

# 秦唐间盗罪的变迁： 游牧法因素介入下的连续性

张春海

〔摘要〕 中原农耕区的盗罪具有多维性,在“狭义”盗罪外,还有特殊物之盗、特殊主体之盗、特殊手段之盗等。对狭义盗罪,要计赃定罪,实行“实刑主义”,不处死刑。相反,财产性是游牧族群法主要甚至唯一的维度,重财轻人,盗罪至死是草原盗罪的一大特征。在一般情况下,游牧族群法实行“赔偿主义”。盗罪的维度主要由文明类型所决定。秦唐间盗罪的连续性,是在游牧族群法因素介入下的“连续性”。《唐律》规定的倍备制度是游牧法传统在汉地“文明化”的结果。包括盗罪在内的中华法治文明的连续性,乃是游牧文化因素介入下的连续性。农、牧互动以及在这种互动过程中从多元凝聚为一体,是这种连续性背后的秘密。

〔关键词〕 计赃定罪;盗不至死;多倍赔偿;游牧族群法

关于魏晋南北朝时期华夏文化与其周边族群文化的关系,中外学界讨论甚多,先后提出了汉化说、胡汉融合说等多种学说。总的来看,双向涵化的观点逐渐取得了越来越多的支持。川本芳昭便反对汉民族单向“同化”异民族之说,认为诸北族向华北的大迁徙,“改变汉民族生存方式的一面也非常浓厚”,“在那些被认为是中国的制度或习俗中,北方民族的影响也留下了深刻印迹”。<sup>①</sup>但他并未涉及法制。富谷至指出,从汉律到《唐律》,法典的性质发生了巨大变化,这种变化是“从五世纪开始,经过六世纪,以异民族王朝北魏为界发生的”。<sup>②</sup>在犯罪层面,他主要研究了贿赂罪、奸罪与复仇,盗罪不在其内。朱腾从“盗”与“盗罪”语义复杂性的视角,分析了先秦至唐代盗罪的变迁,有重大学术意义,但对游牧文化之于包括盗罪在内之华夏制度的影响则有所忽视。<sup>③</sup>闫晓君在研究汉代盗罪的论文中,常见以唐释汉,但未论及游牧法因素的介入问题,<sup>④</sup>这几乎是学界的普遍倾向,本文试图对此学术上的空隙有所弥补。

张春海,历史学博士,南京大学法学院教授、博士生导师(210093)。本文系教育部哲学社会科学研究后期资助项目“唐代法制生成与变迁问题研究”(22JHQ075)的阶段性成果。

①[日]川本芳昭:《魏晋南北朝時代の民族問題》,东京:汲古书院,1998年,第12页。

②[日]富谷至:《汉唐法制史研究》,东京:创文社,2016年,第5页。

③朱腾:《唐以前盗罪之变迁研究》,《法学研究》2022年第1期。

④闫晓君:《秦汉盗罪及其立法沿革》,《法学研究》2004年第6期。

## 一、农耕文明下的盗罪

### (一) 多维度的盗

早前,学者一般将古代语境中的“盗”与现代法学话语中的侵犯财产罪(特别是“盗窃罪”)画等号。<sup>①</sup> 他们的重要证据之一,是《说文解字》对“盗”的解释:“私利物也。从次,从皿。次,欲也。欲皿为盗。”<sup>②</sup>也有学者提出了不同看法,柳正权认为,许慎的这一解释,“只是汉以后的认识,而先秦的‘盗’字含义并非如此”。在先秦,“盗是在多种意义上使用的,既指侵犯财产的行为,也指危害政权的政治性犯罪”。<sup>③</sup>《周礼·秋官·世卿》:“掌士之八成……二曰邦贼……六曰邦盗……”郑玄注:“邦贼,为逆乱者”,“邦盗,窃取国之宝藏者。”<sup>④</sup>“邦盗”与“邦贼”一样,不仅仅是对财产的侵害,也是具有政治性的犯罪。

杜正胜探讨了从春秋到战国“盗”和“贼”的含义及变化。他先引《春秋谷梁传·哀公四年》之文“《春秋》有三盗:微杀大夫谓之盗,非所取而取之谓之盗,辟中国之正道以袭利谓之盗”,指出:“‘盗’字含义多端,或是窃货,或是逃亡……而封建时代,它和‘贼’有很显著的阶级差别意义……(随着)封建制度崩溃……‘盗’、‘贼’的意义遂发生转变……盗专指对人民财产的破坏,贼专指对人民生命权的危害。”<sup>⑤</sup>他观察到了盗由广范围的“三盗”逐渐缩小于“非所取而取之”之盗的现象,但未作进一步探究。其实,在中原这一农耕文明早熟、发达的区域,“非所取而取之”之盗亦有相当丰富的维度。只不过,它褪去了先秦时代封建制的背景和形而上的色彩,逐渐与皇权大一统时代的政治、社会与文化相适应。

从《法经》六篇的名称看,“盗”与“贼”相对。被认定犯了盗罪的行为,指向的主要是物,即物的转移或损毁。被认定犯了贼罪的行为,指向的则是人,即人身的损害或死亡。物的种类繁多,对个人、社会、国家的意义和重要性各有不同——有的财产性突出,有的政治性突出,有的文化性突出。<sup>⑥</sup>

财产性突出的,要计赃定罪。政治与文化(特别是伦理)性突出的,通常不计赃,而依据对政治、文化或社会及相关秩序造成(或可能造成)的危害定罪量刑。这表面是物的分化,实则是人们以物对应于个人、社会、国家,对它们以及它们之于政治、社会、文化等层面的意义,进行的归类与评价。这种评价,又被体现并固定于法律,造成盗罪在法律体系中的多维性——对不同维度的盗罪,以不同的原则与方法定罪量刑。盗罪的多维性最终体现为犯罪者承受刑罚的多样性。

就日常情形言,“物”与个人的关系更为紧密,它是个体生存的依据。因此,害物便是侵财。社会性、政治性、文化性突出的物在总体上居于少数。在春秋以降特别是战国时代,随着贵族阶层的没落及富人阶层的崛起,盗罪在政治与文化维度上的重要性降低,财产维度上的重要性凸显,盗从“广义”<sup>⑦</sup>逐渐塌缩为“狭义”。这一事实又体现于话语及时人的认知,《荀子·修身》:“窃货曰盗。”<sup>⑧</sup>但

<sup>①</sup>具体可见刘柱彬:《中国古代盗窃罪概念的演进及形态》,《法学评论》1993年第6期;闫晓君:《秦汉盗罪及其立法沿革》,《法学研究》2004年第6期;〔日〕水间大辅:《秦汉刑法研究》第四章《秦律·汉律における盗竊罪の處罰》,东京:知泉书馆,2007年,第177—189页。

<sup>②</sup>许慎:《说文解字》,北京:中华书局,1963年,第181页。

<sup>③</sup>柳正权:《先秦盗罪考》,《法学评论》2002年第4期。

<sup>④</sup>阮元校刻:《十三经注疏·周礼注疏》,北京:中华书局,2009年,第1890页。

<sup>⑤</sup>杜正胜:《编户齐民—传统政治社会结构之形成》,台北:联经出版事业股份有限公司,1990年,第248页。

<sup>⑥</sup>这直接影响到了秦汉时期。沈家本《汉律摭遗·盗律》有盗宗庙服御物、盗天牲、盗庙地、盗园陵地、盗乘舆服御物等条,并云:“盗之情状非一二端之所可罄……汉之盗目可考者惟九,而盗事之重大者不在其中。”参见沈家本:《历代刑法考》,北京:中华书局,1985年,第1393页。

<sup>⑦</sup>关于盗的“广义”之说,见朱腾:《唐以前盗罪之变迁研究》,第142页。

<sup>⑧</sup>《荀子·修身》,北京:中华书局,2015年,第16页。

又始终不改其多维特点的基础,《孟子·万章下》:“夫谓非其有而取之者,盗也。”<sup>①</sup>

秦汉时期,随着大一统皇权体制的建立,盗的多维性特征又有逐渐恢复的态势。刘邦入咸阳,召诸县豪杰约法三章:“杀人者死,伤人及盗抵罪。”<sup>②</sup>“盗”与杀人、伤人并列,侵财的特征明显。汉代还有“鄙谚云:‘盗不过五女门’,以女贫家也”<sup>③</sup>,鲜明地体现了在日常生活领域,盗基本被视为财产性犯罪的事实。《说文解字》对盗的解释,确实反映了汉代人的观念。

然而,盗的特征在超出日常生活而被认为涉及政治或文化的领域则有所不同。《二年律令·盗律》有一条规定:“微外人来入为盗者,要(腰)斩。”<sup>④</sup>朱腾指出:“其‘微外人’的身份以及由此衍生出来的汉廷与诸侯国的微妙关系乃至谋反的可能性才是他们被处以腰斩刑的真正原因……《盗律》设立该条的用意显然比财产权维护要深远,所以,本条毫无‘计赃定罪’之义。”<sup>⑤</sup>

盗物(侵财)虽是微外人的目的,也是该罪成立的要件,但国家对他的惩处却不以此“主观”为准,而以国家视角上的“客观”为据。更准确地说,以立法者(国家)对该行为的评价为据。这种评价认为,“微外人”主观上虽是侵财,但在客观上却侵害了国家的政治秩序,具有了政治性,故最高可处死刑。

