

## 從黜邪崇正到破除迷信：清末民國 「妖術傷、殺人」律例的近代化\*

黃靜嘉、胡學丞\*\*

### 摘要

自清末以來，法律界人士對妖術傷、殺人之行為的評價，自異端行為逐漸轉變為無法產生實際損害的迷信行為，除了以傷、殺人為實現妖術之手段的部分仍受到禁止外，在《大清新刑律》等已近代化之中國刑法中，相較於在中國傳統刑律裡，妖術傷、殺人之行為或不再受明文規範，或不再遭處嚴刑，甚或不再受處刑罰。但這段轉變的過程非一蹴即至，其間有一段「妖術」在刑法上之定位不明的過渡階段。儘管在清末之刑律修訂中，妖術傷、殺人律例悉遭廢除，然而晚清法律界中人並非皆視「妖術」為無法產生實際損害之迷信，是以當時「妖術」在《大清新刑律》中之定位並不明確，妖術傷、殺人是否為《大清新刑律》所禁止亦不清楚。此後，隨著科學主義下的破除迷信風氣漸長，在二十世紀的二〇與三〇年代，民國法律界對妖術傷、殺人之行為乃逐漸普遍採用「迷信犯」的說法，雖然當時仍有可間接禁止部份妖術傷、殺人之行為的法律、命令，但基本上當時之民國法律界已視妖術傷、殺人之行為，為不可能造成實際損害的迷信行為，在處刑上由得減朝向不罰發展。就這段過程，姑稱之為「妖術傷、殺人在中國近代刑法上的近代化」。

關鍵詞：妖術 迷信 迷信犯 近代化

\* 此所稱民國，係指民國二十四年（1935）以前之民國時期。

在本文寫作過程中，黃源盛教授提供了寶貴的意見，陳秀芬教授指出了重要的資料，在會議中，賴惠敏教授與張仁善教授皆提出了切要的評論，在出版審查過程中，兩位匿名審查人提出了精到的建議，特此致謝。兩位匿名審查人建議比較清代對魘魅、符書咒詛曾表達之近不可知論及不足信之理由，與近現代之不可知論及不足信之理由，進而探討是否清代知識分子本身就具有廢除妖術傷、殺人罪之見識，不待刑法科學主義之傳入，謹在此感謝兩位審查人之建議，指出了進一步研究的重要課題，惜時間所限，未及深入，請容他日另文探討。本文初稿完成後，曾蒙柳立言先生閱讀一遍，就本文各處指謬質疑，獲益良多！本文摘要之英文稿係承蒙黃嘉美女士（美國加州律師公會會員）代為撰成，該稿撰寫過程中並承姚兆鑫先生參加商討並協助完稿，併此致謝。惟文責仍應全由作者承擔。

\*\* 黃靜嘉，聯合法律事務所所長、政治大學黃靜嘉法史學講座教授、中央研究院史語所法律史研究室顧問；胡學丞，政治大學歷史所博士生。

## 綱目

- 一·前言
- 二·清代妖術傷、殺人類律例及其實務概述
- 三·清末刑律修訂下之妖術殺傷人類律文的遭廢
- 四·民國元年至民國二十四年之刑法下的妖術殺傷人
- 五·餘波蕩漾
- 六·結論

## 一·前言

十九世紀末、二十世紀初的清廷，面對內憂外患，或由於外力干預，或由於西學東漸，或由於本身的覺醒，作出了多項改革，刑律之修訂即其中之一。當時之刑律修訂，主要是對西方近代刑法典、刑法思想之折衷繼受，惟中國原有自成體系之律法，與西方近代刑法典及刑法思想多有歧異，故此繼受之過程頗為曲折。因此，自光緒二十八年（1902）清末修律議起至宣統二年（1910）清廷頒布《大清新刑律》止這九年間，曾有多次關於刑律修訂之爭議，就此，學界已多有探討。<sup>1</sup> 在這些爭議中，最引人注目且影響最大者，厥為史家所稱的「禮法之爭」，<sup>2</sup> 其爭論焦點主要集中在中國固有禮教與家族主義之相關律文上。而此折衷繼受的最後成果，乃已相當近代化的《大清新刑律》。民國元年（1912）制定之《暫行新刑律》大致係承繼《大清新刑律》而來，之後又歷經民國十七年（1928）、二十四年兩次重要修訂，而有舊、新《中華民國刑法》（簡稱舊刑法與新刑法），民國刑法之基本內容、編排，終於底定。

在《大清新刑律》中，許多中國傳統固有之律文遭到廢除或修改，在當時曾引發了不少爭論，惟就妖術傷、殺人類律例的廢除，不但當時未引起任何重大爭論，在嗣後學界之相關論述中，對此亦罕有歧見。此一廢除，在民國元年之《暫行新

<sup>1</sup> 這方面的研究可參周少元，《欽定大清刑律研究》（北京：中國政法大學博士學位論文，2003）；張德美，《探索與抉擇——晚清法律移植研究》（北京：清華大學出版社，2003）；高漢成，《簽注視野下的大清刑律草案研究》（北京：中國社會科學出版社，2007）；夏邦，《黃旗下的悲歌——晚清法制變革的歷史考察》（合肥：合肥工業大學出版社，2009）。

<sup>2</sup> 關於清末禮法之爭，可參黃源盛，〈大清新刑律的禮法爭議〉，收於氏著，《法律繼受與近代中國法》（台北：元照出版社，2007），頁199-230。

刑律》、民國十七年與民國二十四年之舊、新刑法中，基本上已成定論，雖曾有部分內容復立，但其具體規範與立法理由已有不同，不可與清律全然同觀。這一廢除，係中國傳統法律近代化的結果之一。本文之作，純為拾遺補缺，尚祈各方賢達有以教之！

## 二．清代妖術傷、殺人類律例及其實務概述

所謂妖術傷、殺人，係指以妖術為手段傷、殺人之行為，以及為遂行妖術而以傷、殺人為手段的行為。清代司法就妖術傷、殺人中所謂之妖術，不全然係指以超自然黑暗力量為基礎的黑巫術，查清代之官箴書及相關司法實務紀錄，對於蠱毒之術、不合正統醫理的醫藥之術，亦稱之為「妖術」（詳後述）。在清代律例中，妖術傷、殺人類律例包括了〈採生折割人〉、〈造畜蠱毒殺人〉（毒藥殺人之律例除外）及〈庸醫殺傷人〉之異端法術醫人附例。此須指出者，一般多將「蠱毒」與「巫蠱」同視，實則兩者並不完全相同，簡言之，前者是放蠱以毒害人，後者是與鬼神作祟有關之咒術行為。<sup>3</sup>一般並認為蠱毒涉及巫術，惟對清代職司涉及司法之官員而言，觀其對蠱毒之描述，未有述及巫術，故其似未有此認識，甚至其認為蠱毒之屬性就是毒，而無超自然之異能，蓋袁枚即曾指出：「查蠱之為物，係一種毒蟲……並非能升天入地，有勾人性命、吸人財產之力也」，<sup>4</sup>沈之奇在言及為何毒藥殺人律文附在蠱毒殺人律文之後時，亦曾謂：「毒藥殺人，本是謀殺之律，而附于此後者，因論蠱毒而連及之耳」。<sup>5</sup>又〈採生折割人〉與〈造畜蠱毒殺人〉皆屬十惡中之不道。<sup>6</sup>由此可見大部份妖術傷、殺人類律例在清代律例中具相當重要之地位，其所規範之行為於清代乃特別嚴重之罪行。

<sup>3</sup> 關於蠱毒與巫蠱之別，請參林富士，《漢代的巫者》（台北：稻鄉出版社，2004），頁74，以及川野明正，《中國の〈憑きもの〉——華南地方の蠱毒と呪術の伝承》（東京都：風響社，2005），頁17-20。

<sup>4</sup> （清）袁枚，〈蠱毒騙財之妙批〉，收於襟霞閣主編，《清代名吏判牘七種彙編》（台北：老古文化事業股份有限公司，2001），頁152。

<sup>5</sup> （清）沈之奇註，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》下（北京：法律出版社，1998），頁679。

<sup>6</sup> 不道之意，依清律之官註，係指「兇忍殘賊，皆棄正道」，參（清）姚雨蓀原纂，胡仰山增輯，《大清律例會通新纂》（台北：文海出版社，1987），頁236。

就蠱毒之術，目前可見有明文禁止者，以漢律最早；<sup>7</sup> 就造魘魅符書咒詛的禁止，漢律中亦已有相類似規範；<sup>8</sup> 採生折割人條則係自元代始正式見於律典，<sup>9</sup> 皆在中國傳統法律中有相當長的歷史。惟異端法術醫人之例的制定係始於清代，相對而言，歷史未久。以下謹據現可見有限的實務案例，以及這類規範之官、私註解，就這類規範之涵義、立法理由與實務運作略作介紹。

