

# 儒法之间的刑罚根据论：清律窃盗 罚则的古今之维

谢 晶

**摘 要** 来自西方的现代刑法学有关刑罚根据的理论主要有报应刑论、预防刑论与并合主义三种。对我国传统时代法制影响最为深刻的儒法两家也对相关问题有所探讨，并均可被归入“并合主义”一派，亦即同时认可刑罚的报应、威慑与教育矫正的作用，承认刑罚乃对罪行之报应，将预防犯罪作为刑罚的目的。但对于预防犯罪的手段，法家强调刑罚的威慑作用而儒家更看重其教育矫正的一面，且法家认为预防犯罪仅靠刑罚一端即足矣，而儒家则倡导兼采礼、乐、刑、政之综合效用。儒法两家共同形塑了我国数千年传统法制的发展脉络，由清代窃盗罚则展现的传统刑罚根据论亦在儒法各异的理念之间激荡、徘徊、演进。我国当代的法学及制度均来自西方，传统时代的这些理论和实践经验，尤其是儒家更高程度的“并合主义”和法家的重刑主义，可作为正反两方面的经验成为当代的有益补充。

**关键词** 大清律例 刑罚根据 刑罚哲学

作者谢晶，中国政法大学法学院副教授（北京 102249）。

中图分类号 P9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2019)08-0106-16

## 一、引言：因为有犯罪并为了没有犯罪

刑罚的根据<sup>①</sup>为何？易言之，为什么要对犯罪的人科处刑罚？<sup>②</sup>这是古今中外刑事立法、司法、研究者争论不休的话题。<sup>③</sup>因为对这一问题的解答关乎“对危险的行为进行处罚的范围，以及刑罚的内容和范围的标准问题”：

如果立法者对某个犯罪概念确定量刑幅度的话，他就需要一个标准；法官在刑罚幅度内对具体的犯罪行为确定具体刑罚，同样需要一个标准；刑罚执行官员在刑罚执行中给予刑罚以具体内容，同样也需要一个标准。<sup>④</sup>

李斯特指出，刑罚是“社会对成员个人，及由具体成员组成的社会本身的外在扰乱行为的盲目的、本能的、原始的、不受目的思想决定的一种反应”，随着人类智慧的发展进步，刑罚逐渐从“本能行为”转变成“意志行为”，并被赋予道德、伦理或法律上的意义和目的。<sup>⑤</sup>自此以降，西方刑法学史上出现了多

① 对“刑罚根据”一词相关概念的细致辨析，可参见张明楷：《责任刑与预防刑》，北京：北京大学出版社，2015年，第1—9页。

② 参见黎宏：《刑法学总论》，北京：法律出版社，2016年，第334页。

③ 林山田：《刑法通论》下册，北京：北京大学出版社，2012年，第273页。

④ 冯·李斯特：《论犯罪、刑罚与刑事政策》，徐久生译，北京：北京大学出版社，2016年，第1—2页。

⑤ 参见冯·李斯特：《论犯罪、刑罚与刑事政策》，第6—15页。

种关于刑罚根据的理论，并可被大致归纳为报应刑论、预防（目的）刑论、并合主义三种。

报应刑论又称绝对主义，“将刑罚理解为对犯罪的报应，即刑罚是针对恶行的恶报”，所谓“因为有犯罪而科处刑罚”。预防刑论（目的刑论、相对主义）则认为，“刑罚本身并没有什么意义，只有在为了实现一定目的即预防犯罪的意义上才具有价值”，亦即“为了没有犯罪而科处刑罚”，根据预防对象的不同，其可分为一般预防论与特殊预防论两大类，根据预防方法之差异，一般预防论又分为消极的一般预防（威慑）与积极的一般预防，特殊预防又分为威慑论与矫正（教育）刑论。由于消极的一般预防与特殊预防中的威慑论均以威慑为方法，积极的一般预防与特殊预防中的矫正（教育）刑论均内含教育矫正的因素，故亦可直接从预防方法的角度把预防刑论分为威慑刑论与教育刑论两大类。并合主义乃报应刑与预防刑两种理论之综合与折中，认为刑罚“一方面是为了满足恶有恶报、善有善报的正义要求，同时也必须是防止犯罪所必需且有效的，应当在报应刑的范围内实现一般预防与特殊预防的目的”，“因为有犯罪并为了没有犯罪而科处刑罚”即对此之表述。<sup>①</sup>

我国传统时代未形成如此系统的刑罚理论、概念术语，然数千年之法律史绝不乏相关思想与实践。法家不必多言，向来强调法治、刑罚的重要性，而儒家虽倡导以德礼而非刑杀治天下，但仍承认难免有“自暴者拒之以不信，自弃者绝之以不为”<sup>②</sup>，故“至礼变为刑”<sup>③</sup>，儒家也并不绝对排斥刑罚。作为对传统中国法制影响最为深刻的学派，儒法两家均对有关刑罚根据的问题有所探讨，并亦大致从报应、威慑与教育矫正三个方面着手。概括而言，两家均承认刑罚乃对罪行之报应，并均将预防犯罪作为刑罚的目的。在预防犯罪的对象方面，两家均同时关注一般预防与特殊预防，其分歧主要在于预防之具体手段，相较而言，法家更重视刑罚的威慑作用，而儒家偏向于借助刑罚的教育矫正效果。儒法两家的这些思想也被充分熔铸进了后世的历代律典及实践之中。

目前学界对刑罚根据论的讨论多沿西方学术脉络，仅偶对中国传统中的相关问题稍加提及<sup>④</sup>，而专门针对中国传统刑罚问题的研究，又多限于史学角度的考据、叙事，较少对刑罚根据论之类法学理论的系统提炼、升华。<sup>⑤</sup>作为当代中国的法学研究者，问题意识自应是或潜在地是当代中国的问题，对于刑罚根据这类古今中外共通的在刑事法制中均居于颇为核心地位的论题，即应尝试从自己的历史经验中获取可供当下借鉴的制度、实践及理论资源。“王者之政，莫急于盗贼。”<sup>⑥</sup>为系统阐释有关中国传统刑罚根据问题，梳理并展示儒法两家这些思想理论本身及其争论与后世律典及实践之间的互动、交融过程，本文选取《大清律例》<sup>⑦</sup>窃盗罚则为楔，以古今制度变迁与中西刑罚理论比较为经纬，试图在此基础上挖掘传统刑罚哲学中可资当代汲取的思想资源。

## 二、罪有应得：计赃科刑中的报应原理

### （一）作为人类普遍的古老正义观的报应思想

报应思想是人类相当古老的一个想法，“原始社会中的‘以命偿命’‘以牙还牙’与‘以眼还眼’的观念或做法，即是众所公认的报应思想所形成的行为准则”，“又加上宗教的‘因果报应’说，更使‘善有善报，恶有恶报’的报应思想，根深蒂固地深植于一般人的心目中”。<sup>⑧</sup>基于这一思想，既然犯罪是一

① 参见张明楷：《刑法学》上，北京：法律出版社，2016年，第504—506页。

② 此句为程子释“下愚不移”之语，朱子深然之。参见朱熹：《四书章句集注》，北京：中华书局，2012年，第177页。

③ 王明德：《读律佩觿》，北京：法律出版社，2001年，第1页。

④ 参见陈兴良：《刑法哲学》，北京：中国人民大学出版社，2015年，第426—427页；林山田：《刑法通论》下册，第292—296页；邱树萍：《刑法目的论：基于近现代思想史的考察》，北京：知识产权出版社，2016年，第130—132页。

⑤ 参见富谷至：《秦汉刑罚制度研究》，柴生芳、朱恒晔译，桂林：广西师范大学出版社，2006年；蔡枢衡：《中国刑法史》，北京：中国法制出版社，2005年，第49—87页；魏殿金：《宋代刑罚制度研究》，济南：齐鲁书社，2009年。

⑥ 房玄龄等：《晋书》，北京：中华书局，2000年，第600页。

⑦ 本文《大清律例》的参本为薛允升著述：《读例存疑重刊本》，黄静嘉编校，台北：成文出版社，1970年。为表述方便，本文引用律例间或直接采用黄静嘉先生所编之律例编号，并改原文汉字字符为阿拉伯数字。

⑧ 林山田：《刑法通论》下册，第274页。

种恶害，刑罚是对恶害的恶报，那么刑罚的内容也是一种恶害，<sup>①</sup>并常直接体现为“体者以体偿、肢者以肢偿”<sup>②</sup>的“同态复仇”现象，如《汉穆拉比王法典》：

第一九六条 倘自由民损毁任何自由民之子之眼，则应毁其眼。

第一九七条 倘彼折断自由民 [之子] 之骨，则应折其骨。

第二〇〇条 倘自由民击落与之同等之自由民之齿，则应击落其齿。

《中亚述法典》第五十条：

[如果某人]打了他人 [之妻] 因而使 [其流产]，则应依 [此人之所为] 以对待这个使别人妻流产的人之妻：他应当像抵偿生命一样来抵偿胎儿。

如果此妇女死亡，则应杀那人；他因抵偿生命一样来抵偿胎儿。

如果这一妇女的丈夫没有儿子，而他打了她，她流产，则应杀殴打者，抵偿她的胎儿。

即使是女胎，他仍然应当像抵偿生命一样来抵偿。<sup>③</sup>

中国传统刑罚思想中也存在报应观念，如荀子认为：“凡爵列、官职、赏庆、刑罚，皆报也，以类相从者也”，故“杀人者死，伤人者刑”。<sup>④</sup>韩非子指出，“赏罚随是非”，“诛罚生于罪”，“以罪受诛”，如此方能“人不怨上”，王先慎释道，“罪当，故不怨也”<sup>⑤</sup>，而所谓“罪当”，即如商鞅所言，“过有厚薄，则刑有轻重”<sup>⑥</sup>，所以荀子又有言曰：“刑称罪则治，不称罪则乱”，“罚不当罪，不祥莫大焉”。<sup>⑦</sup>

