

· 史料集珍 ·

赵尔巽编《刑案新编》介绍(四)*

——以“吏律”“户律”“兵律”类案件为例

张田田**

目 次

- 一、案例收录概况
- 二、有关户婚的案件两例
- 三、有关妇女监禁的奏议
- 四、刑部与理藩院等的文牒往来
- 五、刑部与宗人府的文牒

一、案例收录概况

《刑案新编》“吏律”“户律”“兵律”的案件提要共72则,载于“佳”字卷(第14卷)。其中,以“户律”所收案例最多,“户律”之中,“强占良家妻女”条存案33个,占比最大。

相比“刑律”篇律目与案例的紧密关联,即几乎每条律文下都有相应案例存入《刑案新编》;吏、户、兵三篇收录案例与律例的关联则相对松散,如“职制”门(“吏律”)、“钱债”与“市厘”门(“户律”)各条下并未收录案例。以下按律目、案情提要、办案年份与经办之司、案犯或章程名称等要素,列表1展示这部分案例情况。

表1

律目	案情提要	年份	该司	案犯或名目
吏律·公式·制书有违	国服期内宗室违例剃发	光绪元年	奉天司	宗室吉坦
吏律·公式·官文书稽程	题咨稿件呈堂限期	同治九年	律例馆	题咨呈堂限期

* 本文为沈阳师范大学博士科研启动项目的阶段性成果。

** 沈阳师范大学法学院讲师,法学博士。

续表

律目	案情提要	年份	该司	案犯或名目
户律·户役·人户以籍为定	八旗放出家奴考试限期仍照礼部奏准定例俟三代后所生子女方准应试出仕	光绪八年	奉天司	家奴考试原奏
户律·户役·人户以籍为定	武童曾祖会犯谋杀人拟斩其子孙例无不准捐考明文	光绪十年	湖广司	王猷斌
户律·户役·人户以籍为定	屯丁契买民人顶充己子应否以旗人论驳查	光绪十五年	奉天司	张石头
户律·户役·人户以籍为定	免死发新疆助屯人犯恭逢恩诏免罪入籍为民	光绪十六年	陕西司	助屯章程
户律·田宅·检踏灾伤钱粮	严定侵赈罪名	光绪四年	福建司	侵赈罪名
户律·婚姻·男女婚姻	谋杀冒妄骗娶之夫照擅杀定拟	道光十八年、道光十九年	江西司	朱王氏
户律·婚姻·妻妾失序	先以婢女为妾后以妾为妻	光绪十五年	湖广司	陈乃汶
户律·婚姻·妻妾失序	妻不在以妾为妻	光绪十五年	湖广司	陈乃汶
户律·婚姻·居丧嫁娶	因小功弟妻居丧再醮图得聘礼起意率众抢回另嫁未便仍以亲属论	光绪十年	浙江司	郑荏佑
户律·婚姻·强占良家妻女	回民结伙抢夺犯奸妇女比照回民抢夺财产办理	道光十九年	山东司	夏仓
户律·婚姻·强占良家妻女	图占其妻先杀其夫与图财害命无异	道光十八年	陕西司	张桂太
户律·婚姻·强占良家妻女	首伙二人强抢妇女回家只图为妻尚未奸污减等问拟	咸丰二年	山东司	汪道有
户律·婚姻·强占良家妻女	查知妇女犯奸借口挟制纠人抢夺其女作妾牵引他条首从罪名均未允协再驳	同治二年	直隶司	韩金榜
户律·婚姻·强占良家妻女	因知人价买有夫之妇挟制纠众抢夺妇女希图勒赎并搜虎皮银两衣饰多赃恐系商谋抢劫驳讯	同治七年	直隶司	刘二琢

续表

律目	案情提要	年份	该司	案犯或名目
户律·婚姻·强占良家妻女	独自抢夺良妇价买未成	同治九年	山东司	齐得胜
户律·婚姻·强占良家妻女	索欠听从将人已聘侄女抢回作妾并无奸污情事难以凭信驳讯	同治十一年	奉天司	刘成发
户律·婚姻·强占良家妻女	强娶已故缙麻兄妻为妻因其拼命拒捕致令自尽部驳后覆讯称系自愿改嫁各节难以为凭信再驳	光绪四年 光绪五年	云南司	莫师忠
户律·婚姻·强占良家妻女	聚众抢夺再醮之妇误抢良妇	光绪四年	山东司	孙三
户律·婚姻·强占良家妻女	聚众抢夺妇女中途畏惧送还比照未伤人首盗闻拿投首例拟军	光绪五年	直隶司	金幅碌
户律·婚姻·强占良家妻女	图娶妻室同往抢夺将女携回照抢夺妇女为从并未奸污案情未确驳审	光绪八年	江苏司	许六
户律·婚姻·强占良家妻女	纠邀强抢已许为婚妇女经父查知送还服礼致本妇之父羞忿自尽照抢夺良家妇女未奸污其父自尽绞候例上量减拟流	光绪八年	直隶司	石幅
户律·婚姻·强占良家妻女	强抢大功弟妾拒毙捕人凡人听从同抢未便比例减等	光绪九年	河南司	冯兴让
户律·婚姻·强占良家妻女	听纠强抢妇女帮同勒逼庚帖致酿人命不得于为从罪上再行宽减	光绪九年	河南司	熊定才
户律·婚姻·强占良家妻女	聚众强抢妇女谓从犯系听纠前往捕贼情节支离驳审	光绪九年	奉天司	诺们额尔得呢
户律·婚姻·强占良家妻女	聚众伙抢有夫之妇不得再论有无瓜葛	光绪九年	直隶司	骆三春
户律·婚姻·强占良家妻女	伙抢室女等情人犯业已拟罪无关出入毋庸覆讯	光绪十年	江苏司	杜有明
户律·婚姻·强占良家妻女	抢夺良妇围户兴贩诱取妇女藏匿勒卖为首照强盗及窝盗例严办	光绪十年	湖广司	诱卖妇女
户律·婚姻·强占良家妻女	纠伙抢夺妇女已成未奸污旋即放回比照未伤人首盗闻拿投首减等拟军	光绪十年	奉天司	杨得菁

续表

律目	案情提要	年份	该司	案犯或名目
户律·婚姻·强占良家妻女	抢夺妇女已成未奸污照已被奸占律减流虽闻拿投首不得再减	光绪十年	山东司	万克兆、又海沅沅
户律·婚姻·强占良家妻女	纠获持械抢夺妇女已成复拒毙有服亲属外照斗杀定拟不符驳讯	光绪十一年	奉天司	周连刚
户律·婚姻·强占良家妻女	聚众伙谋入室抢夺妇女已成之犯供指伙犯不得与强盗量减	光绪十一年	安徽司	李怀荃
户律·婚姻·强占良家妻女	聚众伙谋抢夺妇女已成在途推车等候并未为到场同抢之犯仍照为从例拟绞	光绪十一年	江苏司	魏五
户律·婚姻·强占良家妻女	兄妻因图产强嫁弟妻不甘失节服毒身死比例量减定拟	光绪十一年	四川司	毛康氏
户律·婚姻·强占良家妻女	伙抢妇女已成船户事后知情走避案情不符驳审	光绪十二年	江苏司	徐学山
户律·婚姻·强占良家妻女	聚众抢夺妇女已成首犯闻拿投首为从不得遽行宽减	光绪十二年	直隶司	宋小牛
户律·婚姻·强占良家妻女	听从聚众抢夺妇女已成之犯供获首犯与强盗章程不符不得于例外推广	光绪十三年	陕西司	孙有权
户律·婚姻·强占良家妻女	纠抢室女给人为妻供词支离驳审	光绪十三年	奉天司	宋恒
户律·婚姻·强占良家妻女	媒说表亲之女为妻未允旋经许字与人成婚纠众强抢驳令另拟	光绪十四年	贵州司	萧喜庭
户律·婚姻·强占良家妻女	纠众强抢先经媒说未允之姑表妹为妻	光绪十五年	贵州司	萧喜庭
户律·婚姻·强占良家妻女	聚众抢夺妇女已成拒捕杀人之案首犯闻拿投首从犯畏惧落后案情未确驳讯	光绪十四年	奉天司	董振得
户律·婚姻·强占良家妻女	聚众抢夺妇女从犯分别实缓章程	光绪十四年	秋审处	伙抢妇女实缓章程
户律·婚姻·强占良家妻女	将亲女嫁卖与人为妻因借钱未遂聚众抢夺另卖首从罪名分别凡人亲属	光绪十七年	湖广司	昌名山

