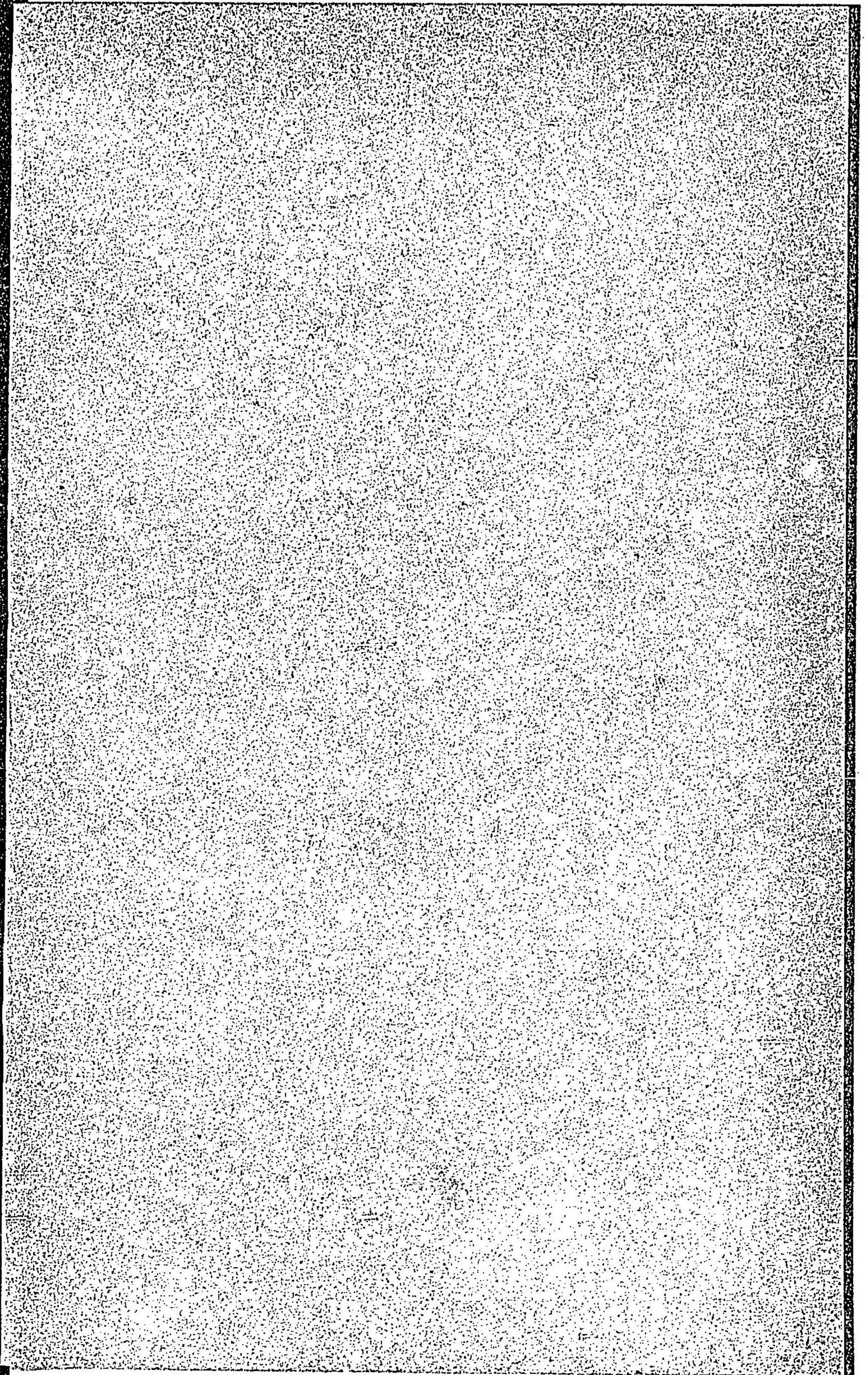
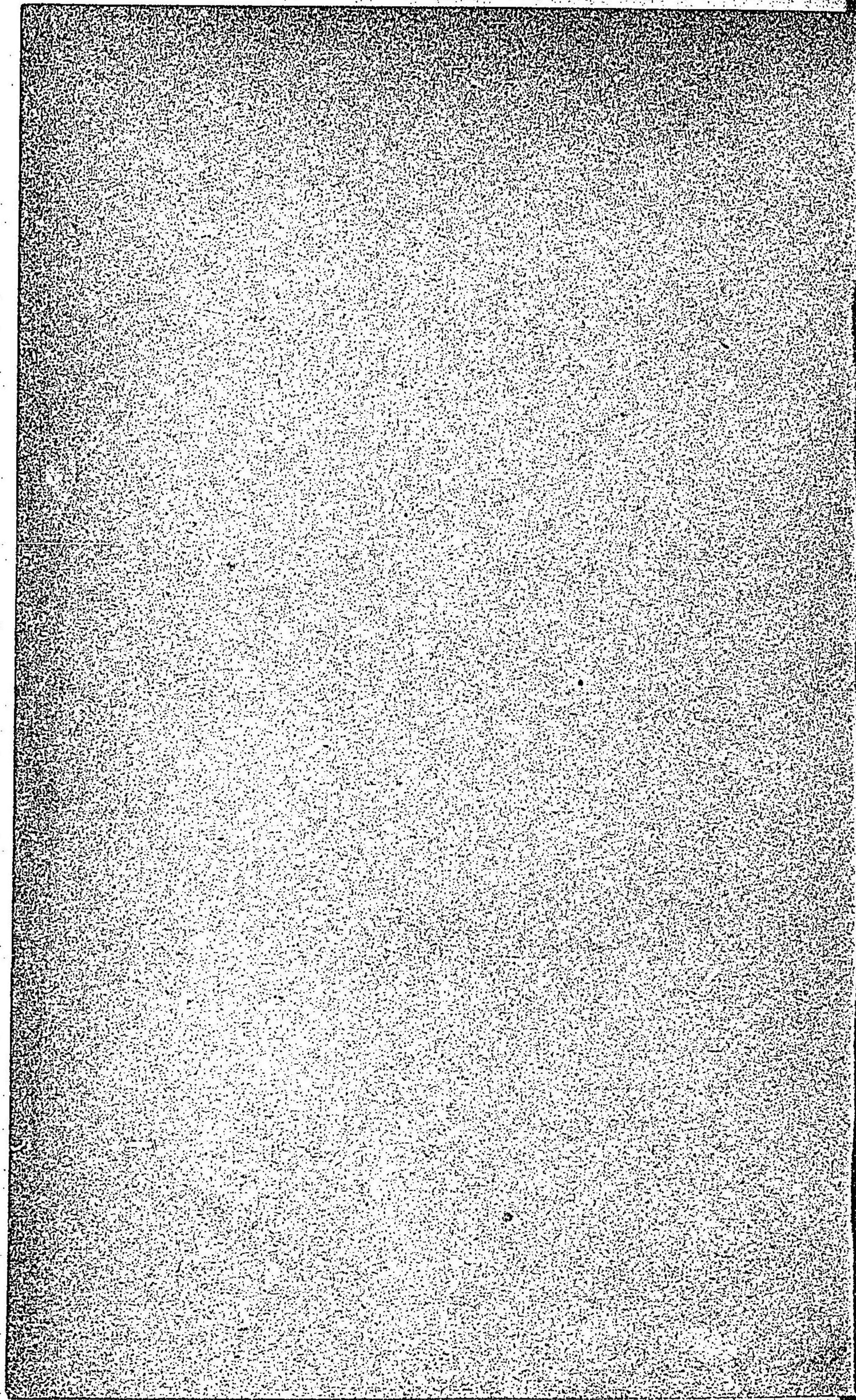


91
214+

刑法各論
第一卷

V

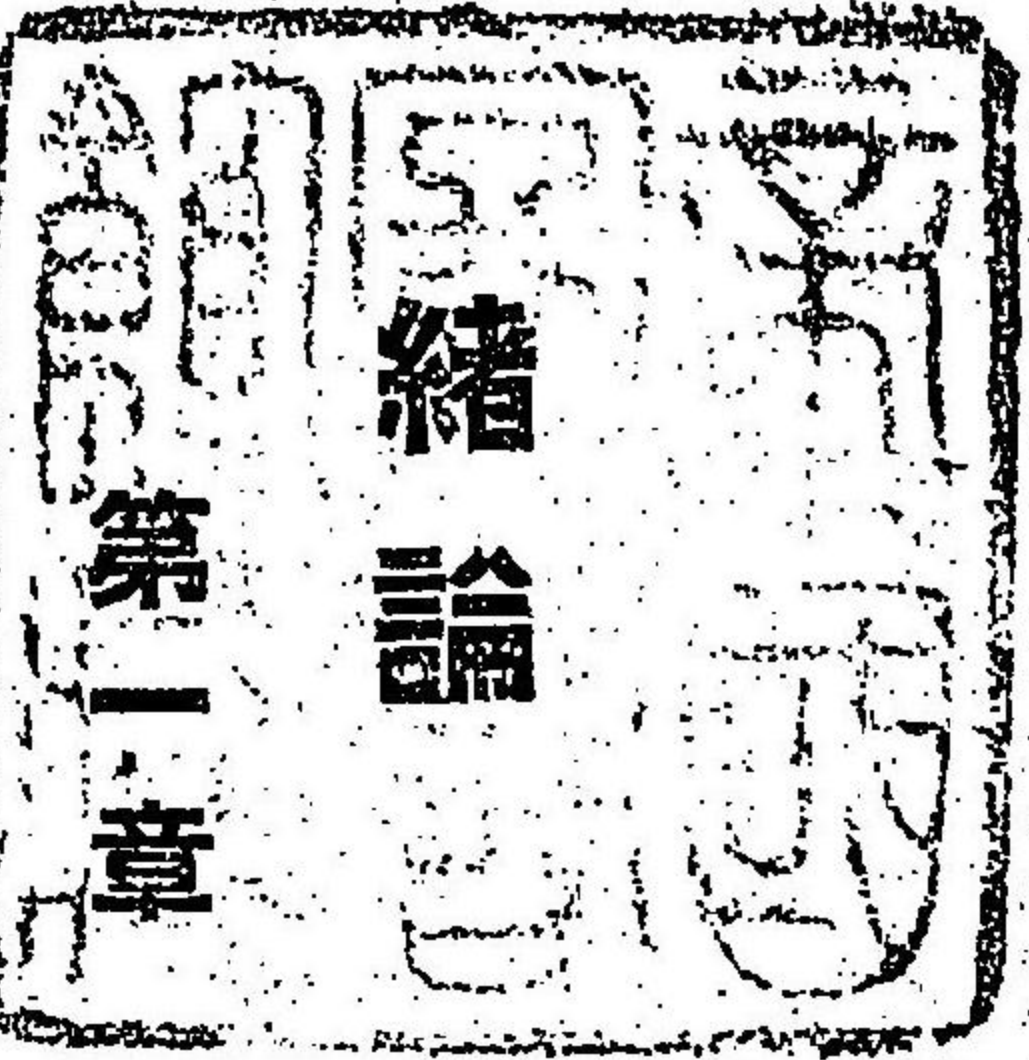


水

刑法各論上卷

ドクトル、ユリス、
ウトリウスケ
大場茂馬著

明治
44. 9. 21
内交



現行刑法ト刑法各論

罪刑法定主義

現今文明各國カ刑法典ニ關シ採用スル主義ハ罪刑法定主義ナリ。罪刑法
定主義トハ罪ト刑トヲ法律ヲ以テ明定スルノ主義ニシテ一面如何ナル所爲
ヲ以テ罪ト爲スヘキヤヲ明ニ規定シ(明定)他ノ一面ニ於テ其罪ニ對シ如何ナ
ル刑ヲ科スヘキヤヲ明ニ規定ス(刑定)ルノ主義ナリ。此主義ノ刑法典ヲ採用
スル邦國ニ在リテハ法律上罪ト認ムヘキ所爲ハ法律ノ定ムルモノニ限ルモ

第一章 現行刑法ト刑法各論

ノニシテ法律ニ正條ナキモノハ如何ナル所爲ト雖モ罪ト爲ラス。而シテ之ヲ罰スルニ當リテモ法律ノ規定スル所ニ依ラサル可カラス。此主義ヲ採用スルトキハ如何ナル不當ナル所爲ト雖モ法律カ之ヲ罪トシ之ヲ罰スルノ規定ナキトキハ之ヲ罰スル能ハサルノ不便アリ。然レトモ立法事業ノ進歩シタル今日ニ於テハ法律上罪トシテ罰スルノ必要アルモノハ細大之ヲ漏サズ罪トシテ之ヲ規定スルヲ得ルモノニシテ深謀遠慮世界古今ノ法律ヲ比較對照シ刑法制定ノ業ニ當ラハ萬脫漏ナキコトヲ期シ得ヘシ。假リニ脫漏アリトスルモ數年若クハ數十年ニシテ適起リ得ヘキ稀有ノ事件ニシテ大體ニ於テ左程ノ害アリト認メ難ク又眞ニ害アラハ直ニ法律ヲ制定シ之ヲ罪トシ罰スルノ法律ヲ設ケ得ヘケレハ罪刑法定主義ヲ採用スルトキハ不當ナル行爲ヲモ罰スル能ハサル不便アリトノ非難ハ左程ノ價值ナキモノトス。又此主義ヲ採用スルトキハ人ヲ罰スヘキヤ否ヤハ執法官ノ見解ニ一任セラル、モノニ非スシテ一ニ法律ノ規定ニ依リ定マルモノナレハ此主義ハ一面個人ノ

權利自由ヲ確保シ一面執法官ノ擅斷ヲ抑制スルヲ得ルノ長所ヲ有ス。法律ノ規定ナキニ拘ハラズ一定ノ所爲ヲ以テ不當ナリトシテ罰スヘキヤ否ヤヲ執法官ノ見解ニ一任スルカ如キハ之ヲ一面ヨリスレハ不當ナル行爲ハ常ニ之ヲ罰スルヲ得ルノ便アルカ如クナレトモ他ノ一面ニ於テ個人ノ權利自由ノ保障ハ其存在ヲ失フノ虞アルモノナリ。何トナレハ若シ人ヲ罰スルト否トヲ執法官ノ見解ニ一任スヘキモノトセンカ執法官カ常ニ善意ニシテ感情若クハ我儘ニ支配セラル、コトナシトスルモ人々其見解ヲ異ニスルハ其面ヲ異ニスルカ如ク個人カ其相當ナリトシテ行ヒタル所爲モ往々ニシテ執法官ニ依リテ不當ナリトシテ罰セラル、コトアルハ到底之ヲ避クルノ途ナク從テ個人ノ權利自由ノ安固ハ到底之ヲ望ム能ハサルモノアレハナリ。是レ學者カ罪刑法定主義ニ基キタル刑法典ヲ以テ權利ノ保障ト稱シ又之ヲ權利自由ニ對スル大憲章 (Magna Charta) ト稱スル所以ナリ。我憲法ニ於テモ此點ヲ明規シ(三條二)以テ臣民ノ權利ノ安固ヲ保障セリ(六頁以下參照)。

罪刑法定主義ハ比附援引ノサシクナシ

刑法ノ解釋ハ嚴格ナラサル可カラストハ罪刑法定主義ヲ採用シタル結果ナリ。刑法ヲ嚴格ニ解釋ストハ法典ニ採用シタル文字ニ依リ罪ノ成否ヲ決スヘキモノニシテ法文ニ該當セサルモノハ假令不都合ノ所爲ト雖モ之ヲ犯罪ナリト解釋スル能ハサルノ意義ナリ。故ニ法條ヲ解釋スルニ文理ト論理トヲ併用スルモ或所爲ヲ以テ刑法ノ正條ニ該當スルモノト解スル能ハサル場合ニ於テハ其所爲ハ刑法ノ大體ノ精神ヨリスレハ假令之ヲ罰セサル可カラサルモノト認メ得ヘキ場合ト雖モ法律ニ正條ナキモノトシテ之ヲ罰スルヲ許サス。然ルニ之ニ反シテ執法官力之ヲ罰スルヲ相當若クハ便利ナリト思料シタルトキハ其所爲カ法律ニ採用シタル文字ニ該當セサルモ尙ホ之ヲ罪トシテ罰スルヲ得ヘキモノト解釋スルヲ得ルモノトスルカ如キハ是レ比附援引ノ解釋ヲ許スモノニシテ刑法ヲ解釋ハ嚴格ナラサル可カラストノ原則ト相矛盾スルモノナリ。若シ刑法ノ解釋ニ比附援引ヲ許サンカ人ヲ罰スルト否トハ刑法典ニ依テ決セラル、モノト言ハンヨリハ寧ロ執法官ノ意見

罪刑擅斷主義

ニ依テ定マルト言フヲ相當トスルコト、爲リ刑法典ノ如キハ執法官ノ意見ヲ決スル爲メ其參考ニ供セラレ若クハ其標準トシテ使用セラル、ニ過キサルニ至ラン。若シ斯ノ如キニ至ラハ罪刑法定主義ハ其根本タル基礎ヲ失ヒ個人ノ權利自由ハ極メテ不安ニシテ一ニ執法官ノ見解ニ一任セラル、ニ至ルヘシ。

罪刑法定主義ニ相對スルモノハ罪刑擅斷主義ナリ。此主義ヲ採用スルトキハ執法官ハ其罰スヘキモノト認メタル所爲ハ悉ク之ヲ罰スルヲ得ヘク而シテ之ヲ罰スルニ當リテモ如何ナル刑ヲ選擇スヘキヤニ付キ最モ其適當ナリトスル刑及ヒ其範圍ヲ選ムコトヲ得ヘキナリ。若シ君主ニシテ堯舜ノ如ク而シテ執法官ニシテ悉ク聖賢ナリトセハ罪刑法定主義ヨリハ寧ロ罪刑擅斷主義ヲ採用スルニ依リ最モ能ク適實妥當ノ裁判ヲ期待シ得ルモノナリ。斯ル場合ニ於テハ罪刑擅斷主義ハ最良ノ主義ニシテ吾人ノ理想ニ適スル主義ハ之ヲ措テ他ニ求ムルヲ得サルヘシ。然ルニ若シ君主ハ堯舜ノ如クナリ

トスルモ執法官ニシテ悉ク聖賢ニ非ストセハ國民ノ權利自由ハ執法官ノ見解ニ依リ左右セラレ其蹂躪スル所ニ委セラル、コトアルヲ免レス。元來此主義ハ立憲政治ト一致スルモノニ非スシテ君主カ生殺與奪ノ全權ヲ掌握シ執法官カ君主ノ機關トシテ生殺與奪ノ權ヲ實行シタル專制政治ノ當時ニ行ハレタル主義ニシテ方今文明各國ニシテ此主義ノ刑法典ヲ採用スルノ邦國アルコトナシ。

我舊刑法ハ勿論現行刑法ニ於テモ亦罪刑法定主義ニ則リタルモノナリ。帝國憲法ニ日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ處罰セララル、コトナシトノ明文アルニ依リ之ヲ知ルヘキナリ(三條二)。現行刑法カ舊刑法第二條ノ如ク法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルヲ得ストノ法條ナキ一事ヲ以テ現行刑法ハ罪刑擅斷主義ノ古代ニ逆行シタルモノト解スヘキニ非ス。法律ニ正條ナキ所爲ハ之ヲ罰セサルハ刑法典ヲ制定スル根本理由ヲ爲スモノニシテ立憲政體ヲ採用シタル邦國ニ於ケル當然ノ事理ナルノミナラス憲

現行刑法ニ依ル
罪刑法定主義ニ

法ノ明規スル所ナレハ更メテ法律ヲ以テ之ヲ明言スルヲ要セサルカ故ニ之ヲ法文ニ掲ケサリシモノニ外ナラスト解スヘキナリ(註一)。此點ハ犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用ストノ法條(第六條)アルニ因リテ此解釋ノ相當ナルヲ證スヘキナリ。

(註一) 最近ノ立法例ニ依レハ舊刑法第二條ノ如キ法文ヲ掲ケルヲ以テ通常トスルモ又之ヲ掲ケサルノ例ナキニ非ス。例ヘハ千八百七十年ノ獨逸刑法第一條、千八百八十一年ノ和蘭刑法第一條、千八百九十六年ノブルガリヤ刑法第一條、第二條、千八百八十九年ノ伊太利刑法第一條、第二條、千九百三年ノ露西亞刑法第一條、千九百九年獨逸刑法準備草案第二條、同年埃太利刑法準備草案第一條等ハ孰レモ法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰セサル旨ヲ定ム。唯々千九百二年ノ譜威刑法ハ斯ル法條ヲ缺クト雖モ是レ罪刑法定主義ヲ捨テタルニ非スシテ他ノ法條ニ依リ同主義ヲ採用シタルコト明白ト爲リ居ルカ故ニ重複ノ嫌アリトシテ之ヲ掲ケサリシモノナルコト同刑法草案理由書ニ於テ明言スル所ナリ(一九〇七年柏林版同刑法草案理由書一三頁參照 Bill, Mohl's zum Entwurf e. Allg. Bürgerlichen Strafgesetzbuchs Für das Königreich Norwegen, S. 13.)。然ルニ牧野英一氏ハ現行刑法ヲ以テ擅斷主義ニ則リタルモノト爲ス。氏曰ク『刑法ノ發展ハ擅斷主義ヨリ法定主義ニ移ル。而シテ我新刑法ハマサシク第二ノ擅斷主義ニ在リト謂フコトヲ得ヘシ。只往時ノ擅斷主義ハ事ヲ裁判官ノ感情隨意ニ放任シタリト雖モ(一)如何ニ往時ト雖モ主義トシテ斯ルコトヲ認メタルモノナカルヘシ(現時ノ擅斷主義

ハ裁判官ニ一定ノ主義ト研究トテ命シタルモノナリ。刑法今後ノ發展ハ又再ヒ罪刑法定主義ニ復歸スルニ在リト雖モ當來ノ刑法ハ主觀的見地ニ基キテ犯罪ヲ分類スルモノナラザル可カラズ。現代刑法ニ對スル法曹ノ地位ハ法ノ適用家ト謂フヨリモ寧ろ法ノ制定者ナリ。元來裁判官カ法律適用ニ關シテ單純ナル自動機械ニ非サルコトハ現ニ明ニ認メラル、所ニシテ云々(中略)『法學協會雜誌二七卷三號、惡性ニ依ル犯罪ノ分類參照。』

我刑法ハ法定主義ヲ捨テ、擅斷主義ノ古代ニ逆行シタルモノトセハ格別ナレトモ苟モ我國ニ於テ罪刑法定主義ヲ採用シタルモノト解セハ其當然ノ結果トシテ刑法ノ解釋ハ嚴格ナラサル可カラズトノ原則ノ支配ヲ受ケサルヲ得ス。即チ執法官ハ獨リ刑法ノ正條ノミニ依リ刑ノ言渡ヲ爲スヲ得ルモノナリ。然ルニ學者或ハ裁判官ノ行動ハ刑法ニ依リ制限セラル、コトナク尙ホ我刑法ニ於テハ比附援引ノ解釋ヲ許スカ如ク論スル者アリ(註二)。若シ我刑法ニシテ此說ノ如クナラシメハ我刑法ハ方今ノ文明各國ノ常軌ヲ超越シタル一種異様ノ刑法タルニ至ラン。我刑法豈斯ノ如キ不都合ナルモノナラシヤ。

(註二) 牧野英一氏ハ我刑法ニ於テハ裁判官ノ行動ハ刑法ニ依リ制限セラル、コトナク尙ホ我刑法ニ於テハ比附援引

ハ解釋ヲ許スト主張ス。氏ハ我刑法カ舊刑法第二條ノ如キ法條ヲ掲ケサルナリ理由トシテ說明シテ曰ク『新刑法ノ條文カラ削除サレタト言フコトハ單ニ蛇足ナルトイフヤリナ單純ナル理由ニ因ツタノテハナイノテアリマス(中略)。』
 刑法ヲ以テ裁判官ノ行動ヲ制限スルモノト見ルトイフコトハ今日ノ思想テハ體カニ本末顛倒テアルト謂ハネハナリマセヌ(中略)。即チ新刑法ニ於テ罪刑法定主義ニ關スル規定ヲ削除シタ理由ナノテアリマス(中略)。刑法ニ於テモ理論カ許ス範圍内ナラハ比附援引モ差支ナイト謂ハネハナリマセヌ(中略)。民法カ債權者ト債務者トチ平等ニ取扱フトイフナラハ刑法ニ於テモ社會ト犯人トチ公平ニ觀察シナケレハナリマス。從テ刑法制定ノ大精神カラ推度シ場合ニ依リテハ法規ヲ類推的ニ解シテ以テ其適用ヲ爲ストイフ必要カアルニ違ヒナイ。此點ニ於テ民法ト刑法トノ間ニ差異ヲ認メルトイフコトハ到底論理ノ貫徹シナイコト、謂ハネハナリマセヌ(同氏著刑事學ノ新思潮ト新刑法、四、一四乃至一七頁參照。)

舊刑法改正ノ必要

舊刑法ハ現行刑法ト同シク罪刑法定主義ニ則リタルモノナリト雖モ舊刑法カ犯罪及ヒ刑罰ヲ規定スルヤ缺漏ノ點頗ル多ク或ハ罰スヘキ所爲ヲ罰セス或ハ之ヲ罰スヘキモノトスルモ其定ムル所ノ刑罰ハ往々ニシテ或ハ輕キニ失スルモノアリ或ハ重キニ失スルモノアリテ之ヲ日常起ルヘキ各種ノ犯罪ニ適用スルニ立法者ノ想像シタル一定ノ情狀ヲ具フル或種ノ犯罪ニ對シテハ相當ナル裁判ヲ爲スヲ得ヘカリシモ其想像ニ漏レタル情狀ヲ有スル或

種ノ犯罪ニ對シテハ頗ル不權衡ナル裁判ヲ爲スノ外ナキ場合少シトセザリキ。斯ル缺漏アリシカ故ニ舊刑法改正ノ必要アリシコトハ萬人ノ認ムル所ナリキ。現行刑法カ速ニ成立スルニ至リタルハ立法ニ參與シタル諸氏ノ勢望努力ノ大ナルニ因ルコトハ勿論ナレトモ舊刑法ノ缺漏ノ少カラサリシコトモ亦其一因タルヲ失ハサルナリ(註三)。

(註三) 但舊刑法改正ノ必要ヲ認メタル論者中ニ二派アリキ。其一ハ全部ノ改正ヲ必要トスルモノニシテ例ハ岡田朝太郎氏(法律新聞二〇號)、宮井正章氏(法律新聞一九號)、梅謙次郎氏(法學志林一六號等之ニ屬シ、其二ハ一部修正ヲ以テ可トスルモノニシテ磯部四郎氏(辯護士協會雜誌三九年九九號)、岸本辰雄氏(法律新聞一八號)、飯田宏作氏(法學志林一六號)、法律新聞六五號等之ニ屬セリ。蓋シ前者ハ刑罰擴張主義ニシテ一部修正ヲ以テ満足セザリシニ反シ後者ハ從來行ハレタル刑法ヲ其根柢ヨリ改造スルハ民情ヲ害スルノ虞アリト爲シ單ニ缺漏ノ點ヲ補正スルヲ以テ足レト爲セリ。

現行刑法ノ如キ廣大ナル刑罰ノ範圍ヲ認ムルハ世界ノ通例ナリ

現行刑法ハ舊刑法ノ改正ト謂ハンヨリ寧ロ改造ト謂フヲ適當トス。刑法各論ニ屬スル部分ニ於テ特ニ然リトス。一言ニシテ兩者ニ存スル區別ヲ示サハ現行刑法ハ舊刑法ノ狭少ナル刑罰範圍ヲ廢シテ極メテ廣大ナル刑罰範圍

ノ立法例中稀ニ見ル所ナリ

圈ヲ認メタル點ニ在リ。而シテ此點ハ此兩法ノ區別ト爲シ得ヘキニ止マラス我現行刑法ノ如キ極メテ廣大ナル刑罰範圍ヲ認ムルカ如キハ世界ノ立法例中稀ニ見ル所ナリ。獨逸、奧、太利、佛、蘭、西ノ現行刑法ハ勿論二十世紀ニ至リテ成立シタル千九百二年ノ諾威刑法千九百三年ノ露西亞刑法千九百九年ノ獨逸刑法準備草案千九百九年ノ奧太利刑法準備草案ノ如キモ其刑罰範圍ヲ認ムル點ニ於テ廣狹ナキ能ハスト雖モ我現行刑法ニ比スレハ其刑罰範圍ノ如キ甚タシク局限セラレタルモノト言フヘシ(註四)。刑罰範圍ノ廣大ヲ以テ著名ナル和蘭刑法ト雖モ之ヲ我現行刑法ニ比スルモ尙ホ雲泥ノ差アリ(註五)。左レハ獨逸トステシテ新聞カ判事ノ自由裁量ハ日本刑法ニ於テ極度マテ擴張セラレタリ(註六)。ト言ヒタルハ語簡ニシテ要ヲ得タルモノト言フヘシ。

(註四) 千九百二年ノ諾威刑法、千九百三年ノ露西亞刑法、千九百九年ノ獨逸刑法準備草案、同年ノ奧太利刑法準備草案ト千九百七年ノ我刑法トハ共ニ二十世紀ニ至リテ始メテ成立シタルモノナリ。特ニ獨逸兩國ノ準備草案ノ如キハ近世刑法學研究ノ結果ヲ略示シタルモノト稱スルモ大過ナカルヘキコトノ理由ハ之ヲ自序(增訂第四版)ニ説明シタルカ如シ。我刑法ト前示二個ノ刑法及ヒ二個ノ刑罰案トニ於ケル大體ノ差異ヲ求ムレハ我規定ハ簡潔ニシテ彼ノ規

定ハ詳密ナリ。從テ其罪及ヒ刑ヲ定ムルハ我ハ法三章流ナルニ反シ彼ハ頗ル精細ナリ。我一條一項ニ於テ規定スル所ハ彼ハ數條數十項ニ於テ之ヲ規定ス。殺人罪ニ付キ之ヲ例示セン。我刑法第九十九條ノ人ヲ殺シタル者ハ死刑、無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處スト僅ニ一條ヲ以テ規定シタル所ハ彼ニ於テハ數條ヲ以テ規定シ等シク同條ノ殺人罪ニ付テモ其犯罪ノ情狀ヲ異ニスルニ從ヒ各其刑罰ヲ異ニセリ。第一諧威刑法ハ同條ノ殺人罪ニ付キ其情狀ヲ異ニスルニ從ヒ之ヲ分テ五ト爲シ(一)謀殺ハ無期又ハ十年以上十五年以下、(二)故殺ハ六年以上十五年以下、(三)加重情狀アル殺人ハ無期、(四)嬰兒殺ハ一年以上六年以下、(五)加重情狀アル嬰兒殺ハ十二年ニ及フヲ得(第二三三、二三四條)ト爲シ。第二露西亞刑法ハ我第九十九條ニ規定スル殺人罪ニ付キ其情狀ヲ異ニスルニ從ヒ之ヲ分テ七ト爲シ(一)通常殺人ハ八年以上十五年、(二)特別情狀ヲ有スル殺人、此罪ハ其情狀ニ依リ之ヲ分テ十三號ト爲ス。例ヘハ毒殺、詭計殺、營利ヲ爲メニスル殺人、背恩的殺人等ノ如シ。之ニ對スル刑ハ無期又ハ十年以上十五年、(三)他國ノ君主ヲ殺ス罪ニ無期、(四)通常感殺ハ八年以上十五年以下、(五)感殺力被害者ノ不正行爲ニ因ル感殺ニ基ク殺人ハ二週間以上六年以下、(六)正當防衛ノ程度超過ノ殺人、二週間以上六年以下、(七)嬰兒殺一年六月以上六年以下(第四五三、四五五、四五六、四五八、四五九、四六一條、一六、一八、一九、二〇條)ト爲シ。第三獨逸刑法準備草案ハ我第九十九條ニ規定スル殺人罪ニ付キ其情狀ヲ異ニスルニ從ヒ之ヲ分テ六ト爲シ(一)謀殺、死刑、(二)輕減スヘキ情狀アル謀殺、無期又ハ十年以上十五年、(三)故殺、二年以上十五年以下、(四)輕減スヘキ情狀アル故殺、一年以上五年以下、(五)嬰兒殺、一年以上五年以下、(六)輕減スヘキ情狀アル嬰兒殺、六月以上五年以下(第二一二乃至二一六條)ト爲シ。第四奧地利刑法準備草案ハ我第九十九條ニ規定スル殺人罪ニ付キ其情狀ヲ異ニスルニ從ヒ之ヲ分テ六ト爲シ(一)通常殺人、五年以上二十年以下又ハ無期、(二)情狀重キ殺人此罪ハ之ヲ三ト爲シ(1)慘酷殺人、

利益ヲ計ル爲メノ殺人、竊盜、強盜又ハ猥褻、姦淫ノ罪ヲ犯スニ際シ犯シタル殺人、無期又ハ死刑、(2)二人以上ヲ殺シタルトキ、無期又ハ死刑、(3)殺人罪ニ付キ刑ヲ受ケタル者ノ殺人、無期又ハ死刑、(三)無期刑ノ執行中人ヲ殺シタルトキ、死刑、(四)感殺殺人此罪ハ分テ二ト爲シ(1)一般感殺、一年以上十年以下、(2)感殺力不法ニシテ直接且重大ナル暴行ニ依リ挑發セラレタルトキ、六月以上五年以下、(五)嬰兒殺、一年以上十年以下、(六)母ヲ窮迫ノ爲メ又ハ恥ヲ蔽ハシガ爲メニスル嬰兒殺六月以上五年以下、(第二八五乃至二八八、二九一條)ト爲ス。是ニ由テ之ヲ觀レハ我刑法ノ如キ刑罰範圍ヲ異常ニ擴張スルハ二十世紀ノ刑事立法ノ趨勢ト一致セサルモノ、如シ。

(註五) 和蘭刑法ハ千八百八十一年三月三日ノ公布ニ係ルモノニシテ今ヨリ三十年前ノ法律ニシテ我舊刑法ヨリ古キコト一年ノ法律ナリ。同刑法ハ刑罰範圍ノ廣大ナルガ爲メ幾多ノ苦キ經驗ヲ嘗メタルコトハ殆ト公知ノ事實ト言フモ妨ナシ。同刑法ノ刑罰範圍ハ我刑法ニ比シ一面ヨリ觀レハ廣ク他ノ一面ヨリ觀レハ狭キモノトス。同シク我第九十九條ニ規定スル殺人罪ニ付キ其情狀ヲ異ニスルニ從ヒ各其刑罰ニ差等ヲ設ケタルハ我刑法ニ比シ刑罰範圍狭小ナルモノト言フヘク又自由刑ノ短期ナリト爲シ殺人罪ニ對シテモ制限ヲ設ケサリシ如キハ彼ノ我ニ比シ刑罰範圍廣キ所ナリ。左ニ之ヲ略示スヘシ。

(一)故殺ハ十五年以下(二八七條)、(二)罪ヲ犯シ若クハ免レンガ爲メニスル故殺ハ無期又ハ二十年以下(二八八條)、(三)謀殺、無期又ハ二十年以下(二八九條)、(四)嬰兒殺、六年以下(二九〇條)、(五)嬰兒謀殺、九年以下(二九一條)(註六) 我新刑法ニ對スル獨逸新聞ノ贊評(法曹記事一七卷一〇號摘譯)。

刑罰範圍ハ須ク廣大ナルヘシトノ議論ノ理由トスル所ハ刑罰範圍狭少ナ

刑罰範圍ノ擴張及縮少ノ

利弊
ルトキハ執法官カ事實審理ノ結果刑法ノ定ムル刑ハ較モスレハ實際ノ情狀ニ適セス或ハ輕キニ失シ或ハ重キニ失スルモノト知リナカラ止ムコトヲ得ス法律ノ定ムル所ニ從ヒ刑ノ言渡ヲ爲サ、ルヲ得サレトモ若シ刑期範圍廣大ナルトキハ執法官ハ犯罪ノ情狀(犯罪ノ結果、犯人ノ眞意等)ニ相當スル適當ノ刑ヲ言渡スコトヲ得ルニ在リ。之ニ反對スル議論ノ理由トスル所ハ廣大ナル刑期範圍ヲ認ムルトキハ定律ナキ區々ノ判決ハ到底避クル能ハサル所ニシテ斯ノ如キハ個人ノ權利ノ保障ヲ不安ナラシムルト同時ニ執法官ノ擅斷ヲ疑ハシムルノ端ヲ啓クモノニシテ當ニ司法ノ威信ヲ損傷スルニ止マラス決シテ國家社會及ヒ個人ノ利益ヲ適切ニ保護スル所以ニ非スト言フニ在リ。斯ノ如ク孰レノ主義ヲ採ルモ一長一短利害得失ノ相錯綜スルコトハ到底之ヲ免ル能ハサル所ナリト雖モ實際ニ於テ孰レノ主義ヲ採ルヲ可トスルヤノ論ニ至リテハ執法官其人ノ能力如何ニ依テ決セラルヘキ實際問題ナリトス。刑期範圍廣大ナルトキハ執法官ハ其範圍内ニ於テ何等ノ拘束ヲ受クルコトナク

諸種ノ情狀ヲ稽查シ犯罪及ヒ犯人ニ對シ最モ適切ナル刑ヲ量定シ得ヘキ利アルコトハ爭フ可カラサル所ナリト雖モ極メテ廣大ナル刑期範圍内ニ於テ萬人ノ相當トスル適切妥當ナル刑期ヲ量定スルノ能力アル執法官ヲ待テ始メテ此主義カ期待スルカ如キ適切妥當ナル裁判ヲ望ムヲ得ヘキナリ。故ニ全國到所ノ各裁判所ニシテ斯ノ如キ能力ヲ有スル判事ヲ以テ充サレタリトセハ立法者所期ノ如キ適實妥當ナル裁判ヲ期待スルヲ得ルコト必スシモ難シトスル能ハサルヲ以テ斯ル場合ニ於テハ此主義ハ最良ノ主義ニシテ吾人ノ理想ニ適スル主義ハ之ヲ措テ他ニ求ムルヲ得サルヘシ。然ルニ之ニ反シテ若シ假リニ全國到所ノ各裁判所ノ判事中如上ノ能力ヲ有スル者アリトスルモソハ至テ僅少ニシテ多クハ凡庸(學識、經驗、常識等)ナル判事ニ外ナラストセハ此主義ノ採用ハ定律ナキ區々ノ裁判ヲ招クモノニシテ其弊害ノ及フ所計リ知ル可カラサルモノアリ。右孰レノ主義カ果シテ我國情ニ適スルヤハ現行刑法改正問題ノ議セラレタル當時ニ於ケル重要ナル論争ノ好題目タリキ(註七)。

