

“盗律”与“财产犯罪”:古今刑法的价值变迁^{〔*〕}

谢 晶

(中国政法大学 法学院,北京 102249)

〔摘 要〕“王者之政,莫急于盗贼。”与治盗相关的规则是古今刑法均极为重要的内容。以《大清律例》为代表的传统律典中的盗律,在看起来繁复杂乱的外在形式的背后,是试图通过养民、富民、教民、亲民的方式做到足食、厚德、敛欲,从而止盗、去刑,真正实现“治本”的内在价值追求。近现代刑法分类、编排各罪的标准由法益取代行为性质,外在表现形式改变的背后,是立法目的、立法任务乃至立法价值的变迁,由禁止某些性质的行为变为保护法益。法益这一概念工具有诸多优点,但掩盖不了其以利益为唯一正当性基础的价值取向,与足食、厚德、敛欲的治本方案的价值追求之间存在内在冲突。

〔关键词〕《大清律例》;盗律;法益;财产犯罪;立法价值

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2021.05.014

清季以降,西法东渐,绵延数千年的传统律典被来自欧西的近现代法律取代。有关刑法古今嬗变的是非功过,百余年来聚讼不已、言人人殊。不过,对于具体问题的探讨,论者多延续“礼法之争”的脉络,着重关注其中的“伦常条款”,如无夫奸、干名犯义、子孙违犯教令等。^{〔1〕}伦常问题固然是传统律典相较于现代刑法的一大特色,但远非全部色彩。有鉴于此,本文另辟领域,选取盗律为讨论对象。

盗律是传统时代律典的首要部分之一,从《法经》的“王者之政,莫急于盗贼,故其律始于盗贼”,^{〔2〕}到《大清律例》中“贼盗”位列《刑律》

首卷,囊括多达二十五条盗律,^{〔3〕}其重要地位两千余年一以贯之。法制近代化之后及至当下,虽迭经政权更替、法制改革,与“盗”有关的条文仍然一直是刑事立法、司法及学术研究中的重头戏。但关于盗律近代转型的问题,目前学术界却似乎少有深入研究,相关作品或集中于传统时代,^{〔4〕}或仅偶及其中的个别条文而未顾及全部盗律。^{〔5〕}本文以盗律的古今转型为切口,尝试揭示相关律例条文外在改变背后的内在立法价值变迁。

一、传统盗律繁复杂乱的外在表现形式

按照一般的说法,传统时代的治盗之律

作者简介:谢晶,法学博士,中国政法大学法学院副教授。

〔*〕本文系北京市社会科学基金重点项目“清代法制之腹边文化互动研究”(20FXA004)、中国政法大学钱端升杰出学者支持计划的阶段性成果。

(法)最早追溯自战国李悝《法经》中的盗法,尽管《法经》之真实性目前尚存疑问,但此后秦汉魏晋唐宋明清之因循传承有目可循,《大清律例》的盗律是传统时代发展的最后形态。^[6]光绪二十八年(1902),清廷发布《决定修订律例谕》,开馆修律。但新的刑律一时难以产出,光绪三十一年(1905)修律大臣沈家本、伍廷芳上《奏删除律例内重法折》:“请将刺字款目概行删除。凡窃盗皆令收所习艺。”^[7]又上《修订法律大臣奏请先将例内应删各条分次开单进呈折(并清单)》,删除盗律内的诸多例文。如此,1910年在原有《大清律例》基础之上删修形成的《钦定大清现行刑律》中的盗律,整体而言大幅度减轻了刑罚,但体例、内容等还都是传统的形式。^[8]

在这部过渡性质的刑律颁行前的1907年,其实已经诞生了西式的《大清刑律草案》,^[9]此后清廷、民国以至如今我国台湾地区的历部刑律、刑法及相关草案均在此基础上损益发展。^[10]新中国成立之后,刑法虽经废除又重建、修正,但无论具体制度抑或背后的理论基础,均仍然不出这一移植的脉络,拥有基本同质的价值取向。所以本文讲述的盗律古今转型及其价值变迁,将一

定程度简化为《大清律例》与1907年《大清刑律草案》之间的比较。

若粗略比较古今与盗相关的条文,则给人的第一印象是前者非常繁杂。《大清律例·刑律》“贼盗”篇中,“自首至妖言三条系贼,余皆盗也”,^[11]盗律共二十五条,各律后再附数条至数十条不等的例文。其中,盗贼窝主、共谋为盗、公取窃取皆为盗,起除刺字四律具有盗律“总则”的性质,亦即凡论前二十一门律例,皆须以此四项为据。“总则”之外,盗之对象为官物的律文有盗大祀神御物、盗制书、盗印信、盗内府财物、盗城门钥、盗军器、盗园陵树木、监守自盗仓库钱粮、常人盗仓库钱粮,最末两条为盗一般官物,按盗主体之不同分为监守盗与常人盗,其他的为特殊官物。盗之对象为私物的是强盗、白昼抢夺、窃盗、盗田野谷麦、亲属相盗、恐吓取财、发冢,盗田野谷麦与发冢为盗特殊私物,剩下的均为盗一般私物,根据盗之主体及具体盗行为的不同而各自成律。诈欺官私取财与盗马牛畜产二律针对的对象乃官、私物均可,另有盗之对象为人的劫囚与略人略卖人,以及对象不明确的夜无故入人家。(见表1)

表1 盗律“总则”之外的律文

对象	官物		私物		人	不明确
	特殊官物	一般官物	特殊私物	一般私物		
律名	盗大祀神御物、盗制书、盗印信、盗内府财物、盗城门钥、盗军器、盗园陵树木、盗马牛畜产	监守自盗仓库钱粮、常人盗仓库钱粮、诈欺官私取财	盗马牛畜产、盗田野谷麦、发冢	强盗、白昼抢夺、窃盗、亲属相盗、恐吓取财、诈欺官私取财	劫囚、略人略卖人	夜无故入人家

仅看这些律文的名称,其复杂程度已远超今天,而若继续以近现代刑法学理论的目光来具体审视,则更是一个“乱”字。近现代刑法通常由总则、分则两部分组成,分则中各罪根据其侵犯的主要法益进行归类。所谓“法益”,乃“法所保护的利益”。^[12]或许正是由于受到这一近现代刑法学分类标准的影响,在过往的研究中,学者常将传统时代的“盗”界定为“财产犯罪”,^[13]亦即主要侵犯财产法益的犯罪。但是,若果真以“法益”

论,则清代的二十五条盗律中,既有主要侵犯财产法益的强盗、白昼抢夺、窃盗、盗田野谷麦、亲属相盗、恐吓取财、诈欺官私取财,也有侵犯人身法益的略人略卖人,又有侵犯王朝(国家)法益的盗大祀神御物、盗制书、盗印信、盗内府财物、盗城门钥、盗军器、盗园陵树木、监守自盗仓库钱粮、常人盗仓库钱粮、劫囚,还有侵犯法益不确定的夜无故入人家,且有难说主要法益究竟是私人财产法益还是王朝(国家)法益的盗马牛畜产。

