

秦汉盗罪及其立法沿革

闫晓君*

内容提要:将张家山汉简《盗律》与相关文献记载相结合,通过汉《盗律》与唐律的比较,可以看到秦汉时期各种类型的盗罪的特点及相关立法,《盗律》的沿革轨迹也是清晰可见。

关键词:盗罪 张家山汉简 汉律 唐律疏议

什么是“盗”。东汉许慎在《说文》中界定:盗,“私利物也。从次,从皿。次,欲也。欲皿为盗。”^[1]“次”,为“涎”的正字,是欲、想得到的意思,将豆一类的器物占为己有即为盗。也就是说,盗是将对人有用或有价值的物据为己有。按理说,有了盗也就应有惩罚盗罪的法律规范,但远古及夏商周三代对盗罪的处理至目前尚未有直接的文字记载。春秋以后的法律开始以“盗贼”作为打击的主要对象,所谓“王者之政,莫急于盗贼”。李悝做《法经》首篇即为“盗”。至秦汉时期,打击盗贼的法律规定已经具备了非常丰富的内容。本文将张家山汉简《盗律》与相关文献记载相结合,对秦汉时期各种类型的盗罪及立法进行研究,并对《盗律》沿革进行考述。^[2]

一、秦汉盗罪的类型及其立法

秦汉时期的“盗”包括的范围较广,“盗则盗窃劫略之类”。^[3]《晋书·刑法志》记载:汉“《盗律》有劫略、恐喝、和买卖人”,“有受所监受财枉法”,“有勃辱强贼”,“有还赃界主”等等,今结合张家山汉简资料,分类介绍如下:

1. 窃盗罪

汉律中所谓的“盗”指一般意义上的“盗”罪,相当于唐律中的“窃盗”,亦称“凡盗”。实际上,秦汉时期的“窃盗”往往是入室窃盗,汉代“鄙谚云:‘盗不过五女门’,以女贫家也。”^[4]此即典型的窃盗案例,文献中又称为“穿窬之盗”。窃盗与“强盗”最大的不同就是,窃盗属于“潜行隐面而取”^[5]或“方便私窃其财”^[6],而非“公取”,且一般不使用暴力,在事主不察觉地情况下秘密窃取,有如“掩耳盗铃”

* 西北政法学院副教授。

[1] [清]段玉裁:《说文解字注》,上海古籍出版社1998年版,第414页。

[2] 本文中凡引《盗律》的内容,均指张家山汉简中的《盗律》,以下不另出注。

[3] 程树德:《九朝律考·汉律考》,中华书局2003年版,第16页。

[4] 《后汉书·陈蕃传》

[5] [唐]长孙无忌:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1993年版,第358页。下文引《唐律疏议》皆据此本,仅标注页码。

[6] 《唐律疏议》第379页。

的故事,不欲人闻之见之。〔7〕

秦汉时期对“窃盗”罪通常按盗赃的多少来确定罪刑轻重。秦简《法律答问》云:“不盈五人,盗过六百六十钱,黥(劓)以为城旦;不盈六百六十钱到二百廿钱,黥为城旦;不盈二百廿钱以下到一钱, (迁)之。”〔8〕这种法律规定大约是秦律的新规定,上古三代则不同,对所谓“穿窬之盗”,传统一般“盗者刖其足,则永无淫放穿窬之奸矣。”〔9〕以致在西晋时,刘颂还建议恢复古刑:“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。”〔10〕

汉律承袭了秦律的传统,《盗律》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,耐为隶妾。不盈百一十钱到廿二钱,罚金四两。不盈廿二钱到一钱,罚金一两。”可见“窃盗”罪刑不至死,司法审判的实际情形也是如此。如《奏谏书》有一例是这样判决的:“盗臧(赃)直(值)过六百六十钱,黥为城旦。”

对于盗赃,秦汉时期一般将赃物折算为钱数,《盗律》规定:“诸盗□,皆以罪(?)所平贾(价)直(值)论之。”即以市场的平均价或标准价来计算赃物的价值。但市场价随时都会波动,因此,汉律又规定:“律曰:臧官物非录者,以十月平贾计。”〔11〕即以每年十月份的市场平均价来计算。对于两人的共盗行为,应并赃以论。“谋偕盗而各有取也,并直(值)其臧(赃)以论之。”也就是说,只要两人共谋一起去窃盗,即使在作案中,各自盗取了若干赃物,只要共盗后分赃,也应并赃以论。但若非事前共谋,则不应并赃,睡虎地秦简《法律答问》:“甲乙雅不相智(知),甲往盗丙,纔(才)到,乙亦往盗两,与甲言,即各盗,其臧(赃)直(值)各四百,已去而偕得。其前谋,当并臧(赃)以论;不谋,各坐臧(赃)。”〔12〕这种情形属于同时犯,被看作两个发生在同一地点、同一地间由甲、乙分别作为犯罪嫌疑案的两个各自的窃盗罪。

