

# 雞姦為何為姦？

## ——清代雞姦罪立法演變及其特殊性

(1740-1911)

張 寧\*

### 摘要

大量的研究表明中國是一個具有漫長的有關男子同性情感關係記錄的國家。有論者認為「漢代之後，男風時盛時衰。在漫長的歷史中，中國的男性在履行成家立業，傳接香火的責任之後，周圍人對他們的同性戀情往往寬而待之」。<sup>1</sup>的確，在同樣漫長的立法史中，中國一直沒有專門針對同性性關係的立法，直到清代出現雞姦罪的系列立法並開始懲治和姦性質的雞姦犯罪時，才將此寬鬆立法史改寫。雞姦罪的確是清代立法者的發明，作為法定罪名，它始於清朝也止於清朝，歷時230年。到目前為止的多數研究者認為該立法是針對同性戀的刑事立法，未能說明清朝男風盛行與雞姦罪的刑事政策的矛盾。本文擬在已有的研究成果基礎上，進一步釐清雞姦罪的性質。文章將分三部分，第一部分考察雞姦罪在中國立法者對姦罪認定的傳統認知邏輯中的例外特徵；第二部分討論清朝立法者將雞姦納入姦罪的不確定性或者說認知矛盾。第三部分結合清朝雞姦

---

\* 日內瓦大學東亞系教授，法國社會高等研究院近現代中國中心兼任研究員。感謝兩位匿名評審對本文的細心閱讀與提供的修訂建議。

1 陳不染，〈中國男妓史〉  
[http://www.enet.com.cn/life/xiuxian/cultrue/200608/20060817140642\\_1.shtml](http://www.enet.com.cn/life/xiuxian/cultrue/200608/20060817140642_1.shtml)，讀取 2018.4.20。

罪案例的分析以求明晰雞姦立法所針對的真正懲治對象，最終達到澄清目前研究領域中存在的誤區。

關鍵詞：清朝雞姦罪立法、雞姦、姦罪、性侵犯、身體侵犯

## 壹、雞姦罪研究狀況與新問題的提出

對清朝雞姦罪的研究是從對中國人「性」觀念、「性」行爲、「性」犯罪，特別是同性戀問題的研究中派生出來的。西方最早系統研究雞姦罪立法的學者，應當是已故荷蘭漢學家 M. J. Meijer（1912-1991），1985年他在歐洲著名的漢學刊物《通報》上首發系統討論清朝雞姦立法的專文，題爲《清朝法律中的同性性犯罪》。<sup>2</sup>隨後，我們看到美國學者 Vivien W. Ng, Bret Hinsch 及蘇成捷紛紛加入此問題的研究與討論，<sup>3</sup>其中蘇成捷利用大量清朝司法檔案撰寫的專著《帝制中國後期的性、法律與社會》有專章討論雞姦罪的立法問題，他的工作拓展了該領域的研究，也提出了不少值得討論的新問題。比如，他將中國禁止同性戀的立法推至宋徽宗政和年間記載的一條懲治「男爲娼」法律，<sup>4</sup>這個推論顯得疏漏，立論很難成立，因爲懲治「男娼」不能等同於懲治「男風」，就像懲治娼妓，並不同禁止性行爲一樣，只是針對以此爲交易的行爲。同樣的問題也出現在他對明朝嘉靖年間那條法律的解釋上。<sup>5</sup>再者就是他認爲清朝出現雞姦立法是因爲十八世紀傳統的世襲等級制度式微，性別表現（gender performance）

- 
- 2 M. J. Meijer, "Homosexual offences in Ch'ing Law", *T'oung Pao*, Vol. 71, 1/3 (1985), pp. 109-133.
- 3 Vivien W. Ng, "Homosexuality and the State in Late Imperial China", in Martin Duberman, Martha Vicinus & George Chauncey, eds., *Hidden from History: Reclaiming the Gay and Lesbian Past* (New York: Meridian Press, 1989). Bret Hinsch, *Passions of the Cut Sleeve: The Male Homosexual Tradition in China* (Berkeley: University of California Press, 1990), pp. 76-89. Mathew H. Sommer, "The Penetrated Male in Late Imperial China: Judicial Constructions and Social Stigma", *Modern China*, Vol. 23, 2 (1997), pp. 140-180. Mathew H. Sommer, *Sex, Law and Society in Late Imperial China* (Stanford, California: Stanford University Press, 2000).
- 4 「書傳載彌子瑕、閻、籍孺以色媚世，至今京師與郡邑無賴男子，用以圖衣食。舊未嘗正名禁止，政和間始立法告捕，男子爲娼，杖一百，告者賞錢五十貫。」朱彥著，李偉國點校，《萍洲可談》（1119），（上海，上海古籍出版社，1989）卷三。  
<https://zh.wikisource.org/wiki/%E8%90%8D%E6%B4%B2%E5%8F%AF%E8%AB%87%E5%8D%B7%E4%B8%89>，讀取 2018.4.20。
- 5 Mathew H. Sommer, "The Penetrated Male in Late Imperial China: Judicial Constructions and Social Stigma", *ibid.*, pp. 142-144; Mathew H. Sommer, "The problem of the Penetrated Male: Qing Sodomy Legislation and the Fixing of Male Gender", *Sex, Law, and Society in Late Imperial China, ibid.*, p. 115, p. 119.

成爲精英關注的主流，日益突顯的男性間的「性」行爲顛覆了傳統的性別社會等級。因此官方對此問題感到焦慮。<sup>6</sup>這個說法聽起來很新鮮，只是缺乏說服力，因爲清朝並不是一個社會等級弱化的社會，只是用旗民等級取代了傳統漢人的社會等級。而且，雞姦罪被納入犯姦罪後，「良」與「失良」依然是它的潛在的量刑判斷標準。隨後大陸學者張傑於2003年發表了〈清代有關同性性犯罪的法律規定及對當前相關立法的啓示〉一文，對清朝的立法文獻有較全面的梳理。此後，張傑與復旦大學林曦教授合作將此文內容進一步展開，在2015年復旦大學主辦的中國法律與歷史國際學術討論會提交討論，重點關注目前中國大陸關於同性強姦立法的爭論。<sup>7</sup>陳寒非新近出版的專著《清代的男風、性與司法》依然延續舊有研究的思路，將「雞姦案」當成「男風案」，進一步混淆了二者的區別，將清朝的雞姦立法當成「反男風」立法。<sup>8</sup>最近學界的研究成果更深入到民國時代雞姦罪廢除後中國司法界對性犯罪與同性性犯罪的問題，以及新的立法概念出臺所面臨的司法觀念改變及實踐。<sup>9</sup>其中，康文慶2011年在第三屆中國「性」研究國際研討會上提出的論題〈何以雞姦不爲姦？——民國時期關於同性性關係的法律探討〉，將清朝雞姦罪立法的性質及其特殊性再次推到前臺。<sup>10</sup>

縱觀目前國際學術界對雞姦罪研究所取得的階段性成果，筆者認爲有如下三個問題值得進一步商榷。第一、雞姦罪的性質。它是否是

6 Mathew H. Sommer, "The Penetrated Male in Late Imperial China: Judicial Constructions and Social Stigma", *ibid.*, p. 140.

7 Xi Lin 林曦 & Jie Zhang 張傑, "Criminalising Homosexuality in the Qing Law Family: Corporatism as the Underlining Philosophy for Chinese Heteronormativity", 中國法律與歷史國際學術研討會2015年復旦大學提交論文。

8 陳寒非, 《清代的男風、性與司法》(上海, 上海三聯書店, 2016), 頁56-76。

9 Kang Wenqing, *Obsession: Male Same-sex Relations in China, 1900-1950* (Hongkong: Hongkong University Press, 2009). Y. Yvon Wang, "Shame, Survival, Satisfaction: Legal Representations of Sex between Men in Early Twentieth-Century", *Journal of Asian Studies*, Vol. 76, 3 (2016), pp. 703-724. Chiang Howard, "Epistemic Modernity and the Emergence of Homosexuality in China", *Gender History*, Vol. 22, 3 (2010), pp. 629-657.

10 康文慶, 〈何以雞姦不爲姦？——民國時期關於同性性關係的法律探討〉, 《新西部》2014年35期, 頁61-63。

「性」犯罪？雞姦罪入律反映的是立法者對姦罪意識的改變還是廣義「性」治理意識的改變？第二、雞姦罪與異性間的姦罪在立法邏輯與司法實踐中的區別為何？第三、清朝雞姦罪入律真的與滿人的統治模式沒有關係嗎？由於第三個問題涉及的層面比較廣，需要更多地了解滿文材料，本文就先解決前兩個問題，並兼代提出我對第三個問題的思考。文章將分成三大部分：第一部分考察雞姦罪在中國姦罪立法史中的特殊性與例外性，說明儘管中國古代不少男風記錄，同性性行為不屬於姦罪考慮的範疇。第二部分討論清朝立法者將雞姦納入姦罪的不確定性或者說認知矛盾，顯示雞姦入姦罪的矛盾性；第三部分結合清朝雞姦罪案例的分析，探討雞姦罪立法，尤其是和姦罪內容所存在的立法缺陷，以求明晰該立法所針對的真正懲治對象不是一般意義上的男風，而是由雞姦引發的社會治安問題，最終達到澄清目前研究領域中存在的誤區。

## 貳、雞姦罪的性質：身體侵犯還是「性」侵犯？

在研究中國古代「性」犯罪時，我們遇到的第一個難題，就是中國古代有不少描寫性行為的比喻性的詞彙，諸如「雲雨」、「媾」、「敦倫」、「入港」之類，中間兩個詞都專指夫婦間的性愛。「雲雨」與「入港」則延伸出性愛中的歡愉境界。相對中性泛指性交的直接定義少見。比較接近現代漢語中的「性」概念的詞彙可能是最早出現在《禮記·月令》中用來形容老虎交配的動詞「交」字。<sup>11</sup>其實，今天漢語中習以為常地用來對應英文中的 sex 和 sexuality 漢譯名詞「性」，遲至二十世紀二十年代才開始引入中國，二十世紀八十年代之後，如何翻譯西方文獻中的 sex 和 sexuality 概念還曾經再次成爲中

11 「冰益壯，地始坼，鶡旦不鳴，虎始交。」（漢）鄭玄注，孔穎達疏，《十三經注疏附校勘記·禮記正義·月令》（北京，中華書局，1979）下冊，卷17，頁1382。

國學界討論的熱點，<sup>12</sup>直到2005年才達成初步共識。<sup>13</sup>有趣的是，定義不合法「性」行爲的負面詞彙則比較具體，如「姦」、「淫」等，它們從逆向給我們提供了古人關於合法「性」行爲的間接看法。

## 一、姦罪定義及其歷史演變

東漢《說文解字》記載：「淫，侵淫隨理也」，「姦，犯淫也」，「姦，私也」。<sup>14</sup>可見，淫的本意是過度、無節制、放縱慾望，而姦的本意是因放縱私欲而產生的違反公德的行爲後果。用於兩性之「交」上，《小爾雅·廣義》上對「淫」的解釋是「男女不以禮交」，「禮」指的是婚姻六禮，<sup>15</sup>而「交」指的就是性交。《尚書·大傳》所記載的「男女不以義交者，其刑宮」，在清代律學家薛允升看來指的就是「後世所謂姦也」。<sup>16</sup>可見清以前沒有經過正式婚姻六禮的兩性性關係即屬於「姦」的範疇。而國家開始懲處「姦」罪，則於戰國時期就有文字記載。據史家研究，秦漢之際，已經出現包括和姦、強與人姦、親屬相姦、良賤相姦、居喪姦和監守內姦等行爲在內的姦罪罪名及腐刑與替代刑徒刑等相關刑罰。<sup>17</sup>

唐代完備了前朝關於姦罪的立法，加強了合法性交的禮制規範。《唐律》最爲突出的特點是嚴格懲治近親屬間的亂倫性行爲，它首先

12 期間的討論可參見潘綏銘編，《中國「性」研究的起點與使命》（高雄，萬有出版社，2005）。

13 Everett Zhang, "China's Sexual Revolution", in Yan Yunxiang ed., *Deep China: The Moral Life of the Person: What Anthropology and Psychiatry Tell us about China's Today* (Berkeley: University of California Press, 2011), pp. 106-151.

14 (漢)許慎，《說文解字》（北京，中華書局，1963），頁264-265。

15 (漢)鄭玄注，孔穎達疏，《十三經注疏附校勘記·儀禮·昏禮》（北京，中華書局，1979）上冊，卷20，頁361-362。

16 (清)薛允升著，懷效鋒、李鳴點校，《唐明律合編》（北京，法律出版社，1999），頁702。

17 賈麗英，〈秦漢時期姦罪論考〉，《秦漢家族犯罪研究》（北京，人民出版社，2010），頁102-129。孫聞博，〈秦漢簡牘所見特殊類型姦罪研究〉，《中國歷史文物》2008年第3期，頁65-73。刑義田，〈秦或西漢初和姦案中所見的親屬倫理關係——江陵張家山二四七號墓《奏讞書》簡180-196考論〉，柳立言主編，《傳統中國法律的理念與實踐》（臺北，中央研究院歷史語言研究所，2008），頁101-159。

在〈名例律·十惡〉罪中專設「內亂」條。其次，在〈戶婚律〉部分用了十四項條款來排除不合法，即不合禮的婚配，其中兩項定為姦罪。<sup>18</sup>其三，在〈雜律〉門類的諸姦條中進一步將親屬相姦的內容細化。<sup>19</sup>《唐律》的第二大特點是嚴格限制社會不同身分間的男女通婚或發生姦情，其明文定刑的良賤相姦的對象有七類。<sup>20</sup>《唐律》的第三大特點是在〈雜律〉中將親屬相姦、良賤相姦外的其他姦罪進行重罪與輕罪的區分，如「有夫」婦女犯姦刑罰重於「無夫」女性，監臨官、僧道、居喪姦重於常人姦。《唐律》的第四大特點是首創「僧道姦」，括大了姦罪範疇。它的創新之處當然還包括廢除秦漢姦罪的腐刑適用，代之以徒刑、流刑與絞刑，對捉姦、殺姦夫、「相容隱親」與「非相容隱親」，以及良人相姦姦生子女的歸屬，都有明確規定。

宋代的奠基性法典《宋刑統》的律文多承《唐律》，姦罪部分的條文基本與《唐律》相同。其重要的立法變化主要由各朝頒布的「敕」來體現。寧宗嘉泰三年（1203）頒行的《慶元條法事類》卷80〈雜門·諸色犯姦〉中就包括了關於姦罪的28條新增條文，反映了宋代，特別是南宋不同於唐代的姦罪觀。首先是擴大了「內亂」與親屬相姦「相容隱親」的範圍；其次是由於身分制出現變動，一些過去的賤民轉化成良民，良賤相姦的範疇縮減弱化；其三是出現了針對軍人犯姦的特殊立法；四是加重強姦罪的刑責，首此加入了「諸強姦者，女十歲以下，雖和亦同」的規定。五是賦予丈夫更明確的捉姦權，更有利的殺犯姦妻的刑責地位。<sup>21</sup>

元朝對姦罪的立法發展有獨特發明。首先，《元史·刑法志》罕見地詳細羅列了姦罪條款，它們被獨立排列在「姦非」罪下，給人的印象是蒙古人治下的元朝對姦罪更為重視，姦罪範疇擴大，如姦淫幼女、縱容抑勒妻妾犯姦及誣告妻妾通姦等罪名的出現。其次，蒙古人

18 （清）薛允升，《唐明律合編》，頁336-337頁。

19 （唐）長孫無忌等著，劉俊文點校，《唐律疏議》（北京，法律出版社，1999），頁530-531，頁533-535。

20 翁育瑄，《唐宋的姦罪與兩性關係》（臺北，稻鄉出版社，2012），頁31。

21 前引翁育瑄，《唐宋的姦罪與兩性關係》，頁67-106。

的亂倫罪跟漢人的觀念完全不同。它加重了親屬相姦中的夫妻軸，加重了這方面的刑罰，如「與姦夫同謀，親殺其夫者，凌遲處死」，<sup>22</sup>同時弱化了親屬相姦中的代際軸，尤其是父子軸，其中與儒家的父權傳統最為衝突的是「翁欺姦男婦，已成者處死，未成者杖一百七，男婦歸宗。和姦者皆處死」，<sup>23</sup>同樣的邏輯體現在「居父母喪欺姦父妾者，杖九十七，欺姦不成，杖八十七」<sup>24</sup>條的處罰，比唐律中規定的絞刑要輕。這恐怕與蒙古人的「收繼婚」<sup>25</sup>習俗允許收繼庶母、叔孀、兄嫂有關，它不重視漢人宗法倫常中的絕對父權與尊卑等級，彷彿所有家中男性地位是平等的，男子除了不能娶自己的生母與女兒外，其他女子都可以成為性交對象。儘管收繼婚習俗嚴禁對漢人使用，<sup>26</sup>但依然影響了漢地的婚俗，如《大元通制條格》中「收嫂」、「收繼孀母」各篇所記錄的例子。<sup>27</sup>值得關注的是元朝法律允許控告公公強姦兒媳並增加了於此相關的「虛執翁姦」罪，此罪名被明清兩朝用於保護公公的利益。元代法律的這些損益，弱化了父權，強化了對夫妻婚外姦的懲處，加強了對幼女的保護，從我們今天的角度看，它與傳統漢人的姦罪立法相比，有進步的一面。

