



北京市社会科学理论著作出版基金资助

清代的 故意杀人罪

闵冬芳 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



清代的 故意杀人罪

闵冬芳 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

清代的故意杀人罪/闵冬芳著. —北京:北京大学出版社, 2015. 1

(法史论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 25253 - 6

I. ①清… II. ①闵… III. ①故意杀人罪 - 研究 - 中国 - 清代

IV. ①D924. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 297173 号

书 名 清代的故意杀人罪

著作责任者 闵冬芳 著

责任编辑 李 铎

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 25253 - 6/D · 3740

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印刷者 北京溢漾印刷有限公司

经 销 者 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 12.25 印张 186 千字

2015 年 1 月第 1 版 2015 年 1 月第 1 次印刷

定 价 35.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

序

明清时期的律学家将我国传统律典中的杀人罪概括为“六杀”，即谋杀、故杀、斗杀、误杀、戏杀和过失杀。其中谋杀和故杀最接近今天的故意杀人这一概念。而误杀则属于对象错误，它包括谋杀、故杀以及斗杀而误杀他人。斗杀相当于今天的故意伤害致死。戏杀和过失杀则基本相当于今天的过失致人死亡和意外事件致人死亡。此外，传统律典中还有我们今天可称之为特殊杀人罪的“不道”各罪名，即杀一家三人、采生折割人等。谋杀、故杀和杀一家三人等罪名均可以今天的故意杀人罪概括。

闵冬芳博士的《清代的故意杀人罪》一书对清代的谋杀、故杀等故意杀人罪名的研究可以使我们从总体上把握清代的故意杀人立法以及清代人对各杀人罪类型的界定。同时，该书对清代的谋杀、故杀等概念渊源的回溯，也可使我们了解古人对人类思维活动和犯罪主观方面的认识过程以及当时人的认识所能达到的程度，比如古人曾长期将谋杀认定为必要共犯，又如古人将故杀中的“故”界定为直接故意等。

该书对清代有关复仇的立法例的研究也有助于我们了解帝制末期的中国如何看待这一在传统社会曾引起长期的激烈争论的法律理论问题。在了解过去的同时，该书的研究对于我们思考现今的一些相关法律问题亦大有裨益，比如可能促使我们思考目前我国的杀人罪立法模式这一问题，比如我们是否可以在基本的杀人罪类型以

外设置特殊杀人罪名,或者明确规定某些加重、减轻或从重、从轻处罚的具体情节。又比如清代仅以主观意图为标准认定故杀与斗杀的做法导致的弊端,可能也值得我们思考目前司法实践中面临的相应问题。

当然,该书也存在一些问题,比如对“谋”“故”“贼”等关键字的考证还有深究的可能,在有关问题的理论阐述方面也有进一步提高的空间。

法律制度史研究的基础和中心,应该是传统律典。理解和掌握传统律典本身以及其中所体现的古人的立法技术、立法理念乃至价值观念、意识形态是我们运用各种研究方法从各种视角解读传统律典的基础。不过,从目前学界的研究现状来看,对律典本身的研究还是不够的。近20年来,法律史学界热衷于新档案史料的发现、整理、解读,这并不能有效弥补学界长期以来对传统律典深入细致研究的缺失。一些法律制度史研究的最基本问题比如张斐《注律表》对二十个概念的解释及其渊源与发展、唐律十二篇体例排列的内在逻辑、《大清律例》中的各律条应如何解读以及清代的强盗与抢夺等常见罪名的认定与区分等诸多问题,其实较少学人予以深入关注。也许这些问题并不宏大、甚至只是一些小问题,但它们是需要我们研究的基本问题。在此,希望更多的法律史学人关注传统律典本身的研究,这是法律史研究安身立命之本,亦是法学的法律史研究应有的旨趣。