事实上,传统时代并无“法益”概念,也未按这一标准分类、排列各律。以《唐律疏议》为例,其十二篇分为四个部分:第一部分“总则”——《名例》,第二部分“事律”,包括《卫禁》《职制》《户婚》《厩库》《擅兴》,第三部分“罪律”,包括《贼盗》《斗讼》《诈伪》《杂律》《捕亡》,第四部分为“专则”——《断狱》。^[14]在“事律”中,按照“事”之性质的不同归类各律条,在“罪律”中,《杂律》为一些不便归类的犯罪集合,《捕亡》乃程序性规范,其余三篇则按照犯罪行为性质的不同而分篇别类。到了明清律典,虽形成了所谓的“六部分类法”——以吏、户、礼、兵、刑、工六部为名分编,但其实仍然在很大程度上是延续唐律的编排方式,只是“在原唐律篇、条二级结构之间增加了一级作为二者中介的层次,使原来传统二级律典结构变为三级”。^[15]唐律的罪律与专则部分,基本相当于明清律的“刑律”部分,《贼盗》《人命》《斗殴》《詈骂》《诉讼》《受赃》《诈伪》《犯奸》《杂犯》《捕亡》《断狱》各篇,除最后的《杂犯》《捕亡》《断狱》三篇,其余各篇基本也如唐律,乃按照犯罪行为的性质而非“法益”分篇别类。

那么,“盗”是一种什么行为呢?《说文解字》释“盗”：“私利物也,从次皿,次欲也,欲皿为盗。”^[16]此为“盗”之本义,作动词解。《王力古汉语字典》直接将其释为“盗窃”,^[17]如此便缩小了“盗”的含义。《春秋穀梁传》载：“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。”^[18]《康熙字典》也列举了盗作为动词时的一些其他含义,如《周礼》中“司隶帅其民而搏盗贼”,《传》曰“盗,逃也”,《风俗通》中“言其昼伏夜奔逃避人也”,《正字通》谓“凡阴私自利者皆谓之盗”。^[19]当然,律典中的“盗”又未必有如此宽泛的内涵。律学家有针对性更强的解说:西晋张斐“取非其物谓之盗”,^[20]清初沈之奇“窃物曰盗”,^[21]清末沈家本“盗为盗窃”。^[22]但仍将盗之对象限定于“物”,或将盗之方式局限为“窃”,似乎还是并不符合历代律典的真实情况。

本文认为,“盗”作为律典中的用语,即成为了被赋予特定法律含义的法律词汇,故对法律词汇的解说,应从律典本身入手,考察其在律典中的实际内涵,而非拘泥于文字学上的原义,更不能犯以今度古之病。纵览历代盗律,具体内容代有损益,^[23]确实难以确切定义,但仅就清律而论,可借用前引《春秋穀梁传》之语,大致界定为:非所取而取之。只要行为表现为非所取而取之,则无论其所取对象为何——或人或物或尚不明确,也无论其取的具体方式——强、窃、诈欺、恐吓等,均可被归之于“盗”。因此,传统时代的盗律,绝非仅指财产犯罪,且由于并无法益概念,也根本无所谓“财产犯罪”。

当然,以上所论还仅是律文,倘若将清律的例文一并纳入考察范围,则繁杂的程度更甚:因盗之主体的身份、动机、分工以及行为对象、地域等不同,处理规则亦有变化。概括而言,地位或权势高的人(家长、现任或曾任官职、捕役、兵丁)较普通人承担更多责任,^[24]行为动机的恶劣程度、分工的重要程度是定罪量刑的重要依据,^[25]盗官物重于盗私物,^[26]盗神物、马牛畜产等有特殊价值之物重于其他普通种类物,^[27]对盗情严重之地域的案件加重处罚。^[28]

在这些“实体”性的规则之外,甚至还有专门的“程序”性的规则,相较其他类型的案件,对盗案有更高的效率要求。相关规则集中在《刑律·捕亡》的“盗贼捕限”律例。该律例的规范主体不再是盗案行为本身,而是盗案的承办人——各级官员、捕役、兵丁等。律文主要关于律名字面上所言的“捕限”,例文则将审限也纳入规范。首先,要求迅速办结盗案,捕限、审限短于其他犯罪;其次,若超越限期,承办人将面临较其他案件更重处罚;再次,根据案件发生地及具体案情等,再规定不同的限期及承办人责任。^[29]据称,“地方官不幸而罹此咎,较之贪赃革职为尤甚。革职能另案开复,此惟有捕务之一途,舍是则万劫不复矣。故官闻盗则穷治,役闻盗则急追。”^[30]所以,有经验的官员的文集及公牍秘本中常将如何

尽快办理盗案的经验详细记载下来,告诫、示范同侪与后生。^[31]

二、传统盗律“治本”的内在价值追求

繁复杂乱的盗律还普遍附有惩处较重的刑罚,且有重而又重的趋势。^[32]然而,《尚书》说:“刑期于无刑”。^[33]倡导刑治、重刑的商鞅、韩非也认为,“刑盗非治所刑也”,^[34]“以刑去刑,刑去事成”,“非求伤民也,以禁奸止过也”。^[35]繁、重的刑律、刑罚本身并无价值,其价值在于“禁奸止过”,具体到盗律即为“止盗”,“去刑”以至“无刑”。

正是为了保障这些价值的实现,清律对盗行为不仅有“实体”方面的规定,还有前及“程序”性的专门规则,要求迅速、及时捕获盗贼、审结盗案。《大清会典》尝强调:“每遇清理庶狱恩旨,必将因事牵涉,拘系待质各犯,速行讯明省释。一切案件,俱令速为完结,以免拖累。凡地方官审理词讼,不得任意迟延,使民朝夕听候,以致废时失业,牵连无辜,小事累及妇女,甚至卖妻鬻子者。”所以还要求“该管上司,不时查察,毋得徇庇”,“必求其当以无累于民”。^[36]从技术层面讲,有牧令书说:“捕盗之法,贵乎迅速,迟则盗远赃消,百无一获。”^[37]而更深一层的价值考量,则是为求尽快解民于倒悬,如清初律学家周梦熊言:“民甚苦于盗贼,而官宜亟为剿除。”^[38]同治年间的贵州道监察御史恩崇道:“访拿贼盗,乃地方官之专责,若抢劫之案不认真缉拿,则盗风日炽,民累日深。”^[39]

