

# 唐律误杀考

刘晓林<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**唐律中的误杀指行为人因其主观认识与客观情况不符而造成他人死亡的行为。误作为一种非故意而予以宽宥的形态在唐以前已非常固定，在唐代及后世文献的记载中没有实质变化。《唐律疏议》中误共出现190次，涉及到46条律文，其含义均涉及行为人的主观心态及责任形式。唐律中的误杀可分为起因于劫囚、窃囚、盗、斗殴、谋杀，以及疏忽大意所致的误杀六类。全面解析律文所列的具体误杀行为与刑罚的对应关系是研究唐律误杀的关键。

**关键词：**唐律疏议 误杀 罪刑关系

---

与现代刑法理论中的错误理论不同，在中国古代，行为人因某种行为而产生出其未认识到的结果，即主观认识与客观实际存在偏差而造成危害结果的主观心态被称为“误”。“误”作为一种固定的责任形式始终在中国古代刑律中沿用。唐律将因误而致的杀人罪称“误杀”，特指因行为人为一定行为（合法行为或犯罪行为）时，因对行为的实际情况与法律意义产生了与客观实际不符的认识，而造成他人死亡的结果。

误杀在古代的杀伤罪中占很大的比重，但目前国内外学界对中国古代刑律尤其是唐律中误杀的系统研究成果并不多，<sup>〔1〕</sup>而且其中的有些方法与观点，仍有进一步探讨的必要。<sup>〔2〕</sup>因此，本文在前辈学者相关研究的基础上，拟从含义与渊源、律文表述、罪刑关系三方面，对唐律中的误杀试作较系统的探讨。

## 一、唐律误杀之含义与渊源

唐律误杀的渊源可追溯至汉代以前。“误”作为一种非故意而予以宽宥的主观状态与责任形式，在西周时期的《周礼》中就有记载，而东汉郑玄为之作注时，即使用了误杀人的事例予以说

---

<sup>\*</sup> 甘肃政法学院副教授。

〔1〕 笔者所见直接以误杀为对象的研究成果仅有日本学者中村正人所撰《清律误杀初考》，载杨一凡总主编、〔日〕寺田浩明主编：《中国法制史考证》（丙编第4卷），中国社会科学出版社2003年版。另有韩国学者韩相敦在其博士论文中对唐、明、清律中的误杀有所涉及，见〔韩〕韩相敦：《传统社会杀伤罪研究》，辽宁民族出版社1996年版。

〔2〕 如套用现行刑法中的错误论解释误杀是否可行，将误杀定义为因斗殴误杀旁人、将误杀与过失杀等同视之是否恰当等，皆是需要深入探讨的问题。

明。《周礼·秋官·司刺》载：“一宥曰不识，二宥曰过失，三宥曰遗忘。”郑玄注曰：“不识，谓愚民无所识，则宥之。……元谓识，审也。不审，今若仇雠当报甲见乙，诚以为甲而杀之者。”《说文解字》载：“识，知也。”“不识”或“不审”即主观认识与客观实际不一致，并且行为人为“不知”这种不一致的情况，误认为一致。其中便包含了后世刑律中“误”的因素。但郑玄所举的事例仅是“误”的一种具体情况，〔3〕不能以偏概全地以之对“误”予以定义。〔4〕

误杀作为具体的罪名，据清末沈家本推测在汉律中已经出现。沈家本在《汉律摭遗》中说：“按汉律，既有故、误之分，则杀伤亦当有之。贼杀人出于有心，即《唐律》之故杀。康成注谓报甲杀乙，即《唐律》之误杀也。或古人文字简质，故、误但有通例，各条中未尝分析言之。如矫制之误，尚书不知，而郭躬申明之也。据康成此注，而参以郭躬之语，则《汉律》之有误杀，可以互相印证矣。”〔5〕沈氏所谓“郭躬之语”即：“法令有故误、传命之谬。于事为误，误者，其文则轻。”〔6〕但沈家本关于汉律中“误杀”的看法仅是依据其占有材料的一种推断。时至今日，出土的竹简秦汉律中，仍未见到关于“误杀”的直接记载。

我们可以沿着沈氏的思路，对相关材料予以进一步归纳。《后汉书》中还可见到“误”作为行为人主观状态与责任形式的其他记载。如载钟离意事迹：“时，诏赐降胡子缣，尚书案事，误以十为百。帝见司农上簿，大怒，召郎，将笞之。意因入叩头曰：‘过误之失，常人所容。若以懈慢为愆，则臣位大，罪重，郎位小，罪轻。笞皆在臣，臣当先坐。’乃解衣就格。帝意解，使复冠而贯郎。”〔7〕“以十为百”是“误”，其含义与郑玄为《周礼》所做的注释是一致的，即行为人对主观上对自己所实施行为的事实情况和法律意义的认识与实际不符，但不符的结果不是故意造成的。张家山汉律中也可见到“误”作为主观状态与责任形式的记载。《张家山汉墓竹简·二年律令·贼律》载：“诸上书及有言也而漫，完为城旦舂。其误不审，罚金四两。”〔8〕其中的“误”即是主观认识与客观实际不相符合的情况。〔9〕

对于“误”作为主观状态与责任形式的系统诠释，始自张斐所作的《晋律注》。张斐认为：“其知而犯之谓之故，意以为然谓之失。……不意误犯谓之过失。……向人室庐道径射，不得为过，失之禁也。都城人众中走马杀人，当为贼，贼之似也。过失似贼，戏似斗，斗而杀伤傍人，又似误。……如此之比，皆为无常之格也。”〔10〕通过界定“故”的含义，张斐将行为人非出于故