## （一）採生折割人條

依清律之〈採生折割人〉的官註與私註，可知清律之所以就採生折割人之舉特立專條並加重處刑，其主要理由在於採生折割人係以行妖術為目的，一旦妖術得行則易「惑人」，恐將流毒地方，遺禍後世，簡言之，所重在妖術。該條官註謂採生折割人：「殺人而為妖術以惑人，故又特重之」、<sup>10</sup> 「若是之嚴者，惡其妖術也」、「上條支解人是因讐恨而謀殺，止於殺其人而已。此採生折割並非因讐起釁，止以行其妖術也」，<sup>11</sup> 私註謂：「惡妖術之流傳」、「行妖術以取人耳目手足而人或有不死者，然其妖術已行矣，故已殺與已傷罪同」、<sup>12</sup> 「立法若是之嚴者，深惡妖術流毒地方，遺禍後世，非但如殺人之害，止及一身一家而已」<sup>13</sup> 皆係此意。終清之世，此一理由始終未變。值得注意者，在乾隆至道光間的數則上諭中，幾次強調採生折割人之「慘毒」、「殘毒」，並強調須嚴密詳查、依法處置，採生折割人之殘忍特性似亦成為了該條的規範重點。如乾隆十一年（1746）四月的一則上諭謂：「諭軍機大臣等、浙江拏獲採生折割等犯，窮兇極惡。其慘毒之處，為人所不忍聽聞，自應從重治罪，以快人心，以斷後患」，<sup>14</sup> 又道光二十六年（1846）六月的一則上諭

<sup>7</sup> 漢律中之賊律有云：「敢蠱人及教令者，棄市」，參劉俊文，《唐律疏議箋解》（北京：中華書局，1996），頁1302。

<sup>8</sup> 例如《漢書·諸侯王表》有載：「廣陵厲王胥，五鳳四年坐祝詛上，自殺」，參程樹德，《九朝律考》（北京：中華書局，2006），頁102。

<sup>9</sup> 《元史·刑法志》即載：「諸採生人支解以祭鬼者，凌遲處死，仍沒其家產。其同居家口，雖不知情，並徙遠方。已行而不曾殺人者，比強盜不曾傷人、不得財，杖一百七，徒三年。謀而未行者，九十七，徒二年半。其應死之人，或自首，或捕獲同罪者，給犯人家產，應捕者減半」，參丘漢平編著，《歷代刑法志》（台北：丘宏達發行，1965），頁520。

<sup>10</sup> （清）姚雨蓀原纂，胡仰山增輯，《大清律例會通新纂》，頁2479。

<sup>11</sup> （清）姚雨蓀原纂，胡仰山增輯，《大清律例會通新纂》，頁2480-2481。

<sup>12</sup> （清）沈之奇註，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》下，頁674。

<sup>13</sup> （清）吉同鈞，《大清現行刑律講義》（北京：京師法政學堂，1910），頁165。

<sup>14</sup> （清）實錄館纂修，《高宗純皇帝實錄》卷264，乾隆十一年四月上，收於《清實錄》（北

謂：「己未，諭軍機大臣等、御史謝榮埭奏，邪匪肆行毒害、民心惶惑一摺。據稱風聞浙江近有不法匪徒，假扮僧道雜藝人等，並婦女背賣各項什物，於糕餅瓜果各食物中暗置毒藥，殘害男女幼孩，事類採生折割。……果如該御史所奏，邪匪恣行殘毒，為害匪淺」，<sup>15</sup>皆係此意。

所謂「採生折割人」，依清律官註，謂取活人的耳目臟腑之類，折割其肢體，而為妖術以惑人，<sup>16</sup>私註所釋亦大致相同，即指以取人耳目臟腑、支解人為其程序之一的妖術整體。<sup>17</sup>其實例包括如：或取人耳目，或斷人手足，用木刻泥塑為人形，將耳目或手足安上，行邪法使之工作；剗人臟腑及室女元紅之類，以供邪術之用；使術法邪道，採取人生時年月，將人迷入深山僻處殺死，割取形骸，剗取五臟生氣，攝取魂魄，為鬼役使，凡有呼喚，即聽其驅使之類；用人祭其所祀邪神為詛咒報怨之舉。<sup>18</sup>綜合官註與私註各別對採生折割人之解釋與所舉實例，有一點值得注意：採生折割人條所稱之妖術，包括了以活人之全部或一部製藥之術。查王明德所舉採生折割人之例即有誘哄幼年孩童，飼養肥壯後以特定方法殺害並製藥；又有用藥迷有孕將產婦女於深山中，綁縛手足，活活割取腹內之胎為資生藥餌，<sup>19</sup>兩者皆是將活人之全部或一部用以製藥。又觀清代「依」或「照」採生折割人條科斷之案例，即直接適用採生折割人條之案例，亦確有以活人之全部或一部製藥者。據乾隆十二年（1747）之一成案載：「廣東香山縣民劉公岳染患癩瘋，有方醫曾言人膽製米，可以癒疾。……劉瑞徵即思謀取人膽，遂將阮亞珠剖腹撿膽……將劉瑞徵依採生折割律凌遲處死……」，<sup>20</sup>又乾隆十四年（1749）一駁案載：「潘鳴皋既刨掘屍屍給顧景文煉熬合藥，復為拜師求術，得受該方，即自覓屍屍煉賣，是顧景文採割之術該犯業已習成，但未得生人以行其折割，或已行而未敗露耳。該撫僅照傳習邪術例擬絞，實屬情重法輕。李元芳明知顧景文欲用活孩合

京：中華書局，1986），頁418-1。

<sup>15</sup>（清）實錄館纂修，《宣宗成皇帝實錄》卷431，道光二十六年六月，收於《清實錄》，頁393。

<sup>16</sup>「採生折割人是一事，謂取生人耳目臟腑之類，而折割其肢體也。此與支解事同，但支解者止欲殺其人而已，此則殺人而為妖術以惑人，故又特重之」，參（清）姚雨蓀原纂，胡仰山增輯，《大清律例會通新纂》，頁2479。

<sup>17</sup>（清）沈之奇註，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》下，頁674。

<sup>18</sup>（清）沈之奇註，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》下，頁674；（清）王明德撰，何勤華、程維榮、張伯元、洪丕謨點校，《讀律佩觿》（北京：法律出版社，2000），頁60-61。

<sup>19</sup>（清）王明德撰，何勤華、程維榮、張伯元、洪丕謨點校，《讀律佩觿》，頁60-61。

<sup>20</sup>（清）姚雨蓀原纂，胡仰山增輯，《大清律例會通新纂》，頁2483-2484。

藥，托伊尋覓，該犯即誘取徐惟恒之子，親手送交，以致活遭煮炙，是幼孩實由該犯而死，情罪較幫同煮炙更重，乃照謀殺不加功擬流改遣，尤屬輕縱。駁改將潘鳴皋、李元芳均依採生折割為從加功律斬立決」，<sup>21</sup>皆可為證。

如前所述，採生折割人條所稱之妖術，包括了以活人之全部或一部製藥之術。此點令人不禁產生疑問：所謂妖術難道不是指基於超自然黑暗力量而來之法術嗎？為何以活人之全部或一部製藥之術亦係妖術？一則針對圓光術<sup>22</sup>治病案的駁案咨文，與一則嘉慶帝的上諭，提供了可能的解釋。由於在中國傳統醫學裡，正統醫療手段中本有咒術，故圓光術之咒術性質並不會使其遭歸為邪術，而依該咨文所言：「查圓光惑眾非醫書正理，即屬邪術」，<sup>23</sup>故可知圓光術遭歸為邪術之因在於其不符正統醫藥之道。又依嘉慶十三年（1808）的一則上諭，嘉慶帝對用鳥槍、鋤刀治病之術，認為不符中國醫藥傳統，係屬邪術，其謂：「諭內閣本日勾到奉天省情實人犯內，狡犯多爾吉怕郎窪、宋存信、陞保三名，俱習學邪術治病。或用鳥鎗，或用鋤刀，致將病人傷斃，經刑部依異端法術醫人致死例，擬絞情實……以醫師劑藥，古有明文，豈有火器金刃能療治疾病之理」。<sup>24</sup>質言之，對清代之司法言，若一醫藥技術不合醫藥之道的正統，即為妖術、邪術。依此標準，以活人之全部或一部製藥，傷生害命，顯非醫藥正統，係屬妖術無疑。

