

# 犯罪自首成立與否的大爭論

## ——宋代的阿云之獄

巨 煥 武\*

### 摘 要

宋代的阿云之獄，引發了一場犯罪自首成立與否的大爭論，古往今來，史無前例。主要爭論之點為阿云所犯的「謀殺已傷之罪」有無「所因之罪」，因而是否得以成立自首。反對論者與贊成論者，得分別以司馬光與王安石為代表。

法制的繼受，並非易事。宋行唐律，其犯罪自首條的規定亦係經典之作。但美中不足而遺憾的是，在宋代，法條的解釋跟不上法條的適用，因而引發了一場犯罪自首成立與否的大爭論。在今天，現刑犯罪自首該條的繼受有欠妥適，從而使狡黠之徒得恃以犯罪或有所遁飾，司法者也從而有難以因應之苦。

### 壹、引 言

宋代的阿云之獄，引發了一場犯罪自首成立與否的大爭論，古往今來，史無前例。自宋神宗熙寧元年(1068年)起，至宋哲宗元豐八年(1085年)止，長達一十七年之久。當時，

---

\*作者為本校政治系教授

「朝廷命兩制、兩府定奪者各一（註一），敕出而復收者一，收而復出者各一（註二），爭論縱橫」。這場「爭論縱橫」的大爭論，也深深地影響了當時政要司馬光與王安石等二十餘人的榮辱或進退。

後來的先賢，對於這場大爭論加以論說的，為數不少，如明代的丘濬（註三），清代的沈家本（註四），以及民國以來的徐道鄰（註五）。可惜的是，他們的論說，不是失於簡略，而意有未盡，就是有所疏忽，甚或曲解，而不得真實。尤其應該指出的是，丘、沈、徐三氏，對於現代法學及其方法，無從利用或未善加利用，所以，爭論依舊繚繞難明。凡此，均有重新檢視與討論的必要。

阿云的犯罪事實：先是，登州（今山東省牟平、蓬萊兩縣地）有女名阿云，許嫁與韋阿大。納采之日，母服未除。後「嫌婿陋，伺其寢田宅，懷刀砍之，十餘創，不能殺，斷其一指。吏求盜弗得，疑云所為，執而詰之，欲加訊掠，乃吐實。」（註六）

如此簡單並不複雜的犯行——阿云謀殺韋阿大，顯然阿云是觸犯了宋律「謀殺已傷」的死罪。這一個前提論點，衆議翕同，並無異議。但對於這個性行剛烈而不肯向舊日禮教屈服的奇女子，應否與能否為其開脫，而倖免一死，則大有爭論。

當時，當地的知州許遵認為應該也能夠，而且態度積極。個中原因，除阿云之奇，值得

註 一：《通考》，司馬光語。所謂「朝廷命兩制、兩府定奪者各一」（卷170）即「朝廷命掌制之撰述之翰林學士院定奪兩次，命兩府之樞密院與中書定奪一次」。

按：宋制，翰林學士院掌「制」之撰述。據《通考》，這場大爭論，「下兩制議」共兩次：(1) 詔翰林學士司馬光與王安石同議。(2) 詔選翰林學士呂公著、韓維，知制誥錢公輔同議。

至於「兩府」，「宋初，循唐、五代之舊，置樞密院，與中書對持文武二柄，為二府。」

「命兩府定奪」，係判部劉述敕請中書、樞密院合議，後以衆議，交付樞密院合議。

註 二：《通考》，司馬光語。所謂「敕出而復收者一，收而復出者各一」（卷170），其內容如次：

(1) 神宗熙寧元年七月詔：「謀殺已傷，按問欲舉自首，從謀殺減二等論。」（敕出）  
(2) 神宗熙寧二年二月庚子詔：「自今，謀殺人已死自首，及按問欲舉，並奏取敕裁。」「判部劉述、丁諷奏，庚子詔書未盡，封還中書。」（敕出而復收）  
(3) 神宗熙寧二年二月甲寅詔：「自今，謀殺人自首，及按問欲舉，並以去年七月詔書從事。其謀殺人已死，為從者，雖當首減，依嘉祐敕，兇惡之人，情理巨蠹，及謀殺人，傷與不傷，奏裁，收還庚子詔書。」（敕收而復出）  
(4) 神宗熙寧二年八月詔：「謀殺人自首，及按問欲舉，並依今年二月甲寅敕施行。」（敕收而復出）

註 三：（明）丘濬，《大學衍義補》，卷108。

註 四：沈家本，《寄簃文存》，卷4。

註 五：徐道鄰，〈阿云之獄〉《中國法制史論略》，頁73～頁79。

註 六：《宋史》許遵傳。

同情外，還因為許遵本人「累典刑獄，強敏明恕」，「執政許以判大理，（許）遵欲立奇以自鬻。」（註七）

許遵既「累典刑獄」，他當然知道，要為阿云所犯「謀殺已傷」的死罪開脫，頗不簡單。史料顯示，他好像曾經計畫，要設法解決兩個一小一大，而且有先後關係的難題。

第一、如何「以凡人論」：因為只有先將阿云「以凡人論」罪，然後，才有可能進而對其所犯之罪，作成立自首與否的考量。

第二、如何「成立自首」：因為只有成立自首，才有可能依據輕律，使阿云獲得寬減而倖免一死。

先討論第一個而較小的難題，如何「以凡人論」。

阿云謀殺韋阿大，在宋律中，有一重一輕的兩個律條，應擇一適用：

〔謀殺期親尊長〕：諸謀殺……夫……者，皆斬。

〔謀殺人〕：諸謀殺人者，徒三年；已傷者，絞；已殺者，斬。

比較而言，前條為重律，後條為輕律。因為前條規定，不論謀殺的「未傷」、「已傷」或「已殺」，也不分謀殺的「首犯」或「從犯」，只要謀殺已行，就「皆斬」。後條，則「未傷」者，徒三年；「已傷」者，絞；「已殺」者，斬；而且必須分別其「首犯」與「從犯」，對「從犯」應減一等科刑。（註八）

再根據宋律名例所謂「當條雖有罪名，所為重者，自從重」的規定（註九），就應該作如下的擇一適用。

假如阿云與韋阿大是有身分關係的「夫妻」，不是沒有身分關係的「凡人」，那麼，阿云的謀殺罪行，就應該「從重」而適用前條的重律，並據以科較重之刑；反之，「以凡人論」，就應該適用「當條」或後條的輕律治罪。

阿云與韋阿大，因僅「納采而許嫁」，所以，他們是未婚夫妻。未婚夫妻，在法律上，算是「夫妻」或算是「凡人」呢？

註 七：同註六。

註 八：《宋刑統》「共犯罪造意為首」條。

註 九：《宋刑統》「本條別有制」條。

檢《宋刑統》十惡條惡逆節之疏議：

「夫」者，依禮，有三月廟見，有未廟見，或就婚等三種之夫，並同夫法。其有克吉日及定婚夫等，唯不得違約改嫁，自餘相犯，並同凡人。

該疏議的解釋，是當時的法定解釋。據該法定解釋可知：未婚夫妻算是「夫妻」或算是「凡人」，不能一概而論，而應該根據案情的不同，分別認定：

- (1) 「違約改嫁」：算是「夫妻」。
- (2) 「自餘相犯」：算是「凡人」。

阿云謀殺韋阿大，不是「違約改嫁」，而是「自餘相犯」，所以，在本獄案中，具有未婚夫妻關係的阿云與韋阿大，不應該算是「夫妻」，應該算是「凡人」。

但在宋代的司法實務中，未婚妻謀殺未婚夫，是否算是「凡人」，卻大有疑問。

如此懷疑的一個原因是清例一款的規定：「未婚與已婚同，殺夫應入十惡。」（註一〇）徐道鄰氏據此而困惑地說：「是否在宋朝，已經是把已婚未婚之夫，同作殺夫論？」（註一一）

重要的根據是，許遵鞠獄所得的「招狀」及其所論斷的「按語」。

按：宋代的審判制度，「鞠」與「讞」是分開的，也就是說，「審訊」與「判決」並非由同一人擔任，而是分別由不同之人分別擔任。知州許遵雖不得過問阿云之獄的「讞」，但「鞠」則是他的職責，然後據以上奏請讞。「先經大理（寺），斷讞既定，報審刑（院），完成文草，奏記上中書（省），中書（省）以奏天子論決。」「若理有未盡或置淹恤，（刑部）追覆其案，詳正而駁奏之。」（註一二）

阿云的「招狀」與許遵的「按語」如下：

婦人阿云，於母服中，與韋阿大定婚成親，後嫌韋阿大，夜間，就田中，用刀砍傷。

縣尉令弓手勾到阿云，問是你砍傷本夫，實道來，不打你，阿云遂具實招。（司馬光，《議狀》）

---

註一〇：同註四，卷4，頁16。清例何條，俟考。

註一一：徐道鄰，前引書，頁76。

註一二：《宋史》職官志三。

## 犯罪自首成立與否的大爭論 —— 宋代的阿云之獄

(阿) 云納采之日，母服未除，應以凡人論。（宋史，許遵傳）

前段係阿云的「招供」，後段係許遵的「按語」，都值得注意。

在「招供」中，許遵並未引據前開疏議的法定解釋，來認定具有未婚夫妻關係的阿云與韋阿大算是「凡人」，不算是「夫妻」；相反地，許遵逕稱韋阿大是阿云的「本夫」。據此，許遵顯然已經認定，具有未婚夫妻關係的阿云與韋阿大算是「夫妻」，不算是「凡人」。

在「按語」中，也是如此。許遵也未引據前開疏議的法定解釋，來認定阿云與韋阿大算是「凡人」，不算是「夫妻」。

既然將具有未婚夫妻關係的阿云與韋阿大算是「夫妻」，不算是「凡人」，那麼，如何「以凡人論」而為阿云的死罪開脫呢？

許遵先敘明阿云「納采之日，母服未除」的事實，再根據《宋刑統》<居父母夫喪嫁娶>條所謂「諸居父母……喪而嫁娶者……各離之」的規定，而論定阿云與韋阿大係「違律為婚」。由於「違律為婚」，所以，具有未婚夫妻關係的阿云與韋阿大雖然是「夫妻」，但其夫妻關係卻不會合法存在，反而應該算是「凡人」。

許遵如此煞費周章，原由似乎只有一個：在宋代的司法實務中，早已不再依據前開疏議的法定解釋，分別將「違約改嫁」的未婚夫妻算是「夫妻」，將「自餘相犯」的算是「凡人」，而一律算是「夫妻」，不算是「凡人」了。

根據許遵的上奏請讞，審刑院與大理寺的讞詞是：

謀殺已傷，絞罪，減二等斷遣。（司馬光《議狀》）

論死，用違律為婚奏裁貸之。（《通考》）

所謂「斷遣」猶言「斷發」，係當時執行刑的慣常用語。

前開所謂「謀殺已傷，絞罪」的判決，顯然可以說明：審刑院與大理寺也不認為具有未婚夫妻關係的阿云與韋阿大算是「夫妻」，因而排除了<謀殺期親專長>條所謂「謀殺夫者，斬」的適用；而是參照許遵所謂「應以凡人論」的按語，將阿云「以凡人論」，而適用<謀殺人>條所謂「諸謀殺人……已傷者，絞」的結果。

