

清代前期「殺死姦夫」條的 規定及其裁判實態*

江存孝**

摘要

本文旨在考察清代前期，特別是自順治朝起至雍正朝為止，清律「殺死姦夫」條的內容及其裁判實態。就立法面言，清律「殺死姦夫」條的規定承襲明律，並受到明代末期律學者編纂的註釋書影響，其後歷經順治三年及雍正三年的立法，律本文與條例的內容逐步被建立。另外，值得注意的是雍正五年制定的「擬抵」條例，針對夫只殺死犯姦妻的犯罪，重新調整夫與姦夫的罪責。就裁判面言，本文聚焦於考察裁判官員如何審理各種不同類型的「殺死姦夫」案件。根據裁判史料，可以發現此時期的裁判官員審判「殺死姦夫」事案時，呈現一種不安定的現象，亦即裁判官員並不當然引用「殺死姦夫」條的規定進行裁判。其原因可能在於既有規定不足以應付各種類型的案件，且各條文間亦存在罪刑不平衡的問題所致。藉由這些事案的分析，更可以看到清代裁判官員在個案中嘗試調整罪刑不均衡的努力。

關鍵詞：清律、殺死姦夫、通姦、刑事裁判、註釋書

* 本文的完成，感謝兩位匿名審查人寶貴且深刻的指正，在此謹致謝忱。惟一切文責，由筆者自負。

** 國立政治大學法律學系博士後研究；日本金澤大學法學博士。

A Study of the Provisions Concerning “Killing an Adulterer” in Early Qing Dynasty

Chiang, Chun-Hsiao

Abstract

This paper attempts to explore the provisions concerning “Killing an Adulterer” by traditional Chinese law in early Qing Dynasty from 1644 to 1735. This paper will discuss the origin of these provisions and their evolution. This paper will analyze the criminal judicial cases about “Killing an Adulterer.” Through the elaboration, this paper suggests:

(a) For legislation, the provisions concerning “Killing an Adulterer” of Qing Code can be attributed back to the influence of Ming Code and the commentaries on the law edited by law scholars in late Ming Dynasty. These provisions of Qing Code were established through the legislation in 1646 and 1725. Furthermore, It is notable that a new code means “ni di (擬抵)” which was legislated in 1727. When a husband killed his wife who committed adultery, he and the adulterer’s crime and the guiltiness were readjusted under code “ni di”.

(b) For judiciary, this paper tries to discuss how the judges handle those “Killing an Adulterer” cases. By reviewing these criminal judicial archives, this paper shows that the judges did not necessarily use the provisions concerning “Killing an Adulterer” to handle these cases during this period. The uncertainty behind these cases can be related to two reasons: Firstly, the existed provisions concerning “Killing an Adulterer” are not comprehensive enough for the judges to sentence all of the “Killing an Adulterer” cases. Secondly, the bureaucracy for judiciary and legislation

in Qing Dynasty, which frequently balanced the crime and the guiltiness of cases about “adulterer murder”, and continuously managed to adjust the unbalanced situation caused by legislation or judiciary.

Keywords: Qing Code, killing an adulterer, adultery, criminal judiciary, commentary

壹、序言

現行「中華民國刑法」第273條「當場義憤殺人」罪規定：「當場激於義憤而殺人者，處七年以下有期徒刑」。一般而言，殺人者應依國家法律予以處罰乃當然之理，但在某些特殊情況下，或有減輕其刑的空間，作為「普通殺人」罪減輕類型的「當場義憤殺人」罪即為一例。至於何種殺人行為符合「義憤」要件，須視個案而定，加害者遇見配偶與他人通姦，當場殺死通姦者的案例，便是向來最常被提及的犯罪類型。¹

將殺死姦通者行為，視為較一般殺人行為之非難性為輕的思維，究竟源於何處？若將此疑問置於傳統中國法的脈絡，瞬間浮上筆者腦海的是「殺死姦夫」條的規定。²至今為止，有許多涉及明、清律「殺死姦夫」條的研究問世，³這些研究成果使我們可以瞭解「殺死