一句话,这类行为之所以被规定于《盗律》,只是由于犯罪人的行为涉及了具有财产性的物而已,但法律关注的却不只是物的财产性。与此不同,那些本质在于财的,则需计赃定罪。在华夏重人轻财的传统下,<sup>⑥</sup>这类犯罪原则上不会处以死刑。这是物的“分化”。

在特殊物之盗外,还有特殊主体之盗,比较典型的有“求盗盗”“害(宪)盗盗”“主守盗”等。秦简《法律答问》:“求盗盗,当刑为城旦,问罪当驾(加)如害盗不当?当。”<sup>⑦</sup>秦简《内史杂》一条云:“候(候)、司寇及群下吏毋敢为官府佐、史及禁苑宪盗。”睡虎地秦墓竹简整理小组译文:“候、司寇以及群下吏,都不准作官府的佐、史和禁苑的宪盗。”而宪盗“系一种捕‘盗’的职名。”<sup>⑧</sup>同样,“求盗”也是“亭中专司捕‘盗’的人员。”<sup>⑨</sup>《秦律杂抄》:“捕盗律曰:捕人相移以受爵者,耐。求盗勿令送逆为它,令送逆为它事者,赀二甲。”<sup>⑩</sup>《汉书》卷六十六《陈万年附子陈咸传》如淳曰:“律,主守而盗直十金,弃市。”<sup>⑪</sup>《汉书》卷八十三《薛宣传》孟康曰:“法有主守盗,断官钱自入己也。”师古曰:“依当时律条,贼直十金,则至重罪。”<sup>⑫</sup>

另外,还有特殊手段之盗,《二年律令》规定的“恐猥人以求钱财”的罪名便十分典型:“群盗及亡从群盗,殴折人积(肢)、肤体,及令彼(跛)蹇(蹇),若缚守、将人而强盗之,及投书、县(悬)人书,恐猥人以求钱财,盗杀伤人,盗发冢,略卖人若已略未卖,桥(矫)相以为吏、自以为吏以盗,皆磔。”<sup>⑬</sup>朱腾指出:“该律文试图保护的法益不在于财产,而是指向统治秩序、人身安全、亡灵宁静、户籍及税役稳定、官吏群体的良好形象等,这些显然更应以‘盗’字的广义来概括。”<sup>⑭</sup>

①《孟子·万章下》,北京:中华书局,2018年,第200页。

②班固:《汉书》卷一上《高帝纪第一上》,北京:中华书局,1962年,第23页。

③范晔:《后汉书》卷六十六《陈蕃传》,北京:中华书局,1965年,第2161页。

④朱腾:《唐以前盗罪之变迁研究》,第114页。

⑤朱腾:《唐以前盗罪之变迁研究》,第144页。

⑥孔子问人不问马的典故,可谓对此传统的集约说明。

⑦睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,北京:文物出版社,1990年,第94页。

⑧睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,第63页。

⑨睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,第89页。

⑩睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,第89页。

⑪《汉书》卷六十六《陈万年附子陈咸传》,第2903页。

⑫《汉书》卷八十三《薛宣传》,第3388页。

⑬彭浩等主编:《二年律令与奏谳书——张家山二四七号汉墓出土法律文献释读》,上海:上海古籍出版社,2007年,第115页。

⑭朱腾:《唐以前盗罪之变迁研究》,第145页。

秦汉法律中不少关于盗的罪名,亦为《晋律》所继承,比如晋代有盗乘輿服御物之罪,最高刑至弃市。<sup>①</sup> 我们就不一一分析了。

## (二) 计赃定罪与盗不至死

除上文所论各种“广义”盗罪外,则是以物为中心,以财为本质,与现今盗窃罪相近的“狭义”盗罪(财产性盗罪)。《二年律令》规定:“盗臧(赃)直(值)过六百六十钱,黥为城旦舂。六百六十到二百廿钱,完为城旦舂。不盈二百廿到百一十钱,耐为隶臣妾;不盈百一十到廿二钱,罚金四两。不盈廿二钱到一钱,罚金一两。”<sup>②</sup>学者指出:“此律文无疑是以‘盗’字的狭义为基础设立的有关‘窃盗’的规定。”<sup>③</sup>《汉书·高帝纪》:“汉李奇曰:‘伤人有曲直,盗赃有多少,罪名不可豫定。’”<sup>④</sup>伤与盗、人与物(赃)相对,体现了战国以来狭义盗罪逐渐凸显的事实。

如上引《二年律令》的规定所示,对狭义盗罪,要计赃定罪,实行“实刑主义”,而非如后文所论游牧族群法那样实行“赔偿主义”。对于赃物,则以现存赃物归原主为原则——“盗盗人,臧(赃)见存者皆以畀其主”<sup>⑤</sup>——而非如后文所论游牧族群法那样实行盗罪倍赃制。由于史料充分,基本不存在学术上的争议,不赘论。

在计赃定罪之外,盗不至死是狭义盗罪的另一显著特征。如前引《二年律令》的规定所示,盗赃超过六百六十钱,处黥为城旦舂,这是最高刑。此种规定,乃承秦制而来。依据睡虎地秦简、龙岗秦简及各种现存史料的记载,水间大辅认为,秦律中关于“窃盗”(即“狭义”之盗)罪之财物价值与量刑的对应关系为:未满一钱,赀徭三旬;一钱以上至二十二钱未满,赀一盾;二十二钱以上至一百一十钱未满,赀二甲;一百一十钱以上至二百二十钱未满,耐隶臣妾;二百二十钱以上至六百六十钱以下,完城旦舂;超过六百六十钱,黥城旦舂。<sup>⑥</sup> 这是较为准确的判断。

特殊身份之人犯狭义盗罪,或复数之人共同犯狭义盗罪,需加重处罚,<sup>⑦</sup>同样没有死刑。秦简《法律答问》:

“害盗别徼而盗,驾(加)臧(罪)之。”·何谓“驾(加)罪”?·五人盗,臧(赃)一钱以上,斩左止,有(又)黥以为城旦;不盈五人,盗过六百六十钱,黥劓(剝)以为城旦;不盈六百六十到二百廿钱,黥为城旦;不盈二百廿以下到一钱,谿(迁)之。求盗比此。<sup>⑧</sup>

基于这类史料,闫晓君指出:“汉律承袭了秦律的传统”,“‘窃盗’,罪刑不至死,司法审判的实际情形也是如此”。<sup>⑨</sup> 我们想要指出的是,狭义之盗不至死是一项华夏传统。在盐铁会议上,文学曰:“古者,伤人有创者刑,盗有臧者罚,杀人者死。”<sup>⑩</sup>刑(肉刑)、罚(财产刑)与死(极刑)是并列关系,适用于不同类型的犯罪。汉代的人们充分认识到了财产性盗罪(狭义之盗)无死刑这一悠久传统的存

①《晋书》卷五十九《赵王伦传》:“武帝受禅,封琅邪郡王。坐使散骑将刘缉买工所将盗御裘,廷尉杜友正缉弃市,伦当与缉同罪。有司奏伦爵重属亲,不可坐。谏议大夫刘毅驳曰:‘王法赏罚,不阿贵贱,然后可以齐礼制而明典刑也。伦知裘非常,蔽不语吏,与缉同罪,当以亲贵议减,不得阙而不论。宜自于一时法中,如友所正。’帝是毅驳,然以伦亲亲故,下诏赦之。”参见《晋书》卷五十九《赵王伦传》,北京:中华书局,1974年,第1598页。

②彭浩等主编:《二年律令与奏谏书——张家山二四七号汉墓出土法律文献释读》,第112页。

③朱腾:《唐以前盗罪之变迁研究》,第143页。

④班固:《汉书》卷一上《高帝纪第一上》,第24页。

⑤彭浩等主编:《二年律令与奏谏书——张家山二四七号汉墓出土法律文献释读》,第113页。

⑥[日]水间大辅:《秦汉刑法研究》,第185页。

⑦特殊身份之人犯盗罪需加重,是一个基本原则。《法律答问》:“求盗盗,当刑为城旦,问罪当驾(加)如害盗不当?当。”参见睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,第94页。

⑧睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,第93页。

⑨闫晓君:《秦汉盗罪及其立法沿革》,第138页。

⑩《盐铁论》,北京:中华书局,2023年,第519页。

在。因此,史料中还有所谓“皋陶不为盗制死刑”<sup>①</sup>的说法,这当是久远历史记忆的留存,也是使现有制度合理化的依据。

当然,一种犯罪是否属于狭义之盗,取决于立法者的评价,这种评价会随着社会与政治情势的变化而变化,具有主观性与流动性。汉代便出现了“今边郡盗谷五十斛,罪至于死”<sup>②</sup>的法律。“今”字表明,这是当时形势下的特殊规定。

与此类似的还有盗马与牛。《盐铁论·刑德篇》载大夫语曰:

千仞之高,人不轻凌;千钧之重,人不轻举。商君刑弃灰于道而秦民治。故盗马者死,盗牛者加,所以重本而绝轻疾之资也。武兵名食,所以佐边而重武备也。<sup>③</sup>