(註七) 第一 明治三十四年頃ニ於ケル刑法改正案ニ對スル論評。

明治三十四年刑法改正案ノ議會ニ提出セラル、ヤ此點ニ關スル議論頗ル熾ニシテ其說ハ左ノ如ク分レタリキ。

第一說 改正案ノ賛成ニシテ、刑罰範圍ヲ擴張スヘシトハ、説。宮井正章、横田國臣、榊原次郎、岡田朝太郎諸氏。

宮井正章氏曰ク「思フニ現行刑法ニ於テ刑罰過度ニ刻ミ罪惡ノ輕重ト比例ヲ失フニ至レル所以ハ蓋シ佛國革命ノ結

果トシテ法律專裁主義ニ偏傾シ裁判官ノ職權濫用ヲ度外ニ怖レタル彼國當時ノ刑法ヲ模範トシタルカ故ナルヘシ。

然ルニ時勢一變シタルハ言フ迄モナク、凡ソ罪惡ノ輕重ト刑罰ノ適用ハ犯罪ノ情狀ト犯人ノ種類トニ依リテ大ニ相

違スル所ナキヲ得ス。犯罪ノ原因中ニハ最モ怖ルヘク且惡ムヘキモノアリ。又之ニ反シテ甚タ慈諒スヘキモノ少シ

トセス。犯人中ニモ犯罪ヲ營業視シ懲治ノ望ナキモノ多ク之アルト同時ニ、一時偶發ノ意思ニ因リテ刑罰ニ觸レ改

善ノ效ヲ奏スヘキ者モ亦頗ル多シトス。要スルニ其情狀タル千種萬別ニシテ、法律ニハ各種ノ罪ヲ如何様ニ細別ス

ルモ、到底各種ノ場合ヲ列舉シテ其輕重ヲ定ムルコト能ハス法律新聞一九號。又横田國臣氏ハ舊刑法ノ刑罰範圍

ノ狹少ナルヲ難シ、情狀無罪ニ等シキ殺人モ刑罰十二年以下ニ下スヲ得ス、又情狀重キ竊盜モ四年以上ノ刑罰ニ上

スヲ得ス。斯ノ如キ不都合アルハ、我刑法ノ佛國刑法ニ模倣シタルカ爲メナリ。故ニ我現行刑法(舊刑法ヲ指ス)ハ

連ニ之ヲ改正シ其不當ノ點ヲ除却スルヲ以テ急務トスル旨ヲ説キ(法學協會雜誌一六卷四號、尙ホ榊原次郎氏(法

學志林一六號)、岡田朝太郎氏(法律新聞二〇號)等ハ前兩氏ト略ホ同様ナル說明ヲ爲シタリキ。

第二說 改正案ハ反對ニシテ刑罰範圍ヲ擴張ス可カラズトハ、説。磯部四郎、飯田宏作諸氏。

磯部四郎氏曰ク「苟モ立法ノ權限ヲ限縮シテ司法ノ權限ヲ擴張スルハ少クトモ司法權ヲ以テ立法權ヲ侵奪スルノ機

ハ免レサルヘシ。而シテ司法權ノ權限大ナルトキハ之ニ伴フテ國家人民ニ危害ヲ及ボスコト極メテ大ナルモゾアル

ヲ忘ル可カラズ。例ヘハ佛國大革命ノ極、立法權ナルモノハ司法權ノ侵略スル所トナリテ、其威信全ク地ニ墜テ、司

法權ノミ獨リ橫暴ヲ極メ、遂ニ累テ王室ニ及ボシタルカ如キハ實ニ惡適例ナラスヤ。故ニ苟モ國家料理ノ重任ニ膺

ルモノハ深ク此ニ注意スル所ナカル可カラズ(辯護士協會雜誌三九年九九號)ト。又飯田宏作氏曰ク「刑罰ノ範圍ヲ

擴張スルハ法ノ運用ヲ圓滑ニシ、刑罰ヲシテ犯罪ニ適應セシムルコトヲ得トハ、爭フコトヲ得サル至言ナラン。然レ

トモ至言トシテ爭フコトヲ得サルハ道理上ノ事ノミ。道理上ノ至言ハ屢々道理ト背馳スル狀態ヲ呈スル人間社會ニ

實施シテ必ス行ハル、モノニ非ス。若シ道理上ノ至言カ實際ニ行ハルレハ、吾人ハ既ニ黃金世界ニ生活スルノ幸福

ヲ感謝セサルヲ得ス。不幸ニシテ余ハ未タ斯ノ如キ感謝ヲ表スルヲ得ス。故ニ實用ノ法律ヲ制定スルニ當リテハ、道

理上ノ至言ハ實際ニ行ハル、コトヲ期シ得ルヤ否ヤ、若シ必行ヲ期シ難シトスレハ其至言ヲ應用センカ爲メニ却テ

弊害ヲ生スルコトナキヤ否ヤ等ヲ考究セサル可カラズ。是レ實ニ立法者ノ須ク盡スヘキ一大責務ナルヲ知ル。即チ

法律ノ真否ハ獨リ其應用スル道理ノ當否ヲ論定スルニ止マラス其應用ヨリ生スル利害如何ヲ考察シテ決セサル可カ

ラスト。又曰ク「裁判ノ善良ハ判事ノ學識ト經驗トニ俟ツハ勿論ナレトモ、又天稟ノ資性ニモ俟タサル可カラズ。

加之人間ノ感情ノ發動ハ場合ニ依リテ冷熱ヲ異ニシ、智識ノ發作ハ時ニ明暗ナキ能ハス。我邦目下ノ執法者即チ司

法官乃至辯護士中學識、經驗、資性ノ十全ナル者少カラサルヘシト雖モ、其甚タ多キコトヲ保證スル一事ニ至ラハ

何人モ躊躇セサルヲ得ザラン。余ハ一般ニ於テモ刑罰ノ範圍廣キニ過ケレハ濫刑ノ弊源タルヲ慮ルモノナリ。況ン

ヤ我邦目下ノ狀勢ニ照シ來レハ益々憂慮ノ大ナルヲ究ユ(法學志林一六號、法律新聞六五、六六號)ト。

第二 現今刑法ニ對スル論評。

明治四十年同改正案ノ再ヒ議會ニ提出セラル、ヤ之ニ對シ僅ニ一二ノ批評ヲ見タルノミニシテ學者ノ多クハ改正案

第一章 現行刑法ト刑法各論

ノ趣旨ヲ毀シテ敢テ異議ヲ挾マヌ。前年臆論大ナリシニ比シ、頗ル寂寞ノ感ナキヲ得サリキ。然ルニ愈々現行刑法ノ實施セラレタル後ニ於テ、却テ之ニ對スル非難ノ聲ヲ耳ニスルコト屢次ナリ。例ヘハ江木衷氏ノ如キハ「然リ刑法ノ改正ハ全ク此新說奇論ノ謬誤ニ燃シテ去ラレタリ。浮々泛々ノ亂要嬖戲、世界第一大法典、最上ノ無等々、愉快々々ト囀シ立ツ。リスト一派ノ拍手喝采、井居ル英派ノ借眼公、佛法元祖ノ郭先生只々茫然ト口噴然、一歩十年覺メ來ラハ紅圍翠帳ハ野狐ノ窟、醜態ノ芳味ハ馬原牛溺、于嘔轉劇、胸中ノ炎悶察スルニ餘リアリ。唯々社會人民ハ眞面目ナリ。現在世間ニ頗ハレタル新說奇論ノ奇怪ノ結果ハ彼等モ亦事實トシテ容易ニ之ヲ認メ得ン。區裁判所カ輕微ノ鼠賊、侏儒ノ小手二十年乃至十五年ノ刑ヲ科シタル如キハ早クモ世人ノ耳ヲ驚カシ云々」冷灰漫筆二〇、二一頁ノ言ヲナシ大ニ現行刑法ヲ冷評セリ。

之ニ反シテ泉二新熊氏ハ十九世紀ノ中葉以後ニ於ケル刑罰理論ハ豫防主義ヲ以テ中堅トスルニ至レリ。我新刑法ハ豫防主義實行ノ先鋒トシテ第二十世紀ノ初頭ニ現ハレタリ。世界ノ學者ハ之ヲ模範刑法ナリト稱贊スト述ヘ大ニ現行刑法ニ譏歌セリ(現行刑法ト他人ノ行爲ニ因ル刑罰制裁、法學志林四二年一一卷四頁)。

我刑法ノ採用シタル主義ノ當否若クハ其實際ノ效果ハ今後ニ於ケル論究ノ好題目タルヲ失ハサルハ勿論ナリ。而シテ今後ニ於テハ此主義ノ當否若クハ實際ニ於ケル效果ハ當ニ理論上之ヲ推究スルヲ得ルニ止マラス實際ノ成績ニ依リ之ヲ證明シ得ルモノナリ。然レトモ刑法各論ノ研究ヲ以テ任務

刑罰量定
ニ關スル
自由裁量
ノ性實

トスル本書ノ目的トスル所ハ如上ノ問題ノ解決ヨリハ寧ロ刑法典ノ定ムル罪タル所爲如何ニ付キ確實妥當ナル觀念ト其罪タル所爲ニ對スル刑罰トヲ知ルニ在リ。而シテ我國ニ於テ罪刑法定主義ヲ採用シタルコト及ヒ其結果トシテ刑法ノ解釋ハ嚴格ナラサル可カラサルコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如ク而シテ法律上罪ト爲ルヘキ所爲及ヒ之ニ對スル刑罰如何ハ法文ニ採用シタル文字ノ解釋ニ依リ之ヲ求ムルノ外ナキコトモ亦前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(六乃至八)。

刑法典ニ規定スル個々ノ犯罪構成ノ要件及ヒ之ニ對スル刑罰ニ付キ説明スルニ先テ特ニ注意ヲ要スヘキモノアリ。抑モ我刑法典ハ前述ノ如ク各種ノ犯罪ニ付キ頗ル廣キ刑罰範圍ヲ認ムルカ故ニ判事ノ自由裁量ノ範圍頗ル廣大ナリ。判事ノ自由裁量ノ範圍トハ判事カ氣儘勝手ヲ働キ得ヘキ範圍ナリト誤解セラル、虞アリト雖モ其實大ニ然ラス。例ヘハ刑法第九十九條ニ人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處スト規定セリ。

左レハ犯情兇暴毫モ恕スヘキ點ナキ極惡非道ノ殺人罪例ヘハ詭譎ヲ逞ウシ私曲ヲ營マンカ爲メ恩人ヲ虐殺シタルカ如キ事件ハ勿論情狀頗ル憐ムヘキ殺人罪例ヘハ私生兒ヲ有スル可憐ナル一少女カ一面ニハ世間ノ評判ト自己ノ良心トニ責メラレ他ノ一面ニハ日々糊口ノ道ナキニ苦メラレ我身及ヒ我子ノ行末ノ艱難ノ一層大ナルヲ思ヒ愁雲胸ニ滿チ憂霧心ヲ鎖シ悲嘆ニ悲嘆ヲ重ネ心ヲ決シテ先ツ最愛ノ子ヲ刺殺シ次テ自己モ亦頸部ヲ刺貫シ其未タ死ニ至ラサルニ際シ他人ノ爲メニ救ハレ病院ヲ經由シテ監獄ニ護送セラレタルカ如キ悲惨ヲ極メ同情ヲ價スル事件モ齊シク前述刑法第九十九條ヲ適用シテ處分スルヨリ外ナシ。判事ハ刑期範圍内ニ於テ如何ナル刑期ヲ量定スルヤバーニ其自由裁量ノ職權内ニアリトシ前例ノ極惡非道ノ謀殺犯人ニ對シ三年ノ懲役ヲ言渡シタリト假定センカ何人モ其不法ヲ咎メ其寬ニ失スルノ甚シキヲ憤ルナルヘシ。又之ト同一理由ニ依リ判事カ後例ノ悲惨ヲ極メ同情ヲ價スル少女ニ對シ死刑ヲ言渡シタリト假定センカ何人モ其不當

刑法中ノ不文準則

ヲ鳴シ其酷薄ヲ惡ムナラム。法律モ亦前述例示ノ如キ刑期ノ量定ヲ適法ナリトシテ之ヲ認容スルモノニ非ス。是レ判事ノ自由裁量トハ謂ヒナカテ其標準タルヘキ一定ノ準則ナルモノ存スルニ因ル。舊刑法ハ此準則ヲ明文ヲ以テ規定シタリキ。近世文明各國ノ立法例ハ舊刑法ト同一徹ニ出ツルコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(頁九二)然レトモ舊刑法カ此準則ヲ規定スルヤハ頗ル不完全タルヲ免レサリキ。之ニ反シテ現行刑法ハ此準則ヲ明文ヲ以テ規定セス。然レトモ此準則カ判事ノ職務ヲ規正スル一種ノ法則タル點ニ至リテハ毫末ノ差異アルコトナシ(此點ニ付キ日本法政新誌一巻二號附稿新刑法不成文法參照)蓋シ此準則カ成文法ナル時ハ之ヲ解釋スルコト容易ナリ。之ニ反シテ此準則カ現行刑法ノ如ク不成文法ナルトキハ之ヲ解釋スルコト頗ル困難ナリ。我邦ノ判事カ不成文法タル刑期量定ノ準則ヲ適用セサル可カラサルコトハ英國ノ判事カ不成文法ヲ適用シテ判決ヲ言渡スト其例ヲ同ウス。但我邦ノ判事ノ任務ハ英國判事ノソレニ比シ一層困難ニシテ且重大ナルモノアリ彼ニアリテ

ハ(一)數百年間ノ先例ノ存スルアリテ之カ準則ヲ得ルコト困難ナラス又(二)先例ニ則リタル判決ヲ爲ストキハ是レ即チ適當ノ判決ニシテ毫モ失當ト謂フ能ハス。之ニ反シテ我ニ在リテハ現行刑法ハ新ニ制定セラレタルモノナレハ先例ノ存スルモノナク從テ不成文法タル量刑ノ準則ヲ得ルコト頗ル困難ナリ。現行刑法ハ舊刑法ヲ以テ適當ナラスト爲シ之ヲ改正シタルモノナレハ舊法ニ則リタル先例ハ必スシモ之ヲ一々良好ナリト謂フ能ハス。從テ妄ニ先例ニ從ハ、大ナル非難ヲ受クルコトナシト爲サス。左レハ我邦ノ裁判官タルモノハ一方ニハ我現行刑法ヲ始メ内外各國ノ法令ニ鑑ミ又他ノ一方ニハ我邦ノ社會ノ事情ヲ達觀シ犯罪發生ノ原因及ヒ犯罪鎮滅ノ方策ヲ探究シ以テ妥當ナル量刑ノ標準ヲ發見セサル可カラス。之ヲ要スルニ今日我邦ノ判事ノ任務ノ頗ル重大ニシテ且困難ナルコト言語ニ絶ス(註八)。

(註八) 參照スヘキ說明 勝本勘三郎、牧野英一諸氏。
 勝本勘三郎氏曰ク『現ニ刑法ハ改正セラレ刑罰ノ範圍ハ大ニ擴張セラレタリ。是レ新刑法ノ最も顯著ナル點ナリトス。之ニ關シテ今日ノ學者及ヒ實際家ハ皆犯罪(物)ト人トノ二者ニ重テ置ク規定ナルカ故ニ、犯罪ノミナラス更ニ

人ヲモ能ク觀察シテ刑ヲ定メサル可カラスト論スレトモ、是レ唯學說若クハ沿革上ヨリ之ヲ言フモノニシテ、法律ノ上ニ於テハ斯ル規定ノ存スルモノニ非ス。從テ法ヲ司トル者ハ、舊法ヲ適用スルト同一ノ處措ニ出ツルモ、以テ之ヲ違法ト爲ス可カラス。斯クテハ固ヨリ之ヲ名刑官ト稱スルコト能ハサルヘキモ、之ヲ目スルニ法ニ違フ者ナリト謂フ可カラス。余ヲ以テ之ヲ見レハ、刑法ハ變化シタルモノニ作テ所ノ設備ハ未タ整頓セサルニ非サル歟。余ハ裁判官ニ法律適用ニ關シ、一般ノ注意ヲ示ス法規ノ必要アルモノト信スルモノナリ(『法學志林』一巻三號四三頁)ト。牧野英一氏曰ク『刑罰裁量ノ標準如何ハ當面ノ司法問題トシテ最も重要ノモノナリ。然レトモ刑法ハ此點ニ關シテ殆ト何等ノ標準ヲ示サス。司法大臣ハ改正刑法ヲ適用シテ其效果ヲ收メント欲セハ犯罪ノ内因タル犯人ノ特性ト其外因タル社會ノ狀態トニ鑑ミテ刑ノ種類ヲ選ミ其程度ヲ量リ以テ各事件ニ適應スヘキ處分ヲ爲サル可カラス。其職ニ在ル者爾後一層犯罪者ノ性格ニ對スル審査ヲ精密ニシ、刑罰ノ目的ヲ達スルニ遺憾ナカラシムルコトヲ要ス云々ト訓示シタルコトアリ。此ノ如キ抽象的說明ハ司法當局者ノ要求スル指針トシテハ學理上殆ト其效能ナシ。左レハ新刑法カ刑罰裁量ニ關シテ裁判官ニ廣汎ナル權限ヲ認メタルコトハ、裁判官ニ擅斷ヲ許シタルモノニ非サルコトハ明ナリト雖モ、法律ハ此方針ニ關シテ殆ト何等指示スル所ナク、若シ多少ノ指示スル所アリトセバ、刑罰ハ目的主義ニ依テ解スヘク、其裁量ハ主觀主義ニ從フヘシト謂フニ過キサルコト、司法大臣ノ訓示ヲ出ツルコトナシ。故ニ學者或ハ刑罰裁量ノ此方針ヲ目シテ不文ノ刑法ナリト稱スト雖モ——而シテ其ハ固ヨリ正當ニシテ且興味アル說明ナリト雖モ(大場ドクトル新刑法ト不成文刑法日本法政新誌一二巻七號)——事實ニ於テハ單ニ裁判官其人ノ聰明ニ俟ツトイフノ外ナシ。是レ實ニ新刑法ヲ評シテ刑罰擅斷ノ舊思想ヲ復活セシメタルモノトスル者アルモ誣言ニ非スト思惟セラル、所以ナリ(『法學協會雜誌』二七巻三號)ト。

量刑ノ標準

量刑ノ標準ナルモノハ之ヲ得ルコト決シテ容易ノ業ニ非ス。妥當ナル量刑ノ標準ハ少クモ第一犯罪ニ因リ法益ヲ害スルノ輕重大小第二犯罪ノ原因第三刑罰ノ感應力ノ三者ヲ審究シタル後ニ非サレハ到底之ヲ得ル能ハサルモノトス。

第一 法益ヲ害スルコト大ナラハ假令善良ナル動機ニ因リ犯サレタリトスルモ其罪自體ハ之ヲ重シト爲サ、ルヲ得ス。例ヘハ愛國ノ餘ニ出テタル内亂罪若クハ恩人ノ爲メ仇ヲ讐ユル殺人ノ如キハ犯罪ノ動機或ハ敬服スヘク或ハ賞賛若クハ同情スヘキモノアリトスルモ其罪決シテ輕シト言フ能ハサルカ如シ。之ニ反シテ法益ヲ害スルコト小ナルトキハ假令恕ス可カラサル動機ニ因リ犯サレタルモノトスルモ其罪ハ之ヲ輕シト爲サ、ルヲ得ス。例ヘハ鶏泥棒若クハ靴泥棒ノ慣習アル者カ此罪ニ付キ數回處刑ヲ受ケタルモ尙ホ反復シテ或ハ鶏ヲ盜ミ或ハ靴ヲ盜ムノ所爲ノ如キハ個人ノ利益ヲ害スル點ヨリスルモ又社會一般ノ危險ヨリスルモ其罪決シテ

大ナリト言フ能ハサレハ斯ル小竊盜ヲ重刑ニ處スヘキモノニ非ス。左レハ裁判官ハ一面ニ於テ法律カ定ムル各犯罪及ヒ之ニ對スル刑罰ノ如何ヲ詳知スルヲ以テ充分ナリトナサス更ニ進テ法律ノ定メタル各犯罪ニ付キ想像シ得ヘキ各種ノ情狀ヲ攷究シ以テ其現ニ審理裁判セントスル犯罪ニ依リ侵害セラレタル法益ノ輕重大小ヲモ熟知セサル可カラス。然ルニ若シ法益ヲ害スルノ輕重大小ヲ考察セスシテ刑期量定ヲ爲ストキハ之カ爲メ刑法ノ精神ノ大部分ハ没却セラレ、ニ至ルヘキナリ。

第二 凡ソ犯罪ヲ鎮滅シ若クハ減少セント欲セハ其犯罪ノ發生原因ヲ究メ其根柢ヲ變除セサル可カラス(刑事政策)。刑法ハ犯罪ノ鎮滅若クハ減少ヲ計ルヘキ主要ナル手段トシテ存在スルモノナレハ裁判官ハ犯人カ其罪ヲ犯スニ至リタル直接及ヒ間接ノ原因如何ヲ探究セサル可カラス。換言スレハ犯罪ノ直接ノ原因ハ(一)獨リ被告人ノ性癖其他之ニ類スル原因即チ犯罪ノ個人的原因ノミニ基キ發生シタルヤ又(二)獨リ他人ノ行爲社會ノ狀況

及ヒ犯人ノ境遇等即チ犯罪ノ社會的原因ニ基キ發生シタルヤ或ハ(三)個人的及ヒ社會的犯罪原因ノ二個ノ結合ニ基キ發生シタルヤ其他各種ノ直接間接ノ原因ニ付キ一々仔細ニ探究セサル可カラス。例ヘハ身富裕ニシテ衣食ノ料ヲ缺乏スルノ窮境ニ在ラサルニモ拘ハラズ犯人ニ竊盜ノ性癖アリタルカ爲メ竊盜ノ行爲ニ出テタルカ如キハ個人的犯罪原因ニ基キテ發生シタルモノナリ。又例ヘハ犯人ハ縱令順境ニ在ラサルモ自ラ働キ自ラ衣食スルコトヲ得ハ犯罪行爲ヲ敢テスルカ如キ惡人ニ非サルモ勞働力充分ナラス又ハ勞働力アルモ職業ヲ與フル人ナク爲メニ衣食ノ料ニ窮シ遂ニ竊盜ノ行爲ニ出テタルカ如キハ社會的原因ニ基キ發生シタルモノナリ。又例ヘハ犯人ノ性質ハ敢テ善良ナリト謂フ能ハス且犯人ノ境遇モ亦順境ナリト謂フ能ハサルカ爲メ衣食ノ料ニ窮シ茲ニ竊盜ノ行爲ニ出テタルカ如キハ個人的及ヒ社會的犯罪原因ノ結合ニ基キ犯罪ヲ爲スニ至リタルモノナリ。然ルニ犯罪原因ハ獨リ犯罪者其人ニ存スル個人的原因ニ基クモ

ノト爲シ犯罪ノ社會的原因ニ對スル考察ヲ怠ルカ如キハ刑事政策ノ大體ニ通スルモノト言フ能ハサルノミナラス決シテ刑法ノ精神ヲ貫徹スル所以ニ非ス(註九)。

(註九) 此點ニ付テハ拙著刑事政策根本問題及ヒ刑事政策大綱參照。

第三 犯罪ニ因リ侵害セラレタル法益ノ輕重大小ヲ知リ合セテ犯罪ハ直接間接ノ原因ヲ知リ得タリトスルモ刑罰ニ對スル犯人ノ感應力如何ヲ考察スルニ非スンハ到底妥當ナル量刑ヲ爲ス能ハサルモノトス。凡ソ刑罰ハ獨リ其形式ニ於テ痛苦タルノミナラス其實質ニ於テ感應アル痛苦ナラサル可カラス。刑罰即チ痛苦バ之ヲ主觀的ニ量定スヘキモノニシテ之ヲ客觀的ニ量定スヘキモノニ非ス。即チ罰金ニ關シテハ行爲者ノ資産ニ從テ感應力ニ等差アリ自由刑ニ關シテハ行爲者カ自由ヲ重大視スルト否トニ依リ其感應力ニ等差ナキ能ハス。刑罰カ特定ノ犯人ニ對スル感應力如何ハ刑期量定ニ關シ看過ス可カラサル主要ノ事項ナリ。故ニ例ヘハ或ル犯

罪者カ法益ヲ害スル點及ヒ犯罪ノ原因ニ於テ二者同一ナル場合ト雖モ罰金刑ニ付テハ富者ト貧者トノ間ニハ刑罰ノ感應力ノ大小ノ差ナキ能ハサルヲ以テ貧者ニ對シテ小額ノ罰金ヲ言渡シ富者ニ對シテ高額ノ罰金ヲ言渡スモ其感應力ニ於テハ同一ナル場合アリ。之ト同一理ニ依リ社會ニ於テ中流以上ノ地位ヲ有スル者ニ對スル懲役一年ノ刑ト屢監獄ニ出入シ監獄ノ生活ヲ以テ敢テ苦痛ト爲サ、ル者ニ對スル懲役十年ノ刑トハ其感應力ニ於テハ同一ナルコトアリ。感應力ノミニ依リテ量刑ヲ爲ス能ハサルハ勿論ナリト雖モ感應力ノ如何ハ量刑ニ關シ必ス斟酌ヲ爲サ、ル可カラサル一事項タルコトハ怠ル可カラス(註一〇)。

(註一〇) 此點ニ關シテハ拙著刑事政策大綱一八四頁乃至一九六頁參照。

之ヲ要スルハ、妥當ナル量刑ノ標準ヲ發見セント欲セハ、判事ハ第一其審理ニ基キ犯罪ナリト認メラレタル所爲ニ因リ侵害セラレタル法益ノ輕重大小ノ如何ヲ熟知シ、第二犯罪原因ニ付キ明確ナル心證ヲ得、第三行爲者ノ刑罰ニ

對スル感應力ノ如何ヲ稽査シタル後此三者ト民衆一般ニ對スル警戒如何ニ付キ細心熟慮シタル後刑罰範圍ニ於テ其相當トスル刑ヲ量定セハ、刑事政策ノ趣旨ニ合シ民衆一般ノ期待ト相遠サカラサル刑期ヲ量定シ得ルニ庶幾カラシ。斯ノ如クシテ始メテ刑期量定ニ關スル不文ノ準則ニ背馳スルヲ避クルヲ望ムコトヲ得ヘシ。

第二章 法益ノ研究

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

法律ニ依リ保護セラル、利益(法益)ノ如何ヲ攷究スルハ犯罪ノ性質ヲ明亮ナラシムルト同時ニ犯罪ノ構成要件ニ對スル概念ヲ得ル所以ナリ。

人ノ世ニ生レ生活ヲ爲スニ當リテハ種々ノ關係ヲ生ス。他人カ或行爲ヲ爲シ又ハ爲サ、ルコトニ付キ利害關係ノ相反スル場合アリ又ハ利害關係ノ相一致スル場合アリ。其利害關係ノ相一致スル場合ハ何等ノ爭議ヲ生セス。其爭議ヲ生スルハ利害關係ノ相衝突スル場合ノミ。而シテ法律ノ必要ヲ見ルハ獨リ利害關係ノ相衝突スル場合ニ限ル。是レ學者(例ヘハストフオ)或ハ法律ハ獨リ平和法規(Friedensordnung)ナルノミナラス又鬭爭法規(Kampfordnung)ナリト説明スル所以ナリ。法律ハ人ノ有スル利益關係中其利益ノ正當ノモノト否トヲ區別シ正當ノモノハ之ヲ保護シ然ラサルモノハ之ヲ排除ス。而シテ之ヲ保護スルニ當リテモ其保護ノ必要ノ輕重大小ニ依リ其保護ニモ亦厚薄ノ差異ナキ能ハス。即チ其保護ノ必要ノ大ナルモノハ厚ク之ヲ保護シ其小ナルモノハ薄ク之ヲ保護ス。保護ノ厚薄ヲ異ニスルニ從ヒ又其保護ノ方法

ヲ異ニス。斯ノ如ク法律ノ保護スル利益ハ之ヲ法律上ノ利益又ハ單ニ法益(Rechtsgut)ト稱ス。國家カ法益ヲ保護スルニハ公力ヲ以テス。法益保護ノ方法タル公力ハ之ヲ左ノ三ニ區別スルコトヲ得ヘシ。

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

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

之ヲ要スルニ刑法ハ法益ノ存スルカ爲メニ存スルモノナリ。法益ナクン

刑法ノ保
護ト法益

ハ○刑○法○存○セ○ス○ト○謂○フ○モ○可○ナ○リ○。○法○律○ニ○依○リ○保○護○セ○ラ○ル○ハ○利○益○即○チ○犯○罪○ニ○依○
 リ○害○セ○ラ○レ○若○ク○ハ○危○ウ○セ○ラ○ル○ハ○法○益○ヲ○研○究○ス○ル○ハ○同○時○ニ○犯○罪○ノ○性○質○ヲ○研○究○
 ス○ル○所○以○ニ○シ○テ○又○犯○罪○構○成○ノ○要○件○ニ○對○ス○ル○概○念○ヲ○得○ル○所○以○ナ○リ○。○又○法○益○ノ○
 輕○重○大○小○ヲ○詳○知○ス○ル○コ○ト○ハ○妥○當○ナ○ル○量○刑○ヲ○得○ル○所○以○ノ○要○件○ノ○一○タ○ル○コ○ト○前○
 既○ニ○述○ヘ○タ○ル○如○ケ○レ○ハ○法○益○ノ○性○質○如○何○ヲ○解○ス○ル○コ○ト○ナ○ク○シ○テ○適○當○ナ○ル○裁○判○
 ヲ○望○マ○ン○ト○ス○ル○カ○如○キ○ハ○殆○ト○不○能○ニ○屬○ス○ト○言○フ○ヘ○キ○ナ○リ○。

刑法ノ終局ノ目的ハ國家ノ秩序、社會ノ安寧ヲ維持スルニ在リ。故ニ此點
 ヨリスレハ刑法ノ規定ハ總テ公益ニ關スルモノナリト謂フモ敢テ誤謬ナリ
 ト謂フ能ハス。國家ノ秩序、社會ノ安寧ヲ維持セント欲セハ獨リ國家自身ノ
 利益ノミナラス一個人ノ利益ト雖モ之ヲ適當ニ保護スルノ必要アリ。法律
 カ例ヘハ殺人、傷害、監禁、名譽毀損及ヒ竊盜等ノ諸犯罪ヲ規定シタルハ一個人
 ノ生命、身體、自由、名譽及ヒ財産ヲ保護スルヲ以テ其直接ノ目的トスルモノニ
 シテ之ニ依リテ國家ノ秩序、社會ノ安寧ヲ保護スルハ其間接ノ目的(終局)ト

スル所ナリ。故ニ間接ノ目的(終局)ヨリスレハ法律ノ保護スル利益ハ之ヲ
 總括シテ公益ナリト結論スルコトヲ得ヘク之ニ反シテ直接ノ目的ヨリスレ
 ハ法律ノ保護スル利益ハ各種ニ分解セラレサルヲ得ス。學者カ一般ニ使用
 スル所謂法律上ノ利益即チ法益ナル文字ハ法律カ間接ノ目的(終局)トシテ
 保護セントスル利益ヲ總括シテ之ヲ指稱スルニ非スシテ法律カ直接ニ保護
 セントスル個々ノ利益ヲ意味ス。故ニ法律ノ保護スル利益ハ悉ク公益ナリ
 ト謂フカ如キハ用語正確ヲ缺クモノニシテ之ヲ妥當ナリト謂フ能ハス。
 凡ソ法律ハ人ノ爲メニ存ス。法益ヲ有スルモノハ人ヲ措テ他ニ有ルコト
 ナシ。法益ハ之ヲ分テ一個人ノ法益、社會ノ法益及ヒ國家ノ法益ノ三ト爲ス
 コトヲ得ヘシ(註一)。一個人カ法益ノ主體タルコトハ明白ノ事項ニシテ説明
 ヲ要セス。例ヘハ生命、身體、自由、名譽及ヒ財産ノ如キハ悉ク一個人ノ有スル
 法益ナラサルハナシ。人ノ相集リテ生活ヲ爲スヤ之ニ依リテ社會ナルモノ
 ヲ構成ス。茲ニ於テ一個人ノ外ニ社會(不定人ノ多集合)モ亦法益ノ主體ト爲ル。

例へば風俗ニ關スル罪、公共ノ危險ニ對スル罪ノ如キハ一個人ノ利益ヲ害スル罪ニ非スシテ不定多衆ナル一個人ノ集合即チ社會ニ對スル罪ナリ。又人ノ相集リテ更ニ國家ヲ組成スルヤ一個人及ヒ社會ノ利益ノ外別ニ國家ノ利益ナルモノヲ生スルニ至レリ。例へば朝憲ヲ紊亂シ又ハ公務ノ執行ヲ妨害スル罪ノ如キハ一個人ノ利益ヲ害スル罪ニモ非ス又社會ノ利益ヲ害スル罪ニモ非スシテ國家ノ利益ヲ害スル罪ナリトス。社會ト國家トハ一個人ノ相集合シタル點ニ於テ同一ナリト雖モ兩者ハ相同シキモノニ非ス。國家ハ法人ニシテ之ヲ組成スル民衆ト獨立シタル一人ノ人格ヲ有スレトモ社會ハ法人ニ非ス從テ獨立ノ人格ヲ有スルコトナシ。是レ兩者ノ相違スル重要ノ點ナリトス。

(註一) 法益ノ分類ニ付キ學派ニ派ニ岐ル。其一ハ本文ノ如ク法益ヲ分テ(一)一個人ニ屬スル法益、(二)社會ニ屬スル法益及ヒ(三)國家ニ屬スル法益ノ三ト爲ス。フオン・ヒルクマイヤー、フランクノ諸氏之ニ左袒ス(V. Birkmeyer, Grundriss 6. Aufl.; Frank, Kommentar)其ニハ法益ヲ分テ(一)一個人ニ屬スル法益及ヒ(二)一個人ノ集合ニ屬スル法益ノ二ト爲ス。フオン・リスト、アルフェルト、マイヤーノ諸氏之ニ據ル(V. List, Lehrbuch 16-17. Aufl.;

Meyer-Alfeld, Lehrbuch 1907)。元來法益ヲ的確ニ分類スルコトハ頗ル困難トスル所ニシテ法益中或ハ的確ニ一定ノ法益ニ屬スルモノアリ或ハ二者若クハ三者ノ法益ニ跨ルモノアリ。茲ニ於テ法學者及ヒ立法例ニ於テ採用スル分類ハ之ト相同シカラサルモノ少カラス又立法例ニ於テハ何等ノ分類ヲ爲サ、ルモノ少シトセス。立法ハ必スシモ學理ヲ數ニ以テ目的トスルモノニ非サレハ立法スルニ當リ何等ノ分類ヲ爲サ、ルモ敢テ之ヲ不當ナリト言フ能ハサルモ法ヲ講スルニ當リ其專ラ屬シ又ハ其主トシテ屬スル法益ニ從ヒ學理上ノ分類ヲ爲サ、ルカ如キハ法ヲ學ブ者ヲシテ確實ニシテ牢乎ナル了解ヲ得セシムル所以ニ非ス。

第三章 講法ノ順序

法ヲ講スルニ當リテハ先ツ其叙スヘキ事項ニ付キ須ク系統ヲ正ウシ其議スヘキ題目ニ付キ必ス秩序ヲ保タサル可カラス。斯ノ如ク系統及ヒ秩序ヲ整正スルハ初學者ヲシテ全刑法論ノ各事項ニ涉リ確實ニシテ且半乎タル了解ヲ得セシムル所以ニシテ又各種ノ事案ニ關スル種々ノ難問ニ對シテ岐路ニ迷フコトナク正當ナル見解ヲ得セシムル所以ナリ。

當今最も進步シタル講法ノ順序ニ二アリ。其一ハ疎ヨリ密ニ入り簡ヨリ

繁ニ及ホスニ在リ。其二ハ普通ナルモノヨリ特別ナルモノニ及ホスニ在リ。斯ノ如クスルトキハ簡單ナルモノ若クハ普通ナルモノニ於テ説明シタル所ハモノハ之ヲ複雑ナルモノ若クハ特別ナルモノハ解釋ニ應用スルヲ得ルノ便利アリ。又斯ノ如キハ其説明ノ順序ニ於テ頗ル正當ニシテ自然ニ合スルノミナラス初學者ヲシテ著シク了解ニ易カラシムルモノアリ。即チ初メ簡單ナルモノ及ヒ普通ナルモノハ説明ニ於テ了解シタル所ハモノハ直ニ之ヲ複雑ナルモノ及ヒ特別ナルモノニ應用スルヲ得ルノ利益アリ。

以上ノ順序ニ從テ刑法ノ各論ヲ講述セシト欲セハ須ク先ツ全體ノ系統ヲ正ウシ其順序ヲ整ヘサル可カラス。何トナレハ系統若クハ秩序ニシテ整正セザルトキハ疎ヨリ密ニ入り普通ヨリ特別ニ及ホスノ順序ハ到底之ヲ望ム能ハサレハナリ。而シテ之ヲ望ムノ道ハ法律ノ目的タル利益保護ノ精神ニ則リ法益ノ性質如何ヲ精密ニ研究シ之ニ依テ系統ヲ正ウシ秩序ヲ整フルニ在リ。

一個人、社會及ヒ國家ノ法益ノ中最モ簡單ナルハ一個人ノ法益ニシテ社會ノ法益之ニ次キ國家ノ法益ハ最モ複雑且特別ナルモノトス。仍テ第一一個人ノ法益ニ對スル罪、第二社會ノ法益ニ對スル罪ヲ説明シ最後ニ國家ノ法益ニ對スル罪ニ及フヘシ。

以下説明セントスル大綱ヲ示セハ左ノ如シ。

第一 一個人ノ法益ニ對スル罪。

- 一、生命ニ對スル罪、
 - 二、身體ニ對スル罪、
 - 三、自由ニ對スル罪、
 - 四、名譽ニ對スル罪、
 - 五、財産ニ對スル罪、
- 第二 社會ノ法益ニ對スル罪。
- 一、社會ノ公安 對スル罪、

- 二、公共ニ危険ナル罪、
- 三、交通取引ニ於ケル誠實及ヒ信用ニ對スル罪、
- 四、社會ノ風俗ニ對スル罪、
- 第三 國家ノ法益ニ對スル罪。
 - 一、國家ノ存立ニ對スル罪、
 - 二、國交ニ對スル罪、
 - 三、瀆職ノ罪、
 - 四、國權ニ對スル罪、
 - 五、立法及ヒ行政ニ對スル罪、

第一編 生命ニ對スル罪

第一章 生命ニ對スル罪ノ一般觀念 及ヒ分類

一個人ノ有スル法益中最モ大ナルハ人ノ生命ナリ。生命ニ對スル罪ノ觀念中ニハ人ノ生命タル法益ヲ保護スル爲メ定メラレタル一切ノ犯罪ヲ包含ス。故ニ生命ニ對スル罪ノ觀念ハ殺人罪ノソレニ比シ其意義廣シ。刑法ハ勿論其他法令中ニ於テ苟モ人ノ生命タル法益ヲ保護スル爲メ規定セラレタル犯罪ハ悉ク此罪ノ觀念中ニ包含スルモノトス。

人ノ生命トハ獨リ出生シタル人ノ生命ノミヲ指稱スルヲ以テ通常トスレトモ之ヲ法益ノ性質ヨリ解釋スレハ其未タ出生セサル胎兒ノ生命モ亦人ノ生命ト同一ノ性質ヲ有ス。從テ生命ニ對スル罪ハ既ニ出生シタル人ノ生命

生命ニ對
スル罪ノ
内容

人ノ生命
ノ意義

ヲ保護スル爲メ規定シタル犯罪ノミナラス其未タ出生セサル胎兒ノ生命ヲ保護スル爲メ定メラレタル犯罪モ亦此罪ノ觀念ニ屬スルモノト言ハサルヲ得ス。最近ノ立法例ニ於テ此趣旨ヲ明ニシタルモノナキニ非ス(註一)。

(註一) 千九百二年露西亞刑法ハ第二十二章生命ニ對スル重罪輕罪ノ中ニ墮胎罪ヲ規定セリ(四六五條以下)。千九百九年獨逸刑法準備草案ニ於テハ第三編人ニ對スル罪第十六章生命ニ對スル重罪輕罪中ニ墮胎罪ヲ規定セリ(一一七條)。

