

清代後期「殺死姦夫」條例的 改正及其法理*

江存孝**

摘要

清代前期，「殺死姦夫」相關規定仍有不備，在裁判實務上因而經常呈現裁判官員不當然引用「殺死姦夫」條進行裁判的不安定狀態，為了彌補規範不足以因應層出不窮的案件，乾隆五年後，「殺死姦夫」條例開始大幅修正。因此，本文旨在考察「殺死姦夫」條例在清代後期的改正軌跡與相關裁判實態，並探討其法理。本文主要從「主體客體範圍的重新衡鑑」、「涉及親屬關係的條例梳理」、「糾往捉姦責任的釐清辨明」、「以擬抵為方法的罪刑分配」四個面向出發，探討「殺死姦夫」條例修正的整體像及其動因，並以先行研究為基礎重新思考律本文與條例間的關係，以釐清「殺死姦夫」條例的法理特性。藉由這些分析，可以看到隱藏在「殺死姦夫」規定背後的多重價值於裁判過程中發生競逐，更可見到清代官員在修法過程中致力於追求客觀裁判基準，及罪行與刑罰間之平衡的努力。

關鍵詞：殺死姦夫、大清律例、通姦、刑事裁判、情罪平允

* 本文的完成要特別感謝兩位匿名審稿人的寶貴意見，在此謹致謝忱。

** 東吳大學法律學系兼任助理教授，日本金澤大學法學博士。

壹、緒言

自明代開始，傳統中國基本法典即有「殺死姦夫」專條，其以「姦所登時殺死姦夫姦婦者，無罪」規定為核心。進入清代後，首先「順治三年律」「殺死姦夫」條的內容直承明律及明代中、後期的註釋書。雍正三年（1725）改「順治三年律」律後小註為單獨條例，再於雍正五年（1727）首創「擬抵」條例。然至雍正朝為止，清律「殺死姦夫」條及條例的內容大致與明代相仿，真正開始頻繁修訂「殺死姦夫」條例應始自乾隆五年（1740）。因此，本文為方便說明擬以該年為界分清代為前、後兩期，尤其著重探討清代後期「殺死姦夫」條例的轉變。

關於清代前期的「殺死姦夫」事案審理，值得注意的地方在於出現不少裁判官員不完全按照「殺死姦夫」條進行裁判的例子，如卑幼捉姦殺死犯姦尊長的案件即為其一。此時期的裁判官員經常不直接引用「殺死姦夫」規定論罪科刑，反而引用「故殺」條文，再透過情狀酌量的方式減免加害者罪刑。此種裁判方式風行的理由，係因清代前期「殺死姦夫」規定不夠完備，以致於無法充分對應所有案件之故。

舉例而言，在至雍正朝為止的「殺死姦夫」規定中，雖有卑幼不得殺死犯姦尊長的規定，但本夫殺死犯姦尊長是否應適用此條例，抑或應照「殺死姦夫」律本文以無罪論，在裁判實務上產生不少爭議。在此問題背後實存在論理的衝突，亦即是否應將殺死姦夫視為一種正義行為，而將加害者予以無罪判決或減刑？抑或應優先考慮尊卑次序，慮及殺死犯姦尊長的行為惡性重大，而將加害者予以重罰？如何解決這個問題，便成為清代後期的修正重點之一。¹

過去已有許多觸及明、清律「殺死姦夫」條的先行研究，如在中

1 關於清代前期「殺死姦夫」條的規範內容與裁判實務，可參照江存孝，〈清代前期「殺死姦夫」條的規定及其裁判實態〉，《法制史研究》31（臺北，中國法制史學會，2017.6），頁81-120。

文學界，賴惠敏從清律對情姦案件的法令規定出發，細緻分析清代前期（1644-1795）犯姦案件實態；²陳惠馨從《大清律例》的規範結構角度切入，分析「殺死姦夫」條的律、例關係；³江照信以沈家本〈論殺死姦夫〉為起點，深入剖析「殺死姦夫」條的法理；⁴江存孝則以清代前期（1644-1740）為時代分段，考察清代前期「殺死姦夫」條的規定內容及裁判實態；⁵此外亦有以微觀的角度考察「殺死姦夫」事案的研究，⁶及利用「點石齋畫報」為素材探討清代「捉姦圖像」之研究。⁷這些研究有助於後繼研究者理解「殺死姦夫」條在傳統中國法上的定位。

在日本學界方面，很早就開始探討「殺死姦夫」的法理特性問題，仁井田陞從「國家法」與「非國家法」的角度討論「殺死姦夫」條法理特性，可說開其先河；⁸滋賀秀三則以宗族間進行的私人制裁為例，提出對仁井田陞的反論；⁹在二人論點的辯證延長線上直接迫近明、清律中「殺死姦夫」條的重要研究，要屬佐々木愛¹⁰與喜多三佳。¹¹前者主要以註釋書與《刑案匯覽》為素材，嘗試釐清「殺死姦夫」條的法理，後者則從學界較少人著墨的清代後期「殺死姦夫」條

-
- 2 賴惠敏，〈情慾與刑罰——清前期犯姦案件的歷史解讀（1644-1795）〉，收於氏著《但問旗民——清代的法律與社會》（臺北，五南出版社，2007），頁277-315。
 - 3 陳惠馨，《清代法制新探》（臺北，五南出版社，2012），頁119-121、頁141-143。
 - 4 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（濟南，山東人民出版社，2009.2），頁236-254。
 - 5 前引江存孝，〈清代前期「殺死姦夫」條的規定及其裁判實態〉，頁81-120。
 - 6 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（廈門，廈門大學出版社，2009.11），頁120-134；陳戰彪，〈清代「殺死姦夫」的立法及司法實踐〉，《法制與社會》8（昆明，法制與社會雜誌社，2013.3），頁7-10。
 - 7 楊湘鈞，〈論《點石齋畫報》的「捉姦圖像」〉，《法制史研究》20（臺北，中國法制史學會，2011.12），頁217-266。
 - 8 仁井田陞，〈中国旧社会の構造と刑罰權——国家的・非国家的とは何か〉，收於氏著《補訂 中国法制史研究 刑法》（東京，東京大学出版会，1981），頁17-22。
 - 9 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。
 - 10 佐々木愛，〈不倫した妻は殺せるのか？——明清律・殺死姦夫律とその運用——〉，《上智史学》53（東京，上智大学史学会，2008.11），頁105-120。
 - 11 喜多三佳，〈殺死姦夫の理——清律「殺死姦夫条」の淵源とその発展——〉，《法史学研究会会報》15（東京，法史学研究会，2011.3），頁1-14。

例的變遷出發重新挑戰舊有學說，並提出在「對姦通不具有取締能力的國家」與「殺害姦夫、姦婦的本夫」間形成一種「交易關係」（取り引き）的假設。其他亦有諸多研究值得參考，在此則不贅述。¹²

對本文而言，值得注意的是學界目前較少對清代後期「殺死姦夫」條例變遷的研究，就此喜多三佳的研究可說具有相當程度的前導性，該文不僅以向來的學說為基礎重新論證「殺死姦夫」法理，更對清代後期「殺死姦夫」條變遷有一定程度的耙梳，但就各該條文的成立背景及其運用實態，尚留下可以繼續探索的空間。因此，本文擬以清代後期「殺死姦夫」條例的改正為主要考察對象，並重新探討「殺死姦夫」條的法理特性。

貳、主體客體範圍的重新衡鑑

清代後期「殺死姦夫」條例改正事業始於乾隆五年，考察「殺死姦夫」條例修正時須先注意適用「殺死姦夫」條的主、客體範圍變化，以下分別進行討論。

一、涉及主體的修正

依本文定義，適用「殺死姦夫」條的主體係指為國家法許可得為捉姦之人（應許捉姦之人）。清代前期的「殺死姦夫」條主體分成三種：（1）本夫；（2）本夫以外之親屬；（3）同居人、應捕人。本夫的主體地位在清代後期並無改變，改變較大的是（2）與（3），以下僅討論此二者。

12 如陳青鳳，〈清代の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（福岡，九州大学文学部東洋史研究会，1990.1），頁55-86；中村正人，〈清律『夜無故入人家条』小考〉，《中国史学》5（京都，日本中国史学会，1995.10），頁155-176；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〉，《星葉科大学一般教育論集》20（東京，星葉科大学，2002.12），頁63-82；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（金沢，金沢大学大学院人間社会環境研究科，2015.9），頁59-75等。

(一) 本夫以外之親屬

先從下引條例來看：

本夫之兄弟，及有服親屬，或同居人、或應捕人，皆許捉姦。其婦人之父母、伯叔、兄弟姊妹、外祖父母捕姦，殺傷姦夫者，與本夫同。但卑幼不得殺尊長，犯則依故殺伯叔母姑兄弟律科罪。尊長殺卑幼，照服制輕重科罪。¹³

此規定出於「順治三年律」律後小註，雍正三年時改為單獨條例，規定的應許捉姦主體有三：（1）本夫之兄弟及有服親屬；（2）同居人、應捕人；（3）婦人之父母、伯叔、兄弟姊妹、外祖父母，並規定妻族親屬若捕姦而殺傷姦夫，適用本夫殺傷姦夫規定。此條例在乾隆五年刪除「同居人」與「應捕人」。乾隆二十一年（1756）再以條例前段為中心修正為以下「條例19」。

「條例19」

本夫本婦之伯叔、兄弟及有服親屬，皆許捉姦，如有登時殺死姦夫及姦婦者，並依「夜無故入人家已就拘執而擅殺律」，杖一百徒三年，傷者，勿論。非登時而殺，依「擅殺罪人律」，擬絞監候。若捕獲姦夫，或因他故致斃者，仍以謀故論。如犯姦有據，姦夫逞兇拒捕，雖非登時，俱依「罪人拒捕」科斷。¹⁴

「條例19」重點有二：（1）刪除同居人與應捕人，將主體限於家族成員，並使夫族親屬與妻族親屬範圍一致；（2）相較「雍正三年律」僅簡略規定親屬捕姦而殺傷姦夫適用本夫的規定，「條例19」分別就加害者為本夫及本夫以外之人各自明定其刑；（3）單獨討論因他故致斃或姦夫逞兇拒捕的行為。本文以下以行為主體為經（本夫

13 (清)崑岡等撰，《欽定大清會典事例》（臺北，啟文出版社，1963，影印本）冊19，卷801，「刑律人命·殺死姦夫」條，頁15191。以下簡稱《光緒會典事例》。

14 (清)官撰，《大清律例彙輯便覽》（臺北，成文出版社，1975，影印本）卷26，刑律人命「殺死姦夫」條，頁3586-3587。以下簡稱《便覽》。關於本文中所引之條例，「條例1」的編號為筆者依照《便覽》的順序附加。

或本夫以外之親屬），以犯罪行為態樣為緯（於姦所登時殺死姦夫、姦婦與非登時殺死姦夫、姦婦），結合律本文與相關條例的內容整理為「表1」。

表 1

	夫	夫以外之親屬
於姦所登時殺死姦夫姦婦	勿論	依「夜無故入人家已就拘執而擅殺」→杖一百徒三年
非登時殺死姦夫姦婦	依「夜無故入人家已就拘執而擅殺」→杖一百徒三年	依「擅殺罪人」→絞監候