赵晓耕

2014年10月

目 录

绪 言 / 1

第一章 清代法律中的“谋杀” / 4

第一节 清代法律中“谋杀”的概念 / 4

一、唐代之前“谋杀”的概念 / 5

二、唐律中的“谋杀” / 8

三、明律中的“谋杀”以及明代律学家对“谋”和“谋杀”的解释 / 11

四、清律中的“谋杀”以及清代律学家对“谋”和“谋杀”的解释 / 13

五、小结 / 15

第二节 清代对谋杀罪造意者和各种从犯的认定 / 18

一、清律和清代律学家对造意者即首犯和各种从犯的认定和区分 / 19

二、清代司法实践中对共同谋杀的造意者和各种从犯的认定 / 27

三、几点补充 / 39

第二章 清律中谋杀人的几种特殊情形 / 46

第一节 关于“谋杀人”律之“谋杀人因而得财”一节 / 46

一、关于“谋杀人因而得财”一节的解释和相关条例 / 47

二、清代司法实践中官员们对“谋杀人因而得财”一节的理解 / 53

三、小结 / 62

第二节 谋杀“幼孩” / 65

一、乾隆四十二年条例——僧尼“惨杀”十二岁以下幼孩加重处罚的特别条例 / 66

二、乾隆五十一年及五十三年谕旨条例——普通人谋杀十岁以下幼孩加重处罚的一般性规定 / 67

三、嘉庆十四年对谋杀幼孩加拟枭示的新规定及嘉庆十七年对幼孩年纪的修订 / 69

四、嘉庆年间关于幼孩年龄计算标准的争议 / 71

五、小结 / 72

第三节 关于清代的自杀参与与同意杀人行为 / 75

一、关于清代的自杀参与案件 / 75

二、同意杀人 / 78

三、共同自杀 / 82

四、小结 / 85

第三章 清代法律中的故杀 / 88

第一节 清代法律中“故杀”的概念 / 88

一、早期的“故” / 89

二、“贼”的含义 / 90

三、西晋张斐对“贼”的解释和“故杀”的出现 / 93

四、唐代的“故杀” / 95

五、明代的“故杀” / 99

六、清代的“故杀” / 101

七、小结 / 106

第二节 清代律例规定的其他以故杀论的情形 / 108

一、“斗殴及故杀人”律所附条例对鸟枪竹銃杀人的规定 / 108

二、清律其他条款中以故杀论的几种情形 / 112

三、小结 / 118

第四章 特殊杀人罪——“不道” / 121

第一节 清律中“不道”罪名的渊源 / 121

一、汉代至唐代之前的“不道” / 121

二、唐律中的“不道” / 124

三、宋元时期的“不道” / 127

四、明清律中的“不道” / 128

第二节 清代对“不道”中各具体犯罪的处罚 / 134

一、“杀一家非死罪三人”处罚的变化 / 134

二、“支解人” / 148

三、“采生折割人” / 151

四、“造畜蛊毒”“造魔魅”“造符书咒诅”杀人 / 152

五、清末法律改革过程中对“不道”各条的修改 / 154

第五章 复仇杀人 / 158

第一节 清代以前历代关于复仇的态度及规定 / 158

第二节 清律对复仇杀人的规定 / 164

一、擅杀行凶之人——为亲属复仇而杀死未经国法制裁之罪人 / 165

二、为亲属复仇而杀死已受国法制裁之罪人 / 166

三、小结 / 171

结 语 / 173

参考文献 / 175

附 录 / 182

一、内阁刑科题本 / 182

二、内阁黄册·刑部汇题各省题结斩绞命盗等案数目清册 / 184

绪 言