〔3〕以现代刑法理论观之，“仇雠当报甲见乙，诚以为甲而杀之”属于“具体的事实认识错误”中的“对象错误”，即行为人在故意杀人罪的犯罪构成范围内，仅发生了具体犯罪对象的认识错误。参见张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第248页。

〔4〕后世学者有将唐律中的“误杀”定义为“因斗殴而误杀旁人”，这也许是受到了郑玄所作注疏的影响。如陈顾远：“误杀伤，谓斗殴而误杀伤旁人者。譬如甲与乙斗，甲欲用刃杖击乙，误而中丙，或死或伤之类是。”陈顾远：《中国法制史》，中国书店1988年版，第302页。又如《北京大学法学百科全书》释：“《唐律疏议·贼盗律》与《斗讼律》……误杀。因斗殴而误杀旁人。”北京大学出版社2000年版，第495页。

〔5〕（清）沈家本：《历代刑法考》，中华书局1985年版。但沈家本对于唐律“误杀”即“报甲杀乙”的观点仍是值得商榷的。具体犯罪对象的错误仅是唐律误杀的一种具体表现形式，唐律误杀的具体内容后文详述。

〔6〕《后汉书·郭陈列传》

〔7〕同上书，《第五钟离宋寒列传》。

〔8〕张家山二四七号汉墓竹简整理小组：《张家山汉墓竹简〔二四七号墓〕》（释文修订本），文物出版社2006年版，第9页。

〔9〕张家山汉墓竹简整理小组将“误”注释为“偶然”。同上，第10页。许道胜认为“误乃指一种过失行为，非指偶然”。见许道胜：《张家山汉简〈二年律令·贼律〉补释》，《江汉考古》2004年第4期。许说较之整理小组的注释，应当是更接近原意的，但仍有值得进一步推敲的余地。若将“误”与“不审”连起来讲，可指一种近似于现代法中“过失”心态所实施的行为，若单独考察“误”，则其仅表示一种主观心态。结合《后汉书·郭躬传》与《晋律注》的相关内容，更能证明这一推论。

〔10〕《晋书·刑法志》

意而造成损害结果的心态分为“失”与“过失”两种。“失”即“意以为然”，表示行为人对自己的行为有一定认识，但认识的内容并不确切，而是以非为是或以是为非。<sup>〔11〕</sup>这种认识不确切的原因以现代刑法理论分析应当是疏忽大意或过于自信。

张斐用“失”替代汉律中的“误”大致出于两方面的考虑：首先，是为了突出“失”与“过失”的差异，“失”所表达的含义是行为人对其行为的法律意义、结果等方面有所认识（只是行为人的这种认识与客观实际不符），而“过失”所表达的含义是行为人对其行为的法律意义、结果等方面没有认识（是否应当有认识、无认识的原因并不考虑）。失与过失的差异即是“意”与“不意”的差异，“意”即行为人主观的认识，“不意”即没有认识；其次，张斐将“过失”解释为“不意误犯”。若再用“误”表达另一种主观心态与责任形式，不可避免的会带来一些措辞上的混乱。“失”与“过失”明确的划分是律学发展的一个重要里程碑，表明了“法律解释由宏观的定性研究向微观的定量研究的转变”，“对于中国古代刑法史的发展来说，无疑是一个长足的进步”。<sup>〔12〕</sup>

《唐律疏议》中对于“误”的注释，显然直接来自于张斐所作的《晋律注》。<sup>〔13〕</sup>而“误”作为主观状态与责任形式，其含义在唐及后世其他文献的记载中也无实质的变化。《太平御览》载：“……使羿射雀左目，羿引弓射之，误中右目。羿俯首而愧，终身不忘。”<sup>〔14〕</sup>又载：“渭水可涉，又过潼关，散卒误以为贼，与之战，士众多伤。”<sup>〔15〕</sup>误以左目为右目、误以为贼均属于具体对象的错误。但行为人在其行为发生实际的结果之前，并不知道其主观认识与客观实际不一致，这种主、客观不一致的情况，行为人在行为结果发生后才予以认识，这与唐以前“误”作为主观状态与责任形式的含义是一致的。

## 二、《唐律疏议》中的误与误杀

依字面检索，《唐律疏议》中误共出现190次，涉及到46条律文。其中，《名例》中涉及到4条律文，《卫禁》、《职制》、《厩库》、《擅兴》、《贼盗》、《斗讼》、《杂律》、《断狱》等8篇中涉及到42条律文。《唐律疏议》文本中所出现的误含义均可概括为行为人主观认识与客观实际不相符的情况。<sup>〔16〕</sup>而将“误”与其前后律文联系考察，则发现在基本含义一致的前提下，它表达了两方面的含义：

一是指主观认识与客观实际不符，但这种主观状态非指犯罪行为人。这类误出现较少，仅涉

〔11〕 张斐将“失”注解为“意以为然”。对此，前辈学者宁汉林、魏克家认为“意”是“臆”的省笔和借字，含有臆测、臆断等义。臆测或臆断，有与客观实际不符的，也有与客观实际相符的。与客观实际不符的判断称之为错误，与客观实际相符的判断称之为正确。臆断与实际不符而自认为相符，“意以为然”而实际不然，这就称之为“失”。失是误，也就是刑法上的错误。见宁汉林、魏克家：《中国刑法简史》，中国检察出版社1999年版，第119页。

