

清律“棍徒”之甄辨及立法逻辑探析

刘懂礼*

目次

- | | |
|----------------|-----------------------|
| 一、引言 | 五、“凶恶棍徒例”与“棍徒”犯罪条例之关系 |
| 二、“棍徒”概念的外延考察 | 六、光棍例的生成逻辑及与凶恶棍徒例之关系 |
| 三、语境转换对“X棍”的影响 | 七、棍徒犯罪之立法特点及瑕疵 |
| 四、X棍犯罪条例之形成路径 | 八、结论及启示 |

摘要 棍徒一词是明清两代对地痞流氓的俗称。作为俗称，棍徒与光棍、刁棍、痞棍、奸棍、地棍等经常被混用。然而，在清代律例中，诸概念虽然嫁接自社会俗称，却不可避免地被赋予更为明确的法律含义。已有成果并没有就上述概念的法律含义及相互关系给出答案。而且，惩治该类群体犯罪条例之间关系亦有必要厘清。本文旨在明确诸概念之含义及相互关系。进而，通过探析棍徒犯罪相关条例形成路径及相互关系，可以发现，从法律渊源的角度而言，条例形成于案例，司法判决的过程即是条例形成的过程。从立法方法论角度而言，条例作为具有法律效力的规范，其形成并非遵循“从概念到规范”的演绎逻辑，而是体现“属辞比事”，以类索别，“例”由“比”出的归纳逻辑。

关键词 棍徒 X棍 凶恶棍徒例 光棍例 “例”由“比”出

一、引言

当前，法史学界对清代棍徒、光棍犯罪之研究成果并不多见，按照发表的顺序依次为：张光辉著《明、清刑律中的“光棍罪”》^{〔1〕}，苏亦工先生著《清律“光棍例”之由来及其立法瑕疵》^{〔2〕}，山本英史著《光棍例的成立及其背景——清初秩序形成的一个过程》^{〔3〕}，李典蓉著《棍徒、奴仆与流氓：对清前

* 淮北师范大学讲师、法学博士。本文系安徽省高校人文社科重点项目“清代棍徒犯罪类型及定罪量刑研究”（SK2016A0806）的阶段性研究成果。

〔1〕 张光辉：《明、清刑律中的“光棍罪”》，载《亚洲研究》2008年第1期。

〔2〕 苏亦工：《清律“光棍例”之由来及其立法瑕疵》，载《法制史研究》2010年第16期。

〔3〕 原文见山本英史《光棍例の成立とその背景：清初における秩序形成の一過程》『中国近世の規範と秩序』（研文出版社、2014年）頁201-246。本文系谢晶译，阿风译校，载苏亦工编：《旧律新诠——大清律例国际研讨会论文集》（第一卷），清华大学出版社2016年版，第327-353页。笔者对山本氏观点的述评即依据该译文，谨此说明。

期旗下人与光棍例发展的推想》^{〔4〕}。张光辉认为：光棍乃明清两代对地痞流氓的通称，除此之外还有许多别称，如地棍、棍徒、刁棍、喇虎等。为惩治这一群体，刑律中出现许多严惩光棍的条例，即所谓光棍例。苏亦工先生主要着眼于考索清律光棍例之源头，得出该例始自顺治十三年，并对该例的立法瑕疵进行检讨。就光棍例的生成，山本英史在苏亦工先生的考证范围内“作一重新理解”，但其旨趣在于考察清初秩序的形成。李典蓉则立足但不限于旗下奴仆、投充人等群体，考察了光棍例演变的社会背景。

张光辉认为，明清社会中广泛存在光棍群体。因而，政府制定诸多条例进行惩治。至于棍徒，则是光棍同一概念的不同称谓。^{〔5〕}可见，其无意对光棍与棍徒进行区分。而且，其所梳理的光棍罪其实涵盖了比照适用光棍例的罪行，可能会导致泛化光棍群体。因为，其他犯罪主体比照光棍治罪的并不在少数。苏亦工先生认为，光棍例仅指一个特定的条例，“光棍罪的犯罪主体是所谓的‘恶棍’，其他条例中的犯罪主体又有‘凶恶棍徒’‘刁徒’‘无赖凶棍’‘刁棍’”^{〔6〕}，然而，相关例文并未说明诸概念的区别。山本英史提到在光棍例之外存在一条棍徒例，但其认为“‘棍徒’与‘光棍’几乎是同义的”，该例仍然是用来惩治光棍，因而，仍倾向于把棍徒例看成“另一光棍例”^{〔7〕}。所以，其对棍徒之考察仍局限在光棍的范畴之内。李典蓉认为棍徒例有别于光棍例，但“光棍与棍徒的定例表面上看来分别了光棍与其他棍徒”^{〔8〕}，实则通过例文很难区别。笔者以为，棍徒与光棍具有共性特征，作为民间俗称往往易被混用。但二者由民间俗称转化为法律术语，内涵与外延均发生变化，分别被赋予不同的法律含义。故而，通过梳理清代惩治棍徒、光棍的相关条例仍需解决以下疑问：其一，棍徒与光棍乃至其他诸棍在法律语境下关系如何？其二，棍徒犯罪的条例与光棍犯罪的条例有无区分必要？其三，棍徒犯罪的条例是否同于棍徒例？其四，光棍犯罪的条例是否等同于光棍例？其五，上述二、三、四问题中所涉及的概念、规范在逻辑上关系如何？围绕上述疑问，甄别棍徒及相关概念，并对棍徒、光棍犯罪条例的形成逻辑基于立法学的探析即为本文的旨趣所在。

二、“棍徒”概念的外延考察

既有的成果表明，棍徒与光棍两概念在民间俗语中很多情况下可以混用，即便通过例文仍难以区分，然棍徒与光棍从词语构成的角度而言仍然存在细微差别。苏亦工先生认为，“‘光棍’一词属偏正结构，前面的‘光’字为修饰语，修饰后面的中心词‘棍’；其余‘恶棍’‘奸棍’‘讼棍’‘党棍’之类名词构造亦同”。^{〔9〕}而棍徒一词从构词的角度而言，“棍”与“徒”皆为名词，并非偏正结构。故而，光棍与棍徒结构不同。至于“徒”字，《康熙字典》载：“又《玉篇》众也。《书·仲虺之诰》实繁有徒。《前汉·东方朔传》人至察，则无徒。又《广韵》党也。《张衡·思玄赋》朋精粹而为徒。”^{〔10〕}可见，棍徒以棍的群体为反应对象，应属集合概念。而光棍不是以棍的群体为反应对象，属于非集合概念。^{〔11〕}因而，两概念

〔4〕 李典蓉：《清初旗下人与光棍的历史渊源：兼论清律“光棍例”之发展》，2012年8月发表于“新史料与新史学：挑战与机遇”国际学术研讨会上。嗣后，更名为《棍徒、奴仆与流氓：对清前期旗下人与光棍例发展的推想》，并修改了某些观点，载《法制史研究》第26期，又被收录于前注〔3〕，第354~379页。

〔5〕 见前注〔1〕，张光辉文。

〔6〕 见前注〔2〕，苏亦工文。

〔7〕 见前注〔3〕，山本英史文。

〔8〕 见前注〔4〕，李典蓉文。

〔9〕 见前注〔2〕，苏亦工文。

〔10〕（清）张玉书、陈廷敬等编撰，王宏源增订：《康熙字典》，社会科学文献出版社2015年版，第443页。

〔11〕 参见原所秀：《集合概念与非集合概念的区分及依据》，载《辽宁师范大学学报（社科版）》1998年第5期。

从反应对象上亦有所区别。由此可知，光棍与棍徒并非完全等同概念。同理，前述恶棍、奸棍、讼棍、党棍及其他常见的地棍、流棍、赌棍等与棍徒亦不能等同。前者属偏正关系的名词，前字修饰后字，中心词为棍。因修饰成分的存在，导致其内涵较后者更为明确具体，而外延则相应缩小。从而，上述各棍成为棍徒之一类，出于表达方便皆称为X棍，那么，棍徒则是X棍的集合，在构词上成为X棍的上位概念。其中，光棍与“奸”“讼”“地”等棍稍有区别，这取决于修饰成分“光”本身的性质。“‘光’字《说文》在火部，意为：‘明也。从火，在儿上，光明意也。’《释名》：‘光，晃也，晃晃然也。’”^{〔12〕}由是而知，无论取“光明”还是取“晃”意，作为修饰部分，实难与人的某一类具体行为性质、具体身份特征、所处地域等联系起来，所以“光”较之于“奸”“讼”“地”等更为抽象。譬如，《说文解字注》：“奸，犯淫也，此字谓犯奸淫之罪。”^{〔13〕}“讼，争也，从言公声。此形声包含会意”，^{〔14〕}意味争讼于公（官府）。“地，地以土生物，故从土。凡土之属皆从土。”依附于土地之意明显。^{〔15〕}换言之，如果说“奸”“讼”“地”是从某一具体方面描述棍的特征，而“光”则是从程度上修饰棍。正是“光”的这一特征，导致光棍一词不仅成为恶性程度极高的一类，而且光棍本身亦可以作为程度副词来使用，后文言及光棍例的生成时会对此专门说明。无论如何，光棍相对于棍徒而言，虽说其修饰部分“光”作为“棍”的限定词不如“奸”“讼”“地”含义具体，但毕竟对“棍”做了限定，导致与棍徒相比内涵更为具体，外延缩小，从而成为棍徒的下位概念。

概而言之，棍徒的外延包括X棍，这种包含关系往往在棍徒与X棍同时出现的语境更为明显。比如：“小光棍崔三。小霸王贾三。赛罗成韩六，……，结党连盟。均系著名棍徒。”^{〔16〕}“被街坊这几个光棍，……百般欺负。……被这伙群虎棍徒，不由分说，揪倒在地，乱行踢打，获在老爷案下。”^{〔17〕}“先后拿获讼棍十四案。该犯等俱系积久棍徒。”^{〔18〕}上述三例表现为总结式，从个别到一般，先言个别X棍，后说一般棍徒，个别X棍属于一般棍徒范畴。又如“在京棍徒。招摇吓诈。……以后实系光棍。俱着照强盗例拟罪”。^{〔19〕}该例表现为强调式，从一般到个别，先言一般棍徒，后说特别光棍，强调棍徒中之光棍照强盗例治罪。又如：“诚恐无籍棍徒乘机招摇指官撞骗。……如有前项刁棍招摇巧骗者着即立拿稟县。”^{〔20〕}“由于棍徒射利私销。欲杜盗销之源。必杜毁钱之利。……奸棍无利可图。则销毁之弊自除。”^{〔21〕}“有棍徒赵姓即赵长霖。……将赵姓即赵长霖等严拿务获。一并交刑部申明办理。以惩恶棍而靖间阎。”^{〔22〕}以上三例则是先言棍徒，后在棍前加上“刁”“奸”“恶”等修饰，通过修饰词语对前言棍徒进行定性，但在概念前加上修饰词语不可能扩大概念的外延。所以，后者属于前者范畴。又如：“诚恐兵厮地棍人等借端骚扰，叩

