

固有倫常與舶來法律

——「殺尊親屬罪」的歷史、觀念及其歸趨

黃 源 盛*

要 目

- | | |
|----------------------|---------------------------|
| 壹、序說——由兩則案例談起 | 二、民國初期殺尊親屬罪的修法經緯 |
| 貳、傳統中國殺尊親屬罪的立法例與法理根據 | 肆、從比較法史觀點看殺尊親屬罪的歸趨 |
| 一、唐之前的梟獍之行 | 一、外國相關立法例的動向 |
| 二、《唐律》中的惡逆之條 | (一)祇規定卑親屬殺尊親屬的立法例 |
| 三、明清律中的綱常之變 | (二)併規定卑殺尊、尊殺卑及殺配偶尊親屬的立法例 |
| 參、晚清民初變法修律中倫常條款的生與死 | (三)對殺尊親屬罪曾採加重類型規定嗣已刪除的立法例 |
| 一、清末禮法爭議下尊卑相犯條的存廢之爭 | 二、日本脫亞入歐前後殺直系尊親屬罪的存廢爭議 |
| (一)關於殺尊親屬罪及其刑罰的執行方式 | (一)從繼受《唐律》到繼受歐陸法 |
| (二)關於卑幼對尊長的正當防衛 | (二)殺尊親屬罪合憲乎？違憲乎？ |
| (三)關於故殺子孫的法定刑度 | |

* 政治大學法律學系特聘教授、中央研究院歷史語言研究所兼任研究員。
投稿日期：九十九年一月十四日；接受刊登日期：九十九年五月十八日
責任校對：蘇淑君

伍、西法東漸中倫常觀念的困惑、更新與再詮釋

一、傳統中國親親之義的家族倫理性禮法

二、近代西方自由主義思潮中的個人主體性立法

三、刑法法益保護思想與孝道觀念的轉向

(一)行為人與被害人關係

(二)行為動機目的與歸責對象

陸、結論——殺直系血親尊親屬罪宜何去何從？

摘 要

傳統中國刑律，禮與刑的關係始終糾葛難分。自一九〇二年晚清變法修律以來，為了撤廢領事裁判權，在內外雙重壓力下，隨順因緣地導入了近代歐西新的法學理念，從此，個人、自由、權利本位的立法思想引進了古老中國的本土，固有的身分倫理法制隨之動搖。不禁要問，在近代以西方為主流的法律思潮下的刑事立法，究竟要如何對待倫理道德與法律規範之間的關係？要合？要分？合多分少？分多合少？要言之，倫理道德宜不宜法律化？刑法的法益保護思想，其內涵是否包含社會核心的價值理念？

實際上，源自一九一一年一月《大清新刑律》的我國刑法，目前，仍存有多處所謂的「倫常條款」，凡此富於倫理道德意涵的規範，何以會在帝制中國刑律中陳陳相因，歷千年以上而凝滯不變？又為何會溫存迄今？與現代刑事法學的思潮有無牴牾之處？終將何去何從？

本文擬先自法史學的角度，針對刑典上的倫常條款，特別聚焦在眾所矚目的「殺直系血親尊親屬罪」這個犯罪類型上，從事歷史沿革的考察，以明其演化軌跡；再從當今刑法思想的變動，剖析其理論基礎的變與不變；另從德、日等外國立法例觀察其存廢經緯，以窺其未來的可能走向。

關鍵詞：殺尊親屬罪、弑親、倫常條款、禮、刑

壹、序說——由兩則案例談起

世間人，千百種，但新鮮的事似乎不多，有些故事是萬古常新的。清道光三年（1823）間，直隸司發生一起這樣的案例：

直督奏：張張氏因被伊翁張起坤強行姦污，同夫張安將伊翁毆傷身死。除張安依律凌遲處死外，張張氏依律凌遲處死。惟死者強姦子婦已成，本屬瀆倫傷化，該氏被污不甘，一時忿激，並非無故逞兇干犯。可否量改為擬斬監候？恭請欽定¹。

上諭：此案張安因其父張起坤強姦伊妻張張氏已成，同妻毆傷張起坤身死。除將張安凌遲梟示外，將張張氏擬以凌遲，聲明該氏並非無故逞兇干犯，情可矜原等語。著刑部速行核議具奏，欽此。

上諭：張張氏著照刑部所議，改為斬監候，欽此²。

民國八十三年（1994），台灣社會也有過一樁「弑親」個案：

被害人卓某為上訴人之父，經常酒醉滋事，業據其鄰居多人等供證甚詳。某日，上訴人因欲阻止被害人持刀出外尋仇，一時衝動，殺其父致死。經查：上訴人殺害其父時，並無第三人在場，依上訴人在檢察官偵查時供稱：「我父親持開山刀要殺我，被我推一把（跌倒地上），他爬起來，又持刀，我持木棍（棒）橫打他右太陽穴，他即倒地不起」等語。則卓某爬起來後，雖又持刀，並未向上訴人砍殺，可見當時「不法之侵害」並不存在，上訴人竟持前開木棒擊斃其父，是其行為顯

¹ 引自楊一凡、徐立志主編，歷代判例判牘，6冊，頁759，2005年12月。

² 引自姚雨菴原纂，胡仰山增輯，姚潤原編，大清律例會通新纂(三)，頁2393以下，同治十二年（1873）刻本，1964年。

與正當防衛之情形有別³。

是為人子不孝？是為人父不慈？此等案件，行為人該受加重刑罰嗎？傳統中國社會，向主以孝立國，父母生我育我，哀哀劬勞，竟生忤逆反弑之心，自屬違反人倫之大本，因此，孝道之體現於律典及教孝懲逆的案件，在法制史料中俯拾可得。隋唐已降，最具譴責性的十種極端犯罪類型，要屬「十惡」重罪，而「十惡」之條內始終列有「惡逆」、「不孝」兩目。至於當代，繼受歐陸法體制下的台灣刑法規範，就形式意義言，「十惡」早已成法制歷史名詞，惟實際上仍留存有若干倫常性的犯罪條款在。

這類針對尊卑身分犯罪而法律明文加重其刑度，限縮法官裁量可能的「倫常條款」，在現行的《中華民國刑法》中，遺存有第一七〇條「誣告直系血親尊親屬罪」、第二五〇條「侵害直系血親尊親屬屍體、墳墓罪」、第二七二條「殺害直系血親尊親屬罪」、第二八〇條「傷害直系血親尊親屬罪」、第二八一條「施暴行於直系血親尊親屬未成傷罪」、第二九五條「遺棄直系血親尊親屬罪」，以及第三〇三條「剝奪直系血親尊親屬行動自由罪」等。凡此條款和傳統舊律中的「惡逆」、「不睦」條相較，行為客體雖已縮小其範圍，也將適用對象侷限在直系血親尊親屬，但細細端詳，它背後的指導精神似仍遺韻猶在。這種富於倫常道德意涵的條款，何以會在舊律中陳陳相因，歷千年以上而凝滯不變？又為何會溫存於當今刑法之中？與現代刑事法學的思潮有無牴牾之處？在人性尊嚴、人格權平等聲勢高漲的今日，它們終將何去何從？很有深刻探討的必要。

倫常條款之所以能夠貫穿整個中華法系時期，而延續到繼受歐

³ 參閱83年台上字第6221號判決，載：最高法院刑事裁判書彙編，18期，頁24-28，1994年11月17日。

西法制的當代台灣，律條文字雖今古有異，而其實質內涵並無太大差異，個中因緣，絕非偶然，必有其歷史文化背景，若不追本溯源，恐難以瞭然其間的來龍去脈，而有關研究此一課題的既有相關文獻，並不多見；為此，本文擬先自法史學的角度，針對刑法上的倫常條款，特別聚焦在眾所矚目的「殺直系血親尊親屬罪」這個犯罪類型上，從事歷史沿革的考察，以明其衍化軌跡；再從當今刑法思想的變動，剖析其理論基礎的變與不變；另從德、日等外國立法例比較觀察其存廢經緯，以窺其未來的可能走向。

貳、傳統中國殺尊親屬罪的立法例與法理根據

傳統中國法制，先秦時期，由於文獻不足徵引，以目前的史料看來，對於家族成員間的相互殺害行為，雖有非難之聲，惟律條上尚未見有特別加重的規定；西周時，不孝曾當作是不敬祖先祭祀的一種犯行。不過，隨著大一統局面的發展，君權不斷提升，「孝」這個原本屬於相對性的自發性道德，遂隨著對「忠」這個外部規範的講求而備受重視。《孝經》提升為《五經》之一，其中說：「夫孝，天之經也，地之義也，民之行也。」「人之行莫大於孝」又說：「五刑之屬三千，而罪莫大於不孝。」⁴不孝為三千條罪刑中之最大者，而歷朝無不標榜「以孝治天下」，關於父子之間的相待之道，歷代律令中對於子孝的要求和不孝的嚴懲，表現得淋漓盡致，尤其是弑親的行為最為明顯。

⁴ 引自孝經「三才」及「五刑」章，詳參唐元宗注，邢昺疏，孝經注疏（十三經注疏本），卷6，五刑章，1993年。

一、唐之前的梟獍之行

自先秦以來，社會上下強調孝道，凡毆弑祖父母、父母者，均處以極刑。《禮記·檀弓下》記載道：

邾婁定公之時，有弑其父者，有司以告，公瞿然失席曰：「是寡人之罪也！」曰：「寡人嘗學斷斯獄矣，臣弑君，凡在官者殺無赦；子弑父，凡在宮者，殺無赦。殺其人，壞其室，洿其宮而瀦焉！蓋君踰月而後舉爵⁵。」

民之無禮，不教之罪，弑父弑君，其罪無赦，諸臣子孫皆得弑之。申言之，臣之弑君，凡在官之人，無問貴賤，皆得殺此弑君之人；子之弑父，凡在宮者，無問尊卑，皆得殺此弑父之人。這樣的處置，或許祇是邾婁定公的臨機判斷，目前還找不到實定法的根據。

戰國時，魏之〈大府之憲〉已有「子弑父，臣弑君，有常不赦。」之條⁶。而查閱一九七五年湖北雲夢出土的《睡虎地秦墓竹簡》，雖未見秦時有毆殺父母的例條，但由「毆大父母，黥為城旦舂」⁷，而毆傷一般人則處耐刑，顯然毆傷父母的罪刑重於毆傷常人。及漢，已有逆倫之條，且弑父、毆父、弑母、毆母各有等差。據一九八三年底湖北江陵新出土的《張家山漢墓竹簡》云：

子賊殺傷父母，奴婢賊殺傷主、主父母妻子，皆梟其首市。子牧殺父母、毆詈泰父母、父母、段（假）大母、主母、後母，及父母告子不孝，皆棄市。

⁵ 詳參孫希旦，禮記集解，檀弓下第四，頁270，1982年10月。

⁶ 參閱劉向，戰國策·魏四，魏攻管而不下，頁1454，2006年12月。

⁷ 參閱睡虎地秦墓竹簡，法律答問，載：劉海年等主編，中國珍稀法律典籍集成，甲編，1冊，頁574-575，1994年。

賊殺傷父母，牧殺父母，毆詈父母，父母告子不孝，其妻子為收者，皆錮，令毋得以爵償、免除及贖⁸。

另據《漢書》〈景帝紀〉及〈高惠高后文功臣表〉云：

三年詔曰：襄平侯嘉，子恢說不孝，謀反欲以殺嘉，大逆無道。其赦嘉為襄平侯，及妻子當坐者，復故爵。論恢說及妻子如法。（如淳注：律，大逆不道，父母、妻子、同產，皆棄市。）

梧齊侯嗣侯戎奴，（漢武帝）元狩五年，坐使人殺季父，棄市。

由此可知，子預謀賊殺父母，未殺而得，及毆詈祖父母、父母、庶（繼）祖母、主母、後母者，皆棄市。律令上將不孝與牧殺、詈罵區分開，顯示不孝與其他兩類係分屬於不同的範圍。又據《南史》卷二七〈孔深之傳〉所引《晉律》：

案律：子賊殺傷毆父母，梟首；罵詈，棄市。謀殺夫之父母，亦棄市。

可知《晉律》中也已有謀殺夫之父母罪目。魏晉之際，曾發生一宗殺母的案件，《晉書·阮籍傳》云：

有司言有子殺母者，籍曰：「嘻！殺父乃可，至殺母乎！」坐者怪其失言。帝（西晉武帝）曰：「殺父，天下之極惡，而以為可乎？」籍曰：「禽獸知母而不知父，殺父，禽獸之類也；殺母，禽獸之不若。」眾乃悅服。

⁸ 引自張家山漢墓竹簡·二年律令·賊律，詳參彭浩、陳偉、工藤元男主編，二年律令與奏讞書——張家山二四七號漢墓出土法律文獻釋讀，頁103-105，2007年8月。

阮籍（210-263）是清談之士，喜故弄玄虛，發出這種奇論，不足為怪，他雖不拘禮教，然發言玄遠，性至孝，此番立論的主旨，仍在於重懲弑母之人。降至北魏世宗（宣武帝）時代，「鴈門人有害母者，八座奏輶之，而潛其室，宥其二子。」當時禮部尚書左丞邢虬上疏抗議，說：

君親無將，將而必誅，今謀逆者戮及期親，害親者今不及子，既逆甚，梟獍禽獸之不若，而使禋祀不絕，遺育永傳，非所以勸忠孝之道，存三綱之義，若聖教含容，不加孥戮，使父子罪不相及，惡止其身，否則宜投之四裔。世宗從之⁹。

帝制中國時期的刑典，自魏晉以降即富有法律儒家倫理化的色彩，早在《北齊律》「重罪十條」¹⁰，其中就已經有了「惡逆」之條，並為隋、唐律所承襲，定為「十惡」之名。

二、《唐律》中的惡逆之條

李唐一代，其律正文，不列殺親的條款，僅於〈名例〉「十惡」惡逆條之下，注云：「謂毆及謀殺祖父母、父母。殺伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母。」此等行為因其「蔑絕人性，傷殘天理，逞惡肆逆」，故別於「不孝」而稱作「惡逆」。而「不孝」係指：「告言詛詈祖父母、父母，夫之祖父母、父母；及祖父母、父母在別財異居，若奉養有缺，居父母喪身自嫁娶，若作樂釋服從吉，聞祖父母、父母喪匿不舉哀，或詐稱祖父母、父母死亡。」而言。至於對於謀殺或殺祖父母、父母者應如