此須一提者，孔復禮（Philip Kuhn）引張良璧吸童女精髓等案，指出在清代司法實務上，「妖術」非適用採生折割條之必要條件，其主張之理由謂在這些適用採生折割條之案件中，行為人所為之諸如取生人膽製瘋藥、煮炙活孩合藥等行為

<sup>21</sup>（清）姚雨蓀原纂，胡仰山增輯，《大清律例會通新纂》，頁 2485-2486。

<sup>22</sup>所謂圓光術，《清稗類鈔》之〈方伎類·圓光〉有詳細說明：「圓光亦屬於催眠術，有真偽二派。其真者，確有所見，人物皆可識，惟須請神送神，符咒多至數百種。神為青龍、白虎、朱雀、玄武、土地、城隍等。偽者則以鹼水圖人形於紙，噴以水而現形，即指為所圖之人，實不知誰何也。其施術之時，案所陳設，為香爐一，燭臺二，並黏白紙於案，亦有磨墨或燃燈者。其人必南面立，口中喃喃誦咒。誦可半時許，以兩手摩抄而拂紙，即有若螢火紛紛散落者成一鏡，使童男女視之，能放光明，追攝人所未見之迹，一一畢現。占盜賊者即現失物之地，作賊之人，行竊之狀，窩賊之家，匿賊之所。大抵失物之地，則人所共知，其所發現，如鏡取象，毫髮不爽。若行竊之狀，窩賊之家，匿賊之所，則人所不知，雖曲曲繪之，鑿鑿示之，不足徵信。至所指之賊，必本諸人心所默猜之人。又有以之治疾者，誠匪夷所思矣」。由此觀之，醫療非其主要功能。參徐珂，《清稗類鈔》（北京：中華書局，1984），頁 4579-4580。

<sup>23</sup>（清）姚雨蓀原纂，胡仰山增輯，《大清律例會通新纂》，頁 2589。

<sup>24</sup>（清）實錄館纂修，《仁宗睿皇帝實錄》卷 201，嘉慶十三年九月，收於《清實錄》，頁 674。

皆非屬妖術，純係有違人性的殘忍之舉。<sup>25</sup> 孔氏此見顯係將「妖術」之涵義限制在超自然黑暗力量之屬的結果，實則據前引針對圓光術治病之咨文與嘉慶十三年上的諭可知，清律所稱妖術除建基在超自然黑暗力量之術外，並包括了不符正統的醫藥之術。

又此條之注釋所謂妖術，似另包括了拐食他人幼孩之肉，蓋依《刑案匯覽》之記載：「拐得幼孩，開剝共食其肉，照採生折割科斷」，<sup>26</sup> 至於拐食他人幼孩之肉遭歸妖術之屬的判準為何，因未有進一步的資料可供參考，尙無法得知。

## （二）造畜蠱毒殺人條

在〈造畜蠱毒殺人〉中，關於妖術之律例有兩類，分別是蠱毒類與造魘魅符書咒詛類。

就清代司法言，蠱毒基本上係一種毒，無其他異能。依何耿繩在其《學治一得編》中所言：「採生折割、造畜蠱毒者，當究其方術得自何人」，<sup>27</sup> 可知在清代職司涉及司法之官員眼中，蠱毒之術係屬方術。吉同鈞引《唐律疏議》之說，謂蠱毒乃集合諸蟲置於一器內，久而相食，諸蟲皆盡，若仍在者為蛇，即為蛇蠱之類。<sup>28</sup> 據沈之奇所言，蠱毒種類甚多，有蛇蠱、鵝蠱、小兒蠱、金蠶蠱等。以蠱毒人，刻期必死，有期在數年之後者。又以金蠶蠱最毒，中之必死，閩、粵、川、黔諸處有之。<sup>29</sup>

由於蠱毒除害人外無他用，故清代律法之蠱毒相關規範甚為嚴密，對造畜者、教令造畜者、同居者、里長知而不舉者，皆有規範，其目的在於保護人免於蠱毒之害，並使造畜蠱毒之術不得流傳。可惜者，筆者未見有確定係屬蠱毒傷、殺人之清代案例，未能就其實務進一步探討。

就造魘魅符書咒詛，清律官註沿襲《唐律疏議》，認為魘魅與符書咒詛是兩項

<sup>25</sup> 孔復禮 (Philip Kuhn) 著，陳兼、劉昶譯，《叫魂：乾隆盛世的妖術大恐慌》，(台北：時英出版社，2006)，頁 121-122。

<sup>26</sup> 迷拐幼女折割跛替令其化錢，〈刑律·賊盜·略人略賣人〉，(清)祝慶祺、鮑書芸編，《刑案匯覽》卷 20，收入楊一凡、尤韶華整理，《點校本刑案匯覽全編》(北京：法律出版社，2007)，頁 1145。

<sup>27</sup> (清)何耿繩，〈例案簡明·人命·二〉，《學治一得編》，收於官箴書集成編纂委員會編，《官箴書集成》6 (合肥：黃山書社，1997)，頁 696。

<sup>28</sup> (清)吉同鈞，《大清現行刑律講義》，頁 167。

<sup>29</sup> (清)沈之奇註，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》下，頁 678。

事。魘魅者，指行魘勝鬼魅之術，如圖畫人像，雕刻人形，鑽心釘眼，縛手繫足之類；書符咒詛者，謂使用邪法，書符畫篆，或埋帖以招鬼崇，或燒化以托妖邪，並將所欲殺人之生年月日書寫咒詛之類。<sup>30</sup> 沈之奇並指出魘魅、符咒殺人之法皆是邪術，非立刻致人於死，或先損人耳目肢體，或先令人驚狂惑亂，而後方漸漸至死。<sup>31</sup>

就清代律法中之造魘魅符書咒詛相關律例，無論係依官註或私註，其立法目的皆在於保護人們的生命、身體，並使人們免於受造魘魅符書咒詛之苦。這樣的規定，必須以承認魘魅、符書咒詛之有效為前提，而清代亦確有以此為前提予以審理之魘魅、符書咒詛相關案件，<sup>32</sup> 惟清廷及其官員對魘魅、符書咒詛曾表達近似不可

<sup>30</sup> (清) 沈之奇註，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》下，頁 676。

<sup>31</sup> (清) 沈之奇註，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》下，頁 679。

<sup>32</sup> 例如在崇德三年(1638)之岳託貝勒兩位福金間之摘髮魘魅案：「岳託貝勒新福金訴其大福金於刑部，言大福金設食，召我近前，摘我額上一髮，似是魘魅之術，於是不食其食，還至室，令塔爾布往索所摘之髮，不與我必控訴。塔爾布曰，若出此言，爾首領不保矣。遂去，竟不還報，因遣兩婦人往索之。大福金亦遣兩婦人來言，適見爾髮上有蟻子，為爾捉之，誤摘爾髮，已於爾面前擲之矣，留爾髮何為。若聲言此事，彼此俱各不便。又遣包衣大準布祿、薩木哈圖，亦以此言來恐我。刑部訊之俱實，大福金應論死，塔爾布偏護大福金，恐嚇新福金，亦應論死。準布祿、薩木哈圖知二福金之事，不行舉首，應各鞭一百。奏聞。上曰……此事朕不親問，爾親王、郡王、貝勒、議政貝子、固山額真、承政、議政大臣可公同質之。於是眾議此係魘魅，罪在不赦。覆奏。上曰，此事恐有可疑處，命復審之。皆言無疑，仍以論死奏聞。上曰，此罪本不當赦，但其父已絕嗣，彼又有幼子，姑免死」，參(清)實錄館纂修，《太宗文皇帝實錄》卷 41，崇德三年三月至五月，收於《清實錄》，頁 545-1 ~ 546-1。以及同治四年(1865)之伯和濟雅請人咒詛巴林王那木濟勒旺楚克案：「又諭……此案已革台吉伯和濟雅將伊屬下楊得書等私放護衛先後共十三人，復勒派伊屬下人等捐送馬匹，索借銀兩。其念誦黑經，於圖內填寫之字，與巴林王那木濟勒旺楚克名字相通，跡涉咒詛，均經審實，並無屈抑。……喇嘛西拉聽從念經，於靈嘎鬼圖內字跡可疑，並不阻止。著與掌壇之喇嘛吉克默特，並描寫之喇嘛棍楚克扎布必里克圖，均杖八十，鞭責發落」，參(清)實錄館纂修，《穆宗毅皇帝實錄》卷 158，同治四年十月下，收於《清實錄》，頁 682-2 ~ 683-1。此需說明者，就所謂「黑經」，《嘯亭雜錄·黑經》有相關記載謂：「喇嘛有咒詛之術，凡蒙古有所爭鬥，必令其徒誦之，時有驗者，名曰黑經。然其掌壇番僧往往自斃，蓋邪術也」，參(清)昭槤撰，何英芳點校，《嘯亭雜錄》(北京：中華書局，1997)，頁 357。又《萇楚齋隨筆續筆三筆四筆五筆·隨筆·西域簡明名稱》亦有相關記載：「新疆界址：東界甘肅安西州，西界布魯特，南界西藏，北界科布多。東北界蒙古阿拉喜與喀爾喀，東南界蒙古與青海，西北界哈薩克，西南界布魯特與圖伯特及克什米爾。此種邊外夷人習巫蠱，念黑經」，參(清)劉聲木撰，劉篤齡點校，《萇楚齋隨筆續筆三筆四筆五筆》(北京：中華書局，1998)，頁 14。綜而觀之，「黑經」應係指盛行於新疆、蒙古之咒詛用經典。



