

ルニ止マラスシテ、直接ニ執達吏ノ官權ヲ侵害シタルモノトス。從テ親族互ニ其財物ヲ竊取シタルモノト謂フヲ得ス(三三六年大審院判決録一四六七頁)。

又親族相盜ノ特例ヲ適用スヘキ範圍ハ獨リ刑法ノ定ムル竊盜罪ノ規定ヲ適用シテ處斷スヘキ罪ニ限ルヘキヤ或ハ尙ホ之ヲ擴張シテ特別法ノ規定スル竊盜罪ニモ之ヲ適用スルヲ得ルヤハ疑ノ存スル所ナリ。例ハ行爲者カ其親族ノ所有ノ森林中ヨリ其主産物若クハ副産物ヲ竊取シタル場合ニ於テハ親族相盜ノ特例ヲ適用シテ其罪ヲ免除シ又ハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキモノナルヤ否ヤ。法文ニ『第二百三十五條ノ罪及ヒ其未遂罪』トアルカ故ニ親族相盜ノ特例ハ特別法ノ定ムル竊盜罪ニ適用スルヲ得スト論スル能ハサルニ非スト雖モ又法文ノ所謂『第二百三十五條ノ罪及ヒ其未遂罪』トハ竊盜罪及ヒ其未遂罪ト言フト同一ノ意義ニ解スル能ハサルニ非サレハ之ヲ積極ニ解スルヲ以テ妥當トスヘキカ如シ。何トナレハ斯ノ如ク被告ニ利益ナル事項ハ立法ノ精神ニ從ヒ以上ノ如ク解スルモ刑法解釋ノ原則ニ矛盾スト謂フ能ハサレハナリ。

親族ノ共犯者

第四 親族ノ共犯者。

親族相盜ニ依リ其刑ヲ免除セラレ又ハ親告罪トシテ處斷セラレヘキ者ハ被害者ト親族若クハ家族タル身分ヲ有スル者ニ限ルヘキモノニシテ親族相盜ノ共犯者ハ通常ノ規定ニ從ヒ處斷セラレヘキモノトス。正犯者ノ一人カ被害者ト親族タル故ヲ以テ其刑ヲ免除セラレ又告訴ナキ故ヲ以テ不起訴處分又ハ公訴不受理ノ判決ヲ受クルコトアルモ他ノ正犯者ハ普通ノ如ク處罰セラレヘキハ勿論犯罪ノ實行者ハ被害者ノ親族タル故ヲ以テ其刑ヲ免除セラル、ニ拘ハラズ其教唆者若クハ從犯者ハ普通ノ如ク處刑セラレヘシ。

第五款 竊盜ノ未遂罪

第二百四十三條 第二百三十五條(竊盜罪)(第二百三十六條 第二百三十八條乃至第二百四十一條)ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

竊盜罪ハ他人ノ所有ニ屬シ且他人ノ事實上ノ支配ニ存スル物ヲ不法ニ領得スル意思ヲ以テ自己ノ事實上ノ支配ニ移スノ行爲アルニ依リ成立スルコ

トハ前既ニ之ヲ説明シタルカ如シ。故ニ斯ル行爲ニ着手シタルトキハ竊盜ノ未遂罪ヲ構成ス。而シテ竊盜ノ意思ヲ以テ他人ノ所有物ヲ自己ノ事實上ノ支配ニ移サントスル所爲ノ着手トシテ他人ノ事實上ノ支配ヲ侵スノ行爲ニ着手シタルトキハ其未タ自己ノ事實上ノ支配ニ移ス行爲ニ着手セザルモ尙ホ竊盜ノ未遂罪ヲ構成スルモノトス。故ニ例ヘハ竊盜ノ目的ヲ以テ金品ヲ貯藏セル倉庫ヲ切破ラントスルノ行爲ニ着手シタル場合若クハ竊盜ノ目的ヲ以テ金品ノ收藏シアル住宅ニ忍入リタルトキハ是レ他人ノ所有物ヲ奪取センカ爲メ其事實上ノ支配ヲ侵スノ行爲ニ着手シタルモノナレハ竊盜ノ未遂罪ヲ以テ處斷スヘキモノニシテ竊盜ノ豫備ノ行爲ナリトシテ之ヲ單ニ住居ヲ侵スノ所爲ナリト論スヘキモノニ非ス(四〇四頁)。又例ヘハ立木ヲ盜伐セント欲シ之ヲ切斷スルノ行爲ニ着手シタルトキハ竊盜ノ未遂罪アリト言フヲ得ヘシ(註一九)。尙ホ竊盜ノ既遂未遂ノ分界ニ付テハ竊盜罪ヲ構成スヘキ所爲ニ關シ説明シタル所ニ依リ之ヲ類推スヘシ(五四六頁)。

(註一九) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク「竊盜ノ目的ヲ以テ家屋内ニ忍入り金品ノ入レアル箆筒ノ前ニ到リタル所爲ハ犯罪ノ豫備ニ非スシテ其實行ニ着手シタルモノトス」(三四年大審院判決六九頁)。又曰ク「立木ヲ盜伐セント企テ切り倒シタルトキハ事實上其立木ヲ占領シ任意ニ處分シ得ヘキ實力ヲ取得シタルモノトス。從テ此瞬間ニ於テ竊盜ノ既遂罪ヲ構成ス。而シテ之ヲ現場ヨリ搬出シタルヤ否ヤハ犯罪ノ成立ニ關係ナシ」(三五年大審院判決一四四頁)。「本件立木ハ既ニ伐木セシモ一枝タモ他ニ運搬セス又他ヘ賣却ノ約束ヲモ爲シタルコトナク現場ニ存在シテ未タ告訴人ノ占有ヲ離去セサルカ故ニ未遂犯ナリト論告スレトモ原院判決ニ已ニ盜伐了了リ之カ小切ヲ爲シタルノ事實ヲ認メアレハ既遂犯タルコト勿論ナリ」(二八年大審院判決二〇七頁)。

第六款 刑罰

竊盜罪及ヒ準竊盜罪ノ初犯ハ如何ナル情狀ヲ有スルヲ問ハス總テ十年以下ノ懲役ヲ以テ處罰スヘキモノトス(刑二三五條)。而シテ累犯ハ懲役二十年マテニ及フヲ得ルモノトス(刑七條)。然レトモ特別法ノ定ムル竊盜罪ノ刑罰ハ之ニ反シテ情狀ヲ異ニスルニ從ヒ差等アリ。

(一) 明治四十年法律第四十三號森林法ニ依レハ森林ニ於テ其產物ヲ竊取シタル者ハ森林竊盜トナシ三年以下ノ重禁錮

又ハ贓額以上贓額二倍以下ノ罰金ヲ以テ處罰スヘキ旨ヲ定ム(森林法八三條)。尙ホ同法第八十四條ノ一乃至十二掲クル重キ情狀アルトキハ二月以上三年以下ノ重禁錮及贓額以上贓額二倍以下ノ罰金ヲ以テ處罰スヘキ旨ヲ定ム。而シテ贓額ノ二倍ニ滿サルトキト雖モ其罰金ハ二圓以下ニスト得サル旨ヲ定ム(同法八八條)。

(二) 明治三十三年法律第五十四號郵便法ニ依ルハ郵便事務ニ從事スル者郵便官署ノ取扱中ニ係ル郵便物ニ使用シタル郵便切手其ノ他郵便料金ヲ表彰スヘキ證券ニシテ消印ヲ爲シタルモノヲ剝脱切取シタルトキハ三圓以上三十圓以下ノ罰金ヲ以テ處罰スヘキ旨ヲ定ム(郵便法五〇條)。尙ホ郵便事務ニ從事スル者郵便官署ノ取扱中ニ係ル郵便物ヲ竊取シタルトキハ刑法竊盜ノ例ニ照シ一等チ加フヘキ旨ヲ定ム(同法五一條)。

(三) 明治四十一年内務省令第十六號警察犯處罰令第二十九號ニ他人ノ田野園圃ニ於テ菜果ヲ採摘シ又ハ花卉ヲ採折シタル者ハ三十日未滿ノ拘留又ハ二十日未滿ノ科料ヲ以テ處罰スヘキ旨ヲ定ム。

(四) 特別法ニ竊盜罪ニ似テ非ナルモノアリ。例ヘハ他人ノ漁業權又ハ狩獵權ヲ侵ス行爲ノ如キ是ナリ。明治四十三年法律第五十八號漁業法ニ依ルハ漁業權又ハ漁業組合員ノ漁業ヲ爲スノ權利ヲ侵害シタル者ハ五百圓以下ノ罰金ニ處スヘキ旨ヲ定ム(漁業法六〇條)。又明治三十四年法律第三十三號狩獵法ニ依ルハ免許ヲ受ケタル者ノ承諾ナクシテ他人ノ共同狩獵地ニ於テ狩獵ヲ爲シ又ハ柵、圍、障若クハ作物植付アル他人ノ所有地内ニ於テハ所有者又ハ占有者ノ承諾ナクシテ狩獵ヲ爲シタルトキハ四十圓以下ノ罰金ニ處スヘキ旨ヲ定ム(狩獵法五、二三條)。被害者ノ告訴ヲ待テ之ヲ論スヘキ旨ヲ定ム(狩獵法五、二三條)。

第七款 最近立法例ノ定ムル竊盜罪

文明各國ノ立法例ニ於テハ竊盜罪ノ情狀ヲ細別シ之ニ從ヒ刑罰ニ輕重ノ別ヲ定ムルヲ以テ例トナス。特ニ二十世紀ニ於ケル立法例ニ付テ之ヲ見ルモ其中多少精疎繁簡ノ別ナキ能ハスト雖モ大體ニ於テ上述ノ精神ニ則ラサルモノナシ。而シテ竊盜罪ハ總テノ犯罪中最モ頻繁ニ犯サル、モノニシテ總テノ犯罪數中最高率ヲ示スモノナリ。左ニ先ツ千九百九年獨逸刑法準備草案及ヒ同年奧太利刑法準備草案力定ムル竊盜罪(我刑法第二百三十五條第一)ニ付キ各其規定スル所ヲ略示シ次ニ千九百二年諸威刑法、千九百三年露西亞刑法ノ之ニ關スル規定ノ大要ヲ示サン。

- 第一 獨逸刑法準備草案ノ定ムル竊盜罪ノ大要。
- 草案ハ竊盜罪ヲ分テ(一)單純竊盜、(二)重キ情狀アル竊盜及ヒ(三)小竊盜ノ三ト爲ス。
- (一) 單純竊盜罪(Diebstahl)。單純竊盜ハ之ヲ分テ左ノ二ト爲ス。
- (甲) 通常ナル場合。五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(九六條)。

(乙) 特ニ重キ場合。犯罪ノ結果重大ニシテ且行爲者ノ犯罪の心意頑強ニシテ惡ムヘキ場合、一年以上十年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(二六九)。

(二) 重キ情狀アル盜竊罪(Diebstahl unter erschwerenden Umständen)。竊盜罪ニシテ(1)神ヲ祭ル建造物ニ於テ神ニ捧ケタル物ヲ竊取シタル場合、(2)公衆ノ觀覽ノ爲メ陳列シタル物ヲ盜ミタル場合、(3)公衆ノ交通ニ使用セラル、鐵道又ハ郵便ニ屬スル場所若クハ運送器ニ於テ運送セラル、物若クハ之ニ關スル物ヲ盜ミ又ハ旅行者ノ携帶品ヲ盜ミタル場合、(4)侵入、踰越、容器ノ損壞、偽鑰ノ使用若クハ其他物ノ奪去ヲ防護スル重要ナル設備損壞ノ行爲ヲ以テ此罪ヲ犯シタル場合、(5)他人ノ一身ノ安全ニ對シ危險ナル方法特ニ兇器其他人ノ官能ヲ害スル爲メ使用セラル、材料ヲ携帶シ又ハ夜間人ノ住居スル建造物若クハ人ノ住居ヲ侵シ以テ此罪ヲ犯シタル場合、(6)數人聚團シ此罪ヲ犯シタル場合、(7)行爲者カ職業的又ハ慣習的ニ竊盜ヲ爲ス場合ニ於テハ之ヲ重キ情狀アル竊盜ト爲ス。而シテ此場合ハ更ニ分テ左ノ三ト爲ス。

(甲) 通常ナル重キ情狀アル竊盜。一年以上十年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(二七〇)。

(乙) 特ニ重キ情狀アル竊盜。犯罪ノ結果重大ニシテ且行爲者ノ犯罪の心意頑強ニシテ惡ムヘキ場合、一年以上十五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰スヘキモノトス(二七〇)。

(丙) 輕キ情狀アル重キ情狀アル竊盜罪。三月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(二七〇)。

(三) 小竊盜 (Entwendung)。行爲者カ窮迫ニ陥リタル爲メ又ハ情慾ヲ満足スル爲メ食料品嗜好物又ハ經濟上使用シ消費スヘキ物品ヲ盜ミ其價輕微ナルトキハ之ヲ小竊盜ト爲ス。而シテ小竊盜ハ告訴ヲ待テ此罪ヲ論スヘキモノトス。小竊盜ハ之ヲ分テ左ノ二ト爲ス。

(甲) 單純ナル小竊盜。千マルク以下ノ罰金又ハ六月以下ノ拘禁若クハ禁

鋼ヲ以テ處罰スヘキモノトス(二七)。

(乙) 特ニ輕キ小竊盜。即チ犯罪ノ結果輕微ニシテ行爲者ノ犯罪的心意モ

亦恕スヘクシテ之ニ刑ヲ科スルハ酷ナリト認メラルヘキ場合。此場合

ニ於テハ其刑ヲ免除スヘキモノトス(二七二)。

尙ホ獨逸刑法準備草案ノ定ムル親族間ノ竊盜ニ關スル規定ヲ略示スレハ

左ノ如シ。

(一) 直系卑屬又ハ配偶者ニ對スル竊盜ハ之ヲ罰セス(二七三)。

(二) 他ノ親族、後見人、監護人又ハ養育人ニ對スル竊盜又ハ其徒弟カ主人ニ屬

スル輕少ナル價アル物ヲ盜ミ若クハ同一ノ家ニ共同生活ヲ爲ス者ニ屬ス

ル輕少ナル價アル物ヲ盜ミタル場合ニ於テハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキ

モノトス(二七三)。

第二 奧太利刑法準備草案ノ定ムル竊盜罪ノ大要。

草案ノ定ムル竊盜罪ニ關スル規定ハ詳細ニ涉リ犯罪ノ情狀ヲ區別シ之ニ

從ヒ其刑ヲ定メタルカ故ニ簡明ナル分類ヲ爲スカ如キハ容易ノ業ニ非ス。

然レトモ前例ニ倣ヒ其定ムル竊盜罪ヲ大別スレハ、(一)單純竊盜罪、(二)重キ情狀

アル竊盜罪、(三)小竊盜、(四)特別ナル竊盜罪ノ四ト爲スヲ得。

(一) 單純竊盜罪。此罪ハ更ニ分テ左ノ二ト爲スヲ得。

(甲) 通常ナル場合。六月以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(五三)。

(乙) 重キ單純竊盜罪。竊盜ニシテ(1)神ニ捧ケタル物ヲ竊取シタル場合、(2)

看守セル物ヲ盜ミタル場合、(3)單純竊盜ノ累犯ナル場合、(4)贓額五百ク

ロ子ヲ超ヘサルモ百クロ子ヲ超ヘタル場合。四週日以上三年以下ノ

禁錮ヲ以テ處罰ス(六三)。

(二) 重キ情狀アル竊盜罪。此罪モ亦分テ左ノ二ト爲スヲ得。

(甲) 通常ナル重キ情狀アル竊盜罪。竊盜罪ニシテ(1)戰場ニ於テ戰死者又

ハ負傷者ヨリ物ヲ盜ミタル場合、(3)火災、溢水其他類似ノ事故ニ因ル罹災

者ヨリ物ヲ盜ミタル場合、(3)抵抗ヲ排除スル爲メ使用スヘキ兇器又ハ人

ヲ毘ナラシメ若クハ盲目ナラシムヘキ材料ヲ携帯シ又ハ斯ル物ヲ携帯スル者ト共ニ竊盜ヲ犯ス場合(4)忍入り侵入シ、踰越シ又ハ容器ヲ損壞シ、合鍵又ハ偽鑰ヲ使用シ以テ二十五クロー子以上ノ物ヲ盜ミタル場合(5)牧場ニ於テ家畜ヲ盜ミ又ハ群行中ノ家畜ヲ盜ミ又ハ閉鎖セル森林中ヨリ木材ヲ盜ミ又ハ田野ニ於テ農具若クハ産物ヲ盜ミ其贓額二十五クロー子ヲ超ユル場合。一年以上五年以下ノ懲役又ハ三月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(三三八條、三三九條)。

(乙) 特ニ重キ情狀アル竊盜罪。竊盜罪ニシテ(1)贓物ヲ持チ去ルコト若クハ逃走ヲ容易ナラシムル爲メ人ニ對シ暴力ヲ如ヘ又ハ直ニ暴行ヲ加フヘキ旨ヲ以テ人ヲ脅迫シタル場合(2)忍入り侵入シ、踰越シ又ハ容器ヲ破壞シ若クハ合鍵又ハ偽鑰ヲ使用シ以テ五百クロー子以上ノ物ヲ盜ミタル場合(3)行爲ニ依リテ多數人カ重キ損害ヲ受ケタル場合(4)行爲者カ職業的ニ他人ノ財産ヲ侵シ且其贓額五百クロー子ヲ超ユル場合。一年以

(三) 上十年以下ノ懲役若クハ禁錮ヲ以テ處罰ス(三三三條)。
小竊盜(Entwendung)。自己又ハ他人ノ直接費消又ハ使用ノ爲メニ輕少ナル價ヲ有スル他人ノ物ノ竊取。自働器ヨリ物ヲ引出ス場合モ亦同シ。此罪ハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキモノトス(三四七條三及三四五條三)。此場合ハ分テ左ノ三ト爲ス。

(甲) 通常ノ場合。二週日以下ノ禁錮又ハ拘禁ヲ以テ處罰ス(三四七條)。
(乙) 累犯ナル場合。三月以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(同條)。
(丙) 物カ殆ト價ヲ有セサル場合。此場合ハ之ヲ處罰セス(同條)。
(四) 特別ナル竊盜罪。此場合ハ分テ左ノ三ト爲ス。

(甲) 自己又ハ第三者ノ利益ヲ圖ルノ意思ナクシテ他人ノ財物ヲ領得スル罪。此罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。三月以下ノ禁錮若クハ拘禁又ハ千クロー子以下ノ罰金ヲ以テ處罰ス。但シ物カ殆ト價値ヲ有セサルトキハ之ヲ罰セス(三五七條)。

(乙) 不法ニ利益ヲ圖ル爲メ他人ノ地所ヲ鋤取リ又ハ掘取ル罪。此罪ハ分テ左ノ三ト爲ス。

(イ) 通常ノ場合。六月以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(三三四條)。

(ロ) 贓額百クロー子ヲ超ユルトキ。四週日以上三年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(二同條)。

(ハ) 贓額輕微ナルトキハ處罰セス(三同條)。

(丙) 竊用罪 (Gebräuchhannassung)。權利者ノ財産ノ損失ヲ來スコトアル方法

ニ於テ他人ノ物ヲ使用スル爲メ之ヲ領得スルノ意思ナク之ヲ奪去スル罪。此罪ハ私人ノ提起スル公訴ヲ以テ訴追スヘキモノトス。六週日以下ノ禁錮若クハ拘禁又ハ五百クロー子以下ノ罰金ヲ以テ處罰ス(三三五條)。

其他草案ハ森林及ヒ田野ニ於ケル副産物ヲ領得スルノ所爲ニシテ其價一

クロー子若クハ三クロー子ヲ超ヘサル場合ハ刑法ノ適用ナキ旨ヲ定メ(三四四條)

又不法ニ他人ノ狩獵權又ハ漁業權ヲ犯スノ罪ニ付キ詳細ナル規定ヲ設ク(三四三條)

三八條乃至三五條。

尙ホ草案ハ親族間ノ竊盜ニ關スル特別規定ヲ設ク。家族間ニ於テ竊盜罪ヲ犯シタルトキハ六月以上ノ禁錮又ハ拘禁ヲ以テ處罰スヘク又此罪ハ告訴ク待テ之ヲ論スヘキ旨ヲ定メ尙ホ小竊盜及ヒ特別ナル竊盜罪ハ家族間ニ於テ之ヲ犯スモ處罰セサルコトヲ定ム(三四三條)。

第三 諾威及ヒ露西亞刑法ノ定ムル竊盜罪ノ大要。

諾威刑法ハ竊盜罪ヲ分テ(一)單純竊盜(二七五條)(二)重キ竊盜(二五八條乃至二六一條)(三)小竊盜(二六六條)ト爲シ之ニ關スル詳細ナル規定ヲ設ケ(一)單純竊盜ハ三年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰シ(二)重キ竊盜ハ六年以下若クハ八年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰シ尙ホ小竊盜ハ告訴ヲ

待テ其罪ヲ論スヘキモノト爲ス等ノ點ハ獨逸刑法準備草案ノ規定ト相類似ス。而シテ行爲者ト被害者トノ間ニ親族關係アルトキハ之ヲ親告罪ト爲シ同一家族タル者又ハ行爲者ヲ使役スル者ニ對スル竊盜罪ハ其贓額合計二十

クローンヲ超ヘサルトキモ亦同シ(二五六條、二)。

露西亞刑法モ亦竊盜罪ニ付キ頗ル詳密ナル規定ヲ爲シタル點ニ付テハ決シテ獨逸及ヒ埃太利ノ刑法準備草案若クハ諾威刑法ノ規定ニ讓ラス。之ヲ規定シタル法條ハ第五百八十一條乃至第五百八十八條ノ八ヶ條ニ止ルト雖モ一條ハ數項數號ニ分レ其内容頗ル豊富ナリ。其竊盜罪ニ對シ定メタル刑罰ハ(一)二週日以上六月以下ノ禁錮、(二)三月以上一年以下ノ禁錮、(三)三月以上二年以下ノ禁錮、(四)一年六月以上三年以下ノ禁獄(Korrekshans)、(五)一年六月以上六年以下ノ禁獄、(六)三年以上六年以下ノ禁獄、(七)三年以上八年以下ノ懲役、(八)四年以上八年以下ノ懲役ノ八種ナリ。

第八款 評論

竊盜罪ハ
其刑罰ハ
計上ノ事
ヨリハハ
際犯リハ
ノサハハ
減ハハハ
ハハハ

第一 竊盜ハ刑事統計上總テノ犯罪中最高率ヲ占ムルモノナリ。而シテ刑事統計ニ於ケル竊盜ノ數ハ實際犯サレタルモノ、一小部分ニ過キスシテ現實犯サル、竊盜ノ數ハ刑事統計カ示ス所ニ數倍ス(明治三五、三六、三七、三八年)

少テ企圖
セサル可
カラス

依レハ犯サレタル數ハ一〇〇分ノ一五乃至二一ニ過キス。而シテ竊盜ハ社會一般ニ對シ危險ヲ及ホスモノニシテ特ニ反復累犯セラル、モノナリ。故ニ竊盜ヲ有效ニ鎮滅若クハ減少セント企圖スルハ刑事政策ノ主要ノ目的ニ屬ス。然ルニ實際ニ就テ之ヲ見レハ竊盜罪ヲ鎮滅スル如キハ之ヲ言フヘクシテ到底其實行ヲ期シ得ヘキモノニ非ス。故ニ竊盜ヲ減少シ、其害惡ヲ輕減スルコトヲ得タリトセハ、刑罰ノ目的ノ大部分ヲ達シ得タルモノト爲サ、ル可カラス。然レトモ茲ニ特ニ注意スヘキハ竊盜罪ニ依リ裁判上處罰セラル、數カ減シタリトスルモ現ニ犯サル、數ニ於テ増加シ又ハ其犯サル、數カ減シタリトスルモ其害惡カ從前ニ比シ増大シタリトセハ甚ク悲ムヘク憂フヘキモノト爲サ、ル可カラサル一事ナリ。

竊盜罪ノ情狀ハ千差萬別ナリ。其輕キモノヲ想像スレハ其情輕微ニシテ社會一般ニ對シ左程ノ危險ヲ與フルコトナク殆ト刑ヲ科スニ忍ヒサルモノアリ。之ニ反シテ其重キモノヲ想像スレハ其罪情兇惡ニシテ社會一

竊盜ノ數
少シテ
シメテ
リハハ
其害ノ
減ハハ
スヘキ
ナ

般ニ對シ危險ヲ及ホスコト甚シク嚴刑酷罰ニ加フルモ尙慊ラサルモノアリ。家人ノ醒覺ニ驚キ周章狼狽シテ逃走スルカ如キ百ノ狐鼠狐鼠泥棒ハ之ヲ家人ノ一喝ニ驚カス却テ悠然反嘴ヲ試ミントスル一ノ持兇器竊盜ニ比ス可カラス。故ニ前者百ヲ減シタリトスルモ同時ニ後者一ヲ増シタリトセハ是レ刑事政策上深ク反省留意スヘキ現象ナリト謂ハサル可カラス。又竊盜ノ害ハ大ナリト雖モ之ヲ殺人ノ害ニ比スレハ雲泥ノ差アリ。若シ夫レ法律改定ノ結果トシテ假ニ竊盜ノ數ハ之ヲ減シ得タリトスルモ竊盜犯人カ其罪證ヲ湮滅シ其犯跡ヲ蔽ハシカ爲メニスル殺人ノ罪カ新ニ生シタルカ又ハ斯ル罪ノ數著シク増加シタリトセハ是レ深ク悲ミ且憂フヘキ現象ナリ。又若シ竊盜犯人ニシテ罪證ヲ湮滅シ犯跡ヲ蔽ハシカ爲メニ被害者ニ暴行若クハ行ヒ放火ヲ敢テシ又ハ犯罪ノ申告ヲ抑壓セシカ爲メ被害者ニ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘタル結果トシテ竊盜犯人ノ處罰ヲ免ルハモ少カラサルニ至リ因テ刑事統計上ニ於テ竊盜ノ數ヲ減少シ得タルモノアリトセハ是レ

嚴刑酷罰
ヲ以テ
竊盜ノ
減少ヲ
望ム
能ハ
ス

刑事政策上實ニ由々敷大事ニシテ刑政革新ハ實ニ一日ヲ緩フスヘキニ非サルナリ。

竊盜ヲシテ其根底ヨリ鎮滅セシメントスルカ如キハ到底之ヲ望ム能ハスシテ其纒ニ之ヲ望ミ得ヘキハ成ル可ク竊盜罪ノ數ヲ減少シ且其害惡ヲシテ成ル可ク輕微ナラシムルニ在ルコト前述ノ如シ。而シテ竊盜ノ數ヲ減少セント欲セハ先ツ行爲者ノ犯罪的心意及ヒ犯罪ノ結果如何ヲ考察シ以テ之ニ適切ナル刑罰ヲ施シ尙ホ救護矯正ヲ要スヘキ者ニ對シテハ保護處分ヲ爲スニ如クハナシ(此點拙著刑事政策大綱一五三頁以下參照)。事茲ニ出テス徒ニ嚴刑酷罰ヲ施シ以テ竊盜ノ數ヲ減少セント圖ル如キハ其實際ニ於ケル效果ノ頗ル覺束ナキモノナルヲ認メサルヲ得サルノミナラス其之ニ由テ生スル弊害ノ實ニ計リ知ル能ハサルモノアルヲ思ハシムルハアラス。苟モ竊盜ヲ生スル原因ニシテ全然變除セラレサル限リハ其恒ニ犯サルハ止ムヲ得サルノ數ナリ。然ルニ嚴刑酷罰ヲ以テ竊盜ノ減少ヲ圖ラントスルカ如キ

竊盜罪ノ
害惡ノ
輕重ノ
策圖スルノ

ハ、是レ犯人ヲ驅テ一意檢擧ヲ免ルルノ策ニ執中セシメ其極罪證ヲ湮滅シ
 犯跡ヲ蔽ハシカ爲メニハ殺人放火其他各種ノ大罪ヲ犯スヲスラ躊躇セサ
 ルニ至ラシムヘキコト賭易キ道理ニアラスヤ。

竊盜ノ害惡ヲシテ成ル可ク輕微ナラシメントヲ企圖スルハ刑事政策
 上最モ注意スヘキ重要ナル問題ナリ。竊盜ノ害惡ヲシテ成ル可ク輕微ナ
 ラシメント欲セハ竊盜犯人ヲシテ成ル可ク輕微ナル害惡ヲ爲スニ止メシ
 メ重キ情狀ヲ有スル竊盜ヲ敢テスルヲ躊躇セシムルノ策ヲ講スルニ如ク
 ハナシ。而シテ斯ノ如ク爲サント欲セハ須ク犯罪ノ情狀ニ付キ詳密ナル
 區別ヲ爲シ其情狀最モ輕キモノハ其罪ヲ免除シ又ハ最モ輕キ刑ヲ科シ其
 情狀重キモノニ對シテハ最モ重キ刑ヲ科スヘキコトヲ法律ヲ以テ明定シ
 人ヲシテ豫メ之ヲ知ラシムルニ如クハナシ。換言スレハ國家ハ法律規定
 ヲ以テ竊盜罪ノ情狀ヲ異ニスルニ從ヒ之ヲ害惡視スルハ程度ニ輕重大小
 ハ差アルコトヲ明ニシ之ヲ社會一般ニ公示シ以テ社會一般ヲシテ竊盜ハ

我々所定ノ
刑罰ノ文
明各國ノ
最近ノ刑
罰ノ趨勢
トシテ
下ニ懸
シテ

竊盜罪ノ
刑罰ノ懲

其情狀ヲ異ニスルニ從ヒ其惡ムヘキ程度ノ相異ルコトヲ普ク知ラシメ必
 スヤ重大ナル刑罰ニ觸ルコトナカシムルヲ誠メ且誨ユルニ如クハナ
 シ。斯ノ如キハ民ヲシテ知ラシムルニ由ラシムルノ金言ニ合致スルモノ
 ナリ。

文明各國ノ立法例特ニ最近二十世紀ニ於ケル刑事立法ノ趨勢ヲ察スル
 ニ何レモ竊盜罪ニ關シテハ最モ詳細ナル規定ヲ設ケ其情狀如何ニ依リ刑
 罰ニ差等ヲ設ケサルハナシ。然ルニ我々刑法ハ獨リ此趨勢ニ背馳シ法三章
 流ヲ以テ竊盜罪ノ全部ヲ律セントス。而シテ其定ムル所ニ從ヘハ凡ソ竊
 盜罪ハ初犯ハ一月以上十年再犯ハ之ヲ二十年ニ及フヲ得セシム。斯ノ如
 キ規定ハ世界文明各國ノ立法例ニ見ル能ハサル所ニシテ我々刑法ノ特色ナ
 リ。是レ果シテ我々刑法ノ長所ト爲スヘキカ將夕短所ト爲スヘキカ。左ニ

二三注意スヘキ點ニ付キ略評ヲ試ミン。

(一) 犯罪ノ情狀如何ニ拘ハラヌ竊盜ノ初犯ハ懲役十年ニ其再犯ハ懲役二

其人ノ感情機嫌ノ如何ニ依リ定ムルコトナルヘシ。事情斯ノ如キニ至ラハ被告人ニ對スル刑ノ量定ハ被告人ノ現ニ爲シタル行爲其原因其結果及ヒ犯罪的心意ノ如何ヨリハ寧ロ被告人カ訟廷ニ於テ裁判官ニ對シテ爲シタル言語舉動ノ如何ニ依リ決セラルコトナルヘシ。専恣裁判若クハ我儘勝手ノ裁判ノ骨頂。若シ斯ノ如キニ至ラハ刑事司法ノ腐敗ハ其極ニ達シタルモノト謂フヘキナリ。凡ソ刑政ノ方針ハ立法者ニ於テ之ヲ定ムヘキモノナリ。量刑ノ標準ヲ定ムルカ如キハ刑政ノ方針ハ最モ主要ナルモノナリ。然ルニ立法者カ量刑ノ標準ヲ示サステ區裁判所判事ヲシテ各人各異ノ見解ニ依リ刑政ノ料理ヲ爲サシムルカ如キハ刑政ノ當ヲ得タルモノトハ何人モ之ヲ認ムルコト能ハサルヘシ。宜ナル哉文明各國ノ立法例特ニ最近二十世紀ノ立法例ニ於テ竊盜罪ニ付キ詳細ナル規定ヲ爲スコト恰モ符節ヲ合シタルカ如キコトヤ。

第二

法律カ親族相盜ニ付キ特例ヲ設ケタル趣旨ニ付テハ必スシモ之ヲ爭

親族特例相盜ノ適用スルヘキニ至ル親族及ヒ家族ノ範圍ヲ甚ク擴張シ六親等ニ至ル親族及ヒ家族ニ迄之ヲ及ホシタルハ失當ニ非サルカ。舊刑法第三百七十七條ハ親族相盜ノ特例ヲ適用スヘキ範圍ヲ直系血族配偶者及ヒ同居ノ兄弟姉妹ノ間ニ限レリ。然ルニ尙ホ此特例ノ寬ニ失シタルコトハ學者ノ批難スル所ナリキ。然ルニ今何ノ必要アリテ更ニ之ヲ擴張シ遠ク六親等ノ親族及ヒ家族迄ニ及ホシタルヤハ何人モ其理由ヲ了解スル能ハサルヘシ。

親族特例相盜ノ適用スルヘキニ至ル親族及ヒ家族ノ範圍ヲ甚ク擴張シ六親等ニ至ル親族及ヒ家族ニ迄之ヲ及ホシタルハ失當ニ非サルカ。舊刑法第三百七十七條ハ親族相盜ノ特例ヲ適用スヘキ範圍ヲ直系血族配偶者及ヒ同居ノ兄弟姉妹ノ間ニ限レリ。然ルニ尙ホ此特例ノ寬ニ失シタルコトハ學者ノ批難スル所ナリキ。然ルニ今何ノ必要アリテ更ニ之ヲ擴張シ遠ク六親等ノ親族及ヒ家族迄ニ及ホシタルヤハ何人モ其理由ヲ了解スル能ハサルヘシ。

フ必要ナシト雖モ左ノ二點ハ大ニ攷究ヲ要ス。

(一) 此特例ヲ適用スヘキ範圍ヲ甚ク擴張シ六親等ニ至ル親族及ヒ家族ニ迄之ヲ及ホシタルハ失當ニ非サルカ。舊刑法第三百七十七條ハ親族相盜ノ特例ヲ適用スヘキ範圍ヲ直系血族配偶者及ヒ同居ノ兄弟姉妹ノ間ニ限レリ。然ルニ尙ホ此特例ノ寬ニ失シタルコトハ學者ノ批難スル所ナリキ。然ルニ今何ノ必要アリテ更ニ之ヲ擴張シ遠ク六親等ノ親族及ヒ家族迄ニ及ホシタルヤハ何人モ其理由ヲ了解スル能ハサルヘシ。

(二) 此特例ヲ適用スヘキ竊盜ノ種類ヲ輕微ナル情狀ヲ有スルモノハミニ限ラズシテ廣ク總テノ竊盜ニ及ホシタルハ失當ニ非サルカ。例ヘハ現行刑法ノ規定ニ從ヘハ被害者カ其從兄弟ノ子(五親)ヲ書生若クハ雇人トシテ同居セシメ置キタルニ此者カ夜間兇器ヲ携帯シテ其家ノ財産ノ大部分ヲ竊取シ去リタルカ如キ場合ノ如キ又例ヘハ斯ル五親等若クハ六親等ノ如キ縁遠キ者ヲ同居セシメ置キタル場合ニ於テ其者カ主人ノ不

在ニ乘シ家財全部ヲ賣却シテ逃走シタルカ如キ場合ニ於テモ尙ホ其罪ヲ問フ能ハサルヘシ。斯ノ如キハ民衆一般ノ常識ト懸隔スルコト甚クシク且又文明各國ノ立法例特ニ最近ノ立法例ト相距ルコト甚ク遠シト謂フヘキナリ。

第二節 強盜罪

我刑法ニ於テ強盜罪ニ付キ規定スルモノハ(一)一般強盜罪(刑二二三九條一)(二)強盜的恐喝罪(刑二二三六條三)(三)強盜的竊盜罪(刑二二三九條二)(四)死傷罪(刑二四〇條六)(五)強盜強姦及ヒ之ニ因ル致死罪(刑二四二條一)(六)強盜ノ豫備罪及ヒ未遂罪(刑二四三條七)ノ七ト爲ス。

