〔註一〕判事ノ命ニ從ヒ嘗テ鑑定人又ハ醫師トシテ實驗シタル結果ヲ後日陳述スルカ如キハ所謂鑑定證人トシテ過去見聞ノ事實ヲ陳述スルモノナレハ之ヲ證人トシテ取調フ可キモノトス(大正三年れ第九九一號判決)

第三 通事トハ被告人又ハ對質人等カ聾者又ハ啞者ナル場合若クハ日本國語ニ通セサル場合ニ當該官廳ト此等ノ者トノ間ニ介在シテ一方ノ表示スル思想ヲ誠實ニ他ノ一方ニ交通セシム可キ者ヲ謂フ虛僞ノ通譯トハ一方ノ表示シタル思想ヲ故意ニ變更シテ他ノ一方ニ通達スルノ義ナリ、通事ハ人格者相互ノ思想ヲ自己ノ理解ニ依テ媒介スルモノニシテ鑑定人カ目的物ニ關シ自己ノ判斷ヲ述フルト其趣ヲ異ニスト雖モ聾者又ハ啞者ノ思想ヲ表示ス可キ擧動若クハ外國語ヲ理解スルノ知識アルニアラサレハ通事タルコト能ハサル點ニ於テ鑑定人ト類似シ而モ其虛僞ノ通譯ノ危險ハ虛僞ノ鑑定ノ危險ト程度ヲ均シウスルカ故ニ法律ハ兩者ヲ共通的ニ規定シタリ

第四 本章ノ罪ハ何レモ犯意ヲ必要トス外國立法例中ニハ過失ニ因ル僞誓罪ヲ認ムルモノアリト雖モ我刑法ハ斯ノ如キ規定ヲ採用セス犯意ハ係爭事實ニ關スル虛僞ノ陳述、鑑定事項ニ關スル虛僞ノ判斷、又ハ一方ノ表示シタルト異レル思想ノ通達ヲ爲スノ觀念アルヲ以テ足ル舊刑法ハ刑事ニ關スル虛僞ノ陳述、鑑定又ハ通譯ニ付テハ被告人ヲ陷害シ又ハ曲庇スル特別ノ目的ヲ必要ト爲シタルモ現行法ハ此例ニ倣ハス

第五 以上說明シタル要件ニシテ具備スル以上ハ(他ノ一般構成要件具備ス可キハ勿論ナリ)僞證ノ罪ハ直チニ成立スルモノニシテ證言、鑑定又ハ通譯ヲ必要トシタル當該事件ノ有罪タルト無罪タルトニ關係ナク又當該事件ノ訴追カ不法ノ點アリトスルモ本罪ノ成立ニ影響ナキモノト解セサル可カラス明治三十三年判決錄第八卷一頁及ヒ同三十六年九二頁所揭ノ判例ニ於テハ起訴ノ無效ニ屬スル以上ハ之ニ基キタル豫審處分モ亦無效ナリ從テ證人ニシテ豫審判事ノ訊問ニ對シ虛僞ノ陳述ヲ爲シタルモノトスルモ僞證罪ヲ構成セスト說示セルカ同三十四年判決錄第一卷一八頁及ヒ同四十五年判決錄一〇六七頁所揭ノ判例ハ本文ト同趣旨ノ見解ヲ採用シタリ

僞證罪ノ成立スルニハ虛僞ノ陳述カ裁判ノ結果ニ影響ヲ及ホス可キモノナ

ルコトヲ要スルヤ否ヤ、予輩ハ虚僞陳述カ具體的ニ斯ノ如キ影響ヲ及ホスコトヲ要セサルモノト解ス然レトモ訊問ヲ受ケタル事項ニ關シ虚僞ノ陳述ヲ爲ストキハ常ニ斯ノ如キ影響ヲ生ス可キ抽象的ノ危險アリト認ムルヲ正當ナリト信ス〔註二〕

〔註二〕此點ニ付キ注意ス可キ判例アリ(大正二年九月五日判決)曰ク僞證罪ヲ罰スル立法上ノ理由ニ遡リ之ヲ正當ナル裁判ヲ誤ラシムル罪トシテ觀察スルトキハ裁判ノ結果ニ何等ノ影響ナキ虚僞ノ陳述ニ對シテ證人ニ刑罰ヲ科スルハ一見酷ニ失シ其必要ナキニ似タリト雖モ凡ソ裁判所カ證人ノ訊問ヲ爲スハ之ニ對スル證人ノ供述ヲ得テ以テ其事件ニ關スル心證ヲ作爲セントスルカ爲メニシテ其供述カ事實認定ノ資料トナル可キヤ否ヤハ專ラ其裁判ノ自由ナル心證ニ依リテ定マル可キモノナレハ證人ノ供述カ果シテ裁判ノ結果ニ影響ヲ及ホス可キ虞アリタルヤ否ヤヲ判別スルコト困難ナル場合往往ニシテ之アリ從テ其供述カ裁判ノ結果ニ及ホス影響如何ニヨリ僞證罪ノ成立不立成ヲ定ムルニ於テハ證人ノ供述動モスレハ不實ニ流ルルノ弊ヲ生シ之カ爲メ一般裁判事務ノ進行ヲ阻害スルニ至ル可キヲ以テ宣誓ヲ爲シタル證人ニ對シテハ訊問事項ノ何タルニ拘ラス虚僞ノ陳述ヲ爲スコトヲ許サス刑罰ノ制裁ノ下ニ眞實ノ供述ヲ爲サシメ敢テ違フコト勿ラシムルハ刑事政策上緊要ナルノミナラス證人カ己ニ裁判所ニ對シ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ默祕セス又附加セサルコトヲ宣誓シタル以上ハ其事項ノ如何ニ拘ラス裁判所ノ訊問ニ對シ虚僞ノ陳述ヲ爲スハ宣誓證人トシテノ義務ニ違背シタルモノナレハ之カ制裁トシテ僞證罪ノ刑ニ服ス可キハ勿論ニシテ刑法第百六十九條カ證人ノ爲シタル虚僞ノ陳述ノ結果ニ付キ何等ノ區別ヲ設ケサリシハ全ク此精神ニ出テタルモノト解セサル可カラス是レ從來示ス所ノ判例ニシテ之ヲ維持スルヲ相當トスト

第六 自己ノ刑事被告事件ニ付キ他人ニ囑託シテ宣誓ノ上虚僞ノ陳述ヲ爲サシメタルトキハ僞證教唆罪ヲ構成スルヤ否ヤ此點ニ付テハ本卷第七章第三節第二段末文ノ説明ヲ參照ス可シ判例ハ積極説ヲ採用セリ(大正六年判決錄八四八頁參照)

前文ニ說明スル場合ヲ除ク外僞證ノ罪ニ關スル敎唆又ハ從犯ノ性質及ヒ處分モ一般ニ總則ノ規定ニ從フコト勿論ナリ、舊刑法ニ於テハ囑託ニ依リ他人ヲシテ虛僞ノ證言、鑑定又ハ通譯ヲ爲サシメタル場合ニ付テ特別ノ規定ヲ存シ其規定ノ性質如何ニ關スル判決例及ヒ學說何レモ區區ニ亘レリト雖モ現行法ハ斯ノ如キ特別ノ規定ヲ除キタリ

第七 (一) 會計檢査官懲戒法第三十四條又ハ行政裁判所長官、評定官懲戒令第三十條ト現行法第百六十九條乃至第百七十一條トノ適用關係如何

二 證人、鑑定人、通事カ眞實ノ陳述、鑑定、通譯ヲ爲スニ因リ自ラ訴追セラル可キ事項ニ關シ虛僞陳述等ヲ爲シタル場合ニハ本罪ヲ構成スルヤ(明治三十五年判決錄第十卷四六頁、同四十四年同一七五頁參照)但此等ノ者ハ宣誓ヲ拒ムコトヲ得(新刑事訴訟法第百八十八條第二百二十八條第二百三十六條)

三 氏名、身分、年齡等ニ關スル虛僞ノ陳述ハ本罪ヲ構成スルヤ(**オルスハウゼン**第百五十四條第六註證人ニ付キ積極、鑑定人、通事ニ付キ消極)

第四節 處分

第一 本意ノ罪ヲ犯シタル者ニ對スル法定刑ハ三月以上十年以下ノ懲役ナリ舊刑法ハ刑事ニ關スル場合ト民事又ハ行政裁判ニ關スル場合トヲ分チ刑事ニ付テ更ニ陷害ノ場合ト曲庇ノ場合トヲ區別シ又僞證(狹意)等ノ爲メ被告人正當ノ刑ヲ免レ若クハ不當ニ處刑セラレタルトキハ此等ノ結果ノ生セサル場合ヨリモ其刑ヲ加重シ殊ニ不當處刑ノ結果ヲ生シタル場合ニ付テハ僞證ノ罪ヲ犯シタル者ヲ被告人ノ刑ニ反座セシムル主義ヲ採用シタルモ現行法ハ斯ノ如キ細密ナル規定ヲ省キタリ(但量刑上ニ於テハ舊法ノ規定モ參考ノ價値アルヲ注意ス可シ)

第二 僞證ノ罪ヲ犯シタル者當該事件ノ裁判確定前又ハ懲戒處分前自白シタルトキハ其刑ヲ減輕シ又ハ免除スルト或ハ減免セサルトハ裁判所ノ職權ニ屬ス(第百七十條)蓋自白ヲ奬勵シ實害ヲ未然ニ防カントスル政策ニ基ク特例タリ裁判確定シ又ハ懲戒ノ處分アリタル後ハ縱令其執行前ニ自白スルモ本條ノ適用ナシ自白ハ自首ヲ包含スルモノト解ス可シ舊刑法ハ自首ヲ必要トセルモ自首ノ條件ヲ具備セサル自白モ亦之ヲ奬勵スルヲ可トス

（第百六十九條）

一　事實ヲ見聞セサル證人カ現ニ之ヲ見聞シタリト稱シ虚僞ノ陳述ヲ爲スニ於テハ僞證罪ヲ完成スルモノトス而シテ其現ニ見聞シタリト供述セル事實カ實際ノ事實ニ符合スルト否トハ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホサス（四二―七三五）（四四―一八二四）

二　法律ニ依リ宣誓シタル證人カ故意ニ虚僞ノ陳述ヲ爲シタルトキハ僞證罪ヲ構成ス而シテ犯人ノ目的カ被告人ヲ曲庇又ハ陷害スルニ在ルト否トヲ問ハサルハ勿論其陳述カ現實被告人ヲ曲庇又ハ陷害スルコトヲ知リタルヤ否ヤモ亦犯罪ノ成立ニ影響ヲ及ホサス（四二―一一三五）

三　苟クモ證人トシテ適法ニ宣誓シタル後虚僞ノ陳述ヲ爲スニ於テハ資格審査ノ瑕疵若クハ無資格者タルコトノ隠秘ニ依リ證人タル資格ナキ者ヲシテ宣誓ヲ爲サシメタル場合ト雖モ僞證罪ノ成立ヲ妨ケス（四三―一五七三）

四　苟クモ他人ヲ教唆シテ僞證罪ヲ實行セシメタル以上ハ縱令僞證セラレタル本案被告事件ニ付キ法律上證人トシテ宣誓スル能力ヲ有セサルモ之ヲ同罪ノ教唆者トシテ處罰スルコトヲ妨ケス（四二―一七八四）

五　僞證罪（刑法第百六十九條）ハ法律ニ依リ宣誓シタル證人カ虚僞ノ供述ヲ爲スニ因リテ直チニ成立スルモノトス而シテ其供述ニ係ル事實カ法律上適法ノ效力ヲ有ス可キモノナルト否トハ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ナシ（四三―一〇一）

六　苟クモ證人トシテ宣誓ノ上裁判所ノ爲ス訊問事項ニ付キ虚僞ノ供述ヲ爲シタル以上ハ縱令其證言カ裁判ノ結果ニ對シテ法律上何等ノ影響ヲ及ホス虞ナキ場合ト雖モ僞證罪ノ成立ヲ妨ケス（四四―三九）

七　僞證罪ノ成立スルニハ證人カ法律ニ從ヒ宣誓シタルコト及ヒ故意ニ虚僞ノ陳述ヲ爲シタルコトヲ以テ足リ宣誓カ陳述前ニ在ルト其後ニ在ルトヲ問フコトナシ（四五―一一〇〇）

八　苟クモ證人トシテ適法ニ宣誓シタル上虚僞ノ陳述ヲ爲スニ於テハ縱令其證言事項ニシテ自己ノ犯罪事實ニ係ルコトアルモ僞證罪ノ成立ヲ妨ケス（四四―一五七）

九　苟クモ法律ニ依リ宣誓シタル證人カ虚僞ノ陳述ヲ爲スニ於テハ僞證罪ヲ構成スルモノニシテ偶ミ被告事件ノ公判手續ニ違法ノ廉アリテ其公判ノ無效ヲ來スコトアルモ僞證罪ノ成立ヲ妨クルモノニ非ス（四五―一〇六七）

十　數人ヲ教唆シテ僞證ヲ爲サシムルトキハ教唆行爲カ數個ナルト一個ナルトヲ問ハス常ニ併合罪ト爲ルモノニシテ連續犯ト爲ルモノニアラス（大五―一三九〇）……反對趣旨ノ判決ニ付キ第百七十一條ノ下ニ掲記スル所ヲ參照ス可シ

（第百七十條）

一　犯人カ自己ノ犯罪事ヲ自首シ又ハ當該官ノ問ニ對シテ自認シタル場合ハ刑法第百七十條ノ所謂自白ニ該當スルモノトス（四二―一七九五）

一　舊刑法詐欺鑑定罪(第二百二十四條)及ヒ刑法ノ虚僞鑑定罪(第百十一條)ハ共ニ法律ニ依リ宣誓シタル鑑定人カ虚僞ノ鑑定ヲ爲スコトニ因テ完成シ其鑑定カ爾後如何ニ使用セラレタルヤハ犯罪ノ成立ニ關係ナキモノトス(四二―一七九五)

二　一個ノ數唆行爲ニ依リ數個ノ虚僞鑑定ヲ爲サシメタルトキハ一個ノ詐欺鑑定教唆罪ヲ構成スルニ過キスシテ各虚僞ノ鑑定毎ニ一個ノ犯罪ヲ構成ス可キモノニ非ス(四二―一七九五)

第二十一章　誣告ノ罪

第百七十二條　人ヲシテ刑事又ハ懲戒ノ處分ヲ受ケシムル目的ヲ以テ虚僞ノ申告ヲ爲シタル者ハ第百六十九條ノ例ニ同シ

第百七十三條　前條ノ罪ヲ犯シタル者申告シタル事件ノ裁判確定前又ハ懲戒處分前自白シタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

第一節　總說

第一　誣告罪ハ人ヲシテ刑事又ハ懲戒ノ處分ヲ受ケシムル目的ヲ以テ虚僞ノ申告ヲ爲ス罪ナリ(第百七十二條)本罪ノ性質ニ付テ三種ノ見解アリ第一說ニ依レハ之ヲ以テ國家ノ審判權ヲ危害スル罪ナリトシ(**リスト**第百八十二章、**オルスハウゼン**第十編緒論參照)第二說ニ依レハ誣告セラレタル個人ニ對スル犯罪ナリトシ(**オッペンハイム**)第三說ニ依レハ誣告ニ一面ニ於テハ刑事又ハ懲戒處分ノ權限ヲ有スル官廳ヲシテ其處分ヲ誤ラシメ他ノ一面ニ於テハ彼誣告者ヲシテ不當ノ處分ヲ受ケシムルノ虞アルヲ以テ處罰ノ理由トスルモノニシテ二個ノ法益ヲ侵害スル行爲ナリトス(**フランク**第三版二二四頁)〔註一〕

〔**註一**〕誣告罪ノ性質タル裁判權ノ行使ヲ愆ラシメ又ハ愆ラシメントスル虞ヲ生シ以テ公益ヲ害スルト同時ニ直接被誣告者ノ人格ニ對シ侵害ヲ加フルモノニシテ其侵害ハ間接若クハ附從ノモノト云フヲ得ス故ニ一個ノ行爲ヲ以テ數人ヲ誣告シタル場合ニ於テハ其各人ニ對スル法益ノ侵害アルモノトス(大正二年判決錄五四一頁)

第二　我現行法ノ解釋トシテハ第三說ヲ採用スルヲ可トス然レトモ寧ロ國家ノ審判權ニ對スル方面ニ重キヲ置カサル可カラス立法者カ本罪ヲ第二十一章ノ地位ニ配置シタル趣意亦茲ニ在ル可シ〔**註二**〕

〔**註二**〕誣告罪ハ個人ノ權利ヲ侵害スルト同時ニ當該官憲ノ職務ヲ誤ラシムル危險アルニ因リ處罰ナルモノナルヲ以テ假令被誣告者ノ承諾アリト

スルモ本罪構成ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス(大正元年判決錄一五六六頁)

第二節　客體及ヒ行爲

第一　誣告セラルル者ハ刑事又ハ懲戒處分ノ客體トナリ得ヘキ他人タルコトヲ要ス(註一)故ニ自己カ犯罪ヲ犯シタリトノ虛僞ノ申告ハ本罪ヲ構成セス但他人ヲ處罰セシメント欲シ自己ト共犯ナリトノ虛僞ノ申告ヲ爲シタルカ如キ場合ニハ固ヨリ其他人ニ對スル誣告罪ノ成立ヲ妨ケス(明治三十三年判決錄第三卷四一頁同趣旨判決)又死者カ其生前ニ於テ犯罪又ハ職務違反ノ行爲ヲ爲シタリト謂フ誣告ノ如キ又ハ狂者某カ他人ヲ殺シタリト謂フ誣告ノ如キハ本罪ヲ構成セス而シテ誣告ハ特定シ得ヘキ人ニ對スルコトヲ要ス故ニ例ヘハ日本國民ノ全體カ竊盜ヲ犯シタリト謂フカ如キ虛僞ノ申告ハ本罪ヲ構成セス然レトモ被誣告者ハ唯特定シ得ヘキ人格者タルヲ以テ足ル其氏名ヲ表示スルノ必要ナシ

法人ハ原則トシテ誣告罪ノ直接被害者タルコトヲ得ス然レトモ處罰セラルルコトヲ得ル範圍內ニ於テハ本罪ノ客體タルコトヲ得ヘシ

(註一)　法文ニハ如何ナル人カ本罪ノ客體タルカヲ明カニセス而シテ自己モ人ナリ死者モ過去ニ於ケル人ナルカ故ニ此等モ亦誣告罪ノ客體タルコトヲ得ルカ如シト雖モ刑法上「人」トハ他人卽チ自己以外ノ者ヲ指スヲ以テ例トスルカ故ニ自己及ヒ死者ヲ包含セサルモノト解ス可シ但死者ノ名譽ヲ毀損スルトキハ名譽毀損罪ノ成立スルコトアリ

第二　誣告罪ノ成立スルニハ刑事又ハ懲戒ノ處分ニ關シ權限アル官廳ニ對シテ刑事又ハ懲戒處分ノ理由トナリ得ヘキ事實ニ付テ虛僞ノ申告ヲ爲スコトヲ要ス蓋誣告ノ目的ノ遂行上必要ノ手段タルヲ以テナリ

一　申告トハ自ラ進ンテ事實ヲ告知スルヲ謂フ告知ノ方法ハ文書又ハ口頭ヲ以テスルモ、告訴、告發其他ノ方式ニヨルモ自己ノ名義ヲ以テスルモ又ハ他人ノ名義ヲ詐稱シ又ハ匿名ヲ以テスルモ妨ケナシ(註二)然レトモ訊問ニ答フルハ進ンテ告知スルモノニ非サルカ故ニ申告ニ非ス而シテ申告サレタル事實ハ虛僞ニ係ルコトヲ要ス他人ノ所爲ニ付キ處罰ヲ除却ス可キ事實ヲ默祕シ又ハ重要ナル點ヲ省略シテ申告スルモ亦虛僞ノ申告タルヲ免

レス(フランク前掲)

〔註二〕 明治三十年判決錄第七卷三一頁同三十二年同上第五卷一頁同趣旨判決參照

二 刑事處分ノ理由トナリ得ヘキ事實ハ犯罪ニシテ懲戒處分ノ理由トナリ得ヘキ事實ハ職務ノ懈怠、職務上ノ義務ノ違背又ハ職務上ノ威嚴若クハ信用ヲ失フ可キ行爲ナリ故ニ刑事又ハ懲戒處分ヲ受ケシムル目的ヲ有スル場合ト雖モ某商人カ某處女ト私通シタリト云ヒ某官吏ノ精神病中上官ヲ侮辱シタリト云フ如キ虛僞ノ申告ヲ爲スハ他ノ犯罪ヲ構成スルコトアリ得ヘキモ本罪ヲ構成セス或者カ數十年前過失犯ヲ犯シタリト云フ誣告ノ如キ亦同シ然レトモ虛僞ノ申告ハ搜査ノ權限ヲ有スル當該官廳ノ職權發動ヲ促スニ足ル可キ虞アル程度ニ於テ虛僞ノ事實ヲ申告スルヲ以テ足ルモノニシテ日時場所又ハ關係人等ヲ特示スルヲ要スルモノニアラス例ヘハ某官吏ハ賄賂ヲ貪リ偏頗ノ處置ヲ爲シ官規ヲ紊亂シタリト云フカ如キ虛僞ノ事實ヲ申告スルモ本罪ヲ構成スルモノトス〔註三〕

〔註三〕 同趣旨ノ最近判例ニ曰ク公務員ニシテ懲戒處分ヲ受ケシムル目的ヲ以テ虛僞ノ事實ヲ申告シタル場合ニ其事實ノ表示カ懲戒處分上ノ取調ヲ誘發若クハ促進ス可キ程度ニ在ル以上ハ其行爲ハ誣告ニ於ケル虛僞ノ申告ヲ爲シタルモノニ該當ス可ク而シテ公務員カ收賄シタル旨ノ虛僞ノ事實ヲ申告スル行爲カ誣告罪ヲ構成スルニハ必シモ其申告中ニ贈賄者ノ何人ナルヤヲ指示スルコトヲ要セスト(大正十一年れ第五八八號同年五月九日第一刑事部判決)

三 誣告ハ當該官廳ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス而シテ刑事ノ處分ヲ受ケシムル目的ニ出テタル誣告ハ之ヲ犯罪ノ搜査權アル者卽チ檢事又ハ司法警察官ニ爲スヲ以テ通例トス〔註四〕檢事カ犯罪ナキコトヲ知リツツ犯罪アリトシテ或者ヲ起訴シタルトキハ尙ホ本罪ヲ構成ス可ク巡査ニ爲シタル虛僞ノ犯罪事實ノ申告モ本罪ヲ構成スルモノトス、懲戒處分ヲ受ケシムル目的ニ出テタル誣告ハ被誣告者ニ對シテ懲戒權ヲ有スル者又ハ其補助機關ニ之ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ權限ナキ官署ニ爲シタル誣告モ亦權限

アル官署ニ送致セラレタルトキハ茲ニ本罪ヲ構成ス可シ親權者ニ對シ其子カ惡事ヲ爲シタリト云フ虛僞ノ通知ヲ爲シ懲戒セシメントスルカ如キハ本罪ヲ構成スルコトナシ官廳ニ對スル申告ニアラサレハナリ

〔註四〕他人ヲシテ刑事ノ處分ヲ受ケシムル目的ヲ以テ搜査權ヲ有スル官吏ニ對シ事實ノ申告ヲ爲スニ於テハ誣告罪ハ直チニ成立スルモノナルカ故ニ虛僞ノ事實ヲ記載セル告訴狀ヲ警察分署ニ提出シ司法警察官ニ不實ノ申告ヲ爲シタル以上ハ其申告カ檢事ニ到達セサル以前ト雖モ誣告罪ハ完成スルモノトス(大正二年判決錄三六五頁)

第三 本罪ノ成立ニ付テモ犯意ノ存在ヲ以テ必要トス卽チ先ツ申告スル事項カ不實ナルコトノ認識及ヒ僞テ不實ノ申告ヲ當該官廳ニ對シテ爲スコトノ思意アルヲ要ス故ニ其認識ノ一ヲ缺クトキハ本罪ヲ構成セス例ヘハ或者ニ對シ竊盜ノ嫌疑ヲ懷キ未タ其確證ヲ得スト雖モ或ハ其者ノ所爲ナル可シトノ告訴ヲ爲シタルニ事實相違シタル場合又ハ當該官吏ニ對シ初メヨリ不實ナルコトヲ告ケテ訴追ヲ求メタルモ聽許セラレサル場合ノ如キハ何レモ本罪ヲ構成セス

本罪ノ成立ニハ上叙ノ認識ノ外他人ヲシテ刑事又ハ懲戒ノ處分ヲ受ケシムル目的アルコトヲ要ス然レトモ茲ニ所謂目的ハ主タル又ハ唯一ノ動機目的タルヲ要スルモノニ非ス從テ例ヘハ自ラ犯罪ヲ犯シタル者カ其罪跡ヲ隱蔽スル目的ヲ以テ他人ニ其罪ヲ轉嫁セント欲シ誣告ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テモ本罪ノ成立ニ必要ナル目的アリト云フヲ得ヘシ加之此語辭ハ更ニ緩慢ナル意義ニ使用セラルルノ例アリ卽チ、或結果ヲ豫見シツツ一定ノ行爲ヲ爲ストキハ特別ノ緣由動機ノ存在セサル場合ニ於テモ其結果ヲ目的トスル行爲アリトセラルルコト是レナリ此意味ニ於テハ例ヘハ或犯罪ノ嫌疑ニ因リ準現行犯人トシテ逮捕引致セラレタル者カ他人ヲシテ處罰ヲ受ケシムルハ特ニ希望スル所ニアラサルモ一時司法警察官ヲ欺キ逃走センコトヲ欲シテ當該犯罪ヲ犯シタル者ハ何某ナリト申立テタル場合ノ如キハ本罪ニ必要ナル目的アリト謂フコトヲ得ヘシ而シテ判例ハ此趣旨ニ於テ本條ニ所謂目的ヲ單純ナル認識ト同一意義ニ解シタリ(大正六年判決錄四二頁參照)蓋事實

ノ認識ヲ要スルノ原則ハ第三十八條ニ炳然タリ特ニ本罪ニ付テ之ヲ明示スル爲メ目的ナル語句ヲ用フルヲ要セサルノミナラス又此語句ハ第七十七條、第二百一條、第二百二十五條以下第二百三十七條等ニ於テ行爲ノ緣因、動機ヲ指示スル爲メニ使用セラレタルカ故ニ本罪ニ付テモ亦此意義ニ解スルコトヲ得サルモノニ非ス(前ニ本書ハ此見解ヲ採レリ)然レトモ國家審裁權ノ作用ヲ害スル點ヨリ觀察スルトキハ斯ノ如ク狹義ニ解ス可キ根據ニ乏シキカ故ニ認識卽チ目的ノ意義ニ解スルヲ可トス

本條ニ所謂懲戒ノ處分トハ一定ノ業務ニ從事スル者ヲシテ規律ヲ恪守セシムル爲メ其規律違反ニ對スル制裁ヲ科スル處分ヲ謂フモノナルカ故ニ法令上特ニ懲戒處分ト稱スルモノノミナラス又懲戒裁判ト稱スルモノヲ包含ス、而シテ懲戒制裁トシテ法令ニ採用セラレタル手段ハ被懲戒者ノ身分ニ依リテ異ル、例ヘハ辯護士又ハ公證人ニ對シテハ過料モ亦懲戒罰ノ一種タリ然レトモ總テノ過料ヲ懲戒罰ナリト解スル勿レ例ヘハ身分又ハ戸籍ニ關スル屆出ノ期間ヲ怠リタル者ニ科ス可キ過料ノ如キ是レナリ故ニ他人カ期間經過後ニ出生屆ヲ爲シタリト誣告シテ過料罰ヲ受ケシメントスルカ如キハ本罪ヲ構成セサル可シ(反對說アリ)

第四 誣告罪ハ虛僞ノ申告カ當該官廳ノ認識ニ達スルト同時ニ既遂トナル(明治三十年判決錄第二卷一五五頁同趣旨)誣告ニ因リ搜査起訴其他ノ刑事又ハ懲戒ノ手續ノ開始セラルルコトヲ要セス(大正五年判決錄一八三七頁)告訴狀又ハ告訴調書カ形式ヲ缺クニ因リ效力ヲ有セサルトキト雖モ苟クモ誣告ノ事實アル以上ハ本罪ヲ構成ス(明治三十二年同第十卷四頁同趣旨)誣告タルコトヲ自白シテ告訴ノ取下ヲ爲シタル場合ニ於テモ犯罪ノ成立ニハ影響ナシ(明治二十九年同第八卷七六頁同趣旨)但刑ヲ減免セラルルコトアリ

第五 誣告罪ニモ亦敎唆者從犯者ハ勿論共同正犯ヲ認ムルコトヲ得數人共同シテ當該官廳ニ對シ虛僞ノ申告ヲ爲シ得ルコトハ疑ヲ容レス從來ノ判決例ニ於テ(明治三十年判決錄第七卷一頁參照)誣告罪ハ告訴人ノ外他ニ實行正犯アルコトナシ而シテ告訴人ト共謀シテ其代人トナリ告訴狀ヲ作製シ之ヲ檢事ニ提出シタル所爲ハ從犯ナリト認メタルモ斯ノ如ク告訴人告發人トシテ

名義ヲ表示スル者ノミカ誣告者ナリトスルトキハ匿名ノ投書ニ依ル誣告罪ノ成立ヲ否定セサルヲ得サルニ至ル可シ予輩ハ共謀者ノ或者カ告訴人ノ名義ヲ用ヒ他ノ者カ其代理人トシテ表示セラルルモ均シク共同正犯ヲ以テ論スルコトヲ得ルモノト解ス

第六 以上引用シタル外尚ホ二三ノ參照ス可キ判例アリ左ノ如シ

一 人ヲシテ處罰ヲ受ケシムル爲メ虚僞ノ事實ヲ當該官ニ申告シタル所爲ハ其口頭ニ依ルト否トヲ問ハス又書面ニ依ル場合ニハ署名アルト匿名ナルト將タ他人ノ名義ヲ用ヒタルトヲ論セス同シク誣告罪ヲ構成スルモノトス(明治四十二年判決錄五一八頁)

二 數人共謀シテ人ヲ誣告センコトヲ企テ其目的ヲ遂行シタル以上ハ縱令共謀者ノ一人ニ於テ自ラ犯罪行爲ニ干與セサリシト雖モ共ニ誣告ノ刑責ヲ免ルコトヲ得ス(同四十三年同八八六頁)

三 懲戒處分ヲ受ケシムル爲メノ誣告罪ハ必シモ訴追權アル本屬長官ニ對シテ之カ申告ヲ爲スヲ要セス監督權アル上官ニ對シテ之ヲ爲スヲ以テ足レリトス(同四十四年同四五八頁)

四 誣告罪ハ人ヲシテ刑事又ハ懲役處分ヲ受ケシムル爲メ不實ノ事項ヲ申告スルニ因リテ成立ス從テ單ニ其事項ヲ記載シタル書面ヲ郵便ニ付スルモ未タ犯罪行爲ニ著手セルモノト云フヲ得ス(同四十三年同一二七六頁)

五 一片ノ書面ヲ以テ數人ヲ誣告シタル所爲ハ刑法第五十四條ニ所謂一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルモノナレハ其最モ重キ所爲ニ付キ定メタル刑ヲ適用ス可キモノトス(同四十三年同七九七頁)

六 一人ニ對シ數個ノ犯罪アリトシテ不實ノ申告ヲ爲スモ一通ノ告訴狀ヲ以テシタルトキハ其行爲ハ一個ノ誣告罪ヲ構成スルニ過キサルモノトス(同四十四年同二二〇頁)

七 一通ノ告訴狀ヲ以テ二人ニ對シ虚僞ノ申告ヲ爲シタルトキハ被申告者各人ニ對スル法益ヲ侵害スルモノナルヲ以テ二個ノ誣告罪ヲ構成スルモノトス(同四十四年同一八四九頁)

第三節 處分

第一 本罪ニ對スル刑ハ第百六十九條僞證罪ノ例ニ同シク三月以上十年以下ノ懲役ナリ蓋前述ノ如ク其間ニ於テ類似ノ點アルヲ以テナリ舊刑法ハ誣告罪ニ付テモ僞證罪ノ例ニ照シテ之ヲ處斷スルカ故ニ反坐ノ刑ヲ科ス可キ場合ヲ生スト雖モ現行法ハ全然此例ヲ排斥シタリ

第二 本罪ニ付テモ亦裁判所ハ一定ノ條件ノ下ニ於ケル自白ヲ以テ刑ノ減輕又ハ免除ノ理由ト爲スコトヲ得ルモノトス(第百七十三條)其趣意ハ第百七十條ニ付テ說明シタル所ニ同シ

第三 大寶鬪訟律云。凡誣告人者反坐。又云。告祖父母父母者絞。凡告二等尊長外祖父母外祖父母、夫、夫之祖父母雖得實徒一年。新律綱領干名犯義條例之ヲ繼受シテ凡子孫、祖父母父母ヲ告ケ。妻妾。夫及ヒ夫ノ祖父母父母ヲ告クル者ハ實ヲ得ルト雖モ徒二年半誣告スル者ハ絞云云ト規定シタリ現行法ハ法文上ニ於テ尊屬親ヲ誣告スル場合ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケスト雖モ裁判官ハ刑ノ量定ニ關シ此點ニ注意セサル可カラス

通論 第八

法典第二十二章猥褻姦淫及ヒ重婚ノ罪第二十三章賭博及ヒ富籤ニ關スル罪竝ニ第二十四章禮拜所及ヒ墳墓ニ關スル罪ハ前改正草案ニ於テ風俗ヲ害スル罪トシテ編類セラレタルモノナリ法典ニ於ケル章別配置ノ關係ヨリ觀察スレハ立法者ノ所見亦略ホ同樣ナルカ如シ而シテ舊刑法ニ於テハ現行法第二十二章ノ中第百七十六條乃至第百八十四條ノ罪ヲ以テ身體ニ對スル罪トシテ分類シタル外異ル所ナシ蓋此三個ノ罪種ハ社會的生活上ニ於ケル一般ノ良習ヲ紊亂スルノ點ニ於テ共通ノ觀念ヲ有スルモノト認ムルニ妨ナシト雖モ又他ノ一面ヨリ觀察スレハ法典第百七十六條乃至第百八十二條ノ罪ハ個人ノ自由ニ對スル罪ニシテ第百八十三條、第百八十四條ノ罪ハ婚姻上ノ權利ヲ侵害スル罪ナリト認ムルヲ得ヘキナリ然レトモ之ヲ何レノ方面ヨリ觀察スルモ解釋適用ノ上ニハ別ニ損益スル所ナキナリ

第二十二章　猥褻、姦淫及ヒ重婚ノ罪

第百七十四條　公然猥褻ノ行爲ヲ爲シタル者ハ科料ニ處ス

第百七十五條　猥褻ノ文書、圖畫其他ノ物ヲ頒布若クハ販賣シ又ハ公然之ヲ陳列シタル者ハ五百圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス販賣ノ目的ヲ以テ所持シタル者亦同シ

第百七十六條　十三歳以上ノ男女ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ以テ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス十三歳ニ滿タサル男女ニ對シ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル者亦同シ

第百七十七條　暴行又ハ脅迫ヲ以テ十三歳以上ノ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト爲シ二年以上ノ有期懲役ニ處ス十三歳ニ滿タサル婦女ヲ姦淫シタル者亦同シ

第百七十八條　人ノ心神喪失若クハ抗拒不能ニ乘シ又ハ之ヲシテ心神ヲ喪失セシメ若クハ抗拒不能ナラシメテ猥褻ノ行爲ヲ爲シ又ハ姦淫シタル者ハ前二條ノ例ニ同シ

第百七十九條　前三條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第百八十條　前四條ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス

第百八十一條　第百七十六條乃至第百七十九條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ無期又ハ三年以上ノ懲役ニ處ス

第百八十二條　營利ノ目的ヲ以テ淫行ノ常習ナキ婦女ヲ勸誘シテ姦淫セシメタル者ハ三年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス

第百八十三條　有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ處ス其相姦シタル者亦同シ

前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但本夫姦通ヲ縱容シタルトキハ告訴ノ效ナシ

第百八十四條　配偶者アル者重ネテ婚姻ヲ爲シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ處ス其相婚シタル者亦同シ

第一節　總說

第一　猥褻、姦淫及ヒ重婚ノ罪ハ法典第百七十四條乃至第百八十四條ニ規定スル所ナリ而シテ第百七十六條以下ノ罪ハ寧ロ直接ニ一個人ノ性交上ニ於ケル自由又ハ婚姻上ノ權利ヲ侵害スルモノニシテ此被害者ハ民法ニ從ヒ相當ノ救濟ヲ請求スルノ權利ヲモ有スト雖モ斯ノ如ク性交上ノ自由又ハ正當ナル婚姻關係ヲ侵害スルコトカ卽チ善良ナル風俗ヲ攪亂スル所以ニシテ此點ヨリ觀念スレハ第百七十四條及ヒ第百七十五條ニ於ケル純然タル風俗犯ト共ニ規定セラルルモ失當ナリト謂フヲ得ス

第二　多數立法例ハ姦淫罪中ニ親族相姦罪（Blutschande, inceste, incesto.）ヲ規定ス支那法系亦同シ從テ我新律綱領改定律例ニ於テモ之ヲ認メタリ又我國ヲ罪中既ニ此罪アリ尙ホ德川氏御定書ニ依レハ養母養娘竝娘と密通いたし候者

男女共獄門。姉妹伯母姪と密通いたし候者男女共遠國非人手下ノ規定アリ之ニ反シ我舊刑法及ヒ現行法ハ此種ノ破倫行爲ヲ不問ニ付シタリ其是非得失ニ至リテハ大ニ研究ヲ要ス可シ

第三 我古法(大寶律)ニ於テハ凡姦者徒一年、有夫者徒二年、强者各加一等ノ規定アリ新律綱領ニ於テハ凡和姦ハ各杖七十。夫アル者ハ各徒三年。强姦スル者ハ流三等未タ成ラサル者ハ一等ヲ減ス云々婦女ハ坐セス十二歳以下ノ婦女ヲ姦スル者ハ和ト雖モ强ト同シク論スルノ規定アリ卽チ一般ニ和姦ヲ處罰シタルモ現今文明諸國ニ於テハ單純ナル私通ヲ刑法ニテ處罰セス道德上ノ問題ニ委スルヲ例トスルカ故ニ我舊刑法以來此例ニ倣ヒタリ

第二節 猥褻罪

第一 猥褻罪ハ猥褻ノ行爲又ハ猥褻物ニ關スル行爲ヨリ成立ス猥褻行爲トハ淫慾ヲ興奮シ又ハ之ヲ滿足セシムル目的ニ出テタル行爲ニシテ覺知者ニ醜耻ノ感念ヲ生セシムルモノヲ謂ヒ猥褻物トハ同上ノ目的ヲ以テ製作セラレタル物ヲ謂フ猥褻物中ニハ猥褻ノ思想、形狀ヲ表示スル文書、圖畫ヲモ包含ス

