ナル制限ヲ與ヘタルモノト解ス可ク加擔卽チ教唆從犯ニ屬ス可キ場合ハ凡テ間接正犯タルコトヲ得サルモノト云ハサル可ラス(vgl. v. Liszt 221)故ニ我現行法ニ於テ間接正犯ト認メ得可キ場合ハ略左ニ述フルカ如キ場合ニ限ラル可シ(vgl. v. Liszt 222)

一　被利用者ニ責任ナキトキ

此場合ハ更ニ左ノ二場合ニ分ツコトヲ得。

(1)　被利用者ニ責任能力ナキトキ〔註〕

人ヲ刺サンカ爲メ精神病者ニ刄ヲ與ヘタルカ如キ其例ニシテ心神喪失者又ハ十四歲未滿ノ小兒ヲ利用シタル場合ハ凡テ右同一ニ解釋ス可ク催眠術其他ノ作用ニ因リ一時責任無能力者ノ狀態ニアルモノヲ利用シタル場合モ亦凡テ右同一ナラサル可ラス(vgl. v. Liszt a. a. o. 泉二氏日本刑法論大三六二頁)凡テ此ノ如キ場合ニハ責任無能力者ノ側ニ犯罪ノ成立ナク從テ其犯ノ成立ナキヲ以テ間接正犯ノ成立ヲ認メサル可ラス此點殊ニ責任無能力ノ兒童ニ付キ其犯ノ成立ヲ認ムル學者ナキニ非サルモ(例之 Borchert, Bünger, van Calker, Herzog, Schütze, Olshausen)通說カ此說ヲ排斥シタルハ(例之 v. Liszt, Binding, Birkmeyer, Frank, Hälschner, Kohler, v. Kreis, Merkel, Meyer)前ニ述ヘタル如クナリ(vgl. v. Liszt 167 Anm. 3)

(2)　被利用者ニ故意ナキトキ

卽チ被利用者ニ犯罪構成事實ノ認識ナキ場合ニシテ甲カ乙ノ所有物ヲ自己ノ所有物ナリト稱シ丙ヲ欺キ因テ其物件ヲ持來ラシメ甲カ毒藥ヲ醫師ノ處方ニ因ル藥劑ナリト稱シ乙看護婦ヲ欺キ因テ丙病人ニ服藥セシメ之ヲ殺シタル場合ノ如キ凡テ其例ナリ(vgl. v. Liszt, a. a. o. 泉二氏前揭)特ニ一定ノ目的ヲ必要トスル犯罪ニ於テ被利用者ニ其目的ナク獨リ利用者ノミ其目的ヲ有スル場合モ亦被利用者ニ故意ナキ場合ト同一ニ取扱ハサル可ラス例ヘハ甲カ乙ヲシテ丙ノ所有物ヲ竊取セシメタルモ乙ハ自己領得ノ意思(Zueignungsabsicht)ナク獨リ甲ノミ其意思ヲ有シタル場合ノ如シ(註二)一部ノ學者ハ右ノ如キ設例ニ於テハ乙モ亦自己領得ノ意思アルモノト云ハサル可カラスト說キ因テ有論ノ當否ヲ疑フ者アリト雖モ(例之 Frank IV Teil 3 Abschn. III)其論ノ採ルニ足ラサルコト勿論ナリ(vgl. v. Liszt a. a. o. Olsh. Zweig. 17 zu § 47, R6416 31 ∞ 泉二博士日本刑法論大三六三頁—三六四頁勝本博士刑

法要論一八一頁)而シテ特ニ違法ノ知覺ヲ必要トスル犯罪ニ於テ被利用者ニ其知覺ナキ場合モ亦右ト同一ニ解決ス可キモノナリト雖モ(vgl. v. Liszt, a. a. o.)我現行法ニ於テ此ノ如キ事例ナキコトハ嘗テ述ヘタル處ナリ

「註一」Frank IV ハ之ヲ例トシ勝本氏大一八一頁亦然リト雖モ其設例ノ適當ナルヤ否ヤ(我現行法上)ハ今一般ノ研究ヲ要ス

「註二」Frank ニヨレハ Wachenfeld 272, Mittermaier Z 21 255 之ヲ唱ヘタリ v. Liszt 2 22 anm. 5 ハ其理由トスル處ハ dolosen Werkzeugs ニアリト說ク

被利用者ニ過失ナキ場合ハ如何一部ノ學者或ハ被利用者ニ歸責能力アル場合ニ凡テ間接正犯ヲ認ムルコトヲ得ス從テ被利用者ニ過失アル場合モ亦被利用者ニ故意アル場合ト同シク間接正犯ノ成立ヲ否認ス可ク被利用者ニ過失ナキコトモ亦間接正犯ノ要件タラサル可ラスト說ク然レトモ通說ハ被利用者ニ過失アルモ其故意ナキ以上ハ凡テ間接正犯ノ成立アリトシ前揭設例ニ於テ看護婦ニ過失アル場合ノ如キモ亦間接正犯ノ成立アリト說ク卽チ通說ハ被利用者ニ於テ過失ノ罪責ヲ負擔スル場合ニ於テモ亦間接正犯ヲ認ムルコトヲ得ト爲スナリ(泉二氏大三六三頁勝本氏大一八〇頁)

(二) 被利用者ノ行爲カ違法ナラサルトキ(泉二氏大七六四頁)殊ニ

(1) 被利用者カ有形無形ノ强制ニ因リ緊急狀態ニ陷リタル場合(vgl. v. Liszt 222, Frank VI Teil 3 Abschn. III泉二氏大三六四)此ノ如キ場合ニハ被利用者ニ違法ナク亦固ヨリ共犯ノ成立ヲ認メ能ハサルカ故ニ凡テ間接正犯ヲ認メサル可ラス(vgl. v. Liszt a. a. o.)

(2) 被利用者カ本屬長官ノ命令ニ從ヒタルトキ(vgl. v. Liszt 222. Anm. 6, Frank a. a. o. 泉二氏三六四頁)本屬長官ノ命令ハ其命令ノ範圍內ニ屬スル屬官ノ行爲ニ付キ違法ヲ排除ス可キモノナルヲ以テ其命令カ違法ニシテ犯罪ヲ構成ス可キ場合ニハ之ヲ長官ト屬官トノ共犯ト觀察ス可キモノニ非スシテ寧ロ長官ノ間接正犯ト認ム可キモノナリ(vgl. v. Liszt 153—154 泉二氏前揭).

第三　間接正犯ノ成否ニツキテハ更ニ左ノ如キ種々ノ問題ヲ生ス卽チ

(一) 凡テノ犯罪ニツキ間接正犯ノ成立ヲ認メ得ルヤ否ヤ間接正犯ノ觀念ハ今日ノ學說實際ノ一般ニ之ヲ認ムル所ナリト雖モ稀ニハ全然之ヲ否認スル學者アルノミナラス凡テノ犯罪ニツキ之ヲ認メ得ルヤ否ヤニ付テハ尙多クノ議論ナキ

ニ非スシテ從來行ハレタル學說ハ略左ノ數種ニ歸著スルカ如シ

(1) 全然間接正犯ノ觀念ヲ否認スル學說(牧野氏九四)此ノ說ハ共犯ヲ以テ行爲ノ共同ト爲ス結果通說ノ間接正犯ト爲ス場合モ亦凡テ共犯ナリト說ク然レトモ共犯ニ關スル行爲共同ノ說明ハ共犯處分ニ關スル伊太利新學派又ハ第三派ノ主張ヲ誤解シタルモノト云フ可ク(勝本氏大一六四――一七〇)此根據ニヨル間接正犯否認論ハ之ヲ正シト爲ス可ラス

(2) 間接正犯者自ラ實行々爲ヲ爲シタル場合ニ於テノミ間接正犯ノ成立ヲ認メ得可シトナス學說(Mittermaier Z 21 235)然シ間接正犯者自ラ實行行爲ヲ爲シタリトセハ其間接正犯者ハ間接正犯者ニ非スシテ寧ロ直接正犯者タルモノナリ同シク實行行爲ヲ行ヒタル者ニ就キ直接間接ノ區別ヲ設クルカ如キ到底不可能ノコトト云ハサル可ラス此說ハ實際ニ於テ到底貫徹ス可ラサルノミナラス學問ニ於テモ亦何等ノ根據ナキモノナリ(vgl. v. Liszt 221 Anm. 3; Frank VI Teil 3 Abschn. III.)

(3) 法律カ犯人自ラノ身體的犯行(körperliche Begehung)ヲ必要トスル場合ニ付テハ凡テ間接正犯ノ成立ヲ否認セサル可ラスト爲ス學說(Borchert 99,106, Höpfner, Lenz, Löning, Meyer, Olshausen Schütze) 卽チ此說ハ右ノ如キ場合ニ於テハ只法律ニ於テ豫想セラレタル犯人ノミカ直接正犯タリ得可ク直接正犯タリ得サル者ハ凡テ間接正犯タルコトヲ得ス(小疇氏三一〇頁參照)之ヲ間接正犯者ヨリ云ヘハ直接正犯トシテ犯スコトヲ得サル犯罪ハ間接正犯トシテモ亦之ヲ犯スコトヲ得スト爲シ(泉二氏大三六五頁參照)婦女カ男子ノ精神病者ヲ煽動シテ他ノ婦女ヲ强姦セシメ通常人カ官吏ヲ强制シテ賄賂ヲ收受セシメタル場合ノ如キ凡テ强姦罪收賄罪ノ間接正犯ト云フコトヲ得ス此ノ如キ犯罪ハ獨リ男子若クハ官吏ノミ之ヲ犯シ得ルモノナリト說ク然レトモ强姦罪ハ獨リ男子ノミ之ヲ犯シ得トナシ又直接正犯タルコトヲ得サル場合ニ付キ凡テ間接正犯ノ成立ヲ否認セントスルカ如キ聊カ極端ニ失スルモノト云ハサル可ラス(vgl. v. Liszt 221. Anm 3 Frank, 1 Teil Abschn. IV 2 a. 小疇氏三一〇頁、勝本氏一八二頁)

(4) 特別ノ身分ヲ有スル人ニ非サレハ犯シ能ハサル罪卽チ所謂特別罪(Sonderdelikt)ニ付テハ其身分ヲ有セサル人ノ間接正犯ヲ認ムルコトヲ得ストナス學說(Frank a. a. O. Nagler, a. a. O. 74, 小疇氏三一〇頁――三一一頁、勝本氏大一八一頁――一八

二頁)卽チ此說ハ略前揭(3)說ト同一根據ニ立ツモ只其主張ヲ特別ノ身分ヲ必要トスル犯罪ニノミ限定セントスル者ナリ故ニ此說ニ依レハ男子ノ精神病者ヲ煽動シテ他ノ婦女ヲ强姦セシメタル婦女ハ强姦罪ノ間接正犯トスレトモ官吏ヲ强制シテ賄賂ヲ收受セシメタル非官吏ハ收賄罪ノ間接正犯ト爲ラス然レトモ此說ニ對シテモ亦特別ノ身分ヲ必要トスル犯罪ニ付テハ凡テ人類ヲ利用シタル場合ニ付キ之ヲ處罰シ能ハサル惡結果ヲ生スルニ至ルトノ批難アリ何トナレハ可罰正犯ナキカ故ニ敎唆トシテ之ヲ處罰シ能ハサルハ勿論ニシテ又此說ニ依レハ間接正犯トシテ之ヲ處罰シ能ハサルコトトナレハナリ(vgl. v. Liszt 221, Anm. 3)

(5)　凡テノ犯罪ニツキ何等ノ除外ナク間接正犯ノ成立ヲ認メ得ト爲ス學說

(v. Liszt, Finger, Geyer, Hälschner, v. Helldorff, Meyer, Schütz, Birkmeyer, R. 泉二大三六六——三六七)此說ハ以上ノ諸說ニ加ヘタル如キ駁論ニ因リ間接正犯ハ凡テノ犯罪ニ付キ除外ナク之ヲ認ムルコトヲ得故ニ男子ノ精神病者ヲ煽動シテ他ノ婦女ヲ强姦セシメタル婦女ハ勿論官吏ヲ强制シテ賄賂ヲ收受セシメタル非官吏モ亦間接正犯タルコトヲ得ト爲ス然レトモ直接正犯タルコトヲ得サル場合ニ付キ凡テ間接正犯ノ成立ヲ認ムルカ如キ喇カ極端ニ失スルモノト云ハサル可ラス

惟フニ前揭(1)及(2)ノ學說ノ共ニ採ルニ足ラサルハ勿論ナリ故ニ今專ラ前揭(3)乃至(5)ノ學說ニ就キ論センニ間接正犯モ亦本來直接正犯ノ延長ニ過キスシテ其之ト異ル所ハ只一ハ自己ノ身體若クハ人類以外ノ物ヲ使用シ他ハ自己以外ノ人類ヲ利用スル點ニ於テ相異ルノミ故ニ直接正犯ノ範圍ヲ越ヘテ間接正犯ヲ認ムルカ如キハ之ヲ正當ト云フ可カラサル可ク間接正犯ハ只直接正犯ノ成立シ得可キ限リニ於テノミ之ヲ認ムルコトヲ得ルモノト解セサル可ラス故ニ余輩ハ此ノ範圍ヲ越ヘヲ間接正犯ノ成立ヲ認メントスル前揭(5)ノ學說ハ之ヲ正シカラストス我刑法ノ解釋トシテ前揭(5)說ヲ主張セントスル者ハ「新刑法ハ身分ナキ者ニシテ身分ヲ必要トスル犯罪ノ主體ト爲リ得ルコトヲ認ムルカ故ニ(第六五條第一項)身分ナキ者カ身分ヲ必要トスル犯罪ヲ間接ニ犯シ得ル場合アリト認ムルモ法律ノ精神ニ矛盾スル所ナキナリ」ト說クモ(泉二大三六六頁——三六七頁)共犯ト間接正犯トハ之ヲ同一視ス可カラス何トナレハ共犯ノ場合ニハ身分ナキ者身分アル者共ニ犯ス場合ナレトモ間接正犯ノ場合ニハ獨リ身分ナキ者ノミ之ヲ犯ス場合ナ

レハナリ而シテ六五條I項ハ只共犯ニノミ關スル規定ナルヲ以テ此規定ニ於テ身分ナキ者ニ犯罪ノ主體タル地位ヲ與ヘタル故ヲ以テ間接正犯ニ付テモ亦同一ノ地位ヲ與ヘタルモノト解シ能ハサルハ勿論ナリ

然レトモ直接正犯タルコトヲ得サル凡テノ場合ニ付キ間接正犯ヲ否認セントスルモ亦聊カ極端ニ失ス直接正犯タルコトヲ得サル場合ニ二種アリ卽チ

(1)　法律カ特別ノ身體ヲ有スル者ノミヲ犯罪ノ主體ト爲シタル結果其身分ヲ有セサル者ハ之カ直接正犯タルコトヲ得サル場合卽チ一派ノ學者カ法律上ノ理由ニ因リ(aus rechtlichen Gründen)間接正犯ヲ不能トスト稱スル場合(vgl. v. Liszt 221 Anm, 3, 小疇氏三一〇頁—三一一頁)ニシテ此ノ如キ場合ニ付テハ全然間接正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス例ヘハ非官吏カ官吏ヲ强制シテ賄賂ヲ收受セシメ他人カ有夫ノ婦ヲ强制シ他ノ男子ト通セシメ通常人カ懷胎ノ狂婦ヲ煽動シテ墮胎セシメ非官吏カ心神喪失中ノ公務員ヲ敎唆シテ職權ヲ濫用セシメタル場合ノ如キ凡テ是レナリ(官吏收賄ニ付キ同說勝本氏大一八一頁小疇氏三一一頁姦通罪ニ付キ同說勝本氏一八一頁凡テノ設例ニ付キ反對泉二氏三六五頁—三六七頁此ノ如キ場合ノ犯罪ハ身分ヲ有スル者自ラ責任其他ノ罪責原因ヲ有スル場合ニ於テノミ之カ成立ヲ認メ得可キモノナリ(勝本氏大一八一頁參照)

特別ノ身分ヲ必要トスル犯罪ハ其身分ヲ有セサル者之ヲ犯スコトヲ得ス。然レトモ特別ノ身分ヲ有スル者ハ間接正犯トシテモ亦之ヲ犯スコトヲ得。例ヘハ官吏自ラ他ノ者ヲ利用シ官ノ文書ヲ僞造セシメタル場合ノ如キ是レ也然レトモ此理由ヲ擴張シ此ノ如キ場合ニ於テハ中間介入者カ責任能力ヲ有シ且ツ故意ヲ有スル場合ニ於テモ亦間接正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ト爲スハ(vgl. Frank 1 Teil 3 Abschn. 10 Ia, Loening 98, Nagler, a. a. o. 70. 928 109 小疇氏三一一頁)聊カ極端ニ失ス其理由トスル所ハ若シ然ラスンハ直接正犯タリ得サル者ヲ利用シタル者ハ凡テ罪責ヲ免ルルニ至ルト云フニアレトモ此ノ如キ場合ニハ凡テ共犯ノ成立ヲ認メ得可キモノナルヲ以テ論者ノ主張スルカ如キ不都合ハ之ヲ生スルコトナシ

(2)　物理上一定ノ結果ヲ生シ能ハサル爲メ直接正犯タルコトヲ得サル場合(vgl. Frank 1 Teil 3 Abschn. IV 2 a. 小疇氏三一〇頁勝本氏大一八二頁)婦女ノ强姦罪ニ對スル關係ノ如キ是レナリ婦女ノ通常强姦罪ノ直接正犯タルコトヲ得サル事由

ハ只物理上之ヲ行フ器械ヲ具ヘサルカ爲メノミ(勝本氏前掲)而シテ此ノ如キ犯罪ハ其物理的狀況ヲ有スル者自ラ犯罪其他ノ罪責原因ヲ有スルニ非サレハ犯罪ノ成立ヲ認ムル能ハサルモノニ非ス故ニ此ノ如キ犯罪ニ付テハ其物理的狀況ヲ有セサル者ト雖モ同一狀況ヲ有スル者ヲ利用スル限リハ凡テ間接正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得其關係ハ恰モ毒藥ヲ有セサル者カ毒藥ヲ有スル精神病者ヲ敎唆シ因テ人ヲ殺害セシメタル場合ト同一ナルナリ(勝本氏前掲)

(二)　利用者カ被利用者ノ目的ヲ幇助シタル場合ニ於テモ亦間接正犯ノ成立ヲ認メ得ルヤ否ヤ此點ニ付テモ亦聊カ學界ノ爭アリテ一部ノ學者ハ中間者(Mittelsperson)ヲ自己ノ目的ニ利用シタル場合ニハ間接正犯ヲ認メ得可ク利用者自ラ中間者ノ行爲ヲ幇助シタル場合ニハ間接正犯ヲ認ムルコトヲ得スト說ク(Birkmeyer, Die Lehre v.d. Teilnahme u. die Rechtsprechung des Reichsgerichts. 1890 § 163) 然レトモ通說ハ寧ロ幇助行爲ノ外形ヲ具フル場合ニ於テモ亦間接正犯ヲ認ム可シト爲シ此場合ヲ除外スル理由ハ存在セスト說ク(Frank 1 Teil 3 Abschn. IV 1, v. Liszt 222 Anm. 7, E18 419, 305. 小疇氏三〇九頁—三一〇頁、泉二氏大三六二)故ニ通說ノ說ク所ニ依レハ精神病者ヲ敎唆シテ人ヲ殺サシメタル者ノミナラス精神病者ノ人ヲ殺サントスル際被害者ヲ捕ヘテ其逃亡ヲ妨ケタル者モ亦殺人ノ間接正犯トナル

(三)　利用者自ラ間接正犯タルコトヲ知ラサル場合ニ於テモ亦間接正犯ノ成立ヲ認メ得可キカ例ヘハ責任能力者ト誤信シ精神病者ヲ敎唆シテ人ヲ殺サシメタル場合ノ如シ因果關係ニ因リ正犯ト加擔トヲ區別シ正犯ハ原因ヲ置キ加擔ハ條件ヲ置クモノナリト說ク學者ハ人ハ只自己ノ行爲ノ客觀的意義ヲ認識スル限リニ於テノミ罪責ヲ負擔ス可キモノナリトノ理由ニ因リ自ラ惹起スルコト知レル人ニシテ始メテ正犯タリ得可ク又自ラ條件ヲ置クコトヲ知ル人ニシテ始メテ加擔タリ得可ク正犯ト加擔トノ間ニハ客觀的因果關係ノ差異ト同時ニ主觀的故意ノ差異モ亦存在シ正犯故意(Tater dolus)ト加擔故意(Teilnahmer dolus)ト相對照ス(vgl. Frank 1 Teil 3 Abschn. II; Binding, Grundriss 134 ff., Mittermaier Z 21 235 ff, Nagler, Die Teilnahmen Sonderverbrechen 1903 S. 39 ff.)而シテ各個ノ場合ニ付テ觀察スレハ其主觀ト客觀トハ互ニ相齟齬スルコトナキニ非ス卽チ時ニ加擔ノ故意ヲ以テ正犯ノ行爲ヲ實行スルコトアリ又時ニ正犯ノ故意ヲ以テ加擔ノ行爲ヲ實行スルコトアリト說ク(vgl. Fr-

nk, a. a. o.)而シテ其場合ノ罪責ヲ如何ニ決ス可キカニ付テハ學說頗區々ヲ極ム卽チ

い　加擔ノ故意ヲ以テ正犯ノ行爲ヲ實行シメル場合卽チ通說カ事實上ノ錯誤ノ爲メ條件ヲ置クト信シタルニ拘ハス事實惹起ヲ爲シタル場合ト說ク場合ニシテ責任能力者ト誤信シ精神病者ヲ敎唆シテ人ヲ殺サシメタル場合ノ如キ是レナリ此場合ニ付キ或ハ過失正犯ナリト說キ(Frank, a. a. o. Horn Gers 54 376)或ハ故意ノ正犯ナリト說キ(v. Lisz 221 Anm. 2, 小疇氏三一一'泉二氏大三六八)或ハ加擔(敎唆)ナリト說キ(Oetker Gers 68 308)或ハ無罪ナリト說ク(Nagler, a. a. o. 133)

ろ　正犯ノ故意ヲ以テ加擔ノ行爲ヲ實行シタル場合卽チ通說カ惹起ス可ク信シタルニ拘ラス事實條件ヲ置キタルニ過キサル場合ト爲ス場合ニシテ精神病者ナリト誤信シ責任能力者ヲ敎唆シテ人ヲ殺サシメタル場合ノ如キ是レナリ此場合ニ付キ或ハ加擔ナリト說キ(Frank, a. a. o. Oetker, a. a. o.)或ハ正犯ナリト說ク(Nagler, a. a. o. 150 ff)

然レトモ前ニモ述ヘタル如ク因果關係ニ因リ正犯ト加擔トヲ區別セントスルハ誤リニシテ正犯カ原因ヲ置クカ如ク加擔モ亦原因ヲ置クモノナルカ故ニ通說カ因果關係ニ至リテハ正犯故意ト加擔故意トヲ區別スルコトモ亦之レヲ正シト爲ス可カラサルモノニシテ前揭二場合ノ如キ共ニ主觀客觀ノ一致ヲ認ム可ク其ノ間何等ノ齟齬アリト云フ可カラス之ヲ犯意ノ點ヨリ云ハンカ故意ハ只犯罪構成事實ヲ認識スルヲ以テ十分トシ敢テ犯罪ノ態樣ヲ認識スルコトヲ必要トセサルカ故ニ正犯加擔ニ關スル錯誤ノ如キ毫モ正犯故意ノ存在ヲ否認ス可キ事由トナラス尤モ因果關係モ亦犯罪構成事實ノ一部ヲ爲ス可キコト勿論ニシテ若シ正犯加擔カ因果關係ヲ異ニスルコト通說ノ說ク如クナリトセハ通說カ叙上ノ如キ說明ヲ爲シタルコトモ亦之ヲ正シト爲ササル可カラサルモ其前提ニシテ正シカラストセハ其結論モ亦固ヨリ之ヲ正シト爲ス可カラス。故ニ余輩ハ前揭(い)ノ場合ニ於テハ間接正犯ノ成立ヲ認メ前揭(ろ)ノ場合ニハ敎唆犯ノ成立ヲ認ム可キモノナリト信ス(い)ノ場合ニ付キ同說 v. Liszt A221 nm 2, 小疇氏川一一'反對 Birkmeyer, R11 56 其他後揭法學者(ろ)ノ場合ニ付キ同一結論 Frank, a. a. o. Oetker, a. a. o. 反對 Nagler, a. a. o.)

第四　間接正犯ニ關スル凡テノ問題ヲ判斷スルニツキテハ必ス機械トシテ使用セラレタル者ノ行爲ヲ資料トナササル可カラス從テ(vgl. v. Liszt 222 Anm)

(一) 犯罪ノ時及ヒ場所ニ付テハ間接正犯者カ機械ニ對シ動作ヲ與ヘタル日時場所ハ勿論機械トシテ使用セラレタル者カ行爲ヲ爲シタル日時場所モ亦間接正犯ノ日時場所ト判斷セサル可ラス(vgl. Binding, Handbuch 1 § 424, Beunrecke-Beling 83 Tafel, Die Geltung des Territorial prinzips 1902 40)。此點ニ付テハ二個ノ異說アリ(1)或ハ間接正犯者カ機械ニ對シ動作ヲ與ヘタル日ハ場所ノミヲ間接正犯ノ日時場所トシ(場所ニツキ三二年判二卷九〇頁,時ニ付キ泉二氏大三六七頁)(2)或ハ機械トシテ使用セラレタル者カ行爲ヲ爲シタル日時場所ノミヲ間接正犯ノ日時場所トスルモ(例之v. Liszt 222 Anm, 7. 140, 小疇 三〇八頁)共ニ正シカラス

(二) 罪數ニ付テハ一言ヲ以テ數人ノ機械ヲ煽動シタル場合ノ如キ行爲單一ニシテ犯罪亦單一ナリト云ハサル可カラサルモ(vgl. v. Liszt 222. Anm. 7, 泉二氏三六八頁小疇氏三〇八頁)一個ノ機械ヲ煽動シテ數個ノ結果ヲ惹起シタル場合ノ如キ故ニ數個ノ犯罪アルモノト解セサル可カラス(反對 v. Liszt a. a. o. 泉二氏小疇氏)。

(三) 未遂ニ付テハ爾後ノ進行カ機械ノ獨立動作ニ一任セラルルニ至ラサル場合,卽チ機械ニ行爲ノ決意ヲ生セシメタル場合ニハ未遂ニ達シタルモノト云ハサル可カラス(vgl. v. Liszt, a. a. o. 206 Anm. 7. 小疇氏三〇八—三〇九)

(四) 中止ニ付テハ一旦機械ニ決意ヲ生セシメタル以上ハ只結果ヲ除去スルニ因リテノミ中止ヲ爲スコトヲ得(vgl. v, Liszt 222 Anm. 7. 小疇氏三〇九)

(五) 機械カ行爲ヲ實行セサルトキハ只失錯犯ヲ以テ論ス可ク教唆ノ無罪未遂ヲ以テ論ス可カラス(vgl v. Liszt, a. a. o. 小疇氏)

(六) 責任能力ノ有無ハ教唆當時ノ狀態ニ依リ之ヲ決セサル可カラス(vgl. v. Liszt a. a. o. 小疇氏)

第三目　共同正犯

第一　共同正犯(Mittäterschaft, Coauteur)トハ二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ヲ云フ(刑法六〇)卽チ正犯二人以上アル場合ナリ狹ク正犯ト云フトキハ常ニ此共同正犯ヲ指ス我刑法六〇條ニ所謂正犯卽チ是レナリ

第二　二人以上共同シテ犯罪ヲ實行スル者カ共同正犯ナルカ故ニ共同正犯ノ成立スルニ付テハ主觀客觀ニ於テ二人以上ノ共同アルコトヲ要ス卽チ

（二）主觀的ニハ共同行爲者相互間ニ共同犯罪ノ認識(Bewusstsein des Zusammewirkens, Bewusstsein der Gemeindschaftlichkeit)アルコトヲ要ス此ノ認識ナケレハ共同正犯ヲ認メ能ハサルカ故ニ共同行爲者ノ一人カ責任能力又ハ故意ヲ缺ク場合ニハ當然共同正犯ヲ認メ能ハサルコトトナル(v. Liszt 221. Finger 1342, R 17, 413, 40. 21. Olshausen, Birkmeyer, Wiechowski 泉二氏大三七〇頁)一派ノ學者ハ過失犯ニ付キ共同正犯ノ成立ヲ是認スルモ(例之 Binding, Grindriss 135 ff., Thomsen 129, Bintz, Die Teilnahme die Weinberg, Frank)固ヨリ採ルニ足ラス此故ニ此派ノ學者カ過失的共同正犯トナス場合例之二人ノ勞働者カ通行人ニ當ルコトヲ知ラス相共同シテ一個ノ材木ヲ屋上ヨリ街路ニ投落シ因テ通行人ヲ死傷ニ至ラシメタル場合ノ如キ所謂附帶共犯(Nebenthäterschaft)ノ成立ヲ認ムル可ク共同正犯ノ成立ヲ認ムル可キニアラス(v. Liszt 225, Lucas 101 Frank, III zu § 49, Weinberg Teilnahme an fahrlässigen Handlungen 24 ff.; Wuttig, Fahrlässige Teilnahme 1902 ss 110 ff.)共同犯罪ノ認識ハ必ス相互的ナルヲ要ス卽チ共同犯罪ノ相互認識(Einverständniss)アルニ非サレハ共同正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス或ハ一方的認識ヲ以テ十分トシ一方的共同正犯(einseitige Mitthäterschaft)ノ成立モ亦之ヲ是認スルコトヲ得ト說クモノアレトモ(例之 Kohler 105, 牧野氏講九八頁)採ルニ足ラス(通說殊ニ Erank III zu § 47, E 5360, 23 169 泉二氏大三七〇頁)然レトモ共同行爲者ノ一人カ共行爲ヲ爲ス前共同ノ認識ヲ爲シタルト否ト卽チ共同行爲者相互間ニ通謀(Komplott)〔註三〕ノ事實アルト否トハ之ヲ問ハス(Frank a. a. o.)故ニ實行中共同ノ認識ヲ生シタル場合ニ於テモ亦共同正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得所謂偶然ノ共同正犯(sog. Zufällige Mitthäterschaft)是レナリ(Frank, a. a. o. R 1 742 7 453)此故ニ所謂相續的共同正犯(sukzessive Mitthäterschaft)ノ場合ニモ共同正犯ノ成立ヲ認メサル可カラス相續的共同正犯トハ共同行爲者ノ一人カ共行爲ヲ終了シタル後始メテ共同ノ認識ヲ生シタル場合ヲ云フ例ヘハ甲カ財物盜取ノ目的ヲ以テ乙ヲ打倒シ其後丙ニ其ノ企圖ヲ告ケ丙ト共ニ財物ヲ盜取シ甲カ强姦ノ目的ヲ以テ乙女ヲ制縛シ其情ヲ知リタル丙カ甲ト共ニ乙女ヲ强淫シタル場合ノ如キ是レナリ(Frank a. a. o. 泉二氏大三七〇頁以下勝本氏小八九頁)又相互認識ハ必スシモ明示タルヲ要セス〔註〕相互ニ暗默ノ認識アル場合ニ於テモ亦共同正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得(三六年判三四二頁及同九二四頁泉二氏大三七一頁)

「註一」共同犯罪ノ認識トハ他ノ共同行爲者ト協力シ因テ以テ或犯罪構成事實ヲ實現ス可キコトノ認識ヲ云フ

「註二」Frank III zu, 47ハ故意犯ノ場合ニハ共同行爲者カ自己ノ行爲ト他ノ行爲トヲ相協力シテ犯罪構成事實ヲ實現シ自己ノ行爲ハ他ノ行爲並ニ犯罪構成事實ニ對シ共同原因(Mitursache)タル關係ヲ有スルコトヲ知ルコト即チ共同惹起ノ認識(Bewusstsein der Mitursachung)アルコトヲ必要トシ過失犯ノ場合ニハ共同行爲者カ共同ノ行爲ニ因リ生スル結果ヲ知ラサリシコトヲ必要トス何レノ場合ニ於テモ共同正犯ハ主觀的ニハ共同ノ認識(Bewusstsein der Gemeinschaftlichkeit)アルコトヲ必要トスト說ク

「註三」Frank,ハ通謀ヲ本文ノ如ク說明シタレトモ泉二氏大三七一ハ通謀ヲ明示ノ合意ト解シ相互認識ハ必スシモ明示ノ合意通謀(Komplott)ニ依ルコトヲ要セス相互ニ暗默ノ認識アルヲ以テ足ルモノトス」ト說キ牧野氏講九七以下ハ「特ニ通謀ヲ必要トス可キ場合(九八)ノ外苟クモ合同ノ意思アルコトヲ以テ足リ云々」ト說明ス

共同罪責ノ範圍ハ相互認識ノ範圍ニ因リテ定マル故ニ共同行爲者ノ一人カ相互認識ノ範圍ヲ超越シタル場合卽チ所謂過剩(sog. Exzess)ノ場合ニハ其超越ノ部分ニ付テハ共同正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス例ヘハ甲乙兩人丙ヲ傷害センコトヲ約シ之ヲ打擊シタルニ甲ハ其機會ヲ利用シ丙ノ所持物ヲ盜取シタル場合ノ如キ傷害罪ニ付テハ甲乙共同正犯タルモ盜取ニ付テハ然ラス(Frank a. a. o. 泉二氏大三七一頁以下勝本氏小八九)然レトモ共同行爲者ノ一人カ相互ノ認識ノ範圍ニ於テ責任ナキモ尙罪責ヲ負擔ス可キ結果ヲ惹起シタル場合ニハ玆ニ過剩アリトス可カラス例ヘハ前例ニ於テ甲カ丙ヲ打チテ死ニ至ラシメタル場合ノ如キ甲乙共ニ傷害致死ノ共同正犯タルモノトス(Frank a. a. o. 勝本氏小八九, E 14 119. 21 267. R 8 577. RG in Goltd A 50 398) 或ハ右ノ理ニ反シ相互認識ノ一致ナキ部分ニ付キ共同正犯ヲ認ムルハ非ナリト說クモノアレトモ右ノ如キ場合ニ於テハ相互認識ハ互ニ相一致スルモノト云ハサル可カラサルノミナラス共同責任ノ下ニ實行セラレタル行爲其者ヨリ生シタル結果ハ凡テノ共同行爲者ニ歸責スルモノト解スルヲ至當トス此故ニ甲乙兩人丙女ヲ强姦センコトヲ謀リ甲ハ丙女ヲ脅迫シ乙ハ之ヲ姦淫シ丙女之カ爲メニ死亡シタル場合並ニ甲乙兩人丙家ニ於テ强盜ヲナサンコトヲ謀リ之ヲ實行スル際甲暗所ニ丙ノ嬰兒アルヲ知ラス之ヲ踏ミ殺シタル場合ノ如キ甲乙共ニ強姦致死並ニ强盜殺人ノ共同正犯タル可キモノトス(泉二氏三七二頁以下三五年判八卷九四頁)

責任(Schuld)ノ有無ハ共同行爲者ノ各自ニ就キ之ヲ定メサル可カラス故ニ一人

故意ヲ有シ他人過失ヲ有スルニ止マル場合ニハ共同正犯ニ非ス(通説特ニR. Gün Goltd A 40 159. 34—Frank, a. a. O.)又同シク故意ヲ有スルモ双方ノ故意互ニ相異ル場合ニ於テモ其異ル部分ニ付テハ共同正犯ヲ認ムルコトヲ得ス例ヘハ甲乙兩人丙ヲ傷害スルニ當リ甲ハ殺人ノ意思ヲ有シ乙ハ傷害ノ意思ヲ有スル場合ノ如キ是レナリ(泉二氏大三七一頁 Frank a. a. O. Ols. Zweig. 14, R 5 287)從テ故意カ一定ノ目的ヲ必要トスル場合ニ於テ共同行爲者ノ一人ハ之ヲ有シ他ハ之ヲ有セサル場合モ亦右同一ナラサル可カラス例ヘハ甲乙兩人外國ノ國旗ヲ損壊シ甲ハ其國ヲ侮辱スル目的ヲ有シ乙ハ之ヲ有セサル場合ノ是キ是レナリ(Beling, L. v. V. 411, Lucas 99. 泉二氏大三七一 Frank, a. a. O.)殊ニ共同行爲者ノ一人カ全然責任ヲ有セサル場合例之其一人カ責任無能力者ナル場合ノ如キ此一人ハ之ヲ共同正犯中ヨリ除外セサル可カラス故ニ若シ其一人ヲ除外スルニ因リ行爲者一人トナルトキハ茲ニ共同正犯ノ存在ナキニ至ル(Frank, a. a. O.)

(二) 客觀的ニハ共同行爲者ノ凡テカ同一犯罪事實ヲ構成ス可キ行爲ヲ共同ニ實行シタルコトヲ要ス(泉二氏大三六九頁勝本氏小八八)故ニ二人以上ノ者カ各別個ノ罪ヲ犯シ又ハ共ニ同一犯罪ノ豫備ヲ爲シ若クハ内一人カ實行ヲナシ他ハ之ヲ幇助シタルニ過キサル場合ノ如キ共ニ共同正犯ヲ認ムルコトヲ得ス(泉二氏大三六九上)然レトモ苟モ同一犯罪事實ヲ構成ス可キ行爲ヲ實行シタル以上ハ各自カ犯罪行爲ノ一部ヲ分擔シタル場合ハ勿論各自其全部ヲ實行シタル場合ニ於テモ亦共同正犯ヲ認ムルコトヲ得。故ニ例ヘハ甲ハ丙ニ暴行ヲ加ヘ乙ハ丙ヨリ財物ヲ奪取シ(泉二氏大三六九頁勝本氏小八八)甲ハ丙ノ倉庫ヲ打破リ乙ハ其中ヨリ財物ヲ盜取シタル如キ場合(Frank 1 zu §. 47)ハ勿論甲乙共同シテ丙ノ家ニ忍ヒ甲ハ時計ヲ竊取シ乙ハ衣類金錢ヲ竊取シタル如キ場合(Frank, a. a. O. 泉二氏大勝本氏小)ニ於テモ亦共同正犯ヲ認ムルコトヲ得前ノ如キ場合カ共同正犯ノ一場合タル可キハ勿論ニシテ刑法共同正犯ノ規定ハ主トシテ此場合ヲ豫想スルモノナル可シト雖モ(Frank, a. a. O.)後ノ如キ場合ニ於テモ亦一人カ一家屋ニ忍ヒ入リ時計衣類金錢等ヲ竊取シタル場合ト同シク單一ノ法益ヲ侵害シタリトノ理由ニ因リ物件ノ個數如何ニ拘ハラス同一犯罪ノ共同實行ト解ス可キハ當然ナリ(Frank, a. a. O. Olsh. Zweig. 7 泉二氏大三六九頁)學者ハ前ノ如キ場合ヲ狹義ノ共同正犯(Mitthäter schaft im

engeren Sinne)ト稱シ之ニ對シ後ノ如キ場合ヲ包含スル觀念ニ對シテハ特ニ廣義ノ共同正犯(M. imweiteren Sinne)ナル名稱ヲ與ヘ(Frank, a. a. o.)

