

場合は、その思想は必らず實生活に交渉を有するからである。私は、法律上の問題となり得べき事項を表示する文書を以て、文書偽造罪を構成し得る文書と解し度い。そこで、男女間の單純な戀文などはこれに入らないのである。

文書偽造罪を構成し得る文書には、作成名義がなければならぬ。即ち誰がその文書を作成したかといふことが、その文書に現れてゐることを必要とする。何となれば、作成名義のない文書は、一般人の信頼を受くことも少く、従つて、かかる文書の偽造を、文書偽造罪として處罰するに足らないからである。しかし作成名義を表すには、必らずしも、人の記名又は署名を用ふる必要はない。文書の内容又は筆跡などによつて、その文書自體から、誰が作成者であるかを容易に知り得れば足りるのである。作成名義と記名又は署名とは同一の觀念でないことに留意され度い。

(一) 文書の偽造變造の意義

文書の偽造には有形偽造と無形偽造との區別がある。「有形偽造」とは文書の形式即ち作成名義を偽つて文書を作成することをいひ、「無形偽造」とは自己の作成名義で虚偽の記載をすることをいふ。例へば、甲が勝手に乙の名義を使つて、乙の借用證書を作成する

のは、有形偽造であり、甲が自己の日誌や手紙、その他自己名義の文書に虚を書くのは、無形偽造である。通常、偽造といふ語は、この有形偽造について用ひられるのである。即ち「偽造」とは、他人の作成名義を冒用して文書を作成することをいふのである。他人の作成名義を冒用するといふのは、文書作成権者の承諾なしに、その者の作成名義を用ふるといふことである。その承諾があれば勿論冒用にならない。但し承諾は文書を作成する時までに得てなければならぬ。事後承諾ではいけないのである。次に、他人の名義を冒用する方法に二つある。一つは、既に作出されてゐる眞正の他人名義を冒用する場合で、他は他人名義を新に作出して冒用する場合である。刑法は印章又は署名ある文書の偽造についてこれを明かにしてゐる。例へば、第一五九條に「他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ」とあるのは、前の場合を指し、「偽造シタル他人ノ印章又ハ署名ヲ使用シテ」とあるのは、後の場合を指してゐるのである。例へば、他人の署名ある白紙委任狀の委任事項欄に、委任の趣旨と異なる事項を記載した場合、或は、代筆を依頼された者が、依頼者の文盲に乗じて、依頼された事項と異なる事項を書き、依頼者に署名させた場合などは、他人の眞正な署名を冒用して文書を偽造したものである。尙ほ、文書偽造罪の成立する爲めには、右のや



うに、他人の作成名義を冒用して文書を作成すれば足りるといふ説と、同時に文書の内容も虚偽であることを必要とするといふ説とがある。前の説を形式主義といひ、後の説を實質主義といふ。例へば、甲は乙に百圓貸してゐるが、その證書がないので、甲は勝手に、乙の作成名義でその借用證書を作つた場合に、形式主義によれば、甲は文書偽造罪に問はれるが、實質主義によれば文書偽造罪にならないで、ただ、署名偽造罪（一六七條）になり得るのみである。文書偽造罪の本質を、文書そのものの真正即ち文書作成の真正を害するものと見るならば、文書の偽造は形式主義で定めるのが至當である。大審院の判例も形式主義をとつてゐる。

右の偽造即ち有形偽造に對し、無形偽造は原則として犯罪にならない。ただ特殊の文書例へば、公務員の作る公文書、醫師が公務所に提出する診断書のやうに、文書の内容の真正を特に保持する必要があるもの限り、處罰されるに過ぎない。我々個人の日誌や手紙に虚偽のことを書いても、文書偽造罪として罰せられることはないのである。ところで、ここに問題となるのは、他人の代理資格を冒用して文書を作成するのは、文書の偽造になるか否かといふことである。この問題については非常にむづかしい理論があり、種々の説

も唱へられてゐるのであるが、大審院の判例では次ぎのやうに解決されてゐる。代理權を全く有しない者が、他人の代理人として文書を作成した場合、又は代理權を有する者でも、代理權の範圍外の事項について、代理人として文書を作成した場合は、文書の偽造である。これに對し、代理權を有する者が、形式上その代理權に屬する事項について、代理人として文書を作成した場合は、たとへ委任の趣旨に反し、本人の不利益の爲めになした場合でも、文書の偽造にならない。例へば、會社の代表取締役が自己の遊興費を得る爲めに、會社の代表者として金銭の借用證書を書いて、文書偽造罪として處罰されないものである。但し背任罪（二四七條）として處罰されるか否かは別論である。

次ぎに、文書の「變造」とは、他人名義の文書の内容を、その承諾なくして變更することである。但し内容の變更であつても、その重要部分を變更して、取引上別個の文書とするときは、變造でなくて偽造である。借用證書の借用金額や日附を變更するのが、變造の例である。

### （三） 文書偽造罪の種類

行使の目的で、御璽、國璽若くは御名ある詔書その他の文書を偽造又は變造した者は、



無期又は三年以上の懲役に處せられる（一五四條）。これを大權文書偽造罪といふ。

行使の目的で、公務所又は公務員の印章又は署名ある文書若くは圖畫を、偽造又は變造した者は、一年以上十年以下の懲役に處せられる（一五五條一項二項）。これを公文書偽造罪といふ。但しその公文書が印章又は署名なきものであるときは、三年以下の懲役又は三百圓以下の罰金に處せられる（同條三項）。

公務員がその職務上作成する公文書に、行使の目的で、虚偽の記載をしたときは、印章又は署名の有無に従ひ、前記の文書偽造罪と同一に處罰される（一五六條）。これを大權文書又は公文書の直接無形偽造罪といふ。

公務員に對して虚偽の申立をし、權利義務に關する公正證書の原本に、不實の記載をなした者は、二年以下の懲役又は百圓以下の罰金に處せられ（一五七條一項）、免狀、鑑札又は旅券に不實の記載を爲さしめた者は、六月以下の懲役又は五十圓以下の罰金に處せられる（同條二項）。これを公文書の間接無形偽造罪といふ。「公正證書の原本」とは、公證人の作る公正證書の原本の外、土地臺帳や不動産登記簿などを指すのである。大審院の判例によれば、謂ゆる中間省略登記、例へば、土地を甲から乙へ、乙から丙へと譲渡した

場合に、甲から乙への譲渡登記を省略して、甲から直接丙に譲渡したものとして登記するのは、本罪を構成することになつてゐる。しかし、登記は譲渡を第三者に對抗する爲めの要件であつて（民一七七條）、譲渡の當事者がそれを登記するか否かは任意なのであるから、中間省略登記は本罪を構成しないと解釋した方がよい。尙ほ、本罪は未遂も處罰される（一五七條三項）。

偽造、變造し又は虚偽の記載をした大權文書又は公文書を行使した者は、その文書を偽造、變造し又はこれに虚偽の記載をなし、若くはなさしめた者と同一に處罰される（一五八條一項）、尙ほ本罪の未遂も處罰される（同條二項）。

行使の目的で、他人の印章又は署名ある、權利、義務又は事實證明に關する文書若くは圖畫を、偽造又は變造した者は、三月以上五年以下の懲役に處せられる（一五九條一項二項）。但しそれが印章又は署名のない文書であるときは、一年以下の懲役又は百圓以下の罰金に處せられる（同條三項）。これを私文書偽造罪といふ。

醫師が公務所に提出すべき診断書、檢案書又は死亡證書に、虚偽の記載をなしたときは、三年以下の禁錮又は五百圓以下の罰金に處せられる（一六〇條）。これは私文書の無形偽造



罪である。

偽造、變造し又は虚偽の記載をした私文書を行使した者は、その文書を偽造變造し、又はこれに虚偽の記載をした者と同一に處罰される。尙ほ本罪の未遂も處罰される（一六一條）。

### 一〇九 有價證券偽造の罪（一六二條一六三條）

有價證券とは、財産権を表彰する證券で、その権利の行使又は移轉につき、證券の所持を必要とするものをいふ。例へば、第一六二條に規定してある公債證書、官府の證券、會社の株券の外、手形、貨物引換證、預證券、買入證券、船荷證券などがそれである。これらは法律上一定の形式があるのであるが、しかし法律上の形式がなくとも、例へば、鐵道乗車券、電車乗車券、商品切手などは有價證券である。有價證券も一種の文書であるが、刑法が特に有價證券の偽造を、他の文書の偽造と分離して規定したのは、有價證券は右のやうに財産権を表彰して、殆んど通貨のやうな作用をし、取引上特に重要視されるからである。従つて、文書偽造罪と異り、有價證券については、有形偽造も無形偽造も同一に處罰されてゐるのである。

(一) 行使の目的で有價證券を偽造、變造し、又はこれに虚偽の記入をした者は、三月以上十年以下の懲役に處せられる（一六二條一項）。

(二) 偽造、變造し又は虚偽の記入をした有價證券を行使し、又は行使の目的で人に交付し若くは輸入した者は、三月以上十年以下の懲役に處せられる（一六三條一項）。尙ほ本罪の未遂も處罰される（同條二項）。

### 一一〇 印章偽造の罪（一六四條——一六八條）

本罪は印章又は署名の眞正を害する犯罪である。印章署名は我々の人格を象徴するもので、我々はこれを文書又は物體に使用することによつて、その文書又は物體と我々との間に、一定の聯絡あることを證明する。従つて、印章署名は取引において重要視されるのである。

「印章」とは印影のことである。我々が携帯する印は印願であつて印影ではない。印願を押捺して物體の上に現れたものが印影である。尤も、大審院の判例は印影も印願も共に印章であるとしてゐる。従つて判例によれば、印願を偽造すれば直ちに印章偽造罪となる



わけである。しかし、印章の不正行使罪において印章といふのは、常に印影のことであるから、印章偽造罪における印章も、印影のことであると解する方がよい。印章は必ずしも特定人の氏名を表出するものに限らない。この意味で、花押、拇印も印章となり得るのである。次に、「署名」とは自署のことである。これは學説の殆んど一致してゐるところであるが、しかし大審院の判例では、自署のみならず、記名や略稱、商號などの記載も、署名であるとされてゐる。

(一) 行使の目的で、御璽、國璽又は御名を偽造した者は、二年以上の有期懲役に處せられる(一六四條一項)。御璽、國璽又は御名を不正に使用し、又は偽造した御璽、國璽又は御名を使用した者も、右と同一に處罰される(同條二項)。

(二) 行使の目的で、公務所又は公務員の印章若しくは署名を偽造した者は、三月以上五年以下の懲役に處せられる(一六五條一項)。右の印章又は署名を不正に使用し、又は偽造した右の印章又は署名を使用した者も、同一に處罰される(同條二項)。

(三) 行使の目的で、公務所の記號を偽造した者は、三年以下の懲役に處せられる(一六六條一項)。「記號」とは、檢印、極印のやうなものを指すのである。右の記號を不正に

使用し又は偽造した右の記號を使用した者も、同一に處罰される(同條二項)。

(四) 行使の目的で、他人の印章若しくは署名を偽造した者は、三年以下の懲役に處せられる(一六七條一項)。他人の印章若しくは署名を不正に使用し、又は偽造した他人の印章若しくは署名を使用した者も、同一に處罰される(一六七條二項)。右の署名は、法律上問題となり得る事項の、證明の用に供せられるものに限る。故に、例へば、俳優や競技家のする、謂ゆるサインはこれに入らない。

印章署名の不正使用罪及び偽造の印章署名使用罪は、その未遂も處罰される(一六八條)。

## 第六章 風俗宗教に對する犯罪

### 一一一 猥褻、姦淫及び重婚の罪(一七四條—一八四條)

本罪は人の性生活に關する善良の風俗を害する犯罪である。法律が性生活の秩序に對し、



どの程度まで干渉すべきかは、立法政策上相當に考慮を要する問題である。外國の立法例では、親族相姦や不自然的性交を處罰してゐるところもあるが、我が現行刑法はこれを除外してゐる。しかし、これは、かやうな行爲を是認した爲めではなく、これを刑法に明示するよりも、社會の道德に一任する方が、妥當であると考へた爲めである。

