

两次鸦片战争期间禁烟的困境

——以“重治吸食”为中心的考察

王 宏 斌

摘 要：两次鸦片战争期间，清政府的禁烟政策遇到内外两种阻力：一方面，英国政府极力庇护中国沿海地区的鸦片走私贸易，企图劝诱中国官员承认鸦片贸易合法化；另一方面，贩卖鸦片利益集团、受贿的不法官吏、鸦片吸食者和各级行政司法官员构成来自中国内部四种禁烟运动的阻力。在此背景之下，《查禁鸦片烟章程》对鸦片吸食者判处死刑的条款在执行过程中难以得到有力贯彻，禁烟运动也因此逐渐形成“明禁暗弛”的局面。从实施效果看，主张用死刑对付吸食者的建议并不完全可取，而反对“将食烟之人拟以死罪”，主张慎刑并以“常例治之”的看法则有一定合理性。

关键词：鸦片战争 禁烟 查禁鸦片烟章程 重治吸食

道光、咸丰朝的禁烟运动是中国近代史上的重大事件，有关研究成果相当丰富。关于第一次鸦片战争之前的毒品走私情况，史学界比较关注毒品输入量与白银外流之间的关系，以及白银外流引起的国内贵金属减少和银钱比价的波动情况。有学者根据格林堡（Michael Greenberg）《鸦片战争前中英通商史》（*British Trade and the Opening of China, 1800-1842*）一书所披露查顿—马地臣洋行（Jardine, Matheson & Co.）账本等英文资料，对于马士《中华帝国对外关系史》（*The International Relations of the Chinese Empire*）中的统计数据进行了补充和修正。^① 有学者查阅更多资料，并对相互矛盾的数据进行了仔细研究，得到的数据更加接近史实。^② 还有学者通过对近代中国不同时期毒品输入情况的对比分析，认为毒品输入对于中国社会经济的破坏作用十分严重和复杂，仅局限于白银外流、银钱比价发生波动是远远不够的。^③

① 李伯祥、蔡永贵、鲍正廷：《关于十九世纪三十年代鸦片进口和白银外流的数量》，《历史研究》1980年第5期；刘鉴唐：《鸦片战争前四十年间鸦片输入与白银外流数字的考察》，《南开史学》1984年第1期。

② 吴义雄：《鸦片战争前的鸦片贸易再研究》，《近代史研究》2002年第2期；龚缨晏：《鸦片的传播与对华鸦片贸易》，北京：东方出版社，1999年；连东、程慧：《学界关于英印鸦片输华数量分歧之原委》，《历史教学》2010年第1期。

③ 王宏斌：《乾嘉时期银贵钱贱问题探源》，《中国社会经济史研究》1987年第2期；《论太平天国时期银价下落问题》，《近代史研究》1987年第6期；林满红：《银线：19世纪的世界与中国》，南京：江苏人民出版社，2011年，第62—85页。

学界历来重视第一次鸦片战争前的禁烟运动研究，在林则徐收缴鸦片与虎门销毁方面发表大量研究成果，同时围绕 1838 年的禁烟大讨论，有学者认为当时存在“严禁派”和“弛禁派”的对立。^① 有学者认为并不存在“弛禁派”，当时参与讨论的 29 位将军和督抚无一不赞成禁烟，只是在对待吸食者是否采用重刑方面存在一些不同看法。^②

第二次鸦片战争后，鸦片贸易合法化问题也是关注的热点，但由于现存中文档案资料甚少，当事者又没有留下笔记资料，因此相关论著大多语焉不详，甚至被误以为清朝官员迫于兵饷筹集压力而主动解除了禁令。^③ 针对这一问题，笔者在英国议会文件中发现，从 1841 年 2 月 26 日巴麦尊（Palmerston）训令乔治·懿律（George Elliot）促使中国解除鸦片禁令开始，直到 1858 年 11 月 8 日中英两国代表签署《中英通商章程善后条约：海关税则》，正式承认鸦片贸易合法化为止，英国的这一外交图谋历经 18 年最终实现。^④

那么，在两次鸦片战争期间（1842—1858），禁烟政策是否得到了继续贯彻和执行？尤其是《查禁鸦片烟章程》在实施过程中遇到哪些问题？是什么原因导致这场轰轰烈烈的禁烟运动半途而废？这些问题至今尚未引起讨论。本文主要利用档案资料，试图从刑法学角度，以历史学方法对于上述问题加以探讨。

一、两次鸦片战争期间“明禁暗弛”局面的形成

由于史籍记载简略，档案资料整理公布不久，史学界对于两次鸦片战争期间清廷的禁烟政策缺乏深入研究。这一时期清廷是否继续坚持既定的禁烟政策？1839 年 6 月 15 日公布的《查禁鸦片烟章程》在第一次鸦片战争结束后是否得到贯彻和执行？需要借助系统的档案资料加以研究。

晚清时期有一个有趣的现象，即奏报打击毒品犯罪较多的年份通常就是禁烟运动达到高潮时期，禁烟运动的成效与禁烟文件的数量基本成正比。应当说，打击毒品犯罪奏折数量的多与少，反映了清政府对于毒品犯罪重视程度的变化。下表统计情况与上述现象基本一致。

1842—1859 年奏报毒品犯罪文件情况统计表

年份	贩卖	吸食	种植	其他	总数	年份	贩卖	吸食	种植	其他	总数
1842	11	10	0	4	25	1851	10	4	3	1	18
1843	4	14	1	0	19	1852	0	1	0	0	1
1844	1	11	0	0	12	1853	3	0	0	2	5
1845	2	0	0	0	2	1854	5	9	1	2	17

① 吴雁南主编：《中国近代史纲》上册，福州：福建人民出版社，1982 年，第 12 页；林增平编：《中国近代史》，长沙：湖南人民出版社，1979 年，第 30 页；沈毅：《“弛禁派”新议》，《辽宁大学学报》1985 年第 3 期。

② 酆永庆：《有关禁烟运动的几点新认识——从档案记载看鸦片战争期间的禁烟运动》，《历史档案》1986 年第 3 期；吴义雄：《关于一八三八年禁烟争论的再探讨》，《福建论坛》1985 年第 6 期；王宏斌：《禁毒史鉴》，长沙：岳麓书社，1997 年，第 102 页。

③ 郭卫东：《不平等条约与鸦片输华合法化》，《历史档案》1998 年第 2 期；胡维革：《论鸦片贸易合法化对近代中国社会的影响》，《东北师大学报》1988 年第 3 期；傅娟：《19 世纪中英鸦片贸易合法化探析》，《四川师范大学学报》1996 年第 2 期。

④ 王宏斌：《从英国议会文件看英国外交官关于鸦片贸易合法化的密谋活动》，《世界历史》2010 年第 3 期。

续表

年份	贩卖	吸食	种植	其他	总数	年份	贩卖	吸食	种植	其他	总数
1846	1	10	0	0	11	1855	1	2	0	2	5
1847	2	1	0	0	3	1856	0	4	1	0	5
1848	5	8	0	0	13	1857	0	3	0	0	3
1849	2	8	1	1	12	1858	0	2	2	0	4
1850	2	9	0	4	15	1859	0	1	2	0	3

说明：以上数据系笔者根据国家清史工程网络中心公布的道光、咸丰年间相关录副奏折和朱批奏折整理而成。

由上表可以看出，1842—1850年平均每年有12件犯罪文件，1851—1859年平均每年只有7件。在查阅的173件奏折中，奏报吸食鸦片的最多，有97件；其次是奏报贩卖鸦片的，有49件；奏报种植罂粟的最少，只有11件；讨论综合性毒品犯罪的有16件。由于存在多件奏折报告的是同一案件的现象，173件奏折所记录的毒品案件只有94起，这与当时全国实际存在的贩毒、吸毒和种植罂粟犯罪人数相比，相差悬远。1842年以后，毒品犯罪的奏折数量越来越少，显然不是毒品犯罪越来越少的反映，而是清政府禁毒力度逐渐减弱的结果。

就各地区破获的案件来看，京师与盛京两地数量最多，合计44起，接近全国破获毒品案件的47%，这说明禁烟政策在京师和盛京得到较好的坚持。在18年中破获毒品案件较多的是直隶、福建和贵州三省，各有6起；其次是山西省，破获4起；江苏、浙江、安徽、江西、河南、广东、广西、新疆等八省区，各为2—3起；吉林、山东、湖北、云南和西藏等五省区，各有1起；除蒙古情况比较特殊之外，四川、湖南、陕西、甘肃和黑龙江等五省竟然没有破获一起毒品案件。^①无论是有所查获还是无所查获的省区，破获的毒品案件数与严重的毒品犯罪形势相比，存在着巨大反差，可以说成效甚微。

