

一條律文各自解讀：宋代「爭鶉案」的爭議

柳立言*

爭鶉案發生在宋仁宗嘉祐七年（1062），乙向好友甲要鬥鶉不成，取了就走，甲追上去，一腳把乙踢死了。此案的第一個爭議是乙是否成盜？本文從四方面論証，認為難以盜罪定案：一、從兩造的關係來看，乙與甲的友好關係的確不能免乙於盜罪；二、從犯罪的動機來看，乙似無行盜的動機；三、從犯罪的方法來看，乙的行為並不完全符合律文〈強盜竊盜〉條對盜的界定；四、從犯罪的結果來看，乙得鶉在手，符合律文〈公取竊取皆為盜〉條對盜的界定。關鍵在於：要宣判乙的刑罰，必須根據〈強盜竊盜〉條，故難以定罪。在此情形下，另一律文〈不應得為而為〉條較為適用，那乙就不算犯了盜罪。明顯可見，律文本身的難以周全和彼此的不完全吻合是同罪異判的一個重要原因，不一定是由於外力（如政治）的影響。

此案的第二個爭議是甲可否殺乙？相關的律文〈將吏追捕罪人〉條究應如何解讀？從宋到現代，仍然不能確定應該讀作「犯事者一逃即可殺」還是「犯事者先持械拒捕然後逃走始可殺」。本文從八方面論証，主張後說，甲不得殺乙。一是律文的文理結構，二是律文內部的合理性，三是律文外部的一致性，四是與同類律文的比較，五是律文的歷史發展，六是實用主義，七是目的論，最後指出人情與利害的考慮亦可能介入本案，使覆審的司法機構傾向甲不得殺乙。一條律文內的短短幾句就決定著捕者與盜者的生與死，立法者、執法者與解讀者能不加倍謹慎！

本文的目的，除了嘗試解決爭議外，主要還是提出解讀律文的方法和理論，或可提供學人參考應用，同時克服史料的不足（爭鶉案不超過一千字）。明顯可見，無論古今不分中外，對法律的看法和研究實在有許多共通之處，傳統的法律還是有很多值得借鏡的地方。

關鍵詞：盜 捕盜 解讀律文的方法和理論

* 中央研究院歷史語言研究所

傅霖（宋初律學博士）：「著而有定者律之文，變而不窮者法之意。」¹

司馬光（1019-1086）：「凡議法者，當先原立法之意，然後可以斷獄。」²

M. Ballot-Beaupré (President of the highest French court in the early 20th century), "We do not inquire what the legislator willed a century ago, but what he would have willed if he had known what our present conditions would be.

我們要追究的，不是立法者在一百多年前如何決定，而是他面對今天的處境時將會如何決定。”³

徐道鄰（1906-1973）：「唐律解釋，既皆推原法意，故可不拘泥〔泥〕於文字。」⁴

前言

唐律在太宗貞觀四年（637）修成後，一直有注無疏，到了高宗永徽三年（652），大臣長孫無忌等十九人奉命撰寫義疏，在律文後逐條解釋，編為《律疏》三十卷，於次年（653）頒佈。這部將律文及其解釋合為一體的曠代大典，在日後被稱為《唐律疏議》或更適當的《唐律疏義》。它的編撰主要有兩個原因：一是作為律學考試評比的標準，二是作為畫一執法的標準。後者（執法）關乎人命，無寧更為重要，作為總則的〈名例律〉首卷就批評當日同罪異罰的情況說：「今之典憲，前聖規模，章程靡失，鴻纖備舉，而刑憲之司執行殊異：大理當其死坐，刑部處以流刑；一州斷以徒年，一縣將為杖罰。不有解釋，觸塗睽誤。…〔是以〕爰造律疏，大明典式。…譬權衡之知輕重，若規矩之得方圓。邁彼三章，同符畫一者矣。」⁵ 所以錢大群說：「《律疏》之產生源於學理解釋與司法解釋需要之統一。」⁶ 當然，「統一」只是一個原則甚至理想，事實上解釋律文

¹ 傅霖，《刑統賦》（叢書集成續編），頁1a。

² 司馬光，《溫國文正司馬公集》（四部叢刊初編），38：314。

³ 引自 Cardozo, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1921), p. 84.

⁴ 徐道鄰，《唐律通論》（臺北：中華書局，1958），頁81-83。

⁵ 引自曹漫之主編、華東政法學院法律古籍整理研究所合著，《唐律疏議譯注》（長春：吉林人民出版社，1989），1：15。

⁶ 錢大群，〈《唐律疏議》結構及書名辨析〉，《歷史研究》2000.4：110-118；又見霍存

不容易也不必非「統一」不可。然而，儘管少數的意見有時更為英明和高遠，但「多數的意見」或所謂「共識」還是必需的，否則司法者各說各話、各執己見，只會使人民無所適從。事實上，古今中外幾許人物對法治的理想，也是要求法律應儘量明確 (certain)、公平 (equal)、穩定 (stable)、前後一致 (consistent)、超越個人 (impersonal)，和可被預期 (predictable)。這些原則或理想在宋代曾經歷一次嚴重的考驗。

北宋建隆四年 (963) 七月頒佈的《宋刑統》承襲唐和五代的法律，包含了絕大部分的唐律疏議，⁷ 理應「邁彼三章，同符畫一」了，但卻在北宋中葉重演了一次比唐代「大理當其死坐，刑部處以流刑」更為嚴重的法律爭議，變成「大理當其死坐，糾察謂之無罪」，兩造對同一律文的解釋可謂南轅北轍而攸關生死。禍首是一隻鬥鶉，糾察是名遐中外，大力提倡學法，在中國法律史上享有一席地位的大儒王安石 (1021-1086)，當時以知制誥的身分充任糾察在京刑獄司（又稱糾察或東衙）的糾察刑獄一職，監察京師的司法諸事。⁸ 本文的目的，既要突顯法律本身的爭議性，也試圖建構出解決爭議的方法論，從不同的角度提出較合情理的解釋，藉以檢視傳統法律條文的文理結構、內部的協調、外部的一致、與同類條文的比較、歷史的發展、實用主義、目的論和法律之外的考量等。全文分「案情」、「是否成盜」、「可否殺盜」和「不同角度的分析」四部分來論述。

一、案情

爭鶉案發生在北宋仁宗嘉祐七年 (1062)，地點是首都開封。儘管此案上需聖裁，但若干重要的線索並沒有流傳下來。較有用的記錄有三處，俱引如下，但都

福，〈論《唐律》“義疏”的法律功能〉，《吉林大學社會科學學報》1987.4：1-8。有關《唐律疏議》的研究可謂汗牛充棟，較近期的，高明士和張伯元的討論都簡明扼要，並評論了大陸和日本的研究成果，見高明士，〈導論：唐律研究及其問題〉，氏編《唐律與國家社會研究》（臺北：五南圖書出版公司，1999），頁1-22，及張伯元，〈法律文獻學〉（杭州：浙江人民出版社，1999），頁218-228。

⁷ 薛梅卿，〈《宋刑統》研究〉（北京：法律出版社，1997），頁18-23, 43-52。

⁸ 幾乎所有介紹中國法律思想史的論著都會討論王安石，簡明又啓發的可見饒鑫賢〈王安石變法革新思想簡介〉，收入段秋關主編，〈饒鑫賢先生七十五周年華誕暨從教四十二周年紀念——中國法律史論稿〉（北京：法律出版社，1999），頁287-310。有關糾察在京刑獄司的設置和職掌，見王雲海主編，〈宋代司法制度〉（開封：河南大學出版社，1992），頁41-43；龔延明，〈宋代官制辭典〉（北京：中華書局，1997），頁396。

很簡單，大意是甲與乙是好朋友，甲得一鬥鶉，乙請甲給他，甲不肯，乙恃著好友的關係，把鶉攜走。甲隨後趕上，一腳踢去，命中腰窩，乙登時斃命。開封府認為甲理應償命，但糾察刑獄王安石認為乙犯了盜罪，而甲為了捕盜而殺盜，依法無罪，並進一步彈劾府司誤入人死罪。開封府不服，並得到負責覆審的審刑院和大理寺的支持。⁹ 似乎其他的臣僚也被諮詢，其中一位司法經驗豐富且以忠厚傳世的官員韓晉卿（活躍於十一世紀後半）也認為此案究屬「鬥殺」，甲應論死。仁宗（1010-1063）接受多數的意見，同時也寬免了王安石誤判之罪，但安石堅持自己無罪，不肯謝恩，遭到言官彈劾。暮年體弱的皇帝（約在半年後便病逝）似乎無意追究，只由宰相把安石調職了事。下面用粗體及底線標出引文的重要部分（其餘引文亦作同樣處理）：

1.1 李燾《續資治通鑑長編》：

嘉祐七年十月，甲午，知制誥王安石同勾當三班院。

先是，安石糾察在京刑獄。有少年得鬥鶉，其同儕借觀之，因就乞之，鶉主不許。借者恃與之狎暱，遂攜去，鶉主追及之，踢其脅下，立死。開封府按其人罪當償死，安石駁之曰：「按律：公取、竊取皆為盜；此不與而彼乃強攜以去，乃盜也。此追而毆之，乃捕盜也；雖死，當勿論。府司失入平人為死罪。」府官不伏，事下審刑、大理詳定，以府斷為是。有詔安石放罪。舊制，放罪者皆詣殿門謝。安石自言「我無罪」，不謝，御史臺及閤門累移牒趣之，終不肯謝。臺司因劾奏之，執政以其名重，釋不問，但徙安石他官。¹⁰

1.2 脫脫《宋史·列傳》之〈王安石〉：

有少年得鬥鶉，其儕求之不與，恃與之昵，輒持去，少年追殺之。開封當此人死，安石駁曰：「按律：公取、竊取皆為盜；此不與而彼攜以去，是

⁹ 開封府、審刑院和大理寺的意見既然相同，本案就不能視為疑獄，見竇儀等，《宋刑統》（北京：法律出版社，1999年薛梅卿標點本），30：564。

¹⁰ 李燾，《續資治通鑑長編》（北京：中華書局，1979-1995年點校本），197：4783.5。

盜也。追而殺之，是捕盜也，雖死當勿論。」遂劾府司失入。府官不伏，事下審刑、大理，皆以府斷爲是。¹¹

1.3 脫脫《宋史·列傳》之〈韓晉卿〉：

〔韓〕晉卿自仁宗朝已典訟臬，時朝廷有疑議，輒下公卿雜議。開封民爭鶉殺人，王安石以爲盜拒捕鬥而死，殺之無罪，晉卿曰：「是鬥殺也。」¹²

從以上可知，爭鶉案的爭議有二：一是開封府等司法人員將此案視爲甲乙相爭而不是盜，而王安石認爲乙是盜。二是即使乙確是犯盜，但甲以捕者的身分把乙殺死是否無罪？由於《宋刑統》裡相關的律文都是照抄《唐律疏義》，故下文的分析必須同時採用學人對唐律和宋律的研究（事實上前者的成果遠超後者）。

二、是否成盜

要判盜罪，前提是成盜。雖然看不到開封府、審刑院和大理寺的判詞，但從他們都主張甲應償死的共識來推斷，他們並不認爲乙是犯了盜罪。從上面引文1.3的「爭鶉」和「鬥殺」兩詞來看，他們可能認爲這只是兩位朋友因爲一只鬥鶉而引發攘爭，其間甲失手殺了乙，而依據《宋刑統·鬥訟律》的〈鬥毆故毆故殺〉條，甲是犯了鬥殺，必須償死。該條說：「諸鬥毆殺人者，絞。…議曰：鬥毆者〔相爭爲鬥，相擊爲毆〕，元無殺心，因相鬥毆而殺人者，絞。」¹³就今日來看，連「元無殺心」也要處死似屬不近情理，但這的確是當時的明文規定，不能說開封府等法司用刑過當。

王安石則明確主張乙是犯了盜罪，因爲「按律：公取、竊取皆爲盜；此不與而彼乃強攜以去，乃盜也。」（上引文1.1）所謂「按律」，指《宋刑統·賊盜律》的〈公取竊取皆爲盜〉條：「諸盜，公取、竊取皆爲盜。〔注〕器物之屬須移徙、闌圈繫閉之屬須絕離常處、放逸飛走之屬須專制，乃成盜。…疏議曰：公取，謂行盜

¹¹ 脫脫，《宋史》（北京：中華書局，1977年點校本），327：10542。

¹² 《宋史》426：12705-12706。

¹³ 《宋刑統》21：373；《唐律疏議譯注》21：723。

之人公然而取；竊取，謂方便私竊其財；皆名為盜。」¹⁴ 其中的「公取、竊取皆為盜」句也見於〈賊盜律·盜大祀神御物〉條的議文裡。¹⁵

乍讀之下，「公取、竊取皆為盜」明白簡單，似乎人人可懂，那就是以公開或秘密的方式把別人的財物據為己有就謂之盜。但是，就法律定義來說，這只是一個原則性的界定（「簡單罪狀」），其應用必須根據一定的條件，那就是上段引文裡的小字注文（「說明罪狀」），研究唐律盜罪最為詳細的施啓揚稱之為「成盜之標準」。¹⁶ 例如疏議對「器物之屬須移徙」的說明是：「其木石重器，非人力所勝，應須馱載者，雖移本處，未馱載間，猶未成盜。」對「闌圈繫閉之屬須絕離常處」的說明是：「謂馬、牛、駝、騾之類，須出闌圈及絕離繫閉之處，…乃成為盜。」對「放逸飛走之屬須專制」的說明是：「謂鷹犬之類，須專制在己，不得自由，乃成為盜。」¹⁷ 換言之，即使有了盜的動機，並付諸實行，但未完全成功，如已將木石重器移離原處但尚未牲馱車載、已手牽牛馬駝騾但尚未離開欄棚、已用餌食引誘鷹犬但尚未制服，均不構成盜罪，只算犯罪未遂。¹⁸ 故此，要更精確地表達「公取、竊取皆為盜」，便應該說：「在一定的條件下，公取、竊取皆為盜。」至於是那些條件，疏議說：「但物有巨細，難以備論，略舉綱目，各准臨時取斷。」¹⁹ 所謂「臨時取斷」，就是按實際情況而定，隨事變通。除了明文規定外（例如強盜不得財徒二年及竊盜不得財笞五十），「因古律均採客觀實害主義，重視犯罪之結果，故未發生結果者，通常多不予處罰。」²⁰

¹⁴ 《宋刑統》20：365；《唐律疏議譯注》20：708-709的譯文是「公取，是說行劫的人公然把別人財物劫取搶走；竊取，是說乘人不備，隨機行事，私下竊走別人的財物：以上兩者總稱為盜取。」