第二 猥褻行爲ハ特定ノ被害者ヲ强制スルモノト然ラサルモノトアリ後者ハ第百七十四條ノ規定スル所ニシテ公然ニ行フヲ要件トス公然トハ不定ノ衆人ニ認知セラレツツアル狀態又ハ認知セラレ得ル狀態ヲ謂フ(**オルスハウゼン獨逸刑法第百八十三條第八註、ブランク同條大一小二註參照**)故ニ不定衆人ヨリ認知セラレ得ル狀態ノ存スルトキハ不定衆人カ現實ニ認知シタルコトヲ必要トセス然レトモ當該行爲者ノ外何人モ之ヲ認知シ得ル位置ニ在ラサルトキハ公然ノ狀態アリト爲スヲ得ス例ヘハ公衆ノ出入シ得ル公園內タリト雖モ深夜人跡既ニ絕エ四隣闃タルノ時ニ行ハレタル行爲ハ何人モ認知シ得ヘカラサル狀態ニ於テ行ハレタルモノト解スルヲ正當ナリトス、判例ニ依レハ公然トハ人ノ現在ヲ必要トセス唯或行爲カ不特定ナル多數ノ人ニ知ラレ得ヘキコトヲ謂フモノニシテ其行爲カ或人ニヨリ現ニ發見セラレタル事實アルヲ要セサルモノトス(大正三年判決錄七三九頁蓋或人カ現實ニ當該行爲ヲ發見シタルコトヲ必要トセサルコトハ之ヲ肯定ス可キナリト雖モ何人モ認知シ得ヘキ場所ニ現在セサルニ於テハ不定衆人カ認知シ得ヘキ狀態ア

リト爲スコト失當ナル可シ、例ヘハ公衆ノ面前ニ於テ猥褻ナル言語ヲ弄スルモ單ニ低聲獨語スルノミニシテ何人ト雖モ聽取スルコトヲ得サル程度ノモノナルトキハ公然ノ行爲アリト爲スヲ得サルト同シク何人ト雖モ認識スルコトヲ得ヘキ距離内ニ現在セサルトキハ公然ノ狀態アリト爲ス可キニ非サルナリ、反之行爲者ノ私宅ナリト雖モ往來通行人ノ認識シ得ル場合ナルトキハ公然ノ狀態アリト謂フヲ妨ケス

然リ而シテ公然性ノ成立スルニハ不定衆人ノ認識シ得ル狀態ヲ要スルカ故ニ特定ノ個人ノミカ認識シ得ルニ過キサルトキハ公然性ナシト謂ハサル可カラス然レトモ不定衆人ト謂フハ絶對的ノ觀念ニアラス例ヘハ某學校校友會ト謂ヒ、鐵道省現業員慰勞會ト謂ヒ又ハ何何政黨大會ト謂フカ如ク一定ノ資格アル者ニ限リ入場セシムル場合ト雖モ其入場者ニシテ多數ナルトキハ卽チ不定性ヲ失ハサルモノト解セサル可カラス(**オルスハウゼン**獨逸刑法第百十條第五註參照)

公然ノ猥褻行爲ハ男子又ハ女子カ單獨ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘク又男子ト男子トノ間、女子ト女子トノ間又ハ男子ト女子トノ間ニモ之ヲ爲スコトヲ得ヘク夫婦ノ間ニモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ雞姦ノ如キモ亦本罪ヲ構成シ得ルコト明カナリ而シテ第百七十六條乃至第百七十九條ノ罪ヲ公然ニ犯ストキハ本條(第百七十四條)ノ罪ト想像上ノ競合ヲ生スルニ至ル可シ(明治四十三年判決錄二〇一〇頁參照)

第三 猥褻物ニ關スル罪ハ猥褻物ヲ頒布若クハ販賣シ、公然之ヲ陳列シ又ハ販賣ノ目的ヲ以テ之ヲ所持スルニ因テ成立ス(第百七十五條)頒布ハ多數人間ニ配布スルナリ販賣ハ反覆的ニ有償ノ讓渡ヲ爲シ又ハ爲スコトヲ目的トスル行爲ナリ此目的ニ出テスシテ一枚ノ春畫ヲ特定人ニ讓渡スルカ如キハ頒布又ハ販賣ニ非ス(舊刑法第三百九十三條ノ販賣トハ同一視セサルヲ可トス)公然ノ陳列ハ不定多數人ノ認知シ得ル場所ニ猥褻物ヲ置クノ意味ナリ陳列ハ必シモ多數ノ物ヲ配列スルコトヲ要セス〔註〕

〔註〕猥褻ノ文書、圖畫ヲ出版シ又ハ新聞紙ニ掲載シ又ハ當該官廳ヨリ風俗ヲ害スルモノトシテ禁止セラレタル文書、圖畫又ハ新聞紙ヲ發賣販付スル

行爲ニ付テハ出版法第二十八條(十一日以上六月以下ノ禁錮又ハ十圓以上二百圓以下ノ罰金)又ハ新聞紙法第四十一條若クハ第三十八條(六月以上ノ禁錮又ハ二百圓以下ノ罰金)ノ適用アルヲ以テ刑法第百七十五條ニ依テ處斷スルヲ得サルモノトス而シテ出版法及ヒ新聞紙法ニ所謂風俗壞亂ノ事項ハ卽チ猥褻ノ記事ニ外ナラス(判例ニ云ク新聞紙ニ猥褻ノ記事ヲ掲載シ世人ヲシテ一見羞恥厭惡ノ感情ヲ起サシムル行爲ハ風俗壞亂ノ事項ヲ記載シタルモノナリト)

第三節　強制猥褻罪及ヒ強姦罪

第一　強制猥褻罪及ヒ強姦罪ハ第百七十六條乃至第百八十一條ニ規定スル所ナリ、此二種ノ犯罪ハ何レモ暴行脅迫ヲ用ヒ又ハ心神喪失抗拒不能ニ乘シ若クハ斯ノ如キ狀態ヲ惹起シテ十三歲以上ノ者ニ對シ或ハ斯ノ如キ手段ノ有無ヲ問ハス十三歲未滿ノ者ニ對シ肉慾ヲ滿足セシム可キ行爲ヲ實質トスル點ニ於テ共通ノ要素ヲ有ス然レトモ強制猥褻罪ニ在リテハ不自然的ノ方法ヲ以テ肉慾ヲ滿足セシメ強姦罪ニ在リテハ不法ニ自然的性交ヲ強制スル點ニ於テ差異アリ強制猥褻罪中ニハ強姦罪ヲ構成スル行爲ヲ包含セサルモノト解セサル可カラス(大正三年判決錄一五四一頁參照)故ニ前者ハ男女何レニ對シテモ行フコトヲ得ルモ後者ハ女子ニ對シテノミ之ヲ犯スコトヲ得ルモノトス、而シテ上叙ノ强制的手段ヲ用フル猥褻姦淫ノ行爲ハ被害者ノ身分如何ニ拘ラスシテ罪ヲ構成ス可キモノニシテ例ヘハ他人ノ妻ニ對シテモ、又淫行常習者ニ對シテモ本罪ノ成立ヲ認ムルヲ得ヘシ、自己ノ妻ニ對シテ强姦罪ヲ犯スコトヲ得ルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリト雖モ予ハ暴行脅迫罪ノミノ成立ヲ認メ强姦罪ヲ語ム可キモノニ非スト解ス、然レトモ第百七十六條ノ罪ハ自己ノ妻ニ對シテモ之ヲ犯シ得ルモノト解スルヲ正當ナリトス

十三歲未滿ノ者ニ對スル猥褻姦淫罪(暴行脅迫ニ依ラサル)ヲ認ムルハ同意能力ヲ認メサルノ趣意ニシテ交接能力ヲ否認スルノ趣旨ニアラス(例ヘハ民法第七百六十五條ニ於テ男ハ滿十七年女ハ滿十五年ニ至ラサレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得スト規定スルモ之カ爲メニ此年齡ニ達セサレハ實際上ノ交接能力ナシト解スルヲ得サルト同樣ナリ)猥褻罪ノ如キハ固ヨリ交接能力ト沒交涉

タルコト明カニシテ強姦罪モ亦之ト同シク被害婦女ノ交接能力ノ有無ヲ問フコトナシ(**オルスハウゼン**獨逸刑法第百七十六條第二註參照)

第二 暴行脅迫ハ強盜罪ノ場合ニ於ケルト同シク反抗ヲ抑壓シ得ヘキ程度ノモノタルヲ要シ直接ニ重大ナル危害ヲ加フ可キコトヲ告知シテ精神的反抗ヲ抑制シ又ハ身體ニ暴力ヲ加ヘテ有形的反抗ヲ抑壓スルノ行爲タルヲ要スルモノ、ニシテ威嚇カ此程度ニ至ラサルトキハ强姦罪ノ成立ヲ認ム可キニアラスト爲スヲ通說トス、然レトモ强誓ノ手段タル脅迫ハ恐喝ノ手段トノ對比ニ依リ程度ノ如何ヲ問フ可キモノナルニ止リ脅迫ノ概念トシテハ必シモ意思ノ反抗ヲ除外スル程度ノ威嚇タルコトヲ要スルモノニ非ス自由名譽財產等ニ對スル非急迫ノ威嚇亦暴行ト同等視セラルルハ第二百二十三條ノ規定ニ徵スルモ明白ナルノミナラス通說ヲ採ルトキハ婦女ノ貞操ノ保護ヲ完ウスルコト能ハサルカ故ニ威嚇ノ程度ハ之ヲ區別セサルヲ可トス若シ夫レ第二百二十三條ニ依テ威嚇ノ輕キ場合ヲ解決セントスルカ如キハ本罪ヲ親告罪トシタル立法ノ精神ヲ無視スルニ至ルモノナリ

心神喪失又ハ抗拒不能ノ狀態ヲ惹起スルハ卽チ暴行脅迫ニ外ナラス故ニ法典ニ之ヲ明示スルハ注意的ノ規定ニ外ナラスト解ス然レトモ既ニ心神喪失又ハ抗拒不能ノ狀態ニ在ル者ヲ姦淫スル場合ハ第百七十八條ノ明文ヲ待ツニアラサレハ當然ニ强制猥褻罪又ハ强姦罪ノ成立ヲ認ムルコト能ハサル可シ、心神喪失ハ精神的反抗不能ノ狀態ニシテ所謂抗拒不能ハ身體上ノ反抗不能狀態ナリ、儻眠狀態カ前者ニ該當スルヤ否ヤハ學說一致セス(巴里學派ハ積極說ニシテ**ナンシー**學派ハ消極說ヲ採リ**リリエンタール**ハ積極說ニシテ**ベルレー**消極說ナリ)ト雖モ儻眠程度ノ强キ場合ニハ心神喪失狀態ニ在ルモノト解スルヲ正當ナリトス、熟醉、熟睡、氣絕等ノ如キ無意識狀態ハ心神喪失狀態ナリト觀ルヲ得ヘシ(**オルスハウゼン**第百七十六條第十註f參照)

第三 上叙ノ二罪種ニ付テモ犯意ノ存在ヲ必要トスルコト勿論ナルカ故ニ十三歲以上ノ男女ナリト信シテ其同意ニ依リ猥褻姦淫ヲ爲シタルトキハ被害者カ實際上十三歲未滿ナリト雖モ犯意ノ不成立ニ因ル無罪ナリ又同意ヲ爲シタル被害者カ十三歲以上ナルトキハ加害者カ之ヲ十三歲未滿ナリト誤信

スルモ不能犯ナリ

第四 強制猥褻罪及ヒ強姦罪竝ニ此等ノ罪ニ準ス可キ罪(第百七十六條乃至第百七十八條ノ罪)ノ未遂罪ハ之ヲ處罰ス(第百七十九條)強姦罪ノ既遂時期ニ付テハ學說一致セスト雖モ生殖器ノ交合スルト同時ニ既遂罪ナリト解スルヲ可トス(同趣旨ノ判例アリ、大正二年判決錄一二五五頁參照)

第五 第百七十六條乃至第百七十九條ノ罪ヲ犯シ因テ之ヲ死傷ニ致シタルトキハ第百八十一條ノ結果犯ヲ構成ス(**註一**)不法姦淫ノ結果病毒ヲ感染セシメ疾病ニ致シタルトキハ本罪ヲ構成スルモノトス(明治四十一年二月二十五日判決)幼女ヲ姦淫シ其處女膜ヲ裂傷スルカ如キ亦同シ(**註二**)然リ而シテ例ヘハ斯ノ如キ傷害ニ因リ死ノ結果ヲ惹起スル場合アル可ク從テ強姦致死罪ヲ構成スルコトアル可シ反之被害者カ羞恥ノ感念禁シ難ク自殺シタル場合ニ於テ此致死罪ヲ認ム可キヤ否ヤ學說一致セス或ハ自殺カ其本心ニ出テタルトキハ本問ヲ否定シ反之心神喪失等ノ結果トシテ自殺シタルトキハ本罪ノ成立ヲ認ム可シトシ(例**ビンディング**)或ハ全然之ヲ否定スルアリ(例**ガイヤー**)被害者カ強姦ニ因リ姙娠シ分娩ノ經過不良ニシテ死亡シタル場合ニ付テモ本罪ノ成立ヲ認ム可キヤ否ヤノ議論アリ(**オルスハウゼン**第百七十八條第二註參照)然レトモ予輩ハ此等ノ場合ニ於テ相當因果關係ノ存在ヲ否定シ消極ノ斷定ヲ採ラントス

(**註一**) 刑法第百八十一條ノ罪ハ刑法第百七十六條乃至第百七十八條ニ規定セル強姦其他ノ罪ノ既遂行爲又ハ其未遂行爲ニ原因シテ他人ニ死傷ノ結果ヲ生セシメタル場合ニ於テ成立スルモノニシテ其結果カ必シモ猥褻姦淫ノ行爲自體若クハ猥褻姦淫罪ノ手段タル暴行脅迫ノ行爲其モノニ因リテ發生スルコトヲ要セス苟クモ暴行脅迫ニ因ル猥褻姦淫罪ノ行爲カ既遂ノ場合ナルト未遂ノ場合ナルトヲ問ハス他人ニ生セシメタル死傷ニ一ノ條件ヲ與ヘタル以上ハ其犯罪行爲ト死傷トノ間ニハ當然因果關係存在スト謂ハサル可カラス故ニ死傷ヲ惹起シタル行爲カ猥褻姦淫罪ニ隨伴スルニ於テハ其目的カ犯罪ヲ遂行スル爲メナルト又犯罪ヲ免ルル爲メナルトヲ問フコトナシ(明治四十四年判決錄一三三〇頁)

〔註二〕處女膜ハ婦女ノ身體ニ於ケル生理組織ノ一部ヲ成スモノニシテ毛髮鬚髯爪端ノ如キ生活機能ニ何等ノ障碍ヲ與フルコトナクシテ切斷シ得ルモノト異リ處女膜ノ裂傷ハ婦女ノ體軀ノ完全ヲ害スルコト論ヲ俟タス從テ不法ノ攻擊ニ依リテ之ヲ裂傷スルニ於テハ刑法上傷害ノ罪責ヲ免レサルモノトス故ニ本件ニ於テ原審カ被告ハ十三歳未滿ノ少女ヲ姦淫シ其處女膜ヲ裂傷シタル事實ヲ確定シ之ヲ第百八十一條ノ姦淫致傷罪ニ問擬シタルハ相當ナリ(大正三年判決錄一四〇四頁)

第四節　姦淫勸誘罪

第一　姦淫勸誘罪ハ營利ノ目的ヲ以テ淫行ノ常習ナキ婦女ヲ勸誘シテ姦淫セシムルニ因テ成立ス(第百八十二條)主體ハ男女ノ區別ナシ、營利ノ目的ニ出テスシテ斯ノ如キ勸誘ヲ爲スハ頗ル稀ナル偶然的ノ事實ニシテ風俗上著シキ危害ナキカ故ニ法律ハ營利ノ目的アルコトヲ第一要件トス、財產上ノ利益ヲ得ルノ企圖アリタルヲ以テ足レリトシ既ニ利益ヲ得タルノ事實アルヲ要セス而シテ淫行常習者ヲ本條ニ於テ保護セサルハ其必要ナキニ因ル

第二　淫行ノ常習アル婦女トハ例ヘハ賣淫婦ノ如キハ勿論、日常貞操ノ觀念ナク多クノ者ト色情關係ヲ惹起スルカ如キ婦女ナリ、外國立法例ニ於テハ未婚婦ノミニ限ルモノアレトモ我法典ニ在リテハ斯ノ如キ明文ナキカ故ニ妻又ハ寡婦等ヲ以テ淫行ノ常習アル者ト爲ス可キヤ否ヤノ問題ヲ生ス蓋夫婦ノ交モ淫行タル場合アリト雖モ婚姻シタルノ故ヲ以テ淫行常習者ナリト謂フヲ得サル可シ要之操行端正ナル婦女ハ處女ニ非サルモ尙ホ本條ノ被害者タルヲ得ヘク且婚姻外ノ淫行ヲ爲シタルコトアルモ常習者ニアラサル限リハ本罪ノ被害者タルヲ得ルコト疑ヲ容ルルノ餘地ナシ不幸ニシテ屢次强姦ノ被害者ト爲リタル者カ本罪ノ被害者タルヲ得ルハ勿論ナリ

姦淫ヲ爲ス男女ノ年齡ハ區別スル所ニアラス從テ十三歳未滿ノ婦女ニ對シテモ本罪ヲ犯スコトヲ得ヘシ(明治四十五年判決錄二三四頁)論者或ハ曰ク本罪ハ婦女ニ淫行能力アル場合ヲ豫想スルモノナリ然ルニ第百七十七條ニ於テ十三歳未滿ノ者ニ對スル姦淫罪ヲ規定スルハ其淫行能力ヲ認メサル趣旨ナルカ故ニ十三歳未滿ノ者ヲ勸誘シテ姦淫セシムルトキハ本條ノ罪ヲ構成

スルモノニアラスト然レトモ斯カル場合ニハ一層處罰ノ必要アルナリ而シテ十三歳未滿ノ淫行ナキ婦女ヲ勸誘シテ本條ノ罪ヲ犯ストキハ男子ニ對スル第百七十七條ノ罪ノ敎唆又ハ從犯ト婦女ニ對スル本罪トニ付キ第五十四條ヲ適用ス可キ場合アル可シ

第三 勸誘ハ婦女ヲシテ姦淫ヲ爲スノ決意ヲ爲サシム可キ一切ノ行爲ヲ包含ス、暴行脅迫ヲ除外ス可キノミ(暴行脅迫アルトキハ强姦罪ヲ構成スルコトアル可シ)姦淫ノ決意アル者ニ其實行ノ機會ヲ容易ナラシムルハ勸誘ニ非ス、(但媒合容止ノ警察犯タルコトアル可シ)

第四 本罪ハ淫行ノ常習ナキ婦女ノ父母其他ノ監督者ト雖モ之ヲ犯スコトヲ得ヘシ[註]多數ノ少女ヲ養女ト爲シ賣淫ヲ爲サシムル者多クハ本罪ヲ構成スルニ至ラン、淫行ノ常習ナキ婦女ヲ下婢其他ノ名目ニテ雇入レ之ヲ勸誘シテ賣淫ヲ爲サシムル魔窟(Zuhälterei.)ノ如キ亦然リ、但既ニ常習アル者ヲシテ賣淫ヲ爲サシムルハ警察犯處罰令ニ所謂媒合容止(Kuppelei.)タルニ止ル可シ然レトモ此常習ナキ婦女ヲ勸誘シテ娼妓稼業ヲ爲サシムルカ如キハ我現行法令上認許セラルル所ナルヲ以テ本罪ヲ構成セサル可シ

[註] 外國立法例ニ在リテハ父母後見人本夫等カ婦女ノ淫行ヲ勸誘媒合シタル場合ニ刑ヲ加重スルモノ少カラス獨墺佛伊等ノ刑法皆然リ

第五 本罪ハ被勸誘者カ姦淫ヲ爲スト同時ニ既遂ト爲ル可ク反之單ニ勸誘ヲ爲シタルニ止リ姦淫ノ事實ナケレハ本罪ヲ構成セサルコト明白ナリ

第五節 姦通罪

第一 姦通罪(Ehebruch.)ハ有夫ノ婦(現ニ生存スル夫ヲ有スル婦女)カ夫以外ノ男子ト合意ノ姦淫ヲ爲スニ因テ成立ス、法律ハ相姦スル者(所謂姦夫)ニ付テモ犯罪ノ成立ヲ認メタリ(第百八十三條)他人ノ妻ヲ强姦スルモ本罪ヲ構成セス(**フランク**ノ如キハ斯カル場合ニ强姦罪ト姦通罪トノ想像上競合ヲ認ムルカ如シト雖モ我刑法ノ解釋トシテ採用ス可キモノニアラス)

第二 本罪ハ婦女カ婚姻外ノ性交ヲ爲スコトヲ要件トスルカ故ニ現存スル男子ノ妻タル身分アル婦女ニ非サレハ之ヲ犯スヲ得ス從テ所謂內緣ノ妻又ハ妾ハ直接ニ本罪ノ正犯タルヲ得サルモノトス[註一]又我法律ニ於テハ妻ノ姦

通ヲ認ムルノミニシテ夫カ本妻以外ノ者ト姦淫スルヲ罰セス社會ノ上層ニモ公然蓄妾ノ惡習アルハ日本國民ノ恥辱ナリ但有婦ノ夫カ他人ノ妻ト姦淫スルトキハ姦通ノ罪責アルコト勿論ナリ〔註二〕

〔註一〕婚姻無效ノ宣言アル以前ニ他ノ男子ト通シタル者ハ姦通罪ヲ以テ處斷スルヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學說一致セス(**マイヤー**、**オッペンホッフ**等積極、**リスト**、**オルスハウゼン**、**ビンディング**等消極說)ト雖モ我民法ノ規定(第七百七十八條)ニ依リ婚姻ノ無效ナル場合竝ニ婚姻ノ屆出ナキ場合ニハ法律上婚姻ノ存在ヲ認ム可キニ非サルカ故ニ姦通罪ノ成立スル餘地ナキモノト解スルヲ正當ナリトス(大正十一年第三四五號大審院判例ハ內緣ノ夫婦ヲ以テ婚姻上ノ夫婦ナリト認メタル趣旨ニハ非サルナリ)反之婚姻ノ取消シ得ルニ止ル場合ニ於テハ取消サルルマテハ有效ノ婚姻アルカ故ニ此間ニ於テ本罪ノ成立ヲ認ム可キハ當然ナリ

〔註二〕姦通罪ニ關スル諸國ノ立法例ハ區區タリ先ツ(1)英國其植民地(印度及ヒ**スーダン**ヲ除ク)及ヒ瑞西**ゲンフ**ニテハ法律上姦通罪ヲ認メス、一八六九年ニ至ル迄ノ**ハンブルヒ**、一七九一年乃至一八一〇年間ノ佛國亦同シ、(2)墺太利及ヒ匈牙利ニ於テハ姦通罪ニ付キ夫婦全ク平等(墺刑五〇二條匈刑二四六條)(3)佛(三三六條乃至三三九條)白(三八七條乃至三九〇條)ハ妾ヲ本妻ト同居セシムル夫ヲ處罰シ、西班牙、葡萄牙、南米諸國ノ多數亦之ニ倣フ、(4)伊太利(三五三條乃至三五八條)及ヒ瑞西**テッシン**ハ公然ノ蓄妾ヲ處罰ス(5)獨逸、和蘭、瑞典等ハ我刑法ト大同小異ナリ(獨逸、外國刑法比較說明書第四卷九一頁以下參照)

第三 姦婦姦夫ハ姦婦ニ現存ノ本夫アルコト及ヒ婚姻外ノ性交ヲ爲スコトヲ知ルニ非サレハ本罪ヲ構成セス但其一方ノミカ他人ノ妻タルコトヲ知リ他ノ一方カ之ヲ知ラサルトキハ其認識ヲ有スル者ノ方面ニ於テノミ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ妨ケス

第六節 重婚罪

第一 重婚罪(Doppelehe, bigamie.)ハ第百八十四條ノ規定スル所ナリ現ニ婚姻關係ノ成立中重ネテ法律ノ規定ニ依ル婚姻ヲ爲スニ由テ成立ス故ニ婚姻ノ取

消、離婚、配偶者ノ失踪宣告、其死亡等ニ因リ婚姻ノ解除シタル後鰥夫寡婦カ更ニ婚姻ヲ爲スハ重婚ニ非ス又事實上既ニ配偶者ヲ有スルモ未タ戸籍吏ニ屆出ヲ爲ササル者カ別ニ婚姻ヲ爲シ之カ屆出ヲ爲シ又ハ既ニ屆出ヲ爲シタル者カ別ニ事實上ノ夫婦關係ヲ作ルニ止ル場合ニハ姦通罪ト爲ル可キモ本罪ヲ構成セサルモノトス〔註〕然リ而シテ戸籍吏ハ配偶者アル者重ネテ婚姻ヲ爲サントスルトキハ其屆出ヲ受理スルコトヲ得サルカ故ニ(民法第七百六十六條、第七百七十六條)本罪ハ戸籍吏カ錯誤ニ因リ民法ノ規定ニ違背スル屆出ヲ受理シタル場合ニ於テノミ成立スルコト明カナリ

〔註〕外國立法例中ニハ婚姻無效ノ宣言アル以前更ニ婚姻ヲ爲ストキハ重婚罪ノ成立スルコトヲ明規スルモノアリト雖モ苟クモ裁判所カ何レカ一方ノ婚姻ヲ無效ナリト認ムルトキハ本罪ノ成立ヲ認ム可カラサルコト姦通罪ニ付テ說明シタルト同樣ナリ

第二 重婚者タルコトヲ知リテ相婚スル者ニ付テモ亦犯罪ノ成立ヲ認ムルノ明文アリ現ニ婚姻關係ノ繼續中ナルコトヲ知ラサル者ハ故意ナキ無罪ナルカ故ニ本罪ノ一方的成立ヲ認ムルコトヲ得ルハ姦通罪ノ場合ニ同シ

第三 姦通者間ニ於テ進ンテ重婚ヲ爲シタルトキハ別罪ヲ構成スルモノト解スルヲ至當トス第五十四條又ハ第五十五條ヲ適用セントスルハ附會タルヲ免レス

第四 抑重婚ハ一夫多妻又ハ數夫一妻ノ野蠻的結合ヲ現出セシムルモノナルカ故ニ既ニ民法ノ之ヲ禁止セル所ナリ(民法第七百六十六條)ト雖モ嚴重ナル制裁ヲ科スルニアラサレハ違反ヲ豫防スルコト能ハサルノ虞アリ是レ本罪ノ規定ノ存スル所以ナリ然レトモ民法ニ於テハ重婚ヲ以テ取消シ得ヘキモノト爲スニ止リ(民法第七百八十條第二項)全然之ヲ無效トセサルカ故ニ處罰後ニ於テモ尙ホ取消ササル間ハ重婚ノ狀態ヲ繼續セシムルヲ得ヘク從テ本罪ニ對スル刑罰ハ豫防手段タルニ止リ鎭壓ノ效果ヲ奏シ得サル場合アルハ明カナリ民法上須ラク之ヲ無效ト爲スノ必要アル可シ

第五 重婚ハ本邦ノ公序良俗ニ反スルモノナリ、故ニ本國法ニ於テ一夫多妻又ハ數夫一妻ヲ認メラルル外國人ト雖モ本邦ニ於テ新ニ重婚ヲ爲ス場合ハ勿

論、本國ニテ婚姻ヲ爲シ其婚姻ノ繼續中更ニ本邦ニテ婚姻ヲ爲ストキハ本罪ニ依テ處斷セサル可カラス然レトモ外國人カ外國ニテ重婚ヲ爲スモ之ヲ罰スル明文ナキカ故ニ斯カル外國人カ我國ニ來リテ複數配偶者ト生活ヲ爲スモ之ヲ處罰スルヲ得ス反之帝國臣民ニシテ外國ニテ其地ノ方式ニ依リ(法例第十三條參照)新ニ婚姻ヲ爲シ更ニ重婚ヲ爲ストキ又ハ既ニ帝國內ニテ婚姻ヲ爲シ其繼續中外國ニテ重婚ヲ爲ストキハ處罰セラル可キモノトス(法典第三條第五號參照)

第七節　處分

第一　本章ノ罪ニ付テモ各行爲ノ態樣ニ依リ其處分ヲ異ニス第百七十四條ノ法定刑ハ科料ノミニ限ラルルカ故ニ第二百三十一條ト相待テ刑法中最モ輕キ罪ナリ之カ教唆及ヒ從犯ハ罪ト爲ラス(第六十四條參照)

第百七十五條ノ罪ニ付テハ五百圓以下ノ罰金又ハ(二十圓未滿ノ)科料ヲ以テ法定刑トス出版法及ヒ新聞紙法ニ於テハ禁錮ト罰金トヲ選擇刑トセルモ刑法本條ノ罪ニハ自由刑ヲ科セス蓋出版物及ヒ新聞紙ニ依ル場合ニ比シ實害ノ輕小ナルニ由レリ

第百七十六條ノ罪及ヒ第百七十八條ニ依リ之ニ準スル罪ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ該リ第百七十七條及ヒ第百七十八條ノ强姦罪ハ二年以上ノ有期懲役ニ該ル前者ニ比シ後者ノ重キハ倫理ヲ紊リ貞操ヲ侵ス點ニ於テ一層重大視ス可キノミナラス被害者ノ名譽ヲ毀損スルノ結果ヲ生スルニ由レリ殊ニ有夫ノ婦ニ對スル强姦ノ如キハ惡ミテモ餘アリ德川氏御定書ニ依レハ「女得心無之に押て不義致候者、重追放。夫有之女得心無之に押て致不義者死罪。但大勢にて致不義候はゞ頭取獄門同類重追放」トノ規定アリ以テ量刑上ノ參考ニ資ス可シ、第百七十六條乃至第百七十九條ノ罪ハ未遂罪ヲ罰シ(第百七十九條)尙ホ此等ノ罪ヲ犯スニ因テ人ヲ死傷ニ致シタルトキハ無期又ハ三年以上ノ懲役ニ處ス可キモノトス(第百八十一條)

第百八十二條ノ罪ハ三年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金ニ該ル、本罪ハ營利ノ目的ヲ以テ常業的ニ之ヲ犯ス者寧ロ最多數ナリ斯ノ如キ場合ニ付テハ懲役刑ヲ以テ嚴罰スルノ必要アル可シ

姦通罪ハ二年以下ノ懲役ニ該ル、寧ロ輕キニ失スルノ嫌アリ、德川氏御定書ノ規定ニ依レハ密通スル妻及ヒ姦夫ハ共ニ死罪、其手引ヲ爲ス者中追放。主人ノ妻ト密通スル者ハ引廻之上獄門、其姦婦ハ死罪、其手引ヲ爲ス者亦死罪ニ處スル、是レ亦量刑上ノ參考ニ資ス可キナリ

可キモノトス德川氏ノ刑政カ意ヲ能ク倫理ニ致シタルコトヲ追想スルニ足

重婚罪ニ對スル刑モ亦二年以下ノ懲役ナリトス蓋重婚ハ民法ニ於テ無效トセサルノミナラス其實行セラルルハ戸籍吏ノ過失アル場合ニ過キサルカ故ニ姦通罪ヨリモ其情輕キモノト認ムルヲ得ヘシ若シ夫レ當事者カ本籍其他

屆出事項ヲ詐テ婚姻ノ屆出ヲ爲ス場合ハ戸籍吏ニ於テ再婚ヲ防止スルヲ得スト雖モ斯カル場合ニ於テハ第百五十七條ヲ適用シテ重ク處分スルコトヲ得ルカ故ニ重婚其モノニ付テハ重刑ヲ科スルノ必要ナルカ可シ(前掲御定書ニ依レハ離別狀不遣後妻を呼候者所構、利欲之筋を以之儀に候はゞ家財取上江戸拂、離別狀不取他え嫁候女、髪を剃、親元へ相返す可キモノトス)

第二 第百七十六條乃至第百七十九條及ヒ第百八十三條ノ罪ニ付テハ親告ヲ必要トス(第百八十條、第百八十三條第二項)事風俗ニ關スト雖モ直接被害者ノ名譽ヲ顧慮シ訴追ヲ其意思ニ繫ラシムルナリ然レトモ第百八十一條ノ加重罪トナリタルトキハ親告罪ニ非サルコト第百八十條ノ規定ニ依リ明瞭ナリト謂フ可シ〔註一〕他人ノ妻ニ對スル强姦罪ニ在リテハ本夫モ亦被害者トシテ告訴權ヲ有スルモノトス〔註二〕而シテ本章ノ罪ニ對スル告訴ハ犯罪アリタルコトヲ知リタル時ヨリ六月內ニ爲スニ非サレハ其效ナキモノトス(刑事訴訟法第二百六十五條)

〔註一〕刑法第百八十一條ノ罪ハ加重情狀アル同法第百七十六條乃至第百七十八條ノ罪ナリト雖モ全然獨立別個ノ犯罪ヲ構成スル以上ハ固ヨリ同法第百八十條ニ從ヒ告訴ヲ俟ツテ其罪ヲ論ス可キ者ニ非ス故ニ强姦ニ因テ人ヲ死傷ニ致シタル事實ニ付テハ縱令被害者ノ告訴ナク又告訴ノ取下アリタル場合ト雖モ裁判所ハ當然公訴ヲ受理シタル公訴ヲ遂行セサル可カラス(明治四十四年判決錄一三三〇頁)

〔註二〕判例ニ曰ク妻ニ對スル强姦ハ其貞操ヲ侵害スルト同時ニ其貞操ニ對スル夫ノ權利ヲ侵害スルモノナルヲ以テ夫モ被害者トシテ告訴ヲ爲ス

ノ權ヲ有ス(大正七年判決錄一一九四頁參照)

第三 第百八十三條第二項ニ依レハ本夫姦通ヲ縱容シタルトキハ告訴ノ效ナキモノトス是レ告訴權ノ濫用ニ因ル惡弊ヲ防クノ趣旨ナリ本夫トハ姦通ノ當時ニ於ケル夫ヲ謂フ其後婚姻解消スルモ本夫タルヲ妨ケス縱容ト云フハ猶ホ承認ト謂フニ同シ舊刑法ニハ姦通前ノ縱容タル可キコトヲ明示シタルニ反シ現行法ニハ之ヲ明示セスト雖モ趣意ニ於テハ同一ナリト解ス從テ姦通後ノ承認ハ所謂縱容ニ該當スルモノニ非ス然レトモ民法第八百十四條第二項ノ規定ニ依レハ夫カ妻ノ姦通ヲ宥恕(事後許容)シタルトキハ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノニシテ離婚請求權ハ姦通ノ宥恕ニ因リ消滅スルモノト解ス可ク而シテ刑事訴訟法(第二百六十四條)ニ依レハ本罪ニ付テハ婚姻解消シ又ハ離婚ノ訴ヲ起シタル後ニ非サレハ告訴ヲ爲スコトヲ得ス再ヒ婚姻ヲ爲シ又ハ離婚ノ訴ヲ取下ケタルトキハ告訴ヲ取消シタルモノト看做ス可キモノナルカ故ニ宥恕後ノ告訴ハ其效ナキモノト解スルヲ正當ナリトス(大正十四年れ第二〇六九號大審院判決參照)

第四 第百七十六條乃至第百七十九條、第百八十一條及ヒ第百八十四條ノ罪ニ付テハ國外犯處罰ノ規定アリ(第三條第五號)

第二十三章 賭博及ヒ富籤ニ關スル罪

第百八十五條 偶然ノ輸贏ニ關シ財物ヲ以テ博戲又ハ賭事ヲ爲シタル者ハ千圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス但一時ノ娛樂ニ供スル物ヲ賭シタル者ハ此限ニ在ラス

第百八十六條 常習トシテ博戲又ハ賭事ヲ爲シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス賭博場ヲ開張シ又ハ博徒ヲ結合シテ利ヲ圖リタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

第百八十七條 富籤ヲ發賣シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ三千圓以下ノ罰金ニ處ス富籤發賣ノ取次ヲ爲シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ二千圓以下ノ罰金ニ處ス前二項ノ外富籤ヲ授受シタル者ハ三百圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス

第一節 總說

第一 賭博及ヒ富籤ハ或方法ニ依リ一個人カ其財產ヲ處分スルモノナルカ故ニ法令上財產權ノ拋棄、贈與等ヲ認ムル以上ハ之ヲ處罰ス可キ理由ナキニ似タリト雖モ其處分ノ方法タルヤ尋常一樣ノモノニアラスシテ事齟齬スレハ忽チ倒產ノ悲運ニ遭遇スルノ危險アリ而モ之ヲ顧ミス一攫千金的ノ僥倖ヲ期待シ其生業ヲ拋テ專心之ニ從事シ遂ニ淫迷ニ至ル者枚擧スルニ遑アラス

若シ之ヲ不問ニ付スルトキハ曾ニ善良ナル風俗ヲ危害スルニ止ラス又殺傷賊盜等ノ因ヲ成スニ至ルカ故ニ刑罰制裁ヲ以テ之ヲ禁止スルノ必要アルヤ明カナリ

貞永式目新編追加中可停止博戲輩事ノ條アリ(嘉祿二年)曰ク近年遊蕩之輩博戲之處不限度數暗以宅財勝負之間喧嘩殊甚興宴之思變及鬪殺雜律之文已準盜論宜仰檢非違使且搦進其身且令處其科抑意錢之好者餘戲之申也(申一作內)。當時濫吹起從此事一切加禁遏同令斷罪者又曰ク近年四一半之徒黨與戲云云。偏是盜犯之基也云々賭博禁制ノ理由古今其趣旨ヲ異ニセス

第二 賭博ハ博奕ナリ局戲ナリ。我國史ニ見ヘタルハ天武天皇十四年大安殿ニ御シ王卿ヲシテ博戲セシメ四衣、袴、獸皮ヲ賜ヒシヲ以テ始トシ、之ヲ禁セシハ持統天皇三年雙六ヲ禁斷セシヲ以テ始トス、大寶ノ初律令ヲ定ムルニ及ヒ嚴ニ之カ制ヲ立テシヨリ以來屢〻制禁アリシカ其間自ラ弛緩ノ時ナキニアラス雜律ニ云ク凡博戲賭財物者、各杖一百。贓重者各依己分準盜論。(法曹至要抄)。刑部格ニ官人百姓不遵憲法私聚徒衆任意雙六、至於淫迷子無順父命終亡家業亦損孝道望請偏仰京畿七道諸國固令禁斷其六位以下無論男女決杖一百不須蔭贖捕亡令ニ云ク博戲賭財在席所有之物及句合出九得物爲人糺告其物悉賞糺人。其趣旨明白ナリ、貞永式目新編追加ニ依レハ雙六四一半目以下博奕禁制ノ事アリシカ寛元二年ニハ博奕事侍雙六者自今以後可被許之下蔭者永可被停止、四一半雙六目勝以下、種種品態不論上下一向可被禁制於違反之輩者任法有其沈沙可被召所職所帶至下賤之族者可被處遠流也。トノ執達アリ德川氏ノ時代ニハ三笠附、博奕打、取退無盡ヲ爲ス者、其金元、筒取、宿ヲ爲ス者、兩隣、五人組、名主、町內等ヲ處罰ス可キモノトシ明治初年以後ノ法制亦皆之ヲ禁制シタリ明治元年十二月ノ布告ニ云ク「富籤興行ノ儀ハ兼テ御禁制ニ有之處近年諸國ニ於テ金錢融通ヲ名トシ或ハ社寺再建等ニ托シ興行致候向モ有之趣元來澆季ノ弊風僥倖ノ利ヲ以テ民心ヲ誘惑スルヨリ自然農工商共其職業ヲ怠リ往々之カ爲メニ家產ヲ破リ候者モ不少哉ニ相聞ヘ以テノ外ノ事ニ候斯御一新ノ折柄右樣ノ所業殊ニ御趣旨ニ相戾候儀ニ付キ更ニ嚴禁被仰出候事」ト又新律綱領賭博條例ハ博戲者ニ對シ杖八十ヲ科ス可キモノトセリ

