

律贵诛心：清代盗律及实践中的 “主观恶性”

谢 晶

摘 要 古今中外刑事法制均会同时关注犯罪的主观与客观两个方面。来自西方的现代刑法学强调判断犯罪应遵循“先客观后主观”的顺序，清代的盗律及实践亦大致如此，罪责及刑罚的有无及大小，首先由行为造成的客观侵害（或可能侵害）的有无及大小决定，再根据行为人主观恶性的有无及大小最终确定。只是相较而言，清律更加重视主观恶性因素，良善动机之下行盗可成为免除刑罚的条件，缺乏期待可能性亦即被迫行盗是阻却或减轻罪责的理由，而体现出较大主观恶性的盗行为则是重点打击、加重处罚的对象。“律贵诛心”，盗律条文及实践对主观恶性的关注，是为了从根本上止盗、禁盗，做到“虽赏之不窃”。

关键词 大清律例 盗律 主观恶性 犯罪动机 犯罪主观方面

作者谢晶，中国政法大学法学院副教授（北京 102249）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2021)04-0118-11

一、引言：“无穷者情伪也”

在古今中外的刑事法制及实践中，均会将犯罪人的主观恶性作为定罪量刑的考量因素：一般而言，主观恶性愈大罪责愈大，反之则愈小。尽管其在各项因素中的所占比重会因时、因地而异。^①在我国当下的刑法学“通说”（受苏联影响）中，犯罪构成四要件之一为犯罪主观方面——“犯罪主体对自己行为及其危害社会的结果所抱的心理态度”，^②犯罪人的主观恶性问题即主要体现在这一要件中。对四要件学说的改良或批评观点（受德日影响）亦在“犯罪构成主观要件”或“责任”部分讨论主观恶性问题，“责任的本质实际上就是一个主观恶性的问题”，^③只是强调判断犯罪时应遵循“先客观后主观”的顺序。^④

众所周知，我国传统时代并未有如今这样来自西方的严密、系统的学说体系，但其实早在汉代，董仲舒便有“春秋之听狱也，必本其事而原其志”的说法。^⑤“本其事”，即“详查犯行的客观事实”；“原其志”，即“推究行为人的主观犯意”。^⑥有学者指出：“在传统上，在文化上，我们更习惯于‘动机

① 主观恶性理论在西方的历史发展过程，可参见陈兴良：《主观恶性论》，《中国社会科学》1992年第2期。

② 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2016年，第104页。

③ 陈兴良：《刑法哲学》，北京：中国人民大学出版社，2015年，第33页。

④ 参见黎宏：《刑法学总论》，北京：法律出版社，2016年，第66—67页；周光权：《刑法总论》，北京：中国人民大学出版社，2016年，第88—89页；张明楷：《刑法学》上，北京：法律出版社，2016年，第104页。

⑤ 苏舆：《春秋繁露义证》，北京：中华书局，1992年，第92页。

⑥ 参见黄源盛：《中国法史导论》，桂林：广西师范大学出版社，2014年，第210页。

论’的‘原情’，而不是‘效果论（行为论）’的比迹；互参的‘原情比迹’，固然绝好，但难于做到。这是思维习惯，是文化的规定性。”^①这一对传统文化之下思维习惯的一般性概括确实相当精到，但笔者在对清代盗律^②的关注中发现，无论立法、司法，实已很大程度做到（或试图做到）所谓“互参的原情比迹”，在判断犯罪时有类似于现代刑法学的“先客观后主观”顺序：罪责及刑罚的有无及大小首先由行为造成的客观侵害（或可能侵害）的有无及大小决定，再根据行为人主观恶性的有无及大小最终确定。如窃盗（269-00）、监守自盗仓库钱粮（264-00）、常人盗仓库钱粮（265-00）等均是赃数越多刑罚越重，对于大多数的案件，对客观侵害（或可能侵害）的判断之后，即可径直接律例的规则量刑。但是，“无穷者情伪也”，^③同样的客观侵害（或可能侵害）对应着行为人不同的主观目的与动机，而不同的主观目的与动机的背后，是行为人不同程度的主观恶性。古今刑事立法、司法过程中均会在客观判断之后进一步考量行为人的主观恶性以最终确定刑罚，只是大致而论，中国古代可能更加重视这一因素。有西方学者研究杀人罪时也发现，传统中国的法律“对于心理因素的处理，比西方古今的法律都要复杂得多”，将犯罪意图“依照其主观目的的严重程度排列而成的精细的层级谱系”。^④此即本文标题所谓“律贵诛心”。^⑤

目前学界对传统法制中的主观恶性问题已有一定考论，^⑥且主要是围绕春秋决狱中的“原心定罪”有较深入的探讨、争论。^⑦本文试图探讨目前学界涉足尚不多的清代盗律中的主观恶性问题，^⑧并以此为切入点尝试回应这些争论。有学者指出，这些争论实际上是“他们对少量史料自身所反映出来的问题点的关注过于强烈，却未能将这些史料与其他史料联系起来，也未能注意到秦汉时代法律运行的基本模式以为思考的前提”。^⑨笔者深然此论，故本文将充分利用各类史料，并兼顾对律例及实践两个层面的考察。同时笔者认为，有必要将这一问题置于古今贯通比较的视野之下，以进一步呈现中国固有法制的特异色彩。

二、“窃书不能算偷”：良善动机之盗

鲁迅笔下孔乙己的一句“窃书不能算偷……窃书！……读书人的事，能算偷么？”^⑩虽是近代文学家对传统读书人的讽刺，但也确实道出了传统中国法律文化中的某些特质。与“窃书不能算偷”观念类似，一份据说是嘉庆年间张船山的“妙判”中载有关于“窃花为雅罪”的说法：掖县有一花圃“所产名花甚多，其种特异，人不能得，无论桃李寻常之木，若一经培植，其花必有可观，似与寻常者不同”，于是引来“窃者愈众”，包括本案的行为人——秀才尹季繁。张氏判词首先根据客观事实，明确“逾竹篱而行窃，尹季繁罪戾难逃”，但最终却判定“免于答责，姑从宽宥”，原因为何？“移玉因怜爱，怜香岂挟邪”！^⑪

窃花之由乃爱花、欣赏花，窃书之因是对知识、对真理的追寻，而非是对花或书本身物质、经济价值的占有。这两则故事虽然有文学虚构或粉饰的成分，但从中都能反映出传统时代中国人尤其读书人对美、对求知向道的提倡与向往——本节标题所谓“良善动机”，而绝无穿窬宵小之卑琐主观恶性。因是之故，以读书人身份进阶的司法官员在面对这些案件时，自然很可能会感同身受、做出宽宥行为人的处罚决定。

① 霍存福：《赦事诛意·略迹原心》，《法律文化论丛》第6辑，北京：知识产权出版社，2016年，第108页。

② 《大清律例》“贼盗”篇中，“自首至妖言三条系贼，余皆盗也”。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页。本书亦即本文《大清律例》的参用本，下文引用律例时即不再标注页码，仅注明黄静嘉先生所编之律例编号。