这一普遍古老正义观发展到近现代，形成了刑法中的“罪刑相适应”（“罪刑相当”）原则：刑法科处行为人的刑罚种类或刑罚的轻重程度必须与行为人的罪责程度相当。<sup>⑧</sup>我国现行的《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）亦采纳这一原则，第五条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”只是原始同态复仇的“等量报应”已演变成抽象的“等价报应”。<sup>⑨</sup>

## （二）计赃科刑中的等量与等价报应

等价报应如何在刑法中具体实现呢？贝卡利亚提出了著名的“刑罚阶梯”理论，将“人类行为组合”用“几何学”的方式排列成“一个相应的、由最强到最弱的”、“精确的、普遍的犯罪与刑罚的阶梯”，“不使最高一级的犯罪受到最低一级的刑罚”。<sup>⑩</sup>

中国传统窃盗刑罚中的“计赃科刑”规则即体现了这些观念和原则：根据窃盗所得赃物的多少来确定刑罚的重轻。早在睡虎地秦墓竹简中即是如此，《法律答问》载：“士五（伍）甲盗，以得时直（值）臧（赃），臧（赃）直（值）过六百六十，吏弗直（值），其狱鞫乃直（值）臧（赃），臧（赃）直（值）百一十，以论耐，问甲及吏可（何）论？甲当黥为城旦；吏为失刑罪，或端为，为不直。”<sup>⑪</sup>据此，若盗赃值六百六十，应科黥为城旦，盗赃一百一十，则科耐刑。随后汉承秦制，亦延续计赃科刑规则，张家山汉简《二年律令·盗律》首条曰：“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

① 参见张明楷：《刑法格言的展开》，北京：北京大学出版社，2013年，第460页。

② 张明楷：《刑法格言的展开》，第90页。

③ 法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》上册，北京：北京大学出版社，1982年，第40、69页。

④ 王先谦：《荀子集解》下，沈啸寰、王星贤点校，北京：中华书局，2013年，第387页。

⑤ 王先谦：《韩非子集解》，钟哲点校，北京：中华书局，2013年，第212、358、312页。

⑥ 蒋礼鸿：《商君书锥指》，北京：中华书局，1986年，第57页。

⑦ 王先谦：《荀子集解》下，第387页。

⑧ 林山田：《刑法通论》上册，北京：北京大学出版社，2012年，第49页。

⑨ 学者指出，康德的主张尚为等量报应，而黑格尔提出等价报应，即允许作为犯罪影像的刑罚在犯罪的基础上发生一定的变形（抽象）。参见陈金林：《从等价报应到积极的一般预防——黑格尔刑罚理论的新解读及其启示》，《清华法学》2014年第5期。

⑩ 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18页。

⑪ 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101页。

盈廿二钱到一钱，罚金一两。”<sup>①</sup>计赃科刑规则在秦汉时期“非但有一明确的刑罚等第，且此一论罪系统的细密程度亦当不在各代律典之下”<sup>②</sup>，亦即已形成了类同贝卡利亚所言之“刑罚阶梯”。

与以牙还牙的同态复仇不同，传统窃盗罚对窃盗行为施以笞、杖、徒、流、死五刑是抽象的报应刑（等价报应），而在部分历史阶段存在过的倍备（倍赃）制度则体现了等量报应。《唐律疏议·名例》“以赃入罪”律要求“正赃见在者，还官、主”，小注规定“盗者，倍备”，疏议曰：“谓盗者以其贪财既重，故令倍备，谓盗一尺，征二尺之类。”<sup>③</sup>亦即勒令窃盗者除返还原赃外，另缴纳同等数额的罚金作为对其“贪财既重”的惩罚。《周礼·秋官·司厉》载：“掌盗贼之任器、货贿，辨其物，皆有数量，贾而楛之，入于司兵。”郑玄注云：“任器、货贿，谓盗贼所用伤人兵器及盗财物也。入于司兵，若今时伤杀人所用兵器，盗贼赃，加责没入县官。”贾公彦疏云：“其加责者，即今时倍赃者也。”<sup>④</sup>故唐律之倍备制度可能至少可追溯至郑玄所在之东汉年间。唐之后，宋元二代仍保留此制。<sup>⑤</sup>值得一提的是，我国现行《刑法》（第二百六十四条）及相关司法解释（最高人民法院、最高人民检察院于2013年3月18日颁布的《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》）对盗窃行为的处罚方式亦是计赃科刑并附加罚金（财产）刑，可谓古今暗合。

学者指出，这类对窃盗行为人附加罚金（财产）刑的处罚方式颇为可取，如贝卡利亚尝言：“刑罚应当尽量符合犯罪的本性，这条原则进一步密切了犯罪与刑罚之间的重要连接，这种相似性特别有利于人们把犯罪动机同刑罚的报应进行对比，当诱人侵犯法律的观念竭力追逐某一目标时，这种相似性能改变人的心灵，并把它引向相反的目标。”<sup>⑥</sup>现代刑法学者亦认为：“财产刑，这里主要是指罚金，对于那些贪利性的经济犯罪和财产犯罪，具有较大的个别预防的作用。因为这种犯罪往往以牟利为目的，对这样的犯罪人剥夺一定的财产，使其偷鸡不成蚀把米，这本身就具有教育意义，使犯罪人知道不义之财不可贪。”<sup>⑦</sup>

然而，明清窃盗罚则中不见这类罚金（财产）刑，其由或缘《宋刑统》本律所附之起请条：“近来盗赃多不征倍，倍备之律，伏请不行。”<sup>⑧</sup>据学者言，起请条“同具法律效力，甚至比原旧条文更有效”<sup>⑨</sup>，故可推测，倍备制度可能在宋代便已不再通行，明清律典只是删去了这一早已沦为具文的制度。笔者认为，尽管罚金刑有如上优点，但倍备制度的消亡却亦有其合理性，因为倍备乃对行为人收缴与其所盗同等数额的罚金，亦即行为人须承受等量报应的同态复仇加上笞杖徒流死这类抽象刑罚，所受惩罚必然超过等量/等价原则。现代刑罚学强调“对任何犯罪所科处的刑罚，都不得超出报应的限制”，<sup>⑩</sup>唐以后传统窃盗罚则在实践和法典中相继取缔倍备制度实不可不谓刑罚史上的进步。

当然，尽管报应乃人类普遍的朴素正义观念，但是作为报应的刑罚“终究无法对于业已成为事实的恶害有所弥补，或恢复犯罪行为尚未发生时的原状”<sup>⑪</sup>，“刑罚的目的既不是要摧残折磨一个感知者，也不是要消除业已犯下的罪行。……难道一个不幸者的惨叫可以从不可逆转的时间中赎回已经完成的行为

① 彭浩、陈伟、工藤元男主编：《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112页。

② 张铭还将睡虎地秦简、龙岗秦简、张家山汉简中有关赃值和刑罚的规则制作成表格，直观展现了这一“刑罚阶梯”，参见张铭：《〈奏谳书〉中的秦汉财产犯罪案件》，《法制史研究》第23期（2013年）。

③ 刘俊文：《唐律疏议笺解》上册，北京：中华书局，1996年，第328—329页。

④ 郑玄注，贾公彦疏：《周礼注疏》下，北京：北京大学出版社，1999年，第955页。

⑤ 《宋刑统》，薛梅卿点校，北京：法律出版社，1999年，第72页；宋濂等：《元史·刑法志》，《大元通制条格》，北京：法律出版社，2000年，第416页。

⑥ 切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，第48页。

⑦ 陈兴良：《刑法哲学》，第375页。

⑧ 《宋刑统》，薛梅卿点校，第74页。

⑨ 薛梅卿：《宋刑统研究》，北京：法律出版社，1997年，第37页。

⑩ 张明楷：《责任刑与预防刑》，第12—13页。

⑪ 林山田：《刑法通论》下册，第277页。

吗?”<sup>①</sup>报应刑论遭到颇多批判。<sup>②</sup>这时,犯罪预防思想应运而生,“一个明智的人施加惩罚,不是因为错误已经铸成,而是让错误不再发生”<sup>③</sup>,亦即“阻止罪犯再重新侵害公民,并规诫其他人不要重蹈覆辙”,“预防犯罪比惩罚犯罪更高明,这乃是一切优秀立法的主要目的”。<sup>④</sup>

传统时代的儒法两家均在报应之外关注刑罚的预防作用,儒家谓:“刑期于无刑,民协于中”<sup>⑤</sup>,故“如得其情,则哀矜而勿喜”<sup>⑥</sup>。法家言:“以刑去刑,刑去事成”,“非求伤民也,以禁奸止过也”。<sup>⑦</sup>即均意在于此,只是两家对预防的具体策略各有所重。

### 三、杀一儆百:重而又重的重刑威慑论

#### (一) 重刑威慑论之理论与实践

预防犯罪首先要预防犯罪人再次犯罪,亦即特殊预防,因为已然犯罪之人的再犯可能性显然要大于尚未犯罪之人。特殊预防中最简捷、有效的方法是直接剥夺犯罪人的再犯能力,使其“不能再犯”,西晋时期的廷尉刘颂对此有经典论说:

圣王之制肉刑,远有深理,其事可得而言,非徒惩其畏剥割之痛而不为也,乃去其为恶之具,使夫奸人无用复肆其志,止奸绝本,理之尽也。亡者刖足,无所用复亡。盗者截手,无所用复盗。淫者割其势,理亦如之。除恶塞源,莫善于此,非徒然也。<sup>⑧</sup>

