

# 刑法における錯誤論の系譜

## —唐律から現代法への示唆—

孫 璐・吉中 信人

はじめに

1. 「誤」について
  - (1) 「誤」とは
  - (2) 「誤」と「失」
  - (3) 「誤」と「過失」
  - (4) 「誤」と「故」
2. 唐律における「誤殺」と「誤犯罪」
  - (1) 唐律における「誤殺」
  - (2) 「誤殺」以外の「誤犯罪」
  - (3) 小括
3. 唐律から現代法への示唆
  - (1) 唐律における主観と客観の問題
  - (2) 唐律における事実の錯誤と法律の錯誤
  - (3) 唐律における共犯の概念
  - (4) 唐律における期待可能性

おわりに

はじめに

日本刑法 38 条 2 項は、異なった構成要件間における事実の錯誤に関する規定であり、これは、唐律以来の沿革を有するものとされる<sup>(1)</sup>。しかしながら、淵源となる唐律の錯誤規定については、日本ではほとんど知られていない。この点に関し、『唐律疏議』は中国歴史上最も代表的な法典であり、その豊富な内容と「疏議」付きの編纂方法は古今東西に影響を与えていたことが重要

---

(1) 大塚仁『刑法概説(総論)』194 頁(有斐閣、1986)。吉中 信人『少年刑法研究序説』32 頁(溪水社、2017) 参照。

である。中村正人氏の「清律誤殺再考」においては『清律』に定められる「戲殺誤殺過失殺傷人条」をめぐって、現代刑法の錯誤と伝統中国の「誤殺」とにいかなる異同があるのか、ひいては現代刑法そのものと伝統中国の刑法そのものにはいかなる相違点があるのか論じられた。<sup>(2)</sup>しかし、「誤殺」や「過失」という概念は決して『清律』で創られたものではなく、古くは周の時代において既に存在していたことは明らかである。『周禮・地官司徒・調人』においては「凡過而殺傷人者、以民成之」<sup>(3)</sup>という記載があって、それは過失で殺人や傷人を犯したものに対しては、民と一緒に和解するという意味である。それはつまり、周の時代においては過失で人を殺傷することは厳密に言えば「犯罪」ではないということであろう。魏晉の法学家である張斐が『注律表』<sup>(4)</sup>において、初めて「過失」という概念を主張した。張斐曰く「不意而犯謂之過失」、即ち、「不注意のために犯したものを過失と言う」のであるが、その概念は唐の時代に至って更に明確にされ、完備されたのである。

唐律は、罪の考量に対し、既に犯罪者の主観的な意思等を考慮していた。現代法のように直接故意、間接故意、過信による過失などを厳密に区分していたわけではなかったけれども、唐律独自の区分方法は存在していたのである。特に人の健康と生命を侵害する場合、その罪の考量に関しては非常に精細な区分が行われていた。例えば、殺人罪には「六殺」という説があり、それは言わば「謀殺」、「故殺」、「鬪殺」、「誤殺」、「戲殺」、「過失殺」の六つである。以上六つの殺人罪の順番は主観的悪性の程度が重度から軽度までを標準として配列されていた。そこで、本稿では、「誤殺」、「戲殺」、「過失殺」を中心に、現代刑法上の錯誤論、とりわけ事実の錯誤論の系譜を考察してみたい。

---

(2) 中村正人「清律誤殺再考——刑罰軽減事由としての観点から」金沢法学 49 卷 1 号 (2016) 2- 3 頁参照。

(3) 徐正英等訳注『周禮』（中華書局、2014）参照。

(4) 陸心国『晉書刑法誌注釈』（群衆出版社、1986）74 頁以降参照。

## 1. 「誤」

### (1) 「誤」とは

現代刑法における錯誤といえ、日本刑法 38 条に定められるように「罪を犯す意思がない行為は、罰しない」(同条 1 項)、そして「重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない」(同条 2 項)、あるいは「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない」(同条 3 項)を指す。中国古代における「誤」の理論は現代刑法上の「錯誤論」とは些か異なるが、例えば A を殺傷する意図で実際には B を殺傷してしまったという、行為者の認識とその結果発生した事実が一致しないような場合を示す用語として、「誤」が使われていた。

