

而ルニ現行法ニ妾ノ文辭ヲ見ス單ニ有夫ノ婦ト規定シタルヨリ推考スルモ妾ニハ本條ヲ適用スヘカラサルヲ知ルヘシ

本條ハ「相姦者即チ姦夫ヲ姦婦ト同シク罰セリ是レ姦夫ヲ以テ姦婦ノ共犯ト爲シタル者カ曰否若シ之ヲ共犯トスルノ法意ナル時ハ特ニ「其相姦スル者亦同シ」ト規定スルノ要ナク直チニ總則ヲ適用シテ可ナルヘキニ其然ラサルハ之ヲ共犯ト爲サ、ルニ由ル凡ソ共犯トハ數人一罪ニ參與シタルヲ謂フ今夫レ有夫姦ノ罪ニ對シテ夫姦ハ毫モ參與ノ事アルヲ見ス何トナレハ此罪ハ婦カ夫ニ對シテ貞操ヲ破リ借老ノ約ニ背キタルニヨリ成ルモノナレトモ男ハ他ノ婦ト通スレハトテ借老ノ約ニ背キタルニ非ス又貞操ヲ破リタルニモ非スシテ其所爲ハ全ク姦婦ノ所爲ト別箇ニ屬スレハナリ例ヘハ此罪ハ尙ホ密賣淫罪ノ如シ密賣淫罪ハ淫ヲ鬻ク者ト淫ヲ買フ者ト相待チテ成立スルトハ恰モ此罪

ニ似タリト雖モ法律ハ二箇特立ノ所爲ト爲シ之ヲ共犯ト爲サ、ルノミナラス淫ヲ買フ者ハ之ヲ罰セス法律既ニ姦夫ノ所爲ヲ共犯トセス是レ「相姦」云々ノ規定ヲ必要トスル所以ナリ若シ此規定ナシトスレハ姦夫ノ所爲ハ密賣淫罪ノ淫ヲ買フ者ニ於ケルカ如ク之ヲ無罪トセサル可カラサルニ至ル何トナレハ若シ之ヲ他ノ姦淫罪ト爲サン歟姦婦ハ必スヤ十二歳以下ニアラサルヘク而シテ姦夫ニハ暴行脅迫ノ所爲アルニアラスシテ全ク姦婦ノ承諾ヲ得テ通シタルモノナレハ他ノ姦淫罪トシテ之ヲ罰スルヲ得サレハナリ

有夫姦ハ直接ノ被害者ハ本夫ナリ然レトモ本夫ハ事ノ社會公衆ニ發露スルヲ恐レ敢テ告訴セサルニ檢事直チニ公訴ヲ提起スルヲ得ルトスレハ本夫ヲ害スルト鮮カラス是レ此罪ノ告訴權ヲ本夫ニ專屬セシメタル所以ナリ

「姦通ヲ縱容シタル者」云々。縱容トハ如何、曰ク最初ヨリ婦ノ姦通ヲ爲シタルトチ知リツ、之ヲ容赦シ置キタルトチ謂フ、何故ニ縱容ノ事實アレハ本夫ハ姦婦姦夫ヲ告訴スルモ其効ナキヤ曰ク本夫婦ノ姦通ヲ爲サントスルトチ知リテ之ヲ咎メス若クハ之ヲ妨ケスシテ遂行セシメ後ニ至リ告訴シテ以テ其罪ヲ論スルヲ得ルトセハ甚ダ暴ト謂ハサルヲ得ス是レ縱容スレハ告訴ノ効ナシト規定シタル所謂ナリ、此文辭ヲ佛文草案ニ徵スルニ該草案ニハ明瞭ノ文辭ヲ用井タリ曰ク「夫カ婦ノ姦通ヲ教唆シ又ハ容易ナラシメタル時ハ告訴ノ効ナシ」ト蓋シ草案ニ據レハ所謂告訴ノ効ナキ場合廣クシテ爲メニ姦婦姦夫免レテ罪ナキト甚ダ多キニ至ル例ヘハ夫貧困ニ陥リテ婦ヲ藝妓ト爲シタル時或ハ夫其婦ノ姦通ヲ容サ、ルモ婦ヲシテ猥褻ノ場所ニ出入セシメテ毫モ之ヲ咎メサル時ハ夫ハ婦ノ姦通ニ對シテ告訴スルモ其効ナシト謂

ハサル可カラス何トナレハ夫ハ婦ノ姦通ヲ容易ナラシメタルヲ以テナリ然レモ此等ノ所爲ヲ姦通ニ問ハスハ婦ノ亂行至ラサル所ナカラシ故ニ縱容ノ文辭ハ草案ノ如ク廣ク解スヘカラサルナリ
 婚姻解除ニ關シ攻究ヲ要スル一疑問有リ、個ハ本夫姦婦ヲ告訴セサル前ニ死去シタル時、若クハ姦通罪ノ公訴提起中本夫死シタル時ニ生ス可キ問題ニ非ス夫レ告訴前ニ本夫死去スレハ此罪ヲ告訴スルモノ無ク告訴スルモノ無ケレハ此罪ヲ治スルヲ得サルナリ又公訴提起ノ後ニ本夫死去スルモノ之ヲ告訴ノ拋棄ト見ルトチ得ス而シテ既ニ一言シタルカ如ク我刑事訴訟法ノ規定ニヨルニ親告罪ハ被害者ノ告訴以前既ニ犯罪ハ成立シ只公訴權コ、ニ停止スルモノナルヲ以テ一旦其告訴アリ其公訴提起アリタル場合ハ本夫死去スレハトテ公訴權消滅スルト無ク依然トシテ社會ハ公訴權ヲ有ス故ハ此場合ニハ繼續シテ姦

婦ノ罪ヲ治スルヲ得ヘシ然ラハ則チ問題ハ左ノ場合ニ生スヘシ曰ク姦婦死去ノ後本夫ハ姦夫ニ對シテ有効ニ告訴スルヲ得ルカ左ニ之ヲ決定スヘシ

姦婦死去ノ後本夫ハ姦夫ニ對シテ有効ニ告訴スルヲ得ルカ曰ク本夫ハ有効ニ姦夫ヲ告訴スルヲ得ヘシ、說者或ハ云ク姦通罪ハ姦夫姦婦相待チテ生スルモノナレハ姦夫ノ所爲ヲ糺セハ必ス姦婦ノ所爲ヲモ證明セサルヲ得ス故ニ姦婦死去ノ後姦夫ヲ有効ニ告訴スルヲ得ルトスレハ其結果死者ニ姦通ノ汚名ヲ蒙ラシムルニ至ル蓋シ死者若シ亂行無シトスレハ死者ハ自ラ辯護スルヲ得サルニヨリ其冤枉ヲ伸ヘ其汚名ヲ去ルヲ得ス、死者若シ亂行アリトスルモ是レ確定判決ヲ受ケテ死去シタル者ニアラサレハ法律上無罪ノ人トス無罪ノ人ヲ以テ直接間接ニ姦通アリト爲スハ甚ダ不法ノ事ト謂ハサルヲ得サレハ

ナリ故ニ姦婦ノ死去シタル時ハ其姦婦ニ對シテハ勿論生存セル姦夫ニ對シテモ亦之ヲ告訴スルヲ得スト、此說ハ佛國刑法ニ於テ既ニ大ニ議論アリシ所ニシテ延テ以テ我刑法ニ及ホシタルナリ予曰ク此說モ亦深ク考ヘサル者ナリ凡ソ犯罪ハ犯者以外ノ人ノ死去ニ因テ消滅スル者ニアラス彼ノ共犯ノ如キ一個ノ罪ヲ數人分擔シテ犯シタル場合ニ於テモ一共犯人ノ死去ニヨリテ他ノ共犯人ノ犯罪ヲ消滅セシムルヲ得ス況ヤ姦夫ノ罪ト姦婦ノ罪トハ獨立シテ一罪ヲ成スニ於テチヤ其姦婦ノ死去ニヨリ姦夫ノ犯罪ヲ消滅セシムヘキモノニアラサルヤ明ナリ且姦通ノ罪ハ姦夫姦婦相待タスシテ成立スルヲ有リ例ヘハ有夫ノ婦タルヲ知ラスシテ相通シタル男子ハ姦通犯罪者タラス又自己ノ良人ト誤信シテ他ノ男子ト交接シタル婦ハ姦通犯罪者タラス而シテ前者ハ婦ニ罪アリ後者ハ男子ニ罪アリ此ノ如ク姦通罪ハ姦夫

ノ罪ト姦夫ノ罪トハ各獨立シテ成立スルヲアレハ姦婦ノ死ヲ以テ姦夫ノ罪ヲ消滅セシムルヲ得サルハ際トシテ火ヲ睹ルカ如シ是故ニ姦夫ニ對シテ有効ニ告訴スルヲ得ルトスレハ既ニ死シタル婦ノ名譽ヲ傷フノ恐レアリト雖モ此恐アルカ爲メニ獨立シテ存在スル姦夫ノ罪ヲ消滅セシムルヲ得スト論セサルヘカラス

第三百五十四條

配偶者アル者重ネテ婚姻ヲ爲シタル時ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

本條ハ重婚罪ヲ規定ス、重婚罪ハ夫又ハ妻カ他ノ男又ハ女ト重ネテ結婚スルノ所爲ナリ、我國ハ古來一夫一妻ノ制度ニシテ男カ妻アルニモ拘ハラズ他ノ女ト婚シ女カ夫アルニモ拘ハラズ他ノ男ト婚スルハ共ニ許サ、ル所ナリ我國夫ハ妾ヲ蓄ヘテ罪ナキニヨリ外人往々我國ニ

一夫多妻ノ制度ヲ存スト評スル者アリ是レ實際ヲ知ラサルノ說ナリ妾ハ正妻ニ非ス唯所謂召使ヒト稱スヘキ者ニシテ法律上毫モ權利ヲ有セサルナリ

我國ノ制度ハ一夫一妻ナリ故ニ一夫多妻若クハ一婦數夫ノ兇者アラハ我國ノ秩序ヲ紊リ風俗ヲ壞ルヲ以テ之ヲ罰セサル可カラス是レ本條ノ設アル所以ナリ夫レ此ノ如ク本條ノ罪ハ秩序ヲ紊リ風俗ヲ壞ルトイフ點ヨリ之ヲ罰シタル者トス即チ之ヲ公益ニ關スル罪ノ中ニ規定スルヲ以テ適當ノ順序ト思惟ス

此罪ハ前條ノ罪ト大ニ其趣ヲ異ニスルモノ有リ(一)此罪ハ親告罪ニアラス(二)此罪ハ相婚者即チ一夫ヲ有セル者ノ夫トナリシ者又ハ一妻ヲ有セル者ノ妻トナリシ者ヲ罰セス其親告罪トセサルハ此罪ノ公益ニ關スルヲ大ナルカ故ニシテ敢テ批難スルニ足ラスト雖モ相婚者ヲ罰

セサルハ其理由ヲ發見スルヲ得ス例ヘハ爰ニ甲男アリ乙女ノ人ノ妻タルヲ知リツ、之ヲ娶リタルキ乙女ハ罰セラレテ甲男ハ罰ヲ受ケス豈不權衡ニ非スヤ

此罪ハ繼續犯ナリヤ又ハ即時犯ナリヤトヘハ某夫アリ某女ト重婚シ十年間同居シタリ若シ繼續犯トスレハ之ヲ公訴スルヲ得若シ即時犯トスレハ既ニ公訴ノ時効ヲ經過シタルニヨリ之ヲ論スルヲ得スト謂ハサル可カラス知ラス何レニ決ス可キカ予ノ思考スル所ニ據レハ此罪ハ純乎タル即時犯ナリトス其夫妻ノ關係ノ綿々相繼續スルハ唯重婚罪ノ結果ノ繼續スルモノニシテ犯罪其物ノ繼續スルニハアラス

第十二節 誣告及ヒ誹毀ノ罪

第三百五十五條 不實ノ事ヲ以テ人ヲ誣告シタル者ハ第二百

二十條ニ記載シタル偽證ノ例ニ照シテ處斷ス

本條以下二條ハ人ノ名譽ヲ害スル犯罪ニシテ誣告ノ所爲ヲ規定ス誣告トハ不實ノ事ヲ以テ人ヲ官ニ告訴又ハ告發スルヲ謂フ此罪ヲ成スニハ左ノ三條件ヲ具備スルヲ要ス

- 第一、告訴告發アルヲ要ス
- 第二、告訴告發ヲ相當官吏ニ爲スヲ要ス
- 第三、事ノ讒誣ニシテ惡意アルヲ要ス
- 第一、告訴告發アルヲ要ス

本條ニ第二百二十條ニ記載シタル偽證ノ例ニ照シテ處斷ストアリ偽證罪ハ既ニ見タルカ如ク證人カ裁判所ニ於テ重罪輕罪違警罪ニ付キ虛偽ノ陳述ヲ爲シタル所爲ナリ本條ハ即チ其例ニ照シテ處斷スルカ故ニ本條件ニ於ケル告發又ハ告訴モ犯罪即チ重罪輕罪違警罪ニ付キ

爲スモノナルヲハ多言ヲ要セスシテ之ヲ知ルヘシ而シテ告訴告發ハ
 刑事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ爲スヘキトモ亦辯解セスシテ之ヲ知ルヲ
 得(刑事訴訟法第四十九條乃至第五十五條)本條ニハ「不實ノ事ヲ以テ」云
 々ト有リ語簡ニシテ而モ意甚廣キニ似タリト雖モ上ニ述ヘタルカ如
 ク僞證ノ例ニ照シテ處斷スルヲ以テ犯罪ニ關シタル事ニアラサレハ
 此文辭ニ包含セサルナリ故ニ某官吏ノ職務上ノ過失ヲ擧ケテ長官ニ
 讒言シタルカ如キハ所謂誣告トナラス要スルニ誣告罪ヲ成スニハ人
 ニ對シテ讒言シタルノミニテハ罪トナラス刑事訴訟法ノ規定ニ從ヒ
 告訴告發ヲ爲シタルヲ要スルナリ

第二、告訴告發ヲ相當官吏ニ爲スヲ要ス

告訴告發ハ相當官吏即チ刑事訴訟法ニ從ヒ告訴告發ヲ受理ス可キ職
 權アル官吏ニ爲スヲ要ス告訴告發ヲ受クル職權アル官吏トハ刑事

訴訟法第四十六條第四十七條第四十八條ニ列舉セル檢事又ハ司法警
 察官ヲ謂フ是故ニ一般ノ官吏トヘハ大藏大臣農商務大臣等ニ告訴
 告發ヲ爲スモ罪ヲ成サス判事ニ對シテ之ヲ爲スモ亦然リトス巡查ニ
 對シテ之ヲ爲シタルキハ如何曰ク巡查ハ刑事訴訟法ノ規定ニ據ルニ
 司法警察官ニ非サレハ是レ亦罪ヲ成サス但シ巡查ヲ告訴告發ノ取次
 人ト爲シタル時ハ此限ニ在ラス爰ニ一疑問アリ脱税ノ廉ヲ以テ收税
 官ニ告發シタル者ハ告發ノ效アリヤ之ヲ換言スレハ收税官ハ告發ヲ
 受クルノ職權アルカ曰ク佛國ニテハ收税官ハ司法警察官ノ職權アリ
 我國ニテハ收税官ヲ以テ司法警察官トスルノ明文アルヲ見ス例ヘハ
 彼ノ間接國稅犯則者處分法ヲ見ルニ間稅官吏ハ間接國稅ノ犯則ニ關
 シ搜查證憑集取臨檢證人訊問等ハ殆ト他ノ司法警察官ト異ルヲ無シ
 然レモ犯則者ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ告發スルノ職務アリテ自ラ告發

ヲ受クルノ職權無シ同犯則者處分法第十二條是ヲ以テ收稅官ハ告發
ヲ受クル權ナク從ヒテ之ニ對シテ告發スルモ誣告罪ヲ成サ、ルナリ

第三、事ノ讒誣ニシテ惡意アルヲ要ス

官ニ告訴告發シタル事件若シ事實ナル時ハ誣告罪ヲ成サス夫レ犯罪
ニヨリテ害ヲ受ケタル者ハ何人ニテモ告訴ヲ爲スヲ得又假令害ヲ
受ケサルモ告發ヲ爲スヲ得是レ法律ニ於テ明ニ吾人ニ賦與シタル
權利ナリ吾人權利ヲ實行ス何ソ犯罪トナルノ理由有ランヤ故ニ事ノ
必ス讒誣即チ不實ナルヲ要シ從ヒテ被告人ハ事實ヲ證明シテ以テ無
罪トナルヲ得ヘシ此點ハ誹毀罪ト大ニ異ル所アリ(第三百五十八條)
人ヲ誣告スルノ意思換言スレハ惡意ヲ以テ告訴告發シタルニ非サレ
ハ罪トナラス詳言スレハ惡意ナク人ヲ告訴告發スルモノハ其過失ノ
點ヲ罰スルハ立法上或ハ之ヲ可トスルヲ得サルニ非サレレ之ヲ誣告

罪トシテ重ク罰スヘキニアラサルナリ

本條ニ「偽證ノ例ニ照シテ處斷ス」ト有リ是レ誣告罪ハ偽證罪ニ科スル
刑ヲ以テ之ヲ罰ストイフヲナリ即チ誣告罪ハ偽證罪ト同刑ニテ罰ス
トイフトニシテ決シテ誣告罪ハ偽證罪ト同性質ナリトイフニ非ス何
故ニ二罪同刑ヲ科スルヤ曰ク偽證罪ハ裁判所ニ於テ宣誓シ而シテ虛
偽ノ證言ヲ爲スモノナレハ此點ヨリ見レハ偽證ノ罪タル誣告ヨリ重
クシテ同一ノ刑ヲ科スヘカラサルニ似タリ然レモ誣告ハ裁判所ヨリ
召喚ヲ受ケス自ラ進ミテ虛欺ノ事ヲ訴出ツル者ナレハ此點ヨリ云ヘ
ハ誣告ノ惡意ノ度ハ偽證ヨリ重シト謂フヲ得ヘシ是レ二罪殆ト輕重
ノ度ヲ均フシ從ヒテ之ニ同刑ヲ科スル所以ナリ

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

誣告ノ所爲ハ其及ホス所ノ結果甚大ナリ被誣告者ハ爲メニ刑事ノ被
告人ト爲リ裁判所ハ無罪ノ事件ニ付キ徒ニ審理ヲ爲ス等ノ害アルヲ
以テ法律ハ此罪ニ付キ自首ヲ誘導スルヲ甚々切ナリ是レ通常自首ハ
減等ナレモ本條ハ之ヲ免刑ト爲シタル所以ナリ

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

本條ハ簡明ナレハ講說セス

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

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

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

本條以下三條ハ誹毀ノ罪ヲ規定ス亦前數條ト同シク人ノ名譽ヲ害ス
ル所爲ヲ罰スルナリ人ノ名譽トハ人カ社會ニ對シテ有スル所ノ榮譽
ヲ謂フ

誹毀ハ之ヲ受クルノ人ニヨリテ其名稱ヲ異ニス皇室ニ對スル誹毀ハ
之ヲ不敬ト謂ヒ官吏ニ對スル誹毀ハ之ヲ侮辱ト謂フ其名已ニ異リ其
刑亦同シカラス然レモ誹毀ノ性質ハ則チ一ナリ

此罪ニハ事實上難問ヲ生スルヲ甚々多シ大ニ諸君ノ注意ヲ請フ所ナ
リ

誹毀罪構成ノ條件左ノ如シ

第一、惡事醜行ヲ以テ人ノ計算ニ加ヘタルヲ要ス

第二、惡意アルヲ要ス

第三、公ノ方法ヲ以テシタルヲ要ス

第一、惡事醜行ヲ以テ人ノ計算ニ加ヘタルヲ要ス

本條ニハ惡事醜行ヲ摘發シ云々トアリ而ルニ予ハ本條件ニ其文辭ヲ用キスシテ惡事醜行ヲ以テ人ノ計算ニ加ヘタルヲ要スト云ヒタルハ法律ノ文辭鹵莽ニシテ直チニ構成條件トシテ之ヲ掲グルヲ得サルヲ以テナリ夫レ誹毀罪ハ特定ノ人ニ對シ特定セル惡事醜行ヲ以テ誹毀シタルニ非サレハ之ヲ罪トスルヲ得ス換言スレハ漠然タル事ヲ以テ漠然タル人ニ對シテ誹毀スルモ罪ヲ成サス例ヘハ辯護士中ニ詐欺取財ヲ爲ス者アリトイフモ衆多ノ辯護士中其何人ニ對シテ誹毀シタルカ固ヨリ之ヲ知ルヲ得ス故ニ特定ノ被害者ナシ特定ノ被害者ナ

キニ誹毀者ヲ罰スルハ不法ト謂ハサル可カラス又例ヘハ甲乙ニ對シ汝ハ馬鹿ナリト云ヒタルカ如キ是レ特定ノ人ニ對シテ發シタル言語ナリト雖モ特定ノ惡事醜行ニ非ス何トナレハ馬鹿トハ人ノ心意上ノ批評ニシテ一定シタル行爲ニアラサレハナリ故ニ乙ハ多少損害ヲ受クルヲ有リトスルモ甲ハ乙ノ惡事醜行ヲ摘發シタリトイフヲ得サレハ之ヲ本條ノ罪トスルヲ得ス要スルニ誹毀罪ヲ成スニハ惡事醜行ヲ以テ人ノ計算ニ加ヘタルヲ要スルナリ

惡事醜行トハ如何ナル行爲ヲ謂フヤ曰ク其包含スル所甚廣ク而シテ本條ハ一々之ヲ列舉セサレハ茲ニ定義ヲ與フルヲ難シト雖モ左ノ事項ヲ知ルヲ以テ必要トス(一)惡事醜行ハ關係的ノ文辭タルヲ知ラサルヘカラス之ヲ詳言スレハ惡事醜行ハ其加ヘラレタル人ノ如何ニヨリ相異ルモノニテ甲ニ對シテハ惡事醜行トイヒ得ル者モ乙ニ對シテ

ハ惡事醜行ト謂フ可カラサル者アリ例ヘハ幫間ニ對シテ曰ク汝ハ客
 チ籠絡シテ金錢ヲ受ク其手段目的實ニ惡ムヘシト是レ惡事醜行ヲ摘
 發スト謂フヲ得ス何トナレハ幫間ハ客ノ意ヲ迎ヘ阿諛便佞之ニ奉ス
 ルヲ以テ其職ト爲スモノナレハナリ若シ辯護士ニ對シテ曰ク予ハ訴
 訟人ヲ騙詐シ常ニ過分ノ報酬ヲ受クト辯護士ハ名譽ノ公職ニシテ廉
 恥ヲ重シ節操ヲ尙フモノナレハ此言ハ則チ惡事醜行ヲ摘發シタルモ
 ノナリ(二)刑法規定ノ所爲ハ一般ニ惡事醜行ナリ然レモ刑法規定ノ所
 爲以外ニ惡事醜行ナシト謂フヲ得ス法律ノ罰セサル所爲ト雖モ苟モ
 風ヲ紊リ俗ヲ壞ルノ所爲ハ之ヲ惡事醜行ト謂フヲ得ヘシ

第二、惡意アルヲ要ス

本條件ハ緊要ナル構成條件ナリ即チ人ノ名譽ヲ害スルノ惡意ヲ以テ
 惡事醜行ヲ摘發シタルヲ要ス若シ惡意ナカラシカ假令惡事醜行ハ

摘發シ爲メニ人ノ名譽ヲ毀損スルト有ルモ民事上ノ責任ヲ負フハ格
 別誹毀罪ヲ成サ、ルナリ或ハ曰ク惡意ハ誹毀罪ノ構成條件トスルヲ
 要セスト是レ大ナル誤謬ナリ蓋シ此誤謬ヲ釀シタルハ草案及ヒ新聞
 紙條例第二十五條等ニ淵源シタルナリ即チ草案ニハ其第三百九十八
 條ニ誹毀罪ヲ掲ケテ「人ノ名譽ヲ害スルノ意ヲ以テ」云々ト有リシヲ現
 行刑法發布ノ際之ヲ削除シタルト現行刑法ノ後ニ出テタル新聞紙條
 例ニ「誹毀ノ訴アルモ其私行ニ涉ル者ヲ除クノ外人ヲ害スルノ惡意ニ
 出テス公益ノ爲メニスルモノト認ムル時ハ被告人ニ事實ノ證明ヲ許
 シ被告人其事實ヲ證明シタル時ハ罪ヲ免ス」ト規定シタルニヨリ其
 反對ヨリシテ誹毀ノ中其公益ニ干涉スル者ヲ除クノ外私行ニ涉ル者
 ハ人ヲ害スルノ惡意ニ出テスト雖モ事實ノ證明ヲ許サスシテ之ヲ罰
 スルノ法意ナリト謂フヲ得ルトノ二箇ノ理由ニ基キタルノ說ナリ然

レ此說甚々不可ナリ今夫レ道理ニ訴ヘテ之ヲ論センカ誹毀ノ刑ハ重禁錮ナリ重禁錮ハ身軀ノ自由ヲ束縛スル刑ナリ此ノ如キ刑ヲ以テ惡意ナクシテ爲シタル誹毀者ニ加フルハ果シテ何ノ必要アルカ例ヘハ予講義ニ際シ法理研究ノ資料ニ供センカ爲メニ或ル既決囚ノ事蹟ヲ引證シタリトセン是レ予ハ毫絲モ惡意アルヲ無シ然ルニ法律ハ予ノ所爲ヲ罪トシテ之ニ重禁錮ヲ科ストイハ、誰カ法律ヲ以テ人權保護ノ具ト爲ス者アラシヤ且現行法ノ削除ハ誹毀罪ニ惡意ヲ要セストイフノ意思ニ出テタルニアラス是レ予カ屢述ヘタルカ如ク草案ニハ獨リ此場合ノミナラス處々ニ惡意ヲ以テ云々又ハ「情ヲ知リテ」云々等ノ文辭アリタレレ總則第七十七條ト重複スルノ恐アリト爲シテ總テ之ヲ削除シタルモノナリ歩ヲ進メテ之ヲ論スレハ立法者カ草案ヲ削除シタルハ適以テ誹毀其物ノ文辭中ニハ當然惡意ヲ包含スル爲メナ

ルヲ見ルヲ得可シ故ニ說者カ新聞紙條例ヲ援用シ反對論法ヲ以テ刑法ノ誹毀罪ニ惡意ヲ要セスト論スルハ妄モ亦甚シト謂ハサル可カラス乃チ誹毀罪ニハ惡意アルヲ必要ト爲ス之ナクンハ假令被誹毀者カ害ヲ受クルモ之ヲ罰スルヲ得サルナリ

第三、公ノ方法ヲ以テ爲シタルヲ要ス

公ノ方法トハ本條第二項第三項ニ記載スル方法即チ公然ノ演說、書類、畫圖ノ公布、雜劇、偶像ノ作爲是ナリ、誹毀罪ハ何故ニ此等公ノ方法ヲ以テシタル者ニアラサレハ之ヲ罰スルヲ得サルカ曰ク予本條ノ初ニ於テ云ヘリ誹毀罪トハ人ノ名譽ヲ害スル罪ニシテ人ノ名譽ヲ害ストハ人カ社會ニ對シテ有スル榮譽ヲ害スルヲ謂フト夫レ人カ社會ニ對シテ有スル榮譽ノ傷害ヲ以テ之ヲ誹毀罪ト爲ス時ハ此罪ノ成立スルニハ誹毀者ト被誹毀者トノ外ニ第三者アルヲ想像セサルヘカラス

實ニ被誹毀者ハ第三者ノ面前ニ於テ誹毀セラレタルニ非スンハ毫モ名譽ヲ害セラレサルナリ例ヘハ甲者予ニ向ヒ予ノ醜行ヲ摘發シ之ヲ筆シテ直チニ予ニ贈リタリトセン若シ予ノ醜行ヲシテ毫モ第三者ニ知ラシメサレハ予ノ第三者ニ對シテ有スル榮譽ハ爲メニ傷害セラレサルナリ是故ニ公ノ方法ヲ以テ誹毀スルコトハ誹毀罪ノ性質上缺クヘカラザルノ必要條件ト謂フヘシ

〔公然ノ演説〕云々。公然ノ演説トハ必スシモ多數人ノ面前ニテ演説スルヲ要セス三人ノ集會公然ト謂フヲ得ルコト有リ百人ノ集會公然ト謂フヲ得サルコトアリ要裁判官ノ認定如何ニ在リ演説トハ普通行ハル所ノ政談演説學術演説等ノ演説ノミニアラス數語ニ過キサレ發言ニテモ亦可ナリ演説ヲ以テ誹毀シタル場合ハ書類圖畫又ハ雜劇偶像ヲ以テ誹毀シタル場合ヨリモ其刑輕シ是レ雜劇偶像又ハ書類圖畫ハ其

性質トシテ將來ニ存スルモ演説ハ將來ニ存スルコト無キヲ以テ害ニ多小ノ別アリトス二者ニ於テ刑ニ輕重アルハ之カ爲メナリ

以上列擧シタル三箇ノ條件アレハ事實ノ有無ヲ問ハス之ヲ罰ス事實ノ有無ヲ問ハストハ事實ノ證明ヲ許サスト謂フノ意ナリ故ニ誹毀ノ事項カ眞ニ事實ヲ發露スルコト有リト雖モ被告人ハ之ヲ證明シテ以テ其罪ノ免ル、ヲ得サルナリ此規定タル之ヲ外國ノ法律ニ徵スルニ外國ノ刑法ハ大抵事實ノ證明ヲ許スヲ以テ原則ト爲ス英米ノ如キ亦然リ而シテ我刑法ノ草案ニ於テモ佛文草案日本文草案ニハ特ニ官吏ニ對スル誹毀即チ侮辱ニ付キテ事實ノ證明ヲ許スコトヲ記載シタルヲ見ル(草案第七十條)而シテ現行刑法ハ全ク之ヲ削除セラレタリ何故ニ現行刑法ハ事實ノ證明ヲ許サ、ルヤ曰ク凡ソ被告人ハ辯護ノ權アリ故ニ苟モ自己ニ利益アルコトハ之ヲ主唱シ之ヲ證明スルコトヲ得然レモ

此權利ハ社會ノ安寧ノ爲メニ制限セラレサルヘカラス誹毀ニ關シテ事實ノ證明ヲ許サ、ルカ如キ是ナリ蓋シ惡事醜行ノ犯罪ニ關スル者ハ法律ハ告訴發ノ門ヲ開キタルヲ以テ必シモ公然ニ誹毀スルノ要ナク假令其犯罪ニ關セサルモノニテモ人ハ固ヨリ他人ノ私行ヲ摘發シ其人ノ榮譽ヲ毀損スルノ權利ヲ有セス又ハ義務ヲ負ハサレナリ而ルニ若シ事實ノ證明ヲ許ス時ハ被誹毀者ハ益害ヲ受テ其極吾人ノ自由ハ地ヲ拂フニ至ルヘシ是レ事實ノ證明ヲ許サ、ル理由ナリトス然レモ現行刑法ノ後ニ發布シタル新聞紙條例ニハ誹毀ノ事項カ人ヲ害スルノ惡意ニ出テス公益ノ爲メニスルモノナル時ハ誹毀ノ罪ヲ許ス可アリ新聞紙條例第二十五條ニ曰ク