人ノ生命ナル法益ヲ完全ニ保護セント欲セハ單ニ生命ヲ害スル所爲ヲ罰スルヲ以テ充分ナリト爲サス生命ニ對シ危險ヲ與フルノ所爲モ亦之ヲ禁セサル可カラス。是レ法律ニ於テ(一)殺人罪、自殺ニ關スル罪、墮胎罪ノ如キ故意ニ因リ生命ヲ害スルノ罪、(二)過失致死罪ノ如ク故意ニ因ラスシテ人ノ生命ヲ害スル罪ヲ認ムルニ止マラス、(三)遺棄罪、決闘罪等ヲ認メ以テ人ノ生命ニ危險ヲ與フルノ所爲ヲ罰スル所以ナリ。左レハ人ノ生命ニ對スル罪ノ觀念中ニハ獨リ人ノ生命ヲ害スル罪ノミナラス人ノ生命ヲ危ウスル罪ヲモ包含ス。

我刑法ノ規定スル生命ニ對スル罪ハ之ヲ大別シテ第一生命ヲ害スル罪第

分類

二生命ヲ危ウスル罪ノ二ト爲スヲ得。

第一生命ヲ害スル罪ハ之ヲ分テ(一)故意ニ因ル所爲、(二)故意ニ因ラサル所爲ノ二ト爲シ(一)故意ニ因ル所爲ハ更ニ之ヲ分テ(甲)殺人罪、(乙)自殺ニ關スル罪、(丙)墮胎罪ノ三ト爲スコトヲ得。而シテ(甲)殺人罪ハ又更ニ之ヲ分テ(イ)一般殺人罪(刑九條)、(ロ)殺尊屬親罪(刑二〇條)、(ハ)殺人ノ豫備罪及ヒ未遂罪(刑二〇條)ノ三ト爲スコトヲ得ヘク(乙)自殺ニ關スル罪ハ之ヲ分テ(イ)自殺教唆若クハ幫助若クハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺ス罪(刑二〇條)、(ロ)自殺ニ關スル未遂罪(刑二〇條)ノ二ト爲スコトヲ得ヘク(丙)墮胎罪ハ之ヲ分テ(イ)妊婦自身ノ墮胎罪(刑二一)、(ロ)妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基ク他人ノ行爲ニ係ル墮胎罪(刑二一)、(ハ)妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基ク醫師、產婆、藥劑師、藥種商ノ墮胎罪(刑二一)、(ニ)妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル墮胎罪(刑二一)、(ホ)他人ノ行爲ニ係ル墮胎ニ基ク婦女ノ死傷罪(刑二一、三、二一、六條)ノ五ト爲スコトヲ得。(二)故意ニ因ラサル所爲ハ之ヲ分テ(甲)過失致死罪、(乙)生命以外ノ法益ヲ害スル行爲ニ基ク致死罪(刑一、二、八、四

人ヲ殺ストハ違法ニシテ且有責ナル所爲ヲ以テ人ノ生命即チ人ノ生活機能ヲ喪失セシムルヲ謂フ。左レハ殺人罪ヲ構成スルニハ第一其生命ヲ害セラレタル人(客)アルコト、第二他人ノ生命ヲ害シタル人(主)アルコト、第三生命ヲ害スル所爲アルコト、第四其所爲ハ違法且有責ナルコトヲ要ス。以下殺人罪ノ要件ニ付キ説明シ次ニ殺人罪ノ種々ナル態様ニ及フヘシ。

第一 客體

(一) 生命ヲ有スル人ハ何人タルヲ問ハス殺人罪ノ客體タルヲ得ヘシ。而シテ人ノ生命ハ其出生ニ始マリ其死亡ノ瞬間ニ及フモノナレハ人ハ出生ヨリ死亡ニ至ルマテハ此罪ノ客體ナリト言フヘシ。人ノ死亡ニ付テハ其呼吸止息ヲ以テ之カ標準ト爲スヘキコト殆ト疑ヲ容レズ。唯々學者間ニ爭ノ存スル所ハ人ノ出生時期如何ノ問題ニアリ。換言スレハ胎兒ハ何時ヲ以テ嬰兒即チ人ト成ルヤニアリ。之ニ對スル解決ハ容易ナルカ如クシテ其實頗ル困難ナルモノアリ。獨逸民法ハ其第一條ヲ以テ人ノ權利能力ハ

嬰兒トナシ胎
標別スヘキ區胎

出生ノ完成ヲ以テ始マルト規定セリ。又我民法第一條ハ私權ノ享有ハ出生ニ始マルコトヲ規定セリ。此兩民法ノ規定ニ依レハ胎兒ハ出生ヲ完成スルニ因リ人ト成ルモノト解釋スヘキコト毫末ノ疑ナシ。從テ胎兒ニシテ出生ノ途中ニ在ル間ハ假令其身體ノ半以上母體ヨリ出ツルモ未タ人タル權利ヲ享有スルコト能ハサルコト疑ナキモノ、如シ。然レトモ刑法ニ於テ此解釋ヲ採用シ得ルヤ否ヤハ頗ル疑問ナリトス。此點ニ關シテハ學者間ニモ意見區々ニ岐ル。而シテ醫學者多數ノ一致スル所ノ見解ニ從ヘハ胎兒カ呼吸ヲ爲シタルヤ否ヤ若クハ呼吸ヲ爲シ得ルニ至リタルヤ否ヤヲ以テ胎兒ト嬰兒トノ分界ト爲スモノ、如シ。即チ呼吸シ又ハ呼吸可能ナルニ至リタルトキハ最早胎兒ニ非スシテ嬰兒ナリト解スルカ如シ。蓋シ胎兒ノ獨立呼吸ハ嬰兒カ母體ヲ離レテ外界即チ母體外ニ於テ獨立生活ヲ始ムル起點ナレハ此時ヨリ外界ニ於テ獨立ノ存在ヲ認めメントスル醫學者多數ノ見解ニ贊同スルヲ相當トス。又呼吸ノ如何ヲ以テ生産ナリヤ又

ハ死産ナリヤヲ判斷スルハ我邦一般裁判上ノ慣例ト爲リ居ルカ故ニ此說ノ採用ハ我實務上ノ慣行ト一致スルモノナリ。人ノ生存ノ終點即チ人ノ死亡シタルヤ否ヤニ付テハ其呼吸止息ヲ以テ標準ト爲スモノナレハ其起點ニ付テモ呼吸ノ有無ヲ以テ其標準ト爲スヲ以テ論理一貫スルモノト爲スヘキナリ。胎兒カ母體ヨリ分離シタル時ヲ以テ胎兒ト嬰兒トヲ區別スル出生完成說ヲ採ルトキハ法益保護ノ必要ヲ充ス能ハサルノ憾アリ。何トナレハ此說ニ從ヘハ獨立呼吸ヲ爲シ外界ニ於テ獨立ノ生存ヲ爲シ尙ホ之ニ對シ普通人ニ對スルト同一攻撃方法ヲ以テ其生命ヲ害シ得ヘキニ拘ハラズ之ヲ殺人罪ト爲ス能ハスシテ墮胎罪トシテ輕ク罰セサルヲ得サルニ至ル可ケレハナリ。又分娩作用ノ開始ヲ以テ胎兒ト嬰兒トヲ區別スル限界ト爲ス陳痛開始說ハ分娩作用ヲ開始シタルトキハ胎兒ハ既ニ出生ノ途中ニ在ルモノナレハ最早胎兒ニ非スシテ嬰兒ナレハ分娩作用開始後ハ假令未タ出生セサルモノトスルモ之ヲ人トシテ保護スヘシト言フニ在リ。

此說ハ一理ナキニ非スト雖モ世間往々ニシテ分娩作用開始後數日ヲ經過スルモ尙ホ出生セサルコトアリ。故ニ此說ニ依レハ此場合ニ於テハ胎兒カ未タ出生セサル數日前ニ之ヲ人ナリトスルモノニシテ吾人ノ常識ニ反ス。又胎兒カ母體外ニ其一部ヲ露出シタルトキハ之ヲ嬰兒ト爲ス一部露出說ノ根據トスル所ハ將ニ生レントスル兒カ母體ヨリ既ニ其一部ヲ露出シタル場合ニ於テハ外部ヨリ死亡ヲ來スヘキ侵害ヲ加ヘ得ヘキニ拘ハラズ之ヲ胎兒ト爲スカ如キハ常識ニ反スルノミナラス其一部露出ノ場合ニ之ヲ殺害スルトキハ墮胎罪トシテ輕ク之ヲ罰シ其後一瞬間ヲ經テ全部母體ヨリ離ルヤ之ヲ殺人罪ナリトスルカ如キハ權衡ヲ失スト言フニ在リ。此說ハ一理ナキニ非スト雖モ此說ニ依レハ身體ノ一部例ヘハ足ノ指先若クハ手ノ指先ヲ僅ニ露出シタル場合ト雖モ尙ホ人ト爲サルヲ得サルヘク斯ル場合ニ之ヲ人ト爲スハ却テ常識ニ反スルモノアリ。且尙ホ未タ外界即チ母體外ニ於テ獨立ノ生活ヲ始メサル者ヲ以テ人ト爲スハ必

スシモ吾人ノ常識ニ合スルモノト言フヲ得ス(註二)。

(註二) 同説 フォンビルクマイヤー、フォンリスド氏(F. Brilmanyer, 2. Aufl. S. 1162. v. List, § 80.) 及ヒ岡田朝太郎、小崎傳諸氏。

岡田朝太郎氏曰ク『吾人ノ常識及ヒ生活上最多ノ經驗上ヨリ觀察スレハ却テ獨立呼吸説ニ依ルヘキモノト云ハサル可カラズ(刑法講義二二二頁)ト。小崎傳氏曰ク『吾輩ハ最後ノ説(胎兒カ自己ノ肺ヲ以テ母體ヨリ獨立シテ呼吸作用ヲ爲シ得ル状態ニ達シタルトキヲ以テ人間ト稱ス)ヲ以テ至當ト認ムルモノナリ。蓋シ人間ノ生命カ呼吸作用ノ永久的閉止ニ依リテ終ルト等シク人間ノ出生モ亦自己ノ肺ニ依ル呼吸作用ノ開始ヲ以テ始マルト解スルヲ至當ナリトス。而シテ母體ヨリ生兒カ分離セラル、コトヲ必要トセサルナリ』(日本刑法論各論五六三、五六四頁)ト。

第一異説 出生完成説、Ansicht des ganzen Körpers) 胎兒カ母體ヨリ分離シタル時ヲ以テ胎兒ト嬰兒トヲ區別スル説。英米法。

此説ハ胎兒カ全部母體ヨリ分離スルヲ以テ胎兒ト嬰兒トヲ區別スルノ標準ト爲シ其呼吸ヲ爲シタルト否ト臍帶ヲ切斷シタルト否トハ問フ所ニ非スト爲シ(Vergleichende Darstellung, Bes. Teil Bd. V S. 9.)。

第二異説 陳痛開始説(Beginn der Wehen) 分娩作用ノ開始ヲ以テ胎兒ト嬰兒トヲ區別スル説。フランク、オルスハウゼン氏(Frank, Vorberh. 16. Abschnitt, Oslunsen, § 211.) 及ヒ勝本勘三郎氏。

勝本勘三郎氏曰ク『以上學說孰レヲ採ルヘキカ。胎兒ト入トハ絕對ニ區別シ得ヘキモノニ非ス。母體ニ宿リ進歩ニ依リテ體外ニ出ツ。故ニ實質上ハ程度ニ依ル(中略)。余ハ陳痛説ヲ採ル是レ母體ト入トノ區別點ナリ。凡ソ胎兒ト母體トハ一體ヲ爲シ母體ニ爲シタルコトハ胎兒ニ及フ。然レトモ陳痛後ハ殆ト分離シタルモノト見テ差支ナシ。此

時ハ母體ト子體ト離レテ考フルコトヲ得。獨立攻撃スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ標準トシテ區別スルモノナリ。即チ獨立ニハ陳痛第一歩ナレハナリ』(刑法各論講義二六章殺人罪犯罪ノ客體)。

第三異説 一部露出説(Austritt irgend eines Körperteils aus dem Mutterleibe) 胎兒カ一部母體外ニ露出シタルトキヲ以テ胎兒ト嬰兒トヲ區別スル説。印度刑法 ビンヂンケ、マイヤー、アルフェルト諸氏 (Vergleichende Darstellung, Bd. V S. 9; Binding Lehrb. I 30; Meyer-Altheld, 336. 375) 及ヒ泉二新熊、牧野英一諸氏。

泉二新熊氏曰ク『刑法上ノ觀念トシテハ必スシモ之ニ(全部露出)依ルヲ要セス、苟モ母體ニ關係ナク外部ヨリ傷害スルコトヲ得ル状態ニ達スルトキハ之ヲ入ト認ムルコトヲ得ヘシ(即チ一部露出説)』(日本刑法論七四三頁)ト。牧野英一氏曰ク『刑法ニ於テハ外部ヨリ損傷ヲ與ヘ得ルノ時期即チ一部露出ヲ以テ標準トスルヲ適當ト信ス』(刑法通義二九七頁)ト。

參照スヘキ判例

判例ニ曰ク『胎兒カ産門ヨリ其顛頂部ヲ露ハシ將ニ出產セントスル際兩手ヲ産門ニ挿入シ胎兒ノ鼻口ヲ壓迫シ之ヲ死ニ致シ其頭部ヲ摺ミ引出シタル所爲ハ墮胎罪ナリトス』(三六年大審院判決録二二一九頁)ト。此判例ニ依レハ我大審院ハ呼出呼吸説若クハ出生完成説ヲ採リタルモノニシテ一部露出説及ヒ陳痛説ヲ採ラサルコト明ナリ。

(二) 人ニシテ苟モ生存スル以上ハ假令虛弱ニシテ早晚死亡スルコト明白ナルモ其未タ死亡セサル間ハ法律ハ之ヲ保護ス。故ニ例ヘハ死ニ瀕スル老衰者若クハ重病者ノ未タ死亡セサルニ當リ、手ヲ下シテ其死期ヲ早メタル

早晚死亡
スヘキ人

トキハ是レ犯罪タルヲ免ル、能ハス。又例ヘハ月不足ニテ生レタルカ爲メ一兩日中ニハ死亡スルコト明白ナルヘキ嬰兒ヲ殺害シタル者ハ前例ト同シク殺人罪ヲ以テ問ハルヘシ(註三)。

(註三) 同説 大審院判例、勝本勘三郎、小崎傳諸氏。

判例ニ曰ク『殺人罪ノ客體タル人ハ犯罪ノ當時生活機能ヲ保有シタルモノナルヲ以テ足り其健康状態ヲ善良ニシテ相當ノ天壽ヲ享ク得ヘカリシ者ナルコトヲ要セス(四三年大審院判決録八五七頁)ト。尙ホ勝本勘三郎氏刑法各論講義二六章第一客體小崎傳氏日本刑法論各論五六四頁參照。

到底人ト
認ムル能
ハサル
形見

(三) 人間ヨリ生レタリトハ謂ヒナカラ之ヲ人類ナリト認ムル能ハサルトキハ法律ハ之ニ對シ人類ト同一ナル保護ヲ與フヘキ限ニ在ラス。夫ノ畸形兒例ヘハ半人半獸ノ如キ畸形ノモノハ之ヲ人類ナリト稱スルヲ得ルヤ否ヤハ頗ル困難ナル問題ナリ。而シテ斯ノ如キ問題ハ法律上ノ問題ニ非スシテ寧ロ動物學上ノ問題ナリトス。若シ一定ノ畸形兒ニシテ動物學上人類ナリト謂フ能ハサレハ從テ法律上人類トシテ保護ヲ受クル能ハス。若シ之ニ反シテ動物學上人類ナリト決セラレタル場合ニ於テハ法律上ニ於

テモ亦人類トシテ保護ヲ受クヘキナリ。然レトモ人間ヨリ分娩シタルモノニ在リテハ其人ニ非サルコト明カナラサル限リハ之ヲ人ト看做スヘキモノトス(註四)。

(註四) 異説ナルモノ、如シ。人間、カ、分、娩、シ、生、活、機、能、ヲ、有、ス、ル、以、上、ハ、畸、形、ノ、程、度、如、何、ヲ、問、ハ、ス、刑、法、上、ハ、人、ナ、リ、勝、本、勘、三、郎、岡、田、朝、太、郎、小、崎、傳、諸、氏。

勝本勘三郎氏曰ク『如何ナル者ヲ以テ人ト謂フヘキヤ(中略)今日ハ吾人異性間ノ結合ヨリ生シ出テタルモノハ之ヲ皆人ト認メ形ノ如何ヲ問ハス。畸形兒ノ如キモ人ナリ』(刑法各論講義二六章殺人罪第一客體)ト。岡田朝太郎氏曰ク『現世ノ法理ニ於テハ荷モ人間カ懷妊シ人間カ分娩シ、生活機關ヲ有スルモノ(此條件ニ依テ鬼胎ヲ除外ス)ハ畸形ノ程度如何ヲ問ハス、之ヲ人間ト認メ、羅馬法ノ如ク *Monsstrum* (化物)ト認メス』(刑法講義案各論六一頁)ト。小崎傳氏曰ク『荷モ人間ノ母體ヨリ分娩セラレタル嬰兒ハ、其形體ノ如何ニ拘ラス、等シク之ヲ刑法上人間ト稱スヘク、從テ彼ノ畸形兒ト稱スル普通人間ノ形體ヲ具ヘサルモノト雖モ、等シク殺人罪及ヒ毆打創傷罪ノ目的體タルコトヲ得ルモノトス』(日本刑法論各論五六四頁)ト。

第二 主體

被殺者以外ノ者ハ何人ト雖モ生命ニ對スル罪ヲ犯スコトヲ得ヘシ。法律ハ自殺ヲ罪ト認メサルヲ以テ被殺者カ他人ニ囑託シテ自己ヲ殺サシムルカ

如キハ罪ト爲ラス。然レトモ人ノ自殺ヲ幫助シ又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺スカ如キハ別段ノ犯罪ヲ構成ス(刑二〇)。
生命ニ對スル罪ノ主體ニ牽連スル違法及ヒ有責ニ關シテハ後段參照スヘシ。

第三 所爲

(一) 人ヲ殺スノ所爲トハ人ノ生活機能ヲ喪失セシムル所爲ニシテ換言スレハ人ノ死亡ナル結果ニ對シ其原因ヲ與フル所爲ヲ謂フ。死亡ノ原因ト死亡ノ結果トノ間ニハ原因ト結果トノ關係アルヲ要ス。之ヲ因果ノ聯結(Karsalzusammenhang)ト謂フ。

(二) 人ヲ殺スノ所爲ハ苟モ人ノ死亡タル結果ノ原因ヲ爲ス以上ハ其殺人ノ手段如何ハ敢テ之ヲ問ハス。即チ其手段ハ必スシモ他人ノ身體ニ對シ直接ニ有形的ニ之ヲ施スノ必要ナク間接ニ無形的ニ之ヲ行フモ可ナリ。例ヘハ非常ニ恐怖セシメテ死亡セシムルガ如キ又睡眠ヲ妨ケ死亡セシムル

殺人ノ意

無形手段
及ヒ殺
人及ヒ殺
爲不行爲
人及ヒ殺
爲不行爲

カ如シ(註五)。又其手段カ作爲ニ因ルト不作爲ニ因ルトハ問フ所ニ非ス。例ヘハ母カ嬰兒ニ對シ乳汁ヲ與ヘス、因テ之ヲシテ死亡セシムルガ如キ(不爲)又他人ニ暴行ヲ加ヘ因テ其人ヲ死ニ致スカ如キ(爲)其孰レノ場合タルヲ問スス法律上殺人罪ヲ構成スル點ニ至リテハ異ナル所ナシ。

(註五) 同題旨 勝本勘三郎、小崎傳、泉二新熊、牧野英一諸氏。

勝本勘三郎氏曰ク『意思ニ基キタル動作アリ其結果死亡セリトモ其間因果關係アリテ罪ヲ成立ス。消極行爲タルト積極行爲タルトハ何等妨ナシ。積極、消極ノ行爲ハ有形無形ノ行爲ニ分ツ。有形トハ肉體ニ對スルモノニシテ精神ニ殺スハ無形ノ行爲ナリ。一般關係ヨリ殺人ト見ラレサルモ精神ニ打擊ヲ爲セル爲メニ肉體死スルコト往々例アリ。丑時詔リニテ精神ヲ打擊シ之カ爲メニ死セハ殺人ト謂フナ得ヘシ(刑法各論講義第二六章殺人罪第三行爲)ト。尙ホ小崎傳氏日本刑法論各論五八二頁、泉二新熊氏日本刑法論七四四頁、牧野英一氏刑法通義一八版三三八頁參照。

(三) 既ニ死亡ノ原因ヲ成スニ充分ナル所爲アリタル後其未タ死亡タル結果ノ發生セサルニ當リ他ノ獨立ノ原因ノ中間ニ介入シ來リタルガ爲メ死亡タル結果ハ先ノ所爲ニ因ラスシテ後ノ原因ニ基キ發生シタルコト明白ナル場合ニ於テハ先ノ所爲ト死亡タル結果トノ間ニ發生スヘカリシ因果關

獨立原因
ノ介入

係ハ後ノ原因ニ因リ中斷セラレタルモノト謂フヘシ。例ヘハ甲アリ乙ヲ殺サント欲シ、既ニ乙ノ死ヲ來スニ充分ナル重傷ヲ負ハシメタルニ、其未タ乙ノ死タル結果ヲ發生セサルニ先チ、丙アリ乙ニ爆裂彈ヲ投シ、之ヲシテ即死セシメタル場合ニ於テハ、甲ノ所爲ト乙ノ死亡タル結果トノ間ニ發生スヘカリシ因果ノ關係ハ、丙ノ爲シタル原因ニ因リ中斷セラレタルモノナリ。從テ甲ハ殺人未遂罪ヲ構成シ、丙ハ殺人既遂罪ヲ構成ス(註六)。

(註六) 此點ハ學者間ニ議論ノ岐ル、所ナレトモ、之ヲ論スルハ刑法總論ノ領域ニ屬スルヲ以テ茲ニ之ヲ詳述セス。

第四 違法及ヒ有責

違法及ヒ有責ニ關スル說明ハ元來刑法總論ニ於テ之ヲ爲スヘキモノニ屬スレハ其詳細ニ至リテハ茲ニ之ヲ説カスト雖モ殺人罪ニ付キ刑法總論ノ應用トシテ特ニ說明ヲ要スルハ第一殺人罪ニ要スル違法タル條件、第二殺人罪ニ要スル有責タル條件及ヒ第三有責條件ノ中特ニ殺人ノ故意及ヒ其態様ニ付キ之カ說明ヲ試ムヘシ。

違法阻却原因

第一 左記各項ノ一ニ基ク殺人行爲アリタルトキハ行爲者ニ違法アリト謂フ能ハス。

(一) 法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲(刑三)。

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

(乙) 正當ノ業務ニ因リテ爲シタル行爲。例ヘハ醫師カ醫術ノ命スル所ニ從ヒ患者ニ對シ相當ナル治療行爲ヲ爲シタルニ其結果トシテ患者ノ死亡ヲ來シタル場合ノ如シ。

(二) 正當防衛ニ出テタル行爲(刑三)。

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

(三) 緊急狀態ニ基ク行爲(刑三)。

即チ自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避

クル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲是ナリ(註七)。尙ホ正當防衛及ヒ緊急状態ニ關スル概念ニ付テハ七四頁以下參照。

(註七) 緊急状態ニ因ル行爲ヲ罰セサル所以ヲ論スルノ學者少シトセス。然レトモ諸説紛々トシテ歸一スル所ナシ。

余チシテ言ハシムレハ緊急状態ニ基ク行爲ハ、純然タル犯罪行爲ニシテ其犯罪構成ノ要件一モ缺クル所ナシ。但其危難急迫ニシテ行爲者チシテ無意識ナル行動ニ出テシメタル場合ニ於テハ罪ヲ犯スノ意ナキ行爲(刑、三八條)ナリト謂フヘク、從テ犯罪ヲ構成セス。然レトモ此種類ニ屬セサル緊急状態ニ基ク行爲ニ付テハ其罪ヲ減輕スルハ可ナレトモ其刑ヲ免除スヘキ理由甚タ乏シ。試ニ問ハシテ自己ノ危難ヲ避クル爲メトハ言ヒナカラ何故ニ他人ノ正當ナル法益ニ對シ侵害ヲ加フルヲ許スヘキヤ。余ハ法律ハ身ヲ殺シテ仁ヲ爲スト謂フカ如キ高德ナル、又渴シテモ盜泉ノ水ヲ飲マスト謂フカ如キ清廉ナル所爲ハ、之ナラズ一般民衆ニ強制スヘキモノニ非ストノ議論ニ賛成スル者ナリ。然レトモ特ニ法律ヲ以テ自己若クハ他人ノ利益ヲ全リスル爲メ、何等ノ關係ナキ第三者ノ法益(生命、身體等)ヲ害スヘキコトヲ明許スルハ不當ノ甚キモノナリトハ、余ノ豫テ主張シタル所ナリ。其罪ヲ減輕スルモ尙ホ其情狀ニ於テ憐ムヘキモノアラハ宜ク酌量減輕ヲ爲スヘシ。酌量減輕ヲ爲スモ其刑重キニ失スト認メタルトキハ大體作用ニ依リ尙ホ減輕スヘク、或ハ其刑ヲ全免スヘキナリ。斯ノ如クニシテ刑法ノ上ニ於テ人道ヲ匡シ風教ヲ輔クル我邦古來ノ刑法主義(此點ニ付テハ拙著刑事政策大綱參照)ヲ貫徹シ得ヘキナリ。況ンヤ此事タル獨リ我邦古來ノ刑法主義タルノミナラス泰西諸國ニ於テモ其實例ヲ見ル所ナルニ於テカヤ。

以上ノ理由ニ依リ余ハ舊刑法第七十五條第二項ヲ以テ、我邦古來ノ刑法主義ノ繼續ヲ破リタルモノト爲シタリキ。

責任阻却原因

第二

(一) 故意若クハ過失アルコトヲ要ス(刑三、八條)。

生命ニ對スル罪ハ獨リ故意ニ基ク所爲ノミニ限ラス過失ニ因ル所爲ヲモ罰スル特別規定アリ(刑二、一〇條)。

(二) 行爲者ニ責任能力アルコトヲ要ス。

(甲) 行爲者ニシテ心神喪失者ナルトキハ其爲シタル所爲ハ之ヲ罰セス(刑三、九條)。

(乙) 行爲者カ瘡啞者ニシテ且心神喪失者ト殆ト同一視スヘキ者ナルトキハ其爲シタル所爲ハ之ヲ罰セス(刑四、〇條)。

(丙) 行爲者ニシテ十四歳ニ滿タサルトキハ其爲シタル所爲ハ之ヲ罰セ

ス(刑、四)。

第三 殺人ノ故意及ヒ其態様。

結果ノ豫知ト結果ノ希望

必定ノ故意及ヒ不

(一) 故意ニ因ル殺人行爲ハ、人ノ生活機能ヲ喪失スヘキ結果ヲ豫知スルヲ要スレトモ、必スシモ之ヲ希望スルヲ要セス。例ヘハ憤怒ノ餘リ刀ヲ揮テ人ヲ斬付ケタル場合ニ於テ行爲者ハ其斬付ケラレタル人ノ死亡ヲ豫望セサリシモノトスルモ刀ヲ以テ斬付ケタル一事ニ因リ其死亡ヲ豫期シタルモノト認ムヘキモノナレハ殺人罪ヲ構成スルヲ妨ケサルカ如シ。

(二) 故意ニ必定ノモノト不定ノモノトアリ。行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ豫期シタル場合ハ必定ノ故意アリタルモノナリ。之ニ反シテ行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ豫期セサルモ多分其結果ヲ生スルコトアルヘシト豫想シ得タル場合ニ於テハ不定ノ故意アリタルモノト謂フヘシ。例ヘハ銃ヲ執リ甲ニ向テ發砲シタル場合ニ於テハ甲ヲ殺ス必定ノ故意アリタルモノト謂フヲ得ヘク又甲ニ向テ發砲スル際其彈丸ハ或ハ甲ニ中ラヌ

被殺者ノ錯誤ヲ阻却ス

シテ甲ノ傍ニ立テル乙ニ中ルヘキコトヲ豫想シ得タル場合ニ於テハ乙ヲ殺ス不定ノ故意アリタルモノト謂フヘシ。必定ノ故意及ヒ不定ノ故意ハ故意ノ分類ニ外ナラスシテ其故意タル一事ニ至テハ相異ナル所ナシ。

(三) 殺人罪ヲ構成スルニハ單ニ人ヲ殺スノ故意アルヲ以テ充分ナリトス。特定ノ人ヲ殺ス故意アリテ人ヲ殺シタル場合ニ於テ其實際殺シタルハ全然無關係ナル他人ナリシ場合ト雖モ行爲者ニ殺人ノ故意ナシト謂フ能ハス。但行爲者ハ其現ニ知リタル殺人罪ニ付キ其責ニ任スヘキモノニシテ其知ラサリシ事情ノ殺人罪ニ付キ處斷セララルヘキモノニ非ス。

例ヘハ甲ナル他人ニ對シ怨ヲ報ヒント欲シ刀ヲ以テ之ニ斬付ケタルニ被殺者ハ甲ニ非スシテ自己ノ父ナリシカ如キ場合ニ於テハ行爲者ハ其實父ヲ殺シタルニ拘ハラヌ甲ナル他人ヲ殺シタルト同一ノ刑ヲ以テ處斷セララルヘクシテ其犯狀重クシテ犯ストキ知ラサリシ殺親罪ヲ以テ處斷セララルヘキモノニ非ス(刑三、八)。

之ト同一ノ理由ニ依リ例ヘハ強盜ノ

襲撃アリタル際強盜犯人ニ對シ自己ノ權利ヲ防禦セント欲シ強盜犯人ト思料シ之ニ斬付ケタルニ被殺者ハ強盜犯人ニ非スシテ聲援ノ爲メニ來リタル隣人ナリシカ如キ場合ニ於テハ行爲者ハ其實隣人ヲ殺シタルニ拘ハラス強盜犯人ヲ殺シタルト同様ニ刑法第三十六條第一項ニ依リ無罪ノ言渡ヲ受クヘキモ普通ノ殺人罪(刑一九條)ヲ以テ處斷セラルヘキモノニ非ス。最モ行爲者ニ過失アリト認ムヘキ情狀アリタルトキハ過失致死罪ニ依リ處斷セラルヘキコトハ勿論ナリ。

自己ノ殺サント希望スル人ヲ殺サント欲シ誤リテ他人ヲ殺スヲ誤殺ト謂フ。誤殺ハ前項説明ノ如ク故意ニ因ル殺人罪ナリ。故ニ故意ヲ缺如スル過失殺ト相同シカラサルハ自明ノ理ナリ(註八)。

(註八) 同説 勝本勲三郎氏。

氏曰ク「人違ノ殺人ナルモノアリ。殺人即チ以テ論スヘキモノナルヤ否ヤ(申略)。法律ハ廣ク人ヲ殺シタル者ト規定シ何ノ誰ナルヤヲ規定セス。故ニ之ヲ殺セルニ付キ罪タルニ毫モ缺クル所ナシ(刑法各論講義二六章殺人罪第三

所爲ト。

誤殺ニ似テ非ナルハ殺人實行ノ際其行爲ニ依リ行爲者カ全然概念セザリシ人ノ死亡ヲ來シタル場合ナリトス。此場合ニ於テハ行爲者ノ必定ノ故意ナキト同時ニ不定ノ故意ナキモノナレハ無罪ト爲ル。例ヘハ行爲者カ東方ニアル甲ヲ殺サント欲シ之ニ向テ發砲シタルニ彈丸カ途中ニアル樹木ニ觸レテ曲折シ南方ニアリタル通行人乙ニ的中シ其死ヲ來シタル場合ニアリテハ行爲者ハ甲ニ對スル殺人罪ノ未遂罪アリト謂フコトヲ得ヘキモ乙ヲ殺シタル罪アリト謂フヲ得ス。何トナレハ此場合ニ於テハ行爲者ハ乙ヲ殺害シタルノ行爲ニ付テハ何等ノ故意(必定若不定)存スルコトナケレハ乙ノ死亡ニ付テハ罪責アリト言フヲ得ス。然ルニ學者或ハ苟モ人ヲ殺スノ故意アリタルトキハ其行爲ノ結果トシテ行爲者ノ全ク概念セザリシ人ノ死亡ヲ來ストキハ殺人罪ナリト説明スルカ如キハ殺人ノ故意ニ基ク行爲ナルコトヲ闕却シタルモノト謂フヘキ

ナリ(註九)。

(註九) 岡田朝太郎、牧野英一諸氏。

岡田朝太郎氏曰ク『舊刑法第二百九十八條(謀殺、故殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル者ハ仍ホ謀殺ノ罪ヲ以テ論ス)ノ誤殺ノ解釋ニ二種アリ。(一)ハ謀殺又ハ故殺ノ實行中ニ俱發シタル過失殺ノ規定ト爲シ(二)他ハ人違ノ場合ヲ注意ノ爲メニ規定シタルモノト爲ス。余ハ後説ヲ採ル』(刑法講義二二七頁)ト。尙ホ牧野英一氏刑法通義一〇三頁參照。

異説 人ヲ殺スハ故意ト殺人ハ實行ヲ爲アル以上ハ犯人カ豫想セザリシ人ハ死ヲ來スモ尙ホ殺人罪ナリ。泉二新熊氏。

氏曰ク『事實ノ錯誤ニ付テハ從來客體ニ關スル錯誤及ヒ打撃ノ距離ヲ區別スルヲ例トス。客體ニ關スル錯誤トハ結果カ犯人ノ意思活動ノ對象ト爲リタル客體ノ上ニ發生シタルモノモ犯人カ其客體ノ何人ナルカニ付キ判斷ヲ誤リタル場合ヲ謂フモノニシテ打撃ノ距離ハ結果カ意思活動ノ對象ト爲ラス且犯人ノ觀念セザリシ客體ノ上ニ發生シタル場合ヲ謂フ。此二個ノ場合ト故意トノ關係ニ付テハ學說一致セスト雖モ二個ノ場合ハ俱ニ故意ヲ阻却セスト爲スヲ至當トス。舊刑法第二百九十八條及ヒ第三百四條ニ於ケル誤殺及ヒ誤殺ハ所謂客體ニ關スル錯誤及ヒ打撃ノ距離ノ場合ヲ規定シタルモノト解スヘク新刑法ニハ此種ノ明文ナシト雖モ學理上同一ノ論結ヲ生スヘキナリ』(日本刑法論二五四、二五五頁)ト。

謀殺及ヒ故殺

(四)

單ニ故意ニ因ル殺人ハ之ヲ故殺ト謂ヒ思慮ヲ以テ實行スル殺人ハ之

ヲ謀殺ト謂フ。思慮ヲ以テ實行スト謂フモ必スシモ長時間ヲ要スルニ非ス。瞬間ニモ或ハ深思熟慮ヲ爲スノ餘地存スルコト無シトセズ。又時間長キモ深思熟慮ヲ爲スノ餘地ナキコトアリ。思慮ハ人ノ賢愚如何ニ依リテ一樣ナラス。之ヲ要スルニ行爲者カ殺人實行ノ手段、方法及ヒ結果等ヲ想像シタル後之ニ相當スル殺人行爲ヲ實行シタルトキハ之ヲ謀殺ナリト謂フヘキナリ。之ニ反シテ行爲者カ殺人ノ手段、方法及ヒ結果等ヲ想像スルノ餘裕ナク忽ニシテ意ヲ決シ殺人行爲ヲ實行スルカ如キハ故殺ナリトス。此兩者ノ區別ハ我舊刑法(九二、九三)ニ於テ認めタル所ニシテ最近ノ立法例ハ此區別ヲ認め謀殺ハ之ヲ重ク故殺ハ之ヲ輕ク罰スヘキ旨ヲ規定スルヲ例トス(註一〇)。

(註一〇) (一) 最近ノ立法例 千九百二年舊刑法第二百三十三條並ニ千九百九年獨逸刑法準備草案第二百十二條及ヒ第二百十三條ハ思慮力ヲ費シタル豫謀ノ有無ヲ以テ謀殺故殺ノ區別ヲ爲シ謀殺ハ重ク故殺ハ輕ク罰スヘキ旨ヲ定メ千九百九年獨逸刑法準備草案第二百八十六條並ニ第二百八十七條及ヒ第二百八十八條ハ感激ニ基ク精神興奮中ノ殺人ナルトキハ故殺ナリトス然ラサルトキハ謀殺ナリト爲シ謀殺ハ之ヲ重ク故殺ハ之ヲ輕ク罰スヘキ旨ヲ定ム。

(二) 参照スヘキ學說 謀殺故殺ノ學理上ノ區別ヲ爲ス能ハスト論スルモノアリ。フォン・リスト一派ノ所說ハ之ニ屬ス。其議論ノ詳細ハ V. Liszt, Verfl. Darf. VS. 37 ff. ニ就テ之ヲ見ルベシ。而シテ岡田朝太郎氏ノ左ノ説明ハ一部之ニ類ス。

氏曰ク「謀殺ハ豫謀ニ出テ故殺ハ單純ナル故意ニ出ツ。故ニ其性質ヲ異ニスト謂フ者アレントモ此論旨ハ近世ノ實驗心理ノ證明シタル事實ヲ顧ミサルモノナリ。如何ニ即時ニ意ヲ決シタル場合ト雖モ或時間ヲ費サ、ルコトナシ。果シテ然ラハ即決ト謂モ豫謀ト謂フモ其實程度ノ差異アルニ過キス。性質上區別ナクシテ單ニ程度ノ上ニ差別アルニ過キサルニ拘ハラズ、法律カ豫メ其刑ヲ異ニシタル結果トシテ、謀殺、故殺ノ區別ニ關スル判決例ハ内外國共ニ杜撰極マリ云々」(刑法講義二一八乃至二二二頁)。

之ニ反シテ謀殺故殺ノ區別ハ明瞭ニシテ疑フヘキモノナキノミナラス實際ニ於ケル經驗上兩者ヲ區別スル能ハスト謂フ能ハスト論スルモノニシテ獨逸刑法準備草案起草者ハ此ノ說ヲ採ルモノニシテ反對論者ニ對スル駁論ノ如キハ其理由書ニ詳記スルカ如シ。(Begründung, Besonderer Teil, S. 686)。

現行刑法ハ法文ノ上ニ於テ此區別ヲ認メサルヲ以テ法律ノ解釋上ニ於テハ此兩者ヲ區別スルノ必要ナキカ如シト雖モ犯罪ノ情狀ヲ精査シ以テ事實ノ真相ト法律ノ精神トニ合スル刑期ノ量定ヲ爲サント欲セハ此兩者ヲ區別スルノ必要ナルハ之ヲ舊刑法ノ場合ニ於ケルト擇ム所ナシ。然ルニ謀殺ト故殺トノ間ニ罪ノ輕重ナシト論スル者アリ。勿論極

端ナル場合ヲ想像スレハ謀殺必スシモ重シト爲サス故殺必スシモ輕シト爲サル場合アリ。此理由ニ依リ謀殺ノ刑ハ必スシモ故殺ノ刑レヨリ重カラスト謂ヒ難ク又故殺ノ刑ハ必スシモ謀殺ノ刑ヨリ輕カラスト謂フ能ハス、一般ノ殺人事件ニ付キ之ヲ言ヘハ深思熟慮ノ上殺人ノ手段、方法及ヒ結果等ヲ想像シタル上之ニ相當スル殺人行爲ヲ實行スルカ如キハ之ヲ斯ノ如キ違ナクシテ卒然意ヲ決シテ殺人行爲ニ出テタル場合ニ比スレハ其罪狀ノ輕重同一ノ論ニ非スシテ謀殺常ニ重ク故殺常ニ輕シト言ハサルヲ得ス。然ルニ若シ特別情狀カ之ニ加ハラハ重キ謀殺モ之ヲ輕ク罰スルヲ相當トスヘク輕キ故殺モ重ク罰スルヲ相當トスルコトアルハ當然ナリ、謀殺ニシテ例ヘハ親ノ仇ヲ報スルカ爲メニストノ情狀加ハラハ之ヲ輕ク罰スルヲ相當トスルコトアルヘク、故殺ニシテ例ヘハ親ヲ殺ストノ情狀加ハラハ之ヲ重ク罰スルヲ相當トスヘキコトアルカ如シ。然レトモ同一ノ情狀アル場合ニ於テハ謀殺ハ常ニ重ク故殺ハ常

