

巫術何以致罪？

——試論清代巫術犯罪中的因果關係

及其法律適用*

鄭智**

摘要

《大清律例》採用具體主義的立法技術規定了諸如「不道」、「禁止師巫邪術」、「造妖書妖言」、「採生折割人」、「造畜蠱毒殺人」等數項涉巫犯罪的罪名。清人祝慶祺在《刑案匯覽三編》中收錄了大約四十餘例相關案件。巫術坐罪的法律論證中，對於巫術案件中的事實因果如何轉化為法律上的因果關係，進而在邏輯上確證其相應的刑事責任，是問題的關鍵所在。其中，比附類推起到了論證上的重要作用，而這種方法也可以置諸清代一般案件的法律推理過程中。身體思維模式是法律比附類推方法背後的認知基礎，其思維淵源恰恰是巫術自身所包含的原始思維模式。同西方的法律解釋學一樣，這一思維認知模式存在著反形式主義的危險傾向，值得我們今天的法治建設鏡鑒和警醒。

關鍵詞：《大清律例》；巫術犯罪；因果關係；類推比附；身體思維模式

* 本文受到浙江省2014年哲學社會科學基金專案「禮法文化中的巫術淵源」（14NDJC207YB）、教育部2016年度人文社會科學青年基金專案「禮法文化的巫術淵源」（16YJC820055），以及浙江農林大學科研發展基金專案「禮法文化的巫術淵源」（2016FR022）和「法治與和諧社會研究」（2007FR013）支持。

** 作者簡介：鄭智（1978年5月——），男，安徽省阜南縣人，浙江農林大學法政學院副教授，法學博士。

Why is the sorcery criminal?——on causality of Qing Dynasty sorcery criminal and its legal application

Zheng Zhi

Abstract

The Great Qing Code took provisions about sorcery crime charges using specific doctrine of legislative technology, such as “worst offence”, “sorcery ban”, “homunculus fallacy”, “killing blood collection” and “manufacturing and poison to kill”. Zhu Qingqi of Qing Dynasty included about forty cases related sorcery in his *Three criminal case assembly*. There is the key of problem about how the causal fact in witchcraft cases turning into the causality of law, and logically proving corresponding criminal responsibility in legal reasoning about convicting witchcraft, in which analogical reasoning played a very important role, and this method could also be put in common case reasoning of Qing Dynasty. Body thinking mode was the basis of thought behind analogical reasoning method, which originating the thinking pattern containing the witchcraft itself: Like interpretation of law, this kind of thinking mode had an anti-formalism dangerous tendency, which is worthy of our today’s legal construction to learn and watch.

Keywords: *The Great Qing Code*, The sorcery crime, causality, analogic reasoning, Body thinking mode

壹、前言

傳統中國對巫術邪教的法律懲禁由來已久。漢代以前即有執左道的巫術罪名，¹漢代敢蠱人及教令者棄市。魏法尤嚴，為蠱者男女皆斬，而焚其家，巫蠱者負羚羊抱犬沉諸淵。隋帝詔畜貓鬼蠱毒厭魅野道之家投於四裔。²唐宋皆以造畜蠱毒及厭魅為十惡大罪之一。³明清時代沿襲了隋唐以來的巫術罪名，並有創新：首先，十惡「不道」律條中，在保留隋唐以來的所有各項外，新增採生折割一項，明律稱「採生」，《大清律例》則在其後又加「折割」二字；其次，明清律典中，巫術罪名的分佈更為集中，包括：禮律「祭祀」子目下的禁止師巫邪術、「儀制」子目下的術士妄言禍福，刑律「賊盜」子目下的造妖書妖言、「人命」子目下的採生折割人、造畜蠱毒殺人等罪名，共計6條律款，約占《大清律例》總的436條律款的1.37%，若再考慮到巫術罪名在實際適用中會牽涉其他罪名，從而造成吸收犯（目的行為吸收手段行為）或想像競合犯的情形（後文有述），以及適用諸如「違制」、「不應為」等兜底性的概括性禁律，⁴也只約略2%的比例。清人祝慶祺等人編纂的《刑案匯覽三編》（《刑案匯覽》、《續增刑案匯覽》、《新增刑案匯覽》的總稱，以下簡稱《三編》）大致按照《大清律例》的體例編排，彙編了自乾隆元年（1736年）至光緒十一年（1885年）間的刑事案例，大約7600多件。⁵其中，對應《大