第三　之ヲ外國ノ事例ニ徵スルニ現今尙ホ賭博ヲ公許スルモノナキニアラスト雖モ(例ヘハ**モナコ**侯國、**サン・セバスチアン**、海峽植民地**セントジヨホール**等諸大國ニ於テハ賭博ヲ處罰スルヲ通例トシ只公益上ノ必要ニ鑑ミ特別ノ場合ニ限リテ嚴格ナル條件ノ下ニ之ヲ許容スルニ過キス本邦ニ於テモ亦然リ彼ノ取引所法ニ依リ取引所ニ於テ差金ノ授受ヲ目的トスル相場取引ヲ許容シ又競馬法ニ依リ勝馬投票劵ノ賣買ヲ許スカ如キ卽チ是レナリ

第二節　賭博ニ關スル罪

第一款　賭博罪

第一　賭博トハ偶然ノ輸贏ニ關シ財物ヲ以テ賭事又ハ博戲ヲ爲スヲ謂フ(第百八十五條)卽チ賭博ハ賭財博奕ナリ法文所謂賭事及ヒ博戲ハ博奕ノ方法タルニ過キス賭博ハ財物ヲ賭シテ輸贏ヲ爭フノ方法タル賭事及ヒ博戲ノ總稱ナリ故ニ賭財賭事ヲ爲スモ賭博ニシテ賭財博戲ヲ爲スモ亦賭博ナリ、要素ヲ分析シテ說明スル左ノ如シ

一　偶然ノ輸贏ヲ爭フコトヲ要ス、輸贏ハ勝負ナリ(正字通ニ曰ク凡攻戰博簺、勝曰ヒ贏負曰ヒ輸)勝負ヲ爭フニハ相手方アルヲ要スルコト勿論ナリ故ニ賭博ハ双方行爲ヲ要スル必要的共犯ノ一種ナリ而シテ偶然ノ輸贏ト云フハ勝敗ノ數カ偶然ナル事實ニ繫ルコトヲ意味ス偶然ナル事實トハ豫メ當事者雙方又ハ一方ノ意思ニ依リ確的ニ左右スルコトヲ得サル事實ヲ謂フモノニシテ勝敗ノ數カ專ラ又ハ主トシテ當事者ノ確的ニ支配スルコトヲ得サル事實ニ繫ルトキハ則チ所謂偶然ノ輸贏ノ存在ヲ認ム可シ同趣旨判例アリ曰ク偶然ノ輸贏トハ當事者ニ於テ確實ニ豫見シ又ハ自由ニ支配スルコトヲ得サル事實ニ關シテ勝敗ヲ決スルコトヲ謂フモノトス而シテ鬪雞ノ結果ニ依リ財物ヲ得喪スル行爲ハ偶然ノ輪贏ニ關シ財物ヲ以テ賭事ヲ爲ス罪ヲ構成スト(大正十一年れ第九六五號同年七月十二日第三刑事部判決)是ヲ以テ例ヘハ彼ノ**インチキ**賭博ニ於ケルカ如ク當事者ノ一方カ詐欺ノ手段ヲ以テ勝敗ノ數ヲ支配スル場合ノ如キハ其名ハ賭博ナルモ其實ハ然ラスシテ唯詐欺罪ヲ構成スルニ過キサルモノトス(反對說アリ)然レトモ偶然ナル事實ハ必シモ未來ノ事實タルコトヲ意味スルモノニ非ス客觀的ニ

一定セル過去ノ事實モ當事者雙方ニ於テ之ヲ知ラサルヲ以テ足ル

二　偶然ノ輸贏ヲ爭フ方法ハ賭事又ハ賭戲ナリ換言スレハ賭事及ヒ博戲ハ偶然ノ輸贏ヲ爭フ手段ナリ法文偶然ノ輸贏ニ關シ賭事又ハ博戲ヲ爲スト言フハ偶然ノ輸贏ナルモノアリ之ニ關シ別個ノ事實トシテ賭事博戲ノ行ハルルヲ要スル如キ觀アルモ賭事博戲ハ卽チ偶然ノ輸贏ヲ決スル方法タルニ過キサルナリ故ニ法文ノ趣旨ハ財物ヲ賭シテ偶然ノ輸贏ヲ決スル爲メ賭事又ハ博戲ヲ爲スヲ以テ賭博ナリトスルニ在リト解ス可シ

三　勝敗ヲ爭フニ付キ當事者カ財物ヲ賭スルコトヲ要ス、偶然ノ輸贏ヲ爭フモ財物ヲ賭スルニ非サレハ賭博罪ヲ構成スルコトナシ、財物ヲ賭スルト謂フハ財物ノ得喪ヲ偶然ノ輸贏ニ繫ラシムルノ義ナリ換言スレハ當事者ノ雙方カ互ニ己若シ敗ヲ取ラハ財物ヲ喪フノ危險ヲ負擔シ反之己若シ勝ヲ制スレハ財物ヲ獲得スルコトヲ目的トスル射倖契約ヲ爲スノ義ナリ(公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル契約ナルカ故ニ民法上ノ效力ヲ生セサルハ勿論ナリトス)

財物ヲ賭スルコトハ賭博罪成立ノ一要件ナリ然レトモ其唯一ノ要件タルニハアラス財物ヲ賭スルモ勝敗ノ繫リテ以テ決定セラル可キ事實ノ存在スルコトヲ要ス而シテ此事實ハ獨リ現在又ハ將來ニ存スル場合ニ限ラス當事者雙方ニ不確知ナル過去ノ事實タルヲ得ルハ前述ノ如シト雖モ畢竟勝敗ノ數ノ繫ル可キ事實ノ存在スル點ニ於テハ何レモ同樣ナリ從テ財物ヲ賭スルノ合意ヲ爲シタリトスルモ未タ斯ノ如キ事實ノ存セサル以上ハ賭博罪ノ成立ヲ認ム可キモノニアラス(宮本學士ノ反對說アリ)然レトモ勝敗ノ既ニ決セラルルコトハ必要ニアラス[註一]從テ既ニ財物ヲ得喪シタル事實ノ存スルコトモ要件ニアラス同趣旨判例アリ曰ク賭博罪ハ財物ノ得喪ヲ目的トシ偶然ノ事情ニ依リ輸贏ヲ決ス可キ賭事又ハ博戲ヲ爲スニ因リテ成立シ賭事又ハ博戲ノ結果トシテ輸贏ノ決シタルコトハ其成立ニ必要ナラス金錢ヲ賭シ骨牌ヲ使用シテ爲ス博戲ニ於テ當事者カ輸贏ヲ決スル方法ヲ協定シタル上現ニ賭金ヲ提出シ又ハ骨牌ノ配付ニ著手シタルトキハ其博戲ハ實行ノ範圍ニ入リタルモノニシテ賭博罪ニ該當スルモノト

ス(大正十一年れ第九三〇號同年七月四日第一刑事部判決)

財物ヲ賭シテ輸贏ヲ決スルコトアリト雖モ一時ノ娯樂ニ供スル物ヲ賭スカル如キハ弊害ナキヲ以テ法律ハ賭博罪ノ成立ヲ認メス(第百八十五條但書)獨逸刑法ニハ我但書ニ相當スル規定ナキモ僅少ナル物ヲ賭スルハ犯罪ニアラストスルヲ通說トシ其僅少ナリヤ否ヤヲ決スルニハ當事者ノ地位、資力ヲ標準トス可キヤ將タ社會一般ノ見解ヲ標準スルヤニ付キ議論アリ娯樂ニ供スル物ト認ム可キヤ否ヤノ標準ニ付テモ本邦學者間ニ同樣ノ議論アリト雖モ要スルニ各場合ノ事情ニ依リ裁判所之ヲ認定ス可キ事實問題ナリトス、金錢ヲ賭スルコトアリトスルモ金錢其モノヲ取得スルヲ目的トスルニアラスシテ一時ノ娯樂ニ供スル物ノ對價ヲ醵集スル方法トシテ輸贏ヲ決スルカ如キハ賭博罪ヲ構成スルコトナシ(同趣旨判例アリ、大正二年判決錄一二五三頁)

〔註一〕賭事ノ當事者カ互ニ利害相反スル結果ヲ豫期シ偶然ノ事項ニ關シテ通常輸贏ヲ決シ得ヘキ方法ヲ執リタル以上ハ現實採リタル方法カ當事者ノ一方又ハ雙方ノ錯誤ニ因リ若クハ其他豫期セサル事情ノ發生ニ因リテ輸贏ヲ決シ能ハサルニ至リタリトスルモ之カ爲メニ現ニ著手シタル行爲カ賭事タル性質ヲ喪失スルモノニ非ス(大正三年れ第九九六號判決)又花札ノ配布ヲ終リ一部ノ者カ脫退シ他ノ者カ之ヲ合セ未タ勝敗決セサル間ニ逮捕セラルルモ本罪ノ成立ヲ認メサル可カラス(大正六年れ第二五一九號判決)

四 賭博ハ雙方行爲ナリ然レトモ雙方カ同一ノ場所ニ會合シテ實行スルコトヲ要スルモノニ非ス他人ノ媒介ニ依リテ行ハルル賭博少カラサルナリ例ヘハ相場賭博ノ如キ又ハ蟻走者ヲ介シテ行ハルル「**チーハー**」賭博ノ如キ是レナリ又雙方ノ當事者カ互ニ同數ナルコトヲ要セサルハ勿論ニシテ一人(親)カ數人ト勝敗ヲ決スル場合亦多シ

賭博ノ當事者ハ財物ヲ賭スル者及ヒ賭事博戲ヲ實行スル者ナリ賭博ノ見張ヲ爲ス者ノ如キハ從犯ニシテ正犯ニアラス(從來ノ判例皆同趣旨ナリ)而シテ見張ヲ敎唆シタル者ハ第六十二條ニ依リ從犯ニ準セラル可キモノニ

シテ其正犯ニ準ス可キモノニアラス(同趣旨判例アリ、大正七年判決錄八四五頁)又賭場ニ出張シテ賭者ニ貸付ヲ爲ス金主ノ如キモ從犯タルコト明カナリ

五 賭博行爲ハ同一ノ機會ニ於テ繰返ヘサルルヲ通常ノ性質トス從テ斯ノ如キ場合ニハ之ヲ包括的ニ觀察シテ一罪ト爲ス可ク之ヲ併合罪ト認ム可キニアラス相手方カ新陳代謝スルコトアルモ此解釋ニ影響ナシ(同趣旨判例アリ、大正六年判決錄一〇五六頁參照)

第二 博戲ト賭事トノ區別如何ニ付テハ學說一致セス或ハ全然之ヲ否認スルアリ或ハ主觀的ニ此區別ヲ認メ博戲ハ利益ヲ得ルヲ目的トシ賭事ハ所信ヲ確保スルヲ目的トスルモノナリトシ(註二)或ハ客觀的標準ニ依リ博戲ハ關係者自身(又ハ其依賴セル第三者)ノ動作ノ結果ヲ以テ輸贏ヲ決シ賭事ハ此動作以外ノ事實ニ依テ輸贏ヲ決スルモノナリト蓋既ニ偶然ナル輸贏ニ關シ財物ヲ賭スル以上ハ直接又ハ間接ニ利得ノ目的ナシト謂フコトヲ得サルカ故ニ主觀說ハ之ヲ採用スルヲ得サル可ク寧ロ客觀說ヲ執ルニ如カスト雖モ我現行法ニ於テハ一ヲ處罰シテ他ヲ處罰セサルカ如キ解釋上ノ疑義ヲ避クルカ爲メ二者共ニ處罰ス可キコトヲ明示シタルカ故ニ其區別カ主觀的ニ決セラルルモ將タ客觀的ニ決セラルルモ何等影響スル所ナシ要ハ其名稱カ博戲ナルヤ將タ賭事ナルヤニ在ラスシテ偶然ノ輸贏ニ關スル賭財方法ナリヤ否ヤニ存スルモノトス換言スレハ賭財行爲カ偶然ノ輸贏ニ關スル以上ハ其動機カ利得ノ目的ニアルト所信ノ主張ニ在ルトハ罪ノ成立上何等ノ差異ヲ生ス可キモノニ非ス

上叙條件ノ具備スル以上ハ如何ナル手段ヲ採ルモ賭博罪タルヲ得ヘク又法律上若クハ慣習上他ノ名稱ヲ付セラルルコトアルモ賭博罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス例ヘハ骰子ヲ用フル丁半竝ニ花札ヲ用フル八八ノ類ハ勿論競馬ニ關スル賭事又ハ空米相場ノ如キ何レモ本罪ヲ構成ス可シ若シ夫レ相場ニ依リ差金ノ取引ヲ爲ス行爲ノ如キハ取引所法ノ認許スル範圍ニ於テハ本罪ヲ構成セサルコト勿論ナリト雖モ取引所ニ依ラサル場合ニ付テハ之ヲ處罰ス可キコト同法第三十二條ノ五ニ規定スル所ナリ而シテ斯ノ如キ

特別規定ノ存スル以上ハ取引所ニ依ラスシテ取引所ノ相場ニ依リ差金ノ授受ヲ目的トスル行爲ニ付テ刑法第百八十五條ヲ適用スルヲ得サルハ言ヲ待タスト雖モ該行爲ノ性質タルヤ賭博罪ノ要件ヲ具備スルモノナルカ故ニ常習トシテ之ヲ爲ストキハ刑法第百八十六條ノ適用ヲ妨ケサルコト取引所法ノ明規スル所ナリ(大正三年れ第三一三四號大審院判決亦同趣旨ナリ)或ハ曰ク差額取引(Differenzgeschäfte.)ハ商人ノ投機判斷(Kaufmännische Spekulation.)ニ基クモノニシテ主トシテ偶然ノ事實ニ繫ルモノニアラサルカ故ニ賭博罪ヲ構成スルモノニアラスト(例**オルスハウゼン**)此見解ハ我法律ノ解釋ニ付テ採用スルヲ得ス注意ス可キ最近判例アリ曰ク取引所ニ依ラスシテ取引所ノ相場ニ依リ差金ノ授受ヲ目的トスル行爲ハ偶然ノ輸贏ニ依リ財物ヲ賭スル行爲ニシテ其ノ性質賭博ニ屬ス而シテ取引所法第三二條ノ五ハ賭博行爲中特殊ノ場合ニ關スル制裁法規ナルヲ以テ刑法第一八五條ノ適用ヲ排除シ常習トシテ其賭博行爲ヲ爲ス者ニ對シテハ單ニ刑法第一八六條第一項ヲ適用スヘキ旨ヲ定メタルモノトス又同法第二六條ノ二及第三二條ノ五ノ行爲ハ何レモ取引所ニ依ラサルコトハ同一ナルモ前者ハ眞實取引ヲ爲スコトヲ目的トスルモノニシテ唯禁止ノ場所ニ於ケル取引ニ過キス後者ハ取引ヲ爲ス意思ナク單ニ差金授受ヲ目的トスル賭博行爲ナリト(大正十一年七月三日第二刑事部判決同年れ第九〇四號)

〔註二〕**ウンドシャイド**並ニ**ステングライン**等ノ見解ニ依レハ賭事ノ本質ハ反對ノ見解ヲ抱ケル者ノ間ニ於テ自己ノ主張ノ誤レルコトヲ證明セラレタル者カ一定ノ給付ヲ爲ス可キ義務ヲ負擔スル點ニ在リ(Windscheid, Pandekten Bd.2 SS. 449, 575.)故ニ賭事ニ在リテハ財物ノ取得ハ單ニ外形的ノ意義ヲ有スルニ過キスシテ獨立的ノ目的ニアラス反之博戲ニアリテハ當事者ハ偶然ナル條件ノ下ニ利益獲得ノ機會ヲ買フカ爲メニ利益喪失ノ危險ヲ冒スニ過キス乃チ其契約ノ目的ハ一ニ利益獲得ノ點ニアルナリ故ニ此場合ニハ反對見解ノ對立カ獨リ博戲ノ存否ヲ決スルニ足ラサルモノトス(Stengle-in, Lexikon S. 787.)

セスト雖モ競技亦前段叙説シタル意義ニ於サル偶然性ヲ有スル場合アルカ故ニ所謂偶然ナル輸贏ニ屬ス可キモノニ非スト爲スコトヲ得ス例ヘハ圍碁象棋球戯等ノ如ク當事者ノ技倆ニ付キ勝敗ヲ爲ス場合ニ於テモ相戯者ニシテ對等ノ技倆ヲ有シ若クハ或方法ニ依リ劣者ノ技倆ヲ補充シテ均勢ヲ保持スルトキハ其勝敗ノ決ハ寧ロ偶然ノ事情ニ繫レルモノト認ム可キカ故ニ若シ財物ヲ賭シテ斯ノ如キ競技ヲ行フニ於テハ賭博罪ヲ構成スルモノト爲ササル可カラス若シ夫レ斯ノ如キ賭戯ヲ處罰セスシテ放任スルモノトセハ其弊害他ノ一般賭博ト毫モ異ル所ナキカ故ニ上叙ノ解釋ヲ採ルニ非サレハ立法ノ精神ヲ貫徹スルヲ得サルコト明カナリ〔註三〕

獨逸ニ於ケル現今ノ通説亦積極説ヲ採用スルカ如シ**オルスハウゼン**ノ所説ニ依レハ賭博(Glücksspiel.)ハ專ラ又ハ主トシテ相戯者ノ力量熟練若クハ考慮ニ依ルニ非スシテ吾人ノ豫定ス可カラサル出來事ニ依リ利益ノ得喪ヲ決定ス可キ遊戯(スピール)ナリ而シテ其偶事ニ依ルモノナリヤハ單ニ抽象的ノ可能性ニ依ルコトナク又通常一般ニ競技(Geschicklichkeitsspiel.)ト認メラルルト否ヲ問ハス各場合ニ於ケル具體的事實ニ照シテ之ヲ判斷セサル可カラス若シ勝敗ノ數カ豫定ス可カラサルモノナルトキハ一般的ニ相戯者ノ資格ヲ顧慮シテ技巧者間ニ於テ行ハル可キ競技ト雖モ亦賭博タルヲ得ヘキモノニシテ獨逸ニ於ケル通説亦同樣ナリトセリ(**オルスハウゼン**第九版一二〇五頁)第一段所説ノ趣旨亦之ニ外ナラサルナリ予輩カ勝敗ノ數カ專ラ又ハ主トシテ當事者ノ意思ニ依リ支配スルコトヲ得サル偶事ニ繫ルコトヲ要スルモノト爲スハ當事者ノ隨意ニ勝敗ノ數ヲ支配スル場合(例ヘハ詐欺賭博)ヲ賭博ノ觀念中ヨリ除外スル趣旨ニシテ競技ト賭博トヲ全然區別スルノ趣旨ニアラス

反之住時ニアリテハ獨逸ノ通説モ佛蘭西ニ於ケルト同シク競勝遊戯ヲ專ラ偶然ナルモノ(Glücksspiel, jeu de hasard.)技能ニ依ルモノ(Kunstspiel, jeu d'adresse.)及ヒ混合的ノモノ(Gemischtes Spiel, jeu de commerce.)ノ三種ニ分類シ其專ラ偶然ナルモノノミヲ處罰ス可キモノト爲シタルカ同國大審院ハ一八八〇年十月十三日ノ判決ニ依リ例ヘハ二十一點勝負骨牌遊戯ノ如ク多少當事者ノ技能ヲ要スル競技ヲ賭博ナリト認メタル以來通説ハ判決ノ趣旨ニ左袒スルニ至レ

リ然ルニ佛國ニ於テハ今尚ホ從前ノ見解ヲ維持スルモノノ如シ卽チ同國破毀院ハ賭財球戯ヲ賭博ト爲サス又競馬ニ關スル賭財行爲ハ馬匹鑑識ノ能力ナキ者カ加入スル場合ノ外賭博罪ヲ構成セスト認メ**ガロー**、**ガルソン**等ハ其判決例ヲ是認スルモノノ如シ而シテ此見解ニ從フトキハ凡ソ競技ハ賭博罪ヲ構成セサルモ何等鑑識力ヲ有セサル者カ或競技ノ結果ニ關シテ財物ヲ賭スルハ卽チ賭博ナリト解ス、**ボアソナード**カ日本刑法草案註釋書中ニ體操、擊劍、角力、水泳、競馬、競走等ノ賭事(pari.)ハ身體ノ健康ヲ增進スルヲ目的トスルモノナルヲ以テ賭博ニアラスシテ操練(Exercicce.)ナリト說明セルカ如キ亦佛國ノ通說ヲ基礎トセルモノナル可シ〔註四〕

〔註三〕同趣旨判例アリ(大正四年れ第八二四號同年六月十日大審院刑事第二部判決)曰ク賭碁ノ勝敗ハ必シモ當事者ノ平素ノ技倆ノミニ因リテ決スルモノニ非サルノミナラス當事者ニ於テモ自己竝ニ相手方ノ技倆ヲ精確ニ測定シテ豫メ其結果ヲ判知スルコトハ頗ル困難ニシテ其結果如何ハ通例事前ニ於テ不確定ナルモノト謂ハサル可ラス斯ノ如キ賭碁ハ當事者ヲシテ勝敗ノ運命ヲ逆賭スルコトヲ得サラシムル射倖的條件存スルニ依リ賭博罪ヲ構成スルモノト認ムルヲ相當トスト同年れ第二三二二號判決亦同趣旨ナリ(同年判決錄八〇六頁、一六三二頁參照)

〔註四〕明治三十九年十二月政府カ閣令第十號ヲ以テ公益法人ニ對シ馬券發行ニ依ル競馬ノ擧行ヲ認許シタルハ之ヲ以テ博奕ニ非スト見解シタルニ因レリ然ルニ競馬場內ノ秩序全ク壞亂シ公衆ノ射倖心ヲ挑發シ奢侈ノ風ヲ惹起シ其弊害ノ著シキヲ認メ同四十一年十月馬券ヲ禁止セリ

第四　競馬賭財ハ賭博ヲ構成スルヤ否ヤ、從前ニ於ケル獨逸ノ學說ニ在リテハ之ヲ否定シタルモノ少カラス、蓋法文上博戯(Glücksspiel.)ヲ處罰ス可キモノトシ賭事(Wette.)ニ付テ明文ヲ欠缺スル立法(例ヘハ獨逸)ノ下ニ於テ二者ノ區別ヲ客觀的標準ニ求ム可キモノトシ當事者間ノ行爲ヲ以テ勝敗ヲ決ス可キ賭財行爲ノミヲ博戯ナリトスルトキハ競馬觀客間ノ賭事ヲ以テ賭博罪ヲ構成セサルモノトスルノ結論ニ達ス可シト雖モ我現行ノ刑法ニ於テハ既ニ說明シタルカ如ク賭事タルト博戯タルトヲ區別セサルカ故ニ此見解ヲ容ル可キ

ニアラス而シテ競馬ノ勝敗ハ馬匹ノ能力及ヒ騎手ノ技倆如何ニ關スルモノニシテ觀客賭事者ニハ之カ優劣ヲ鑑定シ得ル技能ヲ有スル者ナキニ非スト雖モ殆ト總テノ場合ニ於テ斯ノ如キ技能ヲ有セサル者カ賭者ノ最多數ヲ占ムルハ爭フ可カラサル事實タルノミナラス又多少ノ鑑定眼ヲ備フル者ニ在リテモ到底確的ニ其勝敗ヲ豫定スルニ由ナク卽チ其勝敗ハ主トシテ偶然ノ輸贏タルニ外ナラサルカ故ニ之ヲ以テ馬匹能力鑑定ノ技能ニ依リ勝敗ヲ決スルモノシテ偶然ノ輸贏ニ關スルモノニアラスト爲スヲ得ス

競馬賭博ニ於テハ何者カ當事者ナルカ此問題ニ付テハ其方法ノ如何ヲ區別シテ研究セサル可カラス、例ヘハ馬券發賣者カ自ラ危險ヲ負擔シテ購買者ノ相手方ト爲ル競馬賭業(Bookmaking, Buchmachen.)ニ在リテハ賭博ハ馬券發賣者ト購買者トノ間ニ行ハルルモノナリ此場合ニハ購買者相互ノ間ニ賭博ヲ行フモノニアラス何トナレハ各購買者ハ皆發賣者ヲ相手方トシテ利益得喪ノ契約ヲ爲スモノニシテ他ノ購買者ヲ眼中ニ置カサレハナリ然レトモ競馬開催者カ勝馬投票券ヲ發賣スル場合ニ在リテハ其方法如何ニ因リ賭博開張罪又ハ富籤犯罪ヲ構成ス可シ例ヘハ發賣者カ單ニ一定ノ手數料ヲ徵スル外賭財得喪ノ當事者ト爲ラサルトキハ開張罪ヲ以テ論スルヲ相當トス可ク反之大正十二年法律第四十七號競馬法ニ認メタル方法ニ從フトキハ競馬會社ハ入場者ニ對シ勝馬投票券ヲ發賣シテ其代金ヲ全部自己ノ所得ト爲シ勝馬投票的中者ニ對シ投票券賣得金ノ額ヲ超エサル範圍內ニテ券面金額ノ十倍內ノ拂戾金ヲ交付スルモノニシテ(同法第六條其性質富籤ニ屬スルモノトス從テ同法第十四條乃至第十六條ノ規定ハ刑法第百八十七條ニ對スル特別規定ナリト解セサル可カラス固ヨリ此場合ニ於テハ普通ノ富籤ニ於ケルカ如キ抽籤方法ヲ用ヒサルモ抽籤ハ本罪ノ要素ニ非ス

第五 賭博罪ニ付キ外國立法例中ニハ常習犯行ヲ要件トスルモノアリ(例ヘハ獨逸)ト雖モ我刑法ニ在リテハ賭博ハ獨立ノ常習犯ニアラスシテ單行犯ナリ然レトモ常習トシテ賭博ヲ爲ストキハ重キ賭博罪ヲ構成ス(第百八十六條第一項)之ヲ加重的常習犯ト稱スルヲ得ヘシ、常習犯ナルカ故ニ集合的一罪タリ連續犯トシテ處罰ス可キモノニアラス、而シテ此加重的常習犯ヲ認ムルニハ

從來屢賭博ヲ爲シタル事實アルヲ以テ足レリトス、其間ニ繼續ノ意思又ハ累犯關係ノ存スルコトハ要件ニ非ス〔註五〕又賭博ヲ以テ主タル業務トシテ生活スルコトヲ要セス常習犯人ニシテ本罪ニ依リ處刑セラレタル後第五十六條ノ條件ノ下ニテ更ニ賭博罪ヲ犯スモ第五十七條ヲ適用スルコトナク單ニ第百八十六條第一項ヲ適用セサル可カラス何トナレハ累犯的反覆モ亦常習性ノ一部ヲ形成スルニ外ナラサレハナリ反對ノ判例アリ曰ク賭博ノ前科ハ常習賭博ノ一部ヲ形成スルモノニ非ス從テ其常習犯ニ關シテハ刑法第五十六條ノ適用ヲ排除スルモノニ非スト(大正十一年十二月二十一日同年れ第一八六四號)然リ而シテ常習ハ一身的ニシテ他ノ共犯ニ利害ノ關係ヲ及ホス可キモノニ非ス例ヘハ甲乙丙ノ間ニ賭博ヲ行ヒタルニ甲ハ常習者ニシテ乙丙ハ常習者ニ非ストセハ三人ノ共犯關係ヲ認ムルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ甲ニ對シテハ第百八十六條乙丙ニ對シテハ第百八十五條ヲ適用セサル可カラス〔註六〕

〔註五〕賭博ノ常習トハ反覆シテ賭博行爲ヲ爲ス習癖ヲ云フ故ニ單ニ一回ノ賭博ヲ爲シタルノミニテハ之ヲ賭博ノ常習アルモノト云フコトヲ得ス(大正三年判決錄四六五頁賭博ノ前科アル事實ハ必シモ常ニ之ニ依テ其後ノ賭博行爲ヲ常習犯ト認メサル可カラサルニアラサルト同時ニ前科アル事實ニ依リ常習犯ヲ認ムルモ不法ニアラス(同年同二四六七頁)賭博ノ習癖改マラサル限リハ同一意思ノ發動ニ因ルト個個ノ意思ヲ以テシタルトヲ問ハス數個ノ賭博行爲ニ依リ常習犯ヲ認ムルコトヲ得ヘシ(大正六年同一一九二頁參照)而シテ賭博ヲ累行スルモ主觀的ニ賭博ヲ爲ス習癖ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルニ非サレハ常習犯ノ成立ヲ認ム可キモノニアラス從テ此場合ニハ第百八十五條ノ罪ノ連續犯トシテ處分ス可キ場合アリ(同五年〔同三〇一頁參照〕)

〔註六〕判例ハ刑法第百八十六條第一項ハ自ラ常習トシテ博戲又ハ賭事ヲ爲シタル者ニ限リ適用セラル可キモノニシテ單ニ他人ノ賭博行爲ヲ幇助シタル場合ニ於テハ縱令其幇助者カ賭博ノ常習アル者ナルトキト雖モ常習賭博ノ從犯ヲ以テ論ス可キモノニ非ス(大正三年判決錄二六六頁)ト解シ

タルカ其後常習賭博罪ヲ以テ普通賭博ノ加重罪ニシテ其加重ハ犯人ノ身分ニ因ルモノナリトシ第六十五條第二項身分ニ因ル加重減輕ハ正犯ノミナラス教唆從犯ニモ適用アリト爲スニ至レリ(同年同九三二頁及ヒ同七年同八四四頁等參照)

第二款　賭博場開張罪及ヒ博徒結合罪

第一　法律ハ賭博者ヲ罰スルノミナラス尙ホ賭博場ヲ開張シ又ハ博徒ヲ結合シテ利ヲ圖ルノ罪ヲ認メタリ(第百八十六條第二項)、新律綱領ニ於テハ「若シ產業無クシテ常ニ腰刀ヲ挾帶シ無賴ノ徒ヲ招結シ賭場ヲ開張シ四隣ニ橫行スル者ハ皆流一等」トノ規定ヲ設ケタリ以テ本條規定ノ沿革ノ一斑ヲ知ル可シ

第二　賭博場ヲ開張スト謂フハ賭博者ニ賭博ノ場所ヲ供給シ自己ノ監督支配ノ下ニ賭博ヲ爲スノ機會ヲ與フルノ義ナリ賭場ノ支配權ヲ有スル點ニ於テ單ニ賭房ヲ給與スル從犯ト異ル、如何ナル時期ニ賭場開張ノ既遂トナルカ、從前ノ判例ハ賭博ヲ擧行シテ利ヲ圖ルノ目的ヲ以テ賭人ヲ募集シ金錢ヲ賭セシメタル以上ハ未タ賭博ノ勝敗ヲ決スルニ至ラサルモ本罪ヲ構成スルコトヲ說示シタリ(明治三十四年判決錄第二卷一頁參照)ト雖モ予輩ハ賭博者カ賭博ニ著手シタルコトモ既遂ノ要件ニ非スシテ開張者カ賭博者ニ對シ賭博ヲ爲ス可キ機會ヲ與フルトキハ直チニ既遂ナリト解ス(現今判例ハ同趣旨)何トナレハ法律ハ賭博ヲ爲サシメタルコトヲ要件トセサレハナリ、賭場ヲ開張シテ利ヲ圖ルト謂フハ例ヘハ手數料、入場料、寺錢等ノ名義ヲ以テ利益ヲ得ル目的ヲ以テ賭場ヲ開張スルノ意ナリ必シモ既ニ利益ヲ取得シタル事實アルヲ要セス〔註〕而シテ本罪ハ多クハ常業的ニ行ハルルモノナリト雖モ必シモ常業的ナルコトヲ以テ成立要件ナリトセス

空米相場ニ依ル賭博行爲ハ其賭博ニ付キ賭場ヲ開張スル行爲ノ普通ノ手段ニアラス又賭場開張ノ當然ノ結果ニアラス之ト同シク賭場開張行爲ハ該賭博ノ普通ノ手段又ハ當然ノ結果ニアラス從テ二罪ヲ構成スルモノト爲ス判例アリ(大正四年判決錄三六頁)

〔註〕刑法第百八十六條第二項ニ所謂利ヲ圖リトハ賭場ヲ開張シ又ハ博徒ヲ結合シ以テ不正ノ利ヲ獲得スルノ謂ニシテ其利益收受ノ現在ナルト將

來ナルトハ該罪ノ成立ニ何等ノ影響ナシ(大正三年れ第九五二號判決)又賭博場開張罪ハ利益ヲ得ルノ目的ヲ以テ賭博ヲ爲サシム可キ場所ヲ開設スルニ因リテ成立スルモノニシテ現實ニ利益ヲ取得シタルコトハ該罪ノ構成ニ必要ナル事實ニ非サレハ數回連續シテ客ヨリ口錢ヲ取得シタルノ事實アリタリトテ之ヲ根據トシテ連續犯ナリト斷定スルコトヲ得ス(大正二年れ第二八三七號判決)

第三 博徒ヲ結合シテ利ヲ圖ル罪ハ利益ヲ得ル目的ヲ以テ自ラ保護者(親分)ノ地位ニ立チ博徒卽チ常習的賭博者ヲシテ自己ノ支配區域卽チ繩張內ニ團結セシメ之ニ賭博ヲ爲スノ便宜ヲ與フルニ因テ成立スル罪ナリ必シモ犯人ニ於テ日時場所ヲ特定シテ直接ニ博徒ヲ招結シ賭博ヲ爲サシメタルコトヲ必要トセス(同趣旨判例アリ明治四十三年判決錄一六九六頁)又利益ヲ得ル目的ノ存スル以上ハ利ヲ圖リタルニ當ルモノニシテ現實ニ利益ヲ獲得シタル事實ノ存スルコトハ要件ニアラス

博徒ヲ結合シタル後此等ノ博徒ヲシテ賭博ヲ爲サシム可キ賭博場ヲ開張シタルトキハ如何ニ處分ス可キカ判例ハ第五十四條ヲ適用ス可キモノト解セルモ(明治四十三年判決錄二一五七頁)寧ロ之ヲ包括的ニ觀察シ博徒結合罪ノミ成立スルモノト解スルヲ正當ナリトス

博徒ヲ結合シテ利ヲ圖リタル者ノ爲メニ乾兒タル博徒等ヨリ親分ニ送付スル年度金ノ取立乾兒間ニ生シタル紛議ノ裁斷及ヒ仲裁親分ヨリ乾兒ニ對スル指揮命令ノ傳達等ヲ爲スハ何レモ博徒結合圖利ノ正犯ヲ幇助スルモノニシテ其從犯ヲ以テ論ス可キモノトス(明治四十四年判決錄一二五二頁參照)

尙ホ注意ス可キ最近判例アリ曰ク賭場開張者ノ爲メニ賭者ヲ賭場ニ誘導シ賭場ニ於テ下足番其ノ他諸般ノ手傳ヲ爲ス行爲ハ賭博開張罪ノ從犯ナリト(大正十一年れ第一二七八號同年十月六日第一刑事部判決)

第三款 判例

(第百八十五條)

一 賭博罪(刑法第百八十五條)ハ偶然ノ輸贏ニ關シ財物ヲ以テ博戲又ハ賭事ヲ爲スニ依リテ成立シ各場合ニ於テ常ニ必シモ輸贏ノ決定セラルルコトヲ要セス(四三―九五五)

二　刑法第百八十五條ハ偶然ノ事情ニ付キ何等ノ制限ヲ爲ササルカ故ニ苟クモ財物得喪ノ結果ヲ偶然ノ事情ニ繫ラシムル約束ヲ以テ勝敗ヲ決スルニ於テハ他ノ法律若クハ慣行上之ニ對シ賭博ト異リタル名稱ヲ付スルコトアリトスルモ刑法ニ所謂賭博中ニ包含セラルルモノト解釋ス可キモノトス(大元―一三〇七)

三　賭博トハ偶然ノ事情ニ依リ財物ノ得喪ヲ決スル行爲ヲ謂フモノナルヲ以テ苟クモ其得喪ノ結果カ偶然ノ事情ニ繫ル以上ハ縱令其勝負カ當事者雙方ノ選擇ニ反スルコトアリ得ヘシトスルモ其行爲カ賭博タルノ性質ヲ喪フモノニ非ス(四四―八七二)

(第百八十六條)

一　賭博ノ常習者(刑法第百八十六條第一項)ト認ム可キ者ハ必シモ常業トシテ賭博ヲ爲スモノタルコトヲ要セス(四三―一五四九)

二　賭博開張罪ハ開張者以外ノ者カ互ニ賭博ヲ爲ス爲メノ賭場ニ限ラス開張者自ラ相手方トヲリテ賭博ヲ爲ス爲メ賭場ヲ開張シタル場合ニモ亦成立スルモノトス(四三―六八六)

三　博徒ノ黨類ヲ招結シ又ハ賭者ヲ招集シテ博奕ノ便利ヲ與ヘサル者カ單ニ賭者ヨリ寺錢其他ノ名義ヲ以テ金錢ヲ徴集スルモ賭場開張罪又ハ博徒招結罪ヲ構成セス(四三―八一五)

四　犯人カ博徒ヲ集合シ一定ノ區域内ニ於テ隨時隨所ニ集會シテ賭博ヲ爲スノ方便ヲ授ケタルトキハ刑法第百八十六條第二項ノ所謂博徒ヲ結合シタルモノニ該當ス(四三―一六八九)

五　賭博慣行ノ事情アル者カ賭博ヲ爲シタル時ハ其行爲ヲ數回反覆シタル場合ト雖モ刑法第百八十六條第一項ニ依リ一罪トシテ之ヲ處分ス可キモノニシテ同法第五十五條ノ規定ヲ適用スルノ要ナキモノトス(四五―三三)

六　賭博開張罪ハ利益ヲ得ル目的ヲ以テ賭博ヲ爲サシム可キ場所ヲ開設スルニ因テ成立スルモノニシテ賭博者ヲ招集シ又ハ現實ニ利益ヲ取得スルコトハ其構成要素ニ非ス(四五―六六五)

七　苟クモ射利心ヲ以テ博徒ヲ結合シ其目的ヲ遂行ス可キ手段方法ヲ執リタル以上ハ博徒結合罪ハ完全ニ成立ス而シテ犯人カ現ニ利益ヲ得タルヤ否ヤハ本罪ノ構成ニ何等ノ關係ヲ有セス(四三―一六八九)

八　苟クモ博徒ヲ結合シテ利ヲ圖リタル者カ其統括者タル地位ヲ失却セサル以上ハ縱令賭博ノ開張及ヒ財物ノ徴集カ數度ニ渡ルモ尙ホ不可分的單一ノ所爲トシテ刑法第百八十六條ヲ適用ス可キモノトス(四三―一六八九)

九　苟クモ賭博ヲ爲ス可キ場所ヲ開キ賭博者ヲ誘引シ寺錢手數料等ノ名義ヲ以テ金錢上ノ利益ヲ得ンコトヲ圖リタル以上ハ賭場開張罪ヲ完成スルモノトス而シテ被告カ其場所ニ於テ賭博ヲ爲シタルト否トハ本罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホサス(四三―一八七五及ヒ四四―一六二)

第三節　富籤ニ關スル罪

第一　富籤ハ射倖的契約ノ一種ニシテ所謂必要的共犯ノ一例タリ本邦ニ於テハ古來之ヲ禁制ス現行法第百八十七條ニ於テハ富籤ヲ發賣シ發賣ノ取次ヲ

爲シ又ハ其他ノ授受ヲ爲ス者ヲ罰スル規定アリ其所謂富籤ハ射倖契約實行ノ手段トシテ賣買セラルル符票卽チ籤札ヲ指スモノト解ス可キナリ(註一)富籤ノ發賣ハ財物ヲ醵集セントスル者ヨリ富籤ノ賣却ヲ爲スノ義ナリ發賣ノ取次ハ發賣者ノ爲メニ賣却ノ周旋ヲ爲スナリ其報酬ノ有無又ハ割合等ハ關係ナシ而シテ其他ノ授受中ニハ富籤ノ購買、購買者ト第三者間ニ於ケル賣買等ハ勿論一切ノ交付收受ヲ包含ス