許遵要為阿云的死罪開脫，所必須首先解決的第一個難題，如何「以凡人論」，是順利地解決了。

至於審刑與大理判決所謂的「用違律爲婚，奏裁貨之」，是舊律時期所常見的法外之恩的貸死。

按：阿云係「納采之日，母服未除」而「違律爲婚」，據律，該「違律爲婚」之罪，應「獨坐主婚」，阿云本人並無罪責（註一三）。阿云因「違律爲婚」而行兇，不能不說是法無可恕而情有可原。所以，審刑與大理的判決，奏請將其「絞罪」的法定刑，量減爲「貸死」的執行刑。

「定成文草，奏記上中書，中書以奏天子論決。」（註一四）「詔：以贖論」，「貸命編管」（註一五）。

出乎許多人意料之外的是，大理與審刑雖然已經參照許遵「以凡人論」的按語，爲阿云所犯的謀殺死罪開脫，並且亦已「以贖論」，「貸命編管」而定讞，但卻未能得到許遵的贊同。他竟然一而再地，利用宋代爲雪活死刑犯而推行的駁正之制（註一六），兩次奏請駁正，「爲之伸理」，而使全案「稽留不斷」。

許遵的兩次駁正，其內容，後文有所分述。其動機，可能是許遵「恥用議法坐劾」，也可能是「欲令天下，今後有似此之類，並作減二等斷遣」（註一七），更有可能是他「立奇以自鬻」的欲望尚未得到滿足，甚至三者兼而有之。但他的目標只有一個：如何解決爲阿云開脫所必須解決的第二個難題，也是較大的一個難題，「成立自首」。

這場「犯罪自首成立與否的大爭論」，是這樣開始的。

## 貳、爭 論

在宋代，犯罪自首的成立與否，像歷代與現代一樣，應該檢視是否符合犯罪自首的法定

註一三：《宋刑統》「違律爲婚」條：「在室之女，亦主婚獨坐」。

註一四：《宋史》刑法志二。

註一五：（宋）司馬光，〈議謀殺已傷案問欲舉而自首狀〉《司馬文正公傳家集》，卷40。

註一六：宋代的駁正之制，在《慶元條法事類》中留傳得見。其中一則規定：「諸入人死罪，而當職官能以議狀駁正者，比類非當職官賞，奏裁。」參徐道鄰，〈宋朝刑事審判中的覆核制〉《中國法制史論集》，頁230以下。

註一七：司馬光語，前引《傳家集》。

要件，符合，成立，反之則否。

《宋刑統》「犯罪已發未發自首」條：

諸犯罪未發而自首者，原其罪（律註略）。其輕罪雖發，因首重罪者，免其重罪；即因問所劾之事而則言餘罪者，亦如之。即遣人代首，若於法得相容隱者為首及相告言者，各聽如罪人身自首法（律註略）。其聞首告，被追不赴者，不得原罪（律註略）。即自首不實不盡者，以不實不盡之罪罪之，至死者，聽減一等（律註略）。其知人欲告及亡叛而自首者，減罪二等坐之。即亡叛者雖不自首，能還歸本所者，亦同。其於人損傷（原註：因犯殺傷而自首者，得免所因之罪，仍從故殺傷法；本應過失者，聽從本。）於物不可備償（律註略），即事發逃亡（律註略），若越度關，及姦（律註略），並私習天文者，並不在自首之例。……（卷5，頁1～2）

據此「已發未發」的律目與律文的規定可知：《宋刑統》中的犯罪自首，其形態係按未發與已發的不同，分為「犯罪未發的自首」與「犯罪已發的自首」兩大類，並各有不完全相同的積極要件與消極要件。

一、犯罪未發的自首：

1. 積極要件。

- (1) 須犯罪未發。
- (2) 須係本人、所代首之人、於法得相容隱者所犯之罪。
- (3) 須赴所在官司。

2. 消極要件：

- (1) 於人損傷。但具有「所因之罪」或係「具有所因之罪的殺傷罪」，得成立自首，並非「不在自首之例」。
- (2) 於物不可備償。
- (3) 事發逃亡。
- (4) 越度關。
- (5) 姦。

(6) 私習天文。

## 二、犯罪已發的自首：

### 1. 積極要件：

- (1) 須犯罪已發。
- (2) ( 同前，略 )
- (3) ( 同前，略 )

### 2. 消極要件：

- (1) 於人損傷。但具有「所因之罪」或係「具有所因之罪的殺傷罪」，得成立自首，  
並非「不在自首之例」。
- (2) ( 同前，略 )
- (3) ( 同前，略 )
- (4) ( 同前，略 )
- (5) ( 同前，略 )
- (6) ( 同前，略 )

阿云的犯行，是「疑云所爲，執而詰之，欲加訊掠，乃吐實」的，所以，已經無法成立「犯罪未發的自首」。但還能夠符合「犯罪已發的自首」的積極要件與消極要件，而成立「犯罪已發的自首」嗎？

當時之人與後代之人，在其他要件上，無所爭論，但在下列兩個要件上，則有一小一大兩點爭論。

第一、在積極要件上，阿云是的自首是否符合「犯罪已發」的要件，從而得否成立「犯罪已發的自首」？這是一個較小的爭論。

第二、在消極要件上，阿云所犯的「謀殺已傷之罪」，有無「所因之罪」或是否係「具有所因之罪的殺傷罪」，從而得否成立「犯罪已發的自首」？這是一個較大的爭論。

先討論較小的爭論，後討論較大的爭論。

## 甲、是否符合「犯罪已發」的要件

在宋代，所謂「犯罪已發」，在律中，有法定解釋；在敕中，另有進一步的立法解釋。都必須注意。

《宋刑統》犯罪自首條的疏議：

犯罪之人知人欲告，及案問欲舉而自首陳，及逃亡之人，並叛已上道，此類事發歸首者，各得減罪二等坐之。

據此法定解釋可知：「案問欲舉而自首陳」符合「犯罪已發」的要件，得以成立「犯罪已發的自首」。

但何謂「案問欲舉」呢？後來的《嘉祐編敕》一則規定：

應犯罪之人，因疑被執，贓証未明，或徒眾就擒，未被指說，但詰便承，皆從律案問欲舉首減之科。若已經詰問，隱拒本罪，不在首減之例。（宋史刑法志三）

該立法解釋的敕規定，「因疑被執，但詰便承」，就是「案問欲舉」。

值得一提的是，前開敕文頒行於宋仁宗嘉祐七年（1062年），一直沿用，中經英宗，至神宗元豐八年（1085年），其效力與價值又再得到肯定。（註一八）而阿云之獄就發生在這段時間內。

要之，宋代之人為鼓勵犯罪自首，範圍相當寬廣，並不以「犯罪未發」為限，就連與現刑「自白」相當的「案問欲舉」，也符合「犯罪已發」的要件，得以成立「犯罪已發的自首」。

許遵就根據前開敕文的規定，而「駁正」審刑院與大理寺的判決說：

（阿）云被問即承，應為按問，審刑、大理當絞刑，非是。（宋史許遵傳）

縣尉令弓手勾到阿云，問是你砍傷本夫，實道來，不打你，阿云遂具實招。通合作案問欲舉減二等斷遣，大理寺不合作謀殺已傷，絞罪。（司馬光，《議狀》）

註一八：《宋史》，刑法志三。給事中范純仁奏請申明《嘉祐編敕》，從之。

這就是在積極要件上，阿云的自首是否符合「犯罪已發」的要件，而得否成立「犯罪已發的自首」的爭論點。

簡單而明白地說，許遵認為，阿云的自首符合「犯罪已發」的要件，應該成立「犯罪已發的自首」，因為「云被問即承，應為按問」。而「案問欲舉而自首陳」是得以成立「犯罪已發的自首」的。所以，阿云的執行刑，應該是經過修正後的「絞刑減二等」，而不應該是原來未加修正的「絞刑」。

審據律條，假如阿云的罪行得否成立「犯罪已發的自首」只須要符合「犯罪已發」的一個要件，不須要再符合其他要件，那麼，許遵的「駁正」不能不說是言之成理，持之有故，而審刑院與大理寺的判決，也不能說沒有違誤。

但阿云的罪行得否成立「犯罪已發的自首」，不僅須要符合「犯罪已發」的要件，同時，還必須符合是否具有「所因之罪」的要件，缺一不可。

當時之人對於許遵主張阿云的自首，能夠符合「犯罪已發」的要件，並無異議，但是否還能符合具有「所因之罪」的要件，則頗有疑義。所以，審刑院與大理寺的判決，對於阿云所犯得否成立自首的問題，未置一詞。因為在審刑院與大理寺看來，必須同時符合兩個要件，才能成立的自首，有一個不相符合，就已經無法成立自首了。

要之，許遵僅以「案問欲舉而自首陳」符合「犯罪已發」的要件為理由，就冒然主張，阿云所犯的「謀殺已傷之罪」應該成立「犯罪已發的自首」，才真的有所違誤。

奇怪的是，後代的論說者，對於所謂「案問欲舉」卻另有新解，而大加重視。

（清）沈家本說：

尋繹律意，罪未發是未告官司也，案問欲舉是官司方興此議，而罪人未拘執到官也，故得原其悔過之心，以自首原減。若阿云之事，吏方求盜勿得，是已告官司，疑云執而詰之乃吐實，是官司已舉，罪人已到官，未有悔過情形，按律本不成首。許遵刪去欲舉二字，謂被問即為按問，安石又從而揚其波，將天下無不可原減之獄。齒莽滅裂，甚矣！（寄簃文存，卷4）

沈氏認為，所謂「案問欲舉」，是說「官司方興此議，而罪人未拘執到官」，而失於解釋為「因疑被執，但詰便承」。

徐道鄰說：

阿云在「欲加訊掠」之時，方才吐實，這樣算不算自首？名例律犯罪未發自首條：「犯罪未發而自首者，原其罪。……其知人欲告而自首者，減罪二等坐之。」律疏加以擴充說：「及案問欲舉而自首陳，各得減罪二等坐之。」許遵說：「被問即陳（承），應為按問」，因之主張為阿云減罪二等。實則「尋繹律意」罪未發是未告官司也，案問欲舉是官吏方興此議，而罪人未拘執到官也，故得原其悔過之心，以自首原減。若阿云之事，吏方求盜勿得，是已告官司，疑云執而詰之乃吐實，是官吏已舉，罪人已到官，未有悔過情形，按律本不成首。許遵刪去欲舉二字，謂被問即按問……齒莽滅裂，甚矣。」但是仗著王安石的政治力量，許遵的理論，畢竟得勝，於是當時問獄的習慣，據宋史許遵傳所說，「雖累問不承者，亦得為按問。或兩人同為盜劫，吏先問左則按問在左，先問右則按問在右。獄之生死，在問之先後，而非盜之情。天下益厭其說。」（中國法制史論略，頁76～頁77）

徐氏信從沈氏前說，也認為：所謂「案問欲舉」是說「官司方興此議，而罪人未拘執到官」，而失於解釋為「因疑被執，但詰便承」。

沈徐二氏對於何謂「案問欲舉」，既然都未根據當時的立法解釋，正確地解釋為「因疑被執，但詰便承」，而誤解為「官司方興此議，而罪人未拘執到官」，所以，他們的共同錯謬結論是，已被拘執到官的阿云，並不符合「犯罪未發」的要件，而「按律本不成首」。

