

注釈刑法
(5)

各則
(3)

§§
199
1
234

責任編輯
國藤重光

注 釈 刑 法

(5)

各 則 (3)

§§ 199～234

責任編集

団 藤 重 光



有 斐 閣

著作権所有



注釈刑法(5) 各則(3)

昭和40年11月30日 初版第1刷発行
昭和43年10月20日 再版第1刷発行(改訂) 定価2,800円
昭和56年12月10日 再版第13刷発行

編者 団 藤 重 光

発行者 江 草 忠 允

東京都千代田区神田神保町2-17

発行所 株式会社 有斐閣

電話 東京(264) 1311 (大代表)
郵便番号 [101] 振替口座東京 6-370 番
本郷支店 [113] 文京区東京大学正門前
京都支店 [606] 左京区田中門前町44

印刷 株式会社 精興社
製本 株式会社 高陽堂
本文用紙 王子製紙株式会社春日井工場
クロス 東洋クロス株式会社
ダイニック株式会社

© 1968, 団藤重光. Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取替いたします。

ISBN 4-641-01635-6

凡 例

◇関係法令・判例

関係法令は昭和 40 年 4 月 1 日現在によつた。

判例はほぼ昭和 40 年 3 月末現在（最高裁判所判例集 18 巻 10 号，高等裁判所判例集 17 巻 8 号，下級審判例集 6 巻 11=12 号，判例時報 400 号）までに発表されたものを引照した。

◇刑法の法文

刑法の条文は厳密に原文通りとした。ただ，用字は新字体を採用した。なお，各条文には，その内容を明瞭にするため，それぞれ見出しをつけた。

◇沿 革

改正を経た条文については〔沿革〕欄をもうけ，改正前の各条文を掲げた。なお，沿革と現行条文の改正箇所には＊印をつけて新旧条文を対照させ，改正箇所を明瞭にした。

＊印は，沿革の方には改正の順序に応じ，改正ごとに 1 箇ないし数箇を冒頭につけた。現行条文につける場合は，つぎの要領に従つた。(1) 1 ヶ条全体，あるいはその中の項または号の全体が改正されたときは，条数，項数，号数の上に＊印をつける。(2) 条文中本文または但書の全体が改正されたときは，本文または但書の冒頭に＊印をつける。(3) 条文中一部分が改正されたときは，改正箇所の冒頭に＊印をつける。

◇文 献

文献は，研究の便宜のため，できるだけ条文ごとに，かなり詳細に掲げることとした。戦前の文献は主要な文献に限つたが，戦後の文献は昭和 40 年 8 月末日までのものをなるべく網羅するようにつとめ，それ以後の文献も気のつくかぎり収録した。また，文献は，本文中に引用される場合をのぞき邦文のもののみに限定した。

掲載の順序は，検索の便宜のため，執筆者名の五十音順により，同一執筆者の数箇の文献については，原則として発表の年代順（論文集収録のものは収録の年代）によつた。

◇条数等の表示

本文の上段には，各頁ごとにそれぞれ条数，条文見出し，ローマ数字による注釈番号を表示して，条数等による検索に役立つようにした。ただし，注釈番号につい

凡 例

ては、偶数頁にのみ、その頁および次の頁の注釈番号を表示している。

◆参照条文および他の注釈の引用方法

参照条文および他の注釈の引用の方法は、つぎのとおりである。

(1) 刑法の条文は、単に数字のみをもつて示した。たとえば、25 I₁ は刑法 25 条 1 項 1 号。

その他の法令の条文は、法令名略語（後掲）および数字をもつて示した。たとえば、刑訴 96 I₄ は、刑事訴訟法 96 条 1 項 4 号。

(2) 同じ条文内の他の注釈箇所を引用する場合は、前出 I (1) (イ)，後出 III (2) (ハ) として示した。

他の条文の注釈を引用する場合には、25 条注 I (1) として示した。

◆引用の判例はすべて活字を小さくして、本文と区別しやすくしている。

◆主 な 略 語

(1) 法 令

関係法令の引用については、特別なものを除きおおむね斐閣版六法全書（昭和 40 年版）の「法令名略語」に従い、つぎのような略語を用いた。

恩 赦	恩赦法	刑 補	刑事補償法
仮 案	改正刑法仮案	憲	憲 法
監	監獄法	更生緊急	更生緊急保護法
旧 刑	旧刑法	準備草案	改正刑法準備草案
行 累	行刑累進処遇令	少	少年法
刑	刑 法	罰 臨	罰金等臨時措置法
警	警察法	保護観察	執行猶予者保護観察法
刑 施	刑法施行法	予備草案	刑法改正予備草案
刑 訴	刑事訴訟法	予防更生	犯罪者予防更生法