〔12〕 参见蒋集耀：《中国古代魏晋律学研究》、穆宇：《张斐法律思想述评》，载何勤华编：《律学考》，商务印书馆2004年版，第95页，第148页。

〔13〕 日本学者中田熏认为《唐律疏议》不论在注释内容还是注释体例方面，均有模仿张斐《晋律注》的痕迹。“永徽四年，长孙无忌等十九人奉敕编纂了‘律疏’，因在晋张斐、杜预以后再未出现过撰写律令注解书的事例，因此，可以推知‘律疏’是直接模仿了张、杜的律令注解书。”〔日〕中田熏：《论支那律令法系的发达——兼论汉唐间的律学》，何勤华译，载前引〔12〕，何勤华编书，第83页。

〔14〕 《太平御览》卷八十二《皇王部七·有穷后羿》。

〔15〕 同上书，卷一百一十二《皇王部三十七·肃宗宣皇帝》。

〔16〕 这种词义表述高度一致的情况在唐律中是极为少见的。唐律中其他表示犯罪主观状态的词汇如谋、故、过失等，在《唐律疏议》中均表达了多层含义；唐律中其他具有典型意义的固定词汇如赃、刑、恶、以、准等也未见单一表意的情况。

及《名例》序疏、《贼盗》“夜无故入人家”条（269）、《杂律》“施机枪作坑阱”条（394）、《杂律》“官廨仓库失火”条（431）、《杂律》“水火损毁征偿”条（434）等5条律文，其中“误”出现5次。其具体含义如《名例》序疏所载：“不有解释，触涂睽误”。其中“误”表示对法律认识的不正确，整句表达的是没有法律注疏、解释则会造成抵触、误解法律的情况，强调法律解释的重要性。又如《贼盗》“夜无故入人家”条（269）、《杂律》“施机枪作坑阱”条（394）两条律文中的“误”皆指侵害对象主观认识与客观实际不符的状态，即夜误入人家而遭杀伤、误识标识而入坑阱。

二是特指犯罪行为主观认识与客观实际不符的主观状态及责任形式。《唐律疏议》中的“误”做此种含义时，又分两种具体情况：误杀犯罪中行为人的主观状态、其他误犯罪中行为人的主观状态。《唐律疏议》中关于“误杀”的律文表述情况详见下表：

本 条	行 为	“误”出现频次
《厩库》“故杀官私马牛”条(203)	误杀官私马牛	4
《厩库》“杀总麻亲马牛”条(205)	误杀总麻以上亲畜产	2
《擅兴》“功力采取不任用”条(244)	造作、毁坏中备虑不谨而误杀人	2
《贼盗》“劫囚”条(257)	父祖、子孙见被囚禁，而欲劫取，乃误杀伤祖孙	5
《贼盗》“盗总麻小功亲财物”条(287)	盗总麻、小功亲财物而误杀人	7
《贼盗》“卑幼将人盗己家财”条(288)	同居卑幼将人盗己家财物误杀人	2
《斗讼》“斗殴误杀伤傍人”条(336)	斗殴而误杀人	18
《斗讼》“戏杀伤人”条(338)	为人合药，误不如本方杀人	1
《斗讼》“过失杀伤人”条(339)	不应有人之所投瓦及石误有杀伤	3
	因击禽兽，而误杀伤人	
	共捕盗贼，误杀伤旁人	
《杂律》“医合药不如方”条(395)	医为人合药误不如本方而杀人	3
《杂律》“在市人众中惊动扰乱”条(423)	在市及人众中误惊而杀伤人	2
总 计		49

唐律中的误杀包括了误杀人与误杀马牛、畜产两种情况，两种误杀的差异仅是犯罪对象的不同。误作为行为人的主观状态与责任形式，在两种犯罪中表达的含义是一致的，都表达了行为人主观认识与客观实际不符的情况。《厩库》“故杀官私马牛”条（203）疏议载：“‘误杀伤者’，谓目所不见，心所不意。”即是主观上没有认识到行为的危险性与可能造成的危害。《擅兴》“功力采取不任用”条（244）疏议载：“谓有所缮造营作及有所毁坏崩撤之类，不先备虑谨慎，而误杀人。”即是主观上认为其行为与结果不具备危害性而客观上发生了危害结果，当然这种危害性是行为人应当预见的，只是由于备虑不谨慎，未能预见。

