

穩婆等特別ノ資格アルモノト否トニ因リテ刑罰ヲ異ニスルハ婦女ヲモ害
スルノ結果ヲ生スルト否ト他ハ業務上犯人ニ特別ノ義務アルト否トニ因ルナリ
乙 加重ノ情アル墮胎ノ所爲

加重ノ情アル墮胎ノ所爲ハ第三百三十三條乃至第三百三十五條ニ規定セラレ
第二、第三百三十三條ノ場合ニ本場合ノ解釋ニ付テハ下ノ三點ヲ説明スルヲ
以テ足レリトス

一 威逼シ又ハ誑騙シテ墮胎セシムルトハ如何ナル意味ナルヤ(威逼)……
トハ、威力若クハ脅嚇ニ藉リテ之ニ墮胎ヲ強要シ、因リテ之ヲシテ其意ニ
ラサル墮胎ヲ爲サシメタル場合即チ凡テ婦女ヲシテ若シ墮胎セズンハ有
形又ハ無形上ハ損害ヲ受クヘキコトヲ恐怖セシメタル結果墮胎ヲ決行セ
シメタル場合ヲ云ヒ(誑騙)……トハ之ヲ欺キ恰モ墮胎ノ結果ヲ生スヘ
キモノニ非サルカ如クニ思惟セシメ以テ之ヲシテ墮胎セシメタル場合詳
言スレハ高處ニ手ヲ舉ケ若クハ疾走シテ運動セハ胎兒ヲシテ強壯ナラシ
ムヘシト欺キ因テ墮胎セシメタル場合若クハ解熱藥ナリト詐リテ墮胎藥

ヲ服用セシメ、因テ墮胎セシメタル場合ヲ云フ、此點ニ關シ學者或ハ墮胎セ
ル百金ヲ與フヘシト婦女ヲ欺キ因テ之ヲシテ墮胎ヲ決行セシメタル場合
モ亦本場合ニ入ルト主張ス下雖モ是レ單純ナル教唆行爲ニシテ本場合ニ
入ルヘキモノニ非ス蓋シ右ノ場合ニ於ケル欺罔ハ墮胎其モフ、上ニ行ハ
レタルニ非スシテ單ニ其原因ノ上ニ行ハレタルノミ墮胎ヲ強要シ又ハ墮
胎其モノ、上ニ詐欺ヲ行ヒ婦女ヲシテ其意ニ非サル墮胎ヲ行ハシメタル
モノト同一視スルハ大ニ權衡ヲ失スルノミナラス之ヲシモ尙ホ加重ノ情
ナリトモハ獨リ本罪ニノミ之ヲ掲クルノ理由ヲ了解スルコト能ハサレハ
ナリ
二 本罪ヲ構成スル爲メニハ單ニ懷胎ノ婦女タルコトヲ知ルノミヲ以テ足
ルヤ將タ進テ墮胎セシムルノ意思アルコトヲ要スルヤ、此點ニ學者間異論
ナキ所ナルカ故ニ別ニ説明ヲ要セサルモ注意ノ爲メニ一言セシ本條ニ於
テ墮胎セシムルノ意思アルコトヲ要ストセズンハ威逼又ハ誑騙ノ行爲
レ自身ハ次條所謂毆打等ト異ナリ通常多クノ場合ニ於テ墮胎ノ結果ヲ生

スヘキモノニ非サルニ拘ハラス殆ト次條ノ場合ト同一視スルノ結果甚々酷ニ失スルノミナラス我刑法中無意ノ結果ヲ罰スル場合ニ於テハ常ニ因テ云々至ラシメ又致シタル者等ノ文字ヲ以テ普通ノ場合ト同シカラサルコトヲ表白スルヲ例トスルヲ以テ本條ニ適合スル爲ニハ必ず墮胎セシムルノ意思アルコトヲ要ス

第二、第三百三十四條ノ場合 本場合ハ毆打其他暴行ヲ加ヘテ墮胎セシメタル場合ニシテ法律ニ之ヲ墮胎セシムルノ意思アル場合ト否トニ分テ各別ノ刑ヲ定ム。別ニ説明スヘキモノナク只下ノ二點ニ付テ一言スレバ足ルリ。

一 毆打其他ノ暴行トハ何ゾヤ、暴行トハ人身ニ對シテ不正ノ腕力ヲ用ユルノ義ニシテ毆打ハ其一例タリ故ニ單ニ人身ヲ打撲スルカ如キ行爲ノミナラス之ヲ逮捕シ之ヲ監禁シ之ヲ強姦スルモ亦本罪ヲ構成ス但婦女ヲ殺害セントシテ遂ケス單ニ之ヲ毆傷シタル結果之ヲシテ墮胎セシメタル場合ハ單純ナル殺人罪ノ未遂犯ニシテ本罪トノ俱發ニ非ス蓋シ本場合ニ於テハ凡テノ結果ハ殺人行爲ノ中ニ包含セラレハナリ

二 墮胎セシムルノ意思ナキモ尙ホ結果ニ付テ責任ヲ負フ所以如何、是レ毆打創傷罪ニ於テ毆打ノ意思ト所爲トアルトキハ創傷セシムルノ意思ナキモ創傷ノ結果ニ付テ責任ヲ負ハシムルハ一般行爲自體ノ性質上犯人ノ豫想スル所ト認メサルヘカラサレハナリ但懷胎ノ婦女タルコトヲ知ルヲ要スルカ故ニ假令毆打シテ墮胎セシムルモ懷胎ノ婦女タルコトヲ知ラザレリシトキハ墮胎罪トシテハ間擬スヘキ法條ナシ蓋シ欠典トス

(附言) 第三百三十五條前二條ノ罪ヲ犯シ因テ婦女ヲ癡篤疾又ハ死ニ致シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス(イ)是レ前條ノ性質上之ヲ附加セシムルハ尙ホ前二條ニ依リ墮胎ノ一罪ヲ構成スルニ過キササルヤノ疑ヲ生スヘキカ故ニ數罪俱發タルコトヲ明言シタルニ過キス但本條ヲ引用セスシテ直ニ第百條ヲ引用スルトキハ擬律ノ錯誤トス(ロ)本條規定ノ結果ヲ生シタル場合ニ限り始メテ毆打創傷ノ各條ト照スヘキモノナルカ故ニ二十日以上ノ疾病休業以下ノ結果ヲ生シタルトキハ當然前二條ノ中ニ包含セラレ故ニ直ニ前二條ノ一罪トシテ處斷スヘシ

第三百三十二條以下ニ於テ之ヲ法律カ加重ノ情アリトスルハ普通ノ場合ト異ナリ管ニ胎兒ハミナハス婦女ヲモ害スルカ故ナリ

第七節 幼者老疾者ヲ遺棄スル罪

本罪ハ第三百三十六條乃至第三百四十條ニ規定ス其前ノ四條ハ所謂幼者老疾病者遺棄罪ヲ最後ノ一條ハ之ニ準スヘキ罪ヲ規定ス

甲 所謂幼者老疾病者ヲ遺棄スル罪

第三百三十六條ハ通常ノ場合ヲ第三百三十七條ハ場所ニ因テ加重セラルヘキ場合ヲ第三百三十八條ハ犯人ノ身分ニ因リ前二條ニ通シテ加重セラルヘキ場合ヲ第三百三十九條ハ結果ニ因リ前三條ニ通シテ加重セラルヘキ場合ヲ規定ス

本罪ハ下ニ要素ヲ以テ構成ス(一)犯罪ノ客體ハ八歳ニ滿サル幼者又ハ老疾者ナルコト(二)遺棄ノ所爲アルコト是ナリ(一)遺棄罪第一ノ要素 犯罪ノ客體ハ八歳ニ滿サル幼者又ハ老疾者ナルコト

ノ客體トナリ得ヘキ者ハ如何ナル者タルコトヲ要スルヤニ付テハ近世開明諸國ニ於ケル立法ノ主義凡ソ二派ニ分ル即チ一ハ之ヲ幼者ニ限ルトスルモ他ハ單ニ幼者ノミナラス老若疾病者等凡ソ他人ノ扶助ヲ受クルニ非ザレハ生存スルコト能ハサル者ハ皆客體トナルコトヲ得トスルモノ是ナリ前者ハ佛國埃國葡國等ノ刑法ノ採用スル所後者ハ獨國伊國何牙利國ノ刑法及ヒ我刑法等ノ採用スル所ニシテ第一ノ主義ハ老疾者等ハ幼者ト異ナリ自己ヲ扶養スル者ノ何人タルヲ知ルカ故ニ事實上到底之ヲ遺棄スル能ハサルノ結果其危險極メテ稀ナルト實驗上此等ノ者ヲ遺棄スルハ扶養ノ責ヲ免レントスルヨリモ寧ロ之ヲ害セントノ意思ニ出ツルモノ多キニ居ルモノニシテ殺人傷人逮捕監禁等ニ關スル規定ハ以テ此等ノ場合ヲ罰スルニ餘アルヲ以テ更ニ本罪ノ規定ヲ要セスト云フニ在リ實用上ノ議論トシテハ一理ナキニ非スト雖モ稀ニハ生存競争ノ日ニ困難ナルヨリ或ハ單ニ扶養ノ責ヲ免レントノ意思ノミヲ以テ幼者ノ如ク實際遺棄ノ實ヲ擧クルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ之ヲ遺棄スル者ナシト斷言シ難キヲ以テ余ハ伊獨及ヒ我刑法ノ採用

スル第二ノ主義ヲ賛成ス否我輩ハ尙ホ現行法ノ規定ヨリモ一步ヲ進メ例ヘハ凡ソ幼者老疾者等他人ハ扶養ヲ受クルニ非カレハ生活スルコト能ハサル者ヲ遺棄シタル者ト云フカ如キ抽象的規定ヲ設ケ以テ諸般ノ場合ニ應スルヲ至當ト信ス(二)法律ハ幼者ニ付テハ單ニ八歳以下ナルコトヲ要スルノミ故ニ荷モ八歳以下ナルトキハ男兒ナルト女兒ナルト其身体ノ健康ナルト羸弱ナルト又智識ノ發達シタルト否トヲ問ハス凡テ本罪ノ客體トナルコトヲ得ト雖モ老疾者疾病者ニ付テハ自活スルコト能ハサル者タルコトヲ要スルカ故ニ他人ノ看護ヲ受ケスシテ生活ヲ全フスルコトヲ得ヘキモノハ本罪ノ客體タルコトヲ得ス

第二ノ要素 遺棄シタル所爲アルコト 遺棄トハ不正ニ扶養ノ義務ヲ免脱スル所爲ヲ云フ故ニ通常所謂遺棄即チ幼者又ハ老疾病者又其從來扶養セラレツアル場所以外ニ置クノ所爲ノミナラス幼者老疾者ヲ置テ扶養シツアル場所ヲ立チ去リ其踪跡ヲ隠スモ亦遺棄タリ此點ニ付テ吾邦ノ規定ト佛法ノ規定トノ間ニ少許ノ差アリ佛國ニ於テ所謂遺棄トハ扶助ヲ受クルハ途

ヲ失ハシムルハ義ナルカ故ニ假令之ヲ遺棄スト雖モ全ク扶助ヲ受クルノ途ヲ失ハサル場合例ヘハ養育院ノ門前ニ遺棄シ事務員ノ之ヲ拾收スルヲ認メテ立去リタル場合ノ如キハ罪ヲ構成セスト雖モ吾邦ノ規定ハ之ニ反シ單ニ遺棄シタルノ所爲ノミヲ以テ罪ヲ成スニ足ルカ故ニ前例ノ如キ場合モ尙ホ本罪ノ犯人タルコトヲ免レス蓋シ本罪ハ單ニ幼者又ハ老疾者其人ヲ害スルノミナラス他ノ一面ヨリ觀察スルトキハ一種ノ風俗ヲ害スル罪ト云フヲ得ヘケレハナリ

處分(一)先ツ遺棄シタル場所ノ如何ニヨリテ刑ヲ異ニス即チ普通ノ場所ナルトキハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ懲罰無人ノ地ナルトキハ四月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス蓋シ前者ハ被遺棄者ニ危害ヲ生スルノ恐少ナキト同時ニ犯人ニ被遺棄者ノ生命身體ヲモ顧ミスト云フカ如キ惡意ナキモ後者ハ往々被遺棄者ニ危害ヲ生スルノ恐アルノミナラス犯人ノ意思モ亦單ニ之ヲ遺棄シテ扶養ノ義務ヲ免レントニ止マラサレハナリ懲罰無人ノ地トハ學者間異議アリト雖モ畢竟事實ノ問題ニシテ必シモ由間僻地人跡稀ニ印スル處ノミヲ云フニ非

ス(二)次ニ犯人ノ身分ニ因リテ刑ヲ異ニス相當ノ報酬ヲ受ケ依頼者ノ信用ニ依テ扶養ノ任ニ在ル者ハ各一等ヲ加フ責任ノ特ニ重キモノアレハナリ(三)終ニ遺棄ノ結果ニ因リ特ニ刑ヲ加重ス(遺棄ノ場所又ハ犯人ノ身分ニ關セス)畢竟犯人ノ豫想シ得ヘキ結果ナレハナリ但前節墮胎罪ニ於テ説明シタルカ如ク癡篤疾又ハ死ニ至ラサル結果ハ當然本罪中ニ包含セラル、モノナルカ故ニ本罪ト第三百一條ノ俱發ナリトシテ第百條ヲ引用スルトキハ擬律ノ錯誤タルコトヲ注意スヘシ

乙 幼者老疾者ノ遺棄ニ準シタル罪

一 法律ハ第三百四十條ヲ以テ自己ノ所有地又ハ看守スヘキ地内ニ遺棄セラレタル幼者老疾者又ハ疾病ニ罹リ昏倒スル者アルコトヲ知テ之ヲ扶助若クハ申告セサル者ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ處スヘキコトヲ規定セリ是レ行爲自體ハ違警罪ノ性質ヲ有スルニ法律カ之ヲ輕罪トシタル所以ハ、人ノ住居若クハ看守セル場所ハ他人ノ妄ニ入ルコトヲ許サ、ルノ結果若シ所有者又ハ看守者ニ於テ扶助若クハ申告セスンハ他人之ヲ知ルニ由

ナク知ルモ之ヲ扶助スルコト能ハサルノ結果或ハ危險ニ瀕スルノ虞ナシトセス隨テ之ヲ申告又ハ扶助セサル所有者又ハ看守者ハ寧ろ遺棄者ノ犯行ヲ助成スルモノナリト云フコトヲ得ヘケレハナリ

二 第二項疾病ニ罹リ昏倒スル者云々ノ冒頭ニハ自己ノ所有地又ハ看守スヘキ地内ニ云々ノ文字ナシト雖モ前項ヲ受ケタル文章ナルト普通ノ場所ニ於テハ違警罪ニ過キサル行爲タルトニ因リ本項モ亦專ラ所有者又ハ看守者ノ責任ヲ定メタルモノニシテ昏倒者ヲ扶助セサル路人ヲ罰スルモノニ非スト信ス

第八節 幼者ヲ略取誘拐スル罪

本節ハ三個ノ事項ヲ規定ス即チ第三百四十一條、第三百四十二條、第三百四十五條ヲ以テ所謂略取誘拐ノ行爲ヲ、第三百四十三條ヲ以テ略取誘拐セラレタル者ヲ收容シタル行爲ヲ、第三百四十四條ヲ以テ處罰權ノ制限ヲ規定ス

甲 略取誘拐シタル罪

本罪ハ下ノ各要素ヲ以テ構成ス(一)犯罪ノ客體ハ二十歳未滿ノ幼者ナルコト(二)略取又ハ誘拐ノ所爲アルコト(三)自ラ藏匿シ若クハ他ノ内國人又ハ外國人ニ交付スルコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ客體ハ二十歳未滿ノ幼者ナルコト

我邦並ニ直接ノ母法タル佛國ノ規定ハ必ス幼者タルコトヲ要スト雖モ或國ノ規定ハ必シモ之ヲ要セス婦女ナルトキハ丁年以上ノ者ト雖モ亦略取ノ目的トナルヲ得我邦及ヒ佛國ノ規定ニ於テ之ヲ幼者ニ限リタルハ是レ二十歳以上ノ者ハ民法上獨立ノ位地ヲ有スルモノト見做スカ故ニ之ト一致セシムルカ爲ナルト同時ニ昔時ト異ナリ別ニ逮捕監禁罪ノ規定アリテ丁年以上ノ者ニ對スルモノハ多ク之ニ依リテ處斷スルコトヲ得ルカ故ナリ法律ハ單ニ二十歳未滿ノ幼者トノミアルカ故ニ其男女賢愚強弱ヲ問ハス賢愚其他ノ情況ニ因リ誘拐又ハ略取セラレタリト云フコトヲ得サル場合ハ別論トス

第二ノ要素 略取又ハ誘拐ノ所爲アルコト

略取誘拐共ニ不法ニ監督者ノ監督ヲ脱出セシムルノ所爲タリ唯前者ハ暴行

又ハ威迫ニ因テ行ハル、モノナルカ故ニ幼者ノ承諾ナキ場合後者ハ詐欺又ハ誘導ニ因リテ行ハル、モノナルカ故ニ幼者ノ承諾アル場合タルノ差アルノミ此點ニ付キ從來一ノ疑問アリ曰ク略取誘拐何レモ不法ニ監督者ノ監督ヲ脱出セシムルノ所爲トスレハ若シ事實既ニ監督者ノ監督ヲ脱出セル幼者ナルトキハ本罪ノ目的トナルコトヲ得サルカト本問ニ對シテハ尙ホ竊盜ノ目的タル財物ハ假令事實所有者ノ手中ニ存セスト雖モ尙ホ所有者ニ屬スルモノタルヲ失ハサルト同シク假令事實上監督者ノ監督ヲ脱出スト雖モ法律上幼者ハ常ニ監督者ノ監督ニ屬スルモノナルカ故ニ之ヲ略取誘拐スルノ行爲ハ常ニ其監督ヲ犯シタルモノトシテ略取誘拐罪ヲ構成スト信ス同一ノ趣旨ニ因リ父母後見人等監督ノ位地ニ在ル者又ハ之ニ代リタル者ノ行爲ハ恰モ自己ノ所有物ヲ竊取スルモノ、無罪タルト同シク罪ヲ構成スルノ理由ナシ

第三ノ要素 自ラ藏匿シ若クハ他ノ内國人又ハ外國人ニ交付スルコト

法律ハ母法タル佛國法ト異リ單ニ略取又ハ誘拐シタルノミヲ以テハ罪ヲ成

サス進テ自ラ之ヲ藏匿シ又ハ他人ニ交付スルコトヲ要ス藏匿トハ他人ノ發覺ヲ防クノ行爲ニシテ他ノ人家ヲ遠サカリタル別墅ニ置キ又ハ姓名、服装等ヲ變セシムルカ如キハ其重ナル場合タリ交付トハ讀ンテ字ノ如ク他人ニ引渡スノ行爲ナリ但彼ノ一時他人ニ交付スルノ行爲即チ一時他人ニ預ケ置クノ行爲ハ寧ロ藏匿ニシテ茲ニ所謂交付ニ非ス故ニ茲ニ所謂交付ノ行爲ハ自己ノ爲ニ之ヲ藏匿スルノ意思ニ出テサル場合換言スレハ自己ノ手ヲ離レテ全然他人ノ手ニ歸スル場合タルコトヲ要ス

處分—法律ハ先ツ自己ニ藏匿シ若クハ他ノ内國人ニ交付シタル場合ト外國人ニ交付シタル場合トヲ區別シ第一ノ場合ハ被害者ノ十二歳以下ナルト以上ナルトヲ別チ十二歳以下ノ者ニ係ル場合ニ於テハ略取ト誘拐トヲ分タス二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ附加ス十二歳以上ノ者ニ係ルトキハ略取ト誘拐トヲ分チ略取ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加シ誘拐ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ貳圓以上貳拾圓以下ノ罰金ヲ附加ス十二歳以下ノ者ニ付テハ略取ト誘拐トヲ同

一 視シ十二歳以上ノ者ニ付テハ之ヲ區別スルハ畢竟前者ハ意識不完全ナルカ故ニ其承諾ハ全然承諾ナキニ異ナラサルモ後者ハ多少ノ意識ヲ有スルカ故ニ其承諾ハ全然承諾ナキモノトハ區別セサルヘカラサルニ因ル又略取ト誘拐トニ論ナク一般ニ前者ニ對スルモノ後者ニ對スルモノヨリモ重キハ是レ一方ニ於テ犯スニ易ク防クニ困難ナルト他ノ一方ニ於テ未タ東西ヲモ辨セス且身體ノ結構未タ完カラサルカ故ニ被害ノ結果ニ於テ大ナル差異アルニ因ル第二ノ場合ニ於テハ年齢ト手段ノ如何ヲ問ハス輕懲役ニ處ス年齢ト手段ヲ問ハサルハ繁ヲ避ケタルノミ司直ノ者宜シク法ノ示シタル範圍ニ於テ斟酌スヘキナリ、刑ノ著シク重キヲ加フルハ一方ニ於テ其結果被害者ヲシテ同胞ニ比セハ比較的慈悲哀憐ノ情ニ乏シカルヘキ外國人ノ手ニ陷ルノ慘ヲ嘗メシムルノミナラス他ノ一方ニ於テ多クハ國辱ヲ曝スノ結果ヲ生スレハナリ

乙 略取誘拐セラレタル者ヲ收容シタル罪

是レ贓物ニ關スル罪ト同シク事後從犯ノ性質ヲ有スル罪ナリ即チ主犯ヲ幫助スル性質ヲ有スル罪ナルカ故ニ贓物ニ關スル罪ト同シク主犯又ハ主犯ノ代人

ト見做スヘキ者ヨリ收受シテ主犯ノ犯行ヲ幫助スル結果ヲ生スヘキ場合ニ非
 スンハ罪ヲ構成セス(同一ノ理由ニ因リ主犯ト共ニスルノ行爲即チ主犯ノ藏匿
 行爲ヲ分擔シタル者ハ主犯ト共ニ純然タル略取誘拐罪ヲ以テ論セラルヘク本
 條ノ範圍ニ入ルヘキニ非ス)收受トハ官吏收賄罪ニ所謂收受ト同シク授クルモ
 ノヲ受クルノ義ニシテ貨幣偽造罪所謂收取即チ取り又ハ受クルト異ルカ故ニ
 略取誘拐セラレタル幼者ナルコトヲ知テ更ニ之ヲ略取誘拐シタルモノハ之ヲ
 包含セス此場合ハ更ニ一個ノ略取誘拐罪ヲ構成スヘシ(無罪ノ説モアリ)又法律
 ハ「家屬僕婢……又ハ其他ノ名稱」ト廣ク記載シタルカ故ニ夫ノ徒弟、職工、藝娼妓、
 酌婦等皆之ヲ包含スヘシ刑ノ略取誘拐者ニ比シテ一等輕キハ其助犯タル當然
 ノ結果ナリ

丙 犯人ニ對スル處罰權ノ制限

(一) 略取誘拐ノ事實ハ多クハ被害者ノ名譽ヲ害スルノ結果ヲ生スヘキモノナリ
 然ルニ妄ニ之ヲ訴追スルトキハ被害者ノ利益ヲ保護セントシテ却テ之ヲ傷ク
 ルノ結果ヲ生ス是レ被害者ノ告訴アルニ非スンハ處斷スルコトヲ得ストスル

所以ナリ又茲ニ法律カ親屬ヲ記載シタルハ被害者自身ニ於テ訴追スルコト能
 ハサル場合ヲ豫想シタルモノナルカ故ニ被害者ノ代理タル性質ヲ有スル場合
 (例ヘハ被害者ノ死亡シタル場合若クハ無能力ナル場合ノ如シ)ニ非スンハ親屬
 ハ告訴權ヲ有セス(二)但書ヲ置キタルハ(イ)夫婦ハ異身同體犯人ヲ罰セントスル
 トキハ其實延テ無辜ノ幼者ニ及フト(ロ)貴重ナル夫婦間ノ平和ヲ傷害スルト同
 時ニ其害或 延テ其間ニ生シタル無辜ノ家屬ニモ及フトアルカ故ナリ隨テ
 但書所謂告訴無効ノ條件ハ一方ニ於テ訴訟ノ未タ行ハレサル間ハ勿論既ニ起
 リタル後ニ於テモ尙ホ效力ヲ有シ之ヲシテ廢滅ニ歸セシムルノ力ヲ有ス式ニ
 從テ婚姻シタルトハ法律慣習ノ認ムル方式ニ依テ結婚シタルノ義ニシテ成立
 條件ヲ缺如セサル場合ヲ意味ス故ニ取消シ得ヘキモノト雖モ亦告訴ヲシテ無
 效ナラシムルノ力アルモノトス然ラハ現ニ取消サレタル場合ハ如何我母法タ
 ル佛法ニ於テハ告訴ヲ有效トスルト法理上敢テ大ナル障害ナキトニ因テ之ヲ
 觀レハ告訴ヲ有效トセサルヘカラサルカ如キモ法律ハ單ニ式ニ從テ婚姻シタ
 ルトキトアルノミナルト婚姻解消ノ後ニ於テモ之ヲ罰スルハ多少道義ニ反ス

ルノ點アルトニ因リ我輩ハ反對ノ決定ヲ採ラント欲ス蓋シ疑問タルヘシ(三)外國人ニ交付シタル者ニ此制限ヲ適用セサルハ被害者ノ利益ヨリモ寧ロ國家ノ利益ニ重キヲ置キタルナリ

第九節 猥褻姦淫重婚ノ罪

法律カ猥褻姦淫重婚ノ罪トシテ規定スルモノハ第三百四十六條乃至第三百五十四條ニシテ更ニ之ヲ細別スルトキハ(一)猥褻ノ罪(二)淫行ヲ媒合スル罪(三)強姦ノ罪(四)姦通ノ罪(五)重婚ノ罪ノ五トス

第一款 猥褻ノ罪

是レ第三百四十六條及ヒ七條ノ規定ニ係リ本罪ヲ構成スルニハ下ノ各要素ヲ必要トス(一)猥褻ノ所行ヲ爲シタルコト(二)十二歳ニ滿タサル男女ニ對シテ爲シタルカ又ハ十二歳以上ノ男女ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ爲シタルコト是ナリ(三)第一ノ要素 猥褻ノ所行ヲ爲シタルコト(四)第二ノ要素 猥褻ノ所行トハ第二百五十八條ニ於テ説明シタルカ如ク淫事(吾人異性間ノ

結合鷄姦獸姦手淫等ニ關シ見ルニ堪ヘサル醜行ヲ總稱シ婦女ヲ捕ヘテ其裳裾ヲ上クルカ如キモ亦之ニ屬ス法律ハ單ニ猥褻ノ所行トノミ云ヒテ之ヲ列擧セサルカ故ニ如何ナル程度ニ至リタルモノヲ云フヘキヤハ一ニ裁判官ノ斷定ニ存スルモノタルト同時ニ本罪ニハ未遂犯ナキモノトス蓋シ猥褻トハ或所爲ノ性質ヲ形容シタル語ナレハナリ

第二ノ要素 十二歳未滿ノ男女ニ對シ若クハ十二歳以上ノ男女ニ對シ暴行脅迫ヲ以テシタルコト

暴行トハ有形ノ暴行ヲ脅迫トハ無形ノ暴行ヲ意味ス十二歳以下ノ者ニ對シテハ單ニ猥褻ノ行爲ヲ爲スノミヲ以テ罪ヲ構成シ暴行脅迫ハ加重ノ情タルニモ拘ハラズ十二歳以上ノ者ニ對シテハ暴行脅迫ヲ以テスルニ非スンハ罪ヲ構成セサルハ是レ前者ハ未タ淫事ノ何事タルコトヲ知ラサル者タルノミナラス身體ノ結構不十分ナルカ故ニ假令暴行脅迫ヲ加ヘサルモ尙ホ之ニ著大ナル損害ヲ生セシムヘシト雖モ後者ニ對シテハ單ニ道義ニ反スルノミニシテ敢テ著シキ損害ヲ生セシメサレハナリ

本罪ト第二百五十八條ノ罪トノ區別ハ彼ハ公然タルコトヲ要スルモ此ハ然ラサルト彼ハ特定ノ被害者アルコトヲ要セサルモ此ハ必ス之ヲ要スルトノ點ニ在リ

第二一欸 淫行ヲ勸誘シテ媒合スル罪

是レ第三百五十二條ノ規定ニ係ル吾人自ラ背德ノ所行ヲ爲シ以テ自ラ傷クルハ道德ノ範圍ニ屬シ法律ノ關スル所ニ非ス唯因テ他人ヲ害シ又ハ公ノ秩序安寧ヲ害スルニ至テ法律之ニ關ス本罪ノ如キ單ニ道義ニ反スト云フニ止マルカ如シト雖モ先ニ説明シタル自殺幫助罪ノ如ク畢竟思慮未タ定マラサル幼者ヲ害スルノ結果ヲ生ス是レ法律カ之ヲ罪トシ規定シタル所以タリ但幼者ノ行爲ハ主タル行爲ナリト雖モ罪ヲ成サ、ルモノナルカ故ニ本罪ハ其從タル行爲ニ非スシテ獨立ノ一罪トス

本罪ヲ構成スルニハ下ノ要素ヲ必要トス(一)犯罪ノ客體ハ十六歲未滿ノ男女タルコト(二)此カ淫行ヲ勸誘シテ媒合シタルコト是ナリ
第一ノ要素 犯罪ノ客體ハ十六歲未滿ノ男女タルコト
十六歲未滿ノ男女タルコトヲ要ス故ニ十六歲以上ノ者ニ係ルトキハ本罪ヲ

構成セス蓋シ十六歲未滿ノ者ハ思慮未タ定マラサルカ故ニ往々一時ノ情慾ニ制セラレテ身ヲ放蕩ニ持チ崩シ以テ終生背德ノ人トナリ若クハ畢生不健康ノ人トナルノ惡結果ヲ生スルカ故ナリ

第二ノ要素 此カ淫行ヲ勸誘シテ媒合シタルコト

淫行トハ姦淫、鷄姦、獸姦、手淫等ノ淫事ヲ云フ勸誘トハ淫行ヲ爲サンコトヲ決意セシメタル總テノ誘導行爲ヲ云フ法律ハ勸誘トノミアリテ其手段ヲ特定セサルカ故ニ文書ニ依ルト言語ニ依ルト舉動ニ依ルトヲ問ハス凡テ淫行ヲ爲サンコトヲ決意セシムルニ足ルヘキ行爲ハ皆所謂勸誘タルヘシ媒合トハ猶ホ媒介ト云フカ如シ淫行ヲ取り持ツコト即チ通常房屋ヲ給與シ又ハ待合所ニ誘導スルカ如キ行爲ニ依テ行ハル但勸誘即チ誘導ノ行爲アルコトヲ要スルカ故ニ男女ノ依頼ニ應シ其淫行ヲ媒合シタル所爲例ヘハ淫行ヲ爲スノ目的アルコトヲ知リテ房屋ヲ給與シタルカ如キハ媒合ノ行爲アルモ進テ之ヲ勸誘シタルニ非サルカ故ニ罪ヲ構成セス

本條ハ主トシテ利慾ノ爲メ無垢ノ處女等ヲ誘惑シテ泥水ニ溜ル、カ如キ事ヲ

職業トスル者例ヘハ女術等ヲ罰センカ爲ニ規定セラレタルモノナルヘシト雖モ明文ノ性質ハ廣ク諸般ノ場合ニ適用セラレ然レトモ自己直接ノ色慾ヲ満足セシメンカ爲メ十六歳以下ノ男女ニ猥褻ノ圖書等ヲ示シ依テ春情ヲ發動セシメテ之ト淫事ヲ行ヒタルカ如キハ前段猥褻罪トノ關係上之ヲ包含セサルモノタルヘシ又本條ニハ單ニ十六歳以下ノ男又ハ女トアリテ被害者タル男女ト犯人トノ關係如何ヲ問ハサルカ故ニ犯人カ被害者ヨリモ幼弱ナル場合若クハ被害者ノ夫タル場合ニ於テモ本罪ヲ構成ス終ニ本罪ヲ犯ス者タルコトヲ知テ被害者タル幼者ト淫事ヲ爲シタル者ハ本罪ノ正犯又ハ從犯トシテ處罰スルコトヲ得ヘキヤトノ問題アリ余ハ共犯ノ性質ニ缺クル所ナキカ故ニ積極論ヲ主張セント欲ス

第三款 強姦ノ罪

本罪ハ第三百四十八條及ヒ第三百四十九條ニ規定ス

本罪ノ構成ヲ説明スルニ先チ一言ノ注意ヲ要ス即チ先ニモ説明シタルカ如ク人或ハ本罪ト猥褻罪トヲ混同シ姦淫ヲ遂ケタルトキハ本罪トシテ其未タ遂ケ

サルトキハ猥褻罪ナリト思料スル者アルヘシト雖モ本罪ト猥褻罪トハ竊盜罪ト家宅侵入罪トノ關係ノ如ク多少相類スルカ如キモノアルモ其間確然タル標界アリ即チ本罪ハ竊盜罪ニ於テ其構成ニ財物竊取ノ意思アルコトヲ要スルト同時ニ此意思アルトキハ單ニ家宅ニ入ルモ竊盜未遂罪ニシテ家宅侵入罪ニ非サルカ如ク其構成ニ姦淫ノ意思アルコトヲ要スルト同時ニ此意思アルトキハ單ニ猥褻ト見ルヘキ行爲ヲ爲シタルニ過キサレモ猥褻罪ニ非スシテ本罪ノ未遂罪トス(若シ意外ノ障害ニ因リ遂ケサルトキハ)

本罪ヲ構成スルニハ下ノ要素ヲ要ス(一)強姦シタルコト(二)犯罪ノ客體ハ婦女ナルコト是ナリ

第一ノ要素 強姦シタルコト

強姦トハ何ソヤ法律ハ別ニ定義ヲ下サスト雖モ第三百四十八條第二項藥酒等云々トアリテ單ニ承諾ヲ缺クノミヲ以テハ法律未タ之ヲ以テ強姦ノ手段トセサルト同時ニ第三百七十八條強盜ノ定義ニ暴行脅迫ヲ以テ財物ヲ強取シタル者トアリテ強トハ暴行脅迫ヲ用井タルコトヲ意味スルニ因テ之ヲ觀

レハ強姦トハ暴行脅迫ヲ用井テ被害者ノ抵抗カヲ失ハシメ因テ姦淫即チ不正ナル男女兩性ノ交接ヲ爲シタルコトヲ云フ姦淫ノ手段トシテ暴行脅迫ヲ用井タルコトヲ要スルカ故ニ法律カ第二項ニ於テ除外スル場合ヲ除クノ外例ヘハ熟睡人事不省若クハ有形上身體ノ不自由ナルニ乘シタル者ハ勿論詐欺ヲ用井テ姦淫シタル者ト雖モ罪ヲ構成セス

第二ノ要素 犯罪ノ客體ハ婦女ナルコト

婦女タルコトヲ要スルカ故ニ婦女ヨリ男子ニ對スル行爲ハ猥褻罪ヲ構成スルハ格別本罪ヲ構成セス

終ニ尙ホ左ノ點ニ付テ一言セント欲ス

- 一 強姦罪ハ婦女ヲ強姦スルコトヲ要スルカ故ニ共犯數人アル場合ニ於テ主犯ハ必ズ男子タルコトヲ要スルモ其他ノ者ハ婦女タルコトヲ得
- 二 強姦ノ未遂ト既遂トノ區別ニ付テ二個ノ學說アリ一ハ犯人カ情慾ヲ遂ケタルコトヲ以テ既遂トスルモノ他ハ陽物ヲ陰腔内ニ挿入シタルノミヲ以テ既遂トスルモノ是ナリ前者ハ專ラ法醫學者間ニ行ハレ後者ハ普通刑法學者

間ニ行ハル余ハ前説ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト信スル(姦通ハ交接即チ情慾ヲ充タスコトヲ意味スルモノト信スルカ故ニ)然故ニ強姦罪ノ既遂ハ常ニ犯人カ情慾ヲ遂ケタルコトヲ證明スルコトヲ要ス

- 三 姦淫ノ手段トシテ暴行脅迫ノ行爲アリタルコトノ明白ナル場合ニ於テハ縱令姦淫行爲執行ノ中間ニ於テ被害者カ之ヲ甘受シタルカ如キ姿態ヲ呈スルモ多クノ場合ニ於テハ單純ナル物理上ノ現象トシテ犯罪ノ既遂タルニ影響ヲ及ボサ、ルノミナラス縱令被害者カ中心之ヲ甘受スルモ其時マテハ強姦ノ行爲トシテ未遂犯タルヘシ

