

過失罪に就て

法學博士 趙

欣 伯

私は今日此の席に於て皆様にかゝりまして御話致すことになりましたのは、實に光榮に存じます。後輩たる私は先輩たる各位の前に講演するのは甚だ僭越であります。加藤先生からお話がありましたので、耻し乍ら御受け致しましたのであります。

元來歐羅巴に於て刑法上の過失觀念の發達は甚だ遅いものでありまして、羅馬法に於ては立法の始めに刑事過失に關する規定がありません故に、故意と過失とを區別しなかつた様で御座います。後に過失と故意と區別しましたけれども、過失を以て一種不可抗力と同視して之を罰しませんのであります。帝政時代に至りまして始めて重い犯罪例へば殺人、失火等に就きて過失を罰しましたけれども、其の他の犯罪行為に於ては矢張り不可抗力と同視したので御座います。日耳曼法も同様で御座います。中古に至りて寺院法の影響に因りて過失を罰するものになりましたけれども、唯だ過失殺人位に過ぎなかつたのであります。然し中華民國に於ては紀元前二千二百五十五年即ち歐洲に於て過失觀念の曙光を見

た初めの時、即ちカール大王の時代より三千一百餘年虞の時代既に過失罪を認める立法があつたのであります。例へば尙書舜典に、

(一)「象以典刑、流宥五刑、鞭作官刑、朴作教刑、金作賻刑、眚災肆赦、怙終賊刑、欽哉欽哉、惟刑之恤哉」

と書いてあるのを見れば判るのであります。眚は即ち過失でありまして、災は緊急行爲で御座います。單に眚の意味は普通に一切の過失行爲は勿論、輕微なる一時的の故意行爲をも包括して居ります。左傳に、

(二)「不以小眚掩大德」

といふ場合の眚は然るものであります。然れども法律上の眚の意味は甚だ狹義的でありまして輕微なる故意行爲は勿論「誤」とも區別するのであります。故に中華民國の古代の過失觀念は、本當の意外の行爲のみを過失とするものでありまして、今日の如く結果の認識の有無を以て之を區別するものでは御座いません。御承知の如く今日の過失の概念に就きましては、通説としては認識の有無を以て故意行爲と區別する唯一標準として居ります。即ち過失といふものは、認識し得べかりし事實を認識せざりし不注意の意志状態を云ふものであります故に、過失の構成要件としては第一認識しなかつたを必要とする

ものであります。若し認識するときは、最早過失ではなく故意行爲であります。第二は認識する事が出来るを必要とするものであります。若し認識する事が出来ない場合には、行爲者は主観上理解する事が出来ないから不可抗力に外ならないのであります。例へば石を投げれば人に命中すと認識するときは故意行爲でありまして、之を知らないとき、即ち石を投げるとは認識するけれども人に命中するを知らなかつたときは故意行爲に非ずして過失行爲であります。然し過失罪を構成するには更に其の知らなかつたとを行爲者が知るとの出来るとでなければなりません。譬へば泥坊が竈の中に藏れて居るのを知らずして火を付けたので、其の泥坊を焼殺しましたときは、人間が竈の中に居るとを普通では之を知ることが出来ないですから、過失罪として之を罰することは出来ません。これは今の通説であります。然し古代の過失觀念は之と違ひまして害意の有無を以て標準としますので、行爲の認識の有無に因るものではありません。即ち何等害意なくして或る行爲をなし、公益を侵害する結果が発生する場合は過失即ち咎であります。唯だ法律を知らないとき即ち自分の行爲は罪にならないと誤信するとき、又は犬に命中しようと思つて石を投げましたのに側に立つてゐる乙に命中しましたときは、「咎」ではありません。「誤」です。この「誤」は過失よりも非難せらるべき点が多いから刑罰を加へるのであります。先の例の尙書舜典の中に「金作購刑」と云ふのは此の場合を指して云ふのであります。書經の、

