九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

刑事法判例抄（一）

不破，武夫

https://doi.org/10.15017/14410

出版情報：法政研究. 13 (1), pp.139-154, 1943-03. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

刑事法判例抄（一）

不破武夫

一　はしがき

判例が法源となるかといふ問題はしばらく措き、今の法律學の研究、殊に司法法の領域に於いては、判例をよく咀嚼しよく勉強しない限り、到底現行法を具體的な姿に於いて把握することは出來ない。このことは既に學生諸君が十分に承知してゐる筈である。

而して、吾が國に於いて大審院判決錄第一輯が發刊せられて既に五十餘年、活字となつて世間に發表せられてゐる判例でさへ其れは驚くべき量にのぼるであらう。其の多數の判例を適當に整理鹽梅して、檢索や勉强に便宜であるように編輯せられた書物も數部あるし、わけても刑事法の領域にあつては小野教授の編纂に係る「刑事判例」がすぐれたもので、諸君の學習にも甚だ都合よく出來てゐるのであるが、遺憾ながら昨今なかなか手に入りにくいらしい。是非とも知つてゐなければならぬ判例については、私は教室の講義でも必ず一應言及する方針に

してゐるのであるが、何分にも講義時間數に制限があるために、意を盡せぬことが少なくない。

本稿は、幾分なりとも斯くの如き講義の不備を補ひ、私の教室に出席した諸君の勉强に役立たせるために書き續けていくことにしたいと思ふ。

抄錄する判例は、苟しくも刑事法を學ぶ者は知つてゐなければならない種類のものに限る。それ以外は何の拘束も設けないことにしたいと考へる。判例の前後には多少の註釋を加へるけれども、大切なのは判例そのものである。どうか叮寧に讀んで、判例のうちに展開せられてゐる具體的な論理を、一般理論との關聯に於いて理解する態度をとつてもらひ度い。理論と體系とを十分に尊重しつつ、同時に具體的なものから遊離しないところに、吾々が刑事法學を勉强するに當つて心掛くべき大切な目標が存するのである。尙、抄錄する判例も明白なる誤植以外訂正しないことにする。此の點も念のため斷つておくことにしたい。

二　刑法の解釋

刑法解釋の問題は、周知の如く特に罪刑法定主義と關聯して論ぜられる。刑罰法規の解釋は嚴格でなければならぬ、犯人にとつて不利益な方向への類推は許されない、等々、の要請は、過去に於いて罪刑法定主義の當然の歸結として、殆んど公理の如くに考へられてゐた。

元來類推の本質に關しては學說上爭がある（菅原教授「類推ヲ論ズ」法學論叢第二卷第三號以下、其の他牧野博士「日本刑法」上卷第六七頁以下摘記の諸文獻參照）。然し其れ

が、通常考へられるが如く、或る成文法規の基礎觀念を考察し、其の基礎觀念より演繹して當該法規の適用を擴張し、依つて法秩序の要求に沿はんとする法律解釋の一方法であるならば、之を刑罰法規について許さない理由は少しもない。

社會は動く、世の中は一日一日流動發展してやまない。昨日制定せられた法規は嚴格に謂へば今日の社會に對して一日だけおくれてゐる。それにも拘らず成文法規が流動し發展する社會の秩序を維持し得る所以は、類推解釋によつて潜在する規範が抽出せられ法規の意味擴充が行なはれて、今日の要求に應ずることが出來るが故である。即ち固定的な成文法規のうちにも、動く社會の規整原理として不斷に流動する內在的要請があるのであつて茲に法律解釋の創造的使命があり、裁判官が克服すべき困難な仕事がある。刑罰法規は犯人の不利益なる方向にむかつての類推解釋を許さないとするが如きは、全く理由のない制限であつて、其れは正義の要求を犧牲にして犯人を不當に庇護せんとする誇張せられた罪刑法定主義の殘滓に過ぎない。

以上述ぶるが如き意味に於いて、刑罰規定の類推解釋を肯認するのは、大體吾が通說の立場である。ひとり學說がかく解するのみではない。夙に大審院は賢明に其の解釋權を行使して刑法典の枯渴を防ぎ、よく今日の社會秩序を維持する使命を果してゐる。以下此の種の判例のうち特に重要なるものとして四例を抄錄しやうと思ふ。

此の外にも、猥褻なる活動寫眞の映寫をもつて刑法第百七十五條に該當するものとする判例（大正十五年六月十九日大審院判決、判例集第二六九頁）、他人の養魚池の水門の板を取はずし鯉を流失せしめた行爲や他人の營業上來客の用に供すべき飲食器具