- 四 然レトモ強姦ハ暴行ノミナラス脅迫ノ行爲ニ因リテモ行ハル、モノナルカ故ニ普通脅迫罪ト同シク其當時ノ狀況加害者及ヒ被害者ノ年齢位地強弱等ヲ斟酌シ以テ果シテ犯人カ被害者ヲ恐怖セシメ以テ其意思ノ自由ヲ失ハシムヘキ行爲ヲ爲シタルヤ否ヤヲ觀察スルコトヲ要ス夫ノ強盜カ婦女ヲ姦淫シタル場合ノ如キハ姦淫ノ爲メ特ニ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘサルモ盜ヲ爲ス爲メノ暴行脅迫其モノカ既ニ婦女ノ自由ヲ剝奪シテ餘アルモノナルカ故ニ

多クノ場合ニ於テ強姦タルヘシ
本罪ノ處分ハ別ニ説明ヲ要セス法律ハ犯罪ノ客體タル婦女ヲ分テ十二歳以上
及ヒ以下トナシ前者ニ對シテハ所謂強姦ノ場合ニ於テ輕懲役ニ後者ニ對シテ
ハ單純姦淫即チ準強姦ノ場合ニ於テ輕懲役ニ所謂強姦ノ場合ニ於テ重懲役ニ
處ス

(附) 第三百四十六條乃至第三百四十九條ニ共通ノ規定即チ第三百五十條及ヒ
第三百五十一條ニ付テ

第三百五十條親告ノ規定ハ既ニ屢説明セリ依テ之ヲ略ス第三百五十一條ノ規
定ニ付テ——法律ハ猥褻罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者及ヒ強姦罪ヲ犯
シ因テ人ヲ癱瘓以下ニ致シタル者ハ猥褻又ハ強姦罪ノ刑ト毆打創傷各本刑
トヲ對照シ一ノ重キモノニ依テ處斷シ強姦罪ヲ犯シ因リテ癱瘓篤疾ニ致シタ
ル者ハ有期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ無期徒刑ニ處ス本條ノ規定ニ付テ一
言スヘキハ猥褻又ハ強姦罪ニ付テ被害者又ハ親屬ノ親告ナキ場合ト雖モ本條
ノ規定スルカ如キ結果ヲ生シタルトキハ本條ヲ適用處斷スヘキヤノ問題はナ

リ學者或ハ本條ノ規定ハ第三百五十條所謂告訴ヲ待テ其罪ヲ論ストノ規定ノ
後ニ在リテ親告ヲ待ツヘキ場合ハ單純猥褻又ハ強姦ノ場合ニ限ルカ故ニ若シ
本條豫見スルカ如キ殺傷ノ結果ヲ生シタルトキハ親告ヲ待タズシテ本條ヲ適
用處斷シ得ヘシト主張スル者アリト雖モ余輩ハ本條ハ猥褻又ハ強姦罪ヲモ論
スルノ規定比較シ又ハ之ヲ原因トシテ刑ヲ加重スルカ故ニタルト強姦罪ハ告
訴ヲ待テ之ヲ論ストノ原則ニ對スル明白ナル例外ナキト此等ノ犯罪ニハ通常
本條ニ豫見スルカ如キ結果アルヘキモノニシテ若シ輕微ナル創傷ヲ生シタリ
トテ告訴ヲ待タズシテ直ニ此等ノ犯罪ヲモ處斷スルコトヲ得トスルトキハ親
告ノ規定ハ殆ト其用ヲ失フニ至ルヘキトニ因リ殺傷ノ原因タル猥褻又ハ強姦
罪ニ付テ告訴ナキトキハ裁判所ハ單純ナル殺傷即チ毆打創傷罪トシテ審理處
斷スヘク本條ヲ適用スルコトヲ得スト信ス

第四款 姦通ノ罪

古ハ何レノ邦國ニ於テモ (一)姦通ノ所爲ヲ罰シ (二)或ハ之ヲ待ツニ嚴刑ヲ以テス
ルノミナラス (三)之ヲ罪トシ罰スルハ妻ノ姦通ノミニ限レリ然ルニ近世ニ至リ

(一) 姦通ハ之ヲ罪トシ罰スヘキモノナルヤ (二) 若シ之ヲ罰ストセハ如何ナル刑ヲ以テスヘキヤ又夫ノ姦通ハ之ヲ問フヘキモノニ非サルヤ等ノ問題ヲ生ゼリ請フ左ニ其一般ヲ示シ以テ臆見ノ存スル所ヲ述ヘン

第一 姦通ハ之ヲ罪トシ罰スヘキモノナルヤ

一 消極説 姦通ハ婚姻ヲ破ルノ行爲ニシテ婚姻ハ他ノ契約ト同シク二種ノ契約ナルカ故ニ之ヲ破ルノ行爲モ亦他ノ契約違反ノ行爲ト同シク婚姻契約解除ノ結果ト相當ノ損害賠償民事上トヲ生スルニ過キス古來之ヲ犯罪トセルハ畢竟民法上ノ思想ノ尙ホ幼稚ナリシニ基因スル大誤ナリ假ニ之ヲ罪トシ罰スヘキモノトスルモ若シ之ヲ一般ノ犯罪トシテ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ罰スヘシトセハ往々一家ノ平和ヲ害シ其結果失フ所多クシテ益スル所ナシ若シ又現今諸國ノ刑法カ規定スルカ如ク處罰ノ全權ヲ被害者タル一方ノ夫又ハ婦ニ歸セシメンカ從來幾多ノ實例カ之ヲ證明スル如ク彼等ヲシテ法ヲ以テ財物強取ノ器具トシ其極刑事裁判所ヲ翻弄セシムルニ至ルノ弊アリ如カス之ヲ刑法ヨリ除却シテ民法ノ規定ニ委セン

ニハト

二 積極説 姦通ハ決シテ單純ナル契約違反ノ行爲ニ非ス婚姻ト云フ契約ニ因リテ獲得シタル公ノ身分即チ社會ノ秩序ニ關係アル所ノ夫タリ妻タル身分ヲ毀傷スルノ罪ナリ既ニ公ノ秩序ヲ破壞スルノ罪トセハ何ソ之ヲ不問ニ付スルノ理アラシヤ消極論者カ之ヲ罪トシ罰スルトキハ種々ノ弊害アリト云フ如キハ固ヨリ爭フヘカラサル事實ナリト雖モ此弊害ハ必シモ本罪ニノミ特殊ノモノニ非ス諸種ノ親告罪皆然リ隨テ論者ノ説ヲ貫徹セント欲セハ此等ノ罪モ亦本罪ト共ニ不問ニ付セサルヘカラサルニ至ラシヤ豈ニ難カラスヤ

此二説ニ付キ余ハ單純ニ後説ヲ贊成ス

第二 若シ之ヲ罰ストセハ如何ナル刑ヲ科スヘキヤ又夫ノ姦通ハ之ヲ問フヘキモノニ非サルヤ

一 如何ナル刑ヲ科スヘキヤノ點ニ付キ古ハ往々極刑ヲ以テ之ヲ處罰セシコトアルモ近世社會ノ進步ハ他ノ犯罪ト共ニ寛和ナル刑罰ヲ用ユルコト

ニ一致セリ唯今日ノ問題トシテ存スルハ體刑ヲ用ユヘキヤ將タ罰金刑ヲ以テ満足スヘキヤトノ點ニ在リ前問題ニ於ケル消極論者ハ少クトモ罰金刑ヲ以テ満足スヘント主張スルアリト雖モ罰金刑ハ最モ不完全ナルモノナルカ故ニ體刑ヲ用ユヘントスルノ說多キヲ占ムルカ如シ

二 夫ノ姦通ハ之ヲ問フヘキモノニ非サルカ

(イ) 問フヘキモノニ非ストスルノ說 女子ハ先天的一方ニ執着スルノ性質ヲ有スルゾミナラス妻カ婚姻中ニ生ミタル子ハ夫ノ子ト見做スルノ推定アリ隨テ其姦通ヲ不問ニ付スルトキハ一家ノ擾亂スルノ結果ヲ生スルモ男子ノ姦通ハ單ニ道義ニ反スト云フゾミニシテ斯ノ如キ弊害ナキカ故ニ敢テ刑罰ヲ科スルノ要ヲ見スト

(ロ) 問フヘキモノナリトスルノ說 男子ト女子トノ間ニ於テ其性質ニ差異アルコト隨テ男子ノ姦通ハ女子ノ姦通ホトニ害ヲ生セサルハ事實ナレトモ同シク公ノ秩序ヲ破壞スル行爲トシナカラ其行爲ノ結果ニ多少ノ相違アルノミヲ以テ一ハ刑罰殊ニ輕罪以上ノ刑ヲ科シ他ハ全ク之ヲ

不問ニ付シ道德上ノ制裁ノミニ委スルハ公平ヲ失スルヲ嫌アリ少クトモ或制限ノ下ニ於テ夫ノ姦通モ亦之ヲ問ハサルヘカラス蓋シ男子ノ姦通ト雖モ時ニ或ハ女子ノ姦通ヨリモ大ナル害惡妻子ヲシテ饑餓ニ瀕セシムルカ如キヲ生スルコトアリ畢竟前說ノ如キハ或點ニ於テ男尊女卑ノ惡弊ヲ因襲スルモノニ外ナラスト

此二說ニ付テモ亦余ハ單純ニ後說ヲ贊成ス但シ其制限ニ至テハ充分ナル研究ヲ要スヘキモノト思考ス

(附言) 近世和蘭刑法改正ノ際姦通ニ付キ消極說ヲ主張スル者アリシカ結局採用セラレサリシノミナラス近世一般ノ學者ハ積極說ヲ主張セリ開明諸國中之ヲ民事犯罪トシテ刑事犯罪ト爲サハルハ唯英國アルノミ又男子ノ姦通ハ之ヲ問フヘキモノニ非ストハ近來マテ一般學者ノ怪マサル所ナリシカ現行佛國刑法カ或制限ノ下ニ於テ之ヲ罰スルコト、シテヨリ大半ノ學者ハ皆之ヲ贊成スルニ至リシカ如シ

本法ニ於テ姦通罪ハ第三百五十三條ニ規定ス

本罪ヲ構成スルニハ下ノ要素ヲ必要トス(一)犯罪ノ主體ハ有夫ノ婦ナルコト(二)姦通ノ所爲アルコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ主體ハ有夫ノ婦ナルコト

犯罪ノ主體ハ有夫ノ婦ナルコトヲ要ス故ニ法律ノ認ムル方式ヲ履テ結婚シタル婦ナルコトヲ要ス此點ニ付キ新民法施行後ハ同法ニ於テ婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルニ因テ其效力ヲ生スト規定セシカ故ニ未タ戶籍吏ニ届出ヲ爲サ、ル者ハ本罪ノ主體タルコトヲ得ス(但縱令婚姻ノ無効トシテ解除セラレヘキ場合ト雖モ其未タ解除セラレサル間ハ本罪ヲ構成スル主體タルコトヲ得ヘシ)

有夫ノ婦ニ非アレハ本罪ノ主體タルヲ得ストハ本罪構成ニ缺クヘカラサルモノタルヲ意味スルモノニシテ他ノ之ニ加效シタル者ハ此限ニ在ラス故ニ有夫ノ婦タルコトヲ知テ之ト姦通シタル相姦者ハ勿論總則ニ所謂共犯ノ條件ヲ具備シテ本罪ニ加效シタル者ハ何人ト雖モ本罪ノ犯人タルコトヲ得ヘシ前者ニ付テハ法律特ニ之ヲ明記ス畢竟刑罰ニ異同ナキヲ明言セントシタ

ルニ過キサラン

第二ノ要素 姦通ノ所爲アルコト

姦通トハ本夫以外ノ男子ト不正ノ結合ヲ爲スコトヲ云フ故ニ不正ノ結合タルコト、不正結合ノ對手者ハ本夫以外ノ男子タルコトノ二要件ヲ完備セサルモノハ假令如何ナル醜行ト雖モ(例ヘハ編姦又ハ獸姦ノ如キ)本罪ヲ構成セス然レトモ既ニ此二要件ヲ完備スル以上ハ幼童又ハ白痴等機械的ニ婦女ノミノ情慾ヲ充タスニ過キササルモノトノ結合ト雖モ尙ホ姦通ノ所爲タルヘシ

然ラハ男子ノ生殖器ト女子ノ生殖器トカ有形上相接着シタルノミヲ以テ姦ニ姦通既遂ノ行爲アリト云フコトヲ得ヘキヤ余ハ強姦罪ニ於ケルト同一ノ論法ニ因リ男女子何レカ情慾ヲ遂ケスハ既遂ノ行爲アリト云フコトヲ得スト云ハント欲ス但實際ニ於テハ其情ヲ遂ケタルヤ否ヤハ殆ト説明スルコトヲ得サルヲ通例トスルカ故ニ反對說ヲ採用スルハ寧ロ實際的ナルヘシ又姦通ニ着手ノ行爲ナシト主張スル學者アリト雖モ余ハ其何ノ故タルヲ解セス將ニ姦通セントシテ男女姦ヲ同フスルカ如キハ姦通着手ノ行爲タルヘシ

唯法律ニ於テ之ヲ罰セサルノミ

處分——六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス其相姦スル者亦同シ——此條ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ告訴ノ效ナシ前段ハ説明ヲ要セス之ヲ要スヘキハ後段ノミトス

告訴ヲ待テ其罪ヲ論スル所以ハ姦通罪モ亦他ノ犯罪ト共ニ國家ノ秩序ヲ害スル罪ニシテ社會全般ニ對スル罪ナリト雖モ他ノ一面ヨリ觀察スルトキハ確ニ夫ニ對スル貞節ヲ破ルノ罪ニシテ夫妻隨テ家族間ノ關係ヲ傷害スルノ罪タリ然レトモ此所謂夫婦ノ關係ハ被害者タル夫ト加害者タル妻トノ和親ニ因リテ往々原狀ニ恢復セラル、コトアルノミハラス姦通罪ハ他ノ多クノ親告罪ト同シク夫ノ名譽ニ關スル罪ナルカ故ニ單ニ社會ノ秩序ヲ維持センカ爲ノミヲ以テ妄ニ之ヲ處罰スルコト、スルトキハ或ハ徒ニ夫婦間ノ和親ヲ害スルカ少クトモ夫ノ名譽ヲ毀損スルノ結果害アリテ益ナキコト、ナルヘシ是ニ於テカ法律ハ被害者タル夫ノ利益ヲ保護センカ爲メ處罰ニ關スル利害得失ヲ其判斷ニ委スルコト、シタルナリ

- 告訴ノ性質 右ニ説明シタル如ク告訴ヲ待テ其罪ヲ論スルコト、シタル所以ハ單ニ夫ノ名譽ノミヲ保護セントニ非ス家族間ノ關係ヲモ亦之ヲ害セザランコトヲ希フニ出ツ故ニ茲ニ所謂告訴ハ處罰ノ條件ヲ成形スルモノニシテ犯罪ノ構成條件又ハ起訴ノ條件ヲ成スニ過キサレモノニ非スト思考ス
- 告訴ハ主トシテ家族間ノ關係ヲ維持セシメンカ爲メ夫ニ與ヘタル妻ニ對スル處罰ノ權能ナルカ故ニ左ノ結果ヲ生ス
- (イ) 夫カ先ニ姦通ヲ縱容シタルトキハ當時家族ノ親睦ハ毫モ害セラレタルノ痕跡アルヲ認メサルカ故ニ縱令夫ニ於テ之ヲ告訴スルモ告訴ノ效ナシ(縱容ハ許諾ノ義)
 - (ロ) 告訴ノ權能ハ夫ニ專屬ス故ニ夫ニ非サル者ハ勿論縱令夫ノ委任若クハ遺言ヲ受ケタル者ト雖モ其死亡後ニ於テハ告訴又ハ取下ヲ爲スコトヲ得ス又本夫トハ姦通當時ノ夫タルノ義タルヲ以テ姦通當時ニ於テ夫タル身分アルニ於テハ離婚後ト雖モ告訴權ヲ失ハス
 - (ハ) 告訴ハ姦通罪ニ對シテ提起セラル、モノナルモ夫カ妻ニ對シテ有スル權

能ナルカ故ニ妻ノミニ對スル告訴又ハ其取下ハ延テ相姦者ニ及フト雖モ相姦者ノミニ對スル告訴又ハ其取下ハ妻ニ對シテモ相姦者ニ對シテモ何等ノ效果ヲ生セス(妻ハ主ニシテ相姦者ハ從タリ)

(ニ) 告訴ハ妻ニ對スル處罰ノ權能ナルカ故ニ裁判宣告ノ確定スルマテハ拋棄スルコトヲ得ルモ其以後ノ取下又ハ始ヨリ處罰スルノ意思ナキ告訴ハ其效ナシ

右ノ結果ニ關連シテ一問題アリ曰ク處罰以前ニ於テ夫又ハ婦カ死亡シタルトキハ裁判所ハ夫若クハ婦カ生存セシナラハ告訴ノ取下アリタルヲ保スヘカラストノ理由ニ因リ凡テニ向テ無罪ヲ言渡スコトヲ得ヘキヤ否ヤ是ナリ本問ニ對シ余ハ嘗テ積極論ヲ主張セシニ今ハ却テ消極論ヲ可トセリ蓋シ取下ハ夫又ハ妻ノ死亡マテニ存スヘキモノニシテ其時マテ取下ナキトキハ縱令偶然ノ出來事ナリト雖モ已ムヲ得サルモノニシテ畢竟權利ノ拋棄ハ明示セラル、コトヲ要スレハナリ

終ニ立法論トシテ一言注意スヘキハ獨逸刑法ニ於テハ姦通ノ告訴ヲ爲スニハ

先ヅ離婚ヲ請求スルコトヲ要ストセリ最モ適理ノ立法ト認ム

第五款 重婚ノ罪

重婚罪ハ第三百五十四條ニ規定ス

古昔重婚罪ハ姦通罪ト混同シ之ヲ分離シタルハ近世刑法ニ始マレリ其構成要素ハ既ニ本罪ト相類似シタル姦通罪ニ於テ之ヲ説明シタルカ故ニ茲ニ再說セス只姦通罪ト重婚罪トノ異同ヲ示スニ止メシ

一 姦通罪ハ男女兩性間ニ於ケル不正ノ結合アルコトヲ要スルモ重婚罪ノ成立ニハ必シモ之ヲ要セス既婚者タルノ身分ヲ有シナカラ其婚姻ノ未タ解除セサルニ先チ再ヒ法律ノ規定シタル方式ヲ履ミテ他ノ男子又ハ女子ト結婚シタルノ事實アレハ足ル

二 姦通罪ハ不正ノ結合アリタルトキニ成立スル即時犯ナルモ重婚罪ハ男女兩性間ノ畢生ノ結合ヲ目的トスルモノニシテ時ノ觀念カ行爲組成ノ一要素タルカ故ニ監禁罪ト同シク繼續犯タリ唯彼ト此トノ差異ハ繼續カ彼ニ在テハ有形ナルモ之ニ在テハ無形タルノミ

三 我刑法ニ於テハ姦通罪ハ妻ニ非ザレバ之ヲ犯スコトヲ得スト雖モ重婚罪ハ夫妻共ニ之ヲ犯スコトヲ得

四 又我刑法ニ於テハ姦通罪ハ親告罪ナルモ重婚罪ハ然ラス(他國ノ立法ニ於テハ姦通罪ト同シク親告罪トスルモノアリ)

姦通罪ニハ其相姦スル者亦同シトノ明文アルモ重婚罪ニハ之ヲ缺如スルヨリ人或ハ重婚罪ハ姦通罪ト異ナリテ相重婚者ヲ罰セスト主張スルモ前ニモ説明シタルカ如ク姦通罪ニ限り明文アルハ沿革上刑ノ相同シキコトヲ示スカ爲ニシテ重キヲ置クニ足ラス、知情ノ事實アルニ於テハ相重婚者ハ勿論其他ノ者ト雖モ之ニ加効シタル者ハ皆總則ノ原則ニ因リテ處罰スルコトヲ得

第十節 誣告及ヒ誹毀ノ罪

法律カ誣告及ヒ誹毀ノ罪ト題スルモノハ第三百五十五條乃至第三百六十一條ノ規定ナリ其包括スル所ノ犯罪ヲ分類スレハ三個トス(一)誣告ノ罪(二)誹毀ノ罪(三)陰私漏告ノ罪是ナリ

第一款 誣告ノ罪

本罪ハ第三百五十五條乃至第三百五十七條ニ規定ス

本罪ヲ構成スルニハ下ノ條件ヲ必要トス(一)告訴又ハ告發ヲ爲シタルコト(二)不實ノ事ヲ告訴告發シタルコト(三)不實ノ事タルコトヲ知リナカラ之ヲ告訴又ハ告發スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 告訴又ハ告發ヲ爲シタルコト

誣告トハ猶ホ讒訴ト云フカ如ク凡テ處罰ノ權力ヲ有スル者ニ或人カ處罰ノ目的トナルベキ非行ヲ爲シタリト僞ハリ告クルコトヲ云フ隨テ單ニ誣告ト云フトキハ必シモ司法官廳ニ對スル告訴又ハ告發ノミニ限ラス他ノ官廳又ハ一私人ニ對スル告知モ亦之ヲ包含ス然レトモ茲ニハ被告人若クハ被告人刑ニ處セラレタルトキ云々ノ文字アルカ故ニ司法官廳ニ對スル告訴又ハ告發即チ犯罪ヲ告グルモノニ限ル是レ之ヲ本罪構成ノ一要素トスル所以ナリ

告訴告發ハ共ニ進ンテ犯罪ヲ司法官衙ニ申告スルノ行爲ニシテ唯其異ナル所ハ一ハ被害者之ヲ爲シ他ハ何人ト雖モ之ヲ爲シ得ルノ差アルノミ即チ告

訴告發カ告訴發タル爲ニハ刑事訴訟法ノ規定ニ因リ左ノ條件ヲ具備スル
コトヲ要ス

一 進テ犯罪事實ヲ申告スルコト 故ニ官廳ヨリ召喚ヲ受ケ又ハ官吏ノ訊
問ニ應シテ或事實ヲ陳述スルカ如キニ非スシテ進ンテ犯罪事實アリト申
告シタル場合ニ非スンハ或ハ偽證罪等ヲ構成スルコトアルモ本罪ヲ構成
セス

二 確定シタル事實ヲ申告スルコト 故ニ單ニ犯罪アリト思料スト云フカ
如キ漠然タルモノハ未タ以テ告訴發ト云フヘカラス

三 犯人ノ何人タルコトヲ明示スルコト 故ニ單ニ人ヲ殺シタル者アリ物
ヲ盜ミタル者アリト云フニ止マルモノハ告訴發ヲ成サス蓋シ訴ハ人ニ
關シ其處罰ヲ目的トスルカ故ニ人ヲ指定セサルトキハ訴ノ目的ヲ缺如ス
レハナリ然レトモ其氏名住所及職業等マテヲ詳ニスルコトヲ要ストノ義
ニアラス凡ソ犯人ノ何人タルヤヲ確定シ得ルヲ以テ十分ナリトス故ニ例
ヘハ人相特徵ヲ明示スルカ如キ以テ犯人ノ誰タルコトヲ知り得ルモノハ

所謂犯人ヲ明示シタルモノナリ

四 告訴發ヲ受クヘキ官吏ニ對シテ之ヲ爲シタルコト 告訴發ヲ受ク
ヘキ官吏ハ刑事訴訟法第四十九條ニ規定スル所ニシテ檢事及ヒ司法警察
官トス故ニ此等ノ官吏以外ノ者ニ對シテ爲シタルモノハ告訴發トシテ
有效ナラス

以上各要素ヲ具備スルトキハ或二三諸國ノ規定ト異ナリ書面ヲ以テスルモ
口頭ヲ以テスルモ亦可ナリ

第二ノ要素 不實ノ事ヲ告訴發シタルコト

此點ニ付テ一言スヘキハ誣告セラレタル犯罪事實ト誣告ノ犯罪事實ト同時
ニ裁判所ニ現出スルコトアリ此場合ニ於テ誣告罪カ罰セラル、爲ニハ誣告
セラレタル犯罪事實カ虛偽ナリシコト即チ裁判ニ依リテ無罪タルコトノ證
明セラル、コトヲ要ス但开ハ唯誣告事實ノ證明ニ要スルモノナルカ故ニ誣
告罪ノ成立條件ヲ成スモノト思惟スヘカラス一派ノ學者カ誣告罪ノ時効ハ
其誣告セラレタル事實カ虛偽ナリシコトノ證明セラレタル時ヨリ始マルト

云フカ如キハ此點ヲ誤解シタルノ罪ニ坐ス

第三ノ要素 不實ナルコトヲ知リナカラ之ヲ告訴發シルノ意思アルコト
事實ノ虛偽ナルコトヲ知リナカラ之ヲ告クルノ意思アルノミヲ以テ十分ト
ス故ニ既ニ之ヲ具備スルニ於テハ特ニ他人ヲ害セントノ意思アルコトヲ要
セス故ニ縱令罪ヲ他人ニ移シテ自己ノ罪ヲ免レンカ爲メ又ハ一時ノ戲ヲ以
テスルモノト雖モ罪ノ構成ニ影響ヲ有セス

處分 處分法ハ何レモ偽證罪ノ刑罰例ニ依ルノ規定ナルカ故ニ詳細ハ偽證
罪ノ處分法ノ說明ニ譲リ唯第三百五十六條ノ規定ヲ一言スルニ止ムヘシ

第三百五十六條ニ所謂被告人トハ被誣告者ヲ指シ推問トハ訴ヲ審理スルカ爲
ノ推問即チ豫審又ハ公判ニ於ケル訊問ヲ云フ法律ニハ被告人ノ推問トアリテ
縱令被告事件ノ審理訊問ヲ開始スルモ未タ被告人ヲ訊問セサル間ハ自首ニ依
テ本條ノ恩典ニ浴スルヲ得ルカ如キモ法文ノ意ハ被告事件審理ノ爲ニスル豫
審又ハ公判ノ手續開始前ノ義ニシテ既ニ手續カ開始セラレタル後ニ在テハ縱
令未タ被告人其人ノ訊問ヲ開始セサルモ自首ニ依テ本條ノ恩典ニ浴スルコト

ヲ得ス蓋シ若シ然ラストスルトキハ被告人缺席ノ時ハ裁判言渡後ニ於テモ尙
自首ニ依テ無罪タルコトヲ得ルノ結果彼此權衡ヲ得サルノミナラス本文ハ實
ニ佛文章案第三百九十六條被誣告者ニ對スル凡テノ訴追手續以前ニ於テ自首
シタルトキハ該當スルモノナレハナリ

第二款 誹毀ノ罪

本條ハ第三百五十八條第三百五十九條ニ規定セラレ

本罪構成要素ノ說明ニ先チ誹毀ト誣告及ヒ誹毀ト侮辱ノ區別ヲ一言セン

一 誹毀ト誣告トノ區別 兩者共ニ惡事醜行ノ摘發タルハ同一ナルモ左ノ各
點ニ於テ著シキ差異アリ

- (一) 惡事醜行ノ眞偽ニ關シ 誣告ニ在テハ必ス虛偽タルコトヲ要スルモ誹
毀ニ在テハ新聞紙條例第二十五條ニ記載シタル場合ヲ除クノ外虛偽ト眞
實トヲ問ハス罪ヲ構成ス畢竟誹毀ハ他人ノ惡事ヲ發イテ第三者ニ知ラシ
ムルト云フ單純ナル徳性ヲ缺クノ行爲ナルモ誣告ハ罪ナキ者ヲ誣イテ刑
辟ニ觸レシメントスル敗徳加害ノ甚シキ行爲ナレハナリ

(二) 惡事醜行ノ性質ニ關シ。誣告ニ在テハ刑辟ニ觸ルヘキ事項タルコトヲ要スルモ誹毀ニ在テハ之ヲ要セス單ニ其人ノ名譽ヲ毀損スヘキ事項タルノミヲ以テ十分トス、一ハ刑辟ニ觸レシムルヲ目的トシ他ハ單ニ人ノ名譽ヲ毀損スルヲ目的トスルノ行為ナレハナリ

(三) 摘發ノ方法ニ關シ。誣告ニ在テハ告訴又ハ告發人タルコトヲ明示シテ刑辟ニ觸ルヘキ事項ヲ告訴告發ヲ受クヘキ職責若クハ職權アル官吏ニ申告スルコトヲ要ス誹毀ニ在テハ全ク之ヲ缺如スル外摘發ノ方法カ公布ニ依ルコトヲ要ス(檢事司法警察官ノ讀ムヘキモノタルコトヲ知リ他人ノ刑辟ニ觸ルヘキ事項ヲ新聞紙ニ記載シ又ハ其面前ニ其新聞紙ヲ呈出シ又ハ其面前ニ於テ此等ノ事項ヲ演述スルモ告訴又ハ告發人タルコトヲ明示セサレハ誹毀罪ヲ構成スルノミニシテ誣告罪ヲ構成セス)

二 誹毀ト侮辱トノ區別。此區別ハ前者ト異ナリ人或ハ疑ヲ懷クヘキニ依リ先ツ各所爲ノ性質ヲ明ニシ以テ其差異ノ存スル所ヲ示スヘシ

(一) 侮辱。侮辱トハ他人ヲ輕侮スルハ行為爲換言スレハ被害者カ犯人ニ對シテ有スル位地品格ヲ蹂躪スルノ行為即チ犯人カ被害者ニ對スル一般若クハ特別ノ敬禮ヲ缺クノ意思アルコトヲ表示スル行為ニシテ其構成ニハ被害者ニ對シテ一般若クハ特別ノ敬禮ヲ缺クノ意思アルコト及ヒ之ヲ表示スルノ行為アルコトヲ要ス其結果トシテ

(イ) 犯人對被害者ノ間ニ於ケル體面蹂躪ノ行為ナルカ故ニ必シモ第三者ノ之ヲ、聞知スルコトヲ要セス(加重ノ情タルハ格別)

(ロ) 犯人對被害者間ニ於ケル體面蹂躪ノ行為ナルカ故ニ犯人カ被害者ニ對シテ一般又ハ特別ノ敬禮ヲ爲サ、ルヘカラサル位地ニ在ルコトヲ要ス故ニ主人カ僕婢ニ對スル場合ノ如キハ(他人ニ對シテハ通常侮辱ト爲ルヘキ場合ニ於テモ)侮辱ト爲ラス

(ハ) 不法ノ判斷ニ基ク體面蹂躪ノ行為ニシテ判斷ハ犯人一人ノ心理ニ存スルモノナルカ故ニ性質上證明スルコトヲ得ス(但判斷ノ材料タル事實ノ證明ハ之ヲ爲スコトヲ得ルモノハ單ニ犯罪ノ情狀ニ關係ヲ有スルノミ構成ニハ何等ノ影響ヲ有セス)

(二) 誹毀 誹毀トハ他人ノ惡事醜行ヲ摘發シテ之ヲ第三者タル社會公衆ニ紹介スルハ行為(犯人自ラ被害者ノ惡事醜行ヲ材料トシテ其人カ犯人ニ對シテ有スル地位品格ヲ蹂躪スルノ行為ヲ爲サス被害者ノ惡事醜行ヲ第三者タル社會公衆ニ紹介シ以テ社會公衆ヲシテ其被害者ニ對シテ有スル普通又ハ特別ノ感情ヲ惡カラシムルノ行為爲換言スレハ被害者ノ名譽ヲ毀損スヘキ材料ヲ社會公衆ニ供給スルノ行為ニシテ其構成ニハ他人ノ惡事醜行ヲ摘發公布スルノ所爲ト惡事醜行隨テ其人ノ名譽ヲ毀損スヘキ事實ナルコトヲ知テ之ヲ摘發公布スルノ意思トヲ要ス其結果トシテ

(イ) 社會公衆對被害者間ニ於ケル感情阻害ノ行為ナルカ故ニ必ス第三者タル社會公衆ノ之ヲ聞知スルコトヲ要ス

(ロ) 社會公衆對被害者間ニ於ケル感情阻害ノ行為ナルカ故ニ社會公衆トノ關係上被害者カ社會公衆ニ對シテ赤面スヘキ事實ナルヲ以テ十分トス被害者ト犯人トノ地位品格等ハ犯罪ノ構成ニ關係ヲ有セス

(ハ) 惡事醜行即チ事實ノ羅列ナルカ故ニ性質上證明シ得ヘキモノトス(法

律上果シテ證明ヲ許スヤ否ヤハ別問題トス

要之侮辱ト誹毀トハ其間大ナル區別ノ存スルアリ(一)性質上ニ於テハ一ハ被害者ニ對スル一般又ハ特別ノ敬禮ヲ欠クノ意思ヲ以テ被害者ノ自己ニ對スル地位品格ヲ蹂躪スルノ行為即チ犯人自ラ進テ被害者ヲ論評スル行為ナルモ他ハ被害者ノ惡事醜行ヲ第三者タル社會公衆ニ通告シ以テ之ヲシテ被害者ヲ論評スルノ材料ヲ得セシムルノ行為即チ犯人自ラ進テ被害者ヲ論評セサル行為タルノ差アリ隨テ(二)其結果ノ上ニ於テハ一ハ證明スルコトヲ得サルモ他ハ證明スルコトヲ得一ハ第三者ノ介在ヲ要セサルモ他ハ之ヲ要スルノ差アリ學者或ハ官吏ノ職務ニ對スル惡事醜行ノ摘發ハ皆侮辱罪ヲ構成スルモノニシテ誹毀罪ハ一私人ノ私行ニ關スルニ非サレハ成立セスト云フハ大ナル誤解タリ官吏ノ職務ニ關スル惡事醜行ノ摘發ト雖モ侮辱ノ意思ナキモノ從テ其レ自身官吏ノ職務即チ公權ヲ蹂躪スルノ意思ヲ表示セサルモノハ單ニ誹毀ノ行為タルノミニシテ侮辱ノ罪ヲ構成セス是レ明治二十年勅令第七十五號新聞紙條例第二十五條新聞紙ニ記載シタル事項ニ付キ誹毀ノ訴アル場合ニ於テ其私行ニ涉ルモ

ノヲ除クノ外裁判所ニ於テ其人ヲ害スルノ惡意ニ出テス專ラ公益ノ爲メニスルモノト認ムルトキハ被告人ニ事實ヲ證明スルコトヲ許スコトヲ得若シ其證明ノ確立ヲ得タルトキハ誹毀ノ罪ヲ免ス其損害賠償ノ訴ヲ受ケタルトキモ亦同シトアリテ公行即チ公益ニ關スル行爲ニモ亦誹毀罪アルヲ認ムルニ依ルモ自ラ明ナル所タリ蓋シ官吏ノ職務ニ關スル行爲ハ公行即チ公益ニ關スルモノ最モ重ナルモノナルノミナラス若シ夫レ學者ノ主張スルカ如ク官吏ノ職務ニ關スル行爲ニ對スルモノハ常ニ侮辱罪ヲ構成ストシテ證明ヲ許サ、ルモノトセシカ普通ノ公行ニ關スルモノハ常ニ之カ證明ヲ許スニモ拘ラス公行中ノ最モ公ナルモノ隨テ最モ之ヲ證明シテ無罪タラシムヘキ必要アルモノニ對シテハ之ヲ許サ、ルカ如キ背理ノ結果ヲ生スレハナリ(公行トハ官吏、公吏又ハ議員ノ職務ニ關スル行爲ノ如キ一般社會公衆カ其行爲ノ正邪善惡ニ關シ法律上ノ利害關係ヲ有スルモノ、私行トハ姦通、殺人、竊盜等ノ如キ其利害關係カ單ニ之ヲ行フ者ノ一身ニ止マルモノヲ云フ)

凡ソ如何ナル手段ヲ以テスルモ(言語ト文章ト動作トヲ問ハス)苟モ侮辱ノ意思

ヲ表示スルニ足ルヘキモノハ皆侮辱ノ行爲タルヲ得ヘキカ故ニ侮辱ノ行爲ハ時ニ或ハ誹毀ノ手段即チ惡事醜行ノ臚列ヲ以テ行ハル、コトアリ此場合ニ於テハ一面侮辱罪ヲ構成シ一面誹毀罪ヲ構成スルモノニシテ侮辱ノ意思ハ通常極メテ野算ナル言語若クハ嘲弄的ナル言語ノ使用ニ依テ惡事醜行ノ列擧中ニ現ハル、ヲ以テ例トス

