

## 我國固有律關於「權留養親」體制之反思

桂 齊 遜\*

### 摘 要

我國固有律對於罹犯死刑、流刑等重罪人犯，若其家中尚有待其頤養天年之直系血親，則於律文中特許死刑犯人「侍親緩刑」、流刑犯人「權留養親」，逮及年老之直系血親壽終後，始令罪犯依律服刑，是為我國固有律關於「權留養親」（或「侍親緩刑」）之特殊規範。此制肇始於北魏，大體定型於唐律，嗣後歷代雖略有更改，仍多沿襲唐律之立法精神與立法旨趣，直迄清季。惟論者以為，「權留養親」體制設置之目的，在使人子得盡其孝行，實為曲體人情而設，故此制的存在，適足表現出吾國歷代朝廷的恤刑思想；然反對者卻認為此制的存在，徒使奸頑之輩得逞其兇殘特性，非所以施仁，適足以長姦，未必屬於國家善政。本文認同「權留養親」並非古法，不過出於人主一時之見，後世遂奉為成規，蓋欲博寬厚之名耳。即使因其施行久遠，不便率爾去之，亦應修正為：徒、流等罪犯，許其「權留養親」，待其親終，仍應責其實服其刑；至若死刑罪犯，則一律不得存養，庶幾於施恩之中，仍不失懲惡之意。雖然民國以來，由於時移勢易，故此制已不再存在於我國現行法；惟近世其他國家之立法，仍有關於「自由刑之延緩執行」，其精神殆與我國固有律「權留養親」之制頗有類似之處。觀乎此，似乎我國現行法對於我國固有律之傳承，尚有不及他國之處矣。

關鍵詞：1.固有律 2.唐律 3.權留養親 4.侍親緩刑 5.死刑 6.流刑

\*中國文化大學史學系副教授。

## **An Introvert of "temporarily stay to provide one's parents "** **In the Chinese Traditional Legal System**

**Guei, Chi-shun**

### **Abstract**

In the Chinese Traditional Legal System allowed the death penalty prisoners to be released on probation to provide for their parents and the banish penalty prisoners could temporarily stay to provide for his parents. The sentence would not be carried out until the death of the elder parents who the prisoner had to take care of. The system originated from Bei-Wei Dynasty and fell into a pattern until T'ang Law. With slight change in the system, the later dynasties mostly followed the legislation spirit of T'ang Law until the Later Period of Qing Dynasty. With the change in time and policy, the system exists no more when the time of republic comes. According to the commentators, as the purpose of the probation system was to provide for one's parents to take the responsibility of being children, the system completely expressed the concept of leniency in the Traditional China Dynasty. Yet opponents said this only allowed the treacherous to be fierce and cruel. This would not implement the policy of benevolence, but would encourage the fraudulent. This article approves that the probation system wasn't the law of ancient times, but the emperor's personal idea, which was stuck to be a rule by later generations perhaps with the purpose of winning reputation of being generous. Even though, it is followed as a rule for a long time, the revision is necessary. The imprisonment and banish penalty can be served after the death of the elder parents. As for the part of death penalty, it shouldn't be put off. The government should punish those who deserve to be punished, in addition to offering favor.

**Keywords :** Traditional Legal System ; T'ang Law ; temporarily stay to provide one's parents ; the probation system for providing one's parents ; death penalty ; banish penalty

## 我國固有律關於「權留養親」體制之反思

桂 齊 遜

我國固有律對於罹犯死刑、流刑等重罪人犯，若其家中尚有待其頤養天年之直系血親，則於律文中特許死刑犯人「侍親緩刑」、流刑犯人「權留養親」，等到年老之直系血親壽終後，始令罪犯依律服刑，是為我國固有律關於「侍親緩刑」（或「權留養親」）之特殊規範。

此制肇始於北魏，大體定型於《唐律·名例律·犯死罪應侍家無期親成丁》，嗣後歷代雖略有更改，仍多沿襲其立法精神與立法宗旨；明清兩代雖將律目更為《犯罪存留養親》，然其旨趣仍與唐律若合符節。由於明、清律的更名，故本文暫以「權留養親」之名，綜觀全局，對於我國固有律之相關規範內容來做探討。

論者以為，「權留養親」體制殆為古代政權對於凡人犯罪在處罰上的特例，此一特例，目的在使人子得盡孝行，曲體人情而設，故此制的存在，適足表現出吾國歷代朝廷的恤刑精神；然反對者認為此制的存在，徒使奸頑之輩得逞其兇殘特性，非所以施仁，適足以長姦，未必屬於國家善政。其間究竟孰是孰非？頗堪玩味。而近代國家立法，部份國家仍保存了「自由刑之延緩執行」的內容，與我國固有律關於「權留養親」之規定，是否有雷同之處？本文即針對上述課題，分疏其來龍去脈，並提出個人淺見。

### 一．溯 源

我國固有律關於「權留養親」之濫觴，當始於北魏孝文帝太和十二年（488）正月乙未（二日）所製頒的詔書：

諸犯死刑者，父母、祖父母年老，更無成人子孫，旁無期親者，具狀以聞。<sup>1</sup>

而《魏書·刑罰志》所載同一詔書，文字上雖略有不同，事實上是同樣意義：

（太和）十二年詔：「犯死罪，若父母、祖父母年老，更無成人子孫，又無期親者，仰案後列奏以待報，著之令格（《魏書》P.2878）。

據此，孝文帝是規定死刑犯之直系血親年老應侍，家中既無其他成年人，亦無期以上親成丁，<sup>2</sup>而必須由死刑犯權留養親者，得具狀上請，<sup>3</sup>由皇帝斷自宸衷。惟

<sup>1</sup>魏收《魏書》（新校標點斷句本，臺北，鼎文書局景印，民國64年9月初版，以下所引《魏書》皆同此本），卷七下〈高祖本紀〉，P.163。

<sup>2</sup>所謂「期以上親」，即古代喪服制關於「期親」的規範，謂依喪服制應服齊衰期年之服的親戚。凡本宗為祖父母、伯叔父母、兄弟、嫡孫、在室姑、姊妹、眾子、長子婦、姪、在室姪女，以及

《刑罰志》既云「列奏待報」，或者係就案情之輕重，以決定是否准其留養，只是其法不詳，無從考證矣。

至太和十八年（494）八月，孝文帝又詔：

諸北城人，年滿七十以上及廢疾之徒，校其元犯，以準新律，事當從坐者，聽一身還鄉，又令一子扶養，終命之後，乃遣歸還（《魏書》P.174）。

是孝文帝此一詔書，乃在放免因從坐而流放至北城且年已七十以上之罪犯與「廢疾」<sup>4</sup>之犯人，並許其一子扶養，待其壽終，權留養親之人，仍須回到北城服刑。

至宣武帝正始元年（504）定律時，<sup>5</sup>遂將「權留養親」之制正式規定於《法例律》中：

諸犯死罪，若祖父母、父母年七十已上，無成人子孫，旁無期親者，具狀上請。流者鞭笞，留養其親，終則從流。不在原赦之例（《魏書·刑罰志》P.2885）。

是《北魏律》正式規定諸死刑犯，若其父母、祖父母年在七十以上，家中並無其他成年人，亦無期以上親者，得具狀上請，斷自宸衷；若犯流以下罪，則得由法司逕處以鞭刑，然後放其歸家養親，待家中直系血親壽終正寢後，再繼續服刑，是謂「權留養親」。而北魏此一規範，殆為我國固有律中關於犯罪「權留養親」（或「侍親緩刑」）制度之權輿。

## 二．唐律律文解讀

逮及唐代，遂將此制更明確地規定於律文中，是為《唐律·名例律》第26條〈犯死罪應侍家無期親成丁〉，該條律文之全文如下：

---

夫父母在者為妻、妾為其父母、正妻子、在室己女，已嫁為祖父母、父母，皆服之。參見黃彰健《明代律例彙編》（臺北，中央研究院歷史語言研究所專刊第七十五種，民國68年3月初版），〈本宗九族五服正服圖〉（P.24-25）及〈妻為夫族服圖〉（P.26-27）。

<sup>3</sup>所謂「上請」，即「上請聽裁」之省略語。自漢代開始，中國古代律令即規定，凡具有特殊身份之貴族或官僚犯罪，司法機關均無權斷罪，必須報請皇帝裁判。如《漢書·高祖本紀》載高帝七年春「令郎中有罪耐以上，請之」（參見班固《漢書》，新校標點斷句本，臺北，鼎文書局景印，民國66年12月再版，卷1下〈高祖本紀〉，P.63）；同書〈宣帝本紀〉亦載黃龍元年夏四月，詔曰：「吏六百石位大夫，有罪先請」；同書〈平帝本紀〉載元始元年令「公、列侯嗣子有罪，耐以上先請」（分別參見前引《漢書》卷8及卷12，P.274及P.349），遂為古代君主開啟了干涉司法的方便之門。

<sup>4</sup>按北魏時代關於「廢疾」之定義，今不能詳，若依唐代之定義，則「廢疾」當指：「痴啞、侏儒、腰脊折、一肢廢之人」，見仁井田陞原著，栗勁等編譯《唐令拾遺》（長春，長春出版社，1989年11月第1版第1刷，以下所引《唐令拾遺》均同此本），〈戶令〉第9條〈開元二十五年令·殘疾廢疾篤疾〉，P.136-137。

<sup>5</sup>據《魏書·世宗紀》所載，世宗宣武帝正始元年十二月，詔群臣議定律令，是北魏最後一次修訂律文，傳世之《北魏律》當以此為定本（見《魏書》P.198）。

諸犯死罪非十惡，而祖父母、父母老疾應侍，家無期親成丁者，上請。犯流罪者，權留養親，謂非會赦猶流者。不在赦例，仍準同季流人未上道，限內會赦者，從赦原。課調依舊。若家有進丁及親終期年者，則從流。計程會赦者，依常例。即至配所應侍，合居作者，亦聽親終期年，然後居作。<sup>6</sup>

本條律文大體可以分成五個部份來解讀。

（一）諸犯死罪非十惡，而祖父母、父母老疾應侍，家無期親成丁者，上請。

這是本條律文對於觸犯非十惡「死罪」的犯人，家中若有年老直系血親需要照顧，家內又無其他成丁之期親時，必須由該名死刑犯「侍親緩刑」時，則犯死罪之犯人可以上請聽裁。

於此，疏議又詳加規定曰：

謂非「謀反」以下、「內亂」以上死罪，<sup>7</sup>而祖父母、父母，通曾、高祖以來，<sup>8</sup>年八十以上及篤疾，<sup>9</sup>據令應侍，<sup>10</sup>戶內無期親年二十一以上、五十九以下者，<sup>11</sup>皆申刑部，具狀上請，<sup>12</sup>聽敕處分。若敕許充赦，家有期親進丁及親終，更奏

<sup>6</sup>長孫無忌等奉敕撰，劉俊文點校《唐律疏議》（北京，中華書局，1983年11月第一版，1989年9月第二刷，以下所引《唐律疏議》均同此本），卷3〈名例律〉，P.69-71。

<sup>7</sup>按疏議所謂：「非『謀反』以下、『內亂』以上死罪」，亦即所犯之罪並非「謀反」以下、「內亂」以上死刑之罪，含：謀反、謀大逆、謀叛、惡逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不義及內亂等罪（《唐律·名例律》第6條〈十惡〉參照，見《唐律疏議》P.6-16）。