《周易》“旅卦”《象》曰:“君子以明慎用刑而不留狱。”^[40]及时捕获盗贼、处理案件,一方面是为了让社会秩序尽快恢复常态,另一方面也是为了避免讼狱拖累民众。西人贝卡利亚也曾论及刑罚及时性的重要:“惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时,就越是公正和有益。”不过,贝卡利亚持这一观点的原因在于:

犯罪与刑罚之间的时间隔得越短,在人们心中,犯罪与刑罚这两个概念的联系就越突

出、越持续,因而,人们就很自然地把犯罪看作起因,把刑罚看作不可缺少的必然结果。……只有使犯罪和刑罚衔接紧凑,才能指望相联的刑罚概念使那些粗俗的头脑从诱惑他们的、有利可图的犯罪图景中猛醒过来。推迟刑罚只会产生使这两个概念越离越远的结果。^[41]

亦即,迅速、及时是为了让犯罪人感受到犯罪与刑罚之间的紧密联系,以起到震慑、预防犯罪的作用。在我国传统时代,虽似未见这一角度的阐释,但亦不妨推论,其在客观上或也确实可一定程度取得这一效果。只是我们看重的价值更进了一步,亦即由止盗而“安良善”,让民众尽快恢复正常的生活秩序。

然而,仅靠繁复杂乱、重而又重的“实体”“程序”律条,就能真正实现这些价值么?繁则全面、细致,定罪量刑可更精确、合理,但同时也可能造成“杂”——规则之间相互不协调甚至矛盾、冲突;^[42]重则威慑力大,但现实却“法愈重而犯愈多”。^[43]至于迅速、及时的程序要求,清初名臣姚文然、李之芳均发现,过于严格的时限要求,可能会逼使承办人讳盗。^[44]而在实践中,甚至还发生了承办人为了尽快结案,诬良为盗、串通别案盗犯妄认等严重的情形,导致律典不得不专门订例严惩。^[45]迅速、及时的程序要求也可能反倒不利于弥盗。

若单纯从立法技术的角度而言,这些繁、重的实体性、程序性规则似乎确实已可谓较为成熟、完备,但其缺点亦彰显无遗。因此,传统时代并不止步于此,认为这些技术性的规则不过是“治标”,若想要真正实现止盗、去刑,还得在“治标”的同时“治本”。那么,如何治本呢?《论语》载:“子适卫,冉有仆。子曰:‘庶矣哉!’冉有曰:‘既庶矣,又何加焉?’曰:‘富之。’曰:‘既富矣,又何加焉?’曰:‘教之。’”^[46]俗语道:“饥寒起盗心,饱暖思淫欲。”止盗、去刑的治本之方,即如圣人之训,应首先在低层次上“养民”“富民”,实现“足食”,以应对“饥寒起盗心”,其次再在较高层次上“教民”“亲民”,使之“厚德”“敛欲”,以避免

“饱暖思淫欲”。

《管子》言：“仓廩实则知礼节，衣食足则知荣辱。”^[47]孔子赞其“如其仁，如其仁”，“民到于今受其赐”。^[48]养民、富民实现足食是治本的第一步，也是止盗的物质基础，正如西人贝卡利亚之谓，“盗窃是一种产生于贫困和绝望的犯罪，是不幸者的犯罪”。^[49]清人也颇为精彩地分析过这类“不幸者”为盗的心理动机：“贫人既无生计，饥寒亦死，为盗而为官所捕亦死，等是一死，而饥寒重迫，必死无疑，为盗虽犯法，然未必为盗者人人尽为官所捕，即捕，亦不过一死。是不为盗则死目前，且必无幸免之理，而为盗则非特目前不死，且可以侥倖不死。既若此，是亦何乐而不为盗也。”^[50]樊增祥亦言：“盗窃起于饥寒，仁义生于丰足，……民穷财尽，各有一钱如命之心，故盗贼者无复廉耻之存，而被盗者亦以性命相搏。……近年命盗各案倍于曩昔，孰非穷之所使耶？”^[51]吉同钧还道：“盗又生于饥寒，必课农劝桑、通商惠工以开利源，而又轻徭薄赋，不竭小民之脂膏以饱污吏之橐囊，迄乎衣食无缺，事畜有资，人非草木，谁肯冒不测之危险、被不美之恶名、犯不赦之法网，深陷罪戾而不恤乎？”^[52]

所以清律规定，若仅是“于他人田园，擅食瓜果之类”，则不以盗论，而是规定在《户律》“田宅”篇之中，仅以坐赃论。^[53]律典关于亲属间相盗、关系愈亲罪刑愈轻的规则，^[54]亦部分体现这一观念，如瞿同祖先生言：“凡属同宗亲属，不论亲疏远近，道义上都有患难相助的义务，理当周济。法律上虽无绝对的义务，也就对于因贫穷而偷窃财物的穷本家加以宽恕。”^[55]实践中，雍正九年（1731），广东巡抚鄂弥达发现韶州府常有獠人行盗扰民，上疏曰：“獠山一带，荒土甚多，向因乏本耕作，以致旷废。应令该地方官查明，借给牛种，责令獠目、獠甲等督令獠人尽力开垦，各安生理。所借牛种，酌量令其陆续缴还。”雍正皇帝也认可此论，硃批：“似属是当。”^[56]光绪三十一年（1905），伍廷芳、沈家本上《奏删除律例内重法折》，建议“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”。^[57]这些观点及做法都可谓不忘古训、深悟其道。

第一步养民、富民有了足食物质基础之后，教民、亲民的功夫亦须跟上，否则“饱暖”之下亦可能“思淫欲”，正如董仲舒说：“夫万民之从利也如水之走下。不以教化堤防之，不能止也……古之王者明于此，是故南面而治天下，莫不以教化为大务。……故其刑罚甚轻而禁不犯者，教化行而习俗美也。”^[58]那么，何为教？何以教？法家推崇“以法为教，以吏为师”，^[59]对此儒家也难说全然反对，传说中其倡导的“象刑”即是一例。^[60]清律中专门针对盗贼的刺字以及锁带铁杆、石墩、巨石等刑罚手段，便部分体现了儒家、法家的这些思想的影响。^[61]

不过，儒家虽非全然反对以法为教，毕竟认为“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格”，^[62]“渐民以仁，摩民以谊，节民以礼”^[63]的礼乐之教方是儒家所着力倡导者。这一观念在清律中直接的体现乃有关“家人共盗”的律例，要求父兄尊长承担对卑幼的教化之责，只是很遗憾，这里并未把在儒家看来更为重要的统治者的责任纳入进来，更是遗忘了礼教的首要方式是身教，“子欲善而民善矣”，亦即统治者自己以身作则、垂范天下。^[64]

