トス。故ニ例ヘハ木刀ニ銀ヲ塗リタル俳優用ノ刀劍ナリト思料シ之ヲ以テ人ヲ毆打シタルニ意外ニモ眞正ナル刀劍ニシテ被害者ハ之カ爲メ重傷ニ陷リタル場合又例ヘハ微溫湯ナリト思料シ之ヲ人ニ浴セ掛ケタルニ、意外ニモ熱湯ナリシカ爲メ被害者ハ之ニ因リ重患ニ陷リタル場合ニ於テハ、行爲者ハ木刀若クハ微溫湯ヲ以テスル暴行ヲ爲スノ故意アリタルモノナリ。然レトモ眞刀若クハ熱湯ヲ以テスル暴行ヲ爲スノ故意アリタルモノト謂フ能ハス。從テ行爲者ハ其知リタル木刀若クハ微溫湯ヲ以テスル暴行及ヒ其結果ニ付キ其責ニ任スヘク、其知ラサル眞刀若クハ熱湯ヲ以テスル暴行及ヒ其結果ニ付キ責ヲ負フヘキモノニ非ス。以上ノ論結ハ刑法第三十八條第二項罪本重カルヘクシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ處斷スルヲ得ストノ法文ノ適用ニ外ナラス。(註四)

(註四)　此點ニ關スル我判例及ヒ學說ヲ見ルニ　第一　大審院ハ『苟モ故意ヲ以テ人ヲ毆打シタル以上ハ加害者ノ豫期如何ニ拘ラス現ニ發生シタル結果ニ付キ責ヲ負フヘキハ當然ナリ』ト判示シ(三七年大審院判決錄九二頁)。

第二　勝本博士ハ『金銀ハ人身ニ損害ヲ與フヘキ所爲ヲ爲スノ意思、詳言スレハ人身ニ損害ヲ與フル性質ノ所爲ヲ爲スノ意思アルヲ以テ足レリトスル由カ故ニ、其所爲カ苟モ人ヲ傷クルニ足ルヘキモノナルコトヲ知リテ之ヲ爲シタル以上ハ、偶ニ本罪ヲ構成スヘク、更ニ人ヲ傷クルノ意思アルコトヲ要セスト信ス。或學者カ傷害ノ意思ヲ必要ナリト論シタルカ如キハ、此毆打創傷罪(舊法)ハ或點ニ於テ過失犯ニ類スルモノタルコトヲ知ラサルニ基ク謬見ナリ。(毆打創傷罪ノ結果ハ不期ノモノナリト雖モ、豫期セサル可ラサル當然ノモノナルカ故ニ有意犯ナリ。是レ過失犯ニ類スト云フ所以ナリ)。蓋シ此說ノ主張者カ人ノ一手一足ヲ傷ケントスル意思ヲ以テ之ヲ毆打シ其結果人ヲ死ニ至ラシメタル場合ニ於テ、其結果ハ現ニ犯人カ豫期セサリシ所ノモノタルニ拘ラス、尙ホ毆打致死ナリト決定セルヲ見ルモ以テ其論理ノ貫徹セサルヲ知ルニ足ルヘシ』(刑法析義下卷五六乃至五七頁)。第三泉二學士曰ク『第二百八條(現行刑法)ノ規定ヨリ觀察スレハ第二百四條ト同條トハ何レモ故意ニ暴行ヲ加ヘタル場合ニ關シ傷害ノ觀念ノ有無ニ拘ラス其結果ヲ生シタルト否トニ因リ其適用ヲ異ニスヘキモノト解スルヲ至當トス』ト(日本刑法論七五一頁)第四　牧野學士曰ク『暴行其他人ノ身體ニ侵害ヲ試ムル意思アルヲ以テ足リ必スシモ傷害ノ意思ヲ必要トセサルモノト解ス』(刑法通義三四二頁)。第五　小疇學士曰ク『本罪ノ故意ハ生活アル人ノ身體ノ一部ヲ毆損スルノ結果ヲ豫見シタルコトヲ要ス。蓋シ本罪ハ人ノ身體ノ一部ヲ毆損スルノ所爲ヲ處罰スルモノナレハナリ。而シテ全然身體ヲ毆損スルノ意思アルトキハ殺人ノ犯意アリト謂ハサル可カラス。然レトモ本罪ハ現ニ發生シタル結果ニ付キ客觀的ニ其刑罰ヲ定ムルモノナルカ故ニ其行爲カ身體ノ一部ニ對シ果シテ如何ナル傷害ヲ生スヘキヤ犯人ニ於テ之ヲ豫見スルコトヲ要セス。苟モ其行爲ノ性質カ人ノ身體ノ一部ヲ毆損スルニ至ルモノナルコトヲ發見シタル以上ハ其行爲ニ基キ現實ニ發生シタル結果ニ　犯意又ハ過失ノ有無ニ關セス其

責任ヲ負フヘキナリ。即チ普通ノ有意犯ト異リ犯人ニ於テ法律上ノ各別ナル結果ヲ豫見シタルコトヲ要セスシテ其結果ニ對シテ責任ヲ負フモノトス。而シテ過失殺傷不注意犯ト異ル點ハ本罪ニ於テハ人ノ身體ヲ毀損スルノ犯意アルコトヲ要スルニ反シ過失殺傷ノ場合ニ於テハ人ノ身體ノ一部ヲ毀損スルノ結果ヲ生スヘキコトヲ不注意ニ因リテ豫見セサリシモノナリ』(日本刑法論各論六〇〇乃至六〇一頁)ト。第六　谷野學士モ亦同樣ノ見解ニ出テ『傷害罪ト雖モ其成立ニ犯意ヲ要スヘキコトハ疑ナク之ニ必要ナル犯意ハ普通ノ場合ト異リ細密ニ結果ヲ豫知スルコトヲ要セスト雖モ全然結果ノ豫見ナキ場合ニハ本罪ヲ構成スルニ至ラス。本罪ノ成立ニ必要ナル犯意ハ即チ他人ノ身體ヲ傷害スル事實ノ觀念ナリト解セサル可カラス。蓋シ傷害罪ハ純粹ノ結果罪ニ非サレトモ結果ノ大小ニ依リテ刑ノ輕重ヲ區別スル所ノ結果罪ナレハナリ』(刑法各論講義二三頁)ト。第七　岡田博士ハ『創傷ニ對シ豫見アルコトヲ要ス(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。暴行ハ始メヨリ其勞力ヲ測リ結果トシテ生スヘキ疾病創傷ノ輕重大小ヲ定ムルコト能ハサルヲ以テノミ。(丁)若シ夫レ全然結果ノ豫見ヲ缺如センカ(例、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ニ死ニ致シタル場合此場合ニハ過失殺ト爲ル可シ)慘行ヲ爲ス決意アル事ヲ以テ毆打創傷罪ニ問フコトヲ得ス』(刑法講義二三乃至二三三頁)ト論斷シタリ。

傷害致死ニ要スル故意

第二　傷害致死ニ要スル故意

傷害致死ニ要スル故意ハ一般傷害罪ノ故意ト同シカラス。死亡タル結果ヲ豫想セスシテ身體ニ對スル不當ノ暴行ヲ加ヘ、其結果死亡ヲ招キタル場合ニ於テノミ傷害致死罪ヲ構成ス。之ニ反シテ死亡シタル結果ヲ豫想シテ人ノ身體ニ對シ暴行ヲ加フルトキハ純然タル殺人罪ナリ。故ニ死亡ノ結果ヲ豫想シテ暴行ニ着手シタルトキハ傷害ノ結果ヲ生スルト否トニ論ナク其一事ニ因リ殺人ノ未遂罪ヲ構成ス。而シテ其結果ヲ生シタルトキハ殺人罪ノ既遂ト爲ル。而シテ死亡ノ結果ヲ豫想シタル以上ハ其必定ナルト不定ナルトヲ問ハス殺人罪ヲ構成スヘキナリ。故ニ暴行ヲ爲スノ結果トシテ死亡ノ生スルコトアルヘキヲ豫想シツヽ暴行ヲ加フルトキハ、常ニ殺人罪若クハ其未遂罪ヲ構成スヘク傷害罪ヲ構成スルコトナシ。其傷害致死罪ヲ構成スルハ死亡ノ結果ヲ生スルコトヲ全然豫想セスシテ暴行ヲ加ヘタル場合ニ限ル。之ヲ要スルニ傷害致死ト殺人トヲ分ルヽ所ハ、必定ト不定トヲ問ハス死亡ノ結果ヲ豫想シテ暴行ヲ加ヘタルヤ否ヤニ在リ。

第二項　違法ヲ除却スヘキ理由

違法除却理由

身體ニ對スル暴行若クハ傷害ト雖モ違法トセサル場合アリ。違法ヲ除却スヘキ理由アル場合即チ是レナリ。左ニ之ヲ説明スヘシ。

懲戒權ノ行使

一　懲戒權ノ行使　民法第八百八十二條ニ依レハ、親權ヲ行フ父又ハ母ハ必要ナル範圍内ニ於テ自ラ其子ヲ懲戒スルヲ得トアリ。故ニ必要ナル範圍内ニ於テ父母カ暴行ヲ以テ其子ヲ懲戒スル如キハ親權ノ行使ト認ムベクシテ毫モ違法ナルモノニ非ス。然レトモ其暴行カ必要ノ程度ヲ超エタルトキハ、其故意ニ基キタル場合ニ於テハ過失傷害罪ヲ構成スヘク、過失ニ基キタル場合ニ於テハ傷害罪ヲ構成スヘシ。

被害者ノ同意

二　被害者ノ同意　被害者ノ同意ハ傷害罪ヲシテ不成立ニ至ラシムヘキヤ否ヤニ付キテハ學説ハ岐ルヽ所ナリ。余ハ一個人ノ法益ハ法律ニ於テ特ニ定メタル場合ノ外權利者カ自ラ之ヲ抛棄シ得ルモノト思考スルモノナリ。故ニ自ラ自己ノ身體ヲ損傷スルハ罪トヽ爲ラサルハ勿論他人ニ囑託シ又ハ同意ヲ與ヘ以テ自己ノ身體ヲ損傷セシムルカ如キハ法律ニ特別ナル規定アル場合ノ外犯罪ヲ構成スルモノニ非スト思考ス(註五)。是レ相撲及ヒ擊劍等ニ依リ互ニ相毆打シテ其結果相手方ニ傷害ヲ加フルニ至リタル場合ニ於テ法律ハ之ヲ罰セサル所以ナリ。若シ此論旨ヲ貫徹セントスレハ苟モ暴行ニシテ眞ニ被害者ノ囑託若クハ同意ニ出テタルモノトセハ其暴行ノ結果トシテ被傷者ニ重大ナル傷害ヲ生シ又ハ其死ヲ來シタル場合ト雖モ同一ニ論結セサルヲ得ス。此論結ハ一見不當ナルカ如キ感ヲ爲ス者ナキヲ保セサレトモ、深ク法文ヲ熟讀玩味スルトキハ決シテ其不當ナラサルコトヲ覺ルヲ得ヘシ。若シ假リニ反對ノ解釋ヲ採ランカ囑託ニ因リ人ニ暴行ヲ加ヘタル場合ニ於テ意外ニモ囑託者ノ死亡ノ結果ヲ生シタルトキハ二年以上ノ有期懲役又ハ無期又ハ三年以上ノ懲役ノ重刑ニ處セラレ、之ニ反シテ囑託ニ基キ殺意ヲ以テ人ヲ殺害シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役若クハ禁錮ノ如キ輕刑ニ處セラルヽカ如ク囑託ニ因リ單ニ暴行ヲ加フルノ故意ニ出テタル場合ハ重刑ヲ以テ擬セラレ、人ヲ殺害スルノ故

意アリタル場合ハ重ク處斷セラルヽカ如キ不權衡ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ。

（註五）同説ビンヂイング氏（Binding Lehrb. d. E）オルスハウゼン氏（Isb. 9, zu. § 223.）異説リスト氏ハ被害者承諾ノ有無ハ犯罪ノ構成ニ何等ノ關係ナシト論セリ（Lirzt. § 87.）又フランク氏ハ被害者ノ承諾ハ輕微ノ傷害（親告罪）ニ限リ傷害ノ違法ヲ除却スルトモ重キ傷害罪ニ對シテハ何等ノ影響ナシト論セリ（Frank. s. 291.）。

尚ホ此點ニ關スル我邦ノ學者ノ所説ヲ見ルニ　一　泉二學士曰ク『（イ）總テノ傷害ニ付テ承諾ノ效果ヲ認メサルハ法律信念ニ矛盾ス。（ロ）法律ハ人ノ（即チ他人ノ）身體ヲ傷害スル者ヲ罰スルカ故ニ直接ノ被害者タル個人ノ利益ノ爲メニ刑罰保護ノ存スルコト明カナリ。（ハ）將來ノ場合例ヘハ兵役ヲ免レントスル者ノ囑託者ノ身體ヲ傷害スル場合ノ如キハ之ヲ處罰スルコト勿論ナルモ是レ唯國家ノ徵兵權ヲ危害スト謂フ別個ノ理由ニ基クモノナリ。又新刑法第二百二條ノ如キ場合モ特ニ處罰ノ必要アルニ基クモノニシテ之カ爲メニ承諾ニ因ル傷害ヲ罰スヘシトノ論結ヲ生セス。（ニ）加之承諾ニ因ル殺人ニシテ其刑落シク輕減セラレタルニ拘ラヽ身體傷害ニ付テ承諾ノ效果ナシト謂フハ不權衡ナリ。（ホ）立法論トシテハ傷害罪ニ付テモ新刑法第二百二條ノ如キ特別ノ規定ヲ設クルノ必要アルヘシト雖モ、解釋論トシテハ斯ノ如キ規定ノ存セサルハ立法者カ身體ノ健康ノ保護ハ即チ本人ノ意思ニ伴フ保護ニシテ承諾ニ因ル傷害ハ違法ニ非スト見タルニ因ルモノト認メサル可カラス』（日本刑法論附錄二二〇乃至二二二頁）ト。二　小野學士曰ク『各人ハ自己ノ身體ヲ毀損スルノ處分權ヲ有スルモノト謂フコトヲ得ス。國家ハ刑法其他ノ法規ニ依リ人ノ身體ヲ保護シ之ニ對スル侵害ヲ禁止スト雖モ法律カ私人ニ對シテ保護スル利益ハ直ニ以テ私人カ自由ニ處分スルコトヲ得ト謂フコト得。法律カ保護スル利益ニシテ單ニ一個人ノ利益ニ關スルモノト國家共同ノ利益ニ關スルモノトアリ。國家共同ノ利益ハ假令私人ノ利益ト爲ルコトアルモ私人ハ任意ニ之ヲ處分スルコトヲ得サルモノトス。而シテ身體ハ國家組織ノ基本ニシテ又國家發達ノ原動力ナルヘキモノナルカ故ニ、國法カ之ヲ保護スルモ亦國家共同ノ利益ナリト謂ハサル可カラス。從テ私人ハ任意ニ之ヲ處分スルコトヲ得ス。故ニ私人ノ承諾アリト雖モ他人ノ身體ヲ毀損スルコトハ違法ニシテ傷害罪ノ成立ニ影響ヲ及ホサス。但シ自己ノ身體ノ發達保全ヲ計ル爲メ適當ナル範圍ニ於テ之ヲ處分スルコトハ慣習法ニ依リ之ヲ認メラル、所ノ權利ナリト謂フコトヲ得ヘシ。例ヘハ角力、撃劍、柔道ヲ演スル場合ノ如シ』（日本刑法論各論六〇二乃至六〇三頁）

三　岡田博士ハ本問ヲ被害者ノ承諾ハ違法ヲ阻却セスシテ傷害罪ヲ構成スルモノト解ス（刑法講義二三五頁）。

三　醫師ノ手術

醫師ノ手術ニシテ身體ヲ傷害セスシテ施シ得ヘキモノニ對シテハ何等ノ疑ヲ生スルコトナシ。其疑ヲ生スヘキハ身體ノ傷害ヲ要スル手術ヲ施ス行爲ハ罪トナルヤ否ヤニ在リ。此點ニ關シ學者ノ説一ニ出テサレトモ、余ハ醫術ノ命スル所ノ手術ハ其實質ヲ考フレハ治療ノ目的ニ出ツルモノナレハ、人ノ身體ヲ害スルニ非スシテ其健康ヲ回復セシメンカ爲メニ施ス所ノ行爲ナリト解ス。從テ之カ爲メ身體ノ傷害ニ渉ル行爲ハ爲スヲ要スルト否トハ之ヲ問フ所ニ非ス。若シ其手術タル行爲ヲ個々

ニ分割シテ之ヲ觀察スレハ、或ハ手術行爲ハ之ヲ分テ切開、消毒及ヒ縫合等、其他各種ノ行爲ト爲スヲ得ヘシ。而シテ其中例ヘハ切開ノ行爲ハミニ就テ之ヲ見レハ其行爲ハ傷害罪ノ構成要件ヲ具備スルモノト解スルヲ得ヘシ。然レトモ治療ノ爲メニスル手術ハ之ヲ個々ニ分割シテ觀察スヘキモノニ非スシテ全部ヲ一體トシテ研究スヘキモノナリ。何トナレハ治療ノ爲メニスル手術ハ治療ヲ目的トスル同一ノ意思活動ニ因ル一個ノ行爲ヲ爲スモノナリ。而シテ切開、消毒及ヒ縫合等ノ各行爲ハ治療行爲ヲ構成スル要素ニ過キサルモノニシテ、個々獨立ノ行爲ト認ムヘキモノニ非サレハナリ。換言スレハ治療ヲ爲ススカ爲メニ切開、消毒、縫合等ノ行爲ヲ一體トシテ爲スモノニシテ單ニ切開、消毒、縫合等ノ行爲ヲ個々獨立シテ爲スモノニ非ス。全部ヲ一體トシテ爲スモノナルカ故ニ切開ノ行爲夫レ自身ニ就テ罪トナルヤ否ヤヲ問フノ必要ナキモノトス。尚ホ一例ヲ擧ケテ之ヲ說明セン。時計商カ時計ヲ修繕スル行爲ヲ個々ニ分割スレハ器械ヲ分解シ、旋條ヲ切斷シ、或ハ之ヲ接合スル等ノ行爲トナレトモ、其各行爲ハ各行爲自身カ個々獨立ノ行爲ニ非スシテ、何レモ修繕ヲ目的トスル一個ノ行爲ノ構成要素タルニ過キス。個々ニ分離シテ觀察スレハ、他人ノ物ニ對スル分解、切斷等ハ犯罪ヲ構成スルモノト解釋セサルヲ得サルヘシ。然ルニ此場合ニ於テ時計ノ分解、旋條ノ切斷等ノ個々ノ行爲カ毀棄罪ヲ構成セサルハ、此等個々ノ行爲ハ個々分離シテ觀察スヘキモノニ非スシテ單一ナル修繕行爲ヲ構成スル要素ニ外ナラサレハナリ。醫療ノ爲メニスル手術ニ於テ、切開ノ如キ通常傷害ニ涉ル行爲カ罪ト爲ラサルハ之ト其理ヲ同ウス。

學者或ハ身體ノ傷害ヲ要スル手術ハ罪ト爲ラサルハ、患者又ハ父母若クハ後見人等ノ同意アレハナリト說クモノアレトモ、是レ不通ノ說タルヲ免レス。何トナレハ場合ニ依リテ患者ノ同意ヲ得ル能ハサルコトアレハナリ。例ヘハ精神病者ニ對シテハ、之レカ治療手術ニ付キ其同意ヲ得ルコト能ハスト見ルヘク、又病症急性ニシテ一刻ヲ爭フ場合ニ於テ、若シ父母又ハ

後見人ノ同意ヲ求メントスルトキハ時機ヲ失シテ患者ノ死ヲ來スコト明白ナルニ於テハ、其同意ヲ待タスシテ先ツ之カ應急手段ヲ講セサル可カラス。而シテ論者ノ如クセハ、以上ノ如キ場合ニ於テハ醫師ノ手術ハ傷害罪ヲ構成スルモノト論結セサルヲ得サルノ不都合ヲ生スヘキナリ(註六)。

(註六)　獨逸ノ實際ニ於ケル通說トシテ行ハル、所ニ依レハ、醫師カ人ノ身體ニ對シ傷害ヲ要スル手術ヲ爲スハ身體毀損ナルモ、患者カ之ニ對シ同意ヲ與ヘタルトキハ、法性ヲ除却スト言フニ在リ。現ニ獨逸帝國裁判所ハ此趣旨ヲ判示セリ。(E.25,375.)然レトモ多數ノ學者ハ此判旨ニ反對スルモノヽ如シ。特ニ**ビンヂング**氏此說ニ關スル說明ノ見ルヘキモノアリ。氏ハ更ニ進テ人ノ生命ヲ救ヒ人ノ健康ヲ醫センカ爲メ適當ナル手術ハ不法ニ非ス、而シテ何人カ斯ル手術ヲ行フモ敢テ問フ所ニ非ス。又其豫期シタル結果ヲ發シタルト否トハ之ヲ問フヲ要セスト說明シタリ(Vergl Binding, Lehrb:ch:s. 53 ff.)。**フランク**氏ハ『醫術ノ命スル所ニ從ヒテ爲シタル手術ハ傷害罪ヲ構成スルコトナシ。然レトモ醫術ノ命スル所ノ手術ハ常ニ之ヲ爲シ得ルモノト爲スヘキニ非ス。醫師カ患者若クハ其代理人ノ承諾ヲ得スシテ殘忍ナル手術ヲ爲シタル場合ニ於テハ其手術カ醫術ノ命スル所ナリトノ故ヲ以テ無罪ト爲スヘキモノニ非ス。唯タ傷害罪ヲ以テ罰スヘキモノニ非スシテ強要罪ヲ以テ罰スヘキモノナリ』ト說明セリ(Vergl. Frank, Vorbem.gu 18 Abschnitt II 3.)。

此點ニ關シ本邦學者ノ說明スル所ヲ見ルニ　一　岡田博士曰ク『外科ノ施術モ亦業務上正當ナル行爲ナリ。此場合ヲ同ジク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。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メ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メ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。其他治療ノ爲メニ腹部ヲ切開スルト謂フカ如キハ重大ナル施術ヲ爲ス場合ニ於テハ萬一ノ危險ヲ本人乃至親族ノ類カ承諾スル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』(刑法講義二三四乃至二三五頁)ト。　二　泉二博士曰ク『醫師カ疾病治療ノ爲メ手術ヲ行フハ正當ナル業務ニ因ル行爲トシテ違法ナラサル行爲ニ屬スルハ敢テ言ヲ俟タスト雖被術者又ハ其正當ナル監督者ノ意思表示ニ因テ業務行爲ノ範圍ヲ制限セラルヽモノナリ。疾病治療ノ方法タル手術ニ因ル身體傷害カ違法ナラサルノ理由ハ正當業務行爲タルノ點ニアリ。是レ唯タ治療上ノ手術ノ正當ナル一般的、抽象的ノ根據ハ正當業務行爲タルニアリ。其格段的、具體的ノ根據ハ患者ノ承諾ニアリト論斷セサル可カラス。殆ント總テノ學者カ抽象的方面ノミニ根據ヲ求ムルハ余輩ノ服スルヲ得サル所ナリ。余ハ印度刑法第八十八條ノ趣旨ヲ贊成ス』(日本刑法論附錄二二七乃至二二九頁)ト。

前述ノ如ク醫術ノ命スル所ニ從テ爲シタル身體ノ傷害ニ涉ル醫師ノ手術ハ罪ト爲ラサルモノナレトモ、若シ醫師カ故意ニ因リテ傷害ヲ加ヘタルトキハ罪ト爲ル。此場合ニ於テ、若シ故意即チ手術カ確カニ醫術ノ命スル所ニ非サルヲ知ルモ、自己ノ研究ノ爲メ試驗的ニ手術ヲ施シ以テ身體ヲ傷害シタルトキハ純然タル傷害罪ヲ構成ス。若シ又過失即チ醫師カ業務上必要ナル注

意ヲ拂ヘハ、其醫術ノ命スル所ニ非サルコトヲ知リ得ヘカリシヲ、不注意ノ爲メ之ヲ認識セサリシカ、又ハ手術ヲ行フノ當否ヲ決スルニ必要ナル知能ヲ有セス、試驗的ニ輕ロシク手術ヲ施シ、人ノ身體ニ對シ傷害ヲ加フルニ至リタルトキハ過失傷害罪ヲ構成スルモノトス。

第二節　身體ニ對スル罪ノ分類

身體ニ對スル罪ハ之ヲ大別シテ第一故意ニ因ル傷害、第二過失ニ因ル傷害、第三身體以外ノ法益ヲ害スル行爲ニ基ク傷害罪ノ三種ト爲スコトヲ得ヘシ。

身體ニ對スル罪ノ分類

第一　故意ニ因ル傷害ハ之ヲ一傷害行爲ノ如何、二結果ノ輕重、三豫謀ノ有無、四被害者ノ身分、五犯罪ノ緣由(Motive)トニ依リ、之ヲ種々ニ區別スルコトヲ得。

一　傷害行爲ノ如何ニ依リ故意ニ因ル傷害罪ヲ區別スレハ(一)行爲者カ兇器其他生命ニ危險ヲ及ホスヘキ器具ヲ使用シタルヤ否ヤ(二)行爲者ノ爲シタル傷害ハ詭計ニ出テタルヤ否ヤ(三)毒物其他他人ノ健康ヲ害スヘキ行爲ニ出テタルヤ否ヤ、(四)數人ノ集合力ニ依リ之ヲ實行シタルヤ否ヤノ四ト爲スヲ得。

二　結果ノ輕重ニ依リ之ヲ區別スレハ(一)致死、(二)重大ナル身體ノ毀損若クハ疾患ノ惹起、(三)普通ノ傷害、(四)傷害ニ至ラサル暴行ノ四ト爲スヲ得。

三　行爲者カ傷害ノ結果ヲ豫期若クハ豫知シテ暴行ニ出テタルヤ否ヤニ付テ之ヲ二個ニ區別シ得ルコトハ前既ニ述ヘタルカ如シ。

四　被害者ノ身分ニ依リ之ヲ區別スレハ(一)天皇、皇族ニ對スル危害罪ハ別ニスルモ、尚ホ(二)自己又ハ配偶者ノ直系尊屬親ニ對スルト(三)普通人ニ對スルトニ依リ之ヲ區別スルコトヲ得。

五　犯罪原因若クハ緣由ニ依リ傷害罪ヲ區別スレハ(一)感激若クハ挑發ニ基クモノアルヘク、又(二)犯罪ヲ犯シ又ハ刑罰ヲ免ルヽカ爲メ犯スコトアルヘシ。

第二　過失ニ基ク傷害ハ過失アリタル者カ業務上ノ注意ヲ爲スノ義務アリ

タリヤ否ヤニ依リテ區別スヘキモノトス。

第三　身體以外ノ法益ヲ害スル所爲ニ基ク傷害ハ其法益ヲ異ニスルニ從ヒ十數種ニ區別スルコトヲ得。

- 身體ニ對スル罪
  - 故意ニ基ク傷害罪
    - 一　傷害ニ至ラサル暴行ヲ加フル罪（刑、二〇八條）
    - 二　傷害罪（刑、二〇四條）
    - 三　傷害致死罪（刑、二〇五條）
    - 四　傷害罪及ヒ傷害致死罪ヲ助勢スル罪（刑、二〇六條）
    - 五　傷害罪及ヒ傷害致死罪ニ關與スル罪（刑、二〇七條）
  - 過失ニ基ク傷害罪
- 身體以外ノ法益ヲ害スル所爲ニ基ク傷害罪

第二章　故意ニ因リ身體ヲ害スル罪

故意ニ因リ身體ヲ害スル罪

我刑法中故意ニ人ノ身體ヲ害スル罪ニ付キ規定スルモノ五アリ。疎ヨリ密ニ入リ簡ヨリ繁ニ趨クノ主意ニ從ヒ(一)傷害ニ至ラサル暴行ヲ加フルノ罪(刑、二〇八條)(二)一般傷害罪(刑、二〇四條)(三)傷害致死罪(刑、二〇五條)(四)傷害罪及ヒ傷害致死罪ヲ助勢スル罪(刑、二〇六條)(五)傷害罪及ヒ傷害致死罪ニ關與スル罪(刑、二〇七條)ヲ論シ以テ刑罰及ヒ評論ニ及ハン。

第一節　傷害ニ至ラサル暴行ヲ加ヘタル罪

傷害ニ至ラサル暴行ヲ加ヘタル罪

第二百八條　暴行ヲ加ヘタル者人ヲ傷害スルニ至ラサルトキハ一年以下ノ懲役若クハ五十圓以下ノ罰金又ハ拘留若クハ科料ニ處ス。

前項ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。

身體ニ對スル暴行ノ何タルコトハ既ニ之ヲ說明シタルカ如シ。而シテ傷害ニ至ラサル暴行トハ、例ヘハ人ヲ毆打シ若クハ衝キ仆シ又ハ毒藥ヲ服用セ

シメタルモ、人ノ身體ノ一部ヲ傷ケス又ハ其健康ヲ害スルコトナキヲ謂フ。豫メ人ヲ傷害スル目的ヲ以テ暴行ヲ加ヘタルモ、意外ノ舛錯若クハ障礙ニ因リ其豫期シタル傷害ヲ發生セサル場合ナルト、又ハ初ヨリ單ニ暴行ノミヲ加ヘ傷害ヲ與フル意思ナカリシ場合ナルトヲ問ハス(註七)。

(註七)　同説　牧野學士(刑法通義三四四頁)

第二節　傷害罪

第二百四條　人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス。

傷害ノ何タルコトハ前既ニ之ヲ説明シタリ。苟モ故意ヲ以テ人ニ暴行ヲ加ヘ其結果トシテ傷害ヲ生シタル以上ハ、其行爲ニ因リタルト將タ不行爲ニ因リタルト否トヲ問ハス等シク傷害罪ヲ構成ス。人ヲ斬リ付ケ疾病又ハ休業ニ至ラシメタルカ如キハ行爲ニ因ル傷害罪ノ例ナリ。産婆カ病毒ニ觸レタル産兒ニ對スル相當ノ處置(例ヘハ消毒)ヲ爲サス、因テ産兒ヲ疾病ニ至ラシメタルカ如キハ不行爲ニ因ル傷害罪ノ例ナリ。又前既ニ之ヲ述ヘタルカ如ク、傷害罪ヲ構成スルニハ行爲者カ故意ヲ以テ暴行ヲ加ヘ其結果トシテ傷害ヲ生シタル以上ハ其結果ヲ豫知シタルト否トハ問フ所ニ非ス。故ニ單ニ身體ニ對スル不當ノ暴行(行爲又ハ不行爲)アリ之ニ因リテ傷害タル結果ヲ生シタルノ事實アルヲ以テ足レリトス。故ニ例ヘハ前例ノ場合ニ於テ、行爲者ハ重大ナル創傷ヲ負ハシムルノ意思ナカリシ場合ト雖モ、苟モ人ヲ斬リ付ケ之ニ因リテ重大ナル創傷ヲ負ハシメタルノ事實アルトキハ、初メヨリ重大ナル創傷ヲ負ハシムヘキコトヲ豫期シタル場合ト敢テ擇ム所ナシ(但シ情狀ニ於テ大差ナキ能ハス)。又産婆カ前例ノ如ク病毒ニ觸レタル産兒ニ對スル處置ヲ故意ニ爲サヽリシ所爲アル以上ハ、産兒ノ疾患ヲ豫期シテ故ラニ相當ノ處置ヲ怠リタル場合ト、又現ニ起リタル疾患ヲ豫期セサリシ場合ナルトヲ問ハス、苟モ故意ニ基ク不行爲ニ因テ産兒ヲシテ疾患ニ至ラシメタル事實アル以上ハ兩者ヲ區別スルノ必要ナシトス(註八)。但シ比兩者間ニハ犯罪ノ情狀ノ

輕微ナル傷害及ヒ重大ナル傷害

點ニ於テ著シキ差異アルヲ以テ刑期量定ニ關シテハ兩者ヲ區別セサル可カラサルコト論ヲ俟タス。

（註八）我大審院モ如上ノ趣旨ヲ認ムルモノヽ如シ。一『苟モ人ヲ毆打スルノ意思ヲ以テ暴行ヲ加ヘタル以上ハ假令傷害ノ結果カ犯人ノ觀察セサリシ客體ノ上ニ發生スルモ毆打創傷罪ノ制裁ヲ免ルヽコトヲ得ス』（四二年大審院判決錄二三七頁）。二『苟モ故意ヲ以テ他人ノ身體ニ暴行ヲ加ヘタル以上ハ傷害ヲ豫期スルト否トニ論ナク其結果ニ付キ責ニ任セサル可カラス』（四二年大審院判決錄四三八頁）。

同シク傷害罪中ニ在リテモ其情狀ヨリスレハ千態萬狀ナリ。而シテ第二百四條ハ此千態萬狀タル各種ハ傷害罪ヲ網羅シテ一條ノ中ニ收ム。左ニ其主要ナル點ニ付キ說明スヘシ。

第一　輕微ナル傷害及ヒ重大ナル傷害

傷害罪ハ傷害ノ結果ニ對スル故意ヲ必要トセサルコト前述セルカ如シ。故ニ學者或ハ傷害罪ヲ以テ結果犯ト稱ス。蓋シ其意味ハ故意ニ重キヲ置カスシテ結果ニ重キヲ置キ、故意ノ如何ヨリハ寧ロ結果ノ如何ニ因リ罪ノ輕重ヲ定ムヘシト言フニ在ルカ如シ。舊刑法ハ多數ノ文明國ノ例ニ倣ヒ傷害罪

傷害ノ手段ニ因ル區別

ヲ結果ノ輕重大小ニ從ヒ五種ニ區別シ各其刑ヲ異ニシタリキ。（一）篤疾即チ兩目ヲ瞎シ、兩耳ヲ聾シ、兩肢ヲ折リ、舌ヲ斷チ、陰陽ヲ毀敗シ、若クハ知覺精神ヲ喪失セシムル所爲（舊刑、三〇〇條、一項）。（二）廢疾即チ一目ヲ瞎シ、一耳ヲ聾シ、一肢ヲ折リ、其他身體ヲ殘廢スルノ所爲（舊刑、三〇〇條、二項）。（三）疾病又ハ休業二十日以上ニ至リタル傷害行爲（舊刑、三〇一條、一項）。（四）疾病又ハ休業二十日ニ至ラサル傷害行爲（舊刑、三〇一條、二項）、（五）疾病又ハ休業ニ至ラサル傷害（舊刑、三〇一條、三項）ニ對シ各差等アル刑罰ヲ定メタリ。現行刑法ハ此點ニ就キ何等定ムル所ナキモ此點ハ刑期ノ量定上裁判官ノ最モ研究ヲ要スル所ナラン。

第二　傷害ノ手段ニ因ル區別

傷害罪ハ動モスレハ人ノ生命ヲ喪失セシムルノ結果ヲ生スルモノナリ。犯罪ノ手段ノ如何ニ因リ其刑ヲ定ムルノ必要アリ。即チ危險ナル手段ニ因ル傷害ハ嚴重ニ取締リ、身體ニ對スル重大ナル傷害竝ニ致死ノ發生スルコトナキヲ圖ルヘキハ法律ノ當然ノ任務ナリトス。左ニ獨逸刑法ノ此點ニ關シ

豫謀ノ有無ニ因ル區別

規定スル所ヲ擧ケテ參考ニ資スヘシ。

一　武器其他危險ヲ及ホスヘキ器具ヲ使用シ、或ハ詭計ヲ用ヰ或ハ多衆共同シ或ハ生命ニ危險ヲ及ホスヘキ行爲ヲ以テ犯シタル傷害罪ハ其結果ノ如何ヲ問ハス重ク之ヲ罰セリ(獨刑、二二三條、二月以上五年以下ノ禁錮)

二　人ノ健康ヲ害スル爲メ毒物其他ノ物ヲ施用スルノ行爲及ヒ之ニ因リ人ヲ重キ傷害ニ致シタルトキハ特ニ之ヲ嚴罰セリ(獨刑、二二九條、前者ノ場合ハ一年以上十年以下ノ懲役、後者ノ場合ハ五年以上ノ懲役)。

第三　豫謀ノ有無ニ因ル區別

其結果ヲ豫期シタル傷害ト其結果ヲ豫期セサル傷害トハ、法律上犯罪ノ構成ニ付テハ之ヲ區別スルノ必要ナキコト前既ニ述ヘタルカ如シ。然レトモ犯罪ノ情狀ヨリスレハ明ニ之ヲ區別スルノ必要アリ。舊刑法ハ豫謀ニ因ル傷害罪ハ、其豫謀ニ因ラサル傷害罪ニ比シ其刑一等ヲ加重シタリ(舊刑、二〇二條)。

被害者ノ身分ニ因ル區別

犯罪ノ原因若クハ緣由ニ因ル區別

第四　被害者ノ身分ニ因ル區別

自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ノ何タルヤハ既ニ之ヲ說明シタリ(六一頁參照)。斯ノ如キ直系尊屬ニ對シ傷害罪ヲ犯シタルトキハ、之ヲ重ク處斷スヘキ必要アルヤ論ヲ俟タス。然レトモ我刑法ハ此點ニ付キ何等規定スル所ナシ。

第五　犯罪ノ原因若クハ緣由ニ因ル區別

犯罪ノ原因若クハ緣由ニ因リ傷害罪ヲ區別スレハ、或ハ感激若クハ挑發ニ因リ罪ヲ犯スコトアルヘク、又ハ罪ヲ犯サンカ爲メ若クハ其犯シタル罪ニ對スル刑罰ヲ免レンカ爲メ他人ヲ傷害スルコトアルヘシ。此等犯罪ノ原因ノ如何ニ依リ其犯罪ノ情狀ニ輕重ノ差アルコトハ多言ヲ要セス。

第三節　傷害致死罪

第二百五條　身體傷害ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス。自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ニ對シテ犯シタルトキハ無期又ハ三年以上ノ懲役ニ處ス

第二章　故意ニ因リ身體ヲ害スル罪　第三節　傷害致死罪

傷害致死ノ意義

傷害ノ結果死亡ヲ來ストキハ傷害致死ト謂フ。行爲者ハ死亡ノ結果ヲ豫想セサルヲ要ス。行爲者ハ傷害タル結果ノ豫知ナキ場合ニ於テ、其加ヘタル身體ニ對スル暴行(行爲又ハ不行爲)ニ因リ傷害ヲ生シ、此傷害ニ因リ死亡ノ結果ヲ生シタルトキハ行爲者ニ傷害致死ノ責アルモノトス。例ヘハ單ニ傷害ニ至ラサル暴行ヲ加フルノ目的ヲ以テ人ヲ毆打シタルニ、偶〻急所ヲ衝キタル爲メ其死亡ヲ來シタル場合ノ如キハ行爲者ニ傷害致死ノ罪責アルモノトス(註九)。之ト同時ニ行爲者カ重大ナル傷害ヲ豫期シテ身體ニ對スル侵害ヲ爲シタルカ爲メ、死亡ヲ來シタル場合ニ於テモ同一ナリトス。

例ヘハ重傷ヲ負ハシムル目的ヲ以テ人ヲ斬リ付ケ、又ハ人ヲシテ癈篤疾ニ罹ラシムル目的ヲ以テ毒藥ヲ進メタルニ、被害者カ偶然ニモ之カ爲メ死亡シタル場合ノ如キハ傷害致死ナリトス。

(註九)大審院モ亦左ノ如ク判示セリ。『或ル病因ヲ有スル者ヲ毆打シ爲メニ疾病ヲ誘發セシメ因テ之ヲ死ニ致シタル所爲ハ毆打傷害致死罪ヲ構成ス』(三七年大審院判決錄一一一六頁)。

傷害罪及ヒ傷害致死罪ヲ助勢スル罪

第四節　傷害罪及ヒ傷害致死罪ヲ助勢スル罪

第二百六條　前二條ノ犯罪アルニ當リ現場ニ於テ勢ヲ助ケタル者ハ自ラ人ヲ傷害セスト雖モ一年以下ノ懲役又ハ五十圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス。

傷害罪及ヒ傷害致死罪ニ一般ノ正犯及ヒ從犯ノ罪アルコトハ言フヲ要セス。然ルニ此二罪ニハ他ノ犯罪ニ存セサル一種ノ共犯アリ。此二罪ヲ助勢スルノ罪是レナリ。助勢トハ前二罪ノ現ニ犯サルヽニ當リ、實行行爲若クハ豫備ノ所爲ニ加ハラスシテ、其他ノ行爲ヲ以テ之ヲ助勢スルヲ謂フ。前二罪ノ犯サルヽニ當リ實行行爲ヲ以テ之ニ關與シタルトキハ、前二條ノ罪ノ正犯ナリ。之ト同一理由ニ依リ、豫備ノ所爲ヲ以テ前二罪ヲ幫助シ之ヲ容易ナラシメタルトキハ其從犯ナリトス。助勢トハ斯ル行爲ヲ除キタル他ノ行爲ヲ以テ、前二罪ノ犯サルヽニ當リ其勢ヲ助クルモノナリ。例ヘハ暴行者ニ對シ言語ヲ以テ聲援シ以テ暴行者ヲシテ益〻其暴行ヲ逞ウスルニ至ラシムルカ如