汉初构成“盗罪”的赃值数目较小,盗一钱就要罚金一两,其赃值等级极低,而且“其钱数仍为十一的倍数,显然是沿用秦律”。〔13〕这种情形与汉初经济凋弊的情况一致,当然也是沿用秦律的结果。从现有资料看,孝景以后汉律的赃值等级开始变为二百五十钱、五百钱直至十金、几千万等,例如“(临汝侯杨毋害)孝景六年,坐诈给人臧六百,免。”〔14〕(梁其侯任当千)太始四年,坐卖马一匹贾钱十五万,过平,臧五百以上,免。”〔15〕承乡侯德,“鸿嘉二年,坐恐吓国人,受财臧五百以上,免。”〔16〕说明武帝以后,社会经济繁荣,盗罪的犯罪情形有了新的变化。

“窃盗”传统上一般罪不至死,有所谓的“皋陶不为盗制死刑”〔17〕,但汉律针对窃盗的特殊情形做了特别规定,如“今边郡盗谷五十斛,罪至於死”。〔18〕有一些特殊的“窃盗”罪还另立罪名,设立专条,如“盗官物”、“盗发冢”、“盗宗庙服御物”、“盗马牛”等。

汉律对各类盗案中参预谋划、分赃并进行教唆者,也分别以相应的盗罪论处:“谋遣人盗,若教人可(何)盗所,人即以其言□□□□,及智(知)人盗,与分,皆与盗同法。”

对各类盗案中的非法所得,原则上规定:“盗盗人臧(赃),见存者皆以畀其主。”即盗赃归还原主。

〔7〕《吕氏春秋·自知》

〔8〕睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1978年版,第150页。下文凡引《睡虎地秦墓竹简》者,皆据此本,仅标注页码。

〔9〕《三国志·魏书·陈群传》

〔10〕《晋书·刑法志》

〔11〕谢桂华等:《居延汉简释文合校》,文物出版社1987年版。

〔12〕《睡虎地秦墓竹简》,第156页。

〔13〕李学勤:《论张家山247号墓汉律竹简》,《当代学者自选文库·李学勤卷》,1999年。

〔14〕《汉书·高惠高后文功臣表》

〔15〕《汉书·景武昭宣元成功臣表》

〔16〕《汉书·王子侯表》

〔17〕《后汉书·曹褒传》

〔18〕《后汉书·光武帝纪》

唐律也是这样规定的：“诸以赃入罪，正赃见在者，还官、主”，即“官物还官，私物还主。”^[19]秦律对于用卖赃物所得款项而购买的其它财物也规定归还原主，“盗盗人，买（卖）所盗，以买它物，皆畀其主。”^[20]此即唐律之“转易得他物，及生产蕃息，皆为见在。”^[21]《晋书·刑法志》记载汉《盗律》有还赃畀主”，可能承袭了秦律的相关规定，并为唐律所继承。

另外，汉律已有盗赃的赔偿制度。《周礼·司厉》郑司农注云：“任器货贿，谓盗贼所用伤人兵器及所盗财物也。入於司兵者，若今时杀伤人所用兵器，贼赃加责，没入县官。”疏：“加责者，即今时倍赃者也。”^[22]北魏继承了盗赃的赔偿制度：“盗官物，一备五，私则备十。”^[23]唐《名例律》则规定：“盗者，倍备。”因为“盗者以其贪财既重，故令倍备，谓盗一尺，征二尺之类。”^[24]

古代的“盗罪”立法一般以“窃盗”即所谓“凡盗”为基础，往往根据犯罪的情节、与伦理的顺逆等情形，实际上考虑犯罪的主、客体和主、客方面情况的不同将盗罪分为若干不同的类型或情形，另立罪名，在量刑上综合考虑赃值及犯罪的情形、性质等而有所增减损益。

2. 强盗与群盗

汉律中的“强盗”是一种公然采用暴力手段非法获取公私财物的犯罪。在汉律中有许多与之相似的犯罪。西晋曾对这些相似的罪名做过区分：“律有事状相似而罪名相涉者，若加威势下手取财为强盗，不自知亡为缚守，将中有恶言为恐喝，不以罪名呵为呵人，以罪名呵为受赇，劫召其财为持质。此六者，以威势得财而名殊者也。即不求自与为受求，所监求而后取为盗赃，输入呵受为留难，敛人财物积藏于官为擅赋，加殴击之为戮辱。诸如此类，皆为以威势得财而罪相似者也。”^[25]

秦汉时期的“强盗”犯罪在很大程度上是一种入室抢劫罪，古代注解律文者所谓“持杖夜入人家者为强盗。”^[26]除“强盗”罪以外，还有“攻盗”、“群盗”等罪名。“强盗”罪重于“窃盗”，“攻盗”重于“强盗”，“群盗”又重于“攻盗”。“攻盗”是明火执仗地打家劫舍，如果成群结伙势必对封建秩序构成严重威胁，所谓“夫穿窬不禁，则致强盗；强盗不断，则为攻盗；攻盗成群，必生大奸。”^[27]对于“群盗”，汉简《盗律》规定：“盗五人以上相与功（攻）盗，为群盗。”

唐代以后历代封建律典不再设立“攻盗”、“群盗”罪，将“攻盗”、“群盗”并入“强盗”。因此，唐律对“强盗”的定义，实际上包括了汉律中的“强盗”、“攻盗”和“群盗”。唐《贼盗律》“诸强盗”条注：“谓以威若力而取其财。先强后盗，先盗后强，等。若与人药酒及食使狂乱，取财亦是。即得阑遗之物，殴击财主而不还，及窃盗发觉，弃财逃走，财主追捕，因相拒捍：如此之类，事有因缘者，非强盗。”^[28]