(註一) 判例ニ依レハ富籤ハ豫メ籤札ヲ衆人ニ賣却シ抽籤ノ上其番號ノ符合スル籤札所持人ニ利益ヲ與フル方法ニ限ラサルモノト爲ス(明治三十三年判決錄第十卷三六頁參照)然レトモ現行法ノ解釋トシテハ富籤ニ關スル罪ノ成立ニハ籤札ヲ必要トスルコト疑ナシ富籤ヲ發賣スト云ヒ又授受スト云フハ籤札ノ賣買授受ヲ意味スルナリ故ニ甲ト乙丙丁等トノ間ニ口頭ノ約束ニテ乙、丙、丁等ヨリ甲ニ對シテ財物ヲ醵出シ甲ノ潛伏所ヲ發見シタル者カ甲ヨリ一定ノ給付ヲ得ルカ如キハ富籤發賣又ハ授受ニ非サルナリ

第二 富籤契約ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シ籤札ヲ賣却シテ財物ヲ醵集シ抽籤ノ方法ニ依リ當籤者ニ對シテ若干倍額ノ反對給付ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルヲ以テ內容ト爲ス其本質ニ於テハ賭博ノ一種ニ外ナラスト雖モ之ヲ普通ノ賭博ト區別スルヲ立法上ノ慣例ナリトス而シテ之ヲ區別スルノ標準ニ關シテハ學說必シモ一定セス判例ハ或ハ賭博ハ財物ヲ賭スル行爲ニシテ胴元ト賭者トノ間ニ取引ノ關係ヲ有シ二者孰レモ危險ノ負擔ニ任スルニ反シ富籤ハ財物ヲ醵集スル行爲ニシテ其興行者ハ如何ナル場合ト雖モ危險ヲ負擔スルコトナキヲ以テ區別ノ標準ナリトシ(明治三十八年判決錄一一八五頁參照)或ハ抽籤ノ方法ニ依ラス財物ヲ賭シテ偶然ノ利益ヲ僥倖スル所爲ハ普通ノ賭博ナリト說明シテ抽籤ノ有無ヲ以テ標準ヲ定メントス(明治三十三年判決錄第一卷一六頁同三十八年判決錄六八頁及ヒ大正元年同一一七六頁參照)或ハ又危險負擔カ一方的ナリヤ雙方的ナリヤノ點及ヒ抽籤ノ有無カ共ニ(結合的)ニ富籤ト賭博トヲ區別スルノ標準ナリトス(大正三年れ第一六九三號判決及ヒ同六年れ第六八九號判決)

然レトモ危險負擔カ一方的ナリヤ雙方的ナリヤハ必シモ二者區別ノ性質上

ノ標準タル可キモノニ非ス例ヘハ富籤發賣者カ醵集シ得タル財物ヨリモ多額ノ財物ヲ當籤者ニ給付セサルヲ得サルカ如キ場合ニ遭遇スルコトアルモ富籤ニ關スル罪ノ成立ヲ妨クルモノニ非サル可ク(但實際上ニ於テハ富籤發賣者ハ常ニ危險ヲ負擔セサル方法ヲ畫策シテ之ヲ實行スルコト疑ヲ容レス)又抽籤ノ方法ニ依リ當籤者ヲ決スルハ卽チ偶然ノ事實ニ依リ財物得喪ヲ決定スルモノニ外ナラサルカ故ニ抽籤ヲ用フルト否トニ依リ富籤ト賭博トヲ性質上ヨリ區別セントスルモ正確ニアラス予輩ノ見解ニ依レハ富籤モ亦性質上ニ於テ賭博ノ一種ニ外ナラス只法律カ之ヲ區別スルハ實際上ニ於テ富籤ニ在リテハ特ニ抽籤ノ方法ヲ用フルヲ例トシ且其發賣者カ最モ重要ナル地位ヲ占メ不正ナル巨額ノ利益ヲ獲得シ得ル如ク組織セラルルヲ以テ賭博ノ場合ト異リ當事者雙方ノ處分ヲ異ニスルノ必要ニ基キタルモノナリ若シ夫レ强テ普通ノ賭博ト富籤トノ差異ヲ求ムレハ賭博ニ在リテハ當事者ノ雙方カ財物ノ得喪ニ付キ互ニ對等ノ關係ニ於テ財物ノ得喪共ニ偶然ノ條件ニ繫ラシムルモノナルモ富籤ニ在リテハ購買者ハ絕對的ニ無條件ノ給付ヲ爲スニ拘ラス發賣者ハ購買者ヨリ確的ニ先ツ財物ヲ取得シ實際上其取得利益ノ範圍內ニ於テ當籤者ノミニ對シ財物ヲ給付スルノ義務ヲ負フモノニシテ雙方ノ地位カ對等ナラサル點ニ在リ換言スレハ富籤ノ特徵ハ實際上ニ於テ當事者ノ一方ノミカ危險ヲ負擔スルニ在リ法人タル競馬會社ニ非サル者競馬法第六條ノ方法ニ依リ勝馬投票劵ヲ發賣スルカ如キハ明白ニ富籤罪ナリ(四三六頁以下說明參照)

第三 本質上富籤ニ屬スル行爲ト雖モ法令上認許セラルル範圍內ニ於テハ犯罪タラサルコト勿論ナリ.例ヘハ競馬會社カ競馬法ノ規定ニ依リ勝馬投票劵ヲ發賣シ觀客之ヲ買受クルハ犯罪ニ非ス然レトモ同法ノ規定ニ違反スルトキハ同法第十四條乃至第十六條ニ定ムル特別ノ富籤罪ヲ構成スルコト疑ナシ臺灣ニ於テハ嘗テ公益事業ノ爲メニ富籤(彩票)ヲ發賣シタルコトアルモ(明治三十九年法律第七號臺灣彩票ニ關スル件參照)之ヲ內地ニ於テ授受スルコトハ法令ノ認許ノ範圍內ニ屬セサルカ故ニ內地ニ在ル者ヨリ臺灣ニ購買ノ申込ヲ發シ其送付ヲ受ケタル場合ニ於テモ購買者ハ刑法ノ處罰ヲ免レスト

ノ解釋ヲ生シタル爲メ彩票ノ發行ヲ止メタリ

第四 富籤ニ在リテハ購買者ニシテ當籤セサルトキハ其醵出セル財物ニ付テ全ク損失ヲ被ムルヲ以テ特質トスルカ故ニ景品附ニテ商品ヲ賣出シ又ハ福引ニ依リ物品ヲ贈與スルカ如キハ富籤ニ非ス〔註二〕然レトモ景品附賣出ハ僥倖心ヲ喚起スルカ故ニ富籤類似ノ方法ナリト認ムルヲ得ヘシ斯ノ如キ類似方法ニ付テハ明治四十二年內務省令第二十號ニ依リ當該行政官廳ニ於テ之カ禁止又ハ制限ヲ爲スコトヲ得ヘク之ニ違背シタルトキハ同令ニ依リ之ヲ處罰ス可キモノトス

〔註二〕當籤者ニ於テ利益ヲ受クルモ之ト同時ニ當籤セサル者ニ於テ其醵出シタル財物ヲ喪失スルコトナクンハ富籤罪ヲ構成スルモノニテラス(大正三年れ第一六九三號判決)

第四節 處分

第一 舊刑法ハ賭博罪ヲ以テ現行犯ノ場合ニ限リ之ヲ罰ス可キモノト爲シタルモ現行法ニ於テハ現行犯ト非現行犯トヲ分タス普通ノ罪ト同シク之ヲ處分スルコトヲ得ルモノトス

第二 法律ハ常習ニアラサル賭博ハ其弊害重大ナリト爲ス可カラサルノ理由ヲ以テ常ニ罰金又ハ科料ニ處ス可キモノトシ常習者ニ付テハ三年以下ノ懲役ヲ科定シタルモ法律上斯ノ如キ區別ヲ嚴重ニシ實際ノ場合ニ付キ事情ヲ探究シテ普通賭博ニ付テモ自由刑ヲ科スルノ餘地ヲ存セサリシハ正當ニ非サルナリ富籤發賣ニ付テ三千圓以下ノ選擇刑ヲ科定シタルハ利慾心ヲ抑壓セント欲シタルニ由ル、然レトモ此種ノ犯罪ニ付テハ更ニ巨額ノ罰金刑ヲ科定スルノ必要アル可シ

第三 非常習賭博罪ニ付テハ公訴時效ニ關シ特別ノ規定アリ(新刑事訴訟法第二百八十一條第六號參照)

第二十四章 禮拜所及ヒ墳墓ニ關スル罪

第百八十八條 神祠、佛堂、墓所其他禮拜所ニ對シ公然不敬ノ行爲アリタル者ハ六月以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ五十圓以下ノ罰金ニ處ス

各論 本論 第二十四章 禮拜所及ヒ墳墓ニ關スル罪

說教禮拜又ハ葬式ヲ妨害シタル者ハ一年以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ百圓以下ノ罰金ニ處ス

第百八十九條 墳墓ヲ發掘シタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス

第百九十條 死體、遺骨、遺髮又ハ棺内ニ藏置シタル物ヲ損壞、遺棄又ハ領得シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス

第百九十一條 第百八十九條ノ罪ヲ犯シ死體、遺骨、遺髮又ハ棺内ニ藏置シタル物ヲ損壞、遺棄又ハ領得シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

第百九十二條 檢視ヲ經スシテ變死者ヲ葬リタル者ハ五拾圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス

第一節 總說

第一 吾人カ安寧秩序ヲ妨ケス及ヒ臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ自由ヲ有スルハ帝國憲法ノ保障スル所ナリ斯ノ如クニシテ吾人カ自己ノ欲スル所ニ從ヒ信教ヲ奉シ敢テ他ノ妨害ヲ受クルコトナキハ卽チ信教ニ關スル善良ノ風俗ナリ然レトモ信教ノ自由ハ他人ノ信教ノ自由ヲ妨害スル權利ヲ包含セス否斯ノ如キ妨害ハ宗教上ニ於ケル良俗ヲ害スルモノナリ本章ノ規定ハ斯ノ如キ行爲ヲ處罰シテ宗教上ノ良俗ヲ保護スルヲ以テ本旨トス

第二 舊刑法ニ於テハ禮拜所ニ關スル罪ノミヲ以テ風俗ヲ害スル罪ノ一種トス

爲シ死屍毀棄、墳墓發掘等ノ如キハ別種ノ罪ト爲シタルモ此等ノ行爲モ亦宗教上ノ良俗ヲ害スルコト疑ナシ、若シ夫レ變死者密葬ノ如キハ全然犯罪隱蔽ヲ豫防セントスル警察上ノ目的ノ爲メニ之ヲ處罰スルモノニシテ毫モ宗教上ノ感念ニ關スルモノニアラス然レトモ法律カ之ヲ本章中ニ規定シタルハ全ク便宜上ノ理由ニ基ツクモノト解セサルヘカラス

第二節 禮拜所ニ關スル罪

第一 禮拜所ニ對スル不敬罪ハ第百八十八條第一項ニ規定セラル、禮拜所トハ信教上ノ崇拜ノ對象ト爲ル可キ靈體ノ所在ヲ謂フ、法律ノ例示スル神祠、佛堂、墓所ハ勿論、神道教會堂蘇耶教會堂其他宗旨ニ關係ナク一切ノ禮拜所ヲ包含ス、而シテ之ニ對スル不敬行爲ハ禮拜所ノ神聖威嚴ヲ冒瀆ス可キ一切ノ行爲ヲ包含シ公然タルコトヲ要ス蓋信教ハ自由ニシテ法律ハ個人ノ信教ニ干涉セサルカ故ニ一個人ノ內事ニ止ルモノハ之ヲ處罰スル必要ナシト雖モ公然不敬ノ所爲ヲ爲スハ宗教上ノ良俗ヲ害スルモノナルニ因ル、禮拜所ノ堂宇、立像、畫像、墓石、碑文ヲ損壞、除去、汚穢シ神佛ニ對シテ罵詈、嘲弄ヲ爲スカ如キハ卽

チ不敬行爲ノ類例ニ屬ス(神宮皇陵ニ對スル不敬罪ニ付テハ本條ノ適用ナキヲ原則トス)

第二 說敎禮拜又ハ葬式ヲ妨害スル罪ハ同條第二項ノ規定スル所ナリ所謂說敎ハ信敎ニ關スル說話敎道ナリ政治、學術等ノ演說ヲ含マス葬式ハ神式佛式其他何レノ宗敎ニ從フモ總テ之ヲ包含ス妨害ハ說敎、禮拜又ハ葬式ノ平穩ナル執行ヲ妨クル一切ノ手段ナリ、暴行、脅迫等ノ手段ヲ採ルトキハ第五十四條ノ適用アリ妨害シタルモノト云フハ妨害ト爲ル可キ行爲ヲ爲スコトヲ謂フ必シモ說敎、禮拜、葬式等ヲ阻止シテ執行スルコト能ハサラシムルヲ要セス、然レトモ後日ノ說敎、禮拜又ハ葬式ノ妨害ト爲ル可キ準備行爲ヲ爲シタルニ止ルノミニテハ本罪ヲ構成セサルモノト解ス祭事及ヒ其ノ行列ニ對スル妨害ニ付テハ警察犯處罰令ニ罰條アルコトヲ注意ス可シ

第三節 墳墓ニ關スル罪

第一 墳墓發掘罪ハ第百八十九條ニ規定セラル、夫レ墳墓ハ遺骸等ヲ安置シテ死者ヲ記念ス可キ場所ナリ信敎上ノ良俗ヲ保護スルニハ墳墓ノ平安モ亦之ヲ維持スルノ必要アリ是レ本罪ノ規定アル所以ナリ而シテ(一)本罪ニ於ケル行爲ハ公然タルコトヲ必要トセス(二)皇族ノ御墳墓ニ付テハ本罪ヲ構成スルモ歷代天皇ノ御墳墓ニ付テハ第七十四條第二項ノ特別罪ト爲ル(三)豫審判事其他ノ者カ職權ノ行使トシテ發掘スルハ勿論當該官廳ノ許可ヲ得テ改葬ヲ爲ス場合ハ本罪ヲ構成セス然レトモ許可ヲ得サルトキハ死者ノ相續人カ發掘スルモ本罪ヲ構成ス可シ

第二 墳墓ヲ發掘セサルモ將來墳墓ニ安置ス可キ物殊ニ死體、遺骨、遺髮又ハ棺內藏置ノ物ヲ損壞遺棄又ハ領得シタルトキハ之ヲ處罰ス可キモノトス(第百九十條)蓋此種ノ行爲ニ付テハ從來頗ル議論ノ存セル所ニシテ殊ニ其領得所持ノ取得)ハ盜罪ヲ構成スルヤ否ヤカ一ハ所持侵害ノ有無ノ點ヨリ一ハ死體ノ如キモノヲ財物ト認ムル可否ノ點ヨリ、議論ノ焦點タリシト雖モ本條及ヒ第百九十條ノ規定ニ依リ特別罪ノ成立スル以上ハ此等ノ論議モ自ラ消滅セサル可カラス(各論通論第十三章第六節參照)若シ墳墓ヲ發掘シテ死體、遺骨、遺髮又ハ棺內藏置物ヲ損壞、遺棄又ハ領得スルトキハ其刑ヲ加重セラルルモノ

トス(第百九十一條)然レトモ法令ニ依リ解剖ヲ爲シ又ハ火葬ノ爲メ死骸ヲ燒毀スルカ如キハ死體損壞罪ヲ構成セサルコト勿論ナリ(監獄法第七十五條、同法施行規則第百七十九條、明治十八年內務省達甲二號、明治二十一年文部省告示第十號、布告第二十二號等參照)

第三 死體ハ人ノ遺骸ニシテ生命ナキ體軀ナリ此死體ノ一部例ヘハ死體ヨリ割取シタル肝臟脾臟ヲ領得シタルトキハ尙ホ死體領得罪トシテ處分スルコトヲ得ルヤ、之ヲ立法例ニ徵スルニ獨逸刑法ノ如キハ死體領得罪ハ之ヲ第百六十七條ニ規定スルモ死體ノ一部ヲ領得スル行爲ハ之ヲ違警罪トシテ第三百六十七條第一號ニ規定シタルカ其他ノ立法例ニ在リテハ死體領得行爲ト死體ノ一部ヲ領得スル行爲トヲ明文上同一ニ處分スルモノ少カラス(獨逸改正草案第百五十八條亦然リ)從テ此等ノ立法ニ在リテハ前示ノ疑問ヲ生スルコトナシト雖モ我刑法ニ於ケルカ如ク此點ニ付テ明示ヲ缺ケル場合ニ於テハ何レノ解釋ヲ採ル可キカ一ノ疑問タルヲ免レサルナリ蓋第百九十條及ヒ第百九十一條ニ於テ死體ト遺髮及ヒ遺骨トヲ區別シテ列記シタルニ由テ之ヲ觀ルトキハ死體トハ身體ノ主要ナル形體カ組織的ニ連絡セルモノヲ指稱スルモノニシテ遺髮又ハ遺骨ノミヲ死體ト稱スルコト能ハサルト等シク分離サレタル手足又ハ臟機ノミヲ死體ト爲スヲ得サルノ觀アルモ法律カ既ニ遺髮、遺骨ヲ死體其モノト同樣ニ保護スル點ヨリ觀察スルトキハ死體ノ一部ヲ不問ニ付スルノ趣旨ナリト解スルコト失當ナルカ故ニ死體ノ一部ハ遺髮及ヒ遺骨ヨリモ更ニ一歩ヲ進メテ死體其モノト同一視スルヲ適當ナリトス可シ

第四 關連シテ研究ス可キハ死體ノ遺灰ニ關スル問題ナリ曾テ我大審院ニ於テハ人ノ遺骨カ刑法第百九十條ノ意義ニ於テ之ヲ侵害スルコトヲ許ササル法益タルカ爲メニハ死者ノ祭祀又ハ記念ノ爲メ之ヲ保存シ又ハ保存ス可キモノタルコトヲ要シ死者ノ遺族其他遺骨ヲ處分スル權限ヲ有スル者カ風俗慣習ニ從ヒ正當ニ之ヲ處分シタルモノハ此性質ヲ有セサルヲ以テ之ヲ領有スルモ同條ノ犯罪ヲ構成スルコトナシ而シテ死者ノ遺族其他葬式ヲ擧行スル者カ死者ノ遺骸ヲ火葬ニ付スル場合ニ於テハ灰燼ニ歸シタル遺骨ハ全部

之ヲ拾集スルコトヲ得スシテ多少其現場ニ遺留スルハ數ノ免レサル所ナルヲ以テ其儘之ヲ放擲スルハ風俗慣習ニ於テ禁セサル所ニシテ此種ノ遺骨ハ他ノ砂塵ト等シク之ヲ遺棄シ又ハ猥リニ之ヲ領得スルハ道義上ノ見地ニ於テ厭フ可キモノナリトスルモ本條ノ犯罪ヲ構成ス可キモノニアラスト說明シタルカ(明治四十三年れ第一六四六號判決、同年判決錄一六〇八頁)、此判決ニ關シテハ左ノ疑問ヲ生ス可シ

一　遺骨カ全ク灰燼ニ歸シタルトキハ尙ホ之ヲ遺骨ト稱スルヲ得ルヤ否ヤ

蓋人ノ死體カ灰燼ニ歸シタルトキハ既ニ死體タルヲ得サルト同シク遺骨カ全ク骨狀ヲ失ヒ灰燼ト爲リタルトキハ既ニ遺骨ト云フヲ得サルニアラサルカ

二　遺灰ハ遺骨ニ非ストセハ全然骨狀ヲ留メサル遺灰ヲ領得スルモ刑法第百九十條、第百九十一條ヲ適用スルヲ得サルニ非サルカ而シテ之ヲ罰ス可カラサルハ火葬ヲ行フ者カ道義上ノ見地ニ於テ厭フ可キニ拘ラス正當ニ之ヲ處分シ得ルニ由ルニアラスシテ罰條ノ不備ニ因ルモノニ非サルカ

三　反之苟クモ骨狀ヲ留ムル遺骨ハ道義上ノ社會的觀念ニ從ヒ全部之ヲ拾得スルノ義務アリト認メ若シ故意ニ之ヲ遺留スルトキハ遺棄罪ヲ以テ問フ可キニアラサルカ但他ノ灰燼ト混同シ拾收不能ニ歸シタルモノヲ遺留スルハ事實上已ムヲ得サルニ由ルモノナレハ之ヲ罰ス可カラサルハ勿論ナルモ之ヲ以テ斯ノ如キ事實上ノ障碍ナキ部分ヲ遺留スルコトモ亦風俗慣習上正當ニ爲シ得ルモノト斷定スルノ論據ト爲スヲ得ルカ

要スルニ我刑法ノ規定ハ遺灰ニ關シ不備タルコトヲ免レサルナリ將來ニ於テハ伊國刑法第百四十四條、獨逸改正草案第百五十八條、墺國草案第二百四十九條ニ於ケルカ如ク遺灰(Cenre, Asche eines Toten.)ヲモ死體遺骨遺髮等ト共ニ列記スルヲ適當ナリトス

第五　行爲ノ態樣ハ損壞遺棄及ヒ領得ナリ損壞トハ物質的ノ侵害ヲ意味スルモノナリ第二百六十一條ノ罪ニ付テ說明スル如ク廣ク物ノ效用ヲ害スル一切ノ場合ヲ包含スルモノト解スルヲ得サル可シ、遺棄ハ第二百十七條、第二百十八條ニ於ケル遺棄ト稍類似ノ概念ニ依ル可キモノニシテ法令又ハ慣習ニ

依リ葬式ヲ行ハスシテ死體等ヲ或場所ニ放遺又ハ放棄スルヲ謂フ死體等ヲ自己ノ家宅内又ハ荷物中ニ保管シテ隱匿スルカ如キハ警察犯處罰令第二條第三十四號ノ隱匿罪又ハ擬裝罪ヲ構成スルモ遺棄ノ罪ヲ構成セス反之死體ヲ其ママ土中ニ埋置スルカ如キハ遺棄罪ノ構成ヲ妨ケスト雖モ單ニ許可ヲ得サル點ニ於テ不法ナルニ止リ慣例上ノ葬儀ヲ營ミタルモノナルトキハ第百九十二條ノ罪ヲ構成スルコトアルモ遺棄罪ヲ構成スルモノニアラス、死體等ノ領得罪ハ他人ノ保管ヲ犯シ又ハ死體等ノ安置セラレタル墓所等ヲ犯シテ其所持ヲ取得スルニ因リテ成立スルモノトス

第六 檢視ヲ經スシテ變死者ヲ葬リタル罪ハ第百九十二條ニ規定ス、變死者トハ自然的ノ疾病以外ノ原因ニテ死亡シタル者ヲ謂フ變死者ナルヲ知リツツ當該公務員ノ檢視ヲ經ス之ヲ葬リタルトキハ土葬シタルト火葬シタルトヲ分タス本罪ヲ構成ス(前掲布告、明治八年太政官達第二十九號、行政警察規則第二十條、同十三年達官廳内、官有工場及ヒ艦船等ニ於ケル變死者檢視手續、監獄法施行規則第百七十七條、新刑事訴訟法第百八十二條參照)

通論 第九

法典第二十五章瀆職ノ罪ハ如何ナル性質ヲ有スルモノナルカ舊刑法ハ之ヲ公益ニ關スル罪ノ一種トシテ分類シ前改正草案及ヒ法典ハ之ヲ單章トシ公共的性質ヲ有スル諸種ノ犯罪ト主トシテ私益ニ對スル罪ナリト認メラルル諸種ノ犯罪トノ中間ニ之ヲ配置シタリ而シテ前改正草案カ「公權ニ對スル罪」ノ中ニ之ヲ分類セサリシハ其性質カ獨リ國權ニ對スル關係ヲ有スルニ止ラスシテ尚ホ私人ニ對スル關係ノ存スルコトヲ認メタルニ因ル可キカ、蓋職權濫用罪ノ如キハ之ヲ一面ヨリ觀察スレハ官職ノ濫用ハ國權ノ信用ヲ害スルカ故ニ卽チ國權ニ對スル罪ナリト認ム可ク之ヲ私人ニ對スル關係ヨリ觀レハ卽チ身體ニ對スル罪タルノ性質ヲ有スルコト明カナリ、收賄行爲モ亦同樣ニシテ一面ニ於テ職務上ノ義務違反タルト同時ニ他ノ一面ニ於テハ之カ爲メニ國權ノ威嚴ト信用トヲ毀損シ私人ヲシテ不安ノ念ヲ抱カシムルモノナリ、職務上ノ義務ニ違反シ又ハ職務上ノ地位ヲ汚スモ内部ノ關係ニ止ル行爲ハ懲戒ノ問題ヲ生スルノミ

ニシテ本罪ノ概念ヲ具備セサルナリ而シテ上叙ノ見地ヨリ觀察スレハ彼ノ第百三十八條ノ罪ノ如キモ亦瀆職罪トシテ本章中ニ規定スルヲ妨ケサルカ如シ其他第百五十六條ノ罪ノ如キモ同樣ナリ、然レトモ本章ノ規定ハ上叙ノ關係ヲ有スル一切ノ罪ヲ網羅シタルモノニ非サルコトヲ注意ス可シ(陸海軍刑法ニ於ケル擅權罪及ヒ辱職罪ノ如キモ亦一種ノ瀆罪ナリト認ムルヲ得ヘシ)

第二十五章　瀆職ノ罪

第百九十三條　公務員其職權ヲ濫用シ人ヲシテ義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ行フ可キ權利ヲ妨害シタルトキハ六月以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス

第百九十四條　裁判、檢察、警察ノ職務ヲ行ヒ又ハ之ヲ補助スル者其職權ヲ濫用シ人ヲ逮捕又ハ監禁シタルトキハ六月以上七年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス

第百九十五條　裁判、檢察、警察ノ職務ヲ行ヒ又ハ之ヲ補助スル者其職務ヲ行フニ當リ刑事被告人其他ノ者ニ對シ暴行又ハ陵虐ノ行爲ヲ爲シタルトキハ三年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス

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ニ對シ暴行又ハ陵虐ノ行爲ヲ爲シタルトキ亦同シ

第百九十六條　前二條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テ處斷ス

第百九十七條　公務員又ハ仲裁人其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ要求若クハ約束シタルトキハ三年以下ノ懲役ニ處ス

一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス因テ不正ノ行爲ヲ爲シ又ハ相當ノ行爲ヲ爲ササルトキハ前項ノ場合ニ於テ收受シタル賄賂ハ之ヲ沒收ス若シ其全部又ハ一部ヲ沒收スルコト能ハサルトキハ其價額ヲ追徵ス

第百九十八條　公務員又ハ仲裁人ニ賄賂ヲ交付、提供又ハ約束シタル者ハ三年以下ノ懲役又ハ三百圓以下ノ罰金ニ處ス

前項ノ罪ヲ犯シタル者自首シタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

第一節　職權濫用罪及ヒ陵虐罪

第一　職權濫用罪ハ第百九十三條乃至第百九十四條ニ規定スル所ナリ、其主體ハ公務員ニシテ其行爲ハ其一般的職權ノ範圍ニ屬スル事項ニ關シ具體的ニ職務執行ノ條件具ハラサルニ拘ラス名ヲ職務行爲ニ託シテ不法行爲ヲ爲シ又ハ爲ス可キコトヲ以テ脅嚇スルニ在リ例ヘハ被告人、證人等ニ對シ召喚狀ヲ發シ之ヲ裁判所其他ノ場所ニ出頭セシムルハ豫審判事ノ一般的職權ニ屬

スル處分ナルモ被告ト爲リ居ラサル特定人ニ對シ己ノ私怨ヲ報フル爲メ勾留狀ヲ發シ其自由ヲ拘束スルカ如キハ具體的ニ職權ヲ不法ニ利用スルモノニシテ卽チ職權濫用ナリ又職權行爲ハ土地ノ管轄ニ依テ制限セラルルコトアリ具體的ニ此範圍ヲ脫スル行爲モ亦職權濫用タルヲ免レサル可シ然レトモ如何ナル職權カ此制限ニ服ス可キカハ研究ヲ要スル問題ナリ反之一般的職權ヲ有セサル者ハ又之ヲ濫用スルヲ得ス例ヘハ執達吏カ債務不履行者ヲ逮捕シ官公立學校ノ職員カ授業料滯納者ヲ監禁スルカ如キハ通常ノ不法逮捕監禁罪ヲ構成スルモ職權濫用罪ヲ構成スルモノニ非ス

職權濫用ト認メラルル行爲ハ故意ニ出ツルモノナルコトヲ要ス客觀的ニ職務權限ヲ超脫セル場合ト雖モ職權濫用ノ故意アルニ非サレハ本罪ヲ構成スルコトナシ抑〻公務員ハ其職務ヲ行フニ當リ特定ノ場合カ自己ノ一般的職權ノ範圍ニ屬スルヤ否ヤニ付テ其職務ノ性質ニ應シテ多少ノ裁量權ヲ有スルモノナルカ故ニ公務員カ誠實ニ職務上ノ裁量ニ依リ具體的ニ職務執行ノ原由ト爲ル可キ事實ノ存在スルコトヲ認メテ其一般的職權ニ屬スル行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ職務行爲タルニ外ナラス從テ斯ノ如キ場合ニハ職權濫用ノ行爲アリト認ムルヲ得サルナリ尙ホ此點ニ關シ公務執行妨害罪ニ關スル說明ヲ參照スルコトヲ要ス

第二　公務員職權ヲ濫用シ人ヲシテ義務ナキコトヲ行ハシメ又ハ行フ可キ權利ヲ妨害スル罪（第百九十三條）――通則的ノ職權濫用罪ニシテ主體ハ一般ノ公務員ヲ包含シ行爲ハ次條ニ於ケルカ如ク限定セラレス行フ可キ權利ヲ妨害スルトハ權利ヲ行使スルコトヲ妨害スルヲ謂フ例ヘハ執達吏カ職權ヲ濫用シテ他人ノ財產ヲ差押ヘ其使用ヲ妨害スルカ如キ又ハ警察官吏カ職權ヲ濫用シ人ノ營業ヲ停止スルカ如キ其他ノ類例枚擧スルニ遑アラス但權利ノ目的物ヲ損壞スルトキハ他ノ罪ヲ構成スルニ至ル可シ義務ナキコトヲ行ハシムルトハ一定ノ作爲ヲ爲ス可キ義務ヲ有セサル者ヲシテ其作爲ヲ爲サシムルヲ云フ例ヘハ公務員其職務上ノ命令權ヲ濫用シ下官ヲ自己ノ私務ノ爲メニ使役スルカ如キ又ハ徵兵官カ其職權ヲ濫用シ身體檢査不合格者ヲシテ兵役ニ就カシムルカ如キ或ハ又豫審判事カ職權ヲ濫用シ犯罪ニ關係ナキ者

ヲ被告人トシテ召喚シ裁判所ニ出頭セシムルカ如キ是レナリ又徴税吏カ故意ニ正數以上ノ税金ヲ賦課シテ納付セシムルカ如キモ之カ一例タリ最近判例ニ曰ク町會議員タル者戸數割等差配當案ヲ議スルニ當リ自己ト同一政派ニ屬スル他ノ町會議員若干名ト共謀シ其町ニテ從來認メ來リタル差別等級ヲ變更ス可キ事由ナキニ拘ラス故意ニ反對政派ニ屬スル者若クハ自己ニ快カラサル者ニ對スル等級ヲ引上ケ町會議決ノ效力ニ依リ其者ヲシテ過當ノ課税ヲ負擔シ竟ニ其納付ヲ爲スノ已ムヲ得サルニ至ラシメタル行爲ハ公務員其職權ヲ濫用シ人ヲシテ義務ナキコトヲ行ハシメタルモノニ該當シ刑法第百九十三條ノ罪ヲ構成スルモノトスト(大正十一年れ第一〇八一號同年十月二十日第一刑事部判決)

前述ノ如ク一般ニ公務員タル者ハ本罪ノ主體タルヲ得ルモ或種類ノ作爲不作爲ヲ命スル權限ヲ有シ必要ナル場合ニハ直接又ハ間接ニ之ヲ强制シ得ル權限ヲ有スル公務員ニ非サレハ本條ニ於ケル職權濫用罪ヲ犯スコトヲ得サル可シ然レトモ實際上被害者ニ對シ要求ニ應セサレハ强制力ヲ用フ可キ旨ヲ告知スルコトヲ要セサルモノト解セサル可カラス又暴行脅迫ヲ用フルコトハ本罪ノ要素ニ屬セス

第三 裁判、檢察、警察ノ職務ヲ行ヒ又ハ之ヲ補助スル者職權ヲ濫用シ人ヲ逮捕又ハ監禁スル罪(第百九十四條)――特種ノ職權濫用罪ニシテ其主體及ヒ行爲共ニ前條ニ比シテ特定的ナリ。裁判ノ職務ヲ行フ者トハ判事、領事等ニシテ其補助者ハ書記、領事館員等ナリ、檢察官トハ犯罪檢舉ノ職務ニ從事スル官吏ナリ官制上檢察官ト云フ名稱アル官吏ニ限ル可カラス警察職務ヲ行フ者トハ主トシテ警察官及ヒ憲兵ノ將校下士ヲ謂フ其補助者ハ巡査憲兵卒等ナリ[註]此等ノ公務員ハ一般ニ人ヲ(犯人ヲ)逮捕監禁ス可キ命令ヲ發シ又ハ其命令ヲ執行ス可キ職務ヲ有スルモノニシテ斯ノ如キ職權ヲ濫用スルニ於テハ良民ノ自由ヲ侵害スルニ容易ナル地位ヲ有スルカ故ニ法律ハ通常人カ逮捕監禁罪ヲ犯ス場合(第二百二十條)ニ比シ其情重シト認メ特別罪トシテ處分スルモノナリ

[註] 巡査ニシテ權限アル者ノ命令ニ基キ犯罪搜査ノ補助ヲ爲ス場合ニハ

警察事務ノ補助者ナリ(大正六年判決錄一五五〇頁參照)而シテ巡査ハ警察ニ關シテ一般的權限ヲ有スルカ故ニ便宜上內勤外勤特務等ノ區別ヲ爲シタレハトテ特務巡査ハ刑事巡査ノ職務ヲ執行スルノ權限ナキモノトスルヲ得ス(同上九一三頁參照)

第四 裁判、檢察又ハ警察ノ職務ヲ行ヒ又ハ之ヲ補助スル者其職務ヲ行フニ當リ刑事被告人其他ノ者ニ對シ暴行又ハ陵虐ノ行爲ヲ爲ス罪(第百九十五條第一項)――「其他ノ者」ニハ證人、參考人等ヲ始メトシ裁判、檢察、警察ノ職務ヲ行フニ付キ受働者ト爲レル一切ノ人ヲ包含ス暴行ハ身體ニ對スル不法ノ腕力ナリ陵虐ハ陵辱虐待ナリ例ヘハ飲食又ハ衣服ヲ屏去シ、必要ナル睡眠ヲ妨ケ、脅迫ヲ爲シ、婦女ニ醜辱ヲ加フルカ如キハ陵虐行爲ノ著シキモノナリ此等ノ行爲ハ罪狀ヲ陳述セシムル爲メニ行ハルルヲ以テ最モ多シト爲ス(拷問)ト雖モ必シモ斯ノ如キ場合ニ限ルモノニ非ス例ヘハ巡査カ其逮捕シタル犯人ヲ現場ニテ毆打スルカ如キ場合ヲモ包含ス、而シテ法律ハ本條第二項ニ於テ被拘禁者ヲ看守又ハ護送スル者之ニ對シ暴行又ハ陵虐ノ行爲ヲ爲ス場合モ第一項ト同等ノ罪ヲ構成ス可キモノトス被拘禁者ニ付テハ法典第六章逃走ノ罪ニ關スル說明ヲ參照ス可シ、被拘禁者ヲ看守又ハ護送スル者ニハ當ニ司獄吏員ノミニ限ラス被拘禁者ノ看督者及ヒ押送者一切ヲ包含ス

第五 前叙ノ逮捕、監禁、暴行又ハ陵虐行爲ニ因テ人ヲ死傷ニ致シタルトキハ傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處斷セサル可カラス(第百九十六條)

第二節 賄賂罪

第一 賄賂罪ハ公務執行ノ公正ヲ危害スル行爲ヲ以テ實質トスルモノナリ然ラハ賄賂トハ何ソ、曰ク不法ノ報酬ナリ、受賄者ノ財產上ノ地位ヲ改進セシムル條件ノ利益タルヲ必要トセス一時ノ饗應ニ供セラルル飲食品ノ類モ亦賄賂タルヲ妨ケストスルヲ以テ通說トス然レトモ勞力又ハ淫行上ノ快樂ヲ含有スルヤ否ヤ疑問ナリ、一說ニ依レハ不法ノ報酬タル可キ一切ノ利益ハ賄賂タルヲ得ヘク必シモ交付又ハ收受セラレ且價格ノ見積ラレ得ル有體物ニ限ルモノニ非ス斯ノ如キ有體物ニ非スト雖モ之ヲ提供シ約束シ實行スルコトヲ得ルモノハ賄賂タルヲ妨ケサルカ故ニ勞力又ハ淫行ノ約束ヲ爲シタルカ

如キハ賄賂ノ約束タルヲ得ヘシト爲シ他ノ一說ニ依レハ賄賂罪ノ規定ハ新律綱領改定律例ノ官吏受財條例ヨリ移傳シタルモノニシテ又現行法ノ文意ニ徵スルモ要求又ハ約束セラルル賄賂ハ結局收受セラレ得ルモノタルコトヲ要スルモノト解ス可ク從テ又收受セラレタル場合ニ於テ價格ヲ見積リ得ルモノタルヲ要スルカ故ニ賄賂ハ財物ニ限ルモノナリトス判例ハ第一說ヲ採用シ苟クモ一ノ慾望ヲ充タスニ足ル可キ有形無形ノ一切ノ利益ハ經濟上ノ價格ヲ有スルト否トヲ問ハス其贈收ニ依リ公務執行ノ公正ヲ害スルノ虞アルカ故ニ何レモ皆賄賂ナリトシ第百九十七條第二項ハ賄賂カ價額ニ見積リ得ヘキ場合ノミニ關スル規定ナルヲ以テ此規定アルヲ理由トシテ賄賂ハ經濟上ノ價値ヲ有スルモノニ限ルト爲スヲ得サルモノトセリ(大正三年れ第二三八三號判決同年判決錄一九九二頁然リ而シテ金錢消費貸借ニ於テハ借主ハ其金錢ヲ消費スル權利ヲ得ルモノナレハ縱令其利子其期限等特別利益ノ事情存セサルモ金融ノ利益ヲ得ルモノト謂フ可ク其利益ハ賄賂ノ目的タルコトヲ得ルモノトス(大正七年判決錄一四三八頁參照、尙ホ大正八年れ第一八〇八號同九年十二月十日宣告判決第百二十四點判旨亦同趣旨ナリ)

然レトモ賄賂ハ職務行爲ニ對スル不法ノ報酬タルコトヲ要スルカ故ニ職務ニ關セサル通常ノ贈答品ハ賄賂ニ非ス其職務ニ關スルヤ否ヤハ裁判所ノ認定ス可キ事項ナリ但職務行爲ニ對スル報酬ナリト雖モ不法ナラサルモノ(例ヘハ俸給、法令ノ認メタル手數料)ハ賄賂ニ非サルコト勿論ナリ

