

從當代刑法論唐律中的 「錯誤」規範及其法理

黃 源 盛*

要 目

- | | |
|---------------------------|----------------------------|
| 壹、序 說 | (二)抽象的事實錯誤 |
| 貳、「錯誤」在古中國法制文獻上的
溯源 | 二、違法性認識錯誤及其刑責 |
| 一、《周禮》三宥中的「不識」 | (一)違法性認識錯誤的涵義及其舉
隅 |
| 二、西漢·董仲舒春秋折獄中的
「錯誤」案例 | (二)違法性認識錯誤的法律效果 |
| 三、晉·張斐《進律疏表》中的
「誤」與「失」 | 肆、唐以降歷代刑律有關「錯誤」規
範的衍化 |
| 參、《唐律》中關於「錯誤」規範的
類型與律疏 | 一、從《宋刑統》到明清律的變與
不變 |
| 一、構成要件錯誤的態樣及其處斷
方式 | 二、從繼受歐陸法的《欽定大清刑
律》到民國刑法 |
| (一)具體的事實錯誤 | (一)關於抽象的事實錯誤 |
| | (二)關於違法性認識錯誤 |

* 輔仁大學法律學系教授，臺灣大學法學博士。

投稿日期：一〇〇年五月十日；接受刊登日期：一〇〇年九月十五日

責任校對：林嘉瑛

伍、當今刑法與《唐律》中的「錯誤」立法比較

一、主觀抽象立法乎？客觀具體立法乎？

二、古今有關「錯誤」立法技術的異同

(一)當今刑法錯誤理論的任務

(二)《唐律》中「誤」與「過失」的再釐清

陸、結語

摘 要

從當代刑法學的觀點，「錯誤」者，係指行為人主觀上所認識的內容與客觀上存在的事實不一致而言。認識如有錯誤，行為人的意思責任即生影響。蓋認識乃故意的成立要件，預有認識，而決意使之發生，法律因之予以處罰。因此，行為人的認識、決意與客觀所生的事實，三者之間，具有密切的關係。如主觀之認識與客觀之事實不相符合，往往影響行為人的決意，當即影響其刑事責任。

其實，從法制歷史的角度看，關於「錯誤」的規範及其法理，傳統中國淵源已長，本文擬以《唐律》為中心，考察《唐律》律本文及《疏議》中有關「事實錯誤」（構成要件錯誤）及「法律錯誤」（違法性認識錯誤）的立法內涵，進而探討其如何落實於個案當中。此外，也要旁及它對後世乃至當今詮釋「錯誤法理」的影響，以明其歷史與時代的深遠意義。

關鍵詞：唐律、錯誤、所知所犯、誤、故意、過失

壹、序 說

宋朝詩人陸游風流千古的佳作〈釵頭鳳〉¹：

紅酥手，黃滕酒，滿城春色宮牆柳。
東風惡，歡情薄，一懷愁緒，幾年離索。
錯！錯！錯！

臺灣當代詩人鄭愁予也有膾炙人口的名句²：

我達達的馬蹄，是美麗的錯誤。
我不是歸人，是個過客……

現實生活中的點滴「錯誤」頻繁，就連具法律意義的「錯誤」行為也是如此常見！從刑法學的觀點，「錯誤」者，係指行為人主觀上所認識的內容，與客觀上存在或發生的事態不一致而言。認識如有錯誤，行為人的意思責任，即生影響。蓋「知」與「欲」乃故意的成立要件，預有認識，而決意使之或容認它發生，法律因之予以處罰。因此，行為人的認識、決意及客觀所生的事實，三者之間具有密切的關係；如主觀的認識與客觀的事實不相符合，往往影響行為人的決意，當即影響其刑事責任。

其實，從法制歷史的長河看，關於「錯誤」的規範及其法理，在傳統中國，淵源已久已遠。惟查閱相關文獻，有關此一課題具系統性的論述，能徹底說透者，相當罕見³；再翻讀既有資料，寫作

¹ 引自張夢機、張子良編著，唐宋詞選注，頁237，1998年2月。

² 引自鄭愁予，鄭愁予詩集 I，頁8，2007年12月。

³ 稍有涉及本議題者，昔有沈家本，誤與過失分別說，載：沈家本全集（卷4），頁676-677，2010年1月；蔡墩銘，唐律與近世刑事立法之比較研究，頁166-178，1972年10月；戴炎輝，唐律通論，頁435-440、448-451，2010年1月。日文論著有：仁井田陞補訂，中國法制史研究——刑法，頁206-209，

時間距今大都在四、五十年之前，而今，隨著刑法理論的衍化以及研究視角的遷移，仍存有很大的推詳空間；為拾遺補闕，試圖釐清此一古今交錯的複雜議題，乃草成此稿。

本文除探尋「錯誤」在傳統中國法制的源流外，主要想以《唐律》為中心，細繹《唐律》立法及《疏議》中有關「事實錯誤」（構成要件的錯誤）及「法律錯誤」（違法性認識的錯誤）的注疏，進而探討其如何落實於個案當中。此外，也要旁及它對後世乃至當今在刑法詮釋「錯誤法理」的影響，今昔相照，以明其歷史與時代的深遠意義。

或許，受限於學術專攻的分野，世人研究法史學，在文史學界往往精於史事而疏於法律，並對社會科學之方法有所忽焉；在法學界則長於法律而短於史事，並對歷史之修養不能備焉，此皆易流於偏而不全之象⁴。於今看來，在研究方法上，唐律學已從傳統「國學」與「律學」的範疇進化到當代的「法律史學」，而一個時代有一個時代的學問風貌。為了通古今之變，本文的書寫，盡可能要求兼顧「傳統律學」與「當今法學」；至於行文間，偶會出現以今釋古的情事，並非陷於今古不分的混淆意識，也不是要以古艷今或以今斷古，祇是，古律新探，是要寫給當代入看的，借用現今刑法學上的一些基本概念，是亦行方便法門也！

1981年1月；西田太一郎，過失・錯誤について，載：中国刑法史研究，頁121-151，1974年7月。近些年來，有許玉秀、王玉銓，從「所知所犯」論不法事實與罪責事實的區分，載：刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)，頁153-192，2004年1月；錢大群，「誤」辨，載：唐律與唐代法制考辨，頁91-100，2009年8月。

⁴ 類似說法，陳顧遠先生早已說過，參閱陳顧遠，中國文化與中國法系，頁100，1977年2月。

貳、「錯誤」在古中國法制文獻上的溯源

古典中國文獻中，刑律思想起源甚古，頗有可觀者；對於犯罪與刑罰的各種疑難雜症，歷來具智慧的思想家，也曾深思熟慮過。例如：《尚書·大禹謨》：「宥過無大。」「孔安國傳」云：「過誤雖犯，雖大必宥。」此處以過、誤並言，但並未明確加予區別。《尚書·舜典》：「眚災肆赦，怙終賊刑。」「孔安國傳」解說：「眚，過。災，害。肆，緩。賊，殺也。過而有害，當緩赦之，怙姦自姦，當刑殺之。」用白話說，行為人如係過失而犯，就赦免他；怙惡不悛，永不改悔的，就加重他的刑罰。至於《尚書·康誥》中也有句話：「人有小罪非眚，乃惟終，自作不典；式爾，小厥罪小，乃不可不殺。乃有大罪非終，乃惟眚災適爾，既道極厥辜，時乃不可殺。」⁵孔穎達疏曰：「若人大罪，非終行之，乃惟過誤為之，以此故，汝當盡斷獄之道，以窮極其罪，是人所犯，乃不可以殺，當以罰宥論之，以誤故也。」由上看來，當時對於「誤」與「過失」二詞仍相混為用，也還未真正區辨清楚。

一、《周禮》三宥中的「不識」

關於「錯誤」的問題，有所謂的「三宥」，即對於罪犯進行寬大處理的三種事由，始見於周⁶。《周禮·秋官·司刺》云：

⁵ 這段話譯成白話，是說：「有人犯了輕罪，如果不是無心的過失，乃至謀思犯罪終其身，了無悔意，那是他有意犯法，像這樣，他的罪惡雖小，也不能不殺。如果有人犯了重罪，而不是怙惡不改，且屬於無心的偶犯，既然已懲罰了他，像這種人就不可殺。」

⁶ 此外，又有所謂「三環」之說，睡虎地秦墓竹簡·法律答問：「免老告人以爲不孝，謁殺，當三環之不？不當環，亟執勿失。」即老人控告不孝，要求判以死刑，應否經過三次原宥的程序？不應原宥，要立即拘捕，勿令逃走。詳參劉海年等主編，中國珍稀法律典籍集成，甲編，第一冊，頁586，1994年

司刺掌三刺、三宥、三赦之灋，以贊司寇聽獄訟。壹刺曰訊群臣，再次曰訊群吏，三刺曰訊萬民。壹宥曰不識，再宥曰過失，三宥曰遺忘。壹赦曰幼弱，再赦曰老旄，三赦曰蠢愚。此三灋者求民情，斷民中，而施上服、下服之罪，然後刑殺。⁷

司刺，即周代掌刑殺的官吏，負責掌管三刺、三宥、三赦的法律，來協助大司寇審理訴訟，對於三宥中所謂的「不識」，東漢末季的鄭司農注說：「不識，謂愚民無所識則宥之。過失，若今律過失殺人不坐死。」其意似為愚民不識法令，而誤有觸犯，則本有罪入五刑，而改從輕比，仍科以刑，類似當今所謂的「違法性認識錯誤」（法律錯誤）。

另一位漢代大儒鄭玄則解為：「識，審也。不審，若今仇讎當報甲，見乙，誠以為甲而殺之者。過失，若舉刃欲斫伐，而軼中人者。遺忘，若問帷薄，忘有在焉者，而以兵矢投射之。」康成此注，將二者分而為二，以「不審」為「誤」，「非本意」為「過失」，義各不同，所謂「不識」是指現今意義的「客體錯誤」而言。

從字義邏輯上言，倘將不識，理解為「愚民無所識則宥之」，若如此解，則當入「三赦」蠢愚之中，何得入此「三宥」之內？故鄭玄不從。其後乃有唐·賈公彥補充說：「玄謂，識，審也者，不識即不審。云甲乙者，興喻之義耳。假令兄甲是仇人，見弟乙，誠以為是兄甲，錯殺之，是不審也。」

三宥中「不識」的涵義該如何正解，確實是個問題，在我看

8月。

⁷ 以上關於「三宥」之疏，詳參孫詒讓，周禮正義(五)，卷18，頁90-92，1967年3月。

來，上述鄭司農與鄭康成的二種說法，自以後說較為可採。要言之，「不識」，即因錯誤而致罪；「過失」，即非有意的過失犯；而「遺忘」，即忽略忘記而犯罪，凡遇此三種情況即可寬宥處刑。

二、西漢·董仲舒春秋折獄中的「錯誤」案例

漢儒好以經注律，從儒吏對經書的注釋看，漢代對犯罪主觀心態上的故意，稱為「故」，與「故」相對的，有的稱為「過失」，有的稱為「誤」。至少東漢的法律中已明確地有「故」與「誤」的區別。如《後漢書·郭躬傳》（卷四六）中談到孫章誤傳詔令的事件時說到：

法令有故、誤。章傳命之謬，於事為誤。誤者，其文則輕。

如以司法實例來說，則以西漢「春秋折獄」案件最有可看性。春秋折獄之風，興於漢、盛於漢，而餘波盪漾及南朝之末，對傳統中國法文化影響相當深刻而廣泛。所謂「春秋折獄」，乃是依據《春秋》經典的事例，以為刑事判決的法源根據，尤其是遇到特別疑難的刑案，以《春秋》等儒家經義來比附論罪科刑。觀其本義，是「原心定罪」，也就是「略跡誅心」。換言之，「跡」就是行為，「心」就是犯意，乃以行為人的主觀犯意來決定其罪責的刑事斷案方法。首開「春秋折獄」宗風者，當推董仲舒（179 B.C.—104 B.C.）一人⁸，仲舒引經折獄計二三二事，今僅存六事，難得的是，其中有兩則與「錯誤法理」相關，可見凡牽涉「錯誤」者，自

⁸ 有關春秋折獄的案例分析，詳參黃源盛，漢唐法制與儒家傳統，頁9-173，2009年3月。其中論及「春秋折獄」者共有下列諸篇：(1)〈春秋折獄的當代詮釋〉，(2)〈兩漢春秋折獄案例探微〉，(3)〈春秋折獄的方法論與法理觀〉，(4)〈春秋折獄「原心定罪」的刑法理論〉。