“强盗”、“群盗”的社会危害性很大，一般比照窃盗罪加重处罚。汉《盗律》规定：“群盗及亡从群盗殴折人^𠂔（肢）、体及令^𠂔（跛）赛（蹇），若缚守将人而强盗之者”皆磔。”^[29]也就是说“群盗”及群盗伤人者皆处以死刑，显然不考虑是否得财。唐律的规定相比较平允一些：“诸强盗，不得财徒二年；一尺徒三年，二疋加一等；十疋及伤人者，绞；杀人者，斩。其持仗者，虽不得财，流三千里；五疋，绞；伤人者，斩。”^[30]

[19] 《唐律疏议》，第88页。

[20] 《睡虎地秦墓竹简》，第160页。

[21] 《唐律疏议》，第88页。

[22] [清]孙诒让：《周礼正义》，王文锦、陈玉霞点校，中华书局2000年版，第2863页以下。

[23] 《魏书·刑罚志》

[24] 《唐律疏议》，第90页。

[25] 《晋书·刑法志》

[26] [清]薛允升：《唐明律合编》，怀效锋、李鸣点校，法律出版社1999年版，第537页。

[27] 《后汉书·陈忠传》

[28] 《唐律疏议》，第356页。

[29] 笔者以为原释文标点理解有误，故重施标点。

[30] 《唐律疏议》，第357页。

为了打击“群盗”,汉《盗律》规定为群盗提供或赠送饮食者与之同罪,即使不知情,也黥为城旦舂。唐章怀太子李贤认为:“通行饮食,犹今律云过致资给与同罪也。”^[31]唐《捕亡律》规定:“诸知情藏匿罪人,若过致资给,令得隐避者,各减罪人罪一等。”所谓“过致资给者,谓指授道途,送过险处,助其远致,并资给衣粮,迹使凶人潜隐他所。”^[32]比汉律规定为群盗“通行饮食”者处以磔刑要轻一些。汉武帝时所作《沈命法》比汉初的法律又严酷了许多:“群盗起不发觉,发觉而捕弗满品者,二千石以下至小吏主者皆死。”^[33]沈家本针对这种情况说:立法“可谓严矣”,而“盗贼不为之衰息,知重法之无益于治也。”^[34]

另外,汉《盗律》规定在两种情况下可以免罪:(1)“其能自捕若斩之,除其罪,有(又)赏如捕斩”,也就是说若能捕捉到群盗或将其斩首者,不仅可以免罪,又可以按捕斩法获奖赏;(2)“群盗法(发),弗能捕斩而告吏,除其罪,勿赏。”也就是说,“群盗”起,不能捕捉但能报告官府者,可以免罪而无赏。这种宽法在执行过程中收到实效,如《汉书·成帝纪》:“冬,广汉郑躬等党与寝广,犯历四郡,众且万人。拜河东都尉赵护为广汉太守,发郡中及蜀郡合三万人击之。或相捕斩,除罪。”师古曰:“贼党相捕斩而来者,赦其本罪。”这种办法收到良好的效果,旬月之间盗贼平息。

3. 恐喝取财

汉《盗律》有“恐喝取财”罪,张斐曰:“将中有恶言为恐喝,不以罪名呵为呵人,以罪名呵为受赍。”^[35]《汉书·王子侯表》:葛魁侯刘威,“元鼎三年,坐缚家吏恐吓受赍,弃市。”师古曰:“吓谓以威力胁人也。赍,枉法以财相谢。”清代律学家沈之奇曰:“恐吓,谓假借事端,张大声势,以恐吓乎人,使之畏惧而取其财也。”^[36]这有些类似于今天的敲诈勒索罪。

张家山汉简中有所谓的“恐喝取财”,但释文断句不妥,将“投书、县(悬)人书恐吓人以求钱财”从中间断开,分成为两种罪名即“投书、县(悬)人书”和“恐吓人以求钱财”,这种理解有误。“投书”、“县(悬)人书”是恐喝取财犯罪两种常用的恐吓方式,否则,“投书、县(悬)人书”与“盗”罪无关,不大可能列入《盗律》。《唐律疏议》:“恐喝者,谓知人有犯,欲相告诉,恐喝以取财物者。”注云:“口恐喝亦是。”《疏议》云:“虽口恐喝,亦与文牒同。”可见直到唐代,“恐喝”常见的方式仍以书面形式为主,间或有口头的形式。

恐喝取财的犯罪构成要件一般只考虑是否有恐喝行为,而不考虑恐喝是否令人畏忌及是否得财的后果。“恐喝取财”归属于《盗律》,是因为“恐喝”的目的是为了“取财”,而罪名的成立取决于其“恐喝”行为。沈之奇曰:“内蓄穿踰之心,外托公强之势,恶其情逾窃贼。”^[37]故量刑上,汉律对恐喝取财比照窃盗罪加重处以死刑,汉简《贼律》:对投书、县(悬)人书恐吓人以求钱财“皆磔”。后来“磔”刑被弃市刑所替代,如《汉书·王子侯表》:葛魁侯刘威,“元鼎三年,坐缚家吏恐吓受赍,弃市。”承乡侯德,“鸿嘉二年,坐恐吓国人,受财赀五百以上,免。”籍阳侯显,“建昭四年,坐恐吓国民取财物,免。”唐律对“诸恐喝取财者,准盗加一等”论处,一般不加死刑。对于“为人侵损,恐喝以求备偿,事有因缘之类者”^[38],不视为恐喝取财罪。

