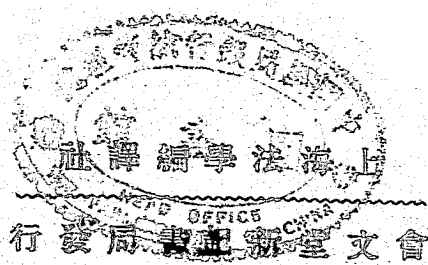


一之書叢學法

# 論失過法刑

S. P. C. 原著

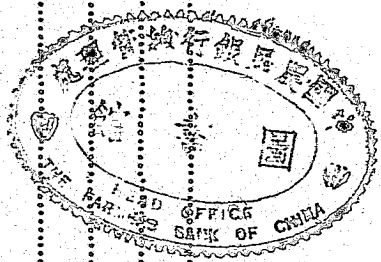
譯中宇鄭



Mf  
D914.01  
17

# 刑法過失論目次

第一章	過失之沿革.....	一
第二章	過失之立法例.....	二七
第三章	過失與責任.....	三七
第四章	責任能力與過失.....	五五
第一節	有責任能力與過失.....	五八
第二節	無責任能力與過失.....	七六
第一項	欠缺精神之成熟時.....	七七
第二項	缺乏精神之健康時.....	九二
第三項	妨礙精神發達之時.....	九九
第四項	精神已退縮時.....	一〇三
目    錄		



第五章	過失論之說的大要	一〇七
第六章	過失之概念	一一一
第七章	故意與過失	一一七
第一節	故意之概念	一一七
第一項	認識與故意及過失	一二〇
第二項	違法之認識與過失	一三一
第三項	意思與故意及過失	一四四
第二節	錯誤與過失	一五三
第一項	肯定的錯誤	一五四
第二項	否定的錯誤	一六三
第八章	過失之共犯	一七五
第九章	犯罪助成過失	一八一

第一節	犯罪助成過失之概念.....	一八一
第二節	犯罪助成過失之法理的基礎.....	一八八
第一項	處罰犯罪助成過失之疑問.....	一九〇
第二項	處罰犯罪助成過失之理由.....	一九一
第三節	犯罪助成過失之內容.....	一九三
第四節	犯罪助成過失之成立範圍.....	二〇四
第一項	在民法上助成過失之地位.....	二〇七
第二項	在刑法上助成過失之地位.....	二〇八
第五節	犯罪助成過失之刑罰.....	二一一
第十章	認識之過失與不認識之過失.....	二一五
第十一章	過失注意之義務.....	二二五
第十二章	結論.....	二三九

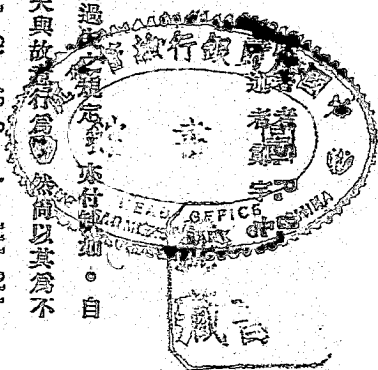
刑  
法  
過  
失  
論

# 刑法過失論

## 第一章 過失之沿革

過失之觀念，在刑法上，發達頗遲。即羅馬立法之初，關於過失之規定，亦未付闕如。自 Gellius x 1 之後，至 Justinian's Perpetuas 時代，始區分過失與故意行為。然尚以其為不可抗力之一種，而無處罰之規定。迨 17 Dig ad heg. Quam de Sico 48. 8. gains 111. 211. 帝政時代，其於重罪，例如：殺人，放火，墮胎等，即過失，亦處罰之。然尚以過失與不可抗力，混為一物。即德國往古之世，亦未嘗有所區別。其後受中世寺院法之影響，乃罰過失之罪，然僅罰過失殺人而已。迨受中世意大利學說影響，過失之概念，始引起一般人之注意。然在中國「象刑」之時，即有過失之觀念。例如：尚書舜典曰：『象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。朴作教刑。金作贖刑。眚災肆赦。怙終賊刑。欽哉欽哉。惟刑之恤哉。』眚，即過

### 第一章 過失之沿革



失；災，緊急行爲。肆，緩之意。赦，赦免之謂。

【註】災，有解爲冤罪者，誤也。

然皆者，於主觀客觀兩方面，毫無可以非難之處，至其行爲，因錯誤，而不認認犯罪事實，非皆也；乃錯誤也。錯誤，亦應爲罪，而科以贖刑，所謂金作贖刑者是也。——書經：『金作贖刑註云：誤而入罪，出金以贖之。』

尚書大禹謨曰：『罪不及嗣。賞不延世。宥過無大。刑故無小。』即過失無論大小，應宥恕也。

周禮有三宥：『一宥曰不識。二宥曰過失。三宥曰遺忘。』可知吾國古法，已有過失之觀念，初僅答責之，終於宥赦之，而未嘗罰也。自斯以往，隨法律思想之發達，亦變而處罰之矣。例如：『周禮四刺註曰：過失殺人，不坐死。』

降及晉律，關於過失之法的思想，愈益發達。張斐律案：『故，失，謾，詐，不敬，鬥，戲，賊，過失，不道，惡逆，戕，造意，謀，率，強，略，奪，盜，賊，之二十等中，特以過

失，列於賊之下，不道之上。

晉書卷三十曰：

其後明法掾。斐又註律表上之，其要曰……其知而犯之謂之故。意以爲然謂之失。違意欲上謂之謬。背信欺巧謂之詐。虧損廢節謂之不敬。兩訟相起謂之鬥。兩和相害謂之賊。無變斬擊謂之賊。不意誤犯謂之過失。逆節絕理謂之不道。陵上僭貴謂之惡逆。將害未發謂之賊。唱首先言謂之造意。二人討議謂之謀。制衆建計謂之率。不知謂之強。攻惡謂之賊。三人謂之羣。取非其物謂之盜。貨財之利謂之贓。凡二十者律義之較名也。

北齊律之處罰過失，因收贖，特設得免之規定。例如：依隋書卷二十五有曰：合贖者謂流內官，及爵秩比視老小閹癡並過之屬，可以知之矣。

唐律之關於過失，設有比較的詳細之規定，分殺傷罪爲五種，卽：謀殺，故殺，誤殺傷，誤殺傷，過失殺傷是也。

其所謂誤殺傷者，因鬥毆而殺傷旁人之場合之謂。卽今所謂打毆之錯誤，或手段之錯誤是也。

第一章 過失之沿革



。【註】

【註】唐律例一：諸鬥毆而誤殺傷旁人者，以鬥殺傷論，至死者減一等。

以打擊之錯誤，而與鬥殺傷同視者。蓋以行爲者，自始卽有殺傷他人之意思也。其疏證已述之矣。曰：

鬥毆而誤殺傷旁人者，例如：甲共乙鬥，甲欲刃杖欲擊乙，誤中於丙，或死傷者，以鬥殺傷論。不從過失者，以其元有害心，故各依鬥法。至死者，減一等，流三千里。

從鬥毆手段以外，因錯誤致殺害他人時，是亦誤殺傷也。然其行爲，以非出於殺傷他人之意思，故減輕之，而以戲殺傷論也。

又誤殺傷之客體，爲救助自己者時，在行爲者，本不欲爲其行爲，其爲錯誤可知，故較諸誤殺傷，規定爲減二等也。

【註】唐律例二：若以僵仆致死傷者，以戲殺傷論。卽誤殺助己者，各減二等。其疏證曰

仰之謂之僵，伏之謂之仆，謂其人鬥毆失手足跌而致僵仆誤殺旁人者。……誤殺傷斃已者，各減二等。例如：甲與乙共毆丙，某甲誤毆乙致死……

所謂戲殺傷者，因角力或其他與此相類似之遊戲而殺傷之場合之謂也。於此場合，雖無殺意，但遊戲之行爲，有危險性，故仍應負責，究與過失有別也。【註】

【註】唐律例三：諸戲殺傷人者，減鬥殺傷二等。

遊戲，乃相互間無何等之尤怨，不過因偶然娛樂而爲之而已。然若以刃爲之，或以登高履危入於水中而爲之，其結果，致於殺傷時，不應原宥，故祇減一等而已。【註】

【註】唐律例四：雖和，以刃，若乘高履危入於水中，以故相殺傷者，唯減一等。其疏議曰：

戲殺傷人者，謂以力共戲，因而殺傷人，減鬥罪二等。……雖和，以刃。鹽云：死而不弔者三，謂畏，壓，溺。況乎嬉戲，或以金刃，或乘高處險，或隨危履薄，或入水中，既在危險之所，自須其相警戒。因此共戲，遂至殺傷，雖和同原情不合，致有殺

傷者，唯減本殺傷罪二等。

所謂過失殺傷者，乃耳目所不及，思慮所不到，偶然犯殺傷罪之謂也。關於過失殺傷之觀念，唐律疏議曰：

註云：謂耳目所不及，假如有投輓瓦及彈射者，耳不聞人聲，目不見人出，而致殺傷。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。或共舉重物而力所不制，或升高險而足墜跌，或因擊禽獸而殺傷人者，如此之類皆爲過失。帶之屬者，若共捕盜賊誤殺傷旁人之類皆是。

而在唐律，亦爲過失犯，因其情節，依特別規定之收贖制，使贖其罪。〔註〕

【註】唐律例五：諸過失殺傷人者，依其狀收贖。

唐律，規定業務上之誤殺傷與業務上之過失殺傷，必加重其刑。然於特種場合，則減輕之。例如：於醫者業務上之誤殺傷，較諸一般之誤殺傷，減二等。在過失殺傷之場合，與一般之過失殺傷，科以同等之刑罰。卽一般之誤殺傷，應處三千里之流刑。醫者業務上之誤殺傷，

不過二年半之徒刑而已。〔註〕

【註】唐律例六：諸醫爲人合藥及題疏針刺，誤不如本方，殺人者，徒二年半。其疏曰

醫師爲人合和湯藥，有君臣分劑，題疏藥名，或注冷熱，遲緩，並針刺等，錯誤不如本方者；謂不如今古藥方，及本草，以故殺人者，醫合徒二年半。若殺傷親屬尊長，得罪雖輕於過失者，各依過失殺傷論。其有不至徒二年半者，亦從殺罪減三等。假如誤不如本方，殺舊奴婢，徒二年，減三等，杖一百之類。傷者各同過失法。

但唐律對於一定業務者，使負一定之注意義務，違背此義務時，雖不發生結果，亦有構成一定犯罪之規定。〔註〕若依業務上之不注意，已發生結果時，根據被害法益之大小，加重刑罰。

【註】唐律例七：若於開杖內，誤遺兵杖者，杖一百。

唐律例八：若錯符，錯下鍵，及不由鑰而開者，杖一百。應閉忘誤不下鍵，應開毀管鑰

### 第一章 過失之沿革

而開者，徒一年。

唐律例九：上書奏事誤犯。上尚書省餘文書誤，笞三十。奏事口誤，及上尚書省書誤，笞四十。上書奏事誤，笞六十。上尚書省餘文有書，杖六十。上尚書省誤有書，杖七十。上尚書奏事誤有書，杖九十。

唐律例十：受書不依題署，誤謂他所，稽程一日，杖六十。三日，杖七十。五日，杖八十。七日，杖九十。九日，杖一百。十一日，徒一年。以故有所廢，徒二年半。以故有所毀改，徒三年。若軍務要速，稽程一日，杖九十。三日，杖一百。五日，徒一年。七日，徒一年半。九日，徒二年。十一日，徒二年半。

唐律例十一：共同職有私，連坐之官，不知情者，以失論。

對於一般之人，有要求其不可誤認他人之注意之規定。即不可誤認良人爲部曲或奴婢，及不可誤認他人之財物，爲自己之財物之規定是也。若誤認普通人爲家臣或奴婢之時，處二年或一年半之徒刑。若誤以他人之財物。信爲自己之財物，已經領得時，依財物之數量，處五十

至一百之笞刑。但僅誤認，尙未領得，處三十之笞刑。不能以人之妻妾，誤認爲自己之妻妾，若誤認而未犯之，準於：「不得爲而爲」之法規，處四十以上八十以下之笞刑。若已犯之者，準姦罪之條而處罰之。〔註〕

〔註〕 唐律十二：諸錯認良人爲奴婢者，徒二年。爲部曲者，減一等。錯認部曲爲奴者，杖一百。錯認奴婢及財物者，計贓一疋，笞五十。五疋，加一等。罪止杖一百。未得者，各減二等。其疏議曰：

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。謂從錯認良人下，並減二等。其錯認以下爲子孫，律旣無文，量情依不應爲輕。若錯他人之妻妾及女，爲已妻妾者，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。

對於皇室，爲奉上者，其業務上之注意，較諸普通人加重其責任。〔註〕

〔註〕 唐律例十三：「合和御藥誤」，未進藥，揀擇不精，杖一百。已進藥不精，徒一年。

唐律十四：「造御膳犯食禁」，進御膳不時，徒一年。殺物在食中，徒二年。誤犯食禁，絞。

爲公安上所禁止一定之行為，科以一定之刑罰。因此，對於所發生之結果，故意者勿論。雖無過失，仍使負其責任，故有以故意殺傷論之規定。〔註〕

〔註〕唐律十五：諸向宮殿內射，宮垣，徒二年。殿垣，加一等。箭入者，各加一等。箭入上閣內者，絞。御在所者，斬。放彈及投瓦石者，各減一等。殺傷人者，以故殺傷論。

唐律例十六：諸向城及官私宅，若道徑射者，杖六十。放彈者，及投瓦石，笞四十。因而殺傷人者，各減門殺傷一等。

唐律十七：諸於城內街巷，及人衆中，無故走車馬，笞五十。以故殺傷人者，減門殺傷一等。若有公私要遠而走者，不坐。以故殺傷人者，以過失論。其因驚駭不可禁止，而殺傷人，減過失二等。

唐律十八：諸施機槍作坑穿者，杖一百。以故殺傷人者，減門殺傷一等。若有標幟者，又減一等。其深山，迴澤，及有猛獸犯暴之處，而施作者，聽。仍應立標幟，不立者，笞四十。以故殺傷人者，減門殺傷罪三等。

因不注意，毀棄官有物時，爲誤毀棄，設有處罰之規定。例如：因不注意，若鑄誤大祀神御之物，已毀棄御寶參與服等時，處一年之徒刑。因不注意，而忘失之時，亦然。【註】

【註】唐律十九：諸棄毀大祀神御之物，若御寶，參與，御服物，及非服而御者，各以盜論。忘失及誤毀者，準盜減二等。

唐律二十：諸棄毀符節印，及門鎗者，各準盜論。忘失及誤毀者，各減二等。

唐律二十一：諸棄毀制書，及官文書者，準盜論。忘失及誤毀者，各減二等。其誤毀失符移解牒者，杖六十。

唐律二十二：諸棄毀官私器物，及毀伐樹木稼穡者，準盜論。卽忘失及誤毀官物者，各減三等。



過失殺傷，因行為者與被害者之地位不同，法律上之待遇亦異。即或罰或不罰也。例如：爲部下或奴婢者，因過失殺傷主人時，處絞，或流罪。爲妻妾者，因過失，將夫之祖父母父母致死時，徒三年。致傷時，徒二年。爲妻妾者，因過失，殺傷其夫時，處二年半乃至三年半之徒刑。爲弟妹者，因過失，殺傷兄姊時，處二年或三年之徒刑。反之，主人因過失，殺傷部曲奴婢。祖父母，因過失，殺傷孫之妻妾。父母，因過失，殺傷子之妻妾，夫因過失，殺傷自己之妻妾，或兄姊因過失，殺傷弟妹時，均不爲罪。〔註〕

【註】唐律二十三：諸部曲奴婢過失殺傷主者，絞。傷及冒者流。卽毆主之期親，及外祖父母者，絞。已傷者，皆斬。冒者，徒二年。過失殺傷者，減毆罪二等。傷者，又減一等。——前者，加杖二百，計徒三年，杖二百。後者，加杖一百八十，計徒二年半，杖一百八十。

唐律二十四：諸妻妾冒夫之祖父母，父母者，徒三年。毆者，絞。傷者，皆斬。過失殺，徒三年。傷者，徒二年。諸妻毆夫，徒二年。若毆傷重者，加凡鬥三等。死者，斬。

媵及妾犯者，各加一等。過失殺傷者，各減二等。

唐律二十六：諸毆兄弟者，徒二年半。傷者，徒三年。折傷者，流三千里。凡傷及折齒，或瞎其一目者，絞。死者，皆斬。冒者，杖一百。伯叔父母殺傷者，各加一等。即過失殺傷者，各減本殺傷罪二等。

唐律二十七：諸主毆部曲致死者，徒一年。故殺者，加一等。莫有愆犯，決罰致死。及過失殺傷者，各勿論。

唐律二十八：即子孫之婦，令廢疾者，杖一百。篤疾者，加一等。死者，徒三年。故殺者，流三千里。妾各減二等。過失殺者，各無論。

唐律二十九：諸毆傷妻妾者，減凡人二等。死者，以凡人論。毆妾折傷以上，減妻二等。若妻毆殺傷妾，與夫毆殺傷妾同。過失殺者，勿論。

唐律三十二：若毆殺弟妹，及兄弟之子孫，外孫者，徒三年。以及及故孀者，流二千里。過失殺者，勿論。

強竊盜之過失殺傷，較諸普通之過失殺傷，加重其刑。爲強盜或竊盜，於其行爲中，因過失，致人於死時，處加役流。致傷時，準用鬥殺傷之律處斷。【註】

【註】唐律三十一：諸內竊盜而過失殺傷人者，以鬥殺傷論。至死者，加役流。其注文註，特表明因果關係曰：「得財不得財等，財主尋逐遇他死者非。」「其疏議曰：

財主尋逐遇他死者，非謂財主尋逐盜物之賊，或墜馬，或落坑致死之類，是遇他故而死，盜者唯得盜罪，而無殺傷之坐。

關於失火罪，因犯罪行爲之客體，詳定刑罰之輕重，甚且處以死刑。例如：失火，延燒太廟及宮闕時，處絞刑。【註】

【註】唐律三十二：諸於山陵兆域內失火者，徒二年。延燒林木者，流二千里。殺傷人者，減鬥殺傷一等。其在外失火而延燒者，各減一等。

唐律三十三：諸失火，及非時燒田野者，笞五十。延燒入舍宅，及財物者，杖八十。賊重者，坐贓論，減三等。殺傷人者，減鬥殺傷二等。

其行道燃火不滅，而致延燒者，各減一等。

唐律三十四：諸於官府廨院，及倉庫內失火者，徒二年。在營內，加二等。損害賊重者，坐賊重論。殺傷人者，減門殺傷一等。延燒太廟及宮闕者，絞。太社，減一等。

如上所述，唐律，關於過失，設比較的詳細之規定。尤以君臣，父子，夫婦，兄弟之倫常爲重。在犯罪之客體與犯罪主體之關係，特別注意，此其所長也。此種立法之根本主義，頗適於中國帝制時代之國風人情，故迄於明清，約一千二百餘年間，不變其趣旨。

明律，乃根據唐律所編纂者；大體上無所差異。觀於洪武七年二月尙書劉惟謙之大明律表曰：由……臣惟謙以洪武六年十一月受詔，明年二月書成，篇目一準之於唐。……自明矣。雖然，於立法形式，所變更者，亦復不少。例如：唐律，以賊盜殺傷，規定於賊盜篇。以門毆殺傷，規定於鬥訟篇。而明律，則合該兩篇，爲刑律篇。關於賊盜之事項，設賊盜章，關於人命者，設人命章。鬥訟篇中之鬥毆與訴訟，使各自獨立爲二章。故就刑律言，明律之於唐律，不無較重之傾向矣。〔註〕

【註】明律例一：凡捕戶，於深山曠野猛獸往來去處，窰作坑窄，及安置窩弓，不立望竿，及抹盾小索者，笞四十。以致傷人者，減門殺傷二等。因而致死者，杖一百，徒三年，追徵埋葬銀一千兩。

明律例二：凡無故向城市，及有人居止宅舍，放彈，射箭，投擲瓦石者，笞四十。傷人者，減凡鬥傷一等。因而致死者，杖一百，流三千里。

就中尤以於唐律，對於因不注意而為犯罪行為者，以絞為最重刑。於明律，且有處斬之規定。

【註】明律例三：若行移文書，誤將軍馬錢糧刑名重專緊關字樣，傳寫失錯，而洗補改正者，吏典，笞三十。首領官失於對，同減一等。干礙調撥軍馬，及供給邊方軍需錢糧數目者，首領官，吏典，皆杖八十。若有規避故改補者，以增減官文書論。未施行者，各減一等。因而失誤軍機者，無問故失，並斬。

唐律，將誤殺傷與戲殺傷，分別規定。明律，則合為一法案。且故意殺害人者，因打聽之錯

誤，已殺害他人之場合，以故意殺人論。〔註〕

〔註〕 明律例四：凡因戲殺傷人，及因鬥毆而誤殺傷旁人者，各以鬥殺論。其謀殺，故殺人，而誤殺旁人者，以故殺論。

就過失殺傷，明律之趣旨，與唐律同。〔註〕

〔註〕 明律例五：若過失殺傷人者，各準鬥殺傷罪，依律收贖，給付其家。其註解曰：

過失，謂耳目所不及，思慮所不到，如彈射禽獸，因事投擲瓦，不期而殺人者，或因升高險，足有蹉跌，累及同伴；或駕船乘風，乘馬驚走，馳車下坡，勢不能止。或共舉重物，力不能制，損及同舉物者。凡初無害人之意，而偶致殺傷人者，皆準鬥殺傷人罪，依律收贖，給付被殺傷之家，以爲營葬及醫藥之資。

明律，有所威迫人致死之規定。例如：甲對乙曰，汝應爲某行爲，若不爲，則毆打汝。以此爲脅迫；乙憂鬱病死，則處甲以杖一百之刑。又強盜甲，威嚇乙之家人，謂若不交付金銀，則殺害之，乙因恐怖而死亡，將甲處斬。〔註〕

## 第一章 過失之沿革

【註】明律例六：凡因事威迫人致死者，杖一百。若官吏使人等，非因公務而威逼平民致死者，罪同。並追埋葬銀一千兩。若威迫期親尊長致死者，絞。大功以下，遞減一等。若因姦盜而威迫人致死者，斬。

過失殺傷之刑責，與唐律同，因加害者與被害者之身分不同，於法文亦異，今揭其二三之例如左：

【註】明律例七：凡奴婢毆家長者，皆斬。殺者，凌遲處死。過失殺者，絞。傷者，杖一百，流三千里。

若毆家長之期親，及外祖父母者，絞。傷者，皆斬。過失殺者，減毆罪二等。傷者，又減一等。

若家長及家長之期親，若外祖父母，毆雇工人，非折傷勿論。至折傷以上，減凡人三等。因而致死者，杖一百，徒三年。故殺者，絞。若違反教令，而依法決罰，遞進致死，及過失殺者，各無論。

明律較諸唐，多加重刑罰，已如前述。然非無減輕之場合，例如：關於醫師業務上之過失罪，在唐律，處以二年之徒刑，在明律則爲過失殺。然尙得依收贖法，收贖其罪，不過停止其醫業而已。【註】

【註】明律例九：凡庸醫爲人用藥鍼刺誤不依本方，因而致死者，責令別醫辨驗藥餌穴道，知無殺害之情者。以過失殺人論。不許行醫。

近世法律，對於不知法律而爲犯罪行爲者，因其情節，多減輕其刑罰，然對於通解法律者之行爲，則毫不宥恕，蓋通解法律者，較諸不知法律者，其避免犯罪之可能性較多，故負責之程度，亦當然較高也。擴充此越旨時，對於通解法律者，蔑視注意之義務，而犯過失罪者，必隨之以重刑。然明律之立法者，因獎勵攻究法律之學，對於通解法律者之過失罪，亦宥恕之，故不問罪之輕重，特設免除其刑罰之規定也。【註】

【註】明律例十：凡百工技藝諸色人等，有能熟讀講解通曉律意者，若犯過失，及因人違累致罪，不問輕重，概免一次。



清律殆因襲明律之舊。自清世祖定鼎之初，命刑部尚書吳達海，依明律正確理由，潤飾大清律，至順治三年五月刊佈之。其刊佈詔書曰：

朕惟太祖太宗創業東方。民淳法簡。大辟之外。惟有鞭笞。朕仰荷天休。撫臨中夏。人民既衆。情偽多端。每遇奏讞。輕重出入。頗煩擬議。律例未定。有司無所憑承。爰敕法司官。廣集廷議。評譯明律。參以國制。增損劑量。期於平允。書成奏進。朕再三覆閱。仍命內院諸臣。校訂妥確。乃允刊佈。名曰大清律集解附例。爾內外有司官吏。敬此成憲。勿得任意低昂。務使百官萬民。畏名義而重犯法。冀幾刑措之風。以昭我祖宗好生之德。子孫臣民。其世世守之。

其後，康熙九年，聖祖命大學士喀納校正之。十八年，又在刑部審定定律以外之條例，名曰見行則例。使刊行之。二十八年，因臺臣盛符升之奏請，將此見行則例，載入大清律內。雍正元年，世宗命大學士朱軾等修正之，五年，頒行之。其後，加以乾隆元年，五年，及五十三年，嘉慶四年，九年，乃至十一年；二十四年至道光元年；咸豐二年，同治二年之數次修

正，然不過清朝國制上之事項與條例而已。於法律之正文，所變更者甚少。然就中關於戲殺，誤殺，過失殺傷之法文，全同明律外，其餘較諸明律，則已多不相侔矣。（參照明律例四例五。）又於法文之後，設條例十九，今僅就關於過失罪者，錄如左：

清律例一：收贖過失殺人絞罪，與被殺之家營葬，折銀十二兩四錢一分。

清律例二：凡捕役拿賊，與賊格鬥，而誤殺無辜之人者，仍照過失殺人律，於犯人名下，追銀十二兩四錢二分。給付死者之家。

清律例三：凡因戲而誤殺旁人者，以戲殺論。擬絞監候。

清律例四：圍場內射獸，兵丁因射獸而傷平人致死者，照比較拳戲殺律，擬絞監候。仍追銀給付死者之家。如係前鋒護軍，親軍，領催，及甲兵等，追給銀一百兩。係限役，追給銀五十兩。若傷而未死，前鋒等項，及甲兵頭等傷者，將本犯鞭一百。罰銀四十兩。二等傷者，鞭八十，罰銀三十兩。三等傷者，鞭七十，罰銀二十兩。如係限役，所罰銀數，各減十兩，給與被傷之人。

清律例五：凡民人於深山曠野捕獵，施放鎗箭，打射禽獸，不期殺人者，比照捕戶於深山曠野安置窩弓，不立望竿，因而傷人致死者，杖一百，徒三年。若向城市，及有人居住宅舍，施放鎗箭，打射禽獸，不期殺傷人者，仍依弓箭殺傷人本律科斷，各追埋葬銀一千兩。給與死者。

清律例六：凡過失殺人，應追埋葬銀兩之犯，如有力不能交，咨請豁免者，免其着追，將犯照不應重律，杖責發落——本例，於今日取用之，信有價值也。

清律例七：子孫過失殺祖父母父母之定案時，仍照本例問擬絞決。司法核其情節，實係耳目所不及，思想所不到，與律註相符者，准將可原情節，照服制情輕之例，夾簽聲明，恭候欽定，改爲擬絞監候。至妻妾過失殺夫，奴婢過失殺家長，亦照比例辦理。

清律法文，多沿明律之舊，而於法理論，則大有進步，右舉之清律例六與例七，即其明證也。關於過失，茲復將清刑部之駁覆文一節，揭之於左。

乾隆三十二年刑部駁覆廣東案。

李氏因夫關經林，持刀向砍工人，拉手奪刀，止圖勸解，並無爭鬥情事，而伊夫自行縊手，割傷身死，實非李氏所料，正與過失殺傷相符，該撫將李夫以妻毆夫致死律，擬斬，殊未允協。

主人故意殺傷奴婢，比較殺傷凡人之場合之刑，減輕之；然因過失殺傷奴婢，則無罪，此唐明清律之所同也。（唐律例二十七明律八參照——清律與明律同文。）清律之解釋論，較明律爲進步。即於犯罪行爲主體與客體之關係，加以論究，故在事實上，雖爲主人，而品行不良，人格低劣者，與奴婢無所別擇，故與常人間之關係同視，今試揭其判決例一節如左。

嘉慶五年山東鄆城縣殺傷案。

張五，毆死無服族兄婢女春姐一案，緣春姐與張五素有忿情，因時被主母打罵，欲逃歸嶧縣母家，不識路徑，央懇張五領送，張五不允，爭毆，適傷死歸，查毆死族中奴婢，例止滿流，係指平人對奴婢而言，此案張五素與春姐通姦，自失良賤名分，應以凡鬥論絞候。

清律，迄至光緒三十四年，已刪改多次，因三十一年之全部修改，復經中華民國暫行新刑律之發布。該律之過失觀念，略與各國立法例相同，然新刑律，關於過失，有左之異例。

中華民國暫行新刑律第三十五條

於過失罪有共同過失者，以其犯論。（中華民國刑法四十七條，改爲。『二人以上於過失罪有共同過失者，皆爲過失正犯。』）

同律第三十六條

值人故意犯罪之際，因過失而助成其結果者，準過失共同正犯論，但以其罪應過失者爲限。（民國刑法無此條）

右之所述，不過略摘吾國歷史上關於過失之立法例而已。吾國過失觀念之發達，已在紀元前二千餘年前，不可謂不早矣。上古之世，非不認過失爲犯罪，特不過恕而不罰耳。自周以還，始罰及之，並許以收贖之制。唐律以降，認過失犯之制裁，盡用收贖之例；然於法益重大之場合，不許贖之，而處以體刑也。其對於子孫，如因過失，殺傷祖父母父母之時，特設處

以三千里流刑之規定焉。迄於明清，對於過失罪，則科以重刑。奴婢因過失殺害家長時，且墮之以死刑。又增改官文書之內容，於誤失軍機之場合，處以斬刑。由是觀之，吾國之對於過失，以刑罰爲原則。然由宥恕而收贖，由收贖而體刑，乃至科以生命刑，故曰，由輕而趨於重者也，彙之，階級思想之發達，例如：於唐明律，奴婢因過失殺害家長之時，處絞。然不爲立決處分——立決，即時執行之意。故因其情節而反許收贖。清律則加重爲：「絞立決」。然明清律，關於醫者業務上之過失罪，及通解法律者之過失罪，發諸唐律，已取寬大之處置矣。



## 第二章 過失之立法例

過失之立法例，規定最詳細者，爲墨西哥之刑法。

墨西哥刑法第十一條 過失罪存在之場合如左：

(一)犯所容許之作爲或不作爲，因而有引起不容許之結果之咎者，以疎虞或懈怠，輕信或輕舉之故，因爲不講求必要之見聞或必要之預防策，不得避免結果之場合。或關於凶行爲不使發生有害之結果，以不具備必要之技藝上或科學上之辨識，不得避免結果之場合。

以行爲爲犯者，認爲必要辨識之技藝或業務與科學，而非實行，且因情形之緊要或急迫，而被制壓時，若不明，則不應罰。

(二)依第一條，侵害使負擔一般義務之一之場合，但其履行，若有咎者，或於其近親之身體或利益，不能無危險時，不在此限。

(三)專基於犯此種情狀，或基於存在被害者身體之性質，關於應罰之罪，以有咎者及其業



務上之義務或場合之緊要，無必要之見聞，因而不辨識之場合。

(四)有酗酒之常習，或雖既在於酗酒之狀態，應罰。有犯不法行為之咎者，公然在於酗酒之狀態，而侵害刑法之場合。

(五)在於正當防衛而超越其程度之場合。

第十二條 其關於罰過失罪之必要者，如左：

(一)其達於既遂者。

(二)雖基於故意之場合，然僅以一月之拘留或初等之罰金，而應受到底輕罪，亦不屬任何之事者。

第十四條 過失有二種，即重過失及輕過失是也。

第十五條 在第一條所述之場合，而所犯之過失，為輕過失。

【註】第一條有使負擔犯罪防止告發逮捕幫助等義務之規定。

第十六條 在其他之場合，決定所犯過失之輕重，施以裁判官下記的考慮之上。(一)任其自

由所裁量，即先見損害，且因將其除去之難易，以通常之先見或留意及技藝或科學之普通辨識而足與否？有咎者之男女老幼教育低能及社會之地位，有咎者處既有陷於類似之情形（過失）與否？及緊急之反省，并以用意而有得以行動之時間與否？

阿耳很第之刑法，亦將過失，區分為重過失與輕過失，而異其處分者也。

阿耳很第刑法第十五條過失。第十六條重過失。第十七條輕過失。第十八條重過失處分法。第十九條輕過失處分法。

伊大利刑法草案，俄羅斯帝國刑法草案，及德國刑法草案，葡萄牙刑法，芬蘭刑法，匈牙利刑法，瑞士刑法，暹羅刑法等。亦關於過失，有比較的詳細之規定。

伊大利刑法草案第十二條，非故意之行為，在法律上所明定之場合，而損害或危險，不從其人之特別義務規則命令之場合，鑒於其人之社會的地位及普通之經驗與動作，而基於不熟練，不注意，茫然不知時，則應罰之。

俄羅斯帝國刑法第九十九條，由偶然之過失，僅依自己之行為違法之事情，全然不察，認

爲違反法律者，其行爲不爲罪。雖然，在於確定法律若干之場合，得將其處於寺院之竊盜。  
其草案第四十三條第二項，本則，關於因過失而成立之罪，亦適用之。但基於事實不認爲過失之場合，不在此限。

第四十八條第二項，基於過失之罪，不獨不預見犯罪要件結果之發生，即預見其發生，而於輕信其得以避免之場合，亦成立。

第四十八條第四項，輕罪，以故意而犯之者，罰之。以過失而犯之者，限於法律有專條之場合，罰之。

德國刑法草案第六十條，不基於故意之事情，及照人落而應爲，且基於缺乏可能注意之行爲，爲過失行爲。

第六十一條，犯人誤解刑法以外之法則或其適用，因而所准許之行爲，不得謂爲基於故意者。但其誤解，基於過失時，則爲有過失行爲。

114 對案第二十二條，以故意而不行，須有屬於故意之觀念，且彼此不可不停止惡念其實行時，則行爲者，爲過失行爲者。

奧地利刑法草案第四節第六條，僅以故意爲行動者，則應罰之。但明定處罰過失行動者，不在此限。

同條第二項：因其發生，處罰之基礎及所爲之加害或危害，認爲自己之行爲之結果，雖有預見之可能，然不望其實現，然不容忍之者，應於義務而施以注意，其得以預見者，則以過失而爲行動者也。

葡萄牙刑法第二條：在定於法律特別場合之過失處罰，乃根據義務之意思自由懈怠而生。

芬蘭刑法第五條：不因過失，而因災難所生之行爲，不在應罰之限。

勃牙利刑法第四十條第二項：於犯人行爲時，雖實預見由此發生之結果，逆料得以豫防之時，或雖實不預見其結果，然在於豫見之狀態，若有豫見之義務時，則其可罰行爲，基於

過失者也。

同條第三項：基於過失之可罰行爲，限於法律規定之場合而受處罰。

瑞士刑法草案第十九條第三項：行爲，乃行爲者以其行爲之結果，違反其義務，由於不注意，基於不考察或不顧慮時，由於行爲或過失而爲犯罪者。行爲者由其事情及其個人的關係，有當爲之義務，而不注意時，爲有違反義務之不注意者。

暹羅刑法第四十三條：非出於故意之行爲，不罰之。但於法律，特別有罰過失之場合，不在此限。

同條第三項：認爲非出於故意之行爲，而該當於左之一時，爲出於過失者。

(一)對於通常之人，不爲得以期待之注意時。

(二)有特別之業務者，怠於業務上必要之注意時。

(三)不遵守法律規則或適法之命令時。

諸威刑法第四十一條第一項：於爲其行爲之際，本人豫見其爲過失，或得以豫見者，或彼

其過失，雖確知惹起危險，而不將其結果排斥者，有受罰之過失者也。

同條第二項：緊急場合之外，雖無特別之智能或熟練，然以此為必要之技術或舉動者，有為受罰之過失者也。

有將過失，從消極的方面規定之者。例如：秘魯，西班牙，瑞典等之草案是也。

秘魯刑法第六條：以應為之注意，於實演合法之動作之機會，因純然之災難而惹起危害者

西班牙刑法第二節第八條：不為罪，且被阻却其故意罪責者，如左：

第八號：為應為之注意，於實行合法之動作之機會，無將其引起之過失或故意，因純然之災難而惹起之危害者。

瑞典刑法第五章第十二條：屬於不注意之場合，非因過失而生之行爲，不在應罰之限。

有將過失行爲認為準犯罪而規定之者。例如：閩斯達利加 *Costa Rica* 智利。

閩斯達利加刑法第二條：以故意或惡意，而犯作爲或不作爲，應構成犯罪。若中止犯，僅

存過失時，應構成準罪。

關於中華民國刑律過失之規定，甚爲簡單。

中華民國暫行律第十三條：非故意之行為，不爲罪。但應以過失論者，不在此限。

日本刑法，非有特別之規定，以不罰過失爲原則。

日本刑法第三十八條：無犯罪意之行為，不罰。但法律有特別規定之場合，不在此限。

右但書之中，即關於過失，以特別之規定，亦一併包含之。例如：同法第一一六條，第一

二二條，第二二九條，第二〇九條，第二一〇條，及第二一一條。

以上，僅摘錄關於過失之意義及其內容之立法例者也。過失觀念之範圍，因立法例，得擴大之，同時，又得縮小之。故明定其內容範圍，多不放任於解釋論者。中華民國刑法，日本刑法，及暹羅刑法以外之刑法，均屬之。尤以墨西哥刑法第十一條，將過失之內容，嚴密規定，於第十六條，裁判官，當爲過失輕重之判定時，詳定所據之標準，可謂爲過失立法之模範也。

依俄國刑法草案第四十三條第二項，以不罰過失爲原則。僅於輕罪之場合，認爲例外，不過尚須專條耳。（同案第四十條第四項）既以過失而爲責任之構成要素，乃將過失與故意，置於同一之地位，以不罰爲原則，乃當然也。