古以來就容易淪為疑難案件。

案例(一)：誤傷己父

(一)事實

甲父乙與丙爭言相鬪，丙以佩刀刺乙，甲即以杖擊丙，誤傷乙，甲當何論？

或曰：「毆父也，當梟首。」

論曰：「臣愚以父子至親也，聞其鬪，莫不有怵悵之心，扶伏（杖）而救之，非所以欲詬父也。春秋之義，許止父病，進藥於其父而卒，君子原心，赦而不誅。甲非律所謂毆父也，不當坐。」⁹

(二)分析

1. 本案的爭點，甲以杖擊丙，原為救父，不意竟誤傷己父，是否應構成漢律之所謂「毆父罪」而論以梟首之刑？宜否有因「錯誤」而阻卻責任？或另有阻卻違法法理的適用？

2. 傳統中國刑律以義理為本，亦即犯罪的歸責性是由於違反道義；縱或不然，犯罪構成要件的要素，也通常具有濃厚的道義性，尤其於身分犯最為顯著。申言之，法律是包含在倫理中的，法律哲學是建立在「應不應該」的觀念之上。任何造成法益侵害的事情，都是對一種理想秩序和天人和諧關係的違反；亦即違反了「應該」的訓令，是不應該發生的，凡使之發生的人，廣義說來，無論是故意的、過失的，都要由法律來加以處罰。但為順乎情理，有時雖合

⁹ 李昉等奉敕撰，太平御覽，卷640，頁2842，1959年1月。按《太平御覽》此處可能有誤植，「扶伏」宜作「扶杖」，如馬國翰，玉函山房輯佚書即作「扶杖」。

乎構成要件相當性的行為，而遇有特殊阻卻違法事由或阻卻責任事由時，則律常用「勿論」、「不坐」或「無罪」等文字來免除其罪刑¹⁰。漢律於「毆父罪」條雖未見有「阻卻違法」或「阻卻責任」的明文，但於其他條文則或可見。

3. 春秋「原心」，許止進藥，本欲癒父之病，並無害父之意，但許悼公飲其藥而薨，則藥之不適應病症，顯無可疑。許止雖無弑君之心，亦難逃「過失致父於死」之責，故經文書「弑」，以見春秋筆削之嚴；但經文後書「葬」，是宥赦人子之例，又見春秋存心之恕。本案，甲父乙與丙相鬥，甲欲擊丙而誤傷己父，其救父情急而無傷父之意甚明，情節可矜；與許止進藥其父，善因惡果相同；《春秋》雖書許止「弑」君而又書「葬」，是有原宥之意，仲舒援引此義，論甲不應坐以毆父之罪，可說深得經義之用心，也甚切合情理，足見其洞見與膽識均異於一般廷尉¹¹。

4. 從實定法來說，漢律上本就有「故」與「誤」之分，董仲舒認為本案甲的行為「扶杖而救之，非所以欲詬父也」，顯然認定本案為「誤傷」行為，這是很恰當的「法律解釋」。問題是，漢律於「毆父條」是否有所謂「正當防衛」或「緊急避難」之阻卻違法事由或阻卻責任的明文規定，不得而考。但從法理以觀，本案，甲以杖擊丙應屬正當防衛行為，而誤傷己父之行為，若依當時情勢，丙

¹⁰ 中國舊律上關於阻卻違法事由，一般而言，概指緊急避難行為、依法令之行為、正當防衛行為、基於承諾及受囑託行為、放任行為及復讎行為等。其詳參閱戴炎輝，中國法制史，頁59-64，1971年10月。

¹¹ 民國70年（1981）9月，甘肅省武威縣出土的尊崇高年，王杖詔書令規定：凡欺凌由君主授予王杖的高年老人，不分官民，一律依例判處棄市。但如過誤傷父，非出本心，則可比照董仲舒引經決獄的成例減輕處罰，而不再依律梟首示眾。詳參郭成偉，龍筋鳳髓判初步研究，載：龍筋鳳髓判，頁189，1996年1月。

之杖擊行為係屬唯一且必要，仍應認為符合緊急避難而不罰。退一步言，甲之行為縱不符合緊急避難之要件而不得阻卻違法，但是否有「打擊錯誤」法理的適用，不論以毆父之故意犯，而僅負過失之責。何況甲助父擊丙，在急迫情勢之下，似難要求他要有逾於常人的注意義務，縱不論過失之罪，亦屬恰當。本案仲舒之斷，並非機械式地引用律條，而是綜合整個案情，除了看行為後果，更關注行為人的主觀因素，援引春秋之義，認定甲為救父而誤傷己父，其「志」是善的，動機是為「救父」；「毆父」並非出於其本意，不治以「毆父」之罪，如此判法，自有其相當的合理性。

案例(二)：加杖所生

(一)事 實

甲有子乙以乞丙，乙後長大，而丙所成育。甲因酒色謂乙曰：「汝是吾子。」乙怒杖甲二十。甲以乙本是其子，不勝其忿，自告縣官。

仲舒斷之曰：「甲生乙，不能長育以乞丙，於義絕矣！雖杖甲，不應坐。」¹²

(二)分 析

1. 傳統中國刑律，經常以行為人具有一定的身分或特定關係作為犯罪成立與否以及刑罰加重或減輕的要件，但對於主觀認識與客觀存在事實不一致的所謂「抽象事實錯誤」，應如何處斷？漢律似無明文。而毆父之罪，漢律刑至梟首，足見其嚴重性。本例，乙究應論以毆父罪？或僅論以毆普通人罪？抑或無罪？

¹² 本案例原文出自杜佑，通典，卷69，禮典·嘉禮·養兄弟子為後後自生子議。

2. 仲舒基於甲乙間已失「親親之義」，認為「於義已絕」，而斷乙不應坐。按《春秋》僖公五年（655 B.C.），經曰：「春，晉侯殺其世子申生。」《公羊傳》解說：「曷為直稱晉侯以殺？殺世子母弟，直稱君者，甚之也。」¹³ 晉獻公寵倖驪姬，而驪姬欲立其子奚齊為太子，佯譽太子申生，而陰令人譖惡，致落申生於謀殺尊親的罪名之中，不得已逃奔曲沃，申生既不願聲辯冤情，又不願蒙受殺父惡名，於十二月戊申，自縊於新城。《春秋》以「殺」字責難晉獻公盡失親親之道，作為父親卻不慈愛子女，骨肉親情完全喪失，父子恩義已然斷絕。本例，甲雖生乙，不能長育而就養於丙，是父不履行父之職，仲舒依上述經義，斷其已失親親之義，而乙當時並不知其為生父而毆之，自不宜論以毆父之罪。

3. 在本案例中，有三個論斷罪責的關鍵事實：一是乙不識甲為其生父；其次是乙已送給丙收養，生父甲並未盡養育之責；最後是乙因不知甲為其生父而以為甲羞辱他，所以怒杖之¹⁴。漢律當時可能尚無所謂「所知所犯」的「抽象事實錯誤」相關規定，否則就不會有此疑獄了。本例仲舒斷曰：「不應坐」，其真正涵義為何？有待進一步推究。如其意為「不應坐以毆父罪」，而「應坐以凡人罪」，則並未逾越律條的規定，且與後世刑法上主觀主義的犯罪理論，更有不謀而合之妙；但如其意為「無罪」，就有失妥切了。

¹³ 有關「驪姬殺申生」的典故，詳參春秋公羊傳，卷10·僖公5年。

¹⁴ 論者以為「依現代的刑法歸責觀點，第一個和第三個事實才是決定犯罪是否成立？是否應減免刑罰的關鍵事實？因為『不知』可以阻卻構成要件，而他人聲稱為自己的生父，豈不侮辱了自己的生父生母，還可以因『義憤』傷人而邀寬典，但是董仲舒卻看中了第二點事實。引春秋之義，無非因父親既無養育之恩，子女亦無孝敬之義，這是從父子倫理關係中父與子應盡的義務引申而來，所謂父慈子孝，反面推論即為父不慈子亦可不孝。從董仲舒的斷案手法，其實尚不能認定已有所知所犯規則存在。」詳參許玉秀、王玉銓，同註3，頁162。

三、晉·張斐《進律疏表》中的「誤」與「失」

《晉書·刑法志》對魏代的刑罰論議與《魏書》的制定經緯及其內容，提供了不少珍貴的歷史資訊，尤摘引了晉代一些重要的詔令表疏，是解釋律文不可多得的史料，其中，記載西晉律學家張斐注疏晉武帝泰始三年（267）的《泰始律》，撰表上報，有一段是這麼說的：

其知而犯之謂之故，意以為然謂之失，違忠欺上謂之謾，背信藏巧謂之詐，虧禮廢節謂之不敬，兩訟相趣謂之鬪，兩和相害謂之戲，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，將害未發謂之戕，唱首先言謂之造意，二人對議謂之謀，制眾建計謂之率，不和謂之強，攻惡謂之略，三人，謂之群。取非其物謂之盜，貨財之利謂之贓，凡二十者，律義之較名也。¹⁵

以上張斐所舉的二十個項目，是關於律令名目的重要定義，被稱為傳統中國刑法的「律注二十字」，又稱「較名」，是對於律文中的專有名詞最早加以系統歸納和簡明注釋的重要文獻，代表古中國刑法理論在詮釋行為人犯罪主觀心態的一個新的歷史階段，深刻影響到後代的司法實踐。

上述二十個「較名」當中，與本文最相關的兩個名詞，一為「意以為然，謂之失。」或可解為行為人的本意雖是如此，但結果與本意卻不相符合的情況，稱為「失」。此種「失」的用法，在張斐之前似未曾出現過，其涵義與張斐之後各代的用法也有所區別。另一為「不意誤犯，謂之過失。」即不是有心而犯過者，稱為「過失」。可以這麼說，前者屬於「錯誤」的問題，後者則純屬「過失」。

¹⁵ 參閱房玄齡等奉敕撰，晉書，卷30，志第20·刑法志。

犯」的範疇。如此一解，看似已明白區辨了「誤」與「過失」，不過，不解的是，張斐將「誤」作為「失」的同義語，他屢屢用「誤」，何以並沒有在二十個法律「較名」中單獨為「誤」下個定義呢？為什麼要將「誤」與「失」混同使用呢？

對此，清末法學家沈家本（1840-1913）以為，張斐《律注表》云：「不意誤犯，謂之過失。」其後又云：「過失似賊，戲似鬪，鬪而殺傷旁人，又似誤。」其「不意」二字，即本諸上述鄭玄的「非本意」，而又加以「誤犯」二字，於是二者又混合難分。鬪而殺傷旁人正是誤，而以「似誤」設為疑詞，可見其「誤」與「過失」仍未徹底區辨；沈氏認為，此或係《晉律》中無誤殺傷專條之故¹⁶。

以司法實例言，史書中曾載有南朝宋的何承天，在東晉安帝（405-418）義熙初年，劉毅出鎮姑執時，被板授為行參軍。

毅嘗出行，而鄱陵縣吏陳滿射鳥，箭誤中直帥，雖不傷，處法棄市。承天議曰：「獄貴情斷，疑則從輕。昔有驚漢文帝乘輿馬者，張釋之劾以犯蹕，罪止罰金。何者？明其無心於驚馬也。故不以乘輿之重，加以異制。今滿意在射鳥，非有心於中人。按律：過誤傷人，三歲刑。況不傷乎？微罰可也。」¹⁷

用當今刑法的觀念來理解，本案並非屬「所知所犯」的「錯誤」問題，而係屬一般的過失犯。而前揭張斐《進律疏表》中所謂

¹⁶ 日本學者西田太一郎認為：張斐之所以將「誤」與「失」混合使用，是因為歷來表現一般無犯罪故意者的用語為「誤」或者「過誤」，「失」是張斐的獨創法律用語，同時又不能脫離傳統的習慣用語，所以在某些場合相混同的可能性是很大的。詳參西田太一郎，同註3，頁145。

¹⁷ 參閱沈約等奉敕撰，宋書，卷64，列傳第24。

「其知而犯之，謂之故。」此處之「故」，似指行為人對於構成犯罪的事實，明知並有意使其發生之意，即今所稱之「直接故意」；至於行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其發生，而其發生並不違背其本意的「未必故意」，在此未見有所定義。其次，「意以為然，謂之失。」此處之「失」，似指行為人本意與結果之發生有不相符合的情形而言，較類似於「錯誤」或「誤」的內涵，即行為人的主觀認識與客觀之事實不相一致之意。

