

清代共犯问题刍议——以兄弟共贩鸦片案为例

肖飞

中国人民公安大学法学院, 中国·北京 100038

摘要:《大清律例》作为传统刑律的集大成者, 对于共同犯罪问题相比于现代刑法形成了独具特色的刑罚体系。清律对于共同犯罪的规定承袭自唐律, 且至清律中仍未改变其律文主旨, 即以造意为首为原则, 以家人共犯(非侵损于人)止坐尊长为例外。具体而言, 就普通共犯而言, 其以造意为首的刑罚原则与现代刑法中对于共同犯罪中主犯的认定并无二致; 在涉及家人共犯(非侵损于人)时, 则突破了这一主犯认定原则, 止坐共犯中的尊长。清律家人共犯(非侵损于人)止坐尊长这一规定充分体现了传统法的伦理法特征, 即重视行为人在宗法等级中的位阶, 以此调整刑罚的轻重与有无; 具体到家人共犯中, 则突出强调了共犯中男性尊长的教化责任。以《刑案汇览》中所录发生于广东省的“弟起意贩鸦片兄与外人为从”案为例, 文章将论证清代刑部如何通过突破逻辑边界的说理以维持家人共犯止坐尊长这一共犯处刑中的伦理原则, 在维护刑律尊严的同时, 更坚持了刑律的伦理法特征, 以突出伦理法特征是传统法的根本精神所系; 该案例所展示的法律表达与司法实践之间的张力也为我们深入理解传统法制提供了一个绝佳的视角。

关键词: 大清律例; 家人共犯; 造意为首; 教化责任; 伦理法

A Preliminary Discussion on the Issue of Joint Offenders in the Qing Dynasty: Taking the Case of Brothers Trafficking Opium as an Example

Xiao Fei

School of Law, People's Public Security University of China, China Beijing 100038

Abstract: As the culmination of traditional criminal law, the Great Qing Code established a unique penal system for joint crimes that differs from modern criminal law. The Qing Code's provisions on joint crimes were inherited from the Tang Code and maintained the same core principle until the Qing Code, which was to punish the instigator as the principal offender, with the exception of joint crimes involving family members (not involving harm to others), where only the senior family member was punished. Specifically, for ordinary joint crimes, the principle of punishing the instigator as the principal offender is consistent with the modern criminal law's determination of the principal offender in joint crimes. However, when it comes to joint crimes involving family members (not involving harm to others), the Qing Code deviated from this principle and only punished the senior family member. The Qing Code's provision of not punishing the junior family members in joint crimes involving family members (not involving harm to others) fully reflects the ethical characteristics of traditional law, which emphasizes the social status of the offender within the family hierarchy to adjust the severity and existence of punishment. Specifically, in joint crimes involving family members, it highlights the educational responsibility of the senior male family members. Taking the case of "Brother Initiates Opium Trafficking, Elder Brother and Foreigner Are Accessories" recorded in the "Compilation of Criminal Cases" that occurred in Guangdong Province as an example, this article will demonstrate how the Ministry of Justice in the Qing Dynasty maintained the ethical principle of not punishing junior family members in joint crimes by breaking through logical boundaries in reasoning, while upholding the dignity of the criminal law and emphasizing the ethical characteristics of the criminal law as the fundamental spirit of traditional law. The tension between legal expression and judicial practice demonstrated in this case also provides an excellent perspective for us to deeply understand traditional legal systems.

Keywords: The great Qing legal code; Joint crime of family members; The ringleader who initiates the crime; Responsibility for moral education; Ethical law

0 引言

共犯作为刑法中的一个重要问题, 古今皆然。对于共

犯问题, 《大清律例》规定: 普通共犯以造意为首, 家人共犯(非侵损于人)止坐尊长。本文以《刑案汇览》中收录

的广东“弟起意贩鸦片兄与外人为从”案为切入点,分析清代在处理涉及家人与普通杂糅的共犯案件时是如何展开说理的,以及中央和地方之间存在怎样的认知差异,各自首要考虑的因素是什么。