ニ輕シト斷言スヘキヲ得ヘキナリ、最近文明各國ノ立法例ノ多クハ此區別ヲ認メタルニ依ルモ此區別ノ重要ナル所以ヲ知ルヘキナリ(註一一)。

(註一一) 謀殺必スシモ故殺ヨリ重カラサルヲ以テ兩者ヲ區別スルノ要ナシ。岡田朝太郎氏。

氏曰ク「謀殺ハ其情重ク故殺ハ其情輕シ。從テ處分ヲ異ニセサル可カラスト謂フ者アレトモ。事ノ實際ニ照シテ考フレハ、故殺ヨリモ情ノ輕キ謀殺ヲ想像スルコトハ之ヲ難シトセス。同一ノ關係ニ於テ謀殺ヨリモ其情重キ故殺ヲ想像スルコトモ亦難シトセス。例ヘハ君父ノ仇ヲ報ユルカ如キ場合ノ謀殺ハ何程時世ヲ異ニシタリトスルモ必スシモ萬人ノ惡ムトコロニ非ス。又犯人ヲ主觀的ニ論スルモ躊躇逡巡ノ結果ニ出ツルコトアリテ、必スシモ謀殺ハ常に社會ニ最モ危險ナリト謂フコトヲ得ス。之ニ反シテ假令故殺ナリト雖モ、十數年或ハ數十年親密ニ交リタル友人或ハ恩顧ヲ受ケタル主人ヲ輕微ナル理由ノ下ニ故殺スル如キハ、主觀的ニモ其情必スシモ輕シトスルヲ得ス。故ニ結局故殺必スシモ謀殺ヨリ輕カラス、謀殺必スシモ故殺ヨリ重カラスト謂ハサル可カラス(刑法講義二一八乃至二二一頁)ト。

第五 殺人罪ノ種々ナル情狀

殺人ハ總テノ犯罪中最モ重キモノニシテ其情狀ノ如キモ千差萬別ナリ。或ハ犯罪ノ手段ニ依リ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ。毒殺、慘殺ノ如キハ其例ナリ。或ハ犯罪ノ動機ニ依リ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ。感激殺人、正當防

毒殺

衛又ハ緊急狀態ノ程度ヲ超エタル殺人ノ如キハ其例ナリ。又或ハ行為者ト被殺者トノ關係ニ依テ之ヲ區別スルコトヲ得。嬰兒殺及ヒ殺親罪ノ如キハ其例ナリ。今其梗概ヲ左ニ分説セン。

第一 毒殺 毒殺トハ毒物ヲ施用シテ人ヲ死ニ致ス行為ニシテ多クハ謀殺

ニ屬ス。而シテ殺人行爲中最モ陰險ナルモノナリ。行為者カ被殺者ヨリ受クル信用ヲ濫用シ以テ殺人行爲ヲ敢テスルヲ常トス。故ニ毒殺ハ其情狀重キヲ常トス(註一二)。故ニ明文ヲ掲ケテ毒殺ヲ特ニ重ク罰スヘキ旨ヲ規定スル立法例ナキニ非ス。例ヘハ千九百三年ノ露西亞刑法ノ如シ(四五〇號)。

(註一二) 參照スヘキ說明 勝本勘三郎、岡田朝太郎講義。

勝本勘三郎氏曰ク「毒殺ニ重罰ヲ加フルハ古來ヨリノ慣習ニシテ其理由ハ(一)其行為ノ陰險ナルカ故ニ心情ノ惡ムヘキコト、(二)犯スニ易ク防クニ難ク適之ヲ發見スルモ多クハ既ニ醫治スヘカラサルニ至ルコト是ナリ。然レトモ此點ニ付テモ亦近世一般ノ學者ハ刑ノ輕重ハ一切ノ事情ヲ考察シテ個々ニ之ヲ決スヘク手段カ毒物ノ施用ニ在ルカ故ニ必ス常ニ嚴罰ヲ加ヘサル可ラストスルハ非ナリトセリ(刑法各論講義四八七頁)ト。又岡田朝太郎氏曰ク「今日ヨリ

視レハニ方ニ於テ毒物ノ何タルヲ定ムルニ付キ理論上極メテ困難ナルノミナラス、其情狀ニ於テモ常ニ重シト認メラレタル謀殺ト同一ニ取扱フヘキ理由ナク此規定(舊刑法)ハ削除スルヲ妨ケサルモノトス(刑法講義二二三頁)ト。

毒物トハ僅少ナル分量ヲ以テ化學的ニ人ノ生命ヲ害シ得ヘキ藥品其他ノ物件ヲ人ノ身ニ吸收セラルヘキ方法ヲ講スルノ行爲ナリトス。故ニ人ヲシテ服用セシムル如キ之ヲ注射スルカ如キ或ハ灌腸スルカ如キ孰レモ毒物施用ノ行爲タルヲ失ハス。然レトモ全然外部ヨリスル毒物使用例ヘハ多量ノ硝酸ヲ浴セカケ人ヲ爛死セシムルカ如キハ毒殺ノ觀念中ニ包含セサルカ如シ(註一四)。

(註一三) 同趣旨ノ說明 大審院判例、勝本勘三郎、岡田朝太郎、泉二新熊諸氏。

判例ニ曰ク「刑法第二百九十三條(舊法)ニ所謂毒物トハ適當ノ分量ヲ使用セハ人ヲ死ニ致スヘキ性質ヲ有スルモノ、總稱ニシテ日本藥局法ニ謂フ毒藥類ノミヲ指稱シタルモノニ非ス」(三七年大審院判決錄二二三頁)ト。勝本勘三郎氏曰ク「毒物トハ人ノ身體ニ吸收セラレ科學的作用ヲ起シテ死ニ致スカ如キ物ヲ謂フ」(刑法各論講義第一五章第二說)ト。尙ホ岡田朝太郎氏刑法講義二二三頁、泉二新熊氏日本刑法論六五八頁參照。

(註一四) 同趣旨ノ說明 勝本勘三郎、岡田朝太郎、小崎傳諸氏。

慘殺

勝本勘三郎氏曰ク「所謂施用トハ毒物當然ノ使用法即チ毒物トシテ效果ヲ奏セシムヘキ方法ニ置クノ義ニシテ服用ト注射ト灌腸トナ間ハス」(刑法新義下卷二二頁)ト。岡田朝太郎氏曰ク「毒物施用トハ生活機關中ニ(主ニ血液ノ中ニ)介入セシムルヲ謂フ、其暴力ヲ用ヒ許術ヲ用ユルト消化機能ニ依リ呼吸機能ニ依リタルトナ區別セス」(刑法講義二二三頁)ト。尙ホ小崎傳氏日本刑法論各論五七八頁參照。

第二 慘殺 慘殺トハ支解、折割、其他慘酷ナル行爲ニ依リ人ヲ殺スヲ謂フ。

此種ノ罪ハ普通謀殺ニ出ツルヲ常トス。何トナレハ慘虐ナル行爲ハ殺害ノ手段ニ付キ熟慮アリタルモノト自ラ解シ得ヘケレハナリ。然レトモ又卒然意ヲ決シテ慘虐ナル殺人行爲ヲ爲スコトナシト謂フ能ハス。死後遺骸ニ慘行ヲ加フルカ如キハ此種ノ殺人ニ屬セス(註一五)。

(註一五) 慘酷ナル行爲ヲ以テ人ヲ殺シタル者ハ普通ノ殺人ニ比シ其情重キハ何人モ異論ナキ所ナルヘシ。舊刑法第二百九十五條ニハ慘劇ノ行爲ニ依リ故殺者ハ之ヲ死刑ニ處ストノ規定アリ。又千九百二年ノ露西亞刑法第四百五十五條第九號、千九百九年奧太利刑法準備草案第二百八十六條第二號ニ於テハ孰レモ慘酷ナル方法ヲ以テ人ヲ殺シタル所爲ヲ特ニ重ク罰セリ。尙ホ此點ニ關シ岡田朝太郎氏ハ左ノ如ク説明セリ。近來盛況ニ赴ケル刑事人類學ノ研究ニ依リハ同胞ヲ殺スニ當リ慘酷ナル方法モ敢テ辭セスト謂フ一種ノ犯人ハ其性質上極メテ危險ナリト論セリ。此點ヨリ考フレハ方法ノ慘酷ト謂フコトハ必スシモ感情的ニ刑ヲ重クセサル可カラスト謂フニ非ス。近年ノ學理モ亦之

ヲ認ムルモノト謂フコトヲ妨グス(刑法講義二二四頁)ト。

罪ヲ犯サ
ンカ爲メ
又ハ刑ヲ
免レンカ
爲メニカ
ル殺人

第三 罪ヲ犯サンカ爲メ又ハ刑ヲ免レンカ爲メニスル殺人 例へハ少女ヲ
姦センカ爲メ其附添ヒ居ル老母ヲ殺スカ如キ、盗人カ夜番ニ發見セラレ、
ヲ慮リ先ツ夜番ヲ殺シタル後他人ノ家宅ニ忍入り財物ヲ竊取スルカ如キ
ハ罪ヲ犯サンカ爲メニスル殺人ナリ。又例へハ逮捕ニ向ヒタル巡查ヲ殺
害スルカ如キ又例へハ犯罪ノ實行ヲ現認シタル人ヲ殺害シ以テ犯罪ノ發
覺ヲ防クカ如キハ刑ヲ免レンカ爲メニスル殺人ナリ。此種ノ殺人ハ其情
重キモノニシテ最近ノ立法例ハ明文ヲ掲ケテ特ニ重ク罰スヘキ旨ヲ規定
スルヲ原則ト爲ス(註一六)。

(註一六) 例へハ千九百二年ノ諸威刑法第二百三十三條第二項、千九百三年露西亞刑法第四百五十五條第十三號、千
九百九年ノ獨逸刑法準備草案第二百四十四條、同年奧太利刑法準備草案第二百八十六條第二號ハ孰レモ此種ノ殺人ヲ
特ニ重ク罰スヘキ旨明文ヲ以テ規定セリ。

營利ノ目
的ヲ以テ
スル殺人

第四 營利ノ目的ヲ以テスル殺人 例へハ相續人ノ順位ヲ變更スルノ目的
ヲ以テ人ヲ殺害スルカ如キ、保險金ヲ得ンカ爲メ被保險者ヲ殺害スルカ如

キハ孰レモ營利ノ目的ヲ以テスル殺人ナリ。最近ノ立法例ニ於テハ此種
ノ殺人ニ付キ特ニ之ヲ重ク罰スヘキ旨ノ規定ヲ設クル例アリ(註一七)。

(註一七) 千九百三年ノ露西亞刑法第四百五十五條第十二號、千九百九年ノ奧太利刑法準備草案第二百八十六條第二
號ノ如キハ其例ナリ。

感激殺人

第五 感激殺人 憤怒スヘキ情狀アリタルカ爲メ行爲者カ之ニ感激セラレ卒
然意ヲ決シテ人ヲ殺スノ所爲ハ之ヲ感激殺人ト謂フ。例へハ自己若クハ
親族カ甚タシキ暴行ヲ受ケタルニ因リ憤怒ニ堪ヘス直ニ暴行者ヲ殺傷ス
ル場合ノ如キ又ハ本夫カ其妻ノ姦通ヲ覺知シ憤怒措ク能ハス姦所ニ於テ
直ニ姦夫姦婦ヲ殺害シタル場合ノ如キハ孰レモ感激殺人ナリ。感激殺人
ハ常ニ故殺ニシテ感激殺人ニ非サルモノハ故殺ニ非スシテ謀殺ナリト謂
フモ大過ナシ。奧太利刑法準備草案ノ如キハ殺人行爲カ感激ニ基キタル
場合ニ限り故殺ナリト規定セリ(同草案二二)。

感激殺人ハ其犯情諒察スヘキモノアルヲ以テ舊刑法(三〇九、三三條)ハ勿論

最近ノ立法例ハ明文ヲ掲ケテ特ニ斯ル罪ヲ輕ク處斷スヘキ旨ヲ規定スルノ例ナキニアラス(註一八)。

(註一八) 千九百三年ノ露西亞刑法第四百五十八條、千九百九年埃太利刑法準備草案第二百八十八條ハ孰レモ感激殺人ヲ輕ク罰スヘキ旨ヲ規定シ尙ホ同シク感激殺人中ニ於テモ被殺者ノ不法ナル所爲カ原因ト爲リタルヲ否ヤニ付キ刑ノ輕重ヲ設ケタリ。

嬰兒殺

第六 嬰兒殺 殺人犯中犯情ノ最モ憫諒スヘキモノアルハ嬰兒殺ナリトス。

最近ノ立法例ニ依レハ嬰兒殺ニ關シ特別ノ法條ヲ設ケ一定ノ條件ノ下ニ之ニ對スル刑罰ヲ輕クスルヲ例トス。又最近ノ立法例ニ依レハ嬰兒ヲ出生中又ハ出生後間モナク之ヲ殺害シタル者ハ云々ト規定シ出生後ニ嬰兒ヲ殺ストト出產中ノ殺ストニ依リ何等ノ區別ヲ設ケサルカ故ニ嬰兒ト胎兒トノ區別ハ斯ル法律ノ下ニアリテハ其規定スル嬰兒殺ニ關シテハ之ヲ爲スノ必要ナキニ至レリ。又千九百二年ノ諾威刑法千九百三年ノ露西亞刑法及ヒ千九百九年ノ獨逸刑法準備草案ノ如キハ母カ私生兒ヲ出生中又ハ出生後殺シタル場合ニ限リ其刑ヲ輕クスルニ反シ千九百九年ノ埃太利刑

法準備草案ニ依レハ私生兒ト否トヲ區別セズ總テ母カ嬰兒ヲ殺スノ罪ヲ以テ輕ク處罰セリ。母ニシテ其嬰兒ヲ殺ス場合ハ事情窮迫止ムヲ得ザルモノアリテ之ヲ爲スニ至リタルモノナレハ其私生兒ナルト否トニ依リ區別スルカ如キハ何等ノ理由ナシ(註一九)。

(註一九) 千九百二年諾威刑法第二百三十四條ハ母カ私生兒ヲ出生中又ハ出生後五日內ニ殺シタルトキハ一年以上六年ノ刑ニ、累犯又ハ特ニ加重スヘキ情狀アルトキハ十二年ニ及フコトヲ得ト規定シ千九百三年ノ露西亞刑法第四百六十一條ハ母カ其私生兒ヲ出生ノ際殺シタルトキハ一年以上六年以下ノ刑ヲ以テ處罰スト規定シ千九百九年獨逸刑法準備草案第二百六條ハ母カ私生兒ヲ出生中又ハ出生後直ニ殺シタルトキハ一年以上五年以下ノ刑ニ、輕減スヘキ情狀アルトキハ六月以上五年以下ノ刑ニ處スト規定シ同年ノ埃太利刑法準備草案第二百九十一條ハ母カ其兒ヲ出生中又ハ出生後間モナク殺シタル者ハ一年以上十年以下ノ刑ニ處スヘク若シ其行爲ニシテ母カ重キ窮迫ヲ爲メ又ハ恥ヲ覆フンカ爲メニ出テタルトキハ六月以上五年以下ノ刑ニ處スヘキ旨規定セリ。

嬰兒殺ハ殺人罪中犯情ノ最モ憫諒スヘキモノナルニ拘ハラズ舊刑法ハ之ニ對シ特別ノ明文ナク、而モ謀殺、故殺ニ關スル一般規定ハ自由裁量ノ範圍狹少ニシテ充分ニ犯情ニ適スル判決ヲ下スコト能ハサリシハ世人ノ夙ニ遺憾ト爲シタル所ナリ。裁判官ハ解釋ノ許ス限リ之カ犯情ニ適スルノ裁判ヲ爲サント試ミ司法省當局者ハ特赦及ヒ假出獄ヲ以テ此缺漏ヲ補ヒタリキ。然ルニ江木、渡辺、ハ之ニ對シ苛拔ナル意見ヲ公ニセリ。『子殺ノ罪ヲ以テ別殊ノ殺人罪ト爲シ通常ノ謀殺罪ヨリ減等シタル刑ヲ以テ之ヲ罰スルノ邦國ナキニ非スト雖モ、子殺罪モ亦豫謀ノ有無ニ依リ之ヲ謀

殺者クハ故殺ノ罪トシテ間ハサルヲ得ス。赤子ト雖モ一人ノ人類ナリ。況ンヤ其父母ニシテ之ヲ殺ス者ノ如キハ、禽獸モ尙ホ能クセサル所、之ニ臨ムニ極刑ヲ以テセサル可カラサルヤ明白ナリ。歐洲ノ刑法多ク之ヲ輕視シテ罰罪ト爲シ、輕微ノ刑ヲ以テ之ヲ處スルヲ常則トスレトモ、我君子國ノ刑法ニシテ之ニ倣フコトナカリシハ、余ノ甚々美トスル所ナリ。余ノ知人某ノ父母分婉ノ日ニ於テ某ヲ殺サントシテ既ニ之ニ著手シタルノ後、事故アリ之ヲ中止シタルカ爲メ、僅ニ其生命ヲ全クシタリトハ、其父母ノ自ラ某ニ語ル所ナリ。余ハ常ニ某カ謀殺ノ重罪犯者ヲ其父母トスルヲ憐レムナリ。縱シ自ラ此種ニ罹ラサルモ兄弟姉妹ノ父母ニ殺サレタルモノアランカ、親子ノ倫ハ何ニ依テカ能ク之ヲ保ツテ得ン(現行刑法原論二〇三乃至二〇四頁)。

正當防衛
ニ因ル殺
人及ヒ其
程度ヲ超
エタル殺
人

正當防衛
殺人
急迫不正
ノ侵害

第七

正當防衛ニ因ル殺人及ヒ其程度ヲ超エタル殺人

正當防衛ノ場合ハ

獨リ殺人若クハ傷害ノ場合ニノミ適用セラルヘキモノニ非スシテ一般ニ諸般ノ犯罪ニ適用セラル、モノナリ。然レトモ其最モ多ク適用ヲ見ルハ殺人若クハ傷害ノ事案ナリトス(舊刑法ハ正當防衛ヲ以テ殺傷ニ關ス)。仍テ左ニ正當防衛ノ規定カ如何ニ殺人罪ニ適用セラルヘキヤニ付キ其梗概ヲ明カニスヘシ。

(一) 正當防衛ニ基ク殺人。

甲 行爲者カ急迫ニシテ且不正ナル侵害ヲ受ケタルヲ要ス。急迫ナル侵

害トハ現在將ニ加ヘラレントスルノ侵害ナリ。而シテ侵害カ現ニ加ヘラレタル事實アルヲ必要トセス。危害カ將來ニ繋ルカ若クハ危害既ニ去リタル後ハ防衛權發生セス。不正ノ侵害トハ其行爲罪トナルト否トヲ問ハス不當ニ權利ヲ侵害スル所爲ヲ謂フ。例ヘハ十四歳未滿ノ幼者ノ加害行爲又ハ緊急状態ニ基ク加害行爲ハ罪ト爲ラサルモ之ニ對シ防衛權アルカ如シ。

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

キコトハ自明ノ理ナルカ如シ。

之ニ反シテ侵害カ不正ナルモ急迫ナラサルトキハ又行爲者ニ正當防衛權ナシ。急迫ナラサル侵害ニ對シテハ法律ニ於テ別ニ定メタル保護ノ方法アリテ行爲者自ラ之カ防衛ヲ爲スノ要ナク又防衛ヲ爲スヲ許スヘキモノニ非ス。

權利防衛
必要範圍

乙 自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ナルコトヲ要ス。侵害ニシテ急迫且不正ナル場合ト雖モ行爲者ハ之ニ對シ常ニ防衛權ヲ生スルモノニ非ス。其防衛權ヲ生スルハ行爲者ノ行爲ニ依リ其侵害ヲ排斥シ若クハ防止スヘキ場合ニシテ且行爲者ノ防衛ニ基ク侵害ハ相手方ノ加フル侵害ヲ排斥若クハ防止スルニ必要ナル程度ヲ超エサルヲ要ス。故ニ例ヘハ竊盜罪ノ現行犯アリタル際行爲者ハ犯人ヲ追ヒ拂ヒ以テ容易ニ其盜マントシタル侵害ヲ防止シ得ヘカリシニ拘ハラス之ヲ殺害シタルカ如キハ是レ必要已ムヲ得サルノ防衛行爲ナリト謂

殺傷ハ不
正ノ侵害
者ニ對シ
加ヘタル
コトヲ要
ス

フヲ得サルカ故ニ正當防衛權ヲ生スルコトナシ。又例ヘハ暴行ヲ爲シ若クハ脅迫ヲ試ミタル強盜犯人カ多數隣人ノ聲援ニ驚キ逃走スルニ乘シ之ヲ追ヒ掛ケ殺傷スルカ如キハ防衛權ノ行使ニ出テタリト謂フ能ハス。

丙 已ムコトヲ得サルニ出テタル殺傷ハ不正ノ侵害者ニ對シ加ヘラレタルコトヲ要ス。急迫不正ノ侵害ニ因リ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得サルニ出テタル場合ト雖モ不正ノ侵害者以外ノ者ヲ殺傷スルカ如キハ正當防衛權ニ基ク殺傷ト謂フヲ得ス。正當防衛權ニ基ク殺傷ト爲ルニハ不正ノ侵害ヲ排斥スル爲メ不正ノ侵害者ヲ殺傷スルコトヲ要ス。故ニ例ヘハ自己ヲ殺サントスル者アルニ際シ之ヲ免ル、カ爲メ適道路ニ居リタル老嫗ヲ突倒シ之ヲ死傷ニ致スカ如キハ假令己ムヲ得サルニ出テタル場合ト雖モ之ヲ正當防衛權ニ基ク殺傷ト謂フ能ハサルカ如シ。最モ斯ル行爲ハ次ニ述フル緊急状態ニ基ク殺傷トシテ其罪ヲ免ルヘキハ勿論ナリ。

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

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

(二) 正當防衛ノ程度ヲ超エタル殺人。正當防衛ノ程度ヲ超エタル殺人ハ純然タル犯罪行爲タルコトハ前述スル所ニ依リ明カナリ。然レトモ其

情狀ヲ觀察スルトキハ頗ル憫諒スヘキモノアリ。甚タシキニ至テハ之ヲ罰スルニ忍ヒサルモノヌラ之レアリ。是レ法律カ裁判官ヲシテ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕シ又ハ免除スルヲ得セシムル所以ナリ。蓋シ正當防衛ノ爲メ人ヲ殺傷スル場合ニ於テハ行爲者ノ神氣昂進シ冷靜ニ事ヲ判斷スルノ能力ヲ缺ク場合少シトセサレハナリ。

第八 緊急状態ニ基ク殺人及ヒ其程度ヲ超エタル殺人。緊急状態ニ基ク殺人及ヒ其程度ヲ超エタル殺人ハ前述ノ正當防衛ニ基ク殺人及ヒ其程度ヲ超エタル殺人ノ場合ニ關シテ刑法ノ規定スル處分ト略ホ同一ナルヲ以テ之ニ依リ類推スルヲ得ヘシ。但後者ノ場合ニ於テハ侵害行爲カ急迫且不正ナルヲ要スルニ反シテ前者ノ場合ニ於テハ急迫ナルヲ要スレトモ不正ナルヲ要セス。又後者ノ場合ニ於テハ其行爲ハ不正ノ侵害者ニ對シ加ヘラレタルコトヲ要スルニ反シ前者ノ場合ニアリテハ不正ノ侵害者以外ノ者ニ對シ加ヘラレタルコトヲ要ス又其緊急状態ニ基ク殺人行爲ハ其行爲

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

第二款 殺尊屬親罪

第二百條 自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス。

殺尊屬親罪ハ我刑法中ニ於ケル唯一ノ特別殺人罪(罪ニ對シテ)ナリ。而シテ此罪ハ故意ニ基ク殺人罪ノ一種ニシテ此罪ノ客體ハ行爲者又ハ其配偶者ノ直系尊屬ナリトノ點ヲ除クノ外一般殺人罪ト異ナル所ナシ。故ニ前款ニ於テ説明シタル故意及ヒ其態樣竝ニ殺人ノ種々ナル情狀ノ如キハ悉ク之ヲ殺尊屬親罪ニ應用スルヲ得ヘシ。仍テ此罪ノ客體ノミニ付キ説明スヘシ。

自己又ハ配偶者ノ直系尊屬トハ自己ノ父母若クハ祖父母其他ノ直系尊屬及ヒ配偶者ノ父母若クハ祖父母其他ノ直系尊屬ヲ指稱スルモノニシテ其家ニ在ルト否トハ之ヲ問フ所ニ非ス。故ニ一代溯ルトキハ自己及ヒ配偶者ノ

直系尊屬ノ意義

父母合計四人ノ直系尊屬アリト謂フヘク二代溯ルトキハ八人三代溯ルトキハ十六人ノ直系尊屬アリト謂フヲ得ヘシ。直系卑屬ト直系尊屬トノ親族關係ハ養子縁組ニ因リ生スルコトアルヘク又ハ婚姻ニ因ラサル男女ノ交際ニ因リ生スルコトアルヘシ。實際ノ血族ノ外ニ養子縁組ニ依ル直系親族關係ヲ加フルトキハ本罪ノ客體ハ更ニ倍加スヘキナリ。之ニ私通ニ因ル親族關係竝ニ庶子ト嫡母トノ關係ヲ加フルトキハ本罪ノ客體ハ著シク増加スヘシ。血族ニ因ル直系尊屬ト卑屬トノ關係ハ事實上ノ關係ニ依ルヘキモノニシテ戸籍面ノ關係ニ依ルヘキモノニアラス。故ニ戸籍面ニ於テハ親子ノ關係ナキ者ト雖モ事實上親子ノ關係アル場合ニ於テハ其子カ親ヲ殺シタル場合ハ殺親罪ヲ以テ之ヲ律スヘキモノトス。故ニ例ヘハ私生兒タル子カ戸籍面ニ登記セラレサル父ヲ殺シタル場合ハ勿論戸籍面ニ於テハ他人ノ子トシテ登記セラレアル場合ト雖モ其實父ヲ殺害シタル場合ノ如キハ其ニ直系尊屬ヲ殺シタル罪ニ依リ處斷スヘキモノトス。何トナレハ血族關係ハ事實ニ依

テ發生スルモノナレハ其血族ニ因ル直系ノ尊屬ナルヤ否ヤハ常ニ事實ニ依テ決セサル可カラス(註二〇)。之ニ反シテ婚姻縁組ニ因ル直系ノ尊屬ト卑屬トノ關係ハ常ニ戶籍面ニ依ルヘキモノトス。何トナレハ婚姻及ヒ縁組ハ届出ニ依テ其效力ヲ生スルモノナレハナリ(配偶者ノ意義及ヒ婚姻ノ成否)。

(註二〇) 同前旨 勝本勘三郎氏。

氏曰ク『唯タ疑アルハ實際ハ直系尊屬ニシテ戶籍上無關係ナル者ハ如何。民法ハ戶籍ニ依ラシテ親族ニ付テハ血族ヲ基トス。此血族ハ戶籍ニアルトアラサルトナ間ハス。是ニ由テ之ヲ親レハ戶籍上ニナキモ亦表面上關係ナキモ直系尊屬ト見ルコトヲ得ヘシ。即チ唯タ證明ノ問題ニ移ル』(刑法各論講義二六章殺人罪二〇〇條ノ說明)ト。

異說 私生子ハ事實上ノ父(未タ認知セサル)及ヒ其直系尊屬ハ私生子及ヒ其配偶者ヨリ見テ本條ハ直系尊屬ニ非ス。泉二新熊氏。

氏曰ク『本條ノ精神ハ法律上認メラレタル直系尊屬ヲ特ニ重ク保護セントスルニアルヲ以テ私生子ノ事實上ノ父及ヒ其直系尊屬ハ私生子及ヒ其配偶者ヨリ見テ本條ニ所謂直系尊屬ニ非ス(日本刑法論七四五頁)ト。

法律ハ自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ヲ殺ス行爲ヲ特ニ嚴ニ處罰ス。是レ我家族制度ヲ重ニスルノ精神ニ出テタルモノニシテ且我邦古來ノ倫理ノ準則ヲ認メタルモノナレハ其必要ナル規定タルヤ疑ナシ。然レトモ直系尊屬タル

以上ハ悉ク同一様ニ保護スヘキモノト爲シ其間ニ何等ノ區別ヲ爲サ、ルノ當否ニ付テハ疑ナキ能ハス。而シテ尙ホ我邦古來ノ倫理ヲ貫徹セント欲セハ婦カ夫ヲ殺スノ罪弟妹カ兄姉ヲ殺スノ罪ノ如キモ尙ホ之ヲ嚴罰スル規定ヲ設ケサル可カラサルモノ、如シ(註二一)。

(註二一) 参照スヘキ立法例。

舊刑法第三百六十二條第一項ニ依レハ子孫其祖父母、父母ヲ謀殺故殺シタル者ハ死刑ニ處ストノ規定アリ。千九百三年ノ露西亞刑法第四百五十五條第一號ニハ自己ノ直系尊屬若クハ卑屬又ハ自己ノ夫若クハ妻又ハ自己ノ兄弟若クハ姉妹ヲ殺シタル者ハ無期又ハ十年以上ノ刑ニ處ストノ規定アリ。露西亞刑法ニ於テハ死刑ヲ認メサルカ故ニ無期刑ハ最モ重キ刑罰ニ屬ス。

第三款 殺人ノ豫備罪及ヒ未遂罪

第二百一條 前二條(一般殺人罪及ヒ殺尊屬親罪)ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス但情狀ニ因リ其刑ヲ免除スルコトヲ得。

第二百三條 第九十九條(一般殺人罪)、第二百條(殺尊屬親罪)及ヒ前條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

第一 殺人ノ豫備罪

殺人ノ豫備トハ殺人罪ヲ犯ス爲メ其準備ノ行爲ヲ爲ヌヲ謂フ。例へハ人ヲ殺害センカ爲メ刀劍ヲ研クカ如キ又人ヲ銃殺センカ爲メニ短銃ヲ買入ル、カ如キ又人ヲ毒殺センカ爲メニ毒藥ヲ用意スルカ如シ。殺人ノ準備ノ所爲ニハ殺人ノ決意アルコトヲ必要トス。殺人ノ決意アリテ之ヲ準備行爲ヲ爲シタル以上ハ其殺人ノ實行ハ場合ニ依リ思ヒ止マルヘキコトアルモ尙ホ殺人ノ豫備タルヲ失ハス(註三三)。之ニ反シテ犯人ニ於テ殺人ノ決意ナクシテ殺人ノ豫備ニ當ルカ如キ外形上ノ行爲アルモ之ヲ殺人ノ豫備ノ所爲ト謂フ能ハス。例へハ較モスレハ破裂シ易キ談判ノ場所ニ臨席スルニ當リ仕込杖ヲ携帯スルカ如キハ仕込杖携帯ノ際殺意アリト謂フ能ハサレハ仕込杖携帯ノ所爲ハ殺人ノ豫備ノ所爲ナリト謂フ能ハス。

(註三三) 同趣旨 大審院判例。

判例ニ曰ク『原判決ヲ査スルニ訟辯措ク能ハス故ニ最終ノ嚴談ヲ爲シ若シ應センハ其ヲ殺害セント決意シ云々トアリテ(中略)殺意ノ條件附ナリシコトヲ認定セリ。然レトモ尙モ殺害ノ意思ヲ確定シ之ヲ豫備ヲ爲シタル以上ハ其意思ノ條件附ナルト否トナ問ハス人ヲ殺スノ目的ヲ以テ其豫備ヲ爲シタルモノナレハ其所爲ハ刑法第二百一條ニ該

當スルコト論テ俟タス(四二年大審院判決録七七〇頁)ト。

殺人ノ豫備ノ所爲ニ關スル情狀ハ同一ナラス。故ニ法律ハ裁判官ヲシテ二年以下ノ懲役ヲ言渡スカ又ハ其刑ヲ免除スルヲ得セシム。

第二 殺人ノ未遂罪

殺人ニ直接ナル行爲ニ著手シタルトキハ既ニ殺人ノ實行々爲ノ一部ヲ爲シタルモノナリ。既ニ殺人ノ實行々爲ニ著手シタルモノノ生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生セサルトキハ殺人未遂トス。其人ノ生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生セサルニ至リタル理由ハ或ハ犯人ノ舛錯若クハ障礙ニ因ルコトアルヘシ。例へハ人ヲ殺サントシテ刀ヲ以テ斬付ケタルモ力足ラスシテ人ヲ死亡セシムルニ至ラザリシカ如キハ舛錯ニ因ル未遂ナリ。又刀ヲ振り上ケ人ヲ斬ラントシタルモ傍人ノ抱キ止ムル所トナリテ刀ヲ下ス能ハサリシカ如キハ障礙ニ因ル未遂ナリ。又犯人カ人ヲ毒殺セント欲シ被害者ノ食卓ニ毒物ヲ混和シタル飲食物

ヲ置キタルモ被害者ノ之ヲ口ニスルニ先チ或ハ改悟シ或ハ他ニ考フル所アリテ之ヲ取り去リタルカ如キ又被害者カ既ニ之ヲ飲食シタル後消毒藥ヲ服用セシメ以テ生命喪失ノ結果ヲ防止シタルカ如キハ犯人自己ノ意思ニ由リ中止シタル未遂ナリ。犯人意外ノ舛錯若クハ障礙ニ因リ被害者ノ死亡ノ結果ヲ生セザリシ場合ニ於テハ法律ハ裁判官ヲシテ其情狀ニ從ヒ或ハ既遂ノ場合ト同一ノ刑ヲ科セシメ或ハ其刑ヲ減輕スルヲ得セシム(刑四三六八條)。犯人自己ノ意思ニ由リ著手後其實行ヲ中止シ因テ犯罪ノ結果ノ發生ヲ防止シタル場合ニ於テモ其情狀同一ナラス。法律ハ判事ヲシテ其情狀ニ從ヒ或ハ其刑ヲ減輕シ或ハ其刑ヲ免除セシム(刑四三六八條)。

第四款 刑罰

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

ルヲ得。

第五款 最近立法例ノ定ムル殺人罪

最近立法例ニ於テハ謀殺及ヒ故殺ノ區別ヲ爲スニ止マラス等シク謀殺若クハ故殺中ニ於テモ其犯情ニ依リ法定刑ヲ異ニスルコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(六二頁及七〇頁以下參照)。最近立法例中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定ムル殺人罪(我刑法第百九十九條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殺人罪ノ大要。

- 草案ハ殺人罪ヲ分テ(一)謀殺(二)故殺(三)他ノ犯罪ノ實行ニ際シ爲シタル故殺(四)嬰兒殺(五)決闘ニ於ケル殺人ノ五ト爲ス。
- (一) 謀殺(Mord)。熟慮ヲ以テシタル殺人行爲ヲ謂フ。死刑ヲ以テ處罰スヘク輕減スヘキ情狀アルトキハ無期又ハ十年以上ノ懲役ヲ以テ處罰ス(二一)。
- (二) 故殺(Totschlag)。熟慮ナクシテ實行スル殺人行爲ヲ謂フ。二年以上ノ懲役

ヲ以テ處罰スヘク輕減スヘキ情狀アルトキハ一年以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(三條)。

(三) 他ノ犯罪ノ實行ニ際シ爲シタル故殺罪(Totschlag bei Unternehmung eines anderen Verbrechen)行爲者カ他ノ犯罪ノ實行ニ際シ或ハ其實行ニ對スル妨害ヲ除去スル爲メ或ハ其發覺若クハ逮捕ヲ免レンカ爲メ或ハ犯罪ニ依リ得タル利益ヲ保持スル爲メ人ヲ故殺スルヲ謂フ。五年以上若クハ無期ノ懲役ヲ以テ處罰ス(四條)。

(四) 嬰兒殺(Kinderstörung)母カ私生兒ヲ出産中又ハ出産後直ニ殺スヲ謂フ。一年以上五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰スヘク輕減スヘキ情狀アルトキハ六月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(五條)。

(五) 決闘ニ於ケル殺人(Töten in Zweikampf)決闘ヲ爲シ其對手人ヲ殺スヲ謂フ。一年以上五年以下ノ拘禁ヲ以テ處罰スヘク決闘ニ立會人ナク又初メヨリ一方ヲ殺ス等ナリシトキハ一年以上五年以下ノ拘禁又ハ禁錮ヲ以テ處罰

スヘク又行爲者カ決闘ノ原因ヲ作りタルトキハ一年以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(二條)。但行爲者決闘ノ條規ニ違背シタルトキハ通常ノ殺人罪ノ刑ヲ以テ處罰ス(二條)。

第二 兇太利刑法準備草案ノ定ムル殺人罪ノ大要。

草案ハ一般殺人罪(我刑法第九十)ヲ大別シテ(一)謀殺、(二)故殺、(三)嬰兒殺ノ三ト爲シ更ニ之ヲ細分シテ各其刑罰ヲ異ニス。之ヲ獨逸草案ニ比シ特ニ異レリトスヘキ點ハ(甲)謀殺、故殺ノ區別カ彼ト同シカラサル點、(乙)彼ニ於テハ決闘ニ依ル殺人ヲ特別ノ殺人ト認ムルモ是レニアリテハ決闘ニ依ル殺人ヲ認メサル點、(丙)彼ニ於テハ嬰兒殺ノ客體ハ私生兒タルヲ要スレトモ是レニアリテハ私生兒タルヲ要セサル點ノ三ニアリ。最モ決闘ノ條規ニ違反シタル場合ニ限り通常ノ殺人罪ノ刑ヲ以テ處罰スヘキ旨ノ規定ヲ設クル點ハ彼ト異ナル所ナシ(九三條)。

(一) 謀殺(Mord)一般ニ人ヲ殺スノ所爲ヲ以テ謀殺ト爲ス。謀殺ハ更ニ左ノ

如ク分ル。

- (甲) 單純殺人、五年以上二十年以下又ハ無期ノ懲役ヲ以テ處罰ス(二八條)。
- (乙) 多數人ノ生命ニ危害ヲ加フ(烈例ニハ多數人ニ對シ極)無期懲役又ハ死刑ヲ以テ處罰ス(二八條)。
- (丙) 慘酷殺人、營利ノ爲メ又ハ竊盜、強盜又ハ姦淫ニ關スル重罪ノ實行ニ際シ爲シタル殺人、無期懲役又ハ死刑ヲ以テ處罰ス(二八條)。
- (丁) 二人以上ノ殺人、無期懲役又ハ死刑ヲ以テ處罰ス(二八條)。
- (戊) 嘗テ謀殺罪ニ依リ處刑セラレタル者ノ殺人、無期懲役又ハ死刑ヲ以テ處罰ス(二八條)。
- (己) 謀殺ニ依リ無期刑執行中ニ爲シタル殺人、死刑ヲ以テ處罰ス(二八條)。
- (二) 故殺(Tötschlag)、甚タシク感激スヘキ情狀ニ依リ甚タシク挑發セラレ人ヲ殺スノ行爲ヲ以テ故殺ト爲ス。故ニ草案ニ依レハ故殺ト感激殺人トハ其意義ヲ同ウス。故殺ハ更ニ左ノ如ク分ル。