续表

律目	案情提要	年份	该司	案犯或名目
户律·婚姻·出妻	被夫改嫁堂姑母主婚	光绪十四年	直隶司	朱连玉案 内刘朱氏
户律·婚姻·嫁娶 违律主婚媒人罪	前夫之女嫁与后夫前妻之子系伊 母主婚谋毙夫命驳讯	光绪十五年	陕西司	白氏
户律·仓库下·挪 移出纳	已革知府提支三厘局费是侵是挪 并未声明是否免罪	光绪十二年	贵州司	陈鸿贤
户律·仓库下·冒 支官粮	喇嘛多食钱粮及私将钱粮给人 充补	光绪四年	奉天司	回乃
户律·仓库下·冒 支官粮	族长冒领已故孀妇钱粮比例科罪	光绪十三年	奉天司	宗室连广
户律·仓库下·转 解官物	滨临水次铺户向船买米回漕泊罪 章程	道光二十一年	安徽司	存米章程
户律·仓库下·转 解官物	转运漕粮经纪车户剥船等治罪 章程	同治七年	福建司	经纪花户罪名
户律·仓库下·转 解官物	仓场请将船户使水灌米从严定罪 毋庸议	光绪十年	福建司	船户灌米罪名
户律·课程·盐法	盐巡枪毙盐犯兵刃未接不得为 格杀	道光二十四年	直隶司	武仍
户律·课程·盐法	贩盐仅系肩挑里零星货卖与人盐 并获见有确货不同律不坐罪	光绪十三年	浙江司	沈亚八
户律·课程·匿税	因人欠钱将自置房屋折给为业该 县指为匿价漏税违例拷讯致令在 监毙命仅请交部议处驳讯	同治七年	直隶司	杨全
户律·课程·匿税	宗室觉罗贩运私酒罪名	同治十一年	奉天司	—
户律·课程·费用 受寄财产	典商收当货物自行失火与邻火延 烧均按月扣除利息照数赔偿	光绪十三年	陕西司	典当失火
礼律·祭祀·禁止 师巫邪术	妇女听从习教不许收赎	道光二十年	湖广司	张得辉
礼律·祭祀·禁止 师巫邪术	起意传习青莲教意图骗钱谓无习 念咒语及供奉飘高老祖情事难以 凭信驳讯	光绪九年	河南司	彭金亭

续表

律目	案情提要	年份	该司	案犯或名目
礼律·仪制·乘舆服御物	幼丁在寺旁卧碑磕顿镰刀把致将碑字边旁楞角磕伤讯非有心毁损比律拟徒	光绪九年	直隶司	王立泉
礼律·仪制·上书陈言	编修指参大员纳贿夤缘讯系得之风闻并无实据	同治四年	直隶司	蔡寿祺
兵律·宫卫·冲突仪仗	叩阍人犯原案并未取具输服供词解交陕西讯明办理	光绪五年	陕西司	王绍祖
兵律·军政·从征违期	团守滋事后立功赎罪准免治罪	光绪九年	云南司	王泽宽
兵律·军政·主将不固守	在籍游击向充团首奉札调团募勇保城贼至潜逃	光绪十七年	云南司	王剑
兵律·军政·激变良民	因出嫁胞姊病故听从逸犯唆使以身死不明报验哄闹尸场穷辱县官致令自尽比照哄堂塞署从犯拟绞	光绪十年	安徽司	严定臣
兵律·军政·私藏应禁军器	贩运硝磺至七十余斤供系检拾难以凭信驳讯	同治七年	山东司	张敬甫
兵律·军政·私藏应禁军器	巡防章程内私造火器火药等各项罪名参稽律例分晰酌核	咸丰三年	山东司	巡防章程
兵律·军政·私藏应禁军器	严禁铺户不准售卖洋枪私卖私藏照例加等治罪杀伤人查照定例及新章分别科断	光绪十七年	山东司	洋枪伤人罪名
兵律·军政·私藏应禁军器	山东省请将贩卖私造鸟枪洋枪严定罪名	光绪十七年	山东司	私贩洋枪
兵律·关津·私越冒度关津	私出关口之犯不得概照越度缘边关津	光绪十九年	直隶司	李老
兵律·邮驿·递送公文	府书私拆公文空改奖札诬骗	光绪七年	浙江司	谢金铨
兵律·邮驿·递送公文	递送摺报迟误时日	光绪十六年	四川司	张发超

二、有关户婚的案件两例

“户律”婚姻门中,关于一则“妻妾失序”性质案例,因案犯具有职官身份,吏部就此罪的判罚及公/私罪的性质判定咨询刑部,《刑案新编》“半”字卷(第11卷)中收录了刑部对吏部查核请求的两次回复。

其一

为片覆事。准吏部片称所有前湖北归州知府陈乃汶先以婢女为妾后以妾为妻,应拟何罪,如妻不在而以妾为妻,例内有无分别,应片行贵部查明详细抄录律条并注明公罪私罪以凭查核等因。

本部(即刑部)查律载妻在以妾为妻者杖九十,并改正等语。至先以婢女为妾后以妾为妻并妻不在而以妾为妻应拟何罪,律例内均无分别明文。相应片覆贵部酌核办理可也。

其二

为片覆事。前准吏部片查前湖北归州知州陈乃汶先以婢女为妾,后以妾为妻,应拟何罪,如妻不在而以妾为妻,律内有无分别。经本部(刑部)查律载妻在以妾为妻者杖九十,并改正等语;至妻不在而以妾为妻,应拟何罪,律例内均无分别等因,片覆在案。

兹复准(吏部)片称,查此案该抚原文内声称“律载:妻在以妾为妻者杖九十,并改正,注云‘妻不在而以妾为妻罪应稍轻’”,拟何罪名之处,详细声覆过部,以便核办等因前来。

本部(刑部)查以妾为妻从前古律并无妻在妻不在之分,至皇朝定律载明,妻在以妾为妻者杖九十并改正,可见妻不在以妾为妻者,自不在例禁之列。该抚所引“妻不在而以妾为妻者罪应稍轻,仍改正”律注,检查现行律内并无此等注语,不得援以为据。如谓名分攸关,未便径予免议,应由贵部自行酌核办理,相应片覆贵部(吏部)可也。