第一款 一般強盜罪

第二百三十六條 暴行又ハ脅迫ヲ以テ他人ノ財物ヲ強取シタル者ハ強盜ノ罪ト爲シ五年以上ノ有期懲役ニ處ス。

(第二項省略)

第二百三十九條 人ヲ昏醉セシメテ其財物ヲ盜取シタル者ハ強盜ヲ以テ論ス。

強盜ナル行爲ハ一面人ノ自由ニ對シ侵害ヲ加ヘ他ノ一面人ノ財産ニ對シ侵害ヲ加フルモノナレトモ此罪ノ本質トスル所ハ人ノ財産ニ對シ侵害ヲ加フル點ニ在リ。而シテ人ノ自由ニ對シ侵害ヲ加フルカ如キハ財産ニ對スル侵害ヲ加フルカ爲メニスル手段ニ外ナラス。假ニ強盜罪ノ定義ヲ舉クレハ

左ノ如シ。

強盗トハ人ノ事實上ノ支配ニ存スル他人ノ所有ニ屬スル動カシ得ヘキ物ヲ不法ニ領得スルノ意ヲ以テ暴行若クハ脅迫ヲ爲シ被害者ノ抵抗力ヲ排除シ以テ之ヲ自己ノ事實上ノ支配^{持所}ニ移ス行爲ヲ謂フ。

第一 客體

強盗罪ノ客體ハ竊盜罪ノ客體ト異ルコトナシ。他人ノ事實上ノ支配^{持所}ニ存シ且他人ノ所有ニ屬スル動カシ得ヘキ物ハ總テ強盗罪ノ客體タルヲ得ヘキナリ。其詳細ハ竊盜罪ニ付キ説明シタル所ニ依リ之ヲ類推スヘシ。而シテ強盗罪ニ依リ財産ニ關スル法益ヲ侵害スルノ條件ハ竊盜罪ト全然相一致ス。故ニ強盗罪ト竊盜罪トノ想像上ノ二罪存スルコトハ決シテアリ得ヘカラサル所ナリ。

第二 所爲

強盗罪ヲ構成スヘキ所爲中他人ノ事實上ノ支配ニ存スル他人ノ物ヲ自己

暴行若クハ脅迫ハ強盗罪ノ要件ナリ

ノ事實上ノ支配ニ移ス點ニ至リテハ竊盜罪ノソレト異ル所ナシ。故ニ此點ハ竊盜罪ニ付キ説明シタル所ニ依リ類推スヘシ。強盗罪ト竊盜罪ト相違スル主要ナル點ハ犯罪ノ手段ニ在リ。強盗罪ハ暴行若クハ脅迫ヲ手段ト爲シ被害者ノ抵抗力又ハ其自由意思ヲ排除シ以テ被害者ノ事實上ノ支配ニ存スル物ヲ自己ノ事實上ノ支配ニ移ス行爲アルニ依リ成立ス。左ニ強盗罪ヲ構成スヘキ所爲ニ付キ注意スヘキ要點ニ付キ略説ヲ試ムヘシ。

第一 暴行若クハ脅迫ハ奪取ノ手段タルヲ要ス。

暴行及ヒ脅迫ノ意義如何ハ前既ニ之ヲ説明シタルカ如シ(一三九二頁以下及參照)。暴行若クハ脅迫ト奪取トノ二者アルモ此二者間ニ手段及ヒ結果タルハ關係存セサルトキハ強盗罪ヲ構成セス。強盗罪ヲ構成スルニハ暴行若クハ脅迫カ物ノ奪取ノ手段トシテ行ハレタルコトヲ必要トス。故ニ例ヘハ人ヲ突キ倒シ之ニ傷害ヲ加ヘタル後始メテ被害者ノ所持スル物ヲ奪取スルノ意ヲ決シ其有スル財物ヲ奪フノ行爲(暴行若クハ脅迫)ノ如キハ之ヲ強盗罪ナリ

ト謂フ能ハス。之ト同シク物ヲ奪取シタル後其取還ヲ拒クカ爲メニ非ス又其逮捕ヲ免レ若クハ罪證ヲ湮滅スルカ爲メニモ非スシテ被害者ニ對シ暴行ヲ加フルモ是レ強盜若クハ強盜的竊盜(以下參照)ニ非ス。此等ノ場合ハ竊盜及ヒ傷害罪(暴行)ノ併合罪ナリトス。又暴行若クハ脅迫ハ物ノ奪取ノ準備行爲トシテ爲サレタルヲ以テ充分ナリト爲サス物ノ奪取ノ手段トシテ行ハレタルヲ必要トス。例ヘハ通行人ニ對シ暴行ヲ加ヘ其所持スル提灯ヲ吹キ消シ暗黒ナルニ乘シ附近ノ家宅ニ忍入り財物ヲ奪取スルカ如キハ強盜罪ニ非スシテ竊盜及ヒ傷害罪(暴行)ノ併合罪ナルカ如シ。

第二 暴行若クハ脅迫ハ被害者ノ抵抗力又ハ其自由意思ヲ排除スル手段タルヲ要ス。

強盜罪ノ手段タル暴行又ハ脅迫ハ(一)被害者ノ抵抗力ヲ排除スル爲メ使用セラル、コトアリ。(二)被害者ノ自由意思ヲ抑壓スルノ手段トシテ使用セラル、コトアリ。

暴行若クハ脅迫ハ被害者ノ抵抗力又ハ其自由意思ヲ排除スルヲ要ス

(一) 強盜罪ハ物ノ所持者ノ抵抗力ヲ排除シテ其所持ヲ奪フヲ以テ通常ト爲ス。

暴行若クハ脅迫ハ被害者ノ抵抗力ヲ排除スルノ手段タルカ故ニ暴行若クハ脅迫又ハ物ノ奪取ハ被害者ニ於テ之ヲ覺知スルヲ通常トス。而シテ脅迫(暴行ト共ニ加)ハ常ニ被害者ニ於テ之ヲ覺知スルコトヲ要スルハ言フ俟タサレトモ暴行又ハ物ノ奪取ハ被害者ニ覺知セラル、コトナクシテ行ハル、コトナキニ非ス。例ヘハ突然人ヲ突キ倒シ其懷中ヨリ金品ヲ奪取シテ逃走スルカ如キ場合ニ於テハ被害者ハ何ノ爲メニ暴行ヲ加ヘラレタルヤ又物ヲ奪取セラレタルヤ否ヤヲ覺知セサルコトアルヘシ。斯ル場合ニハ是レ迅速ナル暴行ヲ加ヘ被害者ヲシテ抵抗ノ遑ナカラシメ以テ物ノ奪取ヲ覺知セシメサルモノニシテ而モ被害者ノ抵抗力ヲ排除シ物ヲ奪取シタル點ニ於テハ他ノ強盜罪ノ場合ト異ルコトナシ。又例ヘハ被害者ノ睡眠中卒然之ヲ毆打シ以テ假死ノ状態ニ陥ラシメ若クハ之ヲ殺害シ以テ物ヲ奪取シタルカ如キ場合ニ於テハ被害者ハ物ノ奪取ノミナラス暴行

ノ事實ヲモ覺知セサルモノナリト雖モ行爲者カ被害者ノ抵抗カヲ排除シ以テ其所持ニ係ル物ヲ奪取シタル點ニ至リテハ一點ノ疑ナキカ如シ。之ヲ要スルニ被害者ノ抵抗カハ被害者カ加害事實ヲ知ル前之ヲ排除スルヲ得ヘク或ハ加害事實ヲ知リタル後之ヲ排除スルヲ得ヘシ。

(二) 強盜罪ハ物ノ所持者ノ自由意思ヲ排除シ之ヲシテ其所持ニ係ル物ヲ交付セシメ之ヲ奪取スル場合アリ。此場合ニ於ケル手段ハ主トシテ脅迫ナリ。暴行ハ此場合ニ於テハ單獨ノ手段トシテ使用セラル、モノニ非スシテ脅迫ト共ニ加ヘラレ以テ脅迫ニ威力ヲ添ユル爲メ使用セラル、モノナリ。例ヘハ被害者ニ對シ重大ナル脅迫ヲ加ヘ又ハ暴行ニ次クニ脅迫ヲ以テシ其自由意思ヲ抑壓シ之ヲシテ其藏匿シアル金錢其他ノ貴重品ヲ交付セシムルカ如シ(恐喝罪トハ區別ニ付)。

第三 暴行若クハ脅迫ハ物ノ所持者ニ對シ之ヲ爲スヲ要ス。

茲ニ所謂所持者トハ物ニ對シ事實上ノ支配ヲ有スル者ヲ總稱スルモノニ

暴行若クハ脅迫ハ物ノ所持者ニ對シ之ヲ爲スヲ要ス

爲スヲ要ス

シテ獨リ物ノ保管者ノミナラス物ノ看守者モ亦物ノ所持者ナリ。故ニ例ヘハ物ノ所有者若クハ物ノ保管者ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘ以テ之ヲ奪取スル場合ノミナラス單ニ物ヲ看守スル者例ヘハ物ノ番人若クハ運送人ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘ其見張又ハ運送ニ係ル物ヲ奪取スル場合ニ於テモ尙ホ強盜罪ヲ構成ス。之ヲ要スルニ強盜罪ノ手段タル暴行若クハ脅迫ヲ受クヘキ者ハ物ノ保管者若クハ看守ヲ爲スニ依リ之ヲ所持スルモノナラサル可カラス。換言スレハ暴行若クハ脅迫ハ物ノ奪取ヲ抗拒スル地位ニ在ル者ニ對シ之ヲ行フコトヲ要ス。而シテ事實上物ヲ保管シ又ハ看守スル者タル以上ハ必スシモ法律上保管者若クハ看守ヲ爲スノ權利又ハ義務アル者タルヲ要セス。故ニ事務管理トシテ他人ノ爲メ其物ヲ保管シ若クハ看守スル者ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘ以テ其所持スル物ヲ奪取スル場合ト雖モ強盜罪ヲ構成ス。之ニ反シテ物ノ奪取ヲ抗拒スル地位ニ在ラサル者ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘ以テ之ヲ奪取スルモ強盜罪ヲ構成セス。例ヘハ行爲者カ同シ

ク人ノ物ヲ盜マントスル惡漢ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘ以テ其者ヲシテ物ヲ盜ム能ハサラシメ己レ獨リ物ノ竊取ヲ爲スモ強盜罪ヲ構成セサルカ如シ。暴行若クハ脅迫ハ人ニ對シテ爲スヲ要ス。物ニ對スル暴行ト雖モ人ニ對スル暴行ナリト解スヘキ場合アリ。例ヘハ馬ヲ亂打シ以テ馬上ノ人ニ危害ヲ及ホスカ如キ場合はナリ(註一)。

(註一) 同趣旨 岡田朝太郎、小嶋傳、江木衷諸氏。

岡田朝太郎氏曰ク『目的物ノ所有者、所持者、看守人又ハ事實上奪取罪ノ妨害ト爲ル人例ヘハ偶々被害者ノ爲メニ防禦セントシタル友人ヲ脅カシテ目的ヲ遂ケタル如キハ疑モナク強盜ト爲ルモノナリ。暴行脅迫ハ必スシモ財物ニ對シテ權利關係ヲ有スル者ニ加フルコトヲ必要トセス(刑法講義三一頁)。小嶋傳氏曰ク『暴行脅迫ニ付テハ法律ハ必スシモ物ノ保有者自身ニ對スルコトヲ必要トセスト雖モ、此手段ハ物ノ保有者ハ勿論荷モ從前ノ保有維持ヲ補助スル爲メニ保有者ヲ脅フコトニ付テ除害ヲ試ムル者ニ對シテ行ハル、コトヲ要ス(日本刑法論各論八〇七頁)。尙ホ江木衷氏現行刑法原論二七六頁參照。』

第四 人ヲ昏醉セシムルニ依ル物ノ奪取。

強盜ノ手段タル暴行ハ或ハ腕力其他ノ有形的行爲ヲ以テ爲スコトアルヘ

人ヲ昏醉
セシムル
ニ依ル物
ノ奪取

ク或ハ酒類ヲ用ヒ或ハ麻酔劑ヲ使用スル等前者ニ比シ稍ヤ穩和ナル手段ニ依ルコトアルヘシ。其何レノ手段ニ依ルヲ問ハス共ニ人ノ身體ニ對スル不法ノ處置即チ人ノ身體其モノ又ハ健康ニ對スル不法ノ攻撃タルヲ以テ其暴行タル點ニ於テハ一ナリ(以下參照)。而シテ暴行ナル手段ニ依リ物ヲ奪取スルトキハ一般強盜罪ノ法條(刑二三六)ニ依リ強盜罪ヲ構成スルコト一點ノ疑ヲ容レズ。然ルニ法律ハ人ヲ昏醉セシムルニ依ル物ノ奪取ニ付キ特別ノ法條(刑二九)ヲ設ケ特ニ強盜ヲ以テ論スヘキ旨ヲ規定ス。其結果トシテ一般強盜罪ノ法條タル第二百三十六條第一項ハ人ヲ昏醉セシムルニ依ル物ノ奪取ヲ除キタル強盜行爲ヲ規定シタルモノトナサ、ルヲ得ス。

人ヲ昏醉セシムトハ人ヲシテ心神ヲ喪失セシムルヲ指稱スルナラン。心神喪失ハ人ヲシテ麻酔劑酒類又ハ催眠術等ニ依リ之ニ陥ラシムルヲ得ルト共ニ腕力其他ノ有形的暴行ニ依リ之ヲ惹起セシムルヲ得。然レトモ茲ニ昏醉トハ獨リ前者ノ手段ニ依リ人ヲシテ心神ヲ喪失セシムル場合ノミヲ

指稱スルモノナリト解スルヲ相當トシ腕力其他ノ有形的暴行ニ依リ人ヲシテ心神ヲ喪失セシムル場合ハ之ヲ『人ヲ昏醉セシム』ナル文字ノ意義中ニ包含セサルモノト解スヘキカ如シ。之ヲ要スルニ人ヲ昏醉セシムトハ法律カ強姦罪ニ付キ採用シタル法文タル『人ヲシテ心神ヲ喪失セシメ云々』(刑一七)ト同意義ニシテ單ニ文字ヲ異ニシタルニ過キサレモノト解スヘキナリ。又第二百三十六條第一項ニハ強取ト記シ第二百三十九條ニハ盜取ト記スレトモ何レモ暴行又ハ脅迫ナル手段ニ依リ不法ニ領得スル意ヲ以テ他人ノ事實上ノ支配(所持)ニ存スル物ヲ自己ノ事實上ノ支配(所持)ニ移スノ行爲ヲ指稱スルニ外ナラス。唯タ奪取ノ手段カ腕力其他ノ有形的的手段タルトキハ之ヲ強取ト記シ藥酒其他ノ手段ニ依リ人ヲ昏醉セシメテ奪取シタルトキハ之ヲ盜取ト記シタルニ過キス。

第五 強取ト恐喝トノ區別。

暴行若クハ脅迫ニ依リ被害者ノ抵抗力又ハ其自由ナル意思活動ヲ排除シ

強取ト恐喝トノ區別

物ノ事實上ノ支配ヲ得ルノ所爲ハ之ヲ強取(盜取)ト謂フ。暴行若クハ脅迫ニ依リ被害者ヲシテ財物ヲ交付セシムル所爲ハ之ヲ恐喝ト謂フ。被害者カ暴行若クハ脅迫ニ依リ畏怖ノ念ヲ生シ其結果トシテ行爲者カ要求スル如ク物ヲ交付スル場合ニ付キ或ハ之ヲ強取ナリト解釋スヘク或ハ之ヲ恐喝ナリト解釋スヘキ場合アリ。若シ被害者カ行爲者ノ暴行若クハ脅迫ニ依リ全然其自由意思ヲ失ヒ其要求スルガ如ク物ヲ交付スルニ至リタルトキハ是レ恐喝ニ非スシテ強取ナリ。之ニ反シテ被害者カ暴行若クハ脅迫ニ依リ畏怖ノ念ヲ生シタルモ全然其自由意思ヲ失ヒタルニ非スシテ其任意ノ判斷ニ依リ物ヲ交付シタル場合ハ是レ強取ニ非スシテ恐喝ナリ。此兩者ノ區別ハ暴行若クハ脅迫カ被害者ノ抵抗力又ハ其自由ナル意思活動ヲ全然排除シタルヤ否ヤニ存ス。暴行若クハ脅迫カ重大ニシテ被害者ノ抵抗力ヲ排除シ之ニ依リ被害者カ行爲者ノ隨意ニ物ヲ奪取スルニ任セタルトキ又ハ外形ニ於テハ自ら進テ物ヲ交付スルモ其交付ハ暴行若クハ脅迫ニ依リ全然自由意思ヲ奪ハレ

タル結果單ニ行爲者ノ器械ト爲リタルニ過キサルトキハ孰レモ強取ナリ。之ニ反シテ暴行若クハ脅迫ニ依リ全然自由意思ヲ奪ハレタリト云フ程度ニ在ラサルニ拘ハラズ被害者カ其任意ノ判斷ニ依リ物件ヲ交付スルカ如キ場合ハ是レ恐喝ナリ(註二)。之ヲ要スルニ強取ト恐喝トノ區別ノ要點ハ被害者ノ抵抗力又ハ其自由意思カ全然排除セラレタルヤ否ヤニ存ス(以下參照)。

(註二) 同題旨 大審院判例。

判例ニ曰ク「強盜罪ニ於テハ犯人ノ用ヒタル手段カ其性質上被害者ノ自由ヲ全然剝奪スル如キ極メテ重大ナルモノタルコトヲ必要トスルモ恐喝取財罪ニ在リテハ其手段ハ性質上相手方ヲ畏怖セシムヘキモノタルコトヲ要スルト同時ニ被害者ニ尙ホ意思ノ自由ヲ存シ全然之ヲ剝奪スルニ至ラサルコトヲ必要トス」(三七年大審院判決第一八六五頁)。

第三 故意

強盜罪ニ要スル故意ハ大體ニ於テ竊盜罪ノソレト同一ナリ。故ニ強盜罪ニ要スル故意ハ竊盜罪ノ故意ニ付キ説明シタル所ニ依リ之ヲ類推スヘキナリ。唯タ強盜罪ハ物ヲ奪取スル手段トシテ暴行若クハ脅迫ヲ使用スル意思

アルコトヲ必要トスル點ニ於テ竊盜罪ト相違スル所アルノミ。

第二款 強盜的恐喝罪

第二百三十六條 (暴行又ハ脅迫ヲ以テ他人ノ財物ヲ強取シタル者ハ強盜ノ罪ト爲シ五年以上ノ有期懲役ニ處ス)。

前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ。

人ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘ其自由意思ノ活動ヲ排除シ之ヲシテ自己ニ不利益ニシテ行爲者ニ利益ナル財産上ノ處分ヲ爲サシムルノ行爲ハ之ヲ學術上強盜的恐喝罪 (Raubliche Erpressung) ト稱ス。我刑法ハ斯ル罪ヲ以テ強盜罪ト爲シ之ト同一ノ刑ヲ科スヘキコトヲ規定スルモ此罪ハ一般ノ盜罪タル性質ヲ具備セサルヲ以テ之ヲ強盜ナリト稱スルハ妥當ニ非ス。凡ソ盜罪ニ於テハ其客體ハ他人ノ事實上ノ支配(所)ニ存スル財物ニシテ盜罪ノ規定ハ所有權ヲ保護スルヲ以テ目的トスルモノナレトモ本罪ニ在リテハ其客體タルヘキモノハ獨リ他人ノ所有物ニ止ラス總テ財物其他財産上ノ利益ニシテ本

罪ノ規定ニ依リ保護セラル、法益ハ廣ク物權若クハ債權其他ノ財産權ノミナラス一般ノ經濟上ノ利益ナリ。而シテ其強盜罪ト類スル所ハ行爲者カ人ニ重大ナル暴行脅迫ヲ加ヘ其自由ナル意思活動ヲ排除シ之ニ依リ不法ノ利益ヲ圖ルコト及ヒ其犯情カ強盜罪ト相擇ハサルコトノ二點ニ在リ。暴行脅迫ノ結果被害者カ行爲者ノ意ニ從ヒ自己ニ不利益ニシテ行爲者ニ利益ナル財産上ノ處分ヲ爲スノ點ハ其外形ヨリスレハ恐喝罪ト擇ム所ナシ。唯タ本罪ト恐喝罪ト異ル所ハ其不利益ナル財産上ノ處分カ本罪ノ場合ニ在リテハ被害者ノ全然ノ不任意ニ出ツルモ恐喝罪ノ場合ニ在リテハ不完全ナカラモ被害者ノ任意ノ行爲ナリト謂フヲ得ヘキ點ニ在リ。尙ホ所謂財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ得セシムルノ意義如何ハ後段恐喝罪ノ説明ニ讓ル(八二九頁以下參照)。

第三款 強盜的竊盜罪

第二百三十八條

竊盜財物ヲ得テ其取還ヲ拒キ又ハ逮捕ヲ免レ若クハ罪跡ヲ湮滅

スル爲メ暴行又ハ脅迫ヲ爲シタルトキハ強盜ヲ以テ論ス。

竊盜犯人ニシテ財物ノ取還ヲ拒キ又ハ逮捕ヲ免レ若クハ罪跡ヲ湮滅スル爲メ暴行又ハ脅迫ヲ爲ス行爲ハ一名之ヲ強盜的竊盜(Die räuberische Diebstahl)ト謂フ。是レ此行爲ノ實質ハ竊盜ニシテ其外形強盜ニ似タルモノアルニ依ルナラン。強盜ハ財物ヲ得ルカ爲メニ暴行又ハ脅迫ヲ使用スル行爲アルニ依リ成立スルニ反シ強盜的竊盜ハ既ニ竊盜ノ犯罪アリタル後財物ノ取還ヲ拒キ又ハ逮捕ヲ免レ若クハ罪跡ヲ湮滅センカ爲メ暴行ヲ加フル行爲アルニ依リ成立ス。暴行若クハ脅迫ノ實質ハ強盜罪ニ付キ説明シタル所ト異ナル所ナキモ彼ニ在リテハ財物ヲ奪取セントシテ被害者ノ抵抗力ヲ排除スル爲メ使用セラル、モノナレトモ此ニ在リテハ其奪取シタル財物ノ取還ヲ拒キ又ハ逮捕ヲ免レ若クハ罪跡ヲ湮滅センカ爲メニ使用セラル、ノ差アリ。之ヲ要スルニ強盜的竊盜ハ一定ノ加重スヘキ情狀ヲ有スル竊盜ニ外ナラス。換言スレハ強盜罪ニ科スヘキ刑ト同一ナル刑ヲ以テ處斷スヘキ竊盜ナリト謂

ハ、外ナラズ。然レトモ強盜的竊盜ハ他ノ關係アル法條ノ適用ニ付キテハ強盜罪ト同一ニ見做サルヘキナリ。是レ法文ニ強盜ヲ以テ論スト明記セル所以ナリ。

強盜的竊盜ノ場合ハ之ヲ第一財物ノ取還ヲ拒ク爲メニスル強盜的竊盜、第二逮捕ヲ免レンカ爲メニスル強盜的竊盜及ヒ第三罪跡ヲ湮滅センカ爲メニスル強盜的竊盜ノ三ト爲スコトヲ得。左ニ之カ略説ヲ試ムヘシ。

第一 財物ノ取還ヲ拒ク爲メニスル強盜的竊盜

法文ニ竊盜財物ヲ得テトアルハ竊盜犯人カ他人ノ財物ニ付キ事實上ノ支配（所持）ヲ得タルコトヲ指稱スルモノニシテ竊盜罪ノ既遂アリタル後ト謂フト同意義ナリ。故ニ財物ノ取還ヲ拒ク爲メニスル強盜的竊盜ハ竊盜ノ未遂犯人ニ依リ犯サル、コト能ハスシテ獨リ其既遂犯人ニ依リテノミ犯サル、モハトス。竊盜犯人カ財物ノ返還ヲ拒クカ爲メニ暴行若クハ脅迫ヲ加フル行爲ハ常ニ本罪ヲ構成スルモノニ非スシテ之ヲ構成スルハ竊盜行爲ヲ終リタ

財物ノ取還ヲ拒ク爲メニスル強盜的竊盜

ル際之ヲ加フル場合ニ限ル。是レ法文ニ「取還ヲ拒ク爲メ」トアリテ返還ヲ拒ク爲メトナキニ依リ知ルヘキナリ。又取還ヲ拒クカ爲メ暴行若クハ脅迫ヲ加フトハ行爲者カ其得タル物ノ事實上ノ支配（所持）ヲ保持センカ爲メニ暴行若クハ脅迫ヲ加フルヲ謂フモノニシテ必スシモ被害者カ實力ヲ以テ之ヲ取還セントスルノ行爲アリタルコトヲ必要トセス。苟モ行爲者ニ於テ取還ヲ拒ク爲メニ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘタルノ事實アラハ之ヲ以テ足レリトス（註三）。又暴行ノ意義中ニハ元來各種ノ暴行ヲ包含スヘキモノナレトモ法律ハ強盜罪ニ關シテハ人ヲ昏醉セシムル行爲ヲ以テ暴行ナル觀念中ヨリ除外シタルヲ以テ竊盜犯人カ其奪取シタル物ノ取還ヲ拒カンカ爲メ藥酒ヲ用ヒテ人ヲ昏醉セシムル所爲ハ強盜的竊盜ニ非スト解セサルヲ得ス。

（註三） 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク「刑法第二百三十八條ハ犯人カ既ニ竊取シタル財物ノ取還ヲ拒ク爲メ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタル以上ハ被害者ニ於テ其財物ヲ取還セントスル行爲ヲ爲シタルト否トニ拘ハラズ強盜ヲ以テ論スルノ律意ナリ」四三年大審院判決第七〇九頁。

茲ニ注意スヘキハ法律ハ第二百四十三條ヲ以テ本罪ニモ亦未遂罪アル如ク規定シタルモ本罪ハ其性質上未遂罪ノ例甚々稀ナルコト是ナリ。何トナレハ本罪ハ竊盜ノ既遂アリタル場合ニ限り之ヲ犯スコトヲ得ヘキコト前述ノ如ク而シテ竊盜ノ既遂犯者カ財物ノ取還ヲ拒ク爲メ暴行其モノ若クハ脅迫ニ着手シタルトキハ即チ是レ財物ノ取還ヲ拒ク爲メ暴行若クハ脅迫アリタルモノニシテ之ヲ強盜的竊盜罪ノ既遂ナリト解スルノ外ナケレハナリ。唯タ竊盜犯人ガ暴行ヲ加フルノ行爲ニ着手シタル場合ニ於テ稀ニ未遂犯ノ場合アルコトヲ想像スルコトヲ得ヘシ。而シテ本罪ハ犯人カ財物ノ取還ヲ拒キ得タルト否トニ依リ既遂未遂ヲ決スヘキモノニ非サルコトハ必スシモ言ヲ俟タサルヘシ(六三三頁以下參照)。

第一 逮捕ヲ免レンカ爲メニスル強盜的竊盜

罪ヲ犯シタル者アルモ現行犯ニ非サレハ令狀アル場合ノ外何人モ之ヲ逮捕スルコトヲ得ス。其逮捕シ得ヘキハ現行犯ノ場合ニ限ル(刑訴五六條。竊

逮捕ヲ免
レンカ爲
メニスル
強盜的竊

盜犯人カ其現行犯ナル場合ニ於テ逮捕ヲ免レンカ爲メ人ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘタルトキハ強盜的竊盜ノ罪ヲ構成スルモノトス。暴行脅迫ハ之ヲ逮捕ニ向ヒタル當該官吏若クハ被害者ニ對シ加フル場合ハ勿論犯人ヲ逮捕セントスル第三者(刑訴六)ニ對シ之ヲ加フル場合ノミナラス逮捕ノ意思ナキ第三者ニ對シテ之ヲ加フルモ逮捕ヲ免ル、爲メニ之ヲ爲シタル場合ニ於テハ尙ホ本罪ヲ構成スルニ妨ケナキモノトス。此罪ハ竊盜ノ既遂犯人ノミナラス其未遂犯人モ亦之ヲ犯スコトヲ得。此點ハ財物ノ取還ヲ拒クカ爲メニスル強盜的竊盜罪ト異ル所ナリトス(註四)。

(註四) 同條旨 大審院判例。

判例ニ曰ク「竊盜犯者カ逮捕ヲ免レ若クハ罪跡ヲ湮滅スルノ目的ヲ以テ暴行又ハ脅迫ヲ爲シタル事實アルニ於テハ縱令財物ヲ得サリシ場合ト雖モ刑法第二百三十八條ニ所謂強盜ヲ以テ論スヘキモノトス」(四三年大審院判決録一三二二頁)。

竊盜ノ未遂犯人ニシテ逮捕ヲ免レンカ爲メ人ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘタルトキハ之ヲ本罪ノ既遂犯トスヘキヤ將タ未遂犯トスヘキヤハ疑ノ存

スル所ナリ。法文ノ所謂竊盜ナル文字ヲ以テ竊盜犯人ノ意義ニ解スルトキハ斯ル場合ハ之ヲ既遂犯ナリト解スヘキカ如シト雖モ之ヲ一般ノ強盜罪トノ權衡ヨリ稽ヘ又強盜的竊盜罪ノ未遂犯ハ之ヲ罰スヘキ旨ノ法條(刑二條三條四)ノ存スルニ依リ之ヲ推考スルトキハ斯ル場合ハ之ヲ本罪ノ未遂犯ナリト解スルヲ以テ妥當トス。

第三 罪跡ヲ湮滅センカ爲メニスル強盜的竊盜

竊盜ノ現行犯アリタル際犯人カ其罪跡ヲ湮滅センカ爲メ人ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加フルトキハ本罪ヲ構成ス。罪跡ノ湮滅トハ犯罪ノ露見若クハ發覺ヲ招クヘキ事情ヲ廢滅スル行爲ヲ謂フ。故ニ例ヘハ竊盜ノ現場ヲ實見シタル人ニ對シ若シ實見ノ事實ヲ口外スルトキハ殺害スヘシト脅迫スルカ如キ又竊盜ノ被害者ノ爲メニ其面部ヲ認メラレタルカ爲メ之ヲ殺害スルカ如キハ共ニ本罪ノ適例ナリ。

本罪ハ竊盜ノ既遂犯人ニ依リ犯サル、ノミナラス其未遂犯人ニ依リテモ

罪跡ヲ湮滅
爲メニスル
強盜的竊盜

亦之ヲ犯サル、ヲ得ルコト前段ノ場合ノ如シ。而シテ本罪カ竊盜未遂犯人ニ依リ犯サレタルトキハ強盜的竊盜罪ノ未遂罪ト解スヘキコト亦前段ノ場合ニ異ラス(註五)。

(註五) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『刑法第二百三十八條ノ場合ニ於テ財物ヲ得タル場合ハ強盜ノ既遂ヲ以テ論シ之ヲ得サル場合ハ未遂ヲ以テ論スヘキモノトス』(四二年大審院判決録一三八二頁)。

第四款 準強盜罪

第二百四十二條 自己ノ財物ト雖モ他人ノ占有ニ屬シ又ハ公務所ノ命ニ因リ他人ノ看守シタルモノナルトキハ本章ノ罪(竊盜及ヒ強盜ノ罪)ニ付テハ他人ノ財物ト看做ス。

第二百四十五條 本章ノ罪(竊盜及ヒ強盜ノ罪)ニ付テハ電氣ハ之ヲ財物ト看做ス。強盜罪ノ客體タルヘキ物ハ他人ノ事實上ノ支配ニ在ル他人ノ所有ニ屬スル動カシ得ヘキ物タルヲ要スルコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ。他人若クハ公務所ノ占有ニ屬スル自己ノ所有物又ハ電氣力ノ如キハ本來強盜罪ノ

客體タルコト能ハサルモノトス。然ルニ法律ハ特ニ法條ヲ設ケ右二者モ亦強盜罪ノ客體タルヲ得ヘキ旨ヲ定メタリ。然レトモ純然タル強盜罪ト右二者ニ關スル強盜罪トハ多少差異ナキニ非スト雖モ此點ハ先キニ準竊罪罪、電氣竊盜罪及ヒ強盜罪ニ就キ説明シタル所ニ依リ類推スルヲ得ヘキヲ以テ之カ詳説ヲ省略ス。

第五款 強盜致死傷罪

第二百四十條 強盜人ヲ傷シタルトキハ無期又ハ七年以上ノ懲役ニ處ス死ニ致シタルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス。

強盜、強盜的恐喝強盜的竊盜若クハ準強盜ノ手段タル暴行若クハ脅迫ニ依リ人ヲ傷シタルトキハ強盜致傷罪ヲ構成シ又之ニ因テ人ヲ死ニ致シタルトキハ強盜致死罪ヲ構成ス。左ニ本罪ニ付キ第一主體、第二所爲及ヒ故意、第三殺人罪ト強盜罪トノ競合ニ付キ略説ヲ試ムヘシ。

第二 主體

本罪ノ主體タルヲ得ヘキ者ハ強盜犯人ナリ。法文ニ強盜人ヲ傷シ又ハ死ニ致シ云々トアルハ本罪ノ主體ハ強盜犯人タルコトヲ明ニシタルモノト解スルヲ得ヘシ。而シテ強盜犯人中ニハ獨リ一般強盜罪ノ犯人ノミナラス強盜的恐喝罪、強盜的竊盜罪若クハ準強盜罪ノ如ク強盜罪ヲ以テ論セラルヘキ罪ノ犯人ヲモ包含スルモノト解スヘク又獨リ斯ル罪ノ既遂犯人ノミナラス未遂犯人ヲモ亦包含スルモノト解スヘキナリ(註六)。

(註六) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『刑法第二百四十條ノ所謂強盜ニハ同第二百三十八條ニ依リ強盜ヲ以テ論スヘキモノヲモ包含ス(四三年大審院判決録六一〇頁)。又曰ク『被告カ竊盜罪ヲ犯シタル際巡査ノ逮捕ヲ免ル、爲メ之ニ對シ暴行ヲ加ヘテ創傷ヲ負ハシメタルトキハ即チ一箇ノ行爲ニシテ刑法第九十五條一第項及ヒ同第二百三十八條、第二百四十條前段ノ二罪名ニ觸ル、モノナレハ其最モ重キ後者ニ對スル刑ヲ以テ處斷セサル可カラズ(四三年大審院判決録二二六頁)。又曰ク『人ノ所有物ヲ竊取スルニ當リ其取還ヲ拒ク爲メ臨時暴行ヲ爲シタル者ハ強盜ヲ以テ論スヘキモノトス(從テ其暴行ノ結果人ヲ傷シタルトキハ強盜傷人罪ヲ構成ス(三四年大審院判決録五卷三五頁))。』

茲ニ疑問トスヘキハ強盜犯人カ物ヲ強取セント欲シ之ニ着手シタルモ未

未タ強取ヲ遂クサ

ル行爲者
クハ致人若
死ニ

第五編 財産ニ對スル罪

タ物ヲ奪取セサルニ先チ被害者ニ暴行ヲ加ヘテ或ハ之ヲ傷シ或ハ之ヲ死ニ
致シタル場合ニ於テハ強盜傷人若クハ強盜致死ノ既遂罪ヲ以テ處罰スヘキ
ヤ將タ其未遂罪ヲ以テ處罰スヘキヤノ點是ナリ。此問題ハ強盜傷人若クハ
強盜致死ノ罪ハ強盜罪ノ一種ト認ムヘキヤ將タ特別ナル犯罪ト認ムヘキヤ
ノ決定如何ニ依リテ其解釋ヲ異ニセサルヲ得ス。換言スレバ此罪ハ加重情
狀アル強盜罪ナリト認ムヘキヤ將タ強盜犯人カ人ノ身體生命ヲ害スルノ罪
ナリト認ムヘキヤニ依テ其論決ヲ異ニセサルヲ得ス。元來人ノ生命身體ナ
ル法益ハ財産ヨリ重キモノニシテ本罪ハ財産保護ノ點ヨリハ寧ロ生命身體
ノ保護ニ重キヲ置キタルコトハ其規定スル刑罰ニ依リテ之ヲ認ムルヲ得ヘキ
ヲ以テ本罪ハ之ヲ強盜罪ノ一種即チ加重情狀アル強盜罪ト看做サンヨリハ
寧ロ特別ノ犯罪即チ強盜犯人カ人ノ生命若クハ身體ヲ害スルノ罪ナリト解
スルヲ以テ妥當ナリトス。從テ犯人カ財物奪取ノ目的ヲ達シタルヤ否ヤハ
本罪ノ既遂未遂ニ何等ノ關係ナキモノトナサルヲ得ス(註七)。