徐氏還進而認為：阿云的自首，既然並不符合「犯罪未發」的要件，而「按律本不成首」，所以，實在不必再爭論她的自首是否符合具有「所因之罪」的另外一個要件。但史實卻恰恰相反。徐氏因而滿懷困惑地統：司馬光等人「祇要從『按問欲舉』四字上著眼，認定阿云的供詞，是在按問『已』舉之後，而不是在『未』舉之先，這樣 不根本推翻了自首問題的先決條件。然而當時他們為什麼不這樣作，我實在不懂得！」（註一九）

其實，阿云的自首無法符合「犯罪未發」的要件，無法成立「犯罪未發的自首」，早已是宋代之人的共識。後代的沈徐二氏將「案問欲舉」誤解為「犯罪未發」，也不過只能據以

註一九：徐道鄰，前引書，頁75。

認為，阿云的自首無法符合「犯罪未發」的要件，無法成立「犯罪未發的自首」。

重要的是，阿云的自首雖然無法符合「犯罪未發」的要件，無法成立「犯罪未發的自首」，但她的自首是否符合「犯罪已發」的要件，得否成立「犯罪已發的自首」，才是問題的重點，也才是當時的爭論之點。

無法符合「犯罪未發」的要件，無法成立「犯罪未發的自首」，不能說也無法符合「犯罪已發」的要件，無法成立「犯罪已發的自首」。「犯罪未發」與「犯罪已發」判然有別。將兩者混而無辨的說，阿云的犯行「按律本不成首」，是以偏概全的。

要之，沈徐二氏的論說，似乎出了兩個大的差錯：

第一、誤解了何謂「案問欲舉」。所謂「案問欲舉」是「因疑被執，但詰便承」的「已發」，不是「官司方興此議，而罪人未拘執到官」的「未發」。

第二、忽略了宋律中的犯罪自首的形態，是既有「犯罪未發的自首」，又有「犯罪已發的自首」，並不是只有「犯罪未發的自首」。

沈徐二氏的失當指責，所謂「鹵莽滅裂」，應該是在前開兩個差錯之下所產生的。

至於「案問欲舉」所產生的流弊，所謂「雖累問不承者，亦得爲按問。或兩人同爲盜劫，吏先問左，則按問在左，先問右，則按問在右。獄之生死，在問之先後，而非盜之情。天下益厭其說。」這不是《嘉祐編敕》對「案問欲舉」所作廣寬的解釋所造成的，更不是許遵個人的過錯，而是執法者的不當。因爲「舊法：一問不承，後雖爲自言，皆不得爲按問」（註二〇），爲何此時，「雖累問不承者，亦得爲按問」呢？

阿云的自首，雖然符合「犯罪已發」的要件，但同時，還必須符合另外一個要件，才能成立「犯罪已發的自首」，那就是阿云所犯的「謀殺已傷之罪」有無「所因之罪」或是否係「具有所因之罪的殺傷罪」。這是較大的一個爭論，才是當時聚訟糾紛的爭論之點。

## 乙、「謀殺已傷之罪」有無「所因之罪」

阿云所犯的「謀殺已傷之罪」，有無「所因之罪」或是否係「具有所因之罪的殺傷罪」，

註二〇：（宋）邵博《聞見後錄》，《續資治通鑑長編拾補》引錄，卷3上，頁16。

應該先弄清楚，所謂「所因之罪」或「具有所因之罪的殺傷罪」，係現刑何種形態的犯罪。

《宋刑統》犯罪自首條的疏議解釋說：

假有因盜故殺傷人或過失殺傷財主而自首者，盜罪得免，故殺傷罪仍科。若過失殺傷，仍從過失本法。

據此法定解釋的「類例」可知：所謂「所因之罪」或「具有所因之罪的殺傷罪」，應該與現刑所謂「牽連犯」與「結合犯」加以比較。

現刑所謂「牽連犯」（註二一），係犯一罪，而其方法行爲或結果行爲更犯他項罪名者。

其要件有三個：

- 一、須有二個以上獨立之可罰行爲；
- 二、二個以上獨立之可罰行爲間，須有牽連關係；
- 三、二個以上獨立之可罰行爲，須觸犯不同之罪名。

所謂「結合犯」（註二二），係結合兩個獨立構成要件而成立一罪之犯罪。所以，「結合犯」也須有二個以上獨立之可罰行爲，該二個以上獨立之可罰行爲，原來也觸犯不同之罪名，而與「牽連犯」相同，只不過，該二個以上獨立之可罰行爲間，並非必然具有牽連關係，而必須具有結合關係。

比較得知：所謂「所因之罪」或「具有所因之罪的殺傷罪」，能夠完全符合「牽連犯」或「結合犯」的三個要件：

- 一、具有二個以上獨立之可罰行爲：「盜」與「故殺傷或過失殺傷」。
- 二、二個以上獨立之可罰行爲間，具有牽連關係或結合關係：「因」。
- 三、二個以上獨立之可罰行爲：

1.（牽連犯）觸犯不同之罪名：（缺）。（註二三）

2.（結合犯）觸犯相結合之一罪：「因盜故殺傷人」、「因盜而過失殺傷人」。

再與現刑其他形態的犯罪比較，尤其與「吸收犯」比較，均有不合。

註二一、二二：周治平，《刑法總論》，頁573～頁580；韓忠謨，《刑法原理》，頁352～頁355；蔡墩銘，《刑法總論》，頁226～頁268；高仰止，《刑法總則之理論與實用》，頁349～頁356；林山田，《刑法通論》，頁348～頁352。

註二三：《宋刑統》本條，未列舉與現刑「牽連犯」相當之類例。

要之，《宋刑統》所謂「所因之罪」或「具有所因之罪的殺傷罪」，其形態就是現刑所謂的「牽連犯」或「結合犯」，不是其他形態的犯罪。更落實而明白地說：根據《宋刑統》犯罪自首條的規定，只有相當於「牽連犯」或「結合犯」形態的殺傷罪，才是「具有所因之罪的殺傷罪」，也才能符合自首之要件，而成立自首，其他形態的殺傷罪則否。

阿云所犯的「謀殺已傷之罪」有無「所因之罪」或是否係「具有所因之罪的殺傷罪」並得以成立「犯罪已發的自首」（以下簡稱「自首」），現在看來，應該檢視其是否係「牽連犯」或「結合犯」而定。

從爭論的引發討論起。

爭論的引發，由於許遵的「駁正」：

刑部定議非直，（阿）云合免所因之罪。今……一切按而殺之，塞其自首之路，殆非罪疑惟輕之義。（宋史，許遵傳）

許遵既然說：「（阿）云合免所因之罪」，所以，他顯然認為阿云所犯的「謀殺已傷之罪」，有「所因之罪」或係「具有所因之罪的殺傷罪」而得以成立自首。可惜，史料殘缺，無法得知其所持理由為何，更無法利用現刑「牽連犯」或「結合犯」的要件，來檢驗他的認定是否正確。

奏上，「送刑部，刑部斷如審刑、大理。（許）遵不服，請下兩制議。詔：翰林學士司馬光、王安石同議。二人不同，遂各為奏。」（註二四）

反對論者司馬光奏稱：

竊以為：凡議法者，當先原立法之意，然後可以斷獄。竊詳律文，其於人損傷，不在自首之例。注云因犯殺傷而自首者，得免所因之罪，仍從故殺傷法。所謂因犯殺傷者，因犯他罪，本無殺傷之意，事不得已，致有殺傷。除為盜之外，如劫囚、略賣人之類皆是也。律意，蓋以於人損傷，既不得首，恐有別因餘罪而殺傷人者，有司執文，並其餘罪亦不許首，故特加申明云，因犯殺傷而自首者，得免所因之罪。然殺傷之中，自有兩等，輕重不同。其處心積慮，巧詐百端，掩人不備者，則謂之謀；直情

註二四：《宋史》，刑法志三。

徑行，略無顧慮，公然殺害者，則謂之故。謀者尤重，故者差輕。今此人因犯他罪，致殺傷人，他罪雖得首原，殺傷不在首例，若從謀殺則太重，若從鬥殺則太輕，故酌中令從故殺傷法也。其直犯殺傷，更無他罪者，惟未傷則可首，但係已傷，皆不可首也。

今許遵欲將謀與殺分為兩事。按謀殺、故殺皆是殺人，若將謀之與殺分為兩事，則故之與殺，亦是兩事也。且律稱得免所因之罪，彼劫囚、略人，皆是已有所犯，因而又殺傷人，故劫略可首，而殺傷不原。若平常謀慮不為殺人，當有何罪可得首免。以此知謀字，止因殺字生文，不得別為所因之罪也。

若以劫、鬥與謀，皆為所因之罪，從故殺傷法，則是鬥殺自首，反得加一等也。

(許) 遵所引蘇州洪祚斷例，案律疏云，假有因盜故殺傷人而自首者，盜罪得免，故殺傷罪仍科。疏既指言故殺傷人，則是因盜謀殺傷人者，自從謀法。當時，法官誤斷，不可用例破條。遵又引編敕，謀殺人傷與不傷，罪不至死者，並奏取敕裁，以為謀殺已傷而罪不至死者，即是自首之人。按尊長謀殺卑幼之類，皆是已傷而罪不至死，不必因首也。遵又引律疏問答條云，謀殺凡人，乃云是舅；又云謀殺首盡，顯是謀殺許令自首。案：彼皆謂謀而未傷，方得首免。若其已傷，何由可首？

凡議罪制刑，當使輕重有敘。今若使謀殺已傷者得自首，從故殺傷法，假有甲乙二人，甲因鬥毆人鼻中出血，既而自首，猶科杖六十罪。乙有怨仇，欲致其人於死地，暮夜伺便推落河井，偶得不死，又不見血，若來自首，止科杖七十罪。二人所犯絕殊，而得罪相埒。果然如此，豈不長姦？！……(司馬文正公傳家集，卷40)

該奏說反對阿云所觸犯的「謀殺已傷之罪」得以成立自首，是從下列五點加以論說或評說，而有所爭論的。

第一、從自首之要件言：司馬光指出，根據律意，「其於人損傷，不在自首之律」，但「因犯殺傷而自首者，得免所因之罪」。這就是說，殺傷之罪係犯罪自首的消極要件，一有於此，即不成首，但「具有所因之罪的殺傷罪」為例外。原因是，該種殺傷係「因犯他罪，本無殺傷之意，事不得已，致有殺傷」，與「直犯殺傷，更無他罪者」有所不同。

阿云所犯的「謀殺已傷之罪」有無「所因之罪」或是否係「具有所因之罪的殺傷罪」而

得以成立自首呢？司馬光說：否。因為「謀殺已傷之罪」並非「因犯他罪，本無殺傷之意，事不得已，致有殺傷」，而係「處心積慮，巧詐百端，掩人不備」者，亦係「直犯殺傷，更無他罪者」。該「直犯殺傷，更無他罪」的謀殺罪，「惟未傷則可首，但係已傷，皆不可首也。」簡單地說，司馬光指出：阿云所觸犯的「謀殺已傷之罪」並無「所因之罪」，亦非係「具有所因之罪的殺傷罪」，不得成立自首。