其实,除了“去其为恶之具”的肉刑,徒刑、流刑、死刑亦有剥夺再犯能力的功能:徒刑和流刑因剥夺自由而使其在一定时期内不能再犯,死刑则使其永远不能再犯,此即现代刑法学中所言刑罚的“保安功能”。<sup>⑨</sup>但如学者所论,“在一个一心一意将镇压犯罪作为社会生活的首要目标的社会中,剥夺能力会是对犯罪人适用惩罚的貌似最合理的功利性根据。但是,如果予以进一步的审视,它的这种貌似合理性会消失殆尽”,预防有效性颇值怀疑且暗含“严厉性”的问题。<sup>⑩</sup>

故在“去其为恶之具”的剥夺功能之外,人们还关注到刑罚“惩其畏剥割之痛而不为”的威慑功能,前者使犯罪人不能再犯,后者则是使犯罪人及一般国民不敢(再)犯。威慑刑论在来自西方的近现代刑罚理论中分为特殊威慑与一般威慑两种,前者指“使犯罪人承受一定的痛苦,使其认识到,犯罪后刑事责任的不可避免性和罪有应得,从而不敢再次犯罪,重受痛苦处遇”,后者谓“通过对犯罪规定和适用刑罚而向一般人宣告:谁实施犯罪行为谁就受到刑罚处罚,从而威慑一般人,使其不敢犯罪”。<sup>⑪</sup>针对对象不同,但预防原理均是借助刑罚的威慑力量使威慑对象不敢犯罪。

法家向来强调刑罚的威慑作用,商鞅所谓“刑戮者,所以止奸也”<sup>⑫</sup>,荀子亦同意此说:“扑急禁悍,防淫除邪,戮之以五刑,使暴悍以变,奸邪不作。”<sup>⑬</sup>后世立法者即据此理论“因时制治,设刑宪以为之防,欲使恶者知惧而善者获宁。传所谓狱者万民之命,所以禁暴止邪”。<sup>⑭</sup>刑法学者指出,由于“死

① 切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,第 29 页。

② 对相关批判的总结,可参见张明楷:《责任刑与预防刑》,第 35—40 页。

③ 梅尔:《德国观念论与刑罚的概念》,邱帅萍译,北京:知识产权出版社,2015 年,第 19—20 页。

④ 切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,第 29、102 页。

⑤ 孔安国撰,孔颖达疏:《尚书正义》,北京:北京大学出版社,1999 年,第 91 页。

⑥ 杨伯峻译注:《论语译注》,北京:中华书局,2009 年,第 201 页。

⑦ 蒋礼鸿:《商君书锥指》,第 81、101 页。

⑧ 房玄龄等:《晋书》(一),北京:中华书局,2000 年,第 607 页。

⑨ 参见张明楷:《责任刑与预防刑》,第 44—45 页。

⑩ 对刑罚剥夺犯罪人再犯能力预防模式的更详细批评意见,可参见哈伯特 L. 帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,北京:法律出版社,2008 年,第 48—53 页。

⑪ 张明楷:《责任刑与预防刑》,第 45、52 页。

⑫ 蒋礼鸿:《商君书锥指》,第 50 页。

⑬ 王先谦:《荀子集解》下,第 201 页。

⑭ 刘惟谦等:《进大明律表》,《大明律》,怀效锋点校,北京:法律出版社,1999 年,第 2 页。

刑的威慑力总会大于其他刑罚的威慑力，重刑的威慑力总是大于轻刑的威慑力”，于是对刑罚威慑作用的过分强调“存在着刑罚愈严厉威慑力愈强预防效果愈佳的倾向”，必然导致在这一理论之下制定的刑罚过于严厉，<sup>①</sup>甚至出现龙勃罗梭“天生犯罪人”之类的极端理论，“不等到他们犯下某种罪行，就采取断然的社会保护措施，用人工选择的方法，来消灭人类中的坏分子”<sup>②</sup>。

荀子属儒家，尚且认为罪刑应相当，多次提及诸如“刑不过罪”“刑罚不怒罪”的观点，指出“刑不欲滥……刑滥则害及君子”，“刑当罪则威，不当罪悔”。<sup>③</sup>法家则径直提倡重刑，商鞅说：“王者刑用于将过，则大邪不生。”蒋礼鸿释曰：“行刑重其轻者，轻者不生；重者不来也。”故“以刑去刑，虽重刑可也”。<sup>④</sup>韩非子承袭此观念，指出“罚莫如重而必，使民畏之”，“重一奸之罪而止境内之邪，此所以为治也。重罚者盗贼也，而悼惧者良民也，欲治者奚疑于重刑”！<sup>⑤</sup>

这类威慑刑论的哲学基础是功利主义趋利避害的人性论及“两害相权取其轻”的算计、权衡，如贝卡利亚认为：“只要刑罚的恶果大于犯罪所带来的好处，刑罚就可以收到它的效果。这种大于好处的恶果中应该包含的，一是刑罚的坚定性，二是犯罪既得利益的丧失”。<sup>⑥</sup>梅尔指出：

惩罚是一种恶。如果惩罚完全是被允许的，这种恶定就必须被它带来的利益超越。……作为制裁，其目的是防止公民违法；因而，惩罚一定要使其接受者觉得它是一种恶，而且为了达至这样的结果，惩罚一定要能给人留下深刻的印象。<sup>⑦</sup>

中国传统哲学中也不乏这类“功利主义”的思想，并亦是重刑威慑论的哲学基础。孔孟儒家虽并不否定人的正常欲望，但至少不直接提倡功利，所谓“子罕言利”，认为“放于利而行，多怨”，“君子喻于义，小人喻于利”，倡导“见利思义”。<sup>⑧</sup>孟子也说，“何必曰利？亦有仁义而已矣。……上下交征利而国危矣”。<sup>⑨</sup>墨家反对孔孟，径直将功利置于其“哲学之根本意思”的地位，“凡事物必有所用，言论必可以行，然后为有价值”，儒家发展到荀子一脉，“在此方面，盖与墨家之功利主义，完全相同矣”<sup>⑩</sup>。“饥而欲食，寒而欲暖，劳而欲息，好利而恶害，是人之所生而有也，是无待而然者也，是禹、桀之所同也”，“好荣恶辱，好利恶害，是君子小人之所同也”。<sup>⑪</sup>法家的功利思想亦是延续此脉络，商鞅谓：“劳而求佚，苦则索乐，辱则求荣，此民之情也。”<sup>⑫</sup>韩非子更是多有论证：“贪盗不赴谿而掇金，赴谿而掇金，则身不全……盗跖不计可则利不成。”进而得出“严刑重罚”方是治国之道的结论：“凡治天下，必因人情。人情者有好恶，故赏罚可用”，“设民所恶以禁其奸，故为刑罚以威之”，“罚重则所恶之禁也急”，“严刑者，民之所畏也；重罚者，民之所恶也。故圣人陈其所畏以禁其邪，设其所恶以防其奸，是以国安而暴乱不起”。<sup>⑬</sup>

因是之故，荀子、商鞅、韩非均批评象刑之类的轻刑是“罚不当罪”，荀子说：“罪至重而刑至轻，庸人不知恶矣，乱莫大焉。……杀人者不死而伤人者不刑，是谓惠暴而宽贼也”，“罚不当罪，不祥莫大焉”，“刑称罪则治，不称罪则乱”。<sup>⑭</sup>商鞅宣称“罪重刑轻，刑至事生”，“行刑重其轻者，轻者不

① 张明楷：《责任刑与预防刑》，第 52 页。

② 陈兴良：《刑法哲学》，第 377—378 页。

③ 王先谦：《荀子集解》（上、下），第 311、533 页。

④ 蒋礼鸿：《商君书锥指》，第 57、107 页。

⑤ 王先慎：《韩非子集解》，第 489、458 页。

⑥ 切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，第 63 页。

⑦ 梅尔：《德国观念论与刑罚的概念》，第 20—21 页。

⑧ 杨伯峻译注：《论语译注》，第 37、38、85、147 页。

⑨ 杨伯峻译注：《孟子译注》，北京：中华书局，2010 年，第 1 页。

⑩ 参见冯友兰：《中国哲学史》上，重庆：重庆出版社，2009 年，第 77、243 页。

⑪ 王先谦：《荀子集解》上，第 92、71 页。

⑫ 蒋礼鸿：《商君书锥指》，第 45 页。

⑬ 王先慎：《韩非子集解》，第 112、217、383、470、457 页。

⑭ 王先谦：《荀子集解》下，第 387 页。

生，则重者无从至矣。此谓治之于其治也。行刑重其重者，轻其轻者，轻者不止，则重者无从止矣。此谓治之于其乱也。故重轻，则刑去事成，国强；重重而轻轻，则刑至而事生，国削”。<sup>①</sup>韩非子的观点亦不出于此，认为“行刑重其轻者，轻者不至，重者不来，此谓以刑去刑。罪重而刑轻，刑轻则事生，此谓以刑致刑，其国必削”，“缓刑罚行宽惠，是利奸邪而害善人也”，并有精彩论说：

学者之言，皆曰轻刑，此乱亡之术也。……其恶乱甚者其罚必重矣。今取于轻刑者，其恶乱不甚也。其欲治又不甚也。此非特无术也，又乃无行。是故决贤不肖愚知之美，在赏罚之轻重。……今不知治者皆曰：“刑重伤民，轻刑可以止奸，何必重哉！”此不察于治者也。夫以重止者，未必以轻止也；以轻止者，必以重止矣。是以上设重刑者而奸尽止……所谓重刑者，奸之所利者细，而上之所加焉者大也。民不以小利蒙大罪，所谓轻刑者，奸之所利者大，上之所加焉者小也。<sup>②</sup>