¹⁵ 《宋刑統》19：334；《唐律疏議譯注》19：657。

¹⁶ 施啓揚，〈唐律上盜罪之研究〉，《政大法學評論》7（1972）：208-209。對「罪狀」的類別，見錢大群、夏錦文，《唐律與中國現行刑法比較論》（南京：江蘇人民出版社，1991），頁50-53。

¹⁷ 《宋刑統》20：365-366；《唐律疏議譯注》20：708-709。

¹⁸ 參喬偉，《唐律研究》（濟南：山東人民出版社，1985），頁222：「盜罪成立的基本要件，就是犯罪人必須在事實上已將他人的財物據為己有。如果已經著手實行而尚未達此目的者，只能以盜罪未遂論之。」錢大群、夏錦文，《唐律與中國現行刑法比較論》，頁168-171。

¹⁹ 《宋刑統》20：366；《唐律疏議譯注》20：709。這話雖然是針對「器物之屬」來說，但同樣可應用於「闌圈繫閉之屬」和「放逸飛走之屬」。參下注。

²⁰ 施啓揚，〈唐律上盜罪之研究〉，頁209。戴炎輝，《唐律通論》（臺北：國立編譯館，1964），頁135：「處罰未遂犯，以有明文者為限。蓋律重視實害，若未有結果，則不應處罰。」

那麼，乙究竟有沒有犯盜？以下從「犯罪之結果」、「犯案之方式」、「犯者之動機」及「兩造之關係」四方面來作一個較全面的分析。²¹

2.1 犯罪之結果

就犯罪之結果來說，乙犯盜似無異議，因為鬥鶉屬於上述〈公取竊取皆為盜〉條中的鷹犬類，已在乙的專制之下，不得自由。既似成盜，下一步便是按盜律治罪，必須釐清究竟乙取得鬥鶉的方式是屬於「公取」還是「竊取」，兩者處罰的輕重大小不同。王安石沒有說明乙是公取還是竊取，而且〈公取竊取皆為盜〉條並無罰則可據以科罰（今所謂法定刑），必須找出有罰則的相關律文。但是，就在檢出相關的律文〈強盜竊盜〉條（2.2）後，竟出現一個難題：似乎乙取鶉的方式既不算公取也不算竊取，不容易定罪。

2.2 犯案之方式

遍翻唐宋律，有罰則的盜罪只有兩種：強盜和竊盜。正如施啓揚所說：「唐律賊盜律上所稱之盜，主要係指『公取之強盜』與『竊取之竊盜』而言，易言之，即採強盜與竊盜二分法。在唐律尚無搶奪罪之觀念。」²²

先談「竊取之竊盜」。《宋刑統·賊盜律》的〈強盜竊盜〉條說：「諸竊盜，不得財，笞五十，…。疏議曰：竊盜人財，謂潛形隱面而取，盜而未得者，笞五十，…。」²³ 我們選取七種較可信的翻譯或解讀：

2.2.1 曹漫之等人的翻譯是「潛藏形跡，隱蔽面貌去進行竊取。」²⁴

2.2.2 Wallace Johnson 的翻譯是「hiding his body or concealing his face 隱身蔽面。」²⁵

²¹ 林咏榮也說：「強盜的斷定，在於犯罪意圖、實施方法及其結果，…。」《唐清律的比較及其發展》（臺北：國立編譯館，1982），頁333。

²² 施啓揚，〈唐律上盜罪之研究〉，頁194。錢大群、夏錦文將公取及竊取均歸類為「竊盜」，甚不妥當，見《唐律與中國現行刑法比較論》，頁345。

²³ 《宋刑統》19：345；《唐律疏議譯注》19：677。

²⁴ 《唐律疏議譯注》19：677。

²⁵ Johnson, Wallace, *The Tang Code, Vol. II, Specific Articles* (Princeton: Princeton University Press, 1997), pp. 292-293.

2.2.3 施啓揚說是「乘人不知以和平或秘密方法竊得其物，移入自己支配。」²⁶

2.2.4 錢大群和錢元凱說「竊盜的基本特徵是非法秘密取人財物。」²⁷

2.2.5 劉俊文說「其特點是秘密或乘隙行盜。」²⁸

2.2.6 喬偉說是「秘密竊取。」²⁹

2.2.7 Brian McKnight 也說是「the clandestine taking of others' goods 秘密取去他人之物。」³⁰

無論何者，均與乙取鶉之方式不符，即使是支持王安石的 So Kee-long（蘇基朗）也說，乙是「公取」（openly depriving D of the quail against D's will 違反甲的意願公然取去甲的鬥鶉）。³¹ 但究竟乙不符合公取的罪狀？

現在就看「公取之強盜」。《宋刑統·賊盜律》的〈強盜竊盜〉條說：「諸強盜，〔注〕謂以威若力而取其財，…不得財徒二年，…。議曰：強盜取人財，注云『謂以威若力』，假有以威脅人，不加兇力，或有直用兇力，不作威稜〔唐律作威脅〕，而劫掠取財者。」³² 我們選取同上的七種翻譯或解讀：

2.2.8 曹漫之等人的翻譯是「強盜劫取別人的財物，律注說『這是指用威脅或暴力。』例如用威勢脅逼別人，不加暴力行凶；或只有加暴力行凶，不先作威勢脅逼就搶劫掠奪財物的。」³³

2.2.9 Wallace Johnson 的翻譯是「Robbery by force is taking other people's goods. The commentary states: "Using coercion or physical strength." There can be coercion used without any physical strength, or physical strength used without coercion. But the result is that goods are seized. 強盜就是取去別人的財物。律注說『以威或以力』，是指可以只用威脅而不用暴力，亦可以只用暴力而不用威脅，但兩者的結果都是把財物奪走。」³⁴

²⁶ 施啓揚，〈唐律上盜罪之研究〉，頁201。

²⁷ 錢大群、錢元凱，〈唐律論析〉（南京：南京大學出版社，1989），頁217。

²⁸ 劉俊文，〈唐律疏議箋解〉（北京：中華書局，1996），19：1384。

²⁹ 喬偉，〈唐律研究〉，頁225。

³⁰ McKnight, Brian E., *Law and Order in Sung China* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992), p. 90.

³¹ So, Kee-long, "Legal Reasonings in Sung China: Criminal Liability in Homicide Cases," 《史叢》3 (1998)：109-142之123。

³² 《宋刑統》19：342；《唐律疏議譯注》19：674-675。

³³ 《唐律疏議譯注》19：675。

³⁴ Johnson, *The T'ang Code* (1997), pp. 290-291.

- 2.2.10 施啓揚說「前者〔以威〕爲脅迫 (Menace)，乃以威脅抑制其精神上之自主，後者〔以力〕爲強暴 (Violence)，乃有形的抑制其身體之反抗。不論強暴或脅迫，若其方法足以使人無法抗拒而取其財物，即爲強盜。」³⁵
- 2.2.11 錢大群和錢元凱說「強盜是指以暴力手段非法取得他人財物的行爲，包括用威脅或凶力劫掠取財兩種。」³⁶
- 2.2.12 劉俊文也說，「此類行爲之特點，是使用暴力、威脅或麻醉等手段公然劫奪。」³⁷
- 2.2.13 喬偉說「強盜的基本特點，就在于以凶力或威脅而劫掠財物者，不論這種凶力或威脅是施加于取財之前還是施加于取財之後。」³⁸
- 2.2.14 Brian McKnight 的說法是「to take openly with〔force or〕the threat of force was called *chiang-tao*, ... whether one is first forceful and thereafter takes the valuables, or takes the valuables first and is thereafter forceful. 強盜就是公然用〔暴力或〕威脅取物，不管是先用強然後取物，還是先取物然後用強。」³⁹
- 無論何者，均與乙取鶉之方式不符，因爲乙既無用「脅迫」或「威脅」，也無用「強暴」或「暴力」，而甲也不是「無法抗拒」。

至此，我們可以明顯看到，同在一部《賊盜律》內，前條文與後條文出現落差。王安石引用的〈公取竊取皆爲盜〉條似乎確定乙是成盜，因爲乙的確是把甲的鬥鶉公開地「專制在己，不得自由」；但是，〈強盜竊盜〉條卻無法判乙盜罪，因爲乙既非竊盜，也不符合強盜「威稜」或「凶力」的條件。唐宋兩代《斷獄律》的〈斷罪引律令格式〉條均有「諸斷罪皆須具引律、令、格、式正文，違者答三十」的規定，近代學者亦多有條件地肯定唐律是罪刑法定，⁴⁰ 故當日的司法人員實在不能輕易以〈強盜竊盜〉條來斷乙的罪。

那麼，是否說乙就無罪可判呢？或者說，乙是否犯了其他的罪而不是盜罪？若爭鶉案發生在清代，那麼乙大抵不算犯盜而可比附「擅將去」之類的罪名。

³⁵ 施啓揚，《唐律上盜罪之研究》，頁194。

³⁶ 錢大群、錢元凱，《唐律論析》，頁217。

³⁷ 劉俊文，《唐律疏議箋解》19：1379。

³⁸ 喬偉，《唐律研究》，頁223。

³⁹ McKnight, *Law and Order in Sung China*, pp. 89-90.

⁴⁰ 高明士，〈導論：唐律研究及其問題〉，頁4-6。又見錢大群、夏錦文，《唐律與中國現行刑法比較論》，頁22-23。條文見《宋刑統》30：549；《唐律疏議譯注》30：999。

《大清律輯注·賊盜律》的〈公取竊取皆爲盜〉條的註文說：「若律所謂擅取、擅用、擅食、擅將去之類，皆不在公取、竊取之例。」⁴¹ 唐宋雖無類似「擅將去」的條文，但在《雜律》有〈違令及不應得爲而爲〉條說：「諸不應得爲而爲之者，笞四十；〔注〕謂律、令無條，理不可爲者。事理重者，杖八十。」這條文的目的，疏議說得十分清楚：「雜犯輕罪，觸類尤多〔唐律作弘多，弘字犯宋太祖父諱〕，金科玉條，包羅難盡。其有在律在令無有正條，若不輕重相明，無文可以比附。臨時處斷，量情爲罪，庶補遺闕，故立此條。」⁴² 以刑罰來說，笞四十亦適合爭鶉之類的雜犯輕罪。如是，乙既受罰，又不致陷入強盜之刑事罪，不失爲一較可行的判決。換言之，以乙取鶉的方式來說，如確有犯罪，也是不應得爲而爲之罪多於盜罪。

2.3 犯者之動機

唐宋立法已注意到犯罪動機之有無，故同是殺人，犯罪之結果相同，但故意殺人者斬，過失殺人者或可以贖論，如絞刑的贖額是銅一百二十斤等。⁴³ 以強盜而言，〈強盜竊盜〉條的疏議說：「即得闌遺之物，財主來認，因即毆擊，不肯還物，…如此之類，是事有因緣，並非強盜，自從鬥毆及拒捍追捕之法。」⁴⁴ 是雖有用暴力，目的亦是將拾得之物據爲己有，但拾物得物時並非出自盜之動機（事實上亦無盜之行爲），故不屬強盜。究竟乙有沒有盜的動機？盜人財物，一是打算無償取得（非拾得），二是大都無意歸還，依這兩個標準，乙似無盜意。

⁴¹ 沈之奇，《大清律輯註》（北京：法律出版社，1998年懷效鋒及李俊點校本），18：647。

⁴² 《宋刑統》27：507。

⁴³ 這問題已有不少討論，見仁井田陞，《中國法制史研究·刑法》（東京：東京大學東洋文化研究所，1959），頁202-227；楊廷福，《唐律初探》（天津：天津人民出版社，1982），頁131-133；喬偉，《唐律研究》，頁123-126；錢大群、夏錦文，《唐律與中國現行刑法比較論》，頁75-88，115-131；Johnson, *The T'ang Code*, pp. 7-8。宋代鄭克對一殺盜案的評論亦可看到當代法學者對犯案動機的重視。案件是有人竊食，被典食者擊殺，後者初判死刑，後改杖刑。鄭克的評論說：「登時擊殺，罪不至死也。然須擊者本無殺意，邂逅致死，乃坐杖罪。或用刀，或絕時，或殘毀，則是意在於殺，法所不許也。」見其《折獄龜鑑》（上海：上海古籍出版社，1988年劉俊文譯注點校本），4：216-217。

⁴⁴ 《宋刑統》19：342；《唐律疏議譯注》19：675。

假如乙當初是向甲提出購買鬥鶉，則不能謂之打算無償取得；假如乙當初是向甲借用鬥鶉，則不能謂之無意歸還。乙是在甲不肯賣或不肯借的情況下攜去鬥鶉，可謂之強要或強借，雖不能知道乙有沒有事後付錢或歸還的本意，但似不能因此謂之強盜。此情況一如上述之拾物者，其得物並非出自盜意，後雖力拒不還，但仍不算盜；乙得鶉時亦非出自盜意，後雖逃跑，恐亦不能算盜。

2.4 兩造之關係

中國傳統法律的一個特點是按當事人的關係親疏來論罰。就盜罪來說，例如同居共財的五服親，「因皆係共財親，無盜罪之可言。…故同居卑幼雖盜家產，不成盜罪，僅依私輒用財加罪。」⁴⁵ 那麼即使乙確已成盜，但他與甲的好友關係能否使他免於盜罪？答案是否定的，因為即使是親屬，一旦分居異財，相盜便構成盜罪，只不過在判罪時，可以根據唐律卷二十〈盜總麻小功財物〉條（宋代易名為〈盜親屬財物〉），大都會減刑而已。⁴⁶ 故此，連親屬之倫都不能免於盜罪，朋友之倫相信亦不能免於盜罪；而且，朋友相盜是否減刑，法無明文，只能看司法者個人的衡量。

綜合而言，本節從兩造的關係、犯者的動機、犯案的方式和犯罪的結果等四方面來檢討乙是否犯盜，發現乙與甲的朋友關係大抵不能免乙於盜罪，但乙似無犯盜的動機，他下手的方式也不完全符合〈賊盜律·強盜竊盜〉條對「強盜」或「竊盜」的界定，然而畢竟具備犯罪之結果，即鬥鶉由其專制不得自由。不過，在遵行「諸斷罪皆須具引律、令、格、式正文，違者答三十」的唐宋兩代，執法者實在不易具引〈強盜竊盜〉條來判定乙的刑罰。在此情況下，〈雜律·不應得為而為〉之罪無寧是較佳的選擇，其罰則也頗符合乙罪的輕重。既然乙無盜罪，則甲將乙踢死，自不能無罪，這也許就是開封府等司法人員的法律思維吧。王安石根據乙得鶉之結果比附盜罪，亦不能謂之大錯，只是忽略了乙也許沒有行盜之動機，他的行為也不盡合盜律之罪狀。於是，輒以盜罪加乙，既有司法不周之嫌，也未免是罔顧了乙的身後之名（死時是盜，使本人及家人均蒙羞）。