1 《禮記·王制》：「執左道以亂政，殺。」參見陳戍國，《禮記校注》（湖南：嶽麓書社，2004年版），頁100。

2 瞿同祖，《瞿同祖法學論著集》（北京：中國政法大學出版社，1998），頁294。

3 陳璽，〈隋唐時期巫蠱犯罪之法律懲禁〉，《求索》2012：7（2012），頁98-101。

4 「兜底條款」（Miscellaneous Provisions）作為一項立法技術，它將所有其他條款沒有包括的、或者難以包括的、或者目前預測不到的，都包括在這個條款中。兜底條款是法律文本中常見的法律表述，主要是為了防止法律的不周嚴性，以及社會情勢的變遷性。

5 據美國學者布迪和莫里斯的考訂，《刑案匯覽》所收集的案例，真正與《大清律例》（共分436節）相對應的只有270節，有些律例節下對應的案例闕如，多數情況是該節律例所規定的犯罪根本沒有發生。布迪和莫里斯指出，《刑案匯覽》在「合和御藥」節下，就沒有收入任何案例，因為根本就沒有發生過這種犯罪。就我們所列舉的與巫術相關的6條律款

清律例》體系中的巫術罪名，《三編》中也編排了一些相關案例，計41件（後文有統計），不足《三編》所收錄案件總數的1%，⁶但也說明這些罪名在司法實踐中多少得到了具體適用。

巫術罪名儘管在清代律典體系及司法實踐中比例甚微，但其一旦發生，則有可能會對整個社會秩序及人們心理層面的信仰秩序造成強烈衝擊，以至於現實地或潛在地威脅到清代帝國君主官僚體制的統治權威，這在美國學者孔飛力先生（Philip A. Kuhn）的《叫魂》一書中已經有了引人入勝的表現。⁷孔先生立足於社會史的寬泛角度來審視清代妖術所引起的社會恐慌以及專制體制下的各色人等在應對這一問題時的態度、行動及由此產生的相互關係，進而折射出整個帝國體制的某些特質。而巫術犯罪的法律證成及由此所折射出的傳統中國人特殊的法律思維模式，卻在孔先生個人研究的旨趣之外。孔先生曲高和寡的論著之外，對於該問題的研究更是人跡罕至。有鑒於此，本文擬站在法律內在的邏輯實證主義的角度，試圖從巫術犯罪法律事實因果關係的構成以及刑事責任的邏輯確證的推理過程中，探討巫術坐罪在認知思維上的理據所在，進而將本研究的結論延伸到對傳統中國人的法律思維中具體思維（類比思維）的一般性特徵的論證，剖析這種特殊思維方式的認知結構以及法文化上的淵源所在。

現代刑法理論認為，對於所有的犯罪，結果都是必要的，由意思的發動而引起的外界變化都可稱作結果，無論犯罪的類型如何區分。⁸清代的刑法同樣適用這一理論。問題在於，對於一項具體的巫術犯罪而言，我們如何判定其行為產生了某項特定結果，如嘉慶五年（1800）發生在陝西的「學習圓光治病騙錢」一案，案犯楊生春用符咒巫術的方法治病，有治癒成功的案例，卻未有治死人的情形。陝撫

中，「術士妄言禍福」節下，亦無案例收錄。參見 D·布迪，C·莫里斯，朱勇譯，《中華帝國的法律》（南京：江蘇人民出版社，1998年版），頁147。

6 （清）祝慶祺等編，《刑案匯覽三編》（北京：北京古籍出版社，2004）一，〈目錄〉。

7 孔飛力著，陳兼、劉昶譯，《叫魂：1768年中國妖術大恐慌》（北京：三聯書店出版社，2012），頁155-156。

8 王志祥、賈政，〈行為犯、結果犯二分法之提倡〉，《河北大學學報（哲學社會科學版）》2006：2（2006），頁78。

和刑部皆照異端法術醫人致死的罪名對其予以酌減量刑，⁹對沒有發生的後果，法律如何判定？我們又如何判定某項後果是（或不是）某一巫術行為引致的？如道光四年（1824）發生在山西的「主令咒死人致被人符咒謊騙」一案，那旺尊對受託對哈斯巴爾咒詛，聲言三個月內能令其死，而哈斯巴爾卻在相隔十三個月始行病故，理藩院由此判定哈斯巴爾的死亡後果與那旺尊對咒詛行為沒有因果關係，¹⁰這種判定的理據何在？