⁹ 引自魏收奉敕撰，魏書，卷65，刑辯傳，頁261-888，1983年。

¹⁰ 北齊律首創「重罪十條」：反逆、大逆、叛、降、惡逆、不道、不敬、不孝、不義、內亂。「其犯此十者，不在八議論贖之限。」詳參魏徵奉敕撰，隋書·刑法志，頁264-469，1983年。

何科刑，並無明文，《唐律·鬥訟》「毆詈祖父母父母條」規定：

諸詈祖父母、父母者，絞。毆者，斬。過失殺者，流三千里；傷者，徒三年。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。即嫡、繼、慈、養殺者，又加一等。過失殺者，各勿論。

對於上述條文，〔疏〕議曰：「子孫於祖父母、父母，情有不順而輒詈者，合絞；毆者，斬。」《唐律·賊盜》「謀殺期親尊長條」也僅規定：

諸謀殺期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母者，皆斬。犯姦而姦人殺其夫，所姦妻妾，雖不知情，與同罪。

謀殺總麻以上尊長者，流二千里。已傷者，絞。已殺者，皆斬。

茲先整理列表如下：

行為 身分	詈	毆	毆殺	刃殺	故意 毆殺	故意 刃殺	過失殺	過失傷
子孫對祖父母、父母	絞	斬	無明文	無明文	無明文	無明文	流三千里	徒三年
祖父母、父母對子孫	無罪	無罪	徒一年半	徒二年	徒二年	徒二年半	無罪	無罪

按謀殺總麻以上親屬罪，指謀殺內親或外姻中總麻、小功、大功、期親尊長的行為。此類行為本屬預謀殺人罪，但因所謀殺對象身分特殊，具有親屬相殘、九族不睦的性質，嚴重違背人倫道德，故律定為「惡逆」（謀殺期親尊長）及「不睦」（謀殺總麻以上親屬），列入「十惡」之屬，並設此專條，不與一般謀殺罪同科。從

上述律條看來，謀殺期以上尊長或視同期親尊長，皆斬。律本文謂：謀殺期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母者、皆斬。〔疏〕曰：「並於名例解訖。若妻妾同謀，亦無首從。」簡單說來：(一)此謀殺不分首從，又不問預備、已傷與已殺；(二)謀殺祖父母、父母，入惡逆。殺伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母、夫、夫之祖父母父母者，亦入惡逆；謀而未殺，則入不睦。

有疑義的是，《唐律》為什麼對於子孫謀殺或殺祖父母、父母不設科刑的專條？是立法者有意的省略？還是無心的漏洞？清代律學家薛允升（1820-1901）的說法是：

《唐律》祇言「毆父母者斬」，其不言殺死者，不忍言也。爾時並無凌遲之法，故律無文¹¹。

《唐律》之無謀殺祖父母、父母罪名，蓋罪至於皆斬，法已盡矣。且逆倫大變，律不忍言也¹²。

薛氏之言，自有其深義在，不過，或可有另解，此條不言及祖父母、父母者，可看作是法律適用過程中的當然解釋，蓋入罪時，法雖無明文，則靈活運用「舉輕以明重」的法理，皎然不惑；如此的立法技術，在《唐律》中其實並不罕見，恐非「不忍言也」¹³。理論上，《唐律》未規定殺尊親屬者的罪名與刑罰，雖可引禮解律而及之，然「謀殺」云者，亦僅及於「謀」而不問其著手實行與

¹¹ 參閱薛允升著，黃靜嘉點校，讀例存疑重刊本，卷37，頁956，1970年。

¹² 參閱薛允升，唐明律合編，卷18，1968年。另日本法史學家桑原隲藏說：「殺親之條項，關涉風教，迴避以法律明文。」參閱氏著，支那法制史論叢，頁54-55，1935年10月。

¹³ 相關議論，詳參戴炎輝，唐律各論（上），頁357，1988年5月。另仁井田陞認為此乃運用唐律中容許類推解釋的結果，詳參氏著，補訂法制史研究——刑法，頁266、267、282，1981年1月補訂版。

否，其立法的精神，或本於公羊氏所謂「君親無將，將而必誅」的遺意。至於何以將毆及謀殺期親尊長等行為稱為「惡逆」？〔疏〕曰：

父母之恩，昊天罔極。嗣續妣祖，承奉不輕。〔而子孫乃〕梟獍其心，愛敬同盡；五服至親，自相屠戮，窮惡盡逆，絕棄人理，故曰惡逆。

事實上，「惡逆」係高度不孝的行為，因其係對祖父母、父母身體及生命法益的侵害，重於「不孝」條下的各種犯罪類型，故其主刑以外的處罰，自亦不同。此外，我們也可以從《唐律》各本條的規定，相比得知：其一，卑幼謀殺尊長罪較一般謀殺罪刑罰加重，而且親等越近處罰越重；其二，尊長謀殺卑幼罪較一般謀殺罪刑罰減輕，而且親等越近處罰越輕，兩者呈現出雙向不規則加減的型態。所以如此，或因禮主「尊尊親親」，而律一準乎禮而立，準五服以判罪，故於尊卑相犯的量刑採取身分差等原則，寬容尊長，而嚴待卑幼¹⁴。

三、明清律中的綱常之變

《明律》（1397）關於謀殺尊長的處罰，大致沿襲《唐律》而來，但於《刑律·人命》「謀殺祖父母、父母條」作了較具體的規定：

凡謀殺祖父母、父母及期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母，已行者，皆斬；已殺者，皆凌遲處死。

謀殺總麻以上尊長，已行者，杖一百，流二千里；已傷者，絞；已殺者，皆斬。

¹⁴ 詳參劉俊文，唐律疏議箋解（下冊），頁1263-1267，1996年6月。

《明律》諸事俱求詳備，《唐律》之所不言者，必一一添入；此外，在纂註說：「此綱常之變，罪莫大焉。故已行者，不問傷人未傷人，不問首從，皆斬。已殺訖者，皆凌遲處死。」與上述《唐律》中的規定兩相對照，相異之處有：

(一)卑幼犯尊長的行為客體中，《明律》添加祖父母、父母。而《唐律》雖無載明祖父母、父母，不過，解釋上理應包括在內。

(二)對於犯罪的發展階段，《唐律》僅止於毆即處斬刑，而《明律》除謀殺之外，還分著手實行、未遂、既遂等階段行為，要有著手實行殺傷行為，才處斬。

(三)《明律》對於謀殺祖父母、父母等至親的既遂行為，另設凌遲的特別執行方法。

據上看來，《明律》與《唐律》在立法技術上雖有所更動，但卑幼犯尊長比尊長犯卑幼加重刑罰，謀殺尊長比謀殺普通人加重其刑罰則一也。

《大清律例》（1740）承自《明律》，基本上無多改變。〈刑律·人命〉「謀殺祖父母父母條」規定：

凡謀殺祖父母、父母及期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母，已行不問已傷、未傷。者，預謀之子孫，不分首從，皆斬；已殺者，皆凌遲處死。其為從，有服屬不同，自依總麻以上律論。有凡人，自依凡論。凡謀殺服屬，皆倣此。謀殺總麻以上尊長，已行者，首杖一百，流二千里；為從，杖一百，徒三年。已傷者，首絞；為從，加功、不加功并同凡論。已殺者，皆斬。不問首、從。其尊長謀殺本宗及外姻卑幼，已行者，各依故殺罪，減二等；已傷者，減一等；已殺者，依故殺法。依故法者，謂各依鬥毆條內尊長故殺卑幼律論罪。若奴婢及雇工人謀殺家長及家長之期親、外祖父母，若總麻以上親者兼尊卑言，罪與子孫同。若已

贖身，當同凡論。

〔律後註〕說：謀殺之罪，凡人已重，若以子孫而謀殺祖父母、父母，及以卑幼而謀殺期親尊長，以外孫而謀殺外祖父母，以妻妾而謀殺本夫與夫之祖父母、父母，則倫常之變，罪大惡極，十惡內所謂惡逆也。但謀而已行，不問已傷、未傷，凡預謀之子孫、卑幼、外孫、妻妾，不分首從皆斬。已殺者，皆凌遲處死。在律本文之後所附的「條例」另云：

凡子孫謀殺祖父母、父母者，巡按御史會審情真，即單詳到院，院寺即行單奏。決單到日，御史即便處決。如有監故在獄者，仍戮其屍。

明、清律既以明文規定「謀殺祖父母、父母」的刑罰，又就其「已行」與「已殺」分別論科，就法律規範的衍化觀點言，較之《唐律》，具有所謂犯罪構成要件的明確性，可以說是立法上的一種進步。

參、晚清民初變法修律中倫常條款的生與死

清光緒二十八年以迄宣統三年間（1902-1911），是清王朝「變法新政」、「預備立憲」的十年，這是個社會價值觀急速轉型的年代，也是一個多元規範需要重新盤整與抉擇的年代，禮與刑的意識形態與社會秩序該如何連結？在在擾人清思。

一、清末禮法爭議下尊卑相犯條的存廢之爭

有清末造，出現劃時代意義的「禮法之爭」。這次的禮法爭議，乃指一九〇七年到一九一一年的變法修律期間，清廷內部主張維持舊律倫理綱常的禮教派，和主張應繼受西方近代立法原理的

變法派，雙方就制定《大清新刑律》（正式名稱為《欽定大清刑律》）根本理念的一次大論辯。表面上，這是關於法律歧見的爭執，而實際上，是如何對待綱常名教的對立。在近代中國法制史上，是屬於中學與西學，舊學與新學爭議的範圍，乃為中西法律文化根本不同的衝突；甚至可以說，是傳統中國農業社會法律體制與近代西方工商社會法律體制的正面交鋒。

從整個「禮法爭議」的過程看來，爭論的焦點不外集中在：鑑於當時國情，制定新刑律的立法宗旨，究應以近代西方法律的原理原則為主？抑或應以綱常禮教為主？新法的精神應採以個人為本位的國家主義？或採家族倫理本位？《大清律例》中的「干名犯義」、「犯罪存留養親」、「親屬相姦」、「故殺子孫」、「殺有服卑幼」、「妻毆夫、夫毆妻」、「無夫姦」、「子孫違犯教令」、「對父祖的正當防衛」等維護傳統禮教的條文，是否要全部列入新刑律？如何列入？整個爭議的重點就在這些問題上。而從其結果言，這種溝通新舊，調和矛盾的情況，在一定的程度上反映出圍繞修律問題的各種理念的角力，也顯現出各種社會力量的強弱關係。禮教派深恐「新刑法出，孝節亡」，雖礙於形勢，不能阻止新刑律的修訂，但總是力圖在新刑律中保留更多的舊倫常內容。而變法派雖逢新刑律的修訂機會，但迫於現實，在許多方面又不得不向保守勢力節節退讓，甚至當禮教派以〈暫行章程〉來根本否定新刑律時，也欲振乏力¹⁵。

這場爭議實關係著近代中國法制與法律秩序的轉折與維新，我們不僅可以從中窺見傳統士大夫對於新秩序的迎拒態度，也可以從

¹⁵ 有關晚清的「禮法之爭」，詳參黃源盛，大清新刑律的禮法爭議，載：法律繼受與近代中國法，頁199-230，2007年3月。另參小野和子，清末の刑法典論爭，載：五四時期家族論の背景，頁10-45，1992年1月。

中體認中國法律由傳統邁入近代的艱辛步伐，以及由這一衝突所產生的若干法思想上的糾結。為扣緊本文主旨，底下僅俯拾與主題相關者加以論述。

(一)關於殺尊親屬罪及其刑罰的執行方式

清末繼受西方歐陸近代的法制，雖勢在必行，卻囿於禮教派倫常大框架的掣肘，從歷次刑律草案的修修改改以迄《大清新刑律》頒布為止，傳統與近代、新與舊的刑事立法原理深度思辯。其間，有關殺尊親屬罪，對於行為客體雖已縮小其適用範圍，但仍採取加重處罰的立場。經查《刑律草案》第二九九條規定：「凡殺人者處死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。」而於第三〇〇條另規定：「凡殺尊親屬者，處死刑。」在立法「理由」欄中則說明，五倫君親並重，故殺直系尊屬，援引第八十八條處唯一之死刑¹⁶，可見孝道立法原則仍深烙人心。不過，禮教派人士對於殺傷尊親屬罪，未能特設專章，竟與殺傷普通人同列為第二十六章「關於殺傷之罪」，深不以為然。時兼掌學部的軍機大臣張之洞（1837-1909）認為：

中國制刑以明父子之倫，舊律凡毆祖父母、父母者死，毆殺子孫者杖。新律草案則傷害尊親屬因而致死或成篤疾者，或不科以死刑，是視父母與路人無異，與父為子綱之義大相刺

¹⁶ 晚清修訂的新刑律草案，依修律顧問岡田朝太郎的說法，凡六案之多。此處所提《刑律草案》，是沈家本等於光緒33年8月26日（1907.10.3）上奏的第一次草案。該草案有關殺普通人罪及殺尊親屬罪，分列為第299條及第300條，至宣統2年12月25日（1911.1.25）《欽定大清刑律》頒布時，條文序號改為第311條及第312條，內容不變。又《刑律草案》第88條規定：「凡加危害於乘輿車駕及將加者，處死刑。」有關岡田的六次草案說，參閱岡田朝太郎，論改正刑法草案，法學協會雜誌，29卷3號，1911年。其詳另參閱黃源盛纂輯，晚清民國刑法史料輯注（上冊），頁160-169、344-346，2010年7月。

謬者也。……中國制刑以明尊卑長幼之序，舊律凡毆尊長者加凡人一等或數等，干名犯義諸條立法尤為嚴重，新刑律草案則並無卑幼毆殺尊長之條，等之於凡人之例，是足以破壞尊卑長幼之序而有餘也¹⁷。