对于礼教的具体内容——礼，盗律也进行了特别的保护，形成所谓“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里”^[65]的局面。举例而言，律典对普通窃盗行为的科刑标准是计赃，处罚随赃数增多而加重，^[66]但在盗大祀神御物与发冢律例中，科刑的考量标准不再是所盗之物作为普通财物的客观价值本身，而是相关行为的违礼程度，^[67]如发冢的处罚随发掘（破坏）程度——发而未至棺槨、见棺槨、已开棺槨见尸——之加重，而非随所获财物之多寡，惟“其盗取器物砖石者”仍计赃准凡盗论。^[68]前及亲属间相盗的问题也属此类，亲属关系愈近罪刑愈轻，反之则愈重。^[69]“礼之用，和为贵”，^[70]“礼”维护家庭成员

之间的和睦亲爱,倡导相互扶助周济,“以礼入法”之后的王朝律典认为,“与窃盗本无相恤义务的凡人不同,越是亲属关系亲近,则不容坐视,愈有綢急的义务,古大功同财,所以大功以上盗罪更轻”。^[71]而若发亲属之冢,则依据礼数,卑幼发尊长冢加重处罚,尊长发卑幼则减轻。^[72]

程朱将《大学》三纲领之一的“亲民”释为“新民”,“革其旧之谓也,言既自明其明德,又当推以及人,使之亦有以去其旧染之污也”,^[73]即强调教民、身教的重要性。但王阳明对此有不同看法:“说‘亲民’便是兼教养意。说‘新民’便觉偏了。”指出“亲”实际上是一个包含了“新”的意涵并高于“新”的概念:

“如保赤子”、“民之所好好之,民之所恶恶之,此之谓民之父母”之类,皆是“亲”字意。“亲民”犹《孟子》“亲亲仁民”之谓,“亲之”即“仁之”也。“百姓不亲”,舜使契为司徒,“敬敷五教”,所以亲之也。《尧典》“克明峻德”便是“明明德”,“以亲九族”至“平章”、“协和”便是“亲民”,便是“明明德于天下”。又如孔子言“修己以安百姓”,“修己”便是“明明德”,“安百姓”便是“亲民”。^[74]

亦即“亲”这个概念本身已经包含了“新”中教民的意涵,且是更进一步,对统治者提出了更高的要求,赋予了更多的责任:在教化之责之外,还要求他们须得成为“民之父母”,做到“如保赤子”“民之所好好之,民之所恶恶之”“明明德”,以“安百姓”。非得有这样的亲民之心,商汤才会说:“朕躬有罪,无以万方;万方有罪,罪在朕躬。”周武王方能言:“百姓有过,在予一人。”曾子曰:“上失其道,民散久矣。如得其情,则哀矜而勿喜。”^[75]孟子建议齐宣王“王如好货,与百姓同之”,^[76]亦是基于此。盗律中诸条盗官物律关于“杂犯”的规则,即不啻这一思想的体现。盗内府财物、盗城门钥、监守自盗仓库钱粮、常人盗仓库钱粮四律中,原本有斩刑或杖一百、流三千里的处罚,但律文小注却言其为“杂犯”,以徒四年和徒五年来代替流刑和斩刑。^[77]其中缘由,“不欲

因盗钱粮官物而即杀之也”,^[78]亦即重民命而轻财物,不愿为了官家的财物就取了人的性命,违背亲民之训。^[79]

道家也在多处论及止盗的问题,且也是从治本的角度去谈,所持观点在很多方面与儒家颇似。《道德经》言:“圣人常无心,以百姓心为心。……圣人在天下,歛歛焉,为天下浑其心。百姓皆注其耳目,圣人皆孩之。”具体而言止盗,则曰:“不贵难得之货,使民不为盗;不见可欲,使民心不乱。是以圣人之治,虚其心,实其腹,弱其志,强其骨。常使民无知无欲。”又言:“绝圣弃智,民利百倍;绝仁弃义,民复孝慈;绝巧弃利,盗贼无有。此三者以为文不足。故令有所属:见素抱朴,少私寡欲,绝学无忧。”^[80]《庄子》曰:“古之君人者,以得为在民,以失为在己;以正为在民,以枉为在己。故一形有失其形者,退而自责。今则不然。……夫力不足则伪,知不足则欺,财不足则盗。盗窃之行,于谁责而可乎?”^[81]儒家所言“养民”“亲民”的大义均可从中寻得,但《道德经》似乎并不赞同“富民”与“教民”。

确实,儒家要“富民”,认为“好货”无可厚非,《道德经》则似径倡“无欲”。然而实际上,从其“实其腹”以及“甘其食,美其服,安其居”^[82]的说法来看,此“无欲”乃“寡欲”,“去甚,去奢,去泰”之谓,^[83]与宋儒“去私欲”的说法相近,仍认可满足人必要生活保障的、正常范围内的欲望——宋儒所谓“天理”。^[84]只是两家对何为“正常范围内的欲望”的看法有程度上的差异。

《道德经》“绝圣弃智”“绝仁弃义”的看法与儒家的“教民”也不一致。但其实,一者,儒家之教乃礼乐之教,亦即主要是关于如何做人、如何与人相处的伦理之教,并不提倡“智巧”,与《道德经》的“弃智”不谋而合。二者,所谓“绝圣弃智”“绝仁弃义”,亦并非真想全然拒绝,而是以退为进,拒绝的最终目的是得到——“民复孝慈”,亦即并不绝对反对对孝、慈、仁、义这些价值本身,只是不赞同儒家实现这些价值的方法,担心积极求仁反致不得仁。三者,《道德经》之绝、弃并非只

针对民众,而是要求统治者自己也“歛歛焉”,如此方能“为天下浑其心”,“我无欲,而民自朴”,^[85]如此也与儒家以身作则的礼教内核异曲同工,更不论《庄子》对“退而自责”的赞美,几乎就是对前引商汤、周武之言的脚注。季康子患盗,问于孔子,孔子对曰:“苟子之不欲,虽赏之不窃。”^[86]若统治者自己没有贪欲,则即便赏民使之盗亦不为也,毋论主动为之。相信老庄读此,也能会心一笑。止盗、去刑的治本之方究在何处?或许正在于统治者自己厚德敛欲、垂范天下,切实做到养民、富民、教民、亲民。

三、近现代刑法保护法益的内在价值取向

不过,这些治盗、止盗的方案及其背后的价值追求,历数千年之成长、演进,无论优劣得失,均在近代随整个传统时代社会、文化、制度的坍塌而蓦然退场,被移植自欧西的近现代刑法所取代。