明代將「姦非」罪正式改名為「犯姦」罪，下設十條罪名。明律對姦罪的處罰普遍加重，取締了元律中弱化父權的條款，恢復並加強了唐以來對親屬相姦罪的立法核心與懲罰力度，除了不再區分姦罪中婦女有夫無夫的身分進行量刑外，還在姦罪的傳統種類「和姦」、「強姦」外，新增了兩個類型——「刁姦」與「輪姦」。此外，明律新增了「官吏宿娼」與「買良為娼」兩類姦罪的立法，<sup>28</sup>進一步擴大

22 郭成偉點校，《大元通制條格·元史·刑法三·姦非》（北京，法律出版社，2000），頁412-415。

23 郭成偉點校，《大元通制條格·元史·刑法三·姦非》，頁413。

24 郭成偉點校，《大元通制條格·元史·刑法三·刑法三》，頁413。

25 吳海航，〈蒙古習慣法流行漢地—漢人「收繼婚」現象〉，《元代法文化研究》（北京，北京師範大學出版社，2000），頁186-207。

26 郭成偉點校，《大元通制條格·元史·刑法二·戶婚》，頁402-404。

27 郭成偉點校，《大元通制條格·戶令·收嫂》卷3，頁40-41；《大元通制條格·戶令·收繼孀母》，頁42。

28 董陸璐，〈中國古代姦罪考論——以制度和文化為視角〉，收入慶北大學亞洲研究所



了姦罪範疇，清朝基本繼承了明律的結構與分類，但在此結構中混入了不易歸類的「雞姦」罪。

從姦罪的上述立法變化看，我們不難做出下述結論：一、帝制中國的姦罪立法無論從姦罪型態分類、刑罰適用種類，還是犯姦主體的身分關係認定都日趨細密，從邊緣性法條進入刑律的核心部門，不僅早在隋唐之際就成為十惡重罪的範疇之一，而且元代以降成為刑律中獨立的門類。二、姦罪以犯姦人的社會身分及犯姦型態區分輕重，一以貫之的原則是按身分，親屬相姦罪最重，入十惡，卑姦尊、奴姦主、賤姦良、良賤相姦、官民相姦、僧俗相姦皆比凡人姦罪重，刑責也重；而按犯姦行為動機強姦重於和姦；按犯罪結果，「已成」重於「未成」。三、不同朝代有新增的姦罪類型，如唐新增僧道姦、宋朝新增的軍人軍妻姦、元代加入的姦淫幼女、縱容抑勒妻妾犯姦、誣告妻妾通姦及虛執翁姦、明朝新添的官吏宿娼與買良為娼，清朝添入的雞姦罪等，無疑都反映了各時代應對新型犯姦行為的立法變化。從本質上看，中國的姦罪立法針對的是「男女不以義交」的行為。美國學者蘇成捷對中國傳統的姦罪進行了如下歸納：姦罪的第一要素必是男女之間的異性性交（排除同性與獸交）；第二要素必是合法婚姻外的性交（除了居喪期間合法夫妻懷孕的情形）；第三要素為會導致亂人宗族血統的性交。<sup>29</sup>如果說元朝的收繼婚習俗只是放寬了合法婚姻外性交的界限，那麼清朝將雞姦罪納入姦罪，則直接從根部衝擊了傳統姦罪的上述定義，因為它既不是男女間的性交行為，也不會亂人宗族血親，唯一符合傳統姦罪條件的，是它屬於合法婚姻外的一種侵犯，只是這種侵犯是否為「姦」？如何為「姦」？這些正是本文下面要討論的核心問題。

---

《아시아연구》（亞洲研究）6（2009），頁1-26。

29 Matthew H. Sommer, *Sex, Law, and Society in Late Imperial China*, p. 35.

## 二、雞姦罪的立法史辨析

雞姦一詞的來源在明代文獻中已有記載，如著名話本小說《石點頭》第十四回〈潘文子契合鴛鴦冢〉中使用了這個說法：「漳州詞訟，十件事倒有九件是為雞姦一事」，<sup>30</sup>明崇禎四年（1631）刊印的楊時偉（江蘇吳縣人）所補的《洪武正韻賧》載有同音異體字「晏」。<sup>31</sup>清人袁枚是杭州人，他在「晏姦之訛」條中注其音「晏音雞」。<sup>32</sup>但明代另外一個文獻《菽園雜記》出於南直隸太倉州陸容之手，其第12卷所載「晏」的讀法卻有異：「晏音少，杭人謂男之有女態者」。<sup>33</sup>這說明了「晏」在杭州的讀法與《洪武正韻賧》中的讀法有異，也使我們無法證明雞姦一詞來自杭州還是福建。但有一點似乎可以肯定，該詞來自南方。但這些材料不能告訴我們為什麼在大量地方俗語中，<sup>34</sup>雞姦一詞最終為清代立法者選中，而且於康熙朝形成「雞姦例」：「凡惡徒夥眾將良家子弟搶去強行雞姦，為首者立斬；為從者俱擬絞監候。若係和同者，照律治罪」。<sup>35</sup>目前可以證實的是雞姦罪的罪名始於清朝。不過清朝關於該罪的性質認定卻有三個發展的階段。第一個階段從順治二年到乾隆五年，可以說是雞姦罪性質認定的混亂期或者說不確定期；第二個階段從1740年始至1909年止，是

30 天然痴叟，《中國話本大系·石點頭》（南京，江蘇古籍，1994），頁304。

31 「大明律有晏姦罪條，將男作女也。」（明）宋濂撰，楊時偉補，《四庫全書存目叢書·經部·小學類·洪武正韻賧》（臺南，莊嚴文化，1997，明崇禎四年刻本）第207冊，頁51。

32 （清）袁枚，《隨園隨筆·辨訛類·晏姦之訛》（臺北，成文書局，1978，清嘉慶十三年刻本）卷17，頁166。

33 （明）陸容，《菽園雜記》，收入《文淵閣欽定四庫全書·子部十二·小說家類·雜事之屬》（北京，迪志文化出版，2007）卷12，頁3。

34 「獨好笑有一等人，偏好後廷花的滋味，將男作女，一般樣交歡淫樂，意亂心迷，豈非一件異事。說便是這般說，那男色一道，從來原有這事。讀書人的總題叫做翰林風月。若各處鄉語，又是不同，北邊人叫炒茹茹，南方人叫打篷篷，徽州人叫塌豆腐，江西人叫鑄火盆，寧波人叫善七，龍遊人叫弄苦蔥，慈溪人叫戲蝦蟆，蘇州人叫竭先生。大明律是喚作依陽物插入他人糞門淫戲，話雖不同，光景則一。至若福建有幾處民家孩子，若生得清秀，十二、三歲，便有人下聘。漳州詞訟，十件事倒有九件是為雞姦一事，可不是個大笑話。」前引天然痴叟，《中國話本大系·石點頭》，頁304。

35 （清）陳夢雷、蔣廷錫，《古今圖書集成·祥刑典·現行則例·雜犯·強行雞姦》（北京，中華書局，1934），頁3093。

雞姦罪正式納入犯姦條以及之後的立法調整期；第三個階段始於1909年，是雞姦罪的廢除轉型期。

### （一）雞姦罪性質的初期認定（1646-1740）

清前期立法對雞姦罪有一個歷時九十多年的定性猶疑過程。該朝最初的相關立法直接承繼明律，順治二年頒布的《大清律集解附例》中，就收入了明朝嘉靖（1522-1566）年間頒布的一條相關條例，內容為「將腎莖放入人糞門內淫戲，比依穢物灌入人口律，杖一百」。<sup>36</sup>這條例文中並未出現「雞姦」一詞，而是直觀地描述強制性肛交行為，雖然使用了「淫戲」的說法，但該行為是被當成傷害他人身體的情節來考慮的，屬於身體傷害罪的一種。這一立法邏輯在它所比依的《大明律·刑律》鬥毆門下的「穢物灌入人口律」條的整體語境中會顯得更為明晰：

凡鬥毆，相爭為鬥，相打為毆。以手足毆人，不成傷者，笞二十。成傷及以他物毆人，不成傷者，笞三十。成傷者，笞四十。青赤腫為傷。非手足者，其餘皆為他物。即兵不用刃，亦是。拔髮方寸以上，笞五十。若血從耳目中出，及內損吐血者，杖八十。以穢物污人頭面者，罪亦如之。折人一齒，及手足一指，眇人一目，抉毀人耳鼻，若破人骨，及用湯火銅鐵汁傷人者，杖一百。以穢物灌入人口鼻內者，罪亦如之。<sup>37</sup>

這條曾經在明嘉靖、萬曆年間適用過幾十年的條例，從行文邏輯上看只針對強制行為。在康熙四十五年的《大清律例硃註廣彙全書》中，它出現在「革久不用，今亦存留備考」的「比附律條」名下。<sup>38</sup>但實

36 黃彰健編，《明代律例彙編》（臺北，商務印書館，1994），頁827。（清）薛允升著，黃靜嘉編校，《讀律存疑重刊本》（臺北，成文出版社，1970）卷53，頁1082。

37 黃彰健編，《明代律例彙編》，頁825-826。

38 《大清律集解附例·卷首·比附律條》（孫家紅據中國國家圖書館藏本02386號康熙四十五年《大清律例硃註廣彙全書》底本正在點校中），頁66。筆者借此機會感謝孫加紅提供此寶貴資訊。

際情況好像要複雜得多。首先，它似乎在康熙年間繼續適用並且用於「和姦」行爲。康熙五十八年（1719）刊行的《定例成案合鑄》載有一個康熙四十年（1701）的「和同雞姦成案」：「陳六、孔珍雞姦王十學，應照穢物灌入人口律，杖一百」。<sup>39</sup>這個成案字面上給人的印象像是個「和姦」案，不大像強姦案。但如果細讀上下文會發現如下幾個比較重要但常常被忽略的信息：一、該成案的特點是二人雞姦一人，即包含「和同」（二人以上共同參與）雞姦的性質也包含「和同」雞姦（被姦者願意）的因素。二、此成案使用了「雞姦」一詞，但卻援引的是前朝舊例。其三、這個成案前還附載了當時的〈雞姦現行則例〉：「凡有不肖惡徒夥眾將良人子弟搶去強行雞姦，爲首者立斬；爲從者俱擬絞監候，秋後處決，如和同雞姦事發者，照律擬罪。」顯示出與康熙十八年（1679）議準<sup>40</sup>的那條「雞姦例」原例在行文上的不同，其最明顯的區別體現在「如和同雞姦事發」這幾個限定詞上。顯然，此時立法者對「和同」雞姦的態度是如果沒有「事發」就免於追究。這幾個限定詞的使用更加凸顯了康熙朝雞姦罪立法的三個重點，它們分別是「夥眾」、「強行雞姦」與「良家子弟」，「和同」雞姦只不過是個附帶的罪名。該成案處理的「和同」雞姦案之所以「事發」，恐怕引起的原因主要不是「和同」而是「夥眾」。通過比照，我們至少可以推斷三點：第一、康熙十八年出臺了正式的雞姦罪立法，重點打擊對象是夥眾強暴良人子弟，即便不致死人命，也適用死刑。第二、「和同」雞姦不是該立法的重點，只有「事發」才追究，並且適用明朝舊例。第三、康熙朝是個新舊例並用的時期。

有意思的是儘管這個和姦成案在《定例成案合鑄》中是劃在「犯姦」條下的，但康熙十八年出臺的雞姦例文並非如蘇成捷所言，當時就被歸類在「犯姦」條中，<sup>41</sup>它在康熙十九年（1680）頒布的《現行

39 （清）孫綸，《定例成案合鑄·犯姦·雞姦》（東京大學東洋文化研究所藏漢籍善本全文影像資料庫，康熙五十八年刊本，編號004487）卷25。

40 （清）薛允升，《讀律存疑電子版·刑律·犯姦03》，光緒三十一年京師刊本 <http://www.terada.law.kyoto-u.ac.jp/dlcy/index.htm>，讀取 2018.4.20。

41 M. H. Sommer, *Sex, Law, and Society in Late Imperial China*, *ibid.*, p. 121.

則例》及其康熙六十一年（1722）修訂版中皆被歸為「雜犯」類，<sup>42</sup>之後又在雍正三年（1725）修訂的《大清律集解附例》被劃歸在「白晝搶劫」門下，<sup>43</sup>這一歸類在雍正十年（1733）撰修的《大清會典》中依然維持未變，<sup>44</sup>其基本立法邏輯顯然是將雞姦罪放在維護社會治安考量之內，沒有維護男子「性」貞節的意思。一年以後的雍正十一年（1734），安徽巡撫徐本奏請更定雞姦治罪之例，則直接促成了這條例文立法範疇的改變。由於這個奏本引發了意外的「革命性」變化，引奏本全文如下：

照定例開載，「凡不肖惡徒夥眾將良人子弟強行雞姦，為首者立斬，為從者，擬絞監候」，久經通行遵照在案。但查強行雞姦一項內，有夥眾強搶者，亦有並不夥眾而只一人強姦者，亦有因雞姦而將良人子弟殺死者，亦有未經殺死者，向因例內並未分晰，是以各省無論殺死與不殺死，夥眾與不夥眾，概照為首之人擬斬立決。臣於本年十一月內接閱邸抄伏讀。論「凡因姦致死本婦者，向來律無正條，俱引因姦威逼人致死之律，擬斬監候，秋後處決，但其間情事不同，如係強姦既成，本婦羞忿自盡者，擬以斬監候，固屬恰當；若強姦不從，將本婦立時殺死者，如此淫兇之犯，實與光棍無異，非立斬不足以蔽其辜；至於強姦未成，或但經調戲本婦即羞忿自盡者，非引招擬抵固無以慰貞魂，而依例擬斬監候，又覺未為平允，似應擬絞監候，至秋審時將監候人犯俱以情實請旨，庶為輕重得宜，朕意如此，著大學士九卿會同詳議俱奏，欽此」。仰見我上酌情訂罪之至意，今強行雞姦之例，似應一體分別更定。臣思兇惡

42 （清）陳夢雷、蔣廷錫，《古今圖書集成·祥刑典·現行則例·雜犯·強行雞姦》（北京，中華書局，1934），頁3093。張傑，〈清代有關同性性犯罪的法律規定及對當前相關立法的啟示〉，《中國性科學》2004年第3期  
[https://www.danlan.org/disparticle\\_923.htm](https://www.danlan.org/disparticle_923.htm)，讀取 2018.4.20。

43 （清）朱軾、常鼎等纂修，《大清律集解附例·刑律·白晝搶劫》（北京國家圖書館藏，雍正三年內庫刻本）卷18，頁38。

44 （清）允禩撰，《雍正朝大清會典·刑部》（臺北，文海出版社，1995）卷172，Vol. 782，頁11245。

莫如夥眾，情慘莫如殺人，請嗣後夥眾將良人子弟強行雞姦及因雞姦將良人子弟殺死，為首者擬斬立決，為從者擬絞監候，秋後處決，其未經夥眾及未經殺人之犯，情罪與夥眾殺人者有間，若只一人強姦又未殺人，應擬斬監候，為從者，擬絞監候，俱俟秋審時入於情實具題，似覺輕重得宜。今安省現有亳州李二瞎強姦幼童葛六未死，亦未夥眾一案，臣因律無正條，仍照常引擬斬決，於十一月二十六日繕疏具體，謹隨疏恭摺奏，是否可行，伏候上鑒奪，臣謹奏。<sup>45</sup>

隨後，刑部於雍正十二年二月十八日根據徐奏本擬訂了雞姦罪條例的「通行」版：

惡徒伙眾將良人子弟搶去強行雞姦者，無論殺人及未殺人，此等罪犯淫惡已極，應照光棍例為首者擬斬立決，為從者，擬絞監候，秋後處決；其雖未夥眾，實因強行雞姦將良人子弟殺死，及將良人未至十歲幼童誘去強行雞姦者，慘惡已極，亦應照光棍例擬斬立決。如強姦十二歲以下十歲以上幼童者，擬斬監候；和姦者，照姦幼女雖和同強論律，擬絞監候。若止一人強行雞姦，並未傷人，應擬絞監候；其雖未夥眾，但已傷人而未及死者，應擬斬監候。其強姦未成者，杖一百，流三千里。若年止十六七歲尚屬童頑，有將未至十歲之幼童強行雞姦者，請照一人強行雞姦已成未成例，各減一等發落……查強行雞姦，已屬可惡，若二人強姦，雖未殺人，實屬輪姦，今將為首者擬斬監候，不足以蔽其辜，除夥眾搶去，止有首犯一人強姦，餘犯無強姦情事者，首犯照例擬決，餘犯發遣外，若係俱曾行姦，仍將為首者擬斬立決，為從者擬絞監候。但查雞姦情事尤易誣陷，誠恐不肖棍徒設局誣陷，嗣後如有指稱雞姦誣害情弊，一經審出，即依所誣之罪反坐；至死減一等，罪至斬決

45 〈徐本奏請更定雞姦治罪之例事〉（中國第一歷史檔案館，檔號030040002，奏摺E31）。

者，照惡徒生事行凶例發遣……查犯姦律內，並未載有和同雞姦之條，請嗣後審明實係和同雞姦者，照和姦律杖八十枷號兩個月科斷，是否允協，恭候欽定，俟命下之日通行八旗直隸各省將軍一體遵行。<sup>46</sup>

