

从“洋盗例”到“海盜罪”

——固有法制及其近代转型之镜鉴

谢 晶*

摘要:我国历史上有治理海盜的丰富经验,并集中体现在《大清律例》的诸条洋盗例中,可对当代相关立法和实践提供镜鉴。清律洋盗例体现出至重、详密的特色,“江洋大盜”立斩梟示,非“大盜”者则分“得财”与“未得财”,未得财者再分首、从犯与伤人、未伤人,得财者分“法所难宥”与“情有可原”,“情有可原”又分是否实行上盜分别议处,并通常动用水师兵甲而非普通的緝盜差役抓捕洋盜。在法制近代化以后的历部以移植外来法为主的刑律/刑法中,这些固有法制的因素被难得地不同程度地保留了下来,并与外来因素融合为新的规则。我国现行刑法未有专门的海盜罪,从历史经验和现实条件看,解决海盜问题的最佳方案并非增设新罪名,而是将其作为一种酌定从重情节,并在程序方面保障抓获、惩治海盜的成功率。

关键词:洋盗例 海盜罪 大清律例 法制近代化 西法东渐

一、引言:古今之间的“海盜”

随着轰轰烈烈的经济全球化趋势和我国“一带一路”倡议的开展,作为通商生命线的海上通道的安全问题越来越重要,但一些重要航道和繁忙海域却经常面临海盜的严重威胁。所谓“海盜”,目前的国际条约和各国国内法并无统一的定义。本文试图做古今中西之贯通,对海盜采较为模糊的界定:“就一般人的法感,海盜系指发生在海洋上的强盜而言”。^①历史上对海盜的称呼不尽相同,如笔者在清代的史料中见得较多的是“洋盜”,本文用海盜一词统称这类行为,但在具

* 中国政法大学法学院副教授

基金项目:中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划(21CXTD10)、国家社会科学基金重大项目(17ZDA146)、中国政法大学钱端升杰出学者支持计划

① 林山田:《刑法各罪论》(上册),北京大学出版社2012年版,第288页。

体语境中尽量保持史料用语。

在我国悠久的历史,海盗事件屡见不鲜,这也让历代王朝积累了应对、治理海盗的丰富经验。以传统时代末期的清代为例,《大清律例》^①订有多条专门惩治海盗的例文。我国自清末法制近代化(西化)以降,历次修律虽向以“中外通行”为旨归,但无奈“参酌各国法律”易,^②“不戾乎我国历世相沿之礼教民情”难,^③讥者谓“一概效颦他人……数典忘祖”。^④不过,近代以降历部刑律/刑法(草案)有关海盗的立法竟不同程度地保留了清律中的相关规则,在近代史上颇为罕见地上演了一出固有与外来规则的互动交融大戏。

我国已加入《联合国海洋法公约》,承诺对海盗承担普遍管辖义务,但《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)没有规定专门的海盗罪,实践中多按照抢劫罪、故意杀人罪、故意伤害罪等相关罪名处理。目前学界探讨相关问题时未关注到我国历史上亦有经验可寻,且学界关于传统时代海盗的考察多是社会史、经济史的史实爬梳,^⑤鲜见法史视角的规范分析。^⑥本文试图从法史视角出发,寻觅以《大清律例》为代表的固有法制及其实践中有关海盗问题的可资当下镜鉴的历史经验,考察法制近代化过程中的相关立法史,特别是梳理其中固有与外来规则的互动、交融及其得失,并进一步探讨我国在百余年至今仍未停歇的法制近代化/西化/全球化道路上,应当如何面对、处理固有与外来规则的关系,并保障、促进二者之间健康、有效的互动交融。

二、重且详之:清律洋盗例及其实践

(一)“江洋大盗”斩立决

就笔者目力所及,传统时代直到《大清律例》才首次专门、明确地将海盗写入律典之中,将其置于《刑律·贼盗》强盗门内,作为一种特殊的强盗类型加重处罚。266—02例:“凡响马强盗,执有弓矢军器,白日邀劫道路,赃证明白者,俱不分人数多寡,曾否伤人,依律处决,于行劫处枭首示众。(如伤人不得财,依白日抢夺伤人斩)其江洋行劫大盗,俱照此例立斩枭示。”^⑦概言之,本例是为加重对“响马强盗”与“江洋行劫大盗”两种特别的强盗情形的处罚,在强盗律(266—00)规定

① 如未特别说明,本文《大清律例》的主要参用本为清代薛允升著述的《读例存疑》(参见薛允升著述:《读例存疑重刊本》,黄静嘉编校,我国台湾地区成文出版社1970年版)。引用此本中之律例时不再标注页码,仅注明黄静嘉先生所编之律例编号(为方便起见,本文改原文汉字字符为阿拉伯数字)。

② 参见伍廷芳、沈家本等奏删除律例内重法折,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第5页。

③ 参见《修订法律馆为刑律分则草案告成缮具清单折》,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第23页。

④ 吉同钧:《论新律之颠末流弊并始终维持旧律之意》,载高汉成编著:《〈大清新刑律〉立法资料补编汇要》,中国社会科学出版社2016年版,第97页。

⑤ 参见[芬]利留斯:《近代华南海盗记事》,沈正邦译,花城出版社2020年版;[美]穆黛安:《华南海盗:1790—1810》,刘平译,商务印书馆2019年版;[日]松浦章:《中国的海贼》,谢跃译,商务印书馆2011年版。

⑥ 有关法史方面的作品,笔者仅见周鹏博士对洋盗有集中关注,但篇幅较小,只是简要介绍。参见周鹏:《〈大清律例·强盗〉例文所见清代强盗罪中的几个问题》,《吉林师范大学学报》(人文社会科学版)2022年第2期。

⑦ 《清会典事例》(九),中华书局1991年版,第588页。

的罚则“但得财者，不分首从，皆斩”之外，再加枭首示众。该例原出明代问刑条例，^①万历二年（1574）刑科给事中郑岳言：“如有拿获响马及大伙强盗百人以上，干系城池衙门，赃证明白，即时奏请审决，不必概候决单”。^②因而定例。但当时之例仅关于“响马强盗”，“江洋行劫大盗”一节乃入清之后，康熙五十年（1711）安徽巡抚叶九思请旨定例，雍正三年（1725）馆修，另立专条附律。^③此即笔者所见传统时代律典对海盗问题的首次专门、明确的立法。乾隆五年（1740），因“俱是一例枭示之案，应并”，^④这两条例文并而为一如前引。