參、《唐律》中關於「錯誤」規範的類型與律疏

西方自羅馬法以來，即將錯誤分為「事實錯誤」(error fact)與「法律錯誤」(error juris)兩種類型，前者是指客觀事實之存在的錯誤，其錯誤的性質，屬於物理事實上的不一致；後者為對於客觀事實存在的認識固無錯誤，卻對於該事實的法律效果認識有誤。不過，自第二次世界大戰後，主張「責任說」¹⁸的學者，認為「法律錯誤」的意義寬泛，與「事實錯誤」難為精確的分界，而隨著刑法犯罪評價體系的日益精進，乃以「構成要件的錯誤」取代「事實錯誤」，以「違法性認識的錯誤」代替「法律錯誤」。當今臺灣刑法學界，在錯誤的分類上，也幾乎傾向採取此種說法。惟這兩種錯誤，是否須在法律上作明文？倘須明文，其規範的內容又該如何體現？古今各國立法例所見互異。以今觀古，底下先扼要說明當今構成要件錯誤的類型及其法律效果，再仔細看看《唐律》是怎麼規定的。

¹⁸ 主此見解者，對故意在責任理論上所處的地位，有別於「故意說」與「限制的故意說」，認為違法性的認識並非故意所應有的內容，而係形成責任的獨立要素。申言之，故意的成立祇須具備犯罪事實的認識即為已足，至於違法性之是否認識乃決定責任存否所應審究的問題。詳參韓忠謨，刑法原理，頁248-249，2002年10月再版。

一、構成要件錯誤的態樣及其處斷方式

依現代犯罪階層體系言，要成立犯罪須具備構成要件該當性、違法性及有責性三個要件，此即俗稱的「犯罪三階理論說」；其中，在第一階層的「構成要件該當性」，倘若行為人主觀所認識的犯罪構成要件事實與客觀所實現的犯罪事實不一致，謂之「構成要件的錯誤」，也稱為「構成事實的錯誤」、「事實錯誤」；構成要件的錯誤，可再細分為「具體的事實錯誤」與「抽象的事實錯誤」兩類¹⁹。

當行為人所認識的犯罪事實，與所發生的犯罪事實不一致時，其法律效果該如何論處？各種學說紛陳，茲列表分述如下²⁰：

學說	客體錯誤	打擊錯誤
	認識→本欲殺甲 結果→誤乙為甲而殺之	認識→本欲殺甲 結果→誤中乙致死
具體符合說		對甲成立殺人未遂 } 想像 對乙成立過失致死 } 競合
法定符合說	不阻卻故意 對乙成立殺人既遂	
抽象符合說		

(一)法定符合說：此說以為行為人所認識的事實，與現實所發生的事實，如係屬於法定同一罪質（法益等價），則不問係客體錯誤或方法錯誤，均不阻卻故意。倘非法定之同一罪質（法益不等價），則阻卻故意。易言之，行為人主觀認識與發生的客觀事實，不必完全一致，只須罪質相同即可成立故意既遂，當今刑法有關客

¹⁹ 有關錯誤的學理分類，請參閱鄭健才，刑法總則，頁101-108，1991年9月。

²⁰ 有關此一部分之說明，詳參黃仲夫，刑法精義，頁96-100，2011年6月。

體錯誤採取此說。

(二)具體符合說：此說以為行為人認識的事實倘與現實發生的事實，具體上不一致時，即阻卻故意，而成立故意犯的未遂與過失犯的想像競合。申言之，行為人主觀的認識與實際發生的客觀事實，必須完全一致，始為無錯誤而成立故意既遂，當今刑法有關打擊錯誤係採此說。

(三)抽象符合說：此說以為行為人所認識犯罪構成事實與現實發生的客觀事實，雖未具體一致，但基於客觀事實的可罰性，應認為二者抽象一致，行為人仍應負犯罪之既遂。此說立論由於過度偏重行為人的主觀惡性，而忽略客觀所發生的事實，明顯不切實際，為當今學說及實務界所不採。

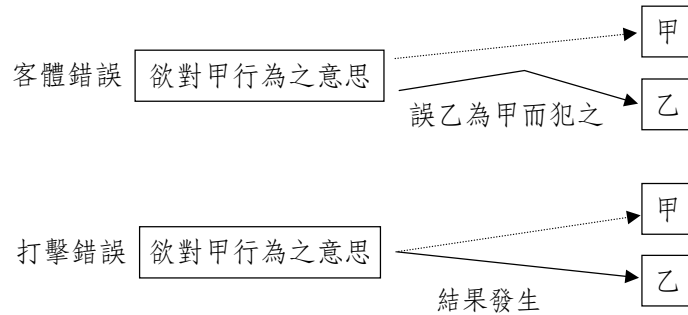
反觀《唐律》，對於「錯誤」一詞，律內或稱為「誤」或「錯」，而過失犯有時亦稱為「誤」，極易將「錯誤」與「過失」兩者混淆；因此，對於個別具體情形，究係屬於「錯誤」的範疇？抑或屬於純粹的「過失犯」？須審慎檢視。而翻閱律條五百，關於「構成要件的錯誤」，具總則性質的〈名例律〉祇規定抽象的事實錯誤，至於具體的事實錯誤則散見於〈鬥訟律〉等分則編各本條內。

(一)具體的事實錯誤

所謂「具體的事實錯誤」，係指客觀上所發生的事實，雖非行為人主觀上所容認的事實，然此客觀發生的事實，與行為人主觀所容認的事實，係屬同一犯罪構成要件，於罪之評價上並無影響者是。在具體的事實錯誤中可再分為「客體錯誤」與「打擊錯誤」²¹。而客體錯誤與打擊錯誤均為當今的學術用語，非《唐律》

²¹ 依當今刑法理論，構成要件錯誤的類型有三：客體錯誤、打擊錯誤及因果歷

所本有，乃暫借用此一名詞概念，先列表再說明如次：



1. 客體錯誤

客體錯誤，或稱「目的錯誤」、「目的物錯誤」，係指行為人所認識的行為客體與實際所發生的對象不一致而言，亦即其行為所攻擊的對象有誤。要處理的是，當行為人發生客體錯誤時，此錯誤認知對於構成要件故意是否重要？能否阻卻故意的成立？此端視其所侵害的法益依相關的構成要件描述，與行為人所認知的法益是否具有法益保護價值等價性而定，因此，於學理上將此種錯誤又細分為「構成要件等價的客體錯誤」與「構成要件不等價的客體錯誤」²²。

《唐律》在〈名例律〉中，並未設客體錯誤的概括規定，但在〈鬥訟律〉「鬥毆誤殺傷傍人條」（總336條），疏文中的問答

程的錯誤；由於因果歷程的錯誤於《唐律》律本文及疏文中均不甚明顯，故暫不予論列。

²² 所謂「等價的客體錯誤」，係指目的客體與失誤客體的法益價值在構成要件上是相同價值的，例如：行為人甲本想放火燒燬乙宅，卻誤丙宅為乙宅而燒燬之。至於「不等價的客體錯誤」，係指行為人所相互混淆的行為客體，對於構成要件所要保護的法益係不等價的。例如：在天色昏暗下，獵人甲於叢林狩獵過程中，以為站立於遠方的係稻草人，於是開槍射擊，沒想到竟是到此採野菜的農夫乙，致乙死亡。

有：「假有數人，同謀殺甲，夜中忽遽，乃誤殺乙，合得何罪？」

【答曰】：

此既本是謀殺，與鬪毆不同。鬪毆彼此相持，謀殺潛行屠害。毆甲誤中於丙，尚以鬪殺傷論，以其元無殺心，至死聽減一等；況復本謀害甲，元作殺心，雖誤殺乙，原情非鬪者。若其殺甲，是謀殺人，今既誤殺乙，合科故殺罪。

此為典型客體錯誤的範例，推其用意，蓋亦以誤殺者元有害心，故無論其所殺者係所欲殺之人，或非所欲殺之人，其害之事已成，難認為有阻卻故意的效果。依法理，本例仍應以「謀殺已殺論」，但〈問答〉僅以「故殺乙」科之，此與當今刑法理論採上述所謂「法定符合說」者類同。惟誤殺雖不能阻卻故意，卻有從輕量處的傾向，此即《唐律》至死得減一等，究以其所殺者非其本欲殺之人，審判官得按其情節，酌量減輕，而運用之妙全在適用法律人的用心與否。

比較有爭議的是，〈雜律〉「錯認良人為奴婢部曲條」（總401條），設有處罰明文：

諸錯認良人為奴婢者，徒二年；為部曲者，減一等。錯認部曲為奴者，杖一百。

錯認奴婢及財物者，計贓一疋笞十，五疋加一等，罪止杖一百。

未得者，各減二等。

本條規定因疏忽而「錯認」他人身分及財物的犯罪形態，與明知而認的「妄認」而歸入〈詐偽律〉「妄認良人為奴婢部曲條」（總375條）之故意犯有別，例如迷失或在逃良人、部曲或奴婢，經人收留或送官，或亡失財物，經人拾得，乃有人「錯認」其為自

己的部曲、奴婢或是財物。

關於本條「錯認」他人的身分或財產，究係屬「錯誤」的類型而議其能否阻卻故意？抑或純屬過失犯？各家說法不一²³。我的想法是，上述所提情節，行為人主觀上並無「故意」，僅因疏忽而對所認識的客體有所錯認而已，此係一般的過失犯，而不屬於此處所討論的「客體錯誤」，宜予明辨。

2. 打擊錯誤

「打擊錯誤」，即行為人對於所要攻擊的對象雖未發生誤認，卻因實施侵害行為手段的偏差，以致行為人所欲攻擊的行為客體與行為人原本所認識的不相符合，也稱「方法錯誤」、「手段錯誤」。

傳統中國，刑律中有所謂的「六殺」，即針對六種殺人罪態樣的通稱，包括謀殺、故殺、鬥殺、誤殺、戲殺、過失殺等，依據殺人罪的不同情節、性質和類型，附以不同的刑罰制裁效果²⁴。其中，與本文最有關聯的律條，要屬《唐律·鬪訟律》「鬥毆誤殺傷傍人條」（總336條）：

諸鬪毆而誤殺傷傍人者，以鬪殺傷論，至死者減一等。

若以故僵仆而致死傷者，以戲殺傷論。

即誤殺傷助己者，各減二等。

²³ 主張係屬純過失犯者，可參閱戴炎輝，同註3，頁450；另參閱戴炎輝，唐律各論，下冊，頁648-649，1988年5月。主張係屬客體錯誤之類型者，詳參仁井田陞，同註3，頁207；另蔡墩銘，同註3，頁169，亦認此為客體錯誤。

²⁴ 在傳統中國的刑律中，殺人罪的類型有一個形成過程，秦律中的殺人罪，有賊殺、鬥殺、故殺、擅殺4種。漢律中殺人罪，有賊殺、謀殺、鬥殺、戲殺、過失殺5種。晉律中殺人罪，有故殺、謀殺、鬥殺、誤殺、戲殺、過失殺6種。至唐律出，多一「劫殺」類型，始有七殺之制。

因鬪毆而誤殺傷傍人的行為，雖有侵犯他人的生命或身體法益，但就責任性而言，既有別於「鬪殺傷」及「故殺傷」罪，也不同於「過失殺傷罪」。茲分「鬥毆而誤殺傷傍人」及「鬥毆僵仆而致死傷旁人」二種情況析解如下：

(1) 鬪毆而誤殺傷傍人

因鬪毆而誤殺傷傍人的行為，假如行為人因鬪，誤以手足或刃杖直接殺傷傍人，是為鬪毆而誤殺傷傍人罪，各視行為之客體及行為之後果，依鬪殺傷法科罰。

《疏議》曰：

「鬪毆而誤殺傷傍人者」，假如甲共乙鬪，甲用刀、杖欲擊乙，誤中於丙，或死或傷者，以鬪殺傷論。不從過失者，以其元有害心，故各依鬪法。至死者，減一等流三千里。

【問曰】：「甲共子乙，同謀毆丙，而乙誤中其父，因而致死。得從誤殺傷助己，減二等以否？」

【答曰】：律云「鬪毆而誤殺傷傍人，以鬪殺傷論。」殺傷傍人，坐當過失；行者本為緣鬪，故從鬪殺傷論；若父來助己而誤殺者，聽減二等，便即輕於過失，依例「當條雖有罪名，所為重者自從重」論，合從過失之坐，處流三千里。

按過失殺傷罪的構成要件為「本無惡心」，而因鬪毆而誤殺傷傍人則「元有害心」；故殺傷罪指「非因毆打，本心故殺者」，而此則因鬪毆引起，並無殺傷之故意；鬪殺傷罪所殺傷者為相鬪之人，而此則雖有害心，所殺傷卻非「彼此相傷之人」，故律設專條，另定罰例，此與當今刑法法理上所謂的「打擊錯誤」相當吻合。

至於鬪毆而誤殺傷傍人，又分為「非助己」與「助己」兩種情形：

誤殺傷非助己者：鬪殺而誤殺傷傍人。《疏議》曰：「不從過失者，以其元有害心，故各依鬪法。」以鬪殺傷論；但至死者，減一等。（減死罪一等，即流三千里）。

誤殺傷助己者：《疏議》曰：「假如甲與乙共毆丙，其甲誤毆乙至死，減二等；傷，減二等。」蓋誤殺傷助己者，毆人本不願意發生此殺傷結果；且被殺傷人，原係助殺傷之人，也不願意殺傷之人受較重之刑。

