以上第一要件中「其他諸般ノ入額」トハ官吏(又ハ公吏)トシテ法令ノ規定ニ基キ私人ヨリ取立ツル所ノ收入額ヲ總稱シ執達吏(官吏)又ハ公證人(公吏)ノ徵收スル手數料ノ如キモ之ヲ包含スル而シテ犯罪ノ主體ハ官吏タルコトヲ要スルカ故ニ私人カ徵收官吏ノ名義ヲ詐稱シテ以上ノ入額ヲ徵收シタルトキハ犯罪ヲ構成セスシテ詐欺取財ヲ構成スヘキナリ

第二要件「正數外」トハ汎ク徵收スヘカラサルモノト謂フノ義ニシテ例ヘハ既ニ徵收濟ノ分ヲ更ニ再ヒ徵收シ又ハ徵收ヲ要スル場合ニ其法定ノ額ヲ超過シテ徵收スルカ如キ或ハ徵收スヘキ場合ニアラサルニ之ヲ徵收スルカ如キ總テ之ヲ包含ス然レトモ本罪ハ官吏カ自己ノ徵收職務ヲ有スルヲ奇貨トシ之ヲ不正ニ利用シ因テ人ノ財產權ヲ侵害シ併セテ職務ノ威信ヲ瀆カスコトヲ處罰スルモノナレハ其不正ニ利用セラルヽ徵收名義モ亦官吏カ職務上徵收ヲ命セラレタル取立名義ノ範圍內ニ屬セサルヘカラス從テ收稅官吏カ租稅ヲ徵收スル外ニ公證人又ハ執達吏ニ屬スル手數料ヲ徵收スルカ如キ其徵收名義カ收稅官吏ノ職務外ニ屬スルヲ以テ本罪ヲ構成セス但シ詐欺取財ヲ構成スルコトアルヘシ

第三要件「徵收」トハ金穀ヲ收受シ終リタルコトヲ意味ス故ニ例ヘハ納稅通知書ヲ發シタルノミニテハ未タ以テ徵收ヲ遂ケタリト云フコトヲ得ス而シテ其徵收ヲ爲スニ至リタル犯罪決意ノ原因(遠因)ノ如何ハ敢テ問フ所ニアラス故ニ犯人自己ヲ利スル爲メタルト又ハ國庫ヲ利スル爲メタルトヲ問ハス等シク本罪ヲ構成スルモノトス

第二百九十一條ハ前款ノ罪ヲ犯シ減輕ノ結果輕罪ノ刑ニ處セラルヘキ者又ハ本款ノ輕罪ヲ犯シタル者ニハ六月以上二年以下ノ監視ヲ附加スルコトヲ規定セリ是レ總則第三十八條但書ノ制限アルヲ以テ此規定ヲ設ケタル所以ナリ

刑法各論（第三編以下）

完

法學士 小疇傳 講述

司法大臣指定
文部大臣認定

日本大學發行

目次

第三編　身體財産ニ對スル重罪、輕罪　一丁

第一章　身體ニ對スル罪　同丁

第一節　謀殺、故殺ノ罪　二丁

第一項　謀殺及ヒ故殺ノ罪　二〇丁

第二項　重キ故殺罪ノ塲合　二二丁

第一段　毒殺ノ罪　同丁

第二段　慘刻ノ手段ニ依ル故殺罪　二四丁

第三段　重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ又ハ已ニ犯シタル刑責ヲ免ルヽ目的ニ出テタル故殺罪　二五丁

第三項　誘導殺人　二七丁

第四項　誤殺
第二節　毆打創傷ノ罪
第一項　普通ノ毆打創傷罪　四〇丁
第二項　特別ナル毆打創傷罪　四四丁
第三項　誘導傷人　四八丁
第四項　誤傷　同丁
第三節　殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪　同丁
第一項　殺傷ニ關スル宥恕　四九丁
第二項　殺傷ニ關スル不論罪　五四丁
第四節　過失殺傷ノ罪　六三丁
第五節　自殺ニ關スル罪　六九丁
第六節　擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪　七七丁
第七節　脅迫ノ罪　八三丁
第八節　墮胎ノ罪　八七丁
第九節　幼者又ハ老疾者ヲ遺棄スル罪　九三丁
第十節　幼者ヲ略取誘拐スル罪　九九丁
第十一節　猥褻、姦淫、重婚ノ罪　一〇五丁
第一款　猥褻ノ罪　同丁
第二款　淫行ヲ勸誘シテ媒合スル罪　一〇九丁
第三款　強姦ノ罪　一一一丁
第四款　姦通ノ罪　一二六丁
第五款　重婚ノ罪　一三二丁
第十二節　誣告及ヒ誹毀ノ罪　一三四丁
第一款　誣告ノ罪　同丁
第二款　誹毀罪　一四一丁
第三款　陰私漏告ノ罪　一五二丁
第十三節　祖父母、父母ニ對スル罪　一五五丁
第二章　財産ニ對スル罪　一五八丁

第一節　竊盜ノ罪
第一項　普通ノ竊盜罪　一五八丁
第二項　加重ノ竊盜罪　一七三丁
第三項　準竊盜　一七六丁
第四項　親屬相盜　一八一丁
第二節　强盜ノ罪　一八三丁
第一項　普通强盜罪　一八四丁
第二項　加重强盜罪　一八六丁
第三項　準强盜　一九〇丁
第三節　遺失物埋藏物ニ關スル罪　一九三丁
第四節　家資分散ニ關スル罪　一九五丁
第五節　詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪　二〇二丁
第一款　詐欺取財ノ罪　二一一丁
第一項　普通ノ詐欺取財ノ罪　同　丁
第二項　準詐欺取財ノ罪　二一三丁
第三項　冒認罪　二一四丁
第二款　受寄ノ財物ニ關スル罪　二一六丁
第六節　贓物ニ關スル罪　二三〇丁
第七節　放火失火ノ罪　二四一丁
第八節　決水ノ罪　二四九丁
第九節　船舶ヲ覆沒スル罪　二六一丁
第十節　家屋物產ヲ毀壞シ及ヒ動植物ヲ害スル罪　二六五丁
第四編　違警罪　二六七丁
刑法各論（第三編以下）目次　終　二七三丁

法學士 小疇傳講述

刑法各論(第三編)

第三編 身體財産ニ對スル重罪、輕罪

第一章 身體ニ對スル罪

本章ニ規定スル所ノモノハ第一節謀殺故殺ノ罪、第二節毆打創傷ノ罪、第三節殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪、第四節過失殺傷ノ罪、第五節自殺ニ關スル罪、第六節擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪、第七節脅迫ノ罪、第八節墮胎ノ罪、第九節幼者又ハ老疾病ヲ遺棄スル罪、第十節幼者ヲ略取誘拐スル罪、第十一節猥褻姦淫重婚ノ罪、第十二節誣告及ヒ誹毀ノ罪、第十三節祖父母ニ對スル罪ニシテ本章表題ニハ身體ニ對スル罪トアルモ其內容ハ單ニ人類ノ生命肉體ニ對スル傷害ニ止マラス肉體ノ自由、名譽、貞操等ニ對スル傷害及ヒ此等ノ法益(法律カ保護スル利益)ヲ傷害スルノ危險アル行爲ヲ

モ包含スルモノトス猶ホ墮胎罪ノ如キ未タ人類ト稱スルコトヲ得サル胎兒ニ對スル傷害行爲ヲモ包含スルモノナリ以下節ヲ逐フテ之ヲ說明セント欲ス

第一節　謀殺故殺ノ罪

本節ハ殺人ノ意思ヲ以テ人ヲ傷害スルノ罪ヲ規定スルモノナレトモ殺人決意ノ狀況、殺人ノ手段、目的體ノ如何ニ依リ之ヲ數條ニ分チテ規定セリ而シテ本節各條ノ說明ニ先チ殺人罪ノ全般ニ通スル部分ニ付テ說明セント欲ス

汎ク殺人罪ニ通スル條件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一條件　所爲ノ目的體ハ生命アル人間タルコト

人間ト他ノ動物ト形體上異ナル所ハ吾人ノ常識ヲ以テ大體之ヲ識別スルコトヲ得ヘシト雖モ刑法上所謂人間ナルモノト人間ノ種子タル胎兒トハ判然之ヲ區別スルコトヲ要ス之ヲ區別スル所以ノモノハ殺人罪ト胎兒殺ノ罪トヲ區別スル上ニ於テ重大ノ關係アルヲ以テナリ而シテ二者區別ノ標準ニ付テハ刑法學者ノ間ニ於テモ大ニ議論アル所ニシテ凡ソ左ノ三說アルカ如シ

一、分娩作用ノ開始即チ產氣ノ付キタルトキ以後ニ於テハ假令胎兒カ全然母胎內ニアル間ト雖モ人間ト稱スヘシトノ說

二、胎內ノ兒カ苟クモ其肉體ノ一部分ヲ母ノ體外ニ出シタルトキ以後ニ於テハ假令全然母體ヨリ分離セストモ人間ト稱スヘシトノ說

三、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狀態ニ達シタルトキヲ以テ人間ト稱スヘシトノ說、一名發聲說トモ稱ス然レトモ發聲ノ有無ハ必要條件ニアラサルヲ以テ此名稱ハ穩當ナラサルカ如シ

以上ノ諸說中何レヲ以テ至當ト認ムヘキヤ固ヨリ疑問ニ屬スト雖モ吾輩ハ最後ノ說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正當ナリトス而シテ母體ヨリ全然生兒カ分離セラルヽコトヲ必要トセサルナリ

而シテ苟ク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ハ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シ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

ルモノトス而シテ其嬰兒カ果シテ自己ノ生命ヲ繼續シ得ルヤ否ヤハ問フ所ニアラス恰モ老衰者ノ生命瞬間ニ迫ル者モ猶ホ人間ト稱シ得ルカ如ク生命ヲ繼續シ得ル見込ナキ產兒モ亦人間ト稱スルニ於テ欠クル所ナケレハナリ」

殺人罪ノ目的體ハ必スシモ他人タルコトヲ要セス自殺モ亦殺人ノ所爲ト云フコトヲ得ヘシト雖モ我現行刑法及ヒ多數ノ立法例ハ之ヲ處罰セサルコトヽセリ而シテ現行刑法ハ第五節ニ於テ別ニ自殺ニ關スル罪ヲ規定シ自殺ヲ敎唆シ又ハ之ヲ幇助シタルノ所爲ヲ以テ第一節謀故殺ノ罪ニ對シテ獨立ノ罪トセリ

次ニ天皇、三后、皇太子、皇族ニ對スル殺人行爲ニ付テハ別ニ第二編第一章皇室ニ對スル罪ノ中ニ規定セルヲ以テ本節中ニ包含セサルモノトス

終リニ獨逸其他外國ノ立法例ニ於テハ嬰兒殺ナル特別罪ヲ認メ（獨逸刑法第二百十七條ニ於テハ母親カ私生兒ヲ其出產中又ハ出產後直チニ殺害スル場合ニ付テ特別ノ規定アリ）普通ノ殺人罪ニ比シテ其刑罰ヲ輕クセルモノアリト雖モ現行刑法ハ此區別ヲ認メス嬰兒殺ニ對シテモ普通ノ殺人罪ト同一ノ刑ヲ科スルコトヽセリ

第二條件　殺人ノ所爲アルコト

殺人トハ人間ノ生命ヲ奪フト謂フノ義ニシテ殺人ノ所爲ハ作爲又ハ不作爲ニ依リテ之ヲ行フコトヲ得ヘシ而シテ不純正不作爲犯ハ作爲ノミナラス不作爲ニ依リテモ亦一定ノ條件ノ下ニ於テ之ヲ犯シ得ルコトハ獨リ殺人罪ノ場合ニ限ラス一般ノ犯罪ニ付テ適用シ得ヘキ問題ナルヲ以テ左ニ罪ノ普通構成要件ノ一タル行爲ニ付テ其大樣ヲ說明セント欲ス

行爲（Die Handlung）トハ何ソヤ

第一、凡ソ法律上ノ效果ヲ發生セシムルニハ必スヤ一ノ事實ナカルヘカラス事實（Die Thatsache）トハ心理ニ認識シ得ヘキ外界ノ變狀（現象）ナリ例之ハ家畜ノ分娩ニ依テ飼養主カ產兒ニ對スル所有權ヲ取得スルカ如キ預金ニ依テ預主カ利金ヲ取得スルカ如キ或ハ家畜ノ死亡ニ依テ飼養主カ其所有權ヲ失フカ如キ又財ヲ盜ミ或ハ人ヲ殺スニ依テ其所有權ヲ失フカ如キ發生スルニハ其原因タルヘキ一ノ事實カ存在セサルヘカラス而シテ事實ニハ人類ノ意思ニ基キ發現スルモノト人類ノ意思トハ全ク獨立シテ發現スル

モノトノ別アリ前者ヲ行爲(○○)ト稱シ後者ヲ事變(出來事 Dis Ereigniss)ト稱ス而シテ法律違反ノ現象ト目セラレ又刑罰ナル制裁ヲ科セラルヽノ原因タルヘキ事實ハ獨リ行爲ニ限ルヘキモノトス

第二、行爲(○○)トハ人類ノ意思ニ基ク事實ニシテ換言スレハ人類カ隨意ナル意思ノ實行ニ依テ發現セシメタル外界ノ變狀(結果 Erfolg)ナリ意思ノ實行ニ基カサル外界ノ變狀ハ事變ニシテ行爲ニアラス故ニ意思ノ實行(Willensbethätigung)ナケレハ行爲ナク隨テ不法行爲又ハ犯罪ハ存在シ得サルナリ又外界ノ變狀(○○)ナクンハ行爲アリト謂フコトヲ得ス隨テ不法行爲又ハ犯罪ハ存在シ得サルナリ斯ノ如ク意思ノ實行ト外界ノ變狀トハ相待テ行爲ノ構成要件ヲ形成スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ意思ノ實行ト外界ノ變狀トカ相待テ行爲ヲ完成スルニハ二者ノ關係カ相互ニ連結スルコト換言スレハ外界ノ變狀カ意思ノ實行ニ基因スルコトヲ要ス而シテ兩者カ此關係ヲ發生スル爲メニハ左ノ二個ノ場合ニ出テサルヘカラス

一、意思ノ實行カ外界ノ變狀ニ對シテ任意ニ原因ヲ與ヘタル場合例ヘハ任意ニ刀ヲ振テ人ヲ斬リ之ヲ死ニ致スカ如キ死ト謂フ現象ハ刀ヲ振テ斬リ付クルト謂フ任意ナル意思ノ實行ニ依テ發生シタル結果ナリ而シテ此關係ニ於ケル行爲ヲ稱シテ作爲(○○)(Das Thun)ト云フ

二、外界ノ變狀ハ意思ノ實行ニ依テ原因セラレタルニアラスト雖モ外界ノ變狀カ防止シ得ラルヽニ拘ハラス任意ニ防止セラレサリシ場合例ヘハ赤兒ノ井ニ墜落セントスルヲ際シ襁母傍ニ在リテ其墜落ヲ防止シ得ルニ拘ハラス任意ニ之ヲ打チ棄テ置キタル爲メ遂ニ其赤兒カ井中ニ落チ溺死シタルカ如キ赤兒ノ井中ニ墜落シタルハ襁母カ其原因ヲ與ヘタルニアラスト雖モ其墜落セントスルヲ見テ防止シ得ルニ拘ハラス之ヲ防止セサリシハ溺死ト謂フ結果ニ對シテ原因ヲ與ヘタルト權衡上同一ノ關係ニアルモノト謂フヘキナリ而シテ此關係ニ於ケル行爲ヲ稱シテ不作爲(○○)(Das Unterlassung)ト云フ

斯ノ如ク行爲ヲ分チテ作爲及ヒ不作爲トスコトヲ得而シテ何レモ行爲ノ一種トシテ犯罪ノ普通構成要件タルコトヲ得ルモノトス猶ホ其詳細ニ付キ左ニ

項ヲ分テ說明セント欲ス

第一、作爲(Das Thun)

作爲トハ任意ニ或結果ヲ發生セシメタル所ノ動機(Veranlassung)ナリ作爲ハ行爲ノ一種ニシテ行爲ハ任意ナル意思ノ實行ニ基ク外界ノ變狀(結果)ナルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ而シテ作爲ノ場合ニ於ケル意思ノ實行ハ任意ナル身體ノ發動ナリ換言スレハ機械的又ハ生理的强制ニ依ラス任意ニ結果ヲ豫想シテ爲ス所ノ筋肉ノ伸縮ナリ故ニ作爲ハ任意ナル身體ノ發動ニシテ之ニ依テ發生スル外界ノ變狀(結果)ノ原動力ナリト云フ可シ

次ニ作爲ノ場合ニ於ケル結果ハ身體ノ發動ニ因テ發生セサルヘカラス即チ身體ノ發動ト外界ノ變狀トハ互ニ原因結果ノ關係ヲ保タサルヘカラス(Kausalzusammenhang)

作爲ノ場合ニ於ケル身體發動ト結果トノ因果關係ハ刑法學上頗ル價値アル問題ニシテ古來學者ノ大ニ研究ヲ費ヤス一項目タルヲ忘ルヘカラス今左ニ少シク此關係ニ付テ說明セント欲ス

何ヲカ因果ノ關係ト謂フヲ曰ク此身體ノ發動ナカリセハ此結果ハ發生セサリシ場合詳言スレハ此特別ナル外界狀況ニ於テ此格別ナル結果(現實ニ發生シタル結果ヲ指ス)カ發生スルニハ此身體ノ發動ナカルヘカラス換言スレハ此身體ノ發動ハ此結果ニ對シテノ原因(Die Ursache)ヲ形成シタリト云フヘシ而シテ此原因タルヤ決シテ唯一ナルコトヲ要セス多クノ身體發動カ同時ニ若クハ相前後シテ活動シ相集テ始メテ一ノ結果ヲ生シタルトキハ何レノ身體發動モ此結果ニ對シテ各原因結果ノ關係ヲ有スルモノト云フコトヲ得ヘシ此種ノ原因ヲ稱シテ共同原因(Die Mitursache)ト云フ

以上論スル所ニ依リ身體發動ト結果トノ因果關係ニ付テ左ノ如キ二個ノ原則ヲ發見スルコトヲ得ヘシ

一、身體ノ發動ノ外ニ其發動カ與ヘラルヽ當時ニ於ケル外界ノ特別ナル狀況若シクハ其發動後ニ發生シタル特別ノ事情ノ存スルニ非スンハ決シテ此結果ヲ發生セサリシ場合換言スレハ單ニ此身體ノ發動ノミニテハ此結果ヲ發生セシムルノ力ナク外界ノ事情ト相待テ始メテ此結果ヲ發生シ得タル場合

ニ於テモ二者ノ間ニ於テ因果ノ關係アリト謂フコトヲ得ヘキモノナリ例ヘハ人ヲ及傷シタルニ其創傷タルヤ敢テ重傷ナリト謂フニ非サルモ當時負傷者ノ身體非常ニ衰弱シ居リタルカ爲メ少量ノ出血ニ因リ遂ニ死亡シタルカ如キ或ハ其負傷タル固ヨリ普通致死ノ原因タルモノニ非スト雖モ偶〻氣候ノ激變ニ遇ヒ餘病ヲ併發シ爲メニ死亡シタル場合ニ於テハ加害者ハ負傷者ニ對シテ死亡ノ原因ヲ與ヘタリト謂フヘキナリ何トナレハ此場合ニ於テ及傷ト謂フ身體ノ發動ナカリセハ負傷者ノ死亡ト謂フ結果ハ到底發生セサリシヲ以テナリ斯ノ如ク身體ノ發動カ或結果ニ對シテ原因ヲ形成シタリト謂フニハ其結果ニ對シテ必スシモ全然唯一ノ原因タルコトヲ要セス即チ前例ニ於テ及傷ノ程度ハ必スシモ絕體的致死ノ原因タルコトヲ要セサルナリ

二、自己ノ身體ノ發動ノ外ニ之ト同時ニ又ハ相前後シタル他人ノ行爲ノ共同的作用ニ依ルニ非サレハ決シテ此結果ヲ發生セサリシ場合換言スレハ單ニ自己ノ身體發動ノミニテハ其結果ヲ發生スルコトヲ得ス他人ノ行爲ト相待テ始メテ此結果ヲ發生シタル場合ニテモ二者ノ間ニ因果關係アリト謂フヲ得ヘシ例ヘハ人ヲ及傷シタルニ其負傷タルヤ急速ノ治療ヲ施セハ負傷者ノ死亡ヲ免レシムルコトヲ得タルニモ拘ハラス負傷者カ其治療ヲ怠リタル爲メ遂ニ死亡シタルカ如キ場合或ハ醫師カ其治療方法ヲ誤リ却テ多量ノ出血ヲ來タシ爲メニ負傷者ヲ死亡セシメタルカ如キ場合ニ於テ加害者ノ及傷ハ負傷者死亡ノ原因ナリト謂フコトヲ妨ケス斯ノ如ク加害者ノ不法行爲ニ對スル責任ハ被害者又ハ第三者ノ過失ニ依テ其責任ヲ相殺スルコトヲ許サス即チ刑法上ニ於テハ所謂責任ノ相殺(Die kūlpakompeusation)ヲ認メサルナリ

以上二個ノ場合ハ何レモ身體ノ發動カ他ノ原因ト相待テ此結果ヲ發生セシメタル場合ニ屬ス反之假令身體ノ發動アリト雖モ全然之ト獨立シタル他ノ原因ノ單獨的作用ニ因テ此結果カ發生シタル場合換言スレハ此身體發動ハ此結果ノ發生ニ付テ何等ノ作用ヲモ與ヘサリシ場合ニ於テハ二者ノ間ニ因果ノ關係アリト謂フコトヲ得サルナリ例ヘハ人ヲ及傷シシタニ偶〻他人カ其負傷者ヲ銃殺シタルカ如キ或ハ家屋ニ放火シタルニ偶〻落雷アリテ爲メニ其家屋ヲ燒燬シタルカ如キ何レモ銃殺落雷ト謂フ獨立ナル力ノ作用ニ因テ死亡燒燬ト謂フ結

果ヲ發生セシメタルヲ以テ又傷放火ハ此等死亡又ハ燒燬ト謂フ結果ニ對シテ其原因ヲ與ヘタリト謂フコトヲ得サルナリ

次ニ以上二個ノ原則ハ總テノ塲合ニ於テ例外ナク之ヲ貫徹スルコトヲ得ルヤト云フニ現行刑法ノ下ニ於テハ左ニ記載スル二個ノ例外アルコトヲ注意セサル可カラス

一、現行刑法ニ於テハ犯罪ノ敎唆及ヒ從犯ハ刑法上ノ結果ニ對スル原因ト認メス他人ニ依テ行ハレタル獨立ナル犯罪原因ニ對シ從タル加工(Die Theilname)ト看做セリ從テ假令正犯ノ行爲タルヤ敎唆及ヒ從犯ノ幇助ニ依テ此結果ヲ發生シタルニ拘ハラス換言スレハ敎唆及ヒ從犯モ亦此結果ニ對シテ一部ノ原因ヲ與ヘタルニモ拘ハラス正犯ノ行爲カ此結果ニ對シテ獨立ノ原因トナリ敎唆及ヒ從犯ノ行爲ト此結果トノ間ニ於ケル因果ノ關係ヲ中斷スルモノト謂ハサルヘカラス以上ハ犯意アリ敎唆及ヒ從犯ト犯意アル正犯トノ關係ヲ說明シタルニ過キスト雖モ之ト同一理由ニ依リ過失ニ依テ犯意アル正犯ヲ敎唆又ハ幇助シタル塲

合ニ於テモ亦敎唆及ヒ幇助(從犯)ノ行爲ト此結果トノ關係ハ正犯ノ行爲ニ依テ中斷セラルヽモノト謂ハサルヘカラス要之責任能力者ノ行爲ニシテ任意ニ出テ且ツ犯意ニ基ク行爲ハ常ニ敎唆及ヒ從犯ト刑法上ノ結果トノ間ニ於ケル因果ノ關係ヲ中斷スルモノト言ハサルヘカラス故ニ例ヘハ責任能力者ヲ敎唆シ被敎唆者自身ノ身體ヲ傷害セシメタル塲合ニ於テハ敎唆ハ被敎唆者ノ負傷ニ對シ原因ヲ爲シタリト謂フコトヲ得ス從テ被敎唆者ヲ傷害シタルノ敎唆ニ付テハ第三百二十條以上ニ處スル(但自殺ノ敎唆ニ付テハ第三百二ノ規定アリ)ノ規定ヲ見ス

二、刑法上或特別ナル結果ノ發生ヲ以テ犯罪構成ノ要件トシタル塲合(例ヘハ殺人罪ノ塲合ニ於テ被害者ノ死亡ト謂フコトヲ以テ犯罪構成ノ要件トスルカ如キ)又ハ刑罰ノ加重原因トセル塲合(例ヘハ不法制縛致死罪、毆打致死罪、強姦致死罪、墮胎致死罪ノ塲合ニ於テ被害者ノ死亡ト謂フ結果カ刑罰加重ノ原因トナルカ如シ)ニ於テ此等法律上ノ結果カ前ニ與ヘラレタル身體發動ニ對シ全ク偶然ニシテ而カモ行爲者ノ責ニ歸スヘカラサル出來事ノ共同的作用ニ依テ發生シタル塲合ニ於テハ其身體發動ト此結果トノ間ニ於テ原因結果ノ關係ハ中斷セラルヽモノトス

例ヘハ人ヲ不法制縛シタルニ偶〻火災アリテ爲メニ被制縛者カ燒死シタルカ如キ或ハ人ヲ毆打シタルニ偶〻火災アリテ被害者負傷ノ爲メ火ヲ避クルニ途ナク遂ニ燒死シタルカ如キ場合是ナリ此場合ヲ稱シテ偶然的原因(Zufällige Verürsachüng)ト稱シテ刑法上此結果ニ對スル原因ト看做サス反之普通豫見シ得ヘキ出來事ノ發生ニ依テ此結果ヲ生シタル場合ヲ稱シテ通常的原因(Adäquäte Verürsachüng)ト稱シ刑法上此結果ニ對スル原因タルコトヲ認ム而シテ其結果シテ偶然ノ出來事ニ基因スルヤ或ハ通常豫見シ得ヘキ出來事ニ基因スルヤ否ヤハ種々ノ事情ヲ斟酌シ各場合ニ於テ決スヘキ事實問題ナルヲ以テ豫メ爰ニ確然タル標準ヲ示スコトヲ得サルナリ

第二、不作爲(Das Unterlassung)

不作爲トハ或結果ノ發生ニ對シ任意ニ之ヲ防止セサルコトヲ謂フ此場合ニ於テハ行爲ノ一要件タル意思ノ實行ナルモノハ身體ノ發動ニアラヌ機械的又ハ生理的强制ニ因ラサル任意ナル身體ノ靜止ナリ詳言スレハ不作爲トハ行爲者カ或作爲ヲ行フノ能力ヲ有シ且ツ其作爲ニシテ行ハレシナラハ此結果ノ發生ヲ防止シ得タルニモ拘ハラス之ヲ行ハサリシコトヲ意味ス即チ作爲カ或結果ノ原因タル如ク不作爲ハ或結果ノ發生ヲ防止セサリシコトヲ謂フ從テ作爲ト結果トノ間ニ原因結果ノ關係カ存在スル如ク不作爲ト結果トノ間ニ於テモ亦之ニ類似ノ關係(Analoges merkmale)カ存在スルコトヲ認ムヘキナリ斯ノ如ク不作爲ト結果(外界ノ變狀)トノ間ニハ固ヨリ原因結果ノ關係ナシト雖モ因果ノ關係ニ類似スル一種ノ關係ノ存在スルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ作爲者カ其結果ニ對シテ責任ヲ負フカ如ク不作爲者モ特別ナル條件ノ下ニ於テ自已ノ防止セサリシ結果ニ付テ責任ヲ負フキコトハ敢テ法律ノ規定ヲ待テ後ニ知ルヘキニアラサルナリ

附言

刑法ノ規定中ニハ或行爲ヲ命令スルモノ(或結果ノ發生ヲ要求スルモノ)ト禁止スルモノ(或結果ノ發生ヲ禁止スルモノ)トアリ而シテ此命令ニ違背スル犯罪ハ常ニ不作爲(法律カ要求スル結果ヲ發生セシムル爲メニ身體ヲ發動セシメサル行爲)ニ依ラサレハ之ヲ構成スルコトヲ得ス此種ノ犯罪ヲ純正不作爲犯(Das echte Unterlassungsdelikt)ト稱シ此種ノ不作爲ヲ稱シテ純正

不作爲(Das echte Unterlassung)ト云フ次ニ此禁止ニ違背スル犯罪ハ必スシモ作爲ニ依ルコトヲ要セス不作爲モ亦一定ノ條件ノ下ニ於テ此罪ヲ構成スルコトヲ得此種ノ犯罪ヲ稱シテ不純正不作爲(Das unechte Unterlassung)ト云フ而シテシ此種ノ不作爲ヲ稱シテ不純正不作爲(Das unechte Unterlassungsdelikt)犯ト稱爰ニ說明スル所ノ不作爲ハ專ラ後ノ不純正不作爲ニ關スルモノタルコトヲ注意アランコトヲ望ム

不純正不作爲ニ付テ責任ヲ負フニハ其不作爲カ違法ナル塲合ニ限ルヘキモノニシテ不作爲カ違法ナリト謂フニハ或結果ノ發生ヲ防止スヘキ(作爲)法律上ノ義務ヲ負フニ拘ハラス此義務ニ違背シタル塲合ナラサルヘカラス而シテ或結果ヲ防止スヘキ法律上ノ義務ヲ負フ塲合ハ左ノ如シ

第一、法律ノ特別ナル命令ニ依テ發生ス而シテ其命令ハ刑法ノ規定ニ基クモノ及ヒ刑法以外ノ法律ニ依リ明示又ハ暗默ニ要求セラルヽモノヲ包含スト雖シテ(一)刑法ノ規定ニ基クモノトハ例ヘハ刑法第三百四十條ノ規定ニ基キ自己ノ所有地又ハ看守スヘキ地內ニ遺棄セラレタル幼者老疾者アルコトヲ知リタル者ハ之ヲ扶助シ又ハ官署ニ申告スヘキ義務ヲ負ヒ其他何人ニテモ疾病ニ罹リ昏倒スル者アルコトヲ知リタルトキハ之ヲ扶助シ又ハ官署ニ申告スル義務ヲ負フカ如キ又同法第三百六十四條ニ基キ子孫ハ其祖父母、父母ニ對シテ衣食ヲ給與シ其他必要ナル奉養ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ類是ナリ(二)次ニ刑法以外ノ規定ニ基クモノトハ法律上特別ナル地位ヨリ發生スル所ノ諸般ノ義務例ヘハ官吏公吏タル身分ニ伴フテ法律上課セラレタル諸般ノ義務(行政警察官吏カ人ノ身體財產ニ對スル危難ヲ防衛スル爲メ必要ナル處分ヲ爲スヘキ義務又ハ典獄看守カ風火震災其他非常ノ急變ニ際シ必要ナル塲合ニ於テ囚徒ヲ解放スルノ義務ヲ負フノ類ナリ)親權ヲ行フ父又ハ母カ未成年者タル子ヲ監護スル義務(民法第八百七十九條參照)民事上ノ契約ニ基キ看護婦カ患者ヲ看護スルノ義務、鐵道ノ番人カ瀧車ニ對スル危險ヲ監視スル義務ノ如キ是ナリ其他諸種ノ行政法規ニ基キ或作爲ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ塲合ハ枚擧スルニ遑アラサルナリ以上ノ法律上ノ義務アリ且ツ其義務タル作爲ヲ行フノ能力ヲ有シ且ツ此作爲ヲ行ヒシナラハ或結果ノ發生ヲ防止シ得タリシ狀況ニ於テ故ラニ之ヲ防止セサリシト謂フ不作爲ハ其防止セサリシ結果ニ付テ責任ヲ負フヘキモ

ノナリ

第二、曩ニ自己カ行ヒタル作爲ノ結果トシテ發生スル所ノ或現象ヲ防止セサルコトカ普通ノ法律的觀念ニ於テ假令法律ニ明示ナキ場合ト雖モ法律上ノ義務違背ナリト目セラルヘキ場合例ヘハ外科醫カ其手術ヲ行フニ當リ其手術ヲ誤リタル爲メニ患者カ危篤ニ陷リタル場合ニ於テ應急治療方法ヲ施スヘキ義務アルカ如キ又ハ誤テ火鉢ヲ轉覆シ爲メニ火ノ漫延セントスルニ當リ之ヲ防止スル義務アルカ如キ是ナリ

以上ノ防止義務ヲ負ヒ且ツ其義務タル作爲ヲ行フノ能力アリ若シ其作爲ニシテ行ハレシナラハ或結果ハ發生セサリシ狀況ニ於テ故ラニ其結果ノ發生ヲ防止セサリシ不作爲ハ其結果ニ付テ責任ヲ負フヘキナリ

爰ニ注意スヘキハ先キノ作爲ト後ノ結果トノ間ニ於ケル因果ノ關係ニ付キ其作爲ノ最初ヨリ犯意ノ存スルトキハ是レ純然タル作爲ニ基ク結果ニシテ此場合ニ於テハ不作爲ノ問題ハ生セサルナリ例ヘハ外科醫カ初メヨリ殺人ノ犯意ヲ以テ患者ニ粗暴ノ手術ヲ施シ因テ患者ヲ死亡セシメタルカ如キ又ハ初メヨリ燒燬ノ犯意ヲ以テ火鉢ヲ轉覆シ依テ家屋ヲ燒燬セシメタルカ如キ是ナリ

以上ヲ以テ所爲ニ付テノ說明ヲ略述シタリ

次ニ殺人ノ行爲ハ必スシモ被害者ノ身體ニ對スル有形的働作タル手段ニ依ルコトヲ要セス被害者ノ精神ニ對スル無形的手段ニ依テモ亦之ヲ行フコトヲ得ヘシ例ヘハ畏怖ノ結果或ハ睡眠障害ノ結果其人ノ死ヲ來サシムルカ如キ總テ殺人ノ所爲アリタリト謂フコトヲ得ヘシ而シテ現行刑法ニ於テモ別ニ之カ區別ヲ認メサルヲ以テ以上無形的手段モ亦殺人ノ行爲中ニ包含セラルヽモノト解セサルヘカラス

第三條件　殺人ノ意思(犯意)アルコトヲ要ス

殺人ノ犯意トハ殺人ト謂フ結果ノ發生ヲ豫見スルノ謂ニシテ詳言スレハ作爲ノ手段ニ依ル殺人ノ作爲カ殺人ト謂フ結果ヲ發生シ於テハ犯人ノ作爲カ殺人ト謂フ結果ヲ發生シ得ルコトヲ豫見スルコトヲ意味シ、不作爲ノ手段ニ依ル殺人行爲ノ場合ニ於テハ犯人ノ作爲カ殺人ト謂フ結果ノ侵來ヲ防止シ得ルコトヲ豫見スルコトヲ意

味ス（犯意ニ付テハ法律上ノ結果ノ發生ヲ希望スルコトヲ要スト謂フ說アレトモ吾輩ハ之ニ贊セス）而シテ犯人カ殺人行爲ヲ行フニ至リタル決意ノ原因（遠因）如何ハ犯意ニ關係ナキモノトス例ヘハ復讐ノ爲メニ人ヲ殺スト貪利ノ爲メ人ヲ殺ストハ問フ所ニアラス

以下現行法カ規定スル殺人罪ノ種々ノ場合ニ付キ項ヲ分テ說明セント欲ス

第一項　謀殺及ヒ故殺ノ罪

刑法第二百九十二條ニ曰ク「豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ハ故殺ノ罪ト爲シ無期徒ス」

同法第二百九十四條ニ曰ク「故意ヲ以テ人ヲ殺シタル者ハ故殺ノ罪ト爲シ無期徒刑ニ處ス」

以上謀殺ノ罪ト故殺ノ罪ト異ナル要點ハ殺人ノ決意カ豫謀ニ出ツルト然ラサルトニ存ス（故殺トハ豫謀ニ出テサル殺人行爲ト謂フノ義ナリ）

豫謀トハ犯人ニ於テ犯罪行爲（殺人罪ノ場合ニ於テハ殺人行爲）ヲ行ハントノ觀念カ即時ニ決定セラレタル狀態ヲ謂フ從テ豫謀ノ場合ニ於テハ犯罪觀念特ニ吾人ノ一般行爲ヲ支配スル宗教的道德的觀念若クハ法律ノ制裁ヲ恐ルルノ觀念及ヒ智能等ト相衝突シテ互ニ相爭ヒタル結果遂ニ此等消極的觀念ニ打勝チテ此積極的觀念カ決定セラレタル狀態ヲ謂フ從テ豫謀ノ場合ニ於テハ犯罪行爲ヲ行ハントノ初一念ノ發生ヨリ此觀念カ決定セラルヽ迄ノ間ニ於テハ多少ノ時間ヲ存スルコトヲ要スルヤ明カナリトス豫謀ハ犯罪決意ノ狀況ニシテ犯意即チ結果ノ豫見トハ區別スルコトヲ要ス謀殺ト謂ヒ故殺ト謂フ共ニ殺人ノ犯意ニ出テタル殺人行爲タルニ於テ異ナル所ナシ唯殺人ノ決意カ豫謀ニ出ツルト然ラサルトニ依リテ二者ノ區別ヲ生スト雖モ豫謀ハ犯罪決意ノ狀況ナルカ故ニ其狀況ハ犯罪實行ノ當時ニ於テ存在セサルヘカラス從テ假令殺人ノ豫謀アルモ犯罪實行ノ當時ニ於テ此豫謀ノ決意ニ基カス偶然殺人ノ實行アリタルトキハ謀殺罪ハ成立セス故殺罪ヲ以テ論セサルヘカラス例ヘハ熟慮ノ結果自己ノ仇敵某ヲ何日施行ノ宴會ニ於テ殺サンコトヲ決意シ其期日ノ至ルヲ待チ居タルニ偶ヽ其期日以前ニ於テ仇敵某ニ會合シタルニ際シ大ニ某ノ爲メニ罵詈セラレタル爲メ仇敵タルコトヲ覺ラス單ニ憤怒ノ餘リ前後ノ思慮ナク直チニ某ヲ殺害シタルカ如キ是ナリ然レトモ豫謀ハ犯罪決意ノ狀況タルニ止マリ犯罪ノ手段日時場所ニ關