誹毀罪ヲ構成スルニハ下ノ各要素ヲ必要トス(一)惡事醜行ヲ摘發シタルコト(二)法律ニ定メタル方法ヲ以テ摘發シタルコト(三)惡事醜行タルコトヲ知リ之ヲ摘發スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 惡事醜行ヲ摘發シタルコト

(一)惡事醜行何レモ道義觀念ヨリ立言シタルモノナルヲ以テ惡事トハ單ニ刑律ニ觸ルヘキ事項ト云フノ義ニ非ス廣ク道義上他人ヲ害スヘキ若クハ刑律ニ觸ルヘキ總テノ行爲ト云フノ義ニシテ醜行トハ其人一身ニ止マルヘキ敗德ノ行爲ト云フノ義ナラン(例ヘハ彼ハ男性ト女性トノ生殖器ヲ具有セル變性ノ人ナリト云フカ如キ惡事ニモ醜行ニモ非ス單ニ醜事ト云フヘキモノハ

此中ニ入ラサルノ恐アリ用語稍狹隘ニ失セリ宜シク他人ノ名譽ヲ毀損スヘキ事實ト改ムヘシ(二)摘發トハ事實ヲ摘示シテ之ヲ公衆ニ公知セシムルノ義ナルカ故ニ隱事ヲ發ヒテ之ヲ公ニスルノ所爲アルヲ要ス隱事隨テ社會公衆カ未タ之ヲ知ラサルモノニ非スンハ以テ被害者ノ名譽ヲ毀損スヘキ結果ヲ生スルコトナキカ故ニ現ニ公トナレル事項例ヘハ現ニ刑事ノ被告人ト爲レル者ニ對スル公知ノ被告事件ヲ新聞紙ニ掲載スル如キハ尙ホ娼妓ニ對シ某ハ娼妓ナリト云フト一般毫モ名譽ヲ毀損スヘキ結果ヲ生セス隨テ之ヲ公示スルモ摘發ト云フコトヲ得ス但既ニ刑期ヲ終了シ又ハ娼妓ヲ廢業シタル者ニ對シ彼ハ嘗テ此等ノ事實アリタリト云フカ如キハ場合ニ因リテ本罪ヲ構成スヘシ(三)名譽ヲ毀損セシムヘキ材料ヲ社會公衆ニ與フルノ所爲ナルカ故ニ某ハ何々ノ行爲アリト詳説スルカ如キ社會公衆カ之ニ依テ被害者ニ對スル思込ヲ變スル程ニ確定シタル事實ノ摘示ナルコトヲ要ス單ニ彼ハ何事カ惡事ヲ爲シタルナラント云フカ如キ漠然タルモノハ罪ヲ構成スルノ要素トナラス(四)被告人ノ行爲カ果シテ人ノ惡事醜行ト云フヘキモノヲ摘發シタリ

ト云フヘキヤ否ヤハ諸般ノ事情就中現今ノ風俗人情等ヲ斟酌シテ決スヘキ法律問題トス蓋シ惡事ナルカ醜行ナルカヲ定ムヘキ道義上ノ標目ハ時ト事情トニ依テ變スヘキモノナレハナリ

第二ノ要素 法律ニ定メタル方法ヲ以テ摘發シタルコト
 法律ハ公然ノ演說書類圖畫ノ公布雜劇偶像ヲ以テ摘發スルニ非スンハ罪ヲ構成セストセリ公然トハ秘密ニ對スル語ナルヲ以テ秘密ニ非サルモノハ總テ公然ナリ演說トハ同時ニ多數ノ者ニ聽聞セシムルカ爲ニスル談話即チ音聲ノ連續ヲ云フ隨テ夫ノ謠歌音曲ニ事寄セ若クハ新聞紙ヲ販賣センカ爲メ公衆ノ面前ニ於テ他人ノ惡事醜行ヲ叙述スルカ如キモ亦茲ニ所謂演說タリ書類トハ發音シ得ヘキ文字ヲ記載シタルモノヲ圖畫トハ發音シ得ヘカラサル文字ヲ記載シタルモノヲ云フ公布トハ衆人ノ耳目ニ觸レシムルコトヲ云フ其各自ニ配布スルコトヲ要セサルカ故ニ公衆ノ集ルヘキ場所ニ揭示スルモ亦一種ノ公布タリ雜劇偶像共ニ言語文書ニ對シテ用非ラレタルモノニシテ別ニ説明ヲ要セス唯其法律カ此二者ニ限り公然又ハ公布等ノ文字ニ應對

スヘキ文字ヲ用井サリシハ何レモ公衆ニ觀覽セシムルヲ以テ通常ノ目的ト
スルカ故ナラン法律ハ茲ニ列擧シタル方法ニ限リシカ故ニ彼ノ單ニ身振手
似テ等茲ニ規定セサル方法ヲ以テスルモノハ縱令公衆ノ面前ニ於テスルモ
本罪ヲ構成セス蓋シ法律ノ用語狹隘ニ失シタルノ結果ニシテ畢竟法律ノ缺
點ナラン

第三ノ要素 惡事醜行タルコトヲ知リ之ヲ摘發スルノ意思アルコト
別ニ説明ヲ要セス唯之ヲ知ルニ拘ハラズ敢テ之ヲ摘發スルノ意思アリタル
ノミヲ以テ罪ヲ構成ス故ニ特ニ被害者ノ名譽ヲ毀損セント欲スルハ希望ア
ルコトヲ要セス例ヘハ學術研究ノ爲ニスト雖モ既ニ此二個ノ意思ヲ以テス
ルモノハ本罪ヲ構成ス蓋シ本罪ハ他人ノ惡事醜行即チ世人カ通常耳ヲ掩フ
ヘキ事項ハ之ヲ流布スヘキモノニ非サルニ拘ハラズ之ヲ公布セリテフ背徳
ノ行爲ヲ罰シタルモノナレハナリ夫ノ他人ヲ害スルノ意思アルコトヲ要ス
トスルノ學說ハ余ノ採ラサル所ナリ

處分ニ付テ——法律ハ先ツ事實ノ有無ニ關セス之ヲ處罰スルヲ以テ原則トシ

死者ニ對スルモノニ限リ例外トシテ誣罔(虛偽)ニ出ツルニ非スンハ之ヲ罰セス
畢竟後段ノ場合ニ於テハ歴史ハ正實ナラサルヘカラスト云フ公益ト相衝突ス
ルカ故ニ夫ノ新聞紙條例第二十五條ト同一ノ精神ニ基キ公益ニ重キヲ置キテ
之ヲ無罪トシタルモノトス次ニ法律ハ公然ノ演說ヲ以テシタルト書類圖書ノ
公布又ハ雜劇偶像ノ公示ヲ以テシタルトニ依リ刑罰ヲ異ニセリ畢竟人ノ耳目
ニ觸ル、時間ノ長短演說ハ一時的ノモノナルモ書類其他ノモノハ永ク人ノ耳
目ニ觸ルヘキモノタリト之ヲ傳聞スル者ノ多寡演說ハ人員ニ限アルモ書類圖
畫等ハ比較的多數者ノ耳目ニ觸ル、ヲ通常トストニ依リ實害ノ大小ヲ標準ト
スルモノトス終ニ法律カ之ヲ親告罪トシタルハ一方ニ於テ誹毀ハ一面被害者
ニ依リテ其成立ヲ知ルモノナルカ故ニ之ヲ知ルニ便ナランカ爲ナルト他ノ一
方ニ於テ普通ノ親告罪ト同シク進テ之ヲ罰スルトキハ益被害者ノ名譽ヲ傷ク
ルノ結果却テ被害者ヲ害スルノ結果ヲ生スルノ恐アルトニ因ルナリ

第三款 陰私漏告ノ罪

是レ第三百六十條ノ規定ニ係ル

凡ソ他人ノ醜事ヲ漏告スルハ道義ノ許サ、ル所ナリ況ンヤ他人ヨリ委託ヲ受ケ又ハ受ケタリト見做スヘキ秘密ヲ漏スニ於テオヤ然レトモ從來屢説明シタルカ如ク近世ノ法律ニ於テハ單ニ道義ニ反スルノミヲ以テハ之ヲ罪トシ罰セス其之ヲ罰スルハ甚タシク一私人ノ利益又ハ公益ヲ害スル場合ニ限レリ法律カ誹毀ノ行爲及ヒ本場合ノ行爲ヲ罰スル所以亦茲ニ存ス蓋シ本場合ニ規定セラレタル身分職業ヲ有スル者ニ於テ妄ニ其身分又ハ職業ニ依テ知得シタル陰私ヲ漏告センカ此等ノ者ニ依リテ利益ヲ受クヘキ者カ却テ害惡ヲ被ムルノ結果國家カ一私人ノ利益ヲ保護センカ爲メ特ニ之ヲ公許シタルノ目的ニ反スレハナリ

本罪ヲ構成スルニハ下ノ要素ヲ必要トス(一)犯人ニ於テ本條ニ規定シタル身分若クハ職業ヲ有スルコト(二)其身分又ハ職業ニ因リテ知リ得タル陰私ヲ漏告シタルコト(三)陰私タルコトヲ知リナカラ之ヲ漏告スルノ意思アルコト是ナリ第一ノ要素犯人ニ於テ本條ニ規定シタル身分若クハ職業ヲ有スルコト法律ハ之ヲ列舉シテ醫師藥商穩婆代書人辯護人代書人神官僧侶トセリ穩婆

ハ產婆ヲ指シ代書人辯護人ハ今日ノ辯護士ヲ云フ(但現今辯護士ノ外辯護ヲ業トスルモノヲ認メサルカ故ニ夫ノ一時裁判所ノ許可ヲ得テ辯護人トナル者ノ如キハ茲ニ所謂辯護人ノ中ニ包含セラレザラン蓋シ茲ニハ身分職業トアリテ之ヲ業務トスル者ニ限レハナリ)代書人トハ佛語所謂「Apothecary」即チ訴訟代理人ノ義ニシテ普通ノ代書人即チ代筆人ノ義ニ非ザラン蓋シ現今裁判所又ハ區役所警察署等ニ附屬セル代筆人ハ雜業者ノ一種ニシテ所謂代書人ト云フ公認セラレタル職業ヲ有スル者ニ非サルノミナラス單ニ依頼者ノ手足トシテ文書ヲ起草又ハ筆寫スルニ過キサルカ故ニ職業上他人ノ陰私ヲ知ルノ機會ナケレハナリ要スルニ我國ニ於テハ全ク無用ノ文字ト云ハサルヘカラス神官僧侶トハ讀テ字ノ如ク説明ヲ要セザレトモ之ヲ列舉シタルハ畢竟慕氏ノ佛文章案ヲ其儘ニ譯出シタルモノニシテ笑フヘキノ甚シキモノタリ蓋シ歐米各國ニ於テハ犯罪人等カ神官僧侶ノ面前ニ於テ既往ノ惡事ヲ懺悔スルノ慣習アルカ故ニ職務上他人ノ陰私ヲ知ルノ機會ヲ有スト雖モ我國ニ於テハ絶テ斯ノ如キ慣習ナキカ故ニ職務上他人ノ陰私ヲ知ルノ機會ヲ有スル

本條ノ罪人タルニハ右ニ列擧シタル身分職業ヲ有スル者タルヲ要スルカ故ニ官吏又ハ公證人等カ其職務ニ因リテ知リ得タル事ヲ漏洩スルモ或ハ他罪ヲ構成シ又ハ服務規律ニ抵觸スルコトアルノミ本罪ヲ構成スルコトナシ又本條列記ノ身分職業ヲ有スル者ノ助手又ハ徒弟カ業務執行ニ因リテ知得シタル他人ノ陰私ヲ漏告シタルトキハ如何ニ處分スヘキヤ獨英等ノ法律ニ於テハ之ヲ豫見シタル法條アルモ我國ノ法律ニハ之ヲ缺如スルカ故ニ無罪トセサルヘカラサラン蓋シ法ノ缺點ナリ

第二ノ要素 其身分若クハ職業ニ因リテ知リ得タル陰私ヲ漏告スルコト陰私トハ被害者カ他人ニ打明カスコトヲ欲セサル總テノ秘密ヲ意味シ妄ニ漏洩スルニ於テハ被害者カ有形又ハ無形ノ損害ヲ蒙ルヘキモノヲ云フ漏告トハ他人ニ通知スルノ義タリ法律ハ其方法ノ言語ニ因ルト文書ニ因ルト公然タルト陰密タルト多人數ニ知ラシムルト一人ニ知ラシムルトヲ區別セサル故ニ苟モ自己以外ノ者ニ知ラシメタル場合ニ於テハ其之ヲ聞知シタル者

ノ親疎ヲ論セス常ニ本罪ヲ構成ス法律ハ委託ヲ受ケタル陰私ト云ハスシテ委託ヲ受ケタル事ニ因リテ知リ得タル陰私トアルカ故ニ特ニ漏洩セサルコトヲ依託セラレタルモノタルヲ要セス苟モ其依託セラレタル職業ニ因リ若クハ之ヲ機會トシテ知得シタルモノハ總テ之ヲ漏告スヘカラサルモノニシテ之ヲ漏告セハ常ニ本罪ヲ構成ス之ニ關シ一二ノ問題アリ曰ク(一)現在世人ノ一般ニ知得シタル事項ト雖モ之ヲ漏告セハ罪ヲ構成スヘキヤ曰ク(二)被害者カ漏告ノ許諾ヲ與ヘタル場合ト雖モ尙ホ之ヲ漏告シタルトキハ罪ヲ構成スヘキヤ第一問題ニ付テハ唯簡單ニ其漏告カ更ニ世人ノ確信ヲ強カラシムヘキ場合ニ於テハ罪ヲ構成シ否ラサル場合ニ於テハ罪ヲ構成セスト答ヘンノミ第二ノ問題ニ付テモ亦秘密ノ漏告カ罪トナルハ畢竟之ニ依テ直接一私人ノ利益ヲ害シ延ヒテ公益ヲ害スルノ結果ヲ生スルカ故ニシテ既ニ被害者ニ於テ之ヲ承諾スルニ於テハ更ニ之ニ依テ害セラルヘキ一私人ナク隨テ公益モ亦爲ニ害セラルコトナキカ故ニ罪ヲ構成セス

第三ノ要素 秘密タルコトヲ知テ之ヲ漏告スルノ意思アルコト

秘密タルコトヲ知ルニ拘ハラヌ之ヲ漏告セハ茲ニ害ヲ生スルト同時ニ其害ハ犯人ニ於テ之ヲ生セシメタリト云フコトヲ得ヘシ故ニ本罪ヲ構成スルニハ單ニ此二段ノ意思即チ秘密タルコトノ知覺ト之ヲ漏告スルノ意思トアルノミヲ以テ十分トシ更ニ他人ヲ害セントノ惡意アルコトヲ要セス故ニ縱令單ニ好奇心ヲ以テ之ヲ漏告シタル場合ト雖モ本罪ヲ構成ス

以上ノ要素ヲ具備スルトキハ常ニ本罪ヲ構成スルヲ原則トス然レトモ法律ハ茲ニ一ノ制限ヲ置ケリ本條但書ノ場合はナリ此但書ノ立法ニ關シテハ古來三種ノ學說アリ第一ニ曰ク陰私漏告ノ行爲ハ無制限ニ之ヲ處斷スヘシ隨テ縱令裁判所ノ呼出ヲ受ケタル場合ト雖モ之ヲ漏告セハ本罪ヲ構成スト第二ニ曰ク私益ハ公益ヲ害セサル限度ニ於テ保護セラルヘキモノナルヲ以テ裁判所ノ呼出ヲ受ケテ證言又ハ鑑定ヲ爲ス場合即チ公益ノ爲ニスル場合ニ於テハ管ニ罪ヲ構成セサルノミナラス證人又ハ鑑定人ハ職務ニ因テ知り得タル陰私タルノ故ヲ以テ陳述ヲ拒ムコトヲ得ストセサルヘカラスト第三ニ曰ク陰私ノ漏告ト雖モ單ニ私益ヲ害スルニ止ラス延テ公益ヲ害スヘキモノニシテ此場合ニ於テ

ハ裁判事務ヲ補助スルト云フ公益ト一私人ノ陰私ハ漏スヘカラスト云フ私益トカ互ニ相衝突シテ相殺スルカ故ニ二者ノ中何レニ重キヲ置クヘキヤハ偏ニ陳述者ノ選擇ニ一任スヘシト我立法ハ第三說ニ依リタルモノニシテ蓋シ多數ノ立法ヲ採用セル所タルト同時ニ最モ穩當ナルモノタルヘシ

本罪ノ處分ニ付テハ別ニ説明スヘキモノナシ

第十一節 祖父母、父母ニ對スル罪

法律カ祖父母、父母ニ對スル罪ト題スルハ第三百六十二條乃至第三百六十五條ノ規定ヲ包含ス、祖父母、父母ニ對スル罪トアリテ特別ノ犯罪ヲ規定シタルカ如キモ其眞ニ祖父母、父母ニ對スル特別ノ罪ト稱スヘキモノハ第三百六十四條ノ規定ニシテ他ハ身體ニ對スル普通犯罪ノ加重處分犯人ト被害者トノ身分上ノ關係ヲ原因トシタルヲ規定シタルニ過キス

法律ニ所謂祖父母、父母及ヒ子孫ノ範圍ハ第一百五條ノ規定スル所ナリ説明ヲ要セス

甲 加重處分ニ關スル規定 法律之ヲ三種ニ分テ規定セリ曰ク殺人ニ關スルモノ曰ク傷人其他ノ犯罪ニ關スルモノ曰ク殺傷ニ關スル特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ニ關スルモノ是ナリ

第一、殺人ニ關スルモノ 第三百六十二條ニ規定ス

謀殺故殺ノ何タルコトハ第二百九十二條以下ニ規定スル所自殺ニ關スル罪ハ第三百二十條以下ニ規定スル所何レモ再言ヲ要セス謀殺ハ一般ノ規定ニ依ルモ死刑タリ然ルニ法律ハ更ニ之ヲ規定ス是ニ於テ人或ハ之ヲ理由トシ祖父母父母ニ對スル罪ハ加重處分ノ規定ニ非スシテ特別ノ一罪ナリト主張スト雖モ余ハ之ヲ採ラス畢竟廣ク殺人罪所謂殺人罪即チ第二百九十二條以下ノ罪ト云フヘキヲ換言シテ謀殺故殺ト云ヒタルノミ深キ意味アルニ非ス

第二、傷人其他ノ犯罪ニ關スルモノ 第三百六十三條ニ規定ス

殴打創傷其他ト云フト雖モ一般ノ例ニ於ケルカ如ク包括的ノ文字ヲ用井スシテ各犯罪ヲ列擧スルカ故ニ茲ニ漏レタルモノ例ヘハ過失殺傷罪墮胎罪猥褻淫罪ノ如キハ其依リテ疾病死傷ニ致シタル場合ハ殴打創傷ノ中ニ包含

セラル、カ故ニ格別ナリト雖モ通常ノ例ニ依リテ處斷セサルヘカラス恐ラク法ノ缺點ナラン然レトモ殴打創傷ト云ヒ監禁ト云ヒ誹毀ト云フハ法文ノ表題ニ依リ極メテ廣キ意味ニ使用セラレタルモノナルカ故ニ監禁罪ノ中ニハ逮捕罪ヲ殴打創傷罪及ヒ誹毀罪ノ中ニハ殴打創傷及ヒ誹毀ヲ以テ論スヘキ總テノ罪ヲ包含ス

第三、殺傷ニ關スル特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ニ關スルモノ 第三百六十五條ニ規定ス

特別ノ宥恕及ヒ不論罪トアルカ故ニ第三編第一章第三節所謂殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪即チ第三百九條乃至第三百十六條ノ規定ヲ指スモノニシテ總則ノ宥恕及ヒ不論罪ノ規定ヲ含マズ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ト雖モ皆主觀的責任ノ根據ニ瑕疵アルカ若クハ客觀的罪ノ構成ニ缺點アルカ故ニ之ヲ宥恕又ハ無罪トスルモノニシテ其性質ニ於テハ夫ノ意識自由及ヒ犯意ヲ缺クニ基ク總則ノ宥恕及ヒ不論罪ト相異ル所ナシ畢竟法律カ之ヲ特別ノモノニ限リタルハ程度ノ上ニ着眼シタルニ外ナラス又法律カ所謂特別ノ不論罪中

ニハ正當防衛ヲ包含スルカ故ニ學理上ハ兇ニ角明文上ニ於テハ他ノ特別ノ
 不論罪ト共ニ無罪タルヲ得ス——學理上ニ於テモ我輩ハ我法律カ祖父母、父母
 ニ對スル正當防衛ヲ認メサルハ東洋君子國ノ實ヲ明ニスルモノニシテ歐米
 諸外國ニ誇ルヘキ點ナリト思惟ス然レトモ正當防衛スラ尙之ヲ許サ、ルノ
 規定ヲ採リナカラ第七十五條第一項中脅迫ニ原因スルモノ及ヒ其第二項ヲ
 之ニ包含セシメサリシハ彼此權衡ヲ失スルノ嫌アリ余ノ遺憾トスル所ナリ
 乙 所謂祖父母、父母ニ對スル罪若クハ奉養ヲ缺クノ罪ニ奉養ヲ缺クノ罪ハ第
 三百六十四條ニ規定ス

衣食云々其他必要ナル奉養トアルカ故ニ其所謂奉養ハ之ヲ缺クトキハ身體若
 クハ健康ヲ害スルノ結果ヲ生スヘキ程ノモノニシテ即チ生活ニ缺ク可ラサル
 奉養トス例ヘハ病メルニ藥餌ヲ與ヘサルカ如シ然レトモ夫ノ有益又ハ奢侈ノ
 奉養ヲ缺ク者ハ以テ不孝ノ人タルヘキモ本條ノ罪人タルコトナシ本罪モ亦一
 般ノ犯罪ト同シク有意犯罪タルカ故ニ之ヲ缺クノ意思アルニ非スンハ罪ヲ構
 成セス又本罪ハ彼ノ姦通罪ト同シク或身分(子孫タル身分)ヲ有スルニ依テ構成

スル犯罪ナルカ故ニ他人之ニ加效スルモ共犯トシテ罰スルコトヲ得スト主張
 スル者アリト雖モ余ハ之ヲ採ラス

第二章 財産ニ對スル重罪輕罪

先ニ説明シタルカ如ク財産トハ人カ其上ニ法律上ノ利益(資産的ノ利益)ヲ有ス
 ル物タリ故ニ財産ニ對スル罪トハ他人カ物ノ上ニ有スル所ノ法律上ノ利益ヲ
 害スル罪ヲ云フ

甲 本罪ヲ構成スル一般ノ要素 他人カ物ノ上ニ有スル法律上ノ利益ヲ害ス
 ル罪ナルカ故ニ本罪ヲ構成スルニハ一般ノ要素トシテ下ノ三要素ヲ必要トス
 (一)他人カ其上ニ法律上ノ利益ヲ有スル物ニ關スルコト (二)他人ノ利益ヲ害スル
 ノ所爲アルコト (三)他人ノ利益ヲ害スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 他人カ其上ニ法律上ノ利益ヲ有スル物ニ關スルコト
 (一)物ニ關スルコト即チ物ヲ目的トシタルコトヲ要ス故ニ人ノ身体、物質ノ運
 動又ハ存在ヨリ發生スル諸般ノ效力(例ヘハ人ノ勞力又ハ電氣力等)ハ本罪ノ

目的タルコトヲ得ス(二)他人即チ特定シタル人カ利益ヲ有スル物件タルコトヲ要ス故ニ一個人ノ專有ニ屬セサル空氣、光線、水等ハ本罪ノ目的物タルコトヲ得ス(三)他人カ利益ヲ有スル物件タルコトヲ要ス故ニ假令一個人ノ專有ニ屬スヘキモノト雖モ未ダ始ヨリ何人ノ所有ニモ屬セサル無主物又ハ所有者カ委棄シタル物ハ本罪ノ目的物タルコトヲ得ス(四)他人カ利益ヲ有スル物件タルコトヲ要ス故ニ犯人ニノミ專屬シテ他人カ其上ニ何等ノ利益ヲモ有セサル物ハ本罪ノ目的タルコトヲ得ス然レモ他人カ利益即チ權利ヲ有スルノミヲ以テ足レリトシ必シモ所有權ヲ有スルコトヲ必要トセス故ニ犯人カ他人ト共有スル物ハ勿論假令所有權ノ犯人ニ專屬スル物ト雖モ其上ニ他人カ或利益例ヘハ質權又ハ抵當權等ヲ有スル物ハ常ニ本罪ノ目的物タルコトヲ得此點ニ付テハ一二ノ例外アリ即チ自己ノ家屋ヲ燒燬シ又ハ漂失スル行爲ノ如キ是レナリ然レトモ放火又ハ決水ノ罪等ハ本來靜謐ヲ害スル罪ノ中ニ列ス可キモノニシテ本罪ノ中ニ列シタルハ畢竟編纂ノ体ヲ失シタルモノトス(五)他人カ法律上ノ利益ヲ有スル物件タルコトヲ要ス故ニ縱令事實上他人カ

利益ヲ有スト雖モ例ヘハ阿片烟又ハ偽造貨幣等ノ如キ法律ノ禁制シタル物件(イ)偽造貨幣ハ法律ノ禁制物ナルヤ否ニ付キ多少ノ疑義ヲ懷ク者アリト雖モ余ハ明治九年四月十九日第五十七號布告及ヒ同年五月十八日甲第十二號大藏省布達ノ趣旨ニ依リ法律ノ禁制シタル物件ナリト確信ス(ロ)法律ノ禁制ニ二種アリ禁制カ人ニ關スルモノト物ニ關スルモノ是ナリ茲ニ法律ノ禁制物トハ後者ヲ指ス然ラハ前者ハ本罪ノ目的物タルコトヲ得ヘキカト云フニ物ニ關スルモノニ關スルモ禁制ハ一ニシテ公法上ノ禁制ハ私法上所有權存否ノ問題ニモ同一ノ效果ヲ生ス可キモノナルカ故ニ人ニ關スル禁制物ト雖モ若シ違法ニ之ヲ所有シタル被害者ノ外正當ノ所有權ヲ有スル者ナキトキハ後者ト同シク本罪ノ目的物タルコトヲ得スト雖モ後者ト異ナリ物自体ハ所有權ノ目的タルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ無主物埋藏物ハ例外トシテ本罪ノ目的タルコトヲ得ス及ヒ埋葬スヘキ屍体ノ如キ資産上ノ利益ヲ享有スヘキモノニ非サルモノハ本罪ノ目的物タルコトヲ得ス

第二ノ要素 他人ノ利益ヲ害スルノ所爲アルコト

(一) 財産ニ對スル罪ハ或ハ他人ノ財産ヲ奪取シ又ハ横領スルモノアリ或ハ單ニ他人ノ財産ヲ亡失又ハ毀損スルモノアリ然レトモ總括シテ之ヲ言フトキハ皆他人ノ利益ヲ害スルノ所爲トス(放火罪等ハ例外トス)(二) 同一ナル犯罪ヨリ生スル損害資産上ノノ大小輕重ハ固ヨリ刑罰ヲ輕重スルノ要素タルコトヲ得ベシト雖モ此點ニ付テハ凡ソ三種ノ立法アリ(イ) 或ハ佛國革命時代ノ刑法支那刑法及ヒ新律綱領等ノ如ク一々損害ノ大小輕重ト之ニ對應ス可キ刑罰ヲ定メ裁判官ニ寸毫ノ自由ヲモ與ヘサルモノト(ロ) 或ハ佛國現行刑法及ヒ之ニ模倣シタル諸國ノ刑法殊ニ我刑法ノ如ク罪質ノ同一ナルモノニ對シテハ凡テ同一ノ刑罰ヲ定メ損害ノ大小輕重ハ裁判官ヲシテ一定ノ範圍内ニ於テ刑罰ヲ輕重セシムルニ過キサルモノト(ハ) 或ハ現行伊太利刑法ノ如ク損害極メテ大ナルカ若クハ小ナルトキハ裁判官ヲシテ一定ノ範圍ヲ脱出シテ更ニ刑罰ヲ加減スルコトヲ得セシムルモノ是ナリ三者ノ可否ニ付キ刑罰ハ單ニ其因テ生セシメタル資産上ノ損害ヲ標準トス可キニ非スシテ社會ニ生セシメタル危害ノ大小ヲ標準トス可キモノ(近世ノ學理ニ於テハ更ニ犯人其人

ノ身上ヲモ觀察ス可シナルカ故ニ第一ノ不可ナルハ論ヲ俟タス唯第二ト第三トノ間ニ於テ多少ノ議論アルノミ學者或ハ第三ノ主義ハ裁判官ヲシテ法律ノ豫定以外ニ刑罰ヲ加減スルノ自由ヲ得セシムルカ故ニ民其依ル所ヲ失フニ至ル可シト非難スト雖モ余ハ法ハ可成的大綱ヲ規定スルニ止メ以テ裁判官ヲシテ十分ナル應用ノ自由ヲ得セシムルヲ以テ最モ宜シキヲ得タルモノト信スルカ故ニ此主義ニ左袒セント欲ス

第三ノ要素 他人ノ利益ヲ害スルノ意思アルコト

他人ノ利益ヲ害スルノ意思即チ惡意アルコトヲ要ス故ニ他人ノ囑託又ハ承諾ヲ受ケ隨テ毫モ他人ノ意思ニ反シテ其利益ヲ害スルノ意思ナキ者ハ本罪ヲ構成セス(前述ノ如ク放火罪等ハ例外トス)

乙 本罪ノ種別 本罪ハ財物ヲ横奪スル罪即チ清廉ノ念ヲ缺クニ基ク罪ト之ヲ毀損スル罪即チ單ニ他人ノ利益ヲ害セントノ意思ニ基ク罪トノ二種ニ大別スルコトヲ得

第一 財物ヲ横奪スル罪即チ清廉ノ念ヲ缺クニ基ク罪 此罪ハ更ニ之ヲ犯人

カ現實ニ物ヲ他ヨリ移シ來リテ自己ニ獲得スルノ手段ニ因テ奪取スルト然
ラサルトニ因リテ之ヲ(一)盜罪(二)橫領罪及ヒ(三)二罪ニ共通スル附隨ノ罪ノ三
種トス

一、盜罪 之ニ屬スルモノハ竊盜罪、強盜罪、恐喝取財罪(我法律ニ之レ有リヤ
否ヤハ疑問トス)及ヒ詐欺取財罪ノ四トス

二、橫領罪 之ニ屬スルモノハ冒認罪(我法律ニ之レ有リヤ否ヤハ疑問トス)
委託物費消罪、遺失物隱匿罪及ヒ家資分散ニ關スル罪ノ四トス(家資分散ニ
關スル罪ヲ橫領罪中ニ入ル、ハ少シク妥當ナラサルモ犯人ノ占有ニ在ル
物ニ對シテ行ハル、ト然ラサル物ニ對シテ行ハル、トヲ標準トシテ種別
スルトキハ本罪中ニ屬セシメ得サルニ非サルヲ以テ特ニ種目ヲ設ゲスシ
テ本罪中ニ編入ス)

三、盜罪ト橫領罪トニ共通スル附隨罪 贓物ニ關スル罪是ナリ

第二 財物ヲ毀損スル罪即チ單ニ他人ノ利益ヲ害セントノ意思ニ基ク罪、更ニ
之ヲ分テ(一)放火、失火ノ罪(二)決水ノ罪(三)船舶ヲ覆没スル罪(四)家屋物品ヲ毀壞

シ及ヒ動植物ヲ害スル罪ノ四トス

第一節 財物ヲ橫奪スル罪(即チ清廉ノ念

ヲ缺クニ基ク罪)

第一款 盜罪

盜ノ何物タルヤニ付テノ觀念ハ羅馬法ト近世諸國ノ立法トノ間ニ著シキ差異
アリ羅馬法ニ於テハ一方ニ於テ自己ノ所有物ト雖モ苟モ他人ノ占有ヲ奪フノ
所爲アレハ直ニ罪ヲ構成スルト同時ニ他ノ一方ニ於テ特ニ己ヲ利スルノ意思
アルニ非スンハ罪ヲ構成セス故ニ當時ニ在テハ盜罪トハ己ヲ利スルノ意思ヲ
以テ他人ノ占有ヲ奪取スルノ所爲ト云フコトヲ得タリ之ニ反シ近世諸國殊ニ
我國ノ法律ニ於テハ一方ニ於テ必シモ己ヲ利スルノ意思アルコトヲ要セス單
ニ他人ノ利益ヲ奪取スルノ意思アルノミヲ以テ罪ヲ構成スルト同時ニ他ノ一
方ニ於テ他人ノ所有物ニ對スルニ非サレハ罪ヲ構成セス故ニ近世諸國ノ法律
殊ニ我國ノ法律ニ於テハ盜罪トハ不正ニ他人ノ所有物ヲ奪取スルハ所爲ナリ

ト定義スルコトヲ得ヘシ

甲 盜罪ノ成立要素 以上ノ説明ニ因リ盜罪ヲ構成スルハ下ノ各要素ヲ必要

トス (一)他人ノ所有物タルコト (二)奪取ノ所爲アルコト (三)不正ナルコト (四)他人ノ所有物ナルコトヲ知リナカラ之ヲ奪取スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 他人ノ所有物タルコト

(一)即チ他人カ其上ニ所有權ヲ有スル物タルコトヲ要ス故ニ自己ノ所有物(強盜罪ニ付テハ單ニ財物トアリテ他人ノ財物タルコトヲ明示セサルカ故ニ人或ハ強盜罪ニ付テハ他人ノ所有物タルコトヲ要セスト主張スルモ暴論ノミ蓋シ人ヲ脅迫云々財物トアルニ依テ之ヲ觀レハ自ラ人ノ財物即チ他人ノ財物タルコトヲ示セルノミナラス既ニ竊盜罪ニ付テ他人ノ財物タルコトヲ要シナカラ獨リ強盜罪ニ限リ他人ノ財物タルコトヲ要セサルノ理ナケレハナリ)又ハ何人ノ所有ニモ屬セサル物即チ無主物又ハ委棄物ハ盜罪ノ目的タルコトヲ得ス然レトモ他人ト共有スル物件ハ其上ニ己レカ全部不可分ノ所有權ヲ有スルト同時ニ他人モ亦全部不可分ノ所有權ヲ有スルカ故ニ之ヲ奪取

スルノ行爲ハ本罪ヲ構成ス (二)法律ハ單ニ他人ノ所有物タルコトヲ要シ被害者若クハ被奪取者ノ所有物タルコトヲ要セサルカ故ニ苟モ犯人以外ノ者カ所有スル物件即チ他人カ其上ニ所有權ヲ有スル物件ヲ奪取シタルトキハ現在之ヲ奪取セラレタル者ハ縱令所有權ヲ有セサルモ尙常ニ本罪ヲ構成スベシ(此場合ニ於テ被害者ハ所有者ナルカ將タ占有者ナルカノ問題アリト雖モ盜罪ハ人ノ所有物ヲ奪取スルノ行爲即チ前所有者ト同一ノ利益ヲ享受セントノ意思ヲ以テ他人ニ屬スル物件ヲ奪取スルノ行爲ナルカ故ニ犯罪其モノニ附着スル被害者ハ所有者ナルコト一點ノ疑ヲ容レズ畢竟此等ノ問題ヲ提起スル所以ハ犯罪ノ被害者ト犯罪ヨリ生シタル損害ノ被害者即チ刑法上ノ被害者ト民法上ノ被害者トノ區別ヲ明ニセサルニ因ルモノニシテ民法上所謂損害ノ點ヨリ觀察スレハ占有者ト雖モ犯人ノ行爲ニ因テ害ヲ受クルカ故ニ賠償ヲ請求シ得ヘキハ勿論タリ)但本要素ニ付テハ明文上一ノ例外アリ第三百七十一條ノ規定即チ是ニシテ (一)典物トシテ又ハ官署ノ命令ニ因ルコト (二)他人カ占有スルコト、ヲ要ス故ニ貸借等典物以外ノ名義若クハ官署ノ

