

寄穆文存卷二

論

論故殺

說文故使爲之也

按故殺之故訓作故意始見於明人之註釋漢以前訓詁家未見有以故意二字連言者許氏說文使爲之者謂身不爲而使入爲之也史記馮唐傳索隱故行不行謂故命人行而身不自行故與雇同與許義最近使人爲之必出於有意後來故意之訓亦從許義引伸而出淮南汜論篤勸問其故注故意也國語楚語夫其有故法故猶意也以意訓故此又後來故意之所本也

書大禹謨刑故無小孔傳不忌故犯雖小必刑蔡傳故者知之而故犯也

按孔傳但云故犯而不釋故字之義殆其時故字已相承作故意解不煩詮釋歟自來說者以古文尙書及孔傳爲僞書然亦謂出於魏晉之間其語必有所本康誥人有小罪非嘗乃惟終自作不典式爾有厥罪小乃不可不殺卽刑故無小之義舜典之怙終賊刑亦此意也左傳殺人不忌爲賊杜注忌畏也蓋包後來之謀故在內孔傳不忌二字卽本於左氏

漢書刑法志作見知故縱監臨部主之法

師古曰見知人犯法不舉告爲

故縱緩深故之誅

孟康曰孝武欲急刑吏深害及故人罪者皆寬緩

按觀於此語似故爲故意漢初已然特無故意二字連言者耳景武昭宣元成功臣表新時候趙弟鞠獄不實注晉灼曰律說出罪爲故縱入罪爲故不直張敞傳鞠獄故不直卽刑法志深故之故漢之律文也惟漢律之

見於各書者未見故殺之文薛宣傳律曰鬪以刃傷人完爲城旦其賊加罪一等與謀者同罪王子侯表南利侯昌坐賊殺人免賊者殺人不忌似漢律文簡謀故皆包於賊字之內不別出故殺條也

晉書刑法志張斐注律表其知而犯之謂之故

按張表言律義之較名凡二十此其一也似係漢魏以來法家相傳之舊說張特揭其要於表中故字之義自富以此爲定論

唐律諸鬪毆殺人者絞以刃及故殺者斬雖因鬪而用兵

刃殺者與故殺同疏議曰鬪毆者元無殺心因相鬪而

用刃卽有害心及非因鬪爭無事而殺是名故殺各合

斬罪與故殺同亦得斬不因鬪故毆傷人者加鬪毆傷罪

罪並同故殺之法疏議曰雖一等雖因鬪但絕時而殺傷者從故殺傷法因鬪但絕

時而殺傷者謂忿競之後各已分散聲不相
接去而又來殺傷者是名絕時從故殺傷法若子孫違
犯教令而祖父母父母毆殺者徒一年半以刃殺者徒
二年故殺者各加一等疏議曰若子孫違犯教令謂有
故違者故殺者謂非
違犯教令而故殺者

按知而犯之謂之故相爭爲鬪相擊爲毆界限極爲分
明凡鬪毆殺人者此往彼來兩相毆擊本無害人之意
與知而犯之者情節懸殊若金刃本可以害人之物知
其可以害人而用以傷人與知而犯之何異故卽因鬪
爭亦與故殺同科至故殺正所謂知而犯之者也疏議
稱無事而殺名故殺謂無鬪爭之事非指他事後條白
居易所論甚爲分曉因鬪而絕時則鬪爭之事已有間
斷去而又來顯有害心故亦以故殺傷論毆故殺子孫
一節以違犯非違犯分毆故有違犯則事起管教元無

害心無違犯則事起憎嫌元有害心與上節因鬪不因鬪律意正同前後義例一綫此唐律之所以精密也

通考一百七十一長慶二年白居易上言據刑部及大理寺所斷

准律非因鬪爭無事而殺者名爲故殺今姚文秀有事而殺者則非故殺據大理寺直崔元式所執准律相爭爲鬪相擊爲毆交鬪致死始名鬪殺今阿王被打狼藉以致於死姚文秀檢驗身上一無傷損則不得名爲相擊阿王當夜已死何名相爭旣非鬪爭又蓄怨怒卽是故殺者又按律疏云不因鬪爭無事而殺名爲故殺此言事者謂鬪爭之事非該他事今大理刑部所執以姚文秀怒妻有過卽不是無事旣是有事因而毆死則非故殺者此則惟用無事兩字不引爭鬪上文如此是使天下之人皆得因事殺人殺人了卽曰我有事而殺非

故殺也如此可乎且天下之人豈有無事而殺人者足明事謂爭鬪之事非他事也又凡言鬪毆死者謂事素非憎嫌偶相爭鬪一毆一擊不意而死如此則非故殺以其本原無殺心今姚文秀怒妻頗深挾恨既久毆打狼藉當夜便死察其情狀不是偶然此非故殺孰爲故殺若以先因爭罵不是故殺卽如有謀殺人者先引相罵便是交爭一爭之後以物毆殺卽曰我因事而殺非故殺也如此可乎况阿王旣死無以辨明姚文秀自云相爭有何憑據伏以獄貴察情法須可久若崔元式所議不用大理寺所執得行實恐被毆死者自此長冤故殺人者從今得計奉敕姚文秀殺妻罪在十惡若從宥免是長兇愚其律縱有互文在理終須果斷宜依白居易易狀委所在重杖一頓處死

按疏議無事而殺一語頗啟疑問之題得此狀爲剖解之可以釋然矣觀於姚文秀之獄則凡被打狼藉者若仍以鬪論豈得爲情法之平司讞者其慎之

通考

百七

徽宗建中靖國元年五月大理寺卿周鼎言律

鬪殺人者絞故殺人者斬蓋兩相爭競謂之故義理甚明今法寺斷案每於故鬪之際議論不一蓋泥刑統所謂非因鬪爭無事而殺是名故殺殊不知所謂無事而殺者以言無彼此爭鬪之事而殺人者是名故殺若謂不必鬪爭但緣他事而殺者不當爲故則律之立文奚不曰有事殺人絞而曰鬪殺人絞不曰無事殺人斬而云故殺人斬以此質之法意可見請自今凡斷奏故鬪案並令有司指定兩相關爭是否若止辯說往復卽非忿競則故鬪情狀判然矣刑部亦是鼎議詔申明行下

按據此則宋代刑統於故殺之義亦承用唐律疏議之說尚無異議也惟兩相爭競謂之故一語不甚分曉再參考之

明律瑣言云故殺人者故意重毆而殺之原其兇心已欲致人於死而其人果卽時身死又云言故殺者故意殺人意動於心非人之所能知亦非人之所能從意欲殺人先以告於爲從者使隨我而殺之則爲謀殺非故殺也故殺出於一人之意此故殺之不可以從論也

今律注臨時有意欲殺非人所知曰故輯注臨時有意欲殺非人所知此十字乃故殺之鐵板注脚一字不可移一字不可少有意欲殺乃謂故殺若先前有意不在臨時則是獨謀於心矣若欲殺之意有人得知則是共謀於人矣臨時叩鬪毆共毆之時故殺之心必起於毆時