司馬光的這點爭論，應該利用邏輯學的三段論法加以說明。

〔大前提〕：在殺傷罪中，其無「所因之罪」或非係「具有所因之罪的殺傷罪」，不得成立自首。

〔小前提〕：「謀殺已傷之罪」並無「所因之罪」或非係「具有所因之罪的殺傷罪」。

〔結論〕：「謀殺已傷之罪」，不得成立自首。

三段論法的結論是否正確，要看其大前提與小前提是否都正確。

司馬光的大前提，係闡述律意，並無不妥，但其小前提則係其個人的論斷，易生疑義。

該易生疑義的小前提是否正確，亦即司馬光如何証明「謀殺已傷之罪」並無「所因之罪」或非係「具有所因之罪的殺傷罪」，他從犯罪形態入手。

第二、從犯罪形態言：司馬光說：「今許邊欲將謀與殺分為兩事。按謀殺與故殺皆是殺人，若將謀之與殺分為兩事，則故之與殺亦是兩事也。」「若平常謀慮不為殺人，當有何罪可得首免？以此知謀字止因殺字生文，不得別為所因之罪也。」

他又說：「律稱得免所因之罪，彼劫囚、略人皆是已有所犯，因而又殺傷人，故劫略可首，而殺傷不原。」

司馬光的這項爭論，想從下列三點，說明「謀殺之罪」並無「所因之罪」或非係「具有所因之罪的殺傷罪」。

其一、「謀殺之罪」原無「所因之罪」：司馬光認為，故之與殺，顯係一事，並非兩事；而「謀殺與故殺皆是殺人」，所以，謀之與殺，亦係一事，並非兩事。一事，必無「所因之罪」；兩事，才可能有「所因之罪」，所以，「謀殺之罪」原無「所因之罪」。

其二、「謀」不得別為「殺」之「所因之罪」：這一點，司馬光說得很清楚。「若平常謀慮不為殺人，當有何罪可得首免？以此知謀字止因殺字生文，不得別為所因之罪也。」

## 犯罪自首成立與否的大爭論——宋代的阿云之獄

其三、「謀殺之罪」不能與「因劫囚而殺傷人之罪」、「因略人而殺傷人之罪」相提並論：因為「彼劫囚、略人皆是已有所犯，因而又殺傷人」，「謀殺之罪」非是。

合而論之，司馬光認為，「謀殺之罪」並無「所因之罪」或非係「具有所因之罪的殺傷罪」。

司馬光的前開解說，明白曉暢，尤其是第三點，得以現刑「結合犯」之要件加以驗証。

按：「謀殺人之罪」之「謀殺」行為，只能算作一個獨立的可罰行為，不能算作二個。因為「謀」不因「殺」生文，即無罪責；因「殺」生文，才有罪責。正如司馬光所說的「若平常謀慮不為殺人，當有何罪可得首免？」

其次，「謀殺人之罪」係觸犯一個罪名的犯罪，並未觸犯二個不同的罪名，也未觸犯結合二個獨立構成要件而成立一罪之罪名。

所以，「謀殺人之罪」的形態，係現刑「單純一罪」，既非「處斷一罪」之「牽連犯」，亦非「包括一罪」之「結合犯」。但「因劫囚而殺傷人之罪」與「因略人而殺傷人之罪」則不然。

「因劫囚而殺傷人之罪」與「因略人而殺傷人之罪」各有二個獨立的可罰行為，兩行為又有結合關係，而分別觸犯結合二個獨立構成要件而成立之一罪。所以，該兩罪的形態，並非現刑「單純一罪」，而係「包括一罪」的「結合犯」。（註二五）

	因劫囚而殺傷	因略人而殺傷	謀殺
可罰行為	(1)劫、(2)殺傷	(1)略、(2)殺傷	(1)謀殺、(2)——
罪名	因劫囚而殺傷人罪	因略人而殺傷人罪	謀殺人罪
結合關係	因	因	——

要之，司馬光認為，「謀殺人之罪」不能與「因劫囚而殺傷人之罪」或「因略人而殺傷人之罪」相提並論，是禁得起利用現刑原理加以驗証的。

雖然如此，司馬光的這點爭論，仍留下一個未經闡明的重大疑點，而啓人疑竇。那就

註二五：「因劫囚而殺傷」罪與「因略人而殺傷」罪，均律有明文，參《宋刑統》「劫囚」條與「略人略賣人」條。

是，如謂「謀殺人之罪」並無「所因之罪」或非係「具有所因之罪的殺傷罪」，難道「謀殺已傷之罪」也是這樣子？這個疑竇是後來王安石所最不服氣而最想爭論的一點。

第三、從許遵所引據者言：司馬光指出，許遵所引據的下列三點，都不能據以認定，阿云所犯的「謀殺已傷之罪」具有「所因之罪」或係「具有所因之罪的殺傷罪」，並得以成立自首。

其一、許遵引據「蘇州洪祚斷例」說：「因盜謀殺傷人者」既然得以成立自首，所以，阿云所犯的「謀殺已傷之罪」也應得以成立自首。司馬光認為，大謬不然。因為「律疏云，假有因盜故殺傷而自首者，盜罪得免，故殺傷罪仍科。律疏指言故殺傷人，則是因盜謀殺傷人者，自從謀法」，並不得成立自首。所以，前開「斷例」實在是「當時法官誤斷」，是「用例破律」的結果，不足為訓。

其實，「牽連犯」或「結合犯」形態的殺傷罪，得以成立自首的類例，真是不勝枚舉，凡符合「牽連犯」或「結合犯」之要件者均屬之。律疏所謂「因盜故殺傷」之標準類例固無論矣，就連司馬光本人前所列舉的「因劫囚而殺傷」與「因略賣而殺傷」的兩則類例，亦均屬之。

茲「蘇州洪祚斷例」所謂「因盜謀殺傷」，其形態，雖因律無其罪而顯非「結合犯」，但卻仍然符合「牽連犯」之要件：

- 一、具有二個不同的可罰行為：「盜」與「謀殺」。
- 二、二個可罰行為相互間，具有牽連關係：「因」。
- 三、二個可罰行為觸犯二個不同之罪名：「盜罪」與「謀殺罪」。

既然如此，「斷例」所謂「因盜謀殺傷」又何嘗並無「所因之罪」或非係「具有所因之罪的殺傷罪」而不得成立自首呢？

要之，在宋代，何種殺傷罪得以成立自首，並非以其是否係「謀殺」或「故殺」為準，而係以其有無「所因之罪」或是否係「具有所因之罪的殺傷罪」為準，更明白而重覆地說，以其是否係「牽連犯」或「結合犯」為準。

從而可知：前開「蘇州洪祚斷例」，當時法官將「因盜謀殺傷人者」斷為成立自首，不從謀法，是對的；反之，司馬光認係「誤斷」，並不正確。

## 犯罪自首成立與否的大爭論 —— 宋代的阿云之獄

雖然如此，阿云所犯的「謀殺已傷之罪」，現在看來，仍然無法成立自首。因為「謀殺已傷之罪」，前已言及，既非「牽連犯」，亦非「結合犯」，與「斷例」所謂「因盜謀殺傷」係「牽連犯」因而得以成立自首者，根本不同。

總之，許遵引據「蘇州洪祚斷例」，認為阿云所犯的「謀殺已傷之罪」得以成立自首，可謂不倫不類；而司馬光的批評，也失於比對，有所失誤。

其二、許遵引據「諸謀殺人，傷與不傷，罪不至死者，並取敕裁的「編敕」規定，認為所謂「謀殺已傷而罪不至死者，即是自首之人」。

檢《宋刑統》「謀殺人」條：

諸謀殺人者，徒三年；已傷者，絞；已殺者，斬。

據此可知：律有「謀殺人未傷，罪不至死（徒三年）的規定，也有「謀殺人已傷，罪至於死（絞）」的規定，並無所謂「謀殺人已傷，罪不至死」的規定。

「謀殺人已傷」，何以「罪不至死」？許遵認為：這是成立自首而輕減的結果。

對於阿云所犯同樣的「謀殺已傷之罪」，在許遵看來，也應該成立自首而輕減，因而「罪不至死」。

許遵的這點引論，司馬光也不以為然。他說「按尊長謀殺卑幼之類，皆是已傷而罪不至死，不必因首也。」

檢《宋刑統》「謀殺」條後節：

即尊長謀殺卑幼者，各依故殺罪減二等；已傷者，減一等；已殺者，依故殺法。

[疏]議曰：……假如有所規求，謀殺期親卑幼，合徒三年；已傷者，流三千里；已殺者，依故殺法合絞之類。……

據此可知：「尊長謀殺卑幼」，「已傷者，流三千里」，的確是「謀殺已傷而罪不至死，不必因首」的。

更相比較得知，《宋刑統》中的謀殺罪，謀殺凡人與謀殺卑幼的法定刑並不完全相同，亦即謀殺未傷，相同，均係「徒三年」，但謀殺已傷，則有所不同：謀殺凡人，「絞」，謀殺卑幼，「流三千里」。輕則同輕，重則同重，似不應因未傷或已傷而有所軒輊。應即以

此，所以前開「編敕」規定：「諸謀殺人，傷與不傷，罪不至死者，並取敕裁。」以爲救濟。

至於阿云所犯的「謀殺已傷之罪」，在司馬光看來，因與「編敕」所謂「謀殺已傷而罪不至死」的規定無關，所以，不能據以「並取敕裁」，而成立自首，並得輕減。

平情以論，「謀殺已傷」，何以「罪不至死」，許遵認爲係成立自首而輕減的結果，應加反對。因爲他的引論，史料顯示，並無根據，似出於一己之見；而司馬光的批評，所謂「按尊長謀殺卑幼之類，皆是已傷而罪不至死」，則律有明文，應該贊成。

當然，許遵的這點引論，以及司馬光的批評，都不是直接肯定或否定，阿云所犯的「謀殺已傷之罪」有無「所因之罪」或是否係「具有所因之罪的殺傷罪」；而是間接加以肯定或否定的。

其三、許遵引據律疏問答所謂「謀殺凡人，乃云是舅」與「謀殺之罪首盡」的話，證明：「謀殺許令自首」。

檢《宋刑統》自首本條「自首不實不盡」節的規定及其疏議問答：

〔律〕即自首不實不盡者，以不實不盡之罪罪之；至死者，減一等。

〔疏〕問曰：謀殺凡人，乃云是舅，……姓名是同，舅與凡人狀別。如此之類，若為科處？

答曰：謀殺凡人是輕，謀殺舅罪乃重。重罪既得首免，輕罪不可仍加。所首姓名既同，惟止舅與凡人有異。謀殺之罪首盡，舅與凡人狀虛，坐是不應得爲從輕，笞四十。……

據此，的確，「謀殺許令自首」。因爲只有「謀殺許令自首」，律疏才會設爲前開的問答。該問答是說：「謀殺凡人，乃云是舅」而自首時，雖「謀殺之罪首盡」，但因自首不實，所謂「舅與凡人狀虛」，所以，仍「坐是不應得爲從輕，笞四十」。

接著，許遵的推論是，既然「謀殺許令自首」，那麼，阿云所觸犯的「謀殺已傷之罪」也應該「許令自首」。

司馬光則認爲：律疏問答所謂「謀殺凡人，乃云是舅」與「謀殺之罪首盡」，「彼皆謂謀而未傷，方得首免。若其已傷，何由得首？」

其實，許遵的推論，有待商榷；司馬光的批評，也有待商榷。

首先，許遵引據律疏問答所謂「謀殺凡人，乃云是舅」與「謀殺之罪首盡」的話，證明「謀殺許令自首」，雖然有理，但須知謀殺有「未傷」與「已傷」的不同，也因而分別有成立自首與否的不同效果。謀殺未傷，許令自首；謀殺已傷，不許自首。許遵不加分辨而混言「謀殺許令自首」，當然不對。

