

# 《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2021年第3期(总第18卷)

## 唐律疏议法律适用方法初探

——以唐律疏议49条为中心

叶竞欧

**摘要** | 《唐律疏议》名例律49条所属的三款针对法条竞合问题，作出了细致的规定。49条第一款表明，唐律各分则对犯罪构成要件的规定或法律后果的规定与总则不一致，而产生冲突时，分则规定优先于总则规定适用。49条第二款的意义为若行为人的犯罪行为构成两种及两种以上罪名，则按照各条规定的刑事责任分别计算刑罚，并以其中最重的刑罚对行为人进行处罚。49条第三款表明，若行为人的犯罪客观事实较其主观认识的刑事责任重，则依其主观认识进行裁判；若犯罪客观事实较主观认识轻，则依客观事实进行裁判。研究《唐律疏议》的法律适用方法，不仅仅是出于“好古”的兴趣，其价值更在于廓清中国传统司法和法学的发展水平。

**关键词** | 唐律疏议；法律适用；法条竞合

**作者简介** | 叶竞欧，中南财经政法大学2020级法律史专业硕士研究生。研究方向：外国法律史。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



### 一、导论

长期以来，学界针对中国古代司法与法律方法的发展程度存在截然不同的两派观点。一派为否定派，以韦伯、滋贺秀三的观点为依归，强调中国古代法律适用的非理性、非逻辑面向，着眼于中国古代司法权与法学对行政权与儒学的依附性，认为中国古代司法缺乏确定性和一致性，法学缺乏系统性和抽象性，将其划入“实质非理性法”的类别是适当的，如贺卫方<sup>[1]</sup>、高鸿钧<sup>[2]</sup>等学者。另一派为肯定派，主张以本土视角分析中国传统司法和法

学，认为即使在专制统治下法官的自由裁量权也受到了实在法的严格限制，法官在大多数情况下必须依循规则裁判，由此倒逼了法律方法的精进，如林

[1] 贺卫方：《中国古代司法的三大传统及其对当代的影响》，载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第3期，第1-3页。

[2] 高鸿钧：《无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生的〈中国传统的司法和法学〉》，载《政法论坛》2006年第5期，第98-109页。

端<sup>[1]</sup>、张伟仁<sup>[2]</sup>等学者。

以上两派学者的论证,或是基于中国古代法体系与脉络的宏观层面,或是立足于历代判例集的调整。笔者认为,对于中国古代法律适用方法究竟发展到哪一程度的探讨,必须来源于多视角的分析,而前人之论中基于具体法律制度展开,尤其是基于法律适用之制度的展开比较缺乏。故本文尝试依托对唐律疏议第49条的解释,管窥古代法律适用方法的长处与不足。

本文主要研究的问题是古代法律适用方法究竟发展到何种程度,研究思路是通过对唐律疏议第49条进行现代法学意义上的法律解释管窥古代法律适用方法的特点和水平,以小见大。采第49条为中心进行研究,理由有二:从立法层面而言,法条竞合问题与认识错误问题都是法律体系的复杂性和法条具体内容的抽象性达到相当程度才会产生的问题。从司法层面而言,上述两种问题只有法律在审判过程中被大量援引才会暴露出来,换言之,倘若中国古代司法从业人员真的如“卡迪式司法”般忽视实证法,条文冲突的解决技术和主客观的区分技术就不会应运而生。

本文的主要内容共分为四个部分,第一部分明确第49条在名例律中的作用以及其与其他条文的相互关系,第二部分到第四部分兼采正面解释与反面解释的方法,逐个论述第49条第一款、第二款和第三款,并明确这三款的实际运用。

## 二、名例律中的第49条

唐律疏议中的名例律在整部唐律中发挥着无可替代的统率作用。《唐律疏议》云:“名者,五刑之罪名;例者,五刑之体例。名训为命,例训为比,命诸篇之刑名,比诸篇之法例。但名因罪立,事由犯生,命名即刑应,比例即事表,故以名例为首篇”。其主要内容包括五刑二十等;打击严重犯罪的十恶;维护封建地主司法特权的八议、上请、例减、赎刑、官当;死、流执行之特例;刑事责任能力;量刑的原则与制度;法律适用方法;法律术语的解释。除此之外,还有一些具有总括性质的条文散见于分则中。

从现代法学视角来看,名例律中大部分条文都是在总则的抽象层面对法律关系主体的权利义务进行实质性的处分,不能被纳入法律适用方法的范畴,而具体解决法律适用难点的典型条文主要是第48-50条,即“化外人相犯”条、“本条别有制”

条以及“断罪无正条”条。

“化外人相犯”条是出于唐代中外交往频繁的事实,为了调整入唐外来人由于不同风俗、法制而带来的法律适用上的难题从而诞生的。此条充分体现了当时“依俗而治”的思想,着重解决了法律适用的先决问题——针对特定主体,适用哪国、哪个民族之法律的问题。

而在普通案件中,涉案当事人一般均为大唐子民,不存在外族法律与唐律的冲突,一律适用唐律,此时法律适用的难点大致可归纳为以下两点:一是针对一个案件事实,有多项制度同时对其调整,而导致的法律后果的冲突;二是针对一个案件事实,不存在精确的制度能对其进行有效调整,而导致的法律后果的模糊。第49条负责解决第一个难点,对多项制度的适用顺序作出规定,第50条负责解决第二个难点,运用当然解释的方法对法律漏洞进行有效填补。