に放尿する行爲を共に刑法第二百六十一條に該當するものと解する判例（大正十年三月七日大審院判決、判決錄第一六一頁、明治四十四年二月二十七日大審院判決判決錄第二〇〇頁）等、孰れも此の範疇に屬するものであるが、本稿に於いて特に以下掲ぐる判例を重視する所以は、大審院の說明するところが極めて懇切叮寧であつて、具體的な事件を前にして之に適用すべき法規につき大審院の確信する解釋上の態度を十分に宣明しつつ、甚だ愼重に刑罰法規の類推解釋を試みてゐる點、洵に模範とするに足りるものがあると考へられるからである。

然り、法規の解釋、殊にその類推解釋は愼重なることを要する。而して、類推解釋に當つてとりわけ注意しなければならないことは、第一に既存法規の基礎觀念が何であるかを特に正確に把握することを要し、第二に其の規定の擴張せられた適用が社會觀念上認容する限度を逸脫せぬことである。このいづれかの點に於いて誤謬を犯すならば、其れは許された法規の解釋ではなくて、戒心すべき新なる法の創造となるであらう。

（一）電氣竊盜（舊刑法時代）

竊盜ノ件　明治三十六年五月二十一日大審院第一刑事部判決（破毀自判）、判決錄第九輯八七四頁

（上告理由）上告趣意（東京控訴院檢事長）ハ當院判決ヲ按スルニ電流ハ有體物ニアラサルカ故ニ竊盜罪ノ目的物タルコトヲ得ストノ理由ヲ以テ本案事件ハ罪トナラサルモノト爲シタリ然リト雖モ抑モ刑法上竊盜罪ノ目的物タリ得ヘキモノハ苟モ吾人ノ財產ヲ組成シ自由ニ之ヲ占有シ管理シ移轉シ得ヘキモノナレハ則チ足レリ必スシモ

其物理學上物質タルト否トハ問フヲ要セサルモノナリ然ルニ今電流カ吾人ニ利用セラルル狀態ヲ見ルニ其經濟上價値ヲ有シ法律的貨物タルコト疑ナキノミナラス吾人ハ自由ニ其上ニ占有及管理權ヲ行フコトヲ得ヘシ則チ一定ノ目的ニ從ヒ之カ所在ヲ限定シ之ヲ蓄積シ之ヲ移轉スル等一ニ吾人ノ欲スル儘ニ之ヲ支配シ得ヘキコトハ明白ナル事實ニ屬ス故ニ電流ハ竊盜罪ノ目的トナリ得ヘキモノト論斷セサルヘカラス然ルニ當院ハ之ヲ否定スルヲ以テ是レ明カニ擬律ノ錯誤アルモノト思料スト云フニ在リ

（判決理由）依テ按スルニ物理學上物ト稱スルハ形體ヲ具フル所ノ物質ニシテ必ラス固體液體氣體ノ分類中ノ一ニ屬スヘキモノナルコト電流ハ形體ヲ具有セス隨テ固體液體氣體ノ何レニモ屬セサルヲ以テ物ニアラスシテ物以外ニ存スル一種ノ力ナリトスルハ物理學上動カスヘカラサルノ定說タリ又タ民法第八十五條ニ依ルトキハ民法ニ於テ物ト稱スルハ有體物ヲ謂ヒ無體物ハ民法上物ニアラサルヲ以テ民法上ノ物ハ物理上ノ物ト全然一致シ電流ハ無體物トシテ民法上ノ物ニアラサルコトモ亦タ明白ニシテ擬義ヲ容ルヘキノ餘地ナキモノトス然レトモ物トハ物理學上及ヒ民法上ニ於テ有體物ノミヲ謂ヒ無體物タル電流ハ物理學ニ於テモ民法上ニ於テモ物ニアラストスルモ是レカ爲メ刑法ニ所謂ル物モ亦タ必ス有體物タラサルヘカラスシテ無體物タル電流ハ他人ノ所有物ヲ竊取スルニ因リテ成立スル竊盜罪ノ目的タルコトヲ得ストノ論結ヲ生セサルモノトス若シ夫レ物ナル語ハ一定不可動ノ意義ヲ有シ常ニ必ス有體ノ物ノミヲ意味スルモノトセンカ刑法ニ所謂ル物ナル語ハ有體物ノ意義ニ解スヘク之ニ付スルニ他ノ意義ヲ以テスルコト能ハサルヘキハ論ヲ俟タサル所ナリ然レトモ物ナル語ハ斯ル一定不可動ノ意義ヲ有