其次，司馬光的批評，所謂「彼皆謂謀而未傷，方得首免」，也不盡然。因為律疏明白地說：犯「具有所因之罪的殺傷罪」，得以成立自首，據此，應該成立自首的謀殺罪犯者，何嘗以「謀而未傷」者為限？其「謀而已傷」者，只要具有「所因之罪」而係現刑所謂「牽連犯」或「結合犯」，也是得以成立自首的。

總之，許遵的這點引論是錯的，司馬光的批評則對錯各半。

第四、從刑度之輕重言：司馬光指出下列兩點。

其一、「若以劫、鬥與謀皆為所因之罪，從故殺傷法，則是鬥殺自首，反得加一等也。」

檢《宋刑統》「鬥毆故毆故殺」條：

……諸鬥毆殺人者，絞……故殺人者，斬。

這就是司馬光所引據的「鬥殺」與「故殺」之律。據此可知，「鬥殺」的法定刑度為「絞」，「故殺」的法定刑度為「斬」，而斬重絞輕，相差一個刑等。

若硬將「鬥」與「殺」分開，誤認「鬥」為「殺」之「所因之罪」而准許鬥殺者自首，那麼，「從故殺法」的結果，則鬥殺自首者，不僅無法得到較「絞」為輕的寬典，反而應科加一等「斬」的重罰。揆諸情理，當然不妥。

(清)沈家本贊美說：「溫公(司馬光)謂以鬥為因，從故殺，反加一等。其論甚是。」

(註二六)

其二、司馬光又指出：阿云所犯的「謀殺已傷之罪」，也不應該成立自首而得輕減。因為「若使謀殺已傷者得自首，從故殺傷法」，那麼，與他罪比較，兩者的刑度無法「重輕有敘」。

「假有甲乙二人，甲因鬥毆人，鼻中血出，既而自首，猶科杖六十罪。乙有怨仇，欲致

註二六：同註四。

其人於死地，暮夜伺便推落河井，偶得不死，又不見血。若來自首，止科杖七十。」

檢《宋刑統》「鬥毆故毆故殺」條：

諸鬥毆人……傷……者，杖六十。

〔疏〕議曰：……若毆鼻頭血出，止同傷科。

這就是「甲因鬥毆人鼻中血出，既而自首，猶科杖六十罪」之律。

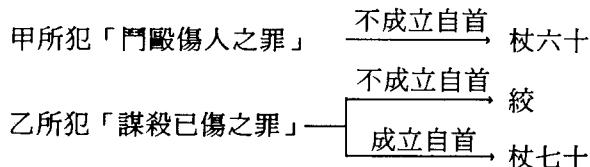
次檢《宋刑統》前條：

諸鬥毆人……傷……者，杖六十。

不因鬥，故毆傷人者，加鬥毆傷罪一等（即杖七十）。

這就是「乙有怨仇，欲致其人於死地，暮夜伺便推落河井，偶得不死，又不見血。若來自首」，而從故傷法，「止科杖七十」之律。

司馬光的這點爭論，可簡括如下圖：



兩相比較得知：某甲所犯的「鬥毆傷人之輕罪」與某乙所犯的「謀殺已傷之重罪」，若依律均不得成立自首，而分別科以原來法定刑的「杖六十」與「絞」，則「輕重有敘」。但若某甲所犯的「鬥毆傷人之輕罪」仍然依律不得成立自首；而某乙所犯的「謀殺已傷之重罪」，像肯定論者所主張的，竟得成立自首時，則應分別科以「杖六十」與「杖七十」之刑。「二人所犯絕殊，而得相埒」。「果然如此，豈不長姦」？

司馬光的這點反証，甚有理致，當然是對的。

總前所論，司馬光堅決認為，阿云所犯的「謀殺已傷之罪」並無「無因之罪」或非係「具有所因之罪的殺傷罪」，因而不得成立自首。從自首之要件與犯罪之形態，可以直接證明，從許遵所引據者，可以間接證明；從刑度之輕重，可以得到反証。其間雖有瑕疵，但瑕不掩瑜。

最後，司馬光感慨地說：「阿云嫌夫醜陋，親執腰刀，就田野中，因其睡寐，砍近十

刀，斷其一指。初不陳首，直至官司執錄，將行拷捶，勢不獲已，方肯招承。情理如此，有何可憫！朝廷貸命編管，已是寬恩，而（許）遵更稽留不斷，爲之伸理，欲令天下，今後有此之類，並作減二等斷遣。竊恐不足勸善，而無以懲惡。開巧僞之路，長賊殺之原。姦邪得志，良民受弊，非法之善者也。」（註二七）

贊成論者王安石奏說：

《刑統》殺傷罪名不一，有因謀，有因鬥，有因劫囚、竊囚，有因略賣，有因被囚禁拒捍官司而走，有因強姦，有因厭魅咒咀。此殺傷而有所因者也。惟有故殺傷則無所因，故《刑統》「因犯殺傷而自首，得免所因之罪，仍從故殺法。」其意以為：於法得首，所因之罪既得原免，而法不許首殺傷，刑名未有所從。唯有故殺傷為無所因而殺傷，故令從故殺傷法。至今，因犯過失殺傷而自首，則所因之罪已免，唯有殺傷之罪未除。過失殺傷非故殺傷，不可亦從故殺傷法，故《刑統》令過失者，從本過失法。至於鬥殺傷，則所因之罪常輕，殺傷之罪常重，則自首合從本法。可知此則《刑統》之意，惟過失與鬥當從本法，其餘殺傷得免所因之罪，皆從故殺傷罪科之，則於法所得首之罪皆原，而於法所不得首之罪皆不免。其殺傷之情本輕者，自從本法；本重者，得以首原。

今刑部以因犯殺傷者，謂別因有犯，遂致殺傷。竊以為：律但言「因犯」，不言「別因」，則謀殺何故不得為殺傷所因之犯？

又刑部以始謀專為殺人，即無所因之罪。竊以為：律「謀殺人者，徒三年；已傷者，絞；已殺者，斬。」謀殺與已傷、已殺，自為三等。刑名因有徒三年之犯，然後有已傷已殺絞斬之刑名，豈得稱別無所因之罪？今法寺、刑部乃以法得首免之謀殺，與法不得首免之已傷合為一事，其失律意明甚。

臣以為：亡「謀殺已傷，按問欲舉自首，合從謀殺減二等論。」然竊原法寺、刑部所以自來用例斷謀殺已傷，不許首免者，蓋為律疏但言，「假有因盜殺傷，盜罪得免，故殺傷罪仍科。」遂引為所因之罪，止謂因盜殺傷之類。盜與殺傷為二事，與謀殺殺

註二七：同註十五。

傷類例不同。臣以為：律疏假設條例，其於出罪，當舉重以包輕。因盜傷人者斬，尚得免所因之罪，謀殺人者絞，絞輕於斬，則其得免所因之罪可知也。

然議者或謂謀殺已傷，情理有甚重者，若開自首，則或啟姦。臣以為：有司議罪，惟當守法；情理輕重，敕許奏裁。若有司輒得捨法以論罪，則法亂於下，人無所措手足矣。（通考）

該奏說贊成阿云所犯的「謀殺已傷之罪」得以成立自首，是從下列五點加以論說或評說，而有所爭論的。

第一、從殺傷罪之分類言：王安石認為，犯一干殺傷罪而得否成立自首，應該檢視各該殺傷罪是否「具有所因之罪」，具有，得以成立自首，反之則否。

#### 一、具有所因之罪的殺傷罪：得以成立自首：

##### 1. 所因之罪常重者：

- (1) 因謀而殺傷：從故殺傷法。
- (2) 因劫囚、竊囚而殺傷：從故殺傷法。
- (3) 因略賣而殺傷：從故殺傷法。
- (4) 因被囚禁拒捍官司而走而殺傷：從故殺傷法。
- (5) 因強姦而殺傷：從故殺傷法。
- (6) 因厭魅咒咀而殺傷：從故殺傷法。
- (7) 因過失而殺傷：從本過失法。

##### 2. 所因之罪常輕者：

因鬥而殺傷：從本鬥殺傷法。

#### 二、不具所因之罪的殺傷罪：不得成立自首：

故殺傷：從故殺傷法。

王安石認為，如此分類得知：凡「具有所因之罪的殺傷罪」，「唯過失與鬥，當從本法。其餘殺傷得免所因之罪，皆從故殺傷罪科之。」「謀殺已傷之罪」亦係「具有所因之罪的殺傷罪」，所以，亦得免所因之罪，而從故殺傷罪科之。蓋「殺傷罪名不一，有因謀，有

因鬥，有因劫囚、竊囚，有因略賣，有因被囚禁拒捍官司而走，有因強姦，有因厭魅咒咀。此殺傷而有所因者也，惟有故殺傷則無所因。」

針對王安石前開的分類與論說，當時之人的可否，並未之見。至清，沈家本認為：其說之難通者有六：

安石併謂殺傷皆有因，惟故殺傷無因。夫謀也，故也，鬥也，誤也，擅也，過失也，等殺傷也，殺傷，其總名，謀、故等皆各為一端。乃必謂謀與殺為二事，故與殺為一事。此其說之難通者一也。天下非痴狂無知，未有無事而殺人者，則故殺必有事，為姦為盜，故殺之事亦至不一，即故殺之因也。乃欲分謀與殺為二，而遂謂故殺無所因。此其說之難通者二也。律言仍從故殺傷法，言仍者，仍其本罪也。謀與故皆有心，言故而謀已包舉在內。乃必以謀為殺之因，而故非殺之因。同此有心，特此而二之。此說之難通者三也。溫公（即司馬光）謂，以鬥為因，從故殺，反加一等，其論甚是。安石亦知其說之不可通也，謂鬥殺合從本法。顧律文但言過失殺，聽從本，而不及鬥殺者，原以有心無心為別，言故則無不該也。今獨云鬥殺合從本，若本是故殺或誤殺、擅殺、戲殺，將何從乎？此其說之難通者四也。又如拒捕殺人，拒捕其事也，因也，或因姦或因盜，其事不一；其殺也，為謀，為故，為鬥，為誤，亦不一，將不以姦、盜為因，而以謀、故、鬥、誤為因乎？此其說之難通者五也。安石又云，鬥殺傷所因之罪常輕，殺傷之罪常重，是其意亦謂鬥有別因，而不得即以鬥為因。鬥不為因，而謀必為因。此其說之難通者六也。（寄簃文存，卷4）

沈氏的批評，第五點所謂「將不以姦、盜為因」，係王安石未將「姦」與「盜」也一併列舉而造成的誤會。第六點所謂「其意亦謂鬥有別因」，係沈氏的推測之詞，不必重視。其餘幾點，都與犯罪分類的妥適與否有關。

按：我國舊律中的殺傷罪，向來係以「惡性之輕重」為標準，分為「七殺」（謀殺、故殺、擅殺（或作劫殺）、鬥殺、誤殺、戲殺、過失殺）或「六殺」（謀殺、故殺、鬥殺、誤殺、戲殺、過失殺）；謀殺與故殺是其中的兩個（註二八）。王安石對此傳統的分類未加重