知論之說，<sup>33</sup> 以及批其不足信，<sup>34</sup> 故清廷及其官員對魘魅、符書咒詛之有效與否，未有一致之立場。雖然如此，清廷及其官員多半或隱或顯地承認魘魅、符書咒詛之有效，而這般立場不一致的情況，似乎未對造魘魅符書咒詛條之實際運作造成困擾。

在保護人們的生命、身體，並使人們免受妖術之苦外，清廷對妖術之惑人或惑眾效果向來極為在意，屢屢於妖術之相關律文詮釋中提及防範妖術惑人或惑眾之重要，惟就造魘魅書符咒詛之禁止規範卻未有如此，一字未提魘魅、書符咒詛所可能造成的風化問題。官方記載中雖有幾則上諭論及咒詛惡風，惟所論皆非漢地，如述大、小金川咒詛風氣之盛，風化不佳，或言邪不勝正，或言行邪術終究作法自斃，<sup>35</sup> 或請清廷認可之藏傳佛教僧人駐在當地教化，設法徐消當地咒詛之風。<sup>36</sup> 這些上諭非屬司法性質，所呈現之內容另雜有政治、軍事邊防上之考量，至多反映出清廷確實認為咒詛風氣恐造成當地的風化問題。是何原因造成這樣的差異？尚需進一步的研究。

值得注意者，就筆者所見之造魘魅符書咒詛相關案件，可發現於清代司法實務中，欲適用造魘魅符書咒詛之禁止規範，需先確認案中之魘魅、符書咒詛之舉為真實、能有效。在《刑案匯覽》中之「賄買將人咒死不期謀殺人命」一案裡，許全

<sup>33</sup> 在康熙四十七年（1708）之直郡王允禔令蒙古喇嘛鎮厭皇太子允礽一案中，康熙曾謂：「朕詳思其故，皇太子前因魘魅，以至本性汨沒耳。因召置左右，加意調治，今已痊矣。朕初謂魘魅之事，雖見之於書，亦未可全信。今始知其竟可以轉移人之心志也」，參（清）實錄館纂修，《聖祖仁皇帝實錄》卷 235，康熙四十七年十月至十二月，收於《清實錄》，頁 352-1。不過就此案言，康熙終究承認了魘魅確有效果。

<sup>34</sup> 如乾隆四十一年（1776）之一則上諭謂：「至爾崇尚佛法，信奉喇嘛，原屬番人舊俗。但果秉承黃教，誦習經典，皈依西藏達賴喇嘛、班禪喇嘛，修持行善，為眾生祈福，自無不可。若奔布喇嘛，傳習咒語，暗地詛人，本屬邪術，為上天所不容。即如從前沃克、什土司，因有詛咒鎮壓僧格桑之事，屢經兵革，若非大兵救援，幾至滅亡。又如索諾木、令都角堪布喇嘛等咒詛將軍大臣，今大功告成，將軍大臣等班師奏凱，受朕重恩，而索諾木等及所用之喇嘛等，俱解京共受重罪，均不能保其軀命。咒詛之不足信，欲害人而適以自害，更顯然可見矣」，參（清）實錄館纂修，《高宗純皇帝實錄》卷 1004，乾隆四十一年三月上，收於《清實錄》，頁 463。

<sup>35</sup> 同註 32。

<sup>36</sup> 如乾隆三十九年（1774）之一則上諭謂：「因思前此德爾格忒白玉寺，請赴軍營念經之斯第呼圖克圖大徒弟噶爾瑪噶什等三人，曾在兩路軍營念經，阿桂等稱其頗有梵行，或於此內擇其最優者在噶拉依新廟居住，管束眾喇嘛，並可令留住之人來京親謁，承受恩賚，潛移默化，徐消兇悍咒詛之邪術，似為妥便。以此諮之章嘉呼圖克圖，深以為然」，參（清）實錄館纂修，《高宗純皇帝實錄》卷 968，乾隆三十九年十月上，收於《清實錄》，頁 1209-2-1210-1。

氏恨許么兒，並誤信章泳芳能將許么兒咒死，遂付錢予章泳芳，請其咒許么兒，豈知章氏係欺許全氏無知，實無詛咒致許么兒於死之能，在章氏咒詛實屬無效之情況下，章氏遂撻斃許么兒，詐作咒死。就此案，刑部說帖謂就章泳芳應依謀殺十歲以下幼孩例擬斬立決，而許全氏雖不知章氏謀殺許么兒之實情，但許全氏欲殺許么兒之心不因之而有異，應依謀殺人從而不加功律處斷，原判將許全氏依造魘魅符書咒詛殺人已行未傷人爲從處斷，並不適當。<sup>37</sup>又在《續增刑案匯覽》中之「主令呪死人致被人符咒誑騙」一案裡，袁布扎布請烏巴什咒詛哈斯巴咱爾，而烏巴什供認其非真能作法；山都布多爾濟請那旺尊對咒詛其胞兄、繼母及姪，惟該咒詛逾那旺尊對聲稱能生效之期仍未生效。就此情形，理藩院認爲前者係一騙局，後者顯係虛誕，故不宜適用造魘魅符書咒詛之禁止規定，而應各照謀殺已行律量減問擬。<sup>38</sup>在「賄買將人咒死不期謀殺人命」一案中，刑部說帖雖未討論原判何處不妥，但顯可見章泳芳之咒詛虛僞不實此一事實，使刑部對許全氏與章泳芳直接排除了造魘魅符書咒詛之禁止規範的適用。在「主令呪死人致被人符咒誑騙」一案裡，烏巴什與那旺尊對所行咒詛之虛誕不實，亦使理藩院對該二人排除了造魘魅符書咒詛之禁止規範的適用。由此可知，當咒詛遭證明爲僞，不論係基於施咒者之供稱或依施咒者提供之標準判斷，即不宜適用造魘魅符書咒詛之禁止規範。

當然，犯罪手段之真實、能有效，本就係適用相應之行爲規範的前提，只是就咒詛之類事，欲證明其真實、能有效，大爲不易。如何方能知案中之魘魅、符書咒詛係真實、能有效？前引「主令呪死人致被人符咒誑騙」一案提供了清代司法實務上的一種判斷方法，即參行魘魅、符書咒詛者所言之標準，如那旺尊對言其咒詛將於三個月內生效，此即其所提出之標準，逾期未生效即可謂其咒詛係僞。只是此一方法仍有缺點，其一，此法未能用於行魘魅、符書咒詛已行未傷之案件，蓋既未傷，自無可供判斷之客觀有效徵兆；其二，行魘魅、咒詛符書者所言之標準或模糊，或有諸多但書，<sup>39</sup>未必皆如前引「主令呪死人致被人符咒誑騙」一案般有

<sup>37</sup> 賄買將人咒死不期謀殺人命，〈刑律·人命·謀殺人〉，(清)祝慶祺、鮑書芸編，《刑案匯覽》卷22，收入楊一凡、尤韶華整理，《點校本刑案匯覽全編》，頁1240-1241。

<sup>38</sup> 主令呪死人致被人符咒誑騙，〈刑律·人命·造畜蠱毒殺人〉，(清)祝慶祺編，《續增刑案匯覽》卷8，收入楊一凡、尤韶華整理，《點校本刑案匯覽全編》，頁432。

<sup>39</sup> 此所謂諸多但書，指行魘魅、咒詛符書者爲其所施之術的無效提出多種解釋，這些解釋包括如儀式表演上的疏忽、觸犯禁忌、有人以反巫術對消等，參Bronislaw Malinowski著，朱岑樓譯，《巫術、科學與宗教》(台北市：協志工業叢書出版股份有限公司，2006)，頁110。Bronislaw Malinowski係將這些解釋作爲巫術失敗獲得諒解的原因，筆者則係視之爲增加判斷魘魅、符書咒詛之真實有效與否的困難度之因。