賄賂罪ヲ分チテ收賄罪(Bes. pass. Bestechung.)及ヒ贈賄罪(Bes. aktive Bestechung.)ト爲ス舊刑法ニ於テハ收賄罪ノミヲ認メタリ(特別法ハ問題外トス)ト雖モ現行法ハ贈賄罪ヲモ併セテ規定ス而シテ瀆職罪(職務犯)ヲ固有ノモノト準似ノモノトニ區別スルモノトセハ收賄罪ハ前者ニ屬ス

第二 收賄罪ハ公務員又ハ仲裁人カ其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ要求若クハ約束スルニ因テ成立ス(第百九十七條第一項前段)

一 公務員ハ其種類及ヒ階級ノ如何ヲ問ハス皆本條ノ罪ノ主體タルヲ得ルモノトス從テ獨立ノ權限ヲ有スルト否トヲ區別スルコトナシ例ヘハ鐵道輸送ニ關シ運賃割引ノ特約ヲ許可スル職權ヲ有セサル官吏ト雖モ其職權

ヲ有スル上司ノ指揮ノ下ニ其關係事項ヲ取扱フノ職務ヲ有スル以上ハ本條所謂公務員タルコト勿論ナリ(大正八年れ第一九六八號判決參照)仲裁人ハ當事者間ニ和解ヲ爲シ得ル權利關係ノ爭議ニ付キ判斷ヲ爲ス爲メ法令ノ規定ニ從ヒ職務ヲ行フ者ナリ、法令ニ依ラスシテ紛議ノ示談ニ盡力スル調停者ヲ包含セス(同趣旨判例アリ、大正五年判決錄三五頁參照)特別法ニ於ケル賄賂罪ニ在リテハ其主體カ公務員タルヲ要セサルモノアリ、例ヘハ取引所法第三十二條ノ二及ヒ三ニ規定スル罪ノ如キ是レナリ

二　賄賂ヲ收受スト云フハ賄賂ノ交付ヲ受クルノ義ナリ約束スルト云フハ申込ヲ聽許スルナリ、要求スト云フハ自ラ進ンテ賄賂ノ交付約束ヲ促スナリ、要求又ハ約束シタル後其目的物ヲ收受スルモ一罪ナリ

三　賄賂ノ收受等ハ職務ニ關スルコトヲ要ス公務員ノ職務トハ其地位ニ伴ヒテ公務トシテ取扱フ可キ一切ノ事務ヲ謂フモノニシテ獨立決裁ノ權限ノミヲ指スモノニアラス(註一)而シテ賄賂ハ此職務行爲ニ對スル對價タルノ關係アルヲ要ス故ニ征役中ノ軍人ニ贈呈スル慰勞品ノ如キハ賄賂タルノ條件ヲ具ヘス然レトモ其職務行爲ノ適法ナルト違法ナルトヲ區別セス蓋適法ナル職務行爲ニ對シテモ不法ノ利益ヲ受クルハ瀆職タルヲ免レサルモノトス

其職務行爲カ賄賂ノ約束ニ起因スルト將タ之ニ先ツトハ此犯罪ノ成立ニ影響ナシトスルヲ以テ通說トス(**リスト**一七九章參照)是レ舊刑法ノ解釋ト大ニ趣ヲ異ニスル點ナリ舊刑法ハ官吏カ人ノ囑託ヲ受ケ賄賂ヲ收受シ云云ト規定シタルカ故ニ賄賂ノ豫約ヲ要スルモノト解セラレ舊刑法時代ノ判例ハ「官吏カ人ノ請託ニ基キ職務ヲ執行シタル後謝禮トシテ金錢ヲ收受シタル事實アルモ其金錢ノ授受タル全ク事後ノ事ニ屬シ事前ニ於テハ何等金錢ノ授受ニ關スル豫約ナカリシ場合ニ在テハ收賄罪ヲ構成セス」ト說明シタリ(明治三十六年判決錄一六〇九頁參照)ト雖モ現行法ノ解釋ニ付テハ然ラス判例ニ云ク「凡ソ收賄罪ハ利益ト職務行爲トノ間ニ給付ト反對給付トノ關係アルヲ以テ足ルモノニシテ公務員カ職務ニ關シ關係者ノ請託ヲ容レタルコトヲ要スルモノニ非スト」(大正三年れ第五七四號判決)又曰ク收賄罪ノ成立ニハ賄賂ノ授受ニ先チ請託關係ノ存在スルコトヲ要セス(大正十二年れ第五六九號同年五月二十六日第三刑事部判決)ト我古法ノ精神亦同シ(註二)但**ビンディング**ハ我現行法ト同趣旨ナル獨逸刑法ノ解釋トシテ

モ事後ノ賄賂ハ職務ノ公正ヲ害スルノ危險ナシトノ理由ヲ以テ賄賂ノ約束カ職務行爲ニ先ツコトヲ要スルモノト解セリ(同氏刑法各論七一三頁參照)然レトモ法律カ賄賂罪ヲ處罰スルハ獨リ公務員ニ對シテ公正ナル職務執行ヲ要求スルニ止ラス此職務上ノ公正ニ對スル社會ノ信頼ヲ保護スルノ必要ニ基クコト疑ヲ容レス然ルニ公務員ニシテ職務ニ關シテ賄賂ヲ受クルコトアランカ上叙ノ信頼ヲ害スルコト受賄行爲ト職務執行トノ前後ニ因リテ差別アル可カラサルカ故ニ判例ノ見地ヲ支持スルヲ以テ正當ナリトス

四　收賄ハ現在ノ職務ニ關スルコトヲ要スルカ故ニ官吏辭職後又ハ轉職後(例ヘハ官吏カ議員ト爲ル)ニ於テ前職務ニ關シ賄賂罪ヲ犯スヲ得ス,同趣旨判例アリ曰ク公務員其資格ヲ失ヒタル後在職中ノ職務行爲ニ關シ他人ニ報酬ヲ要求シ又ハ他人ヨリ之ヲ收受スルモ其行爲ハ刑法第一九七條ノ罪ヲ構成セス(大正十一年れ第一〇八一號同年十月二十日第一刑事部判決)トヲ然レトモ事務分配上單ニ其職務擔任ノ場所ヲ變更セラルル場合ハ之ト同一視ス可キモノニアラス例ヘハ鐵道院技手カ或工區ノ工事監督ヲ行ヒ其後他ノ工區工事監督ヲ爲スニ至リタル後前工區工事監督事務ニ關シテ謝

禮ヲ受クルカ如キハ本罪ノ成立上影響ヲ有セサルモノトス(大正六年判決錄七四七頁)尙ホ其後ニ同趣旨判例アリ曰ク公務員カ一縣內ノ甲土木管區ヨリ乙管區ニ轉勤シタル後甲管區ノ工事監督ニ關シ不法ニ報酬ヲ受ケタルトキハ賄賂收受罪ヲ構成スト(大正十年れ第二一〇六號同十一年四月一日第三刑事部判決)

五　職務事項ハ特定シ若クハ特定シ得ヘキモノタルコトヲ要セス(同五年同一八四九頁)加之職務事項未タ存在セス又ハ職務分配未定ノ爲メ擔任未必ノ狀態ニ在ル場合ト雖モ其事項發生後之ヲ分擔處理シ得ヘキ地位ニ在ル公務員ハ將來ノ職務ニ關シ賄賂收受罪ヲ犯スコトヲ得ルモノトス(同五年同八八四頁參照)

六　賄賂ニ因テ不正ノ處分ヲ爲スコトハ本罪成立ノ要件ニアラス然レトモ因テ不正ノ行爲ヲ爲シ又ハ相當ノ行爲ヲ爲ササルトキハ加重ノ罪ト爲ルコト第百九十七條第一項後段ノ規定ニ明カナリ(註三)而シテ不正ノ處分トハ職務ニ違反スル一切ノ行爲ヲ謂フモノニシテ單ニ外部ニ對スル職務上ノ處分行爲ニ局限ス可キモノニアラス從テ例ヘハ上官ニ對スル內部ノ事務取扱上署名捺印シ又ハ自己ノ品位ヲ隱祕スルカ如キモ所謂處分ニ屬ス

（大正六年判決錄一一二五頁參照若シ不正處分カ背任罪ノ要件ヲ具備スルトキハ第五十四條ノ適用アリ例ヘハ官吏カ收賄ノ結果贈賄者ヲシテ稅金ノ一部ヲ逋脫セシメ因テ府縣ニ租稅額ニ相當スル損害ヲ生セシメタル場合ノ如キ是レナリ（大正八年判決錄一〇二九頁參照）

七　私法上ノ效果ヲ生ス可キ法律行爲ヲ爲スコトモ職務タルヲ得ルモノトス例ヘハ鐵道運輸事業ノ經營ニ關シ官吏トシテ之ニ從事スル者カ運送ニ關シ相手方ト私法上ノ效果ヲ生ス可キ取引ヲ爲スコトハ其職務ニ外ナラス從テ其取引ニ關シ不法ノ利益ヲ受クルハ賄賂罪タル可シ（大正八年判決錄一三八八頁參照）

〔註一〕上官ノ指揮ヲ受ケ特許實用新案意匠商標ニ關スル審査ニ從事スルヲ職務トスル特許局審査官補ニ對シ其職務ニ關シ賄賂ヲ贈與スル行爲ハ贈賄罪ヲ構成シ其者カ査定ノ權限ヲ有セサルコトハ贈賄罪ノ成立ニ妨ナキモノトス（大正十一年れ第一二一五號同年十月二〇日第一刑事部判決）

〔註二〕大寶律職制律云、凡有事先不許財、事過之後而受財產、事若枉、準枉法論、事不枉者、以受所臨監財物論。新律綱領亦同旨ノ規定ヲ設ケタリ

〔註三〕不正處分ヲ爲スハ古法ニ所謂枉法ナリ職制律云、凡監臨之官、受財而枉法者、一尺杖八十、二端加一等三十端絞。不枉法者、一尺杖七十、三端加一等、四十端加役流。新律綱領亦枉法不枉法ノ罪ヲ定メタリ

第三　贈賄罪ハ公務員又ハ仲裁人ニ賄賂ヲ交付、提供又ハ約束スルニ因テ成立ス（第百九十八條）。本罪ノ規定ハ收賄罪ト相表裏スルモノニシテ分割スルヲ得ス、故ニ本條ニ特ニ明言セスト雖モ贈賄ハ公務員又ハ仲裁人ノ職務ニ關スルコトヲ要スルモノト解セサル可カラス

交付ハ占有ヲ相手方ニ移スナリ但相手方自身ニ手渡シスルヲ要セス例ヘハ相手方ノ家族ニ交付シ相手方カ之ヲ知リテ返還セサルトキハ一方ニ交付アリ他ノ一方ニ收受アルナリ、提供ハ收受ヲ促スノ意思表示ヲ爲スヲ以テ足ル、公務員カ目的物ヲ現實ニ收受シ得ル狀態ニ置クヲ要スルモノニアラス（同趣旨判例アリ、大正七年判決錄二〇六頁參照）約束ハ先方ノ要求ヲ諾シ又ハ進ンテ將來ノ交付ヲ約スルナリ而シテ贈賄モ亦不法ナルコトヲ要スルハ勿論ニ

シテ法令ニ依リ手數料ヲ支拂フカ如キ場合ヲ含マス、犯人自首シタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得(第百九十八條第二項)〔註四〕

〔註四〕贈賄罪ハ前述ノ如ク舊刑法ノ認メサル所ナリト雖モ我古法ニ於テハ本罪ニ關スル規定ヲ設ケタリ職制律云、凡有レ事以レ財行求、得レ枉レ法者、坐レ贓論、不レ枉レ法者減二等、云云。德川氏御定書云、公事諸願其外請負事等ニ付テ賄賂指出候者並取持致候者輕追放、但賄賂請候者其品相返於申出ニハ賄賂指出候者並取持致候者共ニ村役人ニ候ハバ役儀取上平百姓ニ候ハバ過料可ニ申付一事。

第四 賄賂ノ授受アリタル場合又ハ其合意約束ノ成立シタル場合ニハ受賄者ト贈賄者トハ共犯關係ヱ立ツモノト解ス可ク卽チ此場合ニ於ケル賄賂罪ハ必要的ノ共犯ナリ然レトモ要求又ハ提供ヲ受ケタル相手方カ之ヲ拒絕シタルトキハ要求者又ハ提供者ノミ罪責ヲ負フ可ク相手方ニ犯罪ノ成立ヲ認ム可カラサルハ勿論ナリ

第三節 處分

第一 處分ニ付テハ各本條ノ規定ヲ視ル可シ、職權濫用罪ニ對スル科刑ハ比較的ニ輕シ、而シテ懲役ト禁錮トヲ擇一的ニ科定シタルハ罪情多樣ニシテ或ハ公務員自己ノ私情ニ因テ之ヲ犯ス場合アリ或ハ職務ニ忠實熱心ナルノ致ス所ニ外ナラサル場合アルカ如キ情狀大ニ異ル所アルニ因ル、舊刑法ニ於テハ監禁日數十日ヲ加フル毎ニ刑一等ヲ加フルノ規定アリタルモ現行法ハ刑期ノ範圍ヲ擴張シ各場合ノ情狀ニ因リ適宜ノ刑ヲ科セシムルノ趣旨ニテ煩瑣ナル處分法ヲ明規セス然リ而シテ法律カ收賄ノ結果不正ノ處分ヲ爲シタル場合(第百九十七條第一項後段)ニ付テ刑ヲ重クシタルハ其罪狀相當ノ處罰ナリト謂ハサル可カラス

贈賄罪ニ付キ犯人自首シタル場合ニ刑ノ減免ノ認メタルハ贈賄者ノ自首ニ因テ收賄ノ事實ヲ發見シ之ヲ嚴罰シテ收賄ノ弊ヲ豫防スルカ爲メ自首ヲ促スノ方策ニ基ケルモノナリ、自首カ總則ニ規定スル條件ヲ具備セサル可カラサルハ勿論ナリ

第二 既ニ交付ヲ受ケタル賄賂ニシテ現存スルトキハ必ス沒收セサル可カラ

ス若シ消費、讓渡等ノ爲メ全部又ハ一部カ沒收不能ニ歸シタルトキハ其價額ヲ追徵ス可キモノトス(第百九十七條第二項)例ヘハ加工ニ依リ賄賂カ其原形ヲ變シテ他ノ物ト爲リタル場合ノ如キモ亦沒收不能ニ歸シタルモノト認メサル可カラス〔註〕追徵ニ付テハ宣告ヲ要スルヤ勿論ナリ而シテ追徵ハ其言渡ヲ受ケタル者判決確定後死亡シタル場合ニ於テ相續財產ニ就キ之ヲ執行スルコトヲ得ルヤ否ヤ議論ノ存セル所ナリト雖モ新刑事訴訟法第五百五十四條ニ於テハ積極的ニ之ヲ解決シタリ

追徵ハ不正利益ヲ獲得セシメサル爲メニ之ヲ强行スルモノナレハ共犯ノ場合ニハ各自取得費用シタル部分ニ對スル價額ヲ追徵スルヲ正當ナリトス判例ハ平等分擔ヲ命ス可キモノト爲スモ(大正五年判決錄一三一六頁)斯ノ如キハ多額ノ分配ヲ受ケタル共犯ヲシテ不正ノ利得ヲ完ウセシムルモノニシテ不當ノ解釋タルヲ免レス

最近ニ於テ注意ス可キ判例ヲ得タリ曰ク刑法第一九七條第二項ニ規定スル賄賂ノ沒收刑ハ必ス之ヲ附加スヘク若シ沒收スルコト能サルトキハ其價額ヲ追徵スルコトヲ要シ裁判官ノ自由裁量ニ屬セサル點ニ於テ同法第十九條ノ規定ニ對スル特例ヲ成スモノトス而シテ賄賂ノ物體カ收賄者ノ手ニ在ルトキハ收賄者ヨリ之ヲ沒收シ其贈賄者ニ返還セラレタルトキハ贈賄者ヨリ沒收シ又沒收ヲ科セラル可キ收賄者又ハ贈賄者ヨリ沒收スルコト能サルトキハ其者ヨリ價額ヲ追徵シ賄賂ヲ返還シタル收賄者ニ對シテハ價額ヲ追徵スルコトナシ(大正十年れ第一六二四號同十一年四月二十二日第一第二第三刑事聯合部判決)ト此精神ニ從ヘハ追徵ノ平等分擔ヲ認メタル從前ノ判例(四八四頁判例十四參照)モ自ラ變更セラレタルモノト解ス可キカ如シ

〔註〕賄賂トシテ收受シタル反物ヲ以テ著物ノ表ト爲シタル場合ノ如キハ加工ニ依リ他ノ物ト合體シ一ノ新ナル衣類ニ變更シタルモノナレハ現物ハ沒收スルヲ得サルモノニシテ該反物ハ既ニ費消セラレタルモノトス(大正六年判決錄七三七頁)然レトモ賄賂タル反物ヲ以テ單衣ヲ製シタルトキハ現物ヲ沒收スルコト能ハサル程度ニ加工變更シタルモノト謂フヲ得ス(同上一三九頁參照)

第三　第百九十三條ノ罪、第百九十五條第二項ノ罪及ヒ其結果犯タル第百九十六條ノ罪、第百九十七條ノ罪ニ付テハ第四條ニ依リ國外犯ヲ處罰スルモノトス第百九十四條、第百九十五條第一項ノ罪ハ我公務員カ國外ニテ犯ス場合殆ト皆無ナリト認メ之ヲ第四條ニ列擧セサルモノノ如シ

第四節　判例

(第百九十三條)

一　刑法第百九十三條ハ公務員カ不法ニ其職權ヲ行使シ他人ヲ强制シテ其人ノ義務ニ屬セサル行爲ヲ爲サシメ若クハ其人ノ當然行フ可キ權利ノ行使ヲ妨害スル行爲ヲ處罰スル規定ニシテ公務員カ職權ヲ濫用シ他人ヲシテ犯罪行爲ヲ實行セシメタル場合ニ該當セス(大元―一五七七)

(第百九十七條)

一　村會議員カ村長選擧ノ際同僚議員間ニ斡旋シ特定候補者ニ選擧セシムルコトニ盡力スルカ如キハ議員ノ職務ニ關スル行爲ナリ(大五―一八二六)

二　縣會議員カ議場ニ出席シテ決議ヲ爲スハ其職務ノ執行タルコト勿論ナレハ賄賂ヲ收受シ因テ議場ニ出席セサリシハ刑法第百九十七條第一項後段ニ所謂相當ノ行爲ヲ爲ササルモノニ該當ス(四四―一二二七)同趣旨判決(大五―一七一八)

三　收賄罪ハ常ニ必シモ將來ニ於ケル職務違反ヲ以テ條件ト爲ササル可カラサルモノニ非ス故ニ公務員カ或職務ノ執行後正當ノ理由ナク其報酬トシテ財物ノ收受等ヲナシタルトキハ本罪ヲ構成スルモノトス(四二―一八四三)同趣旨判決(大五―一五八三)

四　町村助役ハ町村長ノ事務ヲ補助ス可キ職責ヲ有スルモノトス從テ町村長ト等シク町村ノ設置ニ係ル營造物ヲ管理スルノ職權アリ(四三―八七四)

五　市書記ハ同業組合設置ノ認可申請書ニ付キ其形式上及ヒ實質上ノ要件具備スルヤ否ヤヲ調査シ通達ノ準備手續トシテ案ヲ具シ市長ノ決裁ヲ求ムル職權アリ(四三―一〇四七)

六　專賣局製造所作業課長ハ製造所處務規定第八條同第九條ノ規定ニ依リ煙草元賣捌人指定ノ事務ニ干與ス可キ職權ヲ有ス從テ其職務ノ執行ヲ躁期シ賄賂ヲ收受シタル所爲ハ收賄罪ヲ構成スルモノトス(四三―一六七六)

七　賄賂罪ノ要件タル請託關係ハ請託者カ事項ヲ特定シテ囑託スルト否トヲ區別セサレハ請託ヲ受クル公務員カ職務ノ範圍ニ於テ爲シ得ル事項中其見込ニ依リ請託ノ趣旨ニ應ス可キ方法ヲ以テ隨時取計ヲ爲ス可キコトヲ囑託シタル場合モ亦之ニ包含スルモノトス(四三―一三七四)同趣旨(大六―一八四八)

八　苟クモ特定吏員ノ職務ニ屬スル事項ニ付賄賂ヲ授受シタル以上ハ其職務ノ執行カ期限若クハ未成的ナル將來ノ出來事ニ繫ル場合ト雖モ賄賂授受罪ノ成立ヲ妨ケス(四三―一四一三)

九　苟クモ公務員又ハ仲裁人ノ職務ニ關シ賄賂ヲ授受スルニ於テハ賄賂授受罪ハ完全ニ成立スルモノトス從テ其賄賂授受ノ際公務員又ハ仲裁人カ請託ノ趣旨ニ從ヒ職務ノ執行ヲ爲ス

ノ意思不確定ニシテ請託ニ因リ始メテ其意思ヲ決定スルニ至リタルコトハ本罪構成ノ要件ニ非ス(四二―一八六三)

十　公務員カ其職務ニ關シ金圓授受ノ條件附約束ヲナシタル場合ニ於テ其條件ノ到來スルト否トニ依リ或ハ贈與者トナリ或ハ受贈者トナル可キトキハ其爲行ハ一個ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルモノト謂ハサルヲ得ス(四二―一二九九)

十一　賄賂收受ノ罪ト賄賂聽許ノ罪トハ既遂罪ト未遂罪ニ於ケル關係ト同シク唯犯罪行爲ノ程度ヲ異ニスルニ止リ其性質ニ至リテハ彼此同一ナルヲ以テ一個ノ犯罪中ニ右二個ノ行爲ヲ包含シ得ルモノトス(四二―一八四三)

十二　賄賂ノ授受アリタル場合ニハ贈賄者ト收賄者トハ相互ニ共犯タルノ關係ヲ有スルモノトス(四三―一三八二)

十三　被告カ盜贓品タル情ヲ知リ乍ラ之ヲ賄賂トシテ收受シタルトキハ即チ一個ノ行爲ニシテ收賄及ヒ盜贓收受ノ二罪名ニ觸レタルモノトス(四四―四八〇)

十四　數人共同シテ賄賂ヲ收受シタル場合ニ於テ其費消シタル賄賂ヲ追徵スルニハ共犯人各自ノ分配額如何ニ拘ラス平等ニ分割シテ之ヲ負擔ス可キモノトス(四四―一一四一)

十五　收賄罪ノ成立ニハ必シモ請託ヲ受クル事項アルヲ要スルモノニ非スト雖モ請託其モノカ公務員ノ職務上ノ事ヲ目的トスル場合ニ於テ其請託ヲ受クルハ即チ其職務ニ關スルモノニシテ收賄罪ノ成立ヲ認ムル上ニ必要ナル事實ナルヲ以テ判文上之ヲ明示スルノ要アルモノトス(四四―一〇五七)

十六　賄賂トシテ收受シタル金錢ヲ自己ノ所持セル金錢ト混同シテ判別不能ニ至ラシメタルハ之ヲ費消シタルモノト同シカラサルハ勿論ナレトモ判別不能ナルニ於テハ收賄金其物ハ沒收スル能ハサルニ至リタルモノニ外ナラス(四五―五六二)

十七　司法省工手カ裁判所廳舍ノ新築工事監督中請負人ノ依頼ニ因リ報酬ヲ得テ右工事ヲ寛ニシタル行爲アリタル場合ニ於テ若シ司法省工手ニシテ公務員ナランカ收賄罪ヲ構成スルト同時ニ背任罪ヲモ構成シ刑法第五十四條ニ所謂一個ノ行爲ニシテ數箇ノ罪名ニ觸レタルモノト云フヲ得ヘシ(四五―五七〇)

十八　賄賂ノ目的ヲ以テ人ヲ饗應スル場合ニ於テ收賄者ノ利益ハ惟リ自ラ口腹ニ充テタル酒食ニ止ラス其款待ニ因ル精神的滿足ヲモ含ム可ケレハ總テ其饗應ニ要シタル費用ヲ以テ賄賂ノ價額ト認ム可キモノトス(大元―一四七三)

十九　公務員職務行爲ニ對スル謝禮及職務外ノ行爲ニ對スル報酬トシテ不可分的ニ或金額ヲ收受シタル場合ニ於テハ不可分的ニ觀察シ該金員ノ全部ニ付收賄罪ノ成立ヲ認ム可キモノトス(大正十一年れ第一七三〇號同十二年三月十日第三刑事部判決)

〔第百九十八條〕

一　他人ト共謀シテ贈賄ノ爲メ金圓ノ給付又ハ酒食ノ饗應ヲ爲シタル者ハ縱令金圓費用等ヲ自ラ支出セサリシ場合ト雖モ賄賂提供ノ正犯タル責任ヲ免ルルコトヲ得ス(四三―一八〇八)

二　公務員ニ直接賄賂ヲ提供セサルモ之ニ提供ス可キ趣旨ヲ以テ其妻ニ差出シタルトキハ賄賂提供罪ナリトス(四三―二二四九)

三　村有財産ノ賣却ニ付キ隨意契約ノ準備トシテ假契約ノ締結ニ盡力シ又本契約ノ締結ニ關シ議案ヲ村會ニ提出シ且其議決ヲ得ルコトニ盡力スルハ村長ノ職務ニ關スル行爲ナルカ故ニ此行爲ニ關シテ村長ニ報酬ヲ贈與スルノ約束ヲ爲ストキハ贈賄約束罪ヲ構成ス(大七―一四七二)

通論　第十

第一　法典第二十六章以下生命身體自由ニ對スル罪ハ第三十六章以下財産ニ對スル罪ト共ニ所謂私益犯罪ノ分類ニ屬スルモノナルコト特ニ說明ヲ要セサル所ナリ然レトモ所謂公益犯中ニモ生命身體自由財産ニ對スル實害及ヒ危害ヲ包含スル場合アルコトヲ忘ル可カラス例ヘハ內亂罪放火罪溢水罪往來妨害罪ノ如キ是レナリ又治安維持法ニ於テハ國體變革又ハ私有財産制度否認ノ目的ヲ以テ生命身體又ハ財産ニ害ヲ加フ可キ犯罪ヲ煽動スル行爲ヲ以テ獨立罪ト爲シ十年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス可キコトヲ定メタリ若シ煽動ノ結果トシテ斯カル犯罪ノ實行セラルルニ至リタルトキハ法典第五十四條ノ適用アル可キナリ

第二　法典第二十六章殺人ノ罪、第二十七章傷害ノ罪、第二十八章過失傷害ノ罪、第二十九章墮胎ノ罪及ヒ第三十章遺棄ノ罪ハ何レモ自然人ノ生命、身體ニ對スル侵害ヲ生スル點ニ於テ共通ノ性質ヲ有ス然レトモ意思責任ノ異ルニ依リ互ニ罪種ヲ異ニスルモノアリ例ヘハ均シク生命ヲ害スルノ結果アリト雖モ殺意アレハ殺人ノ罪ト爲リ殺意ナケレハ傷害致死又ハ過失致死ト爲ルカ如キ是レナリ其他直接ニ生命ニ對スルモノ、身體其モノニ對スルモノ各區別アリ又法律ハ生命、身體ヲ危害スル一切ノ場合ヲ上叙ノ罪名中ニ網羅セスシテ斯ノ如キ結果ヲ生スルニ至リタル基本行爲ノ本質如何ニ依リ他ノ各罪種中ニ配置セリ而シテ殺傷ノ結果ヲ伴フ他ノ罪種中ニハ死亡ノ結果ニ付キ認識ヲ要スル場合アリ(法典第二編第一章ノ危害罪)認識ノ有無ヲ問ハサルモノアリ(例、強盜傷人、致死)又認識ノ存在セサルコトヲ必要トスルモノアリ最後ノ場合ヲ最モ多シト爲シ且此場合ニ付テハ傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處斷スルノ明文アルヲ通例トス例ヘハ第百二十四條第二項、第百四十五條、第二百十九條、第二百二十一條ノ如キ是レナリ

第三　生命、身體ニ對スル罪ハ自然人ヲ以テ直接ノ被害者トス(此關係ニ於テハ

身體ノ自由ニ對スル罪ニ付テモ亦同シ)法人ハ自然人ト等シク人格ヲ有シ且實在スト雖モ生理的ノ組織ニ依ル肉體ト生命トヲ有セス從テ生命、身體、自由ニ對スル罪ニ付テ法人ハ被害者タルヲ得サルコト明カナリ、然レトモ自然人タル以上ハ老幼、强弱、貴賤、貧富ノ別ナク被害者タルヲ得ヘク失踪ノ宣告ニ因リ死亡シタル者ト看做サレタル後ニ於テモ現ニ生存スル以上ハ犯罪ノ主體又ハ被害者タルヲ妨ケス又自然人中ニ人格者ト非人格者(奴隷)トヲ區別スルカ如キハ現今文明國ニ於ケル法制ノ認メサル所ナリ

第四 自然人トシテノ存在ハ出生ヲ以テ始マリ死亡ヲ以テ終了ス然レトモ出生ノ時期如何ニ付テハ學說區區タリ其主ナルモノハ(一)陣痛說(二)一部露出說(三)全部露出說及ヒ(四)獨立呼吸說ナリ

一 陣痛說ハ分娩作用ノ開始卽チ陣痛(Geburtsweh.)ノ開始ト共ニ胎兒ハ人ト爲ル可キコトヲ主張スルモノニシテ獨逸ノ學者中ニハ此見解ヲ採ル者少カラス(例、**オルスハウゼン**、**フランク**、**ベルシュナー**)是レ獨逸刑法第二百十七條ニ分娩中又ハ分娩後卽時ニ私生兒ヲ殺シタル者ヲ處罰スル規定アルニ基クモノニシテ我刑法ノ解釋ニ應用ス可カラサル見解ナリ

二 一部露出說ハ胎兒ノ體軀ノ一部カ母體外ニ露出スルト共ニ出生シタル者ト認ムルモノニシテ**ビンディング**、**マイヤー**等ノ主張スル所ナリ

三 全部露出說ハ胎兒ノ體軀ノ全部カ母體外ニ露出シタルトキニ出生シタルモノト認ムルモノナリ

四 獨立呼吸說ハ胎兒カ胎盤生活ノ狀態ヲ脫シテ肺呼吸ヲ爲シ得ル狀態ニ達シタルトキヨリ獨立ノ人ト爲ルコトヲ主張スルモノナリ(**リスト**)、其理由トスル所ハ呼吸ノ閉止ニ因リ死亡スルニ對應シテ呼吸ノ開始能力ヲ以テ出生ヲ認ムルヲ至當ナリト爲ス、多クノ場合ニハ全部露出說ト一致スルカ如シ

蓋民法ニ依ルトキハ私權ノ享有ハ出生ニ始マルモノニシテ所謂出生ハ分娩ノ完成ヲ意味スルモノト解スルヲ得ヘク卽チ全部露出說ヲ採用スルヲ得ヘシト雖モ刑法上ノ觀念トシテハ必シモ之ニ依ルヲ要セス、各罪種ニ付テ母體ニ關係ナク客體ト爲リ得ル狀態ニ在リヤ否ヤニ依テ之ヲ決定セサル可カラス例ヘハ殺人、傷害ノ場合ニハ一部露出ノ狀態ニ於テ之ヲ被害者ナリト認ムルヲ得ヘク反之遺棄、逮捕、監禁、略取罪等ニ付テハ全部露出シテ臍帶ヲ切離シタル後ニ非サレハ獨立ノ人トシテ被害者タルヲ得サル可シ、然レトモ呼吸能力ナキ胎兒卽チ死胎兒ナルトキハ素ヨリ人ニ非ス瀕死ノ人モ尙ホ人タルコトヲ妨ケサルト等シク繼續的ノ生活能力ヲ有セサル嬰兒モ亦人タルヲ得ヘ

シト雖モ一部露出ノ際ニ死亡セル胎兒ハ人タルコトヲ得サルナリ但判例ハ一部露出說ニ反對ニシテ胎兒カ產門ヨリ顱頂部ヲ露ハシ將ニ出產セントスル際兩手ヲ產門ニ挿入シ胎兒ノ鼻口ヲ壓迫シ之ヲ死ニ致シ其頭部ヲ攫ミ引出シタル行爲ヲ墮胎罪ナリト認メタリ(明治三十六年判決錄一二一九頁參照)死亡ハ生活能力ノ終止ナリ人ノ死亡後ハ死體ヲ存スルモ人ニ非ス從テ之ニ對シ上叙ノ罪ヲ犯スコトヲ得ス

第五 生命、身體、自由、名譽等ニ對スル罪ニ於テハ犯人自身以外ノ人卽チ他人ヲ以テ被害者トス法律ハ單ニ「人ヲ殺シタル者」ト云ヒ「人ノ身體」ト云フカ如ク敢テ他人ト稱セサルモ自己ヲ殺ス者ハ死刑ニ處スト云フカ如キ理由ナキヲ以テ人ヲ殺スト云フトキハ他人ノ生命ヲ絕ツ場合ノミヲ包含ス可ク其他生命、身體、自由ニ對スル罪ハ皆他人ニ對スルモノト解セサル可カラス

第六 法典第二百八條(暴行)及第二百二十二條(脅迫)ヲ暴威的手段若クハ共同ニテ又ハ常習トシテ犯ス場合ニ付テ共通的ニ特別ノ制裁アリ又法典第百九條(殺人)第二百四條(傷害)第二百八條暴行)第二百二十二條第二百二十三條(脅迫)第二百三十四條(業務妨害)ニ關シ利益ノ授受等ヲ獨立罪トシテ處罰スル共通的ノ規定アリ(大正十五年法律第六十號第一條第三條參照)

第二十六章 殺人ノ罪

第百九十九條 人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處ス

第二百條 自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス

第二百一條 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス但情狀ニ因リ其刑ヲ免除スルコトヲ得

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

第二百三條 第百九十九條、第二百條及ヒ前條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第一節 總說

第一 殺人トハ故意ニ自己以外ノ自然人ノ生命ヲ絕ツコトヲ謂フ換言スレハ犯人カ相當原因タル可キ手段ヲ以テ他人ノ死ヲ惹起スルコト(卽チ生命ヲ短縮スルコト)ヲ意味ス手段ニ特別ノ條件ナキカ故ニ毒物ヲ用フルト支解折割其他慘酷ナル手段ヲ用ヒタルト銃殺、斬殺、縊殺、燒殺、溺殺、陷殺等凡ソ人ノ生命ヲ絕チ得ヘキ手段ハ悉ク殺人行爲タルヲ得ヘク詐術手段ヲ用フルコトヲ妨

ケサルコト亦明瞭ナリ〔註一〕不作爲モ亦殺人ノ手段タルヲ得ヘシ〔註二〕何ホ殺人ノ實行行爲ト被害者ノ死亡トノ間ニ介入シタル他ノ事實カ死亡ノ近因タル關係アリトスルモ苟クモ犯人ノ行爲ト死亡トノ間ニ因果關係ノ存スル以上ハ殺人既遂罪成立ス可キモノトス(大正十一年れ第二一四八號同十二年三月二十三日第一刑事部判決)又殺人ノ行爲ト死亡ノ結果トノ間ニ於ケル經過日數ノ長短モ亦殺人既遂ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホス可キモノニ非ス英米法ニ依ルトキハ行爲ノ時ヨリ一年一日以内ニ被害者ノ死亡スルニ非サレハ殺人既遂罪ヲ以テ問フコトヲ得サルモノト爲ス(**スチーブン**刑法要論二一八節、**ビシヨップ**刑法論六六五節參照)モ我刑法ノ解釋ニ應用スルヲ得ス

殺人罪ノ客體タル人ハ犯罪當時生活機能ヲ保有スルモノタルヲ以テ足リ其健康狀態カ良好ニシテ相當ノ天壽ヲ享ケ得ヘカリシモノナルコトヲ要セス(明治四十三年判決錄八五七頁)

〔註一〕新律綱領ニ云ク凡津河水深ク泥濘ナルヲ平淺ト詐稱シ及ヒ橋梁渡船朽漏ナルヲ牢固ト詐稱シ人ヲ過渡セシメ因テ陷溺死傷ニ致ス者ハ鬪毆傷ヲ以テ論スト然レトモ舊刑法ニ於テハ人ヲ殺スノ意ニ出テ詐稱誘導シテ危害ニ陷レ死ニ致シタル者ハ故殺ヲ以テ、其豫メ謀ル者ハ謀殺ヲ以テ論スト規定シタリ(第二百九十七條我現行法ノ解釋トシテハ此種ノ行爲ハ當ニ第百九十九條又ハ第二百條ニ依テ處斷ス可キモノナリ)

〔註二〕此點ニ關スル注意ス可キ判決アリ曰ク法律ニ因ルト將タ契約ニ因ルトヲ問ハス養育ノ義務ヲ負フ者カ殺害意思ヲ以テ故ラニ被養育者ノ生存ニ必要ナル食物ヲ給與セスシテ之ヲ死ニ致シタルトキハ殺人犯ニシテ刑法第百九十九條ニ該當シ單ニ其義務ニ違背シテ食物ヲ給與セス因テ之ヲ死ニ致シタルトキハ生存ニ必要ナル保護ヲ爲ササルモノニシテ刑法第二百十八條(第二百十九條ニ該當ス要ハ殺意ノ有無ニ依リ之ヲ區別ス可キモノトスト(大正四年判決錄九二頁)

第二 祈禱、禁厭等ノ手段ニ因リ人ヲ呪詛シテ死ニ致サントスル者ハ之ヲ殺人罪ニ問フコトヲ得ルヤ否ヤハ一ノ研究問題ナリ沿革上ニ於テハ明文ヲ以テ之ヲ肯定シタル法制少カラス例ヘハ彼ノ世界最古ノ法典ト稱セラルル**ハムラビー**法典第二條ノ規定ハ魔法妖術師ヲ水死ノ刑ニ處スルノ實體關係ヲモ包含スルモノト認ムルヲ得ヘク耶蘇教典中ニモ妖術者ヲ死刑ニ處スル法ヲ記載セルカ尙ホ支那法系ニ於テモ之ヲ謀殺トシテ處分スルコトヲ明規シ我大寶律及ヒ新律綱領改定律例亦之ヲ繼受シタリ〔註三〕

〔註三〕明律ニ凡造"讖緯妖言"及傳用惑衆者皆斬賊盜律)

若造"魘魅符書"呪詛欲"以殺"人者各以"謀殺"論因而致"死者各依"本殺法"欲"令"人疾

苦者減二等(人命律)…(康熙字典云呪詛詛祝也謂告神明令加殃咎也以言告神謂之祝精神加殃謂之詛)…ト云フ規定アリ

大清律例ノ規定モ同樣ナリ其註本增修統纂集成ニ「魘魅符呪欲以殺人者各以謀殺論謂已行未傷蓋以魘魅符呪欲以殺人無傷人之事也但考魘魅符呪殺人之法概是邪術非立致人死者或先損人耳目肢體或先令人驚狂惑亂以漸至于死若本欲殺人而已致損人耳目肢體令人驚狂惑亂應照應殺已傷人論」ト又曰ク「按唐律云諸有所怨惡而造魘魅及書符呪詛則魘魅與書符呪詛是兩項事魘魅者謂行魘勝鬼魅之術如圖畫人像雕刻人形鑽心釘眼縛手繫足之類書符呪詛者謂使用邪法書符書篆或埋帖以召鬼祟或燒化以託妖邪並將所欲殺人之生年月日書寫咒詛之類凡本意欲以此殺人者原有殺人之心應用謀殺之法故各以謀殺論」ト註セリ要スルニ此等ノ法律ハ呪詛ヲ以テ人ヲ死ニ致スノ手段タルコトヲ得ルモノト認ムルナリ大寶律及ヒ新律綱領ノ規定亦殆ト異ル所ナシ