情狀重キ
コト又其
輕キコト
明キコト
人ニ對シ
ルニ對シ
何等ノ差
等ノ差

- (甲) 通常ノ故殺、一年以上十年以下ノ懲役若クハ禁錮ヲ以テ處罰ス(二八條)。
- (乙) 感激カ行爲者若クハ近親ノ身體ニ對シ重キ理由ナキ暴行ニ依リ挑發セラレタルニ基ク殺人、六月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(二八條)。
- (三) 嬰兒殺(Kindestöpfung)、出產ノ途中又ハ出產ノ際母カ嬰兒ヲ殺害シ、他人ヲ教唆シテ之ヲ殺害セシメ又ハ之ヲ幫助セシムル所爲ヲ謂フ、嬰兒殺ハ更ニ分テ左ノ二ト爲ス。
 - (甲) 通常ノ嬰兒殺、一年以上十年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(二九條)。
 - (乙) 甚タシキ窮迫ノ爲メ又ハ其恥ヲ蔽フ爲メニスル嬰兒殺、六月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(二九條)。

第六款 評論

第一、法律カ若シ殺尊屬親ヲ特ニ重ク罰スルハ、旨ノ規定ヲ置クハ必要アラハ之ト同一理由ニ依リ前述ノ毒殺、慘殺及ヒ罪ヲ犯サンカ爲メ刑ヲ免レンカ爲メニスル殺人及ヒ營利ノ目的ヲ以テスル殺人ノ如キ其情狀頗ル憎ムヘ

サハルハ之
ナリト音フ
得ヘキ

酌量スヘ
キ情狀ナ

第二

キ○犯○罪○ニ○對○シ○テ○モ○亦○特○ニ○重○キ○刑○罰○ヲ○規○定○ス○ル○ノ○必○要○ナ○キ○ヤ○。又○若○シ○情○狀○
重○キ○犯○罪○ニ○付○キ○特○別○ノ○規○定○ヲ○設○ク○ル○必○要○アリ○ト○セ○ハ○之○ト○同○一○理○由○ニ○依○リ○
其○輕○キ○モ○ノ○ニ○付○テ○モ○亦○特○別○ノ○規○定○ヲ○置○ク○ノ○必○要○ナ○キ○ヤ○。例○ハ○一○定○ノ○條○
件○ヲ○具○備○ス○ル○感○激○殺○人○及○ヒ○嬰○兒○殺○ノ○如○キ○ハ○其○情○狀○頗○ル○憫○諒○ス○ヘ○キ○モ○ノ○ア○
リ○テ○通○常○ノ○殺○人○罪○ヲ○以○テ○論○ス○ル○ニ○忍○ヒ○サ○ル○モ○ノ○ナ○リ○。而○シ○テ○法○律○ハ○斯○ノ○
如○キ○場○合○ニ○付○キ○テ○何○等○規○定○ス○ル○所○ナ○シ○。是○レ○立○法○ノ○當○ヲ○得○タル○モ○ノ○ナ○ル○
ヤ○否○ヤ○疑○ナ○キ○能○ハ○ス○。又○最○近○立○法○例○ノ○如○ク○謀○殺○故○殺○ノ○區○別○ヲ○認○メ○深○思○熟○
慮○ニ○基○ク○殺○人○罪○ノ○重○キ○所○以○ヲ○知○ラ○シ○メ○テ○一○般○ニ○之○ヲ○警○戒○シ○以○テ○深○思○熟○
慮○ニ○基○ク○殺○人○ノ○減○少○ヲ○期○圖○ス○ル○ハ○刑○事○政○策○ニ○適○合○ニ○ル○モ○ノ○ニ○非○サ○ル○カ○。又○此○
二○者○ノ○輕○重○ヲ○認○メ○其○刑○罰○ニ○差○等○ヲ○設○ク○ル○ハ○殺○人○罪○ノ○如○キ○重○大○ナ○ル○事○件○ニ○
付○キ○定○律○ナ○キ○區○々○ノ○裁○判○ヲ○防○止○ス○ル○所○以○ニ○シ○テ○司○法○ノ○威○信○ヲ○保○持○ス○ル○所○
以○ニ○非○サ○ル○カ○(前○述○刑○法○準○備○草案○理○由○書○各○論○ノ○部○六○三○八○頁○參○照○)○。○
以○ニ○非○サ○ル○カ○(前○述○刑○法○準○備○草案○理○由○書○各○論○ノ○部○六○三○八○頁○參○照○)○。○

法律カ我邦道徳ノ基本タル忠孝ノ教ノ上ヨリ殺尊屬親ヲ嚴罰スヘキ

キ殺親罪
無期懲役
シムルハ
不當カ非

酌量スヘ
キ情狀ナ
ハモシムル
ハ不當カ非

第三

所○以○ヲ○示○シ○タル○ハ○刑○法○ノ○上○ニ○於○テ○モ○人○倫○ヲ○匡○シ○風○教○ヲ○維○持○ス○ル○ノ○趣○旨○ヲ○
明○シ○シ○タル○モ○ノ○ニ○シ○テ○頗○ル○其○當○ヲ○得○タル○モ○ノ○ト○ス○。然○レ○ト○モ○酌○量○減○輕○ヲ○
用○フ○ル○ニ○及○ハ○サ○ル○場○合○即○チ○非○常○例○外○ニ○非○サ○ル○場○合○ニ○於○テ○モ○尚○ホ○無○期○懲○役○
ニ○處○ス○ヘ○キ○コ○ト○アル○ヲ○認○メ○タ○ル○ハ○其○立○法○ノ○精○神○ヲ○發○揮○ス○ル○上○ニ○於○テ○遺○憾○
ナ○キ○能○ハ○ス○。又○廣○ク○自○己○又○ハ○配○偶○者○ノ○直○系○尊○屬○ト○爲○シ○其○間○ニ○何○等○ノ○區○別○
ヲ○設○ケ○サ○ル○ハ○其○範○圍○餘○リ○ニ○廣○汎○ニ○過○キ○タ○ル○ニ○非○ス○ヤ○。斯○ノ○如○ク○ン○ハ○却○テ○
立○法○ノ○精○神○ヲ○滅○却○ス○ル○ノ○虞○ナ○シ○ト○セ○ス○。○
第○三○一○。○一○般○殺○人○罪○ニ○對○ス○ル○刑○罰○ノ○最○短○期○ヲ○三○年○ノ○懲○役○ト○爲○シ○タ○ル○ノ○當○否○ニ○
付○テ○ハ○大○ニ○疑○ナ○キ○能○ハ○ス○。從○來○我○邦○ニ○於○テ○ハ○人○ヲ○殺○シ○タ○ル○者○ハ○死○ス○ト○ノ○
不○文○ノ○準○則○ア○リ○。一○般○ニ○人○ノ○生○命○ヲ○重○要○視○シ○タ○ル○ハ○此○不○文○ノ○準○則○ヲ○認○メ○
タル○我○邦○ニ○於○ケ○ル○法○律○的○常○識○ト○謂○フ○モ○可○ナ○ラ○ン○。然○ル○ニ○法○律○カ○此○貴○重○ナ○
ル○人○命○ニ○對○ス○ル○侵○害○ヲ○輕○視○シ○テ○之○カ○刑○罰○ヲ○僅○ニ○三○年○ノ○懲○役○ト○爲○ス○ヲ○得○ト○
規○定○シ○タ○ル○ハ○失○當○ナ○リ○ト○謂○ハ○サ○ル○可○カ○ラ○ス○。勿○論○特○別○ナ○ル○情○狀○ア○リ○テ○三○

年ノ懲役ヲ以テスルモ尙ホ重キニ過クト認ムヘキ場合アルコトハ余モ亦之ヲ爭ハス。切言スレハ殺人罪ト謂フモ其情狀殆ト無罪ニ等シキ場合アルヘシ。然レトモ是非常例外ノ場合ナリ。左レト刑法第百九十九條ハ非常例外ノ場合ヲ規定シタルニ非スシテ通常ノ殺人罪ニ付キテ規定シタルモノナリ。是レ余カ本條規定ノ當否ヲ大ニ疑フ所以ナリ。

若シ其レ非常例外ノ場合ニ遭遇セハ酌量減輕ヲ爲スモ可ナリ。酌量減輕ハ余ノ意見ヲ以テスレハ其範圍ヲ擴張スルコト敢テ妨ケス。即チ情狀ノ最モ酌量スヘキモノニ至リテハ無罪ニ近キ場合アルヲ以テ其範圍ハ我刑法第六十六條乃至第六十八條カ認ムル所ヨリモ一層之ヲ擴張スルノ必要ヲ見ル。之ニ反シテ通常ナル場合ニ適用スヘキ刑罰ハ民衆一般カ正當ト認ムル所ノ法律的常識 (Rechtsbewusstsein) ニ依リ定ムヘキモノニシテ妄ニ其範圍ヲ擴張スヘキモノニ非スト思考ス。徒ニ之ヲ擴張スルカ如キハ法律カ刑期ノ範圍ヲ定メタル所以ノ趣旨ニ背クモノナリ。

第二節 自殺(註三)ニ關スル罪

(註三) 自殺ニ關スル犯罪現象ヲ了解センニハ自殺ノ原因ヲ究ムルノ必要アリ。左ニ元良勇次郎氏ノ自殺ノ原因ニ

關スル説明ヲ掲ケテ参照ニ供ス。

時ニ依リ自殺ノ流行スルコトアリ、今之カ原因ヲ研究センニ其重ナルモノニアリ。自殺ヲ觀察スルニハ二種ノ方法アルモノニテ、一ハ倫理學上ヨリ之ヲ觀、一ハ自然科學上ヨリ之ヲ觀ルモノナリ。先ツ自然科學ノ上ヨリスレハ、人間ニ限ラス、凡ソ生物ニハ總體ニ必ス守生ノ本能アリ。然ルニ世ノ進ムニ從ヒ萬事次第ニ複雜ト爲リ、吾人ニ對スル刺激ハ甚ク強大ト爲リテ、之カ刺激ニ對スル抵抗力薄弱ト爲リ、之カ爲メニ終ニ死ヲ惹キ起スニ至ル。之ヲ要スルニ死ハ薄弱ナル者ノ上ニ到來スルモノニシテ、生存競争ニ堪ヘサル爲メ或ハ肉體上ノ病氣ニ罹リ、或ハ精神上ノ疾病ニ陥リ、終ニハ自ラ死亡ヲ招クモノナリ。是レ所謂自然淘汰ナルカ故ニ自殺アリトテ必スシモ之ヲ憂フルノ要ナキモノナレトモ、又一方ヨリ之ヲ觀察シテ人間カ社會ヲ成シ道德教育等ノ行ハル、ヨリスレハ自然淘汰ノ結果人ノ死スルモ之ヲ順ミルニ及ハスト謂フコト能ハス。依テ自殺ノ性質ヲ考フルニ二ツノ立脚地アルニ似タリ。一ハ守生ノ本能カ薄弱ト爲ルコト、他ハ守生ノ本能薄弱ト爲ルニ非スシテ其本能ヨリモ一層絶大ナル動機アリ之カ爲メニ自殺スルニ至ルモノ是ナリ。先ツ守生ノ本能ノ薄弱ト爲ルモノヨリ謂ハンニ、如斯者ハ一種ノ病氣ニシテ或ハ遺傳的ノモノアルヘク、又或ハ自體ノ衰弱セルヨリ外部ノ刺激ニ侵サレ易キニ因ル者モアルヘク、其他家庭ノ不愉快若クハ失戀ノ結果又ハ或大望ヲ抱キテ之ヲ達スルコト能ハス非常ノ困難ニ遭遇スル如キ等ノ原因存スルトキハ知ラス識ラズノ間ニ守生ノ本能ハ薄弱ト爲リ、若シ多少ノ理由アレハ直ニ死ヲ厭ハサルノ狀態ニ立チ至ルモノナリ。如斯

者ニ對シテハ如何ナル豫防方法ヲ施スヘキカト云フニ、第一身體ヲ健康ニシ且志操ヲ高尚健全ナル境遇ニ置キ秩序アル生活ヲ爲サシメサル可カラス。第二ノ場合即チ守生ノ本能ハ必スシモ薄弱ナルニ非サレトモ其本能以上ノ動機アリテ之ヲ爲メニ死ヲ厭ハサル場合ハ、例ヘハ迷信上ヨリ極樂往生ヲ望ミ或ハ天國ニ往カンコトヲ望ムト言フカ如キモノナリ。次ニハ名譽心、好奇心等ニ驅ラレ若クハ生命ヲ賭シテ或事業ヲ爲サントシ其結果自殺スル者ノ如キアリ。其他以上ノ如キ自殺病ニ非スシテ道德上ノ動機カ守生ノ本能ヲ壓伏スルニ因ル自殺アリ。孟子ノ所謂生モ我カ欲スル所、義モ亦我カ欲スル所、若シ二者ヲ兼テ採ルコト能ハスンハ、寧ロ義ヲ採テ生ヲ捨テント謂フカ如キ道德心ヨリ發生シ來ル自殺アリ。彼ノ日露戰爭前ニ數多ノ志士カ滿洲蒙古ヲ探險シテ捕ヘラレ終ニ自殺ヲ遂ケタル如キ國家ニ對スル高尚ナル觀念ニ出ツルモノナリ。固ヨリ此場合ニ於ケル自殺ニモ種々ノ動機アリテ必スシモ單純ノモノニ非ス。彼此二三種ヲ相混スルモノアリ。然ラハ彼ノ人生不可解ノ理由ニ因リテ自殺スル者ハ何レノ種類ニ屬スルモノナルカ。是レ其人ノ境遇中ニ守生ノ本能ヲ薄弱ナラシムル原因アリ之ニ誘發セラレタル個人的ノ動機アルモノナルヘシ。人生若シ果シテ解ス可カラストセハ何力故ニ之ヲ了解シ得ルマテ研究セサルカ。其研究ヲ中止シテ死ノ道ニ赴クハ豈ニ守生ノ本能薄弱ナルコトヲ示スモノニ非サランヤ。而シテ尙ホ茲ニ注意スヘキハ自殺者ニハ必ス外因ト内因トアリ。内因即チ境遇心情等カ厭世的ニナリ居ル場合ニ於テ死ト云フ觀念一度念頭ニ現レ來ルトキハ直ニ死ヲ決スルニ至ルモノナリ。去レハ新聞雜誌等ニ於テ自殺事件ヲ盛ニ吹聴スルハ守生ノ本能薄弱ナル者又ハ其本能ヨリ一層強大ナル或動機ヲ有スル者ナシテ自殺ヲ決セシムルノ外因ト爲ルヘキモノナレハ注意ヲ要スル事柄ナリ云々(日本新聞六〇六二號)。

自殺ノ行爲ハ罪ト爲ラス。自殺ヲ罰セサル所以ハ本人ノ自ラ拋棄スル利

益(命)ニ對シテハ法律ハ之ヲ保護スルコト能ハサレハナリ。法律カ強テ之ヲ保護セントスルモ自殺ノ既遂ハ之ヲ罰スルコト能ハサレハ到底其目的ヲ達シ得ヘキモノニ非ス(註二四)。左レト人ノ生命ハ一個人ノ法益中最モ重大ナルモノナリ。故ニ之ヲ保護シ得ヘクンハ之ヲ保護スルノ道ヲ盡サ、ル可カラス。故ニ假令自殺ノ意ヲ決シタル者ノ囑託又ハ承諾アルニモセヨ第三者ニシテ之カ爲メニ手ヲ下スカ如キ行爲ハ嚴ニ之ヲ禁セサル可カラス。是レ法律カ自殺ニ關スル刑ヲ定メタル所以ナリ。自殺者ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ手ヲ下シ之ヲ殺スカ如キハ純然タル殺人罪ナリ。況ンヤ此罪ハ自己ノ利益ヲ圖ル爲メニ犯サル、コトアリ。例ヘハ遺産相續ニ付キ利益ヲ有スル者カ人ヲ欺瞞若クハ恐喝シ以テ自殺ヲ爲サシムルカ如シ。又ハ罪證湮滅其他行爲者自身ノ都合ヲ圖ランカ爲メ人ヲ教唆シテ自殺ノ決意ヲ爲サシメ次テ其囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺スカ如キ場合ニ於テハ其犯情毫モ純然タル殺人罪ニ異ナラサルコトナキニ非ス。然レトモ自殺ニ關スル罪

ト一般殺人罪トヲ比較スルトキハ一般ニ犯情同一ナリト謂フ能ハサルモノナキニ非ス。是レ法律カ特ニ法條ヲ設ケテ自殺ニ關スル罪ヲ規定シタル所以ナリ。

(註二四) 自殺ノ既遂及ヒ未遂ヲ問セサルコトハ、昔時ハ死モ角今日ニ於テハ歐洲大陸ノ法制ニ於テ一致スル所ナリ。之ニ反シテ英國法ハ今日尙ホ自殺ノ未遂犯ヲ罰セリ。而シテ一千八百八十三年ヨリ一千九百二年ニ至ル統計ノ示ス所ニ依レハ、自殺未遂被告事件ノ審理セラル、モノ一ヶ年平均百十九件乃至二百三件ナリ。而シテ漸々増加スルノ趨勢ヲ示セリ。米國ノ各州中ノ法律例ヘハ「ニール、ヨーク法」ニ於テモ、自殺未遂ヲ重罪(Tealony)トシテ罰スルモノ多シ。然レトモ民衆一般ノ法律的常識ニ反スルカ故ニ死シタル法文(Tealder-Laws)トシテ存スルノミ。 (Vergleichen Darstellung, Bes. Teil V. S. 133 ff.)

我刑法中自殺ニ付キ規定スルモノニアリ。(一)自殺教唆若クハ幫助又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ承諾ヲ得テ之ヲ殺ス罪(刑二〇)(二)自殺ニ關スル罪ノ未遂罪(刑二〇)是ナリ。

第一款 自殺教唆若クハ幫助又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得

テ之ヲ殺ス罪

第二百二條 人ヲ教唆若クハ幫助シテ自殺セシメ又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス。

自殺ノ教唆

第一 自殺ノ教唆。自殺ノ決意ナキ者ヲシテ自殺ノ決意ヲ爲サシメ以テ自殺ヲ實行セシムルヲ謂フ。自殺教唆ノ手段ノ如何ハ之ヲ問フ所ニ非ス。威權若クハ迷信ノ濫用其他誘惑激勵暴行脅迫詭計等苟モ人ヲシテ決意ヲ爲サシメ得ヘキ方法ハ悉ク自殺教唆ノ手段タルヲ得(註二五)。

(註二五) 同趣旨 勝本勲三郎(興味アル説明)、小崎傳、牧野英一諸氏。

勝本勲三郎氏曰ク「是レ(決意ト決意ヲ導ク行爲)サヘアルハ法律ハ其如何ナルモノヤヲ問ハス暴行、脅迫、詐欺ノ場合ハ自殺者自身ノ決意ヲ阻却スル程度ニ非サル限リハ差支ナシ。約束シテ教唆スル場合ト何等差異ナシ。若シ暴行、脅迫、詐欺(?)カ不可抗力ノ程度ニアルトキハ普通ノ殺人罪ト爲ル。詐欺ハ錯誤ヲ起サシメ其錯誤ハ死ノ結果ヲ惹起サル、事柄ノ上ニ錯誤アルトキハ幫助ヲ構成ス。此藥ヲ飲メハ健康體ニ爲ルト云フテ毒藥ヲ飲マシメタルトキハ死ノ上ニ錯誤アリ、故ニ殺人ト爲ル。死セハ極樂ニ行カル、ト云フコトヲ信シ毒藥ヲ飲テ死ストセハ死ノ上ニ何等ノ錯誤ナシ。此場合ハ詐欺ヲ以テ行ハル、教唆犯ナリ(刑法各論講義二六章自殺ニ關スル罪)ト。尙ホ小崎傳氏日本刑法論各論六四九、六五〇頁、牧野英一氏刑法通義二九八頁參照。

第二章 故意ニ因リ生命ヲ害スル罪 第二節 自殺ニ關スル罪

自殺教唆罪ハ普通教唆罪ノ如ク本罪ニ對スル從屬犯 (Akzessorisches Delikt) ニ非スシテ獨立シタル一個ノ犯罪ナリ。即チ自殺教唆ハ犯罪ヲ教唆スルニ非スシテ他人ヲシテ元來犯罪ヲ構成セサル行為ヲ爲サシムルニ在リ。普通ノ教唆罪ニ在リテハ本人カ犯罪行為ニ著手セサルトキハ犯罪ト爲ルコトナク本人ニ對シ未遂罪成立スルトキハ教唆者ハ之ニ依リテ處罰セラレヘク本人ニ對シ既遂罪成立スルトキハ教唆者ハ之ニ依リテ處斷セラレシ。是レ普通教唆罪ハ本犯ニ對スル從屬犯タルニ因ル當然ノ結果ナリ。然レトモ自殺教唆ハ自殺ノ從屬犯ニ非スシテ自殺教唆ナル獨立ノ犯罪ナルカ故ニ必スシモ本犯ノ成否ト運命ヲ共ニスルモノニ非ス。故ニ教唆ニ著手スルノ行為ハ即チ自殺教唆ニ著手シタルモノナリ。故ニ本人カ自殺ノ教唆ヲ受ケタルモ之ニ應セサリシトキハ未遂罪成立スヘキナリ。而シテ自殺教唆ハ人ヲ教唆シテ自殺セシムルニアレハ本人カ教唆ニ因リ自殺ヲ遂ケタルトキヲ以テ既遂ト爲スヘキモノトス(註二六)。

(註二六) 參照スヘキ說明 岡田朝太郎、小崎傳階氏。

岡田朝太郎氏曰ク『現行法上自殺ハ犯罪ニ非ス。故ニ法文ニ教唆又ハ幫助等共犯ノ場合ニ用フル文字アリト雖モ共犯ニ非サル別種獨立ノ罪ナルコトヲ注意スヘシ』(刑法學義二四九、二五〇頁)ト。小崎傳階氏曰ク『自殺ハ現行法上ニ於テ之ヲ處罰セサルカ故ニ他人ヲ教唆シテ自殺セシムルモ固ヨリ自殺罪ノ教唆罪ヲ以テ論スルコトナ得ス。又一面ニ於テ現行法上教唆ニ基ク責任能力アリ且情ヲ知リタル被教唆者ノ行為ハ教唆ト結果トノ關係ヲ中斷スルモノナルカ故ニ、自殺ノ教唆者ハ間接ノ手段ニ依リテ他殺罪ヲ以テ論ス可カラサルヤ明ナリ。是レ刑法カ自殺ノ教唆ヲ處罰スル特別ノ法文ヲ設ケタル所以ニシテ、自殺ノ教唆ハ獨立ノ一罪トシテ之ヲ論セサル可カラス』(日本刑法論各論六五〇頁)ト。

元來自殺教唆ナルハモハ之ヲ法律上ヨリ言フモ又之ヲ道德上ヨリ言フモ重大ナル非行ニシテ其情狀ヨリスレハ場合ニ依リ純然タル殺人罪ト之ヲ擇ムコトナキ場合アリ(註二七)。特ニ守生ノ本能薄弱ナル者若クハ一時守生ノ本能薄弱ナルニ至リタル者(註二八)ヲ教唆シテ自殺セシムル場合ニ於テ特ニ然リトス。故ニ自殺教唆ハ其教唆ニ著手スルニ當リ直ニ之ヲ罰スルノ必要アリトス。然ルニ學者或ハ自殺教唆ヲ以テ普通ノ教唆罪ト同一ニ解シ自殺者カ自殺ニ著手スルト否トニ依リ罪ノ有無ヲ定メントスルカ

如キハ是レ自殺教唆罪ノ從屬犯ニ非スシテ獨立犯タルヲ忘レタルモノナリ。斯ノ如キ解釋ヲ採ランカ例ヘハ陰險ニシテ奸智ニ長スル惡漢カ厭世ニ傾ケル好人物ヲ欺瞞シテ自殺ノ決心ヲ爲サシメ更ニ進テ其豫備ヲ爲スニ至ラシムルモ之ヲ無罪トセサルヲ得サルヘシ。斯ノ如キ場合ニ於テハ犯人ノ主觀的方面ヨリスルモ又一般ニ客觀的方面ヨリスルモ之ヲ罰スヘキ必要アルコト多辯ヲ要セス。

(註二七) フォン・リスト氏ハ自殺ニ關スル罪ニ就キ之ト相似タル說明ヲ爲セリ (C. Listz, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil Irl. V 135)。

意思能力充分ナラサル者例ヘハ幼者若クハ心神喪失者ヲ教唆シ自殺セシメタルトキハ刑法上自殺教唆ト稱ス可カラス。何トナレハ教唆ハ常ニ意思能力アル者ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得レハナリ。一般ノ學說ニ依レハ意思能力ナキ者ヲ教唆シテ自殺セシメタルトキハ間接正犯ナリトシ純然タル殺人罪ヲ以テ論スヘキナリ (註二八)。

意思能力
不充分ナ
ル者ニ對
シテ自殺
教唆

(註二八) 同註 泉・新熊氏日本刑法論七四六頁、牧野英一氏刑法通義二九八頁參照。

自殺ノ幫
助

第二 自殺ノ幫助。汎ク自殺ヲ幫助スルノ行爲ハ悉ク刑法上ニ於ケル自殺幫助ノ行爲ナリト謂フ能ハス。例ヘハ自殺セント欲シテ之ヲ實行シ既ニ重傷ヲ負ヒテ苦悶シ居ル者ヲ見テ自殺者ノ爲メニ手ヲ下シ之ヲ殺シタルカ如キハ自殺幫助ノ行爲ト謂フ可カラス。此場合ニ於テ行爲者ハ殺害ノ實行ニ關與シタルモノナレハ是レ負傷者ヲ殺害シタルモノニシテ純然タル殺人罪ヲ構成ス。若シ此場合ニ於テ自殺者ノ囑託若クハ承諾アリタルトキハ囑託若クハ承諾ニ因ル殺人ナリトス。茲ニ幫助ト謂フハ自殺實行ニ關與スルコトナク其他ノ所爲ヲ以テ之ヲ幫助シ自殺ヲ容易ナラシムルヲ謂フ。例ヘハ自殺ニ使用スル器具ヲ貸與シ若クハ毒物ヲ調合シ又ハ自殺ノ方法ヲ教示スルカ如シ。

囑託ニ因
ル殺人

第三 囑託ニ因ル殺人。本人ニ於テ既ニ自殺ノ意ヲ決シ其實行ヲ囑託シタルニ因リ行爲者カ之ニ基キ手ヲ下シ之ヲ殺害スルヲ謂フ。例ヘハ永ク不

治ノ病症ニ罹リ居ル者カ自殺ノ意ヲ決シ其實行ヲ他人ニ囑託スル場合ノ如シ。殺害行為ノ全部ヲ行フト一部ヲ行フトハ犯罪ノ成否ニ關係ナクシテ唯タ犯罪ノ情狀ニ區別アルニ外ナラス。本人カ眞ニ被殺者ノ殺害ノ囑託アリタルモノト信シ手ヲ下シタル場合ニ於テハ假令事實ハ之ニ反シ本人ニ囑託ノ意思ナカリシ場合ニ於テモ行為者ハ其信スル所ニ依リ處斷セラルヘキモノトス(註二九)。

(註二九) 同説 大審院判例。

判例ニ曰ク「被害者カ眞意ナクシテ戯レニ自己ノ殺害ヲ囑託シ加害者之ヲ殺サントシテ手ヲ下シタルモ遂ケザル場合ニ於テハ刑法第三十八條第二項ニ依リ其所爲ニ對シテ同第二百二條、第二百三條ノ刑ヲ適用スヘキモノトス」(四年大審院判決第七六〇頁)ト。

承諾ニ因ル殺人

第四 承諾ニ因ル殺人。被殺者ノ承諾ニ形式上ノ承諾ト其眞意ニ合スル承諾トノ二アリ。單ニ形式上ノ承諾アリテ眞意ニ合スル承諾ナキトキハ通常ノ殺人ニシテ承諾ニ因ル殺人ト解スヘキニ非ス。本人ノ眞意ニ合致スル殺害ノ承諾ハ甚タ稀ナリ。承諾カ一時的ノ行掛ニ出テタルカ又ハ脅迫詭

計ニ基キタル場合ノ如キハ形式上ノ承諾アリタルモノト謂フヲ得ルモ眞意ニ合致スル承諾アリタルモノト謂フ能ハス(註三〇)。然レトモ承諾カ眞意ヨリ出ツル場合ナキニ非ス。例ヘハ本人既ニ自殺ニ著手シ致命傷ヲ負ヘルモ未タ死ニ至ラスシテ七顛八倒スルノ苦悶ヲ見ルニ忍ヒス親戚之カ承諾ヲ得テ手ヲ下シタル場合ノ如シ。然レトモ單ニ法文ノ上ノミヨリスレハ單ニ承諾ヲ得テ人ヲ殺シタル者トアルカ故ニ上述ノ如ク解釋スル能ハサルヤノ嫌ナキ能ハスト雖モ本罪カ自殺ノ法條中ニ合セテ規定シアルト又一般殺人罪ノ精神ヨリスレハ承諾ナル文字ハ本人ノ眞意ニ合致スル承諾ナリト解スルモ必スシモ失當ニ非サルヘシ。最近ノ立法例ニ於テハ承諾ニ因ル殺人ニ對シ特別ノ規定ヲ設ケス一般殺人罪ニ照シテ之ヲ處分スルヲ例トス。例ヘハ千九百三年露西亞刑法、千九百九年獨逸刑法準備草案同年埃太利刑法準備草案ノ如キ是ナリ。而シテ承諾ニ因ル殺人ハ之ヲ認メスシテ囑託ニ因ル殺人ヲ認ムルモ此場合ニ於テモ單純ナル囑託ヲ以

テ充分ト爲サス。露西亞刑法ハ被殺者ノ懇願ニ基キ憐憫ニ依リ殺シタル者云々ト規定シ(四六)獨逸刑法準備草案ハ被殺者ノ切實ナル依頼ニ依リ殺スニ至リタル者云々ト規定シ(五二)埃太利刑法準備草案ハ被殺者ノ眞率ナル依頼ニ依リ感動シ之ヲ殺シタル者云々ト規定セリ(二九〇)。此等立法例ニ依ルモ法文ノ所謂承諾ナル文字ハ形式上ノ承諾ヲ以テ充分ト爲サス眞意ニ出テタル承諾ト解スルヲ以テ妥當トスヘキヲ知ルニ足ラン。

(註三〇) 同說 フランクリン(Verf. Frankr. zu § 216, Liszt, § 85)。

第二款 自殺ニ關スル罪ノ未遂罪

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

自殺教唆ノ未遂罪ハ自殺教唆ニ著手スルト同時ニ自殺教唆罪ノ實行ニ著手シタルモノナルコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ。故ニ教唆ニ著手アリタルモ(一)本人カ教唆ニ應セザリシ場合(二)教唆ニ應シ自殺ノ決心ヲ爲シタル

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

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

第三款 刑罰

自殺教唆、自殺幫助及ヒ囑託若クハ承諾ニ因ル殺人ハ共ニ六月以上七年以

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

第四款 最近立法例ノ定ムル自殺ニ關スル罪

最近立法例ニ於テハ自殺ニ關シ詳細ナル規定ヲ設クルモノト然ラサルモノトアリ。千九百三年露西亞刑法ノ如キハ前者ニ屬シ千九百九年獨逸刑法準備草案ノ如キハ後者ニ屬ス。左ニ右獨逸刑法準備草案及ヒ同年奧太利刑法準備草案カ自殺ニ關スル罪(我刑法第二百二條ニ定ムル罪)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自殺ニ關スル罪ノ大要

草案ハ自殺ニ關シ特別ノ規定ヲ設ケス唯々囑託ニ基ク殺人罪ヲ規定ス。其囑託ニ基ク殺人罪ニアリテモ其ノ囑託カ切迫ナルカ爲メ殺スニ至リタル場合ニ限リ六月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰スヘク尙ホ其未遂罪ハ之ヲ罰

スヘキ旨ヲ定ム(五條)。被殺者ノ單純ナル承諾若クハ囑託ニ依リ之ヲ殺シタル場合ニ於テハ通常ノ殺人罪ヲ以テ處罰ス。

第二 奧太利刑法準備草案ノ定ムル自殺ニ關スル罪ノ大要

草案ニ定ムル自殺ニ關スル罪ハ之ヲ分テ(一)囑託ニ依ル殺人(二)自殺加功ノニト爲ス。

(一) 囑託ニ依ル殺人 (Tötung auf Verlangen) 被殺者ノ眞率ナル囑託ニ基キ感動セラレテ之ヲ殺スノ所爲ヲ稱シテ囑託ニ依ル殺人ト爲ス。三月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(九條)。

(二) 自殺加功 (Teilnahme am Selbstmorde) 人ヲシテ自殺スヘク教唆シ又ハ自殺者ノ自殺ニ對シ助力ヲ與フルノ行爲ニシテ本人カ自殺ノ實行ニ著手シタル場合ニ於テ左ノ區別ニ依リ處罰ス。

(甲) 通常ノ自殺加功四週日以上三年以下ノ禁錮又ハ拘禁ヲ以テ處罰ス(二九條一號)。

(乙) 人ヲ激勵シ又ハ錯誤ヲ利用スルニ依ル自殺ノ教唆、一年以上十年以下ノ懲役又ハ禁錮ヲ以テ處罰ス(條二九〇)。

第五款 評論

自殺ニ關スル罪ハ禁錮或ハ懲役ヲ以テ之ヲ罰ス。是レ他ノ犯罪ニ對シ特色ヲ爲ス所ナリ。是レ蓋シ犯罪ノ情狀一樣ナラス且又犯罪ノ動機若クハ行為者ノ廉恥心ノ如キハ千差萬別ナリ。舊刑法カ自己ノ利ヲ圖ルニ出テタルモノハ重懲役(現行刑法ノ九年以上)ヲ以テ罰シ其然ラサルモノハ六月以上三年以下ノ輕禁錮(現行刑法ノ禁錮)附加罰金ヲ以テ罰シタルカ如キハ此間ノ消息ヲ知ルニ足ラム。利ヲ圖ルニ出ツル自殺ニ關スル罪ハ其情頗ル重キモノアルハ之ヲ想像スルニ難カラス。然ルニ現行刑法ハ其刑ヲ輕クシ七年以上ニ及ホスコトヲ許サハルカ如キハ余ノ怪ム所ナリ。詐欺竊盜ノ長期十年ニ比シ權衡ヲ失スルモノナキカ。

第三節 墮胎罪

第一款 墮胎ノ觀念

墮胎罪トハ違法且有責ニ胎兒ヲ母體內ニ於テ殺害シ又ハ早産ヲ爲サシムルヲ謂フ。墮胎ノ性質ヨリスレハ墮胎罪ハ胎兒ノ生命ヲ害スル行為ノミナラス其生命ヲ危ウスル行為ヲモ包含ス。然レトモ實際上墮胎ニ依リ出生シタルモノ、百中ノ九十九迄ハ死亡ノ結果ヲ伴フヲ以テ講法ノ便宜上墮胎罪ヲ以テ胎兒ノ生命ヲ害スル罪ナリト概論スルモ必スシモ不當ニ非ス。

刑法中墮胎罪ニ付キ規定スル所ハ(一)妊婦自身ノ墮胎罪(刑二二)(二)妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基ク他人ノ墮胎罪(刑三三)(三)妊婦ノ承諾又ハ囑託ニ基ク醫師、產婆、藥劑師、藥種商ノ墮胎罪(刑四二)(四)妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル墮胎罪(刑四五)(五)他人ノ行為ニ係ル墮胎ニ因ル妊婦ノ死傷罪(刑二一六條)ノ五者はナリ。

第二款 妊婦自身ノ墮胎罪

第二百十二條 懷胎ノ婦女藥物ヲ用ヒ又ハ其他ノ方法ヲ以テ墮胎シタルトキハ一

年以下ノ懲役ニ處ス。

懷胎ノ婦女カ其懷胎シ居ルコトヲ知リナカラ故意ヲ以テ胎兒ヲ殺シ又ハ自然ノ分娩期(成熟シタル時期)ニ先チ人工的ニ出產セシメタルトキハ妊婦自身ノ行爲ニ因ル墮胎アリタルモノトス。以下第一客體第二主體第三所爲及ヒ手段第四故意ノ四ニ分チ説明スヘシ。

第一 客體

墮胎罪ノ客體ハ母體內ニ於テ發達ノ途中ニ存スル生命アル胎兒タルヲ要ス。胎兒ニシテ苟モ生命アル以上ハ胎兒ノ生存能力不充分ナルカ若クハ受胎不完全ナルカ又ハ母體ノ不健全ナルカ等ニ因リ早晚流產ヲ免レサルモノナルト否ト又ハ死ニ瀕スルモノナルト否トヲ問ハス。然レトモ受胎シタリトハ言ヒナカラ其受胎シタルハ人間ノ卵ニ非サリシトキハ此罪ノ客體タル能ハス(尙ホ此點ニ付テハ殺人罪ノ客體ノ說明參照五〇頁以下)。

第二 主體

懷胎ノ婦女ニ限リ本罪ノ主體タルコトヲ得。故ニ懷胎ノ婦女以外ノ者カ妊婦自身ノ墮胎行爲ニ關與スルモ本條ノ共犯若クハ從犯ヲ以テ論スヘキモノニ非スシテ其身分ノ有無ニ依リ或ハ妊婦ノ囑託若クハ承諾ニ基ク他人ノ行爲ニ依ル墮胎罪若クハ其從犯ニ依リ又ハ或ハ妊婦ノ囑託若クハ承諾ニ基ク醫師、產婆、藥劑師、藥種商ノ墮胎罪若クハ其從犯ヲ以テ處斷スヘキモノナルコト後段詳説スル如シ。然レトモ妊婦自ラ墮胎行爲ヲ爲ス以上ハ自己自ラ墮胎ノ方法ヲ實行スルト他人ニ囑託シテ墮胎ヲ爲サシムルトハ敢テ問フ所ニ非ス。學者或ハ妊婦カ他人ニ囑託シ墮胎ヲ爲サシムルハ妊婦自身ノ行爲ニ因ルニ非スシテ妊婦ノ囑託ニ基ク墮胎ハ教唆罪ナルカ如ク論スルモノナキニ非スト雖モ此説ヲ以テ相當ナラストスル理由二アリ。第一妊婦ノ囑託ニ基ク墮胎ハ妊婦カ常ニ其實行ニ加功スルヲ要ス。例ヘハ藥物ノ服用又ハ外用其他手術ヲ受クル等一トシテ妊婦ノ加功ヲ俟タサルハナシ。第二妊婦自身ノ墮胎ハ其罪輕ク他人カ妊婦ノ囑託ニ因ル墮胎ハ前者ニ比シ其罪頗ル

重シ○(後○者○ハ○一○年○以○下○)○妊○婦○自○ラ○墮○胎○行○爲○ヲ○爲○ス○ト○キ○ハ○其○罪○輕○ク○他○人○ニ○囑○託○シ○テ○之○ヲ○爲○ス○ト○キ○ハ○著○シ○ク○其○罪○重○シ○ト○爲○ス○ト○ハ○權○衡○ヲ○失○ス○。○要○ス○ル○ニ○妊○婦○ノ○墮○胎○ト○妊○婦○ノ○囑○託○ニ○因○ル○他○人○ノ○墮○胎○ト○ハ○犯○人○ノ○身○分○ニ○因○ル○刑○ノ○輕○重○ア○ル○モ○ノ○ト○解○ス○ル○ヲ○相○當○ト○ス○(註三三)。