⁴⁵ 施啟揚，〈唐律上盜罪之研究〉，頁216。

⁴⁶ 施啟揚，〈唐律上盜罪之研究〉，頁214-218。

此外，同在《賊盜律》，〈公取竊取皆爲盜〉條似乎確定了乙是成盜，但〈強盜竊盜〉條卻顯示乙未必成盜，這難題的意義有三：一、〈公取竊取皆爲盜〉條屬原則性的律文，並無罰則，〈強盜竊盜〉條屬處分性的律文，詳列罰則，究竟何者才是判定有罪無罪的最終標準，值得我們思考。由此可知，同案異判不一定是由於外力（如政治考量）的介入，而可能來自法律內部的模糊（不能黑白分明的灰色地帶）。二、執法者必須熟讀條文，才不會顧此失彼，漏掉重要的律文。三、執法者必須公正不偏，不能隱瞞或選擇性地引用律文。有謂証人作証，不能只說出「部分」之事實而必須說出「全部」之事實（the whole truth）；同樣，執法者也不能只檢出「部分」相關之律文而必須檢出「全部」相關之條文，才不會產生誤導。

三、可否殺盜

除了乙是否成盜外，爭鶉案的另一個爭議是：即使乙成盜，甲可否殺他？王安石認爲可殺，所根據的律文是甚麼？他對這律文的解讀是否毫無可議之處？

3.1 相關律文：〈捕亡律·將吏追捕罪人·旁人捕送〉條

王安石認爲甲殺乙無罪，因爲「〔乙〕乃盜也。此〔甲〕追而毆之，乃捕盜也；雖死，當勿論。」（見上引文1.1）然而，唐宋律都沒有直接允許受害人追殺強盜的條文，但〈捕亡律·將吏追捕罪人·旁人捕送〉條說：

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。捕格法，準上條。…議曰：有人毆擊他人，折齒、折指以上，若盜及強姦，雖非被傷、被盜、被姦家人及所親，但是旁人，皆得捕繫，以送官司。捕格法，準上條「持仗拒捍，其捕者得格殺之，持仗及空手而走者，亦得殺之。」其拒捕、不拒捕，並同上條捕格之法。⁴⁷

根據此條，連旁人都可參加和根據捕格之法來捕盜，遑論受害人。事實上，旁人皆得捕繫的前提還是受害人參與捕盜。〈賊盜律·強盜竊盜〉條說：

⁴⁷ 《宋刑統》28：512-513；《唐律疏議譯注》28：944-945。

依律，盜者，雖是旁人，「皆得捕繫，以送官司。」盜者既將財逃走，旁人依律合捕。其人乃拒傷捕者，即是「先盜後強」。絕時〔隔斷了一段時間〕以後捕者，既無財主尋逐，便是不知盜由，因相拒格，唯有「拒捕」之罪，不成「強盜」。⁴⁸

所以，甲追殺乙，的確可以根據捕格法來處理。這捕格法在上引〈旁人捕送〉條很簡單，就是盜者「持仗拒捍，其捕者得格殺之，持仗及空手而走者，亦得殺之。」乍看之下，既然「持仗及空手而走者，亦得殺之」，甲當然可以殺乙！但是，這幾句話屬於「引証罪狀」類，是援引其他條文已經描述之事狀，爲了避免行文重覆，故措詞簡約，⁴⁹ 引用時不應斷章取義。要知道這幾句話的詳細內容，就要追溯它們的出處，亦即它們前後文所說的「捕格法，準上條」的「上條」。這「上條」就是〈捕亡律·將吏追捕罪人〉條：

諸捕罪人，而罪人持仗拒捍，其捕者格殺之，及走逐而殺，走者，持仗〔謂兵器及杵棒之類〕、空手等。若迫窘而自殺者，皆勿論。即空手拒捍而殺者，徒二年。已就拘執，及不拒捍而殺，或折傷之，各以鬥殺、傷論；用刀者，從故殺、傷法；罪人本犯應死而殺者，加役流。即拒毆捕者，加本罪一等；傷者，加鬥傷二等；殺者，斬。⁵⁰

王安石用來替甲脫罪的，主要就是從第四句開始的「及走逐而殺，走者，持仗、空手等。…皆勿論。」這部分似乎說，盜只要逃跑，不論手上有沒有武器，追捕的人都可殺死他，那甲殺乙當然無罪！問題在於，這幾句話是否獨立成句？還是以律文的首句「諸捕罪人而罪人持仗拒捍」爲大前提？

假如「及走逐而殺，走者，持仗、空手等。…皆勿論」是獨立成句，那王安石就對，甲殺乙無罪。但是，假如它是以「諸捕罪人而罪人持仗拒捍」爲大前提，那就是說：盜者首先持械對抗捕者，後來逃走，此時（即逃走時）不論盜者仍有沒有持械，捕者都可以殺死他。這樣甲就不能殺乙，因爲乙並沒有持械反抗在先。因此，即使開封府等法司認定乙是盜，也可能認爲，甲既殺死了雖在逃跑但不曾持仗拒捍的乙，那就適用該律文的另一部分：「〔罪人〕不拒捍而〔捕者〕

⁴⁸ 《宋刑統》19：342-343；《唐律疏議譯注》19：675。

⁴⁹ 徐道鄰就說：「律疏引用前後文，每從簡略，殊不似斷獄律『具引正文』之旨。」《唐律通論》，頁89。罪狀的類別，見錢大群、夏錦文，《唐律與中國現行刑法比較論》，頁51-52。

⁵⁰ 《宋刑統》28：511-512；《唐律疏議譯注》28：942-943。

殺或折傷之，各以鬥殺、傷論」，亦即「是鬥殺也」（上引文1.3），乃根據門訟律判甲死罪。

王安石和開封府雙方都有律文為據，而且是同一條的上下文，可謂名副其實的前後矛盾，問題出在那裡？究竟這〈捕亡律·將吏追捕罪人〉條應如何解讀？它的文字簡練優美，卻也使人「捉摸不定。」⁵¹ 由於史料的限制，我們無法追究唐宋立法者的原意，⁵² 只好先看近人的解讀。

3.2 一條律文各自解讀

近代法律學者對〈捕亡律·將吏追捕罪人〉條的解讀可分為兩派，一派跟開封府一樣，主張盜者先持械拒捕然後逃走始可殺死，可稱為「先持械拒捕然後逃走始可殺死」說。另一派跟王安石一樣，主張只要盜者一開逃，不管是持械還是空手，便可殺死，可稱為「逃走即可殺死」說。除非有新史料或新案例的出現，這分歧恐怕在近期內都不能解決。

3.2.1 「先持械拒捕然後逃走始可殺死」說

主張「先持械拒捕然後逃走始可殺死」的學人，主要是將「罪人持仗拒捍」句與「及走逐而殺，…皆勿論」句合讀，視為前後發生的過程。如是，盜者先持械拒捕，登時被殺，捕者無罪；若盜者沒有登時被殺，卻持械或棄械逃走，此時被殺，捕者也無罪。此派學人包括楊師群、錢大群和錢元凱等，都是有名的法學者。

⁵¹ 林咏榮就說過：「唐律的正文，詞簡意賅，就修辭學言，可以說是法律的珍品，加以疏議行文流暢，遣詞優美，這是過去許多人所以讚揚唐律的另一個原因。其實，唐律的正文過於簡練，許多條款在解釋上往往使人捉摸不定，適用時關於罪之有無與刑之出入，不免成為話題。」《唐清律的比較及其發展》，頁403-404，例子見頁369等。

⁵² 有關捕亡律簡單的歷史背景，見高明士〈從英藏CH0045捕亡律斷片論唐貞觀捕亡律之存在問題——兼論貞觀斷獄律之存在問題〉，柳存仁等編，《慶祝潘石禪〔潘重規〕先生九秩華誕敦煌學特刊》（臺北：文津出版社，1996），頁409-425。仁井田陞，〈敦煌唐律ことに捕亡律斷簡〉，原刊《岩井博士古稀記念典籍論集》（1963），收入氏著《中國法制史研究·法と慣習、法と道德》（東京：東京大學東洋文化研究所，1964），頁316-322。劉俊文，《敦煌吐魯番唐代法制文書考釋》（北京：中華書局，1989），也有一點捕亡律和賊盜律的資料，也引用不少日文著作。

楊師群在王雲海編《宋代司法制度》的〈逮捕過程中的若干細則〉說：「只有犯人持凶器拒捕、格鬥，或敗而逃跑時，捕吏才能殺死犯人而免予追究責任，有如現在的『正當防衛』。」⁵³ 我對此說的理解是：犯人持械拒捕，不敵敗走，無論仍然持械或已棄械，被追捕者擊斃，追捕者無罪。前提是犯人先「持仗拒捍」，然後逃走，並不是一看到捕者便空手或持械逃走。

持相同說法的是錢大群，從一九八八年迄今已經出版了六部研究唐律的專書，視野廣闊，功力深厚。⁵⁴ 在《唐律譯注》裡，他對〈將吏追捕罪人〉的釋文是：「凡捕捉犯人而犯人拿武器拒捕抵抗，捕捉人在相鬥中殺死以及在奔跑追趕中殺死犯人，（奔跑追趕，拿武器或徒手都同樣。）或者犯人處於絕境發急而自殺的，追捕人都無罪。」⁵⁵ 他與錢元凱合著的《唐律論析》說得更清楚：

〈捕亡律〉（總452條）規定在追捕罪犯時，如罪犯持仗拒捕，可以“格殺”或走逐而殺。但對“空手拒捍”或“不能為害”的罪犯，追捕而殺者，要處“徒二年”。若罪人已被拘執，及原無拒捍之心，追捕者“殺或折傷之”，則“以鬥殺傷論”，用刃者，“從故殺傷法”。⁵⁶

換言之，錢氏將「格殺」與「逐殺」相對也相連，前者是當場打死，後者是當場沒有打死，發生追逐，然後打死，前提都是「如罪犯持仗拒捕。」

那麼，在爭鶉案裡，乙有沒有「持仗拒捍」？很明顯是沒有，若有的話，王安石應會指出來加強他的論點，因為律文寫得很清楚，「罪人持仗拒捍，其捕者格殺之，…勿論。」乙甚至連拒捍都沒有，只是在跑，故甲把乙殺死，自然符合「罪人不拒捍而捕者殺之，以鬥殺論」，應處絞刑了。

3.2.2「逃走即可殺死」說

主張「逃即可殺」的學人主要是將「罪人持仗拒捍」句與「及走逐而殺，…皆勿論」句分開來讀，視為兩種獨立的情況。如是，盜者沒有持仗拒捍，只要走

⁵³ 王雲海編，《宋代司法制度》，頁193-194。

⁵⁴ 參饒鑫賢，〈《唐律》研究的新成果——錢大群教授主撰《唐律》系列研究五書簡評〉，收入段秋關主編，《饒鑫賢先生七十五周年華誕暨從教四十二周年紀念——中國法律史論稿》，頁404-407。錢大群第六本著作是《唐律研究》（北京：法律出版社，2000）。

⁵⁵ 錢大群，《唐律譯注》（揚州：江蘇古籍出版社，1988），頁360-361。

⁵⁶ 錢大群、錢元凱，《唐律論析》，頁316。

逐，即使是空手也得被殺。此派學人包括 Wallace Johnson、戴炎輝、劉俊文和喬偉等，也是有名的法學者。

Wallace Johnson 翻譯的《唐律》(*The T'ang Code*) 在西方可謂權威著作，對〈將吏追捕罪人〉的釋文是：

In all cases where a person arresting a criminal and the criminal uses a weapon to resist arrest kills the criminal; or where a person is pursuing a criminal who is running away and kills the criminal (It is the same whether the runaway has a weapon or is empty-handed), or if the criminal kills himself because of despair; in none of these cases will the person who arrests the criminal be punished.⁵⁷

簡單說，即是：「犯人持械拒捕，捕者殺之無罪；或犯人逃走，無論持械或空手，捕者殺之亦無罪；或犯人窘逼自殺，捕者亦無罪。」用戲劇性的話來說，宋代的治安人員遇到盜者，不必上前拘捕，只要等到盜者逃跑，便可從背後一箭射去，射死了也無罪。如此殺犯，有何合理性？戴炎輝和劉俊文從不同的角度提供了一個相同的答案，但均可商榷。

戴炎輝不但門人弟子遍布臺灣法律要津，而且在一九六〇年代中期出版的《唐律通論》(1964) 和《唐律各論》(1965) 至今仍被奉為經典之作，他從「本於公務執行，非因正當防衛」⁵⁸ 的角度解釋可殺不可殺：

將吏以下捕罪人，而罪人乃持仗拒捍，其捕者以其拒捍，因而格殺之；或罪人逃走，不論其係持仗與徒手，逐而殺之者，各勿論。

其不罰之理由，律意側重於捕罪人之執行公務，因罪人持仗而拒捍，或恐其逃失。⁵⁹

這說法產生一個疑問：拘捕「持仗拒捍」的罪人是執行公務，拘捕「不持仗拒捍」的罪人也同樣是執行公務，為甚麼格殺前者不用處罰，但格殺後者卻要徒二年呢？很明顯，在執行公務之外，立法者還有其他的考慮，才會出現一罰一不罰的分別。這其他的考慮是甚麼？是否就是罪人持仗與不持仗的分別呢？

劉俊文在三十六歲前後便大致完成厚達二千多頁的《唐律疏議箋解》，後來

⁵⁷ Johnson, *The T'ang Code*, pp. 513-514.