〔12〕 参见（清）段玉裁：《说文解字注》（影印本），上海古籍出版社1981年版，第485页。（清）王先谦：《释名疏证补》（影印本），上海古籍出版社1984年版，第24页。转引自前注〔2〕。

〔13〕 （汉）许慎撰，（清）段玉裁注：《说文解字注》，上海古籍出版社1981年版，第28页。

〔14〕 见前注〔13〕，许慎、段玉裁书，第100页。

〔15〕 见前注〔13〕，许慎、段玉裁书，第682页。

〔16〕 《清实录·穆宗实录》第115卷，第568页。

〔17〕 （明）兰陵笑笑生撰，陶慕宁校注，宁宗一审定：《金瓶梅词话》（上），人民文学出版社2000年版，第395页。

〔18〕 《清实录·宣宗实录》第186卷，第953页。

〔19〕 《清实录·圣祖实录》第1卷，第50页。

〔20〕 《申报·光绪朝》，1899年1月23日。

〔21〕 《清实录·高宗纯皇帝实录》第341卷，第716页。

〔22〕 《清实录·穆宗实录》第124卷，第730页。

乞赏示严禁……为此示仰附近地方棍徒及各营兵厮人等知悉……”^[23]该例中地棍即地方棍徒，二者指称同一群体，地棍当属棍徒无疑。再如：“贵州地方有外来流棍勾通本地棍徒……”^[24]由此可知，流棍即外来棍徒，理由不赘。

三、语境转换对“X棍”的影响

上述X棍仅从其构词法的角度进行了诠释与辨析，为了深入探究其含义，仍不得不置身于具体的语境进行考察。所谓语境大致可分为进入条例之前的社会语境与植入条例之后的法律语境。当然，为了厘清X棍在社会语境与法律语境中含义的区别与联系，这种由社会语境进诸法律语境的转化过程亦一并考察。出于研究的方便，仍不妨把这些棍徒按照某些并非严格的标准进行归类。笔者兹列三种标准：其一，根据人们对恶性的主观判断。如所谓的凶棍、恶棍、奸棍、刁棍、光棍等即据此而分。其二，根据所从事职业特点。如讼棍、赌棍、蠹棍等即据此而分。其三，根据棍徒的籍贯不同。条例中经常出现的土棍、地棍、流棍等称谓的区别可参照该标准。其中土棍、地棍系指本地棍徒，俗亦称地痞，而流棍则居无定所，系从外地流窜而来。

对此分类，需要说明的是，三种标准下X棍存在交叉现象。譬如，依据上述标准二，所谓讼棍，乃挑拨词讼，并以之为常业之徒。所谓赌棍，乃以赌为常业者，偶尔以娱乐为目的之赌不得谓棍。所谓蠹棍，系指衙门中之奸差。然而基于人的主观判断析之，讼棍挑拨是非，颠倒黑白，从中牟利，可谓既奸且恶；赌棍不事生产，无法创造财富，却以此为生，若不耍奸使滑，为非作歹，何以维持生计？俗云“赌则近盗”，不无道理。蠹棍则更可恶，虽在公门，却损人肥私。故而，讼棍、赌棍、蠹棍亦皆可以恶棍、奸棍、刁棍等称之。又如，“苏俗呼土棍为獭皮，凡……构讼……开赌诸不法事，皆出其手”。^[25]可见土棍之中讼棍、赌棍亦不鲜见。可见，土棍亦可同时兼具讼棍、赌棍之身份。

依据上述标准一，凶棍、恶棍盖言棍之行为凶恶可怖，刁棍似言棍之刁钻，善于钻营，奸棍则言其奸宄，似乎在词意上存在差别，然而上述称谓皆基于人的主观感受而赋予之。既然是主观感受，不同人的判断不可能完全一致，用词自会有所区别。然而，基于不同视角做出的主观判断带来的结果却是，甲认为系恶棍，乙可能认为系奸棍，丙却认为系刁棍。譬如，《清稗类钞》载：“是则凡得恶名者，始可曰棍，而光、宣间乃竟有假托善名而为恶者，人目之曰善棍。”^[26]假托善名为恶亦是恶，称恶棍可也，却可从伪善角度称为善棍。又如，清初小说《醉醒石》中恶棍王四形象：“噬人疑虎”，“穷凶极恶，天理必除”。然被谓之“奸徒”。^[27]何至如此？原因在于，此等恶棍不仅凶恶，而且奸猾“疑獠”，所以，既可称其恶棍，又可称其奸徒乃至奸棍，惟角度不同。清代语言脱胎于明，明代小说亦能佐证。明代小说《型世言》第二十六回标题为“奸棍巧施云里手”，内容却载“串通光棍诓骗良人妻子”“光棍图赖婚姻打人”“光棍强占良人妻子”^[28]等语，这就意味着小说中奸棍、光棍的含义并不确切，作者可以凭主观感觉信手拈来。即便清代司法官员黄六鸿对各类棍徒表现可谓了如指掌，甄别其含义应该强于众人，然称呼起来亦很随意：“朝廷牧民之官既为奸棍害民之

[23] (清)杨捷：《平闽纪》(康熙刻本道光印本)，第13卷，《告示·示浔尾盐场》。

[24] (清)吴坛撰，马建石、杨育裳编注：《大清律例通考校注》，中国政法大学出版社1992年版，第754页。

[25] (清)徐柯：《清稗类钞》，中华书局1984年版，第5384页。

[26] 见前注[25]，徐柯书，第5384页。

[27] (清)东鲁古狂生编：《醉醒石》，上海古籍出版社1985年版，第128~141页。

[28] (明)陆人龙撰，申孟点校：《型世言》，上海古籍出版社2001年版，第321页。

具……刁棍更以州县法轻……”^[29]显然，观者并不能透过黄氏之称谓区分奸棍刁棍之别，黄氏笔下之奸棍、刁棍仅系对同一主体的不同称谓而已。故而，即便同一作者，基于不同角度，亦可对某一犯罪主体适用不同称谓。致使所谓的恶棍、凶棍、奸棍、刁棍的词意虽在训诂上存在差别，实际称呼时却可混用。然依据上述标准二，以其职业特点分类，相比于主观恶性标准较为客观，讼棍、赌棍、蠹棍各有明确所指，不致互相混用。依据上述标准三所言之籍贯不同，其中土棍、地棍系指本地棍徒，俗亦称地痞。而流棍则居无定所，系从外地流窜而来。该标准亦较客观。

以上是诸类棍徒在文学作品及官箴书中的称谓，反映出 X 棍在进入条例之前社会语境下的特点。那么，在律例语境中又是如何？首先，依据标准一，考察凶棍、恶棍、奸棍、刁棍、光棍在条例中的体现。《大清律例》中惩治恶棍条有：“京师重大之地，有恶棍挟诈官民，肆行扰害者，俱照强盗例治罪。”“恶棍勒写文约，吓诈财物，聚众殴打，致死人命，审有实据，为首者，立斩。”^[30]惩治奸棍条有“奸棍、豪绅凭空捏报盗劫，藉以陷害平人，讹诈印官捕役者，照诬告人死罪未决律问遣。”^[31]“凡看守关口官员，……若放出私贩人口奸棍者，革职。其关口兵丁及贩卖之奸棍，加常罪一等治罪。”^[32]惩治刁棍条有“其有关系积贼、刁棍、衙蠹及胥役弊匿等情，即令巡道亲提究治。”^[33]惩治光棍条有“有光棍交通包揽之徒，将正身姓名捏写虚约，投托官豪勋戚之家，前去原籍妄拿正身家属逼勒取财者，俱照前例充军。”^[34]其次，依据标准二，考察讼棍、赌棍、蠹棍在律例中的体现。《大清律例》中惩治讼棍条有“若系积惯讼棍串通胥吏，播弄乡愚，恐吓诈财，一经审实，即依棍徒生事扰害例问发云贵、两广极边烟瘴充军。”^[35]《暂行新刑律》中惩治赌棍条有“赌棍的惩治，以赌博为常业者，处三等至五等有期徒刑”。^[36]再次，依据标准三，考察土棍、地棍、流棍在律例中的体现。《大清律例》中涉及土棍条有“外省驻防旗人与土棍串党朋奸举放私债、盘勒重利、开赌囿、骗折子女、强买市肆、擅砍树木、哄然罢市、辱官害民种种行恶者，酌所犯情罪轻重，照律例定罪”。^[37]“如有土棍包揽护送，照搅扰商税例，分别治罪。”惩治地棍条有“若土豪地棍仍前逼勒凌辱，依律治罪”。^[38]惩治流棍条有“有外来流棍勾通本地棍徒，将民间子女拐去四川等省贩卖，为首硬行绑去贩卖，为首者立斩”。^[39]考察上述条例横向比对及纵向演变可知，基于标准一划分的奸棍、刁棍、恶棍之间的关系仍保留社会语境下的特点，通过例文并没有获得更为明确的法律界限。但光棍属于例外情形，通过定型后的光棍例，光棍与恶棍形成一种包含关系，光棍较之于奸棍、刁棍，其法律含义亦更明确。对此，后文关于光棍例的生成部分会详细论证。但基于职业特点而划分的讼棍、赌棍、蠹棍以及基于地域而划分的土棍、地棍、流棍在法律语境下却含义特定。譬如，“积惯讼棍串通胥吏”系归因于讼棍的职业特点决定其与胥吏保持一种共生关系，这里的讼棍若换成赌棍则改变了条例的本意，换成蠹棍则会导致语句不通，因为蠹棍本身即属胥吏，何有胥吏与己串通之说？又