スルモノニアラスシテ或ル場合ニ於テハ有體物ナリトノ極メテ狹キ意義ニ解シ或ル場合ニ於テハ有體タルト無體タルトヲ問ハス有形的ノ或ルモノ卽チ人ノ思想ノミニ存在スル形而上ノモノニアラスシテ五官ノ作用ニ依リ直接ニ其ノ存在ヲ認識シ得ヘキ形而下ノ物ナリト解シ或ル場合ニ於テハ其意義ヲ擴充シ權利ノ如キ人ノ理想ニノミ存在スル無形物ヲモ指稱スルコトアルヲ以テ刑法ニ於テ物ト稱スルハ果シテ如何ナルモノヲ謂フヤハ自カラ刑法ノ解釋上ノ問題ニ屬シ必スシモ物理上及民法上ノ觀念ノミニ依據スルコトヲ要セサルモノナリ依テ刑法第三百六十六條ニ所謂ル物トハ如何ナル物ヲ意味スルヤヲ按スルニ刑法ハ一般的ニ物ノ定義ヲ與ヘス又タ竊盜ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ノ範圍ヲ限定セサルヲ以テ或物ニシテ苟クモ竊盜罪ノ基本的要素ヲ充タシ得ヘキ特性ヲ有スルニ於テハ竊盜罪ノ目的物タルコトヲ得ヘク之ニ反シテ竊盜罪ノ觀念ト相容レサル物ハ竊盜罪ノ目的タルコトヲ得サルモノト解釋セサルヘカラス換言スレハ刑法カ竊盜罪ノ基本的要素トナセル「竊取」ノ觀念ハ自カラ竊盜罪ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ノ範圍ヲ確定スルノ作用ヲ爲スモノニシテ竊盜罪ノ成立ニ必要ナル竊取ノ客體タルニ適スル物ハ竊盜罪ノ目的トナリ竊取ノ客體トシテ不適當ナルモノハ竊盜罪ノ目的タルコトヲ得サルモノト解スヘキモノトス何トナレハ刑法カ竊盜ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ノ範圍ヲ限定スレハ卽チ止ム既ニ其範圍ヲ限定セス又タ目的物ノ竊取ヲ以テ竊盜罪ノ基本的要素トナシタル以上ハ法文ノ解釋上犯罪成立ノ要件タル竊取可能ノ特性ヲ有スルモノハ其何タルヲ論セス總テ竊盜罪ノ目的タルコトヲ得ルト同時ニ此特性ヲ具フル物ニアラサレハ本罪ノ目的タルコトヲ得サルモノト論結スヘキハ事理ノ當然ニシテ竊取可能性ヲ具フルモノタルニ拘ハラス之ヲ竊盜罪ノ目的

物ヨリ除外シ竊取ノ不可能ナル物ヲ竊盗罪ノ目的中ニ包含セシムルハ法文ノ主旨ニ添ハサルモノニシテ格段ナル憑據アルニアラサレハ爲シ得ヘカラサルモノナレハナリ然リ而シテ刑法草案中ニ竊盗ノ目的物ヲ有體動產ト限定シアリテ刑法ニ所謂ル物ハ有體物ノ意義ニ解スヘキカ如シト雖モ竊盗ノ目的物ハ有體動產タルヘシトノ主意ハ明カニ刑法ノ規定中ニ表示セラレサリシノミナラス刑法ニハ却テ物ナル一般的ノ語ヲ用ヰアルヲ以テ草案中ニ其主旨ノ規定アレハトテ一般的ノ語ヲ用ヰテ竊盗罪ノ目的物ヲ指示セル刑法ノ規定ヲ制限スルコトヲ得ス又刑法第三百六十六條ノ所有物ナル語ハ民法ニ所謂ル所有權ノ目的タル有體物ヲ指シタルモノト解シ得ヘキカ如シト雖モ所有ナル語モ亦極メテ廣キ意義ヲ有シ有體無體ノ別ナク人ト物トノ歸屬關係ヲ表明シ人カ法律上目的物上ニ完全ナル支配權ヲ行フコトヲ得ヘキ狀體ヲ指示スルカ爲メニ用ヰラレ來リタルモノナレハ刑法ニ所謂所有物ナル語ハ直ニ民法ニ謂フ所ノ所有權ノ目的タル有體物ノ意義ニ解スルコト能ハサルモノトス要スルニ我刑法ノ解釋トシテ竊盗ノ目的物ヲ有體物ニ限定スヘキ確然タル證據ナキヲ以テ竊取ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ヲ以テ竊盗罪ノ目的物トナササルヲ得ス而シテ刑法第三百六十六條ニ所謂ル竊取トハ他人ノ所持スル物ヲ不法ニ自己ノ所持內ニ移スノ所爲ヲ意味シ人ノ理想ノミニ存スル無形物ハ之ヲ所持スルコト能ハサルモノナレハ竊盗ノ目的タルコトヲ得サルハ論ヲ待タス然レトモ所持ノ可能ナルカ爲メニハ五官ノ作用ニ依リテ認識シ得ヘキ形而下ノ物タルヲ以テ足レリトシ有體物タルコトヲ必要トセス何トナレハ此種ノ物ニシテ獨立ノ存在ヲ有シ人力ヲ以テ任意ニ支配セラレ得ヘキ特性ヲ有スルニ於テハ之ヲ所持シ其所持ヲ繼續シ移轉スルコトヲ得ヘケレハナリ約言スレハ可動性及ヒ管理可