徐本奏本與刑部的議覆說明下面幾個問題：一、在雍正十二年（1734）年之前，康熙十八年（1679）頒行的那條懲治雞姦例文在五十五年間基本沒有改動。凡強行雞姦良人子弟者，無論夥眾與否，無論致死人命與否，皆斬立決，比普通強姦婦女罪的用刑要重，跟輪姦罪同等，充分說明該立法重在懲治夥眾犯罪。但其立法過於粗疏，使得非夥眾的雞姦罪也判得很重，故成為徐本上奏的主要出發點。二、雞姦幼童與雞姦殺人罪在刑部新擬的雞姦例「通行」版中開始適用光棍例。三、它透露了雞姦罪入姦罪的一個重要信息，那就是出於策略性考慮，徐本受修訂強姦罪議案的啟發，借機奏請完善細化雞姦罪條例，但並未直接將雞姦比附異性姦，是刑部的議覆開啓了比附合併二者的先河。四、徐奏本中並未提及誣姦與和姦問題，而刑部的通行草案中則補充了這兩項內容，並且將和同雞姦直接比照犯姦條內的「和姦律」，不僅啓動了「和同雞姦」罪的正式立法也開始了雞姦入姦罪的獨特立法邏輯。刑部的這個通行提案隨後在乾隆五年（1740）的《大清律例》中在結構與行文上得以重新修訂並落實。也就是說雞姦罪從作為正式罪名到「名正言順」地成為姦罪，在清朝初期就足足經歷了六十一年之久的認定過程。

在這個不短的甄別期中，雞姦罪的性質從「鬥毆」轉到「雜犯」類，再轉到「白晝搶劫」類，最後被定位為「犯姦」罪中的一種。從這個不斷轉變的性質認定中，我們可以看到立法者對此行為的屬性及其所產生的社會後果在立法考量上有個不斷調整的過程。明代的立法邏輯顯然是將強行雞姦當做鬥毆傷害行為來看，和同雞姦明顯不在立

46 《內閣大庫檔案》，〈題覆安慶巡撫徐本條奏強行雞姦之例似應一體分別更定一摺〉（臺北中央研究院歷史語言研究所，檔號015613）。

法視域內。康熙朝的雞姦行爲的定罪思路比較特別，它一方面從重懲罰夥眾強行雞姦犯罪，另一方面模稜兩可地將「和同雞姦」入罪。由於缺法更直接的材料，我們只能推斷康熙朝開始重懲夥眾強行雞姦行爲並專門出臺了治罪條例，說明當時此類案件不少，雖然不涉人命，但性質惡劣，所以採取「強」、「和」並罰，新舊例並用的舉措。到了雍正朝，雞姦罪被歸到「白晝搶劫」類去了，顯然此類案件的公害性質更爲立法者所關注。雍正末年，徐本建議細化早期立法的粗疏，但刑部據此出臺的修訂本卻完全改變了該立法的本意及其性質：雞姦罪從治安罪轉變成了「犯姦」罪中的一種，打擊強暴他人的立法進一步推向和同雞姦的「私」領域。

目前我們還缺乏更具體的史料去確定這一立法重心在雍乾時代出現突變的真正原因，但一個間接的因素可能有助於理解這一變化，那就是從雍正元年至八年間所持續推行的「除賤爲良」政策。這次改革第一次以法律的形式否定和廢除了延續千年的樂籍制度，廢除了官妓，使賣淫爲娼非法化，抑制了城市娼妓業。史家在高度評價此項改革的同時，對它所引發的社會後果可能重視不夠。有研究表明從目前看到的清代涉及雞姦的案件地域分布看，乾隆年間上報中央刑部的惡性雞姦案件高發省爲陝西和山西，<sup>47</sup>而這兩個省正是雍正元年展開「賤民除籍」行動最早的省份。在筆者所見的乾隆朝以後的各類引起人命的雞姦案高發省份中，也以「賤民除籍」行動直接相關的山西、直隸爲龍頭。換個角度思考，我們會問除賤廢娼舉措是否間接導致了雞姦行爲的高發率？據紀智閔根據乾隆在位期間《內閣漢文題本刑科命案類：婚姻姦情專題》所做的統計，雞姦案件共有1880件，去除其中388件重複統計案件，至少有1492件，<sup>48</sup>而這種高發率是否又反過來逼迫立法者進一步細化雞姦罪立法以處理多發案件中形形色色的案情？

47 紀智閔，〈曖昧的姦情：清代乾隆時期男同性性犯罪問題探討〉（新竹，國立清華大學歷史研究所碩士論文，2009），頁301。

48 前引紀智閔，〈曖昧的姦情：清代乾隆時期男同性性犯罪問題探討〉，頁301。



## （二）雞姦入姦罪後的立法調整（1740-1909）：雞姦比附異性姦引發的問題

乾隆五年，雞姦罪最終被清立法者定位在刑律「犯姦」條門下，成爲九類姦罪的一部分，它以條例的形式附於「犯姦」罪的總條款之下。<sup>49</sup>其突出特點是第一、康熙朝的主要定罪標準維持不變，即「夥衆」、「強行雞姦」、「良人子弟」三要件依然是該罪名的首要標識，明確無論曾否殺人，都適用光棍例處斬立決，將夥衆強行雞姦罪納入光棍罪，以突出此類犯罪的公共治安危害性。第二、刑部的那條通行提案在調整後正式入律，尤其是將雞姦罪比附異性姦罪的思路得以貫徹並細化成數個刑罰等級。第三、對於成年男性和同雞姦者，刑部「照和姦律杖八十枷號兩個月科斷」的提議被改作「照軍民相姦例，枷號一個月，杖一百」，並未完全照搬「和姦律」的設計。第四、增加了誣告雞姦反坐條款。顯然，保護幼童，嚴懲強姦，杜絕和姦與誣姦是該條款打擊非夥衆型雞姦的要點。只是這條看起來更爲完備的立法是否真的就那麼完備有效呢？答案是否定的。其中最爲凸顯的兩個事實是該立法出臺後，出現了越來越多的男子拒姦殺人案而單純的和同雞姦案基本闕如，而後者很多時候都潛藏在前類案件中。雖然，我們沒有再看到「如和同雞姦事發」這樣明確的條件性措詞，也許，康熙朝對「和同雞姦案」那種曖昧不作爲的態度依然是該立法所呈現的技術缺陷與悖論的原因？關於這一點，我們將在下一節結合案例進一步討論。這裡先簡述比附異性姦條款對雞姦罪進行量刑所產生的一些基本問題。

當雞姦納入姦罪後，「男子拒姦殺人」是否合法就成了問題。因爲《大清律例》規定「婦女拒姦殺人之案，審有確據登時殺死者，無論所殺係強姦、調戲罪人，本婦均勿論」。<sup>50</sup>顯然，此條從一開始就被排除在男子拒姦殺人的適用範圍內。但面對男子有可能被強姦的預

49 田濤、鄭秦點校，《大清律例》（北京，法律出版社，1999），頁522-523。

50 （清）姚雨籟纂，胡仰山增輯，《大清律例會通新纂》（臺北，文海出版社，1987；道光元年續纂）卷25，頁42。

設，就不得不做出相應的立法措施，於是就繁衍出一條有關「男子拒姦殺人」的特殊立法路線與邏輯。

康熙年間雖然沒有「男子拒姦殺人」的專門條例，但有強行雞姦條款，因而也有「男子拒姦殺人」命案的處理經驗，如收錄在《定例成案合鑄》中的一條康熙二十七年（1688）「強行雞姦被殺成案」載：

康熙二十七年十月刑部看得黃大搨死藺大略一案，據江撫洪審擬絞罪應否比照罪人犯應死罪而擅殺者律擬杖具題。查黃大年未弱冠（不滿二十歲），黃昏時分路遇藺大略拔所帶小刀強逼雞姦。黃大畏勢允從，大略收刀入鞘，雙手脫褲。黃大即乘間奪刀亂搨大略腿肚等處，傷重殞命。黃大因藺大略強逼雞姦搨死，黃大應比照罪人犯應死之罪而擅殺律，擬杖。<sup>51</sup>

黃大雖然不滿二十歲，但已成年。拒姦可以，殺人不行。因此他不能像女子拒姦殺人那樣可以免予追究，康熙朝的做法是將他當作「擅殺罪人」處理，量刑跟「和同雞姦事發」一樣，只處杖刑，其不合理性不言自喻。加上男子拒姦往往沒有證人，而且「姦情曖昧，最易捏飾，若輒擬以杖徒，則懷挾夙嫌而蓄意陰謀者，皆得捏姦以戕命」，<sup>52</sup>故乾隆二年（1737）刑部根據山西按察使元展奏請完善「男子拒姦殺人」的證據環節，規定嗣後「刑部核覆男子拒姦殺命之案，如遇圖姦有據，證佐確鑿者，即擬以滿流辦理」，並提議「酌纂入例，以歸簡易，以便遵行」。<sup>53</sup>四十年後的乾隆四十二年（1777）才形成定例，<sup>54</sup>規定「凡男子拒姦殺人之案，除事後指姦並無實據者，仍照謀

51 （清）孫綸，《定例成案合鑄·人命·強行雞姦被殺成案》（東洋文化研究所藏漢籍善本全文影像資料庫，康熙五十八年刊本，編號004481）卷十九，頁7。

52 轉引自張傑，〈清代有關同性性犯罪的法律規定及對當前相關立法的啟示〉，《中國性科學》2004年第3期  
[https://www.danlan.org/disparticle\\_923.htm](https://www.danlan.org/disparticle_923.htm)，讀取 2018.4.20。

53 轉引自張傑，〈清代有關同性性犯罪的法律規定及對當前相關立法的啟示〉。

54 「此例原係二條：一係乾隆四十二年刑部奏准定例，四十八年修改；一係乾隆六十年刑部增纂之例，嘉慶六年修改。道光四年修併。」（清）薛允升著，黃靜嘉編校，《讀例存疑重刊本·刑律·人命·殺死姦夫》（臺北，成文出版社，1970）第四冊，頁808。

故鬥殺本律定擬外，如當場見證確鑿及死者生供有據，或尸親供認可憑者，照鬥殺律減一等，擬杖一百，流三千里，奏請定奪」。這三項證據要素加重了男子拒姦殺人的刑責，即便三項證據條件充分，符合條件的殺人者依然處杖刑加流刑。乾隆五十三年（1788）又強調了死者與兇犯的年齡差，要求「如死者年長兇手十歲以外而又當場見證確鑿，及死者生供有據或尸親供認可憑者，無論謀故鬥毆，俱照鬥殺律減一等，擬杖一百，流三千里」。這兩次修定的例文於嘉慶六年（1801）合併為一，最終於道光四年（1824）進一步完善細化如下：

男子拒姦殺人，如死者年長兇犯十歲以外，而又當場供證確鑿，及死者生供足據或尸親供認可憑，三項兼備，無論謀故鬥殺，兇犯年在十五歲以下，殺係登時者，勿論；非登時而殺，杖一百，照律收贖。年在十六歲以上，登時殺死者，杖一百，徒三年；非登時而殺，杖一百，流三千里。至死者，雖無生供，而年長兇犯十歲以外，確係拒姦起釁，別無他故，或年長兇犯雖不及十歲，而拒姦供證確鑿及死者生供足據或尸親供認可憑，三項中有一於此，兇犯年在十五歲以下，登時殺死者，杖一百，徒三年；非登時而殺，杖一百，流三千里，俱依律收贖。年在十六歲以上，無論登時與否，均照擅殺罪人律擬絞監候。如死者與兇犯年歲相當或僅大三五歲，審係因他故致斃人命，捏供拒姦狡飾者，仍分別謀故鬥殺，各照本律定擬，秋審實緩亦照常辦理。若供係拒姦並無佐及死者生供，審無起釁別情，仍按謀故鬥殺各本律定擬，秋審俱入於緩決。至先被雞姦，後經悔過拒絕，確有證據，復被逼姦，將姦匪殺死者，無論謀故鬥殺，不問兇犯與死者年歲若干，悉照擅殺罪人律，擬絞監候。其因他故致斃者，仍依謀故鬥殺各本律問擬。<sup>55</sup>

此條款將雞姦拒姦殺人案分成四大類，第一類符合拒姦殺人罪認定的

55 李翰章編，《大清律例彙集便覽·刑律·人命·男子拒姦殺人》（臺北，成文出版社，1978光緒十九年刊本影印），頁3599-3602。

三大基本要素，即死者與兇犯年齡相差十歲；當場供證確鑿；死者生供或死者親屬供認，但要求量刑時區分兇手年齡及殺人是否登時。第二類只符合三要素之部分內容的拒姦殺人案。第三類是完全不符合三要素的案件。第四類是悔姦後再拒姦殺人案。只有符合第一類條件的年齡在十五歲以下的拒姦殺人男（即未成年者）可以完全免罪，其他類型的兇犯皆不能免罪，而且後兩類皆判死刑，入秋審。總體來說，從乾隆朝開始，「男子拒姦殺人」的定罪條件更為嚴密，刑責也更重，與女子拒姦殺人的免罪條件完全不同。

除了在拒姦殺人罪的量刑條件上雞姦與異性姦存在著比附問題外，還有適用於婦女犯姦的有服親屬捉姦權，也不完全適用於雞姦罪，比如「殺死姦夫」條規定：「凡妻、妾與人姦通，而〔本夫〕於姦所親獲姦夫、姦婦，登時殺死者，勿論。若止殺死姦夫者，姦婦依和姦律斷罪，當官嫁，賣身價入官〔或調戲未成姦，或雖成姦已就拘執，或非姦所捕獲，皆不得據此律〕」。<sup>56</sup>沒有任何條款規訂被雞姦者，即便是幼童的親屬可以免罪殺雞姦者。這些法規範上的不可比附性，恰是雞姦罪與異性姦罪在立法邏輯上的區別。那麼在具體的雞姦案件審判中這種不同又是如何呈現出來的呢？我們試圖在下面一節通過雞姦案例分析來討論雞姦罪立法在實踐層面上呈現的問題。

### （三）從案例分析雞姦罪立法的主要懲治對象

#### 1. 清朝雞姦案件的統計及其特點分析

目前我們還未有關於清代雞姦案件全面系統的統計數據。筆者所見的研究成果有卓惠芬在〈清乾隆時期閩粵地區犯姦案件之探討（1736-1790）〉這篇碩士論文中對廣東省24件雞姦案件的分析，<sup>57</sup>還有紀智閔根據乾隆在位六十年間《內閣漢文題本刑科命案類：婚姻姦情專題》與《內閣大庫檔案》中一千多個案例的統計與一些初步研

56 田濤、鄭秦點校，《大清律例》，頁423。

57 卓惠芬，〈清乾隆時期閩粵地區犯姦案件之探討（1736-1790）〉（臺中，東海大學歷史系碩士論文，2004）。

究。<sup>58</sup>王躍生在他對〈十八世紀後期中國男性晚婚及不婚群體的考察〉一文中涉及了乾隆四十六年至乾隆五十六年（1781-1791年）間的四十件雞姦案例，<sup>59</sup>這三項研究的重心不同，但處理的材料在時間上有重疊之處。目前這些的材料與相關研究提供了一個基本信息，那就是純粹的雞姦和姦案很少見，絕大多數的雞姦案件都涉及殺傷人命、雞姦幼童、結夥搶人、輪姦、拐賣、賣姦、服制、主僕、僧道、職官等比較嚴重的犯罪。

筆者對紀智閱所提供的統計材料重新進行了統計分析，得出以下三個結論。第一、在這1493件雞姦案中，有1370件是命案，占全部案件的91.76%，只有123件不涉命案，占全部案件的8.24%。但這些不涉人命的雞姦案件未必就不判死刑，如雞姦良家子弟與幼童。通過對這些案件的處刑情況的分析，我們可以區別下面九種刑罰等級。其中官吏、軍人犯姦遭革職、枷杖的案件有四件，僅受徒杖枷輕罰的「和同」或「被和同」雞姦案有四件，分別占全部案件的0.26%。得以免罪的有兩件（乾隆二年山東兗州發生的流犯王小二因拒姦致死陳姓等與乾隆十年山西的徐大禮拒姦毆傷淡零兒身死，先判絞監候，後得以免罪），僅占全部案件的0.13%。被處以流杖的有68件，占全部案件的4.55%。判處絞監候的雞姦命案最多，有751件，占全部案件的50.3%，斬監候案件有417件，其中17件加刺字，占全部案件的26.79%。也就是說進入秋審覆核的雞姦命案占全部案件的78.2%。而被處死刑決不待時的雞姦命案總共有228件，其中處凌遲刑的三件，僅占全部案件的0.2%，斬立決的225件，占15.07%，絞立決只有兩件，<sup>60</sup>也就是說雞姦命案中有230件被判處死刑，立即執行，占全部案件的15.41%。如表1顯示：

58 前引紀智閱，〈曖昧的姦情：清代乾隆時期男同性性犯罪問題探討〉，頁145-294。

59 王躍生，〈十八世紀後期中國男性晚婚及不婚群體的考察〉，《中國社會經濟史研究》2001年第2期，頁16-29。

60 乾隆五十二年十一月二十一日甘肅岷州安定縣鞏映南因圖雞姦王甯侄致伊父鞏燕賀忿死案。乾隆五十六年直隸監城縣發生的孔成春雞姦趙坤山未成致伊母溢死案。

表 1 乾隆朝雞姦案件適用刑種數目統計

刑種	凌遲	斬立決		斬監候		絞立決	絞監候	杖流	免罪	病故	徒杖 枷杖	革職+ 滿杖議革	未載	總計
		斬立決	斬立決 +刺字	斬監候	斬監候 +刺字									
數目	3	215	10	400	17	2	751	68	2	1	4	4	16	1493
%	0.2	14.4	0.67	26.79	1.13	0.2	50.3	4.55	0.13	0.06	0.26	0.26	1.07	100%