因加害者與被害者身分有別而予以不同法定刑，向來為傳統中國刑事立法的特色，「表1」即反應此特徵。「表1」的法定刑分成「勿論——杖一百徒三年——絞監候」三階段，本夫以外之親屬殺死犯姦者，刑罰皆較本夫重一階。由夫以外之親屬殺死犯姦者的法定刑，較「雍正三年律」所定刑度為重來看，可推估清代後期對本夫以外之人的刑罰有加重趨勢。

（二）同居人與應捕人

同居人與應捕人為何被刪除？依《大清律例根原》記載：

本夫之兄弟及有服親屬，固應皆許捉姦。至同居之人，既非盡屬同姓，本無服制，若因其同居竟許捉姦，恐啟挾嫌污讎之弊。再，如「應捕人」並無確指，查捕亡條內所稱「應捕人」，乃係在官捕役。姦情曖昧，閭閻攸分，如竟許在官人役直入房闥之中，窺伺捕捉，長刁挾詐，更慮何所不為，殊於情理未協。例內「同居人」或「應捕人」應刪。¹⁵

由此可知，當時認為「同居人」未必皆為犯姦者的親屬，若僅因

15 （清）吳坤修等編撰，《大清律例根原》，本文使用的版本為郭成偉主編，《大清律例根原》（上海，上海辭書出版社，2012）卷75，「刑律人命·殺死姦夫條」，頁1198。以下簡稱《根原》。

同居即允許捉姦，則易生挾怨起釁的危險。而「應捕人」指官府中有逮捕犯罪者權限的衙役（在官捕役），若允許應捕人長驅直入逮捕犯姦者，又可能產生應捕人擅入家門拿人的弊病，故應刪除。

另外，黃六鴻的《福惠全書》對應捕人定義採廣義見解認為：

設有其婦，上無尊屬之親，其夫遠出，孤院獨處，而姦夫往來無忌，雖有子姪，又分為卑幼，將亦聽其宣淫而敗俗乎。設鄰佑、里民惡而捕之，率同約地，於姦所親獲，或義忿所激，姦夫、姦婦登時殺死，夫鄉約地方有勸導管理之責，亦可謂之應捕人矣。¹⁶

黃六鴻認為鄉約、地方有勸導管理之責，鄰佑、里民亦有率同地保等人前往捉姦的義務，此見解意味著捉姦不僅是家內事，同時也攸關村落共同體的風俗，既然鄉約、地保有維持村落共同體秩序的義務，自然應為允許捉姦的主體。¹⁷黃六鴻的看法反應了康熙朝的部分見解，但恐有過度擴張主體之虞。

總的來說，清代後期立法者調整了應許捉姦之人的定義，除本夫外，本夫、本婦有服親屬範圍也趨向一致，反過來說，可作為應許捉姦者的本婦親屬範圍更為擴大，從本婦之父母、伯叔、兄弟姊妹、外祖父母改為伯叔、兄弟及有服親屬。又因為條例明確規定各主體殺死犯姦者的法定刑，裁判官員對加害者減刑的裁量餘地也逐漸受限。

二、涉及客體的修正

從律本文「凡妻妾與人姦通，而（本夫）於姦所親獲姦夫、姦

16 （清）黃六鴻，《福惠全書》，收於《官箴書集成》（合肥，黃山書社，1997）第三冊，卷19，刑名部，「強姦」，頁431。

17 在傳統中國社會，一村的長老、鄉董、地保等人，有處理輕微犯罪的權限，甚至有依照村規、族規等地方規範處罰違反規則之人的情形。處罰的型態，依犯事輕重而定。如說諭、罰金、罰戲、鞭責、放逐到村外，甚至處死。對極為重大的犯罪，亦得處以淹死或活埋。關於村的裁判權與懲罰權問題，戴炎輝，《清代臺灣的鄉治》（臺北，聯經出版社，1979），頁152-154。

婦，登時殺死者，勿論」來看，姦夫、姦婦本為「殺死姦夫」條的當然客體，此處所謂姦婦一般係指妻、妾而言。清代後期為因應裁判上的需求，新增「婚約女性」及「童養媳」兩種類型，以下分別說明。

（一）婚約女性

「婚約女性」指已締結婚約，但尚未正式成婚的女性，一般記作「已聘未娶之妻」（或「聘妻」）。這種尚未正式成婚的女性，在法的意義上是否屬於家族成員，實有曖昧之處。從而婚約女性與婚約對象外的男性發生性行為時，婚約男性或婚約男性一方的親屬是否有權捉姦，在裁判上仍有疑問，清代前期對此尚未有明文規定。在此舉乾隆三十四年（1769）「盧將一案」¹⁸試觀相關爭議，該案事實如下：

盧將聘定黃勝登之女黃寧嫻為妻，同村居住，目擊梁亞受在黃寧嫻家住宿，乘夜往捉。見梁亞受果從黃寧嫻房內走出，用棍毆逐，越日殞命。

本案中廣西巡撫認為「黃寧嫻雖係盧將聘定之妻，究未過門婚配。律例內並無未婚之婿許其捉姦之文」，應比照「罪人不拒捕而擅殺律」，將盧將擬絞監候。刑部較同情盧將認為「若本夫聞知伊聘定之妻與人通姦，非當場現獲，則事屬無憑，控告既難白之，當官休棄，又無以折服妻族，是未婚之夫聞姦往捉，固出於勢之所不得已，而亦為情理之所應然」。正因事屬不得已，刑部也認為「倘姦夫業經脫逃，或已就擒獲，輒復逞兇毆斃，固難寬其擅殺之罪，而事係登時毆由追逐，若此等情節者應許其捉姦之親屬，尚得援照捉姦各條問擬，而以聘定之夫竟同凡論，殊失平允」。

刑部認為婚約男性在法上的地位不同於本夫或有服親屬，若將婚約男性與凡人一概而論亦有失平允，因此刑部提出「本夫——婚約男

18 (清)全士潮等輯，《駁案新編》（臺北，成文出版社，1968，影印本）冊三，卷12，頁10-14。本文使用版本為乾隆四十六年刊本影印。此事件亦收錄在（清）慶桂等奉敕修，《清實錄·高宗純皇帝實錄》（北京，中華書局，1986影印版）（十一）卷848，乾隆三十四年十二月辛亥條，頁355。

性——凡人」三級構造。從刑部駁斥廣西巡撫將盧將以常人論來看，刑部傾向不將婚約男性與凡人同論。刑部也指出「惟已經聘定尚未過門成親之妻，本夫（筆者註：此處所指應為婚約男性）捉姦將姦夫殺死，例無明文，設遇此等案件，外省問擬易致參差，與其往返駁詰，臨事更張，莫若預定科條，易於遵守」，可知刑部欲修法之目的在解決下級審的見解參差。修正結果為乾隆三十四年的「條例12」：

「條例12」

凡聘定未婚之妻與人通姦，本夫聞知往捉，將姦夫殺死，審明姦情屬實，除已離姦所，非登時殺死不拒捕姦夫者，仍照例擬絞外，其登時殺死，及登時逐至門外殺之者，俱照「本夫殺死已就拘執之姦夫，引『夜無故入人家已就拘執而擅殺律』擬徒例」，擬徒。其雖在姦所捉獲，非登時而殺者，即照「本夫殺死已就拘執之姦夫滿徒例」，加一等，杖一百流二千里。如姦夫逞兇拒捕，為本夫格殺，照「應捕之人擒拿罪人格鬪致死律」，勿論。¹⁹

「條例12」分為三部分：（1）婚約男性在姦所登時殺死姦夫，不得以無罪論，而應依「夜無故入人家已就拘執而擅殺律」擬徒；（2）婚約男性在姦所捉獲姦通者但非登時殺死，擬以滿徒加一等，處杖一百流二千里；（3）婚約男性殺死拒捕姦夫，可照「應捕人擒拿罪人格鬪致死律」勿論。本文以為（3）的法理根據並非來自「殺死姦夫」，而是「應捕之人擒拿罪人格鬪致死律」。²⁰「條例12」雖補婚約男性殺死姦夫的規範漏洞，但仍堅守婚約男性與本夫身分不完全相同的立場，既不以常人論，亦不以本夫論。因此婚約男性殺死與婚約女性犯姦之人，仍較本夫殺死與妻妾犯姦之人的法定刑為重。

19 （清）官撰，《便覽》，卷26，刑律人命「殺死姦夫」條，頁3578-3580。

20 「應捕之人擒拿罪人格鬪致死律」為「罪人拒捕」條的規定：「若罪人持仗拒捕，其捕者格殺之（略），皆勿論」。（清）官撰，《便覽》，卷35，捕亡「罪人拒捕」條，頁4759-4760。

（二）童養媳

「童養媳」是傳統中國社會中的特殊婚姻制度，與一般嫁娶婚不同，女方家庭以「養女」名義，先將未達結婚年齡的年幼女兒送到未來與之婚配的男方家中，男方可免除結婚時需支付的定金，女方家庭則可省下養育女兒的經濟負擔，通常盛行於貧困家庭之間。²¹《讀例存疑》記載「未婚妻，係已聘定尙未迎娶者。童養妻，係送至夫家尙未完婚者。童養之名不見於古，民間貧乏之家安於簡陋，遂至相習成風，到處皆然。舍禮從俗，蓋亦不得已之意也」。²²涉及童養媳的「殺死姦夫」條例制定於嘉慶六年（1801），內容如下：

「條例30」

凡童養未婚之妻與人通姦，本夫及夫之祖父母、父母並有服親屬捉姦，殺死姦夫姦婦者，均照已婚妻例問擬。²³

根據《讀例存疑》記載，此條例可追溯至安徽按察使恩長條奏「未婚妻本夫之父母、伯叔兄弟、有服親屬捉姦，殺死姦夫請定條例一摺」。²⁴此條例將童養媳與已婚妻等同對待，除本夫之外，夫之祖父母、父母甚至有服親屬都在應許捉姦之列。從前述各點來看，不同於尙未移往男方家庭中居住的婚約女性，童養媳已與男方家庭生活，實際上已處於男方家庭支配下，此或為童養媳待遇與妻相同的原因。

綜合來看，因為新增婚約女性條例與童養媳條例，將客體從原有的「妻、妾」延伸至聘定未婚之妻與童養未婚之妻，使「殺死姦夫」客體範圍較清代前期為廣。另一方面，雖然關於「婚約女性」的條例規範的行為態樣並非殺死婚約女性，而僅係殺死與婚約女性通姦之

21 參照戴炎輝，《中國法制史》（臺北，三民書局，1986），頁247-248。

22 （清）薛允升撰，黃靜嘉點校，《讀例存疑重刊本》（臺北，成文出版社，1970）冊四，卷32，人命之一「殺死姦夫」，頁798-799。以下簡稱《讀例存疑》。

23 （清）官撰，《便覽》，卷26，刑律人命「殺死姦夫」條，頁3596。

24 （清）薛允升撰，黃靜嘉點校，《讀例存疑》，冊四，卷32，人命之一「殺死姦夫」，頁798。

人，但本文認為立法者此舉應是著眼於婚約男性身分應與常人有別之點，為避免將兩者等同視之而導致情罪不平允的狀況發生，因而特別對此特殊身分關係予以法上相應的對待。更進一步言，清代後期立法者藉由此二條例的制定，將定婚夫提升至相當於本夫的位格，並直接將童養媳的婚配者依「已婚妻例」問擬，幾可說是一種準夫權的擴大。