所谓“响马强盗”，沈之奇释曰：“响马，谓有响箭为号也。乘马执械，白日公行，其罪重于强盗，故枭示以别之”。^⑤何以例文将其与“江洋行劫大盗”相提并论、同等加重治罪呢？薛允升道：“陆路则曰响马强盗，水路则曰江洋行劫大盗，较之在乡市黑夜直入人家行劫者，治罪尤重。”^⑥亦即这两种行为要么陆路要么水路，都发生于人迹罕至的路途之上，与发生在其他地点的强盗行为相较，“此时被害人保护财产之能力毫无存在，其侵害之程度较大，故更加重其刑”。^⑦在实践中除斩决枭示被抓获者外，已故者也难逃惩罚：戮尸并将首级在犯事地方“悬竿示众，以昭炯戒”。^⑧另，乾隆六十年（1795）上谕：“盗犯林浩以江洋大盗又复胆敢拒伤差役，核其情罪即当问拟凌迟。嗣后遇有此等案件，一体严加惩治，不可稍事姑息”。^⑨此后的案件遇拒伤差役、官兵或事主人数较多者均照本案办理，如道光二十五年（1845）林鱼“起意拘捕以致各船事主同时惨毙至三十余人之多”，两年后魏正、林沅“施放枪炮火礮”致一人死亡、十六人受伤，均援引本案拟凌迟。^⑩

嘉庆六年（1801），本例“枭首示众”句下小注将不得财者细致分为首/从犯、伤人/未伤人几种情况分别处罚：“如伤人不得财，首犯斩监候，为从发黑龙江为奴，如未得财又未伤人，首犯发黑龙江为奴，从犯杖一百流三千里”。嘉庆十七年（1812），又将发黑龙江俱改发新疆给官兵为奴。^⑪嘉庆十三年（1808）潘炳海等人“听纠出洋为盗，尚未行劫得财”被拿获，照本例“未得财又未伤人从犯”的规则，杖一百流三千里。^⑫在定本例之前，嘉庆二年（1797）姚亚汤等 15 人作为从犯参与洋盗但未得财，是照强盗律（266—00）所规定之“已行不得财”科断，杖一百流三千里，^⑬而非当时小注所述“如伤人不得财，依白昼抢夺伤人斩”，故可看出小注的修改实为对实践做法的确认。

值得注意的是，本例对海盗的用词是“江洋行劫大盗”，在其他例文中还有“江洋大盗”及“洋盗”的说法。简单来说，“江洋大盗”乃“江洋行劫大盗”之简称，而“洋盗”则不仅是简称。例文舍

① 参见《大明律》，怀效锋点校，法律出版社 1999 年版，第 409 页。

② 薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第 3 册），黄静嘉编校，我国台湾地区成文出版社 1970 年版，第 591 页。

③ 参见马建石、杨育棠主编：《大清律例通考校注》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 685 页。

④ 参见郭成伟主编：《大清律例根原》（贰），上海辞书出版社 2012 年版，第 906 页。

⑤ 沈之奇撰：《大清律辑注》（下），怀效锋、李俊点校，法律出版社 2000 年版，第 581 页。

⑥ 薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第 3 册），黄静嘉编校，我国台湾地区成文出版社 1970 年版，第 621 页。

⑦ 夏勤述、胡长清疏：《刑法分则》，载《朝阳法科讲义》（第 6 卷），陈新宇点校，上海人民出版社 2013 年版，第 155 页。

⑧ 宫中档奏折一道光朝，档案号 405003287、405005521（藏于我国台北“故宫博物院”，下同）。

⑨ 宫中档奏折—嘉庆朝，档案号 404006211。

⑩ 参见宫中档奏折一道光朝，档案号 405008286、405010507。

⑪ 参见《清会典事例》（九），中华书局 1991 年版，第 588 页。

⑫ 参见宫中档奏折—嘉庆朝，档案号 404010316。

⑬ 参见宫中档奏折—嘉庆朝，档案号 404003459。

“江”而仅言“洋”的缘由,是认为在洋之犯较之在江等其他水路为重,“江洋行劫大盗”或“江洋大盗”与“洋盗”相较,变化的关键词实乃一个“大”字,代表了律典及实践对“法所难宥”与“情有可原”两种情况的区别对待。“江洋大盗”者“法所难宥”,而非“大盗”之普通海盗则有可能“情有可原”,故仅称其为“洋盗”。此外,“洋盗”一词也被用于对所有在洋行盗者的统称。

(二)“情有可原”免死发遣

强盗律的一般罚则是“但得财者,不分首从,皆斩”,而作为特殊强盗的海盗亦应依此处理。但“康熙以后”对强盗“渐从宽宥”,分别“法所难宥”及“情有可原”两项,前者仍照律斩决,后者免死发遣。^①雍正十年(1732)发生在广州府香山县的一起洋盗案的相关行为人即被如此分别,盗首“法无可贷”,伙盗“情有可原”。^②乾隆八年(1743)这一区别被正式定例:“强盗重案,除定例所载杀人放火,奸人妻女,打劫牢狱、仓库,干系城池、衙门,并积至百人以上,及响马^③强盗、江洋大盗、老瓜贼仍照定例遵行外,其余盗劫之案,各该督、抚严行究审,将法所难宥及情有可原者,一一分晰,于疏内声明。大学士会同三法司详议,将法所难宥者正法,情有可原者发遣。”^④

所谓“法所难宥”,“如转纠党羽、持火执械、涂脸入室、助势搜赃、架押事主、送路到案、诬扳良民并行劫二次及沿江滨海行劫、过船搜赃”;而“情有可原”者,“在外瞭望、接递赃物,并未入室过船搜赃,并被人诱胁上盗,或行劫一次并无凶恶情状”。^⑤该例专门指出“江洋大盗”并不在从宽、分别之列,但实践中的各洋盗案件仍会作此分别处理,此即可见江洋大盗特指法所难宥者。在乾隆四十八年(1783)的一起洋盗案中,吴金雀等12犯被认定为法所难宥立斩枭示,而刘长、张绥“被胁随行”则为情有可原,免死发遣黑龙江等处给披甲人为奴。^⑥不过,乾隆五十二年(1787)刑部议覆广东拿获洋盗王马成等一案,“因值台匪滋事,正整饬海疆之时,将情有可原之郭韦及年未及岁之陈螺、纪优三犯,拟以斩枭具奏,奉旨改为应斩监候秋后处决,俟满三年,再行照例分别发遣完结”。^⑦从此部分加重了对洋盗中的情有可原者之处罚。两年后的林远、洪梅二犯“被诱胁上船鸡奸,无随同行劫分赃”,即照这一处理方式,“拟斩监候,先行刺字,俟三年后再行发遣”。^⑧

此后又发生一些相关案件,“审明拿获行劫浙省外委陈学明巡船首伙洋盗,及续获闽浙二省海洋各案逸盗,并被诱逼胁窝留销赃等犯”。案件中的“被诱逼胁并未随同上盗”之犯,承审总督亦将其照陈螺之例。上谕指出,如此固属遵例办理,“但海洋行劫盗犯,情罪较重,非内河陆路可比。此等匪徒,既经被诱在船,随同出洋,听从盗匪指使,为其煮饭,即非善类,若拟斩监禁,三年后再发回疆,仍恐复行为匪滋事,且回疆渐多发遣之恶人,亦非善事”,故要求“嗣后凡江洋大盗案内,情有可原之犯,及被诱在船日久,为盗匪服役者,竟当问拟斩候,永远监禁,以示惩儆”。^⑨这再次加重了对情有可原者的处罚。