德國刑法，以不罰過失爲例外，然稍廣泛。例如：（一）因過失使囚徒逃走罪。（德國刑法第一二二條）

（二）過失僞證罪。（同法第二三〇條）（三）過失殺人罪。（同法第二二二條）（四）過失傷害罪。（同法第二三〇條）（五）

失火罪。（同法第一九〇條）（六）盜水罪。（同法第一四四條）（七）過失妨礙交通罪。（同法第一六六條）（八）過失

妨礙通信罪。（同法第一八條）（九）過失破壞水道，水門，水堰，堤防，埠頭，橋梁，滅船場，瀰

水機，避電機，職工出入機，燈台，及其他之標識，船舶等，因過失投毒物於泉井瀝水機等

之罪。（同法第三二六條）（十）因過失不履行戰時事變之供給契約罪。（同法第三二九條）（十一）官吏因過

失執行誤刑罰罪。（同法第三四四條）等。尤以荷蘭刑法之規定處罰過失。足爲吾人之參考者也。

例如：（一）因過失之火災，爆發，盜水罪。（同法第一五八條）（二）因過失供毀棄公共交通之工作物

罪。（同法第一六三條）（三）因過失使鐵道之交通發生危險罪。（同法第一六五條）（四）因過失毀損航海安全

## 第二章 過失之立法例



之標識罪。(同法第一) (六七條) (五)因過失使船舶灘破沈沒毀損罪。(同法第一) (六九條) (十六)因過失毀損建築物罪。(同法第一) (七一條) (七)因過失將足以發生為害吾人生命或健康之危險物，投入於公用之泉井或水道內之罪。(同法第一) (七三條) (八)因過失販賣或交易足以發生為害吾人生命健康之危險物罪。(同法第一) (七五條) (九)因自己之過失，使人受不法之自由剝奪罪。(同法第二) (八三條) 等。——此外，於同法第二八三條以下，有關於過失殺傷之規定。其他如：奧地利刑法草案第六條，葡萄牙刑法第二條，勃牙利刑法第四十條第二項，皆詳細規定過失之內容。然暹羅刑法日本刑法及中華民國新刑律，則不明示過失之內容。尤以日本刑法，關於此點，不獨缺乏明瞭，竟處置過失之規定，不過第一一六條，第一一七條，第一二二條，第一二九條，第二〇九條，第二一〇條，第二一一條，之七條耳。

## 第三章 過失與責任

過失，乃犯罪者主觀的關係，換言之，即犯罪行為應受非難之主觀的狀態也。故過失，不外爲犯罪之責任問題。過失之爲責任問題，乃過失論，即責任論。然則，過失，即責任乎？抑爲其一部分耶？欲明乎此，則於未論究過失之初，不可不先說明責任。茲略述之如左：

所謂責任，由行爲而發生，其所受刑法上之效果，爲適格之心的要件。此屬於形式的。行爲者之行爲，當然有受刑法上效果之資格。此屬於實質的。構成犯罪，必須存於行爲者與行爲間之主觀的關係。即一定之行爲，因具備一定之心的要件，始發生法律上一定之效果也。換言之，意識與意識以外之事物，互相結合者，責任也。「註一」法律對於人，要求其不爲一定之意思活動者也。反之，而爲意思活動時，其意思爲違法。舉動之違法，爲客觀的關係，其舉動，由舉動者之意思而發生時，始有主觀的關係。有主觀的關係時，始應歸其責任於舉動之人，舉動應歸責於舉動之人之問題，即責任問題。責任，即謂爲違反法律之意思也。有違

法律之行爲，爲積極的，抑爲消極的？姑置勿論。然任何之意思，常爲積極的。故刑法上之責任，以研究積極的意思爲原則。雖然，法律爲貫徹其目的，乃有要求一定意思活動之例外，其在此場合之責任的意思，則爲消極的也。法律原則上所要求之消極的意思，換言之，卽不爲意思之活動也。吾人在刑法上之生活，常爲消極的。〔註二〕法律於例外所要求之積極的意思，卽爲意思之活動，乃吾人所不可忽，故吾人在刑法上之生活，乃積極的也。然則，吾人日常所爲刑法上唯一之積極的義務，僅在於處罰過失之規定而已。於此，所謂積極的義務與消極的義務，乃刑法上對於一般人所要求者，卽無論何人，於日常生活中，須負此種責任之謂，但不含有特定之人與特定之場合。蓋法律對於特定之人與特定之場合，所要求之義務，乃因於特定事情，於一般人之日常生活中，毋使負之故也。此特定之場合，有屬於故意或積極的義務者，有屬於過失或消極的義務者。雖然，在法律違反應爲一定之行爲之命令的規定之故意者，其行爲謂爲消極的。然其意思之實質，決非消極的。與所謂或不爲行爲之決意與或不爲行爲之決意，毫無異同。故合決意與認識而觀察之，則故意，非不可謂爲消極的。又

意思狀態之積極的與消極的區別，係由故意之場合的認識，或由過失之場合的不注意而觀察之者。若祇關於行爲之決意而觀察時，則故意與過失之意思狀態混同，而過失之意思狀態，亦可謂爲積極的也。

吾人在刑法上之生活，雖以消極的爲原則。然刑法，對於吾人，不必有消極的作用。蓋利己，乃人之常情，亦人之本性也。由襁褓之時，自智識發達，利己心亦隨之而進步者也。所謂禮讓與寡慾，非人之本性，乃由人之理性上努力而發生者。故法律對於吾人之意思，不可不謂有儆戒之積極的作用也。〔註三〕然則，責任問題，即在刑法上對於意思積極的作用之內容與範圍之問題也。

【註一】同趣旨。岡田朝太郎博士，岡田莊作博士，泉二新熊博士，勝本勘三郎博士，與本書之趣旨同。

（一）岡田朝太郎博士曰：「所謂責任，爲物心兩界之聯絡，所謂物心兩界之聯絡，謂其人之意識與意識以外之事物，互相結合也。」（刑法總論第九〇頁第九一頁）

(二)岡田莊作博士曰：『刑法上責任之用語，第一意義，指稱刑罰。第二意義，謂責任能力及責任意思也。』(刑法原論第十版第一三九頁)

(三)泉二新熊博士曰：『責任，爲處罰上所必要，不外指稱主觀的要素之全體也。』(日本刑法論第三七五頁)

(四)勝本勸三郎博士曰：『所謂責任，或由原因而生之惡結果，其應受之，或使受之，爲正當心的歸屬之理由也。』(刑法要論第一七八頁以下)

異趣旨。爲異趣旨者，大場茂馬博士也。博士曰：『所謂責任，爲對於犯罪之直接或間接之意思決定，以決意或過失，爲其內容。』而博士僅指故意與過失之責任，而爲之說明。(刑法總論第六六八五頁)

【註二】於此，淮南子所謂與不善所相似者不少。淮南子曰：天下莫身於爲善，而莫難於爲不善也。所謂善者，靜而無爲也。所謂不善者，躁而多欲也。適情辭餘，無所誘惑，循性保真，無變於己，故曰爲善易。越城郭，踰險塞，竄符節，盜管金，竄竊矯隱，非

人之性也。故曰爲不善難。（荀子卷十三）

（第二十一頁）

【註三】於此，與荀子之性惡論，同一見解。荀子曰：人之性惡，其善者僞也。今人之性，生而有好利焉，順是，故爭奪生，而辭讓亡焉。生而有疾惡焉，順是，故殘賊生，而忠信亡焉。生而有耳目之欲，有好聲色焉，順是，故淫亂生，而禮義之理亡焉。……中略……古者，聖王以人之性惡，以爲偏險而不正，悖亂而不治，是以爲之起禮義，別法度，以矯飭人之情性，而正之，以綏化人之情性，而導之也。使皆出於治，合於道者也。……略

問者曰：人之性惡，則禮義惡生。應之曰：凡禮義者，是生聖人之僞，非故生於人之性。……略……聖人積思慮習僞，故以生禮義，而起法度。然則禮義法度者，是生於聖人之僞，非故生於人之性也。若夫目好色，耳好聲，口好味，心好利，骨體膚理好儻快，是皆生於人之情性也。感而自然，不待事而後生之者也。夫感而不能自然，必且待事而後然者，謂之生於僞。是性僞之所生，其不同之徵也。（荀子卷十七第一頁第三頁）

責任之觀念，吾國發達最早。周禮所謂：「不設『過失』『遺忘』之三宥，及『幼弱』『老耄』『蠢愚』之三赦，是也。吾國古代之法律思想，關於責任，雖無積極的研究，而有消極的觀念。由右述而知之矣。雖然，古之刑名家，皆以重刑而為治國之真諦，使法律之效果，愈益昭著。蓋以科重刑，多令人知所恐懼也。因此，刑罰與責任之間，發生矛盾之結果者，亦復不少。例如：商鞅云：『去姦之本，莫深於嚴刑。』（商君書卷三第十頁）管子云：『尊君在乎行令，行令在乎嚴罰。』（管子卷一第五頁）韓非子云：『法得重人情，禁輕失事實。』（韓非子卷十七第三十一頁）『誅莫如重，使民畏之。毀莫如惡，使民恥之。』（同卷第十八頁）韓非之法律思想，與商鞅無異，故主張加重刑罰。其卷十八第十五頁有：『今不知治者，皆曰：重刑傷民，輕刑可以止姦，何必於重哉。此不察於治矣。是以上設重刑者，而姦盡止，姦盡止，則此奚傷於民也。所謂重刑者，姦之所利者細，而上之所加焉者大也。民不以小利加大罰，故姦必止者也。所謂輕刑者，姦之所利者大，而上之所加焉者小也。民慕其利，而傲其罪，故姦不止也。』云云。為消釋輕刑時者也。刑罰之最重者，為死刑。或斬，或絞，或劓，無論以任何之方法執行之，亦不過一生

命而已。一人有犧牲生命之決心，則任何之大罪，亦敢犯之矣。又世間之人，每以愛子女比自身者切，故科刑，不及於其子女，以爲有不能達刑罰之目的，則其雖爲犯罪者之子女，亦應科以刑罰也。其最甚者，則「叛逆者誅九族」是也。又恐有人隱瞞他人犯罪，乃爲滅絕之計，使附近之人，負察覺之責，令一般之人難以犯罪。「註一」所謂連坐，「註二」卽十家中之一家犯罪時，他之九家，有告發之義務，違背此義務時，使與犯罪者同科，此由於刑事政策而發生者。因實施此刑罰上之政策，則刑罰與責任之觀念，遂生矛盾之結果。然在今日，形式的責任與實質的責任，非無矛盾之殘跡。例如：傷害致死等之結果罪，與行政法令及戒嚴法令等之故意存在，認爲不必要之場合は。

【註一】關於此點，韓非子曾說明之矣。曰：「……嗚……然則去微姦之奈何？其務令之相闕其情者也，則使相闕奈何？曰：蓋里相坐而已。禁尚有連於已者，理不得相闕，能恐不得免，有姦心者，不令得忘闕者多也。如此，則慎已而闕彼，發姦之密，告過者，免罪受賞，失姦者，必誅連刑。如此，則姦類發矣。姦不容細，私告任坐，使然也。」



（韓非子卷二十）  
（第三十一頁）

【註二】商鞅之禁姦令云：「五家爲保，十家相連，互相覺察，一家有過，九家同舉，不舉者，十家連坐，俱腰斬。」

責任，爲行爲者之心的關係，已如前述。具備此心的關係時，乃爲法律上之責任。故責任不違反行爲者之主觀的關係。則此主觀的關係，不可謂爲直接責任。行爲者有一定之主觀的關係時，其行爲，爲有責任行爲。行爲者之所以爲有責者，畢竟有心的關係，故應附與法律上之效果，以其爲適格也。前者爲責任之實質，後者爲責任之形式也。就所謂責任，應使受刑法上之效果，謂爲適格之心的要件也。【註】

【註】同趣旨 趣旨同者，於前舉諸博士外，尚有 *Stooss*、*V. Birkmeyer*、*Alteld* 諸氏，亦然。*Stooss* 曰：所謂責任，於行爲之當時，行爲者應負刑法上之責之心理狀態也。

(S.19) *V. Birkmeyer* 曰：對於舉動，得負刑事上之資格，即應被處罰之資格也。(112)  
*Alteld* 曰：能爲刑法上之責任負擔之心神狀態也。

責任之心的要件，乃無生理的或病理的缺陷之自然的要素也。在行為者與行為之間，有被非難之意思，依人為的要素而成立。於此，所謂自然與人為，謂為犯罪行為瞬間之主觀的狀態，而非獨謂為純自然與人為也。

### (一) 自然的要素

所謂自然的要素，因純自然的或他之加工方而無發生生理的或病理的精神上之缺陷，換言之，即無動機，或無通常之決意，此所以謂為自然的要素，即行為者，於行為之瞬間，不能以自力而防止之也。

### (二) 人為的要素

所謂人為的要素，於行為者與行為之間，可受非難之積極的或消極的之意思也。行為者，於行為之瞬間，而得以自力防止之者，故曰人為的要素。此更得區分為二。

(1) 知悉行為之事實，而為不應為，或應為而不為時。

(2) 有注意活動之可能，怠於其活動時。

心的要件存在時，使受刑法上效果之適格者，完成責任之感觀也。所謂刑法上之效果，謂犯罪行為結果之負擔，不獨有形的，亦包括無形的，非謂制裁也。制裁，不過刑法上效果之一部，雖無制裁，亦當認作效果而存在也。然於制裁之一部，所謂仍使負制裁之適格者，非謂制裁也。故苟以責任之形式，謂為對於自己所為之違法行為之罪責，亦未始不可也。非謂其責任之為形式的說明者，（謂責任與制裁混同）以誤解此點故也。〔註〕

【註】 *Tasak* 謂責任之形式，對於自己所為之違法行為之罪責。……（*Tasak* 157—158）  
*Frank* 對其攻擧曰：此形式的意義，乃將責任與制裁混同也。……（*Frank* 102）

心的要素與自然的要素，無生理的或病理的精神上之缺陷。間接有人為的原因，而為犯罪行為時，察主觀的狀態，仍應為自然的作用。故自然的與人為的，乃觀察犯罪行為瞬間之主觀的狀態而定。而其純理的或哲理的之原因如何，非所問也。自然的要素之有無，乃行為者於犯罪行為之瞬間，認為不能以自力所左右。所謂人為的要素，乃行為者於行為時，非不然而以自力而防止也。例如：精神病者，因治療而至於全愈時，或健全者，因藥品催眠術等，陷

於與精神病者同一狀態時，於爲犯罪行爲瞬間之主觀的關係，乃仍爲自然的關係，而不可謂爲人爲的關係也。惟以爲犯罪行爲之目的，使自已陷於與精神病者同一狀態時，乃完全以自力爲之，而犯罪行爲時之主觀的關係，當然認爲人爲的而非自然的，自不待言。此區別之實益，爲決定責任能力之有無。然其心神狀態之不存，當以犯罪行爲時之主觀的狀態，其爲自然與否，當比較的而決定之。犯罪之成立，須具備自然的及人爲的兩要素，何則，蓋彼自然的要素與人爲的要素，始完成責任之必要條件故也。此兩要素缺一時，不能完成心的要件，故不構成責任。所謂責任能力與故意過失，乃認爲責任觀念之構成要件，非責任之種類也。以責任能力，乃故意過失之前提要件，若謂其爲故意過失之能力，實屬不當。又既謂責任能力與故意過失，均爲責任觀念之構成要素，而又論究責任無能力者，有無故意過失之能力，未免有蛇足之嫌。何也？所謂責任能力與故意過失，均爲構成責任觀念之要素。然此要素，有爲彼要素之能力與否，無論究之必要也。【註】

【註】大場茂馬博士曰：祇對於有負責能力者，有關於某行爲之責任（故意或過失）與否？

有之，則得論究其輕重大小如何。其無負責能力者，法律上，認爲無負責能力者，不能謂爲有某行爲也。於此，無發生無責任（故意或過失）問題之餘地也。故負責能力，認爲責任之前提要件，而限於有負責能力者，始得有責任之行爲也。於此趣旨，則有負責能力者，即有責任能力者也。（同氏刑法總論下卷第六二六頁。第六二七頁）又博氏對於泉二新熊氏之日本刑法論第二二四頁，（三十一版第一三七七頁）難其說曰：泉二新熊氏……尙以責任能力，非故意過失之成立條件，而謂爲各別之觀念也。例如：於其說明十四歲以下之幼者，雖無責任能力，然得有竊盜之故意。要之，責任能力，不關於故意過失之有無而存在，而故意過失，則不能與責任能力之有無，獨立而存在，未免爲迂怪之論矣。試問：可稱爲負責能力者之標準，在心神喪失者，應有故意或過失之場合否？又如十四歲以下之幼者，雖得認爲有竊盜之故意，此爲事實上之論，非法律上之論。若就事實上論，則雖十四歲以下之幼者，有負責能力之場合，亦復不少。法律，既以十四歲以下之幼者與心神喪失者，同一視之。而法律上，認爲無負責能力者。則此幼者與法律上之心神喪失者，不得不視爲同一。

而認爲有法律上責任(故意或過失)之趣旨矣。

泉二博士，在無責任能力者，有無故意與否之顧慮，未免有與人以口實之失策。大湯博士，則以幼者與法律上心神喪失者，視爲同一，而認爲有法律上之故意或過失，無何等根據，不免有獨斷之嫌。

責任能力者，爲構成責任之能力，非爲有責任之能力。責任能力之不存在，乃發生構成要素之欠缺，則不能構成責任。故責任能力不存在時，則責任亦不存在。於此見之矣。責任能力，卽爲責任能力者，故無責任能力者之行爲，可謂爲無責任行爲。若責任爲故意過失，則以責任能力，爲故意過失之能力，認爲正當。責任無能力者之行爲，以尙未至於責任問題，認爲與責任無何等之關係者，非責任無能力者之行爲，必爲行爲無能力者也。而責任能力，若果認爲故意過失之能力，則責任能力，非通常之心神狀態，換言之，卽非健全之心神狀態也。惟得認識犯罪行爲事實，而怠於注意，得謂爲能力乎？蓋故意，乃認識犯罪行爲之行爲意思，而過失，則爲怠於注意故也。然則責任能力之規定，可謂毫無實益矣。其故何耶？蓋責

任能力，不外故意過失之能力，故故意之有無，不獨徹底的明瞭，而可以滿足者，法律亦無強有故意過失者而爲無故意過失者之理。即精神未熟者之幼年人，因精神尚未成熟。非有心的歸屬之理由，故認爲無責任能力者。而決定幼年者，有故意與過失，因爲無能力，非爲無責任能力者。又決定法律上幼年者之故意，非故意。雖有故意，亦視爲無之。此種理由，亦不得謂其可以存在。

責任者，依健全心神之自然的要素，及應受非難之人爲的要素而構成，而爲物心兩界之聯絡。此兩要素缺一時，不得構成責任之觀念。以心神不健全，則物心兩界不能聯絡故也。然限於責任能力者，雖應究其故意過失之有無。所以審察責任之有無，不過手段上之便利耳。若未判斷責任能力有無之前，而判明故意過失之不存在，謂其無直接責任，未始不可。故限於責任能力者，始究其故意過失之有無。同樣，限於有故意過失者，始究其責任能力之有無，亦未始不可也。此爲法律論。然兩者皆不可謂爲前提要件，自不待言。〔註〕

【註】岡田朝太郎博士，亦同此趣旨。博士曰：『所謂責任，採用物心兩界聯絡之基礎。』

（博士刑法總論第九十頁）

又曰：人之精神發達，且限於精神健全者，爲有責任能力。故幼者及精神病者，屬於無責任能力。其行爲，不爲罪。由是觀之，博士，決定無責任能力者之行爲，認爲自然的現象。而無責任能力者之行爲，不過不爲罪而已。觀於次論，則更爲明瞭。

曰：有行爲，無責任時，犯罪不成立，犯罪不成立，則全免科刑，但不可與行刑之全免混淆。（博士刑法總論第九十一頁）要之，無責任能力者之行爲，不過認爲無責任之行爲。而其行爲，決不爲一種之自然的現象，此則博士之趣旨也。

博士分責任能力與責任要素，已說明於前矣。有誤解責任能力，爲責任之前提要件，而非爲責任要素者，其實不然。博士，在其刑法總論第九十頁以下，第四節，以說明所謂責任。於第一款爲責任之通則。第二款爲責任之能力。第三款爲責任要素。則責任能力與責任過失，同爲責任觀念之構成要件者，亦已明矣。在其責任通則之末，爲責任有能力與要素之別。觀本節第二款，說明責任能力。第三款，說明責任要素，則明若觀火矣。



。故博士之所謂責任能力，非責任之前提要件，而行爲者，於行爲之瞬間，不得以自力制止之，信爲自然的意義也。何則，能力之內，不獨包含自然之意義，雖含爲過失之，亦無責任能力之前提要件可尋也。

責任，須與行爲同時存在。然於行爲之前及行爲之後而存在，亦認爲不構成責任之觀念。蓋構成責任之心的要件，非與行爲當時存在，則不得完成故也。責任能力，非存在於行爲當時，則認爲責任能力之觀念不完成。故意過失，非與行爲同時存在，則不承認故意過失之觀念完成也。在行爲之前，或行爲之後，有責任能力，不可謂有故意過失。故責任之構成要素，非存在於行爲當時，則責任者，亦不存在也。或於行爲之前與行爲之後，雖認責任之存在，祇以其責任，不成立犯罪而已。既認責任之存在，則犯罪不可不成立。對於行爲，已承認其責任存在時，其行爲，乃爲有責任行爲。有責任行爲，不可不認爲犯罪之成立也。故責任與行爲非同時存在，其責任，雖云成立。然既與行爲同時存在，當然承認責任之成立。此已成立之責任，固爲不爲罪，殊屬不當。

【註】富田山壽博士曰：「責任，必須與行為同時存在，故責任存在於行為之前或行為之後，不可爲犯罪之成立。」（博士日本刑法 第二〇八頁）

所謂責任能力之意義，乃構成責任之自然的要素之能力，非責任之前提條件之意也。已如前述。若專以文字之解釋，將其解爲責任條件之意義，特陋見耳。責任能力，祇爲引責能力，負責能力，或歸責能力者，不過文字上之差異而已。然略其全體之意義，徒爲文字之爭，蓋無謂也。苟於字義，而尙含有其他之意義，則欲明其文章全體之意義也，難矣。

【註】富田山壽博士謂：「一派之學者，對於引責能力，於責任條件之意義，與以責任能力之名稱，不能認爲正當。」云。雖然，所謂責任能力，應解爲引受責任之能力。如此，則其結果，均同一義。

無責任，則無犯罪。而犯罪之成立，則以有責任故也。利用無責任者之行為，而遂犯罪之目的時，謂之間接正犯。認爲與自己所爲之行為無異。其被利用者之直接行為，以無責任，故不負犯罪之責。加工於無責任者之行為時，認爲加工者一方之犯罪，非其犯也。以無實行爲

而加工於人之有責行為時，其加工之行為，為無責任，故不為罪。然則，在於無責任之行為，可謂非共犯。責任構成要素之一般心的要件，非同時存在於行為當時，則不構成責任。不構成責任。乃無責任，故不為罪，已如前述，亦不外此原則也。普通刑法之結果罪，在特別刑法中，不無例外也。

特別法，對於行為而不科以刑罰者，謂之刑式犯，科以秩序罰。普通法，因有責行為而發生之結果，由行為者所認識較大之場合，關於其不認識之結果，應科以重罰也。例如：中華民國新刑律第三百十三條，有傷害人者，依左例處斷。(一)致死或篤疾者，無期徒刑或二等以上有期徒刑。(二)致廢疾者，一等至三等有期徒刑。之規定。(一)(二)乃依結果，非依責任。其補箋云：「因傷致死，為傷害罪中之最重者，於故意傷害之點，與第三百二十四條過失之情形殊。於無心致死之點，又與第三百二十四條之意異。」試觀原案理由：「因而致死者，並無殺意，其結果非其所預見之謂也。若出於預見，則屬殺人罪之範圍矣。」之說明，則了然矣。其他決鬥致死罪，強姦致死罪等，莫不皆然也。

## 第四章 責任能力與過失

過失，爲責任之人爲的要素，責任能力，爲責任之自然的要素，故無責任能力，不構成責任。不構成責任，則過失不成立，故責任能力，可謂爲過失成立之重要問題也。責任能力之觀念，有形式及實質之意義。所謂形式的，由於法律之規定，而爲所制限，得受法律上之效果。所謂實質的，謂無精神上生理或病理的缺陷，換言之，爲完全之心神狀態，卽得爲通常之注意之心的要素也。足以構成責任之實質者，則於通常之心神狀態，而得以辨認及決意之能力也。卽因外界之刺激，由於已起之動機，無通常之決意，雖得引起精神活動，然由於自己之行爲，而發生理解外界影響之精神上能力者，則爲有責任能力者。

責任能力之實質，謂爲通常決意之可能也。由此通常決意之能力，雖無意思之活動，不可不爲有責任能力。故：

(一)於自己，而不能使動作刺激與知覺事實相對立之人，卽由於自我之知覺所結合之知覺

事實之總和之社會的人格，得防止刺戟之無能力者，則無通常決意之可能。

(二)社會道德，由於條理上之觀念，得量度自己之行爲之無能力者，則無通常決意之可能。

(三)誤謬之結果，由於誤認外界，而至於爲其行爲者，則無通常決意之可能。

責任能力，已如右述，通常決意之可能，卽由於動機，以通常意思決定之能力，爲其實質者也。通常意思之決定力，乃爲其重要成分，從可知矣。然此爲學說所環訟，主張意思自由說之舊派(Klassische Schule, Ecole Classique)以自由意思——(Willensfreiheit)爲責任能力之前提要件。其所主張，大底認一般人爲精神之成熟且健全者，則認別是非善惡，關於輕重避惡，有意思之自由。各人之自由意思，皆爲平等，非有何等之差別者，故犯罪之輕重，由犯罪之性質而定之。無自由意思時，則責任能力不存在。反之，主張意思必至說之新派——(Neme Schule, Ecole nouvelle)否認意思之自由。以人之意思，爲必然的，一定的，所以人無絕對意思之自由，不過必至之現象而已。故以社會的適應能力 Adaptabilité 之觀念，爲責

任能力之意義。所謂欠缺社會的適應能力者，乃隨刑罰之制定及刑罰之執行，認爲依誘引作用而誘導之。然亦無何等之意義者也。有舊派意思自由說之通常精神狀態之人，皆從理性，有爲善去惡之自由意思。故無自由意思者，皆無責任能力，從此主張，則因機械的強制者，亦因爲缺乏自由意思，至於必須認爲無責任能力者，所謂刑法上之行爲，乃基於行爲者之意思之舉動，若僅舉動而已，則非刑法上之行爲也。因機械的強制之行爲，以非基於行爲者意思之行爲，不可爲行爲者之行爲。無責任能力者之行爲，乃不基於行爲者之意思，認爲非其行爲。准其意思，僅非爲通常意識之決定者而已。故無責任能力者之行爲，則不得爲刑法上之行爲。若因機械的強制者，爲無責任能力。則有以不行爲者認爲行爲者之不當。雖然，吾人如新派舊派之所說，有通常精神狀態之人，皆從理性上，以有爲善避惡之自由意思之論旨，不應一筆而抹消之。吾人固不認絕對之意思之自由，亦不認意思之絕對不自由。法律論之意思自由，與哲學上自由意思不同。意思，非絕對的所自發者，而爲刺激所左右，應認自然力之存在，亦爲法律之責任論，此非應取極端之意義，而一切自然力，潛入於吾人之意識者

#### 第四章 責任能力與過失

雖寡，但不可不肯定吾人有得爲選擇取捨決定之力。故於責任能力者之主觀的關係，應爲構成責任要素之原因，不可不認爲得支配自己行動之相對的意思之力。若以哲學的生理的，分析吾人之意思，則吾人完全受必然的法則所支配，不過機械的傀儡而已。皆不可使吾人負主觀上一切之責任也。以此，則責任能力，無存在之意義矣。

## 第一節 有責任能力與過失

僅認過失爲過失，非應受罰者，而須與主觀的要素合成之者也。人爲的要素與自然的要素，共同存在時，始成立責任，若僅爲人爲的要素之過失，尚不至有犯罪之責任。換言之，過失者，怠於注意力之活動者也，可勿論矣。然非有責任能力時，則縱令爲受不注意之非難之行為，亦不可謂爲有過失之責任。何則，雖有人爲要素，而欠缺自然要素故也。責任能力，勿論非屬於過失之內容者，而過失之內容，認爲過失之成分者而非認爲責任之過失也。於認爲責任過失之構成，則不可無構成責任之要素。故所謂有責任能力與過失，足知有不可分離之關

係也。然而，所謂責任能力者，爲如何乎？茲略述之如下。

責任能力，爲責任構成之一要素，責任能力者，有此要素者也。換言之，所謂責任能力者，依法律之規定而受制限，並得受法律上效果之資格，而爲健全之心神狀態，卽具備得以為通常決意之心的關係者也。前者，乃表示責任能力之法律上的地位，不過形式的意義而已。然責任能力之爲責任能力，所以占法律上之地位也。但不可忘其爲實質的通常之決意能力，故責任能力，非獨刑罰能力已也。以責任能力，僅爲刑罰能力者，則祇取責任能力之形式，而捨責任能力之實質者也。試以法學教授之例而言之。所謂法學教授，乃法律學校，承認其適任於以法律教授學生之資格，得謂爲有法學智識者也。而有法學智識者，非立即爲法學教授，然以其有法學知識，學校乃承認其爲法學教授，不然，則法律學校，不承認其適任於以法學教授學生之理。所以爲法律學校之教授。仍以有法學知識故也。以此理而臨責任能力之觀念，則僅觀察其實質的方面，殊有未可，若同時僅觀察其形式的方面，亦有未當也。甚至，如新派一部分之學者，極端客觀的觀察人之意思之結果，僅以刑罰，乃因客觀的社會秩序之



保護而爲所制定，不問精神狀態如何，限於危害社會之秩序，皆有刑罰之責任，而存否認責任能力之存在者。皆新派之弊也。若僅視責任能力之形式的意義，以責任能力，爲能避刑罰目的之能力也。以責任能力，卽認爲刑罰能力者，則刑罰之可能，非責任能力之形式，而爲其實質也。刑罰適應能力，與存在於行爲當時與否，毫無關係，而以存在於受刑罰之當時爲必要。行爲之當時，爲有刑罰適應能力，至於受刑罰當時，已罹於精神病時，則認爲無責任能力者，不得爲犯罪之成立。故此說，將責任能力與刑事訴訟法及監獄法上之刑罰能力混同。或僅制限法律之責任能力之理由，乃片面的觀察者也。

刑事人類學與刑事社會學，乃觀察刑事政策之全體而研究者，直接應用於責任能力，可謂迂闊矣。能達刑罰之目的者，則制限責任能力，爲法律上之理由，而爲責任能力之遠因也。決非責任能力者。責任能力，存在於行爲之當時，爲其特性，而責任能力，則非刑罰能力，以其近於犯罪行爲之能力也。故責任能力，以存在於行爲之當時足矣。行爲之前不存當時，則無論矣，於行爲之後，發生變更者，亦不影響於責任能力之有無者也。責任能力者，於

犯罪行爲後，俄而喪失責任能力，其犯罪行爲，有責行爲也。在此場合，因其犯罪行爲而生之結果，尚未發生，亦可也。例如：以毒物投於食物中之行爲者，被害者在食之前，而陷於無責任能力之狀態，其行爲，仍爲有責能力者之行爲。何則，責任之成立，乃責任能力，存在於行爲之當時而足，無須存在於結果發生之當時故也。責任能力，存在於行爲當時，其行爲，爲有責任能力之行爲也。由於其行爲所生之結果，當然爲有責任能力行爲之結果也。故責任能力，迄至結果發生之說，乃實質上所當然，所謂徒爲虛無的空想者也。在行爲當時，責任能力，既以存在，則其行爲，不能區別爲積極的抑爲消極的，而常爲有責任能力，故消極的行爲之場合，亦如右述，在行爲結果發生前，而陷於無責任能力之狀態，其行爲，爲有責任能力者之行爲也。例如：鐵道從業員，以顛覆火車之意思，而決心應爲而不爲之危險信號後，突然發狂，陷於無責任能力之狀態，俄頃，其火車，以無危險信號，不停車，於進行中而顛覆。於此，其行爲時期，須要注意。卽於應爲行爲之性質，經過應爲一定之時期時，則不爲其應爲之行爲——爲消極的行爲——於應爲行爲之性質，而應爲之時期，有時閫之適

豫，在其時間內，於何時得以為之者，則經過應為之時期到來之始時，不為其應為之行爲。——為積極的行爲——若於其應為之行爲之時期到來前，已喪失責任能力時，則縱命會有為消極犯罪行爲之決心，亦不可謂與結果無何等之關係。何則，消極的行爲，即於不作爲之當時，其責任能力不存在故也。右所舉之鐵道從業員應為之信號，則火車通過之時期，以三時三十二分至三時三十分，假定應為之者。彼以顛覆火車之目的，決心應為而不為之危險信號後，至三時三十一分，忽然發狂，喪失責任能力時，於應為信號時期之當時，以責任能力存在，而為不作爲犯罪也。若其應為之時期，由三時二十分至三時三十分之間，其間，以何時為之亦可，乃時間之開始，即義務之開始也。時間開始後，例如，於三時三十一分以後，而已發狂時，亦為不作爲也。在此場合，既於時間內，何時為之均可，則非經過時間之全部，而似不可謂為違背義務，故以行爲者之利益，須經過時間之全部。即非經過三時三十分，則不可為有責任能力之行爲也。雖然，有為犯罪行爲之決心者，則義務時間開始後，莫不為應為之行爲時，謂之消極的行爲著手。苟非發狂，而時間開始後，經過五分，至三時二十五分，

覺悟其非，而爲信號，其所經過之五分間，爲消極的行爲，其中止著手之行爲，謂爲消極的犯罪行爲之中止犯。醫者於施手術後，以殺人之意思，而決心不防止其出血，被害者由於出血而至危險之時間爲十分，在其期間，以何時防止之，雖亦不生危險之狀態，然非其時間全部經過後，則不得爲醫者消極的犯罪行爲。以加害者之利益，不願被害者之大不利益，殊有未當。故義務時間開始後，不爲其義務行爲，其後，喪失責任能力，亦爲消極的犯罪行爲，其當時不能不爲責任能力之存在也。反之，於其義務時間前，卽三十分之時，喪失責任能力，則縱令發狂前，曾有決心爲消極的犯罪行爲，對於火車之顛覆，亦無何等之關係也。何則，至應爲危險信號之時期而不爲之消極行爲之當時，既無責任能力之存在故也。〔註〕於此要注意者，則法規已明定義務時間之場合是也。例如：法文，由何日至何日之間，應爲一定之行爲。若於此期間內，不爲法律所要求之行爲時，則規定應科一定之刑罰之場合。於此場合，在法律，既明定不罰其非經過法定期間全部之旨，則非經過全部之法定期間，不得謂爲違反法律也。是法律所規定之特別場合，故不爲前述之例。

【註】從來關於右述問題，尙無說明者。有之，自泉二新熊博士，小樽傳博士，富田山壽博士，Liszt, Binding, Frank 諸氏始，然皆甚簡略，不能得其要領。今試錄示一二。泉

二新熊博士曰：『在意思活動之瞬間，既有責任能力，則在其前後，而責任能力，雖被阻却，亦充分使其行爲爲有責也。故於中間影響或結果發生時期，不問行爲者爲有責任能力否也。例如：使狂者爲犯罪之決意時，縱令自己在熟睡中，於使狂者發生爲罪之結果之場合，尙不可不任其責也。』  
（氏日本刑法第三十一  
 一版第三八三頁）

Liszt 曰：『……行爲之當時，責任存在，結果發生之當時，責任不存在，亦要爲罪。其後到來之無責任能力，僅止發生訴訟法上之結果。詳言之，以任意之身體運動所行之瞬間——若關於違法之不作爲，則不可不爲身體運動之瞬間爲標準。在結果到來之時期，本人之精神狀態如何，不必論究。例如：故意投毒於井中者，完全在於酩酊狀態間，於犯人之故意中所包含之人人，在於已飲井中之毒之場合，應負責任是也。又使瘋顛者，爲犯罪之決意時，苟行爲本人之精神上，在熟睡之間，瘋顛者，雖實行犯罪之場合，顯

在於責任能力存在之狀態而爲行爲也。

小曉傳氏與 Hertz 爲同一之說明，亦揭出同一之例矣。

上述諸氏，不過關於積極行爲而爲之說明而已，而於消極行爲尙不介意。H. G. 氏所謂「關於違法不作爲，不可不爲身體運動之瞬間」。其所謂不可不爲身體運動之瞬間者，在於何時，殊難索解。故意投毒於井中，或使瘋頭者爲犯罪之決意等，在積極的行爲，甚爲明瞭，然行爲後結果發生前，喪失責任能力，亦與責任能力之存在，無何等之關係，亦明若觀火矣。然於消極的行爲，較諸右述，微有不同。前述不可不爲之時期，較諸其行爲之性質，有迴環之場合，信乎，有論究行爲者不可不爲之瞬間的標準之必要。比如前例，以使頭覆火車之意思，而決心不爲信號，信號手應爲之信號，在五分鐘間，何時亦可爲之，而信號手經過二分鐘間時，精神已呈異狀，遂喪失責任能力，是經過其不可不爲之瞬間否乎？且尙在睡眠，乃欲意行爲之問題，而非責任能力之問題也。以睡眠者，爲無責任者，殊屬不當。在睡眠中，爲犯罪積極的行爲時，應引起刑法上行爲之成立上或故意過失有無之問題，而爲行爲後之睡眠

，與責任能力之問題，無何等之關係者也。於消極的行爲最甚。消極的行爲之責任。在於不作爲，其不爲必爲之行爲，則認爲發生責任之問題者也。於不作爲之間，爲如何之行爲，與不作爲無何等之關係也。信號手，不爲應爲之危險信號，則不作爲之責任成立矣。若代爲信號，則勿論其爲散步爲觀劇爲訪友抑爲睡眠亦與不作爲無何等之關係也。故以睡眠爲寔失責任能力，甚屬不當。

責任能力，乃存在於行爲當時之瞬間，即不存在，亦無影響於其前後也，已如前述。反之，於行爲當時之瞬間而不存在，而存在於其行爲之前後，不可爲有責任能力。雖然，於行爲當時，責任能力，亦不存在，其不存在之原因，由於行爲者自己之故意或過失，而至此之場合，則行爲者，不可不負責任。此分二種場合而說明之。

(一)可爲行爲者故意之場合

行爲者，因故意犯罪之實行，故意使自己至於無責任能力狀態之場合，其作爲或不作爲之當時，於事實上在無責任能力之狀態，然有責任能力之行爲，不應被阻却也。例如，鐵道

之監守人，當急行列車接近，以不使轉轍器之目的，自爲駭訂，此之責任能力者，所以隨於喪失自己知覺之狀態，乃爲犯罪者，與利用無責任能力者之手段同，而認爲利用自己無責任能力之狀態而達犯罪之目的者也。雖然，所謂造意者與實行者，同爲一人，故較諸間接正犯之法意，稍有不同。蓋間接正犯，其造意者與實行者，非同一人，乃成立兩者不同之人格者間之罪之態樣故也。然於此場合之責任能力者，故意使自己陷於喪失知覺之狀態者，而此之行爲，於無知覺之狀態，與犯罪實行行爲合一，應爲一之犯罪行爲。故結果，可謂爲有責任能力之行爲。雖然，責任能力者，使自己之知覺，陷於變則狀態，非犯罪行爲，乃爲犯罪行爲所行之一種豫備行爲也。故喪失知覺之後，於不爲豫備欲爲之行爲之場合，不可謂爲犯罪行爲。又於應負故意責任之場合，則故意與行爲之間，須因果關係之存在。不然，則不得不爲無故意之責任。例如：以殺人之目的，而故意使自己之知覺，陷於變則之後，不爲殺人之行爲，而爲竊盜之行爲是也。

