

# 《唐律疏议》“与同罪”条款分析

张田田

**[摘要]** 唐律中“与同罪”条款示意量刑的选择性参照而非无差别援用，体现归罪与追责的独特思路：内容集中于规制行政管理与监督中职务的枉法故纵，兼涉婚姻、买卖等社会生活中的容留隐匿，重在惩处“明知而故犯”；设置上主要针对多人犯法、罪责相关但首从难辨等情形，论罪关注犯人的主观状态，亦参考其行为与损害，以综合衡量知情放任、知情协作等部分对整体犯罪后果的影响程度为核心；条款适用大体服从“止坐其罪”的总括说明，存在“本条别有制”的个别变通，其中的“同罪”已从一般“同”字用例分化为特定法律用语。

**[关键词]** 唐律疏议 同罪 罪同 律学 律眼

**[中图分类号]** D924.13 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1000-7326 (2014) 04-0123-06

“同”字“从口”，“合会也”，<sup>[1]</sup>是《唐律疏议》等法典中的高频字。古代法律中“同”字用例多样。<sup>①</sup>其中“与同罪”条款有别于其他“同”字用例，法律含义复杂，虽“比类真犯”，但未必“同罚”：“与同罪”条款其实示意量刑时对一定标准的选择性参照而非无差别援用。目前学界对“与同罪”条款的关注，一则集中在明清法制环境中产生的“同罪”、“罪同”辨析问题，<sup>②</sup>二则从犯罪形态、犯罪理论角度作讨论。<sup>[2]</sup>而“同罪”法律意义的确定、“与同罪”条款基本类型的形成，均经由唐律。因此，从理论溯源与立法经验总结的角度，对唐律中的“与同罪”条款的类型化研究仍有必要。

## 一、“与同罪”条款的分布

唐律中，“与……同罪”对应的科刑方式首先在“名例”篇中有一总括，在第53条，该条律文将“反坐”、“罪之”、“坐之”、“与同罪”并称为“止坐其罪，并不在除、免、倍赃、监主加罪、加役流之例”，<sup>③</sup>注曰，“死者止绞而已”，“义疏”释曰，“止坐其罪，不同真犯”。上述内容与构成“以……论”、“准……论”罚则的“以”、“准”字例的涵义说明与适用指导均设于一条律文中，且形成层次：先是明

**作者简介** 张田田，吉林大学法学院博士生（吉林 长春，130012）。

<sup>①</sup>唐律中“同”字用例极多，笔者初步统计，出现1266次，分布在304条中。唐律中对“与同罪”条款设专门说明，见于唐律总第53条。文中所引均为唐律，其条文标号均为全律中排序所得，不另说明。

<sup>②</sup>明律中对“同罪”的专条诠释内容有所改变，清承明律，又添加“凡称同罪者至死减一等，称罪同者至死不减”小注，因律注以字面参差而为生死之分，吸引律学家及问刑者的注意。

<sup>③</sup>除官、免官、监主加罪无疑是针对官吏犯罪，多指官员犯盗情形，关于“除、免”，见唐律第18条、第19条、第22条等，关于“监主加罪”，见唐律283条等。“倍赃”亦指盗罪，“倍赃”之“通例”（针对全律或单篇或多条）载于“名例”篇与“贼盗”篇，如第33条、第45条，第281条，第282条，等等。加役流是减死之制，与五刑体系中的“流”有别，其制总括于第11条。

确“反坐”、“罪之”、“坐之”、“与同罪”四类量刑法的“止坐其罪”；再来说明“准……论”式罚则在量刑上“但准其罪”，罪止流三千里；最末是“以……论”罚则“与真犯同”。整条律文的内容排列尤堪玩味。<sup>①</sup>

“与同罪”与“反坐”、“罪之”、“坐之”并提，原因是包含这四种用语的条文规定有共通之处。一方面，“与同罪”、“反坐”、“罪之”、“坐之”从字面观，均系比照关系的缩略表述；结合“名例”以下诸篇中规定，比照办法则依照行为与后果的相关性、关涉程度等因素而酌定；<sup>②</sup> 犯罪行为的实施或特定危害的酿成之中，或存在多方参与，或分为不同阶段，影响各别，须分析以定案，“与同罪”、“反坐”、“罪之”、“坐之”四种条款的处罚对象，因其内在状态与外观表现方面的特征，导致对其处理大都倾向于比照亲自、实际犯案所应科处的刑罚。另一方面，此四种条款所针对者之罪与条款所比照之罚，在情理考量上可能构成微妙差异；在法律评价上，这种差异虽微妙但不可忽视，因而引发引律断罪时的甄别，才出现“止准其罪”的原则规定。<sup>③</sup>

