

· 刑法文化 ·

本辑特稿

唐宋已降对“窃盗罪”量刑变化的梳证

王宏治*

摘要:《唐律》规定窃盗罪的最高刑是“赃满五十匹加役流”,即意味着窃盗罪赃再多也不至于死。从整个中国中世纪刑律的发展看,唐代惩治窃盗罪的法律,无论对其前还是比其后,都属较平和适中的。但从高宗时起,对窃盗罪在常法之外,先决杖一百,造成受刑者“殒毙”。中唐以后,对窃盗罪的立法不断加重,德宗时加至“窃盗赃满三疋以上者,并准敕集众决杀”。武宗时更加至“窃盗计赃一贯以上处极法”。“唐末五代,用重典以救时弊,故法律之外,徒流或加于死。”宋初,沿袭五代之制,犯窃盗赃满五贯文足陌处死。其后逐步减轻,到南宋时,最高刑得财二十贯,仅配本州,即恢复了唐代窃盗无死刑之规定。元代对窃盗罪更加宽容,一般的窃盗罪最高刑是徒三年。明清以后,又加重了对窃盗罪的打击力度,初犯的最高刑是“一百二十贯,罪止杖一百流三千里”,没有死刑,但三犯者处绞。清末修律,拟设罪犯习艺所,对犯窃盗罪者收所,教以技能,使之今后可以自食其力。唐宋已降,对窃盗罪的惩治力度,总的来说是呈现出双重马鞍形的发展样态:由轻而重,又由重而轻,再由轻而重,最后回归于轻,反映出不同时代对非暴力性财产犯罪的态度。

关键词:窃盗;死刑;唐律

日本学者内藤湖南在一个世纪前就曾提出“唐代是中世纪的结束,而宋代则是近世的开始”的观点。^①陈寅恪对唐史的分期说到:“唐代之史可分前后两期,前期结束南北朝相承之旧局面,后期开启赵宋以降之新局面,关于政治社会经济者如此,关于文化学术者莫不如此。”^②两位前辈都肯定了唐宋之际是中国社会变革的时代。这一变革肇始于唐后期,其涉及面非常广泛,我在此仅从微观的角度,从对窃盗罪量刑变化的梳证,看社会的转型。

侵犯官私财产的犯罪主要是指“盗罪”。《唐律疏议·贼盗律》规定:“诸盗,公取、窃取皆为盗。”其疏议曰:“公取,谓行盗之人,公然而取;窃取,谓方便私窃其财:皆名为盗。”唐律将一般人所犯的盗罪分为强盗罪与窃盗罪两种。《贼盗律》对强盗的注文说:“谓以威若力而取其财,先强后盗,先盗后强等。若与人药酒及食,使狂乱取财,亦是。”

*中国政法大学法律史学研究院教授。

①[日]内藤湖南:《概括的唐宋时代观》,见《日本学者研究中国史论著选译》,中华书局1992年版,第10页。

②陈寅恪:《论韩愈》,见《金明馆丛稿初编》,上海古籍出版社1980年版,第296页。

而对窃盗的疏文则说:“窃盗人财,谓潜行隐面而取。”据《说文》:“盗自中出曰窃。”强盗是指以暴力手段公开非法取得他人财产,而窃盗则是指以隐密的手段非法获取他人财物,所谓“非所据而据亦曰窃”。鉴于强盗罪对社会秩序的危害更大,故对其惩治也严厉得多。《贼盗律》规定:

诸强盗,不得财徒二年,一尺徒三年,二尺加一等;十尺及伤人者,绞;杀人者,斩。其持杖者,虽不得财,流三千里;五尺,绞;杀人者,斩。

诸窃盗,不得财笞五十;一尺杖六十,一尺加一等;五尺徒一年,五尺加一等,五十尺加役流。^①

强盗得财十尺即为死罪,持杖抢劫,五尺即绞。而窃盗五十尺方为加役流,也就是窃盗罪赃再多,也不至死。对强盗罪的惩处大大重于窃盗。由于中国古代是一个非常强调身份等级的社会,窃盗者与被盗者的关系,也是定罪量刑的重要因素。一般来说,亲属间相盗,关系越近,制裁越轻。“诸盗缌麻、小功亲财物者,减凡人一等;大功,减二等;期亲,减三等。”^②而“诸监临主守自盗及盗所监临财物者,加凡盗二等。”^③本文不讨论亲属间相盗及监临主守盗问题,仅就凡人盗进行探讨。唐代惩治窃盗罪的法律,从整个中国中世纪刑律的发展看,无论对其前还是比其后,都属较平和适中的。1972年在新疆阿斯塔那出土的唐开元年间西州高昌县(今新疆吐鲁番)《盗物计赃科罪牒》残片,记载了当地一个名叫王庆的人犯窃盗罪被判,“计赃不满一匹,合杖六十”,并征倍赃。“可见此律在当时确曾认真执行,虽边州远县亦无例外也。”^④

隋文帝立法,本着“以轻代重,化死为生”的原则,“除死罪八十一条,流罪一百五十四条,徒、杖等千余条”。^⑤从立法趋势看,对“窃盗”罪的处罚,不应太重。但开皇十六年(596年),因合川仓中少了七千石粟,经查验,认为是主典所窃,文帝下令“驰驿斩之,没其家为奴婢,鬻粟以填之。是后盗边粮者,一升已上皆死,家口没官”。其后不断加重对盗罪的处罚,“乃命盗一钱已上皆弃市。行旅皆晏起早宿,天下惶惶焉。此后又定制,行署取一钱已上,闻见不告言者,坐至死。自此四人共盗一榱桶,三人同窃一瓜,事发即时行决”。后听从劝谏“为停盗取一钱弃市之法”。但到炀帝时,更立严行,“敕天下窃盗已上,罪无轻重,不待闻奏,皆斩”;大业九年(613年)“又诏为盗者籍没其家”。^⑥将犯盗罪者与谋反、谋叛等重罪同等惩治。

唐高祖起兵太原,鉴于隋之暴政,“即布宽大之令”。“既平京城,约法为十二条。惟制杀人、劫盗、背军、叛逆者死,余并蠲除之”。在此仅提到对“劫盗”罪实行死刑,没有提及窃盗罪。太宗即位后,戴胄、魏徵等“又言旧律令重,于时议绞刑之属五十条。免死罪,断其右趾,应死者多蒙全活”。后又有人对“断右趾”提出异议,“于是又除断趾

①《唐律疏议》卷一九《贼盗律》“强盗”“窃盗”条。

②《唐律疏议》卷二〇《贼盗律》“盗缌麻小功亲财物”条。

③《唐律疏议》卷一九《贼盗律》“监临主守自盗”条。

④参见刘俊文:《唐律疏议笺解》卷一九,《贼盗律》“窃盗条解析”,中华书局1996年版,第1385~1387页;又《盗物计赃科罪牒》见《吐鲁番出土文书》第八册,文物出版社1987年版,第107~108页。

⑤《隋书》卷二五《刑法志》。

⑥《隋书》卷二五《刑法志》。

法,改为加役流三千里,居作二年”。^①今本《唐律疏议》中的“加役流者,旧是死刑,武德年中改为断趾。国家惟刑是恤,恩弘博爱,以刑者不可复属,死者务欲生之,情轸向隅,恩覃祝网,以贞观六年奉制改为加役流。”^②而窃盗罪的最高刑即为加役流,说明在高祖时,犯窃盗罪最高也可能判死刑,而太宗减为加役流。但在高宗以后,对盗罪的刑事处罚逐渐加重。如我们从敦煌发现的法制文书《神龙散颁刑部格》^③中可以看到这样的规定:

L38 一、盗计赃满一疋以上,及詿诱官、私奴婢,并恐喝

L39 取财,勘当知实,先决杖一百,依法与罪。

这是对盗罪、略和诱奴婢罪、恐喝取财罪的律外处罚,规定“先决杖一百,仍依法与罪”。若依“窃盗”罪,不及一疋仅杖六十,依此格则“先决杖一百”,再依法杖六十,则实际上杖了一百六十。这条法令是何时颁布的,目前尚不清楚,但可以确定是在高宗初,据《唐会要》载:

总章二年(669年)五月十一日,上以常法外,先决杖一百,各致殒毙,乃下诏曰:“别令于律外决杖一百者,前后总五十九条。决杖既多,或至于死。其五十九条内,有窃盗及蠹害尤甚者,今后量留十二条,自余四十七条,并宜停。”^④

从此条诏书可以看出,在总章二年前,曾对五十九种犯罪加重了惩处力度,在不改动现有刑律的前提下,加杖一百,再按常法处治。高宗认为,“先决杖一百”,往往造成刑者“殒毙”,取消了四十七种,保留的恰恰有窃盗罪。其余保留的“蠹害尤甚者”罪名没有提及,但“神龙格”中提到“詿诱官私奴婢”“恐吓取财”。到玄宗时,仍肯定这条法令的效力:

开元十二年(724年)四月敕:“比来犯盗,先决一百,虽非死刑,大半殒毙。言念于此,良用惻然。今后抵罪人,合杖杖,并从宽,决杖六十,一房家口,移隶磧西,其岭南人移隶安南,江淮人移隶广府,剑南人移隶姚鵠州。其磧西、姚鵠、安南人,各依常式。”^⑤

玄宗将“决杖一百”,减为六十,虽可使受刑之人免于杖下,但究其实质则是“改死为流”。也就是说,犯窃盗一疋以上,就要加杖六十,并连同家人一道流放边远地区。中唐以后,对窃盗罪的立法不断加重,唐德宗建中四年(783年),京兆府奏:

准建中三年三月敕节文:“当府界内,捉获强盗,不论有赃无赃,及窃盗赃满三疋以上者,并准敕集众决杀;不满足者,量事科决,补充所由。犯盗人虽有官及属军等,一切并依此例处分。”^⑥

窃盗罪由“五十疋加役流”,一下子加重到仅三疋即处死刑。此条敕文后被收入

①《旧唐书》卷五〇《刑法志》。

②《唐律疏议》卷二《名例律》“应请议减”条疏议。

③参见刘俊文:《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》,中华书局1989年版,第246~254页。

④《唐会要》卷四〇《君上慎恤》。

⑤《唐会要》卷四〇《君上慎恤》。

⑥《册府元龟》卷六一二《刑法部·定律令第四》。

《宋刑统》^①,宋初仍在使用的。

唐武宗会昌元年(841年),尚书都省与中书门下曾对窃盗立法有所议论。

会昌元年十二月,都省奏:准开成五年(840年)十二月十四日中书门下奏,准律:“窃盗五匹以上(宏按:当是五十匹以上),加役流。”今自京兆、河南尹,逮于牧守,所在为政,宽猛不同。或以百钱以下毙蹠,或至数十千不死。轻重既违法律,多以收禁为名。法自专行,人皆异政。然禁严则盗贼屏息,闾里皆安;政缓则攘窃盗行,平人受弊。定其取舍,在峻典刑。自今已后,天下州府窃盗贼,计赃几贯,须处极法,臣等商量,望委中书门下五品以上,尚书省四品以上,御史台五品已(应为以)上,与京兆尹同议奏闻。仍编入格令。所冀巽懦者政无宽纵,刚戾者刑不至残。各奉朝章,法归画一。其强盗贼,法律已重,不在此限。仍委出使郎官、御史,及度支、盐铁、巡院察访,务令遵守,不得隳违者。伏以窃盗本无死刑,遂使刑法不一。臣等既奉诏旨,敢不尽心?臣请自今已后,入不应窃盗贼赃至绢三疋,即处极法。如未二疋,即任节级科处,不失罪人。其计赃数,即请准律以所在估绢为定。其两京及军府浩穰之地,或事繁一时,制断有异,则请许量情定罪,务在得中。自然法禁不亏,刑名可守。敕旨:“朝廷施令,所贵必行,合于事情,方可经久。自今已后,窃盗计赃至钱一贯以上,处极法。抵犯者便准法处分,不得以收禁为名。其奴婢本主,及亲戚同居行盗,并许减等,任长使酌度轻重处分。如再四抵犯,及有徒党须惩,不在此例。”^②