⁵⁸ 戴炎輝，《唐律各論》（臺北：著者自印，1965），頁285。

⁵⁹ 戴炎輝，《唐律通論》，頁117。

更頗為注意海外（尤其日本）的研究成果。他從「正當防衛兼履行職責」的角度解釋可殺不可殺：

蓋罪人持仗拒捍者，危及捕者生命，格殺屬於正當防衛；罪人逃走者，捕者有失囚之愆，逐殺是為履行職責，而罪人被迫窘自死，則與捕者無關：故三者皆得『勿論』。…罪人空手拒捍而格殺之，凡屬此種情況，則各徒兩年。蓋空手拒捍並不足以危及捕者生命，格殺即是防衛過當，須予懲治。⁶⁰

的確，「正當防衛」與「防衛過當」的提出，可以解答戴炎輝留下的疑問，即「正當防衛」是針對持仗拒捍的罪人，殺之不罰，而「防衛過當」針對不持仗拒捍的罪人，殺之乃徒二年。但是，這樣又似乎難以解釋為甚麼可以殺死空手逃跑的罪人了，這難道不也是一種「過當」嗎？劉俊文於是兼用「失囚之愆」來解釋，但恐怕仍有問題。⁶¹

表面看來，「失囚之愆」出自〈將吏追捕罪人〉條的疏議，主要是解釋為甚麼容許捕者殺死「空手」的罪人。該疏議說：「罪人乃持仗拒捍，仗謂兵器及杵棒之屬，其捕者以其拒捍，因而格殺之，及罪人逃走，捕者逐而殺之，注云『走者，持仗、空手等』，慮其走失，故雖空手，亦許殺之。」⁶² 劉俊文即比附此說，但有三個問題不易解決：

⁶⁰ 劉俊文，《唐律疏議箋解》28：1959。

⁶¹ 以「失囚之愆」作為捕者可殺逃犯的理由，在宋代也未必全對。《刑統賦解》（叢書集成續編）有傳為傅霖所作的解，值得參考：「『囚走而殺，則仗等空手。』解曰：按捕亡律云：諸捕罪人，而罪人持仗及空手拒捍，其捕者格殺之及走逐而殺之者，各勿論。謂犯重刑之徒，恐走去不獲，故以殺死無罪；若犯流徒罪者，本犯不至於死，不合便殺者，從門殺科罪。」（上：28a）有三點必須留意：一，捕者可以先格殺後逐殺的前提是「罪人持仗及空手『拒捍』」，不是「罪人空手就逃，不曾拒捍」。二，捕者可以先格殺後逐殺的要件是「犯重刑之徒」，不是「犯流徒罪者。」假如連判了流徒罪的犯人都不可在敗走時殺死，那麼能否殺死未判且罪不過杖或笞的犯事者如爭鶉案的乙？總而言之，當這條捕亡律是用在真正的「囚」時，捕者也只是有條件地可以殺死他（到了明清則改為囚人一逃即可殺，詳後文4.5）；當這條捕亡律是用在「罪人」而不是「囚」時，捕者可以殺他的條件就更為嚴格，絕不是王安石所主張的「一逃即可殺」。三，傅霖說「本犯不至於死，不合便殺者，從門殺科罪」，符合開封府等所判，甲是犯了門殺罪。當然，我們利用傅霖這個解說時必須考慮兩點：一，傅霖雖是律學博士，但畢竟只是一家之言，不一定代表當時的官方解釋；二，今本《刑統賦解》中的解注是否傅霖原來的解注尚無定論，詳見薛梅卿《宋刑統研究》第十二章。

⁶² 《宋刑統》28：512；《唐律疏議譯注》28：943。

第一，跟戴炎輝的「公務執行」說一樣，劉俊文的「失囚之愆」說面對同樣的疑問：假如罪人空手逃跑，捕者鑑於走失了會受到責罰（即按罪人被判的刑罰來減等科罰），於是把罪人殺死，於法無罪；那麼，罪人空手拒捕，不是更有失囚之愆的可能嗎，爲甚麼捕者把他殺死反而要受二年的徒刑呢？

第二，罪人是在甚麼情況下空手逃走？這也是本文的原始問題。可能他本來持有武器，在拒捕時失去，然後才空手逃跑；也可能他本就空手，看到捕者就逃跑。假如「慮其走失」的「其」指的只是前者，即疏議讀作「罪人本持仗拒捍，及後逃走，慮其走失，即已空手，亦許殺之」，那麼劉俊文的「失囚之愆」說就不能用在本無持械的逃犯身上，因爲疏議並沒有說這種逃犯亦可殺。換言之，「走失」本身並不構成可殺的條件，「走失的前因後果」才構成可殺與否的條件。走失之前曾持械反抗（前因），因顧慮此凶徒在走失之後產生危害（後果），便有可能構成可殺的條件；走失之前並無持械反抗，只是空手逃跑，則未必構成可殺的條件（詳見4.2律文內部的合理性及4.5律文的歷史發展）。

第三，「失囚之愆」的前提是「失囚」，但究竟乙是不是「囚」？假如不是，就沒有失囚之愆；既沒有失囚之愆，就不構成可殺的理由了。唐宋律對「囚」的定義在〈捕亡律·被囚禁拒捍官司而走〉條：「諸被囚禁，拒捍官司而走者流二千里，傷人者加役流，殺人者斬，從者絞。若私竊逃亡，以徒亡論。〔注〕事發未囚而亡者，亦同。」疏議對「被囚禁」的解釋是：「不限有罪無罪，但據狀應禁者，散禁〔不上獄具者〕亦同。」對「私竊逃亡」的解釋是：「謂被囚禁而私逃者。…此事發更爲，合重其坐〔指本罪與逃亡罪並科〕。」對「事發未囚而亡」的解釋是：「謂罪人事發被追，拒捍官司逃走及私竊逃亡，亦與在禁逃亡罪同。」⁶³ 用今天的話說，就是罪人已被收押而以暴力越獄，或罪人已被收押而暗中潛逃，或執法者進行緝捕而罪人拒捍逃跑，或執法者進行緝捕而罪人暗中潛逃，都屬「被囚禁拒捍官司」。劉俊文也說，「按在禁或被追逃亡罪，指罪人被囚禁或被追捕而逃亡之行爲。前者是爲越獄，後者是爲避捕，二者均屬畏罪逃亡，性質異于一般逃亡，故律獨立爲條。」⁶⁴ 明顯可見，這幾種情況都不適用於乙，他最多只能算是「一般逃亡」的犯事者，並不是「囚」。

⁶³ 《宋刑統》28：521；《唐律疏議譯注》28：951-952。

⁶⁴ 劉俊文，《唐律疏議箋解》28：1996。

既然乙不是囚，就不能用「失囚之愆」的理由來殺他，但王安石卻主張乙是可殺，明顯地不是根據〈被囚禁拒捍官司〉條，事實上他始終稱乙為「盜」而不是「囚」。也就是說，至少在王安石眼中，以「失囚之愆」來解釋為甚麼捕者可以殺死空手逃跑的罪人是不大合適的。

喬偉《唐律研究》對捕亡律的評論十分值得玩味。他基本上認為律文允許捕者殺死本來沒有持械但卻開逃的犯事者，但又覺得律文有些前後矛盾：

按捕者殺傷逃亡罪人的刑事責任，雖有上述種種〔可不可殺傷的〕規定，但法律既許空手逃走而逐殺，因而空手拒捍以下〔捕者殺傷罪人則處罰〕之限制，就基本上等於具文。⁶⁵

「等於具文」四字可謂一針見血！的確，假如捕者真的可以殺死本來就空手的逃犯，那麼大部分的〈將吏追捕罪人〉條就可以濃縮為一句：「捕者可以殺死任何沒有束手就擒的犯人。」根本不用區分犯人有沒有拒捍或有沒有持械！相關的規定都變成多餘。但喬偉沒有解釋，為甚麼在同一段落而且上下連貫的前後文會出現這樣的牴牾，以致前文使後文「等於具文」？我們不禁要問，為甚麼立法者這麼糊塗，剛說過的話一下子就忘記了，還大費周章的接上一些廢話！

綜合來說，針對為甚麼捕者可以殺死空手逃跑的犯人，戴炎輝的解釋是「執行公務而不是正當防衛」，劉俊文的解釋是「正當防衛兼失囚之愆」，兩者不盡相同，但俱有漏洞，與王安石的主張也有出入。Wallace Johnson 和喬偉沒有解釋，但喬偉察覺到〈將吏追捕罪人〉條有著前文使後文成為具文的問題。此外，由曹漫之主編和華東政法學院法律古籍整理研究所合著的《唐律疏議譯注》也水準頗高，但他們對〈將吏追捕罪人〉的譯注一如原律之可以兩讀。⁶⁶ 因此，儘管王安石居然在案發幾近千年之後獲得聲援，我們還是不能確定乙為甚麼可殺。

四、不同角度的分析

究竟捕者能否殺死空手逃跑的犯事者？〈捕亡律·將吏追捕罪人〉應如何理解才能避免前後連貫的上文和下文互相抵銷？我們將中西並用，既用最古老的分

⁶⁵ 喬偉，《唐律研究》，頁345。

⁶⁶ 《唐律疏議譯注》28：942-945。

析方法，也採取較新但也有爭議的方法，嘗試提供一個答案。除了解惑之外，也藉以顯示中外古今對法律的看法和研究方法其實有不少共通的地方。

4.1 律文的文理結構

無論在東方或西方，解讀律文最古老的一種方法就是所謂注釋法（Glosses，可比擬為章句之學），逐字逐句去推敲律文的意義，由字而句而段落而章法，例如戴炎輝的《唐律各論》和劉俊文的《唐律疏議箋解》都屬這種方法。如上文所述，劉俊文把〈將吏追捕罪人〉條的「罪人」釋為「失囚之愆」的「囚」，值得商榷，但這個疑點並沒有發生在宋代的爭執案裡。對王安石和開封府等人來說，引發爭議的，不是這條文的辭彙，而是它的文法結構。為方便討論，將這條文再錄如下：

諸捕罪人，而罪人持仗拒捍，其捕者格殺之，及走逐而殺，〔注〕走者，持仗〔謂兵器及杵棒之類〕、空手等。若迫窘而自殺者，皆勿論。即空手拒捍而殺者，徒二年。已就拘執，及不拒捍而殺，或折傷之，各以鬥殺、傷論；用刀者，從故殺、傷法；罪人本犯應死而殺者，加役流。即拒毆捕者，加本罪一等；傷者，加鬥傷二等；殺者，斬。

這條文應怎樣分段？本文雖然不同意戴炎輝和 Wallace Johnson 的解讀，但十分同意他們的分段。兩者基本相同，為省篇幅，只引前者：⁶⁷

4.1.1 諸捕罪人，而罪人持仗拒捍，其捕者格殺之，及走逐而殺，〔注〕走者，持仗、空手等。若迫窘而自殺者，皆勿論。

4.1.2 即空手拒捍而殺者，徒二年。

4.1.3 已就拘執，及不拒捍而殺，或折傷之，各以鬥殺、傷論；用刀者，從故殺、傷法；罪人本犯應死而殺者，加役流。

4.1.4 即拒毆捕者，加本罪一等；傷者，加鬥傷二等；殺者，斬。

這樣分段頗能看到立法者是如何組織律文的，就是以「拒捍」為主題，分為「持仗拒捍」（4.1.1）、「空手拒捍」（4.1.2）、「不拒捍」（4.1.3）和「拒毆」（4.1.4）四種情形。明清律大致沿用此條，但將其名〈將吏追捕罪人〉改稱〈罪人拒捕〉條

⁶⁷ Johnson, *The T'ang Code*, pp. 513-515；戴炎輝，《唐律各論》，頁285。

（詳後文4.5），「拒捕」二字可謂頗得唐人用心。事實上，上引唐宋〈將吏追捕罪人・旁人捕送〉條的疏議也說：「其拒捕、不拒捕，並同上條捕格之法」，⁶⁸明白表示「拒捕、不拒捕」是立法時的重要考慮。

因此，解讀〈將吏追捕罪人〉條時，應處處扣緊「拒捕」的前提。如是，「及走逐而殺，〔注〕走者，持仗、空手等。…皆勿論」句的前提就是同在4.1.1的「持仗拒捍」，意即錢大群等人所說的：罪人先是持武器拒捕（「持仗拒捍」），及後逃走被追（「及走逐」），此時不論是否仍然持有武器，或已拋棄武器，或將武器投擲捕者後不再持有、或武器已被捕者打落（「走者，持仗、空手等」），捕者都可以殺死他（「勿論」）。反過來說，假如把「及走逐而殺，〔注〕走者，持仗、空手等。…皆勿論」句獨立出來，沒有了某種「拒捕」的前提，變成了拒捕而逃既可殺，不拒捕而逃亦可殺，這是否唐代立法者的原意，實在值得商榷。

也許最能支持錢大群等人的說法的，是替《宋刑統》作賦和作注的傅霖等人。傅霖活躍於太宗和真宗兩朝，是名副其實的律學博士，為了方便時人記誦《宋刑統》，便以韻語創作了《刑統賦》，並加解注，而後代的學者又加入了他們的韻語和解注，成為今傳的《刑統賦解》。其中的「解曰」無論是傅霖本人或是後人所作，都代表他們對〈捕亡律・將吏追捕罪人〉部分條文的理解，其時效不止於宋，更及於元明。我們作一個比對：⁶⁹

《宋刑統・捕亡律・將吏追捕罪人》	《刑統賦解》
4.1.1 諸捕罪人，而罪人持仗拒捍，其捕者格殺之，及走逐而殺，〔注〕走者，持仗、空手等。若迫窘而自殺者，皆勿論。	解曰：捕亡律云：諸捕罪人，而罪人持仗及空手拒捍，其捕者格殺之及走逐而殺之者，各勿論。
4.1.2 即空手拒捍而殺者，徒二年。	

很明顯，《刑統賦解》中的「空手」不可能是4.1.2中的「空手」，因為前者是「各勿論」而後者是「徒二年」，《賦解》的作者不可能犯這樣的大錯，何況他

⁶⁸ 《宋刑統》28：512-513；《唐律疏議譯注》28：944-945。

⁶⁹ 同註61。

認為即使是判了流徒罪的犯人都不能隨便捕殺，更不用說是空手逃走的一般犯事了（詳見註61）。所以，《賦解》中的「空手」只能是4.1.1中的「空手」，即「解曰」只解釋了較複雜的4.1.1，沒有解釋明白易懂的4.1.2。只要比對4.1.1和「解曰」，便可發覺「解曰」的作者跟錢大群等人一樣，是把「罪人持仗拒捍」句與「及走逐而殺，…皆勿論」句合讀，視為前後發生的過程，亦即罪人持仗拒捍，捕者可當場格殺；若沒有格殺，罪人逃走，此時不論仍然持械或是空手，捕者皆可逐殺。既然格殺和逐殺的前提均是罪人曾經持械拒捍，故「解曰」的作者索性把「拒捍」移至「罪人持仗及空手」的後面，合成來成為「罪人持仗及空手拒捍」。