4. 受赍以枉法及行赍

东汉许慎在《说文解字》中解释:“赍,以财物枉法相谢也。”段玉裁注曰:“枉法者,违法也。法当有罪而以财求免,是曰赍。受之亦曰赍。”张斐《律注表》:“即不求自与为受求,所监求而后取为盗赍。”沈

[31] 《后汉书·陈忠传》注。

[32] 《唐律疏议》,第541页。

[33] 《汉书·成宣传》

[34] [清]沈家本:《历代刑法考》第三册《汉律摭遗》,中华书局1985年版,第1504页。

[35] 《晋书·刑法志》

[36][37] [清]沈之奇:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,下册第610页。

[38] 《唐律疏议》,第360页。

家本说：“惟张斐又言求而与者为盗臧，是《魏律》之凡言赍者，皆不求自与。其求而与者，即以盗论，必为汉之旧律而承用之者。”^[39] 证之张家山汉简《盗律》，确实如此。汉《盗律》规定：“受赍以枉法，及行赍者，皆坐其赃为盗。”受赍者与行赍者皆有罪，且按赃数多少以窃盗罪论处，换句话说，受贿及行贿数额越大，罪越重。如果“罪重于盗者，以重者论之。”

事实上，汉律的受赍又分为受赍枉法及受赍不枉法两类，自然受赍枉法重于受赍而不枉法。《汉书·刑法志》：“吏坐受赍枉法，守县官财物而即盗之，已论命复有笞罪者，皆弃市。”《汉书·外戚恩泽侯表》注如淳曰：“律，诸为人请求以枉法，而事已行，为听行者，皆为司寇。”《疏勒河流域出土汉简》：“行言者若许多受赍以枉法，皆坐臧（赃）为盗，没入（官），□□行言者本行职□也。”唐律中的相关规定由此发展而来。《职制律》：“诸有事以财行求，得枉法者，坐赃论；不枉法，减二等。”“诸监临主司受财而枉法者，一尺杖一百，一疋加一等，十五疋绞。”^[40]

此外，汉律也打击官吏收受所监临者馈赠饮食、其它财物以及买贱卖贵等贪赃行为。如景帝元年秋七月，景帝“以为当时律条吏受所监临赂遗饮食，即坐免官爵，於法太重，而受所监临财物及贱买贵卖者，论决太轻”，下令重新立法。经过廷尉与丞相等集议，最后决定：“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。吏迁徙免罢，受其故官属、所将、监、治送财物，夺爵为士伍，免之。无爵，罚金二斤，令没入所受。有能捕告，异其所受臧。”^[41]

5. 劫人

“劫人”在汉代是一种常见的犯罪，《汉书·赵广汉传》：“长安少年数人，会穷里空舍，谋共劫人，坐语未讫，广汉使吏捕治，具服。”那么，什么是劫人呢？许慎《说文解字》：“人欲去以力胁止曰劫，或曰以力止去曰劫。”似乎“劫人”就是以暴力限制人身自由，但“劫人”罪列入盗律，一定跟财产犯罪有关系，所以“劫人”远不止限制人身自由了。段注：“以力胁止人而取其物也。”《方言》六：“拏，去也。拏，犹言持去也。”《荀子·修身》：“劫之以师友”，注：“夺去也”。显然劫是一种抢夺财物的犯罪。“劫”又与“勦”或“剽”同意。《说文》：“剽，劫也。”^[42]

汉律中的“劫人”实际上是指在道路上明目张胆地抢夺或抢劫他人财物的犯罪，这种犯罪在汉代相当地盛行，甚至在京城中也不鲜见。（1）抢夺。如《贾谊传》曰：“盗者白昼大都之中，勦吏而夺之金。”即雷梦麟所谓的“白昼公行，不畏人知”^[43]，薛允升所谓“乘便攫取，出其不意”^[44]，相当于《明律》所谓的抢夺罪。（2）抢劫甚至杀伤人命。《汉书·尹赏传》：“城中薄暮尘起，剽劫行者，死伤横道。”《史记·梁孝王列传》：“（彭离）昏莫私与其奴、亡命少年数十人行剽杀人，取财物以为好。”南朝陈“永定二年三月诏，所在军人，若有恐胁侵掠者，皆以劫论。”^[45]

“抢夺”、“抢劫”在汉律中都叫做“劫”，唐律将其归入“强盗”罪。薛允升说：“强盗抢夺，皆所谓公取也。《唐律》凡以威若力取人财者，俱谓之强盗，与抢夺并无分别。”^[46] 明律又增设“白昼抢夺”罪，将“抢夺”从“强盗”中分出，又“以人少人多，有无凶器”分别为抢夺与强劫罪。^[47] 在“抢夺”条后附所谓的“响马强盗”例，雷梦麟曾做了分辨：“白昼中途抢夺，与邀劫道，情迹相似，须当有辨。人少而无凶