「新聞紙ニ記載シタル事項ニ付キ誹毀ノ訴アル場合ニ於テ其私行ニ渉ル者ヲ除クノ外裁判所ニ於テ其人ヲ害スルノ惡意ニ出テス

公益ノ爲メニスルモノト認ムルハ被告人ニ於テ事實ヲ證明スルヲ許ス可ク得其證明ノ確立ヲ得タルハ誹毀ノ罪ヲ免ス云々」

此條文ハ研究スヘキノ點甚多シ序次之ヲ仔細ニ講究シ以テ諸君ノ參考ニ供セン

何故ニ新聞紙條例ニテ事實ノ證明ヲ許スヤ曰ク此場合ニハ事實ノ證明ヲ許スハ反リテ社會ノ安寧ヲ維持シ得ラル、ヲ以テナリ之ヲ詳言スレハ(第一)事實ノ證明ヲ許スハ風俗ヲ矯正スルノ一補助トナルヘシ何トナレハ人々公庭ニ於テ公然證明セラル、ヲ恐レテ敢テ惡事醜行ヲ爲サ、ルニ至ルヘケレハナリ(第二)事ノ犯罪ニ關スル者ハ告訴發ノ路ニ由リ之ニ制裁ヲ加フルヲ得ヘシト雖モ犯罪ニ關セサル惡事醜行ニ付キテハ此路ニ由ルヲ得ス即チ惡事醜行ハ湮滅シテ聞ユ

ルヲ無キニ至ル是レ吾人間接ニ害ヲ受クルナリ於是乎事實證明ヲ許シ以テ輿論ノ制裁ヲ與フルノ要アリ且一步ヲ進メテ之ヲ云ヘハ告訴告發ハ當該官吏ニ於テ之ヲ受理セズ若クハ之ヲ受理スルモ拋棄スルヲ得ヘシ即チ之ヲ妨クノ路事實ノ證明ヲ許スヨリ外ナキナリ(第三)惡事醜行ヲ爲シタル者官吏ノ如キ場合ニハ事實ノ證明ヲ許スルハ其行爲ヲ監督長官ニ知ラシムルノ益アリ(第四)單純ニ思考スレハ吾人ハ人ヲ誹毀スルノ權利ナシト雖モ深ク思ヒ遠ク考フレハ更ニ一理論ノ生スルヲ看ル實ニ吾人ハ徒ニ人ヲ誹毀スルノ權利ナシ然レモ人ノ相集リテ社會ヲ成スヤ善ハ則チ之ヲ勸メ惡ハ則チ之ヲ懲サ、ル可カラズ否ラサレハ則チ社會何ニ由リテカ立タシ若シ惡事醜行ヲ爲ス者アラハ是レ吾人ハ害ヲ受クルヤ必セリ而ルニ吾人ハ害ヲ受ケツ、其惡事醜行ヲ袖手傍觀セサルヲ得スト云フノ理ハ決シテ之レ無カル可シ

寧ロ吾人ハ之ヲ懲シ之ヲ戒ムルノ職分アリト謂フモ決シテ誣言ニ非サルヲ知ル乃チ此點ヨリ視レハ事實ノ證明ヲ許スノ理愈々明ナルヘシ更ニ惡事醜行ヲ爲シタル者ヨリ視レハ人ハ惡事醜行ヲ爲スノ權利アリト謂フ可カラス寧ロ惡事醜行ヲ爲サ、ルノ義務有リト謂フヲ得ヘシ已ニ權利ナキノ事ヲ爲シ義務ニ背クノ事ヲ爲ス輿論ノ罰ヲ受クルハ豈當然ニアラスヤ法律ハ此種ノ者ヲ保護スルヲ須非サルナリ故ニ此點ヨリ觀ルモ亦事實ノ證明ヲ許スヲ以テ必要ナリトス(第五)若シ事實ノ證明ヲ許サストセハ其結果タル徒ニ不正ノ輩ヲ保護スルニ止マリテ善良ノ者ハ反リテ害ヲ受ルニ至ル可シ例ヘハ裁判官賄賂收受ノ非行アリト云ハレタリトセン若シ是レ事實ナラハ其事實ノ證明ヲ許サ、ルハ裁判官ニ益アリト雖モ若シ無根ナラハ其事實ノ證明ヲ許サ、ルカ爲メニ果シテ無根ナリヤ否ヤ明白ナラスシテ已ムカ故ニ裁判

官ハ大ニ不幸ヲ蒙ルヘシ此ノ如キ奇怪ナル結果ヲ生スルノ點ヨリ視ルモ亦事實ノ證明ヲ許スノ至當ナルヲ知ルヘシ
 事實ノ證明ヲ許スノ理由既ニ上陳ノ如シ然ラハ則チ新聞紙條例ニ云フカ如キ人ヲ害スルノ惡意ニ出テタルト否ラサルトチ區別セサルヲ以テ至當ト爲サ、ルヘカラス何トナレハ惡事醜行ノ公衆ノ利害ニ關スルニ付キテハ誹毀者ノ意思ノ善惡ヲ問フノ要ナケレハナリ而シテ新聞紙條例コ、ニ出テス誹毀者ノ意思ノ善惡ヲ區別シタルハ不都合ト謂ハサル可カラズ

予ハ新聞紙條例ヲ論シテ此ニ至リ左ノ論決ヲ得タリ曰ク惡事醜行ノ公事ニ涉ル者即チ一私行ニ關セサル者ハ官吏ニ對スル誹毀ト官吏外ノ者ニ對スル誹毀トチ分タス總テ事實ノ證明ヲ許スヘシト此論決タル唯理論ニ於テ然ルノミナラス法律ノ規定モ亦然リト爲ヌ何ソ圖ラ

シ我法律ノ規定ニ關シテ茲ニ異說ヲ爲ス者アラントハ說者曰ク刑法第四百四十一條ニ「官吏ノ職務ニ對シ其目前ニ於テ形容若クハ言語ヲ以テ侮辱シタル者」云々ト有リテ官吏ニ對シテハ誹毀ト云ハスシテ特ニ侮辱ノ文辭ヲ用ヰタリ是レ誹毀ト云ヒ侮辱ト云フ共ニ法律上ノ一成語ニシテ法律ハ全然兩者ヲ區別セルモノナリ而ルニ新聞紙條例第二十五條ニハ誹毀ノ文辭アリテ侮辱ノ文辭ナシ故ニ該條例中ニハ侮辱ヲ含蓄セス已ニ侮辱ヲ含蓄セサレハ則チ官吏ニ對スル侮辱ニ付キテハ事實ノ證明ヲ許ス可カラスト。此說タル現時我司法部内ニ行ハレ既ニ裁判例モ之レ有リト聞ク何ソ思ハサルノ甚シキヤ抑、侮辱トハ官吏ニ對スル不敬ノ謂ナリ故ニ誹毀ノ如キ罵詈ノ如キ皆此中ニ含有スルト謂ハサルヘカラス因テ誹毀ハ侮辱中ノ一部ニ外ナラサレハ官吏ニ對シテ誹毀シタルトハ即チ官吏ニ對シテ侮辱シタルモノト謂ハサ

ル可カラス故ニ新聞紙條例第二十五條ニ「誹毀」ト規定セルヲ見テ侮辱罪ニハ之ヲ適用スルノ限ニ在ラストイフハ甚ダ不當ニシテ反リテ侮辱中ノ誹毀ニ涉ルモノニ付キテハ事實ノ證明ヲ許サ、ル可カラス蓋シ新聞紙條例ニ誹毀トアレハ逆爲メニ性質ヲ變スルモノニアラスシテ依然トシテ誹毀ハ侮辱中ノ一部ニ外ナラサルナリ法理已ニ此ノ如シ更ニ實際ニ徴シテ思考スルニ凡ソ事實ノ證明ヲ許スハ一般人ヨリハ却テ官吏ニ就キテ最モ其要用ノ大ナルヲ觀ル而ルニ官吏ニ對スル誹毀即チ侮辱ニ付キテノミ特ニ事實ノ證明ヲ許サストセハ最モ要用ノ大ナル者ニ就キテ法律ノ適用ヲ止息スル者ト謂ハサル可カラス是豈立法ノ精神ナランヤ立法者ハ此ノ如キ愚ヲ學ハサルナリ且夫レ誹毀侮辱ハ法律上ノ一成語ナリトイフニ過キスシテ其何故ニ官吏ニ對スル誹毀即チ侮辱ニ付キテハ事實ノ證明ヲ許サ、ルヤ絶テ其理由ヲ

發見スルヲ能ハス或ハ云ハン官ノ威嚴ヲ保ツカ爲メナリト果シテ然ラハ其理由ノ淺薄ナル驚カサルヲ得ス若シ誹毀セラレタル事實果シテ之レ無キ歟是レ事實ノ證明シ得ラレザリシ者ナリ即チ以テ官吏ノ公明ナリシトテ世ニ顯ハスニ足ル何爲レソ官ノ威嚴ヲ損セン若シ誹毀セラレタル事實果シテ之レアル歟是レ事實ノ證明シ得ラレタルモノナリ政府ハ必スヤ其官吏ヲ罰スルニ躊躇セサルヘシ即チ官ノ公平ヲ示スニ足ル何爲レソ官ノ威嚴ヲ損セン是ニ由テ之ヲ觀レハ新聞紙條例ノ規定ハ予ノ與ヘタル決定ト敢テ矛盾スル所ナク却リテ說者ノ論ノ法理ニ合セズ實際ニ適セサルヲ知ルヲ得ヘシ終リニ臨ミ一言スヘキ者有リ曰ク以上解説スル所ノ理由ヲ推セハ事實ノ證明ハ法律上當然許サ、ル可カラス換言スレハ被告人ハ事實ノ證明ヲ爲スノ權利アリト謂ハサルヘカラス而ルニ新聞紙條例ハ許否

ノ權ヲ裁判所ニ委テタリ悖レリト謂フヘシ夫レ治罪上一般ニ不要ナリトスル證據ヲ擧クルヲ許サ、ルノ權ヲ裁判所ニ與ヘタルハ是レ事實ニ屬スルヲ以テナリ蓋シ事實審査ノ權ハ之ヲ裁判所ニ委セサルヘカラス之ニ反シテ所謂事實ノ證明ハ法律上ノ事ニ係ル若シ其證明ヲ爲シ得サリシ時ハ誹毀犯罪者タレトモ免レス否ラサレハ即チ無罪者トナル事實ノ證明ヲ爲スト否ラサルトハ有罪無罪ノ判ル、所タリ豈之ヲ裁判官ニ委シテ可ナランヤ要スルニ已ニ事實ノ證明ヲ許ス上ハ宜ク之ヲ被告人ノ權利ト爲スヘシ否ラサレハ則チ事實ノ證明ヲ許シタル理由ヲ一貫スルヲ得サルナリ

以上説明シタル所ニヨレハ現行刑法カ事實證明ノ點ニ付キ草案ヲ削除シタルハ實ニ遺憾ト謂ハサルヲ得ス因テ刑法改正ノ期到ラハ誹毀罪ノ規定ニ一改正ヲ施サ、ル可カラス

第三百五十九條

死者ヲ誹毀シタル者ハ誣罔ニ出テタルニ非サレハ前條ノ例ニ照シテ處斷スルヲ得ス

本條ハ死者ニ對スル誹毀罪ヲ規定ス是レ古來法律ノ規定スル所ニシテ外國ノ刑法亦之ヲ規定スルヲ觀ル(獨逸刑法第百八十九條、白耳義刑法第四百五十條等)此規定タル立法上大ニ攻究スヘキ價值アリ予ハ法理上ヨリ本條ノ規定ノ理論ニ適スルヤ否ヤヲ細究セン

凡ソ犯罪ナル者ハ加害者被害者ノ二者ナカル可カラス而シテ被害者ハ權利義務ヲ有スル者ナラサル可カラス已ニ權利義務ヲ有スル者ナルヲ要ス即チ生存スル所ノ人ナラサル可カラス蓋シ生存スル所ノ人ニアラサレハ權利義務ヲ有セサレハナリ何ヲ以テ被害者ハ權利義務ヲ有スル者ナルヲ要スルカ他ナシ權利義務ヲ有セサル者ハ害ヲ被ムリタリト謂フヲ得サレハナリ乃チ此原則ヨリシテ推究スレハ死者

ヲ誹毀スト謂フヲ得ス死者ヲ誹毀スト云フ辭ノ已ニ奇怪ナルヲ知ル可シ何トナレハ死者ハ權利義務ヲ有セス從ヒテ害ヲ被ムルヲナケレハナリ抑、死者ニ對スル誹毀ノ由リテ起リタルハ願フニ古昔死者ニモ幾分ノ權利義務アルモノ、如ク思考セリ夫ノ死者ノ墓ヲ縛シタルカ如キ是ナリ且死者ニ對スルト雖モ誹毀ハ事實アルニ相違ナシ乃チ此等ノ處ヨリシテ死者ニ對スル誹毀ト云ヘル想像起リシナラン然ラハ則チ死者ニ對シテハ竟ニ誹毀ノ罪ナキ歟曰ク死者ニ對シテ罪ヲ構成スルノ理ナキナリ、而ルニ本條ハ誣罔ニ出テタルキハ之ヲ誹毀罪トセリ是レ大ニ非難スヘキノ點ナリトス請フ叙ヲ逐ヒテ之ヲ論セン

「誣罔」トハ何ソヤ誣罔トハ惡意ヲ以テ人ノ眞實ニ反スル所ノ惡事醜行ヲ擧クルヲ謂フ故ニ死者ニ對スル誹毀ニハ必ス二個ノ問題ヲ生ス一ニ曰ク惡意ヲ以テ爲シタルヤ否ヤ、二ニ曰ク惡事醜行ノ眞實ニ反スル

ヤ否ヤ、是レ裁判官ノ必ス斷定セサル可カラサル問題ナリトス裁判官ニシテ此二個ノ問題ヲ斷定セサル時ハ死者ニ對スル誹毀罪ノ有無ヲ認ムルヲ得ス、立法者ハ何故ニ死者ニ對スル誹毀ニ此誣罔ヲ要シタルヤ曰ク惟フニ立法者ハ死者ニ對スル誹毀ト雖モ事實ノ有無ヲ問ハスシテ之ヲ罰センヲ欲ス然レモ此ノ如クスル時ハ其極歴史ヲ編纂スル丁能ハサルニ至ルヲ奈何セン蓋シ眞實アリタル所ノ惡事醜行ヲ歴史ニ掲グルモ尙ホ之ヲ罰ストセハ歴史家ニ尙フ所ノ直筆ヲ制スルニ至ルヘキナリ是レ我立法者ノ本條ノ罪ニ誣罔ヲ要シタル所以ナリ然リト雖モ是レ一ヲ知リテ未ダ二ヲ知ラサルモノニシテ此規定タル到底歴史家ヲ制スルニ至ルヲ免レス抑、惡事醜行ノ眞實ニ反スルヤ否ヤハ誣罔ニ關シテ必ス生スヘキノ問題タルト此問題ヲ決定ス可キハ裁判官タルトハ予既ニ一言セリ而ルニ裁判官ナル者ハ此問題ヲ

決定シ得ヘキ者ナルヤ是レ歴史家ノ決定ニ委スヘキ所ノ者ニシテ裁判官ノ決定ニ任ス可キモノニアラス何トナレハ事實ノ問題ハ裁判官之ヲ決定スヘキモ學理ノ問題ニ至リテハ裁判官ノ決定スヘキ範圍内ニ入ラサレハナリ試ミニ思ヘ醫學者ハ虎列拉病ヲ以テ微菌ニ基クトノ學說ヲ主唱シタリ裁判官ハ此學說ヲ排斥スルヲ得ヘキヤ是レ決シテ裁判官ノ爲ス可キ所ニアラス他ナシ學理ノ問題ニ係ルヲ以テナリ史學モ亦専門ノ一科ナレハ歴史家ノ掛ケタル事ニ就キテ裁判官之カ有無ヲ決定スルハ此場合ニ異ルナシ故ニ裁判官カ歴史ニ就キテ惡事醜行ノ事實ニ反スルヤ否ヤヲ斷定スルハ歴史家ノ職分ニ進入スルモノナリ歴史家ノ權利ヲ蹂躪スルモノナリ是レ豈竟ニ歴史家ヲ制スルニアラスシテ何シヤ是ニ由テ之ヲ觀レハ我立法者カ死者ニ對スル誹毀ニ誣罔ノ一條件ヲ設ケテ以テ寛和ナラシメントシタルモ竟ニ其

目的ヲ貫徹スルヲ能ハサルナリ且夫レ立法者カ死者ニ對スル誹毀ニ誣罔ヲ要スト爲シタルニヨリ此罪ノ被害者ハ誰ナリヤト問ハ、必ス死者ナリト答ヘサルヲ得サルヘシ然レモ死者ハ權利義務ノ主體タルヲ得ス從ヒテ被害者トナルヘカラサルハ前已ニ之ヲ悉セリ論シテ此ニ至レハ本條ノ罪ハ理論ニ乖戾スル者ト謂ハサル可カラサルナリ然ラハ則チ死者ニ對スル誹毀ハ其誣罔ニ出テタルト否ラサルトニ拘ハラス之ヲ無罪ト爲スヘキ歟曰ク現行法ニテハ誣罔ニ出テタル時ノミ之ヲ罰スト雖モ法理上ヨリ云ヘハ共ニ之ヲ無罪ト論決セサル可カラサルナリ若シ死者ヲ誹毀スルノ意思其子孫等ノ名譽ヲ害スルニ在ラハ直接ノ被害者ハ死者ニアラスシテ生存スル子孫等ナレハ即チ是レ子孫等ニ對スル誹毀ナリ故ニ誹毀罪トシテ之ヲ罰セサルヘカラス而シテ其意思ノ生存者ヲ害スルニ在ルヤ否ヤハ事實裁判官ノ判定ニ

委スヘキモノニシテ其誣罔ニ出テタルト否ヤトハ之ヲ問フヲ要セサルナリ

以上論シタル所ヲ要約スレハ死者ハ權利義務ノ主躰トナラス故ニ誹毀ノ被害者トナラズ誹毀ノ被害者トナラサレハ死者ニ對スル誹毀罪アルノ理ナシ其生存者ヲ害スルノ意思ヲ以テ誹毀シタル時ハ普通ノ誹毀罪ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得トイフニ在リ論シテ此ニ至レハ竟ニ故ヲニ本條ヲ置クノ必要アルヲ觀サルナリ

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

醫師、藥商、穩婆等ハ其身分職業ノ性質上人ヨリシテ諸種ノ秘密ヲ知得スルモノナリ而ルニ此等ノ人ニシテ其秘密ヲ漏告スレハ委託者非常ノ損害ヲ受クヘシ此等ノ人ハ秘密ノ守護者ナリ秘密ノ守護者ニシテ其職分ヲ盡サルハ背信ノ甚シキ者アリ是レ本條ヲ設ケテ之ヲ罰スル所以ナリ

本條ノ罪ハ所爲其物ヨリ云ヘハ全ク背信ノ所爲ナレハ誹毀罪ニアラス故ニ別ニ之ヲ規定スルノ要有リ然レモ其所爲ノ結果誹毀罪ト同シク被害者ノ名譽ヲ毀傷スル者アルヲ以テ立法者ハ本條ヲ誹毀罪中ニ編入シタリ然レモ是レ大ニ妥當ヲ缺ク伊太利刑法ハ本條ノ罪ヲ以テ書信開披ノ所爲ト共ニ之ヲ秘密漏泄罪ト爲シタルヲ見ル蓋シ至當ナリ

此等ノ人ト雖モ裁判所ノ呼出ヲ受ケテ事實ヲ陳述スル時ハ罰セラル

、丁無シ是レ本條但書ニ規定スル所ナリ其理由ハ公益ノ爲メニ之ヲ罰セストイフニ過キサレノミ

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

誹毀罪ヲ親告罪ト爲シタルノ理由ハ茲ニ喋々セズ諸君ハ諸他ノ親告罪ニ付キ研究シタル所ヨリ推シ來レハ明晰ナルヘシト信ス

第十三節 祖父母父母ニ對スル罪

本節ハ題シテ「祖父母父母ニ對スル罪」ト謂フ乃チ子孫カ祖父母父母ニ對スル總テノ行爲ヲ包含スルカ如シト雖モ唯其身體ニ對スル所爲ノミヲ規定シ而シテ身體ニ對スル所爲モ尙夫ノ姦強猥褻ノ所爲ハ之ニ包含セズ是レ本邦ノ慣習ニ於テ子孫カ祖父母父母ニ對シテ此等醜猥耻ツヘキノ獸行ヲ爲ス者絶ヘテ之レ無キニ由ル

本節ニ於テ疑問ノ生スルハ祖父母父母ニ對スル罪ハ親子祖孫ノ關係アルニヨリ之ヲ特別罪トナシタルモノナリヤ或ハ子孫ノ身分アルニヨリ普通ノ罪ヲ加重シタルモノナリヤ如何ト云フニ在リ此疑問ヲ決スルノ必要ハ本節ノ罪ノ共犯人ヲ處分スルノ點ニ存ス若シ之ヲ特別ノ罪ト爲サンカ子孫ト共ニ此罪ヲ犯ス者ハ本節ノ刑ヲ受ケサルヘカラス若シ之ヲ普通罪ヲ加重シタルモノト爲サンカ子孫ト共ニ此罪ヲ犯ス者ハ子孫タル身分ヲ有セサルニヨリ普通ノ刑ヲ受クルノミニシテ本節ノ刑ヲ受ケス一ハ共犯人ニ本節ノ刑ヲ科シ一ハ共犯人ニ普通ノ刑ヲ科ス疑問ノ決定如何ニヨリテ重大ナル結果ヲ生スル丁此ノ如シ、一見スレハ本節ノ罪ハ特別罪ノ如シ第三百六十四條ノ罪即チ子孫其祖父母父母ニ必要ノ保養ヲ缺キタル罪ノ如キハ獨リ子孫ニ對シテノミ之ヲ設ケ普通ノ人ニハ此種ノ罪ヲ設ケサレハ此點ヨリ見レハ特

別罪ノ如シ特ニ佛文章案ニハ「パリシード」テウ文辭アリ譯シテ弑親ト
 曰フ已ニ草案ノ之ヲ弑親ノ罪トナシタルハ是レ特別ノ罪タルトテ表
 明スル者ト謂ヒ得ルカ如シ然リト雖モ本節ノ罪ハ普通ノ罪ヲ加重シ
 タルモノナリ之ヲ詳言スレハ本節ノ罪ハ子孫トイフ身分ヲ有シテ其
 尊敬崇重スヘキ祖父母父母ニ對スル所爲ナルニヨリ普通人ニ對スル
 ヨリ犯罪ノ情狀大ニ重キヲ以テ刑ヲ加重シタルモノナリ之ヲ起草者
 ノ註釋書ニ徵シ并ニ予ト起草者トノ直接問答ニヨルニ起草者ハ之ヲ
 特別罪ト爲サス今立法ノ點ヨリ見ルニ例ヘハ子孫ヲ教唆シテ其祖父
 母父母ヲ故殺セシムル者アルニ當リ之ニ本節ノ如ク死刑ヲ科センカ
 犯罪者ハ被害者ニ對シテ子孫ノ身分ヲ有セサルニヨリ之ヲ重罰スル
 ハ酷ト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ之ニ普通ノ刑即チ無期徒刑ヲ科
 センカ子孫ヲシテ此重惡ノ行ヲ爲サシムル者ハ普通ノ場合ヨリ一層

重罰スルノ要アリ因テ若シ死刑ト無期徒刑トノ中間ニ一刑アラハ其
 刑ヲ科スヘキ性質ノ犯罪ナリ然レモ我刑法ニハ其中間ノ刑ヲ設ケサ
 レハ之ヲ重ク罰シテ酷ニ過キンヨリ寧ロ輕ク罰スルノ寛ナルニ如カ
 サルナリ願フニ此立法論ハ我立法者之ヲ採用シテ犯罪者ヲ無期徒刑
 ニ處スルノ意ナルヤ必セリ然ラハ則チ立法者ハ本節ノ罪ヲ以テ特別
 ノ罪ト爲シタルニ非サルト愈々明白ナリト謂フヘシ唯此ノ如ク論スレ
 ハ第三百六十四條ニ至リ一大衝突ノ生スルヲ見ル獨リ該條ハ特別ノ
 罪ナレハ予ノ所論此ニ至リテ全ク破壊スルカ如シ詳細ハ該條ノ下ニ
 至リテ解明セン

第三百六十二條 子孫其祖父母父母ヲ謀殺故殺シタル者ハ死
 刑ニ處ス其自殺ニ關スル罪ハ凡人ノ刑ニ照シ二等ヲ加フ
 本條ノ罪ハ身分ニヨリ刑ヲ加重シタル者ニシテ彼ノ官吏收賄罪ノ如

ク身分ニヨリ罪トナル者ニ非サルナリ。本條ニハ別ニ困難ナル疑問ヲ存セス一讀以テ明瞭ナル可シ

第三百六十三條 子孫其祖父母父母ニ對シ毆打創傷ノ罪其他

監禁脅迫遺棄誣告誹毀ノ罪ヲ犯シタル者ハ各本條ニ記載シタル凡人ノ刑ニ照シ二等ヲ加フ但癱疾ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處シ篤疾ニ致シタル者ハ無期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ死刑ニ處ス

本條ハ身軀ニ對スル罪中謀故殺及ヒ自殺加功ノ罪ヲ除キ其他ヲ網羅シタルニ非ス現ニ猥褻姦淫重婚ノ罪ハ之ヲ包含セス是レ我國ノ風俗ハ子孫カ其祖父母父母ニ對シテ獸行ヲ爲スモノ之レ無キニヨリ規定ノ必要ナシトイフノ法意ナラン然レモ是レ未タ妥當ヲ缺クヲ免レス惟フニ重婚罪ノ如キハ子孫ト祖父母父母トノ間ニハ之無カル可シト

雖モ猥褻姦淫罪ノ如キハ之無キヲ必スヘカラス若シ之ヲシモ犯スモノナシトセハ本條規定ノ諸罪モ亦之ヲ犯スモノ無シト謂ハサルヘカラス一ヲ採リ一ヲ棄ツ豈妥當ト謂フヘケンヤ且仔細ニ觀察スレハ公益ニ關スル罪ノ中ニ於テモ祖父母父母ニ對スル罪ヲ規定スルノ要有ルヲ看ル例ヘハ賄賂ヲ贈リテ父母ヲ罪ニ陷レタルカ如キ或ハ裁判所ニ於テ虛欺ノ事實ヲ陳述シテ父母ヲ罪ニ陷レタルカ如キ所爲ハ之ヲ重罰スルノ價值充分ニ之有リトス故ニ此等ノ場合ヲモ包含セシメテ以テ規定スル時ハ大ニ妥當ノ法文タル可シ而シテ本條此ニ出テス遺憾ト爲ス

第三百六十四條 子孫其祖父母父母ニ對シ衣食ヲ供給セス其

他必要ナル奉養ヲ缺キタル者ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

刑法

因テ疾病又ハ死ニ致シタル者ハ亦前條ノ例ニ同シ

本條ノ罪ハ前二條ノ罪ト其趣ヲ異ニシ身分ニ因リ刑ヲ加重シタル者ニ非スシテ身分ニ因リ罪ヲ成ス者ナリ均ク是レ祖父母父母ニ對スル罪ナリ而シテ獨リ本條ノミ特別罪タルハ抑、何ノ故ソヤ予曾テ數人共犯ノ事ヲ講スルニ當リ第六條ノ下ニ於テ此問題ニ對シ例ヲ設ケ證ヲ援キ最モ精細ニ之ヲ論セリ因テ重複ヲ恐レ爰ニ唯其大綱ヲ示サン」本條ハ我國古來ノ美風タル孝養ノ責務ヲ認メタルノミナラス社會公益上ヨリシテ子孫ニ奉養ノ義務ヲ命シタルモノナリ而シテ本條ハ狹ク之ヲ解シ子孫カ自活スルヲ得サル祖父母父母ニ對シテ必要ナル奉養ノ義務ヲ缺キタル場合ノミニ適用スヘキモノトス例ヘハ父一貧洗フカ如ク而シテ病苦ニ艱ミテ起ツト能ハス到頭人ノ救助シ得サレハ則チ斃ル此ノ如キ最モ切迫ナルニ當リ其子頑然衣食ヲ供セス湯藥ヲ

薦メサルカ如キ場合ニ於テ始メテ本條ヲ適用スヘキモノトス蓋シ其自活スルヲ得ル祖父母父母ニ對シテ奉養ヲ盡サ、レハトテ德義上之ヲ責ムヘキモ刑罰ヲ以テ之ヲ加フルノ必要ナシ之ニ反シテ自活スルヲ能ハサル祖父母父母ニ對シテ必要ノ奉養ヲ缺ケハ祖父母父母ハ自ラ斃レン假令自ラ斃レサルモ結局公共ノ救助ヲ受クルニ至リ社會ノ損害ヲ爲スト鮮少ナラス加之此ノ如キ不孝ノ子ヲ寬假スレハ社會ノ風紀忽チ紊亂スルヲ致ス是レ本條ハ狹ク之ヲ解セサル可カラサル所以ナリ。本條ノ立法ノ主旨既ニ斯ノ如シ然ラハ則チ獨リ子孫ノミナラス苟モ人ヲ養育スル義務アル者タトヘハ祖父母父母ノ如キ者カ其受養者ノ自活スルヲ能ハサルニ當リ必要ノ供給ヲ缺ク時ハ之ヲ責罰スルノ必要アリト謂ハサルヘカラス特ニ父母カ子ニ對シテ必要ノ養育ヲ缺キタル場合ノ如キハ最モ其規定ノ必要ヲ見ル何トナレハ子

ハ父母ノ養育ナクンハ自ラ生活スルヲ能ハサルハ自然ノ情態ニシテ其養育ノ義務ハ實ニ自然ニ出ツルモノナレハナリ而ルニ本條ハ獨リ子孫ノ事ノミヲ想像シテ祖父母父母其他人ヲ養育スル義務アル者ニ關シ規定ヲ爲サス或ハ之ヲ幼者遺棄ノ罪ニ問ヒ若クハ謀殺ニ問フヲ得ヘキ場合ナキニ非サレド其有形的ニ遺棄セサル場合(第三編第一章第九節ノ解參照)若クハ殺意ナキ場合ハ之ヲ罰スルノ正條ナシ例ヘハ先妻ノ兒ヲ惡ミ之ニ乳ヲ與ヘサル醫母アリトセン若シ之ニ殺意無クンハ我刑法ハ之ヲ罰スルヲ得サルナリ是レ實ニ我刑法ノ一大缺典ナリト謂フ可シ。我刑法ハ既ニ一般ニ人ヲ養育スルノ義務ヲ有スル者カ受養者ニ必要ノ供給ヲ缺キタル場合ヲ規定セシテ唯子孫タル身分ヲ有スル者ノミヲ規定ス故ニ本條ノ罪ハ子孫タル身分ヲ有スルニ非サレハ成立セス即チ本條ハ身分ニヨリ刑ヲ加重スル罪ニアラ