1 案情概要

本案发生于清道光年间并收入《刑案汇览》,案件大致情况如下:潘亚太起意,纠集胞兄潘亚其和邓成富等一共七人两次贩卖鸦片,广东省巡抚衙门以潘亚太为“造意为首”主犯依例拟发配充军,以其兄潘亚其及邓成富等人为从犯减等拟徒刑,(根据清律:凡共犯罪者,以造意为首。随从者,减一等)并报刑部。刑部司衙门以此案为家人共犯,(根据清律:家人共犯,止坐尊长)虽由弟潘亚太起意,但因共犯为胞兄,故应独坐其兄潘亚其,对作为卑幼的潘亚太应免置议,并据此驳回广东省判罚结果。对此,广东省辩解道:考虑到贩卖鸦片严重的社会危害性,应比照共犯侵损于人相关规定处刑。(根据清律:侵损于人,以凡人首从论)对此,该司进一步驳道:首先,贩卖鸦片者意在图利而非害人,购买者对于其购买行为完全出于自由意志,因此其危害性与直接的斗殴杀伤侵损于人为不可等而论之;其次,广东省之前所咨报的一起父子共同贩卖鸦片案件中,是根据家人共犯条款止坐尊长的,因此在办理上不宜出现分歧。对于广东省巡抚衙门和刑部司衙门之间的龃龉,刑部最后以说帖形式下了最终定论。说帖同意了下属司衙门对案件的处理原则(即依家人共犯非侵损于人论处)及其理由,但进一步指出:虽然对于潘亚太与潘亚其应以家人共犯且非侵损于人条款予以处断;但潘亚太起意贩卖鸦片所纠集的同伙中并不止其胞兄潘亚其,而是包括了邓成富等其他五人,对于潘亚太与邓成富等其他五人,应以普通共犯处断,即以“造意为首”主犯论处潘亚太,以从犯减等论处邓成富等五人,据此,在前一组家人共犯关系中予以免议的潘亚太,在后一组普通共犯关系中因为是造意为首者,而被拟军。但若完全基于两组共犯关系,则潘亚太及其胞兄潘亚其均拟以军罪,反较侵损于人共犯以凡人首从论为重,故对兄潘亚其于军罪上减等满徒,选择对潘亚其而非潘亚太减等的理由是,潘亚太纠集外人,应照兴贩鸦片主犯科断。

2 案件要旨

本案虽为清代的一起普通共犯案件,但却涵盖了清代共犯问题的几乎所有重要面向,具体包括家人共犯、普通共犯、侵损于人共犯等。《大清律例》“共犯分首从”条展示了共犯问题以上诸面向之间的逻辑关系,本案则详细披

露了清代司法机关对于共犯问题诸面向涉及的因素在司法实践中的推理逻辑和思考方式,尤其是对其中“造意为首”及其例外的思考。其中的伦理因素前置的思考模式深刻反映了传统法的伦理法特征,这也是传统法在处理共犯问题上与现代刑法的本质区别。

3 法理分析

根据《大清律例》“名例律”下之“共犯罪分首从”条的规定,对于共同犯罪的一般处理原则为:凡共犯罪者,以(先)造意(一人)为首;(依律断拟)随从者,减一等。如果共犯人为家人时,则根据如下原则处理:即“若一家人共犯,止坐尊长”,也就是突破了“造意为首”这一原则,“不论造意,独坐尊长,卑幼无罪”。但“若尊长年八十以上及笃疾,归罪于共犯罪以次尊长”,“如无以次尊长,方坐卑幼”。又若尊长为妇,卑幼为男,则“妇人尊长与男夫卑幼同犯,虽妇人为首,仍独坐男夫”。以上家人共犯处理原则有一大前提,即非“侵损于人”,若一家人共犯“侵损于人者”,仍“以凡人首从论”。此处的“侵损”,根据清律原文小注,“侵谓窃盗财物,损谓斗殴杀伤之类”;清代律学家沈之奇进一步解释道:“侵,谓侵夺财物,如盗及诈赃之类;损,谓损伤身体,如斗殴杀伤之类。”

本案情节相对简单,唯一的难点在于共犯身份,其既非纯粹的普通共犯,也非纯粹的家人共犯,而是在共犯中杂糅了普通人和家人,尤其是共犯中的造意为首者为有兄弟二人中的胞兄。不难看出,在本案中,刑部严格遵循了依法裁判要求(即清律要求的断罪引律令),但也正是这种严格的依法裁判,导致了在量刑上有违实质正义,最后只能通过蹩脚的说理予以“纠偏”。广东省处理的唯一问题在于“不当地”将兴贩鸦片行为比照侵损于人,但若仔细推敲,这种比照行为非但没有不当,反而为定罪基础上的合理量刑铺平了道路。广东省将兴贩鸦片比照侵损于人的理由是“鸦片烟戕害生命,祸同鸩毒”,联想到此案发生的时间及由鸦片所影响的其后近代史走向,不难发现,承担守土之责的广东地方官员很早就深刻地认识到了鸦片的危害,反观刑部的反驳,虽看似宽容(将购买鸦片视为一种意志自由行为,不在兴贩鸦片与吸食之后对身体的伤害之间建立必然因果关系),但却低估了鸦片的高度成瘾性,说到底是对鸦片这种毒品的危害性认识不够深刻导致的,而背后更深刻的原因则容后述。若遵循广东省的以上比照操作,那么对潘亚太以共犯罪侵损于人的主犯处理,对潘亚其及邓成富等五人以共犯罪侵损于人的从犯处理即可。

