清律“家人共盗”的法思想源流

谢　晶*

内容提要：在儒家的治国平天下理想及方案中，教化是其重要部分。以《大清律例》为代表的传统律典因深受儒家之影响，也将这一理念容纳进来，并在有关“家人共盗”问题的律例中集中展现，在赋予尊长对卑幼的专制之权时，亦给他们附加教化之责——“养不教，父之过”的“连坐”责任。在儒家看来，推行教化的理想方式是礼乐（而非刑政）。礼乐源自人心、顺应人性，能在较大程度上发挥预防犯罪、维护社会秩序的效用。历代王朝在将这一理念转化为法律制度并运用于实践之中时，片面强调百姓中家长的责任，忽略“为民父母”的统治者所应同样负有的（甚至更大的）责任，在一定程度上反映出君主推诿自身责任的心理。

关键词：大清律例　共同犯罪　一家人共犯罪　共盗　礼教

一、引子：“长老统治”下的“教化权力”

在过去有关中国传统社会家庭制度的研究中，学者常强调家庭中家长的“权力”，认为其是“最高的，几乎是绝对的，并且是永久的”，如瞿同祖先生言：“中国的家族是父权家长制的，父祖是统治的首脑，一切权力都集中在他的手中，家族中所有人口……都在他的权力之下，经济权、法律权、宗教权都在他的手里。”〔1〕蔡枢衡先生亦谓：“家长对内是家属的统治者和剥削者，对外是一家的代表。……家属隶属于家长，为实现家长的统治而存在。”〔2〕

但是费孝通先生有不同的看法，他指出中国传统社会权力结构中的家长权，并非如瞿、蔡二位先生所描述之绝对强大的、“不民主的横暴权力”，当然也不是现代西方民主体制下

* 中国政法大学法学院讲师。

本文受中央高校基本科研业务专项资金、中国政法大学校级科学研究青年项目（17ZFQ82001）的资助。

〔1〕 瞿先生对中国传统社会父权的概括与阐释，参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局2003年版，第5页以下。

〔2〕 蔡枢衡：《中国刑法史》，中国法制出版社2005年版，第9页。

的“同意权力”，更为确切的概括应是一种“长老统治”下的“教化权力”，且其主要特征之一，是体现在道德和法律上“养不教，父之过”的“连坐”责任，亦即“儿子做了坏事情，父亲得受刑罚”。[3] 强大“权力”的背后，亦有同样重大的“责任”。

笔者更倾向于认同费先生的观点。[4] 在中国传统社会的“长老统治”中，家长/尊长/长老[5] 的“教化”是权力，更是责任，但瞿、蔡等学者均仅注重强调其中权力的一面，而在一定程度上忽略了权力背后的责任（尽管也稍有提及）。只是遗憾费先生对这种中国传统社会统治构架下特有的教化责任未及深论，也未具体指出究竟法律上何种制度乃其体现。本文即沿续费先生之说而申论之，研究这种教化责任在法律上的典型体现——《大清律例》中关于“家人共盗”问题的规则。目前学术界尚罕有对这一论题的专门探讨，[6] 相关研究基本限于对传统时代“共同犯罪”的整体性考察，[7] 仅见诸位律学家在逐条解析各律例时，对此问题有一些分散而不成系统的观点。本文之论述即建立在对这些律学家观点的评析和商榷之上，试图通过相关的律例条文与司法案例，挖掘并展示被前辈学者在一定程度上忽略并深藏在制度及实践背后的思想与文化之源——儒家礼教治国平天下的宏伟抱负。

二、责任的规则：“家人共盗”律例解析

《大清律例·名例》“共犯罪分首从”律[8] 规定了对所有犯罪类型的共犯罪者一般的处理原则：“凡共犯罪者，以（先）造意（一人）为首；（依律断拟）随从者，减一等。”据沈之奇解释：“造意，谓首事设谋，犯罪之意皆由其造作者也；随从，谓同恶相济，听从造意之指挥，随之用力者也，故为从减为首者一等。”[9] 但若共犯之人乃一家人时，则不再照这一原则处理，而是“若一家人共犯，止坐尊长”——“不论造意，独坐尊长，卑幼无罪”，只是“若尊长年八十以上及笃疾，归罪于共犯罪以次尊长”，[10]“如无以次尊长，

〔3〕 参见费孝通：《乡土中国·生育制度》，北京大学出版社 1998 年版，第 56 页，第 64 页以下，第 193 页以下。

〔4〕 瞿、蔡二位先生的研究材料基本是历代正史及《刑案汇览》这一中央一级的司法案例汇编，而费先生的立论依据大多来自其身体力行之田野调查，因而对传统社会生活实况的体验可能更为真切。

〔5〕 从严格的定义而言，本文涉及的“家长”、“尊长”、“长老”三个概念并不完全等同，大致而言，尊长是家长的上位概念，长老是尊长的上位概念，并由于在中国传统社会甚至“每一个年长的人都握有强制年幼的人的教化权力”（前引〔3〕，费孝通书，第 67 页），故从逻辑而推可知，本文所讨论的教化问题对三者而言原理一致，只是程度有别。

〔6〕 有部分学者在研究中提及过相关问题，但限于篇幅及视角，均仅有简单介绍、一带而过，未有深入探究。参见孙向阳：《中国古代盗罪研究》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 443 页以下；续晓梅：《传统法律中“罪家长”制度研究——以〈大清律例〉为视角》，《现代法学》2011 年第 1 期，第 43 页以下；罗平：《清代刑法关于共同犯罪的一些规定》，《法学》1987 年第 6 期，第 46 页以下。

〔7〕 参见［德］陶安：《中国传统法“共犯”概念的几则思考》，《华东政法大学学报》2014 年第 2 期，第 47 页以下；赵晓耕、孙倩：《中西刑法思想史中的共同犯罪问题探源》，《苏州大学学报（法学版）》2014 年第 1 期，第 63 页以下；张光辉：《明代的首犯与从犯》，《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2004 年第 1 期，第 54 页以下。

〔8〕 本门内律例文见（清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》第二册，黄静嘉编校，台湾成文出版社 1970 年版，第 119 页以下。下文引用时不再注明出处。

〔9〕（清）沈之奇：《大清律辑注》上，怀效锋、李俊点校，法律出版社 2000 年版，第 93 页。

〔10〕 小注对此解释：“如尊长年八十以上及笃疾，于例不坐罪，即以共犯罪次长者当罪。”

方坐卑幼”，且“如妇人尊长与男夫卑幼同犯，虽妇人为首，仍独坐男夫”。[11]