講白些，禮教派人士對於《刑律草案》殺傷尊親屬罪，未能遵循舊律立法精神，憂恐將使倫紀綱常幡然廢棄，親疏失其等差，非所以安上而全下也。

此外，對於當時的《刑律草案》，殺尊親屬罪處唯一死刑的規定，雖未出現論辯，但究應採斬、絞並用，或宜採以絞為死刑唯一的執行方式，則生爭議。禮教派人士認為，依傳統中國舊律，死刑以斬、絞分重輕，斬有斷脰之慘，身首異處，故重；絞則身首相屬，故較斬為輕。因此，主張犯殺尊親屬條係屬罪大惡極，處以死刑者，應用斬，以維國紀而順人心。

然絞、斬二者，俱屬絕人性命的極刑，謂有重輕者，無非出於以昭炯戒之義。一九一〇年，帝制中國的最後一部刑法典《大清現行刑律》，為示尊重人道，將《大清律例》中之凌遲、梟首等刑，均改為斬立決，斬立決改為絞立決，絞立決改為絞監候，斬監候亦改為絞監候。犯人已死者不再論罪，故戮屍之刑，也已廢除。日籍修律顧問岡田朝太郎（Okada Asataro, 1868-1936）以為：「主張斬重絞輕者，恆謂斬者身首異處，故重；絞者身首不異處，故輕。然斬與絞同為斷人生命之具，身首異處何以重？身首不異處何以輕？要亦不外中國古來之陋習迷信耳，非有正當之理由也。」又說：

¹⁷ 參閱清末學部大學士、管理學部事務大臣張之洞奏摺：「為新定刑律草案多與中國禮教有妨，謹分條說明，擬請斥下修律大臣將中國舊律與新律草案詳慎互校，斟酌修改刪併，以維倫紀而保治安，恭摺仰祈聖鑒事。」劉錦藻，清朝續文獻通考，刑改六，1959年。

「試問：中國刑法之分別於殺人罪，曾有因犯人用斬用絞之故，以重輕其處分之規定乎？於犯人犯罪之手段，則不問其用斬用絞，皆作為同一價值，曾無輕重之分，獨於官刑，則斬重絞輕，是何理也¹⁸？」

在這一問題上，修律大臣沈家本與岡田意見難得相左，認為上述岡田之說，未足折服學者之心。他為文主張：

斬、絞既有身首殊、不殊之分，其死狀之感情，實非毫無區別，略分輕重，與他事之迷信不同，遽斥謂非正當之理由，未可為定論也。刑法乃國家懲戒之具，非私人報復之端，若欲就犯罪之手段以分刑法之輕重，是不過私人報復之心，而絕非國家懲戒之意，自古無此法律，乃以此為對鏡之喻，實非其比也。且立法宗旨，一定不得兩歧，死刑既定為一種，則通國中不當再有他種之死刑，何以各國軍律又有鎗斃之法？德國又有用斧及斷頭台之異？同為一國之法，而軍法可與常法殊，同為一國之領土，彼此可行其習慣之法，則獨責中國死分斬、絞之非，中國豈首肯哉¹⁹！

在同一篇文章中，沈氏以為：「方今五洲交通，大非閉關自守之時，若與世界相抗，誠有如岡田之所慮者。然驟欲施行偏國中，先多阻滯，惟以漸進為主義，庶眾論不至紛拏，而新法可以決定，亦事之次序本當如是，非依違也。」想來，這恐怕不是沈氏的真心話，多少帶有點屈就於現實的無奈。

岡田氏則認為，死刑唯一是世界各國大勢所趨，當時德、法、瑞典用斬，奧大利、匈牙利、西班牙、英、俄、美用絞，俱係一

¹⁸ 參閱岡田朝太郎，死刑宜止一種論（中文），載：王儀通，調查日本裁判監獄報告書·附錄，頁78以下，光緒丁未（1907）年5月。

¹⁹ 參閱沈家本，歷代刑法考，死刑唯一說，頁2100-2101，1985年。

種。刑律中規定斬絞並用並不利於領事裁判權的撤廢。他指出：「各國之中，廢止死刑者多矣。即不廢死刑者，亦皆採用一種之執行方法。今中國欲改良刑法，而於死刑猶認斬、絞二種，以抗世界之大勢，使他日刑法告成，外人讀此律者，必以為依然野蠻未開之法，於法權收回、條約改正之事，生大阻礙也必矣²⁰！」雖然草案依岡田之意，死刑唯採絞刑一種，並應於特定的行刑場所內秘密執行，以杜社會大眾窺睹，不示民以殘忍之風，惟最終頒布的《欽定大清刑律》，仍於附加的〈暫行章程〉第五條中規定，犯殺尊親屬處以死刑者，仍用斬²¹。理也？情也？

(二)關於卑幼對尊長的正當防衛

正當防衛在傳統舊制，常見於各類法規之中，如《唐律·賊盜》：「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。」《明律》遠紹《唐律》，於「笞四十」改為「杖八十」，「加役流」改為「滿徒」，《清律》亦同。又清現行律例擅殺、姦盜、兇徒各條散見各門，也含有正當防衛之意。

不過，傳統法律文化中，尊長具有無比的優位性，卑幼對於尊長的「管教」，不管方式如何，即使在祖父母、父母等人行使不當管教權而有危及其生命、身體安全時，也不見有得行使正當防衛的規定。清嘉慶十八年（1813）奉天司的〈說帖〉中就有一宗案例：

吉林將軍咨：修連升趕戳其子修士得，以致自行誤傷身死一案。此案修士得之父修連升因該犯久不工作，責斥其非，

²⁰ 參閱岡田朝太郎，同註18。

²¹ 詳參小野和子，清末の新刑律暫行章程の原案について，載：中国の傳統社會と家族，頁433-434，1993年5月。

該犯攜帶棉襖欲行，修連升不令攜帶，嚷罵驅逐，該犯不即下炕，修連升持刀向戳，該犯閃避不及，將修連升抱住，嗣見伊父用刀向後扎戳，畏懼鬆抱逃走，修連升抽手不及，自行誤戳殞命。查修士得如果當伊父持刀向戳之時即行逃避出外，伊父自行誤傷致死，原可援照姜八之案，將該犯比依子孫違犯教令致父母抱忿輕生例擬以絞候。今該犯既不即時下炕，繼復將伊父攔腰抱住，已有觸忤情事，該將軍將修士得比照子不孝致父母自盡，審有觸忤情事，以致忿激輕生例擬斬立決，比擬尚屬允協，應請照覆²²。

本案，兒子為閃躲父親的攻擊行為而間接造成其父自戕的結果，該如何處斷？律無明文，吉林將軍比附的結果，竟獲得上級的認可，此雖非「正當防衛」的典型案例，但舉輕以明重，卑親屬若出於保護自己而對於尊親屬另有較大動作的肢體防護行為，恐怕更難被認定為是一種「正當防衛」行為。

晚清《刑律草案》第十五條規定：「凡對於現在不正之侵害，出於防衛自己或他人權利之行為，不為罪。逾防衛程度之行為，得減本刑一等至三等。」該條在附加「注意」欄中說：「法國刑法及日本現行法等，惟遇有殺傷情事，乃照特別不論罪之例辦理，然苟使防衛行為出於至當，則一切皆應不問其罪，故本案纂入總則之中，且不以何等行為為限，凡係防衛所必要之行為，於審判上一切皆不論罪。若他人遇有不正之加害，將致損失權利者，發現之人不問其人係親族知交與否，即得代為執行防衛之勞，是為公許之義，蓋將以獎勵義俠也²³。」由於上述條文，對加害人的身分未作出限

²² 詳參（清）祝慶祺等編，刑案匯覽三編（二），卷34，「見父向戳將父抱住致父戕斃」一案，頁1246，2004年。

²³ 參照光緒33年8月及11月，由沈家本上奏之草案，《刑律草案》（大清新刑律

縮規定，部院督撫大臣在簽駁中紛紛提出意見²⁴。法部尚書廷杰等人在其後修訂刑律時認為：「中國名教必宜永遠奉行勿替者，亦不宜因此致令綱紀蕩然。」²⁵因此，在《修正刑律草案》「附則」中加入「凡對尊親屬有犯，不得適用正當防衛之例」，以此限制正當防衛加害人的範圍。憲政編查館核訂時，並未採用禮教派把舊律有關倫紀各條直接修入正文的意見，反而將其列入〈暫行章程〉第五條，原文未加更動。後來，該館特派員楊度（1874-1931）赴資政院說明《刑律草案》與〈暫行章程〉的宗旨時說：

凡對尊親屬有犯不得適用正當防衛之例，此條本屬平常，無甚奇異，何以不加入正條內？因為刑律本有正當防衛之例，今既對尊親屬不得適用，是謂防衛為不正當，而尊親屬無論何種行為皆為正當。究竟天下事不能一概而論，編制新刑律的人，對於社會上人類種種的情形不能不面面想到。父子之間雖以父慈子孝為常，然天下非無不慈之父、不孝之子，斷不能說父可不必正當，子不能不正當。若照此條解釋，……是坐定父之一面必正當，子之一面必不正當，即是宋儒學說天下無不是的父母意思。這一條便是根本這種學說定的，亦其所以不放在正條內者。就國家眼光看起來，此學說不是完全的。根據國家刑法，是君主對於全國人民一種之限制，父殺其子，君主治以不慈之罪，子殺其父，君主治以不孝之罪，既此不偏為為人子者立法，也不偏為為人父者立法，必要面面俱到始為公平。

第一次草案），計「總則」17章、分則36章，凡387條。其中，第15條「注意」。詳見宣統中官，大清法規大全，卷11-13，法律部，法典草案一，頁1952，1972年8月。

²⁴ 參閱李貴連，沈家本評傳，頁303-305，2005年3月。

²⁵ 參閱欽定大清刑律，奏疏，法部尚書廷杰等奏為修正刑律草案告成繕具清單摺，頁20，宣統3年6月刊印版，出處不詳。

本條不甚公平，所以也未加入正條之內²⁶。

然而，為顧全中國的風俗習慣，為救刑律之不濟，且為新舊刑律交替的媒介，最後仍贊同在〈暫行章程〉中，沿按舊律，加入卑幼不得使用正當防衛之條。是屈服現實？是倫理必然？

在院會逐條議決時，勞乃宣（1843-1921）仍不以為足，又邀請議員一〇五人，向資政院提交《新刑律修正案》，提議增纂、修改、移改、修復有關禮教條款十三條又二項。其中，認為：「對於尊親屬，小杖則受，大杖則走，子孫不得有正當之防衛。」企圖將此條「移改」至刑律正文第二章正當防衛之次，並附加說明理由：

對於尊親屬有犯，則倫紀攸關，不可概論。故次條云不得適用正當防衛之例，至為精當。但列入〈暫行章程〉案語謂推行新舊之間最為適用，則不可解。倫紀無新舊之可言，豈守舊時代當論倫紀，新舊過度時代亦尚可論倫紀，迨至純乎維新時代，即斷不可論倫紀乎？斷宜列入正文之內，不可作為〈暫行章程〉。²⁷

資政院法典股在審查議案時，不但未採納勞乃宣的修正案，甚至認為〈暫行章程〉並無存在的理由，全部予以刪除。宣統二年（1910）十二月六日，資政院第三十五次院會，繼續審議新刑律，據報載：

至第十五條，對於尊親屬不適用正當防衛問題，此即勞

²⁶ 參閱資政院會議速記錄，宣統2年資政院第一次常年會第23號議場速記錄，頁59-60，出版處所及年月未註明。

²⁷ 參閱勞乃宣，桐鄉勞先生（乃宣）遺稿，新刑律修正案彙錄，新刑律修正案，清末刻本。該書係由勞乃宣將禮教派人士的文章匯編而成。載：近代中國史料叢刊，36輯，頁1044-1045，1969年。

乃宣禮教主義，反對新律之大端也。修正案既主張尊親屬有不正當之侵害，又主張卑幼不適用正當防衛，因果倒置，大亂之道也，股員否決其理由。勞乃宣說明理由謂：「瞽叟殺舜，雖係不正當之侵害，舜亦未嘗用正當防衛；如用正當防衛，舜即為不孝，不得為聖人云。」群眾起而駁之，或謂舜如當用正當防衛而不用正當防衛，則頓時必為瞽叟所殺。惟舜聰明聖智，早已避之，故不必明用正當之防衛以自全耳。或謂國家許可尊親屬以不正當之侵害施之卑幼否？或謂律明云，則凡父兄以正當教令責處子弟，可謂之不正當否？可謂之侵害否？且以正當教令責處子弟，用得著殺害否？凡此類論駁，莫不語鋒犀利，勞乃宣無以難之。沈林一則信口德國法律，英國法律云云。汪榮寶又引日本最近律文駁之，沈猶嘵嘵不已，有人問在德英律何條，出語頗諧，眾大笑，沈始無言。雷奮復持種種理由駁倒勞說，勞黨仍有反對者。籍宗寅謂，勞所主張，係倫理非法律，惟恐子弟有殺父兄之舉，此在舊律上雖慮此，新刑律則無須慮及也，言頗明晰，拍掌之聲不絕²⁸。

當日激辯之情景，依稀可見。禮教派提議將勞乃宣的「修正案」逕付表決，結果，贊成者僅二十人，新刑律正文中增訂「對尊親屬不得行使正當防衛規定」的提案，遭到院會否決。不過，最後還是在附加的〈暫行章程〉第五條規定：「對尊親屬有犯，不得適用正當防衛之例。」²⁹時也？勢也？

²⁸ 參閱宣統2年12月15日，時報，1版，初六日資政院會議續記。另參閱資政院會議速記錄，同註26，宣統2年12月6日，第37號，頁84-91。

²⁹ 參閱宣統2年12月25日，資政院會奏：「議決新刑律總則，請旨裁奪一摺。」另參憲政編查館奏：「新刑律分則並暫行章程，資政院未及議決，應否遵限頒布，繕單呈覽，請旨辦理一摺。」故宮博物院明清檔案部編，清末籌備立憲檔案史料，「憲政編查館大臣奕劻等奏刑律黃冊繕寫告竣裝潢進呈摺」，頁

