慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	刑法二〇四条の成立過程にみる傷害概念 : 精神的障害に関する議論を中心に
Sub Title	Der strafrechtliche Verletzungsbegriff und psychische Schäden - Unter Einbeziehung der Diskussion in der Entstehungsgeschichte des §204 StGB
Author	薮中, 悠(Yabunaka, Yu)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2013
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.98, (2013. 9) ,p.37- 69
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130915-0037

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

刑法二〇四条の成立過程にみる傷害概念

――精神的障害に関する議論を中心に――

薮中　悠

一　はじめに――本稿の目的
二　旧刑法の「毀打創傷ノ罪」と精神的障害
(一)「毀打創傷ノ罪」の成立過程
(二)「毀打創傷ノ罪」に関する基本的内容
(三)「毀打創傷ノ罪」の保護法益と人の精神
三　現行刑法二〇四条の成立過程
(一)「明治二三年改正刑法草案」
(二)「明治二八年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」及び「明治三〇年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」
(三)「明治三九年『刑法改正案』（二編二八九条）」（法律取調委員会）
(四)「明治三九年『刑法改正案』（二編二六五条）」
四　若干の検討
(一)「毀打創傷ノ罪」との連続性
(二)　現行刑法二〇四条への収斂の過程
(三)「身体」の文言との関係
五　おわりに――本稿の結論と更なる検討課題

一　はじめに――本稿の目的

刑法における傷害の概念に関しては、近時、精神的障害が傷害罪あるいは各種致傷罪の傷害に該当するかが問題となっている。[1]

裁判例では、二〇〇〇年（平成一二年）頃から、外傷後ストレス障害（以下「ＰＴＳＤ」という。）が傷害罪・各種致傷罪にいう傷害に該当するかが争われた例が公刊物上で散見される。また、最高裁は、平成二四年七月二四日決定（刑集六六巻八号七〇九頁）において、当該事案における四名の被害者が発症したＰＴＳＤを傷害と認め、監禁致傷罪の成立を認めている。これまでの判例及び裁判例において、精神的障害が刑法上の傷害に該当し得ることを理論的に否定したものは、見当たらない。[2]

学説においては、精神的障害は傷害に該当し得るとする見解（以下「精神症状包含説」という。）が通説的見解である。たとえば、「生理機能には身体的機能のみならず精神的機能も含まれ……健康状態には身体的健康のみならず、精神的健康も含まれる」ことから「精神的機能を害し、精神的健康を不良に変更することも傷害にあたる」とする見解[3]や、「健康状態の不良変更という意味での生理的機能の障害には、身体的機能の障害だけでなく精神的機能の障害も含まれることは古くから認められて」おり、「精神機能の障害が傷害に当たり得ることについては異論がない」とする見解等[4]が主張されている。[5]

これに対して、「『生理的機能』に精神的機能は含まれ」ず、また、「傷害罪の保護法益としての『健康』とは、身体の健康を意味」し「精神の健康は含まれない」とする見解[6]（以下「身体症状限定説」という。）も主張されている。[7]

また、「精神的機能の障害は、その存在および行為との間の因果関係が不明確であるのみならず、『人の身体を傷害

した』という言葉の可能な意味の範囲に含まれるのかにも疑問がないわけではない」と、精神的障害を理由とする二〇四条の適用に文理上の疑義等を指摘する見解[8]も見られる。

精神的障害による傷害罪・各種致傷罪の成否を考察する際に、基礎となり、議論の出発点となるのは、傷害罪における傷害概念ないし保護法益の理解である。

傷害罪を規定する現行刑法（明治四五年法律第四五号）二〇四条は、旧刑法（明治一三年太政官布告第三六号）三〇〇条及び三〇一条を修正したものである。このことについては、現行刑法が成立した第二三回帝国議会（一九〇七年）に提出された「明治三九年『刑法改正案』（二編二六五条）[9]」の理由書である「明治四〇年第二三回帝国議会提出『刑法改正案』理由書[10]」において説明されている。この意味で、現行刑法二〇四条の傷害概念を考察する際には、旧刑法の「殴打創傷ノ罪」（特に三〇〇条及び三〇一条。以下同じ。）の内容についても考慮に入れる必要がある。

また、文理に関しては、「殴打創傷ノ罪」では「人ヲ殴打創傷シ……」という規定ぶりになっており、現行刑法二〇四条の「人の身体を傷害した者は……」という表現は、現行刑法の制定過程で初めてあらわれたものである。

本稿は、これらの事情に鑑み、旧刑法の「殴打創傷ノ罪」の成立過程における議論や学説における同罪の理解、現行刑法二〇四条の成立過程等を概観することにより、人の精神的健康ないし精神的機能（以下では単に「人の精神」ということもある。）を保護法益に含めて考えるのが傷害罪の立法の趣旨であったのかについて、考察することを目的とするものである[11]。

本稿の構成は、次のとおりである。

まず、第二章では、「殴打創傷ノ罪」の成立過程を、精神的障害に関する内容を中心に概観し、その後、「殴打創傷ノ罪」において人の精神が保護法益であったのかを考察する。次に、第三章では、現行刑法二〇四条の成立過程（すなわち生じた結果に応じて規定が細分化されていた旧刑法の「殴打創傷ノ罪」が、現行刑法の傷害罪の包括的な規定に収斂していく

過程）を概観する。そして、第四章では、前二章において把握した内容を踏まえて、人の精神が傷害罪の保護法益であるのかについて考察を行う。最後に、第五章では、本稿における考察の結論を示すとともに、更なる検討課題を確認する。

二　旧刑法の「殴打創傷ノ罪」と精神的障害

本章では、旧刑法の「殴打創傷ノ罪」において、人の精神的機能あるいは精神的健康が保護法益とされていたのかを考察する。

「殴打創傷ノ罪」は、旧刑法の「第三編　身体財産ニ対スル重罪軽罪」「第一章　身体ニ対スル罪」の「第二節」に規定されていた（二九九条以下）。このうち本稿の主たる検討対象となるのは、三〇〇条及び三〇一条である。

旧刑法（傍点は筆者による。以下、本稿において同じ。）

第二百九十九条　人ヲ殴打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ重懲役ニ処ス

第三百条　人ヲ殴打創傷シ其両目ヲ瞎シ両耳ヲ聾シ又ハ両肢ヲ折リ及ヒ舌ヲ断チ陰陽ヲ毀敗シ若クハ知覚精神ヲ喪失セシメ篤疾ニ致シタル者ハ軽懲役ニ処ス

其一目ヲ瞎シ一耳ヲ聾シ又ハ一肢ヲ折リ其他身体ヲ残虧シ癈疾ニ致シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ処ス

第三百一条　人ヲ殴打創傷シ二十日以上ノ時間疾病ニ罹リ又ハ職業ヲ営ムコト能ハサルニ至ラシメタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ処ス

其疾病休業ノ時間二十日ニ至ラサル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ処ス

疾病休業ニ至ラスト雖モ身体ニ創傷ヲ成シタル者ハ十一日以上一月以下ノ重禁錮ニ処ス

㈠「殴打創傷ノ罪」の成立過程

旧刑法の制定過程については、一般に、司法省における草案編纂、刑法草案審査局における審査修正、元老院における審議、の三つの段階に分けられ、司法省における草案編纂の段階については、更に、日本人の起草委員を中心に編纂を行った時期とボアソナードが中心となり起草した時期とに分けられる。[12]

「殴打創傷ノ罪」に関しては、司法省における編纂段階うち、ボアソナードが中心となって起草を行った時期が重要である。特に精神的障害については、この時期に作成された「日本刑法草按　第一稿」[13]及び「日本刑法草案　第二稿」[14]をめぐり、ボアソナードと日本人編纂委員の鶴田晧との間で議論がなされている。

以下では、精神的障害に関する内容を中心に、「殴打創傷ノ罪」の成立過程を概観する。

1　「日本刑法草按　第一稿」の内容と同草按をめぐる議論

「日本刑法草按　第一稿」をめぐっては、三六一条に関して、鶴田晧から、一時的な昏倒気絶が「知覚精神ヲ喪失」した場合に含まれるのかを確認する発言があった。

これに対して、ボアソナードは含まれない旨答えている。[15]