(註七) 同題旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『刑法第三百八十條(舊法)ハ強盜ヲ犯スニ當リ人ヲ傷シタル所爲ヲ以テ特別ノ一罪ト定メタルモノトス
故ニ犯人カ財物奪取ノ目的ヲ達シタルト否トハ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ナシ』(三七年大審院判決第一頁)。又曰ク
『強盜殺人罪ハ財物ヲ強取スル爲メ人ヲ殺害スルニ因リテ成立ス。而シテ其財物ヲ得ルト否トハ犯罪ノ構成ニ何等ノ
影響ナシ』(三九年大審院判決第四七二頁)。
異議 犯人カ人ヲ傷シ又ハ之ヲ死ニ致シタルモ財物ヲ強取ヲ遂ケサルトキハ本罪ハ未遂罪ナリ。小崎傳氏。
氏曰ク『強盜ノ着手後人ヲ殺傷シタルモ未タ財物ヲ強取ヲ遂ケス。又ハ財物強取ハ既ニ遂ケタルモ殺傷行為ニ付テ
ハ、單ニ着手シタルノミニテ未タ殺傷ノ結果ヲ生セサルトキハ本條ノ罪ノ未遂ヲ以テ論スヘキナリ』(日本刑法論各
論八一頁)。

共犯者ノ
傷人若ク
ハ致死ニ
對スル他
ノ共犯者
ノ責任

數人共謀シテ強盜ヲ爲スニ當リ其中一人カ強盜ノ手段タル暴行ニ因リ人
ヲ死傷ニ致シタル場合ニ於テハ共犯者ハ常ニ死傷ノ結果ニ付キ其責ヲ負ハ
サル可カラサルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリ。若シ共犯者ニシテ其一人カ
爲シタル暴行ニ付キ責任ニ任スヘキ場合ニ於テハ其暴行ノ結果ニ就テモ亦責
任セサル可カラス。之ニ反シテ共犯者ノ一人ノ爲シタル其暴行ニ付キ他
ノ共犯者ニ責任ナキ場合ニ於テハ其結果タル死傷ニ付テモ尙ホ責任ナキモ

ノトス。而シテ數人共謀シテ強盜ヲ爲ス場合ニ於テ其手段トシテ爲シタル暴行ニ付キ各共犯者ニ責任アリヤ否ヤハ各共犯者カ其暴行ヲ豫想シタルモノト看做スヘキヤ否ヤニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトス。故ニ例ヘハ數人共謀シテ強盜ヲ爲スカ爲メ暴行ヲ加フルニ當リ其中ノ一人ノ爲シタル暴行ノ爲メ被害者ヲ致死セシメタル場合ニ於テハ各共犯者ハ強盜致死罪ニ付キ責任セサル可カラス。之ニ反シテ例ヘハ數人強盜ヲ爲スカ爲メ各裝丸ナキ短銃ヲ携ヘ暴行脅迫ヲ爲サント共謀シ之ニ着手シタルニ其中ノ一名カ他ノ共犯者ノ豫想セサル裝丸アル短銃ヲ發射シタルニ依リ人ヲ死傷ニ致シタル場合ニ於テハ他ノ共犯者ハ致死傷ニ付キ責任ナキカ如シ(註八)。

(註八) 同趣旨ナルカ如シ 大審院判例。

判例ニ曰ク「二人以上共謀シテ強盜ヲ行ヒ其強奪ノ際傷人ノ行爲アリタルトキハ、縱令其傷人ハ他ノ一人ノ行爲ナリトスルモ共犯者ハ共ニ強盜傷人罪ヲ以テ處斷スヘキモノトス(三五年大審院判決第六卷一八頁)。

第一異説 強盜共犯者ハ他ノ共犯者ノ爲シタル傷人若クハ致死ニ付キ責任ナシ。勝本勘三郎氏。

氏曰ク「余ハ毆打創傷罪ニ於ケル結果ト同シク共同スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ責任ナシト確信ス。第三百五

強盜ノ手
段ヲ用
ル暴行
ニ因リ
死傷致
ス者

第二 所爲及ヒ故意

條及第三百六條(舊法)ノ規定ニ依レハ我刑法ハ結果犯ニ共犯アルコトヲ認メス。是レ余輩カ右論結ヲ爲ス所以ナリ。然レトモ若シ純理一片ニ依リ結果犯(過失犯モ其一)ニモ共犯アリト謂フノ主義ヲ採ルトキハ固ヨリ反對ノ論結ヲ爲サルヲ得ス(刑法新義下卷三五〇、三五二頁)。

傷害若クハ致死ハ強盜行爲ノ手段タル暴行若クハ脅迫ニ基クモノタルヲ要ス。若シ強盜犯人カ強盜ノ手段タル暴行若クハ脅迫ニ關係ナクシテ人ヲ傷シ又ハ之ヲ死ニ致スモ本罪ヲ構成スヘキモノニ非スシテ強盜罪ト傷害罪若クハ傷害致死罪ノ併合罪トナルヘシ。例ヘハ數人ノ惡漢他家ニ強盜ニ押入りタル際其仲間同士ニ於テ鬭爭ヲ爲シ其仲間ノ者ヲ傷シ又ハ之ヲ死ニ致シタル場合ノ如キハ強盜傷人若クハ強盜致死罪ヲ構成スルコトナキカ如シ(註九)。

(註九) 同趣旨 勝本勘三郎氏。

氏曰ク「彼ノ強盜ヲ行ヒ又ハ行ヒ終リタル際偶々平生恨メル者ノ傍ニ在ルヲ發見シタルニ依リ臨時之ヲ殺傷シタルモノ又ハ共犯者互ニ爭論ヲ起シテ相殺傷シタルモノ及ヒ逃走ノ際誤テ嬰兒ヲ踏ミ殺シタルカ如キ純然タル過失ニ由

テ人ヲ殺傷シタルモノ等ハ之ヲ包含セサルモノト信ス『刑法新義下卷三四七頁』。

異議 傷人若クハ致死ハ強盜行為ニ關係ナキトキト雖モ強盜傷人若クハ強盜致死ハ罪ヲ構成ス。牧野英一、泉二新熊、小崎傳謙氏。

牧野英一氏曰ク『殺人、傷人ノ結果ハ強盜罪ノ要件タル暴行脅迫又ハ人ヲ昏醉セシム可キ行為ヨリ生シタルコトヲ必要トセス。強盜ト殺人、傷人トノ間ニ何等ノ關係ナキ場合ニ於テモ現場ニ於テ併發スルトキハ本條ノ罪トナル』『刑法通義一八版三八五頁及ヒ二一版三三一頁參照』。泉二新熊氏曰ク『苟モ強盜ノ現行中若クハ其機會ノ繼續中ニ於テ犯人ノ行為ヨリ此ノ如キ結果ヲ生シタルトキハ其行為ヲ財物強取ノ手段タリシト否トチ分タス本條ノ罪ヲ構成スルモノト解スルヲ得ヘシ』『日本刑法論八一五頁』。小崎傳謙氏曰ク『強盜人ヲ傷シタル者トハ傷人ノ行為ヲ強盜ノ手段ト爲リタル場合ハ勿論假令其手段ニ非スト雖モ強盜ノ現場ニ於テ傷人行爲ヲ併セ行ヒタルトキチモ包含スルモノトス』『日本刑法論各論八〇九頁』。

脅迫ニ因リ傷害若クハ致死ヲ生スルコト稀ナルヘケレハ實際起ルヘキ強盜傷人若クハ強盜致死ハ強盜ノ手段タル暴行ニ基因スル場合ニ過キサルヘシ。而シテ傷害ハ行為者ノ故意ニ基ク場合ト雖モ本罪ヲ構成スルニ妨ナシト雖モ暴行ニ因ル人ノ死亡ハ行為者ノ故意ニ基カサルコトヲ必要トス。若シ行為者カ死亡ニ付キ故意アリタルトキハ本罪ヲ構成セスシテ一般ノ殺人

強盜傷人ノ故意

罪ヲ構成ス。左ニ主要ナル點ニ付キ略説ヲ試ムヘシ。

第一 強盜傷人罪ノ故意。

傷人トハ故意ニ基ク傷害行為ナリ。故ニ強盜犯人カ過失ニ基キ人ヲ傷害スルモ強盜傷人罪ニ非ス。傷害ノ故意ニ二種アリテ其ノ一ハ單ニ暴行ヲ加フルノ故意ニシテ其ニハ傷害ヲ加フルノ故意ナルコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(以下參照)。故ニ強盜行為ノ手段トシテ暴行ヲ加フルノ故意ヲ以テ人ヲ傷害スルカ若クハ傷害ヲ加フルノ故意ヲ以テ人ヲ傷害シタルトキハ本罪ヲ構成スヘキナリ。然レトモ人ノ生命ヲ喪失セシムルノ故意ヲ以テ暴行若クハ傷害ヲ加ヘタルトキハ假令其結果ハ輕微ナル傷害ニモセヨ本罪ヲ以テ處斷スヘキモノニ非スシテ一般殺人ノ未遂罪ニ依リ處斷スヘキモノナリ。

第二 強盜致死罪ノ故意。

茲ニ所謂致死トハ傷害致死ト其意義ヲ同ウス(以下參照)。人ニ暴行ヲ加フル故意又ハ人ニ傷害ヲ加フル故意ニ基ク行為ニ原因スル人ノ死亡ハ致死ナ

強盜致死ノ故意

リ。然レトモ殺人ノ故意ニ基ク行爲ニ原因スル人ノ死亡ハ致死ニ非スシテ殺人ナリ。殺人ノ故意ニ基キ人ニ傷害ヲ加フルトキハ假令其創傷輕微ナルモ傷人ニ非スシテ殺人ノ未遂罪ナリ。之ヲ要スルニ強盜致死ニ依リ處斷スヘキ場合ハ殺人ノ故意ナク暴行若クハ傷害ヲ加フル故意ニ基ク行爲ニ因リ人ノ死亡ヲ惹起スル場合ニ限ルモノトス。

第三 殺人罪ト強盜罪トノ競合

人ヲ殺害シテ財物ヲ奪取スルノ意思ヲ以テ人ヲ殺害シ依テ財物ヲ奪取シタル者ノ處分如何ハ法曹社會ニ於ケル論争ノ好題目ナリ。此場合ハ殺人(最重暴行)ヲ手段トシテ人ノ物ヲ強取シタルモノナレハ殺人ノ法條(刑九條)ト強盜ノ法條(刑二三條)ト第五十四條第一項後段トヲ適用シテ處斷スヘキモノトス。是以強盜致死罪ヲ規定セル法條ニ人ヲ死ニ致シ云々トアリテ人ヲ殺スナル文字ヲ使用セサリシニ依ルモ如上ノ解釋ノ誤ラサルヲ知ルヘキナリ。而シテ斯ノ如ク解釋スルトキハ殺人ノ情狀重クシテ之ヲ嚴罰スルノ必要アルト

殺人罪ト強盜罪トノ競合

キハ其既遂ノ場合ニ於テ死刑ノ言渡ヲ爲スヲ得ルハ勿論未遂ノ場合ニ於テモ亦死刑ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ヘシ。故ニ法文ノ示スカ如ク解釋スルモ何等ノ不都合ヲ生スルコトナキヲ以テ特ニ附會ノ解釋ヲ採用スルノ必要毫モ存スルコトナシ。然ルニ學者或ハ斯ル場合ニ於テハ殺人罪ノ法條(刑九條)ヲ適用スヘキモノニ非スシテ獨リ強盜致死ノ法條(刑二三條)ノミヲ適用スヘキモノト爲ス如キハ殺人ト致死トヲ混同スルモノナリ。且又若シ此解釋ニ從ハ

ンカ強盜カ人ヲ殺サントシテ之ヲ遂ケサル場合ニ於テハ其犯情兇惡殘戾死刑ニ處スルヲ相當トスヘキ者ト雖モ尙ホ之ニ對シ殺人未遂罪ノ法條ヲ適用シ之ヲ死刑ニ處スルコト能ハスシテ其傷害ヲ生セサルトキハ一般強盜罪ニ依リ處斷シ其傷害ヲ生シタルトキハ強盜傷人罪ニ依リ輕ク處斷スルノ外ナキニ至ルヘシ。我刑法豈ニ斯ノ如キ不都合ナル規定ヲ爲シタルモノナランヤ。又學者或ハ此場合ニ於テハ強盜致死ノ法條(刑二三條)ト殺人ノ法條(刑九條)ト第五十四條トヲ適用スヘシト主張スルモ是レ亦相當ナリト爲ス能ハス。

此條ノ解釋ハ殺人ノ故意ニ基キ人ニ傷害ヲ加フルトキハ假令其創傷輕微ナルモ傷人ニ非スシテ殺人ノ未遂罪ナリ。之ヲ要スルニ強盜致死ニ依リ處斷スヘキ場合ハ殺人ノ故意ナク暴行若クハ傷害ヲ加フル故意ニ基ク行爲ニ因リ人ノ死亡ヲ惹起スル場合ニ限ルモノトス。

論者ノ説ク所ハ其理由稍ヤ不明ナリト雖モ假ニ殺人ト致死トヲ混同シタルモノトセハ前ト同一ノ非難ヲ免ル、能ハサルノミナラス何故ニ致死ノ法條ノ外殺人ノ法條ヲ適用セントスルヤ其理由ヲ發見スル能ハス。又此説ニシテ假ニ殺人ト致死トヲ區別セルモノト爲シ致死トハ死タル結果ヲ豫想セサル所爲ニ因テ死ノ結果ヲ生シタルモノト爲シ致死ノ觀念中ニハ殺意ヲ以テスル殺人ヲ包含セサルモノト解スルモノトセハ本問ノ如キ場合ニ於テハ殺人ノ法條ト強盜ノ法條ト第五十四條トヲ適用スヘキモノニシテ強盜ノ法條ニ代フルニ強盜致死ノ法條ヲ以テスヘキモノニ非サルハ賭易キ道理ナリ。然ルニ殺意ヲ以テ人ヲ殺シタル所爲ハ殺人ニシテ致死ニ非サルコトヲ認メナカラ尙ホ此説ノ如ク殺人ノ法條ト併セテ致死ノ法條ヲ適用セントスルカ如キハ自家撞著ノ誹ヲ免ル、能ハサルヘシ(註一〇)。

(註一〇) 著者ハ法學新報第二十一卷第五號及ヒ法律新聞第七百二十號ニ於テ本問ニ付キ論述セシコトアリ。左ニ論文中ノ一部ヲ抄録ス。

(上略) 刑法典中殺人ノ文字ヲ使用シタルハ第九十九條ニ人ヲ殺シタル者、第二百條ニ直系尊屬ヲ殺シタル者、第二百二條ニ人ヲ殺害若クハ幫助シテ自殺セシメ又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺シタル者トアル三箇條ニ外ナラス。此三箇條ノ場合ニ於テ殺トハ殺意ヲ以テ人ノ生活機能ヲ喪失セシムル所爲ヲ行フナリコト一

點ノ疑ヲ容レヌ。刑法典中致死ノ文字ヲ使用シタルハ左ノ十八箇條ナリ。左ノ各本條ニ付キテ考一考スレハ致死ノ文字ハ被害者ノ死ヲ豫想セサル所爲ノ結果トシテ偶然ニモ死ナル結果ヲ生シタル場合ニノミ使用セラレタルコト殆ト疑ヲ容レサルヘシ。

- 一 瓦斯、電氣又ハ蒸氣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墮塞シテ往來ノ妨害ヲ生セシムルニ因ル致死傷(刑罰、傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從フ、刑、一二四條二項)。
- 三 人ノ現在スル汽車若クハ電車又ハ艦船ヲ顛覆、覆没又ハ破壊スルニ因ル致死(刑罰、死刑又ハ無期懲役、刑、一二六條三項)。

四 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、一四四條)。

五 水道ニ由リ公衆ニ供給スル飲料淨水又ハ其水源ニ毒物其他人ノ健康ヲ害スヘキ物ヲ混入スルニ因ル致死(刑罰、死刑又ハ無期若クハ五年以上ノ懲役、刑、一四六條)。

六 強姦、強制猥褻又ハ幼者若クハ心神喪失者ニ對スル強姦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。

七 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凌辱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凌辱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テ、刑、一九六、一九四、一九五條)。

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

九 過失ニ因ル致死(刑罰、千圓以下ノ罰金、刑、二一〇條)。

一〇 業務上ノ過失ニ因ル致死傷(刑罰、三年以下ノ禁錮又ハ千圓以下ノ罰金、刑、二一一條)。

一一 婦女ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ爲シタル墮胎ニ因ル致死傷(刑罰、三月以上五年以下ノ懲役、刑、二二三條)。

一二 行爲者ニシテ醫師、産婆、藥劑師又ハ藥種商ナル場合(刑罰、六月以上七年以下ノ懲役、刑、二二四條)。

一三 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テ、刑、二二六、二二五條)。

一四 人ヲ遺棄シ又ハ生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ル所爲ニ因ル致死傷(刑罰、傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ、刑、二二九、二二七、二二八條)。

一五 逮捕、監禁ニ因ル致死傷(刑罰、傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ、刑、二二二、二二〇條)。

一六 強盜致死(刑罰、死刑又ハ無期懲役、刑、二四〇條)。強盜傷人(刑罰、無期又ハ七年以上ノ懲役、刑、二四〇條)。

一七 強盜強姦ニ因ル致死(刑罰、死刑又ハ無期懲役、刑、二四一條)。

一八 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テ、刑、二六〇條)。建造物ノ損壞ニ因ル致死傷(刑罰、死刑又ハ無期懲役、刑、二六〇條)。建造物ノ損壞ニ因ル致死傷(刑罰、死刑又ハ無期懲役、刑、二六〇條)。建造物ノ損壞ニ因ル致死傷(刑罰、死刑又ハ無期懲役、刑、二六〇條)。
之ヲ要スルニ我刑法ノ用例ニ從テハ致死ト殺人トハ全然別意義ナリ(中略)。殺人ノ場合ニ於テハ死ノ結果ヲ豫想スルモ致死ノ場合ニ於テハ死ノ結果ヲ豫想スルゴトナシ。若シ行爲者カ死ノ結果ヲ豫想シ之ニ相當スル行爲ヲ行フトキハ是レ致死ニ非スシテ殺人ナリ。致死ノ場合ハ普通其刑輕クシテ其輕キハ單ニ罰金ニ止ル。第九、第十ノ如キハ其例ナリ。而シテ其通常トスル所ハ二年以上ノ有期懲役ナリトス。第一、第二、第四、第七、第八、第十三、第十四、第十五、第十八ノ如キ其例ナリ。同シク致死ノ場合ニ於テモ死刑又ハ無期懲役ヲ以テ罰スルノ例ナキニ非ス。第三、第五、第十六、第十七ノ如キ其例ナリ(中略)。若シ夫レ第十六ニ於ケル致死ノ文字ヲ殺人ナル文字ト同意義ニ解セント欲セハ第十六以外ノ十七箇條ニ於テ使用セラレタル致死ナル文字モ亦之ヲ悉ク殺人ト同意義ニ解セサルヲ得サルニ至ルヘシ。各本條ノ定ムル刑ノ重キ場合ニ限リ致死ハ之ヲ殺人ト同意義ニ解シ死ナル結果ヲ豫想シテ行ヒタル殺害行爲モ致死ナリト論シ其刑ノ輕キ場合ハ殺人ト致死ト別意義ニ解シ死ナル結果ヲ豫想シテ行ヒタル殺害行爲ハ法文ノ所謂致死ニ非スト説クカ如キハ氣儘勝手ノ解釋ナリト言ハサルヲ得サルヘシ。

致死ハ死ナル結果ヲ豫想セスシテ死ナル結果ヲ生ジタル犯罪即チ結果犯ナレバ未遂罪ヲ認ムルノ餘地ナシ。前掲第一乃至第十八ノ場合ハ皆悉ク然ラサルハナシ。獨リ本問ノ場合ニ於テ強盜致死ノ未遂罪ヲ認メントスルカ如キハ致死罪ノ性質ニ悖ルモノナリ。故ニ反對論者ノ如ク本問ノ場合ニ於テハ刑法第二百四十條(強盜致死ノ法條)ノミヲ適用シ第九十九條ノ適用ヲ否ムカ如キハ例ヘハ強盜團體ニ屬スル數人抜刀ヲ以テ盜家ニ押入り家人ヲ殺サントスル行爲ニ着手シタル一割那軍隊ノ爲メニ擊退セラレタル場合ノ如キハ單純ナル強盜ノ未遂罪トシテ處斷スルノ外殺人

ノ未遂犯トシテ之ヲ處罰スル能ハサルヘシ。斯ノ如キハ決シテ法律ノ要求ヲ滿ス所以ニ非ス(下略)。
第一異説 獨リ強盜致死ノ法條(刑、二四〇條)ノミチ適用シテ處斷スヘキモ、トス。勝本勘三郎氏京都法學會雜誌
六卷三號掲載論文。一潮勇三郎氏法律新聞第六六九號及七同第七一七號掲載論文及ヒ金澤地方裁判所判決(四十三
年十月四日判決)等參照。

第二異説 強盜致死ノ法條(刑、二四〇條)ト殺人ノ法條(刑、一九九條)及ヒ第五十四條トハ適用シテ處斷スヘキモ、
トス。大審院判例。

判例ニ曰ク「刑法第二百四十條ハ強盜力財物ヲ強取スル爲メ暴行脅迫ヲ行フニ因リテ人ヲ殺傷シタル所爲ヲ處罰ス
ル規定ニシテ其殺意ニ出テタルト否トナリコトナシ」又曰ク「刑法第二百四十條ノ罪ハ同第九十九條ニ規定ス
ル殺人罪ノ特別ナル場合ニ屬セス。全然別種ノ犯罪ヲ成スモノナルガ故ニ殺意ヲ以テ人ヲ殺傷シテ強盜行爲ヲ行ヒ
タルトキハ一面ニ於テ強盜致死又ハ強盜傷人ノ犯罪成立スルト同時ニ他ノ一面ニ於テ殺人又ハ殺人未遂ノ犯罪ヲ構
成スルモノトス」(四四年大審院判決錄一七六四頁)。又曰ク「殺人ノ目的ヲ以テ其實行々爲ニ着手後強盜ヲ爲シ遂ニ
殺人ノ行爲ヲ遂行シタル場合ニハ一個ノ所爲ニシテ強盜致死ト殺人ノ二個ノ罪名ニ觸ル、併合罪ナリ」(四三年大審
院判決錄九二二頁)。

第六款 強盜強姦及ヒ之ニ因ル致死罪

第二百四十一條 強盜婦女ヲ強姦シタルトキハ無期又ハ七年以上ノ懲役ニ處ス因
テ婦女ヲ死ニ致シタルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス。

強盜犯人カ強盜ノ行爲ヲ爲スニ際シ婦女ヲ強姦スルトキハ本罪ヲ構成ス。
而シテ強盜犯人及ヒ強姦ノ意義如何ハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(以下三頁
三四七頁)。而シテ其強姦ノ意義中ニハ狹義ノ強姦即チ十三歳以上ノ婦女ニ
對シ暴行若クハ脅迫ヲ以テ姦淫スル場合ノミナラス十三歳ニ滿タサル婦女
ニ對スル承諾上ノ姦淫(刑、一七條)又ハ婦女ノ心神喪失若クハ抗拒不能ニ乘シ又
ハ婦女ヲシテ心神ヲ喪失セシメ若クハ抗拒不能ナラシメ以テ之ヲ姦淫スル
場合モ亦之ヲ包含スルモノト解釋スルヲ相當トス。強盜傷人若クハ強盜致
死ト強盜強姦ト異ル所ハ前者ニ於テハ強盜ノ手段タル暴行若クハ脅迫ノ結
果トシテ人ノ傷害又ハ死亡カ發生シタル場合ヲ指稱スルニ反シ後二者ニ於テ
ハ強姦ハ強盜ノ手段ニ非スシテ強盜犯人カ強盜ノ機會ヲ利用シテ婦女ヲ強
姦スル點ニ在リ。故ニ強盜傷人若クハ強盜致死ハ強盜行爲ノ結果ニシテ強
盜ト傷人若クハ致死トハ原因結果ノ關係アル一個ノ所爲ナリト謂フヘシ。
之ニ反シテ強盜強姦ハ強盜行爲ト共ニ行ハレタル強姦ニシテ兩者相牽連ス

ルモ全然別個ノ所爲ナリ。故ニ強盜強姦ハ本來二個ノ併合罪ヲ構成スヘキモノナレトモ法律ハ特別ノ法條ヲ設ケ之ヲ一罪ト爲シタルニ過キサレモノト解スヘキナリ。

強盜婦女ヲ強姦シタル結果婦女ノ死亡ヲ惹起シタルトキハ強盜強姦ニ因ル致死罪ヲ構成ス。強姦致死ノ意義如何ニ付テハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(三六四頁)。茲ニ注意スヘキハ強盜犯人カ婦女ヲ強姦シタルトキハ未タ財物ノ強取ヲ遂ケサルモ尙ホ強盜強姦ノ既遂罪ヲ以テ處斷スヘキ一事是ナリ。此點ハ財物ノ強取ヲ遂ケサル強盜犯人カ人ヲ傷シ若クハ人ヲ死ニ致シタル場合ニ於テ之ヲ既遂罪ヲ以テ處斷スヘキモノトスルト其理由ヲ同ウス(三六二頁以下)。若シ斯ル場合ヲ以テ尙ホ未遂罪ナリト爲サンカ強盜婦女ヲ強姦シ因テ之ヲ死ニ致シタル場合ニ於テモ亦強盜強姦ニ因ル致死罪ノ未遂罪ト爲サルヲ得サルニ至ルヘシ(註一一〇)。

(註一一) 異説 未タ財物ノ強取ヲ遂ケサル強盜犯人カ婦女ヲ強姦スルトキハ強盜強姦ハ未遂罪ナリ。江木衷、小崎

傳諸氏。

江木衷氏曰ク『強盜罪ニ於テハ他人ノ管轄ヲ侵スノ所爲ハ暴行脅迫ニ成ルコト前節ニ於テ詳述セルカ如クナルヲ以テ、強盜婦女ヲ強姦スル罪ニ付テモ、亦強姦ハ暴行ノ一種トシテ必ス他人ノ管轄ヲ侵スノ所爲タラサル可カラス。故ニ現場ニ於テ強姦シタルモノニ非サレハ其強姦ハ他人ノ管轄ヲ侵ス範圍外ニ屬スヘキヲ以テ、之ヲ別個ノ單純ナル強盜罪トスルハ格別決シテ強盜婦女ヲ強姦スルノ罪ト爲ス可カラス。又此原理ヨリ推ストキハ強姦ノ所爲ハ唯ダ他人ノ管轄ヲ侵スノ所爲ニ過キサレバ以テ、強姦ノ所爲ハ既遂ト未遂タルトナ間ハス荷モ現ニ財物ヲ奪ヒタルトキハ之ヲ強盜婦女ヲ強姦スルノ罪ノ既遂トシ、財物ヲ得ルコト能ハサリシトキハ之ヲ強盜婦女ヲ強姦スル罪ノ未遂トセサルヲ得ス。故ニ刑法ノ文句ニ拘泥シ強盜婦女ヲ強姦シタルモノハ無期徒刑ニ處ストアルニ依リ、強盜ハ未遂ナルモ強姦ニ相違ナクハ強姦ニシテ既遂ナルハ強盜婦女ヲ強姦スル罪ノ既遂トナシ之ニ反シ、強盜ハ既遂ナルモ等シク強盜ナルハ強姦ニシテ未遂ナルハ強盜婦女ヲ強姦スル罪ノ未遂トスヘキモノトセルハ誤見ノ甚シキモノナルヲ知ルヘシ』(現行刑法原論二八〇、二八一頁)。尙ホ小崎傳氏(日本刑法論各論八一三頁參照)。

第七款 強盜ノ豫備罪及ヒ未遂罪

第二百三十七條 強盜ノ目的ヲ以テ其豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス。
第二百四十三條 (第二百三十五條) 第二百三十六條 第二百三十八條乃至第二百四十一條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

強盜ヲ爲スカ爲メノ準備行爲ニシテ未タ強盜罪ノ着手ニ到ラサル行爲ヲ

強盜ノ豫備

強盜ノ豫備ノ行爲ト謂フ。凡ソ犯罪ニハ決意アリテ次ニ其決意ノ實行トシテ豫備ノ行爲アリ。之ニ次テ犯罪ニ着手スル行爲アルヲ普通トス。而シテ犯罪ノ決意ト同時ニ實々行爲ニ着手スルコトアリ。斯ル場合ニ在リテハ豫備ノ行爲アルコトナシ。強盜ノ場合ニ於テモ一般犯罪ト同シク豫備ノ行爲アル場合ト然ラサル場合ト之ナキニ非ス。法律ハ強盜ノ豫備ノ行爲ヲ罰スヘキ旨ヲ規定ス。是レ蓋シ犯罪ノ性質重大ナレハ犯罪ノ決意カ既ニ行爲ノ上ニ現ハレタル以上ハ假令犯罪ノ準備行爲ニ止マリ未タ犯罪ノ實行々爲ニ着手スルニ至ラストスルモ之ヲ罰スルノ必要アリト認メタルニ依ル。

強盜ノ豫備ノ行爲トハ行爲者カ強盜ヲ爲スノ決意ヲ爲シ之カ着手ヲ準備スル行爲ヲ謂フ。例ヘハ強盜ヲ爲スノ決意ヲ爲シ之カ着手ヲ準備スルカ爲メ先ツ脅迫用ノ兇器ヲ買入ル、ノ行爲又ハ被害者ヲ昏醉セシムルカ爲メ使用スヘキ痲醉劑ヲ調合スル行爲ノ如シ。

強盜罪ニ關スル未遂罪ニ付キ刑法ノ規定スルモノ四アリ。(一)一般強盜及

一般強盜及
強盜ノ
恐喝ノ
未遂罪

強盜的恐喝ノ未遂罪(刑三三六)(二)強盜的竊盜ノ未遂罪(刑二二三)(三)強盜傷人及
致死ノ未遂罪(刑二四四)強盜強姦及ヒ之ニ因ル致死ノ未遂罪(刑二四四)是ナリ。
(一)一般強盜及ヒ強盜的恐喝ノ未遂罪。強盜罪ハ其手段タル暴行又ハ脅迫ニ着手シタル時ヲ以テ強盜罪ニ着手シタルモノト謂フヘシ。從テ斯ル行爲ニ着手アリタル後強盜罪ヲ完成スルニ至ラサルトキ未遂罪ヲ構成スルモノトス。行爲者カ既ニ暴行又ハ脅迫ニ着手シタル以上ハ財物ノ奪取ニ着手セサルモ尙ホ未遂罪ヲ構成スヘキナリ(註二二)。此理由ハ前ニ強姦未遂罪ニ付キ説明シタル所ト同一ナリ(以下參照)。

(註二二) 同題旨 江木衷氏。

江木衷氏曰ク「強盜罪ニ在リテハ其管轄ヲ侵スノ所爲カ暴行若クハ脅迫ニ成ルモノナリ。故ニ暴行脅迫ニ着手シタルトキハ犯者ハ既ニ強盜罪ニ着手シタルモノニシテ意外ノ障礙アルモ未遂犯ヲ成立セシムルニ足ルヘシ。然ルニ學者或ハ強盜罪ヲ以テ單ニ竊盜ノ所爲ニ加フルニ暴行若クハ脅迫ノ所爲ヲ以テスルモノト誤解シ(竊盜ニ強盜ト稱シ又ハ強盜ト稱シ)ト爲シテ犯罪構成ノ原素ニ數個アルモノハ其原素全體ニ着手シタルトキニ非サレハ未タ以テ未遂犯ノ區域ニ達シタルモノト爲シ可カサルヲ以テ暴行若クハ脅迫ノミニ着手シテ取財ノ點ニ着手セサレハ之ヲ以テ強盜

罪ニ着手シタリトスルコトヲ得サルモノトセリ。此説タルハ強盜ノ所爲タル奪取即チ他人ノ管轄ヲ侵スノ所爲ガ暴行若クハ脅迫ノ所爲ヨリ成立シ(強盜ニ對シテ暴行若クハ脅迫ニ着手スルハ即チ當然取財ニ着手シタルコトヲ解セサルニ原因スル誤見タリ。若シ強盜ノ所爲ニシテ單ニ竊盜罪ニ加フルニ脅迫若クハ暴行ノ所爲ヲ以テシタルモノナラニハ是レ脅迫若クハ暴行ハ他人ノ管轄ヲ侵スカ爲メニスルモノニ非スシテ竊盜罪ト暴行罪若クハ脅迫罪トノ數罪俱發ナルヘシ。蓋シ暴行若クハ脅迫ノ盜罪ニ於ケルヤ其分量ヲ増加スルニ非スシテ其性質ヲ變化スルニ在ルナリ)現行刑法原論二七五、二七六頁參照。

(二) 強盜的竊盜ノ未遂罪。竊盜犯人カ財物ノ取還ヲ拒クカ爲メ人ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加フル罪ノ未遂罪ハ稀有ニシテ殆ト無シト言フモ大過ナキコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(六八頁參照)。逮捕ヲ免レ若クハ罪跡ヲ湮滅スルカ爲メ人ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加フル罪ノ未遂罪ハ未タ財物ノ奪取ヲ完成セサル竊盜犯人カ逮捕ヲ免レ又ハ罪跡ヲ湮滅センカ爲メ人ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘタル場合ニ於テ之ヲ見ルヘキコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(六八頁參照)。

(三) 強盜傷人及ヒ強盜致死ノ未遂罪。強盜致死ノ未遂罪ハ法律ノ定ムル所

強盜的竊盜ノ未遂

強盜傷人及ヒ強盜

強盜致死ノ未遂

強盜強姦及ヒ之ニ因ル致死ノ未遂

ナレトモ元來致死ハ結果犯ニシテ故意ニ基ク犯罪ニ非ス。故ニ強盜致死ノ未遂罪ヲ認ムル餘地ヲ存セス。強盜傷人ハ傷害ノ故意ニ基ク場合ト然ラサル場合トノ二種アルコト前既ニ述ヘタルカ如シ(六九頁參照)。其傷害ノ故意ニ基カサル場合ニ在リテハ此罪ノ未遂ヲ認ムル能ハサルモ其故意ニ基ク場合ニ在リテハ此罪ノ未遂罪ヲ認ムルヲ得ヘシ。例ヘハ強盜犯人カ其携帯セル短銃ヲ以テ被害者ノ足部ニ向テ發射セシモ適中セサリシ場合ノ如キハ強盜傷人ノ未遂犯ノ適例ナリ。

(四) 強盜強姦及ヒ之ニ因ル致死ノ未遂罪。婦女ヲ強姦センカ爲メ暴行又ハ脅迫ニ着手シタルトキハ強姦罪ニ着手シタルモノト解スヘキコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(三六頁參照)。強姦致死ノ罪ニ至リテハ結果犯ニシテ故意ナキ犯罪ナリ。從テ強盜強姦ニ因ル致死ノ未遂罪ノ如キハ之ヲ想像スル能ハス。

第八款 刑罰

一般強盜強盜的恐喝強盜的竊盜及ヒ準強盜罪ハ五年以上ノ有期懲役ヲ以テ處罰スヘク(刑二四三六二四三八二三)強盜傷人罪ハ無期又ハ七年以上ノ懲役ヲ以テ處罰スヘク(刑前段)強盜致死罪ハ死刑又ハ無期懲役ヲ以テ處罰スヘク(刑二四二)強盜強姦ニ因ル致死罪ハ死刑又ハ無期懲役ヲ以テ處罰スヘク(刑前段)強盜ノ未遂罪ハ之ヲ罰スヘク(刑二四)尙ホ強盜ノ豫備罪ハ二年以下ノ懲役ヲ以テ處罰スヘキモノトス(刑二三)。