(註三三) 同趣旨 勝本勘三郎、泉二新熊諸氏。

勝本勘三郎氏曰ク「囑託、承諾ヲ與ヘタル婦女ハ何ニ依リテ處罰セラル、カ、余ハ後說(中略)即チ第二百十二條ヲ適用セント欲スルモノナリ。即チ自ラ行フ場合ハ勿論他人ニ囑託又ハ承諾ヲ與ヘタル場合ハ此規定ヲ適用ス。他人ハ之ニ關係スト謂フニ過ギサルナリ」(刑法各論講義二六章墮胎罪ト)。泉二新熊氏曰ク「法律ハ之ヲ制限セザルヲ以テ直接ニ自ラ手ヲ下スト他人ニ依頼シテ手段ヲ施ストナ區別セス。但後ノ場合ニハ其婦女ハ第二百十二條ニ依リ其他ハ次條ニ依リ處分スヘキモノ云々」(日本刑法論七五七頁)ト。

實說 他人ニ墮胎ヲ囑託又ハ承諾シタル婦女ハ、妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基ク他人ノ行為ニ係ル墮胎ノ數、或ハ從犯ナリ。 谷野格小幡傳諸氏。

谷野格氏曰ク「本罪ハ(一)婦女自身手段ヲ施スコトヲ要スルヤ(二)婦女カ他人ニ囑託シテ墮胎ノ手段ヲ施サシメタルヲ以テ足レトスルヤ、常識論トシテハ(一)ノ見解ヲ可ナリトスルカ如キモ囑託ヲ受ケタル者ノ中介ニ依リ因果關係ノ中斷スル點及ヒ反對ノ見解ニ依リハ唯タ犯意ノミニ依リ處罰セラル、嫌アル點其他ヨリ論スレハ(一)ノ見解

ヲ以テ正當トスヘキカ如シ(刑法各論講義四五頁)ト。尙ホ小幡傳氏日本刑法論各論七五七頁參照。

第三 所爲及ヒ手段

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

早産ノ意

墮胎罪ヲ構成スヘキ所爲

早産トハ自然ノ出産時期母體內ニ於テ胎兒カ充ニ先チ胎兒カ母體ヨリ分離スルヲ謂フ。早産セシムトハ胎兒カ未タ充分ニ成熟セサルニ當リ之ヲシテ母體外ニ排出セシムルヲ謂フ。早産セシムル場合ニ於テハ胎兒ノ死亡ヲ必要ト爲サス。又胎兒ヲ死亡セシムル目的ヲ以テスルコトヲ敢テ必要ト爲サス。故ニ例ヘハ夫ノ死後他ノ男子ト通シテ懷妊シタル寡婦カ六七ヶ月目ニ早産ヲ企テ以テ夫婦間ノ子ナリト思ハシメント圖ルカ如キモ亦墮胎ナリ。何トナレハ早産セシムルトキハ常ニ胎兒ノ生命ニ危險ヲ與フルモノニシテ幸ニ生命ヲ喪ハサルモ其體質虛弱タルヲ免レサレハナリ。然レトモ胎兒既

ニ成熟シ何時出産スルモ其生命ニ危険ナキ場合ニ於テハ其出産期ヲ早ムルモ敢テ墮胎ト稱ス可カラス。何トナレハ斯ル場合ニ於テハ胎兒ノ生命ニ危険ヲ與フルコトナク從テ胎兒ハ出産ニ依リ何等ノ利益ヲ害セラル、コトナケレハナリ。

墮胎罪ノ性質

墮胎罪ノ性質ハ胎兒ノ生命ヲ害スルニアルヤ又胎兒ノ生命ニ危険ヲ及ホスニアルヤ學說ノ岐ル、所ナリ。前説ニ依レハ胎兒ノ生命ヲ害スルヲ以テ墮胎罪ノ要件ト爲シ墮胎罪ハ胎兒ノ死亡若クハ早産ニ依リ出生シタル嬰兒ノ死亡アリタル時ヲ以テ此罪ノ既遂ト爲ス。之ニ反シテ後説ニ從ヘハ墮胎罪ハ胎兒ノ生命ニ危険ヲ與フルヲ以テ此罪ノ性質ト爲ス。從テ早産アリタル時ヲ以テ既遂ト爲シ其生レタル嬰兒カ死亡シタルト否トハ犯罪ニ影響ナキモノト爲ス。(一)法益保護ノ精神ヲ貫徹スルニハ胎兒ノ生命ヲ害スル所爲ハ勿論胎兒ノ生命ニ危険ヲ及ホス所爲ヲモ罰スルニ非サレハ胎兒ノ法益ヲ完全ニ保護スルニ足ラサルト(二)法文ノ墮胎トハ獨リ胎兒ヲ殺害スル場合ノ

ミナラス早産ニ因リ胎兒ノ生命ニ危険ヲ及ホス所爲モ亦墮胎ト解スル能ハサルニ非サルトノ二個ノ理由ニ依リ我刑法ノ解釋トシテハ兩者共ニ墮胎ノ概念中ニ包含スルモノトスルヲ妥當トス。(註三二)。

(註三二) 同説 フォンリスト、マイヤー、アルフルト(Vongl. v. Liszt, § 94; Meyer-Allefeld 388.) 大審院判例及ヒ岡田朝太郎、勝本勘三郎、泉二新熊諸氏。

判例ニ曰ク『墮胎罪ハ自然ノ分娩期ニ先テ人爲ヲ以テ母體ヨリ胎兒ヲ分離セシムルニ因テ成立ス。而シテ其胎兒カ死亡スルト否トハ犯罪ノ成否ニ何等ノ影響ヲ及サス』(四二年大審院判決録一四二二頁)ト。同趣旨(三九年八四九頁)。又同院ハ胎内ニ於テ胎兒ヲ殺ス行爲モ亦墮胎罪ナリト解ス(三六年一一一九頁)。此判例ニ付テハ註二ノ中參照スヘキ判例參照。岡田朝太郎氏曰ク『墮胎行爲ヲ解スルニ二説アリ、一ハ自然ノ分娩ニ先テ人工ヲ以テ胎兒又ハ胚胎ヲ死シ生セシムルヲ胎母體外ニ驅逐スル總テノ場合ヲ謂フトシ、他ハ母體外ニ驅逐スル方法ヲ以テ胎兒又ハ胚胎ノ死シ生セシムルヲ謂フモノトス、抑モ本罪ハ公ノ秩序ヲ害スル行爲ニシテ胎兒ノ生命ノ危険及ヒ實害ヲ生セサラシメンカ爲メニ設ケタル規定ト解スレハ其雙方ノ場合ヲ包含スト謂ハサル可カラス』(刑法講義二五八頁)ト。勝本勘三郎氏曰ク『要スルニ余輩ノ解釋ニテハ一般ノ場合ニハ殺スヲ以テ目的トシ殺ス爲メニ出スモノナリ、然ラハ死シテ出ツルコトヲ轉通ノ場合トス。目的既ニ出スコトハ主タルモノニ非シテ殺スカ目的ナルヲ以テ死シタルトキハ犯罪ヲ構成ス、母體ヨリ出ツルコト分娩期以前ナルモ危険ヲ帶フル故ニ假令生存ノ能力アルモノトスルモ之カ出ツル時墮胎罪完成スルモノト信ス』(刑法各論講義二九章墮胎ノ罪)ト。泉二新熊氏曰ク『胎内ニテ殺シタル上排出スル場合アリ生キタルマ、

排出シテ死亡スル場合アリ。或ハ又排出後生活能力ヲ有スル場合アリ。其ニ墮胎罪ヲ構成ス(日本刑法論七五六頁)ト。

異議 胎兒ハ生命ヲ害スルヲ以テ墮胎罪ノ要件ト爲シ胎兒ハ死亡ヲ以テ本罪ハ既遂ト爲ス。獨逸帝國裁判所判例、**フォン・ビルクマイヤー・ベリント、フランク諸氏** (F. 4. 380; Verfl. v. Birkeneyer, S. 1163; Baling, Grundzüge des Strafrechts 1905, S. 76; Frank, m. S. 218) 及ヒ**江木衷、豊島直通、小崎傳諸氏**。

江木衷氏曰ク「墮胎ノ所爲ハ胎胎若クハ胎兒ヲ殺スニ依リ成立シ、必スジモ母體中ヨリ分離スルヲ要セスト雖モ、胎胎ノ場合ハ概ネ之ヲ墮胎スルヲ通常トス。故ニ此犯罪ハ生命ヲ斷テタルトキニ於テ始メテ既遂罪ト爲ルヘク假令胎兒ヲ母體ヨリ脱落セシムルモ尙ホ生命ヲ全ウシタルトキハ未遂犯タルヘキモ我刑法(舊)ハ特ニ之ヲ罰スルコトナシ」現行刑法原論(二七七頁)ト。豊島直通氏曰ク「我國現時ノ多數學者ハ危險說ヲ採レトモ既ニ現行刑法ハ寺院法ノ觀念即チ生存スル胎兒ノ殺害ヲ以テ本罪ノ要素ト爲ス主義ニ基クモノト爲ス以上ハ本罪ハ侵害罪ト爲ス點ニ於テモ寺院法ト異ナル所ナカル可ク本罪ヲ危險罪ト爲ス必要ハ或ハ夫ノ死亡後懷胎シタル寡婦カ自己ノ名譽ヲ損セザラシムル等ノ動機ヨリシテ夫ノ生前ヨリ既ニ懷胎シタルモノト裝フハンカ爲メニ自然ノ分娩期ニ先チ人爲ノ手段ヲ施シ産出スルモノヲ罰セント爲シタルニ在ラン。然レトモ斯ノ如キ行爲ヲ罰セントスルハ舊羅馬法ニ於ケル本罪ノ觀念即チ夫權ヲ侵害スル妻ノ行爲ヲ處罰スルモノナリトノ主義ヲ採ルニ非サレハ行ハレサル所ニシテ全ク現行刑法ノ精神ニ非ス。又本罪ヲ危險罪ト爲シテ處罰セントスルモノナレハ必スシモ分娩期前ノ出生ニ限リ之ヲ犯罪トスヘキニ非スシテ胎内ニ於ケル胎兒ニ對シ危險タルヘキ行爲アレハ假令出生ヲ爲サシムルコトナキモ本罪トシテ之ヲ處罰スルノ要アリ。然ルニ現行法ハ此種ノ行爲ハ犯罪ト爲サス。又一方ニ於テハ分娩期前ノ出生ハ必スシモ胎兒ニ對シ危險

アルモノト斷言スルヲ得ス。然ルニ危險罪說ヲ採レハ一般ニ危險ナリトノ見地ヨリシテ實際上危險ナラサル行爲ヲ處罰スルニ至ルヘシ。實ニ危險罪說ハ現行法上ノ規定ト相符合セサルモノニシテ一方ニハ現行法ノ處罰セサル所チモ處罰セント爲スノ趣意ヲ含ミ又一方ニハ處罰ノ必要ナキニ刑ヲ科セントスルモノナリ」(法學新報七卷一號)ト。小崎傳氏曰ク「墮胎ノ行爲ハ之ヲ二箇ノ場合ニ區別スルコトヲ得(一)自然ノ出生時期ニ先チ胎兒ヲ母體ヨリ分離スルニ因テ胎兒ヲ殺ス場合(二)母ノ胎内ニ於テ胎兒ヲ殺ス場合はナリ。何レモ胎兒ノ死亡時期ヲ以テ犯罪ノ既遂時期ト爲ス」(日本刑法論各論六六九頁)ト。

然レトモ墮胎ナル觀念中ニ胎兒ノ殺害ト早産トヲ包含スルヤ又ハ獨リ胎兒ノ殺害ノミヲ指稱スルモノナルヤ其解決ノ如キハ非常ニ困難ナルモノニ屬ス。故ニ最近立法例ニ於テハ此點ヲ明文ヲ以テ規定スルヲ例トス。例ヘハ諾威刑法第二百四十五條、露西亞刑法第四百六十五條、第四百六十六條ノ如キハ胎兒ノ生命ヲ害スル所爲ヲ墮胎トシテ處罰スヘキ旨明規シ又獨逸刑法準備草案第二百十七條、埃太利刑法準備草案第二百九十二條、第二百九十三條ノ如キハ故意ニ早産ヲ爲サシメ又ハ胎兒ヲ殺スノ兩所爲ハ之ヲ墮胎罪トシテ處罰スヘキ旨ヲ明規スルカ如キ是ナリ。

墮胎罪ノ
手段

墮胎ノ方法ハ藥物ヲ用フルト、機械ヲ使用スルト又精神的ノ作用例ヘハ催眠術等ヲ以テスルト其他如何ナル方法ニ依ルヲ問ハス苟モ墮胎ノ方法トシテ使用シ得ヘキモノタル以上ハ悉ク墮胎ノ手段タルヲ得ヘシ(註三三)。

(註三三) 故ニ判例カ認ムルカ如ク、例ヘハ胎兒カ産門ヨリ顛頂部ヲ露ハシ將ニ出產セントスル際、手ヲ産門ニ挿入シ胎兒ノ鼻口ヲ壓迫シ之ヲ死ニ致シタルハ墮胎罪ナリトス(三二六年大審院判決録二二一九頁)。

第四 故意

墮胎罪ノ成立ニハ故意アルコトヲ必要トス。法律ハ過失ニ因ル墮胎ヲ認メス。從テ故意ナキトキハ墮胎罪ヲ構成スルコトナシ。妊婦自殺ヲ爲サントシテ遂ケス而シテ之カ爲メ胎兒ノ死亡ヲ來シタル場合ハ如キハ母體ノ死亡ハ胎兒ノ死亡ヲ來スコト明白ナルヲ以テ妊婦ニシテ若シ其懷胎シ居リタルコトヲ自覺シ且自殺行爲ノ瞬間ニ於テ胎兒ノ死亡ハ事モ亦念頭ニ在リシトキハ自殺ノ實行ト共ニ胎兒ノ死亡ヲ豫期シタルモノト解スルヲ相當トスルヲ以テ妊婦ハ墮胎ノ故意アルモノト謂フヘシ(註三四)。然レトモ自殺ノ當時

胎兒ノ事ニ付キ何等念頭ニ浮ヒタルモノナシトセハ過失犯ニシテ法律上罪ト爲ラス。之ト同一理由ニ依リ妊婦タルヲ知り之ヲ殺害シタルトキハ殺人及ヒ墮胎ノ想像上ノ二罪アルモノニシテ第五十四條ヲ適用スヘキモノトス。

(註三四) 同註フランク、メンキング諸氏 (Frank, zu § 318, Bnding, Lehrb. 39)。

異説 妊婦ノ自殺行爲ハ懷胎ニ付キ認識アルモ墮胎行爲ニ非ス又妊婦タルコトヲ知り之ヲ殺害スルモ殺人及ヒ墮胎罪ノ想像上ノ二罪ニ非ス。フォンリスト、小野傳諸氏。

フォンリスト氏ハ胎兒ハ母體ヨリ分離シテ別ニ存在ヲ有セザルヲ以テ母ヲ殺シ以テ胎兒ヲ殺スノ所爲ハ之ヲ罰スルヲ得ス又之ト同一ノ理由ニ依リ妊婦ノ殺害ハ決シテ墮胎罪トシテ處スヘキモノニ非スト論ス(V. List, § 31)。小野傳氏曰ク『胎兒ノ生命ハ母體ノ生命ト相關連シ獨立シテ存在シ得ルモノニ非サルカ故ニ懷胎ノ婦女カ自殺未遂ノ結果胎兒ヲ殺害スルモ本罪ヲ以テ論スルコトヲ得ス。之ト同一理由ニ依リ懷胎ノ婦女ヲ殺害スルコトニ依リ胎兒ヲ殺シタル場合ハ胎兒ノ死亡ハ母體ノ死亡ニ伴フ當然ノ結果ナルカ故ニ墮胎罪ハ成立セス』(日本刑法論各論六七〇頁)ト。

第三款 妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基ク他人

ノ行爲ニ係ル墮胎罪

第二百十三條 婦女ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ墮胎セシメタル者ハ二年以下

第二章 故意ニ因リ生命ヲ害スル罪 第三節 墮胎罪

ノ懲役ニ處ス(因テ婦女ヲ死傷ニ致シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス)。

妊婦ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ墮胎セシメタル者ハ墮胎罪ノ正犯タルコト毫モ疑ナシ。而シテ妊婦カ人ニ囑託シテ墮胎ヲ爲シタル場合ニ於テハ妊婦自身ノ墮胎ト看倣スヘキコト前段所説ノ如シ。唯タ疑問ノ存スルハ妊婦ノ承諾ヲ得テ爲ス墮胎ノ場合ニ於ケル妊婦ノ刑法上ノ處分ナリ。此場合ハ事情ヲ異ニスルニ從ヒ一様ナラス。若シ妊婦ニシテ墮胎ノ實行ヲ爲シ關與シタルトキハ自ラ墮胎ヲ爲シタルモノナリ。然レトモ實行ヲ爲シ關與セス單ニ他人ノ爲ス墮胎行爲ヲ忍容シタルニ止マルトキハ是レ墮胎行爲ノ實行ヲ容易ナラシメタルモノニシテ從犯ナリトス(註三五)。例ヘハ情夫カ妊娠セル情婦ヲシテ墮胎セシメント欲シ一方醫師ニ託シテ墮胎ノ手術ヲ爲サシメ一方自ラ墮胎藥ヲ情婦ニ與ヘ情婦自ラ之ヲ服用シタルトキハ情婦ハ墮胎行爲ニ關與シ自ラ墮胎ヲ爲シタルモノナルヲ以テ刑法第二百十二條ニ依リ處斷スヘキモノトス。之ニ反シテ情婦カ情夫ヨリ差遣シタル醫師ノ爲スカ

儘ニ墮胎ノ手術ヲ受ケタルモ何等積極的ノ行爲ヲ爲サ、リシトキハ情婦ハ單ニ醫師ノ手術ヲ忍容シタルニ止マリ何等墮胎ノ實行ヲ爲シ關與セザルモノナルヲ以テ從犯ナルカ如シ。但此場合ニ於ケル妊婦ニ於ケル妊婦ニ對スル刑罰ハ前款末段ニ説明シタル所(重アアリトスル刑ノ輕)ニ基キ第二百十二條ノ刑罰ヨリ第六十三條ニ依リ減輕スヘキナリ。

(註三五) 同題旨 フランク兵衛帝國裁判所判例 (Frank, zu § 216, F. 28, 161.)。

異説 受働的忍容ハ正犯ト爲スニ充分ナリ。ヒンキング 獨逸帝國裁判所判例 (Dinning, Jahrb. 39, F. 29, 10.)。

墮胎ノ正犯タル責任ヲ有スルハ行爲者カ妊婦ノ身體ニ對シ墮胎セシムヘキ行爲アリタル場合ニ限ル。故ニ例ヘハ行爲者カ單ニ墮胎スヘキ妊婦ニ藥劑ヲ交付シタル場合ノ如キハ假令妊婦ニ於テ之ヲ服用シ墮胎シタルモノトスルモ行爲者ハ正犯ニ非スシテ婦女ノ墮胎罪ノ從犯ナリ(註三六)。但此場合ニ於ケル行爲者ニ對スル刑ハ前段説明シタルト同一理由ニ依リ妊婦ニ對スル刑ヨリ減輕スヘキモノニ非スシテ第二百十三條ノ刑ヨリ減輕スヘキナリ。

(註三六) 同註 フリントク氏 (Frank, IV zu § 118.)

茲ニ疑問トスヘキハ一面他人ニ對シ其婦女ノ墮胎施術ヲ爲スヘキ旨ヲ教唆シ他ノ一面婦女ニ對シ墮胎施術ヲ受ケ墮胎スヘキ旨教唆シテ墮胎ヲ爲シタル場合ニ於ケル教唆者ノ責任ナリ。墮胎罪ハ墮胎ノ實行アルニ依リ成立スルモノナレハ教唆ニ二個アレトモ其實行ハ一個ナレハ單ニ二個ノ墮胎教唆罪アリト謂フ能ハスシテ一個ノ墮胎教唆罪アリト爲スヘキナリ。此場合ニ於テハ一個ノ所爲トシテ婦女ヲ教唆シテ墮胎ヲ爲サシメタル罪(刑二一三條ノ教唆)ト他人ヲシテ教唆シテ墮胎セシメタル罪(刑二一五條ノ教唆)トノ二個ノ罪名ニ觸ル、モノナレハ刑法第五十四條第一項前段ヲ適用シテ處斷スヘキナリ。故ニ大審院ニ於テ斯ル場合ニ二個ノ所爲ナリト判旨シタルハ相當ナラス(註三七)。

(註三七)

異説 他人ヲ教唆シテ婦女ノ身體ニ對シ墮胎ノ施術ヲ爲サシメ且婦女ヲ教唆シテ其施術ヲ受ケシメタルトキハ二個ノ教唆罪ヲ成立ス。大審院判例。

判例ニ曰ク「婦女ノ身體ニ施術ヲ爲サシメ墮胎セシメタル者ノ行爲ト其施術ヲ受ケ墮胎シタル婦女ノ行爲ト全然別

個ノ行爲ニシテ法律上別罪トシテ之ヲ處分スルモノナレハ原院カ某ヲ教唆シテ婦女ノ身體ニ施術ヲ爲サシメ又婦女ヲ教唆シテ其施術ヲ受ケ墮胎セシメタル被告ノ行爲ヲ一罪トセス二罪トシテ處分シタルハ相當ニシテ擬律ノ錯誤ニ非ス(四二年大審院判決第一四二〇頁)ト。

第四款 妊婦ノ承諾又ハ囑託ニ基ク醫師、

產婆、藥劑師、藥種商ノ墮胎罪

第二百十四條

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

醫師、產婆ハ其業務上醫術ノ命スル所ニ從ヒ墮胎ヲ爲スコトヲ得可キ場合アリ。左レハ其業務ノ濫用ハ嚴ニ之ヲ取締ラサル可カラス。又醫師、產婆ハ墮胎ノ術ヲ心得居ルモノニシテ藥劑師又ハ藥種商ハ墮胎ニ使用スヘキ藥品及ヒ其分量並ニ其用法ヲ心得居ルモノナレハ此等ノ者カ其智能及ヒ技術ヲ濫用スルノ虞ハ他ノ普通人ニ比シ大ナリトス。是レ法律カ此等ノ業務ニ在ル者ノ行爲ニ係ル墮胎ヲ重ク罰スル所以ナリ。其他犯罪構成ノ要件及ヒ共

犯關係ニ付テハ上來説明シタル所ニ依リ之ヲ類推スヘシ。

第五款 妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル

墮胎罪

第二百十五條 婦女ノ囑託ヲ受ケス又ハ其承諾ヲ得スシテ墮胎セシメタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス。
前項ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス。

妊婦ノ承諾アルモ其承諾ハ暴行又ハ脅迫ニ基キタルモノニシテ任意ニ出テタルモノニ非サルトキハ承諾アリタルモノト謂フ能ハス。又妊婦ノ承諾アルモ妊婦ニシテ承諾ヲ與フル能力ナク且行爲者ニシテ之ヲ知リタルトキハ承諾アリタルモノト謂フヲ得ス(註三八)。又行爲者ニシテ妊婦ノ完全ナル承諾アリト確信シテ行ヒタルトキハ假令後ニ妊婦ノ完全ナル承諾ナカリシコト明白ナルニ至ルト雖モ行爲者ハ承諾ニ因ル墮胎罪トシテ處分セラルヘキモノトス。

(註三八) 同説フランク、オルスハウゼン、諸氏(Frank, zu § 215, Ols. zu § 218.)

墮胎ニ關スル罪ノ未遂ハ之ヲ罰セサルヲ以テ原則トスレトモ妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル墮胎ニ付テハ未遂ノ場合ト雖モ之ヲ處罰スヘキモノトス。

第六款 他人ノ行爲ニ係ル墮胎ニ基ク妊

婦ノ死傷罪

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

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

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

妊婦自身ノ行爲ニ係ル墮胎ノ場合ニ於テハ假令其結果妊婦ノ死傷ヲ來スコトアルモ自ラ傷害スルノ行爲及ヒ自殺ノ行爲ヲ罰セサルト同一理由ニ依

リ其所爲罪ト爲ラス。然レトモ他人カ妊婦ノ囑託又ハ承諾ヲ受ケ又ハ之ヲ受ケスシテ墮胎ヲ爲シ之ニ因テ妊婦ヲ死傷ニ致ス場合ニ於テハ之ト大ニ其趣ヲ異ニス。元來墮胎ニ依リ侵害ヲ受クルハ獨リ胎兒ノ生命ナレトモ墮胎致死傷ノ場合ニ於テハ胎兒ノ生命及ヒ妊婦ノ生命若クハ身體モ共ニ侵害ヲ受ク。故ニ此場合ニ在リテハ妊婦モ被害者ナレハ妊婦ハ如何ナル場合ト雖モ墮胎致死傷罪ノ共犯者タルコトヲ得ス。

墮胎致死傷罪ハ之ヲ分テ二ト爲スコトヲ得。(一)墮胎カ妊婦ノ囑託若クハ承諾ニ基ク場合(二)墮胎カ妊婦ノ囑託若クハ承諾ニ基カサル場合是ナリ。前者ハ後者ニ比シ其犯情輕キコト論ヲ俟タス。前者ハ更ニ分テ行爲者カ普通人タルト醫師產婆藥劑師又ハ藥種商タルト否トニ依リ其犯情ヲ異ニス。

墮胎ノ行爲ヲ爲シタルノ結果胎兒ノ死亡若クハ早産アルニ先チ妊婦ノ死亡アリタルトキニ於テモ尙ホ墮胎ニ因ル致死ト謂フヲ得ヘシ(註三九)。然ルニ學者或ハ胎兒ノ死亡若クハ早産アルニ先チ妊婦ノ死亡アリタルトキハ墮胎

ニ因ル致死傷罪ノ未遂罪ナリト論スル者アレトモ相當ナラス。斯ノ如キハ第二百十六條ノ場合ニ於テハ明ニ明文ニ反ス。何トナレハ刑法第二百十五條ニハ婦女ノ囑託ヲ受ケス又ハ承諾ヲ得スシテ墮胎シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス。前項ノ未遂罪ハ之ヲ罰ストアリ。而シテ第二百十六條ニハ前條ノ罪ヲ犯シ因テ婦女ヲ死傷ニ致シタル者トアリ。而シテ其前條トハ墮胎ノ既遂及ヒ未遂ヲモ包含スルニ依リ之ヲ知ルニ難カラス且又墮胎ニ因リ人ヲ死傷ニ致ス所爲ハ墮胎タル所爲カ原因ト爲リテ其結果トシテ人(妊婦)ノ生命又ハ身體タル法益ヲ害スル罪ヲ爲スモノナリ。此罪ハ故意ニ依ラスシテ人ノ生命又ハ身體ヲ害スル罪ニシテ一種ノ結果犯ナリ。結果犯ニ未遂アリトスルカ如キハ法律上其語ヲ爲サス。又第二百十三條、第二百十四條ノ場合ニ於テハ斯ノ如ク直接明文ニ反セサルモ後段ノ理由ト第二百十六條ノ比照ニ依リ同一ニ論決ヲ下シ得ヘキナリ。

(註三九) 同趣旨 大審院判例、泉二新熊氏。

判例ニ曰ク『刑法第三百三十一條(舊)末段ニ所謂「因テ婦女ヲ死ニ致シタル者」トアルハ墮胎ノ既遂未遂ヲ問ハス
墮胎ノ手段ニ著手シ爲メニ婦女ヲ死ニ致シタル者ヲ云フ』(三〇年大審院判決録九卷九八頁)ト。尙ホ泉二新熊氏日本
刑法論七五八頁參照。

異議 墮胎未遂ニシテ婦女ヲ死ニ致シタルトキハ本罪ノ未遂ナリ。小崎傳氏。

氏曰ク『罪ノ既遂ト爲ルニハ罪ト爲ルヘキ事實ノ完備スルコトヲ要ス。故ニ本罪ノ既遂ト爲ルニハ墮胎ノ完了ト墮
胎行爲ニ依ル婦女ノ死亡トカ完備スルコトヲ要ス。從テ墮胎ハ未遂ニシテ婦女カ死亡スルトキハ本罪ノ未遂ナリト
謂ハサル可カラズ』(日本刑法論各論六七三頁)ト。

第七款 刑罰

妊婦自身ノ行爲ニ係ル墮胎ハ一年以下ノ懲役、妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ基キ
タル他人ノ行爲ニ係ル墮胎ハ二年以下ノ懲役。若シ此場合ニ於テ行爲者カ
醫師、產婆、藥劑師、藥種商ナルトキハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處セラル。妊
婦ノ囑託又ハ承諾ニ基カサル他人ノ行爲ニ係ル墮胎ハ一定ノ業務ヲ有スル
者ト否トヲ問ハス行爲者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處セラル。墮胎ニ基
キ妊婦ヲ死傷ニ致シタルトキハ墮胎ニシテ若シ婦女ノ囑託又ハ承諾ニ基キ

タルトキハ三月以上五年以下ノ懲役又行爲者ニシテ醫師、產婆、藥劑師、藥種商
ナルトキハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處セラル。又妊婦ノ囑託又ハ承諾ニ
基カサル墮胎ニ因リ妊婦ヲ死傷ニ致シタルトキハ傷害ノ罪ニ比較シ重キニ
從テ處斷スヘキモノトス。即チ之ニ因リ妊婦ヲ死ニ致シタルトキハ二年以
上ノ有期懲役ニ處スヘキモノトス。

第八款 最近立法例ニ定ムル墮胎罪

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墮胎罪(我刑
第二百十二條乃至第二
百十六條ノ定ムル罪)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墮胎ニ關スル罪ノ大要。

草案ハ墮胎 (Abtreibung) ノ意義ヲ明ニシ胎兒ヲ早産セシメ又ハ之ヲ母體內
ニ於テ殺スノ所爲ヲ以テ墮胎ナリト爲ス。而シテ墮胎ハ之ヲ大別シテ(一)妊
婦自身ノ爲ス墮胎(二)妊婦ノ承諾ヲ得テ爲ス他人ノ墮胎(三)妊婦ノ承諾ヲ得ス
シテ爲ス他人ノ墮胎ノ三ト爲ス。

- (一) 妊婦自身ノ爲ス墮胎。一年以上三年以下ノ懲役又ハ三月以上三年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(條二一七)。
- (二) 妊婦ノ承諾ヲ得テ爲ス他人ノ墮胎又ハ妊婦ノ墮胎ヲ幫助スル行爲、一年以上三年以下ノ懲役又ハ三月以上三年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス若シ報酬ヲ得テ之ヲ爲シタルトキハ一年以上五年以下ノ懲役又ハ六月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(條二一七)。
- (三) 妊婦ニ知ラシメス又ハ妊婦ノ意ニ反シテ爲ス他人ノ墮胎ハ左ノ三ト爲ス。
 - (甲) 通常ノ場合、二年以上十五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(三項前段)。
 - (乙) 輕減スヘキ情狀アル場合、一年以上五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(七條後三項)。
 - (丙) 墮胎ニ依リ妊婦ヲ死ニ致シタル場合、五年以上十五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(三項後段)。

第二 墮太利刑法準備草案ノ定ムル墮胎罪ニ關スル罪ノ大要。

- 草案ハ墮胎罪ヲ以テ胎兒ヲ早産シセメ又ハ母體內ニ於テ之ヲ殺スノ行爲ナ
 リトスルノ點ハ獨逸刑法準備草案ト一致ス。墮胎罪ハ之ヲ分テ(一)妊婦カ墮胎
 罪ノ主體タル場合、(二)他人カ墮胎罪ノ主體タル場合ノ二ト爲ス。
- (一) 妊婦カ墮胎罪ノ主體タル場合、此場合ハ更ニ分テ左ノ三ト爲ス。
 - (甲) 妊婦自身ノ墮胎、三月以上三年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(條一九三)。
 - (乙) 人ヲ教唆シテ墮胎ヲ爲サシメ又ハ他人カ爲ス墮胎ヲ忍容スルノ所爲、三月以上三年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(條一九三)。
 - (丙) 甚シキ窮迫又ハ恥ヲ蔽ハンカ爲メ犯シタルトキ、二週日以上二年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(條一九三)。
 - (二) 他人カ墮胎罪ノ主體タル場合、此ノ場合ハ分テ左ノ二ト爲シ尙ホ自由刑ノ外一萬クロー子以下ノ罰金ヲ附加スルコトヲ得ト規定ス(條一九二)。
 - (甲) 妊婦ノ承諾ヲ得テ爲ス墮胎、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(條一九三)。

(乙) 行爲者ニ二個以上ノ墮胎行爲アルトキ、墮胎罪ノ累犯ナルトキ、妊婦ノ承諾ニ基カサル墮胎ナルトキ及ヒ墮胎カ妊婦ノ生命ニ對スル危險又ハ其健康ニ對スル重大ナル危害ヲ伴フトキ、一年以上十年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(條一九二)。

第三章 故意ニ因ラスシテ生命ヲ害スル罪

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

第一節 過失致死罪

第一款 一般ノ過失致死罪

第二百十條 過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス。

我國語ニ於テ殺ナル文字ハ故意ヲ以テ殺害スル場合ニ使用スルヲ以テ用例トスルカ故ニ過失殺若クハ過殺ナル語ハ適當ナラス。寧ロ過失致死ト指稱スルノ適當ナルニ如カス。我刑法ハ之ニ從ヘリ(刑、二一〇)。

第一 客體及ヒ主體

過失致死罪ノ客體ハ殺人罪ノ客體ト異ナラス。即チ人カ出生シテ其死亡ノ瞬間ニ至ルマテ此罪ノ客體タルコトヲ得ヘク其老幼若クハ強弱ノ如何ハ問フ所ニ非ス。本罪ノ主體モ亦殺人罪ノ主體ト全然異ナラス。本罪モ亦責任能力アル者ノ所爲タルヲ要ス。心神喪失者及ヒ十四歳以下ノ未成年者ノ如キ責任能力ナキ者ノ所爲ハ殺人ノ場合ト同シク過失致死ノ場合ニ於テモ犯罪ヲ構成スルコトナシ。

第一 過失ノ意義及ヒ程度

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

第一 過失ノ意義。過失ニ關シ多數ノ學者ハ定義ヲ與ヘテ曰ク過失トハ相當ノ注意ヲ用フルトキハ豫見シ得ヘカリシ結果ヲ豫見セサリシヲ謂フト。又曰ク結果ノ發生ハ之ヲ欲望セサリシモ相當ニ注意ヲ用ヒサリシカ爲メ

過失ノ意

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

斯ノ如キ定義ヲ與フルトキハ充分ナルカ如ク思料セラル、カ如シト雖モ更ニ進テ一考スルトキハ必スシモ然ラサルヲ覺ルヘシ。例ヘハ洋館ノ屋根ノ葺換ヲ爲ス職工カ屋上ヨリ古キ瓦ヲ落シタルニ偶通行人カ之ニ中リ死亡シタル場合ノ如キハ職工ニ過失致死ノ罪アルコトハ何人ニ於テモ

思考スル所ナルヘキモ此場合ニ於テハ職工ハ死亡ノ結果ヲ豫知セザリシ不都合アリト謂フニ非スシテ職工カ人ノ通行スル場所ニ相當ノ圍障ヲ設クルヲ怠リタル責任アルカ爲メナリ。故ニ過失ノ定義ハ左ノ如クスレハ完全ナラン。

過失トハ豫見セザリシ犯罪ノ要件ニ屬スル事項ニ關シ行爲者ニ存スル罪責ヲ謂フ。

更ニ之ヲ詳言スレハ過失トハ犯罪ノ要件ニ屬スル事項ニ關シ相當ノ注意ヲ用フルトキハ豫見シ得ヘキ事項ヲ豫見セス又ハ其當然爲スヘキ事項ヲ爲サ、ルヲ謂フ。故ニフォンリスト氏カ意思活動ニ對スル注意ノ缺乏即チ法律秩序ニ依リ命セラレ又ハ事情ニ依リ必要トスル注意ヲ粗略ニスルヲ謂フト言ヘルモ亦同意義ナリトス(註一)。

(註一) 過失ノ觀念ニ關スル學者ノ説明區々ニ渉ル。余ハフランク氏カ之ニ對シテ爲シタル説明ヲ以テ最も簡明ニシテ妥當ナリト思考スルカ故ニ、本書ニ於テハ大ニ氏ノ説明ヲ參酌シタリ(Vergl. Frank, S. 19)。

過失ノ定義

過失ノ程度

第二 過失ノ程度。

過失アリヤ否ヤヲ定ムルニハ如何ナル注意ヲ爲スヲ以テ其標準ト爲スヘキカハ學者間意見ノ岐ル、所ナリ。此點ハ三個ニ分テ之ヲ説明スルヲ相當トス。

各事項ニ對シテ一般ノ注意ニシテハ客觀的ニ定ムルハ必要ナシ

(一) 各事項ニ關スル一般ノ注意ハ或ハ法則ニ依テ定メラレ或ハ一般慣習ニ依テ定メラル。而シテ行爲者ノ注意力ノ深淺ニ拘ハラス一般ノ注意(客觀的)ヲ怠リタル場合ニ非サレハ行爲者ニ刑事上ノ責任ナシ。例ヘハ危險

物ニ對シ相當ノ裝置ヲ爲スヲ要スルカ如キハ法令ニ依リ定メラル、モノナリ。又例ヘハ二三歳ノ幼兒ヲ通行頻繁ノ街路ニ於テ遊戯セシム可カラサルカ如キハ一般慣習ノ禁スル所ナリ。故ニ行爲者ニシテ斯ル法令若クハ慣習ニ違背シタル結果人ヲ死ニ致シタルトキハ是レ一般ノ注意ヲ怠リタルモノニシテ過失致死罪アリト謂フヘシ。然ルニ前例ノ場合ニ於テ行爲者ハ法令又ハ慣習ニ依リ定メラレタル注意ヲ爲シタル場合ニ於テハ假令此注意ハ注意力ノ最も深キ者ヨリ考フレハ充分ノ注

意ヲ拂ヒタリト謂フ能ハサル場合ニ於テモ行為者ニ何等ノ責任ナシ。而シテ行為者カ最モ注意深キ者タル場合ニ於テモ同様ニ論決セサルヲ得ス。何トナレハ法律ハ法令又ハ慣習ニ依リ定メラレタル注意ヲ爲スノ義務ヲ命シタルモノト爲スヲ得ルモ法令又ハ慣習カ定メタルヨリ以上ノ大ナル注意義務ヲ命シタルモノト爲ス能ハサレハナリ。

(二) 行為者ニ果シテ一般の注意(客観的)ヲ怠リタル罪責アルヤ否ヤノ具體的問題ニ至リテハ行為者ニ一般の注意ヲ爲スノ能力アルヤ否ヤニ依リ決セサル可カラス。若シ行為者ニシテ白痴、癡癲者其他責任能力ナキ者ナルトキハ過失ノ責任ナキコト前既ニ説明シタルカ如シ。之ト同一理ニ依リ行為者ノ能力不完全ニシテ之ニ對シ充分ナル注意ヲ爲スコトヲ期待スル能ハサル場合ニ於テハ通常過失アリト謂フヲ得ヘキ場合ニ於テモ必スシモ之ヲ過失アリト謂フ能ハス。例ヘハ迷信ヲ懷ケル愚者カ必ス效驗アリト固信シ腸胃ヲ病メル幼兒ニ對シ神ニ供ヘタル菓子ヲ與