从这段文字,我们可以看出,唐代对现行法律的修改,并不是某一个人说了算,必须经过严格的立法程序。就一条窃盗罪的刑罚加重,就须由中书省、门下省五品以上的官员,尚书省四品以上的官员,御史台五品以上官员,与京兆尹合议。议准奏报皇帝,编入正式法令,由皇帝以敕旨颁发天下遵行。武宗会昌立法“自今以后,窃盗计赃至钱一贯以上,处极法。”对窃盗罪的打击力度大大加强,由《唐律》的五十匹加役流,加重为钱一贯以上即处死。

唐代前期立法,统一用绢折合计赃,“凡计赃者,以绢平之”;但“凡赎罪以铜”^③。唐自武德四年(621年)颁行“开元通宝”,每十钱重一两,一斤铜铸一百六十钱,或每千钱重六斤四两。铜与钱之比是稳定的。但绢价则随市场波动,唐初“海内富贵”,“绢一匹钱二百”^④。但到玄宗时,绢价已涨至每匹五百多文。《唐六典》中规定:

“准律:以当处中绢估平之。开元十六年敕:‘其以赃定罪者,并以五百五十为定估。’其征收平赃,并如律也。”^⑤

这样每千钱折合绢为两匹。“窃盗计赃一贯以上处极法”,也就是说窃盗赃至两匹即处死刑,大大加重了对窃盗的处罚力度。宣宗即位后,对现行法律进行修订,于大中

①《宋刑统》卷一九《贼盗律》“强盗窃盗”门。

②《唐会要》卷三九《议刑轻重》。

③(唐)李林甫等撰:《唐六典》卷六刑部郎中员外郎条,中华书局1992年版,第187页。

④《新唐书》卷五一《食货志一》。

⑤(唐)李林甫等撰:《唐六典》卷六刑部郎中员外郎条,中华书局1992年版,第187页。

四年(850年)正月颁诏曰:

攘窃之兴,起于不足。近日刑罚颇峻,盗贼益繁。赃至一千,便处极法,轻人性命,重彼货财。既多杀伤,且乖教化,况非旧制,须议改更。其会昌元年二月二十六日敕,宜委所司重详定条流闻奏。^①

宣宗对窃盗“赃至一千便处极法”不满,要求立法部门改定,实际上就是减轻处罚。当年五月,御史台奏:

准今年正月一日节文:“据会昌元年二月二十六日敕:盗赃至一百文处死(宏按:据前文当是一千文处死)。宜委所司重详定条目闻奏者。臣检勘并请准建中三年三月二十四日敕,每有盗贼赃满三疋以上,决杀;如赃数不充,量事科决。”从之。^②

宣宗本意是认为窃盗频发是因为“起于不足”,仅靠严刑峻法不能消除犯罪,并以人命应当重于货财,希望减轻对窃盗罪的处罚。但御史台却以德宗建中时的法条糊弄宣宗,将一千钱改为“三疋”,也就是从二疋死,减为三疋死,没有减轻多少。

相对于对窃盗罪的处罚不断加重,对官员的赃罪却有不断从轻的倾向。《唐律》对监临主守犯罪的处分,总的来说是对官吏犯法的处罚要重于对百姓犯法的处罚。如监临主司受财,枉法者,“十五疋绞”;不枉法者,“三十疋加役流”^③。而监临主守自盗则“加凡盗二等,三十疋绞”^④。开元天宝年间,将枉法赃加至二十疋绞,不枉法赃加至“四十疋加役流”^⑤。可以看出,中唐以后对官员犯赃罪,只要不是直接威胁皇权统治的,则普遍从轻发落。杨嗣复于穆宗长庆中(821~824年)任中书舍人,当时东川观察使奏遂宁令庞骥犯赃,大理寺判处极刑。杨嗣复参酌曰:

庞骥赃货之数为钱肆百余千,其间大半是枉法。据职定罪,合处极刑。虽经赦恩,不在原免。伏以近日,赃吏皆蒙,小有矜宽。类例之间,虑须贷死。敕长吏犯赃,其数不少,纵宽刑曲,难免鞭笞。但以近逢鸿恩,人思减等,虽节文不在免,于情理亦要哀矜。庞骥量除名,流溪州。其赃付所司准法。^⑥

这是参酌院的参酌状。从此状中可以看出,中唐以后,吏治腐败,官吏贪赃枉法成风,朝廷姑息成例。按唐律枉法赃“十五匹绞”,现因犯赃者众,皆减等处治,参酌院成为了官吏的“减刑院”。

唐后期对窃盗罪的惩处不断加重,是与其社会治安状况的不断恶化息息相关。尤其是“安史之乱”后,中央朝廷权威下降,地方藩镇权力扩大,社会动荡,经济凋敝,官吏腐败,民不聊生。自中唐以来,均田制瓦解,租庸调则不济,德宗改税制为“两税法”,官府横征暴敛,百姓负担不断加重,逃亡日多,甚至铤而走险,沦为盗贼。故人言“所在群

①《册府元龟》卷六一二《刑法部·定律令第四》。

②《册府元龟》卷六一三《刑法部·定律令第五》。

③《唐律疏议》卷一一《职制律》“监主受财枉法”条。

④《唐律疏议》卷一九《贼盗律》“监临主守自盗”条。

⑤参见《唐六典》卷六刑部郎中员外郎条;《宋刑统》卷一一《职制律》“枉法赃不枉法赃”门。

⑥《册府元龟》卷六一六《刑法部·议谏三》。

盗,半是逃户”“货积于上而怨流于下,民之瓦解,非一日矣”^①。

五代时期,因连年战争,军阀当政,用刑偏于酷滥。“唐末、五代,用重典以救时弊,故法律之外,徒、流或加于死。”^②后唐清泰元年(934年),重申建中之制,“赃满三匹以上决杀”。后晋天福五年(940年)十月癸丑诏曰:

朕自临区夏,每念生灵,恶杀为心,实慈是务。凡于狱讼,尝切哀矜。况时渐兴文,民皆知禁,宜申轻典,用缓峻刑。今后窃盗,赃满五疋者处死,三疋以上,决杖配流。以盗论者,依律文处分。^③

后周太祖广顺三年(953年)又规定:“其犯窃盗者,计赃满绢三匹以上者,并集众决杀。”^④又以建中之制为准。

宋太祖建隆三年(962年)重定“窃盗法”,规定:“窃盗赃满五千足陌者乃处死。”^⑤这个规定在修《宋刑统》时被采纳,全文为:

起今后,犯窃盗赃满五贯文足陌,处死;不满五贯文,决脊杖二十,配役三年;不满三贯文,决脊杖二十,配役二年;不满二贯文,决脊杖十八,配役一年;一贯文以下,量罪科决。其随身并女仆偷盗本主财物,赃满十贯文足陌,处死;不满十贯文,决脊杖二十,配役三年;不满七贯文,决脊杖二十,配役二年;不满五贯文,决脊杖十八,配役一年;不满三贯文,决臀杖二十;一贯文以下,量罪科决。如是伏事未滿二周年,偷盗者一准凡人断遣。应配役人,并配逐处重役,不刺面,满日踈放。其女口,与免配役。所有赃钱,以一百文足陌为陌。余从前后格敕处分。^⑥

此“窃盗法”比《宋刑统》本身所引《唐律》的“赃五十疋加役流”规定严厉得多,但比起唐后期及五代的立法,有所宽大。据《宋史·刑法志》载:

唐建中令,窃盗赃满三匹者死。武宗时,窃盗赃满千钱者死。宣宗立,乃罢之。汉乾祐以来,用法益峻,民盗一钱抵极法。周初,深惩其失,复遵建中之制。帝犹以其太重,尝增为钱三千,陌以八十为限。既而诏曰:“禁民为非,乃设法令,临下以简,必务哀矜。窃盗之生,本非巨蠹。近朝立制,重于律文,非爱人之旨也。自今窃盗赃满五贯足陌者死。”^⑦