第二 共同正犯ト從犯トノ區別如何正犯ハ犯罪ヲ實行スル者ニシテ從犯ハ之ヲ幇助スルモノナルコト法律ノ規定上明白ナル所ナリト雖モ其所謂實行ト幇助トハ如何ニ之ヲ區別シ得可キカ此點ニ付テハ學說區々ヲ極メ未タ一定スル所ナシト雖モ其重ナルモノハ左ノ三說ナリ

(一) 客觀說(die objektive Theorie)

此說ハ行爲ノ分量ニ重キヲ措キ同一價値ノ加工(gleichwertige Beteiligung)ヲナシタルモノハ共同正犯ニシテ輕少價値ノ加工(Minderwertige B.)ヲ爲シタル者ハ從犯ナリト說ク然レトモ更ニ詳シキ說明ニ至リテハ此說ノ說ク所亦必スシモ一致セス

即チ

(1) 或ハ實行ヲ寄與スルモノハ共同正犯ニシテ條件ヲ寄與スル者ハ從犯ナリト說ク此ノ說ノ主張者 Birkmeyer ハ曰ク結果ニ對シ原因ヲ寄與スルモノハ實行ニシテ之ニ對シ條件ヲ寄與スルモノハ幇助ナリ故ニ結果ニ對シ共同原因ヲ寄與スル者ハ共同正犯ニシテ之ニ對シ條件ヲ寄與スルニ過キサル者ハ從犯ナリ」ト而シテ氏ハ最モ有力ノ條件即チ原因ナリト爲スカ故ニ共同原因從テ又共同正犯ハ只二個ノ條件カ全然同一價値ニシテ其一個ノミニ因リテ結果ヲ惹起シ能ハサル場合ニ於テノミ之ヲ認ムルコトヲ得例ヘハ數人カ各自ノ力ノミニテハ動カシ能ハサル重キ物品ヲ投シテ人ヲ殺シ二人カ各輕量ノ毒藥ヲ呑マシメ被害者双方ノ毒藥ニ因リ死亡シタル場合ノ如キ是レナリト說ク(Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtssprechung des Reichsgerichts 1890)

「註」尤モ氏モ所々ニ共同正犯罪構成要件ニ該スル行爲(Tatbeotands handlung)ヲ實行セサル可カラスト說ク結果ニ於テ一致スルモノハ Meyer-Allfeld. 197, v. Liozt § 50, Merkel 144, Oppenh.-Del. 13, Hälochner 1,377 ff. Belirg 97,ders. L. v. V. 408 ff.,Thomsen 144, Finger 1. 339 (Frauk 同 zu. § 47 ニ依ル自ヲモ亦然ラン)

(2) 或ハ實行ヲ爲ニ加工スル者ハ共同正犯ニシテ然ラサル者ハ從犯ナリト說ク此說ノ代表者 v. Liszt ハ曰ク「共同正犯ハ實行ヲ爲ニ加工スルコト(Beteiligung an der Ausführungs handlung)ヲ前提トスルカ故ニ之ト從犯トノ區別ハ之ヲ客觀的ニ定メサル可カラス即チ殺人罪ニ於テ人ヲ傷ケ窃盜罪ニ於テ物ヲ奪取シ詐僞罪ニ於テ

欺罔ニ與リタル者ハ其各罪ノ共同正犯ナリ所謂結合犯ノ場合ニハ犯罪ヲ構成スル實行々爲ノ一部ノミヲ犯シタル者ハ之ヲ共同正犯ト云フコトヲ得其故ニ甲カ丙女若クハ丁ニ對シ暴行脅迫ヲ加ヘ乙カ丙女ヲ姦淫シ若クハ丁ノ所有物ヲ奪取シタル場合ノ如キ甲乙間ニ共同ノ認識アル限リハ甲乙共ニ之ヲ强姦罪若クハ强盜罪ノ共同正犯ト爲スコトヲ得何トナレハ暴行脅迫ハ强姦罪若クハ强盜罪ノ構成要件ナレハナリ然レトモ甲カ乙ノ屋内窃盜ヲ實行スル間之カ見張ヲ爲シタル場合ノ如キ甲ハ乙ノ共同正犯ニ非スシテ寧ロ其從犯タルナリ何トナレハ見張ナキ窃盜ノ實行ト爲スニ非サレハナリ」ト(v. Liszt 225)

「註」v. Liszt 223 anm 8 ハ(新法文 221 anm. 9)ハ此說ハ已ニ Feuerbach ニ依リテ主張セラレタル所ニシテ Berlin, München, ノ以前ノ判例亦之ト一致シ Berner (一八六一年以來) 160. Finger 1 339, Frank S 47 II, Hälschner 1 377, v. Lilienthal 45(結果ニ於テ) Loenning 93, 99, Merkel 144, Meyer-Allfeld 197, Waechenfeld 272 殊ニ Birkmeyer モ亦同說ナリト說ク

第二篇　刑法各論

緒言

第一　刑法各論ニ於テハ犯罪ノ特別構成要素ト之ニ對スル刑罰トヲ講究ス刑法第二編ノ研究是レナリ

第二　舊刑法ハ佛國刑法ニ倣ヒ刑法各論ニ屬スヘキ部分ヲ(1)公益ニ關スル重罪輕罪(2)身體財產ニ對スル重罪輕罪(3)及ヒ違警罪ノ三種ニ區分シタリ然レトモ罪ヲ分ツテ公益ニ關スル罪及ヒ身體財產ニ對スル罪ノ二ト爲スハ羅馬法ノ公罪私罪ノ區別ヲ承繼スルニ止マリ刑法編纂上何等ノ實益ナキノミナラス却テ理論ノ失當ト解釋ノ疑義トヲ生スル虞アリ故ニ刑法ハ此區別ヲ廢止シ凡テノ罪ヲ統轄シテ單ニ罪ト名付ケタリ又舊刑法ニ所謂違警罪ハ其ノ性質毫モ他ノ罪ニ異ナラサルモノ若クハ其ノ性質時所ニ依リ臨機ノ規定ヲ必要トスルモノニシテ前者ハ之ヲ他ノ罪ト區別スル必要ナク後者ハ之ヲ刑法ニ規定スル理由ナシ故ニ刑法

ハ違警罪ノ爲メ獨立ノ一編ヲ設クルコトナク前ノ種類ニ屬スルモノハ之ヲ他ノ罪ト共ニ第二編ノ各條ニ規定シ後ノ種類ニ屬スルモノハ之ヲ刑法ヨリ分離シテ特別ノ法令ニ讓リタリ(例之明治四十一年內務省令十六號警察犯處罰令)

第三　學者間ニハ犯罪ヲ二分スル說ト之ヲ三分スル說トアリ是レ犯罪ニ依リテ侵害セラレ法律ニヨリテ保護セラルル法益ヲ如何ニ區分スルカノ問題ニ係ルモノニシテ右ノ法益ヲ個人ノ法益團體ノ法益ノミニ區分スル者ハ犯罪ヲ個人ノ法益ニ對スル罪及團體ノ法益ニ對スル罪ノ二ニ區分シ之ヲ個人ノ法益社會ノ法益及國家ノ法益ノ三ニ區分スルモノハ犯罪ヲ個人ノ法益ニ對スル罪社會ノ法益ニ對スル罪及ヒ國家ノ法益ニ對スル罪ノ三ニ區分ス而シテ我カ舊刑法カ重罪輕罪ヲ區分シテ公益ニ關スルモノ及ヒ身體財產ニ對スルモノノ二ト爲シタルモ亦右ノ二分說ニ基キタルモノニ外ナラス然レトモ犯罪ハ同時ニ個人社會若シクハ國家ノ法益ヲ侵害スルコトアル可ク又刑法ノ各規定モ同時ニ個人社會若シクハ國家ノ法益ヲ保護スルコトアル可キヲ以テ此二分說三分說共ニ理論ノ正確ヲ期シ難シ故ニ舊刑法ノ分類ヲ排斥スルト同時ニ此等ノ學說モ亦之レヲ排斥シタリ

第四　學者ハ二分若クハ三分シタル犯罪ヲ更ニ被害法益ノ如何ニヨリテ細分シ此內ニ類似ノ犯罪ヲ排列スルヲ通常トシ二分三分セスシテ直チニ細分ノミヲ爲スモノアリ例之舊刑法伊刑法此兩國法ハ公益ニ關スル罪ノ部分ヲ細分シ公益ニ關スル罪トハ題セス

舊刑法亦此例ニ倣ヒ公益ニ關スル罪中ニ靜謐ヲ害スル罪信用ヲ害スル罪健康ヲ害スル罪風俗ヲ害スル罪等其他數種ノ細分ヲ認メ現行刑法ノ草案亦起草ノ當初右同一ニ出テタリ然レトモ被害法益ニ從テ凡テノ罪ヲ細分スルコト必スシモ學者ノ是認スル所ナラサルノミナラス或種ノ犯罪ニ付テハ其ノ何レノ法益ヲ侵害スルモノナルヤヲ究ムルコト頗ル困難ナルモノアリ(例ヘハ住居ヲ侵ス罪祕密ヲ侵ス罪等ハ之ヲ靜謐ヲ害スル罪中ニ置キ猥褻ノ罪禮拜所及ヒ墳墓ニ關スル罪等ハ之ヲ風俗ヲ害スル罪中ニ置キ犯人藏匿ノ罪及證憑湮滅ノ罪等ハ之ヲ公權ニ關スル罪中ニ置クヲ通常トスルモ此等ノ諸點ニ對シテモ種々ノ異論ナキ能ハス)故ニ刑法ハ二分三分ヲ排斥スルト共ニ此細分モ亦之ヲ排斥シ犯罪ノ區分ハ大小ニ拘ラス凡テ之ヲ學說ニ一任シタリ

(註) vgl. v. Liszt 298 v. Liszt ハ此等ノ規定ニヨリ保護セラルル法益ハ此規定ニヨリ初メテ保護セラルルニアラス已ニ保護セラレテ法益トナリ居ルモノヲ更ニ其手段ノ如何ニヨリ保護ヲ厚クスルモノナリト說キ Feuerbach, Soening 等モ其ノ思想ヲ有シ Oppenheim 亦然リ Binding モ語ヲ異ニスルモ同一ノ意見ナリト云フ

第五　刑法第二編ノ規定ニ付キ特ニ注意スヘキハ各罪ノ刑ノ範圍頗ル擴大セラレタル事ナリ是レ舊刑法ノ刑ノ範圍極メテ狹溢ニ失シ裁判所ノ適用ニツキ自由裁判ノ餘地ナク爲メニ情狀輕キ者ニ過重ノ刑ヲ科シ其ノ重キ者ニモ過輕ノ刑ヲ科スルノ止ムヲ得サルモノアリタル爲メニシテ(理由書八四)刑法ハ之ニ依リ著シク客觀ヨリ主觀ニ傾キタルモノト言フ可シ然レトモ刑ノ量定ハ執法ノ最大難事ニシテ優レテ法ニ通スル判事モ尙事實上之ヲ難シトスル所ナルヲ以テ理想トシテハ兎モ角モ實際ノ法規トシテ此ノ如キ規定カ其運用ニ遺憾ナキヲ得ルヤ否ヤハ頗ル疑問タラサルヲ得ス

第一章　皇室ニ對スル罪

第一節　總說

第一　我刑法ハ國事犯ノ內亂罪中國權ノ總攬者ニ對スル罪ヲ內亂罪ヨリ分離シ之ニ皇族ニ對スル罪ヲ合シ廣ク皇室ニ對スル罪ヲ規定ス廣ク國事犯(die Staatsdelikte)ト云フトキハ(1)直接國家ニ對シ行ハルル犯罪ハ凡テ之ヲ包含シ得ヘキモ(2)學說又ハ立法ニ於テ通常國事犯(das Staatsverbrech)又ハ政治犯(das politische Delikt)ト稱スルハ此ノ如キ廣キ意味ニアラスシテ單ニ國家ノ存立自體ニ關スル罪ノミヲ意味ス(3)而シテ國事犯中最モ重ナルモノハ(4)內亂(Hochverrat)外患(Landesverrat)ノ二罪ナリ

「註」(1)間接ニハ凡テノ犯罪カ國家ニ對ス(M.=A. 534)

(2) Meyer=Allpeld 534 ff. ハ其例ナリ

(3) (Meyer=Allfeld 536 ff. v. Liszt. 531 ff. Birkmeger 83 ff. Beling 78)

(4) 之ニ盡キタリト云フニハアラス例ヘハ政事上ノ權利ニ對スル罪ノ如キハ之ヲ政治犯中ニ入ルルヲ通常トシ(Birkmeyer 85 Meyer=Allfeld 100. v Liszt 23. 534) 又國交ニ關スル罪モ通常之ヲ政治犯中ニ入ル(v. Liszt 532Meyer=Allfeld ハ之ヲ廣義ノ國事犯中ニ入ル)廣ク解スル者ハ凡テ政治上ノ目的ヲ以テ犯サレタル罪カ國事犯ナリト解シ(Meyer. Lammasch) 狹ク解スル者ハ著シク其 Begriff ヲ狹ム(Finger)(Meyer=Allfeld 100 Anm. 55) Tomsen 54. ハ政事上ノ犯罪ノ意義ハ全ク不確定ナリ實ハ消極的ニ引渡犯罪中ニ列記セサルコトニ依リ政治上ノ犯罪ノ觀念ヲ定ムルヲ通常トスト述フ然レトモ其ノ An m. 2 ニハ內亂外患君主ニ對スル不敬罪國交ニ關スル罪臣民ノ政事上ノ權利ニ對ス

ル罪ノ政事上ノ犯罪ニ屬ス可キコト疑ナシト說ク

即內亂罪ハ對內ノ關係ニ於テ國家ノ存立ヲ害スル罪ニシテ外患罪ハ對外ノ關係ニ於テ國家ノ存立ヲ害スル罪ナリ蓋シ國家ノ存立ニハ對內對外ノ兩關係アルヲ以テ國家ノ存立ヲ害スル罪即チ所謂國事犯ニモ對內對外ノ兩種ヲ生スル所以ナリ國家ハ國土國憲及ヒ國權ノ總攬者ニ依リテ存立ス故ニ對內ノ關係ニ於テ國家ノ存立ヲ害スル罪即チ所謂內亂罪ハ更ニ國土ニ對スル罪國憲ニ對スル罪及ヒ國權ノ總攬者ニ對スル罪ノ三種ヲ包含ス而シテ我刑法ハ內亂罪中國土國憲ニ對スル罪ヲ內亂ニスル罪トシテ規定シ(第二編第二章)內亂罪中國權ノ總攬者ニ對スル罪ハ之ヲ內亂罪ヨリ分離シ之ニ皇族ニ對スル罪ヲ合シ「特ニ皇室ニ對スル罪」ナル一章ヲ設ケタリ是レ我國固有ノ國體ニ基因シタルモノニシテ外國ニ於テハ其例ニ乏シキ所ナリ

第二　國事犯ハ凡テ其ノ性質上左ノ特色ヲ有ス(v. Liszt 532)

(一)　內國立法上ノ特色トシテハ常事犯ト刑ヲ異ニシ常事犯ニ比シ一般ニ刑ヲ重クスルモ名譽ヲ害スルカ如キ刑ハ之ヲ科セサルヲ通常トス

(二)　國際共助上ノ特色トシテハ國事犯人ハ之ヲ外國ニ渡ササルヲ原則トス然レトモ千八百五十六年三月白耳義カ所謂殺害除外文句(sog. belgische Attentats Klausel)ヲ設ケタル以來元首ヲ殺害スル罪ニ付テハ引渡ヲ除外セサルヲ通常トス

「註」尤モ各支分國間ニハ此原則ヲ認メサル例モアリ例ヘハ Preuzen. Bayern. 間ノ條約(Meyer=Allfeld 100 Anm. 55.)

(1) 此除外ハ千八百五十四年九月ニ Napoleon III ヲ殺害セントシテ白國ニ逃レタル二人ノ革命黨從犯者ノ爲メ翌々五十六年三月二十二日ニ設ケラレタルモノニシテ多クノ立法ハ之ニ倣ヒタリト雖モ英、伊、瑞等ハ尙之ニ倣ハス(Meyer=Allfeld 101 Anm. 56. Tomsen 55. anm. 2. v. Liszt 111)

之ヲ我國法ニ照スニ

(一)　我刑法ハ國事犯ノ一般ニ付キ特別ノ刑種ヲ認メサルモ內亂罪ニ付テハ何レモ懲役ヲ科セスシテ禁錮ヲ科シ且ツ刑罰ハ國事犯ノ一般ニ付キ之ヲ重クシ皇室ニ對スル罪亦其ノ例ニ從フ

(二)　各國トノ間ニ結ヒタル引渡條約及引渡條例ニ依レハ我國ニ於テモ亦國事犯人即所謂政事上ノ犯罪人ハ之ヲ他國ニ引渡ササルヲ原則トス(日米犯罪人引渡

條約四條日露犯罪人引渡條約四條逃亡犯罪人引渡條約三條)然レトモ日露ノ條約ニ於テモ「君主又ハ皇族ノ身體又ハ名譽ニ對スル行爲ハ政治上ノ性質ヲ有スル犯罪ト認メス」トノ明文ヲ設ケタルヲ以テ(四條第一項但書)我ニ於テモ亦所謂殺害除外文句ヲ認メタルモノト云フ可ク之カ爲メ皇室ニ對スル罪ハ凡テ引渡ノ除外タラサルモノナリ

第三　皇室ニ對スル罪ニ付テハ犯人犯地ノ內外ヲ問ハス我刑法ノ適用アリ(第二條一號)是レ內亂外患ノ罪ト同シク自國保護ノ必要ヨリ生シタル屬地主義ノ例外ナリ

第四　皇室ニ對スル罪ニ危害罪不敬罪ノ二種アリ而シテ危害罪ハ內亂罪ト同シク第一審且ツ終審トシテ大審院ノ管轄ニ屬シ其ノ手續ニ付テハ大審院ノ特別權限ニ屬スル訴訟手續ノ規定アリ(裁判所構成法五十條二號刑事訴訟法三百十條以下)

第二節　危害罪(第七十三條第七十五條)

第一　客體

本罪ノ客體ハ天皇太皇太后皇太后皇太子皇太孫及皇族ナリ

天皇トハ皇室典範ニ從ヒ大日本帝國ノ皇位ヲ繼承シ且ツ之レヲ統治スル者ヲ云フ(憲法一、二條皇室典範第一章)

茲ニ天皇ト云フ內ニハ所謂太上天皇ヲ包含セス何トナレハ皇室典範ニ從ヘハ皇位ハ常ニ天皇崩御シタルトキ之ヲ繼承スヘキモノナルヲ以テ我國ノ現時ニ於テハ所謂太上天皇ナルモノ存在セサレハナリ(皇室典範第十條)

皇后トハ皇室典範及皇室婚嫁令ニ從ヒ天皇ノ配偶者タル地位ニ立ツモノヲ云ヒ(皇室典範第十六條皇室婚嫁令第一章)太皇太后トハ先々帝ノ皇后タリシ者ヲ言ヒ皇太后トハ先帝ノ皇后タリシ者ヲ云フ皇太子ノ母必スシモ皇后タルニアラス天皇ノ祖母必スシモ太皇太后タルニアラス又天皇ノ母必スシモ皇太后タルニアラス

皇太子トハ皇室典範ニ從ヒ儲嗣タル地位ニ立ツ皇子ヲ云ヒ(皇典十五、十六條)皇太孫トハ皇太子アラサル場合ニ於テ皇室典範ニ從ヒ儲嗣タル地位ニ立ツ皇孫ヲ

云フ(皇典十五十六條)皇子必スシモ皇太子タラス、又皇孫必スシモ皇太孫タラス

皇族トハ太皇太后皇太后皇后皇太子皇太子妃皇太孫皇太孫妃親王親王妃內親王王妃及女王ヲ云フ(皇典三〇)然レトモ第七十五條ニ皇族ト稱スル內ニハ太皇太后皇太后皇后皇太子及皇太孫ハ之ヲ包含セス蓋シ此等ノ皇族ニ對シテハ別ニ第七十三條ノ規定アレハナリ

第二　行爲

本罪ノ行爲ハ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタルコトナリ

危害トハ生命身體自由貞操其他所謂人格權ニ對スル侵害ヲ指ス故ニ殺傷ハ勿論逮捕監禁其ノ他ノ行爲モ亦凡テ本罪ノ行爲中ニ包含セラル可シト雖モ財產ニ對スル侵害ハ之ヲ包含セス蓋シ財產ニ對スル侵害モ亦之ヲ包含スト爲スハ文理ニ於テ正當ナラサルノミナラス「註一」刑ノ輕重ニ於テモ亦頗ル穩當ヲ缺ク所アレハナリ「註二」(通說)

「註一」財產侵害ノ場合ニハ危害ト云ハスシテ損壞毀壞破壞等ト稱ス

「註二」死刑ヲ科スル必要ナシ他國ノ立法ニハ「身體」ト明記スルモノアリ又之ニ類スル語ヲ用ユルモノアリ

又人格權中名譽ニ對スル侵害モ亦茲ニ之ヲ包含セス何トナレハ名譽ノ侵害ニ對シテハ別ニ不敬罪ノ規定アレハナリ(七十四條七十六條)

加ヘントシタルト云フ內ニハ實行ノ著手ハ勿論其豫備陰謀等モ亦之ヲ包含ス故ニ本罪ニ付テハ中止未遂ヲ想像スル餘地ナシ(又教唆從犯ヲ正犯ト區別シテ處罰スル理由ナシ)(v. Liszt. Hälschner 通說殊ニ Olshausen. Frank. Köhler. Meyer=Allfeld)

第三　處分

本罪ノ處分ハ天皇太皇太后皇太后皇后皇太子又ハ皇太孫ニ對スルト(第七十三條)皇族ニ對スルト(第七十五條)ニ依リテ異ナリ又皇族ニ對スルトキハ危害ヲ加ヘタルトキト危害ヲ加ヘントシタルトキトニ依リテ異ル

第三節　不敬罪(第七十四條第七十六條)

第一　客體

本罪ノ客體ハ危害罪ノ客體ニ神宮及ヒ皇陵ヲ加ヘタルモノナリ

神宮トハ皇祖ヲ奉祀スル伊勢ノ大廟ヲ云フ大廟ノ外神宮ト稱スルモノ少カラサレトモ此等ハ凡テ本罪ノ客體タルコトナシ(明治四年五月布告官社以下定額及ヒ神宮職員規則)蓋シ皇祖ヲ奉祀シタル大廟ニシテ始メテ第七十四條ノ保護ヲ與フル必要アル可ク他ノ神宮ニ對スル行爲ニ付キ第七十四條ニ規定スルカ如キ嚴罰殊ニ現在ノ皇族ニ對スル第七十六條ノ刑ヨリモ重キ刑ヲ科ス可キ理由ナケレハナリ(同說泉二氏其他通說)

皇陵トハ歷代天皇ノ墳墓ヲ云フ皇后其他皇族ノ墳墓ハ之ヲ包含セス是レ文理ノ解釋ニ於テ然ルノミナラス若シ一般皇族ノ墳墓モ亦之ヲ包含ストナサハ第七十六條トノ刑ノ對照上現在ノ皇族ヲ保護スルコト却テ墳墓ヨリモ輕キ結果ニ達スルニ依ル(通說大場氏亦然リ)

第二　行爲

本罪ノ行爲ハ不敬ノ行爲アリタルコトナリ

不敬ノ行爲トハ皇室ノ尊榮ヲ傷ク可キ凡テノ行爲ヲ云フ之ヲ普通人ニ付テ云ヘハ名譽ヲ害スル行爲ニ外ナラスト雖モ皇室ノ榮譽ト普通人ノ名譽トハ其大小廣狹自ラ同一ニアラサルカ故ニ皇室ニ對スル不敬罪ト普通人ニ對スル名譽罪トモ自ラ其ノ大小廣狹ヲ異ニス卽チ普通人ニ對シ名譽ニ對スル罪ヲ構成スル場合(230.231.)ハ勿論其他皇室ノ尊榮ヲ傷ク可キ凡テノ場合ニ於テ本罪ノ成立ヲ見ル「註一」故ニ例ヘハ敬意ノ表示(Ehrfurchtsbezeugung 例之 Sitzenbleiben)ヲ缺クカ如キ(例之敬禮ヲ爲ササルコト)單純ニ之ヲ缺クノミナルトキハ本罪ヲ構成セサルモ「註二」職務上ノ地位其他ニ依リ之ヲ表示スル法律義務(Rechtspicht)ヲ負擔スルトキハ本罪ヲ構成ス「註三」統治行爲ノ批評ハ天皇ノ一身ニ關セサルヲ以テ本罪ヲ構成セサルヲ原則トス「註四」然レトモ統治行爲ニ託シ天皇ヲ侮辱スルトキハ其ノ私行ニ付キ之ヲ侮辱スル場合ト同シク本罪ヲ構成ス而シテ其統治行爲ニ大臣ノ責任アル副署アリタル事實ハ毫モ本罪ノ成立ヲ妨ケス「註五」本罪ノ行爲ハ必スシモ積極ナルヲ要セス「註六」然レトモ不作爲ハ敬意ノ表示ニ就キ述ヘタル如ク只作爲ノ法律義務アル場合ニ於テノミ本罪ヲ構成ス「註七」言語ヲ以テ表示スルト否トハ關係ナシ言語ヲ以テ表示セサルモ動作ニ於テ不敬ノ意思ヲ認識シ得ヘクンハ凡テ本罪ノ成立ヲ妨ケス(Frank a. a. o)

(1) Frank 201.
(2) v. Liszt, Frank, Meyer Allfeld—Schlitze, Meyer=Allfeld ハ ほぼ Olshausen, Hälschner, R. G. 亦同說
(3) v. Liszt. 547. Meyer=Allfeld 633, Frank 202.
(4) Frank. 202.
(5) Frank 202, v. Liszt. Meyer=Allfeld.
(6) Meyer=Allfed.
(7) v. Liszt.....

然レトモ他人ニ於テ毫モ之ヲ認識シ能ハサル場合ニハ絶對ニ本罪ヲ成立セス秘密ノ手帳ニ天皇ヲ侮辱スル文字ヲ書キ連ネタル場合ノ如キ是レナリ)其ノ他本罪ノ行爲ハ公然ナルト然ラサルト直接ナルト間接ナルトヲ問ハス又其方法程度ノ如何モ之ヲ問ハサルヲ原則トス然レトモ全然不敬ノ意思ヲ有セサルトキハ如何ナル場合ト雖モ本罪ヲ構成セス田舍者御幸ヲ拜シ感動ノ餘リ賽錢ヲ投シタル場合ノ如キ是レナリ

歷代ノ天皇ニ對シ不敬ノ行爲アリタルトキハ本罪ヲ構成セスシテ只第二百三十條第二項ノ罪ヲ構成スルノミ(Frank—, v. Liszt—)然レトモ歷代ノ天皇ニ託シ現在ノ天皇ニ對シ不敬ノ行爲アリタルトキハ通常ノ場合ト同シク本罪ヲ構成スヘキコト勿論ナリ(Frank. R. G.—Liszt, Binding)

第三　處分

本罪ノ處分ハ天皇太皇太后皇太后皇后皇太子皇太孫神宮又ハ皇陵ニ對スルト皇族ニ對スルトニ依リテ異ル

第二章　內亂ニ關スル罪

第一節　總說

第一　內亂ニ關スル罪ハ廣義ノ內亂罪中ヨリ國權ノ總攬者ニ對スル罪ヲ除キタルモノナリ故ニ此ノ內ニ規定セラルルモノハ主トシテ國土國憲ニ對スル罪ナリ國土國憲ニ對スル罪ト云フモ此罪ニ依リ直接ニ侵害セラルル法益カ常ニ國土國憲ニ關スルモノト云フニアラス此罪ニ於テモ亦事實上個人法益ノ侵害セラルルコト少ナカラス暴動ニ依リ人ノ生命身體ヲ害シ其ノ財產ヲ奪掠スルカ如キ其例ナリ然レトモ本罪ノ本質ハ主トシテ國土國憲ヲ害スル點ニアリテ此罪ニ依ル個人法益ノ侵害ハ寧ロ其ノ從タルニ過キサルモノナリ

第二　內亂ニ關スル罪カ國事犯ノ一種トシテ其刑罰及犯人引渡ノ點ニ付キ聊カ特色ヲ有スルハ前ニ述ヘタル如シ(前章第一節參照)

第三　內亂ニ關スル罪モ亦皇室ニ對スル罪ト同シク犯人犯地ノ內外ヲ問ハス我刑法ノ適用ヲ受ケ(第二條第二項)又其訴訟ハ常ニ大審院ノ特別權限ニ屬ス(裁構五〇條二號刑訴三一〇條以下)

第二節　目的

第一　本罪ニハ朝憲紊亂ノ目的ヲ必要トス(七七條一項)卽チ犯罪ノ成立ニハ犯罪決意ノ遠因ヲ問ハストノ刑法總則ノ例外ニシテ法律ハ其遠因ノ如何ニ依リ內亂罪ト他ノ暴行罪例之騷擾罪(一〇六條以下)强盜罪(二三六條以下)等トヲ區別セント欲スルモノナリ

第二　朝憲トハ國家成立ノ基礎ヲナス凡テノ法律制度ヲ云フ「註一」故ニ獨リ成文憲法ノ內容ノミナラス其他國家成立ノ基礎ヲナス法令慣習ノ內容モ亦凡テ朝憲ニシテ又成文憲法ノ內容ナルモ國家成立ノ基礎トナラサルモノハ凡テ朝憲ニアラス「註二」此理由ニヨリ選擧權等其他議會ノ成立組織權限等ニ對スル侵害ハ朝憲ノ紊亂ト爲レトモ出版信敎ノ自由等ヲ侵害スルモ朝憲ノ紊亂ト爲ラス「註三」法律ハ朝憲紊亂ノ例トシテ政府ノ顚覆ト邦土ノ僭竊トヲ揭ク政府ノ顚覆トハ皇朝ヲ覆スコトヲ意味シ國體ノ變更皇統ノ改廢等凡テ此內ニ包含セラル邦土ノ僭竊トハ國土橫領ノ意ニシテ其一部タルト全部タルトハ之ヲ問ハス其他天皇ノ大權皇位ノ繼承等ニ對スル侵害ハ凡テ朝憲紊亂中ニ包含セラル

「註一」Liszt, Frank. Meyer Allfeld ノ說明參照

von Calker ハ國家ノ政治的生活カ法律上ノ基礎ヲ見出ス規定ト解ス

「註二」Olshausen, Liszt 536. Frank 191. Meyer=Allfeld 626. 反對 Beseler, Rubo 常ニ成文憲法ノ侵害ナリト云フ

「註三」Liszt a. a. o. Frank a. a. o.

第三　學者或ハ法文ニ「朝憲ヲ紊亂スルコトヲ目的トシテ」トアルヲ「朝憲紊亂ノ手段卽其著手行爲トシテ」ノ意ナリト解ス。而シテ其理由トスル所ハ「朝憲紊亂ノ目的ヲ以テスル暴動必スシモ內亂罪ヲ構成セス。將來朝憲ヲ紊亂センカ爲メ其準備トシテ先ツ之ニ必要ナル軍資ヲ得ント欲シ多衆聚合銀行ニ押入リ監守者ニ對シ

暴行强迫ヲ加ヘ金庫在中ノ金銀ヲ强取シタル場合ノ如キ何人モ內亂罪ヲ以テ處斷スルコトヲ是認セサル可シ」ト云フニアリ(大場氏)然レトモ此說ハ當ラス何トナレハ法文ニ「朝憲ヲ紊亂スルコトヲ目的トシテ」トアルヲ「朝憲紊亂ノ手段トシテ」ト解スルコト既ニ我國ノ用例ニ反スルノミナラス目的ハ各個ノ行爲ニ付キ之ヲ定ム可ク設例ノ場合ハ寧ロ朝憲紊亂ノ目的ヲ以テシタルニアラスシテ暴動其者ヲ目的トシタルモノ卽チ「暴動ノ豫備」ト解ス可キモノナレハナリ(舊刑法七二二條參照)

第三節　行爲

第一　本罪ノ行爲ハ暴動ヲ爲スコトナリ(第七十七條第一項)

暴動トハ多衆結合ノ暴行脅迫ヲ云フ暴行脅迫ニハ殺傷放火切掠其他ノ結果ハ之ヲ包含セサルヲ通常トスルモ玆ニ所謂暴行脅迫中ニハ凡テ此等ノ結果ヲ包含ス暴動ハ多衆結合ノ暴行脅迫ナルカ故ニ一人ノミノ暴行脅迫ハ未タ以テ暴動ト爲スニ足ラス幾人ヲ要スルヤノ問題ハ數理的ニ之ヲ解決シ能ハサルモ少クトモ一地方ノ安寧ヲ害スル程度ニ達シアラサル可ラス暴動ハ現實ノ戰爭タルヲ要セス刑法カ舊刑法ニ「內亂ヲ起シ」トアリタルヲ「暴動ヲ爲シ」ト改メタルハ此疑義ヲ避ケンカ爲メナリ(理由書九一舊刑法一一一條)

「註」獨逸ノ學者ハ或ハ暴行ノミト說キ(Laszt, Hälschner, Merkel)或ハ暴行ノ外暴行ヲ以テスル脅迫モ亦可ナリト說キ(van Calker. Frank, Köhler, Meyer=Allfeld Olshausen, R, G)或ハ暴行脅迫共ニ可ナリト說ク(Binding ハ Gewa'tsam ヲ widerrechtlich ト解ス)然レトモ是レ同法ニ Gewaltsam トアレハナリ

小疇氏ハ舊刑法ニ於テ「舉兵」ト解シタリ然レトモ舊刑法ニ於テモ軍隊組織ハ必要ニアラサリキ岡田氏カ不法ヲ必要トシタルハ解シ難シ

第二　暴動ハ殺傷放火等其他數多ノ行爲ヲ包含ス故ニ朝憲紊亂ノ目的ヲ以テスル限リハ此等ノ行爲モ亦內亂行爲ノ內容トナル卽チ內亂罪ハ殺傷放火其他ノ行爲カ朝憲紊亂ノ目的ヲ有スル場合ニ付キ定メタル特別ノ一罪ト爲ル故ニ內亂罪ヲ犯スニヨリ此等ノ行爲ヲ爲シタル場合ニハ特法ハ通法ヲ排ストノ原則ニヨリ內亂罪ノ規定ノミヲ適用ス可ク此外ニ殺傷放火其他切掠等ノ罪ヲ認メ之ト內亂罪トニ付キ刑法五十四條一項ヲ適用ス可キモノニアラス然レトモ此關係ハ殺傷放火等ノ行爲カ內亂ノ行爲卽チ朝憲紊亂ノ目的ヲ以テスル暴動トシテ行ハレ

タル場合ノミニ之ヲ是認ス可キモノナルヲ以テ內亂ニ乘シ內亂ニ關係ナキ生命身體財產ヲ害シ(舊刑法一二八條)又ハ內亂ノ豫備トシテ此等ノ行爲ヲ敢テシタル場合(舊刑法一二二條)等ニハ內亂罪又ハ內亂ノ豫備ト他ノ犯罪トノ間ニ刑法五十四條一項ノ適用ナキヲ得ス而シテ單ニ政府ヲ變亂スル目的ヲ以テ人ヲ謀殺シタルニ止マル如キ場合(舊刑法一二三)ニハ獨リ單純ノ殺人罪ノミヲ認ム可キモノトス

第四節　未遂豫備陰謀及幇助

第一　內亂ノ未遂罪ハ單純ノ暴動干與者ノ外凡テ之ヲ罰ス(七七條二項)內亂ノ未遂既遂ハ暴動ヲ遂ケタルヤ否ヤニ依リテ之ヲ決ス可ク朝憲紊亂ノ目的ヲ遂ケタルヤ否ヤニ依リテ之ヲ決ス可キモノニアラス故ニ內亂ノ未遂ハ朝憲紊亂ノ目的ヲ以テ暴動ニ著手シタルモ未タ其ノ暴動ヲ遂ケサル場合ニ於テ之ヲ想像スルコトヲ得學者或ハ暴動ニ著手シタルトキハ之ト同時ニ內亂ノ既遂ト爲ルト主張ス(大場氏)然レトモ此ノ說ノ如クンハ內亂罪ニ付テハ遂ニ未遂罪ノ成立ヲ認メ能ハサルコトト爲ル

第二　內亂ノ豫備陰謀ハ又之ヲ罰ス(七十八條)是レ犯罪ノ豫備陰謀ハ之ヲ罰セストノ刑法總則ノ例外ナリ兵隊ヲ招集シ兵器金穀ヲ準備スルカ如キハ內亂豫備ノ適例ニシテ(舊刑法一二五條)其他帝國ノ軍備ヲ調査シ海陸ヲ測量シ沿道ヲ經營スルカ如キモ亦然リ內亂ニ付テハ其豫備陰謀ヲ罰スルカ故ニ中止未遂ニ基ク刑ノ減免ヲ想像スルコトヲ得ス

第三　內亂ノ幇助ニ付テハ特別ノ規定アリ(七十九條)內亂幇助トハ內亂ノ從犯ヲ云フ兵器金穀ノ資給ハ其適例ニシテ集會場給與ノ如キ亦然リ(舊刑法一二七條)幇助シタル正犯カ既遂ナルト未遂ナルト將タ豫備陰謀ナルトハ之ヲ問ハス、內亂ノ從犯ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタルハ內亂ノ正犯ニハ數種ノ階級アリテ各其刑ヲ異ニスルカ故ニ從犯ノ處分ヲ凡テ刑法總則六十三條ニ委ヌルニ於テハ其適用上少ナカラサル困難ヲ生スルヲ以テナリ卽チ刑法ハ從犯ノ處分ヲ一定スル必要上此ノ特別規定ヲ設ケタルモノナリ

第五節　處分

第一　內亂未遂既遂)ノ處分ハ左ノ區別ニ從テ異ル(七十七條)

(1)　首魁卽チ暴動ノ首領ニシテ其一人ナルト數人ナルト又當初ヨリ首領タルト中途ヨリ首領タルトハ之ヲ問ハス

(2)　謀議ニ參與シ又ハ群衆ノ指揮ヲ爲シタル者卽チ首魁ニアラサルモ樞要ノ職務ニ從事シタル者ニシテ參謀、隊長ノ如キ其例ナリ

(3)　其他諸般ノ職務ニ從事シタル者卽チ何等カノ職務ニ從事シタルモ其職務ハ前者ノ如ク樞要ナラサルモノニシテ會計醫務兵站部等ノ職務ニ從事シタル者ハ其例ナリ

(4)　單ニ暴動ニ干與シタル者卽チ何等ノ職務ニ從事スル事ナク只其暴動ニ干與シタルニ過キサルモノニシテ法律ハ附和隨行者ヲ以テ其例トナス附和隨行トハ一定ノ目的モナク只犯人ノ使嗾ニ煽動セラレ之ニ附隨シタルニ過キサルモノニシテ單純ノ兵卒ノ如キハ其例ナリ舊刑法ニ所謂指揮ヲ受ケテ雜役ニ供シタル者例之軍夫雇員ノ如キモ亦元ヨリ此ノ部類ニ屬ス(舊刑法一二一條四號)凡テ此部類ニ屬スル者ハ只既遂ノ場合ニ於テノミ罰セラル(七十七條二項)

第二　內亂ノ豫備陰謀及幇助ノ處分ニ付テハ特別ノ規定アリ(七十八條七十九條)而シテ未タ暴動ニ至ラサル前之ヲ自首シタルトキハ何レモ其刑ヲ免除ス(八十條)豫備陰謀ニ付キ自首ノ免刑ヲ認メタルハ豫備陰謀ヲ爲ス者ヲシテ可成實害ナキ程度ニ於テ意思ヲ翻サシメンカ爲メニシテ幇助ニ付キ自首ノ免刑ヲ認メタルハ幇助者自首スレハ之カ爲メ速カニ犯罪ノ實行ヲ抑壓シ得可キヲ以テナリ

第三　內亂罪ノ處分ニ付キ注意スヘキハ此罪ニ對シ何レモ懲役ヲ科セスシテ禁錮ヲ科シタル點ナリ是レ內亂ノ罪タルヤ國家ノ存在ヲ危クシ其危險ノ程度頗ル(重大ナルモノナリト雖モ其犯人タルヤ敢テ自己利益ノ爲メニ之ヲ企ツルニ非スシテ多クハ公衆ノ利益ノ爲メ之ヲ行ハントスルモノナルヲ以テ此等ノ犯人ニ對シ通常ノ犯人ニ科ス可キ懲役ノ刑ヲ科スルハ刑ノ種類罪ノ性質ニ相應セストノ理由ニ基ク(理由書)卽チ前ニ述ヘタル國事犯ノ特色ヲ尊重シタルモノナリ

第三章　外患ニ關スル罪

第一節　總說

一(第一　外患ニ關スル罪ハ對外ノ關係ニ於テ國家ノ存立ヲ害スル罪卽チ國家ノ對外的安寧ヲ害スル罪ナリ(註一)故ニ此罪ハ常ニ犯人ト他國ト相結合スルニ依リテ生シ必ス帝國外ニ他ノ國家ノ存立スルコトヲ前提トス是レ此罪ノ內亂罪ト異ル所ニシテ內亂罪ハ帝國ノミ此世界ニ存在スル場合ト雖モ尙之ヲ想像シ得可キモ(註二)此罪ハ然ラス(註三)

「註一」Meyer=Allfeld 629 ヶ Landesverrat ヶ國家ノ die äussere Sicherheit ニ對スルモノナリト說キ Liszt 539 ヶ L. ヶ國家ノ die äussere Sicherheit und Machtstellung ニ對スル Angriff. ナリト說ク

「註二」日本昔時ノ內亂ハ多ク然ル可シ

「註三」Liszt 359, 535.