(2) 判 例

判例の引用については、つぎの略語を用いた。

大判明 36・5・21 録 9・874＝明治 36 年 5 月 21 日，大審院判決，大審院刑事判決録 9 輯 874 頁。

大判昭 15・8・22 集 19・540＝昭和 15 年 8 月 22 日，大審院判決，大審院刑事判例集 19 巻 540 頁。

最判昭 33・4・18 集 12・6・1090＝昭和 33 年 4 月 18 日，最高裁判所判決，最高裁判所刑事判例集 12 巻 6 号 1090 頁。

最決昭 31・12・25 集 10・12・1701＝昭和 31 年 12 月 25 日，最高裁判所

決定，最高裁判所刑事判例集 10 卷 12 号 1701 頁。

東京高判昭 35・12・12 集 13・8・648＝昭和 35 年 12 月 12 日，東京高等裁判所判決，高等裁判所刑事判例集 13 卷 8 号 648 頁。

その他の略語：――

下級刑集	下級裁判所刑事裁判例集
裁 時	裁判所時報
裁 特	高等裁判所刑事裁判特報
最判（大法）	最高裁判所大法院判決
裁判集刑	最高裁判所裁判集 刑事
裁判例 6 刑	大審院裁判例 6 卷刑法
新 聞	法律新聞
大判（連）	大審院連合部判決
東高刑時報	東京高等裁判所刑事判決時報
判 特	高等裁判所刑事判決特報
評 論	法律評論

(3) 著 書

引用著書の略語はつぎのとおりである（五十音順）。

青 柳 文 雄	刑法通論Ⅱ・各論（昭 38）	青 柳・各
市 川 秀 雄	刑法学（昭 27）	市 川・刑法学
同	刑法総論（昭 30）	市 川・総
井 上 正 治	刑法学（総則）（昭 26）	井 上・総
同	刑法学（各則）（昭 38）	井 上・刑法学各
同	刑法各論（昭 27）	井 上・各
植 田 重 正	刑法要説（総論）（昭 24）	植 田・総
植 松 正	刑法総論（昭 32）	植 松・総
同	刑法概論Ⅰ（増訂・昭 34）， Ⅱ（改訂・昭 40）	植 松・概Ⅰ，Ⅱ
同	刑法学各論（昭 27）	植 松・各
大 塚 仁	特別刑法（昭 34）	大 塚・特別刑法
同	刑法概説（総論）（昭 38）	大 塚・総
大 場 茂 馬	刑法総論上巻（大 1），下巻（大 2～6）	大 場・総上，下
同	刑法各論上巻（11 版・大 11），	

凡 例

下巻 (8 版・大 12)		大 場・各上, 下
岡 田 朝太郎	刑法論各論之部 (4 版・昭 5)	岡田朝・各
岡 田 庄 作	刑法原論各論 (大 9)	岡田庄・各
尾後貫莊太郎	刑法各論 (昭 27)	尾後貫・各
小 野 清一郎	新訂刑法講義總論 (増補 3 版・昭 25)	小 野・総
同	新訂刑法講義各論 (3 版・昭 25)	小 野・各
同	刑法概論 (増訂新版・昭 35)	小 野・概
小野=中野=植松=伊達	新版刑法 (ポケット註釈全書)	
(新版・昭 35)		小 野ほか・注釈
柏 木 千 秋	刑法各論 (再版・昭 40)	柏 木・各
勝 本 勘三郎	刑法析義各論之部下 (3 版・明 34)	勝 本・析義各下
同	刑法要論・総論 (大 2)	勝 本・総
神谷健夫=神原甚造	刑法詳論 (大 2)	神谷=神原・詳論
吉 川 経 夫	刑法総論 (昭 34)	吉 川・総
木 村 亀 二	新刑法読本 (全訂増補・昭 36)	木 村・読本
同	刑法総論 (昭 34)	木 村・総
同	刑法各論 (昭 32)	木 村・各
草 野 豹一郎	刑法要論 (昭 31)	草 野・要
熊 倉 武	日本刑法各論上巻, 下巻 (昭 35)	熊 倉・各上, 下
久礼田 益 喜	刑法学概説 (増訂版・昭 18)	久礼田・概
小 泉 英 一	刑法要論 (改訂・昭 18)	小 泉・要
同	刑法各論 (昭 29)	小 泉・各
同	刑法総論 (昭 33)	小 泉・総
江 家 義 男	刑法 (総論) (昭 27)	江 家・総
同	刑法各論 (増補・昭 38)	江 家・各
小 嘯 伝	日本刑法論各論 (明 38)	小 嘯・日本刑法各
斉 藤 金 作	刑法総論 (改訂・昭 30)	斉 藤・総
同	刑法各論 (改訂・昭 31)	斉 藤・各
佐 伯 千 似	刑法総論 (新版・昭 28)	佐 伯・総
島 田 武 夫	刑法概論総論 (昭 9)	島 田・総
同	刑法概論各論 (昭 11)	島 田・各
下 村 康 正	刑法各論 (昭 36)	下 村・各
新 保 勘解人	日本刑法要論各論 (昭 2)	新 保・各
滝 川 春 雄	刑法総論講義 (昭 27)	滝川(春)・総
滝川(春)=竹内正	刑法各論講義 (昭 40)	滝川=竹内・各