スルモノニアラサルヲ以テ豫謀ノ決意ニ基ク犯罪ノ實行タル以上ハ假令先キニ豫定セラレタル手段ニ依ルト否ト其日時場所ヲ異ニスルト否トハ謀殺罪ノ成立ニハ關係ナキモノトス

嬰兒ノ未タ分娩セサル以前ニ於テ分娩ノ後ハ直チニ之ヲ殺害センコトヲ豫謀シ其決意ニ基キ分娩ノ後嬰兒ヲ殺害シタルトキハ謀殺罪ヲ以テ論スルニ欠クル所ナシ

豫謀ハ犯人ノ心裡ニ屬スル刑罰加重ノ情狀ナルニ依リ數人共同シテ人ヲ殺害シタル場合ニ於テ其共犯者中或者ニハ豫謀ノ事實アリ他ノ者ニハ豫謀ノ事實ナキトキハ豫謀ノ事實アルモノニ對シテノミ謀殺罪ヲ以テ論シ其他ノ共犯人ニ對シテハ故殺罪ヲ以テ論スヘキモノトス

第二項　重キ故殺罪ノ場合

故殺罪ノ成立ニ付テハ殺人ノ手段目的ハ之ヲ制限セスト雖モ現行刑法ハ例外トシテ左ノ場合ニハ普通ノ故殺罪ニ比シテ其刑ヲ重クセリ

第一段　毒殺ノ罪

刑法第二百九十三條ニ曰ク「毒物ヲ施用シテ人ヲ殺シタル者ハ豫謀ヲ以テ論シ死刑ニ處ス」本罪ハ毒物施用ト謂フ特別ノ手段ニ依ル殺人行爲ニシテ豫謀ノ有無ヲ問ハス死刑ニ處ス而シテ法文ニハ「謀殺ヲ以テ論ス」トアルヲ以テ本法其他ニ於テ單ニ謀殺ト規定シタル場合ニ於テハ常ニ毒殺ノ罪ヲ包含スルモノト解セサルヘカラス（本法第二百九十八條ハ其一例ニ屬ス）而シテ毒物施用ノ意義ヲ說明スレハ左ノ如シ

一、毒物トハ比較的少量ヲ用ヒテ人ノ生命ヲ絕ツニ至ル所ノ能力アル物質ヲ總稱ス從テ硝子粉ヲ服用セシメ又ハ多量ノ酒精ヲ飮用セシメ以テ人ヲ殺害スルモ此等ハ固ヨリ毒物ト謂フコトヲ得サルヲ以テ毒殺罪ヲ構成セス然レトモ苟クモ毒物タル以上ハ其物質ノ動物質（例之ハ「ベスト」菌、肺結核「コレラ」黴菌ノ類）タルト植物質（例之ハ「モルヒ」素ノ類）タルト又鑛物質（例之ハ砒）タルトヲ問フ所ニアラス

二、施用トハ人ノ肉體組織內ニ浸入セシムルコト換言スレハ體內ニ於ケル血液ト混和セシムルノ方法ニ於テ使用スルノ謂ニシテ其血液ト混和セシムルノ方法ハ呼吸機ニ依ルト消化機ニ依ルト亦皮下注射或ハ灌腸其他ノ手段ニ依ルトヲ問ハス總テ之ヲ包含スルモノトス而シテ以上ノ方法ハ暴行ニ依テ之ヲ行フ

ト被害者ヲ錯誤ニ陷ラシメテ之ヲ行フトハ敢テ問フ所ニアラス然レトモ硫酸
硝酸ノ如キハ固ヨリ毒物ト云フコトヲ得サルヲ以テ之ヲ服用セシメ又ハ人ノ
身體ニ浴ヒセ掛ケ肉體ヲ燒爛セシメ仍テ以テ其人ヲ殺害スルカ如キハ普通ノ
故殺罪ヲ以テ論シ若シ豫謀ノ事實アレハ謀殺罪ヲ以テ論スヘキノミ
現行法カ毒殺ヲ以テ普通ノ故殺罪ヨリ重ク處罰スル所以ハ其手段ノ陰險ナル
犯スニ易ク防クニ難ク加フルニ擧證ニ困難ナリト謂フ古來沿革上ノ理由ニ基ク
モノナリト雖モ此等ノ理由ハ特ニ毒殺罪ニ特有ノ兆候ト認ムヘカラサルヲ以テ
普通ノ故殺罪ニ比シ特ニ之ヲ重ク處罰スルノ必要ナキモノト信ス

第二段　慘刻ノ手段ニ依ル故殺罪

刑法第二百九十五條ニ曰ク「支解折割其他慘刻ノ所爲ヲ以テ人ヲ故殺シタル者ハ
死刑ニ處ス」本條ハ慘刻ノ手段ニ依ル故殺罪ヲ規定スルモノニシテ普通ノ故殺罪
ニ比シテ其刑ヲ重クシ常ニ死刑ニ處ス然レトモ若シ豫謀ノ事實アル場合ニ於テ
ハ第二百九十二條ニ依リ謀殺罪ヲ以テ論スヘキヤ勿論ナリトス
本文ニ「慘刻ノ所爲」トアルハ身體ヲ裂キ四肢ヲ折ル等其他一般殘忍ト認ムヘキ所

爲ヲ總稱ス而シテ慘刻ノ所爲ハ殺人ノ手段タルコトヲ要スルカ故ニ一旦殺人ノ
結果ヲ生シタル後ニ於テ假令死屍ニ對シ殘忍ノ所爲アルモ本罪ヲ構成セス普通
故殺罪（本法第二百九十四條ノ罪）ヲ以テ論スヘキナリ

第三段　重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ又ハ已ニ犯シタル刑責ヲ免ル、目的ニ出テタル故殺罪

刑法第二百九十六條ニ曰ク「重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ又ハ已ニ犯シテ其罪
ヲ免ル、爲メ人ヲ故殺シタル者ハ死刑ニ處ス」本罪ハ殺人決意ノ原因（遠因）カ重罪
輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ又ハ已ニ犯シテ其罪責ヲ免ルヽノ目的ニ出テタル故
殺罪ヲ規定スルモノニシテ普通ノ故殺罪ニ比シテ其刑ヲ重クシ常ニ死刑ニ處ス
而シテ此刑罰加重ノ情狀タル殺人ノ遠、因、ニ付テ說明スレハ左ノ如シ
第一、「重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ」トハ重罪輕罪ヲ犯スノ企圖ヲ有シ其企圖
ヲ容易ナラシムル爲メト謂フノ義ニシテ苟クモ此遠因ニ基ク以上ハ殺人行爲
カ犯人ニ依テ企圖セラレタル重罪輕罪ノ着手中ニ行ハルヽト豫備ノ手段トシ

テ行ハルヽトハ問フ所ニアラス然ルニ一部ノ論者ハ法文ニ「犯スニ」トアルハ犯罪ノ實行ニ際シト謂フノ義ニシテ重罪輕罪ヲ犯ス豫備ノ手段トシテ人ヲ故殺シタル者ハ之ヲ包含セスト解スル者アルモ曲解タルヲ免レス次ニ法文ニ「便利ナル爲メ」トアルハ重罪輕罪ヲ犯スノ實行ニ對スル障碍ヲ除斥スル目的ニ出テタル塲合ハ勿論更ニ其實行ヲ容易ナラシムル目的ニ出テタル塲合ヲモ包含ス」第二、「已ニ重罪輕罪ヲ犯シテ其罪ヲ免ルヽ爲メト謂フノ義ニシテ例之ハ逃亡ノ爲メ若シクハ罪ノ發覺ヲ防ク爲メニ人ヲ殺スカ如キ塲合ナリ次ニ法文ニハ「已ニ」トアリテ「現ニ」トアラサルカ故ニ現ニ重罪輕罪ヲ行ヒ終リタル際ニ限ルヘキニアラス假令犯罪後長時間ヲ經過シタルトキニ於テモ苟クモ此遠因ニ基ク以上ハ本條ヲ適用スヘキモノナリ

以上第一第二ノ刑罰加重ノ情狀ハ何レモ犯人ノ心裡ニ存スル現象ニシテ苟クモ主觀的ニ犯人ニ此遠因ノ存在スル以上ハ此遠因ニ基ク殺人行爲カ果シテ此殺人ノ遠因ヲ客觀的ニ滿足セシムルコトヲ得ルヤ否ヤハ問フ所ニアラサルナリ

次ニ法文ニハ「故殺シタル者ハ」トアルヲ以テ本條ハ謀殺ノ塲合又ハ慘刻ノ手段ニ依ル特別ノ故殺罪ヲ包含セサルヤ勿論ナリトス

第三項　誘導殺人

刑法第二百九十七條ニ曰ク「人ヲ殺スノ意ニ出テ詐稱誘導シテ危害ニ陷レ死ニ致シタル者ハ故殺ヲ以テ論シ其豫メ謀ル者ハ謀殺ヲ以テ論ス」本條ハ豫謀又ハ故意ニ出テタル殺人ノ手段カ被害者ヲ詐稱誘導シテ危害ニ陷レ因テ以テ死ニ致ラシメタル塲合ヲ規定スルモノナレトモ凡ソ殺人ノ行爲アリト云フニハ加害者ノ身體發動ト被害者ノ死亡ト謂フ結果トノ間ニ苟クモ因果關係ノ存在スルヲ以テ足レリトス而シテ其關係カ直接タルトト間接タルトハ問フヘキニアラス而シテ本條規定ノ塲合ヲ案スルニ被害者ヲ詐稱誘導シテ危害ニ陷レタル加害者ノ行爲カ原因トナリテ被害者ノ死亡ト謂フ結果ヲ來タシタルモノナレハ二者ノ間ニ間接因果ノ關係アリ從テ殺人ノ行爲アリタリト謂フコトヲ得ヘク其殺人行爲カ殺人ノ犯意ヲ以テ行ハレタルトキハ故殺罪ヲ構成スヘキヤ固ヨリ論ヲ待タス要スルニ本條ハ間接ノ手段ニ依ル殺人罪ノ塲合ヲ例示シタルニ過キサルモノト解スルノ外ナキナリ

第四項　誤殺

刑法第二百九十八條ニ曰ク「謀殺故殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル者ハ仍ホ謀故殺ヲ以テ論ス」本條ハ豫謀又ハ故意ヲ以テ殺人ノ行爲ニ着手シタルモ錯誤ノ爲メ犯人カ目的トシタル以外ノ人ヲ殺害シタル場合（誤殺）ヲ規定シタルモノニシテ其錯誤ハ左ノ二ケノ場合ニ區別スルコトヲ得ヘシ

一、殺害ノ目的ノ體タル人ニ關シテ錯誤アリタル場合（人違ヒノ場合）

二、殺害ノ手段ニ關シテ錯誤アリタル場合

以上各場合ニ付テ說明スレハ左ノ如シ

第一、殺害ノ目的ノ體タル人ニ關シテ錯誤アリタル場合　例ヘハ豫謀又ハ故意ヲ以テ甲ナル人ヲ殺害セント欲スル者アリ偶〻乙ヲ甲ナリト誤信シテ殺害シタル如キヲ云フ此場合ニ於テ犯人ハ殺人ノ意思ニ基キ人ヲ殺害シタルモノニシテ假令其殺害セラレタル人カ犯人ノ豫期シタル人ト相違シタリト雖モ法律上殺人ノ犯意ト殺人ノ結果トハ互ニ相一致シタリト云フヘク犯人カ被害者ヲ誤信シタリト謂フハ犯意ノ遠因ト結果トノ間ニ錯誤アリタリト謂フニ過キサルナリ而シテ普通殺人罪ノ成立ニ付テハ犯意ノ遠因ト結果トノ間ニ一致アルコトヲ必要トセサルヲ以テ此場合ハ別ニ明文ヲ待タスシテ當然謀殺又ハ故殺ヲ以テ論スヘキモノトス然レトモ以上ノ論旨ニ對スル反對說ナキニ非ス即チ反對論ニ曰ク「凡ソ人カ犯罪既遂ノ行爲アリトシテ責任ヲ負フニハ必スヤ犯意ト結果トノ間ニ於テ一致スル所ナカル可カラス若シ二者ノ間ニ一致ナキトキハ到底其結果ニ付テ責任ヲ負フヘキモノニアラス而シテ如何ナル場合ニ於テ二者ノ間ニ一致ナシト謂ヒ得ルヤト謂フニ若シ行爲者カ現實ノ結果ヲ豫見シタルナラハ決シテ其原因ヲ與ヘタル所ノ行爲ヲナサヽリシト謂フ關係ヲ有スル場合ニシテ本問ノ場合ニ於テ行爲者カ若シ殺人ノ行爲ノ目的體タル人カ甲ニアラスシテ乙ナルコトヲ豫見シタルナラハ決シテ乙ヲ殺害スルコトナカリシカ故ニ犯意ト結果トノ間ニ一致ナク從テ之ヲ殺人罪ノ既遂トシテ論スルニハ本條ノ如キ特別ノ明文ヲ要ス」ト謂フニ在リ然レトモ犯罪ノ既遂ニ付テ犯意ト結果トノ間ニ一致アルコトヲ要スト謂フハ論ヲ俟タスト雖モ二者ノ一致ハ論者カ謂フカ如ク必スシモ絕對的ニ一致スルコトヲ要スルニ非ス法律上二者相一

致スルコトヲ以テ足レリトス何ヲカ法律上ノ一致ト云フ曰ク刑法カ各犯罪ノ成立ニ必要トスル結果ト犯人カ豫見シタル結果ト一致スルコトヲ意味スル而シテ普通殺人罪ノ成立ニ必要ナル法律上ノ結果ハ人カ殺害セラルヽヤ否ヤハ問フ所ニアラス從テ假令犯人ニ於テ殺人犯意ノ遠因ニ錯誤アルモ苟クモ殺人ノ犯意ヲ以テ其目的ノ體タル人ヲ殺シタル以上ハ兩者ノ間ニ法律上ノ一致アリタリト謂フニ於テ欠クル所ナキナリ而シテ此理論ハ單ニ殺人罪ノ場合ニ限ラス汎ク一般ノ犯罪ニ付テ適用セラルヘキナリ故ニ例之ハ系圖在中ノ匣ヲ竊取スルノ目的ヲ以テ竊取シタルニ其匣ハ目的タル系圖ヲ納メスシテ金圓ヲ藏蓄シタルモノナルトキニ於テモ竊盜罪ヲ構成スルニ於テ欠クル所ナキカ如シ反之殺親罪ノ如キ犯罪ノ目的ノ體カ特定ノ人タルコトヲ要スル場合ニ於テハ法律上ノ結果モ亦此等特定ノ人ニ對シ發生スルコトヲ要スルカ故ニ若シ此等ノ人ニ對スル罪ヲ犯サントシテ人違ニ依リ此等以外ノ人ニ對スル結果ヲ生シタルトキハ犯意ト結果トノ間ニ法律上ノ一致ナキカ故ニ普通人ニ對スル殺人罪ヲ構成スルモ加重ノ情狀タル殺親罪ヲ構

成セサルヤ勿論ナリトス

第二、殺人ノ手段ニ錯誤アリタル場合　例之ハ右ナル甲ヲ謀殺又ハ故殺スルノ目的ヲ以テ甲ニ向テ發砲シタルニ彈丸誤テ左ナル乙ヲ斃シタルカ如キヲ云フ而シテ本條法文ニハ單ニ「誤テ」ト規定シ其誤テ他人ヲ殺シタル者ハ云々」ト謂フ文字ハ殺人ノ目的ノ體ニ錯誤アル場合ト手段ニ錯誤アル場合トヲ包含シ得ルニ拘ハラス法律ハ其何レヲ指示スルカヲ限定セサルヲ以テ本條ハ殺人ノ手段ニ錯誤アル場合ヲモ併セテ規定スルモノト解スルヲ至當トス然レトモ立法論トシテハ此場合ニ於テハ現實殺害セラレタル人ハ殺人犯意ノ目的體タリシ人ニアラス即チ犯人カ豫見シタル法律上ノ結果ハ爰ニ發生セス從テ犯意ト結果トノ間ニ法律上ノ一致ナキヲ以テ此場合ハ謀殺若シクハ故殺ノ未遂ト過失殺人（乙ノ殺害カ犯人ノ不注意ニ基クトキニ於テ）トノ二罪俱發タルヘキモノトス而シテ現行法ノ如ク此場合ニ於テモ猶ホ謀殺又ハ故殺ノ既遂ヲ以テ論スルノ必要アル理由ヲ發見セス之ヲ要スルニ本條ハ一半ハ無用ノ條文タルト同時ニ亦一半ハ法理ニ反シテ殺人ノ既遂ヲ認メタル不當ノ法條ナリト謂フヘキナリ

第二節　毆打創傷ノ罪

毆打創傷ノ罪ニ關スル各條ノ說明ニ先チ本罪ノ一般ニ通スル犯罪ノ構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一、犯罪ノ客體ハ生活アル人ノ身體ナルコト

第二、生活アル人ノ身體ヲ毀損シタルコト

第三、生活アル人ノ身體ノ一部ヲ毀損スルノ結果ヲ豫見シタルコト

以上各要件ニ就テ說明スレハ左ノ如シ

第一要件　犯罪ノ客體ハ生活アル人ノ身體タルコトヲ要ス

刑法上所謂人ナルモノト胎兒トノ區別ハ既ニ前節ニ於テ說明シタル所ト異ナルナキヲ以テ之ヲ省略ス身體トハ肉體ト謂フノ義ニシテ名譽貞操自由等ヲ包含セサルモノトス而シテ生活アル人ノ身體タルコトヲ要スルカ故ニ人ノ死屍ヲ毀損スルモ本罪ヲ構成セス

第二要件　生活アル人ノ身體ヲ毀損シタルコトヲ要ス

法文ニハ「毆打創傷云々」トアリテ一見毆打トハ固形體ヲ以テ肉體ヲ打擊スル場合ニ限リ押倒シ切開折斷摩擦等ノ所爲ヲ包含セサルカ如ク又創傷ト謂フモ表見的ニ肉體ノ外部ヲ毀損スル場合ノミヲ指示シ不表見的ニ肉體ノ生活機能ヲ毀損スル場合ヲ包含セサルカ如シト雖モ斯ノ如ク解スルトキハ極メテ不權衡ノ結果ヲ生シ立法者ノ趣旨ヲ全フスルコトヲ得サルヲ以テ爰ニ所謂毆打創傷トハ人ノ肉體ニ對シ表見的ニ其外部ヲ毀損スルト又不表見的ニ內部ノ生活機能ヲ毀損シテ其健康ヲ毀損スルトヲ問ハス汎ク人ノ肉體上ノ生活機能ヲ毀損スル行爲ヲ總稱スルモノト解スルヲ至當トス然レトモ毆打ト謂ヒ創傷ト謂フ文字ハ普通此意味ニ用ヒラレサルヲ以テ刑法改正ノ際ニハ宜シク之ニ相當スル適當ナル文字ニ改ムルコトヲ要ス(一)身體ヲ毀損シタルコトヲ要スルカ故ニ若シ此結果ヲ生セサルトキハ刑法第四百二十五條第九號ノ罪ヲ構成スヘキノミ(二)身體ヲ毀損スルノ結果ハ犯人ノ肉體ノ力ニ因リテ直接ニ生スルコトアリ又犯人カ他ノ力ヲ利用シテ間接ニ生スルコトアリ例之ハ犬ヲ嗾シテ人ヲ咬マシムルカ如キ是ナリ(三)殺人罪ノ場合ニ於テ不作爲モ一定ノ條件ヲ具備スルトキハ作爲ト等シク犯罪ノ手段タリ得ルコトヲ說明シタル如ク毆打創傷罪ノ場

合ニ於テモ亦不作爲ニ依リテ之ヲ犯スコトヲ得ルナリ

第三條件　生活アル人ノ身體ノ一部ヲ毀損スルノ結果ヲ豫見シタルコトヲ要ス（犯意）

本罪ノ成立ニ必要ナル犯意トシテ犯人ニ於テ生活アル人ノ身體ノ一部ヲ毀損スルノ結果ヲ豫見シタルコトヲ要ス何トナレハ法文ニハ「人ヲ毆打創傷シ云々」トアリテ本罪ハ人ノ身體ノ一部ヲ毀損スルノ所爲ヲ處罰スルモノナレハナリ犯人ニ於テ自己ノ行爲ノ性質カ此結果ヲ生シ得ルコトヲ豫見シタルコトヲ要スルハ殆ント說明ヲ要セス而シテ全然身體ヲ毀損スルノ意思アルトキハ殺人ノ犯意アリト言ハサルヘカラサルナリ然レトモ本罪ハ現ニ發生シタル結果ニ付キ客觀的ニ其刑罰ヲ定ムルモノナルカ故ニ其行爲カ身體ノ一部ニ對シ果シテ如何ナル傷害ヲ生スヘキヤ犯人ニ於テ之ヲ豫見スルコトヲ要セス苟クモ其行爲ノ性質カ人ノ身體ノ一部ヲ毀損スルニ足ルモノタルコトヲ豫見シタル以上ハ其行爲ニ基キ現實ニ發生シタル結果ニ付テ犯意又ハ過失ノ有無ニ關セス其責任ヲ負フヘキナリ即チ普通ノ有意犯ト異ナリ犯人ニ於テ法律上ノ格別ナル結果ヲ豫見シタルコトヲ要スト說明スル者アレトモ汎ク犯罪ノ成立條件トシテ其行爲カ違法ノ所爲タルコトヲ要スルコト及ヒ正當防衛權、危難防衛、自救權ノ行使、法律上認許セラレタル職務ノ範圍內ニ於ケル行爲、官吏ノ職務行爲ノ一定ノ身分ニ伴フ權限行爲（父兄ノ懲戒權、教師ノ懲戒權ノ如シ）ハ違法ノ行爲ニアラサルコトハ犯罪全般ニ通スル原則ニシテ特ニ本罪ノ特別構成條件トシテ之ヲ說明スヘキ性質ノモノニアラサルカ故ニ爰ニ要件トシテ特記セサルナリ

次ニ自ラ身體ヲ毀損シタル者及ヒ他人ノ依賴ニ依リテ依賴者ノ身體ヲ毀損シタル者ノ處分ニ付キ說明セント欲ス

毆打創傷ノ罪ニ關スル第二百九十九條以下ノ法條ニ於テ「人ヲ毆打創傷シ云々」トアリテ法文ノ用例上人トハ他人ト解スヘキヲ以テ自ラ身體ヲ毀損スルモ毆打創

傷ノ罪ヲ構成セサルモノトス但特別ノ違因ニ因リ自己ノ身體ヲ毀傷シタルトキハ別罪ヲ構成スルコトアリ例ヘハ陸海軍ノ徴兵ニ編入セラルヘキ者カ免役ヲ圖ルカ爲メニ身體ヲ毀傷シテ疾病ヲ作爲スルカ如シ此場合ニ於テハ徴兵忌避ノ罪ヲ構成ス然レトモ各人ハ自己ノ身體ヲ毀損スルノ處分權ヲ有スルモノト云フコト得ス國家ハ刑法其他ノ法規ニ依リテ人ノ身體ヲ保護シ之ニ對スル侵害ヲ禁止スト雖モ法律カ私人ニ對シテ保護スル利益ハ直チニ以テ私人カ自由ニ處分スルコトヲ得ト謂フコトヲ得ス法律カ保護スル利益ニシテ單ニ一個人ノ利益ニ關スルモノト國家共同ノ利益(例之ハ公ノ秩序又ハ善ノ風俗ニ關スル事項)ニ關スルモノトアリ而シテ國家共同ノ利益ハ假令私人ノ利益トナルコトアルモ私人ハ任意ニ之ヲ處分スルコトヲ得サルモノトス而シテ人ノ身體ハ國家組織ノ基本ニシテ又國家發達ノ原動力タルヘキモノナルカ故ニ國法カ之ヲ保護スルモ亦國家共同ノ利益ナリト謂ハサルヘカラス從テ私人ハ任意ニ之ヲ處分スルコトヲ得ス故ニ假令私人ノ承諾アルモ他人ノ身體ヲ毀損スルコトハ違法ニシテ被害者ノ承諾ハ毆打創傷罪ノ成立ニ影響ヲ及ホサヽルモノトス但自己ノ身體ノ發達保全ヲ謀ル爲メ或範圍内ニ於テ之ヲ處分スルコトハ慣習法ニ依リ認メラルヽ所ノ權利ナリト謂ヒ得ヘキカ(例ヘハ相撲、擊劍、柔道ノ如キ演スル場合ノ如シ)然レトモ說ヲナス者アリ曰ク「刑法第三百二十條ニハ特ニ自殺幇助罪ヲ規定シ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手ヲ下シタル者ノ處分方法ヲ規定シタルニ依テ之ヲ見レハ立法者ハ原則トシテハ各人ニ生命身體ノ處分權ヲ認メ被害者ノ承諾ニ基ク生命身體ノ毀損ハ違法ニアラサルコトヲ示シ自殺幇助ノ場合ニ限リ例外トシテ處罰スルモノニシテ毆打創傷罪ニハ此例外規定ナキカ故ニ被害者ノ承諾ニ基ク身體毀損ノ行爲ハ違法ニアラス從テ罪ヲ構成セサルナリ」ト然レトモ吾輩ノ信スル所ニ依レハ前ニ說明シタル如ク根本ニ於テ被害者ノ承諾ハ被害者ノ生命身體ヲ毀損スル行爲ノ違法タルコトヲ排除スルノ效力ナキモノト認ムヘキノミナラス刑法第三百二十條ニ於テモ自殺幇助ノ行爲ヲ以テ全然違法ニ非スト認メタルニ非ス普通ノ殺人罪ニ比シテ其刑罰ヲ減輕シタルニ止マルノミ故ニ此一事ヲ以テ直チニ刑法ハ原則トシテ被害者ノ承諾ニ基キ生命身體ヲ毀損スル行爲ノ違法タルコトヲ排除シタルモノナリトノ論結ハ早計ニ失スルモノト謂ハサル可カラス但現行法ニ於テ第三百二十條ノ如ク自殺ノ幇助ニ關シ刑罰

ヲ減輕スルノ規定アルニ拘ハラス被害者ノ承諾ニ基ク毆打創傷ノ行爲ニ付キ之ニ類スルノ特別規定ヲ設ケサルハ權衡ヲ失スルモノト謂ハサルヘカラス

又刑法ハ原則トシテ自己ノ身體ヲ毀損スルノ行爲ヲ處罰セサルカ故ニ他人ヲ敎唆シテ被敎唆者自身ノ身體ヲ毀損セシメタル者ハ毆打創傷罪ノ敎唆者トシテ處罰スルコトヲ得サルハ勿論刑法上敎唆ハ被敎唆者ニ依リテ發生シタル結果ニ對シテ因果ノ關係アリト云フコトヲ得ス（本章第一節所爲ノ說明參照）亦特ニ之ヲ處罰スルノ規定ナキヲ以テ結局本問ノ敎唆ハ處罰セラルヽコトナキモノトス是レ亦第三百二十條ノ規定ニ對シテ權衡ヲ失スルモノト謂ハサルヘカラス（但徵兵忌避ノ敎唆者トシテ處罰セラルヽコトアルハ格別ナリ）他人ヲ敎唆シテ敎唆者ノ身體ヲ毀損セシメタル者モ亦處罰スルコトヲ得ス

終リニ殺人ノ決意ヲ以テ殺人ノ行爲ニ着手シ犯人カ任意ニ其行爲ヲ中止シタル爲メ殺人ノ結果カ生セサリシモ其行爲ノ結果トシテ被害者ノ身體ヲ毀損シタルトキハ殺人ノ未遂ヲ以テ論スヘカラサルヤ勿論ナリト雖モ（本法第百十二條參照）毆打創傷ノ罪トシテ論スルコトヲ得ルヤ否ヤ此問題ハ左ノ二箇ノ場合ニ區別シテ論セサルヘカラス

第一、犯人ニ於テ其手段トシタル行爲カ殺人ノ結果ヲ生シ得ルコトヲ豫見スルト（犯人ニ就テ必ス殺人ノ結果ヲ生スヘキコトヲ確信シタル場合ニ對比シテ不確定又ハ條件付ノ犯意ト稱ス）同時ニ或ハ身體毀損ノ結果ヲ生シ得ルコトヲ豫見シタルトキ

此場合ニ於テハ殺人ノ犯意ハ中止ニヨリテ其結果ヲ生セサリシモ身體毀損ノ犯意ハ完全ニ其結果ヲ發生セシメタルヲ以テ歐打創傷罪ヲ以テ論スヘキヤ論ヲ待タス而シテ殺人ノ不確定犯意ハ往々毆打創傷ノ不確定犯意ト相伴フモノトス

第二、犯人ニ於テ其手段トシタル行爲カ必ス殺人ノ結果ヲ生スヘキコトヲ確信シタルトキ（確定犯意ノ）

此場合ニ於テハ殺人ノ身體ヲ全然毀損スルノ意思ト毆打創傷ノ犯意即チ生活アル人ノ身體ノ一部ヲ毀損スルノ意思トハ相兩立スルコトヲ許サヽルカ故ニ殺人行爲中止ノ結果假令被害者ノ身體ノ一部ニ毀損ト云フ結果ヲ生スルモ毆打創傷罪ヲ構成セサルモノトス例ヘハ一箋ノ毒藥ヲ以テ能

ク人ヲ斃スヘキコトヲ確信シ之ヲ服用セシメタル後ニ於テ犯人カ任意ニ解毒劑ヲ與ヘタル爲メ被害者ハ死亡ニ至ラサリシモ爲メニ疾病ヲ釀シタリト雖モ犯人ニ於テ被害者ノ身體ノ一部ヲ創傷セシムルノ犯意ナカリシカ故ニ殺人ノ未遂トシテ論スヘカラサレハ勿論毆打創傷ヲ以テモ論スルコトヲ得サルナリ（但立法論トシテハ此場合ニ於テモ之ヲ處罰シ得ルノ規定ヲ設クル必要アリ）

以下各本條ニ付キ項ヲ分ツテ說明セントス欲ス

第一項　普通ノ毆打創傷罪

本項ハ第二百九十九條乃至第三百一條ノ規定ヲ包含ス

第二百九十九條ニ曰ク「人ヲ毆打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ重懲役ニ處ス」本條ハ殺人ノ犯意ナク單ニ身體毀損ノ犯意ヲ以テ爲シタル所爲ノ結果トシテ被害者ノ死亡ヲ招キタル場合ニ關スル規定ナリ故ニ若シ殺人ノ條件付犯意ト身體ノ一部毀損ノ犯意ト相伴フテ存在スルトキニ於テ犯人ノ所爲ノ結果被害者ノ死亡ヲ來タシタルトキハ固ヨリ謀殺又ハ故殺ヲ以テ論スヘキモノトス

第三百條第一項ニ曰ク「人ヲ毆打創傷シ其兩目ヲ瞎シ兩耳ヲ聾シ又ハ兩肢ヲ折リ及ヒ舌ヲ斷チ陰陽ヲ毀敗シ若シクハ知覺精神ヲ喪失セシメ篤疾ニ致シタル者ハ

輕懲役ニ處ス

法文ニ所謂「目ヲ瞎シ」トハ目的物ヲ認別スヘキ視覺作用ヲ永久ニ不能ナラシムルコトヲ意味シ「耳ヲ聾シ」トハ音響ヲ聽キ分ル作用ヲ永久ニ不能ナラシムルコトヲ意味シ「肢ヲ折リ」トハ手足ヲ有形的ニ折リ取ルノミナラス其筋肉ノ伸縮作用ヲ永久ニ不隨ナラシムルコトヲ意味シ「舌ヲ斷チ」トハ舌ヲ有形的ニ切リ取ルノミナラス言葉ニ依リテ思想ヲ言顯ハスノ作用ヲ永久ニ不能ナラシムルコトヲ意味シ「陰陽ヲ毀敗シ」トハ交接作用ヲ不能ナラシムルハ勿論生殖作用ヲ不能ナラシムルコトヲ意味スト解スルヲ正當ナリトス「知覺精神ヲ喪失セシメ」トハ白痴又ハ瘋癲等ニ致スヲ云フ

以上第一項ニ記載スル所ノ身體ノ有形的又ハ無形的毀損行爲ヲ總稱シテ法律ハ特ニ篤疾ナル名稱ヲ附シタリ

同條第二項ニ曰ク「其一目ヲ瞎シ一耳ヲ聾シ又ハ一肢ヲ折リ其他身體ヲ殘廢シ癈疾ニ致シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處ス」

法文ニ「其他身體ヲ殘廢シ癈疾ニ致シタル者」トアルハ第一項ニ列記シタル篤疾ニ該當スル以外ノモノニシテ總テ著キ病患、著大ナル筋肉不隨等ヲ總稱スルモノトス而シテ一目ヲ瞎シ一耳ヲ聾シ又ハ一肢ヲ折ルカ如キハ之カ例示ニ過キサルナリ

同條ハ第一項第二項ニ於テ篤疾ト癈疾トヲ區別シ從ッテ其刑罰ヲ異ニスト雖モ是レ不當ノ區別タルヲ免レス例ヘハ被害以前ニ於テ已ニ一目ヲ失シ又ハ一耳ヲ聾シタル者カ更ニ殘餘ノ一目ヲ瞎シ一耳ヲ聾シタル爲メ全然視覺、聽覺ヲ失フニ至リタル場合ハ同時ニ兩目ヲ瞎シ兩耳ヲ聾シタル場合ニ比シテ其被害タルヤ固ヨリ輕重ナキニ拘ハラス一ハ癈疾ニ過キストシテ輕罪ニ該リ一ハ篤疾ヲ來タシタリトシ輕懲役ニ處スルカ如キハ刑ノ權衡ヲ失スルコト亦大ナリト謂ハサルヘカラス一肢ヲ折ルニ付テモ亦同シ故ニ此區別ハ刑法改正ノ際ニハ削除スルヲ至當トス

第三百一條第一項ニ曰ク「人ヲ毆打創傷シ二十日以上ノ時間疾病ニ罹リ又ハ職業ヲ營ムコト能ハサルニ至ラシメタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處ス」

疾病休業ノ意義ニ付テハ二者ヲ區別シテ論スルノ說ト二者ヲ同一ノモノトナシ休業トハ吾人ノ日常ノ動作ヲナスコト能ハサルニ至ラシメタルノ義ニシテ畢竟疾病ノ意義ヲ說明センカ爲メニ疾病ト云フ文字ニ附加シタル一個ノ熟語ニ過キスト論スル說アルモ法文ノ解釋トシテハ前說ヲ以テ可ナリト信ス

同條第二項ニ曰ク「其疾病休業ノ時間二十日ニ至ラサルモノハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處ス」

法文ニ「疾病休業」トアルハ前項ヲ受ケテ「疾病又ハ休業」ト解スヘキナリ

同條第三項ニ曰ク「疾病休業ニ至ラスト雖モ身體ニ創傷ヲ成シタル者ハ十一日以上一月以下ノ重禁錮ニ處ス」

法文ニ所謂「身體ニ創傷ヲ成シタル」トハ疾病又ハ休業ノ場合ヲ除キタル總テノ有形的身體毀損ヲ指示スルモノナリ從テ彼頭髮ヲ斷チ眉毛ヲ剃リ墜スカ如キ有形的身體毀損ヲモ之ヲ包含スルモノト解スヘキカ

以上各條ニ規定スル所ノ身體毀損ノ結果ハ其客觀的實現ヲ待ッテ始メテ其罪ヲ論スヘキモノナルカ故ニ單ニ醫師ノ鑑定ニ信賴シ結果ノ發生ヲ待タス之ヲ處罰

スルハ違法ト謂ハサルヘカラス（判決破毀ノ理由トナル）

第二項　特別ナル毆打創傷罪

本項ハ第三百二條第三百三條第三百五條乃至第三百七條ノ規定ヲ包含ス

第三百二條ニ曰ク「豫メ謀テ人ヲ毆打創傷シ休業廢篤疾又ハ死ニ致シタル者ハ前數條ニ記載シタル刑ニ照シ各一等ヲ加フ」

本條ハ豫謀ニ出テタル身體毀損行爲ヲ規定スルモノニシテ普通ノ毆打創傷罪ト異ナル所ハ身體毀損ノ決意カ豫謀ニ出テタルト否トニ存スルノミ而シテ犯意ニ付テ犯人カ現ニ發生シタル結果ニ付キ豫見シタルコトヲ要セサルコトハ普通ノ毆打創傷罪ニ於ケルト異ナル所ナシ

第三百三條ニ曰ク「重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ又ハ已ニ犯シテ其罪ヲ免ルヽ爲メ人ヲ毆打創傷シタル者ハ亦前條ノ例ニ同シ」

本條ハ第二百九十六條ノ罪ニ關スル說明ヲ參照スレハ意義明瞭ナルヘシ

第三百五條ニ曰ク「二人以上共ニ人ヲ毆打創傷シタル者ハ現ニ手ヲ下シ傷ヲ成スノ輕重ニ從テ各自ニ其刑ヲ科ス若シ共毆シテ傷ヲ成スノ輕重ヲ知ルコト能ハサルトキハ其重傷ノ刑ニ照シ一等ヲ減ス但敎唆者ハ減等ノ限ニ在ラス」

本條ハ共犯ニ關スル總則規定ノ例外ニシテ毆打創傷ノ各共同正犯ハ共同行爲ニ基ク全部ノ結果ニ付テ責任ヲ負フコトヽナシタルノミ責任ヲ負フコトヽナシタルナリ然レトモ本條ハ極メテ不都合ナル結果ヲ生ス例之ハ甲乙共謀シテ甲ハ丙ノ右目ヲ瞎シ乙ハ丙ノ左目ヲ瞎シタル場合ニ甲乙共ニ第三百條第二項適用ノ結果輕罪ノ犯人トナリ反之若シ一人ニテ他人ノ兩目ヲ瞎セハ第三百條第一項ニ依リ重罪ノ犯人トナルカ如キ不權衡ヲ生スルニ至ルヘシ（其他兩耳ヲ聾シ又ハ兩肢ヲ折ル場合亦然リ）