依据“与同罪”条款处断之罪，与依“反坐”、“坐之”、“罪之”处断之罪各不相同；分布上，“与同罪”条款也独具特色。以所在条文为观察单位，将整部律中出现的第 53 条涉及到的四种“止坐其罪”条款作统计（见表 1）。

可见唐律中“与同罪”条款，是所在条文数量较多、分布较均衡的，全律中包含“与同罪”条款的应在 50 条上下，分布在 10 个篇章中，而且在个别篇章规定中“与同罪”条款所占比重不小，如“捕

表 1 “与同罪”、“反坐”、“罪之”、“坐之”的分布

篇目	分布			
	与同罪	反坐	罪之	坐之
名例	53	6、23、37、53	37、53	39、53
卫禁	58、62、65、74、83、86	无	72	无
职制	92、127、135、146	无	无	无
户婚	154、159、161、169、185、192	无	无	无
厩库	210、217、221	无	无	212
擅兴	228、235、236	无	无	无
贼盗	253、257、267、293	无	无	288、293
斗讼	无	342、344、355、357	无	无
诈伪	366、371、378、379、381、387、388	无	无	无
杂律	404、408、409、417、418、426、438	无	无	无
捕亡	457、459、461、463、466、468	无	无	无
断狱	无	474、475、477	无	无

<sup>①</sup>列一专条说明律中的特定用语，反映出对所释用语的重视；而在多个说明对象的选列上加以斟酌，反映出诠释技巧。这样的诠释方式似乎还缘于为使某些用语在其本义、一般功用基础上另外承担某些功能所作的努力。

<sup>②</sup>称“同罪”者，所获之刑与“所知之情”、“所故纵者”、“身自实行者”的刑罚基本相同，或娶者与嫁者罪同，或卖者与买者罪同，后文详述。称“反坐”者，以第 342 条之“诬告反坐”为基本原则，视所诬之罪轻重和所诬之人身份等规定细则，还有第 477 条，“诸拷囚……杖数过者，反坐所刺”，等等。称“罪之”者，言行上，可因告诉不当而获所诉之罪，如第 354 条，“诸以赦前事相告言者，以其罪罪之”，罪止加役流，又可因悔过而从轻，如第 37 条，“即自首不实及不尽者，以不实不尽之罪罪之，至死者，听减一等”，不合死罪。或因故意而加重，如第 466 条，“故纵者，不给捕限，即以其罪罪之”，“义疏”曰，“谓纵死囚得死罪，纵流、徒囚得流、徒罪之类”。称“坐之”者，可因同犯而坐罪，如第 288 条，“诸同居卑幼，将人盗己家财物者……若有杀伤者，各依本法。”注云“他人杀伤，纵卑幼不知情，仍从本杀伤法坐之。”可减自身所犯之罪，如第 37 条关于自首的规定，“犯罪之徒，知人欲告及案问欲举而自首陈；及逃亡之人，并叛已上道，此类事发归首者：各得减罪二等坐之。”

<sup>③</sup>如因纵囚逃亡者得逃亡之罪，纵囚者毕竟与逃犯有别；诬告他人犯杀人罪者，诬告者到底与亲手杀人不同，其虽涉案、其咎难辞，但其情毕竟与“身自犯法”有异，论理难据“真犯”之刑而全科。