[29] (清)黄六鸿：《福惠全书三十二卷》，光绪十九年文昌会馆刻本第11卷，叁辑19—120。

[30] (清)薛允升撰，胡星桥、邓又天编注：《读例存疑点注》，中国人民公安大学出版社1994年版，第499～500页。

[31] 见前注[24]，第688页。

[32] 见前注[24]，吴坛、马建石、杨育裳书，第616页。

[33] 见前注[24]，吴坛、马建石、杨育裳书，第880页。

[34] 见前注[24]，吴坛、马建石、杨育裳书，第645页。

[35] 见前注[24]，吴坛、马建石、杨育裳书，第899页。

[36] 转引自杨嘉音：《中国古代禁赌启示录》，载《湖南省社会主义学院学报》2005年第3期。

[37] 见前注[24]，吴坛、马建石、杨育裳书，第525页。

[38] 见前注[24]，吴坛、马建石、杨育裳书，第400页。

[39] 见前注[24]，吴坛、马建石、杨育裳书，第754页。

如,“有外来流棍勾通本地棍徒”语义明确,若把流棍换成地棍、土棍则又语义含混,不合逻辑。

四、X棍犯罪条例之形成路径

通过对棍徒诸称谓在法律语境下的考察得出,不同称谓仍然保留着在社会语境中的特点。易言之,原本界限不明的在律例中仍可混用,恶棍、刁棍、奸棍即属此类。原本界限分明的在律例中自然不致混淆,讼棍、赌棍、蠹棍即属此类。何以至此呢?这里,不妨探究一下,X棍犯罪条例之形成路径。诸条例之形成大致遵循如下路径:其一,立法路径。一是承继明代条例。譬如,“在京、在外……积年光棍……三五成群……打搅仓场……杖罪以下,于本处仓场门首枷号一个月,发落。徒罪以上,与再犯杖罪以下,免其枷号,发附近充军”。^[40]该条即承自明例,所谓“积年光棍”照搬明例,未作修改。明代光棍已成为无赖之俗称,该称谓自明代已经出现在条例中,开光棍入例之先河。二是本朝条例删并。譬如,“无赖凶徒聚众行恶,无故将人抬去溷行殴打,为首者杖一百、徒三年,为从者皆杖一百。若有勒写借约、张贴揭帖诈财及事理重者,仍照律例从重科罪”。^[41]因条内“勒写借约、张贴揭帖”等事,并入光棍条内,而“将人抬去殴打已见威力制缚人律内”,故本条删。这样的合并后果只是减少了条例的数量,并没有创造新的称谓。三是针对某一事项奏请定例。譬如,“直省不法之徒,……因赈贷稍迟,抢夺村市,喧闹公堂,及怀挟私愤纠众罢市辱官者,俱照光棍例治罪”。^[42]该条即为乾隆十年九月内刑部奉旨议复礼部侍郎秦蕙田条奏定例。又如,“无赖凶棍遇有自尽之案,冒认尸亲,混行吵斗殴打,或将棺材拦阻打坏,抬去尸首,勒措行诈者,均杖一百,枷号两个月”。^[43]该例系刑部针对恶棍阻挠丧葬情事奏请皇帝,奉旨定例。只是刑部最初表述为“恶棍或将棺材拦阻乱行吵闹”^[44],而康熙帝改称“无赖凶棍”。因此,最终条例中弃“恶棍”不用而使用“无赖凶棍”称谓。但两种称谓之间含义上并无大差别,均是俗称的照搬。四是奉谕定例。如,雍正三年例“凡八旗内有凶恶光棍好斗之徒,生事行凶无故扰良人者,发往宁古塔、乌喇地方分别当差、为奴”。该例即属奉谕定例,几经修改,至雍正朝呈此模样,其来源于康熙上谕:“三旗包衣,佐领所管,有凶恶光棍并好斗之徒,已经严察发往乌喇。……八旗内岂无凶恶光棍好斗之徒?传与议政王、贝勒、大臣等,着议应否照此例遵行之处,钦此。”皇帝谕旨虽显天子威严,然并非追求概念精确,凶恶光棍与好斗之徒并提,显然应属两个概念,但两概念并非界限分明,凶恶光棍与好斗之徒均是主观指称,难以摆脱流行俗称的影响。其二,司法路径。亦即“法官造法”路径,即“案例→成案→通行(→条例)”^[45]。譬如:

东抚题:田二与父田坤、弟田三均系掖刀匪徒,……查田二先将逃妇谢氏霸留逼休,

[40] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第463页。

[41] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第819页。

[42] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第707页。

[43] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第807页。

[44] 参见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,吴坛按语。

[45] 需要说明的是,法官所造之法,至通行这个层次其实已经完成,因为通行已经具有强制适用的法律效力,可谓之“判例法”。但通行之内容毕竟是对一个具体案件的描述,失之过繁。故而,有些通行会进一步删繁概括为条例附于律后。是为制定法或成文法。王志强先生认为,中国之通行与普通法判例(precedent)迥然不同,因为中国古代司法官员对死罪案件仅有拟断之权。笔者以为,即便司法官员适用通行所作拟断不具有最终法律效力,但这并不影响通行的强制适用效力,所以,从具有强制适用效力的角度而言,通行与普通法判例具有同等地位。参见王志强:《中国法律史叙事中的“判例”》,载《中国社会科学》2010年第5期。

致其夫休妻出家。继将良妇朱张氏强抢奸污，复讹诈本夫钱物，实属淫恶。将田二依律拟绞监候，田坤、田三照棍徒拟军。嘉庆十年四月初九日奉旨：此案田二与父田坤、弟田三系掖刀匪徒，……田二着改为绞立决，嗣后除寻常强夺良家妻女奸占为妻妾者，仍依本律定拟外，如有似此掖刀匪徒行凶强横奸占良家妇女者，均着照此案办理，余依议。钦此。通行。^[46]

案中田氏父子显然属于横行乡里的地痞恶棍，似乎与打家劫舍匪徒区别明显，然却被冠以“掖刀匪徒”，并最终进入通行，对概念的精确性可以说相当漠视。而案件系从州县逐级审转而来，追根溯源极有可能出自地方州县的语言习惯。又如，康熙在处理金之俊被人以匿名帖诬告之案时认为，“匿名帖乃奸恶之徒造写陷害平人，如见其投掷，拿获理应照律从重治罪”。并上谕：“投匿名揭贴，前经严禁甚明。近见凶恶之徒，……嗣后有投贴匿名揭贴事犯者，将投贴之人及知而不首者俱著即行处死。……著即通行晓谕在京官员。”该通行于乾隆五年纂为条例：“凡凶恶之徒，不知国家事务，捏造悖谬言词投贴匿名揭帖者，将投贴之人及知而不首者，俱拟绞立决。”^[47]虽然条例较之于通行更为洗练，然对罪犯称谓亦照搬而不改。故而可知，法律语境下 X 棍之间的语义区别仍保留着社会语境下的特点，盖因清代立法者对 X 棍并无精确定义，近乎照搬社会俗称所致。

五、“凶恶棍徒例”与“棍徒”犯罪条例之关系

前文探讨了棍徒群体中 X 棍概念在不同语境中含义变化的特点。棍徒概念本身的内涵仍待进一步探究。《清稗类钞》载：“俗称无赖之徒曰棍徒，又曰地棍，又曰土棍，亦曰痞棍。盖俗以棒为棍，状其凶恶，如以棒击人也。”又载：“以强力取不义之财者曰棍徒，以诡计取不义之财者曰骗子。”^[48]张光辉经过考察文献认为棍徒即光棍。而光棍在《六部成语注解》中被解释为“诈骗之匪”^[49]。如此说来，棍徒亦可算作诈骗之匪。薛允升身为律学大家给出的答案亦显笼统：“凶恶棍徒不知何指？凡挟诈逞凶者皆是。”^[50]所以，棍徒之解释，可谓见仁见智，随意性很强。既有倾向于只用强力而不用诡计取财者，又有言及逞凶挟诈（逞凶即为依靠强力、挟诈即为施用诡计）二者兼有的，更有甚者，认为其几乎可以与匪徒相提并论。当然，这种随意性深受中国方言多样性的影响。因为，“不同的方言中可能都有多种不同的表达方法同时并存”^[51]。诚如郑观应所说：“今中国各省奸民布满市廛，或名青皮、或名光棍、或名混混、或名流氓，总而言之，皆莠民也。”^[52]形形色色的方言俚语给厘清相关概念增添了麻烦。但通过分析，对棍徒的不同解释却有一个共同点，即概念互训，以乙训甲、以丙训乙，以致循环往复。至于概念之内涵则仍含混不明。但并非总是如此，薛氏即跳出循环解释的窠臼，给出了棍徒概念的构成要素：一是挟诈；二是逞凶。《清稗类钞》则赋予棍徒概念强力取不义之财的特征。由此可见，对于棍徒概念的诠释，既有形象解释，即同类互训。同时又有抽象解释，即赋予棍徒概念一般性特征。《大清律例》载：“凡凶恶棍徒屡次生事行

[46] (清) 祝庆祺等编：《刑案汇览》，北京古籍出版社 2004 年版，第 276 页。

[47] 转引自随红侠：《清代“投匿名文书告人罪”律例研究》，南开大学 2012 年博士学位论文。

[48] (清) 徐柯：《清稗类钞》，中华书局 1984 年版，第 5384 页。

[49] [日] 内藤乾吉原校，程兆奇标点：《六部成语注解·刑部》，浙江古籍出版社 1987 年版，第 136 页。

[50] 见前注[30]，薛允升、胡星桥、邓又天书，第 499 页。

[51] 见前注[2]，苏亦工文。

[52] (清) 郑观应著，陈志良选注：《盛世危言》，辽宁人民出版社 1994 年版，第 185 页。

凶,无故扰害良人,人所共知,确有实据者,发极边,足四千里安直。(凡系一时一事实情凶势恶者,亦照例拟发。)如并无凶恶实迹,偶然挟诈逞凶及屡次藉端索借,赃数无多,尚非实在凶恶者,仍照所犯之罪,各依本律本例定拟,不得滥引此例。”^[53]此处的“凶恶棍徒”之称谓虽然来源于社会俗称,然该称谓置于法律语境之后,却被赋予特定含义。该例中,犯罪主体为“凶恶棍徒”,应属区别于一般罪犯的特殊主体。该主体之特殊身份的获得,并非基于其社会地位或职业身份,而是基于其惯常的行为符合的要件:其一,屡次行凶;其二,无故扰害;其三,侵害良人。因此之故,“凶恶棍徒”虽然被归为一类特殊主体,但其犯罪却不可以完全等同现代刑法理论之身份犯,因为“凶恶棍徒”本身并非职业身份,但该类主体又不能等同于一般的罪犯。原因在于,该类犯罪主体依其行为的共性逐渐被赋予一种法律上的“特殊身份”。否则,在该条例中不会特别补充,“凡系一时一事实情凶势恶者,亦照例拟发”。此处的“照例拟发”比照的即是“凶恶棍徒”例。此处的“一时一事实情凶势恶者”更具有一般性特征,应属于有别于“凶恶棍徒”的一般主体。通过立法上的补充规定,实际上把“凶恶棍徒”与“情凶势恶者”区别开来。正是因为该条例赋予棍徒特定的法律含义,所以,在《大清律例》例文中言及的棍徒例即指此例,而非其他惩治棍徒犯罪的条例。不仅如此,案件中言棍徒者亦指此例。如:

东抚咨:县役窦学兰先与杨希菟争殴互控革役,嗣与杨希菟之子文生杨楷途遇,该犯挟嫌拖拉殴打,甚至粉涂面目,溲溺污人,将窦学兰照棍徒量减一等,拟杖一百,徒三年。嘉庆二十二年案。^[54]

此案中,棍徒即为凶恶棍徒例。又如:

提督咨送刘六屡次向人讹诈,并因事逼死伊妻及诬告人欠钱,均事在大赦以前,应免并计。其因向杨二借钱不遂,辄捏欠向讹,并揪住杨二头项,将其右耳咬落,吞咽入肚,应照棍徒量减一等,拟杖一百,徒三年。道光元年江苏司现审案。^[55]

此案亦是如此。

其实,在清代条例中,除“凶恶棍徒例”之外,以棍徒作为犯罪主体的并非少数,兹列举如下:“无籍棍徒私自串结,将不干己事捏写本词,声言奏告,诈赃满数者,不分首、从,俱发近边充军。”^[56]“凡棍徒在地方犯事,潜逃来京,卖身旗下,覆回原籍。借逃行诈,除实犯死罪外,犯该徒罪以下者,照犯罪潜逃例加二等治罪。犯该流罪以上者,发各省驻防给官员兵丁为奴。”^[57]“棍徒顶冒朋充,巧立名色,霸开总行,逼勒商人不许别投,拖欠客本,久占累商者,问罪。枷号一个月,发附近充军。”^[58]“文武生员乡绅,及一切土豪势恶无赖棍徒,……,如有倚仗衣顶及势力,武断乡曲,或凭空诈赖,逞凶横行,欺压平民,其人不敢与争,旁人不敢劝阻,将人殴打至死者,拟斩监候。”^[59]“凶恶棍徒、纠众商谋,计图得财,放火故烧官民房屋及公廨仓库系官积聚之物并街市镇店人居积密之地,已终延烧,抢夺财物者,均照强盗律不分首、从,拟斩立决。”^[60]“闽省不法棍徒,如有充作

[53] 见前注[30],薛允升、胡星桥、邓又天书,第499页。

[54] 见前注[46],祝庆祺等书,第662页。

[55] 见前注[46],祝庆祺等书,第662页。

[56] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第887页。

[57] 见前注[30],薛允升、胡星桥、邓又天书,第905页。

[58] 见前注[30],薛允升、胡星桥、邓又天书,第286页。

[59] 见前注[30],薛允升、胡星桥、邓又天书,第582页。

[60] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第984页。

客头，在沿海地方引诱偷渡之人，包揽过台，索取银两，用小船载出澳口复上大船者，为首发近边充军。”^{〔61〕}“生童考试，如有积惯棍徒捏称给与字眼记认诬骗财物，诬骗已成例枷号三个月，发烟瘴地面充军。”^{〔62〕}“棍徒假冒差役名色搜查客船，俱照诈充各衙门人役假以差遣体访事情，妄拿平人吓取财物，扰害军民例治罪。”^{〔63〕}“粮船雇觅短纤，如有棍徒勒价聚众攒殴等事，押运员弁拿交地方官审实，将为首及下手伤人之犯，俱问发近边充军。”^{〔64〕}“广东省凶恶棍徒，及打单吓诈各犯，除罪应军流以上者，仍按本例定拟外，如棍徒为从，或量减，及打单为从一次，罪应拟徒之犯，应刺字者，先行刺字，毋庸解配，在籍锁带铁杆石墩五年，限满开释，分别杖责。”^{〔65〕}

前段诸条例中虽亦规定棍徒为犯罪主体，然其与凶恶棍徒例相比并不可同日而语。凶恶棍徒例中“凶恶棍徒”称谓不仅区别于一般犯罪主体，而且，在某种程度上亦有别于前段列举的棍徒称谓。前段条例可分成两类，一类为凶恶棍徒例形成之前已经存在的条例。譬如：“无籍棍徒私自串结”例，该例形成自明代，被清律继受，其中棍徒含义仍无法摆脱社会语境之影响。另一类为凶恶棍徒例形成之后的定例，该类条例之立法仍同凶恶棍徒例一样亦可能遵循以犯罪行为决定犯罪身份的模式，然因其对犯罪行为的描述过于具体，以至于仅靠该具体行为尚不足以全面概括棍徒的一般形象。因此，需要借助于司法官员对棍徒概念的共通理解，这种理解共通性其实借助了特定的条例——凶恶棍徒例——并在该条例的广泛适用中进一步深化共识。换言之，该类条例中的棍徒概念，不仅通过本条例中所列某一具体犯罪行为，譬如“借逃行诈”或“顶冒朋充”或“巧立名色”或“霸开总行”或“放火故烧官民房屋”等进行诠释，而且，“凶恶棍徒例”中规定的更为概括的棍徒惯常行为亦影响着对该主体身份的认定。其实，司法官员适用该类棍徒条例，确定犯罪主体的棍徒身份时，更可能浮现在其头脑中的是凶恶棍徒例中所规定的棍徒的行为表现，即首先在“头脑”中而非“判词”中适用凶恶棍徒例来确定犯罪主体的棍徒身份，然后再适用特定的惩治棍徒条例。譬如，条例“文武生员乡绅，及一切土豪势恶无赖棍徒，……，如有倚杖衣顶及势力，武断乡曲，或凭空诈赖，逞凶横行，欺压平民，其人不敢与争，旁人不敢劝阻，将人殴打至死者，拟斩监候”。在该例中棍徒身份的获致，并非基于该例中的犯罪行为。因为，棍徒与文武生员乡绅处于并列地位，倘棍徒身份获致于该例所列之行为，那么，与之并列的文武生员乡绅身份亦应获致于该行为。然而，这并非符合事实。因为，文武生员之身份的获致系基于职业性质而非犯罪中的表现。既然，棍徒身份无法仅仅通过该例中的犯罪行为来获得，所以，只能是，在触犯该例之前基于犯罪主体惯常行为其棍徒身份已经确定，确定的依据即是凶恶棍徒例。兹举案例证明如下：

福建司：此案傅盛载与余羽飞邻村素好，余羽飞因无地葬亲，起意在傅盛载等祖坟穴内盗墓，开掘傅盛载叔祖傅衢孙坟穴，露出骸罐。经倪馨路过看见，向傅盛载报知。傅盛载往看，骸罐已被移匿，寻见余羽飞向讨。余羽飞言其冒认，傅盛载分割，被余羽飞拳殴左额角等处。适族人傅山头、傅达走至帮护，各用树枝石块打伤余羽飞左胳膊、左胳膊、左手背，傅盛载亦用拳殴伤其左腰眼，令傅山头、傅达帮拉余羽飞进城控告。余羽飞声言日后报复，傅盛载因祖坟被掘，骸罐莫归，一时忿激，拾石连殴余羽飞左右膝粘殒命。本部详核案情，余羽飞因葬亲无地，而毁掘人坟，正可谓之罪人，不得谓之棍徒。原咨所称余羽飞平素强横凶恶，俱

〔61〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第622页。

〔62〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第748页。

〔63〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第946页。

〔64〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第534页。

〔65〕 见前注〔30〕，薛允升、胡星桥、邓又天书，第506页。

系该犯等一面空言,毫无实据。即余羽飞于该犯向讨骸罐,时将该犯拳殴致伤,系由狡赖纷争,亦非一时一事实情凶势恶者可比。该犯等因其盗墓,将其捉获,正可拘执送官,乃因其混骂,辄复叠殴致毙,实属擅杀,自应依律拟绞。该抚将傅盛载科以登时殴死棍徒例拟徒,实属错误,罪名出入悬殊,应令该抚另行妥拟具题。道光九年说帖〔66〕

对于该案案犯傅盛载致毙盗贼余羽飞,刑部认为,“科以登时殴死棍徒例拟徒”,实属错误。原因在于“所称余羽飞平素强横凶恶,俱系该犯等一面空言,毫无实据”。也即文中所言的只根据余羽飞“毁掘人坟”之行为,“不得谓之棍徒”。虽然如此,根据刑部说帖我们仍可获知,对余羽飞之身份,仍可通过案外的平素表现,认定其为棍徒,从而适用登时殴死棍徒例。只是在本案中,对其平素的棍徒表现无实据而已。由此可得出,棍徒身份之认定,不仅取决于其涉案行为,亦取决于其平素之行为,即凶恶棍徒例规定之行为。本案中正是因为无实据认定其平素行为符合凶恶棍徒例之规定,因而,不能草率认定其棍徒身份,故不能援引“登时殴死棍徒例”,自应依擅杀律问拟。可见,凶恶棍徒例对棍徒身份的认定不仅适用于棍徒扰害之案,而且可以适用于其他案件,从而使得凶恶棍徒例与前段所列举的惩治棍徒犯罪诸例具有明显区别。前者赋予棍徒称谓一般性的特点,后者则不具备该功能。而且,正是因为凶恶棍徒例赋予棍徒称谓一般性特点,使其在法律语境下成为更一般性的概念,较之于在社会语境下,内涵与外延更为明确。比较而言,法律语境下的X棍(光棍除外)因照搬于社会语境下的俗称,作为法律概念而言,其内涵与外延并没有因为其进入了法律语境而更为明确。所以,在法律语境下,X棍与棍徒之间的关系已经不能仍旧如社会语境中一样随意混用,司法官员在确立两者之间的关系时,首先要借助于凶恶棍徒例来确定棍徒概念。至于X棍(光棍除外),则并无专门条例赋予其一般性特点。但是,司法官员仍可借助构词法通说来厘定棍徒与X棍之关系。从而,根据构词法使得棍徒在法律语境中成为囊括X棍的上位概念。进而,无论棍徒还是X棍充当犯罪主体,均属惩治棍徒犯罪条例。当然“凶恶棍徒例”亦包括其内。