第三百六條ニ曰ク「二人以上共ニ人ヲ毆打スルニ當リ自ラ人ヲ傷セスト雖モ幇助シテ傷ヲ成サシメタル者ハ現ニ傷ヲ成シタル者ノ刑ニ一等ヲ減ス」

本條モ亦共犯ニ關スル總則規定ノ例外ニシテ毆打創傷ノ各共同正犯ハ共同行爲ニ基ク全部ノ結果ニ付テ責任ヲ負フコトナク又自己ノ幇助ニ依テ他ノ共同正犯カ與ヘタル結果ニ付キ現ニ傷ヲ與ヘタル者ノ刑ヨリ一等ヲ減シテ處罰スルコトト爲セリ蓋シ條文ニハ「二人以上共ニ人ヲ毆打スルニ當リ云々」トアルカ故ニ本條

ハ毆打創傷ノ從犯ニ關スル規定ニ非スシテ毆打創傷ノ實行々爲ニ加效シタル其同正犯者ニシテ而カモ自己ノ行爲ニ依テハ直接ニ傷ヲ成サヽリシ者ニ關スル規定ト解セサルヘカラス

以上第三百五條、第三百六條ハ何レモ毆打創傷罪ノ共同正犯ニ關スル規定ニシテ共犯者タルノ要件ヲ具備セサル者ニ付テハ固ヨリ是等法條ノ適用ナキナリ何トナレハ共謀ノ事實ナキニ拘ハラス單ニ二人以上ニテ共毆シタリトノ事實ノ爲メニ自己ノ與リ知ラサル他人ノ行爲ニ付テ責任ヲ負フト云フコトノ不條理ナルノミナラス第三百五條但書ニ「敎唆者ハ減等ノ限ニ在ラス」トアルニ依テ見ルモ蓋シ思ヒ半ハニ過キン

終リニ立法例一般ノ傾向ハ二人以上多人數ノ爭鬪又ハ多人數ニ依テ行ハルヽ攻撃ニ依テ重大ナル身體毀損ノ結果ヲ生シタルトキハ共謀ノ有無及ヒ現ニ創傷ヲ與ヘタルト否トヲ問ハス單ニ其爭鬪又ハ攻撃ニ加入シタリト云フノ事實ヲ以テ公ノ秩序ヲ害スル特別ノ犯罪トシ之ニ對シテ特別ノ刑ヲ科スルコトヽスルカ如シ（獨逸刑法第二百二十七條第一項參照）

第三百七條ニ曰ク「健康ヲ害スヘキ物品ヲ施用シテ人ヲ疾苦セシメタル者ハ豫メ謀テ毆打創傷スルノ例ニ照シテ處斷ス」

本條ハ毆打創傷罪ノ一種ニシテ法文ニ「健康ヲ害スヘキ物品」トハ毒物ハ勿論汎ク化學的又ハ機械的作用（硝子粉ヲ服用セシムルカ如シ）ニヨリ人ノ生活機能ヲ毀損スヘキ特質アル物品ヲ總稱ス而シテ此特質アルコトヲ要スルカ故ニ酒精牛乳其他諸般ノ滋養物ノ如キハ健康ヲ害スルノ特質ナク從テ假令他人ヲシテ多量ニ之ヲ服用セシメ爲メニ疾苦ニ陷ラシムルモ本罪ヲ構成セス施用ノ意義ニ付テハ第二百九十三條ノ說明ヲ參照スレハ意義明瞭ナルヘキヲ以テ爰ニ之カ說明ヲ省略ス唯一言スヘキハ施用ノ方法ニ付テハ法律ニ限定ナキカ故ニ硝酸硫酸ノ類ヲ皮膚ニ浴ヒセ掛ケ皮下ニ浸入セシメテ以テ肉體ヲ燒爛スルトキニ於テモ亦健康ヲ害スヘキ物質ヲ施用シタリト云フコトヲ得ルナリ

終リニ本條モ第二百九十三條ニ於テ說明シタルト同一ノ理由ニ依リ之ヲ削除スルヲ至當トス但立法例一般ノ傾向ハ人ノ健康ヲ害スル爲メ毒物其他人ノ健康ヲ害ス可キ物品ヲ施用シタルトキハ其結果カ犯人ノ任意中止ニ依テ發生セサリシ

ト否トヲ問ハス常ニ人ノ生命身體ニ對スル危險行爲トシ特別ノ犯罪ヲ以テ論スルコトヽスルカ如シ

第三項　誘導傷人

第三百八條ニ曰ク「人ヲ殺スノ意ニ非スト雖モ詐稱誘導シテ危害ニ陷レ因テ疾病死傷ニ致シタル者ハ毆打創傷ヲ以テ論ス」

本條ハ毆打創傷ノ手段ニ付テノ或場合ヲ例示シタルニ止マリ其詳細ハ第二百九十七條ノ說明ヲ參照スレハ意義自ラ明瞭ナルヘキヲ以テ爰ニハ其說明ヲ省畧ス

第四項　誤傷

第三百四條ニ曰ク「毆打ニ因リ誤テ他人ヲ創傷シタル者ハ仍ホ毆打創傷ノ本刑ヲ科ス」

本條ハ毆打創傷ヲ行フニ當リ(一)目的體ニ錯誤アリシ場合ト(二)手段ニ錯誤アリタル場合トヲ規定スルモノニシテ其詳細ハ第二百九十八條ノ說明ヲ參照スレハ意義自ラ明瞭ナルヘキヲ以テ爰ニ其說明ヲ省畧ス

第三節　殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪

本節ハ(一)殺傷ニ關スル宥恕(二)殺傷ニ關スル不論罪ノ二項ニ分テ說明セント欲ス

第一項　殺傷ニ關スル宥恕

殺傷行爲ニ伴フ刑罰ヲ宥恕スヘキ特別ノ原因ナリトシテ(特別ノ宥恕原因)刑法第三百九條第三百十一條第三百十條第三百十二條第三百十六條ニ之カ規定ヲ設ケタリ而シテ此特別宥恕ノ原因ヲ分類スレハ左ノ如シ

(イ)　挑發
(ロ)　互傷
(ハ)　晝間ノ家宅侵入
(ニ)　正當防衛ノ過度

現行刑法ノ規定ニ基キ以上ノ特別宥恕ノ原因ニ付キ說明スレハ左ノ如シ

(イ)　挑發ニ基ク宥恕減輕

挑發トハ他人ヲ激怒セシムルノ方法ヲ云フ挑發ハ其性質上人ノ生命身體ヲ危フスヘキモノニアラサルヲ以テ固ヨリ正當防衛權發生ノ原因トナラサルナリ然レトモ激怒ノ結果直チニ殺傷ヲ行フニ至リタルトキハ犯人ノ心情ニ於テ犯

罪ノ決意ヲ抑制スヘキ消極的勢力ハ停止スルカ故ニ法律ハ特ニ此場合ニ於ケル犯人ノ責任ヲ宥恕シタルモノナリ而シテ刑法ハ宥恕ノ原因タルヘキ挑發ハ第三百九條第三百十一條ニ規定セル二個ノ場合ニ限定セリ

第三百九條ニ曰ク「自己ノ身體ニ暴行ヲ受クルニ因リ直チニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」即チ本條ノ規定ヲ分析スレハ(一)自己ノ身體ニ暴行ヲ受ケタルニ因ルコトヲ要スルカ故ニ自己ノ財物又ハ自己ノ親族其他知人ノ身體財物ニ暴行ヲ受ケタル場合ヲ包含セス又暴行ヲ受ケタルコトヲ要スルカ故ニ罵詈ヲ受ケタルカ又ハ暴行ヲ加ヘント脅迫セラレタルニ止マル場合ハ之ヲ包含セス(二)直チニ怒ヲ發シトハ豫謀ナキコトヲ意味ス而シテ怒ヲ發シタル場合ニ限ルカ故ニ恐怖ノ念ヲ起シ直チニ暴行人ヲ殺傷シタル場合ヲ包含セス(三)暴行人ヲ殺傷シタル者トアルハ其暴行人ノ生命、身體ニ對スル侵害行爲ノ甚タシキモノヲ擧ケタルニ過キサルカ故ニ假令暴行人ヲ殺傷セストモ之ヲ逮捕監禁又ハ單ニ毆打スルカ如キ場合ヲモ包含ス然レトモ生命、身體ニ對スル侵害タルコトヲ要ス

ルカ故ニ暴行人ノ財物例ヘハ家屋又ハ器物ヲ燒燬毀損スルカ如キ場合ハ包含セサルモノトス以上ノ制限ハ何レモ其宜シキヲ得タルモノト云フコトヲ得サルヘシ而シテ本條但書ニ所謂「不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者云々」トアルハ自己ノ責ニ任スヘキ違法行爲ニ因リ其結果他人ノ暴行ヲ招キタル場合ハ其故意ニ出テタルト然ラサルトヲ問ハス宥恕減輕ヲ與ヘスト謂フノ義ナリ」

第三百十一條ニ曰ク「本夫其妻ノ姦通ヲ縱容シタル者ハ此限ニ在ラス但本夫先ニ姦通ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス」即チ本條ノ規定ヲ分折スレハ(一)「本夫、其妻ノ姦通ヲ覺知シ」トアルカ故ニ宥恕減輕ヲ受クヘキ者ハ本夫ニ限ルコト其妻トアルハ民法上有效ナル婚姻ニ基ク有夫ノ婦ヲ云フ(但詳細ハ姦通罪ノ說明ヲ參照スヘシ)姦通ヲ覺知シトハ姦通ノ現行又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ於テ發覺シタルコトヲ意味シ(二)姦所ニ於テトハ姦通ノ現場ニ於テ殺傷行爲ニ着手スト謂フノ義ニシテ其殺傷行爲ハ必スシモ姦所ニ於テ遂ケ終ルヘキコトヲ要セサルナリ(三)「直チニ」トハ殺傷ニ付テ豫謀ナキコトヲ意味ス(四)「姦夫又ハ姦婦」トスルハ姦夫及ヒ姦婦共ニ殺傷スル場合ヲモ包含スルモノニ

シテ法文ニ所謂姦夫トハ有夫ノ婦タルコトヲ知リ之ト姦淫シタル男子ヲ指スモノニシテ姦通ノ情ヲ知ラサル男子ハ固ヨリ姦夫ト云フコトヲ得サルノミナラス姦通ノ情ヲ知ラサル男子ヲ殺傷スル者ニ對シテ其刑ヲ宥恕スヘキ正當ノ理由ヲ發見セス(五三)殺傷」ノ意義ニ付テハ前條說明スル所ト異ナル所ナシ而シテ本條但書ニ依リ本夫カ先キニ豫メ妻ノ姦通ヲ縱容シタルトキハ本條ノ宥恕ヲ受ケサルモノトス次ニ本條但書ニ本夫カ妻ニ對シテ汎ク姦通ヲ縱容シタル場合ト特定ノ人ト姦通スルコトヲ縱容シタル場合トヲ問ハス之ヲ適用スヘキモノニシテ最後ノ場合ニ於テ妻カ先キニ縱容セラレタル特定以外ノ人ト姦通シタル場合ニ於テモ亦但書ノ適用アルモノトス蓋シ姦通ハ民法上有效ナル夫婦ノ關係ヲ破壞スル所ノ所爲ニシテ此夫婦關係ハ不可分ノモノナルカ故ニ隨テ此關係ヲ破壞スルコトヲ承諾スル所ノ意思ノ表示モ亦不可分タルヘキヲ以テ

(ロ) 互傷ニ基ク宥恕減輕

第三百十條ニ曰ク「毆打シテ互ニ創傷シ其手ヲ下スノ前後ヲ知ルコト能ハサルトキハ他人ノ暴行ニ因ル挑發ニ基ク宥恕原因ノ孰レニ存スルヤヲ知リ難キノ結果眞實第三百九條ノ適用ヲ受クヘキ者ヲシテ宥恕ノ利益ヲ失ハシメンコトヲ恐レ重キニ失セシヨリハ寧ロ輕キニ失セヨトノ旨趣ニ基キ共毆者共ニ各其刑ヲ宥恕スルコトヲ得」ト規定シタル所以ナリ本條特ニ注意スヘキハ(一)本條ノ宥恕減輕ハ第三百九條第三百十一條第三百十二條ニ規定スル宥恕減輕ノ如ク總テノ場合ニ於テ宥恕減輕ヲ與フト云フニアラス其減輕ヲ與フルト否トハ各場合ニ於テ裁判官ノ認定ニ屬スルモノトス(二)本條ノ宥恕減輕ハ若シ之ヲ與フル場合ニ於テハ必ス各共毆者共ニ此減輕ヲ受クヘキモノニシテ一方ニ與ヘスト云フコトヲ得ス

(ハ) 晝間ノ家宅侵入防止ニ基ク宥恕減輕

第三百十二條ニ曰ク「晝間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入リ若クハ門戶牆壁ヲ踰越損壞セントスル者ヲ防止スル爲メ之ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス」本條ニ所謂晝間、住居、邸宅、ノ意義ハ家宅侵入罪ノ部ニ於テ既ニ說明シタルヲ以テ之

者ハ各其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」本條ノ趣旨ハ二人互ニ毆打創傷シ其手ヲ下スノ前後ヲ知ルコト能ハサルトキハ他人ノ暴行ニ因ル挑發ニ基ク宥恕原因ノ孰レニ存スルヤヲ知リ難キノ結果眞實第三百九條ノ適用ヲ受クヘキ者ヲシテ宥恕ノ利益ヲ失ハシメンコトヲ恐レ重キニ失セシヨリハ寧ロ輕キニ失セヨトノ旨趣ニ基キ共毆者共ニ各其刑ヲ宥恕スルコトヲ得」ト規定シタル所以ナリ本條特ニ注意スヘキハ(一)本條ノ宥恕減輕ハ第三百九條第三百十一條第三百十二條ニ規定スル宥恕減輕ノ如ク總テノ場合ニ於テ宥恕減輕ヲ與フト云フニアラス其減輕ヲ與フルト否トハ各場合ニ於テ裁判官ノ認定ニ屬スルモノトス(二)本條ノ宥恕減輕ハ若シ之ヲ與フル場合ニ於テハ必ス各共毆者共ニ此減輕ヲ受クヘキモノニシテ一方ニ與ヘスト云フコトヲ得ス

(ハ) 晝間ノ家宅侵入防止ニ基ク宥恕減輕

第三百十二條ニ曰ク「晝間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入リ若クハ門戶牆壁ヲ踰越損壞セントスル者ヲ防止スル爲メ之ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス」本條ニ所謂晝間、住居、邸宅、ノ意義ハ家宅侵入罪ノ部ニ於テ既ニ說明シタルヲ以テ之

ヲ省畧ス又防止ノ意義ハ次項正當防衛ノ部ニ於テ說明スル所ヲ參照スヘシ唯一ノ注意スヘキハ現行刑法ハ第三百十五條ニ於テ夜間ノ家宅侵入ニ對シテハ正當防衛ヲ認メナカラ晝間ノ家宅侵入ニ對シテハ單ニ宥恕減輕ノ原因タルコトヲ認ムルニ過キサルハ刑罰ノ權衡ヲ失スルモノト謂ハサルヘカラス以上(イ)乃至(ハ)原因ニ基ク宥恕減輕ハ殺傷ニ關スル各本條記載ノ刑ヨリ二等又ハ三等ヲ減ス(本法第三百十三條參照)

(ニ) 正當防衛過度ニ基ク宥恕減輕

第三百十六條ニ曰ク「身體財產ヲ防衛スルニ出ルト雖モ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害已ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乘シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者ハ不論罪ノ限ニ在ラス但情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」本條ハ正當防衛ノ目的ニ於テ暴行人ニ對シ行ハレタル侵害行爲カ正當防衛ノ範圍ヲ逸シタル場合ニ於テ其刑ヲ宥恕シ得ルコトヲ規定シタルモノニシテ正當防衛ノ範圍ハ次項ノ說明ヲ待テ後ニ明カナルヘシ」

第二項　殺傷ニ關スル不論罪

本項ハ犯罪ノ普通構成要件ノ一タル違法ヲ排除スル原因ノ一タル正當防衛ニ關スルモノニシテ現行刑法中正當防衛ニ關スル規定ハ第三百十四條第三百十五條ノ二箇條ナリトス

第三百十四條ニ曰ク「身體生命ヲ正當ニ防衛シ已ムコトヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」

第三百十二條ニ曰ク「左ノ諸件ニ於テ已ムコトヲ得サルニ出テ入ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ論セス

一、財產ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出テタル時

二、盜犯ヲ防止シ又ハ盜贓ヲ取還スルニ出テタル時

三、夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入リ若クハ門戶牆壁ヲ踰越損壞スル者ヲ防止スルニ出テタル時」

以上正當防衛ニ關スル規定ノ說明ニ先チ正當防衛ノ概念ニ付テ說明セント欲ス正當防衛トハ違法ノ攻擊ヲ防衛スルカ爲メニ攻擊者自身カ法律上保護セラルヽ

所ノ利益ヲ侵害スル必要的防衛行爲ヲ云フ

以上ノ定義ヲ分析スレハ左ノ如シ

第一、正當防衛ハ他人ノ攻擊ニ對スルモノナラサルヘカラス換言スレハ法律上保護セラルヽ所ノ利益ニ對スル積極的侵害ヲ目的トスル行爲ニ對スルモノナリ但不純正不作爲ニ對シテハ防衛ト云フコトアルヘカラサルヲ以テ不作爲ニ依リ或侵害ノ發生ヲ防止セサル者ニ對シテハ正當防衛トシテ其人ニ對シ利益ヲ侵害スルコトヲ得サルハ勿論又純正不作爲（例ヘハ債務ノ辨濟ヲ爲サス又ハ家屋ノ明渡ヲ爲サスト云フカ如シ）ニ對シテモ正當防衛ハ存在セサルナリ次ニ此攻擊ハ更ニ左ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

（一）違法ノ攻擊タルコト

苟クモ違法ノ攻擊タル以上ハ其攻擊ハ犯罪行爲タルト否トハ問フ所ニアラサルナリ而シテ違法ノ攻擊ニ對スルコトヲ要スルカ故ニ例ヘハ正當ニ職務ヲ執行スル所ノ官吏、公吏又ハ正當ニ懲戒權ヲ行使スル者ニ對シテハ正當防衛モ一種ノ權利行爲タル以上ハ此權利行爲ニ對シテモ又正當防衛ヲ行フコトヲ得ス（危難防衛ニ對シテモ亦然リ）然レトモ假令權利ノ行使ナリト雖モ一旦其限度ヲ越ヘタル爲メニ違法ノ攻擊トナリタル以上ハ直チニ之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルナリ次ニ君主、大統領、外國公使等ノ如キ其他特別ノ身分アルカ爲メニ唯國法上處罰ノ外ニアルモノト雖モ苟クモ其人ニ依リテ行ハル、所ノ攻擊ニシテ違法タル以上ハ此等ノ人ニ對シテモ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルヤ勿論ナリトス（是等特別ノ身分ハ處罰排除ノ原因トナラサルカ故ナリ）又刑法上ノ未丁年者（即チ十二歳未滿ノ幼者本法第七十九條參照）又ハ精神病者（本法第七十八條參照）瘖瘂者（本法第八十二條參照）ノ如キ刑法上責任能力ナキ者ト雖モ苟クモ其人ノ行爲ト云フコトヲ得ヘキ違法ノ侵害タル以上ハ此等ノ無能力者ニ對シテモ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘキナリ但此場合ニ於テ若シ此等ノ者カ全然意思ノ作用ヲ缺キタル爲メ其人ノ行爲アリタリト云フコトヲ得サルトキハ之ニ對シテ危難防衛權ヲ行使スルコトヲ得ヘキモ正當防衛權ハ存在セサルモノトス又違法ノ攻擊タルコトヲ知覺セサル攻擊者ニ對シテモ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルナリ之ニ反シテ動物其他物ニ依テ行ハル、攻擊ニ對シテハ正當

防衛ヲ行フコトヲ得スト雖モ危難防衛ヲ行フコトヲ得ルナリ（民法第七百二十五條、本法第七條參照）故ニ例ヘハ甲アリ乙ニ對シ犬ヲ使嗾シテ之ヲ咬マシメントシタルトキハ乙ハ甲ニ對シテハ正當防衛權ヲ行ヒ犬ニ對シテハ危難防衛ヲ行フコトヲ得ルナリ次ニ正當防衛權ノ行使ハ防衛者ニ於テ豫メ違法ノ攻撃アランコトヲ豫想シ居リタルニ依リ妨ケラルヽコトナシ但現行刑法第三百十四條規定ノ場合ニ於テハ其但書ニ於テ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ正當防衛權ナキコトヲ規定セルカ故ニ自己ノ責任ニ歸スヘキ違法ノ行爲ニ依リ招キタル他人ノ違法ナル攻撃ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得サルナリ

（二）攻撃ハ現在ノモノタラサルヘカラス

即チ其攻撃ハ直接ニ切迫シ又ハ現ニ開始セラレタルコトヲ要ス換言スレハ攻撃カ直接ニ切迫シタルヲ以テ足ルカ故ニ必スシモ攻撃カ開始スルコトヲ要セス又現ニ攻撃カ開始セラレタルトキニハ其攻撃カ猶ホ引續キ行ハルヘキコトノ豫期シ得ヘキ狀況タルコトヲ要ス從テ

（イ）將來ニ於テ行ハレントスル所ノ攻撃ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス但假令將來ノ攻撃ニ備フル爲メ豫防ノ器械ニシテ（ノ類ヲ設置スルカ如シ）其豫防ノ器械ニシテ他ヨリ攻撃ノ行ハルヽ瞬間ニ於テ作用ヲ始メ而カモ其作用カ攻撃ヲ豫防スルニ必要ナル程度ヲ越ヘサルモノナルトキハ固ヨリ正當防衛權ノ行使ト云フコトヲ得ルナリ（例ヘハ竊盜ヲ防ク爲メ自發銃、彈藏器、鉤足器）

（ロ）攻撃カ既ニ終了シタルトキハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス而シテ其攻撃カ果シテ終了シタルヤ否ヤハ其違法ノ攻撃タルコトヲ認ムル所ノ各法條ノ規定ニ基キ權利侵害ノ行爲カ終了シタルヤ否ヤニ依テ決スヘキモノトス例ヘハ竊盜ノ行爲ハ刑法第三百六十六條ノ規定ニ基キ他人ノ所有物ヲ他人ノ占有ヨリ自己ノ占有ニ移シ終ルコトニ依テ終了スルカ故ニ假令盜人カ他人ノ財物ヲ握持スルモ未タ全然其占有ヲ取得シ終ラサル間ハ竊盜ト云フ違法ノ攻撃ハ未タ終了セサルモノナルカ故ニ其財物ヲ取戻ス爲メニ猶ホ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘキナリ（本法第三百十五條第二號ノ場合ノ如シ）

（三）法令ニ依リ保護セラルヽ所ノ利益（法益トモ稱ス）ニ對スル攻撃ナラサルヘカラス

其法令タルヤ必スシモ刑法ノ規定ニ屬スルコトヲ要セス苟クモ法令ニ依リ保護セラルヽ所ノ利益ヲ侵害セントスル所ノ攻撃ニ對シテハ正當防衛權アリト云フヘキナリ然レトモ現行刑法第三百十四條第三百十五條ニ於テ身體生命ニ對スル暴行、財產ニ對スル暴行、盜犯、夜間ノ邸宅侵入若クハ門戶牆壁ノ踰越損壞ニ對シテノミ正當防衛ヲ行フコトヲ認メタルハ狹キニ失スルモノト謂ハサルヘカラス

第二、正當防衛タル防衛行爲ハ左ノ條件ヲ具備セサル可カラス

(一) 防衛行爲ハ攻擊者自身ニ對スルモノナラサルヘカラス故ニ攻擊者以外ノ第三者ニ對シテハ正當防衛權存在セス(但危難防衛權ノ存在スルコトアルヘシ)

(二) 防衛行爲ハ防衛ノ爲メニ必要ナル程度ヲ超ユヘカラス而シテ其必要ナル程度ノ範圍ハ各場合ニ於ケル攻擊ノ程度ニ對比シテ決スヘキ問題ナリトス然レトモ其防衛セラルヘキ利益ハ防衛行爲ニ依リ侵害セラルヽ所ノ利益ニ比シテ必スシモ優等ノモノタルコトヲ要セス故ニ例ヘハ一指ヲ切斷セントスル違法ノ攻擊ニ對シテモ苟クモ之ヲ防衛スル爲メニ必要ナル以上ハ假令

攻擊者ノ生命ヲ絕ツモ正當防衛ト云フコトヲ得ヘク又被攻擊者ハ他人ノ違法ナル攻擊ヲ退クル爲メニ自ラ之ノ攻擊ヲ免カルヽ爲メ遁逃スルノ法律的義務ナキカ故ニ假令違法ニ遁逃スルノ猶豫アルニ拘ハラス猶ホ進ンテ防衛手段ヲ採ルモ正當防衛ト云フコトヲ得

以上第一、第二ニ說明シタル條件ヲ具備スル以上ハ其防衛ハ自己ノ法益ニ對スル攻擊ヲ防衛スル爲メタルト第三者ノ法益ニ對スル攻擊ヲ防衛スル爲メタルトハ敢テ問フ所ニアラス而シテ以上正當防衛ニ要スル條件ハ總テ客觀的ニ之ヲ完備スルコトヲ必要トスルモノニシテ防衛者ニ於テ此條件ノ完備セルコトヲ知覺シタルト否トハ正當防衛權ノ存在ニ付キ關係ナキモノトス故ニ例ヘハ自己ヲ殺害セントスルモノト信シ之ヲ防衛スル爲メ攻擊者ヲ殺害シタルニ其實攻擊者ニ於テ殺害ノ意思ナク單ニ防衛者ヲ脅迫シタルニ過キサル場合ニ於テハ客觀的ニ以上ノ條件ヲ完備セサルカ故ニ正當防衛權ハ存在セサルモノト謂ハサルヘカラス亦假令違法ノ侵害ニ對スル場合ト雖モ若シ以上第一、第二ノ要件ヲ欠キタルトキハ正當防衛ト云フコトヲ得ス違法行爲トシテ論セサル可カラス但正當防衛ノ過

度ニ付テハ刑法第三百十六條ニ於テ特ニ其刑ヲ宥恕減輕スヘキコトヲ規定セリ」

以上ノ說明ヲ參照スレハ第三百十四條第三百十五條ノ意義自ラ明瞭ナルヘキヲ以テ爰ニ之カ說明ヲ省略ス唯一言ヲ要スル點ハ(一)法文ニ「殺傷シタル者ハ」トアリテ殺傷以外ノ防衛手段ヲ認メサルカ如キモ法文ノ趣旨ハ暴行人ノ身體、生命ニ對シテ侵害行爲ノ最モ重大ナルモノヲ擧ケタルニ止マリ殺傷ノ外ニ單ニ暴行者ヲ逮捕監禁スルカ如キ又ハ毆打ニ止マルカ如キ場合ヲモ包含スルモノトス但生命身體以外ノ法益ヲ侵害スルコトハ之ヲ包含セサルモノトス(二)法文ニ所謂「身體生命」中生命ニ付テハ別段ニ說明スヘキコトナシト雖モ身體ニ付テハ刑法第三編第一章ノ標題ニ身體ニ對スル罪ト規定シ生命又ハ人身ヲ組成スル體軀ニ對スル侵害行爲ハ勿論身體ノ自由貞操又ハ名譽ニ對スル侵害(誣告誹毀)ヲモ包含セシメタルニ依テ見レハ本條ニ所謂身體中ニハ名譽等ヲモ包含スルカ如キモ一面ニ於テ本條ハ生命身體ト列記シ身體中ニハ生命ヲ包含セシメサルト他ノ一面ニ於テハ暴行人トアリテ暴行ハ吾刑法ノ用例上有形ノ損害ヲ生スヘキ不正ノ體力ヲ意味スルモノニシテ斯ノ如キ不正ノ體力ハ刑法ニ所謂誣告、誹毀ノ手段トナリ得サルトニ依テ考フルトキハ本條ニ所謂身體トハ暴行ニ依テ害ヲ生スヘキモノ乃チ身體ヲ組成スル有形ノ體軀、自由、貞操ヲ意味スルモノニシテ誣告、誹毀ニ依テ侵害セラルヘキ名譽ヲ包含セサルモノト論スルヲ至當トス(三)法文ニ所謂「財產」トハ物權ノ目的トナルヘキ總テノ有體物ヲ謂フ有體物ニ限ルカ故ニ著作權、特許權、債權等ハ之ヲ包含セサルモノトス

以上現行刑法ハ正當防衛ニ依リ防衛セラルヘキ權利ヲ列記的ニ限定スト雖モ立法論トシテハ斯ノ如ク限定スルハ不當ナルヘキヲ以テ汎ク權利ニ付キ正當防衛ヲ認メ總則ニ於テ一般ニ違法排除ノ原因トシテ規定スルヲ至當ナリトス

第四節　過失殺傷ノ罪

第三百十七條ニ曰ク「疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セス過失ニ因テ人ヲ死ニ致シタル者ハ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ處ス」

第三百十八條ニ曰ク「過失ニ因テ人ヲ創傷シ癈篤疾ニ致シタル者ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ス」

第三百十九條ニ曰ク「過失ニ因テ人ヲ創傷シ疾病休業ニ至ラシメタル者ハ二圓以

上五十圓以下ノ罰金ニ處ス」

以上三ヶ條ハ過失ニ依テ(一)人ヲ死ニ致シタル場合(二)篤疾又ハ癈疾ニ致シタル場合(三)疾病又ハ休業ニ至ラシメタル場合ヲ規定スルモノニシテ殺人ノ所爲、篤疾、癈疾、疾病又ハ休業ノ何タルコトハ前數節ニ於テ說明シタル所ト異ナルナキヲ以テ爰ニハ過失ノ意義ニ付テ少シク說明セント欲ス

凡ソ犯罪ノ成立ニハ所爲ナカルヘカラス而シテ所爲ノ構成要件トシテハ(一)意思ノ實行ト(二)外界ノ變狀(法律上ノ結果)トヲ必要トシ而カモ此二要件ハ客觀的及ヒ主觀的ニ互ニ相關連スルコトヲ要ス而シテ(イ)客觀的ニ關連スルノ爲メニハ意思ノ實行カ法律上ノ結果ノ原因トナルカ又ハ其結果ノ發生ヲ防止セサリシコトヲ要シ(本章第一節說明參照)(ロ)主觀的ニ關連スル爲メニハ行爲者カ意思實行ノ當時ニ於テ法律上ノ結果ヲ豫見シタルコト(犯意ア場合)若クハ其結果ヲ豫見シ得ヘクシテ豫見セサリシコト(過失ノ場合)ヲ要ス斯ノ如ク犯意ト謂ヒ過失ト謂フハ何レモ意思ノ實行當時ニ於ケル行爲者ノ心裡ノ狀況ニシテ犯意ニ基ク犯罪モ過失ニ基ク犯罪モ共ニ意思ノ實行ト法律上ノ結果トノ關連タルコトヲ忘ルヘカラス從テ意思ノ實行(機械的又ハ生理的强制ニ依ラス任意ニ爲サレタル身體ノ動靜ヲ云フ)ナキトキハ行爲ナク又犯意モ過失モ存在シ得サルモノトス

過失トハ豫見シ得ヘキ結果ヲ豫見セサルヘカラサル結果ニシテ而カモ行爲者カ豫見シ得ヘカリシニ拘ハラス之ヲ豫見セサリシコトヲ云フ「過失ニ基ク行爲」トハ任意ナル意思ノ實行ニ依テ行爲者カ豫見シ得ルニ拘ハラス豫見セサリシ所ノ結果ヲ發生シ若クハ其結果ノ發生ヲ防止セサリシコトヲ云フ即チ過失ハ左ノ二個ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

一、意思ノ實行ニ際シ注意ノ欠缺セルコト換言スレハ法律上要求セラレ且ツ各實際ノ狀況ニ照シ必要トスル所ノ注意ノ欠缺セルコト　而シテ此注意ノ程度ハ行爲自體ノ性質ニ從ヒ客觀的ニ決定スヘキモノニシテ行爲者固有ノ智能ニ依テ決スヘキモノニアラサルナリ

二、行爲者ニ於テ任意ナル意思ノ實行ニ基キ現ニ發生シタル又ハ防止セサリシ結果ニ付キ豫見シ得ヘカリシコト　而シテ結果ノ豫見能力ハ行爲ノ當時ニ於ケル行爲者固有ノ知能ニ依テ主觀的ニ決セサルヘカラス

以上述フル如ク過失ハ(一)客觀的ニ要求セラルヽ所ノ注意ニシテ而カモ(二)行爲者

ニ於テ主觀的ニ注意能力アルニ拘ハラス意思ノ實行ニ關連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欠クトキハ過失ト云フコトヲ得ス之ヲ偶然ノ出來事ト稱ス而シテ犯意ト異ナル點ハ犯意ハ法律上ノ結果ノ發生ヲ豫見シタルコト換言スレハ罪トナルヘキ事實ヲ知ルコトヲ意味シ反之過失ハ法律上ノ結果ノ發生ヲ豫見セス換言スレハ罪トナルヘキ事實ノ不知ハ過失ニ出テタル場合ニ限リ之ヲ處罰スヘキモノトス刑法ノ總テノ規定ハ過失ニ依テ之ヲ犯スコトヲ得ヘキモ法律ハ原則トシテ過失ニ基ク法律違反ノ行爲ハ之ヲ處罰セサルコトヽシ法律上明示又ハ默示ニ依テ特ニ之ヲ處罰スヘキ意思ヲ表示シタルトキニ限リ例外トシテ處罰スルコトヽセリ(本法第七十七條第一項參照)而シテ本節ハ其例外ノ一例タルモノナリ

過失ニ因リ殺人罪又ハ毆打創傷罪トナルヘキ事實ヲ知ラサル場合左ノ如シ

一、行爲者ハ殺傷行爲ヲ行ヒツヽアルコトヲ知ルモ人ニ對シテ此行爲ヲ行ヒツヽアルノ事實ヲ知ラサル場合

二、行爲者ハ人ニ對シテ行爲ヲ爲シツヽアルコトヲ知ルモ之ヲ殺傷シツヽアル

ノ事實ヲ知ラサル場合

以上一、二ノ場合共ニ過失殺傷罪ヲ以テ論スルコトヲ得ルナリ

本章第一節ニ於テ說明シタル如ク意思ノ實行カ結果ヲ惹起シ(因果關係)又ハ結果ノ發生ヲ防止セサリシ(因果關係)ト云フ二者ノ關係ハ被害者又ハ第三者ノ過失ニ依テ中斷セラルヘキモノニアラサルカ故ニ過失ニ因テ人ヲ殺傷シタル者ハ被害者又ハ第三者ノ過失ヲ理由トシテ其責ヲ免ルヽコトヲ得サルナリ(不法行爲ニ付テハ過失ト過失ノ相殺ヲ許ス)次ニ責任能力者ノ强制セラレサル且ツ犯意ニ因ル行爲ハ敎唆又ハ幇助ト結果トノ因果ノ關係ヲ中斷スルカ故ニ過失ニ因テ責任能力者ヲ敎唆シテ自殺若クハ自傷セシメ又ハ之ヲ幇助スルモ過失殺傷ヲ以テ論スルコトヲ得ス(過失ニ因テ人ヲ敎唆シテ他人ヲ殺傷セシメタル場合亦同シ)

現行刑法第三百十七條ニ於テハ過失ヲ分テ(一)疎虞(二)懈怠(三)規則慣習ヲ遵守セサルコトニ區別セリ(一)疎虞トハ一般人ニ要求スヘキ注意ヲ標準トシ之ヲ欠キタル場合ヲ指シ(二)懈怠トハ特定ノ地位例ヘハ官吏公吏又ハ醫師、產婆、鐵道機關師、船長ノ如キ各自ノ職業ニ伴フテ必要ナル所ノ注意ヲ標準トシテ之ヲ欠キタル場合ヲ

指シタルモノニシテ（本法第百五十條、第百七十六條參照）何レモ前ニ說明シタル過失ノ條件ヲ必要トスルモノナリ然レトモ現行刑法ノ如ク二者何レノ場合ニ於テモ其刑罰ヲ異ニセサル以上ハ敢テ此區別ヲ設クルノ必要ナキモノトス（立法論トシテハ後ノ場合ニ於テハ特ニ其刑ヲ加重スルヲ當トス）（三）規則慣習ヲ遵守セストハ法律ハ規則慣習ヲ遵守セサルコトヲ以テ直チニ過失アリタルモノト看做シ其結果ニ付テ過失ノ責任ヲ負フヘキモノトセルナリ例之ハ刑法第四百二十五條第一號乃至第五號ノ規則ニ違反シタル結果家屋ヲ燒燬シ（失火罪）同條第六號第四百二十六條第五號乃至第八號ノ規則ニ違反シタル結果人ヲ殺傷シタルカ如キ（過失殺傷罪）是ナリ

終リニ注意スヘキハ法文ニハ「疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セス過失ニ因テ云々」トアルカ故ニ文理解釋トシテハ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セサルコトヲ原因トセル過失ノ外ニ尚ホ他ノ過失アルカ如キモ刑法第一條ニ於テ「凡ソ法律ニ於テ罰ス可キ罪別テ三種ト爲ス」トアリテ恰モ法律ニ於テ罰スヘキ罪ノ外ニ尚ホ他ニ罪ナルモノアルヘキカ如キモ同條ノ趣旨ハ罪ヲ分テ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トシタルモノニシテ其以外ニ於テ罰スヘカラサル罪ノ存在ヲ認メタルニアラサルト等シク本條モ過失ノ種類ヲ三分シタルモノニシテ其以外ニ於テ過失ノ存在ヲ認メタルニアラサルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ以下數條ニ於テ疎虞懈怠云々ノ文字ヲ再ヒスルノ煩ヲ避ケンカ爲メニ外ナラサルナリ