命令ニ非スシテ事務管理ノ爲ナルトキ又ハ事實他人カ占有セザルトキハ本則ニ復リ罪ヲ構成セス

第二ノ要素 奪取ノ所爲アルコト

(一)奪取即チ己ノ占有ニ移スノ行爲アルコトヲ要ス故ニ占有ニ移シ得ヘキ物即チ現實ニ甲ノ場所ヨリ乙ノ場所ニ移轉シ得ヘキ物、件タルコトヲ要ス單ニ移轉シ得ヘキ物件タルコトヲ要スルノミナルカ故ニ必シモ民法上所謂動産タルコトヲ要セス不動産ト雖モ山林ノ竹木、礦物、田野ノ菜草又ハ建造物ノ一部分等事實上動カシ得ヘキ物ハ皆本罪ノ目的タルコトヲ得ヘシ(此點ニ關シテ人或ハ誤テ動産タルヲ要スルコトヲ主張セシカ爲メ不動産ハ決シテ盜罪ノ目的タルコトヲ得ス蓋シ其一部分ハ之ヲ盜取スルコトヲ得ルカ如クニ見ユルモ是レ不動産ソノモノ、一部分ヲ盜取スルニ非ズ先ツ主体タル不動産ヨリ分離シテ動産トシタル後之ヲ盜取スルモノナリト云フト雖モ、謬見ノミ、不動産ノ一部分カ其主体ニ附着スル狀況モ動産カ不動産ノ上ニ存在スル有様モ全ク同一ニシテ其間毫モ異同アルコトナシ唯彼ハ此ヨリモ固ク附着ス

ルカ故ニ彼ヲ移動スルニハ此ヲ移動スルヨリモ多クハ複雑シタル勞力ヲ要スルノミ換言スレハ不動産ノ一部分ヲ主体ヨリ分離スルノ行爲ハ之ヲ移轉スル爲ノ豫備行爲ニ非スシテソレ自身移動行爲ソノモノ、端緒タリ夫ノ樹上ニ在ル菓實ヲ盜取スルノ行爲ト最モ重ク且大ナル動産ヲ盜取スルノ行爲ト比較セハ思ヒ半ニ過シルモノアラシ(二)然レトモ夫ノ權利又ハ義務ノ如キハ有形上移轉シ得ヘキ物ニ非サルカ故ニ之ヲ證明スル爲ノ證書等ハ格別ナリ(本罪ノ目的物タルコトヲ得ス)(三)己レノ占有ニ移スノ行爲アルコトヲ要シ己ニ自己ノ占有内ニ在ル物ハ更ニ之ヲ占有スルノ理ナキカ故ニ本罪ノ目的物ハ常ニ自己ノ占有内ニ在ラサルモノタルコトヲ要ス、隨テ他人ヨリ寄託セラレタル物件、他人カ誤テ自己ノ占有スト思料スル區域内ニ入レタル物件又ハ拾得シテ占有スル物件等ハ本罪ノ目的タルコトヲ得ス(此點ニ關シ例ヘハ郵便ノ取扱吏、商家ノ丁稚、引越荷車ノ車夫等カ長官、主人又ハ所有者ノ直接ナル監督ノ下ニ於テ占領スル物件ハ此等ノ者ノ占有内ニ在ルモノナルヤ否ヤノ問題アリ、管テ監守盜ニ付テ説明シタル如ク此等ノ者カ握取スルノ

意思ヲ以テ物件ヲ握取スルノ行爲ハ恰モ倉庫ニ於ケル鎖鑰下同シク此意思ト此行爲トヲ以テ國家主人又ハ所有者ノ占有ノ機關トセルモノ換言スレハ占有ノ心素ヲ有スル國家主人又ハ所有者ノ監督ノ下ニ於テ其占有ノ体系ヲ代表スルニ過キサルモノナルカ故ニ此等ノ者ノ占有内ニ在ラサルモノトス但監守官吏ヲ除ク外主人又ハ所有者ノ直接ナル監督ヲ脱シ全ク物件ヲ委託セラレタルノ狀況ニ在ルキハ其占有内ニ在ルモノナリ(四)然レトモ自己ノ占有内ニ在ラサル物ハ凡テ奪取スルコト即チ不正ニ所有スルノ意思ヲ以テ之ヲ自己ノ占有内ニ移スコトヲ得ルカ故ニ本罪ノ目的物ハ必シモ他人ノ占有内ニ在ルヲ要セス換言スレハ遺失物又ハ埋藏物ト雖モ始ヨリ不正ニ所有スルノ意思即チ奪取スルノ意思ヲ以テ之ヲ獲得シタル者ハ本罪ノ犯人トス要本罪ノ目的物ハ自己ノ占有ニ移シ得ヘキ物タルノミヲ以テ足レリトス人或ハ盜罪ハ他人ノ物件ヲ奪取スルノ行爲ニシテ奪フノ行爲ハ被奪取者アルコトヲ想像スルノミナラス法文ニモ亦竊取又ハ強取トアリテ他人ノ監督ヲ侵シテ行ハル、行爲タルコトヲ示スカ故ニ本罪ノ目的物ハ他人ノ占有内ニ在ル物

タルコトヲ要スト主張スト雖モ余輩ノ考フル所ニ依レハ遺失物ニ對スル罪モ亦本罪ト同シク他人ノ所有物ヲ橫奪スルノ行爲タリ然ルニ本罪ニ限リ法律カ特ニ取ノ字ヲ用井テ彼ト區別シタルハ客觀的物カ奪取セラレヘキ位地ニ在ルト否トニ依リタルニ非スシテ主觀的犯人ノ意思カ始ヨリ他人ノ物ヲ奪取セント欲シタルニ在ルヤ將タ始ハ善意ニ之ヲ拾得シ後ニ至リテ橫領セント欲シタルニ在ルヤ換言セハ奪取ノ行爲カ將タ返還セサルハ行爲ナルカニ依リタルモノナルカ故ニ物カ他人ノ占有内ニ在ルト否トハ本罪ノ構成ヲ左右スルモノニ非ス蓋シ論者ノ言フカ如クハ凡ソ犯罪ヲ構成スルニハ常ニ物ニ關スル要素ト意思ニ關スル要素トカ互ニ相投合スルコトヲ要スルカ故ニ遺失物ナリト信シ他人ノ占有物ヲ拾得シテ之ヲ隱匿シタル者及ヒ他人ノ占有物ナリト信シテ遺失物ヲ盜取シタル者ハ何レモ無罪タラサルヲ得サルノ結果ヲ生スヘシ是レ豈立法ノ趣旨ナランヤ

本罪ハ奪取ト云フ即時ノ行爲ヲ以テ成リ所有又ハ所持ノ行爲ヲ以テ成ルニ非ス故ニ奪取ノ行爲ニヨリテ完成スル即時犯罪ニシテ奪取以後ノ行爲例ハ

ハ奪取シタル物ヲ拋棄シ又ハ返還シタル等ノ行爲ハ本罪ヲ構成ヲ左右スルモノニ非ズ然ラハ所謂奪取ノ行爲ハ何時完成スヘキヤ換言スレハ盜罪ノ未遂犯ト已遂犯トノ境界如何此點ニ付テハ從來種々ノ學說アリ

第一說 物カ犯人ノ所爲ニ因リ現在ノ場所ヲ離レタルトキ(例ヘハ目的物タル菓實魚鳥等カ樹木池水又ハ籠ヲ離レタルトキ)ヲ以テ已遂トス

第二說 現在ノ場所ヲ離レテ犯人ノ實力内ニ入りタルトキ(例ヘハ樹木池水又ハ鳥籠ヲ離レテ犯人ノ手又ハ之ニ代ル可キ籠等ノ中ニ入りタルトキ)ヲ以テ已遂トス

第三說 犯人ノ實力内ニ入り犯人カ之ヲ獨占スルノ狀況ニ達シタルトキ(例ヘハ犯人ノ手又ハ之ニ代ル可キ籠等ノ中ニ入り犯人カ之ヲ携ヘテ所有者ノ邸内ヲ出テタルトキ)ヲ以テ已遂トス

第四說 犯人カ之ヲ獨占シテ持行カント欲シタル場所隨テ自己ノ物ノ如ク自由且平穩ニ處分シ得ヘキ場所ニ置キタルトキ(例ヘハ所有者ノ邸内ヲ出テ被害者其他ノ者ノ追呼ヲ免レ自宅又ハ其他ノ場所ニ置

キタルトキ)ヲ以テ已遂トス
而シテ余ハ奪取トハ他ニ在ル物ヲ移轉シテ自己ノ手中ニ入ル、コトヲ意味シ單ニ移轉シタルノミヲ以テハ未タ奪取ノ行爲アリト云フヲ得サルト同時ニ已ニ之ヲ自己ノ實力内ニ入レタルトキハ必シモ被害者ノ占有區域ヲ脱シ又ハ自由且平穩ニ處分シ得ヘキ場所ニ置クコトヲ要セスト信シ第二說ヲ主張セント欲ス

第三ノ要素 不正ナルコト

凡ソ犯罪ハ皆不正タリ、獨リ本罪ニ於テ之ヲ要スルニ非ス、而シテ特ニ之ヲ揭クル所以、畢竟盜罪ハ所有權奪取ノ行爲ニシテ他人ノ所有物ヲ奪取シ其物ノ上ニ所有者ト同一ナル利益ヲ享受セントスルハソレ自身既ニ正當ニ非スト雖モ、已レニ得ヘキ權利アル物件ヲ奪取スルノ行爲(例ヘハ代價ヲ支拂ヒタルニ拘ハラズ賣主カ其物ノ所有權ヲ移轉スルノ行爲ヲ爲サ、ル場合ニ於テ腕力ニ訴ヘテ之ヲ奪取シタルカ如キ)ハ適法ノ手段ニ依ラスシテ人ノ占有物ヲ奪取シタリト云フ形式上ノ不法不正即チ裁判權侵害ノ行爲アルノミ其本質

ニ於テハ權利ナクシテ之ヲ奪取スルカ如キ不正ナルニ非ス隨テ盜罪ヲ構成セサルコトヲ明ニセンカ爲ナリ(人或ハ云ハン己レニ得ヘキ權利アリト信シテ之ヲ奪取スルモ然ラサルモ畢竟盜心ヲ生出シタル原因即チ奪取ノ意思ノ遠因ノ上ニ差異アルノミ自己ノ所ニ非サルコトヲ知テ之ヲ奪取スルノ意思ト所爲トニ於テハ其間毫モ相異ナル所ナシ法律ハ此意思ト此所爲トヲ要スルノミ隨テ兩者均シク犯罪ヲ構成ス此等ノ遠因ハ單ニ酌量減輕ノ理由タルコトアルノミト然リ法律ハ奪取ノ意思ト行爲トヲ以テ満足スルカ如シ然レトモ是レ畢竟皮相ノ見法律ハ普通ノ場合ニ依テ規定ヲ設クルノミ之ヲ要セサルカ故ニ云ハサルニ非ス猶ホ毆打創傷トアリテ不正ノコトヲ云ハス文書偽造ト云ヒテ害意ヲ云ハサルカ如シ蓋シ盜罪ノ規定ハ不廉潔ノ意思ヲ罰スルニ在リ本問ノ如キハ裁判權侵害罪ノ規定ヲ設ケテ之ヲ罰センノミ)

第四ノ要素 他人ノ所有物ナルコトヲ知リ之ヲ奪取スルノ意思アルコト即チ所有者ノ意ニ反シテ所有者ト同一ノ利益ヲ享受センカ爲メ之ヲ獲得セントスルノ意思アルコトヲ要ス故ニ自己ノ所有物ナリト信シタル場合若クハ他人ノ所有物タルコトヲ知ルモ一時借入レ又ハ保管センカ爲ニ出ラタル場合ハ本罪ヲ構成セス但假令借入ルノ意思ヲ以テスルモ始ヨリ所有者ニ非サレハ爲スコトヲ得サルノ行爲ヲ爲ス目的(例ヘハ賣却若クハ抵當典物トスルノ目的)ヲ以テシタル場合ハ本罪ノ意思アルモノトス蓋シ此ノ如キ行爲ヲ爲スノ意思ハ物ヲ危險ノ位地ニ置クモノニシテ借入ノ意思即チ返還ノ意思ヲ抹消スルモノナレハナリ

以上盜罪ニ共通ナル要素ヲ説明セリ以下親屬相盜ニ付テ一言セン

親屬相盜 第三百七十七條ノ規定ニ係ル(一)茲ニ所謂竊盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラストノ規定ノ性質(二)共ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ノ罪質及ヒ(三)本條適用ノ範圍如何

- 一 竊盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラストノ規定ノ性質如何 此點ニ付テハ從來二個ノ學說アリ

第一說 曰ク古代羅馬其他ノ諸國ニ於テハ凡ソ財産ハ家長ト家族トニヨリテ成立シタル家ニ屬シ其間或者ニ專屬シタル特有ノ財産アルコトヲ認メ

ナリキ、現今諸國特ニ我國ノ刑法ニ於テ其間ニ於ケル盜取ノ行為ヲ罪トシテ論セザルハ猶ホ古代羅馬ニ於ケルカ如ク親屬間ニ於テハ特種ノ財産ヲ有スル者ナク、所謂甲ノ處分シ得ヘキ物ハ乙モ亦之ヲ處分シ得ヘキ物ト認ムルノ結果之ヲ盜取スルノ行為ハ恰モ自己ニ屬スル物ヲ奪取スルニ異ラズシテ盜罪ノ目的物ハ他人ノ物件タルコトヲ要スルハ條件ヲ缺カスルカ故ニ之ヲ無罪トスルナリト

第二説 曰ク古代ハ第一説ノ如ク親屬間ニ於テハ互ニ特有ノ財産ヲ有スル者ナキカ故ニ其間ニ於ケル盜取ノ行為ハ自己ノ物ヲ盜取スルト同シク根底ヨリ罪ヲ構成セスト雖モ文化漸ク進ミ所謂家族制度ナルモノ漸次個人制度ニ傾キタル今日ニ於テハ法律ハ現ニ親族間互ニ獨立シテ財産ヲ有スルコトヲ認メタリ然ルニ第一説ノ如ク親屬間ニ於テハ互ニ獨立シテ財産ヲ有スル者ナキカ故ニ其間ニ於ケル盜取ノ行為ハ罪ヲ構成セストスルハ明ニ他ノ法律ニ矛盾シ正當ノ解釋ト云フヲ得ス畢竟或親密ナル親族間ノ平和ヲ維持センカ爲メ之ヲ罪トシ論セザルモノニシテ道義若クハ公益ニ

基キタル規定ト云フハ外ナシト

而シテ此第二説ニ於テ其之ヲ罪トシ論セザルノ意義如何ニ付テハ學說更

ニ二派ニ分ル

(一) 之ヲ無罪トスルハ或親族間ノ平和ヲ破ラザランカ爲メ罪アリト雖モ刑ヲ科セザルナリ

(二) 之ヲ無罪トスルハ公益ニ基クモノニシテ管ニ刑ヲ科セザルハミナラス、根底ヨリ罪ヲ構成セストスルナリ

右二説孰レカ果シテ我刑法ノ解釋ニ適スルヤ第二説ハ近世ノ進歩シタル法律思想ニ適合シ立法論トシテハ固ヨリ非難ヲ容ル、ノ餘地ナシト雖モ我現行刑法ノ解釋トシテハ余ハ寧ロ第一説ヲ以テ法律ノ精神ヲ得タルモノト信ス蓋シ第二説ノ如クナラシメハ之ヲ無罪又ハ無刑トスルハ犯人ト被害者トノ間ニ個人的親族ノ關係アルカ故換言スレハ其人ニノミ對シテ特種ノ身分アルカ故ニシテ之ト共ニ犯シタル他人ハ無罪又ハ無刑トセラレヘキ特種ノ身分ナキカ故ニ有罪タラサルヲ得ス然ルニ我刑法ニ於テハ他人共ニ犯スモ

財物ヲ分チタルキハ之ヲ無罪トシ財物ヲ分チタル場合ニ於テノミ始メテ盜ヲ以テ論シ明ニ第二ノ主義ニ反セサルノミナラス第二說ノ如ク單ニ親族間殊ニ親密ナル關係アル親族間ノ平和ヲ維持セントスルニ在ラハ兄弟姉妹ハ通常親密ナル關係ヲ有シ同居ノ兄弟姉妹タルト否トヲ區別スルノ必要ヲ認メス然ルニ祖父母父母ト云ヒテ尊族、卑族、親間ノ關係此關係ニ於テハ事實上特有ノ財產アルコトナシヲ示スト同時ニ兄弟姉妹ニ對シテハ特ニ同居ノ條件ヲ必要トスルヲ觀レハ我刑法ハ古代羅馬法ノ主義ノ如ク此等親族間ノ關係ニ於テハ各自特有ノ財產アルコトヲ認メサルモノト謂フニ非サレハ到底能ク説明スルコト能ハサレハナリ

二 共ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ノ罪質如何 既ニ説明シタルカ如ク親族相盜ハ根底ヨリ竊盜罪構成ノ要件ヲ欠クニ基ク無罪ナルカ故ニ之ニ與カリタル他人ハ猶ホ他人ノ正當防衛ニ加效シタルト同シク根本ヨリ罪ヲ構成セス然ルニ法律ハ共ニ犯シテ財物ヲ分チタル場合ニ限り特ニ之ヲ罪トシテ論スルコト、爲シタルカ故ニ其所謂他人ノ罪質ハ財物ヲ分ツト云フ條件ヲ以テ

始メテ獨立ノ犯罪ヲ構成スルモノト謂ハサルヘカラス——共ニ犯ストハ他ノ條項ニ於ケルカ如ク正犯若クハ實行ニ加效シタル者ノミヲ云フニ非ス總テノ共犯ヲ包含ス

三 第三百七十七條適用ノ範圍如何 竊盜罪ナルモノハ所謂總テノ盜罪ニ通スル基本罪ニシテ其規定ハ總テノ盜罪ニ通スル總則ナルカ故ニ純理ヨリ立論スルトキハ盜罪總則ノ一タル本條モ亦單ニ竊盜罪ノミニ止マラス強盜、恐喝取財及ヒ詐欺取財ニモ適用セラルヘキモノト謂ハサルヘカラス然レトモ刑法ノ規定ヲ見ルニ詐欺取財其他之ニ類似ノ犯罪ニ關シテハ本條ニ拘ハラズ別ニ第三百九十八條ノ規定アルト同時ニ強盜罪ニ關シテハ獨リ此規定ヲ缺如セルニヨリテ之ヲ觀レハ立法者ニ於テ強盜罪ニノミ限り之ヲ遺忘シ若クハ總則ノ規定ニ委シタリト見ルコトヲ得サルノ結果解釋論トシテハ強盜罪ニハ本條ノ適用ナキモノトスルノ說モ有力ナル議論ナルヘシ——(第三百七十一條ノ規定モ亦之ニ準ス)

終ニ一言本條ノ適用ニ付キ注意ス(一本條ノ親屬ニ付テハ第一百十五條ヲ參照ス

ヘク(二)同居ハ事實上ノ同居ノミナラス戸籍面ノモノヲモ包含ス(三)戸籍面ノミノ絶縁ハ血統上ノ親屬タルコトヲ妨ケス

乙 盜罪ノ種類 法律ハ盜取行爲ノ行ハル、手段ノ如何ニ因リ之ヲ四種ニ分類セリ(一)竊盜罪(二)強盜罪(三)恐喝取財ノ罪(四)詐欺取財ノ罪是ナリ

第一項 竊盜罪

本罪ハ盜罪ノ基本罪ニシテ其定義及ヒ構成要素ハ已ニ説明シタルカ故ニ直ニ本罪ノ種類ヲ説明スヘシ
本罪ハ之ヲ分テ二トスルヲ得(一)普通竊盜(二)加重竊盜是ナリ

第一段 普通竊盜

普通竊盜ハ更ニ二種ニ分ツコトヲ得(一)田野山林牧場等ニ於ケル產物又ハ牧畜以外ノ物ノ竊盜(二)田野山林牧場等ニ於ケル產物又ハ牧畜ノ竊盜是ナリ

甲 田野山林牧場等ニ於ケル產物又ハ牧畜以外ノ物ノ竊盜 本場合ノ竊盜罪ハ第三百六十六條及ヒ明治二十三年法律第九十九號第一條ニ規定セラル即チ法律ハ本場合ノ竊盜ヲ分テ更ニ家屋内ニ於テ行ハレタルモノト否ラサルモノトセリ

トセリ

一 家屋内又ハ家屋外トハ如何ナルコトヲ云フヤ 本規定ハ盜取ノ行爲ヲ防止センカ爲メ特ニ設ケラレタル保證線ヲ侵シテ行ハレタル竊盜ト否トヲ區別スルニ在ルカ故ニ夫ノ勸工場、劇場、演車、演船ノ待合所等公衆ノ自由ニ來往スヘキ場所ニ於ケル竊盜ハ縱令家屋内又ハ建造物内ニ於テ行ハレタルモノモ尙ホ屋外竊盜ノ行爲タリトスルヲ立法ノ趣旨ニ適ストスヘシト雖モ若シ斯クノ如ク論センカ縱令吾人ノ住居スル家屋内ニ於ケル竊盜ト雖モ犯人ニ於テ家内ニ在ル物ヲ竊取センカ爲メ特ニ保證線ヲ侵シテ盜取シタルノ行爲ナク單ニ保證線内ニ入りタルヲ好機トシテ竊盜ヲ爲シタルトキハ之ヲ屋外竊盜ノ行爲トセサルヘカラサルニ至リ明ニ法文ニ反スルノ結果ヲ生スルカ故ニ余ハ寧ロ單ニ明文ノ表示スル所ニ依リ如何ナル性質ノ場所ト雖モ苟モ家屋其他ノ建造物即チ吾人ノ住居ニ供セラレタル住家及ヒ之ト同シク土地ニ定着セラレ家屋ト同一ナル構造ヲ有スル建築物内ニ於テ行ハレタルモノハ皆屋内竊盜ニシテ否ラサルモノハ皆屋外竊盜ナリト云ハント欲ス畢竟明

文ノ用語宜シキヲ得サルニ基ク

六六二

二 然ラハ屋内ニ於テ行ハレタルモノト否トハ何ヲ標準トシテ區別ス可キヤ
(一)物カ屋内ニ在ルト否トニ因ルヘキヤ(二)犯人カ屋内ニ在ルト否トニ因ルヘ
キヤ將タ(三)物ト犯人トカ同時ニ屋内ニ在ルト否トニ因ルヘキヤ余ハ嘗テ第
三ニ因リテ區別スヘシトノ説ヲ主張セシカ今ハ一般ノ判例ニ從ヒ第一ニ因
ルヲ以テ正當ナリト信ス蓋シ田野山林牧場等ノ竊盜ニ付テモ亦物ノ所在ヲ
標準トスレハナリ

乙 田野山林牧場等ニ於ケル産物又ハ牧畜ノ竊盜、本場合ノ竊盜罪ハ第三百
七十二條乃至第三百七十四條及ヒ明治二十三年法律第九十九號第二條ニ規定
セラル即チ前ノ場合ト異ナル所ハ竊盜ノ行ハレタル場所カ田野山林又ハ牧場
ナルト其目的物カ田野山林……ノ産物又ハ牧場ニ於ケル牧畜ノ獸類ナルトノ
點ニ在リ

場所ニ付テハ説明ヲ要セス産物トアルカ故ニ佛國等ノ規定ト異ナリ農耕若ク
ハ漁業等ノ爲ニ使用スル鋤鍬漁網又ハ牧畜ノ爲ニ使用スル乘馬又ハ犬等ヲ包

合セサルハ勿論トス然ラハ産物トハ如何ナルモノヲ云フヤ苟モ天産ノ儘ニシ
テ未タ何等ノ人工ヲモ加ヘサルモノナルトキハ天然ノ狀況ニ存在スルト將タ
已ニ天然ノ狀況ヲ離レタルトヲ問ハサルヤ反對論アリト雖モ余ハ之ヲ天然ノ
狀況ニ存在スルモノニ限リ夫ノ已ニ收獲又ハ伐採セラレテ田野山林ニ在ル樹
木若クハ菜葉等ハ假令天然ノ儘ニ存在シ未タ何等ノ人工ヲモ加ヘサルモノト
雖モ前ノ場合ニ入ル可シト思料ス

普通竊盜ノ處分 法律ハ先ツ田野山林……ノ産物又ハ牧場ニ於ケル牧畜ノ獸
類ニ係ルモノト否トヲ分チ(一)後者ノ中家屋外ニ於テ行ハレタル竊盜贓額五圓
ニ滿タサルモノ及ヒ贓額五圓以上ノ未遂犯ハ明治二十三年法律第九十九號第
一條ニ依リ十一日以上二月以下ノ重禁錮ニ處シ其他ノモノハ第三百六十六條
第三百七十六條ニ依リ二月以上四年以下ノ重禁錮及ヒ六月以上二年以下ノ監
視ニ處シ未遂ニ係ルキハ第三百七十五條第一百二十二條ニ依リ一等又ハ二等ヲ減
シ二人以上共ニ犯シタルキハ第三百六十九條ニ依リ各一等ヲ加ヘ(二)前者ノ中
未タ遂ケサルモノ及ヒ已ニ遂ケタルモ贓額五圓ニ滿タサルモノハ明治二十三

年法律第九十九號第二條ニ依リ十一月以上二月以下ノ重禁錮ニ處シ其他ノモ
ノハ第三百七十二條乃至第三百七十四條及ヒ第三百七十六條ニ依リ一月以上
一年以下ノ重禁錮若クハ二月以上二年以下ノ重禁錮及ヒ六月以上二年以下ノ
監視ニ處シ未遂ニ係ルトキハ第三百七十五條第一百十二條ニ依リ一等又ハ二等
ヲ減ス

〔注意〕(一)明治二十三年法律第九十九號ニ依テ處斷セラルヘキ者ニモ亦刑法第
三百七十六條ヲ適用シテ監視ヲ付スルコトヲ得ルヤ否ヤ法律第九十九號ハ
主刑ト附加刑ト併セテ一刑トシタル普通刑法ノ規定ヨリ除外セラレタル特
別法ナルカ故ニ消極ニ決ス可キハ勿論トス(二)第三百六十九條ニ付テ(イ)二人
以上共ニ犯シタルノ故ヲ以テ加重セラル、所以ハ犯罪ノ實行ヲ確實ニシ以
テ被害者ヲシテ之ヲ防クニ困難ナラシムルカ若クハ危険ノ恐アルカ故ナル
ヲ以テ其所謂二人以上共ニ犯シタル者トハ實行ニ加工シタル者ノミヲ云フ
(ロ)共犯ハ必シモ意思ノ共通ヲ要セス隨テ若シ意思ノ共通セサル場合ニ於テ
ハ主觀的他人ト共ニ犯サントノ意思ト行爲トアル者ニ對シテノミ本條ヲ適

用スヘシ

第二段 加重竊盜

法律ハ第三百六十七條第三百六十八條及ヒ第三百七十條ニ於テ三個ノ加重ス
可キ場合ヲ規定セリ(一)水火震災其他ノ變ニ乗シタル場合(二)門戶牆壁ヲ踰越損
壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キテ邸宅倉庫ニ入りタル場合(三)兇器ヲ携帯シテ人ノ住居
シタル邸宅ニ入りタル場合はナリ

甲 水火震災其他ノ變ニ乗シタル場合

是レ第三百六十七條ノ規定ニ係リ其所謂水火震災トハ文字ノ示スカ如シ別ニ
説明ヲ要セス其他ノ變トハ總テ被害者カ物ノ監督ニ注意ヲ爲スコトヲ得サル
場合ニ立チ至ル可キ一般ノ出來事ヲ意味ス乗ストハ之ヲ機會トスルコトヲ云
ヒ除ナル文字トハ少シク異ナリ被害者ノ備ナキヲ利用シタルノ狀況アルコト
ヲ要ス

乙 門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キテ邸宅倉庫ニ入りタル場合

是レ第三百六十八條ノ規定ニ係リ本場合ノ罪ヲ構成スルニハ特ニ下ノ二要素

ヲ具備スルコトヲ要ス(一)門戸牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キタルコト(二)踰越損壞若クハ鎖鑰ヲ開クノ行爲ハ邸宅倉庫ニ入り竊盜ヲ爲スカ爲ニ行ハレタルコト是ナリ

第一ノ要素 門戸牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キタルコト

(一)茲ニ門戸牆壁ト云フハ人ノ侵入ヲ防クカ爲ニ設ケラレタル保障線ヲ形容シタルモノナリ故ニ門戸牆壁ニ代ル可キ堀若クハ溝ヲ踰越シタル者モ亦其中ニ入ル(二)踰越損壞ナル文字モ亦恰モ門戸牆壁ノ上ヲ通過シ若クハ破壞シタル行爲ノミヲ意味スルカ如キモ畢竟故ヲニ障害物ヲ排除シ若クハ之ヲ無効ナラシムルコトヲ形容シタルモノナリ故ニ臺所ノ流口ヨリ潛入スルカ如キ非常ノ方法ニ依テ邸宅ニ入ルモ亦茲ニ所謂踰越損壞タルヘシ(三)鎖鑰ナル文字モ亦恰モ金屬ヲ以テ作ラレタル錠前ノミヲ意味スルカ如シト雖モ畢竟廣ク戸締ノ用ニ供シタルモノハヲ形容シタルモノナリ故ニ如何ナル物ト雖モ戸締ノ用ニ供セラレタルモノハ皆茲ニ所謂鎖鑰トス(四)末文ニ邸宅倉庫ニ入リノ文字アリテ所謂鎖鑰ハ此等ノ物ニ施サレタルモノタルヲ要ス故ニ押

入戸棚又ハ箆筒等ニ施サレタル錠前ヲ開クノ行爲ハ 條ノ管スル所ニ非ス

第二ノ要素 踰越損壞若クハ鎖鑰ヲ開クノ行爲ハ邸宅倉庫ニ入り竊盜ヲ爲スカ爲メニ行ハレタルコト

(一)此點ハ嘗テ我母法タル佛國刑法ノ下ニ於テ一タヒ疑問トナリタルコトアルモ此點アルカ故ニ加重ノ情アリトセラル、モノニシテ他ノ目的ノ爲ニ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キテ入りタル際竊盜ヲ爲シタル者ハ加重スヘキノ理由ナシト云フニ判例一定シ學者間亦議論ナシ(二)邸宅トハ家屋ニ屬スル圍牆内ヲ總稱ス故ニ家屋ヲ包含スルコト勿論ナリト雖モ建造物トハ全ク別異ノモノナルト同時ニ倉庫ハ建造物ノ一部ニ過キサカ故ニ倉庫以外ノ建造物ニ入りテ竊盜ヲ爲サンカ爲メ其門戸牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ其鎖鑰ヲ開キタル者ハ本條ノ管スル所ニ非スト云ハサル可カラス恐ラク法ノ缺點ナラ

丙 兇器ヲ携帯シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入りタル場合

是レ第三百七十條ノ規定ニ係リ本罪ヲ構成スルニハ特ニ下ノ二要素ヲ具備ス

ルコトヲ要ス(一)兇器ヲ携帯シタルコト(二)人ノ住居シタル邸宅ニ入りタルコト
是ナリ

第一ノ要素 兇器ヲ携帯シタルコト

兇器トハ普通人ヲ殺傷スルノ用ニ供シ得ヘキ物件ヲ云フ故ニ極メテ小ナル
小刀鑿又ハ繩等ノ如キハ之ヲ携帯スルモ本條ノ罪ヲ構成セス然ラハ苟モ兇
器ヲ携帯シタルトキハ假令竊盜ヲ爲スカ爲メ特ニ携帯シタルトモ非スト雖モ
本罪ヲ構成ス可キヤ此點ニ付キ余ハ嘗テ消極論ヲ採リ夫ノ例ヘハ兵士等平
常兵器ヲ携帯スル者カ偶然之ヲ携帯シタル儘人ノ住居シタル邸宅ニ入り竊
盜ヲ爲シタルカ如キハ本條所謂持兇器竊盜ヲ以テ論スルコトヲ得スト主張
セシカ今ハ反對論ヲ主張シ兇器ノ携帯ハソレ自身人身ニ危害ヲ與フ可キ機
會ヲ有スルモノニシテ少クトモ客觀的加重ノ情アルモノナルカ故ニ知テ之
ヲ携帯シタル者ハ特ニ携帯シタルト否トニ論ナク凡テ本條ノ範圍ニ屬ス可
キモノト決定ス

第二ノ要素 人ノ住居シタル邸宅ニ入りタルコト

(一)人ノ住居シタル邸宅トハ人ノ住居ニ供シタル邸宅ノ義ニ非スシテ現在人
カ其内ニ住居スル邸内ヲ云フ蓋シ法律カ兇器携帯ノ行爲ヲ加重ノ情アリト
シタルハ人身ニ危害アランコトヲ慮リタルモノナレハナリ(二)人ノ住居シタ
ル邸宅タルコトヲ要スルカ故ニ邸宅ト云フ可カラサル建造物ハ勿論假令人
ノ邸宅ト雖モ空家若クハ不在中ノ邸宅ニ入りタルモノハ本罪ヲ構成セス(三)
邸宅ニ入りテ竊盜ヲ爲シタルコト即チ竊盜ヲ爲スカ爲メ邸宅ニ入りタルコ
トヲ要スルカ故ニ假令兇器ヲ携帯シテ竊盜ヲ爲スモ偶然他ノ理由ニ因リ邸
宅内ニ在ルノ際竊取シタル者ハ本條ノ範圍外トス
加重竊盜ノ處分 甲及ヒ乙ノ場合ハ六月以上五年以下ノ重禁錮及ヒ六月以上
二年以下ノ監視(第三百六十七條第三百六十八條)ニ處シ未遂ニ係ルトキハ一等
又ハ二等ヲ減シ(第三百七十五條第一百十二條)二人以上共ニ犯シタルトキハ各一
等ヲ加ヘ(第三百六十九條)丙ノ場合ハ輕懲役及ヒ二年ノ監視(第三百七十條)ニ處
シ未遂ニ係ルトキハ一等又ハ二等ヲ減ス(第三百七十五條第一百十二條第一百十三
條)此處分ニ付キ一二ノ問題アリ

(一) 甲ノ場合ト乙ノ場合トカ競合シ又ハ此二場合ト丙ノ場合トカ競合シタル
 場合ニ於テハ何レノ法條ヲ適用ス可キヤ第三百六十八條ハ第三百六十七條
 ヲ補ヒタル法條又三百七十條ハ第三百六十九條以上ノ規定ヲ適用セラル可
 キ總テノ場合ヲ總括シ之ノミヲ以テ特別加重ノ情アリトシタルモノナルカ
 故ニ前ノ場合ニ於テハ第三百六十七條ノミ、後ノ場合ニ於テハ第三百七十條
 ノミヲ適用ス可キモノト信ス

(二) 第三百七十條ノ共犯中兇器ヲ携ヘサル者アルモ尙ホ該條ニ依テ加重ス可
 キヤ知情ノ如何ヲ以テ區別シ情ヲ知リタルトキハ加重ス可キモノト信ス

第二項 強盜罪

前ニ述フルカ如ク強盜モ亦盜ノ一種ナリ唯第三百六十七條ノ如ク盜ヲ行フノ
 手段カ普通ノ場合ト異ナルノミ隨テ或二三ノ國ニ於テハ特ニ之ヲ別種ノ犯罪
 トセス盜ノ一種トシテ規定スルモノアリ、之ヲ特種ノ犯罪トシ強盜ナル名稱ヲ
 附シタルハ蓋シ古來ノ慣習ニ基キタルモノナリ
 此ノ如ク本罪ハ盜ノ一種ナルカ故ニ盜罪ニ通スヘキ各要素ヲ具備スルコトヲ

要スルハ勿論ナリ故ニ此點ハ再ヒ之ヲ説明セス單ニ本罪ニ特別ナルモノ、ミ
 ヲ説明セン

本罪ヲ構成スルニハ第三百七十八條ノ規定ニ依リ下ノ要素ヲ具備スルコトヲ
 要ス(一)盜ヲ行フノ手段トシテ人ノ生命又ハ身體ニ對シ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘ
 タルコト(二)財物ヲ奪取シタルコト是ナリ

第一ノ要素 盜ヲ行フノ手段トシテ人ノ生命又ハ身體ニ對シ暴行若クハ脅迫
 ヲ加ヘタルコト

(一) 暴行トハ不正ノ腕力ヲ弄スル總テノ行爲ヲ意味スト雖モ前ニ説明シタル
 カ如ク脅迫ト相對シテ用井ラル、場合ニ在リテハ有形ノ暴行即チ人ノ生命
 身體等總テ人ノ身體ヲ組成スル物質ノ上ニ向テ直接ナル損害ヲ生セシムヘ
 キ不正ノ腕力ヲ意味シ脅迫トハ暴行ノ一種ニシテ總テ精神的ニ人ノ生命身
 體等ニ危害アラントノ恐怖心ヲ起サシムヘキ總テノ行爲即チ無形ノ暴行ヲ
 意味ス然ラハ茲ニ所謂脅迫トハ現實且直接ナル危害ヲ生スルノ恐ヲ懷カシ
 ムヘキ有形ノ行爲ト未來ニ有形又ハ無形ノ危害ヲ生スルノ恐ヲ懷カシムヘ

キ無形ノ行爲トヲ問ハス總テ之ヲ包含スルヤ余ハ現實且直接ナル危害ヲ生
ス可キ恐ヲ懷カシムヘキ有形ノモノ、總テト未來ニ有形ノ危害ヲ生スルノ
恐ヲ懷カシム可キ無形ノモノトヲ包含シ未來ニ無形ノ害惡ヲ生ス可キ無形
ノモノハ之ヲ包含セスト信ス(二)又茲ニ所謂暴行脅迫ハ盜取ノ手段タルコト
ヲ要スルカ故ニ盜取以外ノ目的ヲ以テ暴行脅迫ヲ加ヘタル際同時ニ盜取ヲ
行ヒタル場合ハ普通竊盜罪ト他罪トノ併發ナリトス

第二ノ要素 財物ヲ奪取シタルコト

奪取ノ何タルヤハ既ニ説述シタル所更ニ復説セス財物トハ廣義ニ於テ財產
ト同一ナルカ故ニ前ニ述ヘタルカ如ク人カ其物ノ上ニ利益ヲ有スル物件ハ
總テ之ヲ包含スト雖モ第三百九十條ヲ案スルニ法律ハ財物ト證書類トヲ區
別シ未存ノ證書ハ財物ノ中ニ包含セシメサルカ故ニ暴行脅迫ヲ用非因テ義
務ヲ認メシメ若クハ權利ヲ拋棄セシメタル證書ヲ獲得スルモ本罪ヲ構成ス
ルノ限ニ在ラス蓋シ法ノ缺點ナラン

本罪ノ種類 本罪モ亦竊盜罪ト同シク普通ノモノト加重ノ情アルモノトニ分

ツゴトヲ得

第一段 普通強盜

普通強盜ハ第三百七十八條第三百八十二條及ヒ第三百八十三條ニ規定セラレ
更ニ分テ所謂強盜及ヒ準強盜ノ二種トス而シテ第三百七十八條即チ普通強盜
ハ已ニ説明シタルカ故ニ茲ニハ準強盜ノミヲ説明ス可シ

準強盜トシテ法律カ豫見シタルモノハ下ノ二トス曰ク(一)藥酒等ヲ用ヒ人ヲ醉
迷セシメ其財物ヲ盜取シタル者曰ク(二)竊盜財ヲ得テ其取還ヲ拒ク爲メ臨時暴
行脅迫ヲ爲シタル者はナリ

第一 藥酒等ヲ用ヒ人ヲ醉迷セシメ其財物ヲ盜取シタル者

是レ第三百八十三條ノ規定ニ係リ第三百四十八條第二項ノ規定ト同シク藥酒
等ヲ用非被害者ノ抵抗カヲ失ハシメ因テ財物ヲ盜取シタル者ハ暴行脅迫ヲ用
非テ其抵抗力ヲ失ハシメ因テ財物ヲ盜取シタル者ト異ナラサルカ故ニ之ヲ強
盜ニ準シタリ(一)單ニ藥酒等ヲ用非トアリテ其用法ノ如何ヲ制限セスト雖モ醉
迷セシメトアルカ故ニ夫ノ劇藥ヲ濫キテ身体ヲ傷害シタル場合ノ如キソレ自

身暴行ト云フ可キモノハ此中ニ包含セヌ(二)茲ニ所謂藥酒云々ハ所謂強盜ニ於ケル暴行脅迫ニ該當シ法律カ強ノ字ヲ用ユル場合ハ常ニ罪ヲ犯スカ爲メ故ラニ被害者ノ抵抗カヲ失ハシメタル場合ニ限ルカ故ニ藥酒等ニ依テ醉迷シタルニ乘シ財物ヲ奪取シタル者ハ醉迷ノ原因カ犯人自身ノ行爲ニ出ツル場合ト雖モ單純ナル竊盜ニ過キヌ(三)藥酒等トアリテ藥酒其他此ニ類似ノモノタルコトヲ要ス故ニ或手術ヲ用井テ人ヲ昏醉セシメタル者ハ此中ニ包含セサラン?