第二、在1370件命案中有444件是和姦與被姦後引發的命案，占全部雞姦命案的三分之一。引發此類命案的三種主要因素分別是：一、經濟原因，計30件；二、被雞姦者尋仇洩憤而起的命案，共77件；三、嫉妒等心理因素誘發的雞姦者之間發生的命案，最後這一類還可再細分為妒姦殺人案82件，戀姦殺人案四件，拒續姦被殺或殺人案134件，因爭雞姦或雞姦起爭執的命案69件，和姦者相互發生矛盾引發的命案48件。特別值得注意的是因妒姦、戀姦、續姦、求續姦等情引起的殺人案件。這類案件讓我們不得不留心很少見諸於中央檔案的純粹和同雞姦案所具有的某些潛在危害：時間上的潛伏性，空間上的流動性、開放性，及社會環境上的不可控特徵。卓惠芬在對1736-1790發生於閩粵地區的24件雞姦案的研究中，也指出它們多數（24件中的18件）「是男子雙方在發生和姦行為之後，與對方感情產生嫌隙所引發的凶殺案件」。<sup>61</sup>而純粹的自衛型拒姦殺人案主要指的是首次當場拒姦殺傷致死求姦者或強姦者的殺人案，計有395件，占全部命案的28%。

第三、這1493件雞姦案雖然大多涉及未婚下層青壯年男性，但也有已婚男（如嘉慶年間發生在江西的熊文杰逼勒其妻與跟他和同雞姦的熊荷珠仔通姦不從致使其妻自盡的案子）、<sup>62</sup>殷實男。社會覆蓋面也不僅僅是底層，比如有11件涉及服制、16件涉及下層官吏兵丁、38

61 前引卓惠芬，〈清乾隆時期閩粵地區犯姦案件之探討（1736-1790）〉，頁85。

62 祝慶祺、鮑書芸、潘文舫、何維楷編，〈刑案匯覽三編〉（北京，北京古籍出版社，2004），〈雞姦情熱逼妻同姦不從自盡〉，頁1277-1278。

件涉及僧道、19件涉及旗人、一件涉及奴僕拒姦傷主，涉及的社會階層並不單純。因此不能簡單地將雞姦罪歸為下層單身男性群體的特殊犯罪。只是在刑部檔案中這類案子占主流，而上層人士的案件往往由別的部門處理，如道光十年宗室圖克坦犯姦案只能在兵部檔案中看到，因為他是宗室成員，犯姦不過是他所犯各種罪名中的輕罪部分。<sup>63</sup>

## 2. 清朝雞姦罪原初立法法意與不涉人命的雞姦案研究

雖然我們無法估計雞姦行為在清代社會的一般發生率，也無法知道和同雞姦最終導致惡性事件的實際案發率，但我們卻可以從雞姦惡性案件的細致研究中逆向尋找到一些特點。這裡我們先著重分析康熙年間最初出臺的雞姦罪立法所涉及的不涉人命的雞姦案件。這類案子比較突出的有夥眾型雞姦案、幼童雞姦案、買賣型雞姦案。我們將逐一舉例分析。由於夥眾型是雞姦罪立法的原始型態，我們這裡舉三類不涉命案夥眾型案例進行分析，而且儘量選用乾隆朝之後的案子以觀察該立法的一貫性與細節變化。

### （1）夥眾型：「被和姦者」、「群姦者」、「被逼雞姦者」的刑責和立法想像

#### a. 夥搶型

嘉慶二十三年（1818年）發生在山東的一起夥搶被姦男子案件中，案犯趙二先讓年滿十三歲的王小隨其一同討乞，並與之雞姦，王小不願意繼續姦情，於是逃去投靠了王立業並成為其義子。趙二因氣憤而糾同國成元將王小強行搶出，王小隨即被其義父奪回。這是一個和同雞姦在先引起的夥搶事件，並沒有出人命。但當時的雞姦立法缺少相應的法律依據，也沒有成案可比照，所以如何斷罪成為各級司法官員討論的重心。這一討論過程在判決書中有所體現：

趙二糾搶犯姦幼童王小已成一案，奉諭查案比覈。職等查搶奪良家子弟與搶奪曾經犯姦之幼童，例無比照搶奪良家婦女與曾

63 〈兵部為嚴審圖禁宗室圖克坦案〉，道光十年（中央研究院歷史語言研究所，檔案號154874-001）。

經犯姦婦女治罪明文，詳細檢查亦無似此辦過成案。

竊思搶奪必有所由，而罪名即因之以定。如因圖姦而搶，則有將良人子弟搶去強行雞姦，首犯斬決，從犯絞候之條。如因勒贖而搶，則有捉入勒贖，初犯斬候，再犯斬決之條。如因圖賣而搶，在雲、貴、四川則有捆擄子女販賣分別斬決、斬候之條，若係他省民人略賣者，例無子女之分，則搶賣良人子弟者，亦當與婦女並論。至搶奪曾經犯姦幼童，雖無專條可引，特和同雞姦定例與姦婦女者同罪。即強姦和姦幼童，亦與強姦和姦幼女者同科，則搶奪犯姦幼童自可比照搶奪曾經犯姦婦女例擬斷。

細繹例內搶奪曾經犯姦婦女句，似指婦女曾與別人通姦，該犯因而搶奪者而言，若本犯先與婦女通姦，後復糾人夥搶，與例意不甚恰合。惟檢查嘉慶二十二年河南省咨周家恒糾搶犯姦之婦周氏一案，該犯先與周氏通姦，因周氏改嫁，隨糾眾將其搶奪。該省將周家恒依聚眾夥謀搶奪犯姦婦女本例擬軍，經本部照覆在案。

此案趙二先令年已十三之王小隨同討乞，與之雞姦，王小不願即逃依王立業為義子。該犯氣忿糾同國成元等將王小搶出，旋被奪回。是該犯搶奪曾與雞姦之幼童，固未便照搶奪良家子弟強行雞姦例擬以駢首，其因被姦之人逃走，氣忿糾搶，亦與捉人勒贖及擄人販賣之案迥別。惟例內雞姦十三歲以上之幼童既與和姦婦女罪名無分軒輊，而婦女先姦後搶，既照搶奪曾經犯婦女辦理，亦有辦過成案。該省將趙二依搶奪曾經犯姦婦女例擬軍，國成元等分別擬以流徒再四商酌，似亦只可照覆。<sup>64</sup>

刑部審核一審判決時首先承認一個事實，那就是沒有現成的法律依據，包括法條與成案在內。第二部分討論搶奪的三類動機及相關立法，辨析在現存關於因姦、勒贖與略賣為由的搶奪條文中，僅有因姦

64 祝慶祺、鮑書芸、潘文舫、何維楷編，《刑案匯覽三編》，頁277-278。



條與此案判決扯得上關係，但仍不足為據。原因是受害人在已犯過姦罪的情況下，犯罪人的罪責與量刑依據為何，特別是曾犯姦幼童是否可以與曾犯姦婦女比照，討論還細緻到犯姦者與搶奪者姦情關係，即是他們彼此先有姦情還是犯姦者與其他人有姦情而引起的搶奪。最後的結論是，受害人無論是與搶奪者還是與別人有姦情在先，搶奪者都不處死刑，而處軍流。此案被雞姦兒童王小被姦時年已13歲，不屬於12歲以下幼童，加上之前已有和姦行為，不再屬於「良」的範疇，所以搶奪犯趙二及其同夥的刑罰得以減輕。此案中值得注意的一點是王小因為不到十六歲，其和姦行為免責。同樣的情況也出現在嘉慶二十三年江蘇發生的「戀姦搶奪犯姦年甫十二優伶案」中。該案王忠貴因在家演戲時雞姦了演旦角的蘇翠林，之後又率眾在途中搶奪事主。雖然蘇翠林年僅十二歲，卻因為他的「優伶下賤」地位，「且被人姦宿在先」，使得先將他雞姦然後糾眾強搶他的王忠貴得以先依「和姦幼童絞罪」上量減一等擬流，後又因量刑太輕，比照「強搶犯姦婦女已成首犯發煙瘴充軍例」加重處罰。同樣的情況是蘇翠林並未因和姦罪遭處罰。我們在這兩個案件中可以看到一個立法中的曖昧區域。清律規定「凡年七十以上、十五以下，及廢疾，犯流罪以下，收贖」，但並未規定十五歲以下犯流罪以下者可以完全免刑。又有「姦幼女十二歲以下者，雖和同強論」，「強姦者，婦女不坐」等規定，它們排除了十二歲以上女童被和姦屬強姦，可以不坐的情形，使之成為「其和姦，男女同坐」<sup>65</sup>的範疇，這個年齡段上的模糊狀況，我們在王小的案子上已看到，他被姦時在十二歲以上，並未同坐。事實上，這種情況在許多案件中存在，我們後面還會再加以討論。

#### b. 輪姦型

輪姦型雞姦案是指三人以上的強姦案，有的是嚴格意義上的輪姦案，如道光三年（1823）河南發生的李華容夥同羅東峰試圖強姦十六

65 田濤、鄭秦點校，《大清律例·名例律·老小廢疾收贖》，頁106；《大清律例·刑律·犯姦》，頁521-522。

歲的曹牛摳傷其穀道的案子，<sup>66</sup>也有下面這種群姦案。嘉慶二十四年奉天司一個現審案涉及數個旗人參與輪姦另一個已犯姦旗人。主犯扎布占因知道廣凝與人有姦，將之帶回家中，並夥同吉勒彰阿、陳虎兒三人輪姦廣凝。廣凝的另一個相好吉林阿因此忿恨而捏控扎布占等搶奪錢票。審判結果是扎布占被比附「輪姦已經犯姦婦女已成例」發遣，其同夥吉勒彰阿、陳虎兒照「為從同姦例」擬流。由於他們都「係旗人」故皆被「發駐防當差」。吉林阿雖然誣告，但沒有誣輕罪為重罪，因而與廣凝一樣，俱照和同雞姦例枷杖。而與人隨意和姦的廣凝，卻因此被削除了旗檔，懲罰比二罪俱發的吉林阿要重。<sup>67</sup>此案有三大看點，一是它是發生在旗人間的雞姦案件，二是它由和姦發展到群姦並導致誣告而「事發」的「和姦」案。三是案件中的受害人與控告人所承擔的法律責任都來自他們事先的和姦行為。這個被重案牽扯出來的「和同」雞姦案充分體現了接受被雞姦的「和姦」男子會成為眾男子追逐的慾望對象而成為社會不穩定因素，這恐怕是雞姦立法順帶懲罰「和同」雞姦之本意。

### c.盜匪型

清朝夥眾型雞姦的另一個類型公害更大，那就時地方性的「盜匪」團體的姦淫行徑。如已為研究者關注的「以作姦犯科為生」的四川的「嚶嚶子」。他們以雞姦兒童作為入夥之手段之一而成為乾隆朝出臺的專相立法的打擊對象。<sup>68</sup>還有就是猖獗於東南沿海的海盜雞姦刑案。<sup>69</sup>雖然在海盜研究中，<sup>70</sup>雞姦問題只是個邊緣性的問題，但它對我們了解清朝的雞姦立法以及其對雞姦性質的理解都提供了一個新

66 《刑案匯覽·刑律·犯姦》，〈輪姦男子摳傷穀道〉（東京大學東洋文化研究所藏漢籍善本全文影像資料庫 B3860100）卷52，頁1712。

67 祝慶祺、鮑書芸、潘文舫、何維楷編，《刑案匯覽三編》，頁1944。

68 Xi Lin & Jie Zhang, "Criminalizing Homosexuality in the Qing Law Family-Corporatism as the Underlining Philosophy for Chinese Heteronormativity", p. 6-7.

69 Dian Murray, *Pirates of the South China Coast, 1790-1810* (Stanford: Stanford University Press, 1987).

70 張雅娟，〈近十五年來清代乾嘉年間海盜問題的研究〉，《中國史研究動態》2012年第2期，頁42-49。

的視角。

美國學者穆黛安在她前沿性的研究中指出：「十九世紀初中國海盜的同性性行為出於不同的原因，一是出於那些天生具有同性戀傾向或雙性戀傾向者的需要，或者異性戀者因為暫時找不到異性而需要發洩性慾的需要。二是出於宣洩敵意和暴力情緒的需要。三是海盜首領需求加強向心力並強化首領對下屬的權力，四是出於那些知道被勒雞姦可以減輕海盜罪刑罰者的需要」。<sup>71</sup>這四個理由儘管不乏洞見，但卻充滿矛盾，第一點的三類性傾向分類是現代西方概念，對於分析十九世紀中國海盜的行為心理是否恰合值得商榷。第三點需要建立雞姦現象與海盜權力等級結構的必然聯繫才能成立。第四點聽起來有點荒唐，仿佛是有些被海盜捉的人希望被雞姦來逃避重罰。安樂博的人類學視角將海盜人群區分為「核心海盜」與「被虜的受害人」。<sup>72</sup>陳鈺祥繼承二人的研究成果，將研究時段推向1810至1885年，他將海盜分為自願性與非自願性海盜，並將後一類細分成三類：「被威脅加入者」、「被逼雞姦者」、「被擄押禁船艙者」。在他統計的6028被捕受審的海盜中，83.31%是自願性海盜，而非自願者只占16.69%，其中，「被威脅加入者」，占非自願者總數的84.10%，「被雞姦者」，占非自願者總數的1.69%，而「被擄押禁船艙者」，占非自願者總數的14.21%。海盜的雞姦行為，雖然「是一種脅迫加入海盜集團的方式」但是否「為入幫儀式，有待討論」。對於被雞姦者只占總數的1.69%這一現象，他的推測是「可能當事者是在被官員問供時羞於啓

71 "In this essay, I have suggested that the homosexuality engaged in by Chinese pirates of the early nineteenth century may have been engendered by a variety of causes. First, the needs of those who were either homosexual or bisexual by nature or those to whom other avenues of heterosexual or activity were temporarily denied, to satisfy their desires. Second, the needs of others to give vent to feelings of hostility and violence during combat. Third, the needs of pirates leaders to forge bonds of solidarity within the confederation and to create strong patron-client relationships that would enhance the functioning of their operation, and forth, the desires of those who were apprehended to receive sentences less severe under the law than those for piracy". Dian Murray, "The Practice of Homosexuality Among the Pirates of Late 18th and Early 19th Century China", *International Journal of Maritime History*, IV, no.1 (1992), pp. 121-130 (127).

72 [美]安樂博，〈罪犯或受害者：試析1795年至1810年廣東省海盜集團之成因及其成員的社會背景〉，《中國海洋發展史論文集》（臺北，中央研究院中山人文社會科學研究所，1999）第7輯，下冊，頁439-451。

齒，以致大多數海盜不願向官府坦承，或是一般海盜不懂得《大清律例》之規定，因屬於被脅迫服役而得以減刑」。<sup>73</sup>這個分析忽略了嘉慶初年懲治海盜立法的一個變化。本節希望透過兩起海盜刑案中對被逼雞姦者的處罰分析揭示這一立法變化與承認「被雞姦者」人數減少之間可能存在的相關性。

第一個案子發生在嘉慶元年（1796）。這一年的七月兩廣總督兼廣東巡撫朱珪在〈為拿獲拒捕洋匪審明辦理恭摺〉中，奏告了該年三月在海南崖州破獲三隻海盜船的情況：匪首亞勝於乾隆六十年十一月糾約54人組成海盜團夥在海上行劫。從那一年十二月開始到嘉慶元年三月被破獲，這群海盜在不到四個月的時間內，先後行劫九次，擄捉九人上船，其中四人被逼勒雞姦，三人不願入夥被押禁艙底。在58名未被官兵擊斃而生擒的海盜中，陳亞勝被判凌遲處死，另外六人被處梟示。被海盜擄上船的九個人的命運是我們這裡要關注的，其判決如下：

徐亞贊、王亞初，訊係被擄在船岸水煮飯，並未上盜分贓，均合依洋盜案內被脇服役，發回疆為奴，照例刺字。李發青、施亞雙、許亞瓊、蔡叱浮被擄逼脅雞姦，應照林皮之例杖一百，徒三年，至配所各折責四十板，譚色近、譚亞傍、王亞狗被擄押禁艙底，應遞回原籍保釋，各犯父兄飭行查拘，照例責處。<sup>74</sup>

陳鈺祥區分的「非自願性」海盜的三種類型在此案中是明顯不同的：「被脇服役」的兩人被「發回疆為奴，照例刺字」，四個「被雞姦者」被處「杖一百，徒三年，至配所各折責四十板」之刑罰，而三個拒不服從而「被擄押禁船艙者」則獲得寬免。陳的分類應當將最後一類從「非自願性」海盜區分出來，單獨成為第三大類，「拒不服從型」海盜。

73 陳鈺祥，〈清代中葉廣東海盜之研究（1810-1885）〉，《成大歷史學報》34（2008），頁93-10。

74 《宮中檔奏摺·嘉慶朝》，〈朱珪在奏為拿獲陳亞勝等十三名拒捕洋匪審明辦理恭摺奏聞事〉（臺北故宮086583，文獻號404000857）。

另一起海盜案發生於嘉慶六年（1801）的浙江。時任閩浙總督玉德與福建巡撫汪志伊在奏摺中奏報了在浙江平陽縣屬金鄉洋面破獲海盜船的情況：23名海盜中的14名重傷身亡，屍體皆遭戮屍，餘下九名交地方官審辦，之後又在各縣抓獲20名通匪人員。審訊判決結果顯示：