第五節　自殺ニ關スル罪

自殺ノ行爲ハ之ヲ罰スヘキヤ否ヤ現行多數ノ立法例ニ於テ之ヲ罰セスト雖モ古代埃及、希臘ノ時代ニ於テハ自殺ハ神ノ與ヘタル生命ヲ私ニ絕ツモノニシテ神ニ對スル罪ナリトシ自殺ヲ遂ケサリシ者ヲ罰スルハ勿論自殺ヲ遂ケタル者ニ對シテモ其遺骸ヲ刑シ若クハ其遺產ヲ沒收セリ降テ羅馬法ニ於テハ兵士ノ自殺未遂ニ限リ之ヲ處罰スルコトヽシ更ニ降テ獨逸ノ中世時代ニ於テハ自殺者ニ對スル刑罰トシテ其遺骸ヲ辱シムル方法ニ於テ埋葬シ（英國ニ於テハ紀元千八百八十二年迄此種ノ刑罰ヲ認メタリ）亦財產沒收ノ刑ヲ免カレンカ爲メニ自殺シタル者ニ對シテハ其遺產ヲ沒收スルコトヽシ十八世紀ノ後半ニ至テモ尚ホ自殺者ノ遺骸ヲ刑シ又自殺未遂者ヲ拘禁スルノ制度ヲ存シタリシカ紀元千七百九十六年ニ至リ始メテプロイセン國王フリードリヒ第二世ハ自殺未遂ヲ罰セサルコトヲ宣言シ以テ紀元千八百十三年ニ至

リバイエルン刑法ニ於テ自殺ヲ罰スル規定ヲ削除シタル以來各國モ亦自殺ヲ處罰セサルコトヽナリタルモ獨リプラウンシュワイヒ國ニ於テハ紀元千八百二十八年ニ至ルマテ猶ホ自殺者ノ遺骸ヲ刑スルノ制ヲ存シ英、米兩國ニ於テハ今日ニ至ルモ猶ホ自殺ノ既遂及ヒ未遂ヲ處罰セリ而シテ我國ニ於テハ古今共ニ嘗テ自殺ヲ罰シタルコトナシ斯ノ如ク自殺ヲ處罰セサル立法上ノ理由ハ要スルニ既ニ自カラ死ヲ決シタル者ニ對シテハ如何程重キ刑ヲ科スルモ到底刑罰ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルノミナラス若シ自殺者ニシテ其死ヲ遂ケサルトキハ刑罰ノ辱シメヲ受ケシコトヲ恐ルヽノ結果徒ラニ自殺者ヲシテ其死ヲ速カナラシムルノ弊ヲ生スヘキヲ以テナリ

次ニ自殺ノ敎唆及ヒ幇助ハ嘗テ獨逸ニ於テ之ヲ處罰シタルコトアルモ今日ハ自殺者ノ囑託ニ基クノ行爲ヲ處罰スルノミ然レトモ獨逸國以外ノ多數ノ立法例ハ自殺ノ敎唆及ヒ幇助ヲ處罰スルノ規定ヲ設ケ而シテ我現行刑法モ第三百二十條第三百二十一條ニ於テ之ヲ處罰スルノ規定ヲ設ケタリ

刑法第三百二十條ニ曰ク「人ヲ敎唆シテ自殺セシメ又ハ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手ヲ下タシタル者ハ六月以上三年以下ノ重禁錮ニ處シ十圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス其他自殺ノ補助ヲ爲シタル者ハ一等ヲ減ス」

本條ニ於テ特ニ說明ヲ要スル點ハ(一)自殺ノ意義(二)自殺者ノ囑託ニ基ク下手、自殺ノ補助ノ意義ニアルヲ以テ左ニ之ヲ略說セント欲ス

第一、自殺トハ自己ノ意思ニ依テ自己ノ生命ヲ絕ツコトヲ意味シ換言スレハ生命ヲ絕ツノ原因カ死亡者自ヲノ意思ニ基クモノヲ云フ而シテ其生命ヲ絕ツヘキ手段ハ自殺者自身ニ依リ行ハルヽト他人ニ託シテ行ハシムルトハ問フ所ニアラサルナリ

第二、自殺ノ敎唆、自殺者ノ囑託ニ基ク下手、自殺ノ補助ノ意義ヲ說明スレハ左ノ如シ

(イ) 自殺ノ敎唆

本條ニ所謂敎唆トハ強制ニ依ラス他人ニ自殺ノ決意ヲ形成セシムル所ノ行爲ヲ指示スルモノニシテ其手段方法ハ敢テ法律ニ限定セサルカ故ニ贈與、約束、威權ノ濫用、畏嚇ハ勿論、懇願、欺罔等ノ手段ヲモ包含スルモノトス但威權ノ濫用、畏

嚇ノ手段カ更ニ一歩ヲ進メテ他人ニ暴行、脅迫ヲ加ヘ自殺ノ決心ヲ強制シタル場合ハ教唆ト云フコトヲ得ス又欺罔ノ手段ニ依ル場合ニ於テハ被欺罔者ニ自殺ノ事實ヲ知了セシメスシテ自殺ノ手段ヲ採ルヘキコトヲ決心セシメタルトキモ教唆ト云フコトヲ得ス是等ノ場合ニ於テハ自殺ノ教唆ニアラスシテ間接ノ手段ニ依ル他殺ノ行爲トシテ處罰スヘキモノナリ十二歳未滿ノ幼者、精神病者、瘖瘂者ノ如キ責任無能力者ヲ使嗾シテ自殺セシメタル場合亦同シ爰ニ注意スヘキハ自殺ハ現行刑法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ヲ以テ論スルコトヲ得ス（本法第百五條參照）又一面ニ於テ現行刑法上教唆ニ基ク責任能力アリ且ツ情ヲ知リタル被教唆者ノ行爲ハ教唆ト結果トノ關係ヲ中斷スルモノナルカ（同條參照）故ニ自殺ノ教唆者ハ間接ノ手段ニ依ル他殺罪ヲ以テ論スヘカラサルヤ明カ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ヘカラス而シテ本罪ノ成立ニハ犯人ニ於テ他人ヲ教唆シテ自殺セシムルト謂フ事實ヲ知リタルコト即チ犯意アルコトヲ必要トスルカ故ニ過失ニ依テ

人ヲ教唆シ自殺セシムルトキハ本罪ヲ構成セサルハ勿論第三百十七條ノ過失殺ヲ以テモ論スルコトヲ得サルナリ

（ロ）自殺者ノ囑託ニ基ク下手

自殺者ノ囑託ニ基ク下手トハ自殺ヲ決意シタル者（自殺者）ノ依賴ニ因リ其生命ヲ絶ツヘキ行爲ヲ行フコトヲ決意シタル第三者ノ殺害實行ノ行爲ヲ云フ換言スレハ第三者カ自殺者ノ爲メニ殺害實行々爲ヲ行フニ至リタル決意ノ原因カ責任能力アリ且ツ强制ニ依ラサル自殺者ノ明示又ハ默示ノ依賴ニ基クコトヲ要ス從テ(一)自殺者ノ單純ナル承諾ニ基ク場合ハ之ヲ包含セス蓋シ自殺者ノ單純ナル承諾ハ第三者ニ依テ行ハルヽ殺人行爲ヲ消極的ニ堪ヘ忍フト謂フニ過キスシテ自ラ進ンテ他人ニ依賴スルモノト同視スルコトヲ得サレハナリ(二)自殺者ノ依賴ト第三者ノ殺害行爲トハ其主要ナル點ニ於テ互ニ相一致スルコトヲ必要トス（例ヘハ自殺者ニ依テ定メラレタル）方法、時日、場所ノ類ヲ云フ）(三)假令自殺者ノ囑託アルモ第三者ニ於テ此囑託アルコトヲ知ラスシテ自殺者ヲ殺害シタル場合ハ之ヲ包含セス錯誤ニ依リ自殺者ノ囑託アルモノト誤信シタル場合亦同シ(四)責任能力ナキ

自殺者ヨリ又ハ他ノ強制ニ依リ決意シタル自殺者ノ依頼ニ基キ自殺者ヲ殺害スル場合ハ之レヲ包含セス而シテ以上(一)乃至(四)ノ場合ニ於テハ單純ナル謀故殺(本法第二百九十條以下參照)ヲ以テ論スヘキナリ蓋シ吾人ハ妄リニ自己ノ生命ヲ絕チ又ハ身體ヲ毀損スルノ權限ナキ者ニ於テ與ヘラレタル身體生命毀損ノ承諾ハ違法ニシテ此違法ナル承諾ハ殺人及ヒ身體毀損行爲ノ違法ヲ排除スルノ原因トナラス從テ本條(ロ)ノ場合ニ相當セサル殺人ノ實行々爲ハ刑法第二百九十二條以下ニ規定スル謀故殺ヲ以テ論スヘキヤ敢テ疑ヲ存セサルナリ

附言　被害者カ法律ノ保護ニ依テ享有スル所ノ利益ハ之ヲ處分スルコトヲ法律ニ依テ許容セラレタル場合ニ於テ而カモ其許容ノ範圍內ニ於テ强制ニ依ラス且ツ處分能力アル享有者ノ承諾ニ限リ其承諾ニ基ク他人ノ行爲ノ違法ヲ排除スルノ原因トナリ得ルモノナリ法律カ果シテ其享有者ニ利益ノ處分ヲ許シタルヤ否ヤハ法律カ保護スル所ノ利益カ單ニ享有者一身ノ爲メニ存スルト否トニ依テ決スヘキモノトス而シテ利益カ享有者一身ノ爲メニ存スルト否トハ現行法規ノ全體ニ鑑ミ決スヘキ問題ニシテ敢テ總轄的ニ之カ標準ヲ臆斷スルコトヲ許サス(發ニ注意スヘキハ或種ノ犯罪ノ構成要件トシテ被害者ノ意思ニ反スルコトヲ條件トシタル場合例ヘハ家宅侵入罪、强姦罪ノ如キ場合ニ於テ若シ被害者ノ承諾アルトキハ犯罪ノ特別構成要件ヲ欠如スルモノトシテ無罪タルヘク被害者ノ承諾ヲ理由トシテ無罪タルニアラス)而シテ生命身體ニ關スル利益ハ單ニ享有者一身ノ利益タルノミナラス國家生存ノ要件タルコトハ本章第二節毆打創傷ノ部ニ於テ說明シタルカ如シ

(ハ)　自殺ノ補助

自殺ノ補助トハ自殺者ノ爲メニ殺人ノ實行々爲ヲ以下ノ方法ニ依テ(實行々爲ヲ包ヤス)自殺ヲ容易ナラシメタル總テノ行爲ヲ總稱ス而シテ自殺ノ補助モ亦自殺ノ教唆ト同シク自殺罪ノ從犯トシテ處罰スルコトヲ得ス又一面ニ於テ强制ニ因ラス責任能力者ニ依リ情ヲ知リテ行ハレタル行爲ハ補助ト結果トノ關係ヲ中斷スルカ故ニ自殺ノ補助者ハ謀故殺罪ヲ以テ論スヘカラス是レ現行刑法ニ於テ之ヲ處罰スル爲メ特ニ本條ヲ設ケタル所以ニシテ自殺ノ教唆ト共ニ獨立ノ一罪トシテ論スヘキモノナリ從テ本罪ノ成立ニハ自殺ノ補助ヲ爲スノ事

實ヲ知リタルコト(犯意)ヲ要スルカ故ニ過失ニ依テ自殺ヲ補助スルモ本罪ヲ構成セス又過失殺傷ヲ以テモ論スルコトヲ得サルナリ其他自殺ノ教唆ニ付テ說明シタルカ如ク本罪ノ客體タル自殺者ハ責任能力アリ且ツ强制ニ依ラスシテ自殺ヲ決意シタルモノタルコトヲ要ス

以上(イ)乃至(ハ)ノ場合ニ於テハ犯罪構成要件トシテ自殺者ノ死亡シタルコトヲ必要トス

第三百二十一條ニ曰ク「自己ノ利ヲ圖リ人ヲ教唆シテ自殺セシメタル者ハ重懲役ニ處ス」本條ハ自殺教唆ノ遠因カ教唆者自身ノ利益ヲ圖リタルニアルカ爲メ前條自殺教唆罪ニ比シテ其刑ヲ加重シタルモノナリ而シテ法文ニ所謂「自己ノ利ヲ圖リ」トハ財產上ノ利益(例ヘハ保險金受取人カ保險金ヲ取得センカ爲メニ被保險者ニ對シテ自殺ヲ教唆シ又ハ家督相續ノ順位ヲ變更センカ爲メニ前順位ニ在ル者ニ對シ自殺ヲ教唆スルカ如シ)タルト財產以外ノ利益(例ヘハ怨恨又ハ嫉妬ノ情ヲ晴ラサン爲メ相手方ニ對シテ自殺ヲ教唆スルカ如シ)タルトヲ問ハス總テ教唆者ニ於テ滿足ヲ得ルノ目的ニ出テタル場合ヲ指示スルモノナリ

本條ノ罪ハ重罪ナルヲ以テ本罪ノ未遂ハ刑法第百十二條第百十三條ノ規定ニ依リ之ヲ處罰ス

第六節　擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪

逮捕官吏又ハ司獄官吏カ法律規則ヲ遵守セスシテ人ヲ逮捕シ又ハ不正ニ人ヲ監禁シタル所爲ニ對シテハ刑法第二百七十八條乃至第二百八十一條ニ於テ之ヲ規定セリ而シテ本節第三百二十二條乃至第三百二十五條ハ以上逮捕監禁ノ職責ナキ一私人カ不法ニ人ヲ逮捕監禁シタル場合ニ關スル規定ニシテ以下各條ニ付テ說明スレハ左ノ如シ

第三百二十二條ニ曰ク「擅ニ人ヲ逮捕シ又ハ私家ニ監禁シタル者ハ十一日以上二月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス但監禁日數十日ヲ過クル每ニ一等ヲ加フ」即チ本罪ノ構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

一、人ヲ逮捕又ハ監禁シタルコト

二、不法ニ爲シタルコト

三、不法タルノ事實ヲ知リタルコト

以上ノ各要件ヲ說明スレハ左ノ如シ

第一、人ヲ逮捕又ハ監禁シタルコト

法文ニ「逮捕、監禁」ト謂フハ共ニ場所ニ關スル人ノ肉體運動ノ自由ヲ防止スル行爲換言スレハ居所ノ選擇ニ關スル自由意思ノ實行ヲ防止スル行爲ヲ指示スルモノニシテ「監禁」トハ閉鎖セラレタル一定ノ場所ノ內ニ拘禁スルコトヲ謂フ而シテ其拘禁セラレタル場所ハ假令數ケノ出口ヲ有スルトキト雖モ被拘禁者ニ依テ覺知セラレサルトキ又ハ拘禁スル者若クハ其幇助者ニ依テ守衛セラレタルトキハ閉鎖セラレタリト云フニ於テ欠クル所ナキナリ次ニ「逮捕」ト謂フハ監禁以外ノ方法ニ依テ他人ノ居所選擇ノ自由ヲ防止スル行爲ヲ總稱ス而シテ逮捕監禁共ニ其手段方法ニ付テハ法律ハ何等ノ制限ヲ設ケサルカ故ニ(一)體力ニ依ルト(二)無形ノ精神的作用ニ依ルト否トハ問フ所ニアラサルナリ(一)體力ハ必スシモ直接ニ被逮捕監禁者ニ對シテ行使スルコトヲ要セス間接ニ第三者又ハ物ニ對シテ行使スルヲ妨ケス例ヘハ盲人ヲ逮捕又ハ監禁スル爲メニ其手引タル第三者ニ對シテ腕力ヲ用フルカ或ハ窓戶ヲ閉鎖シ又ハ鐵柵ヲ設ケテ人ヲ監禁スルカ如シ(二)無形ノ精神的作用ニ依ルトハ被逮捕監禁者ノ心裡ニ居所選擇ノ自由意思ノ實行ヲ妨碍スヘキ觀念ヲ惹起サシムルコトヲ云フ例ヘハ畏怖、羞辱ノ觀念ヲ惹起サシメ又ハ錯誤ニ陷ラシメ又ハ催眠ノ方法ニ依ルカ如シ

次ニ逮捕監禁ハ共ニ人ノ肉體運動ノ自由ヲ防止スル所爲タルカ故ニ其所爲ノ客體タルヘキ人ハ自己又ハ他ノ力ニ依テ肉體運動自由ノ能力ナカルヘカラス從テ例ヘハ卒倒、睡眠中ノ人又ハ啞者タル赤兒ノ如キ自己ノ力ニ依テ運動スル能ハサルハ勿論他ノ力ヲ借ルノ手段ヲモ有セサル者ニ對シテハ之ヲ逮捕又ハ監禁スト云フコトヲ得ス反之不具者ノ如キ自ラ步行スル能ハスト雖モ他ノ援助ニ依テ運動シ得ル者ニ對シテハ之ヲ逮捕監禁スルコトヲ得ルナリ

第二、不法ニ爲シタルコト

法文ニ「擅ニ」トアルハ權利ナクシテ即チ不法ニト謂フノ義ニシテ私人カ權利トシテ之ヲ逮捕監禁シ得ル場合ハ例ヘハ刑事訴訟法第六十條ノ規定ニ基キ重罪又ハ禁錮以上ノ刑ニ該ル可キ輕罪ノ現行犯人ヲ逮捕スルカ如キ又ハ精神病者監護法ニ基キ精神病者ノ後見人、配偶者、四親等內ノ親族又ハ戶主カ行政廳ノ許可ヲ得テ又ハ得スシテ假リニ之ヲ監置スルカ如キ其他親權者カ懲戒權ノ範圍

內ニ於テ其子ヲ監禁スルノ類是ナリ

法文ニ「私家ニ監禁シ」トアリテ監禁ハ私人ノ家屋內ニ於テ行ハレタル場合ニ限レルカ如キモ斯ノ如ク解スルトキハ家屋以外ノ建造物內ニ於テ人ヲ監禁スル場合ハ總テ之ヲ罰セサルコトヽナリ立法者カ人ノ身體運動ノ自由ヲ保護セントスル趣旨ヲ貫クコトヲ得サルカ故ニ本條ニ於テ私家ナル文字ヲ用ヒタルハ逮捕官吏又ハ司獄官吏以外ノ者カ人ヲ監禁スル場合ヲ指示スル爲メニ過キスシテ以上ノ職責ナキ者カ不法ニ人ヲ監禁シタル場合ハ其場所ノ如何ヲ問ハス總テ之ヲ包含スルモノト解セサルヘカラス

第三、不法タルノ事實ヲ知リタルコト

犯意トハ罪トナルヘキ事實ヲ知ルコトヲ意味シ犯人ニ於テ其知得シタル事實カ法律違反ノ行爲タルヤ否ヤヲ知ルコトハ敢テ犯意ノ存在ニ關係ナキヲ原則トスト雖モ本條ノ如ク行爲ノ違法タルコトヲ罪ノ構成要件トシテ特ニ記載シタル場合ニ於テハ立法ノ趣旨ハ犯人ニ於テ罪トナルヘキ事實（人ヲ逮捕又ハ監禁スルノ事實）ヲ知得スルコトノ外ニ更ニ其行爲ノ不法タルコトヲ知得シタル場合ニ限リ罪ヲ構成スルモノト解スヘキナリ從テ假令人ヲ逮捕又ハ監禁スルモ法律ノ誤解ニ基キ逮捕又ハ監禁ノ權利アルコトヲ誤信シテ之ヲ爲シタル場合ハ本條件ヲ欠クニ依リ本罪ヲ構成セサルモノトス

以上逮捕監禁ノ所爲タルヤ共ニ人ノ肉體運動ノ自由ヲ防止スルモノナルカ故ニ其行爲ノ構成要件タル結果即チ運動自由ノ防止ト謂フ狀況ハ多少ノ時間ヲ繼續セサル可カラス而シテ法律ハ其繼續時間カ日數十日ヲ過クル毎ニ刑一等ヲ加フルコトヽセリ蓋シ法文ニハ「監禁日數云々」トアリテ逮捕ノ日數カ十日以上繼續シタル場合ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサルカ如キモ立法ノ趣旨ハ逮捕ノ繼續スル場合ヲモ包含セシメタルモノト解スルヲ至當トス

第三百二十三條ニ曰ク「擅ニ人ヲ監禁制縛シテ毆打拷責シ又ハ飲食衣服ヲ屏去シ其他苛刻ノ所爲ヲ施シタル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ三圓以上三十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」法文ニ「人ヲ監禁制縛」トアルハ前條ニ所謂「逮捕又ハ監禁」シトアルト同一意義ニ解スヘク本條ハ不法ナル逮捕又ハ監禁中被逮捕、監禁者ニ對シテ苛刻ノ取扱ヲ爲シタル場合ニ關スル規定ニシテ毆打拷責又ハ飲食ヲ屏去ス

ルカ如キハ苛刻ナル取扱ノ一例トシテ示サレタルニ過キサルナリ而シテ本條ニ於テハ監禁ノ日數十日ヲ過キタル場合ニ付キ規定スル所ナキカ故ニ若シ捕監禁ノ日數久シキニ亘ルトキハ前第三百二十二條ノ刑ト對比シ重キニ從テ處罰セサルヘカラス

第三百二十四條ニ曰ク「前條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ疾病死傷ニ致シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス」本條ハ前條ノ罪ヲ犯シ其苛刻ナル取扱ノ結果被逮捕監禁者ヲ疾病、廢篤疾又ハ死ニ致シタル場合ニ關スル規定ニシテ犯人ノ苛刻ノ所爲ト被害者ノ疾病、死傷トノ間ニ因果ノ關係アルコトヲ要ス但犯人ニ於テ毆打創傷ノ犯意アルコトヲ必要トセス又殺人ノ犯意アル場合ニ於テハ固ヨリ謀故殺ヲ以テ論スヘキヤ勿論ナリトス而シテ本條ニハ「前條ノ罪ヲ犯シ云々」トノミアルヲ以テ苛刻ノ所爲ニ依ラス單ニ第三百二十二條ノ罪ヲ犯シタル結果被逢捕監禁者ヲ疾病死傷ニ致シタル場合ニ付テハ本條ノ適用ナシ然レトモ立法論トシテハ汎ク之等ノ場合ヲモ包含スルノ規定ヲ設クルヲ至當トス

第三百二十五條ニ曰ク「擅ニ人ヲ監禁シ水火震災ノ際其監禁ヲ解クコトヲ怠リ因テ死傷ニ致シタル者ハ亦前條ノ例ニ同シ」本條ニ「監禁」トアルハ前數條ヲ承ケテ逮捕ヲモ包含スルモノト解スヘク「水火震災」トアルハ水火震災其他非常ノ天災ト解スヘク從テ風災、降雨、落雷等ヲモ包含スルモノトス「監禁ヲ解クコトヲ怠リ因テ云々」トアルハ監禁ヲ解クコトニ因テ天災ヲ避ケシムルコトヲ爲サヽリシヲ謂フ法文ニ「死傷」トアルハ前條ヲ承ケテ疾病死傷ト解スヘキナリ而シテ本條モ亦前條ノ場合ト同シク犯人ニ於テ身體毀損ノ犯意アルコトヲ必要トセス又殺人ノ犯意アル場合ニ於テハ固ヨリ謀殺故殺ヲ以テ論スヘキナリ

第七節　脅迫ノ罪

第三百二十六條ニ曰ク「人ヲ殺サントト脅迫シ又ハ人ノ住居シタル家屋ニ放火センヲ附加スヽ本條ハ權利ノ安全ニ關スル心裡ノ平和ヲ保護スルモノニシテ本罪ノ構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

一、脅迫ノ所爲アルコト

二、法律ニ列記セラレタル危害ヲ加ヘント脅迫シタルコト

以上ノ各要件ヲ說明スレハ左ノ如シ

第一、脅迫ノ所爲アルコト

脅迫トハ自由ナル意思ノ實行ヲ妨止シ又ハ制限スル爲メニ危害ヲ相手方ニ對シ加ヘントスルノ觀念ヲ惹起サシムルコトヲ云フ即チ相手方ニ於テ現ニ危害ヲ受クヘキコトヲ確信スルコトヲ要ス然レトモ脅迫ヲ行フ者ニ於テ眞實ニ危害ヲ加フルノ意思アルコト並ニ其手段ニ於テ危害ヲ加フヘキ能力アルコトヲ必要トセス反之脅迫ヲ行フ者ニ於テ假令眞ニ危害ヲ加フルノ意思アルモ相手方ニ於テ之ヲ確信セサルトキハ脅迫ノ未遂ニシテ未タ既遂ト云フコトヲ得サルヘシ次ニ法律ハ危害ヲ加フヘキコトヲ相手方ニ確信セシムル方法ニ付テハ制限セサルカ故ニ言語、文章、形容其他ノ手段ニ依ルト否トハ問フ所ニアラサルナリ

第二、法律ニ列記セラレタル危險ヲ加ヘント脅迫シタルコト

即チ危害ノ種類ハ(一)相手方ヲ殺サント脅迫スルカ(二)相手方ノ現ニ住居ニ當テタル所ノ家屋ニ放火セント脅迫スルカ(三)相手方ニ對スル毆打創傷其他身體ニ對シ直接又ハ間接ニ體力ヲ加フヘキコトヲ脅迫スルカ(四)財產ニ放火シ又毀損破壞若クハ强奪セント脅迫スルニ限ルモノトス

終リニ本罪ノ構成ニ付テハ以上二要件ノ外ニ更ニ相手方ニ於テ畏怖ノ念ヲ惹起シタルコトヲ要スルヤ否ヤノ點ニ付テハ學者間ニ議論アル所ナリト雖モ法文ニハ特ニ此條件ヲ必要トスル明文ナキノミナラス苟クモ相手方ニ於テ危害ヲ受クヘキコトヲ確信シタル以上ハ既ニ權利ニ關スル心裡ノ平和ヲ破ラレタリト云フヘキヲ以テ以上二要件ノ外更ニ畏怖ノ念ヲ惹起スルコトヲ要件トシテ揭クルノ必要ナシト信ス

第三百二十七條ニ曰ク「兇器ヲ持シテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ各一等ヲ加フ」本條ニハ兇器ヲ携帶シテ前條ノ罪ヲ犯シタルコトニ依テ其刑ヲ加重スルモノナリ而シテ爰ニ所謂兇器トハ狹義ノ兇器即チ攻擊又ハ防禦ノ方法トシテ人ノ生命身體ヲ毀損スル目的ヲ以テ製造セラレ而カモ其目的ヲ達スルニ適合スル所ノ器具ヲ總

稱ス例ヘハ「ピストル」鎗、刀劍、木刀ノ類是ナリ

第三百二十八條ニ曰ク「親屬ニ害ヲ加フ可キ事ヲ以テ脅迫シタル者ハ亦前二條ノ例ニ同シ」本條ハ第三百二十六條ニ列記セラレタル危害ハ相手方自身ノ權利ニ關スルコトヲ要セス其親屬ノ權利ニ關スル塲合ニ於テモ其罪ヲ論スヘキコトヲ規定シタルモノニシテ法文ニ「害」トアルハ第三百二十六條ニ列記セラレタル危害ヲ指示スヘキモノト解セサルヘカラス

第三百二十九條ニ曰ク「此節ニ記載シタル罪ハ脅迫ヲ受ケタル者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス」本節ノ罪ハ被脅迫者ノ權利享有ニ關スル心裡ノ平和ヲ侵害スル所ノモノナルカ故ニ被害者カ侵害ナリト感スルニ非サレハ之ヲ侵害ト云フコトヲ得ス而シテ被害者カ告訴ト謂フ一定ノ方式ニ依テ此侵害アリタルコトヲ表示スルニ非サレハ國家ハ之ヲ處罰スルノ必要ナシトシテ特ニ本條ヲ設ケタル所以ナリ然レトモ告訴ハ犯罪ノ構成要件ニ非スシテ訴追ノ條件ナリトス次ニ告訴ノ形式ハ刑事訴訟法第四十九條乃至第五十五條ノ規定ニ遵據セサル可カラサルモノトス

第八節　墮胎ノ罪

本節各條ノ說明ニ先チ墮胎ノ罪ニ關スル一般ノ要件ヲ說明セント欲ス

第一、墮胎ノ罪ノ客體ハ胎兒即チ未タ母體ノ外ニ於テ獨立シタル生活ヲ營ムヘキ自然ノ時期ニ到達セサル胎內ノ兒ヲ謂フ（本章第一節胎兒ト人トノ區別ニ關スル說明參照）

第二、墮胎ノ行爲アルコト　墮胎ノ行爲ハ之ヲ二ケノ塲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塲合　此塲合ニ於テハ犯人ニ於テ胎兒ノ生命ヲ奪フノ犯意アルコトヲ要セス又胎兒カ死亡スルト否トハ問フ所ニアラス自然ノ出生時期ニ先チ出生セシメタルトキヲ以テ既遂トス蓋シ此種ノ行爲ハ產兒ノ健康ヲ害スヘキハ勿論產兒ノ生命ヲ危フスルノ虞アルヲ以テ之ヲ罰スルナリ（墮胎行爲ノ要件トシテ胎兒カ母體ノ內又ハ外ニ於テ死亡シタルコトヲ必要トスト論スルモノアルモ余輩ハ之ヲ採ラス）

二、母ノ體內ニ於テ胎兒ヲ殺ス塲合　此塲合ニ於テハ胎兒カ母體內ニ於テ死亡シタルトキヲ以テ既遂トス

以上墮胎ノ方法ハ器械ノ作用ニ依ルト藥物ノ作用ニ依ルト將タ無形ノ精神的作

用ニ依ルトハ問フ所ニアラス終リニ注意スヘキハ胎兒ノ生命ハ母體ノ生命ト相關聯シ獨立シテ存在シ得ルモノニ非サルカ故ニ懷胎ノ婦人ヲ殺害スルコトニ因テ胎兒ヲ殺シタル塲合ニ於テハ胎兒ノ死亡ハ母體ノ死亡ニ伴フ當然ノ結果タルヘキヲ以テ墮胎罪ハ爰ニ成立セサルモノトス

以下墮胎罪ノ種類ニ付テ說明セントス欲ス

第三百三十條ニ曰ク[懷胎ノ婦女藥物其他ノ方法ヲ以テ墮胎シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス]本條ハ懷胎ノ婦女タルコト(二)自己ノ胎兒ヲ墮胎シタルコト是ナリ而シテ法文ニハ[藥物其他ノ方法ヲ以テ]トアリテ墮胎ノ方法ハ法律ニ於テ限定セス又直接ニ自ラ手ヲ下スト間接ニ他人ノ力ニ依ルトヲ問ハスト雖モ若シ他人ヲ敎唆シ又ハ幇助シテ自己ノ胎兒ヲ墮胎セシメタルトキハ第三百三十一條ノ罪ノ敎唆又ハ從犯トシテ處罰セサルヘカラス蓋シ敎唆又ハ從犯ハ獨立ノ罪ニ非スシテ他人ノ獨立犯罪ニ從トシテ加效シタルモノトシテ處罰スルモノナルカ故ニ若シ本條即チ第三百三十條ノ直接又ハ間接ノ實行犯トシテ

論スルコトヲ得サル以上ハ懷胎ノ婦女以外ノ者ニ依テ犯サルヽ墮胎罪ノ敎唆又ハ從犯トシテ論セサルヘカラス但第三百三十二條ニ規定スル特別ノ身分アル者ヲ敎唆又ハ幇助シテ自己ニ對シ墮胎罪ヲ犯サシメタル塲合ニ於テハ第百六條第百十條ヲ適用シテ是等特別ノ身分ナキ者ノ犯シタル墮胎罪即チ第三百三十一條ノ罪ノ刑ヨリ一等ヲ減シテ處罰セサルヘカラス

第三百三十一條ニ曰ク[藥物其他ノ方法ヲ以テ墮胎セシメタル者ハ亦前條ニ同シ因テ婦女ヲ死ニ致シタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處ス]本條ハ懷胎ノ婦女以外ノ第三者カ懷胎ノ婦女ニ對シテ墮胎ノ實行々爲ヲ爲シタル塲合ヲ規定スルモノニシテ本罪ノ構成要件ヲ擧クレハ(一)犯罪ノ主體ハ懷胎ノ婦女以外ノ第三者タルコト(二)懷胎ノ婦女ニ對シテ墮胎ノ手段ヲ施シタルコト而シテ墮胎ノ手段ニ付テハ法文ニハ[藥物其他ノ方法ヲ以テ]トアリテ手段ニ制限ナシ亦懷胎ノ婦女ノ承諾ヲ得タルト否トヲ區別セス次ニ墮胎作用ノ結果トシテ婦女カ死亡シタルトキハ其刑ヲ加重セリ若シ犯人ニ於テ初メヨリ殺人ノ意思アルトキハ謀殺又ハ故殺ヲ以テ論スヘキヤ勿論ナリトス而シテ本條ハ墮胎ノ實行々爲ニ關スル規定

ナルカ故ニ若シ懐胎ノ婦女ヲ教唆シ又ハ幇助シテ墮胎罪ヲ犯サシメタルトキハ前條第三百三十條ノ罪ノ教唆又ハ從犯トシテ論セサルヘカラス

第三百三十二條ニ曰ク〔醫師、穩婆又ハ藥商前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ各一等ヲ加フ〕

本條ハ醫師、穩婆又ハ藥商ト云フ特別ノ身分アル者カ第三百三十一條ノ罪ヲ犯シタルコトヲ理由トシテ特ニ其刑ヲ加重スルモノナリ從テ共犯者中是等特別ノ身分アル者ト身分ナキ者トアルトキハ第百六條第百十條ノ規定ニ基キ特別ノ身分ナキ者ハ第三百三十二條ノ適用ヲ受ケサルモノトス

第三百三十三條ニ曰ク〔懐胎ノ婦女ヲ威逼シ又ハ詐騙シテ墮胎セシメタル者ハ一年以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス〕本條ハ懐胎ノ婦女以外ノ第三者カ墮胎罪ヲ犯スニ付キ特別ノ手段ヲ採リタル場合ヲ規定スルモノニシテ第三百三十一條ノ場合ト異ナル所ハ犯人ノ採リタル手段カ懐胎ノ婦女ヲ威逼シ又ハ詐騙シタルニアルノミ而シテ(一)威逼トハ威嚇ト同一義ニシテ懐胎ノ婦女ニ對シ直接又ハ間接ニ害ヲ加フヘキコトヲ示シ之ヲ信用セシメ以テ意思ノ實行ヲ(墮胎實行)強制スルコトヲ意味ス而シテ犯人ニ於テ眞實害ヲ加フルノ意思アルト否トハ問フ所ニアラス例

ヘハ情夫カ私通ノ婦女ニ對シテ若シ墮胎ヲ決行セサルトキハ絶縁スヘシトカ或ハ若シ墮胎ヲ決行セサルトキハ出産ノ後ハ直チニ其嬰兒ヲ殺害スヘシト威嚇シテ婦女ヲシテ墮胎ヲ決行セシムルカ如シ而シテ威嚇ハ犯人自ラ又ハ第三者ヲシテ(直接又ハ間接ニ)害ヲ相手方ニ加ヘシムヘキコトヲ示スモノナリ之ニ反シ第三者ニ於テ汝ニ害ヲ加ヘント企テツヽアリトカ又ハ何々ノ災難ニ遭遇スヘキコトヲ信用セシムルカ如キ場合ハ汎ク恐喝ノ範圍ニ屬スヘキモ威嚇ト云フコトヲ得ス(二)詐騙トハ懐胎ノ婦女ヲシテ墮胎ノ實行々爲タルコトヲ覺ラシメス依テ以テ墮胎ヲ實行セシムルコトヲ云フ換言スレハ懐胎ノ婦女ヲ錯誤ニ陷ラシメ又ハ其錯誤ヲ繼續セシメ墮胎ノ意思ナクシテ墮胎ヲ實行セシムルコトヲ云フ例ヘハ懐胎ノ婦女ニ對シ下劑ナリト稱シテ墮胎藥ヲ服用セシメ又ハ懐胎ノ事實ヲ覺ラサル婦女ニ對シテ不攝生又ハ過激ノ運動ヲ勸告シ以テ墮胎セシムルカ如シ而シテ詐騙ハ相手方ヲシテ墮胎タルノ事實ヲ知ラシメサルコトヲ意味スルカ故ニ苟クモ相手方ニ於テ墮胎ノ事實ヲ知リテ之ヲ行フ以上ハ單ニ墮胎ノ決心ヲ形成シタル原因(遠因)ニ付キ錯誤アルモ詐騙ト云フコトヲ得ス例ヘハ懐胎ノ婦女ニ對シ若シ墮胎

ヲ決行セハ金千圓ヲ與フヘシト欺キ墮胎セシメタル場合ノ如シ

以上威逼又ハ詐騙ノ手段ニ依リ懷胎ノ婦女ヲシテ墮胎ヲ實行セシメタルトキハ總則教唆ノ條件ヲ欠クカ故ニ墮胎罪ノ教唆トシテ論スルコトヲ得ス間接ノ實行犯トシテ論スヘキモノニシテ本條ハ此特別ナル間接實行犯ヲ規定スルモノナリ」

第三百三十四條ニ曰ク「懷胎ノ婦女ナルコトヲ知テ毆打其他暴行ヲ加ヘ因テ墮胎ニ至ラシメタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處ス其墮胎セシムルノ意ニ出タル者ハ輕懲役ニ處ス」本罪前段ハ懷胎ノ婦女ニ對シ墮胎ノ意思ナクシテ毆打其他ノ暴行ヲ加ヘタル爲メ墮胎ノ結果ヲ發生シタル場合ニ關スル規定ニシテ法文ニ「毆打其他暴行」トアルハ毆打以外ノ方法ニ依リ懷胎ノ婦女ニ對シ直接又ハ間接ニ體力ヲ加フルコトヲ意味ス例ヘハ逮捕監禁スルカ如シ法文ニ所謂「因テ」トハ暴行ニ基ク生理的又ハ精神的作用ニ因リ胎兒カ墮胎シタルコトヲ意味ス

本條後段ハ墮胎ノ犯意ヲ以テ本條前段ノ行爲アリタル場合ニ關スル規定ニシテ此場合ニ於テハ重罪ニシテ其未遂ヲ罰スルカ故ニ（本法第百十二條參照）墮胎ノ犯意ヲ以テ懷胎ノ婦女ニ對シ毆打其他ノ暴行ニ著手シタルトキハ本罪ノ未遂トシテ之

第三百三十五條ニ曰ク「前二條ノ罪ヲ犯シ因テ婦女ヲ癈篤疾又ハ死ニ致シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス」本條ハ第三百三十三條第三百三十四條ノ罪ヲ犯シ其犯罪行爲ノ結果（第三百三十四條後段ノ場合ニハ未遂ノ行爲ヲモ含ム）懷胎ノ婦女カ癈疾篤疾又ハ死ニ至リタル場合ニ關スル規定ニシテ犯人ニ於テ毆打創傷ノ犯意ヲ有シタルト否トハ問フ所ニアラス但初メヨリ殺人ノ犯意アリタルトキハ謀殺又ハ故殺ヲ以テ論スヘキヤ勿論ナリトス

