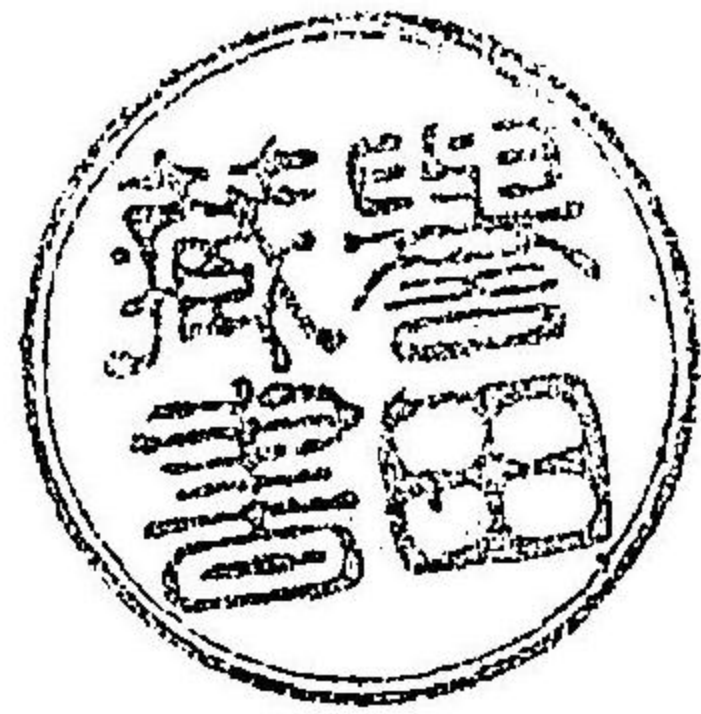


326 0178 k

刑法各論

上卷

ウトクトル、ユリス
エリス
大場茂馬著



東京 三書樓藏版

法律資料

今年七月暑中休暇ニ入りテ本書ノ著作ニ著手シ爾來改竄修訂本日
ニ至リ漸クニシテ稿成ル願レハ余カ天涯萬里ノ異域ニ於テ學窓ノ
下孤燈ニ對シ沈思默考尋繹討究ニ耽リタル際卒然老父死去ノ電音
ニ驚カサレ無限ノ哀痛ニ沈ミタルハ一昨年ノ今日ナリキ又余
カ渡歐ハ長友佐藤新助君ノ懇ナル勸誘ト厚キ贊助トニ基因ス余深
ク之ヲ徳トシ歸朝以來著作成ル毎ニ必ス一木ヲ呈シテ謝恩ノ微意
ヲ表シタリキ先月ノ今日飛電ニ接シテ倉皇君ヲ郷里陸前米谷ニ訪
ヘハ君ハ意外ニモ早ヤ既ニ白玉樓中ノ人ナリキ人界無常ノ感悲痛
哀悼ノ情禁セントシテ禁スル能ハス茲ニ謹テ此書ヲ亡父及ヒ故佐
藤君ノ靈前ニ捧ク

明治四十二年九月六日亡父ノ大祥忌辰ノ日山形ニ於テ

大場 茂馬 謹識



280555

自序

一、新ヲ愛シ奇ヲ好ムノ情ハ浮華輕躁ノ弊ニ陥リ易シ刑
法ノ如キ國家民衆ノ利害休戚ニ關スルコト著大ナルモ
ノニ在リテハ特ニ此弊ヲ警ムルノ必要アリ元來刑罰ハ
之ヲ受クル犯人ニ對スル害惡タルノミナラス之ヲ科ス
ル國家ニ對シテモ亦一種ノ害惡ナリ故ニ罪刑ノ規定ハ
嚴密ナラサル可カラサルト同時ニ其解釋モ亦嚴正ナラ
サル可カラス而シテ罪刑ハ刑法ノ各論之ヲ定ム左レハ
刑法ノ真髓ハ各論ニ在リ總論ノ如キハ各論ニ於テ定メ
タル罪刑ノ適用ヲ的確ナラシムル目的ヲ有スルニ過キ
ス然ルニ近時各論ノ研究ノ等閑ニ付セラレ、ノ傾アル
カ如キハ實ニ刑法ノ危機ニシテ罪刑法定主義ノ根本ヲ

危ウスルモノナリ

一、齒ニ對スルニ齒ヲ以テシ目ニ對スルニ目ヲ以テスル反坐ノ制 (Talion) ハ大古ノ事跡ニ屬ス刑罰ノ目的ヲ以テ復讐ニ在リトシ犯罪ノ事實ノミニ基キ刑ヲ定メントスル主義ハ中古ノ事跡ニシテ今日何人モ之ヲ主張スルモノナシ今ヤ所謂新派 (Neue Schule) 若クハ幼派 (Junge Schule) ノ主觀主義偏用ノ議論ハ具眼者ノ採ラサル所ナリ又舊派 (Alte Schule) 若クハ正統刑法學派 (Klassische Schule) ノ犯罪事實ヲ精査スル客觀的觀察ト犯罪者ノ心意ヲ考究スル主觀的觀察トヲ併用シ事實ノ真相ニ合シ犯人ノ性格ニ適スル刑罰ヲ量定スヘシトノ原則ハ近時漸ク識者ノ認ムル所ト爲レリ現今世界文明各國ノ刑法ハ此原則ヲ採ル

モノニシテ我現行刑法モ亦之ニ則ルモノナリ其第三十八條(犯意ナキ行為ヲ罰セサル規定)第三十九條(心神喪失者及ヒ心神耗弱者ノ行為ニ關スル規定)第四十三條(未遂罪ニ關スル規定)等ハ主觀主義ヲ無視セサルコトヲ示スモノニシテ第二編第七十三條以下ノ各本條ニ於テ罪ノ輕重大小ニ從ヒ刑ノ輕重大小ヲ定メタルハ客觀主義ヲモ捨テサルコトヲ明ニスルモノナリ然ルニ一時新派若クハ幼派ノ主觀主義偏用ノ論カ我刑法界ヲ支配シタル結果トシテ刑法ノ真髓タル各論ニ關スル研究大ニ等閑ニ付セラレタルモノ、如シ斯ル趨向ヲ顧ミ斯ル時弊ヲ拯ハントスルハ學者ノ本分ニシテ其責ヲ盡ス所以ナリトハ著者ノ平常懷抱スル所ノ信念ナリ是レ著者自ラ揣ラス本書ノ稿ヲ起シタル所以ノ動機ナリ

三、本書ノ特色トシテ別ニ言フヘキモノナシ唯々著者ハ左ノ三點ニ付キ意ヲ用ヒタリ

(一) 講法ノ順序ニ付キ大ニ工夫ヲ凝シ以テ修學者ノ便否ニ付キ考慮ヲ費シタルモノ少カラス

(二) 註ヲ設ケテ參照ヲ要スヘキ内外判例及學說ヲ摘示シ以テ修學者ノ推覈精究ニ資セント欲シタリ

(三) 現行法ニ對スル評論ヲ挿ミ一面世ニ問ヒ一面後ノ立法者ノ參考ニ供セント試ミタリ

四、卷頭第一ニ著者ハ先輩畏友ニ對シ切ニ諒恕ヲ乞ハサル可カラサルモノアリ是レ他ニ非ス著者カ前述三ノ(一)(二)ノ趣旨ニ依リ磯部四郎、飯田宏作、穗積陳重、富井政章、豊島直通、岡田朝太郎、岡松參太郎、勝本勘三郎、横田國臣、谷野格

梅謙次郎、牧野英一、小嘯傳、江木衷、岸本辰雄、元良勇次郎、泉二新熊等先輩畏友カ著書若クハ雜誌類ニ發表セラレタル貴重ナル所說ヲ摘示シ偶々妄評ニ涉リタル一事ナリ若シ夫レ先輩畏友ニ於テ著者カ一ニハ修學者及ヒ社會ヲ益セントスルノ微衷ヲ察セラレ一ニハ刑法學上ニ於ケル著者ノ見地ヲ明ニセントスル趣旨ヲ認メラレ深ク咎ムル所ナクンハ著者ノ幸甚シ

五、本書ニ引用シタル書名ハ悉ク之ヲ註中ニ記載セリ唯勝本博士ノ所論ハ其刑法析義ニ據レリト雖モ尙ホ其刑法各論講義錄(明治三十九年度京)中ヨリ援用シタルモノ抄カラス又谷野學士ノ所論ハ其刑法各論ノ講義錄(明治三十七年度中央大學講義錄)ニ據レリ

六、本書ハ固著者カ日本大學ニ於テ爲シタル講義ノ筆記ニ基キ公私多忙ノ裡僅々數旬ノ餘暇ヲ利用シテ之ヲ修補訂正シタルモノナリ倉卒ノ際措辭造語ノ整ハサルモアルヘシ又所論正鵠ヲ失スル點ナキヲ保セス幸ニ大方諸賢ノ批正ヲ俟ツノミ

明治四十二年九月六日

大場茂馬識

刑法各論上卷目次

緒論

第一章	現行刑法ト刑法各論	一
第二章	法益ノ研究	一六
第三章	講法ノ順序	二
第一卷	一個人ノ法益ニ對スル罪	五
第一編	生命ニ對スル罪	六
第一章	生命ニ對スル罪ノ一般觀念	
及ヒ分類		六
第一節	生命ニ對スル罪ノ一般觀念	六

第一款 法益……………二七

第二款 主體……………三四

第三款 所爲……………三四

 第一項 生命ヲ害スル所爲……………三四

 第二項 生命ヲ危ウスル所爲……………三七

 第四款 違法且ツ有責……………三六

第二節 生命ニ對スル罪ノ分類……………三三

第二章 故意ニ因リ生命ヲ害スル罪……………四四

第一節 殺人罪……………四四

 第一款 一般殺人罪……………四四

 第一項 故意及ヒ其態様……………四四

 第二項 殺人ノ種々ナル情狀……………五〇

第二款 殺尊屬親罪……………六〇

第三款 殺人ノ豫備罪及ヒ未遂罪……………六三

第四款 刑罰……………六五

第五款 評論……………六五

第一節 自殺ニ關スル罪……………六九

 第一款 自殺教唆若クハ幫助又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺スノ罪……………七三

 第二款 自殺ニ關スル罪ノ未遂罪……………七五

 第三款 刑罰……………七六

第三節 墮胎罪……………七九

 第一款 墮胎ノ概念……………七九

 第二款 墮胎罪ノ客體……………八二

 第三款 墮胎罪ヲ構成スヘキ所爲……………八三

第三 墮胎罪ノ手段……………六六

第四 墮胎罪ニ要スル違法且ツ有責……………六七

第五 墮胎罪ノ分類……………六八

第二款 妊婦自身ノ墮胎……………六九

第三款 妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基ク他人ノ行爲ニ係ル墮胎……………九一

第四款 妊婦ノ承諾又ハ囑託ニ基ク醫師産婆藥劑師藥種商ノ墮胎……………九三

第五款 妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル墮胎……………九四

第六款 他人ノ行爲ニ係ル墮胎ニ基ク妊婦ノ死傷……………九五

第七款 刑罰……………九六

第三章 故意ニ因ラスシテ生命ヲ害スル罪……………九六

第一節 過失致死罪……………九六

第一款 過失致死ノ觀念……………九六

第一 過失致死ノ主體……………一〇〇

第二 過失ノ意義及ヒ程度……………一〇〇

第二款 一般ノ過失致死罪……………一〇七

第三款 業務上ノ不注意ニ因ル過失致死罪……………一〇八

一 業務ノ意義……………一〇九

二 業務上ノ行爲ト否トノ區別……………一一〇

三 業務上必要ナル注意……………一一三

第四款 刑罰……………一一五

第二節 生命以外ノ法益ヲ害スル行爲ニ

基ク致死罪……………一一五

第四章 生命ヲ危ウスル罪……………一三〇

第一節 生命ヲ危ウスル罪ノ觀念……………一三〇

第二節 遺棄罪……………一三一

第一款 遺棄罪ノ觀念……………一三三

第一 遺棄罪ノ性質……………一三三

第二 遺棄ノ廣狹ノ二意義……………一三三

第三 遺棄罪ノ客體……………一三四

第四 遺棄罪ノ故意……………一三六

第三款 一般遺棄罪……………一三六

第一 一般遺棄罪ノ主體……………一三七

第二 一般遺棄罪ヲ構成スヘキ所爲……………一三九

第三款 保護ノ義務アル者ノ遺棄罪……………一三三

第三節 決闘罪……………一三七

第二編 身體ニ對スル罪……………一三九

第一章 身體ニ對スル罪ノ一般觀念

及ヒ分類……………一三九

第一節 身體ニ對スル罪ノ一般觀念……………一三九

第一款 法益……………一三九

第三款 所爲……………一四一

第二 暴行ノ意義……………一四一

第二 傷害ノ意義……………一四三

第三 眉毛頭髮及ヒ鬚髭ノ切斷ハ傷害罪ヲ構成スルヤ……………一四五

第三款 違法且ツ有責……………一四六

第一項 故意……………一四六

第一 一般傷害罪ニ要スル故意……………一四六

第二 傷害致死ニ要スル故意……………一四五

第二項 違法ヲ除却スヘキ理由……………一四五

第二節 身體ニ對スル罪ノ分類……………一六三

第一 故意ニ因ル傷害……………一六三

第二 過失ニ基ク傷害……………一六三

第三 身體以外ノ法益ヲ害スル所爲ニ基ク傷害……………一六四

第二章 故意ニ因リ身體ヲ害スル罪……………一五五

第一節 傷害ニ至ラサル暴行ヲ加ヘタル罪……………一五五

第二節 傷害罪……………一五六

第一 輕微ナル傷害及ヒ重大ナル傷害……………一五六

第二 傷害ノ手段ニ因ル區別……………一五六

第三 豫謀ノ有無ニ因ル區別……………一七〇

第四 被害者ノ身分ニ因ル區別……………一七一

第五 犯罪ノ原因若クハ緣由ニ因ル區別……………一七一

第三節 傷害致死罪……………一七一

第四節 傷害罪及ヒ傷害致死罪ヲ助勢……………一七一

スル罪……………一七三

第五節 傷害罪及ヒ傷害致死ニ關與スル罪……………一七四

第六節 刑罰……………一七七

第七節 評論……………一七七

第三章 過失ニ基ク傷害罪……………一八〇

第四章 身體以外ノ法益ヲ害スル所爲ニ基ク傷害罪……………一八一

第三編 自由ニ對スル罪……………一八五

第一章 自由ニ對スル罪ノ一般觀念及ヒ分類……………一八五

第一節 自由ニ對スル罪ノ一般觀念……………一八五

第一款 客體……………一八七

第二款 性質……………一九〇

第二節 自由ニ對スル罪ノ分類……………一九三

第二章 一身上ノ自由ヲ害スル罪……………一九五

第一節 一身上ノ自由ヲ害スル罪ノ觀念……………一九五

第一款 所爲……………一九五

第二款 手段……………一九六

第二節 逮捕及ヒ監禁ニ關スル罪……………一九九

第一款 逮捕及ヒ監禁ノ罪……………一九九

第一 逮捕及ヒ監禁罪ノ法益及セ被害者……………二〇〇

第二 逮捕及ヒ監禁罪ヲ構成スヘキ所爲……………二〇二

一 逮捕ノ意義……………二〇一

二 監禁ノ意義……………二〇三

三 逮捕ト監禁トノ差別……………二〇五

第三 逮捕及ヒ監禁罪ニ要スル違法且ツ有責……………二〇六

第二款 逮捕及ヒ監禁ニ因ル致死傷ノ罪……………二〇八

第三節 略取及ヒ誘拐ノ罪……………二〇九

第一款 略取及ヒ誘拐罪ノ觀念……………二〇九

第二款 未成年者ニ對スル略取及ヒ誘拐ノ罪……………二一一

第一 未成年者ニ對スル拐取罪ノ客體……………二一三

第二 未成年者拐取罪ヲ構成スヘキ所爲……………二一四

第三 拐取罪ノ手段……………二一五

第四 拐取ノ目的……………二一五

第三款 特定ノ目的ヲ以テスル略取、誘拐、人身賣買……………二一五

及ヒ被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送スルノ罪……………二一七

第一項 營利、猥褻、結婚又ハ帝國外ニ移送スル目的ヲ以テスル略取又ハ誘拐……………二一七

第二項 帝國外ニ移送スル目的ヲ以テスル人身賣買……………二一九

第三項 被拐取者又ハ被賣者ヲ帝國外ニ移送スル行爲……………二二〇

第四款 拐取罪ノ事後從犯及ヒ特定ノ目的ヲ以テスル被拐取者及ヒ被賣者ノ收受……………二二一

第一項 拐取罪ノ事後從犯……………二二三

第二項 特定ノ目的ヲ以テスル被拐取者又ハ被賣者ノ收受……………二二三

第五款 未遂罪及ヒ親告罪……………三二五

第一 告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキ場合……………三二六

第二 告訴ヲ待タズ當然其罪ヲ論スヘキ場合……………三二七

第四節 強要罪……………三二八

第一 強要罪ノ法益及ヒ被害者……………三二八

第二 強要罪ヲ構成スヘキ所爲……………三二九

第三 強要罪ノ手段……………三三〇

第五節 刑罰……………三三一

第一 逮捕及ヒ監禁罪ノ刑罰……………三三三

第二 略取及ヒ誘拐罪ノ刑罰……………三三三

第三 強要罪ノ刑罰……………三三四

第六節 評論……………三三四

第三章 性交ノ自由ニ對スル罪……………三三四

第一節 性交ノ自由ニ對スル罪ノ觀念……………三三四

第二節 強姦罪……………三三六

第一款 狹義ノ強姦罪……………三三六

第一 強姦罪ノ客體……………三三六

第二 強姦罪ノ主體……………三三六

第三 強姦罪ヲ構成スヘキ所爲……………三三六

第四 強姦罪ノ手段……………三三六

第二款 心神喪失者ニ對スル姦淫罪……………三三八

第三款 少女ニ對スル姦淫罪……………三三九

第三節 強制猥褻罪……………三三九

第一款 狹義ノ強制猥褻罪……………三三九

第一項 主體及ヒ客體……………二五二

第二項 所爲……………二五三

第二款 心神喪失者ニ對スル猥褻罪……………二五四

第三款 幼者ニ對スル猥褻罪……………二五四

第四節 未遂罪……………二五五

第一款 強姦及ヒ強制猥褻ノ未遂罪……………二五五

第二款 心神喪失者若クハ幼者ニ對スル姦淫若クハ猥褻ノ未遂罪……………二五六

第五節 性交ノ自由ヲ害スル罪ノ告訴……………二五七

第六節 強姦又ハ強制猥褻ニ因ル致死傷罪……………二五八

第七節 刑罰……………二六二

第四章 個人ノ法律の平穩(Der persönliche Rechtsfrieden)ニ對スル罪……………二六一

第一節 個人ノ法律の平穩ニ對スル罪ノ觀念……………二六一

第二節 脅迫ノ罪……………二六四

第一 脅迫罪ノ性質……………二六四

第二 脅迫罪ヲ構成スヘキ所爲……………二六八

一 脅迫ニ依リ表示セラレタル害惡ハ脅迫者自身加フルコトヲ表示スルヲ要ス……………二六八

二 脅迫ニ依リ表示セラレタル害惡ハ不法ナルヲ要ス……………二六八

第三 脅迫罪ノ手段……………二七〇

第四 脅迫ニ要スヘキ故意……………二七一

第三節 住居ヲ侵ス罪……………二七二

第一款 性質……………二七二

第二款 住居侵害罪……………二七五

第一款 住居侵害罪ノ客體……………二七五

第二款 住居侵害罪ヲ構成スヘキ所爲……………二八〇

第三款 住居侵害罪ニ要スル故意……………二八三

第四款 住居侵害ハ不法ナルヲ要ス……………二八四

第三款 皇居、禁苑、離宮、行在所、神宮、又ハ皇陵ニ侵入スルノ罪……………二八七

第一款 皇居、禁苑、離宮、行在所、神宮、又ハ皇陵ニ侵入スル罪ノ客體……………二八八

第二款 皇居、禁苑、離宮、行在所、神宮、又ハ皇陵ニ侵入

スル罪ヲ構成スヘキ所爲……………二八九

第四款 住居ヲ侵ス罪ノ未遂……………二九〇

第四節 秘密ヲ侵スノ罪……………二九一

第一款 信書ノ秘密ヲ侵ス罪……………二九三

第一款 信書ノ秘密ヲ侵ス罪ノ客體……………二九三

第二款 信書ノ秘密ヲ侵害スル罪ヲ構成スヘキ所爲……………二九五

第三款 開披ハ不法ニシテ且ツ故意アルヲ要ス……………二九六

第二款 陰私漏告罪……………二九七

第一款 陰私漏告罪ノ客體……………二九八

第二款 陰私漏告罪ヲ構成スヘキ所爲……………三〇〇

第三款 陰私漏告ハ不法ニシテ故意アルヲ要ス……………三〇一

第四款 陰私漏告罪ノ主體……………三〇二

第三款 秘密ヲ侵ス罪ノ告訴……………三〇四

第一 信書ノ秘密ヲ害スル罪ノ告訴權者……………三〇四

第二 陰私漏泄罪ノ告訴權者……………三〇五

第四款 刑罰……………三〇六

第四編 名譽ニ對スル罪……………三〇八

第一章 名譽ニ對スル罪ノ一般觀念

及ヒ分類……………三〇八

第一節 法益及ヒ被害者……………三〇八

第二節 所爲及ヒ手段……………三二五

第一 輕蔑ノ表示ハ第三者ノ耳目ニ達シタルヲ要ス(公然ノ意義)……………三二七

第二 輕蔑ノ表示ニ因リ被害者カ明白ニ認知セラル、コトヲ要ス……………三三〇

第三 違法且ツ有責……………三三一

第三節 分類……………三三三

第二章 侮辱罪……………三三三

第一節 法益及ヒ被害者……………三三四

第二節 所爲及ヒ手段……………三三四

- 一 侮辱行爲……………三三六
- 二 侮辱行爲ハ公然ナルヲ要ス……………三三七
- 三 公然ナル侮辱行爲ハ故意アルヲ要ス……………三三八
- 四 侮辱ノ手段……………三三九

第三章 名譽毀損罪……………三三〇

第一節 生存者ノ名譽ヲ毀損スル罪……………三三〇

第一款 法益及ヒ被害者……………三三〇

第二款 所爲及ヒ手段……………三三一

一 事實ノ摘示アルヲ要ス……………三三一

二 摘示セラレタル事實ハ人ノ名譽ヲ害スヘキモノタルヲ要ス……………三三四

三 事實ノ摘示ハ公然タルヲ要ス……………三三六

四 公然タル事實ノ摘示ハ故意ニ基クヲ要ス……………三三六

五 摘示セラレタル事實ノ有無ヲ問ハス……………三三七

第二節 死者ノ名譽ヲ毀損スル罪……………三三八

第一 死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ノ法益及ヒ被害者……………三三九

第二 死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ヲ構成スヘキ所爲及ヒ手段……………三四〇

第四章 名譽ニ對スル罪ノ告訴……………三四六

第五章 刑罰……………三四八

第六章 評論……………三四九

第七章 名譽ニ對スル罪ノ特例……………三五六

第五編 財産ニ對スル罪……………三六三

第一章 財産ニ對スル罪ノ一般觀念及ヒ分類……………三六三

第一節 一般觀念……………三六三

第一款 客體……………三六四

第二款 行爲……………三六六

第二節 財産ニ對スル罪ノ分類……………三六八

第二章 財産上ノ法益其モノヲ直接

ニ侵害スル罪……………三七一

第一節 物權ヲ害スル罪……………三七二

第一款 竊盜罪……………三七二

第一項 一般竊盜罪及ヒ其未遂罪……………三七二

第一 竊盜罪ノ客體……………三七三

一 他人ノ所有ニ屬スル物タルコトヲ要ス……………三七三

二 他人ノ事實上ノ支配ニ屬スル財物タル

ヲ要ス……………三八一

三 動カシ得ヘキ物タルヲ要ス……………三九〇

第二 竊盜罪ヲ構成スヘキ所爲……………三九二

一 物ノ事實上ノ支配ヲ獲得スルコトヲ要ス……………三九三

二 物ノ事實上ノ支配ノ獲得ハ不法ニ領得

スルノ意ニ基クコトヲ要ス……………三九六

第三 竊盜ノ未遂罪……………四〇二

第二項 準竊盜罪……………四〇三

第一 準竊盜罪ノ客體……………四〇四

一 他人ノ占有ニ屬スル自己ノ財物……………四〇四

二 公務所ノ命ニ依リ他人ノ看守シタル自

己ノ物……………四〇七

第二 準竊盜罪ヲ構成スヘキ所爲及ヒ其未遂罪……………四〇八

第三項 電氣竊盜罪……………四〇九

第四項 親族相盜……………四一一

第一 親族相盜ニシテ其罪ヲ免除スヘキ場合……………四一四

第二 親族相盜ニシテ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス

ヘキ場合……………四一五

第三 親族ノ共犯者……………四一六

第四 親族相盜ノ適用セラレヘキ範圍……………四一六

第五項 刑罰……………四一八

第六項 評論……………四一九

第二款 強盜罪……………四二四

第一項 一般ノ強盜罪……………四二四

第一 強盜罪ノ客體……………四二五

第二 強盜罪ヲ構成スヘキ所爲……………四二六

一 奪取ノ手段ハ暴行若クハ脅迫ナルヲ要ス……………四二六

二 強盜行爲ノ一部若クハ全部カ被害者ニ覺知セラル、ヲ要ス……………四二七

三 暴行又ハ脅迫ハ人ニ對シテ爲シタルコ

トヲ要ス……………四二八

四 脅迫ト恐喝トノ差異……………四三〇

五 昏醉セシムルニ因ル盜取……………四三二

六 強盜的恐喝罪暴行脅迫ニ依ル不當利益……………四三三

第二項 準強盜罪……………四三四

第一 強盜的竊盜……………四三四

第二 他人ノ占有ニ屢シ又ハ公務所ノ命ニ依リ他人ノ看守スル自己ノ財物ノ強取……………四三〇

第三 電氣ノ強取……………四四一

第三項 強盜致死傷罪……………四四一

第四項 強盜強姦及ヒ之ニ因ル致死……………四四九

第五項 強盜ノ豫備及ヒ未遂罪……………四五二

第六項 刑罰……………四五五

第三款 横領罪……………四五五

第一項 一般ノ横領罪……………四五六

第一 横領罪ノ主體及ヒ客體……………四五七

一 自己ノ事實上ノ支配ニ存スル他人ノ物……………四五七

第一 物ニ對スル事實上ノ支配(占有)ハ左ノ
行為ニ基クヲ得……………四五八

(一) 適法ナル法律行為ニ基クヲ得……………四五八

甲 自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ
所持スル場合……………四五八

乙 他人ノ爲メニ占有スル場合……………四五九

(二) 錯誤又ハ偶然ナル出來事ニ基クヲ得……………四五九

(三) 不法ナル原因ニ基クヲ得ルハ勿論犯
罪行為ニ基クコトヲ得……………四五九

(四) 事務管理ニ基クコトヲ得……………四六〇

第二 他人ノ物ノ事實上ノ支配アルモ横領
罪ヲ構成セサル場合左ノ如シ……………四六〇

(一) 不法ニ領得スルノ意ヲ以テ爲シタル
犯罪行為ニ基ク場合……………四六〇

(二) 保管者ト看守者アル場合……………四六〇

二 不動産及ヒ代替物……………四六四

甲 不動産……………四六四

乙 代替物……………四六八

第二 横領罪ヲ構成スベキ所爲……………四七一

第二項 準横領罪……………四七三

第三項 監守物横領罪……………四七五

第四項 拾得物横領罪……………四七七

第五項 親族間ノ横領罪……………四七九

第六項 刑罰……………四八一

第四款 毀棄ノ罪……………四八一

第一項 一般毀棄罪……………四八四

第一 毀棄罪ノ客體……………四八五

第二 毀棄罪ヲ構成スヘキ所爲……………四八六

第二項 官公文書毀棄罪……………四八九

第一 官公文書毀棄罪ノ客體……………四八九

第二 官公文書毀棄罪ヲ構成スヘキ所爲……………四九三

第三項 私文書毀棄罪……………四九四

第一 私文書毀棄罪ノ客體……………四九四

一 權利義務ニ關スル文書タルコトヲ要ス……………四九四

二 他人ノ文書タルコトヲ要ス……………四九五

第二 私文書毀棄罪ヲ構成スヘキ所爲……………四九五

第四項 建造物、艦船毀棄罪及ヒ之ニ因ル致死傷罪……………四九七

第一 建造物又ハ、艦船毀棄罪ノ客體……………四九七

第二 建造物、艦船毀棄罪ヲ構成スヘキ所爲……………四九八

第三 建造物、艦船ノ損壞ニ因ル致死傷罪……………四九八

第五項 準毀棄罪……………五〇〇

一 差押ヲ受ケタル自己ノ物……………五〇〇

二 物權ヲ負擔シタル自己ノ物……………五〇一

三 賃貸シタル自己ノ物……………五〇三

第六項 信書隱匿罪……………五〇三

第一 信書隱匿罪ノ客體……………五〇三

第二 信書隱匿罪ヲ構成スヘキ所爲……………五〇三

第七項 毀棄罪ノ告訴……………五〇四

第八項 刑罰……………五〇五

第九項 評論……………五〇六

第二節 債權ニ對スル罪……………五二〇

第一款 背信罪……………五二〇

第一 背信罪ノ法益及ヒ被害者……………五二一

第二 背信罪ノ主體……………五二二

第三 背信罪ヲ構成スヘキ所爲……………五二四

一 任務ニ背キタル所爲アルヲ要ス……………五二四

二 本人ノ財産上ニ損害ヲ加フルヲ要ス……………五二六

第四 背信罪ニ要スル故意……………五二七

第五 刑罰……………五二九

第二款 家資分散ニ關スル罪……………五二九

第一 家資分散ニ關スル罪ノ法益及ヒ被害者……………五三〇

第二款 家資分散ニ關スル罪ノ主體……………五三一

第三 家資分散ニ關スル罪ヲ構成スヘキ所爲……………五三三

第四 刑罰……………五三六

第三款 破産罪……………五三六

第一 破産罪ノ法益及ヒ被害者……………五三七

第二 破産罪ノ主體……………五三八

第三 破産罪ヲ構成スヘキ所爲……………五三〇

第四 刑罰……………五三三

第三節 物權、債權以外ノ財産ニ關スル權利ニ對スル罪……………五三三

第一款 信用及ヒ業務ニ對スル罪……………五三三

第一項 信用ニ對スル罪……………五三三

第一 信用ニ對スル罪ノ法益及ヒ被害者……………五三三

第二 信用ニ對スル罪ヲ構成スヘキ所爲及ヒ手段……………五三四

第二項 業務ニ對スル罪……………五三五

第一 業務ニ對スル罪ノ法益及ヒ被害者……………五三五

第二 業務ニ對スル罪ヲ構成スヘキ所爲及ヒ手段……………五三六

第三項 刑罰……………五三六

第二款 著作権、特許權、意匠權、實用新案權及ヒ商標權ニ對スル罪……………五三八

第一項 著作権ニ對スル罪……………五四〇

第二項 特許權ニ對スル罪……………五四一

第三項 意匠權ニ對スル罪……………五四三

第四項 實用新案ニ對スル罪……………五四三

第五項 商標ニ對スル罪……………五四四

第三章

法益ノ保有者ノ意思ニ影響

ヲ及ホシ以テ財産上ノ法益

ヲ害スル罪……………五四四

第一節

詐欺罪……………五四七

第一 行爲者ニ存スヘキ詐欺罪ノ要件……………五四九

一 不法ニ利益ヲ得ルノ意思……………五四九

二 欺罔行爲……………五五一

第二 被害者又ハ被欺罔者ニ存スヘキ詐欺罪ノ要件……………五五九

一 錯誤ノ發生……………五五九

二 財産ノ處分……………五六六

- 三 財産上ノ損害……………五九
- 第三 被害者及ヒ被欺罔者……………五七
- 第二節 恐喝罪……………五八
 - 第一 行爲者ニ存スヘキ恐喝罪ノ要件……………五三
 - 一 不法ニ利益ヲ得ルノ意思……………五三
 - 二 恐喝行爲(暴行又ハ脅迫)……………五三
 - 第二 被害者又ハ被恐喝者ニ存スヘキ恐喝罪ノ要件……………五九〇
 - 一 害ヲ受クルコトアルヘシトノ信用……………五九〇
 - 二 財産ノ處分……………五九四
 - 三 財産上ノ損害……………五九五
 - 第三 普通恐喝罪ト強盜的恐喝罪トノ區別……………五九五
 - 第三節 貪利罪……………五九六

- 第一 未成年者ノ知慮淺薄ノ利用……………五八
- 第二 人ノ心神耗弱ノ利用……………六〇
- 第三 意思能力ナキ幼兒又ハ心神喪失者ノ利用……………六〇
- 第四 評論……………六一
- 第四節 詐欺、恐喝及ヒ貪利ノ未遂罪……………六三
- 第五節 第二百四十二條、第二百四十四條、第二百四十五條ノ準用……………六四
- 第六節 刑罰……………六六
- 第四章 贓物ニ關スル罪……………六六
 - 第一節 贓物ニ關スル罪ノ觀念……………六六
 - 一 贓物ニ關スル罪ト主タル犯罪……………六七
 - 二 贓物ニ關スル罪ヲ事後從犯ト稱スルハ……………六七

第二節 贓物收受罪……………六〇九

第一 贓物收受罪ノ客體……………六二一

一 贓物收受罪ノ客體ハ財産上ノ法益ヲ害スル犯罪ニ依リテ領得シタル物タルヲ要ス……………六二一

二 犯罪行為ハ贓物取得ノ手段タラサル可カラス……………六二四

三 贓物罪ノ主犯ハ必スシモ處罰セラルヘキヲ要セス……………六二六

四 善意ノ占有者カ贓物ニ對シ所有權ヲ得タルトキハ最早贓物ニ非ス……………六二九

第二 贓物收受罪ヲ構成スヘキ所爲……………六三一

一 贓物タル情ヲ知ルコト……………六三一

二 贓物ノ收受……………六三二

第三節 贓物ノ運搬、寄藏、故買又ハ牙保

ヲ爲スノ罪……………六三三

第四節 贓物ニ關スル罪ノ特例……………六三六

第一 直系血族、配偶者、同居ノ親族又ハ家族及ヒ此等ノ者ノ配偶者ノ間ニ於ケル贓物罪……………六三六

第二 親族又ハ家族ニ非ル者ノ共犯……………六三七

第五節 刑罰……………六三八

第六節 評論……………六三九

刑法各論上卷目次 終

刑法各論

ウドクトル、ユリス、
ウトリウス、
大場茂馬著

緒論

第一章 現行刑法ト刑法各論

現行刑法ハ舊刑法ノ改正ト謂ハンヨリハ寧ロ改造ト謂フヲ適當トス。刑法各論ニ屬スル部分ニ於テ特ニ然リトス。舊刑法ハ犯罪ニ對スル刑罰ヲ定ムルニ當リ、各犯罪ニ付キ日常起ルヘキ諸種ノ情狀ヲ想像シ、其情狀ノ輕重大小ニ從ヒ諸種ノ刑罰ヲ定メタリ。此主義ハ歐洲文明諸國ニ於テ現ニ採用セ

第一章 現行刑法ト刑法各論

現行刑法
論ト刑法各論

ラル、所ニシテ、又將來ニ於テモ侮ルヘカラサル勢力ヲ有スルモノタルヲ失ハス(註一)。然レトモ舊刑法カ犯罪ノ情狀ニ基キ刑罰ヲ規定スルヤ、缺漏ノ點頗ル多ク、從テ其定ムル所ノ刑罰ハ、往々ニシテ或ハ輕キニ失スルアリ、或ハ重キニ失スルアリテ、之ヲ日常起ルヘキ各種ノ犯罪ニ適用スルニ、立法者ノ想像シタル一定ノ情狀ヲ具フル或種ノ犯罪ニ對シテハ、相當ナル裁判ヲ爲スヲ得ヘカリシモ、其想像ニ漏レタル情狀ヲ有スル或種ノ犯罪ニ對シテハ、頗ル不權衡ナル裁判ヲ爲スノ外ナキ場合少シトセサリキ。斯ル缺漏アリタルカ故ニ舊刑法改正ノ必要アリシコトハ萬人ノ認ムル所ナリキ(註二)。新刑法カ速ニ成立スルニ至リタルハ、立法ニ參與シタル諸氏ノ之ニ對スル努力ノ大ナルニ因ルコト勿論ナレトモ、舊刑法ノ缺漏ノ少カラサリシコトモ亦其一因タルヲ失ハサルナリ。