シ。

傷害罪及ヒ傷害致死ニ關スル罪

第五節　傷害罪及ヒ傷害致死罪ニ關與スル罪

第二百七條　二人以上ニテ暴行ヲ加ヘ人ヲ傷害シタル場合ニ於テ傷害ノ輕重ヲ知ルコト能ハス又ハ其傷害ヲ生セシメタル者ヲ知ルコト能ハサルトキハ共同者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル。

傷害罪及ヒ傷害致死罪ノ共犯者ハ一般共犯ノ例ニ依リ處斷スヘキモノナルコトハ之ヲ前節ニ於テ述ヘタル如シ。故ニ此場合ニ於テハ傷ヲ爲スノ輕重明ニシテ且其傷ヲ生セシメタル者明ナル場合ト雖モ第六十條以下共犯ノ規定ニ依ルヘキモノトス。然ルニ共犯關係ナキ二人以上ノ者カ人ニ暴行ヲ加ヘ之ヲ傷害シ又ハ之ニ因リ人ヲ死ニ致シタル場合ニ於テ、其生セシメタル各創傷ヲ判知スルヲ得ルトキハ行爲者ハ各創傷ノ結果ニ從ヒ其責ニ任スヘキモノトス。然ルニ二人以上ノ者ハ加ヘタル傷害ハ輕重ヲ知ル能ハサルカ又ハ何人カ傷害ヲ生セシメタルヤヲ知ル能ハサルトキハ共犯ノ例ニ依リ處斷スヘキモノトス(註一〇)。例ヘハ甲乙丙三人丁ナル者ニ暴行ヲ加ヘ甲ノ加ヘタル暴行ニ因リ何等ノ傷害ヲ生セサルトキハ甲ハ傷害ニ至ラサル暴行ヲ加ヘタル罪(一年以下ノ懲役若クハ五十圓以下ノ罰金又ハ拘留若クハ科料)ニ依リ處斷セラルヘク且ツ被害者ノ告訴ナキトキハ其罪ヲ論セラルヽコトナシ。而シテ乙ノ加ヘタル創傷ニ因リ多少ノ傷害ヲ生シタルトキハ乙ハ傷害罪ニ依リテ處斷セラルヘシ。之ト同一理ニシテ丙ノ加ヘタル暴行ニ因リ丁ヲシテ死ニ至ラシメタルトキハ丙ハ傷害致死ノ罪ニ依リ處斷セラルヘキモノトス。之ニ反シテ甲乙丙ハ以上ノ如ク暴行ヲ加ヘタルモ裁判上其加ヘタル結果ノ輕重大小ヲ知ル能ハサルトキハ甲乙丙共、共犯ノ例ニ依リ傷害致死罪ヲ以テ處斷セラルヘキモノトス。是レ第二百七條ヲ以テ一種特別ナル共犯例ヲ認メタル結果ナリ。若シ斯ノ如キ規定ヲ缺クトキハ甲乙丙ニ對シ其各加ヘタル傷害ノ輕重大小ヲ裁判上認定スル能ハサルノ結果トシテ單ニ暴行ヲ加ヘタル點ニ付キ處罰スルノ外ナクシテ致死若クハ傷害ニ付キ證憑不充分ナル旨ヲ以テ無罪ヲ言渡サヽルヿカラサルニ至ルヘシ。此特別共犯例ハ被

害者ノ保護ヲ全ウセントノ趣旨ヲ一貫セントスル政略上ヨリスレハ可ナルカ如シト雖モ他人ノ行爲ニ付キ責任ヲ負ハストノ刑法ノ大原則ヲ破壞スルノ虞アリ。前例ニ於テ甲乙ハ各其犯セル罪ニ比シ過大ナル刑罰ヲ受クヘクト特ニ甲ハ元來告訴ナキ場合ニ於テハ何等刑罰ヲ受クヘキモノニ非サルニモ拘ラス裁判上ノ證據ナキカ爲メ致死罪ノ處罰ヲ免レス。證據ナキ場合ニ於テハ無罪トスルヲ治罪上ノ原則トス、然ルニ前述特別共犯罪ハ此原則ヲ破壞スルノ虞アリ。

（註一〇）泉二學士曰ク『總則ノ規定ニ依ルトキハ二人以上ノ間ニ共同暴行ノ意思アルニ非サレハ之ヲ共犯ト認ムルヲ得ス。從テ第二百七條所定ノ如キ場合ニ付テ特別ノ明文ナキトキハ證據ノ認定上或ハ何レノ犯人ニ對シテモ無罪ヲ宣渡サヽル可カラサルヤノ虞アリ。本條ノ規定ハ斯ノ如キ場合ニ付テ特例トシテ共犯例ヲ適用スヘキコトヲ明カニシテ不當ナル結果ヲ避ケタリ。法文ニ共同者ニ非スト雖モ盲フハ意思ノ共通アリテ共同者タルヘキ場合ニハ共犯例ニ依ルヘキコト勿論ナルニ因ル』（日本刑法論各論七五三頁）ト。又牧野學士ハ共犯ニ在リテハ傷ヲ爲スノ輕重明カニ傷ヲ生セシメル者明カナル場合ト雖モ尚ホ第六十條以下共犯ニ關スル規定ニ依ルヘキモノト爲セリ（刑法通義三四三頁）ト。

第六節　刑罰

傷害ニ至ラサル暴行ハ一年以下ノ懲役若クハ五十圓以下ノ罰金又ハ拘留若クハ科料ニ該ル。茲ニ注意スヘキハ此罪ハ親告罪ナルコト是レナリ（刑、二〇八條）。

傷害罪ハ十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ヲ以テ處斷スヘキモノトス（刑、二〇四條）。

傷害致死罪ハ被害者常人ナルトキハ二年以上ノ有期懲役、被害者自己若クハ配偶者ノ直系尊屬ナルトキハ無期又ハ三年以上ノ懲役ヲ以テ處斷セラル（刑、二〇五條）。

傷害罪又ハ傷害致死罪ヲ助勢スルノ行爲ハ一年以下ノ懲役又ハ五十圓以下ノ罰金若クハ科料ヲ以テ處斷スヘキモノトス（刑、二〇六條）。

傷害罪又ハ傷害致死罪ニ關與スル罪ハ共犯ノ例ニ依ル（刑、二〇七條）。

評論

第一　余ハ我刑法カ傷害罪ノ未遂犯ヲ認メサルハ法ノ不備ナルヘシト思考ス。

何トナレハ行爲者ハ前既ニ說明シタルカ如ク傷害タル結果ヲ豫知シテ爲ス場合アリ又之ヲ豫謀スル場合アリ。斯ノ如キ場合ニ於テ既ニ傷害行爲ノ實行ニ着手シタルモノヲ假令意外ノ錯又ハ障礙ニ因リ其結果ヲ發生スルニ至ラサリシトハ言ヘ之ヲ無罪トスルハ相當ナリト謂フ可カラサルナリ。法律カ既ニ殺人罪ノ未遂犯ヲ認メタル以上ハ之ト同一理由サレハナリ。

法律カ既ニ殺人罪ノ未遂犯ヲ認メタル以上ハ之ト同一理由ニ依リ傷害罪ノ未遂犯ヲモ認ムヘキニ非スヤ。現行刑法ニ依レハ例ヘハ人ヲ癈篤疾ニ致ス目的ヲ以テ他人ニ毒藥ヲ服用セシメタルニ被害者ハ偶其毒藥ナルヲ認知シ自ラ消毒劑ヲ呑服シ以テ其身體ノ安全ヲ得タルカ如キ場合ニ於テモ尙ホ行爲者ハ罪ト爲ラサルノ不都合ヲ生スヘシ。獨逸ニ於テハ刑法第二百二十九條ニ於テ傷害罪ノ未遂犯ヲ認メタリ。

第二　前既ニ說明シタル如ク傷害罪ハ主トシテ其結果ノ大小ニ因リ之カ刑罰ノ輕重ヲ定ムヘキモノトス。是レ刑法第二百八條ニ於テ其結果ヲ缺ク暴行ハ最モ輕ク之ヲ罰シ第二百五條ニ於テ其結果死ニ致シタル傷害ヲ最モ重ク罰スル所以ナリ。然ルニ第二百四條ノ如ク傷害罪ノ刑期ヲ輕キハ二十錢ノ科料ヨリ重キハ十年ノ懲役ト定メタルハ刑法カ刑期ヲ定メタル精神即チ刑期量定ノ標準ヲ一定シ以テ裁判官ヲシテ定律ナキ區々ノ裁判ヲ爲スノ弊ヲ避ケントスル精神ニ背馳スルニ非サルヤヲ疑フ。

第三　我刑法ニ依レハ喧嘩又ハ格鬪等ノ行爲ヲ爲シ因テ互ニ相手方ニ微傷ヲ負ハシメタルカ如キ場合ニ於テモ尙ホ第二百四條ノ規定ヲ適用セサル可カラサルカ如シ。然レトモ喧嘩又ハ格鬪等ノ行爲ハ其情狀頗ル諒察スヘキモノ少シトセス。況ンヤ其傷害ノ輕微ナルモノニ對シテモ尙ホ之ヲ罰セサル可カラスト言フハ稍ヤ酷ニ過キタルニ非サルカ。余ハ斯ノ如キ場合ニ於テ輕微ナル傷害ニ付テハ双方ノ行爲者ヲ罰スルノ必要ナシト思考ス。法律ハ之ヲ明定スルノ必要ナキヤ。然ラサルモ之ヲ親告罪ト爲スノ必要ナキカ。

第四　加害者ト被害者トノ間ニ親族關係アルトキハ非常ニ重大ナル創傷ニ非サル限リハ其侵害行爲ハ之ヲ親告罪トスルノ必要ナキヤ。何トナレハ若シ然ラサレハ我邦家族制度ニ反スルノ虞アレハナリ。我邦ニ於テハ父子相毆打シテ互ニ創傷ヲ負ハシムルモ父ハ子ノ爲メニ度シ子ハ父ノ爲メニ度スヲ以テ美德ト爲セリ。

過失ニ基ク傷害罪

第三章　過失ニ基ク傷害罪

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

第二百十一條　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

過失ニ因ル傷害罪ハ之ヲ分テ二ト爲スコトヲ得。其一ハ一般ノ過失傷害罪ニシテ、其二ハ業務上ノ不注意ニ因ル傷害罪ナリトス。而シテ其孰レタルヲ問ハス共ニ前述過失致死罪ニ關シ說明シタル所ト傷害罪ニ關シ說明シタル所トニ依リ類推シ得ヘキモノナレハ玆ニ之ヲ說カス。

一般傷害罪ハ千圓以下ノ罰金ニ業務上ノ不注意ニ因ル過失傷害罪ハ三年以下ノ禁錮又ハ千圓以下ノ罰金ニ該ル。

身體以外ノ法益ヲ害スル所爲ニ基ク傷害罪

第四章　身體以外ノ法益ヲ害スル所爲ニ基ク傷害罪

身體ニ對スル侵害行爲ヲ加ヘ以テ之ヲ傷害スル場合ハ其如何ナル手段方法ニ出ツルヤヲ問ハス悉ク傷害罪ナリトス。故ニ身體以外ノ法益ヲ害スルノ行爲ヲ以テ身體ニ傷害ヲ與フルカ如キ場合ニ於テモ傷害罪ヲ構成スルハ疑ナキ所ナリトス。但シ此場合ニ於テハ刑法第五十四條ノ適用ヲ生スヘキナリ。然レトモ行爲者ニ於テ人ノ身體ニ對スル侵害ヲ爲スノ故意ナク單ニ身體以外ノ法益ヲ害スルノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ特別ノ明文ナキトキハ、假令其行爲ノ結果人ヲ傷害ニ致スコトアルモ行爲者ニ對シ傷害罪ヲ適用シ處斷スルコト能ハサルヘシ。是ニ於テ法律ハ身體以外ノ法益ヲ害スル罪

ヲ犯スニ依リ人ノ身體ヲ傷害シタルトキハ傷害罪ニ比シ重キニ從テ處斷スヘキ旨ノ特別ナル明文ヲ掲ク。余ハ之ヲ身體以外ノ法益ヲ害スル所爲ニ基ク傷害罪ト稱ス。而シテ我刑法カ認ムル此種ノ罪ハ左ノ十一種ナリトス。

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　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人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、一四五、一四二乃至一四四條)

四　强姦、强制猥褻又ハ幼者及ヒ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)

五　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)

六　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若シ行爲者ニシテ醫師、産婆、藥劑師又ハ藥種商ナルトキハ六月以上七年以下ノ懲役(刑、二一三、二一四條)

七　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)

八　人ヲ遺棄シ又ハ生存ニ必要ナル保護ヲ爲サヽルニ因ル致死傷(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)

九　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)

一〇　強盜傷人刑罰、無期又ハ七年以上ノ懲役、刑、二四〇條）

一一　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）

第三編　自由ニ對スル罪

第一章　自由ニ對スル罪ノ一般觀念及ヒ分類

第一節　自由ニ對スル罪ノ一般觀念

自由ニ對スル罪トハ個人ノ意思ニ對スル罪ト同一ノ意義ヲ有ス。凡ソ人ハ、意思ナルモノヲ有シ其意思ヲ如何樣ニ活動セシムヘキカハ一ニ其自由ハ權能ニ屬ス。此權能ヲ害シ不當ニ人ノ意思ノ自由ヲ妨クル所爲即チ人ハ自由ニ對スル罪ノ本質ヲ成スモノナリ。夫ノ人ヲ有形的ニ抑制シ以テ其自由ナル意思活動ヲ害スルノ所爲例ヘハ逮捕、監禁罪ノ如キハ此罪ノ中最モ顯著ナルモノニ屬ス。而シテ其法律上ノ實質ニ付キ之ヲ究ムレハ、此罪ハ人ノ空間的意思活動ヲ侵害スルノ所爲ニ外ナラス。故ニ本章ニ於テ論スヘキモノ

自由ニ對スル罪トハ人ノ意思ニ對スル罪ナリ

ハ獨リ逮捕監禁罪ノミニ止ラス人ノ意思ヲ害スル各種ノ罪ニ及フヘキモノトス。去レハ學者此罪ヲ指稱シテ人ノ意思ニ對スル罪ナリト說明スルモノアルハ故ナキニ非ス(註一)。

(註一)　同說ビンヂング氏ハ此罪ヲ以テ意思及ヒ自由ニ對スル罪ナリト說明ス(Binding, Lehrb. 80 ff.)。フオンビルグマイヤー氏ハ自由ニ對スル罪トハ人ノ意思ニ對スル罪ト同シク、而シテ自由トハ意思活動ノ自由ナリト說ケリ(von Birkmeyer, Encyklopädie II Aufl. s.1167.)。フオン、リスト氏ハ人ノ自由トハ人ノ妨碍ヲ受クルコトナクシテ自由ニ意思活動ヲ爲スヲ得ル個人ノ利益ヲ謂フト說キ而シテ個人ノ自由ナル意思活動ハ種々アルカ故ニ從テ之ヲ侵害スル行爲即チ自由ヲ害スル行爲ニモ亦種々アリ。然リ而シテ狹義ニ於テ人ノ自由ヲ害スル罪トハ個人ノ自由ヲ害スル行爲カ他ノ法益ヲ害スル手段タラサル場合ノミヲ指稱スルモノナリト說ケリ(v Liszt, Lehrb. § 93.)。異說フランク、オルスハウゼン氏等ハ自由ヲ害スル罪ト意思ヲ害スル罪トハ同一ニ非スト謂フニアリテ其根據トスル所ハ自由ヲ害スル罪中ニ意思能力ヲ缺如スル者ニ對シテモ犯シ得ヘキモノアリト謂フニ歸ス(Frank Vorbem, zu 18 abschnitt. Olsh. Vorbem, zu 18 Abschnitt)。

自由ニ對スル罪ヲ以テ人ノ意思若クハ意思活動ノ自由ニ對スル罪ト解スルハ我邦慣用ノ語法ト一致セサルノ嫌ナキヲ保セス。余モ亦當初此點ニ付キ多少ノ疑ヲ懷キタルモノナリ。然レトモ深ク其實質ヲ研究スルトキハ自由ヲ害スルノ行爲ト意思ヲ害スルノ行爲トハ學理上同一ノ意義ヲシテ一層明瞭ナラシメンカ爲メ左ニ款ヲ分テ之ヲ說明セン。

客體

意思ノ決定能力

第一款　客體

意思ノ自由ハ種々ナル體樣ニ依リ之ヲ實現シ得ルモノナリ。吾人カ如何ナル行爲又ハ不行爲ニ出ツヘキヤニ付キ自己ノ意思ヲ決定スルカ如キ、又其決定シタル意思ヲ自己ノ欲スル所ニ從ヒ實行スルカ如キ、又自己ノ權內ニ屬スル事項即チ自己ノ自由處分ニ屬スル事物ニ關シ他人ノ干涉若クハ侵害ヲ禁スル如キハ何レモ人ノ自由意思ノ作用ト謂フヘシ。左ニビンヂング氏(註二)ノ說ク所ニ倣ヒ自由ニ對スル罪ノ客體ヲ列擧シ之ヲ說明スヘシ。

(註二)　ビンヂング氏ノ說明ニ倣ヒタルモ順序其他ニ於テ同一ナラサル所多シ(Binding, Lehrb. 8 ff.)。

一　人ノ意思ノ決定能力　人ノ意思ノ決定能力ハ一般ニ之ヲ侵害スルコトヲ得ヘシ。而シテ之ヲ侵害スルヤ永久的ナルコトアリ。又一時的ナルコ

トアリ。人ヲシテ精神病ヲ發作セシムルカ如キハ前者ノ例ナリ。又催眠術ニ因リ人ヲ睡眠セシメ、又ハ痲睡劑ヲ用ヒテ人ノ精神ヲ痲痺セシムルカ如キハ後者ノ例ナリ。

意思決定ノ自由

二　意思決定ノ自由　意思ノ決定能力ハ毫モ侵害セラルヽコトナキモ而モ意思決定ノ自由ハ侵害セラルヽ場合アリ。例ヘハ自己ノ欲スル所ニ從ヒ意思ヲ決定スル能力アルモ、他人ノ妨害ニ因リ自由ニ此能力ヲ使用スル能ハサル場合ノ如シ。此場合ニ於テハ意思ノ決定能力ハ敢テ缺クル所ナキモ意思決定ノ自由ハ全然滅却セラレタルモノト謂フヘシ。

意思活動ノ能力

三　意思活動ノ能力(Tätigkeit zur Willensbetätigung)　意思決定ノ能力及ヒ意思決定ノ自由ノ共ニ侵害セラレサル場合ト雖モ、尚ホ意思活動ノ侵害セラルヽコトアリ。例ヘハ意思決定ノ能力アリ之ニ從ヒ其欲スルカ如ク意思ヲ決定シ得タルモ、其決定シタル意思ハ他人ニ由リ妨ケラレ其欲スルカ如ク意思ノ活動ヲ爲ス能ハサル場合ノ如シ。又例ヘハ被害者ハ加害者ノ意思

自己ノ權利ニ對シ行ハルヽ意思ニ存スル

ニ從ヒ奴隷的ニ活動スルノミニシテ毫モ自己ノ意思ニ依リ活動スルコトナキ場合ノ如シ。斯ノ如キ場合ニ在リテハ意思活動ノ能力ハ全ク滅却セラレタルモノト謂フヘシ。

四　自己ノ權利ニ存スル事物ニ對シ行ハントスル意思(Willensvermögen)　人ハ自己ノ權内ニ存スル事物ニ對シテ自由ニ之ヲ處置スルノ意思ヲ有スルモノナリ。若シ權利者ニシテ自由ニ之ヲ處置スルノ意ナキニ至リタルトキハ之ヲ抛棄シタルモノト謂フヘシ。而シテ此意思ハ他人カ法律ニ背キ之ヲ妨クルニ由リ侵害セラルヽモノナリ。例ヘハ住居侵害罪、祕密侵害罪ノ如キハ何レモ事物ニ對スル權利者ノ自由意思ヲ害スル行爲ト謂フヘシ。住居ニ付テ言ヘハ權利者如何ニ自己ノ住居ヲ管理スヘキヤニ關シ自由ノ意思ヲ有スルモノナリ。然ルニ他人カ妄ニ其住居ニ侵入シテ住居權ヲ侵害スルカ如キハ住居權者ノ有スル意思ノ自由ヲ害スルモノナリ。即チ權利者ノ意思ニ反スル行爲ヲ爲スモノナリ。祕密侵害ニ付キテモ亦同一ニ

之ヲ論スルヲ得ヘシ。權利者ハ祕密ヲ公ニスルト否トハ其自由意思ニ存スルモノナリ。然ルニ第三者カ妄ニ之ヲ漏洩スルカ如キハ權利者ノ自由意思ヲ害スルモノト謂ハサル可カラス。

意思自由ハ獨立ノ法益

第二款　性質

自由ニ對スル罪トハ人ノ意思ニ對シ侵害ヲ加フル罪ニ外ナラサルコト前述シタルカ如シ。更ニ進テ考フレハ**ビルクマイヤー**氏カ適切ニ説明セルカ如ク『個人ノ法益全圍ハ個人ノ意思ニ依リ貫通セラルヽモノニシテ個人ニ對スル各犯罪ハ個人ノ或種ノ法益ヲ害スルモノニシテ之ト同時ニ個人ノ意思ニ對スル侵害ヲ示スモノナリ』。而シテ人ノ意思ノ自由ハ其侵害ニ對シ獨立ノ保護ヲ與フル必要アルモノナリ。是ニ於テ意思ノ自由ナルモノハ生命、身體、名譽及ヒ財産ト同シク相對立シテ個人ノ法益ノ一ヲ成スモノナリ。獨リ人ノ意思ノ自由ノミヲ侵害シ他ノ法益ヲ侵害スルコトナキノ行爲ハ自由ヲ害スルノ行爲ナリ。自由ナル法益ヲ害スルト同時ニ他ノ法益、例ヘハ生命、身體、財産等ヲ害スルトキハ想像上ノ數罪ヲ生ス(註三)。

(註三) 同樣ナル説明**フオン**、**ビルクマイヤー**氏(v Birkmeyer, Encyklopädie II Aufl.1167.)及ヒ前示(註一)ニ援用シタル所ヲ參照スヘシ。

意思決定能力ヲ侵害スルノ行爲ハ多クハ傷害罪トシテ實現スルモノナリト雖モ之ト同時ニ人ノ意思活動ノ自由ヲ妨害スルモノナリ。例ヘハ人ヲ監禁セントスルニ欲シ、之ニ對シ一定ノ分量ノ痲睡劑ヲ與ヘ一時其精神ヲ痲痺セシメ一定ノ場所ニ留ラシムルハ一時的ノ疾病ヲ發作セシメタルモノナルト同時ニ其意思活動ノ自由ヲ失ハシメタルモノナリ。意思決定ノ自由及ヒ意思活動ノ自由ヲ失ハシムルカ如キハ最モ明瞭ナル自由侵害ノ行爲ナリトス。之ヲ一身上ノ自由ニ對スル罪ト稱スルヲ相當トス。人ノ權内ニ存スル事物ニ對シ行ハントスル意思ノ自由ヲ害スルノ行爲ハ之ヲ他ノ自由ヲ害スル行爲ニ比較スレハ稍ヤ其趣ヲ異ニスト雖モ人ノ自由意思ノ圈内ニ侵入シ之ヲ害スル點ニ至リテハ敢テ異ナル所ナシ。

之ヲ要スルニ自由ニ對スル罪トハ人ノ意思ノ自由若クハ意思活動ノ自由ヲ害スルノ行爲ナリ。而シテ意思ノ自由若クハ意思活動ノ自由ニ對スル侵害ハ例ヘハ他人ノ暴行、脅迫、詭計等ニ因リ本人ノ意思活動ノ自由カ妨ケラルヽコト、即チ侵害者ノ意思ニ依リ被害者ノ意思ノ自由、意思活動ノ自由カ抑壓セラルヽニ依リテ成立スルモノナリ。

第二節　自由ニ對スル罪ノ分類

自由ニ對スル罪ハ之ヲ大別シテ第一、一身上ノ自由ヲ害スル罪、第二、性交ノ自由ヲ害スル罪、第三、法律的平穩ヲ害スル罪ノ三種ト爲スヲ得ヘシ。

一身上ノ自由ヲ害スル罪ハ之ヲ分テ一、逮捕及ヒ監禁ニ關スル罪。二、略取及誘拐ノ罪、三、強要罪ノ三種ト爲スヲ得ヘシ。而シテ逮捕及ヒ監禁ニ關スル罪ハ之ヲ分テ(一)逮捕監禁ノ罪(刑、二二〇條)、(二)逮捕監禁ニ因ル致死罪(刑、二二一條)ノ二種ト爲スヲ得ヘシ。又略取及ヒ誘拐ノ罪ハ之ヲ分テ(一)未成年者ニ對スル略取及ヒ誘拐ノ罪(刑、二二四條)、(二)特定ノ目的ヲ以テスル略取誘拐及ヒ人身賣買ノ罪(刑、二二五、二二六條)、(三)拐取罪ノ事後從犯及ヒ被拐取者及ヒ被賣者ヲ收受スル罪(刑、二二七條)ノ三種ト爲スヲ得ヘシ。

性交ノ自由ヲ害スル罪ハ之ヲ分テ一、強姦罪、二、強制猥褻罪ノ二種ト爲スヲ得ヘシ。而シテ強姦罪ハ之ヲ細別シテ(一)狹義ノ強姦罪(刑、一七七條前段、一七八條)(二)心神喪失者ニ對スル姦淫(刑、一七八條前段)(三)幼者ニ對スル姦淫(刑、一七七條後段)ノ三種ト爲スヲ得ヘシ。又強制猥褻罪ハ之ヲ細別シテ(一)狹義ノ強制猥褻罪(刑、一七六條前段)(二)心神喪失者ニ對スル猥褻罪(刑、一七六條後段)ノ三種ト爲スヲ得ヘシ。(三)幼者ニ對スル猥褻罪(刑、一七八條前段)

法律的平穩ヲ害スル罪ハ之ヲ分テ一、脅迫罪(刑、二二二條)、二、住居ヲ侵スノ罪、三、秘密ヲ侵スノ罪ノ三種ト爲スヲ得ヘシ。而シテ住居ヲ侵ス罪ハ之ヲ細別シテ(一)通常ノ住居侵害罪(刑、一三〇條)(二)特別ノ住居侵害罪(刑、一三一條)ノ二種ト爲スヲ得ヘシ。又秘密ヲ侵ス罪ハ之ヲ細別シテ(一)信書ノ秘密ヲ侵ス罪(刑、一三三條)、(二)陰私漏告罪(刑、一三四條)ノ二種ト爲スヲ得ヘシ。

例ニ依リ以上ノ分類ヲ左ニ表ヲ以テ示サン。

分類表

- 自由ニ對スル罪
  - 一身上ノ自由ヲ害スル罪……
    - 逮捕及ヒ監禁ニ關スル罪
      - 逮捕監禁ノ罪
      - 逮捕監禁ニ因ル致死罪
    - 略取及ヒ誘拐ノ罪……
      - 未成年者ニ對スル略取及ヒ誘拐ノ罪
      - 特定ノ目的ヲ以テスル略取誘拐及ヒ人身賣買ノ罪
    - 強要罪
      - 拐取罪ノ事後從犯及ヒ被拐取者及ヒ被賣者ヲ收受スル罪
  - 性交ノ自由ヲ害スル罪
    - 強姦罪
      - 狹義ノ強姦罪
      - 心神喪失者ニ對スル姦淫
      - 幼者ニ對スル姦淫
    - 強制猥褻罪
      - 狹義ノ強制猥褻罪
      - 心神喪失者ニ對スル猥褻罪
      - 幼者ニ對スル猥褻罪
  - 法律的平穩ヲ害スル罪
    - 脅迫罪
    - 住居ヲ侵ス罪
      - 通常ノ住居侵害罪
      - 特別ノ住居侵害罪
    - 祕密ヲ侵ス罪
      - 信書ノ祕密ヲ侵ス罪
      - 陰私漏告罪

第二章　一身上ノ自由ヲ害スル罪 (Verbrechen gegen die persönliche Freiheit)

第一節　一身上ノ自由ヲ害スル罪ノ觀念

一身上ノ自由ヲ害スル罪トハ意思活動(意思決定ニアラス)ノ自由即行爲ハ自由ヲ害スル所爲ナリ(註四)。此罪ハ獨立シテ犯サルヽコトアリ。又他ノ罪ヲ犯スノ手段トシテ犯サルヽコトアリ。逮捕及ヒ監禁ノ罪ノ如キハ前者ノ例ニシテ、强盜罪ヲ犯スノ手段トシテ一身上ノ自由ヲ侵害スルカ如キハ後者ノ例ナリ。茲ニ論セントスルハ獨立シテ犯サルヽ一身上ノ自由ニ對スル罪ナリトス。左ニ特ニ必要ト認ムル點ニ付キ說明スヘシ

(註四) リスト氏(v. Liszt, 16-17. Aufl. 347.)。

第一款　所爲

意思活動ノ自由ヲ害スルノ所爲ハ之ヲ分テ三ト爲スコトヲ得ヘシ。

一　空間的ニ意思活動ノ自由ヲ侵害スルモノニシテ人ヲシテ其意思ニ反シ或ハ一定ノ方向ニ向ハシメ、或ハ一定ノ方向ニ向ハサラシメ、或ハ一定ノ場所ニ止ラシムルカ如キ是レナリ。例ヘハ人ヲ強制シテ一定ノ方向ニ赴カシメ或ハ人ヲ強制シテ一定ノ方向ニ赴ク能ハサラシメ、或ハ一定ノ場所若クハ房屋内ニ幽閉スルカ如シ。逮捕及ヒ監禁ノ如キハ之ニ屬ス。

意思活動ノ自由ニ對スル害所為ノ種類

二　人ニ對シ特別ニ其身體上又ハ身分上ニ強制力ヲ成立セシメ、以テ人ヲシテ將來自由ナル意思活動ヲ爲ス能ハサラシムルモノナリ。例ヘハ人ヲ奴隷ニ賣却シ、以テ其人ヲシテ將來買主ノ意思ニ服從セシムルカ如シ。略取誘拐及ヒ人身賣買ノ如キハ之ニ屬ス。

三　人ノ行爲又ハ不行爲ニ關シ其意思活動ノ自由ヲ侵害スルモノナリ。例ヘハ人ヲシテ違法ニ且ツ有責ニ一定ノ行爲ヲ爲サシメ又ハ爲サヽラシムルカ如シ。強要ノ如キハ之ニ屬ス。

第二款　手段

意思活動ノ自由ヲ害スル手段ノ三別

意思活動ノ自由ヲ害スル手段ニ三アリ。即チ(一)ハ暴行(二)ハ脅迫(三)ハ詭計是レナリ。

暴行

一　暴行　暴行トハ抵抗ヲ排除スル爲メ使用セラルヽ力ナリ。即チ人ノ意思ニ反シテ或ル事ヲ爲サシメントシ、又ハ爲サヽラシメントスル爲メ使用セラルヽ力ナリ。暴行ハ被害者ソ身體ニ對シ之ヲ施スコトヲ得ヘク、又物件ニ對シ施スコトヲ得ヘシ。被害者ノ身體ニ對シ施スヘキ暴行ハ獨リ腕力ヲ以テスルノミナラス、藥物ノ使用其他種々ナル方法ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ヘシ。例ヘハ被害者ニ藥物ヲ内服セシメ若クハ外用セシメ、以テ其抵抗力ヲ喪失若クハ減縮セシムルカ如キ、又ハ催眠術ヲ施スカ如キ孰レモ自由ヲ害スル行爲ノ手段タル暴行ト謂フヘシ。暴行ハ被害者ニ對シ直接ニ之ヲ爲スヲ得ヘキノミナラス間接ニモ亦之ヲ爲スヲ得ヘシ。例ヘハ盲人ノ案内人ニ對シ暴行ヲ加ヘ依テ以テ盲人ノ自由ヲ害スルカ如キ、又室ノ外部ヨリ錠ヲ卸シテ出入ヲ妨クルカ如キ、又ハ二階ノ梯子段ヲ取リ外シ以テ階

上ノ人ヲシテ降下スル能ハサラシムルカ如シ。

二　脅迫　脅迫トハ人ノ生命、身體、自由、名譽、財産ニ對シ害ヲ加フヘキ旨ノ通知ナリ。茲ニ所謂脅迫トハ之ニ依リ人ヲシテ自由ニ意思活動ヲ爲ス能ハサラシメンカ爲メ、又ハ其意思活動ノ實行ヲ制限センカ爲メ使用セラルヽモノナリ。裁判所ヘノ出訴、檢事局ヘノ告訴、親族ヘノ通知及ヒ新聞ニ投書ヲ爲スヘキ旨ヲ通告スルカ如キハ何レモ脅迫タルヲ得ヘシ。而シテ其加フヘキ害ハ直接又ハ間接ニ脅迫者自身カ加フヘキモノタルヲ要ス。是レ脅迫カ警告若クハ訓誡ト異ナル所以ナリ。而シテ脅迫者ノ加ヘントスル害惡ハ脅迫者ニ於テ之ヲ加フルノ權利アルト否トハ之ヲ問ハス。元來加フルコトヲ得ヘキ害惡ノ通知ト雖モ不適當若クハ不相當サル方法ニ於テ使用セラルヽトキハ不適當ナル通知即チ脅迫ト爲ルモノトス(註五)。

(註五)同説フオン、リスト氏(v. Liszt, 16—17. Aufl. 349.)フランク氏(Frank, zu § 235.)。

三　詭計　詭計ニ依リ人ヲ欺罔シ以テ其意思活動ノ自由ヲ害スルコトヲ得ヘシ。事實ヲ虚構シ又ハ僞造ノ文書ヲ行使シ、以テ人ヲシテ錯誤ニ陷ラシメ、其自由ナル意思活動ヲ制限シ又ハ全然之ヲ妨害スルカ如キ是レナリ。例ヘハ自ラ刑事巡査ナリト詐稱シ豫審判事ノ勾留狀ヲ所持スル旨ヲ以テ欺キ人ヲ逮捕スルカ如キハ、詭計ニ依リテ人ノ一身上ノ自由ヲ害スル一例ナリ。詭計ハ直接ニ之ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス間接ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ。例ヘハ父母其他ノ監護者ヲ欺キテ其監護スル子女ヲ交付セシメ以テ之ヲ誘拐スルカ如シ。

脅迫

詭計

第二節　逮捕及ヒ監禁ニ關スル罪

我刑法ノ規定スル逮捕及ヒ監禁ノ罪ハ分テ一、逮捕及ヒ監禁ノ罪(刑、二二〇條)。二、逮捕又ハ監禁ニ因ル致死傷罪(刑、二二一條)ト爲ス。

第一款　逮捕及ヒ監禁ノ罪

第二百二十條　不法ニ人ヲ逮捕又ハ監禁シタル者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。

逮捕及ヒ監禁トハ違法ニ且ツ有責ニ人ノ意思ノ空間的活動ヲ侵害スルヲ謂フ。學者之ヲ自由剝奪ノ罪（Freiheitsberaubung）ト稱ス。左ニ之ヲ說明スヘシ。

法益及ヒ被害者

第一　逮捕及ヒ監禁罪ノ法益及ヒ被害者

場所ノ移轉ニ付キ意思活動ヲ爲シ得ヘキ自由ハ逮捕監禁罪ニ依リ害セラルヽ法益ニシテ斯ノ如キ意思活動ヲ爲シ得ヘキ能力ヲ有スル者ノ此罪ノ被害者タルヲ得ヘシ。故ニ場所ハ移轉ニ付キ意思活動ヲ爲シ得ヘキ能力ヲ有セサル者ニ對シテハ逮捕監禁罪ハ成立スル餘地ナシ。故ニ例ヘハ嬰兒若クハ全ク意思能力ナキ者ハ此罪ノ被害者タルヲ得サルカ如シ。又斯ノ如キ能力アル者ト雖モ、一時知覺ヲ有セサル迄ニ泥醉シタル者若クハ熟睡シタル者ノ如キハ其泥醉中若クハ熟睡中ニシテ未タ醒覺セサル間ハ逮捕監禁罪ノ客體タルヲ得ス。故ニ熟睡中ニ監禁シ其未タ醒覺セサルニ先チ之ヲ解クトキハ罪ト爲ラス。然レトモ逮捕監禁ノ時カ熟睡中ニ係ルモノト雖モ其逮捕監禁ノ行爲カ繼續シテ醒覺シタル後ニ及フトキハ逮捕監禁罪成立ス（註六）。

（註六）同說フランク氏（Frank, zu § 239）ビンヂング氏モ亦逮捕監禁罪ノ客體ヲ以テ運動セントスル意思ヲ活動セシメ得ヘキ能力又ハ自由ニ居所ヲ定メ得ヘキ能力ナリト解セリ（Binding, Lehrb. 97.95）。

我邦ノ學者モ亦大體ニ於テ前述スル所ト異ナラサルモ所說必スシモ一致セス。一　江木博士曰ク『此犯罪ノ物體ハ住居選定ノ自由ナルヲ以テ此罪ハ啻モ身體ニ對スルモノニ非ス。所謂住居ノ選定トハ自由ニ自己ノ身ヲ置クノ場所ヲ指示スル者ニシテ必スシモ住宅ヲ移ス意ニ非ス。故ニ行止進退ノ自由モ亦自ラ此住居ノ自由中ニ包含スルコト明瞭ナリ』（現行刑法原論二四三頁）ト。二　勝木博士曰ク『逮捕監禁共ニ何レモ去留ノ自由ヲ失ハシムルノ行爲ナリ』（刑法析義下卷一五九頁）ト。三　岡田博士曰ク『逮捕監禁ハ共ニ有形的自由ノ剝奪ナリ』（刑法講義二五四頁）ト。四　小疇學士曰ク『逮捕監禁ト謂フハ共ニ場所ニ關スル人ノ肉體運動ノ自由ヲ一時的タルト永續的タルトヲ問ハス全ク防止スル行爲換言スレハ居所選擇ニ關スル自由ナル意思ノ實行ヲ全ク防止スル行爲ヲ指示スルモノナリ。故ニ其所爲ノ客體タルヘキ人ハ所爲ノ當時ニ於テ自己又ハ他ノ力ニ依テ肉體運動ノ自由能力ヲ有スル者ナラサル可カラス』（日本刑法論各論六五八頁）ト。

被害者ニシテ自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ナルトキハ其刑ヲ加重セラルヘキモノトス。此點ハ殺人罪、傷害致死罪ト同一筆法ニ出テタルモノナリ。

逮捕及ヒ監禁罪ヲ構成スヘキ所爲

第二　逮捕及ヒ監禁罪ヲ構成スヘキ所爲

我刑法第二百二十條ハ一般ニ場所ノ移轉ニ關スル人ノ意思活動ノ自由(空間的意思活動ノ自由)ヲ侵害スル行爲ヲ罰スル規定ナリト解釋スルヲ相當トス。若シ斯ノ如ク解セサルトキハ、我刑法ハ空間的意思活動ヲ侵害スル多數ノ場合ヲ無罪ナリトセサルヲ得サルニ至ラン。而シテ法文ノ所謂逮捕及ヒ監禁ナル文字ハ舊刑法ノ毆打ナル文字カ一般ニ暴行ナル文字ト同一意義ニ解セラレタルト同シク、不法ニ他人ノ空間的活動ノ自由ヲ害スル行爲ヲ以テ逮捕又ハ監禁ナリト解スヘキナリ。

逮捕ノ意義

一　逮捕ノ意義

文字通リニ解釋スレハ逮捕トハ人ノ身體ニ對シ暴力ヲ加ヘ以テ有形的ニ人ノ自由ヲ剝奪スルノ行爲、例ヘハ制縛、引致ノ如キ行爲ノミヲ指稱スルカ如シ。斯ノ如キ筆法ヲ以テ解釋スレハ制縛ハ必スシモ逮捕ト解スル能ハサルヘシ。然レトモ前述ノ理由ニ依リ逮捕トハ必スシモ斯ノ如キ有形的ノ手段ヲ以テ自由ヲ害スル場合ノミニ限ラス、無形的ノ手段例ヘハ脅迫若クハ詭計ヲ以テ自由ヲ害スル場合ヲモ包含スルモノト解釋スルヲ以テ相當トス。例ヘハ偽造ノ拘引狀ヲ示シテ同行ヲ要ムルカ如キ。又ハ同行セサレハ打殺スヘシト脅迫シ以テ同行セシムルカ如キハ共ニ逮捕罪ナリト謂フヲ得ヘシ(註七)。