註二八：（清）吳壇《大清律例通考》，卷26，頁1；（清）黃六鴻，《福惠全書》，卷24，頁5。

視，而另以是否「具有所因之罪」為標準，作如前述的分類。他的分類標準，雖無可厚非，但其所分之類的妥適與否，則不能無疑。

沈氏指出：原係同類而僅有「惡性之輕重」之分的謀殺與故殺，還能利用另外一個所謂「是否具有所因之罪」的不同標準，而將其分在不同的兩類之中嗎？否，否。因為「謀也、故也、鬥也、誤也、戲也、擅也、過失也，等殺傷也，殺傷，其總名，謀、故等皆各為一端。乃必謂謀與殺為二事，故與殺為一事。此其說之難通者一也。」「乃欲分謀與殺為二，而遂謂故殺無所因。此其說為難通者二也。」

此外，沈氏又指出：從處罰言，王安石「謂鬥殺合從本法。顧律文但言過失殺聽從本，而不及鬥殺」。「今獨云鬥殺合從本，若本是故殺或誤殺、擅殺、戲殺，將何從乎？此其說之難通者四也。」

要之，沈家本指出：殺傷罪的分類，以傳統所謂「惡性之輕重」為標準，固然應該將謀殺與故殺分在同一類中，以「是否具有所因之罪」為標準，也應該將謀殺與故殺分在「不具有所因之罪」的同一類中。凡屬「七殺」或「六殺」的殺傷罪無不皆然，否則，不論就殺傷罪的本質說或就其處罰規定說，都甚欠妥適。

謀殺既然不具「有所因之罪」，那麼，「謀殺已傷之罪」就當然不是「具有所因之罪的殺傷罪」。

宋代重視律學，盛極一時，為清代之所不及（註二九）。因此，類似沈氏的見解，在宋代當時，應該有過才是。

王安石將舊律中的殺傷罪另行分類，用來證明「謀殺已傷之罪」是「具有所因之罪的殺傷罪」，舊律時代之人無法苟同；現代之人應該贊成，還是應該反對呢？

再檢視他的分類。

王安石將因謀、因鬥、因劫囚、因竊囚、因略賣、因被囚禁拒捍官司而走、因強姦、因厭魅咒咀等八項殺傷罪，一概列為「具有所因之罪的殺傷罪」。但該八項殺傷罪都能符合現刑「牽連犯」之要件，而一概列入嗎？

---

註二九 徐道鄰，〈宋律中的審判制度〉，《中國法制史論集》，頁 89。

一、符合而應列入者：

1. 因劫囚而殺傷：

- (1) 具有二個不同的可罰行爲：「劫囚」與「殺傷」。
- (2) 二個可罰行爲相互間，具有牽連關係：「因」。
- (3) 二個可罰行爲觸犯不同之罪名：「劫囚罪」與「殺傷罪」。

2. 因竊囚而殺傷：

- (1) 具有二個不同的可罰行爲：「竊囚」與「殺傷」。
- (2) 二個可罰行爲相互間，具有牽連關係：「因」。
- (3) 二個可罰行爲觸犯不同之罪名：「竊囚罪」與「殺傷罪」。

3. 因略賣而殺傷：(略)

4. 因被囚禁拒捍官司而走而殺傷：(略)

5. 因強姦而殺傷：(略)

二、不符合而不應列入者：

1. 因謀而殺傷：

- (1) 不具有二個不同的可罰行爲。所謂「二個不同的可罰行爲」，既須各自獨立，又須彼此不屬於同一犯罪構成要件要素者；「因謀而殺傷」的「謀殺」與「殺傷」非是。
- (2) 「謀殺」與「殺傷」的二個可罰行爲，觸犯同一的謀殺罪名，並非觸犯不同的罪名。

2. 因鬥而殺傷：(略)

3. 因厭魅咒咀而殺傷：(略)

據此可知：王安石將八項殺傷罪一概列爲「具有所因之罪的殺傷罪」是不倫不類的。因爲其中，因劫囚、因竊囚、因略賣、因被囚禁拒捍官司而走，與因強姦等五項，能夠符合現刑「牽連犯」之要件，應該列入；其餘因謀、因鬥、因厭魅咒咀等三項，並不適合，不應列入。

不能符合「牽連犯」要件之殺傷罪，亦必不能符合「結合犯」之要件。因為「牽連犯」須具有數個不同的可罰行為；「結合犯」原來就是由數個不同的可罰行為，依法律之規定，而結合成一罪的。

「因謀而殺傷」既不應列入「具有所因之罪的殺傷罪」，所以，王安石認為「謀殺已傷之罪」是「具有所因之罪的殺傷罪」，誤，現代之人應該反對。

第二、從「因犯殺傷」的字義言：王安石批評說：「今刑部以『因犯殺傷』者，謂『別因有犯，遂致殺傷』。但他認為：『律但言『因犯』，不言『別因』，則謀殺何故不得為殺傷所因之犯？』」。

先檢《宋刑統》自首本條：

其於人損傷（原注：因犯殺傷而自首者，得免所因之罪，仍從故殺傷法；本應過失者，聽從本），……並不在自首之例。

這就是王安石所謂「但言『因犯』，不言『別因』」之律。據此，王安石反問說：既然「律但言『因犯』，不言『別因』，則謀殺何故不得為殺傷所因之犯？」亦即阿云所犯的「謀殺已傷之罪」何故不得為「具有所因之罪的殺傷罪」，而成立自首？

次檢前書同條關於何謂「因犯殺傷」的法定解釋：

假有因盜故殺傷人或過失殺傷財主而自首者，盜罪得免，故殺傷罪仍科。若過失殺傷，仍從過失本法。

據此法定解釋的「類例」，刑部認為：「因犯殺傷者，謂別因有犯，遂致殺傷」，因為「盜與殺傷為二事」。至於「謀殺已傷之罪」，也因而並非「具有所因之罪的殺傷罪」，因為「盜與殺傷為二事，與謀殺、殺傷類例不同」（註三〇）。

兩相比較可知：關於何謂「因犯殺傷」，王安石所謂「律但言因犯，不言別因」，只是指點與拘泥律文，並未對其再加解釋。尤其應該指出的是，王安石對於前開法定解釋的「類例」，竟視若無睹，更不為遵依。反之，刑部將「因犯殺傷」解釋為「別因有犯，遂致殺

---

註三〇：《宋史》，王安石傳。

傷」，是既尊重而遵依前開法定解釋的「類例」，又再作概念式的說明。類例的解釋與概念的說明，相互發明，相得益彰，十分難得。

第三、從犯罪形態言：王安石說：「刑部以始謀殺人即無所因之罪。竊以為：律『謀殺人者，徒三年；已傷者，絞；已殺者，斬。』」謀殺與已傷、已殺自為三等。刑名因有謀殺徒三年之犯，然後有已傷、已殺之刑名，豈得稱別無所因之罪？今法寺、刑部乃以法得首免之謀殺，與法不得首免之已傷合為一事，其失律意明甚！」

王安石的這點爭論，是針對前開司馬光所存留而未加闡明的一個重大疑點而發的：「謀殺之罪」如無「所因之罪」或非係「具有所因之罪的殺傷罪」，難道「謀殺已傷之罪」亦無「所因之罪」或亦非係「具有所因之罪的殺傷罪」？

檢《宋刑統》「謀殺人」條：

諸謀殺人者，徒三年；已傷者，絞；已殺者，斬。

這就是王安石所謂「謀殺與已傷已殺自為三等」之律，律有明文，信而有徵。

據此，王安石反問說，「刑名因有謀殺徒三年之犯，然後有已傷已殺絞斬之刑名，豈得稱別無所因之罪？」又豈得否認「謀殺已傷之罪」具有「所因之罪」或係「具有所因之罪的殺傷罪」？若果否認，那是將並無所因之罪的「謀殺（未傷）之罪」，與具有所因之罪的「謀殺已傷之罪」「合為一事」的結果？「其失律意明甚！」

王安石的這點爭論，最能混淆是非而令人困惑。應即以此，史料顯示，在舊律時代，無人加以反駁。現代之人應該利用「牽連犯」與「吸收犯」的區別加以分辨。

按：「謀殺（未傷）之罪」並非現刑之「牽連犯」，或「結合犯」，前已言之，舉一反三，「謀殺已傷之罪」也不是，而是現刑所謂的「吸收犯」。

「牽連犯」與「吸收犯」的區別如下：

(1) 前者相牽連之數行為所觸犯之數罪名，同時存在；後者則於一罪之階段或性質中，吸收而含有他罪，並非二以上之罪名同時存在。

(2) 前者在形式上為數罪，但在裁判上為一罪；後者在形式上或裁判上，均係一罪。

(3) 前者之牽連關係，由犯人之主觀意思及客觀事實所決定；後者之吸收關係，由罪質所決定（註三一）。

要之，王安石認為「謀殺已傷之罪」具有「所因之罪」或係「具有所因之罪的殺傷罪」，是將「牽連犯」與「吸收犯」混而無辨的結果，更具體地說，是將「吸收犯」誤作「牽連犯」的結果。

第四、從出罪之律言：王安石說：「竊原法寺、刑部所以自來用例斷謀殺已傷不許首免者，蓋爲律疏但言，『假有因盜殺傷，盜罪得免，故殺傷罪仍科。』遂引爲所因之罪，止謂因盜殺傷之類。盜與殺傷爲二事，與謀殺殺傷類例不同。臣以爲，律疏假設條例，其於出罪，當舉重以包輕。因盜傷人者斬，尙得免所因之罪，謀殺人者絞，絞輕於斬，則其得免所因之罪可知也。」

檢《宋刑統》「斷罪無正條」條：

諸斷罪而無正條，其應出罪者，則舉重以明輕。……

這就是王安石所謂的「舉重以包輕」之律。據此，王安石說，「律疏假設條例，其於出罪，當舉重以包輕。因盜傷人者斬，尙得免所因之罪，謀殺人者絞，絞輕於斬，則其得免所因之罪可知也。」

要之，王安石認爲，根據「斷罪無正條」所謂「舉重以明輕」的規定，得以旁証「謀殺已傷之罪」具有「所因之罪」，犯者亦因而得以首免其「所因之罪」。

其實，所謂「出罪」與「入罪」，係「罪之成立與否」的問題；而自首之減免，則係「刑之減免」的問題，「罪」與「刑」，迥乎不同。怎可根據「罪之成立與否」的規定，而侈言「刑之減免」呢？

第五、從刑度之輕重言：王安石辯說，「議者或謂謀殺已傷，情理有甚重者，若開自首，則或啓姦。臣以爲，有司議罪，惟當守法；情理輕重，敕許奏裁。若有司輒得捨法以論罪，則法亂於下，人無所措手足矣。」

王安石的這點爭論，是針對前述司馬光所謂「若使謀殺已傷者得自首，刑度無法輕重有致」而發的。

檢《宋刑統》「斷罪引律令格式」條下所附「准」文一則：

註三一：周治平，《刑法總論》，頁578～頁579；高仰止，《刑法總則之理論與實用》，頁353～頁354。

## 犯罪自首成立與否的大爭論——宋代的阿云之獄

今後，凡有刑獄，宜據所犯罪名，須具引律令格式，逐色有無正文，然後檢詳後敕，須是名目條件同，即以後敕定罪。後敕內無正條，即以格文定罪。格內又無正條，即以律文定罪。律、格及後敕內並無正條，即比附定刑，亦先自後敕為比。事實無疑方得定罪，慮恐不中，錄奏取裁。

