法制史研究　第三十八期
2021 年 12 月，頁 289-322

重新審視清律中的不行之造意者
——對中法史共同犯罪理論的反思

程　實*

清律「共犯罪分首從」律將共犯罪之人按造意和隨從進行劃分，有其獨特的法觀念存在。近現代刑法學解釋教唆犯和正犯的通說，主要是以個人責任為基礎，中國法律史既有研究受此影響也多依照此學說，試圖從個人責任主義的角度闡釋古代法律上的共同犯罪現象，並產生了兩大較有代表性的學說，即「教唆犯又稱造意犯」，以及「造意者以實行為原則」。但是，該兩種學說不能完全解釋清律共犯罪中的不行之造意者。而且，它們自身也存在難以自圓其說之處。學界應該轉變思路，從團體責任而不是個人責任的角度，重新省察古代法律上的共同犯罪現象。對於清律上的不行之造意者的性質及其與幕後原謀之人的關係，也應從團體責任的角度進行考慮。從團體責任的觀念來看，不行之造意者是作為共犯罪主體的一心同體、同心同德的犯罪團體之一員，是該團體犯意的最初提出者。而且，並非所有幕後原謀之人均是不行之造意者，他們或因與夥犯不是一心同體、同心同德，或因法觀念的限制而被排除在共犯罪主體之外。

關鍵詞：《大清律例》、造意者、幕後原謀、共同犯罪、團體責任

* 天津師範大學法學院法律史碩士生

一犯罪由兩人以上共同完成，這是人類社會的普遍現象，而如何具體地去進行定罪量刑，則因民族、時代的不同而不同。[1]關於共同犯罪，清律承襲唐明律的做法，在〈名例〉設有「共犯罪分首從」律，其首句規定如下：

> 凡共犯罪者，以（先）造意（一人）為首（依律擬斷），隨從者減一等。[2]

同時，「本條別有罪名」律規定：

> 凡本條自有罪名與〈名例〉罪不同者，依本條科斷。[3]

也就是說，共同犯罪並非皆區分造意、隨從，區分造意、隨從之案亦非皆是以造意為首，只有其他條文未有規定時才適用本律。這種把共同犯罪人分為造意者、隨從者的做法，既與中國現行刑法不同，也與德日、英美刑法存在顯著差別，而其中最引人注目者則非造意者莫屬。魏末晉初的張斐說「造意」即「唱首先言」，清代刑部律例「按語」亦云：「造意是首先倡謀之人」。[4]造意者無需皆要親自參與實行，如「謀殺人」律規定：

---

1 滋賀秀三，〈唐律における共犯〉，收於氏著，《清代中国の法と裁判》）（東京，創文社，1984），附錄，頁 385。

2 清．阿桂等纂，《大清律例》（北京，中華書局，2015，影印清乾隆 55 年〔1790〕武英殿刊本）冊 1，卷 5，頁 363。本句之後規定如下：「若一家人共犯，止坐尊長。若尊長年八十以上及篤疾，歸罪於共犯罪以次尊長。（如無以次尊長，方坐卑幼。謂如尊長與卑幼共犯罪，不論造意，獨坐尊長，卑幼無罪，以尊長有專制之義也。如尊長年八十以上及篤疾，於例不坐罪，即以共犯罪次長者當罪。又如婦人尊長與男夫卑幼同犯，雖婦人為首，仍獨坐男夫。）侵損於人者，以凡人首從論。（造意為首，隨從為從。「侵」謂盜竊財物，「損」謂鬥毆殺傷之類。如父子合家同犯，並依凡人首從之法，為其侵損於人是以不獨坐尊長。）若共犯罪而首從本罪各別者，各依本律首從論。（仍以一人坐以首罪，餘人坐以從罪。謂如甲引他人共毆親兄，甲依弟毆兄，杖九十、徒二年半，他人依凡人鬥毆論，笞二十。又如卑幼引外人盜己家財物一十兩，卑幼以私擅用財，加二等，笞四十；外人依凡盜從論，杖七十之類。）若本條言皆者，罪無首從；不言皆者，依首從法。其（同）犯擅入皇城、宮殿等門，及（同）私越度關，若（同）避役在逃，及（同）犯奸者，（律雖不言皆）亦無首從。（謂各自身犯，是以亦無首從，皆以正犯科罪。）」

3 《大清律例》冊 1，卷 5，頁 391。

4 唐．房玄齡，《百衲本晉書》（北京，國家圖書館出版社，2014，影印百衲本）卷 30，頁 231。郭成偉主編，《大清律例根原》（上海，上海辭書出版社，2012）卷 74，頁 1181。

其造意者（通承已殺、已傷、已行三項）身雖不行，仍為首論。[5]

那麼，這些不行之造意者的性質是什麼？是共犯？是正犯？他們和普遍意義上的幕後原謀之人的關係又是什麼？是對等關係？是包含關係？這不唯獨是法史學的研究課題，對刑法學也同樣具有比較研究價值。迄今為止，學界曾用教唆犯和實行犯兩種視角去對上述問題進行過闡釋，也獲得了一些研究成果。[6]但是，既有研究多圍繞唐律展開，對清律關注較少，正如滋賀秀三（1921-2008）對用清律去反推唐律的做法所提出的質疑那樣，[7]用唐律去解釋清律恐怕也存在諸多掣肘。而且，教唆犯和實行犯是近現代西方刑法學說生成的理論，將其用來解釋造意者的做法本身也是頗為值得討論的。

本文將圍繞前述造意者的問題，先對既有研究進行回顧與反思，再以此為基礎做更進一步探究，以期能深化對有關問題的認識。需要指出的是，若無特別說明，文中共同犯罪主要指區分造意、隨從的「共犯罪」，而對於「親自實施犯罪行為」，則以清律所言「行」（親自）與「不行」（不親自）指代。另外，由於考慮到中國近代以來理論學習與研究的實際情況，本文主要討論的近現代刑法學理論，除中國大陸學界通說外，以德日刑法學為主。

---

5 《大清律例》冊 3，卷 26，頁 466。

6 在體系性研究上，有戴炎輝的《中國法制史》（臺北，三民書局，1966 初版，1979 修訂版）、《唐律通論》（1964 初版；戴東雄、黃源盛校訂，臺北，元照，2010 二版）、《唐律各論》（1965 初版；臺北，成文出版社，1988 增訂版）、〈清律に於ける共犯〉（《國家學會雜誌》85：5／6〔東京，1972〕，頁 291-366）；律令研究會編，滋賀秀三譯註，《譯註日本律令五（唐律疏議譯註篇一）》（東京，東京堂，1999）；滋賀秀三，〈唐律における共犯〉。對前述著作進行反思的文章，有陶安あんど，〈唐律共犯概念再考——大陸法的な理解から英米法的な理解へと視点をかえて〉，《法制史研究》59〔東京，2009〕，頁 147-161，中文版見陶安，〈中國傳統法「共犯」概念的幾則思考〉，《華東政法大學學報》2（上海，2014），頁 47-54）；森田成滿〈清代刑法に於ける共同犯罪〉，《星薬科大學一般教育論集》27（東京，2009），頁 1-20）。在具體犯罪研究上，有閔冬芳，《清代的故意殺人罪》（北京，北京大學出版社，2015）；森田成滿，〈清代法に於ける同謀共殴致死事案の処罰の仕組み〉，《星薬科大學一般教育論集》26（東京，2008），頁 15-36）。

7 律令研究會編，滋賀秀三譯註，《譯註日本律令五（唐律疏議譯註篇一）》，頁 264。

一、對「教唆犯又稱造意犯」一說的反思

（一）「教唆犯又稱造意犯」的由來

學界至今仍流傳著「教唆犯又稱造意犯」的說法，[8]此說直接來源於清末民初的立法嘗試。《欽定大清刑律》第 30 條規定：

教唆他人使之實施犯罪之行為者，為造意犯，依正犯之例處斷。[9]

「依正犯之例處斷」表明此處「造意犯」並非正犯，大清《新刑律釋義》解釋：「本條定共犯中教唆犯之性質及處分。共犯之加擔有廣狹二義，廣義統包正犯及教唆、從犯之三種，狹義止言教唆及從犯之二種。狹義之加擔，非自行引起犯罪之結果，特於他人之犯罪參與之，有附隨之性質。」[10]回查此條制定過程，我們可以發現，立法者試圖用「造意犯」之名指代教唆犯之實。1905 年草案用教唆犯一詞，1907 年草案改成造意犯，並為《欽定大清刑律》、《暫行新刑律》沿用，1918 年修正草案又改回教唆犯。[11]時人除了名稱替換，還在內涵上將二者混同。1905 年草案「案語」云：「中律教令、造意、主使等條，大致即教唆犯。」[12]1907 年草案「簽注」云：「至造意之犯，本以為首論，教誘人犯法亦與犯法之人同罪，現所列第三十條尚與定律無甚懸殊。」[13]究其原因，不外乎二者在犯意的引起上相似，如 1907 年草案「附注」稱：「教唆者，使人生起犯意（故謂之造意）。」[14]今人在論證「造意者應該包括教唆犯」時所

8 如張建、俞小海論文開頭便直稱「教唆犯又稱造意犯」。張建、俞小海，〈教唆犯中實行過限的認定問題研究〉，《政治與法律》1（上海，2012），頁 143。
9 黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》（2 冊，臺北，元照，2010），頁 300。
10 清．秦瑞玠編，《新刑律釋義》（上海，商務印書館，1912），頁 139。
11 《晚清民國刑法史料輯注》，頁 29、61、392、637。
12 《晚清民國刑法史料輯注》，頁 29。
13 高漢成主編，《《大清新刑律》立法資料彙編》（北京，社會科學文獻出版社，2013），頁 230。
14 《晚清民國刑法史料輯注》，頁 133。

給理由也是「教唆行為的本質是製造犯意」。[15]