註七)獨逸刑法第二百三十九條第一項ニハ人ヲ監禁シ又ハ其他ノ方法ヲ以テ一身上ノ自由ヲ奪ヒタル者トアルカ故ニ監禁ハ之ヲ文字通ニ解スルモ敢テ不都合ヲ生スルコトナシト雖モ、我刑法ノ如キ法文ノ下ニアリテハ如上ノ解釋ヲ採ラスシテ徒ニ文字ニ拘泥スルトキハ法文ナシテ殆ト空文タラシムルノ虞アリ。而シテ我邦ノ學者カ逮捕ナル意義ニ付キ説明スル所ヲ見ルニ所説一ニ出テス。一　江木博士ハ『此等ノ所爲ハ必スシモ直接ナルヲ要セス。例ヘハ詐欺ノ令狀ヲ發シテ人ヲ引致シ又ハ脅迫威嚇ヲ以テスルカ如キハ之ヲ間接ニ出テタルモノト謂ハサルヲ得ス』(現行刑法原論二二四頁)ト爲シ、二　岡田博士ハ『逮捕ハ直接ニ身體ノ上ニ物質力ヲ加ヘテ實行スルヲ常トス』(刑法講義二五四頁)ト論シ、三　泉二學士ハ『逮捕ハ身體ニ直接ノ物質力ヲ加フルモノナリ』(日本刑法論七六三頁)ト謂ヒ、四　牧野學士モ亦同説(刑法通義三五三頁)、五　小疇學士ハ『逮捕ト謂フハ監禁以外ノ方法ニ依テ他人ノ居所擇擇ノ自由ヲ全ク防止スル行爲ノ全體ヲ總稱ス。而シテ法律ハ其手段方法ヲ限定セサルカ故ニ體力ニ依ルト無形ノ精神作用ニ依ルト否トハ問フ所ニ非サルナリ』(日本刑法論各論六五七頁)ト論セリ。

監禁ノ意義

二　監禁ノ意義

監禁モ亦之ヲ文字通リニ解スレハ一定ノ室内例ヘハ牢屋

ノ如キ場所ニ拘禁スル行爲ヲ指稱スルカ如シト雖モ、前ト同一ノ理由ニ依リ監禁トハ必スシモ一定ノ區劃内ニ有形的ニ拘禁シ以テ其自由ヲ剝奪スル場合ノミニ限ルモノニ非スシテ、苟モ人ノ空間的意思活動ヲ害スル以上ハ其所爲カ有形的ナルト無形的ナルトヲ問ハス均シク監禁ナリト解スル ヲ相當トス。若シ斯ノ如ク解セサレハ兩足ヲ失ヒタル者ヨリ義足ヲ奪ヒ、又催眠術ヲ以テ運動ヲ禁止シ以テ被害者ヲシテ一歩モ動ク能ハサルニ至ラシメタル行爲ノ如キハ無罪ト爲サヽルヲ得サルニ至ルヘシ（註八）。

（註八）監禁ノ意義ニ付キ本邦ノ學者ノ所說ヲ見ルニ勝本、江木兩博士ハ本書ト同說ナルカ如ク、他ノ諸氏ハ之ヲ異ニスルカ如シ。一　勝本博士曰ク『逮捕監禁共ニ何レモ去留ノ自由ヲ失ハシムル行爲ナリ』（刑法析義下卷一五九頁）ト。二　江木博士曰ク『逮捕監禁ハ住居ノ選定權ヲ廢滅スルノ行爲ヲ謂フ。蓋モ身體ニ對スルモノニ非ス。而シテ茲ニ所謂選定トハ自由ニ自己ノ身ヲ置クノ場所ヲ指示スルモノニシテ住宅ヲ移スノ意ニ非ス。故ニ行止進退ノ自由モ亦此中ニ包含スルコト明瞭ナリ』（現行刑法原論二九一、二九二頁）ト。三　岡田博士曰ク『監禁ハ一種ノ有形的自由ノ剝奪ナリ。但シ監禁ハ一定ノ區劃ノ外ニ出ツル自由ヲ剝奪スルモノニシテ交通遮斷ナリ。要スルニ本罪ハ其方法ノ如何ヲ問ハス被害者ノ自由ヲ剝奪スル以上ハ罪ヲ構成スヘク且ツ作爲ニ依ルト不作爲ニ依ルトハ問ハサルナリ』（刑法講義二五四、二五五頁）ト。四　小疇博士曰ク『監禁トハ閉鎖セラレタル一定ノ場所ハ内ニ拘禁スルコトヲ謂フ。而シテ其手段方法ハ何等ノ制限ヲ設ケサルカ故ニ體力ニ依ルト無形ノ精神的作用ニ依ルトヲ問フ所ニ非ス。又體力ハ被害者ニ對シテ行使スルコトヲ要セス第三者又ハ物ニ對シテ行使スルヲ得ヘシ。無形ノ精神的作用ハ被害者ノ心裡ニ居住選定ノ自由意思　實行ヲ妨害シ又ハ利用スルヲ謂フ』（日本刑法論各論六五七、六八五頁）ト。五　泉二博士曰ク『監禁ハ人ノ行爲ノ自由ヲ剝奪スルモノニシテ一定ノ區劃サレタル場所ヨリ他部ニ出ツルコトヲ得サラシムル方法ナリ。必スシモ物質的障害ヲ以テ手段ト爲スコトヲ要セス』（日本刑法論七六三、七六四頁）ト。六　牧野博士曰ク『逮捕監禁ハ人ノ身體ニ對シ有形ノ自由ヲ剝奪スルコトヲ謂フ。而シテ監禁ハ一定ノ區劃ノ外ニ出ツル能ハサラシムル意味ナリ其方法ノ如何ヲ問ハス』（刑法通義三五三頁）ト。

三　逮捕ト監禁トノ差別

逮捕ト監禁トノ差別　學理上其性質ヨリ言ヘハ逮捕ト監禁トハ其區別ナシ。例ヘハ人アリ街路ニ於テ他人ニ對シ汝ハ此處ヨリ一歩モ動クヲ許サス、背クトキハ擊殺スヘシト裝丸セル短銃ヲ擬シツヽ脅迫シ、以テ繼續シテ其人ノ自由運動ヲ束縛スル所爲ハ之ヲ逮捕トモ解シ得ヘク又監禁トモ解スルヲ得ヘシ。而シテ此兩者ノ間ノ差異ヲ求ムレハ、監禁ハ若干ノ時間ノ繼續スルヲ以テ其性質トスレトモ逮捕ニハ時間ノ繼續ヲ要セサルコト是レナリ。逮捕ノ關係永ク繼續スルニ至ルトキハ逮捕ハ變シテ監禁ト爲ル。要スルニ逮捕ト監禁トハ人ノ自由ヲ害スル點ニ於テハ同一ナルモ其

異ナル所ハ其行爲ノ永久繼續スルヤ否ヤニ在リ。而シテ自由侵害カ如何程繼續スレハ之ヲ逮捕又ハ監禁トスヘキヤハ常識ニ訴テ之ヲ定ムルヨリ外ナシ。而シテ逮捕罪ナルト監禁罪ナルトヲ問ハス元來自由剝奪(Freiheitsberaubung)ノ罪ハ繼續犯(Dauerdelikt)ナリト解スルヲ以テ通說ト爲ス(註九)。

(註九)　此點ニ付キ獨逸ニ於テハ有力ナル反對論ナキモノヽ如シ。フランク氏其他參照(Vergl. Frank. zu § 23 n. II. s. 3)而シテ本邦ノ學者中本書ト同樣ノ見解ヲ採ルハ勝本博士ニシテ全然反對ニ出ツルハ牧野學士ナリ。小疇、泉二ノ兩學士ハ別ニ一種ノ說ヲ樹ツ。一　勝本博士曰ク『逮捕ハ時間ノ觀念ト關係ヲ有セサルモ、監禁ハ時間ノ觀念ト關係ヲ有スルカ故ニ、前者ハ即時犯ニシテ、其時效ハ直ニ流出スルモ、後者ハ繼續犯ニシテ、時效ハ行爲ヲ終リタル時ヨリ流出ス』(刑法析義下卷一五九頁)ト。二　牧野學士曰ク『監禁罪ヲ以テ繼續犯ナリトスル說、即チ人ノ自由ヲ束縛スルノ行爲及ヒ其束縛ヲ解カサルノ行爲ヨリ成立スルモノナリト言フ論アレトモ、余輩ハ本罪ハ即成犯ナリト解シ人ノ自由ヲ束縛スルノ行爲ヲ以テ犯罪ノ終了アルモノト爲ス。而シテ余輩ハ逮捕罪、監禁罪ヲ別異視セス逮捕監禁ヲ合セテ人ノ身體ニ對スル自由ノ束縛ナル一個ノ法律的觀念ヲ爲スモノト解ス故ニ監禁罪ノ時效ハ被害者カ束縛ヲ受ケタル時ヨリ之ヲ起算セサル可ラス』(刑法通義三五三頁)ト。三　小疇、泉二兩學士ハ『逮捕監禁共ニ多少ノ時間ノ繼續ヲ要ス』(日本刑法論各論六六一頁。日本刑法論七六四頁)ト說ケリ。

第三　逮捕及ヒ監禁罪ニ要スル違法且ツ有責

逮捕及ヒ監禁罪ニ要スル違法且ツ有責

逮捕及ヒ監禁ノ行爲ハ不法ニ之ヲ爲スヲ要ス。法律上適法ナル逮捕及ヒ監禁ノ所爲ハ犯罪ヲ構成セス。故ニ例ヘハ父カ懲戒權ノ行使ニ基キ其子ヲ監禁スルカ如キ、又ハ法令ニ基キ精神病者ヲ監置スルカ如キハ何レモ適法ノ行爲ナルヲ以テ法律上罪ト爲ラス。而シテ適法ナル逮捕若クハ監禁モ其必要ナル範圍ヲ超越スルトキハ最早適法ニ非ス(註一〇)。法文ニ不法ニ人ヲ逮捕又ハ監禁ストアルヲ以テ本罪ノ成立ニハ特ニ不法ナルコトヲ要スルカ如キ誤解ヲ招ク嫌ナキニ非サレトモ總テノ犯罪ニ不法ナルコトヲ要スルコトハ之ヲ言フヲ要セス。而シテ不法ナラサル場合ハ之ヲ罪トシテ論スヘキモノニ非サルコトハ第三十五條ノ規定スル所ナリ。

(註一〇)　親權者カ懲戒ノ爲メ其子ヲ制縛監禁シ又ハ毆打シタル場合ニ其行爲ニシテ苟モ法律ニ定ムル必要ノ範圍外ニ逸出スルトキハ刑法第三百二十三條(暴法)ノ犯罪ヲ構成ス(三七年大審院判決錄一二二頁)。

逮捕及ヒ監禁ノ罪ヲ構成スルニハ故意ニ基ク所爲ナルヲ要ス。故ニ過失ニ基ク所爲ハ此罪ヲ構成スルモノニ非ス。故ニ例ヘハ勾留狀ニ指示セラレ

タル人ナリト思料シ、同名異人ヲ逮捕シタル場合ノ如キハ故意ヲ缺クヲ以テ逮捕罪ヲ構成セス。

第二款　逮捕及ヒ監禁ニ因ル致死傷ノ罪

逮捕及ヒ監禁ニ因ル致死傷ノ罪

第二百二十一條　前條(逮捕及ヒ監禁ノ罪)ノ罪ヲ犯シ因テ人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。

逮捕又ハ監禁ニ因リ人ヲ傷害ニ致シ又ハ死亡ニ致ストハ其傷害若クハ死亡カ逮捕又ハ監禁ノ結果トシテ發生シタル場合ヲ謂フモノトス。例ヘハ久シク監禁シタルカ爲メ被害者カ精神病ニ陷リタルカ如キハ監禁ニ因ル傷害ノ例ニシテ、其結果トシテ死亡ヲ來シタルカ如キハ監禁ニ因ル致死ノ例ナリ。

此場合ニ於テハ逮捕又ハ監禁ト致死傷ノ二罪成立スルモノニ非スシテ單ニ逮捕又ハ監禁ニ因ル致死傷ノ一罪成立スルノミ。之ニ反シテ傷害若クハ死亡カ逮捕若クハ監禁ノ結果ニ非サルトキハ論決ヲ異ニセサルヲ得ス。例ヘハ人ヲ逮捕又ハ監禁シタル者其逮捕又ハ監禁ヲ爲スニ當リ毆打制縛等ノ暴行ヲ加ヘタルカ爲メニ被害者カ傷害ヲ受ケ又ハ死亡スルニ至リタルトキハ逮捕若クハ監禁罪及ヒ傷害罪若クハ傷害致死罪ノ二罪ノ併合罪トシテ處斷スヘキモノトス。之ト同シク例ヘハ逮捕又ハ監禁ノ後、毆打拷責シ、又ハ飲食衣服ヲ屏去シ又ハ其他ノ苛酷ノ處置ヲ爲シ之カ爲メ死亡ノ結果ヲ來シタルトキハ逮捕又ハ監禁罪ト傷害致死罪ノ二罪ノ併合罪トシテ處斷スヘキモノニシテ逮捕又ハ監禁ニ因ル致死ノ一罪ヲ以テ論スヘキモノニ非ス。

逮捕又ハ監獄ニ因ル致死傷ト暴行ニ因ル死傷

第三節　略取及ヒ誘拐ノ罪

我刑法ノ規定スル略取及ヒ誘拐ノ罪ハ之ヲ一未成年者ノ略取及ヒ誘拐ノ罪(刑、二二四條)二特定ノ目的ヲ以テスル略取、誘拐若クハ人身賣買又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送スル罪(刑、二二五、二二六條)三拐取罪ノ事後從犯及ヒ被拐取者若クハ被害者ヲ收受スルノ罪(刑、二二七條)四拐取罪ノ未遂犯及ヒ親告罪(刑、二二八、二二九條)ト爲ス。

第一款　略取及ヒ誘拐ノ罪ノ觀念

拐取ノ意義

略取及ヒ誘拐ハ一ニ之ヲ單ニ拐取ト稱ス。拐取トハ一定ノ人ニ對シ有責ニ且ツ違法ニ實力上ノ支配ヲ獲得スルヲ謂フ。即チ他人ヲ有責ニ且ツ自己ノ實力的支配ノ下ニ移スヲ以テ拐取罪ノ性質ト爲ス(註一四)。更ニ之ヲ精密ニ言ヘハ略取トハ暴行又ハ脅迫ニ依リ人ニ對スル實力的支配ヲ獲得スルヲ謂ヒ誘拐トハ詭計又ハ誘惑ニ依リ人ニ對スル實力的支配ヲ獲得スルヲ謂フ。

略取ト誘拐トノ區別

而シテ此兩者ノ區別ハ拐取セラレタル者ノ承諾アリタルヤ否ヤニ依リ之ヲ定ム。若シ被拐取者ノ承諾アリタルトキハ之ヲ誘拐ナリトシ其承諾ナキトキハ略取ナリト解スヘキナリ。夫ノ意思能力ナキ者ニ對シ實力的支配ヲ獲得スル行爲ハ之ヲ誘拐ト稱スルヲ得ヘキカ又ハ略取ト謂フヲ適當トスヘキカノ爭モ亦此區別ニ依リ之ヲ解決スルヲ得ヘシ。意思能力ナシト稱セラルヽ者ニシテ例ヘハ三歳ノ童兒ナルトキハ之ヲ自己ノ實力的支配內ニ移スノ手段トシテ暴行又ハ脅迫ヲ用ヒタルト詭計又ハ誘惑ヲ用ヒタルトヲ問ハス被害者ハ其利害得失ヲ考量スルノ能力欠缺シ從テ承諾ヲ表示スル能力ナキ者ト認メサルヲ得サルヲ以テ之ヲ略取ト爲サヽルヲ得ス。之ニ反シテ稍ヤ生長シタル童兒ニシテ假令知慮淺薄ナリトハ言ヒナカラ稍利害得失ヲ考量スルヲ得ル者ニ對シテハ之ヲ自己ノ實力的支配內ニ移ス手段ニシテ若シ暴行又ハ强迫ナルトキハ之ヲ略取ナリトシ若シ詭計又ハ誘惑ナルトキハ誘拐ナリトスルヲ相當ト思考ス(註一五)

(註一四) フランク氏(Frank, zu § 234, 235, 236.)

(註一五) 略取ノ觀念ニ付キ江木、勝木、岡田ノ三博士ハ『暴行又ハ脅迫ニ由テタル奪取ノ所爲ヲ謂フ』(江木博士現行刑法原論二三三頁、勝木博士刑法析義下卷二〇二頁、岡田博士刑法講義二六二頁)ト爲シ。泉二學士ハ『略取ハ被害者ノ意思ニ依ラスシテ之ヲ自己ノ實力的支配ノ下ニ移ス行爲ニシテ必スシモ暴行又ハ脅迫ヲ用フルコトヲ必要トセス、意思無能力者ニ對シテハ常ニ略取行爲ヲ存スヘシ』(日本刑法論七六八頁)ト爲ス。

略取及ヒ誘拐ノ觀念中ニハ人身賣買ヲモ包含ス。略取誘拐及ヒ人身賣買ハ意思活動ノ自由ヲ束縛スルノミナラス其自由ナル意思決定ヲモ爲ス能ハサラシムルモノナリ。而シテ其所爲ハ略取若クハ誘拐又ハ賣買アリタルト同時ニ完成ス。然レトモ此罪ハ略取誘拐又ハ賣買ノ結果タル被拐取者ニ對

拐取罪及ビ人身賣買ノ罪ハ繼續犯ナリ

各關係者ノ責任

スル實力上ノ支配カ除去セラレサル間ハ繼續スルモノナリ。故ニ此罪ハ所謂繼續犯(Dauerdelikt)ナリ(註一六)。從テ公訴時效ハ繼續犯ノ最終日即チ自由侵害カ除去セラレタル日ヨリ起算スヘキヲ以テ法理ト爲ス。數人カ略取、誘拐又ハ人身賣買ニ關係シタルトキハ各關係者ニ於テ共謀ナキ以上ハ各關係者ハ其自身ノ關係シタル部分ニ對シ責任ヲ有スルニ止マリ他人ノ行爲ニ對シテハ其責任ナシ。例ヘハ甲カ略取シ之ヲ乙ニ賣リ乙ハ之ヲ丙ニ賣リ丙ハ之ニ對シ永ク事實上ノ支配ヲ有シタル場合ニ於テ甲ハ略取及ヒ賣却ニ付キ責ヲ負フヘク乙ハ買求及ヒ賣却ニ付キ責ヲ負フヘク丙ハ買求及ヒ其後ノ繼續シタル自由侵害ニ付キ責ヲ負フヘキカ如シ

(註一六) 民訴フランク氏(Frank, zu § 234, 235, 236.) 獨逸帝國裁判所判決(E 15340)

第二款　未成年者ニ對スル略取及ヒ誘拐ノ罪

第二百二十四條　未成年者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

未成年者ニ對スル拐取罪ノ客體

第一　未成年者ニ對スル拐取罪ノ客體

父母後見人其他監護權ヲ有スル者アル未成年者ト又斯ノ如キ者ナキ未成年者トヲ問ハス共ニ拐取罪ノ客體タルコトヲ得。父母、後見人等ハ未成年者ニ對シ監護、懲戒ノ權利ヲ有ス(民法第八七九乃至第八八三條)ルカ故ニ未成年者ニ父母、後見人等アルトキハ父母、後見人等ハ有スル監護、懲戒ノ權利モ亦此罪ハ規定ニ依リ保護スル法益ナリ。從テ未成年者ニ父母、後見人等アル場合ニ於テハ未成年者ノ承諾アルモ此犯罪ノ成立ヲ妨クルニ足ラス。然レトモ未成年者ノ自由ハ元來本罪ノ法益タルカ故ニ未成年者ハ本罪ノ共犯タルヲ得ス(註一七)

(註一七) 獨逸帝國裁判所判決(E 18,273,24,113)フランク氏(Frank, zu § 235.) 本邦學者中父母、後見人其他ノ監護權ヲ有スル者ナキ未成年者カ本罪ノ客體トナルヤ否ヤニ付キ説明スル所ヲ見ルニ一勝本博士曰ク『假令非實上監督者ノ監督ヲ脫出スト雖モ法律上幼者ハ常ニ監督者ノ監督ニ屬スルモノナルカ故ニ之ヲ略取誘拐スルノ行爲ハ常ニ其監督ヲ犯シタルモノトシテ本罪ヲ構成ス(刑法各論講義五九一頁)ト二岡田博士曰ク『監督者ノ不明ナル浮浪ノ少年ヲ或ル目的ヲ以テ拐取シタル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』(刑法講義二六五頁)ト。

第二　未成年者拐取罪ヲ構成スヘキ所爲

拐取罪ヲ構成スヘキ所爲

未成年者ニシテ父母、後見人アルトキハ未成年者ヲシテ親權者若クハ後見人ノ支配ヨリ脫セシメ以テ自己ノ實力的支配内ニ移スニ依リテ拐取罪成立ス。若シ父母其他監護權ヲ行フ者ナキトキハ未成年者ニ對シ事實上ノ支配ヲ獲得スルヲ以テ足ル(註一八)。拐取罪ハ事實上ノ支配ヲ成立セシムルニアルヲ以テ其支配ニシテ繼續スル限リハ其犯罪ハ繼續スルモノナリ。故ニ此罪ハ繼續犯ナルコト前既ニ說明シタルカ如シ。

(註一八)　我邦ノ學者間ニ於テ未成年者ノ略取又ハ誘拐ノ所爲ハ監督者ノ監督ヲ脫出セシムルヲ以テ足レリトスルヤ或ハ犯人自身ノ勢力ノ下ニ被害者ヲ置クコトヲ必要トスルヤ否ヤニ付テハ學說岐ル。一　江木博士ハ『略取誘拐ノ罪ハ詐欺脅迫若クハ暴行ニ依リ權利ナクシテ幼者ヲ其父母若クハ後見人ヨリ脫出スルノ所爲ヲ謂フ』(現行刑法原論二三二頁)モノトシ。二　勝本博士ハ『不法ニ監督者ノ監督ヲ脫出セシムルノ所爲ナリ』(刑法折衷下卷二〇二頁)ト謂ヒ。三　岡田博士ハ『略取誘拐共ニ被害者ノ現在スル箇所ヨリ他ノ箇所ニ伴行スル行爲ヲ指稱シ距離ノ遠近ヲ問ハス』(刑法講義二六三頁)トシ。四　谷野學士ハ『監督者ノ勢力外ニ遷移セシムル行爲ナリ』(刑法各論講義五六頁)トシ。五　小疇學士ハ『從來ノ監護權者ノ支配ヲ破リテ他ノ支配ノ下ニ移スモノ』(日本刑法論各論六八八頁)ト爲シ。六　牧野學士ハ『人ヲ自己ノ支配内ニ致スノ意ナリ』(刑法通義三五九頁)ト爲シ。七　泉二學士モ『自己ノ實力的支配ニ移ス行爲ナリ』(日本刑法論七六八頁)ト解ス。

拐取罪ノ手段

第三　拐取罪ノ手段

拐取罪ノ手段タル暴行、脅迫若クハ詭計又ハ誘惑ハ必スシモ未成年者ニ對シ之ヲ爲スヲ要セス其父母其他ノ監護權者ニ對シテモ亦之ヲ爲スコトヲ得ハシ(註一九)。

(註一九)　判例ニ曰ク『刑法第三百四十二條(舊)ノ誘拐罪ハ僞計其他人ヲ錯誤ニ陷ラシムルノ手段ヲ以テ十二歲以上二十歲未滿ノ幼者ヲ他ニ伴行シ之ヲ藏匿若クハ他人ニ交付スルニ因リ成立ス。而シテ其手段ハ必スシモ幼者ニ對シテノミ現實之ヲ行ヒタルコトヲ要セス、幼者ヲ監督スル者ニ對シテ之ヲ施シタル場合ト雖モ亦犯罪ヲ構成スルニ妨ナシ』(四一年大審院決判錄七七六頁)ト。

拐取ノ目的

第四　拐取ノ目的

拐取ノ目的ノ如何ヲ問ハス。故ニ純理ヨリ言ヘハ例ヘハ父母ニ虐待セラレ居ル未成年者ノ困厄ヲ救ハンカ爲メ父母ヲ欺キ未成年者ヲ自己ノ監督内

ニ移スカ如キ行爲モ其罪成立スルモノト解セサルヲ得ス。學者或ハ監護者ナキ未成年者ニ對シテ利益ノ爲メニ拐取スル場合ハ罪ト爲ラサルカ如ク論スル者アリト雖モ苟モ拐取罪ヲ構成スヘキ條件ニシテ具備スル以上ハ其目的ノ如何ハ犯罪ノ構成ヲ妨クルモノニ非ス。故ニ例ヘハ何等ノ權限ナクシテ浮浪ノ少年ニ對シ暴行又ハ脅迫若クハ詭計ヲ以テ自己ノ實力上ノ支配關係ヲ設定スルカ如キハ其目的ノ善惡ヲ論セス、犯罪行爲ナリト解セサル可カラス。然レトモ例ヘハ迷兒ヲ收容シテ適當ノ保護ヲ如フルノ行爲ノ罪ト爲ラサルハ其目的ノ佳良ナルカ爲メニ非スシテ其行爲カ元來犯罪ヲ構成スル條件ヲ具備セサルニ基クモノトス(註二〇)。

(註二〇)　一　牧野學士曰ク『監督者ナキ未成年者ニ對シ其利益ノ爲メニ拐取スル場合ニ於テハ監督者ノ監督ヲ害スルノ事實ナク又未成年者ノ利益ヲ害スルノ事實ナキカ故ニ本罪ノ成立ナシト解ス』(刑法通論三五九頁)ト。

二　泉二學士曰ク『監督權ナキ成年者ニ對シテハ本人ノ眞意ニ依ラスシテ自己ノ實力支配關係ヲ設定スルニ因リ拐取罪ヲ構成スルコト疑ヲ容レス。但シ監督者ナキ意思無能力者ヲ適法ニ自己ノ實力內ニ收容シテ保護スルハ拐取罪ニ非サルコト明カナリ』(日本刑法論七七〇頁)ト述フ。

第三款　特定ノ目的ヲ以テスル略取、誘拐、人身賣買及ヒ被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送スルノ罪

此罪ハ(一)營利、猥褻、結婚又ハ帝國外ニ移送スルヲ目的トスル略取又ハ誘拐(刑、二二五條、二二六條一項)(二)帝國外ニ移送スルヲ目的トスル人身賣買(刑、二二六條二項前段)(三)被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送スルノ罪(刑、二二六條二項後段)ノ三ニ區別シテ之ヲ說明スルヲ便トス。

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

第二百二十五條　營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス。

第二百二十六條　帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス。

(第二項省略)。

特別ノ目的ヲ以テスル略取及ヒ誘拐

未成年者ト否トヲ問ハス、又男女ノ別ヲ論セス、本罪ノ客體タルヲ得ヘシ、而シテ本罪ノ成立ニハ營利、猥褻又ハ結婚若クハ帝國外ニ移送スルノ目的ヲ有スルヲ必要トス。故ニ若シ此等ノ目的ヲ有セサルトキハ本罪ヲ構成セス、而シテ苟モ此等ノ目的ヲ有スル以上ハ其目的ヲ達スルト否トハ問フ所ニ非ス。

未成年者ニ非サル者ヲ略取シ又ハ誘拐スルノ行爲ハ之ヲ略取誘拐トシテ罰セサルヲ原則トス。而シテ之ヲ略取誘拐トシテ罰スルハ營利、猥褻、結婚又ハ帝國外ニ移送スル目的ヲ以テスル場合ニ限ルモノトス。從テ未成年者ニ對スルニ非スシテ本項記載以外ノ目的ヲ以テスル略取誘拐ハ第二百二十五條及ヒ第二百二十六條第一項ヲ以テ罰スヘキ限ニ非ス。例ヘハ宗教家カ自己ノ信スル宗教ニ歸依セシメンカ爲メ人ヲ略取スルカ如キ、又ハ大工、左官等ノ親方カ單ニ自己ノ徒弟ト爲サンカ爲メニ人ヲ誘拐スルカ如キ所爲ハ罪ト爲ラス、但シ斯ノ如ク略取又ハ誘拐ヲ罰スル能ハサル場合ニ於テモ其手段トシテ使用シタル暴行、脅迫等カ別ニ犯罪ヲ構成スヘキコトアルハ論ヲ俟タス。

人身賣買

第二項　帝國外ニ移送スル目的ヲ以テスル人身賣買

第二百二十六條（第一項省略）

帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買（又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シ）タル者亦同シ（二年以上ノ有期懲役）。

人身ノ賣却トハ一定ノ人ニ對シ事實上ノ支配ヲ有スル者カ其人ヲ物件視シ他人ニ交付シテ其對價ヲ受領スルヲ謂フ。人身賣買ハ賣主カ被賣者ニ對シ事實上ノ支配ヲ有スルコトヲ條件ト爲ス。若シ賣主カ事實上ノ支配ヲ有セスシテ人ヲ賣却シタル名義ヲ以テ金錢ヲ受領スルカ如キハ詐欺罪ナリトス。而シテ人身賣買ハ斯ノ如キ條件ヲ必要トスルカ故ニ、全然被賣者ノ權利ヲ認メサルモノニシテ其意思ノ自由活動ヲ害スルコト甚シ。人身賣買ハ普通略取又ハ誘拐アリタル場合ニ於テ其結果トシテ行ハルヽコト多シ。然レトモ人身賣買ハ必スシモ略取又ハ誘拐アリタル場合ニ限ルニ非ス。例ヘハ父母カ其子ヲ他人ニ賣却スルカ如シ。

人身賣買ノ罪ノ被害者タルヲ得ヘキ者ハ未成年者タルト成年者タルトヲ問ハス、又男女ノ如何ヲ問ハス。

人身賣買ノ罪ハ被賣者ヲ帝國外ニ移送スル目的ヲ有シタリシコトヲ犯罪構成ノ必要條件トス。此目的ヲ有セサルノ人身賣買ハ第二百二十六條第二項ヲ以テ罰スル限ニ在ラス。此目的ヲ有スル人身賣買ニ干與シタル者ト雖モ其目的ヲ知ラサリシトキハ故意ヲ缺クモノト解スヘシ。

第三項　被拐取者又ハ被賣者ヲ帝國外ニ移送スル行爲

被拐取者又ハ被賣者ヲ帝國外ニ移送スル行爲

第二百二十六條（第一項省略）帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ（人ヲ賣買シ又ハ）被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シタル者亦同シ（二年以上有期懲役）。

行爲者ハ被害者カ被拐取者若クハ被賣者タル情ヲ知ルコトヲ必要トス。拐取者若クハ買主自身之ヲ移送スルトキハ想像上ノ二罪ト爲ルヘシ。何ントナレハ此場合ニ於テ拐取者又ハ買主ハ被拐取者又ハ被賣者ニ對シ既ニ事實上ノ支配ヲ有スルモノニシテ移送ノ如キハ單ニ其支配ノ實行ヲ爲スモノト解シ得ヘケレハナリ。之ニ反シテ若シ賣主カ其支配ヲ買主ニ移シタル後之ヲ移送スルトキハ併合罪ト解スヘキナリ。帝國外ニ移送スルコトヲ知リ其移送ノ行爲ニ干與シタル者ハ悉ク此罪ノ共犯ナリ。

移送ハ一個ノ行爲ヨリ成ルコトアリ又數個ノ行爲ヨリ成ルコトアリ。例ヘハ被拐取者又ハ被賣者タルノ情ヲ知リ車夫カ旅店ヨリ波止場ニ送ルカ如キ、又船夫カ小船ヲ以テ波止場ヨリ本船ニ送ルカ如キ、又船長カ本船ヲ以テ目的地ニ移送スルカ如キ各行爲ハ悉ク之ヲ移送行爲ナリト謂フヲ得ヘシ。移送ハ其性質上若干ノ時間繼續スルヲ以テ繼續犯ナリトス。

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

拐取罪ノ事後從犯ハ第二百二十七條第一項之ヲ規定シ、特定ノ目的ヲ以テスル被拐取者及ヒ被賣者ノ收受ハ第二項之ヲ規定ス。

事後從犯

第一項　拐取罪ノ事後從犯

第二百二十七條　前三條(未成者拐取、特定ノ目的ヲ以テスル拐取、帝國外ニ移送ノ目的ヲ以テスル被拐取者、被賣者ノ移送)ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若クハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス。

(營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス)。

第二百二十七條第一項ハ略取誘拐、人身賣買及ヒ被拐取者又ハ被賣者ヲ帝國外ニ移送スル罪ノ事後從犯ヲ規定シタルモノニシテ普通ノ從犯若クハ正犯ハ本項ノ規定スル所ニ非ス。法文ニ前三條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ云々トアルニ依リ之ヲ知ルヘシ。故ニ拐取又ハ賣買若クハ帝國外ヘ移送ノ行爲ニ加功シ若クハ之ヲ幫助スル爲メ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若クハ藏匿又ハ隱避セシムルノ行爲ヲ爲シタルトキハ、是レ純然タル正犯若クハ從犯ニシテ第六十條又ハ第六十三條及ヒ第六十八條ニ依リ處斷スヘキモノトス。本項ノ規定スル所ハ拐取若クハ賣買又ハ移送カ既ニ成立シタル後第三者カ拐取者又ハ賣買者ヲ幫助スル爲メ被拐取者又ハ被賣買者ヲ一、收受シ二、藏匿シ三、隱避セシムル三行爲ヲ罰スルニ在リ。右三行爲以外ノ幫助ハ本項ヲ以テ之ヲ罰セス。例ヘハ若シ拐取又ハ賣買アリタル拐取者又ハ賣買者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣買者ヲ帝國外ニ移送シ又ハ其目的ヲ以テ他ニ賣ラントスル行爲ヲ幫助スルトキハ本條ノ罪ニ非スシテ第二百二十六條第二項ノ罪ノ從犯ナリ。從テ第六十三條、第六十八條ヲ適用シ本項ヨリ重ク處罰スヘキモノトス。之ト同一理ニ依リ既ニ拐取シタル者又ハ既ニ賣買シタル者ヲ前述ノ三行爲以外ノ行爲ヲ以テ幫助スルカ如キハ別ニ法條ニ明文ナキモノハ之ヲ罰スルコトヲ得ス。

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

第二百二十七條　(第一項省略)

營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ六月以上七

年以下ノ懲役ニ處ス。

拐取又ハ賣買アリタル後拐取者又ハ賣買者ヲ幫助スルノ目的ヲ以テスル收受ハ本項ニ包含セス。本項ハ收受者カ自己ノ爲メニ收受スル場合ヲ規定ス。而シテ自己ノ爲ニスル收受ハ其目的カ營利又ハ猥褻ニ在リタル場合ニ限リ之ヲ罰スヘキモノトス。若シ收受ノ目的カ他ノ目的ニ出ツルトキハ之ヲ罰スヘキモノニ非ス。例ヘハ被拐取者ヲ信徒タラシメンカ爲メ、又ハ自己又ハ他人ノ婚姻ヲ爲サシメンカ爲メニ收受シタルモノナルトキハ、拐取ノ情ヲ知リ收受シタル場合ト雖モ本罪ヲ構成スルコトナシ。自己ノ家族僕婢ト爲サンカ爲メニスル場合モ亦同一ニ解釋シ得ヘシ。

特定ノ目的ヲ以テスル收受

被賣者ノ收受トハ賣買ニ依ル收受ヲ包含セス。何トナレハ人身賣買トハ賣買ト同時ニ被賣者ニ對スル事實上ノ支配ヲ獲得スルモノニシテ被賣者ノ授受ハ賣買ノ觀念中ニ包含セラルヘキモノナレハナリ。故ニ賣買ニ因ル授受ハ賣買ノ結果ト看做スヘキモノナリ。法文ノ所謂收受トハ賣買アリタル賣主又ハ買主ト第三者トノ間ニ授受スルヲ指稱スルモノト解セサルヲ得ス。本項ハ獨リ自己ノ爲メニスル目的ヲ以テ收受スル場合ノミヲ規定スルモノナルカ故ニ、例ヘハ外國ニ移送スル目的ニ出テタル被賣者ヲ其移送ノ目的ヲ達スル手段トシテ收受スルカ如キハ自己ノ爲メニスル收受ニ非スシテ他人ノ移送ニ加功スルモノナリ。故ニ此行爲モ亦本項中ニ包含セス。

外國ニ移送スル目的ニ出テサル人身ノ賣買ハ其目的如何ヲ問ハス之ヲ罰セサルカ故ニ、本項ノ所謂被賣者トハ外國ニ移送ノ目的ヲ以テ賣買セラレタルモノト解セサルヲ得ス、從テ本項ノ被賣者ノ收受トハ外國ニ移送ノ目的ヲ以テ爲サレタル被賣者ヲ自己ノ爲メ收受スルモノヲ謂フト解スルノ外ナシ。

第五款　未遂罪及ヒ親告罪

第二百二十八條　本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

第二百二十九條　第二百二十六條ノ罪、同條ノ罪ヲ幫助スル目的ヲ以テ犯シタル第二百二十七條第一項ノ罪及ヒ此等ノ罪ノ未遂罪ヲ除ク外本章ノ罪ハ營利ノ目的ニ出テサル場合ニ限リ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但被拐取者又ハ被賣者犯人ト

婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無效又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ效ナシ。

第二百二十八條ハ略取、誘拐、人身賣買移送及ヒ此等ノ罪ノ事後從犯竝ニ被拐取者及ヒ被賣者ノ收受ノ未遂罪ハ之ヲ罰スルコトヲ定メ。第二百二十九條ハ略取誘拐等ノ罪ニ關シ告訴ヲ待テ之ヲ論スヘキ場合ト然ラサル場合トヲ定ム。仍テ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキ場合ト否トヲ區別スレハ左ノ如シ。

告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキ場合

第一　告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキ場合

一　營利ノ目的ニ出テサル單純ナル幼者ノ略取及ヒ誘拐ノ罪。

二　營利ノ目的ニ出テサル猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テスル略取及ヒ誘拐ノ罪。

三　營利ノ目的ニ出テサル前二項記載ノ罪ノ事後從犯。

四　營利ノ目的ニ出テサル被拐取者又ハ被賣者ノ收受ノ罪。

五　前四項記載ノ未遂罪

告訴ヲ待タス當然其罪ヲ論スヘキ場合

但シ被拐取者又ハ被賣者カ行爲者ト婚姻シタルトキハ婚姻ノ無效又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴スル能ハス。其裁判ニ依ラスシテ協議ノ離婚ヲ爲シタル場合若クハ婚姻者ノ一方カ死亡シタル場合ハ何人モ告訴ヲ爲ス能ハサルモノヽ如シ(註一八)。

(註一八)　泉二學士曰ク「新刑法第二百二十九條但書ニハ其婚姻ニ付キ無效又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴スルノ權ナシ。從テ協議上ノ離婚後ニ於ケル告訴ハ有效ナリヤ否ヤ、苟モ婚姻ノ解消アリタル後ハ告訴ノ效アリト論スルコトヲ得ルニ似タリト雖モ解釋トシテハ之ヲ否定セサル可カラス」(日本刑法論七七三頁)ト。

第二　告訴ヲ待タス當然其罪ヲ論スヘキ場合

一　帝國外ニ移送スル目的ニ出テタル略取及ヒ誘拐竝ニ人身賣買ノ罪。

二　被拐取者又ハ被賣者ヲ帝國外ニ移送スルノ罪。

三　前二項記載ノ罪ノ事後從犯。

四　營利ノ目的ニ出テタル拐取及ヒ其事後從犯竝ニ被拐取者及ヒ被賣者ノ收受ノ罪。

五　前四項記載ノ未遂罪。

第四節　強要罪

第二百二十三條　生命、身體、自由、名譽若クハ財産ニ對シ害ヲ加フヘキコトヲ以テ脅迫シ又ハ暴行ヲ用ヒ人ヲシテ義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ行フ可キ權利ヲ妨害シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス。

親族ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加フ可キコトヲ以テ脅迫シ人ヲシテ義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ行フ可キ權利ヲ妨害シタル者亦同シ。

前二項ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

強要罪トハ暴行又ハ脅迫ニ因リ人ヲシテ義務ナキ行爲ヲ爲サシメ又ハ行フヘキ權利ヲ妨害スルヲ謂フ。此罪ハ人ノ自由ヲ害スル罪ノ中最モ顯著ナルモノナリ

第一　強要罪ノ法益及ヒ被害者

強要罪ノ法益及ヒ被害者

強要罪ノ法益ハ人ノ意思活動ノ自由ナリ。故ニ強要罪ノ被害者ハ責任能力者ナルト否トハ問フ所ニ非サルモ不完全ニモセヨ意思活動ヲ爲シ得ヘキ者ナラサル可カラス。若シ全然意思活動ヲ爲シ得ヘキ者ニ非サルトキハ強要ノ存スヘキ餘地ナキモノトス。

強要罪ナ構成スヘキ所爲

第二　強要罪ヲ構成スヘキ所爲

人ハ自己ノ意思ニ從ヒ自由ニ活動スルノ權利ヲ有ス。即チ自己ノ欲スル所ニ從ヒ義務ナキ行爲ハ之ヲ行ハサルヲ得ヘク、又自己ノ有スル權利ハ自由ニ之ヲ行使スルヲ得ヘシ。故ニ何人モ理由ナク之ヲ妨害スルコトヲ得ス。