（一）种植。从1842年到1859年，涉及禁种的公文共11件。在这些公文中，讨论禁种措施与弛禁政策的有9件，奏报违法种植罂粟案的只有2件。

第一个案件发生在1840年4月12日，署天台知县高振宛在潘家畹发现村民朱泳丁、杨士覆种植罂粟，旋即派人铲除并先后拿获抗拒者36人，种植罂粟1人，共计37人。由于中英战争，此案审理推迟两年多。主犯杨士覆、杨人截、杨士彩、朱甫升、朱泳品、杨兴业、杨庆三等先后死于狱中，其余人按照抗拒情节轻重，分别判处徒流、杖责等刑罚。^②这一案件发生于第一次鸦片战争期间，超出本文讨论范围。

第二个案件发生在1851年6月26日，在盛京发现有人在菜园种植若干畦罂粟，已到收浆、制作鸦片之时。案犯杜继耀在被捉拿后，对于私种罂粟，收割鸦片图利罪行供认不讳。盛京将军奕兴认为，私种罂粟的风气不可开，必须加以严惩。^③

在朱批和录副奏折中，1842—1859年私种罂粟被查获的案件事实上只有这一件。这能否说明两次鸦片战争期间栽种罂粟现象很少发生呢？事实上，这一时期，栽种罂粟不仅在许多地方开始流行，而且在一些省区达到一定规模。1851年，湖广道监察御史汤云松在奏折中指出：“裁

① 在五省之中，四省均有鸦片流毒比较严重的记载，唯黑龙江缺乏资料。因此，笔者认为，这五省区在18年间没有鸦片问题的奏报，属于非正常现象。

② 《浙江巡抚刘韵珂奏为奸民私种罂粟不遵铲除逞凶拒捕事》道光二十三年二月十三日，朱批奏折，档号：04—01—01—0814—046，中国第一历史档案馆藏。

③ 《盛京将军奕兴奏为拿获栽种罂粟花制造鸦片烟人犯杜继耀等人送部审办事》咸丰元年八月十八日，录副奏折，档号：03—4586—010，中国第一历史档案馆藏。

种罂粟虽奉明禁，而滇黔、四川、浙江温台各郡久已连畦成亩，栽种熬膏。近闻直隶之顺德、甘肃之平凉有种植，则是年终结报，已成具文。”^① 这些省区的各级官吏对于违法种植罂粟视而不见。

（二）贩卖。两次鸦片战争期间，查获贩运鸦片案件 37 起，涉及的朱批和录副奏折共 49 件。第一次鸦片战争前，参与沿海鸦片走私活动的中国人大致分为三类：不法商人、匪徒和放纵走私的兵弁；两次鸦片战争期间，中国贩毒者分为七类：商民、举人生员、宗室觉罗、文官、喇嘛、兵弁和匪徒。^② 两个时期相比，后期参与毒品贩运人员的身份更加复杂，社会地位越来越高，既有皇族成员和文官，又有举人、生员和喇嘛。^③

1. 宗室良浩贩卖鸦片案。1853 年 8 月 5 日，在怀远关查获贩卖鸦片案，犯人为宗室良浩，系正蓝旗索明阿管下，属于闲散宗室。贩毒者赵润自天津走私鸦片三包，计 120 余两，准备出售。良浩得知此事，起意转售获利，遂与赵润议定每两售价京钱二千文。正在交易时被查获，人证、物证俱在，良浩供认不讳。^④

2. 知县刘彬贩卖鸦片案。刘彬，曾任河南嵩县知县，缘事勒令致休。1850 年 10 月 12 日夜晚失盗。事发后，刘彬报案，称家中洋银、首饰等贵重物品失盗。知县派人先后缉获夏八三等 12 名匪徒，起获烟土一百余两，还有烟具、包金翡翠手镯等物件。提讯犯人供词，与事主所报两歧。经南昌府知府再次审理，夏八三供称：伊与刘彬家人饶兴经常在一起。道光三十年九月间，饶兴跟随刘彬自广东回来，告诉伊，刘彬带回烟土，准备销售，嘱其代为寻觅买主。夏八三当面应允，起意盗劫。遂于九月初八日（10 月 12 日）夜间，纠集王日洸等三人，进入刘彬寓所，抢得烟土、烟具并手镯等物，并未抢有洋银或其他首饰。^⑤

3. 侯官举人杨熙元贩卖鸦片案。据贩卖鸦片主犯杨阿律供称：道光三十年秋间，听说青州人林文文等受雇“夷人”，包送货物，每月可得洋银十二元，遂修造剥运船两只，冒认侯官举人杨熙元为同宗。十二月间，杨阿律得知五虎门口外寄泊有夷人鸦片船，乃与杨熙元合谋，购买烟土三十余个，藏在船内。咸丰元年二月间，杨阿律在偷运洋人货物途中，与林文文等人发生争斗。是案经福建知府、知县两次审理得实：杨熙元冒认杨阿律为同宗，并为其非法行为提供庇护，复与杨阿律起意贩卖鸦片，应照贩卖鸦片未成条例，拟流放边疆充当苦差。^⑥

在巨大利益驱使下，皇族、官吏、举人、生员等纷纷加入贩毒行列，从而致使鸦片流毒越来越严重，禁毒政策陷入困境。

（三）吸食。两次鸦片战争期间，查获吸食鸦片案件 51 起，涉及公文 97 件。这是本文探讨的重点。针对全国吸食鸦片形势，1850 年广西巡抚周天爵作了这样的描述，“洋烟之祸，毒流天

① 《湖广道监察御史汤云松奏为现拟绞监候人犯于情法未尽允协请变通禁烟章程事》道光三十年十二月十五日，录副奏折，档号：03—4016—064，中国第一历史档案馆藏。

② 1851 年 6 月 27—28 日，京师破获天津惯匪锅盖王老贩卖案，缉获贩卖、吸食鸦片人犯多人。事见《巡视中城御史联福、吴若准奏为拿获匪棍贩烟人犯王老等并起获鸦片烟具等物请交部审讯事》咸丰元年六月初四日，录副奏折，档号：03—4586—007，中国第一历史档案馆藏。

③ 其中，皇族 2 起，文官 4 起，举人生员 3 起，喇嘛 1 起，兵弁 1 起，商民 24 起，匪徒 2 起，共计 37 起。

④ 《盛京将军奕兴奏为宗室良浩贩卖鸦片请送盛京刑部审办事》咸丰三年八月初三日，录副奏折，档号：03—4569—016，中国第一历史档案馆藏。

⑤ 《江西巡抚陆应谷奏为前任嵩县勒休知县刘彬贩卖烟土提讯狡展请革职审办事》咸丰元年六月二十日，录副奏折，档号：03—4086—108，中国第一历史档案馆藏。

⑥ 《闽浙总督裕泰奏为审拟侯官举人候选教职杨熙元等人贩卖鸦片一案事》咸丰元年八月初二日，录副奏折，档号：03—4586—011，中国第一历史档案馆藏。

下,几成积重难返之势。通计天下,有不吸食之官,而鲜不食之眷属;有不食之眷属,而无不食之劣幕;间有不食之幕友,而无不食之书役。以致上行下效,闾阎之集镇开烟馆者不知凡几。通计天下所费数倍于天下之正赋矣”。^①江西学政张芾于1850年6月20日指出,“银价之所以日昂者,由于出洋者愈多。乃中外皆讳言其事,地方有司从未认真查办,江河日下,伊于胡底?不知内地苟无吸食之人,则来源不遏而自绝,何所顾忌,而不为严禁。况蚩蚩之氓,莫非朝廷赤子,忍令其陷溺不返忽(乎)?宜申明旧禁,严惩吸食”。^②这说明鸦片泛滥是由于各级官员不作为造成的,即“地方有司从未认真查办”。同一年,礼科给事中黄兆麟指出:“十年以来,各省地方官讳疾忌医、因噎废食,凡遇吸食鸦片之案,概置不办。现今流毒愈深,陷溺愈甚。各省自督抚以至州县衙门,内而幕友、家丁,外而书吏、胥役,类皆食烟之人。官员则司道以上者,吸食尚少。至若厅州县吸食者十居三四,佐贰、杂职者十居七八……至各省营弁、兵丁,类皆沉溺于烟者,兵力不强,实坐此弊。”^③“凡遇吸食鸦片之案,概置不办”,这既是鸦片弛禁现状的一种真实写照,又是对于“各省地方官”禁烟态度的高度概括,值得重视。1852年,通政使罗惇衍在其奏折中也明确指出,地方官对于鸦片吸食者之所以“置之不问”,^④乃是道光皇帝对于鸦片吸食者有怜悯之心,“不忍勾决”的结果。1855年,河南布政使英瑛对于鸦片流毒现状进行了分析,在他看来,鸦片之所以无法禁止,是官吏“互相容隐”的结果。“惟用法过严,转致互相容隐。”^⑤