③ 语出《御制大清律例序》，《大清律例》，田涛、郑秦点校，北京：法律出版社，1999年，第5页。

④ 胡宗琦：《意欲何为：清代以来刑事法律中的意图谱系》，景风华译，桂林：广西师范大学出版社，2020年，第8页。

⑤ “律贵诛心”一语常出现在律学家对清律的注评中，如沈之奇：《大清律辑注》下，怀效锋、李俊点校，北京：法律出版社，2000年，第576页。

⑥ 值得关注的研究有霍存福：《赦事诛意·略迹原心》，第102—112页；姜晓敏：《察人辨恶——中国古代定罪量刑时对行为人主观恶性的考量》，曾宪义主编：《法律文化研究》第六辑，北京：中国人民大学出版社，2011年，第73—84页；姜晓敏：《中国古代刑事法律对行为人主观恶性的关注》，《中国史研究》（韩国）第57辑，2008年。

⑦ 本文关注重点并非春秋决狱，故不再详细综述，相关综述可参见黄源盛：《中国法史导论》，桂林：广西师范大学出版社，2014年，第207—210页；朱腾：《再论两汉经义折狱——以儒家经典与律令的关系为中心》，《清华法学》2011年第5期。

⑧ 专门对传统盗律主观恶性问题的探讨，笔者仅见孙向阳博士有所涉及，参见孙向阳：《中国古代盗罪研究》，北京：中国政法大学出版社，2013年，第163、177—182页。

⑨ 朱腾：《再论两汉经义折狱——以儒家经典与律令的关系为中心》，《清华法学》2011年第5期。

⑩ 复旦大学、上海师范大学中文系选编：《鲁迅小说诗歌散文选》，上海：上海人民出版社，1973年，第16页。

⑪ 襟霞阁主编：《清代名吏判牍七种汇编》，台北：老古文化事业股份有限公司，2000年，第201—204页。

那么,这一观念为何并未直接体现在传统时代的律典之中呢?法理学研究表明,法律作为由国家制定的社会规范,对人们的行为具有较稳定和持续的指引作用,^①故而如若律典径行规定窃书、窃花不受处罚,则可以预见,可能会指引甚至鼓励人们从事这类行为,从而扰乱正常的社会秩序。当然,司法裁判对人们的行为也具有指引作用,但就这一问题而言,首先,笔者深为赞同黎宏教授的颇具启发意义的观点:

就刑法学而言,通常是在事件发生之后,进入了法院,站在是不是要‘处罚’该被告人的场面上考虑问题。

亦即应“从事件发生之后,该如何处理的事后角度来探讨问题”,而非“从事件发生之前,是不是可以这么做的事前角度来提出赞成或者否定意见”。^②其次,司法判决对人们行为的潜在的指引作用,除了可能指引人们窃书、窃花,也可能指引人们对知识学问、对美——传统社会及文化所提倡的价值——的热爱、追求。法作为一种社会规范,具有多重的价值,“如果能够使所有的价值都完全不受任何限制地充分实现,确实是一件再好不过的事情,然而,这是不可能的”,因为各种价值之间具有非常复杂甚至是相互冲突的关系。价值冲突不可避免,于是就只能尽量整合各种价值、谋求价值总量最大化,而要实现这一目标,就须法律实施的各个阶段——立法与司法——共同协调完成。^③清代在这一问题上的处理方式以及黎宏教授的观点,即均为此做了努力。

当然,假设窃书、窃花的案件发生在当代,则可能也不会以犯罪论处,只是清代考虑的是行为人的主观恶性,而当代考虑的则是行为的客观侵害。根据《中华人民共和国刑法》(下文简称《刑法》)第二百六十四条,盗窃行为若无“多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃”等情节,则需盗窃“数额较大”方能入罪。西谚云:“法律不理会琐细之事。”来自西方的现代刑法(学)认为,“盗窃一盆花或一个苹果的行为,由于所侵害的利益本身太过微小,不值得刑罚处罚”。^④类似的观念在清律中亦有所表现,《户律·田宅》“擅食田园瓜果”律:“凡于他人田园,擅食瓜果之类,坐赃论。”(099-00)所谓“坐赃论”,律文小注标明:“计所食之物价,一两以上,笞一十;二两,笞二十;计两加等,罪止杖六十,徒一年。”将这一处罚标准与窃盗律(269-00)稍加比较可知,对擅食瓜果较对窃盗的处罚轻了不少,原因何在?“此条轻在食物上……以食物之微而原之也”,亦即从客观上考虑行为“所侵害的利益本身太过微小”。不过,若是“擅将(挟)去”者,则被认为“已有利己之心,甚于擅食者矣”,“加二等”处罚,^⑤故而亦是在判断客观侵害的基础上进一步考虑行为人的主观恶性。

其实,当代法律也会在某些情况下有类似传统时代从主观恶性角度考虑“窃书不能算偷”的规则。根据《中华人民共和国著作权法》第二十二条、第二十三条,若行为人之“窃书”行为如使用他人已经发表作品等乃出于“为个人学习、研究或者欣赏”“为学校课堂教学或者科学研究”“为实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书”等良善动机,亦是“不能算偷”、不会被认定为对著作权人权利的侵犯。民事领域之外,刑法学者也指出,“当被告人的目的与动机值得宽恕时,该目的与动机应当成为减少责任刑的情节”。例如,“为了救济穷人而盗窃贪官财物的,也是减少责任刑的情节”。^⑥对于这类情节,传统时代有一专门的词汇——劫富济贫。劫富济贫常是小说、戏剧的演绎对象,被民众喜闻乐道,如我们熟知的《水浒传》中“智取生辰纲”的故事以及“鼓上蚤”时迁的传奇。《清稗类钞》里也载有一则趣闻,嘉庆时川督勒保“颇为黠货”,在调回内阁赴任途中被盗,其中包括他心爱的一块钢表,于是大怒,“严檄地方官勒限破获”。一夜,盗贼忽至勒保榻前,曰:“中堂之物,实某取之。中堂所得皆不义财,某代取之,所以为中堂弥罪孽也。中堂乃复穷究,枉及无辜,将更取中堂之首矣。”勒保大惊,翌日“面谕所司,令不复究”。^⑦但其实就笔者目力所及,并未在各级司法档案中见到过这类案件。其中缘故,除了笔者所见有限、孤陋寡闻,可能因为这类案件中的重要概念——“不义之财”难以界定,且这一