(三)「金作贖刑註云誤而入罪出金以贖之」
を見れば明らかなるものであります。

過失と誤との區別は、虞の時より清律即ち清朝の法律に至り存在して居るのでありますが、其の内容は大變違つて居る所もあります。例へば唐律即ち唐の法律には上古の「誤り」の大部分を過失觀念の中に入れました、前に述べた例に於て、犬に命中しようと思つて石を投げましたのに側に立つてゐる人間に命中するときは、上古の法律では之を「誤」とするも唐律では之を「過失」としたのであります。又は唐律以後は過失を贖刑に處し「誤り」を体刑甚だしきは生命刑に處する場合もあつたのであります。

要するに中華民國の上古に於ては、過失を宥恕するを以て原則とするのであります。尙書大禹謨に、
(四)「罪不及嗣賞不延世宥過無大刑故無小」

云々即ち左様な意味であります。即ち過失は如何なる大なるものも之を宥恕すべき意であります。第五例の周禮三宥にも、

(五)「一宥不誠、二宥曰過失、三宥曰遺忘」

と過失を宥すことを書いてあるのを見るときは、更によく判るのであります。晋律に至りては過失に關する法的思想は、益々發達しました。第六例を御覽を願ひます。晋書卷三十に張斐律案の二十律の中に過

失を賊の上、不道の下に入れまして、其の過失の意義に於ては、

(六)「意はざる誤犯は之を過失と謂ふ」

と書いてあります。唐律に至りては更に詳細に過失の内容を註明しました。第七の例と第八の例とを御覽になれば判るのであります。即ち第七は唐律に、

(七)「過失謂耳目所不及思慮所不到者」

とあり、第八は其の疏議に、

(八)「註云謂耳目所不及假如有擣甄瓦及彈射者耳不聞人聲目不見人出而到殺傷、其思慮所不到者。謂本

是幽僻之所處不應有人投瓦及石、誤有殺傷、或共舉重物而力有所不制、或升高險而定蹠跌、或擊禽獸而誤殺傷人者、如此之類爲過失稱之屬者若共捕盜賊誤殺傷旁人之類皆是」

と書いてあります。即ち過失とは耳目の及ばざる所あり、思慮の至らざる所あるときです。言葉を換へて云ふときは、聞えない見えない場合、又は思ひ付かない場合に於て或る行爲に因りて人に害を與へましたときであります。つまり人がゐるのが見えなかつた爲めに煉瓦や瓦を投げましたので意外に人に命中するときとか、又は寂しい場所なので、人間が居る筈がない所に向つて瓦や石を投げました爲めに人を殺傷しましたときとか、或ひは二人で或る重い物を運ぶとき自分の力が盡きましたので其の物を持つ

とが出来なくなりましたから遂に其の物を放しましたそのため、他の一人を傷害したときとかを云ふのであります。唐律以後明清律に至りて過失の概念は變らないのであります。

日本に於ても天智天皇より明治六年に至る千二百餘年間支那の舊法を以て基礎としたのであるとは、御承知のこと存じますから詳細に述べませぬ。要するに我が東洋法制史に於ては過失觀念は他國より遙かに發達が早かつたのであります。發達が早いのみでなくして法理論に於ても他國より優つて居ると云ふも決して過言では御座いませぬ。斯く優つて居るに拘らず今日の刑法典の中に昔の美点の痕跡が殆んど残つて居りません故に、昔の良い處は殆んど全部今日の刑法典より除去せられたのであります。何故かゝる不都合などがあるかと云ふと、我が東洋人の子孫は餘りに不肖なものが多いため、祖先の徳を忘却してしまひまして徒らに新しい事に傾くを好むからであります。

古今の法律の優良を比較するときは澤山の例が御座いますが、時間の都合上其の内の最も輕きものを舉げてお話致したいと思ひます。第九例を御覽を願ひます。これは唐律の一つの立法例にして其の疏議に於ては、