那麼，我們真的可以如此輕易地把造意和教唆進行混同嗎？不行之造意者在性質上真的是教唆犯嗎？真的可以用教唆犯的觀念去闡釋造意者和幕後原謀之人的關係嗎？

（二）造意與教唆的區別

造意者可以親自參與犯罪，教唆犯則居於幕後，這是兩者最為顯著的區別，早已有前輩先人指出。[16]進一步來說，造意不是一個專指引起他人犯意的概念，而是一個指向犯意之生成的概念，自己生成犯意後自己犯罪亦可稱造意，這是造意和教唆的根本不同之處。例如，乾隆 59 年（1794）發生的李作楫案中，李作楫起意獨自謀殺李三兒，陝西巡撫秦承恩（1742-1809）所奏題本載：「李作楫挾嫌致死李三兒洩憤，乘夜持刀潛行殺害，設計造意，謀狀顯著，應以謀殺定擬。」[17]清律《輯注》亦稱單獨謀殺是「造意、加功俱自為之」。[18]造意者先提出犯意，夥犯後認可犯意，雙方都在同一犯意之內，這一過程在題本檔案中也反映得很清楚。例如，發生在雍正 9 年（1731）的崔大一案中，江蘇巡撫喬世臣（1686-1735）所奏題本載：

> 緣大瞷知事主家有銀錢，輒起意行劫，糾約惠二等共夥玖人，于雍正玖年正月拾貳日晚在吳家集後河邊會齊，分執火械，更深時分群抵事主門首，逾牆進院……查崔大造意行劫，惠二火燎事主，均屬法所難宥。[19]

就是造意者未在現場參加實際犯罪行動，也屬同樣罪責。例如，乾隆 19

15 閔冬芳，《清代的故意殺人罪》，頁 21。

16 戴炎輝，《唐律通論》，頁 385；佐伯千仞，《刑法の理論と体系》（東京，信山社，2014），頁 321。

17 中國第一歷史檔案館、中國社會科學院歷史研究所編，《乾隆刑科題本租佃關係史料之二：清代土地佔有關係與佃農抗租鬥爭》（北京，中華書局，1988），頁 299。

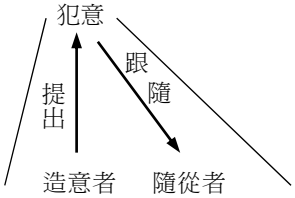
18 清．沈之奇撰，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》（北京，法律出版社，2000）卷 19，頁 651。

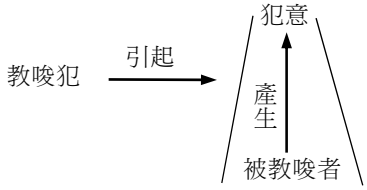
19 《內閣大庫檔案》（臺北，中央研究院歷史語言研究所藏），登錄號 120313。

年（1754）刑部尚書阿克敦（1685-1756）所奏題本載：

> 楊六因見事主楊國琰家新娶兒媳，度有衣服，起意與夥盜易三商謀，糾夥行劫……楊六因恐認識，未經同行……將楊六依強盜窩主造意分贓律斬決。[20]

而反觀教唆犯，作為共犯，其無論是違法階層還是責任階層，都與正犯保持一定距離。教唆犯只是引起正犯產生正犯犯意，自己未必持有相同犯意，而且教唆犯必須有被教唆對象才能成立，不可能自己教唆自己。





其實，從詞源來看，雖清律「教唆詞訟」律有「教唆」一詞，但正如後文將要論述的，此「教唆」包括慫恿已有犯意之犯，且用語範圍主要是誣告類犯罪中。今日刑法上抽象、一般性地指代引起他人犯意的教唆應為翻譯西方法律的產物。比如，法國人博瓦索納德（Gustave Émile Boissonade de Boissonade, 1825-1910）的《刑法草案註解》在介紹法國1810年刑法典總則第60條的「provoquer」時，[21]就使用教唆一詞：「仏国ノ法ハ教唆スル者ヲ看テ唯ニ付従トナシタリ。」[22]（大意：法國法

20 《內閣大庫檔案》，登錄號076006。

21 該條文原文如下（動詞「provoquer」的變化形式即「provoqué」）：「Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre.」（https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006490627/1960-06-08，讀取2021.2.23）。也可參見中村義孝編譯，《ナポレオン刑事法典史料集成》（京都，法律文化社，2006），頁173。

22 ボアソナード（Gustave Émile Boissonade de Boissonade），《刑法草案註解》（東京，國立國會圖書館藏1879年寫本）。值得注意的是，由法國人畢利幹（Anatole A. Bilquine）口譯、中國人時雨化筆述的《法國律例》對應條文譯語是「唆使」。畢利幹（Anatole A. Bilquine）口譯，時雨化筆述，鄭永寧訓點，《訓點法國律例》（東京，日本司法省，1882，東京，國立國會圖書館藏），頁25。另外，《孛和

律僅視教唆之人為共犯）教唆這一譯語也被日本 1880 年刑法典採用，如第 105 條規定:「人ヲ教唆シテ重罪軽罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト為ス。」（大意：教唆他人犯重罪或輕罪者，亦為正犯）由此，現代意義上的教唆一詞才正式進入東亞法典世界。

（三）教唆犯理論的不足

我們必須追問的是，儘管造意和教唆存在區別，但隨從者的犯意終究是造意者引起的，那麼若僅就此而論，又是否可用教唆犯理論解釋不行之造意者和幕後原謀之人的關係？本文認為，雖都是幕後原謀之人，但教唆犯和不行之造意者各自成立的範圍卻不完全相同，因此對這一問題的回答是否定的，試分述如下。

第一，能成立教唆犯的未必成立造意者，如：以陷害被教唆人為目的的教唆可成立教唆犯，卻不能成立造意者。先不論存在分歧的未遂的教唆，若教唆人只為陷害而教唆他人犯罪，卻不阻止其犯罪行為，對犯罪結果持放任甚至追求的態度，則完全可成立教唆犯。[23]與此相對，清律上不能成立造意者，甚至不能成立共犯罪。「詐教誘人犯法」律規定：

> 凡諸人設計用言教誘人犯法，及和同（共事故誘）令人犯法、卻（自）行捕告，或令人捕告，欲求賞給，或欲陷害人得罪者，皆與犯法之人同罪。[24]

「陷害人」即陷害被教誘之人，《總注》言：「故使之得罪」。[25]既為求賞或陷害，「捕告」至少當在被教誘人開始犯罪後，沈之奇注：「及已致人犯法，便暗行捕告。」[26]雖捕告是教誘人為求自身「免罪之計」，[27]但清

袖珍字書》中，德語「Anstiften」的譯語是「ハゲマス」等，不是「教唆」。鈴木喜右衛門編，《孛和袖珍字書》（東京，東京學半社，1872，東京，國立國會圖書館藏），頁 69。

23 參見張明楷，《刑法學》（北京，法律出版社，2016），頁 418；林山田，《刑法通論》（臺北，作者自印，2008 增訂十版）下冊，頁 111-114。

24 《大清律例》冊 4，卷 32，頁 297。

25 清．朱軾、常鼐等纂修，《大清律集解附例》（收於《四庫未收書輯刊》輯 1 冊 26，北京，北京出版社，2000，影印清雍正 3 年〔1725〕內府刊本）卷 24，頁 404。

26 《大清律輯註》卷 24，頁 909。

律上犯罪既遂後自首亦可免罪，[28]本律未就被教誘人既遂與否進行限定。其實，在明清司法實務中，教誘人不必捕告，只需欲害人得罪，如《刑書據會》載：「甲與乙仇，造誣乙妻淫醜，致乙毆妻，因而自盡。乙依毆妻折傷，甲依設計害人得罪，與犯法人同罪。」[29]

不論如何，陷害目的是本律要求之一，對於既非捕告求賞又顯非陷害之案，刑部是明確駁回的。例如，同治 8 年（1869）李二小案中，李會成因高計不借錢而懷恨在心，教誘李二小往毆高計，致高計身死。對於李會成，直隸總督題擬依教誘犯法治罪，刑部卻駁斥如下：

> 此案李二小本與高計無嫌，因李會成心恨高計不允借錢，始則激令高計與李二小評理，繼又挑唆李二小向高計尋毆。設高計等將李二小毆傷，尚可謂之意圖陷害。今李二小反將高計致斃，李會成與李二小並無嫌隙，即與欲圖陷害之律意已屬不符。[30]

「與同罪」是專業術語，同罪者之刑罰與本犯同科，但「止坐其罪，（正犯）至死者，（同罪者）減一等，罪止杖一百、流三千里，（正犯應刺，同罪者免刺）」。[31]明清普遍認為，教誘人與被教誘人在本質上「所犯事情各別」，教誘人「與自犯者有間」，不是共犯罪中的造意者，雖與本犯同科，但不過是「此之所犯即照彼罪名科之」。[32]換言之，即使分首從也應在教誘人內部劃分。[33]我們必須注意到，本律被置於《刑律．詐偽》

---

27 同前註。

28 「犯罪自首」律規定：「凡犯罪未發而自首者，免其罪……其輕罪雖發，因首重罪者，免其重罪。」《大清律例》冊 1，卷 4，頁 347。

29 明．彭應弼，《鼎鐫大明律例法司增補刑書據會》（東京，國立公文書館藏明崇禎〔1628-1644〕刊本）卷 10，頁 12。

30 楊一凡、尤韶華整理，《點校本刑案匯覽全編．刑案匯覽續編》（北京，法律出版社，2007）卷 18，頁 815。

31 《大清律例》冊 1，卷 5，頁 401。

32 引文分別見明．雷夢麟，《讀律瑣言》（北京，社會科學文獻出版社，2007，影印明嘉靖 42 年〔1563〕歙縣知縣熊秉元刊本）卷 1，頁 318。《大清律輯註》卷 24，頁 909。清．吉同鈞撰，閻曉君整理，《大清律講義》（北京，知識產權出版社，2017）卷 2，頁 43。

33 明律《箋釋》載：「『皆』字承上數事而言，非不分首從意。」《刑書據會》言：「凡教誘人犯律內諸條之法者，皆依與犯法之人同罪，一體分首從。」此外，《名例律》之《箋釋》亦載：「凡稱『與同罪』，原無首從。」因此「詐教誘人犯法」律為特別情況。見明．王樵私箋，明．王肯堂集釋，《大明律附例》（東京，東京大學東洋文化研究所藏明萬曆 40 年〔1612〕序刊本〔按：此書常為明清法律人

而不是《名例》之下，回歸立法初衷，清律《總注》明言：「此專言詐誘人之罪，以懲奸險也。」[34]造意者與教誘人的區別正是在於主觀層面，前者與夥犯犯意一致，同心同德，後者則並非一致，暗懷鬼胎。