《唐律疏议》中除“误杀”以外其他误犯罪的律文表述情况详见下表：

本 条	行 为	误出现频次
《名例》“死刑二”条(5)	误而入罪	1
《名例》“十恶”条(6)	合和御药,误不如本方及封题误	14
	若造御膳,误犯食禁	
	御幸舟船,误不牢固	
《名例》“称乘舆车驾及制敕”条(51)	合和皇太子药误不如本方	2
《卫禁》“阑入宫殿门及上合”条(59)	非故阑入宫门、殿门及御在所等	2
《卫禁》“宫殿作罢不出”条(65)	营作之所,迷误失道,错向别门	5
	于辟仗内误遗兵仗	
	误遗弩弓无箭,或遗箭无弩等	
《卫禁》“登高临宫中”条(66)	从殿中至宫门外,误行御道	4
	登高临宫、殿中有误	
《卫禁》“奉敕夜开宫殿门”条(71)	应闭忘误不下键	2
《卫禁》“向宫殿射”条(73)	于御在所误拔刀子	5
《卫禁》“车驾行冲队仗”条(74)	车驾行,误冲队、卫仗	3
《卫禁》“越州镇戍等城垣”条(81)	应闭忘误不下键	3
《职制》“合和御药有誤”条(102)	合和御药,误不如本方及封题误	7
《职制》“造御膳有誤”条(103)	造御膳,误犯食禁	1
《职制》“御幸舟船有誤”条(104)	御幸舟船,误不牢固	1
《职制》“监当主食有犯”条(107)	误将杂药至御膳所	2
《职制》“百官外膳犯食禁”条(108)	外膳误犯食禁、误筒不净	4
《职制》“受制忘誤”条(113)	受制忘誤及写制书误	5
《职制》“制书官文书误辄改定”条(114)	制书有誤,不即奏闻,辄改定	11
	官文书误,不请官司而改定	
	知誤,不奏请而行	
《职制》“上书奏事犯讳”条(115)	上书若奏事,误犯宗庙讳	6
	口誤及余文书误犯	
《职制》“上书奏事誤”条(116)	上书若奏事而誤	20
	上尚书省而誤	
	余文书誤	
《职制》“驿使不依题署”条(126)	驿使受书,不依题署,误詣他所	5
《职制》“公事应行稽留”条(132)	误不依题署及题署誤,以致稽程	3
《杂律》“弃毀亡失神御之物”条(435)	亡失、誤毀大祀神御之物、御宝、乘輿服御物及非服而御	2
《杂律》“弃毀亡失符节印”条(437)	亡失及誤毀符、节、印及门钥	2
《杂律》“弃毀亡失制书官文书”条(438)	亡失及誤毀制书及官文书	6
	誤毀失符、移、解牒	
《杂律》“私发制书官文书印封”条(439)	誤发官文书印封视书	4
《杂律》“弃毀器物稼穡”条(442)	亡失及誤毀官物	4
《杂律》“毀人碑碣石兽”条(443)	誤損毀人碑碣及石兽	2
《杂律》“停留請受军器”条(444)	亡失及誤毀伤军器	3
《杂律》“弃毀亡失官私器物”条(445)	弃毀、亡失及誤毀官私器物	3
《断狱》“官司出入人罪”条(487)	官司已承誤断讞	4
总 计		136

《唐律疏议》中对于“误杀”以外其他误犯罪的规定主要集中在《卫禁》、《职制》、《杂律》三篇中。结合律文的具体内容，可知误犯罪皆以特定的职务、身份为前提。基于此种职务与身份，行为人应当对其行为的实际影响与法律意义产生明确的认识，但由于行为人的疏忽大意，对其行为产生了与实际不符的认识，由此产生了危害结果。这便是行为人承担刑事责任的根据。

结合《唐律疏议》中误与误杀的律文表述情况，元代律学著作《吏学指南》释误为“出于非意”，<sup>〔17〕</sup>应当是对“误杀”之“误”极为精当的注解。即行为人的行为与危害结果皆不是出于其本心，不是出于其正确的认识，而是由于认识错误产生了危害结果。

### 三、唐律误杀的罪刑详情

根据行为与结果的起因，可将唐律中的误杀人分为以下6类：

#### （一）起因于劫囚的误杀

起因于劫囚的误杀主要规定于《贼盗》“劫囚”条（257）的“问答”中：

问曰：父祖、子孙见被囚禁，而欲劫取，乃误杀伤祖孙，……各合何罪？

答曰：据律：“劫囚者，流三千里；伤人及劫死囚者，绞；杀人者，皆斩。”据此律意，本为杀伤傍人。若有误杀伤被劫之囚，止得劫囚之坐；若其误杀父祖，论罪重于劫囚，既是因误而杀，须依过失之法。

律文将起因于劫囚的误杀分为两类具体行为：误杀傍（旁）人与误杀被劫之囚；误杀被劫之囚又分为误杀父祖、子孙与误杀常人，划分依据是囚犯与行劫之人的身份关系。以下具体讨论：

#### 1. 误杀旁人

律文规定：劫囚行为致旁人死亡，参与劫囚之人不分首从皆斩。此处旁人的含义需要进一步说明：

首先，旁人是指囚犯以外之人。本条律文中规定了劫囚行为致囚犯死亡与劫囚行为致旁人死亡两种情况，基于此，旁人是指囚犯以外之人。

其次，旁人不包括行劫之人。劫囚犯罪一般是共同犯罪，律文规定：“诸劫囚……杀人者，皆斩。”此处“皆”即通过律文对犯罪的科刑规则，表明了共同犯罪的可能性。按《名例》“共犯罪本罪别”条（43）：“若本条言‘皆’者，罪无首从；不言‘皆’者，依首从法。”另，元代《吏学指南》释“皆”为：“罪无首造谓之皆。凡称皆者，不以造意随从人数多寡，皆一等科断也。假如强盗杀人，罪无首从，并皆处死者是也。”<sup>〔18〕</sup>那么，若劫囚致行劫之人死亡，其余同伙是否也按“皆斩”科刑？换言之：行劫之人是否也包含在本条律文所言之“旁人”范围内？这一问题仅依据本条律文并无明确答案，但参照《斗讼》“斗殴误杀伤傍人”条（336）中关于“旁人”与“助己者”的规定，可以对“旁人”的含义有进一步的认识。《斗讼》“斗殴误杀伤傍人”条（336）载：“诸斗殴而误杀伤傍人者，以斗杀伤论；……即误杀伤助己者，各减二等。”疏议曰：“‘斗殴而误杀伤傍人者’，假如甲共乙斗，甲用刀、杖欲击乙，误中于丙，或死或伤者，以斗杀伤论。……‘即误杀伤助己者，各减二等’，假如甲与乙共殴丙，其甲误殴乙至死，减二等；伤，减二等。或僵仆压乙杀伤，减戏杀伤二等；杀乙，从戏杀减二等，总减四等，合徒二年。若压折一支，亦减四等，徒一年，是名‘各减二等’。”起因于斗殴的误杀中，旁人指与斗殴无关的第三人，共同犯罪行为中的“助己者”非“旁人”。那么可以推断，起因于劫囚的误杀中，旁人也不包括帮助行劫之人。