由此还原案情:陈乃汶先以婢女为妾,后娶该妾为妻,且以妾为妻时并无正妻,吏部想要解决的问题依次包括:(1)是否有罪,拟何罪名;(2)如有罪,无妻而将曾为婢女之妾迎娶为妻,与以妾代妻,两种行为是否适用同条律/例,前者量刑上可否较后者从轻;(3)职官有犯此种行为,是公罪还是私罪。^①

^①在《大清律例·名例律》的“文武官犯公罪”与“文武官犯私罪”两条中,可以看到区分公私罪名的意义:“凡一应不系己而因公事得罪者曰公罪”“该笞者一十罚俸一个月……该杖者六十罚俸一年七十降一级八十降二级九十降三级俱留任,一百降四级调用”“不因公事己所自犯皆为私罪”“该笞者一十罚俸两个月……该杖者六十降一级七十降二级八十降三级九十降四级俱调用,一百革职留任”。《唐律疏议》中早有职官犯公私罪的特征描述,“私罪,谓不缘公事,私自犯者;虽缘公事,意涉阿曲,亦同私罪”“公罪,谓缘公事致罪,而无私曲者”。学者指出:“唐、宋公罪和私罪的区别比较严格,公罪是指在处理公务时,由于见解不同、办事不力、失误或者差错所犯的过错,而不是由于办私事而犯罪。私罪正好相反,做的事与公事无关,只是为了谋私利,或者打着办公事的旗号办私事,在这过程中所犯的罪叫作私罪。公罪和私罪皆只适用于官吏,在处理时公罪从轻,以免打击官吏工作的积极性,提高办事效率。私罪从重,这样可以预防官吏滥用职权,以权谋私。”(宋)钱若水修,范学辉校注:《宋太宗皇帝实录校注·卷第三十》,中华书局2012年版,第170页。可见唐宋公私罪的区分,主要在职官履行公务场合,如此方可理解范仲淹语即“作官公罪不可无,私罪不可有”。(清)陈其元《庸闲斋笔记》卷七《做官须明公罪私罪》中“求免公罪,即是私罪”也是此意。这样看来,以妾为妻,既是私事,毫无遁词,适用“文武官犯私罪”律无疑。

刑部的回复,两次都不提及第三个问题。第一次回复较为含混,只列举“妻在以妾为妻”条,对此案情况如何办理,仅称律无明文,由吏部酌核。吏部因此追问,刑部第二次回复,则从法制承袭角度辨析“妻妾失序”条的文义、法意:依“古律”,但凡以妾为妻,均为“妻妾失序”“并无妻在妻不在之分”,清律则明确限定为“妻在以妾为妻”坐罪,由此可推断,妻不在而以妾为妻,没有处罚依据,“自不在例禁之列”。律无明文,如从伦理角度定要追究,可由吏部自行裁量。^① 该省巡抚引律注“妻不在而以妾为妻者罪应稍轻,仍改正”,刑部认为与现行律不符,不能适用。

结合“妻妾失序”条立法的本末来看,所谓“古律”乃是唐律。明清律同为“凡以妻为妾者杖一百,妻在以妾为妻者杖九十,并改正”,不同之处是,清律在明律第2款“若有妻更娶妻者,亦杖九十。离异”基础上添加小注,明确“(后娶之妻)离异(归宗)”而删去明律的“其民年四十以上无子者,方听娶妾。违者,笞四十”。据《读例存疑》,小注乃是顺治三年添入,此条为乾隆五年删定,其下并未附例。

据《大明律》“纂注”阐释:“此条大意重在尊嫡妻言,盖嫡妾贵贱本有定分,凡以正妻为妾者本夫杖一百,妻在室而以妾为正妻者杖九十,并改正:妻仍为妻,妾仍为妾也。盖以妻为妾则易位矣,以妾为妻正妻之分犹存,故减一等科之。若有妻而又娶一妻是匹嫡矣,本夫亦杖九十……观‘妻妾失序’上用一‘凡’字,则通官民可知。”其“备考”曰“妻亡以妾为正妻者问不应,改正”,但非律例原文。

明律此条的来历,沈家本《明律目笈》考释,“妻妾失序”对应唐律中的“有妻更娶”^②和“以妻为妾”两条。^③“以妻为妾”即唐律总第178条(“户婚”):

诸以妻为妾,以婢为妻者,徒二年。以妾及客女为妻,以婢为妾者,徒一年半。各还正之。若婢有子及经放为良者,听为妾。

“义疏”解释立法意图:

妻者,齐也,秦晋为匹。妾通卖买,等数相悬。婢乃贱流,本非俦类。若以妻为妾,以婢为妻,违别议约,便亏夫妇之正道,黷人伦之彝则,颠倒冠履,紊乱礼经,犯此之人,即合二年徒罪。“以妾及客女为妻”,客女,谓部曲之女,或有于他处转得、或放婢为之;以婢为妾者:皆徒一年半。

由此可见,自唐至明,“妻妾失序”规制的重心并不完全重叠,唐律此条的立法意图符合一贯的维护尊卑、良贱等级制度,立意更深远,在这一角度上,确如刑部所言“从前古律并无妻在妻不在之分”;而明清律相应条文的法意更加具体而有针对性,适用范围也就相对狭窄。刘俊文在其《唐律疏议笺解》中分析“此条规定乱妻、妾及婢位罪之刑罚……此类行为违反礼经规定之尊卑名分,破坏封建宗法秩序……妻、妾与婢之别乃良贱身份不同,疏议所谓‘本非俦类’。混乱良贱与混乱尊卑相比,前者性质重于后者,故

^①今按:或可依“不应为”笞四十或杖八十。

^②唐律总第177条:“诸有妻更娶妻者,徒一年;女家,减一等。若欺妄而娶者,徒一年半;女家不坐。各离之。”立法之意是:“依礼,日见于甲,月见于庚,象夫妇之义。一与之齐,中馈斯重。故有妻而更娶者,合徒一年。”

^③(清)沈家本撰:《历代刑法考·明律目笈二·婚姻·典雇妻女 妻妾失序 逐婿嫁女》,邓经元、骈宇騫点校,中华书局1985年版,第1837页。

以婢为妻科徒二年,以妾及客女为妻科徒一年半;同是混乱尊卑,抑尊为卑性质重于以卑乱尊……由此可见唐律贯彻区分良贱与尊卑原则之严格、周密。”^①而明清律对“妻妾失序”的处罚规定,顾名思义,是以“妻在”为前提展开的,用意在“尊嫡妻”,是处罚“妻妾易位”“以妾为妻正妻之分犹存”与“匹嫡”。但不涉及“嫡妻”之位空置时以婢为妻应否处罚,从当时的立法意图中也难以推导出:一旦符合身份的嫡妻缺位,无论以何人为妻,都不满足“妻妾失序”条的适用条件,因其不会威胁到具体的个别嫡妻的地位,也就“不在例禁”。正如陈乃汶案,因具体的个别的嫡妻“不在”,所以对其娶婢女为妻的行为如何处罚,便犯了难。

需要注意的是,吏部办此案时虽未言及,但一旦决意对娶者即陈乃汶知州进行惩处,舍“妻妾失序”正条而科“不应为”罪则暂且不论,如依“妻妾失序”条,还涉及到对嫁者地位及嫁娶双方婚姻关系承认与否的问题。也就是说,“妻妾失序”罪的成立,伴随着婚姻家庭关系的“改正”,即妻妾恢复“失序”前的状态。然而因陈乃汶妻“不在”,“妻仍妻、妾仍妾”也就无意义。吏部、刑部均未措意于此,结合明律在唐律基础上“轻轻重重”的立法调整,或许佐证了唐宋至明清良贱身份制度及观念方面的一些变化^②,如图1所示。