(二)應爲行爲者過失之場合

第四章 責任能力與過失



責任能力者，故意使自己之知覺，陷於變則之後，所爲之行爲，與行爲者遺備欲爲之行爲不一致之場合，或行爲者，故意使自己之知覺，陷於變則，雖無爲犯罪行爲之目的，亦屬喪失自己知覺上之常態，已喪失之後，於可知其爲不法行爲之場合，應爲行爲者之過失也。例如：以放火之目的，故意陷自己之知覺於變則後，不爲其欲爲之放火，而犯暴行罪時，或無犯罪之目的，而故意酩酊後，爲殺人行爲。前者，故意與行爲，缺乏因果關係，所以不爲故意。雖然，行爲者，因實行犯意，以使自已易陷於爲危險行爲之狀態，而犯罪行爲，非出於行爲者之故意，然得而知之者，不可不負過失之責任也。雖然，若行爲者，使自已知覺之常態，陷於變則時，認識一切之行爲事實，有不確定故意之場合，則爲故意之行爲。例如：行爲者，以殺人之目的，而飲多量之酒於酩酊後，或爲放火，傷害，侮辱，暴行，毀棄，及其他種種之犯罪行爲否，雖豫見不知，然有此豫見，而不停止飲酒，於酩酊之後，果不爲自己目的之行爲，而爲所豫見之他行爲，則成立不確定之故意者也。後者，使自已之心神狀態，陷於變則時，雖無何等犯罪之目的，然飲多量之酒，至於酩酊，盡

間無論何人，其酩酊時，應喪失心神之常態，及喪失心神常態時，以得知容易為受難之行爲等，謂有過失之責任。若於酩酊前，有不確定故意之場合，則不獨過失已也，尙不可不負故意之責任。前已述之矣。故余對於醉漢所爲之行爲，雖少，亦主張負過失之責任。飲酒應辭，泥醉，易受外界之刺戟，感情之衝動。至於自制力薄弱，以此，而易為被非難之行爲，以常識而得知者，若不知時，則可謂意於注意也。吾人常以維持公共秩序善良風俗，謂使煩累於人之事，有注意之義務。飲多量之酒，有使身體危害公共秩序善良風俗之可能性，換言之，飲多量酒，即不外任意使自己陷於易為犯罪行爲之狀態。無論何人，飲酒過量時，則陷於喪失心神常態之狀態，為必然的，而非偶然的。此必然的現象，雖得以自己之力而抑制之，若不抑制之，使喪自己之心神常態時，對其行爲，謂有過失，可謂正當。法律所保護之利益，乃人之生命財產及一切之公序良俗，因各個人任意之泥醉，雖使其立於應受發生一切危險之地位，然使人負不至泥醉之義務信乎其為正當也。故飲多量之酒，乃蔑視必能避免由於自己之行動所生危險之義務，謂為有違法性之行爲也。對於含有此

違法性之行為而發生之結果雖少，然不可不負過失之責任，乃當然也。〔註〕

【註】中華民國暫行新刑律第十二條第二項：規定酗酒時之行為，不阻却責任能力。允為至當。

原案注曰：「第二項酗酒之人，在病理上，祇屬一時之精神病，此種病，係人力所自能裁抑，乃故意藉酗酒以逞非行，法律所不許也。若係全無意識之行為，而非出於故意者，可援第十三條斷為無罪，亦非以酗酒之故，遂為無罪也」云得正鵠。

德國刑法草案第六十四條：「……」因自招致之酗酒，在於無意識狀態，已犯其行為者，限於罰過失罪，處過失之刑。』

芬蘭刑法第三章第四條第二項「……」行為者自招致酗酒，及其類似之精神錯亂，尚以一事，不得看作右之刑罰減輕之理由。』

墨國刑法第十一條：有酗酒之常習，或遂既在酗酒之狀態，應罰。有犯不法行為之答者，完全在酗酒之狀態，以侵害刑法之場合，規定為過失罪之旨。

意大利刑法第四十八條：關於係任意酗酒者，達於心神喪失程度之場合，以無期徒刑，換一年以上八年以下之懲役，關於其他之刑，在於比較六分之一少之程度而減輕。未達心神喪失之程度者。（同法第四十七條所謂前條——已示在於喪失自己行為意識或自由精神不具之狀態者——於精神之狀態罪責，雖未全銷，顯屬減輕之性質時。）以無期徒刑，換期間十年以上之懲役。其他之刑，則規定減三分之一之旨。其規定中，尤以對於常習之酗酒者，加重其刑。結尾又規定：『在本條所定刑之減輕，以易為犯罪行為或以為口實，對於喚起酗酒者，不適用之。』

法例多有以酗酒而為過失，或認原有之價值，僅減輕而已。甚少與無責任能力者相比較。有刑之減輕或免除者，完全為無責任能力者，信哉，不足取也。日本刑法中，於此，雖無規定，然判例與學說，則極端以酗酒者，為心神喪失者，殊不可解。

#### 【註】判例

無論何人，或飲過量之酒時，應認為陷於精神喪失之狀態者，而犯罪行為當時，由於飲

多量之酒而泥醉，忘却前後，在病的酩酊狀態，認為精神喪失中之場合，該當於刑法第三十九條第一項，爲無罪。（東京控訴院四四）  
（第八卷一四三頁）

學說

（一）泉二新熊博士：『精神障礙，必須基於精神病。因飲酒酩酊或催眠，一時之精神障礙，亦等於阻却責任能力。』（日本刑法論三十）  
（一版第三八八頁）

（二）大場茂馬博士：該當心神喪失（負責無能力）之心理狀態，大別之，如左：

（1）『一時的心神喪失……麻醉泥醉……屬之』（刑法論第六四）  
（三五至六四頁）

關於責任能力，得區別爲完全無責任能力與低減責任能力否？尙有議論。所謂由純理上，隨法律上行爲之範圍而異，對於其行爲，精神上之成熟，認為必生同一之時期者，對於某行爲，則有責任能力，或對於某行爲，而無責任能力。如：雖同爲法律，所謂民法與刑法，自異其行爲能力之時期。雖同爲民法，所謂親族法相續法與債權法，自異其行爲能力之時期。又雖同爲行爲能力，其適法行爲與不法行爲之能力，自異其時期。雖同爲刑法，亦因犯罪之種

類，異其責任能力。例如：雖有竊盜犯之責任能力，然無國事犯之責任能力。其他關於身體康健中，有無數之階段。於責任能力之內部，亦有多數之階段。故此，承認關於責任能力之程度 (Abstufung) 之差異，在有責任能力者與無責任能力者之間，其中間者，即謂為極減責任能力者也。雖然，所謂低減責任能力者之觀念，一目了然，而詳細研究時，則必然也。徹底的區別之，則關於刑法各個特別構成要件，不可不各別論定之。若抽象的區別之，誠恐到底不能成功。元來責任能力，為通常意思之決定，故減低責任能力者，無通常意思之決定乎？或無通常意思之決定力，或亦有之，甚不明瞭者也。雖有通常意思之決定力，其精神與身體各部之發育，有比常人為劣者。缺乏道義觀念及自制力，依輕微之動機，不無分別之行為，不可不以為容易之心神狀態，論定低減責任能力之實質，其將奈何？此不獨不能發見其標準，且由此之時，為犯罪行為者，皆謂為心神耗弱者也。犯罪者之多數，為智力較劣者，易激於感情。關於所謂犯罪，缺乏良心之抑制，雖少，然於行犯罪行為之前後，則良心上之抑制，以比常人遲鈍為通例。多數之殺人放火強盜等犯罪者，其所缺乏之德義心，每較常人為多。

。由些微之動機，敢爲極重大之犯罪，殆爲其適有性也。若嚴格研究低減責任能力，則犯罪者中，責任能力者，可至於無。故設相對的責任能力之規定，判斷其能力之有無，非易事也。雖不認中間階級，然刑之範圍頗廣，以得裁量適當之刑，可謂無何等之支障，故中華民國新刑律中，不爲此之規定，可謂得其正鵠。

【註】 同旨

岡田朝太郎博士曰：「比於第三條第二項，則心神耗弱者之行為，減輕其刑。所謂心神耗弱者，指位於心神喪失者——即精神病者與心神健全者——即通常人之間者爲主，似含低能者及變質者（*Changeable*）但爲此之區別，不獨關於醫學上有不可能之困難。減輕其刑之當否，法學上，亦屬疑問。（博士刑法總論第九八頁第五七頁）

岡田莊作博士曰：「法律，何故承認精神健全者之程度，爲心神耗弱者之中間階級？此甚爲詭異者也。判斷其爲心神耗弱者乎？抑心神喪失者乎？亦頗爲危險。刑之範圍頗廣，故對於心神耗弱者，亦非得適當爲刑之減量耶？要之，可謂不統一之立法也。（博士刑法總論）

第一五  
〇頁）

泉二新論博士亦否定之乎？博士於其自著日本刑法論第三九七頁乃至第四〇〇頁，以三宅鑽一氏之鑑定例，爲精神病的中間者爲最適當之範圍，而於結論，對於三宅氏之鑑定例，所謂：「予輩斷定此被告非心神耗弱者，信爲當然者也。」如不認精神病的中間者之必要，其所謂「予輩以此被告，非心神耗弱者。」然所謂心神耗弱者，爲如何者乎？換言之，氏初以三宅鑽一博士之鑑定例，如證明心神耗弱者不存在，雖說明之，終當三宅博士之鑑定例，將被告結論非心神耗弱者，則論其自身，亦承認心神耗弱者之存在否？極不明瞭。

如牧野英一博士：理論上，亦承認之，然於其結論，則否認之。且以中間者，似不贊同刑罰減輕之理由。（博士日本刑法第九）博士曰：然則，如此之中間者之處置如何？『學者或以此爲刑罰減輕之理由。雖然，如此，要不過自由論之主張，或其影響耳。由社會防衛之見地論之，則首先檢查其有刑罰適應性否？以後科以刑罰，或不科之，更講求其適

第四章 責任能力與過失



應之方法。由實際上之見地論之，最爲危險，犯罪人多屬於此中間者也。

異說

依勝本勸三郎博士之說，則法文多混淆不明。氏曰，……雖然，使予選言之，則雖由於此等之場合，殆與心神喪失應同視之程度，不保無其接近於此，故於減輕其刑之外，至少尚可增加得以免除之規定。（刑法要論（一九一頁））雖然，所謂殆與心神喪失者應同視之程度接近於此者，果何如乎？

## 第二節 無責任能力與過失

過失，爲責任問題，所以認責任過失之構成，須有責任能力，前所述之矣。無責任能力時，則雖充實過失之內容，亦非刑法上之問題。故無責任能力者，雖爲過失行爲，亦不爲過失罪。蓋無責任能力，阻却過失之成立故也。然而阻却過失罪成立之無責任能力者，爲如何耶？茲略述之如左：

大約以人皆爲有責任能力者爲原則。其例外的，則以欠缺精神成熟者 *bei fehlender Geistesreife* 卽刑事未成年者 *Strafmündigkeit* 與精神之發達障礙 *Fetwick Lung Shemmung* 及欠缺精神之健康者 *Bei fehlender Geistiger Gesundheit*，爲無責任能力者，特通例也。責任能力，在形式上，爲法律限制犯罪責任之資格，故尙在實際上，雖非欠缺精神成熟，亦依法律規定，認爲欠缺精神成熟，其人遂爲法律上無責任能力者也。

### 第一項 欠缺精神之成熟時

最近多數刑事立法例，將刑事未成年者之年齡，分爲三期。第一期爲絕對無責任能力。第二期爲相對無責任能力。第三期爲減輕責任能力是也。絕對無責任能力者，對於其行爲，爲絕對無責任，而關於相對無責任能力者之行爲，則首先檢查其能力之有無，若認其有能力時，則使負刑事上之責任。惟應減輕其刑者，對於減輕能力者之行爲，認爲絕對責任，不過得減輕其刑而已，意大利刑法典，俄羅斯刑法典，瑞士草案，奧國草案 *1890* 對案，匈牙利改正

刑法，葡萄牙，索爾維亞，羅馬尼亞，西班牙，土耳其，丁妹，智利等國之刑法，皆然。又有二分主義，即區別絕對無責任年齡，與相對無責任年齡之二期，英德匈荷瑞奧墨西哥等國之刑法是也。又有區分絕對無責任年齡，與減輕責任年齡之二期者，中國，芬蘭等之刑法是也。又有不認絕對無責任年齡與減輕責任年齡，而僅認相對責任年齡者，法蘭西，白耳義之刑法是也。又有不認相對責任年齡與減輕責任年齡，不過認絕對無責任能力耳。日本現行法，中國前清草案是也。依岡田朝太郎之責任年齡表，則刑事年齡立法例如左。

國名

絕對無責任

相對無責任

減輕或特別處分

刑事丁年

第一主義

葡萄牙	七歲未滿	七——一四	一四——二〇	二〇以上
羅馬尼	八歲未滿	八——一五	一五——二〇	二〇以上
ブラヅル	九歲未滿	九——一四	一四——二一	二一以上
伊大和	九歲未滿	九——一四	一四——一八	二一以上

西班牙	九歲未滿	九	—	一五	—	一五	—	一八	—	一八以上
菲律賓	九歲未滿	九	—	一五	—	一五	—	一八	—	一八以上
祕魯	九歲未滿	九	—	一五	—	一五	—	一八	—	一八以上
奧大利	一〇歲未滿	一〇	—	一四	—	一四	—	二〇	—	二〇以上
Uruguay	一〇歲未滿	一〇	—	一四	—	一四	—	一八	—	一八以上
Jessin	一〇歲未滿	一〇	—	一四	—	一四	—	二〇	—	二〇以上
丁 抹	一〇歲未滿	一〇	—	一五	—	一五	—	一八	—	一八以上
那 威(舊法)	一〇歲未滿	一〇	—	一五	—	一五	—	一八	—	一八以上
Argentina	一〇歲未滿	一〇	—	一五	—	一五	—	一七	—	一八以上
Honduras	一〇歲未滿	一〇	—	一五	—	一五	—	二一	—	二一以上
巴拿馬	一〇歲未滿	一〇	—	一五	—	一五	—	成年	—	成年以上
El Salvador	一〇歲未滿	一〇	—	一六	—	一六	—	一八	—	一八以上

第四章 責任能力與過失

刑法過失論

八〇

智利	一〇歲未滿	一〇——一六	一六——一八	一八以上
Costa-Rica	一〇歲未滿	一〇——一六	一六——一八	一八以上
俄一九〇三年法典	一〇歲未滿	一〇——一七	一七——一八	一七以上
Venezuela	一二歲未滿	一二——一五	一五——一八	一七以上
Thurgau	一二歲未滿	一二——一六	一六——一九	一八以上
Zurich	一二歲未滿	一二——一六	一六——一九	一九以上
Zug	一二歲未滿	一二——一六	一六——二〇	一九以上
日本舊刑法	一二歲未滿	一二——一六	一八——二〇	二〇以上
Nenokatel	一二歲未滿	一二——一八	一八——二〇	二〇以上
Erilbourg	一二歲未滿	一二——一八	一八——成年	二〇以上
Solothurn	一二歲未滿	一二——一八	一八——二〇	成年以上
匈牙利	一二歲未滿	一二——一八	一八——二〇	二〇以上

相對減輕

第二主義

瑞士	一九〇八年案	一二歲未滿	一二—一八	特別處分	一八—二〇	二〇以上
St. Gallen		一四歲未滿	一四—一七		一八—二〇	二〇以上
塞爾維亞		一四歲未滿	一四—一七		一八—二〇	二一以上
Ta. al-Stadt		一四歲未滿	一四—一八		一八—二〇	二〇以上
Yalois		一四歲未滿	一四—一八		一八—二三	二三以上
紐約		七歲未滿	七—一二		無	一二以上
印度		七歲未滿	七—一二		無	一二以上
英吉利		七歲未滿	七—一四		無	一四以上
暹羅		七歲未滿	一四—一六		無	一六以上
墨西哥		九歲未滿	九—一四		無	一四以上
希臘		一〇歲未滿	一〇—一四		無	一四以上

第四章 責任能力與過失

Salvador	一〇歲未滿	一〇—一五	無	一五以上
荷蘭	一〇歲未滿	一〇—一六	無	一六以上
勃牙利	一〇歲未滿	一〇—一七	無	一七以上
Apenzel	一一歲未滿	一一—一六	無	一六以上
Luvern	一〇歲未滿	一〇—一八	無	一八以上
Bern	一二歲未滿	一二—一六	無	一六以上
德帝國 刑法法	一二歲未滿	一二—一八	無	一八以上
Obwalden	一二歲未滿	一二—一八	無	一八以上
Baselandscha *	一二歲未滿	一二—一八	無	一八以上
Vaud	一四歲未滿	一四—一八	無	一八以上
Schapphausen	一四歲未滿	一四—一八	無	一八以上
瑞典一九八 年案	一四歲未滿	一四—一八	無	一八以上

奧一九一  
二年案

一四歲未滿

一四——一八

無

一八以上

第三主義

Garns

無

一二歲未滿

無

一二以上

加利保耳尼

無

一四歲未滿

無

一四以上

Aargau

無

一五歲未滿

無

一五以上

法蘭西

無

一六歲未滿

無

一六以上

白耳義

無

一六歲未滿

無

一六以上

里克薩牟堡

無

一六歲未滿

無

一六以上

第四主義

加奈陀

七歲未滿

無

無

七以上

Unterwalden

一二歲未滿

無

無

一二以上

諾威翁茲

一四歲未滿

無

無

一四以上

第四章 責任能力與過失



刑法過失論

日本大正二年前

一四歲未滿

無

無

一四以上

德國對案

一四歲未滿

無

無

一四以上

Granden

一四歲未滿

無

無

一四以上

前清草案

一五歲未滿

無

無

一五以上

第五主義

埃及

七歲未滿

無

七  
|  
一五

一五以上

Paraguay

一〇歲未滿

無

一〇  
|  
一五

一〇以上

Bolivia

一〇歲未滿

無

一〇  
|  
成年

成年以上

民國現行法

一二歲未滿

無

一二  
|  
一六

一六以上

土耳其

一三歲未滿

無

一三  
|  
一五

一八以上

瑞典

一四歲未滿

無

一四  
|  
一五

一八以上

德國政府案

一四歲未滿

無

一四  
|  
一五

一八以上

日本	一四歲未滿	無	四	二	一八以上
芬蘭	一五歲未滿	無	五	一八	一八以上

依右表觀之，吾國刑法之責任年齡，爲第五主義，即二分主義也。十二歲未滿之幼年者，爲絕對之無責任能力者，十二歲以上至十六歲之幼年者，爲減輕責任能力者。

精神之發達，因體育教育環境之差異而不同，故關於責任年齡，各國立法例，亦不一致。幼年者之智識發達，漸次進步，此所以不同也。其中有精神發達最早，乃屬於例外者。法律欲使適於精神成熟之度，不可不依精神發達之順序，而定責任能力之程度。雖然，以責任能力之有無，一任於裁判所之判斷，未免危險。故不承認相對責任年齡，可謂正當。第二主義，能適於事實，然以責任能力之有無，一任於裁判官，則不可謂爲善法。第五主義，捨第一主義之短而採其長，可謂比較的良善者也。第四主義，以責任無能力者，僅限於一類，則不敢贊同。依年齡計算法，由一時間之差而年齡發生差異。由一時間之差，有爲絕對無責任能力者或爲絕對全責任能力者，可謂太粗略矣。昨日爲殺人行爲時，爲全然無責任，今日爲殺人

#### 第四章 責任能力與過失

行爲時，則爲極刑，受死刑之宣告，化爲統首台上之朝露。其間少無量度之餘地，實爲殘酷之立法。此粗略之立法例，大約前清草案與日本新刑法，諸威與庫倫比亞之刑法而已。日本由於少年法之實施，以承認減輕責任，而此缺點之不存在也久矣。依日本刑法時，則十八歲以上，雖爲全責任者，依少年法時，則十六歲未滿者，不科死刑或無期徒刑。以死刑或無期徒刑而處斷時，則於十年以上十五年以下，而科以懲役或禁錮。第四主義之缺點，不存在於日本法。雖然，對於天皇，太皇太后，皇太后，皇后，皇太子，皇太孫及皇族，加以危害之場合，與殺害直系尊親屬之場合，仍依刑法處罰之。可知非由第四主義全然脫退者。前清草案，於民國而改正，故不成問題。於諸威刑法第五十八條，對於未達十八歲之幼年者，有不可處以無期徒刑之旨之特別規定。故結果，諸威刑法，亦與承認減輕責任之法典的趣旨，歸於大同小異者也。元來極刑之無期徒刑與死刑，乃破壞犯罪者社會上之存在，對於少年者不適用之也。少年者，身體心神，尙未發達，無善惡之辨別心，受先天的障礙或覺遇所壓迫，無勝之之力。彼決不獨非憎之者，亦以國家之根本萌芽，不科刑罰於前途有望之彼等，得

促進其改善，而不可處彼等以極刑也，明矣。故對於十七八歲以下之幼年者。禁止宣告懲刑，且常以禁錮刑代懲役刑，誠爲正當。德國草案第六十九條，奧國草案第五十一條 *§ 51*。對案第十六條第二項，俄帝國刑法第五十五條第一項，匈牙利改正刑法第十七條，第二十六條，皆然也。依何國改正法案第二十一條，十八歲以上二十歲以下之幼者，不處死刑或無期徒刑，又依俄國刑法第五十七條，十七歲以上，二十歲以下之幼者，有不處死刑之規定。依法定刑罰主義，責任年齡認爲理論，則以第五主義爲可。適合於事實，則以第三主義爲可也。然精神之發達，不必與年齡爲同一之步調。不能以死法，規定劃一的生人之心神。故責任能力，區別幾期，到底不得期其正確，與其對於少年犯罪者，於普通刑法之外，而講求救濟之法爲急務也。其所謂救濟之法，乃少年裁判所之設立，強制保護教育之設立與感化事業之施設等是也。日本刑法，於責任年齡之點，雖爲惡法，然目下已岌岌矣。不獨有請求右述普通刑法外之救濟法。然由於少年法實施，殆除此缺點矣。在吾國，關於此等之施設尙不少，然畢竟有遜色也。

#### 第四章 責任能力與過失

(一)少年裁判所：少年裁判所，與普通裁判所異，於少年犯罪，不加刑罰。以救防爲目的者也。少年裁判所，於北美合衆國，最爲完美，歐洲諸國效之，日本已著手矣。吾國亦尙早一日設立之必要也。茲舉紐約少年裁判所之概況如左。

(一)組織：於少年裁判所的裁判手續之基礎，在人道與常識也。祇以一人之判事，兼檢察官辯護人裁判官陪審官，而爲裁判者也。其趣旨，卽爲不幸之幼者，鄭重行使父親之任務，故爲檢察之求刑官，認其出庭，不認其求刑之權利。此與普通裁判法，大異其趣。被告者，卽被處辦於少年裁判所之兒童，得基於父母罪惡之確證時，裁判所，對於其家庭，命其施以特別之改善。又附悔改之條件，使其宣誓而放免之。若不實行此命令時，則以保護不適當之理由，而將幼者，拘留於室內，將其費用之一部或全部，歸其父親之負擔。裁判所依此方法，而期待改善幼者並父母之狀態也。

(二)設備：紐約少年裁判所之建築物，建築於一八六八年，爲慈善之感化院也。因辦理裁判所之事務，無適當之設備，故認有移轉於相當地方之必要，經運局與市參事會，以

此議決支出十五萬元。此新建總物，第一取充足之光線，而將精神廣大之法庭。又於專件之審理，設置使幼者感覺愉快之留置室，又將比較的年長之幼者與幼稚者分離。又將受犯罪嫌疑之幼者，與祇比較保護之必要而被監視者離隔。而為無遺憾之設備矣。又因要保護的監視之幼者與同伴育兒場及幼者之父母，特設適當之別室。又宗教的及慈善的團體之代表者，每日於法庭隨事件而與予助力，於使幼者將來為良善之市民，與予無量之利益。故為彼等備適當之別室也。

(三) 試驗：試驗之制度，為趨於犯罪之幼者，使為改心之誓約也。紐約裁判所，一千九百零二年，裁判所開始以來，施行試驗數十次，所付於試驗之幼者，為一萬六千餘人，其中百分之八十六，為十分發達，不承認委託於別人之必要。被付於此試驗之幼者之監查人，為幼者虐待防止組合之管理者也。裁判所，關於試驗專業，依監查之勳勞，而償其受裨益者不少也。試驗之期間中，監查人，將監查中之經過及結果，報告於裁判所，商量為兒童及社會有利益之事項，供給推定之資格，應被付其試驗者，為重大犯罪之所

爲而被送致者，或家庭及其他之事情，要十分改善者，被限定者也。

(四)誓約：關於兒童所爲之行爲，不明其爲有意？抑爲偶發？或爲境遇之強？或爲先天之惡性者？所行之試驗也。誓約之事，毫無負擔，祇宗教家之補助，而收良好之成績者也。

(二)強制保護教育：保護教育，在適當之私人或養育院，或感化院，於公監督之下，以公費實施之，有附託義務之公共團體，任實行之責。公共團體，定被保護人附託之方法，決定院內教育時，與可成之被保護人奉同一之宗教，附託於養育院或感化院，決定家庭教育時雖少，然至就學義務年限終了，與本人奉同一宗教之私人。依此法律，則以保證期間爲原則，被保護人，因達於成年而終了。雖然，若既達保證教育之目的時，尙未達於成年，亦終了其期間。又公共團體或幼年者之父母，若因法定代理人之請求，以決定而得取銷保證教育。就被保護人附託手續之費用，或保護中死亡，被保護人埋葬之費用，保證終了後送還之費用，若無管轄被保護人住所之地方裁判組合之負擔時，則有附託義務之公共團體

負擔。而且附託保護教育，所有之權利，爲後見裁判所也。後見裁判所，認爲未滿十八歲之少年者，該當於左之場合，命附保護教育。

(1) 父親因濫用少年之監督權，或因關於忽略少年，或因使少年爲惡行，或因使其爲違反風俗之行爲，危害少年精神上或身體上之安全，故認爲必要保護教育時。

(2) 少年犯罪者，以幼弱之故，於不得爲刑法上追訴之場合，徵諸其行爲之性質或父母，或其他教育者之性格，及諸般之關係以補助長少年之惡風，認爲必要保護教育時。

(3) 於父母或其他保育者或學校之教化不圓滿之場合，因防止少年陷於極度之墮落，認爲必要保護教育時。

後見裁判所，以職權，或因區長，市町村長或警察署長之請求，明示承認證據十分之事實，得決定其附託。但於決定前，必限於市町村長，幼年者管轄之僧侶，幼年者在學之學校的理事教員之意見，無特別困難，要聽其父母法定代理人之意見。

(二) 感化事業：感化之事業，不獨對於少年，雖對於成年者，亦有其必要。以最有名之感



化主義，而設立アルマイラ監獄，雖成年者，亦奏其效力者也。アルマイラ監獄，於紐約州アルマイラ所設立，認爲重罪之初犯者，收容十六歲以上三十歲以下之男子。監獄內農場之外，特別有養豚，養雞，園藝場之設備，犯人於修養與勞動之間，一新其心身也。

獄中之生活，由囚徒之品行勤勉學力三方面而査定，被區別三級，而入監之初，雖爲如何之罪責者，收容於二級，謹慎勉勵時，則使進於一級，懶惰放逸時，降至三級。且依階級，而於衣食住之待遇，有顯著之差異。此乃使人發努力奮勵之性，養成向上奮歷之心，爲目的者也。

右述之強制保護教育與感化法，乃大同小異，故以財政之關係上，爲深長縝密之計，設立感化院，足矣。日本以明治三十三年三月十日法律第三十七號，所公布感化法以來，官營，姑勿論矣，即於各地而爲私營者，亦復不少。參觀其內容，實有養善者。

## 第二項 缺乏精神之健康時

新刑律第十二條第一項曰：「精神病人之行爲，不爲罪」云云，則指行爲者缺乏精神健康之場合而言也。缺乏精神健康時，則無通常之辨識力。韓非子曰：「疾生則智慧衰，智慧衰，則度量失，度量失，則妄舉動。」卽此義也。精神病者，爲絕對無責任能力者，其行爲，應不構成犯罪，故自始，爲不爲罪之行爲也。決定其行爲，認爲犯罪行爲，亦構成犯罪，僅不加刑罰也明矣。雖然，日本刑法第三十九條，規定不罰之。可謂有反於無責任能力行爲之犯罪不成立之原則之嫌也。〔註一〕

精神病，非以先天的後天的而爲區別。繼續的意識之瀰漫，卽精神甚爲耗弱者，不分其屬於文狂或武狂，均爲無責任能力也。醫學上所承認之精神病者，卽傳染病性精神病，衰憊性精神病，中病性精神病，甲狀腺性精神病，早發性癡呆，癱瘓性癡呆，躁鬱病，癩癩性精神病，精神性神經症等，（參照杉江董氏犯罪與精神病，片山博士最新醫藥學）均應爲無責任能力。雖爲精神病，而裁判官，因其病勢如何，須審察責任能力之有無者也。其標準，必須以責任能力之實質爲之。限於無通常之辨識及意思之決定力，得認爲無責任能力者之精神病也。喪失通常之辨識力及意思之喪

定力否？必須依醫學上之判定。若非屬於醫學上之精神病，而一時的陷於意識欠缺狀態之場合，爲故意不能，故限非歸於本人之意之場合，依刑法第十三條，而爲不爲罪也。亦不可爲責任能力〔註二〕余主張罹於睡眠，人事不省，催眠術狀態中之行爲，不可爲無責任能力之行爲。無責任能力者之行爲，認爲基於行爲者意思之舉動，而僅其意思，有無通常的決定之缺陷，不過爲非通常的意思。故無責任能力者之行爲，應認爲行爲也。惟其行爲，不過不得認爲有構成罪之價值而已。無責任能力者之行爲，認爲非刑法上之行爲，不過爲說明一種自然的現象者，(Frank *l.l.* zu §51 大場博士刑總六二六，六二七)亦非正當也。刑法上不爲行爲者，全然不得認意思存在之舉動，則應認意思存在之舉動，謂非刑法上之行爲，則不嘗也。無責任能力者之行爲，非全然無意思之舉動，不過其意思非通常的而已。對於無責任能力者之行爲，雖從刑罰，然以治療與感化等，有矯正之效果，所以限制責任能力也。決非謂無責任能力者之行爲，不爲行爲。〔註三〕無責任能力者之行爲，謂非刑法上之行爲者，則似混同責任能力者之行爲與刑法上之行爲矣。所謂刑法上行爲，基於意思身體之舉動(Willensakte)

he, Verhalten)即意思活動 (Willens betätigung)。所謂責任能力者之行爲，有通常決意可能 (Diemoralen Definierbarkeit) 之責任能力 (Sohnfähigkeit)。即得負刑法上之責之能力 (Zurechnungsfähigkeit) 者之行爲也。刑法上之行爲所要求之意思，僅認爲意思，其意思，爲通常的否？有義務違反知覺之可能否？或有義務違反知覺之不可能的意思否？非所問也。反之，責任能力者所要求之意思，以有通常辨識之通常決定力爲要件者也。刑法上行爲之要件，雖以成立行爲爲要件，然責任能力者行爲之要件，以行爲之成立犯罪爲要件也。刑法上之行爲，僅認舉動而已，非認有爲行爲之限定也。而責任能力之行爲，則更得負刑罪，即以得負刑罰 (Empfänglichkeit für die Strafe) 爲目的。有刑事政策上之意味者也。即刑法上之行爲，其行爲須爲刑法上之行爲者，而責任能力者之行爲，則行爲有可罰的價值，即有可罰的行爲 (Ein Strafbare Handlung)，爲立法上之理由者也。要之，刑法上之行爲，認爲行爲成立上之問題，責任能力者之行爲，爲犯罪行爲成立上之問題也。兩者不可混同。以無責任能力者之行爲，不可爲刑法上之行爲的論據，不知何所據而云然，殊難索解。責任能力。

#### 第四章 責任能力與過失

應構成刑法上之行為，非為行為之能力，應被認為構成刑法上犯罪行為之能力也。故無責任能力者之行為，非不為刑法上之行為者，特其行為，祇不構成犯罪而已。睡眠夢中，人事不省，催眠等狀態中之舉動，為無意思者，則認為非無責任能力之行為，而不構成立刑法上之行為，不過單純之舉動而已。非刑法上行爲之行為，即為全然無意思舉動者，則不可為有刑法上之責任，不必論矣。然無責任之原因，不外其行為為無意思也。故睡眠夢中人事不省催眠等狀態中之行為，非無責任能力之行為，謂為缺乏犯意之行為也。元來立法者。處罰行為者，祇以要求犯意而足矣。有生理的病理的缺陷者，則雖認有犯意，然其犯意，因病而被促進者多，故承認犯意之價值甚少。此有犯意與否不問，苟精神欠缺健康者與精神尚未成熟者等，為無責任能力者。此等之行為，以不為犯罪之主旨，限定責任能力者也。若明乎此，於無意思行為之場合，以無意思，故無犯意，則瞭若觀火矣。明確無犯意之行為，則當然不為犯罪矣。更可謂無認無責任能力之必要矣。故以睡眠中，人事不省等，為無責任能力者之不當，亦已明矣。

【註一】岡田朝太郎博士，爲同一之非難。博士曰：「刑法第三十九條第一項曰：『心神喪失者之行爲，不罰之。』是精神病者，區別爲屬於文狂與武狂。刑法上，均認爲無責任能力，謂其行爲不爲罪之意也」。博士又附言曰：「心神喪失之辭及不罰之辭，皆不免爲不當。」（刑法總論第九十六頁第五十二號）

【註二】岡田朝太郎博士同趣旨。博士曰：「基於精神病以外之原因，而喪失知覺精神者（比方無犯意之被催眠者）之行爲，依何條而不爲罪？蓋第三十九條，大約以精神病爲前提之規定，故此種行爲，依第三十八條第一項，似應爲無罪也。」

【註三】岡田朝太郎博士同趣旨。博士曰：「有行爲而無責任時，則犯罪不成立。」（刑法總論第九十一頁）

所謂阻却責任能力原因之精神病，爲心神非常耗弱者，必爲心神喪失者。最高度之精神病者，雖有至喪失知覺作用之強度，亦多不至心神全然喪失。蓋人類雖至瀕死之時，僅存一息，尙非全然喪失心神者。若以最高度之精神病者，爲心神喪失者，以心神喪失，爲無責任能力

#### 第四章 責任能力與過失

之條件時，則祇以心神喪失之精神病者，為無責任能力者；至於認心神有多少存在之精神病者，不可不為有責任能力者。〔註〕法律所要求責任能力之心的關係，存在通常之意識，即通常之辨識，由決意之可能而成者。苟通常之辨識，既無決意可能存在之精神上的病者，皆不可不為無責任能力者。

【註】岡田朝太郎博士曰：指精神病人，而謂為心神喪失者，極為不當。蓋於狹義，且高度之白癡，或癩癩腦徵毒之狂人等，雖不完全不存精神或知覺之例，不過僅有知界情界意界及某種之病的障礙者，決定不在於心神喪失之狀態。除其障礙之外，則情理記憶或舉止動作，亦與常人無異，即專門之醫師，尙感識別困難之例甚多。若指此謂為心神喪失，非辭之濫用而何？謂完全喪失理性者之辭，或有意義。與刑法第二條A，墨刑法第三十四條一，智利刑法第十條，芬刑法第三章第三條等。皆不免有同樣之非難。（註）

頁〇〇

大場茂馬博士曰：真為喪失心神者，必為死者。既尙未死，則雖命墮死之場合，而其處

死之瞬間，尚有多少之心神。既為喪失心神者，應得有行爲。所謂必神喪失者之行爲，於文句自體，無甚矛盾之意義。（刑法總論第（六七三頁））

### 第三項 妨礙精神發達之時

妨礙精神發達者，即認為精神發達障礙 *Entwicklungs hemmung* 之場合，而為法律上所重視者，僅瘖啞 *Taubstummheit* 者也。所謂聽能語能，乃吾人精神智育發達之重要機能，欠缺之時，則發生精神發達之障礙。精神發達之障礙者，法律上不得有責任能力。雖然，隨科學之進步，對於瘖啞者之教育方法，亦因而進步，瘖啞者，不獨與普通人無何等之所異。其造詣深者，比較教育不足之普通人的智識為高者，故在今日，雖為瘖啞者，亦如普通人，不得謂不可罰也。各國之立法例，因瘖啞者犯罪時之年齡，有定責任有無之規定。或關於瘖啞者，有不設特別之規定。僅以瘖啞之一事，為無條件，無責任，或為減輕責任者，亦復不少。〔註二〕對於瘖啞之事實，將心神喪失者與心心神耗弱者之程度，互相對照，有為絕對無責任與



減輕責任之區別的法例。〔註二〕以瘡啞者，爲絕對無責任之理由何在？若以瘡啞之事實，直接與精神病同一視之時，其絕對無責任之瘡啞者與減輕責任之瘡啞者之區別，則如何？若因瘡啞者之精神狀態而定之者，則精神病者之規定，爲重複之規定，無爲此規定之必要。以瘡啞之事實，而爲必減的責任，亦可謂有考慮之餘地。何則，瘡啞者之智識，不一定非心神耗弱者，祇以瘡啞者之事實，不應爲必減的責任者之理也。設此規定時，則對於有充分智識之瘡啞者，裁判官不得不必減其刑。故此種之立法例，誠不應尤而效之也。〔註三〕然於中華民國新刑律第五十條，規定瘡啞人之犯罪者，得減輕本刑「一等或二等」。此在吾國，伊古以來，有憫卹老者及不具者之慣習，故特斟酌之者也。原案之理由書中「……：『瘡啞精神不完備者……：自不能與普通之犯罪者同論……：』又原案之注意，見有「……：生而瘡啞，乃自來病疾，不能承受教育，能力薄弱……：』一方，尊重本國之古俗，一方，認瘡啞者無受教育之能力。雖然，瘡啞者之精神與智力，因科學的教育，未必健全，不問其果爲精神不完備之瘡啞者與否？祇以瘡啞之一事，而爲減輕責任之規定，其不當之處，已如前述。且吾人默守無理之古俗

，誠不必要也。雖然，吾國今日教育之狀況，不可與他國同日而語。其對於瘖啞者，施以相當教育之設備，甚矣，如鳳毛麟角也。故對於瘖啞教育，迄於發達時，必須認此規定存在之必要。新刑律之規定，爲得減，非必減也。裁判官，依犯罪者之狀況，有取捨之權，故使瘖啞者之智識力如何，而決定減輕與否也。此規定，可謂適於吾國現狀者也。

#### 【註一】法令

白耳義刑法第七十六條：超過滿十六歲年齡之瘖啞者，犯重罪或輕罪，斷定其無是非辨別力時，應宣告無罪。

右之瘖啞者，收容於法律所定之場所，不超過五年之時間，得爲拘禁教育。

若斷定爲有是非之辨別時，則照本法典第七十三條，第七十四條，及第七十五條，宣告其刑。

俄國刑法第九十八條，認爲由生來或幼時之瘖啞，依教育及交際，不得羨慕或權利之理會者，不處其刑。但殺人或放火之罪，及企圖自殺者，拘禁於別室，嚴爲監視。德國刑

法草案中，無瘖啞者之專條。

墨西哥刑法第三十四條，屬於刑法之侵害，除斥刑法上責任之情況。如左。

七不問被告人侵害刑法時之年齡如何，由出生時，或由滿五歲以前瘖啞時，但刑事追之理由，有知其行為不可容許者之必要的辨別心時，不在此限。此情況及前揭之情況，以職權而判定之，應明白說明其有無。

【註二】日本刑法第四十條，瘖啞者之行爲，不問之，或減輕其刑。

學說：岡田朝太郎博士曰：『立法之精神，照第三十九條之趣旨，因瘖啞者之故，在心神喪失之狀態者，雖應爲無責任，果爲出於此精神者，則得云無設此專條之必要。』（博士

比較刑法第  
六一六頁）

大場茂馬博士曰：然今日尙對於瘖啞者，常絕對的決定非與普通人有同等之智能者，刑法上，認心神喪失者或與心神耗弱者爲同一之待遇，如我法典之規定。寧無審後之嫌乎？

#### 第四項 精神已退縮時

精神已經退縮者，老人也。老人，隨年代增加，而精神智力退縮也。然其精神狀態，殆與精神未熟之幼者無異。幼者責任能力之基礎觀念，則有為犯罪辨別力之智力不足與能審判價負擔力之體力不健全乎？明白此點，比於老人，與智力不足，體力不健全之任何幼者，無所別擇。幼者之智力不足，體力不健，以尚未達於成熟期也。老人因喪失既存之智力體力，至於不足不健全。兩者不足之原因雖異，而其結果則同也。法律，若祇尊重幼者之責任能力，虞視老人之精神狀態，誠失其均衡矣。凡人由六十歲，迄於自然的死，曰老年期，已至於老年期之特徵。則身心衰弱。即身心之能率減退，而感覺遲鈍，感情單純，固陋頑迷矣。其感傷之異狀，有發生性的變態者。老人之心神，常受此生理的特徵所左右，從可知主觀上，非有何等責任能力者。〔註〕以少年為國家之根本，前途遠大，對於犯罪者，認為有請求非刑罰的矯正處分之必要，而以老人為朽木，為殘廢品，不值何等之可惜也。即於社會政策上，有不

認有何等價值底意思，法律，得謂非人道的者乎。吾國古來有憫卹尊敬老人之風習。古時有：「老者六十杖於鄉，七十杖於國，八十杖於朝，九十者，天子欲問焉，則就其室，以珍從」之王制。「民年七十以上，不滿十歲，有罪當刑者。皆宥之。」（無刑錄）景帝紀曰：「高年老長，人所尊敬也。鰥寡不逮者，人所哀憐也。其著令年八十以上，八歲以下，及孕者未乳，以至師朱僮，當鞠繫者頌繫之。」（漢書評林刑法志）宣帝元康四年詔曰：「朕念夫耆老之人，髮齒墮落，血氣既衰，亦無暴逆之心，今或罹於文法，執於囹圄，不得終其天年，朕甚憐之。自今以後，諸年八十，非誣告殺傷人，它皆勿坐。」唐律。「諸年七十以上，十五以下，及廢疾，犯罪以下收贖。八十以上，十歲以下，及篤疾，犯叛逆，殺人，應死者，上請。盜及傷人者，收贖。餘皆勿論。九十以上，七歲以下，雖死罪，不加刑。」等。皆憫老之法意也。新刑律第五十條「……滿八十歲人犯罪者，得減本刑一等或二等」之規定，亦然。日本皇室，每有慶事，必賜優遇於高齡者，則足窺知我東亞憫老之國風矣。法律，元來以自國之國風為基礎，蔑視我合理的尚美的倫理的之國風，而徒模倣外國法，殊不可也。故新刑律有第五

十條之規定，爲得其正鵠者，而日本刑法，則付缺如，有不勝其遺憾者矣。

【註】花非卓藏博士「刑法俗論」第四十一頁以下參照

雖然，老人非精神不成熟者，而爲精神智力退縮者，縱令精神狀態，雖與精神未成熟者相同，然老人有數十年之經驗，故其退縮之程度，與無何等經驗之精神未成熟者之精神發達之程度，不爲同一，雖爲最高齡者，不可與襁褓兒童之精神狀態比較。故對老年者，如對幼年者，不認絕對無責任，而與予得免與得減之恩典，可謂足矣。

從來吾國之立法例，對於婦女，亦爲減輕。明清律，皆以婦女與老幼廢疾者，有同一處辦之規定。例如：大清會典收贖疑中，有：「老幼，廢疾，天文生，及婦人犯罪，非的決者，準焉。」之規定。

吾國立法例，從來認婦女爲社會之弱者及淺識者，常特別處辦之。又關於婦人之犯罪，以姦罪爲最可惡，常以其爲次於殺人罪之重罪也。其不犯姦罪或殺人罪，雖爲他之犯罪行爲，亦不使投入監獄。又不犯姦盜殺人之重罪時，其犯人，不出頭於法庭，而得以其兄弟或

子或甥爲代理者也。例如：大清會典，有『女監——婦人犯盜罪及實犯死罪者居之，其餘雜犯，責付本夫收管，如無夫者，責付有服親屬鄰里保管……』又同會典中，有：『凡婦人非犯姦盜，人命重案，一應小專，俱提兄弟子姪代審……』之規定。

## 第五章 過失論之學說的大要

過失之觀念，發達頗遲，故關於此之學說，亦多簡略。尤以古來之學者，多關於行爲者，由其行爲而發生之結果，因認識之大小強弱，有區別故意與過失者。例如：

(1) *Sodapar* 氏，對於行爲者，確認結果之發生，而所爲之行爲，爲有故意者。雖不確認結果之發生，而希望之時，則爲故意。不然者，謂爲過失也。(Schäper Hahy Hab. 11. S. 176.)