① 参见张文显主编:《法理学》,北京:高等教育出版社,2007年,第83—84页。

② 黎宏:《刑法学总论》,第219页。

③ 参见张文显主编:《法理学》,第301—304页。

④ 黎宏:《刑法学总论》,第41—42页。当然,若盗窃之花或书的价值达到或超过《刑法》规定的数额要求,则仍当入罪。

⑤ 对本律的解读,部分参见沈之奇:《大清律辑注》上,第244—245页。

⑥ 参见张明楷:《刑法学》上,第591页。

⑦ 徐珂编撰:《清稗类钞》第十一册,北京:中华书局,1986年,第6305页。

界定涉及决定生杀予夺的司法之权，如果承认劫富济贫的合法性，则是将司法之权拱手让给了盗贼。显然统治者不会这么做，故而即便有的盗贼声称自己是劫富济贫，也难以被司法官采信并记录在案。

此外，《清稗类钞》载，清代还有一种专门盗不义之财的盗贼被称之为“赶蛋”。“不为盗于齐民家，而为盗盗之盗。其行盗也，必同群盗之出发，或袭其巢，或要于路，出百计以劫盗所劫之财”，以图获得“官无律可引，盗无力可制”的效果。^①但其实对这种行为也并非完全“无律可引”，早在明代即已有问刑条例云“探知窃盗人财，而于中途抢去，问抢夺”。但雍正三年（1725）时立法者认识到，“以抢去窃盗人财，问抢夺，是抢夺窃盗之赃，反重于窃盗赃轻之本罪，且与抢夺平人财物无别”，^②因而将例文改为：“探知窃盗人财，而于中途抢去，准窃盗论；系强盗赃，止问不应；若见分而夺，问盗后分赃。”（268-01）该例强调行为人主观上的“探知”，其改定之因乃考虑“与抢夺平人财物”之异，亦即认为“盗盗之盗”的主观恶性小于盗“平人”，并区分所抢为窃盗或强盗赃，对后者处罚轻于前者，“严强盗故宽抢夺”，“重救护也”，^③亦是主观恶性上考量。现代刑法学也涉及这一话题，但其处理方式与此不同，不再考虑主观恶性的问题，而仅从客观上评判是否“造成了他人经济损失”，认为“盗窃犯的占有也值得法秩序保护”，不论此“他人”为何亦不论此“他人”之占有是否合法，否则“不利于保护财产”。^④古今对“主观”与“客观”不同程度的考量方式，在此再次体现。

三、“饥寒起盗心”：“期待可能性”的争论

光绪年间，陕西泾阳县也发生一件窃花之案：“赵杨氏携子拾花，路过马宽心地内，余桃栖亩，四顾无人，遂令其子偷拾一笼。适遇宽心至止，将其母子捉获，投约送还其夫赵登孝管束，登孝斥骂妻子不应作贼，杨氏羞惭，仰药而死。”和本文上一部分引用的尹氏窃花之案类似，本案的审理官樊增祥认为杨氏亦“非真窃盗也”。只是本案被如此认定的缘由与尹案有所不同，尹氏窃花是在爱花、欣赏花之良善动机下的主动行为，而杨氏“被骂而轻生，则知其尚有廉耻，知耻而行窃，则知其迫于饥寒”。“饥寒起盗心，人之常情”，其盗窃乃在饥寒逼迫之下的、无可奈何的被动行为。^⑤无论具体缘由为何，均是对行为人主观恶性之有无及大小的判断。

法谚有云：“法律不强人所难。”在古今中外的法律及实践中，均会不同程度地考量“饥寒起盗心”的问题。^⑥在发端于西方历史的现代刑法学中，这类问题被归纳为“期待可能性”理论：

所谓期待可能性，是指根据具体情况，有可能期待行为人不实施不法行为而实施其他适法行为。期待可能性的理论认为，如果不能期待行为人实施其他适法行为，就不能对其进行法的非难，因而不存在刑法上的责任。期待可能性不仅存在着有无的问题（是否阻却责任），而且还存在程度问题（是否减轻责任）。^⑦

我国现行《刑法》中虽并无期待可能性的一般规定，但部分条文也一定程度体现出这一理论，如第十六条：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”^⑧学者指出，所谓“由于不能抗拒”即是在描述“缺乏期待可能性的情况”，“不能抗拒”意味着在当时情况下只能如此、无可避免，“只能如此”意味着行为人没有实施其他合法行为的可能性，“无可避免”意味着行为人只能实施特定作为或者不可能履行特定义务。^⑨若用这一理论解读杨氏之案，“饥寒”即“不能抗拒”的原因，“人之常情”即“不能抗拒”“无可避免”。

我国自古重视家庭伦理亲情，故而即便行为人不是为了自己而是为了亲人的缘故行盗，也应有期待可

① 参见徐珂编撰：《清稗类钞》第十一册，第5294页。

② 薛允升著述：《读例存疑重刊本》第三册，第629页。

③ 薛允升著述：《读例存疑重刊本》第三册，第629页。

④ 参见张明楷：《刑法学》下，第931页。

⑤ 参见樊增祥：《樊山政书》，那思陆、孙家红点校，北京：中华书局，2007年，第275—276页。

⑥ 当代欧洲的相关案例及争论，可参见王杰：《窃食不为偷？》，《法治周末》2017年2月28日，“欧洲法视界”专栏。

⑦ 张明楷：《刑法学》上，第326页。

⑧ 其他体现这一理论的条文及司法解释，参见黎宏：《刑法学总论》，第216—217页。

⑨ 参见张明楷：《刑法格言的展开》，北京：北京大学出版社，2013年，第401—402页。

能性理论的适用空间。道光十三年（1833），孙万资私自夹带人入关，但“讯系为人医病受谢，意欲带回配药，给亲服食”。次年，吕茂桢亦被发现类似行为，“讯系……给伊父配药医病”。负责审理的山海关都统（副都统）指出，在客观上，这两人的行为“实属有干例禁”，但从主观动机而言，毕竟“尚与贩卖图利者不同”，故决定对他们按本例减一等处理，仅杖一百。^①虽然并未完全免罚（阻却责任），但减一等治罪（减轻责任）的决定亦可谓在伦理亲情观念下对“期待可能性”的考量。到了当代，刑法学者亦认同这一观念：“为了给亲属治病筹措资金而盗窃财物的，其非难可能性减少，因而是酌定从轻处罚情节。”^②例如，2014年底，浙江慈溪一男子为了给生病的母亲熬鸡汤半夜偷鸡 50 只（另导致丢失 70 余只鸡和 4 只羊），检察院了解案情后认为，“念其是初犯，且一片孝心，之后积极地赔偿了被害人损失，采取取保候审足以防止社会危险性发生”，决定不予批捕。^③同年，四川籍女子张某利用他人的身份证骗领一张信用卡，透支 14.9 万余元为父亲治病，因无力还款被告上法庭。法院经审理后判定：“考虑到张某的主要犯罪所得均用于为其身患癌症的父亲治病，从司法人道的角度，对张某酌情从轻处罚。”^④司法机关对这两例案件的处理结论即可谓对伦理亲情观念的认同、对期待可能性理论的践行。