(三)關於故殺子孫的法定刑度

前已屢屢提及，中國舊制素重孝道，凡謀殺祖父母、父母者，不論未行、已行、已殺者，均處以極刑。反之，則予輕罰。《清律》承襲歷代禮教立法傳統，對尊長卑幼間的互殺行為，仍有其輕重懸絕的處罰規定。例如，《大清律例·刑律·鬥毆》「毆祖父母、父母條」規定：「其子孫違犯教令，而祖父母、父母非理毆殺者，杖一百；故殺者，杖六十，徒一年。」時至晚清，《刑律草案》根據平等的人權理念，認為：「凡臣民者，國家之元質，其生命非父母、尊長、本夫所能奪，此為歐美各國公認之原則。子孫、奴婢、妻妾若無應死之罪，固不待論，即有應死之罪，自有審判官在，非常人所能專擅也。」³⁰該草案摒棄傳統以來尊長「故殺卑幼」的特別處罰條款，而適用一般「殺傷罪」的罪責，即第二九九條規定：「凡殺人者，處死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。」也就是說，不再有「故殺子孫」減輕刑責的專條，凡父祖之殺子孫者，轉與凡人同論，其重輕悉任審判官按情節而定，調整刑事法上尊卑不對等的法律地位。對此，攸關綱常名教，中央部院大臣和地方督撫高度關切，紛紛表達不同的聲音，頗有為世道人心憂。勞乃宣質難說：

舊律，親屬相毆，卑幼毆尊長則加等，尊長毆卑幼則減等，所以重倫常、正名分，維持乎世道人心者至為深遠。今草案於傷害尊親屬之身體及對尊親屬加暴行者，均有加重於凡人專條，特於旁支尊長尚無加重明文。而尊長之於卑幼，則無論直系、旁支，皆無減輕之典。是雖祖父而毆傷子孫，亦將與凡

891，1979年。

³⁰ 參閱宣統中官，同註23，《刑律草案》第299條立法「理由」欄之說明。

人同論也，揆諸中國禮教，殊為未協³¹。

勞氏建議對於「故殺子孫條」，改為：「凡故殺子孫，處五等有期徒刑；若違犯教令，依法決罰，邂逅致死者，不為罪。」對於「殺有服卑幼條」，則擬修改為：「凡殺期功以下有服卑幼者，處死刑、無期徒刑、或一等至四等有期徒刑。」對此，沈家本引經據典輕輕回駁：

《公羊傳》僖公五年，「晉侯殺其世子申生，曷為直稱晉侯以殺？殺世子母弟，直稱君者，甚之也。」何休注：「甚之者，甚惡殺親親也。」襄公二十六年，宋公殺其世子痤。殘虐枉殺其子，是為父之道缺也。此可見故殺子孫，實悖《春秋》之義。康詔稱於父不能自厥子，乃疾厥子，在刑茲無赦之列。古聖人於此等之人，未嘗稍恕之³²。

至於對「故殺子孫」究應如何處罰，前已提及，《唐律·鬥訟》規定：「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。即嫡、繼、慈、養殺者，又加一等。」沈家本解釋《刑律草案》說：「凡殺人者，處死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。如係故殺子孫，可處一等有期徒刑，再以酌量減輕條。犯罪之事實情輕，減二等之法減之，可減為三等有期徒刑。而三等之中，又可處以最輕之三年未滿。」如此，「則與唐律輕重亦差相等矣」，乃主張此條可明定於「判決錄內」，亦即由司法實踐來具體落實，無庸另立專條。對於「殺有服卑幼」，沈家本亦辯說：

³¹ 有關中央部院大臣和地方督撫的意見，詳參高漢成，簽注視野下的大清刑律草案研究，頁100、135、148，2007年2月；另參閱勞乃宣，同註27。

³² 參閱沈家本，同註19，沈大臣酌擬辦法說帖。

宋李縉言：風俗之薄，無甚於骨肉相殘。是同宗自相殺傷，即尊長於卑幼，亦非風俗之善者。若必明定於律文之中，亦徒見其風俗之不良耳。且謀故殺卑幼，舊律之應擬死罪者，於新草案「同凡人論」，尚無甚出入。其毆死及毆傷者，照新草案，雖與凡人同論，而按之舊法，亦無大出入。此等但當於「判決錄」規定等差，不必多立專條³³。

沈家本顯然有所顧忌，或許，為了避免引發更大的反彈；也或許，為了顧全變法修律的長遠大局；他迴避了禮教派該如何處理「禮刑關係」的咄咄質逼，也隻字不提西方近代所謂的人格平等價值觀，只淡淡地從經史及歷代刑律中作回應，但此番尊卑之間「人格平等」的立法說詞，禮教派終認「論俱平允」，未再堅持。

二、民國初期殺尊親屬罪的修法經緯

晚清由沈家本所領航的變法修律事業的成果，並未因清廷的傾圮而告終，反而以各種權宜的方式香火延續。就刑律言，於宣統二年十二月所制頒的《欽定大清刑律》，經把「與國體不合者」加以刪修後，以《暫行新刑律》為名，繼續有效施行。關於倫常條款部分，一來因為兵馬倥傯，戰亂迭興，無暇進行修法工作，二來因為新文化運動的禮教論戰尚未展開，爭議還沒浮出檯面，因此大抵率由舊章，仍然保有殺直系血親尊親屬加重處罰的規定，未加任何更動。

直到民國三年（1924），袁世凱（1859-1916）解散國會之後，帝制自為的野心已漸顯露，思以禮教號召天下，以重典脅服人

³³ 參閱沈家本，同註19。另有關沈家本與勞乃宣對於此方面的論辯，可參閱俞江，沈家本的人格平等觀，載：近代中國的法律與學術，頁67-90，2008年1月。

心，擬將《暫行新刑律》部分犯罪類型的刑罰加重，於同年一月任命章宗祥、汪有齡、董康等人組成「法律編纂會」，從事修法工作，聘請原《大清新刑律》的草擬者岡田朝太郎參與斯役，以資熟手，翌年二月，全編告成，史稱第一次《修正刑法草案》，由於此次修法，係為迎合袁氏意向，禮教立法的斧鑿甚深，如呈文中直言：

昔東漢卓茂有言曰：「律設大法，禮順人情。」故夫刑法之設，所以制裁不法之行為，而要與其國俗相維繫。誠使整齊一國之法制，內有以葆其善俗，外有以規乎大同，斯其法方為良法。中國數千年來以禮教立國，昔人所謂禮之所去，刑之所取，則立法自必依乎禮俗。一代之法典，緣一代之政體而生，事為昔人所無者，不妨自我而創；法為前代所有者，不妨與古為因。蓋道以政而即齊以刑，而後治罪不虞其缺略，則立法自必依乎政體³⁴。

從《修正刑法草案》的內容看，計有〈總則〉十七章，〈分則〉三十八章，凡四百三十二條，該草案的特點，依當時章宗祥、汪有齡、董康的呈文所說：

宗祥等準斯三端以為修訂，綜厥大旨，一則於〈總則〉增入親族加重一章。中國舊律首重服制，除祖父母、父母外，其於期親以下有犯，俱視尋常加嚴。原案〈分則〉各條，對於尊親屬亦間有特別處罪之文，而旁系親並不在內。雖曰刑期類分等級，如干犯伯叔父母、姑及兄姐等項，儘可由裁判官處以

³⁴ 參閱民國修訂法律館編，法律草案彙編（第2冊），修正刑法草案（附理由書），目錄，頁1，1973年6月。

較重之刑，然究不如明定條文，較為畫一。故修正案定為對於直系尊親屬犯罪者，加重本刑二等，對於旁系尊親屬犯罪者，加重本刑一等，並規定因親屬而加者，許其加至死刑，核與舊律之精神，殊無差異³⁵。

其中，就殺直系血親尊親屬罪，仍考量倫常的維護，在該法的第三二六條規定：「殺人者，處死刑或無期徒刑；其情輕者，處一等有期徒刑。」所云「一等有期徒刑」，係指十五年以下十年以上。而在同法第三三五條第一項規定：「對於尊親屬犯第三二六條之罪者，加重本刑。」如此立法方式，相當符合對於尊長犯罪必須加重的旨趣，但似乎已慮及尊長有可歸責的可能性，並未定為唯一死刑，仍得酌科無期徒刑或有期徒刑，以適應人事多變的情偽。此外，另公布施行《褒揚條例》及《暫行刑律補充條例》，以獎勵孝行，於前者第一條，對於孝行有卓越表現，經鄉里評價聲譽高者，予以表彰。而於後者第一條，則纂入限制正當防衛的對象，認為對現在不正之侵害，而出於防衛之行為，本屬舊律擅殺、擅傷之義，然使遇有尊親屬相犯，而亦援用之，實大背中國之禮教，乃將尊親屬排除在正當防衛的對象之外。

民國七年，洪憲帝制灰飛煙滅，新文化運動及五四運動蓬勃興起中，北洋政府的徐世昌大總統遂於此時復「修訂法律館」之舊，派董康（1867-1947）、王寵惠（1881-1958）為總裁，羅文幹（1888-1941）為副總裁，並延聘法國法學者寶道（Georges Padooux, 1867-?）為顧問，針對民國四年的《修正刑法草案》重加釐訂，編成《刑法第二次修正案》，本次的修正，除了在第二八〇條規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。本條之

³⁵ 參閱法律草案彙編，同前註。

未遂罪罰之。」外，於第二八一條另規定：「殺直系血親尊親屬者，處死刑。殺旁系尊親屬者，處死刑或無期徒刑。本條之未遂罪罰之。預備犯本條之罪者，處三年以下有期徒刑。」與第一次《修正刑法草案》相較，首在刑度之提高，殺害直系血親尊親屬之罪，在《修正刑法草案》本規定無論為直系或旁系尊親屬，均得依普通殺人罪而加重其刑，法官可依實際案情酌予科處死刑或無期徒刑，然於第二次修正案則逕規定殺直系尊親屬者，處死刑；而殺旁系尊親屬者，得處以死刑或無期徒刑，立法意旨仍側重身分關係之親殊而未考量實際具體罪責的輕重。其次，罪及未遂，《修正刑法草案》中，針對未遂犯未為規定，第二次修正案則予以修正，將一般殺人以及殺害尊親屬罪均罰及未遂犯，同時處罰預備犯。

由上述看來，《刑法第二次修正案》雖未昭示以禮教立法為宗旨，但是在帝制覆亡，民國初肇的年代裡，同樣是基於尊卑觀念的侵犯帝室罪（如大不敬等）已不復出現於刑典，而修法委員或基於對孝道的尊重，仍然以限制刑罰種類的方式，對於殺害血親尊親屬者予以嚴苛的規範。耐人尋味的是，此一立法，何以未受五四新文化運動的影響，而仍如此這般地重視身分差等立法？

降及民國十七年的《舊刑法》，於第二八三條中，雖仍將殺直系尊親屬罪定為唯一死刑，但對旁系尊親屬為之者，則有處死刑或無期徒刑相對刑的可能。時至民國二十四年的《中華民國刑法》，於第二七一條中規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」另於第二七二條中規定：「殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。」乃採取比一般殺人罪為加重的立法模式。而關於少年殺直系血親尊親屬者，於刑法第六十三條第一項中雖規定：「未滿十八歲或滿八十歲人犯罪者，不得處死刑或無期徒刑；本刑為死刑或無期徒刑者，減輕其刑。」但於第二項中又規定，未滿十八歲人犯第二七二條第一項（殺直系血親尊親屬罪）之罪者，例外

不適用前項之規定³⁶，再度凸顯刑事立法受到傳統倫常觀念的影響。

為清晰起見，將民國以來，歷次法典及草案中有關普通殺人罪及殺尊親屬的對照表詳列於後³⁷：

民國以來歷次法典、草案有關殺尊親屬罪之比較表

法典	殺尊親屬罪	普通殺人罪
民國元年（1912） 《暫行新刑律》	第三一二條 殺尊親屬者，處死刑。 第三二七條 ……第三一二條……之未 遂犯罪之。	第三一一條 殺人者，處死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。 第三二七條 第三一一條……之未遂犯罪之。 第三二八條 預備或陰謀犯第三一一條之罪者，處五等有期徒刑、拘役或一百圓以下罰金。 前項之罪，得按情節免除其刑。

³⁶ 關於《中華民國刑法》第63條第2項未滿18歲之人犯殺直系血親尊親屬，可處死刑或無期徒刑的立法，於2006年7月1日刑法修訂時，已遭刪除。刪除的最主要理由為：基於傳統孝道觀念所為的例外規定，必然造成罪刑不均衡的現象，如未滿18歲之人犯強盜而殺人、擄人勒贖而殺人等，不得判處死刑或無期徒刑，而殺直系血親尊親屬反可處之，即便強調孝道，但上述罪行顯然已無太大差別，卻明顯造成處罰上的不公平。其次的原因是，根據《公民與政治權利國際公約》第5條所揭示，未滿18歲不得處死刑，《兒童權利公約》第37條亦強調針對未滿18歲者，不得處死刑與無假釋的無期徒刑，台灣雖非這些公約的會員國，但本於此種國際人權的趨勢，刪除已屬必然趨勢。

³⁷ 有關本表列的相關內容，詳參黃源盛，同註16，上冊，頁479、590、729；下冊，頁990、1235等。

法典	殺尊親屬罪	普通殺人罪
民國四年（1915） 《第一次刑法修正案》	第三一五條第一項 對於尊親屬犯第三二六條……之罪者，加重本刑。	第三二六條 殺人者，處死刑或無期徒刑；其情輕者，處一等有期徒刑。
民國七年（1918） 《第二次刑法修正案》	第二八一條 殺直系血親尊親屬者，處死刑；殺旁系尊親屬者，處死刑或無期徒刑。 本條之未遂罪罰之。 預備犯本條之罪者，處三年以下有期徒刑。	第二八〇條 殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。 本條之未遂罪罰之。
民國十七年（1928） 《舊刑法》	第二八三條 殺直系尊親屬者，處死刑。 殺旁系尊親屬者，處死刑或無期徒刑。 本條之未遂罪罰之。 預備犯本條之罪者，處三年以下有期徒刑。	第二八二條 殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。 本條之未遂罪罰之。
民國二十四年（1935） 《中華民國刑法》 （現行刑法）	第二七二條 殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。 前項之未遂犯罰之。 預備犯第一項之罪者，處三年以下有期徒刑。	第二七一條 殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。 前項之未遂犯罰之。 預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑。

肆、從比較法史觀點看殺尊親屬罪的歸趨

法律規範的存否，往往受時間度、空間度與事實度所支配；從立法史料看，對殺尊親屬者的論處，西方早在公元前四五一年羅馬歷史上所編纂的第一部法典《十二表法》（Lex Duodecim