能性ノ有無ヲ以テ竊盗罪ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ト否ラサル物トヲ區別スルノ唯一ノ標準トナスヘキモノトス而シテ電流ハ有體物ニアラサルモ五官ノ作用ニ依リテ其存在ヲ認識スルコトヲ得ヘキモノニシテ之ヲ容器ニ收容シテ獨立ノ存在ヲ有セシムルコトヲ得ルハ勿論容器ニ蓄積シテ之ヲ所持シ一ノ場所ヨリ他ノ場所ニ移轉スル等人力ヲ以テ任意ニ支配スルコトヲ得ヘク可動性ト管理可能性トヲ并有スルヲ以テ優ニ竊盗罪ノ成立ニ必要ナル竊取ノ要件ヲ充タスコトヲ得ヘシ故ニ他人ノ所持スル他人ノ電流ヲ不法ニ奪取シテ之ヲ自己ノ所持内ニ置キタル者ハ刑法第三百六十六條ニ所謂ル他人ノ所有物ヲ竊取シタルモノニシテ竊盗罪ノ犯人トシテ刑罰ノ制裁ヲ受ケサルヘカラサルヤ明ナリ然ルニ原院ニ於テ竊盗罪ノ目的物ハ有體物ニ限ルモノトシ而シテ電流ハ有體物ニアラサルカ故ニ竊盗罪ノ目的物タルコトヲ得ストノ理由ヲ以テ被告ニ無罪ヲ言渡シタルハ失當ノ判決タルヲ免レスシテ原院檢事長ノ上告ハ其理由アルモノトス

（二）電話による處方

藥劑師法違反被告事件　昭和六年十二月二十一日大審院第一刑事部判決（事實審理破毀自判）　判例集第十卷八〇三頁

（判決理由）本件公訴事實ハ被告人ハ肩書住居ノ自宅ニ於テ藥劑師トシテ藥品ノ調劑ニ從事スルモノナル處昭和五年九月十五日及同月十九日ノ二回醫師小川原亮ヨリ處方箋ニ依ラス電話ニテ被告人ノ隣家ナル南千住町三丁目

十二番地深瀬マサノ爲ニ調劑交付セラレ度キ旨ノ依囑ヲ受ケ其ノ都度之ニ應シ犯意繼續ノ上處方箋ニ依ラスシテ藥品ヲ調劑シ深瀬マサニ交付シタルモノナリト云フニ在リテ該事實ハ被告人ノ當公廷ニ於ケル其ノ旨ノ供述ニ徵シ之ヲ認メ得ヘキモ仔細ニ被告人カ藥劑師トシテ小川醫師ヨリノ電話ニ依ル處方ニ基キ本件藥品ノ調劑ヲ爲シ之ヲ深瀬マサニ交付スルニ至レル諸般ノ事情ヲ調査スルニ（一）證人深瀬吉三郎ノ供述ニ依レハ當時患者マサハ甚シク苦悶ヲ始メ急速治療ヲ要スヘキ情況ナリシコトヲ窺知シ得ヘク（二）被告人ノ陳述ニ從ヘハ被告人ハ昭和五年九月十五日ニハ隣家ニテ飲食店ヲ營メル深瀬吉三郎ノ娘マサ（八歲）カ朝來學校ニモ行カス差コミニテ苦悶セル由ヲ交々兩親ヨリ訴ヘラレ良醫ヲ紹介シ呉レト賴マレタルヨリ十數年信賴セル小川醫師ノ來診ヲ依賴シ遣リタルニ同醫師來診シテ應急處置ヲ爲シ入院ヲ命シテ立去リタルニ其ノ後程ナク患者再度苦悶ヲ始メ何トカシテ呉レト切望サレタルヨリ同醫師方ヘ其ノ旨電話シタルニ往診中ニテ不在ナリシカ間モナク往診先ヨリ同醫師ノ電話アリ右マサニ交付スヘキ藥劑ノ調劑方ヲ賴マレ其ノ電話處方ハ小川醫師本人ノ口授セシモノヲ被告人自ラ聽取シ之ヲ黑板ニ書取リ一面店員ヲシテ用箋紙ニ書取ラシメタル上更ニ之ヲ同醫師ニ讀聞ケ後復唱シテ其ノ誤リナキコトヲ確メタル後之ニ基キ調劑交付シタルモノニシテ然カモ調劑交付後日時明確ナラサルモ遲クトモ三四日以內ニ小川醫師ヨリ處方箋ノ送付ヲ受ケタルモノナリ而シテ患者マサハ翌日ヨリ小川醫師方ニ入院治療シ十九日ニ至リ退院歸宅シタルカ當日更ニ苦痛ヲ訴ヘタルヨリ小川醫師方ヘ其ノ旨電話シ遣リタルニ又往診先ヨリ電話ニテ處方調劑方ヲ賴マレタルニ付前回ト同樣ノ方法ニテ調劑交付シ處方箋モ亦其ノ後同醫師ヨリ送付ヲ受ケタルモノナリ又