早在1907年的第一部近代刑律草案《大清刑律草案》,便“仿欧美及日本各国刑法之例”,完全打破传统律典的体例和内容。从体例言,草案分总则与分则两部分,分则中各罪开始以法益为标准分类、排列:“以直接有害国家存立之条件者居于首项(第一章至第八章),其害社会而间接以害国家次之(第九章至第二十五章),其害个人而间接害及国家社会者又次之(第二十六章至第三十六章)。”^[87]在这样的编排模式之下,第三十二章“关于窃盗及强盗之罪”的“总说”言:“本章之罪,专以不法移取他人所有之财物为自己或第三者之所有为要端,如现行律例之劫囚及略人、略卖人等不关乎财物者,又恐喝、欺诈之特种手段得无效之承诺以取财物者,又发冢及夜无故入人家之特种之罪恶等,皆不在此章之列。”^[88]不仅将传统盗律中侵犯非财产法益的劫囚、略人略卖人、发冢等分离出来,还把同样侵犯财产法益但采“特种手段”的恐吓取财、诈欺官私取财也单列了出来。

具体来说,第三十二章仅有强盗与窃盗二罪,强盗罪取代了强盗律,窃盗罪不仅取代了窃

盗律,亦且涵盖盗马牛畜产、盗田野谷麦、共谋为盗等,其中关于“窃取御物”的规定,可看作是盗大祀神御物、盗内府财物的后世留存,还有专条关于亲属相盗。^[89]恐吓取财与诈欺官私取财合并为接下来的第三十三章“关于诈欺取财罪”。^[90]监守自盗则被认为是“侵占自己管有物罪,究与夺他人持有以归于己者不同,故由贼盗分析于”第三十四章“关于侵占罪”之中。^[91]劫囚被置入第十章“关于监禁者脱逃罪”,略人略卖人变为整个的第三十章——“关于略诱及和诱之罪”。^[92]至于发冢,“兹从各国通例,移辑”第二十章“关于祀典及坟墓罪”。^[93]盗贼窝主律中关于赃物的内容,被第三十五章“关于赃物罪”取代。^[94]草案中不再有夜无故入人家一律,但在第十六章“关于秩序罪”有条文禁止“无故入人所居住或现有看守之邸宅、营造物或船舰,或既受要求而不退去者”,按照该条文后附之“沿革”及“理由”的说法,此与夜无故入人家律“古今中外同此一理”。^[95]

或许因为清廷一再强调新刑律须“中外通行”,^[96]这一部可谓“全盘西化”的草案的各条后附“沿革”说明却总是试图列出其在传统律典中的来源。诚然,中西之别即便天壤,也总能找到一些相似或看起来相似的东西,毕竟俗语说“人类的心灵是相通的”。但实际上,正如学者所指出,这部草案“基本认同和遵循了西方近代法哲学的逻辑进路和价值判断,忽视并否定了中国传统法史学的逻辑要求和价值存在”。^[97]很多相似或看起来相似的东西,并非立法者主观上真正顾及了融贯中西,而通常可能只是照抄西方(或借日本转译来的西方)之后客观上的巧合罢了。如有学者专门探讨过夜无故入人家与“无故入人所居住或现有看守之邸宅、营造物或船舰”亦即如今的非法侵入住宅罪之间的巨大差异。^[98]还有学者考证出,“关于坟墓罪”虽融入了部分礼教伦理的内容,但其直接移植对象仍是德日刑法,^[99]笔者也曾论及该章与发冢、盗大祀神御物之间的鸿沟。^[100]无论如何包装乃至牵强附会,这部草案

在体例、内容等各个方面均不可不谓纯粹的西式或言近现代式。

若对这些规则的外在表现形式作古今变迁的比较,首先从宏观来看,不可讳言,近现代在逻辑性、理论性上胜于传统。前文已及,清代盗律因越来越多的例文而愈加繁且杂,而这一问题不仅存在于盗律,整个清律都常被指摘,如沈家本言:“其始病律之疏也,而增一例,继则病例之仍疏也,而又增一例,因例生例,孳乳无穷。例固密矣,究之世情万变,非例所可赅。往往因一事而定一例,不能概之事事,因一人而定一例,不能概之人人。且此例改而彼例亦因之以改,轻重既未必得其平,此例改而彼例不改,轻重尤虞其偏倚,既有例即不用律,而例所未及,则同一事而仍不能不用律,盖例太密则转疏,而疑义亦比比皆是矣。”^[101]确哉斯言,例文再多、再密,也饶不过世情万变,考虑再周全的法律也难免具有滞后性乃至缺陷、空白。

故近现代刑法一方面规定“相对确定的法定刑”,赋予裁判者一定的自由裁量权以应对万变之世情。另一方面,将刑法学的重心置于解释论而非立法论,亦即以解释的方式弥补法律必然存在的漏洞,而非一味批判现行法、擅提立法建议。^[102]在这些观念之下,近现代刑法、刑法学愈趋富于逻辑性、理论性,让我们的传统律典难以望其项背。不过,我们古老的传统哲学也一再提醒物极必反的道理,法典、法学过于追求逻辑性、理论性也可能有缺点,那就是为理论而理论、限于逻辑不能自拔之后,忽视实践、罔顾人情,遗忘法典、法学的目的是顺应人情、解决实践问题,而非拘泥于理论与逻辑本身,治标不治本,本末倒置。近年引起全社会广泛争议的诸多所谓轰动案件,如张扣扣案、于欢案等,其轰动之因、哗然之由,恐怕正在于此。^[103]传统盗律不注重理论,有时甚至存在明显的逻辑漏洞,即因其总是试图直面实践、周全人情,理论与逻辑不过是实现目的的手段(治标),而非目的本身(治本),故为了目的有时甚至不惜抛开工具。其中著例,如被律

学家批评尤其不合逻辑的白昼抢夺与盗贼窝主二律,以及乍一看也能发现逻辑混乱的有关盗贼自首的规则,背后的原理即均在此。^[104]

古今相较,具体一些而言,在各罪的分类、排列方式上,以法益为标准代替了依犯罪行为的性质,而这一外在表现形式改变的背后,实际上是立法目的、立法任务乃至内在立法价值取向的变迁,由禁止某些性质的行为转变成了保护法益。古今的这一差异,看起来很像近现代刑法学中行为无价值论与结果无价值论之间的争议,前者关注行为对伦理规范或法规范的违反性,后者仅考虑法益侵害及其危险。^[105]但其实即便行为无价值论者,为了告别“道德主义的羁绊”,也逐渐放弃无视法益的做法,承认犯罪是违反行为规范并进而指向法益的行为,是“新规范违反说”和“法益侵害导向性说”的统一体。^[106]