現今文明國ノ刑法ハ支那法系ニ於ケルカ如キ明文ヲ掲クルモノナシ是レ恐ラクハ呪詛ヲ以テ人ヲ殺サント欲スルモ奏效不能ノ迷信ニ過キスト爲スニ因レリ然レトモ殺人ノ手段ニ付テハ法文上特別ノ制限ナキカ故ニ若シ呪詛ニシテ殺傷ノ手段トシテ可能ナルコトヲ實驗的ニ證明シ得ルトキハ之ヲ以テ殺人罪ニ問ヒ得ルコト寧ロ當然ナル可シ蓋呪詛ハ物理的ニ外界ノ變更ヲ生セシムル原因力ヲ有セス從テ迷信ナキ者ニ對シテハ殺傷ノ效ヲ奏スルコト不能ナル可ク又迷信家ニ對シテモ本人不知ノ間ニ呪詛ヲ行フ如キハ奏效不能ナル可シ之ヲ可能ナリトスルハ現今ノ科學的知識ヲ以テ判斷スレハ一ノ迷信タルニ過キス然レトモ呪詛ハ心靈的媒介ニ由リ人ノ身體ニ影響ヲ及ホシ得ヘシ卽チ迷信者ヲシテ之ヲ認識セシメテ執行スルトキハ其心靈的作用ニ由リ驚狂惑亂ノ狀態ヲ生シ又遂ニ致死ノ結果ヲ伴フコトハ稀有ノ事實ニアラス而シテ斯カル現象ハ精神科學ノ見地ヨリスレハ何等ノ怪シム可キ事實ニアラス反之物質科學ノ方面ヨリ觀察スレハ上叙ノ結果ハ迷信其モノニ歸ス可キモノニシテ呪詛行爲ト其結果トノ間ニ於ケル因果關係ノ成立スルコトヲ不能ナリトセン然レトモ醫學上

既ニ所謂精神的療法ナルモノヲ肯定スル以上ハ心靈的致病若クハ致死ノ可能性モ亦醫學上之ヲ是認スルヲ相當トスルニアラサルカ今後將來ニ於テ精神科學ノ研究益〻發達シ普通一般ノ思想上叙上ノ關係ヲ肯定スルニ至ラハ刑法ノ解釋ニ於テモ呪詛ヲ以テ殺傷ノ不能手段トシテ看過スルヲ得サル可キハ疑ヲ容レサルナリ

第三 新律綱領人命律ニハ威逼致死ノ規定アリ卽チ凡戸婚田宅錢債等ノ事ニ因テ人ヲ威逼シテ自死ニ致ス者ハ杖一百。若シ官吏公使人等公務ニ因ルニ非スシテ平民ヲ威逼シ因テ自死ニ致ス者モ罪同。並ニ埋葬金二十五兩ヲ追給ス。若シ姦ヲ行ヒ。盜ヲ爲スニ因テ人ヲ威逼シテ自死ニ致ス者ハ姦ノ成否ヲ論セス財ノ得否ヲ問ハス並ニ斬トス現行法ノ解釋トシテハ被威逼者カ畏怖ノ爲メ無意識的又ハ器械的行動ニ因リ自死シタルトキハ詐稱誘導ニ因リ死ヲ招キタル場合ト同シク威逼者ヲ普通ノ殺人罪ニ問擬スルヲ得ヘク反之被威逼者カ威逼ニ因リ自殺ノ決意ヲ爲シタル結果トシテ任意ノ自殺行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ行爲者之ヲ豫見シタルトキハ第二百二條ノ前段教唆罪ニ問擬スルノ外ナカル可シ

第二節 本罪ノ態樣

第一 普通殺人罪(第百九十九條)――不法ニ且故意ニ他人ノ生命ヲ絶ツ行爲ニシテ他ノ特別法條(例ヘハ第二百條、第二百二條、第二百四十條)ニ依テ規定セラレサルモノハ凡テ本條ノ罪ト爲ル、從テ舊刑法ノ謀殺、故殺、毒殺、支解殺、誤殺、誘導致死殺等悉ク本條ノ罪ニ包含セラル可シ〔註一〕

〔註一〕 此關係ニ付キ刑法改正理由ノ說明ヲ參照スルヲ有益ナリトス、曰ク(一)現行法(舊刑法ヲ指ス、以下同シ)第二百九十三條ハ毒殺罪ヲ以テ常ニ謀殺ト爲スト雖モ是レ一ノ情狀ニ關スル場合ナルヲ以テ本案(改正案)ハ之ヲ裁判所ノ認定ニ任シ本條ヲ删除セリ(二)現行法第二百九十八條ハ誤殺ノ規定ナリト雖モ學說上當然ノ法理タルヲ以テ敢テ之ヲ規定スル必要ナキノミナラス之カ爲メ却テ疑義ノ基因ト爲ル虞アルヲ以テ改正案ハ之ヲ删除シタリ(三)現行法第二百九十七條(詐稱誘導シテ死ニ致ス場合)モ亦規定ヲ要セスシテ明カナルヲ以テ前二號ト同シク之ヲ删除シ第二百九十五條(慘殺及

ヒ第二百九十六條(重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ又ハ既ニ犯シテ其罪ヲ免ルル爲メノ故殺)モ判事ノ判斷ニ一任スルコトト爲シ之ヲ删除シタリ改正案第二百條(法典第百九十九條ニ該ル)ハ現行法第二百九十二條及ヒ第二百九十四條ヲ合セ廣ク謀殺及ヒ故殺ニ共通セシメタル規定ニシテ其結果刑ノ範圍ヲ擴張シタリ蓋殺人行爲ニ付キ謀殺及ヒ故殺ノ區別ヲ爲ス法制ノ可否ハ現時刑法界ノ一大問題ナリト雖モ論理上殺人行爲ニ就キ豫謀ノ有無ヲ區別シ能ハサルヲ以テ此區別ヲ認ムル結果實益ナキ上訴提起ノ弊ヲ生スルノミナラス之ヲ實際ニ徵スルニ謀殺必シモ重シト謂フ可カラス故殺必シモ輕シト謂フ可カラス改正案ヲ通貫スル大主義ハ上述ノ如ク刑ノ範圍ヲ擴張スルコトニ在リ然ラハ改正案トシテハ弊害アリテ何等ノ實益ナキ謀故殺ノ區別ヲ全廢シテ廣ク殺人行爲ニ對シテ範圍廣濶ナル刑ヲ科シ其情狀ニ應シ裁判官ヲシテ相當ナル刑ヲ科セシメサルコトヲ得ス是レ本條ヲ設ケタル所以ナリトスト(刑法改正案參考書一七五頁)

第二 直系尊屬殺(第二百條)――自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ヲ殺害スルニ因テ成立ス自己トハ犯人自身ナリ(記偶者トハ夫婦ノ一方ヨリ他ノ一方ヲ指スモノナリ犯人カ夫ナルトキハ妻カ配偶者ナリ犯人カ妻ナルトキハ夫カ配偶者ナリ所謂內緣ノ夫婦ハ配偶者ト云フヲ得ス而シテ本條ノ精神ハ法律上認メラレタル直系尊屬ヲ特ニ重ク保護セントスルニアルヲ以テ私生兒ノ事實上ノ父及ヒ其直系尊屬ハ私生兒及ヒ其配偶者ヨリ觀テ本條ニ所謂直系尊屬ニ非ス、反之犯人又ハ其配偶者ノ養父母繼父母嫡母又ハ此等ノ者ノ直系尊屬ヲ殺害スルトキハ本條ノ罪ヲ構成ス但直系尊屬ニ對シテモ緊急避難ヲ行フコトヲ得ルハ勿論舊刑法(第三百六十五條)ト異リ之ニ對シ緊急防衛ヲ行フコトヲ得ルモノトス、若シ夫レ罪ヲ犯ス時自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ナルコトヲ知ラサルニ於テハ通常殺人ヲ以テ論ス可キコト明カナリ

第三 自殺關與罪(第二百二條)――自殺關與罪ハ人ヲ敎唆若クハ幇助シテ自殺セシメ又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺スニ因テ成立ス其自殺者又ハ被殺者カ通常人タルト直系尊屬タルトヲ區別セス法典第二編第一章ノ貴顯ニ對スルトキハ本條ノ適用アリヤ否ヤ一ノ疑問タルヲ得ヘシ

ト雖モ事ロ消極ニ決スルヲ可トセン

受託殺人ハ犯人カ被殺者ノ囑託ヲ受ケ自ラ手ヲ下シテ其自殺ノ希圖ヲ實現セシムル行爲ニシテ自殺幇助ハ自殺者カ自殺ノ意思ヲ實行セントスルニ當リ其方法ヲ指示シ若クハ器具ヲ供スル等之カ實行ヲ容易ナラシムル行爲ナリ(大正十一年れ第四六三號同年四月二十七日第二刑事部決判)

教唆、幇助又ハ下手ハ自己ノ利ヲ圖ル爲メナルト自殺者又ハ被殺者ニ現世ノ苦難ヲ免レシメントスル同情心ニ出ツルトヲ分タス然レトモ自殺者又ハ被殺者カ自殺ノ何タルヤヲ理解スル能力ヲ有スルコトヲ要シ且教唆ノ場合ニハ自殺ノ意思ヲ決シタルコトヲ要ス理解能力ノ有無ハ事實問題ナリ刑責能力トハ之ヲ區別スルヲ可トス(通說ハ反對)

囑託、承諾ハ眞面目ナラサル可カラス、若シ夫レ戲レニ自己ヲ殺害ス可キコトノ囑託ヲ爲シタル者アリ、眞面目ノ囑託アリト誤解シテ之ヲ殺シタル場合ノ如キハ第三十八條第二項ニ依リ自殺關與罪トシテ之ヲ處分セサル可カラス

〔註二〕反之行爲者カ被殺者ノ死ニ就クノ意思アルコトヲ知ラサル場合(例ヘハ盛遠ノ袈裟ヲ殺シタル場合)ニ於テハ素ヨリ第三十八條第二項ノ適用ナシト雖モ行爲者カ直系尊屬ヲ殺ス意思ヲ以テ普通ノ他人ヲ殺シタル場合ニ於ケルト同シク事實ヲ超過スル責任ヲ負擔セシムルコト能ハサル可キカ故ニ畢竟本條ヲ適用スルヲ相當ナリトス

我現行法ニ於テハ自殺行爲ハ勿論其未遂モ亦犯罪ニアラス從テ法典第六十一條、第六十二條ニ依ルトキハ自殺教唆又ハ自殺幇助ハ罰スルコトヲ得サルニ至ル可シ〔註三〕是レ第二百二條ニ於テ之ヲ獨立罪トシテ處罰スルノ規定ヲ置ク所以ナリ然レトモ他人ニ對シ自己ヲ殺害センコトヲ囑託シ受託者手ヲ下シテ未遂ニ終ルトキハ其囑託者ヲ第二百二條ノ教唆罪又ハ從犯ニ問フコトヲ得ルカ形式論法ニ依リ之ヲ積極ニ斷定スルハ失當ナリ

〔註二〕同趣旨判例アリ曰ク被害者カ眞意ナクシテ戲レニ自己ノ殺害ヲ囑託シ加害者之ヲ殺サントシテ手ヲ下シタルモ遂ケサル場合ニ於テハ刑法第三十八條第二項ニ依リ其所爲ニ對シテ同第二百二條、第二百三條ノ刑ヲ適用ス可キモノトス(明治四十三年判決錄七六〇頁)

〔註三〕英法ニ依レハ自殺(Suicide.)ハ犯罪ニシテ而モ若シ辨別力ヲ有スル者豫メ謀テ犯シタルトキハ重罪ナリトス然レトモ實際上ニ於テハ辨別力ナクシテ犯シタル者ト認メテ其名譽ヲ保護スルヲ例トス而シテ自殺未遂ハ罰金又ハ禁錮ニ處ス可キ輕罪ナリ若シ二人相謀リテ自殺ヲ行ヒ一人死シ他ノ者存命スルトキハ、後者ハ殺人罪ノ責任ヲ免ルルコト能ハサルモノトス然レトモ曾テ獨逸ニ於テ自殺未遂ノ將校ニ對スル懲戒裁判ニ關シ同皇帝カ自殺ハ神又ハ良心ニ對スル問題ニシテ刑罰又ハ懲戒ノ範圍ニ屬セストノ見解ヲ發表シタル以來英國ノ名士中之ニ左袒スル者少カラス又我德川氏御定書ニ依レハ「男女不義にて相對死いたし候もの、死骸取捨爲弔申間敷候。但一方存命に候はゝ下手人。雙方存命に候はゝ三日晒非人手下。主人と下女と相對死いたし仕損主人存命に候はゝ非人手下」ノ法度アリタリト雖モ我現行法ハ自殺又ハ自殺未遂ヲ處罰セス但所謂相對死ヲ謀リテ一人死亡シ一人存命スルトキハ第二百二條ノ罪ヲ構成スルコトアリト雖モ這ハ自殺未遂其モノヲ罰スルニアラスシテ相手方ノ自殺ニ關與スル行爲ニ付テ刑責ヲ負擔スルモノナリ

第四 殺人豫備(第二百一條)――通常殺人(第百九十九條)又ハ尊屬殺(第二百條)ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其豫備ヲ爲スニ因テ成立ス此目的カ證明セラレサルトキハ本罪ヲ認ムルヲ得ス又自殺關與ニ付テハ豫備ヲ罰スル明文ナシ

殺人豫備罪ハ殺人ノ意思ヲ確定シ之カ準備ヲ爲スニ因リテ成立スルモノニシテ實行カ條件付ノトキト雖モ本罪ノ成立ヲ認ムルニ妨ナシ例ヘハ被害者ニ最終ノ嚴談ヲ爲シ若シ應セサレハ之ヲ殺害センコトヲ決意シテ之カ準備ヲ爲シタル場合ニ於テモ本罪ノ成立ヲ認メサル可カラス(明治四十二年判決錄七六九頁參照)

第五 通常殺人、尊屬殺及ヒ自殺關與罪ノ未遂ハ之ヲ罰ス可キモノトス(第二百三條)而シテ何レノ場合ニ於テモ未遂ハ死亡ノ結果ノ發生セサルヲ條件トス、死亡ノ事實アリトスルモ當該行爲ト此死亡ノ事實トノ間ニ相當因果關係ノ存セサルトキハ犯罪ハ未遂ニシテ既遂ニアラス(總論因果關係ノ說明ヲ參照ス可シ)然レトモ相當因果關係ノ存在スル以上ハ意思活動ノ時ト結果發生時

トカ數年ヲ隔ツルモ尙ホ既遂タルヲ得ルコト既述ノ如シ英米法ニ於ケル觀念(本章第一節第一段參照)ハ本法ニ採用スルヲ得ス

殺人未遂罪ニ付テハ特ニ總則不能犯ノ說明ヲ參照ス可シ、殺人ノ目的ヲ以テ使用シタル藥品カ其使用シタル分量ニテハ絕對ニ人ヲ殺スニ足ラスシテ之ヲ傷害シタルニ止ルトキハ之ヲ不能犯ト認ム可キカ判例(大正六年判決錄一〇〇四頁)ハ之ヲ肯定シタリト雖モ既ニ傷害ノ結果ヲ生セシメ得ル以上ハ其藥品(實例ニ於テハ硫黃粉末)ノ性質上絕對的ニ人ヲ殺スニ足ラサルモノト認ムルコト失當ナリ(斯ノ如キ場合ニ於テ法律ノ意義ヨリ觀察シテ絕對ニ不能ト見ル可キヤ否ヤハ事實認定ノ問題ニアラスシテ法律釋解上ノ問題ニ外ナラス)未遂罪ノ成立ヲ認ムルヲ正當ナリトス然リ而シテ犯人カ其施用シタル手段ノ不充分ナルヲ認メテ更ニ絞殺ノ手段ヲ用ヒ其目的ヲ達シタルトキハ單一ノ殺人既遂罪ト解セサル可カラス(上叙判例ハ此場合ニ傷害罪ト殺人既遂トノ二罪ヲ認ム可キモノト解ス)

第三節　誤殺

第一　舊刑法第二百九十八條ニハ「謀故殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル者ハ仍ホ謀故殺ヲ以テ論ス」トノ規定アリ然ルニ現行法ニハ此誤殺ニ關スル明文ヲ置カス茲ニ於テカ解釋上ノ疑問ヲ生スルニ至レリ

誤殺ノ規定ハ淸律ニ所謂謀殺故殺人而誤殺旁人者以故殺論ノ規定及ヒ新律綱領ノ誤殺傍人ニ淵源スルモノナリ此規定ニ關シ次ノ判例アリ曰ク(一)甲者乙者ヲ殺サント謀リ毒藥ヲ酒中ニ投入シタルニ乙丙諸人誤リテ之ヲ飲用シ中毒症ヲ發シタレトモ飲量少キ爲メ死ニ至ラサリシ事實ハ刑法第二百九十八條ニ所謂謀殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル罪ノ未遂犯ナリトス而シテ其主タル被害者(乙者)ノ併セテ害ヲ被リタルト否トハ毫モ同條ノ適用ニ影響ヲ及ホサス(二)甲者ヲ殺ス爲メ發砲シタルニ之ニ微傷ヲ負ハシメタルニ止リ却テ甲者ノ背後ニ在リタル乙者ヲ銃殺シタルトキハ誤殺ヲ以テ論ス可キモノトス(三)甲ヲ毒殺セン事ヲ謀リ致死量以上ノ毒藥ヲ包ミタル餡餅ヲ甲ニ供シタルニ偶〻丙カ之ヲ貰ヒ受ケ食シタル爲メ煩悶シテ吐出シ死ニ至ラサリシ事實ハ被告カ丙ニ餡餅ヲ與ヘタルニ非サルモ之ヲ食セシム可キ狀態ニ置キタル

モノトス從テ被告ノ所爲ハ刑法第二百九十八條ニ所謂謀殺ヲ行ヒ誤リテ他人ヲ殺シタル罪ノ未遂罪ヲ構成ス刑法第二百九十八條ノ罪ハ謀殺故殺ノ所爲ニ因リ誤テ其目的以外ノ人ヲ殺シタル場合ニ成立スルモノトス(四)苟クモ殺傷ノ意思ト殺傷ノ結果ト相一致スル以上ハ誤テ其目的以外ノ人ヲ殺傷シタル場合ト雖モ常ニ犯罪ヲ構成スルモノトス(五)刑法第二百九十八條ノ規定ハ犯人カ同一意思ノ發動ノ下ニ甲者ニ對シテ攻擊ヲ加ヘタルモ打擊ノ錯誤ニ由リ之ヲ逸シ其豫想外ナル乙者ヲ殺傷シタル場合ヲモ包含スト

第二 現行法ノ解釋ニ付テハ判例一致セス第一判例ニ曰ク刑法第二百四條ノ犯罪ヲ構成スルニハ毆打スルノ意思ヲ以テ人ニ暴行ヲ加ヘ傷害ノ結果ヲ生セシムルコトヲ要スルモノニシテ苟クモ其意思ヲ以テ暴行ヲ爲シタル以上ハ其結果カ目的以外ノ人ニ發生スルモ意思ト結果トノ上ニ因果ノ關係ナキモノト云フヲ得サレハ斯カル場合ニ於テモ加害者ハ該犯罪ノ制裁ヲ免ルルヲ得サルモノナリト(明治四十二年判決錄二四一頁參照)

反之第二判例(大正五年れ第一三四一號大審院判決)ニ依レハ誤殺ニ關スル新刑法ノ解釋トシテ甲者カ殺害セントスルニ當リ同人ト同寢シ居リタル乙者ヲ傷害シタル場合ニ於テ其行爲カ乙者ヲ甲者ト誤認セルニ由ルカ又ハ未必ノ故意ニ出テタルトキハ殺人未遂罪ヲ構成スレトモ犯人ノ過失ニ因リタルトキハ單ニ過失傷害罪ヲ構成スルニ止ルモノナリトシ尙ホ原審ニ於テハ殺害罪ヲ犯スニ際シ過失ニ因リテ豫期以外ノ者ヲ殺シタル行爲ハ該殺害罪ト共ニ當然別個ノ殺害罪ヲ構成ストノ見解ヲ是認シタルヲ以テ云云本院ニ於テモ舊刑法ノ殺害罪ニ關シテハ前顯論決ヲ認容シ居リタリト雖モ是レ同法第二百九十八條ニ於ケル謀故殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル者ハ仍ホ謀故殺ヲ以テ論ストノ特別規定ノ存在ヲ立論ノ前提ト爲シタルモノナルコト論ヲ俟タサル所ニシテ前叙趣意ノ明文ヲ置カサル刑法ノ解釋論ニ之ヲ援引スルコトヲ得ス刑法ニ在リテハ第三十八條ニ於テ法條ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セサル旨ヲ明定シアリテ前示舊刑法ノ如キ犯別規定ナキ以上ハ罪ヲ犯ス意ナキ行爲特ニ過失ニ出テタル行爲ニ對シテハ或ハ過失ノ罪責ヲ歸シ得ヘシト雖モ之ヲ故意罪ニ問疑シ得ヘキ場

合絕無ナリト論斷セサルヲ得ス」ト說示シタリ

然ルニ大正六年れ第一八一八號ニ關スル同年十二月十四日ノ刑事總部聯合判決ハ前示第二判例ヲ覆ヘシ第一判例ノ見解ヲ是認スルニ至レリ

第三 刑法改正案理由書ヲ觀ルニ「第二百九十八條ハ誤殺ノ規定ナリト雖モ學說上當然ノ法理タルヲ以テ敢テ之ヲ規定スル必要ナキノミナラス之カ爲メ却テ疑義ノ基因ト爲ル虞アルヲ以テ改正案ハ之ヲ删除シタリ」トノ說明アリ或者此趣旨ヲ解シテ曰ク誤殺ハ謀故殺ニ非サルコト學說上當然ナリトシテ改正法典ハ此規定ヲ删除セルノ意ナリト然レトモ予一日起草者ノ一人法學博士倉富勇三郎先生ニ之ヲ質セルニ其意然ラス先生曰ク誤殺ハ學理上當然謀故殺ニ外ナラス然ルニ仍ホ之カ明文ヲ置クモノトセハ誤盜誤橫領誤毀棄等ノ明文ヲ要スルナキヤノ疑義ヲ生スルニ至ル可キカ故ニ之ヲ删除シタルナリト理由書說明ト對照シテ起草ノ趣旨寔ニ瞭ナラスヤ

更ニ學說ヲ案スルニ是レ亦積極消極二派ニ岐レ何レヲ通說ナリト認ム可キカヲ知ルニ難シ積極論者ノ立脚點ハ認識ト事實トノ抽象的一致ヲ以テ犯意

ノ存在ヲ認ムルニ足ルモノトシ所謂打擊ノ齟齬(Aberratio ictus.)ト稱スル具體的錯誤ハ犯意ヲ阻却スルニ足ラスト爲スニ在リ反之消極論者ノ論據ハ認識ト事實トノ具體的一致ヲ以テ犯意成立ノ要素トスルニ在リ斯ノ如ク前提ヲ異ニスル以上ハ兩說カ殆ト凡テノ法律問題ニ於ケルト同シク結局水掛論ニ終ルヤ已ムヲ得サル所ナリ牧野博士ノ見解ニ依レハ客觀說ヲ基礎トスル者ハ須ラク消極說ヲ採用スルニアラサレハ論理一貫セサルモ博士ノ如ク徵表論的立場ト主觀主義ノ見地ヨリ觀察スルトキハ本問ニ付キ積極的ノ解決ヲ下ス可シト主張セリ(法學志林大正六年六月號及ヒ七月號ニ亘リ詳細ニ學說ヲ引用批評シ且自說ヲ示シタリ)大清律例增修統纂集成ニ註シテ曰ク誤中旁人,出於不意,然其心則欲殺傷人之心也。雖未及於欲毆欲殺之人,而旁人已被殺傷,則其毆與殺之事,已施於人矣ト能ク誤殺傷規定ノ精神ヲ說破セルモノト謂フ可シ予輩ハ絕對的ニ主觀主義ヲ排斥セス又絕對的ニ犯意徵表論ニ反對セス然レトモ支那律及ヒ我舊刑法カ斯ノ如キ最近ノ學說ニ聽ク所ナク寧ロ應報主義ニ從ヘルニ拘ラス仍ホ此立法ヲ爲シタルニ由リテ之ヲ觀ルトキハ本問

ニ對スル積極的論結カ必シモ新シキ徴表主義ノ結果ニアラスシテ客觀主義ノ舊立法例ニ於テモ認メラレタルコトヲ知ル可シ

第四 誤殺ノ規定ハ獨リ支那法系ノ特色ニアラスシテ歐洲立法例ニ於テモ之ヲ認ムル所ナリ例ヘハ墺國刑法第百三十四條(人ヲ殺スノ目的ヲ以テ其人又ハ他人ヲ死ニ致シタル者ハ殺人罪ノ責ニ任ス云云)及ヒ白耳義刑法第三百九十二條ノ如キ是レナリ而シテ**プリンス**教授カ犯人其敵ヲ殺サントシ誤テ他人ヲ殺シタル場合ニハ既ニ此結果ヲ得ルノ意思アルヲ以テ殺人罪ヲ以テ論ス可キモノナリト說明セルハ立法者カ此明文ヲ設ケタル理由ヲ闡明セルモノト謂フ可ク又墺國一八八六年十二月三日ノ最高裁判所カ犯人ノ目的トセル其人ノ死ハ殺人罪ノ要件ニ非ス行爲ノ齟齬ニ因リ生シタル結果モ亦之ヲ犯意ニ歸ス可キモノナリト說明セルモ同樣ナリ(Vgl. Manzsche Taschenausgabe, Strafgesetz I S. 265)又斯ノ如キ明文ヲ存セサル立法ノ下ニ於ケル佛國ノ判例カ本問ニ付テ積極的見地ヲ採用スルニ由リテ之ヲ觀ルモ學理トシテハ當然ニ消極說ヲ採用ス可シトノ見解ハ決シテ異論ナキ眞理ヲ以テ目ス可キニ非サルナリ

第五 予輩ハ我舊刑法ノ明文ヲ以テ理論ニ反スル特別規定ナリト解セス之ヲ以テ刑法第二百九十七條(詐稱誘導殺)ノ規定ト同シク理論ヲ是認スル注意的規定ナリト解シ此明文ヲ置カサル現行法ノ解釋トシテモ此明文アル場合ト同一ノ結論ヲ採用ス而シテ予輩ノ見地ハ抽象的一致論ヲ是認スルニ在リ苟クモ人ヲ殺スノ意思アリ特定ノ手段ヲ決行シタル場合ニ於テ人ノ死亡ニ對シ客觀的ニ相當因果關係ノ成立セル以上ハ殺人ノ犯意アリ殺人ノ事實之ニ伴フカ故ニ殺人既遂ヲ以テ論スルニ妨アル可カラス而モ此論斷ハ必シモ形式論理ノミニ拘泥セルモノニアラス實ニ犯意ト事實トヲ結合スル折衷說ノ結論ニ外ナラス(同趣旨判例アリ曰ク人ヲ殺ス意思ヲ以テ之ヲ殺傷シタル以上ハ縱令被害者ヲ誤認シタルトキト雖モ犯意ヲ阻却スルモノニ非スト(大正十年れ第二〇〇一號同十一年二月四日言渡)

第四節 處分

第一 舊刑法ニ於ケル殺人罪ノ處分法ハ狹隘ニ失シ犯情頗ル原諒ス可キ場合

ニ於テモ重刑ヲ避クルコト能ハサルノ不便アルカ故ニ現行法ハ通常殺人ニ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ヲ擇一的ニ科定シタリ、然レトモ孝ハ百行ノ本ニシテ頗ル重ンス可キモノナルカ故ニ尊屬ヲ殺害スルカ如キ惡逆不道ノ徒ニ對シテハ嚴刑ヲ科スルノ必要アリ是レ第二百條ニ於テ死刑又ハ無期懲役刑ヲ定メタル所以ナリ反之豫備行爲ハ未タ具體的ノ危害ヲ伴ハサルカ故ニ二年以下ノ懲役ニ處スルニ止ルモノトシ尙ホ情狀ノ原諒ス可キモノアルトキハ刑ヲ免除スルコトヲ得ルモノトス而シテ自殺關與罪ニ付テハ自殺セシムル場合ト手ヲ下ス場合トヲ分タス六月以上七年以下ノ懲役又ハ禁錮ヲ裁定セサル可カラス

第二 前述ノ如ク本法ハ殺人罪ニ付テモ特定ノ場合ニ於ケル犯情ニ應シ適宜相當ノ處分ヲ爲サシムルヲ旨トシ第百九十九條ニ於テハ極度ノ死刑以下無期又ハ三年以上ノ有期懲役ヲ科定シ且法律上ノ減輕及ヒ酌量減輕ニ依リ九月ノ懲役ニ下スコトヲ得セシメ從テ刑ノ執行猶豫ヲ與フルノ餘地ヲモ存シ自由裁量ノ範圍ヲ著シク擴張シタリト雖モ元來殺人ノ行爲タルヤ其質極メテ重大ニシテ法律上又人道上頗ル恐ル可キモノナルカ故ニ其刑ノ裁量ニ付テハ殊ニ熟慮ヲ費ササル可カラサルハ勿論ナリ而シテ其刑ノ選擇量定ニ付テ參酌ス可キ主觀的及ヒ客觀的ノ事情ハ素ヨリ列擧スルヲ得スト雖モ之カ處分ヲ爲スニ當リテハ古來國民一般ノ間ニ行ハルル道義上ノ觀念ヲ等閑ニ付セサルコト最モ必要ナリトス、此點ニ付テハ我古法ノ規定ヲ參照スルコトヲ忘ル可カラス(註一、二、三、四)

(註一) 大寶律(唐律ニ從フ)ニ於テハ祖父母、父母ヲ毆チ及ヒ殺サンコトヲ謀リ又ハ伯叔父、姑、兄姉、外祖父母、夫、夫之父母ヲ殺スヲ惡逆、伯叔父姑、兄弟外祖父母夫之父母ヲ毆チ及ヒ殺サンコトヲ謀リ又ハ四等以上尊長及ヒ妻ヲ殺シ又ハ一家死罪ニ非サル三人ヲ殺シ若クハ人ヲ支解スルヲ不道、本主、本國守、見受業師ヲ殺シ又ハ吏卒本部五位以上長官ヲ殺スヲ不義ト謂ヒ何レモ之ヲ八虐罪ノ一トシテ議請減ノ律ヲ適用ス可カラサルモノトシ賊盜律ニ依リ嚴刑ヲ科シタリ

(註二) 德川氏御定書ニハ殺傷ニ關シ精密ナル規定アリ

一、主殺

一、主人ニ爲手負候もの　二日晒一日引廻鋸挽之上磔

一、同切かゝり打かゝり候もの　晒之上磔

一、古主を殺し候もの　死罪

一、同爲手負候もの　晒之上磔

一、同切かゝり打かゝり候もの　引廻之上磔

一、主人の親類を殺候もの　死罪

一、同爲手負候もの　引廻之上獄門

一、同切かゝり打かゝり候もの　引廻之上死罪

但當座の義に候はゝ遠島品により重追放

一、親殺

一、同爲手負候もの並打擲いたし候もの　引廻之上磔

一、同切かゝり打かゝり候もの　死罪

一、舅伯父母兄姉を殺候もの　引廻之上獄門

一、同爲手負候もの　死罪

一、師匠を殺候もの　磔

一、同爲手負候もの　死罪

一、支配を請候名主を殺候もの　引廻之上獄門

但可殺所存にて手疵爲負候もの死罪

一、密夫いたし實の夫を殺候女　引廻之上磔

但實之夫を殺候樣に勸候歟又手傳いたし殺候男獄門

一、密夫いたし實之夫に疵付候者　引廻之上獄門、男は引廻之上獄門

一、毒飼いたし人を殺候もの　獄門

但毒飼いたし候へ共不死におゐては遠島

一、人を殺候もの　下手人

一、人殺の手引いたし候もの　遠島

一、差圖いたし人を爲殺候もの　下手人

一、差圖を請人を殺候もの　遠島

一、自分之惡事可顯を厭ひ其人を殺害可致として疵付或は詮議したる人に遺恨を含手疵爲負候もの　下手人但切殺候はゞ獄門

一、辻斬いたし候もの　引廻之上死罪

一、大勢にて人を打殺候時初發に打かけ候もの　遠島

一、相手より不法之儀を仕掛無是非及刃傷人を殺し候もの　遠島

一、密通之男女共に夫殺候はゞ　於無紛は無構

一、女同心無之に密通を申掛或は家内え忍入候男を夫殺候時不義を申懸候證據於分明は　男女共無構

（右ノ外省略）

〔註三〕新律綱領及ヒ改定律例ノ人命律ニ於テ謀殺本屬長官律、謀殺祖父母父母等律、謀殺家長律、殺一家三人律、本夫殺等ヲ普通ノ故殺ニ比シテ重シトス爲シ殺死姦夫ヲ不論罪トスルカ如キハ趣旨ニ於テ前二者ニ同シ

〔註四〕舊刑法モ亦謀殺、毒殺、慘殺、重罪輕罪ノ手段又ハ結果タル殺傷、祖父母父母ニ對スル殺傷等ヲ以テ重シト爲シ姦夫殺傷ヲ宥恕減輕ス可キモノトセリ

第三　前述ノ如ク本法亦直系尊屬ニ對スル殺害行爲ハ之ヲ通常ノ殺人ト區別シ孝道ノ重ンス可キ所以ヲ明カニシタリ而シテ此範圍ニ於テハ古來ノ沿革ニ從ヘルモノト謂フ可シ然レトモ法律上ノ減輕及ヒ酌量減輕ハ本罪ニ付テモ許ササルノ趣旨ニアラス蓋犯罪ノ情狀ハ千差萬別ニシテ絶對的ニ減輕ヲ禁スルコト能ハサル場合アレハナリ但茲ニ注意ス可キ一事アリ子孫ニシテ直系尊屬ヲ殺スカ如キハ極メテ例外ニシテ其原因多クハ被害者ノ責ニ歸ス可キモノアルヲ通例トスルモ其過責ノ著シキモノニアラサル限リハ尊屬殺嚴罰ノ本旨ヲ動カス可キモノニアラサルコト是レナリ

第四　第百九十九條、第二百條ノ罪及ヒ其未遂罪ニ付テハ屬人主義ノ適用アリ（第三條第六號參照）

第五　從前ノ判例ニ依レハ殺人ノ目的ヲ以テ其實行ニ著手シタル後强盜ヲ爲シ遂ニ殺人ノ所爲ヲ遂行シタルトキハ卽チ一個ノ行爲ニシテ二個ノ罪名ニ觸ルルモノトス從テ其所爲ニ對シ刑法第二百四十條ノミヲ適用シタル判決

ハ不法ナリ(明治四十三年判決錄九二二頁)トシ又刑法第二百四十條ノ罪ハ同第百九十九條ニ規定スル殺人罪ノ特別ナル場合ニ屬セス全然別種ノ犯罪ヲナスモノナルカ故ニ殺意ヲ以テ人ヲ殺傷シテ强盜行爲ヲ行ヒタルトキハ一面ニ於テ强盜致死又ハ强盜傷人ノ犯罪成立スルト同時ニ他ノ一面ニ於テ殺人又ハ殺人未遂ノ犯罪ヲ構成スルモノナリト說示シタリ(明治四十三年判決錄一七六四頁)然レトモ大正十一年れ第一二五三號同年十二月二十二日ノ判決ハ上叙ノ見解ヲ變更シ强盜殺人ニ付テハ第百九十九條第二百三條等ノ適用ナキモノト認メタリ

更ニ注意ス可キ判例アリ一ハ殺人ト住居侵入ノ牽連關係ヲ認メ一ハ殺人ト死體遺棄トノ併合罪ヲ認ムルモノナリ曰ク甲者カ乙者ヲ殺害セント企テ丙者ノ住宅ニ侵入シテ其目的ヲ遂ケタルトキハ右ノ家宅侵入ノ所爲ハ殺人行爲ノ手段ナルカ故ニ刑法第五十四條ヲ適用シテ之ヲ處分ス可キモノトスト(明治四十三年判決錄一二二〇頁)又曰ク死體遺棄ノ行爲ハ常ニ必ス殺人行爲ニ伴フモノニ非サルヲ以テ人ヲ殺シタル後更ニ死體ヲ遺棄スルニ於テハ殺人罪ノ外ニ尙ホ死體遺棄ヲ構成スト(同四十四年判決錄一三八六頁)

第二十七章　傷害ノ罪

第二百四條　人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス

第二百五條　身體傷害ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ニ對シテ犯シタルトキハ無期又ハ二年以上ノ懲役ニ處ス

第二百六條　前二條ノ犯罪アルニ當リ現場ニ於テ勢ヲ助ケタル者ハ自ラ人ヲ傷害セスト雖モ一年以下ノ懲役又ハ五十圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス

第二百七條　二人以上ニテ暴行ヲ加ヘ人ヲ傷害シタル場合ニ於テ傷害ノ輕重ヲ知ルコト能ハス又ハ其傷害ヲ生セシメタル者ヲ知ルコト能ハサルトキハ共同者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル

第二百八條　暴行ヲ加ヘタル者人ヲ傷害スルニ至ラサルトキハ一年以下ノ懲役若クハ五十圓以下ノ罰金又ハ拘留若クハ科料ニ處ス

前項ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス

第一節　總說

第一　傷害罪ハ他人(自己以外ノ自然人)ノ肉體又ハ精神ノ健全ヲ侵害スルニ因

テ成立ス自己傷害ハ特別ノ規定(例、徴兵令第三十一條)ニ依リ他ノ罪ヲ構成スルコトアリト雖モ本罪ヲ構成セス、又動物ヲ傷害スルハ毀棄罪ト爲ル可キ場合アリト雖モ本罪ノ觀念ニ屬セス

第二 傷害ノ手段ハ通常暴行ナリ、茲ニ所謂暴行ハ頗ル廣義ニシテ人ノ身體其モノニ對スル不法ナル一切ノ攻擊方法ヲ包含ス[註一]只精神作用ニ對シテノミ不法ナル影響ヲ及ホスニ止ル行爲(脅迫其他ノ威嚇)ハ法律ノ意味ニ於テハ暴行ニアラス何トナレハ法律ハ常ニ同一犯罪ノ手段トシテ暴行ト脅迫トヲ區別スレハナリ(同趣旨判決明治三十六年判決錄六九五頁參照)然レトモ精神作用ニ不法ノ影響ヲ及ホシ延イテ身體其モノニ不法ノ影響ヲ及ホス(例、急激ノ大聲ヲ發シ人ヲ喫驚セシメ因テ落馬セシム)ハ尙ホ暴行タル可ク又脅迫其他所謂無形ノ暴行ニ因リ肉體精神ノ健全ヲ害スルトキハ傷害ノ行爲アリト認メサル可カラス又暴行中ニハ毒藥ヲ施用シ、水ヲ注キ、人ノ身體ニ組付クカ如キ又ハ制縛、遺棄等ノ行爲ヲモ包含ス可シ、但毛髮及ヒ鬚髯ヲ斷ツコトカ暴行ナリヤ否ヤニ付テハ議論アリ(例、積極說**リスト**、**ブランク**、消極說**ビンディング**)蓋毛髮鬚髯ノミニ對スル不法影響ニシテ身體(筋肉ヲ以テ圍繞セラレタル部分)ニ影響ヲ及ホササルモノハ傷害ニ非スト雖モ暴行タルヲ得ルモノト解スルヲ穩當トス(註二、三)然レトモ人ノ體軀ノ皮膚ノ表皮ヲ剝離スルカ如キハ身體傷害ナルコト勿論ナリ(大正十一年れ第一七六三號同年十二月十六日第三刑事部判決)