（三）證人小川原亮ノ供述ニ徵スレハ同人ト被告人藥劑師トハ十數年來熟知ノ間柄ニシテ本件深瀨マサニ對スル往診方ヲ紹介サレ同人ハ昨年九月十五日深瀨宅ニ至リ診察シタルカ當時發熱アリ腹痛ヲ訴フルニ付不取敢リスリン灌腸ヲ試ミタルニ多量ノ粘液便ヲ排出シタル故其ノ儘放任セハ腹膜炎腦膜炎痙攣等ノ症狀ニ移行スヘキ危險アリト認メ家庭ノ者ニ相談ノ上入院セシムルコトトシ一面其ノ準備ヲ爲シ立去リタルニ被告人ヨリ往診先ニ電話アリ右患者ハ一時入院ヲ見合セタキモ又甚シキ腹痛ヲ催シタルニ因リ投藥ヲ請フ旨患家ヨリ依賴アリタリトノコトナルニ付直ニ被告人ニ對シ電話ニテ處方ヲ示シ調劑ノ上交付セラレ度キ旨依賴シタルカ電話ニテ處方ヲ賴ミタル際ニハ一々其ノ藥品分量用方等ヲ口授シ先方ハ之ヲ書取リタル上復唱シテ其ノ相違ナキヤ否ヲ確メ處方箋ヲ後送スルコトヲ約シ歸宅後遲滯ナク送付方ヲ事務員ニ命シ置キタリ而シテ患者ハ翌日ニ至リ入院治療ヲ爲スニ至リタルカ同月十九日朝患家ノ需メモアリ退院ヲ許シタルニ當日被告人方ヨリ往診先ニ電話アリ右マサカ苦痛ヲ訴ヘ投藥方ヲ求メタル由ナルニヨリ前同樣ノ方法ニテ電話ニテ處方ヲ口授シ調劑投藥方ヲ依賴シ正式ノ處方箋ハ歸宅後遲滯ナク同藥劑師方ニ送付シ置キタルモノナリト云フニ在リ以上ノ供述ハ孰レモ措信スルヲ得ルモノトス要之被告人ハ著シキ疾苦ヲ訴ヘ急治ノ必要アル患者深瀨マサニ對シ小川醫師カ其ノ病症ヲ診察シ其ノ重病ニ變移スヘキ危險アルヲ恐レテ急速ニ投藥スルノ必要アリト認メ處方調劑方ヲ平素熟知ノ被告人ニ依賴シテ處方箋ノ送付ヲ約シ被告人ニ於テ其ノ電話處方ヲ書取リタル上直ニ之ヲ同醫師ニ讀聞ケ過誤ナキコトヲ確メタル上之ニ依リテ調劑シ且其ノ後相當時日內ニ其ノ處方箋ノ送付ヲ受ケタル事實存スルモノト認ムヘキモノトス抑々藥劑師法第九條ニ