我国古代法中并没有“故意杀人”这一概念。在我国古代很长时期,有意杀人的基本类型多被分为“谋杀”和“故杀”二种。此外,我国古代法中还存在其他的特殊杀人罪名,如“谋大逆”“杀一家三人”“谋杀祖父母、父母”等。这些杀人罪名大多可以现代刑法中的“故意杀人”这一罪名概括。所以,本书中的“故意杀人”其实是一个现代刑法中的概念,它被用来概括清律中的各有意杀人罪名。如果我们将清律中的“谋杀”和“故杀”认定为基本的杀人类型,那么和“杀一家三人”一样,“谋大逆”“谋杀祖父母、父母”等亦属特殊杀人罪。由于杀害特定人比如皇帝、亲属等主要在处罚上与杀害普通人存在差别、而在司法实践中将其认定为谋杀、故杀的标准则与一般的谋杀、故杀基本一致^①,因此,为了更清楚地辨析清代的有意杀人各罪名,本书将研究对象限于清律中其杀人对象为“凡人”即普通人的各有意杀人罪名,这样的罪名包括“谋杀”“故杀”“杀一家三人”等三个。^②另外,由于复仇杀人是我国古代曾长期引起争论的一个重要问题,如果当时的立法不认可复仇,那么复仇杀人即应

① 在清代,谋杀亲属罪名认定中有一个例外,即祖父母父母谋杀子孙、夫谋杀妻均以故杀论处。

② 当然这样界定清代的杀人罪并不排除本文有时会援引杀害亲属等的案件,但是即便本文援引此类案件,仅是为了对一般的谋杀和故杀进行说明,而不是为了对亲属相杀等进行说明。

以谋故杀论。清代条例有对复仇杀人的专门规定,所以本文也将复仇杀人单列一章予以研究。同时,清代的条例中也有对自杀参与的规定。笔者发现,清代的司法实践中常将自杀参与和同意杀人认定为谋杀或故杀。在目前的我国,这样的杀人行为以故意杀人论。因此本书也将它们列为研究对象之一。总之,作为本文研究对象的清代的故意杀人罪,包括清律中的以下各罪名及杀人的特别情形:(一)谋杀罪和故杀罪;(二)特殊杀人罪即“杀一家(非死罪)三人”; (三)清代律例中规定的谋杀人的特殊情形,如图财害命、谋杀“幼孩”、共同自杀、清代司法实践中的自杀参与和同意杀人行为以及清代律例中规定的“以故杀论”的各种情形,如鸟枪竹銃杀人、谋故杀人而误杀他人以故杀论等;(四)复仇杀人。

关于中国传统社会的杀人罪,中外学者颇有论著。清末沈家本即著有《论故杀》《故杀余论》二文。而如唐律的律疏、明清时代诸多私人律学著作如雷梦麟的《读律琐言》、王肯堂的《明律笺释》、清代沈之奇的《大清律辑注》等都有对“谋杀”“故杀”等重要概念予以解释。当代学者如韩国学者韩相敦博士则在其所著《传统社会杀伤罪研究》一书中对古代的谋杀罪进行过分析。学界前辈钱大群教授也曾在其所著《唐律研究》一书中对故意犯罪、斗杀和对象认识错误等进行了一些阐释。美国学者 Jennifer Michelle Neighbors 博士在其 2004 年的博士论文 *Criminal Intent and Homicide Law in Qing and Republican China* 中对清代的谋杀、故杀等概念进行果研究。英国艾伯丁大学法学院教授 Geoffrey MacCormack 著有 *From Zei to Gu Sha: A Changing Concept of Liability in Traditional Chinese Law* 一文,其中对我国古代故杀概念的形成与演变进行了详细的阐述。总之,已有成果对清代杀人罪立法的研究尚嫌不够全面,这是本书选择以其作为研究对象的主要原因之一。当然,已有成果也是本书对清代的杀人罪立法展开进一步研究的基础。

杀人罪是最古老的犯罪之一。在我国传统律典中,杀人罪也是普通刑事犯罪中法定刑最重的罪名之一。对清代杀人各罪名的研究不仅可使我们了解清代的杀人罪立法本身,同时也可使我们了解过去几千年传统社会杀人罪立法的整体演进,并提醒我们注意其他古老罪名及其立法可能的发展

道路。此外,相对而言,杀人罪并不是一个较大的课题,笔者选择以它为研究对象的理由也包含我的如下见解,即笔者认为,律典应当成为法律制度史研究的起点和基础。我们不可能在对律典、律文的意义还没有充分理解的前提下对传统法律进行各种评价和叙述。所以,在此我也希望法史学人能够将更多地注意力投放于律典本身。