## 三、唐律49条第一款的法律适用方法

### (一)对该款正面解释体现了“特别法优于一般法”的规则

“诸本条别有制”中的“本条”指的是除《名例律》外各分则规定的具体条文,“与例不同者”中的“例”指称《名例律》的总则规定。<sup>[3]</sup>因此该款表明,当唐律各分则对犯罪构成要件的规定或法律后果的规定与总则不一致,而产生冲突时,分则规定优先于总则规定适用。

因此,从现代法学的视角进行分析,本款主要调整法条竞合中包容竞合的情况,当总则条文的外延完全包含分则具体条文的外延时,采用“特别法优于一般法”的冲突解决规则。

对于该款,《唐律疏议》提到了两组对比作为参考。

在第一组对比中,名例律以共同犯罪的“造意”者为首犯进行处罚,其他“随从者”作为从犯按照刑等减轻一等进行处罚;而在斗讼律中,殴伤人的共同犯罪的“元谋”即造意者在“下手重者”的基础上减

[1] 林端:《韦伯论中国传统法律——韦伯比较社会学的批判》,中国政法大学出版社2014年版。

[2] 张伟仁:《中国传统的司法和法学》,载《现代法学》2006年第5期,第59-67页。

[3] 治国、王向英、张东华主编:《中国法制史新编》,武汉大学出版2015年版,第169页。

轻一等进行处罚,从犯在“下手重者”的基础上减轻二等进行处罚。二者在构成要件上的区别主要是行为要件:前者是一般共同犯罪,后者是同谋殴伤人。在这两条发生法条竞合时,应当依本条即“同谋殴伤人”条裁判,元谋刑减一等,从者刑减两等。

贼盗律中关于谋杀的共犯之规定也体现总则与分则对具体法律后果的不同态度。谋杀的从犯分为三种,其中“从而加功者”在“杀讫”即谋杀既遂的情况下处以与首犯相同的绞刑,这与名例律从犯减一等的规定相冲突,因此以分则的本条论罪,而非处以流三千里的减等刑罚。

在第二组对比中,名例律规定九品以上的官员犯流罪及以下准用赎刑;而在断狱律中,勋官、散官官阶在九品内但是任流外官或杂任的官员,因职务犯罪被处以杖罪以下的处罚,必须实际执行。后者的构成要件在前者规定的基础上进行了限缩,主体要件为“品官任流外及杂任”者,行为要件为“於本司及监临”,刑罚要件为“犯杖罪以下”,故后者属于典型的特殊法,应当优先适用,满足该条构成要件则不得赎罪。

## (二) 对该款的反面解释

首先,对“本条别制”条直接进行反面解释,可以得出这样的结论:在各分则的具体制度没有涉及或不与名例律冲突的前提下,名例律中规定的制度直接适用。换言之,名例律的法律效力原则上及于整部唐律,各分则条文优先总则条文适用只是例外。本款规定是对名例律所起到的统率作用的有效修正。

其次,该款所调整的法条竞合状态并不全面。本款所涉及的法条竞合状态是总则与分则条文的竞合,不包括总则与总则条文的竞合、分则与分则条文的竞合这两种状态。分则与分则的竞合由第 49 条第 2 款规定,下文将详述,此处不赘。而总则与总则条文的竞合,在唐律中没有总括性的冲突解决规则,只能依据具体制度进行取舍。

如名例律中“准五服以制罪”制度与“共犯以造意者为首”条的冲突就是由“共犯罪本罪别”条来具体解决的。<sup>[1]</sup> 该款针对共同加害人与受害人存在服制关系的加害人之刑事责任进行了具体划分,责任的认定方式是“其罪名各依本律首从论”。如外人张三与弟弟李四同谋殴打哥哥李三不成伤,且弟弟李四被认定为首犯,那么李四以“殴期亲尊长”之罪名,徒两年半;外人张三以一般的殴人不成伤之从犯比按照一般的殴人不成伤之首犯刑罚笞四十减一等,即笞

三十。由此妥当地解决了上述两种唐律总则制度的冲突,是唐律总则间条款协调一致的缩影。

值得注意的是,本款规定并不调整名例律中非规范性法条与分则条文之间的冲突关系,分则具体规定应当服从于法律原则。<sup>[2]</sup>

## (三) 该款的实际运用

“特别法优于一般法”的规则不仅在名例律中有直接规定,在各分则中也反复出现,如贼盗律第 286 条“本以他故殴人因而夺物”条和第 294 条“略卖期亲以下卑幼”条的疏议中就都直接引用了本款进行解释。

第 286 条疏议针对名例律第 53 条与第 286 条的具体冲突进行了解释。第 53 条规定以盗论处的罪犯与实际上的盗窃犯相同,其刑事责任与刑事责任的减免悉如真犯,因此,监临窃盗的顶格刑罚死刑也适用与以盗论处的罪犯。而在第 286 条的具体规定中,以他故殴击人后窃取财物者“准盗论”,但其刑事责任的顶格刑罚为加役流。基于这种顶格刑罚的冲突,疏议引用第 49 条第一款,认为具体规定优先适用,即以他故殴击人后窃取财物者与真犯相同,但其顶格刑罚不至死刑。