陳高、洪丕、陳朗瑞、鄧魚魚、林菊、洪名六犯在洋疊劫，合依江洋大盜斬梟例斬決梟示……張正、蔡助、洪蓮、洪寅、洪善、陳順順、洪盛、陳鏡八犯訊止在船接賊一次，應照例發往黑龍江給打牲索倫達呼爾為奴，蘇雁、陳猴仔二犯，代盜索取漁船、番銀，並得受漁戶謝禮，汪發財一犯，向盜借銀造船並代盜購買衣褲，實屬通盜濟匪，但未上盜行劫，應比照夥盜情有可原例，發黑龍江給披甲人為奴。陳籌、汪國寶、王懇、駱箭、陳送、林艾、李謝七犯，訊係被脅服役，呂秋菊被脅雞姦，均應照例杖一百，徒三年。沈倪一名，訊係被擄比脅服役不甘從盜，乘間逃回，尚知畏法，應照例免罪，遞回原籍交報管束。其林謨等四名，訊係被擄難民，概予省釋。起獲船隻、砲械，驗無字號，交營配緝。失察為盜之父兄牌保，照例查拘發落，並查明有無盜產估變充公。<sup>75</sup>

這個嘉慶六年的案子最重要的變化是「被脇服役」者與「被脅雞姦者」處刑不再像嘉慶元年的案子那樣相互區別，前者不再發回疆為奴並被刺字，而是跟後者一樣，杖一百，徒三年。五年前適用於「被脇服役」、「被擄逼脅雞姦」兩條罪名有區別的刑罰現已合併為一，這一變動在1905年版修定的《大清律例》刑律賊盜條的條例上得以呈現。這個合二為一的直接後果是「被脇服役」之處刑得以減輕而「被擄逼脅雞姦」的刑罰相對加重。<sup>76</sup>更為微妙的是，它將「被雞姦」變

75 《宮中檔奏摺·嘉慶朝》，〈奏為拏獲在洋行劫及服役通盜各犯審明分別辦理恭奏（附件：奏報緝捕海盜情形摺）〉，嘉慶六年七月七日（臺北故宮091309，文獻號404005530）。

76 「洋盜案內被脅在船，為匪服役如搖櫓、寫帳等項，均以服役論，或事後被誘上船，及被

成了「役」的一種，使雞姦受害人的身分逆轉為讓施害者受益的刑責身分，再次顯示了雞姦罪立法中的弔詭一面。陳鈺祥研究的海盜案是嘉慶十五年以後的刑案，也就是在「被脇服役」與「被擄逼脅雞姦」合為一條罪名之後。由於二者的處刑是一樣的，被捕海盜們在招供被逼入夥的情節時，如果有其他可以免去重罰的情節，他們可能會迴避供出被脅迫雞姦的情節。絕大多數直接參與了搶劫分贓的人員，即便有「被擄逼脅雞姦」的情況，也不會因此而獲得減免的。只有那些未直接參與搶劫分贓的「被擄逼脅雞姦」者才會適用此條款。從陳鈺祥的四大海盜分類比例來看，符合這一條件的人員只有十七名，並非等於被雞姦者僅有這個數，他們很可能混跡於自願性海盜與「被脇服役」兩大類之中。

小結：在夥搶型的兩個案件中分別展現了兩種典型的「被和姦」類型，所謂「被和姦」指的是因為某些原因被排除於法定保護對象之外的人。清律首先要保護的是良家幼童，即十二歲以下良家幼童，十二歲以上到十六歲前的少年，若雞姦已成，就成為「被和姦」者。我們這裡看到的兩種情況分別是：（一）失去家庭保護的13歲乞丐少年，他們是雞姦者的理想獵物，不少雞姦案中有他們的身影，因各種原因「被和姦」而喪失良人身分，加上超過了12歲。（二）輪落為賤民的「優伶」，儘管只有12歲，因為被社會與立法者想像為理所應當的「性奴」，也喪失了良家幼童的受保護地位。他們僅因為未成年「被和姦」而得以免除刑責，但他們的不良身分卻成為雞姦者得以減輕刑責的量刑標準（如果是良家子弟，兩起案件中的雞姦犯都逃不掉死刑的命運）。如果雞姦者沒有夥眾而引起事端，他們持續「被和姦」的狀況不會改變，也不會成為「法律事實」。這種「被和姦」類型的存在，顯示雞姦罪立法全力保護的幼童只限於良家子弟，非良家

脅雞姦，並未隨行上盜者，自行投首，照律免罪。如被拿獲，均杖一百、徒三年。年未及歲，仍照律收贖。如已經在盜所自行逃回，欲行投首，尚未到官，即被拿獲，仍同自首，免罪。若已經到家，並不到官呈首，旋被拿獲，不得同自首論。」《大清律例·讀例存疑·刑律·賊盜·強盜》

[http://lsc.chineselegalculture.org/eC/DQLL\\_DC\\_1905/3.6](http://lsc.chineselegalculture.org/eC/DQLL_DC_1905/3.6)，1905年修定版，266-48，讀取2018.4.20。

子弟非但喪失了家庭與社會的保護，也不能完全獲得法律的保護，他們的弱勢身分反而成爲侵犯者減罪的依據。

第二類輪姦型雞姦案也分成強姦類與群姦類，群姦類案件中的成年和姦者比未成年「被和姦」者更危險，因爲他們不僅會成爲雞姦者們爭搶的動力源，而且「事發」後必負刑責。第三類盜匪型雞姦案中的「被擄逼脅雞姦者」則屬於另類受害者，雖然有「被擄逼脅」的情節，但不被當作「強姦」受害者考慮，而被當成「被和姦」者看待。與前兩類起於爭搶「接受被雞姦者」案型不同，此類案中的「被擄逼脅雞姦者」做爲「被威脅加入者」的一種較輕的爲匪服役類型，可以脫盜匪重罪而獲得較輕的刑罰。在前兩類案型中，雞姦罪是因個體的慾望失控造成的局部的、有限的社會治安與地方風化事件，而在後一種類型中，雞姦問題不過是盜匪聚集的大動亂源中的小節，「被擄逼脅雞姦者」既是這種大規模男性聚集的封閉性空間中所不能避免的男性間權力關係的暴力受害人，又是支持盜匪結構的、具有某種功能效用的「被脇服役」者，因此這些人並不能免受懲罰。

#### （2）雞姦幼童案：「良」、「賤」搏弈與性別搏弈

第二類不涉命案的雞姦案是雞姦幼童案。打擊侵犯幼童是康熙朝雞姦罪立法的第二個重點。前面討論過的結夥雞姦案已經涉及了不同年齡與不同身分的幼童在法律地位上的區別。這裡再舉三類不涉結夥，但因兒童身分、年齡、性別而影響雞姦者量刑的例子。與前兩個例子不同，下面幾個個案裡的幼童都有家長出面控告，而且受害者都是典型的「雖和同強論」清白幼童，但是依然引出了新的問題。

##### a. 凡人姦

乾隆二年四月發生在直隸省的劉四強姦幼童案中的幼童齊增子只有十一歲，其父齊功綽讓他看守家裡種的樹。一日，同村人劉四赴地取秫葉，見齊增子獨睡樹下，便將他抱至柳樹下解脫其褲欲姦，齊增子不從，劉四將其強姦後逃逸。齊功綽將幼子抱回，驗明其穀道青腫，於是赴州具控。劉四被依「強姦十二歲以下十歲以上幼童者擬斬

監候例，擬斬監候，秋後處決，仍照例刺字」。<sup>77</sup>另一起發生於咸豐三年八月的新疆，該年八月十八日烏魯木齊都統樂斌奏報吐魯番回民噶義提雞姦幼童劉寅娃子已成案中陳述的案情如下：

噶義提係吐魯番頭蘇們所營回子，現年十九歲，父存母故，家有兄嫂，並未娶妻，與民人劉月修之七歲幼童劉寅娃子平素認識。本年三月二十日後晌時，劉寅娃子在自己門前玩耍，該犯喚其同往地上拔草。劉寅娃子應允，隨跟從該犯行至城西義園渠邊，該犯因見四面無人，頓萌淫念，將劉寅娃子哄入義園，將其按倒並將所穿開襠褲子分開，強行雞姦。劉寅娃子聲喊糞門害痛。該犯畏懼，即行鬆放。又見其穀道流血，囑咐劉寅娃子回家不可言語。旋即畏罪逃逸。劉寅娃子跑回家中，告知伊祖父劉月修看明穀道紅腫成傷，呈報到廳，經該署同知詣驗，業已成姦屬實，旋即獲犯錄供通詳批飭審擬。茲據該署同知覆訊擬議，由道審勘前來，拏提犯嚴鞫。據供前情不諱，反覆研究，委無夥同圖姦之人，逃後亦無另有不法情事，刑嚇不移，案無遁飾。<sup>78</sup>

在案情陳述完之後，法律依據與量刑建議成為判決的焦點。其法律依據為「惡徒雖未夥眾，將未至十歲之幼童誘去強行雞姦者，照光棍為首例斬決」之例。因為「噶義提膽敢將七歲劉寅娃子哄誘雞姦」，而且「劉寅娃子穀道已破，業已成姦」，所以「自應照例問擬」將噶義提「照光棍為首斬決例擬斬立決」。但審判官認為噶義提有可以從輕處刑的情節，指出雖然他「雞姦七歲幼童，固屬不法，但經劉寅娃子哭喊時，即行鬆放，不敢畢姦，究與始終行強者，稍有區別」，「伏乞皇上聖鑒」定奪。<sup>79</sup>如果不出意外，噶義提與劉四的處刑結果一

77 《內閣漢文題本專題檔案刑科婚姻類提要》，全宗三十六卷8號  
<http://ctext.org/wiki.pl?if=gb&chapter=972368>，讀取 2018.4.20。

78 《宮中檔奏摺·咸豐朝》，〈樂斌奏為吐魯番回子雞姦幼童一成審明案例定擬〉（臺北故宮123500，文獻號406004727/1）。

79 《宮中檔奏摺·咸豐朝》，〈樂斌奏為吐魯番回子雞姦幼童一成審明案例定擬〉。



樣，或者更輕。

b.身分案件

發生於乾隆二年九月京城的一起旗人關祿雞姦家人幼童喜受的案件審理情況將雞姦幼童罪的問題進一步複雜化。該案貼黃包括了當事人的口供內容與判決，複述如下以便分析：

口供：

關祿供：「我係鑲白旗滿州圖爾格慎佐領下閒散，今年二十歲了，開賃書鋪生理。今年六月初六日，我見間壁住的小孩子喜受在街上，就將他哄到我鋪內，我對他說給我雞姦一遭，我給你一百錢。他沒有言語，我給了他一百錢，他接了，我就用手將他褲子拉下即行姦他。他說疼痛就將錢放在炕上要回家去。我也沒有去拉他，他就跑回去了，是實」。

喜受供：「我係鑲白旗蒙古呼壁圖佐領下護軍參領西得勒庫家人。今年九歲了，六月初六日，我從這關祿的鋪子門口走過，關祿對我說你進來我與你說話，我就進他鋪內。他對我說我給你一百錢你給我姦一次。我也不曉得什麼是姦，我就將他的錢接了，他將我的褲子拉下就姦我。我疼痛受不得，將手裡的錢撩在炕上，我就回家來告訴我母親，是實」。

陳氏供：「我係西得勒庫家人德富之妻，這喜受是我親生的兒子，今年九歲了。六月初六日下午時候，我兒子從外面啼哭回到家來，我問他什麼緣故。他說被開書鋪的關祿姦了，我就看他的褲子已經扯碎，滿褲子上都是污物。我男人因我主兒打發他出門去了不在家。我到堆子上喊冤的，是實」。

德富供：「今年六月初三日，我主兒打發我到屯裡去了。我於初七日回來，我女人告訴我說我兒子喜受於初六日被關祿姦了。別的緣故我不知道，是實」。

隨傳件作陳德驗看喜受有無傷痕。據供喜受穀道上俱已平復了，是實。復取具件作不敢隱匿傷痕甘結存案。

判決：

查雍正十二年二月內定例內開：雖未夥眾，將良人未至十歲之幼童誘去強行雞姦者，此等罪犯忍心害理，慘惡已極，應照光棍為首例擬斬立決，和姦者同強論等語，今關祿給錢誘姦喜受未至十歲之幼童，似應照例擬斬立決，但例內所稱係指良人子弟而言，喜受實為他人奴僕，非良人子弟可比。查律載良人姦他人婢者，男婦各減凡姦一等，未經言及奴僕，而奴僕與婢實同一例，關祿所犯與強行雞姦良人之例應有區別，且驗喜受所傷亦無慘惡情狀，應將關祿照良人姦他人婢者，減凡姦一等律，杖一百，流三千里，係旗人，折枷號六十日，鞭一百。臣等未敢擅變，謹題請旨。<sup>80</sup>

這後兩起案子有諸多可比性。兩案都是針對不到十歲的幼童的雞姦已成案。兩起案件都沒有完全照雞姦罪原例規定的「雞姦十歲以下幼童，和同強論，以光棍為首例判斬立決」處刑，司法官員認為兩個雞姦幼童犯都有可以免除一死的情節，所不同的是前者是從加害人「不敢畢姦，究與始終行強者，稍有區別」角度為其聲請減輕罪責，而後者則以受害人「喜受實為他人奴僕，非良人子弟可比」，其所受「傷亦無慘惡情狀」及加害人「關祿所犯與強行雞姦良人之例應有區別」為重點，我們沒有前一案子的判決建議，但如果能免去斬立決，也少不了斬監候。後者因為旗人的身分，只處以折枷號六十日，鞭一百的刑責。這裡我們看到的情況是，「雞姦十歲以下幼童，和同強論」立法原則在司法實踐中的「良」與「賤」的搏弈，「旗」與「民」的搏弈，生與死的搏弈。下面這起至今為止所見的雞姦幼女的特例，更是

80 《刑科題本·婚姻家庭》，〈徐本題為旗人關祿雞姦幼童喜受擬杖流事〉（乾隆二年九月初七日，中國第一歷史檔案館，檔號02/01/07/0050/007）。

將雞姦立法的「性」質複雜化。

c.雞姦幼女

雍正十三年二月直隸按察使多綸審理了一起醉漢闖入鄰家雞姦幼女的案件。案中邁三與朱大比鄰居住，朱大有個八歲大的女兒，已許給同門居住的寡婦王杜氏為童養媳。雍正十二年四月十八日午後，朱大外出傭工，杜氏因小孫女病渴，往後院二姐母家取水，不巧邁三喝醉闖入杜氏院內，見二姐獨自在家，將二姐拉至炕沿強行雞姦，二姐喊叫，杜氏同二姐之母夏氏奔至查看，見二姐褲有血汙，喚朱大回家，同地保赴州控告。穩婆李氏說「驗看朱二姐前頭沒有破，屁股是腫的」，雞姦已成。<sup>81</sup>二姐的供詞是：

那日娘往後邊媽屋里打水去了，我在屋裡趕蠅子。邁三走進去問我「你家沒個人嗎？」我說娘往後邊去了，他就拉我在炕沿上臉朝下說，「我現要和我〔你〕玩」，把我褲子拉下，他也把褲子拉開，在我屁股上戲弄，怪疼的，我大聲喊叫起來，他還把我屁股上打了兩下說「喊甚麼？」替我褲子穿好。褲上就有血了，後來娘和媽走去罵他，他還躺在炕上沒去，是我爹回去要打他才去的。<sup>82</sup>

邁三雖承認雞姦二姐的事實，但他雞姦後敢賴在杜氏家炕上不走的態度，使審訊者懷疑兩家的關係，邁三之後又說他與二姐母親過去有姦情，使得案件一審再審，最後經過反覆審訊斷定純屬誣告，最後判邁三雞姦幼女罪成立，但因「強行雞姦幼女並無正條」，直隸按察使最終同意「將邁三比依將未至十歲之幼女誘去強行姦污者，照光棍擬斬立決例應擬斬立決，照例先行刺字」。<sup>83</sup>此案是雞姦罪納入姦罪後出

81 《內閣大庫檔案》，〈直隸總督李衛揭報涿州民邁三因醉闖入王杜氏院內見已給杜氏為童養媳之朱大幼女二姐獨自在室強行雞姦審實依理應擬斬立決照例先行刺字〉（雍正13年2月2日，中研院歷史語言研究所016297-001，B34742 A61-23），頁2。

82 《內閣大庫檔案》，〈直隸總督李衛揭報涿州民邁三因醉闖入王杜氏院內見已給杜氏為童養媳之朱大幼女二姐獨自在室強行雞姦審實依理應擬斬立決照例先行刺字〉（中研院歷史語言研究所B34746 A61-23），頁6。

83 《內閣大庫檔案》，〈直隸總督李衛揭報涿州民邁三因醉闖入王杜氏院內見已給杜氏為童

現的一個最具顛覆性的案例，它在「姦幼女」和「雞姦幼童」外又加入了「雞姦幼女」的類型，而且它是依雞姦幼童的條例擬罪的，雖然在行文中將「強行雞姦」一詞置換成「強行姦污」。此案的出現不僅使雞姦罪是針對「男風」或「男同性戀」的立法之論失去依據，而且還使雞姦的「姦罪」性質更為複雜化。

### （3）買賣型雞姦案：貧富搏弈中的「被和姦者」

賣淫與人口交易可以看成是第三類不涉人命的雞姦案型，也是清政府嚴格控制的領域。下面這起發生於嘉慶二十一年的案子涉及這兩方面的內容。該年十二月十四日江寧人余魚瀧在京城北城控告工部候補司庫高勳，指控他典其幼弟雙杏服役不給典價。其弟余雙杏因逃出主人家被捉，將被主人雞姦及一起合夥販賣人口的案子揭開。根據他的口供，嘉慶二十年六月間，他隨同其兄余魚瀧等八人乘船進京，在船上先被鄧天祥雞姦，後高勳將其典買後又在高家雞姦了他。刑部行文兩江總督將已返回江寧的三名涉案人鄧添祥、呂潮相、詹幅堂解送京。後者因病故未到案。