第二 竊盜財ヲ得テ其取還ヲ拒ク爲メ臨時暴行脅迫ヲ爲シタル者

是レ第三百八十二條ノ規定ニ係リ返還セサランカ爲ニ暴行脅迫ヲ加フルハ奪取センカ爲ニ暴行脅迫ヲ加フルト其間僅ニ表裏ノ差アルニ過キサレヨリ之ヲ強盜ニ準シタリ(一)竊盜財ヲ得テトハ竊盜行爲ヲ遂ケ尙ホ未タ刑事訴訟法所謂現行犯ハ有様ニ在ル間換言スレハ犯罪ノ當時ナルカ故ニ犯罪ノ事實カ犯人ニ付着シテ竊盜犯人ト稱セラル、間ニ於テノ義タリ(二)取還ヲ拒クカ爲ハ奪取スルカ爲ニ對當シ本條ノ強盜ニ準セラル、重ナル點ナルカ故ニ追捕ヲ拒クカ爲ニ暴行脅迫ヲ加ヘタル等取還ヲ拒クカ爲ニ出テサルモノハ本條ノ範圍ニ入ラ

ス

普通強盜ノ處分 所謂強盜及ヒ準強盜共ニ輕懲役及ヒ二年ノ監視ニ處シ未遂ニ係ルトキハ第一百十二條第一百十三條ニ依テ一等又ハ二等ヲ減シ未遂其他ノ原因ニ因リ輕減シテ輕罪ノ刑ニ處ス可キ者ハ第三百八十四條ニ依リ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス別ニ説明ヲ要セス

第二段 加重強盜

法律カ加重強盜ノ場合トシテ豫見シタルモノハ第三百七十九條乃至第三百八十一條ノ規定ニシテ下ノ三個トス(一)二人以上共ニ犯シ若クハ兇器ヲ携帯シテ犯シタルトキ(竊盜ノ場合ト異ナリ二人以上共ニ犯シタル場合ヲ茲ニ入レタルハ説明ノ便ニ因ルノミ)(二)強盜人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタルトキ(三)強盜婦女ヲ強姦シタルトキ是ナリ

第一 二人以上共ニ犯シ若クハ兇器ヲ携帯シテ犯シタルトキ

是レ第三百七十九條ノ規定セル所(一)二人以上共ニ犯シ及ヒ兇器ヲ携帯シタルコトニ付テハ已ニ説明セリ(二)一個毎ニ一等ヲ加フトアルカ故ニ二人以上共ニ

兇器ヲ携帯シテ犯シタルトキハ二等ヲ加フヘキモノトス(三)本條ハ普通強盜ニ對スル加重ノ情狀ヲ規定シタルモノナルカ故ニ第三百八十條、第三百八十一條ニ適用ナキハ明白ナリト雖モ第三百八十二條、第三百八十三條所謂準強盜ニ適用セラル可キヤ否ヤニ付テハ疑義ヲ挾ム者アリ然レトモ余ハ其何カ故ニ適用セラル可カラサルヤヲ了解スルコト能ハス假令特別ノ法條ニモセヨ已ニ其行為ヲ以テ普通強盜ニ準シタル以上ハ之ニ關スル法條ハ當然適用セラルヘキモノタリ人或ハ第三百八十二條、第三百八十三條ハ本條ノ後ニ在ルカ故ニ適用スルコト能ハスト云フモ若シ之ヲ正當ナリトセハ第三百七十一條モ亦第三百七十二條乃至第三百七十四條ニ適用スルコトヲ得スト云ハサル可カラス豈斯ノ如キ理アラシヤ

第二 強盜人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタルトキ

第三百八十條之ヲ規定セリ(一)強盜トハ猶ホ第三百八十二條所謂竊盜財ヲ得テ云々ニ於ケル竊盜ノ如シ強盜ノ行為ト之ヲ爲シタル人トノ關係ニ於テ其人カ強盜犯人タルノ稱呼ヲ受クルノ間即チ犯罪ノ着手ヨリ之ヲ行ヒ了リタル際マ

テニ於ケル、犯人ノ名稱トス、夫ノ之ヲ犯罪ノ着手ヨリ已遂ニ至ルマテノ間即チ犯罪ノ構成要素ニ觸ル、ノ間換言スレハ強盜ヲ行フ者カト解スルハ非ナリ蓋シ斯ノ如ク解センカ犯罪ヲ遂ケ了リタル際財物ノ取還ヲ拒カンカ爲メ被害者ヲ殺傷スルモ本條ニ該當セサルニ至リ立法ノ趣旨ニ適合セサルノ感アルヨリシテ遂ニ犯罪行為ノ範圍ヲ擴張シ假令財物ヲ強取シ了ルモ犯人カ本々安全且自由ニ其目的物ヲ處分シ得ルノ位地ニ達セスシテ例ヘハ現ニ被害者ノ追呼ヲ受ケツ、アルカ如キ場合ニハ未タ犯罪ヲ遂ケタリト云フ可カラスト云ハサルヲ得サルノ結果明ニ法理ニ反シタル證據ヲ執ラサル可カラサレハナリ(二)犯人カ強盜ト稱呼セラル、ノ間ニ發生セシムル所ノ殺傷ニ二種アリ一ハ強盜ノ稱呼ニ關係ヲ有スルモノ他ハ之ニ何等ノ關係ヲモ有セサルモノ是ナリ、茲ニ人ヲ傷シ又ハ死ニ致ストハ前者ノミニ限ルヤ將タ後者ヲモ包含スルヤ、一方ニ於テ強盜人ヲ傷シ……死ニ致シトハ強盜トシテ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シト讀ムヘキヲ至當トスヘキト、之ニ關係ヲ有セスンハ更ニ刑ヲ加重スヘキノ理由ナキトニ依テ之ヲ觀レハ

(一) 強盜即チ暴行脅迫ヲ加フルノ行為ソレ自身トシテ發生セシメタルモノ詳言スレハイ(イ)財物ヲ奪取センカ爲ニ殺傷シタル者(ロ)財物ヲ奪取スル手段タル暴行脅迫當然ノ結果トシテ死傷セシメタル者(ハ)暴行脅迫ヲ行ハントシテ誤テ死傷セシメタル者及ヒ

(二) 強盜ニ因^〇シテ發生セシメタルモノ詳言スレハイ(イ)強盜ノ手段タル暴行脅迫ノ餘勢(即チ乘スルモノ)ヲ以テ人ヲ殺傷シタル者(ロ)得タル財物ノ取還ヲ拒カンカ爲メ人ヲ殺傷シタル者等

ノ中本條カ規定シタル所ハ前者ノミニ限リ夫ノ強盜ヲ行ヒ又ハ行ヒ了リタル際偶々平生恨メル者ノ側ニ在ルヲ發見シタルヨリ臨時之ヲ殺傷シ又ハ共犯互ニ爭論ヲ起シテ相殺傷シタル者及ヒ逃走ノ際誤テ嬰兒ヲ踏ミ殺シタルカ如キ純然タル過失ニ因テ人ヲ殺傷シタル者等後者ニ屬スルモノハ之ヲ包含セスト信ス此點ニ付キ一二ノ注意ヲ要ス

一、人或ハ人ヲ傷シ又ハ死ニ致ストハ毆打創傷又ハ過失殺傷ニ於テ規定セラレタル字句ト同一ナルカ故ニ結果ニ向テ意思ナキ場合ト見サルヘカラサル

ノミナラス強取トハ被害者カ抵抗力ヲ有スルニ拘ハラス之ヲ抑壓シテ奪取シタルコトヲ意味シ被害者カ抵抗力ヲ有セサルノ際奪取シタルハ強取ト云フヲ得サルカ故ニ財物ヲ奪取スルカ爲ニ人ヲ殺害シタル者ハ純然タル謀故殺ニ屬シ茲ニ所謂致死ノ中ニ包含セスト云フト雖モ余ハ(一)傷シ又ハ死ニ致シトハ結果ノミヲ云ヒタルモノニシテ結果ノミヲ云ヒタルノ語ハ直チニ其原因タル意思ヲ制限シタルモノト見ルコトヲ得サルト(二)殺害ハ抵抗力ヲ抑壓スルモノ、最極度ニシテ最極度ニ達セサルモノ即チ被害者ヲシテ多少ノ抵抗力ヲ保有セシメタルモノハ強取タルヘキモ極度ニ達シタルモノハ強取ト云フヲ得スト云フハ理論ノ許サ、ル所ナルト(三)若シ此論法ヲ以テ正當ナリトセハ奪取ノ行為ヲ行フノ際意外ニモ被害者ヲ死ニ致シタル場合モ亦強盜ノ未遂ト毆打創傷トノ數罪俱發ナリト云ハサル可カラサルニ至リ明ニ立法ノ趣旨ニ反スルノ結果ヲ生スヘキトニ依リ茲ニ死ニ致シタル者トハ強取ノ手段トシテ殺害シタルト將タ暴行脅迫ヲ行ヒ因テ死ニ致シタルトヲ問ハス皆之ヲ包含シ奪取センカ爲メ殺害セントシテ遂ケサル者ハ殺人未遂犯

ト強盜罪トノ俱發ヲ以テ論シ、遂ケタル者ハ本條ニ依テ處斷スヘキモノト信ス

二、若シ被害者又ハ官吏ノ追捕ヲ免レンカ爲メ之ヲ殺傷シタル場合ハ本條ニ屬スヘキヤ否ヤ、極メテ難問ナリト雖モ廣ク犯罪ト云フコトニ付着シテ發生シタル結果ニシテ特ニ強盜ト云フコトヨリ直接ニ因縁シタルモノニ非サルカ故ニ單ニ第二百九十六條又ハ第三百三條等ニ屬スヘキモノト思料ス

三、強盜ト云フ稱呼ヲ受ク可キ者カ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタル場合ヲ規定シタルモノナルカ故ニ強盜ノ行爲カ未遂ナルヤ將タ既遂ナルヤハ之ヲ問フコトヲ要セサルト同時ニ死傷ニ付テモ亦未遂既遂ノ問題ヲ生セス唯此結果アリシヤ否ヤヲ調査シ結果アリタルトキニ於テ始メテ本條ヲ適用スヘキノミ本條ノ適用ニ付キ一ノ問題アリ、即チ二人以上共ニ強盜ヲ犯シ或者ハ人ヲ傷シ他ノ者ハ人ヲ傷セザル場合ニ於テ人ヲ傷セサル共犯モ亦本條ニ從テ處斷セラルヘキヤ否ヤ是ナリ、人或ハ傷人又ハ致死ノ結果ハ強盜當然ノ結果ナルカ故ニ共ニ犯シタル他人ニ於テ已ニ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタル場合ニ於テ

ハ共同シテ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタル者トシテ責任ヲ負ハサル可カラスト主張スト雖モ余ハ毆打創傷罪ニ於ケル結果ト同シク共同スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ責任ナシト確信ス——第三百五條及ヒ第三百六條ノ規定ニ依レハ我刑法ハ結果犯ニ共犯アルコトヲ認メス是レ吾輩カ右ノ論結ヲ爲ス所以ナリ

第三 強盜婦女ヲ強姦シタルトキ

第三百八十一條之ヲ規定セリ強盜ノ意義ハ前條ト同シク強姦ノ何者タルハ已ニ説明シタル所ニ係ルカ故ニ何レモ再言セス、唯前條ノ場合ト異ナリ結果ヲ以テ罪ヲ論セス強姦ノ行爲ヲ以テ罪ヲ論スルカ故ニ強姦セントシテ遂ケサルトキハ本條ノ未遂ヲ以テ論スヘキモノタルヲ注意スヘキノミ

本條ニ關シテ從來一ノ問題アリ若シ強盜婦女ヲ強姦シ因テ死傷ニ致シタル場合ハ何條ニ依テ處斷スヘキヤ是ナリ、余ハ第三百八十一條ト第三百八十一條トノ關係ハ猶ホ第三百六十七條ト第三百六十八條トノ關係若クハ第三百六十七條及ヒ第三百六十八條ト第三百七十條トノ關係ノ如ク第三百八十一條ハ第三百

八十條ヲ補ヒタル規定ナルカ故ニ本問ハ當然第三百八十條ノミニ依テ處斷ス可キモノト確信ス

加重強盜ノ處分 二人以上共ニ又ハ兇器ヲ携帯シテ強盜又ハ準強盜ヲ犯シタルトキハ一個毎ニ一等ヲ加ヘ重懲役又ハ有期徒刑ニ處シ其強盜ニ關連シテ人ヲ傷シタルトキハ無期徒刑ニ死ニ致シタルトキハ死刑ニ處シ婦女ヲ強姦シタルトキハ無期徒刑ニ處ス(別ニ第三十七條又ハ第三百八十四條ノ適用セラル、場合アリ)説明スヘキモノナシ

第三項 恐喝取財ノ罪

我刑法ハ本項ノ犯罪ヲ豫見シタルヤ否ヤ此問題ハ劈頭第一ニ研究スルコトヲ要ス一般ノ學者ハ殆ト疑ナキモノトシテ不問ニ付スルノ傾アリト雖モ我刑法ノ規定上決シテ輕々ニ看過スヘカラス抑我刑法ニ於テ恐喝ナル文字ヲ用非タル法條ハ唯第三百九十條アルノミ從テ之カ決定ハ該條審査ノ結果如何ニ因ル、同條ノ規定ニ依レハ或ハ之アリト謂フコトヲ得ヘク或ハ又之ナシト云フコトヲ得ヘシ蓋シ第三百九十條所謂騙取ナル文字ニ重キヲ置クトキハ恐喝ハ草案

ニ無根ノ事實ヲ恐怖セシメトアルヲ意譯シタルモノ即チ欺罔ノ手段ヲ揭ケタルモノト觀察セサルヲ得サルノ結果我刑法ニ於テハ歐洲諸國ノ刑法及ヒ我母法ハ一タル支那法ニ所謂恐喝取財罪ナルモノナシト謂ハサルヘカラス之ニ反シ第三百九十條前段欺罔ナル文字ニ重キヲ置クトキハ恐喝トハ騙取ノ手段ニシテ欺罔ノ手段ニ非ス騙取ノ總テノ手段ヲ網羅セルモノト觀察セサルヲ得サルノ結果恐喝ハ欺罔以外ノ手段ニ因ル特別ナル財産奪取ノ行爲ト解シ我法律ニ於テモ亦恐喝取財罪アリト謂ハサルヲ得ス—之ヲ要スルニ我法律ハ紛亂錯綜明瞭ヲ缺クカ故ニ恐喝取財アリヤ否ヤノ問題ハ終始不決ノ問題タルヘシ—草案ノ規定殊ニ外國文ニ翻譯セラレタル第三百九十條(確定法文ノ翻譯文)ヲ案スルニ第三百九十條ハ純然タル詐欺取財罪ヲ規定シタルカ如シ(恐喝云々ハ無根ノ事實ヲ恐怖セシメニ相當シ純然タル欺罔ノ一手段タリ)然ラハ第三百九十條ノ明文ハ人ヲ欺罔シ財物若クハ證書類ヲ騙取シタル者ハト記載スルヲ以テ十分ナリトス然ルニ既ニ欺罔ト云ヒナカラ更ニ恐喝ナル文字ヲ附加シ之ヲ結フニ騙取テフ文字ヲ以テシタルハ恐ラク當時草案ヲ修正シテ確定法文ト爲シ

タル編纂委員ノ重ナル者ハ外國文記載ノ文字ヲ十分ニ了解セサルト同時ニ所謂恐喝取財ハ聊カ詐欺取財ニ類スルカ如キ觀アルヨリシテ草案所謂無根ノ事實ヲ恐怖セシメタルハ則チ支那律ニ所謂恐喝取財ヲ規定シタルモノナリト速斷シ一方ニ於テ恐喝ノ文字ヲ以テ無根ノ事實ヲ恐怖セシメナル文字ニ對當セシメ他ノ一方ニ於テ詐欺取財ト喝恐取財ノ行爲トヲ併括シ之ヲ形容スルニ騙取ノ文字ヲ以テシタルモノナルヘシ

右ニ述ヘタルカ如ク我刑法ニ恐喝取財アリヤ否ヤハ終始不決ノ問題ニシテ到底何レニモ斷言スルコトヲ得スト雖モ吾輩ハ一方ニ於テ恐喝ナル文字ハ(假令草案ノ意義ヲ誤解シタルニモセヨ)支那法又ハ新律綱領所謂恐喝取財ヲ規定スルノ精神ヲ以テ記載セラレタルト他ノ一方ニ於テ恐喝取財アリトハ學說及ヒ判例ノ一決スル所ナルトニ因リ茲ニ恐喝取財ナルモノアリト假定シ其性質並ニ強盜及ヒ詐欺取財トノ區別ヲ一言セン

第一 恐喝取財ノ性質 恐喝取財トハ佛律所謂(Chantage)支那律所謂恐喝又ハ恐嚇取財ニシテ人ノ名譽ヲ毀損スヘキ醜事ヲ摘發シ若クハ犯罪ヲ申告セント

恐嚇シ以テ人ノ財物又ハ證書類ヲ奪取スル等要スルニ人ノ身上ニ無形ノ害惡ヲ與フヘキ行爲ヲ爲スヘシト威嚇シ之ヲ爲スノ自由ヲ拋棄スルノ對價トシテ不正ニ財物又ハ證書類ヲ獲得スルモノヲ云フ

第二 恐喝取財ト強盜トノ區別 畏怖ノ念ヲ起サシメ依テ財物ヲ奪取スルコト換言スレハ畏怖ノ念ヲ起サシムルコトヲ以テ財物奪取ノ手段トスルノ點ハ二者全ク相類似スト雖モ(一)威嚇又ハ脅迫ノ材料ニ付テハ醜事ヲ摘發シ又ハ犯罪ヲ申告セント云フカ如キ無形ノ害惡ヲ材料トシ他ハ生命身體又ハ財產ニ現實ノ危害ヲ與ヘント云フカ如キ有形ノ害惡ヲ材料トスルノ差アリテ自ラ緩急ノ別アリ其結果トシテ(二)財物ノ強要又ハ奪取ノ性質ニ付テ恰モ債權ハ人ノ行爲ニ對シ物權ハ物ニ對スト云フカ如ク一ハ被害者ノ行爲(財物ヲ提出スルト云フ)ニ對シ他ハ直接ニ被害者ノ物ニ對スルカ故ニ一ハ被害者カ已ムヲ得スシテ提出スルニ依テ之ヲ獲得シ他ハ犯人カ強テ被害者ノ手ヨリ剝キ取ルノ差アリ

第三 恐喝取財ト詐欺取財トノ區別 此二者ハ大ニ相類似スルカ如キモ單ニ

取財ノ行為カ受働的ナルノ點ニ於テ些カ相類似スルノミ犯罪全体ノ性質ハ寧
 ロ強盜ニ近邁シ詐欺取財トハ其間確然タル區別アリ即チ恐喝取財ニ在リテハ
 猶ホ強盜ニ於ケルカ如ク被害者カ物品ヲ奪取セラル、ハ加害者ノ行為ニ恐怖
 シタルニ原因シ詐欺取財ニ於テハ被害者カ物品ヲ奪取セラル、ハ加害者ノ詐
 術ヲ眞實ナリト誤信シタルニ原因スルモノナルカ故ニ二者ノ間大ニ手段ヲ異
 ニスルト同時ニ取財ノ點ニ付テモ恐喝取財ニ於テハ止ムコトヲ得、スシテ被害
 者之ヲ提出シ詐欺取財ニ在リテハ被害者自ラ進ミテ之ヲ提出シタルノ差異ア
 リ此二點ハ極メテ判然タル區別ニシテ決シテ混同スルコトヲ得ス
 次ニ恐喝取財罪ヲ構成スルニハ下ノ各要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)不正ニ財
 産上ノ利益ヲ獲得スルノ目的アルコト(二)無形ノ害惡ヲ加ヘント威嚇シタルコ
 ト(三)財物若クハ證書類ヲ奪取シタルコト是ナリ
 第一ノ要素 不正ニ財産上ノ利益ヲ獲得スルノ目的アルコト
 (一)財産上ノ利益ヲ獲得センカ爲ニ威嚇シタルコトヲ要ス故ニ單ニ他人ノ位
 地ヲ傷ケンカ爲メ又ハ復讐ノ爲メ威嚇シタルニ過キサルトキハ假令後ニ至

テ財物又ハ證書類ノ交付ヲ受クルモ決シテ本罪ヲ構成スルコトナシ(二)不正
 ナルコト即チ正當ニ得ヘカラサル利益ヲ獲得スルノ目的アルコトヲ要ス故
 ニ債務ノ辨濟ヲ催スカ爲メ又ハ侵害セラレタル權利ノ賠償ヲ得ンカ爲ニシ
 タル等得ヘキ利益ヲ獲得センカ爲ニシタルモノハ本罪ヲ構成スルコトナシ
 人或ハ假令正當ニ獲得シ得ヘキ利益ト雖モ他人ヲ威嚇スルカ如キハソレ自
 身不正ノ行為ナルカ故ニ本罪ヲ構成スト主張スト雖モ是レ盜罪當然ノ性質
 ニシテ歐米諸國殊ニ我母法タル佛國法ニ於テハ殆ト疑ナキ問題ニ屬シ現ニ
 和蘭及ヒ獨國刑法ニ於テハ自己又ハ他人ニ不正若クハ不法ノ利益ヲ得又ハ
 得セシムルカ爲メトアリテ無權利ノ行為タルヘキコトヲ明言スルカ故ニ余
 ハ多少ノ異議アルニ拘ハラス此決定ヲ下サント欲ス蓋シ此場合ニ於ケル權
 利者ノ行為ハ畢竟單ニ司法權蹂躪ノ行為タルニ過キサレハナリ——伊太利
 刑法ニハ明ニ之レヲ司法權蹂躪ノ罪トシ盜罪ト區別セリ亦以テ參考トスヘ
 シ

第二ノ要素 無形ノ害惡ヲ加ヘント威嚇シタルコト

(一)即チ威嚇カ財物又ハ證書類奪取ノ直接ノ原因タルコトヲ要ス故ニ汝劍難ノ相アリ余ニ若干ノ金ヲ贈ラハ神ニ禱リテ其厄ヲ除カント云フカ如キ恐怖ス可キ事實ニ因縁シテ他人ヲ欺キタルモノ即チ詐欺カ財物又ハ證書類奪取ノ直接ノ原因タルモノハ純然タル詐欺取財ニ屬シ本罪ヲ構成セス(二)無形ノ害惡ヲ加フヘキコト即チ單ニ精神上ニノミ恐怖ノ念ヲ起サシム可キ害惡ヲ加フヘキコトヲ以テ威嚇シタルコトヲ要ス故ニ白刃ヲ擬シテ身體ヲ傷害セント云フカ如キ現實有形的ノ害惡ヲ加ヘント威嚇シ又ハ他日爾ヲ殺害セント云フカ如キ未來ニ有形的ノ害惡ヲ加ヘント威嚇シタル者ハ強盜罪ヲ構成スヘキモ本罪ヲ構成セス(三)然レトモ已ニ無形ノ害惡ヲ加ヘント威嚇シ且其威嚇カ被害者ヲシテ恐怖セシメ得ヘキモノタル以上ハ假令被害者ニ於テ偶々其威嚇ニ應セサルモ尙ホ本罪ノ着手トシテ罪ヲ構成ス

第三ノ要素 財物若クハ證書類ヲ奪取シタルコト

(一)證書類第四百二十四條ニ人ノ權利義務ニ關スル證書類ヲ毀棄滅盡シタル者云々トアリテ已存ノ證書ハ有形ノ物件トシテ一ノ財物タルカ故ニ茲ニ證

書類トハ未存ノモノヲ指シ證書類ノ奪取トハ權利ヲ拋棄シ又ハ義務ヲ認メタル證書(資産ニ關スルモノト否トヲ問ハス)ヲ作製セシメテ之ヲ獲得スルコトヲ意味ス(二)財物茲ニ所謂財物中ニハ不動産ヲ包含スルヤ否ヤ通俗ノ意味ヲ以テスルトキハ財物トハ極メテ概博ナル文字ナルカ故ニ不動産ヲモ包含スルカ如シト雖モ本罪モ亦盜罪ノ一種ニシテ所謂奪取ハ前ニモ説明シタル如ク有形上現實ニ物ハ所在ヲ移轉シテ之ヲ犯人ハ占有ニ入ルハコトヲ意味シ不動産ハ此行爲ノ目的ト爲リ得ヘカラサルカ故ニ單ニ動産所謂動産及ヒ已存ノ證書類ノミヲ指シ不動産ハ之ヲ包含セサルモノトス(此點ニ關シイ)諸外國殊ニ我母法タル佛國刑法ニ於テハ明ニ不動産ハ廣キ意味ニ於ケル強取及ヒ詐取ノ目的ト爲ルコトヲ得ストセリ(ロ)余ハ嘗テ理論上ヨリ云フトキハ暴行又ハ詐欺ヲ用ヒテ財物ヲ取ルノ行爲即チ強取又ハ詐欺ハ竊取ノ行爲ト異リ錯誤ニ陥ラシメ若クハ強制ニ依リテ被害者ノ承諾ヲ詐取又ハ強取シテ或利益ヲ得ルノ行爲ニシテ凡ソ諸般ノ利益ハ之ヲ有スル者ノ行爲ニ依リ脱離スルコトヲ得ルカ故ニ有形ノモノト無形ノモノトヲ問ハス又動産ト不動

産トヲ問ハス總テ強取若クハ詐取ノ目的ト爲リ得ヘシト説明シタルモ法律ノ所謂強取又ハ詐取ノ意味ニ該當セサル説明ナルカ故ニ錯誤トス(ハ)又曰ク當時余ハ不動産ヲモ本罪ノ目的トナリ得ヘキカ如ク記載シタル佛文草案ヲ引用ヒテ反對論ヲ主張セシカ今ニシテ之ヲ思ヘハ草案文ニ此記載アルハ或ハ植字ノ誤ニアラサルナキヤヲ疑フ然ラハ事實上暴行脅迫又ハ詐欺ヲ用ヒテ不動産ヲ獲得シタル場合ニ於テハ常ニ無罪タルカ?曰ク然リ蓋シ不動産ノ移轉ハ證書ニ依リテ證明セラル、モノナルカ故ニ必ス或文書ノ偽造罪ヲ構成シ或ハ證書類ノ強取又ハ詐取罪之ハ明文ニナシヲ構成スルモノナルカ故ニ之ヲ罰セサルモ敢テ不都合アルコトナシ

處分ニ付テハ第三百九十條第一項末文第二項文書トアリテ印ヲ包含セサルカ故ニ文書ノ外更ニ印ヲ偽造盜用シタルトキハ先ツ第三百九十條第一項ト第二項トニ依リ恐喝取財ト文書偽造ト何レカ重キヤヲ定メ次ニ第百條ニ依リ其重キモノト官私印ノ偽造盜用罪トヲ比較シ一ノ重キニ從テ處斷ス(第三百九十四條及ヒ第三百九十七條ノ規定スル所ニシテ格別説明スヘキ點ナキカ故ニ之ヲ

省ク(以下倣之)

第四項 詐欺取財ノ罪

茲ニ詐欺取財トシテ説明セントスルモノハ第三百九十條乃至第三百九十二條ノ規定ニシテ第三百九十條ハ所謂詐欺取財第三百九十一條第三百九十二條ハ之ニ準シタル場合ノ規定ナルカ故ニ之ヲ二段ニ分テ説明スヘシ

第一段 所謂詐欺取財(即チ第三百九十條ノ場合)

第三百九十條所謂人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ證書類ヲ騙取シタル者トハ佛文第一草案第四百三十四條想像ノ危険アルノ恐若クハ架空ノ利益アルノ希望ヲ懷カシメ又ハ其他ノ總テノ偽計ヲ用非テ不正ニ金額ヲ渡サシメタル者ヲ直寫シタルモノニシテ所謂欺罔又ハ恐喝トハ想像ノ危険架空ノ利益其他ノ凡テノ偽計ト云フコトヲ意味スルモノナルヤ、將タ文字ノ示スカ如ク欺罔トハ手段ノ如何ヲ問ハス凡テ人ヲ詐欺スルコトヲ抽象的ニ言ヒ表ハシタルモノニシテ欺罔シテ騙取スルトハ詐欺取財ヲ恐喝トハ佛律[Chantage]支那律恐喝若

クハ恐嚇取財ノ手段タル[menace]即チ脅迫若クハ恐喝ヲ言ヒ表ハシタルモノニシテ恐喝シテ騙取スルトハ「chantage」又ハ恐喝若クハ恐嚇取財ヲ言フモノナルヤハ終始不決ノ問題ニ係ルカ故ニ此點ハ論争ヲ須非ス唯前者ノ意味ニ解釋スレハ欺罔恐喝ハ共ニ詐欺取財ノ手段ナルカ故ニ法律ハ佛律第四百五十條及ヒ草案第四百三十四條ニ於ケルカ如ク一定ノ偽計詐術即チ演技ヲ用非テ人ヲ欺罔スルニ非スンハ詐欺取財ヲ構成セス(此主義ノ解釋ヲ採ルトキハ詐欺ヲ民事上ノモノト刑事上ノモノトニ區別シ假令契約ノ主眼ニ錯誤ヲ生セシメ依テ財物ヲ詐取スルモ單ニ言語又ハ文書ヲ以テ虛偽ノ陳述[affirmation]ヲ爲シタルカ如キ單純ナル詐欺隨テ通常被害者ノ防禦シ得ヘキ詐欺ニ因ルモノハ民事上ノ詐欺トシ夫ノ種々巧妙ナル手段ヲ用非テ人ノ耳目ヲ誤マラシメタルカ如キ複雑ナル詐欺隨テ通常被害者ノ防禦シ得ヘカラサル詐欺ニ因ルモノニ限り刑事上ノ詐欺トス)トスルト同時ニ我法律ニハ所謂恐喝取財ナルモノナシトシ後者ノ意味ニ解釋スレハ欺罔ハ詐欺取財ノ手段ヲ恐喝ハ恐嚇取財ノ手段ヲ掲ケタルモノニシテ詐欺取財ニ付テハ法律ハ佛律及ヒ草案ニ於ケルカ如ク必シモ一定

ノ偽計詐術ヲ用非タルコトヲ要セサルカ故ニ假令單純ナル虛偽ノ陳述ニ因ルモノト雖モ之ニ依テ人ヲ恐喝シタルトキハ常ニ詐欺取財ヲ構成ストスルト同時ニ我法律ニモ所謂恐喝取財ナルモノアリト論結スルヲ要スルノミ(此點ニ關シ或學者カ一方ニ於テ沿革ニ反キ恐喝ヲ區別シタル文面ニ衝突シ民事上ノ詐欺取財ト混亂シ刑法ノ總則ニ違フト云フカ如キ無意味ノ理由ヲ列擧シテ詐欺取財ハ一定ノ偽計詐術ヲ用ユルニ非スンハ構成セストシ他ノ一方ニ於テ恐喝シテ騙取シタル者トハ草案所謂想像ノ危險アルノ恐ヲ抱カシメ云々ニ相當ストシ故ラニ恐喝取財ノ名稱ヲ付シテ詐欺取財ノ一種ナリト説明シタルカ如キハ我輩ノ感服セサル所トス蓋シ此ノ如ク説明セハ詐欺取財ノ手段トシテハ單ニ欺罔ノ文字アルノミニシテ偽計詐術ヲ要ストノ論定ハ草案又ハ佛律等ニ因リテ得タル架空ノ想像ニ依ルノ外有力ナル根據ヲ發見セサルノミナラス草案所謂想像ノ危險アルノ恐ヲ抱カシメ云々ノ文字ハ佛律第四百五條「災害又ハ凡テ其他ノ想像ノ出來事ノ恐ヲ懷カシメ」ニ對當シ詐欺取財自体ノ手段ヲ掲ケタルモノニシテ所謂恐喝取財トハ全く別途ノモノナレハナリ)