(11) *Grolman* 氏之說，亦關於結果之發生，由於有確認與否，而區別故意與過失者也。

曰：

- (1) 行爲者，於實行其目的時，爲認識犯罪應成立者，則爲有故意者。
- (2) 行爲者，於實行其目的時，不確定的認識犯罪應成立者，則爲過失。
- (3) 行爲者，於實行其目的時，可以認識犯罪應成立者，亦爲過失。(Grolman Bibl, für



penal. R. W. I. St. 74)

(三) Luden 氏之說亦然。彼認行爲者，關於結果之發生，無確證之豫見者，謂非故意，不過過失耳。(Luden. Abh. 11. S. 600 ff.)

Fenerboach 氏與 Klein 氏所說，略爲同一，依目的之有無，而區別故意與過失也。

(四) Klein 氏曰：故意犯罪，要有目的。無目的而爲放火時，雖認行爲之事實，亦非放火，乃失火也。(Arch. 1. St. 2. S. 44)

(五) Fenerboach 氏曰：故意之成立，對於知悉行爲違法之目的，於決定意思時，氏以志必的故意，解爲過失。(Dolus und Culpa, 12. ff.)

(六) Birk 則以欲結果之發生時，認爲故意，而欲之或亦不欲之時，爲過失也。氏曰：過失，乃欲或不欲其結果之發生，即在欲與不欲之中間者也。(Pantoftea 1. 156 ff.)

(七) Alendingen 爲反右說之主張。氏曰：有結果之豫見時，縱令不確信結果之發生，亦爲故意。行爲與結果之因果關係的豫見，不問其爲蓋然的？抑必然的？雖不確信之也。

，亦故意也。氏則依不注意，以不豫見之場合爲過失。(Alteningen Das Culpaus Verbrechen 1804, ff)

(八) Binding 以違法認識之有無，而區別故意與過失。(Binding Culpaus Verbrechen in 1877)

(九) Liszt 氏，以爲意思活動之際，不豫見得豫見之結果，爲意思之過。不活動豫見之能力，則爲智能之誤也。(Liszt 163)

(十) Frank 氏，謂於不知犯罪構成事實之際，無豫見 Unvorsichtigkeit 之存在，卽過失也。氏又曰：多數之學者，謂不知過失有結果之責任。其意，蓋由於避免錯誤，謂不豫見結果之發生也。然爲相當之注意，則其發生，須得豫見者。(Frank, S. 137)

(十一) Böling 則除由責任中故意之意思缺點，主張爲過失。

(十二) Finger 於過失之意義，曰：過失犯，乃某行爲外部的標示——Merkmalen，反於常軌 Norm，而其相反之範圍，可趨於行爲者之意思，而存在於可趨對於行爲常軌 Norm

### 第五章 過失論之學說的大要

關係之場合。(Finger S. 267)

(十三) Thomsen 則謂不知不可不知之犯罪構成要件而所爲之實行行爲的意思狀態，爲過失。(Thomsen 128)

## 第六章 過失之概念

關於過失之概念，前已述之。迨有種種之學說。今之通說，概以不豫見可得發見之場合，爲過失也。而或欠缺不注意之要件，或忘却過失之意思要素者多。以余之管見，則所謂過失，乃謂得豫見且可豫見之犯罪事實，而爲不豫見不注意的意思狀態。因不注意，不知犯罪事實，而危害法益之行爲，卽過失行爲也。而構成過失，有二種要素。卽無形的要素與有形的要素是也。

(一) 無形的要素 無形的要素有四。

(1) 須不豫見犯罪事實之全部或一部。(豫見之欠缺……Mangel an Voraussicht) 若豫見犯罪事實時，則非過失，乃故意也。故故意與過失之差，在於認識犯罪構成事實與否也。

(2) 不豫見之事實，須得豫見。(理解力之責任……Verstandeschild) 卽雖有豫見之知能，而怠於活動時是也。若行爲者，雖爲注意，然尚不得豫見時，則行爲者之主觀的能力不及

，故爲不可抗力也。雖然，以豫見犯罪事實已足，無須豫見特定之事實。例如：特定之人之死，其時與場所及犯罪構成之因果關係，雖不能豫見，亦於過失之構成，無大影響也。

(3) 以得認識而不認識，及因此作爲或不作爲，須基於不注意（注意之欠缺……*Unachtsam vorstehen*）。不注意，爲構成過失之要素。非欠缺注意，則行爲者之主觀上無被非難之處，故不生過失之問題。

(4) 不豫見之事實，須係可以豫見者。（注意之義務……*Obligation d'attention*）。非可豫見之場合，則無豫見之義務，故不應負過失之責任。過失，乃行爲者，當爲其行爲，因怠於注意，以存在於不認識及得認識時。所謂怠於注意，乃過失之重要構成部分也。以注意之懈怠，不外蔑視注意之義務。而過失之成立，乃行爲者，當爲其行爲，須有注意之義務。

雖有注意之義務，其怠於注意時，於此發生 *Willensschuld* 者也。

(二) 有形的要素 有形的要素有二：

(1) 犯罪構成上之結果，認爲必要之場合，由於不注意之行爲，要生法律上之結果。或雖有過失行爲，而因其行爲不發生結果之場合，則爲過失未遂。過失未遂，不包含於過失觀念之中。

(2) 已發生之結果，須危害法益。無害法益之過失行爲，不構成刑法上之過失。例如：不知銃中有實彈，戲以擬人，雖發銃，不當於人之場合。

故所謂過失，得下定義曰：即可得知且不可不知之犯罪構成要件，不知因注意之欠缺，而所爲行爲，或不爲之意思狀態 (*Des wollen der Aus führungshan dung*) 也。過失，乃不完全之故意也。於故意之成立，無必要之認識，則與故意有所異也。雖無認識，亦得認爲有責之原因。爲 *Mangel an Vorsicht*，有意思之責任 (*Willensschuld*) 存在。行爲之意思與認識，共同存在時，構成故意。行爲之意思與不注意，共同存在時，構成過失者也。故不注意，不過構成過失之一要素，可知不獨不作意犯也。於違背注意義務 (*Obligation ad diligendum*) 之點，則過失，雖可謂單純之不作爲，然僅違背義務，非過失也。爲危害法益之行爲，或不

爲之決意存在，亦爲必要者也。故過失之責任，乃消極的，即法之強要，雖存於不爲注意，而過失之實質如同故意，其爲行爲或不爲之意態與注意之欠缺合一，不可不謂構成過失之觀念者。是故，可知意思實現，亦爲構成過失觀念之一要素也。

【註】 Being (93) 謂除故意之意思缺點，爲過失。

Thomson 謂不知須知犯罪構成要件而所爲實行行爲之意思狀態也。

所謂過失與犯意，因認識犯罪構成事實與否而爲區別者，已如前述。故可能認識過失之事實，即不可不以犯意之認識，爲必要之事實。於故意之場合，而無須認識之事實，則於過失之場合，亦無須認識之。故於故意無須認識之刑罰規定及處罰條件等之違悞，就犯意者之主觀的關係之責任存否等，不生過失之問題者也。Binding (Normen 2.117)，以不知覺違悞之意態 (Unbewusstheitwirdigen willen)，爲過失之內容，非得當也。由於不注意，而不察見可得豫見之結果，則爲過失之重要成分，在故意，則不獨結果也。如結果以外，皆要認識犯罪構成事實。在過失，亦不可不然也。縱令認識結果之發生，且雖希望之，然於不認識他

之犯罪構成事實之場合，不得構成犯意。而其不認識之部分，非不可得窺見事實之場合，爲過失成立者。例如：信任自己之子，懲戒他人之子之場合，雖不應構成故意，然不認識犯罪事實之他人之子，則爲不注意。以可得認識之點，必須構成過失。過失之觀念，常與認識有密接之關係，故當說明過失之先，略述故意之內容於左，而與此對照之，將明過失之構成要素矣。





## 第七章 故意與過失

### 第一節 故意之概念

故意與過失，均爲責任之人爲的要素。卽責任之要素，乃人爲的者也。在否定故意存在之場合，始可論定過失之有無。卽過失，非故意之責任要素也。一以主觀上之人爲要素，應爲過失與否之問題，不可不認明應無故意與否而解釋之。換言之，過失之成立，絕不可爲故意之場合者也。故知故意之正面的說明，卽爲過失之側面的說明矣。

所謂故意，謂犯罪之意思。所謂犯罪之意思，乃犯罪事實之認識與舉動之意思也。卽雖認識犯罪之構成要件與刑罰之加重要件，而敢行犯罪之行爲，或不爲應爲且認識之行爲之意思狀態也。換言之，行爲之意思，有認識時，爲犯意。犯意，卽有認識行爲之意思也。故故意由二個要素所構成者。一認識。二意思。

【註】本書與意思主義 (Willenslehre) 相反，毋論矣。即與觀念主義 (Vorstellungstheorie) 亦有所異。本書，雖以觀念主義為原則，然亦反對純觀念主義之說。純觀念主義者，乃認識觀念主義，即說明故意也。在故意之成立，以有行為事實 (Tatumstände) 之 Vorstellung 足矣。其將意思要素除外，實為不當。意思主義者，以故意中不必認之結果的意慾 (Wollen)，為故意之要素。則為失當矣。屬於意思主義者之人，乃大場茂島博士，V. Bar, Binding, Meyer, Birkenoyar, V. Puri, 等。奉觀念主義之人，為岡田朝太郎博士，牧野英一博士，岡田莊作博士，泉二新熊博士，富田山壽博士，勝本勘三郎博士，山岡萬之助博士，V. Liszt, Frank, V. Littenhal, Thomsen, becker, 等。右與本書同意旨者，則為牧野英一博士 Thomsen 等。

同意旨 (一) 牧野英一博士曰：犯罪，乃犯罪事實之認識也。換言之，乃行為之反社會性，即認識危險性及違法性，而敢為其行為之決意也。故犯罪，由於認識及決意而成立。

(日本刑法第十四條第一〇一五) (二) Thomsen 曰：所謂故意，雖認識全部之構成事實，而為實行行

爲之意思狀態也。……在故意，則有 *Eine Willensakt* 與 *Eine Vorstellungsbild*。

(121)

異趣旨。(一)泉二新熊博士曰：故意，爲一般事實認識豫見，在刑法上之故意，卽犯意，應爲罪之事實認識也。(日本刑法論第三十(一版第四一四頁)) (二)勝本勘三郎博士曰：觀念，認識，知覺，或豫見主義，本於此說。所謂故意，爲意思活動，認識行爲。認識結果，因而認識行爲與結果之因果關係。……祇以後說(意思主義說)之行爲，結果，及其連絡之認識，或豫見，尙云不足於故意，不可不謂誤矣。(刑法要論一九(五頁一九六頁)) (三)山岡萬之助曰：……實總全體，而在於有犯罪事實之認識の場合，則應歸其責於犯人，卽以觀念主義，而得認爲原則也。(刑法原理第(一六二頁)) (四)岡田朝太郎博士之說，亦與本書異趣也。(刑法論新編第(八一頁第八二頁)) 在意思主義者之故意的定義，多將認識與意思爲二，其無故意要素之點，與本書同旨，而於說明，以意思爲無意欲之故，與本書所相反也。大場博士，則認爲緩和意思主義之缺點。雖爲辯解曰：『意思主義之所謂意思，欲使實現其所認識之意思也。』然結果，其所說

明，與意慾之義，毫無分別之故，可謂失敗矣。觀念主義者，雖重認識，然常不置意思於度外也。在 *Leitz* 之故意的定義，則云：『所謂故意，乃屬於法定構成事實全部行為事實之認識，而隨意思活動者也。』( *Voritz für die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestande Gehörenden Tatumsstände* ) (170 339) 如富田山壽博士，在日本刑法第二三三頁，譯爲：『屬於法定之構成要件，皆爲認識行為事實，因以導引行為者。』則誤譯矣。

故將意思除外者，可謂觀念主義中之極端也。又僅於故意之定義，雖輕說意思，然於全體之說明，仍重視認識，其不明瞭意思之主義，可謂觀念主義者多數之通病也。

故意，爲犯罪行為事實之認識，而爲意思活動之狀態，已如上述。故故意，有認識要素與意思要素。兩者缺一時，則不生故意之問題。分說如左。

## 第一項 認識與故意及過失

認識，爲故意之要素，無認識之責任，則非故意，乃過失也。故故意與過失之區別，乃在於認識之有無，有認識時，不得成立過失。故所謂認識之有無，即謂過失之成否者也。

所謂認識，乃知識上或經驗上之作用觀念 *Vorstellung* 也。心象之再現也。所謂心象，乃精神上直接所感受之現象之意也。所謂再現，乃邂逅於同一事物時，曾發所感受之現象顯出之意也。【註】

【註】 見岡田朝太郎博士之刑法總論第一〇一頁

構成故意，須認識犯罪構成事實 (*Verbrechensstatbestand*) 之全部。雖刑罰加重要件，亦爲加重處分之要素，故爲加重處分，亦不可不無此之認識。犯罪構成事實，得爲犯罪之行為事實，即屬於法定構成要件 (*Tatbestandsmerkmale*) 凡以行為事實 (*Tatumstände*)，而認爲刑法上犯罪，須要認識應罰之行為的全部事實者。故(1)行為。(2)行為之性質。(3)行為之時。(4)行為之客體。(5)行為之結果。(6)對於行為之結果之關係。(7)身分。(8)爲其他之法律事實等。屬於犯罪構成事實時，皆非認識之，則雖有構成過失，而無構成故意

也。

(一)行爲：前既論之矣。故意，屬於法定之構成要件，皆爲行爲事實之認識也。凡爲英道犯罪要素之一，卽行爲(積極的消極的)也。行爲，乃犯罪之構成上，最爲重要者。無行爲，則不生法律上一切之問題。確信不爲何等行爲時，則雖有過失之構成，而無故意之構成者。例如：使居於二樓之甲，投下在自己之側之花瓶，適中行人頭部，雖有爲投下之觀念。但因與友人爭奪某物，誤觸其花瓶落下，適中行人頭部，而傷害之時，乃發生過失之場合，而非故意也。

(二)行爲之性質 行爲者，應認識自己之行爲，然其行爲，不認識有或非難之性質，則不構成故意。對人爲無心之談話時，則雖認識其爲談話之行爲，然不認識有教唆犯罪之性質或有侮辱他人之性質時，不構成教唆罪或侮辱罪之故意。右述，乃以犯罪爲特別構成要件之行爲的性質，而知其性質，足矣。

(三)行爲之時 法律，以一定之時，而於無一定犯罪要素之場合，則其犯罪構成上，非必要

認識一定之時，不構成故意。如戰時，或不知相手國，爲自國之敵國時，而實却兵器彈藥於外國人時，不應構成叛逆的援助(Tanderverhülfsche Beging Stimmung)之罪。不知火災之際，隱匿鎮火用物，或損壞之時，則不可謂有犯新刑律第一百九十六條(日本刑律第百十四條)之罪之意。

(四)行爲之客體 法律，以行爲之客體，而使屬於犯罪構成事實時，若不認識，雖構成過失，而不構成故意，殺人行爲之客體，非認識爲人，不構成故意。若信爲熊，發砲而命中之，其所斃者，非熊，而爲人之場合，雖爲過失殺人。不可謂故意殺人也。信爲無夫之婦，而與之通姦，則不生與有夫之婦通姦之故意。信爲自己之物，而採取他人之物之場合，信爲自己之住宅，而侵入他人家宅之場合，不成立竊盜罪及家宅侵入罪。屬於犯罪構成事實，皆爲客體，不可不各於其犯罪而認識之。對於幼女之姦淫罪，須認識相手方之年齡，爲十三歲未滿。強姦罪之故意成立，須認識相手方爲女性。關於犯人藏匿罪，如所藏匿之人，須要認識所犯該當於罰金以上之刑之罪者。此所謂客體，乃犯罪行爲之客體，非犯罪之客體也。行爲之客體，乃爲犯罪行爲直接之被害原因，以屬於犯罪特別構成要件也。而行爲者，不認識之。



不可謂有犯意。犯罪之客體，雖為法律之存在原因，而非直接被害原因之犯罪構成事實。故行為者認識與否，責任上無何等之關係也。

(五)行為之結果 結果，在屬於犯罪構成事實之場合，不可不認識之。原則的，則故意之成立上，結果之認識，為重要之條件。故對於此點，以故意，為結果之豫見(Voraussehen)。即謂發生故意原因之結果豫見(Die Willensbetätigung begleitende Vorstellung ihres Erfolges)，亦可也。故法律，在行為之為犯罪，認為必要一定結果發生之場合，行為者，非知其結果之發生，則對於結果，為無故意者。例外的，雖認識不明瞭，然因其行為之性質，以容易發生之結果，當然認識之，縱令不認識，然既為此行為，則有承認應負責任之義務存在之立法例。例如：傷害致死，強姦致死是也。

(六)對於行為之結果的關係 須認識結果之行為，應以認識其結果已足。須認識對於行為之結果的關係，即自己之行為，與結果之發生，有如何之關係？其應發生之結果，要認識由於自己之行為者。於認識人有死之結果外，其死，為被斬也，得斬之者，為刀也，舉刀而斬之

者，不可不認識爲自己。一定之結果，由於應依如何之行爲所發生之問題，應發生之行爲，與結果之關係，即要認識抽象的因果關係，而不須認識犯罪構成之因果關係。尙關於犯罪構成之因果關係，雖有錯誤，亦不阻却故意。例如：斬乙，因出血過多，確信應該死亡，而不應起破傷風。然乙，反於行爲者所豫見，因起破傷風而後死亡，亦非阻却故意，蓋結果，果認爲因其行爲而發生與否之因果律，乃客觀的之問題，非行爲者之主觀的問題。行爲者主觀上，雖不認識之，然既有客觀的因果關係之聯絡，則不能不因行爲者之行爲而發生之結果也。但因果關係，不過不要行爲者之認識耳。若行爲者，既認識之時，則不問客觀的因果律如何，遂構成故意。

(七)身分 身分，屬於犯罪構成事實時，則其身分，爲犯罪特別構成之一要素，非認識之，則應阻却故意。身分之認識，得分爲二，(一)自己身分之認識。(二)他人身分之認識。

(1)要自己身分認識之場合

所謂要自己身分認識之場合，乃自己之身分，屬於犯罪行爲事實者，非認識之，則關於

其行爲，爲無故意之場合是也。例如：於新刑律第四百十條及第四百十一條之賄賂，而構成要求或收受之罪，以「官員」或「公斷人」之身分，爲其構成要素者，行爲者，非自己認識官員或公斷人，則不構成本條之罪。

(2) 要他人身分認識之場合

所謂要他人身分認識之場合，乃他人之身分，屬於犯罪行爲事實者，非認識之，則關於其行爲，爲無故意之場合是也。例如：於新刑律第四百十二條及第四百十三條之賄賂，而構成要求，期約，或交付之罪，以他人，即相手方之官員或公斷人，爲其要素者，非認識之，不構成本條之罪。

(八) 其他之法律事實 其他之法律事實，即由於上述以外之法規定，其所制定之事實，不可不認識犯罪之特別構成要件。例如：他人之所有物及他人之住宅等，皆爲權利，權利關係，君主，大總統，皇族，有夫之婦等是也。不認識此等時，始得爲過失也。

(九) 消極行爲事實之認識

故意之成立上，必須認識犯罪行為事實，此非獨積極的犯罪行為事實，即消極的犯罪行為事實，（違法阻却原因之不存在）亦不可不認識。故不認識消極的行為事實時，則非故意，但願構成過失。

積極的犯罪行為事實之存在，與消極的犯罪行為事實之不存在，均為犯罪之構成事實，若不認識之，雖阻却故意，然不能不為過失也。

故意之成立，如右所述，皆要 *Tatunstande* 之認識，而無須認識行為之責任關係。故意者，行為者之責任問題也。責任問題者，構成責任之問題也。責任，無須責任主體上之自覺。何則，可為責問與否，於法律上而決之者，非依行為者認識之有無而決之問題也。換言之，法律，因過失與故意之有無，責任年齡如何，通常辨識力之有無，而決定責任之有無。非在行為者主觀上，依認識故意之有無，責任年齡如何，通常辨識力之有無而決定之。行為者，不認識自己責任能力之存在。或不認識故意與過失之存在，然不阻却故意之成立。故僅不認識行為者之責任關係時，不得構成過失。乃故意也。例如：行為者，誤信尚未達刑事丁年，

誤信自己爲精神病者，或誤信無故意過失，而所爲行爲之場合，因其誤信，雖阻却故意，而不得抑留過失也。

不知違法阻却原因之不存在，非違法之不知，乃犯罪構成事實之不知也。不知違法阻却原因之不存在，其信爲存在者之意思狀態，無犯罪之意。其行爲，亦非法律上之犯罪行爲。換言之，行爲者之主觀的狀態，應爲犯罪，於法律上之行爲事實，不符。反之，不爲犯罪，始爲法律上之行爲事實，即阻却違法之行爲事實也。對於自己，誤信爲急迫不正之侵害者，所爲防衛手段行爲之認識，乃防衛急迫不正之侵害行爲事實之認識，而不認識非急迫不正之侵害，結果，不認識犯罪行爲事實，應爲過失。【註】

【註】大場茂馬博士曰：「行爲者，(一)由於法令之行爲。(二)由於正當業務之行爲。(三)緊急防衛行爲。或(四)確信緊急避難行爲。如所行之場合，於行爲，確信有違法阻却原因之場合，行爲者，不能謂有故意。」(兵衛刑法論第七卷第一四頁第七一五頁)

富田山壽博士曰：「……不知不受侵害之事，因而所信被侵害者之人，與不知對於自己

之行爲之人，均爲同一。換言之，誤信有應排除違法之行爲事實時，則排除違法者也。』（氏著日本刑法）  
（第二四九頁）

泉二新熊博士曰：「法律之錯誤，須與違法阻却原因事實之錯誤不混同。雖所謂違法阻却原因事實之不存在，然其幻覺存在，非法律之錯誤，乃事實之錯誤也。」（日本刑法論）  
（第三十一頁）  
（第四三七頁至）  
（第四三八頁）

勝本勘三郎博士曰：「……不知阻却犯罪行爲之不法原因之不存在時，全然認爲阻却故意。例如：（一）略之。（二）或某官吏，應執行死刑，於無司法大臣之命令，誤信爲有命令，而執行死刑。……不過戲擬以玩具之短銃。或誤信有急迫不正之侵害，行使正當防衛之行爲，……所謂因誤想之適法行爲，……無殺人……傷害等之罪者。」（氏著刑法學論）  
（第二〇五頁至）  
（第二〇七頁）

岡田莊作博士曰：「……違法阻却事由不存在之認識，即違法之認識。故稱違法認識之場合，曰違法阻却事由不存在之認識，亦無妨。而使用如此用語之實益，乃保證不正侵

害者，如侵害正當防衛權者之場合而發生。」（刑法原論第十  
版第一六七頁）

牧野英一博士曰：「阻却行爲違法事由之認識，則關於阻却犯罪之成立，尙有疑問。例如：信爲具備正當防衛之要件，而爲不爲防衛之殺傷。蓋認識違法阻却之事由，其意義，爲不認識行爲之違法性也。因而歸著於不認識行爲之反社會性。故在此場合，不可不解爲無犯意者。」（日本刑法第十四  
版第一〇六頁）

小崎傳學士之結論，亦同趣旨也。（新刑法論第三三  
七頁至三三八頁）雖然，小崎氏以不知違法阻却原因不  
存在，爲無違法之不知，殊屬不當。

Frank (V. 2 zugsb) Allfeld (141) 及山岡萬之助博士之結論，（刑法原論第十一  
版第一六五頁）亦同趣  
旨也。

異說，則 Liszt (841. 11. 3) 也。氏曰：「本人，在一般違法，自經認識自己之所爲，  
應阻却違法，因錯誤，屬於例外中者，而經考慮之場合。例如：本人信爲在於緊急狀態  
，或對自己，信爲違法侵害之存在者，或信爲有懲戒權。雖然，此等之場合，前已述之

〔違法之不知〕，異其處分之理由，亦復不少者。即於此場合，亦不生錯誤之影響。』

## 第二項 違法之認識與過失

不認識行為之違法時，得構成過失否？即故意，乃認識犯罪構成事實全部之外。可爲必要違法之認識否？有種種之學說。

〔一〕積極說：此說，以違法之認識爲必要，更得分左之三說：

〔1〕犯人負擔責任，於構成事實之認識以外，有以法規違反之認識（*Bewusstsein der Notwendigkeit*）爲必要者。例如：*Basendon, Behing, Finger, Binding*, 等。

〔2〕雖以違法之認識爲必要，然亦有不以虛誦之認識（*Bewusstsein der Strafbarkeit*）爲必要者。例如：*Allfeld, Birkineyer*, 等。

〔3〕雖否定違法之認識。然亦有以義務違反之認識（*Bewusstsein in der Pflichtverletzung*）爲必要者。例如：*Liep mann, Meyer*, 等。

## 第七章 故意與過失



(11)消極說：此說，以違法之認識爲不必要者也。例如。Liszt, Frank, V. Bar, Brack, 等。但認一般要件，雖不以違法之認識爲必要，然法律，以特別行爲之違法，而於犯罪特別構成要件之場合，則以違法之認識爲必要者也。【註】

【註】 例如：於 Liszt 1791 之所說。彼曰：但於此之原則，有一重要之例外。法律，以違法而加重犯罪構成要件之場合，犯人須常與故意共同有違法之知覺 (Bewusstsein der Rechtswidrigkeit)

以違法之認識爲必要者之說，則以法律關係，屬於犯罪構成事實者。又於法理論，而行爲者，在自己之行爲，須爲非社會的之認識者，故不無相當之理由，然亦無實益，不過有徒使發生法律適用上疑念之虞耳，違法之觀念，以被包含於行爲事實之中，而行爲事實之所認識，當然無形的包含違法之觀念，故無須特別違法之認識者。或曰：犯意，以有法律違反之認識爲特色者也。雖不認識違法，祇認識行爲及其結果已足。司獄官，誤信刑期滿了，而使囚徒於滿期前出獄，可謂故意行爲也。雖然，司獄官，爲刑期滿了之誤認，乃不認識刑期未滿之

囚人之行爲客體也。確信刑期滿了，而使出獄之行爲，欠缺使逃走刑期未滿之囚徒之行爲之認識者也，皆以犯罪行爲事實之不知而阻却故意，足矣。不可不聞無發生特別違法問題之必要者。或曰：犯罪責任，乃行爲之犯罪，若祇基於過失，則尙未完全也。在故意犯，更進而認識行爲者行爲之違法，卽自己之行爲，以有違反法規之認識爲必要。於過失犯，則須其有得爲認識之智能。惟於他之一面，在自己之行爲，不必認識應被處罰也。（例如：Othello syndrome 等）依此說，始自行爲者，以有違反於自己行爲法規之認識爲必要。惟不要有其行爲處罰之種類及分量之認識也。雖然，從此說時，則行爲者，爲如何之行爲，亦無違反法規之認識，遂不得不爲無故意之責任。故法律思想，於未普及一般人間，多見過失之成立，而故意之成立，則甚少也。或曰：關於故意，其觀念，不可不及於行爲之違法。此違法，乃屬於一般之客觀的犯罪構成事實。無此觀念時，卽無違法之意識時，則對法律之爲直接反對者，不能逆料也。但於過失犯之場合，雖無違法之意識，亦得爲有責任。雖認識爲違法，而爲犯罪之決意者，意者，其誤爲適法也，較諸決意者，其責任之分量或性質甚大，所不

也。然而，刑法上，將兩者同一辦理，如處以同一之刑罰，極與正義相反也。然刑法，承認責任有二種，其既為故意之重大責任，則無違法之意義，而所為行為之意思，應要求免除由於故意之範圍，因而觀念違法，則不得要求為故意之內容。此說，以有違法之認識者與無違法之認識者之處罰上的問題而為證據，其理由，不免流於薄弱也。又有違法之認識者為故意，其無違法之認識者，應除故意之範圍，結果，違法不知之犯意，認為非故意，不過一種過失而已。果爾，則我殺子，逆料毫無違法，而不能不呈不過有過失殺之者之奇觀。或曰：無違法之認識，則無故意，於犯罪觀念，而為違法者，則明為客觀的要件，其重要點歟。然行為之對於此性質，如謂不同行為者有心的關係與否，則如何而能了解？如此說，則明將責任能力與故意之內容混淆矣。或曰：故意，以自己行為違法之認識為必要，此必要，由於責任之本質，及刑罰之目的，必然發生者也。若行為者，逆料其行為為不違法，且關於行為之不違法，有確信為非難之場合，則刑罰，由如何之目的，亦不得不為無意義也。雖然，社會之狀態，陷於混亂，於警察力不為其用之場合，自己為國家之一員，而殺害認為危險人物

者，不獨不違法，於確信應受領國家褒獎之場合，在刑罰論，雖爲別一問題，然認爲犯罪論，則信非阻却故意者。

元來，違法之觀念，有客觀的犯罪構成事實之性質。非行爲與違法有連絡，則其行爲不受非難。行爲受非難之原因，在於違反法規，故應負行爲意思罪責之原因，亦可謂認識法規之違反也。雖然，若均關於犯行，非認識之，多爲無犯意者。其完全不認識，或認識不正確，故爲無犯意者。然則，認識法律者，較諸不認識者，應置於不利之地位。但行爲違法之不知者，本有應宥恕之點，故對於裁判官，應與予得減免刑罰之權，然於犯罪論，非應顧慮違法覺知之有無者。一部分之學者，以違法之覺知，非法規違反之覺知，而爲認識違反於一般的社會常規者也。雖然，右述，非故意之問題，乃責任能力之問題也。卽以此之認識，爲測定責任能力有無之一原因，有認識違反一般的社會常規能力之責任能力者，常得認識之。謂殺人，違法也。竊取，違法也。有違反一般的社會常規之認識者，故無特別加於故意要素中之必要。以違法之認識，爲故意之要素，則將刑罰裁量問題，責任能力問題，故意內容問題等混

同。由循環的純法理論，遂使犯罪構成事實，發生枝節，可謂有使故意內容複雜之嫌，元來刑法，以一定之行為，為犯罪原因，在行為之違法，乃刑法典上之犯罪構成要件，皆不外違法也。具備犯罪構成要件之行為，違法行為也。行為，為違法否？應於客觀的決定之，與行為者之責任問題，無何等之關係也。惟以此違法行為之責，歸於行為者時，則以行為者責任之存在為必要。行為者，限於有責任時，其違法行為，得為行為者之違法行為也。蓋行為者，關於自己之行為，雖認識具備犯罪構成要件之事實，有決意為之，其為決意時，有通常之辨識力時，則於行為者之主觀上，與行為之違法一致，可為有違法行為之意者也。即既有通常之辨識力，而自己之行為，雖認識具備犯罪特別構成要件之行為事實，有決意為之時，既有違法性，應認為意思也。故行為者，非以主觀上之積極的認識為必要。若以違法之覺知，為故意成立上之一要素，則行為者，非特別積極的認識違法，不能構成故意。果爾，雖認識犯罪事實之全部，若關於違法，無何等觀念時，則其行為，不得為有責也。

List 一派之特別要件說，雖不以違法之認識為必要，然法律，特別以行為之違法，於

爲犯罪特別構成要件之場合，謂以違法之認識爲必要也。例如：有「無故」侵入居住罪及書信秘密罪，「不法」逮捕及監禁罪等之明文。雖然，此在決定法律，以特別行爲之違法，非無特別要件者。凡犯罪之特別構成要件，皆有違法之觀念。法律，以特別違法，爲特定之特別構成要件，他之構成要件中，不能不完全包含違法之觀念。侵入居住及侵犯書信罪條文中之「無故」與逮捕監禁罪條文中之「不法」等之用語，不過爲條文上之一種修辭而已，非特別有何等深刻之意義也。雖除去其修辭之「無故」「不法」之句，亦非不可也。如侵入居住罪，既云「侵入」，更無「無故」之必要。無逮捕監禁權利者之逮捕監禁行爲，雖無「不法」之明文，亦不生不法之疑問。既犯逮捕監禁之行爲，則其行爲，非適法行爲，固不必論也。就此之「無故」「不法」等，可謂廢辭矣。於逮捕監禁罪，以「不法」之明文爲必要時，則於殺人罪，亦不可不以「不法殺人……」之明文爲必要矣。何則，非不法殺人，不爲犯罪故也。就法律上全部規定，因修辭之故，得使用「不法」「無故」之辭。又條文之全部，不使用此之文辭，亦可也。其他法律的事實，即竊盜之目的物，爲他人之物，有夫姦之相手方，爲有夫之婦等之法律關係

，爲犯罪行爲之客體，屬於犯罪構成事實者也。此等之行爲事實，有法律的關係之認識足矣，無須有違法之認識也。卽行爲者認識之事實與法規符合足矣，不要違法之覺知也。既認識相手方之婦人有夫足矣，無須以相手方之婦人，有夫時則違法，無夫時則非違法之積極的認識也。雖外國人，其認識我國人某之妻，與之通姦之場合，苟與某人妻通姦，信爲毫不違法，亦不得阻却故意。

參考：中華民國暫行刑律補充條例第十二條。刑律第八十二條第二項第一款，稱妻者，於妾準用之。第二百八十九條，稱有夫之婦之者，於有家長之妾準用之。

同刑律第二百八十九條，和姦有夫之婦者，處四等以下有期徒刑，或拘役，其相姦者亦同。

其他凡屬於法律關係之權利與權利之關係等，皆屬於犯罪之特別構成要件也，特與他之犯罪特別構成要件，無何等之所異也。刑法典中，規定全部之犯罪特別構成要件，皆以行爲之違法爲前提，或以違法之認識爲必要。關於刑法典規定之全部，不可不以違法之認識爲必要。