《唐律》對於打擊錯誤的犯罪行為，採「二罪從重」，即〈名例律〉「本條別有制」第二項所云：「即當條雖有罪名，所為重者，自從重。」申言之，二罪從重係一行為而觸犯兩種罪名，採取「從一重處斷」；此種運用所謂「二罪從重」的法理，實係本於《唐律》規定罪刑係採客觀、具體且絕對主義的緣故，而為了緩和硬性惟一的絕對法定刑，也為不使犯人僥倖，乃以「二罪從重」處斷，此與現代刑法理論打擊錯誤係採「具體符合說」，其理一致。

(2) 鬪毆僵仆而致死傷旁人

依照《疏議》的說法，「仰謂之僵，伏謂之仆。」謂共人鬪毆，失手足跌而致僵仆，誤殺傷傍人者，以戲殺傷論。與人鬪，以故僵仆而致死傷傍人，律雖以戲殺傷論，但論其本質，戲殺傷係「以力共戲，至死和同者」，即有所謂的「未必故意」，因其殺傷經相毆人的同意，故減鬪殺傷二等。反之，在僵仆而致死傷傍人，並未得到傍人的同意，本不得以戲殺傷論之，祇其刑依戲殺傷法而已。此本係鬪毆而誤殺傍人之一情形，祇因其致人於死傷，由於行為人以故僵仆，而致傍人於死傷，其對致死傷，毫無認容，本質上係屬過失殺傷行為；但因有鬪毆他人的故意，所以不以過失論。因僵仆致殺傷傍人，究其本質，用當代的語言，係鬪毆及過失殺傷的

想像競合犯。

值得一提的是，本條律文規定之罰例，僅適用於誤殺傷凡人，如誤殺傷父母或期親尊長，依律減罪結果輕於過失殺傷父母或期親尊長者，則不得復依此罰例科罰，而須改依過失殺傷罪科罰。蓋殺傷父母及其親尊長論情重於殺傷凡人，據〈名例律〉「本條別有制條」：「當條雖有罪名，所為重者自從論。」故《疏議》解云：「誤殺父母或期尊親長，若減罪輕於過失者，並從過失之法。」²⁵

有疑義的是，《唐律》中明明有「過失殺傷人」的罪名，而「鬪毆誤殺傷傍人」何以不能以「過失殺傷人」認定？此乃因《唐律》中「過失殺人」在處刑上有一個特點是「各以其狀以贖論」，即不處五刑的實刑，而是處五刑的贖刑。這種從寬處遇原則，只有屬於「耳目所不及、思慮所不到」的情況才能適用。而因鬪而起的誤殺傷傍人的種種情形都不能免除實刑，因為誤殺傷的「傍人」，雖不是行為人所要攻擊的對象，但卻總有希望殺傷的原對象存在，因此定性為「元有害心」，而不屬於「因擊禽獸而誤傷人者」的過失而處贖刑。不過，這種「誤殺傷」畢竟與「鬪殺傷」並非完全一致，而仍是一個「過失」，所以處刑上不完全等同於鬪殺傷，即使致人於死也不處絞，而是減一等：

殺傷旁人坐當過失，行者本為緣鬪，故從鬪殺傷論……
至死者，減一等。

至於典型的鬪殺傷是無法獲得這種寬遇的，在「因鬪毆而誤殺傷傍人條」中，依《唐律》的原義分析，這種「誤殺傷」中的「誤」，從行為人的主觀心態來說，實際上是「過失」，但處刑上

²⁵ 《疏議》又問：「以鬪僵仆，誤殺助己父母，獲雖非僵仆，因鬪誤殺期親尊長，各合何罪？」《疏議》答曰：「以鬪僵仆，誤殺父母或期親尊長，若減罪輕於過失者，並從過失之法。」

要比鬪殺傷論再輕一點，至死，減一等。之所以不能全依過失處斷，因為仍存在著「元有害心」的鬪毆之故²⁶。

(二)抽象的事實錯誤

所謂「抽象的事實錯誤」，乃指行為人對於刑罰法規所規定的犯罪成立要件，以及刑罰輕重的法定要件，認識有錯誤而言；又可細分為「犯罪成立要件的錯誤」與「刑罰要件輕重的錯誤」，前者通常是指誤認自己的違法行為為合法行為，或誤認有罪為無罪的情形；至於後者，一般是指對於刑罰要件的輕重認識有誤，此即俗稱之「所知所犯」問題。「所知」即行為人的認識與意欲，「所犯」即行為人著手實行之後的實際事實，當「所知」與「所犯」不一致時，《唐律》是如何處理的？

1. 所知輕於所犯

行為人意欲實現的事實與實際所發生的事實，均屬有罪，而意欲的事實與現實發生的事實不一致，且其不相符合之點，致刑有重輕者，稱為「所知與所犯」的錯誤，通常是指對「加重情節事由的錯誤」。此種錯誤係發生於犯罪構成要件相異的犯罪，但其罪質可能並無不同；此縱係刑法所承認的錯誤，但仍先從其所犯，以故意之罪論定；惟有以故意之罪論定時，重於犯人所知者，則以其所知論斷，於此必然發生二個不同罪名的比較問題。在另一方面，行為人所認識的行為情節重於事實上所發生的犯罪，則為行為人的利益著想，不得以行為人的主觀為準，而從重論定其罪，仍應依所發生之較輕罪名論斷。《唐律》對此有詳盡的規範與舉例說明，此即〈名例律〉「本條別有制條」（總49條）所規定：

其本應重而犯時不知者，依凡論；本應輕者，聽從本。

²⁶ 詳參錢大群，同註3，頁98-99。

所謂「其本應重而犯時不知者，依凡論。」乃指行為人不知加重的犯罪情節存在者，不負加重之責，而從其原本所認識者處斷，例如《疏議》曰：

假有叔姪，別處生長，素未相識，姪打叔傷，官司推問始知，聽依凡人鬪法²⁷。又如別處行盜，盜得大祀神御之物，如此之類，並是犯時不知，得依凡論，悉同常盜斷²⁸。

2. 所知重於所犯

至於所謂「本應輕者，應從本。」即行為人有加重行為情況之認識與意欲，而結果並無加重犯罪事實之發生時，不負加重部分的刑責。例如《疏議》曰：

其本應輕者，或有父不識子，主不識奴，毆打之後，然始知悉，須依打子及奴本法²⁹，不可以凡鬪而論，是名本應輕者，聽從本。

²⁷ 按姪打叔傷，據《唐律·鬪訟律》，毆兄姊條：「諸毆兄姊者，徒二年半；傷者，徒三年；折傷者，流三千里；刃傷及折支，若瞎其一目者，絞；死者，皆斬；詈者，杖一百。伯叔父母、姑、外祖父母，各加一等。」即應於徒三年上加一等，處流二千里。此云「聽依凡人鬪法」，據《鬪訟律》，鬪毆傷人條：「諸鬪毆人者，笞四十；傷及以他物毆人者，杖六十。」則應處杖六十。

²⁸ 按盜得大祀神御之物，指盜取國家大祀所用供祭神靈物品的行為，此類行為雖屬盜罪，但因所盜物品特殊，帶有褻瀆天地祖宗之性質，故且為「大不敬」，列入「十惡」。據《唐律·盜賊律》，盜大祀神御物條（總270條）：「諸盜大祀神御之物者，流二千五百里。」此云「同常盜斷」，即依竊盜處，據《賊盜律》，竊盜條：「諸竊盜不得財，笞五十；一尺杖六十，一疋加一等，五疋徒一年；五疋加一等，五十疋加役流。」

²⁹ 按父毆子無罪，毆至死者方徒一年半，《唐律·鬪訟律》，毆詈祖父母父母條：「若子孫違犯教令，而祖父母、父母毆殺者，徒一年半；以刃殺者，徒二年。故殺者，各加一等。即嫡繼慈養殺者，又加一等。過失殺者，各勿論。」此即打子本法。

綜上看來，當行為人「所知」與「所犯」不一致時，《唐律》是採取從輕認定的原則，不無寓有慎刑、貴恕的精神，而這種立法例影響及宋、明、清以迄清末民初的「新刑律」，乃至民國十七年（1928）的「舊刑法」，幾乎均採此種見解。茲將上述律本文及律疏圖示如下：

行為人所認識（所知）	所發生之犯罪事實（所犯）	法律效果
輕	重	依所知處斷
重	輕	依所犯處斷

二、違法性認識錯誤及其刑責

所謂「違法性認識」，學理上有稱「不法意識」者。乃指行為人意識其行為係違反法律規範，而與社會共同生活秩序維持的要求相牴觸之意。一般來說，只需行為人於行為之際，有此認識即為已足，而不以行為人確實認識其行為係違反某一具體刑罰法規，或其行為具有可罰性為必要。

（一）違法性認識錯誤的涵義及其舉隅

用通俗的話說，當行為人知道自己所為何事，卻不知道所做的是違反法律的，此種情形，學理上稱為「違法性認識錯誤」。換言之，行為人對構成要件事實的認識雖無錯誤，而由於誤解或不知法律，致對該事實在法律規範上的意義與效果認識有誤，此乃行為人對於違法性評價面的錯誤，又稱為「法律錯誤」或「禁止錯誤」。此類誤解與不識，能否排除故意？與罪責之存否有何關係？

《唐律》對於違法性錯誤，在〈名例律〉內雖未設一般總則性的規定，然在各論編個別罪名中，處罰此種錯誤者仍有其例。例如〈詐偽律〉「詐教誘人犯法條」（總378條）：

諸詐教誘人，使犯法犯者不知而犯之。及和令人犯法，謂共知所犯有罪。即捕若告或令人捕、告，欲求購賞；及有憎嫌，欲令入罪，皆與犯法者同坐。

《疏議》就此舉例說：

鄙俚之人，不閑法式，姦詐之輩，故相教誘，或教盜人財物，或教越度關津之類。犯禁者不知有罪，教令者故相墜陷，故注云「犯人不知而犯之」。「及和令人犯法」，謂和教人奴婢逃走，或將禁物度關，外示和同，內為私計，故注云「謂共知所犯有罪」。「即捕若告」，謂即自捕、告或令他人捕、告，欲求購賞；又有憎惡前人，教誘令其人入罪者，皆與身自犯法者同罪。

本條律文前段，教令者本身不參與犯罪，而誘使「不閑法式」的被教令者誤以為該等行為不犯法，而實施違法行為，《疏議》舉出了「盜人財物」以及「私越關津」兩個例子來闡明。誘人使犯法，倘「犯者不知而犯之」，最後仍論以「皆與犯法者同坐」，不難窺見，行為人即使不知其行為係屬犯罪，因陷於錯誤而實施其行為時，仍不免於刑責。

至於本條後段，為「求購賞」而故意誘導他人犯法，然後捕告官司；或出於「憎嫌」而故意誘導他人犯法，以便陷其於罪的行為，不論被詐誘者「知而犯之」抑或「不知而犯之」，詐誘者一律與身自犯者同科，而被詐誘人雖「不知而犯之」，仍受到刑罰，足見，不知法律之人仍不能以此主張阻卻責任。

此外，雖非不知法律，祇不知其行為之違法性而受人利用者，則此項違法性的錯誤，有時不予論究，例如《唐律》規定，告人犯罪而指陳事實者，原則上不受處罰，惟如〈鬥訟律〉「為人作辭牒加狀條」（總356條）：「即受雇誣告人罪者，與自誣告同；賊重

者，坐贓論加二等。雇者，從教令法。」舉例來說，倘為人雇傭作辭狀，加增告狀，因雇者未與受雇者同謀，如雇者以此告之於官，當不負責任，而受雇者之責任則不能免，有時須負誣告的罪責。

唐時，關於違法性的認識錯誤，《折獄龜鑑》載有一則「裴均釋夫」的司法實例：

唐裴均，鎮襄陽。部民之妻與其鄰通，託疾，謂夫曰：「鬻者言，食獵犬肉即差。」夫曰：「吾家無犬，奈何？」妻曰：「東鄰犬常來，可繫而屠之。」夫用其言，以肉餉妻。鄰人遂訟於官。收捕鞠問，立承，且云：「妻所欲也。」均曰：「此乃妻有外情，躓夫於禍耳。」追劾之，果然。妻及姦者皆服罪，而釋其夫。³⁰