參、涉及親屬關係的條例梳理

在清代前期「殺死姦夫」裁判實態中，因為涉及加害者與被害者有親屬關係的規範並不完備，因此發展出裁判官員不引用「殺死姦夫」條規定，反而迂迴引用故殺並依情狀酌量對加害者予以減刑的手法。此種手法的普及反而使下級審見解容易分歧，刑部為統一見解也不免大費周章，清代後期為解決此問題，開始梳理以親屬關係為中心的條例。本文認為其中主要分成「卑幼不得殺尊長」、「尊長殺死卑幼」、「子捉母姦」三種類型，以下分別討論。

一、關於「卑幼不得殺尊長」問題

清代後期涉及親屬關係的條例修訂中，最值得關注的是「卑幼不得殺尊長」規定，對此首先要從律本文與條例間的矛盾來說明。根據「殺死姦夫」律本文的規定，若本夫當場登時殺死犯姦者，不問被害者是否為尊長，應一律以無罪論，但條例中同時也有「卑幼不得殺尊長」規定，係以本夫以外的親屬為對象，此規定是否應一併適用於本夫，清代前期裁判官員對此常抱疑問。清代後期立法者為解決此問題，即以「本夫殺死犯姦尊長」與「有服親屬殺死犯姦尊長」為對象進行修正。

(一) 「本夫殺死犯姦尊長」情形

以下先介紹乾隆八年（1743）「鄒元諒一案」，²⁵該案事實如下：

鄒元諒因見胞兄鄒元直將伊妻強扭同睡，即於姦所將鄒元直刀戳身死。（中略）（作者註：鄒元直）且於伊弟鄒元諒推門撞見之時，反敢持刀逞兇亂戳，鄒元諒奪刀又復持門向擊，以致鄒元諒情急救死，還戳斃命。

原審浙江巡撫將鄒元諒依「故殺胞兄律」擬凌遲處死，此見解遭刑部否定。在刑部的理由中，值得注意的是提及乾隆六年（1741）沈起元上奏一事：

又乾隆六年六月內，據陞任河南按察使沈起元奏請，將本夫因姦殺死尊長之案，照「罪人應死而擅殺，杖一百律」，查明服制，以次酌減，定為條例。²⁶

乾隆六年的刑部認為，若本夫殺死犯姦尊長，因彼此有服制關係之故，甚難寬宥加害者，但若為此而特別制定減輕條例，又恐殺死尊長之人以姦通為藉口謀求減刑。因此刑部認為，較佳的策略為視個案進行情狀酌量。就此可以推測在乾隆初年的本夫殺死犯姦尊長事案中，究竟應依律本文將本夫論以無罪，抑或考慮本夫殺死尊長之惡性重大而予以重罰，裁判官員始終左右為難。沈起元請求制定條例，惟遭刑部以應依個案處理為由反對。

「鄒元諒一案」的刑部立場與乾隆六年相同，皆採就個案情狀酌量審斷。惟本案亦出現刑罰輕重難以允當的困境，既無法按「姦所登時殺死姦夫者，無罪」規定將本夫鄒元諒論以無罪，若依「罪人應死而擅殺杖一百律」斷罪，又有過輕之虞，結果刑部選擇依「過失殺胞

25 （清）雅爾哈善等輯，《成案彙編》（乾隆十一年序刊本）卷17，人命二，「獲姦殺死胞兄比照過失殺問擬改案」，頁54-55。本文使用的版本為東京大學東洋文化研究所所藏。

26 （清）雅爾哈善等輯，《成案彙編》，卷17，頁54。

兄律」擬杖一百徒三年，待皇帝裁決，刑罰輕重程度位於兩者間。

此外，在乾隆二十年（1755）「蔡通一案」，²⁷蔡奕凡與胞姪蔡通之妻盧氏通姦，蔡通撞遇姦夫、姦婦，用刀砍傷姦夫並殺死姦婦。原審江蘇巡撫依「刃傷胞叔律」將本夫蔡通擬絞立決，同時亦以其情可憫為由具題。刑部認為：「查律載『本夫於姦所親獲姦夫、姦婦，登時殺死者，勿論』，此言本夫捉姦殺死姦夫，統得勿論。即至殺死有服尊長，亦無另有治罪之條。若本夫因捉姦，致傷尊長，則更無可論也」。刑部意見中重要之處有二：（1）再度揭示律本文中夫於姦所登時殺死犯姦尊長無罪的規定；（2）主張「卑幼不得殺尊長」規範不適用於本夫。

從上述兩案可知，刑部至乾隆二十年代左右為止，依仍認為本夫殺死犯姦尊長並不適用「卑幼不得殺尊長」規定。惟在「蔡通一案」後一年的乾隆二十一年（1756），卻旋即議定本夫殺死犯姦尊長條例：

有服尊長姦卑幼之婦，本夫捉姦殺死姦夫，除犯時不知，照律勿論外。其於姦所親獲姦夫姦婦，登時殺死者，及非登時又非姦所，或已就拘執而殺者，皆照卑幼毆故殺尊長本律治罪。該督撫於疏內聲明，法司覆擬時夾簽請旨。傷者均勿論。²⁸

此規定與過往見解大相徑庭，係以本夫殺死姦夫時是否知悉犯姦者為尊長作為區別刑罰輕重的基準，若本夫不知即以無罪論，若夫已知，則不論是否殺於現場、是否登時殺之、又或是否先將姦夫拘執再殺之，皆依「卑幼故殺尊長律」論罪。惟於量刑之際，不僅課以原審（督撫）上報義務，刑部等官員覆審時也必須夾簽請旨，可說沿襲過去針對個案論罪的作法。另一方面，對於本夫殺死犯姦尊長的事案，裁判官員因為此條例規定了明確的處置方針，終於能從「卑幼不得殺

27 （清）鮑書芸等編，《刑案匯覽》（台北，成文出版社，1968）（四）卷24，殺死姦夫條「捉姦致傷尊長照律應予勿論」，頁1649-1650。

28 （清）崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷801，刑律人命，「殺死姦夫」條，頁15194。

尊長」規定的矛盾中解脫。

其後此條例又經數次修正，首先在乾隆三十四年將情狀酌量得減範圍依尊長親等予以明確化（殺死期親尊長處斬監候，殺死大功、小功尊長處杖一百流三千里，殺死總麻尊長依「毆故本律」處杖一百流二千里），又於乾隆五十二年（1787），合併乾隆二十一年條例與三十四年條例。嘉慶十六年（1811）將「總麻尊長」分為「本宗總麻」及「外姻功總麻」。道光十四年（1834），於「犯時不知」下增「依凡人一例定擬」²⁹成為「條例17」：

「條例17」

本夫捉姦，殺死犯姦有服尊長之案，除犯時不知，依凡人一例定擬，及止毆傷者，仍予勿論外，若於姦所親獲姦夫姦婦登時殺死者，或姦所而非登時，及非登時又非姦所，或已就拘執而殺，如殺係本宗期功尊長，均照「卑幼毆故殺尊長本律」擬罪，法司夾簽聲明，奉旨敕下九卿核擬，量從未減者，期親減為擬斬監候，功服減為杖一百流三千里。若殺係本宗總麻及外姻功總尊長，亦仍照「毆故本律」擬罪，法司於核擬時，隨本聲明，量減為杖一百流二千里，恭候欽定。³⁰

雖然夾簽聲明機制仍在，但因「條例17」以加害者與被害者間的親屬關係為基準確定法定刑，可大幅避免清代後期裁判官員如清代前期採取依酌量減至無罪的情形。更重要的是，從本夫殺死犯姦尊長不得以無罪論來看，「殺死姦夫」條律本文「夫於姦所登時殺死姦通者無罪」的核心原則可說已被此例架空。

薛允升曾批判此條例：「本夫殺姦之案，如捉姦已離姦所，非登時殺死姦夫者，尙應依律擬絞；今殺死有服尊長，非登時又非姦所，及已就拘執，而殺係功總尊長，均得減流，較凡人科罪轉輕，殊未平

29 （清）崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷801，刑律人命，「殺死姦夫」條，頁15194-15195。

30 （清）官撰，《便覽》，卷26，刑律人命，「殺死姦夫」條，頁3583-3585。

允」。³¹本夫殺死犯姦尊長的相關刑罰雖定，但仍有未協之處，尤如薛允升所指，本夫殺死犯姦尊長若能減至流，反較殺死一般無親屬關係的犯姦者為輕，由此即生罪刑失衡問題。可見清代後期條例修正，終難面面俱到。

（二）「有服親屬殺死犯姦尊長」情形

不同於本夫殺死犯姦尊長，「順治三年律」即有本夫以外親屬不得殺死犯姦尊長規定，這些規定在乾隆朝也隨本夫殺死犯姦尊長規定一併修正，如乾隆二十一年條例規定：

本夫本婦之伯叔兄弟及有服親屬，皆許捉姦，如登時殺死姦夫姦婦者，並依夜無故入人家已就拘執而擅殺律科罪，傷者，勿論。若非登時，以鬪殺論。但卑幼不得殺尊長，殺則依毆故殺尊長本律定擬。法司覆擬時，按其情節，夾簽請旨。尊長殺卑幼，照服制輕重科罪。³²

此條例在乾隆二十七年（1762）、五十三年（1788）再行修正。道光十四年，再以五十三年之條例為基礎修訂為「條例20」：

「條例20」

本夫本婦之有服親屬捉姦，殺死犯姦尊長之案，除犯時不知，依凡人一例定擬，及止毆傷者，仍予勿論外，如殺死本宗期功尊長，無論是否登時，皆照「卑幼毆故殺期功尊長本律」擬罪。法司夾簽聲明，奉旨敕下九卿核擬，量從末減者，期親及本宗大功、小功均減為擬斬監候。若殺係本宗總麻，及外姻功總尊長，亦仍照「毆故殺本律」擬罪。法司於核擬時，如係登時殺死者，亦夾簽聲明，奉旨敕下九卿核擬，減為杖一百流三

31 （清）薛允升撰，黃靜嘉點校，《讀例存疑》，冊四，卷32，人命之一「殺死姦夫」，頁801。

32 （清）崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷801，刑律人命「殺死姦夫」條，頁15191。

千里。若殺非登時，各依本律核擬，毋庸夾簽聲明。³³

根據此規定，有服親屬殺死姦通者得以減刑的範圍較本夫殺死姦通者為窄，殺死期親親屬或本宗大功、小功親屬僅減輕至斬監候，殺死本宗總麻或外姻的功服、總麻尊長則依「毆故殺律」論罪。若登時殺死姦夫、姦婦，裁判官員就是否可擬杖一百流三千里須夾簽請旨，若非登時殺死姦通者則無夾簽請旨必要。³⁴

經過一連串修正，清代後期立法者對卑幼殺死犯姦尊長案件，不問加害者為本夫或本夫以外之親屬，皆傾向訂定明確的量刑基準。以下將「條例17」與「條例20」之內容理如「表2」。

表 2

	本夫	本夫、本婦有服親屬
殺死犯姦尊長（犯時不知）	依凡人一例定擬	依凡人一例定擬
殺死本宗期功尊長 （按「卑幼毆故殺期功尊長」）	期親→斬監候 功服→杖一百流三千里	斬監候
殺死本宗總麻、外姻功總麻 （按「毆故殺」）	杖一百流二千里	登時→杖一百流三千里 非登時→毋庸夾簽聲明
毆傷	勿論	勿論