第二　外患ニ關スル罪ハ戰時同盟國ニ對スル行爲ニ付キ我帝國ニ對スルト同一ニ成立ス(八十九條)戰時同盟國トハ帝國ト外國トノ交戰中帝國ト攻守同盟ヲ結ヒタル外國ヲ云フ交戰ノ始ヨリ同盟ヲ結ヒタルト交戰ノ開始後同盟ヲ結ヒタルトハ之ヲ問ハス又攻守同盟ヲ結ヒタル以上ハ其國カ現ニ交戰ニ從事シ居ルト否トモ之ヲ問ハス

第三　外患ニ關スル罪ニ付テモ亦犯人犯地ノ內外ヲ問ハス我刑法ヲ適用ス(一十一條三項草案ハ敵國ノ臣民ニシテ其本國ノ軍事ニ從事セシモノ卽チ本國ニ忠良ナル外國人ニ對シ我刑法ヲ適用處罰スルハ不都合ナリトノ理由ニ依リ本章ノ規定ハ外國人ニ對シテハ帝國又ハ帝國ノ艦舶若シクハ占領地ニ在リテ犯シタル場合ニ限リ之ヲ適用シタレトモ(草案一〇六)確定法文ハ此規定ヲ削除セリ

第四　外患ニ關スル罪モ亦國事犯トシテノ特色ヲ有ス然レトモ其刑種ハ通常ノ犯罪ニ對スルト相異ルコトナシ(尙大審院ノ特別權限ニモ屬セス)

第五　外患ニ關スル罪ノ未遂豫備陰謀ハ凡テ之ヲ罰シ豫備陰謀ノ處分ニ付テハ特別ノ規定アリ(八七、八九)故ニ本罪ニ付テモ亦中止未遂ニ基ク刑ノ減免ヲ想像スルコトヲ得ス本罪ニ付キ豫備陰謀ヲ罰シタルハ其危險ノ大ナルコト毫モ內亂ニ關スル罪ト相異ラサルニ因ル

第六　外患ニ關スル罪ニ(1)背叛罪(2)間諜罪(3)軍機漏泄罪(4)及其他ノ外患罪ノ四種アリ

第二節　背叛罪

背叛罪(Militärische Landesverrat)ニ左ノ三種アリ

第一　通謀罪(landesverräterische Konspiration)

通謀罪トハ外國ニ通謀シテ帝國ニ對シ戰端ヲ開カシメタル罪ナリ(第八十一條前段)外國トハ帝國以外ノ國家ヲ云フ故ニ國家ヲ組織セサル共同團體ト通謀スルモ本罪ヲ構成セス通謀トハ意思ノ合致ヲ云フ故ニ一方ノ意思ノ存在スルノミニテハ不可ナリ又一方ノ意思カ表示セラルルモ他ノ意思カ之ニ合致セサレハ本罪ヲ構成セス「註一」通謀ト開戰トノ間ニハ因果關係ノ存立スルコトヲ必要トスルカ此場合ニ於ケル因果關係ノ證明ハ頗ル困難ナルヲ以テ「註二」之ヲ必要トスルヤ否ヤニ付テハ學者間ニ爭ナキニアラス然レトモ我刑法ハ「通謀シテ戰端ヲ開カシメ」ト規定スルカ故ニ少クトモ我刑法ノ解釋トシテハ之ヲ積極ニ決スルヲ相當トス「註三」但シ既ニ通謀開戰ノ事實アルニ於テハ其間ニ因果關係ノ存在スルモノト推定セラルルヲ通常トス然レトモ其推定ハ決シテ絶對ニ否定ス可カラサルモノニアラス「註四」

「註一」獨刑八七ハ Einlassen ナル語ヲ用ユ Frank ハ此語ニ付キ略本文同一趣旨ノ解釋ヲ與フルモ Olshausen ハ相談ヲ初メタルトキ又ハ將ニ相談セントスルトキニモ Einlassen ト爲ルト說ク但シ通謀ナル語ハ寧ロ Einlassen ニ當ラスシテ Verabredung ニ當ラサルカ(83)若シ然ラハ Olshausen 亦本文同說

「註二」Olshausen ハ己ニ此事ヲ明言ス

「註三」Frank 95 ハ獨刑ニ der Krieg トアリテ定冠詞ヲ使ヘルコトヲ理由トス

「註四」Frank 95 其他 Köhler, Blume 等同說

Finding Lehrb. 2. 467 ハ「相當ナル時點ノ連絡ヲ保ツ限リ此推定ハ之ヲ否定ス可カラス」ト說ク其他 Meyer-Allfeld 629. Liszt 540.Anm. 3, Olshausen, Kohlund, Schwartz 等通說ハ全然因果關係ノ必要ナシト說キ Gohn, Rubo Epstein, Schütze, van Calker 等ハ其必要アリト說ク尤モ右ノ內 Olshausen ハ時點ノ連絡ニ之ヲ必要トス

本罪ニ付テハ八十九條ノ適用ヲ疑フ學者アリテ其理由トスル所ハ「戰時同盟國ナル語既ニ同盟國我帝國ト結ヒ他ノ國家ト戰端ヲ開キタルコトヲ前提トスルカ故ニ其後ニ於テ更ニ同盟國ニ對シ戰端ヲ開カシム可キ行爲アルヲ想像スルコトヲ得ス」ト云フニアリ然レトモ外國ハ必ススシモ一ノ外國ニ限ルコトナク同盟國我帝國ト結ヒ一ノ外國ニ對シ戰端ヲ開キタリトスルモ其外ニ尙多數ノ第三國アルヲ以テ犯人若シ此等ノ外國ト通謀シ其國ヲシテ更ニ同盟國ニ對シ戰端ヲ開カシ

ムルニ於テハ此行爲ニ付テモ亦八十九條ノ適用ヲ否定スルコトヲ得ス故ニ通謀罪ニ付テモ亦八十九條ノ適用アルヘキコト明白ナリ

第二　抗敵罪(landesverräterische Waffenhilfe)

抗敵罪トハ敵國ニ與シテ帝國ニ抗敵シタル罪ナリ(八十一條後段)敵國トハ帝國ト戰端ヲ開キタル外國ヲ云フ故ニ本罪ハ必ス帝國ト或ル外國トノ交戰中ナルコトヲ前提トス「與シ」ハ之ヲ通謀ト區別ス可シ通謀ハ意思ノ合致ヲ必要トスルモ「與シ」ハ之ヲ必要トセス「抗敵」トハ敵對ノ意ナリ必スシモ自ラ武器ヲ採リテ我帝國ト干戈ヲ交ユルコトヲ要セス此意味ニ於テ敵國ノ醫師看護人從軍酒保等ト爲ルカ如キモ亦抗敵ノ行爲ト爲ル(Frank, Liszt. 牧野氏大場氏等凡テ同說)戰場ニ出ルコトハ之ヲ必要トス可シ然レトモ其任意ニ出ツルト義勇兵ニ出ツルト將タ通常ノ軍隊ニ加入スルトハ之ヲ問ハス(Frank 196. Olshausen 亦同說)

第三　敵國幇助罪

此罪ニハ左ノ三種ノ罪ヲ包含シ何レモ帝國ノ他ノ國家トノ交戰中ナルコトヲ前提トス

(一)軍用ニ供スル物件ヲ交付スル罪(八二條)

(二)軍用ニ供スル物件ノ使用ヲ不能ナラシムル罪(八三條)

(三)軍用ニ供セサルモ直接戰鬪ノ用ニ供ス可キ物ヲ交付スル罪(八四條)

(一)及(三)ハ敵國ニ軍事上ノ利益ヲ與フル罪ニシテ(二)ハ帝國ノ軍事上ノ利益ヲ害スル罪ナリ(一)ニ於テ軍用ニ供スル物件ト云フ內ニハ軍用ニ供スル場所建造物又ハ物ヲ包含シ(二)ニ於テ軍用ニ供スル物件ト云フ內ニハ軍用ニ供スル場所又ハ物ヲ包含ス而シテ軍用ニ供スル物トハ(一)(二)(三)ノ凡テノ場合ニ於テ軍用ニ供スル動產ヲ意味ス此等ノ物件ノ國家ノ所有ニ屬スルト否トハ之ヲ問ハス(一)ニ於テ交付ト云フハ引渡ノ意ナリ必スシモ引渡ノ形式アルヲ要セス又其手段方法ノ如何竝ニ有償タルト無償タルトモ之ヲ問ハス然レトモ交付ト拋棄トハ凡テノ場合ニ於テ之ヲ區別ス可シ

第三節　間諜罪(第八十五條)

間諜罪ハ左ノ二種ノ罪ヲ包含シ何レモ帝國ノ他ノ國家トノ交戰中ナルコトヲ

前提トス

第一　狹義ノ間諜罪

卽チ自ラ敵國ノ爲メニ間諜ヲ爲ス罪ナリ間諜トハ公然戰鬪員ノ一員トナルニ非スシテ祕密ニ敵情ヲ探知シ之ヲ報告スル任ニ當ル者ヲ云フ(舊刑一三一條參照)公然敵國ノ斥候ト爲ルカ如キハ第八十一條ノ抗敵罪ヲ構成ス可キモ本罪ヲ構成セス

第二　間諜幇助罪

卽チ自ラ敵國ノ間諜ト爲ルニ非スシテ敵國ノ間諜ヲ幇助スル罪ナリ(舊刑一三一條二項參照)必スシモ積極的ニ軍情探知ノ行爲其者ヲ幇助スル要ナシ故ニ例ヘハ敵國ノ間諜ヲ藏匿スルカ如キ行爲モ亦當然此ノ內ニ包含セラル(Binding, Olshausen, Ruds-Stinglein 其他通說—Oppenheim)

第四節　軍機漏泄罪(第八十五條第二項)

軍機漏泄罪トハ軍事上ノ機密ヲ敵國ニ漏泄スル罪ナリ軍事上ノ機密ニ限ルカ故ニ軍事外ノ機密殊ニ外交上ノ機密ヲ漏泄スルモ本罪ヲ構成セス機密トハ敵國ニ對シ祕密ニス可キ事項ヲ云ヒ(例之兵員ノ多寡軍隊ノ進退兵器ノ精粗、戰鬪ノ方略等)國內一般ニ知レ渉リタル事項ト雖モ未タ敵國ニ知レ渉ラス且ツ之ヲ祕密ニシ得可キ限リハ凡テ之ヲ機密ト云フコトヲ得漏泄トハ祕密事項ノ告知ヲ云フ其方法ノ如何ハ之ヲ問ハス(例之書面口頭電信電話等)又其直接ナルト間接ナルトモ之ヲ問ハス(例之敵國臣民ヲ經テ帝國政府ニ告知ス)

刑法上ノ軍機漏泄罪ハ常ニ外國トノ交戰中ナルコトヲ前提トシ平時ノ軍事機密ニ關シテハ別ニ軍機保護法ノ規定アリ(明治三十二年法律百〇四號刑施二十六條)此規定ハ本來一般ノ軍事機密ニ關シ設ケラレタルモノナリト雖モ刑法規定ノ效力ハ之ヲ妨ケサルモノナルヲ以テ刑法規定ノ效力ノ及フ限リハ此規定ノ適用ナク此規定ハ主トシテ平時ノ軍事機密ニ關スルモノト知ル可シ(軍機保護法八條刑施二十二條)

第五節　其他ノ外患罪(第八十六條)

卽チ背叛間諜軍機漏泄以外ノ方法ヲ以テ敵國ニ軍事上ノ利益ヲ與ヘ又ハ帝國ノ軍事上ノ利益ヲ害スル罪ヲ意味ス(舊刑法一三二參照)軍事上ノ利益ニ限ルカ故ニ軍事外ノ利益ハ茲ニ又問題ト爲ラス「敵國」トアルカ故ニ固ヨリ他ノ罪ト同シク或ル外國トノ交戰中ナルコトヲ前提トス

第四章　國交ニ關スル罪

第一節　總說

第一　國際公法上權利ヲ有シ義務ヲ負フ者ハ常ニ國家自ラニシテ國家ノ臣民ニアラス故ニ國際公法上ノ違法行爲モ亦國家獨リ之ヲ行フコトヲ得可ク國家ノ臣民カ他ノ國家ニ對シ如何ナル行爲ヲ行フモ之ヲ目シテ國際公法上ノ違法行爲ト爲スコトヲ得ス然レトモ國際公法上ノ主體タル文明ノ國家ハ互ニ相連結シテ一ノ國際團體ヲ構成シ以テ相互ニ親善ヲ盡スモノナルヲ以テ此ノ國際團體ノ一員タル國家ハ又自ラ自己ノ臣民カ他ノ國家ニ對シ侵害ヲ加フルコトモ亦之ヲ防止スル義務ヲ負擔ス茲ニ於テカ文明ノ國家ハ其ノ國內法ヲ以テ此等ノ侵害行爲ヲ處罰シ以テ他ノ國家ニ對スル國際公法上ノ義務ノ履行ヲ滿足ナラシム是レ國交ニ關スル罪ノ規定アル所以ナリ故ニ國交ニ關スル罪ハ之ヲ形式ヨリ云ヘハ國內法ノ侵犯ナレトモ之ヲ實質ヨリ云ヘハ帝國外國間ノ國際的關係ヲ危險ニスルモノナリ(Liszt 551)

第二　國交ニ關スル罪ヲ罰スル理由如何ニ付テハ或ハ外國ノ利益ヲ保護スルカ爲メナリト主張スル者アレトモ(Hegler, Prinzipien d. internat. Strafrecht 1906. 90. 91.)外國ト親善ノ關係ヲ維持スルコトニ關スル內國ノ利益ヲ保護スルカ爲メナリト解スルヲ至當トス(Frank 206. Gerland. 泉二氏大場氏亦同說)

第三　國交ニ關スル罪ニ付テハ外國ノ刑法ニ於テ同一ノ罪ヲ設ケタル場合ニ限リ內國ノ規定ヲ適用スト爲ス主義ト外國ノ刑法ニ於テ同一ノ罪ヲ設クルト否トヲ問ハス內國ノ規定ヲ適用ストナス主義トアリ前者ハ之ヲ相互主義ト稱シ後者ハ之ヲ單獨主義ト稱ス而シテ我刑法ハ單獨主義ヲ採用ス

第四　外國ノ立法例ニハ國交ニ關スル罪ヲ親交國ニ對スル行爲ニ付テノミ規定スルモノアリ(例之獨刑一〇二以下)然レトモ我刑法ハ之ヲ擴張シ(註一)其ノ行爲

ノ親交國ニ對スルト否トヲ問ハス(註二)本罪ノ成立アリト爲ス

「註一」立法理由ヨリ云ヘハ親交國ニ對スル行爲ニ限ル方至當ナラム

「註二」尤モ國家ナラサルモノニ對シテハ成立セス獨逸學者ハ親交國ノ意味ニ付キ大ニ爭フ

第五　國交ニ關スル罪モ亦國事犯ノ一種トナスコトヲ通常トス(Liszt. Meyer=Allo ld.Tomson等)故ニ此ノ犯罪ニ對スル刑罰モ通常ノ犯罪ニ比シテ重ク且ツ此犯人モ犯罪人引渡ノ目的物タラサルモノトス

第六　國交ニ關スル罪ニ付テハ帝國內又ハ帝國外ニ在ル帝國船舶內ニ於テ犯サレタルトキノミ我刑法ヲ適用ス(獨逸學者ハ第九十二條ノ罪ニ付キ大ニ此事ヲ爭フ)

第七　國交ニ關スル罪ニハ(1)外國ノ代表者ニ對スル罪(2)非禮ノ罪(3)私戰ノ罪(4)及ヒ局外中立命令違反罪ノ四種アリ

第二節　外國ノ代表者ニ對スル罪(第九十條第九十一條)

此罪ハ現行法ニ於テ始メテ規定セラルル所ナリ舊刑法ハ此罪ノ規定ヲ缺キタルヲ以テ此罪ニ該ル行爲ハ舊刑法ニ於テハ普通人ニ對スル罪ニ問擬セラルル外ナカリキ然レトモ此ノ如キハ外國ヲ敬遇スル所以ニアラス故ニ現行法ハ外國ヲ敬遇スル所以ヲ明カニスル爲メ此罪ヲ規定シ以テ此ノ罪ト普通人ニ對スル罪トヲ區別セント欲シタリ(理由書九九)

第一　客體

本罪ノ客體ハ左ノ二種ナリ

一　帝國ニ滯在スル外國ノ君主又ハ大統領(第九十條)

外國ト云フカ故ニ國家ヲ組織セサル共同團體ノ首長ハ之ヲ包含セス(例之野蠻人ノ酋長)此理由ニ依リ羅馬舊教寺院ノ主宰者タル羅馬法王ノ如キモ亦本罪ノ客體トナラス然レトモ苟モ國家ヲ組織スル以上ハ其國家ノ條約國ナルト否ト親交國ナルト否ト(註)文明國ナルト否トハ凡テ之ヲ問ハス君主大統領トアルカ故ニ君主大統領ノ一族屬員攝政竝ヒニ廢位セラレタル君主大統領等ハ之ヲ包含セス又帝國ニ滯在スルコトヲ必要トスルカ故ニ君主、大統領タルモ帝國ニ滯在セサル者

ハ本罪ノ客體ト爲ラス然レトモ帝國ニ滯在スル以上ハ其滯在ノ理由如何ハ問フ所ニアラス

「註」獨法ハ親交國ニ限ルカ故ニ其親交國カ何ナルヤニ付テハ議論多シ。Frank 2 5—206. Olshausen 102. 最モ詳密 Meyer-Allfeld 628 Anm. 5 亦簡單ニ之ヲ論ス Olshausen ハ文明國ト小文明國トニヨリ之ヲ區別ス

二　帝國ニ派遣セラレタル外國ノ使節(第九十一條)

外國ノ意義ハ前項ニ述ヘタルト同一ナリ使節トアルカ故ニ使節ノ家族屬員等ハ固ヨリ之ヲ包含セス(其代理モ攝政ト對照シ元ヨリ然ラン)又帝國ニ派遣セラレタル使節トアルカ故ニ他國ニ派遣セラレタル使節ハ帝國滯在中ト雖モ本罪ノ客體ト爲ラス然レトモ帝國ニ派遣セラレタル使節ナル以上ハ其用務及ヒ種類(使節ニハ種々ノ種類アリ)ノ如何ハ問フ所ニアラス

第二　行爲

本罪ノ行爲ハ暴行脅迫又ハ侮辱ナリ

暴行トハ腕力ノ不法行使ヲ云フ而シテ其內ニハ殺傷其他ノ行爲ハ之ヲ包含セス(包含スルトセハ刑罰輕キニ失ス從テ殺傷其他ノ行爲ト暴行トノ間ニハ第五十四條第一項ノ適用アリ)故ニ暴行ヲ爲スニヨリ殺傷其他ノ行爲ヲ爲シタル場合ニハ暴行ト殺傷其他ノ行爲トノ間ニ刑法五十四條一項ノ適用ナカル可ラス玆ニ所謂暴行ハ此點ニ於テ內亂罪ニ所謂暴動ト區別セラル其暴行ノ人ニ對スルト物ニ對スルトヲ問ハス又他ノ反抗ヲ抑壓シ得ルヤ否ヤモ之ヲ問ハス玆ニ所謂暴行ハ前ノ點ニ於テ傷害罪ニ所謂暴行ト異リ(二〇七條二〇八條)皇室ニ對スル罪ニ所謂危害トモ此點ニ於テ異ナル公務執行妨害罪ニ所謂暴行トモ亦同シ95)後ノ點ニ於テ强姦罪强盜罪等ニ所謂暴行ト異ル(一七七條二三六條二三八條)

脅迫トハ他人ヲ畏怖セシムル目的ヲ以テスル害惡ノ告知ヲ云フ然レトモ玆ニ所謂脅迫ハ告知ス可キ害惡ヲ一定スルコトナク又他ノ反抗ヲ抑壓シ得ルト否トモ之ヲ問ハス前ノ點ニ於テ脅迫罪ニ所謂脅迫ト異リ(二二二條二二三條)後ノ點ニ於テ强姦罪强盜罪等ニ所謂脅迫ト異ナル(一七七條二三六條二三八條)

侮辱トハ他人ノ名譽ヲ侵害スルコトヲ云フ然レトモ玆ニ所謂侮辱ハ其公然ナルト否トヲ問ハス又事實ヲ摘示スルト否トモ之ヲ問ハス此點ニ於テハ侮辱罪ニ

所謂侮辱ト異ル(二三〇條二三一條)

第三　處分

本罪ノ處分ハ君主大統領ニ對スルト使節ニ對スルトニ依リテ異リ又其行爲ノ暴行脅迫ナルト侮辱ナルトニ依リテ異ナル而シテ其行爲侮辱ナルトキハ常ニ外國政府又ハ被害者ノ請求ヲ待ツテ其罪ヲ論ス卽此場合ニ於テハ常ニ親告罪ノ一種トナル此罪ヲ親告罪トナシタルハ其罪質本來親告罪ニ屬ス可キモノナルノミナラス(二三二條)其國風慣習ノ異ルヤ往々我國ニ在テ侮辱ニ相當スルモノモ彼國ニ於テハ否ラサルモノアリテ起訴不起訴ヲ當該檢事ニ一任ス可カラサルモノアレハナリ又之ヲ告訴トセスシテ請求ト爲シタルハ告訴ニハ一定ノ法式ヲ要スルヲ以テ之ヲ外國政府又ハ外國人ニ命スルトキハ外國政府又ハ外國人ヲシテ手續上ノ困難ヲ感セシムル煩累アレハナリ(理由書九九)故ニ請求モ亦實質ニ於テハ告訴ト同一義ニシテ只一定ノ法式ヲ必要トセサル點ニ於テ之ト相異ルノミ

第三節　非禮罪(第九十二條)

此罪ハ舊刑法ニ於テ全然間擬ス可キ罰條ヲ缺キタルモノニシテ現行刑法カ之ヲ新設シタルハ外國ヲ侮辱スル行爲ヲ罰セント欲シタルモノナリ本罪ニハ外國ニ對シ侮辱ヲ加フル目的ヲ必要トシ(總則ノ例外)其物體ハ外國ノ國章ニシテ其行爲ハ損壞除去又ハ汚穢ナリ而シテ本罪モ亦外國政府ノ請求ヲ待テ之ヲ論スル點ニ於テ外國代表者ニ對スル侮辱ノ罪ト相同シ國章トハ或國ノ權力ヲ表彰スル徽章ヲ云フ法律ニ例示シタル國旗ハ其最重ナルモノニシテ其他紋章境界柱ノ如キモ亦此內ニ包含セラル(Frank 208. Frankハ國章トハ要スルニ其場所其物ノ該當國權ニ從フコトヲ示スモノナリト說ク)外國ノ國章ト云フカ故ニ國家ヲ組織セサル他ノ共同團體ノ徽章ハ本罪ノ物體ト爲ラス又本罪ハ國家ノ公權的行爲(obrigkeitliche Akte)ヲ保護センカ爲メニ規定セラルルモノナルヲ以テ(Frank 208)其外國自ラ其國章ヲ使用シタル場合ニ於テノミ本罪ノ成立ヲ見ル可ク個人カ之ヲ使用シ若クハ現ニ其國ニ依リ使用セラレアラサル場合ニ於テ損壞其他ノ行爲ヲ行フモ本罪ヲ構成セス(通說Olshausenハ始メ反對ナリシモ近時同說BindingハStautswillenヲ以テ備ヘラルレハ十分ナリト云フモ其意不明例ヘハ個人カ外國君主歡迎ノ爲メ外國旗

ヲ掲ケ置キタル場合(反對牧野氏法學志林拾壹卷拾號)

第四節　私戰ノ罪(第九十三條)

私戰ノ罪ハ舊刑法亦之ヲ規定シタリト雖モ(舊刑法一三三條舊刑法ハ之ヲ外患ニ關スル罪ノ中ニ規定シタルニ反シ刑法ハ之ヲ國交ニ關スル罪ノ中ニ規定シタリ「註一」此罪ニハ外國ニ對シ私ニ戰鬪ヲ爲ス目的ヲ必要トシ(外國ノ意義ハ前述ノ如シ總則ノ例外)其行爲ハ私戰ノ豫備又ハ陰謀ニ止マル「私ニ戰鬪ヲ爲ス」トハ「宣戰ノ布告ヲ受ケスシテ」トノ意ナリ「外國ニ對シ」トアルカ故ニ外國ノ主權ニ抗敵スル目的ヲ以テスル事ヲ必要トス可ク單ニ外國ノ海岸村落等ヲ奪剝スル目的ヲ以テスルニ止マル場合ニハ本罪ヲ構成セス(例之倭寇)私戰ノ豫備又ハ陰謀ノミカ本罪ノ行爲トナルヲ以テ私戰ノ實行ハ本罪ヲ構成セス「註二」是レ私戰ノ實行ハ戰敗ルレハ其國ニ於テ之ヲ處罰ス可ク戰勝タハ其外國ヲ征服シテ之カ主權者ト爲ル可ク何レニスルモ帝國ノ刑法ヲ以テ之ヲ處罰スル必要ナキニ因ル然レトモ私戰ノ實行ニ依リ殺人毀棄等ノ行爲ヲ爲シタル場合ニハ殺人毀棄等ノ普通罪トシテ之ヲ處罰シ得可キハ勿論ナリ何トナレハ刑法ハ只之ヲ私戰ノ實行トシテ特ニ處罰セサルニ止マレハナリ(同說大場氏泉二氏尙法曹記事二〇七)

「註一」是レ此罪ハ本來國交ニ關スル罪ニ屬シ刑法ハ新ニ國交ニ關スル罪ナル章ヲ設ケタルニヨル

「註二」現ニ戰鬪ヲ開始シ若シクハ之ヲ繼續スル場合ニハ本條ノ適用ナシ(明治四十三年五月廿八日法曹會決議)

本罪ヲ犯シタル者自首シタルトキハ其刑ヲ免除ス若シ豫備陰謀ノ行爲ハ之ヲ犯シタル者自首シタルトキハ何等ノ實害ナク全然之ヲ處罰スル必要ナキヲ以テナリ(又固ヨリ自首ヲ奬勵シテ未發ニ防ク目的モアル可シ)

第五節　局外中立違反罪(第九十四條)

卽チ外國交戰ノ際局外中立ニ關スル命令ニ違反シタル罪ニシテ外國交戰ノ際交戰國ノ一方ニ兵器船舶ヲ供給スルカ如キハ其例ナリ舊刑法ハ此罪モ亦之ヲ外患ニ關スル罪ノ中ニ規定シタリト雖モ(舊刑法一三四條)刑法ハ之ヲ私戰ノ罪ト共ニ國交ニ關スル罪中ニ規定シタリ外國交戰ノ際トハ帝國以外(帝國ハ加ハリシト

キハ然ラス(「現時」)ノ二以上ノ國家ノ互ニ交戰中ナルコトヲ云ヒ局外中立命令トハ外國交戰ノ際帝國カ交戰國ノ就レニモ加擔セサルコトヲ宣言シタル場合ニ於テ其臣民ニ對シ交戰國ノ孰レニモ加擔ス可ラサルコトヲ定メタル命令ヲ云フ局外中立命令ニ違背セサル可カラサルヲ以テ外國交戰ノ際ナリト雖モ局外中立命令ノ布告ナキ限リハ本罪ヲ構成スルコトヲ得ス局外中立命令ニハ單ニ局外中立ヲ守ル可キ事ノミヲ布告スル場合ト之ト同時ニ局外中立國ノ臣民トシテ爲ス可カラサル禁止ノ行爲ヲ列記スル禁令ヲ發布スル場合トアリ而シテ後ノ場合ニハ其ノ禁令ニ違背シタルヤ否ヤニ依リテ本罪ノ成否ヲ決シ前ノ場合ニハ國際公法ノ原則ニ照シ局外中立ニ違背シタルヤ否ヤニ依リテ本罪ノ成否ヲ決ス後ノ場合ニ於テ該禁令中ニ列記セラレサルモ國際公法ノ原則ヨリ見レハ局外中立違背ト爲ル行爲ヲ行ヒタルトキハ尙本罪ノ成立ヲ認メ得ルカ此ノ點ニ就テハ積極說ヲ唱フル學者ナキニアラサルモ(例之小疇氏)國際公法ノ原則ハ常人ノ知リ得ル所ニアラサルノミナラス如何ナル行爲カ局外中立ノ違背トナルヤハ國際公法ヲ學フ者ノ間ニモ異論ノ存スル所ナルヲ以テ特ニ禁止行爲ヲ列記シタル禁令ノ發布アリタル以上只其禁令ノミニ依リテ局外中立ノ違背ナルヤ否ヤヲ決シ國際公法ノ原則ニ照シ局外中立ノ違背ナルヤハ之ヲ局外中立違背ノ行爲トシ又國際公法ノ原則ニ照シ局外中立ノ違背ナルコト疑ナキ場合ト雖モ其禁令ニ列記シアラサル限リハ之ヲ局外中立違背ノ行爲ナラサルモノト解スルヲ至當トス(同說泉二氏大場氏)

第五章　公務ノ執行ヲ妨害スル罪

第一節　總說

第一　公務執行妨害罪ハ公務執行ノ機關タル公務員ニ對シ行ハルル行爲ヲ處罰スルモノナリト雖モ法律カ此罪ヲ規定シタル所以ハ公務員其者ヲ保護スルニアラスシテ公務員ニヨリ實行セラルル國家ノ意思ヲ保護スルニ在リ(Frank 221 Liszt 558)而シテ公務員ニ依リ實行セラルル國家ノ意思ハ過去現在未來ノ三態ニ分ツコトヲ得ルカ故ニ公務執行妨害罪モ亦過去現在未來ノ三態ニ分チ之ヲ說明スルコトヲ得卽チ公務執行後ノ行爲公務執行中ノ行爲及公務執行前ノ行爲是レ

ナリ而シテ我刑法九十六條ハ其一ニ屬シ同九十五條一項ハ其二ニ屬シ同九十五條二項ハ其三ニ屬ス(大場氏ノ說明參照)

第二　公務執行妨害罪ハ帝國公務員ノ職務執行ヲ妨害スル行爲ニ就テハ本罪ノ成立ナシ蓋シ外國ニ對スル行爲ニ付テハ別ニ國交ニ關スル罪ノ規定アルヲ以テ特別ノ明文ナキ限リハ法律ノ他ノ規定ハ凡テ外國ニ關係ナキモノト解スルカ至當ナレハナリ之ヲ一般ノ論トスルモ外國ニ對スル行爲ニ就キ特別ノ明文ヲ設クル場合ニアリテモ內國ニ對スル行爲ト外國ニ對スル行爲トノ間ニハ著シク刑ノ輕重アリテ法律ノ之ヲ同一視セサリシコト歷然タルニ依レハ內國公務員トモ特別ノ明文アラハ格別然ラサル限リハ之ヲ同一視セサルモノト解スルカ當然ナル可シ

第二節　公務執行中公務員ニ對シ暴行脅迫ヲ加ヘタル罪(第九十五條第一項)

即チ公務員ノ職務ヲ執行スルニ當リ之ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタル罪ニシテ此ノ罪ノ成立ニハ左ノ條件ヲ必要トス

第一　公務員ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタルコト

公務員ノ何タルヤハ刑法總則之ヲ說明ス(第七條)

玆ニ暴行ト云フモ亦腕力ノ不法行使ヲ云フ公務員ニ對スルヲ要スルカ故ニ物又ハ第三者ニ對シ腕力ヲ行使スルモ本罪ヲ構成セス(例之差押ノ目的物ヲ破壞シ公務員ニ隨伴シタル第三者ヲ毆打ス)然レトモ直接ニ公務員ニ對スルヲ要セサルカ故ニ直接物ニ對スルモ公務員ノ肉體ニ感覺シ得可キ限リハ凡テ之ヲ公務員ニ對スル暴行ト解スルコトヲ得(例之公務員ヲ閉チ込メ(1)之ヲ包圍シ(2)公務員ノ握取シタル差押物件ヲ强奪シ(3)公務員ノ乘用ニ供スル車馬ヲ顚覆ス(4)

(1) Frank 225

(2) R. G.

(3) 其ノ Versuch モ亦同シ Frank

(4) 以上ニ付テハ Frank 225, Liszt 555, Meyer-Allfeld 641.

消極的抵抗(ein passiv. Widerstand)モ亦之ヲ包含スルヤ否ヤニ付テハ多少爭ナキニ

非サルモ通說ハ之ヲ包含セスト爲ス(例之逮捕ヲ免ルカ爲メ地ニ伏シ柱ニ抱キ付キ(一)差押ヲ免ルカ爲メ門戸ヲ閉鎖シ物件ヲ隱蔽ス(二)

(一) Liszt, Frank. Wächter. Meyer 等同說 Olshausen, Meyer-Allfeld. R. G. 反對

(二) Liszt 555.