Tabularum) 裡就有所記載，此外，在《羅馬大法典》(Corpus Iuris Civilis) 裡也已存在有所謂的「袋之刑」(Lex Cornelia)³⁸。而環顧當今世界各國刑法典，有自始即不採加重規定者，有對直系血親尊卑親屬或配偶均設有加重規定者，另外，有曾採加重規定，但已刪除者；囿於篇幅，本節僅先概述世界各主要國家的相關立法例，而偏重者，選擇與我國國情最相仿的日本法作較詳盡的考察據點。

一、外國相關立法例的動向

丹麥、瑞士、巴西、希臘、捷克、南斯拉夫等歐陸法系的國家，本來就沒有對殺尊親屬罪設有加重其刑的規定。英國、美國等英美法系的國家，也只將殺人分成謀殺(murder)與過失殺人(manslaughter)兩種，故也無所謂加重的類型。而中國大陸，自一九四九年建政以來，基於社會主義立法的原則，不僅不強調倫常關係，反認為此乃屬資產階級和剝削階級的舊思想、舊文化、舊風俗和舊習慣所謂「四舊」的範圍內，需加以破除，觀念既然如此，自然歷來刑法上從未在這方面有所著墨。

不過，此一加重類型也非台灣所獨有，目前尚存有殺尊親屬罪加重規定的國家有法國、比利時、葡萄牙、摩洛哥、大韓民國等。例如，《法國刑法》第二二一條之四規定：「殺害合法直系尊親屬、非婚尊親屬或養父母者，處無期徒刑。」而同法第二二一條之

³⁸ 公元前81年的Lucius Cornelius Sulla法的「袋之刑」，是指將殺尊親屬的犯人施予鞭笞之後，用狼皮包裹其頭，足穿木靴，置入牛皮袋中，再伴以蛇、雞、犬、猿等畜生物，用罩上黑牛皮之車運往河川之岸，投入水中，以水來清淨其罪行，而不以墳墓葬之。參閱瀧川幸辰，刑法講話(新版)，頁263-264，1987年1月。

一對於殺普通人罪，則處三十年之有期徒刑³⁹。

另外，有不僅對殺直系血親尊親屬有加重之規定，同時也對殺直系血親卑親屬或配偶並設有加重規定的立法例，例如，阿根廷、芬蘭、義大利、羅馬尼亞、西班牙、土耳其等國之刑法是。

在上述國家中，殺害尊親屬加重刑罰的規定，似乎不太出現與合憲、違憲相關的爭議問題，其可能原因有二：其一，即使任何一個國家於其憲法中規定法律之前的平等原則（但羅馬尼亞僅規定男女平等），惟何種差別可謂為合理，則因各國有不同的價值觀，而異其結論。就法國而言，由於肯認如民法中所規定：子女對於父母之尊敬義務，從而得以確立殺害尊親屬係屬重罪的結論。在義大利等國，由於重視近親關係間之尊重，不僅殺害尊親屬，殺害卑親屬亦應為同樣的重罰，惟如何平等地對待尊親屬與卑親屬，延伸出反對法律之前平等的意見。其二，在比利時等國，因未承認立法的違憲審查制度，法律的有權解釋權乃立法權所專屬，或者說多屬如同法國元老院的政治機關審查權。即便如義大利、阿根廷等國，承認以各種型態出現的司法機關為立法的違憲審查，亦非全然得以活潑地運作。因此，很少出現追究、檢討法律是否合憲的機會⁴⁰。

³⁹ 法國1810年的刑法典第299條規定：「故殺嫡父母、非嫡父母出者之父母、養父母或其他正嫡尊親屬者，為殺尊親屬（Parricide）。」第302條規定：「犯謀殺、殺尊親屬或毒殺者，處死刑。」而在舊刑法第13條中有所謂「重罪之刑」，對於「因殺害尊親屬判處死刑者，應使穿單衣、赤足、頭披黑紗，押赴刑場。當犯人暴露於斷頭台時，執行員當眾宣讀判決書，然後斬斷犯人右手並立即執行斬首之刑。」有關修正前《法國刑法典》相關規定，係以1810年2月12日公布，1975年修正為止之資料為依據，詳參各國刑法彙編（下冊），頁1141-1211，1970年6月。至於1994年3月1日生效之新法典，參閱羅結珍譯，法國刑法典，1995年5月。

⁴⁰ 參閱山本和昭，尊屬殺違憲判決の背景と若干の問題点，警察学論集，26卷7期，頁76-79，1973年7月。

至於曾採加重規定而今已刪除者，有德國、匈牙利、日本等。例如，德國在一九四一年以前的刑法對殺害尊親屬血親者有加重其刑之規定。匈牙利於一九五〇年的刑法第三五三條第三項，對激於義憤殺尊親屬、卑親屬或配偶，原有加重處罰的規定，但於一九六一年十二月十五日的刑法修正中已予刪除。東鄰日本，與中國一衣帶水，且先後受中華法系、法德等歐陸法系的影響，一九九五年之前，刑法第二〇〇條本也有對殺尊親屬兼及於配偶之直系尊親屬者予以特別加重的規定。

此將以上所述列一覽表如下⁴¹：

(一)祇規定卑親屬殺尊親屬的立法例

序號	國別	殺尊親屬罪之刑	普通殺人罪之刑
1	法國	無期徒刑	三十年有期徒刑
2	比利時	死刑	無期徒刑
3	葡萄牙	二十四年以下二十年以上有期徒刑	二十年以下十六年以上有期徒刑
4	摩洛哥	無期徒刑	二十年有期徒刑
5	大韓民國	死刑、無期徒刑	死刑、無期徒刑或五年以上有期徒刑
6	中華民國	死刑、無期徒刑	死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑

(二)併規定卑殺尊、尊殺卑及殺配偶尊親屬的立法例

序號	國別	殺尊親屬罪之刑	普通殺人罪之刑
1	阿根廷	無期重徒刑或無期輕徒刑	重徒刑、輕徒刑或二十五年以下八年以上有期徒刑

⁴¹ 下述三個表列的犯罪類型與法定刑度，隨著時日遷移，目前有的可能已有所變動，其詳仍待查。

序號	國別	殺尊親屬罪之刑	普通殺人罪之刑
2	芬蘭	重徒刑或十二年以下六年以上有期徒刑	重徒刑或八年以下四年以上有期徒刑
3	義大利	無期徒刑	二十一年以上有期徒刑
4	羅馬尼亞	無期強制勞動	十五年以下十年以上強制勞動
5	西班牙	死刑、三十年以下二十年以上不定刑期	三十年以下二十年以上不定刑期
6	土耳其	死刑、無期徒刑	三十年以下二十四年以上有期徒刑

(三)對殺尊親屬罪曾採加重類型規定嗣已刪除的立法例

序號	國別	殺尊親屬罪之刑	普通殺人罪之刑
1	德國	無期徒刑或十年以上有期徒刑	五年以上有期徒刑
2	匈牙利	十年以下五年以上有期徒刑	十年以下一年以上有期徒刑
3	日本	死刑、無期徒刑	死刑、無期徒刑或三年以上有期徒刑

由於德國法係清末民國以來刑事立法所繼受的主要對象，有必要再進一步說明。相對於東方的法律文明，德國在一八七一年頒布的刑法，於第二一五條原規定：「故殺尊親屬血親者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。」比起第二一二條普通故殺罪：「(一)非謀殺而故意殺人者，處五年以上的有期徒刑；(二)情節特別嚴重者，處終身自由刑。」算是加重處罰的特別類型。至於該條文後來為何被刪除？刪除的過程為何？是否有過激烈的爭辯？受限於史料，目前尚無法確切掌握。

從有限的資料看來，德國自一九〇九年、一九一九年、一九二五年、一九二七年等歷次刑法修正草案，對於區別殺尊親屬罪與殺

普通人罪的不合理性，都一貫地予以指摘，而主張刪除對殺尊親屬罪的特別規定。根據〈準備草案理由書〉，其修正理由如下：「就經驗來說，最低十年之有期徒刑尚屬較重，倘未充分考慮其減刑事由，則不時有失公正。其原因在於，故殺尊親屬中，尊親屬鮮非悖俗、殘虐，抑或具備其他違反態樣之人，或由被殺者之先行挑釁所致，從而應讓故殺尊親屬回歸到近親關係與敬愛關係之罪的重大性，決定於行為人應被量刑的相抵；且準備草案之通常之刑，係保障亦可適切處理重大事犯的適用範圍⁴²。」此等意見，直到一九四一年九月四日生效的《帝國刑法修正法》始成定案，理由是：德國刑法第二一三條：「非行為人之責任，而是因被害人對其個人或家屬進行虐待或重大侮辱，致行為人當場義憤殺人，或具有其他減輕情節者，處六月以上五年以下自由刑。」如是，因情節輕微而減輕刑罰的規定，無法適用於第二一五條特殊的殺人罪類型，而實際上，造成殺尊親屬血親的犯罪案件，有一大部分係可歸責於被害人，例如，因尊親屬殘虐或逆倫等行徑所引起，作為卑親屬的行為人如不能減輕其刑，極為不公。至於卑親屬倘因其他卑劣的動機，例如，為繼承財產或為自己揮霍享樂等緣由而弑親，自可適用第二一一條謀殺罪處罰；對於通常情形，普通殺人罪也足以應付，因為法官也可酌量加重其刑，殺害直系尊親屬罪因而沒有成為特殊的構成要件類型的必要⁴³。

表面上看，德國刑法之所以刪除殺尊親屬血親罪的理由，似乎側重在法條的結構關係上，因為刑法第二一一條設有謀殺罪：「(一)謀殺者，處終身自由刑；(二)謀殺者是指出於殺人嗜好、性慾之滿

⁴² 本段文字係由日本文獻間接翻譯而來，參閱山本和昭，同註40。

⁴³ 參閱許玉秀，除罪：解消類型——從殺害直系血親尊親屬罪談起，載：甘添貴教授六秩祝壽論文集——刑事法學之理想與探索，2卷，頁7-8，2002年3月。

足、貪財或其他卑劣動機，以殘忍、殘暴或危害公共安全之方法，意圖實現或掩蓋其他犯罪行為而殺人之人。」依本條之規定，一些特殊的情節要素已被納入謀殺罪的不法型態當中。至於情節輕微的殺人罪，可據以減輕刑罰，因此殺尊親屬罪似已失其存在的必要性。其實，透過上述第二一一條和第二一三條的規定，間接表示尊親屬的身分不足以成為一個獨立的不法類型，反而卑劣的動機、殺人嗜好、貪財或貪色、殘暴陰狠的手段、危害公共安全的手段，以及殺人的目的是為了實施其他犯罪行為等等情狀，才是特殊的不法類型要素⁴⁴。而德國刑法逐條註釋書針對故殺尊親屬罪的刪除，也曾作如下的說明：「故殺尊親屬罪業經刪除，將來就行為人對於被殺者的關係，主要之評定關鍵即在於其行為與行為人之人格。惟就兒子殺害其酗酒，並虐待其母之父親一例而言，法官即不應受該重刑下限之拘束；於今，法官終可不受重刑下限之拘束，而作全面性之量刑考量⁴⁵。」

不過，仍值得關注的是，儘管德國故殺尊親屬血親之規定已遭刪除，但仍留存有刑法第二二三條：「(一)不法傷害他人身體或損害其健康者，處三年以下自由刑或罰金；(二)對尊親屬犯前項之罪者，處五年以下自由刑或罰金。」而對於上述第二項傷害尊親屬加重的規定，是否違反基本法第三條「法律之前的平等原則」，似乎也未見有太多的議論出現，從這個角度看來，德國當年之所以刪除殺尊親屬血親罪的特殊類型，似並未涉及合憲、違憲之爭議，反而可能與法條的結構與量刑的考慮較有關係。

⁴⁴ 參閱許玉秀，同前註；另參閱三原憲三，尊屬殺人の沿革と判例の系譜(1)，創価法学，4卷2期，頁177-187，1974年10月。

⁴⁵ 參閱山本和昭，同註40。

二、日本脫亞入歐前後殺直系尊親屬罪的存廢爭議

日本古無體系性的刑律，傳統中國法律對日本的影響，遠的來說，可以數到推古天皇（592-628）⁴⁶。大化革新之後，島國日本從此開啟了繼受中國法律文化，並使之與本土的法律文化相融合。

（一）從繼受《唐律》到繼受歐陸法

以《唐律》為母法而訂定的《大寶律》（701）與《養老律》（718），其中，關於殺尊親屬罪，《養老律》的「謀殺祖父母父母條」明文規定：

凡謀殺祖父母、父母、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母者，皆斬；嫡母、繼母、伯叔父、姑、兄、姊者，遠流，已傷者，絞，五等以上尊長者，徒三年，已傷者，中流，已殺者，皆斬；即尊長謀殺卑幼者，各依故殺罪減四等，已傷者，減二等，已殺者，依故殺法⁴⁷。

倘與前述所舉《唐律·賊盜》「謀殺期親尊長條」兩相比較，可以發現有其緊密的承轉關係，八世紀日本的《大寶律》或《養老律》中的「謀殺祖父母父母條」，完全源自七世紀中國的《唐律》。

德川幕府時代，推崇《明律》，揣摩至為用心用力。為了維持封建秩序的尊卑關係，對於殺傷尊親屬的「逆罪」都將犯人處以

⁴⁶ 德川光國，大日本史·刑法志：「太子肇作憲法十七條，……然皆勸戒飭令之語，而未及立用刑之名例也。」黃遵憲，《日本國志·刑法志》中說：「及推古時，上宮太子攝政，始作憲法十七條，後世以為造律之祖，然法中僅為禁飭語，尚非刑名律也。」

⁴⁷ 參閱明石一紀，大寶律令と親等法——服紀條・五等親條の意義，日本史研究，2期，頁25，1984年。

「引迴上磔」的極刑。

時至明治初期，於明治三年（1870）制定的《新律綱領》「謀殺祖父母父母條」規定：

凡謀殺祖父母、父母、伯叔父、姑、兄、姊、外祖父母、夫、夫之祖父母父母，已行者，皆斬；已殺者，皆梟。謀殺三等親以下尊長，已行為首者，流一等；從者，徒三年。已傷為首者，絞；從而加功者、未加功者、與凡人同罪，已殺者皆斬。五等親以上尊長謀殺卑幼，已行者依各門毆律之尊長故殺卑幼律減二等；已傷者，減一等；已殺者，依故殺律⁴⁸。