第一章 清代法律中的“谋杀”

清代法律即清代律例中的“谋杀”这一概念渊源已久。在我国古代法中,“谋杀”曾长期被认定为必要共犯。在唐律中,“谋杀”的涵义已经发生了重大变化,即谋杀不再是必要共犯,单独一人也可以成为谋杀罪的主体。但是因为传统的谋杀概念的影响,在唐代以及以后的历代法典中,“谋杀人”条依然对共同谋杀的各行行为人的处罚都作了规定。^① 因为谋杀在传统上被首先认定为必要共犯,所以,为了对各共同犯罪人准确量刑,就有必要对谋杀的首犯和从犯进行认定。本章拟就清代的谋杀概念以及清代立法和司法实践中如何认定共同谋杀的首犯和从犯等问题进行探讨。

第一节 清代法律中“谋杀”的概念

“谋杀”作为清律乃至传统法律中的一个重要概念,迄今为止国内外的中国法制史研究者对其进行专门研究的并不多,相关专著、论文可查证的主要有:(1) 夏

^① 当然,唐代以及此后的律典中都对共同谋杀的各行为人及其处罚作了特别规定而不是严格遵守总则部分关于共同犯罪的规定,这其中可能有一个重要原因,即谋杀人被视为一种性质特别严重的犯罪。

勇教授的《唐代的谋杀罪》一文^①；(2) 韩国学者韩相敦博士的《传统社会杀伤罪研究》^②一书第三章中对谋杀罪的论述；(3) 刘淑莲教授的《论我国古代刑法中的罪过》一文^③；(4) 美国学者 Jennifer Michelle Neighbors 博士 2004 年博士论文 *Criminal Intent and Homicide Law in Qing and Republican China*；(5) 英国 Aberdeen 大学法学院 Geoffrey MacCormack 教授的 *From Zei to Gu Sha: A Changing Concept of Liability in Traditional Chinese Law* 一文。^④ 以上论著对谋杀概念的阐述各有千秋。笔者认为，对谋杀概念的界定不仅要阐述谋杀本身，更重要的是要将谋杀与其他相关概念比如贼杀、故杀相区分，这样我们才能准确地界定、理解谋杀。本节试图在前述研究成果的基础上，对清代乃至中国古代法律中的谋杀概念进行梳理。

一、唐代之前“谋杀”的概念

根据《说文解字》，“虑难曰谋”。同时，清人段玉裁在解释“谋”时又引《国语·鲁语》中“咨难为谋”一句。^⑤《尚书》中有“八百诸侯不召自来，不期同时，不谋同辞”之句^⑥，又有“立时人作卜筮，三人占，则从二人之言。汝则有大疑，谋及乃心，谋及卿士，谋及庶人，谋及卜筮”之语。^⑦“谋及乃心，谋及卿士，谋及庶人，谋及卜筮”即分别与自己、官吏、平民、占卜者等“谋”。可见，谋既可以是与他人共同商议、策划，也可由一人进行、由当事人自己一人思考、策划。

秦朝之前的秦国时期的法律中已经有了“谋”的概念。《睡虎地秦墓竹简·法律答问》中有“答问”如下：

① 该文载《法学研究》1984 年第 6 期。

② 该书系辽宁民族出版社 1996 年出版，有关内容见该书第 72—74 页。

③ 该文载《中外法学》1997 年第 5 期。

④ 该文载《亚洲法律史研究学报》(第 7 卷)2007 年第 1 期。此外，很多学者比如戴炎辉、蔡枢衡等前辈在其有关著作中也都对谋杀、故杀等概念进行过一些阐释，在此就不一一列举了，但在行文过程中，笔者会提及这些前辈学者的观点。

⑤ 参见(清)段玉裁：《说文解字注·第三篇上》，中华书局 2013 年版，第 92 页。

⑥ 《尚书·周书·泰誓》。

⑦ 《尚书·周书·洪范》。

夫盗三百钱,告妻,妻与共饮食之。何以论妻?非前谋,当为收;其前谋,同罪。^①

即妻子如果与丈夫事先计划犯罪,则她将被作为共犯一体处罚。很明显,这里的“谋”指当事人事前有犯罪计谋。又比如《睡虎地秦墓竹简·法律答问》中有“答问”如下:

甲谋遣乙盗杀人,受钱十分。问乙高未盈六尺,甲何论?当磔。^②

这里的“谋”,显然应当是事先预谋之义。

汉朝人仍继续使用“谋”这一概念。比如汉武帝元狩元年,章武侯窦常生因为谋杀杀人未遂而被免去了爵位^③;博阳侯陈塞也曾谋杀杀人,但后来被赦免。^④而西汉宣帝时,广川戴王刘海阳曾与他的堂弟刘调等人一起谋杀一家三人。^⑤显然该案是一个二人以上进行的谋杀。^⑥

虽然秦汉时期已经出现了谋杀这一概念,但是直到西晋时,我们才能看到对谋杀较为确定的解释。笔者在此之所以认为在西晋时出现了对谋杀较为确定的而不是完整的、准确的解释,其原因是西晋时的廷尉明法掾张斐并

① 睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1978年版,第157页。秦简“法律答问”部分中还有相似的另外一则:“甲乙雅不相知,甲往盗丙,才到,乙亦往盗丙,与甲言,即各盗,其赃值各四百,已去而偕得。其前谋,当并赃论;不谋,各坐赃。”(《睡虎地秦墓竹简》,第156页。)显然,这里的“谋”也是指当事人事先共同预谋。

② 睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1978年版,第180页。在秦简“法律答问”部分中,“谋”曾多次出现,又如“甲谋遣乙盗,一日,乙且往盗,未得。得,皆赎黥”。(《睡虎地秦墓竹简》,第152页。)又如“人臣甲谋遣人妾乙盗主牛,卖,把钱偕邦亡,出缴,得,论各何也?当城旦黥之,各界主”。(《睡虎地秦墓竹简》,第152页。)此外,在秦简中,“牧”也作“谋”,比如“臣妾牧杀主,何谓牧?欲贼杀主,未杀而得,为牧”。根据睡虎地秦墓竹简整理小组的解释,“牧”读为“谋”,即“谋”之义,因为整理小组对上段引文的翻译如下:“奴婢谋杀主人。什么叫谋?企图杀害主人,没有杀就被捕获,叫做谋。”(《睡虎地秦墓竹简》,第184页。)而汉朝时,仍然继续使用“牧”这一概念,比如根据张家山汉简《二年律令》:“子牧杀父母,殴置大父母,……及父母告子不孝,皆弃市。”(转引自朱红林:《张家山汉简〈二年律令〉集释》,社会科学文献出版社2005年版,第39页。)又如《二年律令》中有“贼杀伤父母,牧杀父母,殴置父母,……”(转引自朱红林:《张家山汉简〈二年律令〉集释》,第43页。)由此可见,在汉代,贼杀已经与谋杀有了区分。

③ 转引自程树德:《九朝律考·汉律考四》,中华书局2003年版,第108页。

④ 同上注。

⑤ 《汉书·广川惠王传》。

⑥ 此处之所以强调谋杀主体的人数,是因为后来西晋张斐将“谋”解释为“二人对议”,这样,谋杀便应当是二人以上共同故意杀人。

不是对“谋杀”这一概念本身进行了解释,而是对理解“谋杀”这一概念具有关键意义的“谋”予以解释。根据张斐的解释,“谋”是“二人对议”。^①如此一来,“谋杀”就应该指二人以上事先预谋的故意杀人,即谋杀是必要共犯、单独一人不能成为谋杀的主体。虽然我们未能看到张斐对“谋杀”本身的完整解释,但是毋庸置疑,张斐对“谋”的解释对于“谋杀”概念的发展、形成起到了决定性的、至关重要的作用。因为从后来的唐律中我们可以看到“谋杀”首先被定义为二人以上的共同犯罪。