滝川(春)=宮内=平場	刑法理論学総論 (昭 23)	滝川=宮内=平場・総
滝川 幸辰	犯罪論序説 (改訂・昭 22)	滝川・序説
同	刑法講義 (改訂・昭 5)	滝川・講義
同	刑法各論 (昭 26)	滝川・各
滝川(幸)=宮内=滝川(春)	刑法 (法律学体系, コンメンタル篇) (昭 27)	滝川ほか・注釈
団 藤 重 光	刑法綱要 (総論) (昭 32)	団 藤・総
同	刑法綱要 (各論) (昭 39)	団 藤・綱各
同	刑法各論 (昭 36)	団 藤・各
夏 目 文 雄	刑法提要各論上 (昭 35), 下 (昭 36)	夏 目・上, 下
平 井 彦三郎	刑法論綱総論 (昭 7)	平 井・総
同	刑法論綱各論 (昭 9)	平 井・各
平 場 安 治	刑法総論講義 (昭 27)	平 場・総
同	少年法 (昭 38)	平 場・少年法
平場安治=森下忠	刑法各論 (昭 29)	平場=森下・各
福 田 平	刑法総論 (昭 40)	福 田・総
同	刑法各論 (昭 29)	福 田・各
同	行政刑法 (昭 34)	福 田・行政刑法
不破武夫=井上正治	刑法総論 (昭 30)	不 破ほか・総
牧 野 英 一	重訂日本刑法上巻 (昭 12), 下巻 (昭 12)	牧 野・日本刑法上, 下
同	刑法総論上巻 (全訂・昭 33), 下巻 (全訂・昭 34)	牧 野・総上, 下
同	刑法各論上巻 (昭 25), 下巻 (昭 26)	牧 野・各上, 下
宮 内 裕	新訂刑法各論講義 (昭 35)	宮 内・各
宮 崎 澄 夫	刑法総論 (昭 25)	宮 崎・総
宮 本 英 脩	刑法学粹 (昭 6)	宮 本・学粹
同	刑法大綱 (昭 10)	宮 本・大綱
泉 二 新 熊	日本刑法論・総論 (44, 45 版・昭 11, 14)	泉 二・総
同	日本刑法論・各論 (42 版・昭 6)	泉 二・各
同	刑法大要 (増訂・昭 18)	泉 二・大要
八 木 胖	刑法総論 (改訂・昭 30)	八 木・総
安 平 政 吉	改正刑法各論上巻 (3 版・昭 27), 下巻 (3 版・昭 27)	安 平・各上, 下
同	改正刑法総論 (昭 31)	安 平・総

凡 例

安 平 政 吉	改正刑法各論 (昭 35)	安 平・各
山 岡 万 之 助	刑法原理 (大 1)	山 岡・原理
吉 田 常次郎	日本刑法 (6 版・昭 17)	吉 田・日本刑法
同	刑法総論 (昭 31)	吉 田・総
同	刑法各論 (昭 31)	吉 田・各

日本刑法学会編集 刑事法講座 1 巻～4 巻, 7 巻 (昭 27～28)

刑法学会・旧講座

同 刑法講座 1 巻～6 巻 (昭 38～39)

刑法学会・講座

同 刑法演習 (総論) (昭 30),

(各論) (昭 30)

刑法学会・演習総, 各

総合判例研究叢書刑法 1～26 (昭 31～40)