而シテ我輩ハ後段ノ解釋ヲ採リ別ニ恐喝取財罪ナルモノアリトシタルカ故ニ本條中詐欺取財罪ノ規定トシテハ人ヲ欺罔シ財物若クハ證書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト爲シ云々……」明文アルノミトス

故ニ本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成ス曰ク(一)不正ニ財物又ハ證書類ヲ奪取スルノ手段トシテ人ヲ欺罔シタルコト(二)財物又ハ證書類ヲ奪取シタルコト是ナリ而シテ不正ナルコト及ヒ財物又ハ證書類ノ奪取ニ付テハ前ニ説明シタルカ故ニ茲ニハ單ニ欺罔ヲ奪取ノ手段トシタルコトヲ要スル點ノミヲ説明スヘシ

第一 欺罔シタルコト 欺罔トハ有ヲ無無ヲ有ト偽リ以テ人ノ確信ヲ誤ラシムルコトヲ云ヒ積極即チ錯誤ヲ誘引スルノ方法ニ因ルモノト消極即チ錯誤ヲ利用スルノ方法ニ因ルモノトノ二アリ例ヘハ余ハ乙ナリト詐リ甲カ乙ニ支拂フヘキ金額ヲ奪取シタルモノハ前者ニ屬シ乙ナリト誤信シテ甲カ自己ニ金額ヲ支拂フコトヲ知リ毫モ其錯誤ヲ矯正セス却テ之ヲ利用シ恰モ乙ナルカ如クニ裝ヒテ奪取シタルモノ及ヒ無錢飲食等ハ後者ニ屬ス人或ハ消極ノ詐欺ナルモノナシト主張スルモ探ルニ足ラス蓋シ財物ヲ奪取スルカ爲メ

故ラニ默スルハ同一ノ目的ノ爲メ故ラニ語ルト方法ヲ異ニスルノミニシテ行爲ノ性質ハ毫モ擇フ所ナケレハナリ但シ商事上ノ懸引ノ如ク始ヨリ詐欺カ一般ノ慣習ト爲リ對手者モ亦之ヲ豫知セサル可カラサル場合ニ於テ對手者カ錯誤ニ陥リタルハ對手者自ラ鑑定ヲ誤リタルモノナルカ故ニ詐欺ト爲ラサルコトヲ注意スヘシ

人ヲ欺クニ足ルヘキ詐欺ノ行爲アリタルヤ否ヤハ普通ノ智能ヲ標準トシテ判斷スヘキヤ將タ被詐欺者ノ智能ヲ標準トシテ判斷スヘキヤハ極メテ幼稚ナル問題ニシテ被詐欺者ノ智能ヲ標準トスヘキヤ論ヲ俟タス蓋シ詐欺ハ詐欺者對被詐欺者間ノ行爲ナルカ故ニ犯人カ人ヲ欺クノ意思ヲ以テ其行爲ヲ行ヒ對手者カ之ニ欺カル、ノ事情アルニ於テハ假令他ノ者ハ決シテ欺カルヘキ行爲ニ非サルモ犯人對被詐欺者間ニ於テハ詐欺ノ行爲アリタリト云フヲ得ヘケレハナリ

第二 欺罔ヲ奪取ノ手段トシタルコト 換言スレハ欺罔ヲ奪取ノ原因トシタルコトヲ要ス故ニ商家ノ番頭又ハ官吏等カ主人又ハ官廳ノ物件ヲ竊取シタ

ル後帳簿ノ記載ヲ詐リテ他人ヲ欺クカ如キハ犯罪ノ痕跡ヲ蔽ハントスル行爲タルニ止マリ本罪ヲ構成セス

然ラハ如何ナル點ニ向テ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ果シテ詐欺ヲ奪取ノ手段トシタルモノ隨テ本罪ヲ構成スルモノトス可キヤ換言スレハ賣買又ハ貸借ト云フカ如キ物ノ交付ヲ要シタル契約其モノ又ハ金銀寶石ト云フカ如キ目的物ノ性質ノ上ニ行ヒタルコトヲ要スルヤ將タ秀吉ノ佩ヒタル刀又ハヂヤンダルクノ家ト云フカ如キ目的物ノ品格其他ノ條件ノ上ニ行ヒタル場合ニ於テモ尙ホ本罪ヲ構成スヘキヤ人或ハ契約其モノ又ハ契約ノ目的物ノ上ニ行ヒタル場合ニ非スンハ本罪ヲ構成セスト主張スト雖モ余ハ右等ノ區別ニ關セス苟モ物ノ交付ヲ要シタル最モ重ナル理由ノ上ニ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ常ニ本罪ヲ構成スヘキモノニシテ所謂最モ重ナル理由ハ時ト事情トニ因リテ判定スヘキ問題ナリト信ス蓋シ犯人カ財物ヲ奪取シタルハ被害者ノ決意ノ原因ニ錯誤ヲ生セシメタルニ因ルモノニシテ決意ノ原因ハ物ノ交付ヲ要シタル最モ重ナル理由ナルト同時ニ其所謂最モ重ナル理由ハ必シモ

契約其モノ又ハ契約ノ目的物ノ性質ノ上ノミニ止マラス品格其他ノ條件ノ上ニモ亦存スルコトアレハナリ

又假令人ヲ欺罔シテ財物ヲ奪取スルモ被欺罔者ト被奪取者トカ異ナル場合ニ於テハ本罪ヲ構成セスト論スル者アルモ余ハ其何ニ因テ然ルヤヲ了解スルコト能ハス苟モ欺罔ト奪取トカ原因結果ノ關係ヲ有スルトキハ何人ヲ欺罔シテ何人ヨリ奪取スルモ本罪ヲ構成ス

第二段 準詐欺取財

刑法カ犯罪ノ性質上詐欺取財ニ準スヘキモノトシテ規定シタルハ第三百九十一條及第三百九十二條ノ二トス

甲 第三百九十一條 本條ハ知慮淺薄即チ經驗少ク遠キ慮ナキ幼者又ハ精神錯亂者ハ利害得失ヲ判定スルノ能力ナク隨テ格段ノ詐欺ヲ用非ラレサルモ爲ニ財産ヲ奪取セラルヘキカ故ニ特ニ之ヲ保護センカ爲ニ規定セラレタルモノトス

(一) 乘シテ授與セシメタルコトヲ要ス故ニ知慮淺薄又ハ精神錯亂等ノ弱點ヲ利

用シタルノ事情アルコトヲ要ス(二)幼者トノミアリテ其年齢ヲ示サスト雖モ財物若クハ證書類ノ授與即チ民法上ノ行爲ニ關スルカ故ニ民法上ノ未成年者ヲ指ス(三)幼者ニ付テハ知慮淺薄ナルヤ否ヤヲ調査セサル可カラスト雖モ精神錯亂者ニ付テハ幼者ト成年者トヲ問ハス

乙 第三百九十二條 本條ハ佛國刑法第四百二十三條ニ倣ヒタル佛文第一章案第四百三十六條ヲ譯出シタルモノニシテ右佛律及ヒ草案ノ規定ハ慕氏カ其註釋ニ於テ説明スルカ如ク所謂詐欺取財ハ偽計詐術ヲ用非タルコトヲ要スト雖モ商事ニ付テハ信用ヲ重シスルカ故ニ假令此條件ヲ具備セサルモ商品ヲ詐リタル者ハ特ニ詐欺取財トシテ論セサル可カラストノ理由ニ因リ詐欺取財ノ規定ヲ補充セシモノナルカ故ニ若シ第三百九十條所謂詐欺取財ヲ以テ偽計詐術ヲ要スルモノトセハ本條ハ佛律及ヒ草案ニ於ケルカ如ク偽計詐術ヲ用非サル單純ナル商品上ノ詐欺取財ヲ罰シタルモノト説明セサル可カラサルモ余ハ前ニ第三百九十條ハ廣ク詐欺ノ行爲ヲ罰シタルモノニシテ右佛律及ヒ草案ノ如キ場合ハ當然之ヲ包含スト解シタルカ故ニ別途ノ解釋ヲ採リ本條ハ商事上

ノ取引ト民事上ノ取引トヲ區別セス廣ク物件ヲ販賣又ハ交換スルニ當リ當初ノ契約ニ違背シテ詐欺ノ物件ヲ引渡シタル者換言セハ始ハ正實ニ契約通りノ目的物ヲ引渡スノ意思ヲ以テ契約シタルモ後物件ヲ引渡スニ當リ惡意ヲ生シ詐欺ノ物件ヲ引渡シタル者ヲ罰センカ爲ニ規定セラレタルモノニシテ畢竟亦前條ノ如ク純然タル詐欺取財ニアラサル一種ノ不法行爲詐欺ノ要素ヲ包含スルヲ詐欺取財ニ準シタルモノトス(詐欺取財ニ於テハ詐欺カ物ヲ奪取スルノ手段トシテ用非ラレ本罪ニ於テハ義務ヲ免ル、ノ手段トシテ用非ラル、ノ差アリ)

(一)物質トハ金銀寶玉酒油ト云フカ如キ物ノ實質ノミヲ指シ精粗善惡ト云フカ如キ物ノ品格ヲ意味セス隨テ單ニ物ノ善惡精粗等ヲ詐リタルニ止マルモノハ民事上ノ責任ヲ生スルニ止マリ本罪ヲ構成セサルモノハ如キモ茲ニ物質トハ契約ノ主眼點ト云フコトヲ形容シタルモノナルカ故ニ假令品格ト雖モ契約ノ主眼點ヲ詐リタルモノハ常ニ本罪ヲ構成ス(二)分量ヲ僞ランカ爲メ不正ノ度量衡ヲ使用シタルトキハ第二百二十九條第二項ト第三百九十條ニ依テ處斷シ本

條ニ依ルノ限ニ在ラス

第二款 横領罪

余ハ本罪ノ名稱ノ下ニ於テ第三百九十三條乃至第三百九十六條ニ規定スル罪即チ冒認罪、委託物費消罪及ヒ第三百八十五條乃至第三百八十九條ノ罪即チ遺失物理藏物ニ關スル罪家資分散ニ關スル罪ヲ説明セント欲ス

第一項 冒認罪

是レ第三百九十三條ニ規定セルモノニシテ本條モ亦第三百九十條ノ解釋如何ニ因リ説明ヲ異ニセサル可カラス

第一 若シ第三百九十條所謂詐欺取財ハ偽計詐術ヲ要スルモノナリト解釋スルトキハ本條ハ草案理由書ノ説明スル如ク羅馬及ヒ佛國古刑法ノ「ステリオ」(Stellio) 又ハ佛國民法第二千五十九條ノ「ステリオナ」(Stellionat) ヨリ來タルモノニシテ要スルニ他人ノ所有物ナルカ故ニ對手者ヲシテ其上ニ所有權、抵當權若クハ質權ヲ有セシムルコトヲ得サルニ拘ハラス自己ノ所有物ナリトシテ之ヲ對手者ニ販賣交換、抵當典物トシ又ハ自己ノ不動産ト雖モ已ニ他人ニ

抵當典物ト爲シタルモノナルカ故ニ若シ對手者ニ於テ之ヲ知得セハ更ニ之ヲ買取り若クハ重ネテ抵當典物トスルコトヲ肯セサルニ拘ハラス故ラニ之ヲ欺隱シテ對手者ニ賣與シ若クハ重ネテ抵當典物トシ以テ對手者ヨリ不正ニ財物ヲ詐取シタル者即チ一種ノ詐欺取財ヲ規定シタルモノナリト云フコトヲ得、但此解釋ヲ採ルトキハ一方ニ於テ本條ハ佛國民法所謂「ステリオナ」ノ規定ト異ナリ、動産ノ上ニモ行ハレ動産ニ付テハ即時々效ノ規定アルト同時ニ不動産ニ付テハ現今登記ノ規定アルト他ノ一方ニ於テ第三百九十五條所謂費消ハ法律上ノ處分行爲用語少シク穩當ナラサレトモ販賣交換贈與等ノ處分行爲ヲ云フヲモ包含スルモノト解セサル可カラサルノ結果(一)動産ニ付テハ若シ被告カ契約ト同時ニ其物件ヲ對手者ニ交付シ之ヲシテ即時々效ヲ對抗セシメ得ヘキ位地ニ置キタルトキ若クハ契約ノ當時現在被告カ其物件ヲ握有シ何時ニテモ之ヲ對手者ニ交付シ得ヘキ自由ヲ有シ居リシトキニ於テハ假令被告ノ行爲自体ハ正當ナラサルニモセヨ對手者ハ之カ爲メ遂ニ財物ヲ詐取セラル、コトナク若クハ已ニ財物ヲ詐取セラレタリト見ルヘキ位

地ニ在ラサルカ故ニ少クトモ契約ノ當時被告ノ握有シ居リタル動産ハ本罪ノ目的ト成ラス裏面ヨリ換言セハ契約ノ當時被告ノ處分權力内若クハ實力内ニ在ラサル物件隨テ被告ニ於テ對手者ヲシテ其上ニ或權利ヲ有セシムルノ實力ヲ有セサル物件ニ非スンハ本罪ノ目的ト爲ルコトヲ得スト云ハサルヘカラス蓋シ契約ノ當時被告カ動産ヲ握有シ居リタル場合ハ勿論假令之ヲ對手者ニ交付スルモ尙ホ詐欺取財ヲ構成ストセハ此點ニ付テハ委託物費消罪ノ行爲ト毫モ擇フ所ナキヲ結果彼此ノ區別ニ付キ云フ可カラサル困難ヲ生シ或學者ノ如ク辛フシテ彼ハ委託物ノ上ニ行ハル、ト此ハ委託物ニ非サル物ノ上ニ行ハル、トノ差アリト云フカ如キ形式上ノ區別ヲ爲スモ實質上委託物ヲ費消スル行爲ハ一面委託者即チ所有者ニ對シテ背信ノ行爲アルト同時ニ他ノ一面之ヲ買取り又ハ交換シタル者ニ對シテ詐欺取財ノ行爲アリテ端論ト謂テ海軍ノ行爲ナルニ反シ本罪ハ單ニ帶濫知濫ナルニモ拘ハラズ本罪却テ委託物費消罪ヨリモ重刑ニ處セラル、ノ奇觀ヲ呈スヘケレハナリ

(二) 次ニ不動産ニ付テモ亦被告カ契約ト同時ニ對手者ノ權利ヲ登記シ之ヲシ

テ第三者ニ對抗セシメ得ヘキ位地ニ置キタルトキ若クハ契約ノ當時現在被告カ登記上ノ名義主トシテ何時ニテモ對手者ノ權利ヲ契約通リニ登記スルノ自由ヲ有シ居リタルトキニ於テハ假令被告ノ行爲自体ハ正當ナラサルニモセヨ對手者ハ之カ爲ノ遂ニ財物ヲ詐取セラル、コトナク若クハ已ニ財物ヲ詐取セラレタリト見ルヘキ位地ニ在ラサルカ故ニ少クトモ契約ノ當時被告カ登記名義主トシテ對手者ノ權利ヲ契約通リニ登記スルノ自由ヲ有シ居タル不動産ハ本罪ノ目的トナラス裏面ヨリ換言セハ契約ノ當時被告カ登記名義主トシテ對手者ノ權利ヲ契約通リニ登記スルノ自由ヲ有セサル物件隨テ被告カ對手者ヲシテ其上ニ契約通リノ權利ヲ有セシムルノ實力ヲ有セサル物件ニ非スンハ本罪ノ目的ト爲ルコトヲ得スト云ハサルヘカラス

第二 若シ之ニ反シ第三百九十條所謂詐欺取財ハ廣ク人ヲ欺罔シテ財物ヲ詐取シタル行爲ヲ罰スル規定ニシテ必シモ偽計詐術ヲ用ユルコトヲ要セスト解スルトキハ凡テソ詐欺ニ因ル財物奪取ノ行爲ハ皆該條ノ中ニ包含セラレ該條ノ外別ニ一種ノ詐欺ニ因ル財物奪取ノ行爲ヲ規定シタル法條アルコト

ヲ認ムルヲ得サルカ故ニ本條ハ我刑法ノ母法ノ一タリシ支那律及ヒ我新律
 綱領所謂冒認罪ヨリ來リタルモノニシテ要スルニ他人ノ動産不動産ヲ冒認
 攘奪シテ自己ノ物トシ以テ之ヲ販賣交換又ハ抵當典物トシテ不正ニ財產上
 ノ利益ヲ獲得シタル者又ハ自己ノ不動産ト雖モ已ニ抵當典物ト爲シタルノ
 事實ヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重ネテ抵當典物ト爲シ以テ第一抵當權者
 又ハ質權者ニ與ヘタル擔保ヲ竊ニ剝奪シテ更ニ不正ノ利益ヲ獲得シタル者
 即チ一種ノ橫領罪若クハ無形盜盜ハ有形上現實ニ他人ノ物ヲ自己ノ占有内
 ニ移シ入ル、ニ因テ利益ヲ得ルノ行爲是ハ無形上物ノ上ニ存スル他人ノ權
 利ヲ攘奪スルニ因リテ利益ヲ得ルノ行爲ナリヲ規定シタルモノト云フコト
 ヲ得、此解釋ヲ採ルトキハ所有者又ハ第一抵當權者若クハ質權者カ物ノ上
 ニ有スル權利ヲ攘奪セラルヘキ狀態ニ在ラスンハ犯罪ヲ構成セサルカ故ニ
 犯罪ノ當時現ニ所有者又ハ質權者ノ握有内ニ在ル動産又ハ所有者抵當權者
 若クハ質權者カ已ニ其權利ヲ登記シタル不動産等要スルニ犯人カ其權利ヲ
 攘奪セント欲スルモ得ヘカラサル物件ハ本罪ノ目的トナラス裏面ヨリ攘言

セハ犯罪ノ當時所有者若クハ質權者ノ處分權力内(若クハ實力内)ニ在ラサル
 動産又ハ所有者抵當權者若クハ質權者ノ權利カ未タ登記セラレサル不動産
 ニ非スンハ本罪ノ目的タルコトヲ得ストセサルヘカラス

然リ而シテ余ハ(一)已ニ第三百九十條ハ必ジモ偽計詐術ヲ用ユルヲ要セス廣ク
 詐欺ヲ用非テ財物ヲ奪取シタル者ヲ規定シタルモノト解釋シタルト(二)他人ノ
 動産、不動産云々自己ノ不動産ト雖モ云々ハ第三百六十六條人ノ所有云々第三
 百七十一條自己ノ所有物ト雖モ云々ト全ク文体ヲ同フシ所有者抵當權者又ハ
 質權者ニ對スル行爲タルヲ示スカ如キト(三)支那律所謂冒認ノ文字アルト同時
 ニ動産ニ關スル規定ハ「ステリオナ」ニ之ヲ見スシテ支那律ニ於テノミ其摸形ヲ
 見ルモノナルト(四)質ハ要物契約ニシテ動産ヲ典物トシテ占有スル者ハ即時々
 效ヲ主張スルコトヲ得ルカ故ニ如何ナル場合ニ於テモ犯人ノ爲ニ財物ヲ詐取
 セラル、コトナキノ結果本罪ヲ詐欺取財トスルトキハ動産ヲ典物トスル規定
 ハ全ク背理ノモノトシテ適用シ得サルコト、ナルト(五)第三百九十五條後段若
 シ騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アル者云々ノ規定ハニ後モ示スカ如ク佛律ニハ全

ク其影跡ヲ發見セサルモノナルニ反シテ支那律費用受寄財産ノ後半所謂詐言死失者准竊盜論減一等ト全ク同一ノ規定ニシテ騙取拐帶等ノ方法ニ因リテ委託物ヲ奪取スルノ行爲カ詐欺取財トシテ重ク處罰セラレ、以上ハ販賣交換等ノ方法ニ因リテ他人ノ物ヲ奪取スルノ行爲モ亦同一ニ處罰セラレサル可カラサルヲ當然ノ推理トスルトニ因リ余ハ後者ノ解釋ニ從ヒ本條ハ第三百九十條ヲ補充シタル一種ノ詐欺取財ヲ規定シタルニ非スシテ橫領罪ノ一種タル冒認罪即チ無形盜ヲ規定シタルモノナリト決定セント欲ス

以上余ハ本條規定ノ性質ヲ說明シテ冒認罪即チ一種ヲ橫領罪ヲ規定シタルモノト決定シタルカ故ニ第一項ノ場合ハ(一)他人ノ動産不動産タルコト(二)之ヲ橫領シテ販賣交換シ又ハ抵當典物トシタルコト(三)他人ノ動産不動産ヲ橫領スルノ意思アルコトノ三要素ヲ以テ成立シ第二項ノ場合ハ(一)已ニ抵當典物ト爲シタル自己ノ不動産タルコト(二)抵當典物ト爲シタル事實ヲ隱蔽シテ他人ニ賣與シ又ハ重ネテ抵當典物ト爲シタルコト(三)第一抵當權者又ハ質權者ニ與ヘタル擔保ヲ私ニ剝奪スルノ意思アルコトノ三要素ヲ以テ成立ス而シテ已ニ說明シ

タル所ニ因リ格別說明ヲ要セサルカ故ニ一二ノ注意ヲ爲スニ止メシ

一 法律ハ支那律ト異リ單ニ冒認シタルノミヲ以テハ之ヲ罪トセス販賣交換又ハ抵當典物トシタルコトヲ要ス故ニ(一)單ニ自己ノ物ナリト冒認シタルニ過キサハモノ及ヒ冒認シテ自ラ消費シ又ハ他人ニ贈與シタル者ハ罪ヲ構成セサルト同時ニ(二)販賣交換又ハ抵當典物ノ目的タルコトヲ得サル金錢ハ本罪ノ目的タルコトヲ得ス——畢竟草案ノ法文ヲ其儘支那的ニ修正シタルヨリ生シタル欠點ナラン?

二 販賣交換又ハ抵當典物トシテ他人ノ所有權又ハ債權ノ擔保ヲ橫領若クハ剝奪スル行爲ナルカ故ニ事實犯人カ之ヲ橫領シ又ハ剝奪シ得ヘキ實力ヲ有スル物ニ對スルニ非スンハ罪ヲ構成セス

三 第二項ノ場合ニ付テハ自己ノ不動産ト雖モトアリテ不動産ニ限ル故ニ動産ハ犯罪ノ目的トナラス蓋シ抵當ハ不動産ニ限リ又質契約ハ要物契約ニシテ已ニ典物トシタル動産ハ犯人ノ實力内ニ在ラサルカ故ニ重ネテ典物トスルヲ得サルニ因ラン

第二項 委託物費消罪

茲ニ委託物費消罪トシテ説明セントスルハ第三百九十五條及ヒ第三百九十六條ノ規定ニ係ル而シテ前條ハ所謂委託物費消罪ヲ後條ハ之ニ準シタル罪ヲ規定シタルモノナルカ故ニ之ヲ二段ニ分テ説明スヘシ

第一段 所謂委託物費消罪(即チ第三百九十

五條ノ場合)

人或ハ第三百九十三條第一項ノ規定ヲ以テ他人ノ物件ヲ販賣交換スルニ依テ或ハ對手者ヲ害シ或ハ所有者ヲ害スル犯罪ナリト解スルト同時ニ本條即チ第三百九十五條ノ規定ヲ以テ佛國刑法第四百八條ヲ摸倣シタル慕氏佛文第一章案第四百三十八條ニ淵源スルモノニシテ所謂費消ハ單ニ事實上ノ費消即チ消磨行爲ノミナラス法律上ノ處分即チ交換販賣スル等ノ行爲ヲモ包含スト解シ彼ハ非委託物ノ上ニ行ハル、ト是ハ委託物ノ上ニ行ハル、トノ差アルノミト云フ者アリト雖モ此解釋ニ依ルトキハ(一)非委託物ヲ交換販賣シタル者ト委託物ヲ販賣交換シタル者トハ對手者ヲ害スルノ方面ヨリ觀察スレハ全ク同一ニ

シテ所有者ヲ害スルノ方面ヨリ觀察スレハ後者ハ別ニ背信ノ要素ヲ包含スルカ故ニ後者ハ前者ヨリモ其情重ク要スルニ何レノ方面ヨリ觀察スルモ後者前者ヨリモ輕カルヘキ理由ナキニ法律ハ却テ之ヲ輕シトシ(二)非委託物ヲ典物トシタル者ト委託物ヲ典物トシタル者ニ付テモ亦右ト同一ナルカ故ニ後者モ亦前者ト共ニ有罪タラサル可カラサルニ法律ハ全然之ヲ無罪トシ(三)動産ニ付テハ非委託物ナルト委託物ナルトニ因リ其間大ニ刑ヲ異ニスルニ拘ハラス不動産ニ付テハ委託ノ目的トナラストノ簡單ナル理由ノミニ因リ法律ハ直チニ重キ詐欺取財ヲ以テ論スルコト、スル等法律ノ區別ヲシテ極メテ不條理タラシムルノミナラス本條ノ規定ヲ其母法ト認ム可キ前掲佛國刑法佛文第一章案及ヒ支那律並ニ之ヲ繼承シタル新律綱領ニ對比スルニ

一 佛國刑法第四百八條ニハ何人ト雖モ貸借寄託代理質使用貸借ノ名義ヲ以テ若クハ勞銀ノ有無ヲ論セス或勞力ヲ施スカ爲ニ之ヲ返還シ又ハ提示スルノ義務ヲ付シテ若クハ其物ニ付テ或定マリタル使用ヲ爲ス可キ爲メ動産物、金額商品手形若クハ請取書其他總テ義務ヲ認メ又ハ之ヲ免除シタル事項

ヲ記載シタル書類ノ委託ヲ受ケナカラ所有者又ハ所持者ヲ害シテ之ヲ横領若クハ消盡シタル者ハ第四百六條ニ記載シタル刑ニ處ス一若シ官吏公吏少々譯語不穩當ナレトモ僕婢物件保管ノ職ニ當ル者生徒筆生書記職工見習生等前項ノ罪ヲ犯シタルトキハ懲役ニ處ス一但本條ノ規定ハ公ノ保管所ニ於テ金額動產若クハ證書類ヲ竊攘又ハ奪取シタル所爲ヲ罰シタル第二百五十四條第二百五十五條及ヒ第二百五十六條ノ規定ト抵觸スルコトナシ云々

又幕氏佛文第一章第四百三十八條(本條ハ第二ノ四百三十八條トシテ尙ホ一條アリト雖モ本論ニ何等ノ關係ヲモ有セサルヲ以テ省畧ス)ハ佛法ト大同小異ニシテ賃借寄託代理質若クハ使用賃借ノ名義ヲ以テ委託セラレタル金額有價證券其他諸般ノ動產物ヲ横領隱匿若クハ消盡シタル者ハ背信ノ罪人トシ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス一水災火難其他第四百十二條(現行法第三百六十七條ニ相當ス)ニ掲ケタル危難ノ際委託セラレタル場合ニ係ルトキハ一等ヲ加フ云々

トアリテ本條ノ如ク單ニ消費ニ止マラス横領又ハ隱匿等ノ語アルノミナラス本條後段ノ規定ニ至テハ絶テ其影跡ヲ認メサルニ反シテ

二 支那律並ニ新律綱領ニハ

(イ) 唐律諸受寄財物而輒費用者坐贓論減一等詐言死失者以詐欺取財物論減一等

(ロ) 明律凡受寄人財物畜產而輒費用者坐贓論減一等詐言死失者准竊盜論減一等並追物還主其被水火盜賊費失及畜產病死有顯跡者勿論

(ハ) 清律前同文有顯跡勿論ノ下本註ニ曰ク若受寄財產而隱匿不認依詭騙律如以產業轉寄他人戶下而爲所費失自有詭寄盜賣本條云々又其集解ニ曰ク

凡受人寄托之財物畜產而輒費用者猶有償還之心非遂乾沒之也故坐贓論減一等若詐言畜死財失者欺騙而隱匿之有盜之心矣故准竊盜論減一等蓋受寄之物原在其家與取諸外者稍有不同故坐贓准盜皆減一等云々

(ニ) 新律綱領凡他人ヨリ財物畜產ノ寄託ヲ受ケ輒ク費用スル者坐贓ヲ以テ論シ一等ヲ減ス罪徒二年半ニ止ル死失ト詐言スル者ハ竊盜ニ二等ヲ減シ

罪^〇徒^〇三^〇年^〇止^〇ル^〇並^〇ニ^〇物^〇ヲ^〇追^〇シ^〇テ^〇主^〇ニ^〇還^〇ス^〇其^〇水^〇火^〇盜^〇賊^〇ニ^〇費^〇失^〇セ^〇ラ^〇レ^〇及^〇ヒ^〇畜^〇産^〇病^〇死^〇ス^〇ル^〇者^〇ハ^〇論^〇ス^〇ル^〇コ^〇ト^〇勿^〇レ^〇

トアリテ費消ト同意義ナル費用ノ一事ナルト其後段ノ規定ハ本條後段ノ規定ト全ク同一ナルニ依テ之ヲ觀レハ

一 本條規定ハ支那律ニ淵源シタルモノニシテ(一)其所謂費消シタル者トハ支那律所謂輒ク費用シタル者詳言スレハ右清律註釋ノ説明スルカ如ク返還ノ意思アルニ拘ハラズ自己ノ手裡ニ在ルヲ便トシ或ハ「ツイ」之ヲ使用シテ其者ノ原形ヲ亡失セシメ或ハ「ツイ」之ヲ費用(金錢等ニ付テ云フ)シ又ハ飲食シテ其物ヲ消盡スル等凡テ事實上ノ消盡ヲ爲シタル者ノミヲ意味シ其刑重カラサルハ進テ他人ノ物ヲ竊攘シテ己ヲ利セント欲スルカ如キ盜ノ心ナク衷情憫諒スヘキモノアルニ因リ(二)末段若シ騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アル者云々トハ支那律所謂死失ト詐言スル者詳言スレハ己ニ自ラ消費シ又ハ現在自己ノ手中ニ在ルニ拘ハラズ犯贖ヲ蔽フテ賠償ノ責ヲ免レ若クハ更ニ進テ横領セシカ爲メ水火盜賊ニ罹リ若クハ病死シタリト詐言シタル者ヲ意味シ其刑前

者ヨリモ重キハ進テ他人ノ物ヲ攘奪シテ己ヲ利セント欲スル盜ノ心アリテ主觀的行爲ノ性質竊盜又ハ詐欺取財ト異ラサルニ因ルト解スルト同時ニ

二 其法律カ第三百九十三條ニ於テ他人ノ物件ヲ販賣交換若クハ抵當典物トシテ又ハ己ニ抵當典物トシタル自己ノ物件タルニ拘ハラズ之ヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重ネテ抵當典物トシタル者ヲ詐欺取財トシ以テ本條ノ末段ト同一ノ刑ヲ科スルコト、シタルモ亦本條末段ノ行爲ト同シク進テ他人ノ物ヲ攘奪シ又ハ權利ヲ侵害シテ己ヲ利セント欲スル盜ノ心アリテ主觀的行爲ノ性質竊盜又ハ詐欺取財ト異ラサルニ因ルト解シ以テ

三 本條前段ノ行爲ト第三百九十三條第一項ノ行爲トノ差異ハ本條前段ト後段トノ差異ニ於ケルカ如ク目的物ノ委託物ナルト否ラサルトニ在ラスシテ主觀的行爲ノ性質カ盜ナルカ將タ輕微ナル不法行爲ニ過キサカニ存スト解スヘキモノト信ス(此論結ニ依レハ委託物ヲ冒認シテ交換販賣シタル者ハ勿論典物トシタル者モ亦冒認罪ノ犯人ト知ルヘシ)

以上我輩ハ本條ト第三百九十三條トノ關係隨テ本條ノ性質ヲ説明シタリ是ヨ

リ例ニ依リ本罪ノ構成要素ヲ詳説スヘシ
本罪ノ構成要素 右ニ説明シタルカ如ク本條前段ト後段トハ全ク其性質ヲ異
ニスルカ故ニ余ハ之ヲ二個ニ分別シテ説明スヘシ
甲 本條前段ノ場合 本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成ス(一)犯罪ノ目的物ハ受寄ノ
財物即チ委託ヲ受ケタル金額物件ナルコト(二)犯罪ノ所爲ハ之ヲ費消シタルコ
ト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ目的物ハ受寄ノ財物即チ委託ヲ受ケタル金額物件ナルコ
(一)人或ハ受寄ノ財物借用物又ハ典物其ノ他委託ヲ受ケタル云々トアリテ法
律ハ委託ヲ受ケタル物件即チ寄託契約ニヨリテ委託セラレタル物件ノ外更
ニ受寄ノ財物ナルモノアルコトヲ認ムルカ故ニ本罪ノ目的物ハ必シモ寄託
契約ニ因リテ委託セラレタル物件タルヲ要セスト云フト雖モ是レ畢竟法文
ヲ誤讀シタル説明ニシテ採ルニ足ラス蓋シ法文借用物又ハ典物其他委託ヲ
受ケタル云々トハ受寄ノ財物ヲ註釋シタルモノニシテ法文ハ受寄ノ財物即
チ借用物又ハ典物等凡テ委託ヲ受ケタル金額物件ト讀ムヘキモノナルカ故

ニ法律ハ明ニ本罪ノ目的物ハ寄託契約ニヨリテ委託セラレタル物件タラザ
ルヘカラサルコトヲ示スノミナラス寄託契約以外更ニ受寄ノ財物アリト云
フカ如キハ殆ト想像スヘカラサレハナリ(二)又受寄ノ財物即チ寄託契約ニ基
キテ授受シタルモノトシテ其所謂寄託契約ハ明示ノモノタルコトヲ要スル
ヤ將タ暗黙ノモノト雖モ尙ホ犯罪ヲ構成ス可キヤトノ問題アリト雖モ余ハ
暗黙ノ契約ナルモノハ民法上ニ於テノミ云ヒ得ヘキモノニシテ嚴格ナル刑
法ノ解釋トシテハ明示ノモノナラサル可カラスト思料ス(三)金額トハ讀テ字
ノ如シ物件トハ文字自体ヨリ觀レハ不動産ヲモ包含スルカ如シト雖モ我母
法タル支那律及ヒ佛律ハ勿論何レノ國ニ於テモ寄託ノ目的物ハ動産ニ限ル
ノミナラス後段更ニ拐帶ノ文字アリテ不動産ハ拐帶シ得ヘキモノニ非サル
カ故ニ動産ノミヲ指スコト明白ナリ

第二ノ要素 犯罪ノ所爲ハ之ヲ費消シタルコト(一)前ノ説明ニ因リ茲ニ所謂費
消ハ事實上物ノ用法ニ從テ物ヲ消盡スルコトヲ意味スルモノニシテ法律ハ
其行爲アルコトヲ要ス故ニ交換販賣又ハ抵當典物トスル等物自体ヲ其用法

ニ從テ消盡スルニ非スシテ特ニ之ニ因テ不正ニ己ヲ利セントスル者即チ盜ノ心ヲ以テ委託物ヲ横奪スルノ行爲ヲ爲シタル者ハ後段ノ場合ト同シク第三百九十三條ノ罪トシテ詐欺取財ノ刑ヲ受クヘキモノトス(二)金額物件費消ノ時期即チ犯罪構成ノ時期如何、特定物ニ付テハ議論ナシ唯代替物ニ付キ人或ハ代替物ハ假令一時之ヲ費消スルモ返還ノ時期ニ至リテ之ヲ返還スルコトヲ得サリシ場合ニ非スンハ費消ノ行爲アリト云フコトヲ得スト説明スト雖モ是レ畢竟物ノ融通即チ甲ノ物ヲ以テ乙ノ物ニ代フルト云フコト、消盡ト云フコト、ヲ混同シタル謬見ニシテ採ルニ足ラス代替物ト雖モ單純ナル一時ノ融通即チ百圓ノ預ケ金アル者カ手許ニアル五十圓ノ委託金ヲ使用シタルカ如キ甲ノ金錢ヲ以テ乙ノ金錢ニ代ヘタルニ過キササルモノハ格別無資産隨テ現在代位ス可キ金錢ナキニモ拘ハラズ委託金ヲ使用シタル場合ニ於テハ其時業ニ已ニ之ヲ費用シタルモノニシテ必シモ返還ノ時期ヲ俟ツコトヲ要セス要、融通ト費消トヲ區別ス可キノミ費消ノ時期ハ特定物ノ場合ト毫モ異ル所ナシ蓋シ費消ヲ許サス隨テ費消ヲ罪トス、返還セサルカ故ニ之ヲ罰スルニ非サルナリ

スルニ非サルナリ

乙 本條後段ノ場合 本罪ハ下ノ二要素ヲ以テ構成ス(一)目的物ハ委託物ナルコト(二)騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アルコト是ナリ