「誤」を最初に一種の主観的意識として論じたのは張斐の『注律表』である。張斐曰く「其知而犯之謂之故、意以為然謂之失。……不意誤犯謂之過失。……向人室廬道徑射、不得為過、失之禁也。都城人眾中走馬殺人、當為賊、賊之似也。過失似賊、戲似鬪、鬪而殺傷傍人、又似誤。……如此之比、皆為無常之格也。」<sup>(5)</sup>「賊」は故意の意味であり、「故」の概念を明確化することによって、『注律表』においては「誤」と「失」の概念が区分されたのである。唐律における「誤」の注釈はそのまま張斐の説が使われたと中田薫博士は指摘している。<sup>(6)</sup>張斐の注釈では、「誤」の代わりに「失」を使っていたが、その理由としては恐らく「失」と「過失」の相違点を強調する為だと思われる。張斐の説によれば、「失」と「過失」の相違点は「意」と「不意」の違いであり、「意」には行為者の主観的認識が存在するのに対し、「不意」には主観的認識は存在しない。この区別は、現代における「認識ある過失」と「認識なき過失」の区別に対応するようにも思われる<sup>(7)</sup>。張斐が「過失」を「不意誤犯」

(5) 陸心国『晉書刑法誌注釈』(群衆出版社、1986) 80 頁参照。

(6) 中田薫「支那における律令法系の発達について」比較法雑誌 1 卷 4 号 (1952) 1-18 頁参照。

と注釈したので、もしまた「誤」を使用し主観的認識を表すとしたら、二つの概念を混同する恐れがある。

唐律における「誤」についての注釈については『注律表』がそのまま引用されたことは、中田博士をはじめ多くの学者が指摘しているが、具体的に言えば、唐律における「誤」の適用範囲はかなり広く、「過失」や「失」以外の非故意的行為も含まれていたのである。『唐律疏議・名例律』第49条「本条別有制」には「諸本条別有制。与例不同者、依本条。即当条雖有罪名、所为重者自從重。其本应重而犯时不知者、依凡论。本应轻者、聽従本。」<sup>(8)</sup>とあって、即ち、犯行時行為者が犯した重罪を軽罪だと誤認した場合は、変わらず重罪の刑罰が問われるが、一方、犯行時行為者が犯した罪は本来軽罪であった場合は、軽罪の刑罰が問われるとされる。重罪・軽罪の区別の前提となる事実の錯誤であれば故意を阻却するという可能性もあるが、前提事実に錯誤はなく、単にそれが重罪の法条であるか軽罪の法条であるかの認識の違いであれば、法律の錯誤で刑罰に影響を与えることはない場合がある。

## (2) 「誤」と「失」

唐律における「誤」には「失」と「過失」の意味も含まれているけれども、「失」は「誤」に比較すると、その外延は「誤」より狭いことが容易に明らかとなる。『唐律疏議・名例律』第51条「称乘舆车驾及制敕」条<sup>(9)</sup>には「失者、謂合和皇太子藥誤不如本方及封題誤、並守衛不覺闖入東宮宮殿門、如此之類、謂之為「失」。」とあって、「失」の概念を注釈している。

ここでは、「失」は主に職務上の過失を指し、唐律においては「公事失錯」を言う。「公事失錯」について、唐律においては「謂縁公事致罪而無私曲者」

(7) なお慎重な検討が必要である。この区別に関する重要な論文として、甲斐克則「『認識ある過失』と『認識なき過失』—アルトゥール・カウフマンの問題提起を受けて—」『西原春夫先生古稀記念祝賀論文集第二巻』（成文堂、1998）参照。