這就是王安石所謂「情理輕重，敕許奏裁」之敕。後來，《慶元條法事類》將該敕節略為：「諸斷罪無正條者，比附定刑，慮不中者，奏裁。」（註三二）

要之，因有前開「慮不中者，奏裁」的規定，所以，王安石雖然承認「謀殺已傷，情理有甚重者，若開自首，則或啓姦」，但他仍然認為「有司議罪，惟當守法，情理輕重，敕許奏裁」。如此，所謂「啓姦」之弊，不難防止。

落實地說，王安石認為，「謀殺已傷之罪」應有「所因之罪」或應係「具有所因之罪的殺傷罪」而得以成立自首，即使「謀殺已傷，情理有甚重者，若開自首，則或啓姦」，亦無妨。

此點爭論，未見前人有所置評。

按：解釋法律，必須妥善處理既存之法律關係，而注意其聯貫性。遺憾與不幸地的是，王安石因爭辯「謀殺已傷之罪」具有「所因之罪」或係「具有所因之罪的殺傷罪」而犯者得以成立自首，竟置「若開自首，則或啓姦」的流弊於不顧。

總前所論，王安石認為，阿云所犯的「謀殺已傷之罪」具有「所因之罪」或係「具有所因之罪的殺傷罪」而得以成立自首，與司馬光針鋒相對，恰恰相反。但其所爭論，無論從殺傷罪之分類，從「因犯殺傷」之字義，從犯罪之形態，從出罪之律，或從刑度之輕重言之，均無法令人接受。

宋神宗熙寧元年七月，「帝竟從安石議，且著為令」：

謀殺已傷，案問欲舉自首，從謀殺減二等論。（註三三）

這就是後來所謂的《七月詔書》。該《詔書》明白規定，犯「謀殺已傷之罪」得以成立「犯罪已發的自首」。

註三二：（宋）謝深甫等，《慶元條法事類》，頁498。

註三三：同註三十。

爭論並未因而止息，「御史中丞滕甫猶請再選官定議，詔選翰林學士呂公著、韓維、知制誥錢公輔重定。」（註三四）

呂公著等奏稱：

（王）安石所論，敕律悉已明備。所爭者，惟謀為傷因、不為傷因而已。臣等以為，律著不得自首者凡六科，而於人損傷不在自首之例。釋謂犯殺傷而自首者，得免所因之罪，仍從故殺傷法。蓋自首者，但免所因之罪，而尚從故殺傷法，則所因之謀罪雖原免，而傷者還得傷之罪，殺者還得殺之刑也。且律於器物至不可備償則不許首，今於人損傷尚有可當之刑，而必使償之以死，不已過乎？

古初立法，殺人者死，傷人者抵罪。後世，因劫殺而傷者則增至於斬，因謀殺而傷者則增至於絞。倘有不因先謀，則不過徒杖三等之科而已，豈深入於絞斬乎？

若首其先謀，則傷罪仍在，是傷不可首，而因可首，則謀為傷因亦已明矣。

律所以設首免之科者，非獨開改惡之路，恐犯者自知不可免死，則欲遂其惡心，至於必殺。今若由此著為定論，塞其原首之路，則後之首者，不擇輕重，有司一切按文殺之矣。朝廷雖欲寬宥，其可得乎？

苟以為謀殺情重，律意不通其首，則六科之中，當著謀殺已傷不在自首之例也。……臣等以為宜如安石所議便。

「制曰：可。」

呂公著等的「重定」，竟係「宜如安石所議便」，而贊成阿云所犯的「謀殺已傷之罪」具有「所因之罪」或係「具有所因之罪的殺傷罪」，並得以成立自首。他們是從下列兩點立論的。

一、從情理言：呂公著等說，阿云所犯的「謀殺已傷之罪」，應該具有「所因之罪」或係「具有所因之罪的殺傷罪」，並且應該成立自首，否則不僅「償死已過」，而且會使「犯者自知不可免死，至於必殺」。

首先，所謂「償死已過」：呂公著等認為，犯殺傷罪而成立自首，「所因之罪雖原免，

---

註三四：同註二十四。

## 犯罪自首成立與否的大爭論——宋代的阿云之獄

而傷者還得傷之罪，殺者還得殺之刑」，均仍有「可當之刑」。況且，古初立法，也不過「傷人者抵罪」，「豈深入於絞斬乎」？

(清)沈家本加以評論說：「呂申公等謂，謀殺有可當之刑，償死已過，捨法以論情，固自有理。」

其實，解釋法律與修改法律，敷陳論說的據點有所不同。(註三五)修改法律，不必以既有之法律為據點，「捨法以論情」並無不可。但解釋法律，則必須以既有之法律為據點，而在法言法，否則必漫無涯際，不得要領。這似乎是呂公著等人失於注意或有所不知的。

其次，所謂「犯者自知不可免死，至於必殺」：呂公著等認為，「律所以設首免之科者，非獨開改惡之路，恐犯者自知不可免死，則欲遂其惡心，至於必殺。」

(清)沈家本加以批評說：

凡人謀殺之心，未有不欲其速死。若傷而不死，或其人暈絕，認為已死而歇手；或其時遇有別故而未能殺訖；或其人被毒而經救得生。其不死，倖也，非謀者之本心也，則遂其惡心，豈在得首不得首哉？(寄簃文存四，頁23)

沈氏於此，清楚地說明了：「謀殺」之罪質甚重，「故鬥等殺」不能與其相提並論。在故鬥等殺，若不准其首，「犯者自知不可免死，則遂其惡心，至於必殺」，是可能的，但「謀殺」則否。因為「凡人謀殺之心，未有不欲其速死」，「其不死，倖也，非謀者之本心也，則遂具惡心，豈在得首不得首哉？」

二、從自首之例言：呂公著等認為，「苟以為謀殺情重，律意不通其首，則六科之中，當著謀殺已傷不在自首之例。」

檢《宋刑統》自首本條：

其於人損傷，於物可備償，即事發逃亡，若越度關，及姦，並私習天文者，並不在自首之例。

這就是呂公著等所謂的「律意不通其首的六科」。的確，「謀殺人已傷」並非「不通其首」的六科之一。

註三五：涂懷瑩，《法學緒論》，頁130；鄭玉波，《法學緒論》，頁61。

要之，呂公著等認為阿云所犯的「謀殺已傷之罪」既然不是「律意不通其首」的六科之一，那麼為何「不通其首」呢？

這是一個對「概括」與「列舉」的立法例，失於注意或有所不知而產生的誤會。

按：《宋刑統》自首本條，對於不通其首的「私習天文」，係採列舉的立法例。但對於不通其首的「於人損傷」，則採概括的立法例，所謂「謀殺人已傷」係其一端，諸如此類，真是不勝枚舉。如必欲將「於人損傷」所概括之罪一一明白列舉，既不可能，也無必要。

重要而應該指出的是，採列舉的立法例，才有可能「包羅難盡」；採概括的立法例，則否。

《宋刑統》自首本條，對於不通其首的「於人損傷」既採概括的立法例，而將「謀殺已傷之罪」概括在內，那裡還有需要，再另「著謀殺人已傷不在自首之例」呢？更那裡會因為律無不通其首的列舉，而誤認為阿云所犯的「謀犯已傷之罪」應該成立自首呢？

總之，呂公著等的「重定」，是「未為通論」的。

在當時，「法官齊恢、王師之、蔡冠卿等皆以（呂）公著所議為不當。又詔：王安石與法官集議。安石與師之、冠卿反覆論難，師之等堅其說。」（註三六）

司馬光無奈地奏請說：「阿云之事，陛下試以禮觀之，豈難決之獄哉？彼謀殺為一事為二事，謀為所因不為所因，此苛察繖繞之論，乃文法俗吏之所爭，豈明君賢相所當留意耶？」（註三七）

抗爭雖然繼續不斷，但呂公著等的「重定」，神宗已「制曰可」；而且此時的王安石又被寵召而「入對」，不久，又以「參知政事」而入相。所以，大勢已定，司馬光等人的抗爭，實在無力回天。所謂犯「謀殺已傷之罪」具有「所因之罪」或係「具有所因之罪的殺傷罪」，因而得以成立自首，已成定論。而許遵想為阿云開脫，所必須解決的第二個難題，如何成立自首，也算是解決了。

王安石等的「怙勢而勝」，畢竟「不足為訓」。所以，後來斷斷續續的抗爭，仍然不時得見，所謂犯「謀殺已死之罪」得否成立自首，就是一個好例子。

---

註三六：《通考》，卷170。

註三七：同註十五。

### 丙、犯「謀殺已死之罪」得否成立自首

犯該「謀殺已死之罪」得否成立自首的爭論，是犯「謀殺已傷之罪」得以成立自首後所引發的一個新爭論。

按《宋刑統》〈謀殺人〉罪條規定：

諸謀殺人者，徒三年；已傷者，絞；已殺者，斬。

據此，該罪條所釐訂的犯罪類型，計有下列三個：

1. 謀殺人（未傷）者；
2. 謀殺人已傷者；
3. 謀殺人已殺（死）者。

這三個謀殺類型的犯罪是否得以成立自首，應分別說明。

關於「謀殺未傷之罪」：「謀殺未傷」並非「於人損傷」，並非「不在自首之律」，當然得以成立自首。

關於「謀殺已傷之罪」：前述《熙寧元年七月詔》補充規定：犯「謀殺已傷之罪」亦得以成立自首。這是王安石等人因阿云之獄而「怙勢得勝」的結果。

那麼，剩下的犯「謀殺已殺（死）之罪」，是否亦得以成立自首，因而又有待補充說明。

《熙寧二年二月庚子詔》：

自今，謀殺人已死自首及案聞欲舉，並奏取敕裁。

該《庚子詔書》規定：犯該「謀殺已死之罪」亦得以成立自首。

至此，原來並不得以成立自首的「謀殺已傷之罪」與「謀殺已死之罪」，竟先後得以成立自首矣。

謗謗之士不畏強權。「刑部劉述奏，《庚子詔書》未盡，封還中書。」（註三八）

---

註三八：同註三六。

按：《宋刑統》所釐訂的殺傷罪，除謀殺傷外，另有故與鬥等項殺傷。如謂犯「謀殺已死之罪」亦得以成立自首，那麼，犯「故殺已死之罪」或「鬥殺已死之罪」，是否亦均得以成立自首，前開《庚子詔書》並未提及。或即以此，劉述以「詔書未盡」而「封還中書」。

王安石奏稱：

律意：因犯殺傷而自首，得免所因之罪，仍從故殺傷法。若已殺，從故殺法，則為首者必死，不須奏裁；為從者，自有編敕奏裁之法，不須復立新制。（通考）

此所謂「因犯殺傷而自首，得免所因之罪，仍從故殺傷法」，係法定解釋的律註。這是王安石想証成其說的第一個根據。

次檢《嘉祐編敕》一則：

兇惡之人，情理巨蠹，及謀殺人，傷與不傷，不至死者，奏裁。（通考）

這就是王安石所謂的「編敕奏裁之法」，是想証成其說的第二個根據。

要之，王安石似乎已經承認：前開《庚子詔書》的確有所「未盡」。但他卻認為，如根據前引律註與編敕的規定，將所有因犯殺傷而自首者，分別其首從，分別「不須奏裁」與「必須奏裁」而科刑，就不會有「未盡」之失。換言之，王安石主張，不僅前開《庚子詔書》所規定的犯「謀殺已死之罪」得以成立自首，就是《詔書》所未提及的，諸如犯「故殺已死之罪」或「鬥殺已死之罪」，亦均得以成立自首。只不過，犯各該罪而自首的「為首者，必死，不須奏裁」；為從者之刑，必須奏裁而已。