因果關係是巫術類案件事實認定的核心部分，但其超自然的因素卻使得這種判定超出了人們經驗認知的範疇。尊奉孔子學說的清代司法官吏們不可能原封不動地將巫術中的超自然因果關係照搬到法律因果關係的認定上來，但既然確定了巫術的罪名，理智地處理這種超驗關係，並將其轉換為法律因果關係的表達，便是巫術類案件事實認定中的關鍵問題。

要對一個實施了巫術行為的案犯課以刑責，僅有因果關係的事實認定還是不夠的。責任關係往往是法律上的預設，而非因果關係所能涵蓋。比如造畜蠱毒殺人律中，造畜者家人的緣坐責任，「雖不知情，並流二千里安置」，薛允升對此注解道：「若自家置造藏畜，則家中實有此物，同居豈有不知？故特下『雖不知情』等字，意謂同居者必知，即不知亦不免……，實恐流傳貽害。」¹¹責任關係在此更像是一種邏輯關係，只要案件中有符合「造畜者同居家人」這個一般概念的事實要素就構成了責任承擔的前提，這似乎與事實因果關係無關，而是與法律規範的邏輯涵攝和價值取向有關。

法律責任往往是一種邏輯關係，而非因果關係。¹²與西方概念法學崇尚抽象、概括的立法技術和邏輯演繹三段論的司法推理技術不

9 （清）祝慶祺等編，《刑案匯覽三編》（北京：北京古籍出版社，2004）二，頁1214-1215。

10 （清）祝慶祺等編，《刑案匯覽三編》（北京：北京古籍出版社，2004）四，頁249。

11 胡星橋、鄧又天主編，《讀例存疑點注》（北京：中國人民公安大學，1994），頁580。

12 王曉，〈法律論證中的因果關係研究——兼論法律論證中的邏輯關係〉，《北方法學》4：20（2010.2），頁22-23。

同，傳統中國人似乎淡漠於事物的抽象範疇而較崇尚具體事物的和諧，反映在立法上則表現為罪名設定因過於具體而適用範圍狹窄，再配以絕對確定的不變刑罰，使得清代的正律難以預先涵蓋各種層出不窮的犯罪行爲。¹³在這些問題上，巫術罪名亦概莫能外，應對策略有三：一是承歷代法制之餘緒，采以例輔律的方法，這在禁止師巫邪術罪名上反映尤為突出，該律條下沿襲明代《問刑條例》中的相關例文，至咸豐十年（1860），「因一事生一例」，共附有八條例文；¹⁴二是對於律例皆未專門規定者，比照既有的成案予以處斷；三是適用諸如「違制」、「不應為」等適用範圍廣泛的概括性條款。

這些策略的確為巫術坐罪在法律發現上找到了多元途徑，¹⁵但也使得巫術坐罪在邏輯關係上的論證不再局限於西方概念法學所崇尚的三段論演繹推理。巫術案件中的事實與正律中較為具體的規範以及例和成案中的事實要素進行類似性的比對就變得十分重要了，比附類推的方法在此獨擅勝場。

就類推而言，陳新宇先生的定義是：「因入罪之需要，為使規則涵攝當前之事實，依據『相類似之案件應為相同處理』之法理，超越規則中特定概念的文義之法律解釋行爲」，並以之與比附作了細緻區分。¹⁶這一界定抓住了類推方法的一個最核心的問題，就是「類似問題相同處理」，嚴格說來，實際上是對不同事物相同處置。而巫術案件事實中的因果關係和法律適用上的比附類推方法顯然製造了一個技術上的難題，它與法律最樸素的公正觀念，即「相同事物相同處理」的形式主義理念相矛盾，並且其自身很容易滑向罪刑擅斷的深淵，從而使法律確定性的根基發生動搖。

13 黃靜嘉，《中國法制史論述叢稿》（北京：清華大學出版社，2006），頁274-275。

14 胡星橋、鄧又天主編，《讀例存疑點注》，頁298-300。

15 法律發現，是指司法官員在司法過程中，從現行法源中找到能夠適用於當下案件的法規範或解釋性命題，或者在前者闕如的情形下進行漏洞補充或自由造法的一系列活動。參見劉治斌，〈司法過程中的法律發現及其方法論析〉，《法律科學》2006：1（2006），頁35-43。

16 陳新宇，〈比附與類推之辨——從「比引律條」出發〉，《政法論壇》29，頁114、頁116-118。