讀者也許會問，若4.1.1的「及走逐而殺」和「若迫窘而自殺」發生在4.1.2和4.1.3時應如何處理？答案是根據4.1.1的原則。在4.1.1中，罪人持仗拒捍和不敵逃走（「及走逐」）可說是一事的兩個階段（見上文3.2.1錢大群的解讀），後果亦相同，即捕者殺之無罪。同理，在4.1.2中，罪人空手拒捍和不敵逃走亦是一事的兩個階段，後果亦應相同，即捕者殺之要徒兩年。假如這位罪人迫窘自殺，與捕者無關，捕者自然無罪（參見下文4.5「分析」之「三」）。同樣，在4.1.3中，罪人只逃走不拒捍，自屬該段律文所說的「不拒捍而殺」，捕者以鬥殺論罪，清人對此論之最明：「逃走之罪人，並不拒捕，則不難於就擒，而追捕之人，猶惡其逃走而殺之，或毆至折傷者，是無故而殺、傷矣，故各以鬥殺、傷論。」（詳見下文4.5「分析」）

那麼，乙的情況應如何處理？很明顯，那是屬於4.1.3的「不拒捍而殺」，甲應以鬥殺論罪，就是開封府原判的死刑。

4.2 律文內部的合理性

不論古今也不分中外，勇於負責的立法者都會力求律文前後一貫，避免歧異。當然，法典一修再修，篇幅又大，難免會出紕漏。徐道鄰飽讀唐宋律，既謂唐律思慮周密，也指出其前後矛盾，但只有兩處，而且均屬不同部門的律文，如職制律與賊盜律，或賊盜律與鬥訟律，並沒有同一條律文上下矛盾的。⁷⁰ 假如

⁷⁰ 徐道鄰，《唐律通論》，頁80-81, 91。

同一條文的內部前後矛盾，疑點重重，那可能是因為立法或修法者心不在焉，但亦有可能是我們讀錯了。

假如〈將吏追捕罪人〉條真的如王安石所認定，罪人一逃就可殺，那麼我們立即要問：律文只要說「及走逐而殺，皆勿論」這兩句便一清二楚了，為甚麼那樣囉嗦，要特別在這兩句中間注明「走者，持仗、空手等」呢？假如一逃便可殺，持仗和空手根本沒有任何區別，為甚麼律文要特別點出來呢？逃走的狀況有很多，可能沒命奔跑，也可能邊走邊羞辱捕者；可能生龍活虎，也可能已經身受重傷，為甚麼律文都不提，卻偏要提持仗和空手呢？假如「走者，持仗、空手等」不是多餘的話，而是意有所指 (reference)，那麼我們有理由相信，它是用來承接上文的，而上文就是「罪人持仗拒捍」句裡的「持仗」。也就是說，「罪人持仗拒捍」是前因，而「及走逐而殺，〔注〕走者，持仗、空手等」是後果，必須連讀不能分讀，即「罪人拒捕時用武器，後來逃走時即使沒有了武器，捕者仍可殺之。」

不過，注文點出「空手」，恰好提供一個絕佳的切入點，讓我們可以把〈將吏追捕罪人〉條的各項綜合而非單獨來看，並比較不同解讀的合理性，可得表一如下：

表一

		犯 者		捕 者	
1	錢大群等人對律文4.1.1的解釋	持械拒捕後空手	逃跑	擊斃之	無罪
2	王安石等人對律文4.1.1的解釋	空手	逃跑	擊斃之	無罪
3	律文4.1.2	空手	拒捍	擊斃之	徒二年
4	律文4.1.3	空手或帶械	不拒捍	擊斃或折傷之	以鬥殺傷論

將2與3比較，同是空手，犯者逃跑被殺，捕者無罪，但犯者拒捍被殺，捕者反徒二年，不知是何道理？⁷¹ 茲將兩事相較如表二：

⁷¹ 逃走與拒捕孰重，法學家有不同意見，可參考薛允升，《唐明律合編》（北京：法律出版社，1999年懷效鋒、李鳴點校本），28：754-758，又見於《大清律輯注》27：759-963。

表 二

犯 者	目 的	手 段	捕 者	罪 罰
丙犯空手逃跑	脫身	奔跑	擊斃之	無罪
丁犯空手拒捍	脫身	打退捕者	擊斃之	徒二年

丙、丁兩犯的目的一致，就是逃脫，但達到此目的之手段，丙是不傷捕者，丁是直接加害和可能傷到捕者，結果捕者殺死丙無罪，殺死丁卻徒兩年，實在不易明白。較合情理的解釋，是丙空手逃跑的前提是表一第1項的「持械拒捕後空手逃跑」；既然他已有可能殺死捕者的情節在先，故雖然是空手逃跑在後，但仍可加以擊斃。再者，如是持械拒捕後空手逃跑，則疏議所說「慮其走失，故雖空手，亦許殺之」亦合情理，因為持械拒鬥者可說是危險人物，有殺人的可能，疏議所謂「鬥而用刀，即有害心」，⁷² 故不應讓其走失在外，產生威脅。所以，該律文可以理解為：罪人持械拒捕，不敵逃走，手中已無械（被捕者打落或自棄），捕者恐怕罪人走失，故罪人雖然空手，亦得殺之。

總之，「拒捕」本身並不構成可殺的條件，「拒捕的方式」才構成可殺與否的條件。假如罪人是以「持械反抗」作為拒捕的方式，則構成可殺的條件，捕者殺之無罪；假如罪人是以「空手反抗」作為拒捕的方式，則未構成可殺的條件，捕者殺之要處兩年徒刑；假如罪人是以「空手逃跑」作為拒捕的方式，則未構成可殺的條件，捕者殺之要以鬥殺論罪。

4.3 律文外部的一致性

除了律文的內部應該上下文契合外，這律文與其他相關的律文也應該彼此一致。徐道鄰能夠指出唐律有兩處矛盾，就是時常留意甚至比較相關的律文是否一貫，這也是西方法學的古典方法。⁷³

⁷² 《宋刑統》21：373；《唐律疏議譯注》21：723。

⁷³ Berman, Harold J., *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition* (Harvard: Harvard University Press, 1983; 9th printing, 1997), pp. 120-164. 簡單的說明，見 Van Caenegem, R. C., *An Historical Introduction To Private Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992, translated by D. E. L. Johnston from *Introduction historique au droit privé*), pp. 47-52.

爭鶉案的兩個疑問是可以跟相關的律文比照的。一是甲殺乙究竟是捕殺還是鬥殺。照王安石的說法，不管是竊盜還是強盜，只要盜者一逃，捕者就可以殺他，故甲殺乙是「追而毆之，乃捕盜也。雖死，當勿論」，適用的條文只有捕殺，根本用不上鬥殺。但是，〈賊盜律·強盜竊盜〉條特別注明：「及竊盜發覺，棄財逃走，財主追捕，因相拒捍，如此之類，事有因緣者，非強盜。…議曰：…如此之類，是事有因緣，並非強盜，自從鬥毆及拒捍追捕之法。」⁷⁴ 這裡主要討論竊盜如何轉變為強盜。假如盜者原來只是竊，沒有用暴力，後來與事主抗拒，施用暴力，便是由竊盜變為強盜；但假如盜者與事主抗拒前已把贓物棄去，那麼雖然用暴力抗拒，仍不算強盜，只算竊盜。我們要留意的，是疏議說「自從鬥毆及拒捍追捕之法」，明白指出是以鬥毆或拒捕這兩種方法來處理盜者和捕者（財主）的衝突，不是只用拒捕法。這就跟王安石的說法有明顯的出入了，因為假如盜者一逃即可殺，那麼疏議就只應說「自從拒捍追捕之法」，現在卻說「自從鬥毆及拒捍追捕之法。」明顯可見，捕者追上盜者，發生衝突，在某些情況下對雙方的行為適用鬥訟律，在某些情況下適用捕亡律，而不是王安石所主張的，殺盜一律無罪。

二是持仗與否的重要性。為甚麼要這樣嚴格區分犯罪時有沒有使用武器？因為懲罰輕重大有不同。唐代〈強盜竊盜〉條說：「諸強盜，不得財徒二年。…其持仗者，雖不得財，流三千里。」可見持仗與不持仗有很大的分別。五代的後周（951-960）加重盜罪，顯德五年（958）七月七日敕：「今後應持仗行劫，不問有贓無贓，並處死；其同行劫賊內，有不持仗者，亦與同罪。其餘稱強盜者，准律文處分。」即是把強盜分為持仗及不持仗兩大類。同一夥人，只要其中一人行劫時是持仗，就將整個犯罪行為歸為持仗類，即使同夥的其他人一個都沒有持仗，也全部處死。相反，同一夥人，行劫時都沒有持仗，便計贓論罪，不一定處死。宋代承之，更清楚說：「應持仗行劫，一准舊敕，不問有贓無贓，並處死。除持仗行劫外，其餘強盜，謂以威若力而取其財，…計贓處死、決配，一准前敕處分。」⁷⁵ 可見宋人仍然嚴格區分持仗與不持仗。由此視之，對〈將吏追捕罪人〉條的解讀，假如是說捕者可以殺死持仗拒捕後空手逃亡的罪人，但不可以殺死空手拒捕和逃亡的罪人，那就跟〈強盜竊盜〉條區分持仗與不持仗的原則是彼此一

⁷⁴ 《宋刑統》19：342；《唐律疏議譯注》19：674。

⁷⁵ 《唐律疏議譯注》19：674-676；《宋刑統》19：342-345。

致的。反之，假如說捕者既可以殺死持仗拒捕後空手逃亡的罪人，又可以殺死空手拒捕和逃亡的罪人，那就跟〈強盜竊盜〉條區分持仗與不持仗的原則不能一致。

4.4 與同類律文的比較

數年前，有一位日籍留美學生在傍晚誤入民居，發現不對，轉身便走，屋主大呼「freeze」（止步），無效，乃開槍，學生倒斃，屋主被判無罪。乍看之下，此案與爭鶉案有共通之處，即甲可以殺死乙，其實正好相反。

若留學生命案發生在宋代，適用的律文是《賊盜律》的〈夜入人家〉條：「諸夜無故入人家者，笞四十。主人登時殺者，勿論。若知非侵犯而殺、傷者，減鬥殺、傷二等。其已就拘執而殺、傷者，各以鬥殺、傷論，至死者，加役流。」⁷⁶ 屋主在宅院內殺死不知何故闖入的留學生的確是「勿論」的。我們既驚歎唐宋時代的法律居然在千載之後得到西方民主法治國家的共鳴，也發現將〈夜入人家〉條比對〈將吏追捕罪人〉條後，「空手逃走即可殺死說」有空礙之處。

〈夜入人家〉條所謂「無故」入人家，不是指闖入者無緣無故地闖入，而是指屋主即使不知道闖入者何故入宅院，也可即時在宅院內把闖入者殺死。⁷⁷ 但是，假如屋主知道闖入者無侵犯之虞，則殺之不能免罪，故疏議說：「『若知非侵犯』，謂知其迷誤，或因醉亂，及老、小、疾患，並及婦人，不能侵犯，而殺、傷者，減鬥殺、傷二等〔即由絞死減為徒三年〕。」⁷⁸ 相反，假如屋主知道闖入者意圖侵犯，那當然可以即時在宅院內把他殺死，故疏議問答說：「即明知是侵犯而殺，自然依律勿論。」⁷⁹ 所謂侵犯，除了強姦刺殺等暴行外，當然包括強盜和竊盜，這也是〈夜入人家〉條放在《賊盜律》的原因。⁸⁰ 也就是說，〈夜

⁷⁶ 《宋刑統》18：331；《唐律疏議譯注》18：654-655。

⁷⁷ 唐宋的〈夜入人家〉條由明清繼承，只是略有增減。清人解釋「無故」二字最簡明：「無故字義要看得活，但謂主家不知其為何事耳。」見沈之奇，《大清律輯註》18：634-635。

⁷⁸ 《宋刑統》18：331；《唐律疏議譯注》18：654-655。戴炎輝，《唐律各論》，頁150。

⁷⁹ 《宋刑統》18：331；《唐律疏議譯注》18：654-655。

⁸⁰ 《大清律輯註》18：635：「無故入人家，一不應罪耳，而附于盜律之內者，謂其近于盜也。」

入人家〉條准許受害人有條件地殺死夜盜，那麼條件是甚麼？清人說得很明白：「然必是黑夜，必是無故，必是家內，必是主家，必是登時殺死，方得弗論。有一不符，即當別論矣。」⁸¹ 一旦夜盜逃出宅院，屋主殺他就不一定無罪，而可能要根據鬥訟律治罪。那麼，在爭鶉案裡，即使乙是盜，但甲殺乙既在白天，又在宅院之外，而乙實際上並無持仗拒捍，那甲是否無罪，還是應按鬥訟律治罪？此外，夜入人家行刺，但只要逃離宅院，受害人都不一定可以將刺客殺死；那麼，舉重明輕，乙只不過把鬥鶉攜走，又無持仗拒捍，甲把他殺死，是否無罪，還是應按鬥訟律治罪？清代《刑書據會》說：「出外而毆，雖在登時，亦依罪人不拒捕而殺」，值得我們參考。⁸²

4.5 律文的歷史發展

唐宋的〈將吏追捕罪人〉條由明清所繼承而有所增刪。增刪的原因關乎明清的時代需要，已超出本文的討論範圍，但增刪的結果未嘗不可以透露明清對唐宋律文的了解和反應。⁸³《大明律》〈捕亡·罪人拒捕〉條：

凡犯罪逃走拒捕者，…若罪人持仗拒捕，其捕者格殺之，及囚逃走，捕者逐而殺之，若囚窘迫而自殺者，皆勿論。若已就拘執，及不拒捕而殺，或折傷者，各以鬥殺、傷論。罪人本犯應死而擅殺者，杖一百。⁸⁴

清承明律，正文幾隻字不差，而小字注文說得更清楚。《大清律輯註·刑律》〈捕亡·罪人拒捕〉條：

凡犯罪事發而逃走及犯罪雖不逃走，官司差人追捕，有抗拒不服追捕者，…若罪人持杖拒捕，其捕者格殺之，及在禁，或押解已問結之囚逃走，捕者逐而殺之，若囚因追逐窘迫而自殺者，不分囚罪應死、不應死，皆勿論。若囚雖逃走，已就拘執，及罪人雖逃走不拒捕而追捕之人惡其逃走，擅殺之，或折傷