原來，江南儀徵縣布販鄧添祥在江寧尋找生意時遇到熟人呂潮相。呂說他的街坊徐登榮有個12歲的兒子徐雙幅，想找個主典賣學藝，他想典下來之後轉典到京城賺錢，但自己沒有典錢，想跟人合夥典買。鄧添祥聽後覺得有利可圖。正當二人商議合夥時，碰到江寧人余魚瀧，後者願意墊錢合夥做這筆買賣。於是，三人合夥典買了徐雙幅，典在鄧添祥名下為徒五年，滿役後聽憑回家。余魚瀧又湊錢作為大家進京的盤纏，並帶著他的兩個弟弟雙喜、雙杏一同進京典賣學藝。他將兩個弟弟立字據於鄧添祥、呂潮相名下為徒。這時，鄧添祥同鄉詹幅堂也想將自己典來的12歲的楊雙林帶往京城轉典。於是，八人分別乘坐兩隻船一道進京。鄧添祥與余雙喜，楊雙林乘坐同一只船，路上鄧將這兩個男孩先後雞姦。隨後又藉口說另一條船太擠，讓另外兩個男孩徐雙幅和余雙杏也到他的船上來，並先後也將他倆雞姦

養媳之朱大幼女二姐獨自在室強行雞姦審實依例應擬斬立決照例先行刺字》（中研院歷史語言研究所 B34753-54 A61-23），頁13-14。

了。到京城後，三個人販子通過中介人余照初，將許雙幅、楊杏林分別典給吳正太和李萬才為徒。分了錢後，呂潮相和鄧添祥即返回江南。余魚瀧因兩個弟弟無人典收，找余照初幫忙找典主，便找到高勳的家僕張三。高勳曾讓張三為他尋找幼童到家服役。到余魚瀧住處看了兩個男孩後，高勳交了部分典錢便將兩個男孩領回家中，但沒有立典契。余雙喜、余爽杏兄弟倆於是在高勳書房裡服役，並先後被主人雞姦。雙喜因有毒瘡，被主人打發到廚房打雜，雙杏則常陪主人過夜。由於沒有收到足夠的典錢，也沒有立典買字據，余魚瀧往高府索錢被佣人們打走，遂告到官府。雙喜逃出高勳家尋找其兄被捉，並將被雞姦之事揭露。鄧添祥與呂潮相因此被捕押至京城刑部審訊。以下是該案的判決結果：

查例載和姦十二歲以下十歲以上幼童者，照姦幼女雖和同強論律擬絞監候；又買良家之子為優者，枷號三個月，杖一百，徒三年，媒合人減一等；又律載手足毆人成傷者，笞三十各等語。此案鄧添祥與余魚瀧聽從呂潮相，夥典年甫十二之徐雙幅進京轉典與戲班獲利，係屬買良為優。其同船進京時在途與徐雙幅雞姦，並與年甫十一歲之余雙杏及年甫十二之楊雙林，年已十四之余雙喜先後雞姦，訊明均係和同雞姦，並無用強情事。惟徐雙幅、余雙杏、楊雙林均年在十二歲以下，自應依例問擬。鄧添祥除買良為優及和姦余雙喜各輕罪不議外，合依和姦十二歲以下幼童照姦幼女雖和同強論律，擬絞監候，秋候處決。

高勳與余雙杏、余雙喜通姦，惟余雙杏年甫十一為重，現經訊明，余雙杏等被鄧添祥雞姦在前，該革員應得減等擬流。查雙喜、雙杏俱經高勳價典服役，雖未交足典價立契，已有主僕名分，與姦平人有間，應再減一等，杖一百，徒三年，惟該革員身任職官，且係大員之子，罔顧閑檢典雇幼童在家宣淫，實屬有乖行止，應情旨將高勳從重發往新疆當差，以示懲儆，該革

員事犯到官，在本年五月初二日清理庶獄恩旨以前，情節較重，毋庸查辦。

余魚瀧、呂潮相夥典徐雙幅進京，典給吳正太為優，詹幅堂自典楊雙林轉典給李萬才為優。余魚瀧、呂潮相、詹幅堂、吳正太、李萬才均合依買良為優例枷號三個月，杖一百，徒三年。余兆初、查雙受均依媒合人減一等例，杖九十，徒二年半，該犯等事犯到官，均在本年五月初二日恩旨以前，余魚瀧等所得徒罪，俱應減為杖一百，並免其枷示折責發落。

詹幅堂、查雙受俱經病故，應毋庸議。余魚瀧、呂潮相遞籍管束。張三為伊主代覓幼童以致伊主犯姦獲罪，應照不應重律，杖八十加枷號一個月。吳添喜、夏二官、小翠、楊二俱係高勳家人，因余魚瀧討欠，恃勢毆打，均屬濟惡，未便照手足毆人成傷律，謹予答責。吳添喜、夏二官、小翠、楊二均應照不應重律，杖八十。事犯再恩旨以前，該犯等情節較重，應不准其援減。小翠年未及歲，照例收贖。鄧添祥等所得典賣徐雙富錢文，俱訊係赤貧，應免著追。余雙喜、余雙杏、徐雙幅、楊雙林俱遞回原籍，交各親屬領回。媒合人吳令文、鄧景泗、張魁五均俟緝獲另結，各字據銷毀，無干省釋所有。<sup>84</sup>

這起二罪俱發的案子中，雞姦十二歲以下幼童的罪最重，「買良為優」為次。清代法律在這種情況下只依重罪處刑。雞姦了四個男孩的鄧添祥的罪行中，「買良為優及和姦余雙喜」屬輕罪，可以「不議」，而他雞姦三名12歲以下男童，因為「並無用強情事」而判了絞監候。也就是說，這三名幼童被轉換成「被和姦」者，而失去了「雖和同強」的受保護身分，這裡沒有被正面挑明的是，他們被典買後的「失良」身分。同樣犯和同雞姦幼童罪的工部官員高勳，則因為「余

84 《軍機處檔摺件·松筠奏報審擬江寧高勳雞姦一案》（嘉慶22年5月16日，文獻號051522，故機0511890）。

雙杏等被鄧添祥雞姦在前」已「失良」而得以「減等擬流」，又因兩個被他雞姦的男童與他「已有主僕名分，與姦平人有閒，應再減一等，杖一百，徒三年」。但作為官員，他的罪行非但沒有遇赦獲減，反而被建議加重處罰，「發往新疆當差」。其他參與「買良為優」獲利的人員，包括中介人，因為正值恩赦，而獲得不同程度的減免。在高勳的僕人中，判得最重的是張三，他因為「代伊主覓幼童以致伊主犯姦獲罪」而比幫主人恃勢毆打討欠的佘魚瀧的其他僕人獲罪要重。四個被典賣雞姦的男童，都沒有因為「被和姦」受罰，也就是說不負刑責，但他們的「被和姦」的情節與年齡，在對雞姦者的量刑中發揮了作用。這種情況與成年人之間的「和姦」形成明顯的區別。後者在雞姦案事發後都要承擔刑事責任，如前述輪姦案中的吉林阿與廣凝，盜匪案中的被逼脅雞姦海盜。

#### （4）普通和姦案闕如：從一個拒續姦殺人案談起

前面我們已通過案例討論了雞姦罪立法的「強姦」、「被和姦」與特殊的「和姦」關係型態，在實際的案例中基本看不到單純的「和姦」案，而康熙朝出現的那個「如和同雞姦事發」的界定之後從未再此出現在任何相關法條中，這使得該正式入律的關於「和同雞姦」的內容看起來是過度而無實效的空文。在這一節裡，我們想用一個信息相對完整的，由和姦發展到拒續姦殺人的案件，來分析三種相關但難以獨立顯現的雞姦關係：一是純粹的「和姦」者，二是「誣姦」者，三是出於正當防衛的「拒姦者」，以求進一步解讀「和同雞姦」立法的問題性。

這個案子發生於乾隆五十七年的廣東省揭陽縣，縣民孫雙喜因拒姦致傷李亨錫身死。孫雙喜與李亨錫是街坊，常去李開的雜貨鋪購物。乾隆五十四年八月初十日，孫雙喜在李亨錫鋪中購物時被李亨錫看中，起意雞姦。李邀他在鋪後房內飲酒，哄誘成姦。以後他們經常往來。五十六年正月初八日，孫雙喜在李亨錫家中過夜後回家，其母孫趙氏因其無端出外並耳有風聞而盤問緣由，孫雙喜無法隱瞞，據實告母。其母責打兒子後將事情告訴了夫兄孫阿尖，打算同地保去衙門

控告。李亨錫知道後畏懼，便求母舅孫阿安向孫趙氏賠禮道歉，事情就此得以平息。孫趙氏從此禁止兒子再與李亨錫見面，並讓他隨同伯父孫阿尖去外縣學做生意。一年後（五十七年閏四月），孫雙喜跟隨伯父歸家。五月初八日孫阿尖因事外出，孫雙喜在家為伯父看家。定更時候，他站在門口等待伯父，李亨錫此時路過，得知孫雙喜獨自在家，便圖續舊好，邀孫雙喜到他鋪子裡去飲酒。孫雙喜不答應，走進房內，李亨錫跟入，拉住孫雙喜求姦。孫雙喜堅拒不從喊叫，李亨錫遂拾桌上小刀向他戳去，孫雙喜閃避並奪刀回戳，致傷李亨錫右腰倒地。此時，鄰居孫阿缶聞聲趕來，伯父孫阿尖亦自外歸家，詢明情由。孫阿缶通知了李亨錫的弟弟李亨鏞，將之扶回家中敷治。李亨錫傷重，翌日早上殞命。孫雙喜畏罪潛逃。李亨鏞讓保報縣詣驗，孫雙喜隨後被捕。

廣東巡撫一審判決如下：「查例載男子拒姦殺人之案，如死者年長兇手十歲以外，而又當場見證確鑿，及死者生供有據或尸親供認可憑，無論謀故鬥毆，俱照鬥殺律減一等擬杖一百，流三千里，奏請定奪」。但刑部審核後駁回了一審判決，理由如下：

本案孫雙喜現年十九歲，李亨錫年已五十五歲。李亨錫與孫雙喜雞姦，旋因敗露，經伊母舅孫阿安調處賠禮。孫雙喜避赴伊伯家中，業經拒絕。李亨錫圖續舊好不遂，拾刀向戳，被孫雙喜奪刀回戳致死。鄰證確鑿，尸親供認可憑，應按例定擬將孫雙喜依男子拒姦殺人之案，如當場見證確鑿，及生供有據，照鬥殺律減一等例，杖一百，流三千里，奏請定奪等因具題。

當經臣部查律載，鬥毆殺人者，不問手足他物金刃，并絞監候。又例載男子拒姦殺人之案，如死者年長兇手十歲以外，而又當場見證確鑿，及死者生供有據或尸親供認可憑，照鬥殺律減一等，杖一百，流三千里，奏請定奪各等語，詳繹例意，男子拒姦殺人減等流之案，係專指良人子弟猝遭強暴者而言。蓋良人子弟，一經污辱即抱玷終身，是以憐其保身之心，稍減其



擅殺之罪，寬良人所以懲淫惡也。若先已被誘和姦，後始悔過拒絕，其中情偽多端，自不可與良人並論，故例無男子和姦悔過拒絕之條。臣部遇有先經和姦後復拒絕之案，向俱各按所犯謀故鬥殺本例定擬，俟秋審時酌量情節再行分別辦理。此案孫雙喜被李亨錫哄誘雞姦，時近三載，已非良人子弟可比。迨被伊母責打拒絕，後李亨錫續姦不遂用刀向戳，該犯奪刀回戳，李亨錫越日殞命。雖該犯因被母責遂而拒絕，尚存羞惡之良，當奪刀回戳之時，經鄰人孫阿岳目擊趨救，且死者亦有生供，實屬拒姦擅殺。但前已被姦有年，究不得與初次拒姦殺人之良民一例科斷。今該撫將孫雙喜一犯聲請減流，核之情法均未允協，案關罪名出入。臣部礙難率覆，應令該撫詳繹例意，另行妥擬具體到日再議等因題駁。

一審判決因為殺人者原與被害人有兩年的和姦史不能依「良家子弟拒姦殺人例」判決而遭刑部駁回。重新審理後修訂了原先的法理依據：

臣查例載男子拒姦殺人之案，如死者年長兇手十歲以外，而又當場見證確鑿，及死者生供有據或尸親供認可憑，俱照鬥毆殺人律減等，擬杖一百，流三千里，奏請定奪；又婦女拒姦殺死姦夫之案如和姦後本婦悔過拒絕，確有證據後被逼姦將姦夫殺死者，照擅殺罪人律減一等，杖一百，流三千里，其因貪利與之通姦，後以無力資助拒毆致死，或先經和姦，後復與他人通姦情密，因而拒絕毆斃者，仍各依謀故鬥殺本律定擬各等語。至男子先與和姦後經拒絕，因被逼姦拒殺人命，是否亦得照擅殺罪人減流，例內並無分別明文。惟男子雞姦之強和與婦女之被人強和罪無二致。且乾隆五十二年河南省確山縣錢四拒姦毆死楊國甫一案，部議內稱：此案錢四先與年長伊四十二歲之楊國甫同雞姦，今將楊國甫毆傷致斃，雖據供「年已長大，自覺無顏」，欲行拒絕起釁，但死者既無生供，當場又無見證，未便遽信該犯一面之詞，即依拒姦殺人例杖流等語，是男子悔過

後拒姦殺人，有供詞確鑿似可邀請寬減，蓋釁起拒姦與常人爭毆致死者不同，是以前將孫雙喜照鬥殺律減等擬流，茲準部駁飭詳繹例意，男子拒姦殺人得以減等擬流，誠如部示，係專指良人子弟猝遇強暴者而言。今孫雙喜與李亨錫姦好有年，究不得與初次拒姦殺人之良民一例科斷，應行遵駁改正，將孫雙喜依律擬絞監候等因具題前來。

刑部同意了重判的理據，將孫雙喜判處絞監候而非杖流。而其他涉案人員及初審錯引律條的人員也有相應的處理意見。

該撫原題內稱孫阿安係李亨錫母舅調處賠禮，孫趙氏係孫雙喜之母，聽處寢息，均律得容隱，應免置議。孫阿缶救阻不及，亦毋庸議等語，均應如該撫所題完結。再該撫疏稱：查此案前任揭陽縣許憲，潮州府景江錦，前將孫雙喜問擬流罪，係因例無分別明文，以致罪名舛錯，並非不能審出實情，今已遵駁改正，所有錯擬各職名邀請免開等語。查此案該犯孫雙喜拒姦致傷李亨錫身死，雖據該撫聲稱係因例無分別明文以致罪名舛錯，並非不能審出實情，但承審各官並不按其情節參酌辦理，輒原照婦女悔過拒姦復被逼姦以致殺人例定擬，究屬拘泥，未便邀免，應將承審之揭陽縣知縣許憲，核轉之潮州府知府景江錦均照援引拘泥罰奉一年例，罰俸一年。查案犯並無患病，再此案刑部主稿合併聲明，臣等未敢擅便，謹題請旨。<sup>85</sup>

此案之所以引起我們的注意，是因為它暗含了普通和姦案在立法技術上存在的問題，而且這些問題使得此類案件無法通過正常的司法程序得以及時解決，並留下的諸多隱患而轉變為重案。前面已經說過雞姦罪立法主要保護的是幼童與少年，包括「被強姦者」與「被和姦者」，十六歲以下都不負刑事責任，但十六歲以上的「被姦」者都被

85 (清)金士朝等校，《駁案新編三十二卷附續編七卷》(臺北，成文出版社，1968，乾隆四十六年刊本)卷3，〈男子羞愧拒姦擅殺〉，頁3445-3460。

想像為某種程度的「和姦」，要負刑事責任，而且「拒姦殺人者」還暗含「誣姦」的可能性。此案「拒姦殺人者」孫雙喜犯姦時已年滿16歲，如果報官，雙方都要負一定的刑事責任，這或許是孫母最終沒有報官的一個理由。這一點也應當是單純和同雞件案少見的要素之一。目前我們只看到的一起嘉慶二十年審理的雞姦刁姦案，十五歲的僱工二格在熟睡中被與之同床而眠的僱工李靠山雞姦後告官成功。<sup>86</sup>此案除了二格未及16歲這個告發優勢外，並未提供告官成功的其他細節，比如有無證人，有無驗傷程序，這使得我們無法最終確定被雞姦後告官成功的充分必要條件。只有一點是明確的，那就是被姦者年齡不同，被姦後告官的成本也不同，成年男子被姦後告官成本高，因為常常沒有直接證人，驗傷也很羞恥，而且還有負「和姦」罪的風險，所以此類情況報案少。而幼童雞姦案告官後，雞姦者必然受重懲，16歲以下未成年人被雞姦不需負任何法律責任，雖然雞姦者刑責較輕，因此被姦幼童及未成人家長報官的案件比較常見。