开宝八年(975年)广州方面又奏言:

“前诏窃盗赃至死者奏裁,岭南遐远,复奏稽滞,请不俟报。”帝览奏,恻然曰:“海隅习俗,贪犷穿窬,固其常也。”因诏:“岭南民犯窃盗,赃满五贯至十贯者,决杖、黥面、配役,十贯以上乃死。”^⑧

①(清)王夫之:《读通鉴论》卷二六,《宣宗九》,中华书局1975年版,第953页。

②《宋史》卷二〇一《刑法志三》,引枢密使文彦博语。

③《册府元龟》卷六一三《刑法部·定律令第五》;又见(宋)王溥撰:《五代会要》卷九《定赃》,中华书局1998年版,第117页。

④《册府元龟》卷六一三《刑法部·定律令第五》。

⑤《续资治通鉴长编》卷三《太祖建隆三年二月己亥》。

⑥《宋刑统》卷一九《贼盗律》“强盗窃盗”门。

⑦《宋史》卷一九九《刑法志一》。

⑧《宋史》卷一九九《刑法志一》。

宋太宗雍熙二年(985年),又颁令:“窃盗满十贯者,奏裁;七贯,决杖、黥面,隶牢城;五贯,配役三年,三贯,二年,一贯,一年。它如旧制。”^①进一步减轻了对窃盗罪的刑罚,对窃盗罪的死刑,采取“奏裁”,即持保留态度,由皇帝本人决定是否适用死刑。窃盗本属“杂犯死罪”。所谓“杂犯死罪”,是指非犯十恶、故杀人、反逆缘坐、监守内奸、盗、略人、受财枉法中死罪者,其余一切依律应该处死的罪名^②。其杂犯死罪者,遇赦可以减免死刑,或以配流等形式执行。犯窃盗罪者,当属其列。宋代则以“刺兵”的方式执行,实际上也就是免死了。仁宗景祐二年(1035年),将“窃盗不用威力,得财为钱五千,即刺为兵”,减为“十千始刺为兵”。^③神宗以后,立“盗贼重法”,此法的执行又受到破坏。

南宋时,又进一步减轻处罚力度,规定:

诸窃盗得财,杖六十;四百文杖七十,四百文加一等;二贯徒一年,二贯加一等;过徒三年,三贯加一等;二十贯配本州。^④

按此推算,十贯当徒三年,最高刑得财二十贯,仅配本州,即恢复了唐代窃盗无死刑的规定。

唐宋之际,对犯窃盗罪的惩治,经历了由宽到严,又由严到宽的发展过程,反映了时代对非暴力性财产犯罪的态度。

元代统治者对窃盗的态度更加宽容,可能与蒙古人的财富观有关。如有规定:

诸窃盗,始谋而未行者,笞四十七;已行而不得财者,笞五十七;得财十贯以下,六十七;至二十贯,七十七。每二十贯加一等,一百贯,徒一年;每一百贯加一等,罪止徒三年。诸盗库藏钱物者,比常盗加一等,赃满至五百贯以上者流。^⑤

明清又加重了对窃盗罪的打击力度,《大明律》规定:

凡窃盗已行而不得财,笞五十,免刺;但得财者,以一主为重,并赃论罪。为从者,各减一等。初犯并于右小臂膊上刺“窃盗”二字,再犯刺左小臂膊,三犯者,绞。以曾经刺字为坐。掏摸者,罪同。若军人为盗,虽免刺字,三犯一体处绞。^⑥

其律文后附有各犯盗者得财依据赃数之处罚标准,“一贯以下,杖六十”,逐级加重,最高刑是“一百二十贯,罪止杖一百,流三千里。”可知初犯窃盗,最高刑也无死刑,但三犯者即处绞刑。