若不以違法之認識爲必要，則關於刑法典所規定之全部，均不必要矣。其拘泥於條條之文句，大足沒却法律論之精神也。然則「蓋」一派之所謂：「法律，以特別行爲之違法，爲特別構成要件之場合。」其不當明矣。

「蓋」以不知違法阻却原因之不存在，與違法之不知，雖爲同一，亦屬不當。蓋不知違法阻却原因之不存在，乃抽象的所想像，與違法之不知，雖同意義，然其實際，則兩者不可混同。在阻却違法原因之中，不獨爲適法行爲，法律，爲保護人之權利，亦容許防衛或緊急之行爲存在，然苟違法阻却原因，既以存在，則行爲者，於自己之行爲，信爲違法，亦不可不阻却犯意。例如：殺將向自己而發砲之人，信爲違法，於已殺之場合，亦不可謂有犯意。又自己之行爲，爲違法與否？全然不覺知，惟不殺相手方，既確信不能保全自己之生命，與法律所規定正當防衛之事實相符者也。行爲者之認識與法律上正當防衛之事實相符固矣。苟其所認識，雖有所錯誤，亦不可不適用正當防衛之規定。甲以恫嚇之目的，而以手銃向乙爲發砲之姿勢時，乙確信將殺害自己，僅以此確信，足認爲認識違法行爲也，蓋在責任論，膠責任



之有無，由於行爲者自身之意思狀態而決之，不問行爲爲客體之被害者意思如何也。所以因行爲客體之人之意思狀態如何，而研究行爲者責任之有無，誠無用矣。故前例之爲行爲客體者之真意如何，即將發砲之意思，其真欲殺之乎？抑祇以恫嚇爲目的乎？於行爲者之責任成立上，無何等之關係者也。雖然，若相手方，認識爲違法行爲者，對此，亦誤信有正當防衛權之場合，則行爲者之認識與法定正當防衛之事實不符，故早經不屬於違法阻却原因不存之不知者也。

法律之故意內容中，不以違法之覺知爲必要，中華民國新刑律第十三條第二項，規定「不知法令，不得謂非故意。」也，此所謂「法令」，包含刑罰法與他法律之全部者乎？抑僅指刑罰法乎？有種種之學說。新刑律第十三條第二項之規定，以法令之不知，爲不得阻却犯意之意義，而爲犯意成立上之問題也。刑法上犯意之成立，爲刑罰法上之問題，非刑罰法以外之法律上問題也。刑法上以犯意成立之有無爲原則，應關於刑罰法而決之也。（刑律第十四條之所謂「法令」，乃構成故意之要素，即依認識之有無，故意之成否，發生影響，不屬於法理論

者，與第十三條之「法令」，異趣也。）故新刑律第十三條之所謂「法令」，乃專指刑罰法者。毫無容疑。新刑律第十三條之法令，僅云刑罰法者，以右述理由爲充分，無須多論。不知刑罰法以外之法律，不構成犯意，故「法令」，不包含刑罰法以外之法律。雖然，元來，犯罪特別構成要件中，包含各個之違法性，故刑罰法以外之法律認識之有無，影響此違法性認識之有無者也。例如：夫婦者，協議離婚既成，雖爲別居，因不知民法之規定，對於戶籍吏，不爲其稟呈，而既信離婚後，與他人所爲結婚之場合，不可謂有犯重婚罪之意。而至於阻却故意之原因，在不知民法。故不認識刑罰法以外之法令，似不成立故意者，其實不然。刑罰法以外之法律事實，亦常爲刑罰法之犯罪構成要件。不知刑罰法以外之法律，卽不過不知刑罰法上之犯罪特別構成事實也。如竊盜罪之構成要件，包含民法物權法之觀念，如須要身分之犯罪構成要件，包含關於各身分之法令之觀念者也。在竊盜罪，不知爲他人之財物，雖因不知民法之所有權法，而因不知民法，非不構成犯意，而爲犯意構成要素之犯罪目的物之性質，卽不知行爲客體，因不知行爲性質，阻却犯意者也。因不知民法之規定，於法律上，雖尙

未至於離婚，誤信爲離婚，與他人爲結婚時，則因不知民法，非阻却犯意，須要認識構成犯意之犯罪特別構成事實之配偶者之身分，有配偶者，因重爲婚姻行爲之不知，不構成犯意者也。故刑罰法以外之法律，與新刑律第十三條之法令，全然爲無關係者，因不知刑罰法以外之法令，誠非認爲阻却故意之存在者。新刑律第十三條之「法令」專指刑罰法而言者，不合刑罰法以外之法令，固無諍矣，或非特別所除外者。換言之，新刑律第十三條，所規定之「法令」云云之立法者，僅以刑罰法爲觀念，非以刑罰法以外之法令爲觀念，信矣。蓋不知刑罰法以外之法律，雖爲不知刑罰法上犯罪特別構成事實之遠因，非與犯意直接之影響者。犯意之構成要素，僅爲犯罪構成事實之認識，與不認識犯罪構成事實之遠因，無直接之關係。構成重婚罪之犯意，認識行爲者有配偶者之身分，須認識有配偶者再爲結婚行爲，其所認識之原因，由於民法所認識乎？抑自覺耶？不必窮究。與此同爲阻却犯意時亦然。卽既以不認識爲重婚之行爲事實，雖應阻却犯意，然其不認識之原因，爲不認識民法乎？否乎？非所問也。又新刑律第十三條第二項之規定，僅以不知刑罰法令之一事，爲表示不得阻却故意之旨。

而爲表示關於刑罰法與刑罰法以外之法令兩者犯意之區別，非特設之者。故在「法令」中，皆謂爲包含「法令」，其不當，毋論矣。以不知刑罰法以外之法律，爲犯意構成上直接要素欠缺之趣旨，而爲之說明，亦屬失當。雖爲刑罰法，然可爲犯罪構成事實者，即犯意之成立上，須要認識時，不得不除外，固勿論也。故認刑罰法，爲犯罪構成事實者，則可知非新刑律第十三條之「法令」。於此，而「法令」，得爲犯罪構成事實之法律關係以外之「法令」。雖然，所謂如此者，有過廣之嫌。所謂犯罪構成事實之法律關係以外之法令，不獨刑罰法，亦可僑伴的承認刑罰法以外之法令。如不認識有犯罪構成事實之法律關係之法令，則不認識犯罪構成事實，律諸犯罪構成事實之法律關係之法令，謂須認識，亦無不可，其實不然也。犯罪構成事實之法律關係，雖以認識爲必要，然不必認識犯罪構成事實之法律關係可爲標準之法令。何則，不認識犯罪構成事實之法律關係之可爲標準之法律，亦以認識犯罪構成事實之法律關係，以構成犯意足矣。例如：以認識外國君主大總統之事實已足，無須認識外國之皇室典範憲法等。以信爲通貨已足，不要認識貨幣法。不然，祇在自己想像的認識之場合，亦於構成

犯意，無何等之妨礙。例如：無何等智識之行爲，雖想像而對外國之君主，爲不敬行爲之場合，亦不得不構成新刑律第一百十九條之罪。要之，故意之內容，不要違法之認識，即違法之認識，非責任之要素也。故於過失之成立，亦不必要違法認識之可能。換言之，於可認識爲過失之要素中，不合違法之認識，故關於違法，不論認識不認識，亦謂不爲過失者也。

### 第三項 意思與故意及過失

過失之成立要件者，應活動之意思之不活動者也。法律，所以使無害共同生存之安全，於社會之人，要求一定意思之活動，無論何人，皆有努力使無害共同生存安全之義務，換言之，社會中之人，皆以社會之安全，應負不可不爲一定意思活動之義務者也。故意思實構成過失之唯一要件也。元來過失之意思狀態，將使支配舉動之意與無害全社會之安全，因努力而有緊張之意思。爲後者之意思活動，則中止支配舉動之意思，或促進支配一定舉動之意思活動者也。即（一）爲對物之注意，（二）爲行爲要素之意思。例如：將擊獸時，不認識命中其附

近之人之場合，苟使無害法律所要求社會安全之意思活動，應認識命於人者也。所認識之，即支配其舉動之意思，即中止射擊之意思，或應爲警告其人舉動意思之活動者也。故得由意思過失兩方面觀察之。一爲不注意之意思狀態，他爲舉動或決意不爲之意思狀態也。過失之構成，以不認識爲必要，同時以不注意與行爲之決意之二而爲其要素者也。即認識爲故意特點，不注意爲過失之特點，而於行爲決意之點，則兩者同一也。關於過失之不注意與故意認識，從來學者之所說，於兩者同行爲決意之點，多忽諸者。僅認識，則不爲故意，同樣，僅不注意，亦不爲過失也。僅認識與不注意，由犯罪而見之時，乃消極的，無何等犯罪之積極的表現也。行爲，爲客觀的問題，認識支配行爲之意思，或使與不注意連絡，各別觀察之時，終不能發見行爲者犯罪主觀的責任之存在。故故意於認識之外，過失於不注意之外，更不可不有一定之意思要素。所謂認識與不注意，雖爲故意與過失各個之特點，然於其以外之意思要素，則兩者同一也。本節，僅就此之意思要素而爲之說明也。

意思，乃舉動之發動，或停止必的作用也。無意思之舉動，不能謂爲刑法上之行爲。舉動之

前，不可無意思之決定。由此決定，舉動之開始勿論矣，尙繼續或變更停止者也。無意思之單純舉動，不使負犯罪責任。故舉動，應有負責原因之意思存在。意思，實爲犯罪之行爲，可謂應負刑罰法責任之禍首也。有此意思存在之舉動，爲犯罪之行爲，有認識存在之意思，乃犯罪之故意也。有不注意存在之意思，乃過失者也。換言之，舉動有故意時，爲犯罪行爲，決定此舉動之意思，附隨認識時，則爲故意，附隨不注意時，爲過失也。純觀念主義者，於責任成立上，最爲重要意思之全部，使包括行爲之內容，由故意之內容而完全除去之，殊不可解。意思非獨與舉動同時活動，將使開始舉動發動之決意，亦包含之，不可遺忘也。犯意之概念，實謂此決意者，所謂意慾，無何等關係也。換言之，意慾之有無，非影響此意思之存在者。僅爲意思，乃單純之意思耳，應與舉動合一始爲行爲，一如意思與認識合一，始爲故意也。故所謂犯意，實謂爲有認識之意思也。卽僅以意思，不爲犯意，一如僅以認識，亦不得爲犯意也。僅爲舉動者，不過空虛之行爲耳，以意思爲其靈魂也。僅爲認識者，亦不過爲責任之空虛犯意而已，以意思爲其靈魂者也。既認識耳，無爲何等所非難，有認識之

意思，始可謂應受非難者也。舉動，得爲行爲與否？應依意思之有無，意思，得爲犯意與否，應依認識之有無也。舉動與意思，意思與認識，有聯絡之關係者也。

一部分之學者，以人所爲之行爲時，始生責任問題，既承認有行爲，則舉動與意思之全部，即合於此行爲之中，則關於其行爲，當審判有責任與否，若僅判明有無認識爲不充分，則僅爲認識犯意也。此不過證明審察意思應爲犯意之決意有無之手續上順序之問題，非犯意本質問題也。以此手續上之順序爲理由，祇以認識爲犯意，甚不可也。認識，不外構成犯意之一要素，決非犯意者也。祇以認識意思舉動之三要件中之認識，爲犯意之內容，強意思之全部使與舉動合一，僅構成一之行爲觀念，則不可也。行爲，非主觀的關係，乃客觀的關係也。反之，犯意者，主觀的關係也。意思，主觀上最爲重要，此最爲重要之主觀的關係，使專屬於客觀的關係行爲之內，其不妥當也明矣。或對余之說，將有非難責任問題與行爲同類相混同者，決無將此兩者混同也。行爲問題，乃舉動與意思之問題，犯意之過失問題，乃意思與認識或不注意之問題也。行爲，爲犯罪學上之客觀的關係，而基於自己意思舉動也。發生



刑法上問題之行爲，基於自己意思之身體活動，或謂基於自己之意思，不使活動身體。構成行爲者，意思之活動也。所謂意思活動，對於身體活動而爲其支配，而生理的筋肉運動之開始，對於靜止而爲自己之決定也。換言之，所謂犯罪行爲，基於意思活動：Willensbetätigung（意動）之舉動也。僅爲舉動，不應受非難也，其應受非難者，乃支配舉動此之意思也。此意思所受非難之原因，在認識應受非難之意思活動之事實也。雖認識意思活動之價與影響之結果，不獨意思之活動時，此意思應受非難者，乃當然也。故有意思之舉動爲行爲，有認識之意思爲犯意，有不注意之意思，則過失也。有責任之重要形式者，基於自己決定之意思也。所以，意思，實可謂爲犯意與過失之主要者。若祇以認識而爲構成故意，則祇利用於間接正犯之中間者，亦可謂有犯罪之意。何則，由於強迫而爲犯罪行爲者之行爲，則非無知覺之舉動，且對於犯罪行爲事實，非無認識故也。例如：甲，認識爲手銃，而知引動手銃之銃機則彈出，其彈命中於人，認識致其人於死，其目的物，認識爲人，雖認識其他行爲之全部，亦無進行之意思，但被乙之威迫所強制，於恐怖之餘，引動手銃之銃機時，則甲有犯罪之意思否

？依余之說，則行爲者，雖認識行爲事實，亦以意思要素欠缺，雖得謂不構成犯意，或僅以認識而構成犯意者也。甲之行爲，不可不謂有犯意者也。爲犯意要素之意思，僅以決定自己舉動之開始與靜止之意思已足，無須特別之意思也。大場博士，認爲緩和意思主義者之缺點，而所爲意思『欲使實現其所認識之意思。』其所謂：『欲使實現其所認識之意思，』不外結果（意思）之同義異語也。關於不確定故意之成立，例如：行爲者之發砲，其目的物，雖認識命中居於野獸近旁之人，僅以不中發砲之行爲已足，更無須欲使實現命中其人之意思。或將爆發物，裝載於船上，認識其因爆發，遂沉沒其船及人，其載於船上之場合，乃行爲者之意，以輸出爆發物，而在於得利，然關於船之沉沒與人之溺死，可謂有犯意。又如自知正病梅毒之婦人之意，雖在賈淫利得之場合，亦不可不負傷害犯意之責；意，非故意之要素也。

【註】大場博士：爲說明此點，雖將意，區別爲單純之意思與行爲之動機，仍不免失當。氏曰：『行爲者，欲使實現其觀念之客觀的要素之意思，此犯罪之動機，或謂欲使實

現依犯罪將達之目的之意思，不可不區別之。前者，屬於犯罪構成事實之犯罪行為，及欲將實現其結果之意思；後者，則此之行為，或欲依結果而達之動機，或為目的也。……然我國之學者，動不動以意思主義所要求之意思要素，而說明犯罪之動機或目的，可謂奇矣。」（氏著刑法總論第七二）雖然，此種區別，即行為者，欲使實現其觀念之客觀的要素之意思與欲使實現犯罪之動機及目的之意思之區別也，在許多之場合，不過程度之問題，而不能免意思主義之非難也。如前例之以爆發物載於船上，認識其因爆發，遂沉沒其船及人，以輸出爆發物，有利得意慾之行為者，自知病梅毒，而與人性交，則認識有使其傳染，構成有賣淫利得意慾之婦人之犯意的意思，存在何處？依大塚氏之說，則意思主義者所說之意思，非犯罪之動機與目的，而欲使實現其觀念之客觀的要素之意思也。然則，所謂意思主義者所說之意思，乃行為者犯罪之動機與目的，即爆發物之利得，非賣淫之意慾也。欲使實現其所豫見之船與人之沉沒，對於相手方，有欲使實現傳染梅毒之意思也。雖然，有爆發物輸出利得之目的者，非有欲使實現船與人之沉沒之意思

者。有賈淫利得之目的者，非有欲使實現傳染梅毒於相手方之意思者。以其有不欲沉沒船與人之實現之場合也。由是觀之，可知此說之不當矣。故雖認識有沉沒船與人，及認識有使梅毒傳染於人之事，載燄發物於船之行為意思，與人為性交行為之意思，換言之，認識犯罪行為事實，雖因其認識而停止行為，而不停止意思，則雖構成犯意之要素，無須特別欲使實現其所認識之客觀的犯罪構成要素之意思也明矣。

意思主義者無論矣。就觀念主義者中意思，信為犯意之一要素者，亦不可少，然多寬恕犯意所要求之意思，如意意思主義者，徒關於意慾而為研究。例如：Frank曰：「觀念主義者，不寬恕意思，意思主義者，亦不寬恕豫見，……唯優於豫見主義之意思主義之點，有易說明所謂 *Min'er Schwere Form* 之場合（N點也）。（I zur 59）。Frank亦僅關於意慾意思為考慮也。其所謂 *Min der Schwere Form*，即不外謂認識已病之婦人賈淫之場合，則此之場合，不可不認意思之存在。不必要使梅毒傳染於人之意慾，亦賈淫行為，即無與人性交之意思，不可有性交之事實。故形成犯意，可認識有傳染梅毒於人，不可不以與人為性交行為意思之

存在爲必要。除意思外，祇以認識，不得構成犯意。雖然，若錯誤而以意思解爲意慾時，當然不以其意慾之意思存在爲必要。Fisher 謂：除意思外，則易於說明此場合者也，不外僅解爲意慾意思之故。若祇關於從來之意思主義與觀念主義，而比較之時。則觀念主義，比從來之意思主義，更爲優越者也。何則，意思主義之意思概念，欲使實現意慾，即希望，或所認識之行爲結果之意思等，於故意之成立，雖不必要，然觀念主義所說明之觀念，乃故意成立上，不可缺之要素故也。僅以此要素而爲故意者，蓋缺點也。雖然，此缺點，於故意內容之法理上，於法律適用上，無何等之不當也。卽於法律適用上之審判過程之順序，決定行爲之開始與靜止之意思，與行爲一其存在，所爲行爲之人，則此之意思，亦存在，勿論矣。故決定故意之有無時，祇檢查認識之有無已足，故爲便利計，特別提倡認識要素，亦非不可。

【註】雖然，忘却意思要素之存在，則不可也。

【註】對於此點，以認識故意之重要組成部分，而便於說明故意者，則我師岡田莊作博士也。博士曰：『……謂故意爲觀念決意，尚不得蔽故意之全部，以採取其重要組成分之

觀念(或認識)。謂故意，爲認識，可乎？

如右所述，意思者，認爲將爲行爲或將不爲行爲之決意，有認識時則故意，無認識而有不注意時，則過失也。

## 第二節 錯誤與過失

過失者，有責之錯誤也。錯誤而可避免之場合，雖阻却故意，亦構成過失。所謂錯誤 (Fehler)，認識與對象之齟齬也。所謂對象，非獨目的物，而目的事物之一切，即所認識一切之對象也。故既存之事物，則勿論矣。即可發生之事物，亦包含於其內。換言之，引起結果，或不防止之行爲者之觀念與實際可發生之事物之不一致時，亦有錯誤。錯誤之刑法的意義，專由故意之觀察而生，乃錯誤論，即謂故意論，亦非不可，然其使命不同也。故意論，乃故意之內容，即論究構成故意之要素者；錯誤論，乃認識與對象之聯絡關係，即行爲者之主觀的關係與客觀的關係之間，有齟齬與否之問題也。此主觀的關係與客觀的關係之聯絡如何，

常生故意與過失之差異。當說明過失或故意，於錯誤論，有重大之關係也。錯誤論之使命有二。一：雖有認識，其所認識之實際，不存在之場合，即以無爲有之場合。二：雖實際存在，不認識其實際之場合，即以有爲無之場合是也。前者，雖具備認識與決意，惟其所認識與實際不一致，謂之肯定的錯誤。後者，有認識，雖應爲犯罪之事物存在，然行爲者，關於此無認識。故謂之否定的錯誤。錯誤觀念，實由此二大系統所構成者也。無論如何，有關於事實者，與關於責任者，及關於法律者之區別。關於事實者，則以肯定之場合爲有責，否定之場合爲無責，爲原則。關於責任者，則反之，以肯定之場合爲無責，否定之場合爲有責也。關於法律者，則關於法規之肯定爲無責，否定爲有責。關於法理之肯定與否定，均利於自己時則利之，不利於自己時則不利。關於法律事實時，則肯定與否定均無責，關於非刑罰法時，則肯定與否定，亦均爲無責也。

## 第一項 肯定的錯誤

肯定的錯誤者，以無爲有之錯誤也。學者之觀察錯誤，多由否定的方面，而忽於肯定的方面也。雖然，肯定錯誤，亦認識與對象不一致，則寬恕之，實不當也。肯定錯誤，已如前述，雖有犯罪之認識，因其所認識與實際不一致，認爲解決可爲犯罪與否之重大問題。若認識與實際皆不存在者，無論究之必要，例如：射擊林中之獸時，由林中感聞人類之悲鳴，認識命於人之場合等，雖以無爲有之錯誤，無犯罪事實之認識，無行爲，無結果，無論如何，本不生刑法上之問題。故此場合，非此處所謂肯定的錯誤。元來錯誤之觀念，爲認識與對象之齟齬，故雖有犯罪之認識，然與行爲之結果不一致，或雖有行爲之結果，亦限於無認識之場合，乃爲錯誤，而認爲有價值者。認識與行爲及結果，全然不存在者，可知非錯誤之問題。〔註〕在肯定的錯誤，有關於事實者，有關於責任者，有關於法律者。

【註】此點，與我師岡田博士稍有所異（同博士刑法總論第一二頁乃至第一三頁）

（一）關於事實之肯定的錯誤 所謂關於事實之肯定的錯誤，犯意與事實不符。即雖有認識，然其所認識與事實之齟齬也。得區別事實，爲抽象的事實與具體的事實。



(1) 抽象的事實之肯定的錯誤：所認識與犯意事實有抽象的齟齬時，則抽象的事實之肯定的錯誤也。例如：信爲人而爲殺獸之場合，爲目的物之人，信在屋中，已經發砲，而不在屋中之場合，信懷中有物，於竊取之，而懷中無物之場合，信爲毒藥，而以白糖使人飲之場合等是也。右之場合，皆有犯罪之認識，其所認識與事實不一致者也。斯之場合，非阻却犯意者。故非構成過失，而構成未遂犯或不能犯也。〔註〕

【註】不能犯，有無犯意之說。(例如：牧野博士日本刑法第十  
八版第二六五頁第二六六頁) 雖然，所謂不能犯與未遂犯，

不過程度之差耳。行爲之決意，在主觀上之犯罪的觀念，認爲完全者，無何等錯誤。其錯誤，爲犯罪構成上不必要之行爲者主觀上之知能，不過事物之客觀上之關係而已。誠無阻却犯意之理由。惟行爲者之行爲，因欠缺犯罪行爲之危險性，於客觀的，其行爲，應爲犯罪之價值，不過比較的不少耳。新刑律第十七條之爲未遂罪，任裁判官之裁量刑罰，則甚簡明也。

參考 中華民國新刑律第十七條 犯罪已着手而因意外之障礙不遂者，爲未遂犯，其不

能生犯罪之結果亦同。

(2) 具體的事實之肯定的錯誤 所認識與事實有具體的齟齬時，具體事實之肯定的錯誤也。例如：信爲某甲，殺害某乙之場合，學者謂之目的物之錯誤 (Error in Objecto)。雖非目的物者，而誤認爲目的物者，乃以無爲有之肯定的錯誤也。爲此場合之目的物者，不限於人，於他之事物，亦無所異也。例如：信爲金時計，竊取銀時計。故名之曰：Error in Subiecto。豈非不常乎？此場合之錯誤，不過在於行爲者之希望，具備可爲犯意之認識與決意，不獨認識與法益之侵害一致，行爲之危險性，亦不欠缺，即可認識應爲犯罪構成要件事實之全部，乃爲犯罪行爲之決意者，故成立犯罪也。換言之，將爲殺人行爲者，以殺「此人」之認識與決意，而豫定貫徹之，其對象之人，卽正其豫見殺「此人」之時，則爲認識之目的物，被基於其所認識之行爲而生之實害者，毫無錯誤，故可認識爲犯罪構成要件之事實，得謂爲行爲，因此，不可構成過失。

【註】 Error 及其一派，區別錯誤，爲重要之錯誤與不重要之錯誤。重要之錯誤，雖阻却

犯意，不重要之錯誤，主張不阻却犯意，右所述之例，爲不重要之錯誤也。雖然，關於其所謂重要錯誤之意義，其說明：「於犯人，認識其錯誤，即豫見其經過之事實，限於認爲不犯罪之場合，謂之重要之錯誤。」(Hirsh, 40) 富田山壽博士以：「行爲者，認識自己之錯誤，爲豫見實際之進行，於可斷其犯行之念之場合，爲重要之錯誤。」(富田山壽博士九頁) 雖然，若如新論之時，不可不以一般之錯誤，爲全部重要之錯誤。何則，有錯誤之行爲者，若認識自己之錯誤，爲豫見實際之進行，無論何人，應斷其犯行之念故也。於殺不共戴天之仇敵者，誤而殺自己之愛人之行爲者，豫見其錯誤，應中止犯行之念。雖爲當然，而殺仇敵者，誤而殺不認識之人之行爲者，亦豫見其錯誤，不可不謂應中止犯行之念。故爲愛人之故，豫見其錯誤，則中止犯行之念，於不認識之人之故，豫見其錯誤，亦謂應爲中止犯行之念，無何等根據之論也。

(二) 關於責任之肯定的錯誤 所謂關於責任之肯定的錯誤，雖無責任，而有爲誤認之場合也。此場合之錯誤，於犯意之構成上，認爲無影響者，而責任之構成，不以認識其責任之存在

與否爲必要，故錯誤，雖爲肯定的，然與事實之錯誤，達於完全不同之結論，乃當然也。例如：自進而入牢獄之行爲，誤信自己爲有責任能力，而爲犯罪行爲之場合，事實上，爲無責任能力，故故意，無論矣。其誤信，縱令有不注意，亦非構成過失。

【註】無何等犯罪之認識，而爲某行爲之後，幻想其先之行爲有故意時，不過單純之幻想，（非幻想犯）非可研究犯意之存否者。故關於此處所云之責任，非肯定的錯誤。

(三)關於法律之肯定的錯誤 所謂關於法律之肯定的錯誤，得區別關於法規者與關於犯罪構成事實者，及關於非刑罰法者。

(1)關於法規之肯定的錯誤 法規雖不存在，而誤認爲存在，已決定犯罪意思時，乃關於法規之肯定的錯誤也。例如：行爲者之女子，與同性他之女子相姦，不認識爲違反法規所爲之場合。毆打自己，不認識有應罰之法規而爲之場合，雖有犯罪之認識與決意，然法律無正條之故，不獨不得處罰其故意犯罪行爲，亦無成立過失之理由者也。學者謂之幻想犯

參考 中華民國新刑律第十條 法律無正條者，不問何種行爲，不爲罪。

(2) 關於法理之肯定的錯誤 於法律之解釋上，以非爲是時，乃關於法理之肯定的錯誤也。有區別利於自己者與不利於自己者。(利與不利，非爲利益於自己與否之義，乃自己所爲之行爲爲有責與否之義也)。

(A) 關於法理而利於自己之肯定的錯誤 於法理上之解釋，以有利於自己之肯定的錯誤，而所爲行爲時，乃關於法理而爲利於自己之肯定的錯誤也。例如：對於適法行爲者，誤解有正當防衛權，對此而爲防衛行爲時，非過失，乃故意也。故利於自己之肯定的錯誤，不爲利者也。

(B) 關於法理爲不利於自己之肯定的錯誤 於法理上之解釋，以不利於自己之肯定的錯誤，而爲行爲時，乃關於法理而爲不利於自己之肯定的錯誤也。例如：斬屍骸，亦誤解爲殺人，已斬之時，不爲殺人罪。故爲不利於自己之肯定的法理上之錯誤，非不利者也。【註】

【註】 法規，爲制度上之客觀的事實，而法理，乃各自之主觀的見解。因此，所謂該

規之錯誤，乃誤信存在之法規爲不存在與誤信不存在之法規爲存在之場合。所謂法理之錯誤，乃法律解釋上之錯誤也。換言之，法規之錯誤，乃不認識法規之存在或不存在，法理之錯誤，乃認識法規之存在，亦不可解者也。

法律之解釋，於實際上，雖由各自之見解而不一者，然在接續之形式與法律之精神，於一定之法規，不可不謂有一定之法理。然則，法理之錯誤，即謂法規之錯誤也，亦非不可。因此，利於自己之錯誤，即謂否定法規之存在爲不存在；而不利於自己之錯誤，即謂肯定法規之不存在爲存在也。雖然，法規存在或不存在之誤解，於明瞭法規之存在而知之。僅關於其法理，所謂有錯誤之場合，謂本於實質上不同者也。又法理錯誤之有無，雖得以裁判官之解釋而決定之，然法規錯誤之有無，認爲不得不依制定法者，則不得以裁判官之解釋而決定之。故形式上，兩者可謂不同者矣。雖認識法規之存在，於自己之有利方面而解釋之，因此，爲侵害法益行爲時，則犯罪責任之成立，無何等之消長。此處之說明，則解釋權者以外之人之法解釋

釋，於法律上，表明無何等效力者也。

(3) 關於法律事實之肯定的錯誤。關於犯罪構成要件之法律事實，有肯定錯誤時，即此之場合也。例如：信爲既決未決之囚，使普通人逃走之場合；信爲他人之所有物，竊取自己所有物之場合，或加重事實之錯誤的場合，行爲者，雖自覺的認識犯罪構成事實之法律關係之行爲，然其所認識，以犯罪構成事實之法律關係不一致，結果，以事實之欠缺，可謂無責也。

(4) 關於非刑罰法之肯定的錯誤。非刑罰法，即關於刑罰法以外之法律，以無爲有之時，乃關於非刑罰之肯定的錯誤也。例如：遺棄之人，誤認爲民法上之婚姻者，以犯重婚罪之意思。與他人結婚之場合。非刑罰法之法律關係，常常屬於犯罪特別構成要件，故須認識之。其不認識，雖有犯罪之意思，亦於實際上，不認爲其認識之行爲者，無成立故意或過失也。

## 第二項 否定的錯誤

否定的錯誤者，以有爲無之錯誤也。錯誤，既如前述。認識，不獨與實際不符，實際與認識不符，亦包含其中。換言之，不獨既存的事實，雖發生的事實，亦存於錯誤之觀念中也。否定的錯誤，有關於事實者，有關於責任者，有關於法律者。

(一)關於事實之否定的錯誤 所謂關於事實之否定的錯誤者，關於犯罪事實無認識之場合，即既存或已發生之事實與行爲者之認識不一致，或完全不認識之場合は也。事實，得區別爲抽象的事實與具體的事實。

(1)抽象的事實之否定的錯誤 抽象的事實與認識不一致時，乃抽象的事實之否定的錯誤也。例如：不認識爲人，而誤認爲獸，已殺之場合。在此場合，不認識犯罪構成事實之故，該當新刑律第十三條第一項之前段者也。雖然，不認識之事實，或可得認識之場合，則行爲者，不可不負不注意之責任。是該當新刑律第十三條第一項之後段但書，而構成過失



者也。

參考 中華民國新刑律第十三條 非故意之行爲不爲罪，但應以過失論者，不在此限。

(2) 具體的事實之否定的錯誤。具體的事實與認識否定的不一致時，乃具體的事實之否定的錯誤也。例如：以石而投付於甲，不認識命中於乙。學者謂之手段上之錯誤 (Aberratio ictus)。具體的事實之否定的錯誤，乃具體的事實，卽以不認識命中於乙，而不構成故意。蓋構成故意，對於須認識之對象，無何等認識故也。以具體的事實之否定的錯誤，爲不重要之錯誤，有主張阻却故意者，亦不當也。〔註一〕將銃殺某甲，而射擊之，誤而命中於乙之場合之錯誤，爲行爲者與基於其認識被發生實害之乙之間之問題。非對於因錯誤而免危害之甲之問題也。元來錯誤，乃主觀的關係與客觀的關係之有無聯絡之問題，常以注意認識與結果之關係爲必要者也。在肯定的錯誤之場合，雖有認識，亦無實害，或認與實害有同一價值者，故爲行爲者之認識與法益兩者共同研究之焦點也。在否定的錯誤之場合，雖有實害，而無認識，故此之錯誤問題，實由實害而發生者也。因此，在於不被實害之某

甲，於行爲者之間，不生否定的錯誤問題。由結果而觀之，則行爲者與免實害之某甲間，有肯定的錯誤關係，故對於某甲，不可不負未遂罪之責任。其被實害之乙，乃誘導行爲者，即非加害者認識之對象。此之場合，以有結果而無認識。乃否定的錯誤也明矣。【註三】

【註三】

【註一】 *Liist* 一派，以具體事實之肯定的錯誤，即不認所謂目的物之錯誤與手段之錯誤的區別。兩者均爲不重要之錯誤，而不阻却故意。其所謂重要之錯誤者，乃行爲者豫見其錯誤，而中止行爲意思之場合也。既云錯誤，則雖豫見其錯誤，尙不能謂無中止其犯行之念，故以此而以錯誤之重要爲非重要之標準之不當，前既述之矣。

【註二】 *Liist* 之重要錯誤論，其不當，固無論矣，然目的物之錯誤與手段之錯誤之區別，亦不能謂爲完全無缺也。吾人不獨徒由客觀的方面觀察，雖主觀的意思，亦不得不尊重之。故由於爲故意行爲與否？爲肯定的錯誤與否？及爲否定的錯誤與否？不可不決定之。

【註三】所謂具體的事實之肯定的錯誤與否定的錯誤，雖容易混同，實為明瞭者也。或曰：具體的事實之否定的錯誤，即所謂手段上之錯誤，亦可謂肯定的錯誤也。何則，雖有殺之認識，然其所認識之目的物，則不被殺故也。又具體的事實之肯定的錯誤，即所謂目的物之錯誤，亦可謂否定的錯誤也。何也，以不認識被殺之人故也。雖然，肯定的錯誤，有認識，無實際，否定的錯誤，有實際，無認識，如前所述矣。具體的事實之否定的錯誤之錯誤的價值，乃在於行為者之認識與被實害之人之間，而非在免實害者之間也。即以已被實害者與行為者之認識不一致，有多少之疑問。故錯誤問題，即發生否定的錯誤之問題者也。誣行為者與免實害者之間，為未遂犯，甚為明瞭，無待研究。在行為者與被實害者之間，則明明有否定的錯誤。何則，行為者，關於犯罪行為之客體，不獨毫無認識，而行為之客體與認識之客體，全然不同故也。具體的事實之肯定的錯誤，即所謂目的物之錯誤，與右述為同一理由，然由法益而觀察時，於行為者與被實害者之間，不認有錯誤存在之價值。被實害之人與行為者所認識為目的物之人，看做一法益，不認

二人之存在也。何則，在實際上，行爲者所認識之人與被侵害之人，認爲同一，無二人之存在。所謂二人之存在，不過由行爲者主觀上之希望而發生，與法益無何等之關係故也。然則，此場合之錯誤，在行爲者與爲其對象者之間，故爲肯定的錯誤，乃當然也。

具體的事實之否定的錯誤，以不認識被侵害者之事實爲無故意，已如前述。新刑律，亦同此趣旨，見第十三條第三項第一款後半段之規定，明矣。

參考 中華民國新刑律第十三條第三項第一款中：『所犯……與犯人所知……相等者，從其所知。』

新刑律第十三條第三項第一款後半段之『……相等……』中，具體的事實之肯定的錯誤，即所謂目的物錯誤之場合，亦有非包容之疑問，其實不然。何則，法律不處疏忽也。

關於加重要件，雖有否定的錯誤之場合，對於加重要件之部分，爲無責任者。例如：誤認爲普通人，而殺害尊親屬之場合，祇構成普通殺人罪。此之場合，關於加重要件，當

然認為無罪，而以有新刑律第十三條第三項第一款之規定，非為無罪者。何則？行為者對於其行為，毫無認識故也。無認識之行為，非故意之行為，祇依新刑律第十三條而判然矣。故新刑律第十三條第三項第一款，不過注意之規定也。

參考 新刑律第十三條第三項第一款中：『所犯重於犯人所知……者，從其所知。』

(二)關於責任之否定的錯誤。責任雖存在，而誤認不存在時，即關於責任之否定的錯誤也。構成責任，無須認識責任之存否，故反對事實之錯誤，以肯定的錯誤之場合為無責；以否定的錯誤之場合為有責也。例如：誤信自己為無責任能力或無意，於有責任能力之間，為故意行為時，雖有錯誤，亦非過失，乃故意也。

(三)關於法律之否定的錯誤。關於法律之否定的錯誤，亦如肯定的錯誤，得區別為(一)關於法規者。(二)關於法理者。(三)關於犯罪構成事實者。(四)關於非刑罰法者。

(1)關於法規之否定的錯誤。法規雖存在，誤認為不存在時，即關於法規之否定的錯誤也。例如：雖殺害自己之子，及於自己所有家屋放火，亦誤信不為犯罪之場合，以新刑律第

十三條第二項之「不知法令，不得謂非故意」之場合，非過失，乃故意也。

(2) 關於法理之否定的錯誤。在法理之解釋上，以是爲非時，即關於法理之否定的錯誤也。此有利於自己者與不利於自己者之區別。

(A) 關於法理而利於自己之否定的錯誤。在法理上之解釋，爲有利於自己之否定的誤解時，即關於法理而利於自己之否定的錯誤也。例如：同日同時與二女舉行結婚儀式，誤解不爲重婚罪之場合。在法理上，有利於自己之否定的錯誤，以不利之故，非過失重婚，乃故意重婚也。

(B) 關於法理而不利於自己之否定的錯誤。在法理上解釋，爲不利於己之否定的誤解時，即關於法理而不利於自己之否定的錯誤也。例如：對於不正之侵害，雖有正當防衛權，誤解爲無之，而爲防衛行爲之場合。在法理上，雖有不利於己之否定的錯誤，亦不爲不利之故，雖爲不法行爲，不得罰之。

(3) 關於法律事實之否定的錯誤。關於犯罪構成要件之法律事實，有否定的錯誤時，以有

屬於犯罪構成事實之錯誤，而不認識行爲事實也。例如：誤信他人之所有物爲自己之所有物，而持去之場合，誤信他人之子爲自己之子，對之而爲懲戒之場合，雖有犯罪行爲者，而無認識之故，不可爲犯意。雖然，行爲者，以不認識可得認識時，則構成過失。

(4)關於非刑罰法之否定的錯誤。非刑罰法者，即關於刑罰法以外之法律，以有爲無時，即關於非刑罰法之否定的錯誤也，例如：向巡警局，雖爲稟請婚姻，以尙未舉行結婚典禮，誤信不爲民法上之夫婦，與他人爲結婚之場合，爲過失之重婚，非故意之重婚。何則，刑罰法以外之法律關係，常爲刑罰法上之犯罪構成要件，故不認識，與不認識犯罪構成要件同一故也。於此有應注意者，即犯罪構成要件之法律關係之非刑罰法之不知，雖常爲犯罪構成要件之不知，然犯罪構成要件之不知，即非犯罪構成要件之法律關係之非刑罰法之不知。換言之，非刑罰法之不知，雖常爲犯罪構成要件之不知，然犯罪構成要件之不知，即不可謂爲非刑罰法之不知也。例如：因不認識民法上之所有權，不認識他人之所有物時，則雖爲犯罪構成要件之不認識，然不認識他人之所有物，即不可謂爲不認識民法之所有