第三百六十一条　故意ヲ以テ人ヲ殴撃創傷シ其視聴言語ノ活機ヲ廃絶シ又ハ両肢ヲ折リ及ヒ陰陽ヲ毀敗シ若シクハ知覚精神ヲ喪失セシメタル者ハ重懲役ニ処ス

予メ謀テ殴傷シ前項ノ篤疾ニ致ス者ハ重懲役ノ長期ニ処ス

鶴田「此第三百六十一条ノ〔『〕知覚精神ヲ喪失セシメタル者』トハ全ク一時昏倒気絶セシメタルコトニモ係ルヘキヤ」
ボアソナード「否ナ此『知覚精神ヲ喪失セシメタル』トハ一時昏倒気絶セシメタル事ヲ云フニアラス其殴撃創傷シタルニ因テ一生ノ瘋癲即馬鹿ニナリタル時ヲ云フ」
鶴田「然ラハ其意味ヲ分明ニ示スヘキ為メ『篤疾ニ致シタル者』ノ一語ヲ加ヘ即〔『〕知覚精神ヲ喪失セシメ篤疾ニ致シタル者』ニ作ルヘシ」
ボアソナード「然リ」

2　「日本刑法草案　第二稿」の内容と同草案をめぐる議論

「日本刑法草案　第二稿」の「殴打創傷ノ罪」に関する規定は、次のとおりである。(16)

第三百三十八条　故意ヲ以テ人ヲ殴打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ重懲役ニ処ス
其視聴言語ノ活機ヲ廃絶シ又ハ両肢ヲ折リ及ヒ陰陽ヲ毀敗シ若クハ知覚精神ヲ喪失セシメテ人ニ〔ヲ〕篤疾ニ致シタル者ハ軽懲役ニ処ス
第三百三十九条　故意ヲ以テ人ヲ殴打シ其肢体ヲ折跌シ及ヒ一目ヲ瞎シ其他身体ヲ不具ニ至ラシメ若クハ精神ヲ錯乱セシメテ人ヲ癈疾ニ致シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮二十円以上五十円以下ノ罰金ニ処ス
第三百四十条　故意ヲ以テ人ヲ殴打シ二十日以上ノ時間疾病ニ罹リ又ハ職業ヲ営スルコト能ハサルニ至ラシメラタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮十円以上三十円以下ノ罰金ニ処ス
其疾病休業ノ時間二十日ニ至ラサル時ハ一月以上一年以下ノ重禁錮五円以上二十円以下ノ罰金ニ処ス
疾病休業ニ至ラスト雖モ身体ニ傷痍ヲ成サシメタル者ハ十一日以上一月以下ノ重禁錮二円以上十円以下ノ罰金ニ処ス

この「第二稿」の諸規定をめぐっては、まず鶴田晧から、致死の場合を定めた三三八条一項については別条を設けることが提案され、ボアソナードはこれを受け入れている。[17]

また、三三八条二項について、鶴田から「活機ノ字而已ニテハ其部分分明ナラサレハナリ」との理由で、「両目ヲ瞎シ両耳ヲ聾シ又ハ両肢ヲ折リ舌ヲ断チ陰陽ヲ毀敗シ云々」とすべきであるとの提案があり、ボアソナードは「仮ニ貴説ノ如ク改メ置クヘシ」と答えている。[18]

続いて、三三八条二項の「知覚精神ヲ喪失」と三三九条の「精神ヲ錯乱」に関して、次のような議論がなされている。[19]

鶴田「又此条ノ『知覚精神ヲ喪失云々』ト次条ノ「精神ヲ錯乱云々」ハ其区別判然セス或ヒハ混視スルノ恐レアラントス」

ボアソナード「『知覚精神ヲ喪失云々』トハ一時ノ錯乱ニアラス竟ニ之ヲ喪失スル者ヲ云フ又『精神錯乱』トハ一時ノ錯乱ヲ云フ」

鶴田「然シ喪失ト錯乱トノ内ニモ各其時日ニ長短アリ故ニ一概ニ其長短ヲ以テ区別シ難シ故ニ寧ロ次条ノ〔『〕精神ヲ錯乱』ノ字ハ之ヲ削ラントス」

ボアソナード「然ラハ之レハ次条ニ就テ議定スヘシ」

（中略）

鶴田「此第三百三十九条『肢体ヲ折跌シ及ヒ一目ヲ瞎シ其他身体ヲ不具ニ至ラシメ若シ〔クハ〕精神ヲ錯乱セシメ云々』ヲ改メ『一目ヲ瞎シ一耳ヲ襲シ一肢ヲ折リ其他身体ヲ残虧シタル』云々ニ作ルヘシ而シテ其精神錯乱ノ甚シキハ前条ノ精神ヲ喪失セシメタル者ト為シ又其一時錯乱ニ止ルハ後条ノ休業ノ時日ニ依テ罰スル事ト為ヘシ」

ボアソナード「成程精神錯乱ノ内ニハ長ク引続テ錯乱スルト一時錯乱スルトノ区別アリ故ニ之レヲ削リテ貴説ノ如ク看做スモ妨ケナシ」

この鶴田晧とボアソナードとの議論から、一時的な精神錯乱については、休業期間に応じて捕捉する意図であったことが分かる。

3　「確定　日本刑法草案　完（明治一〇年一一月上申）」の内容

以上のような議論を経て「確定　日本刑法草案　完（明治一〇年一一月上申）」[20]が作成される。「殴打創傷ノ罪」の各規定に関しては、この「確定稿」において既に旧刑法の規定とほぼ同内容となっている（次の傍線部は、刑法草案審査局の審査修正の段階において削除された点であり、波線部は修正された点である。）。

〔第三百三十四条　故意ヲ以テ人ヲ殴打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ重懲役ニ処ス〕

第三百三〔十〕四〔五〕条　故意ヲ以テ人ヲ殴打創傷シ両目ヲ瞎シ両耳ヲ聾シ又ハ両肢ヲ折リ舌ヲ断チ陰陽ヲ毀敗シ若クハ知覚精神ヲ喪失セシメ篤疾ニ致シタル者ハ軽懲役ニ処ス

其一目ヲ瞎シ一耳ヲ聾シ又ハ一肢ヲ折リ其他身体ヲ残虧シ癈疾ニ致シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮二十円以上五十円以下ノ罰金ニ処ス

第三百三十六条　故意ヲ以テ人ヲ殴打創傷シ二十日以上ノ時間疾病ニ罹リ又ハ職業ヲ営スルコト能ハサルニ至ラシメタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮十円以上三十円以下ノ罰金ニ処ス

其疾病休業ノ時間二十日ニ至ラサル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮五円以上二十円以下ノ罰金ニ処ス

疾病休業ニ至ラスト雖モ身体ニ創傷ヲ成シタル者ハ十一日以上一月以下ノ重禁錮二円以上十円以下ノ罰金ニ処ス

4　刑法草案審査局における審査修正等[21]

刑法草案審査局における審査修正の段階で作成された「刑法草案修正稿本」[22]及び「刑法草案修正第二稿」[23]と前述の

「確定稿」の内容とを対比すると、「故意ヲ以テ」の表現が削除され、「職業ヲ営スルコト」は「職業ヲ営ムコト」と修正されている。[24] また、法定刑から罰金刑が削除されている。[25]

(二) 「殴打創傷ノ罪」に関する基本的内容

本節では、「殴打創傷ノ罪」に関する基本的内容を、次節以降の考察に資する限度で確認する。[26]

1 創傷手段ないし因果経過としての「殴打」について

「殴打創傷ノ罪」では、生じた結果が重い順に条文が配列されており、[27] ①死亡（二九九条）、②篤疾（三〇〇条一項）、③癈疾（三〇〇条二項）、④二〇日以上の疾病又は営業不能（三〇一条一項）、⑤二〇日未満の疾病休業（三〇一条二項）、⑥疾病休業に至らない身体の創傷（三〇一条三項）の六種類の結果が規定されている。[28] そして、これらの結果は、条文上、いずれも「人ヲ殴打創傷シ」たことにより生じたものであることが予定されている。

この「殴打」の意義については、ただ「打つとのみ解すべきに非ずして泛く腕力を以て人の身体に加ふる所為を指示したる文辞」[29]であるということは、当時の学説が共通して認識していた点である。[30]

しかし、「殴打」は「無形精神上ノ手段ヲ含マ」ず、[31]「腕力を用いて創傷又は疾病を得せしめたるに非ざれば他の犯罪を成すは格別殴打創傷罪」は構成しないと理解されていた。[32] この点に関しては、「形容言語ノ類ヲ以テ専ラ人ノ精神ヲ苦ムルハ学術上名ケテ之ヲ無形ノ暴行ト云フ之カ為ニ疾病ニ罹リ甚シキハ死ニ至ル事」もあるが「刑法ノ適用トシテハ無罪ニ決スルノ已ムヲ得サルモノアリ」とする説明も見られる。[33]