由上可知,两次鸦片战争期间清廷的禁烟政策最初得到了贯彻,打击各种毒品犯罪的《查禁鸦片烟章程》得以继续执行。^⑥但随着时间的推移,禁烟运动越来越松弛,禁烟法规的执行越来越困难,很快形成明禁暗弛的局面。在道光、咸丰之际分析鸦片流毒现状时,所有官员的奏折都认定地方官在此方面不作为。张芾认定“地方有司从未认真查办”,黄兆麟说地方官“凡遇吸食鸦片之案,概置不办”,罗惇衍谴责地方官“遂竟置之不问”,英瑛强调这种“明禁暗弛”局面的形成在于“互相容隐”,这四位官员的看法不约而同,都是对官场禁烟态度的真实描述。

两次鸦片战争期间的禁烟运动遇到内外两种阻力:一种来自外国的干扰,另一种来自中国内部的抵制。外国的干扰是指英国政府一方面极力庇护鸦片在沿海地区的走私贸易,另一方面极力劝诱中国官员承认鸦片贸易合法化。参与逼迫中国政府承认鸦片贸易合法化的英国官员中,既有英国首相(巴麦尊),又有英国外交大臣(阿伯丁、曼兹伯利、克勒拉得恩);既有英国驻华公使、商务监督(璞鼎查、德庇时和包令),又有英国驻广州、厦门和上海领事官(李太郭、阿礼国和沙利文)。由此可知,逼迫清朝官员承认鸦片贸易合法化是英国政府既定并一贯坚持的

① 《周天爵奏为敬陈饬禁鸦片等管见事》道光三十年八月初四日,录副奏折,档号:03—2856—050,中国第一历史档案馆藏。

② 《江西学政张芾奏请严禁鸦片讲求海防并参劾咸龄劣迹折》道光三十年五月十一日,中国第一历史档案馆藏编:《鸦片战争档案史料》第7册,天津:天津古籍出版社,1992年,第972页。

③ 《礼科给事中黄兆麟奏为敬陈禁烟保甲等管见事》道光三十年十一月二十五日,录副奏折,档号:03—2856—037,中国第一历史档案馆藏。

④ 《通政使罗惇衍奏请禁食鸦片烟事》咸丰元年十一月二十六日,录副奏折,档号:03—4586—014,中国第一历史档案馆藏。

⑤ 《河南布政使英瑛奏请重收鸦片烟税事》咸丰五年七月初三日,录副奏折,档号:03—4395—068,中国第一历史档案馆藏。

⑥ “拿获龚益计等三十九名,鸦片烟土十六挑,计重一万七千余两,并枪炮刀杆等件。”(《贵州巡抚乔用迁奏为遵旨督饬并护送官兵赴广西出境日期及拿获兴贩鸦片烟犯事》道光三十年十月二十五日,朱批奏折,档号:04—01—01—0846—009,中国第一历史档案馆藏)

对华外交方针和政策。^① 中国内部的抵制来自四个方面：一是贩卖鸦片利益集团，二是鸦片吸食者，三是接受鸦片商人贿赂的官吏，四是“各省地方官”。其中，最大的阻力应是各省地方官，“凡遇吸食鸦片之案，概置不办”的一致消极抵制态度。

比较国际国内两种阻力，两次鸦片战争期间，西方列强对于清廷的内政影响力有限，除1856年的“亚罗号事件”之外，在禁烟问题上没有发生一宗重大交涉案件。如果说在通商口岸查处大宗鸦片贩运活动，可能会遇到外来势力的干扰，而在通商口岸以外的广大内陆地区则很少遇到这种阻力。这一时期，不仅外国公使馆尚未进入京师，领事馆也很少在内地设立，中国的司法主权在内地也未遇到外部力量的较大挑战。在内陆地区查禁种植、贩运和吸食鸦片尚未遇到外国的阻力。禁烟运动之所以出现“明禁暗弛”的局面，主要阻力来自国内。

二、“重治吸食”的困境

仔细研究两次鸦片战争期间国内禁烟的四种阻力，笔者认为，贩卖鸦片利益集团、鸦片吸食者和接受鸦片商人贿赂的官吏，这三种阻力是显而易见的，任何时期的禁烟运动都会遇到，是一种普遍的历史现象。只要国家行政、司法机关坚决贯彻禁烟政策，采取有效措施加以打击，这三种阻力就会被有效压制和削弱。

英国东印度公司控制鸦片走私贸易时期，首先通过贿赂官员和负责查缉的水师兵弁，使鸦片走私活动免于查缉；然后，通过在广州设立的大小窑口把鸦片批发出去，再由中国的不法商人雇佣人员将鸦片运输到消费地。英国东印度公司特许状停止之后，英印散商成为鸦片走私贸易的主力军，他们继续通过广州代理人，使用快船把鸦片运输到中国沿海地区，交给中国鸦片商人，再由中国走私商人把鸦片转运到目的地。“闽越之民自富商大贾以至网鱼拾蚌、椎埋剽劫之徒，逐其利者不下数十万人。”^② 有的鸦片商贩纠合土匪，携带武器，强行通过关卡。“经过州县，目睹凶顽，莫可如何。缘此辈暴横性成，利之所在，罔恤身家，且声气相通，稍有衅端，一呼百诺，蜂屯蚁聚，恃众抗官。”^③ 两次鸦片战争期间，走私贩运方式亦是如此。如“上海县至苏州府一带，有匪徒贩卖鸦片，连樯载运，络绎不绝，各船带有火枪火炮，兵役畏其人多势横，不敢查拿。”^④ 鸦片走私者为了获取高额利润，“罔恤身家”；海关人员、查缉兵弁以及与走私贸易有关的官员在鸦片商贩的贿赂下对于鸦片走私贸易大都视而不见。没有受贿官员的放纵，也就没有鸦片禁令的虚设；没有中国鸦片走私商的猖獗活动，也就没有鸦片流毒在内地的严重泛滥。至于鸦片吸食者，一旦吸食成瘾，就难以自拔。不顾禁令和法规，千方百计购买和吸食毒品。

第四种阻力，也是当时最大的一种阻力，即各省地方官对待禁烟的消极抵制态度，这是两次鸦片战争期间禁烟运动的特有现象，是本文考察的重点。首先需要探讨“重治吸食”的法律规定。

《查禁鸦片烟章程》规定：“（一）吸烟人犯，均予限一年六个月，限满不知悔改，无论官

① 王宏斌：《从英国议会文件看英国外交官关于鸦片贸易合法化的密谋活动》，《世界历史》2010年第3期。

② 徐继畲：《禁鸦片论》，《松龛先生全集》卷1，台北：文海出版社，1977年影印本，第8页。

③ 抑吾：《罂粟》，沈云龙辑：《中和月刊史料选集》，台北：文海出版社，1970年，第203页。

④ 《著两江总督壁昌等严查究办苏州一带匪徒武装贩卖鸦片事上谕》，马模贞主编：《中国禁毒史资料》，天津：天津人民出版社，1998年，第239页；军机处随手登记档，道光二十五年五月初九日，档号：03—0134—0925—127，中国第一历史档案馆藏。

民，概拟绞监候；（一）平民吸烟，在一年六个月内者，拟杖流；如系旗人，销除旗档，一体实发；（一）在官人役并官亲幕友等，一年六个月内，在署吸烟者，照平民加一等治罪；该管官知情故纵者，革职；失察者，降调；（一）职官吸烟，在一年六个月内者，发新疆充当苦差；（一）兵丁吸烟，在一年六个月内者，发近边充军；该管官知情故纵者，革职；失察者，分别议处。”^① 这是中国历史上惩罚吸毒者最严厉的条款。对于吸毒者采用死刑，在世界史上也是罕见的。从立法精神来看，这一规定毫无疑问体现了清政府从严、从重打击吸食鸦片犯罪行为的精神，即“重治吸食”。