〔17〕〔18〕（元）徐元瑞等：《吏学指南（外三种）》，杨讷点校，浙江古籍出版社1988年版，第60页，第54页。

明确了“旁人”的含义，结合本条律文的规定可知：劫囚误杀旁人为劫囚杀人的一种具体形式，行劫之人不分首从皆斩。

## 2. 误杀被劫之囚

### (1) 被劫之囚为与行劫之人无身份关系之常人

劫囚之人与囚犯之间无特殊身份关系，仍依照劫囚本条科刑：所劫囚犯非死囚，且未造成旁人死伤，流三千里；所劫囚犯为死囚或致旁人伤害，<sup>[19]</sup>绞；致旁人死亡，不分首从皆斩。

### (2) 被劫之囚为行劫之人的父祖、子孙

父祖被囚，子孙劫取而误将父祖杀死，子孙依照过失杀父祖之法科刑。按《斗讼》“殴詈祖父母父母”条（329）：“诸詈祖父母、父母……过失杀者，流三千里。”子孙过失杀父祖科刑为流三千里，与普通劫囚的起刑点相同，但是子孙过失杀父祖而科处的流刑属于《名例》所列“五流”中的“子孙犯过失流”，<sup>[20]</sup>其与普通劫囚同处流三千里，但“不得减赎，除名、配流如法”，即是律文中所说的“若其误杀父祖，论罪重于劫囚”。

这里有一个比较复杂的问题：若父祖为死囚，子孙劫取时误将父祖杀死（未对旁人造成杀伤），究竟是依照过失杀父祖，科处流三千里，还是依照劫死囚，科处绞刑？此种情况类似于现行法中的法条竞合，即“一个行为，因法条的错综规定，符合数个法条所规定的构成要件，数个法条所规定的构成要件之间具有逻辑上的从属或交叉关系的情形”，<sup>[21]</sup>在处断上，应当从一重科刑。结合《名例》“本条别有制”条（49）：“即当条虽有罪名，所为重者自从重”所体现的立法精神，科以较重之刑，应当是符合唐律立法原意的。<sup>[22]</sup>

子孙被囚，父祖劫取时误将子孙杀死，此处的父祖误杀子孙不影响劫囚行为的定罪量刑。按《斗讼》“殴兄姊等”条（328）载：“若殴杀弟妹及兄弟之子孙、（曾、玄孙者，各依本服论。）外孙……过失杀者，各勿论。”父祖仍依照劫囚行为定罪量刑即可。

## (二) 起因于窃囚的误杀

起因于窃囚的误杀主要规定于《贼盗》“劫囚”条（257）的“问答”中。律文通过规定“起因于劫囚的误杀”，进一步讨论了“起因于窃囚的误杀”的定罪量刑问题：

问曰：……窃囚过失杀伤他人，各合何罪？

答曰：……其因窃囚过失杀伤他人者，下条云“因盗而过失杀伤他人者，以斗杀伤论。至死者，加役流”。既窃囚之事类因盗之罪，其有过失，彼此不殊，杀伤人者，亦依斗杀伤人论，应至死者从加役流坐。其有误杀伤本法轻于“窃囚未得”者，即从重科。

根据律文的规定，窃囚而误杀被窃之囚（与已有身份关系），以窃囚未得科刑，减囚犯之刑二等；但过失杀亲属科刑重于窃囚未得之刑者，以重者科刑。窃囚而误杀被窃之囚（与己无身份关系），以窃囚未得科刑，减囚犯之刑二等。

律文并未具体规定起因于窃囚的误杀具体的科刑标准，但结合本条与相关律文的内容，大致可以确定其科刑范围。

1. 量刑上限。起因于窃囚的误杀原则上以“因盗过失杀人法”科刑。按《贼盗》“因盗过失杀伤人”条（289）：“诸因盗而过失杀伤人者，以斗杀伤论，至死者加役流。”即是量刑上限为加役流。

[19] 唐律中伤之判断标准为“见血”。按《名例》“犯罪未发自首”条（37）载：“伤，谓见血为伤。”又《斗讼》“斗殴以手足他物伤”条（302）载：“‘见血为伤’，谓因殴而见血者。”

[20] 参见《名例》“应议请减（赎章）”条（11）。

[21] 陈兴良：《口授刑法学》，中国人民大学出版社2007年版，第372页。

[22] 另可参见戴炎辉博士所述唐律“二罪从重（名四九一二）”之立法理由。戴炎辉：《唐律通论》，戴东雄、黄源盛校定，元照出版公司2010年版，第423页。

2. 量刑下限。律文规定起因于窃囚的误杀在比照“因盗过失杀人法”科刑的同时，若误杀伤本法轻于“窃囚未得”者，从一重科刑。那么，起因于窃囚的误杀科刑下限为囚犯所犯最轻之监禁刑减二等所应科之刑罚与斗杀人最轻之刑罚两者中较重者。假设所窃之囚应科处最轻的监禁刑即徒一年，窃囚未得之罪在徒一年的基础上减二等，即为杖九十。唐律对斗杀人的科刑情况未有较多、较详细的列举，仅有四条律文对相关斗杀行为的科刑情况作了直接的列举，其他斗杀行为的科刑详情则通过比附论罪及轻重相举的立法技术来规定，即《名例》“断罪无正条”条（50）所规定：“诸断罪而无正条，其应出罪者，则举重以明轻；其应入罪者，则举轻以明重。”唐律斗杀科刑详情如下：斗杀子孙，徒一年半；<sup>〔23〕</sup>斗杀缌麻以上尊长，斩；<sup>〔24〕</sup>斗杀弟妹、妾，徒三年；<sup>〔25〕</sup>斗杀与己无特殊身份关系之人，绞。<sup>〔26〕</sup>据此，斗杀子孙当为斗杀人中科刑最轻之行为，结合服制亲疏，也可得出同样的结论。<sup>〔27〕</sup>那么，唐律中起因于窃囚的误杀，科刑下限则为杖九十与徒一年半两者中较重者。