对于法益概念的优点,学者所言已尽,有利于立法与司法过程中合理控制处罚的范围,将没有侵犯法益以及侵害程度并不严重的行为排斥在犯罪之外,防止过罪化、保障谦抑性。^[107]笔者也颇为认同法益概念的这些优点,但是,法益这个概念本身,所谓“法所保护的利益”,以及与此相关的观念——包括刑法在内的所有法律的目的都在于“保护利益”是“不可动摇的真理”,^[108]在传统时代的儒家、道家眼中,可能并不以为然。前已及,在儒家、道家看来,虽然“君子未尝不欲利”,一定范围内的利、欲无可厚非且实所必要(足食),但是,“专以利为心则有害”,“利诚乱之始也。夫子罕言利,常防其源也”。^[109]止盗的治本之方正在于敛欲,而此处却大张旗鼓地将“利益”当作唯一的正当性依据,作为内在的价值取向,甚至声称“离开了利益的正义,是一个空洞的概念”。^[110]正如学者的批评,“西方法治理论一方面鼓励人欲膨胀,另一方面又以水来土屯的对抗性措施堵截过度的人欲”。^[111]法益这个概念工具充其量能治标,殊难治本。

有意思的是,在来自西方的近现代刑法学中,不仅财产是刑法保护的“利益”,生命、自由、

身体、名誉、信用、贞操等等都是“利益”。而其实若放眼西人的整个法律世界,则可以看到,“现代西方两大法系——大陆法系和英美法系的核心概念——‘权利’,说白了,不过是合法获取货财之利的抽象表达而已”。^[112]法益之于刑法如同权利之于私法,都是在“利益概念体系”之下分化而来的对应概念。^[113]西人向来倾向于、擅长于把一切物、事、人都量化为财产,把一切物、事、人及其相互关系简单化、通约化为财产权的关系去处理,似乎离开了这一概念便不知所措。^[114]

比如,他们认为“将精子视为财产令人不安,但不将其视为财产又不切实际”。还比如他们会专门讨论尸体是不是财产的问题:“如果尸体被盜,那该怎么办?这不是盗窃行为,因为所谓的‘窃贼’并未盜取任何人的财产。”他们也承认,“将身体称为财产似乎褻渎了人之为人的观念”,但若“不将其称为财产则导致对尸体的褻渎行为没有任何法律上的惩罚”,最终只能创造出一个妥协概念——准财产(quasi property),“将身体称为财产和允许他人褻渎尸体这两种令人难以接受的极端中间的一种妥协”,仍是脱离不了财产观。^[115]显然,这一困境在包括清律在内的传统律典里便不会存在,因为传统律典不采“法益”分类法,不将“盜”限定为对财产法益的侵害,正如上文论及,发冢律考量的不是尸体作为“财产”利益被侵害,而是考虑其违礼、背伦的程度,故并不会出现那种“令人难以接受”的情况。

四、结 论

法制近现代化的历史已百年有余,对于古今刑法外在条文变化以及背后内在价值的变迁,如今回眸,该作何等评价?这一过程至今仍未停歇,所以这一追问不仅是法律史的课题,也应当成为思索现实法制及其未来之路的研究者、实践者的关注。在笔者看来,闭关自守、闭门造车固应摒弃,妄自菲薄、邯郸学步似亦不可取。从治盜律法的古今绝续来看,古今各有得失,未来之路,或许只能从尽弃自我的简单学步他人,走向

不失传统价值又能取他人之长的真正自立。

以《大清律例》为代表的传统盜律,在外在形式上发展出繁杂、重而又重的实体与程序治盜规则,又将内在价值追求置于养民、富民、教民、亲民的治本。当然,养民、富民、教民、亲民的理念虽能部分程度地在律典及实践中体现,但真正实现的途径恐怕其实应在律典之外,只是这并非本文主要关注的话题。而且,“法之所用易见,而礼之所为生难知也”,^[116]传统时代的律典及实践常发生重视治标而忽视治本的偏差,刑罚愈加繁复、严苛的原因便在于此,甚至以刑罚之威与民争利。^[117]但如今,我们却又徒羨西人“良法美政”,以为仅靠“法益”这种治标的概念、理论便能万事大吉,罔顾治标背后价值取向与治本之方的背道而驰,“不求复其与万物同体之本性,不务全其所以生之理”,^[118]不思克己以富民,不修文德以身教。

《周易》井卦初六爻辞:“井泥不食,旧井无禽”,六四:“井甃,无咎”;革卦卦辞:“己日乃孚,元亨,利贞,悔亡。”黄道周申其义:“先王之法,一弊不修,必以所养人者害人。”《象传》叹曰:“己日乃孚,革而信之;文明以说,大亨以正,革而当,其悔乃亡。天地革而四时成;汤武革命,顺乎天而应乎人;革之时大矣哉!”其实,中国人从来都不盲目守旧,向来遵奉“穷则变,变则通,通则久”^[119]的道理,也自古善于向其他文化学习、弥补自身之短。张岱年先生说,厚德载物的精神使得“中华民族对域外和少数民族的文化产生极浓厚的兴趣,大力搜索,广泛吸收。从名马到美酒,从音乐到舞蹈,从科学到宗教,无不兼容并包,其气度之阔放、魄力之雄大确实令人赞叹”。^[120]东汉以降,西来印度之佛教在中土的流传、发扬、光大甚而逼出宋明“新儒学”(Neo-Confucianism)的兴起,即是其中明证,非但不会盲目排外,亦且汲取精华、为我所用。中国文化正是由于向来海纳百川、不辞众水的气度,而达至其博大精深与源远流长,成为全世界唯一能绵延数千年至今不绝如缕的古老文化。

只是,学习什么?应如何学?学习是否意味着必须尽弃自我、邯郸学步?《说文解字》释“古”字:“故也,从十口,识前言者也。”^[121]《周易》“大畜”《象》曰:“君子以多识前言往行,以畜其德。”^[122]柳诒徵先生解说道:“非甘为前人之奴也。积前人之经验,为吾所未经验之经验,其用始捷而宏也。”^[123]我们不是要盲目维护传统,而是要在继承传统的基础之上推进、发扬传统。荀子说:“循其旧法,择其善者而明用之。”^[124]事实上,正如本文所论,包括止盗之方在内的我们自己的制度以及背后的价值,尚有诸多在今天仍堪取用之处。就连对中国文化颇有微词的孟德斯鸠也感慨:“在历史上,中国有数次被蛮族征服,但是中国的法律并不因为被征服而丧失掉,中国的文化从来没有毁灭,它完整地保留下来,而且还征服了蛮族统治者。这些蛮族虽然从军事上征服了中国,但在文化上却被中国征服。不能不感叹中国文化的巨大魅力。”^[125]只是孟德斯鸠未能看到,中国文化在近代未遭蛮族征服,却被自己主动抛弃。清末以降,吾国家民族渐次经历器物、制度、文化价值观之西潮洗礼,陈寅恪先生所谓“赤县神州值数千年未有之巨劫奇变”也!^[126]

百年近代史,百年西法东渐史,外在制度条文变迁的背后,是内在价值取向、追求的嬗变。遗憾在这一历史过程中,我们似乎至今仍未进行细致的价值考量与分辨,尽弃己长又盲从他人。如此,安得不令人叹惋!