スシテ身分ニヨリ罪トナル所爲ナリ是レ本條ノ前數條ト其趣ヲ異ニシテ獨リ特別罪タル所以ナリ要スルニ本條ノ罪ハ性質上特別罪タルヘキモノニ非スト雖モ法律ノ缺點ヨリシテ特別罪トナリタル者ニシテ敢テ他ニ理由アルニ非サルナリ

本條ハ特別罪タリ故ニ子孫ト共ニ本條ノ罪ヲ犯シタル通常人ハ本條ノ刑ヲ受ケサルヘカラス同シク祖父母父母ニ對スル罪ニシテ前數條ト其結果ヲ異ニスルハ受刑者ノ爲メニ非常ナル不幸ト謂フ可キモ法律ノ規定上已ムヘカラサルナリ

第三百六十五條 祖父母父母ニ對シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルヲ得ス但其犯ス時知ラサル者ハ此限ニ在ラス

子孫ハ祖父母父母ニ對シテ尊敬ヲ加ヘ柔順以テ事ニ從ハサル可カラ

サルハ我國ニ於ケル道德ノ大本トモ稱スヘキ通義ナリ是ヲ以テ子孫ニシテ祖父母父母ノ命令ニ背戾シ又ハ之ニ抵抗スルカ如キ有テハ祖父母父母ノ行爲ノ是非ヲ論セス之ヲ不孝ノ子ト爲シテ擯斥セサルナク其殺傷ノ行爲ノ如キハ之ヲ大逆無道ノ醜類ト爲シテ俱ニ齒スル者ナキハ古今ニ通シタル慣習ナリ故ニ若シ子孫カ祖父母父母ニ對シタル殺傷ノ罪ニ關シテ通常人ニ於ケルカ如ク特別ノ宥恕減輕ヲ與ヘ又ハ特別ノ不論罪ヲ適用スル時ハ子孫ニシテ祖父母父母ヲ殺傷シ而シテ毫モ刑罰ヲ受ケサルカ若クハ減刑ヲ受クルヲ得我國ノ美風良俗ハ爲メニ破壊スルヲ致ス例ヘハ父其子ヲ懲戒スルカ爲メニ暴行ヲ加ヘタルニ其子之ニ挑發セラレテ其父ヲ殺傷シタリトセンニ第三百九條ヲ適用シテ宥恕ヲ與フトスレハ父母ハ子ニ對シテ命令スルヲ得又又監督スルヲ能ハスシテ一家ノ秩序ヲ紊亂スルニ至ル抑、一家ノ秩序紊

亂スルハ一國ノ秩序紊亂スルノ基ナリ是レ本條ノ規定アル所以ナリ」本條ニ「特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルヲ得ス」ト有リ是レ本編第一章第三節「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ニ於ケル宥恕及ヒ不論罪ハ此中ニ包含セサルナリ故ニ抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サル所爲(第七十五條)本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者(第七十六條)罪ヲ犯ス意ナキノ所爲(第七十七條)罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者(第七十八條)罪ヲ犯ス時十二歳未滿ノ者若クハ滿十二歳以上十六歳ニ滿タスシテ是非ヲ辨別セサル者(第七十九條)第八十條「瘡啞者ニシテ罪ヲ犯シタル時」(第八十二條)ハ何レモ其罪ヲ論セス而シテ罪ヲ犯ス時滿十六歳以上二十歳ニ滿サル者(第八十一條)ハ其罪ヲ宥恕セラル、ナリ

本條ハ殺傷ニ關スル特別ノ不論罪ヲ包含ス故ニ子孫ハ祖父母父母ニ對シテ正當防衛權ナシ此レ大ニ攻究ヲ要ス可キ事ナリ既ニ予ハ第三百十四條ノ下ニ於テ攻撃ノ不正ナルハ攻撃者ノ何人タルヲ問ハス之ニ對シテ正當防衛權アルヲ原則トスレモ祖父母父母ニ對シテノミ此權ナシ個ハ本條ノ下ニ至リテ詳説スヘキヲ一言セリ今ヤ之ヲ論究スルノ時ニ達セリ抑、本條ニ於テ祖父母父母ニ對スル正當防衛權ヲ認メサルハ甚ダ不都合ナリ、第一、子孫カ祖父母父母ニ對シテ殺傷ヲ加フルモ其原因抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒ爲シタル者ニ出ツル時ハ其罪ヲ論セス而シテ其原因正當防衛ニ出レハ則チ其罪ヲ論ス夫レ正當防衛ハ吾人ノ權利ヲ實行シタルモノニシテ其所爲タル實ニ正當ナリ之ヲ道德上ヨリ見ルモ公明正大ニシテ毫モ議スヘキノ點ナシト雖モ強制ニ遇ヒテ爲シタル所爲ハ權利ノ實行ニ非ス從ヒテ正當ノ所

爲ト謂フヲ得ス道德上ヨリ云ヘハ實ニ卑劣醜陋ノ所爲タリ況ヤ其祖父母父母ニ對スルヲヤ而ルニ一ハ不論罪タラスシテ一ハ不論罪タリ豈不權衡ニ非スヤ已ニ見タル如ク本條ニ正當防衛ヲ認メサルハ祖父母父母ノ尊敬スヘク抵抗スヘカラサルモノナルヲ以テナリ已ニ然ラハ其抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒ爲シタル場合モ亦之ヲ不論罪ト爲サ、ルヲ以テ條理一貫スト謂ハサル可カラス而ルニ一ハ不論罪タラスシテ一ハ不論罪タリ其規定ノ不都合ナル多言ヲ要セスシテ知ルヘシ、第二、本條ノ規定ハ獨リ不權衡ナルノミナラス其祖父母父母ニ對シテ正當防衛ヲ認メサルハ大ニ不當ナル法律ナリト謂フ可シ夫レ正當防衛ハ諸他ノ不論罪ト其理由ヲ異ニシ全ク生存權ノ實行ヲ以テ理由ト爲シタル者ナリ而ルニ本條ノ規定タル生存權ノ實行ハ他人ニ對シテハ正當ナレモ祖父母父母ニ對シテハ不正當ナリト云フニ同シ換

言スレハ吾人ハ他人ニ對シテハ生存權アルモ祖父母父母ニ對シテハ生存權ナシト云フニ異ナラス尙ホ換言スレハ吾人ハ他人ヨリ加ヘラル、不正ノ攻撃ニ對シテハ正當ニ其身體ヲ防衛スルノ權利アルモ祖父母父母ヨリ加ヘラル、不正ノ攻撃ニ對シテハ非道ノ刃ニ斃ル、ノ義務有リト云フニ外ナラス豈此ノ如キ理アラシヤ且人ノ斯世ニ在ル獨リ其祖父母父母ノ爲メノミニ非ス實ニ吾人ハ社會構成ノ一員トシテハ其本分ヲ全フスルカ爲メニ自己ノ身體生命ヲ正當ニ防衛スルノ必要アリ而ルニ祖父母父母ニ對シテ正當防衛ヲ認メサルハ吾人ヲ以テ社會構成ノ一員トセスシテ唯祖父母父母ノ爲メニノミニ生存スルモノト爲シタル者ナリ豈不當ノ甚シキニアラスヤ以上論スル如クナルヲ以テ正當防衛ハ何人ニ對シテモ不論罪ヲササル可カラス而シテ我刑法ノ規定此ニ出テス不都合ト謂ハサルヘカラス

第二章 財産ニ對スル罪

本章ハ題シテ「財産ニ對スル罪」ト曰フモ此中ニハ身體ニ對スル所爲ヲモ包含セサルニ非ス例ヘハ強盜放火決水等ノ如シ而シテ單ニ之ヲ「財産ニ對スル罪」トイヒシハ罪ノ主ナル目的財産ニ對スルヲ以テノ故ナリ、「財産」ノ解ハ民法ニ關スルヲ以テ予ハ茲ニ畧々セス唯財産ニハ有形無形又ハ動産不動産ノ區別アリテ罪ノ性質ニヨリ其目的トスル所ヲ異ニスト云フ「一」言ス可シ而シテ其詳細ハ各條ノ下ニ至リテ辯解セン

第一節 竊盜ノ罪

竊盜ノ罪タル財産ニ對スル諸罪中最モ多ク現出スル所ノモノナリ是レ之ヲ第一節ニ掲ケタル所以ナリ爰ニ注意スヘキハ立法者カ本節ノ罪ト次節ノ罪即チ強盜罪トチ一節中ニ編入セスシテ特ニ二節ニ分チ

タルヲ以テ甚々不都合ナル結果ヲ生スルト是ナリ例ヘハ自己ノ所有物ヲ典シテ他人ニ交付シ後之ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論スト云フトハ本節中(第三百七十一條)ニ規定スルモ其強取ノ場合ハ強盜ヲ以テ論ストイフトハ次節中ニ規定セス乃チ律ニ正條ナキヲ以テ無罪ト云フ可キカ或ハ次節ニ特別ノ規定ナキモ竊盜トイヒ強盜トイフ均シク盜罪ナルカ故ニ強盜ヲ以テ之ヲ論スルヲ得ヘキカ此疑ハ本節次節ヲ一見シテ直チニ生スル所ナリ若シ編纂其宜ヲ得本節次節ヲ一括シテ規定スレハ此ノ如キ疑團ハ生セサルナリ(此疑團ハ第三百七十一條ノ下ニ之ヲ解釋スヘシ)夫レ竊盜トイヒ強盜トイフ均ク是レ他人ノ所持中ヨリ他人ニ屬スル物件ヲ奪取スル所爲ニシテ二者其基礎ニ於テ敢テ異ル所有ルニアラス換言スレハ竊盜トイヒ強盜トイフ共ニ盜罪ノ種類ニ過キサレハ先ツ盜罪ノ性質ヲ定メ之ヲ竊盜及ヒ強盜ノ二ツ

ニ分ツテ要ス現行刑法ノ規定此ニ出テサルハ實ニ遺憾ト謂フ可シ因テ予ハ左ニ盜罪ノ性質ヲ説明セン

盜罪トハ如何。第三百六十六條第三百七十八條ニ規定スル所ハ直チニ以テ盜罪ノ定義ト爲ス可カラス何トナレハ一ハ竊盜ヲ規定シ一ハ強盜ヲ規定シタルヲ以テナリ予ハ理論ニ照シ爰ニ盜罪ノ定義ヲ與フレハ盜罪トハ人ヲ害シ又ハ自己ヲ利スルノ意ヲ以テ人ニ屬スル有形動産ヲ人ノ所持中ヨリ奪取スル所爲ヲ謂フ、刑法ニ規定スル諸種ノ竊盜及ヒ強盜ハ皆之ヲ基本ト爲シ之カ加重ノ情狀若クハ變様ニ過キサルナリ

盜罪ノ定義ソレ此ノ如シ故ニ盜罪ヲ構成スルニハ左ノ三條件ヲ要ス

- 第一、人ノ所持中ヨリ物件ヲ奪取スルヲ要ス
- 第二、人ノ所有ニ屬スル有形動産ナルヲ要ス

第三、人ヲ害シ又ハ自己ヲ利スルノ意思アルヲ要ス

第一、人ノ所持中ヨリ物件ヲ奪取スルヲ要ス
 物件ノ奪取ハ有形的ナルヲ要ス即チ物件ヲ現實ニ彼ヨリ此ニ移スヲ要ス故ニ物件ヲ奪取セサル時ハ他ノ罪ヲ成スハ格別盜罪トハナラサルナリ又物件ノ人ノ所持内ニ在ルヲ要ス所持ハ之ヲ所有ト混スヘカラス佛語ノ「ポツセシヨン」ニシテ民法ノ語ヲ以テ云ヘハ占有ト譯スル所ノ文辭ナリ是故ニ他人ノ所有ニ屬スル物件ニシテ自己ノ所持中ニ在ルモノ例ヘハ他人ヨリ借リタル物件ヲ消費スルカ如キハ盜罪ヲ成サスシテ受寄物消費罪ヲ成スヘシ要スルニ他人ノ所持中ヨリ物件ヲ奪取スルヲ要スルナリ
 本條件ニ關シ必要ナル問題アリ曰ク僕婢カ主人ノ命ニヨリ某ノ物件ヲ購ハント欲シ金ヲ懷ニシテ遠キニ至リ途中ニテ惡意ヲ生シ之ヲ消

費シタル時ハ盜罪ヲ成スカ此問題ノ疑點ハ僕婢カ主人ノ金ヲ懷ニスルハ主人ノ所持中ヨリ奪取シタルモノナリヤ否ニ在リ予以爲ク此所爲タル盜罪ヲ成スト何ヲ以テ之ヲ言フ曰ク凡ソ所持即チ占有ハ必シモ有形的ニ握有スルヲ要セス物件其物ハ他人ノ手ニ在ルモ所持權ハ法律上所有者ニ屬スルヲ有リ換言スレハ有形的ニ物件ハ他人ノ手ニ在ルモ無形的ニ所持權ハ我ニ屬スルヲ有リ是レ法理上當サニ然ラサルヘカラサル所ナリトス今本問ニ就キテ之ヲ觀察スルニ主人ノ金ハ現ニ僕婢ノ懷ニ在リト雖モ僕婢ハ固ト主人ノ器械ニ過キサレハ其金ハ主人ノ手裡ニ在ルト同様ナリ即チ主人ハ僕婢ヲ器械ト爲シテ其金ヲ所持スルモノナレハ僕婢カ之ヲ消費或ハ持逃ケシタル場合モ亦同一ナリシタル時ハ主人ノ所持中ヨリ物件ヲ奪取シタルモノニシテ盜罪ヲ成スモノトス蓋シ此場合ハ其金カ僕婢ノ懷ニ在ルカ故ニ所持權

主人ニ在リトイフハ稍疑アルニ似タリト雖モ若シ例ヲ轉シ僕婢カ主人ノ不在中ニ主人ノ物件ヲ取リタル時ハ何人モ之ヲ盜罪トスルニ躊躇セサルヘシ何トナレハ此場合タル僕婢ハ其物件ヲ所持セス又ハ寄托ヲ受テス唯他人ノ侵害ヲ防クノ番人タレハ物件ノ所持權ハ明ニ主人ニ存スレハナリ均ク是レ僕婢ナリ其物件ノ所在ハ主人ノ家ナルト僕婢ノ懷ナルトノ差コソ有レ主人ニ對シテハ依然タル器械ナリ番人ナレハ物件ノ所持權ハ主人ニ在ルヤ實ニ明白ニシテ疑フ可カラサルナリ是レ予カ本問僕婢ノ所爲ヲ盜罪ト爲シタル所以ナリ予ノ此論ハ曾テ第二百八十九條官吏ノ監守盜ヲ解スルニ當リ詳言シタル所ナリ彼此相照シテ熟讀セハ大ニ得ル所アラシ

第二、人ノ所有ニ屬スル有形動産ナルヲ要ス

盜罪ノ目的物ハ所有權他人ニ屬スルヲ要ス故ニ自己ノ所有物ナル時

ハ罪トナラス例ヘハ予友人ニ貸與シタル懷中時計ヲ無斷ニテ取去リタリトテ予ヲ盜罪ト爲スヲ得サルナリ然レモ自己ノ物件ナリトテ既ニ典物ト爲シテ他人ニ交付シ又ハ官署ノ命令ニヨリ他人之ヲ看守シタル時ハ之ヲ取リテ盜罪ト爲ルヲ有リ第三百七十一條即チ是ナリ然レモ是レ固ヨリ法條ヲ待チテ後始メテ盜罪トナル者ニシテ原則トシテハ盜罪ヲ構成スルニハ他人ニ所有權ノ屬スル物件タルヲ必要トスルナリ、而シテ其物件ハ動産物ナルヲ必要ス不動産ハ其性質上他ニ移轉スルヲ得サルニヨリ盜罪構成ニ必要ナル有形的奪取ヲ爲スヲ得ス其詐欺等ノ方法ニヨリ不動産ノ所有權ヲ彼ヨリ此ニ移轉スルヲ得ヘシト雖モ是レ唯無形的移轉ニシテ有形的移轉ニ非サルナリ不動産ニ三種有リ性質ニ因ル不動産用方ニ因ル不動産法律ノ規定ニ因ル不動産是ナリ性質ニ因ル不動産トハ土地又ハ建物ノ類ヲ云ヒ用

方ニ因ル不動産トハ耕作ニ備ヘタル器具、種子、藁草及ヒ肥料ノ類ヲ云ヒ法律ノ規定ニ因ル不動産トハ建築師ノ材料ヲ以テ建物ヲ築造セシムル人権ノ類ヲ云フ(是レ民法財産編第八條第九條第十條ノ規定スル所ナリ)事ノ茲ニ謂フ所ノ不動産ハ性質ニ因ル不動産ナリ蓋シ法律ノ規定ニ因ル不動産ハ總テ權利ヲ想像スルカ故ニ此ニ論スル所ニアラス其用方ニ因ル不動産ハ土地又ハ建物ニ附着スル動産物ナルカ故ニ之ヲ分離スレハ純乎タル動産トナルカ故ニ盜罪ノ目的物トナルヲ得ルモノナリ但シ性質ニ因ル不動産トヘハ家屋ノ如キハ其一部分ヲ破壊シテ盜取スルヲ得然レモ是レ其破壊シタル部分ハ家屋ト種スルヲ得ス即チ性質ニ因ル不動産ニ非スシテ動産トナリタル者ナリ故ニ家屋ノ一部分ヲ破壊シテ取りタル時ハ盜罪トナルヘシ動産ニハ有形的ト無形的トノ區別有リ時計、貨幣ノ如キハ有形的動産ニシテ會

社存立ノ間社員カ其會社ニ對シテ有スル權利ノ如キハ無形的動産ナリ盜罪ノ目トトナル動産ハ有形的動産物タルヲ要ス何トナレハ無形的動産物ハ有形的ニ奪取スルヲ得サレハナリ爰ニ注意ス可キ者アリ無形的動産ヲ代表スル物件ヲ奪取スレハ盜罪ヲ成スト是ナリ例ヘハ債權ヲ證明スル證券ヲ奪取スルカ如シ是レ債權其物ハ無形的動産ナリト雖モ證券ハ債權ヲ證明スル所ノ最モ貴重ナル紙片ニシテ宛モ紙幣ノ如ク有形的動産タルヲ疑テ容レス故ニ證券ノ奪取ハ盜罪ヲ成スモノトス

爰ニ一疑問アリ曰ク共有物ノ奪取ハ盜罪ヲ成スカ例ヘハ會社解散シテ未タ其財産ヲ分割セサル前ニ社員中ノ一人カ其財産ノ一部ヲ奪取シタル時ハ竊盜ト爲スヘキカ曰ク然リ蓋シ共有物ノ所有權ハ共有者各人ニ屬シ各人ノ權利ハ物件ノ全部ニ普及シ彼此ノ限界無キ者ナレ

ハ其奪取シタル一部ノ所有權ハ他ノ共有者ト共ニ奪取者ニ屬スルカ故ニ之ヲ盜罪ト爲スハ妥當ナラサルカ如シト雖其奪取シタル部分ハ自己ニ屬スルト同時ニ他ノ共有者ニモ亦屬スルヲ以テ盜罪ヲ成スヤ疑ヲ容レサル所ナリ

之ヲ要スルニ盜罪ノ目的物ハ有形的動産ニシテ其所有權他人ニ屬スルモノナルヲ要スルナリ

第三、人ヲ害シ又ハ自己ヲ利スルノ意思アルヲ要ス

盜罪ヲ成スニハ人ヲ害シ又ハ自己ヲ利スルノ意思アルヲ要ス蓋シ他人ノ物件ヲ盜ムモノ、意思ヲ探レハ多クハ自己ヲ利スルニ在リテ單ニ人ヲ害スルノ意思ノミニテ此罪ヲ犯ス者無キニ似タレ其實際往々然ラサルモノ有リ例ヘハ甲乙ヲ怨ムト甚シ因テ乙愛スル所ノ金側時計ヲ竊取シ之ヲ破壊シテ其怨ヲ霽シタルカ如シ是レ甲ノ意思ハ乙

ヲ害セントスルノ外ナシ然レ其之ヲ自己ヲ利スルノ意思ニテ盜取スル者ニ比スルニ其背德加害ノ度決シテ相下ラス之ヲ盜罪トスルニ於テ何ノ不可カ之レ有ラン佛國嘗テ此種ノ實例ヲ生シタリシカ大審院ハ判決シテ盜罪ヲ構成スト爲シタリ蓋シ妥當ノ裁判ナリ

所謂自己ヲ利スルノ意思トハ泛ク之ヲ解スルヲ要ス世ニ義賊ト稱スル者アリ他人ノ物件ヲ盜ムモ敢テ自己ヲ利スルニ非スシテ悉ク之ヲ貧人ニ惠與ス是レ人ヲ利スルノ意思アルモ自己ヲ利スルノ意思ナキニ似タリ然レ其深ク考フレハ是レ人ヲ利スルヲ以テ自己ノ心ヲ満足シ自己ノ快ヲ買フ所ノ者ナレハ所謂自己ヲ利スルノ意思アリト謂フヲ得ヘシ故ニ自己ヲ利スルノ意思ト嚴格ニ解シテ以テ適用ヲ狹セサランヲ要スルナリ

要スルニ自己ヲ利シ又ハ他人ヲ害スルノ意思アレハ盜罪ヲ成シ此意

思ナケレハ盜罪ヲ成サス但シ自己ヲ利シ又ハ他人ヲ害スルノ意思ナシトイフ一ハ之ヲ證明スル一甚々困難ナリ然レモ原則トシテ此等ノ意思ナクシテハ盜罪ヲ成サ、ルナリ予ハ下ニ一ニ例ヲ擧ケテ盜罪ニ於ケル犯意ナキ場合ヲ示サン甲乙ト交リ厚シ乙ノ所有スル刀劍ヲ以テ贈與ヲ受ケタルモノト誤認シ之ヲ乙家ヨリ持來リタルカ如キ或ハ他人ヲ驚カサント欲シ竊ニ其所有物ヲ持歸リ之ヲ隱匿スルカ如キ或ハ友人ノ宅ニ在リ劇雨ニ逢ヒタルヲ以テ無斷ニテ傘ヲ持歸リタルカ如キ或ハ債權者債務者ノ怠慢ヲ憤恚シ之ヲシテ辨濟セシメント欲シ其必要品ヲ持歸リタルカ如キ此等ハ皆盜罪ノ犯意ナキ所爲ナリトス以上説明シタル三箇ノ條件ヲ具備スル時ハ盜罪ヲ成立ス而シテ其竊盜罪トナリ或ハ強盜罪トナルハ暴行強迫ノ手段ヲ用井ルト否トニ區別スルモノトス

第三百六十六條

人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲

シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス

竊盜罪トハ暴行強迫ヲ用井スシテ犯シタル盜罪ヲ謂フ。「竊取」云々此文辭ハ文辭其物ヨリ見レハ第三者又ハ被害者ノ居ラサル場合即チ人ノ見サル所ノ場所ニ於テ盜取スルヲ謂フニ外ナラス然レモ斯ク狭ク解スヘカラス何トナレハ竊盜罪ハ衆人ノ見タル場所ニ於テ公然之ヲ取ルモ亦罪ヲ成スヲ以テナリ故ニ竊取トハ暴行脅迫ヲ用井スシテ盜取スルノ謂ナリ

爰ニ立法論ニ關シテ一言スヘキ者有リ竊盜罪ノ刑タル之ヲ舊時ノ我刑法ニ徵スルニ甚々重シ歐洲諸國亦昔時我國ト同様ナリ而シテ世ノ進歩ト共ニ輕減シ本法ノ如キモ之ヲ新律綱領、改定律例ニ比スレハ大ニ輕減シタルヲ見ル即チ本法ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ過キヌ

然レモ近時ノ状態ヲ觀ルニ盜犯ノ數日ニ増殖シ其犯ス方法ノ如キモ非常ニ巧妙ヲ極メタルヲ以テ重ク罰シテ之ヲ禁遏スルノ必要有リト爲シ本條ノ刑ハ輕ニ失スト論スル者甚多シ此論ノ可否果シテ如何曰ク論者ノ言或ハ妥當ナラン然レモ下ニ述フル所ノ事ニ注意シ以テ重輕ノ如何ヲ決セサルヘカラス夫レ竊盜ノ刑ヲ重クスル可ナリ唯幾何之ヲ重クスルカ或ハ懲役トスヘキカ或ハ徒刑トスヘキカ其程度審ナラス從ヒテ竊盜罪ニ對シ斯ノ如キ重刑ヲ科スル時ハ強盜罪ハ之ヲ重クシテ死刑又ハ終身刑ト爲サ、ルヘカラス凡ソ立法者ノ刑ヲ定ムルヤ諸他ノ犯罪ト相對比シテ以テ其輕重ヲ定ムルモノナレハ今頓ニ竊盜ノ刑ヲ重クスレハ諸般ノ刑ヲ加重スルノ必要ヲ生シ彼ノ殺人罪放火罪ノ如キハ如何ナル刑ヲ以テ之ヲ待セントスルカヲ知ル能ハサルニ至ル可シ且論者ハ盜犯ノ數増加スルカ故ニ之ヲ重罰スルノ要有リ

ト云フモ犯罪者ノ多キハ直チニ刑ヲ重クスル理由トナラス一社會ニ或ル犯罪ノ増加スルハ諸種ノ原因有ルモノナリ而ルニ其原因ヲ極メスシテ單ニ刑ヲ重クシテ犯罪ヲ減セント希フハ思ハサルノ說ト謂フヘシ故ニ竊盜罪ノ既定ノ刑ヲ加減セント欲セハ須ク社會ノ狀勢ヲ審查シ罪犯發生ノ原因ヲ討究セサル可カラス是レ獨リ竊盜罪ニ於テ然ルニアラス何種ノ犯罪ニ付キテモ亦然リト爲ス

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

本條ハ竊盜罪ヲ加重シタル者ナリ即チ犯罪ノ場所及ヒ時ニヨリテ普通ノ竊盜罪ノ刑ヲ重クシタルモノナリ、水火震災其他ノ變タトヘハ百姓一揆ノ如キ變事ノ場合ニハ人心其常ヲ失ヒ措置其處ヲ喪フヲ以テ盜罪ヲ防ク丁甚々難ク之ヲ犯ス丁甚々易シ、犯ス丁甚々易ク防ク丁甚

ヲ難キニ乗シテ盜ヲ爲ス其所爲甚々惡ムヘシ是レ特ニ其刑ノ重キ所以ナリ

本條ヲ適用スルニ方リ注意スヘキモノ有リ本條ノ竊盜ハ水火震災其他ノ變ノ有リタル場所ニテ之ヲ犯シタルヲ要ス故ニ例ヘハ神田坊ニ火アリ京橋ノ人往テ之ヲ拯フ盜兒探リテ其不在ヲ知リ竊盜ヲ爲スモ本條ヲ適用セサルナリ若シ本條ヲ之ニ適用スト云ハ、殆ト其際涯ヲ見ル丁能ハサルニ至ルヘシ

第三百六十八條 門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キテ
邸宅倉庫ニ入り竊盜ヲ犯シタル者ハ亦前條ニ同シ

本條ハ犯罪ノ方法及ヒ場所ニヨリ加重シタル所爲ナリ是レ此等ノ方法ヲ以テ此等ノ場所ニ侵入スルハ普通ノ竊盜ノ場合ヨリハ其情狀大ニ重キヲ以テ其刑ヲ加重シタルモノトス

犯罪ノ場所即チ倉庫邸宅ニ關シテハ別ニ異論ヲ生セサレモ方法即チ門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キタル事ニ關シテ適用上大ニ論ス可キモノ有リ左ニ之ヲ一言スヘシ

「門戶牆壁」踰越損壞又ハ「鎖鑰」ノ文辭ハ何レモ限定セラレタル文辭ニシテ廣ク之ヲ解スルヲ得ヌ因テ事實上太ニ不都合ヲ生シ實際本條ト同種ノ方法ニテ竊盜ヲ犯シ而シテ普通ノ竊盜罪ヲ以テ輕ク罰セサルヘカラサルノ結果ヲ生ス例ヘハ倉庫ノ引窓ヲ損壞シテ盜ヲ爲スモノアリトセン引窓ハ所謂門戶ニ非ス、牆壁ノ礎底ヲ鑿堀シ此レヨリ邸宅ニ入りテ盜ヲ爲シタルモノ有リトセン牆壁ノ礎底ヲ鑿堀スルハ所謂牆壁ヲ踰越シタルニ非ス、池ヲ以テ家屋ヲ周圍シ牆壁ニ代ヘタル邸宅有リ其池ヲ踰越シテ倉庫ニ入り盜ヲ爲シタルモノ有リトセン池ハ所謂謂牆壁ニ非ス此等ノ方法ハ本條ノ場合ト比較スルニ其情狀ノ重キ優

ルヲ有ルモ劣ルヲ無シ而シテ本條ハ此等ノ所爲ニ對シテ之ヲ適用ス
ルヲ得サルナリ或ハ本條ノ門、戸、牆、壁、云々ノ文辭ハ例ヲ示シタルニ
アラサル無キカノ疑アリト雖モ本法ノ慣用文章トシテ例ヲ示シタル
場合ニハ何々、其他、ハ何云々ト規定スルヲ見ル而ルニ本條ハ斯ノ如ク
限定ノ文辭ヲ用非ラレタリ草案ニ徵スルモ亦本條ト同シク限定ノ文
辭ヲ用非タルカ故ニ此等ノ所爲ニハ本條ヲ適用スルヲ得ス抑、刑法
ハ嚴格ニ解シ比附援引ヲ許サ、ルヲ以テ解釋法ノ原則トス故ニ立法
者タルモノハ竊盜罪ノ如ク種々ノ方法ニテ犯シ得ル所爲ヲ規定セン
ト欲セハカメテ本條ノ如キ限定ノ文辭ヲ用非ルヲ避ケサル可カラ
サルナリ

爰ニ一言ス可キ者有リ曰ク門戸ニ施シタル鎖鑰ヲ開クモ邸宅倉庫ニ
入ラサレハ本罪トナラス何トナレハ鎖鑰ヲ開ク、邸宅倉庫ニ入ル
ハ共ニ本罪ヲ成スノ必要條件ナレハナリ

第三百六十九條 二人以上共ニ前三條ノ罪ヲ犯シタル者ハ各
一等ヲ加フ

本條ハ犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重シタルモノナリ二人以上共謀一致
スレハ犯スニ易キモノナリ例ヘハ二人ニテ竊盜ヲ爲サント欲シ一人
ハ物ヲ盜ミ一人ハ瞭望ヲ爲セハ安シテ以テ盜ムヲ得ルカ如シ又二人
以上共ニ盜ヲ犯セハ防クニ難キモノナリ例ヘハ拘摸ノ如シ拘摸ハ數
人相謀リテ人ノ物ヲ拘取スルニヨリ被害者ハ空ク其物件ヲ失フニ至
ル是レ本條ノ加重アル所以ナリ

爰ニ研究ヲ要スヘキ一疑問有リ竊盜ハ從犯ハ之ヲ算入シテ多數ト爲
ス、トハ得ルカ如何、此疑問ノ生スルハ總則第一百七條ニ犯人ノ多數ニ因
リ刑ヲ加重ス可キ時ハ教唆者ヲ算入シテ多數ト爲ス、トハ得スト有リ