第一ノ要素 目的物ハ委託物ナルコト 前段ヲ受ケ消費ニ止マラス騙取拐帶云々シタルトキハト云フ法條ナルカ故ニ目的物ノ委託物ナルコト贅辯ヲ要セス

第二ノ要素 騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アルコト (一)騙取、取トハ通常自己ノ所持内ニ在ラサル物ヲ有形上自己ノ所持内ニ移シ入ル、コトヲ意味スルモノナルモ茲ニハ委託物即チ自己ノ所持内ニ在ル物ニ對シテ用井ラル、カ故ニ茲ニ所謂騙取トハ人ヲ欺罔シテ錯誤ニ陷レ依テ委託物ヲ横領スルコトヲ意味スルモノニシテ横領ハ物ノ存在ヲ要スルカ故ニ例ヘハ現在之ヲ所持シ居リナカラ水火盜難ニ遭ヒテ亡失シ又ハ疾病ニ罹リテ死亡シタリ若クハ預リタル覺ナシト詐言シ依テ委託物ヲ横奪スルヲ云フ(二)拐帶トハ清律集註所謂「因事遇便、而携取人財物」即チ之ヲ携帶シ居リテ持チ去ルコトヲ得ヘキ便宜ア

ルヲ利用シテ之ヲ取り去ルコトヲ云ヒ例ヘハ丁稚番頭等カ主人ヨリ物ヲ他ニ持チ行クノ途中之ヲ携ヘテ逃亡シタルカ如キヲ云フ但携ヘ去ルハ横奪シテ返還セサルノ行爲ナルカ故ニ之ヲ費消スルカ爲メ携ヘテ遊里ニ入りタルカ如キハ費消セントスル行爲ニシテ拐帶ニ非ス(三)其他詐欺ノ所爲云々詐欺トアルカ故ニ人ヲ錯誤ニ陥ル可キ欺罔ヲ用井タルコトノミヲ意味スルカ如キモ詐欺ニ非サル拐帶ヲ承ケ來リ總括シテ其他詐欺ノ所爲ト云フカ故ニ茲ニ所謂詐欺ノ所爲云々トハ總テ右ニ類シタル惡所爲ト云フノ義ニシテ已ニ自ラ費消シ又ハ自己ノ過失ニ因テ亡失シタルニモ拘ハラヌ水火盜難ニ遭ヒ又ハ疾病ニ依テ亡失シタルト詐言シテ返償ノ責ヲ免レントスルカ如キ騙取ニ類シタル消極又ハ無形ノ横領及ヒ夜中竊ニ家屋ヲ引拂ヒテ踪跡ヲ晦マスカ如キ拐帶ニ類シタル横領等ヲ云フ

第二段 準委託物費消罪

是レ第三百九十六條ノ規定セル所ニシテ本條ハ第三百七十一條ト同性質ノ規定ナルカ故ニ余ハ之ヲ準委託物費消罪トス別ニ説明ス可キ點ナシ唯左ノ數點

ヲ注意スルニ止ム

- 一、 單ニ官署トアリテ司法官廳ト行政官廳トヲ問ハス又單ニ差押ヘタル物件トシテ差押ノ性質ヲ限定セス故ニ如何ナル官廳ヨリ如何ナル理由ニ因リテ差押ヘタル物件ト雖モ皆本罪ノ目的物タルコトヲ得
- 二、 單ニ差押ヘタル物件トアリテ動産ト不動産ト犯人自己ノ保管ニ係ルト他人ノ保管ニ係ルトヲ區別セスト雖モ本條ハ受寄財物ニ關スル罪ノ節目中委託物費消罪ノ次ニ記載シアリテ之ニ準スルモノナルカ故ニ犯人自己ノ保管ニ係ル動産タルヲ要スルヤ勿論トス蓋シ不動産ハ藏匿脱漏スルコトヲ得ス又他人ノ保管ニ係ル動産ニ關スルトキハ場合ニ依リ第三百七十一條ノ罪ヲ構成スヘケレハナリ
- 三、 藏匿脱漏トアリテ消費ヲ含マサルカ如シト雖モ藏匿脱漏ハ常ニ消費ニ先立ツ行爲ナルカ故ニ當然之ヲ包含ス
- 四、 刑罰ノ第三百九十五條前段ヨリモ輕ク僅ニ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ止マルハ人情ノ自然ヲ斟酌シタルモノナラン

第三項 遺失物理藏物ニ關スル罪

七二〇

第三百八十五條乃至第三百八十六條ノ規定ハ明治九年四月十九日第五十六號
布告遺失物取扱規則ト共ニ支那律及ヒ之ヲ繼承シタル新律綱領ニ淵源スルモ
ノニシテ從來遺失物理藏物ニ關スル罰條タリシモ右遺失物取扱規則ヲ廢止シ
タル明治三十二年三月法律第八十七號遺失物法第十六條ノ規定ニヨリ暗黙ニ
廢止セラレタルカ故ニ現今遺失物理藏物ニ關スル罰條ハ單ニ右遺失物法第十
六條ノ規定アルノミトス

明治三十二年三月法律第八十七號遺失物法第十六條ニ曰ク拾得物其他本法
ノ規定ヲ準用スル物件ヲ隱匿シ若クハ不正ニ處分シタル者ハ三月以下ノ
重禁錮又ハ貳拾圓以下ノ罰金ニ處ス

前項ノ罪ハ刑法第三百七十七條ニ掲ケタル親屬ニ係ルトキハ之ヲ論セス

今ハ特別法ニ關シ其說明ハ本講義ノ目的ヲ超脱スト雖モ竊盜罪及ヒ冒認罪等
他ノ犯罪ト密接ナル關係ヲ有スル重要ナル規定ナルカ故ニ一言刑法及ヒ之ニ

關係スル舊法ト該法トノ重ナル差異ト本罪ノ性質及ヒ本罪ニ類似シタル他罪
トノ關係トヲ說明セン

第一 刑法及ヒ之ニ關係スル舊法ト該法トノ重ナル差異 遺失物理藏物ニ關
スル舊法ハ前掲刑法第三百八十五條乃至第三百八十七條明治九年布告遺失
物取扱規則及ヒ明治九年十二月二十日內務省達乙第三百三十六號明治十年九
月二十七日同省達甲第二十號ニシテ該法ノ之ト異ル重ナル點ハ(一)遺失物漂
流物ニ付キ舊法ニ於テハ五日、内ニ所有主ニ返還シ又ハ官署ニ申告スルコト
ヲ要シ之ヲ爲サ、ル者ハ隱匿シタル者ト推定セラル、カ故ニ假令遺忘シテ
返還又ハ申告ヲ怠リタル者ト雖モ明ニ之ヲ證明スルコトヲ得サル者ハ單ニ
五日ヲ經過スルモ返還又ハ申告セストノ事實ノミニヨリ直ニ隱匿者トシテ
處斷セラル之ニ反シ新法ニ於テハ此期間ヲ設ケサルカ故ニ假令十數日ヲ經
過スルモ隱匿又ハ處分シタルノ事實アルニ非スンハ罪ヲ構成セス(二)埋藏物
ニ付キ舊法ニ於テハ遺失物取扱規則第六條及第十四條ニ官私ノ地内ニ於テ
埋藏物ヲ掘得タルモノハ官ニ送ル可ク之ヲ爲サ、ルモノハ律ニ照シテ處分

ストアリテ掘得タル場所ノ如何ヲ問ハサルニ拘ハラヌ刑法第三百八十六條ニハ他人ノ所有地内云々トアリテ他人ノ所有地内ニ於テ掘得タル物ニ非スニハ制裁ヲ加ヘサルカ故ニ自己ノ所有地内ニ於テ掘得タルモノハ假令官ニ送ラサルモ罪ヲ構成セス之ニ反シ該法ニ於テハ第十三條ニ埋藏物ニ關シテハ第十條ヲ除ク外本法ノ規定ヲ準用ストアルカ故ニ如何ナル場所ニ於テ掘得タル物ト雖モ之ヲ隱匿又ハ處分シタル者ハ第十六條ニ依テ處斷セラレ

第二 本罪ノ性質及ヒ本罪ニ類シタル他罪トノ關係

甲 遺失物(漂流物)モ亦遺失物ノ一種ナリニ關スル罪

一 本罪ノ目的ニ付キ (一)拾得トハ竊取ノ行爲ト同シク自己ノ占有ニ在ラサル他人ノ物件ヲ現實ニ自己ノ占有ニ移シ入ル、ノ行爲ナルカ故ニ本罪ハ目的物ハ犯人ノ占有ニ在ラサル、他人ノ所有ノ有体動産タルコトヲ要シ無体物タル債權又ハ不動産等現實ニ移動スルコトヲ得サルモノ、阿片烟又ハ之ヲ吸食スルノ用ニ供ル器具等法律ノ禁制シタルモノ、山野ノ鳥獸河海ノ魚鼈等未タ何人ノ所有ニモ屬セサルモノ及ヒ契約錯誤又

ハ偶然ノ出來事等ニ因リ犯人ノ占有ニ在ルモノハ本罪ノ目的物タルコトヲ得サルハ明白爭ナク所トス但最後ノ點ニ付テハ遺失物法第十二條ニ誤テ占有シタル物件他人ノ置去リタル物件ヲ遺失物ニ準シ其發見ヲ以テ拾得ニ準スルノ規定アルカ故ニ茲ニ所謂占有ハ結局契約ニ因リテ占有シタル物件ニ限ル(二)然ラハ本罪ノ目的物ハ單ニ犯人ノ占有ニ在ラサル他人ノ所有ノ有體動産タルノミヲ以テ足レリトスヘキカ將タ更ニ何人ノ占有ニモ屬セサル物件タルコトヲ要スルカ?人或ハ遺失物法第一條ニ他人ノ遺失シタル物件ヲ拾得云々トアルヨリ所有者ト物トノ關係即チ客觀的方面ヨリ觀察シ更ニ何人ノ占有ニモ屬セサル物件タルコトヲ要スト云フト雖モ余ハ遺失物法第一條ハ犯罪ト爲ラサル場合ニ民法上物ノ分配ヲ定ムルノ必要アルカ故ニ一般ノ場合ヲ想像シ客觀的方面ヨリ立言シテ他人ノ遺失シタル物件ト云ヒタルニ止マリ直チニ探テ刑事上ノ定義トスルコトヲ得ス刑事上ニ於テハ犯人ト物トノ關係即チ主觀的方面ヨリ觀察シ苟モ犯人カ遺失物即チ何人ノ占有ニモ屬セサル他

人所有ノ有體動産ト思料シテ拾得シタルモノハ假令現ニ他人ノ占有ニ係ル物件ト雖モ法律所謂遺失物ニシテ之ヲ隱匿又ハ處分シタルモノハ本罪ヲ犯シタル者トセサルヲ得サルカ故ニ必シモ何人ノ占有ニモ屬セサル物件タルコトヲ要セスト思料ス

二 本罪ノ所爲ニ付キ人或ハ自己ニ移入レタル物件カ遺失物ナルトキハ假令占有ニ移入ル、ノ當時已ニ之ヲ横奪セントノ惡意アルモ尙ホ拾得ノ行爲ニシテ本罪ト竊盜罪トノ分ル、所ハ遺失物ナリヤ將タ他人ノ占有ス、物件ナリヤニ在リト云フト雖モ余ハ拾得トハ所有者ノ爲ニ物件ヲ保護セントノ善意ノ行爲ニシテ本罪ハ始メ善意ヲ以テ獲得シタル物ヲ後ニ至リ横領セントノ惡意ヲ生シ之ヲ隱匿又ハ處分スルニ依テ構成スルモノニシテ冒認罪ノ一種ナルカ故ニ本罪ト竊盜罪トノ分ル、所ハ物カ遺失セラレタル物ナルト否トニ在ラスシテ始メ犯人ノ之ヲ其占有ニ移入レタル所爲カ之ヲ自己ノ物トセントノ意思即チ奪取ノ意思ノ表示ナリシヤ將タ單ニ他人ノ所有物ヲ保護セントノ意思即チ保管ノ意

思ノ表示ナリシヤニ在ルモノトス蓋シ法文遺失物法第一條所謂所有者云々ニ返還シ又ハ官署ニ差出スヘント云フカ如キハ他人ノ物件ヲ奪取シタル者ニ對シテ云フ可キノ語ニ非サレハナリ

乙 埋藏物ニ關スル罪

埋藏物ニ付テハ遺失物法第十三條ノ精神上假令始ヨリ所有者ナキコトノ明白ナル物ト雖モ犯罪ノ目的トナリ得ヘキモノナルカ故ニ遺失物ト異リ嘗テ人ノ所有ニ屬シ現時地下ニ埋没シテ人ノ之レ有ルコトヲ知ラザリシ有體動産ハ皆本罪ノ目的物トナリ得ヘシ其他ハ遺失物ニ付テノ説明ニ準據シテ之ヲ知ルコトヲ得ヘキカ故ニ省畧ス

以上説明シタル所ニ因リ本罪ハ横領罪中所謂冒認罪ノ一種ニ屬シ其竊盜罪ト分ル、點ハ始メ之ヲ獲得スルノ意思カ横奪ニ在ルカ善意ノ占有ニ在ルカニ存シ其冒認罪ト分ル、點ハ犯罪ノ所爲カ犯人ノ遺失物ト認メタル物ニ對シ行ハレタルト否トニ存ス

第四項 家資分散ニ關スル罪

昔時ハ單ニ債務ヲ辨濟セサルノミヲ以テ罪アリトシ刑罰ヲ加ヘタルコトアル
 モ現今ハ何レノ國ニ於テモ單ニ或ル失權ヲ來スノミニシテ犯罪トナルコトナ
 ク詐欺又ハ重キ過失アル場合ニ於テ始メテ罪ヲ構成スルモノトス
 第三百八十八條及ヒ第三百八十九條ノ規定ハ以前民事上ノ無資力ト商事上ノ
 支拂停止トヲ區別セス共ニ家資分散ノ處分ニ付シタル當時ニ在テハ民事上ノ
 モノニモ商事上ノモノニモ適用セラレタリシモ明治二十六年七月一日商法施
 行以來商事上ノ支拂停止ハ商法破産ノ處分ニ付シ之ニ關スル犯罪ハ明治二十
 三年法律第百一號ニ依テ處斷セラレ、コト、ナリシヲ以テ現今ハ民事上ノ家
 資分散ニ關スル犯罪ニノミ適用セラレ(民事上ノ家資分散ハ明治二十六年法律
 第六十九號家資分散法ニ規定セラレ)

法律カ茲ニ罪トシ規定スル所ノ所爲ハ(一)財産ヲ藏匿脱漏スルコト(二)虚偽ノ負
 債ヲ増加スルコト(三)牒簿類ヲ藏匿毀棄スルコト(四)債主中ノ一人又ハ數人ニ負
 債ヲ私償スルコトノ四ニシテ第一乃至第三ハ家資分散ノ際ニ行ハレタルノミ
 ヲ以テ罪ヲ構成スルモ第四ハ分散決定ノ後ニ行ハル、ニ非スンハ罪ヲ構成セ

ス

(一)家資分散ノ際トハ事實分散セントシ又ハ分散シタル當時ヲ云フ人往々之ヲ
 解シテ分散決定ノ前後ト云ヒ以テ之ヲ民事ノ判決ニ關連セシメントスル者ア
 リト雖モ大ナル誤ナリ蓋シ刑事ノ判決ハ民事ノ判決ニ羈束セラル、モノニ非
 サルカ故ニ假令終ニ民事ニ於テハ此決定ヲ爲サ、リシ場合ト雖モ分散セント
 スル事實アリト認メタル刑事ノ判決ハ法理上毫末ノ瑕疵ナキモノナレハナリ
 (二)藏匿脱漏共ニ同一事ヲ意味シ犯人ノ方面ヨリ主觀的ニ云ヒタルト被害者ノ
 方面ヨリ客觀的ニ云ヒタルノ差アルノミニシテ現在有体財産ヲ他ニ隱匿シ又
 ハ貸方財産ヲ牒簿ニ記載セス以テ債權者ノ擔保ヲ剝奪スルコトヲ云フ(三)虚偽
 ノ負債ヲ増加スルトハ分散財團ノ分配ニ加入シテ債權者ヲ害セシメンカ爲メ
 或ハ虚偽ノ負債ヲ記載シタル證書ヲ第三者ニ交付シ或ハ第三者ニ虚偽ノ負債
 アルコトヲ牒簿ニ記載スルカ如キコトヲ云フ(四)牒簿類トハ積消兩極ノ資産ヲ
 知ルニ足ル一切ノ記録ニシテ貸借又ハ會計ニ關スル帳簿等ヲ云フ債權證書ハ
 財産ノ中ニ入ル可キモノナルカ故ニ之ヲ包含セス藏匿毀棄ハ藏匿毀棄ト讀ム

可ク藏匿シテ所在ヲ不明ナラシメ、若クハ有形又ハ無形ニ毀損シテ讀ム可ラサ
ラシムルヲ云フ變造ヲ含マス(五)債主中ノ一人又ハ數人ニ負債ヲ私償スル云々
ハ法文明瞭説明ヲ要セス

何故ニ第一乃至第三ノ行爲ハ家資分散ノ際之ヲ行フトキハ直チニ罪ヲ構成ス
ルニ拘ハラス獨リ第四ノ行爲ノミ分散決定ノ後之ヲ行フニ非スンハ罪ヲ構成
セサルヤ曰ク債務者ノ財産ハ總テノ債權者ノ擔保ナルカ故ニ之ヲ害スヘカラ
サルノ義務ハ常ニ之レ有リト雖モ平等支拂ノ義務ハ分散決定以後ニ非サレハ
生セサレハナリ

本罪ノ處分ニ付キ(一)家資分散ノ際財産ヲ藏匿脱漏シ又ハ虚偽ノ負債ヲ増加シ
タル者ヲ重クシ分散決定ノ後債主中ノ一人又ハ數人ニ其負債ヲ私償シタル者
ヲ輕クシタル所以ハ犯人自ラ利セント欲スルノ意思アルト否トニ於テ主觀的
犯意ニ輕重ノ差アルト同時ニ客觀的被害ノ結果ニモ亦輕重ノ差アルニ因リ、財
産ヲ藏匿シ脱漏シ又ハ虚偽ノ負債ヲ増加シタル者ヲ重クシ牒簿類ヲ藏匿毀棄
シタル者ヲ輕クシタル所以ハ一ハ直チニ債權者ヲ害スルノ結果ヲ生スル行爲

タルト他ハ之ヲ害セントスルノ手段タルニ止リ必シモ債權者ヲ害スルヲ結果
ヲ生ス可キモノニ非サルトノ差アルニ因ル(二)情ヲ知テ虚偽ノ契約ヲ承諾シ若
クハ其媒介ヲ爲シタル者トハ家資分散ノ際虚偽ノ負債ヲ増加セント欲スル者
タルコトヲ知リナカラ其依頼ヲ受ケ其者ニ對シテ虚偽ノ債權アリト主張スル
コトヲ承諾シタル者若クハ兩者ノ間ヲ周旋シタル者等ヲ云フ而シテ其法律カ
一等ヲ減シテ之ヲ罰ストシタル所以ハ主觀的ノ從犯(茲ニ所謂主觀的トハ無形
上下云フノ義ニシテ客觀的即チ犯罪行爲其モノ、上ヨリ見レハ共同正犯ノ一
人タリ)タルカ故ニ事情ヲ斟酌シタルモノナラン、然レトモ家資分散ノ際財産又
ハ牒簿類ヲ藏匿スル者タルノ情ヲ知リナカラ其依頼ヲ受ケテ之ヲ寄藏シタル
者ニ付テハ減等ノ明文ナキカ故ニ均ク客觀的犯罪行爲ヨリ見レハ共同正犯(犯
罪ノ構成要素ニ加効シタル者ナルカ故ニ從犯ニ非スシテ正犯タリ)ニシテ主觀
的無形上ヨリ見レハ從犯タルニ拘ハラス總則ノ適用ニ依リ正犯トシテ處斷セ
サル可ラサルノ結果兩者ノ間故ナク權衡ヲ失スルニ至ル、恐ラク立法ノ錯誤ナ
ラン

第三款 盜罪ト横領罪トニ共通スル附隨ノ罪
(即チ贓物ニ關スル罪)

本罪ハ盜罪又ハ横領罪ニ隨伴シテ生スル犯罪ナルカ故ニ學者通常之ヲ稱シテ事後從犯ト云フ然レトモ是レ畢竟便宜上ノ名稱ニシテ學理上ニ於テハ盜罪又ハ横領罪其モノ、實質ニ關セシテ格別ニ發生スルモノナルカ故ニ獨立ノ一罪トス

本罪ハ第三百九十九條乃至第四百一條ヲ以テ規定セラレ

本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成ス(一)犯罪ノ目的物ハ贓物ナルコト(二)犯罪ノ所爲ハ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲シタルコト(三)犯罪ノ意思ハ贓物タルノ情ヲ知テ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買若クハ牙保ヲ爲スノ意アルコト是ナリ
第一ノ要素 犯罪ノ目的物ハ贓物ナルコト 贓物トハ犯罪ニ因テ不正ニ獲得シタル物件ヲ云フ(一)犯罪ニ因テ獲得シタル物件ナルコトヲ要ス故ニ冒認罪及ヒ委託物費消罪即チ第三百九十五條前段ノ目的物等犯罪ニ因テ獲得スル

非スシテ犯罪ニ因テ他人ニ交付シ又ハ消盡スルモノ換言スレハ之ヲ獲得スルコトカ罪トナルニ非スシテ交付又ハ消盡スルコトカ罪トナル可キ行爲ノ目的物ハ贓物ニ非ス(二)犯罪ニ因テ不正ニ獲得シタル物件換言スレハ法律カ之ヲ獲得スルコトヲ不正ナリトシテ罰シタル罪ヲ犯スニ因テ得タル物件タルコトヲ要スルカ故ニ夫ノ賭博富籤又ハ淫賣等法律カ其手段ノミヲ不法ナリトシテ罰シタル罪ヲ犯スニ因テ得タル物件ハ贓物ニ非ス(三)犯罪ニ因テ獲取シタル物件換言スレハ犯罪構成ノ要素タル目的物タルコトヲ要スルカ故ニ因テ得タル目的物ニ代リタル物件例ヘハ盜品ヲ賣却シテ得タル金額ハ贓物ニ非ス(四)然レトモ苟モ法律カ客觀的犯罪トシテ處罰シタル行爲ニ因テ得タル物件ナランカ其犯人カ主觀的ノ事情ニ因テ免刑セラレト物件ノ動産タルト不動産タルト特定物タルト代替物タルトハ贓物タルノ性質ニ影響スルコトナシ

第二ノ要素 犯罪ノ所爲ハ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲シタルコト
(一)受クルトハ授クル物ヲ領収スル行爲ノ總稱ナルカ故ニ苟モ授クルニ

依テ之ヲ占有シタル者ハ名義ノ如何ヲ問ハス皆茲ニ所謂受クル者タルカ如キモ法律カ之ト相對シテ更ニ寄藏故買牙保等凡テ犯罪ノ結果ヲ保全シ以テ犯罪人ヲ利シ若クハ犯罪人ト共ニ己ヲ利スルノ行爲ヲ列擧スルニ依テ之ヲ觀レハ茲ニ受クルトハ無償ニテ之ヲ貰受ケ以テ犯罪ノ餘澤ヲ蒙ルコトヲ意味スルモノニシテ夫ノ修繕改造又ハ運搬等ノ勞力ヲ施スカ爲メ單ニ之ヲ占有シタルニ過キサル者ノ如キハ之ヲ包含セス(二)寄藏トハ寄托ヲ受ケテ之ヲ収藏スルコト(三)故買トハ交換販賣等廣ク有償名義ニテ之ヲ獲得スルコト(四)牙保トハ讓渡人ト讓受人トノ間ニ介在シ賣買ノ媒介ヲ爲スコトヲ云フ賣買ノ媒介ヲ爲スコトヲ云フカ故ニ賣買ヲ了リタルトキニ於テ完成スルモノトス

第三ノ要素 犯罪ノ意思ハ贓物タルノ情ヲ知テ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲スノ意思アルコト 是レ總則ノ適用ニシテ別ニ説明ヲ要セス然ラハ強竊盜ノ贓物ナリト信シテ詐欺取財其他ノ犯罪ニ關スル物件ヲ又ハ詐欺取財其他ノ犯罪ニ關スル物件ナリト信シテ強竊盜ノ贓物ヲ受ケ又ハ寄藏

故買シ若クハ牙保ヲ爲シタルトキハ如何ニ處分ス可キヤ、或ハ法文ノ強竊盜ノ贓物タルコトヲ知テ又ハ詐欺取財其他ノ犯罪ニ關シタル物件ナルコトヲ知テトアリテ本問ノ如キ意思ト目的物トノ投合セサル場合ハ明文ヲ缺クカ故ニ罪ヲ構成セスト云フ者アルヘシト雖モ法律カ此ノ如ク記載シタルハ單ニ處罰ヲ異ニセンカ爲メ處分ニ關スル條件ヲ掲ケタルモノニシテ犯罪ノ構成ニ關スル條件ヲ掲ケタルモノニ非サルカ故ニ本問ハ當然第七十七條第三項ヲ適用シテ處斷スヘキモノトス

處分ニ付テハ(一)目的物カ強竊盜ノ贓物ナルト其他ノ犯罪ニ關スル物件ナルトニ因リ刑罰ヲ異ニシ前ノ物ニ關スルトキハ一月以上三年以下ノ重禁錮ト參圓以上參拾圓以下ノ附加罰金及ヒ六月以上二年以下ノ監視ニ處シ後ノ物ニ關スルトキハ十一日以上一年以下ノ重禁錮及ヒ貳圓以上貳拾圓以下ノ附加罰金ニ處ス(二)詐欺取財其他ノ犯罪トハ刑法第三編第二章財產ニ對スル罪ノミヲ云フヤ將タ第二編ニ規定シタル收賄罪等ヲモ之ヲ包含スルヤ人或ハ本罪ノ財產ニ對スル罪ノ中ニ規定セラレアルヨリ財產ニ對スル罪ノミヲ云フト論スト雖モ

明文上此ノ如キ制限ナキノミナラス法理上收賄罪ノ如キハ當然之ヲ包含セシメサル可カラサルカ故ニ余ハ後段ノ決定ヲ採リテ第二編ニ規定セラレタル犯罪ヲモ包含スルモノトス然ラハ監守盜ハ茲ニ所謂強竊盜ニ屬スルヤ將タ其他ノ犯罪ニ屬スルヤ有力ナル反對論アル可シト雖モ余ハ前ニ説明シタル如ク竊盜ニ屬スルモノト信ス

以上本罪ノ構成並ニ處分ヲ説明シタルモ尙ホ注意ノ爲メ一二ノ問題ヲ説明セ

一 尙モ贓物即チ犯罪ニ依テ不正ニ獲得セラレタル物件タルコトヲ知リナカラ之ヲ受ケ又ハ寄藏……シタルトキハ假令善意ニテ其所有權ヲ得タル者ヨリ之ヲ受ケ又ハ寄藏……スルモ本罪ヲ構成スヘキヤ？曰ク占有者カ真正ノ所有者ニ之ヲ返還スルノ義務ヲ免脱セサル間ハ贓物タルノ性質ヲ保有スルモノナルカ故ニ尙ホ本罪ヲ構成ス

二 本罪ノ或モノハ第五百五十二條ノ罪證隱蔽罪ト至ク相混同スルカ如キモ本罪ハ財産ニ對スル罪即チ自己又ハ他人ヲシテ財産上ノ利益ヲ得セシメント

ノ意思ニ出ツル罪ニシテ罪證隱蔽罪ハ犯罪ヲ庇護セントノ意思ニ出ツル罪ナルカ故ニ之ヲ以テ區別ノ標準トシ目的カ財産上ノ利益ニ在ルトキハ本罪ニ屬シ犯罪ノ庇護ニ在ルトキハ罪證隱蔽罪ニ屬スルモノトス

第一節 財物ヲ毀損スル罪

第一款 放火失火ノ罪

法律ノ規定ニ因レハ自己ノ家屋ヲ燒燬スルモ尙ホ罪ヲ構成スルモノナルカ故ニ本罪ハ寧ロ靜謐ヲ害スル罪ノ中ニ入ルヘク之ヲ財産ニ對スル罪ノ中ニ規定シタルハ蓋シ編纂ノ體ヲ失ス

本罪ハ第四百二條乃至第四百十條ノ規定ニ係リ法律ハ三種ノ犯罪ヲ規定セリ曰ク放火罪曰ク失火罪曰ク準放火及ヒ失火罪是ナリ

第一項 放火罪

本罪ハ第四百二條乃至第四百八條ノ規定ニ係ル

本罪ノ構成ニハ下ノ要素ヲ必要トス(一)火ヲ放テ燒燬シタルコト(二)家屋其他法

律ノ規定シタル物件ニ係ルコト(三)火ヲ放テ家屋其他法律ノ規定シタル物件ヲ
燒燬スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 火ヲ放テ燒燬シタルコト 火ヲ放ツコト及ヒ燒燬ノ何タルヤハ

説明ヲ要セス

然レトモ如何ナル程度ニ達シタルトキニ於テ燒燬ノ行爲ヲ遂ケタリトス可
キヤ換言スレハ燒燬ノ未遂ト已遂トノ區別如何ノ點ニ付テハ學說紛々歸一
スル所ヲ知ラス或ハ日ク目的物タル家屋物件ニ傳火ス可キ媒介物ニ火ヲ移
シタル時ヲ以テ已遂トス或ハ日ク家屋物件ニ傳火シタルトキヲ以テ已遂ト
ス或ハ日ク家屋物件カ危険ナル有様ニ陥リタルトキ換言スレハ火勢カ當然
家屋ヲ燒失セシム可キ狀況ニ達シタルトキヲ以テ已遂トス或ハ日ク家屋物
件カ其原形ノ大部分ヲ失ヒタルトキヲ以テ已遂トスト果シテ何レヲ以テ正
鵠トス可キヤ第二説ハ區劃明白喜フ可シト雖モ一方ニ於テ刑罰極メテ嚴ナ
ルト他ノ一方ニ於テ人ノ家屋………ヲ燒燬シタル者トアリテ目的物ノ存在
ヲ亡失セシメタルコトヲ要スルカ如ク記載シアルトニ依テ之ヲ觀レハ第四

説ニ依リ家屋………トシテハ存在ヲ亡失セシムルノ程度ニ至ラズハ已遂ト
スルコトヲ得ストスルヲ以テ最モ穩當ナルモノト信ス(故ニ第四百六條山林
ノ竹木田野ノ穀麥露積シタル柴草竹木トアルニ付テモ余ハ法文露積シタル
柴草竹木ナル語ニ依テ之ヲ知り得ヘキカ如ク所謂山林ノ竹木田野ノ穀麥ハ
山林ニ在ル竹木田野ニ在ル穀麥ノ義ニ非ス山林又ハ田野ヲ成形スル竹木若
クハ穀麥ノ義ニシテ露積シタル柴草竹木ト共ニ皆或區域内ニ於テ一體ヲ成
セル集合物ヲ意味スルモノナルカ故ニ家屋………ト同シク原形ノ大部分ヲ
燒燬シタル場合ニ非スンハ已遂タルコトヲ得スト思料ス)

第二ノ要素 家屋其他法律ノ規定セル物件ニ係ルコト 法律カ本罪ノ目的物

トシテ列擧スルモノハ下ノ五種トス(一)家屋(二)建造物(三)廢屋及ヒ柴草肥料等
ヲ貯フル屋舎(四)船舶汽車(五)山林ノ竹木田野ノ穀麥又ハ露積シタル柴草竹木
其他ノ物件是ナリ

一 家屋 家屋トハ人ノ常住起臥スルカ爲メ土地ニ定着シテ建造セラレタ
ル物件ヲ云フ法律ハ三種ノ家屋ヲ區別セリ日ク人ノ住居シタル家屋日ク

人ノ住居セサル家屋曰ク犯人自己ノ家屋是ナリ(一)人ノ住居シタル家屋トハ所有者ノ何人タルヲ問ハス犯人以外ノ者カ現在居住セル家屋ヲ云フ現在居住セル家屋タルカ故ニ假令居住者アリト雖モ現在在宅セザリシトキハ次ニ所謂人ノ住居セサル家屋ニシテ茲ニ所謂人ノ住居シタル家屋ニアラス(二)人ノ住居セサル家屋トハ犯人以外ノ者ノ所有ニ屬シ且現在犯人以外ノ者ノ居住セサル家屋ヲ云フ(三)犯人自己ノ家屋トハ犯人自己ノ所有ニ屬シ且現在犯人以外ノ者ノ居住セサル家屋ヲ云フ

- 二 建造物 建造物トハ神社佛閣廳舎學校博物館劇場倉庫等人ノ常住起臥以外ノ目的ニ於テ土地ニ定着シテ建造セラレタル家屋類似ノ多少重要ナル物件ヲ云フ但同时ニ人ノ常住起臥ス可キ場所ヲ包含シ又ハ臨時人ノ住居ニ充テラレツ、アルノ間ハ家屋 中ニ入ルコト勿論トス
- 家屋ニ付テハ犯人自己ノモノト雖モ罪ヲ構成ストスルニ之ト同一ナル建造物ニ付テハ必ス他人ノ物タルコトヲ要ストスルハ非難スベシ
- 三 廢屋及ヒ柴草肥料等ヲ貯フル屋舎 (一)廢屋トハ朽廢シテ用ニ堪ヘサル

カ爲メニ使用セラレサル家屋若クハ建造物ヲ云フ(二)肥料柴草等ヲ貯フル屋舎トハ此等重要ナラサル安價ノ物件ヲ貯藏スル小屋掛ヲ云フ

- 四 船舶汽車 其何物タルコトハ説明ヲ要セス(一)船舶トノミアリテ大小形状ヲ問ハサルハ立法上非難スヘキモノナラン(二)汽車トアルカ故ニ電車ヲ含マス(三)二者共ニ家屋ト同シク人ヲ乗載シタルモノト否トヲ區別シ人ヲ乗載シタルトキハ自己ノ物ト雖モ本罪ノ目的トナリ人ヲ乗載セサルトキハ他人ノ物タル場合ニ限り本罪ノ目的トナル
- 五 山林ノ竹木田野ノ穀麥又ハ露積シタル柴草竹木其他ノ物件 皆集合シテ一體ヲ成形シタル物ヲ指スカ故ニ所謂其他ノ物件モ亦此意ヲ以テ適用スヘシ

第三ノ要素 火ヲ放テ家屋其他法律ノ規定シタル物件ヲ燒燬スルノ意思アルコト 總則ノ適用ニ過キスト雖モ疑ヲ絶タンカ爲メ一二ノ注意ヲ爲サン一 火ヲ放ツコト、燒燬スルコト、ノ意思アルヲ要ス故ニ單ニ直チニ消火セシムルノ意思ヲ以テ人ヲ驚怖セシメンカ爲メ家屋ノ一部ニ放火シタル

者ノ如キ實際之ヲ燒燬スルノ意思ナキ者ハ本罪ヲ構成セス意外ニモ家屋ヲ燒燬シタルトキハ失火罪ヲ構成スヘキノミ

二 然レトモ當然他物ヲ燒燬スルニ至ルヘキコトヲ知リナカラ或物ヲ燒燬スルノ意思ヲ以テ放火シタルトキハ他物ヲモ燒燬スルノ意思アルモノニシテ直接ニ放火シテ燒燬セントシタル物ト他物トヲ併セテ燒燬シタルトキハ既遂ノ數罪俱發トシ直接ニ放火シタル物ノミヲ燒燬シタルトキハ直接ニ放火シタル物ニ對スル既遂ト他物ニ對スル未遂トノ數罪俱發トス

三 目的物ト意思トノ間ニ錯誤アリ例ヘハ自己ノ家屋ナリト信シテ他人ノ家屋ヲ燒燬シタルトキハ第七十七條第三項ヲ適用スヘシ

處分ハ目的物ノ如何ニ因リテ異ルル人ノ住居シタル家屋ニ係ルトキハ死刑ニ處シ(第四百二條)人ノ住居セサル他人ノ家屋又ハ建造物ニ係ルトキハ無期徒刑ニ處ス(第四百三條)其他各條文ニ明カニシテ別ニ説明ヲ要セス
終ニ一問題アリ曰ク他人ヲ教唆シテ人ノ住居セサル自己ノ家ヲ燒燬セシメタル場合ニ於テ行爲者及ヒ教唆者ノ責任如何客觀的行爲其モノヨリ觀察スルハ