法律规定“盗马者死,盗牛者加”,原因当在于其时马、牛本身的特殊性——它们不是普通的“财”,而是直接关系到“武兵名食”,乃国家经济与军事的根本,是重要的战略物资,被认定为特殊物。但这一规定遭到了普遍反对,文学曰:“闻以六畜禽兽养人,未闻以所养害人者也……今盗马者罪死,盗牛者加。乘骑车马行驰道中,吏举苛而不止,以为盗马,而罪亦死……”<sup>④</sup>盗马、牛罪的重点在一“今”字,及其在适用过程中的扩大化。该法应该是汉王朝在匈奴威胁下出台的特别法之一。<sup>⑤</sup>

总之,直到当时为止,马与牛在一般人的认知中仍为普通物,只是由于特定的政治情势被国家认定为特殊物而已。基于此,统治集团对偷盗它们的危害性作了重新评价,立法规定最高可处死刑。这就进一步证实了我们的看法:盗罪的维度主要由立法者的主观评价所决定,物本身不天然含有政治、文化等各种属性,它们的价值、意义与内涵是被“赋予”的。如从更广泛的意义看,则是由文明决定的——文明的复杂性决定了物价值、意义与内涵的丰富性。这是精神文明叠加于物质文明的结果。物价值、意义与内涵的被赋予及转换,需要一个过程,要受到过程中各种因素相互作用的影响。

西汉前期,牛、马及边郡谷物等,刚刚开始了它们在法律上转化为特殊物的过程,遇到了很大阻力。这种阻力主要来自华夏重人轻物的传统。盐铁会议上的文学之士反对的一个主要理由便是,物是为人服务的,物(的价值)不能重于人(的生命)。“人命关天”,是普通之物所不能比拟的:

《传》曰:“凡生之物,莫贵于人;人主之所贵,莫重于人。”故天之生万物以奉人也,主爱人以顺天也……鲁廋焚,孔子罢朝,问人不问马,贱畜而重人也。<sup>⑥</sup>

由儒家主倡的生命观、伦理观是文学之士据以反对国家行为的理论基础,狭义盗罪不至死的深层原因亦在于此。逮至西晋,社会情势恶化,执政者又欲将狭义盗罪加重至死,同样在强大的传统面前遭到失败。《晋书》卷三十四《羊祜传》载:

羊亮“初为太傅杨骏参军,时京兆多盗窃。骏欲更重其法,盗百钱加大辟,请官属会议。亮曰:‘昔楚江乙母失布,以为盗由令尹。公若无欲,盗宜自止,何重法为?’骏惭而止。”<sup>⑦</sup>

至迟到了刘宋(420—479)时代,普通盗窃行为达到一定数额处死的法律还是出现了。王弘与八座丞郎上疏曰:“主守偷五匹,常偷四十匹,并加大辟,议者咸以为重,宜进主守偷十匹、常偷五十匹死。”<sup>⑧</sup>

①《后汉书》卷三十五《曹褒传》,第1202页。

②《后汉书》卷一下《光武帝纪第一下》,第69页。

③《盐铁论·刑德篇》,第577页。

④《盐铁论·刑德篇》,第579页。

⑤现存最早关于对盗马牛处罚的记载,当为《尚书·费誓》:“马牛其风,臣妾逋逃,勿敢越逐……无敢寇攘,踰垣墙,窃牛马,诱臣妾,汝则有常刑!”“常刑”和“大刑”相对。《费誓》又曰:“甲戌,我惟征徐戎。誓后甲戌之日,我惟征之。峙乃糗粮,无敢不逮,汝则有大刑。”“大刑”被解为“死刑”(孔安国传、孔颖达等正义:《尚书正义》,周粟校点,北京:北京大学出版社,2014年,第540页),则“常刑”显然不至于死。

⑥《盐铁论·刑德篇》,第579页。

⑦房玄龄:《晋书》卷三十四《羊祜传》,北京:中华书局,1974年,第1025页。

⑧沈约:《宋书》卷四十二《王弘传》,北京:中华书局,1974年,第1318页。

如后文所论,北魏末期以降,盗不至死的华夏传统在北部中国被恢复,这是孝文帝主导的太和十六年律“回归”汉代传统的结果。但到了唐后期,社会动荡,政权飘摇,盗不至死的传统再次遭到破坏。元和四年(809)二月,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,及窃盗赃满三匹以上者,并准敕集众决杀。”<sup>①</sup>大中四年(850)五月,御史台奏:“据会昌元年二月二十六日敕:盗赃至一贯文处死。”<sup>②</sup>刘俊文评论说:“按窃盗无死,自古如此……而唐后期百余年中始终推行窃盗至死之酷法……足见其时社会不平等之加剧……迫使封建统治者不得不抛弃成法,而诉诸重典也。”<sup>③</sup>盗罪在南朝的变化,亦可从社会与政治情势恶化的角度理解。

## 二、游牧传统下的盗罪

### (一) 单维度的盗

与中原地区在政治、经济、社会、文化各层面较早发达的状况不同,草原地带的文明长期处于低位,物对人的价值与意义单一,不仅“财”或财产性是这一地带物的根本甚至唯一属性,而且能作为“财”的物也相当有限。邓奕琦讲:“鲜卑立业非在固土,不动产观念淡漠。部民的主要财产是牲畜、武器、马具和生活必需品。”<sup>④</sup>其中,马尤其受到重视。成吉思汗《大札撒》中的一条规定:“打马的头和眼部的,处死刑。”<sup>⑤</sup>有学者认为,保护马匹是《成吉思汗法典》的一个重要特点。<sup>⑥</sup>其实,重畜轻人一直是一项草原传统,这和这类地域的生产、生活方式直接相关。

越是向历史的早期追溯,草原地带作为法律上之物的种类就越是稀少。就现存资料看,在元代之前,草原盗罪规制的主要是盗马行为。史载,吐谷浑“随逐水草……杀人及盗马者罪死,他犯则征物以赎罪”。<sup>⑦</sup>突厥,“盗马绊者,皆死……盗马及杂物者,各十余倍征之……大抵与匈奴同俗”。<sup>⑧</sup>草原地带的法律同样具有连续性,以规制盗马为主要内容的盗罪也是如此。窝阔台曾大会诸王百僚,谕条令曰:“但盗马一二者,即论死。”<sup>⑨</sup>同样,作为游牧民族的哈萨克的法典亦严惩盗窃。《头克汗法典规定》,有人盗窃被发现,须偿还盗物的三个九倍;盗窃犯拒捕被杀,不偿命价。<sup>⑩</sup>

被推定为十六世纪下半叶颁布的《阿勒坦汗法典》规制的主要是盗窃行为,并对各种可能成为被盗对象的物进行了详细列举。岛田正郎把《阿勒坦汗法典》规定的可成为盗罪客体的物概括为家畜与家财两类,<sup>⑪</sup>法典对它们采取的是列举而非抽象概括的方式。《蒙古·卫拉特法典》对可成为偷盗对象的物也采取列举式。在岛田正郎看来,这既体现了游牧族群立法技术的稚嫩,也表明这类法典是习惯成文化的产物。<sup>⑫</sup>我们则认为,这还与草原地区生产力的低下,及由此造成的物的不丰富有关。

同《阿勒坦汗法典》一样,《白桦法典》中的《猴年大律令》规定的被盗物也是家畜与家财两类,其

①王钦若:《册府元龟》卷六百十二《刑法部·定律令第四》,周勋初等校订,南京:凤凰出版社,2006年,第7071页。

②王钦若:《册府元龟》卷六百十三《刑法部·定律令第五》,第7078页。

③刘俊文:《唐律疏议笺解》,北京:中华书局,1996年,第1387页。

④邓奕琦:《北朝法制考述》,载《中国法制史考证》甲编第三卷,北京:中国社会科学出版社,2003年,第431页。

⑤内蒙古典章法学与社会研究所编:《〈成吉思汗法典〉及原论》,北京:商务印书馆,2007年,第10页。

⑥内蒙古典章法学与社会研究所编:《〈成吉思汗法典〉及原论》,第185页。

⑦刘昫:《旧唐书》卷一百九十八《西戎》,北京:中华书局,1975年,第5297页。

⑧李延寿:《北史》卷九十九《突厥》,北京:中华书局,1974年,第3288—3289页。

⑨宋濂:《元史》卷二《太宗纪》,北京:中华书局,1976年,第33页。

⑩罗致平、白翠琴:《哈萨克法初探》,《民族研究》1988年第6期。

⑪[日]岛田正郎:《モンゴル法の研究》,东京:创文社,1986年,第90页。

⑫[日]岛田正郎:《北方ユラシア法系の研究》,东京:创文社,1982年,第338页。

中的第四十九条列举了牲畜之外从金银制品到毡子的各种物品,均为财产性之物。<sup>①</sup> 在所有盗窃行为中,对偷驼、马的处罚最重。<sup>②</sup>

《阿勒坦汗法典》的引言充斥着佛教语言,彰显着对佛的虔诚,可是却没有专门关于佛教的规定。佛教是蒙古诸部的国教,可在现存古代蒙古法律中,《喀尔喀法典》是唯一对盗窃宗教物品做出规定的法律,这是在清朝统治下,受清文化影响,物逐渐分化的结果。即便如此,其规定的处罚与盗普通物的规定没什么不同,如第二十九条:“偷盗寺庙佛像、饰物或牲畜,罪例与偷窃格根官库和畜群者同。”<sup>③</sup>