(註一) 現今文明各國カ刑法典ニ關シ採用スル所ノ主義ハ罪刑法定主義ナリ。我現行刑法モ亦罪刑法定主義ニ則ルモノナリ。同シク罪刑法定主義ヲ採用スル刑法典ニ於テモ、其罪及ヒ刑ヲ定ムルヤ、或ハ其範圍廣且ツ大ナルモノアリ、或ハ狹且ツ小ナルモノアリ。我現行刑法及ヒ和蘭刑法ノ如キハ前者ニ傾キ、獨、奧、佛其他歐洲文明各國ノ

刑法典ハ後者ニ傾クモノ、如シ。然レニ刑事立法ノ趨勢ヲ察スルニ、疎ヨリ密ニ入り、簡ヨリ繁ニ趨クヲ以テ、自然ノ順序トスルカ如シ。法律ハ社會ノ反響ナリトセハ、人文ノ進歩ニ伴ヒ、社會關係ノ複雜ニ趨クト同時ニ、刑法典ノ沿革ニ涉ルハ、蓋シ止ムテ得サルノ數ナラム。フォン・リスト氏ノ所謂現時ニ於ケル世界刑事法ノ三大立法ナリト稱贊セラル、第一奧大利刑法草案、第二瑞西刑法草案、第三諾威ノ新刑法典ノ如キモ、罪ト之ニ對スル刑トヲ定ムルヤ、頗ル詳密ニ涉レリ。殺人罪ニ就テ例示センニ、我刑法第百九十九條ニ規定スル殺人罪ニ付キ、上述三大刑事立法ノ規定スル所ハ、我ト大ニ其趣ヲ異ニシ、我一箇條ニ規定スル所ヲ分テ數箇條ニ規定シ、同シク殺人ニ付テモ其犯情ヲ異ニスルニ從ヒ、各其刑罰ヲ異ニセリ。第一奧大利刑法草案ハ我刑法第百九十九條ニ規定スル殺人罪ヲ分テ五ト爲シ、第一普通殺人ハ死刑(第二二二條)、第二嬰兒殺ハ一年以上十五年以下(第二二一條)、第三感激殺人ハ三年以上十五年以下、第四挑發殺人ハ一年以上五年以下(第二二八條、第一四條)、第五其他犯罪ヲ容易ナラシムルカ爲メノ殺人(第二一九條)ノ規定ヲ設ケタリ。第二瑞西刑法草案ハ我前示同一條ニ規定スル殺人罪ニ付キ其情狀ニ從ヒテ之ヲ四個ニ分テ、第一普通殺人ハ十年以上十五年以下、第二兇殺ハ無期、第三感激殺人ハ一年以上十年以下、第四嬰兒殺ハ一年以上六年以下ノ自由刑(第五二二條、第五五條)ニ處スル旨ノ規定ヲ設ケタリ。第三諾威刑法ハ我前示同一法條ニ規定シタル殺人罪ニ付キ、其情狀ヲ異ニスルニ從ヒテ之ヲ分テ五トナシ、第一謀殺ハ無期又ハ十年以上、第二故殺ハ六年以上、第三加重情狀アル殺人ハ無期、第四嬰兒殺ハ一年以上六年以下、第五加重情狀アル嬰兒殺ハ十二年以下ノ刑罰ヲ定メタリ(第二三三條、第二三四條)。其他各罪及ヒ之ニ對スル刑罰ニ付キ彼我ノ隔絶ハ之ヲ言フヲ要セス。現時獨逸ニ於ケル刑法改正準備ノ事業ハ頗ル壯觀ヲ極ム。獨、奧、瑞三國ニ於ケル各大學ノ教授ヲ主トスル五十一名ノ刑法專攻ノ博士ハ相分擔シテ各國ノ古今ノ刑法ヲ比較研究シ、各學者各其相

當ト認ムル刑法案ヲ提出セリ。而シテ其提案ハ孰レモ疎ヨリ密ニ入り、簡ヨリ繁ニ入ルノ數ニ從フヲ通例トス。フオン、リスト氏ノ如キハ元來刑罰範圍ノ廣大ナル和蘭刑法ニ賛成スルモノナレトモ、尙ホ判事ノ刑罰範圍ノ濫用ヲ憂フルコト甚シ。故ニ例ヘハ我カ第百九十九條ニ相當スル殺人罪及ヒ之ニ對スル刑罰ヲ四種ニ區分シ、第一特別ノ情狀ナキ殺人ハ(死刑又ハ)無期自由刑又ハ六月以下ノ自由刑ニ下スコトヲ得ス。第二重キ情狀アル殺人ハ(死刑又ハ)無期自由刑又ハ三年以下ノ自由刑ニ下スコトヲ得ス。第三輕キ情狀アル殺人ハ(死刑又ハ)五年以下ノ自由刑ト規定スヘシトノ提案ヲ爲シタリ。 Vergleichende Darstellung, Bes. Teil Bd. V S. 77ff. 113. リスト氏及ヒ其一派ヲ除クトキハ、其提案ハ孰レモ犯罪ノ觀念ヲ定ムルコト詳密ニシテ之ニ對スル刑罰モ之ヲ細分シ以テ一而ニハ裁判官ニ對シ其守ルヘキ規矩準繩ヲ示シ、他ノ一面ニハ判事ノ擅斷ヲ抑ヘ、之ニ依テ社會ノ利益ト同時ニ個人ノ利益ヲ完全ニ保護セントスル點ニ對シ、大ニ精力ヲ傾注スルモノ、如シ。

(註二) 但シ舊刑法改正ノ必要ヲ認メタル論者中ニ二派アリキ。其一ハ全部ノ改正ヲ必要トスルモノニシテ、例ヘハ岡田博士(法律新聞二十號)、富井博士(法律新聞十九號)、梅博士(法學志林十六號)等之ニ屬シ、其二ハ一部修正ヲ以テ可トスルモノニシテ、岸本博士(法律新聞十八號)、飯田法律學士(法學志林十六號、法律新聞六十五號)等之ニ屬セリ。蓋シ前者ハ刑罰擴張主義ニシテ一部修正ヲ以テ満足セザリシニ反シ、後者ハ從來行ハレタル刑法ヲ其根柢ヨリ改造スルハ民情ヲ害スルノ虞アリトナシ、單ニ缺點ノ點ヲ補正スルヲ以テ足レリトナセリ。

現行各論
刑罰論
刑罰論
刑罰論

現行刑法ハ舊刑法ト全然反對ニ出テ各種ノ犯罪ニ對シ頗ル廣キ刑罰範圍ヲ定メ判事ヲシテ其刑罰範圍内ニ於テ諸種ノ情狀ヲ稽查シ犯罪及ヒ犯人ニ

對シ最モ適當ナル刑ヲ量定スルヲ得セシムルハ主義ヲ採レリ。是ニ獨逸ト、レスデン新聞カ判事ノ自由裁量ハ日本刑法ニ依テ極度迄貫徹セラレタリ(註三)ト言ヒタルハ頗ル簡ニシテ要ヲ得タル評語ト謂フヘシ。此主義施行ハ結果立法者所期ノ如ク實際ニ於テ合法適實ハ裁判ヲ得ルモノトセハ此主義ハ即チ最良ノ主義ニシテ吾人ノ理想ニ適スル主義ハ之ヲ措テ他ニ求ムルヲ得サルヘシ。然レトモ學者往々ニシテ此主義ハ實行ハ結果如何ヲ危ミ定律ナク區々ニ渉ル裁判ノ續出スルコトアルヘキヲ憂フルモノ少カラス。去レハ舊刑法カ各論ニ屬スル部分ニ對シテ採用シタル主義カ果シテ非ナルカ又現行刑法カ此點ニ付キ採用シタル主義カ果シテ是ナルカ是レ重大ナル論争ノ好題目(註四)ニシテ余ハ輕々ニ茲ニ之カ判斷ヲ與フルヲ好マラス。

(註三) 法曹記事十七卷十號附錄。我新刑法ニ對スル獨逸新聞ノ發評、

(註四) 初メ明治三十四年刑法改正案ノ議會ニ提出セララル、ヤ、此點ニ關スル論議頗ル熾ナリキ。例ヘハ富井博士ハ『思フニ現行刑法ニ於テ刑罰過度ニ刻ミ罪惡ノ輕重ト比例ヲ失フニ至レル所以ハ、蓋シ佛國革命ノ結果トシテ法律專裁主義ニ偏傾シ、裁判官ノ職權濫用ヲ度外ニ怖レタル彼國當時ノ刑法ヲ模範トシタルガ故ナルヘシ。然ル

ニ時勢一變シタルハ言フ迄モナク、凡ソ罪惡ノ輕重ト刑罰ノ適用ハ犯罪ノ情狀ト犯人ノ種類トニ依リテ大ニ相違スル所ナキヲ得ス。犯罪ノ原因中ニハ最も怖ルヘク且ツ惡ムヘキモノアリ。又之ニ反シテ甚々惡源スヘキモノ少シトセス。犯人中ニモ犯罪ヲ營業視シ懲治ノ望ナキモノ多ク之アルト同時ニ、一時偶發ノ意思ニ因リテ刑罰ニ觸レ改善ノ效ヲ奏スヘキ者モ亦頗ル多シトス。要スルニ、其情狀タル千種萬別ニシテ、法律ニハ各種ノ罪ヲ如何様ニ細別スルモ、到底各種ノ場合ヲ列擧シテ其輕重ヲ定ムルコト能ハス（法律新聞十九號）トテ列擧自由裁量主義ヲ唱ヘ、又横田博士（大審院長）ハ舊刑法ノ刑罰範圍ノ狭少ナルヲ難シ、情狀無罪ニ等シキ殺人モ刑期十二年以下ニ下スヲ得ス、又情狀重キ竊盜モ四年以上ノ刑期ニ上スヲ得ス。斯ノ如キ不都合アルハ、我刑法ノ佛國刑法ニ模倣シタルカ爲メナリ。故ニ我現行刑法（舊刑法ヲ指ス）ハ速ニ之ヲ改正シ其不當ノ點ヲ除却スルヲ以テ急務トスル旨ヲ説キ（法學協會雜誌十六卷、四號）、尙本梅博士（法學志林十六號）、岡田博士（法律新聞二十號）等ハ前兩氏ト略ホ同様ナル說明ヲナシタリキ。

之ニ反シテ磯部博士、飯田學士ハ刑罰範圍擴張ニ關シ最も痛快ナル語調ヲ以テ反駁ノ論ヲ爲セリ。磯部博士ハ『荷モ立法ノ權限ヲ限縮シテ司法ノ權限ヲ擴張スルハ少クトモ司法權ヲ以テ立法權ヲ侵害スルノ譏ハ免レザルヘシ。而シテ司法權ノ權限大ナルトキハ之ニ伴フテ國家人民ニ危害ヲ及ボスコト極メテ大ナルモノアルヲ忘ル可カラス。例ヘハ佛國大革命ノ極、立法權ナルモノハ司法權ノ侵略スル所トナリテ、其信全ク地ニ墜テ、司法權ノミ獨リ橫暴ヲ極メ、遂ニ累ヲ王室ニ及ボシタルカ如キハ實ニ惡適例ナラスヤ。故ニ荷モ國家料理ノ重任ニ膺ルモノハ深ク此ニ注意スル所ナカル可カラス』ト。又飯田法律學士曰ク『刑罰ノ範圍ヲ擴ムルハ法ノ運用ヲ圓滿ニシ、刑罰ヲシテ犯罪ニ適應セシムルコトヲ得トハ、争フコトヲ得サル至言ナラン。然レトモ至言トシテ争フコトヲ得サ

ルハ道理上ノ事ノミ。道理上ノ至言ハ屢々道理ト背馳スル狀態ヲ呈スル人間社會ニ實施シテ必ス行ハル、モノニ非ス。若シ道理上ノ至言カ實際ニ行ハルレハ、吾人ハ既ニ黃金世界ニ生活スルノ幸福ヲ感謝セサルヲ得ス。不幸ニシテ余ハ未ダ斯ノ如キ感謝ヲ表スルヲ得ス。故ニ實用ノ法律ヲ制定スルニ當リテハ、道理上ノ至言ハ實際ニ行ハル、コトヲ期シ得ルヤ否ヤ、若シ必行ヲ期シ難シトスレハ其至言ヲ應用センカ爲ニ却テ弊害ヲ生スルコトナキヤ否ヤ等ヲ考究セサル可カラス。是レ實ニ立法者ノ須ク盡スヘキ一大責務ナルヲ知ル。即チ法律ノ良否ハ獨リ其應用スル道理ノ當否ヲ論定スルニ止ラス其應用ヨリ生スル利害如何ヲ考察シテ決セサル可カラス』ト。又曰ク『裁判ノ善長ハ判事ノ學識ト經驗トニ俟ツハ勿論ナレトモ、又天稟ノ資性ニモ俟タサル可カラス。加之人間ノ感情ノ發動ハ場合ニ依リテ冷熱ヲ異ニシ、智識ノ發作ハ時ニ明暗ナキ能ハス。我邦目下ノ執法官即チ司法官乃至辯護士中學識、經驗、資性ノ十全ナル者少カラサルヘシト雖モ、其甚々多キコトヲ保證スル一事ニ至ラハ何人モ躊躇セサルヲ得サラン。余ハ一般ニ於テモ刑罰ノ範圍廣キニ過クレハ濫刑ノ弊源タルヲ慮ルモノナリ。況ンヤ我邦目下ノ狀勢ニ照シ來レハ益々憂慮ノ大ナルヲ覺ユ』法學志林十六號、法律新聞六十五、六十六號』ト。尙本梅博士曰ク『改正テフ名ヲ固ヨリ美ナリ。改正ヲ企ツル者ノ心事又或ハ美ナルヘシ。然レトモ改正ノ美名ノ下ニ往々改惡ノ事實ヲ現ハスコトナキニ非ス。識者豈濫ニ美名ニ眩シテ盲從ヲ事トスヘケンヤ』（法律新聞十八號）ト。又高松博士モ刑法改正ニ付キ述ヘテ曰ク『刑罰法典ハ國家ノ法ナリ。人ノ生命財產ノ安固一ニ之ニ繫ル。余ハ茲ニ法律ノ本質ヲ喋々セサルヘシ。然レトモ國民ノ意向ニ適シ法律ノ觀念ニ合スル法律ヲ布クハ少クトモ政事上ノ德義ナリ』（法律新聞二十號）ト。

次テ明治四十年同改正案ノ再ヒ議會ニ提出セラル、ヤ、之ニ對シ僅ニ一二ノ批評ヲ見タルノミニシテ、學者ノ第一章 現行刑法ト刑罰各論

多クハ改正案ノ趣旨ヲ發シテ敢テ異議ヲ挾マス。前年議論大ナリシニ比シ、頗ル寂寞ノ感ナキヲ得サリキ。然ルニ尙新刑法ノ實施セラレタル今日ニ於テ、却テ之ニ對スル非難ノ聲ヲ耳ニスルコト屢次ナリ。例ハハ江木博士ノ如キハ「然リ刑法ノ改正ハ全ク此新說奇論ノ論聲ニ對シテ去ラレタリ。浮々々々々々ノ亂應戲、世界第一大法典、最上上ノ無等々、愉快々々々々ト雖シ立ツ。リスト一派ノ拍手喝采、井居ル英派ノ借眼公、佛法元祖ノ野先生只タ茫然ト口吐然、一尊十年覺メ來ラハ紅圍翠帳ハ野狐ノ窟、醜陋ノ芳味ハ馬屎牛溺、于囉囉劇、胸中ノ炎悶察スルニ餘リアリ。唯タ社會人民ハ眞面目ナリ。現在世間ニ顯ハレタル新論奇說ノ奇怪ノ結果ハ彼等モ亦事實トシテ容易ニ之ヲ認メ得ン。區裁判所カ輕微ノ鼠賊、侏儒ノ小手二十年乃至十五年ノ刑ヲ科シタル如キハ早クモ世人ノ耳ヲ驚カシ云々」(冷淡懷筆二〇二頁)ノ言ヲナシテ新刑法ヲ冷評セリ。

之ニ反シテ泉二學士ハ新刑法ヲ發シテ「第十九世紀ノ中葉以後ニ於ケル刑罰理論ハ豫防主義ヲ以テ中堅トスルニ至レリ。我新刑法ハ豫防主義實行ノ先鋒トシテ第二十世紀ノ初頭ニ現ハレタリ。世界ノ學者ハ之ヲ模範刑法ナリト稱贊ス」(同學士著現行法ト他人ノ行爲ニ因ル刑罰制裁二頁)ト言ヘリ。

現行刑法ハ既ニ實施セラレタリ。今ヤ吾人ハ我刑法ノ採用シタル主義ノ當否若クハ其實際ニ於ケル效果ニ付キ徒ニ論評ヲ試ムルノ時ニアラス。刑法特ニ其各論ハ研究ニ付キ今日ハ急務トスル所ハ各種ハ犯罪ニ對スル構成要件及ヒ立法ハ精神ヲ探究シ、我刑法ヲシテ立法者所期ハ如ク完全ニ實行ス

ルヲ得セシメ、以テ我刑法カ採用シタル主義カ最良ノモノタルコトヲ審ニ純理上論議スルヲ得セシムルニ止ラズ實際上ニ於テ之カ證明ヲ爲スヲ得セシメント企圖スルニアリ。

前述ノ趣意ニ基キ余ハ現行刑法規定ノ個々ノ犯罪構成ノ要件及ヒ之ニ對スル刑罰ニ付キ説明スルニ先チ、一言ヲ費シ特ニ注意ヲ喚起セント欲スル一事アリ。抑モ我新刑法ハ、前述ノ如ク各種ノ犯罪ニ付キ頗ル廣キ刑期範圍ヲ認ムルカ故ニ、判事ノ自由裁量ノ範圍頗ル大ナリ。判事ノ自由裁量ノ範圍トハ、判事カ氣儘勝手ヲ働キ得ヘキ範圍ナリト誤解セララル、虞アリト雖モ、其實大ニ然ラス。例ハハ新刑法第九十九條ニ人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處スト規定セリ。去レハ犯情兇暴毫モ恕スヘキ點ナキ極惡非道ノ殺人罪例ヘハ詭譎ヲ逞ウシ私曲ヲ營マンカ爲メ君父ヲ虐殺シタルカ如キ事件ハ勿論情狀頗ル憐ムヘキ殺人罪例ヘハ私生兒ヲ有スル可憐ナル一少女カ、一面ニハ世間ノ評判ト自己ノ良心トニ責メラレ、他ノ一面ニ

刑罰量定
關スル
自由裁量
ノ性質

ハ日々糊口ノ道ナキニ苦メラレ、我身及ヒ我子ノ行末ノ艱難ノ一層大ナルヲ思ヒ、愁雲胸ニ滿チ、憂霧心ヲ鎖シ、悲嘆ニ悲嘆ヲ重ネ心ヲ決シテ先ツ最愛ノ子ヲ刺殺シ、次テ自己モ亦頸部ヲ刺貫シ、其未タ死ニ至ラサルニ際シ、他人ノ爲メニ救ハレ、病院ヲ經由シテ監獄ニ護送セラレタルカ如キ、悲慘ヲ極メ同情ヲ價スル事件モ齊シク前述刑法第九十九條ヲ適用シテ處分スルヨリ外ナシ。判事ハ刑期範圍内ニ於テ如何ナル刑期ヲ量定スルヤハ、一ニ其自由裁量ノ職權内ニアリトシ、前例ノ極惡非道ノ謀殺犯人ニ對シ、三年ノ懲役ヲ言渡シタリト假定センカ、何人モ其不法ヲ咎メ、其寬ニ失スルノ甚シキヲ憤ルナルヘシ。又之ト同一理由ニ依リ、判事カ後例ノ悲慘ヲ極メ、同情ヲ價スル少女ニ對シ、死罪ヲ言渡シタリト假定センカ、何人モ其不當ヲ鳴シ、其酷薄ヲ惡ムナラム。法律モ亦前述例示ノ如キ刑期ノ量定ヲ適法ナリトシテ之ヲ認容スルモノニ非ス。是レ判事ハ自由裁量トハ謂ヒ、ナカラ、其標準タルヘキ一定ノ準則ナルモノ存スルニ因ル。舊刑法ハ此準則ヲ明文ヲ以テ規定シタリキ。然レトモ其

則不刑
法文平

ハ頗ル不完全ナルヲ免レサリキ。新刑法ハ此準則ヲ明文ヲ以テ規定セシ。然レトモ此準則カ一種ノ法律タル點ニ至リテハ毫末ノ差異アルコトナシ(註五)。蓋シ此準則カ成文法ナル時ハ、之ヲ解釋スルコト容易ナリ。之ニ反シテ此準則カ新刑法ノ如ク不成文法ナルトキハ、之ヲ解釋スルコト頗ル困難ナリ我邦ノ判事カ不成文法タル刑期量定ノ準則ヲ適用セサル可カラサルコトハ英國ノ判事カ不成文法ヲ適用シテ判決ヲ言渡スト其例ヲ同ウス。但シ我邦ノ判事ノ任務ハ、英國判事ノ其レニ比シ、一層困難ニシテ且重大ナルモノアリ彼ニ在リテハ(一)數百年間ノ先例ノ存スルアリテ、之カ準則ヲ得ルコト困難ナラス、又(二)先例ニ則リタル判決ヲ爲ストキハ、是レ即チ適當ノ判決ニシテ毫モ失當ト謂フ能ハス。之ニ反シテ我ニ在リテハ現行刑法ハ、新ニ制定セラレタルモノナレハ先例ノ存スルモノナク、從テ不成文法タル量刑ノ準則ヲ得ルコト頗ル困難ナリ。現行刑法ハ舊刑法ヲ以テ適當ナラスト爲シ、之ヲ改正シタルモノナレハ、舊法ニ則リタル先例ハ必スシモ之ヲ一々良好ナリト謂フ能ハ

ス。從テ安ニ先例ニ從ハ、大ナル非難ヲ受クルコトナシト爲サス。去レハ我邦ノ裁判官タルモノハ、一方ニハ我現行刑法ヲ始メ内外各國ノ法令ニ鑑ミ又他ノ一方ニハ我邦ノ社會ノ事情ヲ達觀シ犯罪發生ノ原因及ヒ犯罪鎮滅ノ方策ヲ探究シ以テ妥當ナル量刑ノ標準ヲ發見セサル可ラス。之ヲ要スルニ今日我邦ノ判事ノ任務ノ頗ル重大ニシテ且ツ困難ナルコト言語ニ絶ス(註六)

(註五) 此點ニ付キ日本法政新誌十二卷七號拙稿新刑法ト不成文刑法參照。

(註六) 勝木博士曰ク『現ニ刑法ハ改正セラレ刑罰ノ範圍ハ大ニ擴張セラレタリ。是レ新刑法ノ最モ顯著ナル點ナリトス。之ニ關シテ今日ノ學者及ヒ實際家ハ皆犯罪(物)ト人トノ二者ニ重テ置テ規定ナルカ故ニ、犯罪ノミナラズ更ニ人ヲモ能ク觀察シテ刑ヲ定メサル可カラスト論スレトモ、是レ唯學說者クハ沿革上ヨリ之ヲ言フモノニシテ、法律ノ上ニ於テハ斯ル規定ノ存スルモノニ非ス。從テ法ヲ司トル者ハ、舊法ヲ適用スルト同一ノ處措ニ出ツルモ、以テ之ヲ違法ト爲ス可カラス。斯クテハ固ヨリ之ヲ名刑官ト稱スルコト能ハサルヘキモ、之ヲ目スルニ法ニ違フ者ナリト謂フ可カラス。余ヲ以テ之ヲ見レハ、刑法ハ變化シタレトモ之ニ伴フ所ノ設備ハ未ダ整頓セサルニ非サル歟。余ハ裁判官ニ法律適用ニ關シ、一般ノ注意ヲ示ス法規ノ必要アルモノト信スルモノナリ』(法學志林十一卷三號四三頁) 牧野博士ハ判事ノ任務ニ付キ說明シテ曰ク『刑法ノ發展ハ擅斷主義ヨリ法定主義ニ移ル。而シテ我新刑法ハ正シク第二ノ擅斷主義ニ在リト謂フコトヲ得ヘシ。其往時ノ擅斷主義ハ事ヲ裁判官ノ感情隨意

ニ放任シタリト雖モ現時ノ擅斷主義ハ裁判官ニ一定ノ主權ト研究トヲ命ジタルモノナリ。刑法今後ノ發展ハ又再ヒ罪刑法定主義ニ復歸スルニ在リト雖モ、當來ノ刑法ハ主觀的見地ニ基キテ犯罪ヲ分類スルモノナラサル可ラス(法學協會雜誌二十七卷三號) 又同氏ハ新刑法ニ於テ舊刑法第二條ヲ削除シタル理由ヲ說明シテ『新刑法ノ條文カラ削除サレタトイフコトハ單ニ蛇足デアラトイフヤウナ單純少理由ニ因ツタノテハナイノデアリマス』トシ、『刑法ヲ以テ裁判官ノ行動ヲ制限スルモノト見ルトイフコトハ今日ノ思想テハ儘ニ未ダ顛倒デアラト謂ハネハナリマセス(中略) 之カ即チ新刑法ニ於テ罪刑法定主義ニ關スル規定ヲ削除シタル理由ナノデアリマス』(同學士著刑事學ノ新思潮ト新刑法四頁及一四一—一五頁)ト論セリ。

所謂量刑ノ標準ナルモノハ、之ヲ得ルコト決シテ容易ニアラス。裁判官ニシテ先ツ犯罪及ヒ犯人カ其罪ヲ犯スニ至リタル原因ノ如何ヲ詳知シ而シテ後之カ判斷ヲ下サハ、或ハ量刑ノ標準ヲ得ルニ庶幾カラシカ。即チ裁判官ハ一面ニ於テ法律カ定ムル各犯罪及ヒ之ニ對スル刑罰ノ如何ヲ詳知スルヲ以テ充分ナリトナサス、更ニ進テ法律ノ定メタル各犯罪ニ付キ想像シ得ヘキ各種ノ情狀ヲ考究シ以テ其現ニ審理裁判セントスル犯罪ニ依リ侵害セラル、法益ノ輕重大小ヲモ熟知セサル可カラス。又他ノ一面ニ於テハ裁判官ハ犯人カ其罪ヲ犯スニ至リタル直接ノ原因如何ヲ探究セサル可カラス。換言ス

レハ、犯罪ノ直接ノ原因ハ(一)獨リ被告人ノ性癖其他之ニ類スル原因、即チ犯罪ノ個人的原因ノミニ基キ發生シタルヤ、又(二)獨リ他人ノ行爲、社會ノ狀況及ヒ犯人ノ境遇等、即チ犯罪ノ社會的原因ニ基キ發生シタルヤ、或ハ(三)個人的及ヒ社會的犯罪原因ノ二個ノ結合ニ基キ發生シタルモノナリヤニ付キ、一々仔細ニ探究セサル可カラズ。例ヘハ身富裕ニシテ竊盜ヲ爲スノ窮境ニ在ラサルニモ拘ラス、犯人ニ竊盜ノ性癖アリタルカ爲メ、竊盜ノ行爲ニ出テタルカ如キハ個人的犯罪原因ニ基キテ發生シタルモノナリ。又例ヘハ犯人ハ縱令順境ニ在ラサルモ、自ラ働キ自ラ衣食シ得ルヲ得ハ犯罪行爲ヲ敢テスルカ如キ惡人ニ非サルモ、勞働力充分ナラス、又ハ勞働力アルモ勞働ヲ與フル人ナク爲メニ衣食ノ料ニ窮シ、遂ニ竊盜ノ行爲ニ出テタルカ如キハ、社會的原因ニ基キ發生シタルモノナリ。又例ヘハ犯人ノ性質ハ敢テ善良ナリト謂フ能ハス、且ツ犯人ノ境遇モ亦順境ナリト謂フ能ハサルカ爲メ、衣食ノ料ニ窮シ、茲ニ竊盜ノ行爲ニ出テタルカ如キハ、個人的及ヒ社會的犯罪原因ノ結合ニ基キ犯罪ヲ發

生スルニ至リタルモノナリ。之ヲ要スルハ、刑事ノ第一ノ現ニ審理裁判セントスル犯罪ニ依リ侵害セラレタル利益ノ輕重大小ヲ知リ、第二犯罪ノ原因ニ付キ明確ナル心證ヲ得、第三被告カ刑罰ニ對スル感應力如何ヲ稽査シタル後、刑罰ノ問題ニ移ラハ、刑事政策ノ趣旨ニ合シ、民衆一般ノ期待ト相遠カラサニ、刑罰ノ量定シ得ルニ至ラン。斯ハ如クハ、刑罰ノ量定ニ關スル不文ノ準則ニ適合スルハ、庶幾カラシカ(註七)。

(註七) 此點ニ關スル詳細ナル議論及ヒ證明ノ結果ハ、拙著最近刑事政策根本問題ニ在リ。尙ホ其梗概ニ就テハ法學新報十八卷九號四三頁以下拙稿、刑法理論ニ於ケル最新派論、及ヒ法曹記事十九卷五號、拙稿、最近刑法學派ノ異同、參照、牧野學士曰ク『刑罰量ノ標準如何ハ、當面ノ司法問題トシテ最モ重要ノモノナリ。然レトモ刑法ハ此點ニ關シテ殆ト何等ノ標準ヲ示サズ。司法大臣ハ改正刑法ヲ適用シテ其效果ヲ收メント欲セハ犯罪ノ内因タル犯人ノ特性ト其外因タル社會ノ狀態トニ鑑ミテ刑ノ種類ヲ選ミ其程度ヲ量リ以テ各事件ニ適應スヘキ處分ヲ爲サ、ル可カラズ。其職ニ在ル者爾後一層犯罪者ノ性格ニ對スル審査ヲ精密ニシ、刑罰ノ目的ヲ達スルニ遺憾ナカラシムルコトヲ要ス云々ト訓示シタルコトアリ。此ノ如キ抽象的說明ハ司法當局者ノ要求スル指針トシテハ學理上殆ト其效能ナシ。去レハ新刑法カ刑罰量ニ關シテ裁判官ニ廣汎ナル權限ヲ認メタルコトハ、裁判官ニ擅斷ヲ許シタルモノニ非サルコトハ明ナリト雖モ、法律ハ此方針ニ關シテ殆ト何等指示スル所ナク、若シ多少ノ指示ス

ル所アリトセハ、刑罰ハ目的主義ニ依テ解スヘク、其裁量ハ主觀主義ニ從フヘシト謂フニ過キサルコト、司法大臣ノ訓示ヲ出ツルコトナシ。故ニ學者或ハ刑罰裁量ノ此方針ヲ自シテ不文ノ刑法ナリト稱スト雖モ——而シテ其ハ固ヨリ正當ニシテ且少興味アル說明ナリト雖モ(大場博士ノ新刑法ト不成文刑法日本法政新誌十二卷七號)——事實ニ於テハ單ニ裁判官其人ノ聰明ニ俟ツトイフノ外ナシ。是レ實ニ新刑法ヲ評シテ罪刑擅斷ノ舊思想ヲ復活セシメタルモノトスル者アルモ誤言ニ非スト思惟セラル、所以ナリ』(法學協會雜誌二十七卷三號)。

第二章 法益ノ研究

法益ノ研

刑法ノ總論ハ一般ニ犯罪及ヒ刑罰ニ對スル抽象的觀念ヲ闡明スルモノナリ。之ニ反シテ刑法ノ各論ハ、各自個々ニ付キ、犯罪構成要件ノ如何及ヒ之ニ對スル各自個々ノ刑罰ノ輕重大小ヲ論究シ、以テ個々ノ犯罪及ヒ刑罰ニ對スル具體的觀念ヲ攻究スルモノナリ。個々ノ犯罪ニ付キ其構成要件ヲ知ラント欲セハ、先ツ其犯罪ノ性質ヲ知ラサル可カラズ。犯罪ノ性質ヲ知ラント欲セハ、法律ニ依リテ保護セラル、利益ノ性質及ヒ内容ヲ明カニセサル可カラズ。法律ニ依リテ保護セラル、利益法益ノ如何ヲ講究スルハ、犯罪ノ性質ヲ明

亮ナラシムルト同時ニ、犯罪ノ構成要件ニ對スル概念ヲ得ル所以ナリ。

人ノ世ニ生レ生活ヲ爲スニ當リテハ種々ノ關係ヲ生ス。他人カ或行爲ヲ爲シ又ハ爲サ、ルコトニ付キ、利害關係ノ相反スル場合アリ、又ハ利害關係ノ相一致スル場合アリ。其利害關係ノ相一致スル場合ハ法律上ノ爭議ヲ生セス。其法律上ノ爭議ヲ生スルハ利害關係ノ相衝突スル場合ノミ。去レハフオ
ンリスト氏ハ法律ハ獨リ平和法規(Friedensordnung)ナルノミナラス又鬪爭法規(Kampfordnung)ナリト言ヘリ。法律ハ人ノ有スル利益關係中其利益ノ正當ノモノト否トヲ區別シ、正當ノモノハ之ヲ保護シ、然ラサルモノハ之ヲ排除ス。而シテ之ヲ保護スルニ當リテモ其保護ノ必要ノ輕重大小ニ依リ、其保護ニモ亦厚薄ノ差異ナキ能ハス。即チ其保護ノ必要ノ大ナルモノハ厚ク之ヲ保護シ、其小ナルモノハ薄ク之ヲ保護ス。保護ノ厚薄ヲ異ニスルニ從ヒ又其保護ノ方法ヲ異ニス。斯ノ如ク法律ノ保護スル利益ハ之ヲ法律上ノ利益又ハ單ニ法益(Rechtsgut)ト稱ス。國家カ法益ヲ保護スルニハ公力ヲ以テス。國家ノ

法益保護ハ之ヲ左ノ三ニ區別スルコトヲ得ヘシ。

- (一) 履行ノ強制。
- (二) 侵害セラレタル秩序ノ回復又ハ損害ノ賠償。
- (三) 處罰。

法律上ノ利益中特ニ厚ク保護スルノ必要アルモノアリ。斯ノ如キ法益ニ在リテハ(一)及ヒ(二)ノ如キ民事上ノ保護ヲ與フルヲ以テ充分ナリト爲サスシテ、一層有力ナル公力即チ(三)ノ刑事上ノ處分ヲ以テ其保護ヲ完全ニスルノ必要アリ。換言スレハ法律ハ一定ノ利益ハ之ヲ侵害ス可カラサルコトヲ命シ、之ニ違反スル者ニ對シテハ刑罰ヲ加フヘキコトヲ明示シ、以テ一定ノ利益ノ保護ヲ厚ウス。

之ヲ要スルニ、刑法ハ法益ハ存スルカ爲メニ存スルモノナリ。法益ヲクンハ刑法存セスト謂フモ可ナリ。法律ニ依リ保護セラレハ利益即チ犯罪ニ依リ害セラレバ若クハ危ウセラレハ法益ヲ研究スルハ同時ニ犯罪ノ性質ヲ研究

刑法ノ保護ト法益

カ爲メナリ。スル所以ニシテ又犯罪構成ノ要件ニ對スル概念ヲ得ル所以ナリト謂フハ之カ爲メナリ。

凡ソ刑法ノ目的ハ、國家ノ秩序、社會ノ安寧ヲ維持スルニ在リ。故ニ刑法ノ規定ハ總テ公益ニ關スルモノナリト謂フモ敢テ誤謬ナリト謂フ能ハス。國家ノ秩序、社會ノ安寧ヲ維持セント欲セハ、獨リ國家ノ公益ノミナラス一個人ノ私益ト雖モ之ヲ適當ニ保護スルノ必要アリ。法律カ例ヘハ殺人、傷害、監禁、名譽毀損及ヒ竊盜等ノ諸犯罪ヲ規定シタルハ、一個人ノ生命、身體、自由、名譽及ヒ財産ヲ保護スルヲ以テ其直接ノ目的トスルモノニシテ、之ニ依リテ、國家ノ秩序、社會ノ安寧ヲ保護スルハ其間接ノ目的トスル所ナリ。故ニ間接ノ目的ヨリスレハ、法律ノ保護スル利益ハ總テ公益ナリト謂フヲ得ヘク、之ニ反シテ直接ノ目的ヨリスレハ法律ノ保護スル利益ハ各種ニ分解セラレサルヲ得ス。學者カ一般ニ使用スル所謂法律上ノ利益即チ法益ナル文字ハ、法律カ間接ニ保護セントスル利益ヲ意味スル非スシテ、法律カ直接ニ保護セントスル利益

ヲ意味ス。故ニ法律ノ保護スル利益ハ悉ク公益ナリト謂フカ如キハ用語ノ
點ニ於テモ妥當ナリト謂フ能ハス。

凡ソ法律ハ人ノ爲メニ存ス。法益ヲ有スルモノハ人ヲ措テ他ニ有ルコト
ナシ。法益ハ之ヲ分テ一個人ノ法益、社會ノ法益及ヒ國家ノ法益ノ三ト爲ス
コトヲ得ヘシ(註八)。一個人カ法益ノ主體タルコトハ明白ノ事項ニシテ説明
ヲ要セス。例ヘハ生命、身體、自由、名譽及ヒ財産ノ如キハ、悉ク一個人ノ有スル
法益ナラサルハナシ。人ノ相集リテ生活ヲ爲スヤ、之ニ依リテ社會ナルモノ
ヲ構成ス。茲ニ於テ、一個人ノ外ニ社會モ亦法益ノ主體ト爲ル。例ヘハ風俗
ニ關スル罪、公共ノ危險ニ對スル罪ノ如キハ、一個人ノ利益ヲ害スル罪ニ非ス
シテ不定多衆ナル人ノ集合即チ社會ニ對スル罪ナリ。換言スレハ社會ノ法
益ヲ害スル罪ナリトス。又人ノ相集リテ更ニ國家ヲ組成スルヤ、一個人及ヒ
社會ノ利益ノ外、別ニ國家ノ利益ナルモノヲ生スルニ至レリ。例ヘハ朝憲ヲ
紊亂シ、又ハ公務ノ執行ヲ妨害スル罪ノ如キハ、一個人ノ利益ヲ害スル罪ニモ

非ス又社會ノ利益ヲ害スル罪ニモ非スシテ國家ノ利益ヲ害スル罪ナリトス。
社會ト國家トハ人ノ相集合シタル點ニ於テ同一ナリト雖モ兩者ハ相同シキ
モノニ非ス。國家ハ法人ニシテ之ヲ組成スル民衆ト獨立シタル一ノ人格ヲ
有スレトモ、社會ハ法人ニ非ス從テ獨立ノ人格ヲ有スルコトナシ。是レ兩者
ノ相違スル重要ノ點ナリトス。

(註八) 法益ノ分類ニ付キ學派ニ派ニ岐ル。其一ハ本文ノ如ク法益ヲ分テ(一)一個人ニ對スル法益、(二)社會ニ對スル法
益、及ヒ(三)國家ニ對スル法益ノ三ト爲ス。フオン、ビルクマイヤー、フランクノ諸氏之ニ左祖ス。V. Birkmeyer,
Gründriss 6. Aufl.; Frank, Kommentar. 其二ハ法益ヲ分テ(一)一個人ニ對スル法益及ヒ(二)一個人ノ集合ニ對スル
法益ノ二ト爲ス。フオン、リスト、アルフェルト、マイヤーノ諸氏之ニ據ル。V. Liszt, Lehrbuch 16-17. Aufl.;
Meyer-Alfeld, Lehrbuch. 1907.