テ從犯ヲ算入シテ多數ト爲スヤ否ヤノ明文ナキニ由ル惟フニ從犯ト雖モ一箇ノ犯人ナレハ總則ニ明文ナキニ因リ之ヲ算入シテ多數ト爲スノ法意ナルカ如シ然リト雖モ我現行刑法適用論トシテハ從犯ハ教唆者ト均ク算入シテ多數トスルヲ得サルナリ其理由如何曰ク教唆者ヲ算入セサルハ教唆者ハ犯罪ヲ發意シ決定シタルノミニテ犯罪ノ決行ニ關與セス其跡一人ニテ罪ヲ犯シタルト異ルヲ無シ即チ教唆者アルカ爲メニ犯スニ易ク防クニ難キヲ致スト無キヲ以テナリ從犯モ亦殆ト之ニ同シ夫レ從犯トハ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シタル者ヲ謂フ豫備ノ所爲ヲ以テ幫助シタルハトテ犯罪ノ決行ハ一人ニテ爲シタルト同様ナリ其幫助アリタルカ爲メニ多少犯行ヲ容易ナラシメタルト有リトスルモ從犯ハ犯罪ノ現場ニハ毫モ關與セサル者ナルカ故ニ所謂防クニ難シト謂フヲ得ス是ヲ以テ從犯ハ正犯ニ算入シテ多

數ト爲スヘカラサルナリ

第三百七十條 兇器ヲ攜帶シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入り竊

盜ヲ犯シタル者ハ輕懲役ニ處ス

兇器ヲ攜帶シテ竊盜ヲ犯ス者ハ假令其兇器ヲ使用セサルモ其危險甚々大ナリ故ニ立法者ハ大ニ其刑ヲ重クシ特ニ重罪ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルヲトセリ

「兇器」トハ如何ナル物ヲ指スカ曰ク予ハ之ヲ二個ニ區別スルノ必要アルヲ知ル第一、性質ニ因リテノ兇器第二、用方ニ因リテノ兇器即チ是ナリ、性質ニ因リテノ兇器トハ刀劍銃鎗ノ類ニシテ物ノ性質上人ヲ害シ又ハ自己ノ身軀ヲ防衛スルカ爲メニ造ラレタル器ヲ謂フ此種ノ器ハ多ク軍人カ常ニ其身ニ帶ヒ其手ニ携フ所ノモノナレハ此等ノ人ヨリ見レハ利器ト稱スヘク兇器ト謂フヘカラサルニ似タリ然リト雖モ刑

法上ヨリ見レハ純然タル兇器ナリトス、用方ニ因テノ兇器トハ庖丁小刀ノ類ニシテ器其物ノ性質ハ人ヲ害シ又ハ自己ヲ防衛スルカ爲メニ製セラレタルニ非ス然レモ之ヲ犯罪ニ供用スレハ則チ兇器トナルモノナリ、本條ノ兇器トハ此二種ノ兇器ヲ指シタルモノト知ルヘシ、兇器ヲ區別シテ何等ノ利益アリヤ曰ク證明方法ノ點ニ於テ利益アリトス夫レ犯人竊盜ヲ爲スニ當リ性質ニ因リテノ兇器ヲ携帯スレハ檢事ハ携帯ノ意思ノ如何ヲ證明スルノ要ナク直チニ本條ノ罪ヲ成スト論告スルコトヲ得故ニ携帯ノ偶然ニシテ盜ヲ犯ス爲メニ非ストイフ事ヲ證明シテ本條ノ加重ヲ免レンニハ被告人ニ舉證ノ責アリ之ニ反シ用方ニ因リテノ兇器ヲ携帯スル場合ハ檢事ハ盜ヲ爲スカ爲メニ携帯セルモノナルコトヲ證明スルノ責アリ其證明ノ舉ラサル間ハ被告人ハ本條ヲ適用セラル、コト無シ二者ノ區別ノ利益コ、ニ存スルナリ

「兇器ヲ携帯」云々。公然ニ兇器ヲ携帯スルヲ要セス隱然之ヲ懷ニシテ携フルモ本條ヲ適用スヘキモノトス

「人ノ住居シタル邸宅」云々。犯罪ノ當時必シモ人ノ住居シタルヲ要セス故ニ苟モ人ノ住居スヘキ邸宅ナル時ハ住人偶々他出シテ其處ニ在ラサル時ト雖モ本條ヲ適用スヘキモノトス

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

自己ノ物件ト雖モ典物ト爲シテ他人ニ占有ヲ移シ又ハ差押ヘラレテ他人ノ看守スルヲ竊取スルハ竊盜罪ト成ス然レモ是レ盜罪ノ例外ニシテ明文ヲ待チテ始メテ盜罪ヲ成スモノトス、予曾テ盜罪ノ性質ヲ論スルニ當リ盜罪ノ目的物ハ所有權ノ他人ニ屬スルモノナルコトヲ要ス

ルカ故ニ自己ノ物件ヲ竊取スルモ罪ヲ成サスト曰ヘリ本條ノ例外タル所以ハ此ニ在リトス何ヲ以テ本條ノ例外ヲ設ケタルヤ曰ク自己ノ所有物ト雖モ之ヲ典物ト爲シテ其占有他人ニ移リタル時ハ他人即チ債權者ハ其物件ノ上ニ質權ヲ有シ官署ノ命令ニ因リテ差押ヲ爲シ他人已ニ看守シタル時亦其物件ノ上ニ權利ヲ有スル債權者アルモノトス是故ニ其物件ヲ竊取スレハ債權者ヲ害スルヲ他人ノ所有ニ屬スル物件ヲ奪取スルヨリ生スル害ト太差ナシ是レ特ニ竊盜罪ト爲シタル所以ナリ

本條ノ規定ハ強盜罪ノ部ニ規定セラレス是故ニ暴行脅迫ヲ加ヘテ典物ト爲シテ他人ニ交付シタル自己ノ物件ヲ奪取シタル者ハ強盜ヲ以テ論スルヲ得ルヤ否ヤ予曾テ此疑問ヲ本條ノ下ニ於テ一言スヘシト曰ヒ且此疑問ハ竊盜強盜ノ兩節ノ編纂其方ヲ失シタルヨリ生スル

結果ナリト曰ヘリ夫レ編纂其方ヲ失スルモ此疑問ハ即チ存在スルヲ以テ解釋家ハ正鵠ノ解ヲ爲サ、ル可カラサルナリ予ノ本問ニ對スル所見左ノ如シ

予以爲ク典物トシテ他人ニ占有ヲ移シタル自己ノ物件ヲ強取シタル者ハ強盜ヲ以テ論スヘシト或ハ云ハン本條ノ罪ハ竊盜罪ノ例外ナリ故ニ特ニ之ヲ法文ニ規定シタルモノナリ而ルニ強盜罪ノ下ニ其規定ナキハ法律ノ解釋上之ヲ罰スルヲ得スト謂ハサル可カラスト其レ然リ然リト雖モ是レ一ヲ知テ未ダニ知ラサルノ論ナリ夫レ竊盜ト強盜トノ關係ハ他ノ諸罪ノ關係トハ全ク別異ニテ同性質ノ犯罪ナリ偶、我立法者ハ編纂其當ヲ失シテ之ヲ二節ニ分チタリト雖モ適用上此ヲ以テ彼ノ缺ヲ補フヲ得サルニ非ス蓋シ立法者ノ意ヲ探ルニ竊盜強盜其性質ヲ同フス故ニ竊盜ノ部ニ特例ヲ設クレハ強盜ノ處ニ規定

セサルモ適用上毫モ差支ナシト思惟シタル者ナラン尙ホ理論ニ訴ヘテ之ヲ論スルニ強盛ハ暴行脅迫ヲ以テ盜罪ヲ犯シタルヲ謂ヒ竊盜ハ暴行脅迫ヲ用井スシテ盜罪ヲ犯シタルヲ謂フ但シ第三百六十六條ニ竊盜ヲ規定シテ所有物ヲ竊取シ云々トイヒ第三百七十八條ニ強盜ヲ規定シテ財物ヲ強取シ云々ト云ヒ二罪ノ性質相異ル所アルカ如ク從ヒテ予ノ如ク斷言スヘカラサルニ似タリト雖モ二罪ノ性質ハ此等ノ定義アルカ爲メニ變更セス既ニ然ラハ其竊盜罪トナリ得ヘキ所爲ニ暴行脅迫ヲ加レハ強盜ヲ成スト謂フヲ得ヘシ即チ竊盜ノ部ニ於テ典物トシタル自己ノ所有物ヲ竊取スレハ竊盜トナルト云フ例外ヲ設クレハ別ニ強盜ノ部ニ於テ規定ナキモ暴行カ脅迫ノ所爲アレハ強盜ヲ以テ論スト謂フヲ得ヘシ且假リニ本問ノ場合タル強盜ヲ以テ之ヲ論セストスルモ脅迫罪及ヒ竊盜ヲ以テ之ヲ論スルヲ得ルハ論者ト

雖モ敢テ異論ナシト信ス論者既ニ竊盜ヲ以テ之ヲ論スルヲ認メタル上ハ何故ニ暴行脅迫ノ加ハリタル盜罪即チ本問ノ所爲ヲ強盜トスルニ躊躇スルヤ又何故ニ本問ヲ脅迫ト竊盜トニ分離シテ論スルヲ爲スヤ予ハ實ニ其理由ヲ發見スルヲ得サルナリ要スルニ強竊盜罪ノ規定其宜キヲ失シタルカ爲メニ本問ヲ強盜トナスハ稍々妥當ナラサルニ似タレ予ハ上ノ如ク論決シテ適當ナリト信スルナリ

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

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

第三百七十四條 牧場ニ於テ牧畜ノ獸類ヲ竊取シタル者ハ二

月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス

此三箇條ハ屋外竊盜ト稱スルモノナリ亦特別ノ竊盜ニシテ竊盜物件ノ種類ニ因リテ普通竊盜ヨリモ輕ク之ヲ罰スルトセリ其之ヲ輕ク罰スル理由如何曰ク凡ソ此種ノ物件ハ人ノ所藏スルモノニ非ス故ニ之ヲ竊取スルヲ甚々容易ナリ自ラ進ミテ人ノ守護監督スル物件ヲ取ルハ大ニ深謀遠慮ヲ要スト雖モ田野ニ在ル穀類山林ニ在ル竹木ヲ取ルカ如キハ敢テ謀慮ヲ用井ルノ要ナシ是レ犯者ノ道德ニ背クヲ甚々大ナラス而ルヲ普通ノ竊盜罪ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルハ酷ニ過クル所アリ是レ特別ニ輕キ刑ヲ科スル所以ナリ然レモ是レ我立法者ノ採用シタル理由ニ過キス翻リテ立法上ヨリ之ヲ論スル時ハ全ク反對ノ理由アリ從ヒテ此種ノ竊盜ハ普通ノ竊盜ヨリ重ク罰スルノ必要アリト謂フヲ得ヘシ所謂反對ノ理由トハ如何曰

ク此種ノ物件ハ其性質上屋外即チ田野山林等ニ放置セサルヘカテサルモノナリ換言スレハ此種ノ物件ハ所藏スヘカテサル性質ヲ有ス是ヲ以テ此種ノ物件ハ公衆ノ信用ニ一任シ之ヲ自然ノ位置ニ放任スルノ外ナシ而ルニ之ヲ竊取スルハ公衆ノ信用ヲ破リタルモノニシテ其所爲普通ノ竊盜ヨリモ重キ情狀アリト謂ハサル可カラス是レ此種ノ竊盜ハ普通竊盜ヨリ重ク罰ス可キトイフ理由ナリトス以上ハ唯立法論トシテ一言シタルニ過キス其之ヲ輕クスヘシト云ヒ之ヲ重クスヘシト云フ共ニ一理アリテ存ス故ニ予ハ敢テ可否ヲ言ハサルヘシ聞ク我國古昔ニ在リテハ山野ノ穀類等ヲ竊取スル者アレハ被害者直チニ之ヲ殺傷スルモ可ナリト云フ慣行有リタリト被害者自ラ裁判權ヲ行フハ法理ノ許サ、ル所此慣行ノ不當不法ナルヲハ固ヨリ喋々ヲ要セスト雖モ亦以テ此種ノ竊盜ヲ重罰シタル一斑ヲ見ルヲ得ヘシ佛國刑

法ニ於テハ此種ノ竊盜ヲ罰スルニ付キ沿革アリ此ニ一言シテ以テ立法ノ資ニ供セン佛刑法ハ初メ此種ノ竊盜ニ重刑ヲ科セリ而ルニ許多ノ穀類ヲ竊取シタル者ハ之ヲ重罰スルモ可ナレト其僅ニ一莖ノ菜一顆ノ菓ヲ竊取スル者モ同シク重罰スルハ權衡ヲ失スルニヨリ實際裁判官ハ多ク之ヲ無罪ト爲シタリ是ニ於テ少許ノ菜菓等ヲ竊取スル者陸續増加シタリ因テ立法者ハ更ニ其刑ヲ輕クシ以テ此弊竇ヲ矯正セリ然レト之カ爲メニ過大ナリ穀類等ヲ竊取シタルガモ亦共ニ輕ク罰スルヲ致シ更ニ益々此種ノ竊盜犯ヲ増殖スルニ至レリ是ヲ以テ立法者ハ竊取ノ物件ニ就キ各々其刑ニ輕重ノ差ヲ爲スニ至レリ

我立法者ノ此種ノ犯罪ヲ輕ク罪シタルハ可ナリト雖モ之カ爲メニ不都合ノ結果ヲ生スルコト有リ第三百七十四條ニ付キテ之ヲ云ハンニ牧場ニ於テ數頭ノ牧牛ヲ竊取スルモ猶二月以上二年以下ノ重禁錮ヲ以

テ罰セラル、ニ過キス若シ其牛乳數合ヲ竊取スレハ普通ノ竊盜罪ノ刑即チ二月以上四年以上ノ重禁錮ヲ以テ罰セラル不都合ト謂ハサル可カラサルナリ

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

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

此兩條ハ解説ヲ要セスシテ明瞭ナリ

第三百七十七條 祖父母父母夫妻子孫及ヒ其配偶者又ハ同居ノ兄弟姊妹互ニ其財物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラス

若シ他人共ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ハ竊盜ヲ以テ論ス

刑法

本條ハ所謂親屬相盜ノ例ヲ規定シタルモノナリ、本條ニ據レハ親屬相盜ムモノハ竊盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラストセリ所謂竊盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラストハ不論罪即チ無罪トイフ意ナリヤ一讀スレハ不論罪ナリト謂ヒ得ルカ如シ然レモ立法者ノ意ヲ探ルニ不論罪トシタルニアラスシテ所謂宥恕全免即チ罪アレモ刑ヲ科セストイフノ意ニ外ナラス何ヲ以テ之ヲ知ルヤ曰ク親屬間ノ竊盜ト雖モ盜ハ則チ盜ナリ換言スレハ盜罪構成ノ要素ヲ具備スル所爲ナリ而シテ其犯人ハ敢テ智識自由ヲ欠缺スルニアラサレハ盜罪タルニ於テ毫モ差支ナシ只後段ニ説明スルカ如キ必要アリテ刑ヲ科セサルニ過キサルノミ今假リニ一步ヲ讓リ親屬相盜ヲ不論罪トセハ下ノ如キ結果ヲ生ス竊盜罪ヲ犯シ逮捕ヲ免レンカ爲メ通常人ヲ故殺シタル者ハ正ニ死刑ニ處セラル是レ第二百九十六條ノ規定スル所ナリ然レモ若シ弟カ兄ノ財產

ヲ盜ミ逮捕ヲ免レンカ爲メニ兄ヲ殺シタル者ハ竊盜ノ點ヲ問ハサルカ故ニ唯通常故殺ニ問ヒ無期徒刑ニ處セラル、ニ過キス豈不權衡ニアラスヤ我立法者決シテ此ノ如キ愚ヲ爲サ、ルナリ草案ハ親屬相盜ヲ以テ不論罪トセスシテ宥恕全免ト爲シタリ現行刑法ハ何ソ遽カニ其本質ヲ改メテ不論罪ト爲サンヤ、是ヲ以テ親屬相盜ト雖モ之ヲ犯スニ便利ナルカ爲メ若クハ已ニ犯シテ逮捕ヲ免ル、カ爲メニ人ヲ故殺シタル者ハ死刑ニ處セラル、ナリ
 何故ニ親屬ノ相盜ヲ宥恕全免ト爲シタルヤ曰ク本條規定ノ祖父母父母夫妻子孫及ヒ其配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹ハ同ク炊キ共ニ食ヒ起居進退ヲ共ニスルヲ以テ其財產ハ實際上殆ト所屬ノ部分ヲ明ニシ難シ故ニ之ヲ盜ムモ犯意甚々重カラス且若シ親屬間ノ相盜ヲ罰スル時ハ親屬間ノ平和ヲ破リ耻辱ヲ暴スノ結果ヲ生ス是レ之ヲ宥恕全免ト

爲シタル所以ナリ

本條ニ「祖父母父母」云々ト規定シ親屬ノ種類ヲ列記シテ單ニ親屬トセサルハ立法者大ニ慮ル所ノモノ有リシナリ、乃チ單ニ親屬トスル時ハ適用ノ區域甚々廣キヲ致シ實際疎遠ニシテ他人ト毫モ異ラサルカ如キ間柄ニテモ尙ホ之ヲ全免スルノ不都合ヲ生スルヲ以テナリ、以上ニテ竊盜罪ニ關スル規定ヲ講了セリ猶ホ本法以外ニ屋外竊盜ニ關スル法律アリ明治廿三年十月法律第九十九號ヲ以テ發布セラレ同年十一月一日ヨリ施行セラレタルモノナリ左ニ之ヲ掲ク

第一條 家屋其他ノ建造物外ニ於テ犯シタル竊盜ニシテ未タ遂ケサル者又ハ已ニ遂ケタルモ其贓額五圓ニ滿サル者ハ十二日以上二月以下ノ重禁錮ニ處ス

第二條 田野、山林、川澤、池沼、湖海ニ於テ其產物ヲ竊取セントシ又ハ

牧場ニ於テ其獸類ヲ竊取セントシテ未タ遂ケサル者又ハ已ニ竊取シタルモ其贓額五圓ニ滿サル者亦前條ニ同シ

第三條 前二條ニ記載シタル贓額ハ犯罪ノ地及ヒ其時ニ於ケル物價ニ據リ裁判所之ヲ定ム

但贓物現存セサルキハ其中等ノ價額ニ據ル可シ

此法律ヲ發布シタル理由如何曰ク是レ明治二十三年二月八日ヲ以テ裁判所構成法ヲ發布セラレタル結果ナリトス裁判所構成法第十六條ニ曰ク

區裁判所ハ刑事ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス

第一 云々

第二 本刑五十圓以下ノ罰金ヲ附加シ若クハ附加セサル二月以

下ノ禁錮……………ニ該ル輕罪

第三 云々

此規定ニ據レハ罰金ヲ附加セサル二月以下ノ禁錮ニ該ル輕罪ハ區裁判所其裁判權ヲ有ス而ルニ刑法規定ノ竊盜罪ニハ所謂二月以下ノ禁錮ヲ科スル者ナシ因テ竊盜罪ハ總テ地方裁判所之ヲ管轄セサルヘカラサルニ至ル、地方裁判所ハ合議裁判所ニシテ三人ノ判事ヲ以テ審問裁判シ其構成甚々複雑ナリ而ルニ田野ニ於テ一莖ノ菜一穗ノ穀若クハ一幹ノ木ヲ竊取シタル罪ヲ此複雑ナル裁判所ニ管轄セシムルハ事丁重ニ失シ却テ社會ノ損害トナルニ至ルヲ以テ竊盜罪ノ輕微ナルモノ即チ屋外竊盜ニシテ未ダ遂ケサル者若クハ已ニ遂クルモ贓額微少ニシテ被害者ノ損害少キ者ニ限リ二月以下ノ重禁錮ヲ科シ以テ之ヲ區裁判所ノ管轄ニ屬セシム法律九十九號ノ發布アルハ此必要アルニ由ル、而シテ其條文ノ如キ甚々簡明ニシテ敢テ予ノ解說ヲ待タスシテ

明白ナリ

第二節 強盜ノ罪

第三百七十八條 人ヲ脅迫シ又ハ暴行ヲ加ヘテ財物ヲ強取シタル者ハ強盜ノ罪ト爲シ輕懲役ニ處ス

本條ハ強盜ノ罪ヲ規定ス強盜トハ暴行脅迫ヲ加ヘテ犯シタル盜罪ヲ謂フ故ニ本罪ハ盜罪構成ノ三條件ヲ具備シ而シテ暴行脅迫ノ所爲アルコトヲ必要トスルナリ

「財物ヲ強取ス」云々。財物トハ如何竊盜ヲ規定シタル第三百六十六條ニハ「人ノ所有物ヲ竊取」云々トアリ而シテ爰ニ財物ト規定ス蓋シ二者ノ間ニ區別アルカ如シ今詐欺取財罪ヲ規定セル第三百九十條ニモ亦「財物」ノ文辭アリ此ハ有形無形ノ動産不動産ヲ總稱スルヲ以テ本條ノ財物モ亦同一ニ解スヘキモノ、如シ然レハ本條ハ此ヲ解スヘキモノ

ナラスシテ第三百六十六條ノ所有物ト同一ニ解スヘキモノナリ即チ有形ノ動産ノミチ想像シタル文辭ナリト謂フヘシ蓋シ強盜罪ハ盜罪ノ加重ノ情狀ニ外ナラス故ニ盜罪ノ目的物有形ノ動産ニ限ラル、時ハ強盜罪ノ目的物モ亦有形ノ動産ニ限ラル、ト爲サ、レハ論理貫徹セサルチ以テナリ已ニ屢述ヘタルカ如ク本法ハ用語甚ダ鹵莽粗雜ニシテ現ニ同一竊盜罪ノ規定中ニモ或ハ所有物トイヒ或ハ財物トイフ例ヘハ第三百六十六條ニ所有物トイヒ乍ラ第三百七十七條ニ至リテ財物ノ文辭ヲ用井タルカ如シ不都合ト謂ハサルチ得サルナリ「入チ脅迫シ又ハ暴行ヲ加ヘ」云々。所謂暴行強迫ハ裁判官ノ認定ニ任スヘキモノトス

強盜ハ盜罪ノ加重ノ情狀ナリ因テ加重ノ情狀即チ暴行脅迫ヲ以テ盜罪ニ着手シタルニ非サレハ強盜アリト謂フ可カラサルナリ我舊刑法改定律例ニハ「凡強盜未ダ行ハスト雖モ已ニ途ニ在テ捕ニ就キ盜情顯跡アル者」云々トイフ規定アリ此等ハ固ヨリ強盜トイフチ得サルヤ多言ヲ要セスシテ之ヲ知ルチ得ヘシト雖モ下ノ場合ノ如キハ稍疑ナキ能ハス例ヘハ強盜ヲ爲サント欲シテ人家ニ侵入シタルニ會人無シ因テ暴行脅迫ヲ行ハスシテ物件ヲ奪去リタルカ如キ或ハ強盜ヲ目的トシテ人家ニ入りタルニ人ノ認ムル所トナリ倉皇盜ヲ行ハスシテ逃去リタルカ如キハ強盜ヲ以テ論スルチ得ルカ人或ハ之ヲ強盜ノ未遂犯ト謂ハン然レモ凡ソ未遂犯トイフニハ犯罪ニ着手シタルトチ要ス之チ別言スレハ犯罪ノ實行ノ端緒アリタルトチ要ス而シテ此場合ニハ暴行脅迫ノ意思アルモ其所爲ナク又暴行強迫ヲ以テ盜罪ニ着手セサルニヨリ強盜ノ未遂犯ニ非サルヤ昭々トシテ明ナリ又茲ニ兇人アリ強盜ヲ爲サント欲シ劍ヲ揮ヒテ門戸ヲ打破シ將サニ内ニ入ラントシ

マルニ會、戸内ニ砲聲一轟高ク響キタルヲ以テ驚駭逃去シタル時ハ如何、人之ヲ未遂犯ト謂フカ更ニ少シク其場合ヲ變シ其兇人安穩ニ内ニ入り敢テ家人ニ對シテ暴行強迫ヲ用非スシテ盜ヲ爲シタル時ハ如何、此場合ニハ暴行強迫ナキカ故ニ竊盜ニ問フヘシ、内ニ入りタル時ハ竊盜トナリ内ニ入ラスシテ逃去スレハ強盜トナルハ實ニ奇ナラスヤ要スルニ強盜ノ未遂アリトイフニハ少クモ暴行強迫ヲ以テ盜罪ニ着手シタルヲ要ス是レ強盜ハ盜罪ノ加重ノ情狀ナルヲ以テナリ

第三百七十九條 強盜左ニ記載シタル情狀アル者ハ一個毎ニ

一等ヲ加フ

一二人以上共ニ犯シタル時

二兇器ヲ携帯シテ犯シタル時

本條ハ強盜ニ加重ノ情狀アルカ故ニ刑ヲ重クシタル者ニシテ其刑ヲ

加重シタル理由ハ前節第三百六十九條第三百七十條ノ下ニ於テ詳述シタル所ト同一ナレハ茲ニ喋々セス

第三百八十條 強盜人ヲ傷シタル者ハ無期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ死刑ニ處ス

「強盜人ヲ傷シタル者」云々トハ有意ニテ傷シタルヲ要ス故ニ強盜ノ入りタルヲ恐レ遁逃セント欲シ誤リテ井ニ陥リテ負傷シタルカ如キハ所謂強盜人ヲ傷シタル者ト謂フ可カラス、死ニ致シタル者「云々」是レ傷クル意思ノ結果死ニ致シタルト殺意アリテ死ニ致シタルトヲ問ハサルナリ

第三百八十一條 強盜婦女ヲ強姦シタル者ハ無期徒刑ニ處ス聞クカ如クハ強盜ヲ爲ス者ハ多ク婦女ヲ強姦スト云フ此所爲タル實ニ重惡ニシテ婦女ノ害亦甚々大ナリ是レ本條ノ設アル所以ナリ

本條ハ強盜ト強姦トノ二所爲ヲ併合シテ一罪ト爲シタル者ナレハ普通ノ強盜罪ニアラス又普通ノ強姦罪ニモアラサルナリ是故ニ通常強姦ハ被害者又ハ親屬ノ告訴ヲ待チテ其罪ヲ治スルモ本條ノ強姦ハ告訴ナシト雖モ直チニ罪ヲ治スルヲ得ヘシ是レ第三百五十一條ノ下ニ於テ姦淫猥褻ノ罪ヲ犯シ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ被害者ノ告訴ナキモ直チニ其罪ヲ治スルヲ得ルト同様ナリ詳細ハ該條ニ就キテ参照セラレヨ

爰ニ一疑問有リ「強盜未遂ニシテ強姦既遂ナル時ハ如何例ヘハ強盜財ヲ得テ之ヲ傍ニ置キ婦女ヲ強姦シ了シタルニ會人ニ認メラレテ逃走シタルカ如キハ如何ニ處分スルヤ曰ク一見スレハ本條ノ罪ノ未遂ト謂フヲ得ヘキニ似タリト雖モ本條ノ所謂強盜ハ強盜犯人ヲ指シタル文辭ナレハ苟モ強盜ト名ケ得ヘキ所爲アリシ者換言スレハ強盜ノ罪

ニ着手シタル者ニテモ強姦ヲ遂了スレハ之ヲ本條ノ既遂ニ問フモノトス要スルニ本條ハ強盜ノ既遂未遂ヲ問ハス唯強姦ノ遂ケタリヤ否ヤヲ以テ罪ノ既遂未遂ヲ論スヘキモノトス

第三百八十二條 竊盜財ヲ得テ其取還ヲ拒ク爲メ臨時暴行脅

迫ヲ爲シタル者ハ強盜ヲ以テ論ス

本條ノ所爲ハ性質強盜ニ非ス然レモ竊盜遂了後財物ノ取還ヲ拒ム爲メ暴行脅迫ヲ爲シタル時ハ其危害暴行脅迫ヲ以テ強取シタルト何ソ擇ハシ是レ特ニ強盜ヲ以テ論スルト爲シタル所以ナリ

「財ヲ得テ」云々ト有リ故ニ竊盜財ヲ得ヌシテ去ルニ臨ミ人ノ追躡スル所トナリ臨時暴行ヲ爲シタル時ハ強盜ヲ以テ論スルヲ得サルナリ財ヲ得ルト財ヲ得サルトハ既遂未遂ノ判ル、所ナレハ多少差別ナキニ非サレモ等ク竊盜罪ナレハ一チ強盜ニ問ヒ一チ竊盜ニ問フハ理論

上甚々穩當ヲ失スト謂フ可シ

第三百八十三條 藥酒等ヲ用ヒ人ヲ醉迷セシメ其財物ヲ盜取シタル者ハ強盜ヲ以テ論シ輕懲役ニ處ス

本條ハ彼第三百四十八條第二項ノ藥酒等ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシメテ姦淫シタル者ヲ強姦ト爲スノ理由ト同一ナルヲ以テ復々コ、ニ吹々セス

第三百八十四條 此節ニ記載シタル罪ヲ犯シ減輕ニ因テ輕罪ノ刑ニ處スル者ハ六月以上六年以下ノ監視ニ付ス

講說ヲ要セスシテ明白ナル條文ナリ

第三節 遺失物埋藏物ニ關スル罪

本節ノ罪ハ盜罪ト甚々相類似セリ故ニ之ヲ前二節ノ次位ニ規定セリ、此罪ヲ佛國刑法ニ求ムルニ同刑法ハ之ヲ規定セス因テ遺失物埋藏物

ヲ拾得シタル者アル時ハ事情ニヨリ或ハ之ヲ盜罪ト爲シ或ハ之ヲ無罪ト爲ス其盜罪トスル場合ハ物品拾得ト共ニ惡意ノ存スル時ニシテ無罪トスル場合ハ拾得ノ後惡意ノ生シタル時ナリトス此處置タル附會ヲ免レス何トナレハ盜罪ニハ其罪ヲ構成スルノ原素アリ而シテ此罪ニハ直チニ盜罪ノ構成原素ヲ適用スルヲ得サレハナリ我舊律ハ遺夫物ヲ拾得シテ隱匿スル所爲ハ坐贓ヲ以テ論ス其之ヲ盜罪ニ擬スルノ點ハ佛刑法ト粗相似タリ然レモ此等ハ實ニ不當ナル規定若クハ處分ナルニヨリ我立法者ハ茲ニ本節ヲ設ケタリ盜罪ト此罪トノ差異ノ如キハ後ニ至リテ明了ナルヘシト信ス

第三百八十五條 遺失及漂流ノ物品ヲ拾得テ隱匿シ所有主ニ還付セス又ハ官署ニ申告セサル者ハ十一日以上三月以下ノ重禁錮ニ處シ又ハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス

本條ノ罪ヲ構成スル條件三箇アリ本條ハ明文上之ヲ表ハセリ即チ左ノ如シ

第一、遺失及ヒ漂流ノ物品ナルヲ要ス

第二、拾得スルヲ要ス

第三、隱匿スルヲ要ス

第一、遺失及ヒ漂流ノ物品ナルヲ要ス

遺失物トハ如何ナルモノヲ謂フカ之ヲ我國現行ノ法令ニ徵スルニ明治九年四月太政官布告第五十六號遺失物取扱規則第一條ニ云フ

凡ソ遺失物ト稱スルハ自ラ其遺失スルヲ覺ラヌ及ヒ其所在ノ明ナラサルモノヲ云フ故ニ若シ其物ヲ得ルニ臨ミテ物主其場ニ就テ主タルヲ證明スルニ於テハ直チニ之ヲ返還シ遺失物ヲ以テ論スルヲ得ス

此外ニ遺失物ニ關スル法令ナシ因テ該條ハ遺失物ノ定義ト爲スト得可シ然レモ是レ盡セリト謂フ可カラス何トナレハ此ハ遺失者ヨリ觀察シテ定義ヲ下スト雖モ刑法ハ拾得者ヲ罰スルモノナレハ拾得者ヨリ觀察シテ定義ヲ下サ、ル可カラサレハナリ又該規則ニハ家畜類ノ逃去シタル者ノ如キ之ヲ遺失物トセス然レモ刑法上ニテハ之ヲ遺失物ト爲ス然ラハ則チ刑法上ヨリシテ遺失物ニ定義ヲ與フレハ如何予ハ下ノ如クニシテ可ナリト信ス曰ク遺失物トハ公衆ノ信用ニ委ネタルニ非スシテ其所在及ヒ性質ニヨリ遺失シタリト想像セシムル物件ヲ謂フ故ニ田野ニ在ル野菜山林ニ在ル竹木(第三百七十二條第三百七十三條)ノ類ハ曾テ一言シタルカ如ク所有者カ之ヲ公衆ノ信用ニ委任シタルモノナリ彼ノ路上ニ堆積シタル木石ノ如キ亦然リトス此等ハ皆遺失物ノ目的トナラサルナリ故ニ之ヲ取レハ遺失物ニ關スル罪

トナラスシテ竊盜トナル然レモ例チ一轉シ時計又ハ紙入ノ類カ路上ニ在ルカ如キハ公衆ノ信用ニ一任シテ此處ニ置キタリトハ謂フヘカラス而シテ其物件ノ性質上此處ニ在ルマシキモノニシテ何人ヨリ見ルモ遺失シタルモノト想像シ得ル物件ナリ此等ノ場合ニハ其物件ハ遺失物ナリトス

漂流物トハ其性質遺失物ト同一ナリ唯彼ハ陸地ニ在ルチ想像シ此ハ水中ニ在ルチ想像シタルノ差違アルノミ

第二、拾得スルイテ要ス

本罪ニ於ケル拾得トハ竊盜罪ニ於ケル竊盜ト混淆スヘカラス此二箇ノ所爲ハ全然相異ナルモノナリ竊盜ニ於ケル竊取トハ曾テ一言シタルカ如ク他人ノ所持權内ニ在ルモノヲ奪取スルノ謂ナリ本罪ニ於ケル拾得トハ他人ノ所持權内ニアラサル物ヲ得ルノ辭ナリ因テ本罪ハ

他人ノ所持權内ニ在ラサル物ニ對シ拾得ノ所爲アリタルニ非サレハ成立セス或ハ云フ遺失物漂流物ハ私人ノ所持ニ屬セスト雖モ政府ノ所持ニ屬スルモノト謂フヘシ例ヘハ人予カ家ニ懷中時計ヲ置キ遺レタリ而シテ予之ヲ知ラス兪兒アリ竊ニ其時計ヲ奪去リタリトセシ此所爲ハ疑モ無ク竊盜ナリ何トナレハ予カ家ニ在ル物件ハ予之ヲ知ラスト雖モ予ハ之ヲ無形ニ所持スレハナリ之ト同シク政府モ其遺失物ノ所在ヲ知ラスト雖モ之ヲ無形ニ所持スルモノナリ然ラハ所謂拾得ニハ他人ノ所持内ニ在ラサルモノタルヲ要ストイフハ妥當チ缺クノ説ト謂フヘシト然レモ是レ大ニ考ヘサルノ説タリ蓋シ遺失物ハ直チニ國ニ屬ストイフ性質ヲ有スルモノナランニハ或ハ說者ノ言ノ如シト雖モ遺失物ハ民法上國ノ所有ニ屬セス是レ拾得後若干年月ヲ經過シテ遺失者ノ知レサル時拾得者其物件ノ所有者トナルヲ以テ之ヲ知

ルヘシ何トナレハ拾得者ノ所有ニ歸スルハ無主物トシテ然ルモノニシテ政府ヨリ贈與ヲ受ケタル者ニアラサレハナリ故ニ政府ハ遺失物ノ上ニ所持權ヲ有ストイフハ不當ノ説ト謂ハサルヘカラサルナリ要スルニ拾得ハ他人ノ所持内ニ在ラサル物件ニ對シテ行フ所ノ所爲ナリ尙ホ此事ニ關シ盜犯ト比較シ左ニ之ヲ詳述スヘシ

人アリ予カ庭内ニ遺失セル時計ヲ取去リタル時ハ如何曰ク盜罪トナル何トナレハ予ノ所所地ニ在ル物件ハ予無形ニ之ヲ監督スルモノナレハナリ然レモ例ヲ變シ其時計ヲ予ノ門外ニ遺失セル時ハ予ノ監督權外ニ在ルニヨリ盜罪ヲ成サスモテ本條ノ罪ヲ成スヘシ僕アリ主人ニ從フテ行キ主人ノ遺失セル物品ヲ拾ヒタル時ハ如何此例ハ能ク人ノ援引スル所ニシテ一言スルノ値アリ予以爲ク盜罪ニ利フヘキモノナリト蓋シ僕ハ主人ノ器械ナリ器械ハ運轉者ノ意向ニ副ハサルヘカ

ラス故ニ若シ他人カ主人ノ物件ヲ取ル時ハ僕ハ之ヲ防禦セザルヘカラサルト同シク主人カ物ヲ遺失スル時ハ其遺失ヲ止メ其保持ヲ擁護セサル可カラサルナリ因テ此場合ハ主人ノ所持中ヨリ物件ヲ盜取シタルモノトシテ之ヲ盜罪ニ擬スルヲ至當トスヘシ然レモ若シ僕一人ニテ他出シ途上主人ノ遺失シタル物件ヲ拾得シタル時ハ本條ノ罪トナルヘシ

之ヲ要スルニ他人ノ所持監督ノ中ヨリシテ物件ヲ取レハ盜罪ヲ爲シ他人ノ所持監督外ヨリ物件ヲ取レハ本件ノ罪ヲ成ス此點ハ則チ盜罪ト遺失物拾得ノ罪ト相異ナル所ナリトス

第三、 隱匿スルヲ要ス

隱匿ニハ有形無形ノ區別アリ共ニ所謂隱匿ト稱スルヲ得、無形ノ隱匿トハ事主ヨリシテ此ハ予カ遺失シタル物ナリト曰ハレシニ拾得者之

ニ抗辯シテ否此ハ予ノ所有物ナリト曰フカ如キ場合ヲ謂ヒ有形ノ隱匿トハ箆筭或ハ棚ノ中ニ匿シ人ノ尋ネ來リシ時ニ拾得シタル丁無シト開陳スルカ如キ又ハ事主新聞ニ廣告シタルニ拾得者之ヲ知リツ、通知セサルカ如キ場合ヲ謂フ一見スレハ無形ノ隱匿ハ有形ニ拾得物件ヲ隱匿セスシテ唯其拾得ノ事ヲ心裡ニ秘シタルニ過キサレハ之ヲ隱匿トイフハ妥當ヲ缺クニ似タリト雖モ敢テ然ラサルナリ若シ夫レ無形ノ隱匿ヲ想像セストセハ遺失物ヲ拾得シ之ヲ人ニ賣却シタルカ如キハ遺失物隱匿ノ罪ト爲ヌヲ得ヌ何トナレハ公然之ヲ我物トシテ賣却シタルニヨリ毫モ有形的隱匿ナケレハナリ然レモ此等ノ所爲ハ何人モ之ヲ遺失物隱匿ノ罪ヲ成サストハ云ハサルヘシ佛文草案ニ徵スルニ該草案ニハ「己レノ利益ヲ得ル目的ヲ以テ隱匿シテ返サ、ル時」云々ト有リ起草者ノ意ハ唯利己心アリテ隱匿シタル時ハ假令有形ニ

アラサルモ罪ヲ成ストヲ想像シタルヤ明ナリ現行法之ヲ改メテ單ニ隱匿トノミニ規定シタルモ其精神ヲ變更シタル者ニ非サルナリ然レモ隱匿ハ己レヲ利スル意アル場合ノミヲ想像スト爲ス勿レ人ヲ害スル意アル場合モ亦之ヲ想像ス何トナレハ其己レヲ利ストイヒ又ハ人ヲ害ストイフ共ニ隱匿ハ即チ隱匿ナレハナリ要スルニ隱匿ハ惡意即チ他人ヲ害シ又ハ自己ヲ利スルノ意思ヲ以テ爲サレタルヲ要ス此意思ナクシハ所謂隱匿ト稱スルヲ得サルナリ例ヘハ遺失物ヲ拾ヒ他事ノ爲メニ遺忘シ之ヲ官署ニ申告セサル如キハ所謂隱匿ニ非サレハ罪ヲ成サ、ルナリ

隱匿ニ要スル惡意ハ遺失物拾得ノ後ニ生スルモ尙ホ罪ヲ成ヌヤ例ヘハ甲途上金能計ヲ拾得ス點檢スルニ其友乙ノ所有物ナリ因テ之ヲ返還セント欲シ持歸リタリシガ後數日ヲ經テ惡意ヲ生シ終ニ隱匿シテ

返還セサル時ハ遺失物隱匿罪ヲ成スヤ、曰ク然リ夫レ此罪ヲ成スノ惡意ハ拾得ノ當時ニ之レ有リシトテ必要トセス否拾得ノ當時ニ於ケル惡意ノ有無ハ之ヲ問フノ必要ナシトス何トナレハ隱匿ハ本罪構成ノ條件ニシテ隱匿ノ所爲ナキ時ハ之ヲ拾得スルモ罪ヲ成サス即チ拾得ノ當時ハ犯罪未タ成立セサルニヨリ惡意ノ拾得ノ後ニ生スルモ尙ホ罪ヲ成スハ本罪ノ性質上自ラ然ルモノナレハナリ、此點モ亦盜罪ト本罪トノ差違アル所マリ既ニ見タルカ如ク盜罪ニ於ケル惡意ハ物件奪取ノ當時ニ之レ有リシトテ必要トシ物件ヲ取リタルノ後ニ惡意ヲ生スルモ他罪ヲ成スハ格別盜罪ヲ成サ、ルナリ例ヘハ甲アリ乙家ニ在ル某書籍ハ先人カ乙ニ貸與シタル者ト誤信シ無斷ニテ持歸リ後始メテ乙ノ有タルトテ覺リシカ惡意ヲ生シ終ニ之ヲ返還セサルカ如キハ所謂惡意カ物件ヲ持歸リタル後ニ生シタルニヨリ受寄物消費罪ヲ成

スヘキモ盜罪ハ則チ成立セサルナリ

本條ニ「所有者ニ還付セス又ハ官署ニ申告セサル者」云々ト有リ個ハ本罪構成ノ一條件ニ非スシテ所謂隱匿ノ結果ナリトス是ヲ以テ所有者ニ還付シ又ハ官ニ申告スヘキ時期内ト雖モ隱匿ノ事實アレハ罪ヲ成ス例ヘハ人有リ路ニ金簪ヲ拾ヒ直チニ之ヲ典物ト爲シタリシカ此事早クモ所有者ノ耳ニ入りテ告訴セラレ終ニ檢事ノ公訴スル所トナレリ(但シ還付又ハ申告ノ時期内ヲ想像ス)被告人抗辯シテ曰ク未タ還付又ハ申告ノ時期ヲ經過セス此期間ハ還付又ハ申告ノ猶豫ヲ得タルモノナレハ假令此期間ニ典物ト爲スモ之ヲ遺失物ヲ隱匿スト謂フ可カラスト此ノ如キ場合ト雖モ被告人ハ明ニ無形的隱匿ノ事實アリタル者ナレハ罪ヲ成スト謂ハサル可カラサルナリ

本條ノ刑實ニ輕シ即チ十一日以上三月以下ノ重禁錮又ハ二圓以上二

十圓以下ノ罰金ニシテ彼ノ竊盜罪ノ刑即チ二日以上四年以下ノ重禁錮ニ比スレハ其差亦何ソ酷シキヤ是レ本罪ノ犯者ハ物件ノ現存スルヲ見テ惡意ノ發動シタルモノニテ物件カ現在シタルハコソ拾得シ隱匿シタルナレ若シ現在セサレハ此所爲ナキヲ得ヘク極言スレハ犯者ハ機會ニ誘致セラレテ發作シタル者ナレハ其情狀之カ彼カ自ラ進ミテ發作シ他人ノ所持權ヲ侵シテ盜取シタル者ト固ヨリ同日ノ論ニ非ス是レ本條ノ刑ノ輕キ所以ナリ此點モ亦遺失物隱匿罪ト盜罪トノ異ナル所ナリトス

第三百八十六條 他人ノ所有地内ニ於テ埋藏ノ物品ヲ掘得テ隱匿シタル者ハ亦前條ニ同シ

本條ハ埋藏物隱匿ノ罪ヲ規定ス唯遺失物ト埋藏物トノ差アルノミニテ他ハ前條ノ罪ト其構成條件ヲ同フス

埋藏物隱匿ノ罪ヲ前條ト同シク罰スルノ理由如何之ニ答フルニハ埋藏物ノ性質并ニ掘得者ト埋藏物ノ存スル物ノ所有者トノ權利關係ヲ二言セサルヲ得ス事民法ノ解ニ入ルノ嫌アリト雖モ其要領ヲ一言セシ曰ク埋藏物トハ所有者ノ知レサル物カ其性質ニ反シ他物ノ中ニ隱沒シ在ルヲ謂フ之ヲ詳言スレハ物カ現存スヘカラサル處ニ埋沒シ何人ニカ所屬スヘキ物ナルモ未タ其誰タルトノ判然タラサル物ヲ謂フ民法上ニテハ自己ノ所有物内ニテ埋藏物ヲ掘得スレハ一半ハ先占、一半ハ附添ニヨリテ其所有權ヲ取得シ其他人ノ所有物内ニテ掘得スル時ハ埋藏物ヲ二分シ掘得者ハ先占ニテ其一半ヲ取得シ所有者ハ附添ニテ他ノ一半ヲ取得ス是レ我民法ノ規定スル所ニ屬ス(民法財産取得編第五條第二十三條并ニ明治九年四月第五十六條布告遺失物取扱規則第六條參照)是ヲ以テ他人ノ所有地内ニ於テ埋藏物ヲ掘得シタル者

又トヘハ借地人其借地ヲ開墾スルニ當リ偶々古金ヲ藏シタル瓶ヲ掘得
 シタル者ノ如キ其埋藏物ノ一半ハ地主ノ所有權即チ埋藏物ノ一半ノ所有權ヲ害シ
 リ全部ヲ隱匿スレハ地主ノ所有權即チ埋藏物ノ一半ノ所有權ヲ害シ
 ダルモノニシテ彼ノ途上ニ遺失物ヲ拾得シタルト殆ト其所爲ヲ等フ
 ス是レ遺失物隱匿ノ罪ト同刑ニテ之ヲ罰スル所以ナリ。埋藏物ノ性
 質ソレ此ノ如シ故ニ埋藏物ハ必ス人ノ故サテニ埋メタルモノニシテ
 自然ニ生シタルモノニ非サルヲ要ス例ヘハ土中ニ生スル金銀鑛ノ
 如キハ性質上自然ニ土中ニ現存スルモノニシテ人ノ故サテニ埋メタ
 ルモノニアラス故ニ他人ノ所有地内ニ於テ金銀鑛ヲ掘得シ隱匿スル
 者ハ本條ノ罪ヲ成サスシテ竊盜罪ヲ成スヘシ但シ斯ク論決スレハ例
 ヘハ金貨一萬圓ヲ掘得シ之ヲ隱匿スル者ハ本條ニヨリ十一日以上三
 月以下ノ重禁錮ニ處セラレ數塊ノ鑛類ヲ掘得テ之ヲ隱匿シタル者ハ

第三百六十六條ニヨリ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處セラル、ノ不
 權衡ヲ生スルヲ有リト雖モ鑛物發掘ニ關スル特別ノ規定ナキ以上ハ
 竊盜ヲ以テ論セサル可カラサルナリ
 「他人ノ所有地内ニ於テ掘得テ」云々ト有リ故ニ本條ノ埋藏物トハ前ニ
 定解ヲ與ヘタルカ如クニ泛ク解スヘカラス即チ其物ハ必ス土地内ニ
 隱没シタルモノナラサルヘカラス斯ク限定スルハ大ニ妥當ヲ缺クト
 雖モ本條ノ明文上已ムヲ得サルナリ是ヲ以テ屋根又ハ牆壁ノ中ヨリ
 發見シタル物品ハ本條ノ埋藏物トスルヲ得ス何トナレハ屋根又ハ牆
 壁ハ土地ニアラス又此等ノ中ヨリ發見シタル者ハ之ヲ掘得ト謂フヲ
 得サレハナリ因テ大工他家ノ修繕中其壁中ヨリ金貨ヲ發見シ之ヲ隱
 匿シタル場合ノ如キハ本條ノ罪ト爲ストヲ得スシテ竊盜ヲ以テ之ヲ
 論セサルヲ得ス若シ借家人借家ノ壁ヲ修繕スルニ當リ壁中金貨ヲ發

見シ之ヲ家主ニ返還セヌシテ隱匿シタル時ハ之ヲ竊盜ト爲ストヲ得
ス又之ヲ受寄物消費罪ト爲ストモ亦甚々困難ナレハ之ヲ無罪ト爲サ
ルヘカラサルニ至ル可シ此ノ如キ結果ヲ生スルハ本條カ埋藏物ヲ
限定シ唯土地内ヨリ掘得タルモノトノミ爲シタルニ由ル豈不都合ト
謂ハサル可ケンヤ

第三百八十七條 此節ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者第三百七

十七條ニ掲ケタル親屬ニ係ル時ハ其罪ヲ論セヌ

遺失物及ヒ埋藏物隱匿ノ罪ハ竊盜罪ト殆ト其性質ヲ同フシ其開髮ヲ
容レサルモノナリ故ニ竊盜罪ノ條下ニ掲ケタル親屬相盜ニ刑ヲ科セ
サルト同シテ本罪ニ於テ其親屬相犯ニ刑ヲ科セス其理由ハ第三百七
十七條ノ下ニ縷述シタレハ今復贅セヌ

「其罪ヲ論セス」是レ不論罪ニアラスシテ宥恐全免ナリ其事亦第三百七

十七條ノ下ニ總述セリ

第四節 家資分散ニ關スル罪

本節ハ家資分散ノ際ニ債務者カ其財産ヲ藏匿脱漏シ又ハ虚偽ノ負債
ヲ増加シ若クハ牒簿ノ類ヲ藏匿毀棄スル等債權者ヲ害スルノ所爲ヲ
規定ス是レ債務者ノ財産ハ債權者ノ共同擔保ナルカ故ニ其所有權カ
債務者ニ屬スルモ妄ニ之ヲ滅却スルヲ得ヌ若シ惡意ヲ以テ之ヲ滅却
スレハ其害惡盜罪及ヒ詐欺取財等ノ如ク財産ニ對スル罪タルヲ免レ
ス是レ此罪ノ設アル所以ナリ。然リト雖モ債務者ノ財産ハ債務者固
ヨリ所有權ヲ有スルカ故ニ自由ニ之ヲ處分スルヲ得サル可カラサ
レハ共同擔保權ヲ害スル所爲ヲ罰スルニハ自ラ限度ナクンハアラス
即チ其所爲ハ家資分散ノ際ニ犯シタルモノナルヲ要ス詳言スレハ
家資分散ノ宣告ノ後ハ勿論其前ト雖モ既ニ家資分散トナル可キヲ

知リテ犯シタル場合ナルトヲ要ス然リ而シテ此罪ハ他ノ罪ト其趣ヲ異ニシ之ヲ治ムルニハ家資分散ノ宣告アルヲ要ス故ニ假令債權者ノ共同擔保ヲ害スル所爲アルモ終ニ分散ノ宣告無カリシ時ハ其罪ヲ治スルトヲ得サルナリ

予ハ爰ニ家資分散トイフ是レ如何ナル事ヲ指シタルモノナリヤ之ニ答フルニハ法律ノ沿革ヲ一言スルヲ要ス初メ我國ニテハ明治五年六月ヲ以テ身代限規則ヲ頒布セリ身代限トハ裁判所ノ宣告ヲ以テ債務ヲ辨濟セサシ債務者ニ科スル民事ノ制裁ニシテ裁判所カ身代限ノ宣告ヲ爲ス時ハ債務者ノ財産ヲ差押ヘテ之ヲ競賣ニ附シ其代價ヲ債權者ノ分配スルヲ謂フ此身代限ノ際ニ財産ヲ藏匿脱漏シ又ハ虛偽ノ負債ヲ増加スル等債權者ヲ害スル者甚々多カリシカ不幸ニモ舊律ニハ罰條ナク僅ニ不應爲ヲ以テ之ヲ罰シタルニ過キス因テ現行刑法ヲ以

テ以テ本節ヲ設ケタルナリ是故ニ當時ニ於テ家資分散トイフハ身代限ノ宣告トイフトニ解セサル可カラス而ルニ身代限規則ハ其後綿々繼續シ來リシカ明治二十三年三月民事訴訟法ノ發布アリテ債務者ノ財産ノ差押競賣即チ強制執行ニ關スル詳細ナル規定ヲ設ケラレ同年八月法律第六十九號ヲ以テ家資分散法ヲ發布セラレテ民事訴訟法ノ強制執行處分ニ因リ義務ヲ辨濟スル資力ナキ債務者ニ對シ裁判所ノ決定ヲ以テ家資分散者タルノ宣告ヲ爲シ此宣告ヲ受ケタル者ハ身代限ノ處分ヲ受ケタル者ト同様ニ或ル資格ヲ喪失スルノ規定ヲ設ケラレタリ因テ所謂身代限規則ハ全ク消滅シタリト謂ハサルヲ得ス然ラハ則チ所謂家資分散トハ今日ヨリ之ヲ觀レハ家資分散法ニ於ケル家資分散者タルノ宣告ヲ指シタルモノト謂ハサルヲ得ス之ヲ身代限規則ノ存在スル時ニ比スレハ彼ハ強制執行ノ前ニ於テ宣告シ此ハ強制

執行ノ後ニ於テ宣告スルノ區別アリ從テ此罪ヲ治ムルノ時期ニ遲速ヲ來スノ結果ヲ生スト雖モ法律改正ノ結果亦己ム可カラサルモノト謂ハサルヲ得ス

終リニ一言スヘシ家資分散法ハ民事上ノ家資分散ヲ謂フナリ商事上ノ家資分散ハ之ヲ破産ト稱シ大ニ民事ト其趣ヲ異ニス個ハ固ヨリ本節ノ想像スル所ニ非ス但シ明治二十三年十月法律第百一號ヲ以テ此所爲ヲ重罰シタル法律アリ個ハ商法實施ト共ニ適用セラル、モノナ

第三百八十八條 家資分産ノ際其財産ヲ藏匿脱漏シ及ハ虚偽ノ負債ヲ増加シタル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス
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ハ一等ヲ減ス

第三百八十九條 家資分散ノ際牒簿ノ類ヲ藏匿毀棄シ若クハ分散決定ノ後債主中ノ一人又ハ數人ニ其負債ヲ私償シテ他ノ債主ヲ害シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス
家資分散ノ際云々家資分散ノ際トハ家資分散ノ宣告アリタル以後ハ勿論其宣告以前ニテモ到底分散ニ至ルヘキ場合ヲ謂フナリ
此兩條ハ到底改正セサルヘカラス何トナレハ身代限規則廢セラレテ民事訴訟法及ヒ家資分散法發布セラレ加之破産ニ關スル所爲モ亦之ヲ刑法中ニ規定スルノ必要有リテ僅々一二箇條ノ能ク盡クス所ニアラサレハナリ

第五節 詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪
本節ノ罪ハ實ニ種々ノ方法ヲ以テ犯サレ從テ事實錯綜難問ヲ來ス
甚々多シ而シテ法文亦不完全ナルヲ以テ層一層解釋ニ困難ヲ醸ス

見ル予ハ以下仔細ニ觀察シテ之ヲ攻究スヘシ

第三百九十條

人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ證書類ヲ

騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重

禁錮ニ處シ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル者ハ偽造ノ各

本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス

本條文ハ不完全ナカラ詐欺取財罪ノ定義ヲ與ヘラレタリ乃チ其構成
條件三アリ左ノ如シ

第一、欺罔又ハ恐喝スルヲ要ス

第二、財物又ハ證書類ヲ取ルヲ要ス

第三、騙取スルヲ要ス

第一、欺罔又ハ恐喝スルヲ要ス

欺罔トハ何ソヤ其意義ヲ草案ニ徴スルニ草案ニハ「エスペランズ、ダン
ハンダー、シユエシメリック」トアリ是レ木條ニ於テ欺罔ト譯シタル文辭ニ
シテ之ヲ直譯スレハ想像(又ハ無實)ノ利益ノ希望トイフトニシテ即チ
欺罔ノ重ナル意義ヲ表ハセリ例ヲ以テ之ヲ示セハ爰ニ甲、乙ヲ欺キテ
予某山ニ金鑛ヲ發見ス其證據ハ此ノ如シトイヒ尙ホ種々ノ事情ヲ縷
陳シテ共ニ合名會社ヲ設立シ多分ノ出資ヲ爲サシメタルカ如キハ欺
罔ナリ即チ乙ヲシテ想像ノ利益ノ希望ヲ起サシメタルモノナリ即チ
無チ有ト言ヒ人ヲシテ之ヲ信セシメタルモノナリ然リ而シテ欺罔ハ
獨リ無チ有ト言フノミニアテスシテ有チ無ト信セシメタルモ亦之ヲ
包含ス之ヲ要スルニ欺罔トハ有チ無トシ無チ有トシ人ヲシテ無實ノ
信用ヲ起サシムル所爲ヲ謂フナリ
欺罔ノ意義此ノ如クナリトスレハ實ニ宏博際涯ナキカ如シ例ヘハ商

人カ店頭ニテ低價ノ物品ヲ高價ニ賣却シタル如キハ相當ノ價額ヲ超加シタル丈購客ヲ欺罔シタリト謂フヘキカ或ハ窮困ノ餘返濟スルヲ得サルヲ知リツ、巧言以テ金ヲ借出シタルカ如キモ亦之ヲ欺罔ト謂フ可キカ若シ夫レ此等ノ行爲ヲ欺罔ト爲シ之ヲ本條ニ擬セハ賣買ノ途閉塞シ信用貸借ノ門杜遏シ加之法禁ニ觸ル、者頻々輩出シテ底止スル所ナカルヘシ然ラハ則チ刑法ヲ以テ所罰スルヲ得ル欺罔トハ如何ナル點ヲ以テ分界トスルカ是レ此疑問ハ刑法上各國ノ立法者ノ頭腦ヲ苦惱セシメタル所ナリ何トナレハ之ヲ限ランカ遺漏スルノ恐アリ之ヲ限ラサランカ際涯ナキニ至ルヘケレハナリ予ハ下ニ佛國刑法ノ上ニ於テ起リタル歴史ヲ略叙シ諸君ノ參考ニ資セン。佛國ニテハ千七百九十一年ニ制定シタル刑法ニ詐欺取財罪ヲ掲ケテ曰ク「偽計ヲ以テ財物ヲ竊取シタル者」云々ト其法意甚々廣濶ナルヲ以テ彼ノ

返ス能ハサルヲ知リテ借金シタルモノ低價ノ物品ヲ高價ニ賣却シタルモノ、如キハ皆詐欺取財ノ罪トナリ爲メニ告訴告發ヲ爲スト甚々多キヲ致シ裁判官ハ各其處置ヲ異ニシ甚シキハ同一裁判官ニシテ今日ハ之ヲ詐欺取財罪ト判シ明日ハ之ヲ詐欺取財罪ニ非スト斷シ一是非一變一異實ニ奇怪ノ狀態ヲ呈セリ、一般ノ裁判所ノ爲ス所此ノ如シ大審院ハ之ニ反シ詐欺取財罪ハ偽計ノ大ニシテ眞ニ人ヲ詐欺シテ財ヲ得タル者ナルヲ要スト判決シタリ然リト雖モ所謂偽計ノ大ナルモノトハ如何ナル程度ヲ指シタルカ漠トシテ其限度ヲ知ルヲ得スシテ結局同一ノ弊竇ニ陥リタリ事情已ニ此ノ如シ是ヲ以テ父ニ法律改正ノ必要ニ接シタリ現時ノ刑法即チ是ナリ此刑法ハ千八百六十三年五月十三日ノ改正ニ係リ種々ノ場合ヲ示シテ最モ綿密ニ詐欺取財罪ヲ見定セリ因テ該刑法ノ想像シタル方法ニヨリテ行ヘハ詐欺取財

罪トナリ否ラサレハ即チ罪トナラサルニヨリ其如何ナル所爲カ詐欺
 取財罪トナルヤ否ヤハ大ニ分明ナルニ至レリ佛刑法ニ於ケル歴史ソ
 レ此ノ如シ而シテ我起草者及ヒ立法者ハ漫然トシテ欺罔テウ文辭ヲ
 用井ラレタリ嗚呼欺罔ノ限度如何是レ實ニ緊要ノ問題ナリトス
 此疑問ヲ決スルニハ所爲ノ民事タルヤ刑事タルヤ區別スルヲ要ス
 之ヲ詳言スレハ欺罔ノ如何ナル點マテハ民事犯ニ屬シ如何ナル點マ
 テハ刑事犯ニ屬スルヤチ區別スレハ欺罔ノ限度ハ即チ分明ナルニ至
 ル可シ此事ニ關シテハ第一條ヲ解釋スルニ當リ之ヲ詳論シタルト有
 リ曰ク凡ソ人ノ權利ヲ害スル所爲ニ種々アリト雖モ之ヲ區別スレハ
 即チ人間尋常ノ注意智識ヲ以テ其害ヲ防衛シ得ルト得サル者トノ二
 種アリ其尋常ノ注意智識ヲ以テ防衛スルヲ得ル所爲ニ對シテハ民事
 ノ制裁ヲ加フルヲ以テ足レリトス即チ損害ヲ賠償セシムレハ即チ足