<sup>8</sup>按疏議所謂：「而祖父母、父母，通曾、高祖以來」，係指《唐律·名例律》第52條〈稱期親祖父母〉所云：「諸稱『期親』及稱『祖父母』者，曾、高同」（《唐律疏議》P.136），故此處遂曰：「祖父母、父母，通曾、高祖以來。」

<sup>9</sup>所謂「篤疾」，據《唐令拾遺·戶令》第9條〈殘疾廢疾篤疾〉引〔開元二十五年令〕曰：「惡疾、癰狂、兩肢廢、兩目盲，如此之類，皆是篤疾」（前引《唐令拾遺》P.136參照）。

<sup>10</sup>疏議所謂：「據令應侍」，此處的「令」應指《唐令拾遺·戶令》第12條〈老疾應侍〉引〔開元七年令〕〔開元二十五年令〕曰：「諸年八十及篤疾，給侍一人；九十，二人；百歲，五人。皆先盡子孫，聽取近親，皆先輕色。無近親外取白丁，若欲取家內中男者，並聽」（《唐令拾遺》P.139-140參照）。

<sup>11</sup>據《唐令拾遺·戶令》第8甲條〈丁中老小〉引〔武德令〕及〔開元七年令〕曰：「諸男女始生為黃，四歲為小，十六為中，二十一為丁，六十為老」；同令第8乙條引〔開元二十五年令〕曰：「諸男女三歲以下為黃，十五歲以下為小，二十以下為中。其男年二十一為丁，六十為老」（《唐令拾遺》P.133-134參照）。故唐代前期關於「成丁」的年紀，始終都是二十一歲；而「入老」的年紀，亦始終維持在六十歲。

<sup>12</sup>關於「上請」的意義，已見前文；至於上請的程序，疏議曰：「應侍，戶內無期親年二十一以上、五十九以下者，皆申刑部，具狀上請，聽敕處分。若敕許充侍，家有期親進丁及親終，更奏；如元奏進止者，不奏。」按律文此處所引文字，與《唐令拾遺·戶令》第13條〈犯死罪非十惡父祖老疾應侍〉所引〔開元二十五年令〕，完全相同，唯〈戶令〉改「期」為「周」字。（《唐令拾遺》P.141參照）。

；如元奉進止者，不奏。家無期親成丁者，律意屬在老疾人期親，其曾、高於曾、玄非期親，縱有，亦合上請。<sup>13</sup>

若有曾、玄數人，其中有一人犯死罪，則不上請。<sup>14</sup>

據此，吾人可知唐律對於身犯死刑之罪犯，若家有年邁之尊長待其「侍親緩刑」，必須在符合下列三個情況之下，始能提出「上請」的要求。

首先，若是死罪犯人意欲「侍親緩刑」，所犯死罪必須是「非十惡」以外之死罪，始能夠「上請聽裁」；其次，犯人之父母、祖父母及曾、高祖父母，必須符合「老」（八十歲以上）或「疾」（篤疾）之條件；最後，犯人家中必須無「期親成丁」者，所謂「期親」指老、疾之人期以上親（含曾、玄孫），所謂「成丁」指年二十一以上、五十九以下男丁。

在符合了上述三個前提後，該名死刑犯始得提出「侍親緩刑」的申請；在「上請」以後，若「敕許充侍」，犯人就可以「暫時」豁免於死刑的處分，存留養親，待其親終，必須「更奏」，然後依敕旨處置。惟需注意者，即在親終以前，若戶內有人成丁，亦須「更奏」，然後依敕而行；若是敕旨早已針對上述兩種情況（即「親終」或「家有期親進丁」）做出定奪者，則無須再奏，依原敕進止即可。

此外，疏議於下文中又以〔問答〕的方式，做出如下的規範：

問曰：死罪囚家無期親，上請，敕許充侍。若逢恩赦，合免死以否？

答曰：權留養親，不在赦例，既無「各」字，止為流人。但死罪上請，敕許留侍，經赦之後，理無殺法，況律無不免之制，即是會赦合原。又，斷死之徒，例無輸課，雖得留侍，課不合徵，免課霑恩，理用為允。

此處有兩點值得注意：首先，這是說犯「非十惡」死罪之人，若奉敕充侍丁之人，倘逢恩赦，即可免死（更正確地說，應是「減死配流」）。其次，犯「非十惡」死罪之人，若奉敕得充侍丁，由於「斷死之徒，例無輸課」，故不但「免役」並且「課調全免」；換言之，應完全免除其「租庸調」三者。

<sup>13</sup>按疏議又曰：「家無期親成丁者，律意屬在老疾人期親，其曾、高於曾、玄非期親，縱有，亦合上請。」據前引《唐律·名例律·稱期親祖父母》曰：「稱『孫』者，曾、玄同」，故律文固以曾、玄孫同於「孫」也。因此，老疾者如無子、孫，而僅有曾、玄孫一人，此一曾、玄孫雖非期親，所犯死罪若非「十惡」之罪，亦合援孫例，得提出「侍親緩刑」的申請，並上請聽裁。

<sup>14</sup>疏議又曰：「若有曾、玄數人，其中有一人犯死罪，則不上請。」此指若老疾者有曾、玄孫數人，其中一人犯了死罪，由於尚有其他曾、玄孫存在，相當於戶內尚有期親成丁，故不能符合上列第三個要件「家無期親成丁」，所以此一犯死罪之人不得以「侍親」的名義申請緩刑。

(二)犯流罪者，<sup>15</sup>權留養親，謂非會赦猶流者。<sup>16</sup>不在赦例，仍準同季流人未上道，限內會赦者，<sup>17</sup>從赦原。課調依舊。

唐律本條律文的第二、三、四部份，都是在規定「流罪」的犯人，在申請權留養親時，所應遵守的規定。於此，首先是關於流罪人犯在申請「權留養親」時的通則性規定，疏議同樣也做出如下的補充：

犯流罪者，雖是五流<sup>18</sup>及十惡，亦得權留養親。會赦猶流者，不在權留之例。其權留者，省司判聽，不須上請。權留養親，動經多載，雖遇恩赦，不在赦限。依令：<sup>19</sup>「流人季別一遣。」同季流人，若未上道而會赦者，得從赦原。侍丁，依令「免役，唯輸調及租」。為其充侍未流，故云「課調依舊」。

<sup>20</sup>。

據此處的規定，犯有流罪的人犯若欲「權留養親」，同樣要符合三個決條件其中首要條件是所犯流罪必須是「會赦猶流」以外的四種流罪，亦即：加役流、反逆緣坐流、子孫犯過失流及不孝流等四類；其次，家中父母、祖父母及高、曾祖父母必須符合「老」（八十歲以上）或「疾」（篤疾）兩項要件

<sup>15</sup>流罪，指依律應處以「流刑」之罪者。唐律中對於流刑區分為三等，見《唐律·名例律》第4條〈流刑〉：「流刑三：二千里。贖銅八十斤。二千五百里。贖銅九十斤。三千里。贖銅一百斤」（《唐律疏議》P.5 參照）。

<sup>16</sup>所謂「會赦猶流」，依《唐律·名例律》第11條〈應議請減（贖章）〉疏議之解釋：「案〈賊盜律〉云：『造畜蠱毒，雖會赦，並同居家口及教令人亦流三千里。』〈斷獄律〉云：『殺小功尊屬、從父兄姊及謀反、大逆者，雖會赦，猶流二千里。』此等並是會赦猶流。其造畜蠱毒，婦人有官無官，並依下文，配流如法。有官者，仍除名，至配所免居作」（《唐律疏議》P.36）。

<sup>17</sup>所謂「限內會赦」，應指《唐律·名例律》第25條〈流配人在道會赦〉：「諸流配人在道會赦，計行程過限者，不得以赦原。謂從上道日總計，行程有違者。有故者，不用此律。若程內至配所者，亦從赦原」。換言之，若在限內會赦者，即得赦原。至於「限內」，指依《唐令拾遺·公式令》第44條〈馬驢江河行程〉引〔開元七年令〕〔開元二十五年令〕所規定之行程時限：「諸行程，馬日七十里，步及驢五十里，車卅里。其水程，重船溯流，河日卅里，江卅里，餘水卅五里；空船河卅里，江五十里，餘水六十里。重船、空船順流，河日一百五十里，江一百里，餘水七十里。其三峽砥柱之類，不拘此限。若遇風、水淺不得行者，即于隨近官司申牒驗記，聽折半功」（《唐令拾遺》P.535）。

<sup>18</sup>所謂「五流」，見《唐律·名例律》第11條〈應議請減（贖章）〉：「其加役流、反逆緣坐流、子孫犯過失流、不孝流、及會赦猶流」等是（《唐律疏議》P.35 36）。

<sup>19</sup>所謂「依令」，應指《唐令拾遺·獄官令》第14條〈流人季別一遣〉引〔開元七年令〕〔開元二十五年令〕曰：「諸流人季別一遣，若符在季末三十日內至者，聽與後季人同遣」（《唐令拾遺》P.703）。

<sup>20</sup>按疏議又曰：「侍丁，依令『免役，唯輸調及租』。為其充侍未流，故云『課調依舊』」（《唐律疏議》P.70）。按所謂「依令」，應指《唐令拾遺·賦役令》第22條〈侍丁免役〉引〔開元二十五年令〕：「侍丁，依《令》免役，惟輸調及租。」故此處的「課」，實指租庸調法之下的「租」而言。又，本文以為，此處要繳納租、調的「侍丁」，應只限於「犯流罪並得權留養親」之人；並不包含上文「諸犯死罪非十惡，而祖父母、父母老疾應侍，家無期親成丁者，上請」獲准，得

之一；最後，家內同樣沒有「期親成丁」者，始得提出申請。

與前述「犯非十惡死罪」不同的是，犯死罪之人若欲侍親緩刑，必須「上請聽裁」；而犯流罪之人犯，只要符合上述三個先決條件，即可由「省司」（尚書省刑部）根據律文規範，逕予裁斷「權留養親」即可，不需上請聽裁，故曰：「其權留者，省司判聽，不須上請。」

且犯流罪之人犯，既經裁斷可以權留養親後，即取得「侍丁」的身份；而據律文的規範，「侍丁」僅需繳納租、調，可以免役，而且是正役、雜徭均可免除。<sup>21</sup>

惟犯流罪並獲得權留養親許可之人犯，雖遇恩赦，亦不得赦免其罪，故曰：「權留養親，動經多載，雖遇恩赦，不在赦限。」然亦有例外，即原應與同季流放之罪人，若尚未出發即蒙恩赦者，則此一「權留養親」之人犯，亦可援例赦原，故曰：「同季流人，若未上道而會赦者，得從赦原。」據此可知，流以下人犯既經省司同意「權留養親」後，並不是完全不能恩赦，只是必須受到較為嚴格的限制。

或者以為根據前文所載，犯非十惡之死刑犯人，若在「侍親緩刑」期間，會赦即得原（減死配流），而流以下罪人反而受到比較嚴格的限制，這是什麼緣故？疏議於此再以〔問答〕的方式回應了此一疑惑。 筑