權也。何則，所謂認識犯罪構成要件者，以認識犯罪構成事實已足，無須要認識犯罪構成要件之法律關係之必要故也。例如：竊取財物之行爲者，認識爲他人之所有物已足，其所認識之原因，關於人乎？抑自覺耶？或由於民法上之所有權而認識乎？非所問也。故新刑律第十三條第二項中，所謂「……法令……」，雖不包含刑罰法，無論矣，然竊極的，亦無將非刑罰法除外之必要，不可不注意也。

右所述之諸錯誤中，乃肯定的錯誤，完全與過失無涉也。構成過失者，僅有否定的錯誤之場也。蓋肯定錯誤，乃認識犯罪要素，故不認識之，與過失不相容，無詰究之餘地也。抽象的事實之肯定的錯誤，以認識全部之犯罪要素者，爲故意行爲之未遂，或爲不能犯。具體的事實之肯定的錯誤，以所認識與實現之事實，不過有具體的齟齬而已，不得阻却犯意也。因此，非限於以過失而論也。關於責任之肯定的錯誤，雖有錯誤，然因其窮錯誤，非至犯意成立，亦不得爲過失也。關於法規之肯定的錯誤，雖幻想的有認識，然法律無正條，故完全不構成犯罪。關於法理，而利於自己之肯定的錯誤，雖於法理而不存在，然若求利益於自己之

## 第七章 故意與過失



結論，法理上，誤解此之結論爲正當者，當然不阻却故意。關於法理而不利於己之肯定的錯誤，雖於法理而不存在，妄求不利益於己之結論，法理上，誤解此之結論爲正當者，故與關於法規之肯定的錯誤同，不限構成何等犯罪。關於法律事實之肯定的錯誤，法律事實雖不存在，而誤認爲存在，關於非刑罰法之肯定的錯誤，與非刑罰法之法譽關係，雖不存在，誤認爲存在者，故皆爲故意，勿論矣；雖過失，亦非成立之限。關於抽象的事實之肯定的錯誤，雖不認識犯罪構成事實，然於多數之場合，而爲相當之注意時，則以可得認識者，構成過失者也。關於具體的事實之否定的錯誤亦然。關於責任之否定的錯誤，雖有責任，誤信爲無責任，然關於責任認識之有無，對於故意，無何等之關係，故不生過失之問題。關於法規之否定的錯誤，法規雖存在，以誤認不存在之場合，其誤認，於故意之成立上，無何等影響。關於法理之否定的錯誤，與關於法理之肯定的錯誤同一，利於自己之錯誤，不阻却故意，不利於自己之錯誤，不構成故意，勿論矣；亦不構成過失也。關於法律之否定的錯誤，雖有行爲，而無認識，故有不注意時，則構成過失。關於非刑罰法之否定的錯誤，不認識犯罪事實之

法律關係者，故具備過失之要件時，構成過失者也。要之，於錯誤論中，構成過失之場合，祇不過關於抽象的及具體的事實之否定的錯誤，與關於法律事實之否定的錯誤，及關於非刑罰法之否定的錯誤之四場合也。



## 第八章 過失之共犯

有因過失之共犯與否之問題，雖爲學者間之聚訟，然在同一犯罪事件，爲二人以上之有實違法行爲，其共同之場合，卽爲二人以上之共同，對於犯罪構成事實之實現，爲與予條件之行爲時，則其行爲，雖爲過失，亦不可不謂爲共犯也。從來學者中，多承認之。（例如：Thomsen, 129; Binding, S. 162; Olshausen, No. 18 zugab, Tromk, II, zu. 47;）我新刑律所規定，云得正鵠。【註】

【註】 中華民國新刑律第三十五條：『於過失罪，有共同過失者，以其犯論。』  
同趣旨

（一）岡田朝太郎博士曰：『有因過失之共犯與否？亦有全部否定說，一部肯定說，全部肯定說。判例採全部否定說，學說則不一定。惟：』

（一）祇關於過失罪存在之場合，則採全部肯定說。……』（博士大正十三版刑法）  
（總論第一七一四頁）

(二)大場茂馬博士曰：「共同正犯，教唆，及從犯之過失犯之場合，雖爲稀有，然其場合之存在，甚明。……」例如：暗夜爲強盜所襲，家人共同講求防衛方法之際，適遇爲敵視而來之隣人，誤爲強盜，家人以共力射殺之場合，爲過失致死罪之共同正犯之場合也。由此類推，則過失犯，教唆犯，或從犯之場合，亦不難認識之。」(博士刑法學論第一〇) (一三頁第一〇一四頁)

(三)勝本勘三郎博士曰：「在不注意之狀態，或故意作爲不作爲，以共同之意思而得共同，因而發生之結果，以共同之意思，得謂作爲不作爲之結果也；故雖過失，亦信有其犯。」(博士刑法學論上) (卷第三七八頁)

日本大審院判例，與泉二新熊博士，富田山壽博士，及 Meyer, Allfeld, Tazs, 等，否認過失之共犯。判例曰：「關於共犯之總則，非適用過失犯者；二人以上之人，因共同的過失行爲，關於致人於死之事實，以不適用刑法第六十條爲相當。」(明治四四年大審院判決第三八〇頁)

Tazs 雖不認過失之共同正犯，然謂之副共同實行。(Nebondhäterschaft)。曰：「屬於副共同實行者，尤基於過失，爲協力之場合。故如：敵人之木匠，對路上行人，不加注意，

毀壞其中之間架，共投下一桁，由其不注意之舉動，致人於死之場合，或如：同乘二馬并  
行車之二人不注意者，軋傷一人之步行者之場合。』(Herskov)

在否定過失共犯存在之唯一理由，則謂共同正犯無意思狀態之聯絡。此以(一)故意與過失兩者之行爲決意，視爲同一。(二)構成共同犯要素之意思聯絡，卽責任要素，皆爲意思狀態之聯絡，如因不注意者。理解故意與過失行爲決意之共同點時，雖無過失行爲，不得謂無意思之聯絡。關於犯罪行爲事實之意思，非哲學上之純意思論，乃刑法責任論上之意思也。所謂刑法責任論上之意思者，構成責任要素之意思狀態也。構成此責任要素之意思狀態，有積極的與消極的。故構成故意之意思，爲行爲之決意與犯罪行爲事實之認識；構成過失之意思，得認識行爲之決意與犯罪行爲事實，因不注意而不認識是也。然則認識，與構成責任要素之意思狀態同一，得認識者，因不注意，而不認識之意思狀態，亦可謂構成責任要素之意思狀態也。既有行爲決意之聯絡，而構成他之責任之意思狀態，亦爲同一時，不可不謂爲共同正犯。『邑試就大場博士所舉之例而說明之。如暗夜爲強盜所襲，家人共同講求防衛方法之際，

適遇爲救援而來之隣人，誤認爲強盜，家人共同射殺之場合，皆於行爲事實，不獨有共同之認識，而行爲者之相互間，不可不謂認識彼我之意思狀態者也，以過失而論之，則不認識行爲事實之一部（隣人）是也。此不認識之部分，不過無積極的意思之存在，然消極的意思狀態，卽不注意，雖其中止，亦不可忘其存在。

【註】FRANK 亦與本著論旨，大致相同。氏曰：『所謂故意之場合，乃共同行爲者，以自己之行爲與他人之行爲，互相協力，而實現犯罪構成事實，自己之行爲，及他人之行爲，均對於犯罪構成事實，認識有共同原因之關係，卽以有共同意識之認識爲必要。所謂過失犯之場合，乃共同行爲者，因共同之行爲，以不認識發生之結果爲必要。雖在任何之場合，而共同正犯，於主觀的，有共同之意思爲必要。（FRANK III 271. 47）』

於此應爲問題者，則在故意行爲與過失行爲之間，有共犯之關係與否是也。不能認識積極的意思狀態與消極的意思狀態之聯絡，故雖不無主張不構成共同正犯者，然過失行爲與故意行爲，共同爲同一犯罪行爲時，在意思關係上，或在共同正犯之實質上，或在客觀的犯罪事實

上，亦與共同正犯，無何等之所異。屢如前述，過失之意思狀態，有不注意與行為決意之二種成分，故由不注意而觀察之，及由過失之共同，行為之決意而觀察之，則得發見過失與故意之共同點。如前例，誤信隣人為強盜之家人中之一人，將為行為時，雖覺知為隣人，然以平素對彼有怨，不認識其面貌而射殺之場合，在故意行為者，為共同殺人之故意犯，過失行為者，謂為共同殺人之過失犯。元來故意與過失共同行為之意思狀態，皆為積極的，而非消極的。如在故意與過失之間，無共同意思之議論，祇以過失之意思狀態，為觀察不注意之部分，而忘却行為決意之部分。新刑律第三十六條，亦關於此場合，規定準過失共同正犯論也。

【註】中華民國新刑律第三十六條：「值人故意犯罪之際，因過失而助成其結果者，準過失共同正犯論，但以其罪應論過失者為限。」

僅謂犯罪之助成時，不獨故意犯罪之助成，雖過失犯罪之助成亦然。故過失教唆犯及過失從犯等，皆可謂犯罪之助成也。（由文字上解之，則教唆犯之場合，非獨助成，而造成之場合



亦有。雖然，因說明之便，均釋之爲助成也。○又被害者，以過失行爲而助成犯罪時，亦爲犯罪之助成。於本章說明之。

## 第九章 犯罪助成過失

### 第一節 犯罪助成過失之概念

所謂犯罪助成過失者，助成他人之故意或過失犯罪之過失也。英美德法謂之 *Contributory Negligence* 者，學者譯之爲：『助勢過失。』雖然，*Contributory* 者，爲『合力酌』或『互助酌』之意義，稱爲『助勢』者，不免有失於狹義之嫌。又『助勢』僅有使增大行爲結果之意義，因自己之過失，使他人敢行犯罪行爲（故意或過失），應不包含之。所以著者於本論文，稱之爲：『犯罪助成過失』之理由也。所謂犯罪助成過失，得區別：第三者之犯罪助成過失與被害者之犯罪助成過失也。

第一：第三者之犯罪助成過失。所謂第三者之犯罪助成過失者，謂於加害者與被害者之間，助成犯罪結果之過失也。又得分爲：助成故意行爲之過失與助成過失行爲之過失二種。

(一)助成故意行爲之過失。所謂助成故意行爲之過失者，有誘導故意行爲之過失。有引起故意行爲結果之過失。有增大故意行爲結果之過失。

(1)誘導故意行爲之過失。行爲者，雖無爲行爲之意思。因過失者之過失，使至敢行其行爲時，乃誘導故意行爲之過失也。例如：甲對於性價粗暴之乙，爲一種戲謔曰：『汝不殺汝妻，汝之恥也。』以所謂爲過失教唆，乙真殺害其妻。從來不認過失教唆者，非妥當也。過失者之教唆，乃惹起結果之重要原因也。無惹起結果之重要原因之行爲者，則可得認識其結果發生時，爲具備過失之構成要件者，不可不問過失之責任。直接之行爲者，無爲犯罪行爲之意，因過失者之教唆，始生殺意，故生殺人之結果，雖由行爲者，亦可謂在教唆者方面。法者，處罰利用過失行爲者，將使爲犯罪過失者，置諸不問，不獨不公平，且與根絕犯罪原因之刑事政策，背道而馳矣。

(2)惹起故意行爲結果之過失。行爲者，雖爲故意行爲，然若無過失者過失之介入，則有不發生其結果之場合，即惹起故意行爲結果之第三者之犯罪助成過失也。例如：乙舉

刀欲斬丙時，丙雖可得脫逃，然於千鈞一髮之時，甲不注意，誤解乙之殺人，不過戲弄之事耳，乃以戲弄之意思，因而遮斷丙之逃路，乙於其時被殺害之場合，此場合，明爲過失之從犯。（見前章）

(3) 增大故意行爲結果之過失。因故意行爲而生之結果，或其結果既已發生時，因過失者之過失，使增大其結果時，即增大故意行爲結果之第三者之犯罪助成過失也。例如：乙託看護婦甲，對於病人丙，與予發汗劑，而竟與予毒藥，但以少量，危險雖微，然看護婦甲，因不注意，以同種之毒藥，信爲發汗劑，再使丙飲用。丙因兩次之藥量，而被毒殺。又本例之看護婦甲，逆料乙藥之分量不少，誤信同種之毒藥爲發汗劑，將其加於乙藥之上，使丙飲用。丙由於前後合成之藥量，而被毒殺之場合。（新刑律第三六條，亦包含此場合。）（見前章）

(二) 助成過失行爲之過失。助成過失行爲之過失，亦如助成故意行爲之過失，得分：誘導過失行爲之過失，惹起過失行爲結果之過失，增大過失行爲結果之過失三種。

(1) 誘導過失行爲之過失。過失行爲者，不至爲過失行爲，然因助成過失者之過失，使彼至爲過失行爲時，卽誘導過失行爲之過失也。例如：甲確信相手方乙，不信自己所云，乃戲指砒霜曰：『此良藥也，使汝妻服用，則其病瘳矣。』乙於不注意而信之，真使其妻服用，而被毒殺之場合。甲爲誘導過失行爲之過失者，乃過失教唆之一種也。

(2) 惹起過失行爲結果之過失。他人雖爲過失行爲，若無助成過失之介入時，則其結果，有不發生之場合，卽惹起過失行爲結果之過失也。例如：甲於不注意，將放入殺鼠劑之食物，置於小孩房間之桌上，乳母乙，不注意，使小孩食之，毒殺小孩之場合。

(3) 增大過失行爲結果之過失。因他人過失行爲而生之結果，或使增大既生之結果之過失，卽增大過失行爲結果之過失也。例如：母親甲，見乳母乙，將放入殺鼠劑之食物之一部分，與予小孩，而以爲太少，將他之一部分，再與予小孩。小孩因前後之分量而被毒殺之場合，或小孩既食乳母所與一部之後，由母親甲，又與他之一部，因此二回之分量而被毒殺之場合。

第二，被害者之犯罪助成過失。所謂被害者之犯罪助成過失者，謂於加害者與被害者之間，助成犯罪行為或結果之過失也。此亦如第三者之犯罪助成過失，得分爲：助成故意行為之過失，助成過失行為之過失二種。

(一)助成故意行為之被害者之過失。所謂助成故意行為之被害者之過失，更得分爲：誘導故意行為之被害者之過失，與惹起故意行為結果之被害者之過失，及增大故意行為結果之被害者之過失三種。

(1)誘導故意行為之被害者之過失。他人雖無爲故意行為之意思，然因被害者之過失，使他人而爲故意行為時，即誘導故意行為之被害者之過失也。例如：侮辱淫褻暴戾之人，使之爲傷害自己之行為之場合。

(2)惹起故意行為結果之被害者之過失。他人雖爲故意行為，然若無被害者過失之介入，則其結果，有不發生之場合，即惹起故意行為結果之被害者之過失也。例如：甲故意將炸彈置於乙之房間。乙雖認識類似炸彈，但誤信非真物，以爲小孩之玩具，將其擲諸

床上，因爆發，而乙被死亡或傷害之場合。

(3) 增大故意行爲結果之被害者之過失。因他人之故意行爲而生，或使增大既生之結果，始構成危害法益結果之過失，即增大故意行爲結果之被害者之過失也。例如：他人於自己之家屋放火，以火小而置諸不顧，被害者，因不注意，注以石油，而引起大火災之場合。

(二) 助成過失行爲之被害者之過失。於助成過失行爲之被害者之過失，亦有誘導過失行爲之過失，與惹起過失行爲結果之過失，及增大過失行爲結果之過失三種。

(1) 誘導過失行爲之被害者之過失。雖未至於爲行爲，然因被害者之過失，使他人爲過失行爲時，即誘導過失行爲之被害者之過失也。例如：甲以毒藥向其妻乙，而爲戲言曰：『我有高熱時，即以此與我服用，僅服一回，則使熱度降下。』乙不注意，於甲之高熱發出時，真使之服用，甲被毒殺或傷害之場合，甲爲誘導過失行爲之被害者之過失者。

(2) 惹起過失行爲結果之被害者之過失。他人雖爲過失行爲，然若無被害者過失之介入

時，則其結果有不發生之場合は也。例如：甲不注意，將毒藥置於乙之房間。乙以爲砂糖而服用之，因而死亡或傷害之場合。乙爲惹起過失行爲結果之被害者之過失者。

(3) 增大過失行爲結果之被害者之過失。因他人之過失行爲而生，或使增大既生之結果，因而使生危害法益結果之場合は也。例如：甲不注意，誤信劇藥爲發汗劑，以至傷人之少量，使乙服用。乙以其量太少，增加其量而服用之。或於服用之後，再以少量服之，因前後二回之藥量，而被傷害之場合；乙爲增大過失行爲結果之被害者之過失者。

以上所述，雖爲犯罪助成過失之大要，然元來所謂第三者之犯罪助成過失者，其犯情，僅有助成的者。或有獨立加害之過失。或有屬於因果關係之介入原因者。或有屬於刑律第三十五條及第三十六條之過失共犯也。於從來刑法理論所忽者，則被害者之助成過失也。雖爲被害者之過失，然既有過失之價值，則由刑法而除去之，誠非妥當。故今所論犯罪助成過失者，乃被害者之助成過失也。次節以下，祇關於被害者之助成過失而研究之。



## 第二節 犯罪助成過失之法理的基礎

惹起犯罪結果之原因行爲，不獨存於加害者，而被害者，亦有惹起犯罪結果之原因行爲，此不獨過失行爲，即故意行爲亦然。換言之，助成行爲，不獨過失，雖故意，亦存在者也。即助成故意行爲之故意與助成過失行爲之故意是也。惟於助成故意之場合，其責任之歸屬，一見而明矣，然於助成過失之場合，較諸故意行爲之場合，稍爲複雜者也。雖然，以此而付諸不問，則刑事政策上之缺陷也。惹起犯罪之結果者，雖爲被害者，然苟其行爲，既生危害法益結果之原因，則與加害者之行爲，皆可謂爲發生危害法益結果之共同原因者。元來法律，禁止發生危害法益結果之原因的行爲，若處罰爲其行爲者，僅罰及犯罪結果之共同原因之一方，置他方於不問，不獨與法理相背馳，抑亦於法律之公平不保。在私法上，被害者之過失行爲，於過失構成原因之場合，因之而承認減輕或免除加害者之責任之理由，亦不外此也。蓋因不法之行爲，所生損害賠償之責任，雖常歸加害者之負擔，然自己爲其損害之重要原因

者時，則所與損害於自己者，非他人，乃自己也。因自己之行爲，雖與損害於自己，而使他人負擔其損害賠償之義務，法律所不許也。此，英美法常以 *Contributory Negligence*，爲加害者免責原因之理由也。在民法之關係，或在刑法之關係，而關於維持社會的道德之觀念與共同生存安全之點，其間無大差異，若祇顧民法上被害之過失，而不顧刑法上被害之過失，殊屬不當。雖在刑法上，然法律之保護共同生存之安全，則爲他人之利益，同時亦爲自己之利益，自己有被保護之權利，同時有遵守其保護之法則之義務者也。所謂遵守保護之法則，乃自己及他人之利益，即不可破壞保護全社會安全之法則之成功也。故無論何人，關於保護共同生存之安全，有不可分之權利義務者也。爲侵害法益行爲時，縱令自己直接被其侵害，而使他人犯罪，至破壞共同生存之安全，即破壞保護全社會安全之法則之成功者也。被害耶？抑加害耶？不過關於破壞保護全社會安全之法則之成功的結果中個人之一小結果而已。與侵害法益，無何等關係者。蓋法律之目的，在全社會之安全，決不許以自己個人之犧牲心，而破壞法律之目的。故被害者之過失，亦爲犯罪，畢竟法律目的之完成上，謂爲必要者也。

• 但以法理論，雖以被害者之過失爲犯罪，然於實際上得處罰之否？今分其疑問與理由兩者而說明之。

### 第一項 處罰犯罪助成過失之疑問

世人對於處罰犯罪助成過失之說，不免有疑問。即從來在私法上，以不法行爲之助成過失，認爲不法行爲之共同原因，然私法之直接作用，在於保護各個人之私權，而發生損害時，以明瞭使其發生損害原因之所在，而定損害賠償之責任者也。即由於被害者之過失，惹起損害之結果時，則使加害者負其全部責任，於被害者之損害賠償請求權，加以制限。然則，所謂民法上被害者過失責任，非對於法律或他人之積極的責任，不過釀成其損害賠償請求權之消滅或減少而已。至於刑法之關係，與此大異其趣。以刑法爲刑罰法，既認被害者之過失爲犯罪。不可不認應處罰之原因。然則，被害者，既受因其過失所生之損害，尚應被科一定之刑罰者也。至於被害者，較諸加害者，却不可不立於極不利益之地位。何則，被害者，因其

過失，被科刑罰以外，尙因其過失，雖發生損害，亦不得不負擔之也。故處罰有過失之被害者時，則使被害者負二重之義務者也。而民法上之不法行為助成過失，止不保證助成過失者之權利而已，非強要為積極的注意也。即被害者，因過失，於被侵害其生命身體財產之場合，而行使其損害賠償權時，裁判官，以原告有過失，雖得否認其要債權全部或一部。若被害者，認識自己之過失，而拋棄其要債權時，則法律不問彼之過失矣。蓋人之生命身體財產及其他之權利，於各個人而有其處分權，法律非無理而應干涉之者。即人重視其生命身體財產等與否？為各個人自由，而法律命令使無害自己之生命身體財產時。即干涉人之自由者也。

## 第二項 處罰犯罪助成過失之理由

雖然，刑法上過失罰之直接目的，乃保護被害者個人之利益，以代被害者為報復，非加刑罰於加害者，有認為保證共同生存安全之保安政策。祇以要求不為共同生存安全權利之侵害已足，更不可不要求不受此之侵害。法律之目的，欲豫期全社會安全之無害時，則於全社會之

人，要命其不違反此豫期。換言之，法律欲保護共同生存安全時，則於全社會之人，不可不使負共同生存安全無害之義務。是法律，雖有於無犯意之過失，亦處罰之也。處罰無犯意過失之理由，在使共同生存安全之無害，其蔑視使共同生存安全無害之義務，爲危害公益之行為者，卽法律之違反者也。法律之違反者，應受法律之刑罰，關於因其爲法律之違反行爲所生個人之結果，爲被害乎？抑爲加害耶？非所問也。竊盜者，竊取保有傳染病菌之著作，持歸自宅之後，自己罹於病，固不必論，其妻子等，亦恐罹於疾病時，則竊取者之損害，較大於被竊取者之損害也。雖然，亦不得以損害較大之故，阻却竊盜之成立。由是觀之，刑法上之處罰，雖比較個人之損害，重視公益之侵害已足。若處罰被害者時，則被害者，較諸加害者，立於不利益之地位。故認爲不可罰之時，則雖加害者，亦可謂酷矣。何則，加害者，不獨必須受刑法上之刑罰，亦必須負私法上損害賠償責任也。不獨此也，非因處罰被害者之過失，則於不發生其結果之點，當然爲被害者之利益者也。又加害者之受刑原因，由比較被害者所與之點觀之，則加害者，較諸被害者，更爲不利，亦非不可也。

人對於自己之生命身體財產等，雖得由自處分，然此之自由，非絕對的。無論何人，不可有不惜供社會利益犧牲之念，換言之，無論何人，不得冀視使共同生存安全無害之義務，既如前述。生命身體財產上之被害，因危害法益行爲，所生個人的結果，以此，既不視作不爲危害所爲法益之行爲。或因危害其所爲法益之行爲，其應免除發生責任之理由，亦不存在，故不罰之，可謂允當。

### 第二節 犯罪助成過失之內容

犯罪助成過失，即被害者之過失，亦與加害者之過失同一，以無形的及有形的之兩要素爲其內容者也。

(一)無形的要素 所謂無形的要素：(一)行爲之事實不豫見者。與(二)不豫見之事實，可得豫見者。及(三)不豫見之事實，可豫見者是也。本來被害者之過失行爲，亦爲過失，與加害者之過失無異。惟於其結果，不過有個人的結果之差耳，故兩者之內容，全然同一明矣。惟

所謂被害者可得豫見之事實，雖多謂可得豫見自己爲他人所侵害之事實，而不豫見之。例如：有少婦於一青年之前，露出肌肉，弄其醜態時，則容易衝動其淫情，因之，自己有發姦淫之事，少爲注意，雖得容易豫見之，其不豫見，而惹起結果之場合，乃成立過失。過失者，注意義務之違反也。雖被害者之過失，亦不可不違反注意義務者。在民法上被害者之過失，有關於要注意義務之違反與否之議論。蓋以私法上被害者之過失，不過制限物質上賠償權之一原因，因過失而生之損害，乃個人的也。若要求被害者注意義務時，至於結果，有自己對自己之注意義務，故民法學者，多私法上過失之觀念，常以要求伴隨義務與否爲疑問。〔註一〕或以民法之過失，無違反注意義務，而認爲一種特別之過失者。〔註二〕或以私法上被害者之注意義務，無對他人之義務，自己行爲之結果，有關於爲他人過失之評價，亦有說明不可陷於不良地位者。〔註三〕

【註一】 見鳩山博士日本債權法總論七八頁

【註二】 見石坂博士日本民法三二八頁

【註三】見早稻田法學第三卷大演講師助勢過失論第二章第一頁。

雖然，刑法者，公法之強制法也。其罰過失者，爲保證共同生存之安全。其由過失而生之損害，應爲全社會之損害，而不可謂爲自己之損害，或他人之損害。故刑法上之過失行爲，不得不認爲違反對於全社會之義務。換言之，犯罪助成過失，亦與加害之過失同一，不可不以注意之義務爲前提。而其注意義務，非獨對於自己者，亦不獨對於他人者，實可謂爲對於全社會者也。法律一面對全社會之人，以保全社會之安全，即不侵害他人之權利，勿論矣；而於自己之過失，雖使他人侵害自己之權利，亦當負不得不注意之義務，違背此義務時，則爲法律違背者，可使受國家之刑罰。或曰：他人既尊重自己之權利，當負不侵害之相當注意的義務，各自信賴他人履行其義務者，基此信賴，安心行動，更無一定不害他人之注意警戒之必要。【註】

【註】見早稻田法學第三卷，大濱氏助勢過失論第二章第二節。



其然？豈其然乎？無論何人，信賴他人履行注意義務。甚此信賴，安心行動，應如所論，信賴他人履行注意義務已足者，在自己，不可謂已無何等一定注意警戒之必要。吾人信賴他人履行注意義務，始得安心而營生活，然專使他人負注意義務，自己無何等警戒之責任觀念時，勢必至使他人負過重之注意義務，使他人負過重之注意義務時，則不能保全社會之安全。換言之，若無論何人，祇信賴他人履行注意義務，不要何等警戒時。則為防禦而冠大帽子，掩蓋頭部之耳目後，雖疾走，亦非不可也；然則，以此一人之不警戒，至使多數之人為過重之注意，或監視者，對於幼兒，不為監視上之注意警戒，使於車馬往來頻繁之道路及電車之路線上，而為遊戲時，其使車夫馬丁司機人等，增加注意之義務，姑無論矣；尚使其他往來之多數人，增加注意義務也。以其一人之不警戒，遂使多數人不得不為過重之注意。尤以比較的危害之力薄弱者，常信賴他人履行注意義務者也。或輕信自己亦可加害於他人，因而，誤信無為注意警戒之必要，其以為無警戒的行動，對於社會，不能不與予多大之不安。例如：乘自行車者之多數，於進行中而好瞻觀，頻頻回首顧後。其自行車車輪之轉，雖僅不足三

寸，然其所占道路之面積，有及於數尺者。蓋以進行瞻觀或遊覽之瞬間，使前之車輛，無意義向左右曲折故也。最甚者，則在混雜往來之地，爲自行車之競技，或有故意超越危險之地方者。此皆無注意警戒之意思，課多數人過重之注意，可謂破壞全社會之安全者也。故吾人雖本無紀愛他人不履行注意義務之必要，勿論矣；然使他人得容易履行其注意義務，因自己之不注意，必須留意不至犯罪者。換言之，吾人信賴他人履行注意義務，不獨以爲不害他人之注意而滿足者，更進而不能不爲不破壞使無害全社會安全法則成功之警戒。蓋吾人與他人均以保此社會之安全，而有使其向上發展之注意義務，不能不謂爲國民之本分也。然此之注意。則從社會之通則，在日常生活上，而爲普通最善之注意警戒已足，以非紀愛他人，皆爲惡人，粗忽者，違法者，不可不爲極端豫防之注意，而於乘客，在鐵道公司之運送用具，不要求檢查不完全與否之注意者，無論矣。其聯想脫離此社會通常的生活上之觀念，忽信賴任何人或外人之注意已足，而主張無注意警戒之必要，殊非允當。

【註】早稻田法學第三卷大濱信泉氏助勢過失論第二章第一節曰：『各自信賴他人履行其

義務，基此信賴，而安心行動，更無害於他人，則無存在注意警戒之必要。例如：鐵道公司，爲安全運輸其乘客，應負相當注意義務，因此，對乘客自己，諒料萬一之場合，在鐵道公司，完全履行其注意義務與否？謂曰具體的。在運送用具，無要家檢查完全與否等……」

欲不被害之注意，雖不爲杞憂，而使他人容易履行其注意義務，因自己之不注意，至於不能完全履行其注意義務，欲不破壞保護全社會安全法則成功之注意及警告，或危險覺知時，有應避免之注意義務也。因他人警告其過失之結果及危險之存在，而覺知之，或親自覺知之場合，不可不各自避其危險。既覺知危險之存在，尙未避其危險時，則其結果，爲被害抑爲加害？無從區別，皆可謂過失也。

對於全社會安全之義務者，直接對於他人之注意也，卽由於自己之過失，包含不使他人陷於不利地位之義務，固無論矣。但欲不被害之注意義務，雖推定他人犯罪，然非因不害之結果所生者，前既述之。駕駛自行車者，希圖他之自行車之司機人，將與自己之自行車衝突。

非爲疑懼之注意者，而他之自行車之司機人，亦遵守取締規則，以充分之注意，雖隨信進行，然使他之司機人，容易履行其注意義務，因自己之過失，不可不努力使彼不至於犯罪之注意。

注意義務，非對自己者，亦不獨對他人者，乃對全社會共同生存安全者也。雖帶有危害他人可能性之過失，亦包含之，不言而喻矣。例如：因不付燈火，而馳驅自行車，與他之自行車衝突，自己被害之場合。

(二)有形的要素 於被害過失之有形的要素，亦與加害過失之場合同一者。(一)因不注意之行爲，須發生一定之結果。(二)所發生之結果，須侵害法益是也。加害過失之場合，必要直接侵害他人權利之結果者，而被害過失之場合，因自己之權利，自己之過失，必要他人被侵害之結果者也。故因被害過失所生之結果，以左之要件而構成之。

(1)結果，要爲自己所侵害者。若因過失所生之結果，非被侵害之結果，而爲侵害他人權利之場合，非被害過失，乃加害過失也。

(2) 結果，要爲他人所侵害者。若非他人所侵害者，全然爲自己所侵害時，非侵害過失。又所謂被他人所侵害者，非事實問題，乃法律問題也。卽謂被他人侵害之結果，事實上無侵害之必要，所謂他人於法律上，立於被侵害者地位之場合者也。

(三) 被他人所侵害之結果，須因自己之不注意。此爲被害過失之成立理由也。關於被害者被害之結果，有過失責任之理由，以其被侵害之結果，因自己之不注意者也。若受不因自己不注意之侵害時，乃單純之被害，非被害過失，卽不構成犯罪助成過失。

於此成爲問題者，屬於私法益親告罪之場合是也。既如前述，不被害之注意義務與不加害之注意義務同一，爲對於全社會之安全者，其因不注意而生之結果，不獨要危害法益，其法益，不可不純爲公法益爲必要。關於親告罪，與私法上之被害過失，無何等之所異，故就該被害者之告訴權，或否認之已足，法無進而罰之必要，然屬於刑法上親告罪之犯罪，與私法上之不法行爲，不獨不可同視，雖爲親告罪，然既行使親告權，則危害公法益，不可不處罰之。因此，被害者，具備犯罪助成過失之構成要件時，不可不罰之。例如：甚不謹慎之婦女，

愚弄無垢之青年，露出肌肉而歌淫詞，并演種種之醜態，此青年，被一時的淫情衝動，無抑制之力，故姦淫彼女之場合，又甲與乙，於暗夜風雨中，不着燈火，駕馭不鳴警笛之自行車，由反對之方向疾馳而來，互相衝突，甲雖無事，乙被傷害之場合。則被姦淫者之女與姦淫者之青年，并甲與乙，均有責任者也。前者，若彼女無過失，則青年不至敢行犯罪行為。後者，若甲無過失，則乙雖爲過失行為，亦不生結果。即前者之過失，爲引導故意行為之助成過失，後者之過失，惹起過失行為結果之助成過失也。但強姦與過失傷害，屬於親告罪者，故被害者，即有告訴權者，不告訴時，則不訴追強姦罪與過失傷害罪者也。於不成立加害者犯罪之場合，無專究被害者過失之理由也明矣。然被害者，爲強姦罪及過失傷害罪而告訴之時，如裁判官，以私法上之不法行為，爲被害者之過失重大，否認其告訴權之一部，不許加害者免責抗辯。又如從來之刑法，專罰加害者，而被害者之過失，亦不得置諸不問，故對各自之過失，不得不罰之。被害者，不行使告訴權時，不問何等責任，亦因行使告訴權，却爲犯罪助成過失，而被處罰，雖有非與告訴權矛盾乎？之疑問，其實不然。親告罪之告訴權，

非處罰請求權，不過關於被害者，表示拋棄承諾權及容赦權而已。換言之，裁判所，依告訴權者之告訴，傳出被告訴者，爲審問處罰等之審判手續耳，以告訴權者，非爲報仇的行爲，乃爲危害公益之公法上的作用也。本屬親告罪之犯罪，非私法益的之犯罪，對於被害者之身體名譽財產等之處分權，因在某範圍內而尊重之，不過以承諾權及容赦權，付與被害者而已。司法機關，每於事故之發生，不能一一問被害者拋棄承諾權或容赦權與否也，故付與親告權而不親告時，則行使承諾權及容赦權者爲親告時，乃表示拋棄其承諾權及容赦權者也。親告權之行使，爲承諾權及容赦權之拋棄，雖對裁判所，申述事實，不外要求幽直之審判也。告訴者個人的希望，無論自己無責任，而專爲要求處罰他人，然法律之要求，未必不然。告訴權者，爲告訴時，則裁判所，非因告訴者一方之利益而處理之，乃判斷兩者之是非幽直，而科以相當刑罰者也。不然，裁判所，未必非不能處罰告訴者明矣。然特別要注意者，以貫徹右之理論，不能不否認親告權者之告訴撤回權是也。或曰：被害者之過失，亦得罰之，勢必至被害者祕其被害而不爲告訴矣。雖然，被害之隱祕，乃自覺自己之過失故也。若不自

覺自己之過失時，則無隱祕之事。自覺自己之過失，而隱祕被害時，不獨無害，且悔恨自己之過失，努力爲防止將來被害之注意。然則，至於期犯罪之滅絕，本屬刑事政策，以泯絕犯罪之原因，爲其目的者，決非以科刑罰爲能事者，被害者之過失不存在，於不惹起被害結果之場合，雖由加害者之行爲，亦被害者之過失，反於法律之精神者，故被害者，雖隱祕被害，亦非國家之不利益。若不罰被害者之過失時，不獨有不容易達法律目的之場合，尙不免有種種之弊害也。前例，如血氣未定之無垢青年，因不謹慎婦女之行爲，至於敢爲犯罪之場合，雖吾人寧罰加害者，然不能禁不良被害之情也。更以妖婦，故意弄種種之醜態，而衝動男子之情慾，使其抑制力之結果，果陷對方之男於其計中，而姦淫自己，而彼女認爲墮落罪而告訴時，則得毀損該男子之名譽，又一面認爲貞操蹂躪之損害賠償，亦得要求多額之金錢。於此場合，法律專認事實上爲被害者之男子，爲法律上之加害者，而處罰之，然認事實上爲加害者之妖婦，爲法律上之被害者，謂爲完全無責任，則不獨根絕犯罪之原因困難，而法律之威信，亦將失墜矣。



#### 第四節 犯罪助成過失之成立範圍

因自己之過失，使他人至於犯罪，或助其行為之勢，使其結果增大時，得為犯罪助成過失，既如前述。雖然，於如何之場合，然後構成犯罪助成過失？或比較被害者與加害者兩者之過失程度，於某種場合，始為過失之不成立？此，乃關於私法上之助成過失，既有種種主義，然關於刑法上之助成過失，尚無說之者，故關於其成立範圍之學說，非無隘之者。英美學者間關於私法上助成過失成立範圍之見解。分為：(一)最後機會說。(二)直接原因說。(三)比較過失說。(四)自然的傾向。最後機會說，更得分為：(一)複雜最後機會說。(二)單純最後機會說。

##### 第一：最後機會說

(一)複雜最後機會說：此主義，若被害者，為相當之注意時，則因加害者之過失行為，儼有得避免所生結果之機會與否？為助成過失成立之標準者也。即若被害者，雖為相當之注

意，然無避免加害者過失結果機會之場合，爲不成立被害者助成過失之主義也。大濱氏所舉否定之例：(一)爲一九一六年之British Columbia Electric Railway Company V. Ivesa 事件也。該事件之內容，乃被害者，驅馬車而來被告公司之電車線上，由於被告公司之電車所軋殺，爲其起因。不注意電車，而進入線路上，雖爲被害者之過失，然以異常之遠力，而疾馳電車，及電車之 Brake 不完全，遂認定爲被告公司之過失也。電車之司機人，始認識原告時，則原告已在線路十呎乃至十二呎之位置，或司機人，認識有近於線路之原告，同時，欠缺 Brake。而其當時，電車開行，已在四百呎之距離。本來，其 Brake 完全時，得令於三百呎以內停車者也。然其電車，偶因 Brake 不完全，雖走四百呎，尚不能停車，遂緣軌而來，至於軋殺原告。依以上之事實，謂原告之死的結果，於不注意電車，進入線路內及原告過失之間，雖認因果關係之存在，然依原告之過失行爲所生之結果，因被告公司電車之 Brake，而得避免之者，故得防止其結果發生之最後機會，在乎被告公司。然被告公司，以此最後之機會，因 Brake 不完全，而不能利用，致生軋殺之結果。

而判定被告公司，有賠償之責任也。(1)爲一八四二年之 *Davies v. Mann* 事件，亦然。爲被害者之原告，雖不注意，以繩縛其驢馬之前肢，繫於路上，被告驅馬車來，輒殺其驢馬，爲該事件之起因，繫驢馬於路上，雖爲原告之過失，然被告者爲相當之注意，不致輒殺其驢馬，故得防止結果發生之最後機會，判定被告有責也。

(二)單純最後機會說 此，加害者，由於被害者之過失所惹起，在必須認識危險存在之時期以後，事實上，以相當之注意，有得避免其損害發生機會之場合，又或於其機會無過失，當然於其有機會之場合，則加害者，於被害者無關係，關於其損害，認爲應負責任者之主義也。