一般の注意
客観的
注意
ハルヤ否
的ニ定ム

ハ其疾病ヲ重大ナラシメ其結果之ヲ死ニ致シタル場合ニ於テハ行為者ニ刑法上ノ責アリト言フ能ハス。何トナレハ斯ル迷信ヲ懷ケル者ハ如何ナル注意ヲ用フルモ到底菓子(神ニ供ヘルモノ)カ病兒ニ害アルコトヲ悟ルコト能ハサルモノニシテ其菓子ヲ食セシメタルハ行為者ノ注意ヲ怠リタル爲メナリト言フ能ハサレハナリ。故ニ行為者ニ刑法上ノ過失ノ責アリヤ否ヤハ其人ノ個人的能力ニ依リ定ムヘキモノトス。是レ人ノ刑法上ノ責任ニ付キテハ常ニ行為者ノ個人的能力ニ依リ判定セサル可カラサルニ因ル。之ヲ要スルニ各種ノ事項ニ關スル一般の注意ハ之ヲ抽象的(客観)ニ定ムヘク而シテ行為者カ一般ニ必要トスル注意ヲ爲ス能力アリヤ否ヤハ其行為者ニ付キ具體的(主観)ニ定ムヘキモノトス(註二)。

(註二) 同趣旨 フランク、メルケル、マイヤー、フオンリストノ諸氏 (Vergl. v. Liszt, S. 43; Frank, S. 59, 19.) 及

ヒ勝本剛三郎、小崎傳諸氏。

勝本剛三郎氏曰ク「注意不注意ノ問題ハ一方ニ於テ法例又ハ慣習ニ照査シテ決定スヘキモノタルト同時ニ他ノ一方ニ於テ所爲者其人ノ能力如何ニ關スル個人的問題ナルカ故ニ先ツ法例慣習ヲ按シ次ニ所爲者其人ノ能力(智力、體

力、男女、老幼等）ヲ按シテ常ニ關係的ニ判定スヘキモノナリ（刑法概論下卷一三三頁）ト。小崎傳氏曰ク『過失トハ客觀的ニ要求セラル、所ノ注意ニシテ而モ行為者ニ於テ主觀的ニ注意能力アルニ拘ラス意思ノ實行ニ關聯スル結果ノ發生ヲ豫見セサルコトヲ謂フモノニシテ其一ヲ缺クトキハ之ヲ過失ト云フコトヲ得ス』（日本刑法論各論六四二頁）ト。

第一異說 本人ノ能力ニ基クテ注意ヲ缺キタル場合ニ過失アリトスル説（主觀說）。岡田朝太郎・泉二新熊氏。

岡田朝太郎氏曰ク『凡ソ刑事責任ハ個人的ノモノナルカ故ニ他人ノ之ヲ爲シ得ルト否トヲ以テ本人ニ不注意アリトテ責任アリト爲スハ刑事責任ノ個人的タルノ性質ニ反スルヲ以テ主觀說ニ依ルノ外ナカルヘシ』（刑法講義一三九頁）ト。泉二新熊氏曰ク『全然本人ノ主觀的方面ヲ離レテ刑事上ノ責任ヲ定メントスルハ根本的ノ誤謬ナリ。刑法學上ニ於テハ本人ノ主觀的方面ノミヲ以テ本問ヲ解決セサル可カラズ。或ハ主觀說ニ依ルトキハ平常知慮經驗等ニ當

メル者ハ普通一般ノ人ヨリ以上ノ責任ヲ負擔セサル可カラサルカ如キ不公平ナル結果ヲ生スヘシト謂フ者アレトモ之ヲ故意ノ場合ニ徵スルニ本人カ事情ヲ認識シタルトキハ假令一般ノ人ニ於テハ認識ス可カラザリシ場合ニ於テモ尙ホ故意アリトシテ其責任ヲ問フヘキ點ハ何人モ爭ハサル所既ニ故意ノ場合ニ於テ本人カ之ヲ認識シタルトキハ否ヤノ點ノミヲ標準トスルトキハ過失ノ場合ニ於テモ亦本人ノ主觀的方面ノミヲ以テ標準ト爲スコト必シモ不當ナリトスルコトヲ得サルヘシ』（日本刑法論二六四頁）ト。

第二異說 本人ノ能力如何ニ拘ラズ一般ニ爲スヘキ注意ヲ缺キタル場合ハ過失アリトスル説（客觀說）。牧野英一氏。氏曰ク『過失トハ不注意ナリ。如何ナル場合ニ不注意アリヤノ問題ニ關シ三說アリ。第一ハ客觀說ニシテ通常人ノ爲ス注意ヲ缺ク場合ニ不注意アリトシ、第二ハ主觀說ニシテ本人カ通常爲ス所ノ注意ヲ缺ク場合ニ不注意アリトシ、

第三ハ折衷說ニシテ通常人ヨリ高キ注意力ヲ有スル者ニ就テハ通常人ノ爲ス注意ヲ缺キタル場合ニ不注意アリトシ通常人ヨリ低キ注意力ヲ有スル者ニ就テハ其本人カ通常爲ス所ノ注意ヲ缺ク場合ニ不注意アリトス。要スルニ其等點ハ標準ヲ注意ノ義務ニ求メ其義務ヲ完了セサルカ故ニ責任アリト爲スヘキヤ、將々之ヲ注意ノ能力ニ求メ其能力ヲ盡サ、ルカ故ニ然リト爲スヘキヤニ在リ。惟フニ社會ヲシテ圓滿ニ存続セシムルカ爲ニハ各自ニ一定ノ注意ヲ必要トスルカ故ニ、不注意ニ因ル責任ノ基本ハ其必要ナル一定ノ注意即チ注意ノ義務ニアリト謂ハサル可カラズ。而シテ注意ノ義務ハ原則トシテ客觀的ナルヲ要シ、善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スニ在ルモ、場合ニ依テハ減輕セラレテ主觀的標準ニ據リ單ニ自己ノ通常爲ス所ノ注意ヲ以テ足ルコトアリ（民法六五九條參照）。唯刑法ニ於テ過失ヲ犯罪トスル範圍内ニ於テハ客觀說ヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス（刑法通義九九、一〇〇頁）ト。

第三 過失ニ因ル致死ノ意義

行為者カ過失ニ基クテ行為不行爲ニ因リ人ノ生命ヲ喪失セシメタルトキハ過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタルモノト言フヘキナリ。之ヲ過失ニ因ル致死ト謂フ。例ヘハ鳥ヲ獵セント欲シ之ニ向テ發砲シタルニ狙外レテ通行人ニ命中シ之ヲ死ニ致シタルカ如キハ過失ニ基クテ行為ニ因リ人ヲ死ニ致シタルモノナリ。又例ヘハ乳兒ヲ家ニ殘シ置キテ外出シ流連數日遊興ニ耽リ歸家ヲ忘レタル結果數日間乳兒ニ營養分ヲ與ヘサリシカ爲メ其餓死ヲ招キタルカ

如キハ過失ニ基ク不行爲ニ因リ人ヲ死ニ致シタルモノナリ。

過失タル行爲アリ而シテ過失タル所爲カ原因ト爲リテ死亡ノ結果ヲ生シタルトキハ死亡ノ原因タル過失タル所爲ハ必スシモ死亡ノ唯一ノ原因タルヲ必要トセス。此原因ニ加ハリタル他ノ原因ト合セテ死亡ノ結果ヲ生シタル場合ニ於テモ尙ホ行爲者ニ過失致死ノ責アリト言ハサルヲ得ス(註三)。

(註三) 同憲官 大審院判例。

判例ニ曰ク『荷モ自己ノ過失ニ因リ死亡ニ對シテ一ノ條件ヲ與ヘタル以上ハ其過失ハ該結果ニ對シ唯一ノ原因ヲ爲シタルト將タ他人ノ過失ト相俟テ共同的ニ原因ヲ與ヘタルトナ間ハス等シク過失致死ノ罪責ヲ負フヘキモノトス』(四三年大審院判決録一五八二頁)ト。

第三款 業務上ノ不注意ニ因ル過失致死罪

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

特定ノ業務ヲ有スル者ハ業務上必要ナル注意ヲ爲スノ義務アリ。然ルニ斯ル義務アルニ拘ハラズ之ヲ怠リ因テ人ヲ死ニ致ストキハ其罪常人ニ比シ

業務ノ意

輕カラス。加之特定ノ義務ヲ有スル者ハ其業務ヲ有スル當然ノ結果トシテ常人カ有セサル業務上ノ義務ヲ有スルコトアリ。從テ行爲者カ業務ヲ有スルノ一事ハ過失致死罪ノ加重情狀タルノミナラス過失致死罪ノ構成要件ナルコトアルヘシ。又特定ノ業務ヲ有スル者ノ行爲ハ必スシモ常ニ業務上ノ行爲ナルニ非ス。業務上必要ナル注意ヲ爲スヘキハ業務上ノ行爲ヲ爲スヘキ場合ニ限ルヘキモノニシテ業務執行ニ非サル行爲ニ付テハ斯ル注意ヲ爲ス必要ナシ。從テ一定ノ業務ヲ有スル者カ業務執行ニ非サル過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタルトキハ一般ノ過失致死罪ヲ以テ處斷セラルヘキモノニシテ業務上ノ不注意ニ因ル過失致死罪ヲ以テ處斷セラルヘキモノニ非ス。仍テ第一業務トハ如何ナル意義ヲ有スルヤ、第二業務執行トハ如何ナル意義ヲ有スルヤ、第三業務上必要ナル注意ヲ怠ルトハ如何ナル場合ヲ謂フヤノ三點ヲ説明スルハ最モ必要ナルヘシ。

一 業務ノ意義。業務トハ官職、職業、營業等ニシテ自ら選擇シタル吾人ノ生

活ニ於ケル地位ヲ謂フ。故ニ自然ニ有スル身分上ノ關係ノ如キハ業務ト謂フ能ハス。故ニ例ヘハ父母ハ子ノ身體及ヒ財産ニ付キ相當ニ之ヲ監護スルノ義務アリテ此監護義務ノ執行ハ一種ノ業務ノ如ク見ユルモ是レ自然ニ生シタル身分關係ヨリ發スルモノナルヲ以テ之ヲ業務ト謂フ能ハス。之ニ反シテ官職、職業、營業等ハ吾人ノ生活ニ於テ自ラ選擇シタルモノナリ(註四)。最モ官職中ニハ自ラ選擇セサルモノナシトセサレトモ官途ニ就クコトハ自ラ選擇シタルモノト謂フヘシ。而シテ人ハ斯ル業務ヲ有スルト同時ニ業務上ノ必要ナル注意ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔シタルモノト謂フヘシ。

(註四) フランク氏ハ同様ナル説明ヲ爲セリ。而シテ獨逸帝國裁判所モ此見解ヲ採用ス。(Frank, in § 222 & 621.)

業務執行ノ範圍

二 業務上ノ行爲ト否トノ區別。行爲カ業務執行中ナルトキハ業務上必要ナル注意ヲ爲スヘキハ勿論ナリ。同シク業務ニ關スル行爲中ニ於テモ業務ノ執行ニ直接ナル行爲アリ又間接ナル行爲アリ。或ハ業務執行ニ主要

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

ヲ指稱スルモノニシテ業務執行ニ間接ニシテ且從屬スル行為ハ之ヲ業務上ノ行為ニ非スト解スルヲ相當ナリト思考スルモノナリ。若シ斯ノ如キ解釋ヲ採ラサルトキハ前例ノ場合ト同シク非常ナル不都合ノ結果ヲ生スヘシ。例ヘハ學生カ娛樂ノ爲メ自轉車ヲ以テ市中ヲ乘リ廻シ爲メニ幼兒ヲ轢殺シタルトキハ業務ノ執行中ノ行為ニ非サルコトハ何人モ異論ナカルヘシト雖モ產婆カ妊婦ノ急ナル招キニ應セントシテ自轉車ヲ以テ馳付クル途中ニ於テ幼兒ヲ轢殺シタル場合ニ於テハ是レ業務執行ニ間接ナル行為ト謂フヲ得ヘシ。以上二者ノ場合ニ於テ若シ反對說ヲ採ルトキハ前者ハ之ヲ一般ノ過失致死罪ニ問ヒ後者ハ之ヲ業務上ノ不注意ニ因ル過失致死罪ニ問ハサルヲ得サルカ如キ不權衡ヲ生スヘシ(註五)。

(註五) 獨逸帝國裁判所 オルスハウゼン等ハ業務執行ニ間接ニシテ且從屬スル行為モ亦職業上ノ行為ナリト解スルモノナリ (Et. 34. 67. Ols. zu § 322.) 之ニ反シテフランク氏ハ業務執行ニ直接ナル行為ノミチ以テ業務上ノ行為ナリト説明ス。本罪ハ之ニ從ヒタルモノナリ (Vergl. Frank, zu § 322.)

業務上
注意ナル注

三 業務上必要ナル注意。特定ノ業務ヲ有スル者ハ通常人カ有スル注意義務ノ外尙ホ業務上必要ナル注意ヲ爲スノ義務ヲ有スルモノアリ。故ニ特定ノ業務ヲ有スル者ノ一般的注意(客觀的)ノ程度ハ常人ニ比シ高度ノモノタルコトアルヘク又ハ其注意義務ハ常人ノ有スル注意ノ義務ニ新ニ附加セラレタルモノタルコトアルヘシ。然レトモ行為者カ果シテ其負擔シタル業務上ノ注意ヲ怠リタルヤ否ヤニ關シテハ行為者ノ個人的能力ノ如何ニ依リ之ヲ決セサル可カラス。故ニ此場合ニ於テモ一般ノ場合ト異ナルコトナシ(註六)。

務ノ外尙ホ業務上必要ナル注意ヲ爲スノ義務ヲ有スルモノアリ。故ニ特定ノ業務ヲ有スル者ノ一般的注意(客觀的)ノ程度ハ常人ニ比シ高度ノモノタルコトアルヘク又ハ其注意義務ハ常人ノ有スル注意ノ義務ニ新ニ附加セラレタルモノタルコトアルヘシ。然レトモ行為者カ果シテ其負擔シタル業務上ノ注意ヲ怠リタルヤ否ヤニ關シテハ行為者ノ個人的能力ノ如何ニ依リ之ヲ決セサル可カラス。故ニ此場合ニ於テモ一般ノ場合ト異ナルコトナシ(註六)。

(註六) 異說 一般ノ場合ト異リ業務上ノ注意ノ程度ハ客觀的ニ判斷スヘキモノトス。泉ニ新熊氏。氏曰ク「其注意ノ程度ハ其業務ノ性質ニ照シテ客觀的判斷セサル可カラス、一般ノ場合ニ於ケル過失ノ標準ト異ル點ナリ(日本刑法論七五頁)ト。

業務上必要ナル注意義務ノ内容如何ハ法令若クハ慣習ニ依リ定マルモノトス。其各場合ニ付キ詳細ニ説明スルカ如キハ殆ト不能ニ屬ス。而シテ業務上必要ナル注意ヲ怠リ人ヲ死ニ致ス最重要ナル場合ハ醫師ノ過失致死ナリトス。業務上必要ナル注意ヲ怠ルニ基クモノ、一例トシテ左

ニ醫師ノ過失致死ニ付キ梗概ヲ説明スヘシ。

(一) 醫師ノ不勉勵 (Unlöss) ニ因ル致死。即チ醫術上其爲スヘキコトヲ爲サスシテ人ヲ死ニ致スカ如キハ業務上必要ナル注意ヲ怠リ人ヲ死ニ致シタルモノナリ。例ヘハ醫術ノ命スル所ニ依レハ相當ノ時期ニ投藥又ハ手術ヲ爲サ、ル可カラサルニ拘ハラズ醫師カ之ヲ爲サス因テ人ヲ死ニ致シタル如キ又醫師カ手術ヲ爲スニ當リ不注意ニモ防腐消毒ヲ忽ニシタルカ爲メニ人ヲ死ニ致シタルカ如キハ其例ナリ。産婆カ後産ノ始末ヲ爲サス之カ爲メ産婦カ死亡シタル場合モ亦同シ(註七)。

(註七) 同說 獨逸帝國裁判所判例、フランク氏 (E. 15, 151; Frank, zu § 322.)。

(二) 不熟練 (Unkunst) 又ハ手術ノ錯誤 (Kunstfehler) ニ因ル致死。積極的ニ誤レル處置即チ醫學ノ命スル所ニ反スル處置ヲ爲シタルカ爲メ人ヲ死ニ致シタル場合ノ如キハ醫師ノ業務上ノ必要ノ注意ヲ缺キ人ヲ死ニ致シタルモノト謂フヘシ(註八)。例ヘハ出産後未タ數日ヲ經過セサル産婦ニ

多量ノ下劑ヲ服用セシメ以テ産婦ノ死亡ヲ來スカ如シ。若シ醫師自身カ一定ノ病人ニ對シ施スヘキ相當ノ處置ニ付キ智能ヲ有セサリシコトヲ知了シタリト認メ得ヘキ場合ニ於テハ醫師カ患者ニ對シ爲シタル不相當ナル處置ハ直ニ之ヲ以テ醫師ニ罪責アル行爲ナリト斷定シ得ヘシ(註九)。換言スレハ醫師カ確信ヲ有セス試驗的ニ爲シタル投藥若クハ施術ニ因ル致死ハ常ニ過失殺ナリ。又實際上ノ必要ヨリ之ヲ言フモ醫師カ確信ナクシテ試驗的ニ多分宜シカルヘシトノ輕信ニ基キ試驗的ニ投藥若クハ施術シ因テ人ヲ死ニ致スノ行爲ハ之ヲ嚴罰スルヲ相當ナリト謂ハサルヲ得ス。之ト例ヲ異ニシ醫師カ學術上若クハ實驗上ヨリ得タル確信ニ基キ相當ト思料シタル投藥若クハ施術ヲ爲シタルトキハ假令之カ爲メ死ノ結果ヲ生スルモ醫師ニ罪責アリト謂フ能ハス。

(註八) 同說 獨逸帝國裁判所判例、フランク氏 (E. 15, 151; Frank, zu § 322.)。

(註九) 同說 獨逸帝國裁判所判例、フランク氏 (E. 15, 151; Frank, zu § 322.)。

第四款 刑罰

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

第五款 最近立法例ノ定ムル過失致死罪

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ノ定ムル過失致死罪(我刑法第二條第二十條第二十條)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過失致死罪ノ大要。

草案ハ過失致死ヲ分テ(一)通常ノ過失致死(二)業務上ノ過失致死ト區別スル點ハ我刑法ノ規定ト異ナラス。

- (一) 通常ノ過失致死、三年以下ノ禁錮又ハ拘禁ヲ以テ處罰ス(條一一九)。
- (二) 業務上ノ過失致死、行爲者カ官職職務職業等ニ依リ負擔スル特別ノ注意義ヲ怠リ人ヲ死ニ致スノ所爲、五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(條二一九)。

過失致死
罪ニ對ス
ル刑罰
之ヲ相
對シテ
得ヘキ
トナシ

第二 奧太利刑法準備草案ハ單ニ過失ニ因リ人ヲ重キ傷害ニ致シ若クハ死

ニ致スノ罪ヲ規定シ二週日以上二年以下ノ禁錮又ハ拘禁ヲ以テ處罰シ尙ホ五千クロー子以下ノ罰金ヲ附加スルヲ得ヘキ旨規定セリ(三一二條四號及ヒ一六六項)。

第六款 評論

二個人ノ法益中最モ重大ナルモノハ人ノ生命ナリ。生命タル法益消滅スレハ他ノ法益モ亦從テ消滅スヘキナリ。故ニ生命ニ對スル法益ヲ保護スルコト厚カラサル可カラサルハ何人モ異論ナカルヘシ。生命ヲ害スル罪ニ對シ重刑ヲ科スルハ生命タル法益ヲ保護スルノ厚キ所以ヲ示スモノニシテ且法律ヲ以テ生命ナル法益ヲ重大視スヘキコトヲ明ニスルモノナリ。左レハ各國ノ立法例ニ於テ過失ニ因ル生命ヲ害スル罪ニ擬スルニ自由刑ヲ以テスルヲ常トシ罰金刑ノミヲ以テ罰スルノ例甚々尠シ。此點ハ前掲最近立法例カ之ヲ示スニ止マラス多數ノ立法例(例ハ獨逸現行刑法二二條、露威刑法二三八條、西亞刑法四六條、和蘭刑法三七一條、瑞西刑法六一條ノ如キハ孰レモ自由刑ヲカ之ヲ示ス所ナリ。然ルニ我刑法ハ以テ罰金刑ト共ニ自由刑ト共ニ科ス)カ之ヲ示ス所ナリ。然ルニ我刑法ハ

過失ニ因リ生命ヲ害スル罪ヲ罰スルニ金刑ヲ以テスルヲ原則トシ僅カニ業務上ノ過失ニ因リ人ノ生命ヲ害シタル場合ニ自由刑ヲ科スルヲ得セシム。斯ノ如キハ決シテ生命ナル法益ヲ重大視シテ之ヲ厚ク保護スル所以ニ非サルノミナラス最近ノ立法例ト相距ル甚々遠シ。

第二節 生命以外ノ法益ヲ害スル所爲ニ基

ク致死罪

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

生命以外ノ法益ヲ害スル所爲ニ基ク致死罪ト區別

我刑法中生命以外ノ法益ヲ害スル行爲ニ基ク致死罪ト爲スヘキモノハ左ノ如シ。

- 一 瓦斯、電氣又ハ蒸汽ヲ流出セシムルニ因ル致死傷。傷害罪ニ比較シ重キニ從テ處罰ス(刑一八)。
- 二 陸路、水路又ハ橋梁ヲ損壞又ハ壅塞シテ往來ノ妨害ヲ生セシムルニ因ル致死傷。傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處罰ス(刑二四)。
- 三 人ノ現在スル汽車若クハ電車又ハ艦船ヲ顛覆覆沒又ハ破壞スルニ因ル致死傷。死刑又ハ無期懲役ヲ以テ處罰ス(刑二六)。
- 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。傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處罰ス(刑一四二、一四四)。
- 五 水道ニ山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。死刑又ハ無期若クハ五年以上ノ懲役

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

ヲ以テ處罰ス(刑一四)。其傷害ニ止マルモノニ對シテハ明文ヲ缺ク。

六 強姦強制猥褻又ハ幼者若クハ心神喪失者ニ對スル姦淫若クハ猥褻ニ因ル致死傷。無期又ハ三年以上ノ懲役ヲ以テ處罰ス(刑一八一七九條)。

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陵虐ノ行爲ヲ爲シ又ハ拘禁セラレタル者ヲ看守若クハ護送スル者之ニ對シ暴行若クハ陵虐ノ行爲ヲ爲スニ因ル致死傷。傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處罰ス(刑一六條)。

八 身體傷害ニ因ル致死。二年以上ノ有期懲役ヲ以テ處罰ス(刑一〇五)。被害者カ自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ナル場合。無期又ハ三年以上ノ懲役ヲ以テ處罰ス(刑一〇五)。

九 婦女ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ爲シタル墮胎ニ因ル致死傷。三月以上五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(刑二一)。行爲者ニシテ醫師產婆藥劑師又

ハ藥種商ナル場合。六月以上七年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(刑二二)。

一〇 婦女ノ囑託又ハ承諾ナクシテ爲シタル墮胎ニ因ル致死傷。傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處罰ス(刑二一五)。

一一 人ヲ遺棄シ又ハ生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ルニ因ル致死傷。傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處罰ス(刑二一九二一七)。

一二 逮捕監禁ニ因ル致死傷。傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處罰ス(刑二二條)。

一三 強盜致死。死刑又ハ無期懲役ヲ以テ處罰ス(刑二四)。強盜傷人。無期又ハ七年以上ノ懲役ヲ以テ處罰ス(刑二四)。

一四 強盜強姦ニ因ル致死。死刑又ハ無期懲役ヲ以テ處罰ス(刑二四)。

一五 他人ノ建造物又ハ艦船ノ損壞ニ因ル致死傷。傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處罰ス(刑二六)。

尙ホ放火及ヒ溢水ニ因ル致死傷並ニ鐵道若クハ其標識ヲ損壞シ燈臺又ハ

浮標ヲ損壞シ又ハ其他ノ方法ヲ以テ汽車、電車若クハ艦船ノ往來ニ危險ヲ生
セシムルニ因ル致死傷ハ我現行法ニ於テ其明文ヲ缺ク。

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

第二類 生命ヲ危ウスル罪

第四章 生命ヲ危ウスル罪

第一節 生命ヲ危ウスル罪ノ觀念

所爲自身ハ直接ニ人ノ生活機能ヲ喪失スヘキ原因ヲ爲スモノト言フ能ハ
サルモ其所爲ハ人ヲシテ其生活機能ヲ喪失セシムルコトアルヘキ危險ニ移
スモノタルコトアリ。斯ル所爲ハ之ヲ人ノ生命ニ對シ危險ヲ與フルノ所爲
又單ニ生命ヲ危ウスル罪ナリトス。例ヘハ刀ヲ以テ人ニ斬リ付クルカ如キ
ハ人ノ生命ニ對シ危險ヲ與フルノ所爲ト言ハンヨリハ寧ロ人ノ生命ニ現實
ノ侵害ヲ加フルノ行爲ナレハ之ヲ生命ヲ害スル罪即チ殺人罪ヲ構成スト雖
モ之ニ反シテ例ヘハ老幼不具疾病ノ爲メ扶助ヲ要スヘキ者ヲ遺棄スルカ如
キハ場合ニ依リ他人ニ救護セラレヘク又場合ニ依リ其生命ヲ喪失スルコト
アルヘキヲ以テ斯ノ如キ行爲ハ人ノ生命ニ對シ現實ノ侵害ヲ加フルニ非ス

生命ヲ危
ウスル所
爲トスル
所爲スル

シテ人ノ生命ニ對シ危險ヲ與フルノ所爲ナリトスヘキナリ。

故意ヲ以テ人ノ生命ニ對シ危險ヲ與フルノ行爲ノ全部ハ生命ヲ危ウスル罪ニ屬ス。此意義ヨリスレハ第三章第二節ニ列擧シタル致死ノ原因タル各犯罪行爲ハ勿論其他苟モ死タル結果ヲ發生シ得ヘキ處アル犯罪行爲ハ悉ク之ヲ生命ヲ危ウスル罪ナリト謂フヘシ。然レトモ茲ニ説カントスル所ノ生命ヲ危ウスル罪トハ他ノ法益ヲ害セスシテ專ラ生命タル法益又ハ之ト密接ノ關係アル身體タル法益ニ對シ危險ヲ與フル行爲ヲ指稱ス。身體ハ生命ト密接ノ關係ヲ有シ生命ヲ害セラル、トキハ之ト同時ニ身體モ害セラレ身體ヲ害セラル、コト大ナルトキハ同時ニ生命ニ危險ヲ及ホスコトアルヲ以テ生命ニ對シ危險ヲ與フル行爲ハ同時ニ身體ニ對シ危險ヲ與フル行爲ナリ。生命ニ關スル法益ヲ完全ニ保護セント欲セハ生命ヲ危ウスヘキ特種ノ犯罪ヲ罰スルヲ以テ充分ナリト爲サス一般ニ生命ニ危險ヲ及ホスヘキ行爲ハ脱漏ナク之ヲ罰セサル可カラス。是レ、學者人ハ生命ニ危險ヲ及ホスハ行爲

ニ付キ、一般的規定ヲ設ケンコトヲ主張スル所以ナリ(註一)。若シ斯ノ如キ規定ナキトキハ如何ニ人ノ生命ニ危險ヲ及ホスヘキ行爲ト雖モ人ノ生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生セサルトキハ之ヲ處罰スル能ハサルヘシ(註二)。外國ノ立法例ニ於テハ既ニ斯ノ如キ規定ヲ設ケ又ハ設ケントスルモノアリ(註三)。

(註一) ヘルマン、ソヰフェルト氏ハ斯ル一般的规定ハ故意アル行爲ニ限ルヘシト論セリ (Gefährdung der I. K. V. N. 450)。之ニ反シテリスト、ストース氏等ハ故意ニ基ク此種ノ行爲ハ過失ノ場合ニ及ホスヘシト提案セリ (Vergleichende Darstellung Des. Teil V. S. 151 ff.)。

(註二) 例ハ自働車ニテ最急速力ヲ以テ村落ヲ疾行スルカ如キ人命ニ最モ危險ヲ與フル行爲其他之ニ類スル行爲ヲ爲スモ特別ナル法律ノ存スルニ非サレハ之ヲ罰スルヲ得ス (C. Titenthal. N. 318)。

(註三) 千九百九年埃太利刑法準備草案ハ遺棄、決闘等ニ關シ詳細ナル規定ヲ爲シタルニ止マラス尙ホ同第三百十一條ハ一般ニ故意ヲ以テ生命、身體、健康ニ危險ヲ及ホスヘキ行爲ヲ罰スヘキ旨ヲ規定シ同第三百十二條ハ過失ニ因リ入ノ生命、身體、健康ニ危害ヲ及ホス行爲ヲ罰スヘキ旨ヲ規定セリ。又印度刑法第三百三十六條及ヒ千九百三年ノ瑞西刑法草案第六十八條モ斯ノ如キ規定ヲ設ケタリ。

我法令ニ於テ認メタル生命ヲ危ウスル罪ハ第一遺棄罪(刑二一九條)第二決闘ニ關スル罪(明治三四年法律)ノ二ト爲スヘキコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ。

第二節 遺棄罪

第一款 遺棄罪ノ觀念

遺棄罪ハ人ノ生命ニ危險ヲ與フルヲ以テ其性質トスルコトハ刑事法學ニ於ケル碩學大家ノ一致スル所ニシテ最近立法例ノ等シク認ムル所ナリ。千九百二年ノ諾威刑法ハ遺棄罪ヲ以テ人ノ生命、身體及ヒ健康ニ對スル罪ノ中ニ規定ス。千九百三年ノ露西亞刑法ハ第四百八十九條乃至第四百九十七條ニ於テ詳細ナル規定ヲ設ケ其法條中ニ生命ニ危險ヲ與フル罪ナルコトヲ示スヘキ文字ヲ使用セリ。千九百九年ノ獨逸刑法準備草案ハ第十六章生命ニ對スル重罪輕罪ノ中ニ遺棄罪ヲ規定セリ。同年ノ埃太利刑法準備草案モ亦遺棄罪ヲ規定シタル第三百十三條第三百十四條ニ於テ該罪カ生命ニ對スル危險ヲ與フル罪ナルコトヲ認ムヘキ明文ヲ掲ク。我刑法ニ於テハ遺棄罪カ如何ナル性質ヲ有スルヤハ法條ノ上ニ於テ明ニ之ヲ認ムヘキ文字ナシト雖モ遺棄罪ノ性質ハ最近立法例ト敢テ異ナル所ナカルヘシ(註四)。

(註四) フォン・ビルクマイヤー、フォン・リスト、フランク、アルフェルト、マイヤー、ピンチンク、ヘリング其
他刑事法學ノ碩學大家ハ孰レモ遺棄罪ヲ以テ生命ニ危險ヲ與フルノ所爲ナリト解セサルモノナシ。而シテ之ニ對シ
テ有力ナル反對論者アルヲ聞カス。此點ハ最近ノ立法例ニ於テ等シク之ヲ認ムルノミナラス方今文明各國ノ現行法
ノ解釋トシテモ學者ノ異論ナキ所ナリ。例ヘハ獨逸現行刑法ノ法文(第二二二條)ハ我法文(第二二七條第二八條)
ト大體ニ於テ殆ト一致スルモノト謂フモ可ナリ。而シテ獨逸現行刑法ノ解釋トシテハ遺棄罪ヲ以テ人ノ生命ニ危險
ヲ與フル罪ナリトノ解釋ニ一致セリト謂フモ大過ナシ。尙ホ此點ニ付テハ(本章註一〇)參照。

第二款 一般遺棄罪

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

第一 容體

老幼不具又ハ疾病ノ爲メニ扶助ヲ要スヘキ者タルヲ要ス。扶助ヲ要スヘキ者トハ獨立シテ生存スルコト能ハサル者ヲ謂フ。更ニ之ヲ詳言スレハ本人ノ獨力ヲ以テ其生命ニ對スル危險ニ對抗スル能ハサル者ヲ謂フ。換言スレハ外部ヨリ來ル生命ニ對スル危險ニ對抗スル能ハサル者ハ勿論本人ノ獨力ヲ以テ其生命ヲ持續スル能ハサル者ヲ指稱ス。例ヘハ二三歳ノ孩兒ヲ寂

莫荒蕪ノ土地ニ遺棄スルトキハ孩兒ハ野獸ノ襲撃等外部ヨリ來ル危險ニ對抗スル能ハサルノミナラス其生存ヲ持續スヘキ營養資料ヲ得ル能ハサルカ如シ。尙ホ遺棄罪ノ客體ハ扶助ヲ要スヘキ者タルヲ以テ充分ナリト爲サス其扶助ヲ要スルニ至レルハ老幼不具又ハ疾病ノ三者ニ基クヲ要ス。是レ法文ニ遺棄罪ノ客體タルヘキ者ヲ以上ノ三原因ニ基キ扶助ヲ要スルニ至レル者ニ限リタルヲ以テナリ。故ニ此三者以外ノ事故ニ因リ扶助ヲ要スヘキ者ハ遺棄罪ノ客體タルモノニ非ス。例ヘハ老幼者不具者又ハ病者ニ非サル者ニシテ手足ヲ縛セラレタルカ爲メ扶助ヲ要スルコト疑ナキ場合ト雖モ此者ハ遺棄罪ノ客體タルコト能ハサルカ如シ。故ニ斯ノ如ク扶助ヲ要スルニ至リタル原因ヲ特定スルトキハ法益ノ保護ヲ貫徹スル能ハサル憾アリ。左レハ最近ノ立法例ニ於テハ單ニ扶助ヲ要スヘキ者タルヲ要スト規定シ其扶助ヲ要スルニ至レル原因ヲ明規セサルモノアリ。又之ヲ明規スルモ例示的ニ記載スルモノアリテ我法文ノ如ク列記的ニ規定セス(註五)。

(註五) 千九百九年獨逸刑法準備草案第二百十八條ノ如キハ單ニ扶助ヲ要スヘキ者ヲ遺棄云々ト規定シ其扶助ヲ要スルニ至レル原因ハ特ニ之ヲ定メス。千九百三年ノ露西亞刑法第四百八十九條以下ニ於テハ幼年、不具、疾病、不知覺其他ノ理由ニ因リ自衛スル能ハサル境遇ニアル者云々ト規定セリ。千九百九年ノ現太利刑法準備草案第三百三條ハ小兒其他精神上若クハ體力上ノ狀態ニ因リ自衛スル能ハサル者云々ト規定セリ。

法文ノ所謂疾病トハ身體又ハ精神ノ不健全ナル状態ヲ指稱スルモノナレハ疾病ナル概念中ニハ泥酔モ亦包含スヘキモノトス。故ニ酩酊ノ度甚クシクシテ身體及ヒ精神カ不健全ニ陥リタルトキハ其状態ノ繼續スル間ハ之ヲ病者トシテ遺棄罪ノ客體タルヘキモノトス(註六)。

(註六) 同題旨 獨逸帝國裁判所判例、フランク氏 (E. 5, 305; Frank, zu § 321)。
 異說 泥酔シテ前後不覺ト爲ル者ハ法文ノ所謂疾病ハ中ニ入ラス。勝本剛三郎氏。
 氏曰ク「茲ニ問題ト爲ルハ泥酔ヲ以テ前後不覺ト爲レル者ハ何レニ屬スヘキヤ是ナリ。此中(疾病)ニ入ラサルナリ。斯ル場合ニハ警察上ノ處分ニ該ルモ本罪ニ當ラズ」(刑法各論講義三〇章遺棄罪)ト。

第二 主體

何人ト雖モ責任能力者ハ一般遺棄罪ノ主體タルコトヲ得ルモノトス。故ニ老幼者不具者又ハ疾病者ヲ扶助スヘキ法律上ノ義務ナキ者ハ勿論事實

上何等ノ義務ヲ有セサル者ト雖モ此罪ノ主體タルコトヲ得。例へハ未聞未見ノ人カ偶道路ニ遊戯シ居ル幼兒ヲ欺瞞シテ寥闕無人ノ山野ニ伴ヒ之ヲ遺棄スルカ如キハ遺棄罪ヲ構成スルカ如シ。此點ハ保護ノ責任アル者ノ遺棄罪ト異ナル所ナリ。刑法第二百十八條(保護責任アル者ノ遺棄罪)ノ遺棄罪ノ主體タルヘキ者ハ保護ノ責任アル者タルコトヲ明規シタルニ拘ハラヌ第二百十七條(一般ノ遺棄罪)ノ主體タルヘキ者ニ付キ何等規定ナキヨリ之ヲ觀レハ如上ノ如ク之ヲ解釋セサルヲ得ス。然ルニ反對ノ解釋ヲ採用シ扶助ヲ要スヘキ者ヲ扶助スヘキ法律上又ハ事實上ノ義務ヲ有スル者若クハ道德上一種ノ義務ヲ有スル者ニ限リ本罪ノ主體タルヲ得ルモノト爲サハ前例ノ如ク被害者ト何等ノ緣故ヲ有セサル未聞未見ノ人カ道路ニ遊戯シ居ル幼兒ヲ他ニ遺棄スルノ行爲ハ罪ト爲ラスト爲サ、ルヲ得サルニ至ラン(註七)。

(註七) 罪説ナルカ如シ。一般ノ遺棄罪ハ法律上又ハ事實上ハ義務ヲ有スル者ニ非サレハ此罪ハ主體タルヲ得ストハルモノハ如シ。勝本勘三郎、泉二新熊氏。勝本勘三郎氏曰ク「遺棄ノ主體一般ノ場合ニアリテハ現在看護扶養ノ地位ニ在ル者ナリ然レトモ第二百十八條ニ

保護スヘキ責任アル者トセルニ依レハ必スシモ責任ナクトモ犯罪ノ主體タルヲ得ト考ヘラル、特ニ法律上保護スル責任ナクトモ保護ヲ要スル地位ニ立テル者モ犯罪ノ主體タルコトヲ得。然レハ先ツ父母、戸主、其他世話セル者皆此主體ナリ、尙ホ此他例ヘハ下宿屋、旅人宿ニシテ其客人カ不具又ハ疾病ニシテ厄介チカクル場合ニシテ日々食込ム計リナルヲ以テ遺棄スル場合モ本罪ヲ構成ス、然レトモ保護ヲ要スヘキ地位ハ自然ノ狀態ニ置カレタルコトヲ要ス、無理ニ保護ヲ要スヘキ地位ニ置カレタル者(事實上ニシテ法律上ニ非ス)例ヘハ不知ノ間ニ他人カ誘導シ來リタルカ如キ、無理ニ其所ニ抛リ置レタルカ如キ、又保護人カ立去リタル場合ニ其家主等カ之ヲ保護セサルモ本罪ヲ構成セス、少クトモ自然ニ斯ル地位ニ置カレタル者ナルヘシ(刑法各論講義三〇章遺棄罪)ト。泉二新熊氏曰ク「保護責任ナキ者ノ犯シタル場合、保護責任ナキ者カ單純ニ保護ヲ與ヘストノ事實ニ因テ刑責ヲ負擔セス、而シテ保護セスト云フノミニテハ遺棄ニ非ス、從テ例ヘハ道路遊兒アリ通行人之ヲ扶助セシメテ通過スルモ遺棄罪ヲ以テ保スルコトヲ得ス、遺棄ハ遺棄者ト被遺棄者トノ間ニ於ケル特別ノ扶助可能狀態ヲ場所的障礙ニ因テ變更スルヲ條件トスルカ故ニ同居又ハ同行等ノ關係アリタル場合ニ非サレハ本罪ハ成立ヲ認ムルコトヲ得ス、(日本刑法論七六一頁)ト。以上ノ如ク遺棄ノ主體ハ法律上若クハ事實上扶助ヲ爲ス義務ヲ負擔スル者ニ限ルトノ解釋ヲ採ラサルヲ得サルニ至リタル所以ハ遺棄罪ヲ構成スヘキ所爲ニ付キ何等ノ區別ヲ爲サズ遺棄ノ觀念中ニ常ニ抛置ヲ包含スルモノ、如ク思料スルニ基クモノ、如シ。