刑部显然更倾向于依法裁判。刑部首先驳斥了广东省的比照观点,循此逻辑,本案就该被定性为共犯罪非侵损于人,自此问题开始出现,将潘亚太与潘亚其按照家人共犯论处,此时止坐作为尊长的潘亚其,拟以军罪;将潘亚太与邓成富等五人以普通共犯论处,此时作为造意者的潘亚太为主犯,拟以军罪,邓成富等五人为从犯(按照刑部的说法,若将潘亚太以卑幼予以免议,那么作为其随从的邓成富等五人也将免议,殊未允协)。显然,以上处断中对潘亚太的行为进行了二次评价,虽然清代刑部司法官员的脑子里并不存在现代刑法理念,但也同样意识到这种处断显失公平。但说帖接下来的论述却明显暴露了刑部官员并未深究“家人共犯,止坐尊长”的立法本意。若刑部最终选择对潘亚太于军罪上减等满徒,对潘亚其仍拟军罪,那么虽然历经一番复杂说理,且多有不合逻辑之处,但至少最后的判罚是能够自圆其说的(当然,如此一来就需要对邓成富等五人再进一步减等,因为他们是潘亚太的随从犯);但现实却是,刑部最终选择对潘亚其于军罪上减等满徒,让潘亚太成为事实上的主犯。回到“家人共犯,止坐尊长”,其立法目的显然在于强调尊长对卑幼的教化责任,所谓“养不教,父之过”(只不过刑律将这种教化责任推及父亲以外的其他男性尊长),一种“长老统治”下的教化责任。而刑部此处的判罚给我们这样一种观感:虽然刑部官员认为在非侵损于人情况下,应坚持“家人共犯,止坐尊长”,但其却并不知为何要做此种坚持,或者其并不明确坚持如此处理的意义何在,所以才导致在定罪上将潘亚其作为主犯,而在量刑上却将潘亚太作为主犯。如果我们认同量刑才反映了刑部的真实态度,那么我们不妨如此思考:就实质而言,刑部是认同广东省的处罚的,毕竟刑部最后对各犯罪人的处理是与广东省一致的,在说帖的最后也承认,“该省所拟各罪名尚无出入”,问题出在“其指为侵损于人之处,究未的确”。而“究未的确”的原因在于违反了刑律之名,在律例对家人共犯非侵损于人有明确规定的前提下,刑部是断不可能无端比照的,尤其是其比照时所越过的还是伦理性条款(传统法的伦理特征是其根本精神所在,此亦为前文所未及论述之背后更深刻的原因),而一旦下级官员有所僭越时,刑部还应该承担起驳斥并纠正的责任,通过断罪引律令以维护刑律的尊严,同时也维护刑律背后的皇帝的尊严(毕竟,有且只有皇帝能够立足于律例之上)

4 拓展思考

清律“共犯罪分首从”条承袭自唐律,从唐宋以降,

直至明清,该条的律文主旨几无变动,即自唐律就奠定了共犯以造意为首、家人共犯止坐尊长这一大原则及例外。(当然,此仅从共犯身份角度所展开的处罚原则分类,根据犯罪类型或者其他角度,又可做其他的处罚原则分类,此处姑不论)

“造意为首”是传统刑律认定共犯罪主犯的一般性原则,何为“造意”?晋人张斐言:“唱首先言谓之造意”。清代律学家沈之奇言:“造意,谓首事设谋,犯罪之意皆由其造作者也”。沈氏在清律《刑律·人命》“谋杀人”条下对造意进行了进一步解释:“造意者,区划定计之人”,“凡处心积虑,设计定谋,立意杀人,而造出杀人方法者,是谓造意”。何以以造意为首?明代律学家雷梦麟言:“随从之人,虽为同恶相济,然皆设谋首事者倡之使然”。沈之奇亦言:“随从,谓同恶相济,听从造意者之指挥,随之用力者也”。可见,传统刑律始终认为造意者在共同犯罪中处于主导地位,对犯罪的发生起着决定性作用,因此往往将其作为主犯处理。