職權行爲、父母ノ監督權若クハ懲戒權又ハ正當防衛ノ如キ權利ニ基ク行爲ニ依リ人ノ意思活動ヲ拘束スルヲ得ヘキ場合アレトモ尚ホ其行爲ハ其權利ノ範圍外ニ涉ルコトヲ許サス。然レトモ若シ之ニ背反シ其權限ヲ濫用シ人ヲシテ義務ナキ行爲ヲ爲サシメ又ハ行フヘキ權利ヲ妨害スルトキハ強要罪成立スルモノトス。

義務ナキ所爲

茲ニ説明ヲ要スルハ法文ノ所謂義務ナキ行爲及ヒ行フヘキ權利トハ如何ナル意義ヲ有スルヤ是レナリ。義務ナキ行爲トハ道德上ニ付テ之ヲ言フニ非ス、シテ法律上義務ナキ行爲ヲ指稱スルモノト解スルヲ相當トス。何トナ

レハ法文ニ單ニ權利若クハ義務ト記セルハ常ニ法律上ノ權利義務ヲ指稱スルヲ以テナリ。若シ純理ヨリ言ヘハ暴行又ハ脅迫ヲ以テ人ヲシテ道德上當然爲スヘキコトヲ強要シタル場合ニ於テモ其犯罪成立スルモノト解セサルヲ得サルカ如シ。行フヘキ權利トハ一般ニ法律上爲シ得ヘキ事項トシテ一個人ハ權能ニ屬スル意思活動ナリ。必スシモ法律ノ明文ニ規定セラレタル權利タルコトヲ要セス。而シテ行フヘキ權利ヲ妨害スルノ所爲ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ。其一ハ被害者ヲシテ其行ヒ得ヘキ行爲ヲ思ヒ止マリ之ヲ爲サヽラシムルモノ即チ被害者ノ意思ニ反シ不行爲(Unterlassung)ヲ強要スルモノ是レナリ。其二ハ被害者ノ欲セサル事項ヲ行爲者カ爲スコトヲ認容セシムルモノニシテ例ヘハ醫師カ研究ノ爲メ患者ヲ脅迫シ手術ヲ受クルコトヲ認容セシムルカ如キ是レナリ。學者之ヲ認容(Duldung)ノ強要ト謂フ。若シ強要者カ被強要者ヲシテ爲サシメ得ヘキ權利アルトキハ之ヲ爲サシムルノ手段トシテ暴行又ハ脅迫ヲ使用スルモ強要罪ヲ以テ論スヘキモノニ非ス。何トナレハ斯ノ如キハ法文ノ所謂義務ナキ行爲ヲ行ハシメタルモノト謂フ能ハサレハナリ(註一九)。之ニ反シテ苟モ強要者ニシテ斯ノ如キ權利ナキトキハ其強要セラルヽ行爲カ犯罪行爲ナルト否トハ問フ所ニ非ス。但シ犯罪行爲ナルトキハ強要ニ依リ教唆罪成立スヘシ。又強要セラルヘキ行爲カ被強要者ノ爲メ利益ナルト否トハ問フ所ニ非ス。

行フヘキ權利

(註一九) 同説ビルクマイヤー氏曰ク『他人ヲシテ一定ノ行爲ヲ爲サシムルコトヲ強ユルノ權利アル者ハ之ヲ強ユル爲メ假令暴行又ハ脅迫ヲ使用スルモ強要罪成立スルモノニ非ス。但シ之カ爲メ其使用シタル暴行又ハ脅迫ニ付キ罪責アルハ別論ナリ』(Birkmeyer, Aufl. 68)ト。之ニ反シテフランク氏其他ノ學者ハ正反對ノ説ヲ主張ス。氏ハ自由ヲ害スル行爲ニ重キヲ置クモノニシテ之ニ由リテ遂ケントスル目的ハ之ヲ重要視セス(Frank, zu § 240. Meyer s. 504)。

法律上不正行爲ヲ爲サヽラシムル爲メニスル強要ハ法文ノ所謂行フヘキ權利ヲ害シタリト言フ能ハサレハ之ヲ無罪ナリト解釋スルヲ相當トス。之ト同一理ニ依リ暴行又ハ脅迫ヲ以テ道德上爲ス可カラサル行爲ヲ爲スヲ禁スル行爲モ同樣ニ解釋シ得ヘシ(註二〇)。斯ノ如ク無罪ナリト解釋シ得ヘキ場

合ニ於テモ其手段タル暴行又ハ脅迫カ別ニ犯罪ヲ構成スルアルハ勿論ナリ。

（註二〇）異説マイヤー氏ハ道德上爲ス可カラサル所爲ヲ爲サヽルコトヲ強要シ又道德上當然爲スヘキコトヲ強要スルハ有罪ナリト論セリ（Meyer, s. 504 ff.）。

強要罪ノ手段

第三　強要罪ノ手段

被強要者若クハ其親族ニ對シ脅迫若クハ暴行ヲ以テ強要スルヲ要ス。脅迫トハ其法理上ノ性質ヨリスレハ敢テ犯罪タルヘキ害惡ヲ加フヘキコトヲ以テスルヲ要セス。我刑法ハ生命、身體、自由、名譽若クハ財産ニ對シテ害ヲ加フヘキコトヲ以テスルヲ脅迫ト規定シ脅迫ノ種類ヲ一定シタルカ故ニ右以外ノ脅迫ニ因ル強要ハ罪ト爲ラス。暴行ノ何タルハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ。之ヲ要スルニ暴行又ハ脅迫ニ因テ被害者ノ意思ヲ決定セシメラレタルトキハ暴行若クハ脅迫ニ因ル強要アリタルモノトス。

第五節　刑罰

第一　逮捕及ヒ監禁罪ノ刑罰

逮捕及ヒ監禁ノ罪ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ該ル。若シ被害者ニシテ自己若クハ配偶者ノ直系尊屬ナルトキハ其刑ヲ加重シテ六月以上七年以下ノ懲役ニ處スヘキモノトス。又逮捕又ハ監禁ニ因ル致死傷ハ傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處斷スヘキモノトス。

第二　略取及ヒ誘拐罪ノ刑罰

未成年者ノ略取及ヒ誘拐罪ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ該ル。略取又ハ誘拐ニシテ營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ニ出ツルトキハ一年以上十年以下ノ懲役、又帝國外ヘ移送スル目的ニ出テタルトキハ二年以上ノ有期懲役ニ處スヘキモノトス。帝國外ヘ移送スル目的ニ出ツル人身賣買ノ罪及ヒ被拐取者又ハ被賣者ヲ帝國外ヘ移送スル罪ハ二年以上ノ有期懲役ニ處スヘキモノナリ。

拐取罪ノ事後從犯ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處スヘキモノニシテ營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受スル罪ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處スヘキモノトス。而シテ略取及ヒ誘拐ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

評論

第三　強要罪ノ刑罰

強要罪ハ三年以下ノ懲役ニ該ル。而シテ強要罪ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

第六節　評論

我刑法カ人ハ一身上ハ自由ヲ害スルコト最モ大ナルヘキ人身賣買ノ罪ヲ獨リ外國ヘ移送スル目的ニ出テタル場合ノミニ限リタルハ聊カ當ヲ失シタルモノニ非サルカ。外國ヘ移送スル目的ニ出ツルニ非サルモ、世間情夫カ情婦ヲ賣リ後見人カ被後見人ヲ賣ル等ノ惡風蠻行ハ之ヲ矯正スルノ必要ナキカ。是レ電ニ善良ナル風俗ヲ維持シ國家ノ體面ヲ保護スルカ爲メ必要ナルノミナラス、人身ノ自由ヲ尊重スヘシトノ法理ハ之カ矯正ヲ命スルモノニシテ實際上ノ弊害ハ益々其必要ヲ證明スルニ非ソヤ。

第三章　性交ノ自由ニ對スル罪

第一節　性交ノ自由ニ對スル罪ノ觀念

性交ノ自由ニ對スル罪ノ觀念

性交ノ自由ニ對スル罪ハ刑法第二十二章ノ猥褻、姦淫及ヒ重婚ニ關スル罪ノ一部ニ該當シ、而シテ舊刑法ニ於テハ之ヲ風俗ヲ害スル罪ノ一ト爲シタリ。此兩刑法ノ分類ハ共ニ學理上其當ヲ得タルモノニ非ス。

元來人ハ自己ノ意思ニ依リテ活動スルノ自由ヲ有スルモノナリ。男女ノ交際即チ性交ニ關シテモ亦然リ。此自由ニシテ侵害セラルヽトキハ爰ニ性交ノ自由ヲ侵害スル犯罪成立スルモノトス。

男女ノ交際

抑男女ノ交際夫レ自身ハ風俗ヲ害スル罪ニ非ス。又猥褻ノ所業ト謂フコト能ハス。若シ男女ノ交際其モノヲ以テ、姦淫若クハ猥褻ト謂フコトヲ得ハ即チ世間ノ夫婦ハ總テ姦淫罪若クハ猥褻罪ヲ犯シツヽアルモノト爲ルヘシ。豈如斯道理アランヤ。

學理的ニ論究スルトキハ前述舊刑法並ニ現行刑法ハ規定ハ二個ハ相同シカラサル法益ニ對スル罪ヲ規定シタルモノナリ。一面ニ於テ性交ノ自由ナル法益ニ對スル罪ヲ定メ、他ノ一面ニ於テ社會ノ風俗ニ對スル罪ヲ定ム。前

者ハ一私人ノ法益ヲ害スル罪ニシテ後者ハ社會ノ法益ヲ害スル罪ナリ。性交ノ自由ニ對スル罪ハ一私人ノ承諾ニ出ツルトキハ犯罪成立セス。之ニ反シテ社會ノ風俗ニ對スル罪ハ其目的公共ノ利益ヲ保護スルニ在ルカ故ニ一私人ノ承諾ノ有無ハ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホサス。斯ノ如ク兩者ヲ區別スルノ實益存スルカ故ニ我刑法ニ於テ之ヲ同一章中ニ規定セルニ拘ハラス以上ノ學理的分類ニ從テ之ヲ攻究スルヲ以テ相當ト信ス。

性交ノ自由ヲ害ストハ被害者ニ對シ其意思ニ反シ姦淫又ハ猥褻ノ行爲ヲ行フヲ謂フ。更ニ之ヲ具體的ニ說明スレハ、或ハ被害者ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ以テ其身體ニ對シ姦淫又ハ猥褻ノ行爲ヲ行フコトヲ肯セシメ、又ハ忍容セシメ、或ハ被害者ノ心神喪失又ハ抗拒不能ナルニ乘シ、或ハ被害者カ未タ十三歲ニ滿タサルニ乘シ、其身體ニ對シ姦淫又ハ猥褻ノ行爲ヲ爲スヲ謂フ。性交ノ自由ニ關スル行爲ハ之ヲ分テ(一)强制力ニ依ル姦淫即チ强姦(二)强制力ニ依ル猥褻即チ强制猥褻(三)强姦及ヒ强制猥褻ニ準スル行爲ノ三ト爲スコトヲ得。

性交ノ自由ヲ害スル行爲ハ總テ淫事ニ關スル行爲ナリ。而シテ强姦及ヒ强制猥褻ハ暴行若クハ脅迫ニ因ル姦淫若クハ猥褻ノ所爲ニシテ準强姦及ヒ準强制猥褻ハ其性質强姦及ヒ强制猥褻ニ準スヘキモノナリ。故ニ性交ノ自由ニ對スル罪ヲ總稱シテ猥褻ノ强要又ハ强制猥褻(Die Nötigung zur Unzucht)ナリト說明スルヲ得(註二一)。

(註二一) フオン、リスト氏(v. Liszt. 16-17 Aufl. § 105.)

我刑法中性交ノ自由ヲ害スル罪ニ關スル規定ハ大別シテ(一)强姦(刑、一七七、一七八條)(二)强制猥褻(刑、一七六、一七八條)(三)未遂罪及ヒ親告罪ニ關スル規定(刑、一七九、一八〇條)(四)强姦若クハ强制猥褻ニ因ル死傷(刑、一八一條ノ四ト爲スコトヲ得。强姦ハ之ヲ細別シテ(一)狹義ノ强姦(刑、一七七條前段、一七八條)(二)心神喪失者ニ對スル姦淫(刑、一七八條前段)(三)少女ニ對スル姦淫(刑、一七七條後段)ノ三ト爲スコトヲ得。强制猥褻モ亦之ヲ細分シテ(一)狹義ノ强制猥褻(刑、一七六條前段)(二)心神喪失者ニ對スル猥褻(刑、一七八條前段)(三)幼者ニ對スル猥褻(刑、一

七六條後段)ノ三ト爲スコトヲ得。

第二節　強姦罪

第一款　狹義ノ強姦罪

第百七十七條　暴行又ハ脅迫ヲ以テ十三歳以上ノ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト爲シ二年以上ノ有期懲役ニ處ス十三歳ニ滿タサル婦女ヲ姦淫シタル者亦同シ。

第百七十八條　人ノ心神喪失若クハ抗拒不能ニ乘シ又ハ之ヲシテ心神ヲ喪失セシメ若クハ抗拒不能ナラシメ(罪數ノ行爲ヲ爲シ又ハ)姦淫シタル者ハ前二條ノ例ニ同シ

狹義ノ強姦即チ正當ノ意義ニ於ケル強姦トハ暴行又ハ脅迫ヲ以テ婦女ヲ姦淫スルノ行爲ヲ謂フ。換言スレハ暴行又ハ脅迫ヲ以テ手段ト爲シ婦女ニ對シ婚姻外ノ性交ヲ爲スヲ謂フ。而シテ心神喪失者若クハ少女ニ對スル姦淫ノ如キハ之ニ準スルモノナリ。

第一　強姦罪ノ客體

強姦罪ノ客體

強姦罪ノ客體ハ婦女タルコトヲ要ス。夫婦間ニ於テ夫カ妻ノ意ニ反シ暴行又ハ脅迫ヲ以テ姦淫スルハ行爲ハ強姦罪ヲ成立セシムルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリト雖モ此場合ニ於テハ強姦罪成立セストノ說ヲ以テ通說トナス。元來性交ノ自由ハ一個人ノ權利ニシテ特定人ニ對シ一時的若クハ永久的ニ承諾上其自由ヲ制限若クハ拋棄スルヲ得ルモノナリ。一時ノ私通ノ如キハ前者ニ屬シ夫婦間ノ性交ノ如キハ後者ニ屬ス。一時ノ承諾ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ。從テ承諾ノ取消アリタル後ハ初メヨリ承諾ナカリシ場合ト選フ所ナシ。之ニ反シテ夫婦關係ノ如ク永久的ニ身分關係ニ變更ヲ生セシメタル場合ニ於テハ此關係ノ消滅セサル限リハ性交ノ自由ニ對スル制限ハ之ヲ排除スル能ハサルモノトス。尤モ夫ハ其妻ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ加フルノ權利ナキカ故ニ夫カ妻ノ意ニ反シテ性交ヲ遂ケントスル場合ニ於テ暴行又ハ脅迫ヲ用ヒタルトキハ強姦罪トシテ罰セラルヽコトナキモ暴行又ハ脅迫ノ點ニ付キ所罰ヲ免レス。又斯ル行爲ニ因リ妻ノ身體ニ

傷害ヲ生スルニ至ラシメタル場合亦同シ(註二二)。被害者ニシテ婦女タル以上ハ老幼ノ別ヲ問ハスト雖モ若シ十三歳以下ノ少女ナルトキハ強姦ノ手段トシテ暴行又ハ脅迫アルコトヲ必要トセス。

(註二二) **リスト**氏ハ夫婦間ニ於テハ強姦罪成立セス。而シテ之カ爲メ暴行又ハ脅迫ヲ使用シタルトキハ強要罪成立スト論セリ(v. Liszt 16—17 Aufl. S 115.)。然レトモ此説明ハ誤レリ。若シ暴行又ハ脅迫ニ依リ妻ノ抵抗力ヲ全然排除シタル場合ニ於テハ強要罪ノ觀念ヲ認ムヘキ餘地ナシ。而シテ暴行又ハ脅迫ニ依リ妻ヲシテ姦淫ヲ承諾セシメ又ハ之ヲ忍容セシメタル場合ニ於テ強要ノ觀念ヲ認ムルノ餘地ナキニ非サレトモ、夫ハ妻ヲシテ性交ヲ承諾セシメ又ハ忍容セシメ得ヘキモノナレハ強要罪ヲ成立セシムル能ハサルモノトス(本款第三ノ二及ヒ本論第二章第四節第二參照)。

尙ホ本邦ノ學者間ニ於テ此點ニ關スル所説一致セス。一　江木博士曰ク『夫婦ノ間ニ於テハ法律上常ニ任意ノ承諾アルモノニテ離婚スルニ非サレハ此承諾ヲ取消スコトヲ得ス故ニ強姦スルコトヲ得ス(現行刑法原論一七二頁)』ト。二　小疇學士曰ク『夫モ強姦罪ノ主體トシテ責任ヲ負フコトアリ得ヘキナリ。何トナレハ夫カ婚姻ニ依テ取得スル所ノ權利ハ敢テ絶對無限ニ非ス。換言スレハ少クトモ野蠻ナル交接ニ付テハ妻ハ夫ニ對シテ之ヲ拒ムコトヲ得ヘク、從テ一定ノ範圍ヲ超エテ權利ヲ濫用シタル夫ノ行爲ハ不法行爲タルヘク日法文ニハ夫婦外ノ交接ト限定セサルカ故ニ、若シ其交接カ暴行脅迫ノ手段ニ依リタルトキハ強姦罪ヲ以テ論シ得ヘキモノト謂ハサル可カラス。之ト同一理由ニ依リ夫カ其妻ニ對シテ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ付テモ若シ其行爲カ暴行脅迫ニ出テタル夫權ノ濫用ト認メ得ヘキトキハ猥褻罪ヲ構成スルモノト謂ハサル可カラス』(日本刑法論各論七〇五頁)ト。

強姦罪ノ主體

第二　強姦罪ノ主體

強姦罪ノ主體ハ普通男子トス。然レトモ女子ト雖モ或ハ單獨ニ或ハ男子ト共犯者トシテ強姦罪ノ主體トナル能ハサルニ非ス(註二三)。例ヘハ婦女カ精神病者ヲ使用シテ他ノ婦女ヲ強姦セシメタル場合ノ如キハ精神病者ハ心神喪失者トシテ刑法上責任ナク、之ニ反シテ婦女ハ責任能力ナキ心神喪失者ヲ使用シテ強姦ヲ爲サシメタルモノナレハ間接正犯ナリトス。是レ婦女カ單獨ニ強姦罪ヲ犯ス場合ノ例ナリ。婦女カ暴行又ハ脅迫ヲ以テ他ノ婦女ノ抵抗力ヲ排除シ男子ヲシテ之ヲ姦淫セシムルカ如キ、又ハ婦女ハ男子ノ強姦タル行爲ノ實行ニ關與スル場合ノ如キハ婦女カ男子ノ共犯トシテ強姦罪ヲ犯スノ例ナリ。

(註二三) 此點ニ付キ小疇學士ハ説明シテ曰ク『女子カ強姦罪ノ正犯トシテ處罰セラルヽヤ否ヤニ付テハ異論ナキニ非サレトモ強姦罪ハ强制ヲ用ヒ又ハ之ニ準シタル方法ニ依テ婦人ノ交接ニ關スル自由ヲ侵害スル行爲ニシテ苟モ此結果ニ付キ原因ヲ與ヘタルトキハ男子タルト女子タルトヲ問ハス本罪ノ正犯トシテ處罰スルニ缺クル所ナ

シ。而シテ單獨正犯タルコトヲ得ル場合ハ　一　犯罪無責任者ヲ利用シタルトキ　二　男子ヲ强制シテ婦女ヲ强姦セシメタル場合　三　强姦ノ事實ヲ知ラサル男子ヲ利用シタルトキノ三ナリトス』(日本刑法論各論七〇七乃至七〇九頁)』ト。

第三　强姦罪ヲ構成スヘキ行爲

强姦罪ハ男子カ暴行脅迫ヲ使用シ婦女ヲ姦淫スルニ因テ成立ス。左ニ强姦罪ヲ構成スヘキ所爲ノ要件ニ付キ説明スヘシ。

强姦罪ヲ構成スヘキ所爲

一　强姦罪ハ男子カ婦女ヲ姦淫スルヲ要ス。而シテ姦淫トハ異性間ノ性交ヲ指稱シ同性間ノ交際ハ之ヲ猥褻ノ行爲ト謂フヲ得ルモ姦淫ト謂フコト能ハス。姦淫ノ既遂、未遂ヲ區別スル標準ハ陽物カ陰腔内ニ挿入シタルヤ否ヤニ在リ既ニ淫欲ヲ遂ケタルヤ否ヤハ之ヲ問フコトヲ要セス(註二四)。蓋シ强姦罪ハ婦女ノ意ニ反シテ其性交ノ自由ヲ害スルノ行爲ニ外ナラサレハ既ニ陰陽兩具カ相接合シタル以上ハ婦女ノ性交ノ自由ハ全然妨ケラレタリト謂フヲ得ヘケレハナリ。是レ恰モ竊盜ノ場合ニ於テ行爲者カ所有者ノ權利ヲ害シ財物ヲ領得シタル以上ハ行爲者カ之ニ因リ達セントスル目的ヲ達セサル場合ト雖モ竊盜ノ既遂ト爲スト其理ヲ同ウス。

(註二四)　同説フオン、リスト氏(v. Liszt, 16—17 Aufl. § 105.)　フランク氏(Frank, zu § 73.)。尚ホ本邦ニ於ケル學者中江木博士(現行刑法原論二三六頁)。小畸學士(日本刑法論各論七〇四頁)。泉二學士(日本刑法論七一三頁)ハ同説ニ屬シ。勝木博士ハ反對説ヲ採レリ。同博士曰ク『姦淫ハ交接即チ情慾ヲ充タスコトヲ意味スルモノト信スルカ故ニ犯人カ其情慾ヲ遂ケタル時ヲ以テ强姦罪ノ既遂時期ト爲スヘシ。故ニ强姦罪ノ既遂ナリト謂ハント欲セハ常ニ犯人カ情慾ヲ遂ケタルコトヲ證明セサル可カラス』(刑法析義下卷二二一頁)ト。

强姦ニハ三個ノ場合アリ

二　姦淫ハ暴行、脅迫ニ因リ之ヲ行フコトヲ要ス。暴行若クハ脅迫ハ。一、婦女ノ抵抗力ヲ全然排除スルコトアリ。二、之ニ因テ婦女ニ義務ナキコトヲ行ハシムルコトアリ。三、之ニ因テ婦女ノ行フヘキ權利ヲ害スルコトアリ。法律ニ暴行又ハ脅迫ヲ以テ婦女ヲ姦淫ストハ暴行又ハ脅迫ニ基ク右三個ノ結果ヲ利用シ婦女ヲ姦淫スルヲ謂フ。故ニ强姦ニハ左ノ三個ノ場合アリ

一　暴行又ハ脅迫ニ因リ婦女ノ抵抗力ヲ排除シ之ヲ姦淫スル場合。此場合ニ於テハ婦女ニハ何等意思活動ヲ爲スノ餘地ヲ存セス。

二　暴行又ハ脅迫ニ依リ婦女ヲシテ姦淫ヲ承諾セシメ之ヲ爲ス場合。

三　暴行又ハ脅迫ニ依リ婦女ヲシテ姦淫ヲ承諾セシムルニ至ラサルモ行爲者カ爲ス姦淫行爲ヲ忍容セシムル場合。

一ノ場合ニ在リテハ行爲者ハ婦女ヲ以テ恰モ物件視シ之ヲ姦淫ノ用ニ供シタルモノニシテ婦女ニハ何等意思活動ヲ爲スノ餘地ヲ存セス。之ニ反シテ二及ヒ三ノ場合ニ在リテハ婦女ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ以テ姦淫ヲ强要シタルモノナレハ婦女ノ意思活動ノ自由ハ全然剝奪セラレタリト謂フ能ハサレトモ暴行又ハ脅迫ニ依リ侵害セラレタルモノナリ(註二五)。

(註二五)　此點ニ關シ一江木博士曰ク『强姦罪ハ必ス暴行脅迫ノ手段アルコトヲ要ス。然レトモ此手段ニシテ存在スルトキハ必スシモ婦女ノ承諾ナキモノニ非ス。就中强迫ノ如キハ概ネ承諾アルヘキモノタルハ明カナル所ニシテ、强姦罪ハ唯婦女ニ任意ノ承諾ナキモノニ過キサルナリ。愚者往々暴行ニ係ル場合ノミヲ想像シ强姦罪ヲ構成スルニハ婦女ニシテ引續キ間斷ナキ抗拒ヲ試ミタルコト又ハ犯者ハ婦女トノ力量ニ重大ノ差等アルコトヲ要ストスルモノナキニ非サレトモ是レ概ネ强迫ニ係ル場合ヲ看過シタル謬說ナリ』(現行刑法原論一七三頁)ト。二勝本博士曰ク『姦淫ノ手段トシテ玆ニ暴行脅迫ノ行爲アリタルコト明カナレハ假令姦淫行爲執行ノ中間ニ於テ被害者カ之ヲ甘受シタルカ如キ姿態ヲ呈スルモ多クノ場合ニ於テハ單純ナル物理上ノ現象トシテ犯罪ノ既遂タルニ影響ヲ及ホサヽルノミナラス假令被害者カ中途之ヲ甘受スルモ其時迄ハ强姦ノ行爲トシテ未遂犯タルヘシ』然レトモ强姦ハ暴行ノミナラス脅迫ニ依リテモ行ハル、カ故ニ普通脅迫罪ト同シク其當時ノ狀況加害者及ヒ被害者ノ年齡、位地　强弱等ヲ斟酌シ以テ果シテ犯人カ被害者ヲ恐怖セシメ以テ其意思ノ自由ヲ失ハシム・キ行爲ヲ爲シタルヤ否ヤヲ觀察スルコトヲ要ス。彼ノ强盜カ婦女ヲ姦淫シタル如キ場合ニ於テハ姦淫ノ爲メ特ニ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘサルモ盜ヲ爲ス爲メノ暴行脅迫其モノカ業ニ既ニ婦女ノ自由ヲ剝奪シテ餘リアルモノナルカ故ニ多クノ場合ニ於テ强姦タルヘシ』(刑法析義下卷二二〇乃至二二二頁)。三　クレニ曰ク『數人順次ニ一ノ婦女ヲ强姦セントト企テ最初ノ姦淫者カ姦淫ノ際加ヘタル暴力ノ結果ヲ利用シ他ノ者ニ於テ更ニ暴力ヲ加フルコトナク順次姦淫シタル場合、後ノ所爲モ亦强姦罪ヲ構成スルモノトス』(四〇年大審院判決錄五一三頁)ト。

强姦未遂罪ト强姦既遂罪トノ區別

强姦未遂ナル場合ニ於テ强制猥褻ノ既遂成立スルト言フカ如キ議論ナキニ非ス(註二六)ト雖モ是レ誤レリ。强姦未遂ノ場合ニ於テハ强姦未遂罪成立スヘキモノニシテ强制猥褻罪ノ既遂成立スルト言フカ如キ議論ナキニ非ス。尤モ强制猥褻罪ト强姦未遂罪トハ其外形ノ事實ヲ同ウスルモノアレトモ、兩者ニ存スル區別ハ前者ハ姦淫ヲ爲スノ意思アルニ反シ、後者ハ姦淫ヲ爲スノ意思ナク、單ニ猥褻ノ行爲ヲ爲スノ意思アルニ止ル點ニ在リ。

(註二六)　獨逸帝國裁判所判示(E.18,135)フオン、リスト氏等ハ强姦ニ着手シタル後中止シタルトキハ强制猥褻罪

ノ既遂成立スル如ク論セリ(Liszt, 16-17. Aufl. § 105.)。尙ホ勝本博士ハ此點ニ付キ説明シテ曰ク『本罪ト猥褻罪トハ竊盜罪ト家宅侵入罪トノ關係ノ如ク多少相類スルカ如キモノアルモ其間確然タル標界アリ。即チ本罪ハ竊盜罪ニ於テ其構成ニ財物竊取ノ意思アルコトヲ要スルト同時ニ此意思アルトキハ單ニ家宅ニ入ルモ竊盜未遂罪ニシテ家宅侵入罪ニ非サルカ如シ云々』(刑法析義下卷二一八頁)ト。

第四　強姦罪ノ手段

強姦罪ノ手段ハ暴行又ハ脅迫ナリ。茲ニ所謂暴行トハ之ニ因テ婦女ノ抵抗力ヲ排除シ姦淫ヲ行ハシメ又ハ姦淫ヲ忍容セシムル爲メ使用セラルヽモノナレハ婦女ニ對シ之ヲ爲スヲ要ス(註二七)。暴行ハ前既ニ説明シタルカ如ク獨リ腕力ノミニ限ラス苟モ人ニ對スル攻擊タル以上ハ悉ク強姦ノ手段タル暴行タルヲ得ヘシ。例ヘハ腕力ヲ用ヒ婦女ノ抵抗力ヲ排除スルカ如キ場合ハ勿論或ハ藥酒ヲ使用シ或ハ催眠術ヲ行ヒ以テ婦女ハ心神ヲ喪失セシメ若クハ抵抗不能ナラシムルカ如キ場合モ亦同シ。親戚若クハ親友ニ對スル暴行又ハ物件ニ對スル暴行ハ之ニ因リテ婦女ノ恐怖心ヲ生セシメ其自由意思ヲ害スルニ至リタルトキハ脅迫ノ手段ナリト解釋スルヲ得ヘシト雖モ強姦

強姦罪ノ手段

暴行

ノ手段タル暴行ナリト謂フ能ハス。我刑法第百七十八條ニ人ノ抵抗不能ニ乘シ又ハ之ヲシテ心神ヲ喪失セシメ若クハ抵抗不能ナラシメ姦淫ストハ暴行ヲ以テ姦淫シタルモノト解スルヲ得ルヲ以テ第百七十七條ノ「暴行ヲ以テ婦女ヲ姦淫シタル文字」中ニ包含スト謂フヲ得ヘシ從テ第百七十八條ノ如上ノ文字ハ贅文ト解スルノ外ナキカ如シ。

(註二七)　同説フオン、リスト氏(v. Liszt, 16-17. Aufl. § 105.)

脅迫モ亦被害者タル婦女ニ對シ爲サルヽモノタルヲ要ス。脅迫ハ行爲ノ眞意ニ出ツルヲ要セス。行爲者カ戲ニ爲シタル脅迫ト雖モ婦女カ之ヲ眞意ニ出テタルモノト解シ畏怖シタルトキハ則チ脅迫アリタルモノトス(第四章第二節第三參照)。而シテ行爲者カ此事情ヲ知リ之ヲ利用シ姦淫ヲ遂ケタルトキハ最初ヨリ眞意ヲ以テ脅迫シタル場合ト擇ム所ナシトス。

詭計モ亦性交ノ自由ヲ害スルノ手段トシテ之ヲ使用スルヲ得ヘシ。例ヘハ婦女ニ對シ婚姻ヲ爲スヘシト佯リ又ハ夫婦間ノ同衾ナリト思惟セシムヘ

脅迫

詭計

キ錯誤ニ陷ラシメ又ハ婦女カ斯ノ如キ錯誤ニ陷リ居ルヲ利用シ之ヲ姦淫スルカ如シ(獨、刑、一七九條)。斯ノ如キ場合ニ於テハ性交ノ自由ヲ害スル點ヨリ考察スルトキハ暴行又ハ脅迫ニ因ル場合ト毫モ異ルコトナシ。然レトモ我刑法ハ斯ノ如キ行爲ヲ罰スルノ法文ヲ缺如ス。

心神喪失者ニ對スル姦淫罪

第二款　心神喪失者ニ對スル姦淫罪

第百七十八條　人ノ心神喪失(若クハ抗拒不能)ニ乘シ(又ハ之ナシテ心神ヲ喪失セシメ若クハ抗拒不能ナラシメテ猥褻ノ行爲ヲ爲シ又ハ)姦淫シタル者ハ前二條ノ例ニ同シ。

我刑法ハ人ノ心神喪失ニ乘シテ之ヲ姦淫シタル者ハ強姦罪ニ準シ之ヲ所罰ス。

此罪ヲ構成スヘキ所爲ニ關シテハ前段強姦罪ニ付キ述ヘタル所ト毫モ異ル所ナシ。其之ト異ル所ハ客體及ヒ手段ノ點ニ在リ。

此罪ノ被害者カ婦女タルコト及ヒ行爲者ノ妻ニ非サルコトハ強姦罪ト異ル所ナシ。然レトモ其異ル所ハ強姦罪ノ場合ニ於テハ意思活動ノ能力アル婦女タルコトヲ要スレトモ此罪ニ在リテハ心神喪失ノ婦女タルコトヲ要ス。

少女ニ對スル姦淫罪

心神ノ喪失シタル婦女タルカ故ニ之ヲ姦淫スルニ當リ暴行又ハ脅迫ヲ爲スノ要ナシ。行爲者カ心神喪失ノ婦女タルコトヲ知テ之ヲ姦淫スルトキハ此罪成立スルモノトス。此場合ニ於テハ婦女ノ承諾ナキニ拘ラス之ヲ辱カシムルモノナレハ婦女ノ權利ヲ害スル點ニ至リテハ強姦ノ場合ト軒輊スル所ナシ。是レ法律カ強姦ノ例ニ倣ヒ處罰スル所以ナラムカ。行爲者ニシテ婦女ヲシテ心神ヲ喪失セシメ以テ之ヲ姦淫スル如キハ暴行ニ依リ婦女ノ抵抗力ヲ排除シ姦淫ヲ遂クルモノニシテ純然タル強姦罪ナリ。

第三款　少女ニ對スル姦淫罪

第百七十九條　(暴行又ハ脅迫ヲ以テ十三歳以上ノ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト爲シ二年以上ノ有期懲役ニ處ス)十三歳ニ滿タサル婦女ヲ姦淫シタル者亦同シ。

少女ヲ姦淫スルノ行爲ハ各國共ニ犯罪ト認ムル所ナリ。我刑法モ亦十三歳以下ノ少女ヲ姦淫スルノ行爲ヲ以テ强姦罪ニ準シ之ヲ處罰ス。是レ一ニハ十三歳以下ノ小女ニ在リテハ淫事ニ關シ完全ナル承諾ヲ與フルノ理ナシト認メタルニ因ルナルヘク、又一ニハ斯ノ如キ少女ヲ姦淫スルカ如キ行爲ハ少女ノ身體ノ發達ヲ妨ケ且ツ其道德上ノ腐敗ヲ招ク危險アルヲ以テナルヘシ。故ニ少女姦淫ノ場合ニ在リテハ少女カ承諾ヲ與ヘタル場合ハ勿論少女ヨリ進テ排シタルニ應シ姦淫シタル場合モ亦同シク强姦罪ノ例ニ依リ處斷セラルヘキナリ。

第三節　强制猥褻罪

第一款　狹義ノ强制猥褻罪

第百七十六條　十三歳以上ノ男女ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ以テ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス（十三歳ニ滿タサル男女ニ對シ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル者亦同シ）。

强制猥褻

第百七十八條　人ノ（心神喪失若クハ）抗拒不能ニ乘シ又ハ之ヲシテ心神ヲ喪失セシメ若クハ抗拒不能ナラシメテ猥褻ノ行爲ヲ爲シ（又ハ姦淫シ）タル者ハ前二條ノ例ニ同シ。

强制猥褻トハ他人ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ以テ猥褻ノ行爲ヲ爲スヲ謂フ。換言スレハ暴行又ハ脅迫ヲ使用シ人ノ抵抗力ヲ排除シ之ニ對シ猥褻行爲ヲ爲シ或ハ暴行又ハ脅迫ヲ使用シ人ヲシテ猥褻行爲ヲ爲サシメ又ハ之ヲ爲スヲ忍容セシムルヲ謂フ。强制猥褻ノ性質ハ大體ニ於テ强姦ノ性質ト同一ナリ。故ニ茲ニ特ニ說明セサルモノハ前段ノ說明ニ依リテ之ヲ類推スヘシ。

第一項　主體及ヒ客體

主體及ヒ客體

男女、老幼ノ別ヲ問ハス總テ此罪ノ主體及客體タルコトヲ得ヘシ。夫婦間ニ於テハ强姦ノ罪成立セサルモ强制猥褻ノ罪ヲ構成スルコトナキニ非ス（註二八）。例ハ夫カ妻ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ以テ鷄姦ヲ遂クル如シ。又此罪ハ同性間即チ男子カ男子ニ對シ、女子カ女子ニ對シテ之ヲ犯スヲ得。又此罪ハ男

子カ女子ニ對シ犯スコトヲ得ルト同時ニ女子カ男子ニ對シ犯スコトヲ得ヘシ

（註二八）フオン、リスト及ヒフランク其他ノ學者モ同樣ノ說明ヲ爲セリ（v. Liszt, 16—17. Aufl. § 105. Frank, zu § 176.）。

猥褻行爲

第二項　所爲

強姦罪ニハ姦淫ノ行爲アルコトヲ必要トスルニ反シ、強制猥褻罪ニ於テハ單ニ猥褻行爲アルヲ以テ足レリトス。猥褻ノ行爲トハ客觀的ニ之ヲ言ヘハ淫事ニ關シ風紀ヲ紊ル行爲、即チ羞恥ノ感覺ヲ惹起スル行爲ヲ謂ヒ、主觀的ニ之ヲ言ヘハ行爲者カ淫慾ヲ起シ若クハ之ヲ滿足セシムル爲メニ行フ行爲ヲ謂フ。例ヘハ同性間ノ猥褻ノ行爲、異性間ノ天然ニ反スル淫事又ハ獸類ヲシテ人ヲ姦セシムルノ行爲等ノ如シ（註二九）。學者或ハ猥褻ノ行爲トハ自己又ハ第三者（被害者）ヲシテ淫慾ヲ起サシメ又ハ之ヲ滿足セシムルノ行爲ナリト說ク者ナキニ非スト雖モ、斯ノ如キハ廣キニ失スルモノニシテ正鵠ヲ得タルモノニ非ス。若シ斯ル行爲ヲ以テ猥褻ノ行爲ナリト解スルモノトセハ例ヘハ婦女ヲシテ情慾ヲ起サシムル爲メ之ニ對シ自己ノ陰部ヲ示スカ如キ行爲モ亦強制猥褻ノ行爲トシテ所罰セサルヲ得サル場合アルヘシ。又猥褻ノ行爲中ニハ甚タシキ野卑ナル戲事ノ如キハ之ヲ包含セス。

廣義ニ解スレハ姦淫モ亦猥褻行爲ノ一種ナリト謂フヲ得。然レトモ法律ハ姦淫ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタルカ故ニ、猥褻行爲中ニハ姦淫ノ行爲ヲ包含セサル者ト解セサル可カラス。換言スレハ猥褻行爲トハ淫事ニ關シ羞恥ノ感覺ヲ惹起セシムヘキ行爲中姦淫ヲ除キタルモノト解セサル可カラス。

（註二九）此說明ハ獨逸ニ於ケル通說ニシテ敢テ右ノ學者カ此點ニ付キ說明スル所ヲ見ルニ　一　江木博士ハ『猥褻ノ罪トハ陰陽ニ關係スル醜陋背德ノ所行ヲ謂フ』（現行刑法原論一六七頁）。二　勝本博士ハ『猥褻ノ所行ハ淫事ニ關シ見ルニ堪ヘサル醜行ヲ總稱スルモノナリ。如何ナル程度ニ至リタルモノヲ以テ猥褻ノ所行ト謂フヘキヤハ一一裁判官ノ斷定ニ存スルモノナルト同時ニ本罪ニハ未遂犯ナキモノトス。蓋シ猥褻トハ或所爲ノ性質ヲ形容シタル語ナレハナリ』（刑法析義下卷二一二頁）。三　小野學士ハ『猥褻ノ行爲トハ色情ヲ喚發シ又ハ滿足セシムル爲メ著クハ既ニ喚發シタル色情ヲ外部ニ表現スル目的ニ於テ爲サレ之ト同時ニ淫事ニ關シ現時社會ニ於テ滿カレタル一般風儀上ノ感情（貞操）ヲ著シク傷害スル所ノ凡テノ行爲ヲ稱スルモノナリ』（日本刑法論各論六九五頁）。四　泉二學士ハ『猥褻行爲トハ淫慾ヲ興奮シ又ハ之ヲ

滿足セシムル目的ニ出テタル行爲ニシテ覺知者ニ醜恥ノ感念ヲ生セシムルモノヲ謂フ」(日本刑法論七一一頁)ト說明セリ。

心神喪失者ニ對スル猥褻罪

第二款　心神喪失者ニ對スル猥褻罪

第百七十八條　人ノ心神喪失(若クハ抗拒不能ニ乘シ又ハ之ヲシテ心神ヲ喪失セシメ若クハ抗拒不能ナラシメテ)猥褻ノ行爲ヲ爲シ(又ハ姦淫シ)タル者ハ前二條ノ例ニ同シ。

心神喪失者ニ對スル猥褻行爲ノ性質ハ、大體ニ於テ心神喪失者ノ姦淫ヲ爲スノ行爲ト其犯罪構成ノ條件ヲ同ウス。但シ彼此相違スル所ハ一、此罪ノ被害者ハ老幼男女ノ別ヲ問ハサルト二、彼ニアリテハ姦淫ヲ要素トシ、此ニ在リテハ猥褻行爲ヲ條件トスルニ在リ。