亡”篇有三分之一条文包含“与同罪”内容。

依“事类”而命名的各分则篇章中，“卫禁”、“厩库”、“擅兴”、“捕亡”中的“与同罪”条款类型相对一致，主要是处罚官员对本应予以管制、纠举的罪行的“知情故纵”。

紧随“名例”篇的“卫禁”，篇中“与同罪”的科罪形式针对的是有监督职责的官吏对宫廷警卫中的“阑入”类罪、关禁守备中的“冒度”类罪的“知情故纵”，其中对警备不力以致发生“阑入”、“冒度”的“主守”官员的处罚认定，堪为全律的准则。在警卫职能的督促方面，第58条规定非常典型，处罚“阑入太庙门、阑入山陵兆域门、阑入太社、越垣太庙、越垣山陵兆域、越垣太社”者，并追究故纵上述阑入、越垣行为的各处守卫、主帅等的责任，据此，一旦发生阑入、越垣事件，上述宫门、防禁的监当官吏如系知情故纵，均须科处与亲身阑入、越垣者相同之刑罚；其中的“故纵者各与同罪”处罚，适用于该篇章中其他被阑入、越垣的处所中的“监门及守卫”。与此相似，第62条涉及“主司”的规定也具有全律范围内“余条准此”的“通例”作用，只是第58条对“故纵者”的职掌规定较为具体，而第62条首先说明“主司”这一通称“谓应判遣及亲监当之官”，有利于“主司”的认定，<sup>①</sup>而在此基础上以注疏明确：“一部律中，但言主司，并不觉减二等，知而听行与同罪。”另外，“卫禁”篇中“与同罪”条款，并未触动“止坐其罪”的量刑限制。<sup>②</sup>

“厩库”篇中，运用“与同罪”条款惩治的“主司故纵”事项包括盗仓库、逃避缴纳入官之物、不输送课物而于所输之处购买充数，以及乘官畜及车而私驮物超重。

“擅兴”篇中，征人冒名相代，从里正到州县遣兵之官以及主典，凡知冒名之情，均依“与同罪”条款处罚；在军所私放征人者以征人逃亡罪论；临军征讨而逃避征役若“有所稽乏”、造成损害者，主司知情与同罪。

“捕亡”篇“与同罪”条款集中处罚有监管之责者而故纵所监管的征夫、囚犯、工匠、奴婢等逃亡的罪行。第466条则就此篇内的“主司故纵”设减刑之制：故纵者虽依“与同罪”计刑而不给除罪、追减的捕限，但所纵之人被捕获或自首或死亡时，故纵者可减刑一等。

“与同罪”条款虽不纯针对“主司”，但均为有特定职守者而设的，见于“职制”、“杂律”二篇。“职制”篇中“与同罪”条款，内容相较前述四篇中的多样，其处罚对象包括各类“主司”，还有特殊的选官考校者以及监临官。

“杂律”篇中的“与同罪”条款，以监校者“知情”、“市及州县官司知情”、监当主司“听行”、“不禁”等为构成要素。第408条，官员于应给“传送”之限外索取或不应得“传送”而取乃至强取者，主司若给，各与取者同罪。第409条，应入驿站投宿但不应辄受供给的官员若辄受供给，与不应入驿而入驿者同罪：杖一百；计赃“准盗论”重于杖一百者，依“准盗论”所得徒、流罪处断。

以混合形式规定“与同罪”，既有针对主司而设，又有处罚买卖、婚姻等活动中不具有官员身份、监管职责者的篇章为“户婚”、“诈伪”。“户婚”篇“与同罪”条款有涉及主司和覆检者知情不报的，有用于规制收养、婚姻活动中的特定参与者的。“诈伪”篇内，第388条是此篇中的总括性规定：有所求而诈冒官司的多个罪名中未专门说明的主司均“知而听行与同罪，至死者减一等，不知者不坐”。其他以“知情故纵”为要素的“与同罪”条款分别见于第366条、第371条、第379条，此外还有对存心不良之教诱他人、受人雇请或其他有意作伪情节运用“与同罪”方案科罚的。

<sup>①</sup>据此便可印证，第58条所列举的主帅、监门和守卫，都是“主司”；第65条的“将领主司”、“仗卫主司”属于“主司”中的“亲监当之官”，第83条、第85条、第86条中“与同罪”条款涉及到的官员，系发放“过所”者，则是职司“判遣”，系守卫关卡者，则是“亲监当之官”，当然都是“主司”。

<sup>②</sup>第85条稍特殊，主司之罪依其对私度与私度者“他罪”的知悉状况而定。第53条对“与同罪”条款的量刑限制仅于下列场合起用：主司“只知其一不知其二”，即知私度却不知私度者身犯他罪，则罪止徒一年。若主司“双重知情”，即完全知晓且听任“私度有他罪重者”出关，“以重者论”，处罚上不受“不在除、免、倍赃、监主加罪之例”所限。