与此形成对照的是《唐律疏议·盗律》“盗毁天尊像佛像”条:“诸盗毁天尊像、佛像者,徒三年。即道士、女官盗毁天尊像,僧、尼盗毁佛像者,加役流。真人、菩萨,各减一等。盗而供养者,杖一百。”突出了物的宗教性、伦理性。刘俊文讲:“按唐代尊崇释、道,以二教为国教……故律于盗毁佛、道神像,不依一般盗毁罪科之,而特立此条加以惩罚。其着眼点非在盗毁,乃在其亵渎神圣也。”<sup>④</sup>在唐代的语境中,盗毁天尊像佛像的行为同时又具有了政治性。律条之所以区分了四种情况,主要就是因为盗窃行为对神道秩序造成的侵害不同。其中,出于“供养”目的之盗,侵害最轻,处罚亦最轻。

此外,《阿勒坦汗法典》只重视物的财产性,基本不存在具有政治性、文化性(宗教性、伦理性)的物。《阿勒坦汗法典》对“特殊”物品之盗的处罚,与普通之盗相同。如该法典第三十四条规定:“盗窃随葬物与盗窃活人之物同罪。”第三十五条:“放走祭祀的马匹,处罚九畜。”第三十六条:“(盗窃)转移尸体、祭祀的马匹,处罚三九牲畜。”<sup>⑤</sup>

与此不同,《唐律疏议·盗律》“发冢”条:“诸发冢者,加役流;已开棺槨者,绞;发而未彻者,徒三年。其冢先穿及未殡,而盗尸柩者,徒二年半;盗衣服者,减一等;器物、砖、版者,以凡盗论。”<sup>⑥</sup>该条体现了鲜明的伦理性,特定物在伦理秩序中的重要性是处罚的主要依据。与此同时,又以特定物在伦理秩序中的重要性来确定行为的性质,刑罚轻重视墓葬及由其表征的丧葬秩序被破坏的程度而定。盗器物、砖、版,对这种秩序几无影响,故以凡盗论。冢穿未殡而盗,对伦理秩序的破坏轻,处罚亦轻。

游牧族群重战斗,作为武器装备的铠甲、刀剑似应被视为特殊物。蔡鸿生解释上文所引突厥刑法的规定云:“(这)说明在突厥人心中套马索比马匹更重要。这是因为,套马索不仅是一种牧具,同时也是一种武器。”<sup>⑦</sup>但就现有史料看,这种规定在游牧族群的法律中是十分特殊的。

比如,在《蒙古·卫拉特法典》中,虽单列专条对武器进行了规定,但处罚方法与普通物相同,只有数量上的差异。其第四十四条规定:“偷窃铠甲处罚十九牲畜……偷窃枪支处罚一九牲畜。”第四十五条规定:“偷窃上好刀剑处罚一九牲畜……一般弓处罚带羔山羊。”<sup>⑧</sup>而对偷盗重要牲畜,该法典第六十二条规定:“偷盗骆驼,处罚十五个九牲畜……偷盗犏牛、二岁马、绵羊,处罚六九牲畜。”<sup>⑨</sup>《喀尔喀法典》同样以专条对偷盗武器装备的行为进行了规定,但同《蒙古·卫拉特法典》一样,处罚方式与盗窃普通物相同,只有数量上的差异。<sup>⑩</sup>

基于以上事实,我们可以断定,在游牧族群法中,盗罪不像中原地区那样有多个维度,财产性是

①李今山主编:《蒙古古代四部法典》,呼和浩特:内蒙古教育出版社,2010年,第30—31页。

②第三十五条规定:“偷窃公马、公骆驼,罚十九。偷窃母马、母骆驼罚十二九。偷窃种马、种公驼、种公牛、种山羊、种绵羊,论以偷窃公驼、牛、山羊、绵羊之罪例处罚。”参见李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第29—30页。

③李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第123页。

④刘俊文:《唐律疏议笺解》,第1361页。

⑤李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第3页。

⑥刘俊文:《唐律疏议笺解》,第1364页。

⑦蔡鸿生:《突厥法初探》,《历史研究》1965年第5期。

⑧李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第94页。

⑨李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第96页。

⑩具体规定见李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第127页。



其主要甚至唯一的维度。有学者认为：“尽管多数的盗罪都会涉及对经济的评判和衡量，但经济属性并非古代盗罪的核心本质。”<sup>①</sup>这种说法对游牧族群基本不适用。

## （二）多倍赔偿与盗罪至死

岛田正郎讲：“和以实刑主义为基本原则的中原法相对，在北方民族法中，赔偿制是一项基本原则，对于杀人、伤害、奸淫、盗窃等犯罪，均可以家畜赔偿……”<sup>②</sup>在游牧族群法中，绝大多数犯罪都是他所说的可用财物抵偿的“可赎罪”。<sup>③</sup>

就盗罪而言，赔偿一般为多倍赔偿。邓奕琦指出：“（鲜卑）习惯法……用高额‘备赃’的特殊归责方式保护公私财产的不可侵犯性。”<sup>④</sup>突厥法同样如此——“盗者则偿赃十倍。”<sup>⑤</sup>靺鞨人，“其罪可以买赎，偿窃物之九倍则免。”<sup>⑥</sup>

史称突厥“与匈奴同俗”。作为在北亚草原地带最早出现的游牧大帝国，匈奴对盗罪很可能也实行多倍赔偿制。史载匈奴法“坐盗者没入其家”。<sup>⑦</sup>之所以要没收犯罪人的全部财产，当是出于对受害者给予多倍赔偿的需要。这可从后世游牧政权的法律得到间接证明。有人复原了所谓《成吉思汗法典》，其中一条规定：“偷盗他人重要财物的，处死刑，并将其妻子、儿女和所有财产没收后送给被盗的人。”<sup>⑧</sup>另一条规定：“奴隶偷盗他人财物的，将其本人和主人都处以死刑，并将他们的妻子、儿女和所有财产没收后送给被盗的人。”<sup>⑨</sup>《黑鞑事略》记：“其犯寇（偷盗）者杀之，没其妻子、畜产，以入受寇之家。”<sup>⑩</sup>之所以要将犯罪人的妻子、儿女和所有财产没收后送给被盗者，当是由于犯罪人无法缴付多倍赔偿。<sup>⑪</sup>与此同时，并不免除实刑，<sup>⑫</sup>这和中原地区“坐赃者身死不征”的传统有异。<sup>⑬</sup>

蒙古帝国时代的做法影响到了元朝。仁井田陞指出，在元代亦有作为附加刑的没收刑。<sup>⑭</sup>在科以罚畜刑的同时不免除实刑（即同时科以刑罚与赔偿），是元代法的显著特点。

在十六世纪以降蒙古人的法律中，同样有没收刑。《阿勒坦汗法典》第三条规定：“处罚九九牲畜的案件，穷人犯案，没收所有财物，被盗物品无论耗损与否，都予追究。”<sup>⑮</sup>《白桦法典》中的《猴年大律令》第八条规定：“哈拉楚人若嫉恨出手击打汗人，杀其身，籍没其牲畜。”<sup>⑯</sup>第三、七、九条，同样规定了籍没刑。<sup>⑰</sup>《蒙古·卫拉特法典》的第一、九、十、十七、二十九、一〇一等条，亦规定了籍没（罚没、

①段知状：《唐代贼盗类犯罪的规制面向探析》，2018年《西南法学》第1期。

②[日]岛田正郎：《东洋法史》，东京：明好社，1970年，第90页。

③如吐谷浑，“他犯则征物以赎罪”。突厥，“斗伤人者，随轻重输物。”参见李延寿：《北史》卷九十九《突厥》，第3288—3289页。

④邓奕琦：《北朝法制考述》，第432页。

⑤魏征：《隋书》卷八十四《突厥传》，北京：中华书局，1974年，第1864页。

⑥[意]马可波罗：《马可波罗行记》，冯承钧译，上海：上海世纪出版集团，2001年，第154页。

⑦司马迁：《史记》卷一百十《匈奴列传》，北京：中华书局，1963年，第2892页。

⑧内蒙古典章法学与社会研究所编：《〈成吉思汗法典〉及原论》，第9页。

⑨内蒙古典章法学与社会研究所编：《〈成吉思汗法典〉及原论》，第9页。

⑩彭大雅、徐霆：《黑鞑事略校注》，许全胜注，兰州：兰州大学出版社，2014年，第114页。

⑪《大札撒》就规定盗一马罚九：“丢马的人不管从谁处找到其丢失之马，罚此人一九，如果不能给九畜，杀其人。”参见《蒙古族哲学社会思想史资料选编（蒙文版）》，呼和浩特：内蒙古教育出版社，1988年，第964页。笔者不懂蒙古文，译文引自何金山、关其戈：《论古代蒙古罚畜刑》，《内蒙古社会科学（汉文版）》2003年第6期。

⑫赔偿制加实刑，在汉与匈奴的盟约中还有相当程度的反映。史载：“汉遣车骑都尉韩昌、光禄大夫张猛送呼韩邪单于侍子……昌、猛见单于民众益盛……恐北去后难约束，昌、猛即与为盟约曰：‘自今以来，汉与匈奴合为一家……有窃盗者，相报，行其诛，偿其物……令其世世子孙尽如盟。’”（班固：《汉书》卷九十四下《匈奴传第六十四下》，第3801页）