明確的標準。欲判斷魘魅、符書咒詛真實、能有效與否仍非易事。兼以行魘魅、符書咒詛一般皆相當隱密，不易發現，可以想見實務上適用造魘魅符書咒詛之禁止規範的機會不多。

### （三）〈庸醫殺傷人〉之異端法術醫人附例

此條附例係針對以異端法術醫人致死或未致死之行爲予以禁止，其目的在保障患者之生命與身體安全。據此例官註所言，此等託異術爲人治病之舉（如圓光畫符之類）與左道惑眾者不同，然因此條附例本載在師巫邪術門，在適用上往往引起誤會，致依左道惑眾定擬，實有未妥，故分別在雍正三年（1725）、嘉慶六年（1801）制定、修改此例。質言之，係指不符正統的醫藥之術。

此處所謂異端法術，具體而言，依直接適用此例之清代司法案例記載，主要係指圓光術之類非正統的畫符治病之法，<sup>40</sup> 另包括用烏鎗或鋤刀治病者。<sup>41</sup>

## 三．清末刑律修訂下之妖術殺傷人類律文的遭廢

如本文開始所言，十九世紀末、二十世紀初的清朝，面對內憂外患，或因受迫，或因自覺，作出了多項改革，刑律之修訂即其中之一，而修訂之成果，即《大

<sup>40</sup> 道光十年（1830）有一成案謂：「提督 奏送伊趙氏以滿洲孀婦出家為尼，自稱釋迦道人，念咒書符，給人治病，並令掛匾及施助修廟錢文藉圖漁利，實屬詐妄。伊趙氏應勒令還俗，照端公道士作為異端法術醫人未致死例，杖一百流三千里。……道光十年廣東司案」，參「婦女念咒書符給人治病」，〈刑律·人命·庸醫殺傷人〉，（清）祝慶祺編，《續增刑案匯覽》卷9，收入楊一凡、尤韶華整理，《點校本刑案匯覽全編》，頁468。又道光五年（1825）有一成案謂：「提督 奏送劉慶會畫符治病，訊止圖騙錢文，並無邪言惑眾情事，玉匣記係民間習用之書，不在例禁，該犯照書描寫，與實在詐為異端法術、捏造符錄者有間，應照異端法術畫符等類醫人未致死擬流例，量減一等，杖一百，徒三年。道光五年貴州司案」，參「玉匣記畫符治病騙錢」，〈刑律·人命·庸醫殺傷人〉，（清）祝慶祺編，《續增刑案匯覽》卷9，收入楊一凡、尤韶華整理，《點校本刑案匯覽全編》，頁468，據此二成案，可知此條所謂異端法術主要係指圓光術之類非正統的畫符治病之法。

<sup>41</sup> 嘉慶十三年之一則上諭謂：「諭內閣、本日勾到奉天省情實人犯。內狡犯多爾吉怕郎窪、宋存信、陞保三名、俱習學邪術治病。或用烏鎗。或用鋤刀。致將病人傷斃。經刑部依異端法術醫人致死例、擬絞情實……以醫師劑藥。古有明文。豈有火器金刃能療治疾病之理」，參（清）實錄館纂修，《仁宗睿皇帝實錄》卷201，嘉慶十三年九月，收於《清實錄》，頁674。由此可知，所謂異端法術醫人尚包括用烏鎗或鋤刀治病者。

清新刑律》。在這修訂過程中，妖術傷、殺人類律例之遭到廢除，不但未引起任何爭論，似亦為學界所忽視。以下就其遭廢緣由做一探討。

參現存之《大清新刑律》修訂相關立法史料，未有明確說明廢除妖術傷、殺人類律例之理由。對妖術傷、殺人類律例的無爭議廢除，若基於近代法學家的「想當然爾」，當是晚清修律繼受以科學主義<sup>42</sup>為基礎之近代刑法學的結果。對此，近代刑法學家蔡樞衡即有一段偏向近代刑法學視角的簡短論述：「明、清律〈造畜蠱毒〉條……在清《新刑律》以後的刑法中，這類迷信犯屬於不能發生結果的未遂犯，亦即所謂不能犯，得減輕處罰。《刑法》第二次修正案改為得減得免這個方針後，為一九二八年《刑法》所承襲。一九三五年《刑法》在增加『又無危險』四字限制後，改為必減和得免」，<sup>43</sup>從蔡氏的論述中，可知其認為自《大清新刑律》始，基於近代之刑法學，行蠱毒之術、造魘魅符書咒詛乃屬迷信犯，不可能造成實害，亦因此，在處刑上向必減、得免發展。暫不論民國時期之刑法如何，《大清新刑律》本身並未針對迷信犯而有具體規定，蔡氏此說亦未有提出史料方面的證據，清末修律諸公是否如蔡氏般採迷信犯之刑法理論，仍不無疑義。

事實上，儘管科學已於明清傳入中國，於晚清中國有一批知識分子、宗教人士致力於藉由政治哲學評論、社會改革小說<sup>44</sup>及宗教反迷信論述，宣揚破除包括造魘魅符書咒詛在內之種種迷信（至於基於科學這些「迷信」是否真為迷信，於此暫不具論），<sup>45</sup>近代刑法學亦在晚清傳入中國，但晚清中國之律例之學的專家未必逕將採

<sup>42</sup> 關於科學主義在近代中國之發展，可參郭穎頤著，雷頤譯，《中國現代思想中的唯科學主義（1900-1950）》（南京市：江蘇人民出版社，2010），以及楊國榮著，《科學主義：演進與超越——中國近代的科學主義思潮》（台北市：洪葉文化事業有限公司，2000）。關於對中國科學主義之評論，可參葉闓，〈中國科學主義的討論〉，收於氏著，《科學主義批判與技術社會批判》（台北：淑馨出版社，1996），頁202-223。

<sup>43</sup> 蔡樞衡，《中國刑法史》（南寧：廣西人民出版社，1983），頁212。所謂「迷信犯」，係近代刑法學之概念，意指行為人以顯然欠缺自然法則之知識，妄想以「非實在性（irrealen）」，即非人類能力所能控制與支配的方法，而希望法益侵害結果之實現者。參蘇俊雄，《刑法總論》II（台北：自版，1997），頁373。一般認為試圖以黑巫術傷、殺人之舉屬之。至於對黑巫術不合乎自然法則之判斷，實際上究竟是基於科學主義抑或是基於科學，恐有爭議，惟此問題不在本文之研究範疇內，故茲置之不論。

<sup>44</sup> 關於晚清反迷信之社會改革小說，可參賴芳伶，〈晚清迷信與反迷信小說〉，《中外文學》19：10（台北：中外文學月刊社，1994），頁33-60。

<sup>45</sup> Rebecca Nedostup, *Superstitious Regimes: Religion and the Politics of Chinese Modernity* (Cambridge: Harvard University Asia Center, 2009), pp.13-14. 這些破除迷信的嘗試，係屬晚清下層社會之啟蒙運動的一部，而關於晚清下層社會之啟蒙運動，可參李孝悌，《清末的下層社會啟蒙運動：1901—1911》（台北：中央研究院近代史研究所，1998）。

生折割、蠱毒之術、造魘魅符書咒詛、異端醫療法術視為迷信。<sup>46</sup> 清末陝派律學大家吉同鈞，<sup>47</sup> 即於其《大清現行刑律講義》中針對〈造畜蠱毒殺人〉表示：「外國不設此律者，想亦該括於謀殺律內也」，並就〈採生折割人〉表示：「外國刑法不設此專條，豈真絕無其事哉？蓋以謀殺已擬死罪，無可復加，故凡一切殺人之罪，皆可統於謀殺律內」，<sup>48</sup> 簡言之，吉氏認為外國立法例係將〈採生折割人〉、〈造畜蠱毒殺人〉所規範之行為以謀殺罪條概括規範之。<sup>49</sup> 此即表示其未將採生折割、蠱毒之術、造魘魅符書咒詛劃歸迷信。

既然晚清中國之律例之學的專家未必逕將採生折割、蠱毒之術、造魘魅符書咒詛、異端醫療法術視為迷信，實不宜逕謂妖術傷、殺人類律例的遭廢，係晚清修律繼受以科學主義為基礎之近代刑法學，而將這些「妖術」視為迷信的結果。觀前述吉同鈞於其《大清現行刑律講義》中針對〈採生折割人〉、〈造畜蠱毒殺人〉之詮釋，其間接透露了此二條遭廢的部分可能原因，在於就〈採生折割人〉、〈造畜蠱毒殺人〉所規範之行為，以《大清新刑律》中之殺人罪條足可概括規範之。<sup>50</sup> 吉氏曾任教於京師法政學堂、京師法律學堂及大理院講習所，門生眾多，其著作並廣為外省法政學堂所採用，可以想見吉氏在當時的法律界有一定的地位與影響力，其對〈造畜蠱毒殺人〉條的認識與詮釋，或為當時部分法界人士所認同。又吉氏曾參與清末修律，其他修律諸公可能有受吉氏影響或本就持此一認識與詮釋者，亦未可知。