第三章 講法ノ順序

法ヲ講スルハ、當リテハ先ツ其叙スヘキ事項ニ付キ須ク系統ヲ正ウシ其議
スヘキ題目ニ付キ必ス秩序ヲ保タサル可カラズ。斯ノ如ク系統及ヒ秩序ヲ

整正スルハ初學者ヲシテ全刑法各論ノ各事項ニ涉リ確實ニシテ且ツ半平タル了解ヲ得セシムル所以ニシテ又各種ノ事案ニ關スル種々ノ難問ニ對シテ岐路ニ迷フコトナク正當ナル見解ヲ得セシムル所以ナリ。

又當今最も進歩シタル講法ノ順序ニ二アリ。其一ハ疎ヨリ密ニ入り簡ヨリ繁ニ及ホスニ在リ。其二ハ普通ナルモノヨリ特別ナルモノニ及ホスニ在リ。斯ハ如クスルトキハ簡單ナルモノ若クハ普通ナルモノニ於テ説明シタル所ハモハハ之ヲ複雑ナルモノ若クハ特別ナルモノハ解釋ニ應用スルヲ得ルハ便利アリ。又斯ノ如キハ其説明ノ順序ニ於テ頗ル正當ニシテ自然ニ合スルノミナラス初學者ヲシテ著シク了解ニ易カラシムルモノアリ。即チ初メ簡單ナルモノ及ヒ普通ナルモノハ説明ニ於テ了解シタル所ハモハハ直ニ之ヲ複雑ナルモノ及ヒ特別ナルモノニ應用スルヲ得ルハ利益アリ。

以上ノ順序ニ從テ刑法ノ各論ヲ講述セント欲セバ須ク先ツ全體ノ系統ヲ正ウシ其順序ヲ整ヘサル可カラス。何トナレハ系統若クハ秩序ニシテ整正

セサルトキハ疎ヨリ密ニ入り普通ヨリ特別ニ及ホスノ順序ハ到底之ヲ望ム能ハサレハナリ。而シテ之ヲ望ムノ道ハ法律ノ目的タル利益保護ノ精神ニ則リ法益ノ性質如何ヲ精密ニ研究シ之ニ依テ系統ヲ正ウシ秩序ヲ整フルニ在リ。

一個人社會及ヒ國家ノ法益ノ中最モ簡單ナルハ一個人ノ法益ニシテ社會ノ法益之ニ次ギ國家ノ法益ハ最も複雑且ツ特別ナルモノトス。仍テ余ハ第一ニ一個人ノ法益ニ對スル罪ヲ説明シ第二ニ社會ノ法益ニ對スル罪ヲ説明シ最後ニ國家ノ法益ニ對スル罪ヲ述フヘシ。

以下説明セントスル大綱ヲ示セハ左ノ如シ。

第一 一個人ノ法益ニ對スル罪。

一、生命ニ對スル罪、

二、身體ニ對スル罪、

三、自由ニ對スル罪、

- 四、名譽ニ對スル罪、
 - 五、財産ニ對スル罪、
- 第二 社會ノ法益ニ對スル罪。
- 一、親族法上ノ身分、婚姻及ヒ家族タル法益ニ對スル罪、
 - 二、社會ノ風俗、羞耻ノ感覺ニ關スル法益ニ對スル罪、
 - 三、宗教上ノ平穩ニ對スル罪、
 - 四、公安及ヒ平和ニ對スル罪、
 - 五、社會交通ニ於ケル信用ニ對スル罪、
 - 六、社會一般ニ對シ危險ナル罪、
- 第三 國家ノ法益ニ對スル罪。
- 一、國家ノ成立及ヒ其基礎ニ對スル罪、
 - 二、國家ノ威嚴 (Authoritat) ニ對スル罪、
 - 三、國家行政ニ對スル罪、

第一卷 一個人ノ法益ニ對スル罪

一個人ノ法益ハ之ヲ分テ(一)生命(二)身體(三)自由(四)名譽(五)財産ノ五種ト爲スヘキコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ。一個人ニ屬スル法益ヲ以上ノ如ク五種ニ分類スルハ、我法律ニ於テモ亦認ムル所ナリ(註一)。一個人ニ對スル罪ハ、此等ノ法益ヲ侵害スルノ行爲ニ過キサレハ、以上列記ノ法益ノ順序ニ從ヒ之ヲ説明スルヲ以テ相當ナリトス。

(註一) 刑、二二三條、二二三條ニ於テ列舉シタル脅迫罪ノ客體ハ、同時ニ我刑法上ニ於ケル法益ノ列舉ナリト解釋スルモ不當ニ非サルヘシ。尙ホ民法ニ於テハ不法行爲ニ依リ侵害セラルヘキ權利ハ、生命、身體、自由、名譽及ヒ財産ノ五者ニ限ル(民、七〇九條乃至七一一條)。

フオン、ビルクマイヤー氏ハ一個人ノ法益ニ對スル罪ヲ分テ(一)生命ニ對スル罪、(二)身體不可侵ニ對スル罪、(三)個人ノ自由ニ對スル罪、(四)名譽ニ對スル罪、(五)財産ニ對スル罪、(六)個人ノ一身ニ屬スル權利(著作權發明權ノ類)ニ對スル罪ノ六種ト爲セリ。(Birkmeyer Erphopidie 2 Aufl.) フオン、リスト氏ハ一個人ノ法益ニ對スル罪ヲ分テ(一)身體及ヒ生命ニ對スル罪、(二)無形ノ法益ニ對スル罪、(三)著作權及ヒ發明權ニ對スル罪、(四)財産ニ對スル罪、(五)犯罪ノ手段ニ依リ區別スヘキ罪、(六)罪ノ手続ニ依リ區別スヘキ罪ト爲シテ第一卷 一個人ノ法益ニ對スル罪

リ。(V. Irszi, Lehrbuch 16-17. Aufl.) 其他ビンチンク、マイヤー、アルフェルト、ベリシクノ諸氏法益ヲ區別スルコト相同シカラスト雖モ、孰レモ法益ニ依リ系統ヲ立テ秩序ヲ正ウスルハ點ニ至リテハ其軌ヲ一ニス。本書大體ニ於テハテビルクマイヤー氏ノ分類ニ據リタルモ、其細目ニ至リテハ私見ニ依リ整理安排シタリ。

第一編 生命ニ對スル罪

第一章 生命ニ對スル罪ノ一般觀念及ヒ分類

第一節 生命ニ對スル罪ノ一般觀念

生命ニ對スル罪トハ殺人罪ニ比シ其意義廣シ。刑法ノ法條中苟モ人ノ生命ヲ保護スル爲メ規定セラル、犯罪ハ悉ク此罪ノ範圍内ニ屬ス。即チ殺人罪過殺罪ノ如ク人ノ生命ヲ害スル罪ハ勿論遺棄罪、決闘罪ノ如ク人ノ生命ニ對シ危險ヲ與フル罪モ亦此罪ノ中ニ包含ス。法律上嚴格ナル解釋ヲ下ストキハ、人ノ生命トハ獨リ既ニ出生シタル人ノ生命ノヲ指稱スルモノナレト

生命ニ對スル罪ノ一般觀念

定義

モ、之ヲ法益ノ性質ヨリ解釋スレバ、未タ出生セサル胎兒ノ生命モ亦人ノ生命ト謂フヲ相當トス。從テ墮胎罪ノ如キモ人ノ生命ニ對スル罪ノ一種ト解釋スヘキナリ。生命ニ對スル罪ノ概念ヲ得ル便ヲ圖ランカ爲メ、假ニ之カ定義ヲ與フレハ左ノ如シ。

生命ニ對スル罪トハ違法ニシテ且ツ有責ナル所爲ヲ以テ、人ノ生命ヲ害シ、若クハ之ヲ危ウスルノ所爲ヲ謂フ。

以上ノ定義ニ基キ之ヲ分析スレハ第一其生命ヲ害セラレ、又ハ危ウセラレタル人客體アルコト、第二他人ノ生命ヲ害シ又ハ危ウシタル人主體アルコト、第三生命ヲ害シ又ハ危ウスル所爲アルコト、第四其所爲ハ違法且ツ有責ナルコトノ四者カ生命ニ對スル罪ノ構成要件タルコトヲ知ルヘシ。以下之カ略説ヲ試ムヘシ。

第一款 法益

一 生命ニ對スル法益ハ何時ヨリ始マリ何時マテ存續スルヤ。人ノ精蟲カ

人ノ生命

初メテ母體ニ受胎セラレタル時ヨリ始マリ、其生レテ後死亡ノ瞬間ニ及フモノトス。生命ニ對スル法益ハ之ヲ大別シテ

- (一) 人ノ生命ニ對スル法益、
- (二) 胎兒ノ生命ニ對スル法益、

ノ二ト爲スコトヲ得ヘシ。人ト胎兒トハ其法益相異ラスト雖モ、法律カ之ヲ保護スルノ必要及ヒ價值ノ點ヨリ觀察スレハ大ナル差異ナキ能ハス。胎兒ヲ害スルノ罪ハ墮胎罪ト爲シ、之ヲ殺人罪ト區別セリ。而シテ墮胎罪ニ對スル刑罰ハ、之ヲ殺人罪ノ其レニ比スレハ遙ニ輕シ。若シ夫レ其所爲過失ニ出テタル場合ニ至リテハ、之ヲ區別スルノ實益更ニ重大ナルモノアリ。何トナレハ、過失ニ因ル殺人罪ハ過殺罪トシテ罰セラル、モ、過失ニ基キ胎兒ノ生命ヲ害スルノ所爲ハ罪ト爲ラサレハナリ。

ニ 胎兒ハ何時ヲ以テ嬰兒即チ人ト成ルヤ。是レ頗ル必要ナル問題ナリ。而シテ之ニ對スル解決ハ容易ナルカ如クシテ、其實頗ル困難ナルモノアリ。

胎兒トノ分界

獨逸民法ハ其第一條ヲ以テ、人ノ權利能力ハ出生ノ完成ヲ以テ始マルト規定セリ。又我民法第一條ハ、私權ノ享有ハ出生ニ始マルコトヲ規定セリ。此兩民法ノ規定ニ依レハ、胎兒ハ出生ヲ完成スルニ因リ人ト成ルモノト解釋スヘキコト毫末ノ疑ナシ。從テ胎兒ニシテ出生ノ途中ニ在ル間ハ、假令其身體ノ半以上母體ヨリ出ツルモ、未タ人タル權利ヲ享有スルコト能ハサルコト、ナルヘシ。然レトモ刑法ニ於テ此解釋ヲ採用シ得ルヤ否ヤハ頗ル疑問ナリトス。此點ニ關シテハ學者間ニモ意見區々ニ岐ル、ノミナラス、裁判例ニ於テモ亦歸一スル所ナキカ如シ。余ハ此種ノ問題ハ、獨リ法律家ハミニ依リ決スヘキモノニ非スシテ、醫家ハ意見ヲモ參酌スルヲ相當ナリト思考スルモノナリ。而シテ醫學者多數ノ一致スル所ノ見解ニ從ヘハ、胎兒カ呼吸ヲ爲シタルヤ否ヤ若クハ呼吸ヲ爲シ得ルニ至リタルヤ否ヤヲ以テ胎兒ト嬰兒トノ分界ト爲スモノ、如シ。即チ呼吸シ又ハ呼吸可能ナルニ至リタルトキハ最早胎兒ニ非スシテ嬰兒ナリト解スルカ如シ。蓋シ

此○說○ハ○此○時○ヲ○以○テ○嬰○兒○カ○母○體○ヲ○離○レ○テ○外○界○即○チ○母○體○外○ニ○於○テ○獨○立○生○活○ヲ○始○ム○ル○點○ニ○重○キ○ヲ○置○ク○モ○ハ○ナ○リ○。此○說○ハ○醫○學○上○根○據○ア○リ○ト○思○料○セ○ラ○ル○ハ○ハ○ミ○ナ○ラ○ス○呼○吸○ハ○如○何○ヲ○以○テ○裁○判○上○生○産○ナ○リ○ヤ○又○ハ○死○産○ナ○リ○ヤ○ヲ○判○斷○ス○ル○ハ○我○邦○一○般○裁○判○上○ハ○慣○例○ト○爲○リ○居○ル○カ○故○ニ○余○ハ○フ○オ○ン○ピ○ル○ク○マ○イ○ヤ○ト○フ○オ○ン○ピ○ル○ス○ト○氏○等○ハ○所○說○(註○二)ニ○從○ヒ○此○說○ニ○左○袒○ス○。

(註二) V. Birkmeyer, 2. Aufl. S. 1103, v. Lisz, § 80. 此問題ニ對シ尙ホ三個ノ相獨立スル學說アリ。左ニ之ヲ説明セム。

第一說 出生完成說(Austritt des ganzen Körpers)。此說ハ胎兒カ全部母體ヨリ分離スルヲ要スト爲ス。其呼吸ヲ爲シタルト否ト、臍帶ヲ切斷シタルト否トハ問フ所ニ非ス。英米法ハ一般ニ此主義ヲ採ルモノ、如シ。(Vergleichende Darstellung, Bes. Teil Bd. V S. 92)

第二說 陣痛開始說(Beginn der Wehen)。此說ハ分娩作用ノ開始ヲ以テ胎兒ト母體トヲ區別スル限界ト爲ス。分娩作用開始シタルトキハ、胎兒ハ既ニ出生ノ途中ニ在ルモノナレハ最早胎兒ニ非ス。從テ其未タ出生セザルモ既ニ分娩作用ノ開始アリタルトキハ、之ヲ人トシテ保護スヘシト謂フニ在リ。然レトモ世間往々ニシテ、分娩作用ノ開始後數日ヲ經過スルモ尙ホ出生セザルコトアリ。此場合ニ於テハ、胎兒ノ未タ出生セザル數日目前ニ於テ之ヲ人ナリトスルハ吾人ノ常識ニ反ス。去レハ此說ハ甚ク巧妙ナル點アリテ、フランク、オルスハウゼン等ノ諸學者ノ主張スル所ナルニ拘ラス大ニ非難アルヲ免レヌ。(Frank, Vorles. 16 Abschnitt, Oshusen § 211.)

第三說 一部露出說(Austritt irgend eines Körperteils aus dem Mutterleibe)。此說ノ主旨ハ、蓋シ將ニ生レントスル兒カ、母體ヨリ既ニ其一部ヲ露出シタル場合ニ於テハ、外部ヨリ死亡ヲ來スヘキ侵害ヲ加フルヲ得ヘキニ拘ラス、之ヲ胎兒トスルハ管ニ常識ニ反スルノミナラス、其一部露出ノ場合ニ殺害スルトキハ墮胎罪トシテ輕ク之ヲ處罰シ、其後一瞬時ヲ經テ全部母體ヨリ離ル、ヤ否ヤ之ヲ殺ストキハ兇兇殺ナリトスルカ如キハ權衡ヲ失スト謂フニ在ルカ如シ。此說ハ印度刑法ノ採用スル所ニシテベンチンケ、マイヤー、アルフェルトノ諸氏之ニ左袒ス。(Vergleichende Darstellung, Bd. V S. 5; Binding Lehrb. I 39; Meyer-Alfeld, 366 375; 然レトモ僅ニ身體ノ一部ヲ露出シタルニ止マリ、未タ外界即チ母體外ニ於テ獨立ノ生活ヲ始メサルモノヲ人ト看做スハ吾人ノ常識ニ反ス。

次ニ我邦ニ於ケル判例及ヒ學說ノ概要ヲ示サンニ、第一 我大審院ハ前掲第三說一部露出說ヲ採用セス。胎兒カ産門ヨリ其顛頂部ヲ現ハシ將ニ出產セントスル際、兩手ヲ産門ニ挿入シ胎兒ノ鼻口ヲ壓迫シ、之ヲ死ニ致シ其頭部ヲ摺ミ引出シタル所爲ハ兇兇殺ニ非スシテ墮胎罪ナリト爲セリ(三六六年大審院判決錄二二一九頁)。第二 勝本博士ハ「余ハ痲瘋即チ母體ト分離シテ、之ト別異ノ生活體ト爲ラントシタルトキヲ以テ區別ノ標界トシ、其以後ヲ殺人罪ノ目的タル人トシ、其以前ヲ墮胎罪ノ目的タル胎兒トスルノ說ヲ贊成セント欲ス。蓋シ分離作用以後ニ於テハ、全部母體外ニ獨立シタル人體ト同シク母體ニ關ラス獨立シテ攻撃ノ目的ト爲ルコトヲ得レハナリ(刑法析義下卷六七頁、刑法各論講義四八二頁)ト。第三 岡田博士ハ獨立呼吸說ヲ是認シ(刑法講義二〇九頁乃至二一三頁)、小崎學士モ亦之ニ贊成セリ(日本刑法論五六三頁)。第四 泉二學士及ヒ牧野學士ハ「刑法上ノ觀念トシテハ必スシモ全部露出說ニ依ルヲ要セス。母體ニ關係ナク外部ヨリ傷害スルコトヲ得ル状態ニ達スルトキ

早晩死亡
スヘキ人
若クハ胎
兒

畸形兒

ハ、之ヲ人ト認ムルヲ得ヘシ(日本刑法論各論七四三頁、刑法通義三三八頁)トテ一部露出説ヲ可トセリ。

三 人ノ生命及ヒ胎兒ノ生命ノ二者ハ、其法益ノ性質ノ同一ナルコト前述ノ如シ。胎兒若クハ人ニシテ苟モ生存スル以上ハ、假令虛弱ニシテ早晩死亡スルコト明白ナルモ、其未タ死亡セサル間ハ法律ハ之ヲ保護ス。故ニ例ヘハ到底満足ニ出產スル見込ナキ胎兒ト雖モ、之ヲ殺シタル者ハ罪トシテ罰セラル、ト同シク、死ニ瀕スル老衰者若クハ重病者ノ未タ死亡セサルニ當リ、手ヲ下シテ其死期ヲ早メタルトキハ、是レ犯罪タルヲ免ル、能ハス。又例ヘハ月不足ニテ生レタルカ爲メ、一兩日中ニハ死亡スルコト明白ナルヘキ嬰兒ヲ殺害シタル者ハ、前例ト同シク殺人罪ヲ以テ問ハルヘシ。

四 母體ニ受胎シタルトハ謂ヒナカラ其受胎シタルハ人間ノ卵ニ非サリシトキ、若クハ人間ヨリ生レタルトハ謂ヒナカラ之ヲ人類ナリト認ムル能ハサルトキハ、法律ハ之ニ對シ人類ト同一ナル保護ヲ與フヘキ限リニ非ス。夫ノ畸形兒例ヘハ半人半獸ノ如キ畸形ノモノハ、之ヲ人類ナリト稱スルヲ

得ルヤ否ヤハ頗ル困難ナル問題ナリ。而シテ斯ノ如キ問題ハ法律上ノ問題ニ非スシテ寧ロ動物學上ノ問題ナリトス。若シ一定ノ畸形兒ニシテ、動物學上人類ナリト謂フ能ハサレハ從テ法律上人類トシテ保護ヲ受クル能ハス。若シ之ニ反シテ動物學上人類ナリト決セラレタル場合ニ於テハ、法律上ニ於テモ亦人類トシテ保護ヲ受クヘキナリ。之ト同理ニテ、母體ニ受胎シタルモノカ人間ノ卵ナルヤ否ヤハ、専門醫學者ノ攻究ニ一任スルノ外ナカルヘシ。然レトモ人間ヨリ分娩シタルモノニ在リテハ、其人ニ非サルコト明カナラサル限リハ之ヲ人ト看做スヘキモノトス(註三)。

(註三) 畸形兒ニ付テハ岡田博士ハ『現世ノ法理ニ於テハ苟モ人間カ懷妊シ人間カ分娩シ、生活機關ヲ有スルモノ(此條件ニ依テ胎兒ヲ除外ス)ハ畸形ノ程度如何ヲ問ハス、之ヲ人間ト認メ、羅馬法ノ如ク Konstantin (化物)ヲ認メス(刑法講義各論六一頁)ト言ヒ、小崎學士ハ『苟モ人間ノ母體ヨリ分娩セラレタル嬰兒ハ、其形體ノ如何ニ拘ラス、等シク之ヲ刑法上人間ト稱スヘク、從テ彼ノ畸形兒ト稱スル普通人間ノ形體ヲ具ヘサルモノト雖モ、等シク殺人罪及ヒ毆打創傷罪ノ目的體タルコトヲ得ルモノトス』(日本刑法論各論五六四頁)ト言ヘリ。而シテ勝本博士ハ曰ク『近世科學ノ發達ハ斯ノ如キ怪物アルコトヲ認メス、苟モ吾人人類異性間ノ結合ニ因リテ生出シタル第一章 生命ニ對スル罪ノ一般觀念及ヒ分類 第一節 生命ニ對スル罪ノ一般觀念 三三

第二款 主體

殺人罪ノ主體

被殺者以外ノ者ハ何人ト雖モ生命ニ對スル罪ヲ犯スコトヲ得ヘシ。法律ハ自殺ヲ罪ト認メサルヲ以テ、被殺者カ他人ニ囑託シテ自己ヲ殺サシムルカ如キハ罪ト爲ラス。然レトモ人ノ自殺ヲ幫助シ又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ受ケテ之ヲ殺スカ如キハ別段ノ犯罪ヲ構成ス(刑、二〇二條)。

一般ニ責任能力ナキ者、其他特定ノ場合ニ於テ特定ノ殺人行爲ニ關シ刑法上ノ責任ヲ有スル者ニ付テハ後段ヲ參照スヘシ。

第三款 所爲

生命ニ對スル罪トハ(一)生命ヲ害シ又ハ(二)生命ヲ危ウスル所爲ヲ謂フ。換言スレハ人ヲシテ(一)生活機能ヲ喪失死亡セシメ又ハ(二)生活機能ヲ喪失(死亡)スルコトアルヘキ危險ニ移ス所爲是レナリ。左ニ之ヲ分説セム。

第一項 生命ヲ害スル所爲

一 生命ヲ害スル所爲トハ人ノ生活機能ヲ喪失セシムル所爲ニシテ、換言スレハ人ノ死亡ナル結果ニ對シ、其原因ヲ與ヘタル所爲ヲ謂フ。死亡ノ原因ト死亡ノ結果トノ間ニハ原因ト結果トノ關係アルヲ要ス。之ヲ因果ノ聯結(Kausa'zusammenhang)ト謂フ。

無形ノ手段
及ヒル
人及ビ
爲行
ニ因ル
人ニ爲
殺爲

生命ヲ
害スル
所爲

二 生命ヲ害スル所爲ハ、苟モ人ノ死亡タル結果ノ原因ヲ爲ス以上ハ其殺人ノ手段如何ハ敢テ之ヲ問ハス。即チ其手段ハ必スシモ他人ノ身體ニ對シ直接ニ之ヲ施スノ必要ナク間接ニ之ヲ行フモ可ナリ。例ヘハ非常ニ恐怖セシメテ死亡セシムルカ如キ、又睡眠ヲ妨ケ死亡セシムルカ如シ(註四)。又其手段カ作爲ニ因ルト不作爲ニ因ルトハ問フ所ニ非ス。例ヘハ母カ嬰兒ニ對シ乳汁ヲ與ヘス、因テ之ヲシテ死亡セシムルカ如キ(不作爲)、又他人ニ暴行ヲ加ヘ因テ其人ヲ死ニ致スカ如キ(作爲)、其孰レノ場合タルヲ問ハス法律上殺人罪ヲ構成スル點ニ至リテハ異ナル所ナシ。

(註四)

無形ノ手段ニ因ル殺人行爲アルヤ否ヤハ多少ノ異論アラムモ、獨逸ノ學者ハ勿論、我國ニ於ケル多數ノ學

者ハ之ヲ認ムルモノ、如シ(勝本博士刑法折衷下卷六七頁、刑法各論講義錄四八三頁、小崎學士日本刑法論各論五八二頁、牧野學士刑法通義三三八頁等)。

獨立原因ノ介入

三 既ニ死亡ノ原因ヲ成スニ充分ナル所爲アリタル後其未タ死亡タル結果ノ發生セサルニ當リ他ノ獨立ノ原因ノ中間ニ介入シ來リタルカ爲メ、死亡タル結果ハ先ノ所爲ニ因ラスシテ後ノ原因ニ基キ發生シタルコト明白ナル場合ニ於テハ、先ノ所爲ト死亡タル結果トノ間ニ發生スヘカリシ因果關係ハ後ノ原因ニ因リ中斷セラレタルモノト謂フヘシ。例ヘハ甲アリ乙ヲ殺サント欲シ、既ニ乙ノ死ヲ來スニ充分ナル重傷ヲ負ハシメタルニ、其未タ乙ノ死タル結果ヲ發生セサルニ先チ、丙アリ乙ニ爆裂彈ヲ投シ、之ヲシテ即死セシメタル場合ニ於テハ、甲ノ所爲ト乙ノ死亡タル結果トノ間ニ發生スヘカリシ因果關係ハ、丙ノ爲シタル原因ニ因リ中斷セラレタルモノナリ。從テ甲ハ殺人未遂罪ヲ構成シ、丙ハ殺人既遂罪ヲ構成ス(註五)。

(註五) 此點ハ學者間ニ議論ノ岐ル、所ナレトモ、之ヲ論スルハ刑法總論ノ領域ニ屬スルヲ以テ茲ニ之ヲ詳述セス。

生命ヲ危
カスル所
爲

所爲

第二項 生命ヲ危ウスル所爲

人ノ生命ナル利益ヲ完全ニ保護セント欲セハ、單ニ生命ヲ害スルノ所爲ヲ罰スルヲ以テ充分ナリト爲サス、生命ヲ危ウスルノ所爲モ亦之ヲ禁セサル可カラス。是レ法律カ人ノ生命ヲ害スル罪ノ外ニ、人ノ生命ヲ危ウスル罪ヲ認ムル所以ナリ。今左ニ之ヲ分説セン。

一 所爲自身ハ直接ニ人ノ生活機能ヲ喪失スヘキ原因ヲ爲スモノト謂フ能ハサルモ、其所爲ハ人ノ生活機能ヲ喪失死亡スルコトアルヘキ危險ニ移スモノタルコトアリ。是レ生命ヲ危ウスル罪ナリ。而シテ其生命ヲ危ウスルニ直接ナルト間接ナルトノ區別アリ。直接ニ生命ヲ危ウスル所爲トハ例ヘハ老幼不具又ハ疾病ノ爲メ扶助ヲ要スヘキ者ヲ遺棄スルカ如キ、又ハ決闘ヲ爲スカ如キ是レナリ。斯ル場合ニ於テハ、具體的ニ現實ノ危險アルヲ必要トセスシテ、唯タ法律カ定メタル所爲アリタルトキハ一般ニ危險アリタルモノト看做ス。若シ之ニ反シテ、一定ノ所爲カ人ノ生命ニ對シ現實

間接ニ生
命ヲ危
スル所
爲

ノ侵害ヲ加フルモノニ外ナラサルトキハ、是レ即チ生命ヲ害スルノ罪ニシ
テ人ノ生命ヲ危ウスルノ罪ト謂フ可カラス。

二 直接ニ人ノ生命ヲ危ウスルモノニ非サルモ間接ニ人ノ生命ヲ危ウスル
ノ所爲トハ、例ヘハ人ヲ傷害若クハ監禁スルカ如シ。斯ノ如キ所爲ニ因リ
人ノ生命ヲ喪失セシムルコトアルヘキハ吾人ノ往々見聞スル所ニシテ法
律モ亦之ヲ認ム。然レトモ法律カ此等ノ所爲ヲ罪ト認メ之ヲ處罰スル所
以ハ、人ノ生命ナル利益ヲ保護スルヲ以テ其直接ノ目的ト爲スニ非スシテ、
其直接ノ目的トスル所ハ人ノ身體若クハ自由ヲ保護スルニ在リ。換言ス
レバ法律カ傷害若クハ監禁ノ行爲ヲ罰スルハ、直接ニ人ノ身體若クハ自由
ヲ保護スルノ目的ニ出ツルモノニシテ、人ノ生命ニ對スル危險ノ如キハ間
接ニ保護セラル、ニ過キス。故ニ此等ノ罪ニ關スル説明ハ之ヲ後編ニ讓
ル。

第四款 違法且ツ有責

違法且ツ
有責

以上第一款乃至第三款ニ於テ述ヘタル客體、主體及ヒ所爲ニ關スル要件具
備スルモ、尙ホ違法且ツ有責ナル要件ヲ具備スルニ非サレハ、生命ニ對スル罪
ヲ構成スルコトナシ。或ハ又罪ヲ構成スルモノ其罪ヲ論セサルモノアリ。然
レトモ此要件ハ元來刑法總論ニ於テ説クヘキモノナレハ、茲ニハ唯々其綱領
ヲ列擧スルニ止ムヘシ。唯々注意スヘキハ此要件ハ違法ニシテ且ツ有責ナ
ラサル可カラサルノ一事是レナリ。即チ二者中其一ヲ具備スルノミニテハ
犯罪ヲ構成スルニ足ラサルナリ。

違法且
却原因

一 左記各項ノ一ニ該當スルトキハ、行爲者ニ違法アリト謂フ能ハス。

(一) 法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲(刑三五條)。

(イ) 法令ニ因リテ爲シタル行爲。例ヘハ監獄官吏カ法令ニ從ヒ死刑ノ
執行ヲ爲スカ如キ、又ハ兵士カ戰鬪ニ於テ敵兵ヲ殺スカ如キ是レナリ。

(ロ) 正當ノ業務ニ因リテ爲シタル行爲。例ヘハ醫師カ醫術ノ命スル所
ニ從ヒ、患者ニ對シ相當ナル治療行爲ヲ爲シタルニ其結果トシテ患者

ノ死亡ヲ來シタル場合ノ如シ。

(二) 正當防衛ニ出テタル行為(刑、三六條)。

即チ急迫不正ノ侵害ニ對シ、自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行為是レナリ。

(三) 緊急狀態ニ基ク行為(刑、三七條)。

即チ自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行為是レナリ。(註六)。

(註六) 緊急狀態ニ因ル行為ヲ罰セサル所以ヲ論スルノ學者少シトセス。然レトモ諸説紛々トシテ歸一スル所ナシ。余チシテ言ハシムレハ緊急狀態ニ基ク行為ハ、純然タル犯罪行為ニシテ其犯罪構成ノ要件一モ缺クル所ナシ。但シ其危難急迫ニシテ行為者チシテ無意識ナル行動ニ出テシメタル場合ニ於テハ罪ヲ犯スノ意ナキ行為(刑、三八條)ナリト謂フヘク、從テ犯罪ヲ構成セス。然レトモ此種類ニ屬セサル緊急狀態ニ基ク行為ニ付テハ其罪ヲ減輕スルハ可ナレトモ其刑ヲ免除スヘキ理由甚タ乏シ。試ニ問ハン自己ノ危難ヲ避クル爲メトハ言ヒナカテ何故ニ他人ノ正當ナル法益ニ對シ侵害ヲ加フルヲ許スヘキヤ。余ハ法律ハ身ヲ殺シテ仁ヲ爲スト謂フカ如キ高徳ナル、又湯シテモ盜泉ノ水ヲ飲マスト謂フカ如キ清廉ナル所爲ハ、之ヲ一般民衆ニ強制スヘキモノニ非ストノ議論ニ賛成スル

責任阻却原因

ニ 左記各項ノ一ヲ具備セサルトキハ行為者ニ其責任ナシ。

(一) 故意若クハ過失アルコトヲ要ス(刑、三八條)。

生命ニ對スル罪ハ獨リ故意ニ基ク所爲ノミニ限ラス、過失ニ因ル所爲ヲモ罰スル特別規定アリ(刑、二一〇、二一一條)。

者ナリ。然レトモ特ニ法律ヲ以テ自己若クハ他人ノ利益ヲ全ウスル爲メ、何等ノ關係ナキ第三者ノ法益(生命、身體等)ヲ害スヘキコトヲ明許スルハ不當ノ甚シキモノナリトハ、余ノ豫テ主張シタル所ナリ。其罪ヲ減輕スルモ尙ホ其情狀ニ於テ憐ムヘキモノアラハ宜ク酌量減輕ヲ爲スヘシ。酌量減輕ヲ爲スモ其刑重キニ失スト認メタルトキハ大權作用ニ依リ尙ホ減輕スヘク、或ハ其刑ヲ全免スヘキナリ。斯ノ如クニシテ刑法ノ上ニ於テ人道ヲ侵シ風教ヲ輔クル我邦古來ノ刑法主義(此點ニ付テハ拙著刑事政策大綱參照)ヲ貫徹シ得ヘキナリ。況ンヤ此事タル獨リ我邦古來ノ刑法主義タルノミナラス泰西諸國ニ於テモ其實例ヲ見ル所ナルニ於テオヤ。

以上ノ理由ニ依リ余ハ舊刑法第七十五條第二項ヲ以テ、我邦古來ノ刑法主義ノ聯繫ヲ破リタルモノト爲シタリキ。余ハ營テ之ニ對シテ『刑法第七十五條第二項(舊)ハ、自己若クハ親族ノ利益ヲ全ウスル爲メ、何等不正ノ行為ナキ人ノ生命、身體等ヲ害スルカ如キ不法行為ヲ一般ニ許シ、之ヲ天下ニ公布シタルモノナリ』トノ酷評ヲ下シタルコトアリキ。然ルニ現行刑法ハ更ニ一層其適用ノ範圍ヲ廣メタリ。余ハ種々ナル事例ヲ考ヘ、仔細ニ攻究スルトキハ民衆一般ノ權利ノ安固及ヒ我邦將來ノ風教ニ對スル危害實ニ言フニ忍ヒサルモノアルヘキヲ憂ヘスンハアラス。