不过，若一家人共犯罪“侵损于人者”，则仍“以凡人首从论”。所谓“侵损”，按小注言，“侵谓窃盗财物，损谓斗殴杀伤之类”，沈之奇“扩大解释”之：“侵，谓侵夺财物，如盗及诈赃之类；损，谓损伤身体，如斗殴杀伤之类。”[12] 也即将小注“侵”仅特指“窃盗”的说法，“扩大解释”为包括窃盗在内的所有的“侵夺财物”行为，将损指“斗殴杀伤之类”抽象概括为“损伤身体”的行为，故而《大清律例》盗律[13] 项下的所有罪行似均可被纳入此“侵损于人”者。[14] 道光五年（1825 年），邱万金起意吓逼李张氏卖奸不从，遂主使侄儿邱仓子强奸李张氏未成，致李张氏情急自残，邱万金依盗律恐吓取财门内例文处罚，邱仓子未被按“被逼勉从、系一家共犯罪、坐其伯即置不议”处理，而是照强奸未成律减一等。[15]

然而本律第三节又言，“若本条言皆者，罪无首从；不言皆者，依首从法”，也可被纳入此“以凡人首从论”者，仅限于盗罪项下之“不言皆者”。所谓“皆”，根据《大清律例·例分八字之义》，意味着“不分首从，一等科罪”。[16] 在盗律中，“言皆者”（不分首从）为盗大祀神御物、盗制书、盗印信、盗内府财物、盗城门钥、监守自盗仓库钱粮、常人盗仓库钱粮、强盗、略人略卖人等，而余下之盗军器、白昼抢夺、窃盗、盗牛马畜产、盗田野谷麦、恐吓取财、诈欺官私取财、发冢、夜无故入人家等则为“不言皆者”，也即属于“侵损于人者，以凡人首从论”的范围。实践中，例如乾隆八年（1743 年）陈智修“听父指使”发冢，照凡人“偷刨坟墓为从”，拟绞监候。[17]

上述之外，盗园陵树木与劫囚较为特殊，二律律文中包含“言皆者”与“不言皆者”两种情形，但无论怎样，“言皆者”的情形即按上述“言皆者”的方式处理，“不言皆者”即按“不言皆者”处理，并未违背上述规则。举劫囚律为例详言之，“凡劫囚者，皆斩”，但“若官司差人追征钱粮，勾摄公事，及捕获罪人，聚众中途打夺者”，则分首从，因而若“率领家人随从打夺者，止坐尊长。若家人亦曾伤人者，仍以凡人首从论”。[18]

共犯罪分首从律的这些部分均承袭唐律而来，除了个别字词的改动，律意几乎一致：“诸共犯罪者，以造意为首，随从者减一等。若家人共犯，止坐尊长；（于法不坐者，归罪于其次尊长。尊长，谓男夫）侵损于人者，以凡人首从论。……若本条言‘皆’者，罪无

〔11〕 吉同钧解释道：“妇人虽系尊长，而不能在外专制，故独坐男夫。”（清）吉同钧：《大清律例讲义·卷二名例律》，法部律学馆付印，光绪戊申本，第 16 页。

〔12〕 前引〔9〕，沈之奇书，第 94 页。

〔13〕 据沈之奇之说，“杀人曰贼，窃物曰盗。贼者害也，害及生民，故曰贼；盗则止于一身一家，一处一事而已”（前引〔9〕，沈之奇书，第 543 页）。因而正如薛允升言，《大清律例》“贼盗”篇中，“自首至妖言三条系贼，余皆盗也”（前引〔8〕，薛允升书，第 555 页）。因此，《大清律例》的“盗律”，即“贼盗”篇中除前三条（谋反大逆、谋叛、造妖书妖言）之外的其他律文。

〔14〕 戴炎辉先生将这一规则总结为：“亲属共同侵害他人法益的犯罪，原则上只坐尊长，但侵害个人法益（如殴伤杀、盗诈、恐吓及诬告等），则依首从论。故尊长独坐者，限于侵害国家法益之行政、民事犯的性质之犯罪。”但愚以为，传统律典及律学并无“法益”之概念，也很难将各类犯罪行为明确界定为侵犯了何种法益，故戴先生这一总结有未当之虞。参见戴炎辉：《中国法制史》，台湾三民书局 1984 年版，第 41 页。

〔15〕 参见（清）许槤、熊莪纂辑：《刑部比照加减成案》，何勤华等点校，法律出版社 2009 年版，第 468 页。

〔16〕《大清律例》，田涛、郑秦点校，法律出版社 1999 年版，第 41 页。

〔17〕 参见内阁大库档案，登录号 028892－001，台湾地区“中研院”藏。

〔18〕 前引〔8〕，薛允升书，第 625 页。

首从；不言‘皆’者，依首从法。”[19]《宋刑统》律文与唐律同，[20]而《大明律》律文与清律同，[21]后者仅增加几处小注。清代律例的变化及其特殊性，主要体现在例文中。例如，乾隆四十年（1775 年）新增例文对律文“侵损于人者，以凡人首从论”的规则进行了变通：“凡父兄子弟共犯奸盗杀伤等案，[22]如子弟起意，父兄同行助势，除律应不分首从及其父兄犯该斩绞死罪者，仍按其所犯本罪定拟外，余俱视其本犯科条加一等治罪，概不得引用为从字样。”即在家人共盗且该盗行为按律应分首从处理的情形下，如子弟起意、父兄同行助势，则并不按律文“以凡人首从论”的规则处理，而是“视其本犯科条加一等治罪，概不得引用为从字样”，加重对父兄的处罚，再次强调父兄尊长的责任。还有例文新增对家人仅参与分赃、不实行上盗情形下的处罚。强盗门与窃盗门中分别有例云：

“强盗同居父兄、伯叔与弟，其有知情而又分赃者，如强盗问拟斩决，减一等，杖一百，流三千里。如问拟发遣，亦减一等，杖一百，徒三年。其虽经得财，而实系不知情者，照本犯之罪减二等发落。父兄不能禁约子弟为盗者，杖一百。”“凡窃盗同居父兄、伯叔与弟，知情而又分赃者，照本犯之罪减二等。虽经得财，而实系不知情者，减三等。父兄不能禁约子弟为窃盗者，笞四十。”[23]

分赃包括知情分赃与不知情分赃两种情形，对前者之处罚重于后者。强盗时对前者减一等，对后者减二等，窃盗时对前者减二等，对后者减三等。而即便并未分赃，只要子弟为强窃盗，父兄也将因“不能禁约子弟为盗”，而被杖一百或笞四十。乾隆四十四年（1779 年），黄锡珠之父黄廷昌因不能禁约子弟为窃盗，以及嘉庆十九年（1814 年），韩广之父韩添因不能禁约子弟为强盗，即均照此“连坐”。[24]

薛允升道出此二条例在司法实践中遭遇的困境：“其于父兄也，则曰并不知情，照不能禁约例，拟杖完结者，比比皆然。”并指出原因：“不知情，谓不知盗情也，既得财矣，何以云不知情耶？”[25]但这里的问题并非如薛氏所言，在逻辑上知情分赃与不知情分赃二者本身之不能分别，而应是由于其纯属主观上的因素难以在客观上有所体现，因而才导致在实践中（而非逻辑上）难以被查明区别，也由此才造成前述困境。[26]