故殺之事卽在於毆內故列於鬪毆共毆之中除凡人
之外其他故殺皆附於毆律其義可見

按明律故殺一條旣不全用唐律其義例顯有不同而
毆故殺子孫一條則仍用唐律之舊夫殺子孫者詎有
鬪爭之事而可云臨時有意欲殺乎與故殺條義例頗
難會通律法之義例固無若斯之兩歧者也今律注有
意欲殺非人所知蓋卽本於瑣言而又加臨時二字遂
以爲故殺之鑿板注脚然馬文昇請講法律以重民命
疏云兩人相爭互相毆打毆死一人則名鬪毆殺人一
人未曾動手一人於彼致命去處有意致死則名故殺
此等律意人多忽略此亦明人之說與瑣言微不同也
薛氏讀例存疑云唐律疏議鬪毆者元無殺心鬪而用刃
卽有害心又云雖因鬪但絕時而殺傷者從故殺傷法

此鬪與故之界限也明律改爲不論金刃他物均爲鬪
殺而無絕時殺傷等語後又以有意欲殺爲故甚至金
刃十餘傷及死者已經倒地並死未還手恣意迭毆者
亦謂之鬪天下有如此鬪毆之法耶 金刃最易戕生
傷人卽應擬徒殺人因以故殺論本與手足他物不同
明律以有意欲殺爲故設供稱無心致死卽不以故殺
定擬矣不以顯然有憑者爲準而以有意無意爲斷似
嫌未盡允當 自不問金刃他物手足並絞之律行而
故殺中十去其二三矣自臨時有意欲殺非人所知曰
故之律注行而故殺中又十去其二三矣近百十年以
來鬪毆案內情節稍有可原者秋審俱入於緩決是從
前之應以故殺論者今俱不實抵矣每年此等案件入
情實者不過十之一二雖係慎重人命之意然殺人不

死未免過於寬厚矣

按薛氏此論爲前人所未發蓋律法之義例久無人研究矣意藏於心人易狡飾以有意無意爲斷此故殺之案所以日少大約乾隆以前故殺尙多嘉慶以後漸入於寬世輕世重之故亦非偶然歟

英國刑法凡雖出於一時之忿激而行事橫暴不法致人身死者卽非預謀殺人然其心已屬極惡應仍以謀殺論凡有欲傷害人之意而故令馬足蹴踏或於衆中發礮以致殺人者雖非預謀殺人而有害及公衆之虞應仍以謀殺論

按俄法德日等國刑法並有故意殺人之條而英國未有明文此二條與故殺相似皆以謀殺論一則以心已極惡一則以欲傷害人頗與唐律之意合

日本刑法汎論云學者別故意之說有三一期其必得結果之故意例如思所裝彈之短銃向甲而彈之則甲必失生命因而發銃此故意一名一定之故意二不期其必得結果之故意例如甲思若銃口正對乙而發之恐或殺乙若不正對乙而其彈他出而失正路則可以全乙生命因而發銃致乙死者此爲不期得結果之故意此故意一名不定之故意三混合之故意卽同一之所爲而生二三之結果其一之結果可以豫期其他之結果爲所不豫期者例如甲預思銃口向乙而發則彈丸必貫乙之體而絕乙生命若此彈丸通過乙體但不知併貫乙背後之丙果能絕丙生命與否因而發銃則果絕乙丙二人之生命是則甲之殺乙丙是混同豫期不豫期之二故意也 故殺罪有殺人之事實有殺人之

意志而後構成其罪

又刑法各論云謀殺故殺之區別在殺之之決心有豫謀

與否

深思遠慮

毒殺者常出於豫謀然屬於單純故意者

則與謀殺同論

按日本之故意殺人卽有意殺人亦卽知而犯之之謂也不言臨時則已不用明律矣至其所謂單純故意似卽中律之獨謀諸心者故與謀殺同論若學者之三說第一說豫期結果似與豫謀相混第二說不豫期結果又與有殺人之意志之語相違第三說不過從前一說推衍而出不若有殺人之事實有殺人之意志二語爲簡而該也其謂區別謀故在有豫謀與否則仍用舊說

第二說頗與故毆傷人而致死者相近

又按唐律以有無害心爲鬪故之界限頗爲分明兩相

爭而至兩相擊其事由交鬪而成無論動手先後並未
有害人之意故謂之鬪若先無鬪爭之事而輒行殺人
或鬪已絕時而復來毆人是明知毆人爲害人之事而
有意犯之故謂之故死者爲故殺傷者爲故傷至同謀
共毆唐律但言至死者隨所因爲重罪而不言斬絞疏
議亦有鬪故之分蓋事雖起於謀毆而兩造覲面之時
亦必有忿競之語言揪扭之情狀設不分鬪故則與前
條之鬪毆義例不相貫通天下無此參差之律法也或
疑無鬪爭之事而有意殺人則與獨謀諸心之應以謀
殺論者不相混乎不知唐律故傷條下原無至死之文
前條之故殺卽後條故傷之至死者也否則故傷而至
死何以科之若亦科以鬪殺律義豈可通哉然則故殺
者乃有意毆人而致死非必有意欲殺者也自明律以

金刃殺人者與他物手足同科勢不能以有無害心爲
鬪故之界限又刪故傷之律卽同謀共毆亦與鬪殺同
論而無故殺傷一層其後解者遂謂故意殺人意動於
心非人所知順治年間遂將此意纂入律注並以共毆
之案必有在場動手之餘人又加臨時二字以區別之
於是臨時有意欲殺非人所知十字奉爲故殺確不可
易之注解二百數十年來法家治律無敢爲異議者有
司治獄亦準以科斷不能稍越範圍直至薛氏始議其
未允而今之說者仍是否參半蓋由律注頒行日久遽
欲破除成見正未易也今試究其義例凡鬪殺者必兩
相撲打此往彼來確有互毆之狀卽同謀共毆而有互
毆之狀者亦得謂之鬪殺疏議無事而殺之文從律文
因鬪絕時中推勘而出此唐律之義例也惟旣謂之故

卽是有意既是有意而先無鬪爭之事則與平日之獨
謀諸心者界限相去甚爲微茫科斷恐增疑惑所以治
律家亦有謂唐律可議而不必拘泥者明律不用唐律
解釋家乃有臨時有意欲殺非人所知之說與獨謀諸
心者界限較爲分明科斷可無疑惑此明律之義例也
然界限固分明矣而其中缺陷正多也天下有有意殺
人之事卽有有意傷人之事今以臨時有意欲殺爲故
則兩比相爭其先動手毆人者孰非臨時有意者乎明
律知其抵牾也遂刪去故傷一層於是凡故毆傷人者
無可科之律夫同是有意殺者爲故而傷者非故此理
之不可解者也此義例之缺陷者一也彼此相毆乃成
鬪狀若此迭毆而彼未還手彼逃避而此尙追毆或一
人按而一人毆或數人按而數人毆核與相擊爲毆之

義不能吻合尙可謂之鬪乎唐時姚文秀之案死者被
一打狼藉議者擬以故殺亦以論事論理論情皆難謂之
爲鬪乃因供非臨時有意欲殺轉難謂之爲故遂不能
不與鬪殺同科此義例之缺陷者二也互毆互傷則無
論傷多傷重尙可以鬪言若此無一傷而彼則金刃十
餘傷或他物數十傷或傷重至食氣桑俱斷及洞胸貫
脅此而尙可以鬪論乎近來部議於此等案件有情兇
近故之勘語實不得已之辦法也此義例之缺陷者三
也幼稚之人難敵壯健往往有年在十齡以下而任意
毒毆以致斃命者此豈尙有鬪情之可言律意案情旣
難比附乃以並非有心致死舍鬪殺別無可科之條亦
以鬪殺定罪更有謂律文鬪毆二字當分爲二事有鬪
情者爲鬪無鬪情者爲毆是未見律注相打爲毆之文