(一) 公然に猥褻の行爲をした者は、科料に處せられる(一七四條)。「公然」とは不定又は多數人が認識し得るやうな状態といふことである。「猥褻の行爲」とは、我々がそれに對して羞恥又は嫌惡を感じるやうな、性に關係ある行爲である。必ずしも姦淫に限らない。

(二) 猥褻の文書、圖畫その他の物を頒布若くは販賣し、公然これを陳列し、又は販賣の目的で所持した者は、五百圓以下の罰金又は科料に處せられる(一七五條)。映畫は陳列である。

(三) 十三歳以上の男女に對して、暴行又は脅迫を以つて猥褻の行爲をした者は、六月以上七年以下の懲役に處せられる(一七六條)。これを強制猥褻罪といふ。若し相手が十三歳未満の者であるときは、たとへ、その承諾があつても、右と同一に處罰される(同條)。

(四) 十三歳以上の婦女を暴行又は脅迫を以つて姦淫した者は、二年以上の有期懲役に處せられる(一七七條)。若し婦女が十三歳未満であるならば、その承諾があつても強姦罪として、右と同一に處罰される(同條)。

(五) 人の心神喪失若くは抗拒不能に乗じ、又は人をして心神を喪失せしめ若くは抗拒不能ならしめて、猥褻の行爲をし又は姦淫した者は、強制猥褻罪又は強姦罪と同一に處罰される(一七八條)。醫師が婦女の性的無智に乗じ、治療に名を藉りて姦淫するのは本罪である。

(六) 強制猥褻罪、強姦罪及びこれに準ずる右の犯罪は、その未遂も處罰される(一七九條)。而してこれらの犯罪は皆親告罪である(一八〇條)。これは被害者の名譽を考慮した結果である。尙ほ、これらの犯罪を犯し、因つて人を死傷に致したときは、無期又は三年以上の懲役に處せられる(一八一條)。この場合は親告罪ではない。

(七) 營利の目的で、淫行の常習なき婦女を勧誘して姦淫せしめた者は、三年以下の懲役又は五百圓以下の罰金に處せられる(一八二條)。

(八) 有夫の婦が姦通したときは、二年以下の懲役に處せられ、その相姦者も同一に處



罰される（一八三條）。「有夫の婦」とは民法のいふ妻のことで、法律上の婚姻手續をした者に限る。謂ゆる内縁の妻は、ここにいふ有夫の婦ではない。本罪は親告罪であつて、本夫が告訴権を持つてゐる。但し本夫が妻の姦通を縱容したときは、告訴の効がない。「縱容」とは豫め本夫が妻の姦通を承諾することである。尙ほ姦通罪の告訴をするには、離婚の訴を提起しておかねばならない（刑訴二六四條）。

（九）配偶者ある者が重ねて婚姻したときは、二年以下の懲役に處せられ、その相婚者も同一に處罰される（一八四條）。ここにいふ配偶者は、法律上の手續を経て婚姻した者のことであり、第二の婚姻も亦法律上の婚姻を意味する。民法によれば、既に婚姻中の者は、重ねて婚姻届を出すことができないのであるから（民七六六條七七六條）、文書を偽造でもせぬ限り、重婚罪は事實上生じ得ないのである。

### 一一二 賭博及び富籤に関する罪（一八五條——一八七條）

本罪は放縱なる射行爲によつて、社會の健全な經濟生活を頽廢せしむるものである。賭博と富籤に関する犯罪とを含む。賭博及び富籤を如何なる程度で禁止するかは、各國の

國情や國民性などを考慮して決せねばならぬものであるが、我が國は外國の立法例に比較すれば、可なりの嚴罰主義である。但し、單純賭博において、一時の娛樂に供する物を賭したに過ぎぬ場合は、これを處罰せぬことにしてゐる。尙ほ富籤は特殊の社會政策上公許せられる場合がある。例へば馬券がそれである。

（一）偶然の輸贏に關し財物を以て、博戲又は賭事をなした者は、千圓以下の罰金又は科料に處せられる。但し一時の娛樂に供する物を賭した場合は處罰されない（一八五條）。これを單純賭博罪といふ。博戲も賭事も賭博である。而して「賭博」とは、當事者が互に財物を賭し、偶然の輸贏（勝敗）によつて、その得喪を決することである。財物の得喪が、苟くも多少の偶然性を基礎とする以上は、當事者の技倆が、勝敗を決する重大な要素である場合でも、賭博たることを免かれない。例へば、碁、將棋又は麻雀の勝負に財物を賭する場合がそれである。「一時の娛樂に供する物」とは、興味を主とし一時的に消費する物、即ち茶菓子の程度の物のことである。大審院の判例によれば、金錢を賭した場合は、たとへ一錢であつても、一時の娛樂に供する物にあらずとされてゐる。

（二）常習として賭博をした者は、三年以下の懲役に處せられる（一八六條一項）。これ



を常習賭博罪といふ。

(三) 賭博場を開張し、又は博徒を結合して利を圖つた者は、三月以上五年以下の懲役に處せられる(一八六條二項)。

(四) 富籤を發賣した者は、二年以下の懲役又は三千圓以下の罰金に處せられ(一八七條一項)その取次をした者は、一年以下の懲役又は二千圓以下の罰金(同條二項)、右の外、富籤を授受した者は、三百圓以下の罰金又は科料に處せられる(同條三項)。「富籤」とは、特定人が多數人に籤札を購買せしめ、抽籤の方法で、購買者の一部に僥倖の利益を取得するものをいふのである。

### 一一三 禮拜所及び墳墓に關する罪(一八八條—一九二條)

本罪は國民の宗教上の自由又は宗教的感情を害する犯罪である。

(一) 神祠、佛堂、墓所その他の禮拜所に對して、公然不敬の行爲をした者は、六月以下の懲役若しくは禁錮又は五十圓以下の罰金に處せられ(一八八條一項)、説教、禮拜又は葬式を妨害した者は、一年以下の懲役若しくは禁錮又は百圓以下の罰金に處せられる(一八八

條二項)。

(二) 墳墓を發掘した者は、二年以下の懲役に處せられる(一八九條)。ここにいふ「墳墓」は、禮拜の對象となつてゐるものに限る。禮拜の對象となつておらぬ古墳を含まない。

(三) 死體、遺骨、遺髪又は棺内に藏置した物を、損壞、遺棄又は領得した者は、三年以下の懲役に處せられる(一九〇條)。「死體」は身體の一部である手足や臟器腦漿を含むのである。又胎兒の死屍即ち死胎でも、それが人の形態を有し、一般に葬祭の對象となるものならば死體である。大審院の判例は、妊娠四月以上の死胎を死體であるとしてゐる。「遺骨」及び「遺髪」は葬祭の對象となるものに限る。だから、骨揚の後に火葬場へ遺留した骨灰は、ここにいふ遺骨ではない。尙ほ、墳墓を發掘して本罪を犯した場合は、三月以上五年以下の懲役に處せられる(一九一條)。

(四) 検視を経ずに變死者を葬つた者は、五十圓以下の罰金又は科料に處せられる(一九二條)。「變死者」とは不自然な原因で死亡した者、例へば、自殺者、溺死人、殺人罪の被害者のやうな者、又は異常な状態で死亡した者、例へば、行路病死者のやうな者をいふのである。



## 第七章 個人の生命及び身體に對する犯罪

### 一一四 殺人の罪（一九九條—二〇三條）

殺人罪は人の生命を奪ふ犯罪である。そこでまづ、人とは何ぞや、といふことが問題になるわけであるが、人間から生まれた者が人間である、といふ以外には答へやうがない。但し人の始期、即ち胎兒と人とを區別する時期については、陣痛説、一部露出説、全部露出説、獨立呼吸説がある。これは民法でも、人格の始期を定めるについて問題となつてゐるのであるが、刑法では、一部露出説が通説であり又大審院の判例である。即ち、胎兒がその一部でも母體外に出てから、その生命を奪へば殺人罪となるのである。而して出生兒が生命を有する以上は、たとへ、假死状態で生れても、又月足らずで生れても、それは人である。

(一) 人を殺した者は死刑又は無期若しくは三年以上の懲役に處せられる（一九九條）。但

し、自己又は配偶者の直系尊屬を殺した者は、特に刑が重く、死刑又は無期懲役に處せられる（二〇〇條）。外國の立法例では、殺人罪を謀殺と故殺に分けて、謀殺を重く罰し、又毒殺を特に重く罰してゐるところもあるが、我が刑法はかやうな區別を立ててゐない。殺人罪の動機や方法は、まことに千差萬別であつて、謀殺や毒殺が必らず重いと断定できぬばかりでなく、殺人そのものも、他の犯罪より常に重く罰せねばならぬともいへぬのである。だから、我が刑法は殺人罪の刑を、最も重い死刑から、最も軽い三年の懲役の間で、定め得るやうにしたのである。しかも、情狀酌量で刑を減輕するならば、被告人に執行猶豫を言渡すこともできるのである。

右の殺人罪を犯す目的で豫備をした者は、二年以下の懲役に處せられる。但し情狀により刑を免除され得る（二〇一條）。

(二) 人を教唆して自殺せしめ、若しくは人の自殺を幫助した者、或は被殺者の囑託を受け又は承諾を得てこれを殺した者は、六月以上七年以下の懲役又は禁錮に處せられる（二〇二條）。我が刑法では、自殺そのものは犯罪ではない。しかし、自殺は社會生活上歡迎すべからざる現象であるから、自殺の教唆や幫助はこれを犯罪としたのである。又被殺者の



囑託を受け又は承諾を得て、これを殺した場合も、被殺者自身は自殺であるが、殺した者は殺人罪を犯してゐるのである。但し刑法は、囑託又は承諾のあつた點を考慮して、普通の殺人罪よりも刑を軽くしたのである。謂ゆる情死の當事者は相互に本罪を犯してゐるのであつて、若し情死が失敗して生残つた場合は、生残者を本罪で處罰し得るのである。尤も、實際には處罰することは稀である。

殺人罪の未遂は處罰される(二〇三條)。

### 一一五 傷害の罪(二〇四條—二〇八條)

本罪は人の身體を侵害する犯罪である。刑法はこれを暴行罪と傷害罪とに分けて規定してゐる。

(一) 人に暴行を加へた者は、一年以下の懲役若しくは五十圓以下の罰金又は拘留若しくは科料に處せられる(二〇八條)。「暴行」は人の身體に對する第一段階の侵害である。身體の平穩を害する一切の行爲を含む。人を引倒し、耳目を塞ぎ、猿轡をはめ、煙を吹き掛けるなどは總て暴行である。必らずしも、身體に疼痛を與へることを要しない。暴行の結果、

人に傷害を與へれば、もはや暴行罪ではなくて傷害罪である。これは第二〇八條に、「人ヲ傷害スルニ至ラサルトキハ」とあることによつて明かである。

(二) 人の身體を傷害した者は、十年以下の懲役又は五百圓以下の罰金若しくは科料に處せられる(二〇四條)。「傷害」とは、身體の完全性を害し又は機能に不良の變更を生ぜしめることである。例へば、身體の毀損、腫脹、表皮の剝離、處女膜の裂傷などは傷害である。その他大審院が傷害と認めたものに、精神興奮と筋肉激動による腦出血、中毒症狀、失神状態、疲勞倦怠若しくは胸部の疼痛などがある。しかし、毛髮鬚髯の切斷剪除は、傷害でなくて暴行に過ぎぬとされてゐる。身體傷害の結果、人を死に致したときは、二年以上の有期懲役に處せられ(二〇五條一項)、若し自己又は配偶者の直系尊屬に對してこの犯罪を犯したときは、その刑が重く、無期又は三年以上の懲役に處せられる(同條二項)。