第三 所爲

遺棄罪ハ遺棄ノ行爲アルニ依リ成立ス。遺棄ニハ廣狹ノ二意義アリ、狹義

遺棄ノ實
狹ノ二義

ニ於ケル遺棄 (Aussätzen im engeren Sinn) トハ扶助ヲ要スル者ヲ其從來保護セラレ居リタル場所ヨリ保護ヲ期待スル能ハサル場所ニ移スヲ謂フ。故ニ狹義ノ遺棄ノ概念ヨリスレハ遺棄ハ扶助ヲ要ス可キ者(體)ヲ一定ノ場所ヨリ他ノ場所ニ移ス行爲アルコトヲ必要トス。左レハ狹義ノ遺棄ノ概念中ニハ扶助ヲ要スル者ヲ現場ニ差置キ去ル行爲即チ抛置 (Verlassen) ノ場合ヲ包含セス。之ニ反シテ廣義ノ遺棄ノ概念中ニハ狹義ノ遺棄ノ場合ハ勿論生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ル場合ヲ包含ス。生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、トハ獨リ抛置ノ場合ノミナラス生存ニ必要ナル諸般ノ保護ヲ爲サ、ル場合ヲ包含ス。

然レトモ本罪(棄罪)ハ狹義ノ遺棄タル行爲アルニ依テ成立ス。故ニ本罪ヲ構成スルニハ扶助ヲ要スヘキ者ヲ其從來保護セラレ居リタル場所ヨリ他ノ場所ニ移スノ行爲アルコトヲ必要トス。故ニ單ニ扶助ヲ要スル者ヲ現場ニ差置キ去ル行爲即チ抛置ニ過キサル行爲アリタルノミニテハ本罪ヲ構成スルニ必要ナル遺棄ノ行爲アリト謂フヲ得ス。之ヲ要スルニ一般遺棄罪

抛置ハ遺棄ニ非ス

ハ狹義ノ遺棄ナル積極的ノ所爲即チ行爲アルニ依リ成立スルモノニシテ抛置ノ如キ消極的ノ所爲即チ不行爲アルノミニテハ本罪ヲ構成スルニ足ラス。凡ソ不作爲ヲ罰スルハ常ニ行爲者ニ何等カノ義務アル場合ニ限ルトスルヲ以テ一般ノ法理トスルヨリ之ヲ觀ルモ如上ノ解釋ノ誤ラサルコトヲ知ルヘキナリ。最近ノ立法例ニ由リ之ヲ觀ルモ抛置 (Verlassen) ノ行爲ヲ罪ナリトシテ罰スルハ常ニ法律上若クハ事實上ノ義務アル場合ニ限ルモノトセサルハナキニ依ルモ亦如上ノ解釋ノ誤ラザルヲ知ルヘキナリ(註八)。然ルニ學者或ハ何等ノ義務ナキ者ノ犯シ得ヘキ一般遺棄罪ノ概念中ニ抛置ノ意義ヲモ包含スルカ如ク思料スルカ如キハ當ニ不都合ノ結果(參照)ヲ生スルノミナラス如上ノ法理ニ悖リ且近世ノ立法例ニ反スルモノナリ(註九)。

(註八) 千九百二年ノ舊刑法第二百四十二條第二項、千九百三年ノ露西亞刑法第四百八十九條以下、千九百九年獨逸刑法準備草案第二百十八條第一項ノ如キハ孰レモ抛置 (Verlassen) ナ行爲者ニ扶助ノ義務アル場合ニ限ルヘキコトヲ示スヘキ明文アリ。

(註九) 聖說 他ノ場所ニ移スコトハ、從來ノ場所ニ抛置スル場合モ此罪ハ遺棄ナリト爲ス。牧野英一、勝本勘三郎、

泉二新熊諸氏。

牧野英一氏曰ク「遺棄ニハ二個ノ場合ヲ區別スルコトヲ得可シ。其一ハ被保護者ヲ他ノ場所ニ運搬スル場合ナリ、其二ハ被保護者ヲ置去ニスル場合ナリ（中略）。但此場合（保護ノ義務ナキ者カ遺棄スル場合）ニ關シテモ二個ノ區別アリ。第一ハ同居同行等ノ場合ハ如ク一定ノ場所ニ共同シテ居住スル場合ナリ。此場合ニ於テ一人カ他ヲ遺棄スルハ犯罪ヲ構成ス。蓋シ此場合ニ於テハ法令又ハ契約ニ基キ特別ノ義務ナキモ公ノ秩序善良ノ風俗ヨリ論シテ保護ヲ爲スノ必要トスルナリ。換言スレバ刑法第二百十七條ニ規定セラル、遺棄罪ハ契約又ハ他ノ法令ニ基キ義務ニ違背スルニ非スシテ同法條ノ反面ニ於テ認メラレタル所ノ義務ニ違背スル罪ナリトス。惟フニ絕對ニ保護義務ナキ所ニ遺棄罪ノ成立ヲ見ルノ理ナシ。唯其義務カ他ノ法令又ハ特別ナル行為ニ依リ定メラレタルモノニ非サルカ故ニ茲ニ之ヲ保護義務ナキ場合ト謂フノミ。而シテ法律ハ斯ノ如キ場合ニ於ケル保護義務ノ要件ニ關シテ何等ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ其義務ノ發生ハ社会的常規、即チ公ノ秩序、善良ノ風俗ノ命スル所ニ依テ之ヲ定メサル可カラス（刑法通義三〇七頁）ト。勝本勘三郎氏曰ク「遺棄トハ此等ノ犯罪ノ客體ト爲レル者カ從來留マレル場所ヨリ他ニ移スコトナク。置去リニスル場合ハ此場合ニ入ラスト雖モ立法ノ精神ハ扶養ヲ要スヘキ者ニシテ扶養ヲ受クルコト能ハサル身ヲ他ニ置クヲ謂フナルニ依リ文字上ニテハ前述ノ如シト雖モ今迄扶養又ハ保護セル者カ其場所ヨリ特ニ違カルコト即チ消極的ニ遺棄スル場合ニモ亦此中ニ入レテ可ナリ。爰ニ於テ遺棄罪ハ他ニ移スコトナラス其義務アル者カ踪跡ヲ失ヒテ顧ミサルモノヲ包含ム（刑法講義三〇章遺棄ノ罪） 泉二新熊氏曰ク「遺棄ハ場所ノ隔離ナリ。從來ノ生活上ノ場所ヨリ他ノ場所ニ被害者ヲ移スニ因テ之ヲ隔離スル場合及ヒ被害者ヲ從來ノ場所ニ止メ犯人カ其場所ヲ去ルニ因テ隔離スル場合共ニ遺棄タリ」（日本刑法論七六〇頁）ト。而シテ勝本、泉二兩氏ノ如上

ノ說明ハ本罪及ヒ保護ノ義務アル者ノ遺棄罪ニ付テノ共通ノ說明ナレハ拋置カ本罪ノ遺棄ナル觀念中ニ包含セラレ、モノト爲シタルコト明ナルノミナラン尙ホ此題旨ハ他ノ說明ニ於テ之ヲ親フヲ得ヘシ（本章註七）參照。

本來遺棄罪ハ前既ニ述ヘタルカ如ク人ノ生命ニ危險ヲ及ボスノ所爲ナルヲ以テ行爲者カ假令扶助ヲ要スヘキ者ヲ他ノ場所ニ移スコトニ因リ何等生命ニ危險ヲ與フルコトナキ場合ニ於テハ遺棄罪ヲ構成セサルモノトス。故ニ扶助ヲ要スヘキ者ヲ他ノ場所ニ移スコトノ行爲カ犯罪ヲ構成スルニハ其從來保護セラレ居リタル場所ヨリ保護ヲ期待スル能ハサル場所ニ移スコト必要トス。左レハ被害者ヲ一定ノ場所ヨリ他ノ場所ニ移シタル行爲アルモ其場所ニシテ確然保護セラルヘキコトヲ豫期シ得ヘキ場所ナルトキハ此罪ヲ構成スルコトナシ。之ニ反シテ其場所ニシテ確然保護セラルヘキコトヲ豫期シ能ハサルトキハ假令被害者カ偶然救護セラル、コトアルモ遺棄罪ノ構成ヲ妨クルコトナシ。故ニ例ヘハ三十分毎ニ巡查ノ警邏スルコト、爲リ居ル街路ニ孩兒ヲ捨テ置クカ如キハ之ヲ遺棄ト謂フ能ハス。何トナレハ巡查ハ扶

助ヲ要スヘキ者ヲ救護スル職務ヲ有スルヲ以テ其短時間内ニ必ス警邏スヘキ場所ニ孩兒ヲ置クモ孩兒ノ生命ニ危険ヲ及ホスコトナキコトハ何人モ之ヲ期待シ得ヘキ所ナレハナリ。之ニ反シテ例ヘハ時々私人ノ通行スルコトアルヘキ場所ニ孩兒ヲ捨テ置クカ如キハ遺棄罪ヲ構成スルモノトス。何トナレハ斯ノ如キ場合ニ於テ私人ヨリ救護ヲ受クルカ如キハ之ヲ必然期待シ得ヘキモノニ非スシテ其性質偶然ナル事項ニ屬スレハナリ(註一〇)。

(註一〇) 獨逸現行刑法第二百一十一條ニ於テハ扶助ヲ要スヘキ者ヲ遺棄シタル者ハ云々トアルコト恰モ我刑法第二百一十四條ト擇ム所ナシ。然レトモ遺棄ノ文字ヲ如上ノ如ク解釋スルニ至リテハ諸大家ノ既殆ソト一致スト謂フモ大過ナシ。例ヘハフォン・ビルクマイヤー、フォン・リスト、フランク等ノ諸氏異口同音ノ說明ヲ爲セリ (Vergl. v. Birkeneyer, 1163, v. List, § 90, Frank, zu § 221.)。而シテ獨逸帝國裁判所ノ判例ノ如キモ或ハ救護ヲ期待スル能ハサル場所ニ移ストキハ遺棄ナリト判示シ (H. R. 1163)。或ハ行為者ニシテ救護セラルヘシト確信シタル場合ニハ之ニ遺棄罪アリト言フ能ハスト判示セリ (H. R. 1163)。尙ホ最近ノ立法例ニ付キ之ヲ觀ルニ千九百九年ノ獨逸刑法準備草案ハ其現行法ト同一ノ文字ヲ採用セリ(二二八條)。千九百九年ノ奧地利刑法準備草案第三百條ハ扶助ヲ要スヘキ者ノ生命ニ危険ヲ及ホスヘキ地位ニ移ス云々ト規定シテ千九百二年ノ普威刑法第二百四十二條、千九百三年ノ露西亞刑法第二百八十九條以下ニ於テハ奧地利刑法準備草案ト同一ノ趣旨ヲ採ル。

尙ホ本邦學者ノ意見ハ左ノ如ク較ル。
同題旨 小崎傳氏。

氏曰ク「假令現在ノ狀況ヲ變スルモ被移轉者カ第三者ニ依テ救護セラルヘシトノ行為者ノ希望カ保證セラレ得ル場合ハ遺棄ト謂フコトヲ得ス。然レトモ單ニ第三者ノ救護ヲ得ルナラントノ希望ヲ置クニ止マルノミニテハ遺棄タルコトヲ妨グス」(日本刑法論各論六七九頁)ト。

異說 扶助セラレハコト確實ナル場合ト雖モ此罪ハ成立ヲ妨グス。勝本勘三郎、岡田朝太郎、牧野英一諸氏。

勝本勘三郎氏曰ク「佛國ニ於テ遺棄ト謂フハ扶助ヲ受クルノ途ヲ失ハシムルノ義ナルカ故ニ之ヲ遺棄スルモ全ク扶助ヲ受クルノ途ヲ失ハサル場合ニハ罪ヲ構成セスト雖モ我邦ノ規定ハ之ニ反シ單ニ遺棄シタル所爲ノミヲ以テ罪ト爲スニ足ル(中略)、蓋シ本罪ハ他ノ一面ニ於テ一種ノ風俗ヲ害スル罪ト謂フヲ得ヘケレハナリ」(刑法析義下卷一九四頁)ト。岡田朝太郎氏曰ク「救助ノ確實ナル方法ニ於テスルモ仍ホ罪ト爲ルカ、消極論多數ナルモ我國ニ於テハ反對ニ解スヘキモノ、如シ」(刑法講義二六一頁)ト。牧野英一氏曰ク「他ヨリ被遺棄者カ救助ヲ受クルコト確實ナル場合ニ之ヲ爲スモ尙ホ犯罪ノ成立ニ妨グナシ」(刑法通義一八版三五〇頁)ト。

參照スヘキ說明(雜解) 泉二新熊氏。
氏曰ク「遺棄ハ必スシモ寮闔無人ノ地ニ遺棄スルヲ要セス、又必スシモ被害者カ第三者ノ保護ヲ受クルノ希望ナキ状態ニ置カレタルコトヲ必要トセスト雖モ、確實ニ第三者ノ保護ノ下ニ在ル者ハ之ヲ遺棄スルコトヲ得サル場合アリ。之ヲ要スルニ場所的隔離アリト雖モ被隔離者ノ生命身體ニ對シ何等ノ危險状態ヲ生セサルトキハ遺棄罪ノ觀念ヲ具備セサルモノト認メサル可カラズ」(日本刑法論六七〇頁)ト。

第四 故意

遺棄罪ヲ構成スルニハ故意アルヲ要ス。過失ニ因ル遺棄ハ法律ノ認ムル所ニ非ス。遺棄罪ニ要スル故意ハ人ノ生命、身體ニ對シ危險ヲ與フルノ故意ナリ。人ノ生命、身體ニ對シ危險ヲ與フトハ生命、身體ニ對スル實害ノ生スルコトカ不明ナレトモ或ハ實害カ生スルコトアルヘキ狀態ニ移スヲ謂フ。其實害カ必ス生スヘキ場合ハ勿論必ス生スヘキモノト確定セサルモ多分生スヘキモノト豫期セラル、場合ニ於テハ是レ現實ノ侵害ヲ加フル行為ニシテ危險ヲ與フルノ行為ニ非ス。故ニ例ヘハ故意ヲ以テ五六歳ノ兒童ヲ寂莫無人ノ里道ニ遺棄スルカ如キハ遺棄罪ノ故意アリタルモノト謂フヲ得ヘク又例ヘハ故意ヲ以テ通行稀ナル深山ニ一二歳ノ孩兒ヲ遺棄スルカ如キハ殺人ノ故意アリタルモノト謂フヘシ。尙ホ殺人罪ニ要スル故意ト遺棄罪ニ要スル故意トヲ區別スヘキ要點ヲ擧クレハ前者ハ人ノ生命喪失タル實害ヲ生スヘキ必定故意若クハ不定故意タルヲ要スルモノナレトモ後者ハ斯ノ如キ故意ナク單ニ危險ナル狀態ニ移スノ故意ナリ。

第三款 保護ノ義務アル者ノ遺棄罪

第二百十八條 老者、幼者、不具者又ハ病者ヲ保護ス可キ責任アル者之ヲ遺棄シ又ハ其生存ニ必要ナル保護ヲ爲ササルトキハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス。自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ニ對シテ犯シタルトキハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス。

第一 主體

法律上又ハ事實上老者、幼者、不具者又ハ病者ヲ扶助スル義務ヲ有スル者ニ限リ此ノ罪ノ主體タルヲ得ヘシ。法律上ヨリスルモ又事實上ヨリスルモ斯ル扶助ノ義務ヲ有セサル者ハ一般ノ遺棄罪ノ主體タルヲ得ルモ本罪ノ主體タル能ハス。是レ法律カ明ニ本條ノ主體タル者ハ老者、幼者、不具者又ハ病者ヲ保護スヘキ責任アル者ト規定シタルニ由リテ之ヲ知ルヘキナリ。保護スヘキ責任ハ第一法律ノ規定ニ由リ生スルコトアリ。行為者ト被害者トノ親族關係ヨリ行為者カ被害者ヲ扶助スヘキ義務ヲ有スルカ如キ是ナリ。例ヘハ

保護義務
發生原因ノ
一

保護義務
ニ由リ生
スルコト
アリ

行爲者ト被害者トノ間ニ父子其他ノ親族關係アリテ之ヲ扶養スルノ義務ヲ負擔スル場合ノ如シ。第二保護スヘキ責任ハ行爲者カ事實上之ヲ引受クルニ由リ生スルコトアリ。此場合ハ之ヲ分テ(一)明示ノ行爲ニ由リ之ヲ負擔スル場合及ヒ(二)默示ノ行爲ニ由リ之ヲ負擔スル場合ノ二ト爲スコトヲ得。例ヘハ看護婦カ獨身ナル老病者ノ看護ヲ引受ケタル場合ニ於テハ看護婦ハ契約ニ由リ老病者ヲ扶助スル義務ヲ負擔シタルモノニシテ明示ノ行爲ニ由リ扶助ヲ要スヘキ者ヲ扶助スヘキ義務ヲ負擔シタル例ナリ。又例ヘハ幼者不具者ヲ同行シタルトキハ之ニ由リ當然之カ保護ヲ引受ケタリト言フヲ得ヘク又捨兒ヲ拾ヒ上ケタルトキハ之ニ由リ之ヲ扶助スルノ義務ヲ引受ケタリト言フヲ得ヘキ場合ノ如キハ默示ノ行爲ニ由リ扶助ヲ要スヘキ者ヲ扶助スヘキ義務ヲ負擔シタルノ例ナリ。故ニ看護婦カ老病者ヲ其室内ニ置去リテ何等ノ保護ヲ爲サ、ルカ如キ又同行者カ其伴ヒタル幼者不具者ヲ救護セラレヘキ見込不明ナル場所ニ置去ルカ如キ又一旦捨兒ヲ拾ヒ上ケタル者カ之

ヲ扶養セス又ハ相當官署ニ交付セス再ヒ元ノ場所ニ遺棄スルカ如キ所爲ハ共ニ遺棄罪ヲ構成スヘキモノト解セサルヲ得ス。之ヲ要スルニ法律上保護ノ義務アル者及ヒ明示又ハ默示ノ契約ニ由リ保護ノ義務ヲ負擔シタル者ハ本條ニ所謂保護ノ責任アル者ト解スルヲ得ヘク其然ラサル場合ト雖モ行爲者ノ行爲ニ由リ保護ヲ引受ケタルノ事實アリト認ムヘキ場合ニ於テハ民法事務管理ノ法則(義務ナクシテ他人ノ爲メ義務ノ管理ヲ爲メタル者ハ本人相テ其管理ヲ繼續スルヲ要ス)ノ準用ニ由リ扶助ノ義務ヲ負擔シタルモノト解スヘキナリ。茲ニ注意ヲ要スルハ行爲者ト扶助ヲ要スヘキ老幼者不具者又ハ病者トノ間ニ同居又ハ同行者ノ關係アルノ一事ニ由リ當然行爲者ハ老幼者等ヲ保護スヘキ責任アルモノト解スヘキモノニ非スシテ其責任アリト解スヘキハ同居又ハ同行ヲ爲シタル事情ノ内容ニ由リ老幼者等ヲ保護スヘキ責任ヲ負擔シタルモノト認ムヘキモノ存在スル場合ニ限ル(本章註七ニ於ケル勝本、泉二兩氏ノ)。

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

第二 所爲

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

生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ルノ所爲トシテ茲ニ説明スヘキハ拋置ナリ。扶助ヲ要スヘキ幼者若クハ老疾者ヲ寥閱無人ノ地ニ拋置スルカ如キハ生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ルノ最モ顯著ナル場合ナリトス。然レトモ生存ニ必要ナル保護ヲ爲サストハ獨リ斯ル行爲ノミニ限ルニ非ス其他ノ各種ノ場合ヲ想像スルコトヲ得ヘシ。例ヘハ父母カ隣室ニ病臥スル子ニ對シ藥品其他衣食ヲ供給セスシテ其生命ノ存續ニ必要ナル處置ヲ爲サ、ルカ如キ所爲

保護責任者ノ遺棄所爲

拋置

生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ルノ所爲トシテ茲ニ説明スヘキハ拋置ナリ。

是ナリ。

第四款 遺棄ニ因ル致死傷罪

第二百十九條 前二條ノ罪(一般遺棄罪及ヒ保護ノ義務アル者ノ遺棄罪)ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ傷害罪ニ比較シ重キニ從テ處斷ス。

行爲者ニシテ遺棄ノ行爲ニ因リ人ヲ傷害スルノ意ヲ以テ之ヲ爲シタルトキハ第二百十九條ヲ適用セスシテ第五十四條ヲ適用スヘキモノトス。又行爲者ニシテ遺棄ノ行爲ニ依リ人ヲ死ニ致スノ意ヲ以テ之ヲ爲シタルトキハ第二百十九條及ヒ第五十四條ハ共ニ適用スヘキモノニ非スシテ第九十九條ノ殺人罪ヲ以テ論スヘキモノトス。第二百十九條ヲ適用スヘキ場合ハ行爲者カ人ヲ殺傷スルノ故意ナキ場合ニ限ル。其故意アリタル場合ハ第二十九條ヲ適用スヘキ餘地ナシ。

第五款 刑罰

(一) 一般遺棄罪ハ一年以下、(二) 保護ノ責任アル者ノ遺棄罪ハ三月以上五年以

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

第六款 最近立法例ノ定ムル遺棄罪

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ノ定ムル遺棄罪(我刑法第二百十七條乃至第百十九條ノ定ムル遺棄罪)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遺棄罪ノ大要。

草案ハ本罪ノ客體ヲ以テ單ニ扶助ヲ要スヘキ者(Hilflose Person)ト規定シ扶助ヲ要スルニ至リタル原因ヲ規定セス。尙ホ遺棄罪ヲ分テ(一)保護ノ責任ナキ者ノ遺棄罪ト(二)保護ノ責任アル者ノ拋置罪ノ二ト爲スコト我刑法ノ規定ト異ナラス。

(一) 保護ノ責任ナキ者ノ遺棄罪、扶助ヲ要スヘキ人ヲ遺棄(ausssetzen)スルノ行

爲アルニ依リ成立ス。三月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(二一八條一項前段)。

(二) 保護ノ責任アル者ノ拋置罪、扶助ヲ要スヘキ者ヲ扶助ヲ期待スル能ハサル境遇ニ拋置(verlassen)スルニ依リ成立ス。三月以上五年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(二一八條一項後段)。

(三) 遺棄又ハ拋置ニ因リ被遺棄者又ハ被拋置者ヲ重キ傷害ニ致シタルトキ、一年以上五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(二一八條一項前段)。

(四) 遺棄又ハ拋置ニ因リ被遺棄者又ハ被拋置者ヲ死ニ致シタルトキ、三年以上十五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(二一八條一項後段)。

第二 奧太利刑法準備草案ノ定ムル遺棄罪ノ大要。

草案ハ小兒其他本人ノ精神狀態若クハ身體ノ狀態ニ依リ自營スル能ハサル者ヲ以テ此罪ノ客體ト爲シ而シテ此罪ハ行爲者カ之ヲ其生命ニ危險ナル境遇ニ至ラシムルノ所爲アルニ依リテ構成ス。又其危險ナル境遇ニ至ラシムルトハ遺棄及ヒ保護ノ義務アル者ノ拋置ヲ包含ス(同草案理山書二六六頁 Erläuterende Bemerkungen zum Vor-

entwurf eines österreichischen Strafgesetzbuchs vom September 1909, S. 266.) 此罪ハ之ヲ分テ(一)通常ノ遺棄罪(二)重キ情狀ヲ有スル遺棄罪(三)輕キ情狀ヲ有スル遺棄罪ノ三ト爲ス。

- (一) 通常ノ遺棄罪、一年以上五年以下ノ懲役又ハ六月以上五年以下ノ懲役ヲ以テ處罰ス(條一〇三)。
- (二) 重キ情狀ヲ有スル遺棄罪、一年以上十年以下ノ懲役又ハ禁錮ヲ以テ處罰ス(條二〇三)。
- (三) 輕キ情狀ヲ有スル遺棄罪、母カ出産ニ際シ甚タシキ窮迫ノ爲メ又ハ耻ヲ蔽ハンカ爲メ新ニ生レタル嬰兒ヲ遺棄シタルトキ、四週日以上三年以下ノ禁錮ヲ以テ處罰ス(條三〇三)。

第三節 決闘罪

決闘ノ行爲自身ハ人ノ生命ヲ危ウスルノ罪ナリ。故ニ決闘ニ因リ人ヲ殺スノ意ヲ以テ之ニ著手スルトキハ殺人罪ヲ以テ處斷スヘキモノトス。是レ明治二十二年法律第三十四號決闘ニ關スル件第三條及ヒ第六條ノ規定ニ依

リ之ヲ知ルヲ得ヘシ。而シテ舊法律中決闘ニ關スル罪トシテ認ムルモノ左ノ如シ。

- (一) 決闘ヲ挑ミタル者又ハ其挑ニ應シタル者、六月以上二年以下ノ懲役ニ處シ十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ附加ス(條一)。
- (二) 決闘ヲ行ヒタル者但殺人ノ意ヲ以テ爲シタルトキヲ除ク、二年以上五年以下ノ懲役ニ處シ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ヲ附加ス(條二)。
- (三) 決闘ヲ行ヒ人ヲ殺シタル者又人ヲ殺スノ目的ヲ以テ決闘ヲ行ヒタル者、刑法ノ殺人ノ既遂又ハ未遂罪ニ依リ處斷ス(條三)。
- (四) 決闘ヲ行ヒ人ヲ傷害シタル者、傷害罪ト比シ重キニ從テ處斷ス(條三)。
- (五) 決闘ノ立會ヲ爲シ又ハ其約束ヲ爲シタル者、一月以上一年以下ノ懲役ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス(條四)。
- (六) 情ヲ知テ決闘ノ場所ヲ貸與シ又ハ供用セシメタル者、刑罰同上(條同)。
- (七) 決闘ニ應セサルノ故ヲ以テ、人ヲ誹毀シタル者、一年以下ノ懲役若クハ禁

鋼又は五百圓以下ノ罰金ヲ以テ處罰ス(五條刑三)。

第二編 身體ニ對スル罪

第一章 身體ニ對スル罪ノ一般觀念及

ヒ分類

一個人ノ法益中生命ニ次テ最モ大ナルハ人ノ身體ナリトス。人ノ身體ナル法益ノ保護ハ身體ノ完全即チ身體上ノ不可侵(Die körperliche Integrität)ノ保護ナリ。人ノ身體タル法益ヲ害スル罪ヲ稱シテ傷害罪ト謂フ。人ノ身體トハ法律上人ト指稱シ得ヘキ者ノ身體ナリ。故ニ法律上未タ人ト稱スル能ハサル胎兒ノ身體ノ如キハ傷害罪ノ規定ニ依リ保護セララルヘキモノニ非ス。胎兒ハ其身體ヲ害セララル、ニ因リ其生命ヲ喪失スル場合ニ於テ之ヲ墮胎罪トシテ保護セラレ得ヘキモノトス。又一個人ノ法益ノ保有者ハ其己ニ屬ス

人ノ身體ノ意義

身體ニ對スル罪

ル法益ヲ害スルモ之ニ依リテ法益ヲ害セラレタリト謂フ能ハサルヲ以テ自己ノ身體ヲ傷害スルモ傷害罪ヲ構成セス(但其他ノ法令ニ因リ特別ナル犯罪ヲ構成スルモ免ル、爲メ自己ノ身體ヲ傷害スル所爲カ犯罪トシテ處罰セラル、カ如キハ格別ナリトス)。

人ノ身體ノ完全ニ對スル法益ヲ充分ニ保護セントセハ人ノ身體ノ外部ノ完全例へハ人ノ表皮、毛髮、齒、爪等ノ完全及ヒ人ノ身體ノ内部ノ完全例へハ人ノ身體ノ筋肉、骨及ヒ臟器ノ完全ヲ保護セサル可カラサルハ勿論身體ノ内部ト外部タルトヲ問ハス人ノ身體ノ各部ニ存スル各機能ノ完全ノ如キモ之ヲ保護セサル可カラス。故ニ此罪ハ外製的ニ人ノ身體ノ内部又ハ外部ノ完全ヲ侵害スル所爲アルニ依リテ成立スルニ止マラス其各部ノ機能ニ障害ヲ與フルノ所爲アルニ依リテ成立ス。例へハ人ノ表皮ヲ破リ、齒ヲ折ルカ如キ人ノ身體ノ外部ノ完全ヲ害スル行爲及ヒ人ノ身體ノ外部ヲ破ルコトナクシテ人體ノ内部ニ於テモ骨、筋又ハ肉ヲ損傷スルカ如キ人ノ身體ノ内部ノ完全ヲ害スル所爲ハ傷害罪ヲ構成スルハ勿論人ノ身體各部ニ通スル神經ヲ麻痺セシ

身體ニ對スル罪

ムル如キ又ハ人ノ身體ニ於ケル新陳代謝ノ作用ニ障礙ヲ與フルカ如キ又視官、聽官、味官、嗅官等官能ヲ損傷セシムルカ如キ所爲ハ悉ク傷害罪ニ非サルハナシ。

人ノ身體ナル法益ヲ完全ニ保護セントセハ單ニ其身體ヲ害スルノ所爲ヲ罰スルヲ以テ充分ト爲サス之ニ對シ危害ヲ與フルノ所爲モ之ヲ罰セサル可カラサルコト生命ニ對スル法益ト異ナル所ナシ。人ノ生命ト身體トハ相牽連スルモノニシテ生命ニ對シ危險ヲ與フルノ所爲ハ同時ニ人ノ身體ニ對シ危險ヲ與フルノ性質ヲ有スルモノナリ。故ニ前編第四章生命ヲ危ウスル罪ニ付キ説明シタル所ハ之ヲ人ノ身體ヲ危ウスル罪トシテ茲ニ之ヲ援用シ以テ反復説明スルノ勞ヲ省ク。

身體ニ對スル罪ハ第一身體ヲ害スル罪、第二身體ヲ危ウスル罪ノ二ト爲スコトヲ得。第一身體ヲ害スル罪ハ之ヲ大別シテ(一)故意ニ基ク傷害罪、(二)過失ニ基ク傷害罪、(三)身體以外ノ法益ヲ害スル所爲ニ基ク傷害罪(刑一八條二項、刑二四條二項)

第一 客體

人ノ身體ハ其内部タルト外部タルト又内外部ヲ通スル諸機能タルトヲ問ハス悉ク此罪ノ客體タルヲ得ヘキコトハ一般觀念ニ於テ爲シタル法益ノ説明ニ依テ之ヲ類推スヘシ。身體ノ一部ハ此罪ノ客體タルコトヲ得ルト同時ニ身體ノ全部モ亦此罪ノ客體タルコトヲ得。同一ノ加害行爲ニアリテモ之ヲ身體ノ各部ノミニ就テ見レハ其加害僅少ニシテ敢テ損傷ヲ受ケタリト認ム可カラサル場合ニ於テモ其全部ニ就テ之ヲ見レハ大ニ損傷ヲ蒙ムリタルモノト認ムルヲ得ヘキ場合アリ。

人ノ身體

傷害罪ノ客體ハ之ヲ大別シテ(一)人ノ身體及ヒ(二)人ノ健康ノ二ト爲スコトヲ得。人ノ身體ノ内部若クハ外部ノ組織ニ損傷ヲ與フルカ如キハ人ノ身體ヲ傷シタルモノト謂フヲ得ヘク又人ノ内部若クハ外部ノ組織ニ對シ別ニ損傷ヲ與ヘサルモ其健康状態ニ對シ侵害ヲ加フル如キトキハ人ノ健康ヲ害シタルモノト謂フヲ得ヘキナリ。人身ノ諸機能殊ニ新陳代謝ノ作用ニ對シ侵

人ノ健康

害ヲ與フルカ如キハ健康ヲ害スル所爲ノ最モ著シキモノナリ。

傷害罪ノ客體ニ付キ特ニ説明ヲ要スヘキハ眉毛、頭髮及ヒ鬚髯ハ傷害罪ノ客體タルヲ得ルヤ否ヤノ問題ナリ。此等ノモノカ傷害罪ノ客體タルヲ得ルト否トニ依リ之ヲ切斷剃去スルノ所爲ハ或ハ有罪ト爲リ或ハ無罪ト爲ルヘシ。眉毛、頭髮、鬚髯ハ其未タ身體ヨリ分離セサル間ハ身體ノ一部ヲ構成スルモノナレハ傷害罪ノ客體ナリト解スルヲ相當ナリト思考ス(而シテ之ヲ切斷シ若クハ剃去成スルヤハ後段ヲ参照スヘシ)。

第二 所爲

傷害罪ハ人ニ對シ暴行ヲ加ヘ其身體ノ一部ヲ傷スルカ若クハ人ノ健康ヲ害スルノ所爲アルニ依リ成立ス。而シテ暴行ハ傷害罪ヲ構成スヘキ所爲ノ實質ヲ爲スモノニシテ人ノ身體ノ一部ヲ傷シ若クハ人ノ健康ヲ害スルカ如キハ暴行ノ結果ナリ。左ニ第一暴行ハ如何ナル意義ヲ有スルヤ、第二傷害ハ如何ナル意義ヲ有スルヤ、第三暴行罪若クハ傷害罪ノ競合第四眉毛、頭髮、鬚髯

ノ切斷又ハ剝去ハ傷害罪ヲ構成スルヤノ四點ニ付キ略説ヲ試ムヘシ。

第一 暴行ノ意義

身體ニ對スル暴行トハ人ノ身體ニ對スル不法ナル處置ナリ。別言スレハ人ノ身體其モノ又ハ健康ニ對スル不法ナル攻撃ナリ。人ノ身體ニ對スル暴行ハ之ヲ大別シテ二ト爲スコトヲ得。其一ハ積極的所爲即チ行爲ニシテ其二ハ消極的所爲即チ不行爲ナリ。

積極的所爲即チ行爲ヲ以テスル暴行トハ例ヘハ人ヲ衝キ、殴リ、水ヲ注キ又ハ毒物ヲ服用セシムルカ如シ。行爲ヲ以テスル暴行ハ更ニ分テ二ト爲スコトヲ得。其一ハ自己ノ直接ノ運動ニ依ルモノニシテ其二ハ他ノ物ノ使用ニ依ルモノナリ。自己ノ直接ノ運動ニ依ル暴行トハ例ヘハ打チ、衝キ、組付キ、引張ルカ如シ。他ノ物ヲ使用シテ爲ス暴行トハ或ハ犬ヲ喉シ掛ケ、或ハ短銃ヲ以テ發射シ、毒物ヲ服用セシムルカ如シ。

不行爲ヲ以テスル暴行

行爲ヲ以テスル暴行

不行爲ヲ以テスル暴行トハ例ヘハ醫師ガ醫術上切解ヲ爲シタル後故意ヲ

以テ適當ノ縫合ヲ爲サス又ハ父母カ其幼兒ニ故意ニ食物ヲ與ヘスシテ其身體ヲ傷害スルカ如シ。不行爲カ暴行ト爲ルハ行爲者ニ或ル行爲ヲ爲スノ責任アル場合ニ限ル。前例ノ場合ニ於テ醫師及ヒ父母ニ暴行アリト謂フヲ得ル所以ハ醫師カ既ニ切解ヲ爲シタル以上ハ適當ニ縫合ヲ爲スノ責任アリ、又父母ハ其幼兒ヲ扶養スルノ責任アルヲ以テナリ。

暴行ハ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要スルヲ以テ暴行ハ有形的ノ手段ニ依ルヲ以テ通常トスルモ必スシモ有形的タルヲ要スルモノニ非ス。無形的手段モ亦法律上暴行タルコトヲ得。例ヘハ暗夜不意ニ大聲ヲ發シテ人ノ面前ニ顯レ出テ人ヲシテ失神セシムルカ如キ又例ヘハ催眠術ヲ以テ人ノ精神ヲ不健全ナラシムルカ如シ(註一)。然レトモ無形的手段ニ依ル暴行ニ似テ非ナルハ單ニ被害者ノ精神ニ痛苦ヲ感セシムルノ所爲ナリ。例ヘハ冷遇、侮蔑、脅迫、威嚇ヲ加ヘ又ハ憂苦ヲ催スヘキ談話ヲ爲スカ如キハ被害者ヲシテ痛苦ヲ感セシムルモノ

ナレトモ之ヲ暴行ナリト謂フ能ハス。何トナレハ斯ノ如キ所爲ノ間接ノ結果トシテ或ハ人ノ健康ヲ害スルカ如キ結果ヲ生スルコトアルモ其所爲ハ直接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ト謂フ能ハサレハナリ。

(註一) 此點ニ付キ參照スヘキ學說ヲ摘示スレハ左ノ如シ。

(一) 同趣旨ニ近シ 勝本勲三郎氏 氏ノ所說ニ付テハ(註三)ノ中氏ノ說明參照。

(二) 同趣旨ナルヤ否ヤ明ナラス 岡田朝太郎、泉二新熊諸氏。

岡田朝太郎氏曰ク『之ヲ有形ノ慘行ニ限ルヘク單ニ冷遇又ハ侮辱スルカ如キ無形ノ精神上ノ手段ヲ含マス』(刑法講義二二〇頁)ト。泉二新熊氏曰ク『精神ノミニ及ボス不法ナル影響(脅迫其他ノ威嚇)ハ之ヲ無形ノ暴行ト稱スルモ法律ノ意味ニ於テハ暴行ニ非ス、何トナレハ法律ハ常に暴行ト脅迫トヲ區別スレハナリ(同趣旨判例三六年大審院判決錄六九五頁)』之ニ反シテ物質的ノ攻撃ナル以上ハ別段ノ制限ヲ存セス(日本刑法論七四九頁)ト。

(三) 異說ナルカ如シ 精神ニ苦痛ヲ感セシムルハ傷害罪ノ手段タルヲ得。牧野英一氏。氏曰ク『必スシモ之ヲ有形的方法ニ限ルノ要ナシ、無形的方法即チ精神ニ苦痛ヲ感セシムルノ方法其他心理的方法ニ因リ延テ身體上ノ毀損ヲ與フルハ傷害ナリ』(刑法通義一八版三四一頁)ト。

暴行ハ傷害ノ手段トシテ行ハル、コトアルモ暴行アリテ傷害ニ至ラサル

トキハ次節ノ暴行罪即チ傷害ニ至ラサル暴行ヲ加フル罪ヲ構成スヘキナリ

(詳細ハ二二九頁以下參照)

第二 傷害ノ意義

傷害トハ人ノ身體ノ一部ヲ傷スルカ若クハ人ノ健康ヲ害スルヲ謂フ。更ニ之ヲ詳言スレハ身體ノ傷害トハ或ハ表見的ニ形體ヲ傷スルコトアリ、不見的ニ内部ノ實質又ハ機能ヲ傷スルコトアリ。或ハ人ノ健康状態ニ變更ヲ加ヘ病的状態ニ移ラシメ若クハ其病的状態ヲ助長セシムルコトアリ。例ヘハ人ニ開口創傷ヲ與ヘ又ハ人ノ骨肉筋等ニ損傷ヲ加フルカ如キ人ノ身體ノ一部ヲ傷スル行爲ハ勿論人ヲシテ精神病ヲ惹起セシメ或ハ人ノ身體ニ病毒ヲ感染セシムルカ如キ人ノ健康ヲ害スル行爲モ共ニ法律ノ所謂人ノ身體ノ傷害タルヲ失ハス。又獨リ以上例示ノ行爲ノミナラス人ヲシテ嘔吐若クハ下痢ヲ催サシメ或ハ其意ニ反シテ非常ニ泥酔セシメ或ハ痲痺又ハ失神ヲ爲サシメ以テ人ヲシテ多少繼續シテ病的状態ニ移ラシムル場合ハ勿論生理上