第九款 最近立法例ノ定ムル強盜罪

千九百九年獨逸刑法準備草案及ヒ同年埃太利刑法準備草案カ強盜罪(我刑二百三十六條乃至二百四十四條ノ定ムル罪)ニ付キ規定スル所ヲ略示スレハ左ノ如シ。

第一 獨逸刑法準備草案ノ定ムル強盜罪ノ大要。

草案ハ人ニ對スル暴行又ハ人ニ對シ現在ノ危險ヲ加フヘキ旨ヲ以テスル脅迫ニ依リ他人ノ動カシ得ヘキ物ヲ奪取スル行爲ヲ以テ強盜ナリトス。此

罪ハ之ヲ大別シテ四ト爲ス。

- (一) 普通ナル場合。一年以上十五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(條一七四)。
- (二) 特ニ重キ場合。犯罪ノ結果重大ニシテ行爲者ノ犯罪的心意強固ニシテ且惡ムヘキ場合、五年以上十五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(條一七四)。
- (三) 輕減スヘキ情狀アル場合。三月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(條一七四)。
- (四) 強盜ナル行爲ニ因リ人ノ死ヲ惹起シタル場合。十年以上ノ懲役又ハ無期懲役ヲ以テ處罰ス(條一七四)。

尙ホ竊盜罪ヲ犯シタル者カ其盜ミタル物ノ所持ヲ保持センカ爲メ人ニ對シ暴行ヲ加ヘ又ハ人ニ對スル現在ノ危險ヲ加フヘキ旨ヲ以テ脅迫シタル場合モ亦同一ノ刑ヲ以テ處罰スヘキ旨ヲ定ム(條一七四)。

第二 埃太利刑法準備草案ノ定ムル強盜罪ノ大要。

草案ハ自己又ハ第三者ノ爲メ不法ナル利益ヲ得ンカ爲メ暴行ヲ加ヘ又ハ

猶豫ス可カラサル暴行ヲ加フヘキ旨ヲ以テ脅迫シ他人ノ抵抗ヲ制壓シ又ハ排除シ以テ他人ノ物ヲ奪取スル行爲ヲ以テ強盜ナリト爲ス。強盜罪ハ之ヲ分テ左ノ二種ト爲ス。

- (一) 單純ナル強盜罪。一年以上十年以下ノ懲役又ハ禁錮ヲ以テ處罰ス(三五)
- (二) 重キ情狀アル強盜罪。第一他人ト共ニ強盜罪ヲ犯シタル場合、第二船中ニ於テ又ハ蒸氣力又ハ電氣力等ニ依リ運轉スル塔載具ニ於テ又ハ戰場ニ於テ負傷者ニ對シ強盜罪ヲ犯シタル場合、第三強盜行爲ニ依リ身體ニ對スル重キ創傷、健康ニ對スル重キ傷害ヲ加ヘタル場合又ハ之ニ依リ人ノ死ヲ惹起シタル場合若クハ強盜行爲ニ依リ被害者ヲシテ特ニ疾苦セシメタル場合、第四行爲者カ強盜ノ累犯者ナルカ又ハ營業的ニ他人ノ財産ニ對シ害ヲ加フルモノナル場合ノ四ヲ以テ重キ情狀アル強盜罪ト爲ス。二年以上十五年ノ懲役ヲ以テ處罰ス(三五)。

第十款 評論

我刑法ノ強盜罪ニ關スル法三章流ノ規定ハ之ヲ妥當ナリト謂フヲ得ヘキカ。而シテ強盜ノ害惡ハ竊盜ノソレニ比シ一層大ナルヲ以テ犯人ヲシテ竊盜ヲ去テ強盜ニ移ラシムルカ如キ虞アル法制ハ力メテ之ヲ避ケサル可カラス。強盜罪ヲ其根底ヨリ鎮滅セントスルカ如キハ之ヲ言フヘクシテ行フ可カラサルコト竊盜罪ニ於ケルト異ラス。故ニ強盜ノ數ヲ減少シ若クハ其害惡ヲシテ成ル可ク輕微ナラシムルヲ得ハ強盜ニ對スル刑事政策ハ其目的ノ大部分ヲ達シ得タルモノト爲サハルヲ得サルコト是レ亦竊盜罪ノ場合ト異ラス。

- (一) 舊刑法ノ規定ニ依レハ強盜罪ハ重罪ニシテ其刑期輕懲役六年以上ナリシモ竊盜罪ハ輕罪ニシテ再犯加重其他重キ情狀ヲ具備スル場合ト雖モ重禁錮七年ヲ超ユルコト能ハサリキ。之ヲ以テ強盜罪ヲ犯ストキハ重キ刑ヲ受クヘク竊盜罪ヲ犯ストキハ輕キ刑ヲ受クヘキコトハ犯人ノ熟知シタル所ナリキ。故ニ同シク盜犯者ノ中ニ在リテモ少シク事理ヲ辨セル者ハ

我刑法ノ強盜罪ニ關スル法三章流ノ規定ハ之ヲ妥當ナリト謂フヲ得ヘキカ。而シテ強盜ノ害惡ハ竊盜ノソレニ比シ一層大ナルヲ以テ犯人ヲシテ竊盜ヲ去テ強盜ニ移ラシムルカ如キ虞アル法制ハ力メテ之ヲ避ケサル可カラス。強盜罪ヲ其根底ヨリ鎮滅セントスルカ如キハ之ヲ言フヘクシテ行フ可カラサルコト竊盜罪ニ於ケルト異ラス。故ニ強盜ノ數ヲ減少シ若クハ其害惡ヲシテ成ル可ク輕微ナラシムルヲ得ハ強盜ニ對スル刑事政策ハ其目的ノ大部分ヲ達シ得タルモノト爲サハルヲ得サルコト是レ亦竊盜罪ノ場合ト異ラス。

竊盜ヲ爲スヨリハ強盜ヲ爲スノ不利ノ大ナルヲ知ラサルハナカリキ。然ルニ現行刑法ハ竊盜罪ノ刑期ヲ以テ初犯ハ懲役十年以下再犯ハ二十年ニ及フヲ得ト爲セルニ對シ強盜罪ノ刑期ハ初犯懲役五年以上十五年以下再犯二十年ニ及フヲ得ト爲セリ。故ニ犯人ニシテ若シ前科者ナルトキハ強盜罪ヲ犯スモ竊盜罪ヲ犯スモ其刑ニ於テ甚シク懸隔スル所ナシ。此ノ如ク竊盜罪ノ刑ト強盜罪ノ刑ト相近適セシムルカ如キハ同シク盜犯者中ニ在リテ強盜罪ハ竊盜罪ニ比シ其刑著シク重キ故ヲ以テ假令盜取ノ目的ヲ達スル上ニ於テハ強盜ヲ爲スヲ以テ便利ナリト思料シツ、モ之ヲ爲スヲ躊躇シタル者ヲシテ敢然竊盜ヲ去テ強盜ニ趨カシムルニ止ラス更ニ進テ少シク勇氣アリ又腕力アリト自ラ恃ム者ヲシテ其目的ヲ達スルニ便利ナリトセハ何等躊躇スル所ナク竊盜罪ヲ去テ強盜罪ニ移ラシムルノ虞ナカルヘキカ。

(二)

舊刑法ニ於テハ普通ノ強盜罪ノ刑ヲ輕懲役(六年以上十年以下)若シ犯人カ兇器ヲ

強盜ノ重
キ情狀ヲ

認メ刑ニ
依リテ
加重スル
ノ規定ヲ
廢シテ
兇器ヲ
シテ
犯シタル
ハ兇器
ナシタル
ニシテ
ナキカ

携帶シタルトキハ之ニ一等ヲ加ヘテ其刑ヲ重懲役(九年以上十年以下)ト爲シ尙ホ犯人カ二人以上ナルトキハ更ニ一等ヲ加ヘテ其刑ヲ有期徒刑(十五年以下)ト爲シタリキ。而シテ刑ノ重キヨリハ輕キヲ希望スルハ人情ノ常トスル所ナレハ同シク惡事ヲ爲スニ付テモ等シク目的ヲ達シ得ヘシトセハ重キ刑ヲ受クヘキ行爲ヲ選ハンヨリハ寧ロ輕キ刑ヲ受クヘキ行爲ヲ擇フハ自然ノ數ナリ。左レハ舊刑法ノ當時ニ在リテハ非常ナル愚者ニ非サレハ必要ナキニ兇器ヲ携帶シ又ハ二人以上ニテ強盜罪ヲ犯ス如キ拙策ニ出ツル者ナカリシコトハ之ヲ想像スルニ難カラス。又實際斯ル必要アリタル場合ト雖モ重刑ヲ受クルコトヲ慮リ成ルヘク兇器ヲ携帶セス若クハ二人以上ニテ犯サ、ルノ途ニ出テタリシコト少カラザリシコトモ亦之ヲ想像スルニ難カラス。是レ舊刑法ノ當時ニ在リテハ木刀ニ銀ヲ塗リタル擬刀ヲ携ヘ若クハ短銃ハ外觀アル玩具ヲ携ヘ強盜ヲ爲シタル例少カラザリシニ依ルモ以上ノ説明ノ誤ラサルヲ知ルニ足ルヘシ。然ルニ現行刑法ハ以上

ノ區別ヲ全然排斥シ前述ノ如ク強盜ノ初犯ハ懲役五年以上十五年以下再犯ナルトキハ二十年ニ及フコトヲ得ト爲シ其兇器ヲ携帯シ若クハ二人以上ニテ犯スト又然ラサルトハ之ヲ問ハサルコト、爲シタリ。若シ刑罰ニ區別ナシトセハ犯人ハ罪ヲ犯スニ最モ便利ナル手段ヲ擇ムヘキハ人情ハ常トスル所ナリ。茲ニ於テカ強盜犯人ハ擬刀若クハ擬銃ヲ携帯スルノ迂ヲ避ケテ銳利ナル刀劔若クハ裝彈セル短銃ヲ携帯シ場合ニ依リ之ヲ使用シ強取ノ手段ト爲シ又逮捕ヲ免レ若クハ罪跡湮滅ノ手段ト爲スノ利ヲ悟ルニ至ルヘシ。而シテ其結果ハ如何。被害者ノ方面ヨリスレハ強盜犯ヲ防クコト最モ困難ニシテ且危険ヲ感スルコト甚ク大ナルヘシ。又犯人ノ方面ヨリ云フモ若シ眞刀眞銃ヲ携ヘサリシナラハ場合ニ依リ逃走シ其罪ヲ大ニセシテ止ムヘカリシヲ眞刀眞銃ヲ有シタリシカ爲メ茲ニ毒皿主義ニ移リ或ハ被害者ヲ傷ケ或ハ警官ヲ殺スカ如キ暴舉ニ出ツルコトナシト言フ可カラス。

之ヲ要スルニ現行法カ強盜ト竊盜トノ間ノ刑罰ヲ甚ク相接近セシメ、時トシテハ其區別ヲ認ムルコト能ハサルニ至ラシメタルハ竊盜犯者ヲ驅テ強盜犯ニ改宗セシムルノ虞ナシト斷言スル能ハサルヘク又強盜ノ重キ情狀タル兇器ノ携帯又ハ二人以上ニテ罪ヲ犯スニ依テ刑ヲ加重スル規定ヲ廢シタルハ犯人ヲシテ團體ヲ組ミ兇器ヲ携帯スルノ利ナルヲ悟ラシメ且之ヲ實行セシムルノ虞ナシトハ何人モ之ヲ斷言スル能ハサルヘシ。

第三節 横領罪

竊盜強盜及ヒ横領ノ三者ハ法制ノ沿革上ニ於テ密接ノ關係ヲ有スルノミナラス其性質ニ於テモ亦相類似ス。竊盜トハ不法ニ領得スルノ意思ヲ以テ他人ノ事實上ノ支配(所持)ニ存スル動カシ得ヘキ他人ノ物ヲ自己ノ事實上ノ支配(所持)ニ移スヲ謂ヒ而シテ此行爲カ暴行若クハ脅迫ニ依リ爲サル、トキハ強盜ナルコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ。横領トハ自己ノ保管ニ存スル他人ノ物ヲ不法ニ領得スルノ行爲ヲ指稱ス。故ニ此三者ハ共通ナル犯罪構成ノ條件ヲ有スルト共ニ其名ヲ異ニスル如ク各相同シカラサル點アリ。

我刑法ニ於テ横領罪ニ付キ規定スルモノハ(一)一般横領罪(刑二五三條一項)(二)準横領罪(刑二五三條三項)(三)業務上ノ横領罪(刑二五三條四項)(四)占有ヲ離レタル他人ノ物ノ横領罪(刑二五三條五項)(五)親族間ノ横領罪(刑二五三條五項)ノ五ト爲ス。

第一款 一般横領罪

第二百五十二條、自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處

(自己ノ物ト雖モ公務所ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ)。

一般ノ横領罪ハ自己ノ保管ニ屬スル他人ノ所有物ニ對シ領得行爲ヲ爲スニ依リ成立ス。故ニ行爲ノ當時物ノ保管カ行爲者ニ屬スルコトヲ必要トス。他人ノ物ニ付キ不法ナル領得行爲アリタル場合ニ於テモ物ノ保管カ行爲者ニ存セサルトキハ竊盜罪ヲ構成シ之ニ反シテ其物ノ保管カ行爲者ニ存スルトキハ横領罪ヲ構成ス。之ヲ要スルニ物ニ對スル保管ノ有無ハ竊盜罪ト横領罪トヲ區別スヘキ主要ナル點ナリ。

第一 主體及ヒ客體

横領罪ノ主體及ヒ客體ニ付キ概言スレハ他人ノ物ニ對シ保管ヲ有スル者ハ本罪ノ主體タルヲ得ヘク又其保管ニ係ル他人ノ物ハ本罪ノ客體タルヲ得ヘシ。尤モ他人ノ物ニ對シテ保管ヲ爲サ、ル者(本罪ノ主體タル者)ト雖モ本罪

行爲者ノ
保管スル
他人ノ物

他人ノ物

共有物

ノ主體タルヲ得ル者ト共ニ其主體トナルヲ得ルハ論ヲ俟タス(刑一六五)。而シテ保管トハ如何ナル意義ヲ有スルヤハ前ニ竊盜罪ニ付キ説明シタル所ナリ(五三六頁以下參照)。横領罪ノ主體及ヒ客體ノ意義ヲ以上ノ如ク解釋スルトキハ簡明ニシテ殆ト他ニ説明ヲ要セサルカ如シト雖モ其實必スシモ然ラサルモノナシト爲サス。左ニ之ニ關スル主要ナル點ニ付キ略説ヲ試ムヘシ。

第一 行爲者ノ保管スル他人ノ物。

横領罪ノ客體タル行爲者ノ保管スル他人ノ物ノ意義如何ヲ明ニセント欲セハ第一他人ノ物トハ如何ナル意義ヲ有スルヤ第二保管ト看守トノ區別ヲ明ニセサル可カラス。

(一) 他人ノ物。他人ノ所有ニ屬スル物トハ如何ナル意義ヲ有スルヤハ竊盜罪ニ付キ説明シタル所ナレハ茲ニ之ヲ詳説セス(五二二頁以下參照)。唯タ茲ニ説明ヲ要スルハ共有物ナリ。共有者ハ共有物全部ニ付キ權利ヲ有スルモノナレハ(民二四九條以下)横領罪ニ關シテハ共有物ハ之ヲ法律ニ所謂他人ノ物ト看做

スヘキモノトス。而シテ共有物ハ之ヲ分割セサル前ニ於テハ共有者ノ持分ニ屬セサル部分カ本罪ノ客體タルヘキモノニ非スシテ共有物全部カ本罪ノ客體タルヘキモノトス(註一)。

(註一) 同感官 大審院判例。

判例ニ曰ク『共有金ノ分割前ニ於テハ共有者ハ持分ヲ有スルニ過キサレテ若シ自己ノ爲メ之ヲ費消シタルトキハ其費消セル金銭ノ金額ニ付キ横領罪ヲ構成スルモノトス(四四年大審院判決録五九頁)。又曰ク『刑法第二百五十二條乃至第二百五十四條ノ横領罪ノ目的物タル他人ノ物ニハ當然共有物ヲモ包含スルモノトス(四四年大審院判決録五八七頁)。

電氣

電氣ハ元來力ニシテ物ニ非ス。而シテ電氣ハ竊盜、強盜及ヒ詐欺、恐喝ノ四罪ノ客體タルヲ得ルハ此四罪ニ付テハ電氣ハ之ヲ物ト看做ストノ特別ノ規定アルニ基クモノナレハ斯ル特別ノ規定ナキ横領罪ニ關シテハ電氣ハ之ヲ物ト看做ス能ハサルヘク從テ同罪ノ客體タルコト能ハサルモノト爲サ、ルヲ得サルコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(五六五頁以下參照)。

(二) 保管ト看守トノ區別。等シク他人ノ物ニ付キ事實上ノ支配(持)ヲ爲ス場

保管ト看守

合ニ付テモ之カ保管ト看守トノ區別ヲ爲サ、ル可カラサルコト及ヒ保管者ハ横領罪ノ主體タルコトヲ得ルモ看守者ハ其主體タルコト能ハサルコト並ニ保管セラル、物ハ同罪ノ客體タルヲ得ルモ看守セラル、物ハ其客體タル能ハサルコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(五三六頁以下參照)。

第二 法律行爲ニ基キ保管スル物。

法律行爲ニ基キ他人ノ物ヲ保管スル場合ハ之ヲ(一)自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ他人ノ物ヲ保管スル場合、(二)他人ノ爲メニスル意思ヲ以テ之ヲ保管スル場合ノ二ト爲スヲ得ヘシ。

(一) 自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ保管スル他人ノ物。民法ニ所謂自己ノ爲メニスル意思ヲ以テスル他人ノ物ノ所持トハ此場合ニ屬ス。質權留置權、賃借權等ニ基キ他人ノ物ヲ保管スルカ如キハ此場合ノ適例ナリ。此場合ニ於テハ其法律行爲ニ瑕疵アリテ之ヲ取消シ得ヘキモノタルト否トハ問フ所ニ非ス。故ニ例ヘハ質契約カ詐欺若クハ脅迫ニ基キ締結セラレ又賃

法律行爲ニ基キ保管スル物

自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ他人ノ物ヲ保管スル

貸借契約カ法律行為ヲ爲ス能力ナキ者ニ依リ締結セラレタルカ爲メ之ヲ取消シ得ヘキ場合ト雖モ此等質契約又ハ貸借契約ニ基キ他人ノ物ヲ占有スル者ハ横領罪ノ主體タルヲ得ヘク其保管ニ存スル物ハ横領罪ノ客體タルヲ得ヘシ。又法律行為カ解除セラレ又ハ取消サレタル後ト雖モ其保管ヲ繼續スル間ハ其保管者ハ本罪ノ主體タルヲ得ヘク其保管セラレ、物ハ本罪ノ客體タルコトヲ得ヘシ(註二)。

(註二) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『委託契約ヲ解除シタル場合ト雖モ受寄者カ事實上委託物ヲ返還セスシテ毀滅シタルトキハ委託物毀滅罪ヲ構成ス』(四三年大審院判決録一五九六頁)。

(二) 他人ノ爲メニスル意思ヲ以テ保管スル他人ノ物。民法ニ所謂本人ノ爲メニスル意思ヲ以テスル占有トハ此場合ニ屬ス。委任ニ依ル代理人又ハ法律上ノ代理人カ本人ノ爲メニ其物ヲ占有スルカ如キハ此場合ノ適例ナリ。寄託ヲ受ケ他人ノ物ヲ保管スル場合モ亦此場合ニ該當ス。此場合ニ於テモ亦保管ノ原因タル法律行為ニ瑕疵アリテ之ヲ取消シ得ヘキモノタ

他人ノ爲メニスル意思ヲ以テ保管スル他人ノ物

不法ナル原因ニ基キ保管スル他人ノ物

第三 不法ナル原因ニ基キ保管スル他人ノ物。

ルト否トハ問フ所ニ非サルナリ。不法ナル原因トハ民法上ノ不法行為ハ勿論犯罪行為ヲモ包含ス。不法ナル原因ニ基キ保管スル他人ノ物ニ對シ領得行為ヲ爲ス場合ニ於テハ横領罪ヲ構成スル場合ト然ラサル場合トアリ。

不法ニ領得スル意思ヲ以テシタル犯罪行為ニ基キ保管スル他人ノ物

(一) 不法ニ領得スル意思ヲ以テ爲シタル犯罪行為ニ基ク場合。此場合ニ於テ他人ノ物ヲ事實上支配(持)スル者カ之ニ對シ領得行為ヲ爲スモ横領罪ヲ構成スルコトナシ。例ヘハ竊盜若クハ強盜ノ所爲ニ依リ他人ノ物ニ付キ事實上ノ支配ヲ得之ヲ領得スル行為アルモ横領罪ヲ構成セサルカ如シ。此場合ニ於テハ領得行為ハ竊盜若クハ強盜ノ行為ト共ニ始ルモノナレハ此上更ニ領得行為ヲ爲スノ餘地ナキモノトス。換言スレハ領得行為ハ竊盜強盜ノ結果ナリト解スヘク之ヲ獨立ノ犯罪ナリト解スヘキモノニ非ス。(二) 其他ノ不法ナル原因ニ基ク場合。物ノ事實上ノ支配カ不法ニ領得スル

意ヲ以テ爲シタル犯罪行為ニ基クニ非スシテ他ノ不法ナル原因ニ基キ他人ノ物ヲ保管スル者ハ總テ横領罪ノ主體タルヲ得ヘク從テ其保管スル物ハ同罪ノ客體タルヲ得。例ヘハ賄賂トシテ公務員ニ贈ルヘキ金錢ヲ託セラレタル者又ハ從犯者ヨリ犯罪ノ用ニ供スル器具ヲ預リタル正犯者カ其託セラレ又ハ預リタル物ニ付キ不法ニ領得スル行為即チ横領行為ヲ爲ストキハ横領罪ヲ構成スヘキモノトス。民法第七百八條ニ不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタル物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サル旨ノ規定アリ。故ニ例示ノ場合ニ於テハ委託者若クハ預ケ主ハ其託シタル金錢又ハ其預ケタル器具ノ返還ヲ請求スル權利ナキハ明ナリ。故ニ學者或ハ斯ル場合ニ於テハ託セラレタル物又ハ預リタル物ヲ横領スルモ本罪ヲ構成セスト論スル者アレトモ妥當ナラス。何トナレハ委託者又ハ預ケ主ハ其物ノ返還ヲ請求スルハ權利ナシトスルモ此事實ノミニ依リ委託者又ハ預ケ主ハ其物ニ對スル所有權ヲ失ヒ同時ニ託セラレタル者又ハ預リ

タル者ハ之ニ依リテ其物ノ所有權ヲ得タルモノト解スル能ハス。若シ假ニ斯ク解シ得ヘシトセハ委託者若クハ預ケ主カ後日其物ヲ取戻シタルトキハ場合ニ依リ竊盜罪ヲ構成スルコトアルヘク又之ヲ毀損シタルトキハ物ノ毀棄罪ヲ構成スヘク又其物ノ返還ヲ受ケタルトキハ託セラレタル者又ハ預リタル者ハ之ニ對シ不當利得返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲サハルヲ得サルカ如キ不都合ヲ生スヘケレハナリ。之ヲ要スルニ不法ノ原因ニ基キ他人ノ物ヲ保管スル者ト雖モ之ヲ領得スル行為アルトキハ横領罪ヲ構成スヘキモノトス(註三)。

(註三) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク「被告カ不法ノ原因ノ爲メニ物ノ給付ヲ受ケタル場合ニ於テ其物ノ給付者カ民法ニ依リテ物ノ返還ヲ請求シ能ハサルトキト雖モ之カ爲メニ給付者カ其物ノ所有權ヲ喪失シ被告カ之ヲ取得スヘキモノニ非サルヲ以テ被告カ占有セル物ハ依然他人ノ所有物トシテ存続シ被告ハ之ヲ自己ニ領得スル權利ヲ有セス從テ被告カ其物ヲ不法ニ領得スルニ於テハ當然第二百五十二條第一項ノ犯罪ヲ構成スヘシ(四三年大審院判決録一五三三頁)。

異議 寄託者カ返還請求權ヲ有セサルトキハ本罪ハ成立セス。岡田朝太郎、牧野英一、小崎傳謙氏。

岡田朝太郎氏曰ク『第三百九十五條(舊)ハ佛法系ニ屬シ即チ返還又ハ一定ノ使用ヲ爲スヘキ義務ヲ負ヒテ所持又ハ占有者クハ監督ヲ取得シタル他人ノ物ニ對スル罪ナリ。故ニ賄賂トシテ官吏ニ贈ルヘク委託サレタル金錢ハ受託者ノ限定シタル目的ニ使用スル法律上ノ義務ナク、且民法第七百八條ニ依リ委託者ハ受託者ニ其返還ヲ請求スルコト能ハサルモノナリトス。從テ第三百九十五條ノ罪ヲ成サスト斷セサル可カラズ』(法學志林五六號七乃至一〇頁)。

牧野英一氏曰ク『第二百五十二條ノ規定ハ舊刑法第三百九十五條委託物毀損罪ノ規定ニ對應スルモノナリ。(中略)新刑法ノ規定ト雖モ横領ノ客體ハ委託物即チ權限ノ性質上犯人カ他人ノ爲メニ物ヲ占有スル場合ノミニ限ルモノト解セサル可カラズ(中略)。委託カ不法ハ原因ニ出ツルトキニ於テ委託者ハ其財物ニ付テ不當利得ノ請求權ヲ有セザルカ故ニ受託者ハ權原ノ性質上他人ノ爲メ所持スルモノト謂フ能ハスト解ス。然レトモ委託ノ關係カ不法ナルニ止マリ不法ノ原因ニ基クモノト認ムヘキニ非サル場合ハ委託關係ノ成立スヘキヲ疑ナシ』(刑法通義一八版四〇〇、四〇一頁。尙ホ二一版三五四、三五五頁參照)。小崎傳氏曰ク『消費行為カ不法ト爲ルニハ委託者ニ於テ受託者ニ對シ委託物ノ返還ヲ請求シ得ヘキ關係ノ存スルコトヲ要ス』(日本刑法論各論八八四頁)。

第四 自己ノ保管スル他人ノ不動産。

竊盜及ヒ強盜罪ノ客體ハ動カシ得ヘキ物ニ限ルト雖モ横領罪ニ於テハ獨リ動カシ得ヘキ物ノミナラス動カス能ハサル物即チ不動産ト雖モ其客體タルヲ得ヘシ。故ニ例ヘハ他人ノ地所ヲ登記簿上自己ノ名義ト爲シ之ヲ事實

自己ノ保管スル他人ノ不動産

上支配(管保)シ居ル者カ擅ニ登記ヲ經テ他人ニ賣却シタルトキハ横領罪ヲ構成スヘク又例ヘハ地主ノ代理人トシテ其地所ニ付キ事實上支配(管保)ヲナス者カ隣地ニ自己ノ所有地アルヲ奇貨トシ濫ニ疆界ヲ移シ本人ノ地所ノ幾部ヲ割キテ自己ノ所有地ニ併セ之ヲ領得スルトキハ不動産横領ノ罪ヲ構成スヘキナリ。

茲ニ説明ヲ要スヘキハ不動産ノ登記ト之カ占有(管保)トノ關係ナリ。民法上ヨリスレハ動産ノ引渡ト不動産ノ登記トハ第三者ニ對抗スル點ニ於テ同一ノ效力ヲ有スルモノナリ。動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スル能ハサル如ク(民一七)不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スル能ハサルモノトス(民一七)。斯ハ如ク登記簿上ハ不動産所有者トシテハ登記ト動産ニ於ケル物ノ占有トハ同一ノ效力ヲ有スルモノ不動産登記ヲ以テ不動産ノ占有ト同一視スルヲ得ス。登記簿上ニ於ケル所有名義ハ物ニ

對スル占有(管)ニ非スシテ公簿上ニ於ケル形式ナリ。之ニ反シテ占有(保)ハ現
 ニ物ニ對スル事實上ノ支配即チ事實ナリ。占有ナル文字ヲ登記簿上ノ所有
 名義ト同一視シ、所有名義アルモノハ悉ク之ヲ占有者ナリト解釋セントスル
 カ如キハ形式ト事實トヲ混同スルモノニシテ法文ノ解釋トシテ到底之ヲ許
 スヘキモノニ非ス。他人ノ不動産ニ付キ登記簿上所有名義ヲ有スルモ占有
 ヲ有セサルコトアリ。又假令登記簿上ニ於テハ所有名義者ト爲リ居ラサル
 者モ尙ホ實際ニ於テハ之ヲ占有スル場合アリ。然ルニ大審院カ假裝ノ賣買
 ニ依テ登記簿上土地建物ノ所有名義ヲ有スル者ハ刑法ニ所謂人ノ物ノ占有
 者ナリト判決(明治四十二年四月九日判決)シタルハ登記簿上ノ所有名義ヲ有スル者ハ其實
 何等ノ事實上ノ支配(有)ヲ爲サルモ尙ホ占有者ナリト解釋シタルニ同シ。
 然レトモ此判決ハ法文ノ占有ナル文字ヲ解釋シタルニ非スシテ法文ト離レ
 テ一種ノ便宜ノ處分ヲ爲シタルモノナリ。斯ノ如キ便宜處分ハ果シテ比附
 援引ノ濫弊ニ陥ルモノナリトノ譏ナキヲ得ルカ(註四)。

(註四) 異説

登記簿上物ニ付キ所有名義ヲ有スル者ハ其物ノ占有者ナリ。大審院判例。

判例ニ曰ク「假裝ノ賣買ニ因リ登記簿上或土地建物ノ所有名義ヲ有スル者ハ刑法ニ所謂他人ノ物ノ占有者ナリトス。

從テ其土地建物ヲ擅ニ賣却シタル所爲ハ同法第二百五十二條ノ横領罪ヲ構成ス」(四十二年大審院判決録五二四頁)。

第五 自己ノ保管スル他人ノ代替物。

自己ノ保
 管スル他
 人ノ代
 替物

物ノ性質上種類品等及ヒ數量ノ同シキ物ヲ以テ返還シ得ヘキ物即チ代替
 物ト雖モ横領罪ノ客體タルヲ得ヘシ。例ヘハ運送ヲ託セラレタル米穀又ハ
 支拂ヲ託セラレタル金錢ノ如キハ横領罪ノ客體タルヲ得ヘキモノトス。然
 レトモ物ノ所有者ト占有者間ノ合意ニ依リ若クハ法律行爲ノ權原ノ性質上
 占有者カ之ヲ消費シ得ヘキ場合ニ於テハ占有者ハ占有ト同時ニ其物ニ付キ
 自由ニ處分スルヲ得ル權利即チ所有權ヲ得タルモノト解シ得ヘキヲ以テ斯
 ル場合ニ於テハ其占有スル物ハ横領罪ノ客體タルヲ得ス。例ヘハ金錢、米穀
 ノ消費貸借ノ如キハ其例ナリ。然レトモ斯ル場合ニ於テ其占有スル物カ横
 領罪ノ客體タルコトヲ得サルハ物カ代替物タルカ故ニ非スシテ之ヲ保管ニ

存スル他人ノ物ト稱スル能ハサルニ基クモノトス(註五)。

(註五) 同趣旨 大審院判例、勝木勘三郎、泉二新熊、牧野英一諸氏。

判例ニ曰ク『性質上代替物ト雖モ受託中擅ニ之ヲ費消シタルトキハ委託物費消罪ヲ構成ス』(三一年大審院判決一〇卷四七頁)。又曰ク『金錢ノ如キ代替物ノ横領罪ハ通常現ニ横領シタル數額ニ對シテ成立スヘキモノナルモ本件ノ如ク十圓紙幣一枚ヲ當事者ノ意思ニ依リ特定物トシテ寄託サレタル場合ニ於テハ受託者ノ擅ニ處分シタル數額ニシテ縱シ計算上受託額ノ幾分(五圓)ニ過キストスルモ猶且受託物ノ全部(十圓)ニ對シテ横領罪成立スルモノトス』(四三年大審院判決一五五七頁)。尙ホ勝木勘三郎氏刑法析義下卷四二、四一三頁、泉二新熊氏日本刑法論八三一頁、牧野英一氏刑法通義三五五頁參照。

第二 所爲

横領罪ハ自己ノ保管スル他人ノ物ニ對シ不法ニ領得行爲ヲ爲スニ依リ成立ス。領得行爲トハ行爲者カ其所有者ヲ排斥シ物ニ對シ所有權ノ内容ヲ行使スルノ行爲ナリ。此行爲ハ各種ノ行爲ニ依リ之ヲ爲スヲ得ヘシ。例ヘハ物ヲ賣却シ又ハ消費シ若クハ物カ既ニ滅失シタリト欺キ、盜難ニ罹リタリト詐ル如キ又或ハ所有者ノ所有權ヲ否認スル行爲ヲ爲スカ如キハ之ヲ領得行

領得行爲
完否ト
横領罪
ノ

爲ナリト解スルヲ得ヘシ(尙ホ領得行爲ニ付テハ五五〇頁以下參照)。左ニ本罪ヲ構成スヘキ所爲ニ付キ略説ヲ試ムヘシ。

第一 領得行爲ノ完否ト横領罪ノ完否。

横領罪ハ領得行爲アルニ依リ成立スレトモ横領罪ヲ完成スルニハ必スシテ領得行爲ヲ爲シ終リタルコトヲ必要トセス。故ニ領得行爲ハ未タ完成セサルモ其行爲ニシテ他人ノ物ヲ領得スルノ確定意思ヲ表ハストキハ横領罪ハ既遂ナリト謂フヲ得ヘシ。何トナレハ行爲者カ自己ノ保管スル他人ノ物ヲ不法ニ領得スルノ意思ヲ有シ而シテ此意思アルコトヲ確認スヘキ外形上ノ行爲(領得)アリタルトキハ所有者ノ權利ヲ排斥シ自ラ物ニ對スル所有權ノ内容ヲ行使スル行爲即チ領得行爲アリタルモノト解シ得ヘケレハナリ。故ニ例ヘハ行爲者カ其保管スル他人ノ物ニ付キ賣買若クハ交換等ノ處分行爲ヲ完了セサル場合ト雖モ尙ホ横領罪ノ完成アリタルモノト爲スヘキ場合ナシトセス(註六)。然レトモ横領罪ニ未遂ノ場合ナシト思料スルカ如キハ誤レ

リ。例へハ保管物ヲ賣却セント試ミタルモ自ラ願ミテ之ヲ中止シタルカ如キ場合ハ其適例ナリ。

(註六) 同題旨

大審院判例、牧野英一、泉三新熊諸氏。

判例ニ曰ク『横領罪ノ成立ニ必要ナル横領ノ行為ハ犯人カ他人ノ物ヲ自己ノ物トシテ不正ニ領得スル意思ヲ有シ此意思アリト認めムヘキ外部行為ヲ實行シタルノミヲ以テ足り必スシモ其目的ニ對シ消費交換若クハ贈與等ノ處分行為ヲ爲スコトヲ要セス』(四四年大審院判決録二二二九頁)。又曰ク『横領罪ノ成立ニハ常ニ必スシモ犯人ニ於テ保管ニ係ル金品ヲ有形的ニ消費シ又ハ之ヲ自己ノ財産ニ組入レ又ハ本人ノ請求ニ對シテ之カ返還ヲ拒ミタル事實アルコトヲ要スルモノニ非ス。犯人カ其金品ヲ不正ニ領得スルノ目的ヲ以テ之カ返還ヲ免ルヘキ事實上ノ状態ヲ作為シタル場合ニ於テモ亦本罪ノ成立ヲ見ルニ至ルヘキハ毫モ疑ヲ容レズ。何トナレハ事實上ニ於テ返還ヲ爲スコトヲ要セザル心コト、ナリタル金品ハ即チ犯人ニ於テ之ヲ領得シタルモノトナルヘキヲ以テ横領罪ノ成立ニ要スル領得ノ條件ハ自カラ充實セラルヘキ筋合ナレハナリ。今本件被告ノ所爲ヲ按ズルニ(中略)被告カ其保管ニ係ル會社ノ資金ヲ横領セント企テ現實被告ノ支出シタル金額ハ六千圓ニ過キサレニ一萬六千圓ヲ支出シタリトシテ叙上ノ金額ノ假支出ヲ爲サシメ傳票ノ作成、日記帳ノ記入ヲ爲サシメタル上株主總會ヲシテ社長ニ對スル特別慰勞金ノ名目ノ下ニ其支出ヲ承認セシメテ金一萬圓ニ對スル返還義務ヲ免カレタルコトハ原院カ事實トシテ確定シタル所ニシテ横領罪ノ成立ニ要スル條件ハ判文中ニ詳悉シアルヲ以テ原判決ハ事實上ノ理由明示ニ於テ欠クル所ナク上告論旨ハ理由ナシ』(四三年大審院判決録一三四〇、一三四二頁)。牧野英一氏曰ク『横領行為ハ必スシモ物件ニ對シテ横領的行為ヲ爲