唐律首重良贱

明律首重尊卑

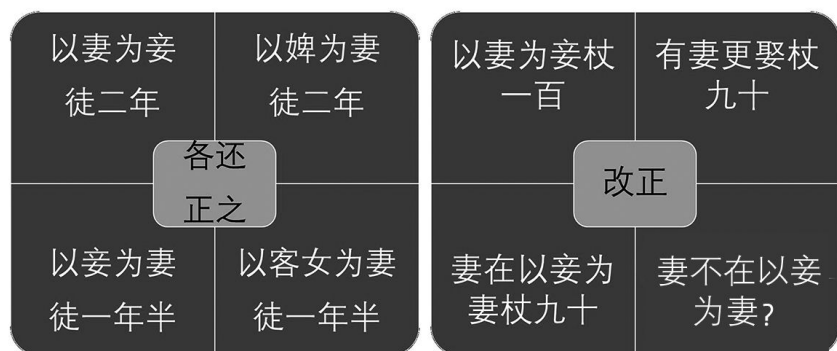


图1

此外,从社会现实来看,刘俊文在《唐律疏议笺解》中辨析,“以妻为妾”“以妾为妻”等罪名的渊源久远,“至迟可上溯至春秋战国,《孟子·告子下》载春秋之时,齐桓公会诸侯于葵丘,盟誓中已有‘无以妾为妻’之命……西汉之时,律文明定‘乱妻妾位’条目,有犯者罪至免、徙……唐律此条,当是沿自前代之律”^③,唐以后,法意仍代代相延。

在中国古代,“以妾为妻”非礼也,在道德上始终受谴责。而在实践中,因此获咎虽大有人在,亦不乏不被追究之例。《旧唐书·杜佑传》记载其“始终言行无所玷,唯在

①刘俊文:《唐律疏议笺解》卷第十三《户婚》,中华书局1996年版,第1020页。

②对“奴婢”等社会、法律身份地位的探讨,参见[日]高桥芳郎:《宋至清代身分法研究》,李冰逆译,上海古籍出版社2015年版。

③刘俊文:《唐律疏议笺解》卷第十三《户婚》,中华书局1996年版,第1020页。

淮南时,妻梁氏亡后,升嬖妾李氏为正室,封密国夫人,亲族子弟言之不从,时论非之”,但正如刘俊文所论,此举“仅为‘时论’所非,并未科以乱妻妾位之罪,可见此律并未完全实行,至少在唐后期,在高层官僚中是如此”。^①陈乃汶案中吏部向刑部询问如何适用法律、刑部称律例无文、吏部可自行酌核等情况,也许反衬出,至光绪年间,认真追究“以妾为妻”之事,已属凤毛麟角。

“妻妾失序”有违礼法,立法者的对策是诉诸刑罚。而同在“婚姻”门的“强占良家妻女”类案例,从案情提要中可见,多牵涉命案,法司拟以重罪。“气”字卷(第15卷)之首记载光绪十七年湖广司覆核昌名山卖女与他人为妻,又抢回另卖一案,案情如下。

昌名山有女昌氏,他先将女儿卖与王功发为妻,后因向王功发借钱未遂,起意将女儿抢回另卖,于是伙同侄子昌独功,以及宋传典、陈得林、陈得干、彭万顺一共六人,夜里撬门入室到王功发家中。昌独功、陈得林将昌氏拉走,王功发扭住昌氏衣服拦护,昌名山用木棍毆伤王功发头部左侧。王功发紧揪不放,昌独功又用刀背毆伤王功发左臂膊。王功发仍不放手,被宋传典用矛戳伤右腿等处,倒地身亡。王功发之叔王洪济、叔母王刘氏前来救护,都被昌独功用刀戳伤。陈得林等将昌氏背跑,装上船只逃逸,打算将她卖掉,得钱后再各分散。昌名山、宋传典被抓获,其他犯人在逃。

在地方的审理过程是:知州以律例并无妻父图抢已经婚配之女另卖致伙犯杀死女婿作何治罪专条上报。臬司认为,王功发身受各伤中,被宋传典用矛戳伤为重,应以宋传典拟抵;昌名山纠抢已经婚配之女拉回另卖,与婿王功发有义绝之状,按律应以常人论。然而,根据新定章程,女婿致毙义绝妻父既不律以擅杀(“罪人拒捕”条),则存在疑问:妻父母因而杀婿,也不能照“罪人拒捕”条科罪,无治罪明文,亦无办过似此成案。因此咨询刑部,请示处理方案:(1)昌名山拟绞。因其与死者之家系儿女至亲,可否将昌名山照于素有瓜葛之家纠众强抢已成例,按强夺律拟绞监候。(2)昌名山免死。或依斗杀案内原谋拟流,或照将亲女卖与人骗财后中途聚众邀抢例拟军。(3)其余各犯,

^①“未完全实行”,或许是因为情理虽可罚,但“家务事”外人未必能知,抑或是因为不同时代在这方面的禁制时有张弛。但罚与不罚,并无规律可循。宋代宗室犯此罪,“因罢开府仪同三司及大宗职事”(《春渚纪闻》卷一《乱道侍郎》),其情节则属“妻不在”性质,可与清代陈乃汶案相参。据《宋史》,赵宗景妻丧,想要以妾作为继室,“先出之于外,而托为良家女,且纳焉。坐夺开府,既而还之”。其事为朝臣举发,陈次升于哲宗绍圣二年十二月上奏:“宗室娶妻,于条必须一代有官,其进纳伎术、工商、杂类之家,皆不许为亲。宗景侍姬杨氏起于卑微,有戾于上条。”(《清波杂志校注》卷五《封妾》)但宗景受罚,亦与其宗室身份、欺诈手段有关。有学者研究指出:“妾身份的取消,最好的结果应是扶正为妻,对此法律并无明文禁止,家谱中年表的记载可证明,妾扶正并不罕见。”程郁:《蓄妾习俗及法规之变迁》,上海人民出版社2013年版,第364页。如清代理学名臣翁方纲于《翁氏家事略记》中自述“以妾为妻”事,为人指摘,但未尝坐罪。其自记“嘉庆二十年九月十二日,集亲友,公议妾王氏扶正,并树崑生母刘氏一并正名,俱称夫人”,刘声木于《菴楚斋三笔》卷一《翁方纲以妾为妻》条批评称:“以妾为妻,经籍悬为厉禁,‘扶正’二字,未见载籍,只流俗安人,相沿有此名称”,翁学士道貌岸然,对“此等非礼失教之行”自鸣得意,假公议而实欲委过于人,蛇蝎心肠。在小说中“扶正”亦并不希见,《红楼梦》第1~2回中,贾雨村纳甄士隐家婢女娇杏为妾,即“问甄家娘子要那娇杏作二房”,娇杏“自到雨村身边,只一年便生了一子,又半载,雨村嫡妻忽染疾下世,雨村便将他扶侧作正室夫人了。”又,第44回“变生不测凤姐泼醋 喜出望外平儿理妆”一回,贾琏偷情,凤姐在窗外听见里头说笑,“……那妇人道:‘他(今按:即王熙凤)死了,你倒是把平儿扶了正,只怕还好些。’……”凤姐因此起疑,怒责平儿,后又赔不是。