レリ之ニ反シテ尋常ノ注意智識ヲ以テ防衛スルヲ得サル所爲ニ對シ
 テハ刑事上ノ制裁ヲ加フルノ必要アリト是レ實ニ明確ナル區別ニシ
 テ移シテ以テ所謂欺罔ノ限度ヲ決スルヲ得可シ因テ人間尋常ノ注意
 智識ヲ以テ其欺罔ヲ防衛スルヲ得ルモノナル時ハ其欺罔ハ民事上
 ノ制裁ヲ加フヘキモノ即チ民事犯ニ屬ス之ニ反シテ人間尋常ノ注意
 智識ヲ以テ其欺罔ヲ防衛スルヲ得サルモノナル時ハ其欺罔ハ刑事
 上ノ制裁ヲ加フヘキモノ即チ刑事犯ニテ詐欺取財罪トナル所ノモノ
 ナリ例ヘハ人有リ白米ヲ購ハント欲シ米屋ニ至リ先ツ其値ヲ問フ米
 屋主人相當ノ定價ヲ偽リ予ノ有スル白米ハ一升壹圓ナリト云ヒタル
 ニ之ヲ信シテ購ヒ歸リタルカ如キ此詐言ハ防衛スルヲ得ルモノナリ
 即チ何人モ白米一升壹圓ナラサルトニ氣附クヲ得ルモノナリ因テ此
 米屋主人ヲ以テ購客ヲ欺罔シタリトシテ罰スルヲ得ス然レモ若シ

主人白米ノ騰貴シタルトノ確實ナルヲ裝ハンカ爲メニ種々ノ方略計策ヲ用井購客ヲシテ充分信用ヲ起サシムレハ則チ罪トナルヘシ以上ノ區別ハ現時我裁判所ニ於テ之ヲ採用セルヤ否ハ吾未ダ之ヲ知ラス然レモ若シ此ヲ標準ト爲サスシテ本條ノ罪ヲ治スル時ハ不辜罪ヲ得ルノ結果ヲ來スヘシ要スルニ予ノ與ヘタル區別ハ實ニ欺罔ノ限度ヲ判知スルノ試金石ニシテ之ニ因リテ本條ヲ解スレハ彼ノ佛法カ詳密ニ詐欺取財ノ場合ヲ規定シタルヲ適用スルト同一結果ヲ生シ復タ不辜罪ヲ得ルカ如キト無カル可シ

恐喝トハ如何曰ク恐喝トハ或ル事件ヲ述ヘ人ヲシテ畏怖セシムル所爲ヲ謂フ例ヘハ狡兒有リ愚民ヲ集メ謂テ曰ク予熟ラ天意ヲ察スルニ不日非常ナル災害カ汝等ノ頭上ニ落チ來ルヘシ若シ予ニ若干金ヲ與ヘハ予爲メニ祈禱シテ其災害ヲ除去ス可シト是レ恐喝ノ適例ナリト

ス

恐喝ニ似テ非ナル者アリ脅迫コレナリ脅迫ハ會テ第三百二十六條ニ於テ一言シタルカ如ク人ヲ殺サント脅迫シ又ハ人ノ家屋ニ放火セント脅迫スル如キ場合ニシテ其害現在ニ屬ス之ニ反シテ恐喝ハ現在ニ非スシテ未來ニ屬ス而シテ恐喝ハ被害者ヲシテ其心意ニ信用ヲ起サシメ脅迫ハ決シテ被害者ヲシテ信用ヲ起サシムルモノニ非サルナリ二者ノ重ナル區別ハ此ニ在リトス

欺罔恐喝ハ共ニ關係的ニシテ絶對的ノ事ニ非サルトニ注意セサル可カラズ之ヲ詳言スレハ欺罔トイヒ恐喝トイフハ被害者ノ地位如何ニヨリテ或ハ欺罔又ハ恐喝トナルト有リ或ハ欺罔又ハ恐喝トナラサルトアリ是レ本條ノ罪ヲ斷スルニ當リテ最モ留目セサルヘカラサル所ナリ例ヘハ學者若クハ相當ノ教育ヲ受ケタル者ニ向ヒ予ニ金ヲ與ヘ

ヨ與ヘスンハ怪物來リテ汝及ヒ家族ニ禍セント恐喝スルモ恐喝取財ト成ラスト雖モ之ヲ無效背ナル田舎漢ニ施セハ則チ恐喝取財罪ヲ成スヘシ又例ヘハ法律ヲ知ラサル田舎ノ青年ニ對シテ予ニ百金ヲ與ヘヨ無試験ニテ辯護士ト爲スヘシト欺罔シタルカ如キハ欺罔取財罪ヲ成スヘキモ若シ轉シテ法律學ヲ知ル諸君ニ對スレハ罪ヲ成サ、ルナリ何トナレハ辯護士ト爲ルニハ或ル條件若クハ試験ヲ受クルニ非サレハ能ハサル所ナルヲハ法律ノ門ニ入りタルモノ、能ク知ル所ナレハナリ

第二、財物又ハ證書類ヲ取ルヲ要ス

財物トハ廣義ニ解スルヲ要ス彼ノ盜罪ヲ規定スル第三百七十八條ニ於ケル財物又ハ第三百七十七條ニ於ケル財物ノ文辭ハ唯有形の動産ノミチ想像スト雖モ本條ノ財物ハ動産ト不動産トヲ問ハス無形財産

ト有形財産トヲ論セサル者ト解釋スルヲ要スルナリ故ニ彼ノ諸種ノ物權又ハ人權ハ總テ此文辭ノ中ニ包含スト知ルヘシ斯ク此文辭ヲ廣義ニ解スルハ詐欺取財ノ性質ヨリ生スルモノトス蓋シ盜罪ハ有形的ニ物件ヲ彼ヨリ此ニ移スニ非サレハ其目的ヲ達スルヲ得ス此罪ハ之ニ反シ物件ハ現ニ彼ニ在ルモ其權利ヲ此ニ移シテ以テ其目的ヲ達スルヲ得ル者ナレハナリ例ヘハ予甲ニ對シテ一ノ訴權ヲ有セリ乙予ヲ欺罔シテ棄權セシメタルカ如キ予ハ實ニ他ノ有形動産ヲ奪取セラル、ト同様ノ損害ヲ受ケ甲ハ爲メニ予ニ盡スノ債務ヲ免ル、ノ利益アリ

證書類云々此文辭ハ多少解釋ヲ要ス例ヘハ兇漢アリ予ノ所有スル公債證書又ハ貸金證書ヲ騙取シタリ是レ所謂證書類ナリヤ曰ク否是レ即チ有形的財物ニシテ所謂財物ノ中ニ包含セラル、ニヨリ特ニ明言

スルノ要ナシ然ラハ此文辭ハ如何ナル事ヲ指シタルモノナリヤ曰ク
或ル手段ヲ以テ人ヲシテ義務者タルノ證書又ハ義務釋放ノ證書若ク
ハ領收證書等ヲ記セシメタル場合ヲ謂フ是事タル草案ニハ明ニ之ヲ
記載シタリ要スルニ單ニ「證書類」トノミ有ルニヨリ證書其物ヲ指スカ
如キモ敢テ然ルニ非サルナリ文ヲ以テ意ヲ害スルナカラントヲ要ス

第三、騙取スル丁ヲ要ス

騙取ハ文辭自ラ詐欺ノ意ヲ表ハスヲ見ル則チ加害者自ラ事ノ非ナル
ヲ知テ財物ヲ取りタルヲ謂フ是故ニ詐欺ノ意ナクシテ取りタル場合
即チ事ノ必ス成ルヘキヲ知テ財物ヲ取ルモ詐欺取財ノ罪トナラサル
ナリ例ヘハ徴兵検査ニ關係セサル者一丁年者ニ對シテ汝予ニ金ヲ與
ヘヨ予必ス汝ノ服役ヲ免レシメント云ヒテ其金ヲ取りタルカ如キハ
本罪ヲ成スヘキモ若シ検査官ニ賄賂遣テレハ必ス免役ス可キヲ信シ

テ丁年者ヨリ金ヲ取りタルカ如キハ本罪トナラス或ハ検査醫ト共謀
シテ丁年者ヨリ金ヲ取りタルカ如キ場合モ検査醫共ニ徴兵ヲ免レタ
ル點ハ罪トナルヘキモ詐欺取財ノ罪ヲ成サ、ル可シ

本條第二項ニ云ク「因テ官私ノ文書ヲ偽造シ……………偽造ノ各本條ニ照
シ重キニ從テ處斷ス」ト是レ數罪俱發ノ例ヲ示シタル者ト解ス可カラ
ス人動モスレハ輒チ之ヲ數罪俱發トイフ大ニ妥當ナラス何トナレハ
若シ數罪俱發ナランニハ特ニ本條ヲ設ケサルモ總則第百條ニヨリテ
明白ナル可ケレハナリ夫レ數罪俱發ノ例ニヨリテ處斷センニハ數罪
ノ相獨立セル者ナラサルヘカラス文書偽造罪ト詐欺取財罪トハ之ヲ
二個ノ獨立セル犯罪ト爲スヘカラス凡ソ文書ヲ偽造シ之ヲ行使シテ
財物ヲ取りタル所爲ハ是レ欺罔シテ以テ財物ヲ騙取シタルモノナリ
詳ニ言ヘハ文書ヲ偽造シ之ヲ行使シテ財物ヲ取りタル時ハ其偽造ハ

即チ詐欺取財罪ノ方法トナリ構成條件ノ一タル欺罔ノ手段トナルモノトス是故ニ偽造文書ヲ行使シ財物ヲ得タル場合ニ文書偽造行使罪ヲ想像スレハ則チ詐欺取財罪ハ之レ無ク詐欺取財罪ヲ想像スレハ則チ文書偽造行使罪ハ之レ無キナリ我立法者ハ詐欺取財ニ於ケル文書偽造ヲ以テ重大ノ害アル犯罪ト爲シ特ニ之ヲ文書偽造罪トナシタリ別言スレハ文書ヲ偽造シテ財物ヲ騙取シタル所爲ハ他ノ手段ヲ以テ財物ヲ騙取シタル者ヨリ社會ノ公害大ナルヲ以テ特ニ文書偽造罪ト爲シテ之ヲ重罰シタル者トス此ノ如ク文書偽造行使罪ト詐僞取財罪トハ別箇ノ犯罪ニ非ス故ニ文書ヲ偽造シテ財物ヲ騙取シタル所爲ニ對シ之ヲ文書偽造行使罪ト詐欺取財罪トノ數罪俱發ト爲スハ甚々謂レ無キノ事ト謂フ可シ。然ラハ則チ何故ニ本項ヲ設ケ「重キニ從テ處斷ス」ト謂ヒタルヤ曰ク既ニ一言シタルカ如ク文書偽造罪ハ詐欺取財

罪ノ方法ナレトモ社會公益ノ爲メニ特ニ之ヲ重罰スル「ト爲シタリ」因テ文書ヲ偽造シ之ヲ行使シテ財物ヲ騙取シタル場合ニ重キ文書偽造罪ニ因テ之ヲ罰スルハ當然ノ事ト謂ハサルヘカラス然レトモ文書偽造罪ノ刑ハ必スシモ詐欺取財罪ヨリ重キニ非ス彼ノ第二百十條第二項ニ於ケル文書偽造罪ハ現ニ本條ノ刑ヨリ輕キヲ見ル此場合ニ於テモ尙ホ輕キ彼ノ條ノ刑ヲ科スルトセンカ犯人ハ現ニ本條ノ罪即チ詐欺取財罪ヲ犯シナカラ輕キ刑ヲ受ケ爲メニ大ニ利益ヲ得ル「ト有リ」故ニ此ノ如キ場合ニハ本條ノ刑ヲ科ス是レ本項ノ設ケアルノ謂ヒニシテ決シテ數罪俱發ヲ想像シテ規定セラレタルモノニ非サルナリ本條ヲ講了スルニ臨ミ一言スヘキ疑問有リ即チ無錢遊興ニ關スル問題ナリ爰ニ人有リ一厘錢ヲ懷ニセス飲食店又ハ遊樂場ニ入りテ飲食シ又ハ遊樂シタル者ハ如何ニ之ヲ處分スルヤ或ハ之ヲ詐欺取財罪ト

爲スカ若クハ之ヲ他ノ罪ト爲スカ法文ニハ此場合ニ關シ特ニ規定シタルモノ無ク而シテ此所爲ハ詐欺取財トハ稍其趣ヲ異ニスル所ナキニ非ス且實際上屢生スル所ノ問題ニ屬ス是レ茲ニ解明スルノ必要アル所以ナリ佛國ニ於テモ亦當初此場合ニ關シ特ニ規定シタル條文ナキニヨリ大ニ議論ヲ生シ或ハ竊盜ニ問ヒシヲ有リ或ハ詐欺取財ト爲セシヲ有リ然レモ竊盜ト無錢遊興トハ全ク其性質ヲ異ニスルヲ以テ之ヲ混淆シテ處罰シタルハ愚亦甚シト謂フヘシ因テ佛國ニテハ特ニ正條ヲ設ケ此所爲ヲ罰セリ即チ竊盜ニモ非ス詐欺取財ニモ非サル所ノ一種ノ罪ト爲シ以テ其宜キヲ得タリト思惟シタリ然レモ其規定ハ唯無錢遊興ノ場合ニノミ適用セラレテ彼ノ無錢ニテ車馬ヲ雇ヒ逃去シタル所爲ノ如キ無錢遊興ト其趣ヲ同フスル所爲ハ其規定ニ漏レテ罰ヲ受ケサルノ不都合ヲ生セリ嗚呼特ニ正條ヲ設ケタル場合スラ尙

ホ議論ヲ免レヌ然ルチ正條モ無ク且解釋ニ困難ナリト稱セラレ、本條ノ下ニ於テ此問題ニ對シテ議論アルハ免ル可カラサル事ト謂フ可シ、予以爲ク無錢遊興并ニ無錢ノ車馬乗逃ノ如キハ詐欺取財ヲ以テ罰スル丁チ得ヘシ然レモ是レ總テノ場合ニ於テ皆然ルニ非スシテ詐欺ノ情狀アリシ時ニ限り詐欺取財ト爲スヘシ之ニ關シ佛國ニ於テ判例アリ未タ無錢遊興ニ關スル規定アラザリシ時ノ大審院ノ判決ナリ一日遊蕩子美服ヲ着ケ私窩子ヲ伴ヒ飲食店ニ至リ無錢飲食ヲ爲シタリ裁判所判決ヲ與ヘテ曰ク遊蕩子ハ美服ヲ着シ金錢ヲ所持スルカ如キ様子ニテ飲食店ニ入り飲食シタルヲ以テ詐欺取財罪ヲ成スト而シテ大審院ハ之ヲ破毀シタリ其要旨ハ遊蕩子ノ美服ヲ着シタルハ唯美麗ヲ欲シテ着シタリヤ或ハ店主ヲ欺罔シ信用ヲ惹起セシムル爲メニ着シタリヤ唯其美服ヲ着シタリトイフノミヲ以テ直チニ店主ヲ詐欺シ

タル者ト爲スヘカラス事實裁判所ハ店主ヲ欺キ之ヲシテ金錢ヲ有ス
ルヲ信セシムルカ爲メニ美服ヲ着ケタリトノヲ證明セサル可カ
ラストイフニ在リ此判例ノ要旨ハ今日我刑法ノ下ニ於テ採用スルヲ
可トス故ニ今若シ粗服ヲ着シテ飲食店ニ上リ無錢ニテ飲食シタル場
合ノ如キハ店主ヲ欺罔スルニ足ラサルカ故ニ詐欺取財トナラス要ハ
裁判官ノ認定如何ニ在リトス

第三百九十一條 幼者ノ知慮淺薄又ハ人ノ精神錯亂シタルニ
乘シテ其財物若クハ證書類ヲ授與セシメタル者ハ詐欺取財
ヲ以テ論ス

本條ハ詐欺取財ノ例外ナリ佛國刑法ハ之ヲ背信ノ罪ト爲シボアソナ
ード氏亦之ヲ特別ノ背信罪ト爲セリ我刑法中ニハ背信罪其物ハ存ス
ト雖モ其名稱ハ則チ之レ無シ蓋シ知慮淺薄ノ幼者又ハ精神錯亂シタ
ル人ハ民事上ノ無能力者ニシテ法律ハ特ニ此等ノ人ヲ保護ス而ルニ
之ヲ奇貨トシテ財物若クハ證書類ヲ授與セシメタル者ハ唯背信ノ點
有ルノミナラス詐欺ノ點亦大ニ多キヲ見ル因テ比較上詐欺カ背信ヨ
リ多キ者ト爲シ之ヲ詐欺取財トシテ論シタルナリ
本條ノ罪ヲ成スニハ左ノ條件ヲ具備スルヲ要ス

- 第一、被害者ノ幼者ナルヲ又ハ精神錯亂シタルヲ
 - 第二、幼者ノ知慮淺薄又ハ人ノ精神錯亂ニ乘シタルヲ
 - 第三、財物若クハ證書類ヲ授與セシメタルヲ
 - 第四、害ノ生シ又ハ害ノ生シ得ヘキヲ
- 第一、被害者ノ幼者ナルヲ又ハ精神錯亂シタルヲ要ス
知慮淺薄ノ人ハ獨リ幼者ニ限ラス丁年以上ノモノニテモ實ニ駭ク可
キ呆漢アリ然レモ本條ノ罪ヲ成スニ必要ナル知慮淺薄ノ人ハ必ス幼

者ナルヲ要ス是レ丁年以上ノモノハ法律上知慮淺薄ト爲スヲ得サ
レハナリ、精神錯亂ノ人ハ丁年未丁年ヲ區別セス是レ精神錯亂ノ人ハ
丁年以上ニテモ知慮淺薄ノ幼者ト同様ナレハナリ

第二、被害者ノ知慮淺薄又ハ人ノ精神錯亂ニ乘シタルヲ要ス

本條ノ罪ヲ成スニハ幼者ノ知慮淺薄ニ乘シ又ハ人ノ精神錯亂ニ乘シ
タルヲ要ス若シ知慮淺薄ナラサル幼者又ハ精神ノ錯亂セサル人ニ
對スルキハ罪ヲ成サ、ルナリ

予ハ爰ニ幼者ノ知慮淺薄ヲ以テ構成條件ニ數フ是レ聊カ辯明セサル
ヲ得ス一見スレハ本條ノ罪ヲ成スニハ唯被害者ノ幼者ナルヲ調査
スレハ則チ充分ニシテ其幼者ノ知慮淺薄ナルヲ證明スルノ要ナリ
從ヒテ本條ニ在ル知慮淺薄ノ文辭ハ幼者ヲ形容シタルニ過キサカ
如シ換言スレハ被害者ノ幼者ナルヲ構成條件ナレハ幼者ノ知慮淺

薄ナルヲハ之ヲ構成條件ト爲スヘカラサルニ似タリ然レハ是レ敢テ
然ルニ非サルナリ夫レ本條ノ罪ヲ成スニ被害者ノ幼者ナルヲ必要
ナル條件タルハ勿論其知慮淺薄モ亦以テ一條件ト爲サ、ル可カラス
何トナレハ丁年未滿ノ者ニテモ財物ノ授受等ニ關シテ充分知慮ノ周
到ナルモノ有レハナリ例ヘハ商家ノ子弟ノ如シ彼等ハ齡十七八歳ニ
至レハ充分ニ商業ヲ爲スノ能力ヲ有スルヲハ世間乏シカラサル所ナ
リ此等ノ幼者ヲシテ財物ヲ授與セシメタルニ當リ忽チ詐欺取財罪ト
ナルヲ有ラハ法律ハ不法ニ人ヲ刑スト謂ハサルヲ得サルナリ民法上
ニテハ幼者ハ一般ニ無能力ナルヲ以テ之ト契約スルモノハ合意鎖除
ノ制裁ヲ免レス然レハ是レ民事上ニ於テ然ルノミ人ヲ罪シ人ヲ刑ス
ル場合ニ民事ニ準スルハ不法ノ事ト爲ス今佛文草案ニ徴スルニ幼者
又ハ瘋癲人ノ情慾不忍耐不經驗ヲ利用シテ云々ト有ルカ如キ以上論

スル所ノ妄ナラサルヲ知ルヲ得ヘシ要スルニ幼者ノ知慮淺薄ナルヲ
ハ本罪ヲ成スノ必要條件ニシテ知慮淺薄ナラサル幼者ニ對シテハ本
罪成立セサルナリ

第三、財物若クハ證書類ヲ授與セシメタルヲ要ス

財物若クハ證書類ノ解ハ前條ニ與ヘタルト同一ナリト知ル可シ。〔授
與セシメタル〕云々前條ハ騙取シタル場合ナリ之ニ反シテ本條ノ罪ハ
被害者ヲシテ好意ニ授與セシメタル場合ナリ是レ幼者ノ知慮淺薄ニ
乘シ又ハ人ノ精神錯亂ニ乘シタルニヨリ其害彼ノ騙取ノ場合ト同様
ナルヲ以テ詐欺取財ト爲シテ之ヲ罰スルヲ爲シタルナリ

第四、害ノ生シ又ハ害ノ生シ得ヘキヲ要ス

此條件ハ本條ニ明言セスト雖モ本條ノ罪ヲ詐欺取財ノ罪ト爲シテ之
ヲ罰スルニハ缺ク可カラサル必要條件ナリトス何トナレハ假令知慮

淺薄ナル幼者又ハ精神錯亂シタル人ヨリ財物ノ授與ヲ受クルモ毫モ
害ヲ加ヘス却テ此等ノ者ニ益スル場合ノ如キハ之ヲ罰スルノ必要毫
絲モ之レ無キヲ以テナリ

本條件ノ結果トシテ加害者ニ惡意アルヲ必要トスルヲ知ルヘシ

第三百九十二條 物件ヲ販賣シ又ハ交換スルニ當リ其物質ヲ

變シ若クハ分量ヲ偽テ人ニ交付シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ

論ス

本條ハ甚々明白ナル法文ナリ四斗俵ノ米ヲ賣却スルニ當リ僅ニ米三
斗ヲ入レ餘ハ他物ヲ以テ之ヲ補ヒタルカ如キ、金製ノ煙管ヲ賣却スル
ニ當リ眞鍮ニ電氣鍍金ヲ爲シタルカ如キ本條ノ適例ナリトス然レモ
爰ニ掲ケタル類例ノ如キ若シ本條ノ規定ナクンハ之ヲ無罪ト爲スヘ
キカトイフニ予ノ思惟スル所ニテハ第三百九十條即チ詐欺取財罪ニ

問擬スルヲ得ヘシ何トナレハ物質ヲ變シ分量ヲ偽ルハ欺罔ノ一種ナレハナリ果シテ然ラハ第三百九十條ノ外ニ本條ヲ設クルノ要何クニ在ルヤ予ハ斷シテ其要ナシト謂フ乃チ本條ハ削除スルヲ可ナリトス、此ノ如キ贅文ノ茲ニ存在スルハ何故ナルヤ是レ本法編纂ノ際立法者ノ不注意ニ出テタルモノナリ蓋シ草案ニテハ實ニ本條ノ如ク明言スルノ必要アリシナリ何トナレハ現行第三百九十條ニ該當スル草案ノ條文ニハ詐欺取財罪ニヨリテ騙取スル財物ノ種類ヲ列擧シ「金額、有價物品、不動産若クハ動産ヲ自己ニ交付セシメ又ハ財産讓渡ノ證、義務ノ證若クハ義務釋放ノ證ヲ記載セル證書類ヲ自己ニ交付セシメタル者」云々と有り因テ本條ニ於ケル場合ハ別ニ之ヲ規定セサレハ欺詐取財罪ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得サルニ至ルニヨリ本條ヲ置クノ必要有リシ然ルニ現行刑法第三百九十條ノ詐欺取財罪ヲ規定スルヤ「廣ク財物若

クハ證書類ヲ騙取シ」云々と規定シタルカ故ニ本條ノ場合ハ無論其内ニ包含スルヲ以テ第三百九十條以外ニ本條ヲ設クルノ必要毫モコレ無キナリ我立法者此點ニ注意セシテ本條ヲ保存シタルハ不注意ト謂ハサル可カラズ

本條ニハ「物質ヲ變シ若クハ分量ヲ偽ル」場合ヲ規定シテ不當ノ代價ヲ貪取シタル場合マトヘハ百圓ノ時計ヲ千圓ト稱シテ賣却シタルカ如キ場合ハ之ヲ規定セズ然レモ此等ノ場合ハ實際詐僞ノ手段ヲ以テ賣却シ此手段カ尋常人ノ智識注意ヲ以テ防衛シ得サル時ハ詐欺取財ヲ以テ之ヲ論シ然ラサル時ハ無罪トス

第三百九十三條 他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ販賣交換シ又ハ抵當典物ト爲シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

自己ノ不動産ト雖モ已ニ抵當典物ト爲シタルヲ欺隱シテ他

人ニ賣與シ又ハ重ネテ抵當典物ト爲シタル者亦同シ

本條ノ罪ハ屢實際ニ起ル所ノモノナリ而シテ條文攻究スヘキ點多シ
偏ニ諸君ノ注意ヲ乞フ

本條ノ罪ノ被害者ハ何人ナリヤ此問題ハ本條ノ罪ノ性質ヲ定ムルニ
付キ必要ナリトス例ヘハ人アリ某官林ヲ我物顔ニテ材木商ニ賣却セ
リ因テ材木商斧斤ヲ携ヘ其林ニ入りシニ會看守人ノ爲メニ妨遏セラ
レテ一樹ヲ伐リ得ストセン是レ材木商ハ何物ヲモ得サルニヨリ被害
者ナルカ如シ然レモ若シ例ヲ轉シ材木商看守人ノ爲メニ妨ケラレス
シテ悉皆官林ヲ伐採シ之ヲ他ニ轉賣セリトセン

此場合ニハ材木商損害ナクシテ官林ノ所有者即チ官カ其被害者ナル
カ如シ敢テ問フ孰レカ本條ノ想像スル被害者ナリヤ曰ク材木商コレ
ナリ詳言スレハ官モ亦間接ノ被害者トナルコト有ルモ其直接ノ被害者

ハ材木商ナリトス夫レ本條ノ罪ハ詐欺取財罪ノ一種ナリ故ニ本罪ノ
成立スルニハ詐欺ヲ加ヘタル兇行者ト其詐欺ヲ受ケタル被害者トノ
二者ナクンハアラス而ルニ此場合ニ官林ノ所有者即チ官ハ毫モ詐欺
ヲ受ケス其樹木ヲ伐採セラレタル損害ハ材木商カ詐欺ニ陥リタルノ
結果ナリト謂ハサルヘカラス反之材木商ハ兇行者ニ樹木ノ代價ヲ拂
ヒタルモ看守人ニ遇ヒテ樹木ヲ伐採スルヲ得ス或ハ樹木ヲ伐採スル
トスルモ官ヨリ取上ケラレ或ハ他ニ轉賣スルモ之ニ對シテ損害賠償
ノ責ニ任セサル可カラスシテ其一身ハ被害ノ燒點トナリ而シテ個ハ
眞ニ詐欺セラレタルヨリ直接ニ被リタル損害ナリトス故ニ本條ヲ詐
欺取財罪トシテ論スル時ハ本罪ノ被害者ハ材木商ナリト論決セスン
ハアラス換言スレハ本罪ノ被害者ハ冒認セラレタル物件ノ所有者ニ
非スシテ其物件ヲ買得シ若クハ交換ヲ受ケ又ハ抵當典物トシテ收受

シタル第三者ナリト謂ハサル可カラス、是ヨリ左ノ結果ヲ生ス曰ク本罪ハ物件ノ所有者ニ對シテ成立スルニ非ス詐欺ニ由テ其物件ヲ收受シタル第三者ニ對シテ成立スル者ナリ因テ第三者ニ對スル詐欺ハ本罪ノ構成條件トナル可キモ所有者ニ對スル冒認ハ構成條件ト爲ラサルナリ

「自己ノ不動産ト雖モ……重ネテ抵當典物ト爲シタル者云々是ハ如何ナル場合ヲ想像シタルモノナリヤ甲其所有ノ家屋ヲ乙ニ抵當ト爲シタリ而ルニ乙ノ未ダ登記セサルニ際シ再ヒ之ヲ丙ニ抵當ト爲シ丙之ヲ登記シタリ登記法ニ於テ抵當權ハ登記スルニ非サレハ第三者ニ對シテ効力ナキヲ以テ此場合ニ乙ハ終ニ抵當權ヲ以テ丙ニ對抗スルヲ得ス其損害ヲ受クルヲ決シテ鮮少ナラス即チ此場合ニ於テ詐欺取財ヲ以テ論スルモノナリヤ曰ク否既ニ一言シタルカ如ク本條ノ

罪ノ被害者ハ物件ノ所有者ニ非スシテ詐欺ニヨリテ物件ヲ取得シタル第三者ニ在リ因テ其抵當ノ場合ニ於テモ抵當權ヲ有スル者ハ被害者ニ非スシテ詐欺ニヨリ既ニ抵當ヲ設定シタル物件ヲ再ヒ抵當ニ取リタル第三者ナリトス故ニ此場合ニ於テ直接ノ被害者トナルハ登記シタル丙ナラサル可カラス而ルニ甲ハ丙ニ對シテ何程ノ詐欺アリヤ假令詐欺アリトスルモ丙ハ登記ノ効ニヨリテ乙ニ對抗スルヲ得ルカ故ニ毫モ損害ヲ受ケス即チ丙ハ甲ヨリシテ財物ヲ騙取セラレタルノ形跡ナシ因テ本項ハ此場合ヲ想像シタル者ニ非サルヤ實ニ明瞭ナリト謂ハサルヲ得ス翻テ被害者ヲ乙ナリト爲サンカ乙ハ現ニ丙ノ登記シタル爲メニ損害ヲ受ケタルモ登記ハ物上權ヲ以テ第三者ニ對抗スル必要條件ナルニモ拘ハラズ之ヲ怠慢ニ附シタルハ自ラ招ハタルノ損害ト謂ハサルヘカラス之ヲ別言スレハ登記ハ尋常ノ智識注意ヲ有

スル者ノ爲シ得ヘキモノナルニ之ヲ爲サ、ルハ乙ノ懈怠ナレハ之カ爲メニ甲ヲ詐欺取財ト爲スハ甚ク妥當ナラス且丙ノ登記シタル行爲ヲ以テ甲ノ罪ヲ成立ストイハ、甲ノ罪ニ對シ成否ノ權ハ全ク丙ノ掌中ニ在リト謂ハサル可カラス豈此ノ如キ理アラシヤ故ニ乙ハ民事上ノ被害者トナル可キモ刑事上ノ被害者トナラス而シテ丙ハ勿論刑事上ノ被害者トナラサルヲ以テ本項ハ此ノ如キ場合ヲ想像シタル者ニ非サルナリ然ラハ則チ本項ノ想像シタル場合ハ如何曰ク第一ノ債權者カ既ニ登記シテ完全ニ抵當權ヲ得タル不動産ヲ詐欺ヲ以テ再ヒ登記シテ以テ第二ノ債權者ニ抵當ト爲シタル場合ヲ想像シタルモノナリ畧言スレハ第一ニ爲シタル抵當カ有効ナルニ際シテ詐欺ヲ以テ他ニ抵當ト爲シタル場合ヲ想像シタル者ナリトス

爰ニ第一ノ債權者未タ登記セサルニ當リ再ヒ之ヲ第二ノ債權者ニ抵

當ト爲シタルニ是レ亦登記ヲ爲サ、ル時ハ如何此場合ハ固ヨリ登記法ニ依ルチ得サルニヨリ抵當ノ効ハ第一ノ債權者之ヲ有シ第二ノ債權者ハ實際ノ被害者ナリ然レモ此場合ニ第二ノ人ハ充分登記シテ抵當權ヲ握取スルノ餘地アレニ之ヲ爲サ、ルハ自己ノ懈怠ナリ猶ホ第一ノ債權者カ第二ノ債權者ニ登記セラレテ其損害ヲ甘受セサル可カラサルカコトシ故ニ此場合ハ本項ノ想像セサル所ナリ