這是一樁發生於唐憲宗年間的刑案，裴均出鎮襄陽時，當地某人的妻子與鄰人私通，假託生病，欲陷害其夫，竟「詐誘」其夫，屠鄰居之犬，夫從其言，捕捉鄰犬，屠而餉其妻。依律，本案夫妻兩人或應坐〈廐庫律〉「故殺官私馬牛條」（總203條）之罪³¹，不過，倘其夫果真「不知」此舉是犯法的，是否有此處所謂的「違法性認識錯誤」的適用問題？遺憾的是，本案裴均僅論該妻及其姦夫各坐以姦罪，而免除本夫的罪責，雖有察姦之明，但對「屠犬」一事毫無論及，何以如此下判？從文中並無法得知其詳。

³⁰ 參閱鄭克編撰，劉俊文譯註，折獄龜鑑譯註，卷5，察姦門，裴均釋夫，頁294-296，1992年12月。

³¹ 《唐律·廐庫律》，故殺官私馬牛條：「諸故殺官私馬牛者，徒一年半。贓重，及殺餘畜產，若傷者，計減價準盜論。各償所減價。價不減者，笞三十。其誤殺傷者，不坐，但償其減價。主自殺馬牛者，徒一年。」

(二)違法性認識錯誤的法律效果

對於欠缺違法性認識或違法性認識錯誤的行為究應如何評價？現今刑法理論約有下列二說³²：

1. 故意理論

此說認為故意乃一種罪責要素，故意除「知」與「欲」兩個要素之外，尚須具備違法性認識。行為人主觀上倘欠缺此等違法性認識，則其行為即因欠缺故意要素，而不能成立故意犯罪，至多祇能成立過失犯。

2. 罪責理論

此說認為違法性認識為一獨立的罪責要素，行為人主觀上倘欠缺違法性認識，並不影響故意之成立，祇不過影響罪責而已，故仍可成立故意犯罪；惟罪責部分可得減輕，甚至完全可以免除。

近代刑法學派的通說捨棄「故意理論」，改採「罪責理論」，認為違法性認識是獨立於「故意」以外的罪責要素。簡單的說，行為人是否認識其行為違法，並不是故意要件所要處理的，而是在犯罪行為三階論證結構中，符合構成要件該當性及違法性之後，在有責性階段方予討論。所以，「故意理論」考慮的是有無欠缺故意，而「罪責理論」則是討論能否阻卻行為人的罪責。

再回過頭來檢視舊律，《唐律》對於「違法性認識錯誤」雖無總則性的明文，但對於不知其行為有違法性而犯法者，仍須負刑事責任，例如上述〈詐偽律〉「詐教誘人犯罪條」所分析，即與當今的刑法理論頗相暗合。

³² 關於違法性認識錯誤的處理方式，其詳可參閱陳子平，刑法總論，頁344-346，2008年9月；不過，本文的分類法與陳氏稍有差異。

肆、唐以降歷代刑律有關「錯誤」規範的衍化

傳統中國刑律，到了有唐一代，已發展到相當成熟的階段，唐以後的宋、明、清律雖在立法技術面上稍有損益，但在指導精神面上仍屬因襲者多，很少偏離《唐律》的主要軌道。

一、從《宋刑統》到明清律的變與不變

觀乎《宋刑統》，一如唐制，有關「錯誤」的相關規定，絲毫未加更動；〈名例律〉「斷罪本條別有制與例不同條」云：

諸本條別有制與例不同者，依本條。即當條雖有罪名，所為重者，自從重。其本應重而犯時不知者，依凡論；本應輕者，聽從本。

又云，其本應重而犯時不知者，依凡論；本應輕者，聽從本。【議曰】假有叔姪別處生長，素未相識，姪打叔傷，官司推問始知，聽依凡人鬪法。又如別處行盜，盜得大祀神御之物。如此之類，並是犯時不知，得依凡論，悉同常盜斷。其本應輕者，或有父不識子，主不識奴，毆打之後，然始知悉，須依打子及打奴本法，不可以凡鬪而論，是名本應輕者，聽從本。³³

到了明代，律文也祇稍作文字上的更動，《大明律》〈名例律〉「本條別有罪名條」謂：

³³ 參照竇儀等奉詔編撰，宋刑統·名例律，頁97-98，1985年10月。

凡本條自有罪名，與名例罪不同者，依本條科斷。若本條雖有罪名，其有所規避，罪重者，自從重論。其本應罪重而犯時不知者，依凡人論。謂如叔姪別處生長，素不相識，姪打叔傷，官司推問始知是叔，止依凡人鬥法。又如別處竊盜，偷得大祀神御之物，如此之類，並是犯時不知，止依凡論，悉同常盜之例。本應輕者，聽從本法。謂如父不識子，毆打之後，方始得知，止依打子之法，不可以凡毆論。

關於《唐律·鬥訟律》「鬥毆誤殺傷傍人條」，至明時，則改為「鬥毆及故殺傷人條」，將誤殺傷人併入戲殺、過失殺兩條內，另立「戲殺誤殺過失殺傷人條」，其曰：

凡因戲而殺、傷人，及因鬥毆而誤殺、傷傍人者，各以鬥殺、傷論。其謀殺、故殺傷人，而誤殺傍人者，以故殺論。若合津水深泥濘而詐稱平淺，及橋梁渡船朽漏，不堪渡人而詐稱牢固，誑令人過渡以致陷溺、死傷者，亦以鬥殺、傷論。若過失殺、傷人者，各準鬥殺、傷罪，依律收贖，給付其家。過失，謂耳目所不及，思慮所不到，如彈射禽獸，因事投擲磚、瓦，不期而殺人者。或因升高風險，足有蹉跌，累及同伴。或駕舡使風，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，而偶殺傷人者，皆準鬥毆殺、傷人罪，依律收贖，給付被殺、被傷之家，以為塋葬及醫藥之資。

時至清季，又承自《大明律》，稍加夾注說明，《大清律例》〈名例律〉「本條別有罪名條」律文道：

凡本條自有罪名，與名例罪不同者，依本條科斷。若本條雖有罪名，其心有所規避，罪重者，又不泥於本條，自從所規避之重罪論。其本應罪重而犯時不知者，依凡人論。謂如叔

侄別處生長，素不相識，侄打叔傷，官司推問，始知是叔，止依凡人鬥法。又如別處竊盜，偷得大祀神御之物，如此之類，並是犯時不知，止依凡論，同常盜之律。本應輕者，聽從本法。謂如父不識子，毆打之後方始得知，止依打子之法，不可以凡毆論。

至於司法實踐方面，在嘉慶二十年（1815）間，陝西司〈說帖〉中有一則「毆死別處生長總叔犯時不知」的實例：烏魯木齊都統奏袁文敖扎傷袁庫身死一案。此案袁文敖因生長吐魯番袁庫，於嘉慶十六年始由原籍移眷至吐魯番，與該犯之父袁潤並不認識。因係同姓，遂以弟兄相稱。因此該犯呼袁庫為叔。嗣袁潤物故，袁庫占住房屋，該犯理論，被袁庫毆踢成傷，經人勸散，該犯回房用小刀切食甜瓜，袁庫復持木杆趕至亂毆該犯額頭等處，並揪髮鬥毆，該犯不能掙脫，情急用刀扎其膝蓋等處殞命。嗣經查明該犯原籍，袁庫係該犯總麻服叔，查袁文敖因生長在吐魯番，不知袁庫係屬總麻服叔，其因袁庫占住房屋理論，被毆情急，用刀扎傷斃命，實係犯時不知。該都統將該犯依鬪殺律擬絞監候，與律相符，應請照覆。³⁴

而在《大清律例》「戲殺誤殺過失殺傷人條」說：

凡因戲以堪殺人之事為戲如比較拳棒之類。而殺、傷人，及因鬥毆而誤殺、傷傍人者，各以鬥殺、傷論。死者并絞，傷者驗輕重坐罪。其謀殺、故殺人，而誤殺傍人者，以故殺論。死者，處斬。不言傷，仍以鬥毆論。若知津河水深泥濘而詐稱平淺，及橋梁渡船朽漏，不堪渡人而詐稱牢固，誑令人過渡以致陷溺、死傷者，與戲殺相等，亦以鬥殺、傷論。若過失殺、傷人者，較戲殺愈輕，各準鬥殺、傷罪，依律收贖，給付其被殺傷之家。過

³⁴ 詳參祝慶祺等編，刑案彙覽（3編），頁188-189，2004年4月。

失，謂耳目所不及，思慮所不到，如彈射禽獸，因事投擲磚、瓦，不期而殺人。或因升高險足，有蹉跌，累及同伴。或駕船使風，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，皆準鬥毆殺、傷人罪，依律收贖，給付被殺、被傷之家，以為營葬及醫藥之資。³⁵

在該條的【律後註】說：凡將堪以殺人、傷人之事，彼此言明，和同相戲，因致殺、傷人；即因與人鬥毆，而誤殺、傷在旁之人，此等戲誤殺傷，各以鬥毆殺傷論。死者，絞。傷而不死，自成傷以上，至折傷、廢疾，篤疾，照依輕重科之。若其本意是謀殺人、故殺人而誤殺旁人者，以故殺論斬。夫戲本和同，非有爭鬥，然其事則堪以殺傷人之事也。既知堪以殺傷，而甘心為之，雖曰相戲，而人之成傷致命，則實被其毆矣，故以鬥殺傷論。誤中旁人，出於不意，然其心則欲以殺傷人之心也，雖未及於欲毆、欲殺之人，而旁人已被殺傷，則其毆與殺之事，已施於人矣。

又在該條的【律上註】說：因毆與故而誤者，大概是勸解觀看之人。因謀而誤者，或再昏夜；或因錯認；或加毒於飲食而誤進，皆是。誤是一時差錯失手之事。若謀、故毆之時，本人之親屬、奴僕，見而救護，致被殺傷，本人逃脫，則是有有意殺傷，非誤及旁人之比，仍各照本法。或謂同謀共毆，有誤殺傷旁人者，下手重傷人，自依鬥毆殺傷論矣。其元謀之人，傷則亦照鬥毆律減一等；殺則仍照共毆律擬流，餘人滿杖。殺傷之人雖誤，謀毆之情則一也，然殺傷既非所謀，誤者亦已抵罪，下謀殺而誤者，以故殺論，則造意不照謀殺矣，況共毆之元謀乎？元謀餘人，若亦誤毆有傷者，照傷科之，否則坐以不應。律無正文，即當酌情。故由鬥毆而誤者，

³⁵ 參閱（清）沈之奇撰，懷效鋒、李俊點校，大清律輯註，卷19，人命，下冊，頁689，2000年1月。

以鬥殺傷論；由謀殺、故殺而誤者，以故殺論。

按：故殺無為從者，因故而誤，罪在一人，殺則斬，傷則照鬥毆律論，適得本罪，故無疑矣。若在謀殺，則同謀之人，有造意、加功不加功，及同謀不行之分；謀殺之事，有已殺、已傷、已行之分。其中，有一典型的例示：

假如甲造意，與乙、丙、丁、戊四人同謀殺趙，甲與戊不行，令乙、丙、丁夜伺趙於路而殺之，乃誤殺傷錢，乙、丙加功，丁不加功。律止云以故殺論，並不言傷，註補出「乃以鬥毆論」，彼造意諸人，既難不論，若照謀殺本法則太重，且與以故殺論不符。夫所謀者趙，殺傷者錢，非其所謀之人矣。其謀雖行，殺傷已誤，造意之甲，不加功之丁，不行之戊，似應照謀而已行未傷人之法，蓋所謀之人，原未受傷，而行者誤有殺傷，豈非已行者哉？乙、丙二人，傷則照鬥毆律，分首從科之；殺則乙下手為重，依本律論斬，丙乃照傷科罪，似合輕重之宜。情事不同者，參論之，互見謀殺條註。律無正文，當斟酌以請。

須一提者，本條謀故毆之誤殺，皆曰凡人。若因凡人而誤及親屬，因親屬而誤及凡人，或因親屬而誤及親屬，當按尊長卑幼各律輕重，權衡分別，隨事酌之，未易枚舉。

二、從繼受歐陸法的《欽定大清刑律》到民國刑法

光緒二十八年以迄宣統三年間（1902-1911），清廷在外力與內壓雙重交迫下，進行了一場千古以來中國所未有的法制大變革，傳統中華刑律退出了歷史的舞臺，代之而起的是異質歐陸刑法的粉墨登場。