第二，能成立造意者的未必成立教唆犯，如：起意使沒有辨別能力的兒童犯罪的可以是造意者，卻不一定是教唆犯。在完全支配犯罪的前提下，起意使無責任能力者犯罪的是間接正犯而不是教唆犯。[35]與此相對，清律「老小廢疾收贖」律規定：

> 九十以上、七歲以下，雖有死罪，不加刑（九十以上犯反逆者，不用此律。）其有人教令，坐其教令者。（謂九十以上、七歲以下之人皆少智力，若有教令之者，罪坐教令之人。）[36]

7 歲以下，連犯死罪亦不加刑，死罪以下自不待言。《刑書據會》載：

> 教令之人與老小者，須記用首從本罪各別之律……已教七歲庚盜兄三兩，已分一半，庚依各親屬相盜財物，招年七歲以下，依律不加刑，合坐教令。已依「竊盜造意身雖不行但分贓者，為首論，一百二十貫」律，杖百、流三千里。[37]

可見教令者「已」仍是造意者。本律是「坐其教令者」而不是「與同罪」，教令者與被教令者是共犯一罪，只不過各人所犯罪名各別，被教令者不受處罰而已。本律用「首從罪名各別」的觀點也為清代律學所認同。[38]也就是說，造意者可直接承擔正犯責任，無需像區分教唆犯和間接正犯一樣困擾於共犯責任和正犯責任之差異。

士簡稱《箋釋》〕）卷 2，頁 82；卷 24，頁 16；《鼎鐫大明律例法司增補刑書據會》卷 10，頁 12。

34 《大清律集解附例》卷 24，頁 404。

35 林山田，《刑法通論》下冊，頁 59-60；張明楷，《刑法學》，頁 405。

36 《大清律例》冊 1，卷 5，頁 327。

37 《鼎鐫大明律例法司增補刑書據會》卷 1，頁 43。

38 《大清律輯註》卷 1，頁 63；清．沈書城撰，清．王又槐增輯，《清律例彙纂》（京都，京都大學附屬圖書館藏清乾隆 58 年〔1793〕刊本）卷 2，頁 2；清．李瀚章等，《大清律例彙輯便覽》（東京，早稻田大學圖書館藏清同治 11 年〔1872〕湖北讞局刊本）卷 5，頁 4。

二、對「造意者原則上實行」一說的反思

（一）「造意者原則上實行」一說的提出

1929 年，齊默爾（Leopold Zimmerl, 1899-1945）發表了著名的《共犯論的基本原理》（*Grundsätzliches zur Teilnahmelehre*），明確提出在構成要件解釋論上，有限制的正犯論和擴張的正犯論兩種對立方法。[39]隨後，小野清一郎（1891-1986）在 1938 年發文，用擴張的正犯論解釋唐律：「並非像今日刑法一樣採共同正犯、教唆犯、幫助犯三者並列的形式，而是用統括性的單一共犯形式，並在其中按造意和隨從劃分首從。這是近來所謂的擴張的正犯概念。」[40]擴張的正犯概念即「正犯乃是指所有惹起構成要件該當結果之人，而不限於實行構成要件該當結果之人」。[41]共犯本亦屬正犯，構成要件本亦包含共犯行為。

受小野文章的影響，上世紀 50 至 70 年代，戴炎輝（1908-1992）和滋賀秀三等學者均以擴張的正犯概念去解釋唐律、清律。[42]其中，與認為《名例》共犯罪中存在教唆犯的小野和滋賀不同，戴炎輝認為《名例》共犯罪中只有共同正犯和幫助犯：

> 現行法上之從犯，原則上被提高為正犯，不過其惡性較輕，故減造意（首犯）一等……現行法上共同正犯之中，其非所謂「造意」者，則被降為隨從者。[43]

上世紀 50 至 70 年代初，日本刑法學界的共同正犯學說尚以形式實行共同正犯論為基礎，對共謀共同正犯多持批判態度，而當時支持共謀共同

---

39 島田聰一郎，《正犯．共犯論の基礎理論》（東京，東京大學出版會，2002），頁 36-40。

40 小野清一郎，〈唐律に於ける刑法総則的規定〉，《國家學會雜誌》52：4（東京，1938），頁 468。

41 林山田，《刑法通論》下冊，頁 32。

42 滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，頁 396；律令研究会編，滋賀秀三譯註，《譯註日本律令五（唐律疏議譯註篇一）》，頁 253。

43 戴炎輝，《唐律通論》，頁 364。

正犯的主要是草野豹一郎（1886-1951）倡立的共同意思主體說，現今支持共謀共同正犯的主流學說，即實質實行共同正犯說，尚處在初步探索階段。[44]與這一時代背景相關，戴炎輝認為，造意者原則上是實行犯，是形式實行共同正犯的一員，不行之造意者是由共同意思主體說產生的特別規定。[45]同時，他把清律「老小廢疾收贖」律、「教唆詞訟」律、「詐教誘人犯法」律（大致對應唐律「老小廢疾」條、「教令人告事虛」條、「詐教誘人犯法」條）等所言幕後之人，統歸為一個新的概念：教令犯。他們不實行，不屬於《名例》共犯罪，和被教令者不是造意和隨從關係，處罰上以「詐教誘人犯法」律為通例，與被教令者同罪。[46]可見，教令犯對應的，是現今教唆犯和部分間接正犯。對於造意者和教令犯的關係，他論述如下：

> 一般來說，教令者進而參加實行行為的，就成為造意者。反之，如果未參加實行行為，即使率先提出犯意，也仍是教令者。[47]
>
> 就一般犯罪而言，教令犯均能成立，不止於有明文規定者……所謂造意，如不行者，本是教令犯；律似擴大造意之構成要件的定型，而將元謀不行者為造意。[48]

---

44 藤木英雄，〈共謀共同正犯の根據と要件（一）〉，《法学協會雜志》78，（東京，1962），頁 585-586；平野龍一，《刑法　総論Ⅱ》（東京，有斐閣，1975），頁 401-402；西田典之，《刑法総論》（東京，弘文堂，2019），頁 372-376；曲田統，《共犯の本質と可罰性》（東京，成文堂，2019）頁 3-12。草野豹一郎的共同意思主體說內容大致如下：所謂實行犯罪，不是一定要全部共犯罪人都實行，原本是異心別體的個人，因要實現犯某罪的共同目的而成為同心一體，形成了共同的意思主體，所以只需其中一部分人實行，共犯罪就可成立。也就是說，參與共謀之人即使不實行，也可成為正犯。該說因為團體責任傾向而受到學界批判。草野豹一郎，〈教唆の未遂と共謀に因る共同正犯〉，《法曹時報》2（東京，1950），頁 27-28；《刑法要論》（東京，有斐閣，1956），頁 124。

45 戴炎輝，《唐律通論》，頁 363-393；《唐律各論》，頁 442、472；《中國法制史》，頁 73；〈清律に於ける共犯〉，頁 296-297。

46 戴炎輝，《唐律通論》，頁 382、387；《唐律各論》，頁 614-615；〈清律に於ける共犯〉，頁 321、322、330、331。《中國法制史》的表述不同，以唐律「老小廢疾」條為通例規定。然而，「不論被教令人是限制責任能力人、能力無責任人與責任能力人，均與被教令人獨立被處罰；若被教令人係責任無能力人時，只處罰教令人。此時，不屬於共犯，故不分首從」一句表明，該書與前述其他著作在根本思路上是一致的。參見戴炎輝，《中國法制史》，頁 82-83。

47 戴炎輝，〈清律に於ける共犯〉，頁 297；《唐律通論》，頁 385-386。

48 戴炎輝，《唐律通論》，頁 382-383。

由此，戴說形成了一定的理論自洽性。那麼，不行之造意者在性質上果真只是形式實行共同正犯的特例嗎？他和幕後原謀之人果真是教令犯的特例與一般的關係嗎？

（二）「以實行為原則」的矛盾與不足

我們必須注意的是，戴說採用的是擴張的正犯論，該論的實行概念是「對實現構成要件具有因果性的人都實施了構成要件該當行為，只要有責就可據該構成要件而受處罰」。[49]然而，反觀戴氏區分造意和教令的做法，他的實行概念實際上仍然是限制的正犯論的實行。試想，若「對實現構成要件具有因果性的人都實施了構成要件該當行為」，則不行之造意者「唱首先言」本身就是實行，何來不行之造意者不實行一說？而且，若嚴格按擴張的正犯論，則教令本身亦應是實行，何來教令犯和共犯罪相區別一說？可見戴說未從根本上堅持擴張的正犯論。但戴說既然是從實行行為展開論述，則又不得不堅持擴張的正犯論，不然無以解釋為何《名例》未就實行與否對隨從者進行再劃分。其次，戴說是用共同意思主體說解釋不行之造意者，這就和「特殊規定」的說法自相矛盾，因為作為支持共謀共同正犯的理論，此說恰恰認為「不必都實行」才是共同正犯的一般原理。[50]

同樣支持以實行為原則的學者，也有人認為，若《名例》的共犯本包含不行之造意者，則《賊盜》等無需再重複規定「身雖不行」。[51]但是，我們也可認為，「身雖不行」是提示性規定，立法者擔心司法者被行為表象迷惑，所以特設此規定以起提示作用。而如此便恰恰證明處罰造意者才是真原則，與行或不行並無關係。這位學者還提出，唐律「共盜併贓論」有「造意及從，行而不受分，即受分而不行，各依本首從法……若造意者不行，又不受分，即以行人專進止者為首，造意者為從」這一規

49 島田聰一郎，《正犯．共犯論の基礎理論》，頁 37。
50 曲田統，《共犯の本質と可罰性》，頁 3-12。
51 陶安あんど，〈唐律共犯概念再考〉，頁 150；陶安，〈中國傳統法「共犯」概念的幾則思考〉，頁 49-50。

定，「如果『共犯』以及『造意』本來已包含『不行』者，這則條文（按：指不行又不受分）則變成針對共盜造意者的減輕規定……這種結論恐怕不太合理。」但是，既然律文稱「造意者不行，又不受分」，則顯然不行又不受分者仍是造意者，行和受分是量刑因素，不能和造意者本身混同。對於此律，我們完全可以做出如下理解。