未嘗謂是無鬪情者也鬪止相爭毆乃相打律內注釋甚明烏得分爲二事亦不過於無可解說之中強爲附會實不知律法者也此義例之缺陷者四也律法字義須全部貫通若此律如此解彼律又不作如此解非律也夫知而犯之謂之故古義本不可易今乃於故殺一條獨改之曰臨時有意曰非人所知以區別夫在場共毆之人而按之故殺子孫一條已不可通其他律如故縱故禁故勘故出入人罪諸條豈可通乎此義例之缺陷者五也故殺定案必須取起意致死之供在犯之愿而直者尙肯據實供明其兇而狡者類多匿情不吐官之衡情定獄者每不勝拷訊之勞更有嚴刑拷訊而終不吐實者其顛預從事者一任犯供之狡飾不事推求而案情致多出入兇狡可從輕比愿直必從重科亦事

之不得其平者也若仿東西各國廢止刑訊此等人犯實供者必十無一二事雖不關義例此義例不明有以致之也此義例之缺陷者六也夫必義例完全而始可謂之爲法乃以此律之缺陷如此非法家者流所當注意者乎竊謂唐律鬪故殺條本包故毆傷在內鬪毆傷見另條鬪毆者傷爲鬪毆傷殺爲鬪毆殺故者傷爲故毆傷殺爲故殺故殺由故傷而成事本相因難分爲二律文簡要本無可疑自疏議有無事而殺之文說者辯論紛如轉生出許多疑障夫律貴誅心爲惡重在有意臨時有意欲殺與獨謀諸心而殺同爲有意強事區分其理想不甚微眇哉今若融會唐律及英日刑法之意明定界限自可盡祛疑惑酌擬嗣後凡有意殺人者二人以上謀殺者無論矣其一人獨謀諸心及時時有意欲殺者

皆以謀殺論故毆傷者爲故毆傷人因而致死者以故殺論必有互毆之狀者乃以鬪毆殺論如此分作三級界限較爲分明而因故毆而死與因鬪而死者庶有區別願與明律之君子共參之

附錄康熙雍正年故殺案

康熙五十九年秋審蔡友因張成仔曾用錢文至張成仔家索取林招祖護張成仔出與角口持棍趕毆蔡友刀扎林招殞命緩決

六十一年秋審王純因與一主家人任阿年角口任阿年先打王純復持刀欲刺王純畏刺情急奪刀還戳致斃情實未句改緩

雍正三年秋審蔡升因王純與蔡響角口勸散王純復向尋鬪誤將蔡凍園麥戕壞蔡凍拾石擲傷王純王純

持挑趕毆蔡棟喊救蔡升赴援被王純肆行辱罵奪挑
還戳王純致斃緩決

按第一起似係抵禦致斃第二三起似係還毆致斃乾
隆元年查辦積年緩決人犯奏准減等俱聲明情稍可
原原單所敘情節甚略然皆無起意致死之語第二起
云畏刺情急其非有心欲殺甚明

康熙六十年秋審許四因先與雞姦之陳海海復與林
世奮姦好後林世奮在陳海海家許四持刀向刺林世
奮時值昏黑適詹挺朗出而閉門誤將詹挺朗刺傷殞
命黑夜誤傷旁人致死情稍可原緩決

按此起頗與唐律之不因鬪而殺以故殺論者相似亦
於乾隆元年減等

康熙六十年秋審王信朗因族姪王拱生王洪德王海

將伊兄王觀朗祭田占耕爭鬪王洪德被王觀朗戳傷脊背又被王信朗刀砍頂心斃命王洪生王海亦被王信求戳傷俱殞命王洪生兄弟三人俱受傷身死王信求已正法王信朗係刀砍王洪德立斃情罪兇惡不准減等

按此似共毆斃命而以故殺定案者乾隆元年查辦不准減等其勘語云情罪兇惡而不日逞忿故殺其未一起意致死之供可知

乾隆元年刑部奏覆福撫疏稱與赦款不符之犯內依故殺斬犯陳坂因鄭輯瑞之子鄭仕向借銀兩未償索欠爭嚷鄭輯瑞扭毆陳坂一時氣忿隨以手內修削煙筒之菜刀抵格致傷鄭輯瑞胸膛殞命尙非有心欲殺情似可原依故殺律斬犯沈蔡友因阮亦立懷恨誣告

阮幼標盜開銀礦指沈蔡友爲銀師沈蔡友懼累許銀五錢阮亦立向索沈蔡友不與兩相角口阮亦立毆沈蔡友沈蔡友拾柴還打其臂膊阮亦立詈罵沈蔡友忿怨打其脊背腰眼殞命被毆情急還毆致斃情似可原依故殺律斬犯劉六禾因同叔劉先登夥賣木頭適邱清印有木遺失疑係伊物控縣未審輒雇楊佛禾撐回木頭劉先登劉六禾在岸守宿劉先登聞響巡視被楊佛禾竹篙頂傷胸膛倒地劉先登叫喊劉六禾睡中聞響起持防夜鳥鎗趕去見叔倒地將鎗點放傷及楊佛禾頂心等處殞命心切救護本不知毆打情由似與有心欲殺者有聞依外姻尊長故殺總麻卑幼律絞犯高贊因雇表弟呂貴在店相幫呂貴屢將店貨錢銀蕩費高贊知覺詈罵呂貴懷恨棄店不管高贊遇見復斥其

非呂貴不遜爭角高贊拾起地下斧頭擊傷頂心殞命
一時氣忿拾斧打傷一處致斃本無欲殺之心似尙可
原等因奉旨俱寬免

按沈蔡友一起與前王純一起情節相同陳坂高贊二
起原奏聲明尙非有心欲殺及本無欲殺之心其爲定
案時未取起意致死之供確實可據是當時故殺之案
尙不拘定律注臨時有意欲殺之語也劉六禾一起係
火器殺人以故殺論者當日秋審入緩逢恩得免勘語
云與有心欲殺者有間故並錄之

乾隆三年刑部查河南民賈五係照故殺律擬斬監候
免死擬流之犯似不應准其贖罪但該犯因與任景和
毆打任景和站立不穩跌入河內淹斃今可否准其贖
罪之處恭候諭旨遵行奉旨賈五准其贖罪

按此案辦法頗與唐律疏議履危險臨水岸故相恐迫使人墜陷而致死傷者依故殺傷法之說相似若在今日則爲鬪殺中極輕之案矣當日秋審不入實而逢恩得減流實就案情權衡於其間而定案時之未取有意欲殺供詞亦則此可見

附錄駁案

雍正十二年部駁福撫題吳法生一案查黃明祿令吳法生攜帶竹篙扁挑至田挑稻並未知其前往鬪毆嗣吳法生因江良與黃明哲打鬪黃明哲篙戳江良滾落田裏吳法生趕至勘下江良輒行詈罵吳法生隨手拔路旁竹尖戳傷江良顛門頂心殞命是吳法生與江良實係一時格鬪並非有心欲殺今該撫將吳法生擬以故殺黃明祿復減原謀均未允協再查吳法生供內並