(一)關於抽象的事實錯誤

清末變法修律，由日籍修律顧問岡田朝太郎（1868-1936）及修律大臣沈家本所領銜主導的光緒三十三年（1907）大清新《刑律草案》，於第十三條定曰：

凡不出於故意之行為，不為罪。但應以過失論者，不在此限。

不知律例，不得為非故意；但因其情節，得減本刑一等或二等。

犯罪之事實與犯人所知有異時，從左例：

第一、所犯重於犯人所知，或相等時，從其所知者處斷。

第二、所犯輕於犯人所知時，從其所犯者處斷。³⁶

本條第三項的立法意旨，顯係承襲《唐律》「其本應重，而犯時不知者，依凡論。本應輕者，聽從本」的精神而來，此涉及到刑法理論上的「所知所犯」問題，其立法理由謂：「律例既已頒布，人民即有應知之義務，若因不知律例之故，為無犯意，作為無罪，則法律無實施之日矣，本條第二項前半之規定以此。雖然，現代社會固極複雜，律例亦甚煩瑣，人固有偶然不明法律，致所犯不足深責者，本條第二項後半之規定以此。本條第三項第一款規定，係自第一項前半規定而生，惟第一項前半情形，其人於犯罪事實之全部毫末未知，而第三項之情形，則僅一部未知耳，全部雖與一部不同，至其未知則同，故應仍無責任。本條第三項第二款之規定，係本於無犯行即非犯罪之原則，人固有謀之甚重，而行之甚輕者，則使負其所行之責任足矣。」本草案，在議訂的過程中引來諸多批

³⁶ 詳參黃源盛，晚清民國刑法史料輯注，上冊，頁50-51，2010年7月。

判³⁷，各省督撫紛紛進言，力陳己見。不過，對於簽注的意見，修訂法律館並未予以採納。最後宣統三年（1911）一月頒定的《欽定大清刑律》（又稱：大清新刑律）對於該條條文，僅作文字上的修正，並沒有實質上的變動，其規定如下：

非故意之行為，不為罪。但應論過失者，不在此限。

不知法令不得為非故意。但因其情節，得減本刑一等或二等。

犯罪之事實與犯人所知有異者，從左例處斷：

第一、所犯重於犯人所知或相等者，從其所知。

第二、所犯輕於犯人所知者，從其所犯。³⁸

³⁷ 許多簽注認為，不知律例犯罪減刑的規定是荒唐的，例如湖廣簽注認為：「例既已頒布，人民即有應知之義務，似未便因其不知律例，曲予未減。」兩江簽注認為：「中國人尚不講習法律，非特鄉愚不知律例為何事，即士大夫專事帖括以取科名，雖談經說史而能寓目律書者不多。觀設以其不知律例原其情節得減本刑一等或二等，恐現時天下犯法者，無不可託為不知律例而得邀未減矣，此項法律似尚須再加釐定或暫行刪除。」兩廣簽注也認為：「不知律例得因其情節減等，按之中國人民程度似尚難行。毋論律例頒布，愚民不能盡諳，且即使知者，亦可飾為不知，若從例而減科，則民之犯法有辭，罪之悻減者眾，恐不足以杜諉卸而示懲戒。」對於草案犯罪事實與犯人所知有異事的處理規定，兩廣簽注認為還不如《大清律例》規定得明白，「此條即名例本應罪重而犯時不知者，依凡論。本應輕者，聽從本法之意。律文已明，似可無煩改易。」湖廣簽注認為應予刪除，並無必要再明定減等之條。因為每一罪名本身已經按照情節有幾等刑，情輕者盡可從輕處罰，情節再輕者，還有第54條減等處罰的規定。不知律例不得為非故意，犯罪之事實與犯人所知有異，實際上就屬於犯罪情節的範疇，沒有必要再予以明定減刑。「其情節輕者，在本條已有上下之限，審判官已可從輕處斷，再輕者，又有酌量減輕第五十四條之範圍，此條何得再減？」以上引自湖廣、兩江、兩廣簽注清單等，參閱高漢成，簽注視野下的大清刑律草案研究，頁246-250，2007年2月。

³⁸ 參閱黃源盛，同註36，頁297。

民國元年（1912）的《暫行新刑律》，對於此一條文沿而襲之；不過，該條第三項規定，在民國七年（1918）《刑法第二次修正案》草擬時被刪除，即在法典上消失了，被刪除的理由有二：刪除第一款是因為該規定和刑法分則加重結果犯的規定互相牴觸，刪除第二款是因為處罰不以犯意，而以犯行為準為刑法的當然解釋³⁹。規定雖然被刪除了，效力並未隨之消失，實務上仍然遵行這兩款的「所知所犯」法則，而多數學說也並未質疑。例如大理院民國十一年（1922）六月統字第一七三二號解釋文：「出售偽金丹，即其中並無嗎啡毒質者，如明知為偽而冒作真者出售，應成立詐財罪；如不知為偽而誤作真者出售，雖所知係販賣嗎啡罪，仍應依刑律第十三條第三項第二款，從其所犯之詐財罪處斷。」⁴⁰

民國十七年（1928）制訂《刑法》時，以為該條第三項乃法理上之當然結論，無庸以明文規定，而將之刪除。民國二十一年（1932）立法院修訂《刑法草案初稿》，於第十七條復設規定為「犯罪事實重於行為人所知者，從其所知處斷；輕於行為人所知者，從其所犯處斷。」但在討論再稿時，又以此乃法理上必然之推論，無待特別規定，而予刪除，故民國二十四年（1935）所頒定的《中華民國刑法》並無「所知所犯」有關抽象事實錯誤的明文。而有關此種錯誤的處斷，乃委由刑法學說及司法實踐加以解釋適用，如最高法院二十七年（1938）非字第十五號判決謂：「犯罪之成立，除應具備治罪之特別要件外，尤須具有故意或過失之一般要件。如某種犯罪必以他人之身分始能構成者，則以明知他人有此身分方能成立，否則對於犯罪客體欠缺認識，即非出於該罪之故意行

³⁹ 參閱民國修訂法律館編，法律草案彙編（下），頁15，1973年6月。

⁴⁰ 詳參郭衛，大理院解釋例全文，頁999，1972年6月。

為。」其解釋要旨，對於錯誤概念的定義，闡釋甚明⁴¹。

(二)關於違法性認識錯誤

對於違法性的認識錯誤，究該如何處斷？自晚清宣統二年（1911）繼受歐陸刑法的《欽定大清刑律》以來，即有「違法性錯誤」的明文，其第十三條第二項規定：「不知法令不得謂非故意，但因其情節，得減本刑一等或二等。」上述僅就不以違法性認識為故意之要素而為規定，但過失犯是否以有違法認識之可能為必要，不無疑義，因之民國十七年（1928）的「舊刑法」於第二十八條另定為：「不得因不知法律而免除刑事責任，但因其情節，得減輕本刑二分之一。」不在條文中將故意表明，以示故意與過失皆不以違法認識為要件⁴²。其後民國二十四年（1935）的刑法第十六條前段規定為：「不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節，得減輕其刑。」此與「舊刑法」意旨同。惟同條後段規定：「如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。」蓋以「自信其行

⁴¹ 即使到了最近，我國最高法院的實務見解，仍遠紹此種認定法則，例如：「刑法上犯罪之故意，祇須對於犯罪事實有所認識，有意使其發生或其發生不違背其本意，仍予以實施為已足，不以行為人主觀之認識與客觀事實兩相一致為必要。故行為人主觀上欲犯某罪，事實上卻犯他罪時，依刑罰責任論之主觀主義思潮，首重行為人之主觀認識，應以行為人主觀犯意為其適用原則，必事實上所犯之他罪有利於行為人時，始例外依該他罪處斷。我國《暫行新刑律》第13條第3項原亦有『犯罪之事實與犯人所知有異者，依下列處斷：所犯重於犯人所知或相等者，從其所知；所犯輕於犯人所知者，從其所犯。』之規定。嗣制定現行刑法時，以此為法理所當然，乃未予明定。從而行為人主觀上欲犯某罪，但事實上所為係構成要件略有不同之他罪，且二罪法定刑相同，情節又無軒輊時，揆之前揭『所犯與犯人所知相等，從其所知。』之法理，自應適用行為人主觀上所認識之該罪論處。」以上詳參92年度臺上字第1263號判決。

⁴² 有關《欽定大清刑律》第13條的立法說明，詳參黃源盛，同註36，頁50-51。

為法律所許可而有正當理由」，乃係既欠缺違法的認識，又無認識的可能性，自不能予以責任非難，故規定得免除其刑。

此條項規定，適用期長達七十年，直到民國九十四年（2005），刑法第十六條才修正為：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節得減輕其刑。」此乃正式承認不可避免的違法性錯誤得作為阻卻罪責（有責性）的事由，亦即行為人雖具有違法的構成要件該當行為，仍不成立犯罪。不過，如係可避免的違法性錯誤仍不可免除罪責，僅為裁量性減輕刑罰事由。蓋法律既經頒布，人民即有知法守法的義務，惟如行為人確具有違法性認識錯誤的情形，進而影響法律效力，宜就違法性認識錯誤的情節，區分不同法律效果。其中：

1. 行為人對於違法性錯誤，有正當理由而屬無法避免者，因其行為無可非難性，應免除其刑事責任，而阻卻其犯罪的成立。

2. 倘行為人對於違法性錯誤，非屬無法避免，則僅有較通常行為為低的可非難性，仍不能阻卻犯罪的成立，然按其具體情節，得減輕其刑。

至於如何判斷違法性認識錯誤是否係屬於「可以避免」的問題，自宜參酌行為人的社會地位及其個人能力，在可期待行為人運用其認識能力與法律倫理價值思維的範圍內，視其是否能夠意識到行為的違法性而定。

伍、當今刑法與《唐律》中的「錯誤」立法比較

刑法是一部規範犯罪與刑罰的國內公法，而「犯罪」與「刑罰」的本質各有其理論根據。其中所謂「犯罪理論」，乃在探討犯罪責任之所來自，以及犯罪責任本身的結構問題；換句話說，行為人的行為究竟要達到何種程度？對社會或他人的危害性，要產生怎

樣的結果，才能成立犯罪？又就立法技術而言，《唐律》何以未在具總則性質的〈名例律〉中對故意、過失立下一般原則性的規定？法律用語在立法過程中宜如何求其一貫性？

一、主觀抽象立法乎？客觀具體立法乎？

自古迄今，犯罪理論大致上可分為「客觀主義」與「主觀主義」兩種主要形態；前者強調犯罪是否成立，應依客觀存在之實害或危險的行為定之，僅有意思而無發生實害或危險的行為，不成立犯罪，因此，特別著重犯罪行為在客觀上所產生實害結果的大小，作為論罪的依據。而後者，則比較重視行為人的性格，亦即著重於犯罪行為人內在惡性的懲罰與預防。

純就當代刑法的犯罪理論來看，關於抽象事實錯誤的所犯重於或輕於所知的法理，事實上，並不難理解，這只不過是故意理論的表現而已。蓋依據所謂「責任原則」中「無責任，即無罪刑」的「有責原則」⁴³，是指一個人實施該當於某種犯罪構成要件的違法行為後，如果無法對於該行為人加以非難時，即不能科以刑罰的原則；所以，責任原則是屬於限定犯罪成立的原理，具有限定國家刑罰權範圍的作用，以及作為科刑基準的機能。

對行為人的歸責，以行為人有故意或過失為必要，對行為人進行故意歸責，自然依行為人認識和意欲的範圍決定歸責的範圍，至於行為人認識和意欲的範圍應該有多大，則視各個犯罪構成要件的要求而定，例如殺人罪的構成要件，要求行為人認識被害客體是

⁴³ 「責任原則」的理念，係由近代「行為刑法」的觀念延伸而來，在此種思想下，強調違法行為之處罰，不能僅著眼於客觀行為的法律評價而已，必也同時要考慮行為人的具體的主觀責任要素。此外，刑法責任原則不祇是禁止沒有罪責的刑罰，而且也要求刑罰的制裁不得超越應負罪責的限度（量刑的責任原則）。

人，以及認識其行為是足以致人於死的行為。如果行為人具備了構成要件所要求的故意，而實際發生的犯罪事實能和構成要件合致，這包括等於構成要件的要求和少於構成要件的要求，即出現故意既遂犯。而所謂「所犯重於所知」，即實際發生的事實大於行為人事先認識與意欲的範圍，既然歸責行為人時，不能超越行為人的認識範圍，自然只能從其所知論罪。如依此而推論，「所犯輕於所知，從其所犯。」顯然是客觀主義下的產物，蓋惟有採客觀主義思維的刑法，才會處罰不依犯意而以犯罪行為的結果為準據。

其實，錯誤問題的解決，無論如何都必須回歸故意理論，因為不管依主觀不法理論或客觀不法理論，錯誤都可以理解為行為人所認識和意欲的事實與實際發生的事實不一致。依主觀不法理論固然其理甚明，依客觀不法理論，錯誤也是行為人理應認識和意欲的事實與實際發生的事實不一致。回歸故意理論檢視「所知所犯」規則的操作，必須注意的是構成要件事實與罪責事實的區分，因為這涉及錯誤在法律上的評價⁴⁴。