不仅如此,凶恶棍徒例这一功能,使得该例获得了较之于其他棍徒犯罪条例更为典型的特征——提到棍徒例、凶恶棍徒例、棍徒扰害例均指此例——从而获致更广泛的比照适用。兹列举如下:“凡旗人在部及各衙门首告逃人,……若有希图财贿,串通谎告行诈,拖累平民者,均照凶恶棍徒生事扰害良民例,发极边足四千里充军。”〔67〕“凡旗民结伙,指称隐匿逃人,索诈财物者,不分曾否得财,为首者,照凶恶棍徒生事扰害例发遣。为从者,俱减一等。”〔68〕“开设连夏锅伙诬诱贫民,逼勒入窑关禁不容脱身者,照凶恶棍徒例,分别首从科断。”〔69〕“闽省人民,……若有结会树党,阴作记认,鱼肉乡民,凌弱暴寡者,亦不论人数多寡,审实将为首者照凶恶棍徒例发云贵,两广极边烟瘴充军。”〔70〕“若系积惯讼棍串通胥吏,播弄乡愚,恐吓诈财,一经审实,即依棍徒生事扰害例问发云贵、两广极边烟瘴充军。”〔71〕“凡台湾无藉游民犷悍凶恶,肆行不法,……犯该徒流以上者,照棍徒生事扰害例发极边足四千里充军。”〔72〕“京城钱铺关闭,如有包揽票存钱文,折扣开发者,无论旗民及在官人役,审实照棍徒生事行凶例治罪。”〔73〕“黔省汉民如有强占苗人田产,致令失业酿命

〔66〕 见前注〔46〕,祝庆祺等书,第2047页。

〔67〕 见前注〔30〕,薛允升、胡星桥、邓又天书,第905页。

〔68〕 见前注〔30〕,薛允升、胡星桥、邓又天书,第500页。

〔69〕 见前注〔30〕,薛允升、胡星桥、邓又天书,第804页。

〔70〕 见前注〔24〕,吴坛、马建石、杨育裳书,第661页。

〔71〕 见前注〔24〕,吴坛、马建石、杨育裳书,第899页。

〔72〕 见前注〔30〕,薛允升、胡星桥、邓又天书,第501页。

〔73〕 见前注〔30〕,薛允升、胡星桥、邓又天书,第511页。

之案，俱照凶恶棍徒例问拟。”^{〔74〕}“盛京地方，如有外来棍徒勾结旗民，或投托宗室觉罗，聚至三人以上，横河拦缠，诈索扰累，肆行抢夺者，除实犯死罪外，其余无论赃数次数，不分首从，俱照凶恶棍徒例发极边。”^{〔75〕}“拿获绰号棍徒，如系屡次行凶滋事，即照凶恶棍徒例，发极边足四千里安置。”^{〔76〕}

可见，在清代刑律条例中惩治“棍徒”犯罪的条例与“凶恶棍徒例”不可混为一谈，前者包含后者，其范围更为广泛。而且，需要说明的是，除了惩治棍徒条例之外，尚有很多惩治一般犯罪主体比照棍徒例治罪的条例（参看前段引用“凡旗人在部及各衙门首告逃人，……均照凶恶棍徒生事扰害良民例，发极边足四千里充军”），这些条例中虽出现棍徒字样但不属于惩治棍徒犯罪条例的范畴。

六、光棍例的生成逻辑及与凶恶棍徒例之关系

光棍一词最初进入条例亦如其他 X 棍一样照搬社会俗称。易言之，光棍最初进入条例并没有因语境的转换获得更为清晰的含义。对于光棍作为俗称在社会语境中的含义，苏亦工先生已经溯源追流，在此不赘。至于光棍例的生成，苏亦工先生也已进行了详尽的考证，山本英史以此为基础表达了另一推想。既有的成果表明，作为社会俗称，光棍与棍徒往往被混用。笔者认为，虽然从词语构成的角度棍徒乃光棍的上位概念。但是，仍需要探究的是，作为法律术语的光棍与棍徒之间是否存在位阶上的差别？如果存在，那么这种关系如何通过例文体现出来？光棍例、凶恶棍徒例的生成过程背后隐含的逻辑是什么？为了更好回答上述疑问，笔者认为仍有必要反刍光棍例的生成过程。在引言部分已明确，经过苏亦工先生考证，光棍例并非泛指所有惩治光棍的条例，而是特指一例，^{〔77〕}对此，笔者甚为赞同。苏亦工先生认为，所谓光棍例，在最初定例时文中想必要有光棍字样。这一论断系基于对清代律例的熟悉，极富见地。因为考虑到清代司法官员偏好形象思维的特点及语言表达习惯，不大可能从例文之外抽象出一个概念来概括该例。所以，该例在形成之时必然要具有光棍标识。恰恰同时期只有“庚辰日定例”^{〔78〕}具有光棍字样，且惩治主体亦相吻合。苏亦工先生考证的进路乃是循疑而考，对笔者的分析启发甚深。山本英史的推想不失保守，认为顺治十三年议准定例^{〔79〕}自始已然。虽然其举出成克巩条奏^{〔80〕}作为刑部议准的基础，但根据立

〔74〕 见前注〔30〕，薛允升、胡星桥、邓又天书，第 200 页。

〔75〕 见前注〔30〕，薛允升、胡星桥、邓又天书，第 503 页。

〔76〕 见前注〔30〕，薛允升、胡星桥、邓又天书，第 507 页。

〔77〕 该例始自顺治十三年，嗣后不断修改，至乾隆五年最终定型。定型后内容为：“凡恶棍设法索诈官民，或张贴揭帖，或捏告各衙门，或勒写借约吓诈取财，或因斗殴纠众系颈，谎言欠债逼写文券，或因诈财不遂，竟行殴毙，此等情罪重大，实在光棍事发者，不分曾否得财，为首者，斩立决。为从者，俱绞监候。其犯人家主父兄各笞五个，系官，交该部议处。如家主父兄首者，免罪。犯人仍照例治罪。”见前注〔30〕，薛允升、胡星桥、邓又天书，第 500 页。

〔78〕 其例为：“满洲家人私结伙党，指称隐匿逃人，索诈民间财物者甚众。今后凡同伙三人以上者，为首依光棍律正法，为从系民人责四十板边卫充军。旗下人枷号三月鞭一百。如止一二人，依为从律。”参见《世祖实录》，中华书局 1985 年版，第 102 卷，第 787 页。

〔79〕 其例为：“凡恶棍设法索诈内外官民，或书揭张贴，或声言控告，或勒写契约逼取财物或斗殴捏拿肆虐者，不分得财与未得财，为首者立绞，为从者系民人责四十板发边卫充军，系旗下人枷号三个月鞭一百，其满洲家人私往民间，结伙三人以上，指称隐匿逃人，索诈财物者亦照此例分别首从治罪。如止一二人者，俱依为从例拟罪。”参见《古今图书集成·经济汇编·祥刑典·第五十一卷·律令部》，第 769 册，第 41 页。

〔80〕 其条奏为：“今后凡恶棍将内升莅任，外升来京官员，设法索诈，或各处张贴，或告理各衙门，吓诈官民财物，或勒写借约取财，并因斗殴纠众，用绳系颈，谎言欠债，蜂拥拿去，有犯此等事件，不分得财与未得财，为首者，立绞，为从者，系旗下人枷号三个月，鞭一百，系民，责四十板，俱发边充军。”

法习惯,议准并非必须照搬条奏的内容,议准改变条奏的某些表达,从而定例时修改个别名词并不鲜见。^{〔81〕}除此之外,山本英史提出的多是驳论材料,而且,依据其掌握的证据仍无法回答以“恶棍”作为犯罪主体的条例为何被称为光棍例。出于本文主旨的需要,笔者不揣浅薄,对于山本英史的“另一推想”表达推想之推想。拙以为,即便从逻辑上而言,也应该先有光棍,后有光棍例。事实上,的确如此,顺治元年的题准已出现了“光棍”主体。^{〔82〕}而且,其行为符合光棍例规定的光棍行为。只是该例的惩罚对象是私纵光棍的主管官员。虽然该例并非行话中所谓光棍例,但通过该例,光棍的形象已经确立。其后光棍例的议准似乎应当是水到渠成的。即便如此,最初光棍例在主体选择上舍光棍而取恶棍仍留有疑问。不排除有一种可能,即在当时的立法背景下光棍与恶棍是可以混用的。事实上,在光棍例最终定型之前,这种混用时有出现。譬如:康熙十二年该例主体为恶棍,^{〔83〕}十五年改为光棍,^{〔84〕}十九年又恢复为恶棍。^{〔85〕}比较康熙十二年与十五年两条例文,恶棍与光棍犯罪的行为依然同为顺治十三年规定的行为。因而,通过例文比较,看不出恶棍与光棍两概念含义上的区别。直至康熙朝《现行则例》确立了光棍例的基本框架:“凡恶棍……真正光棍事发者,……”^{〔86〕}至此,光棍与恶棍之间的语义含混才得以澄清。此时的光棍例规定的犯罪主体似乎依然为恶棍。然而,细究起来,并非如此,实际惩罚的是“真正光棍事发者”。自此,光棍较之于恶棍,在外延上缩小,内涵上属于恶棍中恶性程度更高的一类。为何是光棍从最初的混同于恶棍,经过词义演变最终从恶棍中脱颖而出,而不是相反?前已述及,从构词法的角度,光的抽象性导致光棍本身既可以作为名词同时亦可以作为程度副词来使用,而恶棍则缺乏该功能,所以在例文中才有真正(实在)光棍之说。从而,光棍较之于恶棍有了更为明确的标识。同时,恶棍亦从混同于光棍转而成成为光棍的上位概念。分析至此,我们仍回过头来,探析一下光棍例框架确立之前的历次修改。笔者认为,即便顺治十三年议准定例规定的犯罪主体确系恶棍,但清代司法官员作为行家仍称之为光棍例。可见,真正的光棍例主体其实早已是光棍,这已是业内共识,更何况康熙十五年修改即以光棍作为主体。果如前述,光棍例框架确立之前其主体实质上应为光棍,其规范模式为“凡光棍……者,……”光棍例框架确立时,其规范模式改为“凡恶棍……,真正(实在)光棍事发者,……”梳理该演变过程,不难发现,在立法进程中所蕴含的逻辑,即不断地进行归纳。先

〔81〕 比如,顺治十八年“山东道御史赵祥星疏言,在京棍徒,招摇吓诈,应责司坊官,挨户稽查,置循环簿,朔望赴五城御史查验。得旨,京城内重大之地,恶棍挟诈官民,肆行扰害,殊属可恶。以后实系光棍,俱着照强盗例拟罪。余如所奏”。赵祥星条奏的犯罪主体为棍徒,而奉旨定例时却改为恶棍。参见《清实录·圣祖实录》第1卷,第50页。

〔82〕 其例为:“凡光棍借端诈人财物、抢夺市肆,如得财私纵者,步军总尉步军副尉步军校等革职,拨什库兵丁枷号一个月,鞭一百……若奴仆为光棍者,其主系官照骁骑校处分,系平人照拨什库处分,该管官免议。”参见《祥刑典》第39卷,《律令汇考》25,第768册,第31页。