第 294 条疏议针对名例律第 42 条与第 294 条的具体冲突进行了解释。第 42 条规定有亲属关系的行为人共同犯罪,只追究尊长的刑事责任。而在第 294 条的具体规定中,贩卖服制在期亲以下的卑幼亲属为奴,以斗殴杀之法论,以共同犯意买卖其他亲属为奴的,按照一般人贩卖奴隶的法律处罚,也就是说,在此条规定下,家人构成了共同犯罪,都要承担刑事责任。基于这种罪责认定的冲突,疏议引用第 49 条第一款,认为具体规定优先适用,不适用止坐家长之总则规定。

## (四) 对该款的评价

名例律作为总则在唐律中起到了重要的统率作用,对各分则内容具有不可或缺的指导意义,充分体现了中国古代立法技术在结构上的发展。名例律各条文具有高度的抽象性,是对纷繁复杂的社会关系最凝练地概括。因此,总则条文的外延往往囊括了诸多种

[1] 崔永东:《中国法律思想史教程》,对外经济贸易大学出版社 2010 年版,第 172 页。

[2] 舒国滢、王夏昊、雷磊主编:《法学方法论》,中国政法大学出版社 2018 年,第 135 页。

具体情形,这种宽广的外延并不利于法律条文具体而直接的适用,需要分则条文依循总则的立法精神,对各种情形进行周延且不重复的划分,并规定相应的法律后果,以实现对个案的有效调整。“特别法优于一般法”的冲突解决规则诠释了具体问题具体分析立法要求,有利于分则与总则的协调一致,使唐律实现从法律思想到法律原则再到法律规则的一脉相承,展现了唐代当权者的立法水准。<sup>[1]</sup>

“特别法优于一般法”还有利于罪刑法定主义的落实。随着汉代法律儒家化进程的肇始,引用儒家经典进行法律解释成为了官方认可的解释方法,“原心论罪”成为填补成文法律漏洞的有效方式。但另一方面,浩繁的儒家伦理体系为司法官员随意摆弄权柄提供了充足的依据,成文律典的权威受到了严峻挑战,司法公正难以保证。有鉴于此,罪刑法定主义思想在魏晋南北朝时期得到重视,这在《泰始律》《北魏律》中均得以体现。唐律疏议则在南北朝律典的基础上对罪刑法定做了更加细致地规定,司法主官不引用有效法律条文裁判要承担严重的法律责任<sup>[2]</sup>。在“特别法优于一般法”的规则约束之下,司法官员无权在总则与分则条文相冲突时自主选择适用哪种规则,压缩了官员自由裁量的空间,防止了司法权的专擅,有利于实现司法公正<sup>[3]</sup>。

#### (五) 该款对后世的影响

“特别法优于一般法”作为一种成熟的立法经验对后世立法产生了深远影响,在近现代仍得以沿用<sup>[4]</sup>。《钦定大清刑律》规定“本条之总则”直接对“无反对规定之一切罚则”适用,对其进行反面解释易知,有反对规定的罚则优先于总则适用。《中华民国暂行刑律》继承这一规则,在第九条予以重述<sup>[5]</sup>。我国现行刑法在总则第一百零一条亦有类似规定<sup>[6]</sup>。

### 四、第49条第二款的法律适用方法

#### (一) 对该款正面解释体现了“重法优于轻法”的规则

第49条第二款中“当条”指的是分则的具体规定。本款的含义为若行为人的犯罪行为构成两种及两种以上罪名,则按照各条规定的刑事责任分别计算刑罚,并以其中最重的刑罚对行为人进行处罚。

从现代法学的视角出发,本款主要调整法条竞合中的交叉竞合的情况。当数条分则具体条文的构成要件之外延有一部分相互重合时,适用“重法优

于轻法”的法条竞合规则。<sup>[7]</sup>

对于本款,疏议共举两例来进行解释。

第一个例子首先引用诈伪律第380条,该条规定用欺诈的方式脱离工、乐、杂户以免除徭役,处两年徒刑。又提到户婚律第150条的脱口法,在行为入使一户内人口完全脱离户籍从而不负赋役的情况下,脱逃一人处一年徒刑,每增加一人刑加一等,顶格刑罚为三年徒刑。当行为人同时满足上述两条的构成要件时,要先分别计算对应的刑罚,然后进行对比,最后以相对重的刑罚作为最终处罚。由于第150条的刑事责任属于相对确定刑,因此只有在个案中才能确定适用哪一种刑事责任。如行为人以欺诈方式使六人脱离户头从而不负赋役,依380条当处徒刑两年,依150条当处顶格刑三年,由于三年徒刑重于两年徒刑,故从一重处罚,徒三年。

第二个例子首先引用诈伪律第370条,该条规定行为人以欺诈的方式增加功劳或科举名次、减少为官考察或限制年限,从而获得官位,处一年徒刑。同时提到诈伪律第373条,其规定因诈骗获官而取得的赏赐应当认定为赃物,按盗论处,顶格刑罚为三千里流刑。依名例律第53条,按盗论者,与真犯相同,因此行为人若触犯第373条即依窃盗的刑事责任确定刑种和刑期。而窃盗的刑事责任也是相对确定刑,所以如果行为人同时触犯上述罪名,只有先通过具体案件中所得赏赐的价值确定窃盗的法