(8) 長孫無忌、劉俊文校『唐律疏議』（中華書局、1983）133頁参照。

(9) 長孫無忌・前掲135頁参照。

と注釈されている。<sup>(10)</sup> 即ち、公的な「職務犯罪」である。「私曲」は私的な犯罪を指すが、「謂縁公事致罪而無私曲者」は公的な理由による職務犯罪であり、自分の利益のための私的な犯罪ではないということである。言い換えれば、「失」は公的な職務犯罪のみを指すが、その外延は「誤」よりかなり狭いと言えよう。無論、唐律における「失」は「過失」と同じ、注意を怠って認識や予見しなかった心理状態、あるいは結果の回避が可能だったにもかかわらず、回避するための行為を怠ったことを指すという説も一理あるけれども、実際に唐律における「失」に関する条文を整理してみると、前述の通りに御医や守衛など役人が職務上の錯誤で罪を犯した場合を「失」ということが殆どであり、これは即ち「公事失錯」を意味するのである。

### (3) 「誤」と「過失」

『唐律疏議・鬪訟』の第 339 条「過失殺傷人」には「過失」という概念を「謂耳目所不及、思慮所不到；共舉重物、力所不制；若乘高履危足跌及因擊禽獸、以致殺傷之屬、皆是。」と明確に注釈した。<sup>(11)</sup> 即ち、耳や目、力や能力が及ばなかった、若しくは注意を怠って予見しなかったことが原因での殺傷を「過失」という。唐律における「過失」は「過信」による過失よりも「油断」や「能力不足」による過失を指す場合が多い。そして、唐律における「過失」の概念と現代刑法の「過失」との最も重要な相違点は、唐律における「過失」は「人」を殺傷することのみを指すのに対し、物や牧場の馬牛などを殺傷することはたとえ不注意によるものでも、「過失」とは言わずに、「誤」と言うことである。

例えば、『唐律疏議・鬪訟』の第 323 条「部曲奴婢過失殺傷主」条、又は第 423 条「在市人衆中驚動擾亂」に「其誤驚殺傷人者、從過失法」とあって、つまり驚愕で誤って人を殺傷する場合は、過失法に従うべきだとされる。他に、第 207 条や第 11 条にも「過失殺傷人者、從過失法」という文言が含まれ、

(10) 長孫無忌・前掲 114 頁参照。

(11) 長孫無忌・前掲 426 頁参照。

いずれもその「過失」の対象は「人」であることに限定されているのである。<sup>(12)</sup>

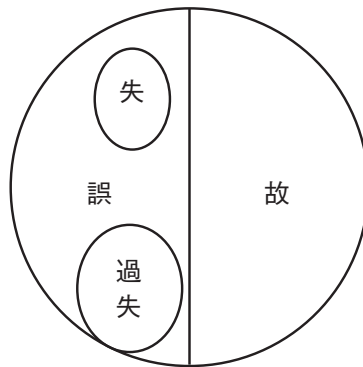
聴覚や視覚、自身の能力の不足、あるいは注意を怠って認識や予見しなかった心理状態において、「誤」と「過失」は同じであるけれども、対象において、「誤」の対象は人や物又は牧場の馬牛その全てを指すのに対して、「過失」の対象になるのは人のみである。

(4) 「誤」と「故」

張斐の『注律表』によれば、「其知而犯之謂之故」とあって、「故」の心理状態を分かりやすく解説している。悪事（法益を侵害する結果）を発生させることを認識しながらそれを実行すること、それは現代刑法理論における「故意」と類似するが、その意義や態様は、現代法のように複雑なものではなく、単に「知る」は「故」の成立前提になるのである。

故意犯罪は人類の歴史上において、最も歴史が長く、一般的な犯罪である。唐律に定められた犯罪の大半は故意による犯罪で、「十惡」などの重罪はすべて故意による犯罪である。

前述したように、「誤」には「失」と「過失」の意味も含まれているが、その反対に当たる概念は「故」と言えよう。簡単な図形で「誤」、「失」、「過失」及び「故」の関係を描いてみると、次のように表示することができる。