《名例》只就造意和隨從進行了一般性規定，也就是說，「以造意為首」是在完全不考慮其他量刑因素的前提下所作的規定，在具體犯罪中，若有個別因素在量刑上具有相當的重要性，則完全可以以具有此因素的隨從者為首。盜賊類犯罪案情不一，不能一概而論，必須就行和受分與否進行量刑上的區分，而造意者若不行又不受分，自然應減輕處罰。必須注意的是，這種減輕處罰是相對行或受分之造意者而言，絕不是不行又不受分之隨從者而言，「共盜併贓」條規定得很清楚：「從者不行，又不受分，笞四十；強盜，杖八十。」[52]也就是說，同樣是不行又不受分，造意者之刑仍比隨從者高，如此一來，「共盜併贓」條實乃對《名例》律意的堅持！造意者即使不行又不受分，卻仍被處從犯之刑，僅僅「止減一等」[53]，這難道不正說明行和受分只是量刑上的細枝末節，造意與否才是定罪的關鍵嗎？

我們更需要認真思考的是，雖然看上去「身雖不行」的規定只出現在「謀反大逆」律、「謀叛」律、「強盜」律、「盜賊窩主」律、「謀殺人」律、「殺一家三人」律、「鬥毆及故殺人」律、「鬥毆」律這些個別條文，但是，它們都是各自所屬律門內的通則性規定，其餘律文但凡有相通者，無一沒有理由不參照適用。試問，《鬥毆》內雖只有「鬥毆」律這樣的少數條文明言「身雖不行」，但是，難道在用「宮內忿爭」律、「宗室覺羅以上親被毆」律、「毆制使及本管長官」律、「佐職統屬毆長官」律、「上司官與統屬官相毆」律、「九品以上官毆長官」律、「奴婢毆家長」律、「毆大功以下尊長」律、「毆期親尊長」律等處理同謀共毆時不應參照「鬥毆」律擬斷嗎？《賊盜》和《人命》內更是有多條「身雖不行」之律文。就

52 以上唐律引文見唐．長孫無忌等撰，岳純之點校，《唐律疏議》（上海，上海古籍出版社，2013）卷 20，頁 321-322。

53 《大清律輯註》卷 18，頁 639。

是律不同門，某規定「身雖不行」之律亦可為他律參照，試看《斷獄》「死囚令人自殺」律：「若囚雖已招服，不曾令親故自殺……（其親故）輒（自）殺訖，或雇倩人殺之者……親故及下手之人各以（親屬、凡人）鬥殺傷論。」[54]「以凡人鬥殺傷論」正是依《人命》「鬥毆及故殺人」律、《鬥毆》「鬥毆」律而論。如此看來，反倒是這些律文的通則性導致「身雖不行」規定具有了通則性！也就是說，賊盜、人命、鬥毆等清代主要犯罪類型均存在「身雖不行」的通則性規定。

綜上，戴說和陶說欠缺說服力，強行用實行為造意者劃定範圍的做法並不妥當。也許有讀者認為，既然造意者有行與不行之分，若非要用正犯觀念對造意者加以解釋，不用形式實行共同正犯，而用實質實行共同正犯也未嘗不可。但是，「共犯罪分首從」律沒有對造意者的犯罪支配力或所起作用做出任何更多的限定，反倒是「家人共犯」的規定向我們表明造意者本身亦可受尊長專制的事實，我們恐怕也不能輕易將造意者和實質實行共同正犯劃等號。如此一來，擺在我們面前的只剩共謀共同正犯（**草野的共同意思主體說**）。但是正如後文將要論述的，「共謀」並非是清律上認定共同犯罪的絕對性條件，草野的理論亦有其局限。

其實，只要細查律例、成案便會發現，即使有的律文本身未明言不行之造意者，不行之造意者仍在其適用範圍之內。例如，「竊盜」律只規定了行的情況，但據「共謀為盜」律，謀竊行強、謀強行竊案內不行之造意者仍用「竊盜」律。[55]康熙 44 年（1705）發生的馮二等謀竊行強一案中，造意者孫玉龍未上盜，刑部認為其應按「竊盜」律處理：「玉龍明係始則造意，後復分贓，應照竊盜造意分贓律定擬。」[56]至於謀行一致，

54 《大清律例》冊 4，卷 36，頁 521。

55 「竊盜」律規定：「凡竊盜已行而不得財，笞五十，免刺；但得財（不論分贓不分贓），以一主為重，併贓論罪。為從者，各（指上得財不得財言）減一等。」「共謀為盜」律規定：「凡共謀為強盜，（數內一人）臨時不行，而行者卻為竊盜，此共謀（而不行）者，（曾）分贓，（但係）造意者，（即）為竊盜首……若不分贓，（但係）造意者，即為竊盜從……以臨時主意上盜者為竊盜首。其共謀為竊盜，（數內一人）臨時不行，而行者為強盜，其不行之人，（係）造意者，（曾）分贓，知情不知情並為竊盜首；（係）造意者，（但）不分贓……俱為竊盜從，以臨時主意及共為強盜者，不分首從論。」《大清律例》冊 3，卷 24，頁 329；卷 25，頁 449、450。

56 清．孫綸，《定例成案合鐫續增》（東京，東京大學東洋文化研究所藏清康熙 58

若不行之造意者是窩主，自依「盜賊窩主」律，若非窩主，則存在多種處理意見。彭應弼等認為：「若行如初謀，自依強竊盜正律，不可亂引。」[57]萬維翰認為，分贓之人比照「盜賊窩主」律，不分贓之人用「竊盜」律。[58]刑部則認為，不分贓之人也可比照「盜賊窩主」律。[59]儘管由於「竊盜」律只規定了行的情況，在處理謀行一致之案中不行又非窩主之造意者上又缺乏「共謀為盜」律一樣的規定指引，所以在具體適用何律上存在爭議，但這只是技術問題，無關乎「共犯罪分首從」律本身。實際上，上述擴大解釋、比附適用的嘗試正和唐律「共盜併贓論」條一樣，都是在面對複雜多樣的量刑因素時對「共犯罪分首從」律律意的堅守。這也表明，時人在法觀念上認為，即使法律規定偶有漏洞，不行之造意者仍應被處罰。

（三）教令犯理論的不足

我們必須追問，不行之造意者和幕後原謀之人的關係是本文關注所在，那麼戴說的教令犯理論對此能否提供充足解釋？本文認為，教令犯理論不僅缺乏充分史料支撐，還在某些方面無法解釋既有史料呈現的事實，因此難以令人信服，試分述如下。

首先，前文已指出，「老小廢疾收贖」律的教令者本身亦含造意者，適用「共犯罪分首從」律「首從罪名各別」規定，沒有任何特殊性。其次，關於「教唆詞訟」律，雖然從明代到清初，時人的確普遍認為「教唆」是「人本無告狀之心，而背地教令、唆使其告狀也」。[60]律文也確實

年〔1719〕刊本）卷下，〈賊盜〉，頁 3。

57 《鼎鐫大明律例法司增補刑書據會》卷 7，頁 41。

58 《大清律例集注》載：「按，竊盜共謀而不行者，分贓不分贓，律無明文。竊謂不行而分贓，應比照窩主，仍為從論。若不行又不分贓，應照已行不得財擬笞。」轉引自《清律例彙纂》卷 20，頁 1。

59 《點校本刑案匯覽全編．刑案匯覽續編》卷 10，頁 448。

60 明．鄭繼芳等編訂，《大明律集解附例》（東京，國立國會圖書館藏明萬曆 39 年〔1611〕浙江等處巡撫高舉刊本）卷 22，頁 39。也見明．應檟，《大明律釋義》（上海，上海古籍出版社，1996，影印明嘉靖 31 年〔1552〕廣東布政使司刊本）卷 22，頁 179；《大清律輯註》卷 22，頁 841。

規定「與同罪」:「凡教唆詞訟……增減情罪，誣告人者，與犯人同罪。」[61]但是，至少從雍正朝開始，實踐中就存在對律文的不同理解。雍正 9 年，江西按察使樓儼（1669-1745）上奏道：

> 誠以誣告之舉原係本犯起意，而教唆之人但為之商謀，作狀增減情罪，所以本犯罪至於死。教唆者似與因人連累之義相近，得以從寬減等。律意深微，原似可無庸議者也。惟是誣告一項，本犯有刁頑、愚昧之不同，教唆有增減、造意之各別，其本人原欲誣告，又遇有教唆者，按律同罪，至死減等，原屬允協。尚有一種鄉愚無知之輩，事本細微，初意並不欲告，亦不知如何可以誣人，乃有攬訟刁棍瞷其有事，或乘機圖騙伊財，或素與被告有隙，其或藉此包訟可為圖詐張本，於是嚇以利害之言，騙以決勝之說，憑空代作詞狀，使之控告……今似此造意唆訟之人，實為誣告罪魁，惟訐狡詭詐，難致敗露。臣請嗣後如有原告于聽審之前能將訟棍姓名檢舉密首，或臨審之際據實供出，引同拿獲，審明果由唆使情實者，將唆使之人照「誣告」律治罪。

皇帝在「臣請嗣後」之後寫下批語:「原告既聽其唆使，而呈控豈肯於未審之前遽行舉首耶，天下有如是情理乎。」[62]可見，上奏者正試圖對律文「教唆」一詞進行限定闡述，而且皇帝的批評並不在此，而在奏議所給的具體建議。

儘管此奏議最終不了了之，但是對律文進行限定解釋的思想卻在實踐中繼續發展，至乾隆朝最後五年，刑部開始修正本律。乾隆 55 年（1790）發生的金緒案中，金緒主使陳義三誣告陳魁，致陳魁自殺，安徽巡撫朱珪（1731-1806）認為僅依與同罪而處金緒以滿流之刑「不足示懲」，題擬從重發遣為奴。刑部對此回應如下：

> 凡教唆詞訟增減情罪得以減誣告本犯一等者，誠以欲告之犯本有起意捏控之情，而教唆者止就其所控之事慫恿具告，是以雖與本

61 《大清律例》冊 4，卷 30，頁 193。

62 中國第一歷史檔案館編，《雍正朝漢文硃批奏摺彙編》（40 冊，南京，江蘇古籍出版社，1991）冊 20，頁 145-146。硃批字跡有不明之處，可參見清．官纂，《硃批諭旨》（112 冊，北京，中國國家圖書館藏清乾隆 3 年〔1738〕內府刊本）冊 36，頁 14。

