放スルニ因テ溢水セシメタルトキハ縱令住家ヲ漂失シ有用地ヲ荒廢スルモ刑法第四一三條ニ相當スル事實アル場合ノ外之ヲ如何トモスル能ハス決水罪ニ付キ立法上ノ注意ヲ一言スレハ曩ニモ述ヘタルカ如ク本罪ハ恰モ放火

罪ト同シク公衆ニ實害及ヒ危險ヲ與フルヲ處罰スル性質ノ罪ニシテ其及ホス所ノ影響ハ決シテ一個人ノ財產ニ止マルモノニ非ス隨テ之カ處分ヲ設クルニ付テハ其注意ヲ以テ規定セサル可カラス例ヘハ改正案第一四二條（水害ノ際防水用ノ物ヲ隱匿又ハ損壞シ若クハ其他ノ方法ヲ以テ妨害シタル者ハ云々）ノ如キハ本罪ノ性質上缺クヘカラサル規定ト云ハサル可カラス

第九節　船舶ヲ覆沒スル罪（刑法第四一五條、第四一六條）

刑法第四一五條ニ船舶ノ大小、行爲ノ場所等ヲ示サス止タ人ヲ乘載シタル船舶ナルコト、覆沒シタルコトノ二點ニ因テ直チニ死刑ニ處シタルカ故ニ適用上種々ノ疑問ヲ生スヘシト雖モ但書ノ本旨ヨリ推ストキハ人命ニ危險アル場合ニ限リ場所及ヒ方法ノ如何ヲ問ハス本條ヲ擬スヘキモノト解セサルヲ得サルヘシ而モ刑法第四一六條ニ至リテハ如何ナル制限ヲ付シテ解スヘキヤヲ知ラス

第四一五條第四一六條ニ規定スル覆沒ナル語ハ轉覆又ハ沈沒ノ意味ナルカト云フニ二個ノ結果ノ併セテ生シタルコトヲ必要トセス而シテ轉覆又ハ沈沒ノ結果ヲ生スルニ至ラシメタル行爲自身ニ付テハ法文上別段ノ制限ナキヲ以テ全部ヲ破壞スルニ出テタルト單ニ穴ヲ穿ツカ如キ一部ヲ破壞スルニ出テタルト又極メテ危險ナル方法例ヘハ水雷ヲ敷設スル如キニ出テタルト然ラサルトヲ問ハサルハ言ヲ俟タス

第四一五條ニ依レハ人ヲ乘載シタル船舶ヲ覆沒シ若シ此カ爲メニ死亡者アリタルトキハ死刑ニ處セラルヘシ一方ニ於テハ別段船舶ヲ破壞シタルコトヲ必要トセス止タ轉覆シタルヲ以テ足レリトシ他ノ一方ニ於テハ其死亡ハ故意ニ出テタルコトヲ必要トセサルカ故ニ苟モ故意ニ船舶ヲ轉覆シ船中死亡者アルニ於テハ彼ノ數千人ヲ容ルヽニ足ル處ノ一大船舶ニ係ルト單ニ一人ノ外ヲ乘載スルコトヲ能ハサル小船ニ係ルトヲ區別セス總テ死刑ヲ科セラルヽモノナリ又場所ノ關係ニ於テモ大海ニ於テスルト漸ク膝ヲ沒スルニ足ル小川ニ於テスルトヲ問ハス苟モ人命ニ實害又ハ危險ヲ伴フ以上ハ第四一五條ニ依リテ處斷セサル可カラス是ニ依リテ之ヲ觀レハ船舶ノ大小ノ關係及ヒ場所ノ關係ノ如何ハ毫モ區別スル所ナキカ故ニ立法論トシテ考フレハ其處分餘リニ狹キニ失スト云ハサル可カラス

第十節　家屋物品ヲ毀壞シ及ヒ動植物ヲ害スル罪（刑法第四一七條—第四二四條）

本節中毀壞又ハ毀損ト稱スルハ汎ク物質的ノ加害ヲ謂フト雖モ毀棄ト稱スルトキハ物質的ノ加害ノ程度各物件ノ用ヲ失フニ至レルヲ謂フ

第四一七條ニ所謂家屋建造物ニ付テハ家宅侵入罪其他ノ罪ニ付テ說明シタル所ト別ニ異ナル所ナシ唯毀壞ト云フ行爲ノ程度ニ付テハ少シク注意スヘキ點アリ

本條ハ家屋ノ毀棄ト云ハスシテ廣ク毀壞ト規定セリ若シ毀棄トシテ觀察スレハ家屋カ家屋タルノ用ニ堪ヘサル程度ノ損害ナカル可カラスト雖モ單ニ毀壞ト云フニ於テハ他ノ法文トノ比較上斯ル損害ノ生スルコトヲ必要トセス苟モ家屋建造物ヲ組成スル物件ニ對シ物質上ノ損害ヲ加フルニ於テハ總テ此條ノ範圍ニ屬スルモノナリ故ニ例ヘハ障子其他ノ建具ノ類ヲ破毀スルカ如キ若クハ屋根床ノ類ヲ破壞シタルニ過キサル場合ト雖モ本條ノ支配ヲ受クヘシ