(12) 長孫無忌・前掲 407 頁、504 頁、285 頁、34 頁参照。

「故」の心理状態について、『唐律疏議・鬪訟』第 306 条によれば「謂鬥而用刃、即有害心；及非因鬥爭、無事而殺、是名「故殺」、<sup>(13)</sup> それはつまり、刀などの武器で鬪うことは、法益を犯す結果の発生を望んで行為することであり、唐律ではそれを「害心」と呼ぶ。行為者が「害心」を持って、人を殺傷することは故意殺人となるが、もしその結果の発生を認識した上でそれを認容しないで行動する場合、即ち「未必の故意」であることは、唐律においても、それを故意殺人と見なす。例えば、『唐律疏議・雜律』第 432 条「燒官府私家舍宅」条にも「殺傷人者、以故殺傷論」<sup>(14)</sup> とあって、故意に役所の官舎あるいは個人の屋敷に放火し、放火による死亡者が発生した場合は殺人の故意はあるか否かを問わずに、「故意殺人」とされている。つまり、唐律における「以故殺傷論」という規定は言わば現代刑法理論における「間接故意」ないし「未必の故意」とみなして良いのであろう。即ち唐律において、「故」の外延は「間接故意」にまで拡張されており、それを通じても唐律の発達した編纂技術を改めて知ることができる。

## 2. 唐律における「誤殺」と「誤犯罪」

### (1) 唐律における「誤殺」

『唐律疏議』における「誤」の出現回数は約 190 回。『名例律』、『衛禁律』、『職製律』、『廩庫律』、『擅興律』、『賊盜律』、『鬪訟律』、『雜律』、『斷獄律』、という九章の律条文において「誤」に関する罪が規定されている。

前述の通り、「誤」の外延はかなり広く、それは「誤殺」とそれ以外の「誤犯罪」二種に分けられる。<sup>(15)</sup>

(13) 長孫無忌・前掲 387 頁参照。

(14) 長孫無忌・前掲 510 頁参照。

(15) 長孫無忌・前掲 282 頁、284 頁、316 頁、330 頁、365 頁、366 頁、422 頁、425 頁、426 頁、483 頁、504 頁参照。

条文	律	内容	処罰
第 203 条「故殺官私馬牛」条	廐庫律	官私 (政府と民間) の馬牛を誤殺すること	不坐 (罪に問われず)、但しその減価を弁償する
第 205 条「殺親屬馬牛」条	廐庫律	總麻以上親族 (五親等に当たる) 者の牧場馬牛を誤殺する	「与主自殺同」、無罪
第 244 条「功力採取不任用」条	擅興律	所造作の破壊による誤殺人	徒一年
第 257 条「劫囚」条	賊盜律	禁錮された父祖、子孫を強奪したつもりで、父祖、子孫を誤殺すること	殺傷人者に対し鬪殺傷人罪を論ずる、死に至る場合は加流刑を論ずる
第 287 条「盜總麻小功財物」条	賊盜律	窃盜による誤殺人	鬪殺の罪を論ずる
第 288 条「卑幼將人盜己家財」条	賊盜律	同居卑屬が他人と共謀し、己家の財産を盗ませることによる誤殺人	誤殺されたのが尊屬で、卑屬が事情を知らなかった場合：誤殺法を論ずる 誤殺されたのが尊屬ではなく、卑屬が事情を知らなかった場合：盜罪を論ずる
第 336 条「鬪毆誤殺傷人」条	鬪訟律	鬪毆 (殴り合い) による他人を誤殺すること； 甲と乙共謀し丙を殴るつもりで、乙が丙父を誤殺傷した場合； 数人が共謀し甲を殺すつもりで乙を誤殺した場合	以鬪殺傷論；至死者、減輕一等； 父が助己のため誤殺された場合、聽減二等、「當條雖有罪名、所為重者、自從重」を論じて、合從「過失」、流刑三千里； 甲乙共に「故殺」の罪に問われる
第 338 条「戲殺傷人」条	鬪訟律	戲殺傷人	鬪殺傷罪より減輕二等
第 339 条「過失殺傷人」条	鬪訟律	過失殺傷 (例えば、禽獸を襲撃ための誤殺人)	各罪状による贖刑を科せられる。(贖刑：金品を出して罪を免れること)
第 395 条「医合药不如方」条	雜律	医者が行った治療による誤殺人	殺人者、徒二年半
第 423 条「在市人眾中驚動擾亂」条	雜律	狂言などで大衆を驚かせ、結果誤傷殺人になること	從「過失」法 (贖刑を科せられる)