於テ醫師ノ署名又ハ捺印シタル處方箋ヲ必要トセルハ藥劑師ノ責任ヲ明ニシテ醫藥分業ノ實ヲ擧ケ且調劑上ノ過誤ヨリ生スヘキ危險ヲ避クルヲ目的トスルモノカ故ニ之カ解釋ヲ嚴格ニシ其ノ勵行ヲ期スルノ必要アルコト勿論ナリトス從テ藥劑師カ醫師ノ調劑所ノ機關トシテ調劑ニ從事スルニ非スシテ自ラ藥局ヲ經營シ自己ノ責任ヲ以テ調劑販賣スルニハ必ス處方箋ニ依ルコトヲ要スルハ藥劑師法第十一條ノ規定ヲ遵守スヘキ點ヨリ觀察スルモ明白ナルカ故ニ電話ニ依ル醫師ノ處方ノミニ依リ調劑販賣ヲ爲ストキハ第九條ノ違背タルヤ疑ヲ容レサル所ナリ又電話ニ依ル處方調劑ハ往往ニシテ過誤ヲ生シ易キモノナルカ故ニ之ヲ避ケ得ヘキ特別ノ事情存スルニ非サレハ須ラク責任ヲ確實ニスヘキ處方箋ニ依ルコトヲ要スヘク又縱令電話ニ依ル處方調劑カ精密ナル條件ノ下ニ過誤ヲ避クルニ十分ナル注意ヲ用フルコトヲ得ル場合ナルニセヨ治療上急速ヲ貴フ場合ニ非サレハ容易ニ解釋ヲ擴張スヘキモノニ非サルコト亦明白ナリト雖本件ノ如キ事情ノ存スル場合ニ在リテハ醫師ノ處方箋ニ依リテ調劑シタルモノト之ヲ同一視スルヲ以テ社會通念上及人情道義上妥當ナリトスヘキノミナラス敍上ノ如キ條件ノ下ニ於テ此ノ類推解釋ヲ爲スモ毫モ敍上立法ノ精神ニ抵觸スル虞アルコトナキカ故ニ徒ニ文句ノ末ニ拘泥シテ此ノ解釋ヲ排斥スルハ正當ニ非ラス若シ夫レ電話調劑ハ危險ニシテ就中劇毒藥配合ノ場合ノ如キハ特ニ其ノ危險著シキカ故ニ絶對ニ之ヲ禁止スヘキモノニ非サルヤノ疑ナキニ非スト雖若シ何等ノ例外ナク絶對ニ之ヲ禁止スルニ非サレハ危險ヲ避クルコト能ハサルモノトセハ醫師カ急速ヲ要スル場合ニ自己ノ調劑所ニテ調劑ニ從事スル者ニ對シ患家往診先ヨリ電話ヲ以テ處方調劑ヲ爲サシムル場合ニ於テモ等シク此ノ危險ノ存スルハ明白ナルカ故ニ醫師法中ニモ之カ

防止ニ付テ特別ノ規定ヲ設ケ醫師ニシテ之ニ違反スルモノヲ處罰スルノ必要アルヘキモノナルニ拘ラス斯ル規定ノ存セサルニ由テ之ヲ觀レハ藥劑師法第九條ノ規定ニ付テ上敍ノ如キ確實性ヲ保障スルニ必要ナル諸般條件ノ具備スル場合ニ於テモ尙ホ右類推解釋ヲ絕對ニ拒否スルノ理由アリト爲スヘキニ非ス然レハ原判決カ上敍諸般ノ事情ノ存在スル點ヲ看過シ輙ク本件公訴事實ニ對シ刑ノ言渡ヲ爲シタルハ失當ニシテ本件上告ハ其ノ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レス而シテ本件公訴事實ハ罪ト爲ラサルニ付刑事訴訟法第三百六十二條ニ依リ被告人ニ對シテハ無罪ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス

（三）釣と鈎（コウ）

北海道漁業取締規則違反被告事件　昭和九年六月二十一日大審院第二刑事部判決（棄却）　判例集第十三卷八四三頁

（上告理由）辯護人上告趣意書第一點ハ上告人ノ本件犯罪事實トシテ原審ノ認定シタル事實ハ按スルニ北海道漁業取締規則第三十五條ハ北海道內ニ於ケル河川湖沼竝ニ期間ヲ一定シテ當該場所期間內ニ於ケル水產動物ノ蕃殖保護ヲ期センカ爲其ノ採捕容易ニシテ其ノ蕃殖ヲ妨害スルコト著シキ一定ノ漁具漁法ニ依ル採捕ヲ禁止シタルモノニシテ一般世人ノ娛樂方法タル釣（但シ延繩釣ハ除ク）ハ右蕃殖妨害ノ虞レ比較的少ナキヲ以テ特ニ之ヲ禁止セサリシト雖前記鑑定書ニ依リテモ明カナル如ク釣漁具トハ餌又ハ擬餌ノ類ヲ使用シ漁類ヲ誘致シ之ニ魚類ヲ引