“贼盗”篇中的“与同罪”条款，内容殊于前述各篇，其处罚对象不限于官员，“与同罪”也并未运用在“主司知情”类情节的处罚中，而是基于对杀伤、窃囚、乞买奴婢等行为的原因、性质及损害的考量来选用。

唐律中这些“与同罪”条款，粗看以“治官”之法居多，细辨则情节众多，类型不一。在客观情况方面，同为“主司”，而职掌不同，身份各别，这是以“主司知情”为构成要素的“与同罪”条款在具体表现上的多样化；同为“知情”、“故纵”、“知而听行”，所纵之罪的内容不同，这又是包括“主司知情”和其他以“知情”为要件的“与同罪”条款所共同体现出来的多样化色彩。唐律中的“与同罪”条款的适用场合及其因此而产生的对于社会生活尤其是行政管理的影响，无疑是广泛而多样的，是以接下来采取类型化的方法，对其要素、形态作考察。

## 二、“与同罪”条款的类型

依条文规定中的定罪量刑思路，我们将“名例”外九篇中的“与同罪”条款归类如下。

表2 “与同罪”条款类型

“与同罪”条款		所在条目
类型	情节	
知情放任他人犯法	主司听行、故纵	58、62、65、74、83、86、127、154、161、210、217、221、228、235、236、366、371、379、404、418、426、457、459、461、463、466
	考课、覆检、监校者知情不报	92、169、417
	监临官知情与家人同罪	146
知情配合违法活动	主司许者与请求者同罪，主司给者与取者同罪	135、408
	买卖、嫁娶同罪	159、185、192、293
	主后知（奴婢、部曲先知情藏匿罪人）者，与奴婢、部曲同罪	468
其他	奸夫杀本夫，所通奸的妻妾不知情仍与奸夫同罪	253
	窃囚者与囚同罪	257
	发招魂而葬之冢者与发有尸之冢者同罪	267
	教诱者与亲身犯法者同罪	378
	受雇倩者与自伤残者同罪	381
	译人同所出入之罪	387
	应入驿、不得受供给而受者，与不应入驿而入者同罪	409
误毁关、刺亦与符、移同罪	438	

表中大略区分三类。前两类“与同罪”条款所在条文着重衡量知情放任、知情协作部分对犯罪整体后果的相关度和影响程度，其相似构成要素即“知情”，<sup>①</sup>强调情节对结果的“原因力”。无法归入前两类的“与同罪”条款为第三类。

前两种“与同罪”，集中体现行政管理的目标与手段，以及社会生活中的人情与事理，涉及国法与亲情间的权衡。它们所代表的典型“与同罪”形态规定均以“知情”为本，不“知情”则当然不适用“与同罪”，但其法意却不止于此，联系全律，其适用又隐含条件。一要确实能够“知情”。二要存在知情者不可坐视违法之理。<sup>②</sup>三是知情者的实际选择：放纵他人犯法而不加阻止甚至加以配合。这三个要点可从“与同罪”条款所在条文，<sup>③</sup>尤其是区分此罪与彼罪、无罪与有罪的内容中归纳得出。其中又可