上表に示すように、「誤殺」の対象は人のみではなく、人と牧場の馬牛二つに分けられていた。二種の「誤殺」において、いずれも行為者の主観的認識と客観責任とが不一致を生じた場合である。そして、全ての「誤殺」罪に対し、その刑罰は故意犯罪に比べかなり軽くされていたことは確かである。

第203条「故殺官私馬牛」条において、政府と民間の牧馬牛を誤殺した場合は罪に問われずに、ただ弁償させるだけである。第205条「殺親屬馬牛」条において、五親等に当たる親族の馬牛を誤殺した場合は馬牛の主人自身が殺したとみなす。第257条「劫囚」条においては、父祖、子孫を誤殺した場合、殺傷人者に対して、鬪殺傷人罪を論じて刑を適用するが、死に至るものには流刑が科せられるのである。本来父祖を殺傷する場合は「悪逆」という重罪を論じ死刑を科せられるのが一般的であるが、誤殺の場合は流刑を科せられ、死刑より一等減輕されているのである。第287条「盜總麻小功財物」条においても、親族の財物を盗むための誤殺人は鬪殺の罪を論じ、故意殺人や賊盜殺より一等減輕されていると言えよう。第336条「鬪毆誤殺傷傍人」条に、数人の行為者が甲だと思って殺したところが、実は乙であった場合には「客体の錯誤」や「共犯の錯誤」に関する問題に関係し、又は丙を殴るつもりで、行為者の一人である乙が丙父を殺してしまった場合など「共犯の過剰」に関する問題についても論及されている。

## (2) 「誤殺」以外の「誤犯罪」

「誤殺」以外において、唐律における行為者の表象と、現実に存在し発生したところとの間に、不一致が生じている殺傷犯罪は以下のように分けられる：

### ①過失殺

第5条「死刑二」条<sup>(16)</sup>に、「誤而入罪、出金以贖之」とあって、即ち過失で罪に問われた場合は金品を出して罪を免れることができるとのことである。贖刑は中国古来の財産刑の一種であり、本刑に代わる刑罰として、「贖刑」

(16) 長孫無忌・前掲5頁参照。

「贖金」「贖銅」が認められた。唐では、特定身分の者や老年、幼年などの制限行為能力者の犯罪に、換刑として認められ（官品ある者は先に官当し、残余を贖する）、普通人でも故意を除き、過失によって人の生命身体に損害を与えたとき、贖銅を徴して被害者の家に入れ、実刑を科すのを免じることになっていた。

過失殺傷人の対象は人に限られ、その主観的心理状態は「本無悪心」と言う。つまり本来悪意はなく、自分の耳や目、能力不足又は不注意による犯罪である。

例えば、唐律の第 207 条には狂犬が人を噛んで死に至る場合、飼い主が故意ではない場合には過失殺傷罪に問われ、その罪は贖銅を徴することで、実刑を科すのを免じることができる。<sup>(17)</sup> また、第 392 条には公私要事のため城内で馬車などを飛ばし、よって死者が発生した場合、過失殺傷人の罪に問われる。もし馬など家畜の暴走によって死者や傷者が発生した場合は、その刑を過失殺傷人の刑より二等減輕することができる。<sup>(18)</sup>

## ② 戲殺

戲殺とは危険な勝負などによって、相手を誤って殺傷してしまうことである。

唐律の第 338 条「戲殺傷人」条<sup>(19)</sup>には戲殺の罪と刑罰が規定されている。戲殺によって人を殺傷する者には鬪殺より刑を二等減輕することができる。両者の違いは鬪殺が鬪争して死に至らせること、相手を傷つける主観的悪意は戲殺より強いということにある。戲殺も「害心」も持たず、過失殺傷人の一種であるため、鬪殺より二等減輕されることができるし、贖刑も適用される。