幼者ニ對スル猥褻罪

第三款　幼者ニ對スル猥褻罪

第百七十六條　(十三歳以上ノ男女ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ以テ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス)十三歳ニ滿タサル男女ニ對シ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル者亦同シ。

幼者ニ對スル猥褻罪ヲ構成スヘキ條件ハ大體ニ於テ幼者ニ對スル姦淫罪ト同樣ナリ。故ニ前段强制猥褻及ヒ心神喪失者ニ對スル猥褻行爲ニ關シテ說明シタルニ所ニ依リ之ヲ類推スヘシ。

未遂罪

第四節　未遂罪

第百七十九條　前三條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

本條ハ第一强姦及ヒ强制猥褻ノ未遂罪及ヒ心神喪失者若クハ幼者ニ對スル姦淫若クハ猥褻行爲ノ未遂罪ハ之ヲ罰スヘキ旨ヲ定ム。

强姦及ヒ强制猥褻ノ未遂罪

第一款　强姦及ヒ强制猥褻ノ未遂罪

强姦及ヒ强制猥褻ハ如何ナル行爲ニ着手スルヲ以テ未遂罪ヲ成立スルヤニ付キ說明ヲ要ス。學者或ハ姦淫又ハ猥褻ノ行爲ニ着手スルヲ以テ未遂罪ヲ成立スヘキ點ナリト說クカ如キハ相當ナラス。强姦又ハ强制猥褻ハ暴行又ハ脅迫手段ニ依リ姦淫又ハ猥褻ハ行爲ヲ爲スニ依リ成立スルモノニシテ此手段及ヒ行爲ハ二者中其一ヲ缺クトキハ强姦又ハ强制猥褻ノ罪ハ成立

心神喪失者若クハ

セス。而シテ此二者合シテ強姦若クハ強制猥褻罪ヲ成スモノナレハ、其中ハ一ニ着手スレハ即チ強姦若クハ強制猥褻ニ着手シタルモノナリ。從テ姦淫又ハ猥褻ノ行爲ヲ爲スカ爲メ暴行若クハ脅迫ニ着手シタル時ヲ以テ強姦又ハ強制猥褻ノ未遂罪ヲ成立スヘキ起點ト爲スヘク、シテ、暴行若クハ脅迫アリタル後ニ來ルヘキ姦淫又ハ猥褻ハ行爲ヲ以テ未遂罪ハ成否ヲ定ムヘキ起點ト爲スヘキモノニ非ス。故ニ例ヘハ強姦ノ目的ヲ以テ腕力ヲ使用シ藥酒ヲ服用セシメ若クハ催眠術ヲ施用シ又ハ威シ文句ヲ吐露シタルカ如キ行爲アリタルトキハ強姦ニ着手シタルモノト謂フヘシ。又例ヘハ斯ノ如キ暴行又ハ脅迫アリタル瞬間或ハ第三者ノ爲メ妨ケラレ或ハ婦女ノ峻拒スル所トナリ、毫モ姦淫ナル行爲ニ着手セサル場合ト雖モ強姦ノ未遂罪成立スルカ如シ。

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

心神喪失者若クハ幼者ノ姦淫ニ付テハ前述シタル所ニ依リ未遂罪ノ成否

幼者ニ對スル姦淫若クハ猥褻ノ未遂罪

ヲ定ムルコトヲ得ス。此種ノ罪ハ暴行又ハ脅迫ノ如キ手段ヲ必要トセス單ニ心神喪失者又ハ幼者ニ對シ姦淫又ハ猥褻ノ行爲ヲ爲スニ依リ成立スルモノナレハ、姦淫若クハ猥褻ノ行爲ニ着手シタルトキヲ以テ此罪ニ着手アリタルモノト解セサルヲ得ス。尤モ十三歲未滿ノ幼者ニ對シ暴行又ハ脅迫ニ依リ姦淫又ハ猥褻行爲ヲ遂ケントシ之ニ着手シタルトキハ、幼者ニ對スル強姦又ハ強制猥褻ト解シ得ヘキカ故ニ、暴行又ハ脅迫ノ着手ヲ以テ其未遂罪ノ成否ヲ定ムヘキ起點ナリト解スヘキナリ。

第五節　性交ノ自由ヲ害スル罪ノ告訴

性交ノ自由ヲ害スル罪ノ告訴

第百八十條　前四條ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。

性交ノ自由ハ一個人ノ法益ナリ。法律カ之ヲ害スルノ行爲ヲ罰スルハ一個人ノ法益ヲ確實ニ保護センカ爲メナリ。然ルニ姦淫猥褻ニ關スル行爲ハ之ヲ公ニスルトキハ被害者ノ榮辱ヲ害スルコト大ナルコトナキニ非ス。故ニ被害者ノ告訴ノ有無ニ拘ラス、斯ル事件ヲ受理裁判スルモノトスルトキハ

被害者ノ利益ヲ保護センカ爲メナル刑罰法規ハ却テ被害者ノ利益ヲ害スルノ結果ヲ生スルコトナキヲ保セス。是ニ於テ此種ノ事件ハ被害者ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキモノト爲シタリ。

告訴權ヲ有スル者ハ被害者ナリ。被害者タル婦女ノ夫ハ被害者ニ非ス從テ夫ニハ告訴權ナキモノトス。

第六節　強姦又ハ強制猥褻ニ因ル致死傷罪

強姦又ハ強制猥褻ニ因ル致死傷罪

第百八十一條　第百七十六條乃至第百七十九條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ無期又ハ三年以上ノ懲役ニ處ス。

強姦、強制猥褻、心神喪失者又ハ幼者ニ對スル姦淫若クハ猥褻ノ行爲及ヒ此等ノ行爲ノ未遂ニ因リ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ其結果ニ付キ責ニ任スヘキモノトス。其既ニ姦淫若クハ猥褻ノ行爲ヲ遂クルニ因リ人ヲ死傷ニ致シタル場合ハ勿論、苟モ此等ノ行爲ニ着手シタル以上ハ未タ姦淫又ハ猥褻ノ行爲ニ着手セサルモ之ニ因リ生シタル死傷ノ結果ニ付キテ責ニ任セサル可カラス（註三〇）。

（註三〇）　此點ニ付キ判例ハ說明ノ用ニ供スヘキモノアリ。又小疇學士ノ說明ハ一說トシテ揭ケン。一　判例ニ曰ク『打擊、强壓、壁擦等ニ因ル充血ハ人體ニ於ケル組織分子ノ毀裂ヨリ生スルモノニシテ一種ノ創傷ナリ』（四〇年大審院判決錄五一三頁）。『病毒ヲ他人ニ感染セシムル所爲ハ法律上之ヲ成傷ト認ムヘキモノトス。從テ不法姦淫ノ結果人ニ淋毒ヲ感染セシメ疾病休業ニ致シタル所爲ハ姦淫成傷罪（舊刑法第三百五十一條）ヲ構成ス』（四一年大審院判決錄一三四頁）ト。二　小疇學士曰ク『猥褻强姦ノ罪ト被害者ノ死傷トノ間ニ存スヘキ因果關係ハ必スシモ直接ナルヲ要セサルカ故ニ、例ヘハ强姦ノ結果被害者カ懷姙シテ分娩ノ爲メ死亡シタル場合ニ於テモ本罪ヲ以テ論スルコトヲ得ヘキモノトス』（日本刑法論各論七一八頁）。

强姦、强制猥褻及ヒ之ニ準スヘキ姦淫及ヒ猥褻ノ罪ハ前段之ヲ說明シタルカ如ク親告罪ナレハ被害者ノ告訴ナキトキハ之ヲ受理スヘキモノニ非ス。然レトモ此等ノ犯罪行爲ノ結果トシテ人ヲ死傷ニ致シタルトキハ此罪ハ最早親告罪ニ非ス。故ニ例ヘハ强姦致傷ノ場合ニ於テ强姦罪ニハ告訴ナク又一旦告訴アリタルモ其取下アリタル場合ト雖モ强姦致傷罪ニ付キテ審理裁判シ得ヘキナリ。而シテ此等ノ犯罪ノ行爲ノ結果トシテ人ノ身體ニ傷害ヲ

生シタルトキハ、其傷害ノ輕重大小ハ敢テ問フ所ニ非スト解スヘキナリ(註三一)。

(註三一)　此點ニ關シ我判例及ヒ學說ヲ見ルニ　一　判例ニ曰ク『強姦ヲ爲スニ因リ人ニ創傷ヲ負ハシメタル場合ニハ其創傷ト強姦ト相合シテ一罪ヲ構成シ強姦ト創傷トノ二罪併立スルモノニ非ス。去レハ假令強姦罪ニ告訴ナク又ハ其取下アリタルトキト雖モ單純ナル毆打創傷罪トシテ處斷スヘキモノニ非ス』(四〇年大審院判決錄五一三頁)。二　岡田博士曰ク『死傷ト謂フ結果ヲ生シタルトキハ最早告訴ヲ待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三百五十條(舊)及ヒ死傷ト謂フ結果ヲ生シタル場合ノ規定タル第三百五十一條(舊)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』(刑法講義二六八頁)。同說小疎學士(日本刑法論各論七一七、七一八頁)。牧野學士(刑法通義三一四頁)。三　勝本博士曰ク學者或ハ本條ノ規定ハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ストノ規定ノ後ニアリテ親告ヲ待ツヘキ場合ハ單純猥褻又ハ強姦ノ場合ニ限ルカ故ニ若シ本條ノ豫見スルカ如キ殺傷ノ結果ヲ生シタルトキハ親告ヲ待タスシテ本條ヲ適用處斷スヘシト論スル者アレトモ余輩ハ本條ハ猥褻又ハ強姦罪ヲモ論スル規定(比較シ又ハ之ヲ原因トシテ刑ヲ加重スルカ故ニシタルト強姦罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論スルモノナリトノ原則ニ對スル明白ナル例外ナキト、此等ノ犯罪ニハ通常本條ニ豫見スルカ如キ結果アルヘキモノニシテ若シ輕微ナル創傷ヲ生シタリトテ告訴ヲ待タスシテ直チニ此等ノ犯罪ヲモ處斷スルコトヲ得トスルトキハ親告ヲ待ツノ規定ハ殆ト其用ヲ失フニ至ルヘキトニ依リ殺傷ノ原因タル猥褻又ハ強姦罪ニ付テ告訴ナキトキハ裁判所ハ單純ナル殺傷即チ毆打創傷罪トシテ審理スヘキモノニシテ本條ヲ適用スルコトヲ得サルモノト信ス』(刑法析義下卷二二四、二二五頁)。

第七節　刑罰

強姦十三歳未滿ノ幼女ヲ姦淫スル行爲、心神喪失者ヲ姦淫スル行爲アリタル者ニ對スル刑罰ハ二年以上ノ有期懲役トス。強制猥褻、十三歳未滿ノ男女又ハ心神喪失者ニ對シ猥褻行爲ヲ爲シタル者ノ刑ハ六月以上七年以下ノ懲役トス。

強姦若クハ強制猥褻又ハ此等ノ罪ノ未遂罪ニ因リ人ヲ死傷ニ致シタル者ノ刑ハ無期若クハ三年以上ノ懲役トス。

第四章　個人ノ法律的平穩(Der persönliche Rechtsfrieden)ニ對スル罪

第一節　個人ノ法律的平穩ニ對スル罪ノ觀念

吾人ハ法律ハ保護ノ下ニ其認ムル權利ヲ安全ニ享有シ得ヘシトノ信用ヲ

ニ對スル罪ノ觀念
法律的安全ノ意識

有ス。民衆一般ニ斯ノ如キ信用ヲ有スルカ故ニ社會ノ秩序ハ維持セラレ吾人ハ堵ニ安シ平穩ニ生活スルヲ得ルモノナリ。此信用ハ之ヲ法律的安全ノ意識 Das Bewusstsein der Rechtssicherheit) ト謂ヒ又ハ之ヲ法律秩序ヲ保護スル力ニ對スル信用 (Das Vertrauenauf die schützende Macht der Rechtsordnung) ト謂フ。此信用ノ本源タル權力即チ法律秩序ヲ保護スル國家ノ權力ヲ侵害スルモノハルトキハ國家ニ對スル犯罪ヲ組成スヘク又廣ク民衆カ有スル如上ノ信用ヲ侵害スルトキハ社會ニ對スル犯罪ヲ組成スヘシ。又單ニ一個人ノ有スル特定ノ權利ニ對シ如上ノ信用ヲ侵害スルトキハ一個人ノ法律的平穩ヲ害スル罪ヲ組成スヘキナリ。個人ノ法律的平穩ハ生命、身體、自由、名譽、財產ニ對スル現實ノ侵害ヲ加ヘラルヽニ依リ攪亂セラルヽコトアルヘシ。又斯ノ如キ現實ノ侵害ヲ加ヘラルヽコトナキモ、此等ノ法益カ侵害セラルヘキ旨ノ脅迫ニ依リ攪亂セラルヽコトアルヘシ。而シテ其孰レノ場合ナルヲ問ハス個人ノ權利ヲ安全ニ享有シ得ヘシトノ信用カ不法ナル行爲ニ依リ侵害セラルヽノ

一事ニ至リテハ相異ル所ナシ。而シテ前者ノ場合ニ於テ其直接ニ其侵害セラルヽ法益ハ生命、身體、名譽、財產及ヒ自由(本節ニ於テ論セントスル以外ノ自由)ニシテ、之カ爲メニ法律的平穩カ侵害セラルヽカ如キハ其間接ノ結果ナリトス。之ニ反シテ後者ノ場合ニ於テ其侵害セラルヽ法益ハ獨リ個人ノ法律的平穩ノミニシテ他ニ侵害セラルヘキ法益ナルモノ存スルコトナシ。例ヘハ人ノ身體ヲ害シ又ハ人ノ財產ヲ奪フカ如キハ、人ノ財產權ヲ侵害シ其間接ノ結果トシテ人カ身體又ハ財產ニ關スル利益ヲ安全ニ享有シ得ヘシトノ法律的平穩ヲ害スルモノナリ。又例ヘハ人ノ身體ヲ傷クヘシト脅迫シ又ハ其財產ヲ奪フヘシト豫告スルカ如キハ、直接ニ身體若クハ財產ニ關スル法益ヲ侵害スルコトナキモ之ニ由テ身體、財產ニ對スル權利ヲ安全ニ享有シ得ヘシトノ法律的平穩ハ全然妨害セラルヽモノト謂フヘシ。斯ノ如クシテ個人ノ法律的平穩ハ獨立ノ法益トシテ保護セラルヽモノナリ。

個人ハ法律的平穩ハ法律的安全ノ意識若クハ法律秩序ノ保護力ニ對スル

信用ナリトハ前既ニ之ヲ說明シタルカ如シ。此說明ハ法律的平穩ヲ客觀的ニ解釋シタルモノナリ。而シテ法律的平穩ヲ主觀的ニ說明スレハ個人カ有スル意思ノ自由ナリ。法律的平穩ヲ害スル罪ハ人ノ權內ニ屬スル事項ニ關シ其行ハントスル意思自由ノ圈內ニ侵入シ之ヲ害スルモノナリ。之ヲ要スルニ個人ノ法律的平穩ヲ害スル罪ハ自由ヲ害スル罪ノ一種ニ外ナラス。

我刑法ノ規定中個人ノ法律的平穩ニ對スル罪ヲ分テ(一)脅迫ノ罪(刑、二二二條)(二)住居ヲ侵スノ罪(刑、一三〇、一三一、一三二條)(三)祕密ヲ侵スノ罪(刑、一三三、一三四、一三五條)ノ三ト爲ス。

第二節　脅迫ノ罪

第二百二十二條　生命、身體、自由、名譽、又ハ財產ニ對シ害ヲ加フ可キコトヲ以テ人ヲ脅迫シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金ニ處ス。

親族ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財產ニ對シ害ヲ加フ可キコトヲ以テ人ヲ脅迫シタル者亦同シ。

第一　脅迫罪ノ性質

脅迫罪ノ性質

脅迫罪ハ人ノ意思活動ノ自由ヲ妨害スルノ行爲ナリ

脅迫ト云ハ人ノ生命、身體、自由、名譽、財產ニ對シ不法ニ侵害ヲ加フヘキ旨ノ通知ナリ。人若シ不法ニ害ヲ加ヘラルヽ旨ノ通知ヲ受クルトキハ現ニ其侵害ヲ受ケサルモ其ノ侵害ヲ受クヘシトノ憂惧ヲ懷クコトアルモノニシテ吾人カ權利ヲ安全ニ享有スルヲ得ヘシトノ法律的平穩ハ之ニ由リテ破壞セラルヽモノナリ(註三二)。

(註三二)　此點ニ關シフオン、リスト氏ノ說明ハ節ニシテ要ヲ得タルモノト認ム。氏曰ク『個人ノ法益タル法律的平穩トハ權利カ安全ナリトノ知覺ニシテ、法律秩序ノ保護力ノ信任ナリ(但シ公共ノ平穩ト相異ル)。故ニ一時ニモセヨ違法ノ暴行ヲ受クルノ虞アリテ、此信任カ妨碍セラルヽトキハ法律的平穩ハ毀損セラレタリト謂フヘシ。此信任カ妨碍セラルヘキ虞アルトキハ法律的平穩ハ危ウセラレタルモノト謂フヘシ』(v. Liszt, § 121.)。

脅迫ハ被脅迫者ニ眞ニ危害ヲ受クヘシトノ信用即チ畏怖ノ念ヲ起サシメ以テ全然被害者ノ意思活動ヲ妨クル力ヲ有スルコトアレトモ、必スシモ被脅迫者ヲシテ斯ル信用即チ畏怖ノ念ヲ生セシムルコトヲ必要トセス。然レトモ脅迫ハ被脅迫者ヲシテ眞ニ危害ヲ受クヘシトノ信用即チ畏怖ノ念ヲ起サシメ以テ法律的平穩ノ毀損即チ權利安全ニ關スル不安ノ念ヲ惹起スルノ危

險アルモノナリ。故ニ脅迫罪ハ人ノ意思活動ノ自由ヲ妨害スルノ行爲ナリト謂ハムヨリハ寧ロ人ノ一身上ノ自由ニ對シ危險ヲ與フルノ罪（Ein gefährdungsdelikt gegen die persönliche Freiheit）ナリトス。之ヲ要スルニ被脅迫者ヲシテ危害ヲ受クヘシトノ信用即チ畏怖ノ念ヲ起サシムル危險アル一事ヲ以テ充分ナリト爲シ、眞ニ被脅迫者カ危害ヲ受クヘシトノ信用即チ畏怖ノ念ヲ起シタルコトヲ必要ト爲サス（註三三）。故ニ脅迫罪ヲ構成スルニハ脅迫ノ行爲アルヲ以テ足レリト爲シ被脅迫者カ畏怖ノ念ヲ生シタルヲ要セス。從テ脅迫ノ行爲アルトキハ脅迫ノ既遂罪ヲ成立ス（註三四）。法文ノ上ヨリ見ルモ畏怖ノ念ヲ必要ナリト認ムヘキモノナシ。

（註三三）**フオン、ビルクマイヤー**氏及ヒ其一派ハ脅迫罪ヲ以テ人ノ一身上ノ自由ニ危險ヲ及ホスノ罪ナリト解スル（Vergl. v. Birkmeyer, s. 116.）ルニ反シ、**フオン、リスト**氏及ヒ其一派ハ法律的平穩ナル法益ヲ害スルノ罪ナリ（Vergl. v. Liszt, § 121.）ト爲セリ。

（註三四）**フオン、ビルクマイヤー**氏ハ前述ノ如ク人ノ一身上自由ニ危險ヲ及ホスノ罪ナリト解スルカ故ニ脅迫罪ノ被害者カ畏怖ノ念ヲ起シタルコト又ハ被脅迫者ニ於テ危害ヲ受クヘキコトヲ信スルニ由リテ權利ノ安全ニ關シ心裡ノ平和ヲ破ラレタルコトヲ必要トセサル所以ヲ知ルニ足ルヘク、又**ベリング**氏モ亦被害者カ畏怖シタルコトハ必要ナラスト明言セリ（Beling, grundzüge des Strafrechts 1905 s. 81.）。本邦ノ學者間ニ於テ此點ニ關スル所說一致セス。

一　**江木博士**曰ク『本罪ノ被害者ハ害惡ノ通知ヲ受ケ及ヒ之ヲ理解スルノ能力ヲ有スル人タルコトヲ要スルモ被害者ハ通知ヲ受ケ現ニ恐怖若クハ驚愕スルコトヲ要セス。而シテ通知ノ所爲タルヤ被害者ヲシテ强迫者ノ意思ヲ了知シタルヲ以テ充分トシ其了知ノ時ヲ以テ本罪ノ既遂トス』（現行刑法原論二二〇頁）ト。同說**泉二學士**（日本刑法論七六六頁）。**牧野學士**（刑法通義三五六頁）。**三　小疇學士**曰ク『被脅迫者ニ於テ權利ノ安全ニ關シ不安ノ觀念（懸念）ヲ惹起スルヲ以テ足レリトス。其一時タルト否トヲ問ハス。而シテ本罪ノ構成ニ付テハ苟モ被脅迫者ニ於テ危害ヲ受クヘキコトヲ信シ爲メニ權利ノ安全ニ關スル心裡ノ平和ヲ破ラレタル以上ハ既ニ本條ニ依テ保護スル法益ハ侵害セラレタルモノニシテ更ニ畏怖ノ念ヲ惹起スルコトヲ必要トセス』（日本刑法論各論六六五乃至六六七頁）。**四　勝本博士**曰ク『抑モ脅迫ノ所爲即チ人ヲシテ安全ナル生活ヲ營ムコト能ハサルノ位地ニ在ラスンハ犯罪ヲ構成セス。換言スレハ被害者ニ於テ恐怖ノ念ヲ惹起スルニ非スンハ茲ニ其人ノ靜謐ヲ害シ若クハ自由ヲ害スルコトナキヲ以テ脅迫ノ所爲ハ尙ホ彼ノ犯人ニ於テ罪ヲ犯スノ意思アリト雖モ之ニ適當ナル方法ヲ行ハサリシ場合ト一般ニシテ單ニ主觀的犯人ニ於テ人ヲ恐怖セシムルノ意思アルノミ毫モ社會ノ秩序安寧ヲ害セサルカ故ニ犯罪ヲ構成セサルモノタリ。一言以テ之ヲ蔽ヘハ脅迫罪ヲ構成スル爲メニハ常ニ主觀的情況ト其之ニ依テ反響スヘキ客觀的情況ノ相合致スルコトヲ要ス。是レ未遂罪ヲ制セ

サルノ結果ナリ若シ未遂罪ヲ罰スルトキハ犯人ニ於テ被害者ヲシテ恐怖セシムルニ足ルヘキ所爲ヲ爲シタルトキハ玆ニ罪ヲ構成スト謂ハサル可カラス(刑法析義下卷一六六頁)ト。

第二　脅迫罪ヲ構成スヘキ所爲

脅迫罪ヲ構成スヘキ所爲ニ付キ特ニ注意ヲ要スヘキモノハ左ノ數點ナリトス。

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。脅迫者自身加フヘキモノナルトキハ其直接ナルト間接ナルトハ問フ所ニ非ス。若シ第三者ノ加フヘキ害惡ヲ通知スルカ如キハ一種ノ警告ニシテ脅迫ニ非ス。但シ第三者ト共謀關係アルトキハ通知者ハ警告者ニ非スシテ脅迫罪ノ共犯ナリ。

二　脅迫ニ依リ表示セラレタル害惡ハ不法ナルヲ要ス。法文ニ生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加フヘキコトヲ以テ人ヲ脅迫ストアルカ故ニ苟モ此五者ニ對シ害ヲ加フヘキコトヲ告知スル以上ハ其害ノ輕重大小ハ之ヲ問ハス。又告知セラレタル加害行爲ハ罪ト爲ルト否トヲ問ハスト解スヘキナリ。若シ斯ノ如ク解スルトキハ外國ノ立法例ノ如ク告知セラレタル加害行爲カ重キ犯罪ヲ構成スルカ若クハ重大ナル場合ニ限ルトノ制限ハ之ヲ採用セサルモノヽ如シ。然レトモ凡ソ脅迫ハ個人ノ法益ヲ害スヘキコトヲ告知シ以テ個人ノ法律的平穩ヲ害スル行爲ナレハ、其現實ニ個人ノ法益ヲ害シタル場合ト比較スレハ其情狀輕キコト何人モ異論ヲ挿ム所ニ非サルヘシ。此趣旨ヨリスレハ本條生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對スル加害行爲ハ獨リ犯罪行爲ヲ組成スル場合ニ限ルト解釋セサルヲ得サルカ如シ。

然レトモ法文ニハ廣ク生命云々ニ對シ害ヲ加フヘキコトヲ以テ人ヲ脅迫シタル者トアリテ其加害行爲カ犯罪ヲ構成スヘキモノニ限ラサルカ故ニ斯ノ如キ解釋ヲ許スヘキモノニ非ス。法文ノ所謂害ヲ加フトハ苦痛ヲ與フルト同意義ニ非ス。不法ナル苦痛ヲ與フルノ意義ナリト解スルヲ相當

トス。故ニ害ヲ加フトハ不法ノ侵害ヲ加フト解スヘキナリ。從テ苦痛ヲ加フル旨ノ告知ニシテ適法ナルトキハ脅迫ニ非ス。例ヘハ父母カ其子ヲ懲戒センカ爲メニ苦痛ヲ與フヘキ旨ヲ告知スルモ脅迫ト謂フ能ハサルカ如シ。

脅迫罪ノ手段

第三　脅迫罪ノ手段

脅迫ハ文書若クハ言語ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得。又ハ擧動ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得。鐵拳ヲ振リ擧ケ又ハ刀ヲ拔カントスル態度ヲ示スカ如キハ後者ノ例ナリ。脅迫ハ或ハ現在ノ暴行ヲ以テ殊ニ生命身體ニ對シ現在ニシテ且ツ急迫ナル危險ヲ與ヘントスルモノナルコトアリ。或ハ將來害ヲ加フル意思ノ通知即チ脅嚇ニ過キサル場合アリテ其情狀ハ千差萬別ニシテ一々之ヲ列擧スル能ハス。

脅迫ノ手段トシテ使用スル器具ハ眞ニ害惡ヲ與ヘ得ヘキモノタルヲ必要トセス。故ニ例ヘハ裝彈ナキ銃ヲ差シ向ケ、木刀ニ銀ヲ塗リタルモノヲ振上クルカ如キモ尙ホ脅迫ナリト謂フヲ得ヘシ(註三五)。

脅迫ハ被害者ニ對シ之ニ害ヲ加フヘキ旨ヲ以テ之ヲ爲シ得ルノミナラス、其親族ニ害ヲ加フル旨ヲ以テ爲スコトヲ得ヘシ。故ニ例ヘハ汝ノ子ヲ毆打スヘシト告クルカ如キハ脅迫ヲ構成スヘキナリ。而シテ親族ノ範圍ハ民法ノ規定ニ從ヒ定ムヘキモノニシテ頗ル廣シ。即チ(一)六等親內ノ血族(二)配偶者(三)三等親內ノ姻族ハ悉ク親族ナラサルハナシ(民、七二五條)。故ニ例ヘハ汝ノ六等親ニ當ル者即チ再從兄弟ヲ毆打スヘシト告クルヲ以テ脅迫ナリトスルカ如キハ吾人ノ常識ニ遠カルコト甚シキヲ覺ユ。

脅迫罪ニ要スヘキ故意

(註三五)　江木博士曰ク『强迫罪ハ將來加ヘントスル所ノ害惡ニ就テノ手段ハ必シモ能力アルコトヲ要セス』(現行刑法原論二二一頁)ト。同說小疇學士(日本刑法論各論六六五頁)。

第四　脅迫罪ニ要スヘキ故意

脅迫者ハ眞ニ害ヲ加フルノ故意アルヲ要セサルハ勿論ナレトモ脅迫行爲ニ依リ被脅迫者カ眞ニ危害ヲ受クヘシトノ信用ヲ惹起スルニ適スル行爲ヲ

行フノ故意アルコトヲ必要トス。故ニ行爲者ハ別ニ何等ノ目的ヲ有セス、戲ニ加害行爲ヲ爲スヘク表示スル場合ニ於テモ其行爲ニシテ相手方カ眞ニ加害行爲ヲ爲スナルヘシトノ信用ヲ惹起スルコトアルヘシト豫想セラルヽトキハ脅迫罪ヲ構成スルニ充分ナル故意アリタルモノト謂フヘシ(註三六)。故ニ例ヘハ人ヲシテ驚愕セシメント欲シ、拔刀シテ人ニ斬付ケントスルカ如キ行爲ヲ爲ストキハ其實一場ノ戲ニ過キサルニモセヨ脅迫罪成立スヘキナリ。此場合ニ於テハ假令一場ノ戲ニモセヨ被脅迫者ヲシテ權利安全ニ關スル不安ノ念ヲ惹起セシムルノ眞アル點ニ至リテハ其他ノ場合ト相異ナル所ナシトス。

(註三六) 眞面目ニ非サル脅迫行爲モ脅迫罪ヲ構成スルニ妨ナキコトハ**フオン、ビルクマイヤー**、ベリングノ諸氏ノ明言スル所ナリ(Vergl, Birkmeyer, 1168. Beling, 81.)

第三節　住居ヲ侵ス罪

第一款　性質

住居ヲ侵ス罪ノ規定ニ依リ保護セラルヽ利益ハ住居者カ何等ノ妨害ヲ受クルコトナク住居ニ於テ自由ニ其意思活動ヲ爲スヲ得ル自由ナリ。即チ住居者カ其住居スル邸宅、建造物若クハ艦船内ニ於テ之カ自由ナル支配及ヒ管理(Das freie Schalten und Walten)ヲ爲スノ利益ナリ(註三七)。

(註三七) **フオン、リスト**氏及ヒ其一派ハ同樣ナル見解ヲ採用ス(v. Liszt, 16-17. Aufl. § 119.)。

吾人カ住居ニ於テ自由ニ自己ノ意思ノ如ク活動スルヲ得ルノ利益ハ法律ノ保護スル所ナルヲ以テ茲ニ住居權(Hausrecht)ナルモノヲ生ス。吾人カ住居ニ於テ平穩ニ生活スルヲ得ルハ法律カ住居權ナルモノヲ認メ之ヲ保護スルカ爲メナリトス。是レ住居侵害ヲ以テ獨逸法學者ハ一般ニ家宅平穩侵害(Hausfriedensdruch)ナリト稱スル所以ナリ。又住居權ノ本質ハ住居内ニ於テ自由ニ自己ノ意思活動ヲ行フニ在ルヲ以テ住居侵害ハ個人ノ自由ヲ侵害スルノ罪ノ一種ト爲ス(註三八)。

(註三八) **フオン、ビルクマイヤー**氏及ヒ其一派ハ同樣ナル見解ヲ採用セリ(v. Birkmeyer, Encyklopädie, 2. Aufl.)。

我邦ノ學者ノ說明ヲ觀ルニ前述スル所ト略同一樣ニ出ツルモノヽ如シ

一　江木博士曰ク『家宅侵入罪ニ於テ法律ノ保護スル所ハ家宅ノ所有權ニ非スシテ一家ノ安寧ナリ。此犯罪ノ物體ハ所謂家宅權即チ自己ノ住居スル場所ニ於テハ自己ノ意思ナシテ獨リ其效力ヲ有セシムルノ權ナリトス。故ニ法律上此權ヲ有スル者ハ家宅ノ所有主タルト否トヲ問ハサルヲ以テ、家主若クハ地主ト雖モ其貸與ヘタル借家人若クハ借地人ニ對シテ此犯罪ヲ犯スコトヲ得ヘシ』(現行刑法原論九二頁)。　二　簡田博士曰ク『近世ニ至リテハ住所ハ人ノ本據トシテ其安全平穩ハ國民ノ自由ノ保護トシテ特別ノ保護ヲ加ヘサル可カラスト謂フ觀念ヲ生セリ』(刑法講義七五頁)ト。　三　小疇學士曰ク『立法ノ主旨ハ邸宅其他ノ場所ニ於ケル管理權者ノ自由ナル管理權ヲ確保スルモノニシテ專ラ在住者ノ身體又ハ財產ヲ保護スルノ主旨ニ非サルヲ以テ苟モ管理權者ノ意思ニ反シ又ハ權限ナクシテ之ニ侵入シ以テ其管理權ヲ侵害スル以上ハ即チ本罪ヲ構成ス』(日本刑法論各論二〇八頁)ト。　四　泉二學士曰ク『吾人ハ自己ノ住居及ヒ適法ニ看守セシメタル場所ニ於テ自己ノ意思ニ從テ平和ナル行動ヲ爲スノ權利ヲ有ス。是レ住所平和權ニシテ住所ヲ侵スノ罪ハ此平和權ヲ害スルナリ』(日本刑法論七七四頁)ト。　五　勝本博士曰ク『近世ニ至リテハ私家ノ安全ハ不可侵ナリトノ新思想ヲ生シ家宅侵入ノ所爲ヲ罰スルハ獨リ安全ヲ保維スルカ爲メニ規定セラルヽニ至レリ。我刑法ニ所謂家宅侵入罪ハ果シテ此新思想ニ依テ制定セラレタルモノナルヤ(イ)起草者(舊法)ノ說明ニ一私人ノ身體、財產ヲ保護スル必要ヨリ此規定ヲ設ケタルモノナリト言ヘルト、(ロ)帝國憲法ノ制定ハ刑法制定以後ニ在ルヲ以テ憲法第二十五條ノ趣旨ヲ以テ直ニ刑法ノ規定ヲ解釋スルヲ得サルト、現ニ第百七十一條第三項(舊法)ニ依テモ身體、財產ニ對スル危害ヲ豫見スルコトヲ得ヘキ場合ハ特ニ之ヲ加重ノ情狀トスルニ依リ之ヲ觀レハ我刑法ノ思想ハ輓近ノ新思想トノ間ニ位セルモノナラン』(刑法析義上卷三一九頁)ト。

人ノ住居スル邸宅、建造物若クハ艦船ニ對スル住居權ノ保護ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若クハ艦船ノ看守權ニ及ヘリ。蓋シ邸宅建造物等ノ看守權ハ住居權ト殆ト同樣ナル內容ヲ有シ且ツ相牽連スルコトアルヲ以テ住居權ニ準シ看守權ヲ保護スルヲ相當ト爲ス。而シテ邸宅、建造物等ノ看守權ヲ保護セスムハ住居權ノ保護ヲ全ウスル能ハサル場合ナキニ非ス。

現行刑法ノ規定中住居ヲ侵ス罪ハ之ヲ(一)住居侵害罪(刑、一三〇條)(二)皇居、禁苑、離宮、行在所、神宮又ハ皇陵ニ侵入スルノ罪(刑、一三一條)及ヒ(三)住居侵害ノ未遂罪(刑、一三二條)ノ三ニ區別シテ之ヲ說明スルヲ便トス。

第二款　住居侵害罪

第百三十條　故ナク人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅建造物若クハ艦船ニ侵入シ又ハ要求ヲ受ケテ其場所ヨリ退去セサル者ハ三年以下ノ懲役又ハ五十圓以下ノ罰金ニ處ス。

第一　住居侵害罪ノ客體

住居侵害罪ノ客體

住居トハ人カ正則ナル夜間休息(Ordnungsmässige Nachtruhe)ニ使用スル房室(Räume)ニシテ其一部分ニ止マルト又單ニ短時間ナルトハ之ヲ問フ所ニ非ス(註三九)ト言フモノアリ。此說ニ依レハ一夜ノ滯在ヲ目的トスル旅店ノ客室モ旅客ノ住居ナリト爲サヽルヲ得ス。此說ハ純然タル法理上ノ議論トシテ寔ニ正當ナリト謂ハサルヲ得ス。何トナレハ法律カ住居權ヲ認メ個人ノ生活ノ安穩ヲ確保スル趣旨ヨリスレハ、單ニ一夜ニモセヨ主人ヨリ貸切ヲ受ケタル自己專用ノ客室タル以上ハ、之ヲ平穩ニ使用スルノ權利ハ之ヲ確保セサル可カラサルハ法理上當然ノ事理ニ屬スレハナリ。斯ノ如ク住居權ヲ認メ個人ノ平穩ヲ安固ナラシムル精神ヨリスレハ獨リ夜間休息ノ爲メニ使用スル場所ノミナラス晝間休息ノ場所ハ勿論其他個人ノ專用ニ屬スル寢食休息ニ供スル一切ノ場所ハ悉ク之ヲ住居トシテ保護セサル可カラス。

(註三九)　フオン、リスト氏ハ同樣ノ主張ヲ爲シ之ヲ以テ學理上相當ナリト主張スルニ止ラス之ヲ獨逸刑法ノ解釋ト爲スニ至リテハ大膽ナリト言ハサルヲ得ス(v. Liszt, 16-17. Aufl. § 119.)。

以上ノ所說ハ純然タル法理上ノ推斷ナリ。法文ノ所謂住居ナル文字ヲ以上ノ如ク解釋シ得ヘキヤ否ヤハ別論ナリ。獨逸刑法學者ハ獨語住家(Wohnung)ニ對シ解釋スル所ニ出テス。然レトモ住家トハ一人若クハ從屬スル數人カ長時間滯在スル房室ニシテ正則ニ寢食スルノ用ニ供セラルヽモノナリトノ定義ヲ以テ通說トスルカ如シ(註四〇)。此定義ハ一般ニ使用セラルヽ慣用上ノ語法ト一致スル所ニシテ穩健ナル說明タルヲ失ハス。斯ノ如ク住居ヲ解スルトキハ此罪ノ客體タルヲ得ヘキ房室ハ獨リ建造物ノミニ限ラス艦船車駕、番小屋等ニシテ苟モ寢食ノ用ニ供セラルヽモノハ悉ク之ヲ住居ト稱セサルヲ得ス。

(註四〇)　此說明ハ獨逸帝國裁判所ノ判例ニ於テ認ムル所ニシテフランク其他ノ學者ノ贊成スル所ナリ(Vergl. E. 13, 312. Frank zu § 123.)。

然レトモ我刑法ハ斯ノ如ク之ヲ解スルヲ許スヤ否ヤハ尙ホ一考ヲ要ス。法文ハ故ナク人ハ住居又ハ人ハ看守スル邸宅、建造物若クハ艦船云々ハ文字

中住居ナル文字ハ名詞トシテ使用セラルヽト、動詞トシテ使用セラレタルトニ依リ其意義ヲ異ニス。若シ動詞トシテ使用セラレタルモノトスルトキハ住居侵害罪ノ客體タルヘキモノハ本條ニ列擧シタルカ如ク邸宅、建造物及ヒ艦船ニ限ルヘキモノト爲ルヘシ。之ニ反シテ名詞トシタルモノトスルトキハ苟モ住居ト稱スヘキモノハ悉ク此罪ノ客體ト爲ルコトヲ得ヘシ。故ニ建造物ナルト艦船ナルト又ハ建造物ト目ス可カラサルモノニシテ尚ホ住居ト稱スヘキモノハ總テ住居ナリトシテ本條ノ保護ヲ受クルコトヲ得ヘシ。例ヘハ建造物ト稱スル能ハサル番小屋又ハ移動シ得ヘキ車駕其他ノ工作物モ亦住居ノ用ニ供セラルヽトキハ之ヲ住居ト稱スルヲ得ヘシ。斯ノ如ク兩樣ニ解釋シ得ヘキ文字ハ最モ能ク法益保護ノ目的ヲ達シ得ル樣ニ解スヘキモノト思考ス。故ニ余ハ本條ノ住居ヲ解シテ名詞トシテ使用セラレタルモノト解釋スルヲ以テ立法ノ精神ニ合スルモノト思考ス（註四一）。

（註四一）我法文ノ住居ノ意義ニ關スル解釋ニ付キ説ク所ヲ見ルニ　一　牧野學士ハ『住居トハ或ハ生活ノ本據ト解シ或ハ永續的ノ居所ト解シ或ハ寢食ノ場所ト解シ或ハ睡眠ヲ採ルノ場所ト解スレトモ皆疎キニ過ク。予輩ハ廣ク安靜ヲ採ルノ場所ト解セントス』（刑法通義二四一頁）。二　泉二學士ハ『一戸ノ家屋ノミニ限ラス時ノ長短ヲ問ハス人ノ寢食ノ休安ヲ享受スル爲メ區別サレタル一切ノ場所ヲ意味ス。故ニ旅人宿ノ客室等ヲモ包含ス』（日本刑法論七七五頁）。三　小疇學士ハ『人ノ住居シタル邸宅トハ場所ヲ區分スルト否ト又一時的タルト永久的タルトヲ問ハス苟モ人間カ秩序アル夜間ノ安眠ヲ取ル爲メニ供セラレタル建造物及ヒ之ヲ圍繞スル外圍ノ保障物以内ノ地域ヲ包含ス』（日本刑法論各論二〇六頁）ト説明セリ。