総判刑 1～26

最高裁判所判例解説 (刑事編) 昭和 29 年度～39 年度

判解刑昭 29～39

(4) 雑 誌

雑誌の略語は、おおむね法律時報の文献月報の略語例に従い、つぎのような略語を用いた。

季 法	季刊法律学	判 時	判例時報
京 法	京都法学会雑誌	判 タ	判例タイムズ
警 研	警察研究	判 評	判例評論
刑政(季)	季刊刑政	阪 法	阪大法学
刑 法	刑法雑誌	ひろば	法律のひろば
国 家	国家学会雑誌	法 学	法学(東北大学)
自 正	自由と正義	法 協	法学協会雑誌
時 法	時の法令	法 教	法学教室
時 報	法律時報	法 研	法学研究(慶応大学)
ジュリ	ジュリスト	法 セ	法学セミナー
志 林	法学志林	法 政	法政研究
新 報	法学新報	法 曹	法曹時報
早 法	早稲田法学	法 タ	法律タイムズ
綜 法	綜合法学	法 論	法律論叢
同 法	同志社法学	立 法	立命館法学
日 法	日本法学	論 叢	法学論叢
判 研	判例研究		

◇追 補

本文中の*印は「補巻(1)」(昭49年刊)によって追補されたことを示す。

目 次

凡 例

第26章 殺人の罪

前注 (§§ 199～203)	(大塚)...	1
§§ 199～203	(大塚)...	5

第27章 傷害の罪

前注 (§§ 204～208ノ2)	(小暮)...	73
§§ 204, 205	(小暮)...	74
§§ 206, 207	(高田)...	90
§ 208	(小暮)...	98
§ 208ノ2	(高田)...	102

第28章 過失傷害の罪

前注 (§§ 209～211)	(藤木)...	112
§§ 209～211	(藤木)...	115

第29章 堕胎の罪

前注 (§§ 212～216)	(板倉)...	183
§§ 212～216	(板倉)...	190

第30章 遺棄の罪

前注 (§§ 217～219)	(大塚)...	203
§§ 217～219	(大塚)...	210

第31章 逮捕及び監禁の罪

前注 (§§ 220, 221)	(福田)...	225
§§ 220, 221	(福田)...	226

第32章 脅迫の罪

前注 (§§ 222, 223)	(所)...	246
§§ 222, 223	(所)...	246

目 次

第 33 章 略取及び誘拐の罪

前注 (§§ 224～229)(香川)…260

§§ 224～229(香川)…267

第 34 章 名誉に対する罪

前注 (§§ 230～232)(福田)…334

§§ 230～232(福田)…337

第 35 章 信用及び業務に対する罪

前注 (§§ 233, 234)(内藤)…393

§§ 233, 234(内藤)…394

第26章 殺人の罪

〔文献〕 岡崎文規・殺人の研究（昭 38）；木村・「殺人罪」法律学辞典Ⅱ（昭 10）；熊倉武・「刑法における生命の保護」刑法学会・講座 5（昭 39）；小泉英一・「殺人罪，傷害罪及び墮胎罪」刑法学会・旧講座 4（昭 27）；司法研修所・殺人の罪に関する量刑資料（上，下）・司法研修所調査叢書 5（昭 34）；中・「殺人罪」刑事法学辞典（昭 32）。

前注（§§ 199～203〔殺人罪〕）

I 殺人の罪の性格および類別

（1） 殺人の罪は，故意に他人の生命を断絶させる行為を内容とする犯罪である。その保護法益は，いうまでもなく人の生命である。個人の生命は，今日の文明社会においては，なにものにも代えがたい価値を有するものとして，厚い法的保護が要請されている。生命は，生活感情とか生活上の利害などにかかわりなく，絶対的な保護を必要とするのである（Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl., 1964, S. 12）。それゆえ，殺人の罪は，もつとも基本的かつ典型的な犯罪の一種と解される。

（2） 殺人の罪に対する従来の諸国の立法例は，各種の殺人行為の類型を分かつて，その処罰に差等を設けようとするのが一般であつた。これは，古くローマ刑法や，ドイツ中世初期の刑法などにも明らかにみられたところであるのみならず，現代の多くの立法例にまで継承されているのである。すなわち，今日においても，たとえば，予謀に出たかどうかによつて謀殺と故殺とを区別し（ドイツ刑法 211・212，フランス刑法 295・296，スイス刑法 111・112，スペイン刑法 406・407 など），客体の性質にもとづいて普通殺人のほかに，尊属殺（フランス刑法 299），嬰兒殺（ドイツ刑法 217，フランス刑法 300，スイス刑法 116，スペイン刑法 410，イタリア刑法 578 など）を，また，行為の態様によつて，毒殺（フランス刑法 301，イタリア刑法 576₂・577₂ など）その他を分かつがごときである。わが国においても，すでに中国法を継受した上代の律において同様な思考がみられるほか，江戸時代の公事方御定書にも（後集 71「人殺并疵附等御仕置之事」），明治初年の新律綱領（巻3人命律上；巻4人命律下），改定律例（巻2人命律 160 条以下）にも，いずれも殺人の類型を分けてそれぞれについて刑の輕重を考慮していたことがある。また，フランス刑法典に学んだ近代的法典としての旧刑法も，謀殺（旧刑 292「予メ謀