在古代，“饥寒起盗心”还常会有更为极端的表现——灾荒时期的饥民大规模爬抢现象。据称乾隆十三年（1748），“江南大旱，铜井民运米至溧水，被众抢劫”。该案被告到时任溧水县令的袁枚之处，袁氏指出，“抢劫诚是也”，然“实缘年荒岁歉，情急出此，与寻常盗劫不同”，“应弛其刑”，于是“召集乡民，好言抚慰”，“谕以情法，追其米而还之”，并将“众乡民从宽释回，各安本业”。据言，袁氏此判获得上峰赏识，“荐擢交加”。^⑤对本案的描述虽亦可能有戏说的成分，但康雍年间之名吏蓝鼎元似乎确有类似的理念和做法：

饥民攘夺，似小实大，不可不严。然欲以劫贼通详而置之死地，则又似大实小，情不忍也。荒歉之余，弗堪久累，使事主有原贖之获，而无解省跋涉中途饿殍之忧。莠民有德创之苦，有万死一生之庆，从兹改过迁善，不敢为非，法如是足矣。当令君初到时，此类甚多，欲详不可胜详，数月之后，遂已绝迹，并攘鸡盗狗者亦无之。乃知大事化小，亦整顿地方之要着，不可以文法拘之也。^⑥

蓝氏强调对这类案件“不可以文法拘之也”。但是，正如现代刑法学者所论，期待可能性毕竟是现行刑法上没有明确规定的“超法规的责任阻却事由”，是在利用刑法处理案件可能会导致不太容易被公众接受的场合，适度考虑人情世故而对刑法进行的变通。但是，既然有刑法关于行为构成犯罪的规定，过于夸大期待可能性理论的意义，或者在实际处理案件时过度适用都可能使刑法的效力大打折扣。^⑦或许正是因为背后类似的考量，到了乾隆二十三年（1758），刑部试图将处理饥民爬抢问题的规则规范、统一化，定例曰：

被災地方饥民爬抢，若并无器械，人数无多，实系是抢非强者，仍照抢夺例问拟。如有纠伙持械、按捺事主、搜劫多赃者，照强盗例科断。其实因灾荒饥饿，见有粮食，伙众爬抢，希冀苟延旦夕，并无攫取别赃者，该督抚酌量情形，请旨定夺。^⑧

将饥民爬抢行为分为三种情况分别处理：“并无器械，人数无多”“纠伙持械、按捺事主、搜劫多赃”，以及“实因灾荒饥饿……希冀苟延旦夕”。但其实例文只明确了前两种情况的具体处理规则，对于第三种情况仅言“该督抚酌量情形，请旨定夺”。直到一百年之后的咸丰八年（1858），改定的例文（268-14）才将相关规则真正具体、明确化：

饥民爬抢，除纠伙执持军器刀械，威吓按捺事主，搜劫多赃者，仍照强盗本律科断外；如有聚众十人以上至数十人，执持木棍等项，爬抢粮食，并无攫取别赃者，为首，拟斩监候；为从，发新疆给官兵为奴。如十人以下，持械爬抢者，为首发新疆给官兵为奴；为从减一等。其徒手并未持械者，仍照抢夺本律科断。

① 许梃、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450页。

② 张明楷：《刑法学》上，第591页。

③ 相关报道见《为给生病老母熬鸡汤孝顺男犯浑半夜偷鸡》，《现代金报》2015年3月11日，第A9版。

④ 相关报道见《女子透支14万给父亲治病获刑》，《京华时报》2016年4月23日，第007版。

⑤ 参见襟霞阁主编：《清代名吏判牍七种汇编》，第131—132页。

⑥ 蓝鼎元：《鹿州公案》，北京：群众出版社，1985年，第134页。

⑦ 参见周光权：《刑法总论》，第244页。

⑧ 《清会典事例》九，北京：中华书局，1991年，第637页。

不过，对于这类规则的合理性，在清代一直存在一些争议。如雍正皇帝认为，饥寒其实常常仅是凶恶之徒的借口：“迫于饥寒之说，在老弱之人，容或有之，然老弱之人，虽迫于饥寒，亦不能为盗贼。其为盗贼者，必系年力强壮之人，既系年力强壮，则耕种佣工，何事不可以资生糊口？而乃丧心灭理，甘蹈刑戮而不惜乎？盖良善之人，虽遇饥寒，而亦断不为盗，凶恶之人，不必饥寒而后为盗，其理显而易明。其以为盗由于饥寒者，乃盗贼巧于避罪之辞。”^①薛允升的批判直指 268-14 例：“民间积有粮食，本系预备自用，被人抢去，何以为生？抢者可恕，被抢者独不可悯耶？专抢粮食者，其罪轻，兼抢别物者，其罪重，殊不可解！例意不过为迫于救死，与别项抢夺不同耳；不知饥荒之时，粮食较财物为尤重，此得之则生，独不虑彼失之则死耶？”^②

这些观点均各有其理。但是，在笔者看来，首先，正如本文上一部分所论，对这一问题应更多地从事后而非事前的角度来讨论，因为法律具有多重价值，在其实施过程中只能尽量整合各种价值、谋求当时当事情境下的价值总量最大化。其次，就 268-14 例而言，第一种情形下仍照强盗本律科断，第二种情形下为首斩监候、为从发新疆给官兵为奴，第三种则为首发新疆给官兵为奴、为从减一等，实则仅是较普通强盗律（266-00）的处罚——不分首从皆斩——略有减轻。西人贝卡利亚说：“盗窃是一种产生于贫困和绝望的犯罪，是不幸者的犯罪。”^③薛氏自己也曾言：“夫盗风之炽，必有所由，徒事刑法，窃恐未能止息。”^④饥民爬抢的根本缘由乃饥寒所迫，饥寒固然不能成为盗行为合法的理由（阻却责任），但将其作为一种减轻责任的理由而适度减轻刑罚，应属无可厚非。

此外，古今法律有关胁从犯的规则也是对期待可能性的考量。《刑法》第二十八条：“对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。”所谓胁从犯，“是被胁迫参加犯罪的人，即在他人威胁下不完全自愿地参加共同犯罪，并在共同犯罪中起较小作用的人”，“由于行为人是被胁迫参加犯罪，其合法行为的期待可能性减少”，故对其减轻或者免除处罚。而若“行为人身完全受强制、完全丧失意志自由或者符合紧急避险条件实施了某种行为的”，则全无合法行为的期待可能性，只能被认定为无罪，不构成胁从犯。^⑤国外刑法及刑法理论中一般未将胁从犯专门单列为一类犯罪主体，仅在期待可能性原理之下，将“受胁迫”作为一种排除犯罪事由来讨论。^⑥据学者言，我国现行刑法对胁从犯的规定来自“革命法制的传统，也是我国刑事政策的体现”：“早在 1945 年《苏皖边区惩治叛国罪犯（汉奸）暂行条例》中就规定有胁从犯。……新中国建立初期，毛泽东主席提出‘镇压与宽大结合’的政策时，即明确指出其中包括‘胁从者不问’的政策。这一政策在 1979 年刑法典中被立法化。”^⑦其实在更早的时代，我国便已有关于胁从犯的立法及实践。清律强盗门 266-48 例曰：