故ニ脅迫ト云フモ亦公務員ヲ畏怖セシムルカ爲メ之ニ對シ害惡ノ告知ヲ爲スコトソ意味ス公務員カ事實之ニ依リ畏怖セラレタリヤ否ヤハ之ヲ問ハス客觀的ニ畏怖セラル可キ害惡カ告知セラレ且ツ犯人ニ於テ主觀的ニ公務員ヲ畏怖セシムルニ足ルト信シタルトキハ之ヲ以テ十分トス又犯人カ眞實公務員ニ對シ害惡ヲ加フル意思ヲ有セサルモ公務員ヲシテ眞意ト思料セシムルニ足ルノ主觀的認識ヲ有スレハ之ヲ以テ十分トス(例之裝藥セサル拳銃ヲ以テ公務員ヲ脅迫ス (Frank 225)脅迫ハ固ヨリ犯罪ヲ以テスルヲ要セス(Meyer-Allfeld 641.Anm. 18. 同說 Olshausen No 3 zu 5 114. Binding, Lehrbuch. R. G. 反對 Binding Normen)又告知スル害惡ノ直接ナルト否トモ之ヲ問ハス Meyer-Allfeld a. a. o)

故ニ所謂暴行脅迫モ亦殺傷毀棄其他ノ行爲ヲ包含セス故ニ暴行脅迫ヲ爲スニ因リ殺傷毀棄其他ノ行爲ヲ爲シタルトキハ刑法五十四條一項三九條一項)刑法ハ單ニ「公務員ノ職務ヲ執行スルニ當リ」ト規定スルカ故ニ公務員ノ職務執行中ナル限リハ其暴行脅迫ヲ加ヘタル者ハ云々」ト規定スルカ故ニ公務員ノ職務ヲ執行スルニ當リ之ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタルトキハ刑法五十四條一項(舊刑法二三條)暴行脅迫ハ職務抗拒ノ手段タルヲ要セス舊刑法ハ之ヲ必要トシタルモ(舊刑法二三條)暴行脅迫ハ職務抗拒ノ手段タルヲ要セス(Frank 225)

公務員ニ私怨アル爲メ職務執行中暴行脅迫ヲ加ヘタル場合)

第二 公務員ノ職務ヲ執行スルニ當リ之ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタルコト

即チ其暴行脅迫ハ公務員ノ職務ヲ執行スルニ當リ之ヲ加ヘタルコトヲ必要トス「職務ヲ執行スルニ當リ」ト「職務ヲ行フニ當リ」トハ本來ノ意義ニ於テ「執行」ト云フトキハ司法又ハ行政ノ關係ニ於テ方式及內容ニ於テ一定シタル國家ノ意思ヲ强行スル場合ノミヲ指稱スルモノナリト雖モ(註一)茲ニ所謂執行ハ之ヲ廣義ニ解シ本來ノ意義ニ於テ執行ト云フ場合ニハ勿論法律ニ適合スル公務員ノ職務行爲ハ凡テ之ヲ包含スルモノト解スルヲ至當トス卽チ「職務ヲ執行スルニ當リ」トハ「執行行爲ヲ爲スニ當リ」トノ意ニアラスシテ「職務ヲ行フニ當リ」トノ意ナリ故

ニ獨リ公務員カ人又ハ物ニ對シ法律規則ヲ執行シ若クハ公務所ノ命令ヲ執行スル場合ノミナラス公務所ニ於テ公務員カ職務上爲ス可キ事務ノ取扱ヲ爲ス場合モ亦之ヲ包含スルモノト解セサル可カラス(明治四十二年十一月十九日判決)

「註一」執行トハ或人又ハ物ニ對シ强制的ニ實行ス可キ具體的(卽チ一定ノ場所ニ應用セラレタル)國家意思ノ實現ナリ此場合ニ於テハ國家意思カ問題タルモノニシテ其國家意思ハ先ツ抽象的ニ法律(又ハ命令)ニ言ヒ渡サレ次ニ具體的ニ行政官廳ノ命令又ハ裁判所ノ判決命令ニ言渡サレサル可カラス云云(Frank 221)

公務員ノ職務ヲ執行スルニ當リ暴行脅迫ヲ加フルニ非サレハ本罪ヲ構成セス故ニ其暴行脅迫ヲ加ヘタルコトハ

(一)公務員ノ職務執行中ナルコトヲ必要トス

職務執行中トハ職務ノ執行ヲ開始シタル時ヨリ其終了ニ至ル迄ノ間ヲ指稱ス故ニ職務執行ノ開始前又ハ其ノ終了後ニ於テ暴行脅迫ヲ加フルモ本罪ヲ構成セス職務執行ノ開始トハ職務執行ニ直接ナル行爲ニ着手シタルコトヲ云ヒ職務執行ノ終了トハ職務執行ニ必要ナル行爲ヲ終了シタルコトヲ云フ而シテ特ニ職務執行ニ着手セントスル行爲モ亦職務執行ニ直接ナル行爲ト解セサル可カラス(明治四十二年四月二十六日判決)(例之執達吏カ差押ノ爲メ債務者ノ住居ニ臨ミタルトキ)

(二)公務員ノ適法ナル職務執行中ナルコトヲ必要トス

蓋シ適法ナル職務執行ニアラサレハ之ヲ職務執行ト云フヲ得サレハナリ適法ナル職務執行トハ權限アル公務員カ法定ノ條件及ヒ形式ノ下ニ職務ヲ執行スルコトヲ云フ故ニ適法ナル職務執行アルカ爲メニハ

い　該當公務員カ該當職務ヲ執行スル一般的權限ヲ有セサル可カラス所謂抽象的權限(sog. abstrakte Zuständigkeit)是レナリ而シテ其ノ權限ハ事物的及土地的ニ必要ナリ例ヘハ稅務官吏カ民事判決ヲ執行スルカ如キハ事物的ノ權限ヲ缺キ大阪ノ豫審判事カ京都ニ於テ豫審處分ヲ行フカ如キハ土地的ノ權限ヲ缺ク

ろ　該當公務員ハ法定ノ條件ノ下ニ該當職務ヲ執行セサル可カラス換言スレハ該當職務ハ法律カ該當職務執行ニ必要ナリト定メタル條件ノ下ニ執行セラレサル可カラス所謂具體的權限(sog. konkrete Zuständigkeit)是レナリ例ヘハ豫審判事非現行犯ニツキ檢事ノ請求ナクシテ豫審ニ着手シ(刑訴第六十七條第百四十二條)檢

事又ハ司法警察官非現行犯ニ付キ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲シ(刑訴一四四條一四六條一四七條)司法警察官巡査憲兵卒非現行犯又ハ禁錮以上ノ刑ニ該ラサル罪ノ現行犯ニ付キ令狀ヲ待タスシテ犯人ヲ逮捕スル(刑訴五八)場合ノ如キ何レモ具體的權限ヲ缺ク

は　該當公務員ハ法定ノ形式ニ於テ該當職務ヲ執行セサル可カラス換言スレハ該當職務ハ法律カ該當職務執行ノ有效ナルカ爲メ必要ナリト定メタル形式ニ從テ執行セラレサル可カラス例ヘハ豫審判事臨檢捜索物件差押又ハ被告人證人ノ訊問ヲ爲シ若シクハ執達吏民訴五三七條ノ執行ヲ爲スニ付テハ立會ノ形式ヲ必要トス

公務員ノ職務執行ハ以上い乃至はノ條件ヲ具備スル場合ニ於テ初メテ之ヲ適法ナリト云フコトヲ得故ニ公務員カ以上ノ條件ヲ具備セサルコトヲ知リ乍ラ或職務ヲ執行シタリトセハ其職務執行カ全然不適法ナル可キハ勿論ナリ或ハ上官ノ拘束的命令ニ基キ職務ヲ執行スル場合ニハ本來不適法ナル職務執行モ亦適法ト爲ルト主張スル者アレトモ(註一)此ノ如クンハ上官ハ常ニ下官ニ依リテ違法ノ職務ヲ執行シ得ルコトト爲リ又第三者ハ常ニ何等ノ理由ナク違法ノ職務執行ヲ忍ハサル可カラサルコトト爲ル(註二)故ニ問題ト爲ルハ右ノ場合ニアラスシテ公務員カ錯誤ニ依リ前ニ述ヘタル條件ノ凡テヲ具備シタリト誤信シタル場合ナリ此ノ場合ノ職務執行ノ適法ナルヤ否ヤニ付テハ大ナル爭アリ

「註一」von Liszt 555, 同說 Hälschner, Olshausen, Hiller, Flesh, Tomsen, Kleinfeller, T. Goldschmidt, R. G.

「註二」Frank 223 f; Meyer-Allfeld (40, 同說 von Bar, Binding, Oppenheim-Del, Streit, von Kirchenheim, Meyer, Mersmann, Hiller, John, Geyer, Neumann,

而シテ一派ノ學者ハ法律上ノ錯誤ハ不適法ヲ適法ト爲ササレトモ事實上ノ錯誤(註一)ハ不適法ヲ適法ト爲スト主張ス(註二)然レトモ適法不適法ハ常ニ之ヲ客觀的ニ決ス可ク公務員ノ主觀的錯誤ハ因テ以テ客觀的ニ不適法ナル職務執行ヲ適法ト爲ス理由ナキヲ以テ公務員ノ錯誤ハ事實ニ關スル場合ト雖モ其職務執行ノ適法不適法ニ對シ何等ノ影響ナキモノト解スルヲ至當トス(註三)

「註一」Meyer-Allfeld a. a. O ハ拘束ス可キ人ノ人違ナル場合ヲ其例トス

「註二」Frank a. a. O; Meyer-Allfeld a. a. O. 此兩人ハ事實上ノ錯誤ノ entschuldbar ナルヤ否ヤニヨリ決セントス 同說 R. G. Olshausen, Graf Dohna, Mersmann, 但シ Mersmann ハ執達吏カ差押フ可カラ

サル物件ヲ差押ヘタル場合ニ付キ R. G. ニ反對シ之ヲ適法ナラストス

「註三」事實上ノ錯誤ニ付キ同說 von Liszt 555. 同說 Zachariae. iohn.

職務執行ノ適法ナルコトモ亦本罪ノ構成要素ト爲ル而シテ故意ハ凡テノ構成要素ヲ包括ス可キモノナルヲ以テ暴行脅迫ヲ爲シタル者カ職務執行ノ適法ナル事實ヲ知リタル場合ニアラサレハ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス從テ行爲者カ錯誤ニ因リ職務執行ハ適法ナラスト誤信シタル場合ニハ其錯誤ハ故意ヲ阻却シ從テ本罪ノ成立ヲ認メ能ハサルコトト爲ル

「註」同說 Liszt 555. Meyer-Allfold 641. Frank 225. 其他 Binding Beling, Flesh, Guggenheimer, Hälschner, Kohler, Mayer, Olshausen, Rosenberg, Streit, Marsmann, Oppenh,-Del. Pfeiffer, T. Goldschmidt 等同說

反對 Hiller, Lucus, R. G. Rüd.-stenglein, John, Neumann. von Liszt 555 Anm. 5 ハ此ノ問題ハ大ニ爭ハルモ法典ノ文章其成立歷史及其意義ヨリ言ヘハ第一說ノ正シキコト明白ナリト云フ Frank a. a. o. ハ反對說ハ只刑事政策上及成立歷史上ノ理由ノミニヨルト說ク

第三節　一定ノ目的ヲ達スルカ爲メ暴行又ハ脅迫ヲ加フル罪（第九十五條第二項）

卽チ公務員ヲシテ或處分ヲ爲サシメ若シクハ爲ササラシムル爲メ又ハ其職ヲ辭セシムル爲メ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタル罪ナリ本罪ハ公務員ニ對シ暴行脅迫ヲ加フル點ニ於テ第九十五條一項ノ罪ト相同シ然レトモ第九十五條一項ノ罪ハ職務執行中ナルコトヲ必要トスルモ本罪ハ之ヲ必要トセス又本罪ハ一定ノ目的ヲ以テスルコトヲ必要トスルモ第九十五條一項ノ罪ハ之ヲ必要トセス故ニ本罪ト第九十五條一項ノ罪トハ互ニ相獨立シ此間ニハ通法特法ノ關係ナシ從テ本罪ト第九十五條一項ノ罪トノ間ニハ刑法第五十四條一項ノ適用アルコトヲ得

「註」獨刑一一三條（第九十五條一項ニ當ル）ハ同一一四條（第九十五條二項ニ該ル）ノ特法ナルヤ否ヤ從テ兩罪ノ間ニ Idealkonkurrenz ノ關係ヲ生シ得サルヤ否ヤニ付テハ爭アリ而シテ獨法ニ付キ本文ト同一ニ歸着セルハ Liszt. 通說殊ニ Meyer-Allfeld 642. Frank 226 Olshausen, Binding, Mayer, Streit, R. G 等ハ凡テ反對獨法ノ解釋トシテハ通說正當ニアラサルカ (Frank a. a. o. Meyer-Allfeld a. a. o. Anm 19.)

公務員ノ職ヲ辭セシムル爲メ其職務執行中之ニ對シ暴行脅迫ヲ加フル場合ノ如キ是レナリ

處分トハ汎ク公務員ノ職務上爲シ得可キ凡テノ行爲ヲ指ス（明治四十三年一月三十一日判決然レトモ其處分ハ必ス公務員ノ職務上爲シ得可キ事項卽チ公務員

ノ事物及ヒ土地ノ權限ヲ有スル事項ニ關セサル可カラス故ニ然ラサル事項ニ付キ或處分ヲナサシメ若シクハ爲ササラシメントスルモ本罪ヲ構成セス然レトモ其暴行脅迫ニヨリテ爲サシタル處分カ法律上不適法ノモノナルヤ否ヤ若シクハ該當公務員カ其暴行脅迫ニ依リ處分ヲ止メタル爲メ職務上義務違反ノ責任ヲ負フニ至リタルヤ否ヤ等ハ毫モ本罪ノ成立ニ關係ナシ

其職ヲ辭セシムル爲メ暴行脅迫ヲ加ヘタル罪中ニハ公務ノ執行ヲ妨害スル手段トシテ其職ヲ辭セシメントスル場合ト公務ノ執行ニ關係ナク其職ヲ辭セシメントスル場合トヲ包含ス而シテ前ノ場合ニ於テ職ヲ辭セシムル爲メノ暴行脅迫ト或處分ヲ爲サシムル爲メノ暴行脅迫トカ刑法第五十四條一項ノ關係ニ立ツヤ否ヤノ問題ハ第九十五條二項ノ前段ト後段トハ全然別個ノ罪ヲ規定シタルモノナリヤ否ヤノ先決問題ニ依リ決セラル而シテ我成法ノ解釋トシテハ消極ノ解釋即チ全然別個ノ罪ヲ規定シタルモノニアラスト解釋スルヲ至當トス此點ニ付キ只或處分ヲ爲ササラシムル爲メノ暴行脅迫罪ノミヲ認メントス學者アレトモ(大場博士)此ノ如キ說ハ何レノ點ヨリ見ルモ之ヲ正當トナス可カラス

第四節　公務員ノ施シタル封印又ハ差押ノ標示ヲ無效タラシムル罪(第九十六條)

即チ

第一　本罪ノ物件ハ公務員ノ施シタル封印又ハ差押ノ標示ナリ

封印トハ物ノ披見變更散逸脫漏等ヲ防クカ爲メ或物ニ施シタル印影ヲ云ヒ差押ノ標示トハ公法若シクハ私法ニ基ク差押ノ事實ヲ明白ニスル形式ヲ云フ而シテ封印モ亦差押ノ標示ノ一種ナリト雖モ差押ノ標示ハ必スシモ封印ノ方法ニ依ラス又封印ハ必スシモ差押ノ標示タラサルナリ(例之非訟事件手續法四十六條以下ニ依リ財產管理ノ爲メニ爲ス封印)本罪ノ物體タル封印又ハ差押ノ標示ハ公務員ノ施シタルモノタルヲ必要トスルカ故ニ

(一)　一私人ノ施シタル封印又ハ差押ノ標示ハ本罪ノ物體ト爲ラス例之民法一〇七〇條二號ニ從ヒ遺言者ニ依リ施サレタル遺言證書ノ封印

(二)　公務員ノ施シタル封印又ハ差押ノ標示ナルモ不適法ニ施シタルモノハ本

罪ノ物體ト爲ラス卽チ本罪ノ物體タル封印又ハ差押ノ標示ハ權限アル公務員カ法定ノ條件ノ下ニ法定ノ形式ニ於テ之ヲ施シタルモノナルヲ要ス

或ハ此ノ場合ニ付キ具體的權限ノ不必要ヲ主張スル西洋學者ナキニ非ラサルモ(例之Frank 257. 259. Olshausen, Leuz,)獨リ此場合ニ於テノミ具體的權限ヲ不必要トスル理由ハ存在セス(例之執達吏カ執行力アル正本其他ノ執行名義ニ依ラスシテ差押處分ヲ爲シタルトキ)(Liszt, Binding, Hälschner, Oppenhoff. 大場氏其他通說)

「註」大場七三二頁註一九ハFrankノ說ヲ誤解スFrankハ事物又ハ土地ノ權限ハ必要ナレトBechtsmässigkeit卽チ具體的權限ハ必要ナラスト說クFrankハ此場合ニNotwehrヲ認ム

然レトモ公務員ノ適法ニ施シタル封印又ハ差押ノ標示ナル以上ハ

(一)　其公法上ノ目的ヲ達スル爲メ施サレタルト(例之豫審判事カ刑訴一〇六條ニ基キ爲シタル物件差押又ハ收稅官吏カ間稅國稅犯則者處分法一條ニ依リ爲シタル差押等ノ標示)私法上ノ目的ヲ達スル爲メ施サレタルト(例之執達吏カ强制執行ノ爲メ爲シタル差押ノ標示)ヲ問ハス

(二)　其處分カ不當ニシテ取消サル可キモノナルヤ否ヤヲ問ハス換言スレハ其處分カ不當ニシテ後日取消サル可キモノナル場合ト雖モ之ヲ取消ササル間ハ本罪ノ物體タルコトヲ得但シ其處分カ不適法ニシテ無效ナル場合ニハ本罪ノ物體タラサルコト勿論ナリ(Myer-Allfeld, Binding, O, Merkel. 大場氏732)

第二　本罪ノ行爲ハ無效タラシムルコトナリ

法律ハ損壞ヲ以テ一例ト爲スモ其方法ノ如何ハ之ヲ問ハス(例之容器ニ穴ヲ穿チテ在中ノ液體ヲ漏出セシメ筩筒ヲ毀壞シテ在中ノ衣類ヲ取出ス)

「註」舊刑法ニハ之ヲ封印破棄ト爲ス判例アリタリ

第六章　逃走ノ罪

第一節　總說

逃走ノ罪ハ法令ニ因ル拘禁力ヲ侵害スル罪ナリ他國ノ立法ニハ被拘禁者自ラ犯ス場合ニ付キ暴擧ニ依ル場合ノ外本罪ノ成立ヲ否定シ(之ハ當然ノコトナリ故ニ暴擧ニ依ルトキノミ之ヲ罰スト爲ス)又看守者又ハ護送者之ヲ犯ス場合ニ付キ別ニ官吏ノ職務ニ關スル罪ノ成立ヲ認ムル者ナキニ非サルモ(例之獨法)我刑法ハ

ローマ法以來ノ沿革ニ從ヒ(1)被拘禁者自ラ犯ス場合(2)第三者之ヲ犯ス場合(3)及ヒ看守者又ハ護送者之ヲ犯ス場合ノ三場合ニ就キ凡テ本罪ノ成立ヲ認ム

逃走罪ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス(第百二條)又看守者又ハ護送者之ヲ犯シタル場合ニ付テハ其看守者又ハ護送者カ帝國ノ公務員ナルトキハ其犯地ノ內外ヲ問ハス我刑法ヲ適用ス(第四條一號)

第二節　被拘禁者自ラノ逃走罪

此罪ハ更ニ左ノ二種ニ分タル

第一　單純ノ逃走罪

即チ既決未決ノ囚人自ラ逃走シタル罪ナリ(第九十七條)

故ニ

(一)　本罪ノ主體ハ既決未決ノ囚人ナリ

囚人トハ法令ニ因リ監獄又ハ拘留場ニ拘禁セラル可キ者ヲ言ヒ確定判決ニ因リ刑ノ執行ヲ受クルカ爲メ監獄又ハ拘留場ニ拘禁セラル可キ者ハ之ヲ既決ノ囚人ト稱シ判決ノ確定前拘留狀又ハ逮捕狀ニ依リ刑事被告人トシテ監獄ニ拘禁セラル可キ者ハ之ヲ未決ノ囚人ト稱ス勞役場留置ノ言渡ヲ受ケ之カ執行ヲ受クル者モ亦既決ノ囚人中ニ包含セラル(同說泉二氏山岡氏大場氏特別委員會ニ於ケル政府委員倉富氏)ノ說明ニ依レハ之ヲ囚人中ニ含マシメサルモノノ如シ「泉二六四二頁」然レトモ勾引狀ノ執行ヲ受ケタルニ過キサル者ハ第九十八條明文上茲ニ之ヲ包含セス(大場氏ハ之ニ反對ス然シ(1)從來ノ用例ニ反ス——勾引ハ裁判所ニ引渡ス——(2)明文ニ反ス(3)理由ヲ缺ク勾引ニハ勾留伴フ——)何レモ現實監獄又ハ拘留場ニ拘禁セラレタルコトヲ必要トセス蓋シ舊刑法ニハ「入監中」ナル文字アリタレトモ現行刑法ハ之ヲ削除シタレハナリ(舊刑法一四四)故ニ令狀ノ執行ヲ受ケ未タ監獄又ハ拘留場ニ拘禁セラレサル者若クハ既ニ拘禁セラレタルモ天災事變ニ際シ監獄法第二十二條ニ依リ一時解放セラレタル者モ亦本罪ノ主體タルコトヲ得(泉二山岡牧野)然レトモ假出獄者及保釋責付中ノ者ハ固ヨリ之ヲ包含セス(大場山岡)

(二)　本罪ノ行爲ハ逃走ナリ

逃走トハ拘禁力ヲ脫出スルコトヲ云フ實質ニ於テ拘禁力ヲ脫出スル事實アル

ヲ以テ十分トシ敢テ有形的ニ逃走ノ事實アルコトヲ必要トセス其行爲ノ既遂未遂ハ拘禁力ノ脫出ヲ遂ケタルヤ否ヤニ依リ之ヲ決ス可ク一定ノ設備内ニ拘禁セラレタル場合ノ如キ其設備外ニ脫出シタルトキ直チニ逃走ノ既遂ヲ認メ得可キヲ通常トスルモ(大場氏ハ常ニ然リト爲ス)(例ヘハ看守者ノ心付カサル間ニ監獄外ニ脫出シタルトキ)常ニ必ス然リトナス可カラス(例之監獄外ニ脫出シタルモ看守者之ニ心付キ之ヲ追呼スルトキ)天災事變ニ際シ監獄法第二十二條ニ依リ一時解放セラレタル囚人カ二十四時間内ニ監獄又ハ警察官署ニ出頭セサルトキハ二十四時間ノ經過ト共ニ不作爲ニ因ル逃走罪ノ既遂ト爲ル(泉二氏六四三頁)

「註」牧野氏一六八囚人タル身分ヲ失却スト說ク(反對山岡氏六六五)斯クシテ監獄法第二二條三項ヲ說キ得ルヤ

第二　暴擧逃走罪(Menterei)

即チ既決未決ノ囚人又ハ勾引狀ノ執行ヲ受ケタル者拘禁場又ハ械具ヲ損壞シ若シクハ暴行脅迫ヲ爲シ又ハ二人以上通謀シテ逃走シタル罪ナリ(第九八條)故ニ

(一)　本罪ノ主體ハ既決未決ノ囚人又ハ勾引狀ノ執行ヲ受ケタルナリ勾引狀ノ執行ヲ受ケタル者トハ勾引狀ニ依リ裁判所ニ引致セラル可キ者ヲ云フ其刑事被告人タルト否トヲ問ハス(例之刑訴第一一八條二項三項民訴第二九四條二項等ニ勾引セラルル證人)又現實裁判所ニ引致セラレタルト否トヲ問ハス

(二)　本罪ノ行爲ハ暴擧逃走ナリ

暴擧ハ人ニ關シ行ハレ(Menterei gegen Personen)又物ニ關シ行ハル(M. g. Sachen)拘禁場又ハ械具ノ損壞スルハ物ニ關スル暴擧ニテ暴行脅迫ヲ爲シ又ハ二人以上通謀スルハ人ニ關スル暴擧ナリ拘禁場トハ監獄其他被拘禁者ヲ拘禁シ置ク可キ一切ノ場所ヲ云ヒ械具トハ被拘禁者ノ身體ヲ拘束ス可キ一切ノ器具ヲ云フ損壞トアルカ故ニ損壞以外ノ方法ニヨリ拘禁ヲ無效ナラシムルモ本罪ヲ構成セス(例之拘禁場ヲ開放シ械具ヲ取除ク)暴行脅迫ハ固ヨリ看守者又ハ護送者ニ對スル暴行脅迫ノミヲ指ス

第三節　第三者ノ逃走罪

此罪ハ更ニ左ノ二種ニ分タル

第一　被拘禁者ヲ奪取スル罪

即チ法令ニ因リ拘禁セラレタル者ヲ奪取スル罪ナリ(第九十九條)奪取トハ被拘禁者ヲ拘禁力ヨリ離脱セシムル行爲ヲ云フ而シテ

(一)其事ニ付キ被拘禁者ノ同意アルト否トハ之ヲ問ハス(例之被拘禁者自ラハ逃走ノ意思ナキトキ)

(二)其方法ノ如何ハ之ヲ問ハス通常ニ暴行脅迫又ハ詐欺ノ方法(例之上官ノ制服ヲ着用スルトキ(大塲氏七五〇)ニ依ル可キモ其他ノ方法ニ依ル場合ニ於テモ亦固ヨリ本罪ヲ構成ス(例之看守ノ隙ヲ窺ヒ被拘禁者ヲ奪取スルトキ)

又其行爲ニ因リ拘禁場又ハ械具ヲ損壞スルト否トモ固ヨリ之ヲ問ハス(牧野氏二〇五頁)

(三)其行爲ニ因リ被拘禁者ヲ自己又ハ第三者ノ支配内ニ置クト否トハ之ヲ問ハス蓋シ奪取ノ行爲ハ被拘禁者ヲ拘禁力ヨリ離脱セシムルヲ以テ十分トシ敢テ之ヲ自己又ハ第三者ノ支配内ニ置クコトヲ必要トセサレハナリ(例之被拘禁者ヲ拘禁場ヨリ奪出シタルノミニテ其後ノ事ハ一切被拘禁者ニ一任シタルトキ通說殊ニ大場氏七五〇頁山岡氏六六八頁牧野氏二〇五頁)

(四)其行爲ニ因リ被拘禁者ノ逃走シタルト否トハ之ヲ問ハス蓋シ奪取ノ行爲ハ被拘禁者ヲ拘禁力ヨリ離脱セシムルヲ以テ既遂ト爲ス之ニ因リ被拘禁者カ逃走スルト否トハ茲ニ問題ト爲ラサレハナリ(例之被拘禁者ヲ拘禁場ヨリ奪取シタルモ被拘禁者ガ逃走ノ意思ヲ有セス直チニ拘禁場ニ歸リ去リタルトキ(大場氏七五一頁)

奪取セラレタル者ハ法令ニ因リ拘禁セラレタル者タルヲ要スルカ故ニ

(一)法令ニ因ルモ拘禁セラレタルニ非サル者ハ奪取ノ目的物ト爲ラス(例之軍人娼妓)

(二)拘禁セラレタルモ法令ニ因ラサル者ハ奪取ノ目的物ト爲ラス而シテ其形式上法令ニ因ラサルト(例之懲戒ノ爲メ拘禁セラレタル學校生徒)實質上法令ニ因ラサルト(例之一般又ハ特別ノ權限ナキ官廳ニ因リ拘禁セラレタル者(註))トハ之ヲ問ハス

「註」司法官試補カ地方裁判所檢事ノ代理トシテ發シタル勾留狀ニ依リ拘禁セラレタル者又ハ甲裁判所ノ勾引狀ニ因リ乙裁判所ニ傳遞セラルル者ハ不可トノ判例アリ（泉二氏六四〇頁）

然レトモ法令ニ因リ拘禁セラレタル者ナル以上ハ

(一)　既決未決ノ囚人又ハ勾引狀ノ執行ヲ受ケタル者ナルト其ノ被拘禁者ナルトヲ問ハス（例之刑訴第六〇條ニ依リ勾留セラレタル者）

「註」責任能力ノ有無ヲ問ハス又逃走罪ノ主體タルヲ得ルヤ否ヤヲ問ハサルハ勿論ナリ（泉二氏六四五頁）

(二)　官吏ノ手ニ依リ拘禁セラレタル者ナルト然ラサルトヲ問ハス（例之刑訴法第六〇條ニ依リ一私人ニ逮捕セラレタル現行罪人）

(三)　公法ニ因リ拘禁セラレタルト然ラサルトヲ問ハス（例之破産法第一〇〇三條ニ因リ監守又ハ引致ヲ命セラレタル破産者）而シテ其法律ノ種類如何モ固ヨリ之ヲ問ハス（例之感化法第九條第一〇條ニ因リ拘束又ハ假留置ヲ執行セラレタル幼年者精神病者監護法ニ因リ監置ノ處分ヲ受ケタル精神病者）

第二　被拘禁者ノ逃走ヲ容易ナラシムル罪

即チ法令ニ因リ拘禁セラレタル者ヲ逃走セシムル目的ヲ以テ其逃走ヲ容易ナラシム可キ行爲ヲ爲シタル罪ナリ（第一〇〇條）故ニ本罪ノ成立ニハ

(一)　法令ニ因リ拘禁セラレタル者ヲ逃走セシムル目的ノ存在スルコトヲ必要トス

(二)　法令ニ因リ拘禁セラレタル者ノ逃走ヲ容易ナラシム可キ行爲ヲ爲シタルコトヲ必要トス法律ハ逃走ヲ容易ナラシム可キ行爲ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサルカ故ニ（舊刑法第一四六條參照其行爲ハ言語ヲ以テスルト動作ヲ以テスルトヲ問ハス又有形的ナルト（例之器具ヲ給與シ監房ヲ開ク）無形的ナルト（例之逃走ノ方法ヲ指示シ逃走ノ機會ヲ密告ス）ヲ問ハス法律ニ掲ケタル器具ノ給與ハ僅カニ其一例タルニ過キス而シテ此見地ニ於テ觀察スレハ暴行脅迫モ亦逃走ヲ容易ナラシム可キ方法ノ一タルニ過キサルモ法律ハ此場合ニ於テ特ニ刑ヲ重クスル必要アリト爲ス（第一〇〇條二項）而シテ此場合ノ暴行脅迫カ看守者ニ對スルヲ要ス可キハ勿論ナリ

本罪ハ被拘禁者自ラ逃走スル罪ト獨立スルカ故ニ

(一)　本罪ノ成否ハ被拘禁者自ラ逃走スル罪ノ成否如何ニ關係ナシ此理由ニ因リ被拘禁者カ既決未決ノ囚人又ハ拘引狀ノ執行ヲ受ケタル者ニ非サル場合ハ勿論被拘禁者既決未決ノ囚人又ハ拘引狀ノ執行ヲ受ケタル者ナルモ被拘禁者自ラニ於テハ逃走ノ意思ナク又其行爲ヲ行ハサリシ場合ニ於テモ亦本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得

(二)　本罪ノ既遂未遂ハ逃走ヲ容易ナラシム可キ行爲ノ完成シタルヤ否ヤニ依リ之ヲ決ス可ク其行爲ニ因リ被拘禁者ノ逃走ヲ遂ケタルヤ否ヤニ依リ之ヲ決ス可キモノニ非ス此故ニ被拘禁者自ラ逃走スル罪カ未遂以下ノ狀態ニアル場合ト雖モ本罪ノ既遂ヲ認ムルコトヲ得(例之囚人ニ器具ヲ給與シタルモ囚人未タ其器具ヲ使用セサルトキ)

第四節　看守者又ハ護送者ノ逃走罪

卽チ法令ニ因リ拘禁セラレタル者ヲ看守又ハ護送スル者被拘禁者ヲ逃走セシメタル罪ナリ(第一〇一條)故ニ

第一　本罪ノ主體ハ法令ニ因リ拘禁セラレタル者ヲ看守又ハ護送スル者ナリ必スシモ公務員タルヲ要セスシテ私人モ亦看守又ハ護送ノ任ニアル間ハ本罪ノ主體タルコトヲ得(例之日給ヲ以テ一時雇ハレタル者)

第二　本罪ノ行爲ハ被拘禁者ヲ逃走セシメタルコトナリ其行爲ノ積極タルト(例之被拘禁者ニ逃走ノ器具ヲ給與ス)消極タルト(例之被拘禁者ノ逃走ヲ知リ乍ラ之ヲ妨止セス)ハ之ヲ問ハス然レトモ懈怠ニ因リ被拘禁者ヲ逃走セシメタル行爲ハ舊刑法之ヲ罰シタルモ(舊刑法第一五〇條)現行刑法ハ之ヲ罰セス

本罪ニ付テハ左ノ二點ニ注意スルコトヲ要ス

第一　本罪モ亦被拘禁者自ラ逃走スル罪ト相獨立ス故ニ被拘禁者自ラノ逃走カ犯罪ヲ構成セサル場合ト雖モ尙本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得(例之被拘禁者カ既決未決ノ囚人又ハ拘引狀ノ執行ヲ受ケタル者ニ非サルトキ)然レドモ本罪ニ付テハ必ス其行爲ニ因リ被拘禁者ノ逃走ヲ遂ケタル事實アルコトヲ要ス故ニ被拘禁者未タ逃走ヲ遂ケサル間ハ本罪モ亦常ニ未遂以下ノ狀態ニ在リ

第二　本罪ハ看守又ハ護送ノ任ニ在ル者ニ就キ定メタル特別ノ一罪ナリ故ニ

看守又ハ護送ノ任ニ在ル者第九九條又ハ第一〇〇條ノ罪ニ該ル行爲ヲ爲シタル場合ト雖モ常ニ第一〇一條ノミニ依リ之ヲ處斷ス可ク此場合ニ付キ刑法第五十四條一項ヲ適用ス可キモノニ非ス從テ看守又ハ護送ノ任ニ在ル者第一〇〇條ノ行爲ヲ爲シ被拘禁者未タ逃走ニ着手セサル場合ニ於テモ亦第一〇一條ノ未遂ヲ以テ之ヲ論ス可ク第一〇〇條ノ罪ヲ以テ之ヲ論ス可キモノニ非ス(大場氏七五六頁七五九頁小疇氏法學新報二〇卷二號七九頁八〇頁)

第七章　犯人藏匿及證憑湮滅ノ罪

第一節　總說

犯人藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪ハ共ニ國家ノ司法事務ヲ妨害スル罪ナリ國家ノ司法事務ハ固ヨリ適正ナラサル可カラス此故ニ國家ハ一方ニ於テ誣告罪僞證罪等ノ規定ニヨリ司法事務ノ適正ヲ計ルト共ニ又此罪ノ規定ニ依リ司法事務ノ妨害ヲ防ク而シテ學者ハ此等ノ罪ヲ包括シタル觀念ニ對シ司法事務ニ對スル罪 die Verbrechen gegen die Rechtspflege)ナル名稱ヲ與フ(Liszt. Meyer-Allfeld)國家ノ司法事務ハ既ニ他ノ國家事務ト同シク瀆職罪公務ノ執行ヲ妨害スル罪等ニ依リ一般ノ保護ヲ受ク而カモ法律カ特ニ司法事務ニ對スル罪ヲ規定スル所以ハ飽迄司法事務ノ適正ヲ期セントスルニアリ(大場氏七六六五頁以下參照)

「註」一般ノ學者ハ此外證人鑑定人ノ義務違反モ亦司法事務妨害ノ罪ト說明ス(大場七六六頁)然レトモ之ハ犯罪ニ非ス

第二節　犯人藏匿ノ罪

第一款　總說

第一　犯人藏匿ノ罪ハ犯人ヲ庇護スルニ因リ國家ノ司法事務ヲ妨害スル罪ナリ故ニ此罪ノ成立ニハ必ス庇護セラル可キ犯人ノ存在スルコトヲ要シ此犯人ニ依リ犯サレタル罪ハ之ヲ原犯(Vordelikt)ト稱ス然レトモ我現行法ハ庇護ノ客體ヲ擴張シ拘禁中逃走シタル者ヲ庇護スル行爲ニ付テモ亦本罪ノ成立ヲ認ム蓋シ此ノ如キ行爲モ亦司法事務ニ關スル點ニ於テ前同一ナレハナリ(泉二氏六五〇頁)

第二　廣ク庇護(Begünstigung)ト云フトキハ此內ニハ當然人的物的ノ庇護ヲ包括

ス卽チ人的庇護(Persönliche Begünstigung)ハ犯人ヲ庇護シテ其處罰ヲ免レシムルモノニシテ物的庇護(Sachliche Begünstigung)ハ贓物ヲ庇護シテ犯人ノ得タル利益ヲ安固ナラシムルモノナリ而シテ此二種ノ罪ニ關スル立法學說ハ大要「註一」此二種ノ罪ヲ原犯ノ事後從犯トナスモノ(例之英米法Feuerbach, Meyer, Köhler, Merkel)中世獨逸法獨逸普通法亦然リ)「註二」原犯ト獨立シタル一個ノ犯罪ト爲スモノ(佛獨墺其他通常ノ立法學說羅馬法一六二〇年ノ普國法亦然リ)トニ分タレ後ノ主義ハ更ニ(イ)人的物的ノ兩庇護ヲ區別セス二罪共ニ國家ノ司法事務ヲ妨害スル罪ト爲スモノ(例之獨法v. Buri以來ノ通說トロ)人的物的ノ兩庇護ヲ區別シ人的庇護ハ國家ノ司法事務ヲ妨害スル罪ニシテ物的庇護ハ私人ノ財產ヲ侵害スル罪ナリト爲スモノ(例之佛法Binding, Liszt, Frank, Olshausen)トニ分タル而シテ我舊刑法ハ佛國ノ立法ニ倣ヒ事後從犯ノ思想ハ之ヲ排斥スルト共ニ人的庇護ハ之ヲ公益ニ關スル罪中ニ規定シ(舊刑法一五一條)物的庇護ハ之ヲ贓物ニ關スル罪トシテ財產ニ對スル罪中ニ規定セシカ(舊刑法三九九條以下)現行刑法亦大體ニ於テ此思想ヲ襲フ(第一〇三條二五六條)

第二款　庇護ノ客體

庇護セラル可キ人卽庇護ノ客體ハ左ノ二種ナリ(第一〇三條)

第一　罰金以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル者

罰金以上ノ刑ト云フカ故ニ罰金ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル者モ亦固ヨリ之ヲ包含ス然レトモ拘留又ハ科料ニ該ル罪ヲ犯シタル者ハ之ヲ包含セス(第九條第一〇條舊刑法ハ此ノ如キ制限ヲ設ケサリシカ(舊刑一五一條)現行刑法ハ事態極メテ輕微ナル場合ニハ本罪ノ成立ヲ認ムル必要ナシト爲シタリ

罪ヲ犯シタル者トハ事實罪ヲ犯シタル者ヲ云フ故ニ

(一)　犯罪ノ嫌疑ヲ受ケ官ノ搜查中ニアル者ト雖モ事實罪ヲ犯ササル者ハ玆ニ之ヲ包含セス(Liszt, Frank, Beling大場氏泉二氏山岡氏牧野氏)事實罪ヲ犯シトハ事實或行爲ヲ爲シ其行爲カ主觀客觀ノ兩方面ニ於テ犯罪ノ構成要素ヲ具備スルコトヲ意味ス故ニ行爲者カ眞實罪ヲ犯シタリト信シ或人ヲ庇護スルモ其人ハ事實何等ノ行爲ヲモ爲サス又或行爲ヲ爲シタルモ其行爲ハ主觀客觀何レカノ方面ニ於テ犯罪ノ構成要素ヲ缺ク場合(例之其人責任能力ヲ缺キ若シクハ其行爲正當防

衛ナルトキ)ニハ共ニ本罪ヲ構成セス(Beling, Frank 446.Meyer = Allfeld 656大場氏828,泉二氏652.)然レトモ其人既ニ犯人ノ嫌疑ニ因リ拘禁セラレ其拘禁中逃走シタル者ナルトキハ其事情ノ如何ヲ問ハス「拘禁中逃走シタル者」ヲ庇護シタル者トシテ本罪ノ成立ヲ認メ得ルハ勿論ナリ

(二)然レトモ事實罪ヲ犯シタル者ナル以上ハ

い　其犯罪カ既遂ナルト未遂ナルトハ之ヲ問ハス

ろ　其犯罪ハ普通刑法上ノ犯罪ナルト特別刑法殊ニ陸海軍刑法上ノ犯罪ナルトハ之ヲ問ハス(例之陸海軍刑法上ノ罪ヲ犯シタル陸海軍々人ヲ庇護シタルトキ)

は　其犯罪ニ對シ既ニ起訴アリタルト否トハ勿論其犯罪ニ對シ搜査ノ着手アリタルト否トモ之ヲ問ハス(例之犯罪ノ發覺前犯人ヲ外國ニ隱避セシメタルトキ)(同說大場氏泉二氏岡田氏)

に　其犯罪ハ親告罪ニシテ之ニ對シ被害者ノ告訴アリタルト否トモ之ヲ問ハス親告罪ニ對シ告訴ナキ場合カ茲ニ所謂「罪ヲ犯シタル」中ニ包含セラル可キヤ否ヤニ付テハ種種ノ學說アリテ(1)或者ハ之ヲ消極ニ決シ(例之牧野(2)或者ハ之ヲ積極ニ決シ(例之泉二小疇)(3)或者ハ之ヲ積極ニ決スルモ其處罰又ハ訴追ハ原犯ニ對スル告訴起訴ヲ條件トスト說ク(例之大場氏山岡氏)然レトモ