〔83〕 其例为:“恶棍勒写文约,吓诈财礼,聚众殴打致死人命,审有实据,为首者立斩,为从助殴伤重者拟绞监候。”参见《祥刑典》第56卷,《律令部汇考》42,第770册,第7页。

〔84〕 其例为:“光棍事犯,不分首从,得财与未得财,俱拟斩立决,旗下民人指称隐匿逃人索诈财物者,亦照此定例治罪。”参见《祥刑典》第57卷,《律令部汇考》43,第770册,第14页。

〔85〕 其例为:“恶棍事犯,不分得财与未得财,为首者立斩,为从者拟绞监候秋后处决。旗下民人结伙指称隐匿逃人索诈财物者亦照此例治罪。”参见《祥刑典》第62卷,《律令部汇考》48,第770册,第36页。

〔86〕 其例为:“凡恶棍设法索诈内升莅、任外升来京官员财物,或各处张贴揭帖诈财,或告理各衙门吓诈官民财物,或勒写借约取财并因官民斗殴纠聚用绳系颈,谎言欠债不容分辩,蜂拥拿去处害,勒写文约或吓诈财物不遂其意竟行打死,此等真正光棍事发者不分得财与未得财,为首者立斩,为从者俱拟绞监候秋后处决。”参见《祥刑典》第60卷,《律令部汇考》46,第770册,第29页。

规定特定的光棍群体，再不断扩大类的范围至恶棍。事实上，这种立法逻辑早为律学大家薛允升所窥破。薛氏坚持认为，顺治十三年议准的犯罪主体就是光棍，^[87]而非历朝会典中所记载的恶棍。果真如此，所有疑点尽可冰释，苏亦工先生的猜测亦得到印证，光棍例的演变过程以历史的眼光来看是符合逻辑的。当然，薛氏判断确否，仍需更进一步地挖掘史料。退一步讲，即便薛氏在事实的判断上有误，但其对律意演变暗含逻辑的把握仍具可信性。不妨借助德沃金法律“整体性”^[88]理论予以说明：光棍例演变跨越清代顺、康、雍、乾直至最后定型，对该立法逻辑的理解不应局限于最初参与律例制定的官员，往往后世律学大家的诠释可能更符合最初立法的本意。换句话说，即便顺治十三年议准的主体是恶棍，但薛允升认为其应当是光棍，这种解释有可能更符合法律整体性的要求，甚或更符合最初的立法意图。

由上文可知，光棍例的出现始自顺治十三年，至康熙朝《现行则例》框架形成，最终定型于乾隆五年。但不可否认的是，顺治元年的题准事例已经成为光棍例的发端，而顺治十八年赵祥星的奏准事例^[89]则可算作光棍例框架搭成前的过渡状态。因为该例虽然已经符合“凡恶棍……。实系光棍者，……”模式，但毕竟该例此时仍属于强盗例的比照例文，所以，不能称之为光棍例。由此可知，光棍例的演变过程即是从萌芽状态到形成，然后通过类的过渡不断扩充，直至最后定型的自然生长过程，该例虽然惩治的是恶棍中的光棍，但恶棍中的尚非实在光棍者仍需要其他例文来约束。凶恶棍徒例即是这样的典型例文。凶恶棍徒例自身的特征在本文第五部分已经探讨，接下来笔者从与光棍例之关系的角度进行补充。凶恶棍徒例形成时间为康熙二十年，^[90]原例文的主体为“凶恶光棍”^[91]，嘉庆六年修改为“凶恶棍徒”。《大清律例根源》记载，修改之原因在于避免与光棍例发生混同。^[92]其实，这种修改背后隐藏着逻辑互洽的要求。凶恶棍徒例所规定的犯罪行为恶性及量刑标准均低于光棍例，主体当然不能等同于光棍，因而只能改为凶恶棍徒。这种位阶上的差别，早在顺治十八年赵祥星的奏准事例已经体现。在该事例中依次出现了“棍徒”“恶棍”“光棍”，恶性依次递进，外延逐渐缩小。从构词法的角度，恶棍即是凶恶棍徒。那么，凶恶棍徒例在改定时为何不直接改成更为简便的恶棍呢？想必应有扩充类别的考虑，因为以凶恶棍徒作为主体，其不言而喻地对应着一般棍徒，这样就为约束更为广泛的一般棍徒的立法做了铺垫。

从犯罪行为的角度而言，光棍例规定的“设法索诈官民，或张贴揭帖，或捏告各衙门，或勒写借约吓诈取财，或因斗殴纠众系颈，谎言欠债逼写文券，或因诈财不遂，竟行殴毙”，与棍徒例所规定

[87] 参见薛氏按语：“顺治十三年议准，凡光棍设法索诈内外官民，或书揭张贴，或声言控告，或勒写契约，逼取财物，或斗殴拴拿处害者，不分得财与否，为首者，立绞；为从者，系民责四十板，发边卫充军；系旗下人，枷号三个月鞭一百。”见前注[30]，薛允升、胡星桥、邓又天书，第501页。

[88] 德沃金认为，整体性的法律应当是前后一致的法律体系。以后人的视角追溯并诠释过去立法，其目的并非重现最初立法者的意图，而在于论证最初立法者如何做才是正当的。而且这种诠释会被最初的立法者所认同。即便前人复活亦会说：“对呀，我就是这个意思，我以前无法说清楚，现在可以说清楚了。”参见[美]德沃金：《法律帝国》，李长青译，中国大百科全书出版社1996年版，分别见于第203页、54页。

[89] 其例为：“京城内重大之地，恶棍挟诈官民，肆行扰害，殊属可恶。以后实系光棍，俱着照强盗例拟罪。”参见《清实录·圣祖实录》第1卷，第50页。

[90] 参见薛允升按语。见前注[30]，薛允升、胡星桥、邓又天书，第499页。

[91] 其例为：“凡凶恶光棍好斗之徒，生事行凶无故扰害良人者，发往宁古塔、乌喇地方分别当差、为奴。”见前注[24]，吴坛、马建石、杨育裳书，第744页。

[92] 参见《大清律例根源》第69卷，《刑律·贼盗下》，恐吓取材。其实，基于这种原因的修改并不少见，又如“光棍顶冒朋充”例文，自康熙四十五年定例，咸丰二年改为“棍徒顶冒朋充”。见前注[24]，吴坛、马建石、杨育裳书，第530页。见前注[30]，薛允升、胡星桥、邓又天书，第286页。

“生事行凶、无故扰害良人”相比,不仅存在恶性上的差别,更存在特定与一般的关系。苏亦工先生在其文中曾引用清高宗弘历的一道谕旨来说明光棍例的特征,“地方凶棍扰害良民,拟以斩决,此定律也。此案刘么因妒奸谋死张二老,复拐卖幼童,假充仆役,吓诈财物,种种淫恶,实属光棍之尤……”透过该谕旨,令人惊诧的是凶恶棍徒扰害良民竟然被处以斩决,这与凶恶棍徒例所规定的罪止发遣并不相符。难道是法律适用上的错误?但仔细分析并非如此。因为案中凶棍刘么扰害良民之行为,不仅触犯了凶恶棍徒例,其扰害行为具体而言,乃谋死人命、拐卖幼童、冒充仆役、吓诈财物等,同时触犯了光棍例。换言之,此案中出现了棍徒例与光棍例的竞合,棍徒例乃棍徒扰害的一般规定,而光棍例则为棍徒扰害的特别规定,当两者发生竞合时要选用特别规定,无怪乎本案中棍徒扰害要适用光棍例处以斩决而非发遣。故而,如果凶恶棍徒例为一般法,那么光棍例则为特别法,如果棍徒为一般犯罪主体,那么,光棍则为特殊犯罪主体。从而,凶恶棍徒例的出现使得光棍的法律定位更为明确,在法律语境下,光棍属于棍徒范畴。

事实上,光棍作为犯罪主体的称谓早在明代已开始运用,并被清例继承。例如:“积年光棍、跟子买头,小脚歇家、银官伴当人等,三五成群、抢夺筹斛、占堆行概等项打搅仓场者,杖罪以下,于本处仓场门首枷号一个月,发落。徒罪以上,与再犯杖罪以下,免其枷号,发附近充军。”^[93]该例中即已出现了“光棍”。足见,立法官员对光棍称谓早已不陌生,只是未对光棍含义给出明确的立法表达而已。光棍例的出台,不仅创设一个新的罪名,而且,“‘光棍’一词具有了特定的法律含义”^[94],光棍从此与其他条例中的“X棍”区别开来。

惩治光棍的条例不只是光棍例一条,尚有其他条例,但不得谓之“光棍例”。兹列举如下:“在京刁徒光棍,访知铺行,但与解户交关价银,……如有犯者,听经管各衙门拿送法司,察照打搅仓场事例发遣。”^[95]“大同三路官旗、舍人、军民人等,将不堪马匹通同光棍引赴该管官处,……俱问罪。……引领光棍并作弊医兽,及诡名伴当人等,各枷号一个月发落。”^[96]“直隶江南、山东等处各属马驿,念到马头,……其有光棍交通包揽之徒,将正身姓名捏写虚约,投托官豪勋戚之家,前去原籍妄拿正身家属逼勒取财者,俱照前例充军。”^[97]“凡凶恶光棍好斗之徒,生事行凶无故扰良人者,发往宁古塔、乌喇地方分别差、为奴。其官员有犯,该部奏闻发遣。”^[98]“若有光棍顶冒朋充、巧立名色、霸开总行、逼勒商人不许别投、拖欠客本、久占累商者,问罪,枷号一个月;发附近充军。地方官通同徇纵者,一并参处。”^[99]“凡台湾盗劫之案,……光棍抢夺路行妇女强奸致死……等案内,造意为首罪应立决者,均照黔楚两省例斩决泉示。”^[100]

除此之外,基于光棍例的典型性,其他犯罪主体犯罪亦有比照光棍例惩处的。例如:“内府人员家人王以下大臣官员家人,指名倚势网收市利。挟制有司干预词讼、肆行非法。本犯私去者,照光棍例治罪。”^[101]“若谎写他人姓名卖身,审系仇怨计图陷害者,照光棍为首例治罪。知情之保人