上述律文與同法中的「謀殺凡人條」相比，也加重其刑。而因其係仿自中國的《明律》，大體上與《明律》類同，惟《明律》對於已殺者，另創凌遲之刑，《新律綱領》則設梟刑。至於明治十三年（1880）頒行的《改定律例》，與《新律綱領》大同小異。此期間，殺害直系尊親屬罪之所以加重其刑，論者以為主要是基於親族間的秩序是國家統合上重要的秩序，因此必須予以維護⁴⁹。

一八八〇年，在脫亞入歐思潮的導引下，由法國籍修律顧問保阿索那德（Boissonnoade de Fontarabie, 1825-1910）所領銜起草的《舊刑法》，在第三編第一章第十三節同樣也設有「對於祖父母父母犯罪」專節，其中第三六二條第一項規定：「謀殺或故殺祖父母、父母者，皆處死刑。」較之第二九二條：「謀殺人者，處死刑。」第二九四條「故殺人者，處無期徒刑。」都要來得重。且於第三六五條明文規定：「殺傷祖父母、父母者，不得援用寬恕及不

⁴⁸ 詳參高橋治俊、小谷二郎共編，松尾浩也增補解題，增補刑法沿革綜覽，新律綱領・人命律上，頁2311，1990年3月。

⁴⁹ 詳參川口由彥，日本近代法制史，頁167-170，1998年。

論罪之例，但犯時不知者不在此限。」該法於一八八二年起正式施行。揆諸其立法理由，似已揚棄了先前繼受中國法時期所注重的身分差等觀念，轉而向西歐近代刑法所謂的「家長權」法益保護觀念靠攏，旨在調和個人主義刑法與家族主義刑法⁵⁰。

(二) 殺尊親屬罪合憲乎？違憲乎？

明治二十二年（1889）以後，日本轉而繼受德國法，而日本《舊刑法》施行未久，或基於「國民的正義感」，或基於「社會防衛的必要性」等因素，不能充分滿足日本社會的需求，修正之議紛起，乃於明治四十年（1907）又進行了一次大規模的刑法修正，考其內容多半取自德國刑法，普通殺人罪與殺尊親屬罪同列於第二十六章「殺人罪」中，而於刑法第二〇〇條規定：「殺自己或配偶之直系尊親屬者，處死刑或無期懲役。」較之第一九九條普通殺人罪：「殺人者，處死刑、無期徒刑或三年以上之懲役。」兩罪的法定刑度大相懸殊。

對此，早期日本的法學界除肯定其社會功能外，甚至有認為可使忠孝得以兩全，是維持淳風美俗的良善立法，未見有反對聲浪⁵¹；只有少數學者，如瀧川幸辰（1891-1962）認為，這其實是昔日家長制下所謂淳風美俗的借屍還魂，乃屬「時代的錯誤」，且該罪之成案，往往不僅只是卑親屬的錯，可歸責於被害的尊親屬之例也所在多有，故應予以修正⁵²，但此舉並未引發修法的活動。直

⁵⁰ 參閱石榮顯，殺尊親屬罪加重處罰規定之比較研究，刑事法雜誌，13卷5期，頁62-98，1969年10月。

⁵¹ 參閱泉二新熊，日本刑法論（下編），頁499，1928年；另參閱新保堪解人，日本刑法要論，頁325，1929年3月。

⁵² 參閱瀧川幸辰，刑法各論，現代法學全集，27卷，頁400，1930年4月；另參刑法裁判百選，別冊ジュリスト，頁164，1965年。

到第二次世界大戰後，由於法律體制的變革、價值觀的轉型，也由於新舊兩部憲法的交替，更由於最高裁判所違憲爭議的判決，導致激烈的爭辯乃至提議修法刪除。

〈案例〉昭和四十三年（1968）栃木縣矢板市宇都宮弑父案

日本關東地區的栃木縣矢板市宇都宮，年僅十四歲的女子甲（用代稱），遭到生父的性虐待，之後，父親還強要她背著母親與其繼續發生性關係。被告向母親哭訴此事，母親因而與父親爭吵不止，最後憤而離家出走。其後，被告雖幾經母親及親戚的協助，仍無法脫離父親的掌控，而她之所以未能逃脫魔爪，最大原因在於擔心同住在一起的妹妹也會遭遇到相同的厄運，不得不持續被父親當作洩慾的工具，且生下五名子女（其中二人夭折）。此後，由於醫生勸告她如果再懷孕，對身體將有極大傷害，乃接受了節育手術。後來，被告為幫助家計，到印刷廠上班，結識了對她有好感而比她小七歲的年輕同事。不知情的該青年向被告求婚，她認為這是得到幸福的難得機會，因此想了結與父親的不倫關係，並有了結婚的計畫。未料，告訴父親後，父親暴怒並恫嚇她說：「妳敢，我就殺了他！」從此，被告出外就被監視，工作累了一天，回家還得應付父親的性需索而不得安眠。被告身心煎熬，痛苦已極。某夜，被告又被喝了酒的父親暴力相向。為徹底斷絕與父親長久以來令人作嘔的關係，遂趁父親酒醉之際，以和服的腰帶勒死父親。本案宇都宮地方裁判所審理後，認為刑法第二〇〇條殺尊親屬罪係屬違憲，乃改依第一九九條的普通殺人罪論處，又採認被告之行為屬於防衛過當，再衡量各種情狀後，斷予「免除其刑」。而二審的東京高等裁判所則以最高裁判所判例一向認為殺尊屬罪的規定合憲，乃撤銷一審的判決，但認為被告行為當時已屬心神耗弱，給予最大程度的減刑，因此改判有期徒刑三年六個月。本案經上訴後，最高裁判所

於昭和四十八年（1973）四月四日作出如下判決：

刑法第二〇〇條的立法目的，係針對普遍性的社會道義所非難的卑親屬及其配偶殺害尊親屬，比起通常殺人罪應處刑較重的情形而設。尊重尊親屬、對尊親屬報恩乃社會生活中的基本道德，此自然情愛或普遍的倫理關係，是值得從刑法上給予保護的；因此對殺害尊親屬的行為較殺普通人之行為受高度的道義非難、社會非難，亦屬當然之事。……但是基於這樣一個合理的依據所設置刑罰上的差別待遇，無論如何也不能使之正當化。例如，刑法第二〇〇條殺害尊親屬的法定刑限定為死刑、無期徒刑兩種，這就遠遠超出了該立法目的的必要限度。與刑法第一九九條普通殺人罪的法定刑相比，明顯有其不合理的差別待遇。此乃違反了憲法第十四條第一項而應認定其為無效⁵³。

本案最高裁判所認為被害的尊親屬對被告所實施的侵害行為應受譴責，同時認定刑法第二〇〇條殺害尊親屬罪加重處罰的規定「手段達成違憲」，乃改依同法第一九九條普通殺人罪處斷。選擇法定刑為三年以上有期徒刑後，再以精神耗弱為由減輕其刑，判處二年六個月的有期徒刑，另斟酌犯罪情節、自首、再犯可能性等，

⁵³ 本案判決係由最高裁判所十五名法官組成的大法庭所作出，其中只有下田武三法官主張關於殺害尊親屬罪的重罰程度應交由立法機關決定，因而反對外，其餘十四名法官均支持最終的判決結論。惟該十四名法官中，有六名法官對於判決理由中所謂「在普通殺人罪之外另設殺害尊親屬罪的立法屬於合憲」持反對意見。因此，本案判決在結論上是十四比一，而對於判決理由贊成與否的比例是八比六。關於案例事實，詳見井上祐司，刑法二〇〇條と憲法一四條一項，載：別冊ジュリスト，通号58，刑法判例百選Ⅱ各論，頁90，1978年4月；同氏著，尊屬殺と法の下の平等，載：別冊ジュリスト，通号83，刑法判例百選Ⅱ各論，頁8，1984年4月2版。

最終宣判緩刑三年。這是日本最高裁判所運用憲法第八十一條的違憲立法審查權以來，宣告現行有效的法律違憲的首宗判例。判決確定後，日本刑法第二〇〇條已屬違憲條文，而此期間所引發的違憲與否之爭，長篇累牘，相當精采，綜合當時所爭論，扼要彙整兩派不同見解如下：

1. 合憲說

(1) 憲法第十四條「社會的身分平等」中之所謂「身分」，其意涵本來就不十分明確，一般是指依人為的方式而獲得者而言，如貴族的身分屬之。惟尊卑親屬關係乃建立在血緣之上，而非由人為的方式所產生，純是基於人類天生「長幼有序」的道義心而為的合理差別。對於殺害尊親屬之重大不道德行為予以加重處罰，不僅日本人如此，可說是普世的「人道的原理」，且符合日本國情及當代倫理價值觀，並不違反法律平等原則及社會的正義觀。

(2) 基於親屬關係而為法律上的差別待遇，未必欠缺合理性，蓋既然承認殺害尊親屬係屬有違人倫大本的行為，值得社會給予高度的道義非難，親子關係出乎天性，乃人類存續以及文化傳承的基礎，與奴隸制、貴族與平民之區別、士農工商四民制等與憲法第十四條第一項明顯不兩立者有別，不可一概而論。何況人非一出生即具有尊親屬身分，也非一生皆為卑親屬身分，年輕時以卑親屬身分負較重刑責，年長以後以尊親屬身分受保護，因此人的一生當中均受到平等的待遇；而憲法之平等原則並非算數的平等，而係分配的平等。刑法第二〇〇條對殺尊屬之人科以較普通殺人為嚴之刑，豈非理所當然？

(3) 法定刑度的輕重，本屬立法機關裁量的權限，此為價值判斷的問題，應該由代表國民多數意見的國會，不僅單純從法律的觀點，還要從國民道德、感情、歷史、傳統、風俗、習慣等等面向多方討論以達成結論，而不可由司法機關越俎代庖，否則將違背權力

分立的旨趣，破壞司法謙抑的原則。

2. 違憲說

(1) 重罰違憲說（手段達成違憲說）

對尊親屬有犯而設有加重其刑的此類型規定，係因身分不同而異其刑度的差別待遇，衡其立法初衷，尚在憲法第十四條第一項所容許的範圍內，其本身立法目的並不違憲。不過，刑法第二〇〇條加重的刑度失之過酷，明顯失衡，則屬違憲；申言之，倘殺害直系尊親屬罪也能有被判處有期徒刑或緩刑的機會時，則可能並不違憲。事實上，本罪的法定刑僅規定為死刑或無期徒刑，較普通殺人罪之三年以上的法定刑要重得多，即使依現行刑法所規定的法律減輕與酌量減輕兩次遞減，其處斷刑仍無法輕於刑法第二十五條三年六個月以下的緩刑要件，因此無論有何等的理由，也無法為緩刑的判決。依此，僅以尊重尊親屬、對尊親屬之敬愛、報恩等自然情感或普遍倫理為由，即賦予設定兩罪刑罰重大差異的合理根據，實令人難以認同，既無法以合理根據說明差別處理的正當化，故違反憲法第十四條第一項的規定。

(2) 差別違憲說（立法目的違憲說）

殺尊親屬罪的規定，本質上是一種不合理的差別待遇，因而有違憲法第十四條「法律之前，人人平等」的精神，應屬無效立法。此說認為，重罰違憲說的立場，似乎認為殺尊親屬加重其刑的規定之所以違憲，乃僅僅在於其刑度過高而已，但實際上，即便刑度合理，也不應有殺尊親屬加重其刑規定的存在，因為該等規定乃是立足於舊家族制度的倫理觀，與當代以個人尊嚴以及人格價值為出發點的民主主義理念相牴觸，更與在家庭生活方面力圖擺脫封建遺緒，建立起以個人尊嚴與人格平等為中心的憲法理念有所衝突。父母子女之間的親情，乃是自然感情的流露，彼此之間並不存在有施而望報的取償關係，而是基於個人自發的意願，主動去遵守的道

德，不應該以法律強制規定的方式來監督道德的實踐。且傳統道德中往往以忠孝並稱，而憲法中關於「忠」的規定既已失其立足點，那麼因為「孝」的目的而設置的特別規定，自然也應基於同等之理，讓其消失於無形。因此，因身分差等相關的立法規定均應以違背憲法中民主主義的基本理念而宜廢除，不得以司法的謙抑思想為藉口，認為係屬立法機關自由形成的範圍。

眾家嘖嘖爭辯，從歷史面看，「忠孝」對日本人而言，乃是移植自中國文化的舶來品，其核心概念，已非先秦儒家所講的「君君、臣臣、父父、子子」的相對平等的倫理道德關係，而是像歷代中國刑典中的「禮教立法」般，以強制規範為手段，企圖穩固君權、父權、夫權統治的社會秩序。明治維新，脫亞入歐後，再度繼受外來法律文化，歐西近代平權思潮隨波而至。輸入伊始，因歐陸法系傳統中本也有殺尊親屬加重其刑的相關規定，加上法國籍修律顧問波阿索納德的折衷主義立法，因之，在刑法中列有殺尊屬的加重條款，當時似乎相當平順，並未引發任何爭議。第二次世界大戰後，日本三度西潮，又被半強迫地引進了美國式的民主觀念，制定所謂戰後的和平憲法，此時「忠君」思想遭到徹底的揚棄，而與「忠君」並列的「孝親」觀念，也受到前所未有的挑戰，立基於傳統「孝親」思想的殺尊屬罪規定，便首當其衝地受到激烈的質疑。

前已提及，殺尊親屬加重其刑的規定，一九七三年四月以刑度過重無法判處緩刑為由，第二〇〇條被宣告為違憲後，相關機關迅速向國會提出刪除「殺害尊親屬罪」的議案，但是當時執政的自由民主黨，基於各種現實的考量，對於殺害尊親屬罪的刪除有所顧慮，一直未能在立法上獲得實現。而在司法實務中，該案之後，日本最高檢察廳統一見解，對於殺害尊親屬罪的犯罪一律以刑法第一九九條普通殺人罪提起控訴，從而實質上等於凍結了殺害尊親屬罪的適用可能。直到一九九六年六月，日本刑法修訂公布，終將刑法