因此，唐律中起因于窃囚的误杀科刑范围大致在徒一年半到加役流之间。

### （三）起因于盗的误杀

唐律中对起因于盗的误杀主要规定于《贼盗》“盗缌麻小功亲财物”条（287）、《贼盗》“卑幼将人盗己家财”条（288）两条律文中。前者主要规定别居尊长、卑幼间起因于盗财的误杀，后者主要规定同居卑幼于尊长家盗财而误致尊长死亡的行为。

《贼盗》“盗缌麻小功亲财物”条（287）：诸盗缌麻、小功亲财物……杀伤者，各依本杀伤论。（此谓因盗而误杀者。）

疏议曰：缌麻以上相盗，皆据别居。卑幼于尊长家强盗，已于“恐喝”条释讫。其尊长于卑幼家窃盗若强盗，及卑幼于尊长家行窃盗者，……“杀伤者，各依本杀伤论”，谓因盗误杀伤人，若杀伤尊卑、长幼，各依本杀伤法。注云“此谓因盗而误杀者”，谓本心只欲规财，因盗而误杀人者，亦同因盗过失杀人，依斗杀之罪。不言伤者，为伤罪稍轻，听从误伤之法。但杀人坐重，虽误，同斗杀论；若实故杀，自依故杀伤法。

根据律疏的规定，本条包含三类具体的犯罪行为：别居卑幼于尊长家窃盗、别居尊长于卑幼家窃盗、别居尊长于卑幼家强盗。在这三类犯罪过程中，误造成他人死亡的，即是误杀。律文规定“杀伤者，各依本杀伤论”，即因盗误杀伤人，按照尊卑、长幼的服制，比照“因盗过失杀人”罪，科以斗杀之刑。如因窃盗而误杀缌麻以上、期以下尊长，则依照斗杀缌麻以上尊长科以斩刑。<sup>〔28〕</sup>

《贼盗》“卑幼将人盗己家财”条（288）：诸同居卑幼，将人盗己家财物……若有杀伤者，各依本法。（他人杀伤，纵卑幼不知情，仍从本杀伤法坐之。）

疏议曰：“同居卑幼”，谓共居子孙、弟侄之类，将外人共盗己家财物者，以私辄用财物论加二等。……若他人误杀伤尊长，卑幼不知情，亦依误法。其被杀伤人非尊长者，卑幼不知杀伤情，唯得盗罪，无杀伤之坐。其有知情，并自杀伤者，各依本杀伤之法。

同居卑幼伙同他人于己家强盗、窃盗财物而误杀人，首先需区分卑幼是否知他人误杀之情，其次需考察被杀之人是否卑幼之尊长，科刑详情如下：

〔23〕《厩库》“畜产抵蹋啮人”条（207）。

〔24〕《贼盗》“残害死尸”条（266）。

〔25〕《贼盗》“略卖期亲以下卑幼”条（294）。

〔26〕《斗讼》“斗殴杀人”条（306）。

〔27〕唐律中包括斗杀人在内的“侵身犯”之科刑原则，均为卑犯加重科刑、尊犯卑减等科刑。即是戴炎辉所谓：“亲属之相犯……虽处罚原理有不同，但均与凡人犯有疏；再只因具有亲属关系，处罚上亦有其特例。……于侵身犯，尊长犯卑幼，勿论或减轻；卑幼犯尊长，则坐之或加重。”见前引〔22〕，戴炎辉书，第41页。

〔28〕《贼盗》“残害死尸”条（266）。

(1) 卑幼知他人误杀之情。他人误杀之人为卑幼之尊长，他人依斗杀人科绞；〔29〕卑幼知情并自杀伤，依误杀法（因盗误杀，以斗杀尊长论）。他人误杀之人非卑幼之尊长，他人依斗杀人科绞；卑幼知情并自杀伤，依误杀法（因盗误杀，以斗杀论）。

(2) 卑幼不知他人误杀之情。他人误杀卑幼之尊长，依斗杀人科绞；若卑幼不知情，依“误杀法”（“因盗误杀法”）按斗杀尊长科刑。他人误杀卑幼非尊长，依斗杀人科绞；若卑幼不知情，仅科盗罪（以私辄用财物论加二等）。

#### （四）起因于斗殴的误杀

起因于斗殴的误杀主要规定于《斗讼》“斗殴误杀伤傍人”条（336）：诸斗殴而误杀伤傍人者，以斗杀伤论；至死者，减一等。若以故僵仆而致死伤者，以戏杀伤论。即误杀伤助己者，各减二等。