具体的にいえば、戲殺は以下のように分けられる：

---

(17) 長孫無忌・前掲 285 頁参照。

(18) 長孫無忌・前掲 480 頁参照。

(19) 長孫無忌・前掲 425 頁参照。

第一、武器を持たずに勝負すること。勝負する両方は自らの意思で勝負し、その危険性には自覚を持つべきであるが、不注意により殺傷人の結果となったのである。この場合は一般的な「戯殺」より軽く論じられ、鬪殺による殺傷人の罪より刑を二等減軽することができる。

第二、殺傷力のある武器で、又は危険な場所でお互いに纏わり付いたりすることにより、相手を誤って殺傷してしまうことである。この場合は慎重な行動を求められるため、上述より刑は重く、鬪殺より刑を一等しか減軽しない。

第三、「因戯恐迫」の場合、即ち冗談で強引な手段によって相手を恐怖に陥らせ、そのせいで相手を死なせてしまうことである。この場合は「戯殺傷」の罪に問われる。

### (3) 小括

「誤殺」、「過失殺」、「戯殺」は唐律における誤犯罪であり、三者は似て非なるものである。

まず、「誤殺」は最も複雑で、その概念の外延が広いと言えよう。「過失殺」と「戯殺」の対象は人に限定されているのに対し、「誤殺」の対象は人と牧場の馬牛に分けられる。

次に、「戯殺」は双方の合意の上での行動であるため、行為者は違法な行為の回避のために必要な能力と注意を注ぐべき、あるいは働かせる意思の欠如する点においては、「間接故意」に近いと考えられる。

最後に、唐律においては、「過失殺傷人罪」には本刑に代わる刑罰として、「贖刑」が一般的に適用されていたことが銘記されるべきである。

## 3. 唐律から現代法への示唆

現実の生活の場では、自己が予見した観念と実際に生じた事実とにくい違いのあることは、むしろ当然といってよいであろう。したがって、現代刑法において、行為者に事実の認識、違法性の意識があったかどうかを判断する

際に、錯誤をどのような場合に、又どの程度まで無視して良いか、言い換えれば、どのような錯誤が故意を阻却するかが問題になる。そして、故意が阻却される場合でも、もちろん過失責任の有無は問題になる。さらに、現代では、錯誤論は事実の錯誤と法律の錯誤とに分けて論じられるのが通常である。

唐律においては、現代刑法のような一理論としての錯誤論はもとより存在しないが、唐律独自の論理が存在し、且つ現代刑法概念の雛形は既に形成されていたと見て良いであろう。

#### (1) 唐律における主観と客観の問題

錯誤は刑法において、主観的認識と客観的な事実又は評価との不一致をいう。唐律には「主観」と「客観」という言葉はないけれども、実際には主観と客観の概念が形成されていたことは疑いがない。

例えば、第244条「功力採取不任用」条には「誤殺」を「備慮不謹、而誤殺人」と注釈した、それは即ち行為者が人を殺傷する結果を予見できなかった、又、第257条「劫囚」条、第287条「盜總麻小功財物」条においても同様、行為者に人を殺傷する主観的な故意はなく、結果を予見できなかったことによって「人が死んだ」という客観的な事実と不一致が生じているのである。

#### (2) 唐律における事実の錯誤と法律の錯誤

認識した事実と現に発生した事実との間に食い違いがあるときに、これは事実の錯誤である。また違法性の意識を欠くことになるのは法律の錯誤であるといつてよい。<sup>(20)</sup> 現代では一般に事実の錯誤は客体の錯誤、方法の錯誤及び因果関係の錯誤に分けられるが、その源流として、客体の錯誤、すなわち行為者がAだと思って殺したところが、実は別人のBであった、というように客体の同一性に取り違いがあった場合が典型であり、もとより唐律における「誤」の字義にはこのような意味も含まれていたのである。

『太平御覽』に記載されている「誤」についての事例には「渭水可涉、又過

(20) 宮沢浩一、大谷実『刑法総論』（青林書院新社、1976）参照。

潼關、散卒誤以為賊、與之戰、士眾多傷。」とあって、<sup>(21)</sup> それは唐玄宗時代、玄宗が太子を賊討伐に行かせた時の話であった。散卒とは敗れた兵士のことであり、両方とも兵士であったが、一方が相手を賊だと勘違いし、誤って攻撃してしまったのである。この「誤」にはまさに事実の錯誤の意味が含まれていると言えよう。