我国传统时代的法制虽在汉武帝之后经历了所谓的“儒家化”过程，但实质上仍是“阳儒阴法”，法家这类重刑威慑论历代不乏著例。以唐以后窃盗罚则及实践的发展为例，《唐律疏议》向被论者奉为“一准乎礼，得古今之平”，“上稽历代之制，其节目备具，足以沿波而讨源者，要惟唐律为最善，甚可贵也”，“故宋世多采用之，元时断狱亦每引以为据”。<sup>③</sup>明律虽也因于唐，但按薛允升的说法，由于“删改过多，意欲求胜于唐律，而不知其相去甚远也”，出现了“轻其所轻，重其所重”现象，亦即“大抵事关典礼及风俗教化等事，唐律均较明律为重，贼盗及有关帑项钱粮等事，明律则又较唐律为重”。<sup>④</sup>

这一“重其所重”的现象其实并非自明方始，其端倪在唐末业已显现。唐中期以降，天下纷扰，先遭安史之乱，又遇黄巢之祸，迨至唐室覆亡，五代十国迭替，战火频仍，生灵遭殃。《周礼》言：“刑乱国用重典。”<sup>⑤</sup>其时之律典虽未有大变，但大量敕之类律外之法被颁行遵用，号称“得古今之平”的律典遂渐被束之高阁。唐后期武宗会昌元年（841）十二月十四日，中书门下奏云：

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。<sup>⑥</sup>

刘俊文先生说：“在整个唐后期，正是这种‘峻典刑’的思想，指导着法律的调整。”<sup>⑦</sup>宪宗元和四年（809年）二月，京兆府奏：“准建中三年（782年）三月敕节文……窃盗赃满三匹以上者，并准敕集众决杀；不满匹者，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。”<sup>⑧</sup>此即已开窃盗入死之例，沈家本谓：“治盗之重，以此为严矣”。<sup>⑨</sup>会昌元年（841年）十二月，更有敕旨云：“自今以后，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。”<sup>⑩</sup>将窃盗由赃满三匹处死，进一步改为赃满一贯即处极法。

到了五代时期，史载：“是时，天下多盗，逢吉自草诏书下州县，凡盗所居本家及邻保皆族诛。或谓逢吉曰：‘为盗族诛，已非王法，况邻保乎！’逢吉齐以为是，不得已但去族诛而已。于是鄂州捕贼使者张令柔尽杀平阴县十七村民数百人。卫州刺史叶仁鲁闻部有盗，自帅兵捕之。时村民十数共逐盗，入于山中，盗皆散走。仁鲁从后至，见民捕盗者，以为贼，悉擒之。断其脚筋，暴之山麓，宛转号呼，累日而死。闻者不胜其冤。而逢吉以仁鲁为能，由是天下因盗杀人滋滥。”<sup>⑪</sup>治盗之法严峻至此，难以复加，实令闻者骇然。

宋代法制及其实践，即在唐末、五代重法之余绪下展开。虽然从律典来看，《宋刑统》基本照搬《唐

① 蒋礼鸿：《商君书锥指》，第 81、37 页。

② 王先慎：《韩非子集解》，第 392、457—458、518—519 页。

③ 永瑢等：《四库全书总目》，北京：中华书局，1965 年，第 712 页。

④ 薛允升：《唐明律合编》，怀效锋、李鸣点校，北京：法律出版社，1999 年，“例言”，第 1、170 页。

⑤ 郑玄注，贾公彦疏：《周礼注疏》下，第 902—903 页。

⑥ 王溥：《唐会要》中册，北京：中华书局，1955 年，第 714 页。

⑦ 刘俊文：《论唐后期法制的变化》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》1986 年第 2 期。

⑧ 王钦若等编：《册府元龟》第 7 册，北京：中华书局，1960 年，第 7071 页。

⑨ 沈家本：《历代刑法考》下册，北京：商务印书馆，2011 年，第 158 页。

⑩ 王溥：《唐会要》中册，第 714 页。

⑪ 欧阳修：《新五代史》，徐无党注，北京：中华书局，2000 年，第 218 页。

律疏议》而来，窃盗条文也几无变化，但是，在律末增入了起请条以及唐建中、宋建隆年间的两条敕文加重刑罚甚至“滥施死刑”，“成为执行法律的新依据”，<sup>①</sup>更在常法之外专立“盗贼重法”。宋仁宗首创“窝藏重法”，接着英宗别立盗贼“重法”，再经神宗朝的全面发展以及哲宗朝的加重严酷，“北宋统治者，已经到了屠杀之外别无他途的地步”。<sup>②</sup>“元兴，其初未有法守，百司断理狱讼，循用金律，颇伤严刻”，后经世祖定《至元新格》、仁宗集《风宪宏纲》，英宗时始成有元一代较为完整系统的律典——《大元通制》。<sup>③</sup>元律对唐、宋、金各代均有继承，亦颇有创新，正如薛允升之言，“尝阅元史刑法志，亦间有明律相符者，知明律又承用元律也”。<sup>④</sup>

明代窃盗律文盖本于元。其实仅就窃盗律文而言，正如沈家本所总结，“窃盗律明无死罪，与唐同。唐有加役流一等，而明无之，视唐为更轻。明以一主为重，亦视唐累倍之法为轻”，惟增入刺字之刑并从窃盗律中分出常人盗仓库钱粮律两项，是为较唐律之加重。<sup>⑤</sup>清承明制，窃盗律在继承明律的基础上添入死刑，把刑罚的上限提高到了绞监候，并新增诸多例文进一步加重处罚。

## （二）以刺字刑为例看重刑威慑论

明清时代窃盗罚则中增入的刺字刑即窃盗罚则重而又重趋势的典型体现之一。刺字，古墨辟遗意也，乃“肉刑之一，律第严于贼盗”<sup>⑥</sup>，可溯源至唐虞三代五刑之一的墨刑（黥刑），汉文帝时除肉刑，“当黥者髡钳为城旦舂”。刺字在后世的重出与因革，沈家本概括如下：

宋太始中，有劫窃遇赦，颊黥“劫”字之制。梁天监初，定律：“劫身皆斩。遇赦降死者，黥面为‘劫’字。”盖即昉于太始，此今刺强盗之意也，然第施之一事一时者耳。《唐律》十二篇不言刺字，殆尚无此制欤？石晋天福中，始有刺配之法。宋参用其制，凡应配役者傅军籍，用重典者黥其面。犯盗者刺环于耳后：徒、流、方；杖，圆；三犯杖，移于面。迨其后，科禁日密，刺配特繁，孝宗时增至五百七十条，臣僚多议其重，历请裁定。元承宋制，然颇疏略。亦越前明，其法加详。国朝因之，损益尽善矣。<sup>⑦</sup>

正如程树德之谓：“文帝虽废黥，而六朝以后仍相沿用之，特不列为刑名耳。”<sup>⑧</sup>《御制大明律序》云：“合黥刺者，除党逆家属并律该载外，其余有犯，俱不黥刺。”<sup>⑨</sup>是以明律在刺字的适用范围上，尚有节制，“律内该载者亦止抢夺、窃盗两项，逆党家属，律无明文”，<sup>⑩</sup>但到了清代，刺字的适用范围、繁琐程度等均有较大幅度的提高，《清史稿·刑法志》精要概述：

刺字，古肉刑之一，律第严于贼盗。乃其后条例滋多，刺缘坐，刺凶犯，刺逃军、逃流，刺外遣、改遣、改发。有刺事由者，有刺地方者，并有分刺满、汉文字者。初刺右臂，次刺左臂，次刺右面、左面。大抵律多刺臂，例多刺面。<sup>⑪</sup>

《大清会典则例》的总结更为全面：

犯逃盗者，犯谋故及拒捕杀人者，外省死囚决不待时者，皆应刺字。旗人刺臂，奴仆刺面，民犯徒罪以上刺面，杖罪以下刺臂。再犯者亦刺面，刺面在鬓之下，颊之上，刺臂在腕之上，肘之下。逃犯刺左，余犯

① 薛梅卿：《宋刑统研究》，第77—78页。

② 关于宋代盗贼重法的发展，参见郭东旭：《论北宋“盗贼”重法》，《河北大学学报（哲学社会科学版）》2000年第5期。

③ 元代修律的过程，参见《元史·刑法志》，郭成伟点校，《大元通制条格》，北京：法律出版社，2000年，第362页。

④ 薛允升：《唐明律合编》，怀效锋、李鸣点校，北京：法律出版社，1999年，“例言”，第1、540页。

⑤ 参见沈家本：《历代刑法考》下册，第839页。参见《大明律》，怀效锋点校，北京：法律出版社，1999年，第141—142页。

⑥ 赵尔巽等：《清史稿》，北京：中华书局，1976年，第4196页。“刺字之条原为贼盗而设……乃自莠民杂出，诡谲难穷，而立法不得不周，有迹非为盗，而情同于盗者，亦有逞凶毙命藐法脱逃者，于是贼盗而外，别类分门，各有刺字之例。”王有孚：《一得偶谈初集》，杨一凡：《中国律学文献》（第三辑第四册），哈尔滨：黑龙江人民出版社，2006年，第469页。盗律之外其它律例文中关于刺字规定的情况，可参见沈家本：《刺字集》，徐世红主编：《沈家本全集》第2卷，北京：中国政法大学出版社，2010年。

⑦ 沈家本：《寄谥文存》，北京：商务印书馆，2015年，第196—197页。该氏对这一流变更详细的论述，参见沈家本：《历代刑法考》上册，第190—205页。

⑧ 程树德：《九朝律考》，北京：商务印书馆，2010年，第55页。

⑨ 《大明律》，第1页。

⑩ 沈家本：《历代刑法考》上册，第205页。

⑪ 赵尔巽等：《清史稿》，第4196—4197页。

刺右，初犯刺左者，再犯累犯刺右，初犯刺右者，再犯累犯刺左，罪名刺左者，地名刺右，罪名刺右者，地名刺左，地名谓遣犯应刺所遣地方者。字方一寸五分，画阔一分有半，并不得过限。立决者狱成即刺，监者奉旨始刺，余犯皆于起解责释之前刺之。<sup>①</sup>