第九節　幼者又ハ老疾者ヲ遺棄スル罪

本節ノ各條ニ付キ說明スルニ先チ遺棄罪ニ關スル一般ノ要件ニ付キ說明セント欲ス遺棄罪ハ人ノ身體生命ニ對シ傷害ヲ生スヘキ危險行爲ノ一種ニシテ其一般構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一、遺棄罪ノ客體ハ八歲未滿ノ幼者又ハ自ラ生活スルコト能ハサル老者疾病者タルコト即チ遺棄ノ客體ハ自己ノ力ニ依テ自己ノ生命身體ニ害ヲ生シ得ヘキ危險ノ狀況ヨリ避クルコトノ能力ヲ有セサルモノタラサルヘカラス而シテ

現行刑法ハ(一)八歳未滿ノ幼者ハ常ニ此能力ヲ有セサルモノト看做シ之カ反證ヲ許サス(二)老年又ハ疾病ノ爲メニ事實上此能力ヲ有セサル者ニ限リ遺棄ノ客體タリ得ルコトヲ認メタリ而シテ法文ニ所謂「疾病」中ニハ白痴、瘋癲者、酩酊者及ヒ麻醉劑又ハ催眠ニ罹リタル人等ヲモ包含スルモノトス法文ニ「老者」トアルハ法律ニハ年齡ヲ限定セサルカ故ニ各場合ニ於テ決スヘキ事實問題ナリトス以上法律ハ幼年、老年又ハ疾病ヲ原因トシタル場合ニ限リ此無能力者ヲ保護スト雖モ是等以外ノ原因ニ依テ此能力ヲ欠キタル者例ヘハ睡眠中ノ人、逮捕監禁セラレタル人等ハ本罪ノ客體タルコトヲ得サルナリ

第二、遺棄ノ所爲アルコト

遺棄ノ所爲ハ之ヲ二個ノ場合ニ區別スルコトヲ得ヘシ

(一) 現在ノ狀況ヨリ生命身體ニ害ヲ生シ得ヘキ危險ナル狀況ニ移ス場合、危險ナル狀況ニ移スコトヲ要スルカ故ニ假令現在ノ狀況ヲ變スルモ被移轉者カ第三者ニ依テ保護セラルヽナラントノ行爲者ノ希望カ確保セラレ得ル場合ハ遺棄ト云フコトヲ得ス然レトモ單ニ第三者ノ保護ヲ得ルナラントノ希望

ヲ置クニ足ルノミニテハ遺棄タルコトヲ妨ケス例ヘハ被移轉者ノ親族ノ集會セル場所ヘ移シ去ルカ如キハ遺棄ト云ヲコトヲ得ス反之公衆往來ノ道路ニ移シ去ルトキハ被移轉者ハ或ハ道路ノ人ノ援助ヲ受クルコトアリ得ヘシト雖モ其希望ハ果シテ遂ケ得ヘキヤ否ヤハ固ヨリ確保スヘカラサルヲ以テ遺棄ト云フコトヲ得ヘシ蓋シ遺棄ヲ罰スルハ單ニ監護ノ責任ヲ免ルヽ行爲ヲ罰スルノ趣旨ニアラスシテ被遺棄者ノ生命身體ニ對スル危害ヲ防衛スルニアルヲ以テ此危害ノ要件ヲ欠ク場合ニ於テハ遺棄ヲ以テ論スヘカラサルナリ

(二) 生命身體ニ害ヲ生シ得ヘキ危險ナル狀況ニ放任スル場合但此場合ニ於テハ被放任者ハ放任スル者ノ保護ノ下ニアル場合ヲ限リ遺棄トシテ處罰セラルヘキモノトス換言スレハ放任スル者ニ於テ被放任者ヲ監護スル法律上ノ義務アル場合ニ限リ責任ヲ負フヘキモノトス而シテ此監護ノ義務ハ直接ニ法律ノ規定ニ基クト契約ニ基クト又ハ先キニ行ハレタル行爲ヨリ發生スル所ノ義務タルトヲ問ハサルナリ例ヘハ子孫カ祖父母父母ヲ監護スル義務(法本

第三百六十四條參照）親カ子ヲ監護スル義務（民法第八百十九條參照）保姆カ契約ニ依テ嬰兒ヲ監護スル義務アルカ如キ又捨子ヲ拾ヒタル者カ之ヲ拾ヒ上ケタリト云フ行爲ヨリシテ更ニ之ヲ監護スル義務ヲ生スルカ如キ是ナリ而シテ(二)ノ場合ニ於テハ(一)ノ場合ニ於ケルカ如ク被監護者ヲ現在ノ狀況ヨリ他ノ狀況ニ移轉スルコトヲ要セスト雖モ被監護者ト監護者トハ場所ノ關係ニ於テ相分離スルコトヲ要ス而シテ場所ノ分離ハ監護者カ被監護者ヲ置キ去ルト監護者カ被監護者ヲ他ノ場所ニ移シテ自己ヨリ分離スルト其他兩者ノ間ニ牆壁ヲ設ケテ往來ヲ絕ツカ如キ其方法ノ如何ハ問フ所ニアラサルナリ然レトモ單ニ監護ノ義務ヲ怠リタルニ止マリ場所ヲ分離セサル以上ハ第三百六十四條ノ如キ罪ヲ構成スルハ格別本罪ヲ構成セサルモノトス

以下各條ノ規定ニ付キ說明スレハ左ノ如シ

第三百三十六條ニ曰ク「八歲ニ滿サル幼者ヲ遺棄シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處ス」本條ハ前條ニ比シテ特別ノ場所ニ遺棄シタルニ依リ其刑ヲ加重スルモノニシテ法文ニハ單ニ「老疾者」トアルモ前條ヲ承ケテ自ラ生活スルコト能ハサル老者、疾病者ト解セサルヘカラス次ニ「寥闊無人ノ地」トハ其狀況カ永久的タルト一時的タルトハ問フ所ニアラス而シテ本條其刑ヲ加重スル理由ハ寥闊無人ノ地ニ遺棄スルコトハ被遺棄者ノ生命身體ヲ害スル危險極メテ大ナルヲ以テナリ

第三百三十八條ニ曰ク「給料ヲ得テ人ノ寄託ヲ受ケ保養ス可キ者前二條ノ罪ヲ犯シタル時ハ各一等ヲ加フ」本條ハ給料ヲ得テ人ノ寄託ヲ受ケ保養ノ義務アル者カ被保養者タル八歲未滿ノ幼者又ハ自ラ生活スルコト能ハサル老者、疾病者ヲ遺棄シタル場合ニ於テ犯人ノ特別身分ヲ理由トシテ前二條ノ例ニ照シ其刑ヲ加重スルモノナリ

第三百三十九條ニ曰ク「幼者、老疾者ヲ遺棄シ因テ癈疾ニ致シタル者ハ經懲役ニ處スルヘキヲ以テ爰ニ說明ヲ省略ス

シ篤疾ニ致シタル者ハ重懲役ニ處シ死ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處ス」本條ハ遺棄ノ結果トシテ被遺棄者カ癈疾、篤疾又ハ死ニ至リタル塲合ニ關スル規定ニシテ犯人ニ於テ身體毀損ノ犯意アルト過失ニ出ツルトヲ問ハス本罪ヲ構成ス但犯人ニ於テ初メヨリ殺人ノ犯意アルトキハ謀殺又ハ故殺ヲ以テ論スヘキナリ

第三百四十條ニ曰ク「自己ノ所有地又ハ看守ス可キ地内ニ遺棄セラレタル幼者老疾者アルコトヲ知テ之ヲ扶助セス又ハ官署ニ申告セサル者ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス、若シ疾病ニ罹リ昏倒スル者アルコトヲ知テ扶助セス又ハ申告セサル者亦同シ」本條ハ土地ノ所有者又ハ看守者ニ對シ自己ノ所有地又ハ看守地内ニ遺棄セラレタル者又ハ疾病ニ罹リ昏倒スル者アルコトヲ知リタルトキハ被遺棄者ヲ扶助スルカ又ハ保護ノ職責アル官署ニ申告スヘキ義務ヲ科スルモノニシテ法文ニ「幼者老疾者」トアルハ前數條ヲ承ケテ八歳未滿ノ幼者、自ラ生活スル能ハサル老者、疾病者ト解スヘク「官署」トハ人民保護ノ職責アル行政警察官署ノ類ヲ指スナリ本條第二項ニ「若シ疾病ニ罹リ昏倒スル者アルコトヲ知テ」トアルハ第一項ヲ承ケテ自己ノ所有地又ハ看守ス可キ地内ニ於テ疾病ニ罹リ昏倒スル者アル

コトヲ知テト解スルヲ至當トス蓋シ本條ハ被遺棄者又ハ疾病ニ罹リ昏倒スル者ヲ其生命身體ニ對シ害ヲ生シ得ヘキ危險ノ狀況ヨリ援助スルコトヲ目的トスルモノニシテ第一項ノ塲合ニ於テ土地ノ所有者又ハ看守者ニ限リ援助ノ義務ヲ科シタルニ拘ハラス第二項ノ塲合ニ於テ廣ク道路ノ人ニマテ此義務ヲ科シ第一項ノ塲合ト同一ノ刑ヲ科スルハ權衡ヲ失スヘキヲ以テ第二項モ亦第一項ト等シク土地ノ所有者又ハ看守者ニ限リ此義務ヲ負擔セシメタルモノト解スル所以ナリ

第十節　幼者ヲ略取誘拐スル罪

本節規定スル所ノ幼者ヲ略取誘拐スル罪ニ關スル一般ノ要件ニ付キ說明スレハ左ノ如シ

第一、所爲ノ客體ハ二十歳未滿ノ幼者タルコト

外國ノ刑法中ニハ未成年者ノ外ニ特ニ一定ノ目的ノ爲メニ成年者ヲ略取誘拐スル罪及ヒ奴隸ノ略取誘拐罪ナルモノヲ認ムト雖モ我現行刑法ハ單ニ未成年者ヲ略取誘拐スル所爲ノミヲ處罰スルコトヽセリ而シテ法律カ本條ニ依テ保護セントスル利益ハ幼者カ自己ヲ自己ノ監護者ノ監護ノ下ニ置クト云フ意思

實行ノ自由（行爲ノ自由）ナリトス然レトモ幼者ハ自ラ此利益（行爲ノ自由）ヲ處分スヘキ能力ヲ有セサルカ故ニ假令幼者ノ任意ナル承諾アルモ其承諾ハ此自由ヲ侵害シタル所爲ノ違法ヲ排除スルコトヲ得サルナリ反之幼者ニ對シテ親權ヲ行フ所ノ父又ハ母、後見人又ハ未成年者タル妻ノ夫ハ此利益ヲ處分スル權限ヲ有スルカ故ニ（民法第八百七十九條第九百十一條參照）此等ノ責任能力者ニ由テ與ヘラレタル强制又ハ錯誤ニ依ラサル承諾ハ此自由ヲ侵害シタリト云フ所爲ノ違法ヲ排除スルモノトス之ト同一ノ理由ニ依リ幼者ヲ監護スル權限アル父又ハ母若クハ後見人ハ本罪ノ主體トナルコトヲ得ス然レトモ假令幼者ノ實父母ナリト雖モ幼者ト其家ヲ同ウセサル者ハ幼者ニ對スル監護權ナキカ故ニ固ヨリ本罪ノ主體タルコトヲ得ヘシ（民法第八百七十七條參照）次ニ幼者ハ本罪ノ客體タルカ故ニ自ラ監護者ノ監護ノ下ヨリ脫出スルモ本罪ノ主體トシテ罰スルコトヲ得ス從テ假令之ヲ幫助スルモ幫助者ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ

第二、略取又ハ誘拐シテ自ラ藏匿シ若クハ他人ニ交付シタル所爲アルコト

法文ニ所謂「略取誘拐」ト云フハ共ニ從來ノ監護權者ノ支配ヲ破テ他ノ支配ノ下ニ移スコトヲ意味シ略取ハ其手段カ暴行又ハ畏嚇ニ出テタル場合ヲ指シ誘拐ハ其手段カ詐欺又ハ誘導ニ出テタル場合ヲ指示スルモノトス而シテ從來ノ監護權者ノ支配力ヲ破リタルニ止マルトキハ未遂ヲ以テ論スルコトヲ得ルナリ次ニ法文ニ所謂「藏匿」トハ汎ク他人ノ發見ヲ妨クルノ行爲ヲ總稱スルモノニシテ例ヘハ船底又ハ倉庫内ニ潛伏セシメ或ハ服裝容貌ヲ變セシムルカ如キ其一例ナリトス「交付」トハ自己ノ支配ヨリ他人ノ支配ヘ移スコトヲ意味ス從テ共犯者ノ一人カ他ノ共犯者ヘ引渡スハ交付ニアラスシテ藏匿ヲ以テ論スルコトヲ得ルナリ終リニ本罪ノ成立ニ付テハ遠因ノ如何ヲ問ハサルカ故ニ幼者ヲ敎育スル目的ニ出テタル場合モ亦本罪ヲ構成スヘシ

以下各本條ニ付キ說明スレハ左ノ如シ

第三百四十一條ニ曰ク「十二歲ニ滿サル幼者ヲ略取シ又ハ誘拐シテ自ラ藏匿シ若クハ他人ニ交付シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ附加ス」本條ハ犯罪ノ客體タル幼者カ十二歲未滿ナル場合ニ關スル規定ニシテ現行刑法ハ被害者タル幼者ノ年齡ニ依テ其刑ヲ輕重シ十二歲以上二十歲

未滿ノ幼者ニ付テハ次條第三百四十二條ニ之カ規定ヲ設ケ本條ニ比シテ刑ヲ輕減セリ

第三百四十二條ニ曰ク「十二歲以上二十歲ニ滿サル幼者ヲ略取シテ自ラ藏匿若クハ他人ニ交付シタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス、其誘拐シテ自ラ藏匿シ若クハ他人ニ交付シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」本條ハ被害者タル幼者カ十二歲以上二十歲未滿ノ場合ニ付キ犯罪ノ手段略取ニ依リタルト誘拐ニ依リタルトニ區別シテ其刑ヲ加減セリ

第三百四十三條ニ曰ク「略取誘拐シタル幼者ナルコトヲ知テ自己ノ家屬僕婢ト爲シ又ハ其他ノ名稱ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ前二條ノ例ニ照シ各一等ヲ減ス」本條ハ本編第二章第六節贓物ニ關スル罪ト其性質ヲ同ウシ被害者タル幼者ト監護權者トノ關係次第ニ遠カリ監護權ノ恢復ヲ困難ナラシムルノ所爲ヲ處罰スルモノナリ法文ニ「收受」トアルハ他人ヨリ交付ヲ受クルト謂フノ義ニシテ他人ノ交付ナキニ自己ノ支配ニ移スモ本罪ヲ構成セス又前二條ノ罪トナルニハ監護權者ノ

支配ヲ破ルコトヲ必要トスルカ故ニ既ニ其支配ヲ破ラレタル幼者ニ對シテハ前二條ノ罪ヲ構成セサルヤ又明カナリアリテ目的ノ如何ヲ問ハサルカ故ニ幼者ヲ教育スル目的ニ出テタルトキト雖モ本罪ヲ構成ス但前二條ノ被害者タルコトヲ知ラサルトキ（犯意ナキモノ）ハ本條ヲ適用スヘカラサルヤ勿論ナリトス

第三百四十四條ニ曰ク「前數條ニ記載シタル罪ハ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス但略取誘拐セラレタル幼者式ニ從テ婚姻ヲ爲シタルトキハ告訴ノ效ナシ」略取誘拐ノ所爲タル幼者ノ自由ヲ害スルト同時ニ又一面ニ於テ被害者タル幼者ノ名譽ヲ害スル結果ヲ生スルコトアリ從テ若シ被害者ノ告訴ヲ待タスシテ之ヲ訴追シ處罰スルコトヲ得トセハ幼者ヲ保護セントシテ却テ其利益ヲ害スル結果ヲ生スルノ危險アルヲ以テ前數條ノ罪ハ被害者又ハ其親屬（本法第百十四條ニ列記スルモノ）ノ告訴ヲ以テ訴追ノ條件トシタルニ前數條ノ犯人ト式ニ從テ法律上有效ノ婚姻ヲ爲シタルトキハ假令被害者又ハ其親屬ノ告訴アルモ犯人タル夫ヲ處罰スルコトハ夫婦間ノ平和ヲ破リ家族ノ名

譽ヲモ害スルコトヽナルヲ以テ此場合ニ於テハ本罪訴追ノ條件タル告訴ハ其效力ナキモノトスヘキナリ是レ本條但書ノ設アル所以ナリ但婚姻ノ無效ナル場合ニ於テハ告訴ノ效力アルヤ勿論ナリトス（婚姻無效ノ原因ニ付テハ民法第七百七十八條參照）而シテ法文ニハ「式ニ從テ婚姻ヲ爲シタルトキハ告訴ノ效ナシ」ト規定シ婚姻ノ取消ニ依テ夫婦關係ノ消滅シタル場合ニ付キ特別ノ明文ナキカ故ニ一旦婚姻ノ有效ニ成立シタル以上ハ取消後ト雖モ依然告訴ノ效ナキモノト解セサルヘカラス（婚姻ノ取消及ヒ效方ニ付テハ民法第七百七十九條乃至第七百八十七條參照）

第三百四十五條ニ曰ク「二十歲ニ滿サル幼者ヲ略取誘拐シテ外國人ニ交付シタル者ハ輕懲役ニ處ス」本條ハ被害者タル幼者ヲ外國人ニ交付スルコトニ依テ其刑ヲ加重シタルモノナリ法文ニハ「外國人ニ交付シタル者ハ」トアリテ其目的ノ如何ニ付キ制限セスト雖モ立法論トシテハ假令外國人ニ交付スヘキ目的カ外國ニ移送スルニ非サルトキハ前數條ノ刑ニ比シテ重ク處罰スルノ必要ナシ反之假令內國人ニ交付スト雖モ外國ニ移送スル目的ニ出テタルトキハ特ニ其刑ヲ加重スルノ必要アリト信ス次ニ本罪モ之ヲ審理處罰スルコトハ却テ被害者ノ名譽ヲ更ニ害スルノ虞ナキニアラスト雖モ略取誘拐ノ幼者ヲ外國人ニ交付スルコトハ公ノ利益ヲ害スルコト大ニシテ此場合ニ於テハ個人ノ利益ヲ顧ミルノ猶豫ナキモノトシ本罪ニ付テハ法律ハ告訴ヲ以テ其罪ヲ論スト規定セサル所以ナリ

第十一節　猥褻、姦淫、重婚ノ罪

本節規定スル所ノモノハ第三百四十六條乃至第三百五十四條ノ規定ニシテ之ヲ分類スルトキハ(一)猥褻ノ罪(二)淫行ヲ勸誘媒合スル罪(三)強姦ノ罪(四)姦通ノ罪(五)重婚ノ罪ノ五トスルコトヲ得ヘシ

第一款　猥褻ノ罪

本款ニ所謂猥褻ノ罪トハ刑法第三百四十六條ニ規定スル罪ヲ指示スルモノニシテ以上ノ法條ハ被害者ノ貞操ニ關スル感情又ハ自由ヲ保護スルニアリ而シテ猥褻ノ罪ノ一般ニ通スル構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一、特定ノ男女ニ對スルコト

刑法第三百四十六條第三百四十七條ハ何レモ特定ノ男女ニ對シ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ關スル規定ニシテ其公然タルトハ隱然タルトハ問フ所ニ非サル

ナリ而シテ特定ノ男女ニ對スルト將タ單獨タルトヲ問ハス苟クモ公然猥褻ノ所業ヲ爲シタルトキハ刑法第二百五十八條ノ罪ヲ構成スヘキモノニシテ若シ特定ノ人ニ對シ公然猥褻ノ所業ヲ爲シタルトキハ第二百五十八條ノ罪ト第三百四十六條又ハ第三百四十七條ノ罪トノ二罪ヲ構成スルコトヲ得ルナリ

第二、猥褻ノ行爲トハ刑法第二百五十八條ニ付テ說明シタルカ如ク色情ヲ喚發シ又ハ滿足セシムル爲メ若クハ既ニ喚發シタル色情ヲ外部ニ表顯スル目的ニ於テ爲サレ之ト同時ニ淫事ニ關シ現時社會ニ於テ書カレタル一般風儀上ノ感情(貞操)ヲ著シク傷害スル所ノ總テノ行爲ヲ稱スルモノニシテ例ヘハ人類異性間ノ交接(自然ノ猥褻ノ一種)鷄姦獸姦(自然ニ反スル猥褻)手淫ノ類是ナリ而シテ(一)色情ニ關スルコトヲ要スルカ故ニ若シ此要件ヲ缺クトキハ假令他人ニ對シ著シク羞恥ノ感情ヲ喚起スヘキ行爲ナリト雖モ猥褻ノ行爲ト謂フコトヲ得ス例之ハ放尿ノ爲メニ局部ヲ露出スルカ如キ子弟ヲ懲戒スル目的ヲ以テ衣服ヲ脫キ裸體トスルカ如キ入浴ノ爲メ裸體トナルカ如キ復仇ノ爲メ恥辱ノ目的ヲ以テ婦女ヲ裸體ニシテ道路ニ放チ置クカ如キ何レモ猥褻ト云フコトヲ得ス但他人ヲシテ單ニ羞恥ノ感情ヲ喚起セシムヘキ行爲ハ違警罪ノ規定ニ於テ公然裸體トナルコトヲ罰スルカ如シ(二)淫事ニ關スル風儀上ノ感情ヲ害シタリヤ否ヤハ現時ノ社會ニ於テ一般ニ書カレタル風儀上ノ感情ヲ標準トシテ決スヘキモノニシテ各人ニ付テハ或ハ其感情ノ比較的銳敏ナルモノト或ハ比較的痴鈍ナルモノトアリテ互ニ其程度ヲ同フセサルカ故ニ此標準ハ常識ノ代表者ト目スヘキ裁判官ノ認定ニ任スヘキモノトス

以下各法條ニ付テ說明スレハ左ノ如シ

第三百四十六條ニ曰ク「十二歲ニ滿サル男女ニ對シ猥褻ノ所行ヲ爲シ又ハ十二歲以上ノ男女ニ對シ暴行脅迫ヲ用ヒスシテ猥褻ノ所行ヲ爲シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」

本條ノ規定ハ二個ノ場合ニ區別シテ說明スルヲ便トス

第一、十二歲ニ滿サル男女ニ對シ猥褻ノ所行ヲ爲シタル場合

即チ十二歲未滿ノ男女ニ對シ暴行脅迫ヲ用ヒスシテ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル場

合ナリ若シ暴行脅迫ヲ用ヒタルトキハ次條第三百四十七條ノ罪ヲ構成スルモノトス此場合ニ於テハ相手方ニ於テ猥褻ノ行爲ヲ受クヘキコトヲ承諾シタルト否トヲ問ハス本罪ヲ構成スルモノトス蓋シ幼者ニシテ色情ノ發達未熟ナル者ニ於テハ猥褻ノ行爲ノ何タルコトヲ了解セサルカ故ニ其者ニ依テ與ヘラレタル承諾ハ眞實ノ承諾ト目スヘカラス從テ是等幼者ニ對シテハ其承諾ノ有無ニ拘ハラス他人ヨリ猥褻ノ行爲ヲ受ケシメサルコトヽシ以テ其人ノ貞操ニ關スル感情及ヒ自由ヲ保護スル必要アリ而シテ現行刑法ハ十二歳未滿ノ男女ハ常ニ此狀況ニアルモノト看做シ之ヲ保護スルモノナリ終リニ若シ十二歳未滿ノ幼女ニ對シ其承諾ノ有無ニ拘ハラス交接ヲ爲シタルトキハ第三百四十九條前段ニ依テ處罰ス

第二、十二歳以上ノ男女ニ對シテ猥褻ノ所行ヲ爲シタル場合

此場合ニ於テハ暴行脅迫ノ手段ニ依テ猥褻行爲ヲ爲シタルトキニ限リ處罰スルコトヽセリ蓋シ任意ニシテ眞實ナル合意ニ依リ互ニ猥褻ノ行爲ヲ爲スコトハ公然ノ場合ノ外ハ他ヲ害セサルカ故ニ法律ハ之ヲ處罰セサルコトヽシ相手方ノ任意ニシテ且眞實ナル承諾ナキニ拘ハラス而カモ暴行脅迫ノ手段ニ依リ相手方ノ抵抗力ヲ排除シテ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ限リ其貞操ニ關スル感情並ニ自由ヲ保護スル爲メ之ヲ處罰セリ法文ニ「暴行脅迫」トアルハ第百四十二條第二項第三百七十八條ニ於ケルト同一義ニシテ暴行ハ生命身體ニ對スル不法ノ體力ヲ意味シ脅迫ハ生命身體ニ對シ現ニ危害ヲ加フヘシト畏嚇スルコトヲ意味ス

第三百四十七條ニ曰ク十二歳ニ滿サル男女ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ猥褻ノ所行ヲ爲シタル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」

本條ハ暴行脅迫ノ手段ニ依テ十二歳未滿ノ男女ニ猥褻ノ所行ヲ爲シタル場合ニ關スル規定ニシテ以上ノ說明ヲ參照スレハ意義明瞭ナルヘキヲ以テ爰ニ說明ヲ省略ス

第二款　淫行ヲ勸誘シテ媒合スル罪

第三百五十二條ニ曰ク「十六歳ニ滿サル男女ノ淫行ヲ勸誘シテ媒合シタル者ハ一

月以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」本罪ハ貞操ニ關スル感情ヲ處分スルニ付キ智能ノ發達未熟ナル所ノ男又ハ女ニ他人ト交接スルコトヲ勸誘シ之カ媒合ヲ爲スコトヲ禁止シタルモノナリ而シテ本罪ノ構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一、犯罪ノ客體ハ十六歲未滿ノ男又ハ女タルコト

法律ハ十六歲未滿ノ幼者ハ貞操ニ關スル觀念未熟ナルモノト看做シ反證ヲ許サス而シテ法文ニ男女トアルハ男又ハ女ト謂フノ義ニシテ交接ノ相手方ハ十六歲未滿ノ幼者タルコトヲ必要トセサルナリ又法律ハ未通ノ男女タルト否トヲ區別セサルナリ

第二、淫行ヲ勸誘シテ媒合シタルコト

法文ニ「淫行」トアルハ汎ク猥褻ノ行爲ヲ指示スルニアラス男女間ノ交接ノミヲ意味スル而シテ「淫行ヲ勸誘シ」トハ他人ニ淫行ノ決意ヲ爲サシムルコトヲ意味シ敎唆ト異ナル點ハ敎唆ノ手段トシテハ強制ヲ許サス又被敎唆者ハ責任能力者タルコトヲ必要トスルニ反シ勸誘ハ是等ノ要件ヲ必要トセス然レトモ他人ニ淫行ノ決意ヲ爲サシメタルコトヲ要スルカ故ニ勸誘ノ相手方タルヘキ十六歲未滿ノ男又ハ女ニシテ勸誘ニ先チテ既ニ淫行ノ決意ヲ爲シ居リタルトキハ本罪ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ「媒合」トハ房屋ヲ給與シ又ハ交接者ノ一方ヲ他ノ一方ノ居所ヘ誘フカ如キ總テ交接ノ實行ニ付テ機會ヲ與フルコトヲ意味スル而シテ法文ニハ勸誘シテ媒合シタルコトヲ必要トスルカ故ニ勸誘ノ事實ナク單ニ媒合シタルノミニテハ本罪ヲ構成セス（但淫賣ノ媒合容止ニ付テハ第四百二十五條第十號後段ニ處罰規定アリ）本罪ハ被勸誘者ト第三者トノ交接ヲ以テ既遂トナル終リニ立法論トシテハ是等媒合者ノミナラス十六歲未滿ノ男女ヲ勸誘シテ自ラ交接シタル者ニ付テモ之ヲ處罰スル規定ヲ設クルノ必要アルヘシ

第三款　強姦ノ罪

第三百四十八條ニ曰ク「十二歲以上ノ婦女ヲ強姦シタル者ハ輕懲役ニ處ス藥酒等ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシメテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ス」第三百四十九條ニ曰ク「十二歲ニ滿サル幼女ヲ姦淫シタル者ハ輕懲役ニ處ス若シ強姦シタル者ハ重懲役ニ處ス」

以上第三百四十八條第三百四十九條ハ强姦ノ罪ヲ規定スルモノニシテ本罪ハ婦女ノ交接ニ關スル自由ヲ侵害スル行爲ニシテ其構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一、强姦ノ所爲アルコト

刑法第三百四十八條ニ於テ單ニ「强姦シタル者」トアリテ强姦ノ行爲ニ付キ何等ノ說明ヲ與ヘスト雖モ同條第二項ニ於テ「藥種ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシメテ姦淫シタル者ハ云々」トアリテ單ニ相手方ノ承諾ヲ欠クノミニテハ未タ以テ强姦ト認メサルト同時ニ同條第三百七十八條强盜ノ定義ニ「暴行脅迫ヲ以テ財物ヲ强取シタル者ハ云々」トアリテ强ナル文字ハ暴行脅迫ノ手段ヲ採リタル場合ニ於テ用ヒラレタルニ依テ之ヲ見レハ本條ニ所謂强姦モ亦暴行脅迫ヲ手段トシテ被姦淫者ノ抵抗力ニ打勝テ因テ姦淫ヲ遂ケタル場合ヲ指示スルモノト解スルヲ至當トス而シテ暴行、脅迫（生命身體ニ對シテ現ニ害ヲ加フヘシトノ畏嚇ヲ云フ）ハ被姦淫者自體ニ對スルコトヲ要シ又此手段ハ被姦淫者ノ抵抗力ニ打勝ツ爲メニ用ヒラレタルモノナラサルヘカラス從テ本罪犯意ニ付テ一言スレハ犯人ニ於テ被姦淫者ニ依テ抵抗セラレ且其抵抗ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ之ヲ排除スル

ノ事實ヲ知リタルコトヲ要ス次ニ同條第二項ニ規定スル場合ハ婦女カ昏睡スル精神錯亂ノ狀況ニ陷リタル爲メ抵抗力ヲ失ヒ若クハ姦淫ニ關スル承諾ヲ與フルノ能力ヲ欠キタルヲ以テ此場合ニ於テハ假令犯人ニ於テ暴行脅迫ヲ用ヒサルモ其婦女ヲ姦シタルトキハ前項ノ强姦ト同視シテ等シク之ヲ處罰スルナリ而シテ法文ニ「藥酒等ヲ用ヒ」トアルハ婦女ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシムル手段ノ一例ヲ示シタルニ過キスシテ此結果ヲ生スヘキ手段ハ敢テ法律ニ限定シタルニアラス故ニ催眠ノ方法ニ依テ婦女ヲ昏睡セシメタルト其他如何ナル方法ヲ採リタルヲ問ハス之ヲ包含スルモノトス然トモ犯人ニ於テ婦女ヲ昏睡シ精神錯亂ノ狀況ニ陷ラシムルノ原因ヲ與ヘタルコトヲ要スルカ故ニ犯人ノ手段ニ依ラス既ニ此狀況ニ在ルモノ又ハ此狀況以外ノ狀況ニ於テ抵抗力ヲ失ヒ又ハ姦淫ニ關スル承諾ノ能力ヲ欠キタル者ニ對シテハ第三百四十六條前段第三百四十九條前段ノ場合ヲ除ク外ハ常ニ之ヲ處罰セサルコトヽナルヘキモ（例ヘハ共謀者ニアラサル第三者ノ爲メニ制縛セラレ全ク抵抗力ヲ失ヒタル婦女ヲ姦淫スルモ第三百四十八條ヲ以テ論スルコトヲ得ス）立法論トシテハ是等ノ場合ニ付テモ別ニ處罰ノ規定ヲ設クルノ必要アリト信ス次

ニ第三百四十九條後段ニ所謂「強姦」トハ前條第一項並ニ第二項ニ規定スル二樣ノ手段ヲ包含スルモノト解スヘキナリ終リニ法文ニ「姦淫」トアルハ男女ノ生殖器カ互ニ交媾スルトキヲ以テ既遂トナリ精液ノ流出ヲ必要トセストハ一般刑法學者ノ說一致スルカ如シ

第二、婦女ニ對スルコト

法律ハ十二歲以上ノ婦女ニ對スル場合ト十二歲未滿ノ婦女ニ對スル場合トニ區別シ後者ニ對シテハ其刑ヲ加重セリ而シテ法律ハ婦女ニ對スルコトヲ要スルカ故ニ若シ婦女カ男子ニ對シテ暴行脅迫ヲ用ヒ交接ヲ遂クルモ強姦罪ヲ構成セスシテ第三百四十七條ノ强制猥褻罪ヲ構成スルノミ然レトモ强姦罪ノ客體タル婦女カ未タ男子ニ接セサル婦女タルト否トハ問フ所ニアラス

夫ハ其妻ニ對スル强姦罪ノ主體トナリ得ルヤ否ヤト云フニ夫モ本罪ノ主體トシテ責任ヲ負フコトアリ得ヘキナリ何トナレハ夫カ婚姻ニ因テ取得スル所ノ權利ハ敢テ絕對無限ニアラス換言スレハ少クトモ野蠻ナル交接ニ付テハ妻ハ夫ニ對シテ之ヲ拒ムコトヲ得ヘク從テ一定ノ範圍ヲ超ヘテ其權利ヲ濫用シタル夫ノ行爲ハ不法行爲タルヘク且法文ニハ夫婦外ノ交接ト限定セサルカ故ニ若シ其交接カ暴行脅迫ノ手段ニ依リタルトキハ强姦罪ヲ以テ論シ得ヘキモノト言ハサルヘカラス之ト同一理由ニ依リ夫カ其妻ニ對シテ猥褻ノ所爲ヲ爲シタル場合ニ付テモ若シ其行爲カ暴行脅迫ニ出テタル夫權ノ濫用ト認メ得ヘキトキハ猥褻罪ヲ構成スルモノト言ハサルヘカラス

女子ハ强姦罪ノ主體トシテ處罰サルヽコトヲ得ルヤ現行刑法ニ於テハ犯罪ノ敎唆又ハ從犯ハ正犯者ノ獨立シタル犯罪行爲ニ從トシテ加效シタル附隨ノ行爲トシテ責任ヲ負フコトアリ得ヘキナリ何トナレハ夫カ婚姻ニ因テ取得スル所ノ權利ハ敢テ絕對無限ニアラス換言スレハ少クトモ野蠻ナル交接ニ付テハ妻ハ夫ニ對認ムルヲ以テ特別ノ身分關係カ犯罪ノ構成要件タル場合ニ於テモ此特別身分ナキ敎唆者又ハ從犯者ヲ處罰スルコトヲ得ヘシ反之共同正犯ハ敎唆又ハ從犯ト異ナリ各獨立シテ犯罪行爲ニ加效シタル者ナルヲ以テ原則トシテハ其刑責モ亦各自獨立シテ之ヲ決スヘク(本法第百四條參照)從テ刑法ニ例外ノ規定ナキ以上ハ身分カ犯罪ノ構成要件タル場合ニ於テ共同實行者中此身分ナキ者ハ此種ノ犯罪ニ付キ責任ヲ負ハサルモノト論セサルヘカラス換言スレハ單獨實行犯(單獨正犯)トシテ處罰

セラルヘキ特別身分ナキ者ハ共同實行者トシテモ亦處罰セラレサルモノトス以上ハ共犯ニ關スル通則ナリトス而シテ女子カ強姦罪ノ教唆又ハ從犯トシテ處罰セラルヘキコトハ敢テ疑點ヲ存セストハ雖モ女子カ強姦罪ノ正犯トシテ處罰セラレ得ルヤ否ヤニ付テハ學者間ニ異論ナキニアラス然レトモ余輩ノ見ヲ以テスレハ強姦罪ハ強制ヲ用ヒ又ハ之ニ準シタル方法ニ依テ婦女ノ交接ノ自由ヲ侵害スル行爲ニシテ苟クモ此結果ニ對スル原因ヲ與ヘタル者ハ(教唆、從犯ヲ除ク)即チ本罪ノ正犯トシテ論スルニ欠クル所ナク男子タルカ故ニ之ヲ處罰セスト云フカ如キ男子タル身分ヲ特別構成要件トスル犯罪ニ非サルナリ而シテ女子カ強姦罪ノ正犯トシテ處罰セラルヽ場合ハ左ノ如シ

第一　單獨實行犯(單獨正犯)トシテ處罰セラルヽ場合

即チ強姦罪ノ構成要件タル所爲ノ全部ヲ自ラ行フ場合ナリ而シテ女子ハ他ノ歸女ニ對シテ暴行脅迫ヲ加ヘ又ハ之ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシムルノ手段ヲ行フコトヲ得ヘシト雖モ直接ニ婦女ニ對シテ姦淫スルコトヲ得ス故ニ姦淫ノ行爲ハ間接ノ手段ニ依ラサルヘカラス即チ男子ヲ介シテ(機械ト)之ヲ行フコトヲ得ルノミ犯罪行爲ノ因果關係ニ付テハ法律ハ其直接タルト間接タルトヲ區別セサルカ故ニ教唆又ハ從犯ノ手段ニ依ラスシテ法律上ノ結果ニ對シ苟クモ之カ原因ヲ與ヘタル以上ハ其直接タルト間接タルトヲ問ハス實行犯者トシテ論スルニ欠クル所ナキナリ而シテ間接ノ實行犯トシテ論シ得ル場合ハ左ノ如シ

(イ)　犯罪無責任者(本法第七十八條、第七十九條、第八十條第一項、第八十二條ニ規定セラレタル者)ヲ利用シテ強姦ヲ爲サシメタル場合　例ヘハ色情的精神病者ヲ使嗾シテ婦女ヲ強姦セシムルカ如キ是ナリ此場合ニ於テハ利用セラレタル者ハ犯罪責任能力者ニ非サルカ故ニ此無責任者ノ行爲ハ犯罪ヲ以テ論スルコトヲ得ス從ツテ之ヲ使嗾スルモ重罪又ハ輕罪ヲ教唆シタリトシテ論スルコトヲ得ス然レトモ強姦ト云フ法律上ノ結果ニ對シテハ間接ニ原因ヲ與ヘタルモノナルヲ以テ此利用者ハ(恰モ器具ヲ用ヒ若クハ獸類ヲ使嗾シテ傷人行爲ヲ爲シタルト同一理由ニ依リ)間接ニ強姦ノ實行ヲ遂ケタルモノトス