问曰：甲共子乙同谋殴丙，而乙误中其父，因而致死，得从“误杀伤助己”减二等以否？

答曰：律云“斗殴而误杀伤傍人，以斗杀伤论”，杀伤傍人，坐当“过失”，行者本为缘斗，故从“斗杀伤”论；若父来助己而误杀者，听减二等，便即轻于“过失”，依例“当条虽有罪名，所为重者，自从重”论，合从“过失”之坐，处流三千里。

又问：以斗僵仆，误杀助己父母；或虽非僵仆，斗误杀期亲尊长，各合何罪？

答曰：以斗僵仆，误杀父母，或期亲尊长，若减罪轻于“过失”者，并从“过失”之法。

依据误杀对象与行为人是否具有特殊身份关系，因斗误杀可分为两类：误杀与己无身份关系之常人与误杀尊长。而具体科刑中又需辨认所误杀之人是与斗殴行为无关之旁人还是斗殴行为中之助己者。同时，因斗误杀又包含了一类较特殊的误杀行为：因斗僵仆致他人死亡。对于行为人来说，僵仆致他人死、伤难于认知与控制，故可责性与科刑相对为轻。因斗误杀之具体科刑如下：

1. 误杀与己无身份关系之常人。误杀旁人，以斗杀论，致死减一等，流三千里；误杀助己者，以斗杀论减二等，徒三年。僵仆致旁人死亡，以戏杀论（减斗杀二等），徒三年；僵仆致助己者死亡，以戏杀论减二等（减斗杀四等），徒二年。

2. 误杀尊长，首先区分是否有因斗僵仆之情节，并区分尊长是否斗殴行为中之助己者，按照相关等级比照斗杀减等科刑；然后依照过失杀尊长，依服制科刑，取两者科刑重者。〔30〕根据《斗讼》相关律文的规定：过失杀兄姊、伯叔父母、姑、外祖父母，徒三年；〔31〕过失杀祖父母、父母，流三千里。〔32〕因此，若因斗误杀之对象为祖父母、父母，不论其是否属斗殴中之助己者，也不论是否有因斗僵仆之情节，但有致其死亡之结果出现，即科流三千里之刑。若因斗误杀之对象为兄姊、伯叔父母、姑、外祖父母，其为与斗殴无关之人，误致其死亡科流三千里之刑；其为帮助斗殴之人，不论是否有因斗僵仆之情节，均科以徒三年。

#### （五）起因于谋杀的误杀

起因于谋杀的误杀主要规定于《斗讼》“斗殴误杀伤傍人”条（336）：又问：假有数人，同谋杀甲，夜中忽遽，乃误杀乙，合得何罪？

答曰：此既本是谋杀，与斗殴不同。斗殴彼此相持，谋杀潜行屠杀。殴甲误中于丙，尚以斗杀伤论，以其元无杀心，至死听减一等；况复本谋害甲，元作杀心，虽误杀乙，原情非斗者。若其杀甲是谋杀，今既误杀乙，合科“故杀”罪。

数人同谋杀，由于犯罪对象认识之错误，将非谋杀对象杀死，此类行为科“故杀”罪，即科

〔29〕《贼盗》“盗缙麻小功亲财物”条（287）。

〔30〕《名例》“本条别有制”条（49）。

〔31〕《斗讼》“殴兄姊等”条（328）。

〔32〕《斗讼》“殴冒祖父母父母”条（329）。

斩刑。但律文中遗漏了一个问题，即起因于谋杀的误杀自然属于共同犯罪，律文规定科故杀罪，而故杀乃是单独犯罪，律文又未明确规定“皆”斩，因此，起因于谋杀的误杀在科刑上还是有不明之处的。对此问题，“依照清人薛允升的建议“照谋杀分别定拟”当为较恰当地解决办法。<sup>〔33〕</sup>

#### （六）疏忽大意所致的误杀

此类误杀中，行为人对其行为的事实情况与法律意义产生了与客观现实不符的认识，如《擅兴》“功力采取不任用”条（244）所规定：“有所造作及有所毁坏，备虑不谨”，行为人认为其行为不具备危害性，但事实上致他人死亡。又如《杂律》“医合药不如方”条（395）所规定：“医为人合药及题疏、针刺，误不如本方”，医生主观上认为其所开之方剂无危害性，但事实上致他人死亡。这类行为的主观方面若以现代刑法理论分析，为疏忽大意的过失，故将唐律中此类误杀统称为疏忽大意所致的误杀。唐律中有三条律文对此种误杀行为直接予以规定，具体科刑情况如下：

《擅兴》“功力采取不任用”条（244）：若有所造作及有所毁坏，备虑不谨而误杀人者，徒一年半；工匠、主司各以所由为罪。

疏议曰：谓有所缮造营作及有所毁坏崩撤之类，不先备虑谨慎，而误杀人者，徒一年半。“工匠、主司各以所由为罪”，或由工匠指挥，或是主司处分，各以所由为罪，明无连坐之法。律既但称“杀人”，即明伤者无罪。

有所造作及有所毁坏，备虑不谨而误杀人者，徒一年半。行为人负有特定义务、职责，但由于疏忽大意未尽到特定注意义务而致人死亡之行为，直接行为人即为责任承担者，他人不承担刑事责任。<sup>〔34〕</sup>即是“或由工匠指挥，或是主司处分，各以所由为罪，明无连坐之法。”

《杂律》“医合药不如方”条（395）：诸医为人合药及题疏、针刺，误不如本方，杀人者，徒二年半。

疏议曰：医师为人合和汤药，其药有君臣、分两，题疏药名，或注冷热迟驶，并针刺等，错误不如本方者，谓不如今古药方及本草，以故杀人者，医合徒二年半。若杀伤亲属尊长，得罪轻于过失者，各依过失杀伤论。其有杀不至徒二年半者，亦从杀罪减三等，假如误不如本方，杀旧奴婢，徒二年减三等，杖一百之类。