民國元年（1912）的《暫行新刑律》以及民國十七年的「舊刑法」，「犯罪的事實與犯人所知有異者」，當中所謂的「犯罪事實」究竟指構成要件事實抑或包含罪責事實，依當時故意和過失仍被定位在「有責性」階層的刑法三階理論體系而言，似指包括二者而言；而如果依目前的故意理論，所謂的「犯罪事實」指的是構成要件事實，因為構成要件事實才是故意所必須認識的對象。

以今衡古，《唐律》的立法指導思想，對於各種犯罪類型，與其說，是作抽象性、概括性的規範；毋寧說，是具體性、個別性、

⁴⁴ 以上論述詳參許玉秀，擇一故意與所知所犯——兼論違憲的肇事逃逸罪，台灣本土法學雜誌，13期，頁193-195，2000年8月。

客觀性的處置⁴⁵。它並非如現代刑法將「故意」與「過失」明確並列，觀《唐律》各本條，同罪質的犯罪，常見依其主體、客體、方法、犯意、處所、數量（日數、人數、贓數等）及其他情況，而另立罪名，各異其刑。以殺人罪為例，有謀殺、鬥殺、故殺、戲殺、劫殺、誤殺、過失殺等區別，表面上看，此係建立在傳統刑律之主觀主義下的體系，然此七殺表現在外的客觀要件也不盡相同；實際上，是先以客觀的層次作初步的區分，再從主觀的角度作最終的分類。

其次，以毆傷罪而言，毆傷人罪一般視傷之程度及方法，再視主客體，復視其犯意，因此，罪名繁雜，科刑上常生疑義。再就「錯誤」立法這一部分來說，《唐律》在〈名例律〉「本條別有制條」云：「其本應重而犯時不知者，依凡論。本應輕者，聽從本。」規定有關抽象的事實錯誤，而在〈名例律〉以外諸篇各本條內則另規定有具體的事實錯誤，並有違法性的認識錯誤。

綜上看來，《唐律》似乎比較傾向採所謂的客觀具體原則性立法，不過，究其實，客觀主義雖以外部現實的行為及其實害為其重點，但仍不能無視行為人之心理的、內部的要素。反之，主觀主義雖較重視行為人內部要素的危險性、反社會性，但也不能輕視行為及其實害，故二者的性質並非絕對對立。而尋繹《唐律》立法規範背後的思想，似乎始終搖擺於主觀主義與客觀主義之間；在法典實踐面，也是有層次地交雜著主客觀判斷指標的體系，可以說，是一種主客觀折衷式的立法原則。

⁴⁵ 詳參戴炎輝，同註3，頁30；另參小野清一郎，唐律に於ける刑法總則の規定，國家學會雜誌，52卷4號，頁17；再參仁井田陞，同註3，頁248以下。

二、古今有關「錯誤」立法技術的異同

「錯誤」的規範與行為人的故意、過失最有直接關聯性。問題是，在立法技術層面上，故意與過失有無必要作概括原則性的立法定義？「錯誤」的類型及其效果是否必要在具總則性質的編章中作明文規定？《唐律》與當今刑法的立法技術在這方面有何明顯差異？

(一) 當今刑法錯誤理論的任務

刑法上檢討「錯誤」的作用究竟何在？為何不論古今，立法者或司法者，都要費盡心力去詮釋「錯誤」的內涵與外延？一言以蔽之，主要係為處理「錯誤」在刑法上該如何評價的問題，得以之阻卻故意或阻卻責任否？換種說法，行為人主觀上所認識的事實，與客觀上所發生的事實不一致的情形下，什麼樣的程度不一致可認為有故意？要到怎麼樣的不一程度始可排除故意？

從構成要件錯誤的事實結構而論，行為人主觀上所認識的事實面，並非錯誤理論所要處理的對象，向來錯誤理論所要處理的部分，是客觀上現實發生的事實，亦即對行為人未預期的客體所發生的結果，可否阻卻故意？依此理論，當發生「錯誤」之情事時，在刑法適用上，故意理論應先行登場，倘依故意理論的判斷，得出該當故意的結論，接著，再透過錯誤理論的運用，以決定「能否阻卻故意」？如得出不該當故意的結論，接下來，就是該判斷有無過失的適用問題？

因此，錯誤與過失的關係，正如同錯誤理論與故意理論的關係，也有深究的必要，惟揆諸素來的文獻，似多予以忽視。如前所述，錯誤理論一向被認為係在處理構成要件錯誤「能否阻卻故意」此一問題點上，假若某一具體錯誤案件，無法得出「阻卻故意」的結論時，論者通常逕謂應論以「過失」，此時，該效果即與過失理論

發生關聯，而應予究明者，乃該效果（即「論以過失」）究係錯誤理論的運用？抑或係過失理論的接續判斷？由於歷來論述多未詳予說明，造成構成要件錯誤的處理，經錯誤理論之判斷，得出可「阻卻故意」後，接著，即刻導出「應論以過失」的結論，似乎即為錯誤理論的當然結果。在邏輯推論上是否真得如此？不無商榷餘地。

理論上，構成要件錯誤事例在刑法適用上，能否評價為故意犯係屬一事，能否評價為過失犯，又屬另一事。因此，對於構成要件錯誤，在判斷「阻卻故意」後，能否即論以過失犯？尚須適用過失理論的評價後，始能確定；換言之，錯誤理論本身並無將構成要件錯誤評價為過失犯的機能。在司法實踐上也曾如是認定過，例如民國二年（1913）大理院非字第四十八號的判決云：「因開槍擊賊，誤中其兄斃命，以法理言，屬於打擊錯誤，當然阻卻故意；而於想像上俱發罪，其擊罪之所為，實係殺人未遂，誤擊兄死之所為，實係打擊錯誤，且並無過失之可言，當然不為罪。」

（二）《唐律》中「誤」與「過失」的再釐清

律法字義，在整部法典內，須全部貫通；若此條如此解，彼條又不作如此解，這就有失「法律」的安定性了。值得關注的是，在有關犯罪主觀方面的理論與實踐上，《唐律》立法的一個特殊點，是對殺傷罪的主觀情況分類，在「故意殺傷人」及「過失殺傷人」之外，另列有「鬥毆殺傷人」一項。同時，還原則規定鬥毆殺傷是「元無害心」，而故殺傷是「不因鬥毆」等的條件；結果，至少在律文上就排除了鬥毆殺傷罪中所必定包含的故意殺傷及過失殺傷的性質區分。雖然如此分法，看似容易，卻容易造成適用上的困境，這也難怪，要有勞《疏議》想盡辦法來進行例示性的疏釋。

「誤」與「過失」二詞，自周以降，在文字學義上解，似乎差別不大，僅以其用來與「故」有所區辨即可。後來，漢·鄭康成以

「誤」為「不識」（知），「過」為「無本意」（欲）區分，至此，「誤」與「過失」似若有所區別。而由晉·張斐從鄭玄之義以為分界，但仍認為二者間存有模糊地帶，不易分別，可知二者也非孑然可辨。

晚清修律大臣沈家本目光如炬，或有感於歷來律令上「誤」與「過失」的曖昧不明，造成適用上的疑義不斷，為此，寫了一篇〈誤與過失分別說〉⁴⁶。他認為，漢代文字從簡重質，「誤」與「過失」二詞自不易區別；而唐代文字則長於詳明，因此，若依照《疏議》對「過失」與「誤」二詞所為的定義，應可清楚辨明。質言之，沈氏以為，「誤」依《疏議》所云，為「元有害心」的情形，「過失」則為「初無惡意」而屬於「耳目所不及、思慮所不到」的情形。以此觀之，「誤」與「過失」的區別，在於行為人主觀的態度，「誤」為「有害心而不識」，「過失」則為「無本意而犯之」。的確，《唐律》中對「誤」與「過失」的立法用語是不同的，並且區分得很清楚，幾乎找不出一條規定是同時包括「失」與「誤」的兩種情況。

前已屢屢言及，依現代的刑法理論，「錯誤」屬於行為人主觀想像與客觀事實發生不一致的情形，所強調者，是主觀與客觀情境間的落差。過失，則屬於罪責形態之一，不具備主觀不法，用語不同，評價的方式及內容自然有異。觀察中國舊律，「誤」與「過失」存在於主觀害心之有無，惟其仍須以客觀的行為態樣及結果來逆推方可得知其為「誤」或為「過失」。沈氏指出，東西各國當時律文有「過失」而無「誤」的規定，係因「誤殺者，元有害心，故無論其所殺者，係所欲殺之人或非所欲殺之人，其害之事已成，難以末減」，其意雖不中，但亦不遠矣！

⁴⁶ 參閱沈家本，同註3，頁676。

不過，近代刑法的錯誤理論，它所要處理的項目，不僅限於客體錯誤的「誤殺」一條而已，「錯誤」的內涵也不全然等同於傳統刑律上的「誤」。以現今我國刑法為例，在犯罪的類型上區分為「故意」與「過失」二者，「錯誤」在刑法理論上處理的方式非僅參酌行為人的主觀態度作為唯一的評價重點，法益侵害的類型和危險性亦為現代錯誤理論所納入評價。關於這一點，或許為當時沈家本所不察，以為東西律法，法雖不同而殊途同歸。不過，沈氏觀察東西律法，探索其義的用心，乃復知其梗要而為此區別，除了認為「當盡斷獄之道」，切勿把「誤」與「過失」混同外，也強調「過」、「誤」所犯，雖大必宥；尤其，建議主事審判者須審酌行為人的主觀情節，靈活運用條文以治獄，他的法學智慧，著實令人嘆服！

為了進一步釐清「誤」與「過失」的內涵與外延，恐怕還要細細檢視《唐律》各本條，因為唐代關於各種犯罪主觀心態的概念，大多是在律文的注疏中以「夾注」的方式來表達。如關於謀殺、故殺、鬥殺、過失殺及戲殺都有一些涉及概念的零星解釋。舉例來說：

1. 關於「過失」及「過失殺傷」。〈鬥訟律〉「過失殺傷人條」（總339條）：「諸過失殺傷人者，各依其狀，以贖論。」注文說：「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，以致殺傷之類，皆是。」關於「耳目所不及」，疏文又補充說：「假有投磚瓦及彈射，耳不聞人聲，目不見人出，而致殺傷。」關於「思慮所不到」，疏文說：「謂本是幽僻之所，其處不應有人，投瓦及石，誤有殺傷。」從行文上看，注文中所舉共舉重物、乘高履危及擊禽獸之例，也都列在「思慮所不到」的範圍內。

須留意的是，《唐律》中「過失」一詞是以限制性詞出現的，

亦即無論是律條還是疏文中，「過失」只限定用於殺傷人的場合，例如：「過失殺傷人」、「過失殺人」、「過失殺傷」、「過失殺」、「部曲奴婢過失殺主」、「過失殺傷祖父母、父母」等。即使單獨使用「過失」或「過失法」、「以過失論」、「子孫犯過失流」等，也毫無例外的限指殺傷人。對於毀壞器物，殺傷牲畜等方面的行為，即使是無意，也不用「過失」一詞⁴⁷。

2. 至於與「過失」、「誤」最相類似的用語「誤」，在〈鬥訟律〉中規定頗為詳盡，尤其在「鬥毆誤殺傷傍人」這一條律文中，闡明了「誤」的性質。沈家本也主要是根據這條疏律中的解釋而下了「過失」是「初無惡意」，而「誤」則是「元有害心」此一結論的。

讀舊律所為何來？有時候，古今刑律對比其實是蠻有趣的事。時序來到民國二〇年代，「舊刑法」擬作修正時，論者頗多建議應從當時多數外國立法例，就構成要件錯誤作明文規定者。然而，仔細思量，構成要件錯誤實係在行為人所認識的事實與發生的客觀事實不相符合時，應否認其有犯罪故意或應以過失處罰的問題，倘在法律上未就故意、過失作明確定義的立法，為免滋疑義，自有必要增訂明文以資適用；但如法典上已就故意、過失作明確定義的規定者，理論上，構成要件錯誤已可藉此定義規定而獲得適當的解決途徑，例如德、日等國刑法，原無故意、過失的定義規定，故必須訂定構成要件錯誤的條文⁴⁸；而我國現行刑法第十三條及第十四條既

⁴⁷ 《唐律》中除了有「過失」的用語外，另有所謂「失」者，例如：〈名例律〉同職犯公坐條的「失堪讀」、〈衛禁律〉緣邊城戍條的「失姦寇」、〈職制律〉祭祀有事於園陵條的「行事失錯即違失儀式」、〈職制律〉乘輿服御物條的「進御乖失」等等，凡此大多屬於官吏在職行公務上的「過失」意義。