第二〇〇條的規定刪除⁵⁴。論爭雖已落幕，但是此一規定究竟是立法意旨並無偏差，僅因刑度失衡無法被判處緩刑，致屬違憲而已？抑或違反所謂平等正義的理念，本質上即不應設有此一特別規定？仍留下很大的思辯空間。

伍、西法東漸中倫常觀念的困惑、更新與再詮釋

法律規範反映世故民情，而文化有其區域獨特性，各國的法制往往因國情所繫、風俗所關，各有特色，無須強力求同，也不必處處捨己徇人，此為不爭之理。不過，當今世界幾已連成一氣，德國與日本刑法，是清末民初以來刑法繼受的母國法，它們先後刪除殺尊親屬罪的特別規定後，一池春水既已吹皺，要再不為所動，也難；從學理上、從實務上，該如何檢視此一立法趨勢？

一、傳統中國親親之義的家族倫理性禮法

中國自西漢以降，以周制偏於「禮治」，秦制偏於「刑治」，各有所傾斜，乃以儒法相參、禮刑相輔，建立了體系性的法制。到了隋唐，則以「禮本刑用」為立法圭臬，直迄於清，歷朝各代雖多少有所損益，但其中心理念，並沒有太大的偏離。而五倫制度肇基於禮，其中為維持國家安定與社會秩序的重要事項，幾乎悉數訂入刑律之中，凡違反之者課予刑罰制裁，以求其實踐，這是一段很長的「禮教立法」時期。究其實，傳統社會在近現代之前，殺傷尊親

⁵⁴ 1995年3月14日的「部分刑法修訂法律案」中，由日本第132屆國會提出，經審議、爭論，最終決定刪除「殺害尊親屬罪」（第200條），而與此相關的「殺害尊親屬未遂罪」（第203條）、「傷害尊親屬致死罪」（第205條第2項）、「遺棄尊親屬罪」（第218條第2項）、「逮捕監禁尊親屬罪」（第220條第2項）等條款亦一併刪除。

屬等冒犯行為之所以要加重處刑，總不外下列幾個理由：

其一，父母對於子女，在正常情況下，有生身之恩、哺育之恩、教養之恩、呵護之恩，非有比侵害一般親屬更險惡的動機目的，不足以驅使一個人背叛如此深重之恩，對這種恩義的背叛，比對一般親屬恩義的背叛自然惡性要來得重。

其二，傳統中國社會，植基於家族本位、倫理義務本位，父祖對於子孫有極廣泛的扑責懲戒之權，子孫對父祖負同居共財與供養的義務。凡違犯教令，只要父母控告子女不孝，可將子女送官懲處，官府通常只是代行父母的意志。甚至，父母可將子女典質或出賣於人。即使到了民國三年（1914），袁世凱所公布的《暫行刑律補充條例》，其中第十一條仍規定：「對於行親權之父或母，得因懲戒其子，請求法院施以六個月以下之監禁處分⁵⁵。」凡此等規範，從其反面想，顯現出對尊親屬的侵害之所以要加重處罰，事實上，包含著對父祖管教、懲戒權威的蔑視與挑戰，對這種權威的侵犯，類似對皇權、官威的侵犯一樣嚴重，不可饒恕。

其三，一般說來，當子孫的力氣和智力成長到足以謀、故殺傷父祖之時，正是父母體力衰弱或至少開始衰弱之時，衡諸情理，自要加重其刑。法律若不立嚴刑懲治加害忤逆反弒者，則不足以保護弱者，也不足以懲嚇所謂有乖倫教、破敗善良風紀之人⁵⁶。

泛泛來說，由於「尊卑」與「親親」的倫常觀念維護家內秩序，一直是傳統中國家庭的重要支柱；而且除了利用血緣維繫之外，官府律令的規定也在其中扮演著重要的角色，巧的是，這兩者

⁵⁵ 參閱政府公報，1914年12月17日。該條例全文，載：東方雜誌，12卷2號，1915年2月。施行後，至1922年2月17日，經廣州軍政府明令廢止。詳參謝振民編著，中華民國立法史，頁1086，1948年。

⁵⁶ 參閱范忠信，中西法文化的暗合與差異，頁149-150，2001年12月。

之間不但不衝突，反而得相互呼應與奧援。以家內的尊卑而言，在尊殺卑的行為中，律令予以寬待的刑罰；相反地，在子孫不孝與賊殺傷、毆詈父母或尊長時，律令卻予以嚴懲重罰；顯示家中的尊卑關係不但出於家內的自然構成，律令也在其間扮演鞏固尊卑秩序的角色。表面上看，這像是合乎傳統中國家族主義「親親」價值觀下的倫理性禮法。

值得細細體會的是，原始儒家所提倡的家庭倫理，本極富相對性的精神，《禮記·禮運》：「父慈、子孝、兄良、弟弟、夫義、婦聽、長惠、幼順、君仁、臣忠，十者謂之人義。」此之十義，具體而言，即為「為人之義」。而在《論語·顏淵》中，孔子主張「父父、子子」的綱常原意，係以「父父、子子」為勸，而以「父不父、子不子」為戒，謂父應盡為父之道，子應盡為子之道，尊卑雙方各責其有所守與有所盡，立說平允，並未僅片面要求子盡孝道。而《大學》之謂：「為人子至於孝，為人父止於慈」，孝與慈兩相結合，也是此意！倘過度片面強調「子不子」的罪大惡極，動輒處以重刑，而置「父不父」者於不顧或寬宥減刑，如此苛責卑方，偏袒尊方，這豈是真正的「親親之義」？

二、近代西方自由主義思潮中的個人主體性立法

晚清之季，由於受到日本明治維新與嚴復（1854-1921）等譯介西洋法政思想的影響，中國政治上維新與革命的思想及行動，風起雲湧，清廷迫於情勢，不得不謀求政治與法制的變革。尤其，為了撤廢領事裁判權，不得不採取近代歐西新的法律理念，來修訂中國的固有法律，從此，個人主義、自由主義的立法思潮引進了古老中國的本土，固有的身分倫理制度隨之動搖。或許要問，在近代自由主義、個人主義思潮下的刑事立法，究竟要如何對待倫理道德與法律之間的關係？要合？要分？合多分少？分多合少？簡言之，倫

理道德要不要法律化？倫理道德宜不宜法律化？從平等性的角度看，法律有民主的意涵，倫理道德則無。而倫理道德的法律化，是否即意味著人格權的不平等性？又法律的去倫理化，是否即意指要捨棄倫理道德中人性高貴情操的特質？

理論上，依事物的自然道理，倫理道德之所以是倫理道德，法律規範之所以是法律規範，必然各有其存在的本質，倫理道德原本有其義務片面性的特質存在，不需要嚴密的邏輯推理，它是內面的義務，有其自律性，故對其強制履行是不可能的。但是倫理道德一旦法律化，披上法律的外衣，在外觀上被賦予法律的平等性，當然具有權利與義務的相對性，也當然成為國家公權力保護的客體；在此意義下，倫理道德的差等性在法律化之後，遂由法律的平等性取而代之，原來的道德義務轉化成法律的義務，法律義務的不履行，即是法律責任的形成，有他律性，故對其有強制履行的可能，義務人從而不得再以道德義務為由，拒絕法律強制其履行義務。

從法律歷史的衍化進程看，殺直系血親尊親屬罪乃源自傳統中國法制遺緒，當時，倫理價值及身分道德緊密結合，身分倫理與法律責任常相混同，是屬於身分差等秩序下的時代產物。而現今，憲法貫徹民主理念，強調維護個人尊嚴與人格價值的平等，法律規範與倫理道德的分合界限逐漸明朗，這使得殺直系血親尊親屬罪加重處罰的理論基礎發生了動搖。換個說法，尊卑親屬間的相互親愛，宜任由當事人發至內心的情誼而為，而不宜以法律予以強制；倫常親情雖然是至高的道德，法律卻祇是最低限度的道德，不宜混淆法律與倫理道德的關係。所謂孝道尊親的基本道德，理應由個人本於自覺主動遵守，如果想動用嚴刑峻罰來強制履行，這是一種僵化式的道德，是一般預防刑罰理論下的思維，雖具嚇阻功能，但恐難收實效。

三、刑法法益保護思想與孝道觀念的轉向

清末禮法爭議時，禮教派的核心人物勞乃宣在〈修正刑律草案說帖〉中曾說：「夫法律與道德教化誠非一事，然實相為表裡。必謂法律與道德教化毫不相關，實謬妄之論也。」⁵⁷話雖不錯，問題是，倫理道德的範圍有廣有狹，當代西方民主法治社會所要求的是「最低限度的倫理道德」，譬如人人必須遵守法規與公共道德之類，實有別於傳統儒家所標榜的「最高限度的倫理道德」，即要求人人日日向上，終至成德成聖。就內聖之道言，當然可以提倡最高限度的倫理道德；講外王之道的民主自由化，則不能老唱道德的理想主義高調，而是應該針對人性與政治現實，較合理地要求「最低限度的倫理道德」⁵⁸。而就「孝」這個德目，它到底是不是一個最小限度的倫理規範呢？

從史實面觀察，傳統中國的「修養論」似乎過於重視人性中「高層」的一面，忽略了「低層」與「深層」的一面，而且往往把外在的社會規範和內在的價值之源混而不清。因此就「孝」而言，論者以為應該將之視為人性中「高層」的一面較為妥當，既屬「高層」的倫理道德，則非法律所應加以規範者，更無法以加重刑度之方式來提升此一道德了⁵⁹。

從刑法發展史的角度看，十八、十九世紀以前，刑法的主要任務，不論中西，幾乎是統治者的「治民之具」；可是，自啟蒙運動，尤其，自法國大革命以來，西方興起自由主義、個人主義的思

⁵⁷ 參閱勞乃宣，同註27，頁903。

⁵⁸ 參閱傅偉勳、周陽山，批判的繼承與創造的發展——有關中國學術文化重建的問答，載：民主與傳統，頁119以下，1990年8月。

⁵⁹ 參閱余英時，從價值系統看中華文化的現代意義，載：中國思想傳統的現代詮釋，頁44，1984年3月。

潮，刑法搖身一變以保護法益為首要任務。而所謂「法益」，除了指生活利益及權益之外，是否也該包含一種基本的核心理念或價值？如果將早已深植人心的社會倫理價觀念完全拋棄不論，行得通嗎？

事實上，「社會倫理」與一般個人的「道德修養」理應有所區隔，前者的範圍僅限於為了維持人類共同生活所不可或缺的最基本義務，才有其存在的必要，而其標準，也會隨時空的流轉而不同。從古到今，不論中外，刑法的內涵無非是禁止的規範或命令的規範，亦即是這種社會倫理的宣示；但是要進一步思考的是，是否所有社會倫理的行為規範，均具有可罰性而必須納入刑法秩序之中？理念上，刑法有其謙抑思想，只有在必要及合理的最小範圍內，始予以適用；它具有補充性、片斷性與寬容性三個內涵，只宜作為「最後手段」，僅於其他較寬緩的手段力，譬如民法或行政法的規範無法作有效的法益保護時，在不得已的情形下，才有介入的正當理由。至於立法者是否可僅憑個人或社會的價值觀，即將某些不合道德觀念的行為施以重刑？是否應審慎考量有無用重典加以規範的必要性與適切性？國家刑罰權的界限如何釐清輕重？這是一個衡平而有責任意識的刑事立法政策不能不審慎對待的課題⁶⁰。

目前，刑法的任務，到底僅在於保護人民社會生活上的利益？抑或兼含有維護社會倫理價值秩序的使命？或有仁智之見，倘站在肯定市民自由、個人尊嚴的現代刑事法立場，刑法係以保護生活利益為其主要任務，這是不容置疑的，而殺直系血親尊親屬罪若純就保護法益的觀點，似無特別加重，而形成差別待遇的必要。再者，就社會倫理秩序的維持而言，此一立法方式並未能兼顧卑幼親屬法益的同等保障，也違反原始儒家相對的倫理觀念，該如何重新調整

⁶⁰ 參閱蘇俊雄，刑法總論 I，頁17-18，1995年10月。

尊卑平權對等的價值理念，這也需要有膽識面對！

我曾針對近十五年來，台灣最高法院與高等法院暨分院有關「殺尊親屬罪」的四十二個已定讞的案件，作過非完整正式的統計分析⁶¹，列表如下：

(一)行為人與被害人關係

對象關係	父親	母親	父母親	養父	養母	養父母	祖父	祖母	祖父母	總數
件數	20	14	2	1	0	1	1	3	0	42
比率(%)	47.6	33.3	4.8	2.4	0	2.4	2.4	7.1	0	100

(二)行為動機目的與歸責對象

歸責對象	動機、目的	件數	比率(%)	
可歸責於卑親屬者	遭責罵、責打	7	13.2	
	細故爭執	非關金錢	12	22.6
		為金錢	9	17.0
	為解決經濟負擔(如：詐領保險金)	4	7.5	
不可歸責於雙方者	因精神疾病(適用§ 19)	12	22.6	
可歸責於尊親屬者	不滿父親責打母親	2	3.8	
	曾遭遺棄	2	3.8	
	前有爭執時父持刀傷子，並向鄰居宣稱欲殺之	1	1.9	
歸責原因不詳者	不明原因	4	7.5	
歸責原因有複數競合者	總數(行為人弑親之動機、目的有複數競合)	53	100%	

⁶¹ 表列之統計資料，蒙最高法院邱同印法官協助找尋判決全文，又得政治大學法律學研究所碩士生陳琦妍的幫忙列表分析，特誌謝意。

從以上最高法院與高等法院判決中發現，犯殺直系血親尊親屬罪的案件，行為人的性別100%為男性，其中，可歸責於行為人卑親屬的比例雖高達60%，但仍約有23%是因為行為時適用刑法第十九條，亦即此部分行為人幾乎患有精神障礙或心智缺陷者，另也有不到10%的比例可歸責於被害的尊親屬者。