[39] 《历代刑法考》第三册《汉律摭遗》，第1406页。

[40] 《唐律疏议》，第220页。

[41] 《汉书·景帝纪》

[42] [清]段玉裁：《说文解字注》，上海古籍出版社1998年版，第701页。

[43] [明]雷梦麟：《读律琐言》，怀效峰、李俊点校，法律出版社2000年版，第320页。

[44] 《唐明律合编》，第535页。

[45] 《陈书·武帝纪》

[46] 《唐明律合编》，第536页。

[47] 《大清律辑注》，第590页。

器者,抢夺也;人多而有凶器者,强劫也。”^[48] 在司法实践中,并不拘泥于此,并不总以人多人少来区分,“有人少有凶器者为强劫者,有人多而无凶器为抢夺者”。^[49]

汉代“劫人”还有一种犯罪情形,就是劫持人质向其家属索取财物,汉科中有所谓“持质”,类似今天的绑架犯罪。《后汉书·桥玄传》记载了一个典型案例:“玄少子十岁,独游门次,卒有三人持杖劫执之,入舍登楼,就玄求货,玄不与。”虽然劫持人质被杀,但桥玄的儿子也死了,桥玄请皇帝下令:“凡有劫质,皆并杀之,不得赎以财宝,开张奸路。”从张家山汉简资料来看,汉律早有这方面的规定:“诸予劫人者钱财,及为人劫者同居智(知)弗告吏,皆与劫人者同罪。”严禁给劫持人质者交付赎物,强制性规定被害者家属必须报告官府,否则与劫人者同罪。所谓“同居”,“谓父母妻子之外若兄弟及兄弟之子等见与同居业者”。^[50] 劫人犯罪,魏律归入《劫略》,唐律归入《贼盗律》之贼章:“诸有所规避、抢夺持人为质者,皆斩。”疏议:“有人或欲规财,或欲避罪,执持人质。”^[51] 沈家本说:“然避罪者少,规财者多,《唐律》兼言之”。^[52] 这大概是汉律将其归入《盗律》的原因

由于劫人属于暴力性犯罪,社会危害性极大,因此汉律的打击力度也很大。罪名的成立不一定要有劫人的行为,只要有“谋”即构成“谋劫人”罪,量刑似乎比“强盗”、“群盗”更重,而且妻子连坐:“劫人、谋劫人求钱财,虽未得若未劫,皆磔之;罪其妻子,以为城旦舂。”

此外,汉律针对劫人及应连坐罪也规定了免除罪责的条款:(1) 给付劫犯钱财及被劫者同居亲属不告官者若能在“劫人者去未盈一日”的情况下,“能自颇捕若偏(徧)告吏”,免除其罪。(2) 劫人、谋劫人者若“能负捕其与,若告吏,吏捕得之,除告者罪,有(又)购钱人五万。所捕告得者多,以人数购之,而勿责其劫人所得臧(赃)。所告毋得者,若不尽告其与,皆不得除罪。”(3) 劫人、谋劫人者“其妻子当坐者偏(徧)捕,若告吏,吏捕得之,皆除坐者罪。”

6. 略人

略,《方言》二:“就室曰搜,于道曰略。略,强取也。”《唐律疏议·贼盗》注:“不和为略。”^[53] 实际上,“略人”就是违背当事人的意志、采用强迫、威胁甚至暴力手段虏掠人口或卖以为他人之奴、妻妾等行为,从中获取非法利益的犯罪。“略人”是秦汉时期一种常见的犯罪。《汉书·外戚传》记载窦后“弟广国字少君,年四五岁时,家贫,为人所略卖,其家不知处。传十余家至宜阳,为其主人入山作炭。”《王莽传》记载“秦为无道,置奴婢之市,与牛马同栏,制于民臣,断其命。奸虐之人因缘为利,至略人妻子,逆天心,悖人伦,缪于天地之性人为贵之义。”沈家本据此认为秦有略买人犯罪,而“和卖买人,在所不禁。《汉律》特立‘和卖买人’之条,此力矫秦之弊俗。”^[54]

汉律的略人罪又可分为几种:

第一种是略人,即单纯地虏掠人口,使失去人身自由,或以为奴,或以为妻,或以为子孙。《后汉书·光武纪》:“甲寅,诏吏人遭饥乱及为青、徐贼所略为奴婢下妻,欲去留者,恣听之。敢拘制不还,以卖人法从事。”杜预注《左传》云:“不以道取为略。”汉律规定对略人者处以死刑,如《汉书·高惠高后文功臣表》:“(曲逆侯陈平曾孙何)元光五年,坐略人妻,弃市。”

第二种是略卖人,即将虏掠的人口贩卖为他人之奴或他人之妻妾等行为,以获取非法利益。由于“略卖人”逆天心,悖人伦,违反人道,因此,汉《盗律》对“略卖人”犯与“群盗”犯罪一体治罪:“略卖人若己略未卖……皆磔。”对于知情而买者也视为同罪予以处罚,“智(知)人略卖人而与贾,与同罪。”

[48] 《读律琐言》,第 320 页。

[49] 《大清律辑注》,第 590 页。

[50] 《汉书·惠帝纪》,颜师古注。

[51] 《唐律疏议》,第 331 页。

[52] 《历代刑法考·汉律摭遗》,第 1404 页。

[53] 《唐律疏议》,第 369 页。

[54] 《历代刑法考·汉律摭遗》,第 1402 页。

第三种较特殊,就是和买卖人,指被卖者自愿,与卖人者双方合作贩卖人口的行为。汉《盗律》:“不当卖而私为人卖,卖者皆黥为城旦舂;买者智(知)其请(情),与同罪。”“私”,王伟在《张家山汉简二年律令 杂考》中认为图版字迹模糊,据文意判断,“私”当释为“和”字。^[55]这里,卖人者、被卖者、知情而买人者三方都要追究刑事责任,显然卖人者、被卖者、知情而买人者一体治罪。唐律“元谋两和,相卖为奴婢者,卖人及被卖人,罪无首从,皆流三千里。”^[56]