(二) 行爲者ニ責任能力アルコトヲ要ス。

(イ) 行爲者ニシテ心神喪失者ナルトキハ其爲シタル所爲ハ之ヲ罰セス
(刑、三九條)。

(ロ) 行爲者カ瘡腫者ニシテ且ツ心神喪失者ト殆ト同一視スヘキ者ナル
トキハ其爲シタル所爲ハ之ヲ罰セス(刑、四〇條)。

(ハ) 行爲者ニシテ十四歳ニ滿タサルトキハ其爲シタル所爲ハ之ヲ罰セ
ス(刑、四一條)。

第二節 生命ニ對スル罪ノ分類

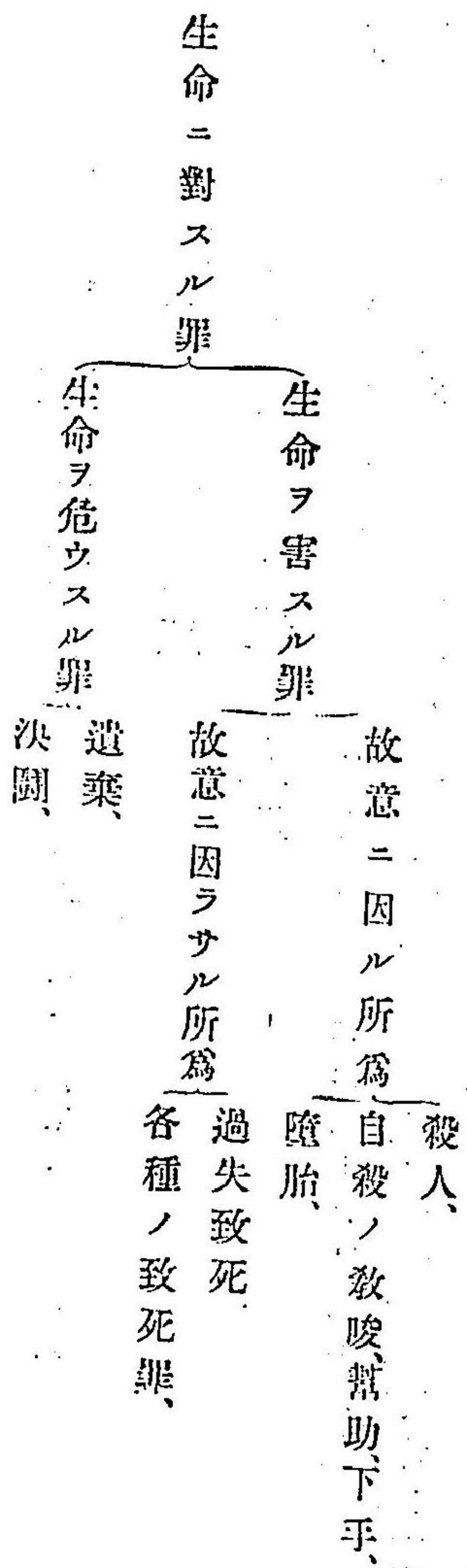
生命ニ對
スル罪ノ
分類

生命ニ對スル罪ハ之ヲ大別シテ(第一)生命ヲ害スル罪(第二)生命ヲ危ウスル
罪ノ二種ト爲スコトヲ得ヘシ。

第一 生命ヲ害スル罪ハ又之ヲ(一)故意ニ因ルモノト(二)故意ニ因ラサルモノ
トノ二ト爲シ、(一)故意ニ因ルモノハ更ニ之ヲ分チテ(甲)殺人罪(乙)自殺ニ關スル
罪及ヒ(丙)墮胎罪ノ三ト爲スコトヲ得ヘシ。殺人罪ハ其熟慮若クハ豫謀ノ有

無ニ從ヒ之ヲ謀殺及ヒ故殺ノ二ニ區別スルヲ得ヘク、又其情狀ニ從ヒ(イ)通常
殺人(ロ)尊屬親殺(ハ)嬰兒殺(ニ)威激殺人(ホ)正當防衛又ハ緊急狀態ノ程度ヲ超エ
タル殺人(ヘ)犯罪實行ノ爲メ又ハ逮捕ヲ免レ若クハ罪證ヲ湮滅スル爲メニス
ル殺人ノ六ト爲スコトヲ得。(二)故意ニ因ラサルモノハ之ヲ(甲)過失殺及ヒ(乙)
各種ノ致死罪ト爲スコトヲ得ヘシ。

第二 生命ヲ危ウスル罪ハ之ヲ分テ(一)遺棄罪及ヒ(二)決闘罪ノ二ト爲スコト
ヲ得。以上生命ニ對スル罪ノ分類ヲ表示スレハ左ノ如シ。



第二章 故意ニ因リ生命ヲ害スル罪

第一節 殺人罪

第一款 一般殺人罪

殺人ノ意

第九十九條 人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處ス。
 殺人トハ故意ヲ以テ人ノ生活機能ヲ喪失セシムル行為若クハ不行爲ヲ謂フ。例ヘハ毒物ヲ服用セシメ人ヲ殺スカ如キハ行為ニ因ル殺人ニシテ嬰兒ニ乳汁若クハ其他ノ營養物ヲ與ヘスシテ死亡セシムルカ如キハ不行爲ニ因ル殺人ナリ。過失ニ因ル殺人及ヒ自殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ手ヲ下シタル殺人ハ一般殺人罪ノ概念中ニ包含セスシテ別ニ過失殺又ハ自殺ニ關スル罪ヲ構成ス。

殺人罪ニ要スル故意

第一項 故意及ヒ其態様

第一 故意ニ因ル殺人行爲ハ人ノ生活機能ヲ喪失スヘキ結果ヲ豫知スルヲ

故意及ヒ不定ノ故意

要スレトモ之ヲ希望スルヲ要セス。例ヘハ刀ヲ揮テ人ヲ斬付ケタルトキ、行爲者ニ於テ其斬付ケラレタル人ノ死亡スヘキコトヲ豫知シタルトキハ、行爲者カ其死亡ヲ欲望セサリシ場合ト雖モ、殺人罪ヲ構成スルヲ妨ケサルカ如シ。

第二 故意ニ必定ノモノト不定ノモノトアリ。

行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ豫期シタル場合ハ必定ノ故意アリタルモノナリ。之ニ反シテ行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ豫期セサルモ、多分其結果ヲ生スルコトアルヘシト豫想シ得タル場合ニ於テハ、不定ノ故意アリタルモノト謂フヘシ。例ヘハ銃ヲ執リ甲ニ向テ發砲シタル場合ニ於テハ、甲ヲ殺ス必定ノ故意アリタルモノト謂フヲ得ヘク、又甲ニ向テ發砲スル際、其彈丸ハ甲ニ中ラスシテ甲ノ傍ニ立テル乙ニ中ルヘキコトヲ豫想シ得タル場合ニ於テハ、乙ヲ殺ス不定ノ故意アリタルモノト謂フヘシ。必定ノ故意及ヒ不定ノ故意ハ故意ノ分類ニ外ナラスシテ其故意タル一事ニ至テハ相異ナル所ナシ。

被殺者ノ
謀殺ハ故
意ヲ阻却
セス

第一編 生命ニ對スル罪

四六

第三 殺人罪ヲ構成スルニハ單ニ人ヲ殺スノ故意アリタルヲ以テ充分ナリトス。特定ノ人ヲ殺ス故意アリテ人ヲ殺シタル場合ニ於テ、其實際殺シタルハ全然無關係ナル他人ナリシ場合ト雖モ、行爲者ニ殺人ノ故意ナシト謂フ能ハス。但シ行爲者ハ其現ニ知リタルモノニ付キ其責ニ任スヘキモノニシテ、其知ラザリシ事情ニ付キ處斷セラルヘキモノニ非ス。例ヘハ甲ナル他人ニ對シ怨ヲ報ヒント欲シ、刀ヲ以テ之ニ斬付ケタルニ被殺者ハ甲ニ非スシテ自己ノ父ナリシカ如キ場合ニ於テハ、行爲者ハ其實父ヲ殺シタルニ拘ラス、甲ナル他人ヲ殺シタルト同一ノ刑ヲ以テ處斷セラルヘクシテ、其犯狀重クシテ犯ストキ知ラサル殺親罪ヲ以テ處斷セラルヘキモノニ非ス(刑、三八條二項)。之ト同一ノ理由ニ依リ、例ヘハ強盜犯人ニ對シ自己ノ權利ヲ防禦セント欲シ之ニ斬付ケタルニ、被殺者ハ強盜犯人ニ非スシテ聲援ノ爲メニ來リタル隣人ナリシカ如キ場合ニ於テハ、行爲者ハ其實隣人ヲ殺シタルニモ拘ラス、強盜犯人ヲ殺シタルト同様ニ刑法第三十六條第一項ニ依

誤殺ノ過
失殺ノ區

リ、或ハ無罪ノ言渡ヲ爲サルヘキモ普通ノ殺人罪刑、一九九條ヲ以テ處斷セラルヘキモノニ非ス。

第四 自己ノ殺サント希望スル人ヲ殺サント欲シ、誤リテ他人ヲ殺スヲ誤殺ト謂フ。誤殺ハ前項説明ノ如ク故意ニ因ル殺人罪ナリ。故ニ故意ヲ缺カスル過失殺ト相同シカラサルハ自明ノ理ナリ(註七)。

(註七) 勝本博士曰ク『荷モ犯人ノ行爲ニ依テ生命ヲ破壞セラレタル者カ人タルニ於テハ、縱令犯人ノ殺サント欲シタル所ノ人ニ非サルモ、犯罪ノ構成ヲ妨グルコトナシ。蓋シ犯人ヨリ觀察スレハ其目的トシタル人ノ上ニ錯誤アリト雖モ、法律ヨリ觀察スルトキハ犯人ハ人ヲ殺サントシテ人ヲ殺シタルモノニシテ、法律カ本罪構成ノ一要素トシテ要求シタル目的物ノ上ニ於テハ毫モ錯誤ナクハナリ』(刑法折衷下卷八頁)ト。大審院判例ニ曰ク『荷モ殺傷ノ意思ト殺傷ノ結果ト相一致スル以上ハ、誤テ其目的以外ノ人ヲ殺傷シタル場合ト雖モ常ニ犯罪ニ構成スルモノトス』(四十年大審院判決録四七五頁)ト。

謀殺故殺

第五 單ニ故意ニ因ル殺人ハ之ヲ故殺ト謂ヒ、深思熟慮ノ上人ヲ故殺スルトキハ之ヲ謀殺ト謂フ。深思熟慮ト謂フモ其ハ時間ノ問題ニ非ス。瞬間ニモ或ハ深思熟慮ヲ爲スノ餘地存スルコト無シトセス。又時間長キモ深思

熟慮ヲ爲スノ餘地ナキコトアリ。深思熟慮ハ人ノ賢愚如何ニ依リテ一樣ナラス。之ヲ要スルニ行爲者カ殺人ノ手段方法結果等ヲ想像シタル後、之ニ相當スル殺人行爲ヲ實行シタルトキハ、之ヲ謀殺ナリト謂フモ大過ナシ。之ニ反シテ行爲者カ殺人ノ手段方法結果等ヲ想像スルノ餘裕ナク、忽チニシテ意ヲ決シ殺人行爲ヲ實行スルカ如キハ故殺ナリトス。此兩者ノ區別ハ我舊刑法及ヒ多數文明諸國ノ刑法ニ於テハ頗ル重要ナルモノニ屬ス。現行刑法ハ法文ノ上ニ於テ此區別ヲ認メサルヲ以テ法律ノ解釋上ニ於テハ此兩者ヲ區別スルノ必要ナシ。然レトモ犯罪ノ情狀ヲ精査シ以テ事實ノ真相ト法律ノ精神トニ合スル刑期ノ量定ヲ爲サント欲セハ、此兩者ヲ區別スル必要アルヤ蓋シ異論ヲ挿ム能ハサルヘシ。勿論極端ナル場合ヲ想像スレハ、謀殺必スシモ重シト爲サス。故殺必スシモ輕シト爲サハル場合アリ。故ニ謀殺ハ刑ハ必ス故殺ヨリ重カル可カラスト謂フカ如キハ余ハ採ラサル所ナリ。然レトモ日常起ル事件ニ付キ之ヲ言ヘハ深思熟慮ノ上

殺人ノ手段方法結果ヲ想像シタル上、之ニ相當スル殺人行爲ヲ實行スルカ如キハ、之ヲ斯ノ如キ違ナク卒然意ヲ決シテ殺人行爲ニ出テタル場合ニ比スレハ、其情狀同一ノ論ニ非スト。概論スルモ敢テ失當ナラサルヘシ。又深思熟慮ニ基ク殺人ノ重キ所以ヲ知ラシメテ一般ニ之ヲ警戒シ以テ深思熟慮ニ基ク殺人ノ減少ヲ企圖スルハ、刑事政策ニ適合スルモノニ非サルカ

(註八)

現行刑法カ謀殺及ヒ故殺ノ區別ヲ廢シタル理由ニ付テハ岡田博士ノ所論ヲ紹介セン。博士曰ク『第一謀殺ハ其情重ク故殺ハ其情輕シ。從テ處分ヲ異ニセサル可カラスト謂フ者アレトモ、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ニ難シトセス。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モ亦難シトセス。例ヘハ君父ノ仇ヲ報ユルカ如キ場合ノ謀殺ハ何程時世ヲ異ニシタリトスルモ必スシモ萬人ノ惡ムトコロニ非ス。又犯人ヲ主觀的ニ論スルモ陪審官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謂フコトヲ得ス。之ニ反シテ假令故殺ナリト雖モ、十數年或ハ數十年視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殺スル如キハ、主觀的ニモ其情必スシモ輕シトスルヲ得ス。故ニ結局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謂ハサル可カラス。第二、謀殺ハ豫謀ニ出、故殺ハ單純ナル故意ニ出。故ニ其性質ヲ異ニスト謂フ者アレトモ、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ナリ。如何ニ即時ニ意ヲ決シタル場合ト雖モ、或時間ヲ費サ、ルコトナシ。果シテ然ラハ即決ト謂ヒ豫謀ト謂フモ其實程度ノ差異アルニ過キス。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内外國共ニ杜撰極マレリ云々(刑法講義二二八乃至二二九頁)ト。

第二項 殺人ノ種々ナル情狀

殺人ノ種々ナル情狀

殺人ハ總テノ犯罪中最モ重キモノニシテ、其情狀ノ如キモ千差萬別ナリ。或ハ犯罪ノ手段ニ依リ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ。毒殺、慘殺ノ如キハ其例ナリ。或ハ犯罪ノ動機ニ依リ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ。感激殺人、正當防衛又ハ緊急狀態ノ程度ヲ超エタル殺人ノ如キハ其例ナリ。又或ハ行爲者ト被殺者トノ關係ニ依テ之ヲ區別スルコトヲ得。嬰兒殺及ヒ殺親罪ノ如キハ其例ナリ。今其梗概ヲ左ニ分説セン。

毒殺

第一 毒殺。毒殺トハ毒物ヲ施用シテ人ヲ死ニ致ス行爲ニシテ多クハ謀殺ニ屬ス。而シテ殺人行爲中最モ陰險ナルモノナリ。行爲者カ被殺者ヨリ受クル信用ヲ濫用シ、以テ殺人行爲ヲ敢テスルヲ常トス。而シテ毒物トハ

僅少ナル分量ヲ以テ化學的ニ人ノ生命ヲ害シ得ヘキ藥品其他ノ物件ヲ謂フ。其毒物ノ施用トハ斯ノ如キ藥品其他ノ物件ヲ人ノ身體ニ吸收セラレヘキ方法ヲ講スルノ行爲ナリトス。故ニ人ヲシテ服用セシムル如キ、之ヲ注射スルカ如キ、或ハ灌腸スルカ如キ孰レモ毒物施用ノ行爲タルヲ失ハス。然レトモ全然外部ヨリスル毒物使用例ヘハ多量ノ硝酸ヲ浴セカケ人ヲ爛死セシムルカ如キハ毒殺ノ觀念中ニ包含セサルカ如シ(註九)。

(註九) 第一 毒物ノ意義ニ關スル判例及ヒ學說ヲ掲ケン。一 判例ニ曰ク『刑法第二百九十三條(舊法)ニ所謂毒物トハ適當ノ分量ヲ使用セハ人ヲ死ニ致スヘキ性質ヲ有スルモノ、總稱ニシテ日本藥局方ニ謂フ毒藥類ノミヲ指稱シタルモノニ非ス』(三七年大審院判決錄二二三三頁)。二 毒物トハ單ニ健康ヲ害スヘキ物品ト異リ、人體ニ吸收セラレ血液ニ混化シ、一種ノ化學作用ヲ起シ、遂ニ人命ヲ斷ツニ至ルヘキ特別能力ヲ有スル物質ヲ謂フ(勝本博士刑法新義下卷一二頁)。三 同趣旨ノ說明岡田博士(刑法講義二二三頁)。

第二 毒物施行ノ意義ニ關スル學者ノ說明スル所ヲ見ルニ勝本博士ハ『所謂施用トハ毒物當然ノ使用法即チ毒物トシテ效果ヲ奏セシムヘキ方法ニ置クノ義ニシテ服用ト注射ト灌腸トナ間ハス』(刑法新義下卷一二頁)ト言ヒ岡田博士ハ『毒物施用トハ生活機關中ニ(主ニ血液ノ中ニ)介入セシムルヲ謂フ、其暴力ヲ用ヒ詐術ヲ用ユルト消化機能ニ依リ呼吸機能ニ依リタルトナ區別セズ』(刑法講義二二三頁)ト爲セリ。小崎博士モ同説(日本刑法論各論五

慘殺

八七。然ルニ谷野博士ハ「施用トハ使用ノ意義ニシテ其身體ノ内部ニ於テスルト又ハ外部ニ於テスルヲ區別セス

或ハ施用ヲ唯内部的使用ノミニ限定スル者ナキニ非スト雖確ナル根據アルニ非ス」(刑法各論講義二二頁)ト。
第三 毒殺ノ情狀ニ關スル學者ノ所説ヲ見ルニ勝木博士ハ「毒殺ニ重罰ヲ加フルハ古來ヨリノ慣習ニシテ其理由ハ(一)其行爲ノ陰險ナルカ故ニ心情ノ惡ムヘキコト(二)犯スニ易ク防グニ難ク適々之ヲ發見スルモ多クハ既に醫治スヘカラサルニ至ルコト是レナリ。然レトモ此點ニ付テモ亦近世一般ノ學者ハ刑ノ輕重ハ一切ノ事情ヲ考察シテ個々ニ之ヲ決スヘク手段カ毒物ノ施用ニ在ルカ故ニ必ス常ニ威罰ヲ加ヘサル可カラストスルハ非ナリトセリ」(刑法各論講義四八七頁)ト説ケリ。又岡田博士ハ「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重シト認メラレタル謀殺ト同一ニ取扱フヘキ理由ナク此規定(舊刑法)ハ刑ニスルヲ妨ケサルモノトス」(刑法講義二二三頁)ト言ヘリ。

第二 慘殺トハ支解、折割、其他慘酷ナル行爲ニ依リ人ヲ殺スヲ謂フ。

此種ノ罪ハ普通謀殺ニ出ツルヲ常トス。何トナレハ慘虐ナル行爲ハ殺害ノ手段ニ付キ熟慮アリタルモノト自ラ解シ得ヘケレハナリ。然レトモ又卒然意ヲ決シテ慘虐ナル殺人行爲ヲ爲スコトナシト謂フ能ハス。死後遺骸ニ慘行ヲ加フルカ如キハ此種ノ殺人ニ屬セス(註一〇)。

(註一〇) 舊刑法第二百九十五條ニハ慘劇ノ所爲ニ依リ殺害者ハ之ヲ死刑ニ處スヘキ旨ヲ規定セラレタリ。愚フニ慘殺ハ普通ノ殺人ニ比シテ其情ノ重キモノナルコトハ智者ヲ俟テ後ニ知ラサルナリ。岡田博士曰ク「近來盛況ニ

罪ヲ犯シメ
又ハ捕メ
免レザル
湮滅ハ罪
ヲ免ルカ
メノ殺人
ヲ爲メ

感激殺人

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モ敢テ辭セスト謂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謂フコトハ必スシモ感情的ニ刑ヲ重クセサル可カラスト謂フニ非ス。近年ノ學理モ亦之ヲ認ムルモノト謂フコトヲ妨ケス」(刑法講義二二四頁)ト。

第三 罪ヲ犯サンカ爲メ、又ハ逮捕ヲ免レ、若クハ罪證ハ湮滅ヲ圖ラシムルカ爲メ、

發見セラル、ヲ慮リ、先ツ番人ヲ殺シ以テ其家宅ニ忍入り財物ヲ盜取スルカ如キハ罪ヲ犯サンカ爲メニスル殺人ナリ。又例ヘハ逮捕ニ向ヒタル巡查ヲ殺害スルカ如キハ逮捕ヲ免レンカ爲ニスル殺人ナリ。又例ヘハ犯罪ノ實行ヲ現認シタル人ヲ殺害シ、以テ罪證ノ湮滅ヲ謀ラントスルカ如キハ犯罪ノ發覺ヲ免レンカ爲ニスル殺人ナリ。此種ノ殺人ハ其犯罪ノ情狀頗ル重キモノナレハ、各國ノ立法例ハ特ニ法條ヲ設ケテ嚴ニ之ヲ罰セリ。

第四 感激殺人。例ヘハ自己若クハ親族カ甚タシキ暴行ヲ受ケタルニ因リ

憤怒ニ堪エス、直ニ暴行者ヲ殺傷スル場合ノ如キ、又ハ本夫カ其妻ノ姦通ヲ覺知シ憤怒措ク能ハス、姦所ニ於テ直ニ姦夫姦婦ヲ殺害シタル場合ノ如シ。

斯ノ如キ殺人ハ其犯情諒察スヘキモノアルヲ以テ、各國ノ立法例ハ特ニ
法條ヲ設ケ輕ク之ヲ處罰セリ(註二)。

(註二) 舊刑、三〇九、三一、三二三條

第五 嬰兒殺

殺人罪中犯情ノ最モ憫諒スヘキモノアルハ嬰兒殺ナリトス。
就中母カ其私生兒タル嬰兒ヲ壓殺スル場合ノ如キハ特ニ然リトス。是レ
各國ノ立法例カ嬰兒殺ニ關シ、特別ノ法條ヲ設ケ一定ノ條件ノ下ニ之ニ對
スル刑罰ヲ輕クスル所以ナリ(註三)。

(註三) 嬰兒殺ハ殺人罪中犯罪ノ最モ憫諒スヘキモノナルニ拘ラス舊刑法ハ之ニ對シ特別ノ明文ナク、而モ謀殺、
故殺ニ關スル一般規定ハ自由裁量ノ範圍狹少ニシテ充分ニ犯情ニ適スル判決ヲ下スコト能ハサリシハ世人ノ風ニ
遺憾ト爲シタル所ナリ。然レトモ從來ノ判例ヲ顧ミルトキハ、如何ニ司法當局者カ解釋ノ許ス限リ之カ犯情ニ適
スルノ裁判ヲ爲サント試ミタルヤテ殺知スルコトヲ得ヘシ。然ルニ江本博士ハ之ニ對シ奇抜ナル意見ヲ公ニセリ。

「子殺ノ罪ヲ以テ別殊ノ殺人罪、爲シ通常ノ謀殺殺罪ヨリ減等シタル刑ヲ以テ之ヲ罰スルノ邦國ナキニ非ス。雖
モ、子殺罪モ亦豫謀ノ有無ニ依リ之ヲ謀殺若クハ故殺ノ罪トシテ問ハサルヲ得ス。赤子ト雖モ一ノ人類ナリ。況
ヤ其父母ニシテ之ヲ殺ス者ノ如キハ、禽獸モ尙ホ能クセサル所、之ニ臨ムニ極刑ヲ以テセサル可ラサルヤ明白ナ
リ。歐洲ノ刑法多ク之ヲ輕視シテ別罪ト爲シ、輕微ノ刑ヲ以テ之ヲ處スルヲ常則トスレトモ、我君子國ノ刑法ニシ

正當防衛
人及ヒル殺
程度ヲ超スル
人エタル殺

正當防衛
殺人
急迫不正
ノ侵害

第六

テ之ニ倣フコトナカリシハ、余ノ甚タ美トスル所ナリ。余ノ知人某ノ父母分焼ノ日ニ於テ某ヲ殺サントシテ既ニ
之ニ着手シタルノ後、事故アリ之ヲ中止シタルカ爲メ僅カニ其生命ヲ全クシタリトシ、其父母ノ自ラ某ニ語ル所
ナリ。余ハ常ニ某カ謀殺ノ重罪犯者ヲ其父母、スルヲ憐レムナリ。縱シ自ラ此罪ニ罹ラサルモ兄弟姉妹ノ父母ニ
殺サレタルモノアラシカ、親子ノ倫ハ何ニ依テカ能ク之ヲ保ツヲ得ン(現行刑法原論二〇三乃至二〇四頁)ト。
第六 正當防衛ニ因ル殺人及ヒ其程度ヲ超エタル殺人。正當防衛ノ場合ハ
獨リ殺人若クハ傷害ノ場合ニノミ適用セラルヘキモノニ非スシテ一般ニ
諸般ノ犯罪ニ適用セラル、モノナリ。然レトモ其最モ多ク適用ヲ見ルハ
殺人若クハ傷害ノ事案ナリトス(舊刑法ハ正當防衛ヲ以テ殺傷ニ關ス。去
レハ正當防衛ノ規定カ如何ニ殺人罪ニ適用セラルヘキヤ今其梗概ヲ明カ
ニスルハ無用ノ業ニ非サルヘシ。

(一) 正當防禦ニ基ク殺人行爲ニ關スル事項ハ左ノ如シ。

甲 行爲者カ急迫ニシテ且ツ不正ナル侵害ヲ受ケタルヲ要ス。急迫ナル
侵害トハ現在將ニ加ヘラレントスルノ侵害ナリ。而シテ侵害カ現ニ加ヘ
ラレタル事實アルヲ必要トセス。危害カ將來ニ繋ルカ若クハ危害既ニ去

リタル後ハ防衛權發生セス。不正ノ侵害トハ、其行為罪トナルト否トヲ問ハス違法ニ權利ヲ侵害スルヲ謂フモノニシテ適法行為ニ非サル各種ノ行為ヲ指稱ス。例ヘハ十四歳未満ノ幼者ノ加害行為又ハ緊急状態ニ基ク加害行為ニ對シ防衛權アルカ如シ。

侵害ニシテ急迫ナルモ不正ニ非サルトキハ行為者ニ正當防衛權ナシ。例ヘハ自己カ急迫ニシテ且ツ不正ナル侵害ヲ加ヘントシタルカ爲メ、相手方ニ正當防衛權ヲ生セシメタルトキハ、相手方ノ實行スル正當防衛權ニ基ク侵害ハ、權利ノ實行ナレハ不正ナリト謂フ能ハス。從テ自己ハ之ニ對シテ防衛權ナシ。其他其加ヘラル、侵害カ適法ナル權利ノ執行ニ基クモノナルトキハ之ニ對シテ防衛權ナキコトハ言フ俟タス。例ヘハ刑罰若クハ懲戒ノ執行ヲ受クル者ハ、其執行官吏ニ對シテ防衛權ナキコトハ自明ノ理ナルカ如シ。

之ニ反シテ侵害カ不正ナルモ急迫ナラサルトキハ又行為者ニ正當防衛

權利防衛
必要範圍

權ナシ。急迫ナラサル侵害ニ對シテハ、法律ニ於テ別ニ定メタル保護ノ方法アリテ、行為者自ラ之カ防衛ヲ爲スノ要ナク、又防衛ヲ爲スヲ許スヘキモノニ非ス。

乙 自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ、已ムコトヲ得サルニ出テタル行為ナルコトヲ要ス。侵害ニシテ急迫且ツ不正ナル場合ト雖モ、行為者ハ之ニ對シ常ニ防衛權ヲ生スルモノニ非ス。其防衛權ヲ生スルハ、行為者ノ行為ニ依リ其侵害ヲ排斥シ若クハ防止スヘキ場合ニシテ、且ツ行為者ノ防衛ニ基ク侵害ハ、相手方ノ加フル侵害ヲ排斥若クハ防止スルニ必要ナル程度ヲ超エサルヲ要ス。故ニ例ヘハ竊盜罪ノ現行犯アリタル際、行為者ハ犯人ヲ追ヒ拂ヒ以テ容易ニ其盜マントシタル侵害ヲ防止シ得ヘカリシニ拘ラヌ之ヲ殺害シタルカ如キハ是レ必要已ムヲ得サルノ防衛行為ナリト謂フヲ得サルカ故ニ正當防衛權ヲ生スルコトナシ。又例ヘハ暴行ヲ爲シ若クハ脅迫ヲ試ミタル強盜犯人カ、多數隣人ノ聲援ニ驚キ將ニ逃走セントスル

ニ乘シ之ヲ追ヒ掛ケ殺傷スルカ如キハ、防衛權ノ行使ニ出テタリト謂フ能ハス。

丙 行爲者カ受ケントスル侵害ト防衛ノ爲メ加ヘントスル侵害トハ必スシモ同等タルコトヲ要セス。例ヘハ強盜犯者ハ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘ人ノ財物ヲ強取スルモノニシテ敢テ行爲者ノ生命ヲ害スルモノニ非サルコト明ナル場合ト雖モ、行爲者ハ強取ヲ免レンカ爲メ已ムコトヲ得サルトキハ強盜犯者ヲ殺傷スルヲ得ルモノトス。

行爲者ハ急迫ニシテ且ツ不正ナル侵害アリト確信シ防衛行爲ヲ爲シタルニ、其實侵害ニシテ不正若クハ急迫ニ非サリシ場合ニ於テハ、假令其結果人ヲ殺傷スルモ、刑法第三十八條ニ依リ殺傷罪ノ刑ヲ受クルコトナカルヘシ。之ト同一ノ理由ニ依リ、行爲者カ侵害ニ對スル權利ヲ防衛スル爲メ必要已ムヲ得サル行爲ナリト確信シテ爲シタル殺傷行爲ニ付テモ亦同一ノ論結ヲ得ヘキナリ。

(二) 正當防衛ノ程度ヲ超エタル殺人。正當防衛ノ程度ヲ超エタル殺人ハ純然タル犯罪行爲タルコトハ前述スル所ニ依リ明カナリ。然レトモ其情狀ヲ觀察スルトキハ頗ル憫諒スヘキモノアリ。甚タシキニ至テハ之ヲ罰スルニ忍ヒサルモノスラ之レアリ。是レ法律カ裁判官ヲシテ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕シ又ハ免除スルヲ得セシムル所以ナリ。蓋シ正當防衛ノ爲メ人ヲ殺傷スル場合ニ於テハ、行爲者ノ神氣昂進シ冷靜ニ事ヲ判斷スルノ能力ヲ缺ク場合少シトセサレハナリ。

第七 緊急狀態ニ基ク殺人及ヒ其程度ヲ超エタル殺人。緊急狀態ニ基ク殺人及ヒ其程度ヲ超エタル殺人ハ、前述ノ正當防衛ニ基ク殺人及ヒ其程度ヲ超エタル殺人ノ場合ニ關シテ刑法ノ規定スル處分ト略ホ同一ナルヲ以テ之ニ依リ類推スルヲ得ヘシ。但シ後者ノ場合ニ於テハ侵害行爲カ急迫且ツ不正ナルヲ要スルニ反シテ、前者ノ場合ニ於テハ急迫ナルヲ要スレトモ不正ナルヲ要セス。又其緊急狀態ニ基ク殺人行爲ハ、其行爲ヨリ生シタル

害、其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限リ之ヲ罰セサルモノトス。其程度ヲ超エタル行爲カ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除セラル、コトアルニ至リテハ兩者同一ナリトス(註III)。

(註III) 勝本博士曰ク『刑法第三十六條ト第三十七條トハ共ニ防衛又ハ避難者ノ責ニ歸セサル同一緊急防衛又ハ避難ノ場合ニシテ其間唯タ攻撃力不正ナルヤ否ヤノ差ノミニ限ラレ、ニモ拘ラス、第三十六條ノ場合ニ於テハ行爲ヨリ生シタル害、防カントシタル害ノ程度ヲ超エサルコトヲ要セス。單ニ主觀的即チ心的必要ニ迫ラレタルコトノミヲ要ストシ、第三十七條ノ場合ニ於テハ現ニ害ノ比較ヲ要シ、主觀的即チ心的必要ハ毫モ之ヲ顧ミサルハ彼此權衡ヲ失シ正鵠ヲ得サル規定ナリトス。判官ノ賢明ナル實際ニ於テハ、主觀的即チ心的必要ニ因ル行爲ヲ處罰スルコト無カルヘント雖モ、客觀的即チ心的必要ト同一否ヲ第三十七條ノ精神ハ勿論、一般責任論ヨリ謂ヘハ寧ロ之ヨリモ重キヲ置クヘキ主觀的即チ心的必要ヲ輕視シタルハ、確カニ立法ノ缺點ニシテ修正ヲ要スヘキ點ナリ。抑モ正當防衛ト緊急狀態トノ差ハ究局不正攻撃ニ對スル行爲ナルヤ否ヤノ差ニ外ナラス。而シテ不正攻撃ハ人ノ行爲ニ對シテノミ之ヲ言フコトヲ得ヘク、兩者ノ區別ノ標準ハ唯タ此一點ニアリトス。若シ然リトセハ前述ノ缺點ハ更ニ著シキナ覺ユヘシ(『京都法學會雜誌四卷一號、改正刑法管見』)ト。

第二款 殺尊屬親罪

第二百條 自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス。

殺尊屬親罪ハ我刑法中ニ於ケル唯一ノ特別殺人罪一般殺人罪ニ對シナリ。而シテ此罪ハ故意ニ基ク殺人罪ノ一種ニシテ、此罪ノ被害者ハ行爲者又ハ其配偶者ノ直系尊屬ナリトノ點ヲ除クノ外、一般殺人罪ト異ナル所ナシ。故ニ前款ニ於テ説明シタル故意及ヒ其態樣竝ニ殺人ノ種々ナル情狀ノ如キハ悉ク之レヲ殺尊屬親罪ニ應用スルヲ得ヘシ。仍テ此罪ノ客體ニ付キ説明スヘシ。

自己又ハ配偶者ノ直系尊屬トハ、自己ノ父母若クハ祖父母其他ノ尊屬及ヒ配偶者ノ父母若クハ祖父母其他ノ直系尊屬ヲ指稱スルモノニシテ、其家ニ在ルト否トハ之ヲ問フ所ニ非ス。故ニ一代溯ルトキハ自己及ヒ配偶者ノ父母合計四人ノ直系尊屬アリト謂フヘク、二代溯ルトキハ八人、三代溯ルトキハ十六人ノ直系尊屬アリト謂フヲ得ヘシ。直系卑屬ト直系尊屬トノ親族關係ハ養子縁組ニ因リ生スルコトアルヘク又ハ婚姻ニ因ラサル男女ノ交際ニ因リ

直系尊屬ノ意義

生スルコトアルヘシ。實際ノ血族ノ外ニ養子縁組ニ依ル直系親族關係ヲ加フルトキハ本罪ノ客體ハ更ニ倍加スヘキナリ。之ニ私通ニ因ル親族關係並ニ庶子ト嫡母トノ關係ヲ加フルトキハ本罪ノ客體ハ著シク増加スヘシ。法律ハ自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ヲ殺ス所ノ行爲ヲ特ニ嚴ニ處罰ス。之レ我家族制度ヲ重ニスルノ精神ニ出テタルモノニシテ、余ハ雙手ヲ舉ケテ其ノ必要ヲ認ムルモノナリ。然レトモ直系尊屬タル以上ハ悉ク同一様ニ保護スヘキモノト爲シ、其ノ間ニ何等ノ區別ヲ爲サ、ルノ當否ニ付テハ疑ナキ能ハス。

第三款 殺人ノ豫備罪及ヒ未遂罪

第二百一條 前二條(一般殺人罪及ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス。但情狀ニ因リ其刑ヲ免除スルコトヲ得。
 第二百二條 第九十九條(一般殺人罪)第二百條(殺直系尊屬)及ヒ前條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

殺人ノ豫備

第一 殺人ノ豫備罪

殺人ノ豫備トハ殺人罪ヲ犯ス爲メ其準備ノ行爲ヲ爲スヲ謂フ。例ヘハ人ヲ殺害センカ爲メ刀劍ヲ研クカ如キ、又ハ人ヲ銃殺センカ爲メ短銃ヲ買入ル、カ如キ、又ハ人ヲ毒殺センカ爲メ毒藥ヲ用意スルカ如シ。若シ人ヲ殺害スルノ行爲ニ着手シタルトキハ是レ豫備ノ範圍ヲ脱シタルモノナリ。殺人ノ豫備ノ所爲ニ關スル情狀ハ同一ナラス。故ニ法律ハ裁判官ヲシテ二年以下ノ懲役ヲ言渡スカ又ハ其刑ヲ免除スルヲ得セシム。

第一 殺人ノ未遂罪

殺人ニ直接ナル行爲ニ着手シタルトキハ既ニ殺人ノ實行行爲ノ一部ヲ爲シタルモノナリ。既ニ殺人ノ實行行爲ニ着手シタルモ、人ノ生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生セサルトキハ殺人未遂トス。其人ノ生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生セサルニ至リタル理由ハ、或ハ犯人ノ舛錯若クハ障礙ニ因ルコトアルヘク、或ハ犯人自己ノ意思ニ由リ中止シタルニ因ルコトアルヘシ。例ヘハ人ヲ殺サ