依「表2」，本夫或有服親屬殺死犯姦尊長，僅限於不知犯姦者為尊長的情形得不問加害者與被害者間親等，依凡人一例擬罪。若已知犯姦者為尊長仍將其殺害，雖可透過情狀酌量予以減刑，但減刑極限已被明定，或可顯示清代後期的改正傾向縮減殺死犯姦尊長的減免空間。

33 （清）官撰，《便覽》，卷26，刑律人命「殺死姦夫」條，頁3587-3589。

34 （清）崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷801，刑律人命「殺死姦夫」條，頁15192。

二、關於「尊長殺死犯姦卑幼」問題

「殺死犯姦卑幼」相關條例自乾隆朝晚期起開始修正，本夫捉姦殺死犯姦卑幼條例，最初應係乾隆六十年（1795）條例，當時僅規定「本夫本婦有服親屬捉姦，殺死卑幼之案，如殺姦之尊長即係本夫，並依本夫殺死姦夫例，分別減等勿論」。³⁵嘉慶六年再行改正，仿「殺死犯姦尊長」條例成爲「條例18」：

「條例18」

本夫捉姦，殺死犯姦有服卑幼之案，除犯姦卑幼罪犯應死，或卑幼犯姦罪不應死，而殺係姦所登時者，均予勿論外，如卑幼犯姦罪不致死，本夫於姦所獲姦，非登時而殺者，于常人滿徒上減二等，杖八十徒二年，如捉姦已離姦所，非登時而殺者，于常人絞候上減二等，杖一百徒三年。若按其「毆殺卑幼本罪」止應擬流者，應再減一等。³⁶

此條例規定兩種勿論情形：（1）本夫殺死所犯爲應處死刑之罪的卑幼（如近親相姦）；（2）殺死犯姦罪不應處死刑的卑幼。前者不問是否殺於姦所、登時，一律勿論，後者僅限於姦所登時殺死姦通者才得以不論。此外，有服親屬捉姦殺死犯姦卑幼條例也於乾隆六十年改正，再於嘉慶六年修正成爲「條例21」。

「條例21」

本夫、本婦之有服親屬捉姦，殺死犯姦卑幼之案，如非登時而殺，無論謀故，各按服制，於「毆死卑幼本律例」上減一等。如殺係登時，按其毆殺本罪，在滿徒以上者，即於捉姦殺死凡

35 （清）崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷801，刑律人命「殺死姦夫」條，頁15194。

36 （清）官撰，《便覽》，卷26，刑律人命「殺死姦夫」條，頁3585-3586。

人滿徒上減一等，如毆殺本罪亦止滿徒，應遞減二等定擬。³⁷

關於本夫或本夫以外有服親屬捉姦，殺死犯姦卑幼的條例修正結果，整理如下表「表3」。

表 3

	本夫	本夫、本婦有服親屬
登時而殺	犯姦卑幼罪犯應死，或卑幼犯姦罪不應死、而殺係姦所登時者，均予勿論	(按毆殺本罪) 1. 在滿徒以上者→於捉姦殺死凡人滿徒上減一等 2. 滿徒→於捉姦殺死凡人滿徒上減二等
非登時而殺	1. 於姦所獲姦→於常人滿徒上減二等(杖八十徒二年) 2. 捉姦已離姦所、非登時而殺者→於常人絞候上減二等(杖一百徒三年) 3. 按其「毆殺卑幼」本罪，止應擬流者→再減一等	無論謀故，各按服制，於「毆死卑幼本律例」上減一等

必須注意本條例中的「有服親屬」不包括本夫的父母在內。根據《根原》：「乾隆二十二年(1757)年十月內，浙江巡撫楊廷璋以本夫、本婦之父母，姦所登時殺死，是否與本夫一例擬罪之處諮請部示」，刑部意見為：「例內所稱有服親屬係專指伯叔、兄弟等期功以下服屬而言。蓋犯姦雖關風化，而捉姦不容擅殺。期功以下之親屬與本夫不同，是以登時殺死，罪應擬徒；若非登時，即當擬抵」，又表示「本夫、本婦之父母，恩重分尊，若親見其女、其媳與人姦淫，登時殺死，自應與本夫同置勿論」。³⁸

刑部的思考順序為，第一層先區別伯叔、兄弟等期功以下有服親屬與本夫的容許範圍，第二層再將本夫、本婦的父母與本夫同論。又從刑部指出「雖歷來辦理尚無歧誤，但遇案輾轉比附，徒滋案牘，自不若明增入例，以昭法守」可看出，刑部為避免下級審因隨意比附使

37 (清)官撰，《便覽》，卷26，刑律人命「殺死姦夫」條，頁3589。

38 (清)吳坤修等編撰，郭成偉主編，《根原》，卷75，刑律人命「殺死姦夫」，頁1206。

見解產生歧異而嘗試將其明文化的意圖。

再者，本夫與妻之父母殺死犯姦尊長應比照本夫殺死犯姦尊長，裁判官員就是否須依加害者與被害者的服制關係論罪科刑有夾簽請旨的義務。嘉慶六年將本條適用範圍擴大到夫、妻之祖父母。³⁹由此，夫、妻之父母與祖父母從「有服親屬」中切離，提升到與本夫同格的位置，適用條例與本夫相同。

三、關於「子捉母姦」問題

除殺死犯姦尊長與殺死犯姦卑幼的立法，還有一種特殊的加害者與被害人關係，亦即「子捉母姦」問題。清代前期對此尚無明文，因此康熙朝「常保一案」⁴⁰中，裁判官員對受父親要求殺死姦通繼母的兒子常保，以情狀酌量論以無罪。直到乾隆四十八年（1783），關於「子捉母姦」才有「條例9」制定：

「條例9」

凡母犯姦淫，其子實係激於義忿，非姦所登時將姦夫殺死，父母因姦情敗露，忿愧自盡者，即照「罪人不拒捕而擅殺絞監候」本例問擬，不得概擬立決。⁴¹

制定契機應為乾隆四十三年（1778）「申張保一案」，⁴²該案事實如下：

39 （清）崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷802，刑律人命「殺死姦夫」條，頁15198。

40 （清）張光月輯，《例案全集》（康熙六十一年思敬堂刊本）卷22，人命，「殺死通姦繼母改案」，頁8-9。本文使用的版本為東京大學東洋文化研究所所藏。關於「常保一案」的分析，可參見前引江存孝，〈清代前期「殺死姦夫」條的規定及其裁判實態〉，頁102-103。

41 （清）官撰，《便覽》，卷26，刑律人命「殺死姦夫」條，頁3576。

42 （清）鮑書芸等編，《刑案匯覽》（四），卷26，殺死姦夫條「毆死母之姦夫以致父母自盡」，頁1763-1765。另外亦可參考（清）慶桂等奉敕修，《清實錄·高宗純皇帝實錄》（十四），卷1072，乾隆四十三年十二月壬戌條，頁391-392。

申張保因高應美與其母胡氏，不避嫌疑，屢為其父申茂盛撞見，遂相反目。申張保曾經往勸數次。嗣後其父鬱結成疾，申張保往視，始將情由密行告知，及胡氏被夫責逐，即奔至申張保家居住，後高應美途遇申張保，聲言欲往伊家見其母親。申張保用言阻止，高應美輒行嗔罵，拾石向擲，申張保情急，始用所攜木棍，毆斃致死。後經事發，申茂盛、胡氏忿激羞愧，先後服毒身死。

原審雲南巡撫將申張保擬斬立決，對此刑部主張「是申張保之毆死高應美，實出於義忿，殊堪矜憫。而申茂盛、胡氏之死，由於姦情敗露，忿愧輕生，並非申張保貽累」為由，認為「若亦予以立決，未得事理之平」，又言「但非於姦所殺死姦夫，自不能免罪，擬以絞候亦足矣」。皇帝將此案發交九卿與刑部，命其「另行妥酌定例具奏，嗣後遇有此等案情，即照新例辦理」，惟九卿會同刑部研議之過程頗有耐人尋味之處。

九卿等官僚的思考基礎在「子孫罪犯應死，及謀故殺人事情敗露，致其祖父母、父母自盡者，即照各本犯罪名，擬以立決」規定，認為此條規定意旨原為「專指兇惡不法之徒，忘其身以及其親者而言」，但本案申張保殺人並非出於逞兇鬥狠，實「皆緣伊母之敗名喪節，相激而成」，且父母之自盡「亦由自取」，若將申張保擬以絞立決，「則是與累親致死者無所區別」情理未平。最終選刑部選擇依「罪人不拒捕而擅殺條」擬絞監候，此種作法與「條例9」內容幾乎一致。

嚴格來說，「條例9」規範的行為並非子捉母姦殺死含母親在內的犯姦者，而是子捉母姦殺死母之姦夫導致父、母羞憤自殺。子捉母姦殺死姦夫，或殺死犯姦母（亦即父母未自殺）應如何處斷仍有疑問。乾隆五十七年（1792）「尤貴一案」⁴³有更進一步發展。

43 （清）鮑書芸等編，《刑案匯覽》（四），卷26，殺死姦夫條「撞遇其母與人通姦毆死姦夫」，頁1768。

尤貴自外傭工回家，瞥見李文存在伊母吳氏房內，赤身下床。氣忿攔住，用鋤毆傷李文存身死。

原審將尤貴依「親屬捉姦」例定擬，對此刑部以「吳氏與李文存通姦，該犯初不知情，適值撞遇，忿激毆斃，與尋常親屬起意捉姦不同」為由，認為原審判決並不適當，改依「夜無故入人家律」將尤貴處以滿徒，認為毋庸引用姦通之例處斷亦可。如「尤貴一案」採取不依「親屬捉姦」規定處斷亦可的方式，也在乾隆五十七年（1792）「王錦元一案」⁴⁴中被採用，且將「尤貴一案」的刑部見解「通行」。然「子捉母姦」條例其實僅適用於子捉母姦殺死殺死姦夫，且致父母自盡的情形，但就子捉母姦因此殺死母親的情形，直到清代結束為止仍無明文。

肆、糾往捉姦責任的釐清辨明

至前段為止探討了以「應許捉姦之人」為中心的條例修正，接著擬繼續探討「非應許捉姦之人」的相關規定，亦即「糾往捉姦」條例，而「糾往捉姦」係指非應許捉姦之人因應許捉姦之人邀約而同往捉姦。

如前文所指，清代後期刪除「同居人」與「應捕人」，將應許捉姦主體限於家族成員。但應許捉姦者前往捉姦時往往非單獨為之，邀約數人同行的情形不在少數，這些同行者並非皆為應許捉姦之人，亦可能包括鄰居、友人，如在「盧將一案」即可看到鄰人受未婚夫盧將之邀同往捉姦的情節。因此非應許捉姦之人同往捉姦致姦通者於傷或致死者應如何處斷，亦為裁判實務上需考量的問題。