略人、略卖人犯罪中被略卖的必须是“人”即具有自由人身份的人,而非奴婢等“贱品”,未见汉律略卖奴婢如何规定。北魏《盗律》规定:“掠人、掠卖人、和卖人为奴婢者,死。”^[57]其中对和卖人的量刑显然比汉律、唐律都要重。唐律还对略卖奴婢也做了规定:“诸略奴婢者,以强盗论;和诱者,以窃盗论。”^[58]显然是因为“奴婢贱人,律同畜产”的缘故。

7. 主守盗

汉律有所谓“主守盗”,孟康曰:“法有主守盗,断官钱自入己也。”^[59]汉律之“主守盗”即唐律之“主守自盗”。《汉书 刑法志》:“守县官财物而即盗之”,师古注:“即今律所谓主守自盗者也。”实际上,“主守盗”是指监临主守官员盗窃自己监管财物的犯罪。所谓“监临主守官员”,《唐律疏议》曰:“假如左藏库物,则太府卿、丞为监临,左藏令、丞为监事,见守库者为主守,而自盗库物者,为‘监临主守自盗’。”^[60]汉律也是如此,如《汉书 外戚恩泽侯表》:“阳城侯田延年……坐为大司农盗都内钱三千万,自杀。”

由于主守自盗犯罪主体是特殊主体,故有别于一般窃盗罪,量刑比普通窃盗罪加重。《唐律疏议·贼盗》:“诸监临主守自盗及盗所监临财物者,加凡盗二等,三十疋绞。”普通窃盗罪不加死刑,主守盗最高处以死刑。《汉书 陈万年传》:“主守而盗直十金弃市。”唐律主守盗三十疋处绞刑。

8. 盗出黄金边关徼

关徼(音 ji ào),师古曰:“徼犹塞也。东北谓之塞,西南谓之徼。塞者,以障塞为名。徼者,取徼遮之义也。”^[61]盗出财物于边关徼,指非法以秘密方式私自将财物运出关塞到境外,这些财物可以是其合法财产,也可能是偷盗等非法手段获取的财物。《汉书 佞幸传》:“及文帝崩,景帝立,邓通免,家居。居无何,人有告通盗出徼外铸钱,下吏验问,颇有,遂竟案,尽没入之,通家尚负责数钜万。”汉《盗律》:“盗出财物于边关徼,及吏部主智(知)而出者,皆与盗同法;弗智(知),罚金四两,使者所以出,必有符致,吏智(知)而出之,亦与盗同法。”下文“盗出黄金边关徼”意同:“盗出黄金边关徼,更、卒徒部主者智(知)即出及弗索,与同罪;弗智(知),索弗得,戍边二岁。”徼外人来入为盗者,要(腰)斩。吏所兴能捕若斩一人,(拜)爵一级。不欲(拜)爵及非吏所兴,购如律。”

9. 假县官财物弗归

汉简《盗律》有“私自段、贷”条。“段”,《说文解字》:“借也。”后世“段”通常写作“假”字。贷:“施也……谓以贝施人也。”段注:“谓我施人曰贷也。”^[62]《周礼 地官 泉府》:“凡民之贷者”,注云:“贷者从官借本贾也,故有息。”^[63]《周礼 天官 小宰》:“听称责以傅别”,注:“称责,谓贷子。”贾疏:“谓贷而生子者,若今举责。”^[64]可见在古代,借指无息之假借,贷专指取息之出借。

[55] 王伟:《张家山汉简 二年律令 杂考》,《简帛研究网》。

[56] 《唐律疏议》,第370页。

[57] 《魏书 刑罚志》

[58] 《唐律疏议》,第371页。

[59] 《汉书 陈万年传》

[60] 《唐律疏议》,第358页。

[61] 《汉书 佞幸传》注。

[62] 《说文解字注》,第280页。

[63] 《周礼正义》,第4册,第1098页。

[64] 《周礼正义》,第1册,第167、171页。

古代法律禁止官物私自借贷方,汉《盗律》规定:“□□□财(?)物(?)私自假、贰(贷)人,罚金二两。其钱金、布帛、粟米、马牛豕(也),与盗同法。”唐《厩库律》中则相应地有“以官物私自借”和“以官物私自贷”两条。“诸监临主守,以官物私自贷,若贷人及贷之者,无文记,以盗论;有文记,准盗论。”^[65]“诸监临主守之官,以官物私自借,若借人及借之者,笞五十;过十日,坐赃论减二等。”

汉律对于正常出借的官物,要求及时归还,“弗归,盈二十日,以私自假律论。”对于出借物在别的地方,或有灭失而无以归还者,自己报告所在县官,由县道官行文告出借官物所在县道及时收回。若不报告,以私自借官物论处。“其假别在它所,有(又)物故毋道归假者,自言在所县道官,县道官以书告假在所县道官收之。其不自言,盈廿日,亦以私自假律论。”