殺人未遂

ントシテ刀ヲ以テ斬リ付ケタルモ、力足ラスシテ人ヲ死亡セシムルニ至ラザリシカ如キハ、舛錯ニ因ル未遂ナリ。又刀ヲ振り上ケ人ヲ斬ラントシタルモ、傍人ノ抱キ止ムル所トナリテ刀ヲ下ス能ハサリシカ如キハ、障礙ニ因ル未遂ナリ。又犯人カ人ヲ毒殺セント欲シ、被害者ノ食卓ニ毒物ヲ混和シタル飲食物ヲ置キタルモ、被害者ノ之ヲ口ニスルニ先チ、或ハ改悟シ或ハ他ニ考フル所アリテ之ヲ取り去リタルカ如キ、又被害者カ既ニ之ヲ飲食シタル後、消毒藥ヲ服用セシメ以テ生命喪失ノ結果ヲ防止シタルカ如キハ、犯人自己ノ意思ニ由リ中止シタル未遂ナリ。犯人意外ノ舛錯若クハ障礙ニ因リ、被害者ノ死亡ノ結果ヲ生セザリシ場合ニ於テハ、法律ハ裁判官ヲシテ其情狀ニ從ヒ、或ハ既遂ノ場合ト同一ノ刑ヲ科セシメ、或ハ其刑ヲ減輕スルヲ得セシム(刑、四三、六八條)。犯人自己ノ意思ニ由リ着手後其實行ヲ中止シ、因テ犯罪ノ結果ノ發生ヲ防止シタル場合ニ於テモ其情狀同一ナラス。法律ハ判事ヲシテ其情狀ニ從ヒ、或ハ其刑ヲ減輕シ、或ハ其刑ヲ免除セシム(刑、四三、六八條)。

第四款 刑罰

一般殺人罪ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役、殺尊屬親罪ハ死刑若クハ無期懲役ニ處シ、右兩罪ノ豫備罪ハ二年以下ノ懲役若クハ免刑、未遂罪ハ既遂ノ刑ヲ加ヘ又ハ之ヨリ減輕スルヲ得ヘク、中止犯ノ場合ハ減輕又ハ免刑スルヲ得。

第五款 評論

第一 法律カ若シ殺尊屬親ヲ特ニ重ク罰スル旨ハ規定ヲ置クハ必要アラハ、之ト同一理由ニ依リ前述ノ毒殺、殺及ヒ罪ヲ犯サンカ爲メ又ハ逮捕ヲ免レ、若クハ罪證ヲ湮滅センカ爲メニ殺人ノ如キ其情狀頗ル憎ムヘキ犯罪ニ對シテモ亦特ニ重キ刑罰ヲ規定スルノ必要ナキヤ。又若シ情狀重キ犯罪ニ付キ特別ノ規定ヲ設クル必要アリトセハ、同一理由ニ依リ其輕キモノニ付キテモ亦特別ノ規定ヲ置クノ必要ナキヤ。例ヘハ一定ノ條件ヲ具備スル嬰兒殺ノ如キハ其情狀頗ル憫涼スヘキモノアリテ、通常ノ殺人

第二章 故意ニ因リ生命ヲ害スル罪 第一節 殺人罪

罪ヲ以テ論スルニ忍ヒサルモノナリ。而シテ法律ハ斯ノ如キ場合ニ付キテ特ニ規定スル所ナシ。是レ立法ニ於テ當ヲ得タルモノナルヤ否ヤ余ハ疑ナキ能ハス。

第二 法律カ我邦道德ノ基本タル忠孝ハ教ハ上ヨリ殺尊屬親ヲ嚴罰セサル可カラサル所以ヲ示シタルハ刑法ノ上ニ於テモ人倫ヲ匡シ風教ヲ維持スル趣旨ヲ明カニシタルモノニシテ頗ル其當ヲ得タルモノト思考ス。然レトモ酌量減輕ヲ用フルニ及ハサル場合即チ非常例ニ非サル場合ニ於テモ尙ホ無期懲役ニ處スヘキコトアルヲ認メタルハ其立法ノ精神ヲ發揮スル上ニ於テ遺憾ナキ能ハス。又廣ク自己又ハ配偶者ハ直系尊屬ト爲シ其間ニ何等ハ區別ヲ設ケサルハ其範圍餘リニ廣汎ニ過キタルニ非スヤ。斯ノ如クハ却テ立法ノ精神ヲ滅却スルノ虞ナシトセス。

第三 一般殺人罪ニ對スル刑罰ノ最短期ヲ三年ノ懲役ト爲シタルノ當否ニ付キテハ大ニ疑ナキ能ハス。從來我邦ニ於テハ人ヲ殺シタル者ハ死スト

ノ不文ノ準則アリ。一般ノ生命ヲ重要視シタルハ此ノ不文ノ準則ヲ認メタル我邦ニ於ケル法律的常識ト謂フモ可ナラン。然ルニ法律カ此貴重ナル人命ニ對スル侵害ヲ輕視シテ之レカ刑罰ヲ僅ニ三年ノ懲役ト爲スヲ得ト規定シタルハ失當ナリト謂ハサル可カラス。勿論特別ナル情狀アリテ三年ノ懲役ヲ以テスルモ尙ホ重キニ過クト認ムヘキ場合アルコトハ余モ亦之レヲ爭ハス。切言スレハ殺人罪ト謂フモ其ハ實情狀殆ント無罪ニ等シキ場合アルヘシ。然レトモ是非非常例外ノ場合ナリ。去レト刑法第百九十九條ハ非常例外ノ場合ヲ規定シタルニ非スシテ通常ノ殺人罪ニ付キテ規定シタルモノナリ。是レ余カ本條規定ハ當否ヲ大ニ疑フ所以ナリ。

若シ其レ非常例外ノ場合ニ遭遇セハ酌量減輕ヲ爲スモ可ナリ。酌量減輕ハ余ノ意見ヲ以テスレハ其範圍ヲ擴張スルコト敢テ妨ケス。即チ情狀ハ最モ酌量スヘキモノニ至リテハ無罪ト爲スヲ相當トスルカ如キ場合アリ。

ルヲ以テ、其範圍ハ、我刑法第六十六條乃至第六十八條カ認ムル所ヨリ、モ一層之ヲ擴張スルノ必要ヲ見ル。之レニ反シテ通常ナル場合ニ適用スヘキ刑罰ハ、民衆一般カ正當ト認ムル所ノ法律の常識 (Rechtsbewusstsein) ニ依リ定ムヘキモノニシテ、妄ニ其範圍ヲ擴張スヘキモノニ非スト思考ス。徒ニ之ヲ擴張スルカ如キハ、法律カ刑期ノ範圍ヲ定メタル所以ノ趣旨ニ背クモノナリ。

第二節 自殺ニ關スル罪

自殺ノ行爲(註一四)ハ罪ト爲ラス。自殺ヲ罰セサル所以ハ、本人ノ自ラ拋棄スル利益(生命)ニ對シテハ、法律ハ之ヲ保護スルコト能ハサレハナリ。法律カ強テ之ヲ保護セントスルモ、自殺ノ既遂ハ之ヲ罰スルコト能ハサレハ、到底其目的ヲ達シ得ヘキモノニ非ス(註一五)。去レト人ノ生命ハ一個人ノ法益中最モ重大ナルモノナリ。故ニ之ヲ保護シ得ヘクンハ之ヲ保護スルノ道ヲ盡サル可カラス。故ニ假令自殺ノ意ヲ決シタル者ノ囑託又ハ承諾アルニモセ

自殺ノ行爲

ヨ、第三者ヲシテ之カ爲メニ手ヲ下サシムルカ如キ行爲ハ嚴ニ之ヲ禁セサル可カラス。是レ法律カ自殺ニ關スル罪ヲ定メタル所以ナリ。自殺者ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ、手ヲ下シ之ヲ殺スカ如キハ純然タル殺人罪ナリ。況ンヤ此罪ハ自己ノ利益ヲ圖ル爲メニ犯サル、コトアリ。例ヘハ遺産相續ニ付キ利益ヲ有スル者カ、人ヲ欺瞞若クハ恐喝シ以テ自殺ヲ爲サシムルカ如シ。又ハ罪證湮滅其他行爲者自身ノ都合ヲ圖ランカ爲メ、人ヲ教唆シテ自殺ノ決意ヲ爲サシメ、次テ其囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺スカ如キ場合ニ於テハ、其犯情毫モ純然タル殺人罪ニ異ナラサルナリ。然レトモ自殺ニ關スル罪ト一般殺人罪トヲ比較スルトキハ、一般ニ犯情同一ナリト謂フ能ハサルモノナキニ非ス。是レ法律カ特ニ法條ヲ設ケテ自殺ニ關スル罪ヲ規定シタル所以ナリ。

(註一四)

刑法上自殺自體ハ犯罪ト爲ラサルカ故ニ、自殺ノ原因ハ之ヲ深ク論究スルノ要ナキカ如シト雖モ、自殺

ニ關スル犯罪現象ノ真相ヲ知悉センニハ尙ホ之ヲ究ムルノ要ナキニ非ス。依テ茲ニ并ニ其文學博士ノ談話ヲ掲グル

第二章 故意ニ因リ生命ヲ害スル罪 第二節 自殺ニ關スル罪

コト、セン。時ニ依リ自殺ノ流行スルコトアリ、今之カ原因ヲ研究センニ其重ナルモノニアリ。自殺ヲ觀察スルニハ二種ノ方法アルモノニテ、一ハ倫理上ヨリ之ヲ觀、一ハ自然科学上ヨリ之ヲ觀ルモノナリ。先ツ自然科学ノ上ヨリスレハ、人間ニ限ラス、凡ソ生物ニハ總體ニ必ス守生ノ本能アリ。然ルニ世ノ進ムニ從ヒ萬事次第ニ衰キ起スニ至ル。之ヲ要スルニ死ハ薄弱ナル者ノ上ニ到來スルモノニシテ、生存競争ニ堪ヘサル爲メ或ハ肉體上ノ病氣ニ罹リ、或ハ精神上ノ疾病ニ陥リ、終ニハ自ら死亡ヲ招クモノナリ。是レ所謂自然淘汰ナルカ故ニ自殺アリトテ必スシモ之ヲ憂フルノ要ナキモノナレトモ、又一方ヨリ之ヲ觀察シテ人間カ社會ヲ成シ道德ヲ育等ノ行ハル、ヨリスレハ自然淘汰ノ結果人ノ死スルモ之ヲ願ミルニ及ハスト謂フコト能ハス。依テ自殺ノ性質ヲ考フルニ二ツノ立脚地アルニ似タリ。一ハ守生ノ本能カ薄弱ト爲ルコト、他ハ守生ノ本能薄弱ト爲ルニ非スシテ其本能ヨリモ一層絶大ナル動機アリ之カ爲メニ自殺スルニ至ルモノ是ナリ。先ツ守生ノ本能ノ薄弱ト爲ルモノヨリ謂ハンニ、如斯者ハ一種ノ病氣ニシテ或ハ遺傳的ノモノアルヘク、又或ハ自體ノ衰弱セルヨリ外部ノ刺激ニ侵サレ易キニ因ル者モアルヘク、其他家庭ノ不愉快若クハ失戀ノ結果又ハ或大望ヲ抱キテ之ヲ達スルコト能ハス非常ノ困難ニ遭過スル如キ等ノ原因存スルトキハ知ラス識ラスノ間ニ守生ノ本能ハ薄弱ト爲リ、若シ多少ノ理由アレハ直ニ死ヲ厭ハサルノ状態ニ立チ至ルモノナリ。如斯者ニ對シテハ如何ナル豫防方法ヲ施スヘキカト云フニ 第一身體ヲ健康ニシ凡ソ志操ヲ高尚健全ナル境遇ニ置キ秩序アル生活ヲ爲サシメサル可カラス。第二ノ場合即チ 生ノ本能ハ必スシモ薄弱ナルニ非サレトモ其本能以上ノ動機アリテ之カ爲メニ死ヲ厭ハサル場合ハ、例ヘハ迷信上ヨリ福樂往生ヲ望ミ或ハ天國ニ往カントヲ望ムト言フカ如キモノナリ。次ニハ名譽心好奇心 等ニ驅ラレ若クハ生命ヲ

賭シテ或事業ヲ爲サントシ其結果自殺スル者ノ如キアリ。其他以上ノ如キ自殺病ニ非スシテ道德上ノ動機カ守生ノ本能ヲ壓伏スルニ因ル自殺アリ。孟子ノ所謂生モ我カ欲スル所、義モ我カ欲スル所、若シ二者ヲ兼テ採ルコト能ハスンハ、寧ロ義ヲ探テ生ヲ捨テント謂フカ如キ道德心ヨリ發生シ來ル自殺アリ。彼ノ日露戰爭前ニ數多ノ志士カ滿洲蒙古ヲ探險シテ捕ヘラレ終ニ自殺ヲ遂ケタル如キ國家ニ對スル高尚ナル觀念ニ出ツルモノナリ。固ヨリ此場合ニ於ケル自殺ニモ種々ノ動機アリテ必スシモ單純ノモノニ非ス。彼此二三種ヲ相混スルモノアリ。然ラハ彼ノ人生不可解ノ理由ニ因リテ自殺スル者ハ何レノ種類ニ屬スルモノナルカ。是レ其人ノ境遇中ニ守生ノ本能ヲ薄弱ナラシムル原因アリ之ニ誘發セラレタル個人的ノ動機アルモノナルヘシ。人生若シ果シテ解ス可カラストセハ何カ故ニ之ヲ了解シ得ルマテ研究セサルカ。其研究ヲ中止シテ死ノ道ニ赴クハ豈ニ守生ノ本能薄弱ナルコトヲ示スモノニ非サランヤ。而シテ尙ホ茲ニ注意スヘキハ自殺者ニハ必ス外因ト内因トアリ。内因即チ境遇心情等カ厭世的ニナリ居ル場合ニ於テ死ト云フ觀念一度念頭ニ現レ來ルトキハ直ニ死ヲ決スルニ至ルモノナリ。去レハ新聞雜誌等ニ於テ自殺事件ヲ盛ニ吹聴スルハ守生ノ本能薄弱ナル者又ハ其本能ヨリ一層強大ナル動機ヲ有スル者ナシテ自殺ヲ決セシムルノ外因ト爲ルヘキモノナレハ注意ヲ要スル事柄ナリ云々(日本新聞 〇六二號)ト。

(註一五) 自殺ノ既遂及ヒ未遂ヲ別セサルコトハ、昔時ハ電モ角令日ニ於テハ歐洲大陸ノ法制ニ於テ一致スル所ナリ。之ニ反シテ英國法ハ今日尙ホ自殺ノ未遂犯ヲ罰セリ。而シテ一千八百八十三年ヨリ一千九百二年ニ至ル統計ノ示ス所ニ依レハ、自殺未遂被告事件ノ審理セラル、モノ一ケ年平均百十九件乃至二百三件ナリ。而シテ漸々増加スルノ趨勢ヲ示セリ。米國ノ各州中法律例ヘハニユーヨーク法ニ於テモ、自殺未遂ヲ重罪(Felony)トシテ罰スルモノ多シ。然レトモ民衆一般ノ法律的常識ニ反スルカ故ニ死シタル法文(Quadriflar-laws)トシテ存スルノミ。

(Vergleichende Darstellung, Bes. T. I. V. S. 133 ff.)

我刑法中自殺ニ付キ規定スルモノニアリ。(一)自殺教唆若クハ幫助又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ承諾ヲ得テ之ヲ殺スノ罪刑(二〇二條)(二)自殺ニ關スル罪ノ未遂罪刑(二〇三條)是レナリ。

第一款 自殺教唆若クハ幫助又ハ被殺者

ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺スノ罪

第二百二條

人ヲ教唆若クハ幫助シテ自殺セシメ又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス。

自殺ノ教唆

第一 自殺ノ教唆 自殺ノ決意ナキ者ヲシテ自殺ノ決意ヲ爲サシメ以テ自殺ヲ實行セシムルヲ謂フ。自殺教唆罪ハ普通教唆罪ノ如ク本犯ニ對スル從屬犯(Akzessorisches Delikt)ニ非スシテ獨立シタル一個ノ犯罪ナリ。

即チ自殺教唆ハ犯罪ヲ教唆スルニ非スシテ他人ヲシテ元來犯罪ヲ構成セサル行為ヲ爲サシムルニ在リ。普通ハ教唆罪ニ在リテハ本人カ犯罪行為ニ着手セサルトキハ犯罪ト爲ルコトナク本人ニ對シ未遂罪成立スルトキハ教唆者ハ之ニ依リテ處罰セラレヘク本人ニ對シ既遂罪成立スルトキハ教唆者ハ之ニ依リ處斷セラレハシ。是レ普通教唆罪ハ本犯ニ對スル從屬犯タルニ因ル當然ノ結果ナリ。然レトモ自殺教唆ハ自殺ノ從屬犯ニ非スシテ自殺教唆ナル獨立ノ犯罪ナルカ故ニ必スシモ本犯ノ成否ト運命ヲ共ニスルモノニ非ス。故ニ教唆ニ着手スル行為ハ即チ自殺教唆ニ着手シタルモノナリ。故ニ本人カ自殺ノ教唆ヲ受ケタルモ之ニ應セザリシトキハ未遂罪成立スヘキナリ。而シテ自殺教唆ハ人ヲ教唆シテ自殺セシムルニ在レハ本人カ教唆ニ因リ自殺ヲ遂ケタルトキヲ以テ既遂ト爲スヘキモノトス。元來自殺教唆ナルモノハ之ヲ法律上ヨリ言フモ又之ヲ道德上ヨリ言フモ重大ナル非行ニシテ其情狀ヨリスレハ場合ニ依リ純然タル殺人

罪ト之ヲ擇ムコトナキ場合アリ註一六。特ニ守生ノ本能薄弱ナル者若クハ一時守生ノ本能薄弱ナルニ至リタル者(註一三)ヲ教唆シテ自殺セシムル場合ニ於テ特ニ然リトス。故ニ自殺教唆ハ其教唆ニ着手スルニ當リ直ニ之ヲ罰スルノ必要アリトス。然ルニ學者或ハ自殺教唆ヲ以テ普通ノ教唆罪ト同一ニ解シ自殺者カ自殺ニ着手スルト否トニ依リ罪ノ有無ヲ定メントスルカ如キハ是レ自殺教唆罪ノ從屬犯ニ非スシテ獨立犯タルヲ忘レタルモノナリ。斯ノ如キ解釋ヲ採ランカ例ヘハ陰險ニシテ奸智ニ長スル惡漢カ厭世ニ傾ケル好人物ヲ欺瞞シテ自殺ノ決心ヲ爲サシメ更ニ進テ其豫備ヲ爲スニ至ラシムルモ之ヲ無罪トセサルヲ得サルヘシ。斯ノ如キ場合ニ於テハ犯人ノ主觀的方面ヨリスルモ又一般ニ客觀的方面ヨリスルモ之ヲ罰スヘキ必要アルコト多辯ヲ要セス(註一七)。

(註一六) ブオン、リスト氏ハ自殺ニ關スル罪ニ就キ之ト相似タル説明ヲ爲セリ。(V. Liszt, Vergleichende Dar-
stellung, Bes. Teil Bd. V 185).

(註一七) 判例ニ曰ク『第三百二十一條(舊法)ノ自殺者ヲ以テ犯罪ノ目的物ト爲シ教唆ノ行爲ヲ犯罪構成ノ要素トシ其行爲ノ結果被教唆者カ自殺ヲ遂グルニ因リテ完成ス。故ニ被教唆者カ自殺セントシテ遂ケザリシ場合ニ於テハ同條ノ未遂罪ヲ構成ス』(三七年大審院判決録二六九頁)ト。此判例ハ孰レノ説ヲ採用シタルヤ明白ナラス。

意思能力充分ナラサル者例ヘハ幼者若クハ心神喪失者ヲ教唆シ自殺セシメタルトキハ刑法上自殺教唆ト稱ス可カラス。何トナレハ教唆ハ常ニ意思能力アル者ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得レハナリ。一般ノ學說ニ依レハ意思能力ナキ者ヲ教唆シテ自殺セシメタルトキハ間接正犯ナリトシ純然タル殺人罪ヲ以テ論スヘキナリ。

第二 自殺ノ幫助 汎ク自殺ヲ幫助スルノ行爲ハ悉ク刑法上ニ於ケル自殺幫助ノ行爲ナリト謂フ能ハス。例ヘハ自殺セント欲シテ之ヲ實行シ既ニ重傷ヲ負ヒテ苦悶シ居ル者ヲ見テ自殺者ノ爲メニ手ヲ下シ之ヲ殺シタルカ如キハ自殺幫助ノ行爲ト謂フ可カラス。此場合ニ於テ行爲者ハ殺害ノ實行ニ干與シタルモノナレハ是レ負傷者ヲ殺害シタルモノニシテ純然タ

ル殺人罪ヲ構成ス。若シ此場合ニ於テ自殺者ノ囑託若クハ承諾アリタルトキハ、囑託若クハ承諾ニ因ル殺人ナリトス。茲ニ幫助ト謂フハ自殺實行ニ干與スルコトナク、其他ノ所爲ヲ以テ之ヲ幫助シ自殺ヲ容易ナラシムルヲ謂フ。例ヘハ自殺ニ使用スル器具ヲ貸與シ、若クハ毒物ヲ調合シ、又ハ自殺ノ方法ヲ教示スルカ如シ。

第三 囑託ニ因ル殺人 本人ニ於テ既ニ自殺ノ意ヲ決シ其實行ヲ囑託シタルニ因リ、行爲者カ之ニ基キ手ヲ下シ之ヲ殺害スルヲ謂フ。例ヘハ永ク不治ノ病症ニ罹リ居ル者カ、自殺ノ意ヲ決シ其實行ヲ他人ニ囑託スル場合ノ如シ。殺害行爲ノ全部ヲ行フト一部ヲ行フトハ犯罪ノ成否ニ關係ナクシテ、唯タ犯罪ノ情狀ニ區別アルニ外ナラス。

第四 承諾ニ因ル殺人 行爲者カ自殺者ノ爲ニ手ヲ下ス場合ノ多數ハ、囑託ニ因ル殺人ニシテ承諾ニ因ル殺人ニ非ス。本人ノ眞意ニ出テタル殺害ノ承諾ハ甚タ稀ナリ。而シテ其眞意ニ出テタルモノニ非サレハ殺害ノ承諾

アリタリト謂フ能ハス。從テ通常ノ殺人罪ニ依リ處斷スルノ外ナシ。承諾カ一時的ノ行掛ニ出テタルカ、又ハ脅迫詭計ニ基キタル場合ノ如キハ承諾アリタルモノト謂フ能ハス(註一八)。然レトモ承諾カ其眞心ヨリ出ツルノ場合ナキニ非ス。例ヘハ本人既ニ自殺ニ着手シ致命傷ヲ負ヘルモ、未タ死ニ至ラスシテ七顛八倒スルノ苦悶ヲ見ルニ忍ヒス、親戚之カ承諾ヲ得テ手ヲ下シタル場合ノ如シ。

(註一八) v. Verel, Frank, zu § 216 Liszt, § 85

第二款 自殺ニ關スル罪ノ未遂罪

第二百三條 (第九十九條、第二百條及七)前條(自殺ニ關スル罪)ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

自殺教唆ノ未遂罪ハ自殺教唆ニ着手スルト同時ニ自殺教唆罪ノ實行ニ着手シタルモノナルコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ。故ニ教唆ニ着手アリタルモノ本人カ教唆ニ應セザリシ場合(二)教唆ニ應シ自殺ノ決心ヲ爲シタル

モ中途之ニ讎シタル場合(三)自殺ノ實行ニ着手シタルモ本人自ツ之ヲ中止シタル場合(四)實行ニ着手シタルモ意外ノ舛錯若クハ障礙ニ因リ自殺ヲ遂ケサル場合等ハ悉ク自殺未遂ナリトス。若シ反對解釋ヲ採リ、自殺教唆ヲ以テ從屬犯ナリト爲サスシテ一種ノ獨立犯ト看做シ、本人カ自殺行爲ニ着手シタルト否トヲ以テ有罪無罪ノ分岐スル境界ナリトスルトキハ(一)及ヒ(二)ノ場合ハ如何ニ犯情兇暴ヲ極ムルモ之ヲ罰スル能ハス(三)及ヒ(四)ノ場合ハ之ヲ罰スルヲ得ルモ其間ニ著シキ刑罰ノ輕重ノ差ヲ認メサル可カラス。而シテ此輕重ノ差ヲ認ムヘキ理由ノ如キハ殆ト絶無ト謂フモ可ナリ。

自殺幫助、囑託ニ因ル殺人及ヒ承諾ニ因ル殺人ノ未遂罪ノ如何ハ一般ノ未遂罪ノ性質ニ依リ之ヲ了解スヘキモノトス。尙ホ殺人ノ未遂罪ニ付キ説明シタル所ニ依リ之ヲ類推スヘシ。

第三款 刑罰

自殺教唆、自殺幫助及ヒ囑託若クハ承諾ニ因ル殺人ハ共ニ六月以上七年以

刑罰

下ノ懲役若クハ禁錮ヲ以テ處罰スヘキモノトス。尙ホ其未遂罪ニ對シテハ第四十三條ヲ適用スヘキモノトス。

自殺ニ關スル罪ハ禁錮或ハ懲役ヲ以テ之ヲ罰ス。是レ他ノ犯罪ニ對シ特色ヲ爲ス所ナリ。是レ蓋シ犯罪ノ情狀一樣ナラス、且ツ又犯罪ノ動機若クハ行爲者ノ廉恥心ノ如キハ千差萬別ナリ。舊刑法カ自己ノ利ヲ圖ルニ出テタルモノハ重懲役(現行刑法ノ九年以上)ヲ以テ罰シ、其然ラサルモノハ六月以上三年以下ノ輕禁錮(即チ禁錮附加罰金ヲ以テ罰シタルカ如キハ此間ノ消息ヲ知ルニ足ラム。利ヲ圖ルニ出ツル自殺ニ關スル罪ハ其情頗ル重キモノアルハ之ヲ想像スルニ難カラス。然ルニ現行刑法ハ其刑ヲ輕クシ、七年以上ニ及ホスコトヲ許サ、ルカ如キハ余ハ怪ム所ナリ。詐欺、竊盜ノ長期十年ニ比シ權衡ヲ失スルモノナキカ。

第三節 墮胎罪

第一款 墮胎ノ觀念

墮胎罪トハ違法且ツ有責ニ胎兒ヲ母體內ニ於テ殺害シ又ハ早産ヲ爲サシムルヲ謂フ。墮胎ノ性質ヨリスレハ墮胎罪ハ胎兒ノ生命ヲ害スル行爲ノミナラス其生命ヲ危ウスル行爲ヲモ包含ス(註一九)。然レトモ實際上墮胎ニ依リ出生シタルモノ、百中ノ九十九迄ハ死亡ノ結果ヲ伴フヲ以テ余ハ假ニ墮胎罪ヲ以テ胎兒ノ生命ヲ害スル罪ト看做シ之ヲ説明スルヲ以テ講法上ノ便ト思料ス。左ニ墮胎罪ノ構成要件ニ付キ之ヲ説明スヘシ。

(註一九) 勝木博士ハ胎兒ノミヲ保護スルヲ以テ目的トスル墮胎罪ノ規定ハ之ヲ削除スヘシトノ論ヲ爲セリ。議論傾嚮ニ假ス。博士ハ先少墮胎ニ關スル歐洲說ニ我邦ニ於ケル沿革ヲ述ヘタル後「古ハ一般ニ墮胎ヲ犯罪ト爲サシメシト雖モ、道徳心ノ發達ト共ニ今日ハ何レノ國タルヲ問ハス之ヲ以テ有罪ト爲スニ至レリ。然レトモ余ヲ以テ見レハ、胎兒ノミニ對スル墮胎罪ハ之ヲ存置セザルヲ可トス。凡ソ刑法ノ規定ハ唯道徳サヘ維持スレハ足ルモノニ非ス。刑法ノ規定ハ社會ノ必要ニ依リテ定マル。所謂必要ハ或ハ道徳ノ方面ヨリ發源シ、或ハ利益ノ方面ヨリ湧出スルモノナリ。此故ニ多少ノ不道徳ハ之ヲ認許スルトモ、寧ロ社會ノ大ナル利益ヲ保護スル方反テ其急務ナルコトアリ。必スシモ道徳ノ保持ノミヲ以テ刑法ノ使命ナリト爲スコトヲ得ス。墮胎ヲ禁スヘキヤ之ヲ許スヘキヤハ、畢竟スルニ其何レカ社會ノ大ナル利益ニ適合スルヤニ依テ之ヲ決セザル可カラズ。余輩ノ見ル所ニ依レハ之ヲ嚴禁スルハ唯タ目前僅少ナル道徳感情ヲ維持スルニ過キスシテ、他ニ之カ代以テ重大ナル害惡ヲ生ス

ルモノナリ、之ヲ嚴禁スレハ如何ナル弊害ヲ發生スルヤト謂フニ墮胎ノ目的タル胎兒ハ大多數ノ場合ニ於テ青年男女ノ不義ナル密通ニ基クモノナルカ、然ラサレハ未亡人等ノ不貞ニ因ルモノナリ。而シテ此等ノ胎兒カ法律ノ保護ヲ受ケテ墮胎セラレザルトキハ、無事ニ社會ニ生出スルニ至ルヘシ。其父母タル人ノ如何ニ依テハ其兒ノ生出スルコトハ大ナル耻辱トナリ、若シ其兒ニシテ生ル、トキハ世ニ自己カ生存スルコト能ハサルカ如キ者モアルヘシ。斯ル人々ハ其耻辱ヲ蔽ハシカ爲メ、甚シキハ胎兒ト共ニ自殺シ、或ハ密カニ墮胎スルニ至ルヘク、而モ墮胎タルヤ之ヲ秘密ニ爲スカ故ニ、或ハ手段ヲ誤リ或ハ藥物ヲ誤リテ生命ヲ喪フニ至ルカ、然ラサレハ生涯不治ノ痼疾ニ罹ルカ如キコトアルハ十中ノ八九ヲ占ムルモノナリ。若シ亦耻辱ヲ忍ビテ之ヲ生ミタリトセンカ、之ヲ生ミタル父母ハ社會ヨリ擯斥セラレ、其家ノ女子或ハ有爲ノ青年カ一生ヲ棒ニ振ルコトモアルヘク、又若シ之ヲ生ミ出シタル父母カ亦貧ナランニハ其兒ヲ養育センカ爲メニ寄資其他財産ニ關スル罪ヲ犯スニ至ル者モアルヘシ。且ツ生レタル兒ハ父母カ社會ヨリ擯斥セラレ窮地ニ陥ルト同時ニ兒モ亦一生父ナシ兒トシテ他人ノ手ニ依リ養育セラレ、コト多ク、有形無形共ニ充分ナル教育ヲ受ケルコト能ハスシテ品性惡シク終ニハ法律上ノ罪人ト爲ルニ至ルコト少カラズ。現ニ監獄ニ至リテ所謂幼年囚ナルモノ、妻性ヲ奪ヌルトキハ多クハ此種ノ兒童ニシテ、又成年囚トシテ所謂習慣犯タル者ハ此種ノ幼年囚カ發達シタルモノナルコトヲ知ルニ難カラサルナリ。墮胎ヲ嚴禁スルノ結果ハ、社會ニ斯ノ如キ惡果ヲ生スルモノナリ。豈ニ寒心スヘキ事柄ニ非スヤ、若シ夫レ法律カ墮胎ヲ認容セハ墮胎ノ増加スル患之アルヘキカ。余ハ斷シテ其然ラサルヲ信スルモノナリ。抑モ墮胎ナルモノハ萬已ムテ得スシテ爲スモノニシテ、親子ノ情愛ハ出來得ヘクハ無事ニ之ヲ産出セントスルニアルモノナレハ、法律カ之ヲ嚴禁セザルノ故ヲ以テ墮胎スルニ及ハサルモノカ、好シテ墮胎スルカ如キコトハ必スヤ人間ノ爲ス能ハサル所ナル

ヘシ。以上ノ理由ヲ以テ余ハ胎兒ノミニ對スル墮胎ハ之ヲ無罪ト爲シ、一方ニ於テ醫師ニ非ヌシテ墮胎術ニ從事シタル者ハ之ヲ處罰スルノ明文ヲ置クニ止メシトテ希望ス〔法學志林八卷二號五一頁乃至六二頁參照〕ト。

第一 墮胎罪ノ客體

墮胎罪ノ客體

墮胎罪ノ客體ハ、母體內ニ於テ發達ノ途中ニ存スル生命アル胎兒タルヲ要ス。胎兒ニシテ苟モ生命アル以上ハ胎兒ノ生存能力不充ナルカ若クハ受胎不完全ナルカ又ハ母體ノ不健全ナルカ等ニ因リ、早晚流産ヲ免レサルモノナルト否ト、又ハ死ニ瀕スルモノナルト否トヲ問ハス。胎兒ノ生命ハ母體ノ生命ト互ニ相獨立スル法益ナルヲ以テ、母ノ自殺ハ罪ト爲ラサルモ母カ胎兒ヲ殺ストキハ墮胎罪成立ス。懐胎セル婦女ヲ殺スハ一個ノ所爲ニ因リ同時ニ母ト胎兒トノ生命ヲ害スルモノナレハ想像上ノ二罪ナリ。

胎兒ハ母體內ニ生活スルモノナレハ、母體ニ何等侵害ヲ加フルコトナクシテ墮胎セシムルカ如キハ不可能ナリ。又母ハ其胎兒ニ對シ大ナル利益ヲ有スルモノナリ。故ニ他人カ婦女ノ囑託ヲ受ケ又ハ承諾ヲ得スシテ墮胎セシ

ムルノ所爲ニ對シテハ母モ亦被害者ナリ。而シテ是ハ第二百十五條、第二百十六條ノ規定ニ依リ之ヲ認ムルヲ得ヘシ〔註二〇〕。

〔註二〇〕 泉二學士曰ク「本罪ノ規定ハ一面ニ於テハ胎兒ヲ保護スト雖モ他ノ一面ニ於テハ母體其モノヲ保護スルノ趣意アルコト明ナリ〔日本刑法論七五七頁〕ト。又勝木博士曰ク「墮胎ハ廣ク胎兒其者ニ對スル罪トナルモ他ノ一方ニ於テ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、ミナラス製作者タル父母ノ利益ヲモ斟酌シテ規定セラレタルモノナリ〔刑法折衝下一七二頁〕ト。

墮胎罪ヲ構成スヘキ所爲

第一 墮胎罪ヲ構成スヘキ所爲

墮胎行爲ヲ分テ二ト爲ス。其一ハ母體內ニ於テ胎兒ヲ殺スモノニシテ、其二ハ早産セシメ以テ胎兒ノ生命ヲ危ウスルモノナリ。而シテ後者ノ場合ニ於テハ早産ハ時ヲ以テ此罪ハ既遂ト爲ス。

早産トハ自然ノ出産時期ニ先チ胎兒ヲ母體ヨリ分離セシムルヲ謂フ。早産セシムル場合ニ於テハ胎兒ノ死亡ヲ必要ト爲サス。又胎兒ヲ死亡セシムル目的ヲ以テスルコトヲ敢テ必要ト爲サス。故ニ例ヘハ夫ノ死後他ノ男子ト通シテ懷妊シタル寡婦カ七八ヶ月日ニ早産ヲ企テ以テ夫婦間ノ子ナリト

思ハシメント圖ルカ如キモ亦墮胎ナリ(註二)。何トナレハ早産ナルモノハ常ニ胎兒ノ生命ニ危險ヲ與フルモノニシテ、幸ニ生命ヲ喪ハサルモ其體質虛弱タルヲ免レサレハナリ。

(註二) 墮胎ノ性質ハ胎兒ノ生命ヲ侵害スルニ在ルヤ又ハ胎兒ノ生命ニ危險ヲ及ホスニ在ルヤハ學說ノ岐ル、所ナリ。フォンビルクマイヤー、ベリング、フランクノ諸氏及ヒ獨逸帝國裁判所ハ、胎兒ノ生命ヲ害スルヲ以テ墮胎罪ノ要件ト爲シ墮胎罪ハ胎兒ノ死亡若クハ早産ニ依リ出生シタル胎兒ノ死亡アリタルトキヲ以テ既遂ト爲ス。(Vergl. v. Birkeneyer, S. 1173 Jahrb. Grundzüge des Strafrechts 19 5. S. 76. Frank, zu § 218. E. 4389. 之ニ反シテフォンリスト、マイヤー、アルフェルトノ諸氏ハ、胎兒ノ生命ニ危險ヲ與フルヲ以テ墮胎罪ノ性質ト爲ス。從テ不法ニ爲シタル所爲ニ依リ早産アリタルトキヲ以テ既遂ト爲スヘク、其生レタル胎兒ノ死亡タルト否ハ之ヲ問フ所ニ非スト爲ス(Vergl. v. List, § 94. Meyer-Mittal 338)。胎兒ノ生命ニ危險ヲ及ホス所爲ハ道徳上ヨリスルモ又法律上ヨリスルモ恕スヘキモノニ非ス。而シテ法文ノ墮胎トハ斯ノ如キ場合モ亦有罪ナリト解シ得ルヲ以テ余ハ後説ニ左祖ス。我大審院モ亦此説ヲ採ルカ如シ。同院判決要旨ニ曰ク『墮胎罪ハ自ラノ分娩期ニ先チ人爲ヲ以テ母體ヨリ分離セシムルニ依リ成立ス。其結果胎兒ノ死亡セルト否トハ犯罪ノ成立ニ關係ナシ。犯罪ノ終リタル後尙ホ産兒ノ生命ヲ見テ之ヲ殺ストキハ墮胎及ヒ故殺ノ二罪成立ス』(三九年大審院判決録八四九頁)。又同院ハ胎内ニ於テ胎兒ヲ殺シ胎外ニ排出セシムルノ行爲モ亦墮胎ナリト解スルカ如シ(三六年大審院判決録二一九頁)。我邦ニ於テハ岡田、勝木ノ兩博士及ヒ泉、二學士ハ後説ニ左祖ス。之ニ反シテ江本博士及ヒ豊島