民國二十四年（1935），刑法第二七二條之設，其立法例淵源已久，主要係著眼於行為人與被害人的身分關係，卑殺尊，違反「孝道」，惡性較凡人相殺為重，顯然側重在行為人的主觀惡性。然而，人事萬殊，犯罪之情節有大有惡者，也有大有可恕者，於殺人之犯為更甚。根據較早以前的犯罪統計資料顯示，某些殺直系血親尊親屬者確有卑劣的行兇動機，例如，平日游手好閒、揮霍無度，為早日獲得遺產，或為擺脫經濟負擔等。但也有不少加害者，是沒有前科、個性內向者。被殺害的尊親屬，則有性道德低劣、家暴、酗酒、虐待狂、沒有家庭責任感等等的人格傾向，其「惡性」顯然也不低於前者，卑親屬通常是在「異常情況」下才行兇的，從案發的實情看，確實有不少係情節係屬特殊者⁶²。

陸、結論——殺直系血親尊親屬罪宜何去何從？

殺直系血親尊親屬罪，行為主體與行為客體之間，具有尊卑的身分等差關係，且因而加重行為人的法定刑責，是為加重身分犯。其立法目的，無非在宣示「孝道思想」，蓋「尊親報恩」乃社會生活上的基本道義，根極於天理民彝，這種自然情愛與普遍性倫理，值得用刑法來加以特別保護。說得直接些，基於維護倫常的公益考量，對於殺害直系血親尊親屬的行為，處予較重的刑罰，是立法者

⁶² 參閱張甘妹，犯罪學原論，頁371-373，1999年10月。

斟酌「事物本質」的當然結果；此一「淳風美俗」的觀念，早已深植民心，在過去庶民百姓的法感情中，幾乎也相當認同。於今，倘若要過度強調家庭成員間的所謂人格權平等，而刪除此一特殊類型的規定，恐將會陷入與孝道傳統兩難的窘境⁶³。

不過，時空因素的轉變，自會影響文化價值觀與社會倫理道德的標準，刑法所要保護的法益，在社會規範體系中並非一成不變；邇來，在台灣，主張刪除殺直系血親尊親屬罪，而回歸與殺普通人同罪刑的呼聲已漸聞漸近，其根本論點，無外乎不能因行為客體的身分不同，導致生命法益受到不同的評價，換句話說，不得就相同事物為不合理的差別對待，否則，即有違憲法上的平等原則。此外，另可再找出其他幾點具體的理由：

其一，從立法政策與犯罪學的觀點：觀乎本文一開頭所提的兩則案例、日本社會所發生的違憲爭議案件，再略察民國以來殺害直系尊親屬罪的實況分析⁶⁴，以及近些年來台灣社會所發生的殺害直系血親尊親屬的社會案件，真正符合「父母慈而子女不孝」的情節固然有，但仔細追究，之所以釀成「逆倫」慘案，有不少比例係肇因於行為人的精神異常，或因酒醉、毒癮，自我控制力薄弱，或受到長久虐待、傷害、嘲罵，或有不足為外人道的不倫情事等所致。審理上，如僅為所謂「逆倫滅性」的案件設想，法官只要根據刑法第五十七條，斟酌其犯罪動機、目的以及犯罪行為人之生活狀況、犯罪行為人之品行、犯罪時所受之刺激、犯罪行為人與被害人之關係等等因素，予以酌科即可；否則，依目前的實況看來，情輕而法

⁶³ 詳參我妻榮，法律における理窟と人情，頁164-171，1990年10月。

⁶⁴ 詳參李玉璽，從孝道思想論殺尊親屬罪概念的衍變，頁101-156，政治大學法律學研究所碩士論文，2001年7月；另參謝開平，刑法第二百七十二條在立法上之檢討，載：同註43，頁32-33。

重者仍時有所聞，同時也會造成一種絕對義務的不公平現象。

其二，從量刑的觀點：目前我國刑法第二七二條殺直系血親尊親屬罪的法定刑為「死刑、無期徒刑」，仍在同法第二七一條普通殺人罪的法定刑「死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」的範圍內，倘有卑幼對於直系血親尊親屬，偶有齟齬，輒敢殺害，類此重大的逆倫弑親案件，自不容姑息；而如果認為有加重處罰的必要，普通殺人罪也有重刑之設，仍有科處最重刑的可能，可委由法官依據具體個案衡情量處，以求得情罪平允即為已足，刪除本條，應還不至於撼動倫常道德的根本。

其三，從比較立法例的觀點：德國於一九四一年，正式刪除刑法第二五一條關於殺尊親屬之身分加重類型，匈牙利於一九六一年也刪除刑法第三五三條第三項殺尊親屬的加重處罰規定；而鄰邦日本，原本在刑法第二〇〇條中也有類似規定，然早於一九七三年四月被宣告違憲；一九九六年，刑法修正後，已將此一身分加重類型的規定概予刪除。此外，世界各國雖仍可見類此規範，但為數並不多，足見，平權理念與避免過苛的刑罰，已成為新的立法思考方向。

如此看來，不管在學理面、司法實踐面、外國立法例的共同趨勢面，我國現行刑法第二七二條「殺直系血親尊親屬罪」等義關倫常的條款究該何去何從？很有可議的空間，而其思考的方向不外以下數點：

- 一、維持原規定，以彰顯傳統孝道文化的獨特性。
- 二、修正刑法第二七二條的法定刑，使其較有機會適用緩刑的規定。
- 三、對於刑法第二七二條的行為客體，增列直系血親卑親屬，以符合所謂的相對義務性。
- 四、刪除刑法第二七二條，以從德、日等國的立法趨勢。

五、將刑法第二七二條及同法中第一七〇條「誣告直系血親尊親屬罪」、第二五〇條「侵害直系血親尊親屬屍體、墳墓罪」、第二八〇條「傷害直系血親尊親屬罪」、第二八一條「施暴行於直系血親尊親屬未成傷罪」、第二九五條「遺棄直系血親尊親屬罪」，以及第三〇三條「剝奪直系血親尊親屬行動自由罪」等倫常加重類型條款全部刪除，或增訂「排除條款」以符合人格權的平等及倫理義務的相對性⁶⁵。

問題是，當一個早已深化在國民的思想感情之中，根深而蒂固的法律意識，且行之多年，安之若素，一旦要修法改變它，是否意味著「孝道」不再是社會的核心價值？是否會引起社會的不安而遭到阻力？想來，在台灣，恐怕還會有一段很長的路要走！

⁶⁵ 例如：2010年1月27日公布，《中華民國刑法》已針對「遺棄直系血親尊親屬罪」增訂第294條之1「排除條款」，從絕對義務改為相對義務。其內容為：「對於無自救力之人，依民法親屬編應扶助、養育或保護，因有下列情形之一，而不為無自救力之人生存所必要之扶助、養育或保護者，不罰：一、無自救力之人前為最輕本刑六月以上有期徒刑之罪之行爲，而侵害其生命、身體或自由者。二、無自救力之人前曾對其為準強制性交行爲、利用權勢機會猥褻、圖利使人爲性交猥褻、妨礙幼童自然發育或意圖營利，利用不當債務約束或他人不能、不知或難以求助之處境，使人從事勞動與報酬顯不相當之工作等行爲者。三、無自救力之人前侵害其生命、身體、自由，而故意犯前二款以外之罪，經判處逾六月有期徒刑確定者。四、無自救力之人前對其無正當理由未盡扶養義務持續逾二年且情節重大者。」

參考文獻

一、中 文

1. 民國修訂法律館編，法律草案彙編，2冊，1973。
2. 石榮顯，殺尊親屬罪加重處罰規定之比較研究，刑事法雜誌，13卷5期，頁62-98，1968。
3. 各國刑法彙編（下冊），1980。
4. 余英時，從價值系統看中華文化的現代意義，載：中國思想傳統的現代詮釋，1984。
5. 李玉璽，從孝道思想論殺尊親屬罪概念的衍變，政治大學法律學研究所碩士論文，2001。
6. 李貴連，沈家本評傳，2005。
7. 沈家本，歷代刑法考，1985。
8. 俞江，沈家本的人格平等觀，載：近代中國的法律與學術，頁67-90，2008。
9. 姚雨籟原纂，胡仰山增輯，姚潤原編，大清律例會通新纂(三)，1964。
10. 宣統中官，大清法規大全，卷11-13，法律部，法典草案一，1972。
11. 故宮博物院明清檔案部編，清末籌備立憲檔案史料，1979。
12. 范忠信，中西法文化的暗合與差異，2001。
13. 唐元宗注，邢昺疏，孝經注疏（十三經注疏本），卷6，1993。
14. 孫希旦，禮記集解，1982。
15. 祝慶祺等編，刑案匯覽三編(二)，卷34，2004。
16. 高漢成，簽注視野下的大清刑律草案研究，2007。
17. 張甘妹，犯罪學原論，1999。
18. 許玉秀，除罪：解消類型——從殺害直系血親尊親屬罪談起，載：甘添貴教授六秩祝壽論文集——刑事法學之理想與探索，2卷，頁1-16，2002。
19. 傅偉勳、周陽山，批判的繼承與創造的發展——有關中國學術文化重建的問答，載：民主與傳統，頁119以下，1990。
20. 最高法院編，最高法院刑事裁判書彙編，18期，頁24-28，1994。

21. 勞乃宣，桐鄉勞先生遺稿，卷2，載：近代中國史料叢刊，36輯，頁1044-1045，1969。
22. 勞乃宣，新刑律修正案彙錄，出版年月不詳。
23. 彭浩、陳偉、工藤元男主編，二年律令與奏讞書——張家山二四七號漢墓出土法律文獻釋讀，2007。
24. 黃源盛，大清新刑律的禮法爭議，載：法律繼受與近代中國法，頁199-230，2007。
25. 黃源盛纂輯，晚清民國刑法史料輯注（上、下冊），2010。
26. 楊一凡、徐立志主編，歷代判例判牘，6冊，2005。
27. 劉向，戰國策·魏四，2006。
28. 劉俊文，唐律疏議箋解（下冊），1996。
29. 劉海年等主編，中國珍稀法律典籍集成，甲編，1冊，1994。
30. 劉錦藻，清朝續文獻通考，刑改六，1959。
31. 戴炎輝，唐律各論（上），1988。
32. 薛允升，唐明律合編，卷18，1968。
33. 薛允升著，黃靜嘉點校，讀例存疑重刊本，卷37，1970。
34. 謝振民編著，中華民國立法史，1948。
35. 謝開平，刑法第二百七十二條在立法上之檢討，載：甘添貴教授六秩祝壽論文集——刑事法學之理想與探索，2卷，頁17-48，2002。
36. 魏收奉敕撰，魏書，卷65，刑巒傳，1983。
37. 魏徵奉敕撰，隋書·刑法志，1983。
38. 蘇俊雄，刑法總論 I，1995。

二、日 文

1. 三原憲三，尊屬殺人の沿革と判例の系譜(1)，創価法學，4卷2期，頁177-187，1974。
2. 小野和子，清末の刑法典論争，載：五四時期家族論の背景，頁10-45，1992。
3. 小野和子，清末の新刑律暫行章程の原案について，載：中国の傳統社會と

- 家族，頁433-434，1993。
4. 山本和昭，尊屬殺違憲判決の背景と若干の問題点，警察学論集，26卷7期，頁76-99，1973。
 5. 川口由彦，日本近代法制史，1998。
 6. 井上祐司，刑法二〇〇條と憲法一四條一項，載：別冊ジュリスト，通号58，刑法判例百選Ⅱ各論，頁90，1978。
 7. 井上祐司，尊屬殺と法の下の平等，載：別冊ジュリスト，通号83，刑法判例百選Ⅱ各論，頁8，1984。
 8. 仁井田陞，補訂法制史研究——刑法，1981。
 9. 刑法裁判百選，別冊ジュリスト，1965。
 10. 我妻栄，法律における理窟と人情，1990。
 11. 岡田朝太郎，論改正刑法草案，法學協會雜誌，29卷3號，1911。
 12. 岡田朝太郎，死刑宜止一種論（中文），載：調査日本裁判監獄報告書・附録，頁78，1907。
 13. 明石一紀，大宝律令と親等法——服紀条・五等親条の意義，日本史研究，2期，頁1-37，1984。
 14. 泉二新熊，日本刑法論（下編），1928。
 15. 桑原隲藏，支那法制史論叢，1935。
 16. 高橋治俊、小谷二郎共編，松尾浩也増補解題，増補刑法沿革綜覽，1990。
 17. 新保堪解人，日本刑法要論，1929。
 18. 徳川光國，大日本史・刑法志，1937。
 19. 瀧川幸辰，刑法各論，現代法學全集，27卷，1930。
 20. 瀧川幸辰，刑法講話（新版），1987。

The Inherent Normal Principles of Chinese Ethical Relationship and Foreign Laws: The History, Concept and Trends of Parricide

Yuan-Sheng Huang^{*}

Abstract

Mercy and punishment in traditional Chinese criminal law had always been closely intertwined. In the wake of internal and external pressure from society to abolish consular jurisdiction, it became impossible to maintain the Chinese law systems and traditional Chinese laws were altered by the new legal thinking of Western countries introduced since the period of legislative reforms of the late Ch'ing Dynasty. Therefore, the new legislative thinking of individualism and liberalism were injected into ancient Chinese society and the original legal system of ethics was shaken. It is worthwhile asking how the new criminal legal thinking of individualism and liberalism will cope with the relationship between ethics and legislation. Should we combine them and, if so, to what extent? Should we separate them and, if so, to what extent? In other words, should we legislate ethics? Is it proper to have ethics legislated?

^{*} Prof of Law, College of Law, National Chengchi University.

Received: January 14, 2010; accepted: May 18, 2010

At present, many so-called rules based on ethics exist in the criminal laws of our country. It is worth asking why such laws enriched with ethics have remained unchanged for more than a thousand of years? Why does such a situation still exist in modern criminal law? Does it conflict with the legal thinking of modern criminal law? What should their roles be in the future?

This article intends to concentrate on the crime of “murder of relatives in one’s direct line of ancestry” in regard to the ethical rules, which attract the public’s attention; from the respect of legal history, the analysis will be conducted to examine historical developments to better understand how the legal treatment of ethics has changed over time. In addition, this article examines changes and the lack of changes in theoretical bases by analyzing the changes in legal thinking in modern criminal law. This article will also observe the standard to maintain or abolish it and forecast the future by analyzing the legislation of Japan, Germany and other countries.

Keyword: Murder of Family Members, Ethical Rules, Mercy and Law, Filial Piety, Laws and Ethics