又問：死罪是重，流罪是輕。流罪養親，逢赦不免；死罪留侍，卻得會恩。則死刑何得從寬，流坐乃翻為急，輕重不類，義有感焉。

答曰：死罪上請，唯聽敕裁。流罪侍親，準律合住。合住者，須依常例；敕裁者，已沐殊恩。豈將恩許之人，比同曹判之色？以此甄異，非為重輕。

依疏議的解釋，犯「非十惡」死刑重罪之人犯，是「奉敕」得充侍丁，本系「殊恩」；流刑輕罪之人則由「曹判」（流罪權留養親僅須尚書刑部「曹判」），故須依「常例」，怎麼能將「殊恩」與「曹判」相提並論呢？故律文於此並無疑義可言。

（三）若家有進丁及親終期年者，則從流。計程會赦者，依常例。

律文的第三部份，繼續規範流罪人犯，若家有進丁或親終期年者，應

充「侍丁」之死刑犯（說詳前文所引〔問答〕部份）

<sup>21</sup> 據《文苑英華》（李昉、宋白等輯，北京，中華書局點校本，1966年5月第一版，1990年8月秦皇島第三刷）卷421〈赦書·改元天寶赦〉（P.4b）《唐大詔令集》（宋綬、宋敏求等編，臺北，鼎文書局校勘本，民國64年3月初版）卷4〈帝王改元中·改元天寶赦〉（P.21）均曾載：「侍丁者，令其養老；孝假者，矜其在喪。此王政優容，俾申情理，而官吏不依令、式，多雜役。自今後不得更然。」據此，則所謂「免役」者，正役、雜徭俱免。



該如何處分的問題。疏議同樣也做出補充說明如下：

本為家無成丁，故許留侍，若家有期親進丁及親終已經期年者，並從流配之法。計程會赦者，一準流人常例。

這是說如果流罪人犯獲得允許「權留養親」後，若其「權留養親」之事由消滅時（即「家有進丁」或「親終期年」），則「權留」之權利自然撤銷，罪人自然應依《唐律·名例律》第 24 條〈犯流應配〉之規定配流。<sup>22</sup>

疏議又曰：「計程會赦者，一準流人常例。」即依上文所引〈名例律〉。

流配人在道會赦之規範，準律處分，若在「限內」會赦，即得赦原。

（四）即至配所應侍，合居作者，亦聽親終期年，然後居作。

律文的第四部份是規定若流人已至配所，始發生「權留養親」之事故時，應如何處置的規範。同樣地，疏議於此補充說明如下：

流人至配所，親老疾應侍者，並依侍法。合居作者，<sup>23</sup>亦聽親終期年，然後居作。

按律文上款所言，皆屬流罪之人未至配所前的處分方式，故得「權留養親」；此處則規定若是流人已至配所，始發生「應侍」之情況時，則須依「加杖法」，加杖而暫免居作。至於「加杖法」，則如《唐律·名例律》第 27 條〈犯徒應役家無兼丁〉之規定：「徒一年，加杖一百二十，不居作；一等加二十。流至配所應役者，亦如之。」<sup>24</sup>

疏議又曰：「合居作者，亦聽親終期年，然後居作。」這也是說流人已至配所始發生「應侍」之事故時，亦須待其親終期年，始能令其居作。

#### （五）補充規範

最後，疏議於整條律文之末，又以〔問答〕的方式，做出補充規定如下：

問曰：犯死罪聽侍，流人權留養親，中間各犯死罪以下，若為科斷？

<sup>22</sup> 《唐律·名例律》第 24 條〈犯流應配〉之規定是：「諸犯流應配者，三流俱役一年。本條稱加役流者，流三千里，役三年。役滿及會赦免役者，即於配處從戶口例。妻妾從之。父祖子孫欲隨者，聽之。移鄉人家口，亦準此。若流、移人身喪，家口雖經附籍，三年內願還者，放還；即造畜蠱毒家口，不在聽還之例。下條準此」（《唐律疏議》P.66-68）。

<sup>23</sup> 至於所謂「居作」，依唐律規範，凡犯徒、流之罪人，均應於配所服勞役，謂之「居作」，詳參《唐律·名例律》第 24 條〈犯流應配〉（《唐律疏議》P.66-68）同書〈斷獄律〉第 24 條〈徒流送配稽留〉（《唐律疏議》總第 492 條，P.569）及《唐令拾遺·獄官令》第 17 條〈犯徒應配居作〉（《唐令拾遺》P.706-707）同令第 18 條〈流徒居作皆著鉗〉（《唐令拾遺》P.707）等等。

<sup>24</sup> 《唐律·名例律》第 27 條〈犯徒應役家無兼丁〉（《唐律疏議》P.73）參照。

答曰：依下文：<sup>25</sup>「犯罪已發及已配而更為罪者，各重其事  
若死囚重犯死罪，亦同犯流加杖法。若本坐是絞，重  
犯斬刑，即須改斷從斬；準前，更犯絞者亦依加杖例  
，若依前應侍，仍更重請。若犯流、徒者，各準流、  
徒之法。杖罪以下，依數決之。流人聽侍者，犯死罪  
上請。若犯流，依留住法加杖；侍親終，於配所累役  
。犯徒應役亦準此。應蔭贖者，各依本法。」

按此處是說凡「侍親緩刑」與「權留養親」之罪人，於「聽侍」及「權留」期間，分別又犯死罪（含）以下各種罪行，應依《唐律·名例律》第29條〈犯罪已發已配更為罪〉之規定，<sup>26</sup>予以處分。其處分方式，大致可以分為下列三種情況。

#### 1. 死罪聽侍之人

##### 若更犯死罪

疏議曰：「若死囚重犯死罪，亦同犯流加杖法。」

這是說死罪聽侍之人若更犯死罪，得比照犯流罪而換以加杖法來處分。因此，依前引《唐律·名例律·犯罪已發已配更為罪》之規定：「即重犯流者，依留住法決杖 流二千里，決杖一百；流二千五百里，決杖一百三十；流三千里，決杖一百六十」，惟最高不得杖逾二百。<sup>27</sup>

疏議又曰：「若本坐是絞，重犯斬刑，即須改斷從斬；準前，更犯絞者亦依加杖例。」

這是說原屬絞刑之聽侍者，若更犯斬刑死罪，則應改判為斬刑死罪，由於唐律規定「二死、三流作一等減」，<sup>28</sup>故仍得比照再犯流罪加處杖刑的方法予以處分，最高亦不得杖逾二百。

疏議續曰：「若依前應侍，仍更重請。」

這是說，如果死罪聽侍之人，其「聽侍」之要件並未消失，但

<sup>25</sup>所謂「依下文」，應指依據下列《唐律·名例律》第29條〈犯罪已發已配更為罪〉之規定（《唐律疏議》卷4，P.79-80），來做處置。

<sup>26</sup>《唐律·名例律》第29條〈犯罪已發已配更為罪〉之律文是：「諸犯罪已發及已配而更為罪者，各重其事。即重犯流者，依留住法決杖，於配所役三年。若已至配所而更犯者，亦準此。即累流、徒應役者，不得過四年。若更犯流、徒罪者，準加杖例。其杖罪以下，亦各依數決之，累決笞、杖者，不得過二百。其應加杖者，亦如之」（《唐律疏議》P.79-80）。

<sup>27</sup>據上條所引《唐律·名例律·犯罪已發已配更為罪》之規範：「累決笞、杖者，不得過二百」（《唐律疏議》P.80）；故《唐律·名例律·犯徒應役家無兼丁》條之疏議，亦一再聲明「加杖」不得過二百（《唐律疏議》P.73參照）。

<sup>28</sup>《唐律·名例律》第56條〈稱加減〉規定：「惟二死、三流，各同為一減」（《唐律疏議》P.142）。

是由於其更犯死刑之罪，故是否能夠繼續「聽侍」，必須重新「上請聽裁」，再依敕旨行止。

疏議曰：「若犯流、徒者，各準流、徒之法。」

這是說死罪聽侍之人更犯流、徒刑之罪，即依〈犯罪已發已配更為罪〉之規定：「若更犯流、徒罪者，準加杖例」處分。至於所謂的「加杖例」，應指前引《唐律·名例律·犯徒應役家無兼丁》之規定定：「徒一年，加杖一百二十，不居作；一等加二十」，最高仍不得逾杖二百。

疏議曰：「杖罪以下，依數決之。」

這是說死罪聽侍之人，若更犯杖刑以下之罪，則依〈犯罪已發已配更為罪〉之規定：「其杖罪以下，亦各依數決之，累決笞、杖者，不得過二百。」

## 2. 權留養親之流人

疏議曰：「流人聽侍者，犯死罪上請。」

這是說得權留養親之流人，倘若更犯死罪（必須是「非十惡」之死罪），則其是否仍能繼續「聽侍」，須依本條律文第一款之規定「上請聽裁」。

疏議曰：「若犯流，依留住法加杖；侍親終，於配所累役。」

這是說權留養親之流人，若更犯流罪，則應依〈犯罪已發已配更為罪〉之規定：「即重犯流者，依留住法決杖」；待其所侍之親既終，則依〈犯罪已發已配更為罪〉之規定：「仍於配所役三年，通前犯流應役一年，總役四年。」

疏議又曰：「犯徒應役亦準此。」

這是說權留養親之流人，若更犯徒罪，亦依〈犯罪已發已配更為罪〉之規定：「即累流、徒應役者，不得過四年。若更犯流、徒罪者，準加杖例」處分。

## 3. 得贖者

疏議曰：「應蔭贖者，各依本法。」此言若「侍親緩刑」及「權留養親」之罪人，具備有「議請減」等身份，得依《唐律·名例律》第11條〈應議請減（贖章）〉之規定辦理，<sup>29</sup>依法收贖。

<sup>29</sup>《唐律·名例律》第11條〈應議請減（贖章）〉之律文是：「諸應議、請、減及九品以上之官，若官品得減者之祖父母、父母、妻、子孫，犯流罪已下，聽贖；若應以官當者，自從官當法。其加役流、反逆緣坐流、子孫犯過失流、不孝流、及會赦猶流者，各不得減贖，除名、配流如法。除名者，免居作。即本罪不應流配而特配者，雖無官品，亦免居作。其於期以上尊長及外祖父母、夫、夫之祖父母、犯過失殺傷，應徒；若故毆人至廢疾，應流；男夫犯盜謂徒以上。及婦人犯姦者：亦不得減贖。有官爵者，各從除、免、當、贖法（《唐律疏議》P.34 38）。

### 三．唐律律文及相關規範分析

首先，本條律文所涉及之「權留養親」問題，著實而言，主要可區分為「死罪侍親緩刑」及「流罪權留養親」兩大部份。

其次，罪犯得以「權留養親」(或「侍親緩刑」)之要件應該有三：第一，若是死罪犯人意欲「侍親緩刑」，所犯死罪必須是「非十惡」以外之死罪，始能申請「上請」；若犯流罪意欲「權留養親」，則所犯流刑必須不是「會赦猶流」之罪。第二，犯人之父母、祖父母及曾、高祖父母，必須符合「老」(八十歲以上)或「疾」(篤疾)之條件。第三，犯人家中必須無期親成丁者，所謂「期親」指老、疾之人期以上親(含曾、玄孫)；所謂「成丁」指年二十一以上、五十九以下男丁。