(三) 傷害罪の現場で犯人に助勢した者は、一年以下の懲役又は五十圓以下の罰金若しくは科料に處せられる(二〇六條)。

(四) 二人以上が同時に暴行を加へて人を傷害した場合に、傷害の輕重又は現に傷害を與へた者が不明なときは、犯人の總てが傷害罪の共同正犯として處罰される(二〇七條)。



一一六 過失傷害の罪（二〇九條——二一一條）

過失によつて人を傷害した者は、五百圓以下の罰金又は科料に處せられ（二〇九條）、人を死に致した者は、千圓以下の罰金に處せられる（二一〇條）。右の過失傷害罪は親告罪である。

業務上必要な注意を怠り人を死傷に致した者は、三年以下の禁錮又は千圓以下の罰金に處せられる（二一一條）。「業務」とは、社會生活上の地位に基づいて、繼續して行ふところの仕事をいふのであるが、本條にいふ業務は、その執行に際して、人の生命又は身體に危険を與へ勝なもの、例へば、自動車の運轉のやうなものを指すのである。而して、右の業務に従事する以上は、その業務が犯人の主たる業務であると否とを問はない。

一一七 墮胎の罪（二一二條——二一六條）

本罪は墮胎、即ち、胎兒をその自然的分娩に先だち、人工的に母體から出す犯罪であるが、では、何故に墮胎は犯罪とせられるか、といふ理由になると、簡単に説明することは

むづかしい。胎兒は法律上の人ではないから、墮胎を殺人や傷害と同じに見ることはできない。さりとて、胎兒を妊婦の身體の一部と見て、墮胎を妊婦の傷害と見るのも無理である。何となれば、現行刑法は自殺や自傷を犯罪としてゐないにも拘らず、妊婦が自分で墮胎することを犯罪としてゐるからである。そこで、墮胎を禁止する理由は、一般に、善良の風俗を維持する爲めであるとか、國家の人口減少を防止する爲めであるとか、説明されてゐるのである。勿論、これらが墮胎を禁止する理由の一つであることは否定できない。しかし、尙ほ次ぎの點も考慮しておく必要がある。胎兒は法律上の獨立な人ではないが、社會觀念上、我々は、胎兒を或る獨立な存在者として觀察してゐる。民法でも、不法行爲に對する損害賠償請求の場合、竝に相續の場合には、胎兒が法律上、人と同じに取扱はれてゐる。従つて、刑法でも、胎兒は胎兒として獨立に保護される價值を持つてゐるものといはねばならぬ。即ち墮胎罪の重點は、胎兒の生命を侵害し又はその危険を惹起する點にある。尙ほ、現行刑法では、第三者のする墮胎は、妊婦自身のする墮胎よりも、重く處罰せられ、又妊婦の承諾又は囑託なき第三者の墮胎は、承諾又は囑託による墮胎よりも、重く處罰されてゐる。この點から見て、墮胎は胎兒を害する外に、妊婦の身體をも害するも



のと考へることができるのである。

(一) 懐胎の婦女が自ら墮胎したときは、一年以下の懲役に處せられる(二二二條)。「墮胎」とは、胎兒を自然的分娩に先だつて、人工的に母體から出すことである。だから、墮胎罪の成立する爲めには、必ずしも胎兒を毒物などで殺す必要はない。胎兒が生存して出産しても墮胎罪である。又墮胎罪の成立する爲めには、墮胎に著手した當時に、胎兒が生命を持つておれば足り、胎兒の發育程度は問題にならない。大審院の判例は、妊娠一ヶ月らひの胎兒について、墮胎罪を認めてゐるのである。

(二) 妊婦の囑託を受け又はその承諾を得て墮胎した者は、二年以下の懲役に處せられる(二二三條)、若し右の者が醫師、産婆、藥劑師又は藥種商であるときは、三月以上五年以下の懲役に處せられる(二二四條)。尙ほ右の墮胎の結果、妊婦を死傷に致したときは、刑が加重されて、普通人が墮胎した場合なら三月以上五年以下の懲役、醫師や産婆などの場合なら六月以上七年以下の懲役に處せられる。醫師が墮胎手術をする場合に、それが胎兒の安産の爲め又は母體の保護の爲めであるならば、勿論犯罪にはならない。尙ほ學說としては、醫學的立場から、親の惡質を遺傳せる胎兒の墮胎を許すべしといふ説、又醫學的

立場から、強姦による妊娠や年少者の妊娠は、その墮胎を許すべしといふ説、或は社會政策的立場から、貧困者の墮胎を許すべしといふ説などあるが、我が刑法ではまだ認められるまでに至つてゐない。

(三) 妊婦の囑託又はその承諾なくして、墮胎した者は、六月以上七年以下の懲役に處せられ、その未遂も罰せられる(二二五條)。尙ほ右の犯罪の結果、妊婦を死傷に致したときは、傷害の罪に比較し重きに從つて處罰される(二二六條)。

### 一一八 遺棄の罪(二二七條—二二九條)

本罪は人を無保護の状態において、その生命又は身體に危険を惹起する犯罪である。即ち、老幼、不具又は疾病の爲め扶助を必要とする者を、遺棄し又はその生存に必要な保護をなさない犯罪である。

(一) 老幼、不具又は疾病の爲め扶助を要する者を遺棄した者は、一年以下の懲役に處せられる(二二七條)。「遺棄」とは、現在適當に保護されてゐる場所から、他の無保護の場所又は保護に不適當な場所に移すことである。例へば、門内に捨兒を發見したときに、



これを危険な路傍や野原に移せば、遺棄罪となるのである。かかる場合には、捨兒のあることを警察官吏に申告しなければならぬ。若し申告をせずその儘に放置すれば、警察犯處罰令(二條一〇號)で處罰される。勿論、その捨兒を自分で適當に保護するのはその者の任意である。本罪は遺棄者に特別の保護義務があることは必要でない。若し保護義務のある者が遺棄すれば、本罪ではなく、次ぎに述べる犯罪が成立するのである。

(二) 老者、幼者、不具者又は病者を保護する義務ある者が、これを遺棄し、又はその生存に必要な保護をなさないときは、三月以上五年以下の懲役に處せられ、若し、自己又は配偶者の直系尊屬に對して犯したとは、六月以上七年以下の懲役に處せられる(二一八條)。本罪は前條の犯罪と異り、特別の保護義務を有する者の犯罪である。その「保護義務」は、法律の規定、法律行為、事務管理(民六九七條)によるの外、一般の慣習によつても生ずる。例へば、同居の雇人が疾病に罹り扶助を要する場合に、これに對し突然解雇の申入をし、即時強制的に雇主方を退去させるのは、本罪を構成する。その他、劇場主や飲食店主などは、場屋内の迷兒、急病人に對し適當にこれを保護する責任がある(尙ほ三六參照)。「生存に必要な保護」とは、幼者、老者、病者など被保護者の、日常生活に

おける行動に必要な援助といふ意味である。必らずしも、生活資料の供給に限らない。生活資料を自給し得る者でも、例へば、不具又は病氣の富有者のやうに、自ら日常生活の活動をなし得ない者に對しては、適當な援助をせねばならぬのである。而して、如何なる程度 of 保護をなすべきかは、保護を要する原因の性質又は程度、並に被保護者及び保護者の社會的地位によつて、具體的に決せられねばならぬ問題である。

以上の犯罪を犯した結果、人を死傷に致したときは、傷害の罪に比較し重きに從つて處罰される(二一九條)。

## 第八章 個人の自由及び生活の平穩に對する犯罪

### 一一九 住居を侵す罪(一一三〇條—一一三二條)

本罪は人が適法に占據する特殊の區域に侵入する犯罪である。占據區域の中で最も重要なものは人の住居である。何となれば、我々は住居において最もよく、私生活の自由と平



穩を享樂し得るからである。住居の平穩は憲法によつて保障されてゐるところである（憲二五條）。

(一) 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若くは艦船に侵入し、又は要求を受けてその場所から退去しない者は、三年以下の懲役又は五十圓以下の罰金に處せられる（一三〇條）。「人の住居」とは、人が繼續的に起臥寢食の用に供してゐる場所を意味する。單に一時的休息の用に供する場所は、住居とはいひ難い。しかし、起臥寢食の用に供する場所である以上は、必らずしも、獨立の家屋即ち建造物である必要はない。車内、船内、テント内は勿論のこと、ルンベンの宿る假小屋でも住居であり、又旅館の一室も獨立の住居となり得るのである。次に、「邸宅」といふのは、人の住居に供せられる建造物及びその圍繞地のことである。通俗にいふ、かの堂々たる邸宅とは意味が違ふ。住居に使用するところの謂ゆる空家のことである。そこで、次ぎの「建造物」は、住居でも邸宅でもないところの建造物、例へば、倉庫のやうなものを指すことになるのである。右の邸宅、建造物、艦船などを、「人が看守する」といふのは、濫りに他人が出入することを禁止する爲めに、看守人をおき又は鍵を掛けておくことである。右の場所に不法に侵入し、又は始め憲法又

は過失で侵入した者、例へば、泥酔の擧句に誤つて他人の家に入つた者が、要求を受けても退去しないときに、本罪が成立するのである。本罪は個人の法益を害する犯罪であるから、住居権者の承諾があれば、勿論、犯罪にはならない。而してこの承諾は、明示であるか黙示であるとを問はぬ。従つて、客の來集を目的とする湯屋、酒場、喫茶店などは、わざわざ店主の承諾を得なくとも、住居侵入罪にならないのである。しかし、客としての目的ではなく、其處で何か犯罪をやる目的、例へば、殺人や竊盜の目的で入れれば、勿論住居侵入罪である。尙ほ、大審院の判例によれば、夫婦同居生活の場合に、夫の不在中、その妻と姦通する目的でその住居に侵入した者は、たとへ妻の承諾があつたとしても、住居侵入罪に問はれる。その理由は、夫婦同居生活において、その住居権者は夫である。而して、妻は日常の家事については夫を代理し得るが、しかし、姦通の爲めに他人を住居に入れることは、住居権者たる夫の意思に反するといふのである。

(二) 皇居、禁苑、離宮、行在所、神宮又は皇陵に侵入した者は、三月以上五年以下の懲役に處せられる（一三二條）。右の神宮は第七四條の神宮と同じく、伊勢大神宮のみである。先年、明治神宮に侵入して御賽錢を盗つた者について、某新聞紙が、犯人は第一三一



條の神官侵入罪で處罰されたといふ記事を載せてゐたが、あれは新聞社の誤報である。  
以上の犯罪はその未遂も處罰される（一三二條）。

### 一二〇 秘密を犯す罪（一三三條—一三五條）

信書の秘密は憲法の保障するところで、我々は法律に定められた場合の外、信書の秘密を侵されざる権利を持つてゐる（憲二六條）。又我々は一身上、家庭上の種々な秘密を持つもので、この秘密が濫りに他に漏泄されたいといふことは、我々の私生活を平穩ならしむる爲めに必要である。本罪はかやうな我々の秘密を侵す犯罪である。

（一） 封緘した他人の信書を開披した者は、一年以下の懲役又は二百圓以下の罰金に處せられる（一三三條）。これを信書開披罪といふ。「信書」とは、特定人から特定人に宛てた文書、即ち或る思想を表示した書面をいふのである。だから、思想の表示でない價格表や圖面のやうなものは、たとへこれを封筒に入れ、郵便で發送しても、刑法でいふ信書ではない。しかし、信書は必ずしも人の秘密事項を書いたものに限らない。又郵便に附することも必要でないのである。但し郵便官署の取扱中のものについては、郵便法が適用さ

れる。次に「封緘」とは、特定人以外に信書の閲覽を禁止する爲めに施した装置をいふ。通常用ひられるやうに封筒に入れて糊付けをし、「緘」とか「メ」とか書いたのは封緘である。或は信書を狀箱に入れてもよい。郵便葉書の信書は、勿論封緘の信書ではないが、封緘葉書を用ひた信書は、封緘の信書である。