注释:

[1]相关探讨的集中汇编、研究,可参见高汉成编著:《〈大清新刑律〉立法资料补编汇要》,北京:中国社会科学出版社,2016年;黄源盛:《晚清民国刑法春秋》,台北:犁斋社,2018年。

[2][20][唐]房玄龄等:《晋书》,北京:中华书局,2000年,第600、604页。

[3]根据《读例存疑》所列例文统计,到清末,本篇盗律内例文达307条。参见[清]薛允升著述:《读例存疑重刊本》第三、四册,黄静嘉编校,台北:成文出版社,1970年。如未特别说明,本文《大清律例》的主要参用本即为此书。

[4]相关论著较多,值得关注的如[日]森田成满:《清代刑法中的盗窃罪》,载张世明等主编:《世界学者论中国传统法律文

化:1644—1911》,北京:法律出版社,2009年;孙向阳:《中国古代盗罪研究》,北京:中国政法大学出版社,2013年。

[5]如刘鄂:《依违于礼教与宗教之间——〈钦定大清刑律〉“发掘坟墓罪”研究》,《清华法学》2014年第6期;黄廷延:《清代侵占罪之认定与盗窃罪之认定的纠缠——兼与现代侵占罪与盗窃罪的认定比较》,《中国刑事法杂志》2011年第3期;周亦杨:《现行刑法抢劫罪与唐律强盗罪之比较》,《江苏社会科学》1991年第5期。

[6]具体演变过程,可参见《唐律疏议》,刘俊文点校,北京:法律出版社,1999年,第348页;[清]沈之奇:《大清律辑注》(下),怀效锋、李俊点校,北京:法律出版社,2000年,第543页。

[7][57][87][88][89][90][91][92][93][94][95]高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,北京:社会科学文献出版社,2013年,第3-8,4-8,24,70,160,160-171,171-173,175-176,97,154-157,128-129,177-178,116页。

[8]怀效锋主编:《清末法制变革史料》下卷,北京:中国政法大学出版社,2010年,第25-32、346-366页。

[9]此前还有1905年的《刑律草案》稿本,但该案仅有总则。参见黄源盛纂辑:《晚清民国刑法史料辑注》(上),台北:元照出版公司,2010年,第3-34页。

[10]近代历部刑律、刑法及相关草案,参见赵秉志、陈志军编:《中国近代刑法立法文献汇编》,北京:法律出版社,2016年。

[11][66][77][清]薛允升著述:《读例存疑重刊本》第三册,黄静嘉编校,台北:成文出版社,1970年,第555,649-650,569,570,577-578,583页。

[12]张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2016年,第27、658页。

[13]如张晋藩主编:《中国法制史》,北京:高等教育出版社,2007年,第156页;王宏治:《中国刑法史讲义:先秦至清代》,北京:商务印书馆,2019年,第374页。

[14]刘俊文:《唐律疏议笺解》(上),北京:中华书局,1996年,第30-35页。

[15]苏亦工:《明清律典与条例(修订版)》,北京:商务印书馆,2020年,第98页。

[16][121][汉]许慎撰,[清]段玉裁注:《说文解字注》,上海:上海古籍出版社,1988年,第414、88页。

[17]《王力古汉语字典》,北京:中华书局,2000年,第778页。

[18]范宁集解,杨士勳疏:《十三经注疏·春秋穀梁传注疏》,北京:北京大学出版社,1999年,第340-341页。

[19]《康熙字典》,北京:中华书局,2010年,第794-795页。

[21][清]沈之奇:《大清律辑注》(下),怀效锋、李俊点校,北京:法律出版社,2000年,第543页。王明德之说也与此类似:“贼者,害也。害及生灵,流毒天下,故曰贼。盗,则止于一身一家一事而已。”参见[清]王明德撰:《读律佩觿》,何勤华等点校,北京:法律出版社,2001年,第79页。

[22][清]沈家本:《历代刑法考》下册,北京:商务印书馆,2011年,第3-4页。

[23]流变过程,可参见《唐律疏议》,刘俊文点校,北京:法律出版社,1999年,第348页;〔清〕沈之奇:《大清律辑注》(下),怀效锋、李俊点校,北京:法律出版社,2000年,第543页;〔清〕沈家本:《历代刑法考》下册,北京:商务印书馆,2011年,第4页。

[24]谢晶:《清律“家人共盗”的法思想源流》,《法学研究》2018年第2期;《重实行与靖盗源——清律“盗贼窝主”立法原理及当代启示》,《法商研究》2018年第1期;《财产何必“神圣”?——清代“盗官物”律例论析》,《法制史研究》2017年第31期。

[25]谢晶:《律贵诛心:清代盗律及实践中的“主观恶性”》,《学术月刊》2021年第4期;《中西文化与古今刑法之间:清代盗律中的时空因素》,《法学杂志》2015年第2期;《重实行与靖盗源——清律“盗贼窝主”立法原理及当代启示》,《法商研究》2018年第1期。

[26][79]谢晶:《财产何必“神圣”?——清代“盗官物”律例论析》,《法制史研究》2017年第31期。

[27][67][100]谢晶:《古今之间的清律盗毁神物:神明崇拜、伦常秩序与宗教自由》,《政法论坛》2019年第1期。

[28][42]谢晶:《因人因地制宜的法律传统及其当代演变:以清代盗律为中心的考察》,《苏州大学学报(法学版)》2018年第1期。

[29]相关律例见〔清〕薛允升著述:《读例存疑重刊本》第五册,第1180-1194页。

[30][清]刘体智撰:《异辞录》,刘笃龄点校,北京:中华书局,1988年,第75页。

[31]如〔清〕吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,北京:法律出版社,2014年,第152-157页;〔清〕佚名:《招解书》,《明清公牍秘本五种》,郭成伟、田涛点校整理,北京:中国政法大学出版社,2013年,第526、520、533、536页。

[32][61]谢晶:《儒法之间的刑罚根据论:清律窃盗罚则的古今之维》,《学术月刊》2019年第8期。

[33][汉]孔安国撰,〔唐〕孔颖达疏:《尚书正义》,北京:北京大学出版社,1999年,第91页。

[34][清]王先慎:《韩非子集解》,北京:中华书局,2013年,第458页。

[35]蒋礼鸿:《商君书锥指》,北京:中华书局,1986年,第81、101页。

[36]《钦定大清会典》卷五十六,光绪乙亥刻本。

[37][清]徐栋辑:《刑名》,载杨一凡编:《中国律学文献》第三辑第五册,哈尔滨:黑龙江人民出版社,2006年,第508页。

[38][清]周梦熊辑:《合例判牍云集》,载杨一凡编:《中国律学文献》第三辑第二册,哈尔滨:黑龙江人民出版社,2006年,第217页。

[39]军机处档折件,档案号091887,台北“故宫博物院”藏。

[40][119]黄寿祺、张善文译注:《周易译注》(下),上海:上海古籍出版社,2007年,第328、281-282、285-286、402页。

[41][49][意]切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风

译,北京:北京大学出版社,2008年,第47-48、52页。

[43][清]吉同钧纂辑:《大清律讲义》,闫晓君整理,北京:知识产权出版社,2017年,第64页。对这一观点的详细论说,参见谢晶:《儒法之间的刑罚根据论:清律窃盗罚则的古今之维》,《学术月刊》2019年第8期。