仮に法律の錯誤に関して、行為者に事実の認識があってもそれが違法であることについての意識が欠如している場合には故意があったとは言えない、とすれば、これは現代における厳格故意説であって、かなり進んだ責任主義を採用していたことになる。そもそも唐律において、事実の錯誤と法律の錯誤の区別が明確に意識されていたか否かについては、なお検討が必要な事柄である。但し、上記見解から見れば、唐律の第 288 条「卑幼將人盜己家財」条又は第 336 条「鬪毆誤殺傷傍人」条においては、同居卑属が他人に己家の財産を盗ませることによる誤殺人と鬪殺（鬪争して死に至らせること）による他人を誤殺することについては法律の錯誤の問題が生じる余地があるものと考えられる。

また、第 336 条「鬪毆誤殺傷傍人」条においては、現代法における錯誤論と類似する罪が規定されており、「客体の錯誤」と「共犯過剰」の問題が顕出することは、前述のとおりである。

### (3) 唐律における共犯の概念

今日、共犯と錯誤で最も問題となるのは、抽象的事実の錯誤であると指摘されることがあるが、<sup>(22)</sup> 単独正犯の場合同様、基本的に法定的符合説で処理すべきであろう。共犯関係においては、正犯者が共犯者の教唆内容と異なる行為を行ったり、関与者の一人が共謀と異なる行為を行ったりなど、当初の主観的認識と異なる事象が発生する事態は、これまでしばしば検討されてきた。

(21) 李昉『太平御覽』（中華書局、2000）参照。

(22) 前田雅英『刑法演習講座』（日本評論社、1991）147 頁参照。

例えば、唐律の第 288 条「卑幼將人盜己家財」条には共犯と錯誤の問題が反映されている。第 288 条には「諸同居卑幼、將人盜己家財物者、以私輒用財物論加二等；他人、減常盜罪一等。若有殺傷者、各依本法。他人殺傷、縱卑幼不知情、仍從本殺傷法坐之。」とあって、<sup>(23)</sup>「卑幼將人盜己家財」は同居卑親屬が他人と共謀し、己家の財産を盗ませることによる誤殺人のことである。この「卑幼不知情」というのは、卑親屬が関与又は共謀した犯罪はあくまで盗罪のみである。しかし、尊屬を殺傷した場合において、たとえ卑親屬が殺傷を知らなかった場合でも、窃盜を教唆したところ被教唆者が強盜殺人を犯した場合のような共犯の過剰については、過剰結果については共犯成立を肯定し、殺傷の罪に問われる。又は被教唆者が誤殺傷を犯した場合でも、もし殺されたのが尊屬である場合は、誤殺傷の罪にも問われるのである。これは現代刑法における「共犯の過剰について、過剰結果について共犯成立を否定する」という考え方より厳しいものである。

「謀」という罪は唐律の『名律令』において「謀者、二人以上」とあって、つまり二人以上の共謀犯罪は「謀」と呼ばれ、また「賊盜律」には「謀殺人者徒三年，皆須二人以上」とあって、即ち、「謀殺」という罪は二人以上の行為者によって実行しないと成立しないということである。唐律の『名例令』において、「謀叛」の罪について、「不限首从，皆斬」と規定され、つまり唐律は共犯の主従関係を認めず、共犯が成立した場合は行為者全員に同じ刑罰が与えられる。<sup>(24)</sup> この規定は、「連座的（擬律的）統一的正犯体系」<sup>(25)</sup> を想起させるが、刑罰の点についても同等としており、もちろん責任主義の観点から検討が必要となろう。