10. 其它

汉律有“盗杀伤人”,大概就是唐律所谓的“共行窃盗,不谋强盗,临时乃有杀伤人者”。^[66]汉律规定“盗杀伤人”与盗群强盗一体治罪,处以磔刑。而唐律的规定相比较平允和细致一些:“诸因盗而过失杀伤人者,以斗杀伤论”。

汉律有盗墓即所谓的“盗发冢(冢)”,与盗群强盗一体治罪,处以磔刑。而唐律规定:“诸发冢者,加役流;已开棺槨者,绞;发而未彻者,徒三年。”区分不同犯罪情节,分别予以处罚,也要比汉律细密。

汉律还有“桥(矫)相以为吏、自以为吏以盗”的犯罪,《汉书·景帝纪》称作“诈伪为吏”,臣瓚解释:“律所谓矫枉以为吏者也。”师古曰:“直谓诈自称吏耳。”即唐《诈伪律》中有“诈为官及称官”,但其“诈为官及称官”的目的显然是为“盗”取财物而提供某种便利和条件,或遮人耳目。针对这种犯罪,汉律处以磔刑。

二、秦汉盗罪的特点

1. 盗是以非法占有财物为目的、侵犯公私财物的故意犯罪行为。

秦汉时期法律把以非法获取财物为目的做为“盗罪”非常重要的构成要件,以动机或目的来作为衡量是否构成盗罪抑或非盗罪的重要因素。汉律所谓的“和买卖人”即贩卖人口的犯罪,按今天的犯罪分类应属侵犯人身权利的犯罪,但汉律因“劫略人”、“和买卖人”是为了求财,归属《盗律》,《唐律》亦复如此。汉《贼律》规定对“汉使节、皇太(太)子、诸侯、三列侯及通官印”及“小官印”等,“敢盗之及私假人者若盗充重以封及用伪印,皆各以伪写论。”^[67]由于“官印”、“使节”代表的是与之相应的政治权利,那么盗官印犯罪主要是为了政治目的,与财产权利没有直接关系,因此汉律将盗符、节、印等犯罪列入《贼律》,而不视为“盗罪”列入《盗律》。唐律将此类犯罪按性质一分为二,将伪写御宝、伪写官文书印、伪写制书等归入《诈伪律》,将盗御宝、盗印信等统归入《贼盗律》中之盗罪部分,原因正如薛允升所说:“印信以铜铸者属多,间亦有用银者。《唐律》盗印信者徒二年,注谓贪利之而行用者……若行用则当别论矣。”^[68]因此秦汉时期的《盗律》范围较大,后世的《盗律》则更细化,晋律“就汉九章增十一篇,……分《盗律》为《请贼》、《诈伪》、《水火》、《毁亡》”。^[69]

2. 盗罪是侵犯公私财物所有权的犯罪,但对特殊物品的盗窃另立专条,一般因所侵犯财物的性质不同而刑罚亦随之不同。

[65] 《唐律疏议》,第290页。

[66] 《唐律疏议》,第367页。

[67] 湖南省文物考古研究所、中国史研究文物研究所:《湖南张家界古人堤简牍释文与简注》,《中国历史文物》2003年第2期。

[68] 《唐明律合编》,第513页。

[69] 《晋书·刑法志》

《汉书·贾谊传》记载：“盗者^{〔70〕}寝户之，搯两庙之器，白昼大都之中剽吏而夺之金。”贾谊将“盗者取庙器”视为汉代最严重的窃盗犯罪，不与一般意义上的窃盗等量齐观。《史记·张敖之列传》：“有人盗高庙坐前玉环，捕得，文帝怒，下廷尉治。释之案律盗宗庙服御物者为奏，奏当弃市。上大怒曰：‘人之无道，乃盗先帝庙器，吾属廷尉者，欲致之族，而君以法奏之，非吾所以共承宗庙意也。’释之免冠顿首谢曰：‘法如是足矣。且罪等，然以顺逆为差。今盗宗庙器而族之，有如万分之一，假令愚民取长陵一抔土，陛下何以加其法乎？’久之，文帝与太后言之，乃许廷尉当。”宗庙服御物用来祭祀皇帝祖先、天地神灵，不同一般财物，因而盗窃宗庙服御物有亵渎神灵的性质，汉《盗律》对“盗宗庙服御物”专门规定，量刑很重。《尚书·微子》正义引汉魏律：“敢有盗郊礼宗庙之物，无多少皆死。”^{〔70〕}至唐代入“十恶”为“大不敬”之一。《唐律疏议·贼盗》：“盗大祀神御之物，流二千五百里。”其它的“窃盗”另立罪名的还有“盗官物”、“盗马牛”、“盗武库兵”等。

3. 汉代对“盗罪”的打击往往视犯罪情节而定

《汉书·外戚传》：“孝宣许皇后，元帝母也。父广汉，昌邑人，少时为昌邑王郎。从武帝上甘泉，误取它郎鞍以被其马，发觉，吏劾从行而盗，当死，有诏募下蚕室。”此人仅仅因为是随从皇帝去甘泉宫，误将他人马鞍披到自己的坐骑上，就被劾以“从行而盗”，处以死刑。