<sup>46</sup> 所謂「迷信」，係相對於「正信」而言，而究竟係正係迷，其判斷標準是相對的而非絕對的。舉例而言：對基進之基督徒來說，基督教信仰係正信，餘者皆迷信；對科學主義者言，科學能證明為真者，方為正信，餘者皆迷信。又知識界、國家觀點、民眾生活世界對迷信之認知亦有歧異。相關討論可參李季樺，〈台灣「常識」的考察：1920-1930 年代初「迷信」的分析〉，《台灣風物》52：2（台北：臺灣風物雜誌社，2002），頁 57-69；陳美燕，《迷信與俗民宗教信仰——一個言說現象的反省與批判》（新竹：國立清華大學社會人類學研究所碩士論文，1991），頁 2-8；Askevis Leherpeux 著，曾義治譯，《迷信》（台北：遠流出版事業股份有限公司，1989）。本文所謂之迷信，主要係基於晚清、民國之司法實務觀點而言。

<sup>47</sup> 關於吉同鈞之研究，可參俞江，〈傾聽保守者的聲音〉，《讀書》（北京：三聯書店，2002），頁 53-60；李欣榮，〈吉同鈞與清末修律〉，《社會科學戰線》2009：6（長春：社會科學戰線雜誌社，2009），頁 128-134。

<sup>48</sup> 吉同鈞，《大清現行刑律講義》，頁 165。

<sup>49</sup> 吉同鈞，《大清現行刑律講義》，頁 168。

<sup>50</sup> 此需指出者，《刑律草案》、《修正刑律草案》、《大清新刑律》中皆不區分謀殺與否，而純以「殺人」為構成要件。

吉氏之說雖有一定的影響力，然這並不表示清末負責修律之諸公及其他法律界人士全不知近代刑法學視巫術為迷信。蓋晚清修律標榜博參包括俄國在內之各國刑律，而一九〇三年之俄國刑法第四十九條第四項已規定，以明確無效的手段或迷信的手段未遂的未遂犯，不處罰，且此所謂迷信之手段包括了魔法咒詛。<sup>51</sup> 若然如此，則當時之修律諸公與法律界人士視採生折割、造魘魅符書咒詛、異端醫療法術為迷信者或亦有之。所惜者，目前尙未見相關資料可資做進一步的確認。可以確定者，在晚清法律界，認為這些「妖術」有效或係迷信之觀點皆存在，惟妖術傷、殺人類律例之遭廢究竟係何緣由，仍未可確定。《大清新刑律》既未如前述俄國刑法般明文將以妖術為手段的傷、殺人之行為歸屬於不能未遂，就該種行為可否適用《大清新刑律》之殺人罪條或傷害罪條此一問題，對「妖術」信與不信者皆有詮釋的空間。

清末修律諸公係如何處理妖術傷、殺人類律例之廢除呢？有兩種可能。其一，若晚清修律諸公未將妖術傷、殺人類律例所禁之舉視為迷信，則其相當可能基於這些行為的傷、殺人特質而將之歸由近代化的殺人罪條概括規範，蓋一方面觀1907年的《刑律草案》第二百九十九條殺人罪條所附之沿革，即包括了〈採生折割人〉、〈造畜蠱毒殺人〉條；另一方面，繼受近代化刑事立法的結果，《大清新刑律》不再依循傳統客觀具體主義式之體例，而採取相對抽象、概括的近代體例，因此，在傳統清律中龐雜而具體的舊式律文所針對之情事，多可分別歸由各相對抽象而概括的近代化規定規範之。其二，若晚清修律諸公視「妖術」為迷信，則自無須特立專條，廢去便可。

#### 四·民國元年至民國二十四年之刑法下的妖術殺傷人

民初之《暫行新刑律》大致承繼《大清新刑律》，之後又歷經民國十七年、二十四年兩次主要的修訂，中國近代化刑法之內容、編排終於底定。在這段時期，

<sup>51</sup> 趙欣伯，《中華民國刑律論》（奉天：法學研究會，1928），頁333。日本普文學會著，共和法政學會編譯部譯，《新刑法問題義解》（上海：共和法政學會編譯部，1913），頁39。值得一提者，在西方世界諸國中，於法律上認為巫術係一種罪行者，以西班牙與愛爾蘭持續最久，西班牙在1780年燒死了一名男巫，愛爾蘭則至1821年方廢除反巫術法。更有趣的是，對黑魔法之信念的消除，非係透過對此之辯論，而係透過普及法治。參Bertrand Russell著，徐奕春、林國夫譯，《宗教與科學》（北京：商務印書館，2010），頁56。

妖術殺傷人之舉在中國近代化刑法上的定位亦趨於明確，純就法而言，這與迷信犯之說的流行分不了關係。當然其背後更大的背景，乃晚清至民國時期，政府對近代化之致力追求。

## （一）迷信犯之說的流行

迷信犯此一近代刑法學之概念及其相關理論究竟係何時傳入中國？今已難考。目前可見之清末刑法講義或教科書，似皆未有特別對妖術屬迷信之犯罪行為手段與否的問題表達過立場，岡田朝太郎在京師法律學堂講授《大清新刑律》之講義，對此亦未置一詞。然誠如前所言，晚清修律標榜博參包括俄國在內之各國刑律，而一九〇三年之俄國刑法已視魔法咒詛為迷信，<sup>52</sup> 故當時負責修律之諸公及其他法律界人士應無全然不知近代刑法學視巫術為迷信的可能。由於《大清新刑律》始終未曾施行，終清之世，朝廷律典一直承認妖術之存在與有效性，但基於近代刑法學而於刑法上視巫術為迷信之觀點的傳入，對晚清大理院及各地審判廳的司法實務可能有一定程度的影響。惜筆者翻閱可見之晚清大理院及各地審判廳的司法實務案件資料，未見有相關記載，無法做進一步的確認與分析。

在近代中國，基於近代刑法學而於刑法上視巫術為迷信之觀點，真正發揮其影響力應係始於民國時期。民初之《暫行新刑律》大致承繼了《大清新刑律》，與妖術傷、殺人相關之未遂犯、殺人罪及傷害罪之規定更是完全承繼下來，如前述吉同鈞般之詮釋似已不復得見。刑法學者基本上將採生折割、蠱毒之術、造魘魅符書咒詛、異端醫療法術視為迷信，如趙欣伯即於其《中華民國刑律論》中表示：「譬如迷信者，以殺人意思，剪成紙人，向之為咒語等，結果絕對的不能，仍是欠缺犯罪客觀的要素」。<sup>53</sup> 至二十世紀的三〇年代，迷信犯之說已為司法實務界所採，蓋當時曾任大理院推事的郭衛、曾任大理院庭長的陳瑾昆，皆在其於當時出版的刑法總則教科書中採用了迷信犯之說，如郭衛曾表示：「例如求神許願，冀利用神力以加誅戮於某人，是其行為之實質，在行為者主觀的評量及一般人之觀念，均未能確認其行為足以發生殺人之效力，是其行為不具有危險性，則為殺人之不能的行為」。<sup>54</sup> 陳瑾昆則曾表示：「故如依詛呪或放蠱以圖殺人者應否認為著手未遂，

<sup>52</sup> 趙欣伯，《中華民國刑律論》，頁333。日本普文學會著，共和法政學會編譯部譯，《新刑法問題義解》，頁39。

<sup>53</sup> 趙欣伯，《中華民國刑律論》，頁332。

<sup>54</sup> 郭衛（元覺），《中華民國刑法總則釋義》（上海：上海法學編譯社，1931），頁270。

要視社會觀念如何以決定之，不過詛呪在正當社會觀念，已當認為無法定殺人形態之資格，此種迷信犯，不能認為成立未遂罪而已」。<sup>55</sup> 值得一提者，南京國民政府在 1928 年推行了所謂「破除迷信運動」，<sup>56</sup> 此運動與司法實務界採用迷信犯之說或有一定程度的相互影響。