テ人ヲ殺シタル者」), 故殺 (同 294「故意ヲ以テ人ヲ殺シタル者」), 毒殺 (同 293「毒物ヲ施用シテ人ヲ殺シタル者」), 慘刻殺 (同 295「支解折割其他慘刻ノ所為ヲ以テ人ヲ殺シタル者」), 便利殺 (同 296「重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル為メ又ハ已ニ犯シテ其罪ヲ免カルル為メ人ヲ殺シタル者」), 誘導殺 (同 297「人ヲ殺スノ意ニ出テ詐稱誘導シテ危害ニ臨レ死ニ致シタル者」), 誤殺 (同 298「謀殺放殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル者」), 尊屬殺 (同 362「子孫其祖父父母母ヲ謀殺放殺シタル者」) などを區別していた。

ところが, 現行刑法は, 尊屬殺 (200) を特別の類型とするだけで (なお, 囑託・承諾殺人につき 202), その他のいつさいの殺人行為をことごとく普通殺人罪 (199) に包括させ, しかも, その法定刑の幅をきわめて広汎にみとめる態度をとっている。これは, 各種の殺人行為を類型的に細分しても, 実際の犯情は千差万別であつて, 類型にとらわれるときは, かえつて具体的な犯罪の状況に相応した処分を講じえないおそれがあるから, 形式的な類型の枠付けは撤廃し, 裁判官をしてあらゆる殺人行為につき, その実際の情状に応じた個別的処遇を考慮させようとしたのである (倉富ほか監修・刑法沿革総覧 2198 頁参照)。改正刑法仮案は, 普通殺人罪 (仮案 335——法定刑, 死刑・無期または 6 年以上の懲役) のほかに, 尊屬殺 (同 336——法定刑, 死刑・無期懲役) および嬰兒殺 (同 337——法定刑, 2 年以上 10 年以下の懲役) の規定をおいていたが, 改正刑法準備草案は, これらを排して, ただ殺人罪の単一類型をみとめているにすぎない (準備草案 268——法定刑, 死刑・無期または 5 年以上の懲役)。これは, 現行刑法の態度をさらにすすめたものといえよう (但し, 法定刑の下限は現行刑法よりも引き上げられている)。

なお, 刑法は, 普通殺人および尊屬殺人についての予備 (201), 未遂 (203) とともに, 自殺関与罪 (202) およびその未遂罪 (203) を罰している。仮案は, 普通殺人および尊屬殺人について, その独立教唆 (仮案 340——法定刑, 10 年以下の懲役), 予備・通謀・申込み (同 341——法定刑, 7 年以下の懲役), 未遂 (同 339) を罰し, また, 自殺関与罪 (同 338 I——法定刑, 1 年以上 10 年以下の懲役) については偽計・威力を用いたばあいに加重処罰をみとめ (同 338 II——法定刑, 普通殺人または尊屬殺人の例による), 嬰兒殺とともにその未遂をも処罰し (同 339), かつ, 緊急状態における生命不救助罪をも規定していたが (同 342——法定刑, 2 年以下の懲役・禁錮または 500 円以下の罰金), 準備草案は, 殺人の独立教唆 (準備草案 271——法定刑, 10 年以下の懲役。但し, 情状により刑を免除しうる), 予備 (同 272——法定刑, 5 年以下の懲役。但し, 情状により刑を免除しうる), 未遂 (同 270) のほか, 現行刑法と同様な自殺関与罪 (同 269——法定刑, 1 年以上 10 年以下の懲役) およびその未遂 (同 270) を罰しているにとどまる。仮案の殺人の罪に関する規定はかなり複雑であるが, 準備草案は, 法定刑をやや引き上げているほかは, おおむね現行刑法の態度に戻つているといえよう。