⁸¹ 《大清律輯註》18：635。錢大群、夏錦文，《唐律與中國現行刑法比較論》，頁157-159亦有精到的分析。

⁸² 引自《大清律輯註》18：635。

⁸³ 詳見林咏榮《唐清律的比較及其發展》，尤其〈中篇〉第三章「唐清律的比較」。

⁸⁴ 劉惟謙等，《大明律》（瀋陽：遼瀋書社，1989年懷效鋒點校本），27：203-204；薛允升，《唐明律合編》28：754-758。

者，此皆囚之不應死者。各以鬥殺、傷論。若罪人本犯應死之罪而擅殺者，杖一百。以捕亡一時忿激言，若有私謀，另議。⁸⁵

爲方便討論，將重點列表比較如下：

唐宋律	明清律
1. 罪人持仗拒捍，其捕者格殺之，勿論。	1. 罪人持仗拒捕，其捕者格殺之，勿論。
2. 及〔罪人〕走逐而殺，走者，持仗、空手等。勿論。	2. 及囚逃走，捕者逐而殺之，勿論。
3. 〔罪人〕迫窘而自殺者，勿論。	3. 囚窘迫而自殺者，勿論。
4. 〔罪人〕即空手拒捍而殺者，徒二年。	4. 無特別指明。
5. 〔罪人〕已就拘執，及不拒捍而殺，或折傷之，各以鬥殺、傷論；用刃者，從故殺、傷法；罪人本犯應死而殺者，加役流。	5. 〔囚〕已就拘執，及〔罪人〕不拒捕而殺，或折傷者，各以鬥殺、傷論。罪人本犯應死而擅殺者，杖一百。

分析：

一、就上表第1點來說，唐宋律和明清律是完全相同的。明清律所謂「事發」，並不是簡單的「犯罪發生」，而是指「犯罪之人，事已發覺，官司差人追捕」，⁸⁶或「凡犯罪之人，事發到官，差人勾捕…。」⁸⁷換言之，是案件已報官司，官司派員處理。這與唐宋對「事發未囚而亡」的解釋是一致的（見上文3.2.2）。

二、就第2點來說，唐宋律的對象是罪人，但明清律是囚。兩者的區別，是「未在禁曰罪人，已在禁曰囚」，可見不能無條件地混用。⁸⁸明清的囚既是一逃即可

⁸⁵ 《大清律輯註》27：958-959。又參馬建石、楊育棠主編，《大清律例通考校注》（北京：中國政法大學出版社，1992），35：995-997。

⁸⁶ 《唐明律合編》28：755；《大清律輯註》27：959。

⁸⁷ 《大清律輯註》27：959。

⁸⁸ 《大清律輯註》27：963。明顯可見，劉俊文是把明清的「囚人在禁或押解之時逃走乃可殺」的情況套用在唐宋的「及罪人走逐，應其走失乃可殺」的情況上。他似乎忽略了，唐宋的「及罪人走逐，應其走失乃可殺」中的罪人，固然可以指囚，但也可以是指「先持仗拒捍，然後空手逃走的罪人。」事實上，劉俊文對〈被囚禁拒捍走〉條的解釋亦不容易適用於「失囚之愆」，他說：「應注意者，此律所謂在禁或被追逃亡，乃指依律合禁及合捕者而有逃亡。如本罪不合囚禁而枉被囚禁，或無罪不合追捕而枉被追捕，則雖

殺，故根本不用多說逃走時是空手還是持械，故省去了唐宋律的「走者，持仗、空手等」幾句，這與本文4.2的論辯（尤其第二段）是一致的。

三、就第3點來說，唐宋律的對象是罪人，但明清律是囚。那麼明清的罪人若窘迫自殺，捕者有沒有罪？清人的回答是：「若罪人逃走，因追捕窘迫而自殺者，亦應勿論。」⁸⁹

四、就第4點來說，明清沒有特別指明，那麼明清的捕者殺死空手拒捍的罪人如何處罰？清人的答案是：「若罪人逃走，不拒捕，即拒捕〔但〕不持仗者，皆不得如囚之逐殺弗論也。」⁹⁰ 故是一如唐宋律，以鬥訟律科罰。

五、就第5點來說，唐宋和明清律是基本相同的。明清的逃囚已就拘執，就不能擅殺，舉重明輕，罪人一旦被捕，自然也不能殺。罪人不拒捕即不能殺，但逃囚雖不拒捕仍可殺，因為「追逐逃囚，情急事迫，勢不能從容擒獲，因而殺之，如追之不及，放箭射殺之類，故亦弗論。」⁹¹

總之，唐宋和明清律的分別，清人說得十分清楚：「已經問結之『囚』，在禁及押解之時，脫繫而逃走，捕之者既不可寬縱，則追之不得不急，於以殺之，亦勢不得已也。…逃走之『罪人』，並不拒捕，則不難於就擒，而追捕之人，猶惡其逃走而殺之，或毆至折傷者，是無故而殺、傷矣，故各以鬥殺、傷論，殺者，絞。」又說：「『罪人』持仗拒捕，乃許格殺；『囚』則逃走，即許逐殺。若『罪人』逃走，不拒捕，即拒捕不持仗者，皆不得如『囚』之逐殺弗論也。」⁹² 簡言之，就是「囚」只要逃走，無論持械不持械，捕者均可將他殺死，更不用說拒捕了；但是，「罪人」只有在持械拒捕的情況下才可殺，否則捕者就要以鬥訟律治罪。爭鶉案若發生在明清，乙既非囚，又無持械拒捕，完全適合上引「逃走之罪人，並不拒捕」的條件，而甲「惡其逃走而殺之，是無故而殺矣，絞。」一件在宋代紛紛擾擾的難案，一條從宋到現代都解讀不清的律文，在明清卻是這樣

即逃亡，亦不得定爲此罪。」（《唐律疏議箋解》28：1996）假如是這樣，那麼尚未經官司依律認定爲合禁或合捕的犯事者，或捕者並不是官司時，能否適用〈將吏追捕罪人〉條的犯人逃走即可殺，是值得懷疑的。例如有人枉被囚禁或枉被追捕，空手逃走，被捕者殺死，假如按劉俊文所說的逃者「不得定爲此罪」，則逃者死得冤枉，但假如按他所說的「失囚之愆」，則逃者死有餘辜而捕者無罪，實在有些難解。

⁸⁹ 《大清律輯註》27：963。

⁹⁰ 《大清律輯註》27：958-959, 962-963。

⁹¹ 《大清律輯註》27：962。

⁹² 《大清律輯註》27：958-959, 962-963。

的易辦易解！這究竟是明清較為了解唐宋立法者的原意，還是如 M. Ballot-Beaupré 所說的，以今釋古呢？

4.6 律文的實用性

被認為是美國實用主義法學 (Legal Realism) 鼻祖的 Oliver Wendell Holmes, Jr. 在經典名著 *The Common Law* 開宗明義地說：「The life of the law has not been logic: it has been experience. 法律的生命從來不是邏輯，而是經驗。」⁹³ 時至今日，我們可以說：法律的成長不單靠理論，也靠經驗，因為它的主要對象畢竟是人世間事。要律文適時適用，立法者必須針對現實生活的情節，否則就容易流於不切實際。要律文翔善賅備，立法者就要參考「已然」（過去）和投視「未然」（將來），冀使律文能夠行之久遠。漏洞在所難免，但應儘量減少，以避免不安定性或弄文玩法。可以想見，當立法者字斟句酌地寫下〈將吏追捕罪人〉條時，也會考慮捕者與犯人相遇時可能發生的各種情況，從而確定捕者和犯者的法律責任：捕者在甚麼情況下可殺傷犯者，在甚麼情況下不能；而犯者怎樣拒捕就有怎樣的後果，沒有這樣拒捕就不應有這樣的後果。在盜的場合，逃走的嫌犯會不會是無辜的？被捕者殺死了怎樣辦？嫌犯看到捕者的一般反應是甚麼？是束手就擒還是先嘗試逃跑？這些都是執法者要面對的問題。以下就分假盜和真盜來分析盜者和捕者的互動及其法律後果，藉以顯示王安石「逃即可殺」的主張在執行時有何實際困難。

4.6.1 假盜

如是假盜，立法者會不會考慮到如何避免傷害無辜，及雖是假盜，但所犯之

⁹³ Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law* (Harvard: Harvard University Press, 1963; originally published in 1881), p. 5: "The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed." 要初步了解他和其他同樣有名的法學家的著作，可利用 Morris, Clarence, ed., *The Great Legal Philosophers: Selected Readings in Jurisprudence* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1959). 簡介可利用 Kelly, J. M., *A Short History of Western Legal Theory* (New York: Oxford University Press Inc., 1999; reprint of 1992), pp. 348-391.

事較真盜更為嚴重時，如何維護捕者的安全？

a. 不持仗

假設在一時常發生盜案的地區，一位婦人看到有男子在住宅周邊探頭探腦，似乎將要翻牆而入，乃大呼「盜賊」，守望相助的鄰人乃手持棍棒出現。男子驚惶失措，落荒而逃，雖然沒有持仗，仍被打死，事後發現原來是婦人女兒的男友。

b. 持仗

另有一男子，亦被呼為盜，亦落荒逃跑，被追上後竟露出武器反擊，不敵被殺，事後發現並不是盜。

明顯可見，不持仗的男子並無犯事，只因為驚慌逃跑便被殺，是否死得冤枉？鄰人聞盜即追，如何判斷他們是在追捕一位真盜或假盜？在這種不明的情況下，為甚麼立法者竟會准許他們殺死嫌犯？這種無辜被殺是否應盡力避免？但是，持仗的男子雖非真盜，但以武器反擊捕者，在打鬥中被殺，則其被殺是因為持械反擊，未嘗不是咎由自取。所以，以「持仗拒捍」作為判斷是否可殺的標準，有其實際及容易判別之處，正如清人的解釋說：「仗，謂兵仗，殺人之器也；格，謂格鬥，殺人之事也。持仗拒捕，其心叵測，至於兩相格鬥，則性命呼吸，非彼則此，故格殺勿論。」⁹⁴ 如是，則唐宋〈將吏追捕罪人〉條的「及走逐而殺…皆勿論」句應以「持仗拒捍」句為前提，兩者必須連讀不得分讀。

4.6.2 真盜

如是真盜，立法者必須考慮如何讓捕者捕盜時有規可循（有如公務執行條例），以及如何維護捕者的安全（有如正當防衛）。

a. 持仗

持仗的真盜看到捕者有甚麼反應？首先，他可能先逃，即持仗但不拒捍，捕者若從背後一箭射殺或射傷，按王安石的說法，是捕者無罪，但按律文「已就拘執，及不拒捍而殺，或折傷之，各以鬥殺、傷論」的說法，是捕者犯了「不拒捍而殺」的規定，須以鬥訟律論罪，即使盜者行盜時已犯了死罪，捕者把他射殺仍要處以加役的流刑。這個矛盾，就是喬偉所說的前文使後文成為具文，在現實裡就是使捕者無所適從，但立法者會這樣糊塗嗎？

⁹⁴ 《大清律輯註》27：962。

其次，真盜可能看到捕者就持械反抗，且戰且走，捕者殺之均無罪。武器被打落了，或將武器擲向捕者落空，或嫌攜帶武器不方便逃走而將武器拋棄，空手拔腳就跑，捕者恐其走失，遺害人間，殺之也無罪，屬「走逐而殺，〔注〕走者，持仗、空手等。…皆勿論。」舉輕明重，沒有武器了，不逃而繼續反抗，捕者殺之當然比照「及走逐而殺…皆勿論」，無罪可言，不屬「空手拒捍而殺者徒兩年。」但是，若盜者在反抗的過程中投降，則捕者不能殺他，否則屬「已就拘執，及不拒捍而殺，或折傷之，各以鬥殺、傷論。」由此來看，立法者的設想實在周延，照顧到各種可能發生的情況。讓人奇怪的是，為甚麼立法者有時精明有時糊塗？

b. 不持仗

不持仗的真盜看到捕者有甚麼反應？首先，他可能先逃，給捕者趕上，乃空手拒捍，假如此時被殺，捕者有沒有罪？王安石主張逃即可殺，故捕者無罪，但替真盜辯護者可提出「空手拒捍而殺者徒二年」的異議。為甚麼律文出現這樣具有爭議性的漏洞？假如按照王安石的思路，以殺來促使盜者束手就擒，就地伏法，那麼立法者就應規定，不但逃走可殺，連拒捕也可殺，但律文明明說「空手拒捍而殺者徒二年」，實在令人不解！

其次，真盜可能先空手拒捍，不敵逃跑，被捕者追上，假如此時被殺，捕者該當何罪？假如算最先的空手拒捍，捕者就要判二年徒刑；假如算後來的不敵逃跑，依王安石的意見是捕者無罪，這豈非很矛盾？但這種一面反抗一面逃跑的情況不是很普通嗎？相關的法律為甚麼弄得那樣複雜呢？假如不採用王安石的意見而採用錢大群等人的意見，就沒有那麼複雜了。這位先空手拒捍然後逃跑的真盜的遭遇是：拒捍時被殺，捕者要判二年徒刑；後來逃跑時被殺，捕者仍要判二年徒刑。這樣的立法可謂前後一貫。

第三，真盜可能先空手拒捕，不敵逃跑，拾獲武器，變成持械。假如他此時攻擊捕者，相應的律文是「罪人持仗拒捍，其捕者格殺之，勿論。」（見4.1.1）假如他沒有攻擊捕者，相應的律文是「不拒捍而殺，或折傷之，各以鬥殺、傷論。…罪人本犯應死而殺者，〔捕殺者〕加役流。」（見4.1.3）這可說相當維護罪人的生命，不能因為他犯罪在先就一概可殺，即使他原來犯的罪足以判處死刑，也不能在追捕時無端將他殺死。由此亦可知，捕者不能因為「預測」或「假設」罪人可能得到武器並且用來反擊便先行殺死罪人，而要等到罪人「真正」拿到武器和用來攻擊才能殺他。

總之，就盜者與捕者互動時的各種可能情況來說，王安石對〈將吏追捕罪人〉條的解讀產生若干困擾，使捕者的權責有些模糊不清，自不免在捕盜時有所遲疑。捕盜可說是無日無之的，立法的結果竟使執法者礙手礙腳，恐怕不是立法者的原意，而上下文矛盾的法規亦不可能從唐到宋經歷數百年卻無人提出修正的。

4.7 目的論

徐道鄰謂唐律有十四項新穎思想，其中之一即「目的主義」。⁹⁵ 法律是為某種目的而設（“Purpose is the creator of all law 目的乃諸法之母”），乃不爭之論，但目的是甚麼，卻不無爭議。這問題必須明確分別立法與司法兩個層次。影響立法的因素十分多，諸如文化傳統、歷史背景、種族成分、性別歧視、政治動機、社會目的、經濟考量和國際認同等，當然也包括法學原則，都在左右著立法的目的。影響所及，目的不是單一而是多元，彼此的關係不是「某目的最重要」而是「某目的是相對的重要」。時至今日，已很少法學者會堅持所謂放諸四海而皆準的價值標準了，反而願意接受因不同文化而有不同內容的「法治」（Rule of Law）和多元的「真相」，即所謂「Truth is a pluralistic concept dependent upon culture 真相因文化之多元而多貌。」⁹⁶

但是，這些影響「立法」的因素應不應該介入「司法」卻見仁見智。直到今天，還有不少法學者相信司法應該是獨立和能夠自圓其說的（self-evident）。也就是說，儘管在立法時有種種複雜的考慮和目的，但一旦立法完成後，執法者辦案

⁹⁵ 徐道鄰，《唐律通論》，頁64引朱方《中國法制史》所論。

⁹⁶ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End* (New York: New York University Press, 1995), p. 3: “In law, postmodernism signals the movement away from interpretation premised upon the belief in universal truths, core essences, or foundational theories. In jurisprudence, postmodernism signals the movement away from ‘Rule of Law’ thinking based on the belief in one true ‘Rule of Law,’ one fixed ‘pattern,’ set of ‘patterns,’ or generalized theory of jurisprudence. Postmodernism is an aesthetic practice and condition that is opposed to ‘Grand Theory,’ structural patterns, or foundational knowledges. Postmodern legal critics employ local, small-scale problem-solving strategies to raise new questions about the relation of law, politics and culture.” See also pp. 72-75, 221-223. 向經濟學取法的情況見 pp. 83-105.