[1] 崔永东:《中国法律思想史教程》,对外经济贸易大学出版社2010年版,第172页。

[2] 《唐律·断狱》规定:“诸断罪,皆须具引律令格式正文。违者,笞三十。”又“诸制、敕断罪,临时处分,不为永格者,不得引为后比,若辄引,致罪有出人者,以故失论。”;同时又规定:“诸鞠狱者,皆须依所告状鞠之,若于本状之外,别求他罪者,以故人人罪论。”

[3] 杨廷福:《唐律研究》,上海古籍出版社2012年版,第230页。

[4] 周少元:《中国近代刑法的肇端——〈钦定大清刑律〉》,商务印书馆2012年版,第175页。

[5] “本律总则于其他法令之规定有刑名者亦适用之,但有特别规定时不在此限。”

[6] “本法总则适用于其他有刑罚规定的法律,但是其他法律有特别规定的除外。”

[7] 张明楷:《刑法学》第五版,法律出版社2016年版,第465页。

律后果，随后进行比较，才能最终确定刑罚。如有人依令不得入仕，以欺诈的方式取得官职，并由此获得价值一匹一尺的赐物，那么依窃盗的刑事责任规定，当处杖刑七十次，而第 370 条为绝对确定刑，刑事责任为确定的一年徒刑，由于徒刑重于杖刑，故从一重处罚，处一年徒刑。

## （二）对该款的反面解释

首先，本款规定的是法条竞合的解决规则而不是现代法学意义上的想象竞合。尽管受限于当时的学术水平，唐律疏议中还没发展出法条竞合与想象竞合这样凝练的法律概念，但在总则条文中已经对这两种概念的外延进行了一定程度的区分。第 49 条第二款从条文到疏议都着眼于条文间的竞合而不是犯罪的竞合，同时，从体系解释的角度出发，名例律第 45 条更加贴合想象竞合的外延。第 45 条其中一款对“一事分为两罪”的罪名和法律后果进行了具体规定。疏议的举例为若行为人以价值五匹的私马换取价值十匹的官家马，则其换取的价值和获取的利润触犯两个罪名，需要分别论处，由于分别论处的罪刑相同，所以累计其犯罪所得按窃盗论，处一年半徒刑。从疏议的编排也可以看出第 45 条更侧重于一个行为触犯数条罪名的情况而非法条外延的交叉。

根据对第 49 条第一款的论述，无论是第 49 条的第一款还是第二款，都只调整唐律中所有法条竞合状态的一部分。第二款中只提到“当条”，并没有提及名例律的相关字样，在疏议中引用的例子都限于分则条文之间的冲突，唐律中对此条的直接引用也全部来自分则条文。因此，根据文义解释与体系解释，本款主要针对分则与分则条文的法条竞合状态。

第 49 条第一款的规定被前文总结为“特别法优于一般法”的法条竞合解决规则，这里的“优于”可以理解为特别法取代一般法在个案中直接适用，一般法在具体案件中自始至终都不发生法律效力。而第二款虽然被总结为“重法优于轻法”的法条竞合解决规则，但这里“优于”的含义与上文完全不同。此处的“优于”仅指重的法律后果取代轻的法律后果作为罪犯最终的刑事责任。在整个具体案件裁判的过程中，构成交叉关系的数条分则条文始终都发生效力，并不存在一条特定条文取代其他所有条文单独适用的情况。原因有如下两点：首先，唐律中有大量罪名的法定刑为相对确定刑，这就意味着“所为重者从重”的法律后果必须先根据行为人犯案的具体情形（如财产犯罪中的赃物价值或人身犯罪的

伤害程度）对每一项具有交叉关系的条文一一进行涵摄，分别计算具体刑罚，然后相互比较，最终选择最重的刑罚作为实际执行的处罚，换言之，倘若脱离了个案，“重法优于轻法”的规则就无从适用；其次，罪犯只承担最重的刑罚并不意味着他只用承担这个最重的刑罚所对应的罪名，而是承担其基于一个行为所触犯的所有罪名，这是唐代司法主官在司法文书中必须写明的，由此推知，有交叉关系的数条分则条文必然是同时产生法律效力。

从罪数形态的角度来说，适用本款进行裁判所得出的结论，应当是罪犯仅犯一罪而不是由于触犯数个条文而定为数罪。从名例律第 45 条关于“二罪俱发”的规定可以得知，唐律编纂者对罪数形态已经有了一定的认识，因此一罪与数罪的区分应当是当时的立法者有意为之。无论是第 49 条第二款在疏议中的所举的案例，还是该款在分则中的实际运用，都体现出分则法条竞合的构成要件是行为人的一个犯罪行为同时触犯了数项罪名。而在第 45 条的疏议中，行为人甲作为九品官盗窃价值五匹的绢，私藏弓弩一张，且过失折断他人两肢，以数个犯罪行为触犯数个罪名，认定为“二罪以上俱发”，刑事责任以重者论。虽然在分则法条竞合的情况下，其法律后果的确定规则与数罪并罚的确定规则基本一致（即从一重处罚），但一罪与数罪断不可混为一谈。首先，唐律中数罪的构成要件为（1）行为人实施了两次及两次以上的犯罪行为；（2）数次犯罪的时间应当在已知的犯罪行为被告发前<sup>[1]</sup>。这与分则法条竞合的构成要件“一个犯罪行为触犯多个罪名”截然不同。名例律第 45 条规定，对于犯数罪者，裁判文书必须“具条其状”，充分陈述犯人罪状，这意味罪犯必须受到数种不同的否定性评价，“以彰罪多”，与一罪犯相区别。其次，数罪并罚的罪犯并不和一罪犯享受同样的赦免权利，即逢皇家恩赦也不得免。