- 1 如林山田，《刑法各罪論》上冊（臺北，自版，2005），頁79-80；甘添貴，《刑法各論》（上）（臺北，三民書局，2013），頁29-30。此外，中華民國最高法院三十三（1944）年上字1732號判決經常被提及，其內容為：「刑法第二百七十三條之規定，祇須義憤激起於當場而立時殺人者，即有其適用，不以所殺之人尚未離去現場為限。被告撞見某甲與其妻某氏行姦，激起憤怒，因姦夫姦婦逃走，追至丈外，始行將其槍殺，亦不得謂非當場激於義憤而殺人。」
- 2 日本刑法學者小野清一郎譯注「中華民國刑法」時，亦曾論及明、清律「殺死姦夫」條與「當場義憤殺人」罪的關係。參照小野清一郎，《中華民國刑法分則（下）》（東京，中華民國法制研究会，1935），頁85、頁101-102。小野譯注的對象文本並非現行「中華民國刑法」，而係頒行於民國十七年（1928）的「中華民國刑法」（現稱「舊刑法」）。
- 3 在中文研究方面，有如賴惠敏，〈從命案看清前期的國家社會（1644-1795）〉，收入氏著《但問旗民——清代的法律與社會》（臺北，五南出版社，2007），頁209-242；〈情慾與刑罰——清前期犯姦案件的歷史解讀（1644-1795）〉，同前書，頁277-315；江照信，〈以史立論：案件與法學的認識問題——以大清律「殺死姦夫」之案件為例〉，《法律方法》8（2009），頁236-254；董陸璐，〈清代刑事司法裁判的微觀考察——以「殺死姦夫」條為中心〉，《司法》4（2009），頁120-134；楊湘鈞，〈論「點石齋畫報」的「捉姦圖像」〉，《法制史研究》20（2011），頁217-266；陳惠馨，《清代法制新探》（臺北，五南出版社，2012），頁119-121、頁141-143；陳戰彪，〈清代「殺死姦夫」的立法及司法實踐〉，《法制與社會》8（2013）等。在日文研究方面，有如陳青鳳，〈清代的刑法における婦女差別——特に傷害殺人・姦淫罪における——〉，《九州大学東洋史論集》18（1990），頁55-86；中村正人，〈清律『夜無故入人家条』小考〉，《中国史學》5（1995），頁155-176；滋賀秀三，〈刑案に現われた宗族の私的制裁としての殺害——国法のそれへの対処——〉，收入氏著《清代中国の法と裁判》（東京，創文社，2002），頁93-144；森田成滿，〈清代に於ける性を巡る法秩序とその司法的保護〉，《星葉科大学一般論集》20（2002），頁63-82；佐々木愛，〈不倫した妻は殺せるのか？〉

姦夫」條在傳統中國法的位置，並對清代「殺死姦夫」的事案有初步的認識，但其中仍留下一些尚待考掘的問題。

舉例而言，關於「殺死姦夫」條的起源，學界向來多以「始於元律」一語概括。但終元代一朝，並未制定作為基本法典的國家刑法典，所指「元律」為何？仍有不明確之處。目前雖可確定最初定有此條文的基本法典為明代《大明律》，然其與「元律」有何關連？再者，「殺死姦夫」條在元、明時期逐步於國家法典中成為專條後，關於其法理，在明代又有什麼討論及轉向？這些轉向對清律是否又有影響？進入清代後，「殺死姦夫」條有何變化？裁判官員又是如何面對相關的案件？這些問題在過往的研究中或有觸及，但仍有值得深究的空間。

因此，本文擬先簡述唐代至明代「殺死姦夫」相關規定的發展，及「殺死姦夫」條在明代的成形與法理轉變，以此為基礎，進而聚焦考察清律「殺死姦夫」條規定及其裁判實態。其次，綜合前段所提出的一連串問號，本文欲探討的問題擬具體說明為二：（1）在規範面，將以清代國家法《大清律例》為主要考察對象，探討清律「殺死姦夫」條的內容，其與明律及明代註釋書間的淵源，乃至於這些規範在清代的轉變；（2）在裁判面，探討清代裁判官員如何運用「殺死姦夫」條規定對「殺死姦夫」案件進行裁判？在面對加害者可能觸犯包含「殺死姦夫」條在內的數條規定時，清代裁判官員如何運用這些規範進行裁判？其中是否浮現出犯罪行為與法定刑間輕重不均衡的問題？原因為何？裁判官員如何解決？

又，考察清律「殺死姦夫」條時，應如何劃出其變遷過程的時代區分點？本文在此擬先就區分方法提出說明：以後見之明來看，「殺死姦夫」條及其條例在清代全時期的改正過程中，最頻繁改定的時代為乾隆朝。為了考察及說明上的方便，本文擬以乾隆朝最初的修法，

——明清律·殺死姦夫律とその運用——》，《上智史学》53（2008），頁105-120；喜多三佳，〈殺死姦夫の理——清律「殺死姦夫条」の淵源とその發展——〉，《法制史研究会会報》15（2010），頁1-14；江存孝，〈明代における「殺死姦夫」条の成立に関する考察〉，《人間社会環境研究》30（2015），頁59-75，等研究成果。