(3) 謀殺と故殺を区別し、前者を重く処罰することは、立法例上ひろく行なわれるところであるが、その概念にはかなりのニュアンスがある。たとえば、フランス刑法では、予謀 (préméditation) または待ち伏せ (guet-apens) による故殺を謀殺 (assassinat) としているのであるが (フランス刑法 296~298—法定刑、謀殺は死刑、故殺は原則として無期懲役)、ドイツ刑法は、「殺人の欲望から、性的衝動の満足のために、食欲またはその他の低劣な動機から、陰險な、残忍な、もしくは公共に危険な手段を用いて、または、他の犯罪を可能にし、もしくは隠蔽するために、人を殺す」ばあい(1)を謀殺 (Mord) (ドイツ刑法 211)、そうでない故意の殺人を故殺 (Totschlag) としており (同 212—法定刑、謀殺は無期重懲役、故殺は原則として5年以上の重懲役。なお、スペイン刑法 406・407 (法定刑、謀殺は重懲役または死刑、故殺は軽懲役) 参照)、スイス刑法は、「行為者が、その特別に非難されるべき心情もしくはその危険性を表示する状態のもとで、または熟慮の上で人を殺したばあい」を謀殺 (スイス刑法 112)、「犯人が責任を阻却しうる烈しい興奮状態のもとで人を殺したばあい」を故殺としており (同 113—法定刑、謀殺は無期重懲役、故殺は10年以下の重懲役または1年以上5年以下の軽懲役)、また、英米法では、殺意 (malice aforethought)、すなわち、他人の死を惹起する意思、もしくは、他人の死を惹起するかも知れない重い身体傷害を与えようとする不法かつ正当な理由のない意思の有無によつて謀殺 (murder) と故殺 (manslaughter) とを区別しているがごときである (Harris's Criminal Law, 20th ed., by Palmer and Palmer, 1960, p. 228 et seq.)。なお、わが旧刑法に関しては、たとえば、謀殺とは、「予謀即ち熟慮精思の結果決定せられたる意思に依て行はれたる殺人行為」であり、「故殺とは故意即ち一時の感激に因り決定せられたる意思に依て行はれたる殺人行為」と解されていた (勝本・析義各下9頁)。

このように、その内容にはかなりの相違があるにもせよ、謀殺と故殺とを区別し、前者を殺人の重い類型、後者を軽い類型とし、それぞれについて処遇を区別しようとする点においては、各立法例の態度は一致している。そうして、このような立法論にも、むしろ一面の真理がないではない。たとえば、フランス刑法やわが旧刑法のように、予謀の有無によつて謀殺と故殺とを分かつ立場にしても、犯行の場の状況に応じて偶然殺意を生じて殺人に出た故殺のばあいよりも、殺人による利害得失を慎重に考慮し、またその行為を思いとどまる時間的余裕があつたのにやめることなく、あらかじめ樹てた計画にしたがつて殺人を実行する謀殺のばあいの方が、その主観的情状および結果実現の確実性の程度にかんがみて、より重い社会倫理的な非難に値する要素を含むのが一般であるといえよう (宮城浩蔵・刑法正義下巻612頁; 勝本・析義各下11頁参照)。とくに故殺が、激情に駆られて犯されたものであり、その激情におちいつたこ

とについて行為者に宥恕しうべき情状——たとえば、それが被殺者の挑発にもとづくばあいなど——がみとめられるときは、それに対する非難は、緩和されるべきである。しかし、仔細に観察するときは、予謀に出た殺人も情状において宥恕に値するものがないではないし、逆に激情的な故殺も、行為者の危険かつ粗暴な性格に出たものであり、その方法も惨虐であるようなばあいには重い犯罪と評価されなければならぬであろう。すなわち、軽い謀殺は、重い故殺よりも軽かるべきことも十分考えられるのであつて、謀殺を、つねに故殺に比して重い犯罪であるとする観念は正しくないといわざるをえない。なお、刑事手続の実際には、行為者が予謀に出たか否かを区別しにくい事態も必ずしも少なくないとおもう。これらの諸点を考慮するときは、現行刑法が、謀殺・故殺の区別を廃したことは立法論として妥当であつたと解すべきである(倉富ほか監修・刑法沿革総覧 2198 頁; 牧野・各下 347 頁参照。——もつとも、小野博士は、謀殺と故殺とは、社会学的・心理学的類型としても相当差異があるのであり、これを構成要件的に区別することにある意味があると考えられるのであつて、立法論的には、なお一個の問題であると考えられている(小野・各 159 頁))。