[93] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第463页。

[94] 见前注[2],苏亦工文。

[95] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第466页。

[96] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第633页。

[97] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第645页。

[98] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第744页。

[99] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第530页。

[100] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第708页。

[101] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第533页。

俱照光棍为从例治罪。”^{〔102〕}“恶徒伙众将良人子弟抢去强行鸡奸者，无论曾否杀人，仍照光棍例，为首者，拟斩立决；为从若同奸者，俱拟绞监候；……其虽未伙众，因奸将良人子弟杀死，及将未至十岁之幼童诱去强行鸡奸者，亦照光棍为首例斩决。”^{〔103〕}“凡伙众开窑诱取妇人子女，藏匿勒索事发者，不分良人奴婢、已卖未卖，审系开窑情实，为首照光棍例拟斩立决。”^{〔104〕}“凡在内太监逃出索诈者，俱照光棍例治罪。”^{〔105〕}“直省刁恶玩梗之辈，……或有冤抑不于上司控告，擅自聚众至四、五十人者……为首者，照光棍例拟斩立决；为从，拟绞监候。”^{〔106〕}“凡喇嘛、和尚等有强奸致死人命者，照光棍例分别首、从定拟。”^{〔107〕}“福建地方，如有借事聚众，罢市、罢考等事，均照山、陕题定光棍之例，分别治罪。”^{〔108〕}“凡有轮奸之案，审实，俱照光棍例分别首、从定拟。”^{〔109〕}“凡凶徒好斗生事，见他人斗殴，与己毫无干涉，辄敢约伙寻衅，迁怒于其父母，毒殴致毙者，照光棍例分别首、从治罪。”^{〔110〕}“熟习符咒、不畏刑罚、不敬官长、作奸犯科、惑世诬民者，照光棍例，为首者立斩，为从者拟绞监候，秋后处决。”^{〔111〕}“沙民伙众争地，……如系执持器械及聚众四五十人有抗官重情者，照光棍例为首者拟斩立决，为从者拟绞监候。”^{〔112〕}“强奸十二岁以下幼女因而致死，及将未至十岁之幼女诱去强行奸污者，照光棍例斩决。”^{〔113〕}“赌博开场之人，仔留赌博家主，不分官员、平人，俱照光棍为从例。”^{〔114〕}“直省不法之徒，如乘地方歉收，伙众抢夺、扰害善良、挟制官长，或因赈贷稍迟，抢夺村市、喧闹公堂，及怀挟私愤、纠众罢市、辱官者，俱照光棍例治罪。”^{〔115〕}“川省咽喉纠伙五人以上，在于场市人烟凑集之所横行抢劫者，不论曾否得财，为首照光棍例拟斩立决，为从同抢者，俱拟绞监候。”^{〔116〕}“部民、军士、吏卒犯罪在官，如有不服拘拿……已伤者，为首照光棍例斩决，为从下手者，绞候。”^{〔117〕}“凡台湾无藉游民犷悍凶恶，肆行不法，犯该死罪者，即照光棍例拟斩立决。”^{〔118〕}

可见，清代刑律中，棍徒在某种程度上成为 X 棍的统称。光棍系 X 棍之一，但在特定的条例中光棍又被赋予区别其他 X 棍的特定含义。故而，以棍徒或 X 棍作为犯罪主体的条例均属于惩治棍徒的条例，但这些条例并不能笼统称为棍徒例，亦不能笼统称为光棍例，因为，棍徒例和光棍例均有明确的所指。惩治棍徒条例中，棍徒例（又称凶恶棍徒例或棍徒扰害例）和光棍例具有别于其他条例的特定地位和更为清晰的识别度。正是基于此，刑律中又派生出棍徒之外的其他犯罪主体犯罪，参照凶恶棍徒例或光棍例惩治的条例，这些条例一般并不属于惩治棍徒条例的范畴。但上述结论并非绝对，因为

〔102〕 见前注〔30〕，薛允升、胡星桥、邓又天书，第 908 页。

〔103〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 951 页。

〔104〕 见前注〔30〕，薛允升、胡星桥、邓又天书，第 514 页。

〔105〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 745 页。

〔106〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 592 页。

〔107〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 953 页。

〔108〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 593 页。

〔109〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 951 页。

〔110〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 796 页。

〔111〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 545 页。

〔112〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 707 页。

〔113〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 952 页。

〔114〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 967 页。

〔115〕 见前注〔30〕，薛允升、胡星桥、邓又天书，第 451 页。

〔116〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 708 页。

〔117〕 见前注〔24〕，吴坛、马建石、杨育裳书，第 828 页。

〔118〕 见前注〔30〕，薛允升、胡星桥、邓又天书，第 501 页。

很多犯罪主体有可能兼具棍徒抑或光棍的身份。譬如,对于太监逃出索诈条例,刑部认为,“太监会内庭执役之人,所关甚重,刘进朝逃出在外索诈。即属光棍,应照光棍例议罪”。可见,此条虽为参照条,但作为犯罪主体的太监,同时亦可具有光棍的身份,故而该条仍属于惩治光棍条例,当然亦属惩治棍徒条例。

七、棍徒犯罪之立法特点及瑕疵

关于清代棍徒概念的法律含义、分类及惩治棍徒犯罪条例的甄辨既毕。通过文献梳理,不难看出,清代惩治棍徒之立法,无论是官员在行政过程中因事题奏,奉旨纂例;还是官员在审理案件中,因案件的典型性,案结后奉谕通行,或者进而编纂入例。立法呈现如下特点:其一,很多条例形成过程遵循“案例→成案→通行(→条例)”路径,呈现司法、立法的一体性。正因如此,案例中的X棍俗称才得以成为一种法律概念。其二,归因于上一特点,因为案件本身发生时间、地域及所涉主体、事件的特定性,故而,最终形成的条例具有因时因事因人因地立法的特点,从而,条例不具备适用的广泛性。其三,法律概念中无不处处体现从社会语境进入法律语境的痕迹,诸法律概念因直接照搬社会俗称,虽然各级司法官员对该俗称的理解存在心照不宣的共通性,然其准确含义终究未通过法律语言进行精准表达。

受该立法逻辑的影响,棍徒犯罪条例存在一些常见瑕疵列举如下:其一,例以类聚,错归门类。譬如:“凡喇嘛、和尚等有强奸致死人命者,照光棍例分别首、从定拟。”^[119]根据条例性质,当属于犯奸例文,但该例经雍正二年议准,雍正三年馆修,却附于人命篇威逼人致死条内。之所以如此归类,在于律文有“若因(行)奸(为)盗而威逼人致死者,斩(监候)”,故而,例文中有因奸致死的,归于此类。对此,律学大家吴坛认为:“强奸致死人命并非威逼人致死,载在威逼人致死门内,殊与例意未符。”^[120]其二,时过境迁,成为具文。比如薛允升评光棍例即谓:“光棍及凶恶棍徒均为律所不载,凶恶棍徒之例已重,此则更严,以有人命故也。惟现在有犯此等情节,均不照此例定拟。此条亦系虚设。”针对该例,沈家本亦说:“此顺治年间定例,当时京师恶棍甚多,故特立此等重法。例内所言,乃当日情形,即俗所谓‘土豪恶霸’也。后来已无此等情事,……总之,惩创一时,可设壹法,着为定例,窒碍必多。断罪引律令门‘非实在光棍,不得照光棍例’定拟之条,盖亦以此法太重而慎之也。”又如,雍正七年定例:“容留外省流棍者,照勾引来历不明之人例,发近边充军。”薛允升认为:“外省流棍无所指实,容留即关军罪,似嫌太重,而从无引用之者。”^[121]其三,立法不统一,条例相抵牾。在条例形成过程中,因地设例,会出现不同的司法管辖区域所定条例对同一犯罪行为定罪量刑不一致,而出现抵牾。如:道光十三年制定汉奸强占苗田例规定:“黔省汉民如有强占苗人田产,致令失业酿命之案,俱照凶恶棍徒例问拟。其未经酿命者,仍照常例科断。”^[122]雍正八年制定台湾流寓之民例规定:“台湾流寓之民,……如在生番地方谋占番田,并勾串棍徒包揽偷渡及贩卖鸦片烟者,亦分别治罪,逐令过水。”^[123]亦是因事设例,该例按规定仅适用于台湾,且一直沿用。这说明两例存在同时适用的情形,但规定的内容并非一致。对此,薛允升云:“因此一事即定一例,未免纷烦,如别省有此案,办理又不画一。”由此,往往会给司法官员办案带来法律适用上的麻烦。其四,罪刑不适应,轻重不协调。在设定条例时,亦会出现重罪轻刑、轻罪重刑的情况,造成例文之

[119] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第953页。

[120] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第953页。

[121] 见前注[30],薛允升、胡星桥、邓又天书,第532页。

[122] 见前注[30],薛允升、胡星桥、邓又天书,第200页。

[123] 见前注[24],吴坛、马建石、杨育裳书,第623页。

间不能融洽。如：定于康熙三十六年的太监索诈例规定：“凡在内太监逃出索诈者，俱照光棍例治罪。”该例一直沿用。然而，道光二十八年，对于太监同一犯罪主体又定太监执持金刃伤人例。该例规定：“凡在逃太监在外滋事，除犯谋故斗杀等案，仍照各本律例问拟外，但有执持金刃伤人确有实据者，发黑龙江给官兵为奴，遇赦不赦。”对此，薛允升按：“在逃杀伤人较逃出索诈为重，而科罪反轻……”^{〔120〕}可见，设定条例时会出现轻重不协的情形。其五，语义不明了，适用有分歧。譬如：“凡凶恶棍徒屡次生事行凶，无故扰害良人，人所共知，确有实据者，发极边，足四千里安直。（凡系一时一事实情凶势恶者，亦照例拟发。）如并无凶恶实迹，偶然挟诈逞凶及屡次藉端索借，赃数无多，尚非实在凶恶者，仍照所犯之罪，各依本律本例定拟，不得滥引此例。”对此，薛允升认为，“此例重在屡次生事扰害，若止一时一事，似应有所区别。注内‘情凶势恶’四字，亦未确实指明，援引易致出入。至下文所云无凶恶实迹，似系空言挟诈矣，乃又有‘逞凶’二字，若谓系属偶然，并非屡次，则一时一事得不谓之偶然乎！挟诈逞凶与情凶势恶究竟如何分别？”^{〔125〕}又如：“凡刁徒无端肇衅，平空讹诈，欺压乡愚，致被诈之人因而自尽者，拟绞监候秋审时分别情节轻重，入于情实缓决。”笔者认为，该例规定所谓“无端肇衅”貌似语义明确，实际上容易引起歧义，不甚妥当。实际上，根据笔者对案例的梳理发现，所谓之“平空”往往是不存在的，而刁恶棍徒多为藉端讹诈。司法官员在审判实务中，多费周折通过解释，把“藉端”等同于“平空”，从而适用该例文。比如知人获奸放走吓诈本夫自尽一案，案情如下：