無有心致斃登時殺訖情事何以看語內突加吳法生頓起殺機明係臨時有意之語供看不符未便率結乾隆五年部駁浙撫題童三一一案緣朱廷相欲圖洩忿糾約童三等商謀駕船往毆徐秀臣又因童三被徐秀臣擎敲聲喊朱廷相隨持鐵頭竹篙戳傷徐秀臣眉稍上脣手背等處又用刀剗傷徐秀臣頂心顛門偏左等處徐秀臣始行鬆手童三亦卽取船內菜刀戳傷徐秀臣胸膛倒入船艙隨同朱廷相將徐秀臣攙扶上岸經徐秀臣之子扶載回家在船身死查核朱廷相刀剗徐秀臣四傷俱係致命而童三雖刀戳徐秀臣胸膛致命一處並未卽時身死如童三果係臨時有意欲殺自應依故殺律擬斬今查童三被敲之後刀戳徐秀臣倒入船艙徐秀臣尙未斃命而童三亦不復持刀再戳仍同

朱廷相等將徐秀臣攙扶上岸詳察情形尙非有意致死卽查夾訊童三亦無臨時欲殺之供乃該撫將童三斷以頓起殺機依故殺律擬斬原謀共毆亦有致命重傷之朱廷相從輕擬軍情罪不符 七年部駁川撫題張一文一案查張一文之砍傷卜之吉祇因之吉罵及父母圖砍洩忿如因忽起殺心則持刀在手何難立致於死而卜之吉乃遲至五日方始斃命其非臨時欲殺明矣再查承審官旣經究詰而該犯並無必欲殺死之供乃該撫遽照故殺律問擬殊未妥協

按康熙雍正年間成案傳本甚夥茲僅於成案彙編錄得故殺之蔡友等十起陳坂高贊二起固確無起意致死之供卽王純沈蔡友二起一則曰畏刺情急一則曰被毆情急其爲非有心欲殺亦屬顯然其餘蔡友等四

起原文甚略惟皆入於緩決許四一起先無鬪情以故殺誤殺旁人論而亦入於緩決當與有意欲殺者不同亦可推測而見劉六禾一起既以故殺論而云與有心欲殺者有間當年辦法可見一斑矣至吳法生童三張一文三案始以無臨時欲殺之供經部以供看不符議駁似恪遵律注尺寸不踰在此後也人藏其心不可測度使必欲盡其意之所匿者悉貢於公廷之上不獨我國民無此程度恐東西各國之民亦未必能也於是不得不考訊之法嘗有因一二語之狡飾歷數月而始得其情者司讞者多憚其難往往明是故殺而遽以鬪殺定案及救生不救死之說刑幕傳爲秘鑰但求案了不肯多費推詳此故殺之案所以日見其少也今輯錄故牘以見先後用律之不同其亦是資參考也歟

故殺餘論

前論故殺詳矣而意尙有未盡者更條舉之

關津留難律云不顧風浪故行開船至中流停船勒索船錢因而殺人者以故殺論舊注如中流要錢而爭角蹉跌落水或中流停船時被風浪衝擊等項皆殺傷之事也輯注事非故殺而得故殺之罪者以其故冒風浪停船嚇詐因致殺人卽是有意欲殺矣

按此係有心嚇詐重在勒索船錢初無殺人之意而亦以故殺論者爲其明知風浪之險而不顧風浪卽有害心也輯注云卽是有意欲殺未免武斷本無此意而強謂之爲有意此以無爲有法果有如是之虛枉者乎况因要錢而有意殺人乃律之謀殺因而得財例之圖財害命自有專條乎此條故字以臨時云云十字解之萬

不可通不若舊說知而犯之唐律疏議云有害心爲允當也

屏去人服食律云凡以他物置人耳鼻及孔竅中若故

屏人服用飲食之物而傷人者杖八十

謂寒月脫去人衣服飢渴之人

絕其飲食登高乘馬私去梯巒之類

至死者絞若故用蛇蝎毒蟲敲傷人

者以鬪毆傷論因而致死者斬舊注同一致死而彼絞此斬者蓋以他物置人耳鼻孔竅及屏人服用飲食雖足傷人未必遽能致死若蛇蝎毒蟲原是毒物足以殺人明有致人於死之意故罪有不同也

按此上一節故字舊說云此故字非必欲殺之也蓋以此律擬絞與故殺之擬斬者不同以臨時云云十字解此故字理不可通故不得不別爲之說特是法家字義必確不可易方足爲律若欲殺非欲殺情節懸殊而可

任意輕重妄爲附會尙成何律法乎竊謂此故字亦以有害心三字解之乃無窒礙此等事正不得謂無害心也第尙非必致於死之事故但絞不斬以示區別至下一節故字卽唐律故毆之故因今律無故毆加重之法傷者不得不以鬪論死者擬斬卽故殺法與唐律之義實相符合若亦以臨時云云十字爲解則傷而未死何以通之

庸醫殺人律云若故違本方詐療疾病而取財物者計

贓准竊盜論因而致死及因事私有所謀害故用之反證藥殺

人者斬輯注詐療而故違本方初無必殺之意已施可殺之術其心可誅

按詐療意在取財非以殺人而致死卽擬斬是亦以故殺論矣輯注謂故違本方使之難愈則病久而用藥多

或病輕而反重之使其苦而後醫則功大而報禮重所言詐療取財之事甚詳然則詐療必致危險多受疾苦與故毆之傷人者無異其死者以故殺論亦卽唐律之義也至因事故用藥殺人乃是謀殺律文小注增私有所謀害五字其義顯然謀也而律用故字可見謀故之界限甚微今以臨時有意欲殺者以謀殺論非無本也殺子孫及奴婢圖賴人律凡祖父母父母故殺子孫及家長故殺奴婢圖賴人杖七十徒一年半
按此較尋常故殺子孫奴婢加一等二故字亦非臨時有意者也

放火故燒人房屋律云殺傷人者以故殺傷論

按此律故字卽知而犯之之謂本有害心故殺傷人以故殺傷論今律他無故傷之文獨見於此條蓋承用唐

律而刪除未盡者也因放火而殺人有出於有心者有
並非有心者依律均以故殺論可見故殺之事非必皆
出於有心而臨時云云十字非通論矣

鬪毆及故殺人例云因爭鬪擅將鳥鎗竹銃施放殺人者
以故殺論

薛氏讀例存疑云火器爲害最烈一經施放殺人卽無
論是否有意欲殺均以故殺擬斬正與唐律以刃殺人
與故殺同之意相符乃執特金刃兇器將人砍截多傷
不照故殺同科何也若謂金刃殺人不必均有致死之
心施放鳥鎗豈皆有心殺人者乎用金刃兇器在人肚
腹腰脇虛怯處所疊肆砍截而云非有心致死可乎
按火器殺人之案非必皆有殺人之心例云擅將施放
卽是故毆之義此與唐律合者薛說備矣

又按以上各條皆不失唐律之義獨故殺人律注有臨時有意欲殺非人所知曰故之語與全律不能貫通律法果可如是乎

唐律諸以威力制縛人者各以鬪毆論因而毆傷者各加鬪毆傷二等卽威力使人毆擊而致死傷者雖不下手猶以威力爲重罪下手者減一等

按唐律威力毆傷加鬪毆二等較故毆之加一等者爲重其致死者以威力爲重罪而不言斬絞與同謀共毆條相同疏議於同謀共毆分別鬪故而此條無丈夫旣用威力其非鬪也可知傷者尙加二等死者之不能依鬪法也可知不依鬪法卽是故矣今律於毆傷者依唐律加二等而致死者定爲絞罪似非唐律之意查乾隆七年部議云挾勢制縛又以湯火刃鎗等物致斃人命