返還スル
意思ト横領

第二 返還スル意思ト横領。

行為者カ其占有スル他人ノ物ヲ不法ニ領得スル行為アリタル以上ハ行為者カ後日返還スルノ意思アリタルヤ否ヤハ横領罪ノ成否ニ關係ナキコト竊盜罪ノ場合ニ異ナラス。故ニ例へハ其占有スル他人ノ物ヲ質入シ又ハ保證物トシテ他人ニ交付スルカ如キ處分行爲ヲ爲シタルトキハ假令所有者ノ請求アルトキハ直ニ取戻シ返還スルノ意思アリタルトキト雖モ此罪ヲ構成ス

スコトヲ要セス。單ニ外部ニ向テ横領的の意思ヲ表示スルコトニ因テモ亦成立ス。例へハ委託物ヲ喪失シタル旨ヲ告ケテ其返還義務ヲ免レントスルカ如キ場合はナリ(刑法通義二一版三五七頁)。泉三新熊氏曰ク『横領トハ其財物ニ關シ不法ニ他人ノ利益ヲ排斥シテ其財物ヲ經濟上ノ用法ニ從ヒ處分スル目的ニ出テタル一切ノ行為ナリ。例へハ物質ノ消費、抵當、典物、販賣、交換、贈與等ヲ包含スヘク此目的ノ爲メニ財物ヲ携帶シ隱匿シ又ハ其物ニ付キ詐欺ノ方法ヲ行フカ如キモ横領ナリ』(刑法大要四七七、四七八頁)。

參照 獨逸帝國裁判所ハ賣買ヲ爲シ未タ物ノ引渡ヲ爲サ、ルモ尙ホ横領罪ノ既遂ナリト判示セリ(B. 17, 50)。Frank, S. 216 (17)。之ニ反シテマイヤー、オルスハウゼンノ諸氏ハ賣渡ノ申込ハ場合ニ依リ横領罪ノ既遂タルヘク、場合ニ依リ未遂タルヘシト説明シタリ(Cleyer, 547; Oehl, 21)。

ルニ妨ケナシ(註七)。

(註七) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク「受託者カ委託ノ本旨ニ背キ委託物ヲ入質スルニ於テハ直ニ委託物毀滅罪ヲ構成ス。而シテ其入質ノ際受戻ノ意思アリタル事實ハ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ボサス」(四三年大審院判決録一六七五頁)。又曰ク「公債證書ノ寄託ヲ受ケタル者カ擅ニ他人ニ對シ商品仕入代金ノ擔保ニ供スルコトヲ承諾シテ之ヲ交付シタルトキハ即時ニ横領罪ヲ構成ス。而シテ被交付者カ該證券ヲ仕入先ニ交付シテ使用ノ目的ヲ遂ケタルヤ否ヤハ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ボサス」(四三年大審院判決録一五〇五頁)。

權利者ト
横領

第三 權利者ト横領。

領得行爲ニシテ不法ナル以上ハ行爲者カ物ノ所有者ニ對シ其物ノ領得ヲ請求スル權利アルノ一事ハ横領罪ヲ構成スルニ妨ケナキモノトス。例ヘハ他人ニ對シ辨濟ヲ爲ス爲メ金百圓ヲ委託セラレタル者カ委託ヲ履行セスシテ擅ニ自己カ委託者ニ對シ有スル辨濟期ニ至リタル金百圓ノ債權ノ辨濟ニ充當ズルカ如キハ横領罪ヲ構成スルモノト解スヘキナリ。何トナレハ自己ノ有スル債權ノ辨濟ニ充當スルカ如キハ領得行爲タルコト疑ナク又委託

欺罔ニ依
ル領得行

者ノ委託ニ背キテ其所有物ヲ擅ニ領得スルカ如キハ不法タルコト明瞭ナレハナリ(註八)。

(註八) 同趣旨 大審院判例。

判例曰ク「他人ニ交付スル爲メ委託ヲ受ケタル金圓ヲ擅ニ其委託者ニ對シテ有スル債權ノ辨濟ニ充當シタル以上ハ他人ノ金圓ヲ横領セシモノナルヲ以テ其債權ノ存在ハ犯罪ノ成立ヲ妨クルコトナシ」(四三年大審院判決録二七頁)。

第四 欺罔ニ依ル領得行爲。

茲ニ疑問トスヘキハ行爲者ノ保管スル物ニ付キ領得行爲ヲ爲スニ當リ其手段トシテ詐欺ノ所爲アリタルトキハ其所爲ハ横領罪ニ該當スルヤ又ハ詐欺罪ニ該當スルヤノ點ナリ。例ヘハ支拂ノ爲メ他人ノ金錢ヲ保管スル者カ現實支拂ヒタル金額ヨリ多ク支拂ヒタルカ如ク申シ欺キ差額ヲ領得スル如キ行爲ハ之ヲ横領罪ト爲スヘキカ將タ又之ヲ詐欺罪ト爲スヘキカハ疑問ハ存スル所ナリ。此問題ハ本問ノ場合ニ於テ詐欺罪ノ要件ヲ具備スルヤ將タ又横領罪ノ要件ヲ具備スルヤニ依リ解決セラレモトス。凡ソ詐欺罪ハ

直接ニ財産上ノ法益其モノヲ害スル罪ニ非スシテ行爲者カ財産上ノ法益ノ保有者ヲ欺罔シ之ヲシテ錯誤ニ陥ラシメ以テ其財産上ノ不利益ナル處分ヲ爲サシムルニ依リ完成スルモノナレハ行爲者カ欺罔行爲ヲ爲シタルノミニテハ未タ此罪ヲ完成スルニ至ラサルモノトス(以下參照)。上述ノ場合ニ於テハ行爲者ニ欺罔行爲アリタリト謂フヲ得ルモ被害者ハ之ニ因リ錯誤ニ陥リ自己ニ不利益ナル財産上ノ處分ヲ爲シタルモノト認ムヘキモノ存スルコトナシ。故ニ上述ノ場合ハ詐欺罪ニ該當セサルモノト爲サ、ルヲ得ス。之ニ反シテ横領罪ハ直接ニ財産上ノ法益其モノヲ侵害スル罪ニシテ行爲者カ保管スル他人ノ物ニ付キ領得行爲ヲ爲スニ依リ完成スルモノナレハ被害者カ行爲者ノ欺罔行爲ニ因リ錯誤ニ陥リタルヤ又ハ之ヲ依リ自己ニ不利益ナル財産上ノ處分ヲ爲シタルヤハ之ヲ問フヲ要セス。而シテ前例示ノ場合ニ於テハ行爲者ハ其保管スル金錢ニ付キ既ニ支拂ヲ爲シタリト詐稱シ之ヲ領得スルノ行爲ヲ爲シタルモノナレハ其所爲ハ横領罪ヲ構成スルモノト解スヘキナリ(註九)。

(註九) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『自己ノ占有ニ係ル他人ノ金錢ヲ横領スルニ當リ詐欺ノ手段ヲ用フルモ其所爲ハ横領罪ニシテ詐欺罪ニ非ス』(四三年大審院判決第一四三二、一四三三頁)。又曰ク『自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタルトキハ其目的ヲ達スル手段トシテ欺罔行爲ヲ施スモ其行爲ハ横領罪ヲ構成スルニ止リ別ニ詐欺罪ヲ構成セス』(四四年大審院判決第一五八七頁)。

第二款 準横領罪

第二百五十二條 (自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス)。
自己ノ物ト雖モ公務所ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ。

横領罪ハ他人ノ所有物ニ對シ領得行爲ヲ爲スニ因リ成立スルモノニシテ自己ノ所有物ニ對シテハ當然所有者ニ屬スル行爲ヲ爲シ得ヘキモノナレハ之ニ對シ横領罪ヲ構成スヘキモノニ非ス。然レトモ自己ノ所有物ト雖モ公務所ヨリ差押ヘラレ公務所ノ命ニ依リ自ラ之ヲ保管スル場合アリ。斯ル場

合ニ於テハ法律ハ所有者ヲシテ其保管ニ係ル自己ノ所有物ニ對シ之カ處分
行爲ヲ爲スヲ禁シ以テ差押ノ目的ヲ達スルヲ得セシムルノ必要アリ。是レ
法律カ準横領罪ニ關スル特別ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ。左ニ之ニ關スル
要點ニ付キ略説ヲ試ムヘシ。

第一 主體及ヒ客體

本罪ノ客體タルヘキ物ハ公務所ノ命ニ依リ保管スル自己ノ所有物ナリ。
自己ノ所有物ニ付キ故ナク公務所ヨリ保管ヲ命セラル、カ如キ理ナキヲ以
テ其保管ヲ命セラル、ハ自己ノ物カ公務所ヨリ差押ヘラレタル場合ニ限ル。
公務所カ私人ノ物ニ付キ差押ヲ爲シタルトキハ之ヲ自ラ保管スルヲ通常ト
スルモ場合ニ依リ第三者若クハ其物ノ所有者ヲシテ之ヲ保管若クハ看守セ
シムルコトナキニ非ス。其物ノ所有者ヲシテ保管セシムル場合ニ於テハ其
所有者ハ本罪ノ主體タルヲ得ヘク其物ハ本罪ノ客體タルヲ得ヘシ。尙ホ本
罪ノ客體ニ付テハ準竊盜罪ノ客體及ヒ横領罪ノ客體ニ付キ前既ニ説明シタ

ル所ニ依リ之ヲ類推スヘシ(五六〇頁以下及ヒ)。而シテ準横領罪ノ客體ハ公
務所ノ命ニ依リ保管スル自己ノ所有物ニ限ルヘキモノニシテ私人相互ノ契
約ニ依リ他人ノ爲メニ保管スル自己ノ所有物ノ如キハ本罪ノ客體タルヲ得
ス(註一〇)。

(註一〇) 同題旨 泉二新熊、牧野英一諸氏。

泉二新熊氏曰ク「一旦他ノ一人ニ擔保ニ供シタル物ニシテ其依頼ニ依リ更ニ自ラ保管スルモノハ本罪ノ目的物タ
ルヲ得ス(第二百四十七條ノ罪ヲ構成スルハ別問題ナリ)(日本刑法論八二五頁)。尙ホ牧野英一氏刑法通義一八版
四〇三頁參照。

參照スヘキ判例 判例ニ曰ク「自己所有ノ公債證書又ハ株式ト雖モ身元保證トシテ雇主タル銀行ニ差入レ更ニ銀行
ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ在テハ刑法第三百九十五條(舊法)ニ所謂受寄ノ財物ナルヲ以テ擅ニ之ヲ費消シタル
トキハ委託物費消罪ヲ構成ス(三五年大審院判決録二卷一三三頁)。此判例ハ舊刑法ノ解釋トシテモ其當否ニ付キ學
者間ニ議論ノ存シタル所ナリ。此判旨ノ反對論ニ付キ小崎保氏日本刑法論各論八七七頁參照。

第二 所爲

横領罪ヲ構成スル所爲ハ他人ノ所有物ニ對シ不法ニ領得行爲ヲ爲スニ在
ルコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ。然レトモ準横領罪ノ客體ハ自己ノ所有

物ニ係ルヲ以テ之ニ對シ領得行爲ヲ爲スモ必スシモ本罪ヲ構成スルモノニ非ス。其本罪ヲ構成スルハ公務所ノ事實上ノ支配即チ差押ヲシテ無効ナラシムヘキ行爲ヲ爲ス場合ニ限ル。例ヘハ公務所ヨリ差押ヘラレ其命ニ依リ保管スル自己ノ所有物ヲ藏匿シ脱漏シ又ハ之ヲ處分スルカ如キ公務所ノ差押ト兩立ス可カラサル行爲ヲ爲ストキハ本罪ヲ構成スヘキモノト解スヘシ。之ニ反シテ公務所ノ差押ト兩立スヘキ處分行爲例ヘハ犯罪ノ證憑トシテ押收セラレタル物件ニ付キ其還付ヲ待テ之ヲ引渡スヘキ條件ヲ以テ賣却スルカ如キハ本罪ヲ構成スルコトナキカ如シ。此罪ノ多クハ公務員ノ施シタル封印又ハ差押ノ標示ヲ損壞シ若クハ其他ノ方法ヲ以テ封印又ハ標示ヲ無効ナラシムル行爲(刑九六)ニ依リテ犯サル、ヲ常ト爲ス。斯ル場合ニ於テハ本罪ト封印又ハ差押ノ標示ヲ損壞シ若クハ其他ノ方法ヲ以テ之ヲ無効ナラシムル罪トノ間ニハ手段及ヒ結果ノ關係アルヲ以テ右兩罪ニ對スル法條及ヒ第五十四條第一項後段ヲ適用シテ處斷スヘキモノトス。

第三款 業務上ノ横領罪

第二百五十三條 業務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス。

業務上ノ横領罪ハノ重罪

公私ノ別ヲ問ハス一定ノ業務ヲ有スル者カ其業務ノ執行トシテ他人ノ物ヲ占有スル場合ニ其物ヲ横領スル行爲アルトキハ本罪ヲ構成ス。本罪ハ短期一年長期十年ノ懲役ニ該當シ普通横領罪ノ刑タル一月以上五年以下ノ懲役ニ比シ頗ル重シ而シテ本罪ハ他ノ法律ノ適用ニ付キテハ重罪ナリ(刑九三)故ニ此罪ハ刑事訴訟上重罪事件トシテ取扱フ可キモノニシテ必ス豫審ヲ經由スヘキモノナリ。此罪ト他ノ横領罪ト區別スヘキ要點ハ第一行爲者カ一定ノ業務ヲ有スルヤ否ヤ第二其横領シタル物ハ業務執行々爲トシテ占有スル他人ノ物ナリヤ否ヤニ在リ。

業務ノ意

業務トハ官職、職業、營業等自ラ選擇シタル吾人ノ生活上ノ地位ナルコトハ前既ニ之ヲ詳述シタルカ如シ(一四五頁)。之ヲ業務上ノ横領罪ノ場合ニ適用

スレハ官吏公吏其他ノ公務員ハ勿論銀行營業者、倉庫營業者、運送營業者、質屋營業者ハ勿論其他一層下級ノ業務ニ從事スル者例ヘハ大工、左官、指物師ハ勿論下駄齒入屋、煙管直シ、主人ノ命ニ依リ行商スル小僧ノ如キモ亦業務ヲ有スル者タルヲ失ハス(註一一)。

(註一一) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『刑法第二百五十三條ハ其所謂業務及ヒ他人ノ範圍ニ付キ何等ノ制限ヲ爲サ、レハ業務トハ總テノ業務若クハ職業ヲ汎稱シ其執ル所ノ事務カ自己ノ爲メタルト否トハ區別セズ。又他人トハ自己以外ノ者ヲ總稱シ其占有スル物ノ所有カ何人ニ屬スルヤナ問ハサルモノトス』(四二年大審院判決六八二頁)。又曰ク『金錢ノ出納ニ關シ全責任ヲ負フヘキ分任出納官吏ノ命ニ從ヒ現金ノ出納ヲ爲ス者ト雖モ職務ヲ以テ其金員ノ取扱ヲ爲ス際之ヲ横領シタルトキハ業務上ノ横領罪ヲ構成ス』(四四年大審院判決五八四頁)。

業務上ノ横領

業務ヲ有スル者カ其業務ノ執行々爲トシテ保管スル他人ノ物ヲ横領スルトキハ本罪ヲ構成ス。故ニ公務員カ其職務上保管スル金品、銀行營業者カ保證トシテ預リタル有價證券、倉庫營業者又ハ運送營業者カ其託セラレタル貨物、質屋營業者カ其受取リタル質物ニ對シ之ヲ横領スルノ行爲アルトキハ勿

論下駄齒入屋、煙管直シカ其託セラレタル下駄、煙管ヲ横領シ若クハ主人ノ命ニ依リ行商スル小僧カ其商品ノ二三ヲ横領シ又ハ其賣上金ノ内數錢ヲ横領スル如キ行爲アルトキハ本罪ヲ構成スルモノトス。

苟モ業務ヲ有スル者カ業務ノ執行々爲トシテ所持スル他人ノ物ヲ横領スル行爲アル以上ハ其者カ單ニ他人ノ補助者トシテ所持スル場合ト雖モ其所持ニシテ看守ニ止ラスシテ保管ナリト看做スヘキモノタル以上ハ本罪ヲ構成スルニ妨ケナキモノトス(五三五頁以下及ヒ五三六頁以下參照)。又他人ノ物ヲ業務ノ執行々爲トシテ保管シタル者カ其職ヲ罷メタル後其職ノ殘務トシテ之ヲ保管スルトキハ其物ハ之ヲ業務上占有スル物ナリト解スヘキモノトス。何トナレハ殘務ハ業務ノ一部ニ外ナラサレハナリ(註一二)。

(註一二) 同趣旨若クハ同趣旨ナルカ如シ 大審院判例。

判例ニ曰ク『公務員カ其職務上保管スル物件ハ雖令職務ヲ免セラレタル場合ト雖モ事務引繼ヲ爲シタル後ニ非サレハ之カ保管ノ責ヲ免ル、コトヲ得ズ。從テ其事務引繼ヲ爲スニ當リ該物件ヲ横領シタル所爲ハ刑法第二百五十三條ノ所謂業務上占有スル他人ノ物ヲ横領シタルモノニ外ナラス』(四四年大審院判決三八六頁)。

業務上ノ横領罪モ亦犯人ノ身分ニ依リ構成スヘキ犯罪ナレハ此罪ノ主體ハ一定ノ業務ヲ有シ且業務上他人ノ物ヲ占有スル者ナラサル可カラスト雖モ斯ル身分ナキ者ト雖モ斯ル身分アル者ノ横領行為ニ加功スルトキハ横領罪ノ正犯トシテ處斷セラルヘキモノトス。唯タ斯ル身分ナキ共犯者ハ業務上ノ横領罪ニ依リ處斷セラル、コトナク普通ノ横領罪ニ依リ罰セラル、ノ差アルノミ(刑六、五條)。

業務上他人ノ事務ヲ處理スル爲メ保管スル物ヲ横領スルノ行為ハ業務上ノ横領罪ナリトスヘキヤ將タ之ヲ背任罪(刑二、四條)ナリト解スヘキヤハ爭ノ存スル所ナリト雖モ斯ノ如キ所爲ハ一個ノ所爲ニシテ業務上ノ横領罪及ヒ背任罪ノ二個ノ罪名ニ觸ル、モノナレハ右兩罪ノ法條及ヒ第五十四條第一項前段ニ依リ處斷スヘキモノトス(註一三〇)。

(註一三〇) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『銀行支配人カ自己ノ利益ヲ圖ルノ目的ヲ以テ濫ニ其銀行ニ對スル債務ノ擔保トシテ差入レ且躬ヲ保管スル自己所有ノ物件ヲ擅ニ取出シテ賣却シ其代金ヲ銀行ニ辨濟セサル所爲ハ刑法第二百四十七條ニ該當ス、而シテ

業務上他人ノ事務ヲ處理スル爲メ保管スル物ヲ横領スルノ行為

公務員カ命ニ依リ自己ノ職務上ノ保管スル物ヲ横領スルノ行為

其物件カ若シ他人ノ所有ニ屬スルトキハ被告ノ行為ハ一個ニシテ背任罪及ヒ横領罪ハ二罪名ニ觸ル、モノトス(四四年大審院判決録二一三五、二一三六頁)。

異説 業務上他人ノ事務ヲ處理スル爲メ保管スル物ヲ横領スルノ行為ハ業務上ノ横領罪ナリ。大審院判例。判例ニ曰ク『刑法第二百四十七條ハ他人ノ事務ヲ處理スル者カ自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル場合ヲ除キ其他ノ方法ヲ以テ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタル總般ノ場合ニ之ヲ適用スルモノトス(四四年大審院判決録二二二四頁)。

公務員カ公務所ノ命ニ依リ自己ノ物ヲ職務上保管スル場合ニ於テ之ヲ横領スルトキハ準横領罪ト業務上ノ横領罪トノ權衡ヨリスレハ之ヲ業務上ノ横領罪ト解スルヲ相當トスヘキカ如シ。然レトモ法文ニ業務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者トアルヲ以テ本罪ノ客體ハ他人ノ物ニ限ルヘキコト法文上疑ヲ挿ムヘキ餘地ナシ。左レハ之ヲ業務上ノ横領罪ト爲ス能ハスシテ準横領罪(刑二、五三條)ニ依リ處斷スル外ナカルヘシ。尤モ斯ル場合ハ準横領罪ノ法條ノ外尙ホ背任罪ノ法條(刑二、四條)ト第五十四第一項ノ適用アルヘキハ勿論ナリ。

第四款 占有ヲ離レタル他人ノ物ノ横領罪

第二百五十四條 遺失物、漂流物、其他占有ヲ離レタル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス。

物ノ所持者ノ不知ノ間ニ其所持ヲ離レタル物ハ之ヲ占有ヲ離レタル物ト謂フ。遺失物、漂流物、埋藏物、逸走セル家畜、誤テ占有シタル他人ノ物ノ如キハ總テ之ニ屬ス。犯罪者カ竊取若クハ強取シタル物件ノ如キハ之ヲ占有ヲ離レタル物ト謂フ能ハス。サレト行爲者カ盜取シタル後之ヲ遺棄スルトキハ其物ハ置去品ニシテ所謂占有ヲ離レタル他人ノ物ニ屬ス。遺失物、漂流物、埋藏物、逸走セル家畜、置去品ノ意義如何ニ付テハ敢テ説明ヲ要セスト雖モ多少ノ説明ヲ要スルハ誤テ占有シタル物ノ意義如何ニ在リ。誤テ占有シタル物トハ物ノ舊所持者ハ錯誤ニ依テ其所持ヲ失ヒ新所持者ハ錯誤ニ依リ之ヲ所持スルニ至リタル物ヲ謂フ。例ヘハ屑屋カ數錢ニテ買受ケタル紙屑若干匁中ニ十圓紙幣ノ混入シ居リタルヲ發見シタル場合ニ於テハ屑屋ハ十圓紙幣ヲ誤テ占有シタルモノナリ。又例ヘハ行爲者ト相手方トノ間ニ於テ法律行

誤テ占有シタル物ノ意義

爲ヲ締結シ其結果トシテ物ヲ授受シタル場合ニ於テ法律行爲ノ内容ニ錯誤アリテ相手方ハ之ヲ渡スノ意ナク又行爲者ニ於テモ之ヲ受取ルノ意ナカリシトキハ該物件ハ誤テ占有シタル他人ノ物ナリ。又最モ普通ノ例ヲ舉クレハ自己ノ物ト思料シ持歸リタル後他人ノ物タル事實ヲ確知シタル場合ノ如キモ亦誤テ占有シタル物ニシテ法文ノ所謂占有ヲ離レタル他人ノ物ニ屬ス(註一四)。

(註一四) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『刑法第二百五十四條ニ所謂占有ヲ離レタル物トハ同條ニ例示セル遺失物、漂流物等ノ如ク偶然ニ占有者ノ占有ヲ脱シタル物件ヲ意味シ遺失物法ニ於テ遺失物ニ準シタル逸走ノ家畜、誤テ占有ヲ爲シタル物件モ總テ其中ニ包含セシムルノ法意ナリトス。而シテ占有者ト其相手方トノ間ニ於テ形式的ニ物ノ授受アリタル場合ト雖モ其授受ノ内容ニ錯誤アリタルトキ例之占有者カ或物ヲ引渡スノ意思ヲ以テ誤テ他ノ物ノ授受ヲ爲シ又ハ甲者ニ引渡スノ意思ヲ以テ誤テ之ヲ乙者ニ交付シタルカ如キ場合ニ於テハ物ノ授受ハ當事者ノ眞意ニアラサルヲ以テ占有者ノ手ヲ離レテ相手方ノ手裡ニ歸シタル物ハ刑法第二百五十四條ノ意義ニ於テ占有ヲ離レタル物タルコトヲ失ハサルモノトス。故ニ此種ノ物ヲ横領シタル者ハ刑法第二百五十四條ニ掲ケル刑罰ノ制裁ヲ受クヘク契約其他占有者ニ保管ノ責任ヲ生スヘキ法律上ノ原因ニ基キテ占有ヲ始メタルニアラサレハ刑法第二百五十二條ノ制裁ヲ受クヘキモノニア

占有ヲ離レタル物ニ付キ其占有ヲ得タル後ニ爲サル、ヲ以テ通常トナスト雖モ占有ト同時ニ領得行爲カ爲サル、コトナキニ非ス。例へハ人ノ飼養ニ係ルモノト認ムヘキ家畜カ逸走シ居ルヲ發見シ之ヲ撲殺シテ捕獲スルカ如キハ捕獲ト同時ニ横領罪ヲ完成スルモノト解スルヲ得ヘシ。

横領行爲ノ意義如何ニ付テハ一般横領罪ニ付キ説明シタル所ニ依リ之ヲ類推スヘシ(六六六頁以下參照)。唯茲ニ説明ヲ要スヘキハ遺失物、漂流物、埋藏物、置去品ヲ拾得シ又ハ誤テ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ速ニ其遺失者又ハ所有者其他物件回復ノ請求權ヲ有スル者ニ之ヲ返還シ又ハ警察官署ニ之ヲ差出スヘキ義務アリ(明治三十二年法律八七號遺失物法)。然ルニ此義務ニ違反シ拾得者若クハ誤テ占有シタル者カ故意ニ相當時間内ニ物件ヲ返還セズ又ハ警察官署ニ差出サ、ルトキハ横領スル意ヲ以テ拾得若クハ占有ノ事實ヲ隱匿スル

ノ所爲アルモノト解スルヲ得ヘキナリ。

第五款 親族間ノ横領罪

第二百五十五條 本章ノ罪(横領罪)ニハ第二百四十四條(親族相盜)ノ規定ヲ準用ス。

横領罪ノ行爲者ト被害者ノ間ニ親族若クハ家族ノ關係アルトキハ法律ハ親族相盜ノ例ニ倣ヒ或ハ其罪ヲ免除シ或ハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキ旨ヲ定ム。親族間ノ横領罪ニシテ其罪ヲ免除スヘキ場合及ヒ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキ場合如何ハ親族相盜ニ付キ説明シタル所ト異ルナキヲ以テ前ニ説明シタル所ニ依リ之ヲ類推スヘシ(五六八頁以下參照)。

第六款 刑罰

一般横領罪及ヒ準横領罪ハ五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰スヘク(刑二五條)業務上ノ横領罪ハ一年以上十年以下ノ懲役ヲ以テ處罰スヘキモノトス(刑二五條)。占有ヲ離レタル他人ノ物ノ横領罪ハ一年以上十年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金若クハ科料ヲ以テ處罰スヘキモノトス(刑二四條)。

尙ホ明治三十二年法律第八十七號遺失物法第十六條ニ拾得物其他同法ノ規定ヲ準用スル物件ヲ隱匿シ若クハ不正ニ處分シタル者ハ之ヲ三月以下ノ重禁錮又ハ二十圓以下ノ罰金ニ處スヘキ旨ノ規定アリ。然レトモ該規定ハ其後ニ制定セラレタル刑法第二百五十四條ト其罪ノ内容ヲ同ウスルヲ以テ刑法ノ規定ニ依リ變更セラレタルモノト解釋スヘキナリ。

第七款 最近立法例ノ定ムル横領罪

千九百九年獨逸刑法準備草案及ヒ同年埃太利刑法準備草案ノ定ムル横領罪（我刑法第二百五十二條乃至第二百五十五條ニ定ムル横領罪）ニ付キ各規定スル所ヲ略示スレハ左ノ如シ。
第一 獨逸刑法準備草案ノ定ムル横領罪ノ大要。

草案ハ横領罪ヲ分テ普通ノ横領罪(Unterschlagung)ト公務上ノ横領罪(Amts-
unterschlagung)トノ二ト爲ス。

(一) 普通ノ横領罪。他人ノ保管ニ存セサル動カシ得ヘキ物ヲ不法ニ領得スルノ所爲。此場合ハ分テ左ノ三ト爲ス。

(甲) 一般ノ横領罪。二年以下ノ禁錮若クハ拘禁又ハ二千マルク以下ノ罰金ヲ以テ處罰ス（二七一條一項）。

(乙) 委託物横領罪。五年以下ノ禁錮又ハ三年以下ノ拘禁若クハ五千マルク以下ノ罰金ヲ以テ處罰ス（二七一條一項前段）。

(丙) 特ニ重キ委託物横領罪。犯罪ノ結果重大ニシテ犯罪者ノ犯罪的心意強固ニシテ且惡ムヘキ場合。一年以上五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス（二七一條一項後段）。

(二) 公務上ノ横領罪。公務員カ其職務上ノ資格ニ於テ受領シ又ハ保管スル金錢又ハ物件ヲ横領スル行爲。此場合ハ分テ左ノ三ト爲ス。

(甲) 通常ノ場合。三月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス（二〇九條一項前段）。

(乙) 故意ニ不實ノ簿記又ハ計算ヲ爲シ又ハ其他欺罔手段アリタル場合。此場合ハ尙ホ分テ二ト爲シ其通常ノ場合ニ於テハ一年以上五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰シ輕減スヘキ情狀アル場合ニ於テハ六月以上五年以下

ノ禁錮ヲ以テ處罰スヘキモノトス(二)項後段。

(丙) 特ニ重キ横領罪。一年以上十年以下ノ懲役ニ處罰ス(二〇九)項。

尙ホ草案ハ普通横領罪ノ未遂ハ之ヲ處罰スヘキ旨ヲ定ム(二七一)項。又懲役以上ノ罪ノ未遂ヲ罰スヘキコトハ總則ノ規定スル所ナリ(七五)條。

第二 埃太利刑法準備草案ノ定ムル横領罪ノ大要。

草案ハ横領罪ヲ分テ一般ノ横領罪 (Unterschlagung) 及ヒ背信的横領罪 (Veruntreuung) ノ二ト爲ス。

(一) 一般ノ横領罪 拾得錯誤其他ノ方法(委託以外)ニ依リ其保管ニ歸シタル他人ノ財物ヲ自己又ハ第三者ノ利益ノ爲メ領得スルノ行爲。此罪ハ分テ左ノ三ト爲ス。

(甲) 單純ナル一般ノ横領罪。六月以下ノ禁錮若クハ拘禁又ハ二千クロー子以下ノ罰金ヲ以テ處罰ス(三四六)條一號。

(乙) 重キ一般ノ横領罪。(イ)公務員カ職務執行ノ際其保管ニ歸シタル物ヲ

横領シ而シテ物ノ價二十五クロー子ヲ超ユルトキ、(ロ)物ノ價五百クロー子ヲ超ユルトキ。四週日以上三年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(三四六)條三號。

(丙) 最モ輕キ一般ノ横領罪。横領シタル物ノ價二クロー子以下ナルトキハ之ヲ罰セス。但公務員カ其職務執行ノ際其保管ニ歸シタル物ヲ横領シタルトキハ此限ニ在ラス(三四六)條四項。

(二) 背信的横領罪。委託セラレタル物ヲ自己又ハ第三者ノ利益ノ爲メニ之ヲ抑留スル所爲。此罪ハ其犯罪ノ情狀ヲ異ニスルニ從ヒ之ヲ分テ左ノ四ト爲ス。

(甲) 通常ノ背信的横領罪。六月以上ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(三四〇)條一號。

(乙) 稍ヤ重キ背信的横領罪。(イ)行爲者カ累犯ナルトキ、(ロ)贓額百クロー子以上五百クロー子以下ノトキ。四週日以上三年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(三四〇)條二項。

(丙) 重キ背信的横領罪。(イ)公職若クハ公務上又ハ公務所ノ委任ニ依リ委

託セラレタル財物ヲ横領シ其物ノ價二十五クロー子ヲ超ユルトキ、(ロ)行爲者カ營業的ニ他人ノ財産ヲ侵シタルトキ、(ハ)物ノ價五百クロー子ヲ超ユルトキ。一年以上五年以下ノ懲役又ハ三月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(三條四)。

(丁) 最モ重キ背信的横領罪。(イ)行爲者カ繼續シテ犯罪ヲ犯シ得ル爲メ變造シ若クハ偽造シタル記入其他ノ詐術ヲ用ヒ而シテ物ノ價五百クロー子ヲ超ユルトキ、(ロ)行爲ニ依リ多數人カ重キ害ヲ蒙リタルトキ、(ハ)行爲者カ營業的ニ他人ノ財産ヲ侵シ而シテ物ノ價五百クロー子ヲ超ユルトキ。一年以上十年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(三條四)。

尙ホ草案ハ埋藏物ニ付テハ以上ノ規定ヲ適用セサルヘキ旨ヲ定ム(三四六條)又草案カ本罪ノ未遂犯ヲ罰スヘキコトハ總則ニ定ムル所ナリ(一四條)。

第八款 評論

第一 我刑法ニ於ケル業務上ノ横領罪ノ規定ハ之ヲ妥當ナリト言フヲ得ヘ

業務上ノ横領罪ノ

規定ハ之ヲ妥當ナリト言フヲ得ヘキ

キカ。公務員カ其職務上保管スル物ヲ横領スルトキハ之ヲ重ク罰スルノ必要アルハ論ヲ俟タス。文明各國最近立法例ニ於テモ亦此精神ヲ認メ之ニ則リタル相當規定ヲ爲シタルコトハ前既ニ之ヲ示シタルカ如シ(六八七條參照)。我舊刑法ニ於テハ之ヲ監守盜ト爲シ重罪トシテ處罰シタリキ(八九條)然ルニ我現行刑法ハ之ヲ改メ極メテ汎博ナル規定ヲ爲シ荷モ業務上保管スル他人ノ物ヲ横領スルノ所爲ハ之ヲ業務上ノ横領罪ト爲シ重罪刑ヲ以テ處罰スヘキ旨ヲ定ム。而シテ其業務ハ公ノ性質ヲ有スルト私ノ性質ヲ有スルトハ之ヲ區別スルコトナク又其業務ノ種類ニ付キ何等制限スル所ナシ。茲ニ於テ乎商家ノ小僧、手代等カ僅少ナル商品又ハ賣上金ヲ費消スルノ行爲アリタルトキハ之ヲ刑事訴訟上重罪ノ手續ヲ履踐シ重罪刑ヲ以テ處罰セサルヲ得ス。此點カ現行法ノ一大缺點トシテ實務家ノ間ニ一般ニ認めラル、ハ廣ク人ノ知ル處ナリ。

第二 現行刑法カ舊刑法ノ冒認罪ノ規定ヲ削除シタルハ失當ニ非サルカ。

現行刑法カ舊刑法

ノノ冒認罪
規シタ
除シタ
ハ失當
ルカニ非
カサル

不動産ノ所有者ニ非スシテ尙ホ登記簿上其所有名義トナリ居ル場合決シテ少シト爲サス。又不動産ノ質權者若クハ抵當權者ニシテ登記簿上其質權又ハ抵當權ノ登記ナキ場合モ亦決シテ珍シト爲サス。故ニ舊刑法ニ於テハ登記簿上他人ノ不動産ニ付キ所有名義ヲ有スル者カ之ヲ他ニ賣却シ又ハ自己ノ不動産ニ付キ質權若クハ抵當權ヲ設定シタル債務者カ未タ其登記ナキヲ奇貨ト爲シ之ヲ他ニ賣却シ又ハ重テ質權若クハ抵當權ヲ設定シテ事實上ノ所有主又ハ質權者若クハ抵當權者ノ權利ヲ害スルノ行爲ヲ罰シタリキ(九二條三)。然ルニ現行法ハ之ヲ削除シタルカ爲メ斯ル行爲ハ法律上之ヲ罰スル能ハサルコト、ナレリ。而シテ大審院ハ登記ト占有トヲ同視シ登記簿上自己ノ名義トナリ居ル他人ノ不動産ヲ他ニ賣却スルトキハ是レ自己ノ占有スル他ノ物ヲ横領シタルノ行爲ナリトシ横領罪ヲ以テ處斷スヘキモノト判示シタレトモ該判決ノ相當ナラサルコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(六六二頁以下參照)。此判決カ假ニ誤ラサルモノトスルモ