親告罪ノ告訴ハ犯罪ノ構成要素ニ非ス又所謂處罰條件(狹義)ニ非ス而シテ一方本罪モ亦原犯ノ事後從犯ニ非スシテ之ト獨立シタル別個ノ犯罪ナルヲ以テ(事實ニ於テ或場合ニハ此ノ如キヲ訴追スル必要ナカル可シト雖モ(1)常ニ必ス然リトス可ラサルノミナラス(例之必要ノ點ヨリセサル親告罪)(2)法律ニハ必要不必要ヲ度外視シ一般ニ此ノ如キ行爲ヲ罰スルモノト解ス可シ)本問ハ之ヲ全然積極ニ決スルヲ相當トス然レトモ親告罪ニ對シ告訴ノ拋棄アリタルトキハ本罪ヲ構成セス何トナレハ親告罪ニ對スル告訴ノ拋棄ハ公訴權ヲ消滅セシメ(刑訴第六條二號)爾後其罪ニ對シテハ國家ノ司法事務ヲ生ス可キ見込存セサルコトヽ爲レハナリ(通說殊ニ Meyer = Allfeld 泉二氏大場氏)(但シ本罪ノ成否ハ固ヨリ一般ノ犯罪ト同シク庇護行爲ノ行ハレタル時ヲ標準トシテ之ヲ決ス可キモノナルヲ以テ庇護行爲ノ行ハレタル後告訴ノ拋棄アルモ其拋棄カ本罪ノ成否ニ關係ナキハ勿論ナリ大場氏八三〇頁參照)

原犯カ公訴ノ時效ニ罹リタル場合ハ如何此場合ニハ刑罰權ト共ニ公訴權モ亦消滅スルモノナルヲ以テ(刑訴第六條六號)他ノ公訴權消滅ノ場合(刑訴第六條)ト共ニ親告罪ニ對スル告訴ノ拋棄アリタルトキ同樣ニ解決セサル可カラス

第二　拘禁中逃走シタル者

法律ハ拘禁中逃走シタル者ト規定シ之ニ對シ何等ノ制限ヲ設ケサルカ故ニ其逃走シタル者カ

(一)　既決未決ノ囚人又ハ勾引狀ノ執行ヲ受ケタル者ナルト其他法令ニ因リ拘禁セラレタル者ナルトハ之ヲ問ハス此點ニ就キ或ハ既決未決ノ囚人又ハ勾引狀ノ執行ヲ受ケタル者ノミヲ包含スト主張スル者アレトモ(例之牧野氏)固ヨリ採ルニ足ラス(通說殊ニ泉二氏大場氏)然レトモ本罪ノ性質上國家ノ司法事務ニ關係ナキ者ヲ包含セサルハ勿論ナリ(例之監置中ノ精神病者)

(二)　罰金以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル者ナルト否トモ之ヲ問ハス故ニ拘留ノ執行中ニ在ル者又ハ科料ニ該ル罪ヲ犯シ刑法第一八條ニ依リ留置ノ處分中ニ在ル者モ亦之ヲ包含ス

(三)　事實罪ヲ犯シタル者ナルト否トモ之ヲ問ハス故ニ現實罪ヲ犯ササルモ拘禁中逃走シタル者ハ常ニ庇護ノ客體トタル

第三款　庇護ノ行爲

庇護ノ行爲ハ左ノ二者ナリ(第一〇三條)

第一　藏匿　藏匿トハ官ノ發見ヲ免ル可キ隱匿場ヲ供給スル事ヲ云フ或ハ隱匿場ノ供給ヲ不必要トシ犯人又ハ逃走者ヲ或場所ニ潛伏セシムル場合ハ勿論犯人又ハ逃走者カ或場所ニ滯留スルニ拘ラス他地方ニ滯留スル如ク虛僞ノ陳述ヲ爲シ若シクハ行爲者自ラ犯人又ハ逃走者ノ被服容貌ニ變更ヲ加フル(勝本博士カ之ヲ藏匿トナシタルハ博士自ラノ定義ト衝突ス)等其他當該官廳ヲシテ犯人又ハ逃走者ヲ發見スル能ハサラシムル一切ノ場合ヲ包含スト說ク者アレトモ(例之大場氏八三三頁以下)藏匿ノ意義自體竝ニ舊刑法佛文草案以來ノ立法的沿革ニ徵スレハ寧ロ「隱レ場所」卽隱匿場ノ供給ヲ必要トスルモノト解セサル可カラス(舊刑法一五一條佛文草案一八五條)(通說殊ニ勝本氏小疇氏泉二氏牧野氏山岡氏等)然レト

モ一派ノ論者(例之江木)カ說ク如ク自己ノ管轄內ニ置クコトヲ必要トセサルハ勿論ナリ

第二　隱避　隱避トハ藏匿以外ノ方法ニ依リ官ノ發見ヲ免レシム可キ一切ノ行爲ヲ云フ(通說大場氏)而シテ

(一)　行爲者自ラ隱避ノ行爲ヲ爲スト犯人又ハ逃走者隱避ノ行爲ヲ爲シ行爲者ハ只之ヲ敎唆又ハ幇助スルニ過キサルトハ之ヲ問ハス或ハ「犯人又ハ逃走者カ當該官廳ノ發見搜索ヲ免ルルカ爲メニ爲ス行爲カ隱避ニシテ法文所謂「隱避セシメ」トハ犯人又ハ逃走者ヲ隱避セシムル行爲卽チ行爲者カ犯人又ハ逃走者ノ隱避ヲ敎唆又ハ幇助スル行爲ノミヲ指シ行爲者自ラ隱避ノ行爲ヲ爲ス場合ハ玆ニ之ヲ包含セスト說ク者アレトモ(例之大場氏八三五頁以下)犯人又ハ逃走者ノ隱避行爲如何ニ拘ラス客觀的ニ見テ隱避セシムル行爲ト爲ルモノハ凡テ之ヲ包含スト解スルヲ正當トス(通說)故ニ例ヘハ隱避ノ場所ヲ敎ヘ逃走ノ旅費ヲ給與シ變裝ノ衣服ヲ貸與シ逃走ノ方角ヲ詐稱シ隱匿ノ密告ヲ妨クルカ如キ場合ハ勿論行爲者自ラ犯人又ハ逃走者ノ所在ヲ詐稱シ行爲者自ラ犯人又ハ逃走者ノ被服容貌ニ變更ヲ加ヘ行爲者自ラ犯人又ハ逃走者ト詐リ官ノ處分ヲ受クル等其他犯人又ハ逃走者ハ毫モ隱避ノ意思又ハ行爲ナキ場合ニ於テモ亦隱避セシムル行爲アリト云フコトヲ得(大場氏八三四頁八三五頁反對)

(二)　其行爲ノ積極ナルト消極ナルトハ之ヲ問ハス故ニ例ヘハ犯人又ハ逃走者ヲ逮捕ス可キ義務ヲ有スル者カ故意ニ之ヲ逮捕セス其隱避スルニ放任スルカ如キ場合ニ於テハ不作爲ニ因ル隱避行爲ヲ認ムルコトヲ得(泉二山岡大場八三八頁)

藏匿隱避ノ意義以上述ヘタル如シト雖モ官ノ發見ヲ免レシムル點ニ於テハ兩者同一ニシテ法律ハ只官ノ發見ヲ免レシムル行爲ニ就キ範圍ヲ異ニスル二個ノ方法ヲ規定シタルモノタルニ過キス故ニ若シ藏匿隱避相繼續シテ行ハレタル場合ニハ之ヲ包括シテ只一個ノ犯罪ノミヲ認メサル可カラス(大場氏八三八頁明治四十三年七三九判例)

第三節　證憑湮滅ノ罪

第一款　總說

證憑湮滅ノ罪ハ證憑ヲ湮滅スルニ因リ國家ノ司法事務ヲ妨害スル罪ナリ卽チ國家ノ司法事務ヲ妨害スル點ニ於テ犯人藏匿ノ罪ト相同シキモ一ハ犯人藏匿ノ方法ニ依リ他ハ證憑湮滅ノ方法ニ依ル差異アルノミ

第二款　物體

本罪ノ物體ハ他人ノ刑事被告事件ニ關スル證憑ナリ(第一〇四條卽チ本罪ノ物體ハ

第一　證憑ナルヲ要ス證憑トハ訴訟ニ於ケル事實發見ノ材料卽チ訴訟ニ於テ事實發見ニ利用セラル可キ物又ハ人ヲ云フ(訴訟法ニ所謂證據材料又ハ證據方法)法律ハ單ニ證憑ト規定シ之ニ對シ何等ノ制限ヲ設ケサルカ故ニ

(一)　其ノ有罪ノ證憑ナルト無罪ノ證憑ナルトハ之ヲ問ハス

(二)　其ノ有罪無罪ノ證憑ナルト刑ノ加重減免ニ關スル證憑ナルトハ之ヲ問ハス

(三)　其ノ被告ニ利益ナル證憑ナルト被告ニ不利益ナル證憑ナルトハ之ヲ問ハス舊刑法ハ他人ノ罪ヲ免カレシムル目的ヲ必要トシタレトモ現行刑法ハ之ヲ必要トセス(舊刑法第一五二條)

(四)　其ノ直接證據ナルト間接證據ナルトハ之ヲ問ハス

(五)　其ノ物證ナルト人證ナルトハ之ヲ問ハス卽チ物證トシテハ檢證物證書ヲ包含シ人證トシテハ證人鑑定人ヲ包含ス只人證中被告人自ラニ付テハ第一〇三條ノ規定アルヲ以テ玆ニ之ヲ包含セサルノミ或ハ人證ハ之ヲ包含セスト主張スル者ナキニ非ラス(例之大場氏八四四頁)泉二氏ハ始メ反對說ナリシモ新版ニテハ疑問トス五五六頁山岡氏牧野氏亦然リ六七四、二〇)

此說ハ「其罪證ト爲ル可キ物件ヲ云云」ト規定シタル舊刑法(一五二)ノ解釋トシテハ正當ナレトモ單ニ「證憑」ト規定シタル現行刑法ノ解釋トシテハ正當ナラス反對論者ハ法文ニ所謂證憑ハ之ヲ湮滅僞造變造シ得可キ物ニ限ラサル可カラスト主張スルモ(大場氏前揭)人證ニ就テハ湮滅僞造變造等ノ行爲ハ之ヲ想像シ得可ク只人證ノ僞造變造ニ付テハ別ニ僞證罪ノ規定アルヲ以テ玆ニ之ヲ適用スル限リニ非サルノミ故ニ湮滅ノ行爲アリタルトキハ人證ニ付テモ亦第一〇四條ノ適用アルモノト解セサル可カラス(例之證人鑑定人ヲ藏匿隱避スルトキ)牧野氏通義四四

年四四五頁判例)(京都法學會雜誌第六卷第九號)

第二　刑事被告事件ニ關スル證憑ナルヲ要ス刑事被告事件トハ刑罰權ヲ物體トスル訴訟事件ヲ云フ刑事被告事件ニ關スル證憑ニ限ルカ故ニ民事事件懲戒事件又ハ非訟事件等ニ關スル證憑ハ之ヲ包含セス然レトモ刑事被告事件ニ關スル以上ハ

(一)　其ノ事件ノ輕重ハ之ヲ問ハス故ニ罰金以上ノ刑ニ該ル被告事件ハ勿論拘留科料ニ該ル被告事件モ亦之ヲ包含ス(第一〇三條參照)

(二)　其事件カ審理ノ末有罪ト爲リタルヤ否ヤハ之ヲ問ハス故ニ例ヘハ現實罪ヲ犯ササル被告事件モ亦茲ニ所謂刑事被告事件ナリ(第一〇三條參照)(大場氏ハ此點ヲ非難ス八四三頁)

(三)　其事件カ既ニ搜査機關又ハ裁判所ニ繫屬中ナルヤ否ヤハ之ヲ問ハス或ハ未タ繫屬セサル被告事件ハ之ヲ包含セスト說ク者アレトモ(例之大場氏八四一頁以下)將來ノ繫屬ヲ豫想シ之ニ關スル證憑ヲ湮滅スルカ如キ行爲ヲ處罰セサル理由ハ存在セス(泉二氏山岡氏牧野氏四五年一頁判例大正二年判例)但シ其事件カ將來搜査機關又ハ裁判所ニ繫屬セサル場合ニ於テハ其事件ノ證憑ニ對スル湮滅其他ノ行爲カ本罪ヲ構成セサルハ勿論ナリ(泉二氏六五五牧野氏通義二一〇)

第三　他人ノ刑事被告事件ニ關スル證憑ナルヲ要ス故ニ自己ノ刑事被告事件ニ關スル證憑ハ之ヲ包含セス然レトモ共同被告人相互間ニアリテハ被告人ノ一方ヨリ見レハ他ノ一方ハ他人ナルヲ以テ他ノ一方ノ被告事件ニノミ關係ヲ有スル證憑ハ固ヨリ之ヲ包含ス而シテ其共同被告人間ニ共犯ノ關係アルト否トハ之ヲ問ハス通說殊ニ泉二氏六五五山岡氏六七三通說ハ共犯ニ付テノミ說明ス)

第三款　行爲

本罪ノ行爲ハ湮滅僞造變造及僞造變造ノ證憑ヲ使用スルコトナリ(第一〇四條)舊刑法ハ隱蔽ノ行爲ニ付テノミ本罪ノ成立ヲ認メタレトモ現行刑法ハ之ヲ狹シト爲ス(舊刑法一五二條)卽チ現行刑法上ノ行爲左ノ如シ

第一　湮滅　湮滅トハ證憑ノ效用ヲ滅却スル凡テノ行爲ヲ云ヒ

(一)　其全部ノ滅却ナルト一部ノ滅却ナルトハ之ヲ問ハス換言スレハ證憑ノ效

用ヲ滅失スル場合ハ勿論其效用ヲ滅失スル場合モ亦之ヲ包含ス(大場氏八四五四十三年四七一頁判例)

(二)　其證憑ヲ湮滅スルト否トハ之ヲ問ハス換言スレハ其證憑ヲ毀滅スル場合(例之物證ヲ破棄燒毀ス)ハ勿論其證憑ヲ毀滅セサルモ其效用ヲ滅却スル點ニ於テ前同一ナル場合(例之證書ヲ墨抹シ血痕足跡ヲ抹消洗滌シ證人鑑定人ヲ藏匿隱避ス)ハ凡テ之ヲ包含ス(通說)

第二　僞造變造　僞造トハ虛僞ノ證憑ヲ作出スルコトヲ云ヒ(例之行爲當時授受シタル如キ形式ニ於テ證書ヲ作出シ行爲當時使用又ハ着用シタル如キ形式ニ於テ出齒庖丁又ハ衣類ニ血痕ヲ附着セシム)變造トハ既ニ存スル證憑ノ原狀ヲ變更スルコトヲ云フ(例之行爲當時現ニ授受セラレタル證書ニ變更ヲ加ヘ犯罪供用ノ刀劍ニ附着シタル血痕ヲ拭ヒ去リ之ニ動物ノ血ヲ附着セシム)

第三　僞造變造シタル證憑ノ使用　卽チ僞造變造ノ證憑ヲ眞正ノ證憑トシテ裁判所又ハ搜査機關ニ交付又ハ提出スルコト是レナリ裁判所又ハ搜査機關ニ提出スル目的ヲ以テ被告人ノ辯護人ニ交付又ハ提出シタルニ過キサルトキハ未タ以テ使用ノ既遂ト爲スニ足ラス(裁判所又ハ搜査機關カ現實之ヲ使用スルト否トハ問題ト爲ラス「大場氏八四六頁反對)然レトモ交付又ハ提出ハ必スシモ積極的ナルヲ要セサルカ故ニ判事檢事司法警察官等ノ臨檢ス可キ場所ニ差置キ之カ差押ヲ爲サシムルカ如キ行爲モ亦使用ト云フコトヲ得(大場八四六頁)

第四節　處分

犯人藏匿及證憑湮滅ノ罪ノ處分ニ付テハ左ノ二點ニ注意セサル可カラス

第一　此兩罪ハ犯人又ハ逃走者ノ親族ニシテ犯人又ハ逃走者ノ利益ノ爲メニ犯シタルトキハ之ヲ罰セサルコト(第一〇五條)然レトモ此規定ノ適用ヲ受クルカ爲メニハ

(一)　犯人又ハ逃走者ノ親族カ之ヲ犯シタルコトヲ要ス茲ニ親族トハ民法ニ所謂親族ヲ指ス(民法七二五條七二七條七二八條)故ニ此以外ノ親族カ之ヲ犯スモ此規定ノ適用ヲ受クルコトヲ得ス

(二)　犯人又ハ逃走者ノ利益ノ爲メニ之ヲ犯シタルコトヲ要ス故ニ犯人又ハ逃

走者ノ不利益ノ爲メニ之ヲ犯スモ此規定ノ適用ヲ受クルコトヲ得ス舊刑法ハ此場合モ亦其罪ヲ論スト爲シタレトモ(舊刑法一五三條)現行刑法ハ其必要ナシトシ此點ニ關シ一個ノ制限ヲ設ケタリ茲ニ利益不利益ト云フハ常ニ之ヲ客觀的ニ決ス可ク犯人ノ主觀ニ依リ之ヲ決ス可キモノニ非ス(例之犯人ハ寧ロ有罪ノ判決ヲ望ムトキ)

此規定ハ犯罪ノ不成立ヲ定メタルモノニ非ス(日本法ノ解釋トシテハ犯罪ノ不成立可ナラン)シテ身分ニ因ル刑ノ排除(Persönlicher Strafausschliessungsgrund)ヲ定メタルモノナリ(Liszt 619. Frank 451. Meyer-Allfeld 659 Anm. 37. 大場氏八三八頁泉二氏六五九頁)故ニ親族ノ身分ヲ有セサル者之ニ加功シタルトキハ共犯トシテ之ヲ罰スルヲ妨ケス

第二　舊刑法ハ此兩罪ニ對シ輕禁錮ノ刑ヲ科シタルモ現行刑法ハ之ニ對シ懲役又ハ罰金ノ刑ヲ科シタルコト(舊刑法一五一條一五二條現刑法一〇三條一〇四條)是レ此兩罪ニ該ル者中ニハ一方ニ於テ往々盜賊ヲ使役シ不法ノ利益ヲ圖ルカ如ク其情狀極メテ重キ者アルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ單ニ知己老幼ヲ庇護スルト云フカ如ク其情狀極メテ輕キモノアリテ輕禁錮ノ刑ハ前ノ者ニ對シテハ輕キニ失シ後ノ者ニ對シテハ重キニ失スレハナリ

犯人藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪ニ付テハ犯人又ハ逃走者自ラ自己ヲ藏匿シ又ハ隱避セシム可ク他人ヲ教唆シ又ハ自己ノ刑事被告事件ニ關スル證憑ヲ湮滅僞造變造又ハ僞造變造ノ證憑ヲ使用ス可ク他人ヲ教唆シタル場合ニ於テ其犯人又ハ逃走者ハ他人ノ犯人藏匿及證憑湮滅ノ罪ニ付キ教唆ノ責任ヲ負フ可キヤ否ヤノ問題ヲ生ス而シテ此問題ニ付テハ積極消極ノ二說アリト雖モ犯人又ハ逃走者自ラハ犯人藏匿證憑湮滅ノ主體ト爲リ能ハサルヲ以テ教唆トシテモ亦之カ罪責ヲ負擔セサルモノト解スルヲ至當トス(Liszt 618. Frank 257 IV. Meyer-Allfeld 658. Binding Lehrb. 2. 662.; Bar 2. 784, 大場氏八三八以下847—R. G. Olshausen IV 27 Za 257, 山岡氏六七三頁以下三十五年七卷八三頁四十五年一頁判例)

犯人藏匿

第八章　騷擾ノ罪

第一節　總說

第一　騷擾ノ罪ハ公安ヲ害スル罪ノ一種ニ屬シ其ノ所謂公安トハ吾人ノ權利カ法規ノ力ニ依リ安全ニ保護セラルル狀態ヲ云ヒ之ヲ主觀的ニ觀察スレハ吾人カ法規ノ力ニ信賴シ吾人ノ權利ハ安全ニ保護セラレアリト感覺スルコトヲ意味ス(Liszt, Meyer-Allfeld, Wachenfeld Birkmeyer 大場氏等)然レトモ其ノ所謂公安カ國家ノ法益ニ屬スルカ將タ社會ノ法益ニ屬スルカハ學者間ニ大ナル論爭アル所ニシテ前ノ見地ニ立ツモノハ騷擾罪ヲ以テ國家ノ法益ニ對スル罪ト爲シ(例之Liszt)後ノ見地ニ立ツモノハ之ヲ以テ社會ノ法益ニ對スル罪ト爲ス(Birk-Meyer, Hälschner, Meyer-Allfeld, Wachenfeld 大場氏)而シテ一般ノ犯罪分類ニ於テ國家ノ法益ト社會ノ法益トヲ區別スル學說カ通說ナル如ク此點ニ付テモ亦公安ヲ以テ社會ノ法益トナシ從テ又騷擾罪ヲ以テ社會ノ法益ニ對スル罪ト爲ス學說カ通說ナリ(前揭參考書)事實上私人法益ノ侵害セラルル場合(此時ニ五四、三)

第二　騷擾ノ罪ハ社會ノ公安ヲ害スル罪ナリト雖モ此罪ノ成立ニハ必ス社會ノ公安ヲ害シタル事實アルヲ要スルニ非ラスシテ社會ノ公安ヲ害スル危險アル場合ニ於テモ亦此罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得(Liszt 576. Meyer-Allfeld 557—568)卽チ我現行法ニ就テ云ヘハ第一〇六條ハ公安ヲ害シタル場合ニ關シ第一〇七條ハ其ノ危險アル場合ニ關ス(大場氏三八頁)前ノ罪ハ本來ノ騷擾罪ニシテ後ノ罪ハ騷擾ヲ謀リタル罪ナリ

第三　舊刑法ニ騷擾ノ罪ニ題スルニ兇徒聚衆ノ罪ナル名稱ヲ以テセリ(舊刑第三六條以下)然レトモ兇徒聚衆ト云フトキハ强盜博徒浮浪ノ徒ト云フカ如キ特種惡漢ノ行爲ノミヲ罰スルカ如キ疑アリテ用語ノ當ヲ得タルモノニ非ラス故ニ現行刑法ハ之ヲ騷擾ノ罪ト改ム

第二節　本來ノ騷擾罪(第一〇六條)

第一　行爲　本罪ノ行爲ハ多衆聚合シテ暴行又ハ脅迫ヲ爲スコトナリ

(一)　多衆聚合　多衆聚合トアルカ故ニ第九八條ノ場合ニ於ケルカ如ク二以上ヲ以テ十分トナササルハ勿論ナリ然レトモ幾何ノ人數アレハ以テ多衆聚合(Menschenmenge)ト解シ得可キヤハ頗ル困難ナル問題ニシテ此點ニ付キ或ハ一見聚合人員ノ數ヲ知ル能ハサル時ナリトシ(Olshausen 459. Binding, Hälschner, Merkel)(註一)或ハ

聚合人員ヲ數フルニ付キ相當長キ時間ヲ要スルトキナリトシ(Frank 217)(註II)或ハ聚合人員中ニ一二ノ增減アルモ大體ノ數ニ於テ影響ナキトキナリトスル(Meyer-Allfeld 562, Meyer)等種種ノ學說アリト雖モ要スルニ數理的ニ人員ヲ限定スルハ不可能ニシテ時所及事情ノ如何ニ依リ各場合ニ於テ之ヲ決スル外ナク(Olshausen 439. Liszt 409. Binding, Geyer, R. G. 泉二氏勝本氏江木氏)(註III)各場合ニ於テ之ヲ決スルニ付テハ暴行脅迫ニ因リ公安ヲ害スルニ足ル人數ノ存スルヤ否ヤハ有力ナル標準ト爲ル可シト信ス(Olshausen R. G. 泉二氏山岡氏大正二年判例)

「註I」然シ此派ノ學者モ反對論者(例之 Mayer, Frank, Köhler)カ非難スル如ク一見聚合人員ノ數ヲ知ル能ハサル場合ニハ常ニ多衆聚合アリト云フニハ非ス(Olshausen 439. R. G.)

「註II」Frank 217 モ一定ノ Minimalzahl ハ之ヲ擧クルコトヲ得ス多分本文ノ場合ニハ Menschenmenge アリト云ヒ得可シトシ Meyer-Allfeld, Mayer, ノ說モ類似ナリトス

「註III」然シ小疇氏(九五)カ云ヒシ如ク事實審判官ノ判定ニ委ス可キ事項ニハ非ス(勝本氏モ同樣ニ說ク)勝本氏カ「但シ法律問題ニシテ事實ノ問題ニ非サル旨ヲ說キタルハ正シ v. Hippel 反對大場氏「一六」亦然リ然シ是レ無理現ニ大場氏ハ何等ノ標準ヲ示サス

多衆聚合ニハ一定ノ目的ヲ必要トセス草案ハ「何等ノ目的ヲ問ハス之ヲ違スルカタメ」ト規定シタレトモ(草案一二五)確定法文ハ之ヲ削除シタリ故ニ多衆聚合アル以上ハ其多衆聚合カ

い　一定ノ目的ニ因リタルト否トハ之ヲ問ハス一定ノ目的ニ因リ聚合セサルモ後ニ至リ多衆聚合ニ依ル暴行脅迫ヲ爲ス意思ヲ生シタルトキハ本罪ノ成立アリ(例之祭禮祝日等ノトキ多衆聚合シ興ニ乘シ暴行脅迫ヲ爲シタルトキ)

ろ　暴行脅迫ノ目的ニ因リタルト否トハ之ヲ問ハス暴行脅迫ノ目的ニ因リ聚合セサルモ後ニ至リ多衆聚合ニ依ル暴行脅迫ヲ爲ス意思ヲ生シタルトキ本罪ノ成立アリ(例之運動會祝賀會等ノ爲メ多衆聚合シ後ニ至リ暴行脅迫ヲ爲ス意思ヲ生シ之ヲ實行シタルトキ)

は　不適法ノ目的ニ因リタルト否トハ之ヲ問ハス不適法ノ目的ニ因リ聚合セサルモ多衆聚合ニ依ル暴行脅迫ヲ手段ト爲シタルトキハ本罪ノ成立アリ(例之請願ノ爲メ多衆議會ノ門前ニ聚合シ暴行脅迫ヲ爲シタルトキ債務ノ履行ヲ促ス爲メ多衆債務者ノ門前ニ聚合シ暴行脅迫ヲ爲ストキ)

(二)　暴行脅迫　暴行脅迫ノ意義如何ハ前ニ國交ニ關スル罪(第九〇條第九一條)公務ノ執行ヲ妨害スル罪(第九五條)等ニ就キ述ヘタルト同一ナリ然レトモ玆ニ所

謂暴行脅迫ハ其意義最モ廣ク

い　其ノ暴行カ人ニ對スルト物ニ對スルトヲ問ハス茲ニ所謂暴行ハ此點ニ於テ公務執行妨害罪ニ所謂暴行ト異ナリ(第九五條)又傷害罪ニ所謂暴行ト異ナル(第二〇七條第二〇八條)

ろ　其ノ脅迫ハ告知ス可キ害惡ノ種類如何ヲ問ハス茲ニ所謂脅迫ハ此點ニ於テ脅迫罪ニ所謂脅迫ト異ナル(第二二二條第二二三條)

は　其ノ暴行脅迫ハ私人ニ對スルト公衆ニ對スルトヲ問ハス舊刑法ニ官廳ニ喧鬧シ官吏ニ强逼シ又ハ村市ヲ騷擾シ」トアルカ如キハ其ノ一例タルニ過キス(舊刑第一三七條)

に　其ノ暴行脅迫ハ方法(例之武器ヲ用ユルト否ト)程度(例之他ノ反抗ヲ抑壓シ得ル程度ノモノナルト否ト)ノ如何ヲ問ハス茲ニ所謂暴行脅迫ハ程度ノ如何ヲ問ハサル點ニ於テ强姦罪强盜罪等ニ所謂暴行脅迫ト異ル(第一七七條第二三六條第二三八條)但シ茲ニ所謂暴行脅迫中ニ殺人放火傷害毀壞等ノ結果ヲ包含セサルカ故ニ暴行脅迫ニ因リ此等ノ結果ヲ惹起シタル場合ニハ凡テ刑法第四條第一項ヲ適用シ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷セサル可カラス此點ニ付キ或ハ殺人放火ト云フカ如キ不法腕力行使ハ茲ニ所謂暴行中ニ包含セラレサルモ傷害毀壞及ヒ其以下ノ不法腕力行使ハ茲ニ所謂暴行中ニ包含セラルト說キ(例之泉二氏六六四頁)或ハ騷擾罪ノ刑他ノ結果ニ對スル刑ヨリ輕キトキハ他ノ結果ハ騷擾罪ニ所謂暴行脅迫中ニ包含セラレサルモ騷擾罪ノ刑他ノ結果ニ對スル刑ヨリ重キトキハ他ノ結果ハ騷擾罪ニ所謂暴行脅迫中ニ包含セラルト說ク(例之牧野氏二三)然レトモ同刑法ニ於ケルカ如ク暴動トアレハ格別(舊刑第一三七條)然ラスシテ單ニ暴行脅迫トアル以上ハ暴行脅迫ノ通常ノ意味ニ從ヒ騷擾罪ノ刑他ノ結果ニ對スル刑ヨリ重キ場合ト雖モ騷擾罪ニ所謂暴行脅迫中ニハ他ノ結果ヲ包含セサルモノト解セサル可カラス大場氏二七以下二九以下山岡氏五八七大正二年二七〇二號判例)

「註」此場合ノ處分方法

I　騷擾罪ノ刑他ノ結果ニ對スル刑ヨリ輕キ場合(殺人放火等ノ場合)

(1)他ノ結果ニ對スル法條ノミニ依リ之ヲ處斷ス

(イ)牧野氏
(ロ)大場氏　理由ハ異ル然シ若シ然ラハ第五四條ヲ適用セサル可カラス

(2) 第五四條ヲ適用ストノ說(泉二氏山岡氏)

Ⅱ 反對ノ場合

(1) 騷擾罪ノミニ依リ處斷ス(泉二氏牧野氏)

(2) 第五四條一項後段ヲ適用ス(大場氏)議論一貫セス

(3) 第五四條一項前段ヲ適用ス(山岡氏判例)

ほ　其ノ暴行脅迫ハ之ニ依リ一地方ノ靜謐ヲ害スル程度ノモノタルト否トヲ問ハス或ハ騷擾ナル文字自體カ之ニ依リ一地方ノ靜謐ヲ害スル程度ノモノタルヲ必要トスト說ク者アレトモ(牧野氏二二舊刑法ニ於ケルカ如ク暴動トアレハ格別(舊刑法第一三七條)然ラサル我現行法ノ解釋トシテハ多衆聚合シテ暴行脅迫ヲ爲ス事自體カ公安ヲ害スルモノト認メサル可カラス(大場氏三二頁山岡氏五八八頁)

(三) 多衆聚合ニ依ル暴行脅迫　多衆聚合ト暴行脅迫ノ事實アルモ未タ以テ本罪ノ成立ヲ認ムルニ足ラス本罪ノ成立ヲ認ムルニハ必ス多衆聚合ニ依ル暴行脅迫卽チ多衆聚合ノ合同力(die vereinten Kräften)ニ依ル暴行脅迫アルヲ要ス(Frank 244. 大場氏二四頁以下山岡氏五八七頁)ニ多衆聚合シテ暴行脅迫ヲ爲スモ其ノ暴行脅迫カ多衆聚合ノ合同力ニ依ラサル場合ニハ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス(例之祭禮ニ會合シタル一部ノ人間カ他ノ者ニ關係ナク人ヲ毆打シタルトキ)然レトモ苟モ多衆聚合ノ合同力ニ依リ暴行脅迫ヲ爲シタル事實アル以上ハ其合同者ノ各自カ直接暴行脅迫ヲ爲シタルト否トヲ問ハス其全部ニ付キ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得(大場氏二五頁泉二氏六六六頁)コノ點ニ付キ或ハ合同者ノ各自カ暴行脅迫ヲ爲シタル事實アルヲ必要トシ(Binding)或ハ少クトモ合同者ノ二人以上カ暴行脅迫ヲ爲シタル事實アルヲ必要トスル(例之 Frank 229. John. Binding. Frendenshal. Meyer) 學者アレトモ共ニ採ルニ足ラス(Olshausen, Oppenh.-Del, Meyer-Allfeld, Hess. R. G.)

多衆聚合ニ依ル暴行脅迫ハ內亂罪ノ場合ニ於テモ亦之ヲ認ムルコトヲ得(七七條)然レトモ內亂罪ハ朝憲紊亂ノ目的ヲ必要トスルモ騷擾罪ハ之ヲ必要トセス又內亂罪ニ所謂暴動ハ殺傷其他ノ結果ヲ包含スルモ騷擾罪ニ所謂暴行脅迫ハ之ヲ包含セス故ニ內亂罪ト騷擾罪ト相衝突シタルトキハ常ニ複法タル內亂罪ノ規定ノミヲ適用セサル可カラス

第二　處分　本罪モ亦內亂罪ト同シク左ノ區別ニ從ヒ處分ヲ異ニス

(一) 首魁

(二)　他人ヲ指揮シ又ハ他人ニ率先シテ勢ヲ助ケタル者

茲ニ他人ニ率先シテ勢ヲ助ケトハ他人ニ率先シテ騷擾ヲ容易ナラシムル一切ノ行爲ヲ指シ他人ニ率先シテ聚合者ヲ激勵聲援スル場合ハ勿論自ラ率先シテ暴行脅迫ヲ爲ス場合モ亦之ヲ包含ス(四四年Ⅲ二大場氏三六)

(三)　附和隨行シタル者

律ハ以上ノ三種ヲ限定スル故ニ以上三種ニ屬セサル者ハ假令騷擾ノ謀議ニ參與シタルトキト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス(四四年Ⅸ二五)

第三節　騷擾ヲ謀リタル罪(第一〇七條)

本罪ノ成立ニハ左ノ條件ヲ必要トス

第一　暴行又ハ脅迫ヲ爲ス爲メ多衆聚合シタルコト卽チ多衆聚合ノ目的ハ暴行脅迫ヲ爲スニアルコトヲ要ス從テ一定ノ目的ナクシテ多衆聚合シタル場合ハ勿論一定ノ目的ヲ以テ多衆聚合シタルモ其目的カ暴行脅迫以外ニアル場合ニモ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス當初平穩ノ目的ヲ以テ聚合シ中途暴行脅迫ヲ爲サント一致シタルトキハ如何或ハ暴行脅迫ノ目的ハ當該官吏ヨリ解散ノ命令ヲ受ケタル當時ニ存在スルヲ以テ十分トシ此ノ如キ場合ニ於テモ亦本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ト主張スルモノアレトモ(大場氏三七—三八)法律カ「暴行又ハ脅迫ヲ爲ス爲メ多衆聚合シ」ト規定シタルニ依レハ暴行脅迫ノ目的ハ多衆聚合ノ際存在スルヲ必要トシ右ノ如キ場合ニ於テハ暴行脅迫ノ實行ニ因リ第一〇六條ノ罪ヲ構成シ得ルハ勿論ナルモ本罪ハ之ヲ構成シ能ハサルモノト解スルヲ至當トス(泉二氏六六九頁山岡氏五八九頁)

第二　當該公務員ヨリ解散ノ命令ヲ受クルコト三回以上ニ及ヒタルコト　當該公務員トハ治安警察ノ職務ニ從事スル公務員ヲ云フ該當公務員ハ固ヨリ解散ノ命令ヲ發ス可キ一般及特別ノ權限ヲ有セサル可カラス然レトモ其ノ命令ノ方式如何ハ問フ所ニアラス法律ハ「解散ノ命令ヲ受クルコト三回以上ニ及フモ」ト規定ス果シテ然ラハ如何ナル場合ニ於テ一回ノ解散命令アリタリト解シ得可キカ此點ニ付テハ發命主義ニ依ル可キカ將タ受命主義ニ依ル可キカノ問題ヲ生ス然レトモ法律ハ「解散命令ヲ受クルコト」ト規定スルノミナラス凡テ刑法ハ行爲者ノ

知ル所ニ從ヒ罪責ノ有無ヲ決ス可キモノナルヲ以テ其命令カ一度被命令者ニ覺知セラレタル事實ナキ限リ未タ一回ノ解散命令アリタリト解シ能ハサルモノト云ハサル可カラス卽チ法律ハ三回以上解散命令ヲ發シタル事實アルヲ以テ十分トセス必ス三回以上解散命令ヲ知覺シタル事實アルヲ要スト爲スナリ然レトモ其ノ之ヲ覺知シタルコトカ直接公務員ヨリ聞キタルニ依ルト間接他ノ者ヨリ聞キタルニ依ルトハ之ヲ問ハス(Frank. R.G. 大場氏四二泉二氏)毎回ノ解散命令間ニハ必ス多少時間ノ隔アルコトヲ要ス故ニ三回以上解散命令ヲ發シ且ツ之ヲ覺知シタル事實アルモ其解散命令カ時間ニ於テ相繼續スル場合ニハ之ヲ以テ眞實三回以上解散命令アリタルモノト解スルコトヲ得ス(例之言語ヲ以テ三回以上解散ス可キ旨ヲ連呼シタルトキ)

第三　解散ノ命令ヲ受クルコト三回以上ニ及フモ仍ホ解散セサルコト　故ニ三回以上解散命令ヲ受ケ聚合者之ニ因テ解散シタルトキハ本罪ヲ構成セス然レトモ法律ハ「三回以上」ト規定スルカ故ニ一方ニ於テ解散命令四回五回若シクハ其レ以上ニ及ヒ聚合者之ニ因リ解散シタル場合ニハ本罪ヲ構成セサルニ拘ハラス他ノ一方ニ於テ解散命令三回ニ止マリ聚合者之ニ因リ解散セサル場合ニハ本罪ヲ構成ス而シテ解散命令ノ四回以上ニ及フト否トハ一ニ當該公務員ノ方寸ニアリ故ニ此點ニ付テハ罪ノ成否ニ付キ立證上ノ困難アルノミナラス罪ノ成否ヲ當該公務員ノ方寸ニ一任ストノ非難ナキヲ得ス(泉二氏大場氏山岡氏)

三回以上解散ノ命令ヲ受ケ聚合者之ニ因リ解散シタルトキハ聚合者ノ一部ノミ解散シタル場合卽チ聚合者ノ一部カ其聚合ヨリ脫退シタル場合ト雖モ其一部ニ付テハ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス而シテ其一部カ首魁ナルト否トハ之ヲ問ハス聚合者ノ全部又ハ一部カ解散命令以外ノ原因ニ基キ解散シタル場合ハ如何反對說ナキニアラサルモ(例之大場氏)不解散ノ有無ノミニ依リ罪ノ成否ヲ決スル本罪ハ此場合ニ於テモ亦其成立ナキモノト解スルコトヲ至當トス(牧野氏)但シ罪ノ成立ニ解散シタル事實カ成否ニ關係ナキハ勿論ナリ(例之聚合者ノ一二カ逮捕セラレタル爲メ解散シタルトキ)

本罪ノ處分ハ首魁ト其他ノ者トニ依リ異ル首魁カ脫退シタル場合ニハ其ノ他ノ者ノ處分ニ付キ一個ノ疑問ヲ生ス卽首魁カ脫退シタル後ノ聚合者ハ凡テ其ノ

他ノ者トシテ之ヲ處罰ス可キカ將タ不解散主唱者ヲ以テ其首魁ト爲ス可キカ反對說ナキニ非サルモ(例之泉二氏)不解散ノ主唱者ハ未タ以テ騷擾ヲ謀リタル罪自體ノ首魁ト見ルニ足ラサルヲ以テ此者モ亦「其他ノ者」トシテ之ヲ處罰スルヲ正當トス(大場氏)