最後，關於「權留養親」的處理情形，主要亦有三點：

第一，非十惡死罪之犯人，得先向刑部提出申請，再由刑部「具狀上請，聽敕處分」，如果「敕許充侍」，其死刑即得暫緩執行。聽侍期間，並得免除其全部課役；遇有恩赦，所犯死罪亦合免除。緩刑的事由若發生變化，亦即「親終」(所侍之親去世)，或「家有期親進丁」時，應當「更奏」聽裁；若是原奏請時，敕旨已先有裁示，則毋須再奏請，只需奉旨行止即可。

第二，非會赦猶流之流罪犯人，則僅需向刑部提出申請，然後逕由刑部依律裁斷(「省司判聽，不須上請」)。凡被批准得以「權留養親」者，如尚未配流，即得緩配；凡已至配所者，即得緩役「聽親終期年，然後居作」。緩配、緩役期間，流人得免除其丁役與雜徭，其餘「課調依舊」；遇有恩赦，除非「準同季流人未上道者，限內會赦者，從赦原」，其餘一概「不在赦例」。「權留養親」之事由若終止，即「家有進丁」或「親終期年」，則「權留養親」之權利自然撤銷，流人之應配、應役者，即應配流、居作。

第三，若「權留養親」之死罪、流罪犯人，於「侍親期間」更犯罪時，其處理方法是：若原犯死罪敕許充侍者，更犯死罪，則須重新「上請聽裁」；若更犯流、徒罪，則毋須上請，僅將流、徒罪依下條〈犯徒應役家無兼丁〉之「加杖法」決杖；若更犯杖、笞之罪，則依數決之，最高皆不得逾二百。若原犯流罪得以權留養親者，更犯死罪，則須「上請聽裁」；若更犯流以下罪，其處分方式與上述死罪犯人更犯流以下罪的處分方式相同。此外，無論「死罪聽侍

」或「流罪留養」之犯人更犯之罪，若能符合《唐律·名例律·應議請減（贖章）》之規範時，均得依律收贖。

從以上的分析，可見唐律對於「權留養親」之規定堪稱鉅細靡遺；而除了律文的規範以外，唐廷亦曾兩度以詔敕重申對於「侍丁」的優厚處置。

第一次是在玄宗天寶年間，曾詔：

侍丁犯法，原之俾終養。然巨盜起，天下被其毒，民莫蒙其賜也。<sup>30</sup>

這是說玄宗詔令倘若「侍丁」在侍親期間，更犯其他罪狀時，均予以寬貸，俾使其能夠安心地奉養家中尊長終老。惟不旋踵間，安史亂起，故其實效，似未能見。

第二次則見於肅宗乾元元年（758）二月五日的敕節文：

其左降官，非反逆緣坐及犯惡逆名教、枉法強盜賊，如有親年八十以上，及患在床枕，不堪扶持，更無兄弟者，許停官終養。其流移人亦准此。<sup>31</sup>

這是將唐律所規定得以「權留養親」的對象，擴及到一般左降官及流移人，並且將律文所要求的「無期親成丁」放寬為「更無兄弟」，即可取得「權留養親」的機會。惟竊意以為，此亦屬唐肅宗的一時善政，並未形成定制，嗣後唐廷在處理「侍親緩刑」的申請時，仍以《唐律·名例律·犯死罪應侍家無期親成丁》為準。

#### 四．宋元明清時代相關規範分析

我國固有律關於「權留養親」的規範，迄乎唐律似已定型，降及宋元時代，大體多沿襲唐律之相關規定；洎乎明清之際，雖有較大之變化，惟其立法精神或立法旨趣則一。

##### （一）宋代

在《宋刑統》的規範中，<sup>32</sup>幾與《唐律》如出一轍，似毋須多言。

<sup>30</sup>歐陽修、宋祁等撰《新唐書》（新校標點斷句本，臺北，鼎文書局景印，民國65年11月初版），卷56〈刑法志〉，P.1415。

<sup>31</sup>王溥《唐會要》（新校標點本，上海，上海古籍出版社，1991年1月第一版第一刷），卷41〈左降官及流人〉，P.860。

<sup>32</sup>見《宋刑統·名例律·犯流徒罪·犯死罪及流徒罪祖父母父母老疾家無兼丁留侍》：「諸犯死罪非十惡，而祖父母、父母老疾應侍，家無周親成丁者上請。犯流罪者，權留養親，謂非會赦猶流者。不在赦例，仍準同季流人未上道，限內會赦者，從赦原。課調依舊。若家有進丁及親終周年者，則從流計程，會赦者依常例。即至配所應侍，合居作者，亦聽親終周年，然後居作（竇儀等

惟有宋一代，仍數度以詔、敕或編令，重申此意。如慶曆五年（1045）時，宋仁宗曾詔：

罪殊死者，若祖父母、父母年八十及篤疾無期親者，列所犯以聞。<sup>33</sup>

而在南宋寧宗慶元年間所編成的《慶元條法事類》亦收有下列兩條敕文、一條令文。第一條敕文即《慶元條法事類·侍丁敕令·敕·名例敕》：

諸犯死罪非十惡及持〔杖〕強盜、謀殺、故殺人已殺，而祖父母、父母老疾應侍，家無期親成丁者，奏裁。犯配沙門島、遠惡州及廣南，並配阡里、伍伯里以上，配鄰州，鄰州配本州。應移鄉者移鄰州。犯流應居作情理兇惡，故毆人至廢疾者非及編管者並免。即已編配居作而應侍者，准此移放<sup>34</sup>。

第二條敕文則是：

諸緣坐應編管，而年陸拾以上、拾伍以下及婦人，於本條應編管，而夫之祖父母、父母或祖父母、父母謂未嫁者，即雖已嫁而招贅婿者同。老疾應侍，家無期親成丁者，並免。若已編管而應免者，亦放（《慶元條法事類·侍丁敕令·敕·名例敕》P.527 528）。

至於令文則是：

諸祖父母、父母年捌拾以上及篤疾者，令人各給壹丁侍（《慶元條法事類·侍丁敕令·令·戶令》P.528）。

從上引宋代敕令可知，除了南宋寧宗時代的編敕〈名例敕〉，將死罪人犯得以「侍親緩刑」的規定，從「非十惡死罪」，更擴及到所犯死罪不可以是「持杖強盜、謀殺、故殺人已殺」等罪必須「上請聽裁」以外，皆係重申死刑乃致徒、流刑人犯，若家中直系血親老疾應侍，又無期親成丁者，犯罪人均得提出「權留養親」的要求。如同唐律，宋律仍採取了「死罪上請聽裁，流以下罪則由有司逕予裁斷」的方法加以處分。

## （二）元代

洎乎元世，相關規範，亦曾兩見，此即《元史·刑法志》所載：

編撰《宋刑統》，新校標點斷句本，臺北，仁愛書局景印，民國74年10月出版，P.46）。於此足見，關於本條律文的規範，《宋刑統》幾與《唐律》全同，惟改「期親」為「周親」，改「期年」為「周年」，這應是避宋度宗名諱的緣故。

<sup>33</sup>脫脫等撰《宋史》（新校標點斷句本，臺北，鼎文書局景印，民國67年9月初版），卷199〈刑法志一〉，P.4977。

<sup>34</sup>謝深甫等編纂《慶元條法事類》（臺北，新文豐出版公司，民國65年4月景印初版，以下所引《慶元條法事類》均同此本），卷75〈刑獄門五·侍丁敕令·敕·名例敕〉，P.527。

諸犯死罪，有親年七十以上，無兼丁侍養者，許陳請奏裁。<sup>35</sup>

又見於同書另條規定：

諸竊盜應徒，若有祖父母、父母年老，無兼丁侍養者，刺斷免徒；再犯而親尚存者，候親終日，發遣居役（《元史·刑法志三》，P.2660）。

元代的規範與前此不同的地方主要有五點。首先，元代法律對於「死刑」犯人，得提出「侍親緩刑」要求者，並未如唐及北宋時代必須是「非十惡死罪」，更不用說較諸唐律更嚴格之南宋敕令的規範了。其次，元代對於年老直系血親在年齡上的要求，是「七十以上」，較諸唐、宋兩代都是「八十以上」，亦是較為放鬆。復次，元代法律上所謂的「兼丁」，似即「單丁」之意，<sup>36</sup>據此，則元代法律似乎已將唐律中「無期親成丁」的規定，放寬為只要「無兼丁」即可提出「權留養親」的申請。再次，元代法律似首開將「犯徒應役」之人，亦併入本條之先例，是為元律與唐、宋律最大的不同點。最後，元代的法律似未提及「流罪」人犯的相關規範，當然，這或許是元律有關所造成的缺陷吧！

### （三）明代

至於明代，相關規範首見於《明律·名例律·犯罪存留養親》條：

凡犯死罪，非常赦所不原者，而祖父母、父母老疾應侍，家無以次成丁者，有司推勘明白。開具所犯罪名並應侍緣由，奏聞，取自上裁。若犯徒、流非常赦所不原，而祖父母、父母老疾，無人侍養者，止杖一百，餘罪收贖，存留養親。<sup>37</sup>

而《明史·刑法志》亦載有：

犯死罪，非常赦所不原，而祖父母、父母老無養者，得奏聞取上裁。犯徒流者，餘罪得收贖，存留養親。即唐律罪非十惡條。<sup>38</sup>

<sup>35</sup>宋濂等撰《元史》（新校標點斷句本，臺北，鼎文書局景印，民國66年10月初版，以下所引《元史》均同此本），卷105〈刑法志四·恤刑〉，P.2690。

<sup>36</sup>按「兼丁」此一名詞，似首見於《唐律·名例律》第27條〈犯徒應役家無兼丁〉（《唐律疏議》P.72-74），惟該條律文並未對「兼丁」一詞加以解釋；然據《唐律·名例律》第44條〈共犯罪有逃亡〉、同律第45條〈二罪從重〉及《唐律·鬥訟律》第41條〈誣告反坐〉（總第342條）之疏議，可知所謂的「兼丁」實即「單丁」之意（《唐律疏議》P.118、P.124及P.429參照）。

<sup>37</sup>姚思仁《大明律附例注解》（北京，北京大學出版社，據北京大學圖書館善本藏書景印，1993年8月第一版第一刷），卷1〈名例律·犯罪存留養親〉，P.176。

<sup>38</sup>張廷玉等撰《明史》（新校標點斷句本，臺北，鼎文書局景印，民國64年6月初版），卷93〈刑法志一〉，P.2285。

由上可知，明律與前此的不同之處主要亦有五點。首先，由於明律將《唐律·名例律》第 27 條〈犯徒應役家無兼丁〉刪除，<sup>39</sup>故不得不將「犯徒應役」的部份內容正式省併入本條（《唐律·名例律·犯死罪應侍家無期親成丁》），並改律文之名稱爲〈犯罪存留養親〉，這是明律與唐、宋律最大的不同。第二，明律將死罪人犯得以提出「權留養親」之資格者，由唐律中的「非十惡死罪」改爲「非常赦所不原」，較諸唐律，更趨向嚴格。第三，對於有待孝養之直系血親的年齡，明律並無規定，留下空白的空間，又較唐律趨向寬鬆。第四，明律亦將唐律中「無期親成丁」之規定，改爲「無以次成丁」，與元律相近，而與唐、宋律相去較遠，也較唐、宋律來得寬鬆。最後，唐、宋律對於流罪人犯「權留養親」的規定，是待其親終期年後，仍要實服其刑，故是實質上的「侍親緩刑」，並非減免其刑；惟明律將徒、流人犯僅杖一百，餘罪逕予收贖後，許其「存養」其親，至若贖刑之法，據《明史·刑法志》所載：