> 犯同科，至死猶得減等。若所誣並非本犯欲控之事，輒為起意憑空另捏重情，主令誣告，致被誣之人畏累自盡，則不得拘泥教唆詞訟至死減等之文，致首從倒置。律貴誅心，法重造意，自應以造意誣捏之金緒為首。[63]

也就是說，刑部認為，在「教唆」之人起意誣告致被告人自盡之案中，「向因例無明文，外省拘泥致死減等之律，每致首從倒置。」[64]朱珪回應：

> 誠如部議，不得拘泥教唆詞訟減等之本例，自應比照《名例》以造意主令誣控之金緒為首……此案承問審轉各官，實以例無以教唆為首明文，不敢加至死罪，究係照例辦理，並非有心錯誤，應請免議。[65]

刑部的觀點被乾隆 60 年（1795）例認可，經修改後成為嘉慶 6 年（1801）例：

> 教唆詞訟誣告人之案，如原告之人並未起意誣告，係教唆之人起意主令者，以主唆之人為首，聽從控告之人為從；如本人起意欲告而教唆之人從旁慫恿者，依律與犯人同罪。[66]

由此，「教唆」亦有慫恿之意。也就是說，對於幕後之人起意使他人誣告的現象，刑部變更了律文「與同罪」的態度，認為其也屬共犯罪，幕後之人就是造意者。如此一來，在「教唆詞訟」律上，戴說也不完全符合事實。嘉慶 6 年例是一個無可更改的史實，被沿用到《欽定大清現行刑律》。[67]

其實，「教唆」之犯在本質上完全可以和被「教唆」之犯是一心同體、同心同德的關係。律文最初之所以規定與同罪，並非因為表面上的不行，而是在時人法觀念中，訴訟皆應訴訟人自己實名而告，「人之罪有係於己者，己當出名以告言之矣；有係於人者，人自出名以告言之矣，豈容有

---

63 清．全士潮、張道源等纂輯，何勤華、張伯元、陳重業等點校，《駁案匯編》（北京，法律出版社，2009）卷 27，頁 518。

64 《大清律例根原》卷 93，頁 1499。

65 《駁案匯編》卷 27，頁 519。

66 《大清律例根原》卷 93，頁 1498-1499；《大清律例彙輯便覽》卷 30，頁 93。

67 清．奕劻等，《欽定大清現行刑律》（收於故宮博物院編，《故宮珍本叢刊》冊 333，海口，海南出版社，2000，影印清宣統 2 年〔1910〕鉛印本）卷 27，頁 325。

所匿名以告人耶？」[68]相應地，誣告通常也是訴訟人所犯，「獄囚誣指平人」律載：

> 若（本囚無誣指平人之意）官吏鞫問獄囚，非法拷訊，故行教令誣指平人者，以故入人（全）罪論。

雷夢麟注：「官司不坐加誣者，以其托於獄囚之口而非自誣之也。」[69]另外，雇人誣告也是以受雇者為誣告人，雇主「無重罪之理，依有事以財行求科斷」（順治、雍正律小注），或照「詐教誘人犯法」律處與同罪（乾隆元年〔1736〕例）。[70]刑部的修正在本質上是撕去了原先法條觀念的面紗，不過由於嘉慶 6 年例仍堅持慫恿之人按與同罪處理，規定雇人誣告的乾隆元年例也仍然存在，因此，刑部的修改只是部分修正，並不徹底。

至於「詐教誘人犯法」律，單純就律而論，此律之適用不可脫離捕告求賞和陷害目的，不可能成為教令犯的通則性規定，不過令人注意的是，戴炎輝還曾提出以下佐證：

> ①凡雇人誣告者……照設計教誘人犯法律，與犯法人同罪。（「教唆詞訟」律乾隆元年例。）
>
> ②教誘頂凶者，與犯人同罪。（「有事以財請求」律嘉慶六年例。）
>
> ③若以他骨暗埋，豫立封堆，偽說蔭基，審係恃強佔葬者……將教誘之地師均照「詐教誘人犯法」律分別治罪。（「發塚」律雍正十二年例。）
>
> ④本犯雇人作法架刑者……並究出代為架刑之人，照詐教誘人犯法與犯人同罪律，至死減一等。（「禁止師巫邪術」律乾隆五年例。）
>
> ⑤欲圖分贓，慫令夥竊，比照教誘人犯法律，與賊同罪。（嘉慶

68 明．馮孜撰，明．劉大文輯，《大明律集說附例》（東京，東京大學東洋文化研究所藏明萬曆 19 年〔1591〕博州劉氏刊本）卷 7，頁 56。

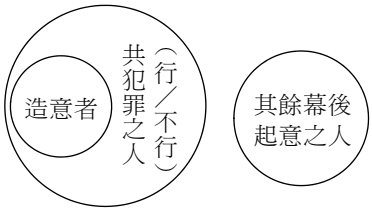
69 《大清律例》冊 4，卷 36，頁 539；《讀律瑣言》卷 28，頁 537。

70 王宏治、李建渝點校，《順治三年奏定律》（哈爾濱，黑龍江人民出版社，2002）卷 22，頁 362；《大清律例根原》卷 93，頁 1497。這種法觀念和親手犯觀念不同，只是對團體成員範圍進行了限定，並未否認共同實行犯罪本身的存在，多人共同誣告則仍可成立共犯罪，如「發塚」律附例規定：「貪人吉壤……勾引匪類，夥告夥證，陷害無辜，審明，將為首者照誣告人死罪未決律杖一百、流三千里，為從各照誣告為從律科斷。」《大清律例》冊 3，卷 25，頁 428-429。

二十四年案。）[71]

但是，②未提「詐教誘人犯法」律，④與教令犯無關，⑤是慫令，和教令犯與「詐教誘人犯法」律均直接關聯的只是①③。關於①，據前述順治、雍正律小注，雇主本非教令犯，此例為重懲而設，薛允升（1820-1901）云：「此條因律內小注專罪受雇之人，雇人誣告者反得輕減，殊未允協，是以定有此例……惟照教誘犯法一體同罪，究未盡允協。」[72]至於③，地師並非皆處與同罪，「發塚」律乾隆 53 年（1788）例載：「凡盜葬之人……其唆令盜葬之地師、訟師，與本犯一體治罪。」[73]都是地師唆令，卻「科罪不同」。[74]因此，五處引文仍無法說明「詐教誘人犯法」律的通則性。

細觀教令犯理論，它的劃分標準僅是實行與否，既忽略了造意者在犯意歸屬上的特殊性，又無視時人法觀念對犯罪主體的限定。前文已指出，「身雖不行」在清律中適用廣泛，行與不行只是量刑因素，絕非造意者成立與否的關鍵。「教唆詞訟」律和「詐教誘人犯法」律反映出來者，有的幕後原謀之人之所以不是造意者，並非因為他們不行，而是或因在事實上與夥犯本非一心同體，或因在評價上受時人法觀念的限定而不被歸入共犯罪之中。由此可見，教令犯反倒才是律例擴張處罰的對象。



71 戴炎輝，〈清律に於ける共犯〉，頁 331。

72 清・薛允升著述，黃靜嘉編校，《讀例存疑重刊本》（5 冊，臺北，成文出版社，1970）卷 40，頁 1021。

73 《大清律例》冊 3，卷 25，頁 430-431。

74 《讀例存疑重刊本》卷 31，頁 742。

三、本文的觀點

（一）團體責任觀下的犯罪主體及不行之造意者的性質

前文兩章節的討論已經表明，用當今刑法學通說理論解釋不行之造意者的做法並不可行，不行之造意者既不是教唆犯，也不是形式或實質實行共同正犯，只有被學界敬而遠之的共謀共同正犯（**草野的共同意思主體說**）才能勉強進行說明。其實，恰恰是草野的共同意思主體說可以提供重要啟示：看待共犯罪的視角除了個人責任觀，還應納入團體責任觀。

德國 19 世紀初的刑法學者斯特貝爾（Christoph Karl Stübel, 1764-1828）曾深刻指出，犯罪是行為（Handlungen），是導致外部感覺世界發生變動（Veränderung）的行為（Thaten）。[75]近現代刑法的教唆犯、形式或實質共同正犯理論對違法且有責的犯罪行為及其主體的把握，其實建立在個人責任觀上，認為犯罪行為是獨立、自由、平等的個人之行為，作為犯罪主體的個人，只要沒有責任阻卻事由，就要為自己的違法行為承擔罪責。「教唆犯又稱造意犯」與「造意者以實行為原則」兩說都拘泥於個人責任觀，前者片面抓住犯意之引起，過於強調「引起他人犯罪」，而忽視了造意者本身所具有的實行性、犯意歸屬上的特殊性；後者執泥於造意者個人的實行性，在繼續忽視犯意問題的同時，還無視了時人法觀念因素對行為主體範圍劃分的影響。這兩種將近現代法觀念直接代入古代法律研究的做法，忽略了清律在共犯罪上所存在的另外可能性，注定了其內部會有一個又一個特例、矛盾、不足的出現，難以令人信服。

實際上，正如森田成滿指出的，在共犯罪上，清律是團體責任，犯

75 山口邦夫，《一九世紀ドイツ刑法学研究——フォイエルバハからメルケルへ》（東京，八千代，1979），頁 99-100。

罪主體是由各犯罪人形成的「一心同體」之團體，而不是個人。[76]因此，共犯罪不是今日所言「違法是連帶的，責任是個別的」，而是「違法是團體的，責任也是團體的」。共犯罪是團體所犯，各犯罪人具體的刑罰不過是團體責任依量刑因素而存於犯罪行為內部的二次分配，「首從罪名各別」是在責任二次分配時才會考慮的問題。只有從團體主義的角度，我們才能更清楚地解釋前述「老幼廢疾收贖」律、「教唆詞訟」律、「詐教誘人犯法」律以及所有「身雖不行」規定的存在：①犯罪的主體是團體本身，無需每個成員皆實行，甚至無需像實質實行共同正犯那樣考慮犯罪支配力、對實行所起的作用，僅憑教唆、幫助（包括單純的共謀）即可是團體成員，任一成員的實行視為團體的實行；②七歲以下之人和造意者均屬同一犯罪團體，被教令者的實行視為團體整體的實行，在團體責任的二次分配時，考慮到被教令者「少智力」，只歸責於造意者；③出名誣告之人和幕後原謀之人在本質上屬於同一犯罪團體之中，只是由於時人在誣告犯罪上存在特殊的法觀念，幕後原謀之人被排除在犯罪團體之外，而刑部對律文的修正使得原法觀念的面紗被部分撕去，幕後原謀之人回歸到了造意者的本質；④以陷害為目的的教誘，在本質上無法使教誘人和被教誘人形成一心同體、同心同德的犯罪團體，因此教誘人不是造意者。