宋传典可否照强夺杀人例拟斩立决;在逃之昌独功用刀戳划伤王洪清夫妇平复,将来获案,可否照抢夺杀人为从刃伤例拟绞监候;其余逸犯未经帮殴成伤者,可否于抓获之日问发极边足四千里充军。

刑部辨析:例内聚众伙谋于素无瓜葛之家抢夺妇女一条,系指凡人而言;若为首之犯与被抢之人系属父女至亲,非仅有瓜葛者可比。为从各犯如系被抢之人有服亲属,亦与凡人不同,若未杀伤人,向系照用强抢卖亲属例分别尊卑服制科断;若系外人,听从伙抢与被抢者素无瓜葛,即应按照凡人伙抢妇女为从问拟。种种差异,法官应当酌核情节,悉心定拟。昌名山虽与王功发翁婿之义已绝,应同凡论,而被抢之昌氏究系该犯亲女,既不得与凡人同科,亦未便按素有瓜葛之条拟以缙首;昌名山意在抢人,并非同谋共殴,王功发虽因该犯纠抢昌氏而被拒毙,与被昌名山谋殴毙命之案不同。因此,昌名山非原谋,其聚众强抢拒捕行凶行为,可比附将亲女卖与人作妻骗财后中途聚众行凶邀抢之例,发近边充军。至宋传典一犯系属外人,与昌氏并无戚谊,其听从伙抢将王功发拒伤致毙,按共犯罪而首从罪各别者各依首从本律论,应将该犯照聚众伙抢素无瓜葛之妇女拒捕下手杀人例拟以斩梟。在逃之昌独功、陈得林、陈得千、彭万顺与昌家父女的关系既有亲属、外人之别,应该等到他们被抓获时,讯明所犯情节,各按本例定拟。

刑部指出,关于臬司所谓“新定章程”,即刑部前次通行,系专为女婿与义绝妻父有犯而设,其外姻无服亲属并不在内。昌独功一犯听从将昌氏抢获嫁卖,如系昌氏尊长,本罪止应拟徒。该省尚未将全案供招报送刑部,刑部未知案情是否确凿,无从悬拟;巡抚应迅速审拟具题,刑部将于详情到日再议。

针对召集多人聚众抢夺亲生女儿的昌名山,如何处罚,将刑部罗列的相关律例规定列表2如下。

表2

《刑案新编》中刑部“查例载”	出处
将亲女卖与人作妻骗财后中途聚众行凶邀抢者,发近边充军	“典雇妻女-01”,前明问刑条例。原例系将妻妾作姊妹,及将拐带不明妇女,或将亲女并居丧姊妹嫁卖与人作妻妾、使女名色,骗财之后云云。乾隆五年、三十六年修改,嘉庆六年改定 ^①
期功卑幼抢卖兄妻胞姊,及卑幼总麻抢卖尊属尊长,并疏远无服亲属抢卖尊长卑幼者,均拟绞监候,如尊属尊长强卖卑幼,系期功杖一百流三千里,系总麻发附近充军,未成婚者各减一等	“强占良家妻女-04”,乾隆六年安徽巡抚题强卖伯母之董宫一案,附请定例。(与抢夺路行妇女原系一条,后将下一段摘出另为此例。)嘉庆六年修改

^①薛允升:《读例存疑》,见寺田浩明教授网站,《读例存疑》光绪三十一年京师刊本电子化版, <http://www.terada.law.kyoto-u.ac.jp/dlcy>, 访问日期:2017年4月1日。以下版本同。

续表

《刑案新编》中刑部“查例载”	出处
聚众伙谋于素无瓜葛之家入室抢夺妇女,一经抢获出门,即属已成,为首斩决,为从者皆绞监候,拒捕杀人者,下手杀人之犯斩决梟示,帮殴成伤从犯不论手足他物金刃均拟绞监候,其并未帮殴首从各犯仍分别已未抢获妇女本例问拟。若于素有瓜葛之家,先经媒说未允,因而纠众强抢者,仍按强夺奸占已未成本律例科断,如有拒捕杀伤人者,照强夺杀伤人例办理	“强占良家妻女-04”,此例原系二条,一条乾隆六年,刑部会同九卿议覆安徽巡抚陈大受具题强买伯母之董宫一案,附请定例。一系康熙年间现行例,雍正三年修改。原载白昼抢夺门内,嘉庆六年移载本门,将二条修并为一,十九年改定
共犯罪而首从本罪各别者,各依本律首从论	名例律·共犯罪分首从

对于六名犯人的犯状、判罚,表3分析如下:

表3

案犯	昌名山	昌独功	宋传典	其他
情节	先将伊女昌氏卖与王功发为妻,后因向其借钱未遂,起意将女抢回另卖,纠允宋传典并侄昌独功及陈得林、陈得干、彭万顺一共六人,夜抵王功发家撬门入室 昌名山用木棍殴打王功发左耳连耳轮耳根	昌独功同陈得林将昌氏拉走。 昌独功用刀背殴打王功发左臂膊 王功发之叔王洪济叔母刘氏喊救,均被昌独功用刀戳划致伤	宋传典用矛戳伤穿透王功发右腿,王功发倒地殒命	昌独功同陈得林将昌氏拉走 陈得林等将昌氏背跑装上船只逃逸,约俟卖钱再各分散
是否抓获	是	否	是	否
地方拟断	昌名山纠抢已经婚配之女拉回另卖,与婿王功发有义绝之状,按律应以常人论。惟新章女婿致毙义绝妻父母既不律以擅杀之条,则妻父母因而杀婿自亦不能照罪人拒捕科罪。若以昌名山拒捕按斗杀律科断,昌名山只应照原谋问流,而将亲女嫁卖与人作妻骗财后中途聚众行凶邀抢者尚应拟军	在逃之昌独功用刀戳划伤王洪清夫妇平复将来获案可否照抢夺杀人为从刃伤例拟绞监候	王功发身受各伤,惟后被宋传典用矛戳伤右腿月秋穿透右腿为重,应以拟抵 宋传典可否照强夺杀人例拟斩立决	其余逸犯未经帮殴成伤获日问发极边足四千里充军

续表

案犯	昌名山	昌独功	宋传典	其他
刑部意见	昌名山将伊女昌氏卖与王功发为妻后,因借钱不遂起意纠众抢回另卖,致王功发被宋传典戳伤身死,虽该犯与王功发翁婿之义已绝应同凡论,而被抢之昌氏究系该犯亲女,既不得与凡人同科,亦未便按素有瓜葛之条拟以缙首,且其意在抢人,并非同谋共殴,王功发虽因该犯纠缠昌氏致被拒毙,与谋殴毙命之案究不相同,岂得科该犯以原谋之罪。惟其聚众强抢拒捕行凶,核将亲女卖与人作妻骗财后中途聚众行凶邀抢之例适相符合,酌量比附,尚得情法之平	昌独功一犯听从将昌氏抢获嫁卖,如系昌氏尊长,本罪止应拟徒,另自刃伤王洪清夫妇二人,并非致毙王功发帮殴刃伤之犯,酌照抢夺刃伤为首例问拟,尚非失之过严	宋传典一犯系属外人,与昌氏并无戚谊,其听从伙抢将王功发拒伤致毙,按共犯罪而首从罪各别者各依首从本律论,应将该犯照聚众伙抢素无瓜葛之妇女拒捕下手杀人例拟以斩臬,不得牵引素有瓜葛之条仅照抢夺杀人科罪	在逃之昌独功、陈得林、陈得千、彭万顺既有亲属外人之别,应俟获日讯明所犯情节,分别服制凡人,各按本例定拟