## （三）该款的实际运用

第 49 条第二款的内容不仅仅在名例律中有体现，在各分则具体条文中也被大量引用。唐律疏议分则中直接引用本款进行法律解释的共有七条，分别是：第

[1] 李东光：《〈唐律疏议〉中的〈名例律〉与我国现行刑法总则的比较》，吉林大学 2005 年硕士学位论文，第 45 页。

116条“上书奏事误”条、第154条“私人道”条、第285条“恐吓取人财物”条、第292条“略人略卖人”条、第334条“殴詈夫期亲尊长”条、第336条“斗殴误杀伤傍人”条、第376条“诈除去死免官户奴婢”条。现以第116条和第285条为例详述。

第116条规定有司官员若上呈文书有误,则根据其所递交的机关分处笞刑或杖刑,若文书错漏导致严重损失,罪加三等。其疏议进一步对司法裁判中文书出现错误的情形进行了具体解释,当裁判文书有误导致应当入罪者出罪或应当出罪者入罪,并且刑罚已实际执行或罪犯已经释放的,并不能直接适用罪加三等的规定,而应当同时适用第487条司法人员过失出入罪的规定。根据第487条,法官过失入罪比照故意入罪之刑减三等处罚,法官过失出罪比照故意出罪之刑减五等处罚。由于上述两条都规定的是相对确定刑,所以仅凭法律规则并不能直接确定刑事责任,只有在个案中找到答案。设若罪犯张三盗窃获得价值一尺的财物,依贼盗律当处六十次杖刑,而法官李四由于错写裁判文书,判处张三一百次杖刑并已实际执行,那么李四由于过失入罪所应承担的刑事责任为一百杖减六十杖再减刑三等,即十次笞刑。但是依据第116条,该裁判文书上呈至一般机关且造成重大影响,李四应当处三十次笞刑且刑加三等,即六十次杖刑。由于杖刑重于笞刑,所以李四最终实际承担的刑事责任为杖刑六十次。

第285条规定,以恐吓的方式逼迫他人从而取得财物的,按照窃盗的法定刑加一等论处,同时疏议中设问“如果监临者以恐吓方式夺取其部财物,如何处罚?”,根据名例律第54条“称监临主守”条,所谓监临者是指行政机关的主要负责人或具体案件的法官,而其“统摄案验”之部就是行政机关的下属或具体案件的当事人。在这种情况下,疏议的回答是不能直接从一般人之法,而应当同时适用“强乞”之规定,按照职制律第138条关于受财枉法的法律后果计算刑罚,接着进行比较,最后决定实际刑罚。这与116条面临的法条竞合冲突相同,都是在个案中才能确定何者的法律责任得以最终适用。

第116条中所举的例子是简单的交叉重合情形,但如果行为人有数个犯罪行为且又涉及分则法条竞合问题,其罪数形态和刑事责任应当如何确定呢?设若罪犯张三盗窃价值五匹的财物,依律本当处徒刑一年,法官李四以入罪至徒刑三年持续威吓,迫使张三向其陆续行贿,赃物总计价值一尺一匹,然李四仍不满足,最终还是判处张三三年徒刑,并实

际执行。本案中,李四有以故意入罪相恐吓和实际故意入罪这两个犯罪行为。针对第一个犯罪行为,依第285条规定,李四以恐吓方式所得赃物价值一尺一匹,按照准盗论加一等计算,当处八十次杖刑;而依第138条规定,法官受财枉法,取得财物价值一尺一匹,当处徒刑一年,所以针对此行为的最终科刑为徒刑一年。而对于第二个行为,依照第487条故意入罪的规定,从轻入重,以重刑与轻刑的差额论处,即以三年徒刑减去一年徒刑,李四当徒两年。这时我们可以确定李四的罪数是两罪,但罪刑几何呢?依据名例律第45条,数罪的情形下“以重者论”,故李四最终会被判处徒刑两年。

#### (四)对该款的评价

该款规定充分体现了唐代立法者对罪数形态的理解,反映了对想象竞合和法条竞合的基本认识,显示出统治阶级高超的立法水平。具体来说,该款在刑事责任上从一重处罚,避免罪犯因为一个犯罪行为而承担重复的法律后果,但在罪名层面同时适用所有相关分则条文,于裁判文书中一一罗列罪状,以期充分、全面,且不重复地对罪犯进行否定性评价。这样做的优势可以归纳为以下三点:

第一,有利于抚平被害人内心由犯罪行为造成的精神创伤,从而减少私自复仇的可能性,维护封建统治秩序。如前例中的法官李四以故意入罪恐吓张三就侵害了两种法益,从而必然导致张三内心对司法权威的信赖程度降低,且对自身合法财产能够受到保护的确信产生动摇。如果司法机关只承认“故出入”的罪名或只承认“以恐吓取财物”的罪名,都是无法完全慰藉被害人的负面心理情绪的。