不過，在如何把握犯罪團體上，筆者和森田的觀點不同。森田認為，一心同體之團體的存在，關鍵在於共謀，也就是說，在不存在共謀的場合，不可能存在犯罪團體。[77]但這樣一來便無法解釋「老小廢疾收贖」律：九十以上、七歲以下之人皆「少智力」，不可能進行共謀，卻也和造意者形成犯罪團體，成立共犯罪。其實，雖然在個別犯罪中，的確是不共謀則便不是共犯罪，如「典雇妻女」律的嘉慶 6 年例載：

> 將妻妾作姊妹……若瞰起程，中途聚眾行兇，邀搶人財者，除實犯死罪外，餘俱發近邊充軍。媒人同謀邀搶者，同罪；若僅止知情媒合，並未同謀邀搶，照將妻妾作姊妹嫁人律減一等，杖九十；

76 森田成満，〈清代刑法に於ける共同犯罪〉，頁 2-3。
77 森田成満，〈清代刑法に於ける共同犯罪〉，頁 5-8。

不知者，不坐。[78]

但是，從整體上來看，清律並不要求所有犯罪中的共犯罪人均參與共謀。以「謀殺人」律的「從而加功者」為例，乾隆 2 年（1737）發生的陳萼薦等謀殺陳會成一案，陳長輝並未與謀，僅臨時被誘幫助捆縛。對於此案，署理廣東巡撫王謩所奏題本認為：

查律載：謀殺人從而加功者絞監候。此必與造意者共定陰謀詭計而又助毆重傷者，方與律符。今陳長輝並未與謀，且先既力行勸阻，後雖幫捆，又為陳萼薦誘令所致。若依謀殺為從律擬絞，似屬情輕法重。然律例內又無原未與謀助毆，先曾勸阻，臨時幫捆作何問罪正條。

刑部卻對此反駁道：

查律載：謀殺人從而加功者絞監候。並未分晰必預謀加功方行擬絞，其不預謀而臨時加功者得從末減。今陳萼薦等起意欲將陳會成淹死，陳長輝雖未與謀，但臨時幫同捆縛，即為從而加功……陳長輝應照謀殺人從而加功律擬絞監候。

考慮到陳會成怙惡不悛，陳萼薦已經擬抵，陳長輝又勸阻在前，刑部認為：「陳長輝照謀殺人從而加功律減一等，杖一百、流三千里。」皇帝認可了刑部的觀點。[79]同時，我們必須注意，團體成員雖不必非要共謀，但至少需事前知情。仍以「謀殺人」律為例，乾隆 16 年（1751）發生的鄧奕中等謀殺鄧科太一案中，鄧亞二和陳長輝不同，並不知鄧奕中等殺人之謀，只在鄧科太被捆毆時幫按其兩腳，以為是要「捆縛送官」，在鄧科太被捆縛後便先行回家。最終，廣東巡撫蘇昌與刑部均認為，鄧亞二應僅依「威力制縛人」律擬以杖責：「鄧亞二合依「威力制縛人，下手之人減一等」律，杖七十，折責二十五板。」[80]

無需共謀但需事前知情這一點，還可以解釋臨時被逼犯罪之人也屬共犯罪的現象。例如，據乾隆 5 年（1740）駁案，李二欲謀殺李廷枚，喝令李三幫同按腳，李三被認定如下：

78 《大清律例彙輯便覽》卷 10，頁 12。

79 以上引文見清．同德、李治運，《成案續編》（東京，東京大學東洋文化研究所藏清乾隆 20 年〔1755〕同心堂刊本）卷 6，頁 67-73。

80 《駁案匯編》卷 20，頁 381。

將李三改依謀殺緦麻以上尊長已殺律擬斬立決，並聲明：該犯先未與謀，因伊兄嚇逼勉從按腳，其造意之李二已經正法，李三情尚可原……將李三改擬斬候。[81]

誠然，考慮到「詐教誘人犯法」律以及必要共同犯罪的存在，森田主張的犯罪成員須「有為實現犯罪結果而通力協作的同一方向的意思之共有」，這種看法不無道理。[82]至於行的問題，綜觀清律，除「謀反大逆」律這樣的少數條文有「但共謀者，不分首從（已、未行），皆淩遲處死」的規定外，大多數均應是團體中至少一人行，才可稱之成立共犯罪，正如沈之奇所言：「律無謀而不行之文，蓋謀本隱蔽秘密之事，若尚未行，即無憑據，故不著其法。」[83]同時，犯罪團體的存在受造意者所造犯意制約，造意者或隨從者超過原犯意範圍的犯行，常常不被視為原團體所為，例如，「強盜」律載：「若竊盜臨時有拒捕及殺傷人者，皆斬……因盜而奸者，罪亦如之……共盜之人，不曾助力，不知拒捕、殺傷人及姦情者，（審確）止依竊盜論。」又如，「殺一家三人」律小注載：「若本謀殺一人而行者殺三人，不行之人，造意者，斬……以臨時主意殺三人者為首。」[84]

綜上，本文認為，我們在確定犯罪團體的存在時，在整體上，不必拘泥於共謀，應著眼於事前知情，著眼於為實現犯罪結果而通力協作的同一方向的意思之共有。犯罪團體的成立受到造意者原所造犯意的制約，該團體雖不必每一成員均行，但通常需至少一人行。造意者就是這樣的一心同體、同心同德之犯罪團體的犯意最初提出者，是該團體一員，當它不行時，也就是不行之造意者。雖然都是團體責任，但終究亦不能照搬草野的共同意思主體說。

81 清．馬世璘，《所見集》（東京，東京大學東洋文化研究所藏清乾隆 46 年〔1781〕再思堂刊本）卷 26，頁 199-200。

82 森田成満，〈清代刑法に於ける共同犯罪〉，頁 5。

83 《大清律例》冊 3，卷 23，頁 223；《大清律輯註》卷 19，頁 655。

84 《大清律例》冊 3，卷 26，頁 269、497。

（二）不行之造意者與幕後原謀之人的關係

上文在討論教令犯時，已經提及了不能成立不行之造意者而只能成立共犯罪團體外部的幕後原謀之人的兩種情況，而圍繞著對兩者關係的探究，筆者想要藉此解決兩個問題：第一，是否還存在不行之造意者和隨從兩方不是一心同體、同心同德的其它情況？第二，是否還存在受到與「教唆詞訟」律相類似的法觀念限制的其它情況？

關於第一個問題，從筆者搜得史料來看，答案是肯定的。不只是「詐教誘人犯法」律的教誘人利用被教誘人，若隨從者以造意者所造之意為掩蓋而實現自己另外犯罪意圖的，也不是一心同體、同心同德。除前文提及的實行過限，再就是造意者打擊錯誤的情況。「戲殺誤殺過失殺傷人」律載：「謀殺、故殺人而誤殺旁人者，以故殺論（死者，處斬。不言傷，仍以鬥毆論）。」對下手者來說，對象錯誤和打擊錯誤皆有可能。「因謀而誤者，或在昏夜，或因錯認，或加毒於飲食而誤進。」[85]本律原為造意者誤殺旁人而設，若是隨從者誤殺旁人，嘉慶 6 年以前存在爭議。[86]為彌補律文漏洞，立法者在嘉慶 6 年制定條例，首句規定如下：

> 謀殺人以致下手之犯誤殺旁人，將造意之犯擬斬監候；下手傷重致死者，杖一百、流三千里……如下手之凶，另挾他嫌乘機殺害，並非失誤者，審實將下手之犯照謀殺人本律擬斬監候。其造意之犯，照謀殺人未傷律擬徒。[87]

本例沒有用「以故殺論」，斬監候既是謀殺之刑，亦是故殺之刑。故殺是

---

85 《大清律例》冊 3，卷 26，頁 523；《大清律輯註》卷 19，頁 691。

86 有認為造意者依「謀殺」律處斬（即謀殺既遂的造意者），下手致死者依本律以故殺處斬的。有認為造意者依「謀殺」律處滿徒（即謀殺未遂的造意者）；下手致死者依本律以故殺處斬候的。也有認為造意者比照「鬥毆及故殺人」律加等擬軍，下手致死者依「鬥毆及故殺人」律處絞候的。此外，司法實踐認為，若姦夫起意謀殺本夫，姦婦聽從下毒而誤殺旁人，姦夫可依本律以故殺處斬候，姦婦可依「因奸謀殺本夫」例處斬決（即謀殺未遂）。以上觀點分別見《鼎鐫大明律例法司增補刑書據會》卷 8，頁 12；《大清律輯註》卷 19，頁 692；《大清律例根原》卷 79，頁 1273-1274；《內閣大庫檔案》，登錄號 117779。

87 《大清律例根原》卷 79，頁 1277；《讀例存疑重刊本》卷 34，頁 856。

「臨時有意欲殺，非人所知」，清律多是「以下手者為首」。[88]因此，本例實際上修正了律文，轉以謀殺而非故殺論。[89]在旁人被殺上，若下手者是對象錯誤或打擊錯誤，仍成立共犯罪，造意者仍為首；若下手者不是錯誤，則不成立共犯罪。

關於第二個問題，至少存在一種情況。「官員襲廕」律載：

> 若庶出子孫及弟侄不依次序，攙越襲廕者，杖一百、徒三年……若將異姓外人乞養為子，瞞昧官府，詐冒承襲者，乞養子杖一百、發邊遠充軍……他人教令（攙越、詐冒）者，並與犯人同罪。[90]