[註一] 獨逸刑法草案(一九〇八年)第十二條第四號ニ暴行(Gewalt.)ノ定義ヲ下シテ曰ク本法ニ於テ暴行ト稱スルハ催眠術魔睡劑其他ノ手段ニ依リ人ヲ無意識狀態又ハ抗拒不能ノ狀態ニ陷ルル行爲ヲモ包含スト予輩亦斯ノ如キ行爲ヲ暴行ナリト認ム

[註二] 判例ニ云ク傷害トハ體軀ノ完全ヲ害スルノ謂ニシテ生活機能ニ障碍ヲ與フル一切ノ場合ヲ包含ス而シテ身體ノ生理組織中ニハ毛髮爪端ノ如キ之ヲ切斷剪除スルモ生活機能ニ何等ノ障碍ヲ來ササルモノアルモ其他ノ部分ハ之ニ不良ノ變更ヲ加フル以上ハ常ニ必ス生活機能ノ障碍ヲ惹起スルヲ以テ之ニ不良ナル變更ヲ加ヘタル所爲ハ傷害ノ行爲ナリ(大正三

年れ第一二二〇號判決)又曰ク刑法第二百四條ノ傷害罪ハ他人ノ身體ニ對スル暴行ニ因リ其生活機能ノ毀損ヲ惹起スルコトニ因リテ成立スルモノナレハ不法ニ人ノ毛髮鬚髯ヲ截斷シ若クハ剃去スル行爲ハ之ヲ以テ直チニ健康狀態ノ不良變更ヲ來タシタルモノト云フヲ得ス從テ同條ノ所謂傷害罪ニ該當セス(明治四十五年判決錄八九六頁)

〔註三〕 呪詛カ身體傷害ノ手段タルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ前章第一節ノ說明ヲ參照ス可シ

第三 身體ノ健康ヲ損スルト云フハ暴行ヲ加フル當時ニ於ケル身體ノ外部又ハ內部ノ狀態ヲ不良ニ變更スルノ意義ナリ大小ノ程度ヲ問ハス從テ狹義ノ疾病ト云フ程度ニ至ルコトヲ必要トセス身體ノ現狀ニ不良ナル變更ヲ生シタルトキハ有機物ノ作用ニ因レルト無機物ノ作用ニ因レルトヲ區別セス例ヘハ病毒ヲ感染セシムルモ身體傷害ナリ

身體侵害(Körperverletzung.)ト稱スルトキハ損傷ヲ生セサル暴行ヲモ包含スルモノト解スルヲ得ヘシト雖モ身體傷害(Körperbeschädigung.)ト云フトキハ暴行ノミニテハ足レリトセス身體ノ現狀ヲ不良ニ變更スルコトカ必要ナリ第二百八條ニ暴行ヲ加ヘタル者人ヲ傷害スルニ至ラサルトキトアルニ由テ之ヲ觀ルモ此趣意明白ナリト云フ可シ

第四 傷害罪ノ成立ニ付テモ當該行爲ノ違法ナルコトヲ要スルハ勿論ナリ故ニ若シ違法阻却ノ原因アルトキハ本罪ノ成立ヲ認ムルヲ得サルコト明白ナリ卽チ緊急防衛行爲、緊急避難行爲、軍律上ノ緊急行爲(多數共同ノ暴行ヲ鎭壓スル爲メ又ハ危急ノ際、軍紀ヲ保持スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲……陸軍刑法第二十二條、海軍刑法第十七條)正當業務行爲又ハ職務行爲其他法令ニ因ル行爲ヲ爲スニ際リ傷害又ハ致死ノ結果ヲ生セシムルモ傷害罪ヲ構成スルコトナシ唯其必要ノ程度ヲ超エタル範圍ニ於テハ故意犯又ハ過失犯ノ責ヲ免ルルヲ得サルコト勿論ナリ然リ而シテ上叙ノ方面ヨリ觀察シテ吾人ノ日常生活ニ於テ屢〻遭遇スル現象ハ懲戒權ノ行使ニ依ル毆打及ヒ傷害ノ事實ナリ

抑〻懲戒權ハ法令ニ因ル監督權ニ附隨スルヲ原則トス懲戒ノ手段ハ監督者殺

監督者ノ地位、身分、能力等ノ異同ニ依リテ同シカラスト雖モ概言スレハ地位身分ノ高キ者ニハ身體上ノ懲罰ナク地位身分又ハ能力ノ低キ者ニハ斯カル懲罰ノ行ハルルヲ通例トス例ヘハ官公吏辯護士等ニ對シテハ懲戒上ノ體罰ヲ科ス可カラサルヲ原則トスルモ其他ノ者ニ對シテハ此種ノ懲戒ヲ施シ得ル場合少カラス就中其體罰ノ種類及ヒ程度カ法令ニ依リ明示セラルルモノアリ例ヘハ陸軍懲罰令ニ於ケル重輕營倉、監獄法ニ於ケル重輕屏禁、民法ニ於ケル懲戒場入置(民法第八八二條)ノ如キ是レナリ、或ハ又單ニ懲戒權ノ存在ハ認メラルルモ其手段ニ付テノ種類及ヒ程度ノ明示セラレサル場合アリ殊ニ親權者ノ懲戒權(懲戒場ニ入ルルコトヲ除ク)ニ付テ然リ卽チ民法第八百八十二條ノ規定ニ依レハ親權ヲ行フ父又ハ母ハ必要ナル範圍内ニ於テ其子ヲ懲戒スルコトヲ得ルモノナリト雖モ頗ル抽象的ノ規定ニシテ殆ト憑據ス可キ所ナキナリ然レトモ大體ノ精神ハ明カニシテ親權者カ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ爲スノ權利義務ヲ完ウスルニ付キ必要ナル程度ノ懲戒手段ヲ實行シ得ルコトヲ認ムルモノニ外ナラス而シテ一般慣例上輕微ナル毆打ハ輕微ナル創傷ヲ伴フ場合ト雖モ尙ホ必要ナル程度ノ懲戒手段ニ屬スルモノト爲スコト何等ノ疑ナキ所ナリ但輕微ナリヤ否ヤハ各場合ニ就キ裁判官ノ認定ス可キ具體的ノ問題ニシテ抽象的ニ判斷スルコトヲ得サルモノトス(未成年者ノ後見人ノ有スル懲戒權ニ付テモ亦上叙所說ニ從フ、民法第九百二十一條參照)

小學校長及ヒ同教師カ生徒ニ對シ懲戒上ノ體罰ヲ科シ得ルヤ否ヤ、蓋兒童教育上ニ於テハ必要ナル範圍ニ於テ懲戒ノ手段トシテ體罰(殊ニ輕微ナル毆打)ヲ施スコトヲ得ルモノト爲スニ非サレハ目的ヲ達スルコトヲ得サル場合アル可ク斯ノ如キ場合ニ付テハ立法論トシテ本問ハ之ヲ肯定セサル可カラス(此見解ハ獨逸ニ於ケル學說及ヒ判例ノ認容スル所ナリ)然レトモ之ヲ濫用スルニ至ラハ遂ニ蠻俗タルヲ免レサルナリ我小學校令第四十七條ニ於テ體罰ヲ加フルコトヲ禁シタルハ專ラ此濫用ノ弊ヲ防クカ爲メナル可シ然リ而シテ所謂體罰ハ傷害行爲又ハ傷害ヲ生シ得ル性質ノ行爲ヲ指スモノニシテ相當ナル程度ノ自由ノ拘束(例ヘハ放課後數時間校内ニ留置スル處分)ヲ包含セ

サルモノト解スルヲ正當ナリト信ス

然レトモ他ノ權利ヲ實行スル際ニモ傷害罪ヲ犯シ得ルハ勿論ナリ判例ニ云ク刑事訴訟法第六十條、同第六十一條ノ規定ニ依リ權利ノ實行トシテ被告人ヲ逮捕引致スル場合ト雖モ暴行ノ結果其身體ヲ傷害シタル以上ハ傷害罪ノ成立ヲ妨クルコトナシ(明治四十三年判決錄八一八頁)

第二節　本罪ノ態樣

第一　普通傷害罪(第二百四條)――前節ノ説明ヲ參照ス可シ、舊刑法ニ於ケル篤疾、癈疾ニ致ス傷害、疾病休業ニ致シ又ハ致ササル傷害、豫謀ニ因ル傷害、健康危害品ヲ施用シテ人ヲ疾苦セシムル行爲、詐稱誘導シテ危害ニ陷レ因テ疾病ニ致ス行爲等皆本條ノ罪ニ該ル可キモノナリトス

犯意ノ内容如何ニ付テハ議論アリ卽チ人ノ身體ニ暴行ヲ加フル意思アル外尙ホ傷害ノ結果ヲ生セシムルノ觀念アルコトヲ要スルヤ否ヤノ問題是レナリ若シ之ヲ積極ニ決スルモノトセハ單ニ暴行ヲ加フルノ意思ヲ以テ暴行ヲ爲シタルニ被害者死亡シタルトキハ傷害致死罪ニアラスシテ過失殺ト爲ル可ク又傷害ノ觀念ナク暴行ノ意思アリタルニ過キサルニ傷害ノ結果ヲ生シタルトキハ過失傷害ヲ以テ論スルノ外ナキニ至ル可ク果シテ然ラハ其刑ノ權衡ヲ失スルモノニシテ失當ナル論結タルヲ免レス第二百八條ノ規定ヨリ觀察スレハ第二百四條ト同條トハ何レモ故意ニ暴行ヲ加ヘタル場合ニ關シ傷害ノ認識ノ有無ニ拘ラス其結果ヲ生シタルト否トニ因リ其適用ヲ異ニス可キモノト解スルヲ至當トス〔註〕又所謂打擊ノ齟齬ハ傷害罪ノ犯意ヲ阻却スルモノニアラス同趣旨判例アリ曰ク苟クモ人ヲ毆打スルノ意思ヲ以テ暴行ヲ加ヘタル以上ハ從令傷害ノ結果カ犯人ノ觀察セサリシ客體ノ上ニ發生スルモ毆打創傷罪ノ制裁ヲ免ルコトヲ得スト(明治四十二年判決錄二三七頁)最近判例亦同シ曰ク苟クモ人ニ對シ故意ニ暴行ヲ加ヘタルニ因リ傷害又ハ傷害致死ノ結果ヲ生シタルトキハ縱令其結果カ犯人ノ目的トセス且毫モ意識セサリシ客體ノ上ニ生シタル場合ト雖モ傷害罪又ハ傷害致死罪ノ成立ヲ妨ケスト(大正十一年れ第五九一號同年五月九日第一刑事部判決)

〔註〕傷害罪ノ成立ニ必要ナル犯意ハ犯人ニ於テ人ニ對シ暴行ヲ加フルコ

トヲ認識スルヲ以テ足リ其暴行ニ因リ傷害ノ發生スルコトヲ認識スルヲ要セス(明治四十三年判決錄二一三九頁、大正六年同二二九頁參照)最近同趣旨判例アリ曰ク傷害罪ノ犯意アリトスルニハ人ノ身體ニ暴行ヲ加フルノ認識アルヲ以テ足リ傷害ノ結果ヲ認識スルコトヲ必要トセス而シテ他人ニ對シテ暴行ヲ加フ可キコトヲ教唆シタル以上ハ假令傷害ノ結果ヲ認識セサルモ被教唆者ノ暴行ニ因リテ生シタル傷害ノ結果ニ付責任ヲ負フ可キモノトスト(大正十一年れ第一五五九號同年十二月十六日第三刑事部判決)

第二 傷害致死罪(第二百五條)——暴行ヲ加フル意思アルコトヲ要スル點ニ於テ過失殺ト異リ(傷害スルノ意思ノ有無ヲ論スル必要ナシ)死ニ致スノ故意ナキコトヲ要スル點ニ於テ殺人ノ罪ト異ル(致死ノ意思アルトキハ殺人罪ト爲ル)尊屬致死ハ加重罪タリ

身體傷害ト被害者ノ死亡トノ間ニ相當因果關係ノ存スルヲ必要トス(此點ニ付テハ總論因果關係ノ章ヲ參照ス可シ)、注意ス可キ判例アリ其要旨ニ曰ク人ノ身體ヲ不正ニ侵害スルノ認識ヲ以テ爲シタル意思活動ニ因リ被害者ヲ死ニ致シタルトキハ此意思活動カ一原因タルニ於テハ犯人ノ斯カル認識ナキ舉動カ之ニ附加結合シテ致死ノ一條件ヲ成シタル場合ト雖モ該意思活動ト致死ノ結果トノ間ニハ因果關係ノ存在ヲ認ム可キモノトス從テ被害者ニ對シ暴行ヲ加ヘタル後既ニ死亡シタルモノト誤信シテ之ヲ水中ニ投入シ暴行傷害ト飲水ニ因リ致死ノ結果ヲ惹起シタルトキハ犯人ノ行爲ヲ包括的ニ單一ノ傷害致死罪トシテ處斷セサル可カラスト(大正七年判決錄一四六一頁)尙ホ注意ス可キ判例アリ曰ク暴行カ傷害致死ノ一原因ト爲レル以上ハ縱令被害者ノ身體ニ對スル醫師ノ診療宜シキヲ得サリシコトカ他ノ一因ヲ成シタリトスルモ暴行ト致死トノ間ニ因果關係ヲ認ム可キモノトス(大正十二年れ第六七四號同年五月二十六日第三刑事部判決)

第三 現場助勢(第二百六條)——現場助勢ハ單純ナル聲援ナリ自ラ暴行ヲ爲シタルトキハ總則共犯例又ハ第二百七條ノ適用ヲ受ク可ク助勢以外ノ幇助ハ從犯タル可シ、助勢モ亦幇助ノ一種ナリト雖モ自ラ手ヲ下シテ傷害ヲ爲スノ

意思アルモ尙ホ其結果ヲ生セサルトキハ第二百八條ニ依リ輕キ處分ヲ受クルニ過キサルカ故ニ其權衡上單純助勢ヲ獨立罪トシテ輕ク處分スルニ過キス、暴行ヲ爲ス者ニ對シ現場助勢ヲ爲スト雖モ其暴行ニ因リ傷害又ハ傷害致死ノ結果ヲ生セサルトキハ第二百八條ノ從犯ヲ以テ論セサル可カラス

第四　暴行(第二百八條)——前節第二段及ヒ本節第一段ノ說明ヲ參照ス可シ、既說ノ如ク暴行ノ觀念ハ頗ル包括的ニシテ例ヘハ人ヲ傷害スル目的ヲ以テ木石ヲ拋下シタルニ身體ニ中ラサル場合ノ如キモ尙ホ暴行罪ヲ構成ス可シ、英米法ニ所謂Assault.ノ觀念ニ比スルヲ以テ適當ナリトス、但其性質上暴行ノ觀念ヲ具備スル行爲ナリト雖モ特別ノ規定アルモノニ付テハ之ニ依ル可キコト勿論ナリ例ヘハ墮胎セシムル行爲、遺棄、制縛ノ如キ是レナリ、又暴行カ他ノ罪ノ構成要件タル場合(例、强盜、强姦)ニ於テモ本條ノ適用ナキコト勿論ナリ而シテ暴行罪ハ傷害罪ニ非サルコト既述ノ如クナリト雖モ身體ニ對スル侵害ナルヲ以テ法律ハ傷害ノ罪ノ一態樣トシテ之ヲ規定ス、本罪ハ親告罪ナリ

舊刑法第四百二十五條第九號ハ人ヲ毆打シテ創傷疾病ニ至ラサル者ヲ違警罪ノ刑ニ處ス可キコトヲ規定シ刑法改正案理由書ニハ第二百八條ノ規定ヲ以テ之ト同趣旨ナリト說明シタリ而シテ所謂毆打ハ獨刑法ノSchlägerei.佛刑法ノCoups.竝ニ英法ノBattery.ト同意義ニシテ人ノ身體ニ暴力ヲ及ホスコトヲ要スルモノト解スルヲ例トス然レトモ此說明ニ從フ可キニ非ス元來暴行ハ毆打ヨリモ廣義ニ使用セラレ一切ノ不法力ヲ用フル行爲ヲ包括スルコトアリ例ヘハ放火及ヒ損壞ノ如キモ此意味ノ暴行ナリ又單ニ之ヲ人ノ身體ニ關シテ使用スル場合ニ於テモ尙ホ毆打ヨリ廣義ニ使用セラルルコト既ニ舊刑法ノ認メタル所ナリ例ヘハ同第三百十四條ニ所謂暴行人ハ身體ニ對シ實害ヲ加ヘントスル者ヲ指稱スルモノニシテ既ニ人ノ身體ニ暴力ヲ施用シタル者ヲ指スモノニ非サルコト明白ナリ

之ヲ外國立法例ニ徵スルニ佛刑法(第三百九條)ハ毆打、暴力其他ノ暴行(Les blessures ou les coups, ou autres violences ou de faits.ヲ處罰スルヲ規定シ又同法第二百二十八條ノ官吏抗拒罪ニ付テハ始メ毆打ノミヲ處罰セルモ之ヲ以テ狹キニ失スルモノトシ後ノ改正法律ヲ以テ「暴行其他ノ暴力」ヲモ罰ス可キコトヲ明

カニスルニ至レリ(但此改正ニ依リ暴力カ身體ニ觸レサル場合ニモ暴行ヲ認ムルヤ否ヤノ問題ヲ解決スル趣旨ニハ非サルカ如シ)次ニ獨逸刑法ニハ我第二百八條ニ該當スル規定ヲ置カサルモ同法第三百二十三條ノ身體虐待(Körperliche Mishandlung.)ニハ傷害及ヒ毆打以外ノ暴行ヲ包含スルモノト解セラレ尙ホ同法第百十七條第九十四條等ニ於ケル暴力的攻擊(Tätlicher Angirff oder Tätlechkéit.)及ヒ第二百四十九條ノ人ニ對スル暴力(Gewalt gegen eine Person.)ハ何レモ暴力カ實際上人ノ身體ニ觸ルルコトヲ要セサルモノト解セラレ次ニ又印度刑法第三百五十一條ハ苟クモ不法力ヲ使用スル意思ヲ表現スル暴行(Violence exhibiting an intention to use criminal force.)ノ存スル以上ハ暴力カ身體ニ觸ルルト否トヲ問ハサルノミナラス苟クモ人ヲシテ暴力使用ノ意アルコトヲ認識セシムルニ足ル可キ擧措ヲ爲スノミニテモ之ヲ處罰ス可キコトヲ規定シタリ其法文次ノ如シ

Whoever makes any gesture, or any preparation, intending or knowing it to be likely that such gesture or preparation will cause any person present to apprehend that he who makes that gesture or preparation is about to use criminal farce to that person, is said to commit an assault. But the words which a person uses may give to his gestures or preparations such a meaning as may make these gestures or preparations amount to an assault. (Gour, The Penal Code of India, 1579.)

英國普通法ニ於ケル毆打及ヒ暴行ノ普通ノ定義ヲ見ルニ

A battery is not necessarily a forcible striking with the hand or stick or the like, but includes every touching or laying hold of another person,or…… or hostile manner.

An assault is an attempt or offer to do a corporal hurt to another even without touching him, as if one lifts up his cane or his fist, in a threatening manner, at another ; or strikes at him, but misses him. (Harris's Principles pp. 1781—79.)

予輩ハ我法典第二百八條ノ暴行ヲ以テ英國普通法ニ於ケル毆打及ヒ暴行ニ該當スルモノト認ムルヲ適切ナリト信ス或ハ曰ク人ノ身體ニ對シテ傷害又ハ暴行ヲ加フ可キ行爲ヲ爲スモ其身體ニ觸レサル場合ニ付テハ警察犯處罰令第二條第三十二號(他人ノ身體物件又ハ之ニ害ヲ及ホス可キ場所ニ對シ物

件ヲ抛棄シ又ハ放射シタル者)ニ該當スルニ過キスト然レトモ此規定ハ傷害又ハ暴行ヲ加フルノ意思ナキ場合(卽チ刑法第二百八條ノ適用ナキ場合)ニ於テノミ適用セラルルモノト解ス可キナリ

靜岡地方裁判所ハ衆議院議員候補者ノ政見發表演說中之ニ對シ小蛇ヲ投擲シタルモ其身體ニ的中セサリシ場合ニ付キ同議員選擧法第八十八條ニ所謂暴行行爲アリト認メタリ(大正九年五月十二日言渡大藪某被告事件判決)予輩ハ之ニ贊同シ尙ホ此見解ヲ刑法ノ解釋ニ及ホサント欲ス

第三節　同意ニ因ル傷害

第一　被害者ノ承諾カ加害行爲ノ違法性ニ關シ如何ナル影響ヲ及ホスカノ問題ニ付テハ學說區區ニシテ殊ニ被害者ノ承諾ニ基ク傷害行爲ニ付テ然ルヲ見ル英米ノ普通法及ヒ印度刑法典ニ於テハ重大ナル傷害ニ付テハ承諾ノ效力ナキモノトシ輕微ナル傷害ニ付テハ反對ノ原則ニ從フ可キヲ認メ唯因テ兵役ヲ免レントスルカ如キ公益上ノ關係アル場合ニハ尙ホ有罪ト解スルカ如シ又彼ノ墺國刑法ノ解釋トシテハ傷害ノ場合モ第四條ノ原則ヲ適用シ承諾ノ效ナキモノトスルヲ通說トス然レトモ獨逸刑法及ヒ本邦刑法(其他多數諸國ノ刑法)ノ如ク此點ニ關シ原則ヲ示ササル立法例ニ在リテハ上叙ノ如ク學說分岐遂ニ歸一スル所ナキハ已ムヲ得サル所ナリ

第一說ハ現行法典ニ同意殺ヲ輕ク罰スルノ明文アルヲ楯トシテ被害者ノ承諾ニ基ク傷害行爲ヲ原則的ニ無罪ナリト論スルモノナリ(例ヘハ**ビンディング**刑法敎科書各論第一卷四四頁**オルスハウゼン**註釋書第二二三條第九註**アルフェルド**第七十節第五段勝本博士刑法要論二七一頁)其說明ノ要旨ニ依レハ囑託承諾ニ因ル殺人行爲ニ付テ特ニ明文ヲ設ケタルニ拘ラス同意傷害ニ付テ此明文ナキハ之ヲ罰セサルノ趣旨ナリト解セサル可カラス若シ反對ノ解釋ヲ採ルトキハ同意殺ヨリモ同意傷害ニ對シテ重キ法定刑ヲ科スルノ結果トナルカ故ニ權衡ヲ失スルニ至ル可シト謂フニ在リ然レトモ此論據ハ決シテ反對ノ見解ヲ擊破シタルモノニアラス蓋同意殺ハ第二百二條ノ明文ヲ待テ有罪タルニアラスシテ當然ニ第百九十九條ノ要件ヲ具備スルモノナリ特ニ第二百二條ノ規定アルハ第百九十九條ヨリ刑ヲ輕クスル必要ニ出テタルニ

過キス然リ而シテ同意殺ニ付キ此明文ヲ置キ同意傷害ニ付キ之ヲ缺如スルハ同意殺ノ通例事タル心中殺ノ如キハ頗ル頻繁ニシテ而モ通常ノ殺人ト同一ニ罰ス可カラサル情狀アルニ反シ同意傷害ニ付テハ實際上ニ於テ斯ノ如キ事情ノ存スルコト稀有ニシテ又同意ニ因ル醫療的傷害ノ如キハ他ノ法理上無罪タル可ク敢テ明文ヲ置クノ必要ナキモノト解スルヲ得ヘシ(**ガイヤー**亦此見解ヲ採レリ同氏獨逸刑法各論ノ部一八頁參照)

或ハ曰ク吾人ハ自己ノ身體ニ對シテ權利ヲ有ス此權利ハ私權ナリ故ニ身體ニ對スル犯罪ハ私權ニ對スル犯罪ナリ而シテ私權ハ自ラ之ヲ處分スルコトヲ得ルヲ以テ原則トスルカ故ニ承諾ヲ得テ人ノ身體ヲ傷害スルモ罪ト爲ル可キモノニアラスト然レトモ此論據モ亦絶對的ノモノニアラス蓋吾人ハ生命、身體、自由、名譽等ニ付キ一種ノ私權ヲ有スルコト疑ナシト雖モ原則的ニ之ヲ處分スルノ權利乃至自由ヲ有スルヤ否ヤハ疑ナキ原則ナリト謂フ可カラス現行刑法ノ規定ニ徵スルトキハ自己ノ利益ニ對スル犯罪ハ原則トシテ認メラレサル所ナルコト明白ニシテ此場合ニハ他人ニ依賴シテ自己ニ對スル加害行爲ヲ爲サシムルモ本人ハ處罰セラルルモノニ非スト解スルヲ正當トスルモ之カ爲メニ加害行爲ヲ爲シタル他人ヲシテ當該刑罰法規ノ適用ヲ免レシムルノ權利アリト認ム可キ論據ナシ又之ヲ民法ノ規定ニ徵スルニ契約ノ自由ノ原則ハ之ヲ認メ得ルモ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルコトヲ目的トスル法律行爲ヲ有效トセサルヲ原則トス、論者ノ前提ハ獨斷ナリトノ攻擊ヲ避ケ得ルモノニアラス

或ハ又曰ク凡ソ暴行脅迫ヲ手段トシテ私益ヲ害スル犯罪ハ被害者ノ意思ニ反シテノミ之ヲ犯スコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ暴行ヲ手段トスル傷害罪モ亦被害者ノ意思ニ反シテノミ之ヲ犯スコトヲ得ヘシト蓋暴行脅迫カ法定ノ手段ト爲レル場合ハ被害者ノ反抗ヲ抑壓スル方法トシテ行ハルルコトヲ要スルモノナルカ故ニ其意思ニ反スルヲ以テ必要トスルハ自ラ明カナリト雖モ暴行其モノノ概念ニハ當然ニ意思ニ反スルコトヲ要素トシテ包含スルモノニアラス暴行ハ不法ノ有形的侵害ナリ意思ニ反スルトキト雖モ不法ナラサレハ暴行ヲ存セサルト同時ニ意思ニ反セサルトキト雖モ不法ナルトキ

ハ暴行タルヲ得ヘシ加之同意傷害ヲ不法ナラストセハ婦女ノ同意ニ基キ墮胎ヲ爲サシムルニ因テ之ヲ死傷ニ致シタル場合ニ於テ婦女自身ノ墮胎行爲ヨリモ重ク處罰スルノ根據ナカル可シ(第二百十三條、第二百十四條對照)

第二 第二說ハ被害者ノ承諾ヲ以テ傷害罪ノ成立ニ影響ヲ及ホサスト爲ス見解ナリ佛國判例(**ガルソン**註釋第二九五條第二三五註及ヒ第三百九條第六九註參照)**プリンス**(刑法論第四三八號)**ビダル**(刑法三三五頁)**リスト**(獨逸刑法敎科書十七版三一三頁)獨逸刑法改正案理由書(各論六五九頁)**オッペンホフ**=**デリユス**(註釋書第二二三條第二註)**ヒプリヒ**(**ゲリヒツザール**第四十六卷二三六頁)獨逸帝國裁判所(判決錄第二卷四四二頁及ヒ第六卷六一頁)等此見解ヲ採用ス但原則トシテノ主張タルニ過キス從テ例ヘハ彼ノ同意ニ依リ醫術行爲ヲ爲ス場合ニ於ケルカ如ク他ノ法理上ヨリ觀察シテ犯罪ノ成立ヲ認メサルモノハ之ヲ別問題ナリトス而シテ上叙ノ原則的斷定ヲ爲スノ論據ハ或ハ刑法規定ハ公益ノ爲メニ設クルモノナル故ナリトスルアリ(例ヘハ**プリンス**)或ハ身體自由處分論ハ吾人ノ法律意識(Rechtsbewusstsein.)ニ絕對的ニ矛盾スル爲メナリトスルモノアリ(例ヘハ**リスト**)或ハ同意殺ヲ處罰スル規定及ヒ同意ニ因リ墮胎セシムル行爲ヲ婦女自ラ墮胎スル場合ヨリ重ク罰スル規定又ハ決鬪罪ニ關スル規定ヲ援用スルモノアリ其他種種ノ形式論アリ然レトモ此等ノ論據モ決シテ非難ヲ免レ得ルモノニハアラス結局スル所一ノ**ドグマ**タルハ第一說ト同樣ナリ

第三 更ニ第三說トシテ折衷說アリ或ハ重大ナル傷害ハ殺害ノ場合ト同シク國家ノ利益ヲ害スルモノナルカ故ニ被害者ノ承諾ハ無效ナルモ輕微ナル傷害ニ付テハ然ラスト說キ(例ヘハ**ワッヘンフェルド**獨逸刑法敎科書一三二頁)或ハ重大ナル傷害ハ非親告罪ナルニ反シ輕微ナル傷害罪ハ親告罪ナルカ故ニ承諾ハ前者ニ付キ無效ナルモ後者ニ付キ違法ヲ阻却スルノ效アリト爲シ(獨逸ノ學者中此說明ヲ爲スモノ多シ)或ハ傷害ニ對スル承諾カ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルトキハ無效ナルモ然ラサレハ有效ナリ例ヘハ病兒ノ手術ノ爲メニ健康者ノ承諾ヲ得テ其筋肉ヲ得ルカ如キ場合ハ傷害カ承諾ニ因リテ違法性ヲ缺クモノトス可ク債務履行ノ延期ニ代ヘ承諾ヲ經テ相手方ヲ毆打スル

カ如キハ違法性ヲ阻却スルコトナキモノナリトシ(牧野博士日本刑法二〇五頁)又例ヘハ乞食ト爲ルニ適スル爲メ重大ナル傷害ヲ爲ス可キコトノ囑託ニ因リ傷害行爲ヲ爲スカ如キハ善良ノ風俗ニ反スルカ故ニ有罪タル可ク反之醫療上或者ノ承諾ヲ得テ危險ナル器具ヲ以テ身體ヲ傷ルハ無罪ナリトス(**フランク**註釋書一一〇頁)蓋重大ナル傷害ハ國家ノ利益ヲ害シ輕微ナルモノハ然ラスト爲スカ如キハ印度刑法典ノ如キ明文ヲ待テ始メテ解決シ得ヘキコトニシテ又傷害ノ輕重ニ因リ之ヲ親告罪トスルト非親告罪ト爲ストノ區別ヲ標準トスル見解ハ我刑法典ノ解釋ニハ之ヲ應用スルノ餘地ナク而シテ又公序良俗ニ反スルヤ否ヤヲ標準トスルカ如キハ曖昧ナリトノ非難ヲ生スルコト疑ナカル可シ

第四 蓋同意傷害カ我現行法ノ解釋上有罪ナリヤ無罪ナリヤノ問題ニ付テハ何レノ學說ニ從フモ完全無缺ニシテ反對論ノ乘ス可キ餘地ヲ存セサルカ如キ見解ヲ立ツルコト殆ト不能ナリ然レトモ斯ノ如キ困難ハ必シモ本問題ノミニ限レルモノニアラス如何ナル問題ニ在リテモ甲論乙駁學說ノ一致ヲ缺クハ寧ロ通常ナリ然リ而シテ公序良俗ニ反スルヤ否ヤハ漠然タル觀念ニシテ各場合ニ對スル應用ニ至リテハ人人皆其見解ヲ異ニスルコト勿論ナリト雖モ此應用ノ異ルノ故ヲ以テ此標準ヲ排斥ス可キモノトセハ民法第九十條ノ如キハ之ヲ同法典中ヨリ抹消スルノ外ナキニ至ル可キナリ、予輩ハ此點ニ關シ牧野博士及ヒ**フランク**等ノ見解ヲ正當トスルモノナリ予輩カ被害者ノ承諾ハ行爲者ノ方面ニ權利行爲又ハ正當行爲ヲ生セシムルノ條件ト爲ル範圍內ニ於テノミ違法性阻却ノ原因タリト說明スルモ(總論第二編第五章第六節第三段以下參照)其趣旨ニ於テ之ト異ルモノニアラス何トナレハ公序良俗ニ反スル承諾ハ無效ニシテ相手方ノ行爲ハ之カ爲メニ第三十五條ニ該當スル適法行爲又ハ正當行爲タルヲ得サルモノト爲ス可キハ勿論ナレハナリ(此意味ニ於テ兵役ヲ免ルル目的ヲ以テ身體ヲ毀傷セントスル者ノ囑託ニ因リ傷害行爲ヲ爲シタル者ニ對シテハ刑法第二百四條ヲ適用セサル可カラス)若シ夫レ立法論トシテハ傷害罪ニ付テモ**ゲルランド**ノ主張スル如ク(獨逸及ヒ外國刑法比較說明書總論第二卷五二一頁以下參照)又印度刑法典ノ如ク又ハ

其他ノ適當ナル形式ヲ以テ第二百二條ニ對立ス可キ明文ヲ設クルヲ以テ適切ナリトス

第四節　狐下ケト致死

第一　精神病治療ノ目的ヲ以テ狐下ケノ術ヲ行ヒ遂ニ被害者ヲ死ニ致ス場合ニ於テ傷害致死罪ノ成立ヲ認ム可キヤ否ヤノ問題アリ

此場合ニ於テ施術者ニハ被害者(病者)ヲ死ニ致スノ意思ナキカ故ニ故殺ヲ以テ論スルヲ得サルハ明カナリ但若シ被害者ノ或ハ死ニ至ルノ虞アルコトハ事實上ニ於テ施術者ノ豫見スル所ナル可シト雖モ此關係ヲ證明スルコトハ殆ト總テノ場合ニ於テ不可能ナルカ故ニ不確定ノ故意アリトシテ責任ヲ問フコト亦不能ニ歸スルヲ例トス

第二　然ラハ傷害致死罪ニ問フヲ得ルカ一說ニ云ク本罪ニ付テハ既ニ說明シタルカ如ク行爲者ハ致死ノ結果ヲ豫見スルコトナク只傷害ノ結果ニ付テノ認識ヲ有シ又ハ此認識ナキモ人ノ身體ニ對スル不正傷害ノ認識ヲ有スルコトヲ要スルカ故ニ狐下ケノ場合ニ於ケルカ如ク患者ノ身體ニ毆打其他ノ虐待ヲ加フルノ行爲アリ且其點ニ付テ認識アリ而シテ致死ノ事實アル以上ハ傷害致死罪ノ成立ヲ認ムルニ充分ニシテ其行爲ノ動機カ憑狐ヲ攘斥スルニ在リタリヤ否ヤノ如キハ一般ノ原則ニ從ヒ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラスト然レトモ斯カル場合ニ於テ憑狐ヲ驅逐シテ精神病ヲ治療スルノ目的ノ存在スルコトハ所論ノ如ク輕輕ニ之ヲ看過ス可キ性質ノモノニアラサル可シ例ヘハ疾病治療ノ爲メ肢體ノ切解ヲ行フ醫術行爲ノ場合ヲ觀ルニ傷害ノ事實アリ又其認識アリト雖モ豫期セサル死亡ノ結果ヲ生スル場合ニハ事實ニ因リ過失致死罪ヲ認メ得ルモ傷害致死罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得サルト等シク本問ノ場合ニ於テモ加害行爲カ疾病治療ノ目的ニ出ツルコトハ之ヲ看過ス可キモノニ非サルナリ

或ハ曰ク疾病治療ノ爲メニスル傷害ハ醫師カ正當業務上又ハ法令ニ因ル職務上之ヲ施行スル場合ニ限リ刑法第三十五條ノ適用ヲ受ク可ク又緊急避難ノ條件アル場合ニ於テハ何人カ之ヲ爲スモ第三十七條ノ適用ヲ受ク可キモノナリト雖モ其他ノ場合ニ於ケル素人療治上身體ヲ傷害スルハ傷害罪ヲ構

成ス可シト然レトモ素人治療トシテノ傷害カ醫師法違反罪ヲ構成スルハ別問題ナリトシ(此點ニ於テ醫師カ業務上之ヲ施行スル場合ト異ル)傷害ノ點ノミヨリ觀察スルトキハ醫師ノ行フ場合ト同一ナルヲ以テ第三十五條ニ準シテ傷害罪ヲ構成セサルモノト解スルヲ正當ナリトス

第三 然リ而シテ斯ノ如ク疾病治療行爲ハ傷害罪トシテノ違法行爲ト爲スヲ得ストセハ實際上治療ノ效果ヲ奏シ得サル手段ナリトモ行爲者カ此效アリトスル事實上ノ誤信ニ基キ此手段ヲ用ヒタルトキハ傷害罪ニ於ケル犯意ノ存在ヲ認ム可カラサルモ亦通說ノ一致スル所ナリ(此點ニ付キ少數學者ノ反對說アリ)而シテ狐下ケノ爲メニスル傷害的行爲ハ實ニ此理論ノ應用ニ依リ傷害罪タルヲ得サルモノト認ムルヲ得ヘク從テ死ノ結果ヲ生スルモ傷害致死罪ヲ以テ論ス可カラサルハ當然ナリ然レトモ事情ノ如何ニ依リ之ヲ過失致死罪トシテ論スルコトヲ得ヘキ場合アル可シ

第五節 處分

第一 舊刑法ニハ傷害ヲ篤疾、癈疾、二十日以上ノ疾病二十日未滿ノ疾病ニ至ルモノ及ヒ疾病ニ至ラサルモノニ分チ又豫謀ノ有無及ヒ他ノ重罪輕罪ノ手段結果トシテ犯ス場合等ニ因リ各其法定刑ヲ異ニシタルカ現行法第二百四條ニ於テハ斯ノ如キ細別ヲ避ケ苟クモ傷害ノ結果アル以上ハ其大小如何ヲ問ハス十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス可キモノトセリ蓋諸國立法中殆ト類似ナキ規定ナリ執法者ハ須ラク傷害ノ結果ニ付テモ考量セサル可カラス人ヲ不具廢人タラシメタル傷害ト擦過傷ノ如キ輕微ノモノトヲ同一視スルカ如キハ立法ノ精神ニ非サル可シ

法律ハ傷害致死ノ場合ニ付キ被害者ノ身分ニ依リ刑ヲ區別シ通常人ニ對スル場合ニアリテハ二年以上ノ懲役ニ處ス可キモノトセリ傷害ノ場合ニ付キ被害者ノ身分ヲハ三年以上ノ懲役、直系尊屬ニ對スル場合ナルトキハ無期又顧慮セサリシハ失當ナリ)

現行法ノ規定ニ從フトキハ苟クモ殺意ノ存セサル限リハ如何ニ重大ナル傷害ヲ加フルノ惡意アリタル場合ト雖モ傷害ノ結果ヲ生セサレハ第二百八條ノ規定ニ從ヒ單純ナル暴行罪トシテ之ヲ處分スルノ外ナキモノトス(外國ノ

立法例中ニハ斯ノ如キ犯意ノ存スル場合ニ付テハ未遂罪ノ成立ヲ認ムルモノアリ立法論トシテハ寧ロ此例ニ從フヲ適當ナリトス)