第二,有利于一般民众了解学习刑法规范。《唐律疏议》条文共502条,其十二篇内容涵盖唐代社会的方方面面,语言凝练,包含大量法律术语,各条文划分明晰,相互呼应配合,逻辑精细缜密,对于普通民众而言自然是晦涩难解的。但是,要想唐律在生活中发挥实际效果,百姓对法律的基本认识又是必不可少的,基于这一点,个案判决的教育意义就凸显出来了。裁判文书是对整个唐律最微观地解读,最易于老百姓消化吸收,因此它在发挥刑法一般预防的作用的过程中势必会起到关键效果<sup>[1]</sup>。如前例中司法机关若只判处李四“故出入”

[1] 张明楷:《明确性原则在刑事司法中的贯彻》,载《吉林大学社会科学学报》2015年第4期,第28页。

的罪名，很有可能引起群众对监临者以恐吓方式获取财物之不法性的误读。

第三，有利于对封建儒家伦理的强调和皇室权威的彰显。唐律作为一部由地主阶级编纂的法律，其核心就是运用儒家纲常巩固皇权的至尊地位，从而维护整个地主阶级的利益。因此，唐律保护的法益要通过对个案的不法内容进行全面充分地评价才能展现，任何错漏偏废都是对当时封建秩序的破坏。

## 五、第 49 条第三款的法律适用方法

### （一）对该款的正面解释

第 49 条第三款中的“本”意指犯罪客观事实，而与“本”进行比较的是行为人的主观认识。因此，本款的内容为：若行为人的犯罪客观事实较其主观认识的刑事责任重，则依其主观认识进行裁判；若犯罪客观事实较主观认识轻，则依客观事实进行裁判。由此可见，本款主要规制现代刑法理论中事实认识错误问题的对象错误部分。疏议共举出四例进一步作出了阐释。

针对客观事实重于主观认识，第一个例子假设有一对叔侄在异地生活，偶然相遇，侄子将叔叔打伤，但侄子自始不知道被害人是其叔叔，在这种情况下，疏议主张依照一般斗法。若依其客观事实科刑，按照斗讼律第 328 条“殴兄姊”条，叔父是侄子的齐衰亲，以卑犯尊，比照伤害兄弟姊妹加一等处罚。但由于侄子没有伤害尊亲属的犯罪故意，故只按斗讼律的一般规定<sup>[1]</sup>加以处罚。

第二个例子假设贼人盗得御用祭祀用品但不知赃物的性质，疏议规定以一般窃盗裁判。按照第 270 条“盗大祀神御物”条，行为人盗窃御用祭祀用品无论赃物价值几何，一般一律处两千五百里流刑，但由于行为人只有盗窃一般财物之犯罪故意，所以应当按照一般窃盗基于赃物价值量刑。需要注意的是，窃盗的顶格刑为加役流，重于流两千五百里，这也就意味着，如果行为人盗取的大祀神御物之价值超过三十五匹<sup>[2]</sup>，此时依其犯罪客观事实进行裁判的法律后果反而轻于依主观认识裁判的法律后果，应当适用本款后半句，依据犯罪事实进行裁判，处流刑两千五百里。疏议此处未基于赃物价值分类讨论，而一概认为依一般窃盗论处，窃以为有所疏漏。

第三和第四个例子可以一并说明，即行为人殴打被害人，但自始不知道被害人身份为其子或为其奴，此时应当依照行为客观事实即以尊犯卑从轻论处或不

予定罪<sup>[3]</sup>，而不是依斗讼律的一般规定治罪。

### （二）对该款的反面解释

现代刑法理论针对事实认识错误问题的分类除对象错误外，还包括法律认识错误、打击错误和因果联系的认识错误，对于这三类，唐律的其他条文都有所体现。

所谓打击错误就是行为人实际侵犯对象与主观认识对象之差异是由手段或技术的不足引起的<sup>[4]</sup>。对于打击错误的处理，第 336 条“斗殴误杀傍人”条是其典型体现。该条规定斗殴误杀伤人，不从误杀或过失杀，而从斗杀伤法。其疏议假设甲持凶器欲击乙，而误中丙身，这种情况下由于甲本就怀有伤害他人人身的犯罪故意，故基于类似现代刑法抽象附和论的观点，疏议规定依斗杀伤法裁判。

因果联系的认识错误是指行为人所设想的因果关系与实际发生之因果关系不同的情形。第 307 条“保辜”条是唐代立法者重视因果关系的有效例证。该条规定行为人殴伤被害人后，若被害人伤势不明确，则由行为人在法定期限内照料。如被害人在期限内死亡，则以杀人论处；如在期限外死亡或在期限内因其他原因死亡，则以殴伤人论处。疏议对“他故”做了进一步说明：若被害人由于风从头顶入而死，且头顶正是来源于行为人的殴击，那么尽管此处构成了因果联系的认识错误，也不能认定为“他故”，不能阻却杀人罪的成立；若被害人由于殴击而瞎眼，并因瞎眼导致死亡，由于瞎眼与死亡不具有相当的因果关系，因此可以阻却杀人的故意。