このように「殴打創傷ノ罪」では、創傷等を惹起する手段あるいは因果経過として「殴打」が要求されていた点は、現行刑法二〇四条との重要な相違点である。

2　「篤疾」及び「癈疾」について

三〇〇条にみられる「篤疾」及び「癈疾」の文言は、既に新律綱領及び改定律例等において用いられていたものである。[34] この篤疾及び癈疾の意義については、「篤疾ニ係ルトキハ、終身廃人ト為リ、癈疾ニ係ルトキハ、終身不具ト為ル」[35]との説明が端的である。[36]

篤疾に関しては、三〇〇条一項に六種類の症状（「両目ヲ瞎シ」、「両耳ヲ聾シ」、「両肢ヲ折リ」、「舌ヲ断チ」、「陰陽ヲ毀敗シ」、「知覚精神ヲ喪失セシメ」）が規定されている。これらの症状について、ボアソナードは、致死を除く「最モ重キ不治ノ創傷若干種ヲ予見セリ其中一ハ身体ニ関スルモノニシテ一ハ精神ニ関スルモノトス」と説明している。精神的障害との関係では、「知覚精神ヲ喪失セシメ」た場合が規定されている点が注目される。ボアソナードは、この「知覚精神ヲ喪失セシメ」た場合を、「人ヲシテ全ク職業ヲ営スルコト能ハサラシメ最モ不幸ニ遭遇セシムルモノナリ」と評している。[37]

癈疾に関しては、たとえば大判明治三九年三月五日（刑録一二輯六巻三〇五頁）は、「刑法第三百条第二項ニ……所謂癈疾トハ殴打創傷ノ為メニ被害者ノ身神ノ健全ナル状態ニ不治ノ障礎ヲ生シタル場合ニ其障礎カ一時的ノモノニアラスシテ治療ノ望ミナク為メニ被害者ヲシテ其健康状態ノ全部又ハ一部ノ喪失ニ因リ終世不具ノ状態ニ陥ラシムヘキモノヲ指」すと判示している。

㈢　「殴打創傷ノ罪」の保護法益と人の精神

本節では、以上の内容を踏まえて、人の精神的健康ないし精神的機能が「殴打創傷ノ罪」の保護法益と考えられていたのかについて考察する。

1　三〇〇条一項と精神的障害

まず、篤疾に係る三〇〇条一項には、「知覚精神ヲ喪失セシメ」た場合が規定されており、これは、人の精神も保護法益であることを窺わせる文言である点で注目される。

この「知覚精神ヲ喪失セシメ」の意義に関しては、「殴打創傷ノ罪」の成立過程において、ボアソナードと鶴田晧との間で議論があったことは既に見たとおりである。その内容を確認しておくと、まず「日本刑法草按　第一稿」をめぐる議論からは、一時的な昏倒気絶は「知覚精神ヲ喪失セシメ」た場合に含まれないと考えられていたことが明らかとなる。[38] 次に「日本刑法草案　第二稿」をめぐる議論からは、甚だしい精神錯乱を生じさせた場合は「知覚精神ヲ喪失セシメ」た場合に該当すると考えられていたことが分かる。[39]

学説においては、「『知覚精神ヲ喪失セシメ』トハ白痴又ハ瘋癲等ニ致スヲ云フ」[40]、「人ヲ殴打創傷シテ……知覚精神ヲ喪失セシメテ痴呆瘋癲ニ至ラシムル」ことは「篤疾ニ致」すことである、[41] あるいは、篤疾とは「人ヲ殴打創傷シテ……智覚精神ヲ喪失セシメテ痴呆瘋癲ニ至ラシムルヲイフ」[42] 等の説明が見られる。

ここにいう「白痴」や「瘋癲」が具体的にどのような精神状態を意味するのかについては、「殴打創傷ノ罪」に関する記述を確認しても、必ずしも明らかではない。[43]

そこで、参考のために、「知覚精神ノ喪失」という文言を用いている七八条[44]（「罪ヲ犯ス時知覚精神ノ喪失ニヨリテ是非ヲ弁別セサル者ハ其罪ヲ論セス」）に関する記述を見てみると、「白痴」、「瘋癲」、「マニー」ないし「モノマニー（偏狂）」が、「知覚精神ノ喪失」状態であると説明されている。[45] それぞれの意義については、「白痴」とは「生レナカラニシテ事理ヲ識別スルノ脳力ヲ有セサルモノ」であり、「瘋癲」とは「生来能力ヲ有セシモ事ニ因リ病ヲ起メ遂ニ精神ヲ喪失シタルモノ」、「マニー」とは「定マレル或ル事件ニ偏シテ狂セルモノ」であると説明されている。[46] 責任能力に関する七八条の「知覚精神ノ喪失」と三〇一条一項の「知覚精神ヲ喪失セシメ」とでは、内容が同一であるとは限らない。しかし、当時において、どのような症状が人の精神の障害と考えられていたのかを垣間見ることができ、参

考になる部分があるものと思われる。[47]

なお、三〇〇条一項の「知覚精神ヲ喪失セシメ」に関しては、医学的な見地から、「『知覚精神』トアル知覚ノ二字ハ……全ク衍字ニシテ本項ノ精神ヲ言ヒ顕スニハ唯精神ノ二字ヲ以テ十分」である、あるいは、「『精神ノ喪失』ヲ『精神ノ疾病』ト改メサレハ実際ノ事実ニ反ス如何トナレハ精神病者ノ精神状態ハ多クハ変常ニシテ真ニ喪失スル者却テ少ナ」いとする意見も見られる。[48]

2　三〇一条と精神的障害

三〇一条に関しては、「殴打創傷ノ罪」の成立過程で作成された「日本刑法草案　第二稿」をめぐる議論から、知覚精神の喪失に至らない程度の精神錯乱は、休業期間に応じて、同条で捕捉することを想定していたことが看取できる。[49]

また、学説においては、三〇一条の「疾病」は、「頭部ヲ殴打シテ精神ヲ害シタル場合等ヲモ包含セシムル」ものであるとの指摘が見られる。[50]

ここから、三〇一条との関係においても、人の精神的機能ないし精神的健康は、保護法益（の一部）として理解されていたといえる。[51]

三　現行刑法二〇四条の成立過程

旧刑法の成立・施行後、現行刑法の制定までの間には、各種の改正案・草案が作成されている。[52]これらのうち、現行刑法二〇四条（傷害罪）との関係では、①「明治二三年改正刑法草案」、②「明治二八年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」及び「明治三〇年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」、③司法省法律取調委員会（刑法改正起草委

員会）の作成に係る「明治三九年『刑法改正案』（二編二八九条）」、そして、④第二三回帝国議会に提出された「明治三九年『刑法改正案』（二編二六五条）」[53]が重要である。[54]

これらの改正案・草案を重要として検討の対象とする主な理由は、次のとおりである。

まず、各種改正案・草案において、それまでの「人ヲ殴打創傷シ……」（旧刑法）、「人ヲ殴打シテ……」（①「明治二三年改正刑法草案」）という表現にかわって、現行刑法二〇四条と同様の「人の身体を傷害し……」という表現があらわれたのが、遅くとも②「明治二八年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」であることが理由の一つである。また、③「明治三九年『刑法改正案』（二編二八九条）」（法律取調委員会）をめぐる法律取調委員会総会における審議において、生じた結果による規定の細分化を廃止し、現行刑法二〇四条のような包括的な規定とすることが決まり、第二三回帝国議会に提出された④「明治三九年『刑法改正案』（二編二六五条）」では、傷害罪においても刑の細分化が廃止されているという経緯があることも理由の一つである。

以下では、①～④の改正案・草案の内容的な変遷等を概観する。

㈠ 「明治二三年改正刑法草案」[55]