者雖非當時殺訖而存心欲殺已屬顯然應以故殺論觀於此議則威力殺人之應以故殺論前人已言之者非今日一二人之私見而當日故殺之案不拘拘於臨時欲殺之文益可見矣

恭讀尊箸引證詳博剖析微至而論斷尤極精當非淺學所能道其隻字末後以獨謀諸心及臨時有意欲殺皆以謀殺論故毆傷人及用刃傷人因而致死以故殺論必有互關之狀乃以鬪殺論分作三層界劃極爲分明而判斷亦易措手可免熬審酷拷之慘但如此變通將來改訂新律似應將鬪殺一項倣照東西各國一律改爲流刑其故殺一項從前本有實緩之分現擬另訂條款分別實緩辦理不必仍前一概入實庶於慎重人命之中仍寓哀矜求生之意不然每年秋讞驟添無數

實案不但與修律減輕之宗旨不合且使煦仁子義之輩反以我爲作法於涼也吉同鈞識

康熙雍正年間故殺之案不必皆有臨時起意欲殺之供秋審有經擬緩決者並非一律入實均有成案可考乾隆年間始恪守律注尺寸不逾秋審一概入實然其時每年秋審情實之案總有三百數十起鬪殺之案辦理固嚴故殺之案尙不爲少嘉慶以後日趨於寬有明是故殺而以鬪殺定案者一則惑於救生不救死之說一則必須取起意致死之供司讞憚其難也迄今已百餘年矣仁議變通必多嘗議璣樓所編新律初稿擬改鬪殺者流以刃及故殺者絞鄙意因鬪殺中頗多應實之案若一概擬流似涉太寬故簽別籌辦法若照此議定稿則鬪殺中情重者少可無慮其太寬故殺別定實

緩條款亦不虞其太濫似尙不失爲平中且考訊之難
可以少省於將來裁判之事甚有關繫記與同人共商
之本又

附吉郎中說帖

捧讀批示並康雍年間故殺成案數則足見向辦故殺
原不拘泥律註十字必取有意致死之供也此次擬改
故毆致死及刃傷致死均爲故殺原係參酌古今中外
倣照唐律並規復國初舊來辦法並非平空更張有意
從重也但故毆致死及刃傷致死均作故殺與有互鬪
之情方作鬪殺其中每多膠轕情節極爲微細若不明
立界限將來仍恐窒礙難行引用或有歧誤如刃傷致
死爲故殺然或人以刃逼己用刃拒毆唐律仍依鬪殺
是刃殺中亦有分別不能統作故殺矣如同謀共毆不

得不謂之故毆然或共毆之時彼此互鬪身先受傷似不可遽以故殺定擬矣再如威力制縛威力主使兩項現律均作鬪殺惟詳核情節曰主使曰制縛已不動手喝令行兇卽無致死之心究無互毆之狀況明明逞其威力以相凌虐不謂之故毆可乎查唐律威力制縛以鬪毆論雖無致死以故殺論之文惟威力制縛傷人既加毆傷二等則威力制縛殺人似當擬以故殺方爲平允現旣將鬪殺情重各項改爲故殺則威力主使制縛二項似未便仍舊以鬪殺論矣又如律例內現以故殺論者如不顧風浪故行開船中流勒錢殺人詐療疾病致死因事故用藥殺人故用蝎蛇咬傷人致死放火殺人烏鎗殺人等項所犯之事皆足致人於死向與臨時有意欲殺之犯均以故殺論今臨時有意欲殺旣改謀

殺若將以上各項亦改謀殺未免稍刻且細核種種情節雖足致人於死究與預謀殺人稍異似應仍舊以故殺定案惟於秋審列入情實又現律以鬪殺論者如屏去服食及他物置人孔竅致死二項情近於故秋審多入情實若減爲流未免過寬似應改作故殺如知津河水深而詐稱平淺橋船朽漏而詐稱牢固詎令過渡以致溺死二項雖以鬪殺論惟情近於戲列於戲殺之後與實在鬪殺者有間似應與鬪殺情輕之案均減爲流惟現在奏定章程誤殺擅殺均改爲流若將鬪殺亦改爲流未免無所區別似應分作有期無期誤殺擅殺改爲有期鬪殺改爲無期以昭平允又如互鬪致斃非一家二命及一死四傷並各斃各命案關四命以上暨共毆致斃一家二命聽從下手各案均係鬪殺中極

重應入情實之犯如照鬪殺滅流固涉輕縱如亦改作
故殺究係互鬪之案並無刃傷故毆重情似應提出另
議又如服制相殺之案一毆一故關係罪名極重如照
凡人改鬪情輕者爲流改無鬪情者爲故之法辦理其
中窒礙甚多容再詳細斟酌從長計議以上各節均應
通盤合算庶不至彼此參差致有流弊事關定法不厭
反覆求詳謹再具說帖恭呈鈞誨批示

甚是

本注

論殺死姦夫

唐捕亡律諸被人毆擊折傷以上若盜及強姦雖旁人皆
得捕繫以送官司注卽姦同籍內雖和聽從捕格法疏議
曰言同籍之內明是無限良賤親疏雖和姦亦聽從上條
捕格之法問曰親戚共外人和姦若捕送官司卽於親有
罪律許捕格未知捕者得告親罪以否答曰若男女俱是

本親合相容隱既兩俱有罪不合捕格告言若所親其他
人姦他人卽合有罪於親雖合容隱非是故相告言因捕
罪人事相連及其於捕者不合有罪和姦之人兩依律斷
按唐律別無殺姦之條卽該於捕亡律內所謂捕格法者
視罪人之拒捍不拒捍爲分別拒捍者持仗則格殺勿論
空手而殺則徒二年不拒捍及已就拘執而殺及折傷者
各以鬪殺傷論是唐律於姦人非持仗拒捍者不得輒殺
之也元律諸妻妾與人姦夫於姦所殺其姦夫及其妻妾
及爲人妻殺其強姦之夫並不坐若於姦所殺其姦夫而
妻妾獲免其殺妻妾而姦夫獲免者杖一百七始有同時
殺死姦夫姦婦不坐之律明律蓋因於元特設殺死姦夫
律一條竝增入止殺姦夫一層視元爲更寬矣竊謂後人
立法必勝於前人方可行之無弊若設一律而未能盡合

乎法理又未能有益於政治風俗民生則何貴乎有此法也如此律之可議者約有數端凡人和姦罪名唐律徒一年半元改爲杖明律則分杖八十九十二等竝不當殺也不當殺而殺實爲法之所不許法旣不許烏得無罪有罪而予之以罪義也明明有罪而許爲無罪則悖乎義矣悖乎義者不合乎法理此可議者一罪人拒捕律載罪人本犯應死之罪而擅殺者杖一百注以捕亡一時忿激言若有私謀另議輯注云按擅殺止杖一百之法本爲捕亡者而言然必罪人有逃走之情捕人別無私意之事方擬此律在常人不得引用也觀獄卒陵虐罪囚至死者絞罪囚之中固有應死者矣何以概曰絞乎又死囚令人自殺者下手之人以鬪殺論旣曰死罪囚矣何以又曰鬪殺論乎以此推之常人擅殺死罪之囚人自當另議也觀於此說