本條ハ從來種々ニ解釋シタルト有リシモ上ニ詳述シタル所ヲ以テ其正解ト爲サスンハアラス其レ然リ然レモ深思熟考スルニ本條ハ之ヲ規定スルノ必要アルヲ見サルナリ已ニ一言シタルカ如ク本條ノ場合ハ詐欺ヲ以テ他人ノ動産不動産ヲ第三者ニ移附シ若クハ抵當典物ト爲シタル不動産ヲ再ヒ第三者ニ抵當典物ト爲シタル場合トスレハ是レ實ニ本條ノ規定ヲ待タスシテ詐欺取財ノ罪トシテ之ヲ罰スルヲ得

ヘシ之ヲ別言スレハ若シ本條ノ規定ナキハ何人モ本條ノ場合ヲ第三百九十條ニ問フヘシ果シテ然ラハ何ソ特ニ本條ヲ設クルノ必要アラシヤ或ハ本條ノ場合ハ特ニ他人ヨリ委託ヲ受ケタル物件ヲ自己ノ物ノ如クシテ第三者ニ移附シタル場合ヲ想像シタルカト云フニ是レ亦敢テ然ラサルナリ何トナレハ此場合ハ第三百九十五條ノ受寄物費消ヲ以テ問フヘキ犯罪ナレハナリ是ニ由テ第三百九十條以外ニ特ニ詐欺取財ヲ以テ論スヘキ所爲アルヲ發見スルヲ得ス即チ本條ハ如何ナル場合ヲ想像シテ特別ノ詐欺取財罪トナシタルカ予ハ之ヲ發見スルヲ得サルナリ要スルニ本條ハ規定ノ必要ナキニ之ヲ規定シタルカ爲メ當然第三百九十條ヲ以テ罰スヘキ所爲ニ對シ特ニ本條ニ問擬スルノ不都合ヲ生スルニ至ル

第三百九十四條 前數條ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ハ六月

以上二年以下ノ監視ニ付ス

本條ハ解説ヲ要セスシテ明瞭ナル條文ナリ

第三百九十五條 受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス若シ騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

本條ノ罪ハ舊法之ヲ費用受寄財産トイヒ坐贓ヲ以テ論シ羅馬及ヒ佛國古法ハ竊盜ニ準シテ所罰シタリシカ多クハ民事犯トシテ刑法之ヲ罰セサリシ然レ此罪タル信用上受託物ヲ保管監督シタルニ當リ之ヲ消費シタル所爲ナルカ故ニ共主トシテ觀ルヘキハ背信ノ點ニ在リ因テ學者之ヲ背信罪ト稱ス佛文案案及ヒ佛國現行刑法ハ明ニ背信罪トセリ抑本罪カ盜罪ノ性質ヲ含有セサルヲ本罪ノ構成條件ヲ攻究

スレハ則チ明白ナリトス
本罪ノ構成條件左ノ如シ

第一、受託物件ヲ費消シタルヲ要ス

第二、他人ヲ害スルヲ要ス

第三、悪意アルヲ要ス

第一、受託物件ヲ費消シタルヲ要ス

爰ニ受託トイフハ甚々廣キ意義ヲ有シ普通ノ寄託ハ勿論使用貸借質
等苟モ容假ノ名義ニテ占有スル場合ハ皆之ニ包含ス而シテ其場合ハ
或ハ合意ヨリ生スルト有リ或ハ否ラサルト有リ其合意ヨリ生スル場
合ハ寄託使用貸借質等ニシテ其合意ヨリ生セサル場合ハ火災洪水締
不測ノ事變ニ際シ自己ノ財物ヲ他人ノ家ニ運ヒ置キタルカ如キ他人
來リテ物件ヲ遺忘シ去リタルカ如キヲ謂フ此場合ハ寄託ニ付キ合意

ナシト雖モ之ヲ受託ト見做スモノトス是レ本條ニ廣ク「受寄ノ財物、借
用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル」云々ト規定シタル所以ナリ

受託ノ物件トハ如何、動産及ヒ不動産ヲ指スカ法文ニハ單ニ委託ヲ受
ケタル金額物件トノミ有リテ明白ナラサレモ個ハ動産物ニノミ限定
セラル、モノト知ルヘシ何トナレハ本罪ヲ成スニハ費消スルヲ必要
トス而シテ費消ハ動産ニ非サレハ爲シ得サル所ノモノナレハナリ然
ラハ費消トハ如何、單ニ文辭上ニ付キテ之ヲ解スレハ物件ヲ實際無ニ
歸スルヲ謂フカ如シ然レモ本條ニ所謂費消ハ甚々廣キ意義ヲ包含シ
物件ヲ無ニ歸スルハ勿論隱匿、贈與、賣却、毀壞等苟モ受寄物ニ對シ有効
ニ最終ノ處分ヲ施シタル所爲之ヲ費消ト謂フ何故ニ費消ノ文辭ヲ斯
ノ如ク廣義ニ解スルヤ今之ヲ草案ニ徵スルニ草案ハ管ニ消費ノミナ
ラス騙取、隱匿、毀棄、損壞ノ文辭ヲ用非大ニ該犯罪成立ノ場合ヲ廣クシ

タリ現行刑法ハ唯其消費ノ文辭ノミチ存シタリト雖モ立法者ハ消費ノ文辭ヲ以テ穩當ノ文辭ニシテ諸種ノ場合ヲ包含スルヲ得ヘシト思惟シタルヤ明ナリ若シ然ラスシテ所謂費消ハ單々物件ヲ實際無ニ歸スル場合ノミチ想像シタリトセンカ思ハサルモ亦甚シト謂ハサル可カラサルナリ理論上ヨリ之ヲ觀ルモ亦費消ノ文辭ノ甚ク廣キ意義ヲ有スルヲ知ル今夫レ受託物件ヲ賣却シテ第三者ノ手ニ渡スカ如キ或ハ之ヲ第三者ニ贈與スルカ如キ若クハ之ヲ隱匿シテ委託者ニ返還セサルカ如キハ之ヲ實際無ニ歸スル所爲ト比シテ何程ノ差違アリヤ其他人ニ對シテ信用ヲ破ルト他人ヲ損害スルトノ二點ニ於テハ彼此逕庭ナキヲ見ルヘシ例ヘハ甲乙ヨリ借用シタル金側時計ヲ善意ノ第三者即チ丙ニ賣却シタル時ハ丙ハ甲ニ向ヒテ即時々效ヲ以テ對抗スルヲ得故ニ乙ハ丙ヨリ其時計ヲ取戻スヲ得ス即チ乙ノ受ケタル損害

及ヒ甲ノ背信ノ度ハ甲カ其金時計ヲ破毀シタルカ如キ實際之ヲ無ニ歸シタル場合ト毫モ異ル所アルヲ見ス是レ所謂費消ヲ廣義ニ解シ苟モ受託物ニ對シテ有効ニ最終ノ處分ヲ施シタル所爲ヲ云フトシタル所以ナリ費消ノ解シレ此ノ如シ然ラハ則チ本罪ノ目的物ノ動産ニ限ルヲハ益明瞭ナル可シ即チ動産ハ假令受託物ニテモ受託者ハ有効ニ最終ノ處分ヲ爲シ得ルヲ前ニ一言シタルカ如シト雖モ受託物タル不動産ハ受託者ニヨリテ何人ノ手ニ轉讓セラル、モ所有者ハ有効ニ其所有權ヲ證明シテ取戻スヲ得故ニ受託者ハ之ニ對シテ有効ナル最終處分ヲ施スヲ得ス畧言スレハ不動産ハ性質上消費ヲ爲スヲ得サルモノナリ、或人云ク受託物ニ最終ノ處分ヲ施スモ物件現存スレハ受寄物費消費ヲ成サス例ヘハ甲其物件ヲ乙ニ委託ス乙其信用ニ背キ之ヲ丙ニ賣却セリ而ルニ甲ハ丙ニ對シテ其取戻ヲ請求シ終ニ之ヲ

自己ノ手中ニ握取シタリトセン此場合ニハ物件ハ現存シテ甲ノ手中ニ歸シタルヲ以テ產財上ノ損害ナシ因テ乙ハ丙ニ對シテ甲ノ物件ヲ冒認シテ交付シタルモノニシテ第三百九十三條ノ詐欺取財ニ問フヘク之ヲ本條ニ擬シ受寄物消費罪ヲ以テ罰ス可カラサルモノトスト此說タル淺薄ヲ免レス刑法ノ原則ヲ知ラサルモノ、說タリ凡ソ立法者ノ罪ヲ定ムルヤ事後ニ於ケル犯人ノ所爲又ハ第三者ノ所爲ノ如何ニヨリテ罪ノ性質ヲ變シ若クハ罪ノ成不成ヲ定ムルモノニアラス而ルニ說者ハ第三者ニ移付シタル物件現存スレハ所有者ヲ害セサルカ故ニ詐欺取財罪ヲ成スト爲ス然ラハ若シ物件現存セサレハ將サニ受寄物消費罪ニ問ハントスルカ物件ノ存否ハ決シテ犯罪ノ性質ヲ變スルモノニアラス極言スレハ一所爲ノ受寄物消費罪トナリ若クハ詐欺取財罪トナルノ運命ハ物件ノ交付ヲ受ケタル第三者ノ所爲如何ニヨリ

テ決ス可キ者ニ非ス假リニ一步ヲ讓リ受寄物ヲ第三者ニ賣却シ其物件カ所有者ノ手中ニ復歸スル時ハ第三百九十三條ノ詐欺取財罪ヲ成ストイフヲ以テ至當トシテ論スルモ若シ例ヲ轉シ其物件ヲ第三者ニ贈與シタル時ハ如何、贈與ハ第三百九十三條ノ想像セサル所ナレハ止ムナク之ヲ無罪ト決セサルヘカラサルニ至ラン實ニ不都合ニ非スヤ是レ說者ハ所謂費消ノ文辭ヲ狹隘ニ解釋シ物件現存シテ所有者ニ復歸スル時ハ本罪ヲ成サスト誤解シタルヨリ生スル結果ナリトス
第二、他人ヲ害スルヲ要ス

此條件ナクンハ本罪ヲ成サス故ニ他人ヲ利益スル場合ハ固ヨリ本罪ヲ成サスマトヘハ他人ヨリ酒類ノ委託ヲ受ケ之ヲ保管シタルニ急ニ暑天ニ向ヒ其酒將サニ腐敗セントス因テ委託者ノ承諾ヲ得スシテ之ヲ賣却シ其代價ヲ交付スルカ如キハ罪ヲ成サス何トナレハ此場合ハ

犯意ナキハ勿論損害モ亦之ナケレハナリ、爰ニ他人トイフハ物件ノ委託者ヲ稱ス必スシモ所有者ニ限ラサルナリ

爰ニ注意スヘキ者有リ甲、乙ニ某物件ヲ委託シ乙之ヲ丙ニ賣却シタリシカ丙無償ニテ之ヲ甲ニ返還シタル時ハ甲ハ毫モ損害ヲ受ケス故ニ乙ハ受寄物費消罪トナラサルカ如シト雖モ敢テ然ルニアラス抑、丙ノ無償ニテ返還シタルハ會、丙ノ好意ニ出テタルモノニシテ若シ此好意ナクンハ甲ハ損害ヲ受ケタルナリ且丙ノ好意ハ眞ニ事後ニ屬シ既成ノ犯罪ニ影響ヲ及ホサ、ルモノナリ故ニ乙ハ固ヨリ犯罪ノ責ニ任セサル可カラサルナリ

第三、惡意アルヲ要ス

本罪ヲ成スニハ好意ノミニテハ完カラス惡意ヲ以テ犯シタルニ非サレハ本罪ヲ成サス故ニ自己ノ所有物ト信シテ受託物ヲ費消スルカ如

キ或ハ永ク藏スレハ腐敗スルノ患アルニヨリ受託物ヲ賣却シタルカ如キハ故意アルモ惡意ナキヲ以テ罪ト成ラサルナリ

爰ニ緊要ナル問題アリ本罪成立ノ時期ハ如何ナル場合ナリヤトイフ是ナリ此問題タル本罪ノ公訴時効ノ起算點ヲ知ルニ於テ屢、困難ヲ感スルコト有リ且古來此問題ニ對シ學者ノ與ヘタル議論亦甚々多シ請フ試ニ左ニ之ヲ詳論セン

予以爲ク受寄物消費罪成立ノ時期ハ惡意ヲ以テ受託特チ消費シタル時ニ在リト。或ハ物件ヲ得替物ト不得替物トニ區別シテ論スル者アリ曰ク不得替物トヘハ祖先傳來ノ寶劍某畫伯ノ揮毫シタル畫幅ノ如キハ惡意ヲ以テ之ヲ隱匿販賣交換スル等消費ノ事實アレハ則チ本罪完成ス之ニ反シテ得替物例ヘハ金錢米穀ノ如キハ惡意ヲ以テ之ヲ隱匿販賣交換贈與シ若クハ食ヒ盡シタル等消費ノ行爲アリト雖モ若

シ期限ニ至リ同數ノ金額同量同質ノ米穀ヲ以テ返還スレハ罪トナラサル者ナリ要スルニ受託物若シ得替物ナレハ期限ニ至リ返還スルヲ得サル時ニ初メテ犯罪成立スル者トスト是レ大ニ穿テタル說ニシテ充分價值アル反對論ナリトス予モ亦曾テ此說ニ左袒シ之ヲ唱道シタルト有リ後大ニ其非ヲ悟リタリ夫レ均ク寄託ヲ受ケタル物件ナリ惡意ヲ以テ費消シタル事實ノ顯著ナルニ於テハ安ソ其物件ノ得替タルト不得替タルトヲ分ツノ要アラシヤ但シ得替物ハ他物ヲ以テ之ヲ代替スルヲ得ルカ故ニ期限ニ至リテ差支ナク返還スル時ハ之ヲ罪トシテ問フノ必要ナキニ似タリト雖モ其一旦信用ニ反キテ費消シタル事實ハ決シテ磨消スヘキ者ニ非ス猶ホ詐取シタル財物ヲ返還シ竊取シタル物件ヲ返還スルモ詐欺取財罪竊盜罪ヲ成スヲ妨ケサルカ如シ假リニ數歩ヲ讓リ期限ニ至リ返還スル時ハ罪ヲ成サストセハ期限前

既ニ其費消シタル得替物ヲ補償シ置キタル時ハ亦罪ヲ成サスト謂ハサル可カラス何トナレハ期限ニ至リ返還スルモ期限前ニ補償スルモ共ニ毫モ寄託者ヲ害セサレハナリ然リト雖モ若シ期限前ニ補償スレハ罪ヲ成サストセハ本罪ハ常ニ成立セスシテ止ムノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ但シ得替物ハ其性質上同種同質ノ物ヲ以テ代替スルヲ得ルカ故ニ假令惡意ヲ以テ之ヲ費消スルモ竊ニ之ヲ代替シ差支ナク寄託者ニ返戻シタル時ハ犯罪ノ證明即チ惡意ヲ以テ費消シタルノ證明ヲ舉グルト實際困難ニシテ多クハ罪ヲ免ル、ト雖モ是レ唯證明ニ困難ナリトイフ迄ニシテ犯意ト事實ト顯著ナル時ハ直チニ罪ヲ成スモノトス要スルニ受寄物費消罪ハ受託物ノ不得替タルト得替タルトヲ問ハス惡意ヲ以テ費消シタル時ニ成立スル者トス因テ此罪ノ公訴時効ノ起算點ハ惡意ヲ以テ費消シタル時ニ在リト謂フヘシ

得替物ハ不得替物ト其性質ヲ異ニスルカ故ニ本罪成立ノ時間ニ關シ種々ノ難問ヲ生ス下ニ掲クル一問ノ如キハ大ニ研究ノ價值アリ爰ニ某銀行頭取アリ本店ヲ東京ニ置キ支店ヲ函館ニ置キ其支配人ヲシテ函館支店ヲ管セシメタリ一日頭取惡意ヲ生シ委託金ヲ消費スルノ目的ヲ以テ一月一日支配人ヲシテ函館支店ノ委託金ヲ抽キ出サシメ其月十日之ヲ落手シ同二十日之ヲ或事ニ使用シ同三十日債權者ノ督促ヲ受ケテ返還スルトテ得ス此場合ニ頭取カ受寄物費消犯罪者トナルハ固ヨリ言ヲ待タスト雖モ其犯罪成立ノ時期ハ何日ニ在リヤ一月三十日即チ督促ヲ受ケテ返還スルヲ得サル時期ニ非サルトハ已ニ一言シタル所ナレハ復タ言ヲ費サス此問題ニ對シテハ左ノ疑問ヲ生スヘシ

一、頭取カ委託金ヲ實際ニ私用シタル時即チ一月二十日ニ犯罪完成

スルカ

二、頭取カ實際ニ委託金ヲ落手シタル時即チ一月十日ニ犯罪完成スルカ

三、頭取カ支配人ヲシテ支店ヨリ出金セシメタル時即チ一月一日ニ犯罪完成スルカ

予以爲ク頭取ノ委託金費消罪ハ一月一日即チ支配人ヲシテ支店ヨリ出金セシメタル時ニ完成ヲ告グルモノナリト其理由如何曰ク曾テ一言シタルカ如ク本罪構成條件タル費消ハ廣義ニ解シ委託物件ニ對シテ有効ニ最終ノ處分ヲ施シタルヲ謂フ乃チ本問ニ於テ委託金ニ對スル最終處分ハ實ニ支配人ヲシテ出金セシメタル時ナラサルヘカラス詳言スレハ頭取カ自己ノ器械タル支配人ニ命シテ支店外ニ金ヲ出テシメタルハ委託金ヲ監督外ニ出シタル者ニシテ委託金其物ニ對シテ

ハ最終ノ處分ヲ施シタルモノト謂ハサル可カラス若シ此時ヲ以テ最終處分ト爲サ、ラン歟支配人カ函館港解纜ノ後風浪ノ爲メ船舶沈没セハ頭取ハ其金ヲ落手シ又ハ私用スルヲ得サルニヨリ委託金費消罪ヲ成サスト謂ハサル可カラサルニ至ル然レモ其委託金ヲ實際落手又ハ私用シタルト何程ノ差違アリヤ株主ニ對スル背信ノ度モ亦實際ノ落手又ハ私用ト何程ノ差違有リヤ予ハ之ヲ發見スルヲ得サルナリ、蓋シ頭取カ支配人ニ命シテ出金セシメタル後ハ頭取ハ其金ニ對シテ監督權ナク支配人ヨリ其金ヲ落手シ又ハ其金ヲ私用シタルハ頭取ノ資格ヲ離レテ一箇人ノ資格ニテ爲シタルモノナリ即チ其落手又ハ私用ハ背信ノ所爲已ニ完成シタル後ニ生シタル自然ノ結果ナリト謂フヘシ一見スレハ一月一日ヲ以テ委託金ノ費消即チ最終ノ處分ヲ施シタルトイフハ奇ナルニ似タリト雖モ委託物ノ目的金銭ニシテ本問ノ如

キ關係ヲ有スル場合ニハ背信ノ行爲ト共ニ費消アリタルモノト謂フヲ得ヘキモノナリ

本條ニ若シ騙取、拐帶其他詐欺ノ所爲アル者ハ詐欺取財ヲ以テ論スト有リ是レ實ニ無用ノ長文ニ屬ス夫レ受寄物費消罪ニ騙取ノ所爲アリトイフハ受託ノ當時ニ之レ有リシト想像シタル歟果シテ然ラハ明言ヲ待タズ詐欺取財ヲ以テ論スルヲ得ヘシ若シ正當ニ受託ヲ受ケタル物件ヲ第三者ニ交付シ第三者ヨリ其對價ヲ騙取シタル場合ヲ想像シタリトセン歟此場合ニハ詐欺取財ヲ以テ論セスシテ受寄物費消罪タルトハ予已ニ一言シタル所ナリ然ラハ則チ爰ニ「騙取」云々ト規定シタルハ如何ナル場合ヲ想像シタル者ナリヤ之ヲ知ルヲ得ス其拐帶ノ場合モ亦然リ拐帶トハ持チ逃ケトイフ事ナリ持逃ハ何故ニ詐欺取財ヲ以テ論スル歟例ヘハ甲、乙ノ衣類ヲ借リテ他出セシニ惡意ヲ生シ其

儘逃走シタルカ如キハ所謂拐帶ナリ是レ純然タル受寄物費消罪ナリト謂ハサルヲ得ス因テ所謂拐帶ヲ以テ詐欺取財ト爲スハ如何ナル場合ナリヤヲ發見スルヲ得ス要スルニ本條若シ以下ハ無用ノ法文ナリト謂フ可シ

本條ノ下ニ於テ起ル一問題有リ寄託又ハ代理ノ名義ヲ以テ他人ノ捺印若クハ署名アル白紙ヲ預リ寄託者又ハ委任者ノ利益ヲ害シ得ヘキ證書ヲ作りタル時ハ受寄物費消罪ト爲スカ將テ私文書偽造罪ト爲スカ草案ハ之ヲ背信ノ所爲トシテ受寄物費消罪ト爲シタリ現行刑法ハ之ヲ削除シタルニヨリ其何レニ決定スヘキヤニ付キ疑義ヲ生ヌ予曰ク私文書偽造罪ヲ以テ之ヲ論スト其詳細ハ曾テ文書偽造罪ノ下ニ解説シタルニヨリ今復々贅セス

第三百九十六條 自己ノ所有ニ係ルト雖モ官署ヨリ差押ヘタ

ル物件ヲ藏匿脱漏シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス但家資分散ノ際此罪ヲ犯シタル者ハ第三百八十八條ノ例ニ照シテ處斷ス

第三百九十七條 此節ニ記載シタル罪ヲ犯サントシテ未ダ遂ケサル者ハ未遂犯罪ノ例ニ照シテ處斷ス

第三百九十八條 此節ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者第三百七十七條ニ掲ケタル親屬ニ係ル時ハ其罪ヲ論セス

以上三箇條ハ簡明ナル法條ナルヲ以テ説明セス

第六節 贓物ニ關スル罪

贓物ニ關スル罪トハ強竊盜詐欺取財等ノ諸罪ヲ犯シテ得タル物件ナルヲ知テ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買若クハ牙保ヲ爲シタル所爲ヲ謂フ此罪タル強竊盜詐欺取財等トハ密接ノ關係ヲ有ス即チ此罪ハ強竊盜

詐欺取財等ノ事後ノ所爲ヲ幫助シタル者ナリ因テ佛國刑法ハ之ヲ從犯ト爲シタレ其從犯ニ非サルトハ多言ヲ要セス乃チ我刑法ハ之ヲ從犯ト爲サスシテ獨立シタル一個ノ罪ト爲シタリ是ヲ以テ兩者ノ關係甚々密接スト雖モ公訴時効ノ如キモ各獨立シテ進行スル者トス即チ強竊盜犯等カ公訴ノ時効ヲ得タル後ト雖モ其贓物ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保シタル者ノ罪未ダ時効ニ罹ラサルハ其罪ヲ治スルコトヲ得ヘシ

第三百九十九條 強竊盜ノ贓物ナルコトヲ知テ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲シタル者ハ一月以上三年以下ノ重禁錮ニ處シ三圓以上三十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

本條ハ強盜及ヒ竊盜ノ贓物ノミニ關スル罪ヲ規定ス、「受ケ」トハ贈與交換等ノ名義ニテ受領シタルヲ謂ヒ「寄藏」トハ寄託ヲ受ケテ藏匿シタルヲ謂ヒ「故買」トハ故ラニ買得スルヲ謂ヒ「牙保」トハ擔保スルコトニシテ即チ世話人保證人等トナリタルヲ謂フナリ

第四百條 前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ六月以上二年以下ノ監視ニ附ス

本條ハ説明ヲ要セス

第四百一條 詐欺取財其他ノ犯罪ニ關シタル物件ナルコトヲ知テ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲シタル者ハ十一日以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

本條ニ於テ研究ヲ要ス可キハ「其他」ノ犯罪ニ關シタル物件云々ノ文辭ノ解釋コレナリ、一見スレハ此文辭ハ第三百九十九條ノ規定シタル強盜及ヒ本條ニ規定シタル詐欺取財以外ノ犯罪ハ其種類ノ何タルヲ論ヒス總テ犯罪ニ因テ得タル物件ヲ指シタルカ如ク又「犯罪ニ關シタ

ル物件」ト有ルニヨリ獨リ犯罪ニ因リテ得タルモノ、ミナラス犯罪ノ用ニ供シタル物件ヲモ包含スルニ似タリ然レモ斯ク廣義ニ解スルハ立法ノ精神ニ非サルナリ蓋シ其他ノ犯罪ニ關シタル物件トハ財産ニ關スル罪中盜強竊盜及ヒ詐欺取罪ノ三罪ヲ除キ其他ノ犯罪即チ本章第三節第四節第五節ニ於ケル遺失物埋藏物ニ關スル罪家資分散ニ關スル罪及ヒ受寄財産ニ關スル罪ヲ指シタル者ニシテ此兩罪ニ因テ得タル物トイフ事ニ解釋スヘキナリ此解釋ハ大ニ狹隘ニ失スルノ嫌アルカ如シト雖モ若シ之ヲ廣ク解釋センカ彼ノ賭博ニ因テ得タル財物ヲ寄藏シタルモノヲモ有罪ト爲サ、ル可カラサルニ至ル夫レ賭博ニ因テ得タル財物ハ賭博者之ヲ藏スルモ尙ホ罪ナシ而ルニ第三者カ之ヲ寄藏シタリトテ反リテ之ヲ罪トスルハ實ニ寄怪ニ非スヤ又廣ク解スレハ狩獵禁止ノ場所ニ於テ鳥獸ヲ狩獵シタル者ヨリ其鳥獸ヲ故買

シタル者ハ本條ヲ以テ之ヲ罰セサルヘカラス然レモ狩獵禁止ノ場所ニ於テ狩獵シタル者ハ罰金ニ處セラル、ニ非スヤ(狩獵規則第三十條)等ク輕罪ノ刑ニ屬スト雖モ狩獵者ハ財産刑ニ處セラレ寄藏者ハ舛刑ニ處セラル、ハ何ソ不權衡ノ甚シキヤ何ソ本末ヲ顛倒スルノ甚シキヤ今之ヲ草案ニ徵スルニ草案ハ實ニ明白ニ記載セリ曰ク(竊盜ノ贓物其他前五節ニ記載シタル犯罪ニ關スル物件ナルヲ知テ)云々ト(草案第四百四十四條)其他前五節トハ強盜、竊盜、家資分散、遺失物、詐欺取財ノ五節ヲ謂フ故ニ草案ニハ贓物ニ關スル罪ハ甚々狹隘ニ記述シタリ現行法ニ草案ノ條文ヲ兩個ニ分チ強竊盜ニ關スル贓物ヲ第三百九十九條ニ規定シ其以外ヲ本條ニ規定シテ彼ハ重ク之ヲ罰シ此ハ輕ク之ヲ罰セリ何故ニ我立法者ハ此區別ヲ爲シタリヤヲ釋ヌルニ贓物ニ關スル罪ハ強盜竊盜ニハ極メテ密接ノ關係ヲ有シ此罪ヲ犯スモノ有ルカ

爲メ盜犯ハ安シテ罪ヲ犯スノ形跡アルヲ以テ立法者ハ之ヲ重罰シテ盜犯ヲ防クノ要アリト雖モ詐欺取財以下ノ犯罪ニ關シテハ此罪ハ甚々密接ノ關係ヲ有セス今此等罪犯ノ贓物ヲ如何ニ處置スルヤヲ見ルニ公然自ラ之ヲ販賣スルヲ常トシ必シモ他ノ寄藏故買又ハ牙保ヲ要セサルカ如シ因テ詐欺取財以下ノ犯罪ノ贓物ニ關スル罪ハ之ヲ重クスルノ必要ナキヲ以テナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ「其他ノ犯罪」云々ノ文辭ハ予カ前ニ與ヘタル如ク狹隘ニ解釋セサル可カラサルナリ、然ラハ則チ犯罪ノ用ニ供シタル物件ナルヲ知テ之ヲ寄藏シ又ハ故買シタル者等ハ刑法上罰ナキカ曰ク其寄藏故買ノ意思罪證隱蔽ニ在ル時ハ第五百五十二條ヲ以テ之ヲ罰スヘシ

第七節 放火失火ノ罪

本節以下三節ノ罪ハ罪名ヲ異ニスト雖モ罪質同一ニシテ一言以テ之

ヲ蔽ヘハ物件毀壞罪トイフヲ得ヘシ然レモ是レ學問上ノ事ノミ立法者ハ物件毀壞ノ方法ノ異ルニ從テ其名稱ヲ異ニシタリ
本節以下ノ諸條ハ疑義百出底止スル所ナシ蓋シ法文甚々不完全ノ致ス所ナリ諸君請フ注意セラレヨ

第四百二條 火ヲ放テ人ノ住居シタル家屋ヲ燒燬シタル者ハ

死刑ニ處ス

本條ハ放火罪ヲ規定ス此罪ハ財産ニ對スル罪中ニ於テ最モ重キ犯罪ニシテ死刑ヲ以テ之ヲ罰ス何故ニ斯ク重罰スルヤ曰ク放火ノ罪タル其目的ニ付キ觀察スレハ家屋ヲ燒燬スルノミニシテ財産上ノ害ヲ來スニ過キサカ如シト雖モ人ノ住居シタル家屋ナルハ爲メニ人ヲ死傷スルヲナキヲ保スヘカラス否ナ人ノ住居シタル家屋ニ放火スル時ハ人ノ死傷ハ必然伴フ所ノ結果ナリト謂フ可シ況ヤ此罪タル結果

甚々大ニシテ數萬ノ人家ヲ燒キ幾百ノ人命ヲ害スルト往々之レ有リ
ニ於テチャ是レ之ヲ死刑ニ處スル所以ナリ

本條ノ罪ヲ構成スルニハ左ノ三條件ヲ具備スルヲ要ス

第一、火ヲ放テ人ノ家屋ヲ燒燬シタルヲ要ス

第二、人ノ住居シタル家屋ナルトヲ要ス

第三、故意アルヲ要ス

第一、火ヲ放テ人ノ家屋ヲ燒燬シタルヲ要ス

本條ニ「火ヲ放テ……家屋ヲ燒燬シタル者」云々ト有リ一見スレハ火ヲ
放テ其家屋ヲ燒失シタルニ非サレハ本條ヲ以テ罰スヘカラサルカ如
シ換言スレハ本條ノ罪ノ既遂ハ火ヲ放テタル家屋カ燒ケ盡シタルヲ
要スルカ如シ然レモ放火罪ハ既ニ火ヲ家屋ニ放テハ則チ完成スルモ
ノニシテ其半燒ト全燒トヲ論セス又ハ僅々一部分ノ燒燬ニ止マルト