這些立法上的缺陷，使得成年人一旦被姦，就只能自己面對，自己解決。只是，這種問題不易解決，此案揭示的正是這些不易解決的問題。首先，和同雞姦埋下了時間隱患。此案在命案發生之前，當事人雙方已有兩年多的和姦史。孫雙喜是在母親的干預下中斷了與李亨錫的關係。但此舉卻沒能了斷李亨錫的念想。其二，和同雞姦如果發生在熟人社會中，就存在著一定的空間隱患。此案兩個當事人住在同一村鎮中，是熟人。李亨錫與孫雙喜的關係鄰里都有風聞，儘管孫雙喜母親發現真相後想告官，雙方還是通過調解避免了官司。調解人是李亨錫的母舅孫阿安，可能與孫雙喜有遠親關係。案中孫雙喜的父親始終缺席。事情發生後，出面干預的家中男性是孫雙喜的伯父孫阿尖，這也許是孫母接受道歉而沒有報官的另一個理由，這個熟人社會有調解的優勢，也有不易了結的空間隱患，這也正是李亨錫再求續姦引發命案的原因。這個案子還提供了和姦案發生的一些具體空間環

86 《刑案匯覽·刑律·犯姦》，〈乘睡刁姦男子驚醒央求寢息〉（東京大學東洋文化研究所藏漢籍善本全文影像資料庫 B3860100）卷52，頁1712。

境：首次和姦發生在雞姦者李亨錫家中，命案雖然發生在雙喜伯父家裡，李求續姦時是先邀請孫去他鋪裡的。此類案件發生在被和姦者家中的情況比較少見，也許是爲了避免被姦者家人干預。

小結：我們在這一節裡選擇分析的案件類型以清朝雞姦立法完善過程的三個時間點爲重心，它們分別是康熙十八年（1679），打擊「夥眾強行雞姦良家子弟」成爲清朝雞姦罪立法的初衷，乾隆五年（1740）《大清律例》正式將雞姦罪納入「犯姦」條中，徐本於雍正十一年（1733）建議將雞姦罪比照姦罪治罪的想法得到落實，非夥眾的雞姦案有了更細的立法規定，「和同雞姦」與「誣姦」正式成爲雞姦罪立法的有機部分。最後一個重要的時間點是乾隆四十二年（1777）「男子拒姦殺人」供證條例的正式出臺，因爲它涉及拒姦者的刑事責任年齡。

我們根據這一立法重心變化首先選擇了不涉命案的夥眾型案例進行分析，它們是夥搶型、輪姦／群姦型、盜匪型三大類型。文中分析的四個案件皆發生於嘉慶與道光朝。一方面是考慮到夥眾型雞姦案這一立法初衷始終貫穿整個清朝雞姦罪治理的司法實踐領域，而且在實踐中不斷遭遇到立法不完善的問題。嘉慶二十三年的伙搶案涉及夥搶被姦男子處刑無據的討論，嘉慶二十四年發生於京城的旗人群姦案涉及與多人和姦旗人被開除旗籍的情況，而兩起發生在嘉慶元年與六年的盜匪案中對被勒雞姦者的刑事處置，也反映了當時的應對時局的立法變化，更爲重要的是，這些案件體現了特殊「和姦者」與「被和姦者」的不同類型及其「失良」或「非良」在量刑上導致的法律後果：成年旗人和姦者失去旗籍並獲刑，少年「被和姦者」免刑責，賤民身分的清白幼童亦然，但他們的雞姦者都可因他們的「失良」或「非良」身分獲輕刑處罰，這些取決於當事人身分的量刑特徵突出了清朝雞姦立法中強姦與和姦界線模糊而具有滑動性的立法標準的矛盾。

隨後我們選擇了四起即不涉夥眾又不涉命案的典型雞姦幼童案。第一起發生在雍正十二年，審判於雍正十三年雞姦八歲幼女的案子，此案發生的時段正是徐本奏本形成「通行」例文期間。二十八歲

的雞姦者並未因為醉酒情節獲得減輕刑罰，而被依光棍例處斬立決並先行刺字，康熙朝廷用下來的雞姦罪立法邏輯不謹在此案中得以體現，而且帶上了雍正朝嚴懲的記號——依光棍例處斬立決並先行刺字。更位難得的是這起案件的存在本身，充分說明雞姦罪立法並非是針對「男風」或「同性戀」的立法。隨後的兩起發生於乾隆初年，即雞姦罪已開始比附異性姦之後。乾隆二年發生在直隸的強姦十一歲幼童案中的雞姦者被判「斬監候，秋後處決」，沒有判斬立決，顯示許本的奏本建議得以採納。另一起發生於乾隆三年的旗人姦他人奴婢之幼子的案件，使我們了解到旗人因特殊身分雞姦他人的特權，說明蘇成捷等關於「十八世紀傳統的世襲等級制度式微」<sup>87</sup>的論述失據。第三件發生於咸豐三年（1853）的新疆回人姦民人七歲幼童案，司法官請求不要依光棍例判斬立決，但沒有提出具體的判決建議，如果請求得予考慮，該犯很有可能如前述乾隆二年直隸雞姦十一歲幼童者獲刑「斬監候」。這三起雞姦幼童案足以讓我們觀察到雍正十二年後對非夥眾不涉人命的雞姦幼童案件的「輕刑化」傾向。而且重點討論了典型「強姦犯」因被姦幼童良賤身分的不同而獲刑不同的雞姦強姦罪標準的變化。

我們對嘉慶二十一年涉及雞姦典賣兒童的案件的選擇，是為了分析清朝姦罪立法針對的另一個重點：禁止「買良為娼」法的失效。眾所周知，雍正皇帝有過廢除世襲樂戶與官妓，解放賤籍的壯舉，然清朝的娼優問題並沒有就此消失，它在各種刑科題本中像幽靈一般出沒，常見於清代六類主要刑事犯罪之一的「姦淫」罪名冊內。<sup>88</sup>娼優屬於賤民，即便優伶身體是清白的，但因其賤民身分在被雞姦時，侵犯者皆可獲從輕減刑。清代法律嚴格禁止「良」、「賤」身分混淆，規定「凡娼、優、樂人買良人子女為娼、優，及娶為妻妾，或乞養為子女者，杖一百。知情嫁賣者同罪，媒合人減一等，財禮入官，子女

87 Mathew H. Sommer, "The Penetrated Male in Late Imperial China: Judicial Constructions and Social Stigma", *ibid.*, p. 140.

88 它們分別是強盜、姦淫、鹽梟、謀故殺、鬥殺、干名犯義。《清代譜牒檔案·黃冊·情實重囚招冊》（北京中國第一歷史檔案館2-114/4104/C066）。

歸宗」。<sup>89</sup>但由於清代法律並不禁止奴婢賣買，因而事實上是容許「良」變「賤」這種單向身分轉化的，我們研究的這個案件正是明證。它事實上涉及三個層面的問題：是半合法的奴婢賣買、非法的「買良為娼」與重罪雞姦兒童的混合。四名江南男子合夥到京城轉典四名男童，其中兩名典給了戲班，屬於嚴格意義上的「買良為娼」行為，因此所有參與典賣典買及中介的人員全部獲罪，不過遇赦得以減刑。另外兩名男童被典賣給京官為僕役，則屬於正常人口交易。買主高勳價典雙喜、雙杏兩兄弟服役，被裁定「雖未交足典價立契，已有主僕名分」，而使他雞姦這兄弟倆的罪行「與姦平人有閒」而獲減等。同樣犯了雞姦幼童罪，鄧添祥因先後雞姦了四名被典買的兒童，特別是其中三名在十二歲以下，被重判絞監候，其「買良為優」及「和姦」14歲少年余雙喜則屬於輕罪而免於追究。反而屬於正常典買僕役的官員高勳則因為與年甫十一的余雙杏通姦及其官員身分而遭重判。此案弔詭的是如果高勳如數付了典買費並立了典契的話，雞姦罪行也許就不會曝光，我們無法想像在這樣的正常人口買賣交易中會隱藏多少類似的所謂「和同」雞姦行為，此案暴露了賣買人口與雞姦的曖昧關聯也提供「和姦者」與「被和姦者」，「良」與「失良」的新類型。

最後一個案件的分析是希望透過「男子拒姦殺人」案來探討普通「和姦」案闕如與「事發」的原因。如我們前面所說，有三分之一的「男子拒姦殺人」案是拒續姦命案，也就是說包含成年男性「和姦」或「被和姦」案。一般來說成年男性「和姦」或「被和姦」後只有兩種可能的後果，要麼隱忍不報，要麼暴力抗爭引發惡性後果。因為清律設定了三項條件使成年男子和同雞姦案難以告發：一是清律不許姦者自首，二是被姦者常常缺乏直接見證，加上驗傷羞恥，三是一旦成姦，就視為「和姦」，雙方都要負刑責，這也許是多數人要麼隱忍，要麼和解，要麼繼續，要麼暴力解決的原因。由於「和姦」行為常常

---

89 田濤、鄭秦點校，《大清律例》，頁528。

發生在熟人之間，使得姦情中斷後存在著死灰復燃的時空隱患，如果「和姦」者一方單方面舊火重燃，就會演變成惡性命案。這也正是部分和同雞姦案因命案而「事發」的原因。事實上，懲治成年男性間單純的「和姦」行為幾乎是行不通的，因為一旦被姦已成事實，被姦人非但得不到保護，反而會被追究，它的設計本身存在的矛盾性使它的實際可行性減低。與男女通姦，女方家人有權捉姦的情況不同，男性間的「和姦」行為往往在家人視域之外，而且家人沒有法定的當場捉姦權，只有事後舉報權。可以說雞姦罪「和姦」部分的立法重在保護幼童與防範因雞姦而起的惡性事件。在這個意義上，清朝的雞姦立法本意不在禁止男性間的「和姦」行為而在防範與打擊由此產生的社會不良與惡性後果。從這一點看，將此項立法當成禁止男同性戀的立法是一種誤解。

正是由於雞姦罪立法存在的諸種自相矛盾的內容與技術上的缺陷，它才會在清末改革中遭到廢除。由於廢除雞姦罪的不少論據是以傳統「姦罪」的觀念來否定清朝此項立法的，我們在第三部分就著重介紹並分析這場改革的主要觀點與結論。

### 參、雞姦罪的廢除理據（1909-1911）

實踐了二百多年的雞姦罪立法到清末面臨新挑戰，它在光緒二十八年（1902）展開的清末法律改革中成為改革的對象，而且最終遭到廢除。涉及雞姦罪廢除的兩個重要的文獻分別是光緒三十四年（1908）呈交的《核訂現行刑律》，即宣統二年（1910）五月頒布的《大清現行刑律》的討論稿本，另一個是光緒三十三年（1907）修訂法律大臣沈家本奏呈的《大清新刑律草案》。前者援引唐代以來的法理邏輯建議廢除所有的雞姦條款，只保留雞姦幼童條，後者援引西方法源與傳統中國法法源，在文本中直接廢除了雞姦罪名。

《核訂現行刑律》是一部過渡性刑法典，它關於刪除修訂雞姦罪

的核心論點首先針對的是〈人命·殺死姦夫〉條下的「男子拒姦殺人」這個從雞姦罪比附傳統「姦罪」之始就引發歧異的條例：

男子拒姦殺人分別治罪之例，必當場證供、死者生供、尸親供認三項兼備，又比分別是否登時及兇犯、死者年齡，自為慎防誣陷起見。惟兇犯年止十五歲上下而死者長於兇犯十歲，則其強弱不敵已可概見，拒姦而殺，事理所無。死者生供當命在呼吸之時，亦未必甘背惡名而死。竊謂此等案件全在問官細心推鞠，不在多立條文。溯查康熙年間凡雞姦之案，有照以「穢物灌入口鼻」問擬者，有照以他物置人孔竅定擬者，良由男女不同，故不以姦情論。自定拒姦殺人之例，於是轉輒比附，案牘益繁而法理浸失。現值刪減科條之際，此例擬請刪除。<sup>90</sup>

刑部的這條刪除建議很有可能來自薛允升（1820-1901）生前修訂的《讀例存疑》最後一個版本，他對該條款如是評價：

〔謹按〕男子拒姦殺人之案，條分縷晰，頗極詳細。惟並未分別強姦、圖姦，自應不論強姦與否，一體科斷矣。男子與婦女大相懸殊，本不得以姦情論，是以律無雞姦治罪明文。即有犯者，科以不應可耳。比引例載，將腎莖放入人糞門內淫戲，比依穢物灌入口律，杖一百。康熙年間舊案，有照以穢物灌入口鼻定擬，亦有照他物置人孔竅定擬者，並不以姦情論。自定有拒姦殺人之例，遂與婦女同科。而犯姦門內亦有和同雞姦，照軍民相姦問擬之成例。科條多而案牘益煩，是又多一擅殺名目矣。康熙年間，定有秋審成例，凡命案內情節可原者，均酌入於緩決。此等拒姦殺命之案自可照辦，纂為定例，殊嫌節外生枝。<sup>91</sup>

90 懷效鋒，《清末法制變革史料》（北京，中國政法大學出版社，2010）下冊，頁216。

91 據目前正在點校此版的孫家紅先生確認此版本是「薛允升去世前，由他自己親手編訂完成，刑部同僚都特別關注。在其去世後，乃由關係比較密切的沈家本、許世英等人，將書



顯然，清朝的律學家們對該條款將雞姦比附異性姦的性質歧異及引申出來的「科條多而案牘益煩」、「節外生枝」等弊病在廢除草案提出之前就有清晰的認識。

但沈家本的廢除方案走得更遠也更徹底，它主張廢除「犯姦」條中關於和姦幼童、強姦殺死良家子弟、輪姦中涉及雞姦的全部內容，只保留「惡徒雞姦十二歲以下幼童者，酌量情形比依強姦幼女、輪姦婦女各本例，分別治罪」<sup>92</sup>一條。其理由是「唐律姦罪各條，皆指對於婦女言之，並未牽及男子。良以男子與婦女不同，不成爲姦也。明律犯姦析爲一門，國朝因之，益以見維持婦女之風紀。惟以上三例男女並列，似乖本旨。如謂淫惡之徒每有攫取幼童肆行背於人道之行爲者，理宜重懲，不妨另纂一例。即以情節大致相類，非單純數語所能賅載。以簡馭繁，比依婦女則可，與婦女並舉則不可。總之科擬雖同，名義要自有別也。又〔雞姦條款的〕第二第三兩條，俱言良家子弟。子弟云者，乃有父兄者之統稱，以此爲治罪之準的，範圍過廣。查各國刑律，將幼童爲猥褻行爲，俱以十二歲爲斷，略與第一條同。蓋因過此年齡，雖未達成年，體力漸壯，足以自行保衛，可免強暴之污辱。擬請將良家子弟改爲十二歲以下幼童，析出作爲通例。則非幼童即不得援引，庶可杜誣陷之風」。<sup>93</sup>

這個提議有三個亮點。第一、堅持了薛允升的批評意見「至男子與婦女究有不同，和同雞姦，即與婦女同科，似嫌未盡允協」，<sup>94</sup>回歸「男子與婦女不同，雞姦不爲姦」的立法邏輯傳統；第二、參照各國刑律將侵犯幼童改爲猥褻罪；第三、剔除區分「良賤」的判刑原則。

這一改革是觀念性的，它在《大清新刑律草案》中進一步完整呈

稿整理刊刻，於光緒三十二年正式問世」。薛允升，《讀例存疑·刑律·人命·殺死姦夫》（光緒三十二年版），頁67-69。《讀例存疑重刊本·刑律·人命·殺死姦夫》，第四冊，頁808。

92 懷效鋒，《清末法制變革史料》，下冊，頁235。

93 懷效鋒，《清末法制變革史料》，下冊，頁235。

94 薛允升，《讀例存疑·刑律·人命·殺死姦夫》（光緒三十二年版），頁67-69。

現。首先，草案建議刪除比附原則，認為此原則有二蔽：一為「若許司法者以類似之文致人於罰，是司法而兼立法矣」，二為「人之嚴酷、慈祥，各隨稟賦而異，因律無正條而任起比附，輕重偏畸，轉使審判不能不能統一」，故建議「刪除此律，於各刑酌定上下之限，憑審判官臨時審定。並別設酌量減輕、宥恕各例以補其缺。隨無比附之條，至援引之時，亦不致為定例所縛束」。<sup>95</sup>這一建議直接衝擊1734年以後將雞姦罪比附姦罪的做法。其次，它將「犯姦」條改為「姦非」條。這個回歸元朝姦罪名命的作法意味深長，雖然「姦非之罪，自元以後漸次加重」，但元朝的姦罪定義基本是嚴格限制在家庭範圍內，所以「竊思姦非雖能引起社會，國家之害，然徑以社會、國家刑罰所能為力也，姦非之性質亦然。惟禮教與輿論足以防嫌之，即無刑罰之制裁此種非行，亦未必因是增加。此本案刪舊律姦罪各條而僅留單純之姦非罪也。」<sup>96</sup>從整體上弱化國法對性行為的干預的想法雖然沒有直接提出，卻在一個概念的轉化中得以深刻表達。其三，它將雞姦認定為猥褻行為，排除在「姦非」罪之外，並明確界定「猥褻行為指違背風紀未成姦以前之行為而言，與第二百七十四條之姦淫（強姦婦女），二百七十八條之犯姦（和姦有婦之夫）不同。至雞姦一項，自唐迄明均無明文，即揆諸泰西各國刑法，雖有其例，亦不認為姦罪。故本案採用其意，賅於猥褻行為之內，而不與婦女并論。」<sup>97</sup>因此我們在該草案中只看到下述規定：「凡對未滿十二歲之男女為猥褻之行為者，處三等以下有期徒刑或三百元以下、三十元以上罰金。若用暴行脅迫或用藥及催眠術並其餘方法，致使不能抗拒而犯前項之罪者，處二等或三等有期徒刑或五百元以下、一百元以上罰金」（第二百七十二條）。<sup>98</sup>「凡對十二歲以上男女，用暴行脅迫或用藥及催眠