① 参见吉同钧纂辑:《大清律讲义》,闫晓君整理,知识产权出版社2017年版,第69页。

② 参见宫中档奏折—雍正朝,档案号:402010092。

③ 点校本此处有顿号,疑句读有误,应删去。

④ 马建石、杨育棠主编:《大清律例通考校注》,中国政法大学出版社1992年版,第695~696页。

⑤ 吉同钧纂辑:《大清律讲义》,闫晓君整理,知识产权出版社2017年版,第69页。

⑥ 参见宫中档奏折—乾隆朝,档案号403045305。

⑦ 《清会典事例》(九),中华书局1991年版,第623页。

⑧ 军机处档折件,档案号042560。

⑨ 《清会典事例》(九),中华书局1991年版,第623页。

不过,乾隆五十九年(1794)刑部对这一处罚方式提出异议:“洋盗案内被盗逼胁在船服役之犯,并未随同上盗,较寻常情有可原发遣盗犯情罪尚轻,虽拟斩候,既已蒙照,免其正法。若仍令久禁囹圄,徒靡囚食,将来日积日多,恐不免壅滞之虞,请旨均予发遣,以清监狱。并以黑龙江遣犯已有五千余名,回疆各城不过二百余人,尚可分拨安插”。朱批“依议”。^① 乾隆六十年(1795)正式定例即采纳此方案,^②将情有可原者分随行上盗与否两种情形处理,未随行者仍发回疆,随行者则改发黑龙江。嘉庆元年(1796),罗阿箬等人“被盗逼胁服役”即发往回疆为奴,而何胜坤“接递财物,并无助势搜赃情事”,发黑龙江给打牲索伦达呼尔为奴。^③

(三)情有可原再论是否“上盗”

上文乾隆六十年(1795)的定例将洋盗中的情有可原者分为随行上盗与否分别发回疆与黑龙江为奴,到嘉庆六年(1801)对随行上盗者又再定新例,分作案次数处以不同刑罚:“洋盗案内,除被胁接赃瞭望仅止一次者,照例发黑龙江给打牲索伦达呼尔为奴外,其有接赃瞭望已至二次者,即照二次以上例,斩决梟示,不应声明被胁字样。如投回自首者,尚知畏法,仍照接赃一次例,改发索伦达呼尔为奴。”^④嘉庆十三年(1808)张亨组等 19 人接赃一次,即发黑龙江给打牲索伦达呼尔为奴。^⑤ 嘉庆十五年(1810)韩定广等人、道光二十一年(1841)俞得松接赃二次,斩决梟示。^⑥

然而到了同治九年(1870),前述针对所有强盗分别“法所难宥”与“情有可原”的例文被删除,并增 266—45 例:“盗劫之案……把风接赃等犯,虽未分赃,亦系同恶相济,照为首一律问拟,不得以情有可原,量为末减”。故这些关于洋盗情有可原者的例被一条颇为严厉的例取代:“洋盗案内,接赃瞭望之犯,照首盗一例斩梟,不得以被胁及情有可原声请;如投回自首,照强盗自首例,分别定拟。此外实在情有可原,如十五岁以下,被人诱胁随行上盗,仍照本例问拟”(266—49 例)。吉同钧言:“从此强盗之案惟中途折回不行者,始分别畏惧、患病量减。若一到事主门首,无论瞭望把风,一概斩决。”^⑦该说似未注意到该例“实在情有可原”之句,仍留下了从宽的余地。

对“情有可原”并未随行上盗之犯,例文及实践会较上盗者更加网开一面。前及分别之例之外,乾隆五十四年(1789)刑部“酌议洋盗案内林皮等,或事后被诱上船,或年未及岁被胁鸡奸,禁押舱内,上盗时畏惧藏匿,情节较轻,均于遣罪上减一等,杖一百,徒三年等因,奏准遵行在案”。^⑧嘉庆元年(1796)林成华等三犯“被盗逼胁迫鸡奸,并无为匪”,即“照林皮之例,杖一百徒三年”。^⑨

乾隆五十七年(1792)两广总督觉罗长龄奏称,盗匪行劫,每将客船之水手等“抢掳过船,胁逼入伙”,这些人通常“不得已而为目的之计,屈身从盗,情殊可悯”,请将被胁服役一项有能自首者免罪。虽经军机大臣议驳,未经准行,但此后刑部“办理洋盗案内被胁服役之犯,如被拿获者,照

① 参见郭成伟主编:《大清律例根原》(贰),上海辞书出版社 2012 年版,第 918 页。

② 参见《清会典事例》(九),中华书局 1991 年版,第 604 页。

③ 参见宫中档奏折—嘉庆朝,档案号 404001047。

④ 《清会典事例》(九),中华书局 1991 年版,第 605 页。

⑤ 参见宫中档奏折—嘉庆朝,档案号 404010724。

⑥ 参见明清内阁大库档案,登录号 041184—001,我国台湾地区“中央研究院”藏;宫中档奏折—道光朝,档案号 405003675。

⑦ 吉同钧纂辑:《大清律讲义》,闫晓君整理,知识产权出版社 2017 年版,第 69 页。

⑧ 郭成伟主编:《大清律例根原》(贰),上海辞书出版社 2012 年版,第 922 页。

⑨ 参见宫中档奏折—嘉庆朝,档案号 404001047。

例拟遣;其自行投首者,减等拟徒”。^① 嘉庆二年(1797),王灼灼“被盗逼胁服役”,“旋即乘间逃回”,虽未去自首,亦被认为“尚知畏法”,“在遣罪上量减一等”,仅拟杖一百徒三年。^② 嘉庆三年(1798)郑潮印等人“被掳后押令服役,不甘从盗,暗纠被押难民陈添号等十九人,杀贼投首”,被认为“虽经服役,但不甘从盗”,杀贼投首,以自首论,免其治罪。^③