雖モ既遂ヲ以テ之ヲ論スルモノトス佛文草案ニハ唯「火ヲ放テ」トノミ
アリテ燒燬ト謂ハス故ニ苟モ火ヲ放テタル事實タニ有ラハ放火罪ノ
既遂ナリトス本條ハ燒燬ノ文辭ヲ加ヘタリト雖モ其精神ヲ變シタル
ニアラス、今燒燬ノ文辭ニ付キテ考フルモ個ハ唯「やく」トニシテ燒燬ノ
意義ヲ含マサルニヨリ結局立法者ノ意ハ火ヲ放テ人ノ家屋ヲ燒キタ
ルモノ云々ト云フニ在レハ精神ハ敢テ草案ト異ルト無ク苟モ火ヲ放
テタル事實タニ之レ有ラハ本條ノ罪ノ既遂ナリト謂フ可シ因テ本條
ノ罪ノ未遂ハ意外ノ舛錯又ハ障礙ニテ放火ノ事實ヲ生セサル場合ニ
之レ有ルモノトス而シテ如何ナル場合ハ所謂火ヲ放テタル事實ト云
フヲ得ルヤ否ヤハ事實裁判官ノ認定ニ在リ

第二、人ノ住居シタル家屋ナルトヲ要ス

「人ノ住居シタル家屋」トハ現ニ人ノ居住シタル家屋ハ勿論住居ノ用ニ

供シタル家屋ヲ謂フ草案ハ明晰ニ他人ノ住居シ又ハ他人ノ住居ニ用
 井ル云々ト云ヘリ現行法モ亦其精神ニテ解スルヲ要ス是故ニ甲乙ノ
 家屋ニ放火シタルモ偶乙ノ家族外出シテ一人モ住居セサル時ト雖モ
 本條ヲ以テ之ヲ罰ス然レモ現ニ住居ノ用ニ供セサル家屋即チ貸家ノ
 貼紙アリテ未タ人ノ住居セサル家屋ニ放火シタルカ如キハ本條ノ罪
 ニ非スシテ次條ノ罪ナリトス

第三、故意アルヲ要ス

放火罪ハ惡意ヲ證スルヲ要セス乃チ放火ノ所爲ニハ惡意之ニ伴フモ
 ノナレハ唯故意アルトイフヲ證スレハ則チ足ル
 爰ニ緊要ナル問題アリ本條ノ所謂家屋ハ他人ニ屬スル者ナルヲ要
 スルカ或ハ犯人ニ屬スルモノナルモ亦可ナリヤ本條ニハ人ノ住居シ
 タル家屋トアリテ其所謂人テフ文辭ハ他人ヲ想像シ而シテ第四百七

條ニハ自己ノ家屋ヲ燒燬シタル罪ヲ規定シタルヲ以テ本條ハ唯他人
 ニ屬スル家屋ノミヲ想像シタルカ如シ故ニ例ヘハ他人ニ賃貸シ賃借
 人ノ住居シタル家屋ニ放火スル者ハ之ヲ第四百七條ニ問ヒテ本條ニ
 擬スルヲ得サルカ如シ然レモ本條ノ放火罪ハ人ノ住居シタルトイ
 フ點ヲ基本トシテ規定シタルモノナリ即チ人ノ住居シタル家屋ナル
 ヤ否ヤハ本條ノ主眼トスル所ニシテ其家ノ犯人ニ屬シタルモノナリ
 ヤ否ヤハ其主眼トスル所ニ非ス既ニ一言シタルカ如ク本條ハ人身保
 護ヲ目的トシ兼テ財産保護ヲ目的トスル者ナレハ其家屋ノ犯人ニ屬
 スルト他人ニ屬スルトハ其間フ所ニアラサルナリ吾人ノ感覺ニ訴ヘ
 テ之ヲ考フルモ人ノ住居シタル家屋ナル時ハ其家屋ノ己レニ屬スル
 ト否トチ分ツノ必要ナキヲ了知スルナラン之ヲ佛文草案ニ徴スルニ
 草案ハ家屋カ犯人ノ所有ニ屬スル時ト雖モ尙ホ放火罪トシテ罰スル

丁ヲ明言セリ本條ニハ此等ノ明文ナシト雖モ法意ハ敢テ草案ト異ル
 丁無キナリ是ヲ以テ下ノ如キ場合モ亦本條ヲ以テ之ヲ罰スルモノト
 ス曰ク某兇人有リ惡事ヲ爲シ將サニ外國ニ逃走セントス若シ自己ノ
 家屋ノ存在スルアラハ惡事ノ發覺セントテ慮リ其家族ノ現住スルニ
 モ拘ハラヌ自ラ火ヲ放チテ之ヲ燒キタルカ如キハ本條ノ罪ヲ成スヘ
 シ或ハ本條ニ「人ノ家屋」ト有ルヲ以テ他人ノミチ想像シ犯人ノ家族等
 チ指サ、ルノ疑ナキニアラサレモ是レ極メテ皮想ノ觀察ナリ何トナ
 レハ刑法ニ所謂「人」トイヒ若クハ「他人」トイフニハ總テ自己以外ノ人ヲ
 想像シタル者ナレハナリ、其レ然リ然レモ若シ例ヲ轉シ其兇人カ悉ク
 家族ヲ外出セシメ而シテ後ニ放火シタル時ハ本條ヲ以テ罰スヘカラ
 スシテ第四百七條ニ問フヘシ

是ニ由テ之ヲ觀レハ本節ハ放火ノ目的物ノ所有權犯人ニ屬スルト他
 人ニ屬スルトチ區別セサルヘキナリ然リト雖モ次條及ヒ第四百四條
 ハ必ス目的物ノ所有權ノ所在ヲ區別セサルヘカラス即チ其目的物ノ
 必ス他人ニ屬スルヲ要シ第四百五條第一項ハ本條ト同シク目的物
 ノ所有者ヲ區別スルヲ要セス其第二項ハ第一項ト反對ニテ所有者ヲ
 區別スルヲ要シ即チ目的物ノ他人ニ屬スルヲ必要トスルナリ此ノ
 如ク區々ニ解釋ヲ附スルハ實ニ僭越ニ失スルカ如シト雖モ是レ解釋
 家ノ罪ニアラスシテ法律規定ノ不完全ノ結果ナリトス
 爰ニ數罪俱發ニ關シ一言スヘキ問題アリ曰ク人ヲ殺スノ目的ニテ人
 ノ住居シタル家屋ニ放火シタル時ハ其目的ノ罪即チ殺人罪ト放火罪
 ト數罪俱發ナリヤ抑、放火罪ハ他ノ財産ニ對スル罪ト其趣ヲ異ニシ殊
 ニ死刑ヲ以テ之ヲ待ツ所以ノ者ハ人ノ生命ヲ傷害スルノ危險アルカ
 爲ニシテ決シテ財産ヲ保護スルカ爲メノミニ非ス即チ財産ニ關スル

點ト生命ニ係ル點トヲ併セテ罰スル所ノモノナレハ殺人ノ目的ハ此罪ノ中ニ包含セラレテ共ニ罰セラレ從ヒテ其放火罪ヲ問ヘハ目的トスル所ノ殺人罪ヲ問フノ必要ナキニ似タリ因テ本問ノ場合ハ數罪俱發ト爲スヘキモノニアラスト論スル者有リ佛國ニテハ現ニ此ノ如キ場合ヲ生シ或裁判所ハ數罪俱發ヲ以テ問ハサリシ而ルニ大審院ハ之ヲ破毀シテ覆審セリ其理由ニ云ク人ノ住居シタル家屋ニ放火シタルモノヲ死刑ニ處スルハ人ノ生命ヲ傷害スルノ危險アルニ因ルト雖モ此罪タル本財産ニ對スル罪ナルヲ以テ假令其立法ノ原因ノ何レニ在ルモ之ヲ適用スルニ至リテハ唯財産ニ關スルノ點ヲ罰スルニ過キサルノミ故ニ他ノ罪ヲ犯スノ目的ヲ以テ此罪ヲ犯シタル時ハ數罪俱發ニ問フ可キナリト此論甚ダ可ナリ移シテ以テ本問ノ解答ト爲スヘシ

第四百三條

火ヲ放テ人ノ住居セサル家屋其他ノ建造物ヲ燒

燬シタル者ハ無期徒刑ニ處ス

本條ハ前條ト異ニシテ人ノ住居セサル家屋ニ放火シタル場合ヲ規定セリ尙ホ本條ハ家屋ノミナラス其他ノ建造物ヲモ規定セリ。「其他ノ建造物」トハ家屋ト稱スルニ適當ナラサル神社佛閣博物館ノ如キヲ謂フ本條ハ前條ト比シ大ニ差違スルノ點アリ即チ前條ノ家屋ハ他人ニ屬スルト犯人ニ屬スルトヲ區別スルト無シト雖モ本條ノ家屋ハ必ス他人ニ屬スル者ナラサル可カラズ前條ト本條ト其行文殆ト同一ニシテ異ルナキニモ拘ハラズ斯ク其場合ヲ區別シテ解釋スルハ附會ニ似タリト雖モ斯ク解釋スルニ非スハ火ヲ放テ自己ノ家屋ヲ燒燬シタル場合ヲ規定シタル第四百七條ハ何ノ爲メニ存スルカ其理由ヲ發見スルヲ能ハサルニ至ルヘシ是ヲ以テ人ノ住居セサル家屋ニ放火シ而シテ其家屋カ他人ニ屬スル時ハ本條ヲ以テ罰シ若シ犯人ニ屬スル時

ハ第四百七條ヲ以テ罰シ又ハ建造物ニ放火シ其建造物カ他人ニ屬スル時ハ本條ニ問ヒ若シ犯人ニ屬スル時ハ律ニ正條ナキヲ以テ無罪タルヘシ佛文草案ハ前條トノ差違ヲ明白ナラシメンカ爲メ「他人ノ所有ニ屬スル」云々ノ文辭ヲ記入セラレタリ至當ノ條文ト謂フヘシ

第四百四條 火ヲ放テ廢屋及ヒ柴草肥料等ヲ貯フル屋舎ヲ燒燬シタル者ハ重懲役ニ處ス

本條モ亦前條ト同シク廢屋々舎ノ所有權他人ニ屬スルヲ想像シタルモノナリ若シ第四百二條ノ精神ニヨリ犯人ノ所有ニ係ル場合ニ於テモ本條ヲ以テ之ヲ罰スト爲サン歟下ノ如キ結果ヲ生ヌ曰ク自己ノ家屋ニ放火シタル者ハ第四百七條ニヨリ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ自己ノ廢屋ニ放火シタル者ハ本條ニヨリ重懲役ニ處セサルヲ得ス嗚呼亦奇ナラスヤ故ニ自己ノ所有ニ係ル廢屋及ヒ柴草肥料等ヲ

貯フル屋舎ニ放火シタル者ハ律ニ正條ナキヲ以テ無罪トス

第四百五條 火ヲ放テ人ヲ乘載シタル船舶汽車ヲ燒燬シタル者ハ死刑ニ處ス

其人ヲ乘載セサル船舶汽車ニ係ル時ハ重懲役ニ處ス

本條ノ罪モ亦死刑ヲ以テ之ヲ待ツ其理由ハ第四百二條ニ詳陳シタル所ト同一ナレハ茲ニ復言セス然レモ其適用ニ至リテハ第四百二條ト異ラサルヲ得ス第四百二條ハ人ノ現住セサル家屋ニテモ其家屋カ住居ノ用ニ供シタルモノナル時ハ死刑ヲ科スト雖モ本條ハ現ニ汽車又ハ船舶ニ人ヲ乘載セサル時ハ本條第一項ニヨリ死刑ヲ科スルヲ得スシテ第二項ニヨリ重懲役ニ處セサルヘカラス斯ク差違アルハ何ソヤ是レ敢テ法理上ノ差違アルニ非ス法文ノ規定之ヲシテ然ラシムルナリ蓋シ本條ニハ「乘載」ト有リテ「住居」ノ文辭ナシ但シ船舶ハ住居ノ用

ニ供スル者往々之レ有リ彼ノ舟子ノ船舶中ニ起臥寢食スルカ如キ是ナリ故ニ本條ニモ人ノ住居シタル船舶云々ノ文辭ヲ記シ得サルニ非ス若シ果シテ此ノ如ク規定セラレハ人ノ現在スルト否トヲ問ハス死刑ニ處スルヲ第四百二條ト同様ナルヘキモ本條ハコ、ニ出テスシテ船舶モ亦瀛車ト同シク住居スヘキモノニアラスシテ船車ノ本質タル乗載スヘキ者ト爲シ以テ人ヲ乗載シタルモノ云々ト規定シタリ因テ人ノ現在セサル時即チ現ニ人ヲ乗載セサル時ハ第一項ヲ適用スルヲ得サルナリ之ヲ草案ニ徵スルニ草案ハ現行法第四百二條ニ該當スル條文即チ第四百四十五條ノ下ニ家屋ト共ニ船舶ヲ規定シ瀛車ニ付テハ旅客ヲ乗載シタル時ノミ家屋又ハ船舶ト同様ニ處分スルヲト爲シタリ而ルニ現行法ハ草案第四百四十五條ヲ分割シ單ニ家屋ノミヲ第四百二條ニ規定シテ船舶ハ瀛車ト共ニ之ヲ本條ニ規定セラレタ

リ此點ヨリ論スルモ本條第一項ハ人ノ現在セサル場合ノミニ適用スルモノナルヲ知ルヘシ

第四百六條 火ヲ放テ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ヲ燒燬シタル者ハ輕懲役ニ處ス

本條ニ列擧シタル物件ハ之ヲ家屋建造物又ハ船舶瀛車等ニ比スレハ重要ノ點稍、少ナシ是レ特ニ一條ヲ設ケタル所以ナリ。本條ノ物件ハ他人ニ屬スルモノナルヲ要ス若シ犯人ニ屬スルモノナル時ハ律ニ正條ナキニヨリ無罪ナリトス。

〔其他ノ物件〕トハ如何。單ニ文辭上ヨリ解スレハ一箇ノ箆、一領ノ衣服極言スレハ一ノ紙片モ亦其他ノ物件ト謂フヲ得ヘキニ似タリ敢テ問フ此文辭ハ斯ク廣ク解スヘキカ曰ク否夫レ一箇ノ箆、一領ノ衣服ニ火ヲ置クノ類ハ之ヲ物品ヲ毀壞スル罪中ニ入ル、ヲ可トス之ヲ本

條ニ問フ誰カ其可ヲ認メンヤ蓋シ此文辭ハ山林ノ竹木或ハ露積シタル柴草等ニ類似スル物件即チ戶外ニ露積スル物件ヲ想像シタル者ナリ佛文案案ニハ石油煤炭礦植物ノ原質等ノ文辭アリ尙ホ此等ノ物件ノ露積シタル者ナルヲモ記サレタリ以テ本條ノ其他云云ノ文辭ノ法意ヲ推知ス可シ

第四百七條 火ヲ放テ自己ノ家屋ヲ燒燬シタル者ハ二月以上

二年以下ノ重禁錮ニ處ス

所有權ヲ有スル物件ハ自ラ自由ニ之ヲ處分スルヲ得因テ之ヲ破毀シ之ヲ燒燬スルモ他ノ掣肘ヲ受クル無キヲ原則トス而ルニ物件ノ家屋ナル時ハ忽チ刑事上ノ責ニ任セサルヘカラサルハ抑、何ノ故ソヤ曰ク凡ソ人ハ他人ヲ害シテ所有權ヲ處分スルヲ得ス而シテ其害ノ甚タ僅少ニシテ單ニ一私人ヲ害スルカ如キハ民事上ノ制裁ヲ加ヘテ事足

ルヘキモ放火ニ至リテハ社會公衆ニ及ホス危險實ニ宏大ナリ是レ刑事上ノ制裁ヲ加フル所以ナリ

本條ニハ單ニ家屋ノミチ規定シテ建造物ヲ規定セス故ニ自己ノ所有ニ係ル建造物ニ放火スルモ罪トナラスト論決セサルヘカラス社會ノ危險ハ家屋ト建造物トノ間ニ甚キ差違ヲ見ス而シテ法律カーチ規定シテ一チ規定セサルハ不都合ト謂ハサル可カラサルナリ

本條ノ罪ヲ成スニハ必シモ惡意ヲ要セス故意アレハ則チ罪トナル、蓋シ家屋ハ人ノ住居スル處人生々活ニ必要ナル三箇ノ要素即チ衣食住ノ一ニ位スルモノナレハ自己ノ家屋ヲ燒燬スルカ如キモノハ絶ヘテ無ク若シ之レ有ラハ白痴瘋癲若クハ發狂者等刑事上無責任ノ輩タルニ過キサレハ然ラハ本條ハ殆ト無用ノ條文ナルカト云フニ敢テ然ラサルナリ例スルニ爰ニ債務者アリ以爲ク自己ノ家屋ハ已ニ債權者

ノ低價物タルハ結局債權者ノ有ニ歸スルヲ免レス彼ノ惡ムヘキ債權者ニ歸セシメンヨリハ之ヲ燒燬スルノ快ナルニ如カスト此ノ如キ場合ニハ本條ノ罪ヲ犯スモノアルナリ又變災ノ場合ニハ互ニ相救濟スルヲ慣習トスル村落アリ人有リ貧窶ニ迫マリタリ因テ自ラ家屋ヲ燒燬シ他ヨリ放火セラレタルモノト詐稱シ以テ村民ノ救濟ヲ得ントスル者ノ如キ實際ニ生シタル所ナリ實ニ本條ノ罪ハ此等ノ場合ニ生スルヲ常トスルモノナレト是レ自己ヲ利シ人ヲ害スルノ惡意アリタルモノナリ然レト單ニ故意ノミニテ自己ノ家ニ放火スル場合タトヘハ自己ノ家非常ニ頽廢シ修繕ニ勝ヘス之ヲ取崩スニハ其費用ニ堪ヘス因テ止ムナク之ニ放火スル場合ノ如キモ亦之レ無キニ非ス此ノ如キハ本罪トナルヲ妨ケス何トナレハ此場合ト雖モ社會公衆ノ危險惡意ノ場合ト毫モ異ラサレハナリ故ニ曰ク本罪ヲ成スニハ惡意ヲ必要ト

セス故意アレハ則チ可ナリト然リト雖モ本罪ハ社會公衆ノ危險ヲ以テ其主要ノ條件ト爲スニヨリ若シ所謂田舎ノ一軒家ヲ燒燬シタルカ如キ場合ハ危險ナキニヨリ無罪ト爲サ、ル可カラサルナリ

第四百八條 放火ノ罪ヲ犯シ輕罪ノ刑ニ處スル者ハ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス

本條ハ説明ヲ要セス

第四百九條 火ヲ失シテ人ノ家屋財産ヲ燒燬シタル者ハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス

本條ハ失火ノ罪ヲ規定ス此罪ハ所謂無意犯ナリ而シテ犯意アレハ直チニ放火罪ニ變スル所ノ罪ナリ

「火ヲ失シ」トハ如何、法文ニハ明言セサルモ彼ノ過失殺傷罪ト等シク疎虞懈怠又ハ規則慣習ノ不遵守ニヨリテ火ヲ失シタル場合ヲ想像シタ

ルナリ之ヲ責罰スル所以ノ理由ハ總則第一條ノ下ニ於テ有意犯無意犯ヲ區別スルニ當リ縷述シタルニヨリ今復々贅セス

「財産ヲ燒燬シ」云々。衣服ハ財産ナリ故ニ火ヲ失シテ人ノ衣服ヲ燒キタル者モ亦本條ヲ以テ之ヲ罰スルカ曰ク否此ノ如キハ本條ノ想像セサル所ナリ蓋シ財産燒燬ニヨリテ苟モ俗ニ火事ト稱スル程ノ場合ニ至リタルニ非サレハ本條ノ罪ヲ成サ、ルナリ

本條ハ火ヲ自己ノ家屋財産ニ失シ因テ以テ終ニ他人ノ家屋財産ヲ燒燬シタル場合又ハ單ニ他人ノ家屋財産ニ對シテ失火スル場合ヲ想像シタルナリ借家人カ失火シタルカ如キハ後段ノ場合ナリトス

第四百十條 火藥其他激發ス可キ物品又ハ煤氣井蒸氣罐ヲ破裂セシメテ人ノ家屋財産ヲ毀壞シタル者ハ其故意ニ出ツルト過失トテ分チ放火失火ノ例ニ照シテ處斷ス

本條ニハ別ニ困難ノ問題ナシ因テ講說セス

以上ニテ放火罪失火罪ノ條文ヲ解了シタリ更ニ二三ノ疑問ヲ解釋シテ諸君ノ參考ニ供セン

第一問、人ノ住居セサル家屋ニ放火シ(第四百三條)終ニ人ノ住居シタル家屋ニ延燒シタル時又ハ山林ノ竹木田野ノ穀麥ニ放火シ(第四百六條)人ノ住居シタル家屋ニ延燒シタル時ハ其處分如何

此問題タル草案ニ於テハ疑問トナラサリシ何トナレハ草案第四百五十三條ニ「第四百四十六條以下ニ記載シタル放火ニ因テ更ニ重刑ニ處ス可キ家屋物件ニ延燒シタル時ハ其重キニ從テ處斷ス」トアリテ此等ノ場合ハ總テ結果ニ付キ罰スルノ明文アレハナリ而ルニ現行法ハ端ナクモ草案第四百五十三條ヲ削除シタルニヨリ問題タルノ價值アルニ至リタルナリ凡ソ此等ノ問題ニ付キ明文ナキ時ハ法理ニ訴ヘテ論

セサルヘカラス法理ニ訴ヘテ論スレハ罪ハ犯人ノ意思ト事實トニ付
 キ之ヲ定メサルヲ得ス是レ立法上罪ヲ定ムルノ原則トス而ルニ行爲
 ノ性質ニヨリテハ意思ノ如何ヲ問ハス單ニ結果即チ事實ノミニ付キ
 罪ヲ定ムルモノアリ毆打創傷罪ノ如キ其一例ナリ此等ハ實ニ立法上
 例外ノ場合ナルヲ以テ此ノ如クスルニハ明文ヲ要ス明文ナクンハ原
 則ニヨリ犯人ノ意思ト其事實トニ付キ責任ヲ負ハシメサル可カラズ
 是ヲ以テ予ノ本問ニ對スル意見ハ一ハ第四百三條他ノ一ハ第四百六
 條ニ問擬セント欲スルナリ然リト雖モ若シ人ノ住居シタル家屋ヲ燒
 燬スルノ意思ニテ人ノ住居セサル家屋若クハ山林ノ竹木田野ノ穀麥
 ニ放火シ終ニ其目的トスル所ノ人ノ住居シタル家屋ニ延燒シタル時
 ハ無論第四百二條ヲ以テ罰ス可キモノトス且暴風ノ際ニ人ノ住居セ
 サル家屋ニ放火シ因テ人ノ住居シタル家屋ニ延燒シタル時ハ人ノ住

居シタル家屋ヲ燒クノ意思ナキ時ト雖モ尙ホ第四百二條ヲ以テ之ヲ
 罰スヘシ何トナレハ暴風ノ際ニ放火スレハ延燒ハ實ニ必然ノ結果ナ
 レハ其結果ノ責ニ任セサル可カラサレハナリ

第二問、禮拜堂又ハ演說會劇場等ノ建造物ニ人ノ群集シタル時放火
 シタルモノハ人ノ住居シタル家屋ニ放火シタルモノトシテ第四百
 二條ニ問フヲ得ルカ

此問題モ亦草案ニハ明言セラル草案第四百四十五條ニ「人民カ宗教上
 又ハ其他公會ノ用ニ供スル建造物ニ衆人會同スル時放火シタルモノ
 ハ人ノ住居シタル家屋ニ放火シタルト同シク論ス」ト有リタリ是レ實
 ニ至當ノ條文ナリ何トナレハ禮拜堂等ハ人ノ住居スヘキ家屋ニアラ
 サレハ正條ヲ待ツニ非サレハ人ノ住居シタル家屋ニ放火シタルト同
 一ニ罰スルヲ得サレハナリ而ルニ現行刑法ノ之ヲ削除シタルハ所

罰ノ必要ナシトイフ理由ニ基キタリヤ或ハ此等ノ建造物ハ所謂家屋ノ中ニ包容スト思惟シタルニ由ルカ我立法者ノ草案ヲ削除シタルノ意思若シ此等ノ建造物ハ家屋中ニ包含スト爲シタルモノトセハ亦思ハサルノ甚シキモノト謂ハサルヲ得ス若シ所罰ノ必要ナシトシテ削除シタリトスレハ實ニ噉喉ニ堪ヘス立法者豈ニ此ニ出テンヤ之ヲ要スルニ削除ノ理由ノ如何ハ姑ク措キ削除ノ結果トシテ本問ハ第四百三條ヲ以テ之ヲ論セサル可カラサルナリ

第三問、他人ノ財産ヲ納レタル自己ノ建造物ニ放火シタル者ハ如何ニ處分スルカ例ヘハ甲、乙ニ一倉庫ヲ賃貸ス乙之ニ必要ノ什器ヲ藏セリ而ルニ甲火ヲ放チテ其倉庫ヲ燒燬セリ甲者ノ擬律如何

第四百七條ハ自己ノ家屋ノミヲ想像シ自己ノ建造物ヲ想像セサルハ已ニ一言シタル所ナリ故ニ本問ヲ該條ニ適用スルヲ得サルハ多言

ヲ要セス去レハ逆第四百六條ノ其他ノ物件トシテ該條ヲ適用スルヲ得ス何トナレハ其他ノ物件トハ戶外ニ露積スル物件ヲ想像シ本問ノ如キ場合ヲ想像セサレハナリ故ニ本問ハ之ヲ無罪ト決セサル可カラ

ス去レハ例ヲ轉シ失火ノ場合ヲ想像スレハ第四百九條ハ家屋財産トアリテ廣ク規定セラレタルカ故ニ同條ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ヘシ放火ノ場合ハ無罪ニシテ失火ノ場合ハ有罪ナリ所爲ノ重惡ナルモノハ刑ヲ受ケスシテ所爲ノ輕微ナルモノハ罰ヲ受ク不權衡ノ極ト謂ハサルヲ得ス嗚呼是レ法文ノ不完ヨリ生スル結果ト謂フヘシ

第四問、他人ニ抵當ト爲シタル家屋又ハ建造物ニ放火シタル者ハ如何ニ處分スルカ

本問ニ答フルニハ家屋ト建造物トヲ區別スルヲ要ス其家屋ノ場合ニハ之ニ人ノ住居シタル時ハ第四百二條ニ問ヒ人ノ住居セサル時ハ第

四百七條ニ問ハサルヘカラス其建造物ノ場合ニハ律ニ正條ナキヲ以テ無罪ト決セサルヘカラス此ク區々ノ適用ヲ爲スハ法文不完ノ結果ナリトス草案ハ其第四百五十條ニ自己ノ家屋ヲ他人ニ抵當典物トシ又ハ火災保險ニ附シタルモノニ放火シタル者ハ他人ノ所有物ニ放火シタルト同シク論スト有リ用意周到ト謂フヘシ以上説キ去リ説キ來リテ回顧スレハ本節即チ失火罪放火罪ノ規定ノ不完全ニシテ疑問叢出スル丁亦驚クニ堪ヘズリ蓋シ大ニ改正スヘキノ條文ナリ

第八節 決水ノ罪

本節決水ノ罪ニ關スル條文モ亦大ニ不完全ニシテ解釋ニ苦ムノ點非常ニ多シ蓋シ我刑法ハ終尾ニ近クニ從ヒ愈益不完不明ヲ致ス謂フ所其頭ヲ龍ニシテ其尾ヲ蛇ニスル所ノ法典ナリ

第四百十一條 堤防ヲ決潰シ又ハ閘門ヲ毀壞シテ人ノ住居シ

タル家屋ヲ漂失シタル者ハ無期徒刑ニ處ス

若シ人ノ住居セサル家屋其他ノ建造物ヲ漂失シタル者ハ重

懲役ニ處ス

本條ニ於テ人ノ住居シタル家屋ト人ノ住居セサル家屋其他ノ建造物トニ由テ刑ヲ區別シテ規定シタルハ放火罪ニ於ケルカ如ク人ヲ保護ノ點ヨリ出テタルモノトス

「漂失」トハ文辭其物ヨリ解スレハ水ノ爲メニ流レ盡キタルトイフナレト本條ニテハ假令流レ盡キサルモ家屋又ハ建造物カ其基礎ヲ離レ家屋又ハ建造物タル所以ヲ失スル場合ヲ稱スルモノトス然リト雖モ洪水氾濫床上ヲ浸シ若クハ僅カニ屋角ヲ表ハス場合ノ如キハ所謂漂失ト謂フヲ得ス何トナレハ家屋ハ其基礎ヲ離レサレハナリ故ニ此場

合ハ本條ノ想像スル所ニ非ス、家屋カ基礎ヲ離レタルト此場合トハ何程ノ差違アリヤ而シテ本條ハ之ヲ想像セス不都合ト謂フヘシ佛文案ニハ家屋ヲ浸シタル時ト有リテ此場合ノ如キハ無論本條ノ制裁ヲ受ケシムル意思ナリシニ現行法ハ漂失ノ文辭ヲ用井タリ是レ實ニ予ノ感服セサル所ナリ

本條ニ關シ必要ナル問題アリ曰ク本條ノ罪ハ結果ヲ罰シタルモノナリヤ或ハ犯者ノ目的ニ就キテ罰シタル者ナリヤ若シ結果ヲ罰シタリトスレハ堤防ノ決潰又ハ水閘ノ毀壞ト家屋又ハ建造物ノ漂失トノ二ツノ場合ヲ生セサレハ罰スルヲ得サルニヨリ當初ヨリ家屋ヲ漂失セシムルノ目的ニテ堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シタルモノハ勿論他ノ目的ニ出ツルモノニテモ家屋ノ漂失ヲ致シタル時ハ本條ノ罰トナル然リ而シテ家屋ヲ漂失セシムルノ目的ニテ堤防水閘ヲ決潰毀壞スルモ

他ノ障礙ノ爲メニ終ニ家屋ノ漂失ヲ致サ、ル時ハ本條ノ未遂犯ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ス何トナレハ家屋ノ漂失ト云フ構成條件ヲ缺如スレハナリ之ニ反シテ本條ノ罪ハ目的ニ就キテ罰スルモノトスレハ當初家屋ヲ漂失スルノ目的ニテ堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞スレハ假令偶々其目的ヲ達セサルモ未遂犯ヲ以テ問ハン若シ家屋ノ漂失アリト雖モ犯者ノ目的家屋ノ漂失ニ在ラサルヲ證明スレハ本條ノ罪トナラス此ノ如ク本條ノ解釋如何ニヨリテ大ナル結果ヲ生スルヲ見ル今之ヲ本條ノ行文ニ觀ルニ「堤防ヲ決潰シテ……家屋ヲ漂失シタル者」ト有ルニヨリ結果ニ就キテ罰スルカ如ク佛文案ニ徵スルモ亦然リ殊ニ草案起草者ハ其精神ヲ明ニスルカ爲メニ再閱修正草案ニハ彼ノ毆打創傷罪ニ於ケルカ如ク決水ヨリ生シタル損害ノ種類ヲ列擧シ其損害即チ結果ニ就キテ刑ヲ定メタルヲ觀ル而シテ現行刑法ハ敢テ起草者ノ