<sup>①</sup>值得注意的是，“与同罪”条款中虽多以“知情”为要件，但包含有此种“知情”要素的罪名却未必均以“与同罪”科罚。

<sup>②</sup>也就是本应履行职能或采取行动，且能够履行职能或采取行动。

<sup>③</sup>例如针对关卡守卫，第82条规定“私度”、“越度”之罪，第83条规定“冒度”之罪，但这两条中只有针对

归纳出两种主要出发态度：与“知情与同罪”相对，或“不觉”者减罪，或不知情者不坐罪。前者，官员职司所在，固须阻止特定犯罪的发生或防范特定后果的出现，则其“知情而故纵”要受罚，其“不觉”亦可罚，例如，第 62 条的注疏明确：“一部律中，但言主司，并不觉减二等，知而听行与同罪。”<sup>①</sup> 官员“不觉”、“不知情”还有其他处罚办法：比照知情者、故犯者，有减一等科罪的，有减三等的，减四等的，减五等的；依失窃财物计赃论罪的；依冒名人数、逃亡日数计刑的。以此督促主司履职。后者为处罚对象设定的行为标准低于前者：若“知情”则不可听任他人违法，若实不知情，则罪在犯法者，不知者无罪，<sup>②</sup> 相比“不觉”亦科罪规定，“不知情勿论”的条文对发觉、纠举特定犯罪的督促似乎有所放松。<sup>③</sup> 而处罚方式不同反映出自律法对各种身份者监督、揭发各类犯罪的要求不同：在包含“知情与同罪”的条文，以他人的犯罪发生、完成作为主司或其他职官的处罚要素，要求是有犯必纠、杜绝玩忽职守的，则规定“不觉者减等”；而要求降低至知情必报，重点是杜绝隐瞒包庇的，则倾向“不知者无罪”。此外，如遇极端情形，主司明知犯罪但无力阻止，则不可视为“故纵”，当然也就不适用“主司故纵与同罪”。例如，第 210 条包括“与同罪”条款在内的规定，只适用于主司故纵窃盗偷取库藏情形。若主司遭强盗无力拒贼的，勿论，正如刘俊文解析：“如被强盗，则虽失物，防卫主司及库藏主守均得免予追究。盖‘被威力盗之，非能拒得’，责任不在防卫主司及库藏主守，故不得援此律科之也”。<sup>④</sup>

第三类“与同罪”条款内容多样，比附类推色彩较为鲜明，主要以行为性质、方式及后果上的相似相关构成“比类而同其罪”的基础，处罚对象大多也以行为的主动体现主观犯意，例如，第 378 条，将心怀“使人入罪”之“私计”，采取教诱、和令他人犯法之举者的罪责，比于“身自犯法者”的量刑，则既考量其外在行为，又考量其内在意图。例外的是第 253 条，将不知情者与实行犯同科，实际反映“移轻作重”的类推思路，<sup>⑤</sup> 但其比照思路亦非一味加重。<sup>⑥</sup>

通过分类观察，可把握唐律的“与同罪”条款的整体形态：内在状态方面，三类“与同罪”条款的处罚范围中基本排除了“思虑所不到”，而主要情节如“知而听行”他人实施犯罪、明知他人不法而与其交易、亲身犯罪或指使他人犯罪等，都归属于典型的“明知而故犯”。外在表现方面，积极主动地倡议或实施犯罪便不属于“知而听行”范围。

### 三、“与同罪”条款的原理

探究“与同罪”条款的原理，以下唐代判词提供了线索。案由是“洛阳人祁元泰贿司勋令徐整，作伪勋插入。申奏大理，断泰为首，整为从，泰不伏”。张鷟判云“整行诈业，泰授伪勋，两并日拙为非，

---

“冒度”罪，才存在对知情官吏的处罚问题。因为“不由门为越”，则官司无从查验；有“过所”而冒名度关，官司若查知便可能避免，便有惩处其“知而听行”的必要。

①符合“不觉减二等”的如第 58 条、第 62 条、第 74 条、第 85 条、第 236 条、第 379 条、第 418 条。

②知情与同罪、不知情者不坐的，如第 83 条、第 86 条、第 127 条、第 185 条、第 192 条、第 388 条、第 461 条。

③影响因素是涉及到的罪行相对恶性小、危害低，且犯法者往往采取有意诈伪欺瞒的手段，其间情伪百端，势难一一识别，强论受欺者之罪或不近人情。例如第 379 条，诈承驿马加役流，驿关全不勘检又不知情，徒二年半，若诈乘者盗得真符券及伪作，检验不可觉知者，驿关免责。