清代对于刺字的规范散见于各律例之中，未有一“总例”。<sup>②</sup>刺字的一般方式规定在监守自盗仓库钱粮律的小注中：“每字各方一寸五分，每画各阔一分五厘，上不过肘，下不过腕。余条准此。”“余条准此”四字表明此乃包括窃盗律例在内的所有律例罚则中刺字刑遵循的通行原则。至于刺字的部位及内容，窃盗本律言：“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（监候）。以曾经刺字为坐。”<sup>③</sup>

律文的规则多沿于前代，清代的變化主要体现在起除刺字门内的例文中。281—08 例关于回民行窃：“凡回民行窃，分别初犯再犯，于臂膊面上，概刺‘窃贼’二字。”281—19 例首先针对奴仆：“奴仆为窃盗，或抢夺，并盗家长财物，俱刺面。”其次针对平民：“平民犯抢夺，及窃盗初犯，计赃在徒罪以上者刺面。如窃盗初犯罪止杖责者，照律于右小臂膊刺字；再犯左面刺字，不得以赃少罪轻免刺。”<sup>④</sup>本例最早的来源是康熙年间的《续增现行则例》：“凡窃盗，停其臂膊刺字，应明刺面上。另户人仍于臂膊上刺字。”直到雍正三年（1725 年）方奏准附律<sup>⑤</sup>，但至乾隆五十三年（1788 年）前，该例一直被置于窃盗门下而非后来的起除刺字门。按这一规定，不分初犯再犯，亦不分罪行轻重（是否为徒罪以上），凡窃盗者（另户人除外）均刺面。

那么，这些重而又重的刺字刑的威慑效果如何呢？雍正八年（1730 年），江西按察使楼俨上奏批评（281—19 例）：“有积惯、误犯之不同，并有被诱、诱人之各别。其积惯做贼者，挖孔、撬门，事事纯熟，潜行逆影，专以偷窃作生涯，且或诱人同行、驱使接赃，遇有觉追，彼先免脱，故有为贼日久而不易犯者。至误犯、被诱之人，或年尚小，或本末为非，惟因贫苦无聊，资生乏策，一时偶萌匪念，并因误与贼匪认识，被骗同行做贼，方止一次，旋已被获到官。特以法无可宽，一体按律治罪、刺字，原无可议。然自此以后，该犯虽悔恨无地，意欲革面革心，无如颊已被文，乡党见而远弃，难以别业营生，无颜自立，不至仍入贼途不止。”加重刑罚本为强化威慑，却不料反倒促使“仍入贼途不止”。于是楼氏建议，区分“积惯做贼者”与初犯、被诱、因贫苦而为盗者等“可悯”之人，稍为变通此例：“明实系从未做贼、初次行窃，及被诱初犯之人从宽，准照另户人例，仍于臂膊刺字，免其刺面，使其暂存廉耻，得以改悔前非。”<sup>⑥</sup>

该奏折之朱批仅有“且后”二字，现已难以知晓皇帝对此折的具体态度如何，但至少可以确定，此折并未直接引起修例。之后乾隆八年（1743 年）的修例，直接原因乃云南按察使张坦熊之奏：“审系初犯，罪止杖责者，照原律于右小臂膊刺字，再犯者照例左面刺字。”<sup>⑦</sup>修例采之，并又经乾隆三十二年（1767）修并、嘉庆六年（1801）改定，以及乾隆五十三年（1788）移入“起除刺字”门，<sup>⑧</sup>最后成上文之例。嘉庆二十五年（1820），魏启“比照窃盗为从杖六十”，即因罪止杖责而仅拟刺臂。<sup>⑨</sup>可以发现，改后之例是原例与楼俨之建议的折中，即初犯全部刺面与初犯全部刺臂膊的折中——初犯按罪行之轻重，

①《大清会典则例》卷一百二十四刑部，清文渊阁四库全书本。

② 吴坛曾建议：“犯罪刺字，即古之墨刑也，原载五刑之内”，“自应于名例五刑后热审事例之前一并载入”，“以为诸律刺字之统，较与律意相符，以便查用”。马建石、杨育棠主编：《大清律例通考校注》，北京：中国政法大学出版社，1992 年，第 766—767 页。但薛允升反对此论，认为若将刺字“入于名例，则五刑之外，又多一刑矣”。薛允升：《唐明律合编》，第 565 页。

③ 薛允升著述：《读例存疑重刊本》第三册，第 577、649 页。

④ 薛允升著述：《读例存疑重刊本》第四册，第 768、772 页。

⑤ 参见马建石、杨育棠主编：《大清律例通考校注》，北京：中国政法大学出版社，1992 年，第 715、724 页。

⑥ 宫中档奏折-雍正朝，档案号 402016882，“台北故宫博物院”藏。

⑦ 马建石、杨育棠主编：《大清律例通考校注》，第 715 页。

⑧ 薛允升著述：《读例存疑重刊本》第四册，第 772 页。

⑨ 许槌、熊莪纂辑：《刑部比照加减成案》，何勤华等点校，北京：法律出版社，2009 年，第 82 页。

罪止杖责者刺臂膊，徒罪以上刺面。因此，楼俨之建议虽并未直接引起修例，但亦有可能对之后张坦熊之条奏及律例馆的修例产生过间接影响，只是如今已难以确证。

确实，刺字刑重而又重之后可能反倒导致已不愿犯罪之人再次走上犯罪道路，而其实这样的现象恐怕也并不限于刺字刑，董仲舒即发现，当崇尚法家的暴秦之时，“刑者甚重，死者相望，而奸不息”，甚而“群盗并起”。<sup>①</sup>到了清代，薛允升也看到：

夫盗风之炽，必有所由，徒事刑法，窃恐未能止息。自严定新例以来，每年正法之犯，总不下数百起，而愈办愈多，其成效亦可睹矣。言事者，但知非严刑峻法，不足以遏止盗风，而于教化吏治，置之不论。舍本而言末，其谓之何？

世之治也，犯法者少。刑虽重，而不轻用。迨其后，法不足以胜奸，而遂立重辟，乃法愈重，而犯者愈<sup>②</sup>多，亦何益乎？且从前盗犯，各省必题准后，方行处决。近数十年以来，先行就地正法后，始奏闻者，比比皆是；且有并不奏闻者，而盗风仍未止息。重法之不能禁盗，其显然者也。兴言及此，可胜叹哉！<sup>③</sup>

历史一再印证老子“法令滋彰，盗贼多有”的预言，其缘由者何？老子早就给出了答案：“民不畏死，奈何以死惧之？若使民常畏死，而为奇者，吾得执而杀之，孰敢？”<sup>④</sup>贝卡利亚的说法正可在此做注解：

严峻的刑罚造成了这样一种局面：罪犯所面临的恶果越大，也就越敢于规避刑罚。为了摆脱对一次罪行的刑罚，人们会犯下更多的罪行。刑罚最残酷的国家和年代，往往就是行为最血腥、最不人道的国家和年代。

……无论暴政多么殚精竭虑地翻新刑罚的花样，但刑罚终究超越不了人类器官和感觉的限度。一旦达到这个极点，对于更有害和更凶残的犯罪，人们就找不出更重的刑罚以作为相应的预防手段。<sup>⑤</sup>

#### 四、有耻且格：宽和仁恕的教育矫正论

“在一个只依靠威慑力的社会中，犯罪就会多得像所有的人都得了精神病一样。”<sup>⑥</sup>由于重刑威慑论的诸多缺陷，各种可被归于教育矫正论的理论应运而生。首先，对于犯罪人，刑罚的“教育性寓于惩罚性之中，通过惩罚使犯罪人得到教育，从而产生自责与悔罪的心理，对本人的犯罪行为给社会造成的危害追悔莫及，表示认罪伏法，改恶从善，根除犯罪意识”<sup>⑦</sup>。其次，对于一般国民，“唤醒和强化国民对法的忠诚、对法秩序的存在力与贯彻力的信赖”，从而不愿犯罪。<sup>⑧</sup>

##### （一）对犯罪人的教育矫正

西方针对犯罪人的教育矫正论亦是起源于功利主义思想，边沁认为“应当以尽可能小的代价防止犯罪”，他发起的不列颠刑法改革大力倡导这一理论，而让这一理论系统化的是李斯特，“把根据罪犯的人身危险性对罪犯进行矫正的任务提到了十分重要的地位”<sup>⑨</sup>，将刑罚方法分为三类：“（1）矫正可以矫正和有矫正必要的犯罪人；（2）威慑没有矫正必要的犯罪人；（3）使不能矫正的犯罪人不再危害社会（使之不能犯）。”<sup>⑩</sup>

儒家也可谓教育矫正刑的倡导者，“圣人假法以成教，教成而刑不施。故威厉而不杀，刑设而不犯”<sup>⑪</sup>，只是如前所论，儒家思考问题的出发点并非功利主义。儒家经典《周礼》载有“司圜”一职：“掌收教罢