三、有关妇女监禁的奏议

“云”字卷页 28a~29b 载,光绪九年有御史提议将开设烟馆赌局的妇女排除在收赎范围之外,量予监禁,刑部奉旨探讨该提议是否可行。

光绪九年七月二十四日内阁奉上谕:御史刘恩溥奏京城旗民妇女开设烟馆赌局等情,苏州、上海、杭州等处亦有妇女开设烟馆拐贩情事,请将犯罪妇女量予监禁等语,著刑部妥议章程具奏。钦此。

据该御史原奏内称:京城内外旗民各妇女之不安分者,或开设烟馆赌局,窝藏贼匪,或开设小押放账,盘剥贫民,甚有恃妇逞刁择肥而噬,被其害者茹恨吞声,不知凡几,不止如己革给事中张观准案内之苏德氏一名已也。又如苏州、上海、杭州等处,恶妇开设台基、藏垢纳污、伤风败俗,更有花烟馆栉比林立,俗所谓白蚂蚁者,为之拐贩良家妇女,明目张胆,直不知人间有羞耻事。地方官虽亦空文告诫,而该匪等肆无忌惮若罔闻,知此诚世道之忧矣。伏查本年四月间升任湖南巡抚卞宝第奏故杀童养子妇一案内称:妇人照例收赎,虽有治罪之名,并无治罪之实,以致毫无畏忌,请酌予监禁数年,挽回颓俗。请推广此例,凡有干涉前项情事者,察其所犯案之轻重,量予监禁一二年,以示惩戒而做效尤。请飭交刑部妥议章程具奏。

臣等查,妇女犯罪酌加监禁现行例内,只有挟嫌翻控及因盗致纵容父母自尽罪应烟瘴充军者两条,以外犯寻常军流徒罪一概准予收赎。原以妇女以名节为重,其情罪重大,固未便煦煦为仁,如情节稍轻,亦未便过事,苛求致失矜全廉耻之义。即本年臣部议覆湖南巡抚卞宝第奏故杀子妇有酌予监禁一二年章程,亦系专为残杀

媳命无复伦理而其罪又应拟流者严加惩创,并非将徒罪以下之犯概行监禁,以致漫无区别也。兹据该御史刘恩溥奏称京城内外旗民妇女开设烟馆赌局请量予监禁等语,自系为严惩恶妇起见。唯查开设烟馆赌局,轻则不过枷杖,重亦罪止拟徒,与例内所载监禁各项情节重大者迥不相同,未便相提并论。况京城奸媒有犯诱奸诱拐罪应拟徒例,仍准其照律收赎,则京城开设烟馆之案不应反较奸媒办理加严,若如该御史所奏纷纷监禁,无论与定例显相牴牾,且犯寻常军流等罪均准收赎,而犯此等罪名概予监禁,轻重亦觉倒置。如谓该妇女窝藏贼匪、逞刁噬肥,种种凶恶,不一而足,犯案到官后,臣部正可随时惩办,按例从重实发。历经办理有案,又岂止监禁所能蔽辜耶!总之,此等案件全在查禁之核实,不在罪名之严峻。地方官果能认真查拿、有犯必惩,匪徒自知敛迹,否则纵立监禁名目,恐亦未必尽除根株也。该御史所请京城妇女开设烟馆赌局等项量予监禁之处,应毋庸议。至所称苏州、杭州、上海等处恶妇开设花烟馆拐诱良家妇女,明目张胆、肆无忌惮等语,固系人心风俗之害。第查近年以来臣部覆核该省稿件,从未见办过一案,究系如何情形,臣部无从周知,更未便悬定科条。相应请旨飭下江苏、浙江各巡抚详晰查明具奏,再由臣部酌核办理。所有臣等遵旨妥议缘由谨恭折具奏请旨。

“花烟馆”是体现江苏上海奢华靡费缩影的“销金窟”之一,“一日夜所销不下万数千元”的窟之大者为“妓馆”“戏馆”和“酒馆”,日消费“不下数百元”的小者即为“清烟馆”“花烟馆”与“女堂烟馆”,其弊为诱人挥霍与失足,“金有限而窟无穷,窟难盈而金易竭”。^①据《申报》载,“生人之陷阱臭甚于妓馆烟馆,而花烟馆并两为一,阨人尤甚……三馆均干例禁,而首先当禁者莫如花烟馆”,其弊如“色中饿鬼无赖少年若贩夫牧竖村仆狂奴佣工手艺舆隶篙师莫不借吃烟以渔色,渔色而吃烟,欣欣然以卧烟铺上阳台为便宜之榻,不知烟为色媒,色为烟饵,一入彀中,无瘾者未几有瘾矣,囊空者旋又身空矣”。^②

“白蚂蚁”原指中介,因“广多白蚁,以卑湿而生。凡物皆食,虽金银至坚亦食,惟不能食铁力木与椴木耳。然金银虽食,以其渣滓煎之,复为金银”(屈大均:《广东新语》卷二十四“白蚁条”),以白蚁喻中介买卖房屋、居间营利,即“以此种人善赚银钱,故以名之”(顾张思:《土风录》卷七“白蚂蚁条”),此称呼已透露出贬义:“‘捐客’,无资本,无商店,专以口头说合买卖,而居中赚取佣钱之一种商人也,犹日本之‘仲卖人’也。‘白蚂蚁’,地皮房屋之捐客也,倚此营生,犹白蚁之惯喜蛀屋耳。地皮蛀虫,与‘白蚂蚁’同。”(徐珂:《清类稗钞·方言》“上海方言条”)进而,“白蚂蚁”的形象与恶名,从帮人买卖房产以取利的“蛀人房屋”,演变成诱拐妇女、拆人家庭的“蚁媒”。^③

①《申报》同治壬申六月初八日(1872年第64号)《销金窟歌有序》。在“大成申报数据库”(http://shenbao.dachengdata.com)中搜索篇名包含“花烟馆”的便有七篇,时间分布为1872年第136号的《花烟馆阨人论》、1874年第788号的《记花烟馆命案再行复审事》与第836号的《花烟馆闹事》、1875年第1073号的《花烟馆案送县》、1875年第1098号的《花烟馆案讯结》、1881年第2952号的《花烟馆被骗》及1883年第3596号的《论禁花烟馆》。

②《申报》同治壬申九月初四日(1872年第136号)《花烟馆阨人论》。

③参见韦明铤:“‘白蚂蚁’解——关于房地产买卖之‘中人’及其文化释读”,载《档案与建设》2002年第5期。

从“花烟馆”“白蚂蚁”的恶名与特定指涉来看,民间确实存在此类现象,即便刑部“从未见办过一案”。

四、刑部与理藩院等的文牒往来

“峰”字卷页 35a 载刑部(奉天司)片覆理藩院的公文。

为片覆事。准理藩院咨称:仁弘寺喇嘛策冷那木甲拉呈递联名呈词争缺控诉一案,本院讯据回乃供认多食一两钱粮三月属实,并测丹均将多食之钱粮自行给人充补各等情。查本院喇嘛事例内,并无多食钱粮、私放钱粮作何办理之条,亦无办过似此成案。今喇嘛得木齐有经管钱粮之责,应如何比例定拟,本院无从援引,应咨贵部查赎刑例经管钱粮之人多食钱粮及私将钱粮给人充补应如何惩办之处,咨覆本院以凭比照办理等因前来。