若犯徒、流，存留養親者，止杖一百，餘罪收贖。其法實杖一百，不准折贖，然後計徒流年限，一視老幼例贖之。此律自英宗時詔有司行之，後為制（《明史·刑法志一》，P.2298）。

足見此本為英宗一時之法，日後始形成定制，惟明代徒、流罪的人犯，經過此一「易刑」的處分後，原有的徒、流等罪均無形中消失矣，此係明律與唐、宋律又一極大的差別處。

#### （四）清代

降及清代，由於清律沿襲明律而來，故於「權留養親」方面的規定，與明律較為接近。惟清代除了在《清律·名例律·犯罪存留養親》條做出明文規範以外，並於律文之後製頒了十六條〈條例〉：

凡犯死罪非常赦不原者。而祖父母、高、曾同。父母老、七十以上疾篤廢應侍，或老、或疾。家無以次成丁十六以上者，即與獨子無異，有司推問明白。開具所犯罪名並應侍緣由，奏聞，取自上裁。若犯徒、流而祖父母、父母老、疾，無人侍養者，止杖一百，

<sup>39</sup>按《唐律·名例律》第 26 條〈犯死罪應侍家無期親成丁〉，僅針對「死、流」罪犯人而設，至於「犯徒應役」而同樣必須權留養親者，唐律則另設專條，即《唐律·名例律》第 27 條〈犯徒應役家無兼丁〉（《唐律疏議》P.72-74 參照），宋律與唐律相同；惟明清律皆刪去〈犯徒應役家無兼丁〉的律文，故不得不將犯徒應役之部份內容併入本條（〈犯死罪應侍家無期親成丁〉）。



餘罪收贖，存留養親。軍犯准此。<sup>40</sup>

〔條例〕

- (1) 凡犯罪有兄弟俱擬正法者，存留一人養親，仍照律奏閣，請旨定奪。
- (2) 凡因誣告擬流加徒之犯，除被誣罪名應准留養者，仍照定例遵行外，如誣告人謀、故殺及為強盜等罪，以致被誣良民久淹獄底，身受刑訊，蕩產破家，迨審明反坐者，依律問發，不准留養。
- (3) 凡旗人犯斬、絞、外遣等罪，例合留養承祀者，照民人一體留養承祀。
- (4) 凡部內題結軍、流、徒犯及免死流犯，未經發配以前，告稱祖父母、父母老疾應侍，及其母系屬孀婦守節已逾二十年，家無以次成丁者，如屬大、宛二縣民人，該縣查明，府尹確察報部；如屬五城民人，兵馬司掌印指揮查明，巡城禦史確察報部；如屬外省民人，州、縣官查明，督撫確察報部。軍、流、徒犯照數決杖，徒犯枷號一個月，軍、流枷號四十日，免死流犯枷號兩個月，俱准存留養親。其各省人犯，該督撫照此確查辦理。若在外人犯咨解到部之后始告留養者，取具該犯確供，一面解配一面行查原籍督撫。及人犯甫經到配告稱留養者，該配所一面收管，一面行查，如果例應留養，取結報部，將該犯解籍留養。原審官照軍、流等犯，未經審出實情例議處。
- (5) 軍、流、徒犯並非獨子，地方官知情捏報，以故出論。如有受賄情弊，以枉法論。失察者，交部議處。其鄰保族長人等，有假捏出結者，照証佐不言實情，減本犯罪二等律治罪。受財者，以枉法從重論。若地方官查報後，復將假捏情弊自行查明，或上司復飭察出，及鄰保人等自行首送者，除本犯仍行發配外，官員及鄰保人等具免議。至定案之初，不遵例取具有無祖父母、父母、兄弟、子孫及年歲若干確供者，承審之員照軍、流等犯未經審出實情例議處。
- (6) 凡曾經觸犯父母犯案，並素習匪類，為父母所擯逐，及在他省獲罪，審系游蕩他鄉、遠離父母者，俱屬忘親不孝之人概

<sup>40</sup> 弘晷等奉敕編撰，張榮錚、劉勇強、金懋初點校《大清律例》（天津，天津古籍出版社，1993年12月第一版第一刷），卷1〈名例律·犯罪存留養親〉，P.106。以下所引〔條例〕，則為〈大清條例〉第70—85條（P.107—112）。

不准留養。若系官役奉差者，客商貿易在外，寄資養親確有實據者，及兩省地界毗連相距在數十里以內者，該督撫於定案時察核明確，按其情罪輕重，照例將應侍緣由於題咨內聲敘。

- (7) 搶竊滿貫擬絞，秋審緩決一次者，竊盜三犯、贓至五十兩以上、擬絞秋審緩決一次者，三次犯竊，計贓五十兩以下至三十兩者，三十兩以下至十兩者，竊贓數多，罪應滿流者，搶奪傷人，傷非金刃，傷輕平復者，竊盜臨時拒捕，傷非金刃，傷輕平復者，發掘他人墳冢，見棺槨為首及開棺見屍為從者，內地民人在新疆犯至軍、流互相調發者，調奸未成和息後，因人恥笑，復追悔抱忿自盡致死二命者，行營金刃傷人者，川省匪徒在在野攔搶十人以上，被脅隨行者，凶徒因事忿爭執持軍器毆人至篤疾者，夥眾搶去良人子弟，強行雞姦之餘犯，問擬充軍者，並軍、流、徒犯內，造賣販賣賭具，誘拐及各項情輕人犯，果於未經發配，及甫經到配以前告稱有祖父母、父母老、疾應侍，與例相符，准其留養一次，照例枷責，分別刺字，詳記檔案。若留養之後復犯軍、遣、流、徒等罪，概不准再行留養。
- (8) 凡鬥殺等案及毆妻致死之犯，奉旨准其留養承祀者，將該犯枷號兩個月，責四十板。鬥殺等案，追銀二十兩給死者家屬養贍。至毆妻致死，原題時親老、丁單，聲請留養，遇有父母先存後故，與承祀之例相符者，各督撫於秋審時查明取結，另行報部，九卿一體核擬具題。倘有假捏等弊，除本犯仍照原擬不准留養承祀外，查報之地方官及捏結之鄰保、族長等，俱照捏報軍、流留養例，分別議處治罪。若留養承祀之後，如有不安分守法，別生事端，無論罪名輕重，即照現犯之罪，按律定擬，不准復行聲請。
- (9) 凡軍務未竣以前自首逃兵內，如實系因病落後，並非無故脫逃，而其父兄曾經歿于王事，又親老、家無次丁者，准其留養。其無故脫逃，續經拿獲者，雖有父兄歿於王事，仍不准其留養。
- (10) 凡死罪及軍、流、遣犯獨子留養之案，如該犯本有兄弟並侄出繼，可以歸宗者，及本犯身為人後，所後之家可以另繼者，概不得以留養聲請。若該犯之兄弟與侄出繼所後之家，無可另繼之人，不可歸宗，及本犯所後之家無可另繼者，仍准

其聲請留養。其徒罪人犯兄弟並侄出繼，毋庸令其歸宗，及本犯身為人後，毋庸另繼，概准聲請留養。

- (11) 遣犯內強盜窩主造意不行又不分贓者，拿獲逃人不將實在窩留之人指出、再行妄扳者，發遣雲、貴、兩廣煙瘴。偷創人參人犯，在配脫逃者，盛京旗下家奴為匪，逃走至二次者，派往各省駐防滿洲兵丁，臨行及中途脫逃者，用藥迷人，甫經學習即行敗露者，用藥迷人已經得財為從者，用藥迷人，被迷之人當時即覺未經受累者，閩省不法棍徒引誘偷渡之人，包攬過台，中途謀害人未死同謀者，應發極邊煙瘴罪人，事發在逃，被獲時有拒捕者，開窩誘取婦人子女勒賣為從者，永遠枷號人犯已逾十年，原擬死罪並應發新疆、黑龍江者，大夥梟徒，拒捕傷差案內之灶丁、窩家及軍營脫逃兵丁，在軍務未竣以前投首者，軍營脫逃餘丁被獲者，聚眾奪犯殺差案內隨同拒捕，未經毆人成傷者，川省匪徒在野攔搶四人至九人未經傷人者，台灣無籍游民凶惡不法，犯該徒罪以上情重者，賊犯犯罪事發抗拒殺差案內為從，在場助勢者，罪囚越獄脫逃三人以上，原犯徒罪為從及杖、苔為首，並一、二人原犯軍流為從，及徒罪為首者，幕友、長隨、書役等，倚官妄為，累及本官罪應軍、流以上與同罪者，新疆兵丁跟役，如有酗酒滋事、互相調發者，行竊軍犯在配復行竊者，搶奪金刃傷人及折傷下手為從者，積匪、猾賊及窩留者，回民犯竊結夥三人以上，執持繩、鞭器械者，開館見屍二次為從者，引誘包攬偷渡過台，招集男、婦至三十人以上者，蠹役誅贓十兩以上者，積慣訟棍罪應擬軍者，軍、流、徒犯內強盜並有關倫理，及凶徒擾害地方罪應發遣者，俱不准聲請留養。
- (12) 凡卑幼毆死本宗期功尊長者，皆按律定擬，概不准聲請留養承祀。若按其所犯情節實可矜憫者，該督撫於疏內聲明，恭候欽定。至毆死本宗總麻、外姻功、總尊長，如有親老丁單，應行行留養，統俟秋審時取結，分別辦理。
- (13) 凡戲殺、誤殺、擅殺、鬥殺情輕，及救親情切，傷止一二處，各犯如定案時犯親年歲不符，原題內未經聲明，應俟秋審後核其祖父母、父母現已老、疾，孀婦守節年分均已符合，或成招時家有次丁嗣經身故，及被殺之家先有父母，嗣已物故，與留養之例相符，由各督撫查明，已入系秋審緩決可

矜隨時隨案具題刑部，核明題覆，准其留養。其未入秋審各案，如擅殺、鬥殺，應擬可矜，戲殺及誤殺，例准緩決一次減等者，亦准其隨時查辦。如誤殺不准一次減等之案，及擅殺、鬥殺應擬緩決者，照例俟候秋審時取結，報部辦理。如系擅殺，仍照例，毋庸查被殺之家有無父母。