第九章　放火及ヒ失火ノ罪

第一節　總說

第一　放火失火ノ罪ハ溢水水利ニ關スル罪往來ヲ妨害スル罪等ト同シク公共危險罪(die gemeingefährlichen Verbrechen)ノ一種ニ屬ス公共ノ危險(Gemeingefährdung)トハ特定個人ノ生命身體財產等ニ對スル危險ヲ意味セスシテ不定多數ノ生命身體財產等ニ對スル危險ヲ意味シ(Liszt 505)此ノ公共ノ危險ヲ生ス可キ罪ハ之ヲ公共危險罪ト稱ス而シテ法律カ公共危險罪ヲ規定スルニ當リテハ其行爲ニ因リ公共ノ危險ヲ生ス可キヤ否ヤヲ標準ト爲ス可キコト勿論ナリト雖モ其ノ所謂公共ノ危險ハ必スシモ具體的ナルヲ要セスシテ抽象的若シクハ一般的ニ公共ノ危險ヲ生ス可キ行爲ニ付テモ亦公共危險罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得(Liszt, a. o. l. 大場氏五九頁——六〇頁)今放火失火ノ罪ニ就キ案スルニ舊刑法ハ之ヲ以テ財產ニ對スル罪ノ一種ト爲シタレトモ現行刑法カ或種ノ物件ニ付テハ其物件カ犯人ノ所有ニ屬スル場合ニ於テモ亦此ノ罪ノ成立ヲ認メ(一〇八條一一六條)又或種ノ物件ニ就テハ具體的ニ公共ノ危險ヲ生シタル場合ニ於テノミ此ノ罪ノ成立ヲ認メ(一一〇條一一六條)タルニ依レハ現行刑法カ此罪ヲ財產ニ對スル罪ノ一種ト爲サスシテ寧ロ公共危險罪ノ一種ト爲シタルモノナルコト洵ニ明白ナリ卽チ刑法ハ前ノ物件ニ付テハ具體的ニ公共ノ危險ヲ生シタルト否トヲ問ハス抽象的ニ公共ノ危險ヲ生シタルモノトシテ放火失火罪ノ成立ヲ認メタルモノト觀察セサル可カラス尤モ現行刑法モ亦物件ノ犯人ノ所有ニ屬スルト否トニ因リ著シク取扱ヲ異ニスル場合ナキニ非ラス(一〇九條二項一一〇條二項一一六條)然レトモ是レ只科刑其他ノ點ニ付キ財產上ノ關係ヲ斟酌シタルモノタルニ過キス

第二　同シク放火罪ト云フモ其目的物ノ如何ニ因リ公共ノ危險ヲ生ス可キ程度必スシモ同一ニ非ス而シテ法律ハ其程度ノ高キモノニ就キ左ニ述フルカ如キ

特別規定ヲ設ク

第一　第一〇八條及第一〇九條一項ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス(第一一二條)

第二　第一〇八條又ハ第一〇九條一項ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其ノ豫備ヲ爲シタル者ハ一定ノ刑ニ處ス但情狀ニ因リ其刑ヲ免除スルコトヲ得(第一一三條)

第三　第一〇八條第一〇九條一項ノ罪第一〇八條第一〇九條一項ノ例ニ依リ處罰ス可キ罪(一一五條一一七條)及ヒ此等ノ罪ノ未遂罪ニ付テハ帝國臣民ニ對シ犯地ノ內外ヲ問ハス我刑法ヲ適用ス(第三條一號)

第二節　放火罪

第一　所爲　本罪ノ所爲ハ火ヲ放テ物ヲ燒燬スルコトナリ(一〇八條—一一〇條)故ニ本罪ノ所爲アルカ爲メニハ

(一)　放火ノ所爲アルヲ要ス　放火トハ火力ヲ以テ物ヲ燃エ始メシムルコトヲ云フ故ニ燃料(例之燐寸付木)ニ火ヲ點シタル場合ニハ既ニ放火ノ著手アリテ火力カ燃料ノ力ヲ藉ラス例之燐寸付木ヲ取去ルモ自然ノ勢ニ依リ燃燒力ヲ繼續シ得可キ狀態ニ至リタルトキハ既ニ放火ノ完了アリト云フヿヲ得(Liszt 506. 大場氏七八)

(二)　燒燬ノ結果アルヲ要ス　卽チ放火ノ行爲アルモ燒燬ノ結果ヲ生スルニ非ザレハ本罪ヲ構成セス燒燬トハ火力ヲ以テ物ノ效用ヲ滅却スルコトヲ云ヒ物ノ效用ヲ滅却スル點ニ於テ損壞(例之第二六〇條)ノ一種タレトモ火力ヲ以テスル點ニ於テ聊カ特色ヲ有ス放火罪ノ既遂ニ達スル時期如何ニ付テハ

(1)　或ハ犯人ノ所爲カ公共ノ危險ヲ生セシム可キ程度ニ達シタルトキ卽チ火力カ燃料ノ力ヲ藉ラス獨立シテ燃燒ノ作用ヲ繼續シ得可キ狀態ニ達シタルトキナリトシ(例之明治三拾五年IX一二四同年XI九七同四十三年三八四小疇氏谷野氏)

「註」此點ニ對シテ

(一)　兩論理ハ必スシモ一致セス(二)未遂ノ場合ニモ危險アリ(泉二氏六七九)

(2)　或ハ物トシテノ存在ヲ亡失セシムル程度ニ達シタル時ナリトシ(例之勝本氏江木氏)

「註」(2)ハ實質ヲ見サル嫌アリ

(3)　或ハ物ノ效用ヲ滅却シタルトキナリトスル(例之岡田氏泉二氏大場氏)等種

々ノ學說アリ火ヲ放ツコトノミヲ以テ(in Brand setzen)放火罪ノ構成要素ト爲シタル國法ノ解釋トシテハ第一說固ヨリ至當ナル可キモ(例之Garraud. Liszt. Binding. Olshausen. Frank. R. G)火ヲ放ツコトノ外燒燬ノ結果ヲ必要トシタル我刑法ノ解釋トシテハ寧ロ第三說ヲ正當ト爲サザル可カラス物ノ一部ノ效用ヲ滅却シタル場合ハ如何此點ニ付テハ多少ノ疑問ナキニ非サルモ法律ノ他ノ點ト比較シ(第一一七條第二六〇條等)此場合ニ於テモ亦放火罪ノ既遂アルモノト解スルヲ至當トス(大場氏七九明治三十九年一〇四六)物ノ效用ヲ滅却スルコトト物ノ大部ヲ燒失シ若シクハ其存在ヲ亡失セシムルコトトハ之ヲ混同ス可カラス物ノ小部ヲ燒失シ若シクハ其存在ヲ亡失セサル場合ト雖モ其ノ要部ヲ燒失シタルトキハ玆ニ效用ノ滅却アリト云フコトヲ得而シテ法律ハ效用ノ滅却ヲ以テ必要ニシテ且ツ十分トナシタルモノト解セサル可カラス

第二　物體及處分　本罪ノ物體ハ左ノ三種ニシテ其何レニ屬スルヤニ因リ刑ノ輕重ヲ異ニス

(一)　現ニ人ノ住居ニ使用シ又ハ人ノ現在スル建造物汽車電車艦船若シクハ鑛坑(第一〇八條)

「現ニ」トハ行爲當時現ニトノ意ニシテ「人」トハ「犯人以外ノ人」トノ意ナリ故ニ「現ニ人ノ住居ニ使用シ」トハ「行爲ノ當時現ニ犯人以外ノ人カ住居ノ用ニ供シツツアルコトヲ云フ從テ(イ)　行爲當時現ニ住居ノ用ニ供スル者ナキトキ(例之明家他ノ時期ニ於ケル夏期專用ノ別莊)(ロ)　若シクハ犯人一個ノ住居ノ用ニ供スルトキノ如キ共ニ「現ニ人ノ住居ニ使用シ」ト云フコトヲ得ス然レトモ現ニ犯人以外ノ人カ住居ノ用ニ供シツツアル以上ハ(イ)　其ノ人カ行爲當時恰カモ不在ナリシト否トロ(ロ)又其ノ人カ犯人ノ親族ナルト否トヲ問ハス「現ニ人ノ住居ニ使用シ」ト解スルコトヲ得而シテ犯人カ其ノ家族ト共ニ住居シタルトキハ犯人ノ住居スル建造物其ノ他ノ物モ亦之ヲ人ノ住居ニ使用スル物ト解セサル可カラス晝間事務ヲ執ル爲メノ公務所又ハ事務所ト雖モ他ニ住居ノ用ニ供スルモノアルトキハ之ヲ以テ「人ノ住居ニ使用シ」ト解シ得可キハ勿論ナリ(例之小使ヲ住居セシメ學生ヲ寄宿セシム)然レトモ如斯キ常住居アルニ非スシテ唯夜間當直員ヲ宿泊セシムルニ過キサル場合ハ如何此點ニ付キ或ハ消極說ヲ唱フル學者ナキニ非ラサルモ(例之大場氏七

三其ノ宿直室カ公務所又ハ事務所ノ建造物中ニ存スルトキハ是亦「人ノ住居ニ使用シ」タル物ト解スルヲ至當トス(明治四十二年四〇二同四十五年二六六泉二氏六七)八但シ其ノ宿直室カ公務所又ハ事務所ノ建物ト相獨立シタルトキハ假令宿直員ノ巡視アル場合ト雖モ之ヲ以テ「人ノ住居ニ使用シ」タル物ト解シ能ハサルハ勿論ナリ(泉二氏六七八判例)

「人ノ現在スル」トハ行爲當時犯人以外ノ人カ現ニ存在スルコトヲ云フ「人ノ現在スルコトヲ以テ十分ト爲スカ故ニ人ノ住居ニ使用スルト否ト若シクハ人ノ平素現在スルト否トハ之ヲ問ハス(例之人ノ住居ニ使用セサル明家人ノ平素現在セサル汽車電車「獨刑三〇六條三號所謂Räumlichkeitト異ル」(大場氏七四)

「建造物」(Gebäude)トハ周壁及屋根ヲ有シ人ノ出入ニ適スル土地定着物ヲ云フ故ニ土地ニ定着セサル物(例之杭ヲ建テ幕ヲ張リタル觀物小屋)若クハ人ノ出入ニ適セサル物(例之犬小屋地藏堂稻荷堂)等ハ之ヲ建造物ト稱スルコトヲ得ス然レトモ右ノ條件ヲ具備スル限リハ其ノ定着ノ一時的ナルト否ト(例之臨時博覽會建物)若シクハ其ノ大小形狀如何(例之物置小屋堀立小屋)「註」(明治四十一年一一〇二大正元年一一三八牧野氏ハ「住居シ得可キモノ」ト說キタルハ正シカラス)ハ凡テ之ヲ問ハス(Liszt 441. 大場七五)瀛車電車中ニハ市內市外ヲ包含スルモ他ノ車ハ之ヲ包含セス(例之馬車自働車鐵道馬車)艦船トハ軍艦船舶ヲ云ヒ其ノ國籍大小形狀ノ如何ヲ問ハサルモ他ノ之ト同一視ス可キ物(例之筏飛行機飛行船)ハ之ヲ包含セス鑛坑トハ無論物ヲ發堀スルカ爲メニ設ケタル地下ノ室孔ヲ云フ

以上述ヘ來リタル物件ニ對スル放火ハ其物件ノ犯人ノ所有ニ係ルト否ト若シクハ其ノ行爲ニ因リ具體的ニ公共ノ危險ヲ生シタルト否トヲ問ハス凡テ同一ニ處罰ス畢竟法律ハ此種ノ物件ニ對スル放火行爲ヲ以テ一般若シクハ抽象的ニ公共ノ危險ヲ惹起ス可キモノ(die abstrakte Gemeingefährlichkeit)ト爲シタルナリ

(二)　現ニ人ノ住居ニ使用セス又ハ人ノ現在セサル建造物艦船若シクハ礦坑(第一〇九條)

此種ノ物件ニ對スル放火ハ其ノ物件カ犯人ノ所有ニ係ルト否トニ因リ處分ヲ異ニシ又其ノ物件犯人ノ所有ニ係ルトキハ因テ公共ノ危險ヲ生シタルト否トニ因リ之ヲ罰スルト否トヲ決ス犯人ノ所有ニ係ル物件ト雖モ他人ト共有ニ係ル場

合ニ於テ之ヲ犯人ノ所有ニ係ル物ト論定シ能ハサルハ勿論ニシテ又反對ニ他人ノ所有ニ係ル物ト雖モ其所有者ノ同意アルトキ(例之所有者犯人ト共謀シ之ヲ教唆シ之ヲ幇助シ若シクハ之ヲ承諾シタルトキ)ハ其ノ同意ハ法律ノ許ス範圍内ニ於テ違法ヲ阻却シ犯人ハ自己ノ所有ニ係ル物ノ放火トシテ處斷セラルルモノト論定セサル可カラス(大場氏九七以下)

公共ノ危險トハ不定多數ノ物件ニ延燒スル危險即チ所謂具體的危險(die Konkrete Gemeingefährlichkeit)ヲ意味シ其ノ延燒ノ危險アル物件カ第一〇八條第一〇九條ニ該ルト將タ第一一〇條ニ該ルトハ之ヲ問ハス(大場氏一〇一牧野氏泉二氏判例)

(三)　前二種以外ノ物(第一一〇條)此種ノ物件ニ對スル放火ハ燒燬ニ因リ具體的ニ公共ノ安寧ヲ生シタルトキノミ之ヲ罰シ其ノ物犯人ノ所有ニ係ルトキハ特ニ其ノ刑ヲ輕クス法律ハ此種ノ物件ニ對シ何等ノ制限ヲ設ケサルカ如キモ放火罪ノ一般性質竝ニ第一一〇條ノ規定自體ニ徴シ其ノ物件ノ燒燬ニ因リ公共ノ危險ヲ生シ得可キ程度ノ物タルヲ要スルハ明白ナリ(例之現ニ人ノ往居セス又ハ人ノ現在セサル汽車電車山林ノ竹木田野ノ穀麥露積シタル柴草竹木等)故ニ此ノ程度ニ達セサル物件ノ燒燬ニ因テ以テ第二五八條以下ノ毀棄罪ヲ構成シ得可キモ放火罪ハ之ヲ構成スルコトヲ得ス一個ノ放火行爲ニ因リ故意ニ以上ノ目的物ヲ燒燬シタル場合ニ於テ其ノ目的物ノ種類互ニ相異ル場合ニハ如何ニ處分ス可キカ此場合ニ付キ或ハ想像上ノ數罪(第五一條一項前段)ヲ認ム可シト主張スル者ナキニ非サルモ(大場氏)該放火行爲ニ因リ侵害セラルル法益(社會ノ靜謐)ハ單一從テ又其ノ法益侵害ノ結果(公共ノ危險)モ單一ニシテ只目的物增加スルニ從ヒ其分量ヲ增加スルニ過キサルヲ以テ二以上ノ目的物ノ種類互ニ相異ナラサル場合ニハ無論其ノ目的物ニ就キ單一ノ放火罪ヲ認ム可ク又二以上ノ目的物ノ種類互ニ相異ナル場合ニ於テモ其ノ内最モ重キ目的物ニ就キ唯一個ノ放火罪ヲ認ム可キモノト解セサル可カラス(通說特ニ泉二氏牧野氏山岡氏判例)

第三　延燒自己ノ所有ニ係ル第二種又ハ第三種ノ物ヲ燒燬シ(第一〇九條二項第一一〇條二項)因テ第一種(第一〇八條)又ハ自己ノ所有ニ係ラサル第二種(第一〇九條一項)ノ物ニ延燒シ若シクハ自己ノ所有ニ係ル第三種ノ物ヲ燒燬シ(第一一〇條二項)因テ自己ノ所有ニ係ラサル第三種ノ物ニ(第一一〇條一項)延燒シタル場合

ニ付テハ特別ノ處罰規定ヲ設ケ其ノ前ノ場合後ノ場合間ニモ刑罰ノ輕重ヲ異ニス(第一一條)一般ノ理論トシテハ犯人ハ只自已ノ犯意ノ存スル限リニ於テノミ罪責ヲ負擔ス可キモノニシテ右ニ述ヘタル如キ場合ニ於テハ只自已ノ所有ニ係ル第二種又ハ第三種ノ物ノ燒燬ニ付テノミ罪責ヲ負擔ス可キモノナリト雖モ放火ノ行爲ハ公共ノ危險ヲ生スルコト頗ル大ナルヲ以テ法律ハ茲ニ一個ノ特例ヲ設ケ犯人ノ豫見セサル結果迄モ之ヲ負擔セシムルコトト爲セリ即チ規定ハ事情ノ重大ナルニ因リタル結果責任ノ一ニシテ此ノ規定ヲ適用スルニ付テハ結果ノ發生ニ付キ行爲者ノ故意ナキヲ前提トシ其ノ故意アルトキハ此規定ヲ適用セスシテ第一〇八條第一〇九條一項並ニ第一一〇條一項ヲ適用ス可キモノナリ

第四　鎮火妨害　火災ノ際鎮火用ノ物ヲ隱匿又ハ損壞シ若シクハ其他ノ方法ヲ以テ鎮火ヲ妨害シタルトキハ鎮火妨害ノ罪ヲ構成ス(第一一四條)法律ハ火災ノ原因ヲ制限セサルカ故ニ其ノ放火ニ基クト事變ニ基クトヲ問ハス然レトモ放火者自ラ之ヲ犯シタルトキハ鎮火妨害ノ行爲亦放火行爲中ニ包含セラル可キモノナルヲ以テ放火罪以外ニ鎮火妨害罪ヲ構成シ得可キモノニ非ス但シ失火者自ラ鎮火妨害ノ別罪ヲ構成シ得可キハ勿論ナリ火災物件ハ固ヨリ第一〇八條——第一一〇條ニ規定セラレタルモノナラサル可カラス何トナレハ若シ然ラサルニ於テハ法律カ特ニ此章ニ於テ鎮火妨害ノ罪ヲ規定シタル所以ヲ了解シ能ハサレハナリ妨害トハ鎮火ノ障礙ト爲ル一切ノ行爲ヲ云ヒ法律カ鎮火用ノ物ヲ隱匿又ハ損壞シト規定シタルハ其ノ一例ヲ示シタルニ過キス

第五　他人ノ利害關係ヲ有スル自己所有物件ノ燒燬　第一〇九條一項及ヒ第一一〇條一項ニ記載シタル物自己ノ所有ニ係ルト雖モ差押ヲ受ケ物權ヲ負擔シ又ハ賃貸シ若シクハ保險ニ付シタル物ヲ燒燬シタルトキハ他人ノ物ヲ燒燬シタル者ノ例ニ同シ(第一一五條)即チ法律ハ自己所有ニ係ル物ノ燒燬ト雖モ他人カ其ノ物ニ就キ右ニ述ヘタル如キ重要ナル關係ヲ有スルニ於テハ之ニ因リ他人ノ權利ヲ害シ他人ニ損害ヲ加フルコト毫モ他人ノ所有ノ物ヲ燒燬スルト相異ルコトナシト爲スモノナリ法律ハ例ニ同シト規定スルカ故ニ第一〇九條一項ニ記載シタル物ニ付キ此規定ヲ適用ス可キトキハ其未遂及豫備モ亦之ヲ罰ス(第一一二條第一一三條)但シ自己所有ニ係ル第一〇九條一項及ヒ第一一〇條一項記載ノ物件

ヲ燒燬シ因テ他人ノ關係アル第一〇九條一項及ヒ第一一〇條一項記載ノ物件ヲ延燒スルモ其ノ延燒ノ罪責ヲ負擔セシムルコトヲ得ス(第一一一條)何トナレハ此規定ハ只故意ニ他人ノ關係ヲ有スル物件ヲ燒燬シタル場合ノミニ關スルモノナレハナリ

第三節　失火罪(第一一六條)

第一　所爲　本罪ノ所爲ハ火ヲ失シテ物ヲ燒燬スルコトニシテ「火ヲ失シ」トハ過失ニ因リ火ヲ起シ」トノ意ナリ故ニ失火罪ヲ罰スルハ罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セストノ刑法總則ノ例外ヲ爲シ(第三八條)其ノ如何ナル場合ニ於テ過失アリト認ム可キヤノ問題ハ刑法總則專ラ之ヲ決ス

第二　物體及處分本罪ノ物體ハ左ノ二種ニ分タル

(一)　第一〇八條ニ記載シタル物又ハ他人ノ所有ニ係ル第一〇九條ニ記載シタル物　此物ヲ燒燬シタルトキハ因テ公共ノ危險ヲ生シタルト否トヲ問ハス之ヲ罰ス

(二)　自己ノ所有ニ係ル第一〇九條ニ記載シタル物又ハ第一一〇條ニ記載シタル物此物ヲ燒燬シタルトキハ因テ公共ノ危險ヲ生シタルトキニ限リ之ヲ罰ス

火ヲ失シテ(二)ニ記載シタル物ヲ燒燬シ因テ(一)ニ記載シタル物ヲ延燒シタルトキハ如何(一)ニ記載シタル物ニ就キ云ヘハ第一一六條二項ハ危險法規ニシテ第一一六條一項ハ實害法規ナルカ故ニ右兩法ノ衝突アリタルトキハ獨リ實害法規タル第一一六條一項ノミヲ適用セサル可カラス(大場氏法曹)

「註」處分ニ付テハ刑罰ヲ重クシタルコトニ注意ス可シ(舊二罰以上二十罰以下新三百四以下)

第四節　準放火罪及準失火罪(第一一七條)

第一　所爲　本罪ノ所爲ハ火藥汽鑵其他激發ス可キ物ヲ破裂セシメ因テ物ヲ損壞シタルコトナリ其所爲故意ニ出テタルトキハ準放火罪ヲ構成シ(第一一七條一項)其所爲過失ニ出テタルトキハ準失火罪ヲ構成ス(第一一七條二項)激發物ノ破裂其者ニ因リ物ヲ破壞スルヲ要スルカ故ニ銃砲ヲ發射シ其彈丸ヲ以テ物ヲ損壞

スルカ如キ所爲ハ之ヲ包含セス損壞トハ物ノ效用ヲ滅却スルコトヲ云ヒ必スシモ物ノ形態ヲ消失スルコトヲ要セス

第二　物體　本罪ノ物體ハ左ノ二種ニ分タル

(一)　第一〇八條ニ記載シタル物又ハ他人ノ所有ニ係ル第一〇九條ニ記載シタル物此物ヲ損壞シタルトキハ因テ公共ノ危險ヲ生シタルト否トヲ問ハス之ヲ罰ス

(二)　自己ノ所有ニ係ル第一〇九條ニ記載シタル物又ハ第一一〇條ニ記載シタル物此物ヲ損壞シタルトキハ因テ公共ノ危險ヲ生シタルトキニ限リ之ヲ罰ス

第三　處分　法律ハ放火失火ノ例ニ同シト規定ス故ニ準失火罪ハ其物體ノ如何ニ因リ第一一六條一項又ハ同條二項ヲ適用處斷ス可ク準放火罪ハ其物體ノ如何ニ因リ第一〇八條——第一一〇條ヲ適用處斷ス可キモノナリ而シテ放火罪ニ關スル第一一一條——第一一五條ノ規定ハ性質ノ許ス限リニ於テ準放火罪ニ對シ之ヲ適用セサル可カラス

「註」泉二氏ハ第一一一條第一一二條第一一三條ハ適用ナシ獨リ一一五條ノミ適用アリト說ク

(一)例ニ同シトアル故準用ノ明文ナキニ非ス

(二)準用ナシトスレハ第三條一項ヲ如何ニ解スルカ

(三)未遂豫備ヲ罰セサル理由ナシ(特ニ爆發物取締罰則ト比較シ)

爆發物ノ破裂ニ因リ物ヲ燒燬シタルトキハ準放火準失火ノ罪ト放火ノ罪トノ想像上ノ數罪ヲ認ム可キカ解釋上聊カ疑ナキニ非サルモ通說ハ準放火準失火罪ハ放火失火罪ノ補充的規定ナリトノ理由ニ因リ獨リ放火失火罪ノミヲ認ム可キモノト解ス(例之山岡氏五〇八牧野)

第四　本罪ト爆發物取締罰則　本罪ハ公共ノ危險ヲ防キ爆發物取締罰則(明治十七年太政官布告三二號)ハ個人ノ身體財產ヲ保護シ其間衝突ヲ生スル場合頗ル少シト雖モ時ニ兩法ノ衝突ナキニ非ス(例之他人ノ建造物ヲ損壞スル目的ヲ以テ爆發物ヲ使用シタルトキ)而シテ此ノ如キ場合ニ於テハ新法ハ舊法ヲ廢ストノ理ニ因リ常ニ刑法ノミヲ適用セサル可ラス

第五節　瓦斯電氣又ハ蒸氣ニ因ル危險罪（第一一八條）

即チ瓦斯電氣又ハ蒸汽ヲ漏出若シクハ流出セシメ又ハ之ヲ遮斷シ因テ人ノ生命身體又ハ財産ニ危險ヲ生セシメタル罪ナリ（第一一八條一項）因テ人ノ生命身體又ハ財産ニ危險ヲ生セシメサレハ假令瓦斯電氣又ハ蒸汽ヲ漏出若シクハ流出セシメ又ハ之ヲ遮斷スルモ本罪ヲ構成セサルコト勿論ナリ然レトモ

第一　其ノ危險ハ必スシモ公共ノ危險タルヲ要セス即チ特定ノ生命身體又ハ財産ニ對シ危險ヲ生セシムルヲ以テ十分トス

第二　其ノ危險ハ之ニ因リ實害ノ生シタルコトヲ必要トセス即チ實害ヲ生シタル場合ニ於テ故意アルトキハ殺傷毀棄ノ各罪ヲ構成シ故意ナキトキハ因テ人ヲ死傷ニ致シタルトキニ限リ第一一八條二項ノ適用ヲ受ケ其ノ他ハ問題ト爲ラス

第三　其ノ危險ハ之ニ對シ行爲者ノ故意アルヲ必要トセス即チ行爲者ハ瓦斯電氣又ハ蒸汽ヲ漏出若シクハ流出セシメ又ハ之ヲ遮斷スル故意ヲ有スルヲ以テ十分トシ敢テ之ニ因リ人ノ生命身體又ハ財産ニ危險ヲ生セシムル故意アルヲ必要トセス蓋シ我刑法カ「因テ」ナル文字ヲ用ユルトキハ其文字以下ノ結果ニ付テハ行爲者ノ故意アルヲ必要トセサルカ通常ナレハナリ（例之二〇五條二〇九條—二一一條二一三條二一四條二一六條大場氏一三三頁ノ例示）

瓦斯電氣又ハ蒸汽ヲ漏出若シクハ流出セシメ又ハ之ヲ遮斷シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處斷ス（第一一八條二項）是又法律カ實害ノ重大ナルニ因リ定メタル結果責任ノ一場合ニシテ此ノ規定ヲ適用スルニ付テハ常ニ死傷ノ結果ニ付キ犯人ノ故意ナキヲ必要トシ犯人ノ故意アル場合ニハ別ニ殺傷罪ノ成立ヲ認メ之ト第一一八條一項トノ間ニ刑法第五四條ヲ適用ス可キモノナリ

第十章　溢水及水利ニ關スル罪

第一節　總說

溢水及ヒ水利ニ關スル罪モ亦舊刑法之ヲ財産ニ對スル罪ノ一種ト爲シタレト

モ(舊刑法四一一條以下)現行刑法ニ於テハ之ヲ放火失火ノ罪ト同シク公共危險罪ノ一種ト認ム可キモノナリ唯一ハ物ノ燒燬ニ因リ公共ノ危險ヲ生セシメ他ハ物ノ浸害ニ因リ公共ノ危險ヲ生セシムル差異アルノミ

第二節　溢水罪

第一　所爲　本罪ノ所爲ハ溢水セシメテ物ヲ浸害スルコトナリ(第一一九條第一二〇條)溢水トハ河川湖沼等其他一定ノ區域內ニアル水ヲ其區域外ニ氾濫セシメ其自然ノ勢力ヲ恣ニセシムルコトヲ云ヒ其方法ノ如何ヲ問ハサルカ故ニ獨リ堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞スル場合ノミナラス(舊刑法四一一條四一二條堤防ヲ增築シ水閘ヲ閉塞シ又ハ之ヲ開放スルカ如キ場合モ亦之ヲ包含ス浸害トハ水力ニ因リ物ノ效用ヲ滅却スルコトヲ云ヒ物ノ存在ヲ失ハシムル場合ハ無論之ヲ包含シ(大場氏一四〇參照)其ノ程度ノ如何ヲ問ハサルカ故ニ一部ノ效用滅却モ來固ヨリ之ヲ包含シ又舊刑法ニ於ケルカ如ク必スシモ漂失又ハ荒廢ノ程度ニ達シタルヿヲ要セス(舊刑法四一一條四一二條然レトモ公共危險罪ノ一種トシテ一般ニ不定多數ノ生命身體財產ニ對シ危險ヲ生ス可キ程度ニ達シタルコトヲ必要トスルハ勿論ナリ(泉二氏六九九大場氏一四山岡氏五一二異說)

第二　物體及處分　本罪ノ物體ハ左ノ二種ニ區分セラル其ノ種類ニ從ヒ處分ヲ異ニス

(一)　現ニ人ノ住居ニ使用シ又ハ人ノ現在スル建造物汽車電車若シクハ鑛坑(第一一九條)此種ノ物ヲ浸害シタルトキハ其物カ犯人ノ所有ニ係ルト否ト又其浸害ニ因リ具體的ニ公共ノ危險ヲ生シタルト否トヲ問ハス本罪ノ成立ヲ認メ尙帝國臣民カ帝國外ニ於テ本罪ヲ犯シタル場合ニ付キ帝國刑法ヲ適用ス(第三條二號)

(二)　上ニ記載シタル以外ノ物(第一二〇條)　此種ノ物ヲ浸害シタルトキハ因テ公共ノ危險ヲ生セシメタルトキノミ之ヲ罰シ浸害シタル物自己ノ所有ニ係ルトキハ差押ヲ受ケ物權ヲ負擔シ又ハ賃貸シ若シクハ保險ニ付シタルトキノミ之ヲ罰ス

第三節　水防妨害罪(第一一二條)

卽チ水害ノ際水防ヲ妨害シタル罪ニシテ玆ニ所謂水害モ亦人爲及事變ニ基ク水害ヲ包含スルモ溢水者自ラ犯シタルトキハ溢水罪其者トシテ之ヲ處斷セサル可カラス水害物件モ亦固ヨリ第一一九條又ハ第一二〇條記載ノ物件ナラサル可カラス妨害ノ方法如何ハ之ヲ問ハス法律カ「防水用ノ物ヲ隱匿シ又ハ損壞シ」ト規定シタルハ其一例ヲ示シタルモノナリ

第四節　過失溢水罪（第一二條）

卽チ過失ニ因リ溢水セシメ第一一九條又ハ第一二〇條ニ記載シタル物ヲ浸害シタル罪ニシテ第一二〇條ニ記載シタルモノヲ浸害シタルトキハ因テ公共ノ危險ヲ生セシメタルトキノミ之ヲ罰ス

第五節　水利妨害又ハ溢水危險ノ罪（第一三條）

本罪ニハ左ノ二種ノ行爲ヲ包含ス

第一　水利ノ妨害ト爲ル可キ行爲　水利トハ流水ノ利用ヲ云ヒ其ノ農業上ノ利用ナルト工業其他ノ利用ナルトハ之ヲ問ハス（例之灌漑牧蓄水車發電等）法律ハ「水利ノ妨害ト爲ル可キ行爲」ト規定スルニ止マルカ故ニ一方ニ於テハ舊刑法ニ於ケルカ如ク他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ル動機ヲ要セサルト共ニ又他ノ一方ニ於テハ舊刑法ニ於ケルカ如ク水利妨害ヲ生シタル事實ヲ必要トセス（舊刑法四一三條）法律ハ其ノ行爲ノ設例トシテ堤防ノ決潰並ニ水閘ノ破壞ヲ掲ク然レトモ是亦固ヨリ方法ノ制限ニ非ス水利防害カ違法ナラサルトキハ刑法一般ノ原則ニ從ヒ本罪亦固ヨリ其成立ヲ遂クルコトヲ得ス故ニ例ヘハ規約又ハ舊慣ニ基キ水利ノ特權ヲ有スル者ニ於テ他ノ水利ノ妨害ト爲ル可キ行爲ヲ行ヒ（判例アリ）若クハ水利ノ權利ヲ有セサル者ニ付キ水利ノ妨害ト爲ル可キ行爲ヲ行フモ（判例アリ）共ニ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス而シテ行爲者自ラ權利ノ實行ナリト誤信シ（判例アリ）若シクハ他人ニ權利ナシト誤信シタル場合ニ於テモ亦其ノ錯誤ハ故意ヲ阻却スル結果本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス（大場氏一四九——一五〇泉二氏七〇三——七〇四）

第二　溢水セシム可キ行爲　法律ハ溢水ノ未遂罪ヲ罰セサルモ溢水セシム可

キ行爲ニ付キ特別ノ一罪ヲ認ム故ニ溢水浸害ノ所爲ヲ行フモ其事實ヲ生セサル場合若シクハ溢水ノ事實ヲ生スルモ浸害ノ結果ヲ生セサル場合等ニ於テモ亦凡テ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得(泉二氏七〇二頁)然レトモ本罪ノ成立ヲ認メ得ルハ溢水ノ實害ヲ生シタル場合ニ於テ第一一九條又ハ第一二〇條ノ罪ヲ構成シ得可キ場合ニ限リ例ヘハ自己ノ所有ニ係リ且ツ他人ノ利害關係ヲ有セサル第一二〇條記載ノ物件ヲ浸害スルカ如キ場合ニ於テハ本罪モ亦之ヲ認ムルコトヲ得ス何トナレハ若シ然ラサルニ於テハ實害ヲ生シタル場合ニハ何等ノ處罰ヲ受ケサルニ拘ハラス其レヨリ程度低キ實害ノ危險ヲ生シタル場合ニ於テ却テ處罰ヲ受クル結果ヲ生スレハナリ(大場氏一五二頁—一五三頁泉二七〇二頁)行爲ノ方法如何ハ固ヨリ又茲ニ問題ト爲ラス法律ニ掲ケタル堤防ノ決潰並ニ水閘ノ破壞ハ又本行爲ノ設例タルコトヲ得

第十一章　往來ヲ妨害スル罪

第一節　總說

往來ヲ妨害スル罪モ亦其性質靜謐ヲ害スル罪ニ屬ス可キモノナリ舊刑法ハ此罪ニ屬ス可キモノヽ內船舶覆沒ノ罪ヲ以テ財產ニ對スル罪ト爲シタレトモ(舊法四一五條四一六條)此罪モ亦他ノ往來妨害罪ト同シク財產ニ對スル罪ニ屬ス可キモノニ非ス舊刑法ニ規定シタル通信妨害罪モ亦往來妨害罪ト同シク靜謐ヲ害スル罪ニ屬ス可キモノナリ(舊刑一六三條六四條)刑法カ此規定ヲ削除シタルハ只專ラ郵便電信電話ニ關スル特別法ニ讓ラント欲シタルノミ

第二節　一般往來妨害罪(第一二四條)

第一　物體

本罪ノ物體ハ陸路水路又ハ橋梁ナリ橋梁ニハ棧橋ヲ含ム然レトモ陸路ニハ鐵路ヲ含マス蓋シ鐵道ニ就テハ第一二五條以下ノ特別規定アルヲ以テナリ

陸路水路又ハ橋梁ハ公衆交通ノ用ニ供セラルヽコトヲ必要トシ一私人ノ用ニ供セラルヽニ過キサルモノハ毀棄罪ノ物體タルコトアル可キモ本罪ノ物體タルコトナシ然レトモ物其自體カ公有ニ係ルト私有ニ係ルトハ之ヲ問ハス私有ニ係

ル物ト雖モ公衆交通ノ用ニ供セラルル限リハ凡テ本罪ノ物體タルコトヲ得「註」陸路ニ付キ云ヘハ國道縣道村道等ニ限ルコトナシ

法律ハ本罪ノ物體ヲ陸路水路及ヒ橋梁ノ三種ニ限定ス故ニ此三種以外ノ物ニ對シテハ假令公衆交通ノ妨害ト爲ル可キ行爲ヲ行フモ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス渡舟ヲ破壞シ以テ公衆交通ノ妨害ヲ爲スカ如キ其一場合ナリ

第二　行爲

本罪ノ行爲ハ本罪ノ物體タル物ヲ損壞又ハ壅塞シテ往來ノ妨害ヲ生セシムルコトナリ故ニ

(1) 損壞壅塞以外ノ方法ヲ以テ往來ノ妨害ヲ生セシムルモ本罪ヲ構成セス往來止ノ立札ヲ建テ詐欺ノ標識ヲ設クルカ如キ其例ナリ

(2) 又損壞壅塞ノ方法ヲ盡スモ因テ往來ノ妨害ヲ生セシムルニ非サレハ本罪ヲ構成セス

「註」舊刑法時代「損壞」ニ付テノ學說
勝本氏物質毀損(道路ニ繩張ヲ爲ノ路上又ハ水底ニ大石又ハ巨木ヲ横フルカ如キ行爲)岡田氏效用減却

橋梁ニ小孔ヲ穿チ又ハ其擬寶珠ヲ取除クカ如キ其例ナリ

(3) 然レトモ必ススシモ現實交通ヲ妨止シタル事實アルコトヲ要セス只一般ニ往來ノ妨害ト爲ル可キ狀態ヲ惹起シタルコトヲ以テ十分トス

第三　處分

本罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處斷ス

此規定ハ只犯人カ死傷ノ結果ヲ豫見セサリシ場合ニ限リ適用セラルヽモノニシテ死傷ニ對シ犯人ノ故意アリタル場合ニハ一般往來妨害罪ト殺人又ハ傷害ノ罪トノ想像上ノ數罪ト爲リ刑法五四條ノ適用ヲ受ク

本罪ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス(第一二八條)

第三節　特別往來妨害罪

第一款　往來危險罪(第一二五條)

第一　物體

本罪ノ物體ハ汽車電車又ハ艦船ナリ　其ノ用途大小ノ如何ハ之ヲ問ハス卽チ

(1) 公衆ノ用ニ供セラルヽト私人ノ用ニ供セラルヽトヲ問ハス
(2) 人ノ運送ニ供セラルヽト貨物ノ運送ニ供セラルヽトヲ問ハス
(3) 長距離ノ用ニ供セラルヽト短距離ノ用ニ供セラルヽトヲ問ハス又
(4) 艦船ニ付テ云ヘハ海岸ヲ航行スルモノナルト河川沼湖等ヲ航行スル小舟ナルトヲ問ハス或ハ艦船ニ付キ河川航行及ヒ之ニ比ス可キ湖沼港灣等ノ航行ヲ除外ス可シト主張スル者アルモ(牧野氏二三六頁岡田氏七二頁)其理由ヲ缺ク泉二氏六四八頁大場氏一七三頁)