本部(即刑部)查经管钱粮之人,如有冒支官钱粮者,律应以监守自盗论;至私将钱粮给人充补,律例内并无作何治罪明文。唯应食钱粮各项差使例有定额,其私行充补之人是否旷额在先、补充于后,抑系额外滥充,有无冒支入己等情,未据声明,本部无凭悬拟。相应抄录冒支律文片覆。

“冒支律文”从略。查《大清律例·户律·仓库下》冒支官粮条:

凡管军官吏冒支军粮入己者,计[所冒支之]赃准窃盗论。[取之于军非取之于官也,故止准窃盗论。若军已逃故不行扣除而入己者,以常人盗官粮论。若承委放支而冒支者,以监守自盗论。]免刺。

“南”字卷页 34a~34b 载刑部(直隶司 光绪十年)咨覆都统的公文。

查蒙古例载,偷窃牲畜一二匹,为首者枷号一个月,鞭一百等语。此案王凤岗独自起意偷窃不识姓名蒙古事主牧放马二匹,该都统将王凤岗依刑例偷窃蒙古牲畜一二匹首犯发山东河南交驿充当苦差等因咨部。

本部查,偷窃牲畜一二匹首犯发山东河南交驿当差之例,系道光二年本部会同理藩院奏明修改纂定。嗣理藩院奏明将蒙古偷窃牲畜一二匹为首改为枷号一个月鞭一百,较旧例为轻,而刑例尚未修改,自未便仍引用。今王凤岗独窃不识姓名蒙古事主牧放马二匹,现查据理藩院将例文抄录过部,自应照蒙古例问拟,王凤岗应改依蒙古例偷窃牲畜一二匹为首者枷号一个月鞭一百。该都统将该犯照例发山东河南驿站当差之处应毋庸议,余如所咨办理。嗣后遇有偷窃蒙古牲畜案件应查照蒙古例分别核办,其刑例俟本部奏明修改后再行遵办,以免歧义。相应咨覆该都统可也。

“刑例”的由来,据《读例存疑》梳理“盗马牛畜产”条后附例,“偷窃蒙古牛马驼羊四项牲畜……一二匹者,首犯发山东、河南,为从同窃分赃者,鞭一百”,此条系乾隆五十三年例,道光四年改定。薛允升指出,“现在理藩院蒙古例文与此条不符”,亦不知理藩院何故将例文改轻。由此存在部门沟通不畅、断罪轻重不协的问题:

民人、蒙古番子偷窃四项牲畜,如在蒙古地方,俱照蒙古例定拟,即照此条例文也。理藩院例文忽尔改轻,则各条俱应从轻矣。而此等人在内地行窃四项牲畜,计

赃照刑律拟罪,反有较蒙古例为重者,岂非轻重倒置乎。修改例文或由重改轻,或由轻加重,均有原奏可查。且历年以来,均系会同刑部办理。此例究竟理藩院因何改轻之处,刑部并无根据,理藩院亦无原案可稽。彼例改而此例仍旧,殊可怪也。

对此,局部的变通和补救方法是,对犯罪地点、对象等加以细致区别,以明确何种情况适用轻例(蒙古例),何种情况统一适用“刑例”。因而有道光十六年出台的如下条例:

民人在蒙古地方行窃民人牲畜之案,仍照盗马牛畜产本律本例办理,不得照蒙古例科断。

但这却使得问题更加复杂化:先是特别的“蒙古例”重于一般的民人例,后“蒙古例愈改愈轻”,“以蒙古及内地界址为断”的属地标准与“以蒙古、民人为断”的属人标准并存,均增加了法律适用的困难。

上条(其蒙古地方强劫什物案内,抢有四项牲畜,在十匹以上者,分别首从,照《蒙古则例》治罪)系以蒙古及内地界址为断,此条蒙古地方又以蒙古、民人为断,总因蒙古例文过重故也。现在蒙古例愈改愈轻,未必重于民人。

“盗马牛畜产”条律文,立法者的思路是以“计赃定罪”为原则、不计赃为例外:

凡盗民间马、牛、驴、骡、猪、羊、鸡、犬、鹅、鸭者,并计(所值之)赃以窃盗论。若盗官畜产者,以常人盗官物论。

若盗马、牛(兼官、私言)而杀者,(不计赃,即)杖一百、徒三年。驴、骡,杖七十、徒一年半。若计赃(并从已杀计赃,)重于(徒三年、徒一年半)本罪者,各加盗(窃盗、常人盗)罪一等。

其下附条例十余则,多为不计赃并加重刑罚的,亦有按照牲畜匹数来量刑的,薛允升总结条例用意,“非关系官马,即关系边外地方,故特立专条,以示不照律文定罪之意”。然而,虽“官马重于私马,边外蒙古又重于内地”的“例意”即定例原则有一定合理性,但条例纷繁,不免参差、违背定例之本意^①,给胥吏提供了舞弊之机。^②

五、刑部与宗人府的文牒

“峰”字卷页 22a 载,光绪元年,宗人府就一则宗室于其祖坟私砍树木、盗卖砖瓦的案例,向刑部咨询如何定罪量刑。刑部(奉天司)回复:

本部查此案前准贵府抄录供词送部,经本部查,私砍祖坟莹树木,例应分别是否高大株颗,其盗卖坟莹之砖瓦,亦应计赃准窃盗罪加一等,检阅供词并未供明,无从查抄例文,片行在案。

兹准贵府将覆讯供词抄录送部。查宗室奕在将祖莹内倒塌墙垣砖块卖钱六吊,每京钱二吊合银一两,计赃三两,按子孙盗卖坟莹砖瓦计赃准窃盗罪加一等例

^①薛允升指出:“窃盗计赃治罪,此不易之法也。即本条律文亦系计赃以窃盗论,例内盗牛以只计,蒙古四项牲畜以匹计,已与律意不符,而细核其数,究不至大相悬殊,乃又以一主为重,则全失定例之本意矣。”

^②薛允升推测理藩院擅自改例、减轻刑责的真正原因“必系不肖司员串通书吏,因案受贿,私自改窜。不然此门各条,均有纂立年月及修改案据,何以此条并无一字提及,而始终亦未知会刑部耶”。

应于窃盗赃一两以上至一十两杖七十罪上加一等律上杖八十;其起刨祖坟树根例无治罪专条,酌量科断,罪止不应,均系轻罪。唯将坟旁高大颗松树十株砍伐,罪应杖枷,自应从重照子孙将祖莹坟旁散树高大株颗私自砍卖者六株至十株杖一百枷号两个月例科断。相应片覆贵府酌核办理可也。

所依据的规则是“盗园陵树木”条,雍正三年修律者解释,“此重园陵树木而兼及民间坟莹也”^①,其下附条例针对“凡子孙将祖父坟园树木砍伐盗卖”之罪,康熙五十七年规定“照违令律治罪”,乾隆二十一年改为“一株至十株,杖一百,枷号三个月,计赃重者,准窃盗从重论”,其后仍有修订。据薛允升《读例存疑》记载,乾隆三十二年、四十二年修改,嘉庆六年、十四年改定,条例全文如下:

凡子孙将祖父坟莹前列成行树木,及坟旁散树高大株颗,私自砍卖者,一株至五株,杖一百、枷号一个月。六株至十株,杖一百、枷号两个月。十一株至二十株,杖一百、徒三年。计赃重者,准窃盗加一等,从其重者论。二十一株以上者,发边远充军。(如坟旁散树,并非高大株颗,止问不应重,杖。)若系枯干树木,不行报官,私自砍卖者,照不应重律,杖八十。看坟人等及奴仆盗卖者,罪同。盗卖坟莹之房屋、碑石、砖瓦、木植者,子孙奴仆计赃,并准窃盗罪加一等。