⑬白居易讲：“臣伏以罪坐之刑，无重于死；故杀人者罪止于死，坐赃者身死不征。”（董洁编：《全唐文》卷六百六十八《奏阌乡县禁囚状》，北京：中华书局，1983年，第6790—6791页）

⑭[日]仁井田陞：《中国法制史研究·刑法》（补订版），东京：东京大学出版会，1980年，第555页。

⑮李今山主编：《蒙古古代四部法典》，第2页。

⑯李今山主编：《蒙古古代四部法典》，第27页。

⑰李今山主编：《蒙古古代四部法典》，第26—27页。



没收)刑。<sup>①</sup>《喀尔喀法典》的第一、二、二十六、三十四、三十七以及各种条例、法规中同样规定了没收的刑罚。<sup>②</sup>

萧大宁记载十六世纪末鞑靼风俗云:“夫治盗之法,囊时有盗若牛羊驼马者,止罚七九,或三九之数耳。今新法一行,且剜其目,断其手,仍罚一九之数。”<sup>③</sup>岛田正郎指出,在蒙古法中,家畜赔偿与家畜罚,原则上都是以九的倍数计算,在不需达到九而要从轻处罚的场合,一般罚五畜或三畜。<sup>④</sup>我们则要指出,多倍赔偿与没收刑在本质上是-致的,在无力多倍赔偿的情况下,则处以没收刑。《喀尔喀法典》的《一七二八年条例》规定:“抢劫或盗窃者……首犯妻、子、帐幕和牲畜全部没收,没收物交给被窃者处置……盗窃者财产不足缴付处罚数额,将其妻子、儿女作为处罚物折算计入。”<sup>⑤</sup>

总之,从种种迹象看,史料中记述的游牧族群在历史早期的所谓“没”刑,其主要功能便是给犯罪行为的受害方以赔偿。重财轻人,以盗为重罪,是游牧文化的典型特征。乌桓,“其约法,违大人言死,盗不止死”。<sup>⑥</sup>鲜卑人同样如此。《魏书》卷一《序纪第一》:

帝(昭成帝什翼犍)雅性宽厚,智勇仁恕。时国中少缯帛,代人许谦盗绢二匹,守者以告,帝匿之,谓燕凤曰:“吾不忍视谦之面,卿勿泄言,谦或惭而自杀,为财辱士,非也。”<sup>⑦</sup>

“为财辱士”及“谦或惭而自杀”等记述至少透露了以下信息:首先,“财”是草原地区物的根本属性。其次,盗为重罪,即使数额有限,也可能被处死。一句话,盗罪至死是草原盗罪的一大特征。为免许谦之死,什翼犍只能将其盗窃行为隐匿。邓奕琦以《三国志》卷三十《乌丸鲜卑东夷传》引《魏书》“盗不止,死”的记载,指出:“(鲜卑)习惯法用死刑严惩惯盗。”<sup>⑧</sup>

盗者处死,在匈奴之后的近两千年间,一直行用于草原地带的各游牧族群。《魏书》卷一百二《西域》:“嚙哒国……原出于塞北……依随水草……用刑严急,偷盗无多少皆腰斩,盗一责十。”<sup>⑨</sup>《鲁布鲁克东行纪》载蒙古人的法律:“他们对大盗窃也处以死刑。”<sup>⑩</sup>《马可波罗行纪》记鞑靼法:“设有盗马一骑或其他重要财物者,则为死罪,处以腰斩之刑。”<sup>⑪</sup>

在十六世纪以降的蒙古法中,牲畜赔偿与罚畜刑占据了绝对优势,实刑的比重与重要性大幅下降,但对于盗窃,《阿勒坦汗法典》第二十四条仍规定:“窃贼偷盗,不得怜悯,不杀则有碍法律尊严。”<sup>⑫</sup>第六十八条规定:“杀死窃贼,不受处罚;放走窃贼,处罚羊二只。”<sup>⑬</sup>充分体现了游牧族群法重财不重人的特点。

鲜卑人在草原地带的法律及实践,对北魏特别是其前期的法律产生了影响。史载:“初盗律,赃四十匹致大辟,民多慢政,峻其法,赃三匹皆死。”<sup>⑭</sup>“赃四十匹致大辟”之法当来自东晋南朝,这显然未能满足鲜卑统治集团的需求,他们转而又依据游牧法传统制定了更重的法律。“赃三匹皆死”与上文所论许谦盗二匹可被处死的情形相去不远,可形成某种互证关系。

之后,北魏法律经过了多次调整,但重刑一直是其法制的基本特征。《魏书》卷一百一十一《刑罚

①李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第90—92页。

②李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第118、122—125、132—136、145—146页。

③萧大宁:《北虏风俗》,北京:文殿阁书庄,1936年,第5页。

④[日]岛田正郎:《北方ユラシア法系の研究》,第336页。

⑤李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第132页。

⑥陈寿:《三国志》卷三十《乌丸鲜卑东夷传》,北京:中华书局,1982年,第832—833页。

⑦魏收:《魏书》卷一《序纪第一》,北京:中华书局,1974年,第16页。

⑧邓奕琦:《北朝法制考述》,第431页。

⑨魏收:《魏书》卷一百二《西域传》,第2279页。

⑩[法]鲁布鲁克:《鲁布鲁克东行纪》,柔克义译注、何高济译,北京:商务印书馆、中国旅游出版社,2018年,第202页。

⑪[意]马可波罗:《马可波罗行纪》,第146页。

⑫李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第3页。

⑬李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第6页。

⑭魏收:《魏书》卷一百一十一《刑罚志七》,第2875页。

志》：“正平元年，诏曰：‘刑网大密，犯者更众，朕甚愍之。其详案律令，务求厥中，有不便于民者增损之。’于是游雅与中书侍郎胡方回等改定律制。盗律复旧……有司虽增损条章，犹未能阐明刑典。”<sup>①</sup>所谓“盗律复旧”，当指将“赃三匹皆死”之法改回到了“赃四十匹致大辟”，仍未回归到先秦至两汉的传统。因此，孝文帝继位后下诏：“其参详旧典，务从宽仁。”司徒元丕等奏言：“盗及吏受赇各绞刑，跽诸甸师。”<sup>②</sup>狭义盗罪仍至死。

总之，北魏一直保持了其重处财产犯罪的游牧传统，<sup>③</sup>这和汉代不同。富谷至指出，汉律对盗罪的量刑最重为劳役刑。但他认为，造成两者差异的原因在于，北魏律受到了礼的重大影响，定罪量刑向非现实化、严罚化方向发展，<sup>④</sup>忽视了游牧法的影响，对北魏重刑原因的解釋失之片面。

### 三、《唐律》中的盗罪

#### （一）华夏传统的延续

对《唐律》中的盗罪，戴炎辉讲：“盗罪，律谓之‘取人财’……概律致力于保护私有财产。”<sup>⑤</sup>对唐代盗罪的丰富维度有所忽视。《唐律疏议·盗律》对秦汉制度的继承非常明显，具有多维属性。

首先是盗普通物与盗特殊物区分的维度，这是由政治文明导致的由人主观评价产生的物之分化的结果。关于这种分化，“盗不计赃立罪名”条的律疏讲：“从‘盗大祀神御之物’以下，不计赃科，唯立罪名。亦有减处，并谓得罪应重，故别立罪名。”<sup>⑥</sup>对盗大祀神御物以下各种特殊物之盗，之所以不计赃定罪，是因为从立法者的视角看，它们侵犯的客体并非单纯的“财”，而是政治、文化与社会秩序。所谓“别立罪名”，就是针对盗窃具有特殊属性之物的犯罪行为，在“常盗”之外独立罪名。

戴炎辉认为“常盗”是“盗罪之普通罪名”，其他各种形式的盗则为“窃盗之特殊罪名”。<sup>⑦</sup>我们认为，可依据物被赋予的意义，分为普通物之盗与特殊物之盗。所谓“普通物之盗”，指被盗物未被赋予特别意义、价值与内涵的盗，亦即律所谓“常盗”。《唐律》“强盗”条曰：“诸强盗，不得财徒二年……十匹及伤人者，绞……”注：“谓以威若力而取其财”。<sup>⑧</sup>“窃盗”条曰：“诸窃盗，不得财笞五十……五十匹加役流。”律疏：“窃盗人财，谓潜形隐面而取……”<sup>⑨</sup>强盗、窃盗虽然在手段与危害程度上有很大差别，但针对的均为普通物，故被称为“常盗”。“盗大祀神御物”条最后一款云：“若盗釜、甑、刀、匕之属，并从常盗之法。”律疏：“‘若盗釜、甑、刀、匕之属’，谓并不用供神，故从常盗之法……罪止加役流。”<sup>⑩</sup>盗釜、甑、刀、匕等物之所以“从常盗之法”，主因在于盗这类物品，不会对国家的祭祀活动构成实质侵害。

常盗中的窃盗更具典型性，是盗最常见的形态，被律称为“凡盗”。刘俊文为《唐律疏议·名例》作《校勘记》云：“通观全书，凡非特殊人盗（如监守自盗、盗亲属），或非盗特殊物（如盗大祀神御物、

①魏收：《魏书》卷一百一十一《刑罚志》，第2875页。

②魏收：《魏书》卷一百一十一《刑罚志》，第2876页。

③太和八年（484）六月诏：“置官班禄，行之尚矣……禄行之后，赃满一匹者死。”同年，“更定义赃一匹，枉法无多少皆死。”参见魏收：《魏书》卷一百一十一《刑罚志》，第2875、2877页。致使“宽猛未允，人或异议”。参见李延寿：《北史》卷三《魏本纪第三》，第99—100页。