(九)「錯認他人奴婢及財物者計贓一疋笞五十五疋加一等、罪止杖一百、未得者各減二等謂從錯認良人以下並減二等、其錯認良人以下爲子孫律既無文、量情依不應爲輕、苦錯認他人妻妾及女爲己妻妾者

情理俱重依不應爲重科若已認得妻妾將去多涉姦情即同姦法」

即ち唐律に於ては他人の奴婢及他人の財物を自分のものであると誤信したるときは、犯罪として之を罰するので御座います。殊に他人の妻又は他人の娘を自分の妻自分の妾であると誤認したるときは、單に誤認するのみにして其の妻又は其の娘を犯さざる場合は、四十以上八十以下の笞刑杖刑に處するのでありまして、若し他人の妻又は他人の娘を自分の妻自己の妾であると誤認した結果之を姦淫したときは、姦淫罪として之を罰するのであります。所が今日の各國立法例中中華民國の刑法も日本の刑法も斯かる過失を罰しない故に、今日の刑法に於て他の財物を自分の財物であると誤認して之を使つてしまひましたも、刑法上の責任はないのであります。又他の妻を自分の妻であると誤信して之を姦淫したるも無罪で御座います。

或る貧乏人たる甲は僅かに二圓の金を持つて居りまして其の二圓の金を以て藥を買つて來て自分の父の一命を止めようとしたとき、隣の乙は其の金は自分の金であると誤認して之を攫つて持つて行つてしまひましたので、甲の父は遂に其の爲め死亡したるも乙の行爲は昔の刑法でしたら罰せられるが、今日の刑法に於ては何等罪がないのであります。何故ならば他人の財物であることを認識せずして自分のものであると誤信してやつたからですから故意行爲ではないからであります。この場合の行爲は勿論過失行爲

であります。然し今日の刑法には斯かる過失を罰する規定はないのみならず、反つて斯かる過失を罰しないと明言して居るのであります。他人の妻を自分の妻であると思ひ違ひをして之を姦淫したるときは、他人の妻であることを知らずして自分の妻であると誤信してやつたとですから有夫姦の故意を構成しません。然しこの場合の行爲も立派な過失行爲であります。何故ならば他人の妻であることを知らなくても一寸注意するときは判るとが出来るのであります。然れども今日の刑法典には此の過失行爲を罰する規定がないのみならず反つて之を罰しないと言明して居るのであります。最近の一實例を挙げますと、文學趣味を持つてゐる甲は淺草區に住んでゐる乙の妻と或る活動寫眞館に於て懇意になりまして遂に姦通するに至りました。乙の妻は自分の二人の子供が姦夫たる甲と密會することを邪魔するから其二人の子供を毒殺しようと思いました。乙は妻の不貞と殘酷とを憤慨して姦夫淫婦の二人を告訴しました。所が最終審に至りて姦夫たる甲は無罪になりましたのであります。其の判決理由としては、甲は乙の妻と姦通した事實があるけれども、相手の女が夫ある女と知らなかつたので、有夫姦の罪を犯す意がないからであります。この場合も立派な過失行爲であります。蓋し法律が既に有夫姦を罰する以上は人と姦通するときは、相手の女は有夫の婦であるか無夫の婦であるかを注意する義務があると云はねばなりません。又は相手の女が夫を持つてゐるか否かは相當に注意すれば判るとが出来る筈であるから

であります。故に甲の行爲は立派に過失を罰する規定はないのみならず、反つて之を罰しないと言明して居ります。勿論具体的に之を罰しないと言明して居るのではありませんが、法文上に於ては斯かる意味があると解釋しなければならぬのであります。この外に斯かる徹底しない個所は山々で御座います。が、時間の都合でその一例のみを示したに過ぎません。この一例に付しても古今法律の優劣を知ることが出来るかと存じます。今日の法律は果して我東洋の固有の美風に適するものでありますや否や賢明なる諸君の御判断を願ひたいのであります。