第二　行爲

本罪ノ行爲ハ往來ノ危險ヲ生セシムルコトナリ必スシモ脱線轉覆衝突又ハ沈沒ト云フカ如キ具體的危險ヲ實現シタルコトヲ要セス只一般ニ往來ノ危險ヲ生セシムル事情アルヲ以テ十分トス危險ヲ生セシムル方法ノ如何ハ問フ所ニ非ラス法律ハ汽車電車ニ付テハ鐵道又ハ其標識ヲ損壞スルコトヲ以テ例示トシ船舶ニ付テハ燈臺又ハ浮標ヲ損壞スルコトヲ以テ例示トス積極ノ行爲ハ勿論義務違反ノ不作爲ニ因テモ亦本罪ヲ構成スルコトヲ得

第三　處分

本罪ヲ犯シ因テ汽車又ハ電車ノ轉覆若シクハ破壞又ハ艦船ノ覆沒若シクハ破壞ヲ致シタルモノハ第一二六條ノ例ニ同シ(第一二七條)是亦往來妨害ノ故意ナキ場合ニ關スル規定ニシテ其故意ナキ場合ヲ故意アル場合ト同一ニ處分セント欲スルモノナリ

本罪ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス(第一二八條)

「註」法律ハ人ノ現在スル汽車電車又ハ艦船ニ限ル旨明言ス可キモ律意ヨリ推セハ寧ロ人ノ現在スル汽車電車又ハ艦船ニ限リタルモノト解セサル可カラス何トナレハ若シ然ラサルニ於テハ人ノ現在セサル汽車電車艦船ノ轉覆覆沒破壞ヲ豫見セサル行爲ハ其之ヲ豫見シタル行爲ヨリモ重ク罰セラルル結果ト爲ル可ケレハナリ

第二款　往來實害罪(第一二六條)

即チ人ノ現在スル汽車電車又ハ艦船ヲ顚覆覆沒又ハ破壞スル罪ナリ顚覆ハ汽車又ハ電車ニ對スル行爲覆沒ハ艦船ニ對スル行爲ニシテ破壞ハ汽車電車及艦船ニ對スル行爲ナリ其程度ニ限定ナキカ如キモ少ナクトモ人ノ生命身體ニ對シ危

險ヲ生シ得ル程度ノモノナラサル可カラス(1)特ニ刑罰ヲ重クシタル點(2)人ヲ死ニ致シタル場合ノ規定)覆沒中ニハ坐礁(Standing)ヲ包含セス然レトモ一部ノ沒入モ亦之ヲ覆沒ト解スルコトヲ得

本罪ヲ犯シ因テ人ヲ死ニ致シタル者ニ付テハ特別ノ規定アリ(第一二六條三項)是レ法律カ重キ結果ノ發生ニ付キ重キ刑罰ヲ科セント欲シタルモノニシテ文字其者ヨリ云ヘハ殺人ノ故意ナキ場合ニノミ適用セラルヽモノト解セサル可カラサルカ如キモ刑罰ノ點ヨリ見レハ獨リ殺人ノ故意ナキ場合ノミナラス其故意アル場合ニ付テモ亦此規定ヲ適用スルモノト解スルヲ至當トス何トナレハ若シ然ラサルニ於テハ殺人ノ故意アル場合ニハ本罪ト殺人罪トノ想像上ノ數罪ト爲リ其結果刑ニ於テ殺人ノ故意ナキ場合ヨリモ却テ輕キコトヽ爲ル可ケレハナリ(第一九九條)

本罪ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス(第一二八條)

第三款　過失罪(第一二九條)

本罪ハ刑法ノ新ニ設ケタルモノニ係ル本罪ノ物體ハ汽車電車又ハ艦船ニシテ本罪ノ行爲ハ過失ニ因リ往來ノ危險ヲ生セシメ又ハ顚覆覆沒又ハ破壞ヲ致シタルコトナリ而シテ本罪ノ處分ハ其業務ニ從事スル者ノ犯シタル場合ト然ラサル場合トニ因リテ異ル

第十二章　住居ヲ侵ス罪

第一節　總說

第一　住居ヲ侵ス罪ニ依リ保護セラルヽ法益ハ人ノ住居スル場所ノ所有權ニ非スシテ人カ其ノ場所ニ於テ何等ノ妨害ヲ受クルコトナク自由ニ住居ヲ爲シ得可キ利益卽チ所謂住居權(Hausrecht)ナリ一定ノ場所ヲ看守スル權利モ亦其內容ニ於テ住居權ト同樣ナルモノアルノミナラス事實ニ於テ之ト彼トハ互ニ相牽連スルコトナキニ非ス故ニ法律ハ住居ヲ侵ス罪ニ依リ一定ノ場所ニ住居スル權利ヲ保護スルト共ニ又其場所ヲ看守スル權利ヲモ之ヲ保護シタリ

第二　本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス(第一三二條)故ナク侵入スル行爲ニ付テハ未遂

ヲ想像シ得ルモ要求ヲ受ケテ退去セサル行爲ニ付テハ未遂ヲ想像スルコトヲ得ス（大場氏二九一頁）

第二節　行爲

第一　本罪ノ行爲ハ故ナク侵入シ又ハ要求ヲ受ケテ退去セサルコトナリ（第一三〇條第一三一條）侵入トハ正當ノ理由ナク住居者又ハ看守者ノ意思ニ反シ一定ノ場所ニ立入ルコトヲ云フ故ニ正當ノ理由アル場合ハ勿論（例之官用ニテ來ル者出入ノ者）住居者又ハ看守者ノ意思ニ反セサル場合ニモ本罪ヲ構成セス住居者又ハ看守者ノ意思ニ反セサルモノト誤信シタル場合ニモ犯意阻却ノ結果本罪ヲ構成セス

要求ヲ受ケテ退去セサル行爲ハ侵入ノ行爲カ罪ヲ構成セサル場合ニ於テノミ別罪ヲ構成ス（舊刑法ハ之ヲ規定セス岡田氏カ之ヲ含ムト爲シタルハ非ナリ）侵入ノ行爲カ罪ヲ構成スル場合ニハ侵入ノ行爲アリタルト同時ニ侵入行爲ノ犯罪ヲ構成シ其後要求ヲ受ケテ退去セサル事實アルヤ否ヤハ法律ノ不問ニ付スル所ナリ故ナクトハ不法トノ意ナリ法律ニアラサレハ罪ヲ構成セサルコト法律ノ明文ヲ待タスシテ明白ナル所ナルモ法律ハ只修辭上ノ理由ニ基キ此語ヲ附加シタルノミ

住居者又ハ看守者カ明示又ハ默示ノ承諾ヲ與ヘタル場合ニハ本罪ヲ構成セス又住居者又ハ看守者カ退去ノ要求ヲ爲シタルニ拘ハラス退去ヲ爲ササルトキハ本罪ヲ構成ス果シテ然ラハ其承諾又ハ退去ノ要求ハ獨リ住居者又ハ看守者ノミ之ヲ爲シ得ルモノナルカ解釋上聊カ疑義ナキニ非サルモ往居者又ハ看守者カ其權利ノ實行ヲ認許シタリト推定シ得ル限リハ其妻家族雇人等モ亦此承諾又ハ退去ノ要求ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ至當トス（大場氏二八五頁以下）

侵入又ハ不退去ノ目的如何ハ問フ所ニ非ス他ノ行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ住居ヲ侵害シ他ノ行爲罪トナラサルトキハ住居侵害ノ罪ノミ成立シ（例之窃盗ノ目的ヲ以テ住居ニ侵入シタルモ未タ窃盗ニ着手セサル場合）他ノ行爲罪トナルトキハ住居侵害カ他ノ行爲ノ手段タルヲ通常トスル場合ニハ刑法第五四條ノ適用ヲ受ケ（例之窃盗ノ目的ヲ以テ住居ニ侵入シ窃盗ノ既遂又ハ未遂ヲ構成シタルトキ）然ラ

サル場合ニハ住居侵害ハ他ノ行爲トハ互ニ相獨立シタル併合罪ト爲ル(例之殺傷放火等ノ目的ヲ以テ家宅ニ侵入シ其ノ目的ヲ遂ケタルトキ)

第三節　物體

本罪ノ物體ハ左ノ二種ニ分タル

第一　人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅建造物若シクハ艦船(第一三〇條)人ノ住居トハ人ノ寢食ノ安靜ヲ享受スル場所ヲ云フ故ニ

(1)　寢食ヲ採ル場所ニ非サレハ住居ニ非ス或ハ住居ヲ解シテ廣ク安靜ヲ採ル場所ナリトシ寢食ヲ採ル場所ナルト否トハ之レヲ問ハスト主張スル者アレトモ(例之牧野氏二四一)斯クテハ住居ノ意義ヲ沒却シ去ル嫌アリ(Meyer 560 Olshausen 3 等カ v. Liszt 402 f. ノ所謂 ordnungsmässigen Nachtruhe ニ反對シタルモ亦本文ノ反對說ト同一ニ出ツルモノナランカ)

(2)　區劃セラレタル一定ノ場所ナケレハ住所アリト云フコトヲ得ス故ニ例ヘハ途上ニ寢食ヲ採ルモ以テ其ノ住居ト爲スコトヲ得ス

(3)　然レトモ必スシモ其ノ住所タルヲ要セス或ハ住居ヲ解シテ稍永ク寢食ノ本據ト爲ス場所ナリトシ民法ニ所謂生活ノ本據ト同一視セントスル者アルモ(例之岡田氏七七以下)非ナリ生活ノ本據タラサルモ亦住居タルコトヲ得

(4)　又必スシモ其居所タルコトヲ要セス或ハ住居ヲ解シテ長時間ノ滯在所又ハ永續的居所ノ意ナリト爲ス者アレトモ(Frank 182. 大場氏二七六以下)非ナリ一夜ノ滯在ヲ目的トスル旅宿ノ客室モ亦住所タルコトヲ得(v. Liszt 402 f. 泉二氏七七五頁小疇氏二〇六頁其他 Binding Lehrb. 2. 121. Meyer 619, 560, Olshansen 123. 3. 243. 51.)

(5)　又必スシモ邸宅建造物若シクハ艦船タルヲ要セス建造物ト稱シ能ハサル番小屋又ハ移動シ得可キ車駕其他ノ工作物モ亦寢食ノ用ニ供セラルル限リハ之ヲ住居ト解スルコトヲ得(v. Liszt a. a. o. Frank a. a. o. 大場氏二七八頁)

(6)　又必スシモ人ノ其場所ニ現在シタルコトヲ要セス偶々外出シテ不在中ナル場合ト雖モ尙住居タルコトヲ失ハス

(7)　又必スシモ其場所ニ對シ所有權ヲ有スルコトヲ要セス賃借シタル場所ハ賃貸人ヨリスルモ亦人ノ住居タルコトヲ得(Frank a. a. o.)

人ノ看守スル邸宅建造物若シクハ艦船ハ人ノ住居ニ供セラレサル場合ニ付キ之ヲ規定シタルモノナリ人ノ住居セサル別莊明家其他學校寺院神社教會堂事務所等ノ如キ其例ナリ人ノ看守スル邸宅建造物若シクハ艦船カ人ノ住居ニ供セラレタルトキハ寧ロ人ノ住居其者ト解ス可シ邸宅トハ家屋及ヒ之ニ附屬スル圍繞地域内ヲ云フ故ニ一定ノ地域ニ外圍ヲ施スモ家屋ナキモノハ未タ以テ邸宅ト爲スニ足ラス又一定ノ境界ヲ區分スルモ之ニ對シ圍繞ヲ施ササルモノハ未タ以テ邸宅ト爲スニ足ラス邸宅ト爲ルカ爲メニハ必ス或家屋アルヲ要シ又之ヲ圍繞スル物件アルヲ要ス

住居又ハ看守ハ適法ナルヲ要スルカ或ハ之ヲ要セスト說ク者アレトモ(例之牧野氏二四一)住居又ハ看守ハ不適法ナルトキハ本罪ニ依リテ保護セラル可キ住所權又ハ看守權ノ存在ナキヲ以テ本罪モ亦其成立ヲ見サルモノト解セサル可カラス岡田氏七八)故ニ例ヘハ賃借權ノ消滅シタルニ拘ハラス尙强テ從來ノ住居ヲ繼續スル場合ノ如キ假令其住居ニ侵入スルモ住居侵入罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス反對論者ハ「其不適法ヲ排除スル權利アル者ハ一般ノ規定ニ從テ之ヲ强制スルニ出ツ可キノミ自己ノ權利ヲ主張スル爲ニ家宅ニ侵入スルハ亦本罪ナリ」ト主張スルモ(牧野氏前揭)强制ノ當否ト本罪ノ成立トハ自ラ別問題ヲ爲ス論者ノ說クカ如ンハ空屋ニ無斷ニテ住居シタル乞食ヲ放逐シタル家屋所有者モ亦住居侵入罪ヲ以テ問擬セラルルニ至ル

第二　皇居、禁苑、離宮、行在所、神宮又ハ皇陵(第一三一條)

皇居トハ天皇ノ邸宅、禁苑トハ天皇ノ庭園、離宮トハ天皇ノ別邸、行在所トハ天皇ノ一時休息又ハ宿泊シ給フ場所ヲ云フ神宮、皇陵ノ意義ハ第七十四條第二項ニ就キ述ヘタルト同一ナリ此等ノ場所ニ付テハ只侵入ノ行爲ノミヲ罰シ不退去ノ行爲ハ之ヲ罰セス皇居離宮行在所及ヒ神宮ノ不退去ニ付テハ第一三〇條ヲ適用シ得可キモ禁苑及皇陵ノ不退去ニ付テハ全然之ヲ罰スル法條ヲ缺ク(大場氏二八九頁以下ハ此點ヲ攻擊ス)

第十三章　祕密ヲ侵ス罪

第一節　總說

第一　秘密ヲ侵ス罪ニ依テ保護セラルル法益ハ人ノ一身一家ノ生活ハ他ノ不當ノ侵害ヲ受ク可カラストノ法律上保護セラルル利益ニシテ其內容ニ於テハ住居權ト相似タル特種ノ法益ナリ蓋シ人ハ一身一家ノ生活ヲ第三者ニ曝露スルニ於テハ自ラ其自由ノ行動ヲ妨ケラレ且ツ之ヲ危ウセラルルモノナレハナリ我刑法ハ信書開披罪ニ依リテ信書ノ秘密ヲ保護シ陰私漏泄罪ニ依リテ特種ノ人ニ因ル一家ノ秘密ノ侵害ヲ防止ス此外營業上ノ秘密ナルモノ存在スレトモ是レ我刑法ノ保護セサル所ナリ(v. Liszt b. 405, 大場氏二九一頁參)

第二　舊刑法ハ陰私漏泄罪ノミヲ規定シ之ヲ誹謗罪ノ一種ト爲シタレトモ(舊刑法第三六〇條第三六一條)信書ノ秘密ハ憲法ニ於テ特ニ保障セラレタル權利ナルヲ以テ刑法ニ於テ之ヲ保護スル規定ヲ設クルハ當然ナルノミナラス一般ニ陰私漏泄又ハ信書開披ト云フカ如キ人ノ秘密ヲ侵ス行爲ハ人ヲ誹謗スル行爲トハ其性質同一ナラサルモノアルヲ以テ刑法ハ陰私漏泄罪ノ外更ニ信書開披罪ヲ認メ之ヲ誹謗罪ノ規定ヨリ分離シ秘密ヲ侵ス罪トシテ特別ノ一章ヲ規定シタリ(理由書一二七頁以下)

第二節　信書開披罪(第一三條)

第一　物體

本罪ノ物體ハ封緘シタル信書ナリ信書トハ特定ノ人ヨリ特定ノ人ニ宛テタル意思傳達ノ文書ヲ云ヒ封緘トハ他人ヲシテ其信書ノ內容ヲ了知セシメサル目的ヲ以テ施サレタル一切ノ裝置ヲ云フ封緘シタル信書タルヲ必要トスルカ故ニ信書ナルモ封緘セサルモノ(例ヘハ郵便端書)及封緘シタルモ信書ナラサルモノ(例ヘハ小包郵便)ハ共ニ本罪ノ物體タルコトヲ得ス(註一)然レトモ封緘シタル信書ナル以上ハ其封緘ノ方法如何ハ問フ所ニアラス故ニ糊糸又ハ封蠟ヲ以テ封著シタル信書ハ勿論折曲ケテ封ヲ施シ箱ニ入レテ錠ヲ施シタル信書等モ亦本罪ノ物體タルコトヲ得(註二)又封緘シタル信書ナル以上ハ其信書カ發信者ヨリ發送セラレタル以前ナルト以後ナルトモ之ヲ問ハス換言スレハ發送前ノ信書モ亦發送後ノ信書ト同シク本罪ノ物體タルコトヲ得(註三)

「註一」故ニ他ノ秘密文書(例之自筆遺言書)ハ本罪ノ物件タルコトヲ得ス他國ノ立法ニ

ハ他ノ文書ノ祕密ヲ保護スルモノアリ（例之獨刑一三三條二九九條諾威刑一四五條伊刑一五九條一六二條瑞刑草九六條墺刑草三一三條）「大場氏二九四頁註四六」

「註二」泉二氏七七七頁カ封緘ハ常ニ信書以外ノ物質ヲ以テ施サレタル裝置ナラサル可カラスト解シ本文ニ反セル見解ヲ主張セルハ非ナリ

大場氏二九四カ封緘ト認ム可キヤ否ヤハ裝置者カ其裝置ヲ以テ文書ノ內容ヲ知ラシメサル確定ノ意思ヲ認メ得可キヤ否ヤニ依リテ決ス可シト主張シタルハ可ナリ

「註三」同說泉二氏七七八頁牧野氏二四四頁

第二　行爲

本罪ノ行爲ハ故ナク開披スルコトナリ

開披トハ內容ヲ了知シ得ル程度ニ於テ封緘ヲ無效ナラシムルコトヲ云フ故ニ開披アルカ爲メニハ

(一)　必ス封緘ヲ無效ナラシムル行爲アルコトヲ要ス其行爲ナクシテ信書ノ內容ヲ了知スルモ未タ以テ開披アリト爲ス可カラス日光ニ透カシテ信書ノ內容ヲ了知スルカ如キ其例ナリ

(二)　然レトモ必ススシモ封緘ヲ破棄スルコトヲ要セス封緘ヲ破棄セサルモ之ヲ無效ニスル行爲アレハ之ヲ以テ十分トス又開披アルカ爲メニハ

(三)　其行爲ハ必ス信書ノ內容ヲ了知シ得ル程度ニ達シタルコトヲ要ス

(四)　然レトモ必ススシモ其內容ヲ了知シタルコトヲ要セス內容ヲ了知セサルモ之ヲ了知シ得ル程度ニ達シタルトキハ尙開披ノ行爲アリタリト云フコトヲ得封緘ヲ除去シタルモ難句アリタル爲メ其ノ文意ヲ了解シ能ハサリシ場合ノ如キ其例ナリ

以上ノ如クナルヲ以テ開披ノ既遂モ亦信書ノ內容ヲ了知シ得ル程度ニ於テ封緘ヲ無效ナラシムル事實アリタルヲ以テ十分トシ敢テ封緘ヲ破棄シ其內容ヲ了知シタル事實アルヲ要セス學者中開披ヲ解シテ封緘ヲ破棄シテ信書ノ內容ヲ了知スルコトナリトシ從テ開披ノ既遂アルカ爲メニハ封緘ヲ破棄シ且ツ其ノ內容ヲ了知シタル事實アルコトヲ要スト主張スル者アルモ之ヲ採ラス故ナクトハ不法ノ意ナリ（同說牧野氏二四四頁大場氏二九六頁反對說泉二氏七七八頁）權利者ノ明示又ハ默示ノ承諾アル場合ニハ不法ヲ除却シ從テ本罪ヲ構成セス行爲者カ權利者ノ承諾ヲ豫想シタル場合ニモ故意ヲ阻却シ從テ本罪ヲ構成セス例ヘハ子女

又ハ親友ニ宛テタル信書ヲ開披スルカ如シ

第三節　陰私漏泄罪(第一三四條)(Offenbarung fremder Geheimnisse)

第一　主體

本罪ノ主體ハ醫師、藥劑師、藥種商、産婆、辯護士、公證人又ハ此等ノ職ニ在リシ者及ヒ宗教若クハ禱祀ノ職ニ在ル者又ハ此等ノ職ニ在リシ者ナリ此等ノ職ニ在リ又ハ在リシ者ノ補助者(例之藥局生、手代、事務員等)「註一」並ニ此等ノ職ト類似シタル職ニ在リ又ハ在リシ者(例之獸醫)「註二」ハ本罪ノ主體タルコトヲ得ス「註三」然レトモ第三者ノ共犯者タルコトヲ妨クルコトナシ「註四」(第六五條一項)

「註一」獨刑三〇〇瑞刑一四四墺刑草三一四等ハ補助者ヲモ包含ス

「註二」Frank 420ハ獸醫ハ醫師中ニ包含セスト說ク

「註三」以上ノ者ハ凡テ免狀ヲ有セサル可カラス Frank420

「註四」v. Liszt 406. 牧野氏

第二　物體

本罪ノ物體ハ業務上取扱ヒタルコトニ付キ知得タル人ノ祕密ナリ業務ノ取扱上知得タル祕密ニ非サレハ本罪ノ物體ト爲ラス然レトモ其祕密ハ必スシモ本人ヨリ告知セラレタルヲ要セス或ハ本人カ他言ヲ禁シテ告知シ又ハ他言セサルコトカ本人ノ利益ト爲ル可キコト明白ナル事情ノ下ニ告知シタル事實ノミカ本罪ノ物體タル可シト主張スル者ナキニ非ス(Offenbarung 2, F. 13. 69.)然レトモ既ニ一般ニ知レ渉リタル事實ハ本人自ラ之ヲ告知シ尙其他言ヲ禁シタル場合ト雖モ之ヲ祕密事項トシテ刑法ノ保護ヲ與フル必要ナク又本人自ラ告知セサル事實ト雖モ其事實ヲ他言セサルニ付キ本人ノ利益存シ且ツ其事實未タ一般ニ知レ渉ラサルモノナルニ於テハ之ヲ祕密事項トシテ刑法ノ保護ヲ與フルヲ相當トス故ニ本罪ノ物體タル祕密ハ只本人カ之ヲ他人ニ知ラシメサルコトニ付キ利益ヲ有シ且ツ其事實カ未タ一般ニ知レ渉リタルモノニ非サルコトヲ必要トスルニ止マリ敢テ本人ノ告知ニ係ルコトヲ必要トセサルモノト解セサル可カラス

「註」同說 Frank419, v. Liszt 406. 及此等ノ書ニ引用セラレタルモノ例之 Liebmann, Mittermaier, Placzek, Günther.

大場氏二九八カ本人ノ知ラサル事實(難症)ト雖モ可ナリト說キタルハヨシ牧野氏二四六ノ客觀的主觀的折衷說ノ區別アルヤ否ヤ。

第三　行爲

本罪ノ行爲ハ故ナク漏泄シタルコトナリ漏泄トハ知ラサル人ニ告知スルコトヲ云フ故ニ告知ヲ受ケタル人カ既ニ其事實ヲ知リタル場合ニハ漏泄アリタリト云フコトヲ得ス「註一」然レトモ告知ノ方法如何ハ問フ所ニ非ラス必スシモ明示タルヲ要セス默示ノ告知モ亦漏泄タルコトヲ得必スシモ公衆ニ對スルヲ要セス一人ニ對スル告知モ亦漏泄タルコトヲ得必スシモ他ノ漏泄ヲ期待スルヲ要セス他言ヲ禁シテ告知シタル場合モ亦漏泄タルコトヲ得「註二」

故ナクトハ不法ニトノ意ナリ本人ノ明示又ハ默示ノ承諾アル場合及ヒ秘密ヲ告知スル法律ノ義務ヲ負フ場合ニハ不法ヲ阻却シ從テ本罪ヲ構成セス而シテ證言又ハ屆出ノ義務アル場合ハ法律ノ義務ヲ負フ一場合ナリ「註三」

「註一」同說 v. Liszt 407. 牧野氏二四六小疇氏七五五

反對說大場氏三〇〇岡田氏二八四勝本氏下二七五ハ「一般ニ知得シタル事項ト雖モ其漏泄カ更ニ世人ノ確信ヲ强カラシムル場合ニハ構成ス」ト說キタルハ余輩ト反對スルモノニハ非サル可シ

「註二」Frank 420. Mittermaier 211. Hippe, a. a. O. Olshausen 8. 大場氏三〇〇 Olshausen ハ初メ反對ナリキ

「註三」證言拒絕權アルコトハ此結論ヲ妨ケス屆出ノ義務アル場合トハ醫師ノ傳染病屆出ノ如キヲ云フ學問上ノ研究ノ爲メニスルトキハ不法ヲ阻却セス(v. Liszt 407. Olshausen 9. Frank 420. 大場氏三〇一)

第四節　訴訟條件

本章ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス(第一三五條)

卽チ信書開披罪陰私漏泄罪共ニ親告罪ノ一種ニ屬シ告訴ヲ待テ其訴追ノ條件トヲ爲ス而シテ告訴ノ權利ヲ有スル者ハ信書開披罪ニアリテハ發信者受信者ノ雙方ニシテ(同說 Merkel, Binding)陰私漏泄罪ニアリテハ陰私ノ漏泄ニ因リテ利益ヲ侵害セラレタル凡テノ人ナリ「註一」或ハ信書開披罪ノ告訴權利者ハ信書カ受信者ニ到著スルマテハ發信者ニシテ其到著後ハ受信者ナリト主張シ「註二」又陰私漏泄罪ノ告訴權利者ハ秘密ヲ知得セシメタル人ノミナリト主張スル者「註三」アレトモ共ニ非ナリ

「註一」同說 Frank. v. Liszt, Meyer. Mittermaier, Günther, Liebmann. 大場氏三〇五小疇氏七五六

大場氏三〇五カ Frank. Mittermaier ノ說ヲ v. Liszt, Meyer. ノ說ト異ル如ク說明セルハ不當ナリ卽チ Frank. Mittermaier ハ此說ト反對說トヲ包含スルモノノ如ク說明セリ

「註二」Frank. Olshausen, v. Liszt, Friedlander, 大場氏三〇四泉二氏七八一然レトモ信書開披罪ハ信書ノ所有權ヲ保護スルモノニハ非ス

勝本氏ハ信書ハ受信者ニ到著スルマテハ發信者ニシテ到著後ハ其雙方ナリト說ケリ牧野氏二二四モ同說ニ非サルカ

「註三」Binding, Merkel, Olshausen, Hälschner.

第十四章　阿片煙ニ關スル罪

第一節　總說

第一　刑法カ自己ノ生命ヲ害スル自殺行爲ヲ罰セサルニ拘ハラス舊刑法ト同シク(舊刑法二三七以下)自己ノ健康ヲ害スルニ過キサル阿片煙ノ吸食其他ノ行爲ヲ罰スルハ阿片煙ノ吸食タル一度其ノ快感ヲ知リタル者ノ終生其習慣ヲ拋ツ能ハサルモノアリテ一人此習慣ヲ有スル者アレハ其習慣廣ク他人ニ傳播スル虞アルヲ以テナリ然レトモ刑法ハ舊刑法ニ比シ大體ニ於テ此罪ノ刑ヲ輕クセリ是レ舊刑法編纂ノ當時ニアリテハ我國ト相接スル淸國等ニ於テ繁ンニ此習慣行ハレ此習慣ノ我國ニ傳播セラルル虞少カラサリシヲ以テ當時ニ在リテハ阿片煙ニ關スル取締ヲ嚴ニスル必要アリタルモ今日ニ於テハ此取締ノ必要當時ニ於ケルカ如ク重大ナラス舊刑法ノ定メタル刑ハ其罪ニ比較シ稍酷ニ失スル嫌アルヲ以テナリ(岡田氏一五三頁以下泉二氏六一五頁以下小疇氏四七三頁以下勝本氏六五六頁理由書一二九頁—一三〇頁)

阿片煙ト阿片トハ之ヲ區別ス可シ阿片ハ醫療ニ使用スル劇藥ニシテ其製造ニハ政府ノ許可ヲ要スルモ醫師藥劑師藥種商等ニ於テ一定ノ手段ニ從ヒ之ヲ賣買又ハ所持スルコトハ敢テ不法ニアラス(明治三十年法律第三〇號阿片法一條五條六條七條一一條一二條)又新領土臺灣ニ於テハ政府自ラ阿片煙ノ賣下ヲ爲シ又阿片煙ノ請賣阿片煙吸入器具ノ製造販賣請賣其他阿片煙吸食所ノ開放等ヲ特許シ從テ又一部人民ニ對シ阿片煙ノ購買及吸食ヲ特許スルコトアリ(明治三十年律令二號同三十一年律令二〇號同三十五年律令二號)是レ臺灣ノ住民中阿片煙吸食ノ常習ニ陷リタル者ノ爲メニ設ケラレタル特例ナリ蓋シ此ノ如キ者ニシテ一朝阿

片煙ノ吸食ヲ廢スルトキハ活氣消耗シテ復タ事ヲ視ルコト能ハサルノミナラス時ニ其生命ニ危險ヲ及ホスコトモ之レアレハナリ故ニ、此ノ如キ特許ヲ得タル者ニ對シテハ阿片煙ニ關スル罪ノ成立ナキコト勿論ナリ

第二節　阿片煙又ハ阿片煙吸食ノ器具ヲ輸入製造販賣又ハ所持スル罪（第一三六條第一三七條第一四〇條）

本罪ノ物體ハ阿片煙又ハ阿片煙ヲ吸入スル器具ニシテ本罪ノ行爲ハ輸入製造販賣又ハ所持ナリ船舶ヲ以テ輸入ヲ爲ス場合ニハ其船舶ハ我帝國ノ領海內ニ入リタル時ヲ以テ輸入ノ時期ト爲ス可ク又或ハ其物件カ我帝國ノ領土ニ陸揚サレタル時ヲ以テ輸入ノ時期ト爲ス可シト主張スル者「註一」アルモ此ノ說ハ領海ノ法律的意義ヲ忘却シタル嫌アリ「註二」輸入ハ我帝國ニ對スル輸入ナラサル可カラス故ニ他國ニ輸入スル目的ヲ以テ我帝國內ヲ通過スルモ未タ以テ輸入ノ行爲アリタリト爲ス可カラス(Binding)或ハ此ノ場合ニ輸入ノ行爲アリタリト解ス可シト主張スル者ナキニ非ルモ(Olshausen 岡田氏)此說ハ我公共ノ衞生ニ關係ナキ行爲ヲ處罰スル不當アリ「註三」製造ノ目的如何ハ問フ所ニアラス故ニ吸食ノ爲メナルト販賣ノ爲メナルト帝國內ニ販賣スル爲メナルト帝國外ニ販賣スル爲メナルトハ之ヲ問ハス販賣ハ不特定ノ多數人ニ對スルコトヲ必要トス然レトモ一度賣却シタルト數度賣却シタルトハ之ヲ問ハス所持ハ物件ヲ自己ノ事實的支配ニ置ク必要アリ然レトモ其事實的支配ニ持來シタル原因ノ如何ハ之ヲ問ハス唯タ法律ハ現ニ所持スル目的カ販賣ノ爲メナルト然ラサルトニ依リテ刑ノ輕重ヲ異ニスルノミ

「註一」明治三十七年一月十八日判決同四十年九月二十七日判決勝本氏四〇七頁四〇八頁大場氏二八四頁以下法曹記事一七卷一〇號一九一頁）

「註二」泉二氏六五三頁牧野氏二四八頁ハ此問題ヲ決セス同說ハ岡田氏法學協會雜誌二十四卷五號小嶋氏四七四頁谷野氏三五九頁）

「註三」泉二氏六五三頁ハ此爭アルコトヲ示スニ止マル大場氏二四九ハ此點ヲ理由トシテ本文ノ說ヲ攻擊ス

「領海ノ法律的意義ニ從ヘハ斯ク決スルヲ相當トスルカ如キモ法律ノ他ノ規定及ヒ立法ノ主旨ニ鑑ミレハ寧ロ其物件ヲ帝國ノ領土ニ陸揚シタルトキヲ以テ輸入ノ時期ト爲スヲ相當トス」

本罪ノ處分ハ其物件カ阿片煙其者ナルト阿片煙吸食ノ器具ナルトニ依リテ異

リ又所持ノ行爲ニ付テハ其目的カ販賣ニ在ルト然ラサルトニ依リテ異ナル

第三節　稅關官吏ニ對スル特別罪（第一八條一三）

本罪ノ主體ハ稅關官吏本罪ノ物體ハ阿片煙又ハ阿片煙吸食ノ器具本罪ノ行爲ハ輸入又ハ輸入ノ許可ナリ稅關官吏中ニハ當該輸入港以外ノ稅關ニ勤務スル官吏ヲ包含セス（泉二氏六五四頁）輸入ノ許可ハ必スシモ明示タルヲ要セス（勝本氏六五八頁）輸入ノ許可ハ本來ノ性質ヨリ云ヘハ輸入行爲ノ從犯ナリ然レトモ之ヲ取締ル可キ稅關官吏ニシテ此ノ如キ行爲ヲ敢テスルニ於テハ其害惡他ノ者ノ犯シタル場合ト同一ナラサルモノアリ故ニ法律ハ此行爲モ亦稅關官吏自ラ之ヲ輸入シタル場合ト同一ニ處罰スル必要アリト爲シタルモノナリ（泉二氏六五四頁）

第四節　阿片煙吸食ノ罪（第一三九條第一項）

第五節　房屋給與ノ罪（第一三九條第二項）

本罪ノ行爲ハ阿片煙吸食ノ房屋給與ニシテ本罪ノ目的ハ利ヲ圖ルニ在リ房屋給與ハ本來阿片煙吸食ノ從犯タルモノナレトモ其ノ目的カ利ヲ圖ルニ在ルトキハ之ヲ特別ノ一罪トシテ重ク處斷スル必要アルヲ以テ法律ハ此必要ヲ充タスカ爲メ獨立ノ一罪ヲ規定シタルモノナリ故ニ房屋ヲ給與スルモ利ヲ圖ル目的ニ出テサルトキハ阿片煙吸食ノ從犯トシテ處斷ス可ク只利ヲ圖ル目的ニ出テタル場合ニ於テノミ此獨立罪ノ成立ヲ認ム可キナリ清國ニ所謂煙館ノ如キ其好適例ナリ（泉二氏六五五頁勝本氏六五九頁）

第十五章　飲料水ニ關スル罪

第一節　總說

第一　飲料水ハ人ノ生活上一日モ缺ク可カラサル必要品ナルヲ以テ飲料淨水又ハ其水源ヲ汚穢シ若シクハ此等ノ者ニ害物ヲ混入シ其他飲料淨水ノ水道ヲ損壞壅塞スルカ如キ行爲ハ何レモ公衆ノ衞生ヲ害スルコト甚タシキモノナリ故ニ刑法ハ公衆ノ衞生ヲ保護スルカ爲メ飲料水ニ關スル罪ノ規定ヲ設ケタリ舊刑法モ亦飲料ノ淨水ヲ汚穢スル罪ヲ規定シタリト雖モ（舊刑二四三以下）刑法ハ(1)

新ニ公衆ノ用ニ供スル水道ヲ保護スル規定ヲ加ヘ(2)又一般ニ飲料水ニ關スル罪ノ刑ヲ重クシタリ又(1)新ニ水道ヲ保護スル規定ヲ設ケタルハ水道ハ之ヲ個人ノ用ニ供スル淨水等ニ比スレハ其害ノ及フ範圍極メテ廣キカ爲メニシテ(2)一般ニ飲料水ニ關スル罪ノ刑ヲ重クシタルハ此罪ノ一般ニ及ホス危險頗ル重大ナルカ爲メナリ

第二　刑法ハ一般ノ淨水ニ關スル場合ト水道ニ關スル場合トニ依リ刑ヲ異ニシ又淨水ノ使用ヲ不能ナラシムル場合ト害物ヲ混入スル場合トニ依リ刑ヲ異ニス

第二節　一般ノ淨水ニ關スル罪

此罪ニ左ノ二種アリ

第一　使用ヲ不能ナラシムル罪(第一四二條)

本罪ノ物體ハ人ノ飲料ニ供スル淨水ニシテ本罪ノ行爲ハ汚穢ニ因テ用ユルコト能ハサルニ至ラシムルコトナリ人ノ飲料ニ供スルト云フカ故ニ家畜ノ飲料ニ供シ若シクハ犯人一個ノ飲料ニ供スル淨水ハ之ヲ包含セス然レトモ犯人以外ノ人類ノ飲料ニ供スル以上ハ之ヲ常用スル人ノ多數ナルト少數ナルトハ之ヲ問ハス又其水源(例之井戸河川等)カ犯人自ラノ所有ニ屬スルト否トモ之ヲ問ハス法律ハ單ニ人ノ飲料ニ供スル淨水ト規定スルモ此罪ノ規定ハ公衆ノ衛生ヲ保護スル目的ニ出テタルモノナルヲ以テ井戸水溜ト云フカ如キ人ノ常用ニ供スル淨水ノミヲ包含シ單ニ器ニ盛リタルニ過キサルモノノ如キハ之ヲ包含セス汚穢トハ不潔ナラシムルコトヲ云フ汚穢スト雖モ因テ用フルコト能ハサルニ至ラシムルニ非サレハ本罪ヲ構成セス用フルコト能ハサルニ至ラシムトハ何人モ使用スルコトヲ肯セサル狀態ニ立至ラシムルコトヲ云フ例ヘハ糞尿其他ノ不潔物ヲ混入スルカ如シ法律ハ因テ云云ト規定ス故ニ汚穢ニ付テハ犯人ノ故意ヲ必要トスルモ用フルコト能ハサル結果ヲ生スルニ付テハ犯人ノ故意ヲ必要トセス

「註」大場氏一九〇頁ハ特定セル一人ノ專用ニ供セラルル場合ハ法律ノ所謂飲料淨水ニアラスト說ク是レ公衆ノ衛生ニ危險ナシトノ理由ニ基クモノナル可シ然レトモ此ノ如キ場合ハ事實ニ於テ之ヲ想像シ得可キカ事實此ノ如キモノアリトスルモ(例之一人使用ノ井戸)第一四四條ノ如キ場合ニ付テ考フレハ多數ノ使用ニ供スル場合

ト同シク公衆ノ衞生ヲ害スルニ非サルカ（他ノ人カ竊カニ飲ミタルトキ其人カ飲ミシ爲メ流行病ヲ起シタルトキ）

第二　害物ヲ混入スル罪（第一四四條）

本罪ノ物體ハ人ノ飲料ニ供スル淨水ニシテ本罪ノ行爲ハ人ノ健康ヲ害ス可キ物ヲ混入スルコトナリ如何ナル物品ト雖モ之ヲ多量ニ使用スルトキハ人ノ健康ヲ害スルコトアル可シ然レトモ茲ニ人ノ健康ヲ害ス可キ物ト云フハ斯カル廣漠タル意義ニアラスシテ少量ヲ以テスルモ尙人ノ健康ヲ害シ得可キ物ノミヲ指ス法律ニ例示シタル毒物ハ其最モ著シキ物ニシテ其他黴菌劇藥ノ如キモ亦此內ニ包含セラル害物ノ混入カ淨水ノ外形ヲ變スルト否トハ問フ所ニ非ラス理論上ノ說明トシテ使用不能ハ外形ヲ變シ害物混入ハ外形ヲ變セスト主張スル者（牧野氏）アルハ非ナリ只害物ノ混入ハ淨水ノ內質ニ變化ヲ生ス可キコトヲ主眼トシ其外形ヲ變スルト否トヲ重要トセス而シテ實際ニ於テ淨水ノ外形ヲ變スルコト使用不能ヨリモ少シト云フニ止マル