医疗活动中，医师对其行为与后果若产生与实际不符的认识，极有可能造成严重后果，因此医师为人治病负有特定职责。若医师为人合药及题疏、针刺而有误，致人死亡的，徒二年半。医师为亲属尊长合药及题疏、针刺误不如本方致其死亡，则以过失杀亲属尊长科刑，若过失杀尊长科刑轻于徒二年半，科徒二年半，即是从一重科。医师为亲属合药及题疏、针刺误不如本方致其死亡，若故杀该亲属科刑低于徒二年半者，误杀该亲属从本杀罪上减三等科刑。<sup>〔35〕</sup>

《杂律》“在市人众中惊动扰乱”条（423）：诸在市及人众中，……误惊杀伤人者，从过失法。

疏议曰：有人在内及众聚之处，……其有误惊，因而杀伤人者，从“过失”法收赎，铜入

〔33〕 薛允升也注意到了这个问题，“若谓律文只有以故杀论，并无以谋杀论之文，凡属误杀，即不应照谋杀律治罪。不知故杀系一人之事，谋杀则有首从之分。如下手即系造意之人，自应以故杀论。倘首从不止一人，则应照谋杀分别定拟，方无窒碍。若拘于故杀无为从之文，谓杀死者，只应以造意之人拟抵，设误杀人，伤而未死，又将引用何律耶。”见《读例存疑》卷三十二《刑律八·人命一》，“谋杀人”条。

〔34〕 戴炎辉博士谓此为“过失杀人不准赎之一例”。见戴炎辉：《唐律各论》，成文出版社有限公司1988年版，第337页。戴氏此观点值得商榷。此系“误杀”非“过失杀”。行为人具备明显的主观认识与客观实际不符的错误，这属于“误”的范畴。并且，行为人应当预见到行为的危害性只是由于疏忽大意未能预见。这与“耳目所不及，思虑所不到”的过失差异较大，不能混作一谈。而于唐律杀人罪主观恶性程度上观，误杀主观恶性强于过失杀，自然不准赎。

〔35〕 此误杀亲属之科刑规则仍体现了“准服制以治罪”之原则。过失杀尊长科刑重于徒二年半者，均为期亲尊长、祖父母、父母等，误杀者自然科以重刑，加重处罚；杀亲属（卑幼）罪低于徒二年半者，均为部曲、奴婢、卑幼等，误杀罪自然减等科刑。

被伤杀之家。

闹市、人众之中，误引起骚乱致人死亡，从过失法收赎。按《斗讼》“妻妾殴詈故夫父母”条（331）律疏所载：“‘过失杀伤者，依凡论’，谓杀者，依凡人法，赎铜一百二十斤；……其铜入被伤杀之家。”

#### 四、简短的结语

唐律中的“误”与现代刑法中的“错误”表达了基本相同的含义，即行为人对其行为的法律意义和事实情况的主观认识与客观现实不一致。但通过对唐律“误杀”的含义、渊源、律文表述与罪刑关系的详细探讨，我们发现，中国古人讲的“误”与现代刑法理论中的“错误”并不能完全等同，<sup>〔36〕</sup>不能用今人的“错误”来解释古律中的“误”。中国古代刑律的核心问题是罪刑关系问题，即对不同的行为给予相应的刑罚。即使是对“误”的含义、范围、程度等问题的界定，也是在明确罪刑关系的过程中予以规定的，这在本文第二、三部分已体现得非常明显。因此，研究唐律“误杀”的关键问题仍是罪刑关系，即全面解析律文所列的具体误杀行为与刑罚的对应关系。仅就这一点来说，本文已作了较为全面的尝试。

---

**Abstract:** The word *Wu* (mistakenness) in the Code of Tang Dynasty refers to the deviation of the perpetrator's subjective recognition from the objective reality. Thus the term *Wu Sha* (mistaken killing) refers to a situation where the perpetrator's perception of the circumstances and the legal significance of his conduct is not in conformity to the objective reality, and where such deviation leads to the death of somebody. The meaning of *Wu*, as a non-intentional state of mind calling for mitigated punishment, had been quite fixed even before the Tang Dynasty, and remains substantially unchanged during and after that period of time. The word *Wu* appears 190 times in 46 articles of the Code of Tang Dynasty, and on all such occasions refers to the deviation of the perpetrator's subjective recognition from the objective reality and the correspondent legal liabilities.

*Wu Sha* as appears in the Code of Tang Dynasty may be divided into 6 types: mistakenly killing somebody in publicly rescuing a prisoner, mistakenly killing somebody in covertly rescuing a prisoner, mistakenly killing somebody in stealing, mistakenly killing somebody in fighting, mistakenly killing somebody in murdering another, and negligently killing somebody. The relationship between the specific forms of mistaken killing and their correspondent penalties is a key point for the research of *Wu Sha* in the Code of Tang Dynasty.

**Key words:** The Code of Tang Dynasty, mistaken killing, crime and penalty

---

〔36〕 日本学者中村正人在研究清律误杀的过程中也指出了类似的观点：“现代刑法学的错误论本来是属于总论的观点……故意犯是否成立（犯罪是否成立）始终成为争论的核心问题。但是，在清代刑法中，最关心的并非犯罪是否成立的问题，而是对于该行为的刑罚是否妥当、即量刑的问题。”〔日〕中村正人：《清律误杀初考》，载前引〔1〕，杨一凡等编书。