(14) 尊長故殺卑幼之案，如有親老、丁單，定案時於疏內聲明，俟秋審時取結報部，分別情罪輕重辦理。

(15) 凡人命案件於相驗時，即將凶犯之親有無老、疾，該犯是否獨子訊證明確，一並詳報。定案時係戲殺及誤殺，秋審緩決一次，例准減等之案，並擅殺、鬥殺情輕及救親情切，傷止一、二處各犯，核其情節，秋審時應入可矜者，如有祖父母、父母老、疾應侍，及孀婦獨子，伊母守節已逾二十年者，或到案時非例應留養之人，迨成招時其祖父母、父母已成老、疾，兄弟子侄死亡者，該督撫查取各結，聲明具題，法司隨案核覆，聲請留養。其餘各案秋審並非應入可矜，並誤殺緩決一次例不准減等者，該督撫於定案時止將應侍緣由聲明，不必分別「應准」、「不應准」字樣，統俟秋審時取結報部，刑部會同九卿核定，入於另冊，進呈恭候欽定。其謀、故殺及連斃二命，秋審應入情實無疑之案，雖親老、丁單，毋庸聲請留養。至夫致死妻，應行留養承祀之案，無論毆殺、故殺，如核其情節，秋審應入可矜者，亦准隨案聲請。其餘統俟秋審時取結，分別情罪輕重辦理。朝審案件一體遵行。

(16) 殺人之犯，有秋審應入緩決、應准存留養親者，查明被殺之人有無父母，是否獨子，於本內聲明。如被殺之人亦係獨子，但其親尚在，無人奉侍，不論老、疾與否，殺人之犯皆不准留養。若被殺之人平日游蕩離鄉、迷親不顧，或因不供養贍、不聽教訓，為父母所擯逐，及無姓名、籍貫可以關查者，仍准其聲請留養。至擅殺罪人之案，與毆斃平人不同，如有親老應侍，照例聲請，毋庸查被殺之家有無父母，是否獨子。

從上引《大清律例》可知，關於「權留養親」的制度，至此已發生較大的變化，易言之，《大清律例》將本條律文從較單純地「侍親緩刑」之規定，改變為「留養」與「承祀」並重的規範，立法精神和旨趣雖與前此仍存在著一致性，然立法方向卻頗有不同。

同時，即以大清本條律文的〈條例〉來說，亦時有更改，根據前賢的

剖析，本條律文〈條例〉關於「留養」部份，較重大的改變計有六點。<sup>41</sup>

第一，自康熙十二年（1673），將流罪照旗下人例，枷號兩個月、責四十板，准其存留養親，軍徒亦照此發落。

第二，雍正二（1724），年始定有鬥毆人命分別傷之輕重，輕者准予留養之例。

第三，乾隆五年（1740），增修軍、流、徒及免死流犯分別枷號留養之文，收贖之法遂廢，與唐、明律皆不同矣。

第四，乾隆十六年（1751），始分別傷輕者照例留養，情重者至秋審時查明核辦。

第五，道光二十二年（1842）新章，擅殺罪人案件，除謀、故並火器殺人、連斃二命均應絞抵，及各斃各命，致斃彼造四命以上者，均俟緩決三次後再行查辦減流，餘俱緩決一次後即行減等，毋庸擬入可矜。

第六，咸豐十一年（1861）新章，救親斃命之案，凶犯因見父母受〔傷〕，救護起釁者，不論傷痕多寡、是否互鬥，俱照本例擬絞監候，秋審時酌入可矜。

至於「承祀」之制，歷代以來，律無明文，至清初始有，故《清史稿·刑法志》曾經記載道：

其立法之善者，如犯罪存留養親，推及孀婦獨子；若毆兄致死，亦得准其承祀，恤孤嫠且教孝也。<sup>42</sup>

而本條律文〈條例〉關於「承祀」部份，較大的改變亦有三點。<sup>43</sup>

第一，雍正四年（1726），始定有弟殺胞兄，父母已歿准予承祀之例。

第二，雍正十一年（1733）又定有毆妻致死，存留承祀之例。

第三，乾隆十三年（1748）又依西安巡撫陳宏謀條奏，將弟殺胞兄承祀之例刪除，《續纂》不准聲請留養承祀專條。例末聲明，毆妻致死之案仍照定例施行。

惟條例刪修過多的結果，是部份例文已形同虛設，即使官府中的資深吏員，亦不知其所以然。<sup>44</sup>又或者如同毆妻致死仍許其承祀，本係由弟殺

<sup>41</sup>以下所引六點，均見沈家本《律例偶箋》卷1〈犯罪存留養親〉（收入沈家本撰，劉海年、韓延龍等整理《沈家本未刻書集纂》，北京，中國社會科學出版社，1996年12月第一版第一刷，以下所引《沈家本未刻書集纂》均同此本），P.273-274。惟沈家本原文並未依照年代次序撰寫，此一部份係由筆者依照年代先後次序排列而成。

<sup>42</sup>趙爾巽等撰《清史稿》（新校標點斷句本，臺北，鼎文書局景印，民國70年10月初版），卷142〈刑法志一·律例〉，P.4185。

<sup>43</sup>以下所引三點變化，亦出自前引沈家本《律例偶箋》卷1〈犯罪存留養親〉（收在《沈家本未刻書集纂》P.274）。與前註相同的是，沈氏原文並未依照年代次序撰寫，此一部份係由筆者自行調整。

<sup>44</sup>按沈家本在記述「乾隆十六年始分別傷輕者照例留養，情重者至秋審時查明核辦」之後，接著

胞兄仍准承祀之例推廣而來，其後卻轉為毆妻致死者之專例矣。無怪乎前賢感慨地說到：「法之變遷無常，此類是也。」<sup>45</sup>

馴及清季，由於修律大臣沈家本等均主張將本條「權留養親」的律文刪除，以致引起「禮教派」（或曰「守舊派」）的反彈（詳見下文）。惟光緒三十三年（1907）奏上的《刑律草案》，已無此條律文，而清室旋遭覆鼎之禍，故民國肇建所頒《暫行新刑律》，遂無本條律文，似已毋須多言。

## 五．司法實例檢討

### 1. 《太平御覽》卷 646 < 刑法部·棄市 > 引《晉書》：

（晉成帝）咸和二年（327），句容令孔恢罪棄市，詔曰：「恢自陷刑網，罪當大辟，但以其父年老而有一子，以為惻然，可特原之。」<sup>46</sup>

#### 〔說明〕

此案之來龍去脈並未能詳，然晉成帝以為句容縣令孔恢之父年事已高，僅有一子，故特予赦免孔恢死罪，則屬顯見之事實，故沈家本以為本案「即後來留養之權輿也」。<sup>47</sup>

### 2. 《金史·海陵王本紀》天德三年（1151）四月：

沂州男子吳真犯法，當死，有司以其母老疾無侍為請，命官與養濟，著為令。<sup>48</sup>

#### 〔說明〕

從本案可知，金廷有司因罪犯吳真之母親年老無養，故特為之申請減死侍親，雖然海陵帝並未應允官府的請求，只令官府代為養活罪犯之母，並「著為令」，罪犯殆仍處以死刑。惟由本案的處理過程，竊疑金代律令應該亦有

---

說道：「此例相沿至今未改，乃近數十年來隨案聲請者已絕無僅有，前在部中祇辦過一起，嘗詢之老吏，亦不知其所以然」，參見沈家本《律例偶箋》卷 1 < 犯罪存留養親 >（收在《沈家本未刻書集纂》P.273）。

<sup>45</sup>語出沈家本在記述「承祀」制度之變化後的感慨文字，亦見沈家本《律例偶箋》卷 1 < 犯罪存留養親 >（收在《沈家本未刻書集纂》P.273）。

<sup>46</sup>李昉等編《太平御覽》（臺北，大化書局景印，民國 66 年 5 月出版），卷 646 < 刑法部·棄市 >，P.7a。

<sup>47</sup>沈家本《歷代刑法考》（北京，中華書局景印，1985 年 3 月第一版第一刷，以下所引沈家本《歷代刑法考》均同此本），< 明律目箋 > 卷 1，P.1797。

<sup>48</sup>脫脫等撰《金史》（新校標點斷句本，臺北，鼎文書局景印，民國 65 年 11 月初版，以下所引《金史》均同此本），卷 5 < 海陵帝本紀 >，P.97。

「權留養親」之制，故有司始敢有所申請，惜乎金律今已不存矣。

3. 《金史》卷 7 < 世宗本紀中 >：

大定十三年（1163）五月，尚書省奏，鄧州民范三毆殺人，當死，而親老無侍。上曰：「在醜不爭謂之孝，孝然後能養。斯人以一朝之忿忘其身，而有事親之心乎。可論如法。其親，官與奉養」（《金史》P.159）。

〔說明〕

皓本案罪犯范三與前案罪犯相同，亦是犯下殺人罪，依律當處以死刑，尚書省亦以其親老無侍，故為之上請。而金世宗對於本案的處置，正符合前引海陵王「著為令」之規範，換言之，即罪犯處死，其親則由官府濟養。

4. 《金史》卷 45 < 刑志 >：

（世宗大定）二十三年（1173），尚書省奏，益都民范德年七十六，為劉祐毆殺。祐法當死，以祐父母年俱七十餘，家無侍丁，上請。上曰：「范德與祐父母年相若，自當如父母相待，至毆殺之，難議末減，其論如法」（《金史》P.1019）。

〔說明〕

按本案再次顯示出金代應有「權留養親」之制，故有司始敢於一再地為罪犯提出「上請」的要求。惟金世宗認為本案被告不能以「老吾老以及人之老」的態度善待被害人，故金世宗對於本案的裁斷，正與前案相同，亦即對於被告范德仍處以極刑。不過，竊疑世宗對於被告范德的雙親，可能還是會下令官府為之濟養，惟史文有闕爾。

5. 《元史》卷 25 < 仁宗本紀 > 延祐元年（1314）三月：

晉寧民侯喜兒昆弟五人，並坐法當死，帝嘆曰：「彼一家不幸而有是事，其擇情輕者一人杖之，俾養父母，毋絕其祀」（《元史》P.564）。

〔說明〕

皓本案基本上應屬於「犯（非十惡）死罪應侍，而家無期親成丁」法條的彈性運用，故准罪犯侯喜兒兄弟，選擇罪情最輕的一人，處以杖刑後許其留養。而沈家本以為：「此即今兄弟二人共犯死罪，準留一人養親之例」。<sup>49</sup>

<sup>49</sup> 沈家本前引《歷代刑法考·明律目箋》，P.1798。惟沈氏所謂「今」者，應指《大清律例》。

6. 《元史》卷 35 <文宗本紀> 至順二年 (1331) 四月：

寧國路涇縣民張道，殺人為盜，道弟吉從而不加功，居囚七年不決。吉母老，無他子孫，中書省臣以聞，敕免死，杖而黜之，俾養其母 (《元史》P.783)。

〔說明〕

本案是由於罪案遷延達七年之久，尚未定案，加以罪犯母親年老，又無其他子孫，故有司為之「上請」。而文宗選擇罪情較輕之從犯張吉，處以杖刑後，令其終養其母，可以說亦屬於「侍親緩刑」制度的靈活運用。

7. 《刑案匯覽》卷 3 <名例．犯罪存留養．死雖有弟，尚未成丁，不准留養>：

(直隸司) 查例載：「殺人之犯，有准存留養親者，查明被殺之人，亦係獨子，親老無人奉侍，則殺人之犯，不准留養」等語，此條定例，係雍正二年十二月內，欽奉諭旨纂入，原奉旨內「有被殺之人，有無父母，以次成丁」之處，一併查明等。因是被殺之家，必有以次成丁者，殺人之犯，方准留養；至死者，雖有兄弟，而尚未成丁，亦屬親老無侍。今直隸省姚守廉一案，被殺之閻世祿，雖有弟閻世興，年止十二，尚未成丁，該督將姚守廉不准留養，與原奉諭旨相符，似應照覆。<sup>50</sup>