《大清律例》基本沿用《大明律》的规定,只是将计赃的标准由铜钱“贯”改为白银“两”,并加重规定了窃盗犯赃“一百二十两以上,绞监候;三犯,不论赃数,绞监候”。^⑦从表面上看,法律恢复了对窃盗罪的死刑处罚,一般窃盗属“杂犯”,数额巨大者为“实犯”,即“窃盗及掏摸,得财一百二十两以上者;窃盗及掏摸三犯者。”但绞监候一般可不

①《宋史》卷一九九《刑法志一》。

②参见《唐律疏议》卷二《名例律》“除名”条疏议。

③《宋史》卷一九九《刑法志一》。

④《庆元条法事类》卷七五《刑狱门·刑狱杂事》引“贼盗赦”。

⑤《元史》卷一〇四《刑法志三·盗贼》;可见《元典章》卷四九《刑部十一·强窃盗》。

⑥《大明律》卷一八《刑律》“窃盗”。

⑦《大清律例》卷二四《刑律》“窃盗”。

执行,准徒五年^①。据沈家本考证:

细检此本,卷十八第十六页《窃盗律》“一百二十两以上绞监候,三犯不论赃数绞监候”一行为《明律》所无。此本卷首所列顺治二年奏定真正死罪绞罪总类亦无此项。吴氏《律例通考》云:“顺治四年,定窃盗赃满一百二十两以上者绞监候。至康熙十一年八月,刑科彭之凤题准增改一百二十两杖一百流三千里,一百二十两以上者拟绞监候。康熙年间律内已经增入。”是此项罪名系康熙十一年所改定。^②

光绪二十八年(1902年),山西巡抚赵尔巽奏请各省通设罪犯习艺所。“议将犯窃应拟笞罪者,改科工作一月;杖六十者,改科工作两月;杖七十至一百,每等递加两月。”“凡窃盗皆令收所习艺,按罪名轻重,定以年限,俾一技能娴,得以糊口,自少再犯、三犯之人。”^③

总体上看,窃盗罪是社会生活中最常见的一种犯罪形式,其对公私财产的侵犯不可小觑,但毕竟没有伤害到他人的人身安全。在社会动荡变革,以及灾荒年间,其发作率会急剧上升。在打击和制止窃盗犯罪问题上,各朝各代统治者的指导思想有着很大的差异。唐初在如何确定治国方略问题上,曾经在李世民主持下进行过激烈讨论,以封德彝为首的一些人主张“以威刑肃天下”。封德彝说:“三代以还,人渐浇讹,故秦任法律,汉杂霸道,皆欲理而不能,岂能理而不欲?”并指责主张以仁义、教化治天下的魏征是“书生未识时务,若信其虚论,必败国家”。魏征反驳封德彝的责难,说:“五帝三王,不易人而化,行帝道则帝,行王道则王,在于当时所理,化之而已,考之载籍,可得而知。昔黄帝与蚩尤七十余战,其乱甚矣。既胜残之后,不失其理。九黎乱德,颡项征之,既克之后,不失其理。桀为乱虐,而汤放之,在汤之代,即致太平。纣为无道,武王伐之,称王之代,亦致太平。若言人渐浇讹,不及淳朴,至今应悉为鬼魅,宁可复得而教化耶?”^④李世民基本上采纳了魏征的主张,推行以德礼为本,刑罚为用的政策。他在总结历史的经验教训时说:“朕看古来帝王以仁义为治者,国祚延长;任法御人者,虽救弊于一时,败亡亦促。既见前王成事,足是元龟。”^⑤所以在贞观立法时,取消了对窃盗死刑的规定。

宋代也有这方面的争论,据《宋史·刑法志》载:

凡岁饥,强民相率持杖劫人仓廩,法应弃市,每具狱上闻,辄贷其死。真宗时,蔡州民三百一十八人有罪,皆当死。知州张荣、推官江嗣宗议取为首者杖脊,余悉论杖罪。帝下诏褒之。遣使巡抚诸道,因谕之曰:“平民艰食,强取糗粮以图活命尔,不可从盗法科之。”天圣初,有司尝奏盗劫米伤主,仁宗曰:“饥劫米可哀,盗伤主可疾。虽然,无知迫于食不足耳。”命贷之。五年,陕西旱,因诏:“民劫仓廩,非伤主者减死,刺隶他州,非首谋又减一等。”自是,诸路灾伤即降赦,饥民为盗,多蒙