到了嘉庆六年(1801)修例(266—48例)方正式部分采纳觉罗长龄的建议和实践中的做法:“洋盗案内,如系被胁在船,止为盗匪服役,或事后被诱上船,及被胁鸡奸,并未随行上盗者,自行投首,照律免罪。如被拿获者,均杖一百徒三年。年未及岁者,仍照律收赎。其虽经上盗,仅止在外瞭望,接递财物,并无助势搜赃情事者,改发黑龙江给打牲索伦达呼尔为奴。”^④道光二十二年(1842),张棉“被胁在船鸡奸,并未随行上盗”,即依此例杖一百、徒三年。^⑤ 此前一年,年仅十五的林蟹收赎。^⑥ 嘉庆十八年(1813),本例又因“调剂黑龙江遣犯,将原例在外瞭望、拟发黑龙江人犯,改发新疆”。^⑦ 道光十八年(1838)叶成阻等十人“在洋被胁扳船接赃一次”、三年后金沅发等五犯接赃一次,均因此拟发新疆给官兵为奴。^⑧ 但到咸丰五年(1855),因前引 266—45 例“严定洋盗案内接赃瞭望之犯,俱照首盗一例斩梟,不得以情有可原声请”,故将例末“其虽经上盗”以下字句删除。^⑨ 又经同治九年(1870)改定,本例文字稍有改动,并加小注解所谓“服役”:“如摇橹写账等项,均以服役论”。在加小注之前,据刑部称“被盗逼胁在船摇橹、写账者,即与被胁服役无异。近年亦有于本例之外加等拟流,究属凭空加重”。例如,嘉庆十三年(1808),杨阿明“为盗写账”被认为“较服役为重”,拟于满徒上量加一等。^⑩ 刑部反对这样的做法,于嘉庆十八年(1813)订通行,要求“不得凭空加等”,^⑪小注之说乃再次确认了该通行。

三、近代转型:固有与外来规则的交融

清末变法之后,1910年《大清现行刑律》中有关海盗的例只剩下 266—02 例、266—48 例、278—15 例这三条。并且,基于伍廷芳、沈家本等人“刑法之当改重为轻”的奏请,光绪三十一年(1905)发布《永远删除凌迟、梟首、戮尸等重刑谕》,“所有现行律例内凌迟、斩、梟各条,俱改为斩决”,^⑫ 266—02 例之刑罚由“立斩梟示”减为“斩立决”,266—48 例由“杖一百,徒三年”改为仅“徒三年”。278—15 例涉及的三个等级的刑罚也相应降低。^⑬ 与此同时,西式的所谓近代化刑法亦

① 郭成伟主编:《大清律例根原》(贰),上海辞书出版社 2012 年版,第 922 页。

② 参见宫中档奏折—嘉庆朝,档案号 404002850。

③ 参见宫中档奏折—嘉庆朝,档案号 404003963。

④ 《清会典事例》(九),中华书局 1991 年版,第 604 页。

⑤ 参见宫中档奏折—道光朝,档案号 405005521。

⑥ 参见宫中档奏折—道光朝,档案号 405004149。

⑦ 《清会典事例》(九),中华书局 1991 年版,第 604 页。

⑧ 参见宫中档奏折—道光朝,档案号 405003287、405003675。

⑨ 参见《清会典事例》(九),中华书局 1991 年版,第 604 页。

⑩ 参见宫中档奏折—嘉庆朝,档案号 404010866。

⑪ 参见祝庆琪等编撰:《刑案汇览全编·刑案汇览》(第 14 卷),法律出版社 2007 年版,第 842~844 页。

⑫ 高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社 2013 年版,第 4~6 页。

⑬ 吉同钧:《大清现行刑律讲义》,栗铭徽点校,清华大学出版社 2017 年版,第 260、263、297 页。

在紧锣密鼓制订之中。在与治理海盗相关的规则里,固有与外来因素之间的互动、交融大戏由此拉开大幕,并在近代史上主要经历了两个阶段:海盗作为强盗罪的加重情节、海盗单独成罪。

(一) 海盗作为强盗罪加重情节:固有与外来因素激荡

1907年《大清刑律草案》不再采《大清律例》“律例合编”的编纂模式,而是将海盗行为归为强盗罪的加重情节之一。这其实与清律将洋盗作为强盗的特殊情形规定于附于强盗律的例文中的做法异曲同工。此为该草案本条在形式上体现出来的固有与外来因素的互动与交融。

在内容上,1907年《大清刑律草案》强盗罪(第355条)规定的加重情节有四:“一、强取御物者;二、结伙三人以上在途行劫者;三、在海洋行劫者;四、因而致人于死或笃疾或伤害至二人以上者”。后附“沿革”并未言明此四款的具体来源,但通过分析可以发现,四款均不啻固有与外来规则互动交融之后的结果。首先,草案整体而言为西式,所谓“折衷各国大同之良规”,本章之模式亦是如此,“设关于窃盗及强盗普通之规定……更列举理论上及实际上情节之重轻……欧美、日本亦莫不然也”。^①其次,列举“情节之重轻”时,综合考量了固有与外来规则。

具体而言,第一款所谓“御物”,根据后附“沿革”,即传统律典中的“大祀神御物”“内府财物”等皇室御用之物。当时立法的主要参照模本之一是同样保留君主制度的日本,但类似的规则却并不见于当时日本刑法典的相关律条之中,^②该款应确为中国固有法制的遗产。第四款“因而致人于死或笃疾或伤害至二人以上者”,此为一种典型的“结果加重犯”,同类立法例在古今中外均为常见,此不赘述。第二款“结伙三人以上在途行劫者”与第三款“在海洋行劫者”相关。“结伙三人以上在途行劫者”,相关意旨的立法例在域外亦并不罕见,因为这类犯罪的“被害者往往因之不敢施其防卫之手段,其情节较为重大,非加重处罚不可”,^③如差不多同一时期的日本、德国刑法均以二人以上共犯为强盗罪的加重情节。^④不过,德、日强盗罪的加重情节均仅涉及共犯或结伙而未言“在途”,亦无有关第三款“在海洋行劫者”加重处罚的规则。日本至2009年才颁布专门关于海盗的法律规范《海盗行为处罚及应对法》,^⑤而德国至今仍无专门立法。有意思的是,学者研究古希腊时发现,当时的“leistes”与“peirates”两个词“都可以毫无区别地指海盗或是沿路抢劫的强盗……尽管现在我们认为海盗和沿路抢劫的强盗是有区别的,但在古时候这两个概念是密切相关,甚至毫无差异的”。^⑥然而就笔者目力所及,仅见域外有这样的观念而未见相似立法例。这种将“结伙+在途”与“在海洋”相提并论作为强盗罪加重情节的做法应直接来源于清律,亦即本文上一部分详论之266—02例,将“响马强盗”与“江洋行劫大盗”同等加重处罚。另外,一条粤东的专例亦是“出劫洋面”与结伙“陆路谋劫”并列为加重情节。^⑦正如民国时期法学家胡长清

① 高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第161~169页。

② 参见《新译日本法规大全》(第2卷),李秀清点校,商务印书馆2007年版,第514~515页。

③ 参见夏勤述、胡长清疏:《刑法分则》,载《朝阳法科讲义》(第6卷),陈新宇点校,上海人民出版社2013年版,第150页。

④ 参见《新译日本法规大全》(第2卷),李秀清点校,商务印书馆2007年版,第514页;《德国六法》,冷霞点校,上海人民出版社2013年版,第461页。

⑤ 《海賊行為の処罰及び海賊行為への対処に関する法律》, <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>, 2019年4月12日。