（二） 醫師、藥劑師、藥種商、産婆、辯護士、辯護人、公證人、宗教若くは禱祀の職に在る者、又は曾つてこれらの職に在つた者が、その業務上取扱つたことについて知り得た他人の秘密を、漏泄したときは、六月以下の懲役又は百圓以下の罰金に處せられる（一三四條）。これを秘密漏泄罪といふ。これらの職に在る者は他人の秘密を知る機会が多いから、法律は特にその秘密を守るべきことを命ずるのである。刑事訴訟法でも、これらの者が證人として訊問を受ける場合に、他人の秘密に關しては、その證言を拒み得ることにしてゐる（刑訴一八七條）。では秘密とは何か。「秘密」とは、一般の社會觀念上、他人に知られることを欲しない事項、又は本人が特に黙秘することを依頼した事項をいふのである。

信書開披罪及び秘密漏泄罪はいづれも親告罪である（一三五條）。信書開披罪の告訴權者が誰であるかについては、信書が名宛人に到達前は差出人で、到達後は名宛人であるとの



説もあるが、私は、差出人は信書の到達前後に拘らず常に告訴権者で、到達後は名宛人も告訴権者になるものと解してゐる。

### 一二二 逮捕及び監禁の罪（二二〇條二二一條）

本罪は人の身體の自由を拘束する犯罪である。身體の自由を拘束する手段としては、暴行と脅迫とがその主なるものであるが、しかし、その他の手段によつても本罪は成立する。尙ほ本罪は、身體の自由を拘束する犯罪であるから、暴行脅迫その他の手段は、時間的に多少繼續することが必要である。

（一）人を逮捕又は監禁した者は、三月以上五年以下の懲役に處せられる（二二〇條一項）。若し自己又は配偶者の直系尊屬に對して犯したときは、六月以上七年以下の懲役に處せられる（同條二項）。「逮捕」とは、人の身體を直接に拘束すること、**「監禁」とは、人の身體を場所的に拘束すること、即ち、人が一定の區劃内から出ることを不能又は困難ならしめることである。**いづれもその手段の如何を問はない。例へば、繩で手足を縛る場合は勿論、巡查であると詐つて官公署へ連行するのも、逮捕罪となり得る。又入浴中の

婦人の脱衣を奪つて、浴室から出ることを困難にし、人を脅迫して室外に出るのを妨げるのは監禁罪である。尙ほ監禁罪の成立する爲めには、被監禁者が監禁場所において、多少の安息を得られると否とを問はぬのであつて、例へば、紡績工場主が、女工の逃走を防ぐ爲めに、女工寄宿舍の部屋の出入口に外部から鍵を掛け、外部との交通を遮斷した場合は、たとへ、室内に相當の設備をし、女工の健康保全や慰安娛樂の方法を講じたとしても、監禁罪が成立するのである。

（二）逮捕罪又は監禁罪の結果、人を死傷に致したときは、傷害の罪に比較し重きに從つて處罰される（二二一條）。

### 一二三 脅迫の罪（二二三條二二三條）

本罪は人の意思の平穩又は意思決定の自由を害する犯罪で、脅迫罪と強要罪とに分かれる。本罪については、特に行爲の違法性に關し次ぎの點を注意せねばならぬ。それは、脅迫が權利を實行する爲め的手段であるといふことは、行爲の違法性を阻却する原因とはならぬといふことである。例へば、犯罪の被害者が、眞實に告訴をする意思がないのに拘ら



ず、犯人を畏怖させ賠償金をとる目的で、告訴をするぞと脅迫した場合、或は債権の取立の爲め債務者を脅迫した場合には、脅迫罪が成立するのである。

(一) 人の又はその親族の生命、身體、自由、名譽又は財産に對し害を加へる旨を通告してこれを脅迫した者は、一年以下の懲役又は百圓以下の罰金に處せられる(二二二條)。

通告した害悪は、犯人にこれを實行する意思があると否とを問はない。又犯人自身ではなく、第三者の手によつて加へる旨を通告しても脅迫罪になる。但し天災地變の來る旨を通告して、相手を畏怖させるのも、脅迫罪となるかについては議論がある。私は事情の如何によつて區別し、人の意思の平穩を害する程度が比較的に大なる場合は脅迫罪となり、さうでない場合は、妄に吉凶禍福を説いたものとして、警察犯處罰令(二條一七號)で處罰すべきものと解する。尙ほ、脅迫罪の成立する爲めには、相手が畏怖するであらう程度に害悪を通告すれば足りるのであつて、その通告によつて、相手が現實に畏怖したことは必要でないのである。

(二) 人の又はその親族の生命、身體、自由、名譽若くは財産に對し、害を加ふる旨を通告して脅迫し又は暴行を用ひて、人をして義務なき事を行はしめ、又は行ふべき權利を妨害した者は、三年以下の懲役に處せられ、その未遂も處罰される(二二三條)。これを強要罪といふ。「義務なきことを行はしめる」とは、例へば、謝罪狀を要求する權利がないにも拘らず、謝罪狀を書かせるやうなことをいひ、「又行ふべき權利を妨害する」とは、例へば告訴を中止させ、或は一定の場所へ出席することを妨げるやうなことをいふのである。尙ほ、暴行行爲等處罰ニ關スル法律では、團體又は多衆の威力を示し、又は兇器を示し、或は數人共同して、暴行、脅迫又は強要した者を、特に重く處罰してゐる。

### 一二三 略取及び誘拐の罪(二二四條—二二九條)

本罪は人の正常な保護關係又は自由な生活狀態を不良に變更する犯罪で、大別すれば、略取誘拐罪、人身賣買罪、被拐取者又は被賣者の藏匿收受罪の三つとなる。略取誘拐罪は、暴行、脅迫又は欺罔によつて、人を正常な保護關係又は自由な生活關係から離間する犯罪であつて、一面において被拐取者の自由を侵害し、他面において、被拐取者が特定人の監護下にあるときは、監護權をも侵害するものである。人身賣買は、人の自由なる生活關係を拘束するもので、近代の文明國家において禁止されてゐるものである。但し刑法は、帝



國外に移送する目的とする人身賣買だけを處罰してゐる。

(一) 未成年者を略取又は誘拐した者は、三年以上五年以下の懲役に處せられる(二二四條)。「略取」とは、暴行又は脅迫によつて、又「誘拐」とは、欺罔誘惑によつて、被拐取者を自己又は第三者の支配に移すことである。誘拐は虚偽の事實を述べて相手を錯誤に陥らしめる場合の外、たとへ真正の事實を述べても、相手の智慮淺薄に乗じ、甘言を以つて、その正當な判断を誤らしめる場合をも含むのである。大審院が本罪であるとしたものに次ぎのやうな事件がある。未成年の某女から素人家に女中奉公を依頼された者が、素人家に奉公するよりも、料理家の仲居奉公の方が給料も多く、且つ屢々男子と關係しその意に従へば、着物も出來て有利であると誘惑し、遂ひに某女を料理家の仲居に奉公させ、且つ某男の外妾にさせた。

(二) 營利、猥褻又は結婚の目的で、人を略取又は誘拐した者は、一年以上十年以下の懲役に處せられる(二二五條)。本罪においては、被拐取者が未成年者であるか否と、男子であるか女子であるかを問はないのである。「營利の目的」とは、利益を得る目的といふことで、それが繼續的なものであつても一時的なものであつても差支ない。「結婚の目的」

とは、民法上の婚姻をする目的を意味する。事實上の同棲生活だけをする目的は、「猥褻の目的」の方に入るのである。

(三) 帝國外に移送する目的で、人を略取又は誘拐した者は、二年以上の有期懲役に處せられる(二二六條一項)。

(四) 帝國外に移送する目的で人を賣買した者、又は、被拐取者若しくは被賣者を帝國外に移送した者は、二年以上の有期懲役に處せられる(二二六條二項)。

(五) 以上の犯罪を幫助する目的で、被拐取者又は被賣者を、收受し、藏匿し又は隠避せしめた者は、三年以上五年以下の懲役に處せられ(二二七條一項)、營利又は猥褻の目的で、被拐取者又は被賣者を收受した者は、六月以上七年以下の懲役に處せられる(同條二項)。

以上の犯罪は總てその未遂も處罰される(二二八條)。

以上の犯罪中、未成年の略取誘拐罪、猥褻又は結婚の目的による略取誘拐罪、竝に、猥褻の目的による被拐取者又は被賣者の收受罪は、親告罪である。但し犯人と被拐取者又は被賣者とが民法上の婚姻をした場合は、婚姻の無効又は取消の裁判が確定した後でなけれ



ば、告訴の効果を生じない(二二九條)。

## 第九章 個人の名譽及び信用に對する犯罪

### 一二四 名譽に對する罪(二三〇條—二三二條)

本罪は人の名譽又は名譽感情を害する犯罪である。名譽そのものを害するのを名譽毀損罪又は誹毀罪と名づけ、名譽感情を害するものを侮辱罪と稱する。では、名譽とは何であるかといへば、それは人の社會的地位に對する社會の評價のことである。従つて、我々は、社會生活を營む以上、總て或る程度の名譽を持つてゐるわけである。名譽の基礎となる事實、即ち社會的評價の材料としては、人の職業、性格、行動、血統、容貌など種々のものがある。名譽はこれらの事實を基礎として、社會一般の人がなす評價である。だから、人の名譽と、その人の眞價とは同一ではない。人の眞價は社會の評價によつて左右されるものではなく、又外部からこれを侵害し得るものでもないのである。かやうに、名譽は社會

の評價であるから、従つてそれは客觀的評價であるが、我々は又別に、主觀的評價即ち自己自身の評價を持つてゐる。自分の偉さや善良さについて、何程かの已惚れを持たない者はない。これを名譽意識又は名譽感情と名づける。さて、名譽は右に述べたやうに、或る事實を基礎とした社會の評價であるから、名譽はその基礎である事實を摘示することによつて、これを害し得るのであり、名譽感情はその人の主觀的評價に反する評價、例へば、馬鹿とか低能とか呼ぶだけで、これを害し得るわけである。そこで刑法は、事實を摘示した場合を名譽毀損罪とし、事實を摘示しない場合を侮辱罪としてゐるのである。

(一) 公然、事實を摘示して人の名譽を毀損した者は、一年以下の懲役若しくは禁錮又は五百圓以下の罰金に處せられる(二三〇條)。本罪の被害者となり得る者、言ひ換へれば、名譽を持つ者は、自然人及び法人の外、獨立な社會的地位を有する團體、例へば、何々青年團、何々後援會といふやうなもの、竝に死者である。尤も、死者には法律上の人格はなく、従つて死者には名譽も有り得ないのであるから、死者の名譽を毀損するとは、その實、死者の親族又は遺族の名譽を毀損することに外ならない、といふ説もある。しかし私は、死者と雖も歴史的存在者として、我々の歴史を飾る一人である以上、その名譽は遺族の名



譽とは別個独立なものとして、保護されてしかるべきであると思ふ。さて、前述のやうに、名譽毀損罪の成立する爲めには、「事實を摘示する」ことが必要である。事實の摘示は、必らずしも他人の悪事醜行の指摘に限らない。その人の職業、身分、血統、容貌などについて、苟くも、その人の名譽即ち社會的評價を減損するに足る事實を指摘すれば、事實の摘示である。しかも、その摘示した事實は眞實であると否とを問はない。有りの儘を指摘しても名譽毀損罪である。但し、この點については次ぎの例外がある。まづ、死者の名譽毀損においては、誣罔に出づる場合に限り犯罪となる（二三〇條二項）。「誣罔に出づる」とは、死者の名譽を毀損する目的で虚構の事實を指摘することである。次ぎに新聞紙その他の出版物の記事については、特別の規定があつて（新聞紙法四五條出版法三一條）、その記事が、「私行ニ渉ルモノヲ除クノ外裁判所ニ於テ惡意ニ出テス専ラ公益ノ爲ニスルモノト認ムルトキ」は、被告人に事實の證明が許され、その眞實なことが證明されれば、犯罪にならないのである。尙ほ、政治、藝術、學術上の公正なる評論が、名譽毀損罪にならぬことは當然である。