44 （清）鮑書芸等編，《刑案匯覽》（四），卷26，殺死姦夫條「子姪捉姦致母因姦敗露自盡」，頁1769。此案事實如下：「王錦元因母李氏與王卓通姦，經伊窺破，當欲毆打王卓洩忿，因礙伊母顏面，是以隱忍，並屢勸伊母不聽。嗣王卓復至李氏屋內續舊，被伊堂兄王三元窺見，通知邀同往捉。王卓逃避，李氏因姦情敗露，羞愧自盡」。刑部行知山東巡撫：「嗣後遇有子捉母姦之案，毋庸引用親屬捉姦例文」。

關於非應許捉姦者殺死姦通者有何規定？「雍正三年律」有「外人或非應捕人有殺傷者，並依鬪殺傷論」條例，此規定在乾隆五年將「外人或非應捕人」改為「非應許捉姦之人」。⁴⁵乾隆四十五年（1780），刑部奏請制定「幫同殺姦」例，主張：

凡例許捉姦之親屬，起意殺姦，糾約他人幫同下手者，此等人犯向未明立專條，辦理未能畫一。請嗣後凡姦情確鑿，起意殺姦，無論案內應許捉姦之親屬，及不應捉姦之外人，均係激於義忿，悉照「共毆餘人律」，杖一百。如有挾嫌別情，照舊問擬。⁴⁶

根據此記載，「糾往捉姦」問題在乾隆四十年代左右浮上台面，可知當時尚未存在相關條例，並可推測依「共毆餘人條」處杖一百為有力見解。

清代後期裁判史料中多有「糾往捉姦」事案，嘉慶七年（1802）「普其興一案」⁴⁷即為一例，該案大略事實為普其興聽從胞兄普尚文之邀同往捉姦，共同毆打姦夫李小道致死。

此案中原審雲南巡撫與刑部有精彩的論理往返，首先雲南巡撫將普其興依「鬪殺律」擬絞監候諮部，刑部認為普其興係受其兄邀約同往捉姦，應改照「擅殺律」擬絞監候。雲南巡撫再諮部請示「先止聽從往捉，後因死者辱罵，或聲言日後報復，臨時起意殺死等案，應否略其故殺之情，亦以擅殺罪人科斷」，並主張制定新條例。刑部對此主張「不應捉姦之外人，聽從本夫及有服親屬謀、故殺姦夫，實係激於義忿者，例應照擅殺餘人定擬」，認為普其興聽從往捉臨時起意致

45 （清）崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷801，刑律人命「殺死姦夫」條，頁15190。

46 （清）慶桂等奉敕修，《清實錄·高宗純皇帝實錄》（十四），卷1116，乾隆四十五年十月乙卯條，頁919。「共毆餘人律」為，「鬪殺及故殺人」條中「若同謀共毆人，因而致死者（略），餘人（不曾下手致命、又非原謀）各杖一百」的規定。（清）官撰，《便覽》，卷26，刑律人命「鬪殺及故殺人」條，頁3677。

47 （清）鮑書芸等編，《刑案匯覽》（四），卷27，殺死姦夫條「外人聽從幫同捉姦捕賊」，頁1794-1795。

斃「是致斃雖由詬罵，究由捉姦起釁，並無別故，與例內挾嫉妒姦，乘機殺死，圖洩私忿，應照謀、故問擬者不同，且死者究係因姦罪人，自應仍以擅殺論」。最終刑部仍依「擅殺律」擬絞監候，並以既有規範已足為由認為毋須另定新例。

「普其興一案」的爭點在「糾往捉姦」事案應依「鬪殺」或依「擅殺罪人」。然而裁判官員為何執著於此？以本案為例，不論依「鬪殺」或依「擅殺罪人」結果都為絞監候，既然如此，區分實益究竟何在？本文在此擬提出假說認為，區別兩者的實益或在考慮該事案將來進入秋審階段時，是否能更進一步確實獲得減刑的結果。

眾所周知，「秋審」是一種針對受死刑判決而監禁在各省的死刑囚犯，確認死刑執行可否的審查制度。⁴⁸簡要來說，清代死刑一般分為「立決」與「監候」，前者係指判決確定後直接執行，後者則須等待執行命令方能執行，而在執行命令下達前，死刑囚暫處監禁狀態。再者，秋審對死刑囚的措置又可分為四種，即情實、可矜、緩決、留養承祀。有論者指出，處緩決者至第二年秋審前，原則上不會執行死刑，若一樁事案被論以緩決，之後很可能會繼續緩決，且因罪狀不同，在連續數年緩決後，有從死刑減一等處以遣、軍、流的慣例存在。⁴⁹在此制度前提下，雖然「普其興一案」的加害者不論依原審或刑部的見解皆處絞監候，然而一旦進入秋審卻可能出現不同的結果。對此值得注意的是《便覽》卷3刑律斷獄門「有司決囚等第」條後載「秋審實緩比較條款」的內容：

擅殺姦夫、姦婦及圖姦罪人之案。本部八年奏明捉姦實由義忿，審無謀故重情，擬可入矜。歷年來，如本夫、本婦父母與有服親屬例得捉姦者，無論登時事後、傷之多寡輕重，均以義

48 關於清代秋審制度可參照那思陸，《清代中央司法審判制度》（北京，北京大學出版社，2004），頁142-149；伊藤洋二，〈清代における秋審の実態〉，收於《中央大学アジア史研究》11（東京，白東史学会，1987.3），頁1-27。另外，關於清代死刑監候問題，可詳參孫家紅，《清代的死刑監候》（北京，社會科學文獻出版社，2007），頁73-126。

49 滋賀秀三，〈刑罰の歴史〉，收於氏著《中国法制史論集 法典と刑罰》（東京，創文社，2003），頁331。

忿入矜。若謀故殺並殺死二命，及非應許捉姦之外人，聽從本夫、親屬糾往，無義忿可言，俱應緩決（後略）。⁵⁰

根據此規定，因為非應許捉姦者聽從本夫、有服親屬糾往捉姦並無義忿可言，因此無法如應許捉姦者擅殺姦夫、姦婦一般，能予以可矜而達到確實減刑的效果，然而可藉由緩決留待翌年再行決定，而達到減刑的結果。

然而在秋審實務上「鬪殺」案件被論以緩決的情形其實所在多有，舉例而言，如伊藤洋二曾以光緒二十四年（1898）、二十五年（1899）及二十九年（1903）的直隸省《秋審招冊》為史料，考察三年內秋審案件的結果，在其以「六殺」為基準進行統計下，除去「過失殺」後合計共232件，「鬪殺」案件數有180件，其中133件的結果為緩決。⁵¹雖然這個統計未必能代表整個清朝的秋審實態，但由此也可知「鬪殺」仍有相當機會獲得緩決。如果回到「普其興一案」來看，刑部與督撫為何仍要爭執？

對此問題，本文提出的第二個假說為「由鬪殺獲得緩決的不確定性」，在此舉「秋審實緩比較條款」的另一條例來看：

尋常鬪毆殺人之案，最難參酌畫一。有金刃一二傷應入情實者，有金刃八九傷情尚可緩者。有他物二三傷而應入實者，有他物二十餘傷而尚可緩者。起衅情節有以索欠負欠分曲直者，亦未平允。如先係重利盤剝，後復強取牲畜什物抵欠，則索欠者反理曲矣。如窮民尾欠無幾，央緩不允，被債主凌逼不堪，因而抵毆致斃命，則負欠者其情大有可原矣。⁵²

由此條例來看，鬪殺人者能否入緩決有賴個案判斷，未必能有具體且明確的判斷基準。因此非應許捉姦者受應許捉姦者糾往捉姦究應

50 （清）官撰，《便覽》，卷37，刑律斷獄門，「秋審實緩比較條款」，頁5227-5228。

51 前引伊藤洋二，〈清代における秋審の実態〉，頁13-15。

52 （清）官撰，《便覽》，卷37，刑律斷獄門，「秋審實緩比較條款」，頁5221。

如何論處，本文以為若裁判官員的確有意寬減同往捉姦者之刑，與其論以「鬪殺」再仰賴不確定的個案判斷，毋寧以「擅殺」論而獲得減刑更為確實。⁵³在此仍須強調，以上為本文就「普其興一案」所提出的假說，仍有待更進一步考證，惟已超出本文的範疇，僅能暫止於此。

兩種見解雖曾經詰抗，但在嘉慶十六年「糾往捉姦」條例制定時，「鬪殺」與「擅殺」皆一併被納入其中：

凡非應許捉姦之人有殺傷者，並依鬪殺傷論。如為本夫及有服親屬糾往捉姦，殺傷姦夫，無論是否登時，俱照擅殺傷罪人科斷。⁵⁴

根據此規定，非應許捉姦者有殺傷姦通者時依鬪殺傷論罪，若非應許捉姦者受夫或有服親屬糾同捉姦，不問殺係登時與否皆依「擅殺傷罪人」科斷，亦即以是否受應許捉姦者之糾為論斷罪責的標準。若考量此條例的立法旨趣，與其說此條例使雍正朝、乾隆朝以來，將應許捉姦之人限縮於本夫或有親屬關係者的結果再度放寬，毋寧說將非應許捉姦的外人視為被應許捉姦之人使用的「工具」，當作應許捉姦之人手足的延長。

嘉慶十九年（1814），於「鬪殺傷」上加上「謀故」二字，道光四年（1824）年再修正成「條例10」：

「條例10」

凡非應許捉姦之人，有殺傷者，各依謀故鬪殺傷論。如為本夫本婦及有服親屬糾往捉姦，殺死姦夫暨圖姦、強姦未成罪人

53 關於「擅殺」者減刑一節，沈家本曾指出：「臣等查現行律例內，其虛擬死罪而秋審例緩者，莫如戲殺、誤殺、擅殺三項。（中略）中國現行律例，不分戲、誤、擅殺，皆照鬪殺擬絞監候，秋審緩決一次，即准減流。其重者，緩決三次減流。蓋雖名為絞罪，實與流罪無殊，不過虛擬死罪之名，多費秋審一番文牘而已。」由此亦可略窺論「擅殺」者最後多未執行死刑的部分情況。參照（清）沈家本，〈虛擬死罪改為流徒摺〉，收於氏撰，鄧經元等點校，《歷代刑法考》（北京，中華書局，2006）四，頁2029。

54 （清）崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷801，刑律人命「殺死姦夫」條，頁15190。

者，無論是否登時，俱照「擅殺罪人律」，擬絞監候。若止毆傷者，非折傷，勿論，折傷以上，仍以鬪傷定擬。⁵⁵

根據此規定，得依「擅殺罪人」律論罪科刑的範圍擴大，即便非本夫與本婦，亦非本夫、本婦的有服親屬，若有受本夫或本夫、本婦有服親屬糾往捉姦，殺死姦夫或圖姦、強姦未成者，皆引用「擅殺罪人」律處斷。至此，以「擅殺罪人」律作為「糾往捉姦」的規範基礎的機制終於完成。

伍、以擬抵為方法的罪刑分配

關於清代後期的條例改正，最後要探討的是「擬抵」規定，在此先引雍正五年「擬抵」條例：

凡指稱姦所獲姦，姦夫逃脫，止將姦婦殺死者，若審無確據，仍依律擬絞外，如本夫於姦所獲姦，一時氣忿，將姦婦毆死，姦夫當時脫逃，後被拏獲到官，審明姦情是實，姦夫供認不諱者，將姦夫擬絞監候，本夫杖八十。⁵⁶