#### (4) 唐律における期待可能性

(23) 長孫無忌・前掲 366 頁参照。

(24) 長孫無忌・前掲 6 - 8 頁参照。

(25) 吉中信人「犯罪体系と共働の本質」『日高義博先生古稀記念祝賀論文集上巻』433 頁（成文堂、2018）。

犯罪事実を認識し、その違法性を意識したとしても、状況によっては他の適法な行為を期待できない場合がある。責任とは行為者にその行為に関して非難しうるものでなければならないからである。<sup>(26)</sup> 期待可能性論が生まれる契機となった有名な判例は、周知のごとく、ドイツの所謂「暴れ馬事件」であった。主人から首にされるのを恐れた御者は自分の馬車をひく馬が暴れ馬であることを知りながら仕事に従事していたが、その結果は馬が暴れだして人を傷つけたという事案であった。それに対し、職を失してまでその馬を拒否することが期待し得なかった、としてその御者を無罪にした判例である。現代法においては、期待可能性の不存在が責任を阻却し、減輕しうることを規定するものとして過剰防衛等の場合が考えられる。唐律において、これを正面から規定したものはみられないが、392条「街巷人眾中走車馬」条には公私要事のため城内で馬車飛ばした者に対し、罪に問わないという規定がみられることは興味深い。故意で人を殺傷した場合も過失を論じ、もし馬が暴れ人を殺傷した場合には過失より二等減輕されるのである。これは、現代法にいう「許された危険」の法理を想起させるが、行為者にとって「公私要事」が期待不可能による責任阻却事由として解釈される余地のあることは十分に考えられることであろう。

### おわりに

以上述べたように、唐代においても現代刑法学の錯誤論と同様な発想に基づいて誤殺の問題を考察してみると、唐律には既に「故意」、「過失」、「錯誤」等の概念が存在し、主客観の概念、事実の錯誤と法律の錯誤、共犯の概念、そしてあるいは期待可能性の観念の萌芽まで規定されていたとみることができよう。

無論、唐律における錯誤の概念等は、現代の水準から見ればまだ雛形であ

---

(26) 大塚仁『刑法概説(総論)』(成文堂、1997)456-462頁参照。

と思われる、それらの概念は現代法におけるが如くに理論的なものだとはいえず、曖昧な部分が存在している。「現代刑法における錯誤論の出発点は行為者の主観的意図にあるに対して、清代の刑法が、何よりもまずこの発生した結果を基準として適用する条文を決定するのが基本であった」と中村氏が指摘したが<sup>(27)</sup>、それは唐律においても同じであろう。しかし、現代の「錯誤論」と一番異なる点は、恐らく「錯誤」と「過失」とが明確に区別されていないことと「誤殺」には現代法の「錯誤」と相似している同時に、「過失」をも包含しているということだと思われる。

前述の通り、唐律には故意殺人の罪以外、「誤殺」、「過失殺」、「戯殺」が存在しながら、「誤殺」の罪には「事実の錯誤と法律の錯誤」以外にも「過失」を包含している部分が存在すると思われる。犯罪行為の構成と性質において、「過失殺」と「戯殺」とが相似していること、又は「戯殺」と「間接故意」は相似していることは容易に理解することができる。

しかし、今より千年以上前の唐において、たとえ現代法のような厳密な「錯誤論」が成立しなかったとしても、既にその時代において「事実の錯誤ないし法律の錯誤」、「共犯」等の概念、少なくともその源流となる思考が存在していたことは驚くべきことであり、いかに当時の中国文明の水準が高度なものであったかが看取される。現代においても示唆に富むと言えよう。

本稿では、日本刑法 38 条 3 項における法律の錯誤に関しては、唐律中に明確且つ直接的な淵源を発見することができなかったが、更に探求を続けるとともに、今後は、「法の不知は害する (*Ignorantia juris nocet*)」、「法の錯誤は害する (*Error juris nocet*)」、「法律の不知は誰にも〔許しの〕口実を与えない (*Ignorantia legis neminem excusat*)」あるいは、「法律を知らないことは重過失である (*Ignorare legem est lata culpa*)」といった<sup>(28)</sup>、ローマ法起源の法理との

(27) 中村正人「清律誤殺再考 — 刑罰軽減事由としての観点から」金沢法学 49 巻 1 号 (2016) 20 頁参照。

(28) 柴田光蔵『法律ラテン語格言辞典』（玄文社、1985）参照。



関係を含め探究し、史的観点からする、現代刑法理論とのより詳細な比較検討を行っていきたい。