人ノ看守スル邸宅建造物若クハ艦船ハ人ノ住居ノ用ニ供セラルヽモノナルト否トヲ問ハス住居ト同一ノ保護ヲ受クヘキナリ。例ヘハ別莊若クハ之ニ類スル邸宅ノ如キハ元來人ノ住居ノ用ニ供セラルヽモノナレトモ、其何人モ之ニ住居セサル時期ニ於テハ之カ住居ト謂フ能ハス。然レトモ住居ト同一ノ保護ヲ與フルヲ相當トスヘキコトハ蓋シ異論ナキ所ナルヘシ。又學校、寺院、教會堂ノ如キハ何人モ之ニ住居スルモノナシト雖モ苟モ人ノ看守スルモノナル、トキハ之ヲ住居ニ準シテ保護スルヲ相當トスヘキコトモ、亦爭ナキ所ナルヘシ。是レ法律カ住居ニ對スルト同一ノ保護ヲ與フル所以ナラムカ。

住居侵害罪ヲ構成スヘキ所爲

第二　住居侵害罪ヲ構成スヘキ所爲

住居侵害タルヘキ所爲ハ人ノ住居ニ侵入スルノ行爲又ハ人ノ住居ニ在ル者カ權利者ノ要求ヲ受ケテ退去セサル不行爲ヨリ成立ス。侵入トハ適法ノ理由ナク住居主若クハ看守者ノ意思ニ反シテ人ノ住居又ハ看守スル邸宅、建造物若クハ艦船ニ立入ルヲ謂フ。故ニ適法ノ理由ニ基キタル場合ハ勿論、住居者又ハ看守者ノ明示若クハ默示ノ承諾アルトキハ侵入ナル所爲ヲ構成スルコトナシ。例ヘハ親交又ハ其他ノ關係ニ依リ平常無斷ニテ他人ノ住居ニ立入ルノ慣習アル場合ニ於テ明示ノ禁止ナキ以上ハ默示ノ承諾アリタルモノト認メ得ヘケレハ之ニ立入ルモ住居ヲ侵シタルモノト謂フ能ハス。要求ヲ受ケテ退去セサルニ因ル住居侵害罪ハ其初メ人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若クハ艦船ニ立入リタル不適法ニ非サル場合ニ於テノミ成立スルモノナリ。其之ニ立入リタル際ニ於テ既ニ不法ナル場合ニ於テハ其之ニ立入ルト同時ニ侵入罪成立スルモノニシテ其後退去ヲ要求セラルヽヲ俟テ初メテ犯罪ヲ成立スルモノニ非ス。之ニ反シテ其之ニ立入ル際ハ明示又ハ默示ノ承諾アリタルモ住居者ニ於テ其承諾ヲ取消シ退去ヲ請求シタルニモ拘ラス尚退去セスシテ故ナク在留スルトキハ住居侵害罪ノ成立スルモノナリ。之ト同一理ニ因リ最初立入リタル際ハ相當ノ權利アリタルモ中途其權利消滅シタルカ又ハ權利ノ執行ヲ終リタル後請求ヲ受ケテ退去セサル場合モ亦同一ナリトス。住居侵害罪ハ住居ヲ侵害シ以テ住居者ノ平穩ヲ妨害スルノ意思ヲ要セス。

住居主ノ承諾ナキカ又ハ權利ナキコトヲ知リナカラ故ナク立入リタルカ又ハ要求ヲ受ケツヽ退去セサル行爲アレハ充分ナリ。侵害若クハ滯留ノ目的ノ如何ハ問フ所ニ非ス。

住居侵害カ他ノ犯罪行爲ノ一部ヲ組成シ又ハ其犯罪ノ手段タルヲ通常トスル場合ニ於テ其犯罪行爲ノ着手トシテ住居ヲ侵ストキハ其犯罪ノ既遂又ハ未遂ヲ構成スヘキモノニシテ住居侵害罪ヲ成立スルコトナシ。例ヘハ竊

盜ノ目的ヲ以テ人ノ住居ニ侵入シ金品ヲ竊取シ又ハ竊取セントシタル場合ニ於テハ住居侵害罪成立セスシテ獨リ竊盜ノ既遂又ハ未遂罪成立スルノミ。住居侵害カ他ノ犯罪行爲ノ一部ヲ組成スル場合ニ於テ其犯罪ヲ爲スノ目的ヲ以テ住居ヲ侵害シタルモ未タ其犯罪行爲ヲ成立スルニ至ラサルトキハ住居侵害罪ヲ構成スヘキモノトス。例ヘハ竊盜ヲ爲サシト欲シ人ノ住居ニ侵入シ其未タ竊盜行爲ニ着手セサルニ先チ發覺シタル場合ノ如キハ住居侵入ハ竊盜ノ豫備ノ所爲ナリ。而シテ竊盜ノ豫備所爲ハ之ヲ罰スルノ明文ナキヲ以テ犯罪ヲ構成セス。然レトモ竊盜ノ豫備ノ所爲タル住居侵害罪ヲ構成スルモノトス。之ニ反シテ住居侵害ヲ以テ犯罪行爲ノ一部ヲ組成シ若クハ其手段タルヲ通常トセサル罪ヲ犯ス爲メ住居ヲ侵ストキハ其犯サントスル犯罪ノ成立不成立ニ關係ナク住居侵害罪ハ常ニ獨立シテ成立スヘキモノトス。例ヘハ人ノ傷害ヲ加フル目的ヲ以テ其住居ニ侵入シ一擊ヲ加ヘ人ヲ傷害シタルトキハ住居侵害罪及ヒ傷害罪共ニ成立スヘク而シテ此二罪ノ併合

住居侵害罪ニ要スル故意

罪ヲ構成スヘシ。然ルニ行爲者カ兇器ヲ振上ケタルモ他人ノ遮ル所トナリ、其目的ヲ達セサル場合ノ如キハ傷害未遂ハ我刑法ニ於テ罪トシテ罰スヘキ明文ナキヲ以テ此場合ハ傷害ノ點ハ無罪ニシテ住居侵害罪ノ點ハ有罪ナリ。要スルニ此場合ニ於テハ住居侵害罪ハ傷害罪ノ成立、不成立ニ關係ナク常ニ獨立シテ成立スヘキナリ。

第三　住居侵害罪ニ要スル故意

住居侵害罪ハ住居ヲ侵害スル故意アルヲ要ス。然レトモ住居者ノ平穩ヲ妨害スルノ意思アルヲ要セス。住居者ノ承諾ナキコト又ハ立入若クハ在留スルノ權利ナキコトヲ知リナカラ人ノ住居ニ立入リ又ハ請求ヲ受ケタルヲ知リナカラ人ノ住居ニ滯留スルノ所爲アルヲ以テ充分ナリトス。其侵入若クハ滯留ノ目的ノ如何ハ之ヲ問フ所ニ非ス。故意ニ基カサル住居侵害ハ犯罪ヲ構成セス。故ニ例ヘハ自己ノ家屋ナリト信シ他人ノ家屋ニ立入リタルカ如キ場合又ハ承諾アリト信シ立入リタルニ意外ニモ承諾ナカリシ場合又

ハ立入ルノ適法ノ原因アリト信シタルニ案外ニモ斯ル事實存セサリシ場合ニ於テハ故意ヲ缺クヲ以テ住居侵害罪ヲ構成セス。

住居侵害ハ不法ナルヲ要ス

第一　住居侵害ハ不法ナルヲ要ス

適法ノ理由ニ基キ人ノ住居ニ立入ルノ所爲若クハ承諾ニ基キ立入ルノ罪ト爲ラサルコトハ當然ナル事理ニシテ之ヲ更メテ言フヲ要セス。例ヘハ父母カ懲戒若クハ監護權執行ノ爲メ其子ノ住居ニ立入リ且ツ滯留スルカ如キ、又豫審判事カ家宅搜査ノ爲メ被告人、證人其他ノ人ノ住居ニ立入リ事案ノ取調中滯留スルカ如キハ適法ナル理由ニ依リ侵入且ツ滯留シタルモノナレハ犯罪ヲ構成セサルカ如シ。法文ニ「故ナク」ト規定シタルハ蓋シ如上ノ意義ヲ明ニシタルニ過キサルカ如シ(註四二)。

(註四二)　一　江木博士曰ク『法文ニ故ナクトハ權利ナクシテ之ヲ行ヒタルヲ謂フモノニシテ始メヨリ權利ナキ場合及ヒ侵入シタル後ニ至リテ其權利ノ消滅シタル場合ヲ包含ス。夫ノ之ヲ以テ家宅ニ入ルヘキ理由若クハ辯解ナキコトヲ指示スルモノトスルカ如キハ小說的ノ解釋論タルヲ免レス』(現行刑法原論九三頁)ト。岡田博士曰ク『故ナクトハ權利ナキヲ謂フ。有權者ノ明示默示ノ同意アル場合ハ權利行使ナリ』(刑法講義八一頁)ト。二　勝本博士曰ク『故ナクトハ正當ノ理由ナクト謂フノ意ニシテ法律命令ノ特ニ許シタルニ非サル場合若クハ管理者カ明示又ハ默示ヲ以テ承諾ヲ與ヘサル場合等ヲ謂フ』(刑法各論講義一六八頁)ト。三　泉二學士曰ク『故ナクトハ管理者(何人カ權利者ナルカハ事實上審査スヘキ問題ナリ)ノ意思ニ反シテト謂フ義ナリ不法ト謂フ意味ニ非ス。但シ之ヲ不法ノ意味トスレハ是レ無用ニ歸スヘシ。意思ニ反スルモ不法ナラサルトキハ本罪ヲ構成セス。若シ意思ニ反セサルコトヲ觀念セハ故意ナクシテ無罪ナリ』(日本刑法論七七四頁)ト。同說小疇學士(日本刑法論各論二〇八頁)。四　牧野學士ハ曰ク『侵入トハ住居者又ハ看守者ノ承諾ナクシテ入ルヲ謂フカ、華美家宅侵入カ家ノ平和ヲ破ルハ承諾カ事實上欠缺シタリト謂フ點ニ非スシテ不承諾ニ拘ラス侵入スト謂フ點ニ在リト謂ハサル可カラス。而シテ法文ニ故ナクトハ修辭上ノ理由ニ基クニ過キス行爲カ違法ナルコトヲ要スルハ獨リ本罪ニ限ルモノニ非サレハナリ』(刑法通義二四〇、二四二頁)ト。

住居主若クハ看守者ノ明示又ハ默示ノ承諾アルトキハ不法ノ侵害ニ非ス

從テ住居侵害罪ノ構成ヲ妨クヘキコトハ前述セシカ如シ。又住居主又ハ看守者カ退去ヲ請求スルヲ得ヘク而シテ退去ヲ請求シタルニモ拘ラス尙ホ退去セサルトキハ住居侵害罪成立スヘキコトハ法文ノ示ス所ナリ。其承諾若クハ退去ノ請求ハ獨リ住居主若クハ看守者ノミ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ。住居主及ヒ其代理者タル看守者ハ勿論其他住居主カ住居權ノ實行ヲ認容シタ

リト推定セラルヘキ各人ハ住居主ハ有スル承諾又ハ退去ハ請求ヲ爲スヲ得ヘキモノトス。住居主ハ普通其妻、成長シタル家族、其他雇人ニ斯ノ如キ權利ノ實行ヲ認容シタリト推定セラルヽモノナレハ他人ニ對シテ住居ニ立入ルコトヲ諾シ又ハ退去ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(註四三)。然レトモ妻、家族、雇人カ斯ノ如キ權利ヲ有スルハ住居主カ斯ル權利ノ實行ヲ認容シタリト推定スルニ基クモノナレハ全然斯ル推定ヲ爲ス能ハサル場合ニ於テハ妻、家族、雇人ニハ斯ノ如キ權利ナキモノト爲サヽルヲ得ス。例ヘハ妻カ夫カ滯留ヲ諾シタル人ノ退去ヲ請求スル能ハサルカ如ク、又妻ハ情夫ニ對シテ其家ニ滯留スヘキ承諾ヲ與フル能ハサルカ如ク、又家族ハ盜人其家ニ忍入ルコトヲ許スノ權ナキカ如シ(註四四)。主人ノ不在中ハ妻家族、雇人其他看守者ニ於テ之ヲ代理セシメタリト推定スヘキハ必スシモ之ヲ言フヲ要セス。

(註四三)　フランク氏ハ類似ノ説明ヲ爲セリ。(Vergl. Frank, zu § 123.)

(註四四)　何人カ承諾ヲ與ヘ得ルヤニ付キ我邦ノ學者ノ説明ヲ見ルニ　一　江木博士曰ク『家宅權ヲ棄ツルコトヲ得ル者ハ一般ヨリ謂フトキハ家宅ニ住居スル主人ハ勿論其不在中ニ於テハ其婦、其子又ハ留守居ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク數人同一ノ權利ヲ以テ同一家ニ住居スル場合ニ於テハ數主人中何人ト雖モ此權利ヲ棄ツルコトヲ得ヘシ』(現行刑法原論九三、九四頁)ト。二　小疇博士曰ク『承諾ヲ與フルコトヲ得ヘキ管理權者ハ邸宅ニ付テハ其邸宅ノ主宰者又ハ代理人ナリ。若シ邸宅内ノ各室カ各人ニ別々ニ給與セラレタルトキハ其特別ノ人々例ヘハ旅客ニ給與セラレタル客室、書生、下婢、家庭教師ニ給與セラレタル房屋ノ如キハ此等ノ者ノ承諾ヲ得ルトキハ主宰者ノ承諾ヲ得サルモ本罪ハ成立セス。若シ又多クノ住居者ニ依テ同一ノ玄關又ハ階子段、庭園等カ共同ニ使用セラルヽトキハ各人ハ他ヲ害スルコトナクシテ互ニ之カ管理權ヲ有ス。人ノ看守シタル建造物其他ノ場所ニ付テモ推シテ知ルヘシ』(日本刑法論各論二〇九、二一〇頁)ト。三　法曹會決議ニ曰ク『下婢ト密會スル爲メ其宅ニ侵入シタルトキハ家宅侵入罪ヲ構成ス』ト。而シテ其理由トシテ曰ク『家宅侵入罪ノ成立ニ付キ故ナクトアルハ管理權ヲ有スル者ノ意ニ反シテト謂フ意義ナルコトハ疑ナシ。故ニ本問ノ如キ場合ニ若シ下婢カ別莊又ハ留守宅ノ管理ヲ託セラレタルモノトセハ犯罪ノ成立セサルヤ明カナレトモ通常ノ狀態ニ於テ主人ニ使用セラレツヽアル場合ニハ下婢ハ其家ニ住居スル者ナレトモ管理權ヲ有ストハ認メ難シ。而シテ又普通ノ眞家ニ在リテハ下婢カ其密夫ヲ招キ來ラシムルコトカ戸主其他ノ管理權者ノ意ニ反セサルモノナリト爲スヲ得サルモノナリ。下婢ノ親族ノ知己ノ來訪トハ此點ニ於テ全ク區別アリトス。故ニ積極説ヲ可トス。但シ管理權者ノ意ニ反セサルモノト認メ故意ヲ缺キタルトキハ罪ト爲ラサルハ勿論ナリ云々』(法曹記事十九卷五號四一頁乃至四三頁)ト。

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

第百三十一條　故ナク皇居、禁苑、離宮又ハ行在所ニ侵入シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス。

神宮又ハ皇陵ニ侵入シタル者亦同シ。

皇居、禁苑、離宮若クハ行在所又ハ神宮若クハ皇陵ニ侵入スルノ罪ハ一般住居侵害罪ニ對スル特別規定ナリ。以下特別ナル說明ナキ部分ニ關シテハ前段ニ說明シタル所ヲ適用シ之ヲ類推スヘキナリ。

住居侵害罪ノ特別規定

第一　皇居、禁苑、離宮、行在所、神宮又ハ皇陵ニ侵入スル罪ノ客體

天皇ノ御邸宅タル皇居、天皇ノ御庭園タル禁苑、天皇ノ御別邸タル離宮、天皇ノ一時御休息若クハ御宿泊ノ場所タル行在所ハ本罪ノ客體ナリ。右列記中行在所若クハ禁苑ノ如キハ天皇ノ御住居若クハ之ニ準スヘキ物ノ觀念中ニ包含セサルモノナキニ非スト雖モ法律ハ皇居ニ準シ之ヲ保護セリ。又神宮若クハ皇陵モ皇居ト同樣ニ之ヲ保護セリ。

適法ニ禁苑ニ入リ皇陵ニ退去タル者ハ故ナク滯留スル所爲ニ對シ之ヲ罰スルノ規定ナキカ故ニ命ヲ受ケサルカ如キ必要アルヲ缺如スルハ余ノ惑フ所ナリ。

第二　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

法律ハ獨リ皇居、禁苑、離宮、行在所、神宮、又ハ皇陵ニ故ナク侵入スル行爲ハミヲ規定シ退去ノ命ヲ受ケナカラ故ナク滯留スル所爲ニ對シ之ヲ罰スルノ規定ヲ缺如スルハ余ノ惑フ所ナリ。學者或ハ此點ヲ說明シテ曰ク適法ノ理由アリテ皇居、禁苑等ニ立入リタル者ニ對シ退去ノ命ヲ發スルカ如キ必要アルコト殆ト絕無ナリ、從テ此點ニ對スル特別ナル規定ヲ設クル必要ナシト論スルモノナキニ非ス(例ヘハ泉二學士、日本刑法論七七五頁)。然レトモ更ニ考ヘスルトキハ必スシモ其然ラサルヲ悟ラン。例ヘハ宮內省カ工事洒掃其他諸般ノ勞働ニ當ラシメンカ爲メ多數ノ人夫ヲ雇入レ皇居、禁苑等ニ立入ラシムルコト甚タ稀ナリト爲サス。而シテ此等人夫中不都合ナル者アリトセハ何時ニテモ退去ヲ命スルヲ必要トスルコトアルハ必スシモ珍シト爲サルル

へシ。本條ニ若シ前條ト同シク故ナク退去ノ命ニ從ハサル者ヲ罰スルノ特別規定アリトセハ直チニ之ヲ斯ル場合ニ適用スルヲ得ヘシ。然ルニ其規定ナキカ故ニ斯ル場合ニ於テハ常人ニ對スル前條ノ規定ヲ適用スルノ外ナカルヘシ。然リ而シテ常人ノ規定ニ適用シテ悉ク之ヲ罰シ得ヘシトセハ大ナル不都合ヲ生スルコトナシト雖モ本條ノ場合ニ於テ故ナク退去セサルモノハ悉ク之ヲ罰スルヲ得ヘシト言フ能ハス。皇居、離宮、行在所、神宮ハ人ノ住居又ハ看守スル建造物ナルヲ以テ之ニ立入リタルモノハ退去ノ命ニ從ハサルトキハ前條ニ依リ之ヲ罰スルコトヲ得ヘシト雖モ禁苑若クハ皇陵ハ人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅若クハ建造物ニ非サレハ之ニ適法ニ立入リタルモノ故ナク退去ノ命ニ從ハサルコトアリトスルモ前條ニ依リテ之ヲ罰スル能ハスシテ無罪タラシメサルヲ得ス。余ハ此點ハ我刑法ノ缺點ニ非サルヤヲ疑フ。

第四款　住居ヲ侵ス罪ノ未遂

住居ヲ侵ス罪ノ未遂

第百三十二條　本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

法律ハ住居ヲ侵ス罪ノ未遂ヲ罰スル旨ヲ定ムルモ、此罪ハ故ナク侵入スルカ又ハ要求ヲ受ケ退去セサルトキハ直チニ既遂ト爲ルモノナリ。而シテ片足侵入アリタルモ尚ホ侵入ノ既遂タルヲ妨ケサレハ、侵入ノ未遂ト謂フカ如キ場合ハ甚タ稀有ナリト謂ハサル可カラス。強テ例ヲ想像スレハ人アリ將ニ他人ノ住居ニ入ラントスルニ當リ後ヨリ之ヲ抱キ止メタル場合ノ如シ。然リ而シテ要求ヲ受ケテ退去セサル場合ノ如キハ全然未遂ノ場合ヲ想像スル能ハサルカ如シ。然ルニ法律ニ尚ホ其未遂罪ヲ罰スト規定セラレタルハ頗ル奇異ノ感ナキ能ハス。

第四節　秘密ヲ侵スノ罪

秘密ヲ侵スノ罪

人ノ一身上及ヒ家庭上ノ生活關係ハ之ヲ公衆ニ暴露スヘキモノニ非ス。若シ何人モ之ヲ摘發シ得ヘキモノトスルトキハ吾人ノ生活ハ乾燥無味ト爲ルヘシ。又斯ノ如クスルトキハ各人ノ自由ナル意思活動ハ之カ爲メ障礙若

クハ危險ヲ受クヘシ。從テ何人モ平穩ニ愉快ニ生活スル能ハサルニ至ルヘシ。是レ法律ヲ以テ個人ノ秘密ハ之ヲ侵害ス可カラサルコトヲ規定シ以テ之ヲ保護スル所以ナリ。此罪ハ住居侵害罪ト同シク客觀的ニ觀察スレハ一個人ノ法律的平穩ヲ害スル罪ニシテ之ヲ主觀的ニ觀察スレハ一個人ノ自由ヲ害スル罪ナリトス(註四五)。

(註四五)　此點ニ關シ**フオン、リスト**氏説明シテ曰ク秘密侵害罪ニ依リテ保護セラル、法益ハ一身上並ニ家族上ノ生活ハ他人ニ因リ不當ニ侵害セラル、コトナシテウ法律上保護セラル、利益ニシテ住居權ト類似スル特種ノ法益ナリ。一身上及ヒ家族上ノ生活ヲ第三者タル各人ニ於テ洞察シ得ヘキニ於テハ人ノ意思ノ自由活動ハ妨ケラレ且ツ危ウセラルヘシ(v. Liszt. § 121.)。

營業上ノ秘密モ亦人ノ一身上及ヒ家族上ノ秘密ト同シク之ヲ保護スヘキ必要アルモノトス。商業、工業、其他各種ノ營業主カ其使用人ニ對スル信用ハ之ヲ維持スルノ道ナク他人ノ營業ノ秘密ハ他人ノ之ヲ漏告又ハ竊用スルニ放任スト同一ナルヘシ。斯ノ如キ事情ノ下ニ在リテハ營業上ノ秘密ニ關シテハ何人ニモ信用ヲ措ク能ハス不當ノ競業ハ相踵テ起ルヘシ。斯ノ如キハ

信書ノ秘密ヲ侵スノ罪ノ客體

一國ノ商工業ヲ始メ諸般ノ營業ノ健全ナル發達ヲ遂ケシムル所以ニ非ス。

歐洲先進國ニ於テ之ニ關スル規定ノ存スル所以ナリ。

我現行刑法ニ於ケル秘密侵害ノ罪ハ之ヲ分テ第一信書ノ秘密ヲ害スル罪(刑、一三三條)第二陰私漏告罪(刑、一三四條)第三秘密侵害ノ未遂罪(刑、一三五條)ノ三ニ分類シテ論スルヲ以テ便ト爲ス。而シテ營業上ノ秘密漏告ハ我法令中之ヲ罰スルノ規定ヲ存セス。

第一款　信書ノ秘密ヲ侵ス罪

第百三十三條　故ナク封緘シタル信書ヲ開披シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ二百圓以下ノ罰金ニ處ス。

第一　信書ノ秘密ヲ侵ス罪ノ客體

封緘シタル信書タルヲ要ス。封緘トハ其方法ノ如何ヲ問ハス、苟モ信書ノ內容ヲ知ラシメサル確定ノ意思ヲ認メ得ヘキ裝置アル以上ハ之ヲ封緘アリタルモノト謂ハサル可カラス。糊ヲ以テ貼布スルト、絲ヲ以テ縫フト、封蠟ヲ

以テ封スルト、絲ヲ以テ固ク結付クルト、又ハ箱ノ内ニ收メテ之ニ錠ヲ卸ストヲ問ハス、同シク是レ封緘ナリト言ハサルヲ得ス。之ニ反シテ單ニ紙ヲ折リテ文書ヲ包ミ又ハ何人モ解キ得ルカ如ク絲ヲ以テ結ヒタルカ如キハ之ヲ封緘ト言ハンヨリハ整正ニ保存スル趣旨ナリト解スヘキナリ。之ヲ要スルニ或ル一定ノ裝置ニシテ封緘ト認メ得ヘキヤ否ヤハ、裝置者カ其裝置ヲ以テ文書ノ内容ヲ知ラシメサルノ確定ノ意思ヲ認メ得ヘキヤ否ヤヲ以テ決スヘキ事實問題ニ屬ス。而シテ法律ノ保護スル所ハ獨リ信書ノ秘密ナリ。然レトモ純然タル法理論ヨリスレハ秘密ヲ保護スヘキ文書ハ必スシモ信書ニ限ラス、其他一般ノ文書モ亦秘密侵害ヲ客體ト爲スヲ要ス。若シ斯ノ如クセサレハ自筆遺言書ヲ生前第三者カ開披スルカ如キ行爲若クハ會社重役カ秘密文書トシテ封緘シタル書類ヲ開披スルカ如キ行爲ハ之ヲ罰スル能ハサルヘシ。然レトモ我刑法ハ獨リ信書ノ開披ヲ罰スルノミ（註四六）。

（註四六）故ニ外國ノ立法例ニ於テハ獨リ信書ノミナラス一般ニ他ノ文書ノ秘密ヲモ保護セリ。例ヘハ瑞西刑法草案第九十六條、墺太利刑法草案第三百十三條、諸威刑法第百四十五條、獨逸刑法第二百九十九條ノ如キハ悉ク然ラサルハナシ。尙ホ泉二、牧野兩學士ノ此點ニ對シ説明スル所ヲ見ルニ　一　泉二學士ハ『信書トハ特定ノ人ニ對シテ意思ノ傳達ヲ媒介スヘキ文書ヲ謂フ。本罪ノ目的タル封緘シタル信書トハ信書其ノモノニ他ノ物質ヲ以テ無權利者ヲシテ外部ヨリ閲覽スルコトヲ得サラシムル手段ヲ施シタル信書ヲ謂フ。然レトモ信書其ノモノト一體ヲ成サヽル密閉手段ヲ包含セス』（日本刑法論七七七頁）。二　牧野學士ハ『信書トハ特定ノ人ヨリ特定ノ人ニ宛テタル文書ナリ。封緘トハ信書其者若クハ其外包ヲ破壞スルコト無クシテハ容易ニ文書ノ内容ヲ知了スル能ハサル一切ノ裝置ト謂フ。未タ發信ノ事實ナキ以上ハ意思表示トシテ效力ヲ有セスト雖モ苟モ信書ノ形式ヲ具備シテ封緘セラレタル以上ハ之カ開披ヲ禁シテ人ノ秘密ヲ保護セサル可カラス故ニ未タ發送ノ手續ヲ終了セサル信書ニ就テモ本罪ノ成立アリト解ス』（刑法通義二四三、二四四頁）ト言ヘリ。

開披ノ意義

第二　信書ノ秘密ヲ侵害スル罪ヲ構成スヘキ所爲

封緘シタル信書ヲ開披スル行爲アルコトヲ要ス。開披トハ有形的ニ封緘シタル裝置ヲ開披スル場合ノミナラス、苟モ封緘シタル裝置ヲシテ效力ナカラシムル處置ハ悉ク之ヲ開披ナリト解スルヲ以テ相當ナリト思考ス。然レトモ法律ハ開披ナル文字ヲ用ヒタルカ爲メ開披ノ事實ナキ以上ハ假令信書ノ秘密ハ之ヲ害シタル場合ト雖モ之ヲ無罪ト爲サヽルヲ得ス。故ニ例ヘハ

信書ノ封緘ハ依然舊形ニ存セシメ而シテ之ヲ日光ニ透カシテ其内容ヲ知ルカ如キハ信書ノ秘密ノ侵害アリト雖モ法文ノ所謂封緘ノ開披アリト謂フ能ハス。既ニ開披アリタル以上ハ行爲者カ内容ヲ知ルト否トハ犯罪ノ構成ニ關係ナシ(註四七)。

(註四七)　此點ニ付キ　一　法曹會決議ニ曰ク『刑法第百三十三條ノ罪ハ信書ノ封緘ヲ除去スルノミヲ以テ既遂トナルヘキモノトス。理由本罪ハ信書ノ封緘ヲ除去シ以テ信書ノ内容ヲ了知シ得ルニ至ルヘキ狀態ヲ生スルコトヲ禁止シ因テ秘密ニ關スル利益ヲ保護スルニ在ルモノナルカ故ニ決シテ信書ノ内容ヲ知了スルコトヲ其構成要素トスル趣旨ニ非ス』(法曹記事十九卷五號四三、四四頁)ト。同説泉二學士(日本刑法論七七八頁)。二　牧野學士曰ク『開放ハ封緘ヲ破棄シテ信書ノ内容ヲ知了スルヲ謂フ。封緘破棄ノ方法ニ依ラスシテ其内容ヲ知了スルハ罪ト爲ラス又内容ヲ知了スルコトヲ要スルヤ否ヤニ關シテハ、予輩ハ陰私漏告罪ノ漏泄トハ秘密事項ヲ他人ニ告知シ其告知カ他人ニ到達シタルトキヲ以テ既遂ト爲ルト信ス』(刑法通義二四四頁)ト。

第三　開披ハ不法ニシテ且ツ故意アルヲ要ス

遊法且ツ有責

信用ノ秘密ヲ侵害スル罪ヲ構成スルニハ信書ヲ開披シタル事實ノミヲ以テ足レリトセス。此罪ヲ成立スルニハ權利ナク又ハ權利者ノ承諾ナクシテ之ヲ開披スルヲ要ス。是レ法文ニ故ナクト記載アル所以ナリ。例ヘハ父母カ子女ニ對スル監護懲戒權ノ行使上子女ヨリ發シ又ハ之ニ宛テタル信書ヲ開披スルカ如キ、又例ヘハ豫審判事カ事件ノ審理上被告人ニ關スル信書ヲ開披スルカ如キハ孰レモ適法行爲タルヘシ。尚ホ本人又ハ代理人ノ明示又ハ默示ノ承諾アリタルトキハ此罪ハ成立セサルコト勿論ナリトス(註四八)。且ツ又此罪ヲ構成セントスルニハ信書ノ開披ハ行爲者ノ故意ニ基クヲ要ス。故ニ過失ニ因ル信書ノ開披ハ法律上罪ト爲ラス。

(註四八)　牧野學士ハ同説、之ニ反シテ泉二學士ノ意見ハ多少異ナル所アリ、第一　牧野學士ハ『一定ノ行爲カ罪ト爲ルニハ獨リ刑罰法令ニ列擧セラルヽモノタルノミナラス違法ノモノタルヲ要スルヤ論ナシ即チ玆ニ故ナクノ語ハ法意的ノモノニ過キス』(刑法通義二四四頁)。第二　泉二學士ハ『所謂故ナクトハ權利者ノ意思ニ反スルコトヲ意味ス不法ナルコトヲ意味スルモノニ非スト雖モ不法ナルニ非サレハ罪ト爲ラサルハ一般原則ノ適用上明カナリ』(日本刑法論七七八頁)ト説ケリ。

第二款　陰私漏告罪

第百三十四條　醫師、藥劑師、藥種商、產婆、辯護士、辯護人、公證人又ハ此等ノ職ニ在リシ者故ナク其業務上取扱ヒタルコトニ付キ知得タル人ノ祕密ヲ漏泄シタルトキハ六月以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金ニ處ス。

宗教者又ハ此等ノ職ニ在リシ者故ナク其業務上取扱ヒタルコトニ付キ知得タル人ノ祕密ヲ漏泄シタルトキ亦同シ。

陰私漏告罪ノ客體

第一　陰私漏告罪ノ客體

陰私漏告(Diffenbarung fremder Privatgeheimnisse)トハ一個人ノ一身上又ハ家族上ノ生活ニシテ之ヲ祕密ト爲シアル事實ヲ漏告スルヲ謂フ。而シテ陰私トハ祕密カ漏洩セラルヽコト無カルヘシト期待セラルヽ人ノミカ、之ヲ知リ未タ廣ク知レ渡ラサル一私人ニ關スル事實上ノ關係ナリ。斯ノ如キ關係ハ之ヲ漏告スルトキハ多クノ場合ニ於テ直接又ハ間接ニ本人ニ不利益ヲ來スコトアルヲ常トスルモ必シモ不利益ヲ生スルコトアルヲ條件ト爲サス(註四九)。而シテ我刑法上陰私漏洩トシテ罰スヘキハ漏洩者カ其職務ノ執行上知リ得タル事項ニ限ル。而シテ職務上知リ得タル事項トハ職務ニ付キ明示又ハ默示ヲ以テ祕密事項トシテ告ケラレタルモノ若クハ職務執行ニ依リ知リ得タルモノニ限ル。而シテ職務上知リ得タルモノナル以上ハ本人ニ於テ之ヲ知ラサルモ可ナリ。例ヘハ醫師カ診斷ニ依リ本人カ一種ノ病症ニ罹リ居タルコトヲ知リ得タルモ本人自身ニ於テハ之ヲ知ラサル場合ノ如シ。法律カ陰私漏洩ヲ罰スル精神ヨリスレハ獨リ職務上知リ得タル事項ノミナラス相互ノ信用上明示又ハ默示ヲ以テ祕密事項トシテ告ケラレタルモノヲ漏洩シタル者ハ悉ク之ヲ罰スルヲ相當トスルカ如シ。

(註四九)　ミッテルマイヤー氏ハ陰私ニ關シ木文ト同樣ナル定義ヲ與ヘタリ。(Mittermaier, ztschr. 21,202.)而シテ木邦ノ學者陰私ニ關シ說明スル所ヲ見ルニ　第一　勝本博士ハ『陰私トハ被害者カ他人ニ打チ明カスコトヲ欲セサル總テノ祕密ヲ意味スル者ニシテ妄リニ漏洩スルニ於テハ被害者カ有形又ハ無形ノ損害ヲ蒙ルヘキモノナリ』(刑法析義下卷二七三頁)。第二　小疇學士ハ『陰私トハ私ノ關係ニ於ケル事實ニシテ然カモ之ヲ祕密ニ保ツコトカ此事實ヲ負ノ者ノ爲メニ利益ナル總テノ事實ヲ謂フモノナリ』(日本刑法論各論七七五頁)。第三　泉二學士ハ『人ノ祕密トハ一私人カ他人ニ開示セラレサルコトニ付キ利益ヲ有スル私事ヲ謂フ本人又ハ其二者カ他言ヲ禁シタルモノ及ヒ他言スルコトカ本人ノ不利益ト爲ルヘキコトノ明瞭ナルモノハ皆本罪ニ於ケル祕密ナリ』(日本刑法論第四章　個人ノ法律的平穩ニ對スル罪　第四節　祕密ヲ侵スノ罪

七七九頁）ト。牧野學士ハ『一定ノ事項カ秘密ナリヤ否ヤヲ定ムル標準ニ關シテ三說アリ。第一ハ客觀說ニシテ一般ノ人カ秘密ナランコトヲ欲スル事項ヲ以テ秘密事項ナリトスル說ナリ。第二ハ主觀說ニシテ其本人カ秘密ナランコトヲ欲スル事項ヲ以テ秘密事項ナリトスル說ナリ。第三ハ折衷說ニシテ一般ノ人カ秘密ナランコトヲ欲スル事項ナルト同時ニ其本人カ秘密ナランコトヲ欲スル事項ヲ以テ秘密事項ナリトスル說ナリ。余輩ハ第三說ヲ採ル』（刑法通義二四六頁）ト。

第二　陰私漏告罪ヲ構成スヘキ所爲

陰私漏告ハ不法ニシテ故意アルヲ要ス

陰私ヲ漏洩ストハ他人ノ一身又ハ家族ニ關スル祕密ナル事項ヲ人ニ告ケシムルヲ謂フ。故ニ公衆ニ知ラシムルヲ必要トセス。而シテ之ヲ知ラシムルノ方法如何ハ之ヲ問フ所ニ非ス。例ヘハ祕密事項ヲ他人ニ一瞥ヲ許スモ亦漏洩タルヲ失ハサルカ如シ。漏洩ヲ受ケタル人カ更ニ之ヲ他人ニ漏洩セサルヘキコトヲ期待シ得ル場合ト雖モ漏洩ノ行爲ナシト謂フ能ハス。若シ之ヲ漏洩シタルトキハ漏洩ヲ受ケタル人ニシテ既ニ之ヲ知リ居リタルモ此罪ノ構成ヲ妨ケス。何ントナレハ陰私漏告罪ハ一、行爲者カ其職務上ノ信用ニ基クモノニシテ之ヲ漏洩スレハ直ニ此罪アリト謂フヲ得ヘク二、漏告ヲ受ケタル者ニシテ既ニ其事項ヲ聞知シ居リタルモノトスルモ必シモ實害ナシト謂フ能ハサレハナリ（註五〇）。

（註五〇）此點ニ關シ本邦ノ學者間ノ所說一致セス。第一　岡田博士曰ク『漏泄ハ既ニ他人カ之ヲ知レルト否トヲ區別セス』（刑法講義二八四頁）。第二　勝本博士曰ク『現在世人ノ一般ニ知得シタル事項ト雖モ其漏告カ更ニ世人ノ確信ヲ强カラシムル場合ニ於テハ構成シ否ラサル場合ニ於テハ罪ヲ構成セス』（刑法析義下卷二七五頁）。第三　小疇學士曰ク『漏告トハ未タ知レサル事實ヲ他人ニ告クルコトヲ意味スルカ故ニ既ニ世ニ公ニセラレタル事實ハ之ヲ告クルモ漏告ト謂フ可カラス。又假令未タ世ニ公ニセラレサル事實ト雖モ既ニ其事實ヲ知得セル人ニ對シ之ヲ告クルモ亦同シ』（日本刑法論各論七五頁）。第四　牧野學士曰ク『漏泄ノ要件ニ二アリ。一ハ其事項カ未タ世ニ知ラレサルモノナルヲ要ス。二ハ未タ知ラサルノ人ニ向ヒテ之ヲ告知スルコトヲ要ス』（刑法通義二四六頁）。

第三　陰私漏告ハ不法ニシテ故意アルヲ要ス

他人ノ陰私ノ告知ニシテ權利ナキカ又ハ相當理由ナキ場合ニ非サレハ漏告トシテ之ヲ罰セス。例ヘハ（一）承諾アリタルトキ（二）法律上ノ告知ノ義務アリタルトキハ、例ヘハ證言ノ義務又ハ屆出ノ義務アリタル場合ノ如シ。其證

言ヲ拒ム權利アル場合モ亦同シ(註五一)。(三)自己ノ正當ナル利益　主張スルニ必要ナル場合例ヘハ訴ヲ起シ又ハ起サレタル訴ニ對シ防禦スル爲メ事實ノ陳述ヲ爲ス權利アル場合ノ如シ(註五二)。然レトモ學術上ノ研究ヲ公ニスル爲メ他人ノ陰私ヲ漏洩スル如キハ其罪ヲ免レス(註五三)。

(註五一)　フオン、リスト氏　(v. Liszt, 16—17. Aufl. § 120.)。

(註五二)　フランク氏　(Frank, zu. § 300.)。

(註五三)　フオン、リスト氏　(v. Liszt, 16—17. Aufl. § 120.)。

陰私漏告罪ノ主體

陰私漏告ハ故意ニ基ク場合ニ非サレハ犯罪ヲ構成セス。例ヘハ本人ノ承諾アリト確信シ之ヲ第三者ニ告ケタルカ如キ場合ニ於テハ其罪ヲ成立セス。

第四　陰私漏告罪ノ主體

醫師、藥劑師、藥種商、產婆、辯護士、辯護人、公證人、宗教若クハ禱祀ノ職ニ在ル者、若クハ此等ノ職ニ在リシ者ニ限リ此罪ヲ犯スコトヲ得。此等ノ職ニ在リ若クハ在リシ者ノ補助者ハ此罪ヲ犯スヲ得ルヤ否ヤ又ハ以上ノ職務ト類似スル職ニ在リ若クハ在リシ者ハ此罪ヲ犯スヲ得ルヤ否ヤ。法律カ陰私漏洩ヲ罰スルノ精神ヨリスレハ此等ノ者ノ行爲ハ之ヲ罰セサル可カラスト雖モ現行刑法ハ列擧主義ヲ採用シタルカ故ニ之ニ漏レタル者ハ此罪ノ主體タル能ハスト解セサル可カラス(註五四)。