卽罪犯應死之人常人亦不得任意殺之而况非罪犯應死之人乎和姦律止擬杖與罪犯應死者大相懸殊在官司差人擅殺應死罪犯尙應擬杖而謂常人可以任意殺人所殺者又罪止擬杖之人輕重相衡失其序矣失其序者不合乎法理此可議者二婦人淫佚於禮當出載在戶律出妻條內無死法也其犯七出有三不去而出之者杖六十唐律此層有惡疾及姦不用此律之文而明律刪之是有三不去者出亦不許矣出且不許况於殺乎不許其出而許其殺兩律顯相矛盾夫君子絕交尙不出惡聲况於妻乎當出者出禮也其不可殺亦禮也不可殺而殺違乎禮矣違乎禮者不合乎法理此可議者三好生惡殺人

之常情況事關門內斷無立置諸死之理律所以有親屬

相爲容隱之文也

唐律本親乃以骨肉之親狀第之愛慘

相屠戮其忍而爲此於情豈終能安乎情不能安卽乖乎情矣乖乎情者不合乎法理此可議者四以上四端皆於法律之原理有未能盡合者也又如殺人之權操自國家故凶暴之徒尙不敢肆其殘忍若殺人而可勿論將報復相尋罔知顧忌無論姦情曖昧難保無虛捏之事就令情眞事實而私相戕賊男女并命甚則剖腹斷頭情凶狀慘鄉愚無識方以自豪是人人有殺人之權矣此有關於政治可議者五世風澆薄爲政者閑之以義尤貴導之以仁殺人者不仁之事國家禁戢之尙慮其難靖也今有殺人者不以爲非而以爲是是非惟不禁戢之不幾於獎勵之乎忍殘殺之習中於人心勢將日甚此有關於風俗可議者六姦淫有傷風化從重懲創固屬扶持世教之心第人之不善千彙萬狀姦罪其一端耳其重於姦罪者何限乃

他罪皆無許人擅殺之文卽如竊盜一項必持仗拒捕格殺者方可勿論其登時追捕毆打至死者尙問滿徒獨此例則殺人不必要利罪世俗更有殺姦殺雙之說於是旣殺姦夫者必殺姦婦往往初意捉姦不過毆打洩忿迨姦夫斃命卽不得不并姦婦而殺之姦婦卽跪地哀求矢誓悔過在本夫初未嘗有殺之之心而竟有不得不殺之勢更有因他事殺人竝殺妻以求免罪者自此例行而世之死於非命者不知凡幾其冤死者亦比比也此有關於民生可議者七解之者曰夜無故入人家主家登時殺死者勿論姦盜罪人均已包括在內此條姦所獲姦登時殺死尙與主家登時殺死勿論之律意相符第末將拘執而殺擬徒一層纂入故不免稍有參差耳按夜無故入人家律輯注云時在昏夜又無事故主家驚覺不知其何人不知爲

何事登時在家內格殺身死者勿論蓋無故而來其意莫測安知非刺客姦人主家懼爲所傷情急勢迫倉猝防禦而殺之故得原宥耳據此說則凡非情急勢迫者卽不得用此律矣捉姦之事皆先知之而後前往有何情急勢迫之可言按之此律意難吻合元律但殺姦夫或但殺姦婦者皆不能勿論可見定律初意竝非參取此律之意也或又曰唐律夜無故入人家條若知非侵犯而殺傷者減鬪殺傷二等疏議問曰外人來姦主人舊已知委夜入而殺亦得勿論以否答曰律開聽殺之文本防侵犯之輩設令舊知姦穢終是法所不容但夜入人家理或難辯縱令知犯亦爲罪人若其殺卽加罪便恐長其侵暴登時許殺理用無疑況文稱知非侵犯而殺傷者減鬪殺傷二等卽明知是侵犯而殺自然依律勿論據疏議答問與捉姦之事

足相印證此條律文非無根據也按唐律知非侵犯疏議謂知其迷誤或因醉亂及老小疾患竝及婦人不能侵犯此得減鬪殺傷二等者以其無故夜入也疏議於舊知姦穢一層亦有夜入理或難辯之語是所重實在夜入無故四字若捉姦者不必皆於夜且姦婦乃主家人非外人也與夜入之義相徑庭矣請更以唐律推之男女俱是本親不許捕格告言卽舊例卑幼不得殺尊長之意其殺傷從捕格法與他律亦不至歧異則無乖乎法理非持仗拒捍不得輒殺則政權不旁移餘犯應死而殺者且科以加役流則悍夫不敢逞此前人之法勝於後人者也明代深於律學者蓋亦心知其非而不敢輕議於是或有或調戲未成姦或雖成姦已就拘執或非姦所捕獲皆不得拘此律之解釋諸讀律家竝宗其說本朝修律遂纂入律注正所以

救正其失也而終於因仍不改者沿習既久莫之敢議耳
後來條例日益增多膠葛紛紛抵牾不免證諸唐律有不
能盡符者矣

論威逼人致死

樂生而惡死人之常情也未有無故而厭生樂死者凡人
處萬不得已之時至於厭生而樂死必其有非常之困難
者也否則憂忿之不可釋者也夫死有重於泰山而輕於
鴻毛者此惟賢智之士能權衡於其間非愚夫愚婦之所
能及也一念之偶萌不必死而竟死固未可以遽責夫死
者卽迫之死者亦不全任其責也唐律若恐迫人畏懼致
死傷者各隨其狀以故鬪戲殺傷論疏議曰若恐迫人者
謂恐動逼迫使人畏懼而有死傷者若履危險臨水岸故
相恐迫使人墜陷而致死傷者依故殺傷法若因鬪恐迫

而致死傷者依鬪殺傷法或因戲恐迫使人畏懼致死傷者以戲殺傷論若有如此之類各隨其狀依故鬪戲殺傷法科罪按此條與威逼相似而不同據疏議所云履危險臨水岸墜陷而死乃其死之情狀故鬪戲乃其死之緣因若今時鬪毆窮追致令臭水溺斃亦科鬪殺乃其比也恐迫而致死非其人之自盡者也唐律無甲自盡而乙抵命之文蓋非親手殺人難科以罪自明律設威逼人致死之條嗣後條例日益加重雖爲懲豪強兇暴起見然非古法也袁氏濱律例條辯云調姦不從本婦羞忿自盡者擬絞此舊律所無而新例未協也夫調之說亦至不一矣或微詞或目挑或謔語或騰穢褻之口或加牽曳之狀其自盡者亦至不一矣或怒或慚或染邪或本不欲生而借此鳴貞或別有他故而飾詞誣陷若概定以絞則調之罪反重

於強也強不成止於杖流調不成至於抵死彼毒淫者又何所擇輕重而不強乎其不受調本無死法律旌節婦不旌烈婦所以重民命也調姦自盡較徇夫之烈婦猶有遜焉而况予之旌又抵其死不教天下女子以輕生乎薛氏讀例存疑云唐律無威逼致死之法明律定爲滿杖除姦盜及有關服制外雖因事用強毆打致成殘廢篤疾及死係一家三命或三命以上亦祇充軍而止非親手殺人之事故不科死罪也後來條例日繁死罪名目日益增多如刁徒假差蠹役及和姦調姦強姦輪姦等類致令自盡並其親屬自盡者不一而足秋審且有入於情實者較之親手殺人之案辦理轉嚴不特刑章日煩亦與律意不符矣究而言之律文未盡妥協故例文亦諸多紛歧也據此二說足此條律例未臻盡善在纂定之初原係懲勸之意然