⑥ [西]西尔维娅·米格恩斯:《海盗简史》,夏侯珺、周默草译,百花文艺出版社2013年版,第7~10页。

⑦ 参见《清会典事例》(九),中华书局1991年版,第604页。

所言,“在途行劫,即大清律所谓拦路抢夺,包括结队持械横行之情形而言”,在海洋行劫即“旧例所谓江洋行劫大盗之类,其加重理由与在途行劫同”。^①无怪乎《热河签注清单》亦认1907年《大清刑律草案》此条“与现行律例不甚相悬”。^②

值得注意的是,此条后附“注意”称:“所谓海洋,系国际法上不归中国、外国管领之海面”,^③此中“海洋”意指“公海”。国际法及各国国内法常将海盗行为的发生地限定在公海。^④国际法上的公海、领海等概念并不出于固有法制。^⑤《大清刑律草案》该条“注意”所言,显然是受到这一外来规则的影响。然而,从“海洋”到“公海”,一字之别,背后的立法目的已差之甚远。故这一变化遭到反对,《两广总督签注刑律分则草案》称:“其在海洋行劫者,为江洋大盗,凡属洋内皆是,似亦不必定指不归中国外国管领之海面而言”。^⑥此言实为向固有法制之回归,此后民国时期以及我国台湾地区的刑法学者亦通常持此观点,认为法典中的“海洋”兼指公海与领海。^⑦

此外,闽浙与湖南的签注对1907年《大清刑律草案》有关海盗的立法亦有不满。前者曰:“在途行劫、在洋行劫,与侵入有人居住或者看守之邸宅、营造物、矿坑、船舰内行劫,均属凶暴昭著,法难宽宥,定罪岂可歧异?”^⑧后者认为,海盗“应处以唯一之死刑,并明著斩刑方足示儆”。^⑨但这些建议均未被采纳,1910年的《修正刑律草案》、1911年正式颁布的《钦定大清刑律》该款均延续草案不变。^⑩1912年的《暂行新刑律》海盗条款仍继续沿用清末之规定,一字未易。不过,1914年北洋政府公布《惩治盗匪法》作为《暂行新刑律》的特别法,规定强盗犯有1912年《暂行新刑律》第374条各款之罪者——其中第二款即“在海洋行劫者”,一律处死刑。^⑪

其后,北洋政府继续修订刑律/刑法。1915年《修正刑法草案》有关海盗的部分,改原先各律

① 夏勤述、胡长清疏:《刑法分则》,载《朝阳法科讲义》(第6卷),陈新宇点校,上海人民出版社2013年版,第155页。

② 参见高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第426页。

③ 高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第169页。

④ 例如,美国最早的关于海盗的立法(《1790年犯罪法案》)即把海盗行为发生地界定在“公海或任何特定州的管辖范围之外的河流、港口、盆地、海湾”。在1818年的“帕尔默案”中,法院再次阐明海盗行为即“普通法承认和界定的在公海实施的抢劫行为”。See *United States v. Palmer*, 16 U. S. 610(1818). 1909年《美国联邦刑法典》以及美国今日的法律也均认海盗行为发生地为公海。See James Kraska, *Contemporary Maritime Piracy: International Law, Strategy, and Diplomacy at Sea*, Praeger, 2011, pp.109-112. 1926年,最早致力于海盗国际法编纂的组织国际联盟制定《制止海盗行为草案》,亦明确将海盗行为地局限于公海。See Alfred P. Rubin, *The Law of Piracy*, Transnational Publisher, Inc., 1987, p.332.

⑤ See P.W. Birnie, *Piracy: Past, Present and Future*, 11 *Marine Piracy*, 164 (1988).

⑥ 高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第272页。

⑦ 参见夏勤述、胡长清疏:《刑法分则》,载《朝阳法科讲义》(第6卷),陈新宇点校,上海人民出版社2013年版,第155页;林山田:《刑法各罪论》(上册),北京大学出版社2012年版,第288页;黄仲夫:《刑法精义》,我国台湾地区元照出版有限公司2012年版,第743页。

⑧ 《闽浙签注清单》,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第380页。

⑨ 《湖南签注清单》,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第411页。

⑩ 参见高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第573~574、765页。

⑪ 参见赵秉志、陈志军编:《中国近代刑法立法文献汇编》,法律出版社2016年版,第282、530页。

中的“在海洋行劫”为“在江、湖、海洋实行”。^①薛允升曾批评清律的 266—48 例、266—49 例两条例文“岂大江湖河案内，即无此等从犯耶？”而胡长清批评 1912 年《暂行新刑律》该款：“在江河行劫危险与海洋行劫等，刑律无加重明文，未免失当。”^②这次的修法者或正是与薛允升、胡长清持同样的观念。1915 年《修正刑法草案》还将加重情节的“结伙三人以上”改为“二人以上”，又加“携带凶器者”与“放火者”两款。根据立法理由书，这三款变化的缘由，第一个在于“三人之共同与二人之共同，其易犯难防情节相等，故改为二人以上”，第二个则为“原案无文，按旧律，持械伙窃，罪至外遣，如与普通之窃盗同论，似涉轻纵”。^③理由书未提外国立法例的影响，也未解释第一款删除“在途”这一重要情节的原因，但在当时的日本、德国刑法典中，强盗罪的加重情节均有二人以上共犯及携带凶器两款，^④与 1915 年《修正刑法草案》这两款高度一致，故此处乃受外来规则影响的可能性较大。至于“放火者”一款，未见于德国、日本的刑法典，理由书言“旧律在六项之列，上年经政治会议议准加入”。^⑤所谓旧律之六项，即清律强盗门 266—01 例所言六种加重处罚的情节：“强盗杀人，放火烧人房屋，奸污人妻女，打劫牢狱仓库，及干系城池、衙门，并积至百人以上”。凡发生此六项之一，即“不分曾否得财，俱照得财律斩，随即奏请审决枭示”。故该款出自固有法制应无疑义。可见，该案此三处的变化亦是固有与外来因素交融的结果。

（二）海盗单独成罪：固有因素有所淡化但未消失

到 1918 年的《刑法第二次修正案》，“原案海盗罪无明文，惟在海洋行劫者，为强盗加重之情节，本案另规定为海盗，科以较重之刑”，首次将海盗罪从强盗罪中分立出来、单独成罪，并与抢夺、强盗并列为一章。该修正案第 343 条第 1 款规定了海盗罪的概念与罚则：“未受交战国之允准或不属于各国之海军，而驾驶船舰，意图施强暴、胁迫于他船或他船之人或物者，为海盗罪，处无期徒刑或七年以上有期徒刑。”第 2 款规定了结果加重犯：“因而致人于死者，处死刑；因而致重伤者，处死刑或无期徒刑。”第 344 条规定了海盗结合罪，犯海盗罪而有以下行为之一者，处死刑：放火罪、强奸罪、故意杀人罪。^⑥