(ロ)　男子ヲ強制シテ婦女ヲ強姦セシメタル場合　即チ男子ニ對シ暴行又ハ脅

迫ヲ用ヒ其抵抗力ヲ失ハシメ依テ以テ婦女ヲ強姦セシメタルトキハ被強制者ノ行爲ハ刑法第七十五條ニ依リ違法トナラサルヲ以テ其行爲ハ犯罪ヲ以テ論スルコトヲ得ス從テ強制者ハ敎唆ヲ以テ論スヘカラサルヤ明カナリ故ニ此場合ニ於テハ又(イ)ノ場合ト同シク強制者ハ間接ニ強姦ノ實行ヲ遂ケタルモノト謂ハサルヘカラス

(ハ)責任能力者タル男子ニ強姦ノ事實ヲ知ラシメスシテ之ヲ利用シ強姦ヲ遂ケシメタル場合　例ヘハ藥酒等ヲ用ヒテ婦女ヲ昏睡セシメナカラ其情ヲ告ケス男子ニ對シテ其昏睡者ト姦淫スルコトヲ勸メタルカ如キ其利用セラレタル男子ハ強姦ノ情ヲ知ラス即チ強姦ノ犯意ナキヲ以テ其人ノ行爲ハ犯罪ヲ以テ論スルコトヲ得ス故ニ此男子ヲ利用シタル女子ハ(イ)ノ場合ト同シク間接ニ強姦ヲ遂ケタルモノト謂ハサルヘカラス

第二、共同實行犯(共同正犯)トシテ處罰セラルヽ場合

即チ強姦罪ノ實行々爲ノ一部タル暴行脅迫ヲ行ヒ或ハ藥酒等ヲ用ヒテ婦女ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシムル手段ヲ行ヒ他ノ共同正犯タル男子カ婦女

ヲ姦淫シタルトキハ假令自ラ姦淫ヲ行ヒタルニアラスト雖モ強姦罪ノ實行々爲ノ一部ニ加擔シタルニ因リ本罪ノ共同正犯ヲ以テ論スルニ欠クル所ナキナリ(本法第百四條參照)

リスト氏フランク氏ノ說ハ本文ト同一ナリフランク氏ノ說ニ依レハ曰ク直接正犯タルコトヲ得サル者ハ亦間接正犯タルコトヲ得サルヤト云フニ本問ハ二個ノ場合ニ區別シテ論セサル可ラス即チ(イ)間接正犯ニ物理上ノ狀況殊ニ男性若クハ女性ヲ欠除スル場合ニ於テハ直接正犯タルコトヲ得サル者モ猶ホ間接正犯タルコトヲ得ヘキナリ例ヘハ婦女カ男性ノ精神病者ヲ煽動シテ他ノ婦女ヲ強姦セシメ或ハ精神病者ノ爲メニ他ノ婦女ヲ強制シテ姦淫ヲ幇助スルカ如シ何トナレハ此種ノ犯罪ヲ規定スル法規ハ男性ニ對テモ女性ニ對テモ等シク拘束力ヲ有シ何人モ等シク違犯スルコトヲ許サヽルヲ以テナリ反之(ロ)法律上ノ原因ニ依リ直接正犯タルコトヲ得サル者ハ亦間接正犯タルコトヲ得サルナリ例ヘハ官吏タル法律上ノ身分カ罪ノ特別構成要件タル場合ニ於テ非官吏ハ間接正犯トシテモ此ノ種ノ官吏瀆職罪ヲ犯スコトヲ得サルナリ次ニ共同正犯ハ共同原因ニ基ク全部ノ

結果ニ對シテ各獨立シテ即チ單獨正犯トシテノ如ク責ヲ負フモノナルカ故ニ或罪ノ單獨正犯タルコトヲ得サル者ハ亦共同正犯タルコトヲ得サルナリ然レトモ婦女ハ强姦罪ノ間接正犯タルコトヲ得ルカ故ニ婦女モ亦男子ト共同シテ同罪ノ共同正犯タルコトヲ得ルナリ

次ニ第一款ノ猥褻ノ罪ト第三款ノ强姦罪ニ共通ノ規定ニ付キ説明セント欲スル第三百五十條ニ曰ク[前數條ニ記載シタル罪ハ被害者又ハ親屬ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス]猥褻罪及ヒ强姦罪ハ何レモ被害者ノ貞操ニ關スル感情及ヒ自由ヲ保護スル爲メニ設ケラレタルモノナルカ故ニ告訴ナキニ其罪ヲ處罰スルコトハ却テ被害ノ事實ヲ世ニ周知セシメ益〻其名譽ヲ毀損スルコトヽナリ被害者ノ利益ヲ保護セントシテ却テ益〻之ヲ害スルノ結果ヲ生スル虞アルニ依リ特ニ本條ヲ設ケ被害者又ハ親屬ノ告訴ヲ待テ之ヲ處罰スルコトヽ爲シタルナリ然レトモ被害者中十二歲未滿ノ幼者ハ現行刑法ニ於テハ貞操ニ關スル感情ノ處分能力ヲ全然欠缺シタル者ト看做シ反證ヲ許サヽルカ故ニ此種ノ幼者ニ依テ爲サレタル告訴ハ恰モ精神錯亂者ニ依テ爲サレタル訴訟ト一般眞實ナル刑罰請求ノ意思ト認ムヘカラサルヲ以テ此種ノ告訴ハ訴訟ノ條件タル效力ナキモノト論セサルヘカラス

申告罪ノ告訴ニ關スル一般ノ性質ヲ説明スレハ左ノ如シ

現行法ノ下ニ於テハ告訴ハ特種ノ犯罪(申告罪)ニ對スル訴訟條件ニシテ此條件ヲ具備セサル公訴ノ提起ハ不適式ニシテ之ニ對シテハ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキナリ(刑事訴訟法第二號參照)告訴カ申告罪ノ構成要件ニ非サルコトハ學者間異論ナキ所ナリト雖モ告訴ノ性質ニ付テハ尚ホ左ノ如キ異論アルカ如シ

第一說　申告罪ニ付キ告訴ハ犯罪處罰ノ條件ナリ

第二說　申告罪ニ付キ告訴ハ實體法ニ於テハ犯罪處罰ノ條件ニシテ、形式法ニ於テハ訴訟ノ條件ナリ

第三說　申告罪ヲ分テ二種トシ第一種ノ罪ニ對シテハ其告訴ハ處罰條件ニシテ第二種ノモノニ對シテハ訴訟條件ナリトセリ而シテ(一)或種ノ權利侵害ハ被害者カ利益ヲ侵害ナリト感スルニ非サレハ之ヲ侵害ト云フコトヲ得ス又被害者カ利益ヲ侵害ナリト感セサレハ公ノ秩序ニ關係スルモノト爲ス能ハサルナリ即チ一定ノ方式タル告訴ヲ以テ侵害アリタルコトヲ表示スルニ非サレハ國家ハ

之ヲ處罰スル必要ナシ例ヘハ脅迫罪、誹毀罪、罵詈喇弄罪、牛馬以外ノ家畜ヲ殺ス罪、特許權商標權意匠權著作權ヲ侵害スル罪ノ類是ナリ此種ノ犯罪ハ第一種ニ屬シ此場合ニ於テハ告訴ハ處罰ノ條件ナリ而シテ此種ノ犯罪ニ付キテハ告訴ヲ爲スノ期間ヲ設クルモ可ナリ又公判ノ開始スルマテハ告訴ノ取下ヲ許シ告訴ヲ不可分ト爲スヲ當然トス告訴ナクシテ訴追スレハ裁判所ハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘク然レトモ職權上訴追スヘキ犯罪ト第一種ノ犯罪ト想像上俱發シタルトキハ告訴ナクトモ之ヲ訴追スヘキナリ(二)第二種ノ親告罪ニ付テハ國家ハ其犯罪ヲ訴追スルノ利益ヲ有ス然レトモ被害者ハ之ヲ訴追セサルヲ以テ利益トシ被害者ノ利益カ國家ノ利益ニ反對ス蓋シ被害者ハ本案ノ審理辯論ニ因テ更ニ新ニ非常ナル損害ヲ招クヲ以テナリ故ニ此場合ニ於テハ被害者カ告訴ト謂フ形式ヲ以テ國家ノ利益ニ反對スル自己ノ利益カ此事件ニ付テ存セサルコトヲ表示セサル間ハ國家ハ其刑罰請求權ノ主張ヲ被害者ノ爲メ條件付ニ拋棄スルモノナリ例ヘハ幼者ノ略取誘拐罪、猥褻罪、姦淫罪、有夫姦罪ノ類是ナリ此場合ニ於テハ告訴ハ處罰ノ條件ニアラスシテ國家ノ刑罰權主張ノ條件ナリトス即

チ訴訟ノ條件ナリトス告訴ノ欠缺ハ刑罰排除ノ原因ニアラスシテ訴追ノ障碍ナリ依テ此種ノ申告罪ノ問題ハ刑法ノ範圍ニアラスシテ訴訟法ノ範圍ニ屬ス

從テ第一種ノモノト其結果ヲ異ニスルハ當然ナリトス

以上告訴カ申告罪ノ處罰條件タルト訴訟條件タルトノ區別ハ處罰條件トハ犯人ノ所爲ヲ處罰スル爲メニ必要ナル事實ニシテ而カモ犯罪人ノ所爲以外ニ存在セサル可カラサルモノナリ訴訟條件トハ訴訟上權利關係カ成立シ進行又ハ終了スルニ必要ナル條件ナリトス而シテ此區別ノ結果ハ(第一)若シ處罰ノ條件カ欠缺セル場合ニハ其事件ニ對シテ國家ニ處罰ノ權利カ存在セサルナリ之ニ反シ訴訟ノ條件カ欠缺セル場合ニハ其事件ニ對シ國家ニ處罰ノ權利ハ或ハ存在スト云ヒ得ヘキモ未タ處罰ノ權利ヲ主張シ之ヲ實行スルコトヲ得ス故ニ前ノ場合ニ於テハ裁判所ハ本案審理ノ後被告ニ對シテ免訴ノ言渡ヲ爲スヘク反之後ノ場合ニ於テハ裁判所ハ處罰條件ノ具備セルト否トヲ問ハス常ニ公訴不受理ノ判決ヲ爲サヽルヘカラス(第二)訴訟條件ハ起訴ノ當時ニ於テ存在スルコトヲ要ス從テ起訴後ニ此條件ヲ補充スルモ其起訴ハ不適式ナルカ故ニ公訴不受理ノ判決ヲ免レス反之

處罰條件ハ處罰ノ當時ニ於テ存在スルヲ以テ足レリトス故ニ例ヘハ有罪破産ニ於ケル處罰條件タル破産ノ決定ハ本罪ノ起訴後處罰ノ前ニ於テ破産ノ決定アリタルトキハ之ヲ處罰スルニ於テ欠クル所ナシ

爰ニ注意スヘキハ現行法ノ下ニ於テ申告罪ノ告訴ハ訴訟條件ナリト解スルヲ至當トスト雖モ告訴ノ拋棄ハ消極的處罰ノ條件ニシテ即チ處罰權消滅ノ原因タルカ故ニ(刑事訴訟法第二號參照)告訴ノ拋棄アリタルトキハ公訴カ時效ニ係リタルトキト等シク裁判所ハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘク(刑事訴訟法百六十五條參照)一旦告訴ノ拋棄アリタルトキハ更ニ告訴ノ提起アルモ再ヒ其犯罪ヲ訴追スルコトヲ得サルナリ

第三百五十一條ニ曰ク〔前數條ニ記載シタル罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス但强姦ニ因テ癈篤疾ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ無期徒刑ニ處ス〕本罪ハ第三百四十六條乃至第三百四十九條ニ規定シタル處罰ノ行爲ノ結果トシテ被害者ノ死亡、篤疾、廢疾、疾病、創傷ヲ來シタル罪ヲ規定スルモノニシテ此等ノ結果カ現實發生スルニアラレハ本條ヲ適用スルコトヲ得ス而シテ此等結果ノ原因トナリタル行爲カ第三百四十六條乃至第三百四十九條ニ規定スル罪ノ既遂ノ程度ニ達シタルトキハ本條ノ未遂ヲ以テ論スヘキナリ(后ノ場合ニ於テモ猶本條ノ罪ノ既遂ヲ以テ論スヘシト唱フル說アルモ誤レリ)而シテ第三百四十六條乃至第三百四十九條ニ規定スル罪ニ付キ第三百五十條ニ於テ申告罪タルコトヲ認ムト雖モ本條ノ罪ニ付テハ特別規定ナキカ故ニ被害者ノ告訴ヲ待タス本罪ヲ起訴シ之ヲ處罰スルコトヲ得ルナリ蓋シ此場合ニ於テモ被害者ハ本罪ノ審理辯論ニ依テ更ニ自己ノ貞操ニ關スル利益ヲ毀損スル虞ナキニアラスト雖モ被害者ヲ死傷セシメタリト謂フノ事實ハ國家ノ秩序ヲ害スルコト大ニシテ此場合ニ於テハ被害者一個ノ名譽ヲ顧ミルノ猶豫ナキモノトシテ法律ハ告訴ヲ待タス之ヲ處罰スルコトヽ爲シタルナリ

終リニ注意スヘキハ本罪ヲ以テ論スルニハ猥褻强姦ノ罪ト被害者ノ死傷トノ間ニ因果ノ關係ノ存在シタルコトヲ要セサルカ故ニ例ヘハ强姦ノ結果被害者カ懷姙シテ分娩ノ爲メ死亡スル場合ニ於テモ本罪ヲ以テ論スルコトヲ得ヘシ反之他人ノ獨立シタル且故意アル行爲ハ

因果ノ關係ヲ中斷スルカ故ニ例ヘハ被害者カ强姦セラレタルコトヲ慚チテ自殺ヌルカ如キ或ハ被害者ノ父母カ其子ノ恥辱ヲ慮リ之ヲ斬殺スルカ如キ場合ニ於テハ被害者ノ死亡ハ先キノ犯罪ノ結果ト云フヘカラサルヲ以テ本罪ヲ構成セス

第四款　姦通ノ罪

第三百五十三條ニ曰ク「有夫ノ婦姦通シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス其相姦スル者亦同シ此條ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス但本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ告訴ノ效ナシ」本條ハ姦通ノ罪ヲ規定スルモノニシテ本罪ノ構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一要件　破婚ノ所爲アルコト

本罪ハ會社秩序ノ根源タル婚姻ヨリ生スル夫婦ト云フ親族關係ヲ破フル所ノ罪ニシテ本罪ノ構成要件トシテハ現ニ法律上有效ニ成立シタル夫婦關係ノ存在スルコトヲ要ス從テ最初ヨリ無效ナル婚姻ハ法律上有效ナル夫婦關係ヲ發生セシメサルカ故ニ此場合ニハ破婚ノ問題ハ起ラサルナリ（民法第七百十八條參照）反之一旦有效ニ成立シタル婚姻タル以上ハ假令法律上取消シ得ヘキモノナリト雖モ其取消ノ判決確定スルマテハ其婚姻有效ナルカ故ニ本罪ノ構成要件タルニ於テ欠クル所ナシ（民法第七百七十九條乃至第七百八十七條參照）婚姻ノ形式ハ民法第七百七十五條乃至第七百七十七條ニ依テ戸籍吏又ハ外國ニ駐在スル公使若クハ領事ニ届出ヲ爲スコトヲ必要トスルカ故ニ假令鄉黨ノ認メテ以テ事實上夫婦ト看做ス可キ者ト雖モ若シ婚姻ノ届出ヲ欠キタルトキハ其婚姻ハ法律上無效ニシテ刑法ニ於テモ亦夫婦ト云フコトヲ得サルナリ

次ニ破婚ノ行爲トハ夫婦ノ一方ト夫婦外ノ第三者トノ交接スルコトヲ意味シ法文ニ「姦通」ト云ヒ又ハ「相姦スル」トアルハ何レモ破婚ノ所爲ヲ意味スルモノト解スヘキナリ而シテ破婚ハ交接ノ所爲ヲ必要トスルカ故ニ假令夫婦ノ一方ト第三者トノ間ニ交接以外ノ猥褻ノ所爲アルモ本罪ヲ構成セス而シテ交接トハ既ニ說明シタルカ如ク男女ノ生殖器カ互ニ相交媾スルコトヲ以テ既遂トナリ精液ノ流出ヲ必要トセス

第二要件　有夫ノ婦ト夫婦外ノ第三者ニ依テ犯サレタルコトヲ要ス

破婚ノ所爲ハ夫婦ノ一方ト夫婦外ノ第三者トニ依テ之ヲ行フコトヲ得從テ夫

モ亦破婚ノ主體タリ得ヘシト雖モ本條ニハ「有夫ノ婦姦通シタル者ハ云々又其相姦スル者云々」ト規定シ有夫ノ婦ト夫婦外ノ第三者ト交接シタル場合ニ限リ之ヲ處罰スルコトヲ規定シ夫、ト夫、婦、外、ノ第、三、者、ト交接シタル場合ニ付テハ之ヲ處罰セサルコト、セリ而シテ本罪ノ成立ニハ必スシモ姦通ノ雙方カ責任ヲ負フコトヲ必要トセス強制ニ依ラス犯意ヲ以テ責任能力者カ破婚ノ所爲ヲ爲シタルトキハ本罪ヲ構成シ姦通ノ相手方カ刑罰ヲ負フト否トハ問フ所ニアラス故ニ例ヘハ有夫ノ婦カ第三者ヲ強制シ又ハ精神病者ニ對シ又ハ是非ノ辨別ナキ幼者ニ對シ又ハ昏睡セル者ニ對シ夫婦外ノ交接ヲ爲ス場合ニ於テモ本罪ヲ構成ス第三者カ有夫ノ婦ニ對スル場合亦同シ

終リニ本罪ノ犯意ニ付テ一言スレハ犯人自身カ有夫ノ婦タルコト若クハ有夫ノ婦ニ對スルノ事實ヲ知リタルコトヲ要ス（普通ノ犯罪ト等シク犯意アルヲ要スルモノトス）有夫ノ婦ヲ強制シテ犯意アル第三者ト姦通セシメタル者ノ處分如何姦通罪ノ主體ノ一方ハ必ス有夫ノ婦タルコトヲ要シ此身分ナキ者ハ相姦者トシテ處罰セラルヘキナリ故ニ其男女タルヲ問ハス直接若クハ間接ニ相姦ノ所爲ヲ行フコトヲ

得ト雖モ有夫ノ婦ヲ強制シテ第三者ト姦通セシメタルノミニテハ姦通ノ間接正犯トシテ之ヲ處罰スルコトヲ得サルヘシ但相姦者ト共謀シタルトキハ強姦罪ヲ構成スヘシ然レトモ妻タル身分ナキ者モ姦通ノ教唆又ハ從犯トシテハ之ヲ處罰スルコトヲ得ヘシ

姦通罪ハ本夫ノ告訴ヲ以テ訴訟條件トス蓋シ姦通ノ罪ヲ審理辯論スルコトハ却テ更ニ夫ノ名譽ヲ害スルノ虞アルヲ以テ本條第二項ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ（前款申告罪ニ關スル二箇ノ區別說參照）本夫カ無能力者ナルトキハ法律上ノ代理人代テ告訴ヲ爲スコトヲ得（刑事訴訟法第五十四條參照）但本夫先ニ姦通ヲ縱容シタルトキハ告訴ハ其效力ナシ而シテ本夫カ自己ノ妻ニ姦通ヲ敎唆シ又ハ之ヲ幇助シタルトキハ縱容ト認ムヘキヲ以テ此場合ニ於ケル本夫ノ告訴ハ訴訟條件タルコトヲ得サルナリ次ニ訴訟條件タル告訴ハ原則トシテ不可分ナルカ如ク姦通ノ縱容モ亦不可分ニシテ特定ノ人ニ對スル妻ノ姦通ヲ許容シタル以上ハ其取消サルヽマテハ全然妻ノ姦通ニ付テ承諾シタルモノト認メサルヘカラス

獨逸刑法第百七十二條ニ於テハ姦通罪ノ訴訟條件（處罰條件ナリトノ說アリ）トシテ告訴ノ外

ニ姦通ヲ原因トシテ夫婦カ離婚シタルコトヲ必要トセルモ現行法ハ斯ノ如キ條件ヲ認メサルカ故ニ姦通ノ告訴ハ屢〻不法ノ手段ニ濫用セラレ且多クハ訴訟ノ中途ニ於テ取下ケラレ國家カ姦通罪ヲ處罰スルノ目的ハ殆ント達スルコトヲ得サルニ終ル又汎ク申告罪ノ告訴ノ提起ニ付テハ獨逸刑法第六十二條ノ如ク一定ノ期間ヲ定メ期間後ノ告訴ハ其效ナキモノトスルヲ至當トス又告訴ノ取下ハ獨逸刑法第六十四條ノ如ク特種ノ申告罪ニ限リ且刑ノ言渡アル以前ニ限リ之ヲ許シ姦通罪ニ付テハ之ヲ認メサルヲ至當トス（前款申告罪ニ關スル區別說參照）

姦通罪ノ告訴ハ其提起ノ判斷ヲ他人ニ委任シテ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ刑事訴訟法第五十四條ニ於テ「告訴ハ代人ニ委任シテ之ヲ爲スコトヲ得」トアルヲ以テ告訴ヲ他人ニ代理セシムルコトハ固ヨリ適法ナリト雖モ法文ノ趣旨ハ絕對的ニ代理告訴ノ效力ヲ認メタルニアラス代理告訴ノ效力ハ左ノ場合ニ區別シテ論セサルヘカラス(一)告訴即チ處罰ヲ請求スル意思ノ表示ノミヲ委任スルモノハ（意思表示ノ委任）常ニ有效ニシテ(二)告訴ヲ提起スルト否トノ判斷ヲモ委任スルモノ（意思ノ委任）ニ付テハ其申告罪ニ付キ直接ニ侵害セラレタル利益ノ認識カ他人ニ移轉シ得ル性質ノモノニ限リ有效ニシテ其他ノモノニ付テハ無效ト謂ハサルヘカラス而シテ姦通罪ニ依リテ侵害セラルヽ所ノ夫婦關係ハ他人ニ其認識ヲ移轉シ得ヘキ性質ノモノニ屬セサルカ故ニ此種ノ告訴ニ關スル意思ノ委任ハ無效ナリト結論セサルヘカラス

告訴ハ不可分ヲ原則トスルカ故ニ姦通罪ニ付キ共犯者ノ一人ニ對シ告訴ヲ提起スルモ總テノ共犯者ニ對スル訴訟條件タルヘク又共犯者ノ一名ニ對シ告訴ノ取下アルトキハ全部ノ共犯者ニ對スル取下ノ效力ヲ生スヘキナリ故ニ例ヘハ姦夫ニ對シテノミ告訴ノ提起アルトキハ告訴權利者ノ意思ハ姦婦ノ處罰ヲ犧牲トシテモ猶ホ姦夫ノ處罰ヲ請求スルノ意思アリヤ否ヤヲ判定シ若シ此意思アリト認ムヘキトキハ其告訴ハ有效ニシテ反之若シ全部ニ對スル告訴ノ意思ナキモノト認ムヘキトキハ其告訴ハ無效ノモノト謂ハサルヘカラス

告訴ハ犯人ニ對スル處罰請求ノ意思ヲ明確ニ表示スルコトヲ要スルカ故ニ眞實ナル制限ヲ附シタル告訴ハ訴訟條件タル效力ナキモノトス眞實ナル制限トハ其條件ノ下ニ非サレハ處罰ヲ請求セスト謂フノ場合ニシテ處罰請求ノ意思カ明確

ナラサルヲ云フ

告訴權ハ嚴格ナル專屬權ニシテ移轉スヘキ性質ノモノニアラス但被害者ノ相續人ニシテ被相續人ノ侵害セラレタル利益ヲ相續シタルトキハ其相續人ハ眞ノ被害者ナルカ故ニ從テ告訴權アリト云フヘキナリ而シテ姦通罪ニ因ル被害ハ相續スヘキ性質ノモノニ非サルカ故ニ相續人ノ訴訟條件タル告訴ノ權利ナキモノトス

第五款　重婚ノ罪

第三百五十四條ニ曰ク「配偶者アル者重ネテ婚姻ヲ爲シタル時ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」本罪ノ構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一、重ネテ婚姻ヲ爲シタルコト

重婚罪ハ姦通罪ト共ニ身分關係(親族關係)ヲ侵害スル行爲ノ一種ニシテ重婚トハ既ニ成立シタル婚姻ニ依リ發生シタル夫婦關係カ死亡、離婚若クハ婚姻ノ取消等ニ依テ消滅スル以前ニ於テ更ニ新ナル婚姻ヲ締結スルコトヲ意味ス(民法第七百六十六條、七百八十條參照)即チ姦通罪ハ夫婦以外ノ交接ニ依テ夫婦關係ヲ破リ重婚罪ハ更ニ婚姻ヲ締結スルコトニ依テ前ノ夫婦關係ヲ侵害スル所爲ニシテ姦通罪ニ對シテハ獨立ノ一罪ヲ構成スルモノトス而シテ(一)重婚ノ成立ニ必要ナル前後ノ婚姻ハ有效ナル婚姻タルコトヲ要スルカ故ニ民法第七百七十八條ノ場合ニ該當スル無效ナル婚姻ハ最初ヨリ婚姻トシテ成立セサルヲ以テ此場合ニ於テハ重婚ノ問題ハ起ラサルナリ反之民法第七百七十九條乃至第七百八十七條ノ規定ニ依リ取消サルヘキ婚姻ハ其取消アルマテハ有效ニ成立スルモノナルカ故ニ此場合ニハ重婚ノ所爲アリト云フコトヲ得ヘシ(二)重婚ノ所爲ハ後ノ婚姻ノ成立即チ戸籍吏又ハ外國駐在ノ公使又ハ領事カ婚姻ノ届出ヲ受理スルコトニ依テ既遂トナリ後ノ婚姻ニ因リ配偶者カ交接スルコトヲ必要トセサルナリ(民法第七百七十五條、乃至第七百七十七條參照)

第二、犯罪ノ主體ハ前ノ婚姻ニ依ル夫婦ノ一方タルコト

重婚ノ所爲ハ配偶者アルモノト配偶者外ノ第三者トニ依テ行ハルヽモノナルモ本條ニハ單ニ「配偶者アル者」トノミアリテ配偶者以外ノ第三者ニ付テ處罰ノ

規定ナキカ故ニ前ノ婚姻ニ依リ夫婦ト云フ身分ヲ取得シタル者ニアラサレハ本罪ノ主體タルコトヲ得スト解セサルヘカラス

第十二節　誣告及ヒ誹毀ノ罪

本節第三百五十五條乃至第三百六十一條ニ於テ規定スル所ノ罪ヲ分類スレハ(一)誣告ノ罪(二)誹毀ノ罪(三)陰私漏告ノ罪ノ三個トスルコトヲ得以下款ヲ分テ說明スヘシ

第一款　誣告ノ罪

第三百五十五條ニ曰ク「不實ノ事ヲ以テ人ヲ誣告シタル者ハ第二百二十條ニ記載シタル僞證ノ例ニ照シテ處斷ス」本罪ノ構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

本罪ノ客體ハ何者ナリヤトノ問題ニ付テハ凡ソ下ノ如キ三說アルカ如シ(一)本罪ハ誹毀ノ一種ニシテ其客體ハ誣告セラレタル各個人ナリ(二)本罪ハ司法ヲ侵害スルノ所爲ニシテ其客體ハ國家ナリ(三)本罪ハ個人ノ利益ト國家ノ司法トニ對スル侵害行爲ニシテ其客體ハ誣告セラレタル個人ト國家ナリ以上第一說ト第二說ト異ナル要點ハ第二說ニ從フトキハ假令被誣告者ノ承諾ヲ得タル場合ニ於テモ本罪ヲ構成スヘシ然レトモ余輩ハ第三說ヲ以テ本罪ノ性質ニ適合スルモノト信ス蓋シ法文ニ「人ヲ誣告シタル者ハ云々第二百二十條ニ記載シタル僞證ノ例ニ照シ云々」トアルニ依テ見ルモ第三說ノ至當ナルコトヲ認ムルニ足ル斯ノ如ク本罪ノ客體ハ被誣告者ト國家ナルカ故ニ左ノ如キ結果ヲ生ス

一、自己ヲ誣告スルモ本罪ヲ構成セス(他人ヲ誣告シタリト云フコトヲ得サレハナリ)

二、被誣告者ハ現ニ生活スルモノニシテ且特定ノ人タルコトヲ要ス既ニ死亡シタル人又ハ架空ノ人ヲ誣告スルモ本罪ヲ構成セス然レトモ被誣告者ニ關シ其氏名ヲ明カニスルコトハ必要ニアラス特ニ指示セラレタル狀況ニ依テ其何人タルコトヲ確定シ得ルコトヲ以テ足レリトス

三、第三說ヲ採ルモ被誣告者カ誣告ニ付キ與ヘタル承諾ハ不法ナルヘキヲ以テ其承諾ノ有無ニ關セス本罪ヲ構成スルコトヲ得ルナリ

誣告トハ犯罪ノ事實ニ關シ不實ノ事ヲ官ニ申告スト謂フノ義ニシテ其內容ヲ

分析スレハ左ノ如シ

一、申告スルコト

申告トハ自ラ發意シタル報告ヲ意味ス從テ證人、參考人又ハ被告人トシテ官署ノ訊問ヲ受クルニ際シ他人ニ關スル不實ノ陳述ヲ爲スモ誣告ト云フコトヲ得ス然レトモ例ヘハ司法警察官又ハ檢事ノ取調ヲ受クルニ當リ其取調ヲ受クル事項ト全然關係ナキ事項ニ付テ不實ノ陳述ヲ爲ストキハ誣告タルコトヲ得ヘシ而シテ申告ノ形式ハ法律ニ限定セラレサルカ故ニ必スシモ告訴告發ノ形式ニ依ルコトヲ要セス（刑事訴訟法第四十九條參照）匿名ノ投書又ハ密告ニ依ルモ亦誣告タルコトヲ得ルナリ蓋シ誣告ノ罪タル告訴告發ト謂フ法定ノ形式ヲ侵害スルモノトシテ之ヲ處罰スルニアラス他人ニ關スル不實ノ事項ヲ申告シテ司法ヲ誤マラシムル恐アル原因ヲ與フルノ所爲ヲ處罰スルニアルヲ以テナリ

二、官ニ申告スルコト

官トハ犯罪捜査ノ職責アル者ヲ意味ス例ヘハ檢事、警視總監、地方長官、司法警察官ノ如キ是ナリ（刑事訴訟法第四十八條參照）而シテ此等ノ官吏ニ申告スルニハ直接タルト間接タルトヲ問ハサルカ故ニ例ヘハ巡査憲兵卒ノ如キ犯罪捜査ノ職責ナキ官吏ニ申告スルモ是等ノ官吏ヲ介シテ檢事又ハ司法警察官ニ申告ノ事項ヲ覺知セシメタルトキハ誣告ト云フコトヲ得ヘク其他ノ官吏（刑事訴訟法第五十二條參照）又ハ普通人ヲ利用シテ犯罪捜査ノ職責アル官吏ニ申告スルトキ亦同シ而シテ誣告ハ申告ノ事項カ犯罪捜査ノ職責アル官吏ニ覺知セラレタルトキヲ以テ既遂トナル

三、申告ノ內容ハ犯罪事實タルコトヲ要ス

法文ニ第二百二十條ニ記載シタル僞證ノ例ニ照シテ處罰ス」トアリテ第二百二十條ニハ重罪輕罪違警罪ニ關スル僞證ニ付テノミ規定シアルヲ以テ本條ニ所謂誣告ノ事項モ亦重罪輕罪違警罪ニ限ラルヽモノト解セサルヘカラス（但立法論トシテハ官吏ノ懲戒ニ關スル事項ノ誣告ニ付テモ處罰ノ規定ヲ設クルヲ可トス）而シテ其申告事項ハ特定ノ事項タルコトヲ要シ漫然非行アルカ如ク申告スルモ誣告ト云フコトヲ得ス次ニ申告ノ內容自體ニ於テ犯罪ノ構成要件、訴訟條件ノ欠缺セルコト又ハ公訴

權消滅ノ原因タル事實ヲ明示セル場合ニ於テハ其申告ハ法律上刑事ノ裁判手續ヲ喚起スルノ原因ト爲リ得サルカ故ニ本罪ヲ構成セス例ヘハ被誣告者ノ責任無能力者タルコト或ハ正當防衛權ノ行使トシテ他人ヲ殺傷シタルコトヲ申告スルカ如キ（犯罪構成要件ノ欠缺）犯罪カ公訴時效ニ係ルコト或ハ親屬間ノ相盜タルコトヲ申告スルカ如キ（公訴權ノ欠缺）申告罪ニ付キ被害者其他告訴權者ノ名義ヲ以テ告訴ヲ爲サヽリシカ如キ（訴訟條件ノ欠缺）場合是ナリ

四、不實ノ事實タルコト

此點ニ付テハ次ノ第二要件トシテ說明スヘシ

第二要件、申告ノ內容ハ客觀的ニ不實ナルコト

誣告罪ノ構成要件トシテハ申告ノ內容カ客觀的ニ事實ニ反スルコトヲ要スル而シテ假令申告ノ一部ハ眞實ノ事實ヲ包含スルモ若シ其事實カ犯罪ノ構成要件ノ一ヲ欠缺セルコト又ハ公訴權ノ消滅シタルコト若クハ訴訟條件欠缺ノ事實アルニ拘ハラス之ヲ默祕シタルカ或ハ其刑ヲ加重スルノ情況ヲ僞リ主張スル場合ニ於テハ不實ノ申告トシテ論スルコトヲ得ルナリ而シテ客觀的不實タルコトヲ要スルカ故ニ假令誣告ノ意思ヲ以テ官ニ申告スルモ審理ノ結果其事實ノ存在シタルトキハ本罪ヲ構成セス

第三要件、申告ハ主觀的ニ不實ナルコト

申告ハ客觀的ニ不實タルノミナラス主觀的ニモ不實ナルコト即チ犯人ニ於テ其申告ノ事項カ明カニ事實ニ違反セルコトヲ知覺シタルコトヲ要ス而シテ申告者カ其申告ノ內容ニ付キ眞僞ヲ疑ヒツヽアルモ未タ明カニ事實ニ反スルコトヲ知覺セサルトキハ本罪ヲ構成セス（此點ニ付テハ條件付犯意ヲ認メス）

終リニ本罪ノ犯意ニ付テ一言スレハ犯人ニ於テ不實ノ申告タルコトヲ知リタルコトノ外更ニ左ノ事實ヲ知リタルコトヲ要ス

（一）申告ノ事項ハ處罰セラルヘキモノタルコトヲ知リタルコト但苟クモ處罰セラルヘキ所爲タルコトヲ知リタル以上ハ其所爲ハ果シテ何々ノ罪ヲ構成スルヤ否ヤヲ識別シタルコトヲ必要トセサルナリ

（二）其申告ハ刑事ニ關スル訴訟手續ヲ惹起スルノ結果ヲ生スヘキコトヲ豫想シタルコトヲ要ス（條件付犯意ヲ認ム）然レトモ犯罪決意ノ遠因如何ハ本罪ノ構成ニ必要ナ

キカ故ニ誣告者カ自己ニ對スル犯罪ノ訴追ヲ防ク爲メ又ハ刑ノ執行ヲ免カルル目的ヲ以テ他人ヲ誣告シタル場合ニ於テモ本罪ヲ構成ス而シテ本罪ハ申告ノ事項ヲ官ニ知覺セシメタルトキヲ以テ既遂トナルカ故ニ最初ハ善意ヲ以テ申告シ後ニ其不實タルコトヲ知リタルニ拘ハラス猶ホ申告ノ事實ヲ眞實ナリト主張スルモ本罪ヲ構成セス但僞證罪ヲ構成スルコトアルヘシ

本罪ノ既遂ノ時期ニ付キ以上說明シタル外ニ(一)當該官吏カ申告ノ虛僞ナルコトヲ知リタルトキニ既遂トナルトノ說(二)當該官吏カ申告ニ基キ公訴ヲ提起シタルトキ既遂トナルトノ說アルモ現行刑法ノ解釋トシテハ根據ナキモノト云フヘシ」

第三百五十六條ニ曰ク「誣告ヲ爲スト雖モ被告人ノ推問ヲ始メサル前ニ於テ誣告者自首シタル時ハ本刑ヲ免ス」

本條ハ刑法第八十五條以下自首ニ關スル規定ノ例外ニシテ其例外ナル點ハ(一)被誣告者ノ推問ヲ始メサル以前ニ自首スルコト(二)本刑ヲ全免スルコト是ナリ而シテ法文ニ推問ヲ開始セサル前トアルハ公訴ノ提起ニ基キ訴ヲ審理スル爲メニ豫審又ハ公判ニ於テ被誣告者タル被告人ヲ訊問スルコトヲ意味ス而シテ被告カ缺席ノトキニハ之ヲ訊問スルコトヲ得サルカ故ニ此場合ニハ被告ヲ訊問シタルト同一ノ訴訟手續ヲ履行シタルトキ即チ晩クトモ缺席判決言渡前ニ於テト解スルヲ至當トス次ニ自首ノ條件トシテハ第八十五條ニ記載セラレタル各項ヲ具備セサルヘカラス

第三百五十七條ニ曰ク「誣告ニ因テ被告人刑ニ處セラレタル時ハ第二百二十一條第二百二十二條ニ記載シタル例ニ照シテ處斷ス」

本條ハ被誣告者タル刑事被告人カ刑ノ言渡ヲ受ケ其判決確定シタル場合ニ於テ誣告者ニ科スヘキ刑罰ヲ規定スルモノナリ

第二款　誹毀罪

誹毀罪ハ他人ノ名譽ヲ毀損スル罪ノ一種ニシテ本罪ノ說明ニ先チテ名譽ノ何モノタルコトヲ說明スルノ必要アリ

名譽トハ社會ニ於ケル人類ノ價値ナリ名譽ハ一ノ事實ニシテ人類カ社會的生存ニ基キ他ヨリ尊敬セラルニ依テ取得スル尊敬ナリ換言スレハ人類カ社會的生存ニ基キ他ヨリ尊敬セラルヘキ各個人ノ利益ヲ謂フ