“盗贼窝主”门内也有关于强窃盗窝家之家人分赃的例文：“强窃盗窝家之同居父兄、伯叔与弟……知情而又分赃，各照强窃盗为从例，减一等治罪。父兄不能禁约子弟窝盗者，各照强窃盗父兄论。”[27]分赃仅有知情分赃一种，对其照强窃盗为从减一等科罪，而并不处罚不知情得赃的情形。薛允升质疑道：“父兄不得为子弟从，犯罪分首从门立有专条，与

〔19〕《唐律疏议》，刘俊文点校，法律出版社 1999 年版，第 125 页以下。
〔20〕参见《宋刑统》，薛梅卿点校，法律出版社 1999 年版，第 94 页以下。
〔21〕参见《大明律》，怀效锋点校，法律出版社 1999 年版，第 17 页。
〔22〕据薛允升言，“此正侵损于人之事”。前引〔8〕，薛允升书，第 120 页。
〔23〕同上书，第 600 页，第 664 页以下。
〔24〕军机处档折件，档案号 025922；宫中档奏折—嘉庆朝，档案号 404015650。均为台北故宫博物院藏。
〔25〕前引〔8〕，薛允升书，第 600 页以下。
〔26〕据嘉庆年间佚名所作《盗案论》载：“自雍正八年以来，所犯盗案，其盗犯之父与伯叔兄弟，是否同居，有无分赃、知情，俱应审明。”郭成伟、田涛点校：《明清公牍秘本五种》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 521 页。
〔27〕前引〔8〕，薛允升书，第 755 页。

此为从减一等不符。知情而又分赃，即系一家人共犯，何以不坐父兄为首之罪?”[28] 此即有错诬律例之嫌，所谓“知情而又分赃”，是例文单列的一种情形，即主观上未有造意共谋、客观上并未亲自上盗者，若果有造意共谋及上盗情节，则确可径依一家人共犯律例之规则处理。

关于家人分赃的例文仅有这三条，分别关于强盗、窃盗及强窃盗之窝家，未有关于白昼抢夺者，对此薛允升亦颇有微词：“岂抢夺案犯独无此等亲属耶?”[29] 笔者也赞同这一批评，白昼抢夺“介乎强、窃之间。公行白昼，不畏人知，有类于强；人既不多，又无凶器，尚近乎窃，故凡白昼抢夺人财者，……轻于强而重于窃”。[30] 既然此罪乃介于强、窃盗之间，而强、窃盗之家人分赃者将面临处罚，那么白昼抢夺之家人也应当有相应处罚，这里未有，则是例文有所参差。

三、责任的缘由：儒家与法家“连坐”之异

如前所述，费孝通先生将本文所论尊长的这种教化责任称为“连坐”责任，这是一种“儒家的连坐”。所谓“连坐”，本是来自法家主张的一种制度。《史记·商君传》载：“令民为什伍，而相牧司连坐。不告奸者腰斩，告奸者与斩敌首同赏，匿奸者与降敌同罚。”[31] 该制度流变之体现，如历代法典对谋反大逆、谋叛者连坐家人、同居之人的规定，[32] 以及明太祖《大诰》中关于族诛的内容等等，[33] 将某些并未参与犯罪但与犯罪人有血缘、地缘或业缘等关系的人连带纳入处罚范围。有意思的是，西方历史上的诸多制度也近似于法家的主张，如《汉穆拉比王法典》第 12 条规定，盗卖他人财物的罪犯如果死亡，家属负担五倍于原物的赔偿金。[34] 在法兰西王国，路易十四颁发敕令规定，一人犯罪，祸及全家，即使幼儿与精神病患者也不能幸免，甚至全村的人都要被连坐。[35]

这类法家的主张及制度为大多数儒家学者所反对，[36] 但反对归反对，儒家也有自己的“连坐”观念及制度，当然，此“连坐”非彼连坐，这是一种“养不教，父之过”亦即“儿子做了坏事情，父亲得受刑罚”的父—子（尊长—卑幼）牵连，以及在这一原理之下，若父亲（尊长）与儿子（卑幼）共同犯罪，让父亲（尊长）连带承担全部或部分儿子（卑幼）的责任，其内容、目的等均与法家不可同日而语。法家从统治秩序的角度考虑，试图以严刑峻法恫吓、逼迫民众不敢犯罪并相互举发；而儒家则是在家庭人伦的构架下，强调尊长对卑幼进行教化并承担责任。

---

〔28〕 前引〔8〕，薛允升书，第 755 页。
〔29〕 同上书，第 665 页。
〔30〕 前引〔9〕，沈之奇书，第 588 页。
〔31〕 （汉）司马迁：《史记》第七册，中华书局 1982 年版，第 2230 页。
〔32〕 前引〔19〕，刘俊文点校书，第 348 页以下；前引〔20〕，薛梅卿点校书，第 304 页以下；前引〔21〕，怀效锋点校书，第 134 页以下；前引〔8〕，薛允升书，第 555 页以下。
〔33〕 参见沈家本：《历代刑法考》下册，商务出版社 2011 年版，第 857 页以下。
〔34〕 参见《外国法制史资料选编》上册，北京大学出版社 1982 年版，第 22 页。
〔35〕 参见张明楷：《刑法格言的展开》，北京大学出版社 2013 年版，第 108 页。
〔36〕 关于连坐的思想渊源及儒法二家的相关争论，参见张国华：《中国法律思想史新编》，北京大学出版社 1998 年版，第 200 页以下。

《周易》“家人卦”初九爻辞曰，“闲有家，悔亡”；“蒙卦”初六爻辞道，“发蒙，利用刑人，用说桎梏”，《彖传》言，“蒙以养正，圣功也”。[37] 在儒家以及受其影响的传统时代的制度设计者看来，“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。立大学以教于国，设庠序以化于邑，渐民以仁，摩民以谊，节民以礼，故其刑罚甚轻而禁不犯者，教化行而习俗美也。”[38] 若无教化，则再严密的法律也不过是“将为胠箧探囊发匮之盗而为守备”却反倒“为大盗积”，[39] 所谓“法物滋彰，盗贼多有”是也。[40] 教化是预防犯罪、维护社会和谐秩序的最佳方案。对此，西人贝卡利亚亦有类似看法：“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。”[41]

儒家强调教化的“连坐”责任在法律上的典型体现，即本文所论及的家人共盗问题。根据上一部分所述，整体而论，家人共盗规则涉及两层内容：加重对尊长的处罚（甚或独坐），减轻对卑幼的处罚（甚或无罪）。“共犯罪分首从”律文小注道出其中立法缘由：“以尊长有专制之义也”，律学家进一步解释：“一家人共犯一罪，其卑幼则从尊长之意而行者也。尊长能制卑幼，卑幼不能强尊长，故止坐尊长，卑幼勿论。”[42]