⁴⁸ 故意與過失之意義，應否在刑法中作明文規定，各國立法例不盡相同。德國

已就故意、過失作明確的定義⁴⁹，判決例就此又頗為用心闡釋，即使不增訂構成要件錯誤的條文，運作起來也並無任何窒礙⁵⁰。

今昔對照之下，現行刑法中，犯罪的主觀要件要素主要有「故意」和「過失」的區別；而在《唐律》中，與當代「過失」涵義相類似者有「過失」、「失」和「誤」等形式用語。「過失」指對人殺傷方面的疏虞行為，「失」則多指官吏公務方面的過失行為，而「誤」則意味著除「過失」、「失」以外的過失行為，此外，還意味著某種「錯誤」⁵¹。這是《唐律》的立法特點，其後的明、清律

舊刑法對於故意過失，並沒有系統的規定，其1962年刑法草案曾網羅過去學說判例之精義，加以整理，使轉化為成文法則，惟1969年完成立法程序之刑法總則，僅在第15條規定原則上處罰故意行為，例外始處罰過失，關於原草案故意與過失之意義，則概予刪除。察其用意，係以故意、過失之涵義及其類別，乃純粹理論問題，有判例可為依據，如以明文規定，反足妨害學理之發展。日本現行刑法，亦無故意、過失的意義規定，而歸諸學說判例予以解決。

49 我國刑法第13條將故意定義為：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」刑法第14條規定：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。」

50 參閱楊建華，刑法總則之比較與檢討，頁85-94，1988年9月。

51 《唐律疏議》中，直接使用「誤」一詞的規範尚有如下數條：(1)合和御藥有誤條（總102條）：「諸合和御藥，誤不如本方及封題者，醫絞。」(2)受制忘誤條（總113）：「諸受制忘誤及寫制書誤者，事若未失，笞五十；已失，杖七十。轉受者，減一等。」(3)驛使不依題署條（總126）：「諸驛使受書，不依題署誤指他所者，隨所稽留以行書稽程論減二等。若由題署者誤，坐其題署者。」(4)醫合藥不如方（總395）：「諸醫為人合藥及題疏、針刺，誤不如本方殺人者，徒三年半。其故不如本方殺傷人者，以故殺傷論；雖不傷人，杖六十。即賣藥不如本方殺人者，亦如之。」以上四條就當代意義言，均屬單純的過失犯，並不涉及錯誤的問題。

也都沿襲此一格局⁵²。至於《唐律》在〈名例律〉內既無有關故意、過失的明確定義，又無關於「構成要件錯誤」的一般原則性明文規定，於今看來，似有缺漏⁵³；不過，畢竟時空不同，古今異制本理所當然，這究竟是立法者有意的安排？還是歷史的局限？值得再細細推敲。

陸、結 語

古往今來，法律一直是人類生活最主要的行為規範，也是落實社會正義的重要依憑。從廣闊的比較法史看，《唐律》有關刑法思想與立法技術的發達程度，在當時的世界而言，是無出其右的。而透過上述《唐律》中的「錯誤」立法及法理的歷史考察，或可發現，不論過去與當今，祇要是人類社會，犯罪行為的態樣，千古以來，實在變化不大；而對於制裁犯罪行為的思惟，其智慧也是古今相通的，對於許多重要法律問題的認知與法律價值觀念，其實並無根本上的不同，「今人不見古時月，今月曾經照古人。」只是，囿於時空的差異，民情風俗的扞格，其呈現及被運用的方式有所分殊而已！

走筆至此，不禁又想起法史學的研究方法問題，長年以來，我總認為，討論法律文化現象，不宜忘卻它的時間度、空間度與事實度；也可以這麼說，法制史研究不應該疏忽的三個面向：一個是想像世界，歷史是什麼？其次是根源世界，歷史為什麼是什麼？另一

⁵² 詳參西田太一郎，同註3，頁130-142。

⁵³ 錢大群認為：「唐朝在刑法中起總則作用的〈名例律〉仍沒有寫上關於故意與過失處理原則的片言隻語，這是唐代在律學理論上的一個重大的缺憾。這是歷史的局限，直到封建後期的明清都還沒有解釋這個問題。」詳參錢大群，唐律與中國現行刑法比較論，頁131，1991年9月。

個是意義世界，歷史的過去、現在與未來的聯想。事實上，刑法犯罪理論的體系化與規範類型的概念化，是近代歐陸先進法治國家的產物，在晚清繼受歐西刑法以前，傳統中國「律學」即使已相當成熟，但終究受限於專制皇權統治，始終無法跳脫刑法是「治民之具」的思維模式；加上，傳統士大夫讀書萬卷卻不太熱衷於法律之學的探究，致使刑事法學的方法與理論思考，並未受到特別重視，法學抽象理論體系的論證與刑法概念類型化的闡釋不夠昌明，為此，傳統「律學」縱然走在別人前頭，但「法學理論」在近代以來卻遠遠落人於後，或許，這也是歷史進程中的宿命所使然吧？

參考文獻

一、中 文

1. (清)沈之奇撰，懷效鋒、李俊點校，大清律輯註，卷19，2000。
Shen, Chih-Chi, *The Commentary of Great Qing Legal Code*, vol. 19, 2000.
2. 王制，禮記。
The Classic of Rites, The Royal Regulations (Wang Zhi).
3. 民國修訂法律館編，法律草案彙編（下），1973。
Law Revision Agency, ROC (eds.), *A Collection of Statutory Drafts*, 1973.
4. 李昉等奉敕撰，太平御覽，卷640，1959。
Li, Fang (eds.), *Imperial Readings of the Taiping Era*, vol. 640, 1959.
5. 杜佑，通典，卷69。
Du, You, *Tongdian*, vol. 69.
6. 沈約等奉敕撰，宋書，卷64。
Shen, Yueh (eds.), *The Book of Song*, vol. 64.
7. 沈家本，誤與過失分別說，載：沈家本全集（卷4），頁676-677，2010。
Shen, Chia-Pen, *Difference Between Errors and Negligence, in the Collected Essays of Shen Chia-Pen*, vol. 4, pp. 676-677, 2010.
8. 房玄齡等奉敕撰，晉書，卷30。
Fang, Hsuan-Ling (eds.), *The Book of Jin*, vol. 30.
9. 春秋公羊傳，卷10。
Gōngyáng Zhuàn, vol. 10.
10. 祝慶祺等編，刑案彙覽（3編），2004。
Chu, Ching-Chi (eds.), *The Collection of Criminal Cases*, 2004.
11. 孫詒讓，周禮正義(五)，卷18，1967。
Sun, Yi-Jang, *The Commentary on the Rites of Zhou (V)*, vol. 18, 1967.
12. 高漢成，簽注視野下的大清刑律草案研究，2007。
Kao, Han-Cheng, *The Research of the Draft of Great Qing Criminal Code from the Perspective of Endorsement*, 2007.

13. 張夢機、張子良編著，唐宋詞選注，1998。
Chang, Meng-Chi, Chang, Tzu-Liang, The Selected Commentary on Tang and Sung Ci, 1998.
14. 許玉秀，擇一故意與所知所犯——兼論違憲的肇事逃逸罪，台灣本土法學雜誌，13期，頁193-195，2000。
Hsu, Yu-Hsiu, The Select Intention and Subjective Recognition and Objective Reality – Unconstitutional Crime of Commitment and abscondence in an automobile accident, Taiwan Law Journal, no. 13, pp. 193-195, 2000.
15. 許玉秀、王玉銓，從「所知所犯」論不法事實與罪責事實的區分，載：刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)，頁153-192，2004。
Hsu, Yu-Hsiu, Wang, Yu-Chuan, From the Perspective of “Subjective Recognition and Objective Reality” to Discuss the Distinction Between the Illegal Fact and the Fact of Criminal Responsibility, in Retrospection and Prospects on the Civil Code in the Past 70 Years I, pp. 153-192, 2004.
16. 郭成偉，龍筋鳳髓判初步研究，載：龍筋鳳髓判，頁189，1996。
Kuo, Cheng-Wei, The Preliminary Study of “Long-jin-fong-sui Judgments”, in Long-jin-fong-sui Judgments, p. 189, 1996.
17. 郭衛，大理院解釋例全文，1972。
Kuo, Wei, The Interpretation Cases of Ta-Li Yuan, 1972.
18. 陳子平，刑法總論，2008。
Chen, Tzu-Ping, The General Principles of Criminal Code, 2008.
19. 陳顧遠，中國文化與中國法系，1977。
Chen, Ku-Yuan, Chinese Culture and Legal System, 1977.
20. 黃仲夫，刑法精義，2011。
Huang, Chung-Fu, The Essence of Criminal Code, 2011.
21. 黃源盛，漢唐法制與儒家傳統，2009。
Huang, Yuan-Sheng, Han-Tang Legal System and Confucianism, 2009.
22. 黃源盛，晚清民國刑法史料輯注，上冊，2010。
Huang, Yuan-Sheng, The Compilation of Penal Laws from the Late Qing Dynasty to R.O.C, Part 1, 2010.

23. 楊建華，刑法總則之比較與檢討，1988。
Yang, Chien-Hua, *The Comparison and Review of the General Rules of Criminal Code*, 1988.
24. 睡虎地秦墓竹簡，法律答問。
The Shuihudi Qin bamboo texts, *The Questions and Answers about Law*.
25. 劉海年等主編，中國珍稀法律典籍集成，甲編，第一冊，1994。
Liu, Hai-Nian (eds.), *Zhongguo zhen xi fa lu dian ji ji cheng*, Jia bian, 1994.
26. 蔡墩銘，唐律與近世刑事立法之比較研究，1972。
Tsai, Tun-Ming, *The Comparative Study of Tang Code and Modern Criminal Legislation*, 1972.
27. 鄭克編撰，劉俊文譯註，折獄龜鑑譯註，卷5，1992。
Cheng, Ke (ed.), Liu, Chun-Wen (trans.), *The Translation and Commentary of "Che-yu-kuei-chien"*, vol. 5, 1992.
28. 鄭健才，刑法總則，1991。
Cheng, Chien-Tsai, *The General Rules of Criminal Code*, 1991.
29. 鄭愁予，鄭愁予詩集 I，2007。
Cheng, Chou-Yu, *The Poetry of Cheng Chou-Yu I*, 2007.
30. 錢大群，唐律與中國現行刑法比較論，1991。
Chien, Ta-Chun, *A Comparative Study Between the Tang Code and the Contemporary Chinese Criminal Code*, 1991.
31. 錢大群，「誤」辨，載：唐律與唐代法制考辨，頁91-100，2009。
Chien, Ta-Chun, *The Study of "Wu"*, in *The Study of Tang Code and Legal System in Tang Dynasty*, pp. 91-100, 2009.
32. 戴炎輝，中國法制史，1971。
Tai, Yen-Hui, *Chinese Legal History*, 1971.
33. 戴炎輝，唐律各論，下冊，1988。
Tai, Yen-Hui, *The Individual dissertation on Tang Code, Part 2*, 1988.
34. 戴炎輝，唐律通論，2010。
Tai, Yen-Hui, *The General Principles of Tang Code*, 2010.
35. 韓忠諫，刑法原理，再版，2002。

Han, Chung-Mo, *The Principle of Criminal Code*, 2d ed., 2002.

36. 寶儀等奉詔編撰，*宋刑統*，1985。

Tou, Yi (eds.), *Sung-hsing-tung*, 1985.

二、日 文

1. 小野清一郎，唐律に於ける刑法總則的規定，*國家學會雜誌*，52卷4號，頁17。
2. 仁井田陞補訂，*中國法制史研究——刑法*，1981。
3. 西田太一郎，過失・錯誤について，載：*中国刑法史研究*，頁121-151，1974。

From the Aspect of Modern Criminal Law to Discuss the Legal Theory and Norm of “Error” in the Tang Code

Yuan-Sheng Huang^{*}

Abstract

From the point of view of modern criminal law, “error” means that subjective recognition is different from objective reality. The perpetrator’s blame will be influenced by the error. Recognition is the element of an intention. The law punishes the behavior that intends to make it happen after gaining recognition. So the perpetrator’s recognition, intention and objective reality are closely related to each other. It often influences the perpetrator’s intention if subjective recognition is different from objective reality, and so the perpetrator’s blame will be affected.

In fact, from the aspect of legal history, the legal theory of “error” has a long history in Ancient China. This essay will introduce readers to the legislative meaning of the “error facti” and the “error juris” in the

^{*} Professor, Department of Law, Fu Jen Catholic University; Ph.D. in Law, National Taiwan University.

Received: May 10, 2011; accepted: September 15, 2011

Tang Code; then it will explore its actual uses in cases. Furthermore, the essay will discuss its influence on legal history and modern criminal law in order to get to know its meaning in legal history.

Keywords: Tang Code, Error, Subjective Recognition and Objective Reality, wu (誤), Intention, Negligence