第一、名譽ノ實質タル人類ノ價値ハ、左ノ如シ

(一) 風儀ニ關スル價値

(二) 社會ニ於ケル地位ニ基キ科セラレタル義務履行(社會的價値)

(三) 自己カ擔任スル義務ノ履行ニ付キ身體上竝ニ精神上可能的性格ヲ具備スルコト

(四) 經濟上ノ信用(則チ支拂ノ能力竝ニ支拂ノ意思)ノ上ニ認ムルコトヲ得ヘシ

名譽ト謂フ利益ヲ享有スル者ハ現ニ生存セル人類ニ限ルモノニシテ即チ

(イ) 死者ハ名譽ノ主體タルコトヲ得ス何トナレハ死者ハ死亡ニ因テ從來社會ニ於ケル地位ヲ失ヒタレハナリ但法律ニ於テ死者ニ對スル誹毀ヲ認ムルハ(本法第三百五十九條參照)死者其者ノ名譽ヲ保護スルニアラス又其親屬中ノ特別ノ人ヲ保護スルニアラス死者ノ生存シタル親屬全體ノ名譽ヲ保護スルニ在リ

(ロ) 子供ニ付テハ子供カ或義務ヲ負擔スヘキ地位ニ進ミ且其義務ヲ了解スルニ至リタルトキニ於テ始メテ名譽ノ主體タルコトヲ得ヘシ

(ハ) 精神病者モ過去ニ於ケル健全ナル精神ノ狀況ト現在ニ於ケル一部不健全ナル精神ノ狀況ニ於テ亦名譽ノ主體タルコトヲ得ルナリ

(ニ) 人類ノ團體ニシテ別ニ一個ノ人格ヲ有スル者ハ其人格ニ依テ享有スル利益ノ範圍內ニ於テ亦名譽ノ主體タルコトヲ得ヘシ即チ社團法人ノ如シ然レトモ假令人類ノ團體ナリト雖モ別ニ人格ヲ享有セサルモノニ付テハ刑法ニ特別ノ明文ナキ以上ハ此等ノ團體ハ之ヲ組織スル各個人ヲ離レテ名譽ノ主體タルコトヲ得ス例ヘハ官署公署ノ如シ

(ホ) 共同名稱ノ下ニ屬スル各個人ハ假令各自ニ付キ指示サレストモ共同ノ名稱ノ下ニ各自ノ名譽ヲ毀損セラルヽコトアリ得ヘシ例ヘハ某裁判所ノ判檢事、某警察署ノ警部某聯隊ノ將校ト謂フカ如ク其名稱ノ表示ニ依リテ之ニ屬スル各個人ノ確定シ得ラルヘキ場合是ナリ但此場合ニ於テハ被害者ハ各個人ニシテ第四ノ場合ノ如ク之ヲ組織スル各個人ヲ離レテ存在スル獨立ノ人格カ被害者タル場合トハ區別スルコトヲ要ス又單ニ普通名稱ニ對シテ例ヘハ汎ク判檢事、將校、僧侶、教師ト云フ名稱ニ對シテハ名譽毀損

ト云フ問題ハ起ラサルナリ

第二、他人ノ名譽ハ左ノ方法ニ於テ之ヲ攻撃スルコトヲ得ヘシ

(イ) 侮辱即チ他人ノ價値ヲ認メサル意思ノ表示ニ依テ他人ノ名譽ヲ毀損スルコト換言スレハ犯人自ラ他人ノ價値ナキコトヲ判定スル場合　而シテ其方法ハ更ニ左ノ如ク分ツコトヲ得ヘシ

(1) 他人ニ對シテ名譽ノ實質ヲ否認スル場合即チ直接ニ風儀上社會的價値又ハ職責ヲ盡スヘキ能力若クハ經濟的信用ノ欠缺ヲ判定スルモノニシテ其欠缺ヲ立證スヘキ特定ノ事實ヲ引證スルト否トハ問フ所ニアラス

(2) 其他總テノ方法ニ於テ不敬ノ意思ヲ表示スル場合例ヘハ罵詈、暴行、嘲弄風儀ヲ破ルヘキ行爲ヲ强請スルノ類是ナリ

(ロ) 誹毀ノ場合即チ他人ノ名譽ヲ毀損スヘキ事實ヲ主張シ依テ他人ノ名譽ヲ危險ナラシムル場合

以上名譽毀損ノ所爲ハ(一)不作爲ニ依テモ亦行フコトヲ得ヘシ例ヘハ先方ノ敬禮ニ對シ答禮ヲ爲サヽルカ如キ苟クモ或作爲ヲ行フヘキ義務アルニ拘ハラス之ヲ行ハサリシトキハ名譽毀損ノ行爲アリタリト云フコトヲ得ヘシ(二)名譽毀損ノ結果ハ犯人以外ノ者カ侮辱ノ意思表示又ハ誹毀ノ主張ヲ知覺シタルコトニ依テ既遂トナルモノニシテ其知覺者ハ必スシモ被害者タルコトヲ要セス被害者以外ノ第三者カ之ヲ知覺シタル場合ニ於テモ等シク既遂ヲ以テ論スルコトヲ得ルナリ蓋シ名譽毀損ノ行爲ハ他人ノ名譽ニ關スル感情ヲ侵害スル性質ノモノニアラスシテ他人ノ社會ニ於ケル價値ヲ侵害スル所爲ナルカ故ニ苟クモ此結果ヲ生シタルトキハ必スシモ被害者カ此結果ヲ知覺シタルコトヲ要セサルナリ然レトモ兎ニ角他人ニ於テ此結果ヲ知覺シタルコトヲ要スルカ故ニ例ヘハ此結果ノ生スヘキ文書ヲ郵便箱ニ投入シタルノミニテ他人カ其文書ノ內容ニ付キ知覺セサル以上ハ未タ既遂ト云フコトヲ得サルナリ(三)名譽毀損ノ所爲ニ未遂ナシトノ議論アルモ理由ナシ(但現行法ニハ此未遂ヲ罰スヘキ明文ナシ)名譽毀損ノ犯意ハ侮辱又ハ誹毀ノ事實ヲ知ルコトヲ以テ足レリトシ遠因ノ如何ハ問フ所ニアラス又現行刑法ニ於テハ犯人ニ於テ不法ニ他人ノ名譽ヲ毀損スルノ事實ヲ知リタルコトヲ必要トセス而シテ名譽ハ個人ノ處分スヘキ性質

ノモノニアラサルカ故ニ被害者ノ承諾ハ此名譽毀損ノ所爲ニ對シテ違法排除ノ原因トナラス從テ此場合ニ於テ假令犯人カ違法ニアラスト信シタルトキト雖モ其責任ヲ免ルヽコトヲ得ス

第三　誹毀ト侮辱ノ區別

(イ)侮辱トハ犯人自身カ被侮辱者ヲ尊敬セスト謂フ意思ノ表示ニシテ(一)此表示ハ或ハ判定ノ形式ニ依テ(例ヘハ馬鹿泥棒ト謂フカ如シ)或ハ當然此判定ヲ生スヘキ事項ヲ主張スルコトニ依テ行ハルヽコトアリ(二)此表示ハ被侮辱者ニ對シテ行ハルヽト被侮辱者以外ノ第三者ニ對シテ行ハルヽトハ敢テ問フ所ニアラス(三)不敬ノ意思表示ト云フ可キヤ否ヤハ被侮辱者ノ階級(被侮辱者ト犯人トノ關係)ヲ標準トシテ決セサルヘカラス例ヘハ天皇、三后、皇太子、皇族ニ對スル不敬罪(本法第百二十九條參照)官吏ニ對スル侮辱罪(本法第百一條參照)普通人ニ對スル侮辱罪(本法第四百二十六條第十二號參照)ノ區別アルカ如シ又普通人ニ對スル侮辱ニ付テモ此標準ニ依テ決セサルヘカラス

(ロ)誹毀トハ被誹毀者ニ關シ其人ニ對スル第三者ノ蔑視ヲ招キ又ハ輿論ニ於テ名譽ヲ毀損スヘキ事項ヲ主張スルコトニ依テ被誹毀者ノ名譽ヲ危險ナラシムルコトヲ云フ從テ(一)侮辱ハ犯人自身カ被侮辱者ヲ尊敬セスト謂フ判定ヲ表示スルモノナルモ誹毀ハ被誹毀者カ第三者ヨリ受クヘキ尊敬ヲ危險ナラシムルモノナリ(二)侮辱ハ現實ニ尊敬ヲ毀損スルコトヲ意味スルモ誹毀ハ尊敬ヲ危險ナラシムルヲ以テ足ル即チ第三者ヨリ惡評ヲ招ク原因トナルヘキ虞アル事項ヲ報告スルコトヲ以テ足レリトシ現實ニ名譽ヲ毀損スルト否トハ問フ所ニアラサルナリ(三)侮辱ノ行爲ハ被侮辱者ニ對シテ行フコトヲ得ヘシト雖モ誹毀ハ被誹毀者以外ノ第三者ニ對スルニアラサレハ之ヲ行フコトヲ得ス而シテ第三者カ犯人主張ノ事項ヲ知覺シタルトキヲ以テ既遂トナル(四)名譽毀損ノ虞アリヤ否ヤハ被誹毀者ノ特別ナル階級ニ依テ判定スルコトヲ得スシテ被譽毀者ト一般公衆トノ關係ヲ標準トシテ之ヲ決スヘク而シテ現實ニ其名譽ヲ害シタルト否トハ問フ所ニアラス(五)誹毀ノ材料ハ侮辱トノ異ナリ現在又ハ過去ノ事項タルコトヲ要シ未來ニ屬スル事項ヲ材料トスルコトヲ得サルナリ而シテ其料材タル事項ハ被誹毀者ニ對シテ不能ノコトタ

ルト否トハ問フヘキモノニアラス又被誹毀者ノ心裡ニ屬スル事項即チ行爲ノ遠因性質ニ關スル事項ヲモ包含スルモノトス（例ヘハ彼ノ行爲ハ名チ慈善カ如シトカ如シト云フ）

以上名譽ニ關スル大體ノ說明ヲ終リタルヲ以テ左ニ各本條ニ付テ說明スヘシ

第三百五十八條ニ曰ク「惡事醜行ヲ摘發シテ人ヲ誹毀シタル者ハ事實ノ有無ヲ問ハス左ノ例ニ照シテ處斷ス

一　公然ノ演說ヲ以テ人ヲ誹毀シタル者ハ十一日以上三月以下ノ重禁錮ニ處シ三圓以上三十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

二　書類圖畫ヲ公布シ又ハ雜劇偶像ヲ作爲シテ人ヲ誹毀シタル者ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」

即チ本罪ノ構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ（前段誹毀ニ屬スル一般ノ說明參照）

第一　他人ニ關スル惡事醜行ヲ摘發シタルコト

本條第一項ハ誹毀ノ定義ヲ示スモノニシテ法文ニ「人ノ惡事醜行」トアルハ被誹毀者自身ニ關スル事實ヲ指スモノニシテ「惡事醜行」トハ他人カ第三者ヨリ受クヘキ尊敬價値ヲ剝奪又ハ社會公衆ヨリ受クヘキ尊敬ヲ減縮セシムヘキ能力アル事項ヲ總稱スルモノナリ但現實ニ此害ヲ生シタルト否トハ問フ所ニアラス

「惡事」トハ以上ノ事項中被誹毀者ノ行爲以外ニ屬スル總テノ事項ヲ包含スルモノト解スヘキナリ摘發トハ自己ノ知覺スル所ヲ他人ニ主張スルカ或ハ事實ニ付テ未タ知ラサル所ノ他人ニ傳播スルコトヲ意味ス法文ニハ具體的ニ摘發スルコトヲ必要トセサルカ故ニ例ヘハ彼ハ竊盜ヲ爲シタリト主張スルモ又彼ハ何日何所ニ於テ何人ノ財物ヲ竊盜シタリト主張スルモ共ニ事實ノ摘發ト云フヘキナリ又單純ナル判定モ時トシテハ同時ニ事實ノ主張ヲ包含スルコトアリ例ヘハ彼ハ泥棒ナリト判定スルトキハ同時ニ彼ハ泥棒ヲ爲シタルモノナリトノ事實ノ主張ヲ包含スルカ如シ次ニ現行刑法ハ其主張セラレタル事實ノ有無ヲ問ハス誹毀ヲ以テ論スルコトヽセリ

第二　法律ニ定メラレタル方法ニ依ラサルヘカラス

即チ(一)「公然ノ演說」トハ限定セラレサル人衆ニ知覺セラレ得ヘキ狀況ニ於テ主張スルコトヲ意味ス(二)「書類圖畫ヲ公布」トハ限定セラレサル人衆ニ交付セラルヘキ尊敬價値ヲ剝奪又ハ社會公衆ヨリ受クヘキ尊敬ヲ減縮セシムヘキ能力アル事項ヲ總稱スルモノナリ但現實ニ此害ヲ生シタルト否トハ問フ所ニアラス

「惡事」トハ以上ノ事項中被誹毀者ノ行爲以外ニ屬スル總テノ事項ヲ包含スルモノト解スヘキナリ摘發トハ自己ノ知覺スル所ヲ他人ニ主張スルカ或ハ事實ニ付テ未タ知ラサル所ノ他人ニ傳播スルコトヲ意味ス法文ニハ具體的ニ摘發スルコトヲ必要トセサルカ故ニ例ヘハ彼ハ竊盜ヲ爲シタリト主張スルモ又彼ハ何日何所ニ於テ何人ノ財物ヲ竊盜シタリト主張スルモ共ニ事實ノ摘發ト云フヘキナリ又單純ナル判定モ時トシテハ同時ニ事實ノ主張ヲ包含スルコトアリ例ヘハ彼ハ泥棒ナリト判定スルトキハ同時ニ彼ハ泥棒ヲ爲シタルモノナリトノ事實ノ主張ヲ包含スルカ如シ次ニ現行刑法ハ其主張セラレタル事實ノ有無ヲ問ハス誹毀ヲ以テ論スルコトヽセリ

第二　法律ニ定メラレタル方法ニ依ラサルヘカラス

即チ(一)「公然ノ演說」トハ限定セラレサル人衆ニ知覺セラレ得ヘキ狀況ニ於テ主張スルコトヲ意味ス(二)「書類圖畫ヲ公布」トハ限定セラレサル人衆ニ交付セラル

ヘキ方法ニ於テ配布スルコトヲ意味ス(二)法文ニ「雜劇偶像ヲ作爲シテ」トアリテ公然タルコトヲ明記セスト雖モ前記ノ場合ト權衡上公然タルコトヲ必要トスト解スヘキナリ終リニ注意スヘキハ以上(一)乃至(三)ハ誹毀罪ノ方法ヲ限定シタルニ過キスシテ本罪既遂ノ時期ハ第三者ニ依テ其事實カ知覺セラレタルトキニアリトスルコト是ナリ

尙ホ新聞紙條例第二十五條ニ於テハ誹毀ニ關スル特別規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

「新聞紙ニ記載シタル事項ニ付キ誹毀ノ訴アル場合ニ於テ其私行ニ渉ルモノヲ除クノ外裁判所ニ於テ其人ヲ害スルノ惡意ニ出テス專ラ公益ノ爲メニスルモノト認ムルトキハ被告人ニ事實ヲ證明スルコトヲ得若シ其證明ノ確立ヲ得タルトキハ誹毀ノ罪ヲ免ス其損害賠償ノ訴ヲ受ケタルトキモ亦同シ」

同條ハ私行以外ノ事實ニ付テ新聞ニ依リ公益ノ爲メ人ヲ誹毀シタル者カ其事實ヲ證明シタルトキニ於テ其責任ヲ免除スヘキコトヲ規定シタルモノニシテ同條ハ事實ヲ證明シ得サルコトヲ以テ處罰條件トスルニ過キス而シテ處罰條

件ハ誹毀罪ノ構成要件ニアラサルカ故ニ犯人カ假令事實ヲ證明シ得ヘシト誤解シタル場合又ハ誹毀ノ當時ハ之ヲ證明シ得ヘカリシモ誹毀罪審理ノ當時ニ於テ證人ノ死亡等ニ依リ之ヲ證明シ得サルトキハ刑法第三百五十八條ノ原則ニ依テ其責任ヲ問フヘキナリ次ニ同條ニ所謂「私行ニ渉ルモノヲ除クノ外」トハ直接ノ利害關係カ公衆ニ及ホスモノヲ謂フ從テ官吏公吏職務上ノ行爲ハ勿論假令私人ノ行爲ト雖モ學校教師、銀行營業者、神官、僧侶等ノ職務營業ニ關スル行爲ヲモ包含ス

第三百五十九條ニ曰ク「死者ヲ誹毀シタル者ハ誣罔ニ出タルニ非サレハ前條ノ例ニ照シテ處斷スルコトヲ得ス」

本條ハ死者ノ生存セル親屬全體ノ名譽ヲ保護スルモノニシテ(死者ニ對スル親屬ノ宗教上ノ感情ヲ保護スルモノナリトノ說アルモ正當ナラス)死者ニ關スル惡事醜行ヲ摘發シタルトキハ其事實カ虛僞ニ渉ルトキニ限リ誹毀罪ヲ構成スルモノトス

第三百六十一條ニ曰ク「此節ニ記載シタル誹毀ノ罪ハ被害者又ハ死者ノ親屬ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス」

誹毀罪ハ被誹毀者又ハ死者ノ親屬ノ告訴ヲ以テ訴訟條件トス（刑事訴訟法第五十四條參照）

第三款　陰私漏告ノ罪

第三百六十條ニ曰ク「醫師藥商穩婆又ハ代言人辯護人代書人若クハ神官僧侶其身分職業ニ於テ委託ヲ受ケタル事ニ因リ知得タル陰私ヲ漏告シタル者ハ誹毀ヲ以テ論シ十一日以上三月以下ノ重禁錮ニ處シ三圓以上三十圓以下ノ罰金ヲ附加ス但裁判所ノ呼出ヲ受ケテ事實ヲ陳述スル者ハ此限ニ在ラス」

本罪ノ構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一、犯罪ノ主體ハ醫師、藥商、穩婆代言人、辯護人、代書人、神官、僧侶タルコト

法文ニ所謂醫師、神官、僧侶ニ付テハ別ニ說明ヲ要セス次ニ「藥商」トハ藥種商及ヒ藥劑師ヲ意味シ「穩婆」トハ產婆ヲ意味シ「代言人」トハ辯護士ヲ指示シ「辯護人」トハ彼ノ民事訴訟法刑事訴訟法ノ規定ニ依リ一時辯護人タルコトヲ許可セラルヽモノヲ意味ス代書人トハ佛文草案第四百二條日本文草案第四百二條ニ所謂公證人ニ相當ス以上列記スル所ノ者ハ何レモ正當ノ手續ニ依リ此業務ヲ認メラレタルモノタラサルヘカラス而シテ現行刑法ハ官吏公吏ニ付テ此種ノ犯罪ヲ

設ケサルハ欠點ナリトス又以上列記ノ業務ナキ者ト雖モ此等業務アル者ノ爲メ補助ノ任ニ當ル者ニ付テモ同樣ノ規定ヲ設クルノ必要アルヘシ本罪ハ身分カ犯罪ノ構成要件タルカ故ニ此身分ナキ者ハ敎唆又ハ從犯トシテ其責ヲ負フヘキノミ

第二、其身分職業ニ於テ委托ヲ受ケタル事ニ因テ知得シタル所ノ陰私タルコト」法文ニ「身分」トアルハ親屬關係ニ於ケル地位ト云フカ如キ嚴格ノ意義ニ於テ用ヒラレタルニアラス後文ニ所謂職業（業務）ト同一義ニ解シテ可ナリ本條ニ依テ保護スル「陰私」ハ第一要件ニ於テ列記シタル職業アル者カ各自ノ職業ノ執行ニ關連シテ知覺シタル所ノ陰私ニ限ルモノトス然レトモ其陰私ハ必スシモ特ニ他人ヨリ秘密ニスヘキコトヲ委託セラレタルト否トヲ問ハス法律ハ汎ク此種ノ陰私ニ付キ秘密ノ義務ヲ科スルモノナリ次ニ法文ニ所謂「陰私」トハ私ノ關係ニ於ケル事實ニシテ而カモ之ヲ秘密ニ保ツコトカ此事實ヲ負フ者ノ爲メニ利益ナル總テノ事實ヲ指スモノナリ

第三、漏告スルコト

法文ニ所謂「漏告」トハ未タ知ラサル事實ヲ他人ニ告クルコトヲ意味ス而シテ其公然タルト否ラサルトハ問フ所ニアラス從テ既ニ世ニ公ニセラレタル事實ハ之ヲ告クルモ漏告ト云フヘカラス又假令未タ世ニ公ニセラレサル事實ナリトモ既ニ其事實ヲ知得セル人ニ對シ之ヲ告クルモ亦同シ反之未タ或事實ノ眞實ナルコトカ世ニ公ニセラレタルニアラス單ニ眞疑不確定ナル風評カ傳播シタルニ止マル場合ニ於テ之ヲ他人ニ告クルトキハ漏告ト云フコトヲ得ルナリ次ニ本罪ハ陰私ニ關スル私人ノ利益ヲ保護スルモノナルカ故ニ若シ其人ノ承諾ヲ得タルトキハ違法ニアラス又法律上之ヲ漏告スルノ權限ヲ認メラレタルトキ亦同シ(民事訴訟法第二百九十八條第二號、刑事訴訟法第百二十五條)而シテ本條但書ニ於テ「裁判所ノ呼出ヲ受ケテ事實ヲ陳述スル者ハ此限ニ在ラス」ト特ニ規定シアルヲ以テ但書ノ場合ハ本罪ノ消極的構成要件ト認ムヘク從テ本罪ノ犯意ハ他人ノ陰私ヲ漏告スルノ事實ヲ知ルコトノ外此消極的構成要件ヲ具備セサルコトヲ知覺シタルコトヲ要ス本條法文ニ誹毀ヲ以テ論ストアルヲ以テ次條誹毀ノ罪ニ關スル第三百六十一條ノ規定ハ本罪ニモ適用アルモノトス而シテ同條ニ所謂本罪ノ「被害者」トハ陰私ヲ漏告スルコトニ依テ直接ニ其利益ヲ害セラレタル謂者ヲ從テ本罪ノ被害者ハ多人數アリ得ルコトヲ想像シ得ヘキナリ例ヘハ醫師カ甲ヲ診察スルニ當リ遺傳病アル現ニ診察ヲ受ケタル甲者ニ限ラスシテ甲ノ血族者ハ總テ此被害者ニシテ何レモ告訴權アリト謂ヒ得ヘキナリ次ニ死者ニ關スル陰私ヲ漏告シタルトキハ其生存シタル親屬ニ於テ告訴權アリ(總則第十章親屬例參照)

第十三節　祖父母、父母ニ對スル罪

本節規定スル所ハ(一)犯人カ被害者ノ子孫タル身分アルニ依リテ其刑ヲ加重スル場合(二)祖父母、父母ニ對シ必要ナル奉養ヲ欠クト云フ特別ノ罪ヲ規定シ(三)祖父母、父母ニ對スル殺傷ノ罪ニ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用ヒサルコトヲ規定スル而シテ刑法ニ所謂祖父母、父母及ヒ子孫ノ範圍ニ付テハ刑法第百十五條ニ於テ之ヲ規定ス即チ第百十五條ニ「祖父母」ト稱スルハ繼父母嫡母同シ「子孫」ト稱スルハ庶子曾孫外孫同シ「兄弟姉妹」ト稱スルハ異父異母ノ兄弟姉妹同シ「養子其養家ニ於ケル親屬ノ例ハ實子ニ同シ」以下本節ノ規

定ニ付テ順ヲ追フテ說明スヘシ

(一) 犯人カ被害者ノ子孫タル身分アルニ依テ其刑ヲ加重スル場合

第三百六十二條ニ曰ク「子孫其祖父母、父母ヲ謀殺故殺シタル者ハ死刑ニ處ス其自殺ニ關スル罪ハ凡人ノ刑ニ照シ二等ヲ加フ」

第三百六十三條ニ曰ク「子孫其祖父母、父母ニ對シ毆打創傷ノ罪其他監禁、脅迫、遺棄、誣告、誹毀ノ罪ヲ犯シタル者ハ各本條ニ記載シタル凡人ノ刑ニ照シ二等ヲ加フ但其癈疾ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處シ篤疾ニ致シタル者ハ無期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ死刑ニ處ス」

以上二ケ條ハ祖父母、父母ニ對スル特別ノ一罪ヲ規定シタルニアラスシテ犯人カ子孫タル身分アルニ依リ普通ノ刑ヨリ加重シタルニ過キス而シテ現今刑法カ本編第一章身體ニ對スル罪ノ內以上列記ノ犯罪ニ限リ加重ノ情狀ヲ認メ其他祖父母、父母ニ對スル墮胎罪、猥褻姦淫罪ニ付キ此種ノ規定ヲ設ケサリシハ不權衡ノ誹リヲ免カレス

(二) 祖父母父母ニ對シ必要ナル奉養ヲ欠ク罪

刑法第三百六十四條ニ曰ク「子孫其祖父母父母ニ對シ衣食ヲ供給セス其他必要ナル奉養ヲ欠キタル者ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス因テ疾病又ハ死ニ致シタル者ハ亦前條ノ例ニ同シ」(本法第百十五條參照)

構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一、犯罪ノ主體ハ子孫タルコト

第二、祖父母父母ニ對シテ必要ナル奉養ヲ欠キタルコト

(一)必要ナル奉養トハ若シ之ヲ欠クトキハ生命若クハ健康ヲ傷害スルノ結果ヲ生スヘキ必要的供給ヲ意味シ例ヘハ飢ヘタルニ食ヲ與ヘス病メルニ藥ヲ與ヘス凍ヘタルニ衣ヲ與ヘス雨露ヲ避クヘキ場所ナキニ居所ヲ與ヘサルカ如キヲ云ヒ法文ニ「衣食ヲ供給セス」トアルハ必要ナル奉養ノ一例ヲ示シタルニ過キス而シテ必要的供給(消費的供給)タルコトヲ意味スルカ故ニ積極的ニ身體ノ健康ヲ增進スルニ有益ナル供給又ハ奢侈ノ供給ヲ包含セス(二)法文ニ「缺キタル者」トアルハ供給ノ能力アルニ拘ハラス故ラニ之ヲ與ヘサルコト(不作爲)ヲ意味スルモノニシテ供給ノ能力ナキ者ハ供給ヲ與ヘスト云フ不作爲ヲ行フコトヲ得ス然レ

トモ自己ノ責任ニ歸スヘキ原因ニ依リ故意ニ此無能力ヲ招キタルトキハ本罪ノ責任ヲ免カルヘカラス

(三) 祖父母父母ニ對シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及不論罪ノ例ヲ用ヒス

刑法第三百六十五條ニ曰ク「祖父母父母ニ對シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ス但其犯ス時知ラサル者ハ此限ニ在ラス」法文ニ「特別ノ宥恕及ヒ不論罪」トアルハ第三編第一章第三節第三百九條乃至第三百十六條ニ規定スル殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪ヲ指スモノニシテ總則ノ宥恕及ヒ不論罪ノ規定ヲ含マサルモノトス而シテ本條規定ノ結果トシテハ子孫ハ其祖父母父母ニ對シテハ正當防衛權ヲモ有セサルモノトス但立法論トシテハ過大ニ子孫ノ權限ヲ減縮スルモノト言ハサルヘカラス次ニ本條但書ハ總則第七十七條ノ適用ニ過キス

第二章 財産ニ對スル罪

第一節 竊盜ノ罪

竊盜罪ハ所有權ヲ侵害スル罪ノ一種ニシテ竊盜トハ不法ニ他人ノ所有物ヲ自己ノ物トシテ處分スル意思ヲ以テ暴行脅迫又ハ欺罔恐喝ノ手段ニ依ラス他人ノ保有ヨリ自己ノ保有ニ移スコトヲ云フ(本法第三百六十六條參照)他人ノ保有ヨリ移スコトヲ要スルカ故ニ委託物消費罪、遺失物隱匿罪ト異ナル又自己ノ物トスル意思ノ實行ヲ俟タス自己ノ保有ニ移シタルトキヲ以テ既遂トナセルモノニシテ其手段方法ハ暴行脅迫欺罔恐喝ニ出テサル點ニ於テ强盜及ヒ詐欺取財ト異ナルモノナリ尙ホ竊盜ノ定義ヲ分析スレハ左ノ如シ

第一、竊盜ノ目的物ハ他人ノ物タルコトヲ要ス而シテ人ハ物ニ非ス假令實際上奴隸ノ如ク取扱ハルヽモノト雖モ亦然リ次ニ人工ニ依テ人ノ肉體ヲ補充スル物質ニシテ之ヲ分離スルニ付テハ身體ヲ毀損スルコトヲ必要トスルモノ例之ハ醫術ニ因テ補充セラレタル附鼻ノ如キハ物ニ非ス之ニ反シテ義脚「カツラ」入齒ノ如キハ物ト云フコトヲ得又既ニ分離セラレタル肉體ノ一部例之ハ頭髮ノ如キハ物ト云フコトヲ得ルナリ屍體及ヒ其一部モ亦物ト云フコトヲ得而シテ權利自體ハ物ト云フコトヲ得ス例

之ハ債權ノ如キ是ナリ然レトモ債權ヲ表示スル證書ハ固ヨリ物ナリ液體瓦斯ノ如キハ亦物ト云フコトヲ得ルモ之ニ反シテ力ハ物ト謂フコトヲ得ス例之ハ水若クハ水蒸氣カ器械ヲ動ス所ノ力又ハ牛馬カ物ヲ引ク力、電氣力ノ如キハ物ト謂フコトヲ得ス而シテ物カ交換力ヲ有スルト否トハ問フ所ニ非サルナリ

（ロ）他人ノ所有物タルコト　即チ他人ノ所有權ニ屬スル物タルコトヲ要スルカ故ニ何人ノ所有權ニモ屬セサル物ニ付テハ竊盜ノ問題ハ生セサルナリ隨テ無主物、遺棄物等ハ竊盜ノ目的トナラサルナリ而シテ天然自由ノ狀況ニアル野生ノ禽獸ハ無主物タリト雖モ一旦先占ニ因リテ所有權ヲ取得セラレタルモノ例之ハ動物園ニ於ケル野獸又ハ私有ノ河川ニ棲息スル魚類ハ目的物ト爲スコトヲ得ルモノナリ死屍ト共ニ埋葬セラレタル物件ハ所有者カ拋棄ノ意思ヲ表示セサル以上ハ竊盜ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノナリ死屍及ヒ其一部モ學術其他適法ナル目的ニ於テ授受ノ目的物トナリタルモノハ竊盜罪ノ目的物ト爲リ得ルナリ例之ハ博物館ノ解部室ニ在ル骨骼ノ如キ是ナリ

然レトモ其以外ノ死屍及ヒ其一部ハ目的物ト爲スコトヲ得ス（民法第九百八十九條參照）而シテ苟クモ民法上所有權ノ目的物タル以上ハ國家若クハ行政區劃ノ如キ公法人ニ屬スル物モ亦竊盜ノ目的物ト爲スコトヲ得ルナリ遺産ハ相續人ノ確定以前ニ於テモ竊盜ノ目的タルコトヲ得ヘシ（民法第千五十一條、第千五十二條參照）

竊盜ノ目的物ハ他人ニ屬スルコトヲ要スルカ故ニ他人ヨリ贈與セラレ又ハ他人カ所有權ヲ拋棄シタル物タルニ拘ハラス尙ホ他人ノ物ニ屬スル物ト誤解シタルトキニハ竊盜ノ既遂ヲ以テ論スルコトヲ得ス次ニ共有物ハ共有者ノ一人ニ對シテ猶ホ竊盜罪ノ目的トナルコトヲ得ルナリ

（ハ）現實ニ動シ得ヘキ物タルコト　必スシモ民法上ノ動產タルコトヲ必要トセス例之ハ樹木ノ果實建造物ノ一部ノ如キモ亦竊盜ノ目的物ト爲スコトヲ得ルナリ

第二、他人ノ保有ニ屬スルコト

保有トハ現實ニ物ヲ支配スルコトヲ意味シ物ニ對スル純然タル事實關係ヲ云フ而シテ此事實關係ノ存否ハ吾人カ日常ノ慣習ニ從テ決スヘキ問題ナリ例之

ハ吾人カ現實ニ物ヲ握手スル場合ノミナラス縱令之ヲ握手セス且家人ノ不在中ニ於テモ吾人ノ居宅ニ存在スル物ハ總テ保有スト謂ヒ得ルカ如シ之ト同一理由ニ依リテ馭者カ馬車ヲ戶外ニ留メ置ク場合ノ如キ又ハ百性カ耕作地ニ農具ヲ置キ去ルカ如キ旅客カ手荷物ヲ從者ニ擔ハセテ隨行セシムルカ如キ、商人カ店輔ニ於テ客人ニ物ヲ點檢セシムルカ爲メ商品ヲ手渡シスルカ如キ或ハ家畜カ自由ニ戶外ヲ逍遙シ若シ歸宅ノ慣習ヲ失ハサル限リニ於テモ何レモ前者ノ保有ハ繼續スルモノト謂フヘキナリ之ヲ要スルニ保有ハ吾人日常ノ慣習ニ適當スル方法ニ於テ其物ノ上ニ支配力ノ存スルコトヲ認メ得ヘキ場合ニ於テ支配力ヲ有スル者カ其物ヲ保有スト謂フヘキナリ尙ホ保有ニ付テハ此事實關係ノ外ニ更ニ之ヲ保有スルノ意思アルコトヲ要ス即チ保有ハ「現實ニ物ヲ支配スルノ事實ト意思アルコトヲ必要トス」故ニ例之ハ客人カ玄關ノ間ニ脫捨テタル外套ハ客人ノ保有ニ屬スルモノニシテ主人ノ保有スル所ニ非ス次ニ物ヲ保有スト云フニハ保有者ニ於テ目的物ノ何レニアルコトヲ覺知スルヲ必要トスト雖モ總括的ニ保有セラレタル物ノ中ニ存在スル各個ノ目的物ニ付テハ更ニ其何物タルコトヲ知覺スルコトヲ必要トセス例之ハ郵便受函ノ內ニ投入セラレタル總テノ郵便物其他打網ノ內ニ入リタル總テノ魚類、書庫內ニ貯藏スル物等(書類等)ノ如キ是ナリ

以上說明シタルカ如ク保有ハ現實ニ物ヲ支配スル事實ト意思アルコトヲ必要トスルカ故ニ民法ニ所謂占有トハ必スシモ一致スルコトヲ要セス即チ兩者ノ異ナル點ヲ擧クレハ左ノ如シ

(イ) 民法ニハ代理占有ヲ認ムルモ(民法第百八十一條參照)代理占有ニ因ル間接ノ占有者ハ物ヲ保有スト云フコトヲ得ス之ニ反シテ占有ヲ代理スル者ハ眞ノ保有者ナリ

(ロ) 民法上ノ占有ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ必要トスルモ(民法第百八十條參照)保有ハ自己ノ爲メニスルト云フ意思ヲ必要トセス故ニ例之ハ下女下男及ヒ商家ノ使用人等ノ如キ主人ヨリ委託ヲ受ケテ現實ニ物ヲ支配スル所ノ人ハ(民法ノ占有使用人)主人ト共ニ保有者ノ一人ト云フコトヲ得ヘキモ民法上ノ占有者ニ非ス

(ハ) 占有ハ相續ニ依リ直ニ承繼スルコトヲ得ヘキモ(民法第百八十七條參照)保有ハ承繼ヲ

許サス隨テ遺産ハ相續人カ現實ニ之ヲ保有スト云フコトヲ得ル狀況ニ達スルマテハ相續人ノ保有ニ屬セサルモノトス故ニ例之ハ道路ニ斃死スル者ノ衣類其他携帶品ハ其相續人又ハ第三者ニヨリ現ニ保有セラルヽマテハ縱令之ヲ剝取ルモ保有ヲ奪取シタルモノト云フヲ得サルナリ

保有ハ必スシモ一人ノミニ屬スヘキニ非ス數人カ共同シテ保有スルコトヲ得ヘシ即チ(一)數人カ同等ノ資格ニ於テ共同保有スル場合例之ハ一個ノ金匣ヲ開クニ必要ナル二個ノ鍵ヲ共同シテ保有スル場合(二)共同保有者ノ一人カ他ノ共同保有者ノ指圖ヲ受クル場合即チ前揭(ロ)ノ場合ニ說明シタル占有使用人カ保有者タルハ勿論之ヲ使用スル占有者モ亦日常ノ慣習ニ從テ其物ヲ保有スト謂ヒ得ルカ故ニ占有者ハ占有使用者ト共ニ同一物ヲ保有スト云フヘキナリ例之ハ主人カ下女ニ封印ノ荷物ヲ委託シタルカ如キ此場合ニ於テハ占有使用人ハ占有者ニ對シテ其保有ヲ奪フコトヲ得ルナリ下女カ皿ヲ盜ミ商家ノ手代カ商品ヲ盜ミ四人カ獄衣ヲ盜ムカ如キ場合ニ屬スル共同保有ハ劣等ノ保有者ニ依テノミ之ヲ破ルコトヲ得ルモノニシテ優等ノ保有者ニ依テ共同保有ヲ破ルコトヲ得サルナリ次ニ貸借關係ノ當事者カ次ノ如キ場合ニ於テハ共同保有者ト云フコトヲ得ヘシ即チ貸主カ貸與シタル場所ハ貸主又ハ其雇人カ自由ニ出入シ得ル場合例之ハ學生ニ貸與シタル寄宿所又ハ下宿室ノ如キ小使又ハ下女等カ掃除ノ爲メニ自由ニ其場所ヘ出入スルコトヲ得ルトキニ於テ借主カ貸與セラレタル居間ノ裝飾品ヲ竊取スルカ如キ圖書館ニ於テ圖書ヲ借受ケタル場合ニ其圖書ヲ竊取スルカ如シ