刑部《按語》言：「教令……俱兼攙越、詐冒二項。言與同罪者，若教令攙越……即同攙越之罪；若教令詐冒……即同詐冒之罪。」[91]本律所言為真正身分犯，攙越、詐冒之人在犯罪前，須各自有庶出子孫及弟侄、乞養子身分。若是外人買襲，買襲人是比照本律處理。[92]由於某成員有身分並不代表團體本身即能也有身分，因此有身分者和無身分者間難以就真正身分犯成立犯罪團體。只是「他人」的範圍並不清晰，就字詞而論，有身分者教令有身分者似乎亦是與同罪，若果真如此，當是律文將犯罪主體限定在「有身分且自己攙越、冒襲」中。

綜觀清律，似還有第二種情況，必須加以辨析。「有事以財請求」律嘉慶 19 年（1814）例載：

> 奸徒得受正兇賄賂，挺身到官頂認……教誘頂凶者，與犯人同罪。[93]

本例「與同罪」指向不明，實踐中認識不一，有認為是與頂凶之人同罪

88 《大清律例》冊 3，卷 26，頁 511；《大清律例根原》卷 79，頁 1274。

89 筆者未見到該年立法說明原件，只查到有關移會，參見《內閣大庫檔案》，登錄號 150224。薛允升曾從故殺的角度對本例做過長篇批判，但是，如果我們不以從故殺而從謀殺角度來看，本例並無不可之處。與薛允升同時代的律學家亦有認同本例者：「律貴誅心，若非原謀者起意殺人，為從者亦無從誤殺。故嚴懲首惡而量列明條。」兩種不同立場分見《讀例存疑重刊本》卷 34，頁 853-856；清．姚潤撰，清．胡璋增輯，《大清律例刑案新纂集成》（東京，早稻田大學圖書館藏清同治 10 年〔1871〕刊本）卷 25，頁 92。

90 《大清律例》冊 2，卷 6，頁 471-472。

91 《大清律例根原》卷 21，頁 313。

92 本律附例載：「凡世職將乞養異姓與抱養族屬疏遠之人用財買囑冒襲，及受財將官職賣與同姓或異姓人冒襲，已經到部襲過者，冒襲之人並保勘之官……其異姓買襲之人，比照乞養子冒襲律，發邊遠充軍。」《大清律例》冊 2，卷 6，頁 475-476。

93 《大清律例彙輯便覽》卷 31，頁 29-30；《大清律例根原》卷 95，頁 1526。

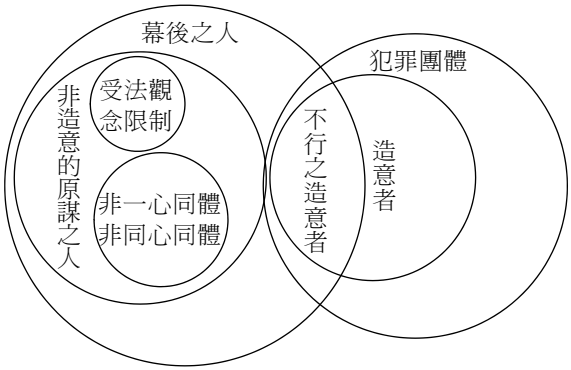
的，如同治 8 年刑部說帖所載厲明淋一案中，厲均憘囑令厲明淋頂凶，便是被處與厲明淋同罪；也有認為是與正兇同罪的，如道光 21 年（1841）關雙當一案中，關雙當之父關汶宇教誘關洛兒為關雙當頂凶，便是被處與關雙當同罪。[94]據《大清律例根原》，本例源自「稱與同罪」律下的乾隆 32 年（1767）例，[95]該條例文沒有提到教誘之罪，但促使例文形成的乾隆 20 年（1755）、27 年（1762）奏議卻對有關情況進行了提示。乾隆 20 年，因為缺少律例規定，福建按察使劉慥「奏請將設謀授意覓人認凶，已說合過付，並受賄頂凶之人贓在一百二十兩以下者，俱照故出入人死罪未決減等，各杖一百、流三千里。」但刑部卻認為：「設謀授意之訟棍應照教唆詞訟與犯人同罪，至死減一等擬流，其說合過付及受賄頂凶，計贓論罪，均應照枉法贓律科斷，應將所奏毋庸議。」乾隆 27 年，福建按察使曹繩柱（1702-1763）再奏：「頂凶之案，直省所未曾有而惟閩省有之，假令枉斷縱凶，實為人心風俗之害，且此等件多由正兇設謀授意，央人說合過付，非盡由於訟棍之教唆。」請求嚴定正兇賄買之法。[96]從這兩道奏議可看出，由於沒有專門規定教誘頂凶之罪的條例，司法實踐往往是比附而斷，只不過在具體比附哪一條律例的問題上，刑部和地方

94 《點校本刑案匯覽全編．刑案匯覽續編》卷 27，頁 1226-1227；清．楊士驤，《例學新編》（東京，東京大學東洋文化研究所藏清光緒 32 年〔1906〕上海明溥書局刊本）卷 13，頁 18。

95 例文原文如下：「奸徒得受正兇賄賂，挺身到官頂認，致脫本犯罪名者，不計贓數多寡，俱照本犯徒流斬絞之罪一例全科。其行賄之本犯，除罪應立決者毋庸另議外，其原犯應入情實者，擬為立決；應入緩決者，秋審時擬入情實；如原犯軍流等罪，照軍流脫逃改調例從重治罪；徒杖以下，按律各加一等。代為說合過錢者，減一等，不計贓科罪。如有子犯罪而父代認，其子除罪應立決者毋庸另議外，如犯應斬侯絞候者，俱擬以立決；軍流徒杖，各照例遞加。」《大清律例》冊 1，卷 5，頁 402-403。薛允升認為，嘉慶 19 年例中的教誘之人「即說事過錢之人也」。但是乾隆帝諭旨明言：「蓋從中說合係指案內本無關涉，徒與犯人通信說合之人而言。」下文所引乾隆 27 年奏議也說：「以設謀授意之訟棍應照教唆詞訟與犯人同罪，至死減一等擬流，其說合過付及受賄頂凶，計贓論罪，均應照枉法贓律科斷。」可見「說合過錢」並非專指教誘之人，亦可只是尋常居間幫助之人。相關引文分見《讀例存疑重刊本》卷 41，頁 1043；中國第一歷史檔案館編，《乾隆朝上諭檔》（18 冊，北京，檔案出版社，1991）冊 11，頁 615。

96 清．官纂，《上諭條例》（東京，國立公文書館藏清嘉慶〔1796-1820〕初年江蘇布政使司刊本）冊 105，頁 68-71；清．曹繩柱，〈奏請酌量更定頂凶人犯條例事〉（乾隆 27 年 4 月 18 日），「朱批奏摺」，《宮中全宗》（北京，中國第一歷史檔案館藏），檔號：04-01-01-0257-025。

按察使司看法不同。嘉慶 6 年，這條乾隆 32 年例增入「教誘頂凶者，照教誘人犯法律，與犯人同罪」一句，但是教誘之人未必果真有害人之意，有可能只是為了搭救正兇而與頂凶者「交易」而已，該條規定仍有比附的色彩，就算不是比附，也只不過是「詐教誘人犯法」律的提示性規定。因此，嘉慶 19 年例「教誘頂凶者，與犯人同罪」一句，不單獨構成本文所關心的「第二種情況」。



以筆者目前所見，「特殊法觀念」似乎僅是教唆誣告、攙越冒襲這樣的極少數例子。乾隆 55 年以後，「教唆詞訟」律已得到很大程度修正，而攙越冒襲所體現的身分犯的成立問題，根本上要依該身分性質而論，相關論述已超出本文論旨，筆者計畫另撰專文探究。不論如何，上文所舉的「戲殺誤殺過失殺傷人」律、「官員襲廕」律的相關例證仍足以表明，像「詐教誘人犯法」律、「教唆詞訟」律所提示的非造意的原謀之人不是孤立存在的。通過史料，我們大致可以就不行之造意者和幕後原謀之人的關係做出如下判斷：共犯罪的主體是據原謀之人倡謀而形成的一心同體、同心同德的犯罪團體，該團體的成員不必人人均行，通常只需部分人行。造意者身居此團體之中，造意者不行就是不行之造意者。就躲在幕後的原謀之人而言，不行之造意者僅是其中的一部分。如果幕後原謀之人因法觀念限制或因和夥犯並非一心同體、同心同德從而被排除在犯罪團體之外，則此時的幕後原謀之人就不是不行之造意者。當然，本文並不否認犯罪團體之外的這些幕後之人和犯罪團體之間不是共同犯罪關

係，只是本文的關注點是「共犯罪分首從」律所言「共犯罪」，是分首從的、有造意隨從關係的共犯罪而已。實際上，恰如戴炎輝指出的，這些「共犯罪」在清律上是狹義上的共同犯罪，那些犯罪團體以外的幕後之人的參與則是廣義上的共同犯罪。[97]

四、結語

對於中國法律史研究而言，共同犯罪的相關議題不僅不可回避而且又是相當重要的。由於共同犯罪本身具有相當的複雜性和綜合性，因此它可以在相當大範圍與程度上檢驗既有學說觀點的合理性。「教唆犯又稱造意犯」和「造意者以實行為原則」兩學說的矛盾與不足已經表明，直接將近現代刑法理論代入中國法律史研究的做法非常值得商榷。清律上共犯罪的法觀念基礎是團體主義，違法是團體的，責任也是團體的，個人責任只是團體責任在團體內部的二次劃分。因此，考察不行之造意者的性質，應該置於該觀念之下進行。同時，探究其與幕後原謀之人的關係時，也應從犯罪團體成員與非犯罪團體成員之區分上入手，而不是表面上的行與不行，更不是字面上的一般與特例。

對於當今刑法學來說，對清律不行之造意者等共犯罪現象的探究也絕非身外之事。恰如寺田浩明指出的，我們現今所擁有的法概念是貧乏的，除了西方近現代法律之外，我們簡直不知道其它類型的法律到底實質內容為何。[98]有時候，法概念的貧乏會限制人們的視野，乃至阻礙理論實踐的進一步發展，上世紀對日本學界產生較大困擾的共謀共同正犯現象就是一例。而對中國法律史有關問題的深入探究，將使得我們得以站在一個與西方近現代法律迥異的視角去深入探究問題，這也將是中國法律史可為刑法學研究做出自己貢獻的獨特方式。