洋盗案内，被胁在船为匪服役（如摇橹写帐等项，均以服役论），或事后被诱上船，及被胁鸡奸，并未随行上盗者，自行投首，照律免罪。如被拿获，均杖一百，徒三年。年未及岁，仍照律收赎。

此条系乾隆五十九年（1794）定例、嘉庆六年（1801）及十八年（1813）修改、同治九年（1870）改定。^⑧在案例中，摇橹之人并非“被胁”而是“受雇”，则比照本例加一等拟流。^⑨另还有一乾隆二十六年（1761）定例、屡经改定并于同治九年（1870）删除的例文曰：“被人诱胁随行上盗……并无凶恶情状

①《清会典事例》九，第 616 页。

②薛允升著述：《读例存疑重刊本》第三册，第 638—639 页。

③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 52 页。

④薛允升著述：《读例存疑重刊本》第三册，第 622 页。

⑤参见张明楷：《刑法学》上，第 453 页。

⑥参见周光权：《刑法总论》，第 356—357 页。

⑦参见高铭暄：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京：北京大学出版社，2012 年，第 30—33、208 页。但细查“我国革命法制的传统”，早在 1945 年该条例的多部法律中，似已有“胁从”的身影，如 1934 年《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》第三十三条、1939 年《陕甘宁边区抗战时期惩治汉奸条例（草案）》第七条、1941 年《陕甘宁边区处置破坏抗战分子暂行条例》第六条。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，第 790、796、800 页。

⑧薛允升著述：《读例存疑重刊本》第三册，第 620—621 页。嘉庆年间两次改定的讨论，见祝庆琪等编撰：《刑案汇览全编·刑案汇览》第十四卷，北京：法律出版社，2008 年，第 839—840、842—844 页。

⑨祝庆琪等编撰：《刑案汇览全编·刑案汇览》第十四卷，第 844—845 页。

者，仍以情有可原免死，发遣新疆给官兵为奴。”^①嘉庆二年（1797）、四年（1799），在福建发生的两起案件中，王厅等二十九人、林用保等五人即被认定为“被胁服役”，照本例发新疆为奴。^②而在乾隆五十二年（1787），当时本例对被胁者的处罚是“免死发遣”——“解部发黑龙江给披甲人为奴”，^③故当时一件案例中被胁煮饭的陈机依此受罚。^④本例要求被胁之人须得“随行上盗”，若并未上盗，嘉庆十五年（1805）钱双被胁，仅止看船，且因畏惧趁机逃回，只是又有“赵四等劫得赃物分给该犯银钱衣服，令该犯不许声张”情节，于是将其“照知强窃盗后分赃计所分赃，准窃盗为从律”，仅拟杖六十。^⑤而若被胁之人没有任何“服役”行为，则会直接认定为无罪。^⑥在本例被删除之后，司法实践中仍对被胁者减轻处罚，如光绪二十六年（1900）刑部题复林湲礼被胁同行上盗一案，对其定以“于斩决罪上减为斩监候”的处罚，三年后与此案“情事相同”的胡双禧被胁上盗一案亦援此例办理。^⑦而同年发生的徐王氏被逼指引路径一案，因其“并未上盗”，故仅比依 278-25 例发新疆给官兵为奴（又因系妇女，照例收赎）。^⑧

四、“罪不容诛”之恶：白昼、惯犯与拒捕

据称，李鸿章任直隶总督之时曾指出：“查本省近年拿获盗犯……其迫于饥寒、被人诱胁、情有可原者，更量予未减……惟情重之马贼海盗、枭匪游勇，不得不严速惩办，以遏乱萌，诚以此等匪徒目无法纪、犷悍性成、习惯为盗，动辄啸聚多人、横行村市、倚强肆掠，或骑马持械、中途截抢，或驾船出海、叠劫巨贼，甚至炮烙事主、强奸妇女、烧毁房屋、拒伤捕人、劫掠官衙饷鞘，凡此种种凶恶，实属罪不容诛。”^⑨可“量予未减”的，是主观恶性较小甚或没有的“迫于饥寒、被人诱胁、情有可原者”，而“罪不容诛”“不得不严速惩办”之“匪徒”的主观态度乃“目无法纪、犷悍性成、习惯为盗”。

有学者认为，由于难以做到“互参的‘原情比迹’”或言“主客观相结合”，故应当对善“原心不原迹”，对恶“论迹不论心”。此说确有很大启发性，对原心、诛心的强调“容易将人们引向不问实际行为、效果如何而主观地推究别人动机、目的等居心”。^⑩不过有意思的是，即便主张客观主义的当代刑法学者其实也不会全然否定对“恶”的“原心”“论心”。^⑪因为事实上，对原心、诛心的强调“容易将人们引向不问实际行为、效果如何而主观地推究别人动机、目的等居心”的原因在于行为人的主观态度难以窥见，但正如法谚所云：“表现于外部的行为，揭示存在于内部的秘密。”^⑫所以前述学者也认可，“通过人们的外在行为、痕迹、事件、效果”，可以“分析、推原其内在动机、目的”。^⑬因此此处或可借用一位刑法学者更为确切的表述：“离开人的外部行为的主观恶性是不可度量的，不能作为衡量犯罪的标准。”^⑭该学者还说：“心理事实的内容是主观的，属于精神的范畴，但它又不是虚无缥缈的和难以捉摸的东西。它相对于立法者和司法者来说，是一种客观存在，是可以测定的。即使是潜意识，隐藏在犯罪人的内心深处，仍然是可知的。唯一的途径就是通过心理事实的外部表现加以把握。”^⑮所以“春秋贵志，

① 薛允升著述：《读例存疑重刊本》第三册，第 621 页。议定该例时的讨论，见祝庆琪等编撰：《刑案汇览全编·刑案汇览》第十四卷，第 811—813 页。

② 清代宫中档奏折—嘉庆朝，档案号 404001879、404004508，台北“故宫博物院”藏。

③ 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 696 页。

④ 明清内阁大库档案，登录号 271872-001，台湾“中央研究院”藏。

⑤ 祝庆琪等编撰：《刑案汇览全编·刑案汇览》第十四卷，第 835—836 页。

⑥ 清代宫中档奏折—嘉庆朝，档案号 404005192；祝庆琪等编撰：《刑案汇览全编·刑案汇览》第十四卷，第 845 页。

⑦ 清代宫中档奏折—光绪朝，档案号 408002239。

⑧ 清代宫中档奏折—光绪朝，档案号 408002289。

⑨ 襟霞阁主编：《清代名吏判牍七种汇编》，第 518 页。

⑩ 参见霍存福：《叙事诛意·略迹原心》，第 106 页。

⑪ 参见周光权：《刑法总论》，第 424 页；张明楷：《刑法学》，第 591 页。

⑫ 张明楷：《刑法格言的展开》，第 205 页。

⑬ 参见霍存福：《叙事诛意·略迹原心》，第 106 页。

⑭ 参见陈兴良：《刑法哲学》，第 32 页。

⑮ 陈兴良：《论主观恶性中的心理事实》，《中外法学》1991 年第 1 期。

必先本事”，^①对“恶”之“原心”“论心”的做法也有其必要性和可行性。

在上引李鸿章的说法中，“目无法纪、犷悍性成、习惯为盗”的主观态度（心）在客观（迹）上表现为：“啸聚多人、横行村市、倚强肆掠，或骑马持械、中途截抢，或驾船出海、叠劫巨贼，甚至炮烙事主、强奸妇女、烧毁房屋、拒伤捕人、劫掠官衙饷鞘。”笔者将这些客观表现概括提炼为三个关键词：白昼、惯犯与拒捕。