(二) 事實を摘示せず、公然、人を侮辱した者は、拘留又は科料に處せられる（二三

一條）、これが侮辱罪である。「侮辱」とは、罵言、嘲笑のやうに、人の名譽感情を害するに足る判断を表示することである。尙ほ「公然」といふのは、相手の面前でといふ意味でないことに注意され度い。相手の居らぬ場所でも、不定又は多數人の知り得る状態ならば公然であり、逆に、たとへ相手の面前であつても、第三者が知り得ない状態であるならば、公然ではないのである。

名譽毀損罪も侮辱罪も、共に親告罪である（二三三條）。今日の新聞紙上の記事には、名譽毀損罪となるものが少からずある。しかし、本罪が親告罪であつて、被害者が告訴することが少ないので、実際には餘り問題となつてゐないのである。だが、新聞記者又は警察官吏は、この點の戒心を怠つてはならない。次ぎに大審院の判例を掲げておく。「刑事訴訟法第二五三條には、捜査については秘密を保ち、被疑者その他の名譽を毀損せざることに、注意すべき旨を規定してゐるから、告訴は、元來、捜査中にこれを公衆に表白すべきものでない」と解するのが相當である。従つて、告訴狀記載の事實が、苟くも人の私行に涉り、その名譽を毀損する事項を包含するにおいては、告訴狀記載の事實をその儘摘示して、これを新聞紙上に轉載するも、名譽毀損罪の成立を妨ぐるものではない。』



一二五 信用及び業務に對する罪（二三三條二三四條）

本罪は人の社會的地位における經濟的信用、又はその活動を害する犯罪である。信用も名譽と同じく、人の社會的地位に對する社會の評價であるが、名譽は人の人格的方面に對する評價であり、信用は經濟的（財産的）方面に對する評價である。尤も、現代における我々の社會生活では、その人格的方面と經濟的方面とを、全く區別し得るものではないが、しかし、世間には、人格的に非難されながらも、その經濟的な信用を大いに有する者もある。そこで、刑法は、この經濟的信用を名譽と區別し、獨立の法益として保護するのである。次に、人の業務は、我々の社會的地位を築き上げるものであつて、經濟的信用の基礎ともなるものである。尙ほ、信用及び業務の主體は、名譽の主體と同様に、自然人、法人の外、社會的に獨立の地位を有する團體である。

（一） 虚偽の風説を流布し、又は偽計を用ひて、人の信用を毀損した者は、三年以下の懲役又は千圓以下の罰金に處せられる（二三三條）。「信用」とは、人の經濟的方面における評價、即ち人の支拂能力又は支拂意思に對する社會的信頼をいふのである。「虚偽の風

説を流布する」とは、眞實でない事實を不定又は多數人に傳播すること、  
「偽計を用ふる」とは、人の信用を害するに足る術策を用ふることである。例へば、商人の信用を害するに足る事項を、葉書に記載して、その商人と取引關係ある者に出すのは、偽計による信用毀損罪である。

（二） 虚偽の風説を流布し、若くは偽計を用ひ、又は威力を用ひて、人の業務を妨害した者は、三年以下の懲役又は千圓以下の罰金に處せられる（二三三條二三四條）。「業務」は必らずしも農工商業に限ることなく、又營利を目的とする必要もない。「威力を用ひる」とは、人の意思を抑壓するに足る方法を用ひること、暴行、脅迫を用ひ、或は自己の地位權勢を示して、相手を畏怖せしめるなどがこれである。又例へば、客の満員せる食堂に蛇を撒き散らすのは、威力による業務妨害罪である。



## 第十章 個人の財産に對する犯罪

### 第一節 財産犯の基礎理論

#### 一二六 財産犯の種類

刑法に規定せられてゐる財産犯は、竊盜罪、強盜罪、詐欺罪、恐喝罪、背任罪、横領罪、贓物罪、毀棄罪である。これらのうち、竊盜、強盜、詐欺、恐喝、横領の罪は、犯人が領得の意思で他人の財産を侵害する犯罪で、領得罪と名づけられ、又、この領得罪のうち、竊盜、強盜、詐欺、恐喝の罪は、他人の占有中にある財産を奪取する犯罪で、奪取罪と名づけられてゐる。次に、この二種の犯罪について、その基本的な點を説明する。

#### (一) 領得罪の意義

領得罪とは、領得の意思で他人の財産を侵害する犯罪をいふのであつて、竊盜、強盜、詐欺、恐喝、横領の罪は、この意思を要する點において、領得の意思なく單に他人の財産

を侵害するところの、毀棄罪と區別されるのである。では、「領得の意思」とは何であるか。學者の説明は必らずしも同じでないのであるが、大審院の判例では、次ぎのやうに説明されてゐる。「領得の意思とは、權利者を排除し、他人の物を自己の所有物として、經濟的用法に従ひ、これを利用又は處分する意思である」と。これを言ひ換へれば、恰も自分はその物の所有者であるかの如くに、その物を使用處分する意思を、領得の意思といふのである。私は、領得の意思は、判例のいふやうに、必らずしも、所有權者の如く使用處分する意思である必要なく、これをもつと廣く、「財物によつて經濟的利益を取得する意思」であればよいと考へてゐるのであるが、ここでは、説明の煩雜となることを避ける爲めに、一應、大審院の判例に従つておく。

さて、領得の意思を右のやうに理解するならば、謂ゆる「使用竊盜」即ち他人の物を無断で單に使用するの、竊盜罪にならないといふ結論が當然にでてくるわけである。何となれば、竊盜罪は領得罪の一つであつて、犯人が、恰も所有權者の如くに物を使用處分する意思で、他人の占有する物を侵すことを必要とする。ところが、使用竊盜においては、直ちに返還する意思で他人の物を一時使用するに過ぎないからである。次に、たとへ、



他人の占有してゐる物を不法に奪つても、犯人が單にその物を隠匿し、又は毀棄する意思であつた場合には、竊盜罪にはならないで、毀棄罪（二五八條以下）になるのである。この點について、大審院の判例に現れた事件に、次ぎのやうなものがある。その一つは、勅語謄本隠匿事件で、小學校教員の某が同校校長の某に恨を抱き、校長が保管してゐる重要品を紛失せしめて、校長に事務失態の責任を負はせようと圖り、同校の勅語奉安所から教育勅語謄本、戊申詔書謄本、文部大臣訓示の三點を竊かに持出し、これを自分の受持教室の天井裏に隠匿したものである。他の一つは、競賣記録持出し事件で、裁判所の競賣手続を事實上延期させる目的を以つて、競賣場内から競賣事件記録を竊に持出し、これを自宅内に隠匿して、競賣の實施を一時不能ならしめたものである。この兩事件に對し、大審院は、犯人に領得の意思がないから竊盜罪を構成しない、と判決してゐるのである。

尙ほ、竊盜、強盜、詐欺、恐喝、横領の罪が成立する爲めには、犯人に不法領得の意思があることを必要とするすれば、もともと自己に取得する権利のある物又は利益を取得した場合には、たとへ、それを竊取、強取又は騙取し、或は恐喝して取得しても、右の犯罪は成立しない。ただ、その手段が他の犯罪に該當するときは、その點において處罰され

るに過ぎない、といふことになるのである。例へば、竊取された物をその所有者が竊かに取戻し、或はこれを欺罔又は恐喝によつて取戻しても、竊盜罪、詐欺罪又は恐喝罪は成立しない。又例へば、民法上の不法行爲による被害者が、損害賠償請求權の實行として、不法行爲者を恐喝して財産上の利益を取得しても、恐喝罪にはならない。脅迫罪になるだけである。この點について、大審院の判例に現れた事件に、かういふのがある。被告人はその妻が他の男と姦通してゐるのを知り、その男を脅迫して、その非行を白狀させ、更に同人を恐喝して現金並に預金證書を交付させ、且つ自分に對する貸金債權を拋棄させた。この事件に對し、第一審の裁判所は強盜罪とし、第二審の裁判所は恐喝罪としたのであるが、大審院は、被告人は姦通の被害者として、相姦者に對し損害賠償の請求權を有するもので、右の行爲はその實行と認むべきである、といふ理由によつて、被告人を脅迫罪だけで處罰したのである。大審院の判例に曰く、「財物又は利益を受くべき權利を有する者が、權利實行の爲め恐喝手段を施用しても、恐喝罪を構成しない」、但し「その手段が他の罪名に觸れる場合は、その罰條に問擬する」と。

現今の通説並に判例は、右のやうな領得罪といふ觀念を認めてゐるのであるが、しかし、



これに對しては、有力な反對説がある。この説によれば、竊盜、強盜、詐欺、恐喝の罪は他人の占有（所持）を侵害することが重點であつて、犯人に領得の意思があることは、これらの犯罪が成立するには必要でないといふのである。この説は要するに、物又は利益の所持を刑法上の獨立な法益と見るのであつて、いやしくも他人の占有する物を竊取すれば、犯人がその物を毀棄又は隠匿する意思であつても、又、不法に奪はれた物をその所有者が取戻した場合でも、竊盜罪の成立を認めるのである。しかしながら、私は、竊盜罪の刑（十年以下の懲役）が、器物毀棄罪（二六一條）の刑（三年以下の懲役又は五百圓以下の罰金又は科料）よりも重いのは、竊盜罪は他人の占有を侵害するからといふ理由ばかりではなく、竊盜罪においては、犯人が他人の物によつて自己に利益を取得するといふことがあり、そうして、そのことが、社會に多くの竊盜罪を産み出してゐるからであると思ふ。尤も、現今の民法では、物を占有すること、それ自體が、占有權といふ權利を生ぜしめ、刑法第二四二條は、たとへ自己の所有物であつても、他人の占有する物を竊取すれば、竊盜罪であるとしてゐるのであるが（強盜、詐欺、恐喝の罪についても同じ）、しかし、同條にいふ占有は、他人が正當の權原で占有してゐる場合だけを指すのであつて、不法の原因

で占有してゐる場合を含まないと解すべきであると思ふ（二二八參照）。

#### （二） 奪取罪の意義

奪取罪といふのは、他人の占有する物を不法に奪取する犯罪で、横領罪に對立する觀念である。竊盜罪、強盜罪、詐欺罪及び恐喝罪がこれに屬する。

「他人の占有する物」とは、犯人以外の者が事實上支配力を及ぼしてゐる物をいふのである。但しその支配状態は、物の性質や形状などによつて、必らずしも一樣ではない。例へば、物を自宅内で見失つても、その占有は繼續してゐるのであり、飼ひ馴らされた家畜が、一時その飼育所から外へ出遊しても、再び飼育所に復歸し得る以上は、所有者はその占有を失ふものではない。だから、例へば、飼育中の雞が小屋から外へ出てゐる場合に、これを捕へて不法に持ち去るのは、竊盜罪であつて、遺失物横領罪（二五四條）ではないのである。その他、物を公道において一時その場所から立去つた場合、例へば、商店の使用人が自轉車を路傍において、顧客の家で注文を聞いてゐる場合。或は、漁師が貝を養殖する爲め、稚貝を海中の放養場に放養してゐる場合などは、その物を占有してゐることになるのである。尙ほ不動産については、事實上の占有の外、法律上の占有が認められる。即