张斐对“谋”的这个解释可能并不完全是他自己的创新,他应该也在一定程度上继承了此前比如汉代人对“谋”的理解。所以,也许我们可以就此推断,在两汉时,“谋”的主体应该就是二人以上。不过,目前并没有足够的证据可以证明在两汉时期“谋”的主体、“谋杀”的主体必须是二人以上。而根据张斐的解释,“谋杀”似乎只能是共同犯罪。

在唐代之前,与谋杀曾经长期并存的,还有另外一种故意杀人类型——“贼(杀)”。^②根据西晋张斐的解释,“无变斩击谓之贼”^③,即“贼”是突然的暴力杀人。“贼杀”当为后来的“故杀”的前身。^④其原因有二:(1)唐律中

① 参见《晋书·刑法志》。

② “贼杀”在秦汉之前就已经出现。而“贼”本身就有杀人之义。比如后文述及的《周礼》中有“贼贤害民,则伐之。……贼杀其亲,则正之”。又如《尚书》有“寇贼奸宄”之句。根据西汉孔安国的解释,“杀人为贼”。东汉郑玄也认为“杀人曰贼”,杀和贼是同义词。我国现代著名刑法学家蔡枢衡先生的观点比较独特,他认为,杀人食肉名为贼。随着蒙昧时期遗留下来的食人习俗残余逐渐消失,杀人而不食肉亦渐成为正常现象。贼字的含义也随之不断变化,首先是变为毁坏尸体、骸骨,后又变成杀人就是贼。参见蔡枢衡:《中国刑法史》,中国法制出版社2005年版,第147—148页。关于“贼”及“贼杀”,后文在论述故杀时有较为详细的叙述。

③ 《晋书·刑法志》。

④ 《隋律》中有故杀,比如隋律中有“犯十恶及故杀人,狱成者,虽会赦,犹除名”的规定。但是因为我们今天无法看到隋律的全貌,所以不能肯定在隋律中贼杀已不复存在。按唐律规定,故杀是“非因斗争,无事而杀”,即双方并非因为斗殴,一方突然起意杀人。以后明清都继承了唐律对故杀的这一定义,并对之进行了更进一步的阐释,从而将谋杀与谋杀关系最为密切的故杀这一概念相区别。又,西晋张斐对“故”的解释是“知而犯之”即明知故犯是“故”。因此,可以认为,谋杀、贼杀当然都包含于“故”杀人。而且,笔者认为,西晋时期及以前的“故”均更强调主观意图,而谋杀和贼杀均更关注杀人行为的外部表征。也许正是因为“故”的这一含义的存在,所以,同属于故意杀人的谋杀和贼杀便各侧重于对其外部表征的描述以对二者相区别吧。但是后来“故”的含义最终演变成与“贼”相似,因此故杀这一新的杀人类型也取代了贼杀,而故杀和谋杀则成了一对难分难解、需要认真区别的概念。另外,我国台湾的法制史学家戴炎辉先生也认为:“汉晋所谓贼杀伤,似相当于唐以后的故杀伤。”参见戴炎辉:《中国法制史》(第九版),台湾三民书局1991年版,第67页。

明确规定了“故杀”，自此以后“贼杀”在历代律典中不复存在；（2）在唐代以后的法典中，“故杀”和“斗杀”^①一直规定在同一条文中，而从前与“斗杀”经常一起出现的，正是“贼杀”。^②不过虽然如此，从张斐的解释中我们也不能得出“贼杀”便等于后来的“故杀”这样的结论。因为谋杀虽然有事先预谋的阶段，但是对于受害人来说，谋杀的实行行为本身也时常是一种突然的暴力行为。而且，如果在汉晋时期谋杀只能是必要共犯的话，那么当时事实上肯定存在的单独一人进行的谋杀，就有可能被认定为“贼杀”了。所以，这时的“贼”所指不应仅仅是后来的故杀，也可能包括一部分谋杀。

二、唐律中的“谋杀”