此“专制之义”兼教化的“权”与“责”二端。一方面，尊长“有约束子弟之责”，“不能禁约子弟为盗”，[43]“不能教之以义”，[44] 对卑幼而言则“不教而杀谓之虐”，[45] 故律文要求“不论造意，独坐尊长，卑幼无罪”，让尊长“连坐”承担卑幼的罪责。另一方面，尊长对卑幼的教化之权极大，此点上文已提及，是无论瞿、蔡抑或费先生均不否认之事实，清律中亦有直接体现，如“子孙违反教令”律，对违反祖父母、父母教令的子孙处以刑罚。[46] 故而在一家人共犯罪的情况下，法律直接认定，卑幼的犯罪行为均是被尊长强制所为，于是“强制者”全责（或责重），而“受强制者”无责（或责轻）。

其实，在来自西方的现代刑法中也存在类似的观念和意旨，如德国有“组织性支配的间接正犯”概念，[47] 而我国亦有“通过强制达成的支配类型”的间接正犯：“一方面，利用者对他人进行强制（包括物理的强制与心理的强制），压制他人意志，使他人丧失自由意志时，不能将结果归责于受强制者，只能归责于强制者，强制者成立间接正犯。另一方面，利用者对他人进行强制，他人虽然没有丧失自由意志，但面临着紧迫的危险，不得不按照

〔37〕 黄寿祺、张善文译注：《周易译注》上，上海古籍出版社 2007 年版，第 215 页，第 35 页。
〔38〕（汉）班固撰，（唐）颜师古注：《汉书》二，中华书局 1999 年版，第 1905 页。
〔39〕（晋）郭象注，（唐）成玄英疏：《庄子注疏》，中华书局 2011 年版，第 188 页。
〔40〕 朱谦之：《老子校释》，中华书局 1984 年版，第 232 页。
〔41〕［意］切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社 2008 年版，第 109 页。
〔42〕 前引〔9〕，沈之奇书，第 93 页。
〔43〕 前引〔8〕，薛允升书，第 600 页，第 665 页。
〔44〕（清）姚雨芗原纂、胡仰山增辑：《大清律例刑案新纂集成·卷四名例律下》，同治十年（1871 年）刻本，第 3 页。
〔45〕 杨伯峻译注：《论语译注》，中华书局 2009 年版，第 208 页。
〔46〕 前引〔8〕，薛允升书，第 1015 页。
〔47〕 相关理论可参见［德］克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，王世洲等译，法律出版社 2013 年版，第 37 页以下。

利用者的意志实施犯罪行为时，虽然被利用者是有责的直接正犯，但也不能否认利用者为间接正犯。”〔48〕尊长类似这里的“利用者”，卑幼则相当于“被利用者”。卑幼在传统社会赋予尊长的极大强制力之下，“虽然没有丧失自由意志”，但也可谓“不得不按照利用者的意志实施犯罪行为”，因而即便依照现代刑法的这一原则，卑幼也可能被免责（或减责），只是清律认为“不能将结果归责于受强制者，只能归责于强制者”，似乎未考虑卑幼是否被压制得“丧失自由意志”的问题。

不过，“侵损于人，仍以凡人首从论”的规则表明，清律也并非完全未考虑卑幼的“自由意志”问题，对此沈之奇有精辟解说：“若家人不敢伤人，则犹有畏心，不过随从尊长而已，乃尊长止令打夺，家人逞凶伤人，遂陷尊长于死，焉可不坐以为从之罪哉？”〔49〕卑幼在尊长的指令之外，若逞凶伤人，则会被认为并非完全是在尊长的强制之下犯罪，不再止坐尊长而是按凡人首从论，此即可谓考虑了卑幼是否因强制而“丧失自由意志”的情形。

当然，更典型体现这一“连坐”责任的具体情形是，即便尊长本人并未直接行盗，仅在事后分赃（知情或不知情），甚至连分赃的情形也不存在，也将面临处罚。如此的规定遭到薛允升的强烈批评，不仅从整体上质疑道：“有不率教者，刑之可也，杀之亦可也，罪其父兄子弟，何为也哉？”还具体指出例文的两处“缺陷”。其一，仅处罚“同居父兄、伯叔与弟”，“未言分居”，亦“不及其妻子”，“岂父兄等不应分赃，而妻子独许分赃耶？”其二，与亲属得相容隐的原则矛盾。〔50〕笔者窃以为，薛氏这些批评，即是因其割裂了法律与法律背后的儒家思想观念之间的联系。本人犯罪，罪其父兄，乃因尊长负有教化子弟之权责，其实薛氏自己也曾说过：“父兄等有约束子弟之责，不能禁子弟为窃，而反分其赃，是以科罪从严。”〔51〕法国人孟德斯鸠亦曾批评这类立法：

“在中国，倘若子女犯了罪，父亲要受到惩处。在秘鲁，这种情况也存在。产生这种习惯的根源在于专制思想。

如果有人以为，中国之所以会出现父子连坐情况，是因为大自然赋予父亲以权力，并且法律还增强了这种权力，而做父亲的却没有运用他的权力，故而受到惩处，那么这种观点是毫无意义的。父子连坐这一现象表明，在中国，‘荣誉’是根本不存在的。在我们这个国家里，父亲因为儿女判罪而感到羞耻，儿女因为父亲判罪而感到羞耻，这本身就是一种严厉的惩罚，其严厉程度不亚于中国的死刑。”〔52〕

为何“这种观点是毫无意义的”，孟氏并未给出合理的解释。笔者也不得而知法国人的荣誉感或羞耻感是否真有孟氏所言之如此强烈，但若果真他们的羞耻感“本身就是一种严厉的惩罚，其严厉程度不亚于中国的死刑”，那么法国大可取缔针对一切犯罪行为的一切刑罚，仅靠民众自身的荣誉感和羞耻感即能完成社会治理，可是为何从未如此做呢？因而这不过是西人惯常地在并未深入了解之时便戴上“有色眼镜”而对中国的“欲加之罪”罢了。

---

〔48〕 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第367页以下。张明楷对这一问题在本书最新版的论述，参见张明楷：《刑法学》上，法律出版社2016年版，第402页。