此條例始於雍正朝，乾隆五年時合併雍正三年及雍正五年條例並增定如下內容：

其非姦所獲姦，或聞姦數日，殺死姦婦。姦夫到官供認不諱，確有實據者，將本夫照已就拘執而擅殺律，擬徒，姦夫仍科姦罪。⁵⁷

若與雍正五年條例中當場僅殺死姦婦要件相比，乾隆五年條例重

55 (清)官撰，《便覽》，卷26，刑律人命「殺死姦夫」條，頁3576-3577。

56 (清)崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷801，「刑律人命·殺死姦夫」條，頁15190。關於清代前期「擬抵」規定探討，可參照前引江存孝，〈清代前期「殺死姦夫」條的規定及其裁判實態〉，頁95-97。

57 (清)崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷801，刑律人命「殺死姦夫」條，頁15190。

視的是，即便事後可證明有姦通情事，亦應將本夫依「已就拘執而擅殺律」擬徒，就此姦夫分擔的責任有所減輕。乾隆三十二年（1767）將此條例中「姦夫仍科姦罪」改成「姦夫杖一百徒三年」，道光四年因「姦所捉獲姦通者，非登時殺死姦婦」⁵⁸的條例修正一併改為「條例1」：

「條例1」

非姦所獲姦，將姦婦逼供而殺，審無姦情確據者，依「毆妻至死」論。如本夫姦所獲姦，登時將姦婦殺死，姦夫當時脫逃，後被拏獲到官，審明姦情是實，姦夫供認不諱者，將姦夫擬絞監候，本夫杖八十。若姦所獲姦，非登時將姦婦殺死，姦夫到官供認不諱，確有實據者，將姦夫擬杖一百流三千里，本夫杖一百。其非姦所獲姦，或聞姦數日將姦婦殺死，姦夫到官供認不諱，確有實據者，將本夫照「已就拘執而擅殺律」擬徒，姦夫杖一百徒三年。⁵⁹

此條例可分成四種類型，如下「表4」所示：

表 4

犯罪行爲	本夫	姦夫
非姦所獲姦，將姦婦逼供而殺，審無姦情確據	依「毆妻至死」論	無規定
本夫姦所獲姦，登時將姦婦殺死，姦夫當時脫逃，後被拏獲到官，審明姦情是實，姦夫供認不諱	杖八十	絞監候
本夫姦所獲姦，非登時將姦婦殺死，姦夫到官供認不諱，確有實據	杖一百	杖一百流三千里
本夫非姦所獲姦，或聞姦數日將姦婦殺死，姦夫到官供認不諱，確有實據	依「已就拘執而擅殺」律→徒	杖一百徒三年

58 道光四年時新制定條例內容如下：「若姦所獲姦，非登時將姦婦殺死，姦夫到官供認不諱，確有實據者，將姦夫擬杖一百流三千里，本夫杖一百」。（清）崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷801，刑律人命「殺死姦夫」條，頁15190。

59 （清）官撰，《便覽》，卷26，刑律人命「殺死姦夫」條，頁3568-3570。

「條例1」將實際下手殺人的本夫責任轉嫁到姦夫身上，是否能轉嫁則視本夫殺人後能否證明姦通事實存在而定。但就國家法的角度而言，亦難想像下手殺人者得完全免除其罪責，因此依「擬抵」條例轉嫁，並非只考慮將本夫的責任轉由姦夫承擔，毋寧說是考量具體情狀以適當分配兩者責任。從上述規定來看，作為判斷基準的要素為「姦所」與「登時」兩要件，亦即捕獲姦通者與殺人行為間的時間與空間越緊密，本夫的責任也越輕，姦夫的責任相對也越重。

到乾隆三十二年為止，得將責任轉嫁給姦夫的情形分成「夫於姦所獲姦當場只殺死姦婦」與「非姦所獲姦或日後聞姦只殺死姦婦」兩種。若在姦所捉獲，卻非登時僅殺死姦婦的情形則未有相關規定，此問題直到道光四年制定前述規定才獲得解決。道光四年的「劉玉茂一案」⁶⁰即為條例尚未制定前的事案一例，該案事實大致如下：

徐阿二與劉楊氏通姦，被本夫劉玉茂在姦所撞獲，掙脫跑逃，劉玉茂追擊不獲，回家將劉楊氏毆打，欲俟尋獲徐阿二，一併送究。劉楊氏畏責，逃赴徐阿二家躲避，劉玉茂趕入，將劉楊氏毆死。

原審貴州巡撫以「本夫姦所獲姦，非登時殺死姦婦，本夫、姦夫作何問擬，例未備載」為由，比照「聞姦數日殺死姦婦例」將劉玉茂擬以滿徒。對此刑部採不同見解，先就立法目的認為本夫殺死姦婦例義在「寬本夫忿激之情，嚴姦夫淫邪之罪，所以維風化也」，因此「姦所獲姦非登時殺死姦婦，本夫之罪自宜較非姦所獲姦或聞姦數日殺死者為輕」，而針對姦夫則「應於滿徒上，從嚴以示區別」，刑部實有寬本夫而嚴姦夫的用意。因此刑部引用「本夫本婦有服親屬捉姦登時殺死姦婦例」，⁶¹改將姦夫處杖一百流三千里，本夫僅處杖一百

60 《刑案匯覽》（四），卷25，殺死姦夫條「姦所獲姦非登時殺死姦婦」，頁1671-1672。

61 本文以為，此處所指的「本夫本婦有服親屬捉姦登時殺死姦婦例」係指，制定於乾隆五十九年的「條例23」：「本夫、本婦之有服親屬捉姦，登時殺死姦婦者，姦夫擬杖一百流三千里。如非登時而殺，將姦夫杖一百徒三年。其殺姦之親屬，止殺姦夫不殺姦婦者，仍依登時、非登時各本例，分別定擬。姦婦仍止科姦罪」。〈清〉官撰，《便覽》，卷26，刑

而已。從此見解在該年纂例一事來看，可推知或為當時相當有力的見解。

至於「條例1」制定後的適用實態為何？道光十二（1832）年「韓玉富一案」⁶²即為一例，其事實如下：

馮吉沅因與韓玉富之妻韓李氏通姦，韓玉富並不知情。嗣馮吉沅乘韓玉富外出，潛至其家，與韓李氏在房說笑。適韓玉富回家聽聞，踢門進內喊拏，將馮吉沅扭住，馮吉沅掙脫逃跑，韓玉富尾追不及，轉回向李氏盤出姦情，氣忿莫遏，將韓李氏毆傷身死，投約首驗，將馮吉沅獲案，供認不諱。

原審四川總督根據「本夫姦所獲姦，非登時將姦婦殺死，姦夫擬流」例，將姦夫馮吉沅擬杖一百流三千里，將本夫韓玉富擬杖一百。對此刑部指出「本夫捉姦殺死姦婦之案，姦夫應否擬抵，總以姦婦之被殺是否登時為斷。而被殺之是否登時，總以本夫之殺姦有無間斷為斷」。就本案而言，刑部認為「韓玉富毆傷伊妻之時，即在盤出姦情之時，而盤出姦情之時，即在追趕姦夫無獲之時，並未稍緩須臾，實屬姦所獲姦登時而殺」，因此認為應將韓玉富擬杖八十，姦夫馮吉沅擬絞監候，方與律意相符。值得注意的是，刑部認為原審判決「略本夫義忿之心，而轉寬姦夫擬抵之罪」，判決結果「殊未允協」，令四川總督另行按例妥擬具題。

從上述兩事案可見，刑部抱定殺人事件起因於姦夫通姦，因此不得對姦夫予以輕判的立場。再者，至乾隆朝為止的「擬抵」條例雖只分成本夫於姦所獲姦當場只殺死姦婦，及非姦所獲姦或日後聞姦只殺死姦婦兩種，但因道光四年條例補充，本夫可適用「擬抵」條例的行為態樣也有所增加。從法定刑來看，在乾隆年間的「徒——杖八十」中間加入杖一百，形成「徒——杖一百——杖八十」的三重構造。清代後期的官員活用此點，作出對本夫有利的判決，實際上亦可能使夫

律人命「殺死姦夫」條，頁3590-3591。

62 《刑案匯覽》（四），卷25，殺死姦夫條「追趕姦夫無及回家殺死姦婦」，頁1669-1670。

從滿徒降至杖一百，對姦夫的法定刑則相對加重，「擬抵」條例增加杖一百流三千里的法定刑，使姦夫的立場也越趨不利。

陸、「殺死姦夫」條例法理性格探討 與改正綜評

以上，本文考察了清代後期「殺死姦夫」條例的修正與實務運作，但越是深究就不免浮上更多的疑問，究竟立法官員為什麼要大費周章修正條例幾近繁瑣？在這些修法上，我們是否能歸納出幾個主要面向乃至於整體像？本文認為，在這些疑問背後存在究應如何看待「殺死姦夫」條法理性格的根本問題。因此，以下擬耙梳先行研究中對「殺死姦夫」條法理的探討，再嘗試對本文的考證進行歸納及綜合評述。

一、「殺死姦夫」條例的法理性格

清代後期「殺死姦夫」條例修正過程曲折，其中或隱含官員們對「殺死姦夫」法理性格的不同認知。本文擬重探「殺死姦夫」相關規定的法理性格，並從下述先行研究出發嘗試歸結。

（一）制裁權說

「殺死姦夫」是否為國家法所授與的權限？在仁井田陞將傳統中國法分為「國家法」與「非國家法」的論述模型基礎上，曾對「殺死姦夫」表達如下看法：

法律雖然允許夫任意殺死在姦通現場的妻，但必須以夫在姦通現場一併將姦夫殺死為無罪的要件。（中略）其中雖然留下一些復仇的痕跡，但如果僅以復仇主義的遺緒並無法充分說明此種現象。再者，若將這種私刑主義放在國家之外，亦無法說

明。因此，必須將其當作與國家權力與家內部的權力一貫的家父長支配問題來理解。⁶³

仁井田並非把殺死姦通者當作復仇主義或私刑主義的表現，而是一種由國家法授與的權力展現，並從家父長支配的角度，指出「殺死姦夫」條是體現家父長在一定程度上被認可有私人刑罰權的例子。

對於國家法與非國家法的問題，滋賀秀三從清代宗族制裁側面切入，以國家法如何對待私人制裁的問題為例提出不同見解。滋賀認為，如果從裁判權專屬於國家權力的立場，基本上無法見到將裁判權的一部讓與宗族的現象。但根據裁判史料，宗族間的確不乏對犯錯家人進行私人制裁的例子，殺死犯姦者即為其一。於是滋賀對國家法與宗族自治間的矛盾問題有一步說明：

在此舉出的事件，如果要貫徹國家法的立場，則必須問其謀殺、故殺之罪。然而，若從宗族的立場，其為意圖實現正義的行為，即使對國家而言，要將其與一般殺人罪一視同仁，也並非妥當。進一步言，如果對私刑的取締過於寬緩，即生國家將生殺大權委由私人組織的情形，又會產生弊病。在這種完全相反的要求之下，圍繞著應如何取得均衡點的問題，立法也反覆擺盪，在各別事件裁判中，為因應各種事案的特性，也展開微妙的反覆論爭。⁶⁴