从刑法学上讲，“重治吸食”积极作用在于抑制吸食者再次犯罪的冲动，遏制潜在犯罪动机。但是，其威慑力毕竟有限，不能过分依赖和迷信。“重治吸食”的消极作用是，可能导致吸食者与行政、司法机关的对抗，不仅驱使吸食者产生对抗性的行为反应，而且模糊司法的公正标准，使司法的公信力受到质疑。

按照《查禁鸦片烟章程》规定，以道光二十年十二月初五日为准，对待吸食鸦片者有两种刑罚：一是在一年半限期内，根据吸食者的身份，判处不同的刑罚；二是“无论官民，概拟绞监候”。现存档案对于这两种情况均有所反映。在一年半限期内，各地查获的吸食鸦片烟犯人数，尤其是判刑情况，并无确切记载。档案提供了十余例吸食鸦片“官犯”案件的刑罚执行情况。

李明恩，任江西大庾县知县，在寓所吸食鸦片，被查获。“照职官限内吸食鸦片烟例，拟发新疆充当苦差。道光二十一年闰三月到戌，派船工，交省差。道光二十六年四月顶补厂船额缺，咨部，奉准在案，扣至本年四月，二年差满，例减戌限三年，连到戌年限，合计十年期满。”按照惯例，伊犁将军萨迎阿于1848年6月12日奏请道光皇帝，说明李明恩当差期满，可以释放。道光皇帝认为，李明恩未当苦差，不得援例减戌三年。朱批：“再留三年。”^②

邱指南，安徽太和汛把总，因吸食鸦片被查获，又因未指出卖膏之人，“照贩卖为从例，应杖一百，徒三年。系职官，加一等治罪，例应杖一百，流二千里，从重，发往新疆先当苦差。道光二十二年四月顶补铅厂额缺，咨部，奉准。二年差满，例减戌限三年，扣至道光二十八年七月，连减免年限，十年期满。”经伊犁将军萨迎阿奏请，释回。^③

刘玉麒，原任浙江乌程县南浔巡检，属于试用未入流人员，因患胃疼病，吸食鸦片烟，经浙江巡抚参奏、审拟，复由刑部核议，刘玉麒合依买食鸦片烟，不将贩卖人指出例，应杖一百，徒三年，以职官加一等治罪，拟杖一百，流二千里，奏请从重，发往新疆效力赎罪。“于道光二十年九月二十一日到戌，扣至本年九月二十一日，十年期满。”乌鲁木齐都统毓书摘录当事人犯事缘由，奏请释放。^④

从上述三个事例来看，“杖一百”、“徒三年”、“流二千里”、“发往新疆当苦差”、“十年期满”，这些综合性的刑罚规定对于吸食鸦片的官员来说已经相当严厉了。然而，由于不是死刑，便能够比较顺利地执行。这与限期之外对于鸦片吸食者难于执行绞刑情况恰成鲜明对比。

① 《清宣宗实录》卷322，“道光十九年五月己亥”，北京：中华书局，1986年，第1045页。

② 《伊犁将军萨迎阿奏为已革江西大庾县知县李明恩吸食鸦片发新疆效力派船共当差期满请旨事》道光二十八年五月十二日，录副奏折，档号：03—4004—003，中国第一历史档案馆藏。

③ 《伊犁将军萨迎阿奏为已革武举署安徽太和汛把总邱指南因吸食鸦片等发新疆效力当差期满事》道光二十八年八月二十八日，录副奏折，档号：03—4004—018，中国第一历史档案馆藏。

④ 《乌鲁木齐都统毓书奏为原浙江南浔巡检刘玉麒吸食鸦片发新疆效力十年期满请释回事》道光三十年五月初八日，录副奏折，档号：03—4004—109，中国第一历史档案馆藏。

1840年底,各省区对于鸦片吸食者无论官员还是平民均开始判处“绞监候”。由于对吸毒者量刑过重,很快就出现了执行困难的情况。1846年9月26日,京师西城御史在宛平破获一起吸食鸦片案。9月30日,奉旨交由刑部审理。

案情如下:道光二十六年二月间,王俊因胃疼,从杨七十九处购买烟枪,开始吸食鸦片。三月,陈寿儿的小舅子赵长青前来投亲,无处存歇,在王俊之子王泰负责管理的茶房暂住,遂与王俊一起吸食鸦片。后来,赵长青病故,遗物中有鸦片烟枪、烟膏,由陈寿儿保存。陈寿儿不久得了便血症,每逢发作,也靠吸食鸦片治疗。王俊、赵长青和陈寿儿等人吸食的鸦片购自杂货店,每次成交量不过数分及一钱,价值京钱二三百文及七八百文不等。杂货店老板张二出售的鸦片是由小商贩冯九如从天津带回的。案内,赵长青已死,冯九如、杨七十九在逃,缉获无期,刑部决定暂时结案。^①

这是一件普通的贩毒、吸毒案,从贩毒者来看,张二充其量只是鸦片零售商,代售的鸦片数量无多(五两鸦片烟膏);从吸毒者来看,王俊、陈寿儿和赵长青都是因患病而吸食。他们的行为不是戕害他人性命、劫夺他人财产的严重犯罪。但是按照《查禁鸦片烟章程》,又必须判处死刑,与“大奸大恶”同一科断,拟“绞监候”,刑罚显然过重。

关三喇嘛吸食鸦片勒索强奸案的发生,足以引起我们对于刑罚过重的反思。关三喇嘛自幼充当延寿寺长命喇嘛,因嫖娼犯案,还俗。后又剃发搬到太平寺别院居住。因患肚痛,购买鸦片烟具和烟膏,吸食成瘾。1853年9月14日,民人姚克祥养子的童养媳金喜被旗人庆喜拐走,关三喇嘛邀集陈幅、陈潏等五人商议,拟将金喜抢出,并趁机向姚克祥勒索。次日,他带领陈幅等人将金喜抢出,送到太平寺。关三喇嘛声称必须交钱一千吊,方可赎回,并奸污了金喜。9月29日,他携带鸟枪、刀杆外出,被庆喜父亲告发,盛京将军遂派人将其缉拿归案。^② 检查例文,“军民人等吸食鸦片烟者,绞监候”;又,例载:“捉人勒索,审无凌虐重情,止图获利,关禁勒索为首,发新疆给官兵为奴;为从之犯,俱发极边足四千里充军”;“诱拐妇人子女为妻妾,知情为首者,发极边足四千里充军;被诱之人减等,满徒。”根据上述案发情节和大清律例有关规定,刑部的判词是:“关三喇嘛,即桑结,除捉人勒索并逼奸、犯奸妇女已成,及私藏抬枪、鸟枪,应拟遣流各轻罪不议外,合依军民人等吸食鸦片烟者绞例,拟绞监候,秋后处决。”^③ 在这一案件中,关三喇嘛可谓恶行累累,无论是霸占、强奸妇女,还是讹诈勒索、私藏军械,均属不法已极,都可判处重刑。然而这些罪名却都赶不上吸食鸦片罪,最后不得不以吸食鸦片罪,从重判处其绞监候。

龚益计聚众武装贩卖鸦片案的判罚结果,也可以与前述京师西城吸食鸦片案形成鲜明对比。1850年11月下旬,兴义知府张瑛查获一起大宗贩卖鸦片案,“拿获龚益计等三十九名,鸦片烟土十六挑,计重一万七千余两,并枪炮、刀杆等件。”龚益计等供称:他与同伙十余人前往广东贩卖鸦片,行至广西大黄江,遇见张亚五、梁阿保等十余人携带鸦片,龚益计等人遂将这批烟土全部盘下,前往越南销售,行至贵州兴义地方,被官兵拿获。龚益计喝令众人拒捕,但很快

① 《刑部尚书阿勒清阿等走为申拟宛平县籍民王俊等吸食鸦片一案事》道光二十六年九月初八日,录副奏折,档号:03—4016—031,中国第一历史档案馆藏。

② 《盛京将军奕兴盛京副都统承志奏为拿获霸留勒索犯奸妇女并吸食鸦片烟人犯太平寺关三喇嘛请送部审办事》咸丰四年正月十八日,朱批奏折,档号:04—01—01—0856—003,中国第一历史档案馆藏。