据伍朝枢、徐元诰、王宠惠 3 人撰呈的《审查刑法草案意见书》，新增该罪的原因是“社会进步，犯罪方法亦不同……海洋行劫比强盗罪尤应加重”，^⑦但未及条文之具体来源。从 1918 年《刑法第二次修正案》第 343 条第 1 款之用语表述看，犯罪主体为“未受交战国之允准或不属于各国之海军”，犯罪对象是“他船或他船之人或物”，均显然并非来自固有法制，与清律洋盗相关例文相距甚远。而笔者遍阅当时翻译、所参酌的德国、日本、法国、美国、英国、俄国等国的法典，亦均未有类似表述，惟与《荷兰刑法》（1881 年公布）的相关条文相近，^⑧1922 年实施的《阿根廷刑法》

① 参见赵秉志、陈志军编：《中国近代刑法立法文献汇编》，法律出版社 2016 年版，第 374 页。

② 夏勤述、胡长清疏：《刑法分则》，载《朝阳法科讲义》（第 6 卷），陈新宇点校，上海人民出版社 2013 年版，第 155 页。

③ 参见赵秉志、陈志军编：《中国近代刑法立法文献汇编》，法律出版社 2016 年版，第 373～374 页。

④ 参见《新译日本法规大全》（第 2 卷），李秀清点校，商务印书馆 2007 年版，第 514 页；《德国六法》，冷霞点校，上海人民出版社 2013 年版，第 461 页。

⑤ 赵秉志、陈志军编：《中国近代刑法立法文献汇编》，法律出版社 2016 年版，第 374 页。

⑥ 参见赵秉志、陈志军编：《中国近代刑法立法文献汇编》，法律出版社 2016 年版，第 459～460 页。

⑦ 赵秉志、陈志军编：《中国近代刑法立法文献汇编》，法律出版社 2016 年版，第 599～600 页。

⑧ 参见《荷兰刑法典》，颜九红、戈玉和译，北京大学出版社 2008 年版，第 162 页。

也有相似表述。^①近代以降法制变迁的全球化趋势,在此可见一斑。不过,1918年《刑法第二次修正案》第343条第2款以及第343条有关结果加重犯、海盗结合罪的规则,在《荷兰刑法》与《阿根廷刑法》之中仅见暴力致人死亡为加重情节,未见放火、强奸、故意杀人等其他几项,而这几项其实与前引清律强盗门之266-01例所言之六项中的“强盗杀人,放火烧人房屋,奸污人妻女”可谓内涵一致。

1918年《刑法第二次修正案》将海盗罪与抢夺罪、强盗罪并为财产罪章,表明三者保护的主要法益均为财产法益。然而海盗罪的犯罪对象乃“他船或他船之人或物”,行为人只要驾驶船舰而对于他船或他船之人或物,以具体行为显现出有施强暴或胁迫的意图,即属海盗行为,而不以盗取他人的财物为必要。林山田教授批评如此规则有“构成要件不明确之弊”,因为其客观不法构成要件与财产处分或财产损失毫不相关,即虽然有盗名但是不必有盗行、盗意。^②林先生所言颇切,但为何这一问题出现在近代中国并对我国台湾地区的法律产生了影响呢?原因在于这一规则具有固有与外来两个源头。一方面,在海盗罪的篇章归属上延续了固有法制。清律的洋盗为一种特殊的强盗,法典西化后,一开始海盗被保留而为强盗的一种加重情节,单独成罪后即继续和强盗同属一处。另一方面,海盗本罪的具体规则(1918年《刑法第二次修正案》第343条第1款)来自域外,而近代以降国际法和域外各国惩处海盗的出发点乃在保障航海安全及其背后的贸易自由,故其海盗罪的客观不法构成要件不必以侵犯财产法益为限。此外,海盗罪的结果加重犯以及海盗结合罪(1918年《刑法第二次修正案》第343条第2款、第343条)又出自固有法制。

1919年《改定刑法第二次修正案》相关条文与此基本一致,仅在文字上稍有变动。^③1928年《中华民国刑法》海盗罪将死刑添入一般海盗行为的罚则之中,并增第二项“准海盗罪”：“船员或乘客意图掠夺财物,施强暴、胁迫于其它船员或乘客,而驾驶或指挥船舰者,以海盗论”。^④变化的原因,据《审查刑法草案意见书》记载,是“因近年海盗之盛,非严格规定,从重处刑,不足以资惩戒”。^⑤此后,1933年《中华民国刑法修正案初稿》延续此案。^⑥1934年《中华民国刑法修正案》在海盗结合罪中添入“掳人勒索者”一款。^⑦1935年正式颁行的《中华民国刑法》依此。^⑧1949年之后祖国大陆的1979年《刑法》与1997年《刑法》均未规定海盗罪,但清末以降发展的近代刑法典中的海盗罪及其立法模式在我国台湾地区延续下来,只是刑罚有所减轻。

四、鉴古揆今:应对海盗的立法与司法、执法方案

(一)对增设海盗罪必要性之检讨

林山田教授从实体和程序两个方面精要地指出海盗行为的特殊性:“行为地系公权力所不及

① 参见《阿根廷刑法典》,于志刚译,中国方正出版社2007年版,第52页。

② 参见林山田:《刑法各罪论》(上册),北京大学出版社2012年版,第254~255、287~289页。

③ 参见赵秉志、陈志军编:《中国近代刑法立法文献汇编》,法律出版社2016年版,第525页。

④ 赵秉志、陈志军编:《中国近代刑法立法文献汇编》,法律出版社2016年版,第586页。

⑤ 赵秉志、陈志军编:《中国近代刑法立法文献汇编》,法律出版社2016年版,第602页。

⑥ 参见赵秉志、陈志军编:《中国近代刑法立法文献汇编》,法律出版社2016年版,第648页。

⑦ 参见赵秉志、陈志军编:《中国近代刑法立法文献汇编》,法律出版社2016年版,第683~691页。

⑧ 参见赵秉志、陈志军编:《中国近代刑法立法文献汇编》,法律出版社2016年版,第723~724页。

或难及的汪洋大海,故其损害性与危险性,远高于强盗罪,更由于海盗罪的行为人可能是‘外国人’或‘无国籍人’,且行为工具亦为武装船舰,故必须通过国际司法协助,始能有效追诉与审判。”^①从程序方面考量,《公海公约》《联合国海洋法公约》的通行做法是对海盗行为在刑法的空间效力上不采一般的属地原则,而采用普遍管辖原则。但在实体方面,两部公约均未进一步规定罚则,各国须依据本国法进行具体的定罪与量刑。