对此条立法有无必要性,薛允升亦有商榷:

坟树有关风水,禁其盗卖,尚属可通。房屋、砖瓦、木植亦不准卖,何也。祖父生前所住之房屋准卖,坟莹之房屋不准卖,又何也。奴仆加一等可也,子孙亦加一等,不知本于何条。因坟树而遂及房屋等项,俱属不近人情之事。至砍一干枯树木,必责令报官,尤属节外生枝。

清初亦曾有人就“亲属相盗”条法意阐发开来,论说“家贼”与寻常盗窃的性质差异。^②然而从此则案例来看,《大清律例》条文对子孙盗伐祖父坟墓周边的一草一木、一砖一瓦,均采取严肃处理的态度,难免有“节外生枝”与“不近人情”之嫌。

“峰”字卷页 11a~12a 载光绪元年“国服期内宗室违例剃发”案,刑部(奉天司)片覆宗人府:

为片覆事。准宗人府片称,提督咨送镶蓝宗室吉坦因患瘟疫一时心迷将头发剃去一案,应抄原供片行贵部迅即查明应作何治罪声覆过府以凭核办等因。查吉坦原供,四月二十六日伊偶感瘟疫,未能出汗,因此心中迷乱,五月初十日伊因一时心迷,到剃头店将头发剃去,剃完后思及现有国服,身系宗室,是日不应剃头,自应伏官厅呈报等供。本部(刑部)查律例内并无违例剃发作何治罪明文,检查会典内载乾隆十三年奉天锦州府知府金文淳、山东沂州营都司姜兴汉等因违例剃发,奉旨交刑部问罪。又另奉谕旨,嗣后将国恤百日内不得剃头违者立即处斩之处载入会

^①郭成伟主编:《大清律例根原》,上海辞书出版社2012年版,第868页。以下版本同。

^②王友亮自述其办理某甲盗伐祖父坟木二株,依律治罪,估计是科以笞杖之刑。书吏进言,称还应当刺字,王友亮说法律无此规定,并类比“亲属相盗”之条而辨析立法之意:子孙盗祖、父财,被盗长辈一般会在家责打子孙而不对外张扬,究其原因,无非是不忍心让子孙担上盗窃的名声。这样看来,祖、父或生或死,子、孙“家贼”的性质并无不同。事载《折狱龟鉴补》卷四与《皇朝经世文编》卷九十二《刑政三·律例下》。

典,令人共知遵守等因,钦此,将金文淳、姜兴汉定拟斩决。奉旨,金文淳等尚非大吏,免死派修城工赎罪。又嘉庆二十五年直隶总督具奏,长垣县县丞曹自辉违例剃发一案,比照金文淳案拟斩立决。奉旨,曹自辉著免其斩决,发往新疆效力赎罪等因,钦此。又道光二十年闲散宗室佛立于国恤百日齐内冒昧剃发一案,经贵府会同本部讯明核与金文淳案情相同,将佛立查照会典拟斩立决,恭候谕旨遵行,奉旨发往吉林等因。钦遵各在案。

今宗室吉坦于国服期内违例剃发,核与宗室佛立等案情节相同,自应查照会典援引佛立等成案办理。惟该宗室系因染患瘟疫病症未能出汗一时心迷将头发剃去,后即自行赴官呈首,应否将可原情节随案声叙之处,相应片覆贵府酌核办理可也。

内中提及金文淳事,为乾隆朝“孝贤纯皇后崩,时有周中丞学健、瑟制府尔臣(今按:即《清史稿》立传的塞楞额^①)等以违制剃发伏诛。有锦州守金文淳者,稟命于府尹然后剃发,事发,纯皇震怒,命立诛之”。但金文淳最终得以不死,据《啸亭杂录》卷二《盛司寇》所载,刑部长官盛安的劝说起到了作用:

公(今按:盛安)叩首请曰:“金(文淳)小臣,罔识国制,且请命大僚然后剃发,情可矜恕,请上宽之。”上怒曰:“汝为金某游说耶?”公曰:“臣为司寇,尽职而已,并不识金某为若何人。如枉法干君,何以为天下平也?”上大怒,命侍卫反接公赴市曹,与金文淳同置于法。公佯然长笑,惟曰“臣负朝廷之恩”而已。后上悔悟,命近臣驰骑并金赦之,公施然叩谢如常。时市曹万目共睹,曰:“此真司寇也。”次日,上即命公入上书房傅导诸皇子,曰:“盛安尚不畏朕,况诸皇子乎!”真师保之妙选也。^②

《清史列传》卷十七则提供了与《啸亭杂录》不同的记事角度,即皇帝处分盛安的理由^③,皇帝欲穷究国服期内违例剃发之罪,无非是防微杜渐,重申君臣名分不可移:“夫君臣上下之所以相维系者,赖有此名分也。视此为泛常而忽之,其所系者尚小乎?”^④

[责任编辑:夏婷婷]

^①乾隆十三年“孝贤皇后崩,故事,遇国恤,诸臣当于百日后剃发。锦州知府金文醇违制被劾,逮下刑部,拟斩候。上以为不当,责尚书盛安沽誉,予重谴。江苏巡抚安宁举江南河南总督周学健剃发如文醇(今按:即金文淳,下同),上并命逮治。因诏诸直省察属吏中有违制剃发者,不必治其罪,但令以名闻。是时塞楞额亦剃发,湖北巡抚彭树葵、湖南巡抚杨锡绂及诸属吏皆从之。得诏,塞楞额具疏自陈,上命还京师待罪。谕谓:(金)文醇已拟斩决,岂知督抚中有周学健,则无怪于(金)文醇;岂知满洲大臣中有塞楞额,又无怪于(周)学健。因释(金)文醇,宽(周)学健,皆发直隶,以修城自赎。(彭)树葵、(杨)锡绂误从塞楞额,(杨)锡绂并劝塞楞额检举,皆贷罪;令(彭)树葵分任修城,示薄罚。塞楞额至刑部,论斩决。上谓:“祖宗定制,君臣大义,而违蔑至此,万无可恕!以尚为旧臣,令宣谕赐自尽。”(清)赵尔巽等撰:《清史稿·塞楞额传》,中华书局1977年版,第11057页。

^②(清)昭槠撰:《啸亭杂录》,何英芳点校,中华书局1980年版,第56页。“塞制府楞额以违制薙发”,见徐珂编撰:《清稗类钞·谏净类·盛安谏止诛剃发者》,中华书局2010年版,第1490页。

^③一是沽名钓誉,二是干扰皇帝决断、窃取生杀权柄,三是不识大体,不辨轻重。“朕临御十三年,居心行政,海内共知,而盛安敢于肆行私意,曲法徇庇,以为己德。其处心积虑,视朕为何如主耶?着革职拿交刑部,从重治罪,以为人臣目无君上、巧伪沽名者戒!”寻议盛安照大臣巧言谏免、暗邀人心律,拟斩立决,得旨从宽,改为斩候。十月,谕曰:“现在阿哥书房一时不得其人,盛安获罪之处本无可赦,不宜再用。但念其一时冒昧,所谓愚而可悯者,其兢兢自守,犹可在书房效力。着于阿哥师傅处行走赎罪。”

^④(清)佚名撰:《清史列传》卷十七《盛安》,王钟翰点校,中华书局1987年版,第1237页。