第二：直接原因說 此說，不問機會之有無及其前後，依兩者過失損害之原因力而決之。卽對於加害者及被害者過失中之損害，爲直接原因者，而使負其責任，若被害者之過失，在於爲損害之直接原因之場合，縱令與加害者之過失間，雖有原因結果之關係，然以被害者之過失，而免除加害者之責任者也。如前第一之(一)之專例，電車之因勢，若爲完全時

，則縱令受害者，雖橫切線路，亦得避免其軋殺者也。故爲過失結果之軋殺直接原因，在電車公司。

第三：自然的傾向說 此說，對於損害，有認爲一定行爲自然的結果關係之場合，以其行爲，無有損害發生之自然的傾向者，使行爲者負其責任者也。

第四：比較過失說 此說，比較原告及被告之過失，若原告之過失，比被告之過失，於其程度較大之場合，以此，無助成過失，認爲免除被告之責任者也。

關於上述助成過失成立範圍之學說，曾以私法上之關係而決定之。刑法上助成過失成立之標準，得援用之乎？若得援用之，以何說爲妥當？欲解決此問題，不可不首先比較刑法上犯罪助成過失之法律上地位，與私法上助成過失之法律上地位，而觀察之。

### 第一項 在民法上助成過失之地位

助成過失之法律上地位，在刑法與民法而異。在民法上，認爲加害者免責事由，以此而得爲

不法行爲之阻却原因者也。即於私法上，被害者之過失，不同被害者之責任，而形成加害者一種之權利者也。

## 第二項 在刑法上助成過失之地位

刑法上之犯罪助成過失，與加害者無較大之關係，而成獨立之犯罪者也。即被害者之過失行爲，認爲違法行爲而受處罰者，不得爲加害者之免責抗辯權，及其犯罪行爲之阻却原因。故私法上之助成過失，不過爲加害者之免責原因，亦刑法上犯罪助成過失之一個犯罪行爲也。

在刑法上之犯罪助成過失，已如右述。與在私法上助成過失之地位，完全不同。關於右例助成過失成立範圍之學說，不得援用，從可知矣。在私法上之助成過失，爲損害賠償之原因，而被害者之過失成立範圍，不過爲加害者損害賠償責任存否之標準。在刑法，以被害者之過失，亦爲注意義務之違反，而爲一之犯罪行爲者也。故加害者之行爲，無論如何，不得不負

過失之責任。又加害者，既違反注意義務，而爲過失行爲。不問被害者之行爲如何，不能不負其過失責任。甲不注意電車，而進入線路上時，則爲過失。縱令電車之司機者，雖不完全，然甲不進入線路上，無從發生軋殺之結果。雖縱令進入線路上，然於其進入時，苟注意電車之付近，勿論中止其進入之行爲，若不注意之，乃違反注意義務也。一方電車公司，雖當時有避免其危險之機會，然因電車之司機者不完全，不得避之，則有過失也明矣。此場合，認爲刑法上之過失論，被害者之過失責任，不爲加害者之免責原因，而被害者及加害者，不可不各爲獨立之過失罪而處罰之。甲於不注意，以繩縛其騾馬之前肢，繫於路上，被告馳馬車而來時，軋殺其騾馬之例；或甲與乙之二司機人，暗夜雙方均不付何等之燈火，由反對方面，操縱自行車，因疾馳而衝突，於甲負傷之例，亦然。何則，被害乎，加害乎？不違過失行爲結果中之偶然的差異耳，而被害者與加害者，愈於兩者共通注意義務之點，因違反其注意義務，關於惹起結果之點，無何等差異也。故關於刑法上助成過失，皆列記於右之學說，認爲不得採用之者，苟他人之故意或過失行爲，或其結果，非因自己之過失，無實現之場

合，皆可謂使助成過失成立者。但對於右述。有一之條件，即以犯罪助成過失與加害過失，有對法益之一種共犯關係者，加害過失者爲正犯，助成過失者，對於法益之從犯也。因此正犯之加害過失，不可爲法律上可罰的過失時，則共犯助成過失，亦當然不可爲法律上可罰的過失也。要之，助成過失之成立，關於因過失惹起之結果，則加害者，須有故意或過失之責任也。故加害者之行爲，於違法阻却原因存在時，雖介入助成過失，然法律上，不構成可罰的助成過失。

助成過失，乃破壞法益，即破壞使全社會安全無事之法則成功者，不啻加害者之行爲如何，構成過失罪，無對法益之共犯，加害者之行爲，不爲罪時，謂助成過失，亦不成立，不免有非矛盾乎之疑問。雖然，決非矛盾也。因被害者之行爲與加害者之行爲所生之結果，趨於危害法益程度時，始爲法律上之問題，加害者不爲法律上之問題時，雖當然被害，亦不爲法律上之問題也。即無法律上之加害，當然亦無法律上之被害。法律不認加害之存在，亦不得認被害之存在，何則，無加害，則無被害故也。故既事實上之加害與被害，非法律上加害與

被害之結果，雖屬於一私人者，亦不可謂破壞使社會安全無事之法則成功。然則，於助成過失與加害行為之間，對於法益，有共犯之關係也明矣。

## 第五節 犯罪助成過失之刑罰

私法上之不法行為，以助成過失，定賠償義務存否之標準，即為不法行為之免責原因，關於助成過失之責任問題，從來有二種立法主義。(一)加害者之過失者，比較被害者之過失，其量對等時。則兩者相殺，若加害者之過失較大時，使負賠償責任。謂之過失相殺主義。(二)被害者之過失，在可為損害原因之場合，其損害，僅使被害者負擔，使加害者完全免責。謂之責任免除主義。前者，為日本德國法蘭西民法所採用。後者，為英美法之不法行為助成過失之原則也。雖然，犯罪助成過失，乃違反對於法益之注意義務，與他人之犯罪行為，有共同之關係，已如前述。但關於結果之惹起，兩者雖有共同關係，然由其結果所生罪責之刑罰，非一個者。故因助成過失及加害行為所生之結果，既為法律上之結果，兩者均須罰之。蓋



刑法上之責任，不得相殺，或無一個責任，既歸於行為者一方，不得使一方完全免責。惟裁判所，依其情況，得為刑罰上之酌量。被害過失與加害過失同，倘不注意，雖有侵害法益之責任，然被害過失，常較諸加害過失，以其情輕，雖罰之，常比加害過失，以輕罰為相當者也。

參考 今參考明之王漁洋及清之樊增祥之關於犯罪助成過失之判定文，錄認於左。

(一)王漁洋判決文

訪得十姊妹，形若薔薇，品殊玫瑰。藏勾釀刺，希圖釣弋之謀。淡白嫣紅，變幻等流之態。偶然聯袂，欲妒喬家。抑或比肩，敢僭趙氏。匪必貞而守潔，覺拾零而誨淫。展半面於枝頭，媚嘗掩袖。鼻纖腰於葉底，弱不勝衣。況乎含笑以比東風，結翠以傾南國也哉。若夫齋爾聽垣，初訝過牆之蝶。蔚然竹木，幾疑抱樹之蝶。於是其慘昏極，空憐飄灑。觀芳菲之狼藉，是可忍乎？挾花專之雁行，有由然也。仰河陽縣令，觀管仲遜，充作橘奴。飭芳殿夫人，禁銅妖嬈，鬪為菊婢。弗謂殺其風景，庶幾息此等

端。既可懲戕賊之狂，亦足示嬌整之戒。

(二) 樊增祥之判詞

據稱爾孀居姪女呂王氏，在院中洗足，突遇王書桂上前調戲，將銀銅繡鞋拿去等語。查院內非洗脚之地，繡鞋豈寡婦所穿。青天白日，門戶不關，脫下繡鞋，退下銀銅，竟在後院洗濯足垢，誨淫誨盜，誰實啓之。此等案情，爾不愧不忤，竟向代書纏遞。試問爾姪女到堂，能逃訓責乎。惟王書桂淫惡棍徒，既據呈控，著追案究懲。寡婦申飭免喚。



## 第十章 認識之過失與不認識之過失

過失，有認識之過失 (*Luxuria bevestigte Fahrlässigkeit*) 與無認識之過失 (*Nebligonia Da-ovustie Fahrlässigkeit*)。所謂認識之過失者，謂因注意，使確定或繼續其所認識之場合，而因其怠於注意，使消滅其所認識，而至於不認識之狀態也。當射擊獸類時，雖認識有命人類之事，然因怠於注意，輕信自己之技能，遂使消滅其認識，而至於不認識之狀態，而命人類時，則為認識之過失。由於喪失其所認識之點，得區別為未必的故意。未必的故意之認識與認識過失之認識，其認識之程度，殆為同一，然未必的故意之認識，至行為開始後，尙繼續者，雖容許結果發生，然認識過失之認識，因不注意而消滅，於行為開始之瞬間，而認識不存在者也。未必的故意之責任，雖在未必的認識，然認識過失之責任，在於不認識。不認識者，甚因於注意之怠慢 (*Neachtigheit*) 者也。故於認識過失，所存在之認識，與過失之成立無關。縱令不使其認識消滅，亦不中止其行為之場合，即雖繼續其認識，尙於實行其行

爲之場合，苟在行爲之瞬間，而認識既不存在，非故意，乃過失也。例如，將射擊獸類時，始有非獸類乃爲人類之認識，然終信其確非人而爲獸，使其最初之正確認識消滅，在誤認之瞬間，於發砲後見之，則知爲不共戴天之仇人某甲，雖大爲愕快，然不構成故意，僅構成過失耳。蓋於過失之成立，苟不怠其注意，雖得充分認識犯罪構成事實，然果爲認識時，則中止其行爲與否？非應論究也。何則，故意與過失之差，祇在行爲之瞬間而有認識與否，不問行爲者他之心理狀態故也。故 Frank，確實認識其結果之發生，則承認不爲其行爲時，可知過失之說爲不當也。〔註〕

【註】 Frank 曰：『若結果之發生或不發生，皆承認爲其行爲時，則爲故意。若果確實認識其結果之發生，不爲其行爲時，乃過失也。』(Criminal Law 第九九頁)

此處所謂認識過失云者，與希望主義者及一部分之觀念主義者所說有認識之過失不同。希望主義者所說有認識之過失，乃於行爲當時而有認識之過失也。一部分之觀念主義者，亦不過謂認識與不認識之中間者。過失，以不認識犯罪構成事實，而爲與故意區別之唯一特色者。

非承認有認識過失之存在。或不可認有於故意與過失之中間者之存在。認識之過失，已如前  
述。雖有一度之認識，然於行爲之瞬間，而其認識消滅者，故不認識結局犯罪構成事實，至  
於曾有認識，既與行爲無若何關係者，不可或忘也。若其認識不消滅，而爲冒險行爲時，以  
承認其結果之發生者，則屬於未必的故意之範圍者也。例如：當懶惰者，放置油燈於自己之  
床前，而油燈倒轉，雖有起火之認識，然因懶惰，不中止放置行爲，果然起火時，雖爲失火  
罪，然不得爲放火罪，謂之有認識之過失者也。雖然，當行爲者，放置油燈，而油燈倒轉，  
雖有起火之認識，終因注意之怠慢，無杞憂其認識，於無油燈倒轉觀念之下，放置油燈時，  
則於爲放置油燈行爲當時，無認識之，故不以失火罪論。然油燈倒轉，應起火者，若放置之  
，則有油燈倒轉之認識，而以躲避身體勞動之懶惰，冒險的放置油燈時，則於爲放置油燈行  
爲當時。有認識之故，構成未必的故意之放火罪無疑。本來故意之成立，無由於善意與惡意  
區別之理由之故，苟認識犯罪構成事實，既有敢爲行爲之意思，其爲憤慨而爲之者乎？抑爲  
懶惰而爲之者耶？非應區別之。故意與過失之差，在於有認識與否，而認識存在於行爲當時

，縱令雖爲未必的，亦非過失，乃構成故意也。關於犯行情節之輕重，屬於刑罰酌量上之問題，非以故意論之法理可左右者。要之，於行爲當時，承認有認識過失之存在，或承認有故意與過失之中間之存在，概以未必的故意與認識過失之區別不徹底，而爲犯罪責任論與刑罰酌量問題混淆者也。如過失有無之標準，定爲極端客觀的結果，遂生此誤謬。希鑒主觀者，於其故意觀念，既因發生誤謬，雖在過失，自爲此不當之結論，亦無理由者也。認識過失 (Bewusste fahrlässigkeit) 之用語，從來與本書同一趣旨使用之。【註一】又有認識之過失，卽於行爲當時，有認識過失之趣旨，亦有使用之者【註二】因排斥後者之意味，有全然不承認此認識過失之存在者。【註三】因不欲於行爲當時，承認有認識過失之存在，雖此認識過失之存在，亦排斥之，殊爲極端。所謂認識之過失者，有一度之認識也，雖解爲無認識之意義，亦非不可。於行爲當時，雖無若何認識，然行爲之前，曾認識有犯罪行爲之事實者，不可不承認其存在也，以認識過失之名，與無認識之過失爲區別，可謂便利矣。

【註一】同趣旨(一)岡田莊作博士刑法原論第十一版第二〇六頁。(二)牧野英一博士日本

刑法第一一〇頁。(三)大場茂馬博士刑法總論第七四八頁。(四)泉一新博士日本刑法第四五六頁。(五)山岡萬之助博士刑法原理第一八六頁。及 *Michal, Strafrecht* 90 等。皆與本書同趣旨也。

岡田朝太郎博士之刑法總論，於此之區別，雖無具體的說明，然論旨完全相同。例如：第二一〇頁曰：「認識事實之存在，不希望其發生者，仍有爲過失之說。不足取。」第一二一頁曰：「例如：機關車，於有破損部分之場合，司機人，於其進行中，或有發生災害者。雖然，於無此觀念之下，繼續進行，因途中破裂，於發生多數死傷者之場合，雖無希望之，亦認定有過失殺傷之責。雖然，依余所思維，則在右例，司機人腦中，雖浮所謂一度災害之觀念，然其觀念，應爲無災害之推測，卽於不豫見結果之狀態，有不注意者，故認有過失。要之，有犯罪事實認識過失之存在不存在，與關於故意之基本問題，相俟而決者。」全與本書同一趣旨也。

岡田莊作博士曰：「認識主義之犯罪論者，雖認識犯罪構成事實之存在，或可能發生，



然結果，於斷定其存在不能發生之場合，稱爲有認識之過失。完全欠缺認識之場合，稱爲無認識之過失。余採認識主義之故，因而採用此區別。』

Mertel 曰：『所謂認識之過失者，謂犯人非於行爲效果不認識，然不信其發生之場合，而行爲者輕率或大膽，信賴自己之熟練，侵害他人利益之場合也。與未必的故意所區別在於有認識與否者。』

【註二】異趣旨。Berner, Liepmann, Schaper, Brinz, 等，說明於行爲當時，有有認識之過失。Berner 曰：『所謂認識之過失，其認識結果之發生，與未必的故意相近者也。前者，因疎忽不爲適當注意之場合也。』(Strafrecht 125) Liepmann 曰：『所謂故意之成立，犯人，關於結果之發生，須有確信者。若無確信時，非故意，乃過失也。苟犯人有認識結果發生，而不信其發生之場合，不得構成故意，祇爲過失行爲者。稱此場合爲有認識之過失者也。即雖認識結果之發生而不確信之場合是也。』(Einleitung 148) Schaper 曰：『行爲者，爲經驗原則之思考時，爲有認識之過失也，較諸無認識之過失。』

其情重。所謂過失與故意，非認識之有無，乃注意之有無也。〔Erdt, Erdt, 11, 218c〕  
Brinz 曰：『過失與故意異，非 Nichtwollen，乃 Nichtnichtwollen 之狀態也。〔Perd-  
ekten 11, 166〕

【註三】Bruch 曰：『Incas，認結果之發生，而有通常事情進行以外時，苟行爲者不認  
識之，謂爲立於因果關係以外者也。犯人不及考慮結果之發生時，乃過失也。苟一旦考  
慮所及時，則有故意。雖有未必的故意，決非過失。Incas，縱令行爲者，雖有認識，  
然確信無結果之發生時，則無過失，乃曖昧之推論也。』(Zur Lehre von der fahrläss-  
igkeit 16. H.) 雖然，若如論者所云，犯人於其結果發生，一旦考慮所及時，得謂爲故  
意，至於雖無認識，亦構成故意。司機人，於汽車之顛覆，一旦考慮所及，俄頃，無從  
憂自己之認識，於確信無顛覆觀念之下而顛覆之，亦仍謂構成故意，誠非得當。認識，  
必於行爲之瞬間而存在，行爲之前，雖一旦考慮所及，然於行爲之瞬間不繼續時，不可  
謂爲有認識之意思也。

如右所述，認識之過失，於行為之瞬間，認識不存在者，雖於其前實現一次，然於行為與結果關係之積極的作用之發動刹那間，已消滅之者，不過所謂「曇花一現」而已。結果，認識與過失，仍無若何之關係者也。故所謂認識之過失，不過全然無認識之過失爲區別者也。

關於犯罪構成事實，完全在於無意識之狀態，爲可爲過失之行為時，謂之無認識之過失（*Unbewusste Fahrlässigkeit*）。例如：實彈銃中，於無心中，玩弄其機關，彈出，命中於人之過失。此場合，苟爲注意，則得認識，因注意之疏忽，不認識之，故爲有過失之責任。

【註】德國學者，以 *Bewusste F.* 爲 *Luxuria*，以 *Unbewusste F.* 爲 *Negligentia*。我東洋之學者，有謂 *Luxuria* 爲疎虞，謂 *Negligentia* 爲懈怠者。但於漢字之意，則懈怠之義，比疎虞之義，有被重大非難之意義，故依各人所見不一致。例如：岡田莊作博士，大場茂馬博士，山岡萬之助博士，以 *Luxuria* 爲懈怠，以 *Negligentia* 爲疎虞也。

（岡田博士利法總論第七四八頁。山岡萬之助博士利法原理第一八六頁。）反之，富田山壽博士，泉一新熊博士，則以下爲疎虞，以 *N.* 爲懈怠。（富田博士日本刑法第二七七頁，第二七八頁）尤以勝本勘三郎博士，特別以下

xutia 爲 Unbewusste 耳，以 N. gigantia 爲 Bewusste 耳。者也。（原本頁五別譯）  
（論第三四頁）

第十章 認識之過失與不認識之過失

刑法過失論

## 第十一章 過失注意之義務

過失之受非難之點，在於懈怠注意。注意之懈怠者，謂違反注意之義務者也。前已述之，吾人常認識有注意之義務已足。但人之賢愚，依性質如何，其注意之程度不同。或比一般之所注意，更爲深一層之注意，或比一般之所注意，爲淺一層之注意，或有無注意力之危者，其間，可謂有多數之階段。然則，注意之程度，依如何之標準而決定之？學說上，大槪分主觀客觀折衷三說，然折衷說，則今日之通說也。

(一)客觀說：此說，以客觀的一般之注意，爲注意之缺否之標準，不問行爲者各個人主觀的理解上之關係如何者也。牧野英一博士，宮田山壽博士，V. Bar, Meyer, Liepmann, Berner等，均奉此說者也。略述諸氏之論旨如左：

(1)牧野英一博士曰：『証以確保社會之存立，於各自爲一定之注意爲必要，故因不注意之基本責任，非求各自之注意能力，不可不謂在於一般之注意義務。而注意之義務，原則

，雖依客觀的標準，然由於其情形，則殺減輕。又有依主觀的標準者。(例如第六五九)。

惟刑法，以過失，在於犯罪實現之範圍，不可不依客觀說。』(日本刑法第十四條第一) (一〇頁，第一二頁)

(2) 富田幽齋博士曰：『……注意之程度，以何為標準而決之？對於此點，則求一般的且客觀的之標準，不據行為者之特別性質。照一般的行為之客觀的性質而定之為當。』

(日本刑法第二七頁) (六頁第二七七頁)

(3) V. Bar 曰：『注意有無之標準，乃客觀的者也。……共同生活上必要的通常注意是也。……所謂應顧及行為者能力如何之論，想要反對。雖不為處罰者或智者之能力欠缺之理由，然依各個人之能力，而定其責任，然裁判官，無決之的標準，又將如何？故裁判官，推定一定之注意能力，而不顧各個人之能力如何，乃不能之事也。(Criminal Notes, Part III, S. 21H)。V. Bar，於論責任問題之法律時，不過把受裁判官之檢證問題。故其論據，可謂甚為薄弱者也。雖然，氏雖為客觀的。試觀所謂：『雖不顧個人之能力，然於某種場合，亦不可斟酌其事情而否認之。』云云。則實可認為折衷論者。』

(4) Liepmann 曰：『所謂過失，爲刑法所禁止之行爲，且以違反刑法所科之義務爲必要。而其標準，則定於客觀的。非依個人之能所得豫見與否爲標準，法律可豫見者，即要求善良者之注意者也。注意之標準者，依社會上之經驗與文化之程度。及身分職業爲必要之平均的注意也。』(Hinleitung 142 FH.)

(5) Meyer 曰：『過失之標準，應爲一般的。使用注意之最小限度與否，通常或決於平均的注意如何。』(Strafrecht, S. 221)

(二)主觀說：此說，以行爲者主觀的注意，爲過失有無之標準者也。即過失之存在與否，從個人之理解力而決定之。(1) Bruch 曰：『Präferenz,』所云：以通常之注意爲原則者，亦屬不當。抽象的標準之人，即羅馬法之所謂良善者通常之注意，果以何爲標準而決之？非獨依裁判官腦中不確實之標準乎？犯人之責任，應於客觀的決定之，至於法律，對愚者願酷。例如：『於此，有一愚婦，臥於床中，過失壓殺我子。以此知能發達不完全之犯人，認爲過失而罰之，不免爲殘酷。』(Zur Lehre von der Fahrlässigkeit B. 68ff)(2) Geyer 曰：『…



：各人應爲不侵害法益之注意。若雖有爲其注意之能力，不爲其必要之注意時，則使其怠慢者負罪責，而處罰之，以戒將來，而警世人，保證法益，乃當然也。J(Gundlach, I, S. 116, 117)

(三)折衷說：此說，原則，探客觀說，以客觀的注意，爲最高之標準，不及於此標準之人，卽對於無爲一般的注意之能力者，則探主觀說者也。勝本勘三郎博士，泉二新熊博士，大場茂馬博士，均奉此說者也。

(1)勝本勘三郎博士曰：『首先基於法律慣習等，於客觀的一般抽象的，對於某某之事實，決定須多少之注意，有爲此程度之注意，則爲無過失者。於不爲此注意之場合，更於主觀的犯人，調查關於於其人應爲此程度注意之人與否，若有應爲此程度注意能力之人時，則爲有過失，不然時，更就主觀的犯人，對於犯人之能力，調查其爲應爲之程度之注意與否，若其人之能力，因怠慢應爲之程度之注意，而發生結果時，則爲有過失，不然時，則爲無過失。』(刑法要論卷三三) (三頁第二三四頁)

(2)泉二新熊博士曰：『因本人不注意之行為，爲違法與否？於普通一般之人，卽平均程

度之人，以應爲注意之程度爲標準，不可不判斷之。……然違背此一般之注意義務，雖認爲有違法行爲，然於本人之主觀的過失不存在之場合，亦不得罰之。」（日本刑法第三十一條）（四五三頁第四四頁）

（3）大場茂馬博士曰：『要之，以一般注意義務之有無，乃爲有義務，其應爲注意之程度如何之問題，依法令或慣習，客觀的決定之者。……在認爲有一般注意義務之場合，行爲者，果爲怠慢一般人應爲程度之注意義務之問題，在各個之場合，依行爲者之習的能力，不可不主觀的決定之。』（刑法總論第七五九頁）

本來，刑法上過失之概念，徐徐而發達者，雖至今日，關於過失之概念，尙未見滿足之解決，故關於過失成立標準，在學說混沌之狀態，殊不足怪。客觀說之所主張，行爲者，爲一般的客體上之注意，得免除其義務。苟爲通常人應爲之注意時，縱令不爲自己應爲之注意，亦不構成過失，殊不允當。折衷說，原則，以客觀的注意，爲最高之標準，惟對於有此標準以下之注意力者，減輕認爲因主觀的注意，其爲不當，可謂與客觀說同一也。若如客觀之所論，以責任要素過失之有無，專從客觀的決定時，則行爲者之主觀上，雖怠慢應爲之注意，亦

不可爲有過失，故第一，則過失論，莫視主觀的責任論。第二，由客觀的方面，向主觀的方面，使認爲進步之犯罪論後退。第三，阻礙人注意之向上。尤謂過失之要素，違反「不認識行爲者應認識之事實之場合」的趣旨者也。過失論，爲主觀的責任論，而過失之有無，不可不因行爲者主觀的理解力而決定之。司機人，以制限以內之速度，由左側馳行，燈光與警笛等，皆爲一般司機人之應爲者，因不注意，至於軋殺他人時，以司機人，盡客觀的注意，卽爲司機人之注意義務，若爲無過失，則法律，爲死法也。於此場合，更不可不對於司機人，審查其結果，有主觀上具體的可得認識與否？蓋過失之構成，不必抽象的爲某種注意，既得認識惹起某種結果而已。關於行爲與結果關係之發生，應具體的認識之爲必要。故苟於他之司機人而不得認識者，祇於行爲者自身，對於可得認識之結果發生，不可不爲有過失之責任。故司機人，具體的認識被害者爲醉者狂人或泥醉者或將自殺者時，則爲認識過失之發生者，不能免過失之責任。過失之有無，關於各個之犯罪行爲，以由主觀的之具體的理解力應發生之注意之有無而決定之，非僅以客觀的之抽象的注意之有無而決定之也。雖然，各個人平

素更爲抽象的注意，乃行爲者之性質，其性質如何，與具體的犯罪行爲事實，無重大關係，不可不注意也。故於平素，好爲深刻之注意者乎？抑僅爲淺薄之注意者耶？於過失之有無，無直接之關係者也。例如：某人，在夜中，以馬車通行時，燃六盞火，從二人之馬夫，途中發出警告之大音響，雖已通行，然限於某晚，從普通之例，以一馬夫及二燈火，爲普通之警告而通行，假定致行人於死，其人雖缺特別之注意，即普通人以上之注意，已盡通常人應爲之注意者也。即雖平生用意非常周到之人，亦不得以此爲責任之基礎。（參照岡田博士刑法）此之場合，則爲平素之抽象的注意，關於結果，與可得認識具體的犯罪構成事實與否之問題不同，故與過失之有無無關係者也。故行爲者之性質，在平素之抽象的注意，其爲深淺？不應顧慮者。故難主觀說曰：所謂「從主觀說時，深注意者，比淺注意者，應生重大責任之不公平結果。」可謂題外之論也。

雖然，關於各個之犯罪行爲事實，雖具體的可得認識，然由於不注意，不認識之場合，不可不爲有過失，已如前述。對於右例，若關於其當時致行人於死之結果，所謂具體的可得認識

之場合，不得以為普通之注意而免過失之責任。例如：無論何時，於道過途中，認爲兒童四五位，做做活動電影，而將以自己之馬車，實演飛撲之冒險劇，因防止之，非有六燈火及二馬夫，不容易發見彼等，因而雖認識有軋殺彼等之事，然其晚，因懈怠，輕信可無危險，尙二燈與一馬夫馳行，軋殺兒童之場合，不可不謂爲有過失。過失概念之進步，不可不與文化及科學之進步，同一步調。依其發達，各個人之智能，亦同時發達。由此，各人之智能，發生懸隔，故不可不於各個人之智能，定其責任。各個人之地位，與行爲之時及場所，及其時之狀況等，雖有千態萬樣，然將其統一於客觀的，不獨與主觀的問題之犯罪責任論相反，且使過失論株守的固陋，而阻礙其發達，不可不排斥之。

過失之標準，應決於主觀的，非謂行爲者平素爲抽象的性質之注意者。由於行爲者之智能，而關於各個之行爲事實，謂具體的應得行爲者之認識，如前所論。故非使注意深之人比注意淺之人負重大責任，而智者比愚者，不可不負重大之責任也。蓋亦責任論當然之結果也。若以此爲不當，則無責任能力者之存在，亦不可不否定之。於某種場合，亦不可不反對故意之

成立。例如：甲乙二人，以殺丙之意思，於夜間，竄入丙之居宅，丙知其事，被以簾皮，隱於庭園樹木間，爲甲乙二人同時發見。甲爲智者，雖覺知爲丙，然乙爲愚者，輕信是語，因與甲同時發銃，而殺死丙時，謂甲爲故意殺人，乙爲過失殺人。〔註〕此場合之甲乙二人犯行上主觀的客觀的關係，雖全然同一，惟因有智愚之差，兩者在刑法上之責任，遂生輕重之差，乃責任論當然之結果也。若於責任論上，使智者比愚者負重大責任爲不當，則於右例之甲，不可不謂僅過失而已。蓋責任之觀念，卽責任能力與故意及過失之有無，應於各個人之智能而決之者，由各個人之主觀的方面而觀察之，故毫不生不公平之結果。若依客觀說時，則反是，愚者比智者負重大責任，使智者發生立於有脫法利益地位之結果，沒却責任論之精神頗大，甚爲明瞭。

【註】於此有須注意者。此處所謂智者與愚者之差，則將爲行爲時，存於具體的認識犯罪構成事實與否？而他之意思狀態如何，非所問也。例如：本例之甲，本爲智者，因恐爲怪物而不近之，不發見爲丙，乙爲愚者，因不恐爲怪物而近之，發見爲丙之場合。如甲

之恐，乙之不恐，皆非關於認識犯罪構成事實有無之問題，乃為犯罪構成要素以外之意思狀態，故非此處所謂智愚。

雖然，客觀的關係，於決定過失之有無為重要，非完全蔑視之者。蓋社會的情狀與人情及法律慣習條例等，不獨過失之場合，即於犯罪之主觀的關係之存否不明之場合，於決定罪之有無，最為重要者也。主觀的責任有無之判斷，以困難之故，對於被告人，限於不提出反證，裁判官，不可不依客觀的關係，決定犯罪之有無。不獨過失，即故意亦然。比客觀的關係，主張被告之利益時，則對於被告，有立證之義務。比客觀的關係，主張被告不利時，不可不對於檢察官立證之。無兩者之立證，或不能信之時，則以客觀的關係而決定之者也。雖然，如此，決非犯罪責任之法理論，不過裁判官審判上之標準論而已。故裁判官，雖蔑視此理法，非專依客觀的標準而裁判者。縱令被告雖無立證之場合，尚不可不努力發見其主觀的責任之有無。非不得已，不可依上敘之標準。

元來所謂法理論，證據論，事實論。完全為個別問題，若將其混同，則無論何事，不可不依

客觀的標準。法律，爲一般應遵守之法則，非獨因裁判官而設者。故法律論，由裁判官指導一般人應遵守之精神上之標準，即不可不以一般人意思上之指導爲必要。吾人之社會的意志，與法律之要求或禁止之意思，不可不爲吾人日常之意思標準。故吾人決爲吾人智能以下之客觀的注意，不可有得免義務之考慮。又吾人決非可受可爲吾人智能以上注意之痛苦。吾人從各個之智能，於各個之場所與時及事實之情形，因法益之無害，祇須有應爲適當注意之考慮。法律決非對智者寬，而對愚者嚴也。故智能者，雖有利用裁判官之法律任意爲犯罪者，然不許利用法學者之法律任意爲犯罪。蓋法學者之法律，爲純正之法律論，而爲不能免之嚴格者故也。不能證明無故意之行爲者之非故意時，爲有過失之行爲，而被處罰。有故意之行爲者，巧瞞裁判官，使信爲無故意者時，雖有認爲無故意之行爲而不受處罰，然法理論決不然。法理論，爲嚴正的，使一般人於各個之智能，無意於適應之注意者。換言之，無論何人，不可不使負應爲注意之義務。若以客觀的標準，而決定過失之有無者，遂至於不使智能者負注意之義務。何則，有客觀的注意以上之注意力者，雖爲客觀的注意，然在自己則不爲注



意故也。然則，裁判官，明白認識行爲者不爲自己之注意，然爲客觀的注意之故，可使無發生不得不爲非過失之弊害。若反之，依客觀的標準時，不獨發生如上之弊害，且已陷於過失主觀的責任問題之範圍，誠阻礙過失論之發達者也。

雖然，此有二例外。卽被告者之犯罪助成過失，及從事一定職業者在其職業上注意之標準是也。在被害者犯罪助成過失之場合，關於觀察其結果之被害時，其應受非難之點，不獨常較加害者輕，苟欲有不加害之注意之反對方面之注意，則在日常生活關係，究竟不得誤以主觀的注意。故被害者之注意責任，較加害注意責任，若減輕之，不可不採折衷主義。卽以客觀的標準，爲其最高限度，無客觀的注意智力者，則以爲主觀的注意已足。較爲允當。又從事一定職業者，關於其職業，不可不有注意能力。若無之者，則於從事其職業之初，自應謂爲有不注意之非難者也。

謂醫者不知診病法或醫療法，應不能免過失責任。故從事一定職業者之注意義務，關於其職業，與普通人無異，應以主觀的注意爲標準，行爲者。從其職業之性質，雖無主觀的注意智

力，然較普通人加重，不可不以客觀的注意，爲其最低限度。換言之，不爲關於其職業之客觀的注意時，縱令行爲者，雖無注意能力，亦不可不謂應負過失之責任也。



## 第十一章 結論

關於過失罪觀念之發達，以吾國爲最古者也。於第一章已述之矣。在吾國由紀元前二千二百五十五年，卽歐洲已發見過失觀念曙光之 *Mino* 大王時代起，三千一百餘年前，真之時代，既有金作贖刑及青災肆赦之法令。（參照第一章）而通觀我國立法沿革，（參照第一章）對於過失之處分，由宥恕而收贖，由收贖而趨於肉體刑及生命刑，此由輕而傾於重也。

蓋由於民衆之增殖，生活關係之複雜，漸次高於各人注意義務之程度，遂發生使負重大刑責之必要也。

近世各國立法例，尤以墨西哥刑法第十條以下，俄國刑法第九十九條，及草案第四十八條第二項，德國刑法草案第六十條，第六十一條，葡萄牙刑法第二條，勃牙利刑法第四十條第二項，關於過失內容觀念，明示於法條之上。（參照第二章過失立法例）莫於墨西哥刑法，分過失爲重過失與輕過失，其判定權，一任諸裁判官。均可謂有一顧之價值。在德國刑法，處罰

過失之範圍，非常擴大，俄國刑法草案第四十三條第二項，反乎他之立法例，以罰過失爲原則。不可不謂皆爲好箇之立法例也。（參照第二二章）在本論第三章，述過失與責任之關係，過失，亦爲構成責任要素之一，在第四章，則說明過失與責任能力之關係也。本論之根本的論點，過失，乃責任之要素也。責任，乃自然的要素之責任能力，及人爲的要素之故意或過失也。既故意或過失，非責任要素；乃與責任能力相對待，始構成一個之責任也。過失與故意同與責任能力結合時，則可構成責任，故當論究過失之在刑法上地位，特不能忽之也。在本論第五章，略述過失學說之大要，關於過失觀念，已明示論議糾紛之點矣。從來學說，關於承認有認識之過失與故意之區別，多欠明瞭。例如：Schäfer 謂：雖有認識，而無希望時，則爲過失。Ludew 謂：雖有認識，而其認識不確定時，則爲過失。Kitt 謂：雖有認識，而無目的時，則爲過失。Brin 謂：雖欲或不欲結果之發生時，則爲過失。（參照第五章過失學說一。三。四。五。）此等學說，雖不能謂爲正當，然於過失與故意之責任要素之觀念，窺知其無大差別已足。在本論第六章，已說明過失之概念矣。從來學說，多以「不認識可

得認識之犯罪事實」，爲過失之定義者。雖然，所謂不認識可得認識之事實，無何等所非難。於此，加不注意之心的狀態，始爲刑法上之問題也。故在本論第六章，特關於過失重要組成分之不注意而說明之。在本論第七章，述故意與過失之關係，更無論故意認識犯罪事實，敢爲犯罪，故不可不處罰之，同時，過失，亦應責不注意之心的狀態者明矣。在本論第八章，過失行爲之意思狀態，與故意行爲之意思狀態同一。在甲過失行爲與乙過失行爲之間，固毋論矣。即雖在甲故意行爲與乙過失行爲之間，亦該斷定其有意思狀態之聯絡者也。此肯定過失共犯之存在也。在本論第九章，題爲犯罪助成過失。過失者，乃違反法律所要求之注意義務也。苟違反此義務，而發生社會秩序侵害之結果時，則此義務之違反與侵害結果之關係，爲直接的，將不問因他人之間接的介入，皆須負其責也。在本論第十章，述認識過失與不認識過失之差，不過說明兩者間之情形，有所不同耳。在本論第十一章，舉關於定過失標準之學說而評論之，結果，左袒主觀說，更主張無論何人，應於其智力，有不侵害法益之注意義務。且認注意爲對於結果之具體的理解力，非謂行爲者之性質也。在行爲者平常，其感覺

之敏鈍如何，與注意義務，無何等關係，明矣。關於過失之內容及其意義，在不設何等規定之立法例，雖一任之於學說，然議論紛紜，莫衷一是，已如前述。關於規定注意義務之標準，在立法例，全付缺如，故不免有種種學說，適用法律之裁判官，從自己之所欲，以某人之行為爲過失，以某人之行為，不爲過失。或對某人要求主觀的注意，對某人要求客觀的注意等。推演所極，必至爲不公平之裁判，發生種種之弊害。故關於此點，不設何等規定，乃至法文不完備，不可不謂立法上之大缺陷也。在唐明清律之過失的意義，雖詳述於疏議或註解，（參照第一章過失沿革唐律過失疏議，及同章明律例五之註解。）至近世而簡略。遂使其意義不明，頗爲遺憾。揭於第二章之墨西哥刑法，由第十一條第一號至第四號，關於此點，雖爲詳細之規定，然不免有冗長之感。德國刑法草案第六十條有「照不基於故意之學情及人俗，而基於應爲且缺可能之注意之行為，爲過失行為。」之規定。在規定過失之內容及注意之範圍之點，可謂有一顧之價值。余關於定過失之內容乃至注意義務之標準，欲設如左之規定：

第一項：「認識犯罪事實者作爲不作爲之意思，爲故意。不認識犯罪事實者因不爲所能之注意而爲作爲不作爲之意思，爲過失。非故意及過失之行為，不爲罪。」

設如右之規定時，得明過失之內容及注意義務之標準。同時，得避學說之糾紛，并得期裁判之統一。

過失，爲責任之構成要素，乃學說之所一致也。既以過失，爲責任之要素，則不得不承認其爲犯罪行爲也。多數之立法例，由過失之犯罪觀念中除外，不過認爲唯一之例外，而處罰之，殊欠允當。「世」蓋從來立法者，以過失爲無害意，非無可有恕之餘地，限於侵害法益較大之場合，始爲罪，或因貫徹主觀主義，以不罰無犯意之行爲爲原則。雖然，規定於行政取締令之法益，雖常比規定於刑法典者輕微，亦罰過失，無論矣。無過失之場合，尚罰之者。豈因維持社會秩序，始得達吾人共同生活之目的也。然對於侵害法益，及價值較大之刑法上之法益侵害行爲，則無論過失之場合，卽關於有過失之場合，亦以不追究爲原則，非得兩者均衡者也。於犯罪之主觀的關係，亦如第七章第二節所述，過失之意思及實行之狀態，與故意