行爲者ハ人ノ住居セサル他人ノ家ヲ燒キ教唆者ハ其行爲ヲ教唆シタルモノナルカ故ニ共ニ第四百三條ヲ以テ處斷スヘシト云フノ說ハ法文ノ形式上ニ於テハ極メテ有力ナルヘシト雖モ余ハ第四百三條、第四百七條、第四百九條ノ規定ハ殺人ノ謀殺殺自殺ニ關スル罪及ヒ過失殺ノ規定ト全ク同一ナルカ故ニ第四百三條ト第四百七條トノ關係ハ謀殺殺ト自殺トノ關係ニ於ケルカ如ク主觀的放火ノ原因タル唯一ノ意思カ所有者ニ在ルカ將タ他人ニ在ルカニ依テ區別シ所有者ニ在ルトキハ假令所有者自ラ手ヲ下サスト雖モ之ニ關スル凡テノ犯人ハ第四百七條ノ罪ヲ犯シタルモノトスヘキモノニシテ本問放火ノ原因タル唯一ノ意思ハ所有者自身ニ在ルカ故ニ第四百七條ノ犯罪ニ屬シ行爲者タル他人ハ正犯、教唆者タル所有者ハ其教唆者トシテ處斷スヘシト論定セント欲ス非乎

第二項 失火罪

本罪ハ第四百九條ノ規定ニ係リ(一)火ヲ失スルコト即チ過失ニ因リテ火ヲ出シタルコト(二)人ノ家屋財産ヲ燒燬シタルコトノ二要素ヲ以テ成立ス別ニ説明ス可キナク唯左ノ四點ヲ注意スヘシ

- 一 人ノ家屋財産トアリテ他人ノ所有物タルコトヲ要ス故ニ假令質其他ノ原因ニ依リ他人ノ占有スル物ト雖モ自己ノ所有物ハ竊盜罪等ニ於ケルカ如ク特別ノ明文ナキカ故ニ本罪ノ目的物タルコトヲ得ス
- 二 財産トハ如何ナル輕微ノモノヲモ含ムノ語ナルモ茲ニハ家屋財産トアリテ家屋ト對向セシメアルカ故ニ人ノ資産ヲ成形スル多少重要ナル部分ヲ指スモノニシテ夫ノ筆一本紙一枚ヲ燒燬シタルカ如キハ本罪ヲ構成セス寧ロ第四百二十一條ニ入ルヘキモノナラン
- 三 過失犯ニハ未遂犯ナク所謂燒燬ハ前ニ說明シタルカ如ク目的物ノ原体ヲ亡失セシムルノ程度ニ達シタルコトヲ要スルカ故ニ大事ニ至ラスシテ止ミタルモノハ無罪トス
- 四 依テ人ヲ殺傷シタルトキハ本罪ト過失殺傷トノ數罪俱發ヲ以テ論スヘキハ勿論ナリ

第三項 準放火及ヒ失火罪

本罪ハ第四百十條ノ規定ニ係リ(一)火藥其他激發ス可キ物品又ハ煤氣并蒸氣罐

- ヲ破裂セシメタルコト(放火失火ニ對向ス)(二)人ノ家屋財産ヲ毀壞シタルコト(燒燬ニ對向ス)(三)故意又ハ過失ニ出テタルコトノ三要素ヲ以テ成立ス亦深ク説明ス可キ點ナク一二ノ注意ヲ爲スニ止メム
- 一 本罪ノ放火及ヒ失火罪ト異ル所ハ犯罪ノ結果カ彼ハ燒燬ナルモ是ハ毀壞ナルニ在リ其第四百十七條以下ノ犯罪ト異ル所ハ彼ハ手段ト目的物トヲ制限セサルモ此ハ手段ヲ火藥其他激發ス可キ物品又ハ煤氣并蒸氣罐ノ破裂ニ限ルト同時ニ目的物ヲ放火失火ト同シク人ノ資産ヲ組成スル多少重要ナル物ニ限ルノ點ニ在リ
- 二 本罪所謂毀壞ハ放火及ヒ失火罪所謂燒燬ニ對向スルモノナルカ故ニ其既遂未遂ノ區別ハ放火及ヒ失火罪ノ例ニ依ル
- 三 人ノ家屋財産トアリテ他人所有ノ物件ニ限ルカ故ニ放火罪ト異リ自己所有ノ家屋ニ係ルトキハ罪ヲ構成セス
- 四 但明治十七年布告第三十二號爆發物取締規則第一條治安ヲ妨ケ人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的ヲ以テ爆發物ヲ使用シタル者………死刑ニ處ス

ノ規定アルカ故ニ本條ノ行為中火藥其他激發ス可キ物品ヲ使用シタル者ハ
本條ニ依ラスシテ爆發物取締規則ニ依ルヘシ

第二款 決水ノ罪

本罪モ亦放火失火罪ト同シク靜謐ヲ害スル罪ノ中ニ列セラルヘキモノニシテ
茲ニ規定シタルハ編纂ノ体ヲ失ス

本罪ハ第四百十一條乃至第四百十四條ヲ以テ成リ亦放火失火罪ニ於ケルカ如
ク(一)有意ニ出ツルモノト(二)無意ニ出ツルモノトヲ規定ス

甲 有意ノ場合 有意ノ場合ハ更ニ之ヲ(一)有形上物質ニ損害ヲ加ヘントノ意
思ニ出ツルモノト(二)無形上人ノ利益ヲ害シ又ハ自己ノ利益ヲ圖ラントノ意思
ニ出ツルモノトノ二ニ分チ前者ハ第四百十一條及ヒ第四百十二條ニ規定シ後
者ハ第四百十三條ニ規定ス此點ニ付キ或ハ幕氏佛文第二草案(即チ現行法發布
ノ後修正案トシテ幕氏ノ起草シタルモノ)ニ毆打創傷罪ニ類シタル本罪ノ規定
アルヨリシテ第四百十三條ハ明文ノ示スカ如ク堤防ヲ決潰シ又ハ水閘ヲ毀壞
スル意思ノ外更ニ他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ルノ意思アルコトヲ

要スルモ第四百十一條第四百十二條ハ毆打創傷罪ニ類シタル結果犯ナルカ故
ニ單ニ堤防ヲ決潰シ又ハ水閘ヲ毀壞スルノ意思アルノミヲ以テ足レリトシ必
シモ他人ニ特定ノ損害ヲ加フルノ意思アルコトヲ要セスト主張スル者アリト
雖モ是レ大ナル謬見トス蓋シ現行法ノ淵源タル第一草案ノ規定ヲ案スルニ該
草案ハ現行法ト全ク其体裁ヲ同フシ現行法第四百十三條ニ該當スル其第四百
五十九條ノ末文ニハ現ニ本條ノ罪ノ未遂犯ハ之ヲ罰スノ規定アリテ當然ノ推
理上現行法第四百十一條及ヒ第四百十二條ニ該當ス可キ其第四百五十六條第
四百五十七條ハ有意犯タルコトヲ示スノミナラス論者ノ說ニ從フトキハ過失
ニ因テ水害ヲ起シタル者ハ其結果ノ輕重ヲ問ハス皆第四百十四條ニ依テ處斷
セラル、ニ拘ハラス有意ニテ堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シタル者ハ假令水害ヲ
起スモ法律ノ規定シタル結果ヲ生セシムルニ至ラサル時ハ無罪トナリ人ノ住
居シタルコトヲ以テ刑ヲ加重スルノ條件トシタルハ危險ヲ想像シタルモノナ
ルカ故ニ依テ人ヲ死傷ニ致シタルトキハ結果犯ノ性質上更ニ刑ヲ加重セサル
ヘカラサルニ之ヲ加重セス單ニ他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ルカ爲

メニ堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シタル者スラ尙ホ第四百十三條ニ依テ有罪タルニモ拘ハラス人ノ家屋其他ノ物件ヲ漂失荒廢セシメント欲スルカ如キ之ヨリモ重大ナル害ヲ生セシメンカ爲メ同一ノ行爲ヲ爲シタル者ハ却テ無罪タルノ結果ヲ生スル等支離滅裂殆ント法文ヲシテ讀ム可ラサルニ至ラシムレハナリ又曰ク或ハ本說ヲ主張スルノ理由トシテ若シ反對ノ說ヲ是認シ家屋物件ヲ漂失荒廢セシムルノ意思アルヲ要ストセハ此等終局ノ目的ヲ定メス止タ單ニ洪水ヲ生セシメンカ爲メ堤防ヲ決潰シ又ハ水閘ヲ毀壞シタルノミニシテ何等ノ結果ヲモ生セシメサルトキハ何條ノ未遂犯トシテ處斷ス可キヤ強テ之ヲ定メント欲セハ實際不明ナル事實ヲ認定セサル可カラサルニ至ラント云フ者アリト雖モ是レ恐ラク堤防ノ決潰又ハ水閘ノ毀壞ハ犯人ノ力ニ存スルモノニシテ犯人ノ行爲ナルモノ之ヨリ生スル洪水ノ結果ハ犯人ノ力ヲ離レタル自然力ノ作用ニ因ルモノナリトノ思想ノミヲ念頭ニ置キ之ニ附隨スル他ノ法理ヲ顧ミサルヨリ生シタルモノニシテ議論幼弱憐ム可キノ甚シキモノトス蓋シ斯ノ如キ場合ハ獨リ洪水ノ場合ノミニ止マラス放火ノ場合ニ於テモ亦之レ有ルノミナ

ラス斯ノ如キ場合ニ於ケル犯人ノ意思ハ總則所謂不定ノ意思ニシテ夫ノ人ノ死ヲ生スヘキコトアルコトヲ知リナカラ暗夜又ハ群衆ニ發砲シタルト同シク不測ノ結果ヲ生ス可キ自然力ヲ發生スヘキコトヲ知リナカラ之ヲ爲シタリト云フ行爲自體ノ上ニ於テ犯人ハ之ヨリ當然生スヘキ結果ニ向テ意思アリト云フヘキモノナルカ故ニ敢テ不明ナル事實ヲ認定スルノ要ナシ唯當然生ス可キ結果如何隨テ犯人ノ意思如何ヲ知ルニ付キ犯人ノ舉動ノ性質ト之ヨリ害ヲ受ク可キ周圍ノ事情トノ關係ヲ詳ニ觀察スルノ要アルハミナレハナリ

第一 有形上物質ヲ害セントノ意思ニ出テタル場合即チ物件毀損罪

本場合ノ罪ハ第四百十一條及ヒ第四百十二條ノ規定ニ係リ之ヲ構成スルニハ下ノ要素ヲ必要トス(一)堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シテ物件ヲ漂失又ハ荒廢シタルコト(二)家屋其他法律ノ規定シタル物件ニ係ルコト(三)堤防ヲ決潰シ又ハ水閘ヲ毀壞シテ家屋其他法律ノ規定シタル物件ヲ漂失若クハ荒廢スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シテ物件ヲ漂失又ハ荒廢シタルコト

(一)堤防トハ水ノ溢出ヲ防禦スルカ爲メニ造ラレタル凡テノ物件ヲ云フ造
 ラレタル物質ノ土ナルト石ナルト其他ノモノナルトヲ間ハス(二)水閘トハ
 水ヲ導引スルカ爲ニ造ラレタル物件ヲ云フ亦造ラレタル物質ノ何タルヲ
 間ハス(三)決潰ト毀壞トハ共ニ同一義ニシテ水ノ流出スヘキ程度ニ達シタ
 ル損傷ヲ云フ唯目的物ヲ異ニスルカ故ニ文字ヲ異ニシタルノミ(四)家屋建
 造物ヲ漂失スルトハ家屋建造物ヲシテ其土地ニ定着シタル基礎ヲ離レテ
 水中ニ浮ハシメ以テ其原形ヲ亡失セシムルヲ云フ(五)田圃鑿坑牧場等ヲ荒
 廢スルトハ田圃鑿坑牧場等ノ原形又ハ原質ヲ亡失セシメ以テ用ユルニ堪
 ヘサラシムルヲ云フ(六)家屋田圃等ヲ漂失荒廢セシムルハ必シモ堤防ノ決
 潰水閘ノ毀壞ニ依ラスト雖モ法律ハ此方法ニ限ルカ故ニ湖水ノ流出ヲ阻
 害シテ沿岸ノ家屋田圃等ヲ漂失荒廢シタル者ハ第四百十七條以下ニ依ル
 ノ外ナカラン(七)漂失荒廢シタルコトヲ要スルカ故ニ單ニ家屋又ハ土地ヲ
 水中ニ浸シタルニ止マルモノハ未遂犯タルヘシ

第二ノ要素 家屋其他法律ノ規定シタル物件ニ係ルコト 法律ノ規定シタ

ル物件ハ(一)家屋建造物(二)田圃鑿坑牧場等ノ二種トス

一 家屋建造物 (一)家屋ニ付テハ人ノ住居シタルモノト否トヲ分チ(二)建
 造物ハ通常人ノ住居セサルモノナルカ故ニ人ノ住居セサル家屋ニ準ス
 但人ノ住居シタル場合ニ於テハ人ノ住居シタル家屋トス詳細ハ放火失
 火罪ニ於テ説明シタル所ノ如シ

二 田圃鑿坑牧場等 (一)田圃鑿坑牧場皆他人ノ物タルコトヲ要スルカ故
 ニ自己ノ田圃鑿坑牧場等ニ係ルトキハ假令他人カ其上ニ或權利ヲ有ス
 ル場合ト雖モ本罪ヲ構成セス(二)等トアルカ故ニ之ニ類シタル山林等此
 中ニ包含ス

右二種ノ物件ニ限ルカ故ニ建造物ト云フ可カラサル廢屋又ハ柴草肥料等
 ヲ貯フル屋舎及ヒ露積シタル柴草竹木其他ノ財産ニ係ルトキハ第四百十
 七條以下ニ依ルノ外ナシ放火罪ノ規定ト權衡ヲ失スルノ嫌アリ

第三ノ要素 堤防ヲ決潰シ又ハ水閘ヲ毀壞シテ家屋其他法律ノ規定シタル
 物件ヲ漂失若クハ荒廢スルノ意思アルコト (一)單ニ堤防ヲ決潰シ又ハ水

開ヲ毀壞スルノ意思アルノミナラス進テ家屋其他法律ノ規定シタル物件タルコトヲ知リナカラ之ヲ漂失若クハ荒廢スルノ意思アルコトヲ要スルカ故ニ家屋其他法律ノ規定シタル物件ニ非スト信シタルニ家屋其他法律ノ規定シタル物件ナリシ場合及ヒ之ニ反對スル場合ハ第七十七條第三項ノ適用ニ依リ本條又ハ第四百十七條以下ニ該リ漂失若クハ荒廢即チ物質的損害ヲ加フルノ意思ニ非スシテ單ニ他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ル爲メ即チ無形上ノ利益ヲ害シ又ハ之ヲ得ンカ爲メ隨テ單ニ水利ヲ害セントノ意思ニ出テタルトキハ第四百十三條ニ屬シ本罪ヲ構成セス(二)尙ホ本罪ノ意思ノ實行ハ性質上自然力ヲ借リテ行ハルハモノニシテ往々目的物ニ對スル意思ハ不定ナルコトアルモ當然生ス可キ結果ニ對シテハ常ニ其結果ヲ生セシムルノ意思アリトセサル可カラサルコト前ニ詳説シタル所ナリ(三)漂失又ハ荒廢ノ意思アルコトヲ要シ或學者ノ主張スルカ如ク結果犯ニ非ス普通ノ有意犯ナルカ故ニ已ニ此意思ヲ以テ實行ノ端緒ニ臨ミタル後總則第一百十二條ノ條件ヲ具備シタルトキハ第四百十三條(皆重罪

ナルカ故ニ)ニ依リ未遂犯ヲ構成ス可シ

處分ハ(一)人ノ住居シタル家屋ヲ漂失シタルトキハ自己所有ノモノナルト他人所有ノモノナルトヲ分タス無期徒刑ニ處シ(二)人ノ住居セサル家屋建造物ヲ漂失シタルトキ及ヒ田圃礦坑牧場等ヲ荒廢シタルトキハ他人所有ノモノニ限り前者ハ重懲役ニ後者ハ輕懲役ニ處シ自己所有ノモノハ無罪トス此區別ヲ爲ス所以ハ一人ノ生命身体ニモ害ヲ生スルノ恐アルモ他ハ單ニ財產ヲ害スルノミナルニ因ル(放火罪ト同シ)(三)前ニ説明シタルカ如ク有意犯ニシテ何レモ重罪ナルカ故ニ其未遂犯ハ第一百十二條及ヒ第一百十三條ニ依リ各一等又ハ二等ヲ減シテ處斷ス

第二 無形上人ノ利益ヲ害シ又ハ自己ノ利益ヲ圖ラントノ意思ニ出テタル場合(即チ水利妨害罪)

本場合ハ第四百十三條ノ規定ニ係リ前ニ説明シタルカ如ク前二條ト異ル所ハ犯人ノ意思カ堤防ノ決潰水閘ノ毀壞ト云フコトヲ手段トシテ物質ヲ損傷セント欲スルニ在ルカ將タ何等物質上ノ損害ヲ生セシムルノ意思ナク單ニ

水ニ付テ他人カ享有スル所ノ便益ヲ損シ又ハ水ニ付テ享有スヘカラサル便益ヲ不正ニ圖ルコト換言スレハ單ニ水利ヲ妨害スルニ在ルカニ存シ彼ハ放火罪ト同シク水ヲ兇器用語穩當ナラサレトモトシテ物質ヲ害スルノ罪是ハ水ニ依テ享クル所ノ財産上ノ利益ヲ害シ又ハ不正ニ獲得セントスルノ罪タリ

故ニ本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成ス(一)堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シ又ハ其他水利ヲ妨害シタルコト(二)他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ルノ意思即チ水利ヲ妨害スルノ意思アルコト是ナリ左ニ要點ノミヲ説明スヘシ

一 堤防ノ決潰水閘ノ毀壞ハ第四百十一條第四百十二條即チ水ヲ兇器トシテ物質ヲ害スル行爲ニ於テハ犯罪ノ手段ニシテソレ自身物質ヲ害スルノ行爲ニ非サルカ故ニソレノミハ單ニ未遂犯ノ所爲ヲ成形スルニ過キスト雖モ本罪ニ於テハソレ自身他人カ水ニ依テ享クル所ノ便益即チ財産上ノ利益ヲ損シ又ハ水ニ依テ享クル所ノ便益即チ財産上ノ利益ヲ不正ニ獲得スルノ行爲ニシテ亦ソレ自身水利ヲ害スル行爲ナルカ故ニ已遂犯ノ所爲

ヲ成形ス水利妨害罪ノ重ナル一例タル所以ナリ

二 其他水利ヲ妨害スルノ行爲ハ枚擧スルニ勝ヘスト雖モ水車ノ用ニ供スル水ヲ堰キ止メテ其流通ヲ妨ケ隣ノ所有地ニ灌漑スル用水ヲ自己ノ所有地ニ引キ入ルカ如キ其重モナルモノトス

三 意思ニ付テハ他人ノ便益ヲ損シ又ハ自己ノ便益ヲ圖ルノ意思換言スレハ水利ヲ妨害スルノ意思即チ惡意アルコトヲ要ス故ニ假令堤防ヲ決潰シ又ハ水閘ヲ毀壞スルモ堤防又ハ水閘ヲ修繕改築セント欲スルカ若クハ水害ヲ避ケンカ爲ニシタルモノハ罪ヲ構成セス

四 水利ヲ妨害センカ爲メ堤防ヲ決潰シ又ハ水閘ヲ毀壞シタル結果人ノ住居シ若クハ住居セサル家屋建造物又ハ田圃礦坑牧場等ヲ漂失荒廢セシメタル者ノ處分如何前ニ説明シタル如ク其漂失荒廢カ當然避ケ得ヘカラサルモノニシテ犯人ノ之ヲ知レル場合ニ於テハ之ヲ漂失荒廢セシメントノ不定ノ意思アルモノナルカ故ニ本罪ト第四百十一條第四百十二條ノ罪トノ數罪俱發ヲ以テ論スヘク之ニ反スルトキハ本罪ト第四百十四條ノ罪ト

ソ數罪俱發ヲ以テ論ス可シ
 乙 無意ノ場合ニ是レ第四百十四條ノ規定ニ係リ(一)法條ノ位地ト水利ノ妨害
 モ亦水害ノ一ナラズト云フコトヲ得ストノ點ヨリ觀察スレバ茲ニ所謂水害ヲ
 起シタル者トハ水利ノ妨害ヲ生セシメタル者ヲモ包含スルモノ、如シト雖モ
 通常水害テフ文字ハ水ニ因テ物質上ノ損害ヲ生シタル場合ニノミ用ユルノ語
 ナルト失火ノ例ニ照シテ處斷スルアリテ失火ノ處分ハ家屋財產(有形物)ニ損害
 ヲ生シタル場合ニ限ルトニ依テ之ヲ觀レハ過失ニ依テ出水セシメ因テ人ノ家
 屋財產ヲ損害シタル場合ヲ云フモノニシテ無形上ノ水利ノミヲ害シタル場合
 ヲ包含セス(二)然ラハ其所謂財產ハ凡テノ動產不動產ヲ含ムヤ將タ第四百十一
 條及ヒ第四百十二條ニ列記シタルモノニ限ルヤ又其損害ハ凡テノ損害ヲ含ム
 ヤ將タ漂失荒廢ニ限ルヤ失火ノ例ニ照シテ處斷スルモノナルト同時ニ彼ノ燒
 燬ハ是ノ漂失荒廢ニ當ルニ依テ之ヲ觀レハ財產ハ凡テノ動產不動產ヲ含ミ、
 損害ハ漂失荒廢ニ限ルモノトス(三)失火ノ例ニ照シテ處斷スルカ故ニ物ノ輕重
 大小ヲ問ハス貳圓以上貳拾圓以下ノ罰金ニ處シ依テ人ヲ殺傷シタル場合ハ本

第三款 船舶ヲ覆没スル罪

罪ト過失殺傷罪トノ數罪俱發ヲ以テ論ス可キコト失火罪ニ於ケルカ如シ
 本罪ノ規定即チ第四百十五條及ヒ第四百十六條ノ規定ハ極メテ簡單ナルカ故
 ニ重ナル點ノミヲ説明ス可シ
 一 (一)衝突其他ノ所爲トアルカ故ニ船舶ニ發砲シ又ハ水雷艇若クハ水雷火ヲ
 放チ若クハ船體ニ穴ヲ穿ツ等荷モ之ニ依テ船舶ヲ覆没セシムルニ足ル可キ
 モノハ皆包含ス(二)船舶トアリテ大小形狀ヲ問ハサルカ故ニ荷モ船舶タル以
 上ハ如何ナル小船ト雖モ尙ホ本罪ヲ構成ス(三)覆没トハ轉覆及ヒ沈没ノ義ナ
 リ轉覆若クハ沈没ニ限ルカ故ニ暗礁又ハ淺瀬ニ乗り上ケ船體遂ニ用ヲ爲サ
 ルニ至ルモ未遂犯トシテハ格別已遂犯トシテハ本罪ヲ構成セス(四)衝突其
 他ノ手段ヲ以テ船舶ヲ覆没セシムルノ意思アルコトヲ要ス
 二 處分ハ放火又ハ決水罪ニ於ケルカ如ク一ノ區別ヲ爲シ(一)人ヲ乘載シタル
 船舶ニ對スルトキハ犯人ノ所有ニ屬スルト否トヲ問ハス船中ニ死亡者アリ
 タルトキハ死刑ニ處シ死亡者ナキトキハ無期徒刑ニ處ス(二)人ヲ乘載セサル

船舶ニ對スルトキハ財産ニ對スル罪ノ性質上特別ノ明文ナキトキハ他人ノ所有物ニ限ラサル可ラサルカ故ニ他人ノ所有物ニ係ル場合ニ限り輕懲役ニ處シ犯人ノ所有ニ係ルトキハ假令他人ノ物件ヲ乘載シタル場合ト雖モ第四百十七條以下ノ犯罪トナルハ格別本罪ヲ構成セス

三 (一)第四百五條モ亦船舶ヲ目的トスト雖モ彼ハ燒燬ノ場合ヲ規定シ是ハ覆沒ノ場合ヲ規定ス故ニ燒燬ノ場合ニ於テハ假令之ニ因テ覆沒ノ結果ヲ生スルモ彼ニ屬シテ是ニ屬セス(二)第六十九條モ亦船舶ヲ覆沒シタル場合ヲ規定スルモ彼ハ因テトアリテ他ノ犯罪ニ附隨シタル當然ノ結果タル場合ヲ規定シ是ハ始ヨリ覆沒セシムルノ目的アル場合ヲ規定スルカ故ニ彼ト是トハ始ヨリ覆沒セシムルノ目的アリシト否トヲ以テ區別スヘシ

第四款 家屋物品ヲ毀壞シ及ヒ動植物ヲ害スル罪

本罪ハ第四百十七條乃至第四百二十四條ノ規定ニ依リ財物ヲ毀損スル罪ノ最モ尋常ナルモノトス然レトモ法律カ包括的ノ規定ヲ設ケスシテ種々拘子旋木

的ノ規定ヲ設ケ以テ著シク裁判官ノ自由ヲ羈束シタルハ他ノ規定ト共ニ贊成スヘカラサル所トス

本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成ス(一)毀壞其他法律ノ規定シタル所爲ヲ爲シタルコト(二)家屋建造物其他法律ノ規定シタル物件ニ係ルコト(三)他人ノ利益ヲ害スル意思アルコト是レナリ

第一ノ要素 毀壞其他法律ノ規定シタル所爲ヲ爲シタルコト 毀壞ノ外法律ノ規定シタル所爲ハ毀損毀棄滅盡屠殺移轉ノ五トス

一 毀壞 毀トハ凡テ有形的物ノ實質ヲ傷害スルコトヲ壞トハ人力又ハ自然力ニ依テ結合セラレタル物件ヲ強テ解放スルコトヲ云フ故ニ茲ニ毀壞トハ例ヘハ家屋若クハ建造物ノ家根又ハ家屋ニ屬スル牆壁等ヲ破損スル等人力又ハ自然力ニ依リテ組成セラレタル物件ノ一部又ハ全部ヲ強テ解放シ以テ之ヲ傷害スルコトヲ意味シ夫ノ白堊ニ墨ヲ塗り又ハ屋壁ニ落書ヲ爲シテ家屋若クハ建造物又ハ牆壁ノ實質ヲ汚損シタルカ如キ物ノ實質ヲ解放シテ傷害セサルモノハ之ヲ包含セス

- 二 毀損 損トハ毀ヨリモ廣ク凡テ有形又ハ無形ノ損害ヲ物ノ實質ニ加フルコトヲ云フ故ニ茲ニ毀損トハ植物ヲ引抜キ、伐仆シ、毀傷シ又ハ其生活力ヲ害スル等凡テ有形又ハ無形ニ物ノ實質ヲ害スルコトヲ云フ
 - 三 毀棄 棄トハ廢棄シテ其用ヲ失ハシムルコトヲ云ヒ毀棄トハ諸般ノ器具ヲ破損シ若クハ證書類ヲ引裂クカ如キ有形的ニ物ノ實質ヲ傷害シ又ハ記載ノ事項ヲ塗抹シテ證書ノ效用ヲ失ハシムルカ如キ無形上物ヲ廢棄シテ其用ヲ失ハシムルコトヲ云フ
 - 四 滅盡 トハ證書ヲ火中スルカ如キ物ヲ滅却シテ其形體ヲ留メサラシムルヲ云フ
 - 五 屠殺 殺スコトヲ要シ殺スノ意思アルコトヲ要ス故ニ始ヨリ單ニ傷害セントノ意思アルニ過キサルモノハ之ヲ包含セス
 - 六 移轉 トハ物ノ所在ヲ變更セシムルヲ云フ
- 第二ノ要素 家屋建造物其他法律ノ規定シタル物件ニ係ルコト 家屋建造物ノ外法律ノ規定シタル物件ハ家屋ニ屬スル牆壁及ヒ園池ノ裝飾又ハ田圃ノ

樊園、牧場ノ柵欄、稼穡、竹木其他需用ノ植物、土地ノ經界ヲ表シタル物件、器物、牛馬其他ノ家畜及ヒ權利義務ニ關スル證書ノ六種トス

- 一 家屋其他ノ建造物 家屋建造物ノ何タルヤハ更ニ説明ヲ要セス(一)人ノ家屋建造物トアリテ他人ノ所有ニ係ルコトヲ要ス故ニ自己ノ所有ニ係ルトキハ屢々説明シタルカ如ク假令他人カ其上ニ質權、抵當權若クハ賃借權等ヲ有スル物ト雖モ本罪ヲ構成セス(二)家屋又ハ建造物ニ附着シテ之ト一體ヲ成セル造作ハ固ヨリ家屋建造物ノ一部タルヘシト雖モ夫ノ疊建具等家屋又ハ建造物ニ附屬スルモノニ附着シテ一體ヲ成サ、ルモノハ家屋又ハ建造物ノ一部トナルコトヲ得ス
- 二 人ノ家屋ニ屬スル牆壁及ヒ園池ノ裝飾又ハ田圃ノ樊園、牧場ノ柵欄 (一)家屋ヲ組成スル牆壁ハ家屋ノ一部ニシテ之ニ對スル行為ハ家屋ニ對スルモノナルカ故ニ茲ニ家屋ニ屬スル牆壁トハ家屋自體ニ非スシテ之ニ屬スル牆壁即チ家屋ノ外部ニ在ル牆壁ノ類ヲ云フ(之ト一體ヲ成セル門扉亦之ヲ包含ス)牆壁トノミアリテ其物質ヲ限ラサルカ故ニ生垣、竹垣ノ如キ尙ホ

之ヲ包含ス家屋ニ屬スル牆壁トアリテ建造物ヲ云ハスト雖モ畢竟省略シテ家屋ノ内ニ包含セシメタルモノトス(二)園池ノ裝飾トハ庭石燈籠等土地ニ定着シテ園池ノ裝飾ヲ爲セルモノヲ云フ(三)田圃ノ樊園牧場ノ柵欄トノミアリテ他ノ法條ト異リ等ノ字ナキハ恐ラク欠文ニシテ此文字ナキカ故ニ例ヘハ家屋又ハ建造物ナキ運動場ノ外園山林又ハ養鶏場等ノ樊園柵欄ニ對スルモノハ第四百十八條ヲ以テ論スルノ限ニアラス

三 稼穡竹木其他需用ノ植物 (一)稼穡トハ凡テノ耕作物ヲ意味ス(二)竹木トハ特ニ殖産其他研究等ノ爲ニ培養セラル、物ノミヲ云フヤ將タ庭前ノ竹木ヲモ包含スルヤハ需用ノ解釋如何ニ因テ定マル若シ之ヲ以テ雜草荆棘等ト區別センカ爲ノ語ニ過キストセハ庭前ノ竹木ト雖モ尙ホ之ヲ含ミ殖産其他研究ノ爲メ特ニ培養シタル植物ヲ意味シ一般裝飾又ハ娛樂ノ爲ニ植付ケタル植物ト區別センカ爲ノ語ナリトセハ庭前ノ竹木等ハ之ヲ含マズ稼穡ト對向セシメアルト雜草荆棘ト區別スル爲トスレハ故ラニ需用ト云フカ如キ文字ヲ用ユルノ必要ナキトニ依リ後者ノ意義ニ解釋スヘク所謂竹木ハ殖産其他研究ノ爲メ等格別ニ培養セラル、モノヲ意味スルモノト信セラル

四 土地ノ經界ヲ表シタル物件 (一)土地ノ經界トアリテ水上ノ經界ヲ含マサルカ如シト雖モ水上ノ經界ハ同時ニ土地ノ經界ナルカ故ニ之ヲ包含ス(二)單ニ物件トアルカ故ニ土手ノ如キ移轉スヘカラサルモノヨリ一片ノ標木マテヲ包含ス毀壞ト移轉ノ文字アル所以トス

五 器物 通俗ノ意味ニ於テハ疊衣類夜具文書盆栽又ハ動物等ヲ包含セスト雖モ茲ニ所謂器物トハ此ニ規定セラレサル凡テノ動産ヲ意味スト云フニ解釋一致ス

六 牛馬其他ノ家畜 牛馬ニ付テハ説明ヲ要セス其他ノ家畜トハ豕羊犬猫兔鷄等人ニ賴ラズンハ生活スルコト能ハサル動物ヲ云ヒ臨時見世物トスルカ爲ニ飼養スル象虎猿等ノ如キハ所謂器物ノ中ニ入ルヘク茲ニ包含セスト信ス

七 權利義務ニ關スル證書類 第二百十條第一項ニ於テ説明シタル如ク權

利義務ヲ説明スルノ目的ヲ以テ作製セラレタル一切ノ書類ヲ云フ故ニ書翰帳簿又ハ一個人カ有スル官ノ辭令書等ハ亦所謂器物ノ中ニ入ル可キモノトス

以上列擧スル所ノ物件ニ限ルコトヲ要ス故ニ此以外ノ物ニ係ルトキハ本罪ヲ構成セス而シテ法律ノ規定ニ極メテ粗雜ナルカ故ニ遺漏甚ク多ク枚擧ニ違アラズ到底修正ヲ免レサル規定トス

第三ノ要素 他人ノ利益ヲ害スルノ意思アルコト 此意思ヲ要スルハ財産ニ對スル罪タルカ故ナリ(一)之ヲ要スルカ故ニ例ヘハ好意ニテ隣家ノ墻壁ヲ修繕センカ爲メ之ヲ毀損シ又ハ他人ノ樹木ニ手入ヲ爲サンカ爲メ其枝ヲ伐リ拂ヒタルカ如キハ本罪ヲ構成セス(二)然レトモ茲ニ所謂他人ノ利益ヲ害スルノ意思トハ他人ノ損害ト爲ル可キコトヲ知リナカラテ法律ノ豫見シタル行為ヲ爲スノ意思アルコトヲ意味シ必シモ他人ノ損害ヲ希望スルコトヲ要セザルカ故ニ例ヘハ自家ノ室内ニ光線ヲ引カンカ爲メ隣家ノ樹木ヲ切透カシタルカ如キハ當然有罪トス(三)土地ノ經界ヲ表シタル物件ニ關スル所爲ニ

人或ハ經界ヲ不明ナラシムルノ意思アルニ非スンハ罪ヲ構成セスト雖モ法律ハ此意思ヲ要スルコトヲ規定セザルノミナラス假令物件ヲ毀壞シ又ハ移轉スルモ經界ヲ不明ナラシムルノ實責罰ノ價值アルヘキモノナルカ故ニ此罪ニ付テモ亦單ニ

情ヲ知リ意ヲ以テスルノミヲ以テ足レリト確信ス處分ニ付テハ要點ノミヲ説明ス可シ(一)家屋ニ付テ放火罪及ヒ決水罪ニ於テハ人ノ住居シタル家屋ニ對スル場合ト否トヲ分チ人ノ住居シタルトキハ放火罪ニ於テハ死刑ニ處シ決水罪ニ於テハ無期徒刑ニ處スト雖モ本罪ニ於テハ管ニ之ヲ分タサルノミナラス人ヲ死傷ニ致シタル場合ニノミ限リ毆打創傷ノ各本條ニ照シテ重キニ從フ畢竟行為ヨリ生スル危險ノ程度ニ着目シテ斟酌シタルモノナル可シ(二)第四百十八條第四百十九條及ヒ第四百二十一條等ニ又ハトアリテ裁判官ニ刑ノ選擇ヲ許シタルハ目的物ノ價值ニ大ナル懸隔アリテ上千金ヲ價スルモノヨリ下ハ數錢ニモ値セサルモノアルカ故ナリ(三)經界ヲ表シタル物件ヲ毀壞又ハ移轉シタル者ノ刑比較的ニ重キハ被害小ナラサルニ因ル(四)牛

ス
9

谷則畢

七六四

馬以外ノ家畜ヲ殺シタル罪ヲ親告罪トシタルハ草案者ノ説明スルカ如ク犯罪ノ輕微ナルト舉證ノ困難ナルトニ因ルト云フニ在ラン

第四編 違警罪

違警罪ハ學理上ノ研究トシテハ多少ノ趣味アルモノナレトモ解釋上ノ研究トシテハ格別ノ必要ナキモノナルカ故ニ特別ノ研究ニ讓ル

三三二