法律认识错误指的是行为人对其行为是否触犯法律的误解。唐代立法者的观点与现代刑法理论基本一致，即不承认“不知者无罪”。第 378 条“诈教诱人犯法”条规定，他人引诱、教唆、怂恿行为人进行犯罪活动，即使行为人由于自身知识水平不

[1] 即斗讼律 302-306 条：斗殴以手足他物伤、斗殴折齿毁耳鼻、兵刃斫射人、殴人折跌支体瞎目、斗殴杀人五条。

[2] 第 282 条：“诸窃盗，……五疋徒一年，五疋加一等，五十疋加役流。”

[3] 即第 321 条“主杀有罪奴婢”条与第 329 条“殴詈祖父母父母”条。

[4] 黄荣坚：《基础刑法学》，元照出版有限公司 2000 年版，第 457 页。

足,不能认识到自己行为的违法性,也要与教唆者、引诱者承担相同的刑事责任。由此可以看出,在当时不知法并不能阻却罪名成立。

而在对象错误中,其具体情形又可分为两类,第49条第三款主要调整主观认识对象与客观事实对象分别属于不同罪名或虽属同一罪名,但量刑不同的情形,除此之外还有对象不同但符合的构成要件相同的情形。

对于对象不同但符合的构成要件相同之情形,唐律无明确规定,但在唐代编纂的《周礼注疏》中关于“不识”有这样的假设:行为人欲杀害仇人甲,见甲弟乙,误认为是甲,遂错杀乙,此为不识。按照现代的法定附和论和抽象附和论都应当认定行为人故意杀人既遂,但本案例记录与《周礼》的“三宥”规定中,且《周礼》在唐代极受推崇<sup>[1]</sup>,因此在这种情形下唐律有具体附和论的倾向,不会直接判处行为人故意杀人罪名,至少会比照故意杀人罪名有所宽赦。

### (三) 该款的实际运用

49条第三款不仅在名例律中有明确规定,在各分则条文中也被疏议直接引用,如第207条“畜产抵蹋啮人”条,第372条“诈称官捕人”条和第393条“向城官私宅射”条。

“诈称官捕人”条中设问:若一人不应被逮捕,行为人诈称自己是官家抓捕人员,故前者因抗拒抓捕而杀伤后者,应当如何问罪?在本案中,前人在主观层面认为后者的身份是官差,其抗拒抓捕而殴打官差,基于此应当依照第312条“殴制使府主刺史县令”条定罪,其顶格刑可至斩刑;但在客观事实层面,前人殴击的只是一个一般身份的人,故只需按照“斗杀伤”论处,其顶格刑为绞刑,较斩刑轻,因此最终从斗杀伤论。

“向城官私宅射”条中规定,行为人向城中或宅中故意射箭或抛射瓦石导致人身损害,不论行为人与被害人之间有何种身份关系(如亲属、主奴关系),均按一般斗杀伤法论罪,且顶格刑为加役流。若行为人向非其亲长或贵族住宅射箭或抛击,也从第49条第三款,按斗杀伤凡人计算。在本条中,行为人的故意是拟制的故意,即所谓“向人室户道径射”不能被认为是“过,失之禁”<sup>[2]</sup>。同时,向非尊长贵住宅投射,也被拟制为只有杀伤一般人而不是杀伤尊贵者的故意,这些法律拟制技术在现代也颇为常见<sup>[3]</sup>。由此,行为人可不从第329条“殴詈祖父母父母”条科刑。

上述两例均为认识对象与事实对象分别属于不同罪名的情况,而认识与事实对象均属一个罪名,但量刑相异的情形唐律也有所体现。如第410条“凡奸”条的规定即体现出行为人的量刑与被害人的身份息息相关<sup>[4]</sup>。若行为人以为被害人为“无夫者”,实际上被害人为“有夫者”,抑或是反之,那么行为人就同一罪名下存在对象错误,可以按轻罪处罚。

在第49条第三款的规定中,并未对“犯时不知”作出详细清晰的定义。参酌《龙筋凤髓判》的两个案例,可以得知唐代司法实践中对不知的理解是“不知且不应知”。

第一个案例中贺敬盗取茵席三十件,他主张茵席部分未进,不应当被认定是盗窃御物,法官认为凡拟进皇室之物即为御物,不需要实际进献,故不能按照一般窃盗裁判。作为皇宫物品管理人员,贺敬主张自己认为拟进献的草席不算御物,但法官认为以贺敬的工作身份,不应当不知道这一批草席的性质,故虽然从贺敬自己的主张来看构成了对象错误,但这种错误可以轻易避免,误解的责任完全可以归咎于贺敬自身,所以不构成“不知且不应知”,不能适用第49条第三款。

第二个案例中府史杜元负责制造金釜一套,他盗取了其中一枚玉铸为酒器,法官裁判其盗取御物,他不服裁判,主张该玉石尚未进献,应当认定玉石为常物。复审法官同样基于其特殊身份认为杜元有义务认识到该玉石的性质,遂不适用第49条第三款依凡盗法处罚。