斯ル解釋ニ依リ現行法カ冒認罪ヲ削除シタル缺漏ヲ補フニ足ラス。何トナレハ既ニ質權又ハ抵當權ヲ設定シタル不動産ニ付キ未タ登記ヲ了セサルヲ奇貨ト爲シ他ニ登記ヲ經テ之ヲ賣却シ又ハ之ニ付キ重テ質權抵當權ヲ設定スルカ如キ行爲ハ到底之ヲ罰スルニ由ナケレハナリ。

第四節 毀棄及ヒ隱匿ノ罪

凡ソ人ノ所有ニ屬スル物ヲ毀損若クハ棄滅シ其所有權ヲ害スルノ行爲ハ之ヲ指稱シテ物ノ毀棄ト謂フ。我刑法カ物ノ毀棄ヲ規定スルヤ毀棄ノ客體ノ如何ニ依リ區別ヲ立テ先ツ文書、建造物、艦船ノ毀棄ヲ規定シ(刑二五八條)之ニ次テ前三條ニ記載シタル以外ノ物ヲ損壞又ハ傷害シタル者ハ云々ト記載シ以テ文書、建造物及ヒ艦船以外ノ物ノ毀棄(所謂其他ノ毀棄)ヲ規定セリ。然レトモ所謂文書、建造物及ヒ艦船以外ノ物ノ毀棄ハ其客體ノ範圍最モ廣ク且最モ普通ナリ。故ニ講法上ノ便利ヨリスレハ文書、建造物及ヒ艦船以外ノ物ノ毀棄罪ハ之ヲ一般毀棄罪ト爲シ文書、建造物若クハ艦船ノ毀棄罪ハ之ヲ特別ノ毀棄罪ト爲スヲ相當ト爲ス。故ニ簡ヨリ繁ニ入り普通ヨリ特別ニ及ホスノ順序ヲ採用スル本書ニ於テハ先ツ(一)一般毀棄罪(刑二六一條)ヲ説キ次ニ(二)公務所ノ用ニ供スル文書毀棄罪(刑二五八條)(三)權利義務ニ關スル他人ノ文書ノ毀棄罪(刑二五九條)(四)建造物、艦船ノ毀棄罪(刑二六〇條)(五)建造物、艦船ノ毀棄ニ因ル致死傷罪(刑二六〇條)

六〇條(六)準毀棄罪(刑二六)ヲ明ニシ終ニ(七)信書隱匿罪(刑二六)及ヒ(八)毀棄及ヒ隱匿罪ノ告訴(刑二六)ニ及フヘシ。

第一款 一般毀棄罪

第二百六十一條 前三條ニ記載シタル(公務所ノ用ニ供スル文書、權利義務ニ關スル他人ノ文書、建造物及ヒ艦船)以外ノ物ヲ損壞又ハ傷害シタル者ハ三年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス。

第一 客體

毀棄罪ノ客體タルヘキモノハ他人ノ所有ニ屬スル一切ノ物ニシテ動産ナルト不動産ナルトヲ區別セス又何人ノ所持ニ存スルヤハ之ヲ問フノ必要ナシ。而シテ一般毀棄罪ノ客體タルヘキ物ハ他人ノ所有ニ屬スル一切ノ物ノ中公務所ノ用ニ供スル文書、權利義務ニ關スル他人ノ文書、建造物及ヒ艦船ノ四者ヲ除キタル總テノ他人ノ物ナリ。故ニ毀棄罪ノ客體ハ範圍ハ竊盜罪、強盜罪若クハ横領罪ニ比シ遙ニ廣シ。而シテ一般毀棄罪ノ客體タルコトヲ得

ヘキ物ハ大ハ港灣、丘阜、堤防、橋梁、道路、鐵道等、ヨリ小ハ邸宅ノ圍障、園池ノ裝飾、田圃ノ樊園、牧場ノ柵欄、其他土地ノ疆界ヲ示ス、工作物ヲ始メトシ各種ノ竹木、家畜類、家具、調度、其他皿、小鉢等、零碎ノ器物類ニ至ル迄ノ一切ノ財物ヲ包含ス。又天皇ノ文書、中公務所ノ用ニ供セラレサル文書例ヘハ宸翰ハ如キモ亦本罪ノ客體ナリ。故ニ本罪ノ客體ノ大ナルモノニ至リテハ數千萬圓若クハ數億圓ヲ價スルモノアルヘク其最モ小ナルモノニ至リテハ數錢ヲタモ價セサルモノアルヘシ。而シテ上記客體ノ中獨リ本罪ノ客體タルヲ得ルノミナラス同時ニ別種ノ罪例ヘハ往來ヲ妨害スルノ罪(刑一一二四條)乃(刑一一二九條)ノ客體タルヲ得ルモノナキニ非ス。例ヘハ道路、橋梁又ハ鐵道ノ如キハ其例ナリ。然リト雖モ此等ノ物カ工事中ニシテ未タ竣工スルニ至ラサルトキハ假令落成ニ近キモ尙ホ往來ヲ妨害スル罪ノ客體タル能ハスシテ獨リ本罪ノ客體タルヲ得ルノミ。

共有者ハ共有物ノ全部ニ付キ權利ヲ有スルヲ以テ共有物ハ毀棄罪ニ關シ

他人ノ物ナリト解スヘキナリ。

第二 所爲

毀棄ノ意

毀棄罪ハ物ヲ毀損シ又ハ之ヲ棄滅スルノ行爲アルニ依リ成立ス。物ノ毀損トハ物ノ實質ヲ損傷シ又ハ其效用ヲ妨クルヲ謂フ。物ノ棄滅トハ毀損ノ度甚タシク物ノ實質ヲ喪失セシムルカ又ハ其效用ヲ絶無ナラシムルヲ謂フ。多少物ニ毀損ヲ加フルモ其毀損ノ程度輕微ニシテ物ノ實質ヲ害シタリト謂フ能ハサルカ又ハ其效用ヲ妨ケタリト謂フ能ハサル場合ニ在リテハ未タ物ヲ毀棄スルノ所爲アリタルモノト謂フ能ハス。換言スレハ斯ノ如キ輕微ナル毀損ハ法律カ物ノ毀棄ナリトシテ之ヲ罰スルノ程度ニ達シタルモノト謂フ能ハス。

物ノ毀棄又ハ棄滅ハ獨リ物ノ實質ニ付キ之ヲ觀察スルヲ得ルノミナラス其效用ニ付テモ亦之ヲ觀察スルヲ得ルモノトス。故ニ物ハ有形的若クハ無形的ニ其實質ヲ毀損若クハ棄滅シ得ルノミナラス又其效用ヲ毀損若クハ棄

電氣ノ漏出

滅スルヲ得ルモノトス。例ヘハ器物ヲ毀壞シ若クハ家畜ヲシテ精神病ニ罹ラシムルカ如キハ有形的ニ物ノ實質ヲ棄滅シ若クハ無形的ニ物質ヲ毀損スルノ例ナリ。又例ヘハ器物ニ汚穢物ヲ盛り金ノ指環ヲ海中ニ投入シ飼養セル小鳥ヲ放逸セシムルカ如キ場合ハ物ノ實質ハ之ヲ害セサルモ其效用ヲシテ毀損(減少)若クハ棄滅(喪失)セシムルノ例ニシテ物ノ毀棄タルヲ失ハス。之ト同シク瓦斯ヲ放散セシムルカ如キ酒類ヲ漏出セシムルカ如キモ亦物ノ毀棄ナリト解スルヲ得ヘシ(註一)。之ト同一理ニ依リ電氣ヲ漏出セシムルカ如キハ之ヲ他トノ權衡上ヨリスレハ物ノ毀棄罪ナリト爲スヲ相當トスヘキカ如シト雖モ我刑法ニ於テハ電氣ハ竊盜強盜詐欺及ヒ恐喝ノ四罪ニ付テハ之ヲ物ト看做スヘキ旨ノ規定(二四一五條)アルモ毀棄罪ニ關シテハ斯ル法文ナキヲ以テ如上ノ解釋ヲ下ス能ハサルコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(五六五頁以下參照)。

(註一) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『條文ニ所謂毀棄若クハ損壞トアルハ單ニ物質的ニ器物其物ノ形體ヲ變更又ハ滅盡セシムル場合ノミナ

積極的毀棄
的毀棄

毀棄ノ物
減價ノ増

ラス事實上若クハ感情上其物ヲシテ再々本來ノ目的ノ用ニ供スルコト能ハサル状態ニ至ラシメタル場合ヲモ包含セシムルモノト解釋スルヲ相當トス(四二年大審院判決録四五三頁)。又曰ク「他人ノ養魚池ニ敷設シアル水門ノ板及ヒ格子戸ヲ取外シ鯉魚ヲ流失セシメタル所爲ハ刑法第二百六十一條ニ所謂物ノ傷害ニ該當ス」(四四年大審院判決録一九七頁)。

物ノ毀棄ハ積極的行爲ニ依リ之ヲ爲スヲ普通トス。例へハ港阜若クハ工事中ノ橋梁ヲ損壞シ又ハ竹木家畜類ヲ傷害スルカ如キハ積極的行爲ニ依リ物ヲ毀損スルノ例ナリ。又物ノ毀棄ハ消極的所爲ニ依リ之ヲ爲スヲ得。例へハ飼養ノ爲メ託セラレタル家畜類ニ對シ飼料ヲ與ヘスシテ之ヲ餓死セシムルカ如キハ消極的所爲ニ依リ物ヲ毀棄スルノ例ナリ。

物ヲ毀棄スル所爲アルトキハ之ニ因リ其價ヲ減スルヲ普通トスルモ毀棄ノ所爲如何ニ依リテハ其價ヲ増加スル場合ナキニ非ス。斯ル場合ニ於テモ尙ホ毀棄罪ヲ構成スルコトナシト爲サス。例へハ文人墨客カ擅ニ他人ノ絹地ニ書畫ノ揮毫ヲ爲シタル場合ノ如キ又ハ瑕疵アル物ノ賣主カ之ニ關スル訴訟中相手方ニ屬スル物(其賣物)ニ修補ヲ加ヘ以テ檢證上ノ利益ヲ失ハシム

損壞又ハ
傷害ト毀
棄

ルカ如キ場合ニ於テモ尙ホ毀棄罪ヲ構成スルコトアルヘシ(註二)。

(註二) 同題旨 獨逸帝國裁判所判例、フランク氏(E. 33, 177; Frank, S. 303 II. 1.)。

一般毀棄罪ヲ規定シタル第二百六十一條ノ法文ニ於テハ毀棄ナル文字ニ代フルニ損壞若クハ傷害ノ文字ヲ用ヒタルハ蓋シ同條ノ客體ハ動植物ヲ始メ各種ノ物ヲ包含スルカ故ニ有機物ニ對スル毀棄ハ之ヲ傷害ナリト爲シ無機物ニ對スル毀棄ハ之ヲ損壞ナリト爲シ物ノ毀棄ナル意義ヲ適切ニ表示セント試ミタルニ過キサカ如シト雖モ果シテ其目的ヲ達スルヲ得ルヤ否ヤニ付テハ頗ル疑ナキ能ハス。何トナレハ本罪ノ客體ハ前既ニ述ヘタルカ如ク他人ニ屬スル一切ノ物ヲ包含スルカ故ニ損壞傷害ノ如キ文字ニ依リテハ毀棄ノ或種ノ所爲ハ到底之ヲ表ハス能ハサルモノナシトナサス。例へハ瓦斯ヲ放散セシメ酒類ヲ漏出セシメ金指環ヲ海中ニ投シ小鳥ヲ放逸セシムルカ如キ所爲ハ到底損壞若クハ傷害ノ文字ニ依リ之ヲ表ハス能ハサルカ如シ。故ニ若シ此ノ如キ用語ノ區別ヲ爲サント欲セハ須ク其客體及ヒ所爲ノ如何

ニ應シ各其適切ナル文字ヲ使用スヘク然ラサレハ寧ロ一般ニ毀棄ナル文字ヲ用フルノ無難ナルニ如カス。

毀棄罪ヲ構成スルニハ故意アルヲ必要トス。過失ニ因ル物ノ毀棄ハ罪ト爲ラス。毀棄罪ニ必要ナル故意トハ例ヘハ其物カ他人ニ屬スルコトヲ知ルコト又ハ物ノ毀損若クハ棄滅ノ結果ヲ生スルコトヲ豫知スルコト是ナリ。故ニ其他人ニ屬スルコト又ハ斯ノ如キ結果ヲ生スルコトヲ豫知セサルニ出テタル行爲ハ罪ト爲ラス。

第二款 公務所ノ用ニ供スル文書毀棄罪

第二百五十八條 公務所ノ用ニ供スル文書ヲ毀棄シタル者ハ三月以上七年以下ノ懲役ニ處ス。

第一 客體

公務所ノ用ニ供スル文書トハ公務所カ其使用ニ供スル爲メ保管スル公務所ニ屬スル文書ヲ謂フ。而シテ公務所ノ用ニ供スル文書トハ舊刑法第二百

公務所ノ用ニ供スル文書ノ意義

三條第二項ノ所謂官ノ文書及ヒ同法第二百五條ノ所謂官吏ノ管掌ニ係ル文書ト其意義ヲ同ウス。而シテ其作製カ一人ニ係ルト公務員ニ係ルトハ之ヲ問フ所ニ非ス。故ニ例ヘハ一人カ裁判所ニ差出シタル訴狀ノ如キモ裁判官カ裁判ノ爲メ又ハ後日必要アル際ニ當リ之ヲ文書トシテ使用スル爲メ保管スルモノニ係ルトキハ之ヲ公務所ノ用ニ供スル文書ト謂フコトヲ得ヘシ。

公務所ノ用ニ供スル文書タル以上ハ其文書カ捺印署名等其他形式ニ於テ缺如セルカ爲メ刑事訴訟法上之ヲ證據トシテ採用スルコト能ハサルモノタルニモセヨ文書自體カ公務所ノ用ニ供セラル、モノナルトキ換言スレハ公務所カ之ヲ刑事訴訟法上ノ證據以外ノ目的ノ爲メニモ使用スルヲ得ルモノナルトキハ本罪ノ客體タルヲ得ルモノトス(註三)。

(註三) 同趣旨ナラン 大審院判例。

判例ニ曰ク『(上略)之ヲ無効ノ書類ナリトスルモ只犯罪ノ證據トシテ效力ナキニ止マルヲ以テ公吏カ其職權内ニ於

第二章 物權ヲ害スル罪 第四節 毀棄及ヒ隠匿ノ罪

形式ヲ缺ケル文書

テ作成シタル文書ナル以上ハ其方式ニ欠缺アルモ公務所ノ用ニ供スル文書ニアラスト云フヲ得ス云々(四三二年大審院判決録二〇五〇頁)。

廢紙ニ屬スル文書

之ニ反シテ公務所ニシテ之ヲ文書トシテ使用セサル意ヲ明ニシタル文書ノ如キハ假令公務所ノ保管ニ係ルモ公務所ノ用ニ供スル文書ト謂フ可カラズ。例ヘハ裁判所ニ於テ保存期限ヲ經過シタルモノトシテ之ヲ破毀スルコトニ決定シタル文書ノ如キハ最早公務所ノ用ニ供スル文書ト謂フ能ハサルカ如シ(註四)。

(註四) 参照スヘキ判例。

判例ニ曰ク『保存期限ヲ經過シタル官文書ト雖モ之ヲ毀棄スルニ於テハ文書毀棄ノ罪ヲ構成スルモノトス』(四三二年大審院判決録九八七頁)。

私人ノ手歸シタル官公文書

又、公務所ノ用ニ供スル文書ナリシモ、既ニ其用ニ供セラレテ今ハ私人ノ處分權内ニ存スルモノナルトキハ是レ公務所ノ用ニ供スル文書ナリト謂フ能ハス。例ヘハ未タ送達セラレサル判決正本ハ公務所ノ用ニ供スル文書(即チ送達ナル公法上ノ行動ヲ爲)ナレトモ其一旦一私人ニ送達セラレタル以上ハ

公務所ノ用ニ供スルモノトシテ之ニ屬セサル文書

既ニ一私人ノ處分權内ニ屬シタルモノニシテ公務所ノ用ニ供スル文書ト謂フ可カラサルカ如シ。

又、公務所ノ用ニ供スル文書タル事ハミヲ以テ充分ナリト爲サズ公務所ニ屬スル文書トシテ公務所ノ用ニ供スルモノナルヲ要ス。故ニ假令公務所ノ用ニ供スルモ公務所ニ屬スルモノトシテ使用セラレサルモノナルトキハ公務所ノ用ニ供スル文書ト謂フ能ハス。例ヘハ裁判所カ當事者ノ提出シタル證書ノ本書ヲ一時保管シ裁判官ノ考覈ヲ作ランカ爲メ之ヲ使用スルコトアルモ之ヲ以テ直ニ公務所ノ用ニ供スル文書ト謂フ能ハサルカ如シ。之ニ反シテ裁判所ノ訴訟記録ニ付綴スル爲メ提出シタル證據物寫ノ如キハ裁判所ニ屬スヘキモノニシテ一私人ニ屬スヘキモノニ非サルヲ以テ之ヲ毀棄スルトキハ本罪ヲ構成スヘキモノトス。

公務所ノ用ニ供スル文書中主要ナルモノヲ舉クレハ詔書、官文書、公文書及ヒ公務所ノ帳簿、圖畫等是ナリ。

第二 所爲

文書ハ之ヲ物質的ニ毀損シ又ハ棄滅スル場合ハ勿論苟モ文書ノ效用ヲ失ハシムルノ所爲即チ文書ヲシテ文書タルノ用ニ供スル能ハサルニ至ラシムルノ所爲アルトキハ本罪ヲ構成ス。又文書ノ全部ヲ利用スル能ハサルニ至ラシメタル場合ハ勿論其一部ヲ利用スル能ハサルニ至ラシメタル場合モ尙ホ毀棄ノ所爲アリタルモノト謂フヲ得ヘシ。例ヘハ證書ノ重要ナル内容ヲ組成スル文字ヲ抹消スルカ如キハ證書ノ毀棄ナリ。之ヲ要スルニ文書ノ内容ノ全部又ハ其必要ナル一部ヲ知ル能ハサルニ至ラシムルノ所爲ハ文書ノ毀棄罪ヲ構成スヘキ所爲ナリ(註五)。

(註五) 同趣旨 大審院判例、勝本勘三郎、小崎傳、泉二新熊、牧野英一諸氏。

判例ニ曰ク「他人ノ帳簿ヲ抹消シ其效用ヲ失ハシメタル所爲ハ器物毀棄罪ヲ以テ論ス」(一九二九年大審院判決録二卷九六頁)。又曰ク「保證人トシテ證書ニ連署シタル者カ其義務ヲ免レンカ爲メ債權者ヨリ證書ノ交付ヲ受ケ擅ニ證人ノ文字ヲ立會人ト變更シ之ヲ返付シタル所爲ハ證書ノ變造行使罪ニ非スシテ刑法第四百二十四條(舊)ニ所謂人ノ權利義務ニ關スル證書毀棄ノ罪ヲ構成ス」(三七年大審院判決録三六四頁)。又曰ク「證書毀棄ノ罪ハ權利義務ニ關スル

證書ノ所有者又ハ所持者ヲシテ其權利義務ニ關スル證據ノ全部又ハ一部ヲ失却セシムルノ目的ヲ以テ之ヲ毀損シ其全部又ハ一部ヲ利用シ得サルニ至ラシムル行爲ノ全體ナリ」(三九年大審院判決録一〇五九頁)。又曰ク「登記官吏ノ受理シタル登記申請書中登録税印紙貼用ノ部分ハ該印紙ニ對シ消印ノ手續ヲ了シタルト否トナ間ハ申請書ト一體ヲ成スモノニシテ該文書ハ其貼用印紙ト相待テ法律上登記申請書タル效力ヲ有スルモノトス。從テ登記官吏カ職務上保管スヘキ登記申請書ヨリ其貼用印紙ヲ剝離シテ竊取シタル所爲ハ官文書毀棄罪及ヒ監守盜ノ二罪ヲ構成ス」(四一年大審院判決録四六九頁)。尙ホ勝本勘三郎氏刑法新義下卷四八三頁。小崎傳氏日本刑法論各論九三二頁。泉二新熊氏日本刑法論八七一頁。牧野英一氏刑法通義一八版四一三頁等參照。

此罪ヲ構成セムニハ公務所ノ用ニ供スル文書ヲ毀棄シタル事實アルヲ以テ充分ナリト爲サス尙ホ公務所ノ用ニ供スル文書タルコトヲ知テ之ヲ毀棄スルノ故意アルコトヲ必要トス。

第三款 權利義務ニ關スル他人ノ文書 毀棄罪

第二百五十九條 權利義務ニ關スル他人ノ文書ヲ毀棄シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス。

第二章 物權ヲ害スル罪 第四節 毀棄及ヒ隱匿ノ罪

第一 客體

(一) 權利義務ニ關スル文書タルコトヲ要ス。權利義務ニ關スル文書トハ權利義務ノ存否得喪若クハ變更ヲ證明シ得ル文書ヲ謂フ。而シテ始メヨリ權利義務ヲ證明スル意思ヲ以テ作製シタル文書ハ勿論苟モ之ヲ以テ權利義務ヲ證明シ得ヘキ文書ナルトキハ悉ク之ヲ權利義務ニ關スル文書ナリト謂フヲ得ヘシ。前者ハ之ヲ故意ニ基ク文書ト稱シ後者ハ之ヲ偶然文書ト謂ヒ共ニ本罪ノ客體タルヲ得ヘシ(頁以下參照)。苟モ權利義務ニ關スル文書ナル以上ハ其證明力ノ強弱ハ敢テ問フ所ニ非ス。故ニ其公務所ノ作製シタル文書(公文書又ハ)ナルト一私人ノ作製シタル文書(私文書)ナルトハ之ヲ問フヲ要セス。

(二) 他人ノ文書タルコトヲ要ス。他人ノ文書トハ他人ニ屬スル文書ニシテ其人カ之ヲ文書トシテ使用スル意思アルモノヲ謂フ。文書ニシテ何人ニモ屬セサルカ又ハ自己ニ屬スルモノナルトキハ假令他人ノ保管ニ存スル

トキト雖モ此罪ノ客體タルヲ得ス。又他人ニ屬スル文書ナルモ其人カ之ヲ文書トシテ使用スル意思ナキコト明白ナルトキハ文書ナリト謂フ能ハス。例ヘハ他人カ故意ニ紙屑籠ニ投入シタル文書ノ如キハ之ヲ毀棄スルモ此罪ヲ構成セサルカ如シ。文書ニシテ他人ト共有ニ屬スルトキハ共有分ハ他人ニ屬スルヲ以テ斯ル文書モ亦此罪ノ客體タルコトヲ得ルモノトス。

第二 所爲

文書ノ毀棄ノ意義如何ハ前既ニ之ヲ説明シタルカ如シ(七〇六頁參照)。唯タ茲ニ研究ヲ要スルハ自己ノ占有ニ存スル他人ノ文書ヲ毀棄シタルトキハ文書毀棄罪ヲ構成スルハ又ハ横領罪ヲ構成スルハ疑問是ナリ。余ハ此兩者ノ區別ニ付テハ文書ヲ領得スルノ意思ノ有無ニ依リ之ヲ決セント欲ス。即チ毀棄者ニシテ領得ノ意思アルトキハ之ヲ横領罪トナシ之ニ反シテ此意思ナキトキハ之ヲ毀棄罪ナリト解セント欲ス。例ヘハ自己ノ差入レタル債權ノ

證書ヲ預リ居リタルヲ奇貨トシテ之ヲ毀棄シタル場合ノ如キハ自己ノ利益ヲ圖リタルモノニシテ領得ノ意思アルモノト認定シ得ヘケレハ之ヲ横領罪ト爲スヲ相當トスルカ如シ。之ニ反シ自己又ハ第三者ノ利益ヲ圖リタルニ非スシテ單ニ文書ノ所有者ニ損害ヲ加ヘントスル目的ヲ以テ自己ノ占有ニ存スル他人ノ文書ヲ毀棄シタルトキハ領得ノ意思アルモノト認ムル能ハサルヲ以テ之ヲ毀棄罪ナリト解スヘキナリ(註六)。毀棄罪ナリト解スヘキ場合ニ於テ之ト背任罪トニ付キ第五十四條第一項後段ヲ適用スヘキ場合アルヘキナリ。

(註六) 同感旨 泉二新熊氏。

氏曰ク『毀棄ハ財産ニ對スル罪ニシテ他ノ財産ニ對スル罪ト異ナルハ横領ノ目的ナキ點ニアリ』(日本刑法論八四〇頁)。

文書毀棄罪ヲ構成セムニハ他人ニ屬スル文書ヲ毀棄シタルノ事實アルヲ以テ足レリト爲サス權利義務ニ關スル他人ノ文書タルコトヲ知テ之ヲ毀棄

スルノ故意アルコトヲ必要トス。故ニ若シ過失ニ因リ又ハ權利義務ニ關スル文書ナルコトヲ知ラスシテ之ヲ毀棄シタルトキハ此罪ヲ構成セス。

第四款 建造物、艦船ノ毀棄罪

第二百六十條 他人ノ建造物又ハ艦船ヲ損壞シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス。

(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)。

第一 客體

建造物トハ家根及ヒ周壁ヲ有シ人ノ出入シ得ル工作物ニシテ土地ニ定着スルモノヲ謂フ(尙ホ建造物ノ意義ニ關シテ參照)。故ニ建造物ハ家屋、倉庫、屋舎ノ類ヲ指稱スルモノナリ。築港、堤防、橋梁、道路、鐵道、電柱、紀念碑、墳墓其他ノ工作物等ノ如キハ建造物ノ意義中ニ包含セス。

艦船トハ軍艦及ヒ船舶ノ總稱ナリ。然レトモ茲ニ所謂艦船ハ建造物ト相對シ特別毀棄罪ノ客體ヲ成スモノナレハ船舶中最モ小ナルモノ例ヘハ短艇若クハ之ト同視スヘキ小舟ノ如キハ法文ノ所謂艦船中ニ包含セサルモノト

建造物

艦船

解スルヲ相當トス。

茲ニ注意ヲ要スヘキハ本罪ノ客體タルノ艦船ハ之ニ人ノ現在セサルコトヲ要スル一事是ナリ。若シ之ニ人ノ現在スルトキハ本罪ノ客體ニ非スシテ別罪(刑一三)ノ客體ナリ。之ニ反シテ本罪ノ客體タル建造物ハ之ニ人ノ現在スルヤ否ヤヲ問ハス又其人ノ住居ニ使用セラル、ト否トハ之ヲ區別スルコトナク常ニ本罪ノ客體タルヲ得ヘシ。

本罪ノ客體タルヘキ建造物又ハ艦船ハ他人ニ屬スルモノナルコトヲ要ス。他人ト共有ニ係ル物ナルトキハ共有者ハ全部ニ付キ權利ヲ有スルヲ以テ共有物ハ毀棄罪ニ關シテハ之ヲ他人ニ屬スルモノト解スルヲ以テ相當トナス。自己所有ノ建造物ナルトキハ法律ニ特ニ定メタル場合ニ於テ別罪(刑一一五、九六、二)ノ客體タルヲ得ルノミ。

第二 所爲

本罪ハ建造物又ハ艦船ヲ毀損シ若クハ之ヲ棄滅スルノ行爲アルニ依リ成

立ス。建造物又ハ艦船ニ多少ノ毀損ヲ加フルモ其毀損ノ程度輕微ニシテ建造物又ハ艦船ノ實質ヲ害シタリト謂フ能ハサルトキハ法律上毀棄アリタルモノト謂フ能ハサルハ一般毀棄罪ニ付キ説明シタル所ト異ラス。其他本罪ヲ構成スヘキ所爲ニ付テハ一般毀棄罪ニ付キ説明シタル所ニ依リ之ヲ類推スルヲ得ヘシト雖モ茲ニ説明ヲ要スルハ毀棄ノ手段ナリ。火力ヲ用ヒテ建造物又ハ艦船ヲ毀棄スルトキハ本罪ヲ構成セスシテ放火罪ヲ構成スヘク(刑一〇八條)又火藥、汽罐其他激發スヘキ物ヲ破裂セシメテ建造物又ハ艦船ヲ毀棄スルトキハ準放火罪ヲ構成ス。又溢水セシメテ現ニ人ノ住居ニ使用シ又ハ人ノ現在スル建造物ヲ浸害スルトキハ溢水罪ヲ構成ス。之ヲ要スルニ本罪ノ手段ハ上記以外ノ方法ヲ以テスルコトヲ要ス。建造物又ハ艦船ノ毀棄ハ法文ニ之ヲ毀棄ト謂ハスシテ損壞ト稱ス(刑一七條、二六〇條)尤モ艦船ノ一用ニ例アリ、(一二六條、一二七條)。

第五款 建造物、艦船ノ損壞ニ因ル致死傷罪

第二百六十條

(他人ノ建造物又ハ艦船ヲ損壞シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス)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。

行爲者カ建造物又ハ艦船ヲ毀棄スルノ故意ニ基キ之ヲ毀棄シタルニ意外ニモ人ノ死傷ヲ惹起シタルトキハ建造物艦船ノ損壞ニ因ル致死傷罪ヲ構成ス。之ニ反シテ始メヨリ人ノ死傷ノ結果ヲ惹起スルコトアルヘキヲ豫知シテ建造物又ハ艦船ヲ損壞シタルトキハ手段タル建造物艦船ノ毀棄罪ト結果タル殺人罪若クハ傷害罪ノ想像上ノ二罪ナリ。故ニ殺人ノ結果ヲ豫知シタルトキハ殺人ノ既遂罪若クハ未遂罪ト毀棄罪ノ法條及ヒ第五十四條ヲ適用シテ處斷スヘク又單ニ傷害ノ結果ノミヲ豫知シタルトキハ傷害罪ト毀棄罪ノ法條及ヒ第五十四條ヲ適用スヘキモノトス。

第六款 準毀棄罪

第二百六十二條

自己ノ物ト雖モ差押ヲ受ケ物權ヲ負擔シ又ハ貸貸シタルモノヲ損壞又ハ傷害シタルトキハ前三條ノ例ニ依ル。

毀棄罪ノ客體ハ他人ノ所有ニ屬スル物タルコトハ前既ニ述ヘタル如シ(六九)

六頁以下參照)。然ルニ法律ハ自己ノ物ト雖モ他人ノ物ニ準シ毀棄罪ノ客體タルヲ得ヘキ場合ヲ定ム。準毀棄罪ノ場合即チ是ナリ。此罪カ他ノ毀棄罪ト異ル

點ハ客體ニ在リ。左ニ之カ略説ヲ試ムヘシ。

第一 差押ヲ受ケタル自己ノ物。

差押トハ公務員ニ依リ差押ヘラレタルヲ謂フ。差押ハ(一)行政法上ノ目的ヲ以テ行フコトアリ。例ヘハ行政警察ノ目的ヲ以テ警察官カ治安ニ妨害アリト認メタル文書ノ差押ヲ爲スカ如シ。又(二)刑事訴訟法上ノ目的ヲ以テ行フコトアリ。例ヘハ犯罪ノ證據物件トシテ裁判官カ贓品ノ差押ヲ爲スカ如シ。或ハ又(三)民事訴訟法上ノ目的ヲ以テ行フコトアリ。例ヘハ強制執行又ハ假差押若クハ假處分ノ執行トシテ執達吏カ物件ノ差押ヲ爲スカ如シ。斯ノ如ク公務員ニ依リ差押ヘラレタル物件ハ所有者ト雖モ之ヲ自由ニ處分スル能ハス。然ルニ所有者之ヲ損壞又ハ傷害シタルトキハ法律ハ其客體ノ如何ニ依リ或ハ權利義務ニ關スル他人ノ文書ノ毀棄罪(刑二五)ニ依リ或ハ建造

物、艦船ノ毀棄罪(刑二六)ニ依リ或ハ一般毀棄罪(刑二六)ニ依リ之ヲ處斷スヘキモノトス。

第二 物權ヲ負擔シタル自己ノ物。

物ニ動産アリ不動産アリ。動産ハ質物トシテ之ヲ他人ニ差入ル、コトヲ得ヘシ。又先取特權若クハ留置權ノ目的物ト爲ルコトアリ。而シテ不動産ハ抵當權又ハ質權地上權永小作權先取特權ノ目的物ト爲ルヲ得ヘシ。斯ノ如ク自己ノ物ト雖モ既ニ物權ヲ負擔シタルトキハ之ヲ自由ニ處分スルヲ得サルモノトス。若シ既ニ物權ヲ負擔シ居ルニ拘ハラズ自由ニ之ヲ處分スルトキハ是レ他人ノ物權ヲ害スルモノナリ。故ニ之ヲ毀棄シタルトキハ物權ヲ負擔シタル自己ノ物ハ差押ヲ受ケタル自己ノ物ト同シク第二百五十九條第二百六十條及ヒ第二百六十一條ノ區別ニ從ヒ之ヲ罰スヘキモノトス。

第三 賃貸シタル自己ノ物。

賃貸シタル物トハ賃貸人カ賃料ヲ得テ賃借人ニ賃貸シ其使用又ハ收益ヲ

許シタル物ナリ。然ルニ賃貸人カ之ヲ自由ニ處分シ得ルモノトセハ賃借人ノ權利ヲ害スルコト、爲ルヘシ。是レ法律カ前述二個ノ場合ト同シク賃貸シタル自己ノ物ノ毀棄ヲ罰スル所以ナリ。

第七款 信書隱匿罪

第二百六十三條 他人ノ信書ヲ隱匿シタル者ハ六月以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ五十圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス。

第一 客體

他人ノ信書トハ特定ノ人ヨリ特定ノ人ニ對スル意思ヲ傳達スル手段タルヘキ文書ナリ。而シテ其文書ハ發信人及ヒ受信人ニ屬スルモノナリ。從テ發信人及ヒ受信人ニ屬スル文書ハ其他ノ者ヨリ見レハ總テ他人ノ文書ナリトス。信書ニシテ既ニ意思傳達ノ用ヲ達シタル以上ハ最早信書ト謂フ可カラシテ一般ノ文書ト爲ル。而シテ其文書ニシテ權利義務ニ關係スルトキハ權利義務ニ關スル他人ノ文書ノ毀棄罪ノ客體タルヘク又權利義務ニ關ス

ルモノニ非サルトキハ一般毀棄罪ノ客體タルヘキモノニシテ本罪ノ客體タルヘキモノニ非ス。

信書トハ獨リ封書ノミナラス葉書ヲモ包含ス。而シテ信書モ亦一ノ文書ニ外ナラサルヲ以テ之ヲ隱匿スルニ止ラス之ヲ毀棄スルトキハ其文書ノ性質ニ從ヒ他ノ毀棄罪ヲ構成スルコトアルヘキハ言ヲ俟タス。換言スレハ文書ハ本罪ノ客體タルヲ得ルト同時ニ他ノ毀棄罪(文書毀棄罪及一般毀棄罪)ノ客體タルヲ得ルモノトス。

第二 所爲

信書ノ效用ハ意思ノ傳達ニ在リ。然ルニ第三者カ信書ヲ途中ニ遮リテ之ヲ隱匿スルトキハ信書ノ目的ハ之ヲ達スルコトヲ得スシテ信書ノ效用ハ全然妨害セラレタルモノト謂フヘシ。此趣旨ヨリスレハ信書ノ隱匿ハ信書ノ毀棄ト擇ム所ナシ。是レ此罪ヲ以テ毀棄罪ト同一ノ章ニ規定シタル所以ナラムカ。行爲者カ信書ヲ水中ニ投シ又ハ之ヲ燒棄スルカ如キ行爲ヲ爲スト

キハ是レ信書隱匿タルニ止ラスシテ之ヲ毀棄シタルモノナレハ斯ル所爲ハ或ハ文書毀棄罪ヲ構成シ或ハ一般毀棄罪ヲ構成スヘキモノトス。

信書ニシテ郵便官署ノ取扱中ニ係ルトキハ郵便法第五十二條ノ適用ヲ受クヘキモノニシテ信書隱匿罪ノ客體タルヘキモノニ非ス(註七)。

(註七) 郵便法第五十二條ニ曰ク『郵便官署ノ取扱中ニ係ル郵便物ヲ正當ノ理由ナクシテ開披、毀損、隱匿若シハ拋棄シタル者又ハ受取人ニ非サル者ニ交付シ若シハ情ヲ知ツテ之ヲ受取リタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス』尙ホ第二項ニ『郵便事務ニ從事スル者前項ノ所爲アリタルトキハ本刑ニ一等ヲ加フ』ト在リ。