第四一八條ノ牆壁ト云ヘルハ外圍ノ意味ニ解セサル可カラス外圍ノ何タルニ付テハ刑法第三六八條ニ關シ曩ニ述ヘタル所ナリ而シテ外圍ト云フコトヲ得サル性質ノモノニシテ第四二〇條ニ所謂土地ノ經界物ト云フコトヲ得ルトスレハ該條ノ支配ヲ受ケサル可カラス彼ノ田畑ノ畦畔ノ如キハ經界物中ニ入ルヘシ

園地ノ裝飾ト云ヘル中ニハ公園地又ハ私有地ノ燈籠又ハ立像若クハ裝飾ト見ルヘキ壁又ハ籬ノ類ヲ包含スヘキハ言ヲ俟タス然レトモ其立像ニシテ神佛ヲ安置シタルモノトスレハ或ハ禮拜所ヲ汚損シタル罪ト爲ルカ或ハ第四二六條第十號ノ罪ト爲ルヘシ

第四一九條ノ植物ノ毀損ト云フコトハ多クハ農產物ニ損害ヲ與フルコトニ歸着スヘシ而シテ單ニ毀損スルニ止マレハ本條ノ支配ヲ受ケ窃盜ノ意思ニ出ツレハ第三七二條第三七三條又ハ屋外窃盜罪ニ關スル法律ニ依リテ處罰セサルヘカラス然レトモ其毀損ハ敢テ問フ所ニ非サルナリ

毀棄ノ何タルハ本文ニ示スカ如ク其物ノ用ヲ失フコトヲ謂フナリ然レトモ損害ハ物質的ニ加ヘタル場合ナラサルヘカラス若シ食器ニ汚穢物ヲ投スレハ其用ヲ廢スルニ至ラシメタルモノニシテ毀棄罪トシテ論スルコトヲ得レトモ單ニ感情上人カ使用ヲ廢スルニ止マル場合ハ毀棄罪ト云フコトヲ得ス同一ノ理論ニ依リ多少物質上ノ損害ヲ與ヘタリトスルモ用ヲ廢スルノ程度ニ至ラサレハ毀棄罪トシテ不成立ナリ

第四二四條ノ證書類ノ毀棄罪ニ付テハ左ノ二個ノ點ニ注意セサル可カラス

第一　同シク權利義務ノ關係ヲ證明シタル書類ニテモ官文書ノ性質ヲ有スルモ

ノニ付テハ第二〇二條第二〇三條ニ別段ニ其規定ヲ設ケラレタリ

第二　文書ヲ變造スルノ際ニ一度以前ノ證書ノ用ヲ失ハシメタル事實アリトスルモ毀棄ト變造トノ俱發ニ非スシテ單ニ變造罪ヲ以テ論セサル可カラサル場合ヲ生スヘシ例ヘハ百圓ノ借用證書ヲ他ノ證書ニ變更センコトヲ企テ借用ノ二字ヲ拔取リタル者アリト假定センニ若シ犯人ノ目的カ借用ノ二字ヲ拔取リ證書ノ用ヲ失ハシムルニ止マラハ第四二四條ノ毀棄罪ト爲ルモノナリ然レトモ其場所ニ他ノ文字ヲ書加ヘテ別種ノ證書ヲ僞造シ若クハ單ニ變更ヲ加ヘントスルニ出テタリトスレハ別ニ毀棄罪ヲ成サスシテ單ニ僞造又ハ變造ノ罪ヲ以テ論スヘキモノナリ其理由如何ト云フニ一派ノ學說ニ於テハ必要ナル手段ナルカ故ニ別罪ヲ成サスト云フト雖モ假令必要ナリトスルモ既ニ獨立ノ罪名ニ觸ルヘキ性質ノモノナリトスレハ無罪ト云フコトヲ得サルヘシ而シテ余ハ全ク之ト異リタル理由ヲ以テ同一ノ斷定ヲ下サント欲ス元來同一ノ事物カ唯程度ヲ進ムルニ過キサル場合ニ於テハ之ヲ進ムルニ從ヒテ既往ノ經過ヲ吸收スルモノナリ今一例ヲ擧クレハ地中ニ種ヲ蒔キ之ヨリ先ツ幼芽ヲ生シ漸次生長シテ枝及ヒ葉ヲ生シテ一個ノ樹木トナレハ其樹木ハ一個獨立ノ存在ヲ有シ決シテ種子幼芽枝葉ト云フ三個獨立ノモノヽ合併ト云フコトヲ得ス此ト同シク文書ヲ僞造又ハ變造スルカ爲メ既ニ存スル證書ノ用ヲ失ハシムルニ至リシトキハ單ニ其點ヨリ考フレハ證書ヲ毀棄シタルモノト云ハサルヘカラスト雖モ僞造變造ト云フ同一ノ目的ノ下ニ於テ尙ホ其經過ヲ進行セシメタル以上ハ毀棄ナル行爲ハ之ヲ吸收セラレ終ルモノナリ尙此關係ニ付テハ總則ノ數所爲一罪ノ說明中(1)ヲ參照スルコトヲ要ス