時就可憑著理性和科學的方法（如邏輯推理）去尋求答案，這答案必在法律系統之中，不假外求，更不受外力的干預（law as a scientific discipline and as a closed logical system）。⁹⁷ 執法者的角色，不過是「法律之代言人」（mouth of the law），既不是宗教或政權的喉舌，也不是人民的喉舌。他們要堅持「應怎樣辦就怎樣辦」（應然 what ought to be），不能遷就現實（實然 what is）。假如真的遇到律文不周，執法者不能擅作主張，而要轉給立法者解決，因為後者是惟一的法源。⁹⁸ 另方面，接近實用主義的法學者則主張，法律本身固然是目的，但同時也是達到其他目的的「手段」（instrumentalism），司法不能脫離現實，包括政治。在總結一九八〇年代美國法學研究的成果時，Gary Minda 說：「If there is a single lesson to be gleaned from the new jurisprudential movements of the 1980s, it is that method itself is ideological and political; there is no escape from the link between law and politics. 最值得一提的教訓，就是法學方法本身就帶有意識形態和政治傾向，法律與政治的聯結實在無法逃避。」⁹⁹ 本文無意評論這些看法，但就宋代來說，司法無疑時常服膺於政治、社會和經濟等目的，這也是近人批評傳統中國不能推行「法治」的一個原因。那麼，爭鶉案的判決有沒有違反了某些目的？

4.7.1 刑事立法的目的

唐代刑事立法的一個重要目的就是以增加律文的包容度和確切性來減少人爲的運作。俗套點說，是先法然後理情，不是先情然後理法。錢大群稱之爲「量化立法」，他在〈唐律立法量化技術運用初探〉說：「儘可能制訂可以實際操作的衡量標準，使刑罰的幅度與犯罪構成客觀方面的情況相同一，是自古以來司法審判工作的一個共同的追求，也是千百年來刑法學家一直希望解決又總解決得不理想的一個問題。而唐律的制訂者們，對犯罪構成客觀方面諸因素，千方百計地進行量化的努力，正是古代法學家在刑事立法技術上的一大貢獻。」量化立法的主

⁹⁷ Van Caenegem, *An Historical Introduction To Private Law*, pp. 119-120; Minda, *Postmodern Legal Movements*, pp. 13-16.

⁹⁸ 《宋刑統》11：208-209〈律令式不便於事〉亦說：「諸稱律、令、式不便於事者，皆須申尚書省議定奏聞。若不申議，輒奏改行者，徒二年。即詣闕上表者，不坐。」

⁹⁹ Minda, *Postmodern Legal Movements*, p. 218, 又見 pp. 17-19, 34, 36. 某些法學者本人也從尋求「正確的答案」轉爲尋求「最佳的解釋」，不再認爲法律有固定的真理，而是隨事而變，見頁206。

要目的有三：一是「有利於定罪判刑，提高辦案的準確率」；二是減少執法者的個人因素，因為「法官在量刑幅度上的自由量裁權愈小，則法律的嚴密性愈有保障」；三是「縮短了辦案周期，加速了司法審判的流程，以便及時地打擊和制止犯罪，有利於法律秩序的穩定。」¹⁰⁰

就盜罪來說，量刑是完全基於罪行的嚴重性和贓物的價值，不是根據執法者個人的價值判斷，甚至不完全是為了產生阻嚇或自新的作用。〈賊盜律·強盜竊盜〉條明確規定，強盜罪是「不得財，徒二年；一尺徒三年，二匹加一等；十匹及傷人者，絞；殺人者，斬。其持仗者，雖不得財，流三千里；五匹，絞；傷人者，斬。」¹⁰¹ 竊盜是「不得財，笞五十；一尺杖六十，一匹加一等；五匹徒一年，五匹加一等，五十匹加役流。」¹⁰² 可說是十分的機械 (mechanical) 和對比 (proportional)，也是西方若干犯罪學者追求的一個境界。¹⁰³

將王安石「逃即可殺」的主張對照上述的立法目的，明顯地格格不入。若依王安石的主張，盜罪就不單以行盜的手段和贓物的價值來論罪，還要根據盜者對捕者的反應，甚至是先根據盜者對捕者的反應，然後才看他行盜的手段和贓物的價值。假如一個一無所獲的竊盜束手就擒，那他的刑罰就是笞五十；但假如他開逃，他就罪致於死，死時還是一個不曾受審沒有定罪的嫌犯。這可說是完全根據「逃跑」這行為來判斷盜者是否可殺，全不考慮他逃跑之前所犯的盜罪究竟有多嚴重。這種對付犯人的方法是〈強盜竊盜〉條所無法想像的，它的嚴重程度超過竊盜罪的所有刑罰，而等同強盜罪的最高刑罰死刑，即強盜空手殺人或持仗傷人等的刑罰。在〈強盜竊盜〉條，我們可清楚看到刑罰遞增的計算方法，但在一逃即殺的主張裡，我們看不到任何的計算方法。正如上文所說，逃走拒捕的情況有幾種，若依照量化立法，便會針對不同的逃走情況而計算出不同的懲罰方法，不會一條鞭式的濫殺。逃即可殺的主張無疑違反了量化立法所要求謹慎計算的原則和嚴密用刑的目的，並在某種程度上使〈強盜竊盜〉條成為具文，幾乎可用「凡盜即殺」四字代替，因為經驗告訴我們，盜者能逃則逃，很少會束手就擒的。

¹⁰⁰ 錢大群，〈唐律立法量化技術運用初探〉，《南京大學學報》1996.4：22-30，修訂後收入氏著，《唐律研究》，頁352-361。

¹⁰¹ 《宋刑統》19：342；《唐律疏議譯注》19：676。

¹⁰² 《宋刑統》19：345；《唐律疏議譯注》19：677。

¹⁰³ 對西方的刑罪理論，Mark Tebbit 有詳明的介紹，見 *Philosophy of Law* (New York: Routledge, 2000), pp. 162-184.

4.7.2 政治目的

在宋代，以死作為一種懲罰有兩個特點。一是由中央掌握死刑的查核或終審權。簡單說，縣級的死刑先由州級審核，再送路級審核，沒有爭議的，便在執行後上報中央，由中央查核；還有爭議的，便要送到中央，先由司法機關審議，最後由皇帝決定。¹⁰⁴ 另一個特色就是以頻繁的肆赦來減免死刑，Brian McKnight甚至稱讚宋代是「the most merciful in traditional China, ... no match for the ferocity of the eighteenth-century French. 傳統中國最仁慈的朝代，跟十八世紀法國的殘酷不能相提並論。」¹⁰⁵ 就政治角度來看，就是政府對死刑的謹慎和對審判權的壟斷，達到恩威自上，生殺由我的目的。

很明顯，王安石「甲殺乙無罪」的主張並不符合上述的目的。第一，它縱容私刑，讓平民百姓也可以在執法的名義下奪人性命。事實上甲可能根本不知道〈旁人捕送〉條。第二，它剝奪了政府的審判權，使犯人未經官方的審判便在平民手中送命。第三，它容許捕者在若干程度上掌握生殺大權，他可以選擇在逃犯背後放箭，也可以網開一面。這些是否符合當時只有政府高層才能決定死刑，連基層行政首長也不能獨斷獨行的慎刑目的？又是否符合由政府壟斷審判權的目的？到了明代，〈旁人捕送〉條就被刪去。¹⁰⁶

4.7.3 社會目的

毫無疑問，法律的一個重要目的是維持社會安定，保障人民的生命和財產，故阻遏盜賊是應有之義，但問題是王安石「逃即可殺」的主張能否防盜？

So Kee-long（蘇基朗）接受王安石「公取竊取皆為盜」的看法，認為甲可殺乙，並說：「If this (Wang An-shih's) line of legal reasoning prevailed, a social effect may have appeared that people would be more cautious about the rights of ownership.」¹⁰⁷ 簡單說，即是告誡社會大眾，不要侵犯別人的財產，否則可能死

¹⁰⁴ 戴建國，〈宋代刑事審判制度研究〉，收入氏著《宋代法制初探》（哈爾濱：黑龍江人民出版社，2000），頁199-245，原載《文史》31(1988)。

¹⁰⁵ McKnight, *Law and Order in Sung China*, pp. 69-471. 又見氏著 *The Quality of Mercy: Amnesties and Traditional Chinese Justice* (Honolulu: The University Press of Hawaii, 1981).

¹⁰⁶ 《唐明律合編》28：758：「再唐律有旁人皆得捕繫，…明律無文。」

¹⁰⁷ So Kee-long, "Legal Reasoning in Sung China: Criminal Liability in Homicide Cases", p. 125.

有餘辜。換言之，它的目的就不止於司法正義（即甲應判無罪），而且還是法律宣導和社會教化。假如是這樣，王安石無疑是以犧牲盜者的生命來推行法律教育！這種殺一儆百的手段不但有些草菅人命，也違反了「先教後刑」的傳統。更嚴重的，是它把「盜」與「逃」混為一談。

要告誡社會大眾不要侵犯別人的財產，最直接的方法就是落實上引的〈強盜竊盜〉條，連竊盜不成也要笞五十，強盜不成也要徒二年。¹⁰⁸ 逃即可殺所傳達的警訊，不是「不要盜」，而是「不要逃」，兩者並不完全相同。就好像老師警告學生，偷東西要受X的懲罰，不承認偷東西要受Y的懲罰，難道Y的懲罰就可嚇阻偷東西嗎？它可能促使學生被發現時承認偷東西，但恐怕不能遏阻偷東西。同樣，逃即可殺針對的是盜發後的狀況，不是盜的本身。它可能促使盜者被發現時束手就擒，但恐怕不能阻遏盜行。

不但不能防盜，逃即可殺還會引起社會的不安，因為它容許以暴易暴。首先，它容易養成人民對罪案的過分反應，不管罪行本身是否嚴重，一概以激烈手段來對付犯者。其次，它宣揚以暴力作為打擊犯罪的合法手段。為了自衛而殺人是情有可原的，但只不過因為竊盜逃跑便下手殺死則無疑是以暴力取代犯罪，是十分原始和粗疏的法律思維，是非常時期（如戒嚴或軍法統治）才有的治安措施。

反過來說，開封府的判決卻是很好的法律教育。它告訴社會大眾，懲罰犯事者應該根據他的罪行的嚴重性，而不是單單因為他犯了法。這種思維相當符合「罪刑對稱」的司法原則，即輕罪便輕罰，重罪才重罰。它也清楚說明，以暴力來防止或消滅犯罪是不正確的手段，將會同樣受到懲罰。這種法律思維才稱得上深思辯證，是人類社會脫離叢林法的動力。

4.8 法理、人情、利害？

表面看來，王安石和開封府等人在法理上南轅北轍，幾無妥協的可能，但綜觀全案，僵局並非不能以法律途徑來解決，卻沒有採行，反而可能以法律以外的考慮來結案，那就是人情和利害。

¹⁰⁸ 宋代加重盜罪，相關的立法可參郭東旭，《宋代法制研究》（保定：河北大學出版社，2000年二版），頁158-184。又有郭成偉，〈論北宋重典治「賊盜」〉，《史學評林》1988.7/8，未獲。

全案可分三個階段來分析。第一階段是對所謂「原始事實」(raw facts) 的重建和確認，即案發經過。假如爭鶉案出現不同版本的案發經過，那自然引發爭議，但王安石和開封府等人對此並無異議，即乙向甲求鶉不成便把鶉攆走而甲追上去把乙踢死了。

第二階段是把「原始事實」賦予法律定義，轉化為「法律事實」(legal facts) 以便定罪科罰，這就是雙方爭議的起點，開啓一場律文大戰。開封府可能認為乙的行為不完全適用〈強盜竊盜〉條，故不算盜，甲把乙打死，便應根據〈鬥毆故毆故殺〉條處以絞刑。王安石認為乙的行為適用〈公取竊取皆為盜〉條，的確是盜，甲把乙打死，便應根據〈將吏追捕罪人〉條無罪釋放。雙方各有堅持，但不無調和的空間：一是在〈公取竊取皆為盜〉條和〈強盜竊盜〉條之間取得平衡；二是跳脫成文法，訴諸當代對盜的界定，或現在流行的所謂「常識法」(common sense law)。事實上，「常識法」和「成文法」本有互通之處，其關係有如下圖的連續體，圖中的「 $\longleftrightarrow$ 」表示「互相影響」：

常識法		成文法		
社會對盜的一般認知和價值判斷等	$\leftarrow A \rightarrow$	原則	$\leftarrow B \rightarrow$	細則
		〈公取竊取皆為盜〉條		〈強盜竊盜〉條

以這個連續體來觀察，王安石與開封府未嘗不可以在「 $\leftarrow A \rightarrow$ 」區或「 $\leftarrow B \rightarrow$ 」區化除歧見，達成協議。首先，常識法大致上與成文法的原則性條文較為接近，而與其複雜的細則有所隔閡。例如民間現在還會說「不問自取，是謂賊也」，而不能明白為甚麼陌生人已在撬門，但還不算盜。也就是說，王安石不但可以得到一些支持原則性條文的法學者（如蘇基朗）的認同，還可以得到常識法的部分支持，在「 $\leftarrow A \rightarrow$ 」區不見得會輸掉官司。其次，王安石與開封府的對立也沒有那麼嚴重，他們或可在「 $\leftarrow B \rightarrow$ 」區找到共識。甚至可以說，假如甲沒有打死乙而是告到官府，則無論王安石或開封府，都可以找到處罰乙的理由，可能以〈公取竊取皆為盜〉條的原則指責乙，而以〈不應得為而為〉條的罰則來科罪。總而言之，乙罪是所謂「可議」或「可談判的」(negotiable)，待王安石和開封府協商後，再根據罪名和輕重來定甲的罪，這是完全就法理來解決爭議的途徑。但是，此路不通，雙方陷入零和，因為王安石捨棄談判而「依法行事」，彈劾開封府。