信書隱匿罪ヲ構成セムニハ單ニ他人ノ信書ヲ隱匿シタルノ事實アルヲ以テ足レリトセス他人ノ信書タルヲ知テ之ヲ隱匿スルノ故意アルヲ要ス。故ニ過失ニ因リ又ハ他人ノ信書タルヲ知ラスシテ之ヲ爲スモ此罪ヲ構成スヘキモノニ非ス。

第八款 毀棄及ヒ隱匿ノ罪ノ告訴

第二百六十四條 第二百五十九條、第二百六十一條及ヒ前條ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ

論ス。

毀棄罪ノ中最モ廣ク且最モ普通ナル一般毀棄罪及ヒ權利義務ニ關スル他人ノ文書ノ毀棄罪ハ親告罪ニシテ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキモノニ屬ス。毀棄罪中親告罪ニ非サルモノハ公務所ノ用ニ供スル文書ノ毀棄罪及ヒ建造物、艦船ノ毀棄罪ノ二者ニ過キス。信書ノ隱匿罪モ亦親告罪ナリ。蓋シ權利義務ニ關スル他人ノ文書ノ毀棄罪ヲ親告罪ト爲シタルハ此罪ハ被害者ノ告訴ナキ限リハ其毀棄シタル文書カ果シテ權利義務ニ關スルモノナルヤ否ヤ明ナラサルコトアルヘク又權利義務ニ關係アルモノトスルモ或ハ不必要ニ歸シタルモノナシトセサレハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スルヲ相當トシタルモノナルヘシ。又一般毀棄罪ヲ親告罪ト爲シタル理由ニ至リテハ甚タ了解ニ苦シムモノナシトナサス。然レトモ強テ立法者ノ意思ヲ忖度スレハ蓋シ一般毀棄罪ノ客體中ニハ極メテ輕微ナル物多キカ故ニ斯ル物ノ毀棄罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論スルヲ相當ト爲シタルモノ、如シ。信書隱匿罪ハ原來輕微ナル

犯罪ナルカ故ニ親告罪ト爲シタルモノナルヘシ。

第九款 刑罰

(一) 一般毀棄罪ハ三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罰スヘク(刑二六) (二) 公務所ノ用ニ供スル文書ノ毀棄罪ハ三月以上七年以下ノ懲役ヲ以テ處罰スヘク(刑二五) (三) 權利義務ニ關スル他人ノ文書ノ毀棄罪ハ五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰スヘク(刑二五) (四) 建造物又ハ艦船ノ毀棄罪モ亦五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰スヘク因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ傷害ノ罪ニ比シ重キニ從テ處斷スヘキモノトス(刑二六) 〇。準毀棄罪ハ(一)(三)(四)ト同一ノ刑ヲ以テ處罰スヘキモノトス(刑二六) 二條。

信書隱匿罪ハ六月以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ五十圓以下ノ罰金若クハ科料ヲ以テ處罰スヘキモノトス(刑二六) 三條。

第十款 最近立法例ノ定ムル毀棄罪

千九百九年獨逸刑法準備草案及ヒ同年埃太利刑法準備草案ノ定ムル毀棄

罪(我刑法第二百五十八條乃至第二百六十)ニ付キ各規定スル所ヲ略示スレハ左ノ如シ。

第一 獨逸刑法準備草案ノ定ムル毀棄罪ノ大要。

草案ハ毀棄罪ヲ分テ(一)物ノ毀棄罪(Sachbeschädigung)及ヒ(二)財産侵害罪(Vermögensbeschädigung)ノ二ト爲ス。

(一) 毀棄罪。他人ノ物ヲ故意ニ毀損シ若クハ棄滅スルノ行爲ヲ謂フ。此罪ハ更ニ分テ(甲)一般毀棄罪(乙)公共ニ對スル毀棄罪ノ二ト爲ス。

(甲) 一般毀棄罪。普通ノ場合ハ三マルク以下ノ罰金又ハ二年以下ノ拘禁若クハ禁錮ヲ以テ處罰シ特ニ重キ場合即チ犯罪ノ結果重大ニシテ行爲者ノ犯罪的心意強固ニシテ且惡ムヘキモノナルトキハ三月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(二八九)。

(乙) 公共ニ對スル毀棄罪。毀棄罪ノ客體カ國ニ存スル宗教上ノ祭祀ノ目的物ナルカ又ハ禮拜ノ爲メ捧ケラレタル物ナルカ又ハ墓碑埋葬所記念

碑ナルカ又ハ公衆展覽ノ爲メ陳列セラレタル物ナルカ其他公衆ニ依リ使用セラル、物ナルトキ。普通ノ場合ハ三年以下ノ禁錮若クハ拘禁又ハ五千マルク以下ノ罰金ヲ以テ處罰ス。特ニ重キ場合即チ犯罪ノ結果重大ニシテ行爲者ノ犯罪的心意強固ニシテ且惡ムヘキモノナルトキハ六月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(二九〇)。

(二) 財産侵害罪。惡意ヲ以テ人ヲ欺罔シ之ヲシテ其財産ニ損害ヲ及ホスヘキ處分ヲ爲サシムルノ行爲。三百マルク以下ノ罰金又ハ二年以下ノ拘禁若クハ禁錮ヲ以テ處罰ス(二九)。

尙ホ草案ハ毀棄罪ノ未遂罪ハ之ヲ處罰スヘク(二八九)一般ノ毀棄罪及ヒ財産侵害罪ハ被害者ノ告訴ヲ待テ論スヘキ旨但シ親族同居其他一定ノ關係アル者ノ間ニ於テハ告訴ハ之ヲ取下クルコトヲ得ヘキ旨ヲ定ム(二九)。

第二 奧太利刑法準備草案ノ定ムル毀棄罪ノ大要。

草案ハ毀棄罪ヲ分テ(一)物ノ毀棄罪(Sachbeschädigung)及ヒ(二)財産侵害罪(Ver-

mögensbeschädigung) ノ一ト爲ス。

- (一) 毀棄罪。惡意又ハ粗暴ニ他人ノ物ヲ毀損若クハ棄滅シ又ハ之ヲシテ使用スル能ハサルニ至ラシムル所爲ヲ謂フ。此場合ハ分テ左ノ四ト爲ス。
 - (甲) 通常ノ場合。六月以下ノ禁錮若クハ拘禁又ハ二千クロー子以下ノ罰金ヲ以テ處罰ス(四〇五)。
 - (乙) 重キ場合。毀棄罪ノ客體カ禮拜ノ爲メニ捧ケラレタル物ナルカ又ハ美術的若クハ學術的價值アル物ナルトキ。一週日以上一年以下ノ禁錮若クハ拘禁ヲ以テ處罰ス(四〇五)。
 - (丙) 最モ重キ場合。行爲者カ累犯ナルカ又ハ行爲ニ因ル被害カ五百クロー子ヲ超ユルトキ。四週日以上三年以下ノ禁錮若クハ拘禁ヲ以テ處罰ス(四〇五)。
 - (丁) 最モ輕キ場合。毀棄罪ノ客體カ殆ト價ヲ有セサルカ又ハ粗暴ノ爲メ些少ノ物ヲ毀棄シタルトキハ之ヲ罰セス(四〇五)。

尙ホ草案ハ特ニ美術上若クハ學術上價值アル物若クハ天產物ニシテ法律又ハ命令ニ依リ保護セラル、物ニ付テ自己ノ物ヲ毀損シタルトキト雖モ尙ホ之ヲ處罰スヘキ旨ヲ定メ(四〇六)又土地ノ測量標、軍事上ノ測量標又ハ鑛坑ヲ示シ若クハ水量ヲ示ス爲メ公務所ニ依リ設ケラレタル標示ヲ毀損シ若クハ棄滅スルノ行爲ニ對シ普通ノ毀棄ヨリ輕キ刑ヲ規定ス(四〇七)。

- (二) 財産侵害罪。人ヲシテ財産上ノ不利益ヲ受ケシムル爲メ不法ニ其所有ニ屬スル物ヲ永ク隱匿スルノ所爲又ハ人ヲシテ錯誤ヲ惹起セシメ若クハ錯誤ヲ利用シ之ヲシテ其財産ニ不利益ナル行爲、忍容若クハ不行爲ヲ爲サシムルノ所爲ヲ謂フ。此場合ヲ分テ左ノ二ト爲ス。
 - (甲) 通常ノ場合。六月以下ノ禁錮若クハ拘禁又ハ二千クロー子以下ノ罰金ヲ以テ處罰ス(四〇八)。
 - (乙) 重キ場合。行爲者カ累犯ナルカ又ハ行爲ニ因ル被害カ五百クロー子ヲ超ユルトキ。二週日以上二年以下ノ禁錮若クハ拘禁ヲ以テ處罰ス(四〇九)。

三八號。

尙ホ草案ハ毀棄罪及ヒ財産侵害罪ハ一家族間ニ於テ犯サレタルトキハ六月以下ノ禁錮若クハ拘禁又ハ二千クロー子以下ノ罰金ヲ以テ處罰スヘキ旨ヲ定メ尙ホ此罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論スヘキ旨ヲ定ム(四〇九條)又毀棄罪及ヒ財産侵害罪ノ未遂罪ハ之ヲ處罰スヘキコトハ總則ノ定ムル所ナリ(一四條)。

第十一款 評論

第一 我刑法ハ毀棄罪ニ付キ其罪ノ輕重ヲ分クス一切其未遂罪ヲ認メサルハ之ヲ妥當ナリト言フヲ得ヘキカ。毀棄罪ノ客體中ニハ種々アリテ數億圓若クハ數千萬圓ヲ價スル築港工事數十百萬圓ヲ超ユル艦船建造物ノ如キ又詔書其他天皇ノ文書ノ如キモ亦同罪ノ客體ナリ。此等ノ物ヲ毀棄スルノ未遂行爲アルコトハ之ヲ想像スルニ難カラス。文明各國ノ立法例殊ニ最近立法例ニ於テハ毀棄罪ノ未遂ハ之ヲ處罰スヘキモノト爲スコト前既ニ之ヲ示シタルカ如シ(七二三頁)而シテ舊刑法ニ於テモ亦之ヲ罰シタ

毀棄ノ未遂罪ヲ認メサルハ失當ナルヲハス

一般毀棄罪ノ輕重ハ其客體ノ種類ニ依リテ異ナリ

ルノ規定ナキニ非ス。例ヘハ舊刑法ニ於テハ詔書ノ毀棄罪ハ無期徒刑(刑二〇二)官文書ノ毀棄罪ハ輕懲役(刑二〇二)ニシテ共ニ重罪ナレハ其未遂罪ハ之ヲ罰シタル所ナリキ(刑一三條)。然ルニ我刑法ハ毀棄罪ノ未遂罪ハ其犯罪ノ輕重ヲ問ハス總テ之ヲ罰セサルモノト爲シタルハ最近立法例ト矛盾スルモノニシテ物ニ關スル法益保護ノ點ニ付キ遺憾ナシト言フヲ得ヘキカ。

第二 我刑法カ毀棄罪ノ客體ヲ第一文書第二建造物艦船第三其他ノ物ト爲

シ第一第二ハ之ヲ重ク罰スルモノト爲シ第三ハ之ヲ輕ク罰スルニ止マラズ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキモノト爲シタルハ杜撰ノ嫌ナキカ。第三ノ所謂其他ノ物ノ中ニハ數億圓若クハ數千萬圓ヲ價スル築港工事其他ノ工作物等ヲ包含スルコトハ前既ニ説明シタル如シ(六九六頁)。然ルニ第一及ヒ第二ハ之ヲ重ク罰スルモノト爲シ(三月以上七年以下ノ懲役)第三ハ必ス之ヲ輕ク罰スルモノト爲ス(三年以下ノ罰金若クハ科料)カ如キハ甚シク刑ノ權

衡ヲ失スルコトアルモノニシテ更ニ甚シキハ第三ノ物ノ毀棄ハ其何人ノ有ニ係ルヲ問ハス(天皇又ハ公務所ノ有)被害者ノ告訴アルニ非サレハ其罪ヲ問フコト能ハスト爲シタルノ一事ナリ。

物ノ隱匿
ヲ問フコト能ハス
ルハ七例
ナラハ七例
ナラハ七例
ナラハ七例

第三 我刑法ニ於テ物ノ毀棄ヲ罰スルモ物ノ隱匿ハ之ヲ罰セサルハ妥當ナリト言フヲ得ヘキカ。例ヘハ公務所ノ用ニ供スル文書ヲ隱匿シ公務所ヲシテ必要アル場合ニ臨ミ之ヲ使用スル能ハサルニ至ラシメタルトキハ其實際上ノ害惡ノ點ニ至リテハ文書ノ毀棄ト殆ト擇フ所ナカルヘシ。權利義務ニ關スル文書ノ隱匿ニ付テモ之ト同様ノ事例ヲ想像スルコトヲ得ヘシ。又其他ノ物ニ付テモ之ヲ隱匿シ其物ノ所有者ヲシテ之ヲ使用スルノ機會ヲ失ハシメ以テ其權利ヲ害スルノ行爲ハ之ヲ想像スルニ難カラス。然ルニ我刑法カ獨リ物ノ毀棄ヲ罰シテ物ノ隱匿ヲ罰セサルカ如キハ物ニ關スル法益保護ノ點ニ付キ遺憾ナシト謂フ能ハス(此點ニ付キ與太利刑罰法草案ノ規定ヲ參照スヘキナリ七二〇。四頁以下參照)。

親族間ノ毀棄罪ニ付キ特例ヲ設ケサルハ之ヲ妥當ナリト言フヲ得ヘキカ。
親族間ノ竊盜罪、詐欺及ヒ恐喝ノ罪及ヒ横領罪ニ付テハ特例ヲ設ケタルモ親族間ノ毀棄罪ニ付テハ何等ノ特例ヲ設ケス。故ニ例ヘハ親カ子ノ物ヲ毀棄シ夫カ妻ノ物ヲ毀棄スルノ行爲ハ我刑法ノ下ニ於テハ親子夫妻ノ關係ナキ者ノ間ニ於ケル毀棄ノ行爲ト同シク之ニ同一法條ヲ適用シテ處罰スヘキモノト爲サ、ルヲ得ス。斯ノ如キハ甚シク權衡ヲ失スルモノニシテ法律カ竊盜罪、詐欺及ヒ恐喝ノ罪及ヒ横領罪ニ於テ採用シタル主義ト矛盾スルノミナラス最近立法例トモ亦符合セス。

建造物ノ毀棄罪ニ付キ特例ヲ設ケサルハ之ヲ妥當ナリト言フヲ得ヘキカ。
建造物ノ毀棄罪ニ付キ特例ヲ設ケサルハ之ヲ妥當ナリト言フヲ得ヘキカ。
建造物ノ毀棄罪ニ付キ特例ヲ設ケサルハ之ヲ妥當ナリト言フヲ得ヘキカ。

第四 親族間ノ毀棄罪ニ付キ特例ヲ設ケサルハ之ヲ妥當ナリト言フヲ得ヘキカ。我刑法ハ親族間ノ竊盜罪、詐欺及ヒ恐喝ノ罪及ヒ横領罪ニ付テハ特例ヲ設ケタルモ親族間ノ毀棄罪ニ付テハ何等ノ特例ヲ設ケス。故ニ例ヘハ親カ子ノ物ヲ毀棄シ夫カ妻ノ物ヲ毀棄スルノ行爲ハ我刑法ノ下ニ於テハ親子夫妻ノ關係ナキ者ノ間ニ於ケル毀棄ノ行爲ト同シク之ニ同一法條ヲ適用シテ處罰スヘキモノト爲サ、ルヲ得ス。斯ノ如キハ甚シク權衡ヲ失スルモノニシテ法律カ竊盜罪、詐欺及ヒ恐喝ノ罪及ヒ横領罪ニ於テ採用シタル主義ト矛盾スルノミナラス最近立法例トモ亦符合セス。

第五 人ノ現在スル建造物、若クハ鐵坑ヲ毀棄スル罪ノ刑ハ之ヲ人ノ現在スル艦船、汽車、電車等ヲ毀棄スル罪ノ刑ニ比シ、權衡ヲ失スルニ非ラサルカ。人ノ現在スル艦船、汽車、電車ヲ破壞スルノ罪ハ無期又ハ三年以上ノ懲役ヲ以テ處罰スヘキモノトス(刑一三六條)。然ルニ建造物ノ毀棄ハ之ニ人ノ住居又ハ現在スル場合ニ於テモ其刑遙ニ輕クシテ五年以下ノ懲役ニ過キス(刑一三〇)

條。鑛坑ヲ毀棄スル罪ニ至リテハ更ニ一層輕クシテ三年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ過キス。而シテ之ニ人ノ現在スルト否トハ之ヲ區別スルコトナシ。尤モ火力又ハ破裂力ヲ使用シ人ノ住居ニ使用シ又ハ人ノ現在スル建造物若クハ鑛坑ヲ損壞スルトキハ放火罪(刑一〇九條)若クハ準放火罪(刑一〇七條)ヲ以テ處罰シ得ヘキカ故ニ此場合ニ於テハ不權衡ヲ見ルコトナシ。然レトモ火力破裂力ニ依ラスシテ例ヘハ多數人ノ力又ハ機械力ヲ使用シ人ノ現在スル建造物若クハ鑛坑ヲ損壞スルノ所爲ハ如何ニ重キ情狀アルモ前掲法條ニ依リ之ヲ輕ク處罰セサルヲ得サルハ人ノ現在スル艦船、汽車、電車ヲ毀棄スルノ罪ニ比シ甚シク權衡ヲ失スルモノニ非サルカ。

第三章 債權ヲ害スル罪

第一節 背任罪

第二百四十七條 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス。

法律又ハ契約ニ因リ他人ノ爲メニ其事務ヲ處理スルノ義務ヲ有スル者ハ法律又ハ契約ノ本旨ニ從ヒ忠實ニ之ヲ履行スルノ義務ヲ有ス。然ルニ義務者カ法律又ハ契約ノ本旨ニ背キ其義務ニ忠實ナラスシテ却テ自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其義務ニ背キタル行爲ヲ爲ストキハ茲ニ背任罪ヲ構成ス。背任罪ノ被害者ハ其爲メニ事務ヲ處理セラル、本人ナリ。本人ハ事務ノ處理者ニ對シ法律又ハ契約ノ本旨ニ從ヒ適當ニ之ヲ處理スヘキコトヲ要求スルノ權利アリ。背任罪ハ此權利ヲ害スルモノナリ。故ニ背任罪ニ依リ直接ニ侵害セラル、法益ハ法律又ハ契約

ニ基ク權利ナリ。背任罪ニ依リ物權債權其他財産上ノ利益カ損傷セラル、コトアルカ如キハ債務者カ其義務ヲ完全ニ履行セサルニ因リ間接ニ侵害セラル、モノナリ。仍テ背任罪ノ觀念ヲ得易カラシムル爲メ假ニ之カ定義ヲ舉クレハ左ノ如シ。

背任罪トハ法律又ハ契約ニ因リ他人ノ財産上ノ利益ヲ保護又ハ増進セシムルノ義務アル者カ此義務ニ違反シ自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フルノ目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加フルノ犯罪行爲ヲ謂フ(註一)。

(註一) 以上ノ所説ハフォン・ビルクマイヤー、フォン・リスト、フランク、ベリング諸氏ノ所論ト大體ニ於テ異ナル所ナキモノトス。諸氏カ與ヘタル定義中簡チ尙フ趣旨ヨリフォン・リスト及ベリング兩氏ノ定義ヲ掲ケテ讀者ノ了解ノ參考ニ供セン。フォン・リスト氏曰ク『背任罪トハ契約又ハ契約類似ノ法律關係ヨリ發生シタル他人ノ財産上ノ利益ヲ企圖スル義務ノ違反ナリ』(V. List, S. 134. II.)。ベリング氏曰ク『背任罪トハ他人ノ財産上ノ利益ヲ企圖スル爲メ信託セラレタル義務ノ違反ニシテ、後見人、代理人等ニ依リ犯サル、モノナリ』(Beling, Grundzüge des Strafrechts, S. 85.)。フォン・ビルクマイヤー、フランク諸氏ハ共ニ背任罪ハ契約若クハ法律上義務アル者ニ非サ

レハ犯ス能ハサル旨ヲ説ケリ。

第一 主體

背任罪ノ主體ハ法律又ハ契約ニ因リ義務ヲ有スル者ナリ。斯ノ如キ義務ヲ有スル者ニニアリ。其一ハ法律ニ因ルモノニシテ其二ハ契約ニ因ルモノナリ。後見人、破産管財人、法定代理人ノ如キハ法律ニ因リ他人ノ事務ヲ處理スル任務ヲ有スルモノナリ。代理人、受託者其他委任ヲ受ケテ他人ノ財産ヲ管理スル者ノ如キハ契約ニ因リ他人ノ事務ヲ處理スルモノナリ。而シテ其事務ノ處理ハ財産上ノ事務ト其他ノ事務ノ處理トヲ問ハス。學者或ハ獨リ財産上ノ事務ヲ處理スル場合ニ限ルト説明スルカ如キハ狹キニ失ス。身分上ノ事務ヲ處理スルノ義務アル者其任務ニ背キタル行爲アリタルトキト雖モ本章ノ罪ヲ構成スルコトアルヘシ。例ヘハ戸籍上ノ届出又ハ申請ヲ爲スノ委任ヲ受ケタル者カ本人ヲ害スル目的ヲ以テ其委任權限ヲ濫用シ本人ニ利益ナラサル届出又ハ申請ヲ爲シ之ニ因リテ本人ノ財産相續ニ關シ不利益

ヲ惹起セシメタル場合ニ於テハ其處理シタルハ財産上ノ事務ニ非スシテ戶籍法上ノ事務ナリ。而シテ之ニ依リテ加ヘタルハ財産上ノ損害ナリトス(註二)。

(註二) 同趣旨 牧野英一氏。

牧野英一氏曰ク『必スシモ他人ノ爲メニ法律行為ヲ爲ス場合ニ限ラス、又必スシモ財産上ノ事務ヲ處理スル場合ニ限ラサルナリ』(刑法通義二二版三四七頁)。

異説 事務ハ財産上ノ事務タルコトヲ要ス。泉二新熊氏。

氏曰ク『事務ハ財産上ノ事務タルコトヲ要スルモ必スシモ法律行為タルコトヲ要セス』(刑法大要四七〇頁)。

法律上又ハ契約上他人ノ事務ヲ處理スル任務ヲ有スル者ニ在リテハ同時ニ事務ヲ執行スルノ權限ヲ有スルヲ以テ其權限ヲ濫用シ任務ニ背クノ行為又ハ不行爲ヲ爲シ以テ本人ニ損害ヲ及ホスヲ得ルヲ以テ任務ニ背ク行為アルコトヲ認ムルヲ得ルモ之ニ反シ法律上又ハ契約上何等義務ナクシテ他人ノ事務ヲ管理スル者即チ事務管理者(七條六九)ニ在リテハ其任務ニ背クノ行為アルコトヲ想像スル能ハス。何トナレハ事務管理者ハ法律上又ハ契約上何

等ノ任務ヲ有スルモノニ非サレハ任務ニ背クノ行為ノ存スル餘地ナケレハナリ。而シテ事務管理者カ自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ本人ニ不利益ナル行為ヲ爲ストキハ本罪ヲ構成セスシテ或ハ竊盜罪或ハ横領罪若クハ毀棄罪ヲ構成スヘキナリ(註三)。

(註三) 異説 事務管理者モ亦本罪ノ主體タルコトヲ得。泉二新熊、牧野英一諸氏。

泉二新熊氏曰ク『法律上其權限ノ定マレル者タルト委任ニ依リ其權限ノ定マルヘキ者タルト區別セス。又法律ノ

規定若クハ委任ニ因テ他人ノ事務ヲ管理スルト所謂事務管理タルトナ問ハス(下略)』(刑法大要四七〇頁)。牧野英

一氏曰ク『委任ニ因ルト事務管理ニ因ルト又法定上ノ原因ニ因ルトヲ區別スルコトナシ』(刑法通義二二版三四七頁)。

第二 所爲

本罪ハ行為者カ共有スル任務ニ背キ本人ニ財産上ノ損害ヲ加フル所爲アルニ依リ成立ス。

第一 任務ニ背キタル所爲アルヲ要ス。

他人ノ事務ヲ處理スル者ハ其事務ノ本旨ニ從ヒ適當ニ之ヲ處理スヘキ任

務ヲ有ス。然ルニ不適當ニ之ヲ處理シ又ハ適當ニ之ヲ處理セサルトキハ任務ニ背キタル所爲アルモノト謂フヘシ。任務ニ背キタル所爲ニ積極的ナルモノアリ(爲行)又消極的ナルモノアリ(爲不行)。例ヘハ會社ノ重役カ會社ニ不利益ナル契約ヲ爲シ會社ニ損害ヲ加フルカ如キ又物件ノ賣却ヲ託セラレタル者カ不當ノ廉價ヲ以テ之ヲ賣却スルカ如キ場合ハ積極的背任所爲ニシテ後見人カ被後見人ノ債權ヲ保全セスシテ時效ヲ完成セシメタルカ如キ又物件ノ保管ヲ託セラレタル者カ保存ニ必要ナル處置ヲ爲サスシテ之ヲ腐朽セシメタル如キ場合ハ消極的背任所爲ナリ。

背任罪ヲ構成スヘキ背任行爲ハ種々ナル手段ニ依ルヲ得。而シテ帳簿ニ虛偽ノ記入ヲ爲シ又ハ本人ニ對シ虛偽ノ報告ヲ爲ス等ノ手段ニ依リ犯サルハ、ヲ常トスルモ斯ノ如キ手段ノ存在ハ必スシモ背任罪ノ成立ニ關係ナシ。

茲ニ疑問トスヘキハ第一業務上保管スル他人ノ物ヲ横領スル行爲ハ背任罪ナリヤ又業務上ノ横領罪ナリヤ第二本人ニ損害ヲ加フルノ目的ヲ以テ業

務上保管スル物ヲ毀棄スル行爲ハ之ヲ背任罪ト爲スヘキヤ又之ヲ毀棄罪ト爲スヘキヤ又ハ業務上ノ横領罪ト爲スヘキヤノ點ニ在リ。第一問ハ背任罪、業務上ノ横領罪ノ各法條及ヒ第五十四條第一項前段ニ依リ業務上ノ横領罪(刑二五)ヲ以テ處斷スヘキコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(六八〇頁參照)。第二問ハ之ヲ三個ニ區別シテ解釋スヘキモノトス。(一)物ノ毀棄ハ之ヲ領得スルノ意思ニ出テタルモノト認メ得ヘキトキハ前ト同一ニ解決スヘク(二)物ノ毀棄ハ之ヲ領得スル意ニ出テタルモノト認ムル能ハサルモ行爲者ニシテ其保管ニ係ル物ニ付キ事務ヲ處理スルノ任務ヲ有シタルトキハ背任罪ナリト解スヘク(三)之ニ反シテ物ノ毀棄ハ之ヲ領得スル意ニ出テタルモノト認ムル能ハス且行爲者ニシテ上述ノ任務ヲ有セスシテ單ニ業務上占有スルニ過キサルトキハ毀棄罪ヲ構成スルモノト解スヘキナリ。

第二 本人ニ財産上ノ損害ヲ加フルヲ要ス。

財産上ノ損害トハ其意義廣クシテ本人カ現ニ有スル財物ニ對スル侵害ノ

ミナラス其有スル權利及ヒ將來期待スルコトヲ得ヘキ利益ニ對スル損失ヲモ包含ス。背任罪ヲ完成スルニハ本人ヲシテ斯ノ如キ財産上ノ損害ヲ被ラシムルコトヲ要ス。故ニ自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ任務ニ背キタル行為ヲ爲スモ未タ本人ニ對シ財産上ノ損害ヲ生セシメサルトキハ背任罪ノ既遂アリト謂フ能ハス。

第三 故意

法文ニ「自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ」アルカ故ニ法文ヲ文字通りニ解スレハ自己若クハ第三者ノ利益ト爲ルコトヲ知り又ハ本人ノ損害ト爲ルコトヲ知りテ任務ニ反シタル行為ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ及ホシタル所爲アルヲ以テ足レリト爲サス自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖ラントスル目的又ハ本人ニ損害ヲ加ヘントスル目的アルヲ必要トスルモノ、如シ。換言スレハ「刑法規定ノ背任罪ハ故意アルヲ以テ充分ナリト爲サス之ニ附加スルニ一定ノ動機ノ存在スルヲ必要ナリト

解シ得ルカ如シ。然レトモ「刑法ノ規定モ文明各國多數ノ立法例ノ如ク「確定ノ故意アルヲ以テ足ルモノニシテ特別ナル動機ハ必要ナラスト解スヘキナリ。即チ自己若クハ第三者ノ利益ト爲ルコト又ハ本人ノ損害ト爲ルコトヲ確知シテ任務ニ背キタル行為ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ之ヲ以テ自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行為ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルモノト解スヘキナリ。要スルニ法文ニ云々ノ目的ヲ以テ「下」ハ結果ヲ確知シテ爲ス行為ナリト解スヘキナリ。唯タ普通ノ場合ト異ナルハ本罪ニハ確定ノ故意アルヲ要シ不定ノ故意ヲ以テ充分ナリト爲サハルノ一事ニ在リ。故ニ例ヘハ物ノ管理者カ適當ナル管理方法ヲ盡サスシテ物ヲ朽敗スルニ至ラシメタル場合ノ如キ又代理人カ本人ノ爲メ不利益ヲ生スヘキ契約ヲ締結シタル場合ニ於テ苟モ其結果タル朽敗若クハ不利益ヲ確知シタルトキハ背任罪ヲ組成スルニ足ルヘキ故意ヲ具備スルモノト謂フヘシ。之ニ反シテ其結果タ

ル朽敗若クハ不利益ヲ確知セサル場合ハ假令斯ル結果ヲ生スルコトアルヘキコトヲ豫知シ得タルニモセヨ尙ホ確定ノ故意ナキヲ理由トシテ背任罪ヲ構成セサルモノト解スヘキナリ。又例ヘハ支配人カ本人ノ利益ヲ圖ラシカ爲メ公務員ニ賄賂ヲ贈ルカ如キ又雇人カ主家ノ衰運ヲ一時ニ挽回セント欲シ之カ爲メ投機ヲ試ムルカ如キ場合ニ於テ其目的ヲ達セスシテ共ニ其損失ニ歸スルモ本人若クハ主家ヲ害スルノ確定ノ故意ノ存スルモノナケレハ斯ル場合ニ於テハ背任罪ノ構成ニ必要ナル故意ヲ缺クモノトス。之ヲ要スルニ法文ニ「自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ」トアルハ「自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖ル確定故意又ハ本人ニ損害ヲ加フル確定故意ヲ以テ」トノ意義ニ解スヘキナリ。若シ此ノ如ク解セスシテ背任罪ヲ構成スルニハ背任行爲ヲ爲ス故意アルヲ以テ充分ナリトセス之ニ附加スルニ利ヲ圖リ又ハ害ヲ加フルノ動機ノ存在スルヲ必要ナリト解スルトキハ背任罪ヲ構成スル行爲ナルコト疑ナキモノ、中ノ幾部ハ斯ル説明ニ依リ

之ヲ了解シ得ヘキモ其他ノ大部分ハ斯ル説明ニ合セサルモノトシテ無罪ト爲サ、ルヲ得サルカ如キ不都合ヲ生スヘキナリ。例ヘハ前例示ノ如ク管理人カ管理行爲ヲ盡サ、ルトキハ朽敗ノ結果ヲ生スヘキコトヲ確知シナカラ管理行爲ヲ盡サスシテ之ヲ朽敗スルニ至ラシメタル場合ノ如キ又代理人カ本人ノ爲メ不利益ナル結果ヲ生スヘキ契約ナルコトヲ確知シナカラ之ヲ締結シタル場合ニ於テハ其行爲ハ背任罪ヲ構成スヘキコト疑ナシト雖モ前述ノ解釋ニ依ルトキハ行爲者ニ確定ノ故意アルコトヲ認ムヘキモ本人ヲ害スルノ動機アリト認ムル能ハサル點ヲ以テ無罪ト爲サ、ルヲ得サルカ如キ不都合ヲ生スヘシ。或ハ斯ル場合ニ於テモ尙ホ本人ヲ害スルノ動機アリト言ハシ。サレト若シ斯ノ如ク言ヒ得ヘクンハ本人ニ害ヲ加フルノ確定ノ故意アル場合ニハ常ニ本人ニ害ヲ加フルノ動機アリト言フヲ得ルニ歸スルヲ以テ附會ノ嫌アル動機ナル文字ヲ使用スルノ必要アルコトナシ(註四)。

(註四) 異説 背任罪ハ「自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖ル」ハ確定故意又ハ本人ヲ害スルハ確定故意アルヲ以テ充分ナリト

爲サス尙ホ自己若クハ第三者ヲ利セントスル動機(目的)又ハ本人ヲ害セントスル動機(目的)アルヲ必要トス。泉二新熊、牧野英一諸氏。

泉二新熊氏曰ク『自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的アルコトヲ要ス。利益ヲ圖ルト謂フハ『利益ヲ得ル目的ヲ以テ』ト謂フニ同シ其目的トサレタル利益又ハ損害ハ財産上ノモノタルコトヲ要スルモノト認ムヘク且此目的カ行爲ノ動機ト爲リタルコトヲ要ス。而シテ特別ノ目的ヲ要件トスル罪ナルカ故ニ單純ナル認識ハミテ以テ足レリトセサルナリ。從テ此目的ヲ缺クトキハ財産上ノ損害ヲ加フルコトアルモ本罪ヲ構成セズ』(刑法大要四七〇頁尙ホ日本刑法論八二二頁參照)。牧野英一氏曰ク『自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フルノ目的アルコトヲ要ス。必スシモ財産上ノ利益又ハ損害ヲ目的トシタル場合ニ限ラスト解ス。但茲ニ特別ニ之ヲ目的トシタルコトヲ要スルモノトスルカ故ニ單ニ自己若クハ第三者ノ利益ヲ生ズルコト、又ハ本人ニ損害ヲ生ズルコトアルノ事實ヲ知ルヲ以テ足レリトセズ。更ニ之ヲ動機トシテ其行爲ヲ爲スコトヲ必要トス』(刑法通義二一版三四八頁參照)。

第四 刑罰

背任罪ハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ヲ以テ處罰スヘキモノトス。

尙ホ商法中ノ改正法律ニ於テ一種ノ背任罪ヲ規定シ刑法ノ規定ニ該當セサル場合ニ於テ之ヲ適用セシム。明治四十四年法律第七十三號第二百六十一條ニ於テ會社ノ發起人、取締役、株式合資會社ノ業務執行社員、監査役、検査役又ハ株式會社若クハ株式合資會社ノ支配人カ會社ノ營業ノ範圍外ニ於テ投機取引ヲ爲メ會社財産ヲ處分シタルトキハ

一年以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ千圓以下ノ罰金ニ處スヘキ旨ヲ定ム。

第五 最近立法例ノ定ムル背任罪

千九百九年獨逸刑法準備草案及ヒ同年奧太利刑法準備草案カ背任罪(我刑

二百四十七條)ニ付キ規定スル所ヲ略示スレハ左ノ如シ。

第一 獨逸刑法準備草案ノ定ムル背任罪ノ大要。

法律又ハ法律行爲ニ依リ他人ノ財産ヲ處分スヘキ權限ヲ與ヘラレタル者カ其權限ヲ濫用シ其財産ニ損害ヲ加フルノ行爲ヲ謂フ。五年以下ノ禁錮若クハ三年以下ノ拘禁又ハ一萬マルク以下ノ罰金ヲ以テ處罰スヘキモノトス。尙ホ草案ハ行爲者カ被害者ト家族其他ノ特別關係アル場合ニ付キ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スヘキ旨ヲ定ム(二七七七條)。