④[日]富谷至：《汉律から唐律へ——裁判規範と行为規範》，《東方學報》2013年第88卷。

⑤戴炎辉：《唐律各论》（上），台北：成文出版社有限公司，1988年，第392页。

⑥刘俊文：《唐律疏议笺解》，第1375页。

⑦戴炎辉：《唐律各论》（上），第392页。

⑧刘俊文：《唐律疏议笺解》，第1377页。

⑨刘俊文：《唐律疏议笺解》，第1382页。

⑩刘俊文：《唐律疏议笺解》，第1340页。

盗御宝、官文书印、制书、禁兵器、天尊佛像等)以及非强盗,律均称之为“凡盗”。<sup>①</sup>又云:“按依凡盗法,谓依《贼盗律》窃盗条。”<sup>②</sup>“凡盗”罪不至死,这是对华夏传统的接续。

对于特殊物之盗,《唐律疏议·盗律》的第一条便是“盗大祀神御物”条,针对的是对国家礼秩序(而非对物作为“财”之价值)的犯罪行为。该条规定:“诸盗大祀神御之物者,流二千五百里。其拟供神御,及供而废阙,若飧荐之具已饌呈者,徒二年;未饌呈者,徒一年半。已阙者,杖一百。”依据对礼秩序侵犯程度的不同,刑罚亦不同:三个等差对应三种不同的侵害程度。<sup>③</sup>而在上引文规定的最后一种情况,则已不构成对国家礼秩序的侵害,成为单纯的侵“财”(律疏所谓“不用供神,故从常盗之法”)。<sup>④</sup>

再以“盗官文书印”条为例。该条规定:“诸盗官文书印者,徒二年。余印,杖一百。注:谓贪利之而非行用者。余印,谓印物及畜产者。”“官文书印”和“余印”的区别,在于盗取它们的行为对国家行政秩序造成危害的不同。以“贪利”做限定,则指明“盗”必须以犯人主观上谋“财”,在客观上却造成了“财”之外的损害为前提。戴炎辉认为:“此罪以印为财产而予以保护”。<sup>⑤</sup>但国家对这些特殊物的特别保护,显然不是为了保护“财产”,而在于它们内含的政治性。如果特殊物因时间流逝、情势变化等原因,政治性消失,那么盗窃它们的行为就是普通物之盗,需聚焦于它们的财产性进行处罚了。律文规定:“即盗应除文案者,依凡盗法。”<sup>⑥</sup>总之,对特殊物之盗,律关注的主要是它们对国家政治、社会与文化(伦理)及相关秩序的侵害,而非其财产性,故而采取重惩态度,规定于《盗律》之首,不计赃定罪。

《唐律》对盗罪设立的另一个范畴,是手段普通之盗与手段特殊之盗。手段特殊之盗主要涉及故烧人舍屋而盗、恐喝取人财物、以他故殴人因而夺物、以私财物奴婢贸易官物、山野物已加功辄取、略人略卖人、略和诱奴婢、知略和诱和同相卖而买、知略和诱强窃盗受分等条。手段特殊的反面,则以“规财”为一般性目的。除涉及贩卖人口的几个律条外,其他条文针对的均为普通物,财产性是这些物的主要特征。“恐喝取人财物”条就规定:“诸恐喝取人财物者,准盗论加一等;虽不足畏忌,财主惧而自与,亦同。”“财”是“物”的本质,故物的所有人称“财主”。因为侵财是这类犯罪的本质,与普通物之盗的本质相同,故要计赃定罪。

另外,该条还指出了“盗”不论在何种维度都必须具备的一个特征:犯人在主观上是“规财”的。至于这种盗到底应被刑律归置于哪个维度、哪种类型的盗,取决于国家对特定物内涵的主观评价。也就是说,不同维度的盗,在犯罪人的主观上是一致的,只是由于国家对物的评价不同而产生了差异。质言之,维度不同的盗由立法者和犯法者对相关物认知与评价上的差异所造成,这在游牧族群的法律中基本不存在。

《唐律》还从犯罪主体的角度,以身份为依据,将盗罪划分为特殊身份之盗与普通身份之盗。以上所论均为普通身份之盗,特殊身份之盗主要包括监临主守盗与亲属盗两种情形。与此不同的是,游牧社会不存在汉地那般的政治秩序与伦理观念,并反映到了法律上。《阿勒坦汗法典》第二十条就规定:“父母无论何种方式逼走女儿,处罚九九牲畜”。其第二十二条规定:“将女儿许嫁恶人,或强迫

①刘俊文:《唐律疏议笺解》,第522页。

②刘俊文:《唐律疏议笺解》,第1360页。

③刘俊文指出:“此类行为虽属盗罪,但因所盗物品特殊,带有亵渎天地祖宗之性质,故目为‘大不敬’,列入十恶……同时设此专条,不与一般盗罪同科。”显然,大祀神御物具有浓厚的政治性。参见刘俊文:《唐律疏议笺解》,第1341页。

④刘俊文讲:“律文规定,盗大祀神御用品罪分为两类,一为盗常用器具……一为盗供神御物……二者处罚原则各不相同。”具体而言,“盗常用器具,此类器具‘并不供神’,故盗者一律‘从常盗之法’……盗供神御物。此类物品具有神圣性,故盗者不以常盗论……”参见刘俊文:《唐律疏议笺解》,第1342页。

⑤戴炎辉:《唐律各论》(上),第397页。

⑥刘俊文:《唐律疏议笺解》,第1350页。

女儿出嫁,处罚其父母。”<sup>①</sup>父母的身份在定罪量刑时基本不起作用,《唐律》那般以身份为依据进行的盗罪划分是不存在的。

## (二) 游牧族群法因素的介入

随着游牧族群对中原的征服与统治,其法律中的一些制度与因素必然会在被征服地区适用。以元代为例,尽管忽必烈“不得不顺应汉地形势采用汉制,改造其政府,将自己装扮为中原帝王。”<sup>②</sup>但游牧法的影响与适用是非常明显的。元代法规定:“达达家偷头口的贼每根底断没九个,重的敲了,轻的断放有……如今汉儿贼每偷头口呵,也则依那体例,陪了九个,重的敲了,轻的刺断者。”<sup>③</sup>加倍赔偿制与盗罪至死是其鲜明特点,这正是游牧族群法的显著特征。仁井田陞指出:“金代和元代的中原法,受到女真和蒙古固有法影响后,在一些地方出现的和诸(游牧)民族古法类似的东西,多数并非来自中原的制定法。”<sup>④</sup>

关于《唐律疏议·贼盗律》的来源,律疏讲:“《贼盗律》者,魏文侯时,李悝首制《法经》,有《盗法》《贼法》……北齐合为《贼盗律》。后周为《劫盗律》,复有《贼叛律》。隋开皇合为《贼盗律》,至今不改。”<sup>⑤</sup>《唐律疏议·贼盗律》的直接来源为由《隋律》转承的北周《大律》,受北朝法的影响最为直接。

北朝乃由鲜卑人建立,其法律必然带有游牧族群法的因子。职是之故,由北朝脱胎而来的隋唐王朝法典规定的盗罪,在基本继承秦汉制度的同时,也受到了游牧族群法的影响,其中最明显的就是盗罪倍赃制。《唐律疏议·名例律》“诸以赃入罪”条注:“盗者,倍备。”律疏释义曰:“谓盗者以其贪财既重,故令倍备,谓盗一尺,征二尺之类。”<sup>⑥</sup>所谓“倍备”就是加倍赔偿。律疏解释说,之所以设立这一制度,是因为“贪财既重”,即在于对侵财行为严重性的评价。这其实是游牧时代重财轻人传统的残影。

刘柱彬讲:“征收倍赃,这是古代刑法对于盗犯在经济上给以处罚的一种方式。”<sup>⑦</sup>在渊源问题上含糊其辞。我们认为,《唐律》的这一制度直接来自北朝法,北朝制度又来自鲜卑人在草原时期的法律。《魏书·刑罚志》载:

魏初,礼俗纯朴,刑禁疏简……昭成建国二年(338年):当死者,听其家献金马以赎;犯大逆者,亲族男女无少长皆斩;男女不以礼交皆死;民相杀者,听与死家马牛四十九头,及送葬器物以平之;无系讯连逮之坐;盗官物,一备五,私则备十。法令明白,百姓晏然。<sup>⑧</sup>

同其他游牧族群一样,鲜卑人普遍实行赔偿制。游牧族群民、刑不分,处罚手段单一,盗罪倍赃应是由赔偿制演变而来的一种形态。<sup>⑨</sup>在通常情况下,惩罚与赔偿难以区分。《喀尔喀法典》在规定的偷盗武器、牲畜之外物品的处罚时就是如此。该法典第四十五条与四十六条在列举各种物品后规定“处罚一九牲畜”“处罚二九牲畜”“处罚一五牲畜”等。可在第四十六条最后一段,使用的却是“偷窃上列物品,一律支付赔偿金”。<sup>⑩</sup>