奏上，「與參知政事唐介等，數爭議於帝前，卒從安石議」，從而頒布《熙寧二年二月甲寅詔》：

自今，謀殺人自首及按問欲舉，並以去年七月詔書從事。其謀殺人已死為從者，雖當首減，依《嘉祐敕》，兇惡之人，情理巨蠹，及謀殺人，傷與不傷，罪不至死者，奏裁。收還《庚子詔書》。（通考）

該《甲寅詔書》除重新申明，《七月詔書》所規定的犯「謀殺已傷之罪」得以成立自首，以及明令廢止有所「未盡」的《庚子詔書》外，還依照王安石的奏議，補充規定，犯「謀殺已死之罪」的首從各犯，仍均得以成立自首。

至於諸如「故殺已死之罪」或「鬥殺已死之罪」的首從各犯，得否成立自首，該《甲寅詔書》並未提及，不詳其故。其次，犯「故殺已傷之罪」或「鬥殺已傷之罪」的首從各犯，得否成立自首，現在看來，似乎也有爭議而有待補充規定。

王安石能雜引律註與編敕，以證成其說，的確是一個「能以辨博濟其說」的人。但將原來妥協的法律關係破壞，雖然挖空心思，來「博濟其說」，也無法嚴實合縫，毫無破綻。

後來，「劉述又奏，以爲不當以敕頒御史台、大理寺、審刑院及開封府，而不頒之諸路，又誤引刑一司，敕請中書、樞密院合議。中丞呂誨、御史劉琦、錢顥皆請如述等，下之二府。帝以爲律文甚明，不須合議。而曾公亮等皆以博盡同異，厭塞言者爲無傷，乃以衆議付樞密院。」

樞密使文彥博議說：

殺傷者，欲殺而傷也，即已殺者，不可首。（通考）

該議主張：犯「殺人已死之罪」，不得成立自首，犯「謀殺已死之罪」，當然，也不得成立自首。

樞密使呂公弼則議說：

殺傷於律不可首。請自今已後，殺傷依律，其從而加功自首，即奏裁。（同前）

該議主張：犯「殺傷之罪」的爲首者，不得成立自首，爲從者，得否成立自首，奏裁。當然，犯「謀殺已死之罪」的爲首者，也不得成立自首，爲從者，得否自首，也須奏裁。

「樞密使陳升之與韓絳議與安石略同。」（註三九）

要之，關於犯「謀殺已死之罪」得否成立自首，樞密院的集議，仍係衆說紛紜，莫衷一是。

「時，富弼入相，帝令弼與安石議。弼謂安石以謀與殺分爲二爭，以破析律文，易從衆議。安石不可。弼乃辭以病。」（註四〇）

《熙寧二年八月詔》：

謀殺人自首及按問欲舉，並依今年二月甲寅敕施行。（通考）

---

註三九、四〇：同註三六。

該《八月詔書》係重申前令：犯「謀殺已死之罪」的首從各犯，均得以成立自首。

此外，又「詔：開封府推官王堯臣劾劉述、丁諷、王師元以聞。述等皆貶。」（註四一）

至此，犯謀殺之罪得否成立自首，雖仍疑雲漫天，但其爭論卻被強權所逼迫而戛然終止。

元豐八年，哲宗繼位，司馬光再度為相。光上言：「殺人不死，傷人不刑，堯舜不能以致治。……請自今，諸州所奏大辟，情理無可憫，刑名無可疑，令刑部還之，使依法處斷。」（註四二）犯「謀殺已傷之罪」與犯「謀殺已死之罪」，終於得以扭轉，而回歸刑律之舊，再也不得成立自首了。

## 參、結論

宋代的阿云之獄，可以說是三個奇人因緣際會碰到一起，所發生的一樁奇案。阿云是一個性行剛烈而不願向舊日禮教屈服的奇女子，是為一奇；知州許遵「欲藉此立奇以自鬻」，也是一奇；而王安石「性強忮，遇事無可否，自信所見，執意不回」，是另外一奇。三奇缺一，奇案難成。當然，政爭的介入，另有推波助瀾的作用，也算是一奇。

法制層面的討論，是本文的重點，也是本結論的重點。

宋代的審判制度，本獄案的史料顯示，若干規定，今日的國人仍應引以為榮。例如為雪活死刑犯而推行的駁正之制，為避免偏聽獨任之失而施行的鞫讞分司之制，以及為落實罪刑法定而頒行的「必名目條件相同」，方得據以定罪之制。而獎勵「雪活」的駁正之制，就是本獄案發生的一個誘因。

本獄案發生的主因，（明）邱濬說：

阿云之獄既經大理、審刑、刑部，又經翰林、中書、樞密，名臣如司馬光、王安石……法官如劉述、呂誨……議論紛紜，迄無定說。推原所自，皆是爭律敕之文，謀與殺為一事為二事，有所因無所因而已。由是以觀，國家制為刑書，當有一定之制。其主文

註四一：同註三六。

註四二：同註二四。

之初，當須斟酌穩當，必不可移易，然後著於簡牘，使執其文而施之用者，如持衡量然，不可因人而上下，斯為得矣。（大學衍義補，卷170頁5）

此所謂「刑書無一定之制」，確是一語中的的話。

不過，應該進而指出的是，《宋刑統》犯罪自首條所規定的消極要件，其所以「無一定之制」，並不是律文的規定所造成的，而是律文的解釋所造成的。

宋行唐律，全盤繼受。其犯罪自首條所謂「於人損傷，不在自首之例」的消極要件，以及「具有所因之罪的殺傷罪」得以成立自首的例外規定，也與唐律該條的規定並無不同，俱係經典之作。但美中不足而令人遺憾的是，宋代雖重視律學，但實踐方法的解釋，較為薄弱。所以，當王安石等少數人，硬將本來不得成立自首的「謀殺已傷之罪」，解釋為得成立自首的「具有所因之罪的殺傷罪」時，司馬光等多數人雖然氣憤難平，但卻無法使真理愈辯愈明。最後，不得不乞靈於普遍理性的「禮」，以為諫議。

現行刑法對舊律的繼受，犯罪自首條是一個例子。

對於未發覺之罪自首而受裁判者，減輕其刑。但有特別規定者，依其規定。（§ 62）據此可知：現刑本條僅繼受有舊律該條的積極要件，並未繼受其消極要件。如此偏廢的立法繼受，當然不能無弊。

衆所矚目的「刑法研究修正委員會」，在經過許多次的集會討論後，指陳和建議說：

按自首之動機不一而足，有出於內心悔悟者，有由於情勢所迫者，亦有基於預期邀獲必減之寬典者。對於自首者，依現行刑法，一律必減其刑，不僅難以獲致公平，且有使犯人恃以犯罪之虞。……必減主義，在實務上難以因應各種不同動機之自首案例……得減主義，既可委由裁判者視具體情況，決定減輕其刑與否，選用上較具彈性。真誠悔悟者，可得減刑自新之機；而狡黠陰暴之徒，亦無所遁飾，可符公平之旨，宜予採用。故於原文「減輕其刑」之上，增一「得」字，以為修正。

的確，不按自首動機的不同，而「對自首者，依現行刑法，一律必減其刑」，是會使狡黠陰暴之徒恃以犯法或有所遁飾的。但推原其故，與其說是因「必減」而難以因應所造成的，不如說是對舊律原有的消極要件失於繼受的結果。

因「必減」而有難以因應之弊，舊律時代無之。這是舊律犯罪自首條的規定，除有積極要件外，還兼有消極要件的實益。犯特定之罪者，因消極要件的限制而不得成立自首，所謂狡黠陰暴之徒就根本無從恃以犯罪，更無從有所遁飾。在宋代，波浪濤天的阿云之獄，雖因犯罪自首的消極要件而起，但該消極要件的價值，始終沒有受到片言隻字的質疑。

中共刑法犯罪自首條的規定，也僅繼受有舊律該條的積極要件，未繼受其消極要件，但並無所謂狡黠之徒恃以犯罪或有所遁飾而難以因應的問題。這是因為中共刑法該條，同時將自首之量刑，由「必減」改訂為「得減」的結果，與日、韓等國的立法例相同。（註四三）

要之，犯罪自首條的規定，為避免狡黠陰暴之徒恃以犯罪或有所遁飾而難以因應，我國舊律係採犯特定之罪不得成立自首的立法例，而日、韓與中共刑法，則採量刑得減的立法例。

比較而言，我國舊律所採行者較佳。因為舊律的防弊，訴諸「法治」，萬無一失，狡黠陰暴之徒必然無法得逞；而日韓與中共的防弊，則訴諸「人治」，減與不減，兩般皆可，狡黠陰暴之徒仍得心存僥倖，希冀萬一。

應該記取：如謂犯任何之罪，均得成立自首，非謂犯一般之罪，始得成立自首，犯特定之罪不得成立自首，自我國舊律觀之，失於氾濫，自歐西諸國的刑法觀之，更是如此。（註四四）

我國現刑犯罪自首條的修正，似應正本清源，倣舊律，將失於繼受的消極要件趕快補入，從而規定犯特定之罪不得成立自首；而不應該不加比較地建議，將「必減」改為「得減」，「委由裁判者視具體情況，決定減輕其刑與否。」

I 、對於未發覺之罪自首而受裁判者，減輕其刑。但有特別規定者，依其規定。（不修改）

I 、殺傷人或損毀物，不可賠償，不得成立自首。但殺傷人而其方法或結果之行為犯他罪名者，得自首所犯之他罪名。（增訂）

如此的修正，既兼有積極要件與消極要件，又有殺傷罪之牽連犯或結合犯得成立自首的

註四三：中共刑法 § 63，日本刑法 § 42，南韓刑法 § 52。

註四四：德法諸國的刑法，在其分則中有犯罪自首的規定，總則中無之。

規定，是比較妥適的。

總結地說，宋代阿云之獄的討論，在法制的繼受方面有所警示。

法制的繼受，並非易事，必須注意「法條」的是否妥適，也必須注意包括解釋、判例等在內的「法律資產」的能否配合；而一有閃失，就會影響繼受的進展與品質。（註四五）《宋刑統》犯罪自首條的繼受，有這方面的問題，現刑犯罪自首條的繼受，也有這方面的問題。所不同的是，在宋代，法條的解釋跟不上法條的適用，因而引發了一場犯罪自首成立與否的大爭論。在今天，法條的繼受有欠妥適，從而使狡黠陰暴之徒得恃以犯罪或有所遁飾，而司法者也有難以因應之苦。

---

註四五：林端，〈清末民初法律的繼受問題——韋伯社會學觀點的嘗試〉，《中國法制現代化之回顧與前瞻》，頁 64 以下；Weber, M. Wirtschaft und Gesellschaft, S.504.