小崎ノ兩學士ハ前説ヲ採ル。左ニ其梗概ヲ摘示セン。

第一 岡田博士曰ク『墮胎行爲ヲ解スルニ二説アリ一ハ自然ノ分娩期ニ先テ人工ヲ以テ胎兒又ハ胚胎ヲ母體外ニ驅逐スル總テノ場合ヲ謂フトシ、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ヲ謂フモノトス。抑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實害ヲ生セラシメシメカ爲ニ設ケタル規定ト解スレハ其雙方ノ場合ヲ包含スト謂ハサル可カラズ(刑法講義二五八頁)ト。勝木博士曰ク『墮胎行爲ニ因テ母體外ニ分離セシメラレタル生兒ノ幸ニシテ其生ヲ保ツ場合ト雖墮胎罪ヲ構成スルモノトシテ處罰セサル可カラズ(刑法新義下卷一七四頁)ト。泉、二學士曰ク『胎内ニテ殺シタル上排出スル場合アリ生キタルマ、排出シテ死亡スル場合アリ。或ハ又排出後生活能力ヲ有スル場合アリ。共ニ墮胎罪ヲ構成ス(日本刑法論七五六頁)ト。

第二 江本博士曰ク『墮胎ノ所爲ハ胚胎若クハ胎兒ヲ殺スニ依リ成立シ、必スシモ母體中ヨリ分離スルヲ要セスト雖モ、胚胎ノ場合ハ概ネ之ヲ墮胎スルヲ通常トス。故ニ此犯罪ハ生命ヲ斷テザルトキニ於テ始メテ既遂罪ト爲ルヘク、假令胎兒ヲ母體ヨリ脱落セシムルモ尙ホ生命ヲ全クシタルトキハ未遂犯タルヘキモ我刑法(舊)ハ特ニ之ヲ問スルコトナシ(現行刑法原論二七七頁)。豊島博士曰ク『我國現時ノ多數學者ハ危險説ヲ採ルトモ既ニ現行刑法ハ寺院法ノ觀念即チ生存スル胎兒ノ殺害ヲ以テ本罪ノ要素ト爲ス主義ニ基クモノト爲ス以上ハ本罪ハ侵害罪ト爲之點ニ於テモ寺院法ト異ル所ナカル可ク本罪ヲ危險罪ト爲ス必要ハ或ハ夫ノ死亡後懷胎シタル孕婦カ自己ノ名譽ヲ損セサラシムル等ノ動機ヨリシテ夫ノ生前ヨリ既ニ懷胎シタルモノト裝フハンカ爲メニ自然ノ分娩期ニ先チ人爲ノ手段ヲ施シ産出スルモノヲ謂セント爲シタルニ在ラン。然レトモ斯ノ如キ行爲ヲ謂セントスルハ舊羅馬法ニ於ケル本罪ノ觀念即チ夫權ヲ侵害スル妻ノ行爲ヲ處罰スルモノナリトノ主義ヲ採ルニ非ザレ

ハ行ハレサル所ニシテ全ク現行法ノ精神ニ非ス。又本罪ヲ危險罪ト爲シテ處罰セントスルモノナレハ必スシモ分婁期前ノ出生ニ限リ之ヲ犯罪トスヘキニ非スシテ胎内ニ於ケル胎兒ニ對シ危險タルヘキ行爲アレハ假令世産ヲ爲サシムルコトナキモ本罪トシテ之ヲ處罰スルノ要アリ。然ルニ現行法ハ此種ノ行爲ハ犯罪ト爲サス。又一方ニ於テハ分婁期前ノ出生ハ必スシモ胎兒ニ對シ危險アルモノト斷言スルヲ得ス。然ルニ危險罪說ヲ採レハ一般ニ危險ナリトノ見地ヨリシテ實際上危險ナラサル行爲ヲ處罰スルニ至ルヘシ。實ニ危險罪說ハ現行法上ノ規定ト相符合セサルモノニシテ一方ニハ現行法ノ處罰セサル所ヲ處罰セント爲スノ趣意ヲ含ミ又一方ニハ處罰ノ必要ナキニ刑ヲ科セントスルモノナリ〔法學新報七卷一號〕。小崎學士曰ク「墮胎ノ行爲ハ之ヲ二箇ノ場合ニ區別スルコトヲ得」(一)自然ノ出生時期ニ先テ胎兒ヲ母體ヨリ分離スルニ因テ胎兒ヲ殺ス場合(二)母ノ胎内ニ於テ胎兒ヲ殺ス場合是レナリ。何レモ胎兒ノ死亡時期ヲ以テ犯罪ノ既遂時期ト爲ス〔日本刑法論各論六六九頁〕。

第三 墮胎罪ノ手段

墮胎罪ノ手段

墮胎ノ方法ハ藥物ヲ用フルト機械ヲ使用スルト又精神的ノ作用例ヘハ催眠術等ヲ以テスルト將々單ニ暴力ニ依ルトヲ問ハス苟モ墮胎ノ方法トシテ使用シ得ヘキモノタル以上ハ悉ク墮胎ノ手段タルヲ得ヘシ(註三)。

(註三) 故ニ判例カ認ムルカ如ク、例ヘハ胎兒カ産門ヨリ頭頂部ヲ露ハシ時ニ出生セントスル際、手ヲ産門ニ挿入シ胎兒ノ鼻口ヲ壓迫シ之ヲ死ニ致シタルハ墮胎罪ナリトス(三六年大審院判決錄二二一九頁)。

第四 墮胎罪ニ要スル違法且ツ有責

墮胎罪ニ要スル違法且有責

墮胎罪モ亦生命ニ對スル罪ノ如ク一般ニ違法ニシテ且ツ有責ナラサル可カラス。此點ニ關シ注意スヘキモノニアリ。

正當業務ニ因ル墮胎

一 正當ノ業務ニ因リテ爲シタル墮胎ハ罪ト爲ラス。例ヘハ醫師、産婆ハ醫術ノ命スル所ニ從ヒ墮胎行爲ヲ爲スモ罪ト爲ラサルカ如シ。

墮胎ノ故意

二 墮胎罪ノ成立ニハ故意アルコトヲ必要トス。法律ハ過失ニ因ル墮胎ヲ認メス。從テ故意ナキトキハ墮胎罪ヲ成立スルコトナシ。妊婦自殺ヲ爲

サントシテ遂ケス而シテ之カ爲メ胎兒ハ死亡ヲ來シタル場合ハ如キハ母體ノ死亡ハ胎兒ノ死亡ヲ來スコト明白ナルヲ以テ妊婦ニシテ若シ其懷胎シ居リタルコトヲ自覺シ且ツ自殺行爲ハ瞬間ニ於テ胎兒ハ死亡ハ事モ亦念頭ニ在リシトキハ自殺ハ實行ト共ニ胎兒ハ死亡ヲ豫期シタルモノト解スルヲ相當トスルヲ以テ妊婦ハ墮胎ノ故意アルモノト謂フヘシ(註三)。然レトモ自殺ノ當時胎兒ノ事ニ付キ何等念頭ニ浮ヒタルモノナシトセハ過

失犯ニシテ法律上罪ト爲ラス。之ト同一理由ニ依リ、妊婦タルヲ知リ之ヲ殺害シタルトキハ殺人及ヒ墮胎ノ想像上ノ二罪アルモノニシテ第五十五條ヲ適用スヘキモノトス。

(註(三)) 此説ハ獨逸ニ於ケル學説ニシテフランク、ピンチングノ諸氏之ニ贊成ス。(Frank, zu § 318, Bindung, Lehrb. 39.) 之ニ反シテフオン、リスト氏等ハ胎兒ハ母體ヨリ分離シ得ヘキ存在ナラザルヲ以テ斯ノ如キ場合ニハ之ヲ罰スルヲ得スト説キ尙ホ之ト同一理由ニ依リ妊婦ノ殺害ハ決シテ墮胎罪トシテ罰スヘキモノニ非スト論セリ。(v. Liszt, § 31.) 而シテ小崎學士ハフオン、リスト氏ノ説ニ據ルモノ、如シ曰ク「胎兒ノ生命ハ死體ノ生命ト相關聯シ獨立シテ存在シ得ルモノニ非サルカ故ニ墮胎ノ婦女カ自殺未遂ノ結果胎兒ヲ殺害スルモ木罪ナリ以テ論スルコトヲ得ス。之ト同一理由ニ依リ懷胎ノ婦女ヲ殺害スルコトニ依リ胎兒ヲ殺シタル場合ハ胎兒ノ死亡ハ母體ノ死亡ニ伴フ當然ノ結果ナルカ故ニ墮胎罪ハ成立セス」(日本刑法論各論六七〇頁)ト。

第五 墮胎罪ノ分類

墮胎罪ノ分類

墮胎ハ大別シテ之ヲ(一)妊婦自身ノ行爲ニ係ル墮胎刑、二一二條(二)他人ノ行爲ニ係ル墮胎ノ二ト爲スヲ得ヘシ。他人ノ行爲ニ係ル墮胎ハ更ニ之ヲ分チテ妊婦ノ囑託若クハ承諾ニ基ク墮胎刑、二一三條ト否トニ區別スルヲ得。而シ

テ妊婦ノ囑託若クハ承諾ニ基ク他人ノ行爲ニ係ル墮胎ハ普通人ノ墮胎ト醫師其他法定ノ職業ヲ有スル者ノ墮胎トノ二ト爲スヲ得。尙ホ法律ハ妊婦ノ囑託若クハ承諾ニ基キタル又ハ之ニ基カサル墮胎ノ結果、婦女ヲ死傷ニ致シタル場合ニ付キ之カ刑罰ヲ定ム。

我刑法中墮胎罪ニ付キ規定スル所ハ前示ノ分類ト異ナラス。即チ(一)妊婦自身ノ墮胎刑、二一二條(二)妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基ク他人ノ墮胎刑、二一三條(三)妊婦ノ承諾又ハ囑託ニ基ク醫師、產婆、藥劑師、藥種商ノ墮胎刑、二一四條(四)妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル墮胎刑、二一五條(五)他人ノ行爲ニ係ル墮胎ニ因ル妊婦ノ死傷(刑、二一六條、二一七條)ノ五者是レナリ。

第二款 妊婦自身ノ墮胎

第二百十二條 懷胎ノ婦女藥物ヲ用ヒ又ハ其他ノ方法ヲ以テ墮胎シタルトキハ一年以下ノ懲役ニ處ス。

懷胎ノ婦女カ其懷胎シ居ルコトヲ知リナカラ、故意ヲ以テ胎兒ヲ殺シ又ハ

妊婦自身ノ墮胎

相當分娩期ニ先チ人工的ニ出産セシムルノ行爲アルトキハ、妊婦自身ノ行爲ニ因ル墮胎アリタルモノトス。藥物ヲ服用スルト若クハ之ヲ外用スルト又ハ其他ノ方法ヲ以テスルトヲ問ハス。又其自ラ墮胎ノ方法ヲ實行スルト他人ニ囑託シテ墮胎ヲ爲サシムルトハ敢テ問フ所ニ非ス。學者或ハ妊婦カ他人ニ囑託シ、墮胎ヲ爲サシムルハ、妊婦自身ノ行爲ニ因ルニ非スシテ、妊婦ノ囑託ニ基ク墮胎ノ教唆罪ナルカ、如ク論スルモノナキニ非ス(註二四)。然レドモ余ハ此說ニ賛成スルコト能ハス。第一、妊婦ノ囑託ニ基ク墮胎ハ、妊婦カ常ニ其實行ニ加功スルヲ要ス。例ヘハ、藥物ノ服用又ハ外用其他手術ヲ受クル等一トシテ、妊婦ノ加功ヲ俟タサルハナシ。第二、妊婦自身ノ墮胎ハ、其罪輕ク、他人カ、妊婦ノ囑託ニ因ル墮胎ハ、前者ニ比シ、其罪頗ル重シ(前者ハ二年以下、妊婦自ラ墮胎行爲ヲ爲ストキハ、其罪輕ク、他人ニ囑託シテ之ヲ爲ストキハ、著シク其罪重シトハ、權衡ヲ失ス。要スルニ余ハ、妊婦ノ墮胎ト、妊婦ノ囑託ニ因ル他人ノ墮胎トハ、犯人ノ身分ニ因ル刑ノ輕重アルモノト下解ス。

(註二四) 谷野學士曰ク「本罪ハ(一)妊婦自身手段ヲ施スコトヲ要スルヤ(二)婦女カ他人ニ囑託シテ墮胎ノ手段ヲ施サシメタルヲ以テ是レトスルヤ。常識論トシテハ(一)ノ見解ヲ可ナリトスルカ如シト雖モ囑託ヲ受ケタル者ノ仲介ニ依リ因果關係ノ中斷スル點及ヒ反對ノ見解ニ依レハ唯々犯意ノミニ依リ處罰セラル、嫌アル點其他ヨリ論スレハ(一)ノ見解ヲ正トスヘキカ如シ(刑法各論講義四五頁)」。小崎學士ハ「直接ニ自ラ手ヲ下スト間接ニ他人ノ力ニ依ルトテ間ハスト雖モ若シ他人ヲ教唆シ又ハ幫助シテ自己ノ胎兒ヲ墮胎セシメタルトキハ第三百三十一條(若)ノ罪ノ教唆又ハ從犯トシテ論セサル可カラズ(日本刑法論各論六七頁)ト爲セリ。然ルニ泉二學士ハ前二氏ト反對解釋ヲ採リ「法律ニ之ヲ制限セサルヲ以テ直接ニ自ラ手ヲ下スト他人ニ依頼シテ手段ヲ施ストテ區別セス。但シ後ノ場合ニハ其婦女ハ第三百二十二條ニ依リ其他ハ次條ニ依リ處分スヘキモノ(日本刑法論七五七頁)ト爲セリ。

第三款 妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基ク他人ノ行爲ニ係ル墮胎

第二百十三條 婦女ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ墮胎セシメタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス因テ婦女ヲ死傷ニ致シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス。

妊婦ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ墮胎セシメタル者ハ墮胎罪ノ正犯ト

妊婦ノ囑託又ハ承諾

ルコト毫モ疑ナシ。唯タ疑問ノ存スルハ妊婦ニ對スル刑法上ノ處分ナリトス。而シテ妊婦カ人ニ囑託シテ墮胎ヲ爲シタル場合ニ於テハ、妊婦自身ノ墮胎ト看做スヘキコト前段所説ノ如シ。妊婦ノ承諾ヲ得テ爲ス墮胎ニ付キテハ、其場合ヲ異ニスルニ從ヒ一様ナラス。若シ妊婦ニシテ墮胎ノ實行行爲ニ關與シタルトキハ、自ラ墮胎ヲ爲シタルモノナリ。然レトモ實行行爲ニ關與セス單ニ他人ノ爲ス墮胎行爲ヲ忍容シタルニ止マルトキハ、是レ墮胎行爲ノ實行ヲ容易ナラシメタルモノニシテ從犯ナリトス(註三五)。例ヘハ情夫カ妊娠セル情婦ヲシテ墮胎セシメント欲シ、一方醫師ニ託シテ墮胎ノ手術ヲ爲サシメ、一方自ラ墮胎藥ヲ情婦ニ與ヘ情婦自ラ之ヲ服用シタルトキハ、情婦ハ墮胎行爲ニ關與シ自ラ墮胎ヲ爲シタルモノナルヲ以テ刑法第二百十二條ニ依リ處斷スヘキモノトス。之ニ反シテ情婦カ情夫ヨリ差遣シタル醫師ノ爲スカ儘ニ墮胎ノ手術ヲ受ケタルモ、何等積極的ノ行爲ヲ爲スコトナク、又情夫カ與ヘタル墮胎藥ヲ服用セサルトキハ、情婦ハ單ニ醫師ノ手術ヲ忍容シタルニ止

マリ何等墮胎ノ實行行爲ニ關與セサルモノナルヲ以テ從犯ナルカ如シ。但シ此場合ニ於ケル刑罰ハ前段末段ニ説明シタル所ニ基キ第二百十二條ノ刑罰ヨリ第六十三條ニ依リ減輕スヘキナリ。

(註三五) 同説フランク氏獨逸帝國裁判所判決例(Frank in § 215, E. 95, 164.) 反對説ハ妊婦ノ受働的忍容ハ共犯ト爲スニ充分ナリト爲セリ。ピンテンク氏之ヲ主張ス。而シテ獨逸帝國裁判所ノ判例中此説ヲ認ムルモノナキニ非ス(Binding, Lehrb. 39 E. 29, 10.)

第四款 妊婦ノ承諾又ハ囑託ニ基ク醫師、 產婆、藥劑師、藥種商ノ墮胎

第二百十四條 醫師、產婆、藥劑師又ハ藥種商婦女ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ墮胎セシメタルトキハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス因テ婦女ヲ死傷ニ致シタルトキハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス。

醫師、產婆ハ其業務上醫術ノ命スル所ニ從ヒ墮胎ヲ爲サシムルヲ得可キモノナリ。去レハ其業務ノ濫用ハ嚴ニ之ヲ取り締ラサル可カラス。蓋シ醫師

妊婦ノ承諾又ハ承諾
醫師ニ基ク

藥劑師又ハ藥種商ハ墮胎ニ使用スヘキ藥品及ヒ其分量竝ニ其用法ヲ心得居ルモノナレハ此等ノ者カ其智能及ヒ技術ヲ濫用スルノ虞ハ他ノ普通人ニ比シ大ナリトス。是レ法律カ此等ノ業務ニ在ル者ノ行爲ニ係ル墮胎ヲ重ク罰スル所以ナリ。其他犯罪構成ノ要件及ヒ共犯關係ニ付キテハ上來説明シタル所ニ依リ之ヲ類推スヘシ。

第五款 妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル墮胎

墮胎

第二百十五條 婦女ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得スシテ墮胎セシメタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス。

前項ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

妊婦ノ承諾アルモ其承諾ハ脅迫又ハ欺罔ニ基キタルモノニシテ任意ニ出テタルモノニ非サルトキハ承諾アリタルモノト謂フ能ハス。又妊婦ノ承諾アルモ妊婦ニシテ責任能力ナク且ツ行爲者ニシテ之ヲ知りタルトキハ承諾

アルモ妊婦ニシテ責任能力ナク且ツ行爲者ニシテ之ヲ知りタルトキハ承諾アルモ妊婦ニシテ責任能力ナク且ツ行爲者ニシテ之ヲ知りタルトキハ承諾アルモ妊婦ニシテ責任能力ナク且ツ行爲者ニシテ之ヲ知りタルトキハ承諾アルモ妊婦ニシテ責任能力ナク且ツ行爲者ニシテ之ヲ知りタルトキハ承諾

アリタルモノト謂フヲ得ス(註二六)。又行爲者ニシテ妊婦ノ完全ナル承諾アリト確信シテ行ヒタルトキハ假令後ニ妊婦ノ完全ナル承諾ナカリシコト明白ナルニ至ルト雖モ行爲者ハ承諾ニ因ル墮胎罪トシテ處分セララルヘキモノトス。墮胎ニ關スル罪ノ未遂ハ之ヲ罪セサルヲ以テ原則トスレトモ妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル墮胎ニ付テハ未遂ノ場合ト雖モ之ヲ處罰スヘキモノトス。

(註二六) 同説フランク。オルスハウエセンノ諸氏(Frank, in § 218, Ols, in § 218.)

第六款 他人ノ行爲ニ係ル墮胎ニ基ク妊婦ノ死傷

第二百十三條 (婦女ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ墮胎セシメタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス)因テ婦女ヲ死傷ニ致シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス。

第二百十四條 (醫師、產婆、藥劑師又ハ藥種商婦女ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ墮胎セシメタルトキハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス)因テ婦女ヲ死傷ニ致シタルトキハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス。

第二百十六條 前條(妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル墮胎)ノ罪ヲ犯シ因テ婦女ヲ死傷ニ致シタル者ハ傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處斷ス。

妊婦自身ノ行為ニ係ル墮胎ノ場合ニ於テハ假令其結果妊婦ノ死傷ヲ來スコトアルモ自ら傷害スルノ行為及ヒ自殺ノ行為ヲ罰セサルト同一理由ニ依リ自ら墮胎行為ヲ爲スニ依リ生シタル死傷ニ就テモ之ヲ罰セス。然レトモ他人カ妊婦ノ囑託又ハ承諾ヲ受ケ又ハ之ヲ受ケスシテ墮胎ヲ爲シ之ニ因テ妊婦ヲ死傷ニ致ス場合ニ於テハ之ト大ニ其趣ヲ異ニス。元來墮胎ノ場合ニ於テ侵害ヲ受クルハ獨リ胎兒ノ生命ノミナリ。然レトモ墮胎致死傷ノ場合ニ於テハ胎兒ノ生命及ヒ妊婦ノ生命若クハ身體ハ共ニ侵害ヲ受ク。故ニ此場合ニ在リテハ妊婦モ被害者ナレハ妊婦ハ如何ナル場合ト雖モ墮胎致死傷

他人ノ行為ニ係ル墮胎ノ死傷

罪ノ共犯者タルコトヲ得ス。

墮胎致死傷罪ハ之ヲ分テ二ト爲スコトヲ得。(一)墮胎カ妊婦ノ囑託若クハ

承諾ニ基ク場合(二)墮胎カ妊婦ノ囑託若クハ承諾ニ基カサル場合はレナリ。

前者ハ後者ニ比シ其犯情輕キコト論ヲ俟タス。前者ハ更ニ分テ行為者カ普

通人タルト醫師、產婆、藥劑師又ハ藥種商タルト否ニ依リ其犯情ヲ異ニス。

墮胎ノ行為ヲ爲シタルノ結果胎兒ノ死亡若クハ早産アルニ先テ妊婦ノ死

亡アリタルトキニ於テモ尙ホ墮胎ニ因ル致死ト謂フヲ得ヘシ(註二七)。

(註二七) 此點ニ關シテハ大審院モ亦同一ノ見解ニ出ツ(三〇年判決錄九卷九八頁)泉二學士亦同說(日本刑法論七五八頁)。然ルニ之ニ關シテ獨リ小嶋學士ハ反對ノ說明ヲ爲セリ。曰ク「罪ノ既遂ト爲ルニハ罪ト爲ルヘキ事實ノ完備スルコトヲ要ス。故ニ本罪ノ既遂ト爲ルニハ墮胎ノ完了ト墮胎行為ニ依ル婦女ノ死亡トカ完備スルコトヲ要ス。從テ墮胎ハ未遂ニシテ婦女カ死亡スルトキハ本罪ノ未遂ナリト謂ハサル可カラス(日本刑法論各論六七三頁)ト。此論結テ現行法ニ適用セントスルカ如キハ明カニ法律ノ明文ニ反ス。刑法第二百十五條婦女ノ囑託ヲ受ケス又ハ其承諾ヲ受ケスシテ墮胎シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス。前項ノ未遂犯ハ之ヲ罰ストアリ。而シテ第二百十六條ノ罪ヲ犯シ因テ婦女ヲ死傷ニ致シタル者トアリ。而シテ其前條トハ墮胎ノ既遂及未遂ヲモ包含スルニ依リ之ヲ知ルニ難カラス。且ツ又死傷ニ致スノ罪ハ結果罪ナリ。結果罪ノ未遂トハ法律上其

罪ヲ成サス。

第七款 刑罰

墮胎罪ノ
刑罰

妊婦自身ノ行爲ニ係ル墮胎ハ一年以下ノ懲役、妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基キタル他人ノ行爲ニ係ル墮胎ハ二年以下ノ懲役。若シ此場合ニ於テ行爲者カ醫師、産婆、藥劑師、藥種商ナルトキハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處セラル。妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル他人ノ行爲ニ係ル墮胎ハ一定ノ業務ヲ有スル者ト否トヲ問ハス行爲者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處セラル。墮胎ニ基キ妊婦ヲ死傷ニ致シタルトキハ、墮胎ニシテ若シ婦女ノ囑託又ハ承諾ニ基キタルトキハ三月以上五年以下ノ懲役又行爲者ニシテ醫師、産婆、藥劑師、藥種商ナルトキハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處セラル。又妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル墮胎ニ因リ妊婦ヲ死傷ニ致シタルトキハ、傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處斷スヘキモノトス。即チ之ニ因リ妊婦ヲ死ニ致シタルトキハ二年以上ノ有期懲役ニ處スヘキモノトス。

故意ニ因
ララスシテ
生命ヲ害
スル罪

第三章 故意ニ因ラスシテ生命ヲ害スル罪

ル罪

故意ニ因ラスシテ人ノ生命ヲ害スルノ行爲ハ之ヲ致死ト謂ヒ、之ヲ故意ニ因リ人ノ生命ヲ害スル行爲(殺人)ト區別ス。致死ハ之ヲ大別シテ(一)過失ニ因ル致死(二)生命以外ノ他ノ法益ヲ害スル行爲ニ因ル致死ノ二ト爲ス。共ニ生命喪失タル結果ヲ豫知セサリシ點ニ至リテハ異ナル所ナシ。

第一節 過失致死罪

第一款 過失致死ノ觀念

我國語ニ於テ殺ナル文字ハ故意ヲ以テ殺害スル場合ニ使用スルヲ以テ用例トスルカ故ニ過失殺若クハ過殺ナル語ハ普通使用セラル、所ナレトモ適當ナラス。寧ロ過失致死ト指稱スルノ適當ナルニ如カス。我刑法ハ之ニ從ヘリ(刑、二一〇、二一一條)。過失致死罪ヲ成立セシメントスルニハ(一)人ノ死亡

過失致死

アルコト(二)人ノ死亡ハ行爲者ノ過失ニ基ク所爲(行爲又ハ不行爲)ニ基クコトヲ要ス。左ニ過失致死罪ノ主體及ヒ過失ノ意義及ヒ程度ニ付キ略説ヲ試ミ以テ過失致死ノ觀念ヲ明ニスヘシ。

第一 過失致死ノ主體

過失致死ハ責任能力アル者ノ所爲タルヲ要ス。心神喪失者及ヒ十四歳以下ノ未成年者ノ如キ責任能力ナキ者ノ所爲ハ、殺人ノ場合ト同シク過失致死ノ場合ニ於テモ犯罪ヲ構成スルコトナキハ自明ノ理ナリトス。

第二 過失ノ意義及ヒ程度

過失ノ意義及ヒ程度ヲ明ニスルハ主トシテ刑法總論ニ於テ講スヘキモノニ屬スルヲ以テ、茲ニハ單ニ其梗概ヲ略述シ、過失ニ關スル理論ハ致死ニ對シ如何ナル適用ヲ見ルヤヲ明ニスルニ止ムヘシ。

過失ノ意

過失ノ程度

過失致死ノ主體

一 過失ノ意義 過失ニ關シ多數ノ學者ハ定義ヲ與ヘテ曰ク、過失トハ相當ノ注意ヲ用フルトキハ豫見シ得ヘカリシ結果ヲ豫見セザリシヲ謂フ

ト。又曰ク結果ノ發生ハ之ヲ欲望セザリシモ相當ニ注意ヲ用ヒザリシカ爲メ之ヲ豫見セザリシヲ謂フト。此兩定義ハ其意義同一ニシテ獨リ結果ノミヲ眼中ニ置クモノナリ。然レトモ結果ヲ豫知シ其發生ヲ欲望スル場合ト雖モ尙ホ過失致死ノ場合アリ。例ヘハ生命財産ニ對シ將ニ侵害ヲ加ヘントスル強盜ニ對シ正當防衛ヲ行ハント欲シ之ヲ斬付ケタルニ、其斬殺サレタルハ強盜ニ非スシテ救援ノ爲メ來リタル友人ナリシ場合ノ如シ。此場合ニ於テハ行爲者ハ死亡ノ結果ヲ豫知シ之ヲ欲望シタルモ相當ノ注意ヲ用フレハ免レ得ヘキ過失ニ因リ友人ヲ以テ強盜ナリト信シタルモノナリ。茲ニ於テ學者更ニ定義ヲ與ヘテ曰ク、過失トハ相當ノ注意ヲ用フレハ豫見シ得ヘキ法律上ノ要件タル事情ニ付キ豫見セザリシヲ謂フト。

斯ノ如キ定義ヲ與フルトキハ充分ナルカ如ク思料セラル、カ如シト雖モ、更ニ進テ一考スルトキハ必スシモ然ラサルヲ覺ルヘシ。例ヘハ洋

簡ノ屋根ノ葺換ヲ爲ス職工カ屋上ヨリ古キ瓦ヲ落シタルニ、偶、通行人カ之ニ中リ死亡シタル場合ノ如キハ、職工ニ過失致死ノ罪アルコトハ何人ニ於テモ思考スル所ナルヘキモ、此場合ニ於テハ、職工ハ死亡ノ結果ヲ豫知セサリシ不都合アリト謂フニ非スシテ、職工カ人ノ通行スル場所ニ相當ノ圍障ヲ設クルヲ意リタル責任アルカ爲メナリ。故ニ過失ノ定義ハ左ノ如クスレハ完全ナラン。

過失トハ豫見セサリシ犯罪ノ要件ニ屬スル事項ニ關シ行爲者ニ存スル罪責ヲ謂フ。

更ニ之ヲ詳言スレハ過失トハ犯罪ノ要件ニ屬スル事項ニ關シ、相當ノ注意ヲ用フルトキハ豫見シ得ヘキ事項ヲ豫見セス、又ハ其當然爲スヘキ事項ヲ爲サ、ルヲ謂フ。故ニフォン、リスト氏カ意思活動ニ對スル注意ノ缺乏即チ法律秩序ニ依リ命セラレ、又ハ事情ニ依リ必要トスル注意ヲ略ニスルヲ謂フト言ヘルモ亦同意義ナリトス(註二八)。

定職

(註二八) 過失ノ觀念ニ關スル學者ノ說明區々ニ渉ル。余ハフランク氏カ之ニ對シテ爲シタル説明ヲ以テ最も簡明ニシテ妥當ナリト思考スルカ故ニ、本書ニ於テハ大ニ氏ノ説明ヲ參酌シタリ。(Vergl. Frank, § 49.) 尙ホ江本、岡田、勝本ノ三博士、小崎、泉二ノ兩學士ノ所説ヲ見ルニ、

岡田博士曰ク「疎虞ト懈怠トノ間ニハ區別ナシ。或ハ疎虞ヲ以テ結果ヲ豫見セサル過失(犯罪事實ヲ認識セサル過失(Vi. In ptegenence)ヲ示シ、懈怠トハ結果ヲ豫見シテ其豫防ヲ怠リタル過失(犯罪事實ヲ認識シタル過失(Indressenhabile)ヲ示スモノナリトスルモノアレトモ、故意ノ何タルヤチ明カ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何レモ過失ト謂フ意味ニ過キスシテ何等ノ差別ナシト謂フノ外ナシ」(刑法講義二四八頁)ト。泉二學士曰ク「豫見ノ欠缺ハ事情ニ付テ何等ノ觀念ヲ存セサル場合若クハ多少ノ觀念ヲ有シタルモ其觀念カ錯誤ニ基キテ實在スル事情ヲ認識セサル場合ニ於テ存在ス。前ノ場合ヲ懈怠ノ過失トシ後ノ場合ヲ疎虞ノ過失ト爲ス。共ニ意思ノ責任ニシテ其間ニ於テ價值ヲ異ニスヘキモノニ非ス。獨逸ニ於ケル一派ノ學者カ懈怠ノ場合ヲ意識ナキ過失ト稱シ後ノ場合ヲ意識アル過失ト名ツケ、前者ハ輕クシテ後者ハ重キモノナリト認ムルコトアレトモ誤マレリ。疎虞ノ過失ハ所謂未必ノ故意ト相距ルコト遠カラス。然レトモ未必ノ故意ハ犯人カ事情ノ存在シ若クハ發生シ得ルコトヲ承認スルモノニシテ疎虞ノ場合ハ之ヲ否認スルモノナリ(日本刑法論二六一頁)ト。然ルニ勝本博士ハ曰ク「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メルトキハ凡二個ト爲ステ得ヘシ。即チ一ハ所爲者ノ思慮塔モ其結果ニ及ハサリシ場合、他ハ思慮必スシモ之、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、換言セハ前ノ場合ハ沈重事ニ從ハサルヨリ之ヲ發見スルコト能ハスシテ終ニ不測ノ危險ヲ醸シタル場合(俗ニ所謂ソウニ出テタル場合)後ノ第二章 故意ニ因フシテ生命ヲ害スル罪 第一節 過失致死罪 一〇三

場合ハ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)是レニシテ所謂疎虞トハ前者ヲ謂ヒ懈怠トハ後者ヲ指ス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何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ザリシト謂フニ歸著スルモノニシテ區別ノ要ナキモノトス(刑法新義下卷一三六頁)ト。尙ホ小幡學士ハ「疎虞及懈怠ニ關スル觀念ノ區別トシテ疎虞ヲ以テ一般人ニ要求スヘキ注意ヲ標準トシ之ヲ缺キタル場合ナリト爲シ、懈怠ヲ以テ特定ノ地位例ヘハ官吏、公吏又ハ醫師、産婆、鐵道機關師、船長ノ如キ各自ノ職業ニ伴フテ必要ナル所ノ注意ヲ標準トシテ之ヲ缺キタル場合ヲ指シタルモノナリ」(日本刑論各論六四四、六四五頁)ト論セリ。故ニ氏ノ所謂懈怠ハ刑法第二百一十一條ニ該當スルモノナリ。

過失ノ程

二 過失ノ程度 過失アリヤ否ヤヲ定ムルニハ如何ナル注意ヲ爲スヲ以テ其標準ト爲スヘキカハ學者間意見ノ岐ル所ナリ。之ヲ一般ニ言ヘハ各事項ニ關スル一般的人ノ注意ハ或ハ法則ニ依テ定メラレ或ハ一般慣習ニ依テ定メラル。例ヘハ危險物ニ對シ相當ノ裝置ヲ爲スヲ要スルカ如キハ法令ニ依リ定メラル、モノナリ。又例ヘハ二三歳ノ幼兒ヲ通行頻繁ノ街路ニ於テ遊戯セシム可カラサル如キハ一般慣習ノ禁スル所ナリ。故ニ行爲者ニシテ斯ル法令若クハ慣習ニ違背シタル結果人ヲ死ニ

致シタルトキハ是レ一般的人ノ注意ヲ怠リタルモノニシテ過失致死罪アリト謂フヘシ。然レトモ斯ノ如キ注意ヲ怠リタルトキハ其如何ナル場合ナルヲ問ハス常ニ悉ク行爲者ニ責任アリト謂フ能ハス。若シ行爲者ニシテ白痴瘋癲者若クハ其他責任能力ナキ者ナルトキハ過失ノ責任ナキコト前既ニ説明シタルカ如シ。之ト同一理ニ依リ行爲者カ輕卒ニシテ知慮不完全ナル者ナルニ於テハ之ニ對シ充分ナル注意ヲ爲スコトヲ期待スルコトヲ得ス。過失ニ因ル責任ハ行爲者カ其大體ニモセヨ意思活動ノ結果ヲ豫見シ得ヘキモノタルコトヲ要件トスルモノナリ。故ニ行爲者ニ過失ノ責アリヤ否ヤハ其人ノ個人的性質ニ依リ定ムヘキモノトス。是レ人ノ責任ニ付キテハ常ニ行爲者ノ個人的性質ニ依リ判定セサル可カラサルニ因ル。之ヲ要スルニ各事項ニ關スル一般的人ノ注意ハ之ヲ抽象的ニ定ムヘク而シテ行爲者カ其注意ヲ爲ス智力アリヤ否ヤハ具體的ニ其行爲者ニ付キ定ムヘキモノトス(註二九)

(註三九) 同說フランク、リスト、メルケル、マイヤー其他フオン、リスト、フランクノ諸氏ハ類似ノ說明ヲ爲ス。
(Verf. v. Uitz, § 42, Frank § 59, 13) 本邦ノ學者多ク本論ト同一見解ヲ採用スルモ其說明ノ方法ヲ異ニス。
獨リ牧野學士ハ異說ヲ採ルモノ、如シ。左ニ梗概ヲ摘示セム。