所谓“白昼”，笔者已在此前一篇文章中详论，其在律典中已并非单纯的时间概念，而是被赋予了“公然”——“明目张胆，无所顾忌”——的意蕴在其中，亦即成为对行为人主观恶性的评价：“白昼公行，不畏人知”，“目无法纪”，“实属不畏死”。正如屈学武教授所指出，这类犯罪者“明目张胆、无所顾忌地实施犯罪行为，无疑比秘密实施犯罪行为者，在主观不法要素上，有更深一层次之恶”。^②正因为此，“白昼”及其背后对行为人主观恶性的评价成为律典区分窃盗与抢夺、强盗行为的标准。^③李鸿章所举之“马贼海盗”两种盗犯即与“白昼”（或“白日”）一词有关。“马贼”在律典中的全称为“响马强盗”，而海盗被称为“洋盗”，并与在江、湖等水路的盗犯合称“江洋大盗”，强盗门 266-02 例即有关这两种盗犯：“凡响马强盗，执有弓矢军器，白日邀劫道路，赃证明白者，俱不分人数多寡、曾否伤人，依律处决，于行劫处枭首示众。其江洋行劫大盗，俱照此例立斩枭示。”“江洋大盗”之义无须赘言；“响马强盗”，“谓有响箭为号也”，“乘马执械，白日公行，其罪重于强盗，故枭示以别之”。^④“响马，则白日在道路邀劫者也；江洋大盗，则在水路邀劫者也”，此二项“与强盗相等，而治罪尤严”的原因即在“白日”一词，导致“较之在乡市黑夜直入人家行劫者”其罪尤重。^⑤

清律中还有一类较为特别的盗犯名目常与响马强盗、江洋大盗并称——“老瓜贼”。所谓“老瓜贼”，266-03 例言：“或在客店内，用闷香药面等物，迷人取财；或五更早起，在路将通行客人杀害。”^⑥对于“此种凶徒”，“拿获之日，务必究缉同伙，并研审有无别处行劫犯案，不得将该犯解往他处。于被拿获处监禁，俟关会行劫各案确实口供到日，审明具题；即于监禁处照强盗得财律，不分首从皆斩”。对老瓜贼“从严惩办”的缘由，首先，客观行为残忍，体现出主观恶性上的“阴毒险狠、甚于他盗”。^⑦其次，薛允升指出，此辈“因系惯作此事，所犯不止一案……系积惯匪徒，与强劫仅止一次者不同，犹之窃盗门内另有积匪滑贼一类是也”。^⑧窃盗门内之“积匪滑贼”，即 269-15 例所云：“积匪滑贼，为害地方，审实，不论曾否刺字，改发云、贵、两广极边烟瘴充军。”据苏亦工教授考证，“何谓‘积匪’，清代法律上并无明确的定义”，从律学家的论述中也不能确知该词的准确内涵。^⑨不过如薛氏所言，该例之后的 269-16、17 两条例文乃“积匪滑贼切实注脚”，从这三条例文可至少大致概括出这类盗犯的主要特点——在客观行为上“肆窃多次”（亦即笔者所言之第二个关键词：惯犯^⑩），并由此体现出其主观恶性上的“怙恶不悛”。^⑪

至于第三个关键词——拒捕，《刑律·捕亡》中的罪人拒捕律（388-00）规定了包括盗在内的所有类型犯罪之后行为人拒捕的通例：“凡犯罪（事发而）逃走，（及犯罪虽不逃走，官司差人追捕，有抗）拒（不服追）捕者，各于本罪上加二等，罪止杖一百，流三千里；（本应死者无所加）殴（所捕）人至折伤以上者，绞（监候）；杀（所捕）人者，斩（监候）；为从者，各减一等。”强盗律（266-00）的第三、四两节专言窃盗拒捕：“若窃盗临时有拒捕及杀伤人者，皆斩……共盗之人，不曾助力，不知拒捕杀伤人及奸情者，止依窃盗论。其窃盗事主知觉，弃财逃走，事主追逐，因而拒捕者，自依罪人拒捕律科断。”

① 苏舆：《春秋繁露义证》，第 92 页。

② 屈学武：《公然犯罪研究》，北京：中国政法大学出版社，1998 年，第 57、176—177 页。

③ 对“白昼”一词更详尽的论述，参见谢晶：《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。

④ 沈之奇：《大清律辑注》下，第 581 页。

⑤ 参见薛允升著述：《读例存疑重刊本》第三册，第 591、621 页。

⑥ 更详细的作案步骤，参见《清会典事例》九，第 620 页。

⑦ 《清会典事例》九，第 620 页。

⑧ 薛允升著述：《读例存疑重刊本》，第 591 页。

⑨ 参见苏亦工：《清律回民相关条例及其影响》，《政法论坛》2016 年第 3 期。

⑩ 现代刑法学者也认为，惯犯具有较大的人身危险性，有必要在《刑法》中把惯犯作为一种专门的犯罪人类型加以规定，“加强与惯犯作斗争”。参见陈兴良：《刑法哲学》，第 389 页。

⑪ 参见薛允升著述：《读例存疑重刊本》第三册，第 660 页。

乾隆四年（1739），朱天祥窃盗临时拒捕，即依第三节所言，拟斩监候。四年之后，李文忠窃盗弃财逃走，事主追逐，因而拒捕，殴人至折伤以上，按第四节，依罪人拒捕律，拟绞监候。^①本律后又有两条例文对律文进行细化及变通，266-29 例言窃盗在盗所临时拒捕及已离盗所而护赃格斗的情形，266-30 例关于窃盗弃财逃走、未得财逃走、未携赃逃走及帮护伙盗拒捕的情形，按照杀伤人的严重程度，分别首从定以刑罚。如嘉庆二十四年（1819），程二“情急图脱，用刀扎上事主而逸。查该犯手无赃物，无赃可护”，被认为符合 266-30 例“伙贼携赃先遁，后逃之贼，被追拒捕”的情形，拟绞监候。^②光绪十六年（1890）的艾立克、三十一年（1905）的林均受窃盗弃财逃走，被事主追逐拒捕因而杀人，亦依此例拟斩监候。^③