第二百八十八条　人ヲ殴打シテ其身体若クハ精神ニ疾病、創傷ヲ生セシメ因テ死ニ致シタル者ハ二等有期懲役ニ処ス

第二百八十九条　人ヲ殴打シテ五官ノ一ヲ失ハシメ又ハ四肢ノ一若クハ陰陽ノ使用ヲ失ハシメ其他重大ナル不治ノ疾病、創傷ヲ生セシメタル者ハ三等有期懲役ニ処ス

第二百九十条　人ヲ殴打シテ前条ニ記載シタルヨリ軽キ疾病〔、〕創傷ヲ生セシメタル者ハ三月以上五年以下ノ有役禁錮ニ処ス

其疾病ノ時間二十日ニ至ラサルトキハ十一日以上二月以下ノ有役禁錮ニ処ス但被害者ノ告訴アルニ非サレハ訴追スルコトヲ得ス

この草案は、明治二四年一月、第一回帝国議会に提出されたものである。

人の精神との関係では、致死罪を定めた二八八条に「身体若クハ精神ニ疾病、創傷ヲ生セシメ」との文言が見られる。しかし、旧刑法にみられた「知覚精神ヲ喪失セシメ」の文言はない。同草案に係る「刑法案説明書」[56]を確認しても、「殴打創傷ノ罪」に関しては、「人ヲ殴打シテ疾病ヲ生セシメ其時間二十日ニ至ラサル」場合は、直ちに処罰するのは穏当を欠き、また、実際上、犯人と被害者との間で私和がなされるのが常であることから、告訴を要することとした旨述べるのみである。

同草案二八八条においてのみ精神の疾病を考慮するのは不自然であること、旧刑法下において人の精神が保護法益として考慮されていたと考えられることからすると、同草案の二八九条や二九〇条の「疾病」に精神の疾病が含まれていたとの理解も可能と思われる。しかし、この点について述べる資料等はなく、判然としない。

なお、同草案には、「殴打ト称スルハ総テ暴行其他人ヲ疾病、創傷ニ致スノ意ヲ以テ行ヒタル匪曲ノ所為ヲ包含ス」という規定（一一五条）が見られる。

(二)「明治二八年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」[57]及び「明治三〇年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」[58]

第二百五十九条〔第二百六十三条〕　人ノ身体ヲ傷害シタル者ハ五年以下ノ懲役又ハ禁錮若クハ百円以下ノ罰金ニ処ス
婦女ノ頭髪ヲ切断又ハ毀損シタル者亦同シ

第二百六十条〔第二百六十四条〕　身体傷害ニ因リ左ノ結果ヲ生セシメタルトキハ十年以下ノ懲役ニ処ス
一　一目又ハ両目ノ視能ノ喪失
二　一耳又ハ両耳ノ聴能ノ喪失

三　語能ノ喪失
四　一手若クハ一足以上〔一肢以上〕ノ使用ノ不能
五　陰陽ノ不能
六　重大ニシテ不治ナル精神又ハ身体ノ疾病
七　流産

第二百六十一条〔第二百六十五条〕身体傷害ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ有期懲役ニ処ス
直系ノ尊属親ニ対シテ犯シタルトキハ無期又ハ十年以上〔七年以上〕ノ懲役ニ処ス

この二つの刑法草案は、いずれも司法省刑法改正審査委員会の作成に係るものである。ほぼ同じ内容となっている（明治三十年草案の内容については、明治二十八年草案と異なる点を〔　〕内に示した。）[59]。

両草案を、旧刑法や先の「明治二三年改正刑法草案」と対比すると、①条文の配列が、生じた結果の軽い順から重い順になっていること、②「人ヲ殴打創傷シテ……」あるいは「人ヲ殴打シテ……」という規定ぶりから現行刑法二〇四条と同様の「人の身体を傷害し……」という表現に変わっていること、③婦女の頭髪の切断・毀損について規定が設けられていること、④精神的障害に関して、「重大ニシテ不治ナル精神……ノ疾病」が重い傷害結果として明記されていること等が特徴として認められる。本稿の検討対象との関係では、②④が注目される点である[60]。

なお、両草案以前の明治二六年に、「我が国法医学の草分けである片山国嘉博士が、その法医学の立場から旧刑法の殴打創傷罪の規定を批判した[61]」ものとして、『刑法改正私考』がある。これは同年六月に「当局者ノ覧ニ供」され、同年九月に「世ニ公ニ」されている[62]。この中では、「創傷」を「傷害」と改めるべきことも提案されており、そこでは「傷害」の意義について、「損傷」（開口損傷（創傷）及び不開口損傷）と「疾病」とを含むものであるとの理解が

示されている。[63]

㈢ 「明治三九年『刑法改正案』（二編二八九条[64]）」（法律取調委員会）

第二百二十五条　人ノ身体ヲ傷害シタル者ハ三年以下ノ懲役又ハ五百円以下ノ罰金若クハ科料ニ処ス

第二百二十六条　身体傷害ニ因リ左ノ結果ヲ生セシメタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ処ス

一～五　略（「明治三〇年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」と同じ）

六　重大ニシテ不治ナル精神、身体ノ疾病又ハ外観ノ不具

七　流産

第二百二十七条　身体傷害ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ処ス

自己又ハ配偶者ノ直系尊属ニ対シテ犯シタルトキハ無期又ハ三年以上ノ懲役ニ処ス

この改正案は、法律取調委員会の第五回総会において設置するとされた刑法改正起草委員会によるものである。[65]同改正案と「明治三〇年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」とを比較すると、[66]婦女の頭髪の切断・毀損に関する規定がないこと、[67]二二六条六号において「重大ニシテ不治ナル精神、身体ノ疾病又ハ外観ノ不具」と規定され、「外観ノ不具」が重傷害罪の結果の一つに追加されていることが認められる。[68]

当該改正案をめぐっては、法律取調委員会で次のような重要な議論が見られる。

すなわち、「法律取調委員会委員総会日誌第二五回（明治三九年一二月二四日[69]）」によれば、磯部四郎委員から、「第二百二十五条ト第二百二十六条トヲ合併シ第二百二十六条ノ区別ヲ廃シ刑期ヲ広クシタシ」との提案があり、採決の結果、これが採用されている。そして、法定刑については、委員長から意見を問われた提案者の磯部四郎委員は「十

年以下位ニシタシ」と発言し、採決の結果、これが採用されている。[70]

㈣ 「明治三九年『刑法改正案』（二編二六五条[71]）」

第二百五条[72]　人ノ身体ヲ傷害シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五百円以下ノ罰金若クハ科料ニ処ス

第二百六条　身体傷害ニ依リ人ヲ死ニ致シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ処ス

自己又ハ配偶者ノ直系尊属ニ対シテ犯シタルトキハ無期又ハ三年以上ノ懲役ニ処ス

この改正案は、第二三回帝国議会に提出されたものである。同改正案では、傷害罪についても、生じた結果に応じた刑の細分化が廃止されて、幅の広い法定刑が規定されている。[73]このように傷害罪と傷害致死罪との間に位置づけられる重傷害罪の規定が姿を消したのは、明治三九年一二月二四日の法律取調委員会総会においてであることは既に見たとおりである。

傷害罪については、第二三回帝国議会の審議で内容的な変更はなされていない。[74]

四　若干の検討

本章では、これまでに得た、「殴打創傷ノ罪」の保護法益に関する理解、現行刑法二〇四条の成立過程における各種改正案・草案の内容的な変遷等を踏まえて、人の精神的健康ないし精神的機能を傷害罪の保護法益に含めることが立法の趣旨であったのかにつき、若干の考察を行う。

㈠　「殴打創傷ノ罪」との連続性

「明治四〇年第二三回帝国議会提出『刑法改正案』理由書」[75]によれば、現行刑法二〇四条は、旧刑法の「第三百一条、三百条ニ修正ヲ加ヘタルモノ」[76]であると説明されている。

「修正ノ主要ナル点」としては、旧刑法の「殴打創傷ノ罪」との名称が不適当であったため、「本案ハ改メテ傷害ノ罪ト名ツケ汎ク身体傷害ニ関スル規定タルコトヲ明ニ」し、「殴打以外ノ方法ニ依リ又ハ外部ニ創傷ヲ生セスシテ傷害ヲ生シタル場合ノ如キモ皆之ヲ包含スル」ことを示した点、また、旧刑法では、「結果ニ依リ刑ヲ異ニシ之カ為メ数条ヲ設」けていたが、傷害致死罪を別とするほかは「概括シテ規定シ最モ広キ範囲ノ刑ヲ定メ一ニ判事ノ裁量ニ一任スルコトト」した点等が挙げられている。[78]

また、「修正ノ理由」としては、旧刑法三〇〇条及び三〇一条では、疾病休業の日数等の生じた結果に応じて「細密ナル区分」を行っているが、それでは「徒ニ裁判上ノ不都合ヲ生スルノミナラス実際上疾病休業ノ日数ヲ予定シテ創傷ノ軽重ヲ分ツ如キハ其正確ヲ期スルコト極メテ困難」であったため、改正案においては、「全ク此等ノ区分ヲ廃止シ概括的ニ刑ノ種類及ヒ範囲ヲ設ケ裁判所ヲシテ十分事情ヲ斟酌シ自由ニ適宜ノ刑ヲ科セシムルコトト為シタ」等とされている。[79]