亦即乾隆五年（1740）的改正為分水嶺，將清代分成「清代前期」（雍正朝為止）與「清代後期」（乾隆朝以後），僅以前者為時間範圍，嘗試考察前述所提出的各項問題。

貳、唐、宋、元、明「殺死姦夫」相關規定及其法理之小考

「殺死姦夫」相關規定的歷史可上溯至秦漢時期，根據先行研究的考察，從《史記·始皇本紀》第六所載刻於石碑上「夫為寄猥，殺之無罪」的碑文，即可見其端倪。此外，東漢的何休在《公羊傳》「桓公六年」的註中曾引用「立子姦母，見乃得殺之」的漢律，清代的沈家本在《漢律摭遺》卷五「賊律三」中也引用相同的漢律。⁴惟受到史料的限制，目前仍未能瞭解秦、漢時代律法中「殺死姦夫」規定的全貌，本文認為能在基本法典中較為明確看見「殺死姦夫」相關條文者，應自唐代為始，故以下擬先簡要介紹唐代至明代的規範內容。再者，「殺死姦夫」規定的法理，在明代中期以降也產生變化，本文亦說明如後。

一、唐代至明代「殺死姦夫」的相關規定

「殺死姦夫」的相關規定自唐代起至明代為止有若干變化，以下分成四點說明。⁵

第一、唐律中雖無「殺死姦夫」專條，但在《律疏》「夜無故入人家」條的部分，有論及家之主人殺死夜間為姦通而侵入住宅者的問

4 相關討論可參照下倉涉，〈秦漢姦淫罪雜考〉，《東北學院大學論集》39（2005），頁133-135。亦有見解認為《史記·始皇本紀》第六所載的碑文內容「夫為寄猥，殺之無罪」，即為清律「殺死姦夫」條的原型，參照陳青鳳，前揭註3論文，頁64。

5 詳細討論可參考江存孝，前揭註3論文，頁60-67。

題。⁶從「夜無故入人家」條的特性來看，此規定並非賦予家之主人進行私人制裁的權限，乃係一種為避免因他人侵入住宅所生緊急危害而進行的防衛行為。就此而言，「殺死姦夫」僅是「夜無故入人家」條下的一種犯罪型態。

第二、宋代基本法典《宋刑統》的內容大致承襲唐律，亦無「殺死姦夫」專條，惟《慶元條法事類》中有「諸妻犯姦，從夫捕」⁷與「諸妻犯姦，其夫因而殺之者，免為不睦」⁸的規定。從前者來看，雖可說國家法有賦予夫捉犯姦妻的權限，仍難稱國家法有意允許私人殺死犯姦妻。關於後者，原本殺妻行為該當「十惡」的「不睦」，即便遇有朝廷恩赦亦不在赦免之列，此赦的頒行使夫殺死犯姦妻的行為自「十惡」排除，可說實質上減輕其刑。國家法對夫殺死犯姦妻行為採取寬容措置的趨勢，於此時代更轉明顯。⁹

第三、進入元代，「殺死姦夫」相關規定的內容產生極大的變化。有別於唐、宋，十三世紀後半的游牧民族法系中已存在「於姦所殺死姦夫、姦婦，勿論」的習慣法，島田正郎認為此種習慣法具有私刑主義傾向，且包含復仇要素在內。¹⁰由此見解的啟發，筆者認為元代「殺死姦夫」規定，可能承繼自游牧民族的習慣而來。又，《元史·刑法志》「姦非」¹¹與《元典章》「諸殺」¹²圖表皆載有「殺死姦夫」規定，且兩者的內容極為類似。雖無法確認載於「刑法志」的規定是否源於《元典章》，但由《元典章》即可推知當時存在的部分

6 (唐)長孫無忌撰，《唐律疏議》(北京，中華書局，1983)卷18，「賊盜律·夜無故入人家」條(總269條)，頁346。

7 (宋)謝深甫等撰，《慶元條法事類》(臺北，新文豐出版社，1976影印版)卷80，「諸色犯姦·捕亡赦」，頁612。

8 前引(宋)謝深甫等撰，《慶元條法事類》，卷80，「諸色犯姦·鬪訟赦」，頁613。

9 關於唐、宋律「殺死姦夫」的相關討論，可參照翁育瑄，《唐宋的姦罪與兩性關係》(臺北，稻鄉出版社，2012)，頁52-58、頁90-96。

10 島田正郎，《北方ユーラシア法系の研究》(東京，創文社，1981)，頁179、頁307-308。

11 (明)宋濂等撰，《新校本元史并附編二種》第四冊，收於楊家駱主編，《中國學術類編》(臺北，鼎文書局，1981)卷104，志52，「刑法三·姦非」，頁2656。

12 陳高華等點校，《元典章》(北京，中華書局；天津，天津古籍出版社，2011)，刑部卷之四，「典章四十二·諸殺」，頁1429。