〔49〕 前引〔9〕，沈之奇书，第584页。

〔50〕 参见前引〔8〕，薛允升书，第600页以下，第665页。

〔51〕 同上书，第665页。

〔52〕 ［法］孟德斯鸠：《论法的精神》，彭盛译，当代世界出版社2008年版，第48页。

继续分析薛氏对本条指出的两条具体缺陷。关于第一点，尊长有约束卑幼的权责，所以要求他们承担卑幼犯罪的“连坐”责任，而未有这一权责的妻与子即自然无须承担，权责小于同居尊长的分居尊长也被免除承担。[53] 在此真正值得商榷者，乃“胞弟一层”，胞弟并无教化兄长的权责，因而按理也应同于妻与子，无须承担连坐责任，然例文将其添入，强加胞弟责任，即有不合理之嫌（权责不对等），让这一连坐在性质上趋于法家的连坐。至于第二点，这一连坐责任也实与亲属得相容隐原则并不矛盾，二者均是儒家思想在法律制度上的反映，但二者的出发点及发生作用的时间不同。前者强调的是犯罪发生之前尊长对卑幼的教化责任，而后者则是被置于犯罪发生之后的制度，目的在维护儒家所倡导的温情脉脉的家庭伦理关系。一者为事前的犯罪预防，[54] 一者乃犯罪已然之后对伦理秩序的维护，因而是并未有任何矛盾之处。

四、责任的内容：并不“吃人”的“礼”

那么儒家教化责任的内容为何呢？法家也强调教——“以法为教，以吏为师”，商鞅所谓“吏民知法令者，皆问法官。故天下之吏民无不知法者。……圣人必为法令置官也置吏也为天下师”，吏、民皆依法行事，则可达至“天下大治”。[55]《荀子》即有孙卿子盛赞行法家之治的秦地已达“治之至也”的记载，但继而又话锋一转：“县之以王者之功名，则倜倜然其不及远矣。是何也？则其殆无儒邪！故曰：粹而王，駁而霸，无一焉而亡。此亦秦之所短也。”[56] 秦室行法家之治，“执敲扑以鞭笞天下，威振四海”，“自以为关中之固，金城千里，子孙帝王万世之业也”，可是不料，“一夫作难，而七庙隳，身死人手，为天下笑者”。看似无比强大的秦王朝，仅二世即亡，何以哉？孙卿子道“其殆无儒邪”，贾谊谓“仁义不施，而攻守之势异也”。[57] 二人无论是从理论上预言，抑或从历史事实中总结，均所指一致，法家的“教化”不过是“驯化”，其所能达到的“大治”，不过是短期、表面的“死水微澜”，是民众因慑于暴力而暂时屈服，太史公评曰：“可以行一时之计，而不可以长用也，故曰‘严而少恩’。”[58]

法家这类“以法为教”的观念及实践为儒家所不齿，孔子曰：“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。”[59] 孟子言：“善政不如善教之得民也。善政，民畏之；善教，民爱之。”[60] 儒家所倡者，乃温情脉脉、导民“有耻且格”的礼乐之

〔53〕 雍正十年（1732 年），张大小等行强盗，其分居之叔父张智据即被免此责。内阁大库档案，登陆号 016120 - 001，我国台湾地区“中研院”藏。

〔54〕 乾隆十八年（1753 年），时任云南按察使的沈嘉征即言，此“所以为弥盗计者”。内阁大库档案，登录号 023499 - 001，我国台湾地区“中研院”藏。

〔55〕 蒋礼鸿：《商君书锥指》，中华书局 1986 年版，第 144 页以下。西人贝卡利亚与法家有类似观点：“了解和掌握神圣法典的人越多，犯罪就越少。因为，对刑罚的无知和刑罚的捉摸不定，无疑会帮助欲亡强词夺理。”参见前引〔41〕，贝卡利亚书，第 15 页。

〔56〕（清）王先谦：《荀子集解》下，中华书局 2013 年版，第 359 页。

〔57〕（汉）贾谊：《过秦论》，载（清）吴楚材、吴调侯选：《古文观止》上，中华书局 1959 年版，第 235 页以下。

〔58〕（汉）司马迁：《史记》一〇，中华书局 1982 年版，第 3291 页。

〔59〕 前引〔45〕，杨伯峻译注书，第 11 页以下。

〔60〕 杨伯峻译注：《孟子译注》，中华书局 2010 年版，第 283 页。

教，而非法家般冷峻冰冰、逼民“免而无耻”的刑法之教。前者短期或难见效，但可保长治久安；后者常能短期有效，但崩溃亦速。朱熹引邹氏之言曰：“自秦以来，不仁而得天下者有矣；然皆一再传而失之，犹不得也。所谓得天下者，必如三代而后可。”〔61〕儒与法，孰优孰劣，高下立判，故而秦以后的历代统治者，基本都能汲取二世而亡的教训，至少不敢公然宣称遵循法家。〔62〕

礼乐之为教，亦与刑法之教之于法家类似，是儒家治国平天下方案中的重要内容和前提，所谓“先王制礼乐也，……将以教民平好恶，而反人道之正也”。宗白华先生说：“中国古代的社会文化与教育是拿诗书礼乐做根基，……以感情动人，潜移默化培养社会民众的性格品德于不知不觉之中，深刻而普遍。”〔63〕“大乐必易，大礼必简”，“大乐与天地同和，大礼与天地同节”，“乐至则无怨，礼至则不争。揖让而治天下者，礼乐之谓也”，此即可达儒家心目中的治世：“暴民不作，诸侯宾服，兵革不试，五刑不用，百姓无患，天子不怒，如此，则乐达矣。合父子之亲，明长幼之序，以敬四海之内，天子如此，则礼行矣。”〔64〕

可是，近代以降尤其“五四”以后，儒家的“礼”开始被世人（特别是知识分子）大加诟病，怒斥其为“吃人的礼教”，如鲁迅在《狂人日记》中的犀利控诉：“古来时常吃人，我也还记得，可是不甚清楚。我翻开历史一查，这历史没有年代，歪歪斜斜的每页上都写着‘仁义道德’几个字。我横竖睡不着，仔细看了半夜，才从字缝里看出字来，满本都写着两个字是‘吃人’！”〔65〕霍韬晦先生分析道：“鲁迅的寓意，要表达当时年轻人强烈不满的情绪，对传统非常厌恶。这情绪具有传染性，大家看过以后便受影响，无法再仔细思考传统是什么？忠是什么？孝是什么？忠孝为什么会变成吃人？中间有什么逻辑联系？有什么理由呢？大家只想着发泄，都没时间去考虑了。”清中期以还，一系列的战败、割地、赔款，我们输得太惨，在救亡图存的紧迫压力之下，我们几乎来不及思考，只有盲目而彻底地批判、批倒、批臭自己的祖宗。但事实上，正如贺麟先生所言：“吃人的东西多着呢！自由平等等观念何尝不吃人？许多宗教上的信仰，政治上的主义或学说，何尝不吃人？”〔66〕霍先生继续道：“‘五四’知识分子不断攻击‘吃人的礼教’之类，便只是停留在文化表象，并只注意到一种僵化了的文化形式对社会所造成的恶劣影响，而不了解作为一