ち、登記上の所有名義人はその不動産の占有者である。

次に、他人の占有する物を「奪取する」とは、他人の占有する物を、その支配を排除して自己又は第三者の支配に移すことである。ここで、物に對する支配の移轉と、物的移轉とを、區別して理解され度い。多くの場合において、物の奪取は、物を場所的に移轉して爲されるのであるが、しかし、物を場所的に移轉しなくとも、その物に對する支配を獲得すれば奪取である。例へば、他人の牧場に家畜を放つて牧草を食させ、或は、他人の占有する食物をその現場で食し、或は他人の占有する物を現場においたまま、自分がこれを支配して他人の支配を排除する場合などがこれである。物の奪取は右のやうに、必ずしも、物を場所的に移轉する必要なく、その支配を移轉すればよいのであるから、奪取罪は可動物（動産）についてのみならず、不可動物（不動産）についても成立し得るわけである。例へば、隣地との境界線を不法に擴張し、或は、他人の土地又は建物を不法に占據するのは、不動産の奪取罪である。但し大審院の判例は、物の竊取や強取は、常に物の場所的移轉に限るものとして、不動産の竊盜罪又は強盜罪の成立を否定してゐるのである。

## 一二七 財産犯の客體

財産犯のうち特に領得罪の客體として、刑法の規定するものに二種ある。「財物」と「財産上の利益」とが即ちこれである。財物は物を基本とする財産であり、財産上の利益は財物以外の財産である。但し、著作権や營業權のやうな、謂ゆる無體財産權は、別に特別法によつて保護されてゐる（著作権法三七條以下營業法九四條特許法一二九條漁業法六〇條）。

### (一) 財物の意義

財産犯の客體である財物は二つの特性を持つてゐる。その一は、物としての特性であり、その二は、財としての特性である。本來、財産犯は他人の財産を侵害する犯罪であるから、財産的價値のあるものは、總て財産犯の客體となつてもよいわけであるが、刑法は、財産を財物と財産上の利益とに分け、竊盜罪と横領罪については、犯罪の客體を財物に限定してゐる。そこで、財物については、その財産的價値の外に、物が物として有する性質を、明かにせねばならぬことになるのである。

財産犯の客體たる物を、どう理解すべきかについては、二つの學説がある。その一は、



有體性説といひ、物とは有體物、即ち一定の空間を占めるものであるとする説である。その二は、管理可能性説といひ、物とは物理的に管理の可能なものであるとする説である。管理可能性説によれば、電気、熱、冷氣のやうな無形のものでも、物理的にその管理が可能である限りは、刑法上の物であり、財産犯の客體となり得るのである。元來、有體性説は、物を民法上の物（民法五條）と、同一に觀念しようとするのであるが、しかし、法律上の用語は、常に必らずしも、これを同一の意義に理解する必要はなく、刑法は刑法の立場から、独自の理解を持たねばならぬものである。物の有體性は、それ自體に意味があるのではなくて、寧ろ、有體である爲めに、それが管理可能である點に意味があるのである。大審院も舊刑法の竊盜罪について、物の管理可能性を主張し、電氣の盗用を竊盜罪としたのであつた。但し、當時この問題について大いに議論があつたので、現行刑法は第二四五條に、「電氣ハ之ヲ財物ト看做ス」と規定することにした。だから、現行刑法では、電氣が竊盜罪や強盜罪の客體になることについて、議論の餘地がないのである。しかし、第二四五條は、竊盜及び強盜の罪と詐欺及び恐喝の罪にだけ適用せられ（二五一條）、横領罪や毀棄罪には適用せられてないから、有體性説によれば、電氣の横領罪や毀棄罪は認められ

ないことになるわけである。

次に、財物は、物が或る財産的價值を持つてゐなければならぬ。ここに物の財産的價值といふのは、物が物質的に又は精神的に、我々の需要を満たすところの效用を、金銭的に評價した價值のことであつて、必らずしも、物が一般の取引において流通し、一定の價額を持つてゐること、即ち一定の交換價値を持つてゐることを意味するのではない。尤も、大審院の判例は、「財物たるには、所有權の目的となり得る物であれば足り、必らずしも、金銭的價值又は經濟的價值あることを要しない」としてゐるのであるが、しかし、その意味は、右の交換價値あることを要しない、といふだけの意味である。又さうでなければならぬ。何となれば、財物が財産犯の客體である以上は、或る程度の財産的價值を持つてゐなければならぬからである。會つて、大審院は、私人が煙草の葉一枚（價一厘）を刻んで喫煙した煙草專賣法違反事件に對して、零細なる反法行爲は、犯人に特殊の危険性が認められない限り、これに刑罰を科すべきものではない、としたことである。

刑法における財物の觀念は、以上に説明した通りであるが、この例外として、刑法上の財物でないとしてゐる物が二つある。一つは、死體、遺骨、遺髪又は棺内藏置物のやう



な、葬祭の對象となつてゐる物で、これらの物を損壞、遺棄又は領得するのは、財産犯としてではなく、宗教に對する犯罪として、第一九〇條又は第一九一條で處罰されるのである。他の一つは、謂ゆる禁制品、即ち何人にもその所有及び所持が禁ぜられてゐる物である。尤も、刑法上どんな物が禁制品であるかについては、一定した説はないのであつて、大審院の判例は、偽造文書を禁制品であるとしてゐるのであるが、これは學者から手強い反對を受けてゐるのである。何となれば、偽造文書と雖も、裁判所がその沒收を言渡さない限りは（一九條）、その所有が禁止されたとは言ひ難いし、又、たとへ所有が禁止されてゐるとしても、その所持が禁止されてゐない以上は、これを禁制品と見ることはできないからである。私は、阿片煙は禁制品と見てよいと思ふ。勿論、醫學上その他正當の事由でこれを所持してゐる場合は別である。

(二) 財産上の利益の意義

財物以外で財産的價値のあるものは、總て財産上の利益である。大別して三種ある。その一は、財産上の處分であり、例へば、債務の免除又は債務履行の延期がこれである。その二は、勞務の提供である。その三は、財産に關する意思表示であり、例へば債務を負擔

すべき意思表示をするのがこれである。

第二節 竊盜及び強盜の罪

一二八 竊盜罪（二三五條、二四二條——二四五條）

(一) 他人の財物を竊取した者は、十年以下の懲役に處せられる（二三五條）。竊盜の客體は財物である。それが動産であると不動産であるとを問はない。但し大審院の判例が、不動産の竊盜を否定してゐることは、既に述べた通りである。「他人の財物」とは、他人の所有に屬し、且つ他人の占有する財物、といふ意味である。但したとへ自己の所有物であつても、他人が正當の權原に基いて占有してゐる物、例へば、使用貸借、貸借、質權などに基いて占有してゐる物、又は、公務所に命によつて他人が看守してゐる物、例へば執達吏が差押手續によつて差押へ、他人に保管させてゐる物を、竊取すれば竊盜罪に問はれる（二四二條）。尙ほ、他人の占有してゐる物といふのは、必らずしも他人のみが占有してゐる物である必要はないのであつて、自己と他人との共同占有に屬する物でも、その他



人の意思に反して、その物を独占すれば、竊盜罪となるのである。

「竊取」とは、財物を占有してゐる者の意思に反し、犯人が領得の意思を以つて、その財物の支配を自己又は第三者の支配に移すことである。そうして、右の支配を移したときに、竊盜が既遂となるのである。大審院の判例によれば、次ぎの場合は竊盜の既遂である。犯人が物を被害者の邸内裏手屋外に搬出したとき。浴場で他人の金指輪を發見し、これを浴場内の他人が容易に發見し得ない隙間に匿くし、機會を見て持去らうとしたとき、尙ほ判例によれば、立木盜伐においては、伐採行爲の終了と同時に竊盜の既遂であつて、その他に製材搬出することは必要でない。竊盜罪は未遂も處罰される（二四三條）。

(二) 親族又は家族間の竊盜（これを親族相盜と名づける）については特例がある（二四四條）。即ち、直系血族、配偶者及び同居の親族又は家族の間で、竊盜罪又は竊盜未遂罪を犯したときは、その刑を免除され、右以外の親族又は家族間で犯したときは、親告罪である。親族相盜に關するこの特例は、親族又は家族間の内部における秩序に對しては、國家の干渉を讓歩するのが妥當であるといふ見地から認められたものである。だから、親族又は家族でない共犯者には適用されないのである（同條二項）。尙ほ、この特例は、財物が

親族又は家族の所有且つ占有に屬する場合だけに適用されるのであつて、所有又は占有のいづれかが、親族又は家族外の者に屬する場合には、その適用がないことに注意され度い。

### 一二九 強盜罪（二三六條——二四三條、二四五條）

(一) 暴行又は脅迫によつて、他人の財物を強取し、又は財産上の利益を得若くは他人にこれを得せしめた者は、五年以上の有期懲役に處せられる（二三六條）。これを普通強盜罪又は單純強盜罪と名づける。「暴行又は脅迫」は、相手の反抗を不能ならしめ、又は著しく困難ならしめる程度のものであることが必要である。拘摸が人に突き當り相手の油斷に乗じて財布を掏る場合のやうに、相手の注意を一時他に轉ぜしめる程度の暴行では足りない。又脅迫も、相手に軽い畏怖心を起させる程度のものであれば、強盜罪ではなくて恐喝罪である。尤も、どんな行爲、態度又は言語が、相手の反抗を不能又は著しく困難ならしめるかは、行爲當時における事情によつて、具體的に決せられねばならない。尙ほ、強盜罪の成立する爲めには、必らずしも、暴行又は脅迫を財物又は利益の所持者に加へる必要はない。いやしくも、暴行又は脅迫が財物又は利益を奪取する手段である以上は、これ



を第三者に加へた場合でも強盗罪である。

財物に対する強盗罪は、暴行又は脅迫の手段により、領得の意思で財物を奪取すれば成立し、犯人が財物を自らの手で奪つても、又は相手に提供させても同じことであるが、財産上の利益については問題がある。財産上の利益を取得するには、相手の處分行爲がなければならぬといふ説と、その必要はないといふ説とがあるのである。例へば、債務者が債務の辨済を免かれる爲めに、債権者を殺した場合に、前説によれば、普通の殺人罪（一九九條）に過ぎないが、後説によれば、強盗殺人罪（二四〇條）になるのである。曾つて、大審院は、この場合を普通の殺人罪として判決した。ところが、その後、自動車に乗車した者が、貨銀の支拂を免かれる爲めに、運転手の頸部を締めて逃走した事件に對しては、強盗罪として判決してゐるのである。しかし、いづれも、被害者の處分行爲なしに、財産上の利益を取得した事件であるのである。私は、この問題を次ぎのやうに考へてゐる。財産上の利益を不法に取得する意思で、被害者がその處分行爲をなし得る程度に暴行脅迫を加へた場合が、強盗罪であるとするならば、これと同じ意思で、被害者が處分行爲もなし得ない程度の、強力な暴行脅迫を加へた場合は、尙ほ更、強盗罪でなければならぬ。要す

るに、いやしくも、財産上の利益を不法に取得する意思で、被害者の反抗を抑壓する爲めに、暴行又は脅迫を加へれば強盗罪であつて、その結果、人を傷害又は死に致せば、強盗傷害罪又は強盗殺人罪として論すべきである。

(一) 竊盜犯人が財物を得てその取還を拒ぎ、又は逮捕を免かれ若くは罪跡を湮滅する爲めに、暴行又は脅迫をなしたときは、強盗罪として取扱はれる（二三八條）。これを事後強盗罪と名づけてゐる。又、人を昏酔せしめて財物を盗取したときも、強盗罪として取扱はれる（二三九條）。これを昏酔強盗罪と呼ぶ。

(二) 強盗が人を傷害したときは無期又は七年以上の懲役に處せられ、人を死に致したときは死刑又は無期懲役に處せられる（二四〇條）。又、強盗が婦女を強姦したときは、無期又は七年以上の懲役に處せられ、因つて婦女を死に致したときは、死刑又は無期懲役に處せられる（二四一條）。右の傷害、殺人、又は強姦は、財物又は財産上の利益を取得する手段として用ひられ場合に限らない。強盗の機會においてなされればよいのである。又、これらの犯罪が成立する爲めには、強盗が既遂であるか未遂であるかを問はないのである。