③ 《刑部尚书德兴赵光等奏为遵议盛京将军等会同申明关三喇嘛吸食鸦片烟勒索逼奸妇女案按例定拟事》咸丰四年十一月初十日,朱批奏折,档号:04—01—01—0856—063,中国第一历史档案馆藏。

被官兵制服。^①按照《查禁鸦片烟章程》：“收买烟土，尚未出售贻害者，为首发极边烟瘴充军，为从杖一百，流三千里；”又，“大夥兴贩鸦片烟，聚众持械，未经拒捕之首犯拟绞监候，为从发极边烟瘴充军；”“兴贩鸦片烟，知情受雇之船户，半年以内，杖一百，徒三年”。因此，龚益计应按“大夥兴贩鸦片烟，聚众持械，未经拒捕之首犯拟绞监候，秋后处决”；郑带计等10人，“听从夥买烟土，尚未转售，罪至拟流”；陆家鹏等12人各带铜炮、鸟枪、刀杆，贪利护送鸦片，“照为从减等，罪止满徒均合依大夥兴贩鸦片烟，聚众持械，未经拒捕，为从，发极边烟瘴充军。”程宵计等16人，“知情受雇，挑送烟土，即与船户无异，为时未及一个月，均合依兴贩鸦片烟知情受雇之船户，半年以内，杖一百，徒三年。”程阿生等10人在官兵查拿时，胆敢持械拒捕，应照律加拒捕罪二等。“各于满徒上加二等，杖一百，流二千五百里，到配折责安置。”^②应当说，这是一起重大的团伙武装贩毒案，涉及犯罪人数多达40余人，参与的人犯各得应有惩罚。如此重大案件，判处死刑的只有首犯龚益计一人。^③而前述京师西城普通吸食鸦片案，死罪人数竟然达到4人。二者相较，轻罪重罚，重罪轻罚，禁吸与禁贩的法律失衡现象已经相当严重。

就法理来说，刑罚过轻，可能无法保障法律的权威性和公众利益，而为了威慑犯罪，刑罚过重则可能影响法律的公正性。刑罚过重往往导致罪与刑失衡现象。脱离犯罪行为本身的性质和危害程度一味强调严刑峻法，既违背法律公正性的要求，又影响刑罚效益的最佳发挥。脱离犯罪行为本身的性质和界限的重刑，不仅不能有效遏制犯罪，反而会造成罪犯与国家的严重对抗，妨碍对罪犯的感化和矫正，使民众对于残忍感到麻木，削弱民众对法律的支持和尊重，破坏刑罚应有的效果。^④

对于鸦片吸食者判处死刑，从《查禁鸦片烟章程》开始实施时，道光皇帝便认为不妥。1841年8月6日，刑部尚书王鼎、赛尚阿面奉谕旨：“本年朝审，吸食鸦片烟人犯，另为一本进呈，请旨。”1842年8月28日，刑部尚书李振祐与左侍郎柏葰又面奉谕旨：“所有京外吸食鸦片烟人犯，另为一本进呈，请旨。以后著为年例。”是年10月7日，刑部尚书阿勒清阿又面奉谕旨：“嗣后秋朝审，吸食鸦片烟人犯，著另缮清单，先期专折具奏，请旨。著为年例。”^⑤清代国家机关对于死刑犯的复审分为两种：朝审和秋审。朝审是复审刑部在押的死刑犯，秋审是复审各省上报的死刑案件。审判官的组成是相同的，都是各部院的长官。以上三道谕旨的下达，意味着皇帝对于判处死刑的“烟犯”另案处理。

在现存档案中，我们看到另案处理的吸食鸦片“烟犯”奏折是从1843年开始的。是年9月7日，刑部尚书奏报了朝审和秋审的情况，并将“官犯”和“常犯”分别列出清单，奏报皇帝，请求缓决。

朝审一名官犯。绞犯张际垣，系革职把总。刑部清单：“因在海口防堵，感受潮湿，染患痔疮，嗣与武大会遇，谈及，武大答称：亦曾患过痔疮，系用鸦片烟灰熬水薰洗后，又吸烟数次，

① 《贵州巡抚乔用迁奏为督饬严防并护送官兵赴广西出境日期及拿获兴贩鸦片烟犯事》道光三十年十月二十五日，朱批奏折，档号：04—01—01—0846—009，中国第一历史档案馆藏。

② 《贵州巡抚乔用迁奏为审拟龚益计等兴贩鸦片烟一案事》咸丰元年正月二十五日，录副奏折，档号：03—4586—001，中国第一历史档案馆藏。

③ 通过这一团伙武装贩毒案惩罚过轻可见，京师西城吸食鸦片案犯的惩罚过重，导致法律实践轻重失衡。

④ 刘霜：《刑法基本原则问题研究》，开封：河南大学出版社，2006年，第129—130页。

⑤ 《刑部尚书阿勒清阿等奏为遵将秋审案内吸食鸦片官犯张际垣先期具奏事》道光二十三年闰七月十四日，录副奏折，档号：03—4016—011，中国第一历史档案馆藏。

病始痊愈。并将余剩烟灰烟土送与试验。该犯先用烟灰熬水薰洗，未效。因希图赶紧医痊，起意将烟土熬膏吸食，病渐轻减。嗣该犯痔疮复发，取出烟土煎熬，即被获。案：职官犯死罪，秋审，例入，情实。惟系因病吸食鸦片烟，谨开具该犯张际垣犯事节略，恭候钦定。”^① 同日，刑部提供的朝审烟犯清单为 9 人，秋审烟犯清单为 15 人，道光皇帝御批全部缓决。

从 1841 年到 1858 年，每年刑部都要按照这一惯例专折奏报当年朝审、秋审案件中的吸食鸦片“烟犯”情况，按照官犯、常犯和宗室人犯三类分别列出清单，并开具简明节略，说明各个“烟犯”的犯案因由。在阅读“烟犯”的节略时，看不到关于死刑犯“罪有应得”等字样，大都是该犯因病吸食鸦片，事实明确，是否缓刑，恭请皇帝钦定。虽是客观描述，但却流露出刑部官员在情理与法律之间犹豫不决。从历年清单来看，秋审鸦片“烟犯”越来越少，有时一年只有一起，甚至没有。按照清朝刑罚规定，各省死刑案件必须咨报刑部核定，吸食鸦片者一经发现即处以绞监候，必须咨报刑部。因此可以认定，朝审、秋审中的吸食鸦片“烟犯”就是当年定案的全部鸦片吸食者。这与黄兆麟的看法完全一致，“十年以来，各省地方官……凡遇吸食鸦片之案，概置不办。”

需要引起关注的，不仅仅是查获的吸食鸦片人数越来越少，更重要的是对“烟犯”的缓决问题。到 1844 年 12 月，经过朝审、秋审的贩卖、吸食鸦片人犯，已经有 50 余人缓决三次以上，因无成案可以援例减刑，刑部尚书阿勒清阿等人于 1845 年 2 月 2 日奏请准其一体减为流刑。奉旨：“刑部片奏：现在查办减等，内有照新例办理人犯，可否一体减流，等语。著俟缓决五次，再行奏明，请旨。”^② 此后，每年十二月中下旬，刑部长官均按照这一旨意，奏报当年已经达到五次缓决的“烟犯”名单，照例请求减流。例如，道光二十六年十二月十四日，宗人府宗令多罗定郡王载铨、左宗正和硕睿亲王仁寿、右宗正多罗贝勒绵偲、刑部尚书李振祜、左侍郎庚福、右侍郎斌良等 11 名大臣，联合奏请将已经缓决五次的宗室奕漪等人减刑。^③ 咸丰四年十二月二十一日，刑部尚书德兴、赵光合奏，请求将朝审案内缓决五次的绞刑犯全部减为流刑。^④ 这些请求，照例都会得到皇帝的“准其减流”的批准。