4. 秦汉时期由于受家庭同居共财制度的影响，犯盗者处理不同。

秦汉法律明确规定：“父盗子，不为盗。”但仅限于有血缘关系之间，无血缘关系则不同，“今^{〔71〕}假（假）父盗^{〔72〕}（假）子，可（何）论？当为盗。”^{〔71〕}唐律规定：“诸盗缌麻、小功亲财物者，减凡人一等；大功，减二等；期亲，减三等。”疏议曰：“缌麻以上相盗，皆据别居。”^{〔72〕}亲属之间盗罪的成立，必须是没有同居共财的关系，且量刑轻于常盗罪。若为同居亲属，则不存在所谓盗罪，唐律仅在《户婚律》中规定了“同居卑幼私辄用财”条。在卑幼带领他人盗自家财物的情况下，《贼盗律》规定“以私辄用财物论加二等”；对“他人”论罪，也减轻常盗一等。

三、汉《盗律》的沿革

据《晋书·刑法志》和《唐律疏议》，战国时期魏国李悝在诸国法律的基础上，制订了历史上第一部系统的《法经》，共分为盗法、贼法、囚法、捕法、杂法、具法六篇。秦孝公任用卫鞅变法，改“法”为“律”，《秦律》中有专门的《盗律》。汉兴，萧何在秦律的基础上制订了《九章律》，随着不断增损修订，汉律繁杂，错糅无常，“《盗律》有贼伤之例，《贼律》有盗章之文，《兴律》有上狱之法，《厩律》有逮捕之事”。于是，曹魏以劫略、恐喝、和卖买人，皆非盗事，故分以为《劫略律》；《盗律》中的受财枉法、受所监临等分为《请赇律》；勃辱强贼分入《兴擅律》；还赃界主分入《偿赃律》。又据简文，《盗律》有假县官财物弗归等，疑归入《毁亡律》。

据文献记载，晋律在汉九章的基础上增加了十一篇，“分（汉）《盗律》为《请赇》、《诈伪》、《水火》、《毁亡》”。^{〔73〕}那么，汉《盗律》主体部分自然仍构成晋《盗律》，汉《盗律》中的“受所监，受赇以枉法，及行赇者”自然分为《请赇律》，“假县官财物弗归，私自假貳（贷）人”归入《毁亡》。但《晋书·刑法志》云西晋分汉《盗律》为《诈伪》，而《唐律疏议》曰：“《诈伪律》者，魏分《贼律》为之。”^{〔74〕}两处唐人的说法似乎存在着矛盾。实际上，曹魏泰和改律，将汉《贼律》中的“欺谩”、“诈伪”分出《诈律》，这些内容无疑又归入

〔70〕 程树德：《九朝律考·汉律考》，中华书局2003年版，第61页。

〔71〕 《睡虎地秦墓竹简》，第159页。

〔72〕 《唐律疏议》，第365页。

〔73〕 《晋书·刑法志》

〔74〕 《唐律疏议》，第452页。

晋律和唐律的《诈伪律》中。唐《诈伪律》中有“ 诈为官及称官 ”,汉简《盗律》中有“ 桥(矫)相以为吏、自以为吏以盗 ”,唐《诈伪律》中还有“ 诸诈欺官私以取其私物者,准盗论。”^{〔75〕} 张家山汉简中虽未见,疑此条出自汉《盗律》。汉《盗律》分出《水火》一说,限于资料,无从查考。

通过以上对秦汉时期尤其是汉代各种类型盗罪及其沿革的分析考述,本文最后列出一个《盗律》沿革的图表,供学界朋友参考。

汉《盗律》	魏《新律》	《晋律》	北魏律	南朝诸律 (梁、陈律)	唐律
盗,谋遣人盗,谋谐盗而各有取,群盗及亡从群盗,为群盗通饮食,盗杀伤人,盗发冢,强盗,盗杀伤人	《盗律》	《盗律》	《盗律》	《盗劫律》	《贼盗律》之《盗章》
投书、县(悬)人书恐喝人以求钱财,和买卖人,劫人、谋劫人求钱财	《劫略律》	《盗律》	《盗律》	《盗劫律》	《贼盗律》之《盗章》
勃辱强贼	《兴擅律》	不详	不详	不详	《捕亡律》?
还赃界主	《偿赃律》	不详	不详	不详	《名例律》
受所监,受赇以枉法,及行赇者	《请赇律》	《请赇律》	《违制律》	《受赇律》	《职制律》
盗出黄金边关徼,盗出财物于边关徼,徼外人来入为盗	《盗律》	《关市》?	不详	不详	《卫禁律》
假县官财物弗归,私自假貳(贷)人,放散官物	《毁亡律》	《毁亡律》	不详	《毁亡律》	《厩库律》
桥(矫)相以为吏、自以为吏以盗,诈欺取财	《诈律》	《诈伪律》	《诈伪律》	《诈伪律》	《诈伪律》

Abstract : Combined the laws on theft of the bamboo strips of Han dynasty unearthed in Zhangjia Hill with concerned documents , compared the laws on theft of Han with laws of Tang dynasty , we concluded that the trait of several types of laws on theft and concerned legislation. The evolution of laws on theft is clear too.

Key words : laws on theft , the bamboo strips of Han dynasty unearthed in Zhangjia Hill , laws of Han dynasty , Tanglvshuyi

〔75〕《唐律疏议》,第465页。