このような「修正ノ主要ナル点」や「修正ノ理由」の内容からは、旧刑法三〇〇条・三〇一条を修正する趣旨は、結果惹起の手段的限定を廃止する点、身体の内部的な障害も傷害であることを示す点、結果による規定の細分化をやめて広い法定刑を定めることで裁判官の裁量による適切な科刑を実現する点等にあったということができる。

他方、「殴打創傷ノ罪」の保護法益について何らかの修正・変更を加える意図があったことを窺わせる記述は見られない。

このため、本稿は、「殴打創傷ノ罪」と現行刑法の傷害罪との間には保護法益の理解において連続性が認められ、現行刑法二〇四条の傷害概念を考察する際には、「殴打創傷ノ罪」の保護法益の理解についても考慮する必要があるものと考えている。

そこで、改めて、人の精神が「殴打創傷ノ罪」の保護法益であったのかを確認すると、篤疾に係る三〇〇条一項では「知覚精神ヲ喪失セシメタ」場合が規定されており、また、成立過程における議論からは、知覚精神の喪失に至らない程度の精神錯乱については、休業期間に応じて、三〇一条で捕捉することが予定されていた。

ここから、人の精神的健康ないし精神的機能は「殴打創傷ノ罪」の保護法益であったものと考えられる。[80]

しかし、仮に、人の精神が「殴打創傷ノ罪」の保護法益であったといえたとしても、旧刑法の制定・施行時における精神病[81]と現代におけるＰＴＳＤ等の精神的障害とでは内容が異なり、「殴打創傷ノ罪」の保護法益に関する理解は、人の精神が現行刑法二〇四条の保護法益であるかを考察する際には、それほど参考にならないのではないかとの疑問が生じ得る。

そこで、この点について若干検討してみると、旧刑法の成立・施行時の裁判医学（法医学）の文献[82]を紐解けば、次のような記述が見られる。

まず「不致死殴打創傷論」という章では、頭部、面部、頸部等の創傷部位ごとに各種の症状が説明されている。[83]このうち頭部に関する内容を見ると、頭部の損傷によって発症する精神病について「頭蓋創傷（脳創傷）ノ往々精神病ノ誘因ト為ルハ近世ニ至リテ一般ニ確定シタル事実ナリ」との記述等が見られる。[84]また、同章には「精神ノ驚愕ニ起因シタル精神病ニ在リテハ智力ノ障害ハ僅少ニシテ心思ヲ害スルコト却テ多シ……」と、既に心因性の精神病と思われる症状の記述も見られる。[85]

このほか、同書には、「精神病論」について一章が設けられており、[86]たとえば「鬱憂狂及ヒ鬱憂性妄想狂」の項目

では、「鬱憂狂」の「主徴」として「精神機能抑鬱シテ苦痛的ノ感覚ヲ生シ之カ為メニ神思沈鬱シテ憂苦悲哀ノ域ニ彷徨スル」との記述が見られる。[87]

これらの記述を見る限りでは、「殴打創傷ノ罪」が処罰の対象とした精神的障害が、現代にいう精神的障害とは全く異なるものであるとまではいえないように思われる。

そうすると、「殴打創傷ノ罪」の保護法益に人の精神が含まれていたという理解が、現行刑法二〇四条の考察に際して役立たないとはいえず、むしろ、現行刑法二〇四条においても人の精神面が（少なくとも一定の態様・限度では）保護法益であるとの理解を導くものと考える。

㈡　現行刑法二〇四条への収斂の過程

本節では、現行刑法二〇四条が成立する過程で、人の精神を傷害罪の保護法益から除くような議論が見られたのかについて、検討する。

現行刑法二〇四条の成立過程における各種の改正案・草案を見ると、「明治二八年『刑法草案案』（司法省刑法改正審査委員会）」以降、司法省法律取調委員会の刑法改正起草委員会の作成に係る「明治三九年『刑法改正案』（二編二八九条）」までは、重大で不治の精神の疾病が重傷害罪の結果の一つとして規定されていた。[88]

その後、重傷害罪の規定は、第二三回帝国議会に提出された「明治三九年『刑法改正案』（二編二六五条）」では見られなくなる。これは、明治三九年一二月二四日の法律取調委員会委員総会において、傷害罪の規定と重傷害罪の規定とを合わせて一つの条文とし、法定刑を広げるべき旨の提案があり、採決の結果、この提案が可決されたことによるものであることは既に見たところである。また、法律取調委員会総会における審議の内容を確認する限り、少なくとも、精神的健康ないし精神的機能を傷害罪の保護法益から排斥する趣旨の発言・議論は見当たらない。

現行刑法二〇四条がこのような過程を経て成立した条文であることに照らせば、人の精神的健康あるいは精神的機能については、（少なくとも一定の態様・限度では）傷害罪の保護法益とするのが立法の趣旨であったといえるものと考える。

㈢ 「身体」の文言との関係

以上のように、人の精神は、少なくとも一定の態様・限度においては傷害罪の保護法益である、あるいは、現行刑法二〇四条の保護法益に人の精神が一切含まれないとは考えにくいとしても、現行刑法二〇四条が「人を傷害し……」とは規定しておらず、「人の身体を傷害し……」との規定ぶりになっている点については、別途検討を要する。

現行刑法二〇四条の成立過程における各種の改正案・草案のうち、「明治二三年改正刑法草案」は、まだ「人ヲ殴打シテ……」との規定ぶりである。その後、現行刑法二〇四条と同様の「人の身体を傷害し……」という表現となるのは、遅くとも「明治二八年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」[89]においてである。そして、同草案以降の各種改正案・草案では、この表現が踏襲されている。

そうすると、明治二四年頃から明治二八年頃にかけて、どのような議論を経て「人の身体を傷害し……」という表現が採用されるに至ったのか、そこに人の精神的健康ないし精神的機能を傷害罪の保護法益から排斥する意図があったのかが検討されなければならない。

この点に関しては、「明治二八年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」及び「明治三〇年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」を作成した刑法改正審査委員会による公式のものではないが、刑法改正審査委員の校閲による書籍が存在する。[90]

同書が解説の対象としているのは、「明治三〇年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」である。しかし、明治二八年草案と明治三〇年草案とは、ほぼ同内容であるため、ここで参照すると、「殴打創傷ノ罪」を「傷害ノ罪」と改めたことに関して、次のような記述が見られる。[91]

殴打ノ方法ニ因ラスシテ人ノ身体ヲ創傷シ又ハ疾病ヲ得セシメ若クハ精神ノ錯乱ヲ生セシメタル者ノ如キハ之ヲ殴打創傷罪トシテ罰スルコトヲ得サルノ不都合ヲ生ス故ニ……汎ク是等ノモノヲ包含セシメンカ為メニ之ヲ傷害ノ罪ト改メ苟クモ人ノ身体ヲ傷害シタル者ハ其手段ノ如何ヲ問ハス総テ之ヲ罰スルコトト為シタリ

この記述は、精神的障害が傷害に該当するかを直接論じたものではない。

しかし、殴打の方法によらずに「精神ノ錯乱ヲ生セシメ」た行為を傷害罪において捕捉しようとする意図が窺われる記述である。傷害罪規定における「身体」の文言を、傷害概念から精神的障害を排除する趣旨で用いることは、この意図とは逆の結果を導くものである。そうだとすれば、「身体」の文言は、「精神」と相対する概念ないし文言として用いられたものであるとは考えにくいように思われる。

現行刑法二〇四条の「身体」の意義については、「精神機能を内包する、人の生身の『からだ』をいう」[92]という見解が主張されている。先に述べたところからすれば、このような理解にも理由があるものと思われる。[93]

五　おわりに――本稿の結論と更なる検討課題

本稿では、人の精神的健康ないし精神的機能が現行刑法二〇四条の保護法益であるのかについて、同条の成立過程

に遡って考察を行った。

本稿の結論は、人の精神は、少なくとも一定の態様ないし限度では、現行刑法二〇四条の傷害罪における保護法益であるとの理解が、沿革的には自然な理解である、というものである。これは、二〇四条の前身である旧刑法の「殴打創傷ノ罪」において人の精神が保護法益とされていたこと、現行刑法の成立過程では重大不治の精神の疾病が重傷害罪の結果として把握されており、現行刑法二〇四条の傷害罪はその重傷害罪の規定を取り込む形で成立したものであること、そして、二〇四条の「身体」の文言は、必ずしも人の精神を傷害罪の保護法益から除外する趣旨で規定されたものではないと理解できることによる。