我国刑法并未规定海盗罪,但在“一带一路”倡议以及“建设海洋强国”战略的背景之下,为进一步维护海洋主权、保障海洋安全、加强海洋综合管理、参与国际海洋规则和海洋秩序的构建,诸多海洋立法如海洋基本法已被国务院和全国人大相继纳入立法、修法计划。^②与此相应,不少研究国际刑法、海洋刑法的学者提出了增设海盗罪的设想。总结而言,学者提出的增设理由主要有4点。其一,目前定罪量刑过程烦琐,容易造成偏失。根据《联合国海洋法公约》第101条的规定,海盗行为可能触及的罪名有抢劫罪、故意杀人罪、故意伤害罪、绑架罪、劫持航空器罪、劫持船只罪、暴力危及飞行安全罪、破坏交通工具罪等,并常涉及数罪并罚等罪数理论问题,对相关行为的定性容易出现错误,烦琐的定罪量刑过程还会使整个刑事诉讼的时间延长、效率降低。^③其二,虽然与海盗行为相关的罪名很多,但是并不能涵盖公约中的全部罪行。如此可能会使部分海盗行为逃避制裁,造成放纵海盗行为的“恶劣后果”。^④其三,我国已加入《联合国海洋法公约》,负有“合作制止海盗行为”的义务,若不按海盗罪而按其他罪名判决,则又缺失普遍管辖的正当性,从而可能陷入“双重尴尬”境地。^⑤其四,增设海盗罪有利于威慑、预防海盗行为。^⑥然而,学者提出的这几个问题似乎并非在现行刑法规范之下不能得到解决。

第一,海盗行为涉及的罪名多,虽然的确可能造成定罪量刑过程烦琐,但是如此其实同时更有利于保障精确量刑,因为可以根据行为人各自涉及的不同罪行分别定罪量刑,而非在一个单一罪名之下笼统的刑罚幅度内量刑。

第二,所谓现有罪名不能涵盖公约中的全部罪行,笔者仅见学者们举出一个具体的例证:抓捕海盗往往是在海盗快艇以武力威胁、追逐船只而尚未登船的过程中,然而面对在追逐时抓到的嫌犯,检察官很难举证证明嫌疑人杀人、抢劫的故意,“客观方面,该时段嫌疑人的行为显然谈不到杀人、抢劫的既遂,这种场合下如无海盗罪的规定会导致处罚的困难”。^⑦可是,根据刑法学有关“着手”的理论,“侵害法益的危险达到紧迫程度(发生危险结果)时,就是着手”。至于何种行为具有侵害法益的紧迫危险,则根据不同犯罪、不同案件的具体情况综合判断,“考察行为是否已经接触或者接近犯罪对象,行为人是否已经开始使用为着手实行犯罪而准备的工具,是否开始利用了所制造的条件,行为人与被害人的距离,行为的具体方式等”。^⑧既然海盗快艇已经处于以武

① 林山田:《刑法各罪论》(上册),北京大学出版社2012年版,第255页。

② 参见杨华:《海洋基本法的立法定位与体系结构》,《东方法学》2021年第1期。

③ 参见王国华、孙誉清:《21世纪海盗:无人船海上航行安全的法律障碍》,《中国海商法研究》2018年第4期。

④ 参见许维安:《国家安全法治视野下管辖海域刑事立法的反思与完善》,《中国海洋大学学报》(社会科学版)2021年第2期;李文沛:《国际海洋法之海盗问题研究》,法律出版社2010年版,第154页。

⑤ 参见宋杰:《刑法修正需要国际法视野》,《现代法学》2017年第4期。

⑥ 参见欧阳铭:《海盗罪国内管辖:“一带一路”必要的海事司法保障》,《中国海商法研究》2019年第3期。

⑦ 童伟华:《海盗罪名设置研究》,《海峡法学》2010年第4期。

⑧ 张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2021年第6版,第441页。

力威胁、追逐船只而尚未登船的过程中,其“侵害法益的危险”就必然已可谓“达到紧迫程度”,从而可被认定为着手而未遂,故并不存在放纵犯罪的问题。至于检察官难以举证证明未遂犯的具体犯意,则是所有未遂犯的认定均面临的问题,并非仅限于海盗行为。

第三,依据公约,确实仅对海盗行为等国际犯罪我国才享有普遍管辖权,而对于在公海及其他管辖范围以外的地方发生的普通犯罪并无管辖权,但是,公约所言乃“海盗行为”,亦即只要符合公约界定的海盗行为,缔约国就可以行使普遍管辖权,并依据本国法律进行具体处理,而并未要求最终的处理结果必须以“海盗罪”命名,才反过来享有普遍管辖权。

第四,增设专门的海盗罪的确可能对海盗行为起到一定程度的威慑、预防作用,但是既然海盗行为可被归入抢劫罪、故意杀人罪等罪名中处罚,那么这些罪名亦可以起到威慑、预防的作用。起到威慑、预防作用的并非“海盗罪”这个名称,而是这些罪名背后的处罚措施。

笔者认同刑法教义学倡导者的观念,“法律不是嘲笑的对象”,不能随意主张修改法律,^①将重心置于批判刑法的做法“不仅偏离了刑法学的研究方向与目标,而且存在诸多不当”。^②如果在现有刑法体系内能解决问题,那么将无必要擅言修法。

(二)增设海盗罪的替代方案

尽管笔者并不赞同在我国刑法中专门增设海盗罪的做法,但仍认可不能忽视海盗行为的特殊性,并应有所应对。由于海盗行为的特殊性在于实体和程序两个方面,因此替代增设新罪名的方案也须从这两方面入手。此方案可借用《韩非子·五蠹》之言概括之:“罚莫如重而必。”

首先,是“重”。针对实体上海盗行为的损害性与危险性高于普通强盗的问题,《商君书·开塞》指出:“过有厚薄,则刑有轻重”。根据《刑法》第5条所言之罪责刑相适应原则,可对海盗行为进行一定程度的加重刑罚。而加重刑罚并非仅有增加新罪名这一种方式,清代及1918年《刑法第二次修正案》之前的做法即是如此:前者以例文(而非新增律文)的形式规定对“洋盗”的处罚重于对普通强盗,后者将海盗作为强盗罪的法定加重情节之一处理。但是,如今的法律体系不再有“以例附律”的立法形式,而按照国际公约,海盗行为触及我国刑法中的罪名不止抢劫罪,故若仍以法定加重情节的方式加重处罚,则会导致法典冗杂,并陷于本文所反对的“擅言修法”的做法。所以清代和民国时期的这两种做法今天难以完全照搬,笔者建议将其作为酌定从重情节,交给司法机关自由裁量。

其次,曰“必”。从程序上有效追诉与审判的角度看,此实为保障刑罚的必定性。虽然“罚重则所恶之禁也急”(《韩非子·六反》),对于任何可能犯罪的人来说,重刑的威慑力总是大于轻刑,^③但意大利法学家贝卡利亚有名言:“对于犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性,而是刑罚的必定性……即便是最小的恶果,一旦成了确定的,就总令人心悸”。^④事实上,据刑法学者研究,我国如今刑法分则各罪的法定刑已普遍较重,^⑤故为预防犯罪,更重要的恐怕是保证刑罚的必定性而非严厉性,这也即笔者建议将其作为酌定从重情节而非法定从重情节的另一个原因。