蒐ラシメテ採捕スル場合ノ漁具ニシテ其ノ釣漁具ノ使用法タルヤ主トシテ受動的ナルニ反シ北海道漁業取締規則第三十五條第一項第九號所定ノ鈎トハ右ノ如キ方法ニヨリ魚類ヲ誘致スルコトナク專ラ魚體ニ引蒐ケ漁獲スル漁具ヲ指稱シ其ノ漁具ノ使用法タルヤ主トシテ能動的ナリト解スヘキヲ以テ釣針ノ如キ元來釣漁具ナリト雖其ノ使用方法ニ依リテハ同條所定ノ鈎タリ得ト論シ本來自由ニ使用シ採捕スルコトヲ許サレ居ル釣漁具タル釣針カ北海道漁業取締規則第三十五條第一項第九號所定ノ鈎ナリト認定シタリ然レ共右原判決ノ事實ノ認定ハ左記三點ノ重大ナル誤認アリ即チ一、北海道漁業取締規則第三十五條第一項第九號記載ノ「鈎」ノ觀念ヲ誤解セリ蓋シ同條ハ別ニ定ムル期間左ノ漁具漁法ニヨリテ水產動物ヲ採捕スルコトヲ禁スト規定シ禁止スルトコロノ漁具漁法ヲ別記シタリ而シテ右別記セラレタル漁具ハ古來ヨリ普通ニ名稱セラルルモノニシテ所謂「鈎」トハアイヌ時代ヨリ淡水魚ヲ漁獲スル爲ニ用ヒ來タリタル一定ノ構造ヲ備ヘタル漁具ニシテ竹又ハ木ノ棒ニ鐵ノ彎曲シタル鈎ヲ定著固定シタル漁具ヲ指稱スルナリ鐵線ヲ彎曲シタルモノ全部悉ク一律ニ鈎ト稱スルニ非サルナリ現ニ同條第八號マレツプ亦鐵ヲ彎曲シタルモノヲ竹又ハ木ノ先端ニ附著セシメタルモノナルカ鈎ト異ナルハ只「鈎部」カ中軸ニヨリテ定著スルモ固定セスシテ中軸ヲ中心ニシテ動ク點カ異ナルノミニシテ形狀殆ド異ナルトコロナシ而モマレツプト稱シテ鈎ト云ハサルナリ是ニヨリテ之ヲ見レハ鈎トハ特定シタル一定ノ漁具ヲ指稱スルモノナルコト論ナキナリ二、原判決ハ釣ト申ス言葉ノ意義ヲ誤解セリ釣トハ絲即チ釣針ヲ付著セシメタル絲ニヨリテ魚族ヲ釣リ上クルコトヲ本來ノ觀念ト爲セルナリ然ルニ原判決ハ釣トハ餌又ハ擬餌ノ類ヲ使用シ魚類ヲ誘致シ之ニ魚類ヲ引蒐カラ、

シメ採捕スル場合ヲ云ヒ魚類ヲ誘致スルコトナク專ラ釣針ヲ魚體ニ引蒐ケ漁獲スル場合ハ釣ニ非スト斷定セリ然レ共右ノ斷定ハ本件ニ於テ始メテ創造セラレタル斷定ニシテ日本古來ノ通念ニ反スルモノニシテ一般社會ノ常識ヲ無視シタル斷定ナリト云ハサルヲ得ス農商務省水產局編纂日本水產捕採誌ニ徵スルニ其ノ第二編釣漁編ニ於テ全然餌又ハ擬餌ヲ用ヒサル釣具ノ例十指ヲ曲スヘシ是何レモ古來ヨリ釣ト稱シ又釣ト信シ永年行ハレ來タリタル漁獲方法ナリ然ラハ餌又ハ擬餌ヲ用ヒタリヤ否ヤニ依ツテ釣ト否トヲ區別スル標準ト爲シタル原判決ノ誤リナルコト甚タ明瞭ナリトス三、以上一及二ノ重大ナル誤認ニ基ク前提ヨリ原判決ハ遂ニ「元來釣魚具ナリト雖其ノ使用方法ニヨリテハ鈎タリ得」トノ誤マレル結論ヲ誘致シタリ元來北海道漁業取締規則第三十五條第一項ニ列記スルトコロノ漁具ハ各々皆一定ノ構造ヲ有シ民間ニ永年通用スル名稱ニシテ俄カニ之ヲ亂ルヘカラス凡ソ器具什器ノ名稱ハ其ノ構造形態ニヨリテ與ヘラレ永年稱呼シ來タリタルモノニシテ使用方法ニヨリテハ之カ變更ヲ許ササルナリ例令土鍋ヲ持ツテ直接飯ヲ食ヒタリトテ依然土鍋ニシテ何人モ之ヲ茶椀ト云フコトヲ許ササルナリ原判決カ爲シタル前記結論ノ誤リナルコト論ヲ俟タサルナリ以上ノ次第ニシテ原判決ハ重大ナル事實ノ誤認ニ基ク裁判ナルカ又ハ北海道漁業取締規則第三十五條ヲ不當ニ適用シタル違法アリト信ス（上告論旨第二點省略）