南抚咨蔡钰帮藉端讹诈潘钰加银两，致令自尽一案。查例载：刁徒无端肇衅，平空讹诈，欺压乡愚，致被诈之人因而自尽者，拟绞监候等语。……该抚以蔡钰帮藉事生风，并非无端肇衅，与平空讹诈不同，将蔡钰帮依凶恶棍徒例拟军，蔡光汶依为从拟徒。本部详核案情，潘钰加捉获奸拐伊妻罪人，本欲送究。因邻人萧棕俸等代为央求，将田红溃发辫剪落释放，隐忍丑事，系属乡愚，恒情与蔡钰帮毫无干涉，辄以潘钰加懦弱可欺，将其捆缚，吓诈银两，致令被逼自尽。似此凶诈匪徒，自应照例惩办。今该抚置人命于不问，将蔡钰帮等仅依棍徒扰害，分别首从问拟军徒，殊未允协，应令详绎例文，另行妥拟。嘉庆十七年说帖。嗣据遵驳将蔡钰帮拟绞次年题结^{〔126〕}

审理时地方巡抚严格适用条例，以蔡钰帮藉事生风，并非无端肇衅，与平空讹诈不同，将蔡钰帮依凶恶棍徒例拟军。而刑部则通过自身权威将“藉端”解释为“凭空”，从而，认定案犯蔡钰帮之行为属凭空讹诈，故而适用刁徒无端肇衅例。

八、结论及启示

综上所述，棍徒一词乃明清两代对地痞流氓的俗称。在俗语中使用者往往不会细究棍徒与X棍的区别。然而，从词语构成的角度而言，棍徒与X棍存在位阶上的差异，但这种差异往往仅体现在比较的语境下。在清代刑律中，诸概念虽然嫁接自社会俗称，难免会保留其最初含义，以致在法律语境下仍有混同的情形。然而，通过考察相关条例的形成过程发现，诸概念却被赋予不同的法律含义。其中，棍徒通过凶恶棍徒例获致了较其他诸棍更为典型的含义，成为囊括诸棍的上位概念。光棍例在清律中出现早于凶恶棍徒例，因而，光棍首先获得鲜明的法律特征，但通过探析光棍

〔120〕 见前注〔30〕，薛允升、胡星桥、邓又天书，第499页。

〔125〕 同上。

〔126〕 见前注〔46〕，祝庆祺等书，第663~664页。

例及凶恶棍徒例的演变历史,不难发现“光棍”亦属于“棍徒”的范畴。因为光棍例的存在,使得光棍成为棍徒之中极端残忍的一类,所以,不适宜作为其他X棍的上位概念。

至于棍徒犯罪的条例,应当是包括“光棍例”和“凶恶棍徒例”的惩治棍徒犯罪的一系列条例,但不包括其他主体犯罪比照“光棍例”或“凶恶棍徒例”适用的条例。张文以“光棍罪”作为棍徒犯罪的统称,原因在于其忽视了“光棍”进入条例之后含义特定化的事实及在法律语境下“光棍”与“棍徒”之间的关系。其实,“光棍罪”并不能完全统摄棍徒犯罪,相反,棍徒犯罪则包括光棍罪。山本英史把凶恶棍徒例看成另一光棍例,可能是欠缺了两条例之间的比较考察所致。

通过对“棍徒”“光棍”等概念形成过程的考察,不难发现,法律概念的含义往往在条例的不断演化中逐步明确,明确了的法律概念进而成为归类的标签。换言之,从立法方法论角度而言,首先是社会俗语进入案例,进而,案例逐步凝缩为条例,司法判决的过程即是条例形成的过程。条例作为具有法律效力的规范,其形成并非符合从“先概念到规范”的演绎逻辑,相反地,恰恰是在条例的形成演化过程中,社会俗称才真正成为具有特定含义的法律概念,条例的形成体现出“属辞比事”,以类索别,“例”由“比”出的归纳逻辑。当然,在条例归类的过程中,难免会出现过渡的类别,这种现象展现了法律自然生长的痕迹。

前文中已经检讨了棍徒立法方面的缺陷。在此,笔者想说的是,立足于比较法的视野,这种立法模式的历史根源是什么?究竟有无镜鉴意义?笔者认为,立法逻辑上的特征系立法方法论的反映,而立法方法论显然受到立法者思维习惯的影响。较之于欧陆擅长从具体事物抽象出一个精确概念,并以概念作为演绎推理的逻辑起点的立法方式,清代立法者(亦兼行政、司法官员身份)更习惯于类的考察。此种传统并非朝夕形成。譬如,早至汉代“决事比”即是司法官员“取比类以决之”^[127]的推理过程,这一过程既是司法过程,同时,“比即律之所由生”^[128],因而亦是立法过程。清代惩治棍徒条例的形成大多遵循此路径,只是演变为“比即‘例’之所由生”而已。这种思维习惯其实并非法律领域专有。考之《春秋》,这部史学经典即遵循“属辞比事”^[129]的说理方式,即“事若可类,以类索其别”。^[130]这一方式显然有别于“下一定义,然后循定义以纵说之,横说之”的演绎逻辑。^[131]至于清代立法者为何不汲汲于法律概念之精确?出于巧合,执着于精确概念的德国人在反思精确概念的缺陷时,似乎提供了答案:因为,下定义往往需要抽象出事物的主要特征,“不是以所有的构成部分,及其组合而成之‘具体的’丰盈来掌握感官认识的客体”,而是“将规定具体事物的诸要素”“从具体事物中分离出来”^[132]。这种求诸抽象概念的推理方式早被古人诟病为“专决于名而失人情”,“使人不得反其意”^[133]。故而,才会导致热衷于抽象概念的“逻辑学”(即名家之学)如昙花一现,成为隐学。然“以类取,以类予”^[134]、“举一反三”^[135]式的类推成为吾国人的“叙事”^[136]风格。这种“叙事”风格自然浸染到棍徒犯罪立法领域。

[127] 参见贾公彦疏:“若今律其有断事,皆依旧事断之,其无条,取比类以决之,故云决事比也。”(汉)郑玄注,(唐)贾公彦疏,李学勤主编:《周礼注疏》,北京大学出版社1999年版,第909页。

[128] (清)苏舆撰,钟哲点校:《春秋繁露义证》,中华书局1992年版,第5页。

[129] 见前注[128],苏舆、钟哲书,第1页。

[130] 见前注[128],苏舆、钟哲书,第4页。

[131] 梁启超:《论中国学术思想变迁之大势》,上海古籍出版社2001年版,第45页。

[132] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第318页。

[133] (汉)司马迁:《史记》,中华书局点校二十四史修订本2014年版,第3996页。

[134] 《墨子·小取》。

[135] 参见《论语·述而》:“举一隅,不以三隅反,则不复也。”

[136] 王志强先生曾力倡,“避免西方中心和概念纠结”,转向对“功能”的考察,从而确立中国法律史“叙事”方式。见前注[45],王志强文。

然而，条例的演变形成并非是简单的类聚堆砌，其间不乏法律逻辑的运用。这种法律的生长方式虽缺乏严整的形式结构，某种程度上与“进化理性”^{〔137〕}所描述的逐步进化的方式却不无暗合。比如，凶恶棍徒例形成之后，随之而不断产生的诸多参照适用条例，虽然各条例所涉及及犯罪性质多有不同，然而，犯罪行为的恶性相当，故而，共同构成法律体系。这种借助类比推理逐步演进式的法律生成方式抛弃借助一个明确概念作为逻辑起点进行演绎，并非缺乏合理性，因为，作为逻辑起点的概念可能是“荒谬的观念”^{〔138〕}。以至于，基于荒谬概念所形成的法律脱离了现实的世界无法便利适用。然而，事实上“生活事件之间并不具有概念体系所要求的僵硬界限，毋宁常有过渡阶段、混合形式及以新形态出现的变化”。^{〔139〕}而且，“立法者——相对于应用‘概念’——运用‘类型’来描述构成事实时，适用规范所具有的评价空间更大。因为具体案件事实是否属此‘类型’，并非——像在概念的情况——仅视其是否包含该当类型通常具备之全部要素”。^{〔140〕}譬如，对某些犯罪行为类比适用棍徒犯罪条例时，虽然并非完全符合凶恶棍徒例所规定的要件，该犯罪行为往往可以“情同棍徒”^{〔141〕}“情同光棍”^{〔142〕}进行评价。有时则在凶恶棍徒例、光棍例的基础上进行加等或减等量刑。这样，司法官员据以断案的空间更为广阔。因而，在特定情况下，司法实践中的好用较之于形式的逻辑完美更易受到司法官员的青睐。清代刑律条例以俗称——虽然并无精确内涵及外延——取代抽象概念，并结合类比推理的法律生成模式固然已成为历史陈迹，但时至欧陆立法建构理性遭遇科学性与实用性的冲突之今日，我们的法律规范的适用性何尝不面临此问题？太史公有言曰：“志古之道，所以自镜也，未必尽同。”^{〔143〕}诚如斯言，重诮清代棍徒立法之方法，实对当下问题之解决仍具有借鉴意义。救时之弊本应无问西东，何必执拗于寻求西方之良方，孜孜矻矻于欧陆建构与英美进化两种理性之间？

Abstract Guntu was a vulgo of villains in the Ming and Qing dynasties. Guntu, Guanggun, Diaogun, Pigun, Jiangun, Digun etc. can almost be synonymous to each other in the social context. The above concepts from the daily life inevitably were given more explicit legal meanings in the criminal law of the Qing Dynasty. Previous studies did not find out legal meanings and interrelationships of above concepts. It is necessary to clarify the relationship of regulations and punishment on such groups. This article is intended to address these issues, by exploring the legislative logic to the present scene of “li” was produced by “contrast”.

Keywords Guntu, X-gun, Guntu Li, Guanggun Li

（责任编辑：赖骏楠）

〔137〕 建构理性者认为，“所有的社会制度都是，而且应当是，审慎思考之设计的产物”。进化理性主义者则明确指出，“文明乃是经由不断试错、日积月累而艰难获致的结果，或者说它是经验的总和”。参见邓正来：《自由与秩序》，江西教育出版社1998年版，第15～16页。

〔138〕 [英]哈耶克：《法律、立法与自由》，邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第2页。

〔139〕 见前注〔132〕，卡尔·拉伦茨书，第330页。

〔140〕 见前注〔132〕，卡尔·拉伦茨书，第7页。

〔141〕 见前注〔46〕，祝庆祺等书，第1956～1957页。

〔142〕 见前注〔46〕，祝庆祺等书，第272～273页。

〔143〕 见前注〔133〕，司马迁书，第1050页。