① 班固撰，颜师古注：《汉书》，北京：中华书局，1999年，第1910页。

② 点校本作“逾”，疑误。

③ 薛允升著述：《读例存疑重刊本》第三册，第622页。

④ 陈鼓应：《老子注译及评介》，北京：中华书局，1984年，第284、337页。

⑤ 切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，第62—63页。

⑥ 卜思天·M.儒攀基奇：《刑法——刑罚理念批判》，北京：中国政法大学出版社，2002年，第115页。

⑦ 陈兴良：《刑法哲学》，第376页。

⑧ 参见张明楷：《责任刑与预防刑》，第45、59页。

⑨ 参见陈兴良：《刑法哲学》，第379页。

⑩ 冯·李斯特：《论犯罪、刑罚与刑事政策》，第31、35页。

⑪ 王利器校注：《盐铁论校注》下，北京：中华书局，1992年，第420页。

民，凡害人者，弗使冠饰而加明刑焉，任之以事而收教之。能改者，上罪三年而舍，中罪二年而舍，下罪一年而舍，其不能改而出圜土者，杀。虽出，三年不齿。凡圜土之刑人也不亏体，其罚人也不亏财。”“罢民”者，“谓恶人不从化，为百姓所患苦，而未入五刑者”，对他们的处理方式是“弗使冠饰而加明刑焉，任之以事而收教之”，亦即“上罪墨象、赭衣杂履，中罪赭衣、杂履，下罪杂履而已”，并“以版牍书其罪状与姓名，著于背，表示于人”，“不亏体”亦“不亏财”，以唤起受刑者的耻辱心的方式来实现矫正，能改过者达到一定期限后予以释放，区别于罪重而入于“亏体”“亏财”之旧五刑者，<sup>①</sup>与李斯特教育刑论“根据罪犯的人身危险性对罪犯进行矫正”的倡导可谓异曲而同工。

我国历史上即广泛采用这类以唤起耻辱心的方式来实现对犯罪人教育矫正的刑罚<sup>②</sup>，据《唐律疏议》，后世之徒刑即源于此，“徒者，奴也，盖奴辱之”，新五刑中的笞刑原义亦如此，“笞者，击也，又训为耻。言人有小愆，法须惩戒，故加锤挞以耻之。……故书云‘扑作教刑’，即其义也”<sup>③</sup>。窃盗刑则中的刺字刑同样也属此类，“古人屏诸远方不齿于人之意，所以示辱”<sup>④</sup>，“盖以凶蠹之徒，率多怙恶，特明着其罪状，俾不齿于齐民，冀其畏威而知耻，悔过而迁善。……是所以启其愧心而戢其玩志者，竟至深也”<sup>⑤</sup>。因此对于能够改过自新之人，律例特设“起除刺字”之制：

凡盗贼曾经刺字者，俱发原籍收充警迹；该徒者役满充警，该流者于流所充警。若有起除原刺字样者，仗六十，补刺。（收充警迹，谓充巡警之役，以踪迹盗贼之徒。警迹之人，俱有册籍，故曰收充。若非应起除，而私自用药或火炙去，原刺面膊上字样者，虽不为盗，亦仗六十，补刺原字样）（281-00）

该律包含两层内容，一为严禁私自起除刺字，二为被刺字者须充警。先言严禁私自起除刺字。雍正二年（1724年）上谕：“近闻刺字之犯，私自销毁者甚多，即属怙恶不悛之明证，且此等必有用药代为销毁者。嗣后如有私毁刺字之人，理应申明，若系本身私毁者，本律杖六十补刺，似属太轻。作何重治其罪，其代为销毁者，将代毁之人一并作何治罪之处，着妥议定例具奏，钦此。”刑部遵旨议准“嗣后窃盗等犯销毁刺字者，照理枷责补刺，并用药代毁之人，一并枷责”<sup>⑥</sup>：

凡窃盗等犯，有自行用药销毁面膊上所刺之字者，枷号三个月，杖一百，补刺。代毁之人，枷号二个月，杖一百。<sup>⑦</sup>

是为一方面加大对私自起除刺字行为的处罚，另一方面增加对帮助起除者的处罚。乾隆三十九年（1774年），应被刺字之王二楼贿赂件作王卓，让后者仅“用鞋帮子插针于左面鬓旁，刺了一下，又用煤炭磨水涂上混饰，并未深刻，该犯途间洗去煤迹，针孔长合，以至面无针痕”。负责本案的广西巡抚熊学鹏认为，王二楼这一行为与私自起除刺字无异，因此按本例将其枷号三个月、杖一百、补刺。<sup>⑧</sup>乾隆十七年（1752年），章长（即周长）被发现私自起除刺字，但其又因窃盗赃至五十两以上拟绞监候，根据“二罪俱发以重论”（026-00）的原则，起除刺字“轻罪不议”，不再处以枷号及杖责，仅补刺。<sup>⑨</sup>但是，乾隆十五年（1750）的一份题本记载，对私自起除刺字的廖亨不仅未拟处枷号及杖责，且似也未补刺。<sup>⑩</sup>根据孟樾《刺字统纂》，“窃盗等犯，如销毁面臂刺字已在赦前，毋庸补刺”，<sup>⑪</sup>但本案题本中并未记载遇赦之事，因此本案之未被拟补刺尚不知何故，或只因未被记载而已，也或因有其它已难以知悉的原因。

以上为对“非应起除”者的处罚，那么，如何方能成为“应起除”者呢？此即与本律的另一层内

① 参见郑玄注，贾公彦疏：《周礼注疏》下，第957—958页。

② 相关研究可参见赵晓耕、马晓莉：《从“耻辱刑”到“羞耻心”——漫谈在监狱矫正中唤起服刑人的羞耻之心》，《政法论丛》2005年第5期。

③ 《唐律疏议》，刘俊文点校，北京：法律出版社，1999年，第3—5页。

④ 薛允升著述：《读例存疑重刊本》第四册，第767页。

⑤ 沈家本：《刺字集序》，《寄蓀文存》，第197页。

⑥ 《清会典事例》九，北京：中华书局，1991年，第744页。

⑦ 薛允升著述：《读例存疑重刊本》第四册，第766页。

⑧ 宫中档奏折-乾隆朝，档案号403029407，“台北故宫博物院”藏。

⑨ 内閣大庫档案，登录号049434-001，“台湾中央研究院”藏。

⑩ 内閣大庫档案，登录号045386-001，“台湾中央研究院”藏。

⑪ 孟樾：《刺字统纂》，同治八年棠荫山房刻本。

容——被刺字者须充警——有关。除了律文，本门尚有一条乾隆五年（1740年）议定、道光十八年（1838年）改定的例文与此相关，且是进一步的规范：

窃盗刺字发落之后，责令充当巡警。如实能改悔，历二三年无过，又经缉获强盗二名以上，或窃盗五名以上者，准其起除刺字，复为良民；该地方官编入保甲，听其各谋生理。若不系盗犯，不准滥行缉拿。<sup>①</sup>

《大清会典》亦有申说：

凡流徒以下刺字之犯，有安分悔过，及在配所原籍充警，能获盗者，准其报明官司，起除所刺之字，私起除者论如法。<sup>②</sup>

根据例文，起除刺字者必须满足三项条件：一是刺字乃因窃盗，二是“实能改悔”，三是充警并缉盗满数，三项条件缺一不可。道光十八年（1838年），张六请求起除刺字，但其并非因窃盗刺字且未能缉盗满数，因此尽管被认为已经改过，仍未能被准起除刺字。<sup>③</sup>

所谓“充警”，即“收充警迹”，其本于元制。明代律学家应橧言：“警：戒；迹：形迹也。其法于本家门首作木坊，上书‘窃盗之家’四字，以彰其恶也。窃盗之人，既刺字于臂，以辱其终身，又警迹于家，以别于良民，凡此皆使人知惧，而不敢轻犯也。”<sup>④</sup>是以仅从示辱和威慑两方面来解说此制，不过王肯堂不同意此说：“或谓于门首立木牌，书写过犯之名，以警众者，于收充二字不合矣。”并纠正道：“警是巡警之意，迹踪迹之迹，谓充巡警之役，以踪迹盗贼之徒，盖以盗捕盗之法也。”<sup>⑤</sup>“充警”不仅是示辱与威慑，而是更进一步责令刺字之人巡警盗贼、以盗察盗。应氏的说法笔者仅见此一家，清代的律学家中，如沈之奇、薛允升、沈家本等，均附议王氏之说。<sup>⑥</sup>那么，究竟哪种说法更符合律意呢？查《大明令》载：

凡窃盗已经断放，或徒年役满，并仰原籍官司收充警迹。其初犯刺臂者，二年无过，所在官司保勘，除籍，起去原刺字样。若系再犯刺臂者，须候三年无过，依上保勘。有能拿获强盗三名、窃盗五名者，不限年月，即与除籍、起刺。数多者，依常人一体给赏。<sup>⑦</sup>

到了清代，本律小注明言：“收充警迹，谓充巡警之役，以踪迹盗贼之徒。”前引清例、会典的说法也是基本如此。看来，还是王氏、薛氏及二沈的说法更确切。如此意义上的“充警”，一来给其立功自赎之机、开其自新之路，也为已完成矫正、可以起除刺字提供了鉴定标准，二来“以盗攻盗”，能起到弥盗之效，<sup>⑧</sup>因此二沈及薛氏不吝用“良法”、“法之最善者”等溢美之词称赞这一立法，并批评其在实际运行中废弛不实行的状况。就笔者目力所及，确未见一例因此而“起除刺字”的案件，尚不知是笔者材料掌握不足的原因，抑或如律学家所言，确实废弛不行之故，但不论实际中其是否真正能够常被采用，这一允许起除刺字的律例确有其积极的意义。

尽管被刺字之人有机会起除刺字，但毕竟能有机会起除者是少数，刺字刑遭到了不少批评，究其要者：即便犯罪人已完成矫正，也无法复归社会，故常又被逼继续犯罪。如雍正年间的通政使司左参议魏绎指出：“已经刺字贼徒，父子兄弟不相认，佣工者亦不敢佣，即抄化乞食，亦无人施舍，夜则四散隐僻之所，仍然为盗，以致盗案滋繁。”<sup>⑨</sup>乾隆四十五年（1780年）起获的窃盗犯吴黑子即称，其私自起除刺字