(4) 嬰兒殺は、古くは、防禦力をまつたくもたない嬰兒を殺害するばあいであるから、とくに重く非難されるべきものと解されたこともあるが(カローリーナ法典 131 など)、今日では、行為者における犯罪動機の特異性と、行為の状況についての異常性などを考慮して、軽い殺人形式とされるのが一般である。すなわち、行為者が、その出産によつて自己または近親者の名誉がそこなわれるのを防ごうとして行なつたばあい、または、母親が、出産の際の精神的錯乱およびそれに起因する意思力の麻痺した状態において行なつたばあいなどについて、普通殺人罪に比して軽く処罰しようとされるのであり、名誉を救うという点からは、嬰兒が非嫡出子であることが必要とされ、また、母親が精神的錯乱の状態にあるという点からは、分娩中または分娩直後にその行為が行なわれたことを要するとしている例が多い。

たとえば、イタリア刑法は、自己または近親者の名誉を救うために、分娩直後の嬰兒または分娩中の胎児を殺すばあいを(イタリア刑法 578)、スペイン刑法は、母親が自己の恥をかくすために嬰兒を殺すばあいを(スペイン刑法 410)、ドイツ刑法は、母親がその婚姻外の子を、分娩中または分娩の直後に殺すばあいを(ドイツ刑法 217)、スイス刑法は、母親が故意にその子を、分娩中または分娩の経過の影響のある間に殺すばあいを(スイス刑法 116)、また、チェコスロヴァキア刑法は、母親が分娩によつて惹起された興奮のうちに故意にその新生児を分娩の際またはその直後に殺したばあいを(チェコスロヴァキア刑法 217)、それぞれ嬰兒殺としているがごときである。わが改正刑法仮案も、上に一言したとおり、嬰兒殺の類型を設け、「直系尊属一家の恥辱を

蔽ふ為、養育を為すこと能はざるを恐るる為其の他特に宥恕すべき動機に因り分娩の際又は分娩後直に嬰兒を殺したるときは二年以上十年以下の懲役に処す」と規定していた(仮案 337)。

現行刑法は、嬰兒殺に関する規定を有しないが、解釈論上、これらの立法例の趣旨を参酌しつつ、宥恕すべき事由のみとめられる嬰兒殺については、幅のひろい法定刑の範囲内において、その事情を考慮した処遇が行なわれるべきである。

(5) 尊属殺人罪については 200 条注 I, 自殺関与罪については 202 条注 I を見よ。

(6) なお、近年、1948 年の集団殺害罪の防止および処罰に関する条約(いわゆるジェノサイド条約)にもとづき、国家的・人種的または宗教的な集団に対する大量殺人を特別の殺人類型とする立法例があらわれている(西ドイツ刑法 220 a, ユーゴスラヴィア刑法 124 など)。

II 国 外 犯

普通殺人罪(199)、尊属殺人罪(200)およびその未遂罪(203)については、日本国民が犯人であるかぎり、日本国外で犯されたばあいにも刑法の適用がある(3 e)。したがって、これらの犯人は、外国で殺人罪として確定裁判をうけても、その同一行為について、さらにわが国において処罰してもさしつかえない。ただし、犯人がすでに外国でその言い渡された刑の全部または一部の執行をうけたときは、刑の執行は減輕または免除される(5)。(大塚)

[普通殺人罪]

第 199 条 人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ 処ス

〔文献〕青木清相・「死者に対し殺害行為をした者の罪責」(判批)日法 27—6 (昭 37); 青柳・「訴因の変更を必要としない一事例」(判批)判解刑昭 33 (昭 34); 安倍治夫・「殺意の立証の合理化について——殺意の実存的構造に関する一考察」警研 29—4 (昭 33); 荒木治義・「殺人事件の統計的観察」自警 175 (昭 8); 安西温・「ひき逃げの理論とその問題点」警察学論集 16—4 (昭 38); 飯塚敏夫・「丑の刻脂りと不能犯学説」法曹会雑誌 9—8 (昭 6); 生田英久=下村・「交通事故死と殺人罪の成立」ジュリ 256 (昭 37); 板倉宏・「奇形児殺害の当罰性」ジュリ 278 (昭 38); 同・「サリドマイド児殺害の刑法的側面」時報 35—10 (昭 38); 出射義夫・「殺人罪と死体遺棄罪」(判批)刑評 1 (昭 16); 同・「殺人罪に対する量刑について」ジュリ 95 (昭 30); 上田泰輔・「姦通に伴う殺人犯」犯罪学雑誌 1—5 (昭 3); 植松・「法と愛情と倫理——めかけ殺し