第207条“畜产抵蹋啮人”条的疏议中虽然直接使用了与第49条第三款后半句相同的文本,但第207条的规范内容与第49条第三款后半句的构

[1] 如褚无量言:“《周礼》者,周公致太平之书,先圣极由衷之典,法天地而行教化,辨方位而叙人伦。其义可以幽赞神明,其文可以经纬邦国,备物致用,其可忽乎!”并且《周礼》的诸多规定已经融入《唐律疏议》之中。因此可以想见《周礼》“三宥”之规定,应是唐代法律界之共识。关于褚无量参见《旧唐书·褚无量传》第一百二卷。

[2] 《晋书·刑法志》。

[3] 高铭暄、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社2007年版,第120页。

[4] “诸奸者,徒一年半;有夫者,徒二年。部曲、杂户、官户奸良人者,各加一等。即奸官私婢者,杖九十;奴奸婢,亦同。”

成要件有较大差异。第 207 条规定，对于有攻击性的牲畜及烈性犬，主人没有依令对其作出合理标识，并因此导致他人遭受动物攻击至伤或死，按过失杀人论处，并允许赎刑。其赎刑金额不因被害人身份之尊贵而提高，一律视为一般身份。疏议在其后规定“本应轻者，听从本”，与第 49 条第三款后半句文本一致，但笔者认为此处并不是在引用第 49 条<sup>[1]</sup>，理由有如下两点：

第 372 条和第 393 条的疏议在引用第 49 条第三款后半句时，都有明确表示自名例律引证本条的字样。第 372 条为“……《名例》云：本应轻者……”，第 393 条为“……即依《名例律》：本应重……”。但第 207 条并没有表示引用的文本。

本条主要调整家养动物致人身损害的情形，从事实上来看，致害动物不存在意志，致害动物的主人自始对被害人缺乏主观认识，且唐律也未在此种情形下拟制主人具有何种主观状态，故主人不存在对象错误的认识，而第 49 条第三款的适用前提是行为人具有对象错误，故在此无法适用。

第 207 条“本应轻者，听从本”之意旨，结合上文可以理解为：若致害动物之主人较被害人身份更加尊贵，如尊亲属，则其赎刑额度可以依法减少，而不受前文“一律视为一般身份”的限制。

#### （四）对该款的评价

从唐律对“认识错误”的理解水平中，可以窥知唐代统治者的立法水平，其基础刑法理论对今人而言还有许多值得借鉴之处。但同时我们也不难发现，唐律对“认识错误”的理论建构还停留在个案枚举罗列的水平，其认识的抽象程度不高，没有形成凝练精确的法律概念，也远不及唐律对故意与过失之认识的精深程度。

## 六、结语

唐律疏议第 49 条第一款、第二款既包括“特别法优于一般法”和专门适用于刑法的“重法优于轻法”的法条竞合规则，也体现出这种规则的适用次序，即以总则优于分则为原则，当分则有特别规定时，

适用特别法优于一般法，分则与分则冲突时，重法优于轻法适用。上述规则与当代刑法理论几无二致，充分体现出唐代高超的立法水平，但唐代过于注重实在法文本的编纂，缺乏对律学教材的编写，使今人难睹有唐以来刑法理论的全貌，实乃一大憾事。

社会生活的不断发展与分化势必推动法制不断细化，即使是在一千三百多年以前的唐代，也没有一个社会层面能做到只依赖一项笼统的规定就得以有效运转。因此，不断扩张的法制必然会导致其内部规定的交叉，对这种交叉进行取舍正是法条竞合规则存在的必然性。在唐律总则中，法条竞合规则尚且有明确的、科学的规定，可时至今日，当代刑法面对社会生活翻天覆地的变化却没有在法条竞合的问题上作出正面回应。这种成文法上的缺陷必须得到尽快填补。

唐律第 49 条第三款以及与之相关的其他法条都彰显了唐律认识错误理论的精细程度，但其在法律概念上的不统一，内涵的不确定是当代立法需要杜绝的立法失误。如针对认识错误有“误”“错误”“不知”“不识”等多种描述。也许正如仁井田陞先生所言“在中国古代的刑法用语中，有些不能以今天的刑法词语清楚的说明，古代刑法用语究竟在什么意义上使用，还是有必要尽可能地加以研讨。”<sup>[2]</sup>

总体而言，第 49 条不仅在文本层面规定得颇为凝练，而且在疏议部分和分则条文也充分结合事例明确自身的适用要旨。这既体现了立法者尽管身居庙堂也有着不俗的理论水平，也反映出司法实践对实在法的皈依程度，换言之，没有实际裁判活动对唐律的严格遵循，第 49 条所涉及之问题也就不会被立法者重视，从而进行制度上的重构。由此看来，韦伯对中国古代司法属于“卡迪司法”之论断是站不住脚的，中国司法是讲逻辑，依法制的。

虽然唐律在法律方法上着墨不多，其广度和深度都远不及现代法学方法论，但仅就第 49 条所涉及的法条竞合问题和认识错误问题而言，唐律的观点不仅与现代理论高度相似，而且超越现代立法实践，率先将这两种法律适用方法编入实在法的总则中，体现了莫大的智慧与勇气。

[1] 相同之意见请参见戴炎辉：《唐律通论》，国立编译馆 1977 年版，第 450 页。

[2] [日]仁井田陞：《唐律的通例性规定及其来源》，法律出版社 1992 年出版，第 182 页。