① 薛允升著述：《读例存疑重刊本》第四册，第771页。

② 《大清会典·卷六十九·刑部》，清文渊阁四库全书本。

③ 《刑案汇览全编·刑案汇览续编》第十二卷，北京：法律出版社，2007年，第564页。

④ 应橧：《大明律释义》，杨一凡编：《中国律学文献》第二辑第二册，第198页。

⑤ 王肯堂：《王仪部先生笺释》，杨一凡编：《中国律学文献》（第二辑第四册），第482页。

⑥ 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648页；沈家本：《历代刑法考》下册，第840页；薛允升著述：《读例存疑重刊本》第四册，第771—772页。

⑦ 《皇明制书》第一册，杨一凡点校，北京：社会科学文献出版社，2013年，第35页。

⑧ 王元樞说：“虞翔治朝歌三科，募士攻劫者为上，伤人偷盗者次之，不事家业者为下。贯其罪，使人贼中，而朝歌以平龚遂治。渤海曰，今将欲使臣胜之耶，抑安之也，唯缓之然后可治。单车独行抵郡，盗贼悉罢，古循吏、能吏之治盗，断不以多杀人为务。”并亦曾效仿此法，以盗治盗。参见王元樞：《稟铎公牋存稿》，《明清法制史料辑刊》第一编第35册，北京：国家图书馆出版社，2008年，第220页。虞翔之事，参见范晔：《后汉书》，北京：中华书局，1999年，第1260—1261页。

⑨ 宫中档奏折—雍正朝，档案号402004903，“台北故宫博物院”藏。

乃因“胳膊上有字，佣工不便”。<sup>①</sup>清末时节的沈家本言：

刺字……在立法之意，原欲使莠民知耻，庶几悔过而迁善。詎知习于为非者，适予以标识，助其凶横，而偶罹法网者，则黥刺一膺，终身僇辱。诚如《宋志》所谓，面目一坏，谁复顾籍，强民适长威力，有过无由自新也。夫肉刑久废而此法独存，汉文所谓刻肌肤痛而不德者，正谓此也。未能收弼教之益而徒留此不德之名，岂仁政所宜出此？<sup>②</sup>

魏绎提出了一个缓和的方案——定“安插之法”，以使“恶类不聚，并可化而为良”，具体做法为：

其犯事人等，询明口供，若系各省州县，必须递解还籍，令各地方官出具收管，若系旗人，则发各牛录下给交本主，亦取收管。但此辈无归者多，有归者少，审其果无所归，则五城俱有栖流所房屋，兵马司及巡检等员收管，在内各戴脚绊一个，日间放出觅食，夜间必归于栖流所内，如夜间不到，即行严缉。遇冬季皇恩放饭之期，亦给一餐，栖流所多设土坑、几铺，量给柴薪，使其安歇避寒。其三年无犯者，许其去字去绊，复为齐民。<sup>③</sup>

奏折未附皇帝朱批，因此难以知悉其是否确被采纳。另据《大清会典则例》记载，乾隆二年（1737年）奏准：“从前火房不许容留刺字之人，以致此辈无处容身，嗣后各处火房，许前项孤身无业之人宿歇，仍照例设循环簿稽察。”<sup>④</sup>这一措施即可谓与魏绎不谋而合。到了清末，沈家本奉旨考订刑律之时，已不再仅提这类缓和方案，而是直言废除刺字刑，“将刺字款目概行删除”，并代之以“习艺”之制：“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。”<sup>⑤</sup>

刺字刑之外，窃盗门内例文罚则中的加枷号、锁带铁杆、石墩、巨石等附加刑<sup>⑥</sup>亦是为唤起窃盗者的耻辱心——“该犯日与亲戚乡邻相见，因有以动其羞愧之良心”。道光七年（1827年），山东巡抚程含章称，“前官广东二十年，初到时，见贼盗繁多，甲于天下”，后尝试“将情重法轻者锁带铁枪石墩”，发现这类以唤起犯罪人耻辱心的附加刑的预防犯罪的效果很好，“盗贼案因之渐稀，实已著有成效”。<sup>⑦</sup>

## （二）对一般民众的教育预防

一般预防理论（对一般民众的教育预防）诞生于 20 世纪 70 年代末的德国，学者指出，雅科布斯是这一理论的代表人物，而更早在黑格尔的理论中其实已能见其萌芽，其将“刑罚与民众对规范有效性的信赖之间建立了联系，认为刑罚的正当性在于保护民众对法秩序存在与贯彻效力的信赖、巩固民众的法意识、强化民众的法忠诚”。<sup>⑧</sup>这类一般预防之所以被冠以“积极”二字，在于其试图借助对民众“对法的忠诚训练所形成的社会教育学上的学习效果”，以维持、强化民众“对法秩序的持续力与贯彻力的依赖”，亦即“在法共同体面前宣誓法秩序的不可侵犯性，据此强化国民对法的忠诚”。<sup>⑨</sup>

法家思想中亦有与此很相类似的概念，一方面，通过“以法为教，以吏为师”的方法对民众进行“对法的忠诚训练”：

圣人立法，必使之明白易知，名正愚知遍能知之。为置法官，置主法之吏以为天下师，令万民无陷于险危。故圣人立天下而无刑死者，非不刑杀也，行法令明白易知，为置法官吏为之师以道之，知万民皆知所避就，避祸就福而皆以自治也。故明主因治而终治之，故天下大治也。<sup>⑩</sup>

① 军机处档奏折，档案号 026855，“台北故宫博物院”藏。

② 沈家本：《寄谕文存》，第 4 页。

③ 宫中档奏折—雍正朝，档案号 402004903，“台北故宫博物院”藏。

④ 参见《大清会典则例》卷一百五十都察院六，清文渊阁四库全书本。

⑤ 沈家本：《寄谕文存》，第 4 页。樊增祥言：“罪犯习艺，即古人城旦鬼薪之意。”这一措施在范姓治下的实施情况，可参见樊增祥：《樊山政书》，北京：中华书局，2007 年，第 398、423、438 页。相关实践，还可参见曹允源：《复盒公牍》，《明清法制史料辑刊》第一辑第 35 册，第 469—482 页。

⑥ 269-28、29、30、31 例，参加薛允升著述：《读例存疑重刊本》第三册，第 668—670 页。

⑦ 朱批奏折，档号 04-01-01-0691-038，中国第一历史档案馆藏。

⑧ 参见陈金林：《从等价报应到积极的一般预防——黑格尔刑罚理论的新解读及其启示》，《清华法学》2014 年第 5 期。

⑨ 参见张明楷：《责任刑与预防刑》，第 59 页。

⑩ 蒋礼鸿：《商君书锥指》，第 140—147 页。

另一方面，“法莫如一而固，使民知之”<sup>①</sup>，由强调“壹刑”“必罚”，维持、强化民众“对法秩序的持续力与贯彻力的依赖”。所谓“壹刑”者：

刑无等级，自卿相、将军以至大夫、庶人，有不从王令，犯国禁，乱上制者，罪死不赦。有功于前，有败于后，不为损刑；有善于前，有过于后，不为亏法。

所谓“必罚”者：

国之乱也，非其法乱也，非法不用也。国皆有法，而无使法必行之法；国皆有禁奸邪盗贼之法，而无使奸邪盗贼必得之法。为奸邪盗贼者死刑，而奸邪盗贼不止者，不必得。<sup>②</sup>

原因何在？“不必得者，则虽辜磔，窃金不止；知必死，则天下不为也。”<sup>③</sup>在韩非子看来，必罚甚至比他所强调的重刑更为重要。贝卡利亚亦持类似观点，只是他反对超过必要限度的重刑，而韩非并不反对：

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，这种必定性要求司法官员谨守职责，法官铁面无私、严肃认真，而这一切只有在宽和法制的条件下才能成为有益的美德。即使刑罚是有节制的，它的确定性也比联系着一线不受处罚希望的可怕刑罚所造成的恐惧更令人印象深刻。因为，即便是最小的恶果，一旦成了确定的，就总令人心悸。<sup>④</sup>

儒家也一定程度认同刑罚的“一般的积极预防”作用。孔子曰：“刑罚不中，则民无措手足。”<sup>⑤</sup>孟子云：“不以规矩，不能成方圆；……不以六律，不能正五音；……上无道揆也，下无法守也，朝不信道，工不信度，君子犯义，小人犯刑，国之所存者幸也。”<sup>⑥</sup>荀子往前更进一步，其论已近于他的学生韩非：

严令繁刑不足以为威，由其道则行，不由其道则废。……紂刳比干，囚箕子，为炮烙刑，杀戮无时，臣下惶然莫必其命，然而周师至而令不行乎下，不能用其民。是岂令不严、刑不繁也哉？其所以统治者非其道故也。……刑一人而天下服，罪人不邮其上，知罪之在己也。是故刑罚省而威流，无它故焉，由其道故也。古者帝尧之治天下也，盖杀一人、刑二人而天下治。<sup>⑦</sup>

其“道”者何？诸侯“政法令，举措时，听断公”，官人百吏“循法则、度量、刑辟、图籍，不知其义，谨守其数，慎不敢损益也”，庶人方能“长生久视，以免于刑戮也”，<sup>⑧</sup>“天下晓然皆知夫盗窃之人不可以为富也，皆知夫贼害之人不可以为寿也。……世皆晓然皆知夫为奸则虽隐窜逃亡之不由不足以免也，故莫不服罪而请。”当然，儒家毕竟是儒家，即便是韩非子的老师，荀子亦反对他的重刑论，在提倡“至法”的同时尚强调“隆礼”：“古者圣王……起礼义，制法度，以矫饰人之性情而正之，以扰化人之性情而导之也”，<sup>⑨</sup>“隆礼至法则国有常，赏贤使能则民知方，纂论公察则民不疑，赏克罚偷则民不怠”。<sup>⑩</sup>