無異。所異者，祇在認識乃至不注意之有無。故意，在一方面反於認識犯罪事實，過失，則不認識之。在他方，故意，反於無應不注意之責者，過失，為骨子不注意之心的狀態也。故於過失與故意之刑事政策上之價值，可謂伯仲之間也。此余比今日之立法例，所以高唱過失之在刑法上之地位，有擴張之必要也。

【註】可參照第二章過失立法例中之：日本刑法第三十八條，奧地利刑法草案第六條，葡萄牙刑法第二條，勃牙利刑法第四十條第三項，暹羅刑法第四十三條。  
尙追述關於此立法例之二三。

#### 德國刑法草案第五十八條

法律限無特別規定，僅罰有責行為。基於故意或過失之行為，為有責行為。故意，常罰之，過失，關於輕罪，限於法律明言時罰之。（下略）

#### 西班牙刑法第一條

「依法律所罰之作爲或不作爲，限無反對之規定，當要有故意者。」

## 智利刑法第一條

「可罰行爲，卽刑罰，依法律所謂之故意作爲或不作爲也。依法律所謂之作爲或不作爲，在不規定反對之場合，常視爲要故意者。」

## 那威刑法第四十條

「非以故意而行動者，無服此法律之刑之規定。但過失之行爲，亦明白規定應受其處罰之旨之場合，或不疑慮定其旨之場合，不在此限。」

吾人不欲以純論理的法律論究之，欲於實際生活之實用上之法律而論究之。元來刑法，乃國民法令道德上正義之觀念，及國家之法律的秩序，卽有保證保護公共秩序善良風俗之目的者也。「註一」換言之，刑法者，社會生活，及生活條件之確保也。因此，刑法之目的，與他之法律無異，對於社會而爲保安作用者也。「註二」「註三」「註四」「註五」故若有爲反於社會道德上正義觀念之行爲，威脅吾人社會生活，侵害國家之法律秩序時，卽危害法律之保安作用者也。而在此侵害行爲，有基因於故意者，有基因於過失者，雖不同一，然皆不失爲有保安作用之侵

害。故前者應罰，後者不可不罰。由於故意之侵害，須要科刑，即由於過失之侵害，亦不可不科刑也。一為社會秩序之侵害，故罰之，他雖為社會秩序之侵害，而不罰之，兩者不得均衡，不可不謂法律不能全其職分也。以法律為社會秩序保護之目的，而規律危害行為之制度也，則規律由於故意之侵害行為，同時，由於過失之侵害行為，亦不可不規律之。偏於其一，斷乎不可也。多數刑罰法，置重主觀的責任，故雖謂不罰過失。〔註六〕然過失，亦非主觀的責任乎？過失，為主觀上之不注意而不注意，即不可不謂有危害法益惡意之表現也。〔註七〕

【註一】 牧野英一博士之『現代文化與法律』第一頁乃至第七頁。及博士與黑田學士共著之『行為之違法不作為之違法性』第一三頁以下參照。

【註二】 Hering 於其所著法律之目的第三版第一卷第四八五頁，述左之事。

『刑法之目的，與他法律之目的無異，即社會之生活及生活條件之確保也。』(Vgl. Hering, Der Zweck im Recht. 3, Aufb. Bd, 1. S. 485)

【註三】 Vgl. Birk meyer, Strafe und Sichernde massnahme, rechtlichen 1907 S. 4 E, 16 A

參照。

【註四】所謂保安作用，不可與行政處分混同。若解為廣義保安時，則刑法，亦不外為一種之保安處分。所謂刑罰與行政處分，雖手段及範圍不同，而其目的則一。

藤井博士，謂刑罰與行政處分，完全不同。（智學研究第二卷第一三二頁）博士既關於其方法及範圍而研究之耳。

【註五】立法例，以警察犯，規定於刑法典者不少。例如：法國刑法第四編第四百六十四條乃至第四百八十四條，德國刑法第二十九節第三百六十條乃至第三百七十條，和蘭刑法第三編第四百二十四條乃至第四百七十五條。

【註六】泉二新熊博士曰：『在現今之立法例，關於損害賠償之責任，而以故意及過失，同一視之為原則。反之，關於置重犯人主觀的責任之刑罰，仍認著於二者間之區別。』

（日本刑法論  
第四五九頁）

【註七】Feri, Das Verbrechen als Soziale Erscheinung, S. 398 ff 參照。

抑法不可無法之權威，欲保法之權威，不可不嚴格公平。若法缺乏嚴格與公平時，則法之權威失墜矣。他人信吾人之妻爲自己之妻而姦淫之，吾人對於國家，無爲訴追之請求權。或請求他人供治療吾人父親急病之藥金，信爲自己之金錢而消費之，以此，吾人之父親死亡，他人無何等罪責者，則吾人對於國家，毫無信賴矣。本有要求民事上損害之權能，然該權能，在加害者有賠償右損害可能性之場合，即限於有財力之場合，始全其效用，不然者，則無何等價值，或在富豪，有不感何等痛苦者，加之，損害賠償，非使被害者滿足。於此場合，被害者，因自己之法益被侵害，雖蒙多大之損害，而加害者，不受何等痛苦，則不可不謂大失兩者公平也。被害者，在刑法上，不得何等之滿足時，遂對國家抱不平，而起反抗心，法規不可賴矣，自起而圖救濟之道，或侵害加害者之法益，不敢保其無復仇行爲也。社會秩序維持之法規，却恐無爲社會秩序侵害之法規者也。想從來之立法者，皆重於因故意之侵害，輕視因過失之侵害，於社會秩序方面，置諸度外，不外僅以加害者之主觀意思爲基準。但由刑法之目的論究之，則此之見解，未必不爲正當也。苟其爲正當也，然過失，亦爲主觀的責任

，則過失不可由主觀論而排斥之，已如前述。抑刑法，不在存在於因刑罰之執行者。甯使因無刑罰而存在者也。使民衆認識禁令與勸令，并使遵守之，則不用刑而維持社會秩序，真刑法之目的也。上古之象刑，亦不外此意。故刑法之成功，非期待與違反者以刑罰，而使其感受害惡 (Empfindlichkeit)，保存民衆之清淨無垢 (Unbescholtenheit)，即可期待自重心也。蓋在社會中，則雖從刑罰，然名譽之自重，即因欲使自已爲純潔無垢之欲望，而避免法規之違反者多故也。〔註一〕因故意之侵害行爲，認爲犯罪，而刑法同時規定，因過失之侵害行爲，亦爲犯罪，其規定於刑法時。則國民應努力不爲故意行爲，同時，亦應努力避免過失行爲。若法律以前者爲罪，而逸後者，則至於對前者，反大加警戒，而對後者，不爲何等之注意。故意行爲，爲法之所嚴禁，故不可爲之。至於過失行爲，爲法之所許可，故過失雖爲之，亦未嘗不可也。蓋欲戒大，則不可以小而付置等閑。欲禁重，不可以輕而不禁。在證不可爲輕之過失行爲規定之法規下，始得使無重之故意行爲也。刑期無刑，法不用之，而達其目的，而得其要諦者也。須設罰過失行爲之規定，而鞭撻民衆之自重心，不可不達其目的。尤

以保護法律秩序，對於弱者及精神病者，即無責任能力者，雖為一定之保護處分，然對於責任能力者主觀上責任之過失，不為何等處分，殊屬不當。【註二】

【註一】 牧野英一博士曰：「所謂國家之力，有無形之精神之要素，而因此要素，其有形的力，即是其絕對的力。有形的力，雖如何強大，然畢竟不免為相對的。有形的力，由於其有精神的之意味，其初本當是絕對的。力為包含精神的之要素，所謂力是行於社會乃至國民之理解了解之上，得其理解了解，乃力之作用，即法之實質，不能不保存社會的價值。」（「於法律之正義與公平」卷一七八至二七九頁）

【註二】 牧野英一博士：「刑事學之新思潮與新刑法」第一六八頁以下參照。

吾人於唐律之：「諸錯認良人為奴婢云云」之規定，（參照第一章過失沿革層層例十二）（明清律亦同）觀察其疏議所謂：「錯認他人奴婢及財物者，計贓一疋，答五十。五疋，加一等。罪止杖一百，未得者，各減二等。……錯認他人妻妾及女，為己妻妾者，情重俱重，故不應為重科。若已認得妻妾將去，多涉姦情，即同姦法。」（參照第一章過失沿革層層例十二）

（疏議）時，獨錯認良人，而爲奴婢之場合則勿論，錯認他人之財物，爲自己之財物，錯認他人之妻妾或娘，爲自己妻妾之場合，處罰之。誤良人爲奴婢，而與奴婢同一待遇時，可謂侮辱他人太甚者。信他人之所有物，爲自己之所有物，持之而歸時，則被害者所受之損害，及社會生活之不安，與任何故意犯，亦無所別擇。信他人之妻妾，爲自己之妻妾，對之而爲猥褻行爲，或姦淫之時。若不爲構成過失猥褻罪或過失姦淫罪，則反於社會之正義者也。（註一）尤以唐明清律，規定罰毀棄罪之過失，極爲合理。（參照第一章過失沿革唐律例十九，二十一，二十二。）其他之規定，亦可謂有採用之價值。（參照第一章過失沿革唐律各例）尤於社會生活單純之古代，亦處罰過失，在社會生活複雜之今日，誠有必須處罰之必要。不然，則不能不謂到底不能維持複雜社會之秩序。徵諸立法例，俄國刑法草案第四十三條，則以處罰過失爲原則。德國刑法，不以此爲原則，然處罰之範圍頗廣。殊以暹羅刑法，以可符豫類結果之場合，認爲出於故意者。（註二）蓋此等法規或草案，非於此範圍而罰過失犯，認爲不能維持社會秩序也。余因右之見解，在過失刑法典之地位，與故意同一，主張以罰過失



犯爲原則。

【註二】大阪府中河內郡牧岡村著述業甲，大正十二年四月中上京，在淺草之公園劇場，與府下南葛飾郡澁江村資產家乙之妻丙爲親密，遂與之通姦。丙認爲與甲爲夫婦，因恐密將次男女兩兒突落於隅田川，乙以通姦罪而告訴之。在第一審，甲被處徒刑六月，丙爲殺人及姦通罪。被處徒刑五年，丙雖服其刑，然甲爲控訴。對此事件，控訴院之長岡裁判長。認定甲與丙姦通當時，不認識爲人妻，對甲，有宣告無罪之判決之事實。（法律新聞第二四三七號）不認識爲人妻而爲通姦時，無有夫姦之犯意，雖勿論，然法律既處罰有夫姦，則不可不使負不爲有夫姦行爲之注意義務。即無論何人與他人通姦時，則對方不可不負注意爲有夫之婦與否之義務。若苟爲相當之注意，雖得認識爲人妻，然不爲此注意而與他人姦通時，不外褻視法律處罰有夫姦之精神。法律不使負此注意，實撞著罰有夫姦之本旨之缺陷也。尤以本件之乙，雖無何罪，而妻雖爲甲姦淫，子女雖爲甲犧牲，然對於國家，不得爲處罰甲之要求。甲因爲重大之過失，於乙雖無較大之損害

，然於法律上，無何等罪責時，法律之不公平，可謂甚矣。

近年之立法者，蔑視東洋固有之社會道德，徒傾西洋片面的學說，尊重侵犯罪者主觀的  
意思，於公序良俗與被害者之苦痛，不與一顧，實堪浩歎。

【註二】 暹羅刑法第三十四條第二項 於本人而企圖行爲，同時企圖結果之場合，或可得  
豫期結果之場合，爲出於故意者。

中華民國現行新刑律，從一般之立法例，以不罰過失爲原則，而罰過失之規定甚少。僅第一  
一九條，加危害於外國君主或大統領之罪。第一九〇條，關於失火罪。第一九五條，關於盜  
水罪。第二〇一條第二項，因失火決水，使人致於死傷時之罪。第二一四條，關於交通安全  
之妨礙罪。第二一六條第三項及第二一七條第二項，關於通信安全之妨礙罪。第二二四條，  
殺傷人罪。第二二五條，殺傷尊親屬罪。第三二六條，業務上注意違反罪。第三三四條，墮  
胎罪。第三三七條第二項，不過墮胎之結果加重等。

【註】 因參考現行新刑律罰過失之規定，揭之如左。

第一一九條：因過失致生危害於外國君主，或大統領者，處二等至四等有期徒刑，或二千圓以下二百圓以上罰金。

第一九〇條：因失火而致有第一百八十條之損害者，（官公有建築物，在城鎮及人煙稠密處之物，儲藏貴重物之建築物，現有多衆集會之建築物，及現有多衆乘坐之船艦等）處五等有期徒刑，拘役，或一千圓以下罰金。

因而致有第一八七條之損害者，（前例以外之他人所有建築物積坑船艦）處拘役，或五百圓以下罰金。

因而致有第一八八條之損害者，（前項以外之他人所有物）處三百圓以下罰金。

第一九五條：因過失決水而致有第一九二條之損害者，（第一八六條所列之建築物或他人所有田圃牧場，及其他利用之地）處五等有期徒刑，或一千圓以下罰金。

因而致有第一九三條之損害者，（前條以外之他人建築物，積坑，或土地）處拘役或五百圓以下罰金。

因過失澆水而致前二項損害之危險者，處一百圓以下罰金。

第二〇一條：因過失生火災，炸裂火害致人死傷者，援用過失致死傷罪各條，依第二三條之例處斷。

第二一四條：因過失致載人之汽車船艦，生往來之危險者，處三百圓以下罰金。

因過失衝撞顛覆破壞擱沈載人之汽車電車船艦者，處五百圓以下罰金。

從事此等業務之人，犯本條第一項之罪者，處四等以下有期徒刑，拘役，或一千圓以下罰金。犯第二項之罪者，處三等至五等有期徒刑或二千圓以下一百圓以上罰金。

犯本條之罪。因而致人死傷者，援用過失致死傷罪各條，依第二三條之例處斷。

第二一六條：（本條第一項，損壞郵政專用及應用物之罪），（第二項，損壞電信線，電話線，電信電話之機器，建築物，或妨害其交通之罪）。

因過失犯本條之罪，處一百圓以下罰金。

第二一七條：（第一項從事郵政電信職務之人，犯以上之妨礙通信安全之罪）。其因過失

者，處三百圓以下罰金。

第三二四條：因過失致人死傷者，依左例處斷。

(一) 致死或篤疾者，五百圓以下罰金。

(二) 致廢疾者，三百圓以下罰金。

(三) 致輕微傷者，一百圓以下罰金。

第三二五條：因過失致尊親屬死傷者，依左例處斷。

(一) 致死或篤疾者，三等至五等有期徒刑，或一千圓以下一百圓以上罰金。

(二) 致廢疾者，四等以下有期徒刑，拘役，或五百圓以下罰金。

(三) 致輕微傷害者，五等有期徒刑，拘役，或三百圓以下罰金。

第三二六條：因玩忽業務上必要之注意，致人死傷者，處四等有期徒刑，拘役，或二千

圓以下罰金。

第三三四條：有左列行為之一者，處三等至五等有期徒刑。(一) (二) (三) (略)

(四)知爲懷胎婦女，而施以強暴脅迫致小產。

第三三七條：(第二項)因犯第三三四條之罪，致婦女死傷者，適用傷害罪各條，依第二三條之例處斷。

右規定以外之過失犯，果無處罰之價值乎？若規定於右之場合，其情節重大，而侵害法之價值高，故有罰之必要。則他之場合，皆情節輕，法益之價值低者乎？假如，由右規定中刑罰之最輕者，迄於總則所規定刑罰之最輕者之間。其存在適應刑罰之犯情，難保無法益價值。換言之，於新刑律而罰過失之規定中，刑罰之最低量，爲百圓之罰金。新刑律總則第三七條之主刑最低量，爲一圓以上之罰金。不規定於新刑律之過失，比所規定之過失，皆在一百圓以下一圓以上之間之刑罰，不得謂爲適當者也。加之，如前所述之特別法，例如：違反國稅則例，鹽務則例，菸酒則例等取締法規者，雖無過失，亦處罰之。日本帝國稅法及取締法之大部分亦同。日本大審院判例『於說明刑法第三十八條第一項但書，所謂有特別規定之場合，非謂必以明文規定犯意有無而爲處罰之旨之場合，苟法令之規定，既足窺其趣旨，則不外

爲有特別規定之場合，而見飲食物用器具取締規則，雖無如前示之明文，然該規則，乃出於豫防對於公衆衛生危害之目的，觸犯該規則之行爲，雖無犯意之場合，非處罰之，不得達其目的，然犯意之有無，不得不解釋爲不必論究之法意也。〔大正十二年十一月五日札第一六二五號〕雖無特別明文之場合，尙判示不得不處罰之旨。而違反此等法規，比之刑法規，極輕其犯情者也。處罰法益價值較小者，必須寬恕法益價值較大者，吾人殊不可解。夫關於違警罪規定之性質，雖有種種學說，皆謂違警罪，無不罰刑事犯之理由。例如：有謂權利侵害，爲刑事犯，利益侵害，爲警察犯。（Festschrift）然則，既謂利益侵害，不可不罰權利侵害。何則，利益與權利，均不外法益之別名故也。或有謂：關於實害者，爲刑事犯，關於危險者，爲違警犯。（V. Grolmann Gefer）然則，刑事犯比違警犯，有加罰之必要。何則，實害比危險重大故也。又有謂：行爲之影響重大者，爲刑事犯，其影響輕微者，爲警察犯。（Meyer, Hübner）然則，雖不罰警察犯，亦不可不罰刑事犯，何也，重大者較諸輕微者，有加罰之價值故也。以上，由現行特別各法規觀察之，更無將刑事過失犯置於不罰之必要，頗爲

明瞭。要之，由純理研究之，由刑事政策而觀察之，更比較其他法親時，則其制裁之程度。雖爲別論，然過失行爲，爲主觀的責任，故必以罰之爲原則，信矣。

必罰犯罪助成過失，如第九章所述。於新刑律第三十六條，雖有關於此之規定，（參照第八章第九章）尙可進一步設處罰被害者助成過失之規定。蓋被害者無過失，而加害者有過失，於結果不發生之場合，特間接也，被害者之過失，亦對於其結果，爲因果關係之存在，所不容疑，故應置諸不問也。其成爲問題者，則加害者與被害者，同爲一人之場合是也。於此場合，以加害者及被害者，均同歸於一人，祇自己親自侵害自己之法益。如前敘助成過失，非誘發他人之犯行，故不得謂與社會秩序有交涉，同時，不得與助成過失，爲同一結論。關於業務上之過失，在唐明清律，較諸一般之過失，雖有減輕之立法例，（參照第一章過失沿革唐律例文明律例十一）實不能贊同。從事一定業務者，關於其業務，必須特別注意，無須參論。若欠缺此注意時，則由此而生之危險，比一般之過失爲大。故較諸普通過失，不獨加重其刑罰。而注意義務，亦必須比一般過失加重。即一般注意義務，應依主觀的標準，（參照



第十一章) 業務上之注意義務，不可不以客觀的標準，為其最低限度。即本人已有之主觀的注意能力，不論適於其業務與否，不可不以關於其業務應為注意之程度為標準。何則，違背此注意義務時，較違背普通注意義務之場合，社會所蒙之危險大也。例如：確定某種病症，以顯微鏡為之，雖屬於醫者通常之知識，然不知之，而以肉眼而為診察，結果誤診，因之，所施藥物或手術，而殺傷人者，認為庸醫，不得免除過失責任。何則，從事一定業務者，關於其業務，必須有通常客觀的智識故也。【註一】【註二】若由客觀的標準，而有以上之常識時，不可不從其已有之智識而為注意。例如：以一定藥液，注射於有一定體質之人，則為危險，於他人不知，而自己獨知之場合，因不注意，注射有此體質之人，而殺害之，不可不謂為有過失也。

【註一】 同趣旨

大審院判例

電車司機人之注意義務，以比普通為大，苟於有發生危險之處之場合，則關於預防，必

須費多大之注意。(判決錄大正三)年六二六頁)

學說

(一)所謂業務上必要之注意，乃對於人之生命身體，特別有危險之義務，即關於以通常高度之注意為必要之業務之注意也。(牧野英一博士刑法各論講義卷三)四五頁、刑法通義三四五頁)

(二)各人以各個之注意而足，應決定業務之性質上之一般的注意為必要。(山岡真之助博士刑法原理三)五四頁)

(三)業務上注意之程度，不可不照業務之性質為客觀的判斷。於一般場合之過失標準，有不同之點。(泉二新熊博士日本刑法論七五五頁)

【註二】有說：誤診，非得認識，故非過失，殊不足取。投藥與施術等，曾由於診斷，醫者過失之多數，存於誤診者也。診斷為學識上程度問題，故不可強期其無誤診，苟為醫師，既料理人之貴重生命，必須有診斷之一般的通常學識，故診斷上之注意，亦應依客觀的標準者明矣。於此設一問題而研究之。婦人某甲，因子宮出血，求乙醫師診療，乙

## 第十二章 結論

斷定其爲子宮內膜炎。甲又求丙醫師診察，丙斷定爲子宮癌腫。甲以丙之診斷，查呈示於乙，要求以顯微鏡檢查，乙以甲診察之後，「謂丙之診斷，爲誤診，而無檢查之必要，可安心而受余之手術。」遂使甲爲一日以上之絕食，乃爲洗腸，而令身體以麻痺劑嘔嘔仿謔，施行子宮內膜炎手術之後，其割取之肉片，以顯微鏡檢查之，發現爲子宮癌，據狼之結果，使其繼續絕食，而爲洗腸消毒之後，又以嘔嘔仿謔，而使全身麻痺，施行腹部切開之子宮摘出大手術。而甲之胃部及腹部，漸次膨脹，呼吸困難，乃至歇止，脈搏增加，體溫低下。甲之家族，頻頻對乙，要求內科專門醫之來診，而乙拒絕之。假定甲至六日而死亡，乙有業務上之過失與否？

對於本問題，關於左之四點，爲相當之研究。

(一)乙有診察上過失乎？

子宮癌腫，婦人病中最爲恐怖者，凡料理婦人患者之醫師，先向其爲周到之注意，不可不診斷之，無待論也。而子宮癌腫之主症候，爲出血。醫者見子宮口之異狀與出血，不

可不爲非子宮癌之注意。因而爲子宮癌與否？肉眼不能斷定，然以顯微鏡檢查時，應即時判明，乃屬於醫術上一般的通常之智識也。故婦科專門醫乙，見子宮癌腫之主徵候出血與子宮口之異狀，而檢查其非子宮癌腫時，可謂意於診斷之注意也。東京控訴院，曾有同趣旨之判例。曰：『イノール工ノガ之患者，吐鏡錆色之痰時，醫師檢查以非肺炎，誠爲至當。若關於其咯痰，不爲檢查之場合，不可不謂醫師意於相當之注意。』（前法廷卷一八四頁）本件，苟退一步而採主觀說，乙雖見子宮癌腫之徵候，而無感知爲子宮癌之知識，或使用顯微鏡而檢查，亦爲不知。（雖取如何之主觀說，於判斷上，亦難知被告真意，故由被告自身，無明瞭之立徵時，不可不依被告之地位身分等，而測定其知能，勿論矣。例如：乙若爲醫科之最高權威之婦科醫生時，然見子宮癌腫之徵候，而不可謂不能認識爲子宮癌腫，或不能認識使用顯微鏡，明矣）。呈示醫師之子宮癌腫之診斷書，由患者要求以顯微鏡檢查時，可謂應得感知爲非子宮癌腫者也。苟醫師從事業務，則見子宮癌腫之徵候，及見子宮癌腫之診斷書，由患者要求爲子宮癌腫之檢查，尚隔不

能爲非主觀上子宮癰腫之診斷上之注意時，不可無由被告爲明瞭之立證，自不待言。故本件依客觀說時，勿論。雖依主觀說，然無由被告可信之立證時，可謂急於診斷上爲必要之注意者也。因爲依此不注意之手術，而傷害人或致死時，不可不負業務上過失傷害或致死之責。

(二)第一回之手術傷害，得謂爲輕微傷害乎？

醫者，診斷上之不注意，卽爲依誤診之手術。其手術，亦爲過失行爲，故因其手術，而傷害人之身體時，謂爲業務上之過失傷害，如前述矣。因本回之誤診，而所爲之手術，使久互出血之婦人絕食，爲流腸而使用呀囉仿謨，而令全身麻醉，割去子宮腔中之肉，雖爲如何非常識者，應不謂爲輕微之傷害。又患者之病症，當然可受腹部切開之大手術也。腹部切開大手術，甚爲危險，得減少此危險，第一，須受術者之身體健康，卽抵抗之力之強大，第二，消毒完全及手術上無過錯是也。本件依被告之誤診，當然應受腹部切開大手術之人，施無意義之手術，使其抵抗力減殺，關於受腹部切開大手術，使增加所

生之危險，故此傷害，可謂關於患者之生命者也。本來傷害，乃關於被害者生命身體，裁判官妄斷爲輕微，非得被害者之被害狀態者。若傷害事實存在，裁判官謂爲輕微，與加害者予利益之判斷，而拒絕被害者之請求，不外是人權蹂躪之行爲。

(二) 過失與死亡之間，因果關係存在乎？

本件第一回之手術，乃因診斷不注意之手術，故此之手術，可謂爲過失行爲也。然第二回之手術，乃因發見子宮癌腫之手術，非過失行爲。因此，第一回之手術，卽爲過失行爲後，被害者，不死亡也。第二回以非過失行爲之手術後死亡，於過失與死亡之間，因果關係，得謂爲不存在乎。曰：不然。本件依 *Bedingungslehre* 或 *Theorie von Dem adhen* 時，勿論，依 *Adäquate Verursachungslehre* ie，不可不謂因果關係之存在也。卽本件第一回過失行爲之手術，危害被害者之心臟，使身體衰弱，當然於應受腹部切開大手術，使失其抵抗力，故不堪腹部切開之大手術，明若觀火矣。第二回過失行爲之手術，與被害者身體上之影響，與其當然應受腹部切開大手術之結果所生之影響如何

，雖門外漢，亦能窺知之。即既使被害者全身麻醉，始行施術，被害者應感痛苦，出血應爲多量，可得想像而知者也。今依其過失行爲之手術，爲研究與應受使用麻醉藥呀囉仿讓之腹部切開大手術之被害者身體之影響，由醫術試驗委員田村氏及陸軍一等軍醫正岡氏共著補珍醫典上卷第四章全身麻醉法中，摘錄二三於左。

(一)全身麻醉法，能發生睡眠有毒的蒸氣，若使吸入瓦斯，奪其知覺，但使廢止隨意筋之運動之目的，而施行……

(二)吸入呀囉仿讓蒸氣，先刺戟眼鼻口咽喉粘膜，而誘發咳嗽，漸次興奮，脈搏頻數，呼吸不止，結膜充血，顏面潮紅，身體斑狀潮紅……

(三)在急慢心臟病及肺患者，高度貧血家及高老家，則呀囉仿讓麻醉，甚爲危險。

(四)反覆吸入呀囉仿讓，且久時持續，則發生慢性中毒，雖然，其爲標徵，則大腦之機能障礙，更表現衰弱。

(五)因呀囉仿讓麻醉時，或其他，皆爲全身血管之擴張，血壓顯著低下時，動脈血萎縮

於靜脈系中，動脈空虛，隨之狹縮。

(二) 麻醉覺醒後，雖意識充分恢復，於一日或數日內，不致於死，往往而見，於使麻醉久時持續後亦然。……

第一回過失行爲手術之被害者，當然充分認識應受第二回手術影響之重大。第二回手術，爲加害者同一人所施時亦然。加害者，雖於第二回手術時，以囁嚅仿謔，使被害者在一段時間以上全身麻醉，而所與被害者之損害，及所與應受腹部切開手術之身體的影響，徵諸前示第(四)明矣。又被害者互久出血，則發生高度貧血，自不待言。又依前示第(三)，則第一回之過失行手術之際，以囁嚅仿謔，而僅以使全身麻醉之一事，當然不藉腹部切開大手術時之全身麻醉，其影響於婦人身體之重大明矣。故第一回過失行爲之手術，對於不堪第二回之手術，不可不謂有原因力。苟過失行爲，對於死亡之結果，既爲一原因，其原因，爲直接，爲間接？無論究之必要。學說，毋論矣，日本大審院判例亦然。例如：『因自己之過失，由於與他人死亡之結果而成立，苟自己過失與他人死亡之



間，既有因果關係存在，其因果關係爲直義與否？於同罪之成立，無何等影響。」（四四  
八六二頁）『過失傷害犯人之過失，其傷害不爲唯一原因，苟既成原因之一部分，則成立

過失傷害。（大正四年第  
三四九頁）

（四）第一回之手術，得謂爲加害者治療上之慣習乎？

本問，本不成爲問題，若加害者，或其同業者，欲免其罪，以第一回之手術，認爲加害者獨特之慣習。非無答辯或鑑定也。卽加害者之乙，從來對婦人病者，必施一處內膜炎之手術，施術後，判斷其病症，若爲內膜炎之手術。則其人之瘳，卽乙爲獨得診斷法有答辯或鑑定時，則如何？如斯之答辯，或鑑定，不外欲免罪或欲使免之孳餘手段。醫者依手術而傷害人，應爲阻却違法之理由，醫者之治療行爲，卽對於一定之病症，不爲一定之手術，則在於爲有不能治療之確信之行爲。若無治療的確信，傷害人之身體時，非過失，乃故意傷害也。卽醫者無確信，而使一日以上絕食，流腸之檢，使用有危險性之麻醉劑（參照（三）搔起婦人子宮內膜，而切落其肉時，非應阻却違法。蓋醫者爲吾人重

要生命之所寄，必須以良善管理者之注意而處理之。使患者不感何等痛苦，且無害其身體，雖有判明病症之方法，然依自己之獨特的習癖，無意義而傷害其身體時，可謂非醫者診療行爲之行爲也。於此，而大場茂馬博士，反對否認故意之存在，不過爲過失而已。其刑法各論第一三八頁，所謂「醫師無確信，爲試驗的投藥，或因施術而死亡，常爲過失致死。」則尚不能不謂爲未盡，依此說時，醫者不能免過失之責任也明矣。

處罰過失之程度，即關於刑罰之輕重，爲便於說明起見，得分客觀的標準，主觀的標準，刑罰之方法三種。

### (一) 過失處罰之客觀的標準

於此所謂過失刑罰之客觀的標準，乃因過失所生之結果，即因過失行爲所侵害之法益，因其大小而定刑罰之標準之謂。依法益之大小，定刑罰之輕重，古今一轍也。唐律對於「受書不依題署，誤詣他所」之刑罰，爲：「稽程一日杖六十，三日杖七十，五日杖八十，七日杖九十，九日杖一百，十一日徒一年，以故有所廢，徒二年半，以故有所毀改，徒三年。」要聞

於其他犯罪亦然。（參照第一章過失沿革唐律例九，十，十五，十六，十七，十八，三十一，三十三，三十四，）現行新刑律第一九〇條之失火罪。第一九五條過失決水罪。第二一四條，過失交通妨礙罪。第三二四條及第三二五條之過失殺傷罪等之規定，亦莫不然。法律之目的，在法益之保護，故於刑事政策，或於社會經濟上，從結果之大小，使行為者負相當之責任，蓋當然也。一部分刑事政策學者，因做極端主觀主義，對之持反對之見解，然此見解，僅關於犯罪者一方而觀察之，吾人不採也。所謂同過失，乃毀棄屬於他人所有百萬圓之物之場合，與毀棄二十圓之物之場合，科同一之刑罰，非所以買被害者之滿足同時，反於社會的經濟觀念者也。於殺傷罪，亦不異其趣。因身分尊卑而定刑罰輕重之唐明清律立法例，（參照第一章過失沿革，唐律二十三，二十四，二十五，二十六，二十七，二十八，二十九，三十。明律例七，八，九，十。）不適於現代思想者不少，故雖無全部採用之價值，然亦非全然排斥之也。故於卑親屬因過失殺傷尊親屬之場合，較諸因過失殺傷普通人之場合，加重其刑。尊親屬由於過失殺傷卑親屬時，則與因過失殺傷普通人時，科同一之刑罰，不適於

輕微傷時，以免除其刑爲相當也。現行新刑律第三二五條與民國三年十二月法律第二十三號補充條例第八條之規定，採用此主義者也。(參照前註增刑(註)第三三五條)

【註】暫行刑律補充條例第八條：尊親屬傷害卑幼，儘至輕微傷害者，得因其情節，免除其刑。

雖然，過失者之身分與地位，於裁判官之刑罰裁量上，信有以刑罰方法爲標準之必要。

## (二)過失處罰之主觀的標準

所謂過失刑罰之主觀標準，乃因過失者之主觀的關係，而定刑罰輕重之標準也。在民事上，債務者間，因事務管理，及其他交易上之觀念，而定注意義務之程度者也。羅馬法以過失爲重過失(Culpa lata)及輕過失(Culpa levis)之二等，法國舊法，分爲重過失(La faute lourde)輕過失(La faute légère)及最輕過失(La faute très légère)之三等。普國民法，亦分過失爲大過失(Grobes Versehen)中過失(Mässiges Versehen)及小過失(Geringes Versehen)之三等也。英美兩國，爲因慣習法者，不得根據法規，學說上，則以契約爲三等

，第一因債權者利益之契約，第二因債務者利益之契約，第三爲債權者債務者雙方利益所結之契約也。此三等之契約，相爲照應，所謂注意及懈怠，各自爲三等，卽小注意，常注意，非常注意；及小懈怠，常懈怠，非常懈怠是也。如上民法法親過失之輕重大小，不過因契約上責任所生注意義務之程度而已。例如：在羅馬法，若因債權者一方之利益，而保管物件時，債權者，祇任重過失之責，若在因得債務者利益之場合，債務者不可不負輕過失之責。在法國民法，因債權者一方利益所結契約之場合，債務者祇任重過失之責，因債權者債務者雙方利益所結契約之場合，債務者，任輕過失之責，因債務者一方利益所結契約之場合，債務者任最輕過失之責。普國民法及英美法皆然也。故民法上過失之輕重大小，乃由契約之性質所生義務者之責任，不外一種注意義務之程度。換言之，則爲無大過失形式上之相當注意已足，雖不爲中過失小過失之注意，亦未嘗不可也。故大過失之注意義務輕，中過失之注意義務重，而小過失之注意義務更重也。卽不爲通常人應爲之注意時，爲大過失，加於良家父之通常自己物件，不爲同一之注意時，爲小過失也。例如：在英美法，於因債權者一方利益所

結之契約，則債務者盡其小注意已足，故無大懈怠，則不任其責，又於因債權者債務者雙方利益所結之契約，常應加以注意，故當有懈怠時，則任其責。又於因債務者一方利益所結之契約，債務者，不可不加以非常注意，故雖為小懈怠，亦不能免其責任也。若因不為最易為之注意，而有重過失時，則以大懈怠論。謂有重過失，則有近於惡意者也。【註】

【註】Harse曰：『所謂惡意，乃認識結果之確實發生也。過失者，乃認識結果之發生不確實也。……重過失，為廣義之惡意，而非狹義之惡意也。』(Harse Die Culpa, D. S.

75)

刑法之過失，已述於第十一章矣。注意義務之程度，悉以主觀的標準為原則，故與民事過失注意義務之程度，雖有所異，然依義務者懈怠之程度，得區別過失之輕重者也，即因大懈怠，而為過失行為時，為重過失。因中懈怠而為過失行為時，為輕過失。因小懈怠而為過失行為時，為最輕過失也。例如：因不認識為火藥庫，投擲煙頭，使火藥庫爆發之場合，為小懈怠。雖認識火藥庫為火藥庫，然不認識有危險，因而投擲煙頭，令其爆發時，為中懈怠。除

認識爲火藥庫，且見『禁煙』及『火氣小心』之告白，輕信無危險，因而漫擲烟頭，令其爆發時，可謂大懈怠也。雖然，無一一以條文表之的必要，而使其屬於裁判官之刑罰裁量範圍已足矣。

墨西哥刑法及阿耳根弟刑法，將過失分爲重過失與輕過失，其輕重之判定，一任請裁判官。墨西哥刑法之裁判官裁量標準，信有採用之價值。（參照第二章過失立法例，墨西哥刑法之規定）

### (三) 過失處罰之方法

處罰過失，乃因過失之客觀的關係，及過失之主觀的關係，而科刑罰。刑罰之方法，雖有輕重大小之不同，然依余之管見，則處罰過失，依其情節，而以左之刑罰可矣。

(甲) 自由刑 自由刑，在情節最重之場合而科之，誠爲允當。

(乙) 財產刑 財產刑，過失刑罰中，所用最廣，而最低主刑，可科一回之罰金。

(丙) 管刑 管刑，爲『易刑』之便，對於貧困者，科以財產刑時，有不能完納之能力者，若

將其留置於勞役場，有使其妻子受凍餒之苦，故在此場合，則以財產刑或自由刑，換算笞刑，而執行笞刑，甚為得策。

(丁)閉門 閉門，為閉門思過之意，依過失之情節及過失者之身分地位，在一日以上三日以下之範圍內，使過失者，在自宅而為「獨愼」之刑罰也。

(戊)譴責 譴責，即申飭，依過失之情節，及過失者之身分地位，不科實刑，而由裁判官，對過失者，諭其非而戒將來者也。

(己)勸謝 勸謝，依過失者之情節，及被害者與加害者之身分地位，并其他事情，使過失者，以口頭或書面，對被害者或裁判所謝罪之刑罰也。

右述之刑罰方法，有繁冗而過輕之嫌。本來過失之情形，及法益之大小，千態萬殊，故刑罰之方法，較通常增加二三種之輕刑，殊形便利。加之，過失之處罰，不外為保法律之公平，以緩和社會之不平，而確保社會生活之安全。能必此目的已足，無須苛求也。





中華民國二十六年一月再版

# 有 著 作 權

總發行所  
分發行所

上海  
北平  
南京  
漢口  
廣州  
北京  
天津  
濟南  
青島  
蘇州  
無錫  
常州  
南通  
揚州  
徐州  
鄭州  
開封  
西安  
長沙  
重慶  
成都  
昆明  
貴陽  
蘭州  
西寧  
銀川  
迪化  
哈密  
喀什  
和田  
阿克蘇  
庫車  
焉耆  
吐魯番  
哈密  
鄯善  
哈密  
伊寧  
塔城  
阿勒泰  
石家莊  
保定  
張家口  
歸綏  
包頭  
太原  
大同  
長沙  
衡陽  
常德  
重慶  
成都  
昆明  
貴陽  
蘭州  
西寧  
銀川  
迪化  
哈密  
喀什  
和田  
阿克蘇  
庫車  
焉耆  
吐魯番

原 著 人  
譯 述 人  
發 行 人  
印 刷 所

鄭 宇 中  
徐 寶 魯  
會 文 堂 新 記 書 局  
會 文 堂 新 記 書 局  
會 文 堂 新 記 書 局

## 刑 法 過 失 論

全書  
一册

實價國幣一元二角

外埠  
加郵費