滋賀的觀點恰好站在仁井田的對角線上。本文認為，仁井田與滋賀的見解帶給我們的啟示，並非直接對「殺死姦夫」定性，而是提出一種思考方向。如果從滋賀見解看仁井田，我們的確很難從傳統中國法（尤其是作為國家法的律例）層級中找到明確根據來判斷，國家法是否的確藉由某種方法或機制將其部分權限讓渡給私人。雖然從明、

63 仁井田陞，〈中国旧社会の構造と刑罰權——国家的・非国家的とは何か〉，收於氏著《補訂 中国法制史研究 刑法》（東京，東京大学出版会，1981），頁19。

64 前引滋賀秀三，〈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——〉，頁127。

清兩代的鄉約或族規來看，家長或族長似乎有權對違反鄉約族規的子弟進行懲處，然而一旦出了人命，往往並非私了可以解決。

以滋賀關注的宗族為例，制定於雍正五年，廢止於乾隆五年的「合族公憤例」⁶⁵顯示清代國家法對私人制裁容許極限的一個側面。換言之，一旦發生人命事件，即便族長高舉懲罰犯姦者的大義名分，官府仍必須介入，由此便很難說國家的確把殺死通姦者的權限授與給民間，只能問官府對源於私人制裁的犯罪型態，究竟可以容許到什麼程度而已。

（二）嚴格限制說與交易說

如果「殺死姦夫」並非國家授與的權限，而僅能看作是一種容許行為，那麼，國家法容許這種殺人行為的理由究竟是什麼？佐々木愛在仁井田陞與滋賀秀三的基礎上對此問題有進一步的開展。佐々木從明律註釋書以來，以姦淫為惡事須加以處罰的法理，及殺死姦夫行為中存在的義憤衝動為要素，組合源自於「夜無故入人家」條內的正當防衛式的法理，並以《刑案匯覽》為材料導出的結論為，「殺死姦夫律，係一種對在極限狀況下所為的犯罪行為予以情狀酌量，並在最大可行限度下進行可能量刑的規範。因此適用條件必須嚴格遵守，實際運用時也相當困難」。⁶⁶

本文以為，佐々木論點背後的核心命題是「殺死姦夫」規定中存在「不得擅殺姦通者」的法理預設，因此其認為「殺死姦夫」律「絕對無法說是為了防止姦通而成立的法，且認可夫殺死犯姦妻本身，即

65 「合族公憤例」，為雍正五年制定，刑律闢毆「同姓親屬相毆」條中的條例：「例僕族人不法，事起一時，合族公憤，不及鳴官，處以家法，以致身死，隨即報官者，該地方官審明死者所犯劣蹟，確有實據，取其里保甲長公結。若實有應死之罪，將為首者照罪人應死擅殺律，杖一百。若罪不至死，但素行為通族之所共惡，將為首者照應得之罪，減一等，免其擬抵。」（清）崑岡等撰，《光緒會典事例》，冊19，卷811，「刑律闢毆·同姓親屬相毆條」，頁15277關於「合族公憤」例的研究，可參照前引滋賀秀三，〈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——〉，頁107。該條的適用實態分析可參照江存孝，〈清代前期「殺死姦夫」條的規定及其裁判實態〉，頁105-106。

66 前引佐々木愛，〈不倫した妻は殺せるのか？——明清律·殺死姦夫律とその運用——〉，頁117。

與自國的體制相矛盾，於是適用條件趨向嚴格，現實上適用此條的道路也逐漸被封閉起來」。⁶⁷佐々木指出殺死姦夫相關規定有節制律本文的機能，換言之，如果要完全認為「殺死姦夫」條的目的在承認殺死姦夫的正當性以脫免本夫罪刑，即無法解釋清代後期條例改正的原因。反而在正視律本文因條例修正而增加適用上的困難，才可能得出後期修正並非增強防止通姦機能，而是欲使殺死姦夫的加害者不再輕易獲得寬免的結論。

另外，喜多三佳曾對「制裁權說」、「義憤衝動說」與「正當防衛說」三種過往的主要論點進行檢討。喜多首先從雍正五年「本夫只殺死犯姦妻」仍要處罰本夫為例，主張很難認為清代國家法有授與本夫殺死犯姦妻的「權利」；其次，在本夫計畫等待姦夫進入姦所再當場殺死的案例來看，也很難說「義憤衝動說」可以涵蓋所有「殺死姦夫」面向；而從已就拘執姦夫而殺仍須處杖一百徒三年的情形看，亦難認定清代國家法擬藉由「殺死姦夫」條承認類似正當防衛的行為。⁶⁸喜多的檢討揭示各說皆無法涵蓋「殺死姦夫」規定的全部面向，反過來說，過往三說仍具有指出「殺死姦夫」規定部分特徵的意義。雖然從仁井田與滋賀的論述中可以看到「制裁權說」的漏洞，但就「正當防衛說」與「義憤衝動說」而言，仍有其重要意義。

值得關注的是，喜多針對本夫僅殺死犯姦妻的行為提出獨特的「交易說」，亦即「殺死姦婦的規定係國家與私人（本夫）間的一種『交易行為』」。如喜多所言「在國家無法代替人民取締犯罪的時間或場所，國家不得不容許人民自身行使暴力與犯罪對峙」，這即是沿襲自唐律「夜無故入人家」條的法理，其又說明：

即使是有關殺死姦婦的規定，如果可以判斷成是，因國家無法代為防止姦通，而本夫等人有必要防止，此時因忿怒的情緒與恐怖心導致殺傷姦夫、姦婦之事實為不得已的話，國家減免本

67 前引佐々木愛，〈不倫した妻は殺せるのか？——明清律・殺死姦夫律とその運用——〉，頁117。

68 前引喜多三佳，〈殺死姦夫の理——清律「殺死姦夫条」の淵源とその発展——〉，頁9。

夫等人之刑罰的論理即可成立。本夫等人並非具有可以殺傷姦夫、姦婦的什麼「權利」，而是作為對於偶然發生殺傷事件的私人，抱持一種「缺憾」的國家所講的「事後處置」的刑之減免。⁶⁹

佐々木與喜多的論述都指向一個重點，即「殺死姦夫」條並非是一種為了防止通姦行爲而授與加害者權限的積極機制，毋寧說是當加害者因通姦情事而惹起殺人行爲後，國家法應如何理解加害者的行爲，乃至於容許加害者部分殺人行爲的消極機制。換句話說，「殺死姦夫」相關規定的存在目的並非積極確立殺死姦夫行爲的正當性，而係將殺死姦夫視爲一種情非得已得行爲，以此爲加害者尋找減刑理由的極限。

二、「殺死姦夫」條例改正的綜合評析

從上述見解可以看到，我們很難將所有「殺死姦夫」規定的法理性格定於一尊，即使如佐々木愛或喜多三佳極力釐清「殺死姦夫」條的內在理路，反而讓我們再一次深切體認到「殺死姦夫」條的多重面貌。正因如此，當討論「殺死姦夫」條時，總不免感覺到明、清兩代層疊積累的修正，使得規範內部體系矛盾滋生。清末律學大家沈家本批判「殺死姦夫」條「未能盡合乎法理，又未能有益政治、風俗、民生」⁷⁰確有其道理。然而應如何評價清代後期條例修正，或許仍要回到條例修正的目的來看。本文擬先概觀條例改正的整體像，再進一步討論改正動因，以嘗試對「殺死姦夫」條例進行綜合評述。

69 前引喜多三佳，〈殺死姦夫の理——清律「殺死姦夫條」の淵源とその發展——〉，頁10。

70 （清）沈家本，〈論殺死姦夫〉，收於氏撰，鄧經元等點校，《歷代刑法考》（北京，中華書局，2006）四，頁2083-2087。

（一）改正的概觀

細究清代後期「殺死姦夫」條例改正，本文以為可歸類為三個主要面向：（1）調整主體與客體範圍；（2）梳理以親屬關係為中心的條例；（3）重新分配本夫與姦夫的責任。

關於調整主體與客體方面，就主體而言，立法者統一本夫與本婦得為應許捉姦之人的親屬範圍，並刪除無親屬關係的「同居人」與「應捕人」，顯示立法者將應許捉姦之人的範圍限於有服親屬，使應許捉姦之人與非應許捉姦之人產生明確區別。但在實務上，捉姦行為往往聚眾為之，如何論斷非應許捉姦之人罪刑，亦有必要明文規定，「糾往捉姦」條例即為此需求所生。就客體而言，新增「婚約女性」與「童養媳」相關規定，一方面延伸妻、妾的概念，另一方面或也可視為是一種提高準夫權的作法。

其次，關於梳理以親屬關係為中心的條例問題，本文認為清代後期立法基本上仍不脫「姦所」、「登時」、「親屬關係」三要素。自明代註釋書以來，「殺死姦夫」的加害者罪責，是以「姦所」、「登時」為要件，判斷行為上的時間與空間密接程度而定，這種思考仍貫穿清代全期。但當「姦所」與「登時」幾乎已成不動元素時，「親屬關係」便成為影響罪責判斷的最大動因，要說後期修正著眼重點在加害者與被害者間的親屬關係之有無或親疏遠近似也不為過。因此以「殺死犯姦尊長」與「殺死犯姦卑幼」為中心的修正結果，是以「姦所」、「登時」為經、「親屬關係」為緯，極盡所能將殺死姦夫的犯罪類型細分化，並就各種不同犯罪類型，鉅細靡遺設定妥適刑罰。但從條例中留下夾簽請旨規定來看，依個案臨事應變的作法也依然存在。

最後，關於重新分配本夫與姦夫的責任方面，以制定於雍正五年的「擬抵」規定為基礎的修正，可以見到後期裁判官員對姦夫仍抱持高度厭惡之情，與此相反，對本夫則較為寬待。因此即便實際下手之人為本夫，但在裁判官員眼裡，本夫仍是扮演一種「被迫殺人」的形

象。如果以當代刑法式的語言來說明，即類似一種「若無姦夫犯姦在先，即不生本夫殺姦行爲」的極端因果關係判斷。正因為裁判官員或立法者很難單純將本夫視爲加害者，遂產生將本夫的罪責轉嫁姦夫的作法。

（二）改正動因的檢討

在「殺死姦夫」相關規定中存在多種法益的衝突，一般來說，處罰犯罪者的權限專屬於國家，不允許以私人制裁的方式擅自殺死犯罪者，但根據「殺死姦夫」條律本文中本夫於姦所登時殺死姦通者無罪的中心思想，殺死姦夫行爲又看似被國家法默許。在這個層次上，「殺死姦夫」律本文可看作是謀、故殺等一般殺人罪的例外規定，尤其是減輕（免）規定。但若將焦點放大到律本文與條例的關係，其中仍有法理上的矛盾，本文以爲應將「殺死姦夫」條的律本文與條例分開討論，才能更清楚理解其機能。

事實上，從明末註釋書開始，關於「殺死姦夫」條的法理，即有兩個面向始終縈繞不去：（1）由唐律「夜無故入人家」條中所派生出的，類似面對危害時所進行的類似正當防衛；（2）殺死姦通者爲大義之所在。⁷¹這也是過往論說經常著眼於「義憤衝動說」與「正當防衛說」的由來。然要國家法將殺人者論以無罪，實須具備高度的正當性，從清代前期條例已具備節制律本文的機能來看，正顯示明末註釋書以來的一貫思維，應爲對殺人行爲的正當性保持相當程度的疑慮。然而這種節制律本文的機能，因清代前期條例不備以致未能完全彰顯。