勝本博士曰ク「注意不注意ノ問題ハ一方ニ於テ法例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個人的問題ナルカ故ニ先ツ法例慣習ヲ按シテ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リ」(刑法新義下卷一三三頁)。岡田博士曰ク「凡ソ刑事責任ハ個人的ノモノナルカ故ニ他人ノ之ヲ爲シ得ルト否トヲ以テ本人ニ不注意アリ從テ責任アリト爲スハ刑事責任ノ個人的タルノ性質ニ反スルヲ以テ主觀說ニ依ルノ外ナルカヘシ」(刑法講義一三九頁)。泉三博士ハ「全然本人ノ主觀的方面ヲ離レテ刑事上ノ責任ヲ定メントスルハ根本的ノ誤謬タリ。刑法學上ニ於テハ本人ノ主觀的方面ノミヲ以テ本問ヲ解決セサル可カラズ。或ハ主觀說ニ依ルトキハ平常知慮經驗等ニ當メル者ハ普通一般ノ人ヨリ以上ノ責任ヲ負擔セサル可カラザルカ如キ不公平ナル結果ヲ生スヘシト謂フ者アレトモ之ヲ故意ノ場合ニ徵スルニ本人カ事情ヲ認識シタルトキハ假令一般ノ人ニ於テハ認識ス可カラザリシ場合ニ於テモ尙ホ故意アリトシテ其責任ヲ問フヘキ點ハ何人モ爭ハサル所既ニ故意ノ場合ニ於テ本人カ之ヲ認識シタルトキハ否ヤノ點ノミヲ標準トスルトキハ過失ノ場合ニ於テモ亦本人ノ主觀的方面ノミヲ以テ標準ト爲スコト必シモ不當ナリトスルコトヲ得ザルヘシ」(日本刑法論二六四頁)ト爲セリ。而シテ小崎學士ハ曰ク「過失トハ客觀的ニ要求セラル、所ノ注意ニシテ而モ行爲者ニ於テ主觀的ニ注意能力アルニ拘ラス意思ノ實行ニ關係スル結果ノ發生ヲ豫見セサルコトヲ謂フモノニシテ其一ヲ缺クトキハ之ヲ過失ト云フコトヲ得ス」(日本刑法論各論六四二頁)ト。之ニ反シテ牧野學士曰ク

『過失トハ不注意ナリ。如何ナル場合ニ不注意アリヤノ問題ニ關シ三說アリ。第一ハ客觀說ニシテ通常人ノ爲ス注意ヲ缺ク場合ニ不注意アリトシ、第二ハ主觀說ニシテ本人カ通常爲ス所ノ注意ヲ缺ク場合ニ不注意アリトシ、第三ハ折衷說ニシテ通常人ヨリ高キ注意力ヲ有スル者ニ就テハ通常人ノ爲ス注意ヲ缺キタル場合ニ不注意アリトシ通常人ヨリ低キ注意力ヲ有スル者ニ就テハ其本人カ通常爲ス所ノ注意ヲ缺ク場合ニ不注意アリトス。要スルニ其爭點ハ標準ヲ注意ノ義務ニ求メ其義務ヲ完了セサルカ故ニ責任アリト爲スヘキヤ、將タ之ヲ注意ノ能力ニ求メ其能力ヲ盡リ、ルカ故ニ然リト爲スヘキヤニ在リ。惟フニ社會ヲシテ圓滿ニ存續セシムルカ爲ニハ各自ニ一定ノ注意ヲ必要トスルカ故ニ、不注意ニ因ル責任ノ基本ハ其必要ナル一定ノ注意即チ注意ノ義務ニアリト謂ハサル可カラス。而シテ注意ノ義務ハ原則トシテ客觀的ナルヲ要シ、善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スニ在ルモ、場合ニ依テハ減輕セラレテ主觀的標準ニ據リ單ニ自己ノ通常爲ス所ノ注意ヲ以テ足ルコトアリ(民法六五九條參照)。唯刑法ニ於テ過失ヲ犯罪トスル範圍内ニ於テハ客觀說ヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス」(刑法通義一一三、一一四頁)ト。

第二款 一般ノ過失致死罪

第二百十條 過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス。

過失致死ノ何タルヤハ前述スル所ニ依リ既ニ明瞭ナルヘシト雖モ、更ニ之ヲ要言スレハ、過失致死トハ行爲者カ過失ニ基ク行爲又ハ不行爲ニ因リ人ノ生命ヲ喪失セシムルヲ謂フ。例ヘハ鳥ヲ獵セント欲シ之ニ向テ發砲シタル

一般ノ過失致死

ニ、狙外レテ通行人ニ命中シ之ヲ死ニ致シタルカ如キハ、過失ニ基ク行爲ニ因リ人ヲ死ニ致シタルモノナリ。又例ヘハ乳兒ヲ家ニ殘シ置キテ外出シ、流連數日遊興ニ耽リ歸家ヲ忘レタル結果、數日間乳兒ニ營養分ヲ與ヘサリシカ爲メ、其餓死ヲ招キタルカ如キハ過失ニ基ク不行爲ニ因リ人ヲ死ニ致シタルモノナリ。

第三款 業務上ノ不注意ニ因ル過失致死罪

第二百一十一條 業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ三年以下ノ禁錮又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス。

特定ノ業務ヲ有スル者ハ業務上必要ナル注意ヲ爲スノ義務アリ。然ルニ斯ル義務アルニ拘ラス、之ヲ怠リ因テ人ヲ死ニ致ストキハ、其罪常人ニ比シ輕カラス。加之特定ノ業務ヲ有スル者ハ、其業務ヲ有スル當然ノ結果トシテ常人カ有セサル業務上ノ義務ヲ有スルコトアリ。從テ行爲者カ業務ヲ有スルノ一事ハ、過失致死罪ノ加重情狀タルノミナラス過失致死罪ノ構成要件ナル

業務上ノ過失致死

コトアルヘシ。又特定ノ業務ヲ有スル者ノ行爲ハ必スシモ常ニ業務上ノ行爲ナルニ非ス。業務上必要ナル注意ヲ爲スヘキハ、業務上ノ行爲ヲ爲スヘキ場合ニ限ルヘキモノニシテ業務執行ニ非サル行爲ニ付テハ斯ル注意ヲ爲ス必要ナシ。從テ一定ノ業務ヲ有スル者カ、業務執行ニ非サル過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタルトキハ、一般ノ過失致死罪ヲ以テ處斷セラルヘキモノニシテ、業務上ノ不注意ニ因ル過失致死罪ヲ以テ處斷セラルヘキモノニ非ス。仍テ第一業務トハ如何ナル意義ヲ有スルヤ、第二業務執行トハ如何ナル意義ヲ有スルヤ、第三業務上必要ナル注意ヲ怠ルトハ如何ナル場合ヲ謂フヤ、之ヲ説明スルハ最も必要ナルヘシ。

業務ノ意

一 業務ノ意義 業務トハ官職、職業、營業等ニシテ自ら選擇シタル吾人ノ生活ニ於ケル地位ヲ謂フ。故ニ生レナカラ有スル身分上ノ關係ノ如キハ業務ト謂フ能ハス。故ニ例ヘハ父母ハ子ノ身體及ヒ財産ニ付キ相當ニ之ヲ監護スルノ義務アリテ此監護義務ノ執行ハ一種ノ業務ノ如ク見ユルモ、是

レ自然ニ生シタル身分關係ヨリ發スルモノナルヲ以テ之ヲ業務ト謂フ能ハス。之ニ反シテ官職、職業、營業等ハ吾人ノ生活ニ於テ自ラ選擇シタルモノナリ(註三〇)。尤モ官職中ニハ自ラ選擇セサルモノナシトセサレトモ、官途ニ就クコトハ自ラ選擇シタルモノト謂フヘシ。而シテ人ハ斯ル業務ヲ有スルト同時ニ業務上ノ必要ナル注意ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔シタルモノト謂フヘシ。即チ此等ノ者ハ通常人カ有スル義務ノ外、尙ホ其職業ニ關シ必要ナル注意ヲ爲スノ義務ヲ負擔シタルモノト謂フヘシ。

(註三〇) フランク氏ハ同様ナル説明ヲ爲セリ。而シテ獨逸帝國裁判所モ此見解ヲ採用ス。Frank, zu § 312, 1924.

業務行為ノ範圍

二 業務上ノ行為ト否トノ區別 行為カ業務執行中ナルトキハ、業務上必要ナル注意ヲ爲スヘキハ勿論ナリ。同シク業務ニ關スル行為中ニ於テモ、業務ノ執行ニ直接ナル行為アリ又間接ナル行為アリ。或ハ業務執行ニ主要ナル行為アリ、又之ニ從屬スル行為アリ。業務執行ニ直接ニシテ且ツ主要

ナル行為カ業務上ノ行為ニ屬スルコトハ疑ナキモ、間接ニシテ且ツ從屬スル行為ヲ以テ果シテ業務上ノ行為ト謂フヲ得ヘキヤハ疑ナキ能ハス。例ヘハ假ニ牛肉屋カ肉類ヲ配達スルカ如キ行為ヲ以テ之ヲ業務上ノ行為ト謂フヲ得トセハ、牛肉屋ノ小僧カ自轉車ヲ以テ肉類ヲ配達スル際、過テ小兒ヲ轢殺シタル場合ノ如キハ、業務上必要ナル注意ヲ怠リ人ヲ死ニ致シタルモノト謂フヲ得ヘキヤ否ヤ大ニ疑ナキ能ハス。之ニ反シテ牛肉屋カ肉類ヲ賣却スルハ業務上ノ行為ト謂フヲ得ヘキコト疑ナシ。故ニ不良ノ肉ヲ賣リタルカ爲メニ、人ヲ死ニ致シタルトキハ、業務上必要ナル注意ヲ怠リタルモノトシ、過失致死ヲ以テ之ヲ論シ得ルハ何人モ之ヲ認ムル所ナラム。此兩者ノ區別ノ存スル所ハ、前者ハ牛肉屋ノ業務執行上間接ニシテ且ツ從屬スル行為ニ屬シ、後者ハ業務上直接ニシテ且ツ主要ナル行為ニ屬スル點ニ在リ。余ヲ以テ見レハ、業務上ノ行為トハ、業務ノ執行ニ直接且ツ主要ナル行為ノミヲ指稱スルモノニシテ、業務執行ニ間接ニシテ、且ツ從屬スル行

爲ハ之ヲ業務上ノ行爲ニ非スト解スルハ相當ナリト思考スルモノナリ。若シ斯ノ如キ解釋ヲ採ラサルトキハ前例ノ場合ト同シク非常ナル不都合ノ結果ヲ生スヘシ。例ヘハ學生カ娛樂ノ爲メニ自轉車ヲ以テ市中ヲ乘リ廻シ爲メニ幼兒ヲ轢殺シタルトキハ業務ノ執行中ノ行爲ニ非サルコトハ何人モ異論ナカルヘシト雖トモ產婆カ妊婦ノ急ナル招キニ應セントシテ自轉車ヲ以テ馳付クル途中ニ於テ幼兒ヲ轢殺シタル場合ニ於テハ是レ業務執行ニ間接ナル行爲ト謂フヲ得ヘシ。以上二者ノ場合ニ於テ若シ反對說ヲ採ルトキハ前者ハ之ヲ一般ノ過失致死罪ニ問ヒ、後者ハ之ヲ業務上ノ不注意ニ因ル過失致死罪ニ問ハサルヲ得サルヘシ(註三二)。

(註三二) 獨逸帝國裁判所、オルスハウゼン等ハ業務執行ニ間接ニシテ且ツ從屬スル行爲モ亦職業上ノ行爲ナリト解スルモノナリ。E. 34. 29. Ois. 21. 3. 222之ニ反シテFrank氏ハ業務執行ニ直接ナル行爲ノミヲ以テ業務上ノ行爲ナリト説明ス。本書ハ之ニ從ヒタルモノナリ。Vergl. Frank, zu § 323. 尚ホ民法第四十四條ニハ法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト謂フ規定アリ。富井博士ハ「職務ヲ行フニ付キ」トハ職務ヲ行フニ際シト同一ノ意識ニ非ス即チ單ニ職務ノ執行カ加害行爲ヲ爲ス機會ト爲リタ

業務上
必要ナル
注意

ルノミヲ以テ足レトセス職務ノ執行ニ關スル行爲ナルコトヲ要ス。其適用ニ至リテハ固ヨリ事實問題ニ關スト雖モ例ヘハ理事カ法人ノ目的ノ範圍内ニ於テ法律行爲ヲ爲スニ當リ詐欺若クハ強迫ヲ行ヒ又ハ受託金ヲ費消シタル如キハ職務上ノ加害行爲ト見ルヘク、之ニ反シテ或學會ノ理事カ醉飲ニ因リテ商行爲ヲ爲シタル如キハ固ヨリ此ニ説明スル部類ノ行爲ト見ルヘキニ非サルナリ(民法原論一卷上卷二二頁)ト首ヘリ。

三。業務上必要ナル注意 特定ノ業務ヲ有スル者ハ業務上必要ナル注意ヲ爲スノ義務ヲ要ス。業務上必要ナル義務トハ如何ナルモノナルヤハ法令若クハ慣習ニ依リ定マルモノトス。其各場合ニ付キ詳細ニ説明スルカ如キハ殆ト不能ニ屬ス。而シテ業務上必要ナル注意ヲ怠リ人ヲ死ニ致ス最モ重要ナル場合ハ醫師ノ過失致死ナリトス。余ハ業務上必要ナル注意ヲ怠ルニ基クモノ、一例トシテ、左ニ醫師ノ過失致死ニ付キ梗概ヲ説明スヘシ。

(一) 醫師ノ不勉勵 (Unfeiss) ニ因ル致死 即チ醫術上其爲スヘキコトヲ爲サスシテ人ヲ死ニ致スカ如キハ業務上必要ナル注意ヲ怠リ人ヲ死ニ致シタルモノナリ。例ヘハ醫術ノ命スル所ニ依レハ相當ノ時期ニ投藥又

ハ手術ヲ爲サ、ル可カラサルニ拘ラス、醫師カ之ヲ爲サス因テ人ヲ死ニ致シタル如キ、又醫師カ手術ヲ爲スニ當リ、不注意ニモ防腐消毒ヲ忽ニシタルカ爲メニ人ヲ死ニ致シタルカ如キハ其例ナリ。産婆カ後産ノ始末ヲ爲サス、之カ爲メ産婦カ死亡シタル場合モ亦同シ(註三D)。

(註三D) 同説、獨逸帝國裁判所判例、フランク氏 E. 15, 151. Frank, zu § 292.

(二) 不熟練 (Unkunst) 又ハ手術ノ錯誤 (Irrthum) ニ因ル致死。積極的ニ誤レル處置即チ醫學ノ命スル所ニ反スル處置ヲ爲シタルカ爲メ、人ヲ死ニ致シタル場合ノ如キハ、醫師ノ業務上必要ノ注意ヲ缺キ人ヲ死ニ致シタルモノト謂フヘシ(註三E)。例ヘハ出産後未タ數日ヲ經過セサル産婦ニ、多量ノ下劑ヲ服用セシメ以テ産婦ノ死亡ヲ來スカ如シ。若シ醫師自身カ一定ノ病人ニ對シ施スヘキ相當ノ處置ニ付キ智能ヲ有セサリシコトヲ知了シタリト認メ得ヘキ場合ニ於テハ、醫師カ患者ニ對シ爲シタル不當ナル處置ハ直ニ之ヲ以テ醫師ニ罪責アル行爲ナリト断定シ得ヘシ(註

三四)。換言スレハ醫師カ確信ヲ有セス試験的ニ爲シタル投藥若クハ施術ニ因ル致死ハ常ニ過失殺ナリ。又實際上ノ必要ヨリ之ヲ言フモ、醫師カ確信ナクシテ試験的ニ多分宜シカルヘントノ輕信ニ基キ、試験的ニ投藥若クハ施術シ因テ人ヲ死ニ致スノ行爲ハ、之ヲ嚴罰スルヲ相當ナリト謂ハサルヲ得ス。之ト例ヲ異ニシ、醫師カ學術上若クハ實驗上ヨリ得タル確信ニ基キ、相當ト思料シタル投藥若クハ施術ヲ爲シタルトキハ、假令之カ爲メ死ノ結果ヲ生スルモ醫師ニ罪責アリト謂フ能ハス。

(註三E) 同説、獨逸帝國裁判所判例、フランク氏 E. 15, 151. Frank, zu § 292.

(註三四) 同説、獨逸帝國裁判所判例、フランク氏 E. 15, 151. Frank, zu § 292.

第四款 刑罰

一般ノ過失致死罪ハ千圓以下ノ罰金ニ、又業務上ノ不注意ニ因ル致死罪ハ三年以下ノ禁錮又ハ千圓以下ノ罰金ニ處スヘキモノトス。

第二節 生命以外ノ法益ヲ害スル行爲ニ基ク

第三章

故意ニ因ラスシテ生命ヲ害スル罪 第二節

生命以外ノ法益ヲ害スル行爲ニ基ク致死罪

致死罪

生命以外ノ法益ヲ害スルノ故意ナクシテ人ノ生命ヲ害スルコトアリ。生命以外ノ法益ヲ害スル行爲ニ基ク致死罪是レナリ。若シ夫レ生命ヲ害スルノ故意アリタルトキハ是レ致死罪ニ非スシテ殺人罪ナリ。此種ノ致死罪ト過失致死罪トノ區別ハ前者ハ生命以外ノ他ノ法益ヲ害スル故意、即チ殺人以外ノ犯罪行爲ヲ爲スノ故意存在スレトモ、後者ハ生命ニ對スル法益ヲ害スル故意ハ勿論其他ノ法益ヲ害スルノ故意ヲモ缺如スル點ニ在リ。

行爲者ハ生命以外ノ他ノ法益ヲ害スルノ故意アルモ、生命タル法益ヲ害スルノ故意ナクシテ人ノ生命ヲ害スルコトアリ。生命以外ノ法益ヲ害スル行爲ニ基ク致死罪是レナリ。若シ夫レ生命ヲ害スルノ故意アリタルトキハ是レ致死罪ニ非スシテ殺人罪ナリ。此種ノ致死罪ト過失致死罪トノ區別ハ前者ハ生命以外ノ他ノ法益ヲ害スル故意、即チ殺人以外ノ犯罪行爲ヲ爲スノ故意存在スレトモ、後者ハ生命ニ對スル法益ヲ害スル故意ハ勿論其他ノ法益ヲ害スルノ故意ヲモ缺如スル點ニ在リ。

我刑法中生命以外ノ法益ヲ害スル行爲ニ基ク致死罪ト爲スヘキモノハ左ノ如シ。

- 一 瓦斯、電氣又ハ蒸汽ヲ流出セシムルニ因ル致死傷刑罰、傷害罪ニ比較シ重キニ從フ、刑、一一八條二項。
- 二 陸路水路又ハ橋梁ヲ損壞又ハ壅塞シテ往來ノ妨害ヲ生セシムルニ因ル

致死傷刑罰、傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從フ、刑、一二四條二項。

- 三 人ノ現在スル汽車若クハ電車又ハ艦船ヲ顛覆、沒没又ハ破壞スルニ因ル致死傷刑罰、死刑又ハ無期懲役、刑、一二六條三項、一二七條。

飲料淨水又ハ水道ノ飲料淨水若クハ其水源ヲ汚穢シ又ハ飲料淨水ニ毒物其他ノ健康ヲ害スヘキ物ヲ混入スルニ因ル致死傷刑罰、傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從フ、刑、一四二、一四四、一四五條。

水道ニ由リ公衆ニ供給スル飲料淨水又ハ其水源ニ毒物其他ノ健康ヲ害スヘキ物ヲ混入スルニ因ル致死傷刑罰、死刑又ハ無期若クハ五年以上ノ懲役、刑、一四六條、其傷害ニ止マルモノニ對シテハ明文ヲ缺ク。

強姦、強姦強姦又ハ幼者若クハ心神喪失者ニ對スル姦淫若クハ猥褻ニ因ル致死傷刑罰、無期又ハ三年以上ノ懲役、刑、一八一、一七六乃至一七九條。

裁判、檢察、警察ノ職務ヲ行ヒ又ハ之ヲ補助スル者其職權ヲ濫用シ人ヲ逮捕若クハ監禁シ、又ハ刑事被告人其他ノ者ニ對シ暴行若クハ陵虐ノ行爲ヲ

第三章 故意ニ因ラスシテ生命ヲ害スル罪 第二節 生命以外ノ法益ヲ害スル行爲ニ基ク致死罪 一一七

爲シ、又ハ拘禁セラレタル者ヲ看守若クハ護送スル者之ニ對シ暴行若クハ陵虐ノ行爲ヲ爲スニ因ル致死傷刑罰、傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從フ、刑、一九六條。

八 身體傷害ニ因ル致死刑罰、二年以上ノ有期懲役、刑、二〇五條一項。被害者カ自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ナル場合刑罰、無期又ハ三年以上ノ懲役、刑、二〇五條二項。

九 婦女ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ爲シタル墮胎ニ因ル致死傷刑罰、三
月以上五年以下ノ懲役、刑、二一三條。行爲者ニシテ醫師、產婆、藥劑師又ハ藥
種商ナル場合刑罰、六月以上七年以下ノ懲役、刑、二一四條。

一〇 婦女ノ囑託又ハ承諾ナクシテ爲シタル墮胎ニ因ル致死傷刑罰、傷害ノ
罪ニ比較シ重キニ從フ、刑、二一五、二一六條。

一一 人ヲ遺棄シ又ハ生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ルニ因ル致死傷刑罰、傷
害ノ罪ニ比較シ重キニ從フ、刑、二一九、二一七乃至二一八條。

一二 逮捕監禁ニ因ル致死傷刑罰、傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從フ、刑、二二〇、二
二一條。

一三 強盜致死刑罰、死刑又ハ無期懲役、刑、二四〇條。強盜傷人刑罰、無期又ハ
七年以上ノ懲役、刑、二四〇條。

一四 強盜強姦ニ因ル致死刑罰、死刑又ハ無期懲役、刑、二四一條。

一五 他人ノ建造物又ハ艦船ノ損壞ニ因ル致死傷刑罰、傷害ノ罪ニ比較シ重
キニ從フ、刑、二六〇條。

尙ホ放火及ヒ溢水ニ因ル致死傷竝ニ鐵道若クハ其標識ヲ損壞シ燈臺又ハ
浮標ヲ損壞シ又ハ其他ノ方法ヲ以テ汽車若クハ電車又ハ艦船ノ往來ニ危
險ヲ生セシムルニ因ル致死傷ハ我現行法ニ於テ其明文ヲ缺ク。

以上列記ノ致死傷ノ罪ニ付テハ各個其法益ニ對スル罪ト共ニ説明スルヲ
以テ便ナリト思料スルカ故ニ茲ニ之ヲ詳述セス。

第四章 生命ヲ危ウスル罪

第一節 生命ヲ危ウスル罪ノ觀念

第一 生命ヲ危ウスル行爲ノ觀念

故意ヲ以テ人ノ生命ニ對シ危險ヲ與フルノ行爲ノ全部ハ生命ヲ危ウスル罪ニ屬ス。此意義ヨリスレハ第三章第二節ニ列擧シタル致死ノ原因タル各犯罪行爲ハ勿論、其他苟モ死タル結果ヲ發生シ得ヘキ處アル犯罪行爲ハ悉ク之ヲ生命ヲ危ウスル罪ナリト謂ハサルヲ得ス。然レトモ茲ニ説カントスル所ノ生命ヲ危ウスル罪トハ、他ノ法益ヲ害セスシテ專ラ生命タル法益又ハ之ト密接ノ關係アル身體タル法益ニ對シ危險ヲ與フル行爲ヲ指稱ス。例ヘハ遺棄若クハ決闘ノ罪ノ如シ。身體ハ生命ト密接ノ關係ヲ有シ、生命カ害セラレトキハ之ト同時ニ身體モ害セラレ身體カ害セラル、コト大ナルトキハ同時ニ生命ニ危險ヲ及ホスコトアルヲ以テ、生命ニ對シ危險ヲ與フル行爲ハ

生命ヲ危
ウスル行
爲ノ觀念

同時ニ身體ニ對シ危險ヲ與フル行爲タルコトアルヘキハ當然ナリ。

生命ニ關スル法益ヲ完全ニ保護セント欲セハ、生命ヲ危ウスヘキ特種ノ犯罪ヲ罰スルヲ以テ充分ナリト爲サス。一般ニ生命ニ危險ヲ及ホスヘキ行爲ハ脱漏ナク之ヲ罰セサル可カラス。是ハ學者人ハ生命ニ危險ヲ及ホスハ行爲ニ付キ、一般的規定ヲ設ケンコトヲ主張スル所以ナリ。(註三五) 若シ斯ノ如キ規定ナキトキハ、如何ニ人ノ生命ニ危險ヲ及ホスヘキ行爲ト雖モ、人ノ生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生セサルトキハ之ヲ處罰スル能ハサルヘシ(註三六)。外國ノ立法例ニ於テハ、既ニ斯ノ如キ規定ヲ設ケ又ハ設ケントスルモノアリ(註三七)。

(註三五) ヘルマン、ソキフェルト氏ハ斯ル一般的規定ハ故意アル行爲ニ限ルヘシト論セリ。(Mittelungen der

I. K. V. N. 159) 之ニ反シテリスト、ストース氏等ハ故意ニ基ク此種ノ行爲ハ過失ノ場合ニ及ホスヘシト提案セ

ル。(Vergleichende Darstellung des. Teil V. S. 151 ff.) (註三六) 例ヘハ自動車ニテ最急速力ヲ以テ村落ヲ疾行スルカ如キ人命ニ最モ危險ヲ與フル行爲其他之ニ類スル行

爲ヲ爲スモ特別ナル法律ノ存スルニ非サレハ之ヲ罰スルヲ得ス。(V. Littenhal. n. N. 318.)

(註三七) 印度刑法三三六條、瑞西刑法草案一九〇三年六八條。

第二 生命ヲ危ウスル罪ノ分類

生命ヲ危
ウスル罪
ノ分類

我法令ニ於テ認メタル生命ヲ危ウスル罪ハ、第一遺棄罪刑、二一七乃至二一九條、第二決闘ニ關スル罪明治二二年法律第三四號ノ二ト爲ス。尙ホ遺棄罪ハ之ヲ分テ一單純遺棄罪刑、二一七條、(二)保護ノ責任アル者ノ遺棄罪刑、二一八條及ヒ(三)遺棄ニ因テ人ヲ死傷ニ致スノ罪刑、二一九條ノ三ト爲スヲ得ヘシ。又決闘罪ハ之ヲ分テ(一)決闘ヲ挑ミ又ハ挑ミニ應シタル罪(一條)、(二)決闘ヲ行ヒタルモ人ヲ殺傷セサル罪(二條)、(三)決闘ノ立合ヲ爲シ又ハ立合ヲ爲スヲ約スルノ罪(四條一項)、(四)決闘ノ情ヲ知テ場所ヲ貸與シ又ハ供用セシメタルノ罪(四條二項)ノ四ト爲スヲ得ヘシ。

第二節 遺棄罪

第一款 遺棄罪ノ觀念

第一 遺棄罪ノ性質

遺棄罪ノ
性質

遺棄罪ハ人ノ生命ニ危險ヲ與フルヲ以テ其性質トスルコトハ獨逸ノ刑事

法學ニ於ケル碩學大家ノ一致スル所ナリ。同國帝國裁判所モ亦此趣旨ニ從ヒ判決ヲ與ヘ來リタルモノニシテ、未タ反對ノ解釋ヲ採リタルコトヲ聞カス。而シテ我法文ト獨逸刑法ノ法文(刑、二二一條)トヲ比照スルニ、細目ニ於テハ差異ヲ存スルコト勿論ナレトモ大體ニ於テ殆ト一致シタルモノト謂フモ可ナリ。從テ我ハ彼ト遺棄罪ノ性質ヲ異ニストノ議論ハ法文ノ上ヨリ當然解釋セラル可キモノニ非ス。然ルニ獨リ我邦ノ學者ノ多クハ、或ハ遺棄罪ノ性質ニ關シ明確ナル説明ヲ與ヘス、或ハ如上ノ性質ヲ否認スルカ如キ説明ヲ見ルハ余ノ解スル能ハサル所ナリ(註三八)。

(註三八) フォン、ビルクマイヤト、フォン、リスト、フランク、アルフェルト、マイヤト、ビンゲンク、ベリゲンク並他ノ刑事法學ノ碩學大家ハ孰レモ遺棄罪ヲ以テ生命ニ危險ヲ與フルノ所爲ナリト解セサルモノナシ。而シテ之ニ對シテ有力ナル反對論者アルヲ聞カス。而シテ此點ハ刑法大家ノ間ニ爭ナキモノトシテ認メラル、所ナレハ、此點ノミニ對スル判例トシテ特ニ記スヘキモノナケレトモ當然此趣旨ヲ認メタリト解スヘキモノ甚々多シ。其一二ノ例證トシテ後段(註三九)ヲ參照スヘシ。尙ホ本邦ノ學者ノ所說ニ就テハ後段(註三九)參照。

第二 遺棄ノ廣狹ノ二意義

遺棄ニ廣狹ノ二意義アリ。狹義ニ於ケル遺棄(Ausselzen im engeren Sinn)トハ扶助ヲ要スル者ヲ其從來保護セラレ居リタル場所ヨリ保護セラレ見込ナキ場所ニ移スヲ謂フ。故ニ狹義ハ遺棄ハ觀念中ニハ遺棄罪ハ客體ヲ一定ノ場所ヨリ他ノ場所ニ移スコトヲ必要トス。廣義ニ於ケル遺棄中ニハ狹義ノ遺棄ノ場合ハ勿論生存ニ必要ナル保護ヲ爲サハル場合ヲ包含ス。生存ニ必要ナル保護ヲ爲サストハ獨リ抛置(Verlassen)ハ場合ハミナラス生存ニ必要ナル諸般ノ保護ヲ爲サハル場合ヲ包含ス。故ニ我刑法上ノ遺棄ハ獨逸刑法ニ於ケル遺棄ヨリ其意義廣シ。狹義ノ遺棄ハ獨リ一般遺棄罪ノ構成條件タルヲ得ルノミ。之ニ反シテ廣義ノ遺棄ハ保護ノ責任アル者ノ遺棄罪ノ構成條件ナリ。其詳細ハ後段ニ説明スヘシ。

第三 遺棄罪ノ客體

老幼不具又ハ疾病ノ爲メニ扶助ヲ要スヘキ者タルヲ要ス。扶助ヲ要スヘキ者トハ獨立シテ生存スルコト能ハサル者ヲ謂フ。更ニ之ヲ詳言スレハ本

人ノ獨力ヲ以テシテハ其生命ニ對スル危險ニ對抗スル能ハサル者ヲ謂フ。其生命ニ對スル危險トハ外部ヨリ來ル危險ヨリハ寧ロ本人ノ獨力ヲ以テ其生命ヲ持續スル能ハサル状態ニ在ルコトヲ指稱ス。例ヘハ二三歳ノ孩兒ヲ寂莫荒蕪ノ土地ニ遺棄スルトキハ孩兒ハ野獸ノ襲撃等外部ヨリ來ル危險ニ對抗スル能ハサルノミナラス其生存ヲ持續スヘキ營養資料ヲ得ル能ハサルカ如シ。尙ホ遺棄罪ノ客體ハ扶助ヲ要スヘキ者タルヲ以テ充分ナリト爲サス。其扶助ヲ要スヘキハ老幼不具又ハ疾病ノ三者ニ基クヲ要ス。是レ法文ニ遺棄罪ノ客體タルヘキ者ヲ以上ノ三者ニ限リタルヲ以テナリ。故ニ此三者以外ノ事故ニ因リ扶助ヲ要スヘキ者ハ遺棄罪ノ客體タルモノニ非ス。例ヘハ老幼幼者不具者又ハ病者ニ非サル者ニシテ手足ヲ縛セラレタルカ爲メ扶助ヲ要スルコト疑ナキ場合ト雖モ此者ハ遺棄罪ノ客體タルコト能ハス(註三九) 疾病ナル觀念中ニハ泥酔モ亦包含スヘキモノトス。故ニ酩酊ノ度甚シクシテ扶助ヲ要スルニ至リタル者ハ病者トシテ遺棄罪ノ客體タルヘキモノ

トス(註四〇)。

(註三九) 勝本博士ハ曰ク『全輩ハ尙ホ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アラサレハ生活スルコト能ハサル者ヲ遺棄シタル者ハト謂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適當ト信ス』(刑法新義下卷一九三頁)ト。

(註四〇) 獨逸帝國裁判所ハ泥醉者ヲ以テ病者ト列示セリ。而シテフランク其他ノ學者ハ之ニ贊成ス。E. 5, 295. Frank, zit § 221.

第四 遺棄罪ノ故意

遺棄ノ故意

遺棄スヘキ故意ナキトキハ其所爲罪ト爲ラス。法律ハ過失ニ因ル遺棄罪ナルモノヲ認メス。若シ行爲者ニシテ遺棄ノ結果死亡スヘキコトヲ豫知シタル場合ニハ殺人罪成立スルモノトス。而シテ其結果ヲ生シタルトキハ殺人罪ノ既遂ト爲リ、其結果ヲ生セサルトキハ其未遂罪ヲ構成ス。

第二款 一般遺棄罪

第二百十七條 老幼、不具又ハ疾病ノ爲メ扶助ヲ要ス可キ者ヲ遺棄シタル者ハ一年以下ノ懲役ニ處ス。

一般遺棄罪ノ主體

第一 一般遺棄罪ノ主體

何人ト雖モ責任能力者ハ一般遺棄罪ノ主體タルヲ得ルモノトス。故ニ老幼者、不具者又ハ疾病者ヲ扶助スヘキ義務ナキ者ト雖モ此罪ノ主體タルコトヲ得。例ヘハ他人ノ保護養育スル幼者ヲ欺瞞シテ寥閔無人ノ山野ニ伴ヒ之ヲ遺棄スルカ如キハ遺棄罪ヲ構成スルカ如シ。此點ハ保護ノ責任アル者ノ遺棄罪ト異ル所以ナリ。刑法第二百十八條(保護責任アル)ノ遺棄罪ノ主體タルヘキ者ハ保護ノ責任アル者タルコトヲ明規シタルニ拘ラス、第二百十七條(一般遺棄罪)ノ主體タルヘキ者ニ付キテ何等規定ナキヨリ之ヲ見レハ以上ノ如ク解釋スルノ外ナキナリ(註四一)。

(註四一) 遺棄罪ハ扶助又ハ保護ヲ爲スヘキ義務アル者ニ非サレハ之ヲ犯スコト能ハサルヤ否ヤニ關シ本邦ノ學者中ニ於テ議論アルモノ、如シ。舊刑法第三百廿六條、第三百廿七條及ヒ第三百廿九條等ニ於テハ現行刑法第二百十七條ノ如ク扶養ノ義務アル者ヲ本罪ノ主體ト爲スヘキ明文ナク唯第三百廿八條ニ於テノミ之ヲ明規シタリ。其結果トシテ江本博士ノ如キハ、『第三百廿八條ヲ除クノ外ハ何人ト雖モ此犯罪ノ主體タルコトヲ得ヘク必スシモ幼者又ハ老疾者ヲ保護スルノ義務アル者ニ限ラス他人ノ保護スル幼者ヲ擯棄シテ之ヲ遺棄スルコトヲ得』(現行刑

法原論三〇一頁)ト論シタリ。之ニ反シテ勝本博士ハ「遺棄トハ不正ニ扶養ノ義務ヲ免脱スルノ行為ヲ謂フ(刑法折衷下卷一九四頁)ト爲シ、岡田博士モ亦「遺棄ヲ法律上義務アルモノ、行為ニ係ルコトヲ要ス(刑法講義二六一頁)ト爲シタリ。而シテ大審院モ亦「幼者又ハ老疾者ノ遺棄罪(舊刑、三三六條)ハ保護ノ義務アル者ニ非サレハ之ヲ當行セス(一九九年大審院判決録一、卷四七頁)ト判示シ、又遺棄罪(舊刑、三三九條)ハ被害者ニ對シ保護ノ責任ヲ負擔スル場合ニ非サレハ成立セス(二五年大審院判決録四卷一、二二頁)ト判示シタルコトアリ。

現行刑法ハ舊刑法ニ比シ遺棄ノ條文頗ル明瞭ナリ。然レトモ遺棄ニ關スル學者ノ解釋ヲ見ルニ稍ヤ判明ヲ缺クノ憾アリ。牧野學士ノ如キハ「遺棄ハ保護義務アル者ノ行為ニ係ル場合ト然ラサル場合トニ依テ區別アリ。舊刑法ノ下ニ於テ判例ハ保護義務ナキ者ノ行為ヲ犯罪ニ非ストスルモ新刑法ハ明カニ之ヲ規定セリ。但シ此場合ニ於テモ二個ノ區別アリ。第一ハ同居同行等ノ場合ノ如ク一定ノ場所ニ共同シテ居住又ハ現在スル場合ニ於テ之ヲ見ル。此場合ニ於テ一人カ他人ヲ遺棄スルハ犯罪ヲ構成ス。學者或ハ斯ノ如キ場合ヲ稱シテ事實上ノ保護義務アルモノト爲スモノアリ。如此場合ニ於テハ法例又ハ契約ニ基ク保護義務ナキモ公ノ秩序善良ノ風俗上保護ヲ爲スヲ必要トスルカ故ナリ。蓋シ絕對ニ保護義務ナキ所ニ遺棄罪ノ成立ヲ見ルコト難シ。唯其義務カ法例ノ明文又ハ契約ニ基クニ非サルトキカ保護義務ナキモノト稱スルニ過キサルナリ。第二ハ詐欺脅迫其他ノ手段ヲ以テ保護者ト被保護者トヲ隔離スル場合ナリ。斯ノ如キ場合ニ於テ小兒ヲ自己又ハ他人ノ監督内ニ入ラシムルトキハ誘拐罪ヲ構成スルコトアルヘシ。單ニ保護者ノ手ヨリ隔離スルニ止ルトキハ遺棄罪ナリ(刑法通義三五〇頁)ト。又泉二學士ハ曰ク「保護責任ナキ者ハ單純ニ保護ヲ與ヘストノ事實ニ依テ刑責ヲ負擔セス。而シテ保護セスト云フノミニテハ遺棄ニ非ス。從テ例ヘハ道路ニ棄兒アリ通行者之ヲ扶助セスシテ通過スルモ遺棄罪ヲ以テ論ス可カラズ。遺

棄ハ遺棄者ト被遺棄者トノ間ニ於テ特別ノ扶助可能狀態ヲ場所的隔離ニ依テ變更スルヲ條件トスルカ故ニ同居又ハ同行等ノ關係アリタル場合ニ非サレハ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス(日本刑法論七六一頁)ト。尙ホ此點ニ關シ本款第二及ヒ次款第一、第二ヲ參照。

第二 一般遺棄罪ヲ構成スヘキ所爲

一般遺棄罪ヲ構成スヘキ所爲ハ、狹義ノ遺棄タル行為ノミニシテ廣義ノ遺棄タル行為ヲ以テ充分ナリト爲サス。狹義ノ遺棄ハ被害者ヲ之ヲ救護スル者ナキ他ノ場所ニ移スヲ謂フ。更ニ之ヲ詳言スレハ被害者ノ扶助ヲ期待スル能ハサル他ノ場所ニ移スヲ謂フ。故ニ被害者ヲ一定ノ場所ヨリ他ニ移ス所爲アルモ、確然救護アルヘキコトヲ豫期シ得ル場所ニ移スカ如キハ遺棄罪ヲ構成スルコトナシト雖モ、確然救護ヲ期待スル能サル場所ニ移シタルトキハ、假令偶然救護セラルハ、コトアルモ遺棄罪ノ構成ヲ妨グルコトナシ(註四二)。例ヘハ三十分毎ニ巡查ノ警邏スルコト、ナリ居ル街路ニ孩兒ヲ捨テ置クカ如キハ之ヲ遺棄ト謂フ能ハス。何トナレハ巡查ハ扶助ヲ要スヘキ者ヲ救護ス

一一般遺棄罪ノ所爲

へキ職務ヲ有スルヲ以テ、其短時間内ニ必ス警邏スヘキ場所ニ孩兒ヲ置クモ孩兒ノ生命ニ危険ヲ及ホスコトナキコトハ何人モ之ヲ期待シ得ヘケレハナリ。之ニ反シテ例ヘハ時々私人ノ通行スルコトアルヘキ場所ニ孩兒ヲ捨テ置クカ如キハ遺棄罪ヲ構成スルモノトス。何トナレハ斯ノ如キ場合ニ於テ私人ヨリ救護ヲ受クルカ如キハ、之ヲ必然期待シ得ヘキモノニ非スシテ其性質偶然ナル事項ニ屬スレハナリ。

(註四二) 此點ハ諸大家ノ説殆ント一致スト謂フモ大過ナシ。例ヘハフォン・ビルクマイヤー、フォン・リスト、フ

ランク等ノ諸氏異口同音ノ説明ヲ爲セリ。(Vergl. v. Birkmeyer, 1133 v. Liszt, § 30. Frank, zu § 321.) 而シテ獨逸帝國裁判所ノ判例ノ如キモ或ハ救護ヲ期待スル場所ニ移ストキハ遺棄ナリト列示シ(B. 31, 155.) 或ハ行為者ニシテ救護セラルヘシト確信シタル場合ニハ之ニ遺棄罪アリト言フ能ハスト列示セリ。(B. 215.)