① 参见张明楷:《刑法格言的展开》,北京大学出版社2013年第3版,第3页。

② 张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2021年第6版,第2页。

③ 参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第52页。

④ [意]切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第62页。

⑤ 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2021年第6版,第753页。

对于海盗行为,目前国际社会公认较为有效、也是国际公约通行的保障刑罚必定性的方式,为实行普遍管辖制度以及与之相关的加强国际协作,^①乃至不惜动用国家武装护航、抓捕,以及有学者提出的在一定程度上允许私人安保公司实施驻船武装护卫。^②在武装应对这一点上,古今也可谓颇为相通。嘉庆年间治理“洋盗”经验颇丰的两广总督觉罗吉庆曾总结道:“海洋缉捕,全在水师出力认真。”^③笔者所见清代的“洋盗”案件几乎均为水师兵甲负责抓捕。而其中的缘由古今亦相似,一因觉罗吉庆所言:“外洋风涛浩渺,沙屿繁多,而盗踪忽聚忽散”。^④二因海盗能成事,须啸聚甚众、武力齐备,声势浩大甚而气焰嚣张。因是之故,无论古今,普通的缉盗差役、警察用一般的缉盗方法都难以捕获海盗。

五、结语:传承、变革及反思

我国对海盗的治理在相关的制度和实践方面均有较多的历史经验,并颇可资当下镜鉴。总结而言,《大清律例》有关“洋盗”的规则,曰至重与详密。一曰至重,“江洋大盗”在普通强盗斩立决的极刑之上再加枭首示众,已故者也难逃戮尸、悬挂首级,拒伤官兵、事主人数多者甚至会被凌迟处死。《国语·鲁语》曰:“大刑用甲兵。”对洋盗之至重、至刑还体现在对其之缉捕常会动用水师兵甲,而非普通的缉盗差役。二曰详密,例文并非简单地将相关行为一概处以极刑,而是将其分为“得财”与“未得财”,未得财者再分首、从犯与伤人、未伤人,得财者分“法所难宥”与“情有可原”,“情有可原”又分实行上盗、未上盗等不同情况分别议处。

这些有关“洋盗”的固有规则被十分难得地、不同程度地保留在西法东渐之后的历部近代刑律/刑法典中,这种不完全蔑弃传统、力图融合中西的尝试在我国法制近代化史上着实难能可贵。一般而论,无论古今中外,任何制度之变,必有其变之因,并通常可分为外因与内因两类。外因乃受外力逼迫,与制度本身无涉;内因为出于制度本身的动力,其或在价值上违背伦常道德、主流意识形态,或在技术层面有逻辑瑕疵、欠缺可操作性。外因只能说明变的缘由,不能证成其合理性。合理性只能来自内因,而相应的合理的变,亦必然直接回应内因。且只要是回应内因,就不必问回应之方来自传统或域外,能解决问题便可,无须存古今中外之偏见。我国法制近代化的缘由本兼有外因与内因,但限于收回领事裁判权、救亡图存的紧迫压力,外因压过内因,变的时候来不及细致考察内因以及应对之方,只能采取最方便、简单的办法——全盘照抄。并且,正因其方便、简单,在巨大的惯性和惰性之下,哪怕到今日已不再有或至少不再有那么强大的外因,也仍持续上演着“一概效颦他人,数典忘祖”的故事,罔顾本应正视的、合理性依托的内因。

不过,在近代这一“全盘照抄”的风气之外,近代有关海盗的立法竟难得地并未完全如此。由1907年《大清刑律草案》至1915年《修正刑法草案》,海盗作为强盗罪的加重情节之一加以规定,与清律以例的形式将“洋盗”作为强盗的一个特殊种类加重处罚的做法,可谓一脉相承。而一开

^① 参见[俄]安东·瓦尔福洛梅耶夫:《当代海盗与现行国际法》,张广翔、王目坤译,《社会科学战线》2018年第3期;张建军:《打击索马里海盗中的国际合作问题研究》,《现代法学》2009年第4期。

^② 参见李卫海:《中国海上航运的安保模式及其法律保障——以应对21世纪海上丝路的的海盗为例》,《中国社会科学》2015年第6期。

^③ 宫中档奏折—嘉庆朝,档案号404001125。

^④ 宫中档奏折—嘉庆朝,档案号404001125。

始将“海洋”解释为“公海”的做法来自域外,但由于这一变化并非针对内因,因此很快就被来自固有规则的解释方案取代。1918年《刑法第二次修正案》将海盗单独成罪,虽立法理由书将缘由解释为内因,但从条文表述看,外来规则的成分明显多于固有,究其原因,仍是在于当时之变并非直接针对内因,而是再次选择了最方便、简单的照抄照搬之法。所以,林山田先生提出的修正方案即针对此,这其实也是在某种程度上对固有规则的回归,力图让其又变回要求盗行、盗意的盗罪:“意图为自己或第三人不法取得,在‘本国’领海或公海上,对人或对船舶施以强暴,或以对生命或身体之现时危险而行胁迫,而强取他人之物,或强使他人交付,或强得财产利益,或使第三人得之者,为海盗罪”。^①

如今,我国刑法不再有专门的海盗罪,不少学者提出增设的建议。虽然这些建议确实试图针对内因,但回应内因的方式并非只有修改法律这一种方式。从历史经验和现实条件看,在实体上把海盗作为酌定从重情节,在程序上通过国际协作、武装护卫等方式保障抓获、惩治海盗的成功率(刑罚的必定性),可能是更佳的选择。

Abstract: The history of China has a wealth of experience in the management of piracy and concentrated in The Qing Code of the various Li of Foreign Piracy, which can provide a reference for contemporary legislation and the practice. The Qing Code and practice of Foreign Piracy reflects the most important and detailed features, The “infamous pirates” were immediately beheaded and hung in public. Those who are not “infamous pirates” are divided into those who have “acquired property” and “not acquired property”. And those who have not acquired property were further divided into principals, accomplices, and those who injured or did not injure people. Those who have acquired property were divided into “unforgivable by law” and “extenuating circumstances”. Extenuating circumstances further distinguish whether the piracy was committed, discussing and punishing pirates separately. The navy was usually used to catch foreign pirates instead of ordinary anti-piracy officers. These elements of the inherent legal system have been preserved to varying degrees and have interacted with foreign elements to create new rules in the criminal law that mainly transplanted foreign laws since the modernization of the legal system. China’s current criminal law does not have a specific crime of piracy, from historical experience and realistic conditions, the best solution to the problem of piracy is not to create a new crime, but as a discretionary circumstance of severe sentencing, and procedural aspects to ensure the success rate of catching and punishing pirates.

Key Words: the Li of Foreign Piracy, crime of piracy, The Qing Code, the modernization of the legal system, western law moving towards the east

责任编辑 王虹霞

^① 林山田:《刑法各罪论》(上册),北京大学出版社2012年版,第289~290页。