しかし、本稿は、傷害罪の保護法益から人の精神を一切排除してしまうのは不自然であると主張するものに過ぎず、傷害の程度や傷害惹起の態様ないし因果経過等を問わず、あらゆる精神的障害が傷害に該当すると理解すべきとまで主張するものではない。

たとえば、現行刑法二〇四条では無形的な方法により惹起された傷害も処罰対象であると理解されている。[94] これに対して、「殴打創傷ノ罪」では無形的な手段は認められておらず、結果惹起には「殴打」という特定の手段ないし因果経過が必要とされていた。

また、現行刑法制定過程における各種の改正案・草案を改めて確認すると、重大不治の精神の疾病が重傷害罪の結果の一つとされているが、同時に、その柱書には「身体傷害により左の結果を生ぜしめた者は……」と規定されている。

これらの点を考慮して、精神的障害については、傷害罪の保護法益（の一部）であることは否定しないが、それは、あくまで身体に対して作用が及んでいることを前提すべきであるとの理解や、更には、精神的障害は、身体的障害が認められる場合に付加的に（いわば「＋α」として）傷害罪で捕捉されるべきであるとの理解もあり得るものと考える。[95]

なお、「身体」の文言との関係では、精神的健康の侵害ないし精神的機能の障害は、日々の生活の中で記憶・忘却等の様々な情報の処理を行っている脳に対して、量的・質的に許容範囲を超える情報・ストレス等を与えること等により、脳に機能障害が生じた状態であると評価する可能性についても検討される必要があるように思われる。[96]

これらの考え方の当否については、本稿で得られた内容のみで結論を導くことは困難であり、別の機会に改めて検討を行うこととしたい。[97]

（1）　最決平成二四年七月二四日（刑集六六巻八号七〇九頁）等。同決定の評釈として、杉田雅彦「判批」交通事故判例速報五五号（二〇一二年）二一頁以下、神村昌通「判批」研修七七二号（二〇一二年）一三頁以下、豊田兼彦「判批」法学セミナー六九三号（二〇一二年）一四三頁、近藤和哉「判批」法学教室三八九号別冊「判例セレクト二〇一二」（二〇一三年）三四頁、深野友裕「判批」警察公論六八巻二号（二〇一三年）八八頁以下、田川靖紘「判批」刑事法ジャーナル三五号（二〇一三年）一四五頁、島岡まな「判批」ジュリスト一四五三号（二〇一三年）一五七頁等。

（2）　精神的障害による傷害罪・致傷罪の成否が問題となった判例・裁判例については、拙稿「刑法における傷害概念と精神的障害――オーストリア刑法における議論を中心に」法学政治学論究九七号（二〇一三年）九六頁以下において、（若干の）紹介及び整理を試みた。

（3）　山口厚「傷害の意義」同『新判例から見た刑法〔第二版〕』（二〇〇八年）一一二頁。

（4）　佐伯仁志「身体に対する罪」法学教室三五八号（二〇一〇年）一二四頁。

（5）　福田平『刑法各論〔第三版増補〕』（二〇〇二年）一五一頁、大塚仁『刑法概説（各論）〔第三版増補版〕』（二〇〇五年）二四頁以下及び六五七頁以下、高橋則夫『刑法各論』（二〇一一年）四五頁以下、西田典之『刑法各論〔第六版〕』（二〇一二年）四一頁以下、大谷實『刑法講義各論〔新版第四版〕』（二〇一三年）二四頁以下等。また、井田良「傷害の概念をめぐって」刑事法ジャーナル六号（二〇〇七年）一一七頁以下等。

（6）　林幹人「精神的ストレスと傷害」同『判例刑法』（二〇一一年）二四七頁以下〔初出は、判例時報一九一九号（二〇〇六年）〕。

（7）同旨、林美月子「ＰＴＳＤと傷害」神奈川法学三六巻三号（二〇〇四年）八八五頁以下。
（8）松原芳博「身体に対する罪・その一」法学セミナー六八五号（二〇一二年）一〇七頁。
（9）内田文昭ほか編著『刑法〔明治四〇年〕（6）日本立法資料全集26』（一九九五年）二五七頁以下、二七六頁。松尾浩也増補改題『増補　刑法沿革綜覧 日本立法資料全集別巻2』（一九九〇年）一五五頁、一五八六頁。
（10）内田ほか編著『刑法（6）』（前掲注（9））三五二頁以下。
（11）本稿は、信山社から出版されている『日本立法資料全集』に収録されている各種資料を主な対象として検討・考察したものである。また、本稿中で言及する資料の名称や位置付けについても同全集に拠っている。なお、旧字・合字等は基本的に新字に改めた。
（12）旧刑法の制定過程については、小早川欣吾『明治法制史論　公法之部　下巻』（一九四〇年）九七八頁以下、西原春夫「刑法制定史にあらわれた明治維新の性格――日本の近代化におよぼした外国法の影響・裏面からの考察――」比較法学三巻一号（一九六七年）五一頁以下、新井勉「旧刑法の編纂（一）（二・完）」法学論叢九八巻一号（一九七五年）五四頁以下・九八巻四号（一九七六年）九八頁以下、石井良助編『明治文化史　第二巻　法制』（一九八〇年）四五二頁以下、吉井蒼生夫ほか編著『旧刑法別冊（1）　刑法草按注解上 日本立法資料全集8』（一九九二年）三頁以下等。
（13）西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治一三年〕（2）―Ⅰ日本立法資料全集30』（一九九五年）二三二頁以下。「第一稿」は、一八七六年一二月二八日に正院に上申されている。同書七頁。
（14）西原ほか編著『旧刑法（2）―Ⅰ』（前掲注（13））三四七頁以下。
（15）西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治一三年〕（3）―Ⅲ日本立法資料全集34』（一九九七年）一五九頁以下。
（16）西原ほか編著『旧刑法（2）―Ⅰ』（前掲注（13））三七九頁以下。
（17）西原ほか編著『旧刑法（3）―Ⅲ』（前掲注（15））一七〇頁。
（18）西原ほか編著『旧刑法（3）―Ⅲ』（前掲注（15））一七〇頁。
（19）西原ほか編著『旧刑法（3）―Ⅲ』（前掲注（15））一七〇頁以下。
（20）西原ほか編著『旧刑法（2）―Ⅰ』（前掲注（13））八〇三頁以下。
（21）刑法草案審査局及び同局における審査修正に関しては、浅古弘「刑法草案審査局小考」早稲田法学五七巻三号（一九八二年）三七九頁以下等。

(22) 早稲田大学鶴田文書研究会『刑法審査修正関係諸案』（一九八四年）三九頁以下。
(23) 早稲田大学鶴田文書研究会（前掲注（22））一二七頁以下。
(24) 早稲田大学鶴田文書研究会（前掲注（22））一〇〇頁。
(25) 村田保『刑法註釈　巻六』（一八八一年）七丁では、「殴打創傷罪ニ於テ罰金ヲ付加セサルモノハ被害者ノ要償ヲ妨ケサルカ為ナリ」と説明されている。この点については、西村克彦『暴力犯群像』（一九八四年）三頁以下参照。
(26) 「殴打創傷ノ罪」について検討するものとして、西村『暴力犯群像』（前掲注（25））三頁以下等。
(27) 現行刑法とは異なり、結果の重い順に条文が配列されているのは、「第一節　謀殺故殺ノ罪」において、最も重い謀殺罪から規定したこととの関係である。西原ほか編著『旧刑法（3）—Ⅲ』（前掲注（15））一四一頁。
(28) 「第四編　違警罪」の中に規定されている四二五条九号は、「人ヲ殴打シテ創傷疾病ニ至ラサル者」を、「三日以上十日以下ノ拘留」又は「一円以上一円九十五銭以下ノ科料」に処している。この四二五条九号と現行刑法二〇八条（暴行罪）とは、「同一ノ趣旨」の規定である。内田ほか編著『刑法（6）』（前掲注（9））三五四頁、松尾増補解題（前掲注（9））二二〇一頁。
(29) 宮城浩蔵『刑法正義』（一九八四年〔一八九三年〕）六四一頁。
(30) ほかに、たとえば、勝本勘三郎『刑法析義各論之部下巻〔第四版〕』（一九〇三年）四九頁では、「殴打創傷トハ……凡テ人身ニ対シ損害ヲ与ヘタル行為ヲ総括シタル一種ノ専門語」と説明されている。
(31) 岡田朝太郎『刑法講義全』（一九〇三年）二二九頁。
(32) 宮城『刑法正義』（前掲注（29））六四一頁。
(33) 岡田朝太郎『日本刑法論各論之部』（一八九五年）七二三頁。
(34) 近藤圭三訓注『新律綱領改定律例合巻註釈　巻四』（一八七四年）二四丁、石井紫郎ほか校注『法と秩序』（一九九二年）二五頁及び二六七頁等。
(35) 井上操『刑法〔明治一三年〕述義　第三編（上）日本立法資料全集別巻128』（一九九九年〔一八九〇年〕）六六頁以下。
(36) ほかに、たとえば、亀山貞義講述『刑法〔明治一三年〕講義　巻之二　日本立法資料全集別巻252』（二〇〇二年〔一八九八年〕）四二四頁では、篤疾は「人ノ四肢五官ノ機能ヲ失ハシムルモノ」であり、癈疾は「唯其ノ機能ノ働キヲ鈍クスルモノ」である旨記述されている。