这类教育矫正刑论通过唤醒或维持犯罪人及一般民众的耻辱心、悔过感及规范意识以实现预防犯罪的目的，其旨在使犯罪人、一般民众不愿犯罪，而不同于威慑论之使犯罪人、一般民众不敢犯罪，故可避免后者所存在的重刑化倾向等弊端，但其也遭到诸多质疑，如早在庄子即曾讲：“赏罚利害，五刑之辟，教之末也。”<sup>⑪</sup>现代刑法学者具体道出其中缘由：“预防刑论中的教育刑论、改善刑论，常常追求将犯罪人改造成伦理高尚的人，从而导致以刑罚方法迫使行为人接受一定的伦理观念。然而，刑罚的消极作用相当

① 王先慎：《韩非子集解》，第 479 页。

② 蒋礼鸿：《商君书锥指》，第 100—101、109 页。

③ 王先慎：《韩非子集解》，第 243 页。

④ 切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，第 62 页。

⑤ 杨伯峻译注：《论语译注》，第 132 页。

⑥ 杨伯峻译注：《孟子译注》，第 148 页。

⑦ 王先谦：《荀子集解》下，第 332—336 页。

⑧ 王先谦：《荀子集解》上，第 69—70 页。

⑨ 王先谦：《荀子集解》下，第 532、514 页。

⑩ 王先谦：《荀子集解》上，第 282 页。

⑪ 郭象注，成玄英疏：《庄子注疏》，北京：中华书局，2011 年，第 254 页。

明显,并非维护社会伦理秩序的理想手段。以刑罚教育行为人成为伦理上高尚的人,必然得不偿失。”<sup>①</sup> 换用孔子的话,即若“道之以政,齐之以刑”,则民众只会是“免而无耻”而已。<sup>②</sup>

## 五、结论:礼、乐、刑、政,其极一也

为什么要对犯罪的人科处刑罚?目前刑法学界的主流观点是并合主义(综合理论)——“因为有犯罪并为了没有犯罪”<sup>③</sup>,亦即同时承认报应刑、威慑刑、教育矫正刑的价值和作用,试图让其优势互补、弊害互克,发挥并合之优势。<sup>④</sup> 中国传统社会中的儒法二家均可被归入并合主义的范畴,只是对于刑罚的预防作用(目的),法家更重视重刑威慑论,而儒家偏向于教育矫正刑,如同来自西方的现代刑法学亦因偏重不同而有各种类型的并合主义。<sup>⑤</sup>

当然,尽管儒家承认刑罚的作用,但不同于法家之迷信刑罚,以为刑罚是“因为有犯罪并为了没有犯罪”的唯一解决手段。在儒家看来,“徒善不足以为政,徒法不足以自行”,<sup>⑥</sup>“必有关雎、麟趾之意,然后可以行周官之法度”<sup>⑦</sup>,“为了没有犯罪”不能仅仅依靠刑罚。所以从这个意义而言,儒家可谓一种综合程度更高的“并合主义”——“礼、乐、刑、政,其极一也”,力求综合发挥礼乐与刑政的效用,“礼以道其志,乐以和其声,政以一其行,刑以防其奸”。<sup>⑧</sup>

报应刑的缺陷须预防刑(威慑刑、教育矫正刑)弥补,预防刑中的威慑刑的弊端待教育矫正刑克服,那么教育矫正刑的不足又该如何应对呢?教育矫正刑的不足主要在于“刑罚的消极作用相当明显,并非维护社会伦理秩序的理想手段”,不能寄希望于以刑罚的手段“教育行为人成为伦理上高尚的人”,亦即儒者所谓“法能刑人而不能使人廉,能杀人而不能使人仁”。<sup>⑨</sup> 要应对这一问题,即呼唤儒家这般更为综合的理论出场,因为这一问题已非再用另一种刑罚可以解决,也正因为此,来自西方的现代刑法/刑罚理论通常止步于此,把接下来的问题留给犯罪学、社会学等其他学科解决,但传统中国并无这种学科界限,擅长用综合的方法看待问题、处理问题。

刑罚解决不了的问题,正是礼乐作用之处。一方面,“礼者禁于将然之前,而法者禁于已然之后”<sup>⑩</sup>,刑罚的作用应主要发挥于犯罪已然之后,而在犯罪尚未发生之时,则礼乐方是预防犯罪的最好方式,故儒家倡导礼乐之教而非法家之以法为教,贝卡利亚在这一问题上也能同意儒家,“预防犯罪的最可靠但也是最艰难的措施是:完善教育。……教育通过感情的捷径,把年轻的心灵引向道德;为了防止它们误入歧途,教育借助的是指出需要和危害的无可辩驳性,而不是捉摸不定的命令,命令得来的只是虚假的和暂时的服从。”<sup>⑪</sup> 孟德斯鸠认为:“有些国家轻视礼仪道德的力量,一味用严酷的刑罚治理国家,结果适得其反。刑罚的力量是有限的,刑罚可以把一个犯了重罪的公民从社会中清除掉,但是它无法把犯罪本身清除掉。如果所有的人都丧失了道德观念,仅有刑罚,能够维持社会秩序吗?”<sup>⑫</sup> 另一方面,从发挥的不同效用而

① 张明楷:《刑法学》上,第506页。对教育矫正刑论之质疑的更多、更系统介绍,参见张明楷:《责任刑与预防刑》,第46—51、60—64页。

② 杨伯峻译注:《论语译注》,第11—12页。

③ 有学者指出,日本、德国及我国的主流观点都属这一理论,参见邱帅萍:《刑法目的论:基于近现代思想史的考察》,北京:知识产权出版社,2016年,第111—112页。

④ 对并合的理由和优势的系统论说,可参见张明楷:《责任刑与预防刑》,第79—86页。

⑤ 对并合主义各种类型的介绍,可参见张明楷:《责任刑与预防刑》,第72—74页;邱帅萍:《刑法目的论:基于近现代思想史的考察》,第112—116页。

⑥ 杨伯峻译注:《孟子译注》,第148页。

⑦ 朱熹:《四书章句集注》,北京:中华书局,2012年,第280页。

⑧ 郑玄注,孔颖达疏:《礼记正义》下,北京:北京大学出版社,1999年,第1076页。

⑨ 王利器校注:《盐铁论校注》下,第580页。

⑩ 班固:《汉书》,第2252页。

⑪ 切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,第109页。

⑫ 孟德斯鸠:《论法的精神》,北京:北京出版社,2007年,第119页。

言，吉同钧将其比于医者之疗病，刑罚者急也，用于攻邪气方盛之时，礼乐者缓也，所以固本以维一线之元阳，“急则治其标，缓则治其本”<sup>①</sup>，治标者“民免而无耻”，治本者“有耻且格”<sup>②</sup>，在儒家心目中，礼乐与刑罚均有其价值，而礼乐又比刑罚更高明。季康子问政于孔子曰：“如杀无道，以就有道，何如？”孔子对曰：“子为政，焉用杀？子欲善而民善矣。君子之德风，小人之德草，草上之风，必偃。”<sup>③</sup>孟子言：“善政不如善教之得民也。善政，民畏惧之；善教，民爱之。”<sup>④</sup>

惜乎“凡人之智，能见已然，不能见将然。……法之所用易见，而礼之所为生难知也”<sup>⑤</sup>，后世统治者虽通常在表面上尊崇儒家，甚而有过诸如“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”<sup>⑥</sup>之类的号称，但事实上却惯于“阳儒阴法”的把戏，为了眼前利益往往无暇顾及长远，“古人先礼教而后刑法，后世则重刑法而轻礼教”<sup>⑦</sup>，“匆匆焉终以赏罚为事”<sup>⑧</sup>，让刑罚如上文所论般愈加繁复、严苛。至如今，我们又徒羨西方的“良法美政”，片面推崇、迷信“法治”，以为只要有足够多、足够严厉的法律便可高枕无忧，忽略法治运行背后的道德伦理与礼乐文明基础。可行乎？岂非二过哉？

（本文受中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划、中央高校基本科研业务费专项资金资助）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

## Grounds of Criminal Penalty between Confucianism and Legalism: The Ancient, Modern, Chinese and Western Dimensions of Penalty for Theft in the Qing Code

XIE Jing

**Abstract:** Modern Western criminal law has three theories for the foundation of criminal law, i.e., the punishment of retribution, of precaution, and incorporation. In Chinese tradition, Confucianism and Legalism which had a far-reaching influence in ancient times, and the issue has been received some related probing, and it can be classified into the “incorporation” theory. It means that retribution, determent and education function is confirmed. Legal penalty is seen as a retribution to crimes, and precaution is the aim of penalty. As for the means of precaution, Legalism emphasizes determent, it believes that penalty is enough, while Confucianism sees its function of education, so, it advocates a comprehensive function of rituals, musics, penalties and administration are to be put together for a function. The development of thousands of years’ traditional legal system in China had been co-founded by Confucianism and Legalism. The traditional theory of penalty is expressed in the Qing Code for theft, which had been agitated, wavered and progressed between different ideas. The current Chinese legal theory and system come from the west, but the traditional theory and practice can be beneficial complements by its positive and negative experiences with a higher level of Confucian “incorporation” and Legalism’s penalty theory

**Key words:** The Qing Code, foundations for criminal penalty, philosophy of criminal penalty

① 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。

② 杨伯峻译注：《论语译注》，第127、11—12页。

③ 杨伯峻译注：《论语译注》，第127页。

④ 杨伯峻译注：《孟子译注》，第283页。

⑤ 班固：《汉书》，第2252页。

⑥ 《唐律疏议》，第31页。

⑦ 薛允升：《唐明律合编》，第170页。

⑧ 郭象注，成玄英疏：《庄子注疏》，第201页。