〔61〕（宋）朱熹：《四书章句集注》，中华书局2012年版，第375页。

〔62〕不过，法家这一“以法为教，以吏为师”的观点，却被后世事实上一定程度践行着，举其著例，如明太祖对《大诰》的大规模强制推行（前引〔33〕，沈家本书，第875页以下；罗冬阳：《明太祖礼法之治研究》，高等教育出版社1998年版，第104页），以及明清律典的“讲读律令”律，要求官吏熟读律令、讲明律意，不得妄生异议、擅为更改，否则面临刑罚，而百工技艺诸色人等如能熟读讲解、通晓律意，则若犯过失及因人连累致罪，不问轻重，免罪一次。（明律原文见前引〔21〕，怀效锋点校书，第36页。清律因于明，小注系顺治三年添入，雍正三年修改。律文及修订过程参见前引〔8〕，薛允升书，第207页。唐律无此律，仅有一“制书官文书误辄改定”律，与明清本律第三节律意相类。参见前引〔19〕，刘俊文点校书，第250页。当然，据律学家言，此律在明清时期实为具文。参见前引〔8〕，薛允升书，第805页；前引〔33〕，沈家本书，第201页）。

〔63〕宗白华：《中国现代美学名家文丛·宗白华卷》，浙江大学出版社2009年版，第68页。

〔64〕（汉）郑玄注，（唐）孔颖达疏：《礼记正义》下，北京大学出版社1999年版，第1081页以下。

〔65〕鲁迅：《赵延年木刻插图本狂人日记》，人民文学出版社2002年版，第5页以下。

〔66〕贺麟：《近代唯心论简释》，商务印书馆2011年版，第231页。

种文化修养的另一方面的礼教的意义。”〔67〕

那么，究竟何为礼？何为礼教？礼也者，“理也”，“理之不可易者也”。〔68〕孟子说：“人之所以异于禽兽者几稀。”〔69〕人之所以为人，人之所以不同于禽兽，即是因人知礼、行礼。正如徐复观先生所论，人类的“原始生命是混沌的、丑恶的、幽晦的”，“只有以理性中的德性之力，将生命加以转化、升进，使生命的冲动，化为强有力的道德实践，则整个的人生、社会，将随科学的发展而飞跃发展”。〔70〕从这个意义上言，礼不仅不会束缚人，反倒是将人从原始的动物性中超拔、解放出来，让人获得真正意义上的自由，很类似传统诗词中的格律，看似限制，实则顺应人“情感的自然需要”，非此便不能表达人类情感中独有的那种“来而复去，去而复来”的“缠绵不尽”。〔71〕故《礼记》又道：“鹦鹉能言，不离飞鸟。猩猩能言，不离禽兽。今人而无礼，虽能言，不亦禽兽之心乎？夫唯禽兽无礼，故父子聚麀。是故圣人作为礼以教人，使人以有礼，知自别于禽兽。”礼从何处来？孔疏云：“本其所起，在天地未分之前。”〔72〕此论未免玄远，然究其所旨，即如孟子之言，“仁义礼智，非由外铄我也，我固有之也”，〔73〕王阳明心学更是直指人心，道出“心即理，性即理”，“心外无理，心外无事”。〔74〕天理与人心本性同，礼本于天理，亦不外乎人心本性。

《大学》“三纲领”之一的“亲民”，程朱将其释为“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。”〔75〕号称继承阳明心学大旗的熊十力先生在此处也赞同程朱之论，认为“新字意义极深远”：“人之生也，形气限之。常易迷失其与万物同体之本性，而坚执七尺之形为自我。儒者谓之己私，亦云私欲。佛氏说为惑。……日新者，自明也，明明德也。自识本心，存养深而察识严，使真宰常昭，而诸惑永伏，庶几尽心则知性知天，还复其与万物同体之本性。”〔76〕礼以新人，新即还复本性，“恶人之心”，不过是“失其本体”耳。〔77〕故王国维先生评《红楼梦》曰：“赵姨、凤姊之死，非鬼神之罚，彼良心自己之痛苦也。”〔78〕儒家所倡导之“礼”，源自天理，本于人心，是人本性自足、不假外求者，试问如此之礼，如何“吃人”？能“吃人”者，不过是那些僵

〔67〕 霍韬晦：《从反传统到回归传统》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 61 页，第 94 页。余英时先生指出，中国知识分子不是理智上的反儒家，而是在情感上敌视儒家，皆为情绪上的反儒，并非经过深思熟虑的分析。参见余英时：《现代儒学的回顾与展望》，生活·读书·新知三联书店 2012 年版，第 78 页。

〔68〕 前引〔64〕，郑玄注书，第 1387 页，第 1116 页。

〔69〕 前引〔60〕，杨伯峻译注书，第 176 页。

〔70〕 徐复观：《论艺术》，九州出版社 2014 年版，第 5 页。

〔71〕 参见朱光潜：《谈美》，漓江出版社 2011 年版，第 80 页以下。

〔72〕 前引〔64〕，郑玄注书，第 15 页，第 1 页。荀子亦有类似表述：“水火有气而无生，草木有生而无知，禽兽有知而无义，人有气、有生、有知，亦且有义，故最为天下贵也。”（清）王先谦：《荀子集解》上，中华书局 2013 年版，第 194 页。楼宇烈先生对此说有阐释：“这里的‘无义’实际上指的是没有一种礼义，因为在中国古代，讲禽兽和人的区别，主要指禽兽没有礼义廉耻所确立的伦常关系。”楼宇烈：《中国的品格——楼宇烈讲中国文化》，当代中国出版社 2007 年版，第 40 页。

〔73〕 前引〔60〕，杨伯峻译注书，第 239 页。

〔74〕 （明）王阳明：《传习录注疏》，邓艾明注，上海古籍出版社 2012 年版，第 34 页。

〔75〕 前引〔61〕，朱熹书，第 3 页。王阳明不赞同此说，认为“亲”字仍应作“亲”解，“说‘新民’便觉偏了”，但仍承认“说‘亲民’便是兼教养意”。参见前引〔74〕，王阳明书，第 6 页以下。

〔76〕 熊十力：《读经示要》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 60 页以下。

〔77〕 前引〔74〕，王阳明书，第 34 页。

〔78〕 王国维：《〈红楼梦〉评论》，载王国维：《王国维文学论述三种》，商务印书馆 2010 年版，第 11 页。

化了的以及被野心家篡改了的“礼”，徒有“礼”之虚名，而实无“礼”之真价值，孔子所谓“人而不仁，如礼何？人而不仁，如乐何？”〔79〕故王阳明早已有言：“圣贤教人如医用药，皆因病立方，酌其虚实温凉、阴阳内外而时时加减之，要在去病，初无定说，若拘执一方，鲜不杀人矣。”〔80〕