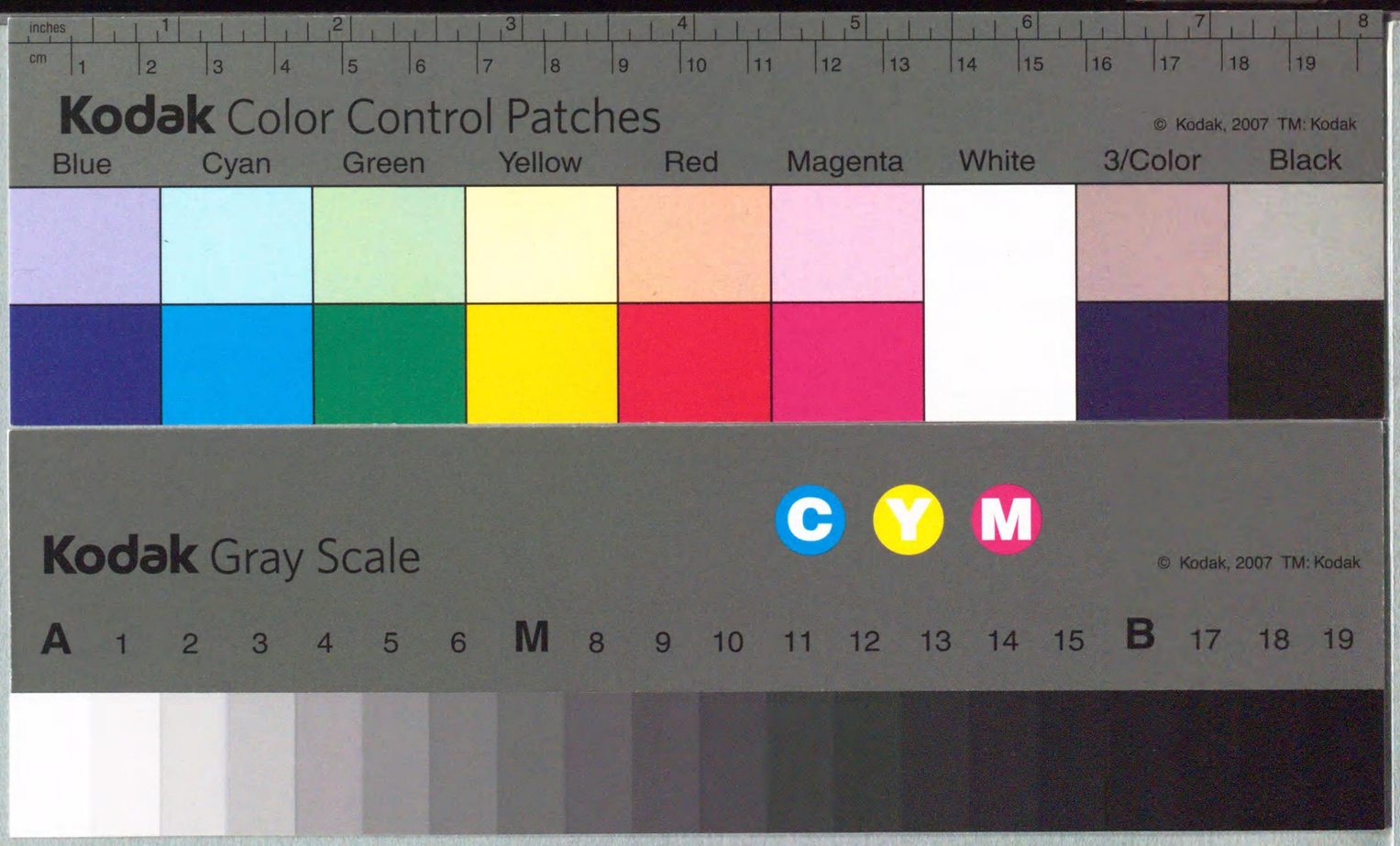
第四編　違警罪（刑法第四二五條―第四三〇條）

略ス

違警罪ノ性質ニ於テハ從來種々ノ議論アリタリト雖モ一モ採ルニ足ルヘキモノ爲シ若シ實際ノ便宜ノ點ヨリシテ警察官廳ニ於テ訊問處罰セシムヘキ輕微ナル犯罪ヲ概括シテ此ノ如キ名稱ヲ附シタルモノト云ヘハ便宜ノ問題ニシテ別ニ反對スヘキ理由ナシ然レトモ今日マテ各國ニ於テ違警罪ト名ケ來レル罪カ彼ノ豫防ト云フ特別ノ性質アルモノト說キ又ハ意思ヲ有セスシテ成立スルコトヲ得ル別種ノモノト云フカ如キハ採ルニ足ラス

W326.2
038
1

最高裁判所図書館
000127265


inches
cm
Kodak Color Control Patches
© Kodak, 2007 TM: Kodak
Blue
Cyan
Green
Yellow
Red
Magenta
White
3/Color
Black
Kodak Gray Scale
C
Y
M
© Kodak, 2007 TM: Kodak
A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19