(註五四)　刑法第百九十四條及ヒ百九十五條ニハ犯罪ノ主體タルヘキ者ハ一定ノ職ニ在ル者又ハ在リシ者ノミニ限ラス補助者モ同條ニ定ムル罪ノ主體タルコトヲ得ヘキ旨者ヲ以テセリ。然レトモ我陰私漏告罪ヲ定メル法條ニハ斯ノ如キ規定ナシ。而シテ獨逸刑法第三百條。瑞西刑法第百四十四條。墺太利刑法草案第三百十四條ニ於テハ補助者モ亦陰私漏告罪ノ主體タルコトヲ定メタリ。而シテ瑞西刑法草案第九十四條ハ一般ニ業務上ノ祕密ヲ毀損スル行爲ヲ罰スル規定ヲ設ケタルカ故ニ陰私漏告罪ノ範圍ハ更ニ擴張セラレタルモノト謂フヘシ。獨リ我刑法ハ此近世ノ立法ノ趨勢ニ倣ハス。

此點ニ關シ本邦學者ノ所說ヲ見ルニ　第一　岡田博士曰ク　「一定ノ身分職業ヲ有スル者其職業上委託ヲ受ケタルコトニ因リ知リ得ヘキ陰私ヲ漏告スル時ハ一方ニ於テハ同職ノ地位信用ヲ害シ一方ニ於テハ公衆ノ便益必要ヲ缺クニ至ル。即チ刑法第三百六十條(舊)ハ固ヨリ漏告セラレタル人ノ損害ハ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。此考案ニシテ誤リナシトスレハ委託ヲ受ケ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ニ之ヲ漏告スルコ

トヲ得ス』(刑法講義二八二、二八三頁)ト。第二　勝本博士曰ク『本條列記ノ身分職業ヲ有スル者ハ大抵助手又ハ徒弟ヲ有ス。之ニ於テカ若シ此等ノ助手又ハ徒弟カ業務執行ニ因リテ知得シタル他人ノ陰私ヲ漏告シタルトキハ如何ニ處分スヘキカノ問題ヲ生ス。獨、英等ノ法律ニ於テハ之ヲ豫見シタル法條アルモ我國ノ法律ニ於テハ之ヲ缺如スルカ故ニ無罪トセサル可カラサラム。蓋シ法ノ缺點ナリ』(刑法析義下卷二七三頁)ト。第三　小時學士曰ク『刑法ハ官吏公吏ニ付テ此種ノ犯罪ヲ戒ケサルハ缺點ナリトス。又以上列記ノ業務ナキ者ト雖モ此等業務アル者ノ補助ノ任ニ當ル者ニ付テモ同樣ノ規定ヲ設クルノ必要アルヘシ』(日本刑法論各論七五五頁)ト。

親告罪

第三款　祕密ヲ侵ス罪ノ告訴

第百三十五條　本章ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。

信書ノ封緘ヲ開披スルノ罪及ヒ陰私漏告ノ罪ハ親告罪ナリ。茲ニ說明ヲ要スルハ何人カ告訴權利者ナルヤノ一事ニ在リ。

信書ノ祕密ヲ害ス罪ノ告訴權者

第一　信書ノ祕密ヲ害スル罪ノ告訴權者

信書ノ封緘開披罪ニ付キ告訴權ヲ有スルモノハ開披當時ノ信書ノ所有者ナリ。故ニ信書ニシテ未タ名宛人ノ手ニ落チサル前ニ在リテハ差出人ハ告訴權アリ。之ニ反シテ名宛人ノ占有ニ移リタル後ハ名宛人ニ告訴權アリ。

陰私漏泄罪ノ告訴權者

(註五五)。

(註五五)　同說フオン、リスト氏(v. Liszt, 16-17. Aufl. § 120)フランク氏(Frank, zu § 299)。異說當ニ茲出人及ヒ名宛人共ニ告訴權アリト主張ス。メルケル(Merkel)ビンヂンググ(Binding)ノ諸氏此說ニ贊成ス。本邦ノ學者中泉二學士ハ同說(日本刑法論七八一頁)。牧野學士ハ『信書ノ發信者カ被害者タルハ論ナシ。金額ハ信書カ發信セラレタル以上ハ受信者モ亦被害者ナリト信ス』(刑法通義二二四頁)ト言ヘリ。

第二　陰私漏泄罪ノ告訴權者

陰私漏泄罪ニ付キ何人カ告訴權ヲ有スルヤニ付キ諸說紛々タリ。第一說ハ陰私漏泄ニ依リ祕密ニ關スル法益ヲ害セラレタル者ハ告訴權アリトスルモノニシテフオン、リスト、マイヤーノ諸氏之ヲ主張ス(註五六)。第二說ハ行爲者(漏泄者)ヲ信用シテ秘密ヲ告ケ若クハ知ラシメタル者ハ告訴權アリトスルモノニシテビンヂング、オルスハウゼン兩氏及ヒ獨逸帝國裁判所ノ判例ハ此說ヲ採用ス(註五七)。然レトモフランク、シツエルマイヤーノ諸氏カ主張スルカ如ク兩者共ニ被害者ナリトスルヲ相當トス(註五八)。

(註五六)　(v. Liszt, 16-17. Aufl. § 120. Meyer.)。

（註五七）（Binding, Lehrb. 128, Olsh. E. 13,60.）。

（註五八）（Frank, zu § 300. Mittermaier, Zischr, 21,205.）尙ホ本邦ノ學者中牧野學士ハ『陰私漏告ノ被害者トハ其祕密ナル事實關係ノ主體ニ刑法通義二四七頁）ナリト說キ、小野學士ハ『本罪ノ被害者ハ陰私ヲ漏告スルコトニ依テ直接ニ其利益ヲ害セラレタル者ヲ謂フ。從テ本罪ノ被害者ハ多數人アリ得ヘキコトヲ想像シ得ヘキナリ。例ヘハ醫師カ甲ヲ診察スルニ當リ遺傳病アルコトヲ知リ之ヲ漏告シタルトキハ其被害者ハ現ニ診察ヲ受ケタル甲者ニ限ラスシテ甲ノ血族ハ總テ此被害者ニシテ何レモ告訴權アリト謂ヒ得ヘキナリ。次ニ死者ニ關スル陰私ヲ漏告シタルトキハ其生存シタル親族ニ於テ告訴權アリ』（日本刑法論各論七五六頁）ト言ヘリ。

第四款　刑罰

一　脅迫罪ハ一年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金ニ該リ、告訴ヲ以テ其罪ヲ論スヘキモノトス。

二　住居侵害罪ハ三年以下ノ懲役又ハ五十圓以下ノ罰金ニ該リ、皇居、禁苑、離宮、行在所ノ神宮若クハ皇陵ニ侵入スル罪ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ該ル。而シテ其未遂罪ハ之ヲ罰ス。

三　信書ノ祕密ヲ侵ス罪ハ一年以下ノ懲役又ハ二百圓以下ノ罰金ニ該リ、陰私漏告罪ハ六月以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金ニ該ル。而シテ此等ノ罪ハ告訴ヲ俟テ之ヲ論スヘキモノトス。

第四編　名譽ニ對スル罪

第一章　名譽ニ對スル罪ノ一般觀念及ヒ分類

第一節　法益及ヒ被害者

人ノ眞價ト名譽

人ハ眞價ハ人之ヲ誹ルモ減少スルモノニ非ス。人之ヲ譽ムルモ增大スルモノニ非ス。法律上所謂名譽ナルモノハ人ノ眞價ヲ稱スルニ非スシテ社會一般人カ特定人ニ對シ與フル聲譽ヲ謂フ。此聲譽ニ二アリ。一ハ人カ生ルト同時ニ獲得スルモノニシテ之ヲ人ノ人タル名譽又ハ人格(Menschenwürde oder menschliche Persönlichkeit)ト謂ヒ。一ハ本人ノ地位、財産、智能、才幹等ト社會一般カ與フル判斷トニ依リ成立スルモノニシテ之ヲ社會上ノ名譽(Soziale Ehre)又ハ國民的ノ名譽(Staatsbürgerliche Ehre)ト謂フ。而シテ此兩者共ニ名譽ニ對スル罪ノ法益ナリトス(註一)。

(註一)　刑法ノ保護スル名譽ハ人ノ人タル名譽若クハ人格及ヒ社會上ノ名譽ニ在ルヤ又ハ其內獨リ社會上ノ名譽ノミニ止マルヤハ學說ノ岐ル所ナリ。

第一說　刑法ノ保護スル名譽ハ第一ニ人ノ人タル名譽ヲ保護シ之ヲ社會的ノ名譽ニ及ホスニ在リ。故ニ社會上何等ノ名譽ナキ者ト雖モ苟モ人類タル以上ハ人類カ有スル名譽ヲ害セラレサル權利ヲ有ス。人ノ名譽權ハ出生ト同時ニ始マルモノニシテ嬰兒若クハ精神病者ト雖モ此罪ノ被害者タルヲ得ヘシ。例ヘハ生レテ間モナキ嬰兒ニ對シ此子ハ獰惡ナル相貌ヲ具フルヲ以テ、將來必ス强盜若クハ其他ノ惡漢ト爲ルヘシトカ、又ハ此子ハ人間ト謂フヨリハ寧ロ獸類ナリト謂フカ如キハ、嬰兒ノ名譽ヲ害スルノ行爲ナリト解セサルヲ得ス。又例ヘハ生來ノ精神病者ニ對シ其血統下劣穢多非人ノ末孫ナルヘシト謂フカ如キ又ハ入獄ノ間ニ生レタルモノナルヘシト謂フ如キハ精神病者ノ名譽ヲ害スルノ行爲ナリト解セサルヲ得ス。此說ハ獨逸ニ於ケル通說ニシテ**ブオン、ビルクマイヤー、ビンヂング、アルフエルト、マイヤー**氏等有名ナル學者ノ唱導スル所ニシテ獨逸帝國裁判所ノ判例モ亦此解釋ヲ採用セリ(Birkmeyer, 2. Aufl. 1159, Binding, Lehrb, 139. E. 10. 372. 27, 366.)。

第二說　刑法ノ保護スル名譽ハ獨リ人ノ社會上ノ名譽ノミナリトス。故ニ此罪ノ被害者タルヲ得ヘキ者ハ社會ニ於テ何等カノ地位ヲ有スル者タラサル可カラス。

此罪ニ依リ害ヲ受クルハ社會上ノ地位ナリ。而シテ尙ホ其社會上ノ地位ハ獨リ其人ノ智能、財產、材幹等ノミニ依リ得タルモノニ非スシテ社會一般人ノ判斷ニ依リ成立スルモノナリ。斯ノ如クシテ社會上ノ地位ナルモノハ名

譽罪ニ依リ害セラルヽ客體タルモノナリ。名譽罪ヲ割スル所以ハ其誹謗セラル、人ニ對スル一般人ノ判斷ニ關シ不利益ナル影響ヲ與ヘ以テ社會上ノ地位ヲ危ウスル虞アルカ爲メナリ。(Frank, Vorbem. zu 11, Abschnitt)此說ニ依ルトキハ其當然ノ結果トシテ生レテ間モナキ嬰兒若クハ生來ノ精神病者ノ如キハ此罪ノ被害者タルコトヲ得ス。從テ此等ノ者ニ對スル侮蔑ノ言語若クハ舉動ハ如何ニ陋劣ヲ極ムルモ惡ク無罪タラサルヲ得ス。而シテ幼年者ハ社會ニ於テ何等カノ地位ヲ有スル時ニ至リテ始メテ被害者タルノ資格ヲ得ルモノトス。此點ニ對シ**フランク**氏ハ『幼年者カ何時ヲ以テ被害者タル資格ヲ得ルヤ精密ニ之ヲ言フ能ハサレトモ幼年者カ民事若クハ刑事上ノ責任能力ヲ有スル前ニ在ルコト確實ナリト說明シ、尙ホ精神病者ニ對シテハ通說ニ從ヒ被害者タル能力アルモノ』ト說明セリ(Vergl. Frank, Vorbem. zu 14 Abschnitt)。又**フオン、リスト**氏ハ『幼年者ハ例ヘハ學校ヘ入學スル等何等カノ義務ノ範圍內ニ入リ且ツ此義務アリトノ意識ヲ有スルニ至リタルトキハ幼年者モ亦名譽罪ノ被害者タルヲ得ヘク精神病者ニ對シテハ精神健全ナリシ以前ノ狀態ニ關シ或ハ精神カ一部分狂ヒ居ル場合ニ限リ被害者タルヲ得ヘシ』ト說明セリ(Vergl. Liszt, § 95.)。

此說ハ**フオン、リスト**氏、**フランク**氏等ハ唱道スル所ニ係リ第三說タル幼年者及ヒ精神病者ハ全然被害者タルヲ得ストノ學說ト共ニ單ニ二種ノ學說ニ止リ獨逸ニ於ケル通說ニ非サルコトハ右兩氏ノ認ムル所ナリ。我邦ノ學者ノ多クハ**フオン、リスト**、**ラフンク**兩氏ト說ヲ同ウスルモノヽ如シ。然レトモ特色ナキニ非ス。

一　江木博士曰ク『內部ノ名譽即チ人ノ技能ハ外部ノ名譽ヲ生スヘキ淵源ナリ。然レトモ人ノ技能ハ心裡ノ世界ニ屬スルカ故ニ法律ノ敢テ關涉シ得ヘキモノニ非ス。又其外部ニ顯レタル名譽ト雖モ吾人カ一國ノ制度若クハ社會ノ慣習ニ基カサル總テノ技倆稱號ヲ尊敬スルノ義務アルヘキモノニ非サルナリ。之ニ反シ法律ノ權利ト認ムル所ノ名譽即チ一國ノ制度若クハ社會ノ慣習ニ基カサル名譽權タランニハ事實上毫末ノ技倆ナキ小人ト雖モ、法律上之ヲ爭フコトヲ得サルナリ。故ニ又假令私權利トシテ如何ニ貴重ナルモ名譽權ニ非サレハ誹毀罪(舊法)ノ物體タルコトヲ得ス』(現行刑法原論二三八、二三九頁)ト。**二**　岡田博士曰ク『本罪ハ單ニ名譽即チ社會上ノ地位ニ危害ヲ與フルニ因リテ成立ス。故ニ社會ノ毀譽ニ上ルヘキ幼者(商店ノ小僧)ニ對シテハ犯罪ノ成立ヲ認メサル可カラス。狂者ニ對シテ成立スルコトヲ得ル誹毀ハ之ヲ健人ニ比シ性質ノ差アルニ非ス分量ノ差アルノミ』(刑法講義二七六、二七七頁)ト。**三**　小野博士曰ク『名譽トハ社會ニ於ケル人類ノ價値ニシテ其實質ハ(一)風儀ニ關スル價値(二)社會ニ於ケル地位ニ基キ科セラレタル義務履行(社會的價値)(三)自己カ擔任スル義務ノ履行ニ付キ必要ナル身體上並ニ精神上ノ性格及ヒ能力ヲ具備スルコトナリ。故ニ名譽ハ經濟上ノ信用及ヒ身分上ノ名譽ノ上ニ之ヲ認ムルコトヲ得ヘシ。而シテ小供ト雖モ或義務ヲ負擔スヘキ階級ニ進ミ且ツ其義務ヲ了解スルニ至リタルトキハ名譽ノ主體タルコトヲ得ヘシ精神病者モ過去ニ於ケル健全ナル精神ノ狀況(故ニ過去ニ於ケル行爲ニ關シテ之ヲ誹毀スルコトヲ要ス)及ヒ現在ニ於ケル一部不健全ナル精神ノ狀況ニ於テ亦名譽ノ主體タルコトヲ得ルナリ』(日本刑法論各論七四〇、七四一頁)ト。**四**　牧野博士曰ク『苟モ社會上名譽ヲ有スルノ人タルニ於テハ誹毀罪ノ客體タルニ妨ケナシ小兒、狂人ノ如キ者ト雖モ社會上ノ地位ヲ有スル者ナルトキハ之ニ對スルノ誹毀罪アリ得ヘシ』(刑法通義三六二頁)ト。**五**　谷野博士曰ク『名譽トハ一人カ他人間ニ於テ不利益ニ批判セラレサル事實ヲ謂ヒ利益、不利益トハ社會上ノ地位又ハ道德上ノ地位ニ關スルモノトス。精神障礙者及ヒ幼者等ハ名譽ヲ有スルモノナリ』(刑法各論講義七四頁)ト。**六**　泉二博士曰ク『名譽ハ人ノ社會上ノ價値ナリ換言スレハ世人ノ判斷(世人ノ判斷ノ材料ト爲ルヘキモノハ本人ノ行爲ノミナラス其系統、身分、家業等一切ノ生活關係ナモ包含ス)ニ依テ

認メラルヽ人ノ社會的地位ナリ。法律上ニ於テハ人ハ其社會上ノ價値ニ關シ、他人ニ貶侮セラレサルノ權利ヲ有ス。是レ即チ名譽權ナリ。從テ名譽ニ對スル罪ニ於テハ毀、瑕其他如何ナル階級種類ノ人格者モ之カ被害者タルヲ得ルモノトス。幼兒、狂者ト雖モ亦本罪ノ被害者タルコトヲ得ヘシ云々』(日本刑法論七八二、七八三頁)ト說ケリ。

人ノ人タルノ名譽

人ハ何人ト雖モ他人ヲシテ自己ノ人タル名譽若クハ人格ヲ尊敬スヘキコトヲ要求スル權利ヲ有ス。此名譽若クハ人格ヲ尊敬セシムルコトヲ要求スル權利ハ一般ニ人類ノ有スル所ナレハ名譽ニ對スル罪ハ社會ニ於テ特別ノ名譽ヲ有スル人ニ對シ之ヲ犯スコトヲ得ルノミナラス又社會ニ於テ何等ノ經歷、地位、名望、勳功等ヲ有セサル人ニ對シ之ヲ犯スヲ得ルモノナリ。要言スレハ此罪ハ一般人類ニ對シ犯スヲ得ルモノナリ。去レハ意思能力ナキ幼者及ヒ精神病者ニ對シテモ亦此罪ヲ犯スコトヲ得ヘシ。

社會上ノ名譽

被害者ニシテ社會上又ハ國法上特別ナル經歷、地位、名望、勳功等ヲ有スルトキハ其人トシテ本來有スル法律上一般ノ名譽ト相合シテ被害者ノ有スル名譽ナルモノ、範圍增大スルコトヽ爲ル。從テ同一ナル侵害行爲ニテモ常人ニ對シテハ名譽侵害罪成立セス又假令成立スルモ其情輕微ニ止ルヘキモノト雖モ特別ナル名譽ヲ有スル人ニ對シテハ此罪成立シ又ハ重大ナル名譽毀損罪ヲ構成スルコトアルヘシ。何トナレハ特別ナル名譽ヲ有スル人ニ對シ其特別ナル名譽ニ對シ侵害ヲ加フルトキハ之ニ依テ其人カ現ニ有スル人格ヲ侮蔑スルニ歸スルヲ以テ結局其人ノ名譽ヲ毀損スル行爲ニ外ナラサルヲ以テナリ。我大審院モ亦上述ノ趣旨ヲ認ムルモノヽ如シ(註二)。

(註二)判例ニ曰ク『新聞紙ニ掲載セシ記事カ常人トシテハ醜行ト爲ラサルモ被害者ニ特別ノ身分アルカ爲メ其名譽ヲ毀損スヘキモノナルトキハ其記事ハ其人ノ醜行ト爲ルヲ以テ誹毀罪ヲ構成ス』(三四年大審院判決錄一一卷一〇五頁)。泉二學士曰ク『形ニ於テ同一ナル言動ハ常ニ侮辱ト爲リ又ハ爲ラサルノ性質ヲ有スルモノト解ス可カラス。被害者ノ身分職業ノ業異、犯人トノ關係ノ親疎等ニ因リ同一ノ言動カ或ハ侮辱ト爲リ或ハ然ラサルモノアルコトヲ注意スヘシ』(日本刑法論七八九、七九〇頁)ト。

以上ノ說明ニ依リ名譽ニ對スル罪ハ自然人ノ名譽ヲ保護スルヲ以テ本旨トスルコト明ナリ。然レトモ法律カ自然人ノ存在ヲ認ムルヲ以テ自然人ニ對スル名譽ノ保護ハ之ヲ法人ニ及ホスヲ得ルヤ、換言スレハ法人

モ亦名譽ニ對スル罪ノ被害者タルヲ得ルヤ否ヤハ研究ヲ要スヘキ一問題ニ屬ス。獨逸ニ於テ通說トスル所ハ法人ハ法律ニ特例ヲ定メタル場合ノ外被害者タルヲ得スト言フニ在リ。**フオンビルクマイヤー、フオンゾスト、ビンチング、フオンバール**等ノ諸大家及ヒ獨逸帝國裁判所ハ之ニ贊成ス。然レトモ法律カ法人ヲ認メ一定ノ範圍內ニ於テ其人格ヲ認メタル以上ハ其法人ノ保有スル名譽ハ之ヲ保護セサル可カラサルコト當然ノ理ニシテ法文モ亦法人ノ名譽ヲモ保護シタリト解シ能ハサルモノニ非サレハ法人モ亦名譽罪ノ被害者タルヲ得ト解スルヲ以テ相當トス(註三)。法人カ名譽ニ對スル罪ノ被害者ト爲リ得ルモノト解スルモノトスルモ、其保有スル名譽ニ關スル法益ノ內容ニ至リテハ廣狹大小ノ差アルコトハ必シモ之ヲ言フヲ要セス。

(註三) 同說 **アルフエルト、マイヤー、フランク**氏等 (Alferd Mayer, § 90, Frank, Vorbem zu 14 Abschnitt)

我大審院其他多數學者モ亦同一ノ見解ヲ採用セリ。然ルニ江木博士ハ獨リ反對ノ見解ヲ採ラル。

一 判例ニ曰ク『刑法第三百五十八條(舊)ノ人ヲ誹毀シタル者ハ云々トアル人トハ唯有形人ヲ指スノミナラス無形人ヲモ包含スルモノトス。故ニ各人ノ集合ヨリ團結スル所ノ會社等ヲ誹毀スルニ於テハ同條ノ制裁ヲ受ケサル可カラス』(二五年大審院判決錄一卷九九頁)ト。同說 岡田博士(刑法講義二七八頁)。谷野學士(刑法各論講義七五頁)。小野學士(日本刑法論各論七四二頁)。泉二學士(日本刑法論七八四頁)。二 江木博士曰ク『名譽權ハ人身權ナリ。必ス或特定ナル有體人ニノミ屬セサル可カラス。故ニ法人、耶蘇宗徒、日本臣民等一般ノ人衆ハ決シテ名譽ヲ有スルノ理ナシ。議會竝ニ議員ニ關スル特別法(明治二十二年法律第二十八號)ニ依リ法律ヲ以テ組織シタル議會ニ對シ公然誹毀侮辱シタル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處シ議會ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキモノトスレトモ官署ト謂ヒ議會ト謂ヒ決シテ一ノ法人ニ非サルカ故ニ法人ニ名譽權ナシトノ原則ハ此等ノ法律ノ爲メニ毫末モ變動セラルヘキモノニ非ス。蓋シ其所謂官署又ハ議會ニ對スル誹毀ナルモノハ唯タ官署又ハ議會ヲ組織スル有形人ヲ誹毀スルモノニ外ナラス。又會社ノ如キ法人ニ在リテモ事實ニ於テ其會社ヲ組織スル有形人カ其被害者タルニ過キサルヘシ』(現行刑法原論二三九、二四〇頁)ト。

信用

所爲及ヒ手段

人ノ信用ノ如キハ名譽ノ一種タルヲ失ハスト雖モ、信用ヲ名譽ト分離シテ考察スルトキハ多クハ業務上ノ信用ニ關スルモノニシテ財產ノ事項ニ關スルモノ多シ。故ニ信用毀損ノ行爲ハ之ヲ財產ニ關スル罪ヲ論スル際ニ讓ルヲ以テ便利ナリトス。

第二節　所爲及ヒ手段

名譽ニ對スル罪ヲ構成スヘキ所爲及ヒ其手段ハ其犯罪ノ種類ヲ異ニスル

ニ從ヒ同一ナラス。茲ニハ主トシテ各種類ニ共通ナル條件ヲ說明スヘシ。

吾人ハ他人ヲシテ人ノ人タル名譽若クハ人格ヲ尊敬セシムルコトヲ要求スル權利アリト言フモ、法律ノ要求スル所ハ他人ノ名譽ニ對シ積極的ニ充分ナル尊敬ヲ拂フヘシト命スルニ非スシテ、不法ナル輕蔑ノ所爲ヲ爲スコトヲ禁スルニ在リ。故ニ被害者ノ人格ヲ輕蔑スヘキ積極的所爲若クハ之ト同視スヘキ消極的所爲アリタル場合ニ限リ名譽ニ對スル罪成立スルモノトス。斯ル所爲アリタル以上ハ被害者カ之カ爲メ苦痛ヲ受クルコトヲ必要トセス。又被害者カ之カ爲メ社會上ノ地位、名望ヲ失ヒ、又ハ不評判ヲ招キタルカ如キ名譽上ノ損害ヲ現實ニ發生シタルコトアルヲ必要トセス。故ニ常ニ虛言ヲ弄スルコトヲ以テ名アル惡漢カ、廉潔ト方正トヲ以テ名アル士人ニ對シ、彼ハ竊盜ナリト誹リタルカ如キ行爲アリタル場合ト雖モ、尙ホ名譽罪ハ成立スルモノトス(註四)。

(註四)　岡田博士曰ク『誹毀罪ハ其指示サレタル人ノ感情ヲ標準トスルモノニ非ス。故ニ被害者カ其摘發サレタル事實ハ惡事若クハ醜行ナリト認メサルトキニ於テモ其公ニシタル行爲ハ完全ニ犯罪ヲ構成スヘキモノナリ』(刑法講義二七五、二七六頁)ト。泉二學士曰ク『必スシモ四人カ被害者ニ對シテ不利益ナル判斷ヲ爲スニ至リタルコトヲ要セス』(日本刑法論七八六頁)ト。

輕蔑ノ表示

名譽ニ對スル罪ヲ構成スヘキ所爲ニ二アリ其一ヲ侮辱トシ其二ヲ名譽毀損ト爲ス。此兩者ノ詳細ハ後段ニ說明スヘシト雖モ茲ニハ名譽ニ對スル罪ヲ構成スヘキ必要條件ニシテ兩者ニ共通ナル左ノモノニ付キ之ヲ說明セン。

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)

單ニ輕蔑ノ意思ヲ發表スルモ何人モ之ヲ了知セサルトキハ輕蔑ノ表示アリタルモノト謂フ能ハス。輕蔑ノ表示ハ何人カ之ヲ知得スルニ依リテ成ルモノニシテ同時、之ニ依リテ此罪ハ既遂ト爲ル。故ニ輕蔑ノ表示ヲ包含スル通信ヲ記シ、之ヲ郵便ニ付シタル時ヲ以テ既遂アリト謂フ能ハス。何人カ之ヲ知得スルニ依リ始メテ既遂アリト謂フヲ得ヘシ。而シテ告知ハ言語、擧

動、其他ノ表情方法ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得。例ヘハ他人ノ面ニ唾シ若クハ舌ヲ吐キ或ハ文書、圖書ヲ公布シ或ハ雜劇偶像ニ依リ名譽ニ對スル罪ヲ犯スヲ得ルカ如シ。名譽ニ對スル罪ハ未遂タル行爲アリ得ヘキモ法律ハ之ヲ罰セス(註五)、

(註五)　小野學士曰ク『名譽毀損ノ結果ハ犯人以外ノ者侮辱ノ意思表示又ハ誹毀ノ主張ヲ知覺シタルコトニ依テ既遂ト爲ルモノニシテ、其知覺者ハ必スシモ被害者タルコトヲ要セス。被害者以外ノ第三者カ之ヲ知覺シタル場合ニ於テモ等シク既遂ヲ以テ論スルコトヲ得ルナリ。蓋シ名譽毀損ノ行爲ハ他人ノ名譽ニ關スル感情ヲ侵害スル性質ノモノニ非スシテ、他人ノ社會ニ於ケル價値ヲ侵害スル所爲ナルカ故ニ、苟モ此結果ヲ生シタルトキハ必スシモ被害者ハ此結果ヲ知覺シタルコトヲ要セサルナリ。然レトモ兎ニ角他人ニ於テ此結果ヲ知覺シタルコトヲ要スルカ故ニ、例ヘハ此結果ノ生スヘキ文書ヲ郵便函ニ投入シタルノミニテハ他人カ其文書ノ内容ニ付キ現ニ之ヲ知覺セサル以上ハ既遂ト謂フコトヲ得ス。名譽毀損ノ所爲ニ未遂ナシトノ議論アルモ理由ナシ。唯タ現行法上之ヲ罰セスト謂フニ過キス』(日本刑法論各論七四四、七四五頁)ト。泉二學士曰ク『苟モ人ノ社會的價値ヲ貶スルノ虞アル事實ヲ公然表示シ第三者ニ認知セラレタル以上ハ當然名譽毀損罪ヲ構成ス』(日本刑法論七八六頁)ト。牧野學士曰ク『誹毀罪、侮辱罪ハ共ニ人ノ名譽ニ對スル侵害ナリ。故ニ誹毀又ハ侮辱行爲ハ第三者ニ知了セラレタルトキヲ以テ既遂ト爲ル』(刑法通義三六四頁)ト。

我刑法ハ外國立法例ノ如ク公然ヲ以テ犯罪ノ加重情狀ト爲サスシテ犯罪ノ構成要件ト爲セリ。公然ノ意義ニ至リテハ未タ學說一致シタリト謂フ能ハス。或ハ(一)行爲ニシテ名譽ヲ毀損スル人及ヒ毀損セラルヽ人以外ノ第三者ノ耳目ニ達シタルトキハ公然ナリト解スルモノアリ。或ハ(二)右兩人以外ナル不定多衆ノ耳目ニ達シタルヲ必要トスト言フモノアリ。余ヲ以テ見レハ後說ハ普通慣用ハ公然ナル字義ニ合スルヲ以テ是レ妥當ハ解釋ナリト謂フヲ得ヘキカ如シ。然レトモ前說ハ法律カ名譽毀損罪ヲ認メタルハ精神ヲ掛酌シタルモノニシテ立法ハ趣旨ヲ得タルニ庶幾シ。而シテ我判例モ亦前者ヲ認メタルカ如シ(註六)。故ニ我法律ハ解釋トシテハ前說ヲ採用スルヲ以テ正當トナス。去レハ名譽ヲ毀損スル人ト毀損セラルヽ人トノ兩人間ニ往復シタル書面中ニ於テ爲シタル輕蔑ノ表示、又ハ兩人ノ外他ニ人ナキ場合ニ於テ爲シタル輕蔑ノ表示ノ如キハ、之ヲ公然ト謂フ能ハス、從テ此等ノ行爲ノ罪ト爲ラサルコト明白ナリトス。

(註六)　我法文中名譽ニ對スル罪ニ使用セラレタル公然ナル文字ニ關シ我判例及ヒ學者ノ說明スル所ヲ見ルニ大審

公然ノ意義

院及ヒ勝本博士ハ前說ヲ採リ、牧野、泉二兩學士ハ後說ヲ採ルモノ、如シ。左ニ之ヲ示サン。

一　大審院判例ニ曰ク『明治二十二年法律第二十八號ニ所謂公然トハ祕密ニ對スルノ語ニシテ祕密ナラサル場合ハ常ニ公然ナリトス。從テ公然ノ誹毀侮辱ト爲ルニハ敢テ不特定ナル多數人ニ對シテ之ヲ爲スヲ要セス。特定シタル少數人ニ對スル場合ト雖モ苟モ其行爲ノ祕密ナラサル以上ハ公然ノ誹毀侮辱ナリ』(三六年大審院判決錄一八七頁)。『明治二十二年法律第二十八號議會及ヒ議員保護ニ關スル罰則第二條ニ所謂公然ノ侮辱トハ議員ノ名譽ヲ毀損スヘキ言語、文書ヲ第三者ノ視聽ニ達セシメ、又ハ第三者ノ知リ得ヘキ場所ニ於テ之ヲ公表スルノ義ニシテ、第三者カ被侮辱者ノ利害ヲ同ウスルヤ否ヤ侮辱ノ成立ヲ定ムルノ標準ト爲ルモノニ非ス』(三七年大審院判決錄一七七八頁)ト。二　勝本博士曰ク『公然トハ祕密ニ對スル語ナルヲ以テ祕密ニ非サルモノハ總テ公然ナリ』(刑法析義下卷二六五頁)ト。三　牧野學士曰ク『公然トハ不特定又ハ多數人ノ面前ニ於テスルノ意ナリ。少數ノ人ト雖モ不特定ノ人ナラハ公然ナリ』(刑法通義三六四頁)ト。四　泉二學士曰ク『公然トハ又特定ノ多數人ニ認知セラレ得ル狀態ナリ』(日本刑法論七八五頁)ト。

第二　輕蔑ノ表示ニ因リ被害者カ明白ニ認知セラルヽコトヲ要ス

例ヘハ大阪商人ハ詐僞師同樣ナレハ油斷スヘカラスト言フカ如キ、又某地方出身ノ在京學生ハ輕薄ニシテ信用スルニ足ラスト言フカ如キハ、一定ノ人ノ集合ニ對シテ其名譽ヲ毀損シタルモノナレトモ、之ニ依リテ其被害者ヲ明白ニ認知シ得ヘシ。之ニ反シテ官吏社會、商人社會若クハ一般ニ當節ノ人ハ輕薄ニシテ篤實ノ德ヲ缺クト言フカ如キハ、其範圍廣漠ニ失シ被害者ノ何人タルヤヲ明白ニ認知スルコト能ハサルモノナレハ特定ノ被害者アリト謂フ能ハス從テ罪ト爲ラサルモノトス。而シテ苟モ被害者ニシテ明白ニ認知セラル、以上ハ之ヲ表示スル方法ノ如何ハ敢テ問フ所ニ非ス(註七)。

(註七)　岡田博士曰ク『一定ノ人ニ對スルコトヲ要ス。故ニ汎ク日本人ハ公德心ナシト謂フ如キハ罪ト爲ラス。斯ノ如キ行爲ト概括的指稱トノ異同ハ極端ニ論スレハ程度ニ於テ差アルニ過キス。若シ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ルトキハ罪ヲ構成ス。又指示セラレタル一人又ハ數人カ識別サル、以上ハ直接ニ實名、藝名、雅號ヲ以テ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ナシ』(刑法講義二七四頁)ト。

第三　違法且ツ有責

名譽ヲ害スル行爲ニシテ若シ被害者ノ承諾ニ出テタルトキハ名譽毀損罪ハ成立セス。故ニ例ヘハ親間藝人ノ徒カ申合セ其仲間ニ對シ馬鹿、阿呆ト罵詈嘲笑スルモ罪ト爲ラサルカ如シ。適法又ハ正當ナル理由ニ基キ爲シタル

違法且ツ有責

輕蔑ノ表示ハ罪ト爲ラス。例ヘハ學術、技藝若クハ營業成績ニ對スル批評又ハ權利實行若クハ防禦又ハ正當利益ノ保護ニ關スル發言等ニシテ、其方法又ハ情狀ニ於テ誹毀ノ意ニ出テタルモノニ非サルトキハ犯罪ヲ構成セサルカ如シ。其他法令又ハ業務ノ執行ニ因リ爲シタル行爲、例ヘハ長官カ屬僚ニ對スル職務上ノ諭告、其他官吏ノ職務上ノ告發、裁判又ハ父母カ其子ニ對スル懲戒ノ如キハ罪ト爲ラサルコトハ言フ迄モナシ(註八)。

(註八)　小疇學士曰ク『名譽ハ個人カ抛棄シ又ハ他人ニ讓渡シ得ヘキ性質ノモノニ非サルカ故ニ被害者ノ承諾ハ名譽毀損ノ所爲ニ對シテ違法排除ノ原因ト爲ラス。從テ此場合ニ於テ假令犯人カ違法ニ非スト信シタルトキト雖モ其責任ヲ免ルルヲ得ス』(日本刑法論各論七四五頁)ト。江木博士曰ク『我刑法ハ事實ノ有無ヲ問ハスト雖モ其事實ノ眞確ニシテ且ツ眞確ナリト信シタル場合ニ於テハ特ニ人ノ名譽ヲ害スルノ犯意ナキコトヲ推知スルヲ得ヘシ。例ヘハ學術上ノ評論ヲ爲シ自己若クハ他人ノ利益ヲ保護スル爲メニ人ノ惡事ヲ公布スルモ其事實ヲ眞確ナリト信シタルトキハ之ヲ誹毀罪ニ問フコトヲ得ス。スチーブン氏ハ學術上ノ犯意ナキコトヲ推測スヘキ場合ヲ次ノ如ク排列セリ。(甲)事實ノ眞確ニシテ且ツ公益ノ爲メニ之ヲ公布シタルトキ、(乙)事實ハ眞實ナラサルモ第一犯者ニシテ之ヲ眞實ナリト信シ或ハ特殊ノ理由アル爲メ之ヲ公ニシタルトキ、第二犯者其眞實ナルヲ知ルモ或格段ナル資格ニ於テ之ヲ公ニシタルトキ』(現行刑法原論二四六頁)ト。

分類

第三節　分類

名譽ニ對スル罪ハ之ヲ分テ刑法上ノ名譽ニ對スル罪及ヒ特別法上ノ名譽ニ對スル罪ト爲ス刑法上ノ名譽ニ對スル罪ヲ分テ第一、侮辱罪第二、名譽毀損罪ト爲ス。名譽毀損罪ヲ分テ(一)生存者ニ對スル名譽毀損罪(二)死者ニ對スル名譽毀損罪ト爲ス。之ヲ表ヲ以テ示ストキハ左ノ如シ。

- 名譽ニ對スル罪
  - 刑法上ノ名譽ニ對スル罪
    - 侮辱罪
    - 名譽毀損罪
      - 生存者ニ對スル名譽毀損罪
      - 死者ニ對スル名譽毀損罪
  - 特別法(新聞紙法及ヒ出版法)上ノ名譽ニ對スル罪

第二章　侮辱罪

第二百三十一條　事實ヲ摘示セスト雖モ公然人ヲ侮辱シタル者ハ拘留又ハ科料ニ處ス。

侮辱罪ノ法益及ヒ被害者

第一節　法益及ヒ被害者

前既ニ之ヲ述ヘタルカ如ク、人ノ人タル名譽及ヒ社會的ノ名譽ハ、此罪ノ規定ニ依リ保護セラルヘキ法益ナリ。從テ人ハ其出生ト同時ニ此罪ノ被害者タル能力ヲ有スルモノニシテ、其死亡ト共ニ之ヲ失フモノトス。精神又ハ體力ノ未タ發達セサルト既ニ發達シタルト、又其健全ナルト否トハ之ヲ問ハス、又社會ニ於テ特別ナル地位、名望ヲ有スルト否トヲ問ハス、苟モ人類タル以上ハ此罪ノ被害者タルヲ得ヘシ。故ニ嬰兒、精神病者又ハ無期懲役又ハ死刑ノ言渡ヲ受ケタル囚人ノ如キモ此罪ノ被害者タルヲ得ルモノトス。

所爲及ヒ手段

第二節　所爲及ヒ手段

侮辱トハ事實ヲ摘示セスシテ人ニ對シ輕蔑ノ表示ヲ爲スヲ謂フ。最モ普通ナル例ハ罵詈嘲弄ナリトス。而シテ舊刑法ニ於テハ獨リ罵詈嘲弄ヲノミ罰シタリシモ、現行法ハ獨リ罵詈嘲弄ヲ以テスル侮辱ノミナラス、其他諸般ノ方法ヲ以テスル侮辱行爲ヲ罰スルコトヽセリ(註九)。

(註九)　一　勝本博士ハ『侮辱(舊刑第四百二十六條第十二號(現刑二三一)條ノ解釋トシテ)トハ他人ヲ輕侮スル行爲、換言スレハ被害者カ犯人ニ對シテ有スル位地品格ヲ蹂躪スル行爲、即チ犯人カ被害者ニ對スル一般若クハ特別ノ敬禮ヲ缺クノ意思アルノ行爲ニシテ、其構成ニハ被害者ニ對シテ一般若クハ特別ノ敬禮ヲ缺クノ意思アルコト、及ヒ之ヲ表示スル行爲アルコトヲ要ス。其結果トシテ、(イ)犯人對被害者間ニ於ケル體面蹂躪ノ行爲ナルカ故ニ必スシモ第三者カ之ヲ聞知スルコトヲ要セス(加重ノ情タルハ格別)。單ニ犯人カ被害者ニ對シテ之ヲ爲シタルノミヲ以テ充分トス。(ロ)犯人對被害者間ノ體面蹂躪ノ行爲ナルカ故ニ犯人カ被害者ニ對シテ一般又ハ特別ノ敬禮ヲ爲サヽル可ラサル位地ニ在ルコトヲ要ス。之ヲ要スルカ故ニ主人カ僕婢ニ對スル場合ノ如キ其之レ有ラサル場合ハ(他人ニ對シテハ通常侮辱ト爲ルヘキ場合ニ於テモ)侮辱ト爲ラス(即チ雙方ノ關係ヲ審査シタル後之ヲ決スルヲ要ス)。(ハ)不法ノ判斷ニ基ク體面蹂躪ノ行爲ニシテ判斷ハ犯人一人ノ心裡ニ存スルモノナルカ故ニ性質上證明スルコトヲ得サルモノトス。但判斷ノ材料タル事實ノ證明ハ之ヲ爲スコトヲ得ルモ、ソハ單ニ犯罪ノ情狀ニ關係ヲ有スルモノニシテ構成ニハ何等ノ影響ヲ有セス』(刑法析義下卷二五四乃至二五六頁)ト。　二　泉二學士曰ク『侮辱トハ罵詈嘲弄其他輕蔑ノ意味ヲ包含スル一切ノ行爲ヲ謂フ。德義的方面ニ關スル輕蔑タルコトヲ要セス、智能ノ方面、身分ノ方面ニ關スルモ可ナリ。但シ形式ニ於テ同一ナルモ一般的人格ノ輕視ナルヲ要スルカ故ニ、他人ノ個々ノ言論行爲ヲ批評シ其誤謬ヲ主張スルカ如キ、其一般性ニ及ハサル限リハ侮辱ニ非ス。例ヘハ或事項ニ關