97 戴炎輝，〈清律に於ける共犯〉，頁 291-292。
98 寺田浩明，《中國法制史》（東京，東京大學出版會，2018），頁 4-5。

徵引文獻

一、文獻史料

唐．房玄齡等，《百衲本晉書》，北京，國家圖書館出版社，2014，影印百衲本。

唐．長孫無忌等撰，岳純之點校，《唐律疏議》，上海，上海古籍出版社，2013。

明．王樵私箋，明．王肯堂集釋，《大明律附例》，東京，東京大學東洋文化研究所藏明萬曆 40 年（1612）序刊本。

明．彭應弼，《鼎鐫大明律例法司增補刑書據會》，東京，國立公文書館藏明崇禎（1628-1644）刊本。

明．馮孜撰，明．劉大文輯，《大明律集說附例》，東京，東京大學東洋文化研究所藏明萬曆 19 年（1591）博州劉氏刊本。

明．雷夢麟，《讀律瑣言》，北京，社會科學文獻出版社，2007，影印明嘉靖 42 年（1563）歙縣知縣熊秉元刊本。

明．鄭繼芳等編訂，《大明律集解附例》，東京，國立國會圖書館藏明萬曆 39 年（1611）浙江等處巡撫高舉刊本。

明．應檟，《大明律釋義》，上海，上海古籍出版社，1996，影印明嘉靖 31 年（1552）廣東布政使司刊本。

清．全士潮、張道源等纂輯，何勤華、張伯元、陳重業等點校，《駁案匯編》，北京，法律出版社，2009。

清．吉同鈞撰，閻曉君整理，《大清律講義》，北京，知識產權出版社，2017。

清．同德、李治運，《成案續編》，東京，東京大學東洋文化研究所藏清乾隆 20 年（1755）同心堂刊本。

清．朱軾、常鼐等纂修，《大清律集解附例》，收於《四庫未收書輯刊》輯 1 冊 26，北京，北京出版社，2000，影印清雍正 3 年（1725）內府刊本。

清．李瀚章等，《大清律例彙輯便覽》，東京，早稻田大學圖書館藏清同治 11 年（1872）湖北讞局刊本。

清．沈之奇撰，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》，北京，法律出版社，

2000。
清．沈書城撰，清．王又槐增輯，《清律例彙纂》，京都，京都大學附屬圖書館藏清乾隆 58 年（1793）刊本。
清．官纂，《硃批諭旨》112 冊，北京，中國國家圖書館藏清乾隆 3 年（1738）內府刊本。
清．官纂，《上諭條例》，東京，國立公文書館藏清嘉慶（1796-1820）初年江蘇布政使司刊本。
清．阿桂等纂，《大清律例》6 冊，北京，中華書局，2015，影印清乾隆 55 年（1790）武英殿刊本。
清．奕劻等，《欽定大清現行刑律》，收於故宮博物院編，《故宮珍本叢刊》冊 333，海口，海南出版社，2000，影印清宣統 2 年（1910）鉛印本。
清．姚潤撰，清．胡璋增輯，《大清律例刑案新纂集成》，東京，早稻田大學圖書館藏清同治 10 年（1871）刊本。
清．孫綸，《定例成案合鐫續增》，東京，東京大學東洋文化研究所藏清康熙 58 年（1719）刊本。
清．秦瑞玠編，《新刑律釋義》，上海，商務印書館，1912。
清．馬世璘，《所見集》，東京，東京大學東洋文化研究所藏清乾隆 46 年（1781）再思堂刊本。
清．楊士驤，《例學新編》，東京，東京大學東洋文化研究所藏清光緒 32 年（1906）上海明溥書局刊本。
清．薛允升著述，黃靜嘉編校，《讀例存疑重刊本》5 冊，臺北，成文出版社，1970。
《內閣大庫檔案》，臺北，中央研究院歷史語言研究所藏。
「朱批奏摺」，《宮中全宗》，北京，中國第一歷史檔案館藏。
中國第一歷史檔案館、中國社會科學院歷史研究所編，《乾隆刑科題本租佃關係史料之二：清代土地佔有關係與佃農抗租鬥爭》，北京，中華書局，1988。
中國第一歷史檔案館編，《雍正朝漢文硃批奏摺彙編》40 冊，南京，江蘇古籍出版社，1991。
中國第一歷史檔案館編，《乾隆朝上諭檔》18 冊，北京，檔案出版社，1991。
王宏治、李建渝點校，《順治三年奏定律》，哈爾濱，黑龍江人民出版社，2002。

高漢成主編，《《大清新刑律》立法資料彙編》，北京，社會科學文獻出版社，2013。
郭成偉主編，《大清律例根原》，上海，上海辭書出版社，2012。
黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》2 冊，臺北，元照，2010。
楊一凡、尤韶華整理，《點校本刑案匯覽全編》（《刑案匯覽》、《續增刑案匯覽》、《新增刑案匯覽》、《刑案匯覽續編》）15 冊，北京，法律出版社，2007。

二、近人研究

（一）中文

林山田，《刑法通論》，臺北，作者自印，2008 增訂十版。
張明楷，《刑法學》，北京，法律出版社，2016。
張建、俞小海，〈教唆犯中實行過限的認定問題研究〉，《政治與法律》1，上海，2012，頁 143-154。
畢利幹（Anatole A. Bilquine）口譯，時雨化筆述，鄭永寧訓點，《訓點法國律例》，東京，日本司法省，1882，東京，國立國會圖書館藏。
陶安，〈中國傳統法「共犯」概念的幾則思考〉，《華東政法大學學報》2，上海，2014，頁 47-54。
閔冬芳，《清代的故意殺人罪》，北京，北京大學出版社，2015。
戴炎輝，《中國法制史》，臺北，三民書局，1966 初版，1979 修訂版。
戴炎輝，《唐律各論》，1965 初版，臺北，成文出版社，1988 增訂版。
戴炎輝編著，戴東雄、黃源盛校訂，《唐律通論》，1964 初版，臺北，元照，2010 二版。

（二）日文

ボアソナード（Gustave Émile Boissonade de Boissonade），《刑法草案註解》東京，國立國會圖書館藏 1879 年寫本。
曲田統，《共犯の本質と可罰性》，東京，成文堂，2019。
佐伯千仞，《刑法の理論と体系》，東京，信山社，2014。
山口邦夫，《一九世紀ドイツ刑法学研究——フォイエルバハからメルケル

へ》，東京，八千代，1979。
寺田浩明，《中國法制史》，東京，東京大學出版會，2018。
滋賀秀三，〈唐律における共犯〉，收於氏著，《清代中国の法と裁判》，東京，創文社，1984，附錄，頁 385-401。
小野清一郎，〈唐律に於ける刑法総則的規定〉，《國家學會雜誌》52：4，東京，1938，頁 451-475。
森田成満，〈清代法に於ける同謀共殴致死事案の処罰の仕組み〉，《星薬科大學一般教育論集》26，東京，2008，頁 15-36。
森田成満，〈清代刑法に於ける共同犯罪〉，《星薬科大學一般教育論集》27，東京，2009，頁 1-20。
西田典之，《刑法総論》，東京，弘文堂，2019。
草野豹一郎，〈教唆の未遂と共謀に因る共同正犯〉，《法曹時報》2，東京，1950，頁 20-35。
草野豹一郎，《刑法要論》，東京，有斐閣，1956。
戴炎輝，〈清律に於ける共犯〉，《國家學會雜誌》85：5／6，東京，1972，頁 291-366。
中村義孝編譯，《ナポレオン刑事法典史料集成》，京都，法律文化社，2006。
島田聰一郎，《正犯・共犯論の基礎理論》，東京，東京大學出版會，2002。
藤木英雄，〈共謀共同正犯の根據と要件（一）〉，《法学協會雜志》78，東京，1962，頁 585-627。
陶安あんど，〈唐律共犯概念再考——大陸法的な理解から英米法的な理解へと視点をかえて〉，《法制史研究》59，東京，2009，頁 147-161。
平野龍一，《刑法　総論 II》，東京，有斐閣，1975。
律令研究會編，滋賀秀三譯註，《譯註日本律令五（唐律疏議譯註篇一）》，東京，東京堂，1999。
鈴木喜右衛門編，《孛和袖珍字書》，東京，東京學半社，1872，東京，國立國會圖書館藏。

Reconsidering the "Person Who Formulates the Plan but Does Not Commit the Criminal Act" in the Qing Code: Reflecting on the Theory of Complicity in Chinese Legal History

CHENG Shi*

In the Qing Code, the article distinguishing principals and accessories in joint crimes (*gongfanzui fen shoucong* 共犯罪分首從) divides the crimainals into the person who formulates the plan (*zaoyi* 造意) and the accomplices (*suicong* 隨從). This contains a unique legal philosophy. In modern criminal law theory, instigators and principal offenders are determined based on personal responsibility. The existing research on Chinese legal history thus tries to explain complicity in premodern law according to this thesis, that is, from the perspective of personal responsibility. This produces two representative theses, namely "the instigator is the person who is called *zaoyi*" and "in principle, the person who is called *zaoyi* should commit the criminal act." However, these principles do not fully explain the phenomenon of the person who formulates the plan but does not commit the criminal act in Qing law. Moreover, they are not unproblematic. The scholarly world should change its approach and rethink the phenomenon of complicity in premodern law from the perspective of group rather than personal responsibility. In Qing law, the nature of the person who formulates the plan but does not act and his (or her) relationship with the mastermind who hides behind the scenes should be considered in terms of group responsibility. From this vantage point, the person who formulates the plan

* Master's Student of Legal History, School of Law, Tianjin Normal University.

but does not act is a member of a criminal group with a single mind and a single intention. Moreover, he (or she) first proposed the criminal intention. Not all the masterminds who hide behind the scene are the people who formulate the plan but do not act. Some of them are not members of a criminal group, either because they are not of a single mind and intention with the other people in the group, or because legal concepts place them outside the criminal group.

Keywords: *Qing Code* (*Da Qing lüli*), formulator of a crime (*zaoyi zhe*), mastermind behind the scenes, complicity, group responsibility