因此，从 1840 年底开始按照《查禁鸦片烟章程》对于吸食鸦片者判处“绞监候”之后，直到 1858 年宣布弛禁鸦片之前，在条例执行期间，没有出现一个因吸食鸦片而被真正执行绞刑的案例。这固然是统治者对于吸食鸦片犯罪者的仁慈，同时也说明对吸食鸦片者判处死刑之刑法过重。一项死刑条款规定针对的是较大的犯罪人群，由于刑罚过重，不仅未能得到民众的理解和支持，也没有得到执行者（各省地方官）的积极执行，甚至其制定者（刑部官员）和批准者（皇帝）也认为不便执行，不得不以因病吸食为由，采用“缓决”办法。最后被迫修改为缓决五次后“准其减流”。终致《查禁鸦片烟章程》形同虚设，“禁之愈严，而卖者愈众，食者愈多。”^⑤

① 《刑部尚书阿勒清阿等奏呈官犯吸食鸦片烟清单》道光二十三年闰七月十四日，录副奏折，档号：03—4016—012，中国第一历史档案馆藏。

② 《刑部尚书阿勒清阿等奏为缓决案内烟犯可否拟准减流事》道光二十四年十二月二十二日，录副奏折，档号：03—4016—024，中国第一历史档案馆藏。

③ 《宗人府宗令载铨等奏为宗室奕漪等吸食鸦片案犯可否减流事》道光二十六年十二月十四日，录副奏折，档号：03—4016—034，中国第一历史档案馆藏。

④ 《刑部尚书德兴赵光奏为查明咸丰四年朝审案内吸食鸦片烟灯乡缓决五次人犯请准减事》咸丰四年十二月二十一日，朱批奏折，档号：04—01—01—0856—064，中国第一历史档案馆藏。

⑤ 《贵州学政黄统奏为收洋烟税开罌粟禁以遏制纹银流出等事》咸丰四年正月二十二日，录副奏折，档号：03—9508—038，中国第一历史档案馆藏。

古今中外大量事实证明,刑罚规定过重,法官便采用各种办法巧妙抵制。例如,中世纪的英国对待偷窃犯,通常按照赃物的价值量,处以相应的刑罚,一旦达到一定数额,便要判处死刑。陪审官则认为刑罚过重,往往采用低估赃物价值的方法,减轻偷窃犯的罪责,从而使过重的刑罚难于执行。“各省地方官”之所以“凡遇吸食鸦片之案,概置不办”,显然是不愿意对鸦片吸食者判处绞刑。

《查禁鸦片烟章程》毫无疑问体现了“重治吸食”的精神。对于吸食鸦片者,不管从当时的执行情况,还是今天来看,都是一个刑罚过重的法律条款。刑罚过重,对于当时的毒品犯罪不仅没有真正起到应有的威慑作用,反而使各级行政司法官员(包括制定者、批准者和执行者)在执行过程中均表示出怀疑,在民众中也丧失了应有的权威。王夫之在总结中国治乱兴衰的历史教训时,明确反对重刑主义,指出:“法愈密,吏权愈重;死刑愈繁,贿赂愈章,涂饰以免罪罟。”刑罚规定应当公平合理,“宽则国敝而祸缓,猛则国竞而祸急。”^①孟德斯鸠指出:“法律过于残酷,反阻碍了法律的实施。如果刑罚残酷无度,则往往反而不处刑了。”^②两次鸦片战争期间,大部分省区的鸦片弛禁状态充分说明了严刑峻法的威慑作用是相当有限的,“重治吸食”的立法陷入执法、司法的困境之中。

三、关于“重治吸食”条款的质疑

1850年2月25日,道光皇帝去世,咸丰皇帝登基,一些官员希望趁机修正既往的禁烟政策,走出“重治吸食”的困境。

通政使罗惇衍看到了“法重而不行”的症结。他认为,当时的鸦片流毒越来越广泛,社会危机愈来愈严重。“今鸦片烟之为祸,蔓延无已,愈溺愈深,其初不过情游无赖之所为耳,继则农工商贾,肩挑背负,亦多染之,且及于仕宦之家,衣冠之族,以迄学校、营伍,类不免焉。不胥而走,几遍环区。本非孝子顺孙,遂相率而入于禽兽之域……其畿辅、中原近者无论已,即远及沈阳、河套、西藏、新疆,无不濡首从之者。”对于道光皇帝缓决鸦片烟犯的初衷,他表示理解:“宣宗悯焉,尽予长系,于每年秋审时另编烟犯一册,不忍勾决,岂非不嗜杀人之明验乎?且先帝不嗜杀人,而予以长系,原为寓宽于严,驱民从善之意。所谓以仁心行仁政也。乃地方官奉行疏懈,以为豢养徒费,牢狱难容,遂竟置之不问。由是吸食者日多一日,悉相习而成风。”^③

他认定道光时期禁烟最大的流弊恰恰就是这种“法重而不行”,严重影响了禁烟法律效力的发挥。提出“其法重而不行,曷若法平而必究”。明确主张谨慎用刑,不尚严峻,“立法必有务持其平”。强调公平是立法必须遵守的原则。建议刑部,“酌减死罪,妥议章程,务须防闲周密。”同时,他强调司法效果在于法律必须得到完全的贯彻和执行,“法平而必究”。“于立法后限定数月,俟其迁革;逾限,则有犯必惩,无稍弛纵。”^④这种观点与意大利刑法学家贝卡里亚

① 转引自栗劲、孔庆明主编:《中国法律思想史》,哈尔滨:黑龙江人民出版社,1983年,第363—364页。

② 孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,北京:商务印书馆,1961年,第88—89页。

③ 《通政使罗惇衍奏请禁食鸦片烟事》咸丰元年十一月二十六日,录副奏折,档号:03—4586—014,中国第一历史档案馆藏。

④ 《通政使罗惇衍奏请禁食鸦片烟事》咸丰元年十一月二十六日,录副奏折,档号:03—4586—014,中国第一历史档案馆藏。

的主张相似,“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”。^①清末民初对于吸食鸦片者规定的刑罚要轻得多,清末规定处以20—500元的罚款,^②民国初年规定处以五等有期徒刑(2个月以上、12个月以内)、拘役,或1000元以下罚金。^③当时的禁烟运动却取得了举世瞩目的成就,得到中外舆论界的一致肯定。^④由此可见,禁烟运动的成效与禁烟法令严峻与否并无必然联系,而是与禁烟法令的有效贯彻密切相关。

湖广道监察御史汤云松也说,各省吸食鸦片的人多的是,各省栽种罂粟的地亩有的是,而各州县官员年年出具“并无栽种贩卖切结”,属于敷衍塞责。难道鸦片可以不翼而飞,不胫而走吗?在他看来,利之所在,人人争趋;法有难禁,习之所成。严禁变为不禁,明禁变为暗弛,贻害无穷。导致这种结果的主要原因是,对于吸食鸦片者概拟绞监候,“于情法未尽允协”。“约束过严”,不仅无法遏制鸦片流毒,反而造成社会混乱。“且职官兵丁一并亲随人役买食,罪名均照平民加等而绞死,上司及本管官弁徇隐不究,均照私罪革职。是约束过严,则挟嫌反噬者有之;查拿太急,则栽赃诬陷者有之。”^⑤

任何背离人类情感的法律,势必遇到强大的阻力,并最终被废弃。河南布政使英桀认为,对待鸦片吸食者刑罚过重,不仅产生了一系列问题,使吏治更加败坏,社会更加混乱,财政更加困难,就连鸦片弛禁本身也是“用法过严,转致互相容隐”的结果。“虽严定科条而积重难返,其弊愈甚,徒为胥役人等依势讹诈。甚或行旅往来,匪徒每持器械,冒充官役,名为查烟,肆行抢劫,盗风日炽,职此之由。盖法令者,胥役、棍徒之所藉以为利,法愈峻用,胥役之贿赂愈丰,棍徒之计谋愈巧……惟用法过严,转致互相容隐。”^⑥

“惟用法过严,转致互相容隐”,是刑罚学上的一种反常现象。“互相容隐”是说人们对于犯罪者不仅不痛恨,不揭发,反而产生了怜悯之心,设法予以保护。过重的刑罚不但不能维护正义,反而会引起人们的反感和憎恨。其野蛮程度甚至超过犯罪本身。“使刽子手变得像罪犯,使法官变得像谋杀犯,从而在最后一刻调换了各种角色,使受刑的罪犯变成怜悯或赞颂的对象。”^⑦