④而作为“同”字用例的“同罪”用于比附重罪的，亦有渊源。后文例释。

⑤就此条而言，理解其法意的肯綮有三。一，古代对杀人案件中的“死因”的特殊认识于此有所体现，即妻妾虽不知奸夫杀人，但追根溯源其夫被杀，与其与人通奸有莫大干连。二，案涉“服制”与“伦常”，夫死，而妻妾有责，论死并非无据。三，奸夫若有“谋杀已杀”、“故杀”、“刃杀”情节则处斩，而妻妾依“与同罪”得绞罪；妻妾杀夫依“斗讼”篇专条（第 326 条）则处斩，是以此条“与同罪”条款虽不以“知杀人之情”为“与杀人者同罪”的要件，但罪止于绞而不同于斩，也体现出量刑上的斟酌。唐律此条款，确是后世明清律“杀奸”类罪对因奸情导致丈夫为奸夫所杀的妇女的处置的源头之一，虽然清律在相应规定中并未采取相同表述。（《大清律例》卷 26《刑律·人命·杀死奸夫》）此外，在明清判决中常用“所致”表述，如奸夫独自杀其夫，奸妇虽未参与，但丈夫之死仍为奸情所致之类；若“奸妇”不知情且有当时救护、事后首告等反应追悔之意的情节的，刑部核覆案件时往往“夹签”，由皇帝定夺，往往予以法外从宽。相当于以惯例形式，确定对“不知情亦与杀人者同罪”的个案修正。

一种雷同获罪。执行故造，造者自合流刑；嘱请货求，求者元无首从”，<sup>[4]</sup> 恰合唐律第 388 条“主司承诈，知而听行与同罪”，“诈伪”者与“听行”者就整个“诈冒官司以有所求为”举动、结果而言“元无首从”，也与第 135 条中“诸有所请求者，笞五十；主司许者，与同罪”一致。

由此可见，“与同罪”条款关注犯人的主观状态，亦参考其行为与损害，以综合衡量知情放任、知情协作等部分对整体犯罪后果的影响程度为核心，是针对不易判定“首从”又难以归入“不分首从”类型的特例而设，目的在于强化对犯罪的监控和纠举。一方面，“与同罪”条款的核心不是片面比照人、物、事，而是从“前因后果”中综合判定的角色、地位、关系。另一方面，“与同罪”条款之规制对象，在犯罪活动中常充当相对被动、后发但关键的角色，立法对其多采取不高于同一犯罪中积极主动从事犯罪者科刑的态度。

唐律各处“与同罪”条款，以“笞、杖、徒、流、绞”刑为主，这是适用“与同罪”条款量刑的一般原则。<sup>①</sup> 然而，针对罪名的纷繁和处罚的多样，“名例”篇声明“本条别有制，依本条”，因此其余各篇中也有排除第 53 条适用的“与同罪”条款，<sup>②</sup> 例如，第 210 条的量刑法则是“与盗同罪”，且此条“主司”身负防卫库藏职责，因此其获刑在失窃数额较大的情况下突破“与同罪”条款的“止坐其罪”界限：故纵赃满五十匹处加役流，一百匹处绞刑。此条显示出重惩失职“主守”的态度，“知而听行”者获刑重于“身自犯法”者，在唐律的“与同罪”条款中仅见此例。<sup>③</sup>

#### 四、结论

从其形态、要素的规律性以及理论精致度来看，唐律中有关“知情与同罪”的规定，成就了传统法制中一类较为成熟的定罪量刑形态。唐律“与同罪”条款“止坐其罪”，相当于对“罪无轻重”的限缩解释。从“与同罪”的条款来看，唐代立法重视科条简约和原理贯通，在定罪量刑时并不强求一一列举，以穷尽可能，而适当地运用比类并设定公式，以应对变化。

#### [参考文献]

- [1] [汉] 许慎撰、[宋] 徐铉校定：《说文解字》，北京：中华书局，1963 年，第 156 页。
- [2] 范莉：《〈唐律疏议〉之共同犯罪研究》，中国政法大学硕士论文，2007 年。
- [3] 刘俊文撰：《唐律疏议笺解》，北京：中华书局，1996 年，第 1130 页。
- [4] [唐] 张鷟著，蒋宗许、刘云生、蒋信、谭勤、陈默笺注：《龙筋凤髓判笺注》，北京：法律出版社，2013 年，第 42 页。

责任编辑：王雨磊

<sup>①</sup>是以在死罪的科处上显得特别谨慎。此外，律称“与同罪”，在“义疏”中往往用“罪同”释其罪责，换言之，在并非“盗”、不计“赃”且处刑较轻时，“同罪”、“罪同”可以通用。

<sup>②</sup>如唐律第 185 条、第 210 条、第 236 条、第 267 条、第 379 条、第 388 条。

<sup>③</sup>甚至可能是明清律对“受财枉法”的“与同罪”规定“全科”基本原则的滥觞。