(37) 吉井蒼生夫ほか編著『旧刑法別冊（2）刑法草按注解下 日本立法資料全集9』（一九九二年）九〇頁。ボアソナード『刑法草案註釈（下巻）』（一九八八年〔一八八六年〕）三三四頁以下も同旨である。
(38) 西原ほか編著『旧刑法（3）—Ⅲ』（前掲注（15））一五九頁以下。
(39) 西原ほか編著『旧刑法（3）—Ⅲ』（前掲注（15））一七〇頁以下。
(40) 小疇伝『日本刑法論（各論）』（一九〇五年）六〇九頁。
(41) 高木豊三『校訂刑法〔明治一三年〕義解（第三編・第四編）日本立法資料全集別巻73』（一九九六年〔一八八二年〕）八三六頁。
(42) 堀田正忠『刑法釋義 第三篇・第四篇 日本立法資料全集別巻178』（二〇〇〇年〔一八八五年〕）一〇七頁。
(43) 新律綱領・改定律例では、「瘋癲人」による殺人等が規定されており、この「瘋癲人」については「精神病者」と説明されている。石井ほか校注（前掲注（34））二六一頁以下。
(44) 同条は、「第一編 総則」「第四章 不論罪及ヒ減軽」「第一節 不論罪及ヒ宥恕減軽」の中に規定されている。
(45) 宮城浩蔵『刑法〔明治一三年〕講義〔第四版〕第一巻 日本立法資料全集別巻79』（一九九八年〔一八八七年〕）五一二頁以下等。なお、高木豊三『刑法〔明治一三年〕講義録 日本立法資料全集別巻110』（一九九九年〔一八八六年〕）二四五頁以下も参照。
(46) 宮城『刑法〔明治一三年〕講義〔第四版〕第一巻』（前掲注（45））五一二頁以下等。
(47) 「モノマニー」については、「簡単に説明しておけば、一見したところごく理性的で、精神病のようには見えないが、なにか一つきっかけがあると突然衝動的に殺人や放火などといった凶悪な犯罪をしてしまうといった精神病が『モノマニー』と呼ばれた。」との説明がある。波多野敏「モノマニーと刑事責任——一九世紀前半のフランスにおける刑法と医学（一）」京都学園法学一四号（一九九四年）二頁。
(48) 片山国嘉『刑法改正私考』片山国嘉著・杉本憲編『法医学説林（片山先生在職十年祝賀紀念）』（一八九九年）四八〇頁以下。『刑法改正私考』は、明治二六年六月に「当局者ノ覧ニ供シ」、同年九月に「世ニ公ニ」されたものである。片山著・杉本編『法医学説林』四六三頁以下参照。なお、後掲の注（62）及び注（63）も参照。
(49) 西原ほか編著『旧刑法（3）—Ⅲ』（前掲注（15））一七〇頁以下。
(50) 磯部四郎『改訂増補 刑法〔明治一三年〕講義 下巻第二分冊 日本立法資料全集別巻141』（一九九九年〔一八八三年〕）

八七〇頁。

(51) なお、精神錯乱に関しては、旧刑法三四八条後段に、「薬酒等ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯乱セシメテ姦淫シタル者ハ……」との規定がある。この精神錯乱が、旧刑法三五一条の「前数条ニ記載シタル罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者」の「傷」に該当するかについては、これらの条文の成立過程で議論された形跡は見当たらなかった。西原ほか編著『旧刑法（3）—Ⅲ』（前掲注（15））三六一頁以下。

(52) 現行刑法の制定過程については、小早川（前掲注（12））一〇二六頁以下、西原（前掲注（12））七五頁以下、石井（前掲注（12））四九一頁以下等。また、現行刑法制定過程の時期区分については、吉井蒼生夫「現行刑法の制定とその意義」同『近代日本の国家形成と法』（一九九六年）一六三頁等。

(53) 当該改正案については、「明治四〇年『刑法改正案』」とも称されている。内田ほか編著『刑法（6）』（前掲注（9））二五頁等。

(54) 現行刑法二〇四条の成立過程については、ほかに、小早川欣吾「片山国嘉博士の『刑法改正私考』」同『続明治法制叢考』（一九三四年）一五七頁以下等。

(55) 内田文昭ほか編著『刑法〔明治四〇年〕（1）—Ⅲ　日本立法資料全集20—3』（二〇〇九年）一八七頁。

(56) 内田ほか編著『刑法（1）—Ⅲ』（前掲注（55））二一六頁。

(57) 内田文昭ほか編著『刑法〔明治四〇年〕（2）日本立法資料全集21』（一九九三年）一七二頁。

(58) 内田ほか編著『刑法（2）』（前掲注（57））一七二頁。

(59) 「明治三〇年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」は、編別が『総則』『罪名』の二編であること、条文数が大幅に削減していること、一八九九年六月六日の法典調査会刑法連合会第一回において、「『明治三〇年案』を原案とする『現行刑法』（旧刑法）の根本的改正を行う方針が決定した」こと等から、現行刑法の「原型をなす」と評されている。内田ほか編著『刑法（2）』（前掲注（57））一〇頁以下。

(60) なお、明治三〇年草案と（「外観ノ不具」の文言の有無以外は）同様の「明治三四年『刑法改正案』（二編三〇〇条）」（内田文昭ほか編著『刑法〔明治四〇年〕（3）—Ⅰ　日本立法資料全集22』（一九九四年）五五頁）に対しては、「独逸刑法の影響を看取し得る」との指摘がある。小早川（前掲注（54））一六八頁。

(61) 西原（前掲注（12））七七頁。

(62) 片山著・杉本編『法医学説林』(前掲注(48))四六三頁以下。小早川(前掲注(54))一五七頁によれば、『刑法改正私考』は、片山国嘉が「法医学の修行のため満四ヶ年独墺両国に留学」した後に書かれたものである。また、小早川(前掲注(54))一五七頁以下では、傷害罪の成立過程における同書の影響が検討されている。

(63) 片山著・杉本編(前掲注(48))四六八頁以下。他に、「殴打」を「暴行」と改めること、「知覚精神ヲ喪失セシメ」を「殆ト不治重大ナル精神ノ疾病」と改めること、「殆ト不治重大ナル身体ノ疾病」についても規定すべきこと等が提案されている。片山著・杉本編(前掲注(48))四六四頁以下。なお、片山国嘉には、「帝国大学総長ノ手ヲ経テ司法大臣ニ提出」された、明治二九年一〇月三一日付の意見書である「刑法草案修正卑見」もある。これは、明治二八年草案に対するものである。片山著・杉本編(前掲注(48))五六九頁以下。

(64) 内田ほか編著『刑法(6)』(前掲注(9))一四四頁。

(65) 内田ほか編著『刑法(6)』(前掲注(9))一七頁。

(66) この間に三つの改正案が帝国議会に提出されている。それらにおける傷害罪及び重傷害罪の内容(法定刑の変更を除く)を概観すると、まず、①明治三四年二月、第一五回帝国議会に提出された「明治三四年『刑法改正案』(二編三〇〇条)」(内田ほか編著『刑法(3)—I』(前掲注(60))五五頁)は、重傷害罪の結果として「外観ノ不具」が追加されているほかは、明治三〇年刑法草案と同内容である。

次に、②明治三五年一月、第一六回帝国議会に提出された「明治三五年『刑法改正案』(二編二九九条、第一六回帝国議会)」(内田文昭ほか編著『刑法(明治四〇年)(4)日本立法資料全集24』(一九九五年)五三頁)は、①と同内容である。婦女の頭髪の切除・毀損に関する規定は、貴族院における審議の過程で削除された。