〔說明〕

按本案即依前引《大清律例》第 16 條所示，<sup>51</sup>被殺之家，父母年老無侍，雖有次弟，惟其年紀僅有十二，尚未成丁，故兇犯不准權留養親。據此，本條例則之制頒，似乎蘊含著儒家「老吾老以及人之老」的精神在內。

8. 《刑案匯覽》卷 3 <名例．犯罪存留養．死雖獨子，平日不孝，兇犯准留>：

(安撫) 咨鮑懷友扎死王悰成，應否留養，請示一案。查命案免死留養人犯，例內必查明被殺之家，是否獨子者，原以留養一條，仁施法外，而例本人情。人各有親親，皆待養如死者之父母，因其子被殺，以致侍養無人，則犯親自不得獨享晨昏之奉。定例所載，誠為仁至義盡。若死者平日遊蕩離鄉，棄親不顧；或因不肯養贍，為父母所擯逐，是死者生前已不能孝養其親，並非被殺之後其父母始無人奉侍，似不必仍拘死者亦係獨子，兇犯不准留

<sup>50</sup> 鮑書芸參定，祝慶祺編次《刑案匯覽》(臺北，成文出版社景印，1968年6月臺一版)，卷3，P.353-354。

<sup>51</sup> 如本文註40所示，本文此處所謂的第「16」例則，實際在《大清例則》中屬於第「85」則，詳參前引《大清律例》P.111-112。



養之例，自應酌情辦理。此案鮑懷友扎傷王悰成身死，核其情節，秋審應入緩決；該犯母老丁單，飭查屬實。死者雖亦係獨子，平日不聽父訓，不供父膳，早為其父擯逐，業據傳到屍父王華山供明取具切結，似可如該撫所咨，准其留養行令，俟秋審時歸入留養冊內辦理。嘉慶二十四年通行已纂例（《刑案匯覽》P.354）。

〔說明〕

與前引例則相同，大清律例規定，殺人致死之兇嫌，即使符合「親老丁單」之條件，然其能否獲得「存留養親」的機會，須視所殺之人本身是否亦係獨子，若否，則兇嫌自可依例「存留養親」；若是，則兇嫌父母亦不得獨享晨昏之奉，兇嫌仍須依律處置。惟本案苦主王悰成雖係獨子，但王悰成平日即忤逆不孝，遊手好閒，不肯孝養父母，是死者生前已不能孝養其親，並非被殺之後其父母始無人奉侍，故朝廷乃准兇嫌鮑懷友存留養親。

9. 《刑案匯覽》卷3〈名例·犯罪存留養·謀故殺人，情實無疑，不准留養〉：

（陝西司）審辦密雲縣民人孫大謀殺郭士寬身死，犯母柳氏呈請

留養一案。查謀故殺，秋審應入情實之犯，例內指明毋庸聲請留養。今孫大係謀殺擬斬，恭逢大赦，不准免罪之犯，將來應入情實辦理，自應照例不准留養。該司擬駁，洵屬允協，似可照辦。

道光元年說帖（《刑案匯覽》P.350-351）。

〔說明〕

由於本案兇嫌孫大，係謀故殺人，惡行重大，依律不許存留養親，此似毋庸贅言。

10. 《刑案匯覽》卷3〈名例·犯罪存留養·聽從奪犯，傷差親老，准其留養〉：

（陝西司）查此案首犯王老五，僅止糾同楊老么等奪犯傷差。該犯楊老么係僅聽從奪犯傷差，與奪犯殺差案內，隨同拒捕，不准留養之例未符。楊老么所供孀婦獨子之處，應令該撫查明，如果屬實，即照例枷責，准其存留養親。道光元年說帖（《刑案匯覽》P.345）。

〔說明〕

按本案從犯楊老么，僅係與主犯王老五，共同劫奪犯人並殺傷官差，主司以為其惡行與「奪犯殺差」不同，故囑咐安徽巡撫查明其家庭，是否僅存孀婦獨子，無以養活年老親人；如果一切屬實，則准其枷號後權留養親。

11. 《刑案匯覽》卷3〈名例·犯罪存留養·科場舞弊，親老，准其留養〉：

（雲南司）呈查明軍犯張恭，實係親老丁單一案。查此等科場舞弊

弊之犯，應否准其留養，例無有文，向係詳核情節輕重，酌量辦理。此案張恭因代孫樹滋頂名換卷入場，審依代倩鎗手已成例，擬軍原奏已聲明。該犯供稱親老丁單，所犯情節不在不准留養之列，應移原籍確查，如果屬實，即照例留養等語。今據直隸省查明，該犯實係親老丁單，取結咨部。該司將該犯擬准留養，似屬允協。道光五年說帖（《刑案匯覽》P.344）。

〔說明〕

由於科場舞弊之罪犯，能否存留養親，例無明文，多係法司審其輕重情節，參酌辦理。故本案罪犯張恭所犯之罪，並不在不准留養之列，經原籍官署查明確親老丁單，符合「存留養親」之例，故依律准其存留養親。

12. 《刑案匯覽》卷3〈名例·犯罪存留養·科場舞弊，脫逃四年，不准留養〉：

（山東司）議覆山東省咨解清溪因考試雇倩鎗手傳遞，破案聞拿，投首減徒，不准留養一案。查原咨內聲明，該犯解清溪，於破案後逃逸已逾四年之久，係屬遊蕩他鄉，遠離父母，核與忘親不孝，不准留養之例相符，該司照擬咨覆並無錯誤。道光五年說帖（《刑案匯覽》P.344）。

〔說明〕

本案雖與前一案例相似，同屬科場舞弊之案，惟本案罪犯事發後毫亡已逾四年，係屬遊蕩他鄉，棄父母於不顧，故法司以為本案罪犯的行為，實與「忘親不孝，不准留養之例」相符，故不准其存留養親。

總結上述十二件個案，東晉的個案（第一案），曾被前賢視為「侍親緩刑」體制之權輿；而第二、四案均發生在金代，其中第二案發生在海陵王時代，第三、四案均發生在世宗時代，然無論海陵王或世宗，皆不准罪犯免死，堅持貫徹國法關於「殺人者死」的懲罰規定，僅針對第二、三案，允諾由官府代為罪犯養活其親。且從金世宗對於第三、四案的處理態度來看，世宗基本上是承認「存留養親」體制有其存在之價值，惟犯罪之人倘若不具備「孝親」之心，則似乎沒有必要為之網開一面，而徒使奸頑之輩得逞其兇殘特性，非所以施仁，適足以長姦。故論者以為，金世宗對於「權留養親」制度的變革，對於日後明、清時代的「留養承祀」制度發揮了深遠的影響。<sup>52</sup>

而發生在元代的兩案（第五、六案），前一案由於一家兄弟五口依律均應處以死刑，仁宗特許擇其犯罪情節最輕者，決杖之後，權留養親；文宗對

<sup>52</sup> 曾代偉《金律研究》（臺北，五南圖書公司，1995年12月初版一刷），P.125-127。又，明清律文確實針對本條頗有變革，筆者將另文探討之。

於後一案的處置，亦是選擇罪情較輕的從犯，在處以杖刑後權留養親，大體上仍屬於此制的靈活運用。

至若發生在清代的六案，<sup>53</sup>第七、九、十案是不准權留養親的；第八和第十案，則准予權留養親；第十一案比較特殊，必須先查明是否一如申辦的理由，家中僅存孀婦及獨子，無以養活年老之親人，如果查明屬實，兇犯是可以被准許權留養親的；所以綜而觀之，大約准與不准各有三案。<sup>54</sup>惟深入瞭解後，可以發現清廷相當重視「孝道」精神的發揮，例如第七、八、十、十一及十二等案，准與不准的判決標準，均以「孝道」思想做為主要的依據，足見本文前言金世宗的思惟模式，確實對後代產生了重要的影響。

## 六．反對者的見解

除了前引金代海陵帝與金世宗以外，歷代仍有有識之士提出反對此制的意見，最具代表性的人物即明代薛允升與清季之沈家本，今略述彼等之見解如次。

薛允升氏於其《唐明律合編》在本條律文（〈犯罪存留養親〉）的按語中說：

竊謂留養並非古法，不過出於世主一時之意見，後遂奉為成規。蓋欲博寬厚之名，一或變更，恐人議其苛刻耳。<sup>55</sup>

而「犯流罪存留養親」由於排除了「會赦猶流罪」的一體適用，以及在刑部依律核定的過程中，亦未必完全公平，故薛允升曰：

然有准有不准，亦屬不得其平（《唐明律合編》P.36）。

因此，早在有明一代，薛允升即已提出修改律文之見：

准以一朝朝之忿忘其身以及其親，並好勇鬥狠以危父母之語，不立此律，未必即有妨於善政。若謂千餘年來，行之已久，未可更改，照律徒流准行，殺人之犯一概不准，亦可斬卻無數葛藤矣，又見收養孤老（《唐明律合編》P.36）。

而沈家本亦在評論金世宗敕裁范三應依律處死一案時，曾有如下的按語：

世宗之論極正。留養之法，原憫恤老疾之人，非謂犯罪之人其親有老疾即罪可恕也。老而無子曰獨，在窮民無告之列，發政施仁之所

<sup>53</sup>按前引《刑案匯覽》所蒐羅有清一代關於「犯罪存留養親」之案例，若合併計算，實有五十三案（包括《刑案匯覽》40案，《續增刑案匯覽》13案，《新增刑案匯覽》1案，就中重複一案，故實際合計五十三案），由於案例太多，今暫舉六案為例。

<sup>54</sup>就筆者鄙見，在清代相關的五十三案中，清廷准予「存留養親」凡三十案（約占總數的56.6%），不准者十八案（約占34%），有待進一步查核後始能定案者亦有五案（約占9.4%）。

<sup>55</sup>薛允升《唐明律合編》（臺北，臺灣商務印書館重印本，民國66年12月臺一版，以下所引《唐明律合編》均同此本），卷3〈名例律：犯罪存留養親〉，P.36。

先。老有子而不能侍，與無子無異，官為養濟，未為過也。海陵著令，而世宗復申言之，金政之善者也（《歷代刑法考·明律目箋》P.1798）。

無獨有偶地是，薛允升亦曾就本案評論金世宗是：「深知治體者」（《唐明律合編》P.35）。

再就沈家本所引清仁宗嘉慶六年（1801）五月十三日的上諭而言：

朕思律內有承祀、留養兩條，原係法外施仁，必須核其情罪甚輕，始可量加未減，於施恩之中，仍不失懲惡之意，方足以昭平允。若不論罪案輕重，祇因家無次丁，概准承祀、留養，則凶惡之徒，稔知律有明條，自恃身無單丁，有犯不死，竟至逞凶肆惡，是承祀、留養非以施仁，適以長姦，轉似誘人犯法，豈國家矜慎用刑之道！蓋法律務在持平，生者固當加之矜恤，死者尤不可令其含冤。儻情真罪當，必為寬宥，如世俗鄙論所云救生不救死之說，以為積陰功。試思死者含痛莫伸，損傷陰德，孰大乎是？嗣後問刑衙門，總當詳慎折衷，勿執存寬存嚴之見，遇有關留養、承祀者，尤當核其所犯情罪，果有可原，實在別無次丁，或有子息而尚未成丁，與定例相符，量為定擬，庶幾無枉無縱，刑協于中，共襄明允之治（《歷代刑法考·明律目箋》P.1799）。