与通政使罗惇衍有所不同,英桀虽然看到了刑罚过重对于禁烟运动自身的危害,但是,他开列的走出困境的方案,则是解除鸦片禁令,允许鸦片进口,征收鸦片关税;采用替代政策,鼓励农民种植罂粟,抵制外国鸦片进口。“惟有各关口一律加重收税,其外洋烟土与内地货物互相关易,内地罂粟听民自种,使外洋烟价日贵,内地烟价日贱。庶免居奇,人皆舍贵就贱,则银两仍在内地流通。银价自平,商民完纳粮课较易,奸商不得把持利权,而宝银无从偷漏,库款日见充盈。”在如何对待鸦片吸食问题上,他主张禁官禁军而不禁民。“嗣后拟请职官吸食者,由该管上司访查明确,即行奏参革职,永不叙用。弁兵吸食者,革退钱粮,不准复充,以存政体……其余平民人等吸食鸦片烟者,率皆游惰无志、不足重轻之辈,似可概置无论。”^⑧英桀的

① 切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第59页。

② 刘锦藻编:《清朝续文献通考》卷55,“征榷二十七”,杭州:浙江古籍出版社,1988年,第8101页。

③ 《法制局拟订刑法草案中之鸦片烟罪》第253条,《政府公报》1912年8月16日。

④ 王宏斌:《清末新政时期的禁烟运动》,《历史研究》1990年第4期。

⑤ 《湖广道监察御史汤云松奏为现拟绞监候人犯于情法未尽允协请变通禁烟章程事》道光三十年十二月十五日,录副奏折,档号:03—4016—064,中国第一历史档案馆藏。

⑥ 《河南布政使英桀奏请重收鸦片烟税事》咸丰五年七月初三日,录副奏折,档号:03—4395—068,中国第一历史档案馆藏。

⑦ 米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,北京:三联书店,2003年,第9页。

⑧ 《河南布政使英桀奏请重收鸦片烟税事》咸丰五年七月初三日,录副奏折,档号:03—4395—068,中国第一历史档案馆藏。

这种看法在第二次鸦片战争后,经过李鸿章等人提倡,成为官方弛禁鸦片的主流观点。

两次鸦片战争期间中国禁烟运动的虎头蛇尾现象,既是外国军事入侵的结果,又是“用法过严”所致。而笔者探究1838年关于鸦片问题的全国大讨论,不仅发现学术界关于“严禁派”与“弛禁派”的划分标准有待商榷,而且似乎可以从实施效果中得到是与非的明确答案。

大讨论中引起争论的是黄爵滋奏折中的一段话:“伏请飭谕各省督抚,严切晓谕,广传戒烟药方,毋得逾限吸食。并一面严飭各府州县,清查保甲,预先晓谕居民,定于一年后,取具五家邻右互结,仍有犯者,准令举发,给予优奖。倘有容隐,一经查出,本犯照新例处死外,互结之人,照例治罪……现在文武大小各官,如有逾限吸食者,是以奉法之人甘为犯法之事,应照常人加等,除本犯官治罪外,其子孙不准考试。”^①当时参与讨论的29名官员中,8人主张“重治吸食”,21人则明确反对。

赞成者认为,“当鸦片未盛行之时,吸食者不过害及其身,故杖徒已足蔽辜。迨流毒于天下,则为害甚巨,法当从严。”“欲令行禁止,必以重治吸食为先”,^②对于吸食者处以死刑,可以起到威慑作用。“似皆有合于大圣入辟以止辟之义,断不至与苛法同日而语也。”^③辟者,刑也。“辟以止辟”,就是“以刑去刑”。“以刑去刑”是先秦时期法家代表人物商鞅的主张。商鞅认为:“行罚,重其轻者,轻其重者,轻者不至,重者不来,此谓以刑去刑,刑去事成。”^④“以刑去刑”是通过从重量刑,使百姓产生畏惧心理而不敢犯法,从而达到不用刑罚的效果。“禁奸止过,莫如重刑”,商鞅的这种思想建立在“人性恶”的认识基础上,夸大了刑罚的预防犯罪功能。秦始皇崇尚严刑峻法,为了世代相传的皇帝基业,全面实践了这个主张,由于刑罚过于严酷,激化了社会矛盾,反而导致其迅速灭亡。^⑤

反对者认为,死罪是对付严重犯罪的,吸食鸦片不是严重犯罪,采用轻刑就可以起到惩戒作用。“凡论罪必须衡情,食烟者非有凶暴害人之心,亦无狂妄悖理之事,不过如酒色过度之自戕躯命耳,而与杀人同科,毋乃过当。”^⑥他们的担心是,“若将食烟之人拟以死罪,而兴贩之犯转从轻典,不特轻重倒置,有失情法之平,且恐吸食者众,诛不胜诛,兴贩者转得贩运如故”。^⑦重罪重罚,轻罪轻罚,刑罚适当,是制定刑法应当遵循的基本原则。如果出现轻罪重罚,重罪轻罚等现象,就违背了刑法的基本原则。

赞成与反对“重治吸食”,二者之间的分歧实质是重刑与慎刑理念的冲突,而不是关于禁烟政策的是非表态,这样的分歧不可作为“严禁派”与“弛禁派”的划分标准。^⑧另外,值得注意

① 《鸿胪寺少卿黄爵滋奏请严塞漏卮以培国本事》道光十八年闰四月初十日,中国第一历史档案馆编:《鸦片战争档案史料》第1册,第156页。

② 《湖广总督林则徐奏为钱票无甚关碍宜重禁吃烟以杜弊端片》道光十八年八月,中国第一历史档案馆编:《鸦片战争档案史料》第1册,第361、360页。

③ 《湖广总督林则徐复奏黄爵滋塞漏卮本之折并酌议禁烟章程六条折》道光十八年五月十九日,马模贞主编:《中国禁毒史资料》,第67页。

④ 《商君书·靳令》,北京:中华书局,2009年。(前人认为“轻其重者”为衍文)

⑤ 栗劲、孔庆明主编:《中国法律思想史》,第123—124页。

⑥ 《贵州巡抚贺长龄奏复塞漏卮培本不应重处吸烟之人而请铸造白铜钱币折》道光十八年五月二十日,中国第一历史档案馆编:《鸦片战争档案史料》第1册,第281页。

⑦ 《山东巡抚经额布奏为塞漏卮培本必先严惩兴贩及贿纵人犯折》道光十八年五月初七日,中国第一历史档案馆编:《鸦片战争档案史料》第1册,第263页。

⑧ 至于在第一次鸦片战争之前,中央或地方是否存在一个真正意义上的“弛禁派”?尽管部分官员有弛禁言论,但据此有限信息,目前仍然难以做出有或无的确切判断。

的是，在一年半限期之后，即两次鸦片战争期间，无论是支持“重治吸食”的督抚，还是反对的封疆大员，在其辖区内对于鸦片吸食者都没有采用严查严打措施。^①湖南巡抚颜伯焘在 1838 年就曾经预言这样的条例，“非特不可行，亦必不能行”。

吸烟者如此其众，立限一年之后，能必其无不断瘾耶！持平论之，断者半，不断者半，此不断瘾者又岂能尽拿之耶。约略计之，不能拿者半，拿者半。今即以得半而论，一省所拿至少亦有数百人，合之各直省所拿，则已有万余人，一概弃市，非常之举，势有难行。及之难行，乃始收回前令，另作变通，是前令已为虚设。而此后之吸烟者心有所恃，必益肆无忌惮。所谓任法者有时而穷也。不但此也，人孰无父母、妻子，一家之中一人犯法，如果情真罪当，其父母、妻子知为法所难容，虽痛切至亲，亦甘心而无他说。若吸烟者置之大辟，拟罪岂可谓当。即使人人服法，俯首就戮，而人人之父母、妻子念及前此吸烟者，未尝蒙此显戮。今一旦斯法创行，适罹其祸。人各有情，谁能隐忍，轻则谤讟沸腾，重则激成事变。亦为势所必至。况一年限满，不断瘾者，其亲属断无自行举发，仍不得不假手官吏，人数过多，搜求过急。彼人人之父母、妻子知其被拿之后，万无生理，势众言庞，互相煽发，既不忍于坐视，势必出于攘争。一哄之市，即查拿而亦不听焉。又将何以为计耶？所谓必不能行者也。^②

这说明对于鸦片吸食者采用死刑，情理与法律失衡，不能孚众，法律难于执行；吸食鸦片者人数众多，若执法的人数少，难于搜查；若派遣大批官兵，搜查过急，难免激成事端，法律执行的成本太高。颜伯焘禁烟之前关于“重治吸食”的预言，同英瑛、罗惇衍和汤云松禁烟之后的分析与总结是一致的。