第三　一般ノ淨水ニ關スル罪ニ因ル致死傷（第一四五條）

前二種ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從ヒ處斷ス此規定ハ犯人カ死傷ノ結果ヲ豫見セサル場合ニ關スル規定ニシテ犯人死傷ノ結果ヲ豫見シタル場合ニハ淨水ニ關スル罪ト死傷罪トノ想像上ノ數罪ト爲リ刑法第五四條ノ適用ヲ受ク

第三節　水道ニ關スル罪

此罪ニ左ノ三種アリ

第一　使用ヲ不能ナラシムル罪（第一四三條）

本罪ノ物體ハ水道ニ因リ公衆ニ供給スル飲料ノ淨水又ハ其水源ニシテ本罪ノ行爲ハ汚穢ニ因リ之ヲ用フルコト能ハサルニ至ラシムルコトナリ水道ニ由ルモ公衆ノ飲料ニ供セサルモノ及ヒ公衆ノ飲料ニ供スルモ水道ニ由ラサルモノハ共ニ本罪ノ物體タルコトヲ得ス本罪ニ付テハ前節ニ述ヘタルト同一ノ致死傷處分ノ規定アリ（第一四五條）

第二　害物ヲ混入スル罪（第一四六條）

本罪ノ物體ハ水道ニ因リ公衆ニ供給スル飲料ノ淨水又ハ其水源ニシテ本罪ノ行爲ハ人ノ健康ヲ害ス可キ物ヲ混入スルコトナリ本罪ヲ犯シ因テ人ヲ死ニ致シタル場合ニ付テハ特別ノ處分規定アリ(第一四六條末段)此規定ハ犯人カ死ノ結果ヲ豫見シタルト否トヲ問ハス適用セラル(牧野氏二五一頁)

第三　水道損壞壅塞罪(第一四七條)

本罪ノ物體ハ公衆ノ飲料ニ供スル淨水ノ水道ニシテ本罪ノ行爲ハ損壞又ハ壅塞ナリ公衆ノ飲料ニ供スルモ水道ニアラサルモノ及ヒ水道ナルモ公衆ノ飲料ニ供セサルモノハ共ニ本罪ノ物體タルコトヲ得ス例之井戸又ハ下水道ノ如シ

第十六章　通貨僞造ノ罪

第一節　總說

法律ハ通貨僞造ノ罪ト題スルモ此內ニ規定セラレタルモノハ通貨ノ僞造變造行使交付輸入及收得ノ行爲ナルヲ以テ法律ノ意ハ寧ロ通貨ニ關スル一般ノ犯罪ヲ規定スルニ在リタルモノト解ス可シ此罪ニ依リテ保護セラルル法益如何從來ノ學者多ク此罪ハ通貨ノ信用ヲ保護スルモノナリトノ說明ヲ以テ滿足シタレトモ獨リ通貨ノ信用ノミナラス私人ノ財產上ノ利益及ヒ國家ノ製造發行ノ特權等モ亦此規定ニ依リテ保護セラルルモノト解スルヲ至當トス(v. Liszt 516)

「註」大場氏二一六頁ハ(1)私人ノ財產上ノ利益ニ關係ナキ場合ニモ本罪ノ成立ヲ認ムルコトアリ(2)又外國ノ通貨ヲモ保護ス、ルコトアルカ故ニ本文ノ說明ハ非ナリト說ク然レトモ(1)直接間接私人ノ財產上ノ利益ニ關係セサルコトナク(2)又本文ニ所謂國家トハ本國ノミヲ指スニ非ラス外國ノ製造發行ノ權ヲ保護スルコトモ亦同時ニ本國ノ利益保護タル可キナリ

第二節　物體

通貨僞造罪ノ物體ハ通貨ナリ左ニ通貨ノ意義及種類ヲ略述ス

第一　通貨ノ意義

通貨トハ國家ニ公認セラレタル交換ノ媒介ヲ云フ

(一)　通貨ハ交換ノ媒介ナリ

法律カ通用(第一四八條)ト云ヒ流通(第一四九條)ト云フハ何レモ通貨ノ交換ノ媒

介タルヲ示スモノナリ通貨ニハ通用期限アリ通用期限ノ前後ハ交換ノ媒介タラサルカ故ニ通貨ト同一ノ外形ヲ有スル物件モ之ヲ通貨ト云フコトヲ得ス故ニ通用期限後其引換期限内ニ掛ル舊貨ヲ僞造スルモ通貨僞造罪ヲ構成セス(明治二十三年二月法律第十三號「註」通用禁止ノ通貨引換期限ニ關スル件)然レトモ通用ス可キ額ニ一定ノ制限ヲ付シタル通貨(明治三十年三月法律第十六號貨幣法七條明治四十年十二月布告「舊銅貨ノ品位ヲ定ム」)竝ニ引續キ鑄造ヲ爲ス可カラサル通貨(貨幣法十七條前掲布告)ト雖モ現ニ通用中ノモノヲ僞造シタルトキハ通貨僞造罪ヲ構成ス

「註」此法律ニ依レハ政府發行ノ補助貨幣及紙幣ニシテ通用ヲ廢止シタルモノハ其廢止ノ翌日ヨリ起算シ滿五ケ年内ニ引換ヲ請求セサル可カラス然レトモ明治二十年六月三十日ヲ以テ通用ヲ廢止シタル十錢紙幣ハ本法發布ノ日ヨリ起算シ滿三年内ニ引換ヲ請求セサル可カラス

(貨幣法第七條)

金貨幣ハ無制限、銀貨幣ハ十圓マテ、白銅貨及青銅貨ハ一圓マテ、舊銅貨ハ一圓マテ(布告)

(貨幣法十七條)從來發行ノ五錢銀貨幣及銅貨幣(布告)舊銅貨

交換ノ媒介タルモノハ凡テ通貨ノ性質ヲ有ス然レトモ通貨僞造罪ノ物體タル通貨ハ唯内國通用ノ貨幣ニ限ラル外國ニ於テノミ通用ス可キ通貨ニ付テハ特別法ノ規定アリ(明治三十八年法律第六十六號)此種ノ通貨ニ關スル犯罪ハ刑法ノ適用ヲ受ケスシテ此特別法ノ適用ヲ受ク横濱正金銀行ニ於テ發行スル關東州清國ニ於ケル銀行券ノ如キ其例ナリ(明治三十九年勅令第二四七號)

「註」此銀行券ハ内國ニハ通用ナシ故ニ内國ニ於テ發行スルニ拘ハラス本罪ノ物體タルコトヲ得ス

刑法第一四九條ハ外國ノ通貨ニ關スル犯罪ヲ規定スルモ是亦内國ニ流通スルモノニ限リ内國ニ流通セサル外國ノ通貨ニ對シテハ第一四九條ノ適用ナシ

(二)　通貨ハ國家ニ公認セラレタル交換ノ媒介ナリ故ニ國家ハ法令ヲ以テ如何ナル物件ヲ以テ通貨ト爲ス可キカ如何ニ通貨ノ强制通用ノ額ヲ定ム可キカ何者カ通貨ノ製造發行ヲ爲ス可キカ等ノ問題ヲ規定ス(貨幣法一條七條一七條前掲布告明治十七年五月第十八號布告「兌換銀行券條例」一條四條明治十五年六月第三二

號布告「日本銀行條例」一四條)國家ノ公認シタル物件ニ非サレハ通貨ニ非ス故ニ國家ノ公認ナキ物件ハ事實上交換ノ媒介タルモノト雖モ之ヲ通貨ト爲スコトヲ得ス然レトモ國家ノ公認アル以上ハ必スシモ其ノ通貨カ內國ノ法令ニ依リテ發行セラレタルモノナルコトヲ要セス外國ノ通貨ト雖モ內國ニ流通スル限リハ通貨僞造罪ノ物體タルコトヲ得(第一四九條)

第二　通貨ノ種類

通貨僞造罪ニ認メタル通貨ノ種類左ノ如シ

(一)　貨幣

所謂硬貨ナリ硬貨ハ其レ自體實價ヲ有シ且ツ價値ノ尺度タルモノナリ只硬貨中補助貨幣ノ性質ヲ有スルモノカ名價相當ノ實價ヲ有セス且ツ價値ノ尺度タラサルノミ貨幣ニハ金貨幣(二十圓十圓五圓)銀貨幣(五十錢二十錢十錢)白銅貨幣(五錢)青銅貨幣(一錢五厘)ノ九種アリ(貨幣法三條)其外從來發行ノ五錢銀貨幣及銅貨幣(二錢一厘)モ亦從前ノ通リ通用セラル(貨幣法一七條明治八年六月第一〇八號布告貨幣條例明治四年十二月前掲布告舊刑法ハ貨幣ノ金銀貨ナルト銅貨ナルトニ依リ法律上ノ取扱ヲ異ニシタルモ(舊刑法第一八二條以下)刑法ハ此差別ヲ廢シタリ

(二)　紙幣

紙幣トハ其レ自體何等ノ實價ヲ有セサルモ法律ノ力ニ依リ貨幣ト同一ノ流通力ヲ有スル紙片ヲ云フ紙幣ハ發行者ニ於テ兌換ノ義務ヲ負ハサル點ニ於テ銀行券ト異ナル戰爭其他ノ原因ノ爲メ國家ノ財政困難ニ赴キタル際之ヲ發行スルヲ通常トス我國ニハ曾テ政府及ヒ國立銀行ヨリ發行シタル紙幣アリタルモ明治三十二年十二月三十一日限リニテ其通用ヲ廢止シ今日ニ於テハ法律上ノ流通力ヲ有スル紙幣ナルモノナシ(明治四年十二月布告「紙幣」明治九年八月布告第一〇六號國立銀行條例」四五條以下明治十八年六月第一四號布告「紙幣」漸次銀貨ニ交換ノ件明治二十九年三月法律第八號「國立銀行紙幣ノ通用及引換期限」明治二十九年十月大藏省告示第七八號「營業滿期國立銀行紙幣交換方ノ件」明治三十一年六月法律第六號「政府發行紙幣通用禁止」)

「註」十八年六月ノ布告ニヨリ十九年一月ヨリ漸次銀貨ニ交換ス可シト布告シ二十九年三月ノ法律ニテ通用期限ハ三十二年十二月九日ト定メ其期日ノ翌日ヨリ滿五ケ

年內ニ其引換方ヲ請求ス可シト告ケ三十一年六月ノ法律ニテ三十二年十二月三十一日ニテ通用ヲ廢止ストシタリ

(三)　銀行券

銀行券トハ國家ノ公認シタル銀行ニ於テ發行スル證書ニシテ一般ノ取引界ニ於テ貨幣ト同一ノ流通力ヲ有シ其性質無記名式一覽拂ノ約束手形ニ屬シ何時ニテモ發行銀行ニ於テ兌換ノ請求ニ應ス可キモノヲ云フ(兌換銀行券條例四條六條)

「註」大場氏二二二頁ハ銀行券ハ約束手形ニ非ス故ニ支拂期日一覽拂若シクハ定期後一覽拂等ノ規定ヲ適用スルニ由ナク又裏書ヲ以テ讓渡スルコトヲ得スト說明ス余輩ハ唯其實質カ約束手形ナリト云フニ止マル

我國ニ於テハ日本銀行ニ於テ銀行券ヲ發行シ(兌換銀行券條例一條日本銀行條例一四條)其種類ハ一圓五圓十圓二十圓五十圓百圓ノ七種ナリ(兌換銀行券條例三條)臺灣銀行モ亦特種ノ銀行券ヲ發行シ(明治三十年三月法律第三八號「臺灣銀行法」八條)此銀行券ニ對シテモ通貨僞造罪ノ成立アリ(明治三十八年法律第五一號)橫濱正金銀行モ亦關東州及淸國ニ通用スル銀行券ヲ發行ス然レトモ此銀行券カ通貨僞造罪ノ物體ト爲ラサルハ已ニ說明シタル如シ(明治三十九年勅令第二四七號同三十八年法律第六六號)

「註」臺灣銀行券ハ臺灣總督府ノ管轄區域內ニ於テ政府ノ收納ニ充ツルコトヲ得ルモノナリ此銀行券ハ本來租稅其他官署ニ對スル收納ノ目的タルコトヲ得ルモ一般强制通用スルモノニ非ス故ニ十八年法律五一號ナケレハ本罪ノ客體タルコトヲ得サルモノナリ

刑法ニ認メタル通貨ノ種類ハ以上說明シタル三種ナリ舊刑法ハ貨幣ノ種類ヲ金銀貨及紙幣ト銅貨トニ分チ其刑ヲ區別シタレトモ(舊刑一八二條以下)刑法ハ其必要ナシト認メ全然此區別ヲ廢止シ凡テ法律上ノ取扱ヲ同一ニシタリ

第三節　行爲

通貨僞造罪ノ行爲ハ (1) 僞造 (2) 變造 (3) 行使 (4) 輸入 (5) 交付 (6) 及ヒ收得ノ六種ナリ通貨ヲ摸擬スルモ未タ僞造變造ノ程度ニ至ラサル行爲ニ關シテハ特別法ノ規定アリ(明治二十八年法律第四號)

第一　僞造 Falschmünzrei

通貨ノ僞造トハ通貨ノ製造發行ノ特權ヲ有セサルモノカ眞貨ノ外觀ヲ有スル物件ヲ製出スルコトヲ云フ通貨ヲ僞造スルモ其僞造ノ行爲カ行使ノ目的ニ出テタル場合ニアラサレハ通貨僞造罪ヲ構成セス(第一四八條一項一四九條一項)僞造者自ラ行使ヲ爲ス目的ニ出テタル場合ノミナラス特定ノ第三者ヲシテ行使ヲ爲サシムル目的ニ出テタル場合ハ勿論不特定ノ何人カヲシテ行使ヲ爲サシムル目的ニ出テタル場合ニ於テモ亦行使ノ目的ニ出テタリト解スルコトヲ得

通貨ノ僞造ハ實際ニ存スル通貨卽チ所謂眞貨ヲ僞造スル必要アリヤ否ヤ此點ニ就テハ積極(Frank. Oppenhoff. 岡田氏谷野氏泉二氏)消極 Binding, Olshausen, v. Liszt. 牧野氏小疇氏大場氏勝本氏)ノ二說アリ消極說ハ通貨ノ僞造ハ實際ニ存スル通貨ヲ僞造スルコトヲ必要トセス只一般ノ人ヲシテ實際ニ存スルモノト信セシム可キ程度ノモノヲ製出スレハ足ルト解ス然レトモ「通用ノ貨幣紙幣又ハ銀行券ヲ僞造シ」ト規定シ又「流通スル外國ノ貨幣紙幣又ハ銀行券ヲ僞造シ」ト規定シタル我現行刑法ノ解釋トシテハ現實交換ノ媒介タルモノ卽チ實際ニ存スル通貨ヲ僞造スルニ非サレハ通貨ノ僞造ニアラサルモノト論定スルヲ至當トス

通貨ノ僞造ハ眞貨ヨリ劣等ノ物件ヲ製出スルコトヲ必要トスルカ換言スレハ僞物ノ眞價カ眞貨ト同等ナルカ又ハ之ヨリ優等ナル場合ト雖モ尙通貨ノ僞造アリト解ス可キカ昔時通貨ノ僞造ハ通貨ノ眞價ヲ僞ルモノナリト爲ス說アリテ僞物ノ眞價カ眞貨ト同等ナルカ又ハ之ヨリ優等ナル場合ニハ通貨僞造罪ヲ構成スルモノニ非スト論シタルコトアリ然レトモ通貨ノ僞造ハ通貨ノ眞價ヲ僞ルモノニ非スシテ通貨ノ製造發行ノ特權ヲ侵害スルモノトナスハ至當ナルノミナラス通貨ノ信用モ亦通貨ノ實價如何ニ關セスシテ其ノ製造發行者ノ信用如何ニ關スルモノナルヲ以テ今日ノ刑法學ニ於テハ其僞造ノ眞價カ眞貨ト同等ナルカ又ハ之ヨリ優等ナル場合ト雖モ尙通貨僞造ノ犯罪アルモノト論定スルヲ通常トス(Olshausen, Frank, v. Liszt.)岡田氏泉二氏牧野氏小疇氏)通貨ノ僞造ニ必要ナル摸擬ノ程度如何通貨ノ取扱ニ熟達シタル者ハ摸擬ノ程度頗ル巧妙ナルニ非サレハ直ニ其僞造タルコトヲ識別シ得可ク通貨ノ取扱ニ熟達セサル者ハ摸擬ノ程度頗ル粗雜ナルモ尙其僞物タルコトヲ識別シ能ハサル可シ法律カ通貨僞造ノ行爲ヲ罰スルハ特種ノ人ノ害ヲ受ケンコトヲ防クニアラス故ニ僞造ニ必要ナル摸擬ノ程度

モ只一般ノ人ヲシテ眞貨ナリト誤信セシムル程度ニ達スルヲ以テ十分ト爲スモノト解セサル可カラス

第二　變造 Münzverfälschung.

通貨ノ變造トハ通貨ノ製造發行ノ特權ヲ有セサル者カ眞貨ノ上ニ變更ヲ加ヘ他ノ眞貨ノ外觀ヲ有スル物件ヲ製出スルコトヲ云フ通貨ノ變造モ亦之ヲ行使スル目的ニ出テタルニ非サレハ犯罪ヲ構成セス(第一四八條一項第一四九條一項)

通貨ノ變造ハ通貨ノ製造發行ノ特權ヲ有セサルモノカ眞貨ノ外觀ヲ有スル物件ヲ製出スルモノナル點ニ於テハ通貨ノ僞造ト相同シ故ニ前ニ通貨ノ僞造ニ就キ述ヘタル所ハ凡テ其變造ニ付テモ適用アリ卽チ通貨ノ變造モ亦實際ニ存スル通貨ヲ變造スルコトヲ必要トスルモ眞貨ヨリ劣等ノ物件ヲ製出スルコトハ之ヲ必要トセス而シテ其摸擬ノ程度モ只一般ノ人ヲシテ眞貨ト誤信セシムル程度ノモノタルヲ以テ十分トスルモノナリ然レトモ通貨ノ變造ハ其材料ヲ實際ニ存スル通貨卽チ眞貨ニ採ル點ニ於テ通貨ノ僞造ト相異ナル凡テ變造トハ已ニ存スルモノニ勞力ヲ加ヘ人ヲシテ他ノ物ト誤信セシムル外觀ヲ與フルコトヲ云フ故ニ變造ノ材料タル可キモノハ常ニ已ニ存スルモノタルコトヲ必要トス通貨ノ變造又然ラサルヲ得サルナリ然レトモ之レカ爲メ眞貨ノ原形ヲ破壞シテ他ノ眞貨ノ外觀ヲ有スル物件ヲ製出シタル場合モ亦通貨ノ變造ナリト誤解ス可カラス此ノ如キ場合ニ於テハ眞貨其物ヲ材料トシタルニ非ラスシテ眞貨ノ實質ヲ材料トシタルニ過キサルモノナルヲ以テ通貨ノ變造ニ非ラスシテ通貨ノ僞造ト解ス可キモノナリ

通貨ノ變造ハ眞貨ヲ材料トスルコトヲ必要トスルモ同種ノ眞貨ヲ材料トスルコトヲ必要トセス故ニ或種ノ眞貨ヲ材料トシ他ノ種ノ通貨ヲ摸擬スル場合ニモ尙ホ通貨變造ノ行爲アリタルモノト解ス可シ銅貨ヲ材料トシ銀貨ヲ摸擬スルカ如キ其一例ナリ(反對說大場二三二岡田氏明治三十八年二月二十日判決)

「註」同說　勝本氏谷野氏小疇氏泉二氏　反對說　岡田氏牧野氏江木氏大場氏

通貨ノ變造ニ實價上ノ變造ト名價上ノ變造トアリ實價上ノ變造トハ眞貨ノ實質ヲ減損スル方法ニ依ルモノヲ云ヒ名價上ノ變造トハ眞貨ノ名價ヲ變更スル方法ニ依ルモノヲ云フ貨幣ノ一部ヲ取去ルカ如キハ前者ニ屬シ銅貨ニ鍍銀シテ銀

貨ヲ摸擬スルカ如キハ後者ニ屬ス紙幣及ヒ銀行券ニハ名價上ノ變更アルモ實價上ノ變更ナキヲ通常トス然レトモ法律上ノ取扱ハ兩者ニ於テ異ナル所シ

第三　行使

僞造變造ノ通貨ヲ行使スルトハ僞造變造ノ通貨ヲ眞貨トシテ使用スルコトヲ云フ必スシモ之ヲ流通ニ置ク要ナシ故ニ例ヘハ銀行家カ有金アルコトヲ示サンカ爲メ檢査官ニ對シテ僞造貨幣ヲ示スカ如キモ亦行使ナリ本邦學者中之ニ反對スルモノナキニ非ラス是レ獨逸ノ通說ニ從ハント欲スルモノナリト雖モ獨逸ノ通說カ此問題ニ關シ反對ノ解釋ヲ與フルハ全國ノ刑法ニ「眞貨トシテ使用シ其他流通ニ置ク可キ目的ヲ以テ云々」ト規定シタルニ依ル(一四六)

「眞貨トシテ使用シ其他流通ニ置ク云云」ト規定シタル獨ノ刑法ニ於テハ眞貨トシテ使用スルコトモ亦流通ニ置クコトノ一場合ト爲シタルコト明白ナリ故ニ彼ニアリテハ流通ニ置クコトヲ以テ行使ノ內容ト爲ス可ク眞貨トシテ使用スルモ之ヲ流通ニ置カサル限リハ行使ニ非ルモノト解スルヲ至當トス然レトモ一般ニ云ヘハ眞貨トシテ使用スルコトハ流通ニ置クコトヨリモ意義廣ク而シテ行使其者ノ意義ヨリ云ヘハ流通ニ置クト解スルヨリハ寧ロ眞貨トシテ使用スト解スルノ適當ナルヲ見ル故ニ單ニ「行使」ト規定シタル我刑法ノ解釋トシテハ獨ノ通說ハ之ヲ排斥ス可ク眞貨トシテ使用シタル限リハ之ヲ流通ニ置カサルモ行使ノ行爲アリタルモノト論定スルヲ至當トス(岡田氏牧野氏大場氏小疇氏泉二氏)

眞貨トシテ使用スト云フカ故ニ使用セラレタル者ハ必ス其物件ヲ眞貨ト誤信ス可キ地位ニ置カレタルコトヲ要ス然レトモ使用ノ原因如何ハ問フ所ニアラス賣買贈與交換其他如何ナル目的ヲ以テスルモ行使ナリ又使用者ノ之ヲ所持スルニ至リタル原因ノ如何モ問フ所ニアラス唯最初情ヲ知ラスシテ收得シ其後情ヲ知リテ之ヲ行使シタル場合ニハ別罪ヲ構成シ其情ヲ知リテ之ヲ收得シタル場合ニ比シ其刑ノ輕キヲ見ルノミ(第一五二條)

第四　交付

刑法ハ行使ノ目的ヲ以テ僞造變造ノ通貨ヲ人ニ交付シタルコトヲ以テ獨立ノ一罪トナス(第一四八條二項一四九條二項一五二條)舊刑法ニハ交付ニ關スル特別ノ規定ナカリシヲ以テ交付カ行使ノ內ニ包含セラル可キヤ否ヤニ付キ爭アリ而シ

テ通說ハ之ヲ積極ニ決セシカ刑法ハ交付ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタルヲ以テ刑法ノ解釋トシテハ如上ノ問題ヲ生セス而シテ交付ト行使トハ我刑法上觀念其レ自體ニ於テ互ニ相異ルモノト解セサル可カラス卽チ行使ハ眞貨トシテ使用スルコトヲ必要トスルモ交付ハ之ヲ必要トセス僞造ノ通貨ヲ共犯者間ニ分配シ又ハ之ヲ情ヲ知レル第三者ニ賣却スルカ如キ何レモ僞貨ノ交付ト解ス可ク其ノ行使ト解ス可キモノニ非ス僞貨ノ交付ヲ爲ス場合ニ付キ第三者ヲシテ自己ニ代リ之ヲ行使セシメントスル目的ヲ以テスル場合ト第三者自ラ行使スル情アルヲ知テ之ヲ交付スル場合トヲ想像スルコトヲ得物ヲ購求スル爲メ雇人ニ僞貨ヲ交付スル如キハ前ノ場合ノ例ニ屬シ僞貨ヲ行使又ハ賣却ス可キ第三者ニ對シ之ヲ賣却スルカ如キハ後ノ場合ノ例ニ屬ス何レノ場合ニ於テモ行使ノ目的ヲ以テスル交付アリタルモノト解ス可ク單純ノ行使アリタルモノト解ス可キモノニ非ス(反對 v. Liszt 517) 交付ニ就テモ亦交付者カ其僞造變造ノ通貨ヲ收得シタル原因ノ如何ハ之ヲ問ハス然レトモ收得シタル後其僞造變造ナルコトヲ知リ之ヲ人ニ交付シタル場合ニハ他ノ場合ニ比シ輕キ特別ノ一罪ヲ構成ス(第一五二條)

第五　輸入

刑法ハ行使ノ目的ヲ以テ僞造變造ノ通貨ヲ輸入シタル行爲ヲ罰ス(第一四八條二項第一四九條二項)輸入ノ意義如何ハ前ニ阿片煙ニ關スル罪ニ付キ述ヘタルト同一ナリ

第六　收得

收得トハ所持ヲ得ルコトヲ云フ其ノ方法ノ如何ハ問フ所ニ非ス故ニ賣買贈與交換等其他所持ヲ得ル一切ノ場合ヲ包含ス拾得盜取騙取等ニ依ル場合モ亦此內ニ包含セラル(岡田氏牧野氏)然レトモ拾得ハ只行使ノ目的ヲ以テシタル場合ニ於テノミ犯罪ヲ構成シ其他ノ場合ニハ犯罪ヲ構成セス(第一五〇條)收得シタル後之ヲ行使シ又ハ行使ノ目的ヲ以テ之ヲ他人ニ交付シタルトキハ第一五〇條ノ外第一四八條二項又ハ第一四九條二項ノ罪ヲ構成シ第五四條ノ適用ヲ受ク僞造變造ノ法ヲ知ラスシテ收得シタルモノハ行使ノ目的ヲ以テ收得シタルニアラサルヲ以テ犯罪ヲ構成セス然レトモ其收得後僞造變造ノ情ヲ知リテ之ヲ行使シ又ハ行使ノ目的ヲ以テ之ヲ人ニ交付シタルトキハ他ノ犯罪ヲ構成ス(第一五二條)行使ノ

目的ヲ以テ收得スト云フ內ニハ行爲者自ラ行使シ又ハ第三者ヲシテ行使セシムル目的ヲ以テ收得シタル場合ハ勿論行爲者カ他人ノ爲メ僞貨ヲ行使セントノ目的ヲ以テ收得シタル場合モ亦之ヲ包含ス

雇人カ物品ヲ購求スル爲メ僞貨タル情ヲ知リ之ヲ主人ヨリ收得シタル場合ノ如キ其例ナリ

第四節　處分

僞造變造行使交付及輸入ノ行爲ニ付テハ其ノ物體カ內國ノ通貨ナルト外國ノ通貨ナルトニ依リテ處分ヲ異ニシ(第一四八條第一四九條內國ノ通貨カ物體タルトキハ帝國外ニ於テ犯シタル罪ニ就テモ亦我刑法ノ適用アリ(第二條四號)收得ニ付テハ輕キ處分ノ定メアリ(第一五〇條)又收得シタル後僞造變造ノ情ヲ知リテ之ヲ行使又ハ交付シタル場合ニ付テモ特別ノ定メアリ(第一五二條)行使ノ目的ヲ以テスル僞造變造交付輸入收得及ヒ行使ニ就テハ其未遂ノ罪モ亦之ヲ罰ス(第一五一條)又通貨ノ僞造又ハ變造ノ用ニ供スル目的ヲ以テ器械又ハ原料ヲ準備シタル者ニ付テハ特別罪ノ規定アリ(第一五三條)通貨ニ關スル罪ハ經濟上最モ重大ナル影響ヲ有スルヲ以テ其豫備モ亦之ヲ罰スルモノト爲シタルナリ(理由書一三六)準備トハ器械又ハ原料ヲ使用シ得ル狀態ニ置クコトヲ云フ單ニ此等ノ物件ヲ註文又ハ購求シタルノミニテハ未タ其ノ準備アリタルモノト解スルコトヲ得ス(牧野氏二五七)然レトモ必スシモ器械又ハ原料ノ全部ヲ準備シタルコトヲ要セス其ノ一部ヲ準備シタル場合ニ於テモ亦同シク準備アリタルモノト解スルコトヲ得(大場氏二六六二十八年一卷一九頁)器械又ハ原料ノ準備ニ限ルカ故ニ其外ノ物件ヲ準備シ又職工ヲ雇入ルヽカ如キ行爲ハ之ヲ包含セス(泉二氏六七〇頁)然レトモ其器械又ハ原料ハ必スシモ僞造變造ノ用ニ供スル固有ノ物タルヲ要セス日常有合セノ品ト雖モ僞造變造ノ目的ヲ以テ之ヲ準備シタルトキハ同シク此規定ノ適用アル可シ(大場氏二六六頁勝本氏小畴氏)

第十七章　文書僞造ノ罪(Strafbare Handlungen an Urkunden. Urkundenfälschung.)

第一節　總說

法律カ文書僞造ノ罪ヲ規定シタル所以ハ文書其者ヲ保護セントスルニ非ラスシテ其證據力(Beweisthätigkeit)ヲ保護セントスルモノナリ換言スレハ文書僞造罪ニアリテハ文書其者ハ侵害ノ目的タルモノニ非ラスシテ只其手段タルニ過キス侵害ノ目的タルモノハ文書カ社會交通上ニ有スル效力卽チ其證據力ナリ文書ニ包含セラレタル意思表示ハ其レ自體法律上ノ效力ヲ有スルコトアル可ク(例之手形文書)又然ラサルモ依テ以テ法律上ノ效力ヲ有スル事實ヲ證明スルコトヲ得可シ(例之戸籍ノ登錄)此文書ノ效力卽チ其證據力カ刑法ノ規定ニ依リテ保護セラルヽモノナリ

第二節　物體

第一　文書ノ意義(Begriff der Urkunde.)

文書トハ文字又ハ之ニ代ル可キ符號ヲ以テ或物件ノ上ニ永續的ニ附著セラレタル法律上ノ價値ヲ有スル意思表示ニシテ其レ自體事實證明ノ力ヲ有スルモノヲ云フ故ニ

(一)　文書ハ意思表示ナリ(Erklärung)

文書ハ必ス其內容トシテ或何等カノ意思表示ヲ包含スルコトヲ要ス文字又ハ之ニ代ル可キ符號ノ記載アルモ何等ノ意思ヲ表示セサルモノハ以テ文書ト爲スコトヲ得ス名刺下足札ノ如キ其ノ例ナリ文書ハ意思表示ナルカ故ニ意思表示ノ準備タル草案及意思表示ノ複製タル謄寫ハ共ニ文書其者ニ非ス只謄寫カ原本ト同一ノ內容ヲ有スルコトニ付キ謄寫者ノ意思表示アル場合ニ限リ文書ト爲リ得ルノミ公務員ノ職務上作製スル謄本抄本ノ如キ是レナリ(同說泉二氏小疇氏牧野氏尙ホ Frank III. zu § 267. 反對大場氏三五〇頁)

「註」文書ノ意思表示ナルコトヲ最モ良ク說明シタルハ Brodmann. G. S. 47. 112. ナリ大場氏ハ草案ニ付テハ「意思ハ表示セラレアルモ其表示カ確定不動ノモノニ非ラスト云フニ止マル之カ文書ナラストセハ假契約書モ文書ニアラス」ト論ス然シ草案ニハ意思モ表示セラレアラス謄寫ハ常ニ原本ト同一ノ內容ヲ有ストノ謄寫者ノ意思ヲ保有スト說ク

小疇氏ハ此外作製者ニ於テ謄寫ヲ原本トシテ行使スル意思ヲ有スルトキ（例之乘車券入場券）ニモ謄寫ハ文書ト爲ルト說明ス然レトモ此場合ノ謄寫ハ謄寫ニ非ラスシテ寧ロ原本ナリ

意思表示アルカ爲メニハ必ス表意者ノ存在スルコトヲ前提トス故ニ表意者ノ何人ナルカヲ識別シ得サル書面ハ以テ文書ト爲スコトヲ得ス然レトモ表意者ノ署名捺印ハ之ヲ必要トセス文書其者ノ內容形式等ニ依リ表意者ノ何人ナルカヲ識別シ得ルヲ以テ十分トス書風又ハ略號ニ依リ表意者ノ何人ナルヤヲ知リ得ルカ如キ其場合ナリ畢竟或ル書面ハ其表意者ヲ明示スルカ又ハ或他ノ方法ニ依リ客觀的ニ其ノ表意者ノ何人ナルカヲ識別シ得ルカノ場合ニ於テ文書ト爲リ得ルモノト解セサル可カラス鐵道切符其他之ニ類スル書面カ表意者ノ署名ナキニ拘ハラス文書タリ得ル所以ハ茲ニ在リ同一理由ニ因リ封書ヲ以テ意思表示ヲ爲ス場合ニ於テ封皮ニ署名ヲ爲シタルトキハ封中ノ書面ニ署名ヲナサヽルトキト雖モ其書面ヲ文書ト解スルコトヲ得（四二年三二一頁大場氏三三四頁v. Liszt 522.）文書ハ意思表示ヲ內容トスル點ニ於テ刑事訴訟ニ所謂檢證物ト觀念ヲ異ニス文書モ檢證物モ事實證明ノ力ヲ有スル物質界ノ一物件テレトモ檢證物ハ物ノ外形ニ依リテ或ル事實ヲ證明シ文書ハ物ノ內容タル其意思表示ニ依リテ或ル事實ヲ證明スルモノナリ

（二）文書ハ法律上ノ價値ヲ有スル意思表示ナリ

換言スレハ文書ニ包含セラレタル意思表示ハ常ニ法律上ノ價値ヲ有スル事實ヲ證明スル力ヲ有セサル可カラス蓋シ如斯キ意思表示ニ非サレハ刑法ヲ以テ特ニ其ノ證據力ヲ保護スル必要ナキヲ以テナリ單純ノ詩歌文書等カ刑法上ノ文書タルヲ得サルハ此理由ニ基ク艶書ノ如キモ亦通常ノ狀態ニ於テハ刑法上ノ文書タルコトヲ得ス只法律上ノ價値ヲ有スル場合ニ於テノミ刑法上ノ文書タルコトヲ得例ヘハ他人ヲ侮辱スル爲メ艶書ヲ僞造スルカ如シ學者及判例ハ僞造文書ハ常ニ之ヲ僞造スルニ因リ實害ヲ生シ又ハ之ヲ生スルノ虞アルモノナラサル可カラスト說明スル如キ其說明ノ方法ニ巧ミナラサルモノアルモ畢竟スル所ハ僞造文書ノ意思表示カ法律上ノ價値ヲ有セサル可カラサルモノナルヲ說カント欲スルモノナル可シ或ハ「艶書ナルモノハ吾ニ汝ヲ戀愛スルノ意アルノ事實ヲ記載シ以テ其事實ヲ證明スルモノナルカ故ニ事實證明ニ關スル文書ナリ」ト說明シ艶書

ノ僞造ハ常ニ第一五九條ノ文書僞造罪ヲ構成スルモノヽ如ク說明スルモノアレトモ(法曹記事十九卷一二號)此說明モ亦艶書ノ僞造カ法律ノ價値ヲ有スル目的ニ出テタル場合ニ於テノミ之ヲ是認スルコトヲ得可シ蓋シ吾ニ汝ヲ戀愛スルノ意アリトノ事實其者ハ法律上何等ノ價値ヲ有セサルヲ以テナリ判例カ僞造文書カ常ニ之ヲ僞造スルニ因リテ實害ヲ生スルカ又ハ生スルノ虞アル可キモノナラサル可カラスト主張シタル如キ說明ノ方法ニ於テ巧ナラサルモノアリト雖モ畢竟スル所ハ右ノ點ヲ判示セントスルモノニ外ナラサル可シ(大場氏三四一頁ハ此事ヲ良ク說明セリ)

「註」或ハ文書ハ其物件以外ニ存スル事實ヲ證明シ檢證物ハ其物件中ニ存スル事實ヲ證明スルモノト說ク者ナキニ非ス(例之 John. Ztschr. 4. 36. Oppenh-Del. 40E 17. 282. 19. 62 31. 329.) 然レトモ檢證物ニモ其物件以外ニ存スル事實ヲ證明スルモノアリ又文書ニモ其物件中ニ存スル事實ヲ證明スルモノアルヲ以テ此レハ當ラス(Weismann, Ztschr. 11, 13, Bremann, G. S. 47. 431. Binding Grundriss 3· 17. Beling, Ztschr. 18. 293. Frank. 371.)

(三)　文書ハ或物件ノ上ニ附著セラレタル意思表示ナリ(verkörperte Erklälung)

或物件ノ上ニ附著セラレタル意思表示ニ非サレハ文書ニアラス文書ハ此點ニ於テ口頭又ハ形容ニ依ル意思表示ト異ル口頭又ハ形容ニ依ル意思表示ハ其聲音又ハ形態ノ消滅ト同時ニ意思表示ノ形態ヲ失フモ文書ハ附著セラレタル物件ノ存スル限リハ其意思表示ノ形態ヲ失フコトナシ(Sie ist eine vox mortua im Gegensatz zur vox viva. Frank 371.)學者カ口頭ニ依ル意思表示ハ生キタル聲音ニシテ文書ハ死シタル聲音ナリト說明シタルハ此理由ニ基ク蓋シ活キタル聲音ハ消滅スルモ死シタル聲音ハ消滅スルコトナケレハナリ然レトモ附著セシム可キ物件ノ種類如何ハ問フ所ニ非ラス紙板等ハ勿論其他ノ物件例ヘハ石ノ如キモ亦文書ノ物件タルコトヲ得

(四)　文書ハ或物件ノ上ニ永續的ニ附著セラレタル意思表示ナリ

永續的ニ附著セラレタル意思表示ニアラサレハ文書ニ非ス文書カ永續的ニ附著セラレタル意思表示タルコトヲ必要トスルヤ否ヤニ付テハ學者間多少ノ爭ナキニ非ラス然レトモ刑法カ證據物中特ニ文書ニ重キヲ措キタルハ文書ノ比較的永ク事實證明ノ力ヲ有スレハナリ故ニ文書タルカ爲メニハ永續的ニ附著セラレタル意思表示タルコトヲ必要トスルモノト解スルヲ至當トス然レトモ永續的ト