必須一提者，如前所述，清代司法界將蠱毒視為毒，並認為其無超自然之異能，然在清末民初以來的刑法近代化過程中，清代司法界視蠱毒為毒之觀點未有沿襲下來。民國司法界並未針對清代司法實務視蠱毒為毒的觀點認蠱毒為迷信，而是直接基於科學主義，針對民間傳說視蠱毒具超自然異能的觀點認蠱毒為迷信，<sup>57</sup> 進而認為造畜蠱毒殺人之舉係屬迷信犯。若清代司法對蠱毒之觀點在刑法近代化的過程中沿襲下來，則蠱毒之術未必會被認為係屬迷信，以蠱毒傷、殺人之行為未必會遭視為迷信犯。

## （二）民國刑法（1912-1935）與迷信犯

既然採用迷信犯之說已成趨勢，接下來則要問：據當時之刑法，對於妖術傷、殺人之行為應如何處理呢？除就採生折割人有殺人罪、傷害罪等保護人之生命、身體的規範可資適用外，《暫行新刑律》、舊刑法及新刑法對迷信犯皆未有直接明文規定。迷信犯與不能犯、未遂犯之關係密切，在理論基礎上向來眾說紛紜，<sup>58</sup> 本文不擬涉入其間之爭議，茲僅依民國刑法之相關規範與二十世紀三〇、四〇年代之刑法教科書的記載，就此問題略作探討。

《暫行新刑律》大致承繼《大清新刑律》，在未遂犯之理論基礎上，據 1907

<sup>55</sup> 陳瑾昆，《刑法總則講義》（北平：好望書店，1934），頁 284。

<sup>56</sup> 關於「破除迷信運動」，可參三谷孝，〈南京政權と「迷信打破運動」(1928-1929)〉，《歷史學研究》455（東京：青木書店，1978）；Rebecca Nedostup, "Religion, Superstition and Governing Society in Nationalist China" (PHD diss., Columbia University, 2001).

<sup>57</sup> 當時對蠱毒之研究，主要係針對苗族的放蠱傳說作田野調查，多半先描述蠱毒之神秘，能殺人於無形，並提出其調查所得與可能的解釋，而後對之存疑或斥之為迷信，如李植人的〈苗族放蠱的故事〉、陳國鈞的〈苗族的放蠱〉即係如此。由此，可以推測當民國司法界面對蠱毒案件時，其所想到者係民間傳說中具超自然之異能的蠱毒，特別係苗族的放蠱。又關於民間對蠱毒之看法，可參鄧啟耀，《巫蠱考察——中國巫蠱的文化心態》（台北：漢忠文化事業股份有限公司，1998），頁 87-198。鄧氏此著雖未區別蠱毒與巫蠱，但所蒐資料豐富，值得參考。

<sup>58</sup> 關於不能犯與迷信犯之關係，學界素有爭議，可參川端博著，余振華譯，甘添貴監譯，《刑法總論二十五講》（台北：元照出版公司，1999），頁 277-285。



年之《刑律草案》的原案理由所載，係採主觀主義，即若依行為人之外部行為可推知其有犯罪之意思，即成立未遂罪，並認為不能犯應與一般未遂同論。依二十世紀三〇年代的民國法學家兼律師趙琛所言，不能犯可分為絕對的不能與相對的不能，絕對的不能又可分為目的的絕對不能與手段的絕對不能，以迷信為犯罪手段（如祈禱神祇，求其誅讎己所欲殺之人）即屬其中之手段的絕對不能。由此可知，在採主觀主義之《暫行新刑律》下，屬手段之絕對不能的迷信犯應與一般未遂同論而予以處刑。<sup>59</sup> 同時期之法學家趙欣伯亦採相類看法，其謂：「主觀主義是著眼於犯罪的決意及實行，所以未遂的不能，無論是絕對的、相對的，都可以處罰。……我國暫行新刑律採主觀主義」。<sup>60</sup> 簡言之，依《暫行新刑律》第十七條第三項之規定，就迷信犯亦應處刑，得減既遂罪之刑一等或二等。<sup>61</sup>

就舊刑法言，與迷信犯相關者乃其第四十條第一項但書之規定：「但犯罪之方法決不能發生犯罪之結果者，得減輕或免除本刑」。<sup>62</sup> 就此條規定，趙琛認為由於其將減輕或免除本刑之權交由法官酌情斷定，故舊刑法於此已改採主客觀折衷說。<sup>63</sup> 至於迷信犯是否可適用此條但書，陳瑾昆就此認為迷信犯不能成立未遂罪，故不罰，<sup>64</sup> 由此可知，迷信犯應不適用此條。鑒於陳氏的司法實務經歷，當時之司法實務或以此說為尚。

就新刑法言，與迷信犯相關者乃其第二十六條但書之規定：「但其行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，減輕或免除其刑」。<sup>65</sup> 有學者認為此係基於折衷印象理論之立場而來之規定。<sup>66</sup> 就迷信犯是否可適用此條但書，趙琛認為：「且但書所舉之不能犯，並非不罰之不能犯，法官仍應注視其主觀之惡性，以為處罰之標準。……犯罪方法出於迷信，絕對不能發生結果，又絕無危險者，為迷信犯。其

<sup>59</sup> 趙琛，《新刑法原理》（上海：中華書局，1930），頁272、275。

<sup>60</sup> 趙欣伯，《中華民國刑律論》，頁332。

<sup>61</sup> 黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》（台北：元照出版公司，2010），頁382。

<sup>62</sup> 黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》，頁889。

<sup>63</sup> 趙琛，《新刑法原理》，頁275。趙氏此所謂主客觀折衷說，係指舊刑法以罰不能犯為原則，而就絕對的不能犯，無論是罰、是減輕、還是免除，皆交由法官酌情斷定，故可謂原則上採主觀說，而就絕對的不能犯有採客觀說之空間。

<sup>64</sup> 陳瑾昆，《刑法總則講義》，頁284。

<sup>65</sup> 黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》，頁1193。

<sup>66</sup> 余振華，〈刑法未遂犯之變更及適用問題〉，收於氏著，《刑法深思·深思刑法》（台北：元照出版有限公司，2005），頁105。所謂折衷印象理論，認為未遂犯之處罰基礎在於行為人以未遂行為顯露出其與法規範相違背之主觀意思，而此種客觀可見之未遂行為足以引起社會大眾之不安感。詳參同文。

主觀上認識錯誤，又無危險，故亦不罰，如所禱神祇，以求他人速死者，不可依不能犯之規定處罰是也」，<sup>67</sup> 由此可知，迷信犯係屬不罰之不能犯，不適用新刑法第二十六條但書之規定。鑒於趙氏的司法實務經歷，當時之司法實務或以此說為尚。

儘管當時迷信犯之說逐漸流行，但未得見相關之司法案件記錄。在兩篇分別記載了民國十七年與民國三十年（1941）的兩件蠱毒殺人司法案件的苗族民族誌調查中，則是顯示出當時仍有以司法力量介入蠱毒殺人案件的情形。據記載，在民國十七年的鳳凰縣，有一苗人，其二子相繼身亡，疑為同寨蠱婦作祟，後告官抄搜該蠱婦之家，搜出一瓦罐，內有蛇、鼈、蝦蟆等物，並有紙剪人形，因證據確實，即將該蠱婦槍斃。<sup>68</sup> 此案並透露出鳳凰縣府將蠱毒與魘魅混為一談，蓋其以紙剪人形為該案證據之一，而紙剪人形基本上乃魘魅所用。至於另一案，乃一位苗族婦女遭控以蠱殺害一名四歲男童，遂為縣府拘入監獄，該誌作者赴當地調查時，這位婦女仍在獄中。<sup>69</sup> 由於資訊不足，就當地縣府後來如何處置該蠱婦，難以確知。由此兩案可知，雖迷信犯之說當時已成主流，但仍有不到之處。或許因苗族居住之地風土民情特殊，蠱毒特別為人所懼，故就蠱毒案件必須當真處理，以求安定。

## 五·餘波蕩漾

隨著迷信犯之說的傳入與流行，清代司法所謂之妖術至少在民國司法之應然面上，係遭視為迷信而予以處理。儘管如此，就清代司法所謂妖術中之採生折割人與異端法術醫人，在民國刑法中仍有直接或間接之禁止規範，以下即就此略作探討。

### （一）採生折割人之禁止規範的復立與再廢

若觀民國十七年修訂而成之舊刑法，會發現一令人疑惑的現象，即採生折割人禁止規範之復立。其實採生折割人禁止規範之復立早有跡可循，其在民國七年（1918）之《刑法第二次修正案》中已然出現。其復立是否代表了妖術之有效性