^①参见《大清律例》卷四六《总类·实犯死罪》。

^②(清)沈家本:《历代刑法考》(第四册),《寄谥文存》卷八《顺治律跋》,中华书局1985年版,第2268页。

^③《清史稿》卷一四三《刑法志二》。

^④《贞观政要》卷一《论政体第二》。

^⑤《贞观政要》卷五《仁义》。

矜减,赖以全活者甚众。^①

在饥荒年间,饥民抢夺国家粮库的行为,依法当处死刑。真宗、仁宗都认为饥民为盗,情有可原,采取“贷死”的处置方式。司马光对此持反对态度,言曰:

“臣闻敕下京东、西灾伤州军,如贫户以饥偷盗斛斗因而盗财者,与减等断放,臣窃以为非便。周礼荒政十有二,散利、薄征、缓刑、弛力、舍禁、去几,率皆推宽大之恩以利于民,独于盗贼,愈更严急。盖以饥馑之岁,盗贼必多,残害良民,不可不除。顷年尝见州县官吏,有不知治体,务为小仁。遇凶年,劫盗斛斗,辄宽纵之,则盗贼公行,更相劫夺,乡村大扰,不免广有收捕,重加刑辟,或死或流,然后稍定。今若朝廷明降敕文,豫言与减等断放,是劝民为盗也。百姓乏食,当轻徭薄赋、开仓赈贷以救其死,不当使之自相劫夺。今岁府界、京东、京西水灾极多,严刑峻法以除盗贼,犹恐春冬之交,饥民啸聚,不可禁御,又况降敕以劝之。臣恐国家始于宽仁,而终于酷暴,意在活人而杀人更多也。”事报闻。

帝尝御迓英阁经筵,讲周礼“大荒大札,薄征缓刑”。杨安国曰:“缓刑者,乃过误之民耳,当岁歉则赦之,悯其穷也。今众持兵杖劫粮廩,一切宽之,恐不足以禁奸。”帝曰:“不然,天下皆吾赤子也。一遇饥馑,州县不能赈恤,饥莩所迫,遂至为盗,又捕而杀之,不亦甚乎?”^②

这次争论应发生在饥荒年间,饥民抢夺官府粮仓的“劫盗”行为,若以劫盗论处,则多为死刑。真宗、仁宗认为:“平民艰食,强取糗粮以图活命,不可从盗法科之。”而司马光等则认为,这是在“劝民为盗”,“百姓乏食,当轻徭薄赋,开仓赈贷以救其死,不当使之自相劫夺”。各自都有道理,但出发点都是为了全活百姓,重视人命。

唐宋已降,对窃盗罪的惩治力度,总体来说呈现出双重马鞍形的发展样态:由轻而重,又由重而轻,再由轻而重,最后回归于轻。沈家本在论述新旧法学时说:

夫吾国旧学,自成法系,精微之处,仁至义尽,新学要旨,已在包涵之内,乌可弁髦等视,不复研求。新学往往从旧学推演而出,事变愈多,法理愈密,然大要总不外“情理”二字。无论旧学、新学,不能舍情理而别为法也,所贵融会而贯通之。保守常经,割除弊俗,旧不俱废,新亦当参,但期推行尽利,正未可持门户之见也。^③

沈家本是清末修律的中坚,但在主张引进西法时,并没有要尽弃旧学,尤其是他对中国传统法律“仁至义尽”的说法和对新旧学“情理”的肯定,对我们今天修订刑法及司法改革仍有现实意义。

2015年5月12日于北京初稿

2015年11月7日更定

[责任编辑:夏婷婷]

①《宋史》卷二〇〇《刑法志二》。

②《宋史》卷二〇〇《刑法志二》。

③(清)沈家本:《历代刑法考》(第四册),《寄簃文存》卷六《法学名著序》,中华书局1985年版,第2240页。