四、结 语

综上所述，两次鸦片战争期间中国禁烟之所以陷入困境，在很大程度上是由于《查禁鸦片烟章程》难于执行造成的。对于鸦片吸食者拟以绞刑，情理与法律失衡，刑罚过重，不仅在各地执行过程中遇到强大阻力，就连制定者和批准者也认为不便执行，不得不采用“缓决五次”，然后再减流的办法，最终的结果是全国没有一位鸦片吸食者被执行死刑，一条死刑条款事实上等于虚拟。从司法实践中获得的普遍规则，又必须回到社会实践中进一步检验，而检验的首要标准是实际社会效果。一旦发现其错误就要及时修正。在现代法治国家，通过平等对话，按照一定程序修改不合理的法律条款是很正常的。但在帝王专制时代，帝王的意志就是法律，《查禁鸦片烟章程》实际是道光皇帝意志的体现，到 1858 年才被废止。清廷再次把吸食鸦片列入犯罪行为是在 70 年之后，清末的禁烟条例对于吸食者仅仅处以 20—500 元罚款。^③ 这样的条款规定，

① 湖广总督林则徐于道光十九年任两广总督，二十年被免职，二十六年任陕西巡抚，次年辞职。陶澍于道光十九年三月因病辞职。漕运总督周天爵于道光二十年十一月被革职，三十年任广西巡抚，咸丰元年又被革职。湖南巡抚钱宝琛于道光二十一年五月离任。河南巡抚桂良于道光十九年三月调任云贵总督，二十四年离任，咸丰三年任直隶总督，六年离任。江苏巡抚陈鼐于道光十九年三月离任。河东河道总督栗毓美卒于道光二十年二月。安徽巡抚色卜星额卒于道光十九年十一月。尽管有 5 位在限期内已经去职，但还有 3 位（林则徐、桂良和周天爵）在限期外继续担任过督抚要职。

② 《云南巡抚颜伯焘奏为密陈严刑禁烟不可行事》道光十八年，朱批奏折，档号：04—01—30—0514—015，中国第一历史档案馆藏。

③ 刘锦藻编：《清朝续文献通考》卷 55，“征榷二十七”，第 8101 页。

无疑已经吸取了先前教训。清廷对于吸食鸦片这一犯罪行为的刑罚修正过程，正如美国法学家史密斯（Munroe Smith）所说：“在其试图将正义的社会意义明确表达于规则和原则的努力中，发现法律的专家所用的方法永远是实验性的。判例法的规则和原理从来不是作为终极真理而被创造，而是作为运作假设，在伟大的法律实验室——正义法庭——不断受到重新检验。每一个新的案子都是一项实验；且如果看起来适用的成规产生了被感到是不公正的结果，那么这项规则就将被重新考虑。它也许不会被马上修正，因为要在每一件个案中实现绝对公正的企图将使得普遍规则的发展与维持变得不可能；但如果一项规则继续不公正地运作着，那么它最终将被重新阐述。”^① 因此，“重治吸食”条款在立法史上是一次失败性的尝试。鸦片吸食者罪不至死，而对其立法拟以绞刑，轻罪重罚，导致法律违背了公平性原则。刑法学家贝卡里亚曾明确指出，“如果对两种不同程度地侵犯社会的犯罪处以同等的刑罚，那么人们就找不到更有力的手段去制止实施能带来较大好处的较大犯罪了。无论谁一旦看到，对打死一只山鸡、杀死一个人或者伪造一份重要文件的行为同样适用死刑，将不再对这些罪行作任何区分；道德情感就这样遭到破坏。”^②

“重治吸食”的条款得不到及时修正，其危害不仅在于这一条款难于贯彻，而且导致相关条款也难于执行，整个章程等如一纸空文。“重治”等于“不治”，“严禁”等于“弛禁”，事与愿违。提倡“重治吸食”的黄爵滋、林则徐等人没有料到严禁鸦片的动机会产生这样的后果。“强人之所不能，法必不立；禁人之所必犯，法必不行。虽然，立能行之法，禁能革之事，而求治太速，疾恶太严，革弊太尽亦有激而反之者矣。”^③ 沈家本在总结明朝初期朱元璋实施严刑峻法而收效甚微的历史教训时，也曾经指出：“上之人不知本原之是务，而徒欲下之人不为，非也。于是重其刑诛，谓可止奸而禁暴，究之奸能止乎？暴能禁乎？朝治而暮犯，暮治而晨亦如此。尸未移而人为继踵，治愈重而犯愈多。”^④ 刑罚犹如双刃之剑，使用不当，则国家与个人两受其害。历史告诉我们，刑罚的性质和强度与犯罪的性质和严重程度必须相适应，罪刑相当，罚当其罪。

〔作者王宏斌，河北师范大学历史文化学院教授。石家庄 050024〕

（责任编辑：武雪彬 责任编审：李红岩）

① Munroe Smith, *Jurisprudence*, New York: Columbia University Press, 1909, p. 21.

② 切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，第65页。

③ 魏源：《默觚下·治篇四》，《魏源集》上册，北京：中华书局，1983年，第45页。

④ 沈家本：《历代刑法考》第1册，北京：中华书局，1985年，第180—181页。

again used an astronomical phenomenon, the appearance of a comet in the *zi wei yuan* to encourage their followers. This led to a misunderstanding on the part of some scholars, who took the astrological interpretation that the comet's appearance was an ill omen for the Qing dynasty as being the reason for the removal of the intercalary month. In fact, the true reason behind its removal that year was that an intercalary eighth month would not only have made the winter solstice fall on the 30th of the tenth month, thus preventing the customary eleventh month performance of the solemn *jiaosi* (suburban sacrifice) ceremony, but would also have made the *zhongqi* (each month's mid-month solar term) fall out of sequence with the months. In the turbulent days of the late Qing, especially during the Boxer rebellion, the belief that the intercalary eighth month was unlucky was sensationally exaggerated, making it the most widely circulated augury in this period.

The Dilemma of the Opium Prohibition during the Period between the Two Opium Wars: A Study Centering on "Severe Punishment of Smokers" Wang Hongbin (100)

In the period between the two Opium Wars, the Qing government's prohibition of opium met with both internal and external resistance. On the one hand, the British government vigorously protected opium smuggling in China's coastal areas and attempted to induce Chinese officials to recognize the legitimacy of the opium trade. On the other, stakeholders in the opium trade, corrupt officials, opium addicts, and all levels of administrative and judicial officials constituted four internal obstacles to prohibition. In this context, the provision in "Regulations on the Prohibition of Opium," according to which opium addicts would be sentenced to death, was hard to enforce. The movement for opium prohibition was thus relaxed in practice despite its outward severity. Given the actual effects of its implementation, the claim by advocates of the death penalty for opium users that "In executing the order for the prohibition of opium, the first priority must be severe penalties for users of opium" was ill-advised, whereas their opponents' recommendation that punishment should be cautious and in accordance with existing practice had a degree of reasonableness.

The Grand Theatre and the Social Culture of Shanghai in the Republican Era

Yao Fei, Su Zhiliang and Lu Rongyan (115)

Founded in 1928, Shanghai's Grand Theatre catered for and guided popular taste for Western entertainment and culture through its Hollywood movies and modernist Western design, making the cinema a cultural marker of fashionable modern life in Shanghai. Cinemas, as represented by the Grand Theatre, did not function only as entertainment; in fact, they had multiple functions beyond the showing of films. As the intermediate link in the information dissemination chain of "movies - cinemas - society", the Grand Theatre's spreading of Hollywood culture stimulated the consumption and reproduction of Hollywood elements in Shanghai society; at the same time, nationalism, group consciousness and even the political situation in Shanghai in the Republican era also affected people's evaluation of the movies and their attitudes towards theatre space.

"A Contest That Could Be Seen as A Form of Friendship": from the Debate between Chen Yuan and Hu Shi to Modern Research Paradigms for the Early History of Chinese Buddhism

Ge Zhaoguang (132)

In 1933, a debate occurred between Hu Shi and Chen Yuan about the date of the translation of the *Sutra in Forty-two Sections* (四十二章经, *shìshìèr zhāng jīng*) and the *Treatise on the Removal of Doubts* (理惑论, *Lihuolun*). Although it ended without reaching a conclusion, the debate raised important issues of research methodology. By tracing the academic history of the debate and Chinese and foreign research on these texts, we can tell the story of how the problem