第三、他人ノ保有ヨリ自己ノ保有ニ移スコト

即チ他人ノ保有ヲ失ハシメ更ニ自己ノ保有ニ移スコトヲ要ス即チ

(一)保有ノ喪失トハ日常ノ慣習ニ適當スル所ノ方法ニ依リテ物ヲ支配スル意思ヲ實行スルコトノ不能ナル狀況ニ達シタルコトヲ意味ス(其狀況ハ保有者ノ意思ニ基クモノトアリ否ラサルモノトアリ)即チ遺失物ハ此狀況ニヨルモノナリ飼養ノ家畜カ逸走シタル場合亦然リ之ニ反シテ自己ノ居宅內ニ於テ物ノ置場ヲ忘レタル場合ハ未タ其物ノ保有ヲ失ヒタリト云フコトヲ得ス然レトモ公衆カ知覺シ得ヘキ場所ニ物ヲ置キ忘レタル場合ニ於テハ普通ニ保有ヲ失ヒタリト云フコトヲ得

ヘシ

爰ニ注意スヘキハ他人カ保有スル場所ノ内ニ物ヲ置キ忘レタルカ爲メ其物ノ保有ヲ失ヒタル場合ハ其場所ノ保有者ニ歸スルコトヲ得ルコト是ナリ若シ此場合ニ此場所カ私ノ場所ニ係ルトキハ勿論公ノ場所ニ於テモ亦然リ例之ハ旅館ノ如キ場所ノ保有者カ其物ヲ支配スル意思ヲ生シタルトキニ於テ其物ヲ保有スト云フコトヲ得ルナリ故ニ旅館内ニ於テ主人カ客ノ置忘レタル荷物タルコトヲ知覺シ且之ヲ現ニ管理シタルトキハ保有ハ其人ニ歸シタリト云フコトヲ得ヘシ故ニ他人之ヲ特去レハ竊盜トナリ主人之ヲ消費スレハ遺失物法違犯トナルヘシ（同法第十條第十六條參照）

（二）自己ノ保有ニ移スコト　他人ノ保有者ヨリ自己ノ保有ニ移ス手段方法ニ付テハ法律ニ限定ナク又前ノ保有者カ正當ニ保有スルト否トハ問フ所ニ非ス又其保有者ノ何人タルコトヲ必要トセス又他人ニ犯人カ知覺シタルコトヲ必要トセス但暴行脅迫又ハ欺罔恐喝ノ手段ニ因ラサルコトヲ要ス例之ハ小兒及ヒ精神病者ハ自ラ物ヲ保有シ且之ヲ抛棄スルコトヲ得ヘシト雖モ他人ニ保有ヲ引移スコトヲ得サル故ニ之ヲ勸誘シテ物ヲ引渡サシメタルノト云フコトヲ得ヘシ而シテ如何ナル場合ニ於テ物ヲ自己ノ保有ニ移シ終リタリト云フコトヲ得ヘキヤト謂フニ單ニ物ヲ握リタリト云フノミヲ以テ常ニ必スシモ保有ヲ移シ得タリト云フコトヲ得ス之ニ反シテ必スシモ物ヲ他ノ場所ニ移スト云フコトヲ必要トセス之ヲ要スルニ犯人カ物ノ上ニ支配力ヲ實行シ得ル狀況ニ置キタルトキヲ以テ既遂トナルナリ此程度ニ達シタルヤ否ヤハ各場合ニ付テ決スヘキ事實問題ナリ故ニ例之ハ他人ノ犬ヲ連鎖ヨリ切放シ然ル後之ヲ竊取スルノ目的ヲ以テ其連鎖ヲ切リタルトキハ竊盜ノ未遂ニシテ更ニ犬ヲ捕ヘタルトキヲ以テ既遂ト爲ル又後刻運ヒ去ルノ目的ヲ以テ他人ノ倉庫内ニ於テ其貯藏物ノ一部ヲ同一ノ場所ニ匿シタルトキハ竊盜ノ未遂ナリ之ニ反シテ下女カ主家ニ於テ洗濯物ヲ自己ノ荷物ノ内ニ藏匿シタルトキハ竊盜ノ既遂トナルヘシ何トナレハ後ノ場合ニ於テハ犯人ハ普通ニ其物ノ上ニ支配力ヲ行フコトヲ得且再ヒ其保有ヲ回復セラルヽ可キ

著大ノ狀況存在セサルヲ以テナリ要之犯人カ一時タリトモ安全ニ物ヲ支配スル狀況ニ達シタルトキヲ既遂ト云フナリ

(三) 竊取　トハ前保有者ノ承諾ナクシテ其保有ヲ破リ自己ノ保有ニ移スコトヲ意味スルカ故ニ實際前保有者ノ承諾アルトキニ於テハ竊取ト云フコトヲ得ス此承諾ハ前保有者ノ保有カ破ラルヽ當時ニ於テ存在スルコトヲ要スルヲ以テ一旦前保有者ノ承諾ナクシテ其保有ヲ破リタル以上ハ縱令其犯人カ之ヲ自己ノ保有ニ移ス當時ニ於テ前保有者ノ承諾アルモ竊取タルコトヲ妨ケサルナリ

第四、犯意

犯意ニ付テ說明スレハ左ノ如シ

(一) 犯人カ他人ノ所有物ナルコト且他人ノ保有ニ屬スル物ヲ保有者ノ承諾ナクシテ其保有ヲ破リ之ヲ自己ノ保有ニ移スト云フ事實ヲ知リタルコトヲ必要トス故ニ犯人カ自己ノ所有物ト誤信シタル場合、無主物ト誤信シタル場合、遺失物ト誤信シタル場合ニ於テハ竊取ノ意思ナキモノト云フヘシ而シテ保

有者ノ承諾アルモノト誤信シタル場合ニ於テモ亦竊取ノ意思ナシト云フヘシ然レトモ所有者竝ニ保有者ノ何人タルコトヲ知リタルコトヲ要セス

(二) 竊取ハ行爲者カ自己ノ物トスル意思ヲ以テ爲シタルコトヲ意味スト解スヘキナリ「自己ノ物トス」トハ自己カ其物ノ眞ノ所有者ト爲ルト謂フノ義ニ非ス又一時其物ヲ所持スル爲メトカ謂フ義ニモアラス要スルニ物ヲ前保有者ヨリ永久ニ奪ヒ且其所有者カ物ノ上ニ行フヘキ處分行爲全部ヲ行フノ目的ヲ以テト謂フノ意味ニシテ斯ノ如ク「自己ノ物トス」トハ正確ナル法律上ノ意義ヲ有セサルカ故ニ經濟的觀念ニ依リ之ヲ說明セサル可カラス即チ此遠因ハ消極的及ヒ積極的ノ二個ノ關係ヲ必要トス而シテ消極的ノ關係ニ於テハ權利者ヨリ其物ノ經濟上ノ價値ヲ奪フノ意思(遠因)アルコト積極的ノ關係ニ於テハ其物ノ經濟上ノ價値ヲ自己ニ收得シ之ヲ處分スル意思アルコトヲ要ス換言スレハ權利者ヨリ目的物ノ經濟上ノ價値ヲ奪ヒ自己ノ經濟上ノ利益ノ爲メニ之ヲ處分スルノ意思ヲ云フ然レトモ自己ノ物トスル意思即チ物ヲ自己ノ財產ニ持來スト云フ意思ト自己ヲ利得セシムル意思即チ自己ノ財產ヲ增殖

スルノ意思トハ區別スルコトヲ要ス而シテ後ノ意思ハ竊取ニ付テノ要件ニ非ス故ニ縱令犯人ノ物ヲ竊取スルニ當リ同時ニ其被害價格ニ相當スルモノヲ殘シ置クモ自己ノ物トスルノ意思アリト云フコトヲ得ヘク又債權者カ正式ノ手續ヲ履行セス債權全額ヲ債務者ヨリ竊取シタル場合亦同シ以上說明シタル所ニ依リ左ノ結果ヲ生ス

(イ) 物ヲ毀損スル意思アル場合ニハ其物カ犯人ノ目的トスル毀損ノ方法ニ依リテ其物ノ所有權ニ伴フ經濟上ノ價値カ認メラルヽトキニ限リ此遠因アリト云フコトヲ得ヘシ例ヘハ食料品ヲ食シ又ハ彈丸ヲ發射スルノ目的ヲ以テ之ヲ竊取スルカ如シ

(ロ) 權利者ニ物ヲ返還スル意思アル場合ニハ犯人カ一旦其物ノ所有權ニ付テ經濟上ノ價値ヲ消耗シタル後ニ返還スル意思アリテ竊取シタル場合ニ此遠因アリト云フヲ得ヘシ故ニ例ヘハ下女カ返還スルノ意思ヲ以テ一時衣類ヲ竊取シタルトキハ此遠因アリト云フコトヲ得ス之ニ反シテ貯金通帳ヲ貯金銀行ニ差出シ貯金ノ拂戻ヲ受ケタル後ニ返還セントノ意思ヲ以テ之ヲ竊盜スルトキハ此遠因アリト云フコトヲ得ヘシ蓋シ貯金通帳ハ其貯金額ノ拂戻ヲ受クル爲メ行使スルコトニ因テ通帳ノ經濟上ノ價値ハ消耗スルヲ以テナリ反之單ニ他ニ質入又ハ抵當ト爲シ後日之ヲ受戻シ返還スルノ意思ヲ以テ竊取スルトキハ之カ爲メ所有者ハ其物ニ對スル經濟上ノ價値ヲ奪ハレタリト云フコトヲ得サルヲ以テ此場合ニハ此遠因アリト云フコトヲ得サルナリ債權者カ債務者ノ所有物ヲ賣却シテ自己ノ債權ニ充當スル目的ヲ以テ之ヲ竊取スレハ此遠因アリト云フコトヲ得ヘキモ之ニ反シテ單ニ督促ノ方法トシテ債務者ノ所有物ヲ竊取シタルノミニテハ此遠因アリト云フコトヲ得ス

竊取者自身ノ利益トハ互ニ相對抗スルコトヲ要スルカ故ニ竊取者カ權利者ノ利益ノ爲メニ使用スルノ目的ヲ以テシタルトキハ此遠因アリト云フ可カラス之ニ反シテ苟クモ所有者ノ利益ト相反スル以上ハ縱令竊取者カ收得シタル物ヲ第三者ニ有償又ハ無償ニテ移轉スルノ目的ヲ以テ竊取シタルトキト雖モ此遠因アリト云フコトヲ得ヘシ

(三) 竊取ハ不法ニ自己ノ物トスル意思アルコトヲ要スト解スヘキヲ以テ例ヘハ所有者ノ承諾アリ又ハ法律ニ於テ權利行爲ト認メラルヽ場合(民法第二百三十三條第二項參照)ナリト誤信シタルトキハ不法ノ意思ナキヲ以テ本罪ヲ構成セス

第五、終リニ竊盜ノ被害者ハ誰ナルカト云フニ付キ左ノ三說アリ

第一說　物ノ所有者ノミカ被害者ナリトノ說　其說ニ曰ク竊盜罪ハ他人ノ所有權ヲ侵害スルノ目的ニ於テ其手段トシテ他人ノ保有ヲ侵害スルノ所爲ニ外ナラス竊盜ニ因リ現實ニ侵害セラルヽ利益ハ保有ニシテ刑法上所謂被害者トハ犯罪ニ因テ直接ニ侵害セラルヽ利益ノ享有者ヲ指スモノナルカ故ニ竊盜罪ニ付テハ此犯罪ニ依テ侵害セラルヽ直接ノ被害者ハ保有者ノミナリト謂フコトヲ得ヘシト

第二說　物ノ保有者ノミカ被害者ナリトノ說　其說ニ曰ク竊盜罪ハ他人ノ所有權ヲ侵害スルノ目的ニ於テ其手段トシテ他人ノ保有ヲ侵害スルノ所爲ニ外ナラス竊盜ニ因リ現實ニ侵害セラルヽ利益ハ保有ニシテ刑法上所謂被害者トハ犯罪ニ因テ直接ニ侵害セラルヽ利益ノ享有者ヲ指スモノナルカ故ニ竊盜罪ニ付テハ此犯罪ニ依テ侵害セラルヽ直接ノ被害者ハ保有者ノミナリト謂フコトヲ得ヘシト

第三說　竊盜罪ノ被害者ハ物ノ所有者及ヒ保有者雙方ナリトノ說　其說ニ曰ク竊盜罪ハ一面ニ於テ他人ノ所有物ヲ自己ノ保有ニ移スコトニ依テ所有者カ其物ノ上ニ權利ヲ行フコトヲ妨ケ一面ニ於テハ他人ノ保有ヲ奪フコトニ因テ保有者ノ利益ヲ侵害スルカ故ニ所有者並ニ保有者共ニ本罪ノ被害者ナリト謂フ可キモノナリト

以上三說中第三說ハ普通ニ行ハルヽ學說ニシテ余輩モ亦此說ニ贊成スルモノナリ

以下各本條ニ付キ項ヲ追フテ說明センコトヲ欲ス

第一項　普通ノ竊盜罪

第三百六十六條ニ曰ク「人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス」ト本條ノ說明ハ前述シタル所ヲ參照スレハ自ラ明カナルヲ以テ爰ニ之カ說明ヲ省畧スヘシ

唯一ノ注意スヘキコトハ本條ニ關シテハ特別ノ規定アルコト是ナリ即チ明治二十三年法律第九十九號第一條ニ「家屋其他ノ建造物外ニ於テ犯シタル竊盜ニシテ未タ遂ケサル者又ハ已ニ遂ケタルモ其贓額五圓ニ充タサル者ハ十一日以上二月以下ノ重禁錮ニ處ス」トアリ同條ハ建造物外ニ於ケル(一)竊盜未遂(二)贓額五圓未滿ノ竊盜既遂ニ付キ特ニ其刑ヲ輕減スルコトヲ規定シタルモノニシテ同條ニ所謂

建造物トハ苟クモ土地ト定着シ家根及ヒ牆壁ヲ有シ人ノ出入ニ適スル建築物ヲ總稱シ其一時的タルト否トハ問フ所ニ非ス倉庫ハ勿論劇場、勤工場、瀛車ノ待合所等ヲモ包含スルモ馬車、人力車、瀛車、船舶、瀛船等ヲ包含セス又人ノ出入ニ適スルコトヲ要スルカ故ニ單純ナル犬小屋、鳥小屋ニシテ人間ノ出入ニ不適當ナル建築物ヲ包含セス家屋トハ人類ノ住居ニ充ツル目的ヲ有スル建造物ヲ云フ而シテ現ニ人ノ住居スルト否トハ問フ所ニ非ス次ニ建造物外ノ竊盜ナルヤ將タ建造物内ノ竊盜ナリヤトノ標準ハ竊盜ノ目的物カ建造物内ニアルヤ否ヤハ問フ所ニ非ス蓋シ苟クモ竊取ノ目的物ノミシテ犯人カ建造物内ニ存在スル以上ハ縱令犯人カ建造物外ニ在ルモ竊盜ノ現象ハ建造物内ニ發生シタリト云フヘキヲ以テナリ

第三百七十二條ニ曰ク「田野ニ於テ穀類菜菓其他ノ產物ヲ竊取シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處ス

第三百七十三條ニ曰ク「山林ニ於テ竹木礦物其他ノ產物ヲ竊取シ又ハ川澤池沿湖海ニ於テ人ノ生養シ若クハ營業ニ關スル產物ヲ竊取シタル者ハ亦前條ニ同シ」

以上二個條ニ所謂產物トハ田野若クハ山林等ヨリ生スル天然ノ果實ヲ總稱スルモノニシテ既ニ元物ヨリ分離シタルト否トハ問フ所ニ非ス故ニ一旦收獲シタル穀類ト雖モ苟クモ其元物タル田野又ハ山林等ニ存在スル物ニ付テハ本條ノ適用アルナリ

第三百七十四條ニ曰ク「牧場ニ於テ牧畜ノ獸類ヲ竊取シタル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス」

以上三個條ニ付テハ左ノ如キ特別ノ規定アリ即チ

明治二十三年法律第九十九號第二條ニ曰ク「田野山林川澤沼池湖海ニ於テ其產物ヲ竊取セントシ又ハ牧場ニ於テ其獸類ヲ竊取セントシテ未タ遂ケサル者又ハ已ニ竊取シタル者其贓額五圓未滿ノモノ亦前條ニ同シ」

終リニ注意スヘキコトハ明治二十三年法律第九十九號屋外竊盜律ハ刑法ノ竊盜罪ニ對スル例外ノ規定アルヲ以テ左ノ結果ヲ生スルコト是ナリ

一、刑法ノ竊盜罪ニハ監視ノ附加刑アルモ（本法第三百七十六條參照）同號屋外竊盜ニハ監視ヲ附加セス

二、竊盜ニ付刑法ニ規定スル加重ノ情狀ニ關スル規定（本法第三百六十七條以下參照）ハ同號屋外竊盜ニハ適用ナシ

第二項　加重ノ竊盜

第三百六十七條乃至第三百七十條ニ於テ四個ノ特別加重ノ情狀ヲ認ム

第一、水火震災云々

第三百六十七條ニ曰ク「水火震災其他ノ變ニ乘シテ竊盜ヲ犯シタル者ハ六月以上五年以下ノ重禁錮ニ處ス」

法文ニ所謂其他ノ變トハ總テ被難者カ物ノ保有ヲ確實ニスルコトノ注意ヲ爲ス能ハサル狀況ヲ總稱シ水火震災ハ其例示ニ過キス「乘シ」トハ機會ヲ利用シテト謂フ意ニシテ他人ニ於テ此機會ヲ利用スルノ意思アルコトヲ要スルヤ勿論ナリトス

第二、門戶牆壁云々

第三百六十八條ニ曰ク「門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キ邸宅倉庫ニ入リ竊盜ヲ犯シタル者ハ亦前條ニ同シ」即チ本條加重ノ情狀トシテハ

一、門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開クコト

法文ニ所謂(1)門戶牆壁トハ邸宅又ハ倉庫ヘ侵入スルコトヲ防ク爲メニ設ケラレタル外圍ノ保障物ヲ云フ溝堀ノ堤ヲモ包含ス但普通人ノ易容ニ跨ケ又ハ通過シ得ル所ノ物ハ保障物ト云フコトヲ得ス(2)踰越損壞トハ保障物ヲ排除シ若クハ其效力ヲ無效ナラシムルコトヲ意味シ天窓又ハ下水口ヨリ侵入シ其他普通ニ人ノ出入セサル分部ヨリ侵入スルトキハ踰越ト云フコトヲ得ヘシ(3)鎖鑰トハ廣ク戶締リノ要ニ供セラレタル物ヲ總稱シ金屬ヲ以テ製セラレタルト否トハ問フ所ニ非ス而シテ此鎖鑰ハ外圍ノ保障物タル門戶牆壁ニ施サレタルモノニ限リ金庫篋笥等ニ設ケラレタルモノヲ包含セス

二、邸宅倉庫內ニ入リ竊盜ヲ爲シタルコト

邸宅トハ家屋並ニ其外圍ノ保障物ニ依リ圍繞セラレタル部分ヲ包含スルモノニシテ現ニ人ノ住居シタルト否トハ問フ所ニアラス倉庫トハ建造物中殊ニ物品ヲ貯藏スル爲メニ設ケラレタルモノニシテ其以外ノ建造物ニ付テハ別ニ規定ナキカ故ニ家屋倉庫以外ノ建造物ニ侵入スルモ本條ノ適用ナシ而

シテ第一要件ノ行爲ハ第二要件ノ行爲ノ手段トシテ行ハレタルコトヲ必要トスルカ故ニ門戸牆壁ヲ踰越スル當時ニ於テ竊取ノ意思ナキトキハ縱令侵入シタル後ニ竊盜ノ意思ヲ生スルモ本條ノ適用ナシ

第三、二人以上共ニ竊盜罪ヲ犯シタル場合

第三百六十九條ニ曰ク「二人以上共ニ前三條ノ罪ヲ犯シタル者ハ各一等ヲ加フ」本條ハ二人以上共同シテ竊盜ノ罪ヲ犯シタル場合ヲ規定スルモノニシテ竊盜共犯者ノ內敎唆者ハ二人以上ト云フ人數ノ內ニ算入スルコトヲ得ス（本法第百七條參照）（共同正犯ノミヲ包含スルトノ說ト共同正犯ノ外ニ現場ニアル從犯者ヲ包含スルトノ說アリ前說ヲ可トス）蓋シ本條特ニ刑ヲ加重スル所以ハ二人以上共同シテ罪ヲ犯ストキハ犯スニ易ク防クニ難キヲ以テナリ

第四、兇器ヲ携帶シ云々

第三百七十條ニ曰ク「兇器ヲ携帶シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入リ竊盜ヲ犯シタル者ハ輕懲役ニ處ス」ト先ツ本條加重ノ情狀トシテハ(一)兇器ヲ携帶シタルコト(二)人ノ住居シタル邸宅ニ入リ竊盜ヲ爲シタルコトヲ必要トス

第一要件　兇器ヲ携帶シタルコト

法文ニ所謂兇器トハ狹義ノ兇器即チ總テ攻擊又ハ防禦方法トシテ器械的作用ニ依リ人ノ肉體生命ヲ毀損スル爲メ作ラレ且此目的ヲ達スルニ可能ナル器具（人力ヲ以テ動カサレ得ル外界ノ物質ヲ云フ）例之ハ銃砲、刀、劍、槍、木刀ノ類ヲ謂ヒ杖、石等ヲ包含セス而シテ苟クモ兇器ニ屬スル以上ハ犯人カ之ヲ携帶スルノ事實ヲ知ルコトヲ以テ足レリトシ犯人ニ於テ之ヲ肉體生命毀損ノ方法ニ使用スルノ意思アルコトヲ必要トセス蓋シ本條特ニ刑ヲ加重スル所以ハ犯人カ兇器ヲ携帶スルトキハ其携帶夫レ自身カ既ニ他人ノ身體生命ヲ毀損スルノ機會ニ利用セラレ得ルノ危險アルヲ以テナリ又犯人以外ノ者ニ於テ犯人カ兇器ヲ携帶スルコトヲ知覺スルト否トハ問フ所ニ非ス反對說ニ曰ク兇器トハ危險ナル器具ト云フ意味ニシテ其器具カ肉體生命ヲ毀損スルノ危險アルヤ否ヤハ絕對的ニ之ヲ確定スルコトヲ得ス各場合ニ於テ所持者カ之ヲ使用セントスル手段方法ニ因テ決スヘキモノナリ換言スレハ其使用方法ニ從テ著シク身體ヲ毀損スルノ懸念ヲ惹起スルニ足ルヘキコトニ依テ決スヘキモノナリ例之ハ一本ノ針ニテモ人ノ心臟ヲ刺セハ以テ生命ヲ絕ツニ足ルヘク之ニ反シテ

「ピストル」モ之ヲ以テ單ニ人ヲ突キタルノミニテハ身體毀損ノ虞アルコトナシ隨テ物カ兇器タルヤ否ヤハ普通其物ノ用法ニ從テ決スヘキモノニ非スト而シテ此說ニ從フトキハ兇器ヲ携帶スル犯人ハ其器具ヲ身體毀損ノ方法ニ用フルノ意思アルコトヲ必要トスヘキナリ

第二要件　人ノ住居シタル邸宅ニ侵入シ竊盜ヲ犯シタルコト

人ノ住居シタル邸宅トハ單ニ人ノ住居ニ供スルノ目的ヲ以テ建テラレタルモノト謂フノ意ニ非スシテ現ニ人ノ住居ニ供セラルヽ邸宅ヲ指示スルモノナリ然レトモ一時現住者カ不在ナルト否トハ問フ所ニ非ス次ニ邸宅侵入ノ當時ニ於テ兇器ヲ携帶シタルコトヲ要ス

第三百六十八條、第三百七十條ニ規定スル加重ノ情狀ハ此加重ノ竊盜ノ實行行爲ノ一部ト認ム可キヲ以テ犯人ニ於テ門戸牆壁ヲ踰越損壞シ又ハ鎖鑰ヲ開カントシタルトキ又ハ兇器ヲ携帶シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入ラントシタルトキハ加重ノ竊盜ノ未遂ヲ以テ論スヘキナリ而シテ同條加重ノ情狀ハ行爲ニ附帶セル加重ノ情狀ナルカ故ニ共犯者ノ一人カ此加重ノ情狀ヲ行ヒタルトキハ他ノ共犯者ハ此事實ヲ知リタルノミヲ以テ適用ヲ受クルナリ

終リニ第三百六十七條第三百六十八條ハ第三百六十六條ニ規定スル竊盜罪ノ加重情狀ニ過キサルヲ以テ左ノ如キ結果ヲ生ス

一、水火震災其他ノ變ニ乘シ第三百六十八條規定ノ竊盜罪ヲ犯シタルトキハ第三百六十七條ヲ適用スルコトヲ得スシテ第三百六十八條ヲ適用セサルヘカラス

二、第三百六十七條乃至第三百六十九條ニ規定スル加重ノ情狀ヲ備ヘテ第三百七十條ノ罪ヲ犯シタルトキハ單ニ第三百七十條ノ規定ヲ適用セサルヘカラス

第三項　準竊盜

第三百七十一條ニ曰ク「自己ノ所有物ト雖モ典物トシテ他人ニ交付シ又ハ官署ノ命令ニ因リ他人ノ看守シタル時之ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論ス」

竊盜罪ノ構成要件トシテハ(一)其目的物ハ他人ノ所有物タルコト(二)犯人ニ於テ不法ニ自己ノ物トスル意思アルコトヲ必要トスルハ既ニ述ヘタルカ如シ故ニ自己ノ所有物ニ對シテ竊盜罪ヲ成立セサルヤ論ヲ待タス然レトモ假令自己ノ所有物

ト雖モ他人カ其物ノ上ニ權利ヲ行フトキ又ハ官署ノ爲メ差押ヘラレ如カモ他人ニ依リ保有セラルヽ場合ニ於テ他人ノ權利ヲ侵害シ又ハ官署ノ命令ヲ無視スル意思ヲ以テ之レカ保有ヲ奪フコトハ敢テ處罰ノ必要ナシト謂フコトヲ得ス是レ本條ノ設ケアル所以ニシテ本罪ノ構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一、犯罪ノ目的物ハ自己ノ所有物タルコト

第二、典物(質物)トシテ他人ニ交付シ又ハ官署ノ命令ニ依リ他人ノ看守(保有)シタルコト

第三、竊取スルコト(他人ノ保有ヲ排除シテ自己ノ保有ニ移スコト)

第四、犯意ニ付テハ第一乃至第三ノ事實ヲ知ルコトノ外ニ不法ニ他人ノ質權ヲ害シ又ハ官署ノ命令ヲ無視スル意思(遠因)アルコトヲ必要トス

現行法ハ單ニ典物トシテ他人ニ交付シ又ハ官署ノ命令ニ因リ他人カ看守スルモノニ限リ準竊盜ノ規定ヲ設クト雖モ猶ホ其以外ノ場合例ヘハ他人カ其物ノ上ニ使用收益權又ハ留置權ヲ有スル場合ニ於テモ同樣ノ規定ヲ設クル必要アルヘク又第三者カ所有者ノ利益ノ爲メニ此等ノ物ヲ他人ヨリ竊取スル場合ニ付テモ同樣ノ現定ヲ設クルノ必要アルヘキナリ

終リニ本條ノ罪ハ竊盜ヲ以テ論スト雖モ親屬相盜ノ場合ニ於テハ第三百七十七條ノ適用ヲ受クヘキナリ

第四項　親屬相盜

第三百七十七條ニ曰ク「祖父母父母夫妻子孫及其配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹互ニ其財產ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論スル」

財產ヲ分チタル者ハ竊盜ヲ以テ論スルトキニ於テハ假令其罪ハ構成スルモ其身分本條ハ竊取ノ犯人ト其被害者カ祖父母父母子孫又ハ子孫ノ配偶者若クハ夫妻若クハ同居ノ兄弟姉妹ノ關係ヲ有スル場合ニ於テモ同樣ノ規定ヲ設ケタルモノニシテ是レ畢竟親屬間ノ平和ヲ維持スル爲メニ過キス從テ此身分ナキ其犯者ハ其刑ヲ免カルヽコトヲ得サルヤ勿論ナリトス而シテ同條第二項ハ此主義ヲ說明スル爲メノ注意的規定ニ過キサルカ故ニ此身分ナキ共犯者ハ假令竊取ノ財物ヲ分タサル場合ニ於テモ當然第三百六十六條以下ノ規定ニ從ヒ處罰セラルヘキ

モノトス次ニ本條ハ人的刑罰排除ノ原因ヲ規定シタルニ過キスシテ竊盜罪ノ構成ニ關係ナキカ故ニ此條件ヲ理由トシテ其刑ヲ免セラルヽニハ犯人ノ意思如何ニ拘ハラス客觀的事實ニ基キテ之ヲ決セサルヘカラス而シテ法文ニ所謂「同居」トハ住居ヲ同フスルモノト解スヘク「祖父母父母子孫兄弟姉妹」ノ意義ハ刑法第百十五條ニ依リ解スヘク「配偶者」トハ民法上ノ夫婦ト解スヘキナリ

終リニ竊盜ノ被害者ハ所有者及ヒ保有者(準竊盜罪ニ付テハ質取主又ハ官署ト保有者雙方ヲ包含スト解スルカ故ニ犯人ハ此兩者ニ對シ本條規定ノ親屬關係アルコトヲ必要トスルナリ

本節共通ノ規定ハ左ノ如シ

第三百七十五條ニ「此節ニ記載シタル輕罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ未遂犯罪ノ例ニ照シテ處斷ス」

第三百七十六條ニ「此節ニ記載シタル罪ヲ犯シ輕罪ノ刑ニ處スル者ハ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス」

第二節　強盜ノ罪

強盜ノ罪ハ竊盜罪ト共ニ他人ノ所有權ヲ侵害スル目的ヲ以テ他人ノ保有ヲ奪フ罪ノ一種ニシテ竊盜ト異ナル點ハ他人ノ保有物ヲ奪フ手段カ暴行又ハ脅迫ニ依ルニ存ス然レトモ強盜罪ハ竊盜罪ト節ヲ異ニシテ規定セラレ且ツ竊盜罪ノ變體ニアラサルカ故ニ竊盜罪ニ關スル規定ハ直ニ以テ強盜罪ニ適用スルコトヲ得ス從テ刑法第三百七十一條準竊盜ニ關スル規定及ヒ同法第三百七十七條親屬相盜ニ關スル規定ハ強盜罪ニ付キ適用スルコトヲ得サルナリ然レトモ現今一般ノ解釋ハ刑法第三百七十一條規定ノ場合ハ竊盜罪ニ關スル注意的規定ニ過キサルカ故ニ強盜罪ニ付テハ特別ノ規定ナクトモ此場合ニ於テハ當然強盜ヲ以テ論スヘキモノナリト云フニアルモ此說ハ竊盜強盜ノ罪ヲ以テ單ニ他人ノ保有ヲ侵害スル罪ト誤解シタルニ基因スルモノニシテ若シ論者ノ說ニ從ヒテ刑法第三百六十六條ニ所謂他人ノ所有物トハ民法上ノ所有權ノ目的物ニアラスシテ單純ナル保有物ト解スルトキハ同法第三百七十一條「自己ノ所有物ト雖モ云々」トノ文字ハ遂ニ其意義ヲ失フニ至ルヘキヲ以テ此說ハ明文ヲ無視シ且ツ強盜罪ノ性質ヲ誤解シタルモノト云フヘキナリ

以下各本條ニ付テ說明スルニ當リ便宜上數項ニ分チテ之ヲ說明セント欲ス

第一項　普通强盜罪

第三百七十八條ニ曰ク「人ヲ脅迫シ又ハ暴行ヲ加ヘテ財物ヲ强取シタル者ハ强盜ノ罪ト爲シ輕懲役ニ處ス」

即チ本罪ノ構成要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一要件　犯罪ノ目的物ハ他人ノ財物(所有物)タルコト

第二要件　不法ニ自己ノ物トスル意思ヲ以テ他人ノ保有ヲ奪フコト

第三要件　人ヲ脅迫シ又ハ暴行ヲ加フルコトニ依テ他人ノ保有ヲ奪フコト

强盜罪カ竊盜罪ト異ナルハ唯第三要件ヲ必要トスルニ在リテ法文ニ竊取ト云ヒ或ハ强取ト云フハ此要件ヲ具備スルト否トニ依テ用字ヲ異ニシタルノミ從テ第一第二要件ニ付テハ總テ竊盜罪ニ付テノ說明ヲ引用シ爰ニハ第三要件ニ付テ說明スヘシ(一)暴行。トハ何ソヤ汎ク暴行ト云ヘハ不法ノ體力ヲ意味スルモ法文ニハ「人ヲ脅迫シ又ハ暴行ヲ加ヘテ云々」ト規定シ本條所謂暴行ハ人ニ對スル暴行ヲ指スカ如ク又物ニ暴行ヲ加ヘテ他人ノ保有ヲ奪フ場合ニ付テハ刑法第三百六十八條ニ「門戶牆壁ヲ損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キ」ト規定シタルヲ以テ見レハ本條所謂暴行ハ人ニ對スル暴行ト解スルヲ至當トス從テ例ヘハ帶ニ挾マレタル懷中時計ヲ奪フ爲メニ時計ノ鎖ヲ切リ取ルカ如キ或ハ馬ヲ奪フニ方リ馬ニ對シ暴行ヲ加フルモ强盜ト云フコトヲ得ス而シテ本條ノ暴行ハ他人ノ保有ヲ奪フニ付テノ障害ヲ排除スル爲メニ用ヒラルヽモノナラサルヘカラス然レトモ人ニ對スル暴行ハ必スシモ直接ニ人ニ對スルコトヲ要セス即チ直接ニ身體ヲ拘束シテ其抵抗力ヲ失ハシムル場合ニ限ラス間接ニ抵抗力ヲ排除スル場合ヲモ包含ス例ヘハ戶ヲ閉シテ人ヲ一室ニ監禁スルカ如キ或ハ梯子ヲ外ツシテ人ヲ二階ニ監禁スルカ如キモ亦人ニ對スル暴行ト云フコトヲ得ヘキナリ(二)脅迫。トハ何ソヤ汎ク脅迫ト云ヘハ人ニ對シ危害ヲ加フヘキコトヲ示シ相手方ヲシテ之ヲ信用セシムルコトヲ謂ヒ其危害ハ行爲者ニ於テ眞ニ危害ヲ加フルノ意思アルコトヲ必要トセス又其手段ハ危害ヲ加フルニ足ル能力アルコトヲ必要トセス(彈丸ヲ込メサル「ピストル」ヲ以テ人ニ擬スルカ如シ)又其危害ハ直接ニ其脅迫者自身ニ對スルコトヲ要セス第三者又ハ物ニ對シテ危害ヲ加フヘキコトヲ示シ之レヲ信用セシメタル場合ヲモ包

含シ又危害ヲ受クヘキコトヲ信用セシムルノ方法ハ明示ニ依ルト否ラサルト其手段ノ如何ヲ問ハスト雖モ其危害ハ脅迫者カ直接又ハ間接ニ他ノ力ヲ利用シテ加フヘキコトヲ相手方ニ信用セシムルコトヲ必要トス而シテ刑法第三百二十六條以下ニ規定スル脅迫罪ノ脅迫ハ法律ニ列記シタル法益ニ對シ危害ヲ加フヘキコトヲ以テ脅迫シタル場合ニ限ルコトハ前ニ說明シタルカ如シ然レトモ本條ニ所謂脅迫トハ前ノ暴行ト共ニ他人ノ保有ヲ奪フノ手段タルカ故ニ保有ヲ奪フニ付テ他人ノ抵抗ヲ精神的ニ排除スルコト即チ保有ヲ奪フコトニ對シテ他人カ抵抗セントスル自由意思ノ決行ヲ妨クルモノタルコトヲ要シ暴行カ有形的抵抗ヲ全然排除スルカ如ク強盜罪ノ手段タル脅迫ハ他人ノ精神的抵抗(抵抗ノ意思)ヲ全然妨止スルコトヲ意味スト解セサルヘカラス而シテ此種ノ脅迫ハ他人ノ生命肉體ニ對シテ現ニ(切迫シテ)危害ヲ加フヘキコトヲ以テ脅迫シ假令抵抗ノ意思ヲ實行スルモ結局無用ニ終ルヘキコトヲ信用セシムル場合ニ限ルモノトス從テ他人ノ財物ニ對シ現ニ危害ヲ加フヘキコトヲ以テ脅迫シ又ハ將來他人ノ肉體生命ニ危害ヲ加フヘキコトヲ以テ脅迫シテ保有ヲ奪フモ強盜ニアラス(二)此暴行又ハ脅

迫ハ保有ヲ奪フ實行行爲ノ手段タルコトヲ要シ此目的ノ豫備行爲トシテ人ニ對シ暴行脅迫ヲ加フルモ強盜ニアラス例ヘハ他人ノ所有物ヲ奪フ目的ヲ以テ其豫備行爲トシテ人ヲ脅迫シ金庫ノ合鍵ヲ造ラシメタル後チ別ニ人ニ對シテ暴行脅迫ヲ用ヒルコトナク其合鍵ヲ利用シテ金庫內ノ財物ヲ奪ヒ去ルトキハ竊盜ト普通脅迫罪ノ二罪俱發ニシテ強盜罪ヲ以テ論スルコトヲ得ス又一旦他人ノ保有ヲ奪ヒタル後ニ於テ假令人ニ對シ暴行脅迫ヲ用ユルモ強盜ニアラス但シ第三百八十二條ノ準強盜罪ヲ構成スルコトアルヘキノミ(四)此暴行脅迫ニ付テハ法律ハ必スシモ物ノ保有者自身ニ對スルコトヲ必要トセス(一說ニハ物ノ保有者自身ニ對スルコトヲ必要トスト云フノ說アリ)ト雖モ此手段ハ物ノ保有者ハ勿論苟モ保有ヲ奪フコトニ付テ事實障害ヲ試ミル者ニ對シテ行ハルヽコトヲ要シ且ツ犯人ニ於テ此等障害ヲ加フル人タルコトヲ知テ自己ニ保有ヲ得ル目的ヲ以テ其人ニ對シ暴行脅迫ヲ加フルコトヲ必要トス從テ數人共犯竊盜ノ場合ニ他ノ共犯者ニ對シテ助力ヲ強請スル爲メ之ヲ創傷シ又ハ脅迫スルモ強盜ニアラス被脅迫者自身ニ直接害ヲ加フヘキコトヲ以テ脅迫スルコトヲ必要トスルカ故ニ物ノ保有者ニ對シテ若シ抵抗スルトキハ其子