（判決理由）昭和三年二月北海道廳令第十二號北海道漁業取締規則第三十五條第一項ハ魚類ノ蕃殖ヲ保護スル爲指定ノ河川湖沼ニ於テハ別ニ定ムル期間左ノ漁具漁法ニ依リ水產動物ヲ採捕スルコトヲ禁スル旨ヲ規定シ其ノ第九號ニ於テ鈎ヲ揭ク而シテ同號ニ所謂鈎トハ本來ノ鈎ハ勿論他ノ器具ト雖鈎トシテ使用スルコトヲ得ヘキモノヲ

鈎トシテ使用シタル場合ヲ指稱シ縱令本來ノ鈎ト雖之ヲ鈎トシテ使用セサル場合ヲ包含セサルコトヲ推知スルニ足ルカ故ニ釣針ト雖釣道具トナシテ使用セス鈎トシテ之ヲ使用スルヲ得ヘク鈎トシテ使用シタル場合ハ即前記九號ニ規定セル鈎ニ該當スルモノト解セサルヘカラス原判決ノ判示事實ニ依レハ被告人ハ漁業權ヲ有セス又特ニ採捕若ハ漁業ノ許可ヲ受ケサルニ拘ラス水產動物保護期間內ナル昭和八年九月二十一日午前五時頃旭川市南六條十五丁目神樂橋附近ノ保護河川石狩川支流忠別川ニ於テ長サ約四尺ノ四分天蠶絲ニ大サ約二寸五分ノ釣針ヲ五、六寸置キニ一本宛計五本ヲ取付ケ且其ノ兩端ニ鉛錘ヲ結付ケタルモノヲ八十撚澁絲ニ結繼シ之ヲ約二間ノ車竿ニテ鮭ノ群居セル箇所ニ投入シ之ヲ手許ニシヤクリ寄セ又ハ右澁絲ヲ繰寄セル方法ニ依リ鮭ノ胴體ニ右釣針ヲ引カケ以テ長サ約二尺二、三寸ノ鮭一尾ヲ採捕シタルモノナレハ右釣針ヲ釣漁具トシテ使用シタルモノニ非スシテ鈎トシテ使用シ之ニ依リ鮭ヲ採捕シタルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ釣トハ餌料又ハ之ニ擬似ノモノヲ用ヒ生物ヲ漁具ニ誘致シ主トシテ其ノ口腔ニ漁具ヲカカラシメ又ハ生物自體カ運動シテ其ノ體ノ一部ヲ漁具ニカカラシメテ漁獲セラルヲ謂ヒ鈎トハ釣ノ受動的ナルニ反シ能動的ニ生物ニ漁具ヲ引カケテ漁獲スルヲ謂フモノナレハナリ然レハ被告人ノ行爲ハ前記規則第三十五條第一項第九號第五十七條第一項前段ニ該當スルモノト謂フヘク從テ原判決ニハ所論ノ如キ同規則ノ規定ヲ誤解シ之ヲ不法ニ適用シタル違法アルコトナク又記錄ヲ精査スルモ原審ノ事實認定ニ付テハ誤認アルコトナシ故ニ論旨ハ何レモ其ノ理由ナシ

（此の項續く。「汽車とガソリンカーの判決」は次號掲載）

女房法外有之ニ付切殺候ものの事

寛延二巳年六月御仕置之例

下總國西親野井村　藤兵衛

此藤兵衛儀女房いら短慮ものにて藤兵衛え對し度々惡口いたし候も有之候。藤兵衛稻刈に出中食給に歸候處早く歸候段不埒之由いら惡口いたし候に付藤兵衛叱り候處口惜候はば切候樣いら申之居直候間殘念に存脇指取出しいらを切殺藤兵衛は自害仕損候。然處いら母幷親類共藤兵衛助命之儀相願候得共いら口答いたし候共致方も可有之處切殺候段不屆に付下手人可申付哉と相伺。

「御差圖」

いら儀夫え對し法外之事共にて被切殺候儀に候間下手人に不及構無之旨被仰渡候事。

（德川禁令考後聚卷三十八所載）