第三階段就是從王安石彈劾開封府的司法官員失入死罪開始至全案結束。失入死罪是最重的失入罪，定斷官輕則降官，重則掉官，附和者也要處分。¹⁰⁹此時，甲的命運就跟執法者的前途綁在一起了。假如覆議的審刑院和大理寺支持王安石，那甲就活命而開封府要受失入罪的處分；假如覆議者支持開封府，那甲就送命而王安石要受失出罪的處分，後者是微不足道甚至不需處罰的（事實上王安石是免罰）。¹¹⁰覆議者會怎樣取決呢？首先，開封府的法司並不是於法無據，以當時的標準，又是專業司法人員，何況又與審刑院和大理寺是同行，在公務上利害攸關。其次，王安石也不是於法無據，但雖是同僚，卻不是專業司法人員，若判其得直，是否會長他人志氣而滅自家人威風？何況，歸根究底，王安石就是惹事者 (troublemaker)。第三，甲乃鬥鶡之主，鬥鶡乃賭博之具，賭博乃犯罪行為；而且，甲畢竟是把朋友殺了。這種人與開封府的司法人員比較，應救誰呢？總之，同行的情誼和業務上的關係，專業人員的尊嚴，當事人的身分，失入失出兩罪取其輕的考慮等，都可能影響審刑院和大理寺的決定。

結論

西方曾對法律的自主、客觀和排難解紛的功能有著無限的憧憬，譬之為「自動出納器」(slot machine)。用現代的比喻來說，法律就好像一部電腦，裡面分門別類，放滿了各式各樣的條文和案例，法官只要把手上的案件鍵入正確的門類，電腦就會自動運算，從列表機印出適當的判決。直到今天，不少國人仍有這種想法，口稱「一切靜待司法公正的判決」、「讓司法主持正義」、「由司法還我清白」或「司法歸司法、政治歸政治」等。當然，期望愈高，失落也愈大，終於怒吼「司法已經死了！」

本文指出，即使司法不受外力（如政治）的影響，它本身就存有若干不確定的因素，其一就是法律條文本身的不足，無法概括或預期層出不窮的事件，乃產生是否適用的疑問。其二就是法律條文的「原意」或「重點」隨著歲月的推移而「失傳」或「失焦」，變成各自解讀，見仁見智。其三就是法律條文的「目的」隨著時代需要的轉變而「演化」(evolution)，變成同一條文，昔日為此而今日為

¹⁰⁹ 王雲海等，《宋代司法制度》，頁464-465。

¹¹⁰ 王雲海等，《宋代司法制度》，頁467。

彼，解釋自然多元。其四就是法律的「原則」與「細則」出現落差：原則愈寬則可能無所不包，細則愈明則可能多所排斥，兩者不一定吻合。在這些情況下，即使是學富五車經驗豐富而且公正廉明的法官，對同一案件也可能會作出南轅北轍的判決。民眾因此而質疑司法的品質，可謂莫大的冤枉。

當然，除了以法論法外，還有其他因素影響著司法的運作，包括實用主義和目的論（含政治目的和社會目的）等。此外，執法者畢竟是人，難免會有人情和利害的考慮，包括同行的互衛、當事人的身分和判罪的代價等。

在爭鶉案中，開封府等司法人員考慮到取鶉者的法律權益而追究鶉主的法律責任，而王安石考慮到鶉主的權益而追究取鶉者的責任，恰似在法庭上替兩造辯護，各引律文，唇槍舌戰，無寧是傳統法律以權利和責任為著眼點的進步表現。但王安石以取鶉者是否逃跑作為是否可殺的標準，實在是忽略了取鶉這行為本身是否如此嚴重，以致取一鶉而後逃皆曰可殺，未免不符合「罪刑對稱」的司法原則。他又咄咄逼人，捨協調而取彈劾，使案情陷入零和的僵局，反而可能引進了非法律的因素來結案，這是我們應該汲取的教訓。

王安石獨抗開封府、審刑院和大理寺，最後失敗，但不減其大儒的名聲，也不減其大儒的氣度。筆記小說記載，當時的宰相韓琦也支持開封府，後來王安石評論近代宰相說：「韓公德量才智，心期高遠，諸公莫及也。」輓詞兩首也備極推崇，開首說「心期自與眾人殊，骨相知非淺丈夫」，結尾說「幕府少年今白髮，傷心無路送靈輜。」¹¹¹ 容忍不同的意見，對事不對人，是值得我們借鏡的。

（本文於民國九十年八月二十三日通過刊登）

¹¹¹ 魏泰，《東軒筆錄》（北京：中華書局，1983年點校本），6：64-65，韓琦在當時的確是宰相，但有可能是把韓晉卿誤當韓琦。當韓琦知揚州時，王安石是簽判，故自謂幕府少年，見鄧廣銘，《北宋政治改革家王安石》（北京：人民出版社，1997），頁7。是書也記載爭鶉事，但無分析，見頁56。

引用書目

一、傳統文獻

- 司馬光，《溫國文正司馬公集》，四部叢刊初編。
- 沈之奇，《大清律輯註》，北京：法律出版社，1998年懷效鋒及李俊點校本。
- 李燾，《續資治通鑑長編》，北京：中華書局，1979-1995年點校本。
- 脫脫，《宋史》，北京：中華書局，1977年點校本。
- 傅霖，《刑統賦》，叢書集成續編。
- 傅霖、鄧氏、王亮，《刑統賦解》，叢書集成續編。
- 鄭克，《折獄龜鑑》，上海：上海古籍出版社，1988年劉俊文譯注點校本。
- 劉惟謙等，《大明律》，瀋陽：遼瀋書社，1989年懷效鋒點校本。
- 薛允升，《唐明律合編》，北京：法律出版社，1999年懷效鋒、李鳴點校本。
- 魏泰，《東軒筆錄》，北京：中華書局，1983年點校本。
- 竇儀等，《宋刑統》，北京：法律出版社，1999年薛梅卿標點本。

二、近人論著

仁井田陞

- 1959 《中國法制史研究·刑法》，東京：東京大學東洋文化研究所。
- 1963 〈敦煌唐律ことに捕亡律斷簡〉，原刊《岩井博士古稀記念典籍論集》(1963)，收入氏著《中國法制史研究·法と慣習、法と道德》，東京：東京大學東洋文化研究所，1964，頁316-322。

王雲海（編）

- 1992 《宋代司法制度》，開封：河南大學出版社。

林咏榮

- 1982 《唐清律的比較及其發展》，臺北：國立編譯館。

馬建石、楊育棠主編

- 1992 《大清律例通考校注》，北京：中國政法大學出版社。

施啓揚

- 1972 〈唐律上盜罪之研究〉，《政大法學評論》7：208-209。

高明士

- 1996 〈從英藏CH0045捕亡律斷片論唐貞觀捕亡律之存在問題——兼論貞觀斷獄律之存在問題〉，柳存仁等編，《慶祝潘石禪〔潘重規〕先生九秩華誕敦煌學特刊》，臺北：文津出版社，頁409-425。

柳立言

- 1999 〈導論：唐律研究及其問題〉，氏編《唐律與國家社會研究》，臺北：五南圖書出版公司，頁1-22。

徐道鄰

- 1958 《唐律通論》，臺北：中華書局。

曹漫之（主編）、華東政法學院法律古籍整理研究所（合著）

- 1989 《唐律疏議譯注》，長春：吉林人民出版社。

張伯元

- 1999 《法律文獻學》，杭州：浙江人民出版社。

郭東旭

- 2000 《宋代法制研究》，保定：河北大學出版社（二版）。

郭成偉

- 1988 〈論北宋重典治『賊盜』〉，《史學評林》1988.7/8，未獲。

喬偉

- 1985 《唐律研究》，濟南：山東人民出版社。

楊廷福

- 1982 《唐律初探》，天津：天津人民出版社。

劉俊文

- 1989 《敦煌吐魯番唐代法制文書考釋》，北京：中華書局。

- 1996 《唐律疏議箋解》，北京：中華書局。

鄧廣銘

- 1997 《北宋政治改革家王安石》，北京：人民出版社。

錢大群

- 1988 《唐律譯注》，揚州：江蘇古籍出版社。

- 1996 〈唐律立法量化技術運用初探〉，《南京大學學報》1996.4：22-30，修訂後收入氏著《唐律研究》，頁352-361。

- 2000 《唐律研究》，北京：法律出版社。

- 2000 〈《唐律疏議》結構及書名辨析〉，《歷史研究》2000.4：110-118。

錢大群、夏錦文

- 1991 《唐律與中國現行刑法比較論》，南京：江蘇人民出版社。

錢大群、錢元凱

- 1989 《唐律論析》，南京：南京大學出版社。

霍存福

- 1987 〈論《唐律》“義疏”的法律功能〉，《吉林大學社會科學學報》1987.4：1-8。

戴炎輝

- 1964 《唐律通論》，臺北：國立編譯館。

- 1965 《唐律各論》，臺北：著者自印。

戴建國

- 2000 〈宋代刑事審判制度研究〉，收入氏著《宋代法制初探》，哈爾濱：黑龍江人民出版社，頁199-245，原載《文史》31(1988)。

薛梅卿

- 1997 《宋刑統研究》，北京：法律出版社。

饒鑫賢

- 1999 〈王安石變法革新思想簡介〉，收入段秋關主編，《饒鑫賢先生七十五周年華誕暨從教四十二周年紀念——中國法律史論稿》，北京：法律出版社，頁287-310。
- 1999 〈《唐律》研究的新成果——錢大群教授主撰《唐律》系列研究五書簡評〉，收入段秋關主編，《饒鑫賢先生七十五周年華誕暨從教四十二周年紀念——中國法律史論稿》，北京：法律出版社，頁404-407。

龔延明

- 1997 《宋代官制辭典》，北京：中華書局。

Berman, Harold J.

- 1997 *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition*. Harvard: Harvard University Press (1st printing, 1983).

Cardozo, Benjamin N.

- 1921 *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press.

Holmes, Oliver Wendell

- 1963 *The Common Law*. Harvard: Harvard University Press (originally published in 1881).

Johnson, Wallace

- 1997 *The T'ang Code, Vol. II, Specific Articles*. Princeton: Princeton University Press.

Kelly, J. M.

- 1999 *A Short History of Western Legal Theory*. New York: Oxford University Press Inc. (reprint of 1992).

McKnight, Brian E.

- 1981 *The Quality of Mercy: Amnesties and Traditional Chinese Justice*. Honolulu: The University Press of Hawaii.
- 1992 *Law and Order in Sung China*. Cambridge: Cambridge University Press.

Minda, Gary

- 1995 *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*. New York: New York University Press.

Morris, Clarence ed.

- 1959 *The Great Legal Philosophers: Selected Readings in Jurisprudence*.
Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

So, Kee-long

- 1998 "Legal Reasonings in Sung China: Criminal Liability in Homicide
Cases," 《史藪》 3 : 109-142。

Tebbit, Mark

- 2000 *Philosophy of Law*. New York: Routledge.

Van Caenegem, R. C.

- 1992 *An Historical Introduction To Private Law*. Cambridge: Cambridge
University Press (translated by D. E. L. Johnston from *Introduction
historique au droit privé*).

Different Interpretations of the Same Crime and Statute: Controversies of the Quail Case in Sung China

Nap-yin Lau

Institute of History and Philology, Academia Sinica

The Quail Case happened in 1062. Being refused by his good friend Mr. A to give him a fighting quail, Mr. B seized the quail and went away. A caught up and kicked at B's flank, and B died instantly. The first controversy was whether B had committed a crime of theft or robbery, which in turn decided whether A was a victim who killed B in defense or a murderer who killed B in strife. Examining the case from four perspectives, this essay argues that B could hardly be convicted a thief or robber. First, regarding the relationship of the parties, B's friendship with A could not exempt him from the guilt of theft or robbery. Second, regarding the motivations of crime, B did not seem to have intended to steal or rob. Third, regarding the perpetration of crime, B's action did not square with the definitions of theft or robbery in the Statutes on Theft and Robbery. Fourth, regarding the result of crime, B indeed had the quail under his control, thus matching the Statute on Taking Goods Openly or Secretly Constitutes Misappropriation. Despite these pros and cons, B after all could not be found guilty of theft or robbery because the Statutes on Theft and Robbery were the only statutes (not the Statute on Taking Goods Openly or Secretly Constitutes Misappropriation) that defined crimes with penalties. In order to punish B, the judges could have applied another statute: the Statute on Doing What Ought Not To Be Done. As such, B was legally a wrongdoer rather than a thief or robber. Obviously, this controversy was caused rather by contradictions and blind spots in the law itself than by any extraneous factor (such as political intervention). The Statutes on Theft and Robbery rendered B not guilty, whereas the Statute on Taking Goods Openly or Secretly Constitutes Misappropriation rendered him guilty but not punishable.

The second controversy was whether A could legally kill B even if B had violated the Statute on Taking Goods Openly or Secretly Constitutes Misappropriation. The applicable statute was the Statute on Arrest and Resistance, which has been subjected to conflicting interpretations since the Sung. Some scholars argued that an arresting party (officer or victim alike) could simply kill a fleeing offender (so A could kill B), while others argued

that an arresting party could kill a fleeing offender only after the latter had put up an armed resistance (so A could not kill B). This essay supports the latter opinion with eight arguments: first, the syntactical structure of the statute; second, the internal coherence of the statute; third, the external consistency of the statute; fourth, comparisons with equivalent statutes; fifth, the historical development of the statute; sixth, pragmatic analysis; seventh, goal theory; and finally, the likelihood that non-legal considerations may have induced the reviewers of the Quail Case to maintain that A could not kill B.

This essay proposes not only solutions to the controversies of the Quail Case but also a methodology of analyzing statutes that might overcome the scarcity of historical records (the Quail case has less than 1,000 words). It also illustrates the relevance of traditional law to modern law, as well as the similarity between the methodologies of eastern and western legal studies.

Keywords: theft, robbery, arrest and resistance, legal methodologies and theories