95 懷效鋒主編，《清末法制變革史料》，〈修訂法律大臣沈家本等奏進呈刑律草案摺〉，下冊，頁71。

96 懷效鋒主編，《清末法制變革史料》，〈修訂法律大臣沈家本等奏進呈刑律草案摺〉，下冊，頁71。

97 懷效鋒主編，《清末法制變革史料》，〈修訂法律大臣沈家本等奏進呈刑律草案摺〉，下冊，頁71。

98 懷效鋒主編，《清末法制變革史料》，《大清現行刑律草案分則》，下冊，頁137。

術並其餘方法，致使不能抗拒而為猥褻之行爲者，處三等以下有期徒刑或三百元以下、五十元以上罰金。」<sup>99</sup>（第二百七十二條）。

儘管兩個改革方案有徹底與不徹底之別，但它們都再次觸及了前清關於雞姦罪性質認定過程中的糾結與困擾，即雞姦究竟屬於姦罪還是身體侵犯罪？這些糾結在雞姦正式入姦罪後的172年中以立法的內在矛盾性持續著。一方面，它的立法初衷針對的是因雞姦而引發的其它社會犯罪，如夥眾強行雞姦良人、買賣人口、雞姦交易等，並非一般意義上的「性」犯罪，也非一般意義上「男風」，因此，它關於成年男性和同雞姦的規定基本上只有因其他問題「事發」才有效；另一方面，它真正行之有效的部分是保護十二歲以下的幼童，而這兩個有效的部分，並不一定要將雞姦罪當作姦罪才能發揮效力。

## 肆、結論

綜上所述，筆者在開篇處提出的三個問題可以做出如下結論。首先是關於雞姦罪是否是「性」犯罪，雞姦罪入律反映的是立法者對「姦罪」意識的改變還是廣義「性」治理意識的改變的問題。雞姦罪在乾隆朝之前基本不被當作「姦罪」入罪，而是持續明朝的認知，作為身體侵犯入罪。雞姦罪納入「姦罪」也並不完全出於清朝立法者對「姦罪意識」的改變或廣義的「性」治理意識的改變，而是因為滿人入關後建立的族群等級結構與系列政策逐步壓縮了過去法律容許的除合法婚姻外的兩性間其他「性宣洩」渠道而導致的意外後果。然而，「雞姦為姦」之後，卻潛在改變了立法者與司法者對雞姦罪「性」與「姦」性質的意識，比如，「被姦」即「失良」的考量，在雞姦作為身體侵犯的立法原則中不會出現，也不會成為侵犯者減輕刑罰的量刑標準。但在雞姦罪比附異性姦罪的立法邏輯與司法實踐中二者還是有所區別的，這是我們要回答的第二個問題。其立法上的主要區別是：

99 懷效鋒主編，《清末法制變革史料》，《大清現行刑律草案分則》，下冊，頁137。

一、男子拒姦殺人與婦女拒姦殺人不同，成年男子拒姦殺人皆負一定的刑事責任，而婦女拒姦殺人完全免罪。二、適用於婦女犯姦的有服親屬捉姦權，不適用於雞姦罪，沒有任何條款規訂被雞姦者，即便是幼童的親屬，可以免罪殺雞姦者。在司法實踐中，二者的主要區別體現在異性和姦案量大，女子拒姦殺人案少，異性姦家屬捉姦案多，而成年男子和姦案與家屬捉姦案闕如，男子拒姦殺人案則多見。籠統地說，異性姦首先侵犯的是家庭，而成年男性間的雞姦行為超出家庭領域，社會治理成本也許更為立法者所關注。由於雞姦成為姦罪只存在於滿清，它與滿人的統治模式就必然有些關係，這是我們開篇提出的第三個問題。但由於這個問題涉及的層面比較廣，需要更深入的多層面的研究才能有個較全面合理的解釋，留待後續研究。

儘管本文的研究的「雞姦罪」是民國前的一個「陳舊」罪名，但今人對這個古老罪名的理解多帶誤解。認真研究這個問題會發現，用西方現代觀念「homosexual」（同性戀）、「sexual」（性）及其帶有宗教色彩的罪名「sodomy」基本上都不能準確理解這個罪名的本意，而且中國傳統的「姦」罪與現代意義的「性」犯罪也並非互相同。「性」的觀念在西方國家從弗洛伊德以後範圍擴大，性犯罪的概念也如此。眾所周知的「sodomy」在前現代西方國家是宗教罪的一種，在現代西歐國家已不再入罪。但在美國的一些州中，這一宗教罪名依然保留，在一些伊斯蘭國家中它依然是死罪罪名。在許多國家的法律中，強姦罪開始包括同性間的性強暴行為。可見，性犯罪有個文化傳統的問題，不容易抽象建立普適的法條。筆者個人認為去罪化是解決同性間性行為的合理辦法，如果涉及暴力，作為身體侵犯對待並無不可。目前很多國家開始承認同性婚姻，同性性行為不僅是兩廂情願的「戀」的問題，還開始成為婚姻制度中涉及財產繼承與子女養育的內容。這項深刻的社會文化變革，尚未成為普適價值，在西方社會也未完全獲得共識。比如法國通過同性戀結婚法案時，很多人上街抗議。在亞洲國家，接受同性戀並不難，接受完全意義上的同性婚姻，可能是一大挑戰，因為它會正面衝擊以「傳宗接代」為基礎的祖先崇

拜信仰。因此在討論維護同性戀權益的同時，重新檢討傳統觀念中的姦罪概念、婚姻觀念不是沒有意義的。

## 參考文獻

### 一、中文文獻

#### (一) 檔案

徐本，〈奏請更定雞姦治罪之例事〉（中國第一歷史檔案館，檔號030040002，奏摺E31）。

《內閣大庫檔案》，〈題覆安慶巡撫徐本條奏強行雞姦之例似應一體分別更定一摺〉（臺北中央研究院歷史語言研究所傅斯年圖書館，檔號015613）。

《內閣大庫檔案》，〈直隸總督李衛 揭報涿州民邁三因醉闖入王杜氏院內見已給杜氏為童養媳之朱大幼女二姐獨自在室強行雞姦審實依理應擬斬立決照例先行刺字〉（檔號016297-001，B34742A61-23）。

《內閣漢文題本專題檔案刑科婚姻類提要》，全宗三十六卷8號  
<http://ctext.org/wiki.pl?if=gb&chapter=972368>，讀取 2018.4.20。

《刑科題本·婚姻家庭》，〈徐本題為旗人關祿雞姦幼童喜受擬杖流事〉，乾隆二年九月初七日（中國第一歷史檔案館，檔號02/01/07/0050/007）。

〈兵部為嚴審圈禁宗室圖克坦案〉，道光十年（中央研究院歷史語言研究所，檔案號154874-001）。

《宮中檔奏摺·嘉慶朝》，〈朱珪在奏為拿獲陳亞勝等十三名拒捕洋匪審明辦理恭摺〉，嘉慶元年七月五日（臺北故宮086583，文獻號404000857）。

《宮中檔奏摺·嘉慶朝》，〈奏為拏獲在洋行劫及服役通盜各犯審明分別辦理恭奏（附件：奏報緝捕海盜情形摺）〉，嘉慶六年七月七日（臺北故宮091309，文獻號404005530）。

《宮中檔奏摺·咸豐朝》，〈樂斌奏為吐魯番回子雞姦幼童一成審明  
案例定擬〉（臺北故宮123500，文獻號406004727/1）。

《軍機處檔摺件·松筠奏報審擬江寧高勳雞姦一案》，嘉慶二十二年  
五月十六日，（文號051522，故機0511890）。

《清代譜牒檔案》（北京中國第一歷史檔案館2-114/4104/C066）。

## （二）原典

（漢）鄭玄注，孔穎達疏，《十三經注疏附校勘記·儀禮·昏禮》，  
北京，中華書局，1979。

（漢）許慎，《說文解字》，北京，中華書局，1963。

（漢）鄭玄注，孔穎達疏，《十三經注疏附校勘記·禮記正義·月  
令》，北京，中華書局，1979。

（唐）長孫無忌等著，劉俊文點校，《唐律疏議》，北京，法律出版  
社，1999。

郭成偉點校，《大元通制條格》，北京，法律出版社，2000年。

（明）天然痴叟，《中國話本大系·石點頭》，南京，江蘇古籍，  
1994。

（明）宋濂撰，楊時偉補，《四庫全書存目叢書·經部·小學類·洪  
武正韻賧》，臺南，莊嚴文化，1997，明崇禎四年刻本。

（明）陸容，《文淵閣欽定四庫全書·子部十二·小說家類·雜事之  
屬·菽園雜記》，北京，迪志文化出版，2007。

田濤、鄭秦點校，《大清律例》，北京，法律出版社，1999。

《大清律例》，1905年修定版

[http://lsc.chineselegalculture.org/eC/DQLL\\_DC\\_1905/3.6](http://lsc.chineselegalculture.org/eC/DQLL_DC_1905/3.6)，讀取 2018.4.20。

《大清律集解附例》，康熙四十五年《大清律例硃註廣彙全書》底  
本。

李翰章編，《大清律例彙集便覽》，臺北，成文出版社，1978，光緒  
十九年刊本影印。

（清）陳夢雷、蔣廷錫，《古今圖書集成》，北京，中華書局，

1934。

(清)允禩撰,《大清會典》雍正朝,臺北,文海,1995。

(清)朱軾、常鼎等纂修,《大清律集解附例》,北京國家圖書館藏,雍正三年內庫刻本。

(清)金士朝等校,《駁案新編三十二卷附續編七卷》,臺北,成文出版社,1968乾隆四十六年刊本。

(清)姚雨籟纂,胡仰山增輯,《大清律例會通新纂》,臺北,文海,1987道光元年續纂。

(清)祝慶祺、鮑書芸、潘文舫、何維楷編,《刑案匯覽三編》,北京,北京古籍出版社,2004。

(清)祝慶祺、鮑書芸等編,《刑案匯覽》,東京大學東洋文化研究所所藏漢籍善本全文影像資料庫。

(清)孫綸,《定例成案合鑄》,東京大學東洋文化研究所所藏漢籍善本全文影像資料庫,康熙五十八年刊本。

(清)袁枚,《隨園隨筆》,臺北,成文書局,1978清嘉慶十三年刻本。

(清)薛允升著,懷效鋒、李鳴點校,《唐明律合編》,北京,法律出版社,1999。

(清)薛允升,《讀律存疑電子版》,光緒三十一年京師刊本  
<http://www.terada.law.kyoto-u.ac.jp/dlcy/index.htm>,讀取 2018.4.20。

(清)薛允升著,黃彰健編校,《讀律存疑重刊本》,臺北,成文出版社,1970。

黃彰健編,《明代律例彙編》,臺北,商務印書館,1994年。

懷效鋒主編,《清末法制變革史料》,北京,中國政法大學出版社,2010。

### (三) 近人著述

王躍生,《十八世紀後期中國男性晚婚及不婚群體的考察》,《中國社會經濟史研究》2001年第2期,頁16-29。



- 法文（瑞士）刑義田，〈秦或西漢初和姦案中所見的親屬倫理關係——江陵張家山二四七號墓《奏讞書》簡180-196考論〉，柳立言主編，《傳統中國法律的理念與實踐》（臺北，中央研究院歷史語言研究所，2008），頁101-159。
- 〔美〕安樂博，〈罪犯或受害者：試析1795年至1810年廣東省海盜集團之成因及其成員的社會背景〉，《中國海洋發展史論文集》（臺北，中央研究院中山人文社會科學研究所，1999）第7輯，下冊，頁439-451。
- 吳海航，〈蒙古習慣法流行漢地—漢人「收繼婚」現象〉，《元代法文化研究》（北京，北京師範大學出版社，2000），頁186-207。
- 卓惠芬，〈清乾隆時期閩粵地區犯姦案件之探討（1736-1790）〉，臺中，東海大學歷史系碩士論文，2004。
- 紀智閔，〈曖昧的姦情：清代乾隆時期男同性性犯罪問題探討〉，新竹，國立清華大學歷史研究所碩士論文，2009。
- 孫聞博，〈秦漢簡牘所見特殊類型姦罪研究〉，《中國歷史文物》2008年第3期，頁65-73。
- 陳寒非，《清代的男風、性與司法》，上海，上海三聯書店，2016。
- 陳鈺祥，〈清代中葉廣東海盜之研究（1810-1885）〉，《成大歷史學報》3（2008），頁93-10。
- 陳不染，〈中國男妓史〉  
[http://www.enet.com.cn/life/xiuxian/cultrue/200608/20060817140642\\_1.shtml](http://www.enet.com.cn/life/xiuxian/cultrue/200608/20060817140642_1.shtml)，讀取 2018.4.20。
- 康文慶，〈何以雞姦不為姦？——民國時期關於同性性關係的法律探討〉，《新西部》2014年第35期，頁61-63。
- 翁育瑄，《唐宋的姦罪與兩性關係》，臺北，稻鄉出版社，2012。
- 董陸璐，〈中國古代姦罪考論——以制度和文化為視角〉，慶北大學亞洲研究所《아시아연구》（亞洲研究）6（2009），頁1-26。
- 張傑，〈清代有關同性性犯罪的法律規定及對當前相關立法的啓

示》，《中國性科學》2004年第3期

[https://www.danlan.org/disparticle\\_923.htm](https://www.danlan.org/disparticle_923.htm)，讀取 2018.4.20。

張雅娟，〈近十五年來清代乾嘉年間海盜問題的研究〉，《中國史研究動態》2012年第2期，頁42-49。

賈麗英，〈秦漢時期姦罪論考〉，《秦漢家族犯罪研究》，北京，人民出版社，2010。

潘綏銘編，《中國「性」研究的起點與使命》，高雄，萬有出版社，2005。

## 二、西文文獻

Chiang, Howard, “Epistemic Modernity and the Emergence of Homosexuality in China”, *Gender History*, Vol. 22, 3 (2010), pp. 629-657.

Hinsch, Bret, *Passions of the Cut Sleeve: The Male Homosexual Tradition in China* (Berkeley: University of California Press, 1990).

Meijer, M. J., “Homosexual offences in Ch’ing Law”, *T’oung Pao*, Vol. 71, 1/3 (1985), pp. 109-133.

Ng, Vivien W., “Homosexuality and the State in Late Imperial China”, in Martin Duberman Martha Vicinus & George Chauncey, eds., *Hidden from History: Reclaiming the Gay and Lesbian Past* (New York: Meridian Press, 1989), pp. 76-89.

Kang, Wenqing, *Obsession: Male Same-sex Relations in China, 1900-1950* (Hongkong: Hongkong University Press, 2009).

Lin, Xi & Zhang, Jie, “Criminalising Homosexuality in the Qing Law Family: Corporatism as the Underlining Philosophy for Chinese Heteronormativity”，中國法律與歷史國際學術研討會2015年復旦大學提交論文。

Murray, Dian, *Pirates of the South China Coast, 1790-1810* (Stanford:

Stanford University Press, 1987).

Murray, Dian, “The Practice of Homosexuality Among the Pirates of Late 18th and Early 19<sup>th</sup> Century China”, *International Journal of Maritime History*, IV, 1 (1992): pp. 121-130.

Sommer, Mathew H., “The Penetrated Male in Late Imperial China: Judicial Constructions and Social Stigma”, *Modern China*, Vol. 23, 2 (1997), pp. 140-180.

Sommer, Mathew H., *Sex, Law and Society in Late Imperial China* (Stanford, California: Stanford University Press, 2000).

Wang, Y. Yvon, “Shame, Survival, Satisfaction: Legal Representations of Sex between Men in Early Twentieth-Century”, *Journal of Asian Studies*, Vol. 76, 3 (2016), pp. 703-724.

Zhang, Everett, “China’s Sexual Revolution”, in Yan Yunxiang ed.: *Deep China: The Moral Life of the Person: What Anthropology and Psychiatry Tell us about China’s Today* (Berkeley: University of California Press, 2011), pp. 106-151.

## **Why and How *jijian* Became a Sex Crime under the Qing: The Particularity of Its Criminalization and Sexualization in the Legislation (1740-1911)**

Zhang, Ning

### **Abstract**

Numerous studies have shown that China is a country with a long tradition of documenting male homosexual relationships. Some research also posited that after the Han dynasty traditional Chinese society was more or less tolerant with homosexuality as long as men performed their duty of lineage perpetuation. In fact, China did not have any specific law addressing “homosexual relations” until the Qing Dynasty where a provision was promulgated to punish anal intercourse (*jijian*) essentially committed between males. Such a law has been understood as a legal stigmatization of “homosexuality” by most scholars who studied the subject. In this paper, the author argues that the real issue was not homosexuality but the punishment of offenses and crimes related to anal intercourse. The argument is unpacked in three sections. The first part attempts to describe the logic underlying sex crimes legislation before the Qing in order to highlight that, legally, male intercourses had never been considered illicit or sexual. The second part analyzes the contingency and paradoxes of the assimilation of anal intercourses to the category of sex crimes under the Qianlong reign. Finally, the third section focuses on specific cases and discusses major legislative flaws of the law as well as its problematic impact. The argument is based on the existence of a large

number of homicide cases linked to self-defense against anal rape and on the quasi-absence of consented *jijian* cases.

Keywords: Qing legislation on *jijian* crime, *jijian*, sex crime, body assault, sexual offense