<sup>67</sup> 司法院法官訓練所主編，趙琛編著，《刑法總則》（上海：商務印書館，1944），頁126-127。

<sup>68</sup> 凌純聲、芮逸夫，《湘西苗族調查報告》，收於張研、孫燕京主編，《民國史料叢刊》713（鄭州：大象出版社，2009），頁236。

<sup>69</sup> 李植人，〈苗族放蠱的故事〉，收入陳國鈞等著，《貴州苗夷社會研究》（台北：東方文化書局，1973），頁255-256。

再度獲得當時之中國刑法的肯定？並非如此。其復立主要係基於採生折割人之殘忍屬情節重大，故特立專條，至於行為人所欲遂行之妖術是否有效非在考慮之列。民初法學家江鎮三即曾就復立之該條指出：「考各國刑法所謂重大情節者，約分為下列四種……（二）因殺死之方法者，例如刺殺、毒殺及有兇殘行為等……我國清律亦大同小異，故本法參酌中外法律，認謀殺人及慘殺人者為殺人重大情節之一，仍與故殺人者分別規定處罰，對於故殺人者，處死刑、無期徒刑、十年以上有期徒刑，而對於謀殺人及慘殺人者，則加重處以唯一之死刑焉」，其中所謂慘殺，依舊刑法第二百八十四條之規定，即包括採生折割人。<sup>70</sup> 值得一提者，江氏所謂清律亦大同小異，係指清律與民國十七年修訂完成之舊刑法皆以採生折割人之殘忍為立法禁止之理由，實則除此之外，清律更重視採生折割之妖術惑人，除針對行為人外，其另有針對行為人之同居者的規範。其實不論刑法上採迷信犯之說與否，妖術都有惑人之可能，惟復立之採生折割人禁止規範對此問題未如清律般有所規範。

至民國二十四年，舊刑法之採生折割人禁止規範再度遭廢，由殺人罪條、傷害罪條概括規範之。其情節重大之特性，由法官在量刑時處理之。

## （二）對異端法術醫人之預防

在《大清新刑律》中，禁止異端法術醫人之例已遭廢除，惟對異端法術醫人之行為仍有條文可資預防之用。依《大清新刑律》第三百〇八條之規定：「未受公署之允准，以醫為常業者，處五百圓以下罰金」，<sup>71</sup> 此條雖非直接針對異端法術醫人之行為而立，但其立下了行醫者之資格限制，即需經官署核准方得行醫，如此，可以想見以異端法術醫人者必定資格不符，而間接受到管制。民初之《暫行新刑律》的第三百〇八條完全承繼了此條規範。<sup>72</sup>

民國十一年（1922），北京政府頒布《管理醫師暫行規則》，內有領受醫師執照之資格規定，簡言之，須係具備國內或國外之醫科大學或醫科專門學校之畢業文憑，並經教育部核准註冊或給予證書者，或係具備國內之醫術開業證書，經教育部核准者，抑或係具備國外之醫術開業證書，經外交部證明者。翌年，廣東國民政府亦頒布了內容大致相同的規則。<sup>73</sup>

<sup>70</sup> 江鎮三，《刑法各論》（上海：華通書局，1930），頁248-249。

<sup>71</sup> 黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》，頁344。

<sup>72</sup> 黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》，頁478。

<sup>73</sup> 胡勇，〈民國時期醫生之甄訓與評核〉，收於余新忠主編，《清以來的疾病、醫療和衛生：以

至民國十七年，《暫行新刑律》遭廢，代之以舊刑法，《暫行新刑律》第三百〇八條之規範內容未見於舊刑法。至民國十八年（1929），《醫師暫行條例》制定完成，其第二條謂：「其未經核准給證者，不得執行醫師之業務」、第二十一條謂：「醫師於業務上，如有不正當行為……應由該管官署交由地方醫師會審議後，暫令停止營業」，<sup>74</sup> 填補了《暫行新刑律》第三百〇八條的空缺，並有進一步相對專門而周詳的規範。《醫師暫行條例》中的這兩條規範，雖亦非直接針對異端法術醫人之行為，然配合同時期之民國十七年的《廢除卜筮星相巫覡堪輿辦法》、民國十八年的《嚴禁藥籤神乩方案》，對異端法術醫人這類「迷信」醫療行為無疑提高了一定程度的針對性。

自前二段敘述中，我們發現到對異端法術醫人之行為，自《大清新刑律》始，至民國二十四年止，中國刑法基本上不再對此有直接且具針對性的規範。《大清新刑律》、《暫行新刑律》、《管理醫師暫行規則》、《醫師暫行條例》所具之相關規範，主要係將個別醫者行醫之舉的合法性的有無，交予政府相關單位決定。直至民國十七、十八年，隨著政府之破除迷信運動的發展，方有較具針對性之《廢除卜筮星相巫覡堪輿辦法》、《嚴禁藥籤神乩方案》。在這段過程中，刑法與醫療法規逐漸分立，當然醫療行為仍可能涉及刑法，但筆者之意在於指出其中醫療專業法規的出現，顯示出專業專法之立法趨向，此亦是立法近代化的趨向之一。<sup>75</sup>

## 六· 結論

由於清代、民國之官方主流價值不同，故基本上這兩個時期之司法界係分別在不同的價值基礎上處理妖術傷、殺人。清廷尊崇儒家，在儒家之價值標準下，此類行為係屬異端；在民國時期，國家尊崇科學主義，在科學主義之價值標準下，此類行為係屬迷信。異端涉及正邪之分，迷信涉及真偽之別，故在處理之方式上

---

社會文化史為視角的探索》（北京：三聯書店，2009），頁 259-260。

<sup>74</sup> 轉引自陳邦賢，《中國醫學史》（台北：台灣商務印書館，1992），頁 293、298。

<sup>75</sup> 有趣的是，當時的異端法術醫人之行為，主要係因遭認屬迷信而受到禁止。而觀現今台灣的醫療法規實務，就過去所謂異端法術醫人之行為，基本上只要未使用儀器、交付藥品、行侵入性醫療，則不列入醫療行為，而係所謂傳統民俗療法（包括神符、香灰等），不受醫療法規規範。參〈衛生署 82 年 11 月 19 日衛署醫字第 82075656 號函〉，以及曾淑瑜，《醫療倫理與法律 15 講》（台北：元照出版有限公司，2010），頁 2-4。

不盡相同，惟皆遭禁止則一。簡言之，自清代至民國，官方、法律界人士對這類行爲的評價，自異端逐漸轉變爲迷信，除其以傷、殺人爲遂行妖術之手段的部分仍爲刑法所禁止外，在已近代化之中國刑法中，相較於在中國傳統法律裡，妖術傷、殺人之舉或不再受到明文規範，或不再受處嚴刑，甚或不再受處刑罰。儘管如此，民國時期仍有一些法律、命令，可間接禁止部份妖術傷、殺人之舉。例如於二十世紀的三〇年代，政府因提倡破除迷信運動，針對迷信所制定的數種禁止規範；又如醫療專業法規之制定，要求行醫者必須具備特定之資格，方可行醫。

這段自異端轉爲迷信的過程，並非一蹴即至，其間有一段「妖術」在刑法上之定位不明的過渡階段。雖在清末的刑事律法近代化過程中，採生折割人條、造畜蠱毒殺人條及庸醫殺傷人條之異端法術醫人附例皆遭廢除，但因晚清法律界未全然視所謂「妖術」爲迷信，故當時「妖術」在《大清新刑律》上之定位並不明確，就妖術傷、殺人是否爲《大清新刑律》所禁止亦不清楚。隨科學主義下的破除迷信風氣漸長，在二十世紀的二〇年代已可見將妖術定位爲迷信的中國法學家的刑法學作品。至二十世紀的三〇年代，因中國法律界對妖術傷、殺人之舉逐漸普遍採用迷信犯之說，使造畜蠱毒殺人、造魘魅符書咒詛及異端法術醫人遭視爲不可能造成實害的迷信行爲。至此，這些行爲在刑法上被視爲不能犯之一種。其中由於採生折割人係以妖術之遂行爲目的，傷、殺人爲手段，而蠱毒之術、造魘魅符書咒詛及以異端法術醫人則係以妖術爲手段傷、殺人，致使在晚清民國之刑法近代化過程中，前者曾一度因屬情節重大之傷、殺人之舉而再度爲刑法明文禁止，除仍針對採生之殘忍外，規範之重心自防止妖術之惑人，轉移到對人類生命法益之保護；後者則因漸爲中國法律界視爲以迷信爲手段之行爲，而在處刑上趨向減刑、免刑，甚至不罰。就這段過程，筆者姑稱之爲「妖術傷、殺人在中國近代刑法上的近代化」，這段近代化的過程，與晚清以來之中國政府爲追求近代化而試圖連結政府與科學之舉，有密不可分之關係。

（本文於 2012 年 12 月 20 日由歷史語言研究所編輯委員會通過刊登）