可行於一時未可著爲常經也至歐洲各國刑法其用意正與中律相反英刑法凡自殺者爲重罪殺犯與前應免者不同蓋自殺者原由人事艱苦無力能堪以致自戕生命似勇而實怯按諸希臘律應斷手英律凡人命受之自天非由天命不得私自殘害故犯自殺者當坐兩重罪一於教宗則背上帝好生之德一於國法則違君上愛民之意故爲大罪凡犯自殺者應罰去身後所遺之財產及分內應得之光榮以彰其罪將其財產沒官不得用教宗禮式安葬並限官爲檢驗後二十四小時以內夜九小時至十二小時將屍首瘞埋俄刑法凡素無瘋疾痰證起意自盡者所有授其子女生徒僕役及關於財產之遺囑俱不准行如自盡之人係基督教民者並不准用教禮喪葬一千四百七若忠盡過人身臨大節百折不回或嚴密軍機誓

死不洩因而殺身成仁者免罪婦人拒姦自盡保全名節者亦同一千四百七十四條日本人刑法論曰自殺之罪自古各國無定於國法上者耶蘇教國雖有自殺之處罪然其意則人身爲天所授無故自戕是犯神之所惡當屏諸教外非關於法律上之規定也日本古時神道家言亦以自殺爲不善當處罰之希臘斯託伊克氏之道德說則謂人當困難之時不欲爲惡事而困難又不能解則惟有死而已死固無妨害於人不當處罰而現時道德說不從此論故各國法律中雖未規定處罰而學者則多以處罰爲宜但所謂法律不處罰者爲自殺者出自本心而自著手者耳至若教唆他人自殺幫助他人自殺者則法律自無不處罰之理統觀英俄刑法及日本人之說蓋西人以生命爲重自殺懸爲厲禁英俄皆明載律內雖以忠臣烈婦俄法亦

僅免罪而已至自殺而科脅迫之者以罪不獨英俄皆無此文卽德法刑法亦皆不著由於宗教不同法律亦因之而異日本采用西法但有教唆自殺之罪而無威逼致死之條此皆與中律懸殊者也然考之中國古來學說初不以輕生爲貴孔子曰豈若匹夫匹婦之爲諒也自經於溝瀆而莫之知也孟子曰可以死可以無死死傷勇尋繹聖賢語意可以見宗旨之所在禮記檀弓篇死而不弔者三畏厭溺鄭康成注謂輕身忘孝也畏下鄭注人或時以非罪攻己不能有以說之死之者陳皓集注先儒言明理可以治懼見理不明者畏懼而不知所出多自經於溝瀆此眞爲死於畏矣玩鄭氏非罪攻己一語所駭者廣不止威逼一端在死者於禮旣爲不弔之人則迫之死者於法當無可科之罪陳氏見理不明一語乃不弔之所以然也英

人似勇實怯之語頗與孟子合殆亦未可盡非歟綜而論之自殺之事根因種種不同其爲豪惡欺凌兇徒訛詐則必有捆縛弔拷關禁勒索等項暴虐情形死者搜難堪之侮辱及多般之困苦冤忿填膺生不如死究其致死之故全係乎脅迫之人而尙欲責死者以不應自殺而罪之冤上加冤情理何在此死者可憫而脅迫者之罪之不容寬者也其爲蠱役婪贓假差嚇詐則必有藉端挾制倚勢作威及捏造簽票執持鎖鍊等項嚇逼情形死者或鄉愚寡識或懦弱無能視官如神畏吏如虎銀錢窘迫懼涉公庭愁急自戕不及再計此在死者本不必死而竟至於死者官勢迫之也大約此等情事官吏清明之世鮮見而官吏庸闇之世爲多立憲之國鮮見而專制之國爲多推究其故乃法制之未善而死者亦爲可憫則脅迫者之罪亦不

容貸者也以上各情節實恐嚇取財之事較威逼爲重英
俄法德美日各國刑法並有脅迫一門卽中律之恐嚇其
輕重雖各不同然旣干此罪自當各按其情狀分別科斷
不能因其人自殺而反得免罪但不知西人之裁判如何
耳至若口角微嫌逞強毆打不過尋常爭鬧初無兇惡可
言及或失物些微形迹有可疑之處不過空言查問亦鄉
里之恒情又或錢債無償再三逼索不過危詞相怵冀宿
負之能歸凡此多端事所常有本無可死之道乃或以被
毆爲辱或以誣竊不甘或以負逋難措一時短見不願爲
人正所謂自經溝瀆者也被毆可以控訴誣竊可以理論
負逋可以情求在脅迫之初心豈會料其輕死此乃死者
之愚脅迫者不全任其咎也又或茅檐婦女強暴猝膺受
辱無顏捐軀明志則脅迫之罪自無可寬若祇手足句挑

語言調戲少年佻達尙無脅迫情形既非羞辱之難堪本無死法乃變生意外遂罪坐所由法重情輕未爲允當更有村野愚民戲謔村辱種種情節一入婦女之耳遽爾輕生此不獨無脅迫之狀并無猥褻之意以此抵死烏得爲平立一重法而無數重法相因而至古人之法豈若是哉此中法之可議者也若西人自殺爲重罪之說在彼國之論者已不以爲然如斯託伊克之說是也而墨守宗教者猶堅持此說揆諸情理實有未安人必所受之苦難萬不能堪而出於死此最可哀可矜之事今不哀之矜之而反加之以罪仁人之心必不出此於禮不過不弔而已不弔者而大辱之此不合於人情者也人之有罪必其有害於世不樂生而甘於死於世乎何害而必罪之奪其財產光榮而屏斥之此不合於天理者也且使死者而有知飲恨

充軍如有拷詐等情卽發極邊烟瘴數語經部議准原奏
內聲明誣指送官者卽照誣告例接其所誣之輕重加罪
三等部議亦有若僅誣指送官以誣告治罪之語三十七
年恐嚇取財門修例按語有除誣指良民爲強盜並無誣
詐情節者應以誣告到官坐罪纂入誣告門類外云云誣
告門續纂誣告良民爲強盜者發邊遠充軍一條其按語
云查誣指良民爲盜例內誣指二字係指未經到官者而
言罪在嚇詐財物是以列入恐嚇取財例內若旣無拷詐
別情僅此誣指爲盜則誣盜尙在未成自應以誣告到官
爲斷兩處按語最爲明晰蓋此條例原重在拷詐等情
若誣指未到官而無前項重情者卽不得科以重罪故三
十五年部覆吳壇條奏及三十七年修例按語均有誣指
送官之文而誣指未經到官者均未議及非疏也空言無

據事恐非眞誣既未成情猶可恕律例無可比議故不明
定科條五十二年以此例與誣告良民爲強盜一條事同
語類遂修併爲一移改入誣告門已非原定此例之本旨
且例注有誣告送官以誣告論二語則例文誣指二字竟
是專指誣指而未到官者言而誣指爲竊又無明文何也
竊謂誣指之故此例內所列各項實爲訛詐之尤情節苟
眞自難寬貸若係素挾嫌仇而假捏贓私以圖陷害論情
固爲可惡第並未到官呈訴不過虛詞恫嚇非有實據之
可憑一入公庭孰肯承認更有聲張欲控僅屬一時氣忿
之談旣無雙字到官詎能科以誣告即使毀言流播情至
難堪亦但於名譽有傷尙未至身受訟累今例內捏造姦
贓款蹟寫揭字帖及編造歌謠挾讐污蔑者治罪自有明
文按之東西各國刑法皆屬毀損名譽之事自當酌量情