孔子曰：“可与共学，未可与适道；可与适道，未可与立；可与立，未可与权。”此处的“立”，按杨伯峻先生之说，应解为“立于礼”、“事事依礼而行”。〔81〕孔子在强调“立于礼”的同时，更突出一个“权”字。《中庸》里也载有孔子之言曰：“君子中庸，小人反中庸。君子之中庸也，君子而时中；小人之中庸也，小人而无忌惮也。”朱子释曰：“君子之所以为中庸者，以其有君子之德，而又能随时以处中也。小人之所以反中庸者，以其有小人之心，而又无所忌惮也。盖中无定体，随时而在，是乃平常之理也。君子知其在我，故能戒谨不睹、恐惧不闻，而无时不中。小人不知有此，则肆欲妄行，而无所忌惮矣。”〔82〕孟子亦有言：“执中无权，犹执一也。所恶执一者，为其贼道也，举一而废百也。”〔83〕阳明解道：“中只是天理，只是易，随时变易，如何执得？须是因时制宜，难预先定一个规矩在。如后世儒者，要将道理一一说得无罅漏，立定个格式，此正是执一。”〔84〕后人不知“权”与“时”，拘执一方，甚而有野心家以小人之心无所忌惮、肆欲妄行，篡改圣人礼法。〔85〕“孔子死后，汉代以来，孔子所深恶痛绝的‘乡愿’支配着中国社会，成为‘社会栋梁’，把孔子至大至刚、极高明的中庸之道化成弥漫社会的庸俗主义、妥协主义、折衷主义、苟安主义，……俗儒钻进利禄之途，乡愿满天下。”〔86〕敢问，如此造就的“吃人”之“礼教”，岂可胡乱推诿于圣学哉？

对传统中国颇有指摘的孟德斯鸠也看到，“礼仪在中国是绝对不能废弃的”：

“中国人不单用礼制国，他们把宗教、习俗、法律和礼仪混合在一起，所有的这一切都可称之为伦理。在中国，有一个著名的伦理，那就是三纲五常。

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？因此，当一个国家把道德礼仪抛弃的时候，便陷入混乱状态。”〔87〕

孟氏未曾料到，中国人在近代社会转型中竟主动放弃了礼仪道德，“不待外来学说之掊

〔79〕 前引〔45〕，杨伯峻译注书，第 24 页。
〔80〕 前引〔74〕，王阳明书，第 1 页。
〔81〕 前引〔45〕，杨伯峻译注书，第 94 页。
〔82〕 前引〔61〕，朱熹书，第 18 页以下。
〔83〕 前引〔60〕，杨伯峻译注书，第 289 页。
〔84〕 前引〔74〕，王阳明书，第 45 页。
〔85〕 儒学被“官学化”之后，官方对儒学采取的是取其所需，用其所好的态度，这时候的儒学不再是自在的、独立的思想体系，而是掌握在官府手中、服务于特定政治目的的一种学说，具体些说就是要为捍卫君主专制和家天下的现实政治体制服务。参见苏亦工：《天下归仁：儒家文化与法》，人民出版社 2015 年版，第 60 页以下。
〔86〕 “孔子好像预感到这一点，他所以极力赞美狂狷而排斥乡愿。他自己也能超然于礼法之表追寻活泼的真实的丰富的人生。”宗白华：《宗白华美学与艺术文选》，河南文艺出版社 2009 年版，第 151 页。
〔87〕 前引〔52〕，孟德斯鸠书，第 119 页。

击，而已销沉沦丧于不知不觉之间”；[88] 但孟氏又不幸言中，“当一个国家把道德礼仪抛弃的时候，便陷入混乱状态”。曾几何时，这个文明古国、礼仪之邦，“中国制造”一度成为劣质品的代名词，“中国游客”也曾被世界视若“蝗虫”，左一出“假奶粉”，右一桩“毒疫苗”，老人摔倒无人敢扶，父子相仇，夫妻反目，种种乱相皆与传统价值观念缺失相关。

贺麟先生在 1938 年发表的《物质建设与培养工商业人才》一文中预言道：“不注重民族文化的背景，没有心理建设的精神基础，而提倡工业化，那就会使将来中国工业化的新都市都充满了市侩流氓，粗鄙丑俗，及城市文明之罪恶，而寻找不出丝毫中国文化的美德。”[89] 竟一语成谶！让人不禁忆起《红楼梦》里柳湘莲的讽刺：“你们东府里除了那两个石头狮子干净，只怕连猫儿狗儿都不干净。”[90] 真是应了儒家先哲们两千余年前的警戒：“礼乐废而邪音起者，危削侮辱之本也”；[91]“上无道揆，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”。[92] 张汝伦教授说：“在任何时代的政治中，道德都不是无关紧要的。然而，中国恰恰在最需要道德时，传统道德土崩瓦解了。”[93] 贺麟先生言：“每一个民族或国家的传统信仰破产之日，即是那个民族或国家衰乱之日。”[94]“盲人骑瞎马，夜半临深池”，[95] 这不正是我们把礼教斥为“吃人”之物而完全蔑弃之后的必然结果么？

五、结论：身教以治世的最终责任

钱穆先生说：“研究制度，必须明白在此制度之背后实有一套思想与一套理论之存在。”[96] 来自儒家的制度，须是从儒家思想本身的脉络去梳理，才可解释得通，否则，即使如薛允升这样一位理论与实践经验兼备的刑部官员并律学家，对律例的解说也可能出现偏差，更毋庸言戴着有色眼镜的西人以及后世身处传统道德崩塌时代的否定传统之人。因此，对儒家制度的批评，亦须从儒家思想的本身出发。

儒家所提倡的教化责任，不仅要求一家之中的家长/尊长来承担，更要求一国之中“为民父母”的君主、官员亦得肩负最终责任，《周易》“临卦”《象传》即言：“君子以教思无穷，容保民无疆。”[97] 对于统治者如何推行教化，儒家也有自己的方式——身教。所谓“身教”，徐复观先生说，“道之以德”即是“身教”，指“为政者须以自己的生活作模范、作

〔88〕 陈寅恪：《王观堂先生挽词》，载《陈寅恪先生全集》下册，台湾里仁书局 1979 年版，第 1441 页。
〔89〕 贺麟：《文化与人生》，上海人民出版社 2011 年版，第 39 页。
〔90〕（清）曹雪芹：《红楼梦》下，人民文学出版社 2008 年版，第 922 页。
〔91〕 前引〔72〕，王先谦书，中华书局 2013 年版，第 450 页。
〔92〕 前引〔60〕，杨伯峻译注书，第 148 页。
〔93〕 张汝伦：《现代中国思想研究》，上海人民出版社 2001 年版，第 64 页。
〔94〕 前引〔89〕，贺麟书，第 98 页。
〔95〕（南朝宋）刘义庆撰，（南朝梁）刘孝标注：《世说新语详解》，朱碧莲详解，上海古籍出版社 2013 年版，第 543 页。
〔96〕 钱穆：《中国历史研究法》，九州出版社 2012 年版，第 30 页。
〔97〕 前引〔37〕，黄寿祺等译注书，第 116 页。