(三) 以上の犯罪は總てその未遂も處罰される。但し、普通強盗罪、事後強盗罪及び昏



強盗罪においては、財物又は財産上の利益を不法に取得できなかったときが、その未遂であるが、強盗殺人罪と強盗強姦殺人罪においては、殺人が未遂に終つたとき、又強盗強姦罪においては、強姦が未遂に終つたときが、その未遂になるのである。尙ほ、強盗の目的でその豫備をした者は、二年以下の懲役に處せられる（二三七條）。

強盗罪には親族相盜の特例がないことに注意され度い。

### 第三節 詐欺及び恐喝の罪

#### 一三〇 詐欺罪（二四六條二五〇條二五一條）

人を欺罔して、財物を騙取し、又は財産上不法の利益を得、若くは他人をしてこれを得せしめた者は、十年以下の懲役に處せられる（二四六條）。詐欺罪も竊盜罪及び強盜罪と同様に、奪取罪の一つであるが、竊盜罪や強盜罪は、権利者の意思に基かないで、財物又は財産上の利益を取得する犯罪であるに對し、詐欺罪は権利者の瑕疵ある意思に基いて、財物又は財産上の利益を取得する犯罪である。この點は、次ぎに述べる誘惑罪及び恐喝罪も

同じである。

(一) 詐欺罪の客體は強盜罪のそれと同じである。但し判例は、既に述べたやうに、竊盜罪及び強盜罪については、不動産の奪取を認めないのであるが、詐欺罪についてはこれを認めてゐるのである。即ち、不動産の所有者を欺罔して、不動産を自己に讓渡させ、その登記をすれば、不動産の詐欺罪であるとしてゐるのである。

財物又は財産上の利益を取得する手段は、欺罔である。「欺罔」とは、人を錯誤に陥らしめることである。欺罔の方法は、それが、人を錯誤に陥らしめるに足るものである以上は、何でもよい。例へば、偽造文書を行使し、資産家であると詐稱し、或は不正の度量衡器を使用するなどは、いづれも欺罔手段である。又欺罔は積極的な欺罔であると、消極的な欺罔即ち不作爲の欺罔であるとを問はない。單に或る事を黙秘してゐるだけでも欺罔となり得るのである。但し單なる黙秘が欺罔となる爲めには、黙秘者にその事項を相手に告知する義務のある場合に限る。では如何なる場合にこの告知義務があるか。大審院の判例によれば、取引における信義誠實の觀念によつて認められることになつてゐる。言ひ換へれば、取引の當事者の一方が、その事項を知らなかつた爲め意外の損害を蒙るやうな場合



は、これを知つてゐる當事者の一方は、その事項を相手方に告知する義務がある。従つて、その黙秘は欺罔になるのである。例へば、抵當權の設定してある不動産を賣却する際に、抵當權の設定してあることを黙秘した場合。或は、相手が誤つて餘分の釣鏡を出したとき、それを知りながら黙秘して受取つた場合などがこれである。謂ゆる無錢飲食も詐欺罪である。かやうに、欺罔はその方法の何であるかを問はないのであるが、しかし、取引上慣用せられてゐる程度の掛引は、勿論、欺罔でない。この點で問題となるのは、謂ゆる談合入札である。談合入札といふのは、競争入札に際して入札者が相協定して入札することであるが、これは詐欺罪になるかどうか。元來、競争入札は數人間に價額の競争をさせるのが目的である。だから、その數人が入札に際し相協定することは、競争入札の事實がないにも拘らず、恰もこれあるが如く装ふ點において、詐欺罪とならぬかが問題となるのである。大審院の判例は詐欺罪でないとしてゐるのであるが、私は、談合入札が詐欺罪にならぬのは、取引上慣用せられる掛引の程度の場合に限らるべきで、若しその程度を超え、營業上適正なる價格維持の協定に止まらず、不當にこれを高める爲めの協定であるときは、詐欺罪とすべきであると考えてゐる。

欺罔によつて錯誤に陥る者と、財産上の損害を受ける者とは、必らずしも、同一人であることは必要でない。例へば、代理人を欺罔して本人の財物を騙取し、或は、虚偽の事實を主張して裁判所を欺罔し、その判決に基いて、財物を騙取し又は債務を免かれるのは、いづれも詐欺罪である。

「騙取」とは、相手の錯誤によつて財物を交付せしめ、領得の意思でこれを取得することである。相手が財物を交付する動機が何であるかを問はない。だから、その交付が不法の原因に基く爲め、交付者がその財物に對して、民法上の返還請求權を持たない場合（民七〇八條）、例へば、公務員に贈賄する爲め、又は通貨偽造の資金として、財物を交付した場合でも、その騙取者は詐欺罪に問はれるのである。

詐欺罪は未遂も處罰される（二五〇條）。尙ほ、詐欺罪には親族相盜例の準用がある（二五一條）。

### 一三二 誘惑罪（二四八條二五〇條二五一條）

未成年者の知慮淺薄又は人の心神耗弱に乗じて、その財物を交付せしめ、又は財産上不



法の利益を得若くは他人にこれを得せしめた者は、十年以下の懲役に處せられる（二四八條）。本罪は準詐欺罪とでも稱すべきもので、特に欺罔手段を用ふるのではないが、相手が知識思慮の低いのを利用して、財物又は財産上の利益を取得する犯罪である。本罪も未遂が處罰され（二五〇條）、又親族相盜例が準用される（二五一條）。

### 一三二 恐喝罪（二四九條二五〇條二五一條）

人を恐喝して財物を交付せしめ、又は財産上不法の利益を得若くは他人にこれを得せしめた者は、十年以下の懲役に處せられる（二四九條）。本罪の客體は詐欺罪の客體と同じである。

「恐喝」とは、人を畏怖せしめることである。但し、人の意思の反抗を、不能又は著しく困難ならしめる程度に畏怖せしめれば、強盜罪になるのであるから、恐喝は右の程度に達しないことを必要とする。恐喝の手段については何等の制限もない。又恐喝は直接的に人を畏怖せしめると、間接的に人を畏怖せしめるとを問はないのである。但し、第三者からの加害を通告して人を恐喝する場合には、恐喝者が、その第三者の加害を自ら除き得る

ことを、相手に明示又は暗示することが必要である。何となれば、恐喝罪は或る加害を通告して相手を畏怖させ、相手がその加害を除去して貰ふ意思で、財物又は財産上の利益を提供することによつて、成立する犯罪だからである。しかし他面において、恐喝者が加害を除去し得ることを明示又は暗示した以上は、眞實その加害を除却し得るか否かを問はないのである。

恐喝罪は領得罪の一つであるから、犯人に不法領得の意思があることを必要とする。たとへ、人を恐喝して財物又は財産上の利益を取得しても、それが、権利の實行としてなされたときは、恐喝罪は成立しない。脅迫罪となるだけである。この點は既に述べたところである（二二六（一）参照）。しかしながら、権利を正當に行使する意思がなく、單に権利行使に假託して、人を恐喝し、財物又は財産上の利益を取得するのは、恐喝罪である。例へば、犯罪の被害者が、眞に告訴する意思がないに拘らず、その犯人を告訴するぞと恐喝して、不當の利益を取得し、或は、他人から損害を蒙つた者が、損害賠償の請求に名を藉りて不當の利益を取得するのは、いづれも恐喝罪となるのである。

恐喝罪は未遂も處罰される（二五〇條）。尙ほ、親族相盜例の準用がある（二五一條）。



#### 第四節 背任及び横領の罪

##### 一三三三 背任罪（二四七條二五〇條二五一條）

他人の爲めにその事務を處理する者が、自己若くは第三者の利益を圖り、又は本人に損害を加へる目的で、その任務に背いた行爲をし、本人に財産上の損害を加へたときは、五年以下の懲役又は千圓以下の罰金に處せられる（二四七條）。本罪は背信を本質とする財産犯である。即ち、他人との間に存する信任關係に違背して、他人に財産上の損害を與へる犯罪である。この點では、次ぎに述べる横領罪（二五二條）と同じ性質を持つてゐる。但し、横領罪は他人の財物に對する犯罪であるが、背任罪は一般的財産に對する犯罪であり、又横領罪は、領得罪の一つであつて、犯人に領得の意思あることを要するが、背任罪においては、必らずしも、犯人に領得の意思あることを要しないのである。そこで、横領罪の成立する場合には、たとへ、その行爲が他面において背任罪を構成し得るときでも、横領罪としてのみ處罰するのである。

「他人の爲めにその事務を處理する者」とは、公務員、私法上の法定代理人例へば後見人、契約又は慣習によつて他人の爲め事務を處理する者の外、事務管理（民六九七條）によつて事務を處理する者を含む。要するに、犯人と他人との間に信任關係があれば足り、その原因が何であるかを問はないのである。尙ほ、その事務は、必らずしも、法律行爲である必要なく、又財産上の事務に限らない。

本罪が成立する爲めには、犯人に「自己若くは第三者の利益を圖り、又は本人に損害を加へる目的」があることを必要とする。だから、専ら本人の利益を圖つて事務を處理した場合には、たとへ、その結果として本人に損害を與へたとしても、背任罪にはならないのである。尙ほ、右の「利益」又は「損害」は、財産上の利益又は損害に限るか、それとも、身分上の利益又は損害を含むかについて、説がわかれてゐるが、私は大審院の判例と同じやうに、身分上の利益又は損害を含むと解する。かやうに解釋しても、背任罪が財産犯であるといふ性質は、本罪が更に、本人に財産上の損害を加へたことを要件としてゐる點で、十分にこれを有するのである。

次ぎに、「任務に背いた行爲をする」とは、本人との信任關係の趣旨に反する行爲をす



ることである。どんな行爲が、この信任關係の趣旨に反するかは、處理すべき事務を基礎として、具體的に決定する外はないが、結局は、信義誠實の觀念によつて決せられるのである。例へば、質商の雇人が、他人の利益を圖つて、質物に對し普通よりも多額に貸出し、會社の取締役が謂ゆる蛸配當をし、或は、運送人が、荷爲替附貨物運送であることを知りながら、貨物引換證と引換をせず、運送貨物を引渡した場合などは、いづれも任務に背いたことになるのである。謂ゆる帝人事件では、右の點が最も問題になつたのである。

背任罪は以上の行爲によつて、本人に財産上の損害を與へた場合に成立する。ここに「財産上の損害」といふのは、財産上の價値を減少する一切の場合を含むのであつて、既存利益の減少であると、將來得べき利益の喪失であることを問はないのである。又、權利の實行を不確實ならしめる虞ある状態、例へば、債權者の擔保權を失はしめるのも、財産上の損害を與へたことになる。

本罪の未遂は處罰される（二五〇條）。尙ほ、親族相盜例の準用がある（二五一條）。

#### 一三四 横領罪（二五二條——二五五條）

横領罪も領得罪の一つであるが、他の領得罪、即ち、竊盜、強盜、詐欺、恐喝の罪は、他人の占有する財物を奪取して領得する犯罪であるに對し、横領罪は、かやうな奪取行爲なしに他人の物を領得する犯罪である。横領罪には廣狹の二義がある。廣い意味での横領罪は、他人の占有に屬してゐない他人の所有物を、不法に領得する一切の行爲を包含し、謂ゆる占有離脱物（遺失物）を不法に領得する行爲もこれにはいる。これに對して、狹い意味での横領罪は、他人から委託されて自己が占有する他人の所有物を、不法に領得する行爲で、その物を占有するについて、他人との間に委託關係のあることを前提とする。そこで、これを、委託物横領罪ともいふ。これに普通横領罪と業務上横領罪とがある。