将窃盗拒捕之事附于强盗律下的缘由，乾隆年间的左都御史窦光鼐从立法目的的角度言：“盗始于窃而甚于强，防窃入于强也，故拘捕之条特列于强盗律内，盖重之也。”^④律学家雷梦麟、沈之奇则从律文内在逻辑道，“以其类于强也”“其始虽窃，临时实强矣”。^⑤当代《刑法》亦有类似规则，按第二百六十九条，“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为抗拒抓捕而当场使用暴力或者以暴力相威胁的”，依照抢劫罪定罪处罚，此所谓“事后抢劫”或“准抢劫”，将原本属于盗窃、诈骗、抢夺罪的行为拟制为抢劫罪，加重处罚。只是，清代强盗律第三节言，窃盗临时拒捕者无论得财不得财皆斩，而首节言强盗得财者方是皆斩，已行而不得财者仅“杖一百，流三千里”，对前者之处罚较后者为重，因而古今刑法还是有所差异。

清代与当代更为明显的差别在于，前者将拒捕区分为“临时拒捕”与“因而拒捕”两种情形（强盗律第三、四节），而后者未有此区分。所谓“临时拒捕”，“谓行窃之时，已经得财，未离本处即为事主知觉，尚不弃财逃走，而护赃格斗，全不畏惧”；“因而拒捕”，“其行窃时，被事主知觉，即弃财逃走，犹有畏心，并无强意，事主追逐，因而拒捕，乃不得已而为脱身之计”。^⑥前者“肆恶以图财，律重‘临时’二字”，后者“情急以求脱，律重‘弃财’二字”。^⑦

区分二者的标准是行为人在被抓捕过程中是否“弃财”。从表面上看，这一区分标准乃建立在客观上盗行为所产生的实际结果，亦即行为人是否弃财直接关系到被害人的实际客观损失。但若深究这一区分背后的意旨，实乃仍是对行为人主观恶性的评价——“临时拒捕，意在得财；弃财拒捕，意在逃脱”。^⑧正如前引沈之奇的解说，临时拒捕者“不弃财逃走，而护赃格斗，全不畏惧”，因而拒捕者“犹有畏心，并无强意，事主追逐，因而拒捕，乃不得已而为脱身之计”，“全不畏惧”者的主观恶性显然大于“犹有畏心”者，故对前者之处罚重于对后者。道光二年（1822），“连怀玉因伙贼侯金城被事主李万泉拉衣不放，该犯恐被拿获，用刀帮割衣服，事主之妻刘氏帮捕夺刀，致被划伤手指”。本案行为人并未弃财，故依律例本应按临时拒捕处理，但考虑其“实系护伙图脱割衣，致将事主之妻误行划伤，并无拒捕之心”，于是将其在临时拒捕例上量减发新疆为奴。^⑨客观行为上表现为符合例文的“不弃财”，但实际量刑时考虑主观恶性上的“并无拒捕之心”，再次佐证清律对隐藏于客观行为背后的主观恶性的关注。

事实上，这一以行为人主观态度为标准进行量刑的方式，反过来又能在客观上起到鼓励行为人弃财的效果——弃财者可以减轻处罚。行为人一旦弃财，则事主继续追捕的可能性会降低，后续发生事主抑或行为人自己因追捕及拒捕而打斗伤亡的可能性亦会随之降低，而事主的实际损失也必然减少，故而这一区分实有一定合理性。当代刑法已无这一区分，行为人在被抓捕过程中是否弃财，乃犯罪既遂之后的行为，故并非影响定罪与量刑的法定情节，仅可能被作为“犯罪后的态度”而认定为“酌定量刑情节”：“犯罪后的态度，反映行为人的再犯罪可能性大小，因而是影响预防刑的情节。例如，有的人犯罪后真诚悔罪，积

① 明清内阁大库档案，登录号 014302-001、013773-001。

② 许槌、熊莪纂辑：《刑部比照加减成案》，第 66 页。

③ 清代宫中档奏折—光绪朝，档案号 408014164。

④ 窦光鼐：《申明事主盗窃杀伤例案疏》，贺长龄等编：《清经世文编》下，北京：中华书局，1992 年，第 2271 页。

⑤ 雷梦麟：《读律琐言》，怀效锋、李俊点校，北京：法律出版社，2000 年，第 317 页；沈之奇：《大清律辑注》下，第 575 页。

⑥ 沈之奇：《大清律辑注》下，第 575 页。

⑦ 白如珍：《刑名一得》，杨一凡编：《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 52—53 页；白元峰：《琴堂必读》，杨一凡编：《中国律学文献》第三辑第五册，第 50 页。

⑧ 全士潮等纂辑：《驳案汇编》，北京：法律出版社，1992 年，第 144 页。

⑨ 许槌、熊莪纂辑：《刑部比照加减成案》，第 64 页。

极退赃，主动赔偿损失，有的人犯罪后却负隅顽抗，隐匿赃物，要挟被害人，这反映出行为人的再犯罪可能性大小，在量刑时必须区别对待。”^①只是，既然仅可能是“酌定”的量刑情节，则不一定会对弃财者从宽处理，故而难以收获如清律之鼓励弃财、避免后续伤亡的效果。

五、结论：“苟子之不欲，虽赏之不窃”

在近现代刑法学史上，发生过“主观主义”与“客观主义”之间的激烈论争。主观主义认为，对犯罪行为科刑的基础是“行为内部的、精神的事实，即行为者主观方面的意思、性格、动机、人格的危险性”。^②而在客观主义看来，刑事责任的基础是“表现在外部的犯罪人的行为及其实害”，“如果仅以行为人的主观恶意作为处罚依据……容易造成认定犯罪的困难以及法官的恣意判断”。^③值得注意的是，客观主义也并非完全排斥对行为人主观因素的考量，只是强调不能“仅以行为人的主观恶意作为处罚依据”，且对犯罪成立与否的判断应当是从客观到主观。学者指出，两派的“初始对立实际上属于刑法学与犯罪学的区别”。客观主义是标准的刑法学，注重研究刑法规范，很少讨论犯罪的具体原因，也不注重犯罪人的研究，重视研究刑罚而不探讨其他社会对策。主观主义的“初始学说基本上只是犯罪学”，犯罪学重视犯罪原因与犯罪对策的研究，“一方面，研究犯罪原因必然联系犯罪人，甚至要将犯罪人作为重点；另一方面，作为犯罪对策，显然不能只考虑刑罚，而必须考虑刑罚以外的其他措施”。^④