[44][清]姚文然:《清复盗案半获旧例疏》,〔清〕李之芳:《严飭讳盗累民疏》,载〔清〕贺长龄、〔清〕魏源等编:《清经世文编》(下),北京:中华书局,1992年,第2267、2300-2301页。

[45]336-11、394-11二例,见〔清〕薛允升著述:《读例存疑重刊本》第四、五册,第1006、1186页。

[46][48][62][70][75][86]杨伯峻译注:《论语译注》,北京:中华书局,2009年,第134-135、149、11-12、7、205、206、201、127页。

[47]黎翔凤:《管子校注》,北京:中华书局,2004年,第2页。

[50][清]徐珂编撰:《清稗类钞》第十一册,北京:中华书局,1986年,第5337页。

[51][清]樊增祥:《樊山政书》,那思陆、孙家红点校,北京:中华书局,2007年,第235页。

[52][清]吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,北京:法律出版社,2014年,第40页。

[53][清]薛允升著述:《读例存疑重刊本》第二册,第286-287页。

[54][68][69][72][清]薛允升著述:《读例存疑重刊本》第四册,第703-708、739、703、739-749页。

[55][71]瞿同祖:《中国法律与中国社会》,北京:中华书局,2003年,第58-59页。

[56]宫中档—雍正朝,档案号402010067,台北“故宫博物院”藏。

[58][汉]班固撰:《汉书》(二),北京:中华书局,1999年,第1905页。

[59]详细集中的论述,见蒋礼鸿:《商君书锥指》,北京:中华书局,1986年,第140-147页。

[60][汉]郑玄注,〔唐〕贾公彦疏:《周礼注疏》(下),北京:北京大学出版社,1999年,第957-958页。

[63]语出董仲舒,参见〔汉〕班固撰:《汉书》(二),北京:中华书局,1999年,第1905页。

[64]谢晶:《清律“家人共盗”的法思想源流》,《法学研究》2018年第2期。

[65]语出〔南朝宋〕范晔等:《后汉书》(二),北京:中华书局,2000年,第1048页。

[73][109][宋]朱熹:《四书章句集注》,北京:中华书局,2012年,第3、202页。

[74][明]王阳明:《传习录注疏》,邓艾民注,上海:上海古籍出版社,2012年,第6-7页。

[76]杨伯峻译注:《孟子译注》,北京:中华书局,2010年,第34页。

[78][清]沈之奇:《大清律辑注》(下),怀效锋、李俊点校,

北京:法律出版社,2000年,第573页。

[80][82][83][85]陈鼓应:《老子注译及评介》,北京:中华书局,1984年,第253、71、136、357、183、284页。

[81]陈鼓应译注:《庄子今注今译》(下),北京:中华书局,2009年,第730-731页。

[84]“尽夫天理之极,而无一毫人欲之私也。”[宋]朱熹:《四书章句集注》,北京:中华书局,2012年,第3页。

[96]《决定修订律例谕》(著派沈家本、伍廷芳修订律例谕),载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,北京:社会科学文献出版社,2013年,第97、154-157页。

[97]高汉成:《中国近代刑法继受的肇端和取向——以1907年大清新刑律草案签注为视角的考察》,《政法论坛》2014年第5期。

[98]张群:《也谈“夜无故入人家”——评〈唐律“夜无故入人家”条源流考〉》,《北大法律评论》第12卷第2辑,北京:北京大学出版社,2011年,第650-662页。

[99]刘鄂:《依违于礼教与宗教之间——〈钦定大清刑律〉“发掘坟墓罪”研究》,《清华法学》2014年第6期。

[101][清]沈家本:《读例存疑·序文》,载[清]薛允升著述:《读例存疑重刊本》第一册,第60-61页。

[102]张明楷:《刑法格言的展开》,北京:北京大学出版社,2013年,第1-23页。

[103]谢晶:《关于在司法裁判中融入优秀传统文化价值观的建议》,《法治研究信息》2020年第41期。

[104]谢晶:《中西文化与古今刑法之间:清代盗律中的时空因素》,《法学杂志》2015年第2期;《重实行与靖盗源——清律“盗贼窝主”立法原理及当代启示》,《法商研究》2018年第1期;《逻辑之外的“理”:古今比较下的清代“盗贼自首”研究》,《现代法学》2015年第6期。

[105]张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京:北京大学出版社,2012年,第24-25、47页。

[106]周光权:《行为无价值论的法益观》,《中外法学》2011年第5期。

[107]张明楷:《刑法学》(上),北京:法律出版社,2016年,第23页;夏伟:《对法益批判立法功能的反思与确认》,《政治与

法律》2020年第7期。

[108][110]张明楷:《法益初探》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第174-175、175页。

[111]苏亦工:《天下归仁:儒家文化与法》,北京:人民出版社,2015年,第5页。

[112]苏亦工:《辨正地认识“法治”的地位和作用》,《山东社会科学》2015年第12期。

[113]夏伟:《对法益批判立法功能的反思与确认》,《政治与法律》2020年第7期。

[114][美]斯图尔特·班纳:《财产故事》,陈贤凯、许可译,北京:中国政法大学出版社,2017年。本书所讲的“财产故事”,即是把所有物、事、人变成法律上的“财产”的故事。

[115][美]斯图尔特·班纳:《财产故事》,陈贤凯、许可译,北京:中国政法大学出版社,2017年,第367-369、376页。

[116][汉]班固:《汉书》第八册,北京:中华书局,1962年,第2252页。

[117]谢晶:《天下无私:清律中的自然资源“所有权”》,《法史学刊》第14卷,北京:社会科学文献出版社,2019年。

[118]熊十力:《读经论要》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第63页。

[120]张岱年、程宜山:《中国文化精神》,北京:北京大学出版社,2015年,第18页。

[122]黄寿祺、张善文译注:《周易译注》(上),上海:上海古籍出版社,2007年,第155页。

[123]柳诒徵:《国史要义》,北京:商务印书馆,2011年,第109页。

[124][清]王先谦:《荀子集解》(上),北京:中华书局,2013年,第254页。

[125][法]孟德斯鸠:《论法的精神》,北京:北京出版社,2007年,第119-120页。

[126]陈寅恪:《王观堂先生挽词》,载《陈寅恪先生全集》下册,台北:里仁书局,1979年,第1441页。

[责任编辑:邹秋淑]