③明治三五年一二月、第一七回帝国議会に提出された「明治三五年『刑法改正案』(二編二九八条、第一七回帝国議会)」(内田文昭ほか編著『刑法(明治四〇年)(5)日本立法資料全集25』(一九九五年)三四三頁)は、②の審議結果を受けて婦女の頭髪の切除・毀損に関する規定がない点以外は、②と同じ内容である。

(67) この点については、後掲の注(97)も参照。

(68) 「外観ノ不具」については、「明治三四年『刑法改正案』(二編三〇〇条)」(内田ほか編著『刑法(3)—I』(前掲注(60))五五頁)において既に見られる。

(69) 内田ほか編著『刑法(6)』(前掲注(9))二三二頁以下。

(70) 内田ほか編著『刑法（6）』（前掲注（9））二三七頁。
(71) 内田ほか編著『刑法（6）』（前掲注（9））二七六頁。
(72) 衆議院における審議で九六条（公務員侮辱罪）が削除されたため、「明治四〇年『刑法改正案』に対する衆議院修正可決案（政府提出衆議院回付）」の時点で、傷害罪は、二〇五条から二〇四条に繰り上がっている。内田文昭ほか編著『刑法〔明治四〇年〕（7）日本立法資料全集27』（一九九六年）三四八頁。
(73) 内田ほか編著『刑法（2）』（前掲注（57））一八頁は、傷害罪において刑の細分化が見られなくなった時期について、「第二三回帝国議会提出明治四〇年・刑法改正案である。法律取調委員会作成の明治三十九年・刑法改正案には、まだその規定は残されていた」と指摘している。
(74) 「明治四〇年『刑法改正案』に対する貴族院修正可決案（政府提出貴族院回付）」及び「明治四〇年『刑法改正案』に対する衆議院修正可決案（政府提出衆議院回付）」参照。内田ほか編著『刑法（7）』（前掲注（72））四八頁以下及び三四八頁。
(75) 内田ほか編著『刑法（6）』（前掲注（9））三五二頁以下。
(76) 内田ほか編著『刑法（6）』（前掲注（9））三五三頁以下。
(77) 田中正身『改正刑法釈義下巻　日本立法資料全集別巻36』（一九九四年〔一九〇八年〕）一〇一三頁では、「医学上ノ成語ニ基キ改メテ」と記述されている。
(78) 内田ほか編著『刑法（6）』（前掲注（9））三五二頁以下。
(79) 内田ほか編著『刑法（6）』（前掲注（9））三五三頁。
(80) ボアソナード『刑法草案註釈（下巻）』（前掲注（37））三三一頁以下には、「殴打創傷ノ罪」において「精神ノ毀傷」が問題となる旨の記述も見られる。
(81) この点に関しては、松下正明総編集『精神医療の歴史』（一九九九年）二五一頁以下、岡田靖雄『日本精神科医療史』（二〇〇二年）一一三頁以下等参照。
(82) 片山国嘉ほか編著『裁判医学提綱　前編』（一八八八年）。同書は、「東京大学医学部ノ教場ニ於テ講述セル裁判医学ノ綱領ヲ提記シタ」（例言一頁）ものである。
(83) 片山ほか編著（前掲注（82））一三七頁以下。
(84) 片山ほか編著（前掲注（82））一四二頁。

(85) 片山ほか編著（前掲注（82））一四五頁。
(86) 片山ほか編著（前掲注（82））一九七頁以下。
(87) 片山ほか編著（前掲注（82））二五八頁以下。
(88) 同規定の趣旨について、政府委員の倉富勇三郎は「傷害罪ハ誠ニ種々ナ事情ガアル、又旧案ノ如ク一号カラ七号マデヲ掲ゲテ見タトコロガ決シテソレデ十分ト云ウ訳ニハ行カナイ、結局旧案ニ於テ重大ニシテ不治ナル精神身体ノ疾病、又ハ外観ノ不具ト云フヤウナ汎博ナ規定モ設ケテ置イタヤウナ次第デゴザイマス」と説明している。「明治四〇年三月四日衆議院刑法改正案委員（特別調査委員）会議録（速記）第七回」内田ほか編『刑法（7）』（前掲注（72））一九八頁。
(89) 内田ほか編著『刑法（2）』（前掲注（57））一七二頁。
(90) 当該資料については、「刑法改正審査委員会の作成になる公式の『理由書』ではないが、刑法改正の要点を説明し、立法上の理由を明らかにする目的で書かれており、刑法改正の趣旨および要点を知る上で参考になる」と評されている。内田ほか編著『刑法（2）』（前掲注（57））二六頁以下。
(91) 亀山貞義校閲、溝淵正気・藤田次郎共著『新旧対照刑法草案理由書』（一八九八年）二七七頁。
(92) 団藤重光編『注釈刑法（5）』（一九八六年）七五頁〔小暮得雄〕。
(93) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第一〇巻』（二〇〇六年）三八七頁〔渡辺咲子〕も、「『身体』とは精神機能を含む、人の生身の『からだ』をいう」とする。
(94) 最判昭和二七年六月六日（刑集六巻六号七九五頁）等。
(95) これとは逆に、オーストリア刑法においては、精神的障害を直截に傷害概念（健康侵害概念）に含める見解（精神症状包含説）が通説的見解である。また、同国の最高裁（OGH）の立場も同様であり、判例には、無形的方法による純粋な精神的障害についても傷害概念に含まれ得る旨判示したものがある。これらの点については、拙稿（前掲注（2））一〇五頁以下で紹介を試みた。
(96) この点に関しては、林（前掲注（6））二五一頁、二五三頁、三浦愛「イギリス刑法における精神的障害と嫌がらせについて」法学研究年誌（東北学院大学大学院法学研究科）一六号（二〇〇九年）六三頁以下等参照。
(97) 頭髪の切断に対する評価も傷害概念に関する問題の一つである。
この問題に関しては、旧刑法下では、三〇一条との関係で、「芸娼妓ノ頭髪ヲ切断シテ二十日以上ノ間営業シ能ハサルニ

至ラシメタ」場合等を例に議論がなされていた（高木（前掲注（41））八四三頁以下等）。また、現行刑法二〇四条の成立過程では、第一六回帝国議会の貴族院刑法改正案特別委員会において議論が見られる。同議会に提出されたのは「明治三五年『刑法改正案』（二編二九九条、第一六回帝国議会）」（内田ほか編著『刑法（4）』（前掲注（66））五三頁）であり、同改正案には次のような規定があった。

第二百四十条　人ノ身体ヲ傷害シタル者ハ五年以下ノ懲役又ハ百円以下ノ罰金若クハ科料ニ処ス
婦女ノ頭髪ヲ切断又ハ毀損シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ五十円以下ノ罰金若クハ科料ニ処ス

当該規定に関しては、「明治三五年第一六回帝国議会提出『刑法改正案』理由書」（内田ほか編著『刑法（4）』（前掲注（66））一三八頁）では、「一般ニ毛髪ヲ切断スル如キハ本条ノ傷害罪タラスト雖モ婦女ノ頭髪ハ特ニ之ヲ保護スル必要アルヲ以テ新ニ本条第二項ヲ設ケタ」と説明されている。また、当該規定をめぐって、政府委員の石渡敏一は、頭髪の切断については、毛髪は「身体ノ一部デアルト思フ、唯傷害ノ中ニ這入ラヌト思フ」と発言している。同じく政府委員の古賀廉造は、頭髪の切断は同条一項には含まれない、毛髪は身体の一部ではあるが、その切断は「傷害デハナイ積リデアリマス、本条ハ実際上屢々頭髪ヲ切ラレタ者ガアリマシテ現行法ニ於テ之ヲ罰スルコトガ出来ナイノデ困ッタコトガアッタ為ニ之ヲ加ヘタノデアリマス」と発言している。

これらの内容に照らせば、立法者は、頭髪の切断は傷害ではないとの理解を前提としていたものと思われる。後に、大判明治四五年六月二〇日（刑録一八輯八九六頁）は、剃刀で女性の頭髪を根本から切断した行為について、傷害罪の成立を否定する。これは、先に見た立法者の理解に合致するものといえる。

薮中　悠（やぶなか　ゆう）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　日本刑法学会
専攻領域　刑法
主要著作　「刑法における傷害概念と精神的障害――オーストリア刑法における議論を中心に――」『法学政治学論究』第九七号（二〇一三年）