(一) 自己の占有する他人の物を横領した者は、五年以下の懲役に處せられる（二五二條一項）。これを普通横領罪又は單純横領罪といふ。横領罪の客體は、自己が占有してゐる他人の所有物である。但し、自己の所有物であつても、公務所から保管を命ぜられた物は、他人の所有物と同一に取扱はれ、これに對して横領罪が成立し得る（二五二條二項）。本罪



において、「自己の占有する物」とは、他人から委託せられて、自己が支配してゐる物をいふのである。例へば、受寄物、借用物、質物の如きものである。だから、たとへ、自己が占有する物でも、他人からの委託なしに占有した場合、例へば、遺失物を拾得した場合、これを横領しても本罪にはならない。後に述べる占有離脱物横領罪（二五四條）になるのである。では、若し右の委託が、不法の原因に基く爲め、委託者が法律上その物の返還を請求する権利を有しない場合（民七〇八條）、例へば、公務員に贈賄する爲め物を委託された場合、或は、衆議院議員の選挙に際し、選挙権者を買収する爲めに金銭を委託された場合に、その物について横領罪が成立し得るであらうか。この點は議論のあるところで、大審院の判例は横領罪の成立を認めてゐるが、學者の大部分はこれを否定してゐるのである。私は否定説に賛成する。何となれば、民法第七〇八條は、不法の原因で物を給付した場合は、その物の返還について、給付者を保護しないといふ趣旨であり、又横領罪の重點は、物を返還すべき法律上の義務ある者が、その返還に應じない點にあるからである。

横領罪における「占有」といふことについては、特に、不動産の占有に關して注意すべきものがある。不動産の占有については、その事實上の占有、即ち不動産を現實に占據又

は管理してゐる場合の外、法律上の占有に注意せねばならない。不動産の法律上の占有とは、不動産を法律上容易に處分し得る地位にあることで、これに二つの場合がある。その一は、不動産について登記上の所有名義を有し、且つその所有名義が正當の權原に基く場合である。そこで、例へば、賣買によつて不動産を他人に讓渡し、まだ登記上の所有名義を買主名義に書換へぬうちに、賣主がその不動産を更に他の者へ賣却した場合は（これを二重賣買といふ）、不動産横領罪が成立するのである。その二は、法律上所有者を代理して、不動産を容易に處分し得る地位にある場合である。例へば、後見人は被後見人の不動産を占有する者と見られるのである。

さて、自己の占有する他人の物を、「横領する」とは、領得の意思で、委託物を返還せず、又は委託の趣旨に反して、委託物を處分することである。例へば、委託者の返還請求に對して返還を拒絶する旨を告げ、既に返還したと詐り、又は委託物を消費し、他に賣却し、或は買入するなどがこれである。金銭のやうな代替物でも、委託の趣旨に照し、委託者がその金銭の處分を禁止してゐると見られる場合は、これに對し横領罪が成立し得るのである。例へば、委託者が、一定の期日までに他人に交付させる爲め、金銭を委託した場



合とか、或は、主人が雇人に、集金をさせた場合などがこれである。右の場合に、大審院の判例によれば、「費消者がこれを辨済する資力又は意思を有するか否かは、犯罪の成立に何等の影響もない」とされてゐるのである。

尙ほ、本罪には親族相盗例の準用がある(二五五條)。

(二) 業務上自己の占有する他人の物を、横領した者は、十年以下の懲役に處せられる(二五三條)。これを業務上横領罪といふ。業務上他人の物を占有するとは、他人の物の保管を職務又は營業とする場合に限らない。職務又は營業に關して、他人の物を保管すれば足りる。大審院の判例によれば、藝娼妓周旋業者が、その周旋に際し、その業務として、抱主から藝娼妓に手渡すべき前借金を預り、これを保管中、勝手に自己の用途に費消するのは、業務上横領罪である。尙ほ、業務上の占有者は、その保管責任を解除されない間は、たとへ、業務上の地位を喪失しても、依然として業務上の占有者である。例へば、公務員が保管の職を免ぜられた場合でも、事務の引繼を終らないうちは業務上の占有者である。本罪には親族相盗例の準用がある(二五五條)。

(三) 遺失物、漂流物その他占有を離れたる、他人の物を横領した者は、一年以下の懲

役又は百圓以下の罰金若くは科料に處せられる(二五四條)。これを占有離脱物横領罪又は遺失物横領罪といふ。「遺失物、漂流物」とは、占有者の意思によらずして、その占有を離れ、まだ何人の占有にも屬しない物である。又「その他占有を離れたる物」とは、遺失物法第一二條にいふところの、「誤て占有したる物件」、例へば、郵便集配人が誤配した物、「他人の置き去りたる物件」、例へば、客の置き忘れて行つた物、「逸走の家畜」の外、偶然に自己の占有に歸した物、例へば、風の爲め自家に落下した隣家の洗濯物などをいふのである。

本罪にも親族相盗例の準用がある(二二五條)。

## 第五節 贓物に關する罪

### 一三五 贓物罪(二五六條二五七條)

本罪は、これを財産犯の被害者側から見れば、被害者の被害品(贓物)に對する追求回復を不能又は困難ならしめる犯罪であり、これを財産犯の犯人側から見れば、犯人の領得



行爲を助成する犯罪である。舊時はこの後の觀點から、本罪を財産犯の事後從犯として觀念したのであるが。近時は前の觀點から、特殊の獨立な財産犯として觀念してゐる。

(一) 贓物の意義

「贓物」とは、財産犯により取得せられた財物で、被害者が法律上その回復追求權を有する物をいふ。次にこれを詳説する。

贓物たるには、財産犯により取得せられた財物でなければならぬ。だから、收賄罪によつて收受した賄賂は贓物でなく、又、葬祭の對象である死體や遺骨も贓物とならない。しかし贓物たるには犯人が處罰される必要なく、責任無能力者、例へば、十四歳未滿の者が竊取した物も贓物であり、親族相盜例によつて刑が免除される場合でも、竊取した物は贓物である。

贓物たるには、被害者が法律上、回復追求し得る物でなければならぬ。だから、初め贓物であつた物でも、例へば民法第一九二條によつて、第三者が所有權を取得した後は贓物でなく、又民法第一九三條によつて、盜品又は遺失品については、盜難又は遺失の時から二年を経過すれば贓物の性質を失ふ。更に贓物が加工によつて、その所有權が加工者に歸

した場合も(民二四六條)、贓物の性質を失ふのであるが、しかし、贓物に工作を加へてその原形を變更しても、工作者がその所有權を取得しない限りは、依然として贓物である。例へば、贓物たるアマルガムに火力を加へて金銀塊としても、その金銀塊は贓物である。尙ほ、詐欺が法律行爲として、民法上單に取消し得るに止まる場合でも(民九六條)、詐欺罪によつて取得した物は贓物である。尤も、一説によれば、法律行爲が單に取消し得るに止まる場合は、その物は有効に移轉したのであるから、贓物でないといふのであるが、しかし、取消し得る意味においては、被害者にその物の回復追求權があるのであるから、その物は贓物であると解すべきである。大審院の判例も、これを贓物であるとしてゐるのである。

(二) 贓物を收受した者は、三年以下の懲役に處せられ(二五六條一項)、贓物の運搬、寄藏、故買又は牙保をした者は、十年以下の懲役及び千圓以下の罰金に處せられる(同條二項)。「收受」とは、無償で取得すること、即ち贈與を受けることである。「寄藏」とは、委託を受けて贓物を保管することである。それが有償であるか無償であるかを問はぬ。質物として取得するのは寄藏である。「故買」とは、有償で贓物を取得すること、謂はば買



入れることである。但し代金の支拂が贓物の引渡後になつてゐる場合でも、引渡の時に故買罪が成立する。「牙保」とは、贓物の有償處分、例へば、賣却、質入などについて、その周旋をすることである。

直系血族、配偶者、同居の親族又は家族及びこれらの者の配偶者の間で、前記の贓物罪を犯したときは、その刑が免除される(二五七條)。これは、親族又は家族間の人情を考慮した規定である。

## 第六節 毀棄及び隠匿の罪

### 一三六 毀棄罪(二五八條—二六二條、二六四條)

本罪は、領得の意思なくして、單に他人の物を侵害する犯罪である。本罪の客體は、他人の所有物である。その占有が他人に屬すると自己に屬するを問はない。但し、自己の所有物でも、差押を受け、物權を負擔し、又は賃貸した物は本罪の客體となる(二六二條)。

(一) 公務所の用に供する文書を毀棄した者は、三月以上七年以下の懲役に處せられ、

(二五八條)、權利義務に關する他人の文書を毀棄した者は、五年以下の懲役に處せられる(二五九條)。「公務所の用に供する文書」とは、公務所が使用の目的で保管中の文書をいふ。必らずしも公文書即ち公務所又は公務員が作成した文書に限らない。「文書の毀棄」とは、文書の效用を滅失又は減損せしめることである。文書に貼用してある印紙を剝離するものも、文書の毀棄である。尙ほ、私文書の毀棄罪は親告罪である(二六四條)。

(二) 他人の建造物又は艦船を損壞した者は、五年以下の懲役に處せられ、その結果、人を死傷に致したときは傷害の罪に比較し重きに從つて處罰される(二六〇條)。又、前記以外の他人の物を損壞又は傷害した者は、三年以下の懲役又は五百圓以下の罰金若しくは科料に處せられる(二六一條)。建造物の損壞は、必らずしも、建造物の全部若しくは主要部分を損壞すること、又はその效用を全く喪失せしめることを要しない。その一部を損壞すれば足りる。大審院の判例は、天井板を取外し、或は屋根瓦を剝離するのを、建造物損壞罪としてゐるのである。しかし、容易に取外し得る窓硝子又は障子のやうな物、謂ゆる造作は、建造物の一部ではない。他人が飼育する動物を殺し又は傷つけるのは、第二六一條の犯罪である。同條に「傷害」とあるのは、このことを意味してゐるのである。尙ほ、「損



壊」又は「傷害」は、物を物質的に毀損する場合の外、その效用を失はしめることをも意味するのである。だから、例へば、飲食用の器物に放尿するのは器物損壊であり、鳥籠を開け放つて鳥を逃がすのは、動物傷害といふことになるのである。第二六一條の犯罪は親告罪である（二六四條）。

### 一三七 隠匿罪（二六三條二六四條）

他人の信書を隠匿した者は、六月以下の懲役若しくは禁錮又は五十圓以下の罰金若しくは科料に處せられる（二六三條）。本罪も親告罪である（二六四條）。

刑法は信書の隠匿罪だけを規定してゐるのであるが、毀棄罪における毀棄といふ意味を、物の效用を滅失又は減損せしめることと解釋すれば、他人の物を隠匿して、一時その利用を不能ならしめることは、物の毀棄であると見ることができるといふことができる。そうして、近時の學説及び判例は、この傾向を辿つてゐるのである。大審院は、競賣記録持出し事件を、公用文書毀棄罪として判決したのである。その理由に曰く、「刑法第二五八條に謂ゆる文書の毀棄とは、必らずしも、文書を有形的に毀損する場合ばかりでなく、無形的に、一時その文書

を利用すること能はざる状態に、おいた場合をも指稱するのである。被告人が競賣裁判所の使用せる競賣事件の記録を、その競賣期日に、競賣裁判所から竊かに持出し、これを隠匿して、一時競賣をなすこと能はざるに至らしめたのであるから、被告人の行爲は、公務所の用に供する文書を毀棄したものであつて、刑法第二五八條の罪責を免かれ得ないものである」と。



法 律 學 全 書

昭和十三年十一月二十日印刷  
昭和十三年三月發行

預約領價每月(二册)二圓

刑 法

定 價 一 圓

外埠定價一圓十錢

著 者 江 家 義 男

發 行 者 竹 內 富 子

東京市神田區西神田二ノ二

印 刷 者

堀 内 文 治 郎

東京市神田區三崎町二ノ三

發 行 所

三

笠 書 房

東京市神田區西神田二ノ二

電話九段四〇一三番

振替東京三三〇九六番











730  
402