我邦ニ於テハ勝本博士ハ『佛國ニ於テ遺棄ト謂フハ扶助ヲ受クル途ヲ失ハシムルノ義ナルカ故ニ之ヲ遺棄スルモ余ク扶助ヲ受クル途ヲ失ハサル場合ニ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所爲ノミヲ以テ罪ヲ成スニ足ル(中略)蓋シ本罪ハ他ノ一面ニ於テ一種ノ風俗ヲ害スル罪ト謂フヲ得ヘケレハナリ』(刑法析義下卷一九四頁)ト論シ。岡田博士モ亦同一ノ結論ニ出テ(刑法講義二六一頁)。牧野博士モ亦他ヨリ被遺棄者カ救助ヲ受クルコト確實ナル場合ニ之ヲ爲スモ尙ホ犯罪ノ成立ニ妨ナシ(刑法通義三五〇頁)ト論セリ。然レニ

泉二學士ハ稍ヤ之ト趣ヲ異ニシテ、次ノ如ク言ヘリ。遺棄ハ必スシモ寧前無人ノ地ニ遺棄スルヲ要セス、又必スシモ被害者カ第三者ノ保護ヲ受クルノ希望ナキ状態ニ置カレタルコトヲ要セスト雖モ確實ニ第三者ノ保護ノ下ニ在ルモノハ之ヲ遺棄スルコトヲ得サル場合アリ。之ヲ要スルニ場所的ノ隔離アリト雖モ、被隔離者ノ生命身體ニ對シ何等ノ危険状態ヲ生セサルトキハ遺棄罪ノ觀念ヲ具備セサルモノト認マサル可カラズ(日本刑法論七六〇頁)。ト。而シテ小崎學士ハ曰ク「假令現在ノ狀況ヲ變スルモ被移轉者カ第三者ニ依テ救助セラル可シトノ行為者ノ希望カ保證セラレ得ル場合ハ遺棄ト謂フコトヲ得ス。然レトモ單ニ第三者ノ救助ヲ得ルナラントノ希望ヲ置クニ止マルノミニテハ遺棄タルコトヲ妨ケス(日本刑法論各論六七九頁)ト。

尙ホ勝本博士ハ幼者ヲ遺棄スルコトハ幼者ノ爲メニ甚タ危険ナルカ故ニ現ニ之ヲ犯罪ト爲スモノナリ。然レトモ若シ之ヲ遺棄セサルトキハ如何、親子共倒レト謂フ悲境ニ陥ラサルコトヲ得ス。果シテ然ラハ無條件ニ遺棄罪ヲ罰スルノ規定ハ棄テスムハ親子共ニ悲境ニ陥リ、之ヲ棄ツレハ處罰ヲ受クルニ至ルモノナレハ、結局此等可憐ノ親子ヲ板挾ミニ爲スモノナリ。余輩ハ一方ニ於テ生ル可カラサル幼者ノ出生ヨリ生スル害ヲ避ケ、他ノ一方ニ於テ憐ム可キ親子ヲ板挾ミノ境遇ヨリ救ヒ出スカ爲メニ或條件ノ下ニ幼者ヲ棄ツルコトヲ許サント欲スルモノナリ。固ヨリ之ヲ遺棄スルノ方法宜シキヲ得サルトキハ幼者ヲ危害ニ陥ル、ハ明カナレトモ、救助ノ確實ナル場合ニ於テ之ヲ許スハ反ツテ其宜シキヲ得タルモノニ非スヤ。例ヘハ佛國ニ於テハ國家事業トシテ斯ル可憐小兒ノ收容ヲ爲セリ。其方法ハ警察官力之ヲ取扱ヒ育兒院ニ送付ス。如斯シテ小兒ヲ自己ノ手ヨリモ尙ホ幾層倍安全ナル地位ニ置キ、遺棄者タル父母カ養育シ能ハサル兒ノ出生ヨリ生スル一切ノ害惡ヲ避ケ得ルカ如シ。余ハ此制度ニ倣ヒテ幼者ヲ確實ナル保護ヲ得ヘキ地位ニ遺棄スル行為ヲ犯罪トセスシテ、犯罪豫防政策ノ一助ト爲サムコトヲ欲

狭義ノ遺棄罪ノ所

一般ノ遺棄罪即チ何等保護ノ義務ナキ者ハ狭義ノ遺棄行為アリタル場合ニ於テ遺棄罪ヲ構成スヘキコトハ前既ニ説明シタルカ如シ。狭義ハ遺棄ハ積極的ノ所爲即チ行為ニハミ因リテ成立スルモノニシテ消極的ノ所爲即チ不行爲ニ因リテ成立スルモノニ非ス。消極的所爲即チ不行爲ヲ罰スルハ常ニ行為者ニ何等カノ義務アル場合ニ限ル。故ニ一般遺棄罪ヲ規定シタル第二百十七條ノ所謂遺棄ハ單ニ狭義ノ遺棄ノミヲ指稱スルモノニシテ廣義ノ遺棄ヲ包含セスト解スヘキナリ。此解釋タル常ニ法理ニ合スルノミナラス、日常慣用ノ遺棄ナル言語ノ意義ニ合スルモノト謂フヘシ(註四三)

(註四三) 然ルニ本邦多數ノ學者ハ一般ニ遺棄ノ文字中ニ狭義ノ遺棄ノ外ニ尙ホ拋置ヲモ包含スト説明スルモノ、如シ。江木、勝木、岡田ノ諸博士ヲ始メトシテ小崎、泉二、牧野等諸學士ノ共ニ一致スル所ナリ。此點ニ付キ余ハ先般長友ト意見ヲ異ニスルヲ憾トス。尙ホ次款第二參照。

第三款 保護ノ義務アル者ノ遺棄罪

第二百十八條 老者、幼者、不具者又ハ病者ヲ保護ス可キ責任アル者之ヲ遺棄シ又

保護責任アル者ノ遺棄罪ノ主體

ハ生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ルトキハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス。自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ニ對シテ犯シタルトキハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス。

第一 保護ノ責任アル者ノ遺棄罪ノ主體

法律ニ依リ老者、幼者、不具者若クハ病者ヲ扶助スル義務ヲ有スル者ノミ獨リ此罪ノ主體タルコトヲ得ヘシ。斯ノ如キ義務ヲ有セサル者ハ一般ノ遺棄罪ノ主體タルコトヲ得ルモ本罪ノ主體タル能ハス。法文ニ所謂保護ノ義務ハ(一)行為者ト被害者トハ關係ヨリ生スルコトアリ。例ヘハ行為者ト被害者トノ間ニ父子其他ノ親屬關係アリテ扶養ノ義務アル場合ノ如シ。(二)行為者ト被害者トハ明意若クハ包意ハ契約ニ基クコトアリ。例ヘハ獨身ナル老病者ノ看護ノ爲メニ雇ハレタル看護婦ハ之ヲ扶助スル義務アルカ如シ。(三)扶助ヲ要スヘキ者ハ保護若クハ扶助ヲ事實上引受クルニ因リ保護ハ責任ヲ生スルコトアリ。例ヘハ幼者、不具者等ヲ同行シタルトキハ之ニ因リ當然ノ力保護ヲ引受ケタリト謂フヲ謂ヘク、又棄兒ヲ拾上ケタルトキハ之ニ因リ之ヲ

扶助スルノ義務ヲ引受ケタリト謂フヲ得ヘシ。從テ同行者カ其伴ヒタル幼者不具者ヲ救護セラルヘキ見込ナキ場所ニ抛置スルカ如キ、又ハ一旦拾上ケタル者カ之ヲ扶養セス又ハ相當官廳ニ交付セス、再ヒ遺棄スルカ如キ所爲ハ保護ノ責任アル者ノ遺棄罪ヲ構成スヘキナリ。フオン、リスト氏ハ之ヲ先ニ着手シタル行爲ヨリ生スル法律上ノ義務ナリト説明ス(註四)。之ニ反シテフランク氏等ハ、保護若クハ救護ヲ事實上引受ケタル者ハ此引受ケタルノ一事ニ因リ扶助ヲ要スヘキ者カ適當ニ救護セラル、ニ至ル迄ノ間、其保護又ハ救護ヲ繼續スヘキ法律上ノ義務ヲ負擔シタルモノナリト説明セリ。以上ノ關係ハ義務ナクシテ他人ノ爲メ事務ノ管理ヲ始メタル者ハ、本人其相續人又ハ法定代理人カ管理ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルマテ其管理ヲ繼續スルヲ要ス(民法六九七條一項、七〇〇條)トノ民法上ノ原則ヲ此場合ニ準用シテ解釋スヘキナリ。同居者間ニ於ケル關係其他類似ノ場合ニ於テ果シテ保護ノ義務アリヤ否ヤハ、上述セル所ニ依リ類推解釋スルヲ得ヘキナリ。之ヲ要スルニ其刑

法タルト民法タルト其他ノ諸法令タルト又不文法タルトヲ問ハス、之ニ依リ苟モ行爲者ニ保護ノ責任ナキトキハ廣義ノ遺棄行爲ニ因リ遺棄罪ヲ構成スルコトナカルヘシ。

自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ニ對スル遺棄罪ハ特ニ其刑ヲ重クセリ。其直系尊屬ノ範圍及ヒ立法ノ理由等ハ殺人罪ニ於テ説明シタル所ヲ參酌スヘシ。

第二 保護ノ責任アル者ノ遺棄罪ヲ構成スル所爲

此所爲ニ二アリ。其一ハ狹義ノ遺棄ナリ。其二ハ生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ルノ所爲ナリ。保護ノ責任アル者ニシテ、此二者ノ中其一ノ行爲アリタルトキハ遺棄罪ヲ構成スヘキナリ。而シテ狹義ノ遺棄ニ付テハ前既ニ説明シタルカ如シ。

生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ルノ所爲トシテ茲ニ説明スヘキハ抛置ナリ。扶助ヲ要スヘキ幼者若クハ老疾者ヲ寥闕無人ノ地ニ抛置スルカ如キハ、生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ルノ最モ顯著ナル場合ナリトス。然レトモ生存ニ

保護責任
者ノ遺棄
所爲

必要ナル保護ヲ爲サストハ獨リ斯ル行爲ノミニ限ルニ非ス、其他ノ各種ノ場合ヲ想像スルコトヲ得ヘシ。例ヘハ父母カ隣室ニ病臥スル子ニ對シ藥品其他衣食ヲ供給セスシテ其生命ノ存續ニ必要ナル處置ヲ爲サ、ルカ如キ所爲是レナリ。

第四款 遺棄ニ因ル致死傷

第二百十九條 前二條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ傷害罪ニ比シ重キニ從テ處斷ス。

行爲者ニシテ遺棄ノ行爲ニ因リ人ヲ傷害スルノ意ヲ以テ之ヲ爲シタルトキハ、第二百十九條ヲ適用セスシテ第五十四條ヲ適用スヘキモノトス。又行爲者ニシテ遺棄ノ行爲ニ依リ人ヲ死ニ致スノ意ヲ以テ之ヲ爲シタルトキハ、第二百十九條及ヒ第五十四條ハ共ニ適用スヘキモノニ非スシテ第九十九條ノ殺人罪ヲ以テ論スヘキモノトス。第二百十九條ヲ適用スヘキ場合ハ行爲者カ人ヲ殺傷スルノ故意ナキ場合ニ限ル。其故意アリタル場合ハ第二

遺棄ニ因ル致死傷

十九條ヲ適用スヘキ餘地ナシ。

第五款 刑罰

- (一) 一般遺棄罪ハ一年以下、
- (二) 保護ノ責任アル者ノ遺棄罪ハ三月以上五年以下、
- (三) 而シテ此場合ニ於テ被害者カ自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ナルトキハ六月以上七年以下ノ懲役ニ該ル、
- (四) 遺棄ニ因ル致死傷ハ傷害罪ノ刑期即チ致死ハ二年以上ノ有期懲役ニ、致傷ハ十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ノ刑罰ト(一)乃至(三)ノ刑罰ト比シ重キニ從フヘキモノトス。

第三節 決闘罪

決闘ノ行爲自身ハ人ノ生命ヲ危ウスルノ罪ナリ。故ニ決闘ニ因リ人ヲ殺スノ意ヲ以テ之ニ著手スルトキハ殺人罪ヲ以テ處斷スヘキモノトス。是レ明治二十二年法律第三十四號決闘ニ關スル件第三條及ヒ第六條ノ規定ニ依リ之ヲ知ルヲ得ヘシ。而シテ舊法律中決闘ニ關スル罪トシテ認ムルモノ左

刑罰

決闘罪

ノ如シ。

- 一、決闘ヲ挑ミタル者又ハ其挑ニ應シタル者(刑罰、六月以上二年以下ノ懲役、十圓以上百圓以下ノ罰金附加、一條)。
- 二、決闘ヲ行ヒタル者但シ殺人ノ意ヲ以テ爲シタルトキヲ除ク(刑罰、二年以上五年以下ノ懲役、二十圓以上二百圓以下ノ罰金附加、二條)。
- 三、決闘ヲ行ヒ人ヲ殺シタル者又人ヲ殺スノ目的ヲ以テ決闘ヲ行ヒタル者(刑罰、刑法ノ殺人ノ既遂又ハ未遂罪ニ依リ處斷ス、三條)。
- 四、決闘ヲ行ヒ人ヲ傷害シタル者(刑罰、傷害罪ト比シ重キニ從テ處斷ス、三條)。
- 五、決闘ノ立會ヲ爲シ又ハ其約束ヲ爲シタル者(刑罰、一月以上一年以下ノ懲役、五圓以上五十圓以下ノ罰金附加、四條)。
- 六、情ヲ知テ決闘ノ場所ヲ貸與シ又ハ供用セシメタル者(刑罰、同上同條)。
- 七、決闘ニ應セサルノ故ヲ以テ人ヲ誹毀シタル者(刑罰、一年以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ五百圓以下ノ罰金、五條、刑、二三〇條)。

第二編 身體ニ對スル罪

第一章 身體ニ對スル罪ノ一般觀念及

ヒ分類

身體ニ對スル罪ト我法典ノ所謂傷害罪トハ其意義相同シ。傷害罪トハ人ノ身體ニ對スル違法ニシテ且ツ有責ナル侵害ナリ。左ニ之ヲ分解セン。

第一節 身體ニ對スル罪ノ一般觀念

第一款 法益

法律カ傷害罪ヲ規定シ保護セントスル利益即チ傷害罪ノ法益ハ人ノ身體ノ不可侵(Die körperliche Integrität)ナリ。而シテ傷害罪ノ客體ハ人ノ身體ナリ。更ニ精密ニ言ヘハ此罪ノ客體ハ他人ノ身體タルヲ要ス。法律上未タ人ト指稱スル能ハサル胎兒ノ身體ノ如キハ傷害罪ノ客體タルコト能ハス。又自己

身體ニ對スル罪ノ

ノ身體ヲ傷害スルモ刑法上傷害罪ヲ構成セス。但シ他ノ法令ニ因リ特別ナル犯罪ヲ構成スルカ如キ場合例ヘハ兵役ノ義務ヲ免ル、爲メ自己ノ身體ヲ傷害スル所爲カ犯罪トシテ處罰セラレ、カ如キハ格別ナリトス。

人ノ身體トハ外部ニ付テ言ヘハ表皮、毛髮、齒、爪等又内部ニ付テ言ヘハ人ノ身體ノ臟器ハ悉ク傷害罪ノ客體タル身體タルヲ失ハス。又其内部ナルト外部ナルトヲ問ハス、人ノ身體ノ各種ノ諸機能モ亦此罪ノ客體タルヲ得ルモノナリ。故ニ外襲的ニ身體ノ各部ニ有形的ノ損傷ヲ與フルコトナキモ、其各部ノ機能ヲ妨害スルトキハ傷害罪タルヲ失ハス。例ヘハ手足其モノニ對シ何等有形的ノ傷害ヲ加ヘサルモ、其神經ヲ痲痺セシメ以テ其活動ヲ爲ス能ハサラシムルカ如キ、又目、耳若クハ舌ヲ有形的ニ損傷セサルモ、視官、聽官若クハ言語ノ官能ヲ喪失セシムルカ如シ。斯ノ如ク身體ノ各部分カ傷害罪ノ客體タルヲ得ルノミナラス、身體ノ全部モ亦傷害罪ノ客體タルコトヲ得ヘシ。人ヲシテ身體全部ニ涉ル疾病ヲ發作セシムルカ如キ、又ハ人ノ全身ヲ痲痺セシム

ルカ如キハ其例ナリ。

第二款 所爲

第一 暴行ノ意義

身體ヲ傷害スル手段タル所爲ヲ身體ニ對スル暴行ト謂フ。身體ニ對スル暴行トハ人ノ身體ニ對スル不法ナル處置ナリ。別言スレハ人ノ身體ニ對スル不法ナル攻撃ナリ。人ノ身體ニ對スル暴行ハ之ヲ大別シテ二ト爲スコトヲ得。其一ハ積極的所爲即チ行爲ニシテ、其二ハ消極的所爲即チ不行爲ナリ。積極的所爲即チ行爲ヲ以テスル暴行トハ、例ヘハ人ヲ衝キ、殴リ、水ヲ注キ又ハ毒物ヲ服用セシムルカ如シ。行爲ヲ以テスル暴行ハ更ニ分テ二ト爲スコトヲ得。其一ハ自己ノ運動ニ依ルモノニシテ、其二ハ他ノ物ノ使用ニ依ルモノナリ。自己ノ運動ニ依ル暴行トハ例ヘハ打テ、衝キ、組付キ、引張ルカ如シ。他ノ物ヲ使用シテ爲ス暴行トハ或ハ犬ヲ噉シ掛ケ、或ハ其他各種ノ器物ヲ使用シテ攻撃スルカ如シ。

暴行ノ意

不行爲ヲ以テスル暴行トハ例ヘハ醫師カ手術ヲ爲シタル後故意ヲ以テ適當ノ消毒ヲ爲サス又ハ父母カ其子女ニ故意ニ食物ヲ與ヘスシテ其身體ヲ害スルカ如シ。暴行ハ有形的ノ手段ニ依ルヲ以テ通常トスルモ必スシモ有形的タルヲ要スルモノニ非ス。無形ノ手段モ亦法律上暴行タルコトヲ得。例ヘハ暗夜不意ニ大聲ヲ發シテ人ノ面前ニ顯レ出テ人ヲシテ失神セシムルカ如キ又例ヘハ催眠術ヲ以テ人ノ精神ヲ不健全ナラシムルカ如シ(註一)。

(註一) 傷害ノ行爲ハ有形ノモノタルコトヲ要スルヤ否ヤニ付キ岡田博士ハ「之ヲ有形ノ行ニ限ルヘク單ニ冷遇

又ハ侮蔑スルカ如キ無形ノ精神上ノ手段ヲ含マズ」刑法講義二三〇頁ト爲シ、泉二學士ハ「精神ノミニ及ボス

不法ナル影響(脅迫其他ノ威嚇)ハ之ヲ無形ノ暴行ト稱スルモ法律ノ意味ニ於テハ暴行ニ非ス。何トナレハ法律ハ

常ニ暴行ト脅迫トヲ區別スレハナリ(同趣旨判決三六六年大審院判決六九五頁)。之ニ反シテ物質的ノ攻撃ナル以

上ハ別段ノ制限ヲ存セス(日本刑法論各論七四九頁)ト爲ス。之ニ反シテ牧野學士ハ「必スシモ之ヲ有形ノ方法

ニ限ルノ要ナシ、無形ノ方法即チ精神ニ痛苦ヲ感セシムルノ方法其他心理的方法ニ因リ延テ身體上ノ毀損ヲ與

フルハ傷害ナリ」(刑法通義三四一頁)ト言ヘリ。

第二 傷害ノ意義

傷害ノ意

傷害トハ人ノ身體ノ一部ヲ傷スルカ若クハ人ノ健康ヲ害スルヲ謂フ。更ニ之ヲ詳言スレハ身體ハ傷害トハ或ハ表見のニ形體ヲ傷スルコトアリ、不見のニ内部ノ機能ヲ傷スルコトアリ。或ハ人ノ健康状態ニ變更ヲ加ヘ病的状態ニ移ラシメ若クハ其病的状態ヲ助長セシムルコトアリ。例ヘハ人ニ開口創傷ヲ與フルカ如キ行爲ハ勿論人ヲシテ精神病ヲ惹起セシメ或ハ人ノ身體ニ病毒ヲ感染セシムルカ如キ行爲モ亦身體ノ傷害タルヲ失ハス。又純理上ヨリ之ヲ嚴正ニ言ヘハ、獨リ以上例示ノ行爲ノミナラス、人ヲシテ嘔吐若クハ下痢ヲ催サシムルカ如キ、或ハ其意ニ反シテ非常ニ酩酊セシムルカ如キ、或ハ麻痺又ハ驚愕ヲ感セシムルカ如キ亦傷害タルコトヲ失ハス。然レトモ斯ノ如キ純理上ノ傷害ハ我刑法上之ヲ傷害ト謂フヲ得ルヤ否ヤニ就テハ尙ホ研究ヲ要ス(註二)。

(註二) フォン、リスト氏ノ説ニ從ヘハ、傷害ノ範圍ハ上述スル所ヨリモ一層廣シ。痛苦ヲ感スルカ如キ如何ハナ

ル場合ト雖モ必要ナラズト主張ス。之ニ反シテレフラー氏ハ重要ニシテ且ツ一時的ニ非サル身體ノ侵害ヲ必要ナ

リト主張セリ(Liszt § 37)。而シテベンチンク氏ハ痛苦ヲ惹起セシムルコト若クハ身體ノ完全ヲ害スルコトヲ以テ傷害罪ノ必要條件ナリト論セリ(Binding Lehub, 72)。本邦ニ於ケル學者ノ説ク所ヲ見ルニ一勝木博士ハ『創傷(舊法)ナル文字ハ表面ニ現レタル開口創傷、詳カニ言ヘハ切り、刺キ、刺シタル等ニ因テ生シタル表見的ノモノ、ミテ意味シ、表面ニ顯レサル創傷即チ骨肉又ハ内臟ノ或部分ニ生シタル不表見的ノ損傷、例ヘハ彼ノ通俗ニ所謂疾病ノ如キハ之ヲ含マサルモノトス(刑法新義下卷四九頁)。尙ホ同博士曰ク『凡ソ生活機能ヲ有スル物體カ他ノ物體ニ接觸スルヨリシテ生スル結果ニ二様アリ。一チ病理的作用トシ、二チ生理的作用トス。病理的作用トハ醫療ヲ要スヘキ創傷ヲ指シ、生理的作用トハ單純ナル物理的現象ヲ指ス。所謂殴打創傷(舊法)トハ病理的作用ヲ謂フモノニシテ生理的作用ヲ含マズ。生理的作用ハ第四百廿五條第九號(現刑二〇八條)ノ場合ニ相當ス。即チ單純ナル殴打ト創傷トノ別アル所ナリ。而シテ既ニ病理的作用ヲ起ストキハ其大小ノ如キハ犯罪ノ構成要件ニハ何等ノ影響ヲ及ボサス。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為ト雖モ又犯人ニ於テ如何ニ重大ナル損害ヲ與ノ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生セサル間ハ本罪トシテハ之ヲ處斷スルコトヲ得ス。即チ未遂犯ナルモノナシ』(刑法新義下卷五一乃至五三頁)ト。二岡田博士ハ『暴行ノ身體内部ニ對スルモノト雖モ可ナリトシ、健康ノ現狀ヲ侵害スルハ又本罪ヲ構成スル旨』ヲ説キ(刑法講義二二二頁)、三小崎學士ハ『殴打創傷(舊法)トハ人ノ肉體ニ對シ表見的ニ其外部ヲ毀損スルト不表見的ニ内部ノ機能ヲ毀損シテ健康ヲ傷害スルトヲ問ハス(日本刑法論各論五五九頁)ト言ヒ。四泉學士ハ『身體ノ外部又ハ内部ノ狀態ヲ不良ニ變更スルノ意義ナリ』(日本刑法論七五〇頁)ト述ベ。牧野學士ハ傷害ハ生理上ノ異狀ヲ意味ス表見的ナルト否ト又其形狀態樣ノ如何ヲ區別セス』(刑法通義三四二頁)ト論セリ。

眉毛、頭髮
及ヒ
鬚、頭
髮ノ
切斷

第三 眉毛、頭髮及ヒ鬚、頭髮ノ切斷ハ傷害罪ヲ構成スルヤ

人ノ眉毛、頭髮若クハ鬚、頭髮ヲ切斷スルノ行為ハ有罪ナルヤ又ハ無罪ナリヤ、又有罪トスルトキハ其所爲ハ傷害罪ヲ構成スヘキヤ又ハ傷害ズルニ至ラサル暴行ヲ加ヘタル罪(刑二〇八條)ヲ構成スルヤハ學說ノ岐ル、所ナリ。余ハ人ノ身體ハ一部ヲ傷スルハ行為ハ人ノ健康ヲ害スル行為ト共ニ傷害罪ハ觀念中ニ包含スルモノト解スルヲ以テ、人ノ眉毛、頭髮及ヒ鬚、頭髮ヲ切斷スルカ如キハ傷害罪ナリト解スルモノナリ。然ルニ此點ニ對シ反對説ヲ唱フル學者ノ多キハ余ノ怪ム所ニシテ其理由ノ存スル所ヲ知ルニ苦ムモノナリ。一之ヲ保護スルノ必要ヨリ言ヘハ、人ノ眉毛ノ如キハ之ヲ剃去セラル、カ如キハ萬人ノ忌ム所ニシテ又頭髮鬚、頭髮ノ如キモ苟モ故意ニ之ヲ蓄フルモノニ在リテハ其切斷ヲ以テ一種ノ侵害行為ト感セサルモノナカルヘシ。況ンヤ美髯ヲ以テ誇ル男子及ヒ頭髮ヲ以テ殆ト自己ノ生命ト同一ニ心得居ル婦女ニ對シテハ鬚、頭髮若クハ頭髮ノ切斷ハ重大ナル侵害ナルコトハ何人モ異論ナキ所

ナルヘシ。二之ヲ法文ノ解釋ニ求ムルモ眉毛、頭髮、鬚髯ヲ切斷スルノ行爲ハ人ノ身體ノ一部分ヲ傷スルノ行爲タルコト明ニシテ疑ナシ。然ルニ學者或ハ此點ニ對シ疑ヲ插マントスルハ、切斷ニ因リ肉體上ノ痛苦ヲ感セス、且ツ被害者ノ健康ヲ害スルコトナシトノ二點ニ存スルカ如シ。然レトモ此二點ハ法文カ之ヲ要求シタリト認ムヘキモノナキノミナラス、反對說ヲ探ル者ト雖モ其カ必要ナル所以ヲ的確ニ説明シタルモノアルコトナシ。若シ假ニ反對說ニ從ヒ、傷害ニハ肉體上ノ痛苦及ヒ健康ノ侵害ヲ必要ト爲サンカ。例ヘハ藥物ヲ使用シ人ノ健康ヲ害セス且ツ痛苦ヲ感セシメサル方法ヲ以テ人ノ面部ヲ始トシ其全身ニ黑痣ヲ生セシムルカ如キ、又ハ全身ヲ漆黑色又ハ紫色ニ變セシムルモ之ヲ無罪ナリト爲サ、ルヲ得ス。又例ヘハ濱口熊嶽ノ如ク無痛拔牙ヲ能クスル徒カ、妄ニ人ノ齒ヲ拔去ルモ其カ爲メ健康ヲ害スルニ至リタル場合ノ外ハ悉ク之ヲ無罪ナリト爲サ、ルヲ得サルヘシ。斯ノ如キハ立法ノ精神ニ矛盾スルノミナラス明ニ法文ヲ曲解シタルモノナリト論シ

得ヘキカ如シ。之ニ反シテ故意ニ落ヘサル鬚髯、若クハ將ニ剃ラントスル頭髮ノ如キハ、其人ニシテ鬚髯若クハ頭髮ニ對スル利益ヲ拋棄シタルモノト認メ得ヘキヲ以テ身體ニ附着スル贅部ニ過キス。故ニ之ヲ切り去ルモ傷害ニ非スト解スルヲ以テ相當ナリト思考ス(註三)。何トナレハ一個人ニ屬スル法益ハ法律ニ別段ノ規定ナキトキハ之ヲ拋棄スルヲ得ルヲ以テ法理トスレハナリ(第三款第(二)項參照)

(註三) 但シ獨逸刑法第二百二十三條ノ身體毀損(Körperverletzung)ナル文字中ニ頭髮、鬚髯ノ切斷ヲ包含スルヤ否ナニ就テハ學說ノ岐ル、所ニシテリスト氏ハ積極說ヲ採リ大ニ其範圍ヲ擴張セリ。(Liszt, § 23, 之ニ反シテ) **ビンゲンク、オルスハウゼン**ノ諸氏及ヒ獨逸帝國裁判所ノ判決例ハ傷害罪ヲ組成セスト解ス。Binding, Lehrb., 42, Olsh., 4, 21 § 323, 1, 20, 58.)

我法曹會ノ決議ニ曰ク「髮ハ身體ノ一部ナリト雖モ之ヲ切斷スルハ傷害罪ニ非スシテ暴行罪ヲ構成ス」(法曹記事十九卷二號)。而シテ本邦ノ學者ハ毛髮切斷ハ管ニ傷害ニ非サルノミナラス暴行ニモ非スシテ全然無罪ナリトノ說ヲ採用スルヲ以テ常トスルカ如シ。

江本博士ハ「創傷ハ身體ノ完全ヲ侵害スル生理的現象ナレハ黑痣、出血、腐爛等ヲ包ムト雖モ毛髮指甲等ヲ切斷スルモ創傷ニ非サルヘシ。但シマイエル其他諸氏ニシテ反對ノ說ヲ主張スルモノナキニ非スト雖モ余ハ之ヲ以テ

生理的現象トスルハ充分ノ理由アルヲ見ス現行刑法原論三ノ二二三頁ト言ヒ。泉二學士ハ「毛髮及ヒ鬚髯ヲ斷
ツコトカ暴行ナリヤ否ヤニ付テハ議論アレトモ毛髮及ヒ鬚髯ノミニ對スル不法影響ニシテ身體（筋肉ヲ以テ關統
セラレタル部分）ニ影響ヲ及ボサ、ルモノハ暴行ニ非スト解スルヲ適當トス（日本刑法論七四九頁）ト爲セリ。

暴行若クハ傷害タル行為ハ同時ニ人ノ名譽ヲ毀損スルコトアリ。例ヘハ
公衆ノ面前ニ於テ人ノ頭部ヲ土足ニテ踏付クル如シ。斯ノ如キ行為ハ傷害
罪ト名譽毀損罪トノ想像上ノ二罪ニシテ刑法第五十四條ヲ適用スヘキナリ。

第三款 違法且ツ有責

違法且ツ
有責

傷害罪ハ違法且ツ有責ニ非サレハ其罪ヲ構成セス。此點ニ關シ特ニ傷害
罪ニ付キ説明ヲ必要トスヘキモノハ左ノ數項ナリトス。

第一項 故意

第一 一般傷害罪ニ要スル故意

一般傷害
罪ニ要スル
故意

傷害罪ヲ構成スルニハ故意アルヲ必要トス。傷害罪ニ要スル故意ニ二種
アリ。其一ハ單ニ身體ニ對シ不當ノ侵害ヲ加ヘントスルノ故意即チ暴行ヲ

加ヘントスルノ故意ニシテ其二ハ傷害ノ結果ヲ豫想シ之ニ相當スル暴行ヲ
加ヘントスルノ故意ナリ。我刑法ニ於テハ傷害罪ニ付テハ此兩者ヲ區別セ
ス。故ニ我刑法上ハ傷害罪ヲ構成スルニハ必スシモ傷害ノ結果ヲ豫想スル
ヲ要セス。唯タ身體ニ對シ不當ニ暴行ヲ加フルノ故意アルヲ以テ充分ナリ
トス。故ニ例ヘハ暴行ニ基ク傷害ノ場合ニ於テハ暴行ヲ加フルノ故意アル
ヲ以テ充分ナリトス。苟モ此要素ヲ具備スル以上ハ豫想ニ反スル結果ヲ生
スルモ敢テ問フ所ニ非ス。故ニ例ヘハ人アリ單ニ輕ク毆打セント欲シ他人
ニ對シ一撃ヲ加ヘタルニ意外ニモ其結果重クシテ被害者ヲシテ癱疾ニ致シ
タルカ如キ場合ニ在リテハ行為者ハ癱疾ニ致シタル點ニ付キ其責ヲ負ハサ
ル可カラス。
唯タ茲ニ注意スキハ行為者ハ傷害ノ手段タル暴行ニ付キ故意ヲ要スル結
果トシテ行為者ノ責ニ任スヘキハ其知リタル暴行及ヒ其結果ニ付テノミ。
換言スレハ行為者ノ知ラサル暴行及ヒ其結果ニ付テハ其責ニ任セサルモノ