当然,我们始终不应忘记传统法的伦理法特征,其因始终受宗法等级观念统摄而充斥着以礼入律的内容。具体到共犯问题上,这种伦理法特点体现在共犯身份方面。若共犯属于家人,那么将突破“造意为首”这一共犯罪处理的一般性原则,止坐共犯中的尊长,对卑幼予以免议。其中所隐含的立法意图是:尊长对卑幼承担着不可推卸的教化责任,当家人共犯罪时,如果造意为尊长,那毫无疑问尊长为主犯;即便造意为卑幼,尊长也将因未承担起对卑幼的教化责任(非但未教育并制止反而参与其中)而承担主要责任。并且无论以上哪种情况,刑律都将这种主要责任推向极致,即由尊长承担唯一责任,由此可见尊长的教化责任是极重大的,一旦违反,其后果是极严重的。传统礼教总是因其片面强调下位者(无论是基于宗法还是等级)的义务而被指斥为“吃人”,清律“家人共犯,止坐尊长”的规定至少向我们展示了“礼教”并不吃人的一面。

附:案件原文

广东抚咨潘亚太等贩卖烟泥一案。此案潘亚太起意,商同伊兄潘亚其并邓成富等,共伙七人,贩卖鸦片烟泥二次。前经该省将潘亚太依例拟军,潘亚其等照为从减等拟徒。经该司以潘亚其系潘亚太胞兄,系属一家共犯,应独坐潘亚其以贩卖之罪。潘亚太系属卑幼,应免置议驳据。该省覆称,潘亚太系属本案罪魁,虽有伊兄共犯,惟鸦片烟戕害生命,祸同鸩毒,似应依侵损于人律依凡人首从

论。可否照原拟，将潘亚太拟军，潘亚其等拟徒，等因咨部。复经该司缮具驳稿，内称鸦片烟虽系可以害人之物，然贩卖者意在图利，非有意于害人，与斗殴杀伤之损伤于人者迥殊。买食之人皆由自愿，设因而致毙，不能坐以拟抵之罪，即不能科以侵损之条。至兴贩鸦片烟不准援减留养，自系因其情节较重，严办示惩。惟本部办理一家共犯案件，果系侵损于人，虽杖答不能独坐尊长。倘非侵损，即斩绞亦难概等凡人。现在该省咨报外结徒犯册内，黄达盛等贩卖鸦片烟泥一案，声明黄达盛之子黄幅爽讯系知情，惟已罪坐其父，例免治罪。是该省于此等案件，原不以侵损治罪，未便办理两歧。潘亚其应改依兴贩鸦片烟例拟军，潘亚太照律免议等因。查鸦片烟虽能损人，而售卖图利初无害人之心。即服食鸦片者，亦不必立致伤损，核与律载斗殴杀伤之类究属有间。且现经该司检出该省咨报黄达盛贩卖鸦片烟成案，声明伊子知情，系一家共犯，例免治罪，亦可为不作侵损论罪之一证。惟查该犯潘亚太起意纠伙贩卖。同伙者并非止伊兄一人，其邓成富等五名俱系该犯纠约。今若将该犯予以免议，是置该犯纠约邓成富等之罪于不问，殊未允协。潘亚太一犯自应仍依兴贩鸦片烟为首例，枷号一个月，发近边充军。至潘亚其听从其弟兴贩，按一家共犯，不论造意罪坐尊长之律，亦应拟以军罪。但其弟潘亚太业因纠有外人，仍照首犯本罪科断，不得在卑幼免

罪之列。而该犯潘亚其本属为从，又以系共犯尊长，亦坐以军，是弟兄罪无等差，转较兄从其弟损伤于人之案以凡人首从论者为重。揆之情法，似失其平，自应酌量问拟。潘亚其一犯应即酌照所犯为从本罪，于首犯军罪上减等满徒。该省所拟各罪名尚无出入，其指为侵损于人之处，究未的确，应声明咨覆。（道光七年说帖）

参考文献：

- [1] 田涛，郑秦点校.《大清律例》[M]. 北京：法律出版社，1999 年.
 - [2]（明）雷梦麟.《读律琐言》[M]. 北京：法律出版社，2000 年.
 - [3]（清）沈之奇.《大清律辑注》[M]. 北京：法律出版社，2000 年.
 - [4]《刑案汇览全编》[M]. 北京：法律出版社，2007 年.
 - [5] 费孝通.《乡土中国·生育制度》[M]. 北京大学出版社，1998 年.
 - [6] 谢晶.《清律“家人共盗”的法思想源流》[J]. 法学研究，2018(2): 195-208.
- 作者简介：肖飞（1988-），男，汉族，江西吉安人，法学博士，讲师，研究方向：法律史、法理学。