所感」時法 3 (昭 25); 同・「嬰兒殺に関する犯罪学的研究」(小野還曆・刑事法の理論と現実 2・昭 26・所収); 同・「精神分裂病者の自縊を手段とする殺人」(判批) 刑評 14 (昭 32); 同・「サリドマイド奇形児の殺害」時法 444 (昭 37); 同・「量刑心理の分析——飲酒興奮時の殺人事例」ジュリ 303 (昭 39); 同・「殺人目的をもつてする空気の注射」(判批) 警研 35—8 (昭 39); 大塚・実行の着手(総合判例研究叢書刑法 3) (昭 31); 同・「死体に対する殺人行為と不能犯」(判批) 判評 43 (昭 36); 岡垣学・「妾殺しと夫の責任」ひろば 4—5 (昭 26); 岡崎文規・殺人の研究(昭 38); 岡松参太郎・「人の始終」内外論叢 2—6 (明 36); 小野・「腸チフス罹病者の死亡率と因果関係」(判批) 刑評 3 (昭 18); 同・「黄燐の使用に依る殺人の未遂」(判批) 刑評 3 (昭 18); 同・「強姦致死罪と殺人罪との観念的競合」(判批) 警研 29—5 (昭 33); 角田幸吉・「情夫殺の生物学的法律学的考察」新聞 4014—6 (昭 11); 菊地基一・病的殺人の研究(昭 6); 岸盛一・「殺害の目的に出でたる数個の攻撃と包括一罪」(判批) 刑評 1 (昭 16); 木宮高彦・「ひき逃げ——その罪と罰」ひろば 16—5 (昭 38); 木村・「ハムレットの殺人」(同・断頭台の運命・昭 28・所収); 同・「毒物の郵送による殺人未遂」(同・活きている判例・昭 37・所収); 同・「酩酊状態における殺人事件」(同上・所収); 同・「硫黄による殺人事件」(同上・所収); 同・「サリドマイド奇形児殺害事件と刑法」時法 493 (昭 39); 草野・「毒物に依る殺人の著手時期」(判批) (同・刑事判例研究 1・昭 9・所収); 同・「制縛監禁と殺人罪」(判批) (同上・所収); 同・「殺人罪と死体遺棄罪」(判批) (同・刑事判例研究 2・昭 11・所収); 江家・「心中をめぐる法律問題」ひろば 5—12 (昭 27); 小玉治行・「黄燐の使用と殺人未遂罪」(判批) 新報 52—3 (昭 17); 近藤英吉・「メリハー姦婦殺しの権利(紹介)」論叢 28—1 (昭 7); 坂本英雄・「殺人罪と死体遺棄罪」法論 17—9 (昭 13); 同・「殺人罪と死体遺棄罪」法論 18—1 (昭 14); 同・「黄燐の使用と殺人未遂」法論 20—2 (昭 16); 佐瀬昌三・「スポーツ殺傷に於ける犯罪構成に就いて」法曹会雑誌 11—2, 3 (昭 8); 同・「殺人罪と死体遺棄罪」(判批) 志林 40—11 (昭 14); 同・「腸チフス菌に因る致死と因果関係」(判批) 新報 51—8 (昭 16); 佐藤武雄・「稀有なる刺創による死亡例——法医鑑定」犯罪学雑誌 5—3 (昭 7); 正田満三郎・「自動車事故に因る死傷と未必的故意の法理(1, 2)」判時 310, 311 (昭 37); 鈴木享子・「偽装心中と殺人罪」統判例百選 (昭 35); 鈴木義男・「被害者の手を藉りてなしたる殺人罪」新聞 3756 (昭 10); 高橋幹男・「殺意ある者が犯した強姦致死の擬律」(判批) 判解刑昭 31 (昭 32); 同・「喧嘩と正当防衛」(判批) 判解刑昭 32 (昭 33); 同・「偽装心中は殺人罪にあたるか」(判批) 判解刑昭 33 (昭 34); 同・「偽装心中は殺人罪にあたるか」ジュリ 170 (昭 34); 滝川・「被害者の手を藉りて行ふ殺人」(判批) 法と経済 1—6 (昭 9); 同・「殺人を手段とする強盗罪と殺人罪」(判批) 法と経済 2—4 (昭 9); 竹田・「殺人罪と死体遺棄罪」(判批) 法と経済 10—4 (昭 13); 団藤・北本武男・「強盗殺人行為に時間的に接近して行われた殺人行為」(判批) 判研 2—2 (昭 24); 千種達夫・「妾殺し(判例小解)」時報 22—10, 23—3 (昭 25, 26); 同・「子殺し(判例小解)」時報 23—2 (昭 26); 土屋正三・「イギリス殺人検挙の一記録」警研 34—5, 6 (昭 38); 同・「いまひとつの殺人事件」警研 34—7 (昭 38); 寺尾正二・「殺人未遂の訴因に対し傷害の事実を