苏鲁格认为:“所谓‘赔偿’是指专给受害人或受害人家属的补偿,而所‘罚’之物则不一定给受

①李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第3页。

②萧启庆:《内北国而外中国——蒙元史研究》(上),北京:中华书局,2007年,第19页。

③《元典章·刑部》卷十一《诸盗一·强窃盗·偷头口》,北京:中华书局,2011年,第1643页。

④[日]仁井田陞:《中国法制史研究·刑法》(补订版),第303页。

⑤刘俊文:《唐律疏议笺解》,第1233页。

⑥刘俊文:《唐律疏议笺解》,第328—329页。

⑦刘柱彬:《中国古代盗窃罪的产生、成立及处罚》,《法学评论》1996年第4期。

⑧魏收:《魏书》卷一百一十一《刑罚七》,第2873页。

⑨仁井田陞在论述赔偿制中的“盗犯赔偿”时,蒙古成吉思汗时代法律中的九倍赔偿是其基本事例之一。参见[日]仁井田陞:《中国法制史研究·刑法》(补订版),第307页。

⑩李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第127—128页。

害者。”<sup>①</sup>但在现存古代蒙古法律中,基本不存在如此明确的区分,要视具体情况而定。<sup>②</sup>依据仁井田陞的理论,在定额赔偿制成立后,赔偿额中交给公权威的部分,应称“和平金”。<sup>③</sup>为了使用上的方便,我们可将被罚牲畜完全交于受害人或其亲属的情形称为“(家畜)赔偿”,而将被罚牲畜之一部分交于公权威的情形称为“(家畜)罚”,但在古代蒙古人那里基本不存在这样的概念与界限。

鲜卑人在草原地带的实践,对他们在中原建立之诸政权的法律产生了影响。《唐明律合编》引杨慎《升庵外集》关于高欢立法的记载云:“昔高欢立法,盗私物十备五,盗官物十备三。后周诏,侵盗仓廩,虽经赦免,征备如法。”<sup>④</sup>其关于后周法的记述来源于《周书》,<sup>⑤</sup>对高欢立法的记述也当有所本。<sup>⑥</sup>我们认为,高欢立法的远源当即上述游牧法传统,近源应为北魏时代特别是太和十六年律的规定。

鲜卑人在草原时代的一些做法在隋代还有影响。在律典之外,盗罪至死与籍没制的反复出现,即是表现之一。《隋书》卷二《高祖下》载文帝“敕盗边粮一升已上皆斩,并籍没其家”。<sup>⑦</sup>又“命盗一钱已上皆弃市……自此四人共盗一椹桷,三人同窃一瓜,事发即时行决”。<sup>⑧</sup>隋在立国之初,以“复汉魏之旧”为标榜,实行宽刑政策以收买人心。<sup>⑨</sup>可随着统治的巩固,北魏前期以来的重刑倾向又有回潮的趋势。

杨帝继位后,惩文帝晚年弊政,实行宽刑政策,可随后又转行严法——“帝乃更立严刑,敕天下窃盗已上,罪无轻重,不待闻奏,皆斩……又诏为盗者籍没其家。”<sup>⑩</sup>这同样是把历史记忆中的游牧法传统适用于中原地区。唐王朝建立后,基本继承了开皇与大业制度,<sup>⑪</sup>只是在刑罚上有所减轻,盗罪倍赃制当在这一过程中被降低到二倍。

闫晓君认为:“汉律已有盗赃的赔偿制度。”他的根据是《周礼·秋官》的以下记载:“司厉掌盗贼之任器、货贿辨其物,皆有数量,贾而赍之,入于司兵。”汉代郑玄注:“入于司兵,若今时伤杀人所用兵器,盗贼赃,加责没入县官。”唐代的贾公彦疏:“加责者,即今时倍赃者也。”<sup>⑫</sup>他认为:“北魏继承了盗赃的赔偿制度……唐《名例律》则规定:‘盗者,倍备。’”<sup>⑬</sup>

郑玄和贾公彦所说,其实是两种不同的制度。东汉的加责入官,当是在郑玄生活的时期,朝廷针对特殊“盗罪”(使用兵器抢劫)设定的一种特殊制度。没有证据表明在之前或之后的华夏王朝存在此制。“加责入官”的特点是所罚“盗赃”入于官府。在特定情形下,赃物“入官”,是汉代法律的一个

①李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第9页。

②岛田正郎通过对十三世纪特别是十六世纪以降蒙古地区法律的研究指出,家畜赔偿(制)与家畜罚两者之间很难区分。他还讲:“不能说赔偿是加害者向被害者或其遗族进行支付,而罚畜则为公权威收取……在蒙古法典中,两者表现相同……在公权威收取的情况下,也会将(牲畜)的一部分支付给受害人或其遗族。而这也是依据犯罪的种类,进行的个别性规定,不存在通例性规定。”参见[日]岛田正郎:《北方ユラシア法系の研究》,第334、340页。其实,仁井田陞在概说“复仇—赔偿制”的起源时也指出,在定额赔偿制成立的过程中,刑罚与赔偿、刑事与民事难以区分。他在论述定额赔偿制的确立时也说,赔偿含有刑罚的要素,刑罚和赔偿未完成分化,对盗窃罪的处理则是他重要的论据。参见[日]仁井田陞:《中国法制史研究·刑法》(补订版),第302、324—325页。

③[日]仁井田陞:《中国法制史研究·刑法》(补订版),第303页。

④薛允升:《唐明律合编》,北京:法律出版社,1999年,第57页。

⑤《周书》卷四《明帝纪》:“(武成元年五月)乙卯,诏曰:‘……若有侵盗公家财畜钱粟者,魏朝之事,年月既远,一不须问。自周有天下以来,虽经赦宥,而事迹可知者,有司宜即推穷。得实之日,但免其罪,征备如法。’”参见《周书》卷四《明帝纪》,北京:中华书局,1971年,第57页。

⑥《唐盗物计赃科罪贖》:“其钱征到,分付来宾取,领口陪赃贖征送咨。”(《吐鲁番出土文书》第八册,文物出版社,1987年,第107页)对倍(陪)赃用的是“征”字。由此反推,北周时期对盗赃的所谓“征”,应该也是征倍赃。仁井田陞认为,《元史·刑法志》中“赎赃”的表述,其内涵也应当是“一陪九”“九个陪赃”之意。参见[日]仁井田陞:《中国法制史研究·刑法》(补订版),第554页。北周、北齐史料中的“征赃”“征备”应与此类似。

⑦魏征、令狐德棻:《隋书》卷二《高祖下》,北京:中华书局,1973年,第40页。

⑧魏征、令狐德棻:《隋书》卷二十五《刑法志》,第714页。

⑨张伟国:《关陇武将与周隋政权》,广州:中山大学出版社,1993年,第140页。

⑩魏征、令狐德棻:《隋书》卷二十五《刑法志》,第717页。

⑪张春海:《中国古代立法模式演进史》,南京:南京大学出版社,2019年,第189页。

⑫郑玄注、贾公彦疏:《周礼注疏》,北京:北京大学出版社,2000年,第1120页。

⑬闫晓君:《秦汉盗罪及其立法沿革》。

特点。《疏勒河流域出土汉简》：“行言者若许多受贼以枉法皆坐臧(赃)为盗没入(官)口口行言者本行职口也。”<sup>①</sup>景帝元年(前156年)七月,廷尉信谨与丞相议曰:“吏及诸有秩受其官属所监、所治、所行、所将,其与饮食计偿费,勿论。它物,若买故贱,卖故贵,皆坐臧为盗,没入臧县官。”<sup>②</sup>这些规定和唐代的“倍备”制显然不同。

在唐代“倍备”制度所来自的游牧族群法中,亦存在罚双倍的规定。《白桦法典》就规定:“若丢失驿马、经膳、乳食等,以双倍罚取。”<sup>③</sup>《蒙古·卫拉特法典》第六十九条规定:“抓到离群牲畜者不交给西古楞格及贺热格,处罚离群牲畜的二倍。”<sup>④</sup>《葛尔丹洪太吉敕令》第七条:“拒绝提交诉讼费,处罚双倍。”<sup>⑤</sup>《敦罗布·刺什补充条款》第二十一条规定:“盗窃一百钱以下,加倍处罚盗窃者。”<sup>⑥</sup>这些均间接表明,《唐律》规定的倍备制度应该是游牧法传统在汉地“文明化”的结果——既保留了游牧法重惩盗罪的制度设定,又向重人轻财的华夏传统靠拢。

#### 四、秦唐间盗罪的变与不变

阎步克认为,现代中国的发展“为历史学提出了新的课题,即通过对其漫长进化中的常态、变态、周期等等的考察,来探索其‘连续性’的秘密”。<sup>⑦</sup>本文便是从盗罪的角度,对此进行探索的尝试。我们认为,农、牧互动以及在这种互动过程中从多元凝聚为一体,是这种连续性背后的秘密。