以親屬關係的梳理爲例，原本「尊卑秩序」或「身分差等」在傳統中國法中即占有相當重要的位置，由此衍生出根據加害者與被害者的關係，以區別加害者的法定刑輕重的立法方式。而本夫於姦所登時殺死犯姦尊長，是否可直接依照律本文規定予以無罪的糾葛，恰好也

71 前引江存孝，〈清代前期「殺死姦夫」條的規定及其裁判實態〉，頁89。

觸動這條敏感的神經。從「卑幼不得殺尊長」條例將本夫一併納入來看，可作為條例發揮節制律本文機能的一項例證。

從裁判實務角度，清代前期迂迴引用其他法條的裁判方式，將產生判決不安定的結果，連帶也造成上級審為統合下級審分歧的見解而疲於奔命。且裁判官員面對疑難案件時，究竟應尋求立法途徑解決，或不立專條而以個案處理的方式，本來即難一語論斷，在涉及「殺死姦夫」條例修正的史料中，也經常看到刑部官員左右搖擺的立場。大體而言，清代後期的官員大致上仍傾向謀求更加明確的法源依據，而官員糾葛於各種包含在「殺死姦夫」行為背後的正當性衝突，也顯示出清代官員在面對「殺死姦夫」案件的過程中，追求更具客觀性的裁判基準，以及罪刑均衡的努力。

柒、結語

自乾隆朝起至同治朝為止，修改條例成為定制，面對層出不窮的個案，下級審經常且必須詢問上級審意見，當遇有律例未載情形時，裁判官員間易生不同見解，刑部等中央層級官員更苦於統一駁雜見解之辛勞，縱然有時可藉由「通行」的方式為之，但有時仍必須轉尋立法方式解決，這種裁判實務牽引立法活動的運作實態，幾乎是清代司法事務的日常。綜觀清代後期「殺死姦夫」條例修正，要說是在這種立法與裁判緊密結合下開展出的結果也並不為過。於是，問題仍在於清代後期「殺死姦夫」條例頻繁修正的原因究竟是什麼？

如果從當代刑法的角度來思考，我國刑法中最常被與「殺死姦夫」相連結的條文應屬刑法第273條「當場義憤殺人」規定。⁷²當代

72 「中華民國刑法」第273條：「當場激於義憤而殺人者，處七年以上有期徒刑」。又，中華民國最高法院33年上字1732號判決：「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」。雖然當代刑法「當場義憤殺人」並非僅指殺死姦婦、姦婦的行為，然殺死姦夫、姦婦卻是經常被提及的其中一種典型事例。可參見林山田，《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，

刑法學者多將此條文定位為第271條「普通殺人罪」的減輕類型，亦即考量行為人殺人之動機，將「義憤殺人」與「普通殺人」予以區別，並減輕行為者的罪刑。⁷³如果僅從減輕加害者罪刑一點來看，傳統中國「殺死姦夫」條與當代「當場義憤殺人」的功能差相彷彿，然而若從清代後期「殺死姦夫」條例的改正過程整體來看，似乎不單純只為了減免加害者的罪刑而已。

雖然清律「殺死姦夫」律本文「於姦所親獲姦夫、姦婦，登時殺死者，勿論」規定顯示出寬免加害者殺人責任的意旨，然而，終究難以將此解釋成國家法授與私人殺死犯姦者的權限，甚至如佐々木愛的觀點一般，認可夫殺死犯姦妻本身，即是一種與清代國家體制相矛盾的行為。再者，在援引「殺死姦夫」條律本文即可對加害者無罪的前提下，從明末的註釋書至清代後期條例修正的軸線上，雖然並非沒有如「擬抵」條例一般，藉由調整本夫與姦夫間的罪刑以寬待本夫的條例出現，但與其說是尋找加害者的寬免之道，毋寧說反而呈現出致力尋找節制律本文的適用，使殺死姦夫、姦婦的加害者不得輕易論以無罪的傾向。

更進一步言，清代後期的立法與裁判官員透過「殺死姦夫」條例改正尋求個別事案的因應之道，為了找到對應所有犯罪情節的適用法條，便走上對犯罪情節徹底細分化的道路。因此，官員們在面對「殺死姦夫」事案時進行的作業為，根據既有「殺死姦夫」規定衡量個別情節的應加、應減，於過程中反覆檢視律本文與條例的當否，並尋求處理相關事案時的客觀裁判基準。官員們在考量加減加害者的罪刑時，更重視的仍是犯行與刑罰間的平衡。這種平衡的追求在某種程度上，發揮了彌補存在於國家法既欲處罰殺人者，又擬寬待殺死姦夫行為人之間的鴻溝之機能。

2013)，頁29-30。另外，小野清一郎也指出所謂的「激於義憤」係如「受到無法忍受的侮辱，或目擊妻子之姦通等情形」，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101。

73 韓忠謨，《刑法各論》（臺北，自版，1980），頁335；周治平，《刑法各論》（臺北，自版，1968），頁622。

然而我們仍不得不說，條例修正過程原本就是一種「摸著石頭過河」的嘗試。也正因為「殺死姦夫」條本身的法理性格存在多重面貌，因此在一面衡量各種法益一面進行立法的過程中，難免有拆東牆補西牆的遺憾，或許這也是「殺死姦夫」條例的修正過程中所不斷遇到的難題。

最後仍須說明，本文僅從條例修正的角度對「殺死姦夫」條例進行部分的考察，對「殺死姦夫」的相關問題仍有尚未充分討論之處。例如在清代後期「殺死姦夫」條例的適用實態中，裁判官員們是否對該條文有更細緻的法理探討，仍有繼續探討的空間。又如「殺死姦夫」條在晚清法典近代化過程中有何轉變？其與當代刑法「當場義憤殺人」的規定是否有關？受限於筆力篇幅，僅能在此暫時擱筆，還望日後能繼續深入探討。

參考文獻

一、中文文獻

(一) 古籍

- (清)慶桂等奉敕修《清實錄·高宗純皇帝實錄》，北京，中華書局，1986。
- (清)崑岡等撰，《欽定大清會典事例》，臺北，啓文出版社，1963，影印本。
- (清)官撰，《大清律例彙輯便覽》，臺北，成文出版社，1975，影印本。
- (清)吳坤修等編撰，郭成偉主編，《大清律例根原》，上海，上海辭書出版社，2012。
- (清)薛允升撰，黃靜嘉點校，《讀例存疑重刊本》，臺北，成文出版社，1970。
- (清)沈家本撰，鄧經元等點校，《歷代刑法考》北京，中華書局，2006。
- (清)張光月輯，《例案全集》（康熙六十一年思敬堂刊本），東京大學東洋文化研究所所藏。
- (清)雅爾哈善等輯，《成案彙編》（乾隆十一年序刊本），東京大學東洋文化研究所所藏。
- (清)鮑書芸等編，《刑案匯覽》，臺北，成文出版社，1968。
- (清)全士潮等輯，《駁案新編》，臺北，成文出版社，1968。
- (清)黃六鴻，《福惠全書》，收於《官箴書集成》，合肥，黃山書社，1997。

（二）專書

- 甘添貴，《刑法各論》（上）臺北，三民書局，2013。
- 那思陸，《清代中央司法審判制度》，北京，北京大學出版社，2004。
- 林山田，《刑法各罪論》，臺北，自版，2005。
- 周治平，《刑法各論》，臺北，自版，1968。
- 孫家紅，《清代的死刑監候》，北京，社會科學文獻出版社，2007。
- 陳惠馨，《清代法制新探》，臺北，五南出版社，2012。
- 韓忠謨，《刑法各論》，臺北，自版，1980。
- 賴惠敏，《但問旗民——清代的法律與社會》，臺北，五南出版社，2007。
- 戴炎輝，《清代臺灣的鄉治》，臺北，聯經出版社，1979。
- 戴炎輝，《中國法制史》，臺北，三民書局，1986。

（三）論文

- 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（濟南，山東人民出版社，2009.2），頁236-254。
- 江存孝，〈清代前期「殺死姦夫」條的規定及其裁判實態〉，《法制史研究》31（臺北，中國法制史學會，2017.6），頁81-120。
- 陳戰彪，〈清代「殺死姦夫」的立法與司法實踐〉，《法制與社會》8（昆明，法制與社會雜誌社，2013.3），頁7-10。
- 楊湘鈞，〈論《點石齋畫報》的「捉姦圖像」〉，《法制史研究》20（臺北，中國法制史學會，2011.12），頁217-266。
- 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（廈門，廈門大學出版社，2009.11），頁120-134。

二、外文文獻

(一) 專書

仁井田陞，《補訂 中国法制史研究 刑法》，東京，東京大学出版会，1981。

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。

滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，東京，創文社，2002。

滋賀秀三，《中国法制史論集 法典と刑罰》，東京，創文社，2003。

(二) 論文

中村正人，〈清律『夜無故入人家条』小考〉，《中国史学》5（京都，日本中国史学会，1995.10），頁155-176。

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（金沢，金沢大学大学院人間社会環境研究科，2015.9），頁59-75。

伊藤洋二，〈清代における秋審の実態〉，《中央大学アジア史研究》11（東京，白東史学会，1987.3），頁1-27。

佐々木愛，〈不倫した妻は殺せるのか？——明清律・殺死姦夫律とその運用——〉，《上智史学》53（東京，上智大学史学会，2008.11），頁105-120。

陳青鳳，〈清代の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（福岡，九州大学文学部東洋史研究会，1990.1），頁55-86。

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〉，《星薬科大学一般教育論集》20（東京，星薬科大学，2002.12），

頁63-82。

喜多三佳，〈殺死姦夫の理——清律「殺死姦夫条」の淵源とその発展——〉，《法史学研究会会報》15（東京，法史学研究会，2011.3），頁1-14。

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

Chiang, Chun-Hsiao^{*}

Abstract

In the criminal judicial cases about “Killing an Adulterer” in the early Qing Dynasty, the judge did not necessarily use provisions concerning “Killing an Adulterer” to adjudicate these cases because the norms then were not well-established enough to be applicable to all of these cases. In order to improve on this situation, the bureaucracy for legislation tried to make new provisions from 1740 and on. This paper attempts to explore the legislation and judiciary of provisions concerning “Killing an Adulterer” in the late Qing Dynasty, and it focuses particularly on the following aspects: (a) the modification of the subject and the object; (b) the adjustment of the relationship; (c) the responsibility of an adulterer murderer who was not related in any way to the husband; and (d) the crime and the guiltiness that the husband and the adulterer were readjusted by the “ni di (擬抵)” code. This paper also tries to deliberate the relationship between Lü (律) and Li (例) about the provisions concerning the “Killing an Adulterer” and to find the principle of these provisions by reviewing previous studies. This paper therefore suggests that a lot of different values behind the provisions concerning the “Killing an Adulterer” compete in the judicial cases, and that the Qing bureaucracy for legislation and judiciary tried to find objective standards to adjudicate all of the “Killing an Adulterer” cases.

Keywords: Killing an Adulterer, Qing Code, adultery, criminal judiciary, balanced the crime and the guiltiness

^{*} Part-Time Assistant Professor, College of Law, Soochow University; Ph.D. in Law, Kanazawa University, Japan.