我国传统时代并未形成这般严密、系统的学派体系及争论，但有意思的是，学者在探讨相关问题时常会套用这些概念。如学者指出，目前对春秋决狱的研究成果“其实都是围绕着同一个问题展开的，即在经义折狱案件中经常出现‘原心定罪’及与之相关的公羊学说究竟是一种主观主义刑法理论还是一种客观主义刑法理论”。^⑤笔者以为，似乎并无必要陷于这种标签式的“主义”之争，将源自西方学术脉络的理论强套于中国传统。事实上，我们难以遽然将传统时代的做法完全归于主观或客观主义，这或许是学界关于春秋决狱的争论看起来互斥却又似乎都有道理的一大缘由。春秋决狱的问题如此，清代的盗律亦如此。以科刑的基础和判断犯罪的顺序而言，其对行为人科以刑罚的基础是行为人客观的盗行为及其造成的客观侵害（或可能侵害），在对这些客观因素的考量之后，再根据行为人主观恶性的有无及大小最终确定其罪责及刑罚的有无及大小，由此其更接近于客观主义；但是同时，其对行为人主观恶性的重视程度又体现出与主观主义类似的对“犯罪原因与犯罪对策”的侧重关注。

主观主义与客观主义两种学派实可谓各有偏重亦各有优缺点，其争论的最终结果是相互吸收借鉴、渐趋融合。^⑥由于与两种学派均有相似性，清代的做法实则不啻融合了二者之优点。以行为人客观的盗行为及其造成的客观侵害（或可能侵害）为定罪量刑的基础，“有利于实现刑法的正义、合目的性与法的安定性的理念，有利于合理保护社会利益与个人利益，有利于合理对待犯罪化与非犯罪化，有利于合理区分刑法与道德，有利于合理处理刑事立法与刑事司法的关系”。^⑦同时，清代重视对从客观行为中体现出的行为人主观恶性的考量，故又具备主观主义注重研究“犯罪原因与犯罪对策”的优势。探究犯罪原因，一方面，是为了从特别预防的角度，寻求最适合于个案行为人的科刑方式；另一方面，从一桩桩个案背后的犯罪原因出发，能进一步发掘实现一般预防的犯罪对策。两方面均是意欲从根本上止盗、禁盗。

那么，何谓从根本上止盗、禁盗？《论语·颜渊》载：季康子患盗，问于孔子。孔子对曰：“苟子之不欲，虽赏之不窃。”“虽赏之不窃”方乃从根本上止盗、禁盗，而“虽赏之不窃”是因为“不欲”——统治者“不欲”以垂范民众“不欲”，清律强调“律贵诛心”的缘由即在于此。进一步，如何才能“不欲”呢？《论语·子路》载：“富之”，“教之”。董仲舒言：“穷急愁苦而上不救，则民不乐生；民不

① 张明楷：《刑法学》（第四版），北京：法律出版社，2011年，第507页。参见张明楷：《论犯罪后的态度对量刑的影响》，《法学杂志》2015年第2期。

② 周光权：《刑法总论》上，第30页。

③ 参见张明楷：《刑法学》上，第4—5页；周光权：《刑法总论》，第26—27页。

④ 参见张明楷：《刑法学》，第7页。

⑤ 朱腾：《再论两汉经义折狱——以儒家经典与律令的关系为中心》，《清华法学》2011年第5期。

⑥ 参见周光权：《刑法总论》，第32—33页；张明楷：《刑法学》，第8—9页。

⑦ 张明楷：《刑法格言的展开》，第207页。

乐生，尚不避死，安能避罪！此刑罚之所以蕃而奸邪不可胜者也。”^①“饥寒起盗心”之说，即清人对盗案犯罪原因的一种解释，如樊增祥总结前引赵杨氏窃花之案的行盗之因：“窃盗起于饥寒，仁义生于丰足。”^②清代还有人更为细致地分析过饥寒起盗心的发生机制：“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，且可以侥幸不死。既若此，是亦何乐而不为盗也。”^③针对这样的犯罪原因，樊增祥进一步提出犯罪对策：“当时存一哀矜勿喜之心，取于民时多一番体恤，即销一分乱萌，于治狱时多一番慎矜，即养一分元气。”^④

“富之”仅是第一步，毕竟俗语中“饥寒起盗心”的下一句乃“饱暖思淫欲”。并非因为饥寒而行盗者大有人在，要让民众做到“虽赏之不窃”，“富之”之后的犯罪对策是“教之”，《论语·尧曰》所谓“不教而杀谓之虐”。《周易》言：“蒙以养正，圣功也。”^⑤我国自古重视教育，如霍韬晦先生所说：“中国是教育的大国，孔子是全世界最好的教育家，世所公认。”^⑥故在重视教育的逻辑之下，当行为人为人对知识、对美之渴求而窃书、窃花，就会被认为主观并无恶性、被作宽宥处理。当然，即便经过了富之、教之，仍难免有“下愚不移”之徒，“自暴者拒之以不信，自弃者绝之以不为，虽圣人与居，不能化而入也”，^⑦故律典规定“擒其积恶盈贯者毙之；穷凶极狠者刑之”，^⑧尤其对那些由诸如白昼、惯犯、拒捕等客观表象体现出主观恶性较大之徒，重点打击、加重处罚。

孔子曰：“苟子之不欲，虽赏之不窃。”韩非子说：“太上禁其心”。^⑨清律及实践强调“律贵诛心”即是意欲从根本上止盗、禁盗，绝其欲心，达到“虽赏之不窃”的效果。

（本文为中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划、国家社会科学基金重点项目“清代经营西北边疆成败得失研究”（20AFX006）、中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

The Law Lays Importance on Criminal's Motive: The “Subjective Evil” in Law of Theft and Its Practice in Qing Dynasty

XIE Jing

Abstract: The criminal law systems whether in ancient or in modern times, whether in China or in foreign countries, would pay attention to both subjective and objective facades. The Western modern criminal law studies emphasizes that it should follow the order of “first objective, then subjective” in sentencing guilty. The same was true in the Qing Code of theft and its practice. Crime and punishment are decided primarily by objective injury (or possible injury) made by the criminal acts, and finally by the subjective evil, and according to it is or is not a guilty, as well as the guilty is severe or not severe. Comparatively, the Qing Code lays more importance on the factor of subjective evil, and if the motive of theft is good, it could be a condition to relieve punishment. If the act of theft is forced, the punishment could be stopped or reduced. If the theft is more subjectively evil, it would be punished severely. “The law lays importance on Criminal's motive,” and the terms of the laws of theft and its practice focus on the subjective evil in order to stop and ban the theft thoroughly, to realize the situation of “no theft even if it is awarded”.

Key words: the Qing Code, law of theft, subjective evil, criminal motive, subjectivity of crime

① 班固：《汉书》，颜师古注，北京：中华书局，1992年，第1916页。

② 樊增祥：《樊山政书》，第235页。

③ 徐珂编撰：《清稗类钞》第十一册，第5337页。

④ 樊增祥：《樊山政书》，第235页。

⑤ 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35页。

⑥ 霍韬晦：《从反传统到回归传统》，北京：中国人民大学出版社，2010年，第17页。

⑦ 此句为程子释孔子“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。

⑧ 蓝鼎元：《鹿州公案》，第53页。

⑨ 王先慎撰：《韩非子集解》，北京：中华书局，2013年，第437页。