从唐律“谋杀”条的规定来看，唐律延续了张斐对“谋”的解释，因为唐律首先将“谋杀”认定为共同犯罪。根据唐律“谋杀”条律疏：

谋杀者，谓二人以上。^③

此外，在唐律中，对“谋”的解释也出现过多次。比如《名例律》“称日年及众谋”条规定：

称“谋”者，二人以上。

该条律疏解释道：

称“谋”者，“贼盗律”云：“谋杀者，徒三年。”皆须二人以上。余条称“谋”者，各准此例。^④

可见，唐律秉承张斐对“谋”的解释，凡谋反、谋大逆、谋杀等，一律被首先看

① 斗杀是一个很古老的概念。它的出现远比故杀早。先秦时期就有斗杀。按西晋张斐的解释，“两讼相趣谓之斗”，即“斗”指争讼双方相互进行对抗冲突。这样，斗杀就应该是双方在斗殴过程中，一方将对方杀死。按唐律规定，斗杀是“元无杀心，因相斗殴而杀人”，即行为入本来没有杀人的意图，在斗殴过程中，一方致对方死亡。后来明清也都继承了唐律对斗杀的这一定义。关于斗杀，后文在论述故杀时有较为详细的叙述。

② 比如，根据张家山汉简《二年律令·贼律》，“贼杀人、斗而杀人，弃市。其过失及戏而杀人，贼死；伤人，除”。转引自朱红林：《张家山汉简〈二年律令〉集释》，社会科学文献出版社2005年版，第25页。又如曹魏时，“贼、斗杀人，以劾而亡，许依古义，听子弟得追杀之”。参见《晋书·刑法志》。

③ 《唐律疏议·贼盗》。

④ 《唐律疏议·名例》。

作共同犯罪。

但是将“谋”“谋杀”等的主体限定为必须是二人以上显然不妥,因为有预谋的杀人完全可以由一个人单独进行。所以,否认一个人可以进行谋杀,必然会产生一个难题:如果是一个人单独进行预谋杀,此行为应是谋杀,抑或是故杀?对此唐律如下解释,这就是《名例律》“称日年及众谋”条中的小注“谋状彰明,虽一人同二人之法”^①及《贼盗律》“谋杀”条下的律疏“若事已彰露,欲杀不虚,虽独一人,亦同二人谋法”。^②这样,一个人也可以成为谋杀罪的主体,“谋杀”也就不再是必要共犯。如果一人有意杀人,但是“谋状彰明”者,也同样构成谋杀罪。我国后来的历代法典均继承了唐律对“谋”和“谋杀”的解释,即谋杀有两种,一是二人以上的谋杀即共同谋杀,二是单独一人进行的谋杀即单独谋杀。

既然一个人也可以进行谋杀,那么如何认定一个人进行的“谋”这一活动呢?《名例律》“称日年及众谋”条律疏对该条小注“若谋状彰明,虽一人同二人之法”有如下解释:

假有人持刀仗入他家,勘有仇嫌,来欲相杀,虽止一人,亦同谋法。

故云“虽一人同二人之法”。^③

与共同谋杀不同,单独谋杀不具备共同谋杀在犯罪主体人数方面那种明显的外部表征,所以要认定谋杀,必须从当事人的客观行为以及主观的目的、动机等方面综合考虑进行判断。而唐律“谋反大逆”条律疏也引用了《名例律》中对“谋”的解释,即“称‘谋’者,二人以上。若事已彰明,虽一人同二人之法”。^④之后《贼盗律》“谋杀”条的律疏又一次次重复了《名例律》中对“谋”的解释,即“谋杀者,谓二人以上”,同时,如果“事已彰露,欲杀不虚,虽独一人,亦同二人谋法”。^⑤按唐律“谋杀”条规定:

诸谋杀者,徒三年;已伤者,绞;已杀者,斩。^⑥

① 《唐律疏议·名例》。

② 《唐律疏议·贼盗》。

③ 《唐律疏议·名例》。

④ 《唐律疏议·贼盗》。

⑤ 《唐律疏议·贼盗》。

⑥ 《唐律疏议·贼盗》。