今日の刑法典は他國と同様に犯意なき行爲を罰しないを原則とするのでありまして、過失を犯意より除去してしまつたのであります。例へば日本刑法第三十八條に「罪を犯す意なき行爲は之を罰せず」と規定してあるのであります。これは即ち過失を罰しない意味であります。其の但書に依りまして始めて例外として特定の過失を罰するのであります。即ち同條に「但し法律に特別の規定ある場合は此の限りにあらず」と云ふのは之れで御座います。然し日本刑法典には過失を罰する特別規定は何程あるかと云ふと、故意犯を罰する規定の百八十餘條中過失を罰する規定は僅かに第一一六條、第一一七條、第一二二條、第一二九條、第二〇九條、第二一一條の七條に過ぎないのであります。この七條に規定してゐる外の過失は人に如何なる害を興へるも無罪であります。即ちこの七條の特別規定の外に如何なる過

失行爲あるも刑法上の責任はないのであります。淺見によりますと法律は純論理的のものでなく、其の國の國情民習及び社會の實生活に適するところが肝要であると思ひます。元來刑法は國民の正義の觀念に適すべきものでありまして、斯かる正義を無視して唯だ論理的に之を研究するは甚だ不當であると思ひますから、今日の中華民國の刑法と日本の刑法とは我が東洋の固有の美風を無視して徒らに西洋の法律を倣ねした所が澤山あるとは實に遺憾とするのであります。

從來泰西の學問文化の輸入が吾々東洋人を啓發したとは澤山あります。又今後とも歐米諸國に學ぶべき所が少なくないと存じますが、法律制度は勿論其の他社會上各般の事彼の長を取るに就いては彼國と民族習慣の甚だしく相違せる吾々東洋人は、吾人独自の立脚点を常に考慮して吾人固有の美風を尊重せねばならぬと思ひますので、今日の法律は尙幾多改正せねばならない点があると信じて疑はないのであります。身体が少し悪いのでこれで終了と致します。ながく御清聽を煩はしました事について厚く御禮を申し上げます。

引 證 摘 出

- (一) 尙書舜典「象以典刑、流宥五刑、鞭作官刑、朴作教刑、金作購刑、苴災肆赦、怙終賊刑、欽哉欽

哉、惟刑之恤哉」

(二) 左傳「不以小眚掩大德」

(三) 書經金作贖刑註云誤而入罪出金以贖之

(四) 尚書大禹謨「罪不及嗣、賞不延世、宥過無大、刑故無小」

(五) 周禮三宥「一宥曰不識、二宥曰過失、三宥曰遺忘」

(六) 張斐律案「——不意誤犯謂之過失——」

(七) 唐律「過失謂耳目所不及思慮所不到者」

(八) 唐律疏議「註云謂耳目所不及假如有授輓瓦及彈射者耳不聞人聲目不見人出而到殺傷、其思慮所不到者、謂本是幽僻之所其處不應有人投瓦及石、誤有殺傷、或共舉重物而力有所不制、或升高險而足蹉跌、或擊禽獸而誤殺傷人者、如此之類爲過失稱之屬者若共捕盜賊誤殺傷旁人之類皆是」

(九) 唐律疏議「錯認他人奴婢及財物者計贓一疋笞五十五疋加一等、罪止杖一百、未得者各減二等謂從錯認良人以下並減二等、其錯認良人以下爲子孫律既無文、量情依不應爲輕、若錯認他人妻妾及女爲己妻妾者情理俱重依不應爲重科若已認得妻妾將去多涉姦情卽同姦法」

土佐國を巡講して詠める

その四

千家鐵磨

駒に乗り伊勢川山の宿立つに向つ高嶺に雪見ゆる朝

（再び山間部に入る）

乗る駒の手綱控えて見かへるに谷を隔て、見送りの女等

秋山を駒に跨り超えゆくに落葉散りしく落葉ちりしく

一本の黄葉める楓日に映えて山の木立の中に立ちけり