節別立科條未便附屬於誣告律內蓋誣雖有迹而告究無形也至於因事懷疑空言查問或器物偶然相似或其人素行不端此則鄉里之常情并不能以誣指論矣昔漢文帝詔誹謗勿治史冊紀其盛德孝武有腹非之比君子譏之故止謗自修聞過則喜古聖賢多持此義豈肯以毀損名譽之故加罪於人自唐以來刑律中無誹毀之科誠忠恕之道也雖此等意解係就道德上著想未可概語常人然舍道德而言刑名其刑名必不得其中立法者可忽之乎第今日各國刑法並設此科英國更有誹謗外國高位人之罪德國更有毀損一國君主榮譽之罪關係外交尤爲當務之急又未可拘泥古法致臨事無所適從此固律之當議增者

○明律獄囚誣指平人條凡囚在禁誣指平人者以誣告人

論瑣言已見禁區不得告舉他事若有誣指平人者隨取
誣指之罪以誣告加誣論之按此卽唐律之囚引人爲徒
侶條所稱諸囚在禁妄引人爲徒侶也明改妄爲誣改引
爲指改徒侶爲平人而律意遂大相徑庭矣引者引爲同
黨有意供拔非素挾嫌仇卽聽人教唆指者指言他人之
事未必有干於己其不誣者本在不得告舉之列其誣者
必多構架之詞唐明二律其情事初不同也第二律情事
雖異而其爲在禁之囚則同在禁則已在官無論其爲妄
引或爲誣指皆係向官告言故皆以誣告人論乾隆年間
按語誣指以到官爲斷與此律之意本相吻合律文中稱
誣指者此一條外尙有鹽法律內鹽徒誣指平人一條均
係指在官者言則未經到官自未便與到官者同論律內
別無誣指之文例文之誣指又係專指各項情重者說然

則無重情者自不在應科之列可互證也

論誣證

唐律詐僞門證不言情條諸證不言情及譯人詐僞致罪有出入者證人減二等譯人與同罪明律若鞫囚而證佐之人不言實情故行誣證及化外人有罪通事傳譯番語不以實對致罪有出入證佐人減罪人罪二等通事與同罪按明律此條本於唐律誣證二字則明所增也說文誣加也廣雅釋詁同國語周語其刑矯誣韋昭注加誅無辜曰誣後漢書孔僖傳凡言詐謗者謂實無此事而虛加誣之也左氏襄八年傳正義不直言殺而云辟殺明是加誣以罪而殺之潛夫論述赦篇隱逸行士淑人君子爲讒佞利口所加誣魏志和洽傳此言事者加誣大臣以誤主聽晉刑法志裴頠表陳律令云奴聽教加誣厯考諸書加誣

二字相連成文凡言誣者謂加乎其原本無非減乎其原本有也韋注加誅無學曰誣一切經音訓引國語賈逵注正同與孔僖所言亦合當爲漢世解律之語乃古義之屬存者呂覽務本篇今功伐甚薄而所望厚誣也注以薄獲厚爲誣也以薄爲厚亦必有所加故謂之誣漢書五行志淮陽上書冤博辭語增加顏注言博本爲石顯所冤增加其語故陷罪凡陷害人者語必增加此其證也戴震謂凡無實而虛加皆爲誣殆亦就說文之說而引伸之然則非有所加不得稱誣矣此律證人之不言實情有陷害者有偏徇者有顧慮者陷害者以無爲有以輕爲重實情之中必有所增加謂之誣證是也偏徇者以有爲無以重爲輕實情之中必有所諱飾謂之誣證於古義已未盡合若顧慮者不過不肯直言耳以誣目之更非古義如此之類

實明律不及唐律之處蓋文字中古義就亡討論者鮮知法律之學尤屬無人問津者乎近日之講東西各國刑法皆譯爲僞證二字僞對真言無論爲陷害爲徇徇爲顧慮其不說真話同也不真卽僞是僞證二字視誣證二字之不合古義者爲允協矣

論附加刑

金大定十五年濟南尹梁肅上疏曰刑罰世輕世重自漢文除肉刑罪至徒者帶鐐居作歲滿釋之家無兼丁者加杖準徒今取遼季之法徒一年者杖一百是一罪二刑也刑罰之重於斯爲甚今太平日久當用中典有司猶用重法臣實痛之自今徒罪之人止居作更不決杖不報按今東西各國附加刑之法卽梁肅所議之一罪二刑也漢魏以前有無一罪二刑之制書缺有間已無可考六代宋時

劫竊黥頰斷筋徒付遠州不久旋廢梁武帝時髡鉗五歲
刑笞二百劫身降死黥面髡鉗補治鎖士北齊刑罪五等
加鞭後周徒流加鞭笞隋文時三流加杖此皆一罪而併
用二三刑者唐除鞭刑無一罪二三刑之科律文具在最
爲可法洎乎五季刺配之法興宋初又定折杖之法徒流
無不加杖於是竊盜等犯旣刺字又加杖又遠配一罪三
刑遂爲永制金因於遼元明又因於宋至於國朝相沿用
之將垂千年蓋習慣之法未易除也近年旣奏刪刺字之
法徒流以上之加杖亦經奏刪所未除者枷杖併用耳近
日又有奏刪枷號之議則梁肅所譏者庶乎可以免矣今
修訂新律若仍行附加之法是所謂一罪二刑者已除而
仍復也與近日輕刑之宗旨不能符合東西各國學者方
主張廢除此制又何必復蹈故轍哉或曰唐之加役流非

於流之外又加役乎不知唐時流罪昔居作一年加役流不過多二年耳且唐之加役流在隋時原係絞罪太宗特創此制由死罪減降乃一代仁政其宗旨正不同也

論沒收

東西各國刑法有主刑有附加刑猶之中律徒流有加杖及刺字也然必成其爲一種刑關係乎刑之輕重等差而後可名之曰刑若於輕重等差無所關係不過爲刑法上應有之事卽未得稱之爲刑如附加刑之沒收是也沒收卽中律之沒官約有五項一彼此俱罪之贓謂犯受財枉法不枉法計贓與受同罪者二犯禁之物謂如應禁兵器及禁書之類凡法令所不應有如私鹽私茶之類亦是此二項並載在律文本於唐律者也三犯罪所用之物如賊盜器械私鑄作具賭場賭具之類卽窩娼窩賭之房屋亦

是四犯罪孳生之物如私鑄所出錢文盜竊馬牛所生駒犢之類五遺失宿藏之物應送官而不送官者證以日本刑法第一項之受財因犯罪而得之物也第二項法律禁制之物也第三項供犯罪用之物也第四項犯罪行爲所生之物也惟第五項日本刑法無沒收之文唐律宿藏物之異常者送官闌遺者分還官主與今律亦不盡同此入官而與沒官之律意微有不同者也綜核以上各項其沒入之物皆爲其所不當有之物或故違禁令或不應還主或無主可還其沒入也於其人應得之罪名毫無輕重之關繫則謂之爲刑之一種名實似不相符此當平心討論之者至若姦黨謀反大逆謀叛三律並有財產入官之文此等情節重大非尋常之犯罪可比尙存古來夷族之意藉沒亦非常刑其他有虧欠官帑而查抄者乃以私財

抵完官款非沒官之比又若客商匿稅者物貨入官所以示罰此又民事上事非刑事上事與沒收之宗旨正不同也

由犯罪而得之物官物還官私物還主不止沒官一項亦當分別言之

唐律若盜人所盜之物倍贓亦沒官疏議云不可以贓資盜故倍贓亦沒官今律無此項倍贓之事亦久難行矣