第二 奧太利刑法準備草案ノ定ムル背任罪ノ大要。

草案ハ背任罪ヲ以テ左ノ二ト爲ス。

(一) 背任罪 (Vertränensmissbrauch)。①他人ノ財産上ノ管理ヲ爲ス義務アル者自己

又ハ第三者ノ不法ノ利益ヲ圖ル爲メ本人ニ不利益ナル處置ヲ爲スノ所爲
 (ロ)受託者カ其託セラレタル事務ノ實行ニ際シ自己又ハ第三者ノ不法ノ利
 益ヲ圖ル爲メ義務ニ背キ委任者ニ不利益ナル處置ヲ爲スノ所爲(ハ)法律事
 件ニ付キ委任ヲ受ケタル法律上ノ相談人(辯護士、訴訟代理人)カ本人ノ不利
 益ノ爲メ他人ニ助言ヲ與ヘ又ハ他人ノ補佐ヲ爲スノ行爲ヲ謂フ。一週日
 以上一年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰スヘキモノトス(四一〇條一號)。

(二) 重キ背任罪。(イ)法律上又ハ公務所ノ委任ニ依リ財産管理ヲ爲ス義務ア
 ル者ニ背任行爲アリタルカ又ハ(ロ)背任行爲ヲ永ク繼續シテ爲シ得ル爲メ
 偽造、變造其他ノ詐術ヲ使用スルノ行爲アリタル場合ニ於テ行爲ニ因ル被
 害額五百クロー子ヲ超ユル場合ヲ謂フ。一年以上三年以下ノ懲役又ハ四
 週日以上三年ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(四一〇條五號)。

第二節 家資分散ニ關スル罪

第三百八十八條(舊) 家資分散ノ際其財産ヲ藏匿脱漏シ又ハ虚偽ノ負債ヲ増加シタ

ル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス。

情ヲ知テ虚偽ノ契約ヲ承諾シ若クハ其媒介ヲ爲シタル者ハ一等ヲ減ス。

第三百八十九條(舊) 家資分散ノ際帳簿ノ類ヲ藏匿毀棄シ若クハ分散決定ノ後債主
 中ノ一人又ハ數人ニ其負債ヲ私償シテ他ノ債主ヲ害シタル者ハ一月以上二年以
 下ノ重禁錮ニ處ス。

舊刑法家資分散ニ關スル罪ニ對スル規定ハ刑法施行法第二十五條ニ依リ
 尙ホ效力ヲ有スルモノナリ。左ニ此罪ニ關スル要點ニ付キ略説ヲ試ムヘシ。

第一 法益及ヒ被害者

債務者ノ總財産ハ總債權者ノ共同擔保ナリ。債務者ハ其有スル財産ヲ以
 テ悉ク債務ノ辨濟ヲ爲サ、ルヲ得ス。然ルニ債務者カ其財産ヲ藏匿脱漏ス
 ルカ如キハ不法ニ債權者ノ債權ヲ害スルモノナリ。虚偽ノ負債ヲ増加スル
 カ如キハ債權者ノ配當ヲ受クヘキ分ヲ減少スルモノニシテ不法ニ債權者ノ
 債權ヲ害スルモノナリ。帳簿ノ類ヲ藏匿毀棄スルカ如キハ直接債權ヲ害セ
 サレトモ債權者間ノ平等分配ヲ困難ナラシムルモノナリ。債權者中ノ一人

若クハ數人ノミニ對シテ其債務ヲ私償スルカ如キハ爾餘ノ債權者ノ權利ヲ害スルモノナリ。此罪ニ依リ侵害ヲ受クヘキ法益ハ債權ニシテ又此罪ニ依リ害ヲ被ムル者ハ債權者ナリ。

第二 主體

家資分散罪ノ主體ハ債務者ナリ。元來債權ハ債權者ト債務者トノ對人的關係ナレハ債權ハ債務者ニ非サレハ之ヲ侵害スル能ハサルモノトス。而シテ第三者ハ債務者ノ共犯トシテ此罪ノ主體タルヲ得ヘキノミ。我法律ノ規定スル所ニ依レハ如何ナル債務者ト雖モ總テ家資分散罪ヲ犯シ得ヘキノ非ス。其此罪ヲ犯シ得ヘキ者ハ家資分散ニ際セル債務者ノミ。而シテ家資分散トハ強制執行處分ニ依リ債務ヲ辨濟スル資力ナキ狀況ヲ指稱スルモノニシテ敢テ家資分散ノ決定アルヲ必要トセス(註五)。

(註五) 同題旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『家資分散(舊刑法第三百八十八條)トハ強制執行處分ニ依リ債務ヲ辨濟スル資力ナキ狀況ヲ指稱スルモ

ノトス。從テ刑法ノ家資分散ニ關スル罪ハ家資分散ノ決定宣告前ニ於テ成立ス(三四年大審院判決九卷一二九頁)。又曰ク『刑法第三百八十八條(舊)ニ所謂家資分散トハ債務者カ民事訴訟法ノ強制執行處分ニ依リ債務ヲ辨濟スルノ資力ナキ狀況ヲ指稱シタルモノトス(三六年大審院判決三〇四頁)。又曰ク『被告ニ家資分散ノ事實アリトスルニハ必スシモ分散ノ決定アルコトヲ要セザレトモ強制執行ノ結果其債務ヲ辨濟シ能ハサル事實ノ確定シタルコトヲ要ス(四〇年大審院判決三〇八頁)。

異説 本罪ヲ處罰スルニハ家資分散ノ決定アルコトヲ必要トス。江木衷、岡田朝太郎諸氏。

江木衷氏曰ク『家資分散ノ際トハ分散言渡ノ前後ヲ問ハスト雖モ必ス家資分散ノ事實アルコトヲ要ス。故ニ苟モ分散ノ事實ニシテ生スルコトアラハ犯罪ハ既ニ分散言渡前ニ成立スルモ、其罪ヲ問フニ至リテハ分散言渡ノ後ニ非サレハ分散ノ事實ハ有無ヲ知ルコト能ハサルヘシ。分散前ニ於ケル時日ノ長短ハ本罪ヲ構成スルニ妨アルコトナシト雖モ其甚タ久シキニ涉ルモノニ在テハ殆ト惡意ノ存在ヲ證明スルコト能ハサルニ至ルヘシ(現行刑法原論二九二、二九三頁)。岡田朝太郎氏曰ク『家資分散ニ關スル罪ハ如何ナル時期ニ之ヲ實行スルニ依テ罪ト爲ルカ、刑法第三百八十九條(舊)ノ末文ニ負債ヲ私償スル罪ハ明カニ之ヲ分散決定ノ後ノミニ限レト雖モ其他ノ場合ニ付テハ單ニ家資分散ノ際ト言ヘリ。又商法第五十一條ニハ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ヲ問ハス云々ト言ヘリ。是ニ由テ之ヲ觀レハ家資分散ノ決定又ハ破産宣告ノ前ニ於テモ本罪ノ成立スルコトヲ得ルハ論ヲ俟タス。然ラハ(一)強制執行處分又ハ支拂停止ノ前ニ於テモ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルカ、家資分散又ハ破産ノ到底免ル可カラサル時期ニ達シ法律ノ示ス行爲ヲ爲シタルモノハ之ヲ有罪ニ決セサル可カラス。(二)分散ノ決定又ハ破産ノ宣告アルコトハ本罪ハ一要素ナルカ、刑法ニ明文ナシ。然レトモ破産法トハ權衡ヨリ罰ハ、私權ニ解スルヲ正トス。(三)商法ニハ破産

宣告ヲ受ケタル者ト明言セルカ故ニ議論ナシ『刑法講義三二三、三三四頁』。

第三 所爲

家資分散ニ關スル罪ハ左ノ四個ノ所爲中其一アルニ依リテ成立ス。

(一) 債務者カ家資分散ノ際其財産ヲ藏匿脱漏スルコト。即チ債務者カ其財産カ債權者ノ債權ニ對スル辨濟ニ供セラル、コトヲ避ケンカ爲メ之ヲ藏匿シ又ハ既ニ債權ニ對スル辨濟ニ供セラル、コト、定マリタル財産ヲ脱漏スルノ行爲ナリトス。

(二) 債務者カ家資分散ノ際虚偽ノ負債ヲ作爲スルコト。債務者カ其有セサル債務ヲ恰モ有シタルカ如ク假裝スル行爲ナリトス。法文ニ虚偽ノ負債ノ増加トハ此意ニ外ナラス。尙ホ法文ニ情ヲ知テ虚偽ノ契約ヲ承諾シ若クハ其媒介ヲ爲シタル者ニ對シ一等ヲ減シテ處罰スヘキ旨ヲ定メタルハ特別ナル共犯例ヲ定メタルモノナリ。此共犯例ニ該當セサル他ノ共犯者ハ一般ノ共犯例ニ依リ處斷スヘキモノナルコト勿論ナリ。此點ハ(一)(三)(四)

ニ付テモ亦同様ナリ。

(三) 債務者カ家資分散ノ際帳簿ノ類ヲ藏匿毀棄スルコト。債務者ノ財産ノ狀況ヲ認め得ヘキ帳簿ヲ藏匿毀棄スル行爲ヲ謂フモノニシテ債務者ノ財産ノ狀況ニ關係ナキ帳簿例ヘハ財産ニ關係ナキ日常ノ坐臥進退ヲ記シタル日記帳ノ如キハ假令之ヲ藏匿スルモ此罪ヲ構成スト謂フ能ハサルカ如シ。

(四) 債務者カ分散決定ノ後債權者ノ一人若クハ數人ニ其債務ヲ私償スルコト。玆ニ分散ノ決定トハ家資分散法ニ所謂家資分散ノ決定ニ非スシテ債務者ノ財産ニ對スル強制執行ヲ開始スルノ決定ニシテ執行々爲ノ完了前ニ宣告セラルヘキモノトス(註六)。此決定アリタル後債權者ノ一人若クハ數人ニ負債ヲ私償シタルトキハ此罪アルモノトス。

(註六) 同題旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『刑法第三百八十九條(舊)ニ所謂分散ノ決定トハ債務者ノ財産處分ヲ開始スル決定ニシテ執行々爲ノ完

丁前ニ宣告セラレヘキモノトス。從テ家資分散法ニ規定セル分散ノ決定ノ如キハ之ヲ包含スルコトナシ』三十七年大審院判決三六六頁。

第四 刑罰

家資分散ノ際其財産ヲ藏匿脱漏シ又ハ虚偽ノ負債ヲ増加シタル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ヲ以テ處罰スヘク帳簿ノ類ヲ藏匿毀棄シ分散決定後債權者ノ一人又ハ數人ニ私償シ他ノ債權者ヲ害シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ヲ以テ處罰スヘク第三者情ヲ知テ虚偽ノ契約ヲ承諾シ又ハ其媒介ヲ爲シタル者ハ一月十五日以上三年以下ノ懲役ニ處スヘキモノトス。

第三節 破産罪

破産罪ハ商法第千五十條以下及ヒ明治二十三年法律第百一號商法有罪破産者處斷制ニ於テ之ヲ定ム。破産ハ獨リ支拂ヲ停止シタル商人ニノミ適用スヘキモノニシテ普通人ニ適用スヘキモノニ非ス(商法第九百(七十八條)條)。破産罪ハ之分ヲテ三ト爲ス。第一詐欺破産第二過怠破産第三賄賂ノ授受是ナリ。

第一 法益及ヒ被害者

破産罪ニ依リ侵害セラレヘキ法益ハ債權ナリ。債務者カ債權者ニ損害ヲ加フル意思ヲ以テ貸方財産ノ全部又ハ一部ヲ藏匿シ轉匿シ若クハ脱漏シ又ハ借方現額ヲ過度ニ掲ケ又ハ商業帳簿ヲ藏匿シ若クハ棄滅シ又ハ偽造變造スル如キ其他債務者カ一身又ハ一家ノ過大ナル費用博奕空取引等ニ依リ其財産ヲ減少シ又ハ債務ヲ増加シ以テ債權者ニ對スル債務ノ辨濟ヲ困難ナラシムルカ如キ又債權者集會ニ於ケル議決ニ關シ債務者ト一二ノ債權者間ニ賄賂ヲ授受スルカ如キハ孰レモ明ニ債權ヲ害スルモノニ非サルハナシ。尤モ債務者カ履行スルノ意ナキ債務又ハ履行スル能ハサル債務ヲ負擔スル場合ハ被害者ノ意思ニ影響ヲ與ヘ以テ被害者ヲシテ自己ニ不利益ナル財産上ノ處分ヲ爲サシムルモノナレハ其性質純然タル詐欺罪ニ屬スルモ法律ハ之ヲ詐欺破産罪トシテ特ニ之ヲ罰スヘキ旨ヲ定ム。

第二 主體

破産罪ノ主體タルモノハ商人ニシテ支拂ヲ停止シタル者ナリ。商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ(商四)。支拂停止トハ第三者ヲシテ債務者カ債務ヲ支拂フヘキ資力ナキモノト認メシムヘキ債務者ノ行為ナルコトハ學說及ヒ實際ニ於テ一致スル所ナリ。例ヘハ債務者ノ逃亡、閉店請求セラレタル支拂ノ拒絶、特ニ支拂能力ナキカ爲メニスル拒絶證書ノ作成等ノ如シ。若シ債務者ニシテ商人ニ非サルカ又ハ商人ナルモ支拂ヲ停止シタルモノニ非サルトキハ破産罪ノ主體タルコト即チ破産罪ヲ犯スコトヲ得ス。而シテ商人ニシテ支拂停止アリタルトキハ其前後ヲ問ハス破産罪ヲ犯シ得ヘシト雖モ行為者ニ破産罪アリトシテ處罰セムトスルニハ確定シタル破産宣告ノ言渡ナカル可カラズ。確定シタル破産宣告ハ破産罪ノ處罰條件ナレハ破産罪成立シタル後ト雖モ此條件ナキトキハ之ヲ處罰スルヲ得ス(註七)。

(註七) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『商法第五十條ハ破産者ヲ罰スヘキ規定ナルコト勿論ナルヲ以テ果シテ破産者タルヤ否ヤノ確定セサル以前ニ在テハ固ヨリ之ヲ適用スルヲ得ヘキモノニ非ス。而シテ其破産者タルヤ否ヤハ破産宣告ノ確定ニ依リ決スヘキモノナルカ故ニ原院カ破産宣告ノ確定セサル以前ニ於テ第一審カ該法條ニ依リ判決ヲ下シタルヲ以テ不當トセシハ相當ノ裁判ナリ。況ンヤ刑事訴訟法第三百一條第六號ニハ民事上ノ判決トアリテ破産ノ決定ト同視スルヲ得サルニ於テテヤ』(二七年大審院判決録四二二頁)。

支拂停止ノ事實アリヤ否ヤハ主トシテ破産裁判所ニ依リ定マルモノナレハ破産裁判所ノ爲シタル破産宣告ニ於テ支拂停止ヲ認メタル以上ハ其宣告ニ基キ本罪ニ對スル刑ノ言渡ヲ爲スヲ得ルモノトス(註八)。

(註八) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケ其決定ノ確定シタル事實アル以上ハ其決定ノ果シテ眞實ニ適合スルヤ否ヤハ過念破産罪ノ成否ニ何等ノ關係ナシトス』(三六年大審院判決録一五一九頁)。

破産罪ノ主體タルモノハ支拂停止ヲ爲シタル債務者ニ限ルヘキモ法律ハ他ニ斯ル債務者ト同視シ破産罪ノ主體タルヘキモノヲ定ム。會社ノ業務擔當ノ任アル社員若クハ取締役及ヒ清算人はナリ。又支拂停止ヲ爲シタル商

八ニ非サルモ行爲者ノ犯罪ニ加功シ之ト共犯關係ヲ有スルニ依リ此罪ノ主體タルヲ得ルハ勿論ナリ。

詐欺破産

第三 所爲

(一) 詐欺破産。破産宣告ヲ受ケタル債務者ニシテ其支拂停止ニ際シ其支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ヲ問ハス左ノ所爲ノ一アリタルトキハ詐欺破産ナリトス。

(甲) 履行スルノ意ナキ義務又ハ履行スル能ハサルコトヲ知リタル義務ヲ負擔シタル行爲。

(乙) 債權者ニ損害ヲ被ラシムル意思ヲ以テ貸方財産ノ全部若クハ一部ヲ藏匿シ轉匿シ若クハ脱漏シ又ハ借方現在額ヲ過度ニ掲ケ又ハ商業帳簿ヲ棄滅シ藏匿シ若クハ偽造變造スルノ行爲。

過怠破産

(二) 過怠破産。破産宣告ヲ受ケタル債務者カ其支拂停止ニ際シ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ヲ問ハス左ノ所爲ノ一アリタルトキハ過怠破産ト爲ス。

(甲) 一身又ハ一家ノ過分ナル費用博奕空取引又ハ不相應ナル射利ニ因リテ財産ヲ甚シク減少シ若クハ債務ヲ甚シク増加スルノ行爲。

(乙) 支拂停止ヲ延ハサンカ爲メ損失ヲ生スヘキ取引ヲ爲シテ支拂資料ヲ調ヘタルノ行爲。

(丙) 支拂停止ヲ爲シタル後支拂又ハ擔保ヲ爲シテ或債權者ニ利ヲ與ヘ財團ニ損害ヲ加フルノ行爲。

(丁) 商業帳簿ヲ秩序ナク記載シ又ハ之ヲ藏匿シ棄滅シ又ハ全ク之ヲ記載セサルノ行爲。

(戊) 財産目録貸借對照表ノ作成若クハ支拂停止届出ノ義務ヲ怠リタル行爲又ハ裁判所ノ許可ヲ得スシテ住居地ヲ離ル、ノ行爲。

(三) 賄賂ノ授受。債權者集會ニ於ケル議決ニ關シ債權者ニ賄賂ヲ贈ルノ行爲及ヒ債權者カ之ヲ收受スルノ行爲ナリ。

第四 刑罰

詐欺破産罪ハ輕懲役(六年以下)ヲ以テ處罰スヘク過怠破産罪ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ヲ以テ處罰スヘク賄賂授受罪ハ一月以上二年以下ノ重禁錮又ハ千圓以下ノ罰金ヲ以テ處罰スヘキモノトス。

第四章 物權、債權以外ノ財産ニ關スル

權利ニ對スル罪

第一節 信用及ヒ業務ニ對スル罪

第二百三十三條 虚偽ノ風説ヲ流布シ又ハ偽計ヲ用ヒ人ノ信用ヲ毀損シ若クハ其

業務ヲ妨害シタル者ハ三年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス。

第二百三十四條 威力ヲ用ヒ人ノ業務ヲ妨害シタル者亦前條ノ例ニ同シ。

信用及ヒ業務ニ對スル罪ハ信用ニ對スル罪及ヒ業務ニ對スル罪ノ二者ヲ包含ス。而シテ此二者ハ原因結果ノ關係ヲ有シ且相類似スル所ナキニ非スト雖モ其法益ハ相同シカラサルノミナス其犯罪ノ手段ニ至リテモ全然同一ナリト謂フ能ハス。仍テ此二者ハ分割シテ説明スルヲ以テ便利ト爲ス。

第一款 信用ニ對スル罪

第一 法益及ヒ被害者

信用トハ其性質名譽ニ類スト言ハンヨリハ寧ロ名譽ノ一部ニ屬スルモノ

ナリト言フヲ適當トス。人ノ名譽トハ人ノ人タル名譽及ヒ人ノ社會上ノ名譽ノ二者ヲ包含スルコト既ニ説明シタルカ如シ(四五頁以下参照)。而シテ人ノ信用トハ兩者ノ中人ノ社會上ノ名譽ノ一部ニ屬スルモノニシテ一定ノ人カ有スル支拂能力及ヒ支拂意思ニ對スル信用ヲ謂フ(註一)。一定ノ人カ支拂能力アリト信用セラレザルトキハ信用アリト謂フ能ハス。之ト同シク支拂能力アルモ常ニ苦情ヲ述ヘ快ク支拂ヲ爲サスト認メラル、トキハ信用アリト謂フ能ハス。是レ學者信用ヲ以テ名譽ノ概念ニ屬スルモノト爲シ名譽ノ經濟上ノ方面(Die wirtschaftliche Seite der Ehre)ナリト説明スル所以ナリ。人ノ信用ヲ害スルノ罪ハ専ラ人ノ財産ニ關スルヲ以テ之ヲ名譽ニ對スル罪ノ一部ト爲サムヨリハ寧ロ財産ニ對スル罪ノ一部ト爲スヲ相當トス。獨リ自然人ノミナラス法人モ亦此罪ノ被害者タルヲ得ルコトハ學者ノ異論ナキ所ナリ。

(註一) 同題旨 フォン・リスト、オルスハウゼン讀本(v. Liszt, 16—17 Aufl. § 95; Meyer, § 82; Olsh., zu § 187.)

第二 所爲及ヒ手段

信用ニ對スル罪ヲ組成スヘキ信用毀損ノ所爲ハ如何ナル意義ヲ有スルヤハ名譽毀損ニ付キ説明シタル所ニ依リ之ヲ類推スヘシ。而シテ、其名譽毀損ノ場合ト異ナルハ其手段ノ點ニ在リ。名譽毀損ノ場合ニ在リテハ公然事實ヲ摘示スルトキハ其摘示シタル事實ノ眞否ハ之ヲ問フヲ要セザレトモ信用毀損ノ場合ニ在リテハ虛偽ノ風説ヲ流布シタルカ又ハ偽計ヲ使用スルニ依リ人ノ信用ヲ害シタル場合ニ非サレハ信用毀損罪成立セズ。故ニ眞正ナル事實ヲ摘示シテ信用ヲ毀損スル行爲ハ罪ト爲ラサルモノトス。是レ名譽毀損罪ト相違スル主要ノ點ナリトス。

第二款 業務ニ對スル罪

第一 法益及ヒ被害者

此罪ハ之ヲ二者ニ區別スルコトヲ得。其一ハ人ノ業務ニ對スル信用ヲ害シ以テ其業務ノ進行若クハ發展ヲ妨害スルノ所爲ニシテ其二ハ業務執行其モノヲ妨害スル所爲ナリ。刑法第二百三十三條ノ業務妨害トハ主トシテ前

者ヲ指シ同第二百三十四條ノ業務妨害トハ主トシテ後者ヲ指ス。而シテ其業務トハ農工商業ヲ始メトシテ苟モ人カ其業務トシテ爲スヘキ行爲ノ一切ヲ包含ス。公務員ノ業務執行モ亦業務執行ニ外ナラサレトモ其業務執行ニ對スル妨害ハ別種ノ犯罪ヲ構成スルモノナレハ茲ニ所謂業務ノ中ニ之ヲ包含スルコトナシ。業務ハ自然人之ヲ有シ得ヘキノミナラス法人モ亦之ヲ有スルヲ得ルモノナレハ法人モ亦被害者タルヲ得ヘシ。

第二 所爲及ヒ手段

營業妨害ノ手段モ亦之ヲ二者ニ區別スルコトヲ得。其一ハ虚偽ノ風説ヲ流布シ又ハ偽計ニ依ルモノニシテ其二ハ此二者及ヒ威力ニ依ルモノトス。虚偽ノ風説ヲ流布シ又ハ偽計ニ依リ人ノ營業上ノ信用ヲ失墜セシメ以テ其業務ヲ妨害スルカ如キハ前者ニ屬ス。虚偽ノ風説ノ流布ヲ以テスル業務執行妨害例ヘハ某工場ノ職工ニ對シ虚偽ノ事實ヲ以テ誑惑シ從業ヲ停止セシムルカ如キ又偽計ヲ以テスル業務執行妨害例ヘハ前示ノ職工等ニ贈賄シ粗

製濫造ヲ爲サシムルカ如キ又威力ヲ以テ職業ノ執行ヲ妨害スルカ如キハ後者ニ屬ス。

威力トハ暴行若クハ脅迫ハ勿論其未タ脅迫ト謂フ能ハサル示威モ亦威力ナリト解スルヲ得ヘシ。

第三款 刑罰

信用毀損罪及ヒ營業妨害罪ハ三年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ヲ以テ處罰スヘキモノトス。

第二節 著作權、特許權、意匠權、實用新案權及

ヒ商標權ニ對スル罪

凡ソ人ノ動作ハ之ヲ肉體的ト精神的トノ二者ニ區別スルコトヲ得ヘシ。精神的動作ニ一定ノ結果アリ。著作、發明ノ如キハ其著明ナルモノナリ。法律ハ著作又ハ發明者ノ權利ヲ認メ其著作若クハ發明シタル事項ヲ自ら處分スルコトヲ得セシメ且他人ヲシテ之ヲ侵害スルヲ禁シ以テ之ヲ保護ス。

第四章 物權、債權以外ノ財産ニ關スル權利ニ對スル罪 第二節 著作權、特許權、意匠權、實用新案權及ヒ商標權ニ對スル罪 七六一

發明者又ハ著作權ノ權利ハ種々ナル點ニ於テ所有權ト相類似ス。故ニ學者著作權若クハ發明權ヲ以テ精神上ノ所有權ト爲スモノアリ。舊民法第十四條第五號ニ著作權、技術者及ヒ發明者ノ權利ヲ以テ法律ノ規定ニ依ル動産ナリト定メタルカ如キハ其一例ナリ。然レトモ此權利ハ所有權若クハ其他ノ財産權ト同一ナルモノニ非ス。法律カ此權利ヲ認ムルハ著作權若クハ發明者等ノ個人ノ權利即チ其人ノ有スル一身上ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的トスルモノニシテ單ニ著作又ハ發明カ財産上ノ價值ヲ有スルカ爲メノミニ非ス。故ニ著作權若クハ發明權ニシテ何等ノ財産上ノ價值ナキ場合ト雖モ法律ハ之ヲ保護ス。是レ此權利ヲ以テ純然タル財産權中ニ加フル能ハサル所以ナリ。然レトモ實際ニ付テ此權利カ侵害セラレ、場合ヲ觀察スレハ同時ニ經濟上ノ利益ヲ害スルノ場合頗ル多シ。是レ學者或ハ此權利ヲ以テ純然タル財産權ナリト認メサルニ拘ハラス財産ニ對スル罪ノ中ニ於テ之ヲ論スル所以ナリ。

以上ノ所説ハ之ヲ意匠權、實用新案權及ヒ商標權ニ適用若クハ準用スルヲ得ヘシ。

第一款 著作權ニ對スル罪

文書、演劇、圖畫、彫刻、模型、寫真其他文藝、美術ノ範圍ニ屬スル著作權者ハ其著作物ヲ複製スルノ權利ヲ專有ス。而シテ文藝、學術ノ著作權ハ翻譯權ヲ包含ス。又各種ノ脚本、樂譜ノ著作權ハ興行權ヲ包含ス。而シテ此權利ヲ侵害スル行爲ヲ稱シテ法律上之ヲ僞作ト謂フ。故ニ不法ニ他人ノ著作物ヲ翻譯シ若クハ不法ニ他人ノ脚本ニ基キ芝居興行スルカ如キハ法律上之ヲ僞作ト爲サ、ル可カラス(著作權法第二十四號)。僞作者ハ民事上及ヒ刑事上ノ制裁ヲ受ク。但シ著作權者ニ於テ民事上ノ權利ヲ主張セムトスルニハ相當手續ヲ履ミ登錄セサル可カラス。反之刑事上ノ制裁ニ至リテハ何等制限アルコトナク僞作ハ所爲アレハ處罰セラレヘキモノトス。如何ナル行爲カ著作權ノ侵害トシテ罰セラル、ヤト謂フニ前述ノ僞作行爲ハ勿論之ヲ知テ僞作物ヲ販賣又ハ

第四章 物權、債權以外ノ財産ニ關スル權利ニ對スル罪 第二節 著作權、特許權、意匠權、實用新案權及ヒ商標權ニ對スル罪 七六三

頒布シタル者又ハ著作權ノ權利ヲ繼承シタル者其同意ヲ得スシテ著作權ノ氏名稱號ヲ變更シ若クハ題號ヲ改メ又ハ著作物ヲ改竄スル行為等ナリ。

法律カ著作權侵害ノ行為ヲ罰スルハ内國ノ著作權ヲ保護スルヲ以テ原則トスト雖モ近時各國ハ條約ヲ以テ其範圍ヲ擴メ外國ノ著作權ヲモ保護スルニ至レリ。近時著作權ニ對スル立法例ノ傾向ヲ察スルニ一方ハ著作權ノ保護ヲ擴張スルト同時ニ他方ニハ著作權ノ侵害ハ故意ニ基キタル行為アリタル場合ニ限り之ヲ處罰セムトスルニ在ルモノ、如シ。

第二款 特許權ニ對スル罪

新規ナル工業的發明ヲ爲シタル者ハ特許法ニ依リ特許ヲ受クルコトヲ得ヘキモノトス(同條)。特許權ハ登録ニ依リ發生スルモノニシテ特許權者ハ物ノ特許發明ニ在リテハ其發明ニ係ル物ヲ製作、使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專有シ方法ノ特許發明ニ在リテハ其方法ヲ使用シ及ヒ其方法ニ依リ製作シタル物ヲ使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專有ス(同條二)。

法律ハ他人ノ特許權ヲ侵害シタル者及ヒ他人ノ特許權ヲ侵害スヘキ物ヲ輸入シタル者ヲ罰スルニ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ヲ以テセリ。尙ホ特許ニ牽連スル犯罪ナキニ非ス。詳細ハ明治四十二年四月法律第二十二號特許法ニ就テ之ヲ看ヨ。

第三款 意匠權ニ對スル罪

物品ニ應用スヘキ形狀、模様、色彩又ハ結合セニ係ル新規ナル工業的意匠ヲ案出シタル者ハ意匠法ニ依リ登録スルコトヲ得(同條)。意匠權モ亦登録ニ依リ發生スルモノニシテ意匠權者ハ登録出願ノ際指定シタル物品ニ付キ業トシテ意匠ヲ應用シ又ハ之ヲ應用シタル物品ヲ販賣、擴布スルノ權利ヲ有スルモノナリ。

法律ハ他人ノ登録意匠ト同一若クハ類似ノ意匠ヲ意匠權者カ指定シタルト同一ノ物品ニ業トシテ應用シ又ハ斯ル物品ヲ業トシテ販賣又ハ擴布シタル者及ヒ同様ナル物品ヲ業トシテ輸入シ又ハ輸入シタル物品ヲ業トシテ販

賣又ハ擴布シタル者ヲ罰スルニ三年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金ヲ以テセリ。尙ホ意匠ニ關スル犯罪ナキニ非スト雖モ詳細ハ明治四十二年四月法律第二十四號意匠法ニ就テ之ヲ看ヨ。

第四款 實用新案權ニ對スル罪

物品ニ關シ其形狀構造又ハ組合セニ係リ實用アル新規ノ工業的考案ヲ爲シタル者ハ實用新案法ニ依リ登録ヲ受クルコトヲ得(同法一條)。實用新案權ハ登録ニ依リ發生スルモノニシテ實用新案權者ハ其登録ヲ受ケタル物品ヲ業務トシテ製作使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專有ス(同法八條)。

法律ハ實用新案ノ登録ヲ受ケタル物品ヲ業トシテ偽造模造シタル者又ハ偽造品模造品ヲ業トシテ販賣、擴布若クハ使用シタル者又ハ實用新案登録ヲ受ケタル物品ト同一又ハ類似ノ物品ヲ業トシテ輸入シ又ハ輸入品ヲ業トシテ販賣、擴布若クハ使用シタル者ヲ罰スルニ三年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金ヲ以テセリ。尙ホ實用新案ニ關スル其他ノ犯罪ナキニ非ス。其詳細

ハ明治四十二年四月法律第二十六號實用新案法ニ就テ看ヨ。

第五款 商標權ニ對スル罪

自己ノ生産、製造、加工、選擇、證明、取扱又ハ販賣ノ營業ニ係ル商品ナルコトヲ表彰スル爲メ商標ヲ專用セントスル者ハ商標法ニ依リ商標ノ登録ヲ受クルコトヲ得(同法一條)。商標權ハ登録ニ依リ發生スルモノニシテ商標權者ハ登録出願ノ際指定シタル商品ニ付キ其商標ヲ專用スルノ權利ヲ有ス(同法五條)。法律ハ商標權ヲ害スル行爲ヲ罰スルニ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ヲ以テス。其他商標ニ關スル罪ニ就テハ明治四十二年四月法律第二十八號商標法ニ就テ之ヲ看ヨ。

詐欺、恐喝及ヒ貪利ノ罪
ノ特色

第二類

法益ノ保有者ノ意思ニ

影響ヲ及ホシ以テ財産

上ノ法益ヲ害スル罪

第五章 詐欺、恐喝及ヒ貪利ノ罪

等シク財産ニ對スル罪ノ中ニ在リテモ詐欺、恐喝及ヒ貪利ノ三罪ハ他ノ財産ニ對スル罪ニ比シ特色ヲ成スモノニアリ。

第一 詐欺、恐喝及ヒ貪利ノ三罪ニ依リ侵害セラレハキ法益ハ特ニ物權、債權、又ハ其他ノ財産上ノ權利若クハ利益ノ一ニ限ルベキモノニ非スシテ其全部カ悉ク此三罪ニ依リ侵害セラレハキ客體タルヲ得ル點ハ此三罪ノ特色ノ一ナリ。動産、不動産ノ別ヲ問ハズ又物權、債權若クハ其他ノ財産權ニ屬スルト否トヲ問ハズ又其他將來得ベキ利益ニ雖モ悉ク此三罪ノ客體タル

ヲ得ルモノナリ。左レハ學者或ハ此種ノ犯罪ヲ指稱シテ一般ニ財産ニ對スル罰スヘキ所爲 (Strafbare Handlung gegen das Vermögen überhaupt) ト爲シ以テ其他ノ犯罪ト區別セリ (フオシリスト)。之ニ反シテ財産ニ對スル他ノ犯罪ニ在リテハ之ニ依リ侵害セラルヘキ法益ハ或ハ物權ニ限リ或ハ債權ニ限リ或ハ其他ノ財産權ニ限ルヘクシテ一般ニ財産上ノ權利又ハ利益ニ非ス。

第二 詐欺、恐喝及ヒ貪利ノ三罪ニ於テハ、行爲者カ財産上ノ法益ニ對スル直接ノ侵害ヲ爲サハル點ヲ以テ此三罪ノ特色ハ二ト爲ス。此三罪ヲ除キタル他ノ財産ニ關スル犯罪ハ孰レモ法律ノ保護スル財産上ノ利益其モノニ對シ直接ニ侵害行爲ヲ加フルニ依リ成立スルモノナリ。然ルニ此三罪ハ先ツ法益ノ保有者ニ對シ其意思ニ影響ヲ及ホスヘキ行爲ヲ爲シ依テ法益ノ保有者ヲシテ自己ニ不利益ナル財産上ノ處分ヲ爲サシメ以テ間接ニ其財産上ノ利益ヲ害スルモノナリ。此點ハ財産ニ對スル罪ヲ大別シテ二個ノ種類ニ區分スヘキ最モ重要ナル標識ナリトス。

詐欺、恐喝、貪利ノ三罪ノ特色

最モ能ク此種ノ罪ノ特質ヲ發揮スルモノハ詐欺及ヒ恐喝ノ二罪ナリトス。貪利罪ニ至リテハ多少此二罪ト其趣ヲ異ニスルモノナキニ非ス。而シテ詐欺、恐喝ノ二罪ニ至リテハ酷シク其類ヲ同ウス。舊刑法カ此二罪ヲ同一法條ニ規定シタルハ蓋シ之カ爲メナラン。而シテ此二罪ノ間ニ存スル重要ナル區別ハ犯罪ノ手段ニ在リ。詐欺罪ノ手段ハ欺罔ニシテ恐喝罪ノ手段ハ脅迫又ハ暴行ニ在リ。又此二罪ニ共通ナル重要ナル點ハ行爲者カ自己ノ行爲ニ依リ直接ニ利ヲ得ント圖ルニ非スシテ被害者ヲシテ或行爲ヲ爲サシメ之ニ依リ利ヲ圖ルニ在リ。換言スレハ其得ントスル利益タルヤ行爲者カ被害者ニ對シ欺罔又ハ恐喝ノ行爲ヲ爲スニ依リ直接ニ之ヲ得ヘキモノニ非スシテ其欺罔セラレ又ハ恐喝セラレタル者ノ行爲ニ依リ間接ニ之ヲ得ヘキモノナリ。更ニ之ヲ略言スレハ此二罪ハ欺罔セラレ又ハ恐喝セラレタル者カ財産ニ關スル處分ヲ爲スニ依リ始メテ完成スル點ニ至リテハ其揆ヲ一ニス。

第一節 詐欺罪