シ五ニ論難攻擊スルカ如キ是レナリ。之ニ反シテ所謂人身攻擊ニ渉ルトキハ名譽毀損又ハ侮辱罪ヲ構成ス」(日本刑法論七八九、七九〇頁)ト。

侮辱ノ意義

一　侮辱行爲　侮辱トハ他人ニ對シ人ノ人タル名譽若クハ人ノ社會上ノ名譽ニ對スル輕蔑ノ表示ヲ爲スヲ謂フ。即チ他人ニ對シ其無價値、無能、不都合、惡德等ニ關シ、自己ノ判斷ヲ表示シ若クハ他人ノ判斷ヲ傳フルヲ謂フ。之カ判斷ノ理由トシテ事實ヲ摘示スルトキハ侮辱ノ範圍ヲ脫シテ名譽毀損ト爲ル(刑、二三〇條)。法條ニ事實ヲ摘示セスト雖モト言フ文字ハ事實ヲ摘示セスシテト解スヘシ(註一〇)。

(註一〇)　泉二學士曰ク『法文ニ事實ヲ摘示セスト雖モノ一句ヲ加ヘタルハ蛇足ナリ。特別ノ意味ナシ。前條ニ事實ヲ摘示シノ一句アルニ對應スル形式タルニ過キス。故ニ事實ヲ摘示シテ公然人ヲ侮辱スルハ當然本條ノ罪ヲ構成ストノ反面解釋ヲ用ユ可カラス。公然事實ヲ摘示シテ侮辱スルトキハ前條ノ罪ヲ構成スヘキコト疑ナキナリ』(日本刑法論七八九頁)ト。

侮辱ノ種類

侮辱ハ之ヲ大別シテ二ト爲スコトヲ得。

(一)一般名譽ニ對スル侵害　即チ人ノ人タル名譽ニ關シ輕蔑ノ意思表示ヲスルモノ、例ヘハ人ニ對シ懶惰、痴呆、盜賊、詐欺師等ノ言ヲ以テ罵詈嘲弄スルカ如シ。

侮辱行爲ハ公然ナルヲ要ス

(二)社會上ノ名譽ニ對スル侵害　即チ社會ニ於テ何等カノ地位ヲ有スルモノニ對シ其名譽ニ關シ輕蔑ノ意思ヲ表示スルモノ、例ヘハ官吏ニ對シ其職務執行ニ必要ナル精神上若クハ身體上ノ能力ヲ有セスト言フカ如キ、又辯護士、醫師ニ對シ其業務ニ必要ナル技能ヲ有セスト言フカ如キ、又位階勳僞ヲ有スル人ニ對シ之ニ適スル品位、性格ヲ具備セスト言フカ如シ。

二　侮辱行爲ハ公然ナルヲ要ス。法文ニ「公然人ヲ侮辱ス」トアリ。公然トハ行爲者及ヒ被害者以外ノ第三者ノ耳目ニ達シタルヲ謂フト解スヘキコト前述ノ如シ。故ニ行爲者ト被害者ノミ現在スル場合ニ於テハ如何ニ極端ナル罵詈嘲弄ヲ試ムルモ之ヲ無罪ト爲サヽルヲ得ス。而シテ公然ナルコトハ犯罪構成ノ要件ナレハ行爲者ニシテ公然ナル事實ヲ知ラサルトキハ偶然第三者ノ耳目ニ達スル事實アルモ之ヲ無罪ト爲サヽルヲ得ス(刑、三八

故意

條。故ニ例ヘハ行爲者カ何人モ現在セス又ハ何人モ來ルコトナカルヘシト確信シ被害者ニ對シ罵詈嘲弄ヲ極メタルニ、意外ニモ卒然第三者ノ來會シタルカ爲メ其耳目ニ達シタルトキハ之ヲ無罪ナリト爲サヽルヲ得ス。又第三者カ現在シ居ルヲ過失ニ因リ氣付カサリシ場合ニハ過失犯ナレトモ、法律ハ過失ニ因ル侮辱ハ之ヲ罰セサルヲ以テ此場合モ亦無罪ナリト爲サヽルヲ得ス。然レトモ或ハ人ノ現在スルコトアルヘキ、又ハ來會スルコトアルヘキヲ知テ、人ヲ罵詈嘲弄シタル場合ニ於テハ不定ノ故意アリタルモノナレハ、若シ此場合ニ於テ第三者ノ耳目ニ達シタルトキハ有罪ナルヘキコト疑ナキ所ナリトス。又被害者ノ外何人モ現在セサル場所ニ於テ被害者ノ面ニ唾シテ之ヲ辱メタル行爲ノ如キハ侮辱罪ヲ構成セスト雖モ暴行罪ヲ構成スヘシ(刑、二〇八條)。

三、公然ナル侮辱行爲ハ故意アルヲ要ス。人ヲ侮辱シ其人ノ名譽ヲ害セントスルノ目的アルヲ必要トセス。公然被害者ニ對スル輕蔑ノ表示ヲ爲ス故意アルヲ以テ足ル。若シ此故意ヲ缺クトキハ過失犯ナリ。侮辱ノ過失犯ハ法律上之ヲ罰セス。其他行爲者ニ違法且ツ有責ノ條件ヲ缺クトキハ行爲者カ被害者ニ對シ公然輕蔑ノ表示ヲ爲スモ侮辱罪ヲ構成セス(註一一)。

侮辱ノ手段

(註一一) 泉二學士曰ク『本罪ノ成立スルニハ人ヲ輕蔑スルノ目的アルコトヲ要ス。從テ親戚朋友等ノ間ニ於ケル戲言ノ如キハ他ノ場合ニ於テ侮辱罪ヲ構成スル行爲ト形式上同一ナリトスルモ本罪ヲ構成セス。所謂條件附侮辱モ亦此方面ヨリ觀察シテ解決スルヲ可トス。例ヘハ汝ニシテ甲説ヲ主張スルナレハ馬鹿ナリト言フノ主意カ、汝ハ怜悧ナリ余ハ汝カ甲説ヲ主張スルカ如キ愚人ニ非スト信ストノ意思表示ナリトスレハ侮辱ノ目的ナキナリ。之ニ反シ余ハ汝カ甲説ヲ主張スルコトヲ知ル故ニ汝カ無智盲昧ノ愚者ナルコトヲ認ムト言フノ意思表示ナリトセハ本罪ノ行爲タルヲ得ヘシ』(日本刑法論七九〇乃至七九一)ト。

四、侮辱ノ手段　外國ノ立法例ニ於テハ名譽毀損ノ方法如何ニ依リ被害者ノ受クヘキ損害ニ輕重大小ノ差異アルヘシトノ點ヨリ、公然ノ演舌若クハ文章圖畫等ノ公布ニ依リ侮辱罪ヲ犯スト、又ハ單ニ言語ヲ以テ之ヲ犯ストニ依リ之ヲ區別シ、其罪ニ輕重ノ差ヲ設ケタレトモ、我刑法ハ此等ハ一ニ犯罪ノ情狀ナリトシ法文ヲ以テ一定セス。一ニ之ヲ判事ノ自由裁量ニ讓レ

リ。故ニ如何ナル表情方法ヲ以テ人ヲ侮辱スルモ敢テ問フ所ニ非ス。舊刑法ニ於テ罵詈嘲弄ノミヲ以テ侮辱ノ手段ト爲シタルハ狹キニ失ス。

第三章　名譽毀損罪

名譽毀損罪ハ之ヲ第一、生存者ノ名譽ヲ毀損スル罪第二、死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ノ二ニ區別シ說明スルヲ以テ便ト爲ス。

名譽毀損罪

第一節　生存者ノ名譽ヲ毀損スル罪

第二百三十條　公然事實ヲ摘示シ人ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ其事實ノ有無ヲ問ハス一年以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス。

（死者ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ誣罔ニ出ツルニ非サレハ之ヲ罰セス）

第一款　法益及ヒ被害者

法益及ヒ被害者

生存者ノ名譽ヲ毀損スル罪ノ法益、被害者ハ侮辱罪ノ其レト異ナル所ナシ。故ニ此點ハ侮辱罪ニ付キ說明シタル所ヲ參酌スヘシ。

名譽毀損罪ト侮辱罪トノ異ナル點

第二款　所爲及ヒ手段

名譽毀損罪ト侮辱罪ト異ナル所ハ其所爲ニ在リ。人ノ名譽ヲ毀損スヘキ所爲トハ人ノ名譽ヲ害スヘキ事實ヲ公然摘示シテ人ノ名譽ヲ害スルヲ謂フ故ニ名譽毀損罪ヲ構成スルニハ左ノ條件ヲ具備スルヲ要ス。

事實ノ摘示アルヲ要ス。

事實ノ摘示

一　事實ノ摘示トハ具體的ニ一定ノ事實ヲ告知スルノ所爲ヲ謂フ。抽象的ニ批評ヲ爲スカ如キハ事實ノ摘示ニ非ス。故ニ例ヘハ彼ハ元來愚物ナリ、若クハ彼ハ懶惰ナリト言フカ如キハ人ニ對スル不利益ノ判斷ヲ與フルモノ、即チ侮辱ニシテ事實ノ摘示ニ非サレハ名譽毀損罪ヲ構成スルコトナシ。之ニ反シテ例ヘハ彼ハ何々ノ惡事ヲ爲シタリ、又何々ノ醜行ヲ爲シタリト言フカ如ク、具體的ニ一定ノ事實ヲ告知スルカ如キハ事實ノ摘示ナリ。事實ノ摘示アリタル以上ハ之ニ自己ノ判斷ヲ附加スルモ名譽毀損タルヲ妨ケス（註一二）。事實ノ摘示ハ之ヲ言語、文章、擧動其他ノ表狀方法ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得ヘキコト前既ニ之ヲ說明シタルカ

如シ。而シテ具體的ニ一定ノ事實ヲ告知スルノ行爲ヲ爲ス以上ハ、行爲者ニ於テ之ヲ實驗シタリトシテ之ヲ告知スルト、又ハ他ヨリ見聞シタリトシテ之ヲ告知スルトハ敢テ異ナル所ナシ。故ニ例ヘハ言語、文章ヲ以テ事實ヲ摘示スル場合ニ在リテハ、自ラ事實ヲ唱道スルモ又ハ他人ノ唱道シタル事實ヲ流布スルモ異ナル所ナシ。又舊刑法ノ惡事醜行ヲ摘發シ云々ノ文字ニ代ユルニ、公然事實ヲ摘示シ云々ノ文字ヲ以テシタル點ヨリ考フレハ、獨リ未タ公知セラレサル事實ヲ摘發スル場合ノミニ限ラス、既ニ公知セラレタル事實ト雖モ、公然之ヲ摘示スルトキハ犯罪ヲ構成スルモノト解セサルヲ得ス(註一三)。

(註一二)　勝木博士ハ舊刑法ノ説明ニ於テ誹毀(現行刑法ノ名譽毀損)ト侮辱トノ差異ニ付キ詳論スル所アリ。博士曰ク『誹毀トハ他人ノ惡事醜行ヲ摘發シテ之ヲ第三者タル社會公衆ニ紹介スルノ行爲、換言スレハ被害者ノ名譽ヲ毀損スヘキ材料ヲ社會公衆ニ供給スル行爲ニシテ、其構成ニハ他人ニ惡事醜行ヲ摘發公布スルノ所爲ト惡事醜行隨テ其人ノ名譽ヲ毀損スヘキ事實ナルヲ知リテ之ヲ摘發公布スルノ意思トヲ要ス。其結果トシテ(イ)社會公衆對被害者間ニ於ケル感情阻害ノ行爲ナルカ故ニ、必ス第三者タル社會公衆ノ之ヲ聞知スルコトヲ要ス。單ニ犯人カ被害者ノミニ對シテ之ヲ爲シタルノ行爲ハ或ハ侮辱罪ヲ構成スルコトアルヘキモ誹毀罪ヲ構成セス。(ロ)社會公衆對被害者間ニ於ケル感情阻害ノ行爲ナルカ故ニ社會公衆トノ關係上被害者カ社會公衆ニ對シテ赤面スヘキ事實ナルヲ以テ充分ナリトス。被害者ト犯人トノ位地、品格等ハ犯罪ノ構成ニ關係ヲ存セス。(ハ)惡事醜行即チ事實ノ羅列ナルカ故ニ性質上證明シ得ヘキモノトス。要之侮辱ト誹毀トハ其間大ナル區別ノ存スルアリ。詳言スレハ性質ノ上ニ於テ一ハ被害者ニ對スル一般又ハ特別ノ敬禮ヲ缺クノ意思ヲ以テ被害者ノ自己ニ對スル位地品格ヲ蹂躙スルノ行爲、即チ犯人自ラ進ンテ被害者ヲ論評スル行爲ナルモ、他ハ被害者ノ惡事醜行ヲ第三者タル社會公衆ニ通告シ、以テ被害者ヲ論評スルノ材料ヲ得セシムルノ行爲、即チ犯人自ラ進テ被害者ヲ論評セサル行爲タルノ差アリ。隨テ(一)其結果ノ上ニ於テモ一ハ證明スルコトヲ得サルモ、他ハ證明スルコトヲ得、一ハ第三者ノ介在ヲ要セサルモ、他ハ之ヲ要スルノ差アリ』(刑法析義下卷二五六乃至二五八頁)ト。然ルニ牧野學士ハ『誹毀罪ト侮辱罪トノ區別ハ畢竟事實ノ摘示アリヤ否ヤニ歸ス』(刑法通義三六四頁)ト論ス。江木博士曰ク『惡事醜行ハ何レモ事實ニ屬スヘキモノタルヲ以テ人ノ思想信認ハ誹毀ノ原素タルコト能ハス。例ヘハ某ハ盜物若クハ放蕩家ナリト放言スレハ其名譽ヲ害スルニ相違ナキモ其事實ヲ指示セサル以上ハ我刑法ハ之ヲ罵詈ノ罪ト爲シ、誹毀ノ罪トスルコトヲシ云々』(現行刑法原論二四二頁)ト。小疇學士曰ク『誹毀ノ材料ハ侮辱ト異リ現在又ハ過去ノ一事項タルコトヲ要シ未來ニ屬スル事項ヲ材料トスルコトヲ得サルナリ。而シテ其材料タル事項ハ被誹毀者ニ對シテ不能ノコトタルト否トヲ問フヘキモノニ非ス。又被誹毀者ノ心裡ニ屬スル事項即チ被誹毀者ノ性質、意見、目的等ニ關スル事項ヲモ包含スルモノトス』(日本刑法論各論七四七頁)ト。

(註一三)　舊刑法ノ摘發ノ意義ニ關シ大審院ハ『公衆ノ未タ認知セサル人ノ惡事醜行ヲ暴露シ公衆ヲシテ其惡事醜行ヲ認知スルコトヲ得セシムルヲ謂フモノトス。從ヒテ公知ノ事實ハ之ヲ公示スルモ以テ犯罪ヲ構成セス』(明治

三六年大審院判決錄一〇〇〇頁）ト解シ。同説勝本博士（刑法析義二六三頁）。江本博士ハ『其文字上ヨリ解スレハ事實ヲ搜出スルニ止マルニ似タレトモ既ニ他人ノ搜出シタル事實ヲ反覆スル場合反テ多カルヘシ』（現行刑法原論二四三頁）ト言ヒ。谷野學士ハ『單ニ發表ヲ謂フ』（刑法各論講義八二頁）ト解セラル。新刑法ノ摘示ノ意義ニ關シテハ牧野學士ハ『誹毀（名譽毀損）ハ一定ノ惡事醜行ヲ摘發スル行爲ナリ。具體的ニ一定ノ事實ヲ社會ニ知了セシムルコトヲ要ス』（刑法通義三六三頁）ト言ヒ。泉二學士ハ『摘示ト謂フ文字ニハ舊刑法ニ所謂摘發ト同樣ノ意味ヲ含マサルモノト解ス。摘示トハ事實ヲ表示スルノ意味ニ外ナラス』（日本刑法論七八五頁）ト論セリ。

名譽ヲ害スヘキ事實ノ摘示

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。摘示セラレタル事實ハ或ハ人ノ人タル名譽ヲ害シ、若クハ人ノ社會上ノ名譽ヲ害スヘキ事實ナラサル可カラス。其摘示シタル事實ニシテ其人ノ人類トシテノ名譽ヲ減少又ハ喪失セシムヘキモノナルトキカ、又ハ社會上ノ地位、名望ヲ減少若クハ喪失セシムヘキモノナルトキハ、假令斯ル事實ノ摘示アリタルカ爲メ被害者カ名譽上痛痒ヲ感シタルト否ト、又名譽上損害ヲ蒙リタルト否トハ之ヲ問フ所ニ非ス。然レトモ茲ニ注意スヘキハ人ノ名譽ヲ害スヘキ事實中ニハ絶對的ノモノト相對的ノモノトアルコト是ナリ。人ノ人タル名譽ヲ害スル事實ノ如キハ絶對的ナリ。例ヘハ犯罪行爲其他惡事醜行ハ何人ニ對シテモ名譽ヲ毀損スヘキ行爲ナリ。之ニ反シ單ニ人ノ社會的名譽ヲ害スル事實ノ如キハ相對的ナリ。同一ノ事實ヲ摘示スルモ、相手方ノ如何ニ依リ、或ハ名譽毀損罪ヲ構成シ或ハ之ヲ構成セス。例ヘハ君ハ風邪ヲ治療スルニ通曉セサルヲ以テ醫師タル手腕ヲ有セスト言フカ如キハ、常人ニ對シテハ名譽毀損罪成立セサルモ醫師ニ對シテハ此罪成立スルカ如シ。

舊刑法ニ於テハ名譽毀損罪ヲ構成センカ爲メ摘發スヘキ事實ハ獨リ惡事醜行ニ限リタルヲ以テ人ノ名譽ヲ充分ニ保護スル能ハサル憾アリシモ、現行刑法ハ之ヲ改メ斯ル制限ヲ廢シ苟モ人ノ名譽ヲ毀損シ得ヘキ事實ヲ摘示スル以上ハ名譽毀損罪ヲ構成スヘキ旨ヲ定メタリ。故ニ其事實ハ本人ノ行爲ナルト又他人ノ行爲ナルト、又ハ其他ノ事故例ヘハ系統、疾病其他一切ヲ包含ス。

公然ノ摘示

三　事實ノ摘示ハ公然タルヲ要ス。公然トハ行爲者及ヒ被害者以外ノ第三者ノ耳目ニ達シタルヲ謂フト解スヘキコトハ反覆之ヲ說明シタレカ如シ。此點ニ就テハ侮辱罪ニ付キ說明シタル所ヲ參酌スヘシ。

故意

四　公然ナル事實ノ摘示ハ故意ニ基クヲ要ス。名譽毀損罪ヲ成立スルニハ違法且ツ有責ナルコトヲ要スルハ論ヲ俟タス。故ニ人ノ名譽ヲ害スヘキ事實ヲ公然摘示スルモ此要素ヲ缺クトキハ此罪ヲ構成セス。而シテ名譽毀損罪ニハ故意アルヲ要スルヲ以テ過失ニ因リ此罪ヲ犯スモ罪ト爲ラス。又過失ニ因リ犯罪構成ノ要件ノ一ニ缺如アリト確信シテ名譽毀損ノ行爲アリタルトキモ亦罪ト爲ラサルモノト解セサルヲ得ス。例ヘハ職權ヲ以テ人ヲ譴責スルニ當リ其人ニ付キ錯誤アリタル場合ノ如キ、又例ヘハ相手方ハ幇間ナリト思料シ、之ニ對シ君ハ人ノ機嫌ヲ取リ金ヲ儲クルニ巧ナリト言ヒタルニ案外ニモ相手方ハ醫師若クハ辯護士ナリシ場合ノ如シ。而シテ誹毀ニ要スル故意トハ被害者ノ名譽ヲ害スル目的アルヲ要セス。單ニ被害者ノ名譽ヲ害スヘキ事實タルヲ知リテ之ヲ摘示スルヲ以テ足ルモノトス(註一四)。故ニ物好キニ又ハ興ニ乘シテ人ノ名譽ヲ毀損スヘキ事實ヲ語リ又ハ流布シタル場合ト雖モ犯罪ノ構成ニ於テ缺クル所ナシ。

(註一四)　一　勝本博士曰ク『誹毀罪ノ故意ニハ被害者ノ名譽ヲ毀損セント欲スル希望アルコトヲ必要トセサルカ故ニ學術研究ノ爲メニスルモノト雖モ本罪ヲ構成ス』(刑法析義下卷二六七頁)ト。　二　判例ニ曰ク『總テ誹毀罪ノ構成ハ故意アルヲ要ス。故ニ新聞紙ノ發行人或ハ印刷ニシテ其編輯人ト共ニ新聞紙上ニ人ヲ誹毀シタルモノトハ其編輯人ト共謀ニ出テタルヤ如何ヲ審究明示セサル可カラス。即チ判文上之ヲ明示セサルモノハ理由不備ノ裁判ナリ』(二七年大審院判決錄一卷一頁)。

事實ノ有無

五　摘示セラレタル事實ノ有無ヲ問ハス。我刑法ニ於テハ誹毀罪ニ於テ事實ノ摘示アリタル以上ハ、其事實ノ有無ハ措テ之ヲ問ハサル旨ノ明文アルヲ以テ事實證明ノ問題生スルコトナシ。故ニ外國ノ立法例ノ如ク事實摘發ニ因ル名譽毀損ヲ分テ(一)誣罔誹毀即チ不實ナルヲ知テ爲シタル輕蔑ヲ招クヘキ事實ノ唱道若クハ流布(二)準誣罔誹毀、即チ證明シ能ハサル同樣ノ事實ノ唱道若クハ流布(三)事實ノ摘示ニ基ク侮辱、即チ摘發シタル事實ハ眞

實タルコトヲ證明シ得タルモ其方法若クハ狀況ニ於テ人ヲ侮辱スルノ意ニ出テタル場合ノ三種ト爲シ第一ニ對シテハ重刑ヲ科シ、第二ニ對シテハ第一ニ比シ稍ヤ輕キ刑ヲ科シ、第三ニ對シテハ更ニ輕キ侮辱ノ刑ヲ科スルカ如キ法制ハ我刑法ノ採用セサリシ所ナリ。

既ニ事實ノ有無ハ犯罪ノ構成要件ニ非ストスル以上ハ、最モ極端ナル例ヲ擧クレハ竊盜者ニ對シ其事實ヲ摘示シ彼レハ泥棒ナリト言ヒ、詐僞ノ行爲アリタル者ニ對シ其事實ヲ摘示シ彼ハ詐欺師ナリト言フトキハ名譽毀損罪成立スルモノト解セサル可カラス(註一五)。蓋シ是レ立法者ノ意思ニ非サルヘシト雖モ法文ハ斯ノ如ク解セサルヲ得サルヲ遺憾トス。

(註一五) 判例ニ曰ク『人ノ醜行ヲ摘發シタル者ハ其事實ノ有無ニ拘ラス誹毀罪ノ犯人トシテ刑罰ノ制裁ヲ受ケサル可カラス、從テ或人カ現ニ惡事醜行ヲ爲シタル場合ト雖モ之ヲ指摘シテ社會公衆ニ知ラシムルノ所爲ハ誹毀罪ヲ構成ス』(三六年大審院判決錄一〇〇〇頁)ト。

第二節　死者ノ名譽ヲ毀損スル罪

第二百三十條　(公然事實ヲ指示シ人ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ其事實ノ有無ヲ問ハス一年以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス)

死者ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ謀圖ニ出ツルニ非サレハ之ヲ罰セス。

死者ノ名譽

學說

第一　死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ノ法益及ヒ被害者

死者ハ人格者ニ非ス、從テ法益ヲ保有スル能ハス。故ニ死者ノ名譽ハ之ヲ害スル能ハサルモノトス。而シテ此點ニ關スル學說ハ殆ト一致シ敢テ有力ナル反對ナキモノヽ如シ。法律カ死者ノ名譽ヲ毀損スルヲ禁シ以テ其保護セントスル利益ハ死者ノ名譽其物ニ非スシテ生存者ノ法益ナリトス。而シテ此場合ニ於ケル生存者ノ法益如何ノ問題ニ關シテハ學說二派ニ岐ル。

第一說　フオン、リスト及ヒヘルシナー等ノ諸學者ハ死者ノ名譽ヲ毀損スルハ遺族ノ名譽ノ毀損ナリト主張ス(註一六)。即チ死者ノ名譽ヲ毀損シテ以テ遺族ノ名譽ヲ毀損スルモノナリト解スルモノヽ如シ。斯ノ如ク解スルトキハ死者ノ名譽ハ即チ遺族ノ名譽ナリト論結セサルヲ得ス。蓋シ人ノ名譽ナルモノハ一身ニ專屬スルモノニシテ極端ナル個人的性質ヲ有スルモ

ノナレハ之ヲ相續スルヲ得ルモノニ非ス。且又死者ノ名譽ヲ害シ由テ遺族ハ名譽ヲ害スルハ場合ハ如キハ是レ死者ノ名譽ヲ害スルニ非スシテ之ヲ手段トシテ生存者ノ名譽ヲ毀損シタルモノナレハ斯ル場合ノミヲ想像スルトキハ生存者ノ名譽ヲ害スル行爲ヲ罰スルノ規定ノ存スルヲ以テ充分ナリトスヘク、法律ヲ以テ特ニ死者ノ名譽ヲ毀損スル行爲ヲ罰スル規定ヲ設クルノ必要ナシ。而シテ法律カ斯ノ如キ規定ヲ設クルノ必要アルハ死者ノ名譽ヲ害スルモ之ニ由リテ遺族ノ名譽ヲ害シタリト言フ能ハサル場合アルヲ以テナリ。果シテ然ラハ前説ハ少クトモ我刑法上何等ノ根據ナキヤ寔ニ明瞭ナリトス。

（註一六）然レトモ此第一説ハ獨逸ニ於テ勢力アル學説ニ非スシテ其優勢ヲ占ムルハ却テ第二説ナルコトリスト氏之ヲ自認スルカ如シ。（v. Liszt, 16—17. Anfl. § 9. Halschner II 1 9.）

第二説　之ニ反シテフオヨエルバツハ、ビンヂング、オルスハウゼン等ノ學者ハ死者ノ名譽ヲ毀損スルハ其遺族ノ名譽ヲ毀損スルニ非スシテ遺族カ死者ヲ愛慕崇敬スル宗教的ノ感覺ヲ害スルモノト主張ス（註一七）。此説タルヤ彼國ニ於テモ論理正確ニシテ一般ニ通説トシテ是認セラルヽ所ニシテ我國ニ於テハ特ニ然ルヲ覺ユ。君辱メラレテ臣死スト言フカ如キ君父ノ仇ヲ報センカ爲メ身命ヲ鴻毛ヨリ輕ンシ粉骨碎身以テ事ニ當ル如キ我邦古來ノ忠孝ノ大義名分ハ君父ヲ愛慕崇敬スルノ熱誠ヨリ出ツルモノナリ。死者ノ名譽ヲ毀損スル行爲ヲ罰スルハ此熱誠ヲ保護スルモノナリ。換言スレハ死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ヲ罰スルニ依リ保護セラルヽ利益即チ法益ハ遺族カ死者ヲ愛慕崇敬スル感覺ナリ。而シテ此感覺ハ我道德ノ基本タル忠孝ト合スルモノナリ。斯ノ如ク解スルトキハ我法律ヲシテ德教ト一致セシムルノ利アルノミナラス、論理精鋭一點ノ非難ヲ容ル可カラサルモノアリ。若シ死者ノ名譽ヲ毀損スルニ依リ其遺族自身ハ名譽毀損セラレタルトキハ普通ハ名譽毀損罪ニ因リ保護ヲ受クヘク、又之ニ反シテ死者ノ名譽ヲ毀損スルニ因リ其遺族ハ名譽カ毀損セラルヽコトナキ

場合ニ於テハ遺族カ死者ヲ愛慕崇敬スル感覺ナル法益カ害セラレタルモノトシテ死者ノ名譽毀損ノ罪ニ依リ保護ヲ受クヘシ。若シ夫レ死者ハ名譽ヲ毀損スルニ因リ遺族カ死者ヲ愛慕崇敬スル感覺ヲ害スルト同時ニ之ニ因リテ遺族自身ノ名譽ヲモ害シタルトキハ想像上ハ二罪ナリ。

（註一七）（Vergl. Binding, II Aufl. 1469. Olsh. zu § 189. u. s. w.）

上述シタル所ニ依リ明瞭ナルカ如ク之ヲ**リスト**氏等ハ說ニ從フモ又**ビルクマイヤー**氏等ハ說ニ從フモ被害者ハ常ニ死者ノ遺族タル點ニ至リテ同一ナリ。然レトモ被害者カ同一ナルカ故ニ此兩說ヲ區別スルノ實益ナシト論スルカ如キハ重大ナル誤謬ナリ。凡ソ犯罪ナルモノハ法益ヲ害スルニ依リ成立スルモノナルコト既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ。故ニ死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ハ法益ヲ以テ遺族ニ對スル名譽ナリト解スルトキハ、死者ノ名譽毀損ニシテ遺族ノ名譽ヲ害スルニ至ラサリシ場合ニ於テハ法益ハ侵害セラレサル場合ニ於テハ死者ノ名譽ヲ害シタル行爲ヲモノトシテ此場合ニ於テハ死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ハ法益ヲ以テ無罪ナリト爲サヽルヲ得ス。之ニ反シテ死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ハ法益ヲ以テ遺族ハ死者ニ對スル愛慕崇敬ノ念ナリト解スルトキハ、死者ノ名譽毀損ニシテ遺族ノ名譽ヲ害シタルト否トヲ問ハス、苟モ遺族ノ愛慕崇敬ノ念ヲ害シタルトキハ法益ハ侵害セラレタルモノナリト爲サヽルヲ得ス。從テ之ヲ有罪ナリト決セサルヲ得ス（註一八）。

（註一八）我邦ノ學者ノ多クハ**リスト**一派ト說ヲ同ウスルモノヽ如シ。余ハ先輩長友ト說ヲ異ニスルノ場合多キヲ憾トス。一　江木博士曰ク『死者ヲ誹毀スル場合ニ於テハ之ヲ遺族ニ對スル間接誹毀ト爲スヲ以テ適當トス。何トナレハ死者ハ權利ヲ有スルコト能ハサルヲ以テ誹毀罪ノ物體タルコトヲ得サレハナリ。我刑法ノ規定モ亦此意ニ於テ解シ犯者ハ必ス死者ノ遺族ヲ誹毀スルノ意アルコトヲ推測セサルヲ得ス。但シ獨逸法ニ於テハ死者ニ對スル誹毀ヲ以テ死者ノ紀念ヲ害スルモノトスルカ故ニ現ニ遺族者アルコトヲ知ラスシテ之ヲ誹毀シタルトキモ尙ホ其罪ヲ問フヘキモノト制定セサルヲ得ス』（現行刑法原論二四一、二四二頁）ト。二　牧野學士曰ク『余ハ死者ニ對スル誹毀ヲ以テ流放ニ對スル名譽ヲ保護スルモノト解シ其相續人ヲ以テ被害者ナリト解ス』（刑法通發三六七頁）ト。三　小野學士曰ク『法律ニ於テ死者ニ對スル誹毀ヲ認ムルハ死者其者ノ名譽ヲ保護スルモノニ非ス。其生存スル親族ノ各個人ヲ保護スルモノニ非ス。死者ノ生存シタル親族全體ノ名譽ヲ保護スル在アリ。故ニ死者ニ對スル親族ノ宗教上ノ感情ヲ保護スルモノナリトノ說ハ正當ニ非ス』（日本刑法論各論七四一、七五二頁）ト。四　泉二

學士ハ曰ク『死者其モノハ人格ナキカ故ニ被害者タルヲ得ス。死者ノ生前ニ於ケル名譽ハ例ヘハ人格ヲ有セサル胎兒ト同シク法律保護ノ目的タリ得ヘシト雖モ其法益ニハ直接ノ主體ナキナリ。此規定ハ間接ニ遺族ノ名譽ヲ保護スルモノト解スヘキナリ』(日本刑法論七八三、七八四頁)ト。五　岡田博士曰ク『死者ハ社會上ノ位地ヲ有セス殘ル所ハ單ニ記憶ナリ。刑法ハ死者ニ對シテ特ニ誹毀罪ヲ認メタレトモ誹毀罪ノ成立スル道理ナシ。然レトモ死者ニ關シテ誹毀罪ノ成立アル場合ハ之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カ如キハ社會ノ秩序ヲ害スルモノニシテ其罪ト爲ルヘキハ論ヲ俟タス』(刑法講義二七八頁)ト。

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

死者ノ名譽ヲ毀損スル所爲及ヒ手段ハ生存者ノ名譽ヲ毀損スルノソレト同一ナリ。仍テ上來説明スル所ニ依リ之ヲ類推スヘシ。但シ一ノ説明ヲ要スヘキハ左ノ三點ニ在リ。

甲　死者ノ名譽ヲ毀損スル爲メニ摘示スル事件ハ誣罔ニ非サレハ之ヲ罰セス。學者或ハ歴史家ノ直筆ヲ保護スルノ精神ニ出ツト説明ス(註一九)。故ニ其摘示セラレタル事實ニシテ眞確ナルトキハ死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ハ成立セサルモノトス。而シテ事實ノ眞否ニ付キ爭アルトキハ其眞否ニ付キ判斷ヲ爲シタル上ニ非サレハ罪ノ有無ヲ決スルコト能ハス。此點ハ生存者ノ名譽ヲ毀損シタル場合ト異ル所ナリトス。而シテ眞確ナラサル事實ヲ眞確ナリト信シテ之ヲ摘示スルカ如キハ故意ヲ缺クモノト言フヲ得ヘシ。

(註一九)　勝本博士曰ク『歴史ハ正實ナラサル可カラスト言フ公益ト相衝突スルカ故ニ公益ニ重キヲ置テ之ヲ無罪トシタルモノトス』(刑法析義下卷二六七、二六八頁)ト。岡田博士曰ク『刑法ノ規定ハ歴史家カ歴史ヲ書クニ當リ一方ニ於テ事實ヲ枉クルコトヲ防遏スルト他ノ一方ニ於テ苟モ眞實ナラサレハ罪ヲ成サヽルコトヲ明カニスルノ趣旨ナリ』(刑法講義二七九頁)。

乙　生存者ノ名譽ヲ毀損シタル後被害者カ未タ告訴ノ提起ヲ爲サスシテ死亡シタル場合ノ如キハ、死者ノ名譽ヲ毀損シタルニ非スシテ生存者ノ名譽ヲ毀損シタルモノトス。

丙　死者ノ名譽ヲ毀損スル場合ニ於テ、所謂公然ノ摘示トハ如何ナル範圍ノ人ノ耳目ニ達シタルコトヲ必要トスルヤ。此場合ニ於テモ遺族ハ總テ被

害者ナリト解スヘキモノナルヲ以テ遺族以外ノ第三者ノ耳目ニ達シタルコトヲ要スルハ必スシモ之ヲ言フヲ要セス。

第四章　名譽ニ對スル罪ノ告訴

第二百三十二條　本章ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。

名譽ニ對スル罪ハ名譽毀損罪ナルト侮辱罪ナルトヲ問ハス、被害者ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキモノナリ。則チ名譽ニ對スル罪ハ親告罪ノ一種ニ屬ス(註二〇)。

(註二〇)　勝本博士曰ク『法律カ之ヲ親告罪トシタルハ、一方ニ於テ誹毀ハ一面被害者ニ依リテ其成立ヲ知ルモノナルカ故ニ之ヲ知ルニ便ナランカ爲メナルト、他ノ一方ニ於テ普通ノ親告罪ト同シク進テ之ヲ問スルトキハ益々被害者ノ名譽ヲ傷クルノ結果却テ被害者ヲ害スルノ結果ヲ生スルノ恐アルトニ因ルナリ』(刑法析義下卷二六八頁)ト。岡田博士曰ク『誹毀罪ハ告訴ヲ待テ初メテ其罪ヲ論スルモノナリ。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ナクシテ止ムヘシ。此制度ハ果シテ適當ナリト言フコトヲ得ルヤ、近來印刷事業ノ便易ニ赴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非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マテ社會ノ運命ヲ左右スルコトヲ得ルモノナリ。斯ノ如キ重大ナル效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害ノ大ナルノミナラス告訴ヲ爲スコトヲ得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』(刑法講義二八一頁)ト。

告訴權ヲ有スル者ハ被害者ナリ。被害者カ告訴權ヲ行使セスシテ死亡シタルトキハ名譽ニ對スル罪ハ之ヲ處罰スル能ハサルモノトス。何トナレハ告訴權ハ相續スル能ハサルモノナレハナリ。

死者ノ名譽ヲ毀損シタル場合ニ於ケル被害者ハ其遺族ナルコト前既ニ之ヲ說明シタルカ如シ。遺族ハ被害者トシテ告訴權ヲ有スルモノニシテ死者ニ代テ告訴權ヲ行フモノニ非ス。遺族トハ如何ナル範圍ヲ言フヤ明瞭ヲ缺クト雖モ、舊刑法第三百六十一條ニ死者ノ親族ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ストノ規定アリ。而シテ現行刑法ハ此點ヲ特ニ變更シタリト認ムヘキモノナケレハ死者ノ親族ニ相當スル遺族ハ告訴權ヲ有スト解釋スルヲ以テ相當ナリト

思考ス。死者ノ名譽毀損ノ方法ニ因リ自己ノ名譽ヲ毀損セラレタルトキハ、何人ト雖モ被害者トシテ告訴スルヲ得ヘキモノニシテ敢テ親族タルト否トヲ區別スルノ必要ヲ見ス。死者ニ對スル愛慕崇敬ノ念ヲ害セラレタルモノトシテ自ラ被害者トシテ告訴ヲ提起シ得ヘキモノハ死者ノ遺族ナリト解ス

（註二一）。

（註二一）泉二學士曰ク『法律ニ特別ノ規定ナキカ故ニ刑事訴訟法ノ規定ニ依ラサル可カラス。而シテ現行刑事訴訟法ニ依ルトキハ被害者及ヒ其法律上代理權者ノミヲ告訴權者ト爲スカ故ニ、死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ニ付テ、將來刑事訴訟法ノ改正ニ際シ、舊刑法第三百六十一條ニ於ケルカ如ク死者ノ親族ヲシテ告訴ヲ爲サシムルニ非サレハ之ヲ訴追スルヲ得ス。死者ノ親族ヲ以テ當然ニ被害者ナリトスルハ新刑法ノ解釋上不適當ナリ』（日本刑法論七九一、七九二頁）ト。

第五章　刑罰

侮辱罪ノ刑ハ拘留又ハ科料ナリ。其刑輕クシテ警察官ノ即決處分ヲ爲シ得ヘキ事件ニ屬ス。名譽毀損罪ノ刑ハ其生存者ノ名譽ニ關スルト又ハ死者ノ名譽ニ關スルトヲ問ハス一年以下ノ懲役若クハ禁錮、又ハ五百圓以下ノ罰金ナリ。

第六章　評論

侮辱罪ニ對スル評論

第一　侮辱罪ト言ヘハ輕微ナルカ如ク感セラルヽモ其重キ場合ヲ想像スレハ其情狀名譽毀損罪ニ讓ラサル場合アリ。然ルニ侮辱罪ノ刑罰ヲ拘留又ハ科料ト定メ普通ノ警察犯處罰令ト同一ノ刑罰ヲ以テシタルハ輕キニ失スルニ非サルカ。各國ノ立法例ニ徴スルニ我刑法ノ如キ刑罰ヲ採用スルモノハ稀ナリ（註二二）。我刑法カ侮辱罪ニ對シ斯ノ如キ輕キ刑罰ヲ採用シタルハ是レ名譽ノ保護ヲ完全ナラシムル所以ニ非サルヘキハ何人モ異論ナキ所ナルヘシ。

（註二二）侮辱罪ニ對スル最近ノ立法例ノ趨勢ヲ見ルニ諸威新刑法ハ二磅「クローン」以下ノ罰金又ハ六月以下ノ禁錮（第二四六、第二七條）墺太利刑法草案ハ六月以下ノ禁錮又ハ五百「フロリン」以下ノ罰金（第一九四條）瑞西刑