傷害罪ニ付テモ舊刑法ニ誤傷ノ規定(第三百四條)存セルニ拘ラス現行法ニハ之ヲ缺クノ結果トシテ解釋上ノ疑問ヲ生ス可シ此點ニ付キ前章第三節ノ說明ヲ參照ス可シ

第二 二人以上ニテ暴行ヲ加ヘ人ヲ傷害シタル場合ニ於テ傷害ノ輕重ヲ知ルコト能ハス又ハ其傷害ヲ生セシメタル者ヲ知ルコト能ハサルトキハ共同者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル(第二百七條)蓋總則ノ規定ニ依ルトキハ二人以上ノ間ニ共同暴行ノ意思アルニ非サレハ之ヲ共犯ト認ムルヲ得ス(共犯ノ章ニ於ケル說明ヲ參照ス可シ)從テ本條規定スルカ如キ場合ニ付テ特別ノ明文ナキトキハ證據ノ認定上或ハ何レノ犯人ニ對シテモ暴行罪ノ刑ヲ言渡ササル可カラサルノ虞アリ本條ノ規定ハ斯ノ如キ場合ニ付テ特例トシテ共犯例ヲ適用ス可キコトヲ明カニシテ不當ナル結果ヲ避ケタリ

「共同者ニ非スト雖モ」ト云フハ共謀ノ存セサル場合ナルコトヲ想像シタルニ外ナラス若シ意思ノ共通アリテ共同者タル可キ場合ニハ共犯例ニ依ル可キコト勿論ナリ、(同趣旨ノ判例アリ、大正三年れ第一五五七號判決)共同者ニ非サル二人以上ノ者ニシテ孰レカ重キ傷害ヲ成シ又ハ輕キ傷害ヲ成シタルカ及ヒ孰レカ傷害ヲ成シ孰レカ傷害ヲ成ササルカヲ知リ得ヘキトキハ各自其結果ニ付テ責任ヲ負擔ス可キコト勿論ナリ共同者ニ非サル二人以上ノ者カ協働的原因ヲ與ヘタル爲メ致死ノ結果ヲ生シタル場合ニ於テハ本條ノ規定有ラサルモ一般理論ニ從ヒ各自ニ全責任ヲ負擔セシムルヲ得ヘシ〔註一、二〕

〔註一〕舊刑法第三百五條ノ規定ハ共犯條件ノ具備スル場合ニ付テモ尙ホ總則共犯規定ノ適用ヲ除外スル點ニ於テ趣ヲ異ニス改正ノ理由ニ曰ク「現行法(舊刑法ヲ指ス)ハ共謀ノ有無ヲ問ハス現ニ手ヲ下シタル傷害ニ付キ各自ニ責任ヲ負ハシムルヲ原則トシ若シ傷害ノ何人ノ手ニ成ルヤヲ知ラサルトキハ各自ヲ其重傷ノ刑ニ照シ一等ヲ減シテ處斷スルコトト爲シ敎唆者ヲ其例外ト爲シタリ改正案ハ現行法第三百三條ノ前半ノ場合ニ付キテハ若シ犯人共犯ナルトキハ總則ノ共犯ニ依リ共犯例ニ非サルトキハ各其

自ラ成シタル傷害ノ正犯トシテ之ヲ處分スルコトト爲シ從テ其規定ヲ要セサルヲ以テ之ヲ删除シ後半ノ場合ニ付キテハ少シク修正ヲ加ヘ暴行ヲ加ヘ人ヲ傷害シタル場合ニ於テ傷害ノ輕重ヲ知ルコト能ハス又ハ其傷害ヲ生セシメタル者ヲ知ルコト能ハサルトキハ共同者ニ非スト雖モ共犯例ヲ適用シ各自ヲ最モ重キ傷害ノ正犯トシテ處分スルコトト爲シタルナリ抑現行法ハ何人ノ成シタル傷害ナルヤヲ知ラサル場合ニ關スルヲ以テ眞ニ其傷害ヲ成ササル者ニ對スル刑ノ過重ヲ避クル爲メ一等ヲ減スルモノニシテ罪ノ疑ハシキハ寛ニ從フ趣意ナル可シト雖モ是レ稍〻不理ナル規定ニシテ犯行事實ト刑トノ權衡ヲ失スル嫌ナキ能ハス」ト(刑法改正案參考書一八〇頁)

〔註二〕傷害罪ニ付キ本條ノ規定ヲ要スルモノトセハ殺人罪ニ付テモ同樣ノ規定ヲ要セサルカ是レ當然ニ發生ス可キ疑問ナリ然レトモ殺人罪ニ付テハ苟クモ著手以上ノ行爲アリタル以上ハ未遂ノ場合ニ於テ仍ホ既遂ノ場合ト同一ニ處分シ得ヘク第二百四條、第二百五條、第二百八條ニ於ケルカ如ク結果ノ如何ニ依リ絶對的ニ處分ヲ異ニセサルカ故ニ本條ノ如キ規定ヲ設クル必要ナカル可シ要之本條ノ規定ハ本章ノ罪カ結果ノ如何ニ依リ法律上ノ處分ヲ異ニスルノ結果トシテ設ケラレタルニ外ナラサル可シ

第三 第二百四條及ヒ第二百五條ノ罪ニ付テハ第三條第七號ニ依リ國外犯ヲ處罰スルコトヲ得ルモノトス

第六節 判例

(第二百四條)

一 公務員カ職務ヲ執行スルニ當リ之ニ對シテ暴行ヲ加ヘ其身體ヲ傷害シタルトキハ同一行爲ニシテ二個ノ罪名ニ觸ルルモノナレハ刑法第五十四條ニ依リ重キニ從テ處斷セサル可カラス(四二―一三一六)

二 人ノ身體ハ包括シテ一個ノ法益ト觀察スルヲ得サレハ數人ニ對スル傷害ノ行爲ハ連續犯ニ非スシテ併合罪タル可キモノトス(四三―八九五)――反對(四五―一〇七)

三 人ヲ毆打スル爲メ其家宅ニ侵入シタルトキハ刑法第五十四條第一項ニ依リ該侵入行爲ハ傷害ノ行爲ト相合シ一罪トシテ處分セラル可キモノナレハ其毆打ノ事實ニ對スル起訴ニハ當然家宅侵入ノ行爲ヲ包含スルモノトス(四三―一四八五)

四 毆打ノ教唆者ヲ教唆スルニ當リ之カ實行者タル可キ者ヲ限定スルト否トハ毆打ノ間接教

唆トシテ犯罪ノ成立ニ影響ヲ及ホサザルノミナラス其情狀ニモ變更ナキモノトス(四三―二一三九)

(第二百五條)

一　傷害罪若クハ傷害致死罪ノ構成ニハ犯人ニ於テ其原因タル可キ行爲ヲ爲スノ意思アレハ足リ其結果ニ對スル故意アルコトヲ要セス(四三―三九三)

二　被害者カ直接ニ身體ノ衰弱ニ因リテ死亡セシ場合ト雖モ其衰弱ニシテ傷害ニ基因シタル以上ハ傷害ヲ以テ直チニ死亡ノ原因ト判斷スルモ矢當ニアラス(四三―一五八九)

(第二百七條)

一　刑法第二百七條ハ共同者ニ非スシテ二人以上暴行ヲ加ヘ人ヲ傷害シタル場合ノ規定ナルカ故ニ二人以上共同シテ人ヲ傷害シタル場合ニハ之ヲ適用スルノ要ナシ(四四―二四六)

二　二人以上ノ者カ共同シテ他人ニ暴行ヲ加ヘ其身體ヲ傷害シタルトキハ其傷害ハ共同暴行ノ結果ニ外ナラサレハ各犯人ノ加ヘタル暴行及ヒ其結果ノ程度ニ因リテ罪責ヲ分擔ス可キモノニ非ス(四四―三四五)

三　數名カ一個ノ決鬪行爲ヲ共謀實行シ因リテ相手方數名ニ傷害ノ結果ヲ生セシメタル場合ニ於テハ傷害ヲ生セシメサリシ者ト雖モ苟クモ決鬪行爲ニ干與シタル以上ハ刑法第六十條ニ依リ其罪責ヲ負フ可キモノニ非ス(大二―二六一)

(第二百八條)

一　人ノ毛髮鬚髯ヲ截斷若クハ剃去スル行爲ハ人ノ身體ノ一部ニ對スル不法侵害タル暴行ニシテ唯傷害ノ結果ヲ生セシメサルニ過キサルヲ以テ刑法第二百八條ノ暴行罪ヲ以テ之ヲ處罰ス可キモノトス(四五―八九六)

二　板片ヲ以テ他人ヲ毆打シタル後更ニ擊殺セントテ「ピストル」ヲ差向ケ脅迫シタル場合ニ於テハ暴行及ヒ脅迫ノ二罪成立スルモノトス(四四―一八七六)

第二十八章　過失傷害ノ罪

第二百九條　過失ニ因リ人ヲ傷害シタル者ハ五百圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス

前項ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス

第二百十條　過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス

第二百十一條　業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ三年以下ノ禁錮又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス

第一節　概說

第一　過失傷害ノ罪ハ暴行ノ故意ナキ點ニ於テ傷害ノ罪ト異ル、卽チ傷害ヲ生セシムル原因ト爲レル行爲ヲ爲スニ當リ人ノ身體ニ暴力ヲ加フル意思ナカリシコトヲ本罪ノ前提トス然レトモ不注意ナル行爲ヲ爲スニ當リ人ノ身體

ニ影響ヲ及ホスノ結果ヲ生スルコトヲ知リ得ヘカリシ場合ニ非サレハ過失傷害ヲ認ムルコトヲ得ス、傷害カ過失行爲ニ因ルモノナリヤ否ヤノ判斷ニ付テハ總論ニ於ケル過失ノ說明ヲ參照シ、傷害ニ付テハ前章第一節、第二節ノ說明ヲ參照ス可シ

第二 本罪ノ態樣左ノ如シ

一 過失傷害罪(第二百九條)——傷害ノ結果ノ大小ニ因テ刑ヲ細別セサルハ情狀ニ因リ適宜ノ刑ヲ量定セシムルノ趣意ナリ又之ヲ親告罪ト爲シタルハ實際ノ必要ニ基クモノニシテ職權訴追ノ價値ナキモノト認メタルニ因ルモノトス

二 過失致死罪(第二百十條)——千圓以下ノ罰金刑ヲ科定シタルハ舊刑法第三百十七條ノ刑ヲ以テ輕キニ過クルモノト認メタルニ因ル、致死ノ結果カ他ノ犯罪ノ加重要件ト爲レル場合ニハ本條ノ適用ナシ

三 業務上過失殺傷罪(第二百十一條)——公務タルト私務タルトヲ問ハス一定ノ業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致スニ因リ、成立スルモノナリ蓋人ノ生命身體ニ對シ危害ヲ及ホスノ虞アル行爲ヲ業務的ニ遂行スル者ハ其執行ニ付キ人ノ生命身體ニ對シ危害ヲ及ホササル爲メ必要ナル注意ヲ爲ス可キハ當然ニシテ之ニ背キタルトキハ通常ノ場合ヨリモ重ク處分スルノ必要アリ是レ卽チ本條ノ規定アル所以ナリ三年以下ノ禁錮ト千圓以下ノ罰金トヲ選擇刑トス

第二節 業務上ノ過失殺傷

第一 凡ソ業務ハ職務タルト職業タルト將タ營業タルトヲ問ハス同種類ノ行爲ヲ屢〻反覆スルノ目的ヲ必要トスル社會的活動ナリ故ニ個個ノ場合ニ於テ臨時的ニ行ハルル個個ノ行爲ハ業務ニ非ス然レトモ業務ノ成立ニハ上叙ノ目的ニ出テタル社會的活動ノ開始セラルルヲ以テ足リ必シモ反覆ノ事實アルコトヲ要スルモノニ非ス、例ヘハ醫業ヲ開始シタル以上ハ初日單ニ一人ノ患者ヲ診療スルモ玆ニ業務行爲アリト認メサル可カラス此點ニ於テ業務行爲ハ常習行爲ト趣ヲ異ニス常習行爲ハ反覆ノ目的ニ出ツルコトヲ必要トセサルモ行爲者ノ偏癖的性格ヲ成致スル程度ニ於テ同種類ノ行爲カ屢〻反覆セ

ラルルニ因テ成立スルモノナリ但二者必シモ相排除スル觀念ニ非ス業務行爲カ終ニ常習行爲ト爲ルニ至ルコト有ルナリ

業務ノ內容ヲ組成ス可キ同種類ノ行爲ハ異リタル多クノ人又ハ物ヲ以テ對象トスルコトヲ要スルモノニ非ス同一ノ人又ハ物ニ付テ反覆セラルルモ亦可ナリ例ヘハ學校敎師カ多數生徒ヲ敎育スルコトハ其業務ニシテ或者カ終始同一家庭ノ敎師トシテ一人ノ子供ノ敎育ニ從事スルモ亦一ノ業務ナリ又例ヘハ諸所轉輾シテ奉公スルモ終始同一家庭ノミニ於テ奉公スルモ下婢ノ仕事ニ從事スルハ均シク業務タリ之ト同シク多數ノ幼兒ヲ里子トシテ預ルコトヲ反覆スルニ非スシテ特定ノ幼兒ヲ一人ニ限リテ里子トシテ養育スルコトモ其養育ニ必要ナル同種類ノ行爲カ反覆セラル可キ點ニ於テ業務ノ概念ニ屬スルコトヲ得ルモノトス(註一)若シ然ラストセハ屬任官スルコトヲ反覆スルコトナク一回ノ任官ニ因リ特定ノ官職ノミニ就ケル官吏ノ職務ハ一ノ業務タルヲ得サルモノト爲ル可シ

(註一) フランクハ獨逸國裁判所ノ判決例ヲ引用シテ個個ノ行爲(Einzelhäufigkeit.)ハ長期間ニ亘リテ持續スルモ職業ノ概念ヲ充タスニ足ラサルモノナリトセリ(獨逸刑法第二百二十二條大註二)而シテ其引用ニ係ル判決例ハ被告人カ特定ノ場合ニ子供預リノ廣告ヲ爲シタル結果他人ノ子供一人ヲ有償ニテ養育中過失ニ因リ之ヲ死ニ致シタリトノ事實ニ關スルモノナリ蓋フランクノ趣意ハ一回ニ限レル契約ニ基ク子供ノ養育ハ其期間久シキニ亘ルモ之ヲ以テ業務ト爲スヲ得スト云フニ在ラン然レトモ上叙判決ハ「特別ノ事情アル場合ニ於テハ養育ノ爲メニ一人ノ子供ヲ預ルコト既ニ職業的又ハ營業的行爲ナリト認ムルヲ得サルニ非ス養育ノ範圍方法竝ニ性質及ヒ養育者ノ目的如何ニ依リ其行爲カ特別ノ事物知識又ハ注意ヲ要シ且繼續的ノモノナルコトヲ認メ得ル場合ニ於テ然リ而モ個個ノ場合ニ於テ養育ノ爲メ一人ノ子供ヲ收養シタル事實アルコトニ因リ必シモ業務ノ存在ヲ認ムルコトヲ要セス而シテ上叙特別條件ノ具備セリヤ否ヤハ全ク各場合ノ事實問題ニシテ第二審判決ノ認定シタル事實ニ由リテハ未タ此特別事情ノ存在ヲ認ムルニ足ラス」ト說明セリ(同裁判所刑事判例集第三十

七卷三〇六頁以下)蓋其趣意他人ノ子供一人ヲ養育スル場合ニモ事情ノ如何ニ依リテハ職業ヲ認ムルコトヲ得ルモノト爲スニ在ルカ如シ若シ**フランク**ノ見解ニ從フトキハ一王子ノ養育掛リトシテ宮家ニ奉仕スルカ如キハ業務(職務)ト謂フヲ得サルニ至ル可シ

第二　業務ノ觀念ニハ人ノ繼續的ニ反覆ス可キ社會的活動ノ存在ヲ要スルコト前段ニ說述セル所ナリト雖モ人ノ繼續的ニ反覆スル行動悉ク其業務ナリト爲スコトヲ得サルハ明カナリ例ヘハ睡眠食事步行ノ如キハ終生之ヲ反覆スルモ其自體ニ於テ當然ニ業務タラサルハ勿論ニシテ又或ハ親カ子ヲ養育シ戶主カ家族ヲ監督スルカ如キ或ハ友人互ニ深交ヲ結ヒ男女互ニ戀愛ヲ繼續スルカ如キ何レモ業務ノ觀念ニ屬セサルコト疑ヲ容レス玆ニ於テカ人ノ反覆ス可キ社會的活動中如何ナル條件ヲ具備スルモノハ業務タルヲ得ルカヲ明カニスル必要アリ

試ニ學說ヲ案スルニ業務ハ人ノ自ラ選擇シタル生活上ノ地位(Selbstgewählte Lebensstelle.)ナリト定義スルヲ通例トス(大場博士刑法各論上卷一〇九頁岡田博士刑法論第七版山岡博士刑法原理等)我大審院判決例亦此見解ヲ採ル卽チ曰ク刑法第二百十一條ニ所謂業務トハ人カ繼續シテ或事務ヲ行フニ付キ有スル社會生活上ノ地位ニシテ其ノ自ラ選定シタルモノヲ云ヒ其事務ノ公私執レタルト報酬利益ヲ伴フト否トヲ分タス又其者ノ主タル事務ナルト從タル事務ナルトニ何等ノ關係アルコトナク又同條ニ所謂業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致ストハ叙上ノ事務ノ執行上當然負擔セル特別ノ注意ヲ加ヘサル結果トシテ他人ノ生命身體ニ損害ヲ加フルヲ謂フト(大正八年一七〇四號同年十一月十三日判決)

我法典第二百十一條ニ對應スル獨逸刑法第二百二十二條第二項ニハ行爲者カ其職務、職業又ハ營業ニ基キ(Vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes.)特ニ負擔セル注意ヲ怠リタル場合ニ關スル規定アリ之カ解釋トシテ職業及ヒ營業ニ付テハ自ラ選擇シタルコトヲ要件トスル點ニ於テ學說判例共ニ一致スル所ナリ然レトモ職務ニ付テハ先ツ職務カ公務ニ限レルヤ否ヤカ爭點トセラルルニ止リ(**オルスハウゼン、フランク、ビンディング、シユワルツ、エーバー・マイヤ**

一等積極說ヲ採リ獨逸國裁判所判例ハ消極說ヲ採ル自由選擇ノ問題ハ特ニ論議セラルルコトナシ蓋職務中ニハ例ヘハ市町村名譽職ノ如ク自己ノ選擇スルト否トニ拘ラス强要セラルル地位ヲ包含スルカ故ニ上叙ノ條件ヲ要求スルコト能ハサルニ因レリ

第三 自己ノ選擇シタル地位ト云フ概念ハ如何ナル反對概念ニ對立スルモノナリヤ二樣ノ觀察ヲ下スコトヲ得ヘシ卽チ一ハ自己ノ意ニ反シテ法令上强制セラルル地位ハ業務ニ非スト爲スヲ主旨トシ他ノ一ハ自然的ニ發生スル地位ヲ業務ノ概念中ヨリ除外スルヲ主旨トスルモノナリ

獨逸國軍事裁判所カ兵役服務中ノ兵卒又ハ動員令ニ因リ召集中ノ兵卒ハ職業ヲ行フモノニ非ス反之服役中ノ下士ハ職業ヲ行フモノナリト說明セルハ(Ebermayer-u. a. Kommentar S. 566; R.M.G. II 241, VIII 132, XIX 190) 强制セラレタル地位ヲ業務ト爲ス可カラストスル見解ニ基ケルコト疑ナシ反之獨逸ノ通說及ヒ判例ニ於テ親カ子ヲ養育スルハ自然的ノ地位ニ基クモノニシテ自己ノ選擇シタル地位ニ基クモノニ非サルカ故ニ業務行爲ニ非スト認ムルハ第二ノ意義ニ從ヘルモノナリ(Ebermayer a.a.O. S. 566, Frank 14. Aufl. S. 382, RG St XXII 418 u. m. a.) 蓋官公職ハ本人ノ意思ニ拘ラスシテ之ヲ强制スルコトナキヲ原則トスルモ又本人ノ意思ニ反シテ之ヲ負擔セシムル場合少シトセサルカ故ニ業務中ニ官公職ヲ包含スル以上ハ自由選擇ヲ以テ廣ク業務ノ要素ト爲ス可カラサルヤ明白ナリ從テ服役中ノ兵卒カ其地位ニ基テ爲ス可キ行爲モ亦之ヲ業務ナリト謂ハサル可カラス兵卒カ敵前ニ於テ行動スル場合ノ如キハ此意義ニ從テ刑法第三十七條第二項ノ適用ヲ受ク可キコト頗ル明瞭ナリ鐵道隊ニ屬スル兵卒カ第百二十九條第二項ノ適用ヲ受ク可キコトニ付テモ之ヲ否定ス可キ何等ノ根據ナシ加之役務ニ從事スル兵卒ニ對シ第二百十一條ノ適用ヲ否定センカ同條ノ精神ハ沒却セラルルニ至ル可シ要之任意選擇ヲ以テ總テノ業務ノ要素ナリト爲スハ非ナリ

反之自然的ニ發生スル地位ニ基ク行爲ヲ業務行爲ニ非ストスル見解ハ之ヲ是認セサル可カラス然レトモ自己ノ選擇シタル地位ニシテ必シモ業務ト爲ス可カラサルモノアルコトモ亦否定スルヲ得ス例ヘハ相愛者カ相約シテ夫

婦ト爲リ夫カ妻ニ對シテ繼續的ニ夫權ヲ行フモ之ヲ以テ業務行爲ト爲ス可キニ非ス從テ自己ノ選擇シタル生活上ノ地位ヲ以テ業務ナリト爲スモ斯ル場合ヲ說明スルコト能ハサルヤ明白ナリ

第四 予輩ノ所見ニ依レハ業務ハ社會的ニ分類セラルル人ノ生活上ノ活動ヲ繼續反覆ス可キ地位ナリ

官公職農業工業商業等ハ士農工商ノ地位ヲ形成シ更ニ社會的生活狀態ノ進歩發達スルト共ニ諸種ノ社會的活動ハ細別的ニ分科シテ幾多ノ社會的地位ヲ形成スルニ至ルモノニシテ業務行爲ハ斯ル地位ニ基ク行爲ナリ故ニ斯ノ如ク社會的ニ分類セラル可キ生活上ノ活動ニ屬セスシテ如何ナル地位階級ノ人ニ在リテモ自然的ニ共通ナル生活現象ハ業務ヲ以テ目ス可キニ非ス例ヘハ飲食、睡眠、歩行等ノ如キハ勿論夫婦關係親子關係家族關係等ノ如キハ人類ノ共通的生活現象ニシテ特種ノ分科ヲ成スモノニ非サルカ故ニ業務ニ非ス然レトモ他人ノ子供ヲ養育スルコトハ人類ニ共通ナル自然的ノ現象ニ非スシテ社會上ニ於ケル特種ノ事務トシテ分類セラル可キ生活上ノ活動ナル

カ故ニ一ノ業務タルヲ得ルモノトス例ヘハ育兒院ヲ經營スルカ如キ卽チ是レナリ

此點ニ關シテ注意ス可キ問題アリ卽チ後見人カ被後見者ニ對シ監督ヲ行フコトハ一ノ業務ナリヤ否ヤニ關スル論爭是レナリ獨逸國裁判所ノ見解ニ依レハ後見人ハ民法ノ規定ニ從ヒ被後見者ニ對シテ一ノ職務ヲ行フモノニシテ同國刑法第二百二十二條ノ職務(Amt.)ニハ公ノ職務タルト私ノ職務タルトヲ問ハス均シク之ヲ包含スルモノト解ス可キモノナルカ故ニ後見人ノ被後見者ニ對スル職務上ノ過失殺ヲ同條ニ問擬ス可キモノナリト解シ反之**フランク**及ヒ**エーバー・マイヤー**等ハ此見解ヲ採ルトキハ後見人カ兩親ヨリモ重キ責任ヲ負擔スルニ至ル可キ不權衡ナル結論ヲ生スルカ故ニ此說非ナリト主張ス然レトモ此非難ハ失當タルヲ免レサル可シ蓋實親ハ子ニ對シテ自然的ノ慈愛ヲ有シ最高ノ注意ヲ以テ之ヲ愛育スルヲ例トスルカ故ニ法律ノ規定ヲ以テ特ニ重キ責任ヲ科スルノ必要ナシト雖モ後見人ニ付テハ之ヲ同一轍ニ觀察ス可キニ非サルカ故ニ之ニ對シ業務上ノ過失ヲ認ムルモ失當ナリ

ト爲スヲ得ス若シ**フランク**等ノ見解ニシテ正當ナリトセハ彼ノ里子預リヲ以テ業トスル者カ其業務上必要ナル注意ヲ怠リ兒童ヲ死ニ致シタル場合ニ於テモ親カ過失ニ因リ其子ヲ死ニ致シタル場合ニ比シテ重キ責任ヲ科スルヲ得サルニ至ル可シ

既述ノ如ク歩行ハ寢食ト同シク人類共通ノ自然的活動ニシテ社會的活動ニ非サルカ故ニ業務ニ非ス役人カ役所ニ於テ又會社員カ會社ニ於テ其事務ヲ行フコトハ業務ナリト雖モ通勤ノ途上歩行シ又ハ事務所ニ於テ食事ヲ爲スハ均シク業務ニ非ス〔註二〕此等ノ者カ徒歩ニ代フルニ乘馬、人力車、自働車、電車等ヲ利用スルコト亦然リ反之馬丁、車夫、自動車運轉手、電車運轉手ノ如キハ職業タルコト明白ナリ然レトモ自己ノ乘用スル物ヲ自ラ操縱スルコトヲ日常ノ例トスルトキハ此事ヲ以テ業務ナリト認ムルヲ得ルヤ否ヤニ付テハ議論ノ存スル所ナリ

蓋此問題ニ付テハ場合ヲ分チテ解決スルノ必要アリ卽チ一ハ自己ノ乘用物ヲ自ラ操縱スルコトカ特種ノ社會的活動トシテ區分セラルル場合ニシテ此所ニ獨立ノ業務アリ例ヘハ騎兵、競馬騎手又ハ自轉車競走者カ自ラ車馬ヲ操縱スルカ如キ是レナリ自轉車「メッセンジャーボーイ」ノ自轉車ヲ乘用スル亦然リ固ヨリ此使者ノ主タル目的ハ物品ノ送達ニ在ルモノニシテ自轉車ヲ乘用スルコトハ其手段タルニ過キスト雖モ此目的ト手段トハ不可分ノ關係ニ在ルカ故ニ此ノ如キ場合ニハ自轉車ノ操縱モ業務行爲ノ成分ニ外ナラス其二ハ自己ノ乘用物ヲ操縱スルコトカ特種ノ業務タルニ非スシテ單ニ便宜ニ基ク場合ナリ例ヘハ官吏カ出勤又ハ退廳ノ爲メ自轉車ヲ用ヒ又ハ自ラ馬車ヲ操縱スルカ如キ是レナリ此ノ如キ場合ニ於テハ之ヲ以テ業務ナリト認メサルカ社會上ノ通念タリ〔註三、四〕

〔註二〕歩行モ亦徐行タルト疾走タルトヲ問ハス特種ノ社會的活動トシテ區分セラルル場合ニハ業務ト爲ルコトアリ例ヘハ**チャプリン**ノ歩行藝又ハ專門家ノ**マラソン**競走ノ如キ是レナリ

〔註三〕工夫カ自宅ト工場トノ往復ニ日常自轉車ヲ利用スルモ此コトヲ以テ業務行爲ト爲ス可カラス、ストスルハ獨逸ノ判例及ヒ學說ノ一致スル所ナ

リ反之農夫カ收穫物ヲ農場ヨリ自宅ニ運搬シ肉類商人カ之ヲ日常ノ得意先ニ運搬スル爲メ自動車又ハ貨物運搬車ヲ利用スルトキハ之ヲ以テ業務行爲ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤ議論ノ存スル所ナリ一說ニ依レハ業務中ニハ其性質上必然ナル總テノ行爲及ヒ施設ノミナラス直接間接ニ業務遂行ノ補助的又ハ附隨的施設ヲモ包含スルモノナルカ故ニ本問ハ之ヲ肯定ス可キモノナリトシ(獨逸國裁判所判例及ヒ**オルスハウゼン、エーバー・マイヤー**等)他ノ一說ニ依レハ補助的附隨的施設ハ業務中ニ包含スルモノニ非ス若シ反對說ニ依ルトキハ產婆カ自轉車ヲ利用シ諸所產家ニ出入スルコトモ業務行爲ナリト云フヲ得ヘク從テ其途中過テ車輪ヲ以テ人ヲ傷クルトキハ業務上過失罪ノ責任ヲ負ハサル可カラサルニ至ル可シ然ルニ日常自轉車ヲ乘用スル學生カ此ノ如キ過失行爲ヲ犯スモ普通過失致死ノ罪責ヲ負フニ止ルコト明カナルカ故ニ彼此權衡ヲ失スルコト著シク反對說到底維持ス可カラストセリ(**エーバー・マイヤー、ブランク**蓋醫師產婆等カ日常乘用物ヲ利用スルハ工夫カ自轉車ニテ工場ニ往復スルト同シク業務行爲ニ非サルモ農夫カ貨物自轉車ニテ農作物ヲ運搬スル如キハ其業務ノ一部ナリトスルヲ相當ナリトス

(**註四**) 自ラ自動車ヲ操縱シテ通勤スルヲ例トスル場合ノ如キモ亦同一ノ見地ヨリ解釋ス可キカ如シト雖モ現行法規ニ從ヘハ自動車ノ運轉ハ乘用者自ラ之ヲ爲ス場合ニ在リテモ運轉手タル免許ヲ有スルコトヲ必要トスルカ故ニ之ヲ以テ法令上區分セラレタル特種ノ社會的活動タル業務行爲ナリト認ムルヲ正當ナリトス(次段註五所揭ノ判例ヲ參照ス可シ)

第五 業務ハ人カ其生活ヲ維持シ又ハ生活方法ヲ改善スル爲メ物資ヲ獲得スル目的ヲ以テ繼續反覆的活動ヲ爲ス場合ニ於テ最モ明瞭ニ理會セラルルモノナリ然レトモ物資ノ獲得ハ必シモ業務ノ要素タルモノニ非ス社會奉仕ノ爲メ無報酬ニテ活動スル囑託少年保護司、職業紹介所經營者、施療業者ノ如キハ業務ヲ行フ者ナルコト疑ナシ又業務ハ人ノ生活的活動ノ唯一又ハ主タル部分タルコトヲ要スルモノニ非ス單ニ其一部ニシテ從タルモノト雖モ亦業務ノ概念ニ屬ス可シ從テ一人ニシテ數個ノ主業ヲ有シ又ハ主業ト副業トヲ

有スルコトアルハ疑ヲ容ルルノ餘地ナシ〔註五〕

業務ノ概念カ上叙ノ如ク物資獲得ノ爲メニ主タル活動タルコトヲ要求セサルモノトセハ娯樂トシテ自己ノ精神的滿足ヲ求ムル爲メニスル職業行爲モ亦存在シ得ルモノト謂ハサル可カラス例ヘハ無報酬ニテ疾病患者ヲ治療シ慈善ヲ施スヲ以テ娯樂トスル爲メ醫術開業免許ヲ受ケ其目的ヲ實行スル場合ノ如キ是レナリ〔註六〕

〔註五〕同趣旨判例アリ曰ク自動車運轉手ノ如キ法令上一定ノ資格ヲ有スル者ニ非サレハ從事スルコトヲ得サル特種ノ事務ニ在リテモ其從事者ノ目的カ之ニ依リ生計ノ資ヲ得ントスルニ在ルト若ハ其他ノ欲望ヲ充タスニ在ルトヲ問ハス苟モ繼續シテ之ニ從事スル以上之ヲ其者ノ業務ト稱スル可キハ勿論ナリ原判旨ニ依レハ被告ハ免許ヲ受ケ自働車運轉手タルノ地位ヲ取得シ之ニ依リ繼續シテ自家用自働車ノ運轉ニ從事シ來リタル者ナレハ是レ所謂業務ニ外ナラスシテ被告ノ主タル職業カ所論ノ如ク雜貨輸出入商ナリトノコトハ毫モ叙上ノ斷定ヲ爲スノ妨ト爲ルモノニアラスト

（大正十二年れ第九一一號同年八月一日大審院第三刑事部宣告判決）

〔註六〕大正八年れ第一七〇四號大審院判決（前掲）ニ於テハ狩獵免許者カ狩獵上ノ過失行爲ニ因リ人ヲ死ニ致シタル事件ニ關シ「狩獵ハ之ヲ業務トスル者ノ外尚ホ業務ニ非スシテ娯樂ノ爲メニ之ヲ行フ者ノ存スルハ言ヲ須タサル所ニシテ」「被告カ狩獵常業トセル事實ハ證憑不十分」ナルヲ以テ業務上ノ過失致死ヲ以テ論ス可カラスト爲ス蓋其趣旨娯樂ノ爲メニスル業務行爲ヲ當然否定スルニ在リ本文ノ見解ト一致セサルコト明白ナリ

第六 刑法ニ所謂業務中ニハ不正ノ業務ヲ包含スルヤ否ヤ議論ノ存スル所ナリ蓋法典第三十五條ニ於テ正當業務ト云フ文字ヲ用ヒタルハ正當ナラサル業務ノ存在ヲ暗默ニ肯定シタルモノニ外ナラス而シテ實際上ニ於テ不正ノ業務ヲ行フ者ノ存スルハ爭フ可カラサル事實ナリ然レトモ法典ニ所謂業務カ正當ノモノノミニ關スルヤ否ヤハ各場合ニ於テ同シカラス例ヘハ第三十七條第二百三十三條第二百三十四條第二百五十三條等ニ於テハ法令又ハ慣習上正當ノ業務ノミヲ指稱スルモノニシテ反之第百二十九條第二項又ハ第

二百十一條等ニ於テハ違法ノ業務ヲ包含スルモノト解セサル可カラス例ヘハ無免許ニテ運轉士ト同一ノ業ヲ行ヒ又ハ無免許ニテ醫業又ハ產婆ノ業ヲ爲スカ如キ是レナリ〔註七〕但單ニ上例ノ如ク形式上ノ條件ノ欠缺スル爲メ違法ノ業務トセラルルニ止ラス當該行爲ノ性質上違法ナルコトヲ反覆スルモ現行法ニ所謂業務ニ該當スル場合ナシ例ヘハ殺人放火强竊盜ノ如キ犯罪行爲ヲ業務ノ如ク反覆スルノ事實存スルコトアルモ法典ニ於ケル業務ノ概念ニ屬スルコトナシ

〔註七〕判例ニ依レハ業務トハ法規ニ基キタル職務ノミヲ指稱スルニ非スシテ契約其他慣例等ニ因ルモノヲモ包含スルモノナルカ故ニ海技免狀ヲ有セサル者ト雖モ慣例上船長ト交互當直ノ任ニ當リ船舶ヲ操縱スル際過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタルトキハ第二百十一條ノ適用ヲ免レスト爲ス(大正四年れ第八四二號判決)蓋此ノ如キ慣習ハ違法タルヲ免レサルモノニシテ畢竟違法ノ業務亦同條ノ適用ヲ受クルモノト爲スニ非サレハ結論ヲ維持スルヲ得サルカ如シ

第七 以上ハ抽象的ニ業務ノ概念ヲ研究シタルモノニシテ各本條ニ於ケル規定カ常ニ同一ノ範圍ニ於テ業務ノ意義ヲ認メタルモノト解ス可カラサルハ前段所說ニ徵スルモ明瞭ナリ例ヘハ株式ノ仲買ハ一ノ業務タルコト疑ナシト雖モ法典第二百十一條ニハ何等ノ關係ヲ生スルモノニ非サルナリ

第二百十一條ニ所謂業務ハ人ノ生命身體ノ安全ヲ害ス可キ虞アル行爲ヲ包容スルモノナルコトヲ要スルハ明白ナリ如何ナル業務カ之ニ該當スルカハ當該業務ノ性質ニ從テ判斷スルコトヲ要スル事實問題ナリ然レトモ醫業、汽車電車艦船自働車運轉業、患者看護業ノ如キハ實例上最モ頻繁ニ本條ノ適用ヲ受クルモノナリ

本條ニ所謂業務上必要ナル注意トハ當該業務ノ主體ノミカ其業務執行ニ關シテ爲ス可キ注意ニ限ルモノト爲ス可カラス凡ソ法令上又ハ事物當然ノ條理ニ於テ一定ノ業務ヲ行フ者ト均シク特別ノ注意ヲ爲ス可キ義務アル者カ此注意ヲ怠リ因テ人ヲ死ニ致シタル場合ニ於テモ亦本條ノ適用アルモノト解スルヲ正當ナリトス〔註八〕而シテ人ノ生命身體ニ對シテ危害ヲ及ホス可キ

虞アル行爲ヲ繼續反覆ス可キ地位ニ在ル者ハ前諸段ニ說明シタル意義ニ於テ業務ヲ行フニ非サルモ當該業務ヲ行フ者ト均シク特別ノ注意ヲ爲ス可キ義務アルハ當然ナリト謂ハサル可カラス現行取締法規ニ於テ自用自動車ヲ自ラ操縱スル者ト雖モ自動車運轉ヲ營業トスル者ト均シク運轉手ノ免狀ヲ有スルコトヲ必要トスルカ如キハ此理由ニ基クモノナル可シ(**註九**)又生計ノ資ヲ得ルカ爲メニ繼續的ニ銃獵ヲ爲ス者カ人ニ危害ヲ加ヘサル爲メ特ニ注意ヲ爲スノ義務アリトセハ娛樂ノ爲メニ銃獵ヲ繼續反覆スル者カ何故ニ斯ル注意ヲ爲スノ義務ヲ有セサルカハ條理上ニ於テ吾人ノ到底理解スルヲ得サル所ナリ但銃獵ヲ爲ス者ハ初ヨリ一回ニ限レルトキト雖モ尙ホ人ニ危害ヲ加フ可カラサルノ義務ヲ有スルハ勿論ナリト雖モ繼續反覆シテ業務的ニ行フ可キ場合ニ於テ其危險特ニ重大ナルカ故ニ之ニ特別ノ注意義務ヲ科スルヲ至當ナリトス可シ

(**註八**) 獨逸刑法第二百二十二條ノ如キハ特ニ犯罪主體ヲ當該業務者ニ限レルモノト解セサル可カラサルカ如キ文體ヲ用ヒタル爲メ條理上不可解ノ區別的結論ヲ生スルニ至レリ是レ同國學說カ本條ノ解釋ニ付キ混屯タル狀態ニ在ル所以ナリ反之我法文ハ本文說示ノ解釋ヲ爲スニ付テ文理上ノ支障ナク從テ適當ナル結論ヲ抽出スルヲ得ルコト甚タ可ナリ

(**註九**) 此見地ヨリスレハ註四ニ說明シタル如ク自用自動車自己操縱者ヲ以テ業務ヲ行フモノト爲ス可カラストスルモ尙ホ其者ノ過失致死ヲ本條ニ問擬スルコトヲ妨ケサルナリ

第八 前段ノ說明ニシテ正當ナリトセハ當該業務者カ業務執行ノ爲メニスル行爲ニ非スト雖モ苟クモ業務ヲ繼續スル地位ニ在ル者ノ行爲ハ總テ第二百十一條ノ罪ヲ構成スルコトヲ得ルモノト解セサル可カラス判例ニ曰ク自動車運轉手タル免狀ヲ有シ其運轉ヲ敎授スル者ハ自動車運轉ヲ業トスル者ナレハ敎授ノ際ナルト否トヲ問ハス苟クモ自動車運轉ノ際注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致シタルトキハ業務上ノ過失傷害罪ヲ構成スト(大正七年大審院判決錄一四一二頁)蓋上叙ノ見地ヨリ推理セラレタル結論ナリ

獨逸國裁判所ノ判例(同刑事判例輯第三十四卷六六頁參照)ニ依レハ自動車ニ