足見即使嘉慶皇帝亦認為「留養非所以施仁，適以長姦，轉似誘人犯法」，故實非「國家矜慎用刑之道」！

逮及清末修律，沈家本曾主張刪除關於「權留養親」之律例，不料引起禮教派極大的反彈。當時禮教派大將江蘇提學使勞乃宣認為：

留養，所以教養也。新刑律有宥恕減輕、酌量減輕、緩刑、暫釋諸條，用意至為仁厚，而無存留養親之條，實屬漏義<sup>56</sup>

因而勞氏乃上書憲政編查館論曰：

如律中 存留養親，未便蔑棄 （《清史稿·刑法志》P.4192）。

勞氏進而主張宜將舊律有關禮教倫紀各節，逐一修入正文，並擬增補「干名犯義、犯罪存留養親」等條文入律。<sup>57</sup>

於是沈家本發表反駁勞乃宣論點之文章曰：

古無罪人留養之法，北魏太和中始著之令格。《金史·世宗紀》：大定十三年，尚書省奏鄧州民范三毆殺人當死，而親老無侍，上曰：「在醜不爭謂之孝，孝然後能養。斯人以一朝之忿忘其身，而有事

<sup>56</sup>勞乃宣撰《桐鄉勞先生遺稿》（收入嚴一萍主編《清本名家自著叢書初編》，臺北，藝文印書館，民國53年初版），第五冊《新刑律修正案彙錄·修正刑律草案說帖》。

<sup>57</sup>前引《清史稿·刑法志》P.4192 參照。

親之心乎？可論如法，其親官與養濟。」是此法之未盡合理，前人有議之者矣。又嘉慶六年上諭論「承祀」、「留養」兩條有云：「兇惡之徒，稔知律有明條，自恃身係單丁，有犯不死，竟至逞兇肆惡，是承祀、留養，非以施仁，實以長姦，轉似誘人犯法」等語。是我朝祖訓亦嘗申言其弊，此所當敬謹尋繹者也。此法不編入草案，似尚無悖於禮教。<sup>58</sup>

故沈家本係以「扛著紅旗反紅旗」的方式，藉著嘉慶六年的上諭，抒發己見，並駁斥了禮教派的言論，凡此均反映出沈家本一貫反對留存此制的意見。

## 七．近世立法理念

近世諸國之立法理念，對於自由刑之執行，得基於疾病或一定法律上之原因，依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前，停止執行。若停止執行之原因，在執行以前即發生者，得「延緩執行」之，如德國及奧地利等國在刑事訴訟法之相關規定等是。<sup>59</sup>

其中德國《刑事訴訟法》第 456 條第 1 項規定：「如因自由刑之立即執行，足使受刑人或其家屬，遭受刑罰目的以外之重大損害時，亦得應受刑人請求，延緩執行」；同樣地，奧地利《刑事訴訟法》第 2 條規定：「一年以下自由刑之執行可能影響其業務，或使其無辜之家庭將遭受生活上之威脅者，或其延緩執行對於其家務之安排，有急迫需要者，得暫時延緩其執行；但須經第一審法院之核准」。<sup>60</sup>綜觀德、奧兩國法律關於此項之規定，均以「受刑人家屬」或「無辜之家庭」為念，可以說與我國固有律中關於「權留養親」之立法精神和立法旨趣有異曲同工之妙。

至若我國，僅於現行《刑事訴訟法》第 467 條規定，自由刑之受刑人，凡合於下列四種條件之一者，得經由檢察官之指揮，停止執行其自由刑。這四種條件分別是：

- 一、心神喪失者；
- 二、懷胎五月以上者；
- 三、生產未滿三月者；

<sup>58</sup>沈家本《寄謄文存》卷 8〈書後·書勞提學新刑律草案說帖後·犯罪存留養親〉（亦收入前引《歷代刑法考》），P.2283。

<sup>59</sup>詳參蔡墩銘《唐律與近世刑事立法之比較研究》（臺北，中國學術著作獎助委員會，民國 572 年 3 月初版），P.298-299。

<sup>60</sup>關於德國、奧地利法律條文之內容，參同前註。

四、現罹疾病，恐因執行而不能保其生命者；

是為我國《刑事訴訟法》上「自由刑執行之停止」的理由。<sup>61</sup>

而我國東鄰的日本，雖然亦只有「自由刑之停止執行」的規範，但所列八項條件之中，有一項與我國固有律「權留養親」之精神頗為接近，此即「祖父母或父母年逾七十歲或由於重病或殘廢而無保護之親族者」，<sup>62</sup>得停止其自由刑之執行，似乎較諸我國現行法更為注重我國固有律的精神。

## 八．結 語

無論是從「死罪侍親緩刑」或「流罪權留養親」的角度來思考，我國固有律的此一規範，適足體現出我國歷代專制政府的「恤刑思想」與「仁恕精神」。惟總結以上所述，吾人對於此一規範大致可獲以下幾點認識。

首先，就本條律文的遞嬗變遷過程來看，此一「權留養親」政策，正式被納入律文，應是始自北魏，迄乎唐代遂成定制，律目名為〈犯死罪應侍家無期親成丁〉，下逮宋元兩代，大體仍循其制；降至明世，乃更其目曰：〈犯罪存留養親〉；洎乎有清一代，則頗有變革，即將原本較為單純的「權留養親」體制，更改為「留養、承祀」並重的政策。馴及民國，由於時移勢易，故此制不再存在！

其次，再就律文的實質內容來看，唐、宋律主要將「權留養親」體制區別為兩大類，即「死罪侍親緩刑」及「流罪權留養親」。而在死罪上請聽裁部份，必須所犯「非十惡死罪」，且其家中之直系血親年老（或有疾）應侍，家內又無期親成丁，始能提出申請；惟一旦得以奉敕聽侍，則在侍親期間，不但免輸租庸調，若逢恩赦，亦得一體霑恩，獲得減免。在流罪權留養親部份，必須所犯「非會赦猶流」之流罪，其餘兩個要件與與前述死刑犯相同，而且只要符合上開條件，則由省司逕予裁斷即可，毋須上請；一旦獲得權留養親的資格後，留侍之流罪罪犯可以免除正役、雜徭，僅輸租、調；惟除非同季流入限內會赦，一般情況的恩赦，權留養親的流刑罪犯，是不能獲得減免的。而無論死罪侍親緩刑，或流罪權留養親之人，在侍親期間，若聽侍的要件發生變化，即親終期年或家有進丁時，流罪之人即須配流或配役；而死罪之人須重行奏請（若原核可之敕旨已有定奪時，則不必更奏），再候旨奉行。至於侍親期間更犯他罪時，死罪侍親緩刑之人若更犯死罪時，而其侍親要件並未終止時，應重行上請聽裁，再候旨以決定行止，若更犯流以下罪，則依「加杖法」依數決之，惟累決不得逾二百；若屬流罪權留養親

<sup>61</sup> 林紀東等編纂《新編六法參照法令判解全書》（臺北，五南圖書事業公司，民國78年9月修訂版），P.909。

<sup>62</sup> 蔡墩銘，前引書，P.299。

之人更犯死罪時，應上請聽裁，所犯若是流以下罪，則同樣照加杖法依數決之，並於親終期年後合併累役。二者（死罪侍親緩刑、流罪權留養親）若具有蔭贖的身份，則可以依律收贖。由此可見，唐律關於「侍親緩刑」的規範，可以說鉅細靡遺，十分詳盡。

在律文的內容上，宋律幾與唐律完全相同，此不待言，惟南宋時，一度將死罪得申請「侍親緩刑」的資格，限定在除了必須是「非十惡死罪」以外，還必須不能是「持杖強盜、謀殺、故殺人已殺」等犯罪，較諸唐律稍嚴。金律雖已不存，惟據相關司法實例可知，金律本身應該同樣具有「權留養親」之規範。且金世宗從制度本身的意義所做的反省，不特影響及於明清時代的立法趨勢，亦值得吾人深思。元律今亦不存，然據可考之資料顯示，其與唐律之不同點大約有五處，就中較為重大者，厥為元律首開「徒罪」亦得併入「權留養親」制度之先河，以及今存元律似乎缺乏關於「流罪」犯人之相關規範。明律與唐律不同之處亦有五，其中較為重要者，厥為明律因為省併律文之緣故，遂將徒刑應役之犯人的處置方式，正式併入唐律本條律文中，並更改律目為〈犯罪存留養親〉；而明律對於死罪侍親緩刑犯人之資格，限定為「非常赦所原」，似較唐律更嚴；惟明律又將徒、流人犯施以杖刑一百後，餘罪收贖，又較唐律寬鬆許多。至於清律，除沿襲明律律目以外，更將「權留養親」之制，區分為「留養」與「承祀」兩大部份，是與前此的律文存在著極大的差異性；而清律又製頒了十六條〈條例〉，且頻於更改，以致於即使是官府老吏，亦不知其所以然矣。

復次，若就司法實例考察，在本文所舉十二個案例中，除了東晉的個案，為前賢視為「權留養親」體制之權輿以外，其餘發生在清代以前的五個案例，有三案的死刑犯（第二、四案），均依律處死，朝廷並未允其「權留養親」；其餘兩案（第五、六案），則在此制的靈活運用原則之下，均允其侍親緩刑。至於清代，由於已將律名更改為「存留養親」，其律意與前此遂稍有差別；且清代之相關案例較多，除本文所舉六案，大約准與不准的比例，各占一半以外；其餘案例，依筆者粗略估計，清廷允許罪犯「存留養親」者，仍超過百分之五十以上，惟正如薛允升所言：「然有准有不准，亦屬不得其平」。由此可知，制度的施行與否，尤其在涉及到「死刑」的判決時，我國歷代朝廷泰半仍是「斷自宸衷」。

再次，針對「權留養親」（或「侍親緩刑」）體制作一省思，鄙意頗為贊同前賢所謂「留養並非古法，不過出於世主一時之意見，後遂奉為成規。蓋欲博寬厚之名，一或變更，恐人議其苛刻耳」，故知此制「非以施仁，實以長姦，轉似誘人犯法」，實非「國家矜慎用刑之道」！即使定要保存其立法精神與立法旨趣，亦應修正為：徒、流等罪犯，許其「權留養親」，待其親終，仍應責其實服其刑；至若死刑人犯，則一律不得「侍親緩刑」，庶幾於施恩之中，仍不失懲惡之意。

最後，近世諸國立法理念，間亦存有「自由刑之延緩執行」的理念，如德國、

奧地利等是，雖然與我國固有律關於「權留養親」之制，得實施於死刑、流刑和徒刑者不同，然其最終立法旨頗有若合符節之處。而我國東鄰的日本，雖與我國現行法相同，僅有「自由刑之停止執行」的規定，但其法律條文內容，卻具有和我國固有律「權留養親」之制相當類似之規範。自表面觀之，反而我國現行法對於我國固有律精神之傳承，稍遜於以上諸國矣！