虽然《唐律疏议·盗律》的不少内容均能在秦汉律中找到来源,但它们不是直接的继承关系,而是经过了中间的变化与发展,其中最关键的便是孝文帝汉化改革后的法制。孝文帝汉化改革后,北朝盗罪也有广义和狭义之分。《北齐书》卷三《文襄》记侯景云:“然窃人之财,犹谓之盗。”<sup>⑧</sup>窃盗即狭义之盗,是诸盗罪中的一种,且被认为是危害性最小的。这和游牧法存在重大差异,更符合中原农耕地区政治、精神与物质文明的实际状况。正因为经过了北魏后期之律及其影响下的北周、北齐法制的“中转”,唐代盗罪虽远承秦汉,但无论在形式还是内容上均有很大不同。对盗牛马的规定,是唐代盗罪经北魏而承秦汉的另一突出证据。《唐律疏议·贼盗律》“盗官私马牛”条规定:“诸盗官私马牛而杀者,徒二年半。”不计赃定罪。律疏云:“马牛军国所用,故与余畜不同……其有盗杀牝牛之类,乡俗不用耕驾者,计赃以凡盗论。”<sup>⑨</sup>该条着眼的主要是对国家军事和经济秩序的影响,故马和牛被律典规定为特殊物。这与游牧族群法中主要着眼于牲畜的财产性不同。

汉代固然有“盗马者死,盗牛者加”的法律,但如前文分析的那样,它并非华夏传统,当时就遭到了普遍反对。这类法律之所以能在出现于《唐律》,当与北朝时期,马、牛特殊性的观念被灌输、普及,最后形成共识,并为法律固定有关。秦唐间的法律经游牧族群法的介入而承转是可能的。《魏书》卷二十一上《献文六王传》:

赵郡王干……(除)冀州刺史……州表斩盗马人,于律过重,而尚书以干初临,纵而不劾。诏曰:“……苟须有禁,何得不稽之正典?又律令条宪,无听新君加戮之文;典礼旧章,不着始临专威之美。

①林梅村、李均明编:《疏勒河流域出土汉简》,北京:文物出版社,1984年,第53页。

②班固:《汉书》卷五《景帝纪》,第140页。

③李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第81页。

④李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第97页。

⑤李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第105页。

⑥李今山主编:《蒙古古代四部法典》,第111页。

⑦阎步克:《波峰与波谷——秦汉魏晋南北朝的政治文明》,北京:北京大学出版社,2009年,第16页。

⑧李百药:《北齐书》卷三《文襄》,北京:中华书局,1972年,第34页。

⑨刘俊文:《唐律疏议笺解》,第1372页。

尚书曲阿朕意,实伤皇度。干闾于治理,律外重刑,并可推闻。”<sup>①</sup>

盗马处死在当时已属律外用刑,律典的规定很可能与《唐律》近似,处徒刑。邓奕琦讲:“处理盗窃罪,除对惯盗处死外,论罪不计盗窃数量的多寡和社会危害性的实际大小,法律评价相同,均责以高价赔偿。这种不能根据社会危害程度的轻重区分开犯罪与其他反社会行为的缺陷,表明鲜卑刑法处于发展幼年期。”<sup>②</sup>我们认为,游牧族群关于盗罪的处罚与其草原地带的自然、社会、经济、文化、观念、生产生活方式是相适应的。但当这些族群征服农耕地区后,情况就发生了变化,法制亦不可避免地发生向中原制度靠拢的现象。从农耕人群的视角看,可谓制度的“文明化”。

北魏前期法律重财轻人、刑至于死的特点在其后期便发生了显著变化。迁都于邺城后,“京畿群盗颇起”,有司“奏立严制”:“诸强盗杀人者,首从皆斩……小盗赃满十匹已上,魁首死,妻子配驿,从者流。”侍中孙腾反对说:“案律,公私劫盗,罪止流刑……律令之外,更立余条……法令滋彰,盗贼多有……请诸犯盗之人,悉准律令,以明恒宪。”<sup>③</sup>直到当时,就文本上的规定言,公私劫盗都罪止流刑,<sup>④</sup>比《唐律》还轻。这与直至孝文帝前期的北魏法及实践有重大差别,<sup>⑤</sup>乃北魏法律较为彻底地“汉化”的结果。

北周建德六年(577年)十一月,“初行《刑书要制》。持杖群强盗一匹以上,不持杖群强盗五匹以上,监临主掌自盗二十四匹以上,小盗及诈伪请官物三十匹以上,正长隐五户及十丁以上、隐地三顷以上者,至死。刑书所不载者,自依律科”。<sup>⑥</sup>所谓“小盗”,当主要指财产性的盗(狭义之盗),犯此罪者三十匹以上处死,比南朝的四十四匹以上处死要重。不过,除几种特定的财产性犯罪外,其他均“依律科”。这里的“律”,应是北周法典《大律》。<sup>⑦</sup>《大律》对普通盗罪规定的最高刑应不至死,基本继承了北魏太和十六年律。史又载韩显宗之语曰:“自太和以来,未多坐盗弃市,而远近肃清。”《校勘记》云:“‘未多坐盗弃市’:诸本‘多’上无‘未’字……按显宗意谓严刑无效,若无‘未’字,便和原意相反,今据补。”<sup>⑧</sup>《校勘记》是正确的。

富谷至指出:“作为介于汉唐间的异民族政权北魏,吸收了到那时为止的中原法,推进了胡汉法制的融合。”<sup>⑨</sup>这个融合的进程就是以汉文明为主体,由多元凝聚为一体的过程。不止是秦唐之间,唐代以后,也存在类似现象。仁井田陞认为,元代法的一个重要特点是蒙古法与汉法的折中,彼此渗透、交融。与此不同,“在女真固有法与中原法的关系上,则是向采用其中的一种,而排除另一种的方向发展。最终,女真固有法的结局是,把优越地位让渡给了中原法”。<sup>⑩</sup>不论哪种情况,均是诸游牧族群建立起民族融合政权后,其法律逐渐汉化的产物。只不过,蒙古人的“汉化迟滞”也表现在法律上,而不如女真人那样快速汉化而已。<sup>⑪</sup>

①魏收:《魏书》卷二十一上《献文六王列传》,第542页。

②邓奕琦:《北朝法制考述》,第434页。

③魏收:《魏书》卷一百一十一《刑罚志七》,第2888页。

④当时,“劫”与“偷”,“掠”与“盗”都是具有明显差别的“赃罪”(《魏书》卷二十一上《献文六王列传第九上》载北海王元详与八座奏曰:“设有贼发,隐而不言,或以劫为偷,或遏掠成盗。”(第560页。))对前者的处罚,应重于后者。

⑤对于强盗、劫盗和群盗的处罚更为严厉。《魏书》卷四十《陆侯》:“(陆希质)子珣,字子琰。开府参军。次瑾,字子瑜。性并粗险,乃为劫盗,珣、瑾俱死。”(第916页。))

⑥令狐德棻:《周书》卷六《武帝下》,第105页。

⑦《隋书》卷二十五《刑法志》:“齐平后,(周武)帝欲施轻典于新国……其后又以齐之旧俗,未改昏政,贼盗奸宄,颇乖宪章。其年,又为《刑书要制》以督之。其大抵持仗群盗一匹以上,不持仗群盗五匹以上,监临主掌自盗二十四匹以上,盗及诈请官物三十匹以上,正长隐五户及十丁以上及地三顷以上,皆死。自余依《大律》。由是浇诈颇息焉。”(第709页。))

⑧魏收:《魏书》卷六十《韩麒麟传》,第1351页。

⑨[日]富谷至:《汉唐法制史研究》,第6页。

⑩[日]仁井田陞:《中国法制史研究·刑法》(补订版),第550页。

⑪关于蒙古人的汉化迟滞和女真人全面汉化的论述,可参看张帆:《元朝的特性:蒙元史若干问题的思考》,《学术思想评论》第一辑,沈阳:辽宁大学出版社,1997年;刘浦江:《女真的汉化道路与大金帝国的覆亡》,《国学研究》第7卷,北京:北京大学出版社,2000年。



总之,中华法治文明具有鲜明的连续性与统一性,而这种连续性与统一性又是建立在以人为本的精神,及由此产生的强大的文化创新与创造力的基础之上的。正是由于具有这样的创造力,汉族具有高度的文化自信与开放、包容的精神,即使是游牧族群的法律,也可因应时代的需要,吸收其中的一些因素为我所用。

(责任编辑:吴 欢)

## **The Evolution of Theft Crimes from Qin and Tang Dynasties : The Continuity under the Influence of Nomadic Legal Factors**

ZHANG Chunhai

**Abstract:** The crime of theft stipulated by the laws of the Chinese Dynasties had multiple dimensions. In addition to the so-called “narrow” theft crimes (i.e., property theft crimes), there were also theft crimes involving special objects, special subjects, and special means. As to the “narrow” theft crimes, it was necessary to evaluate the stolen goods for conviction and implemented the principle of “actual punishment”. In contrast, the legal system of nomadic tribes prioritized property over human life, making death punishment for theft a prominent characteristic of theft crimes on the grasslands. In general, when sentencing for theft, the principle of “compensation” was implemented. The dimension of theft was mainly determined by the degree of civilization. The theft crimes between Qin and Tang dynasties had a considerable continuity, but this was a “continuity” influenced by the influence of nomadic legal factors. The double compensation system stipulated in the Tang Code was the result of the “assimilation” of the nomadic legal tradition in Han territories. The continuity of Chinese culture, including theft crimes, was influenced by nomadic cultural factors. The interaction between agriculture and animal husbandry and the convergence of diverse elements into a unified whole in this interaction was the underlying secret of this continuity.

**Keywords:** conviction based on the value of the stolen goods; theft not punishable by death; multiple compensation; nomadic tribal law

**About the author:** ZHANG Chunhai, PhD in History, is Professor and PhD Supervisor at Law School of Nanjing University (210093).