领导”。[98] 亦即孔子所言，“先之劳之”，“修己以安人”、“修己以安百姓”，[99] 或如董仲舒谓，“为人君者，正心以正朝廷，正朝廷以正百官，正百官以正万民”。[100] 对此，孔子还在多处有表述：“政者，正也。子帅以正，孰敢不正？”“子欲善而民善矣。君子之德风，小人之德草。草上之风，必偃。”“上好礼，则民莫敢不敬；上好义，则民莫敢不服；上好信，则民莫敢不用情。”“其身正，不令而行；其身不正，虽令不从。”“苟正其身矣，于从政乎何有？不能正其身，如正人何？”[101]

前已提及，《大学》中的“亲民”一词，程子释：“亲，当作新。”朱子然之并发挥道：“新者，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。”[102] 自明而后新人，熊十力先生云：“佛说有一众生未得度，则我不成佛，所见亦有与吾儒同者。但吾儒之言，切实不夸。必先有自明自新之实，而后可说作新民。以盲导盲，以醉扶醉，是率天下一胥溺而不知其惨页。世之自鸣先觉者，其不自残性命者几何哉？佛氏大乘有云：菩萨未自度，先度他。虽矫小乘之自利，而矫枉过直，弊亦随之。吾不忍闻此言也。”[103] 儒家之教，首先是对统治者自己的要求、“连坐”统治者自己，《大学》所谓“君子有诸己而后求诸人，无诸己而后非诸人”。[104] 故商汤言：“朕躬有罪，无以万方；万方有罪，罪在朕躬。”曾子曰：“上失其道，民散久矣。如得其情，则哀矜而勿喜。”[105] 将这些原则运用到治盗之上，则如吉同钧所论：“盗生于人君一念之贪，必先清心寡欲，用贤去邪，使在位无盗臣，然后私欲之源灭，廉耻之心萌，此不弥之弥，盗自潜移默化矣。”[106]

儒家之外，老子说：“不贵难得之货，使民不盗；不见可欲，使心不乱”；“我好静，人自正；我无事，人自富；我无欲，人自朴”。[107]《庄子》进一步诉道：“荣辱立然后睹所病，货财聚然后睹所争，今立人之所病，聚人之所争，穷困人之身，使无休时，欲无至此，得乎？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）［物］有失其形者，退而自责。今则不然，匿为物而愚不识，大为难而罪不敢，重为任而罚不胜，远其涂而诛不至。民知力竭，则以伪继之。日出多伪，士民安取不伪！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？”

“盗窃之行，于谁责而可乎？”郭象注：“当责上也。”成玄英疏：“夫知力穷竭，谲伪必生；赋敛益急，贪盗斯起：皆由主上无德，法令滋彰。夫能忘爱释私，不贵珍宝，当责在上，岂罪下民乎！”[108] 非得统治者有这些觉悟，方能“上老老而民兴孝，上长长而民兴

〔98〕 徐复观：《儒家思想与现代社会》，九州出版社 2014 年版，第 96 页。
〔99〕 前引〔45〕，杨伯峻译注书，第 201 页，第 131 页，第 156 页以下。
〔100〕 前引〔38〕，班固撰书，1904 页。
〔101〕 前引〔45〕，杨伯峻译注书，第 127 页，第 133 页，第 134 页，第 136 页。
〔102〕 前引〔61〕，朱熹书，第 3 页。王阳明不赞同此说，认为“亲”字仍应作“亲”解，“说‘新民’便觉偏了”，但仍承认“说‘亲民’便是兼教养意”。参见前引〔74〕，王阳明书，第 6 页以下。
〔103〕 前引〔76〕，熊十力书，第 61 页以下。
〔104〕 前引〔61〕，朱熹书，第 9 页。
〔105〕 前引〔45〕，杨伯峻译注书，第 205 页，第 201 页。
〔106〕 （清）吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社 2014 年版，第 40 页。
〔107〕 前引〔40〕，朱谦之书，第 14 页，第 232 页。
〔108〕 前引〔39〕，郭象注书，第 471 页以下。

弟，上恤孤而民不倍”，[109] 否则，“上无礼，下无学，贼民兴，丧无日矣”！[110] 惜乎历代统治者及其制定的法律常常自动遗忘自己的责任，[111] 片面强调父兄尊长的责任，甚至将这一责任强加给胞弟，试图用严刑峻法驯化民众，而不思以身作则的身教服民，正如薛允升之质问：“朝廷设官分职，本以教养斯民也，教养之道行，盗贼自然化为良善；……若谓父兄不能禁约子弟为盗，即应科罪，诚然，然试问在上者之于民，果实尽教养之道否耶？”[112]

标榜以儒学为正统思想的统治者，实则惯于“选择性”尊儒、“选择性”以礼入法，对符合自身利益者采纳之，对不符合者则常常视而不见，[113] 此即徐复观先生所谓专制政治对儒学的“缘饰”性利用。[114] 黄宗羲说：“后之为人君者不然，以为天下利害之权皆出于我，我以天下之利尽归于己，以天下之害尽归于人。”[115] 谭嗣同谓：“二千年来之政，秦政也，皆大盗也。”[116] 二说虽略有过激之虞，但从本文之论来看，亦颇可见得一斑。

Abstract: Ethical enlightenment is very important in Confucian ideal scheme of governing the country and pacifying the world. Because traditional Chinese laws, represented by the Qing Code, were deeply influenced by Confucianism, they accepted this idea and put it into the rule of household joint crime, which gave powers to the elders in family while imposing responsibilities on them. In Confucianism, the best method of enlightenment is “*Li*” and “*Yue*” (rather than punishment and politics). “*Li*” and “*Yue*” come from the people's hearts and conform to human nature, so they are conducive to preventing crimes and maintaining social order. When the rulers of various dynasties practiced this idea, they focused on the responsibilities of the elders in family while ignoring of their own greater responsibilities as the parents of their people, which reflected the rulers' selfish mentality.

Key Words: The Qing Code, joint crime, household joint crime, joint theft, Confucian ethical code

〔109〕 前引〔61〕，朱熹书，第 10 页。

〔110〕 前引〔60〕，杨伯峻译注书，第 148 页。

〔111〕 此处指统治者事前的责任，亦即教化之责，而非事后的刑罚之责。儒法二家均不反对在事后用刑罚治盗，故被二家铸造的历代王朝律典一贯秉承“王者之政，莫急于盗贼”的施政方略，以清律为例，除了大量的“实体性”律例，《刑律·捕亡》中还有“程序性”的“盗贼捕限”律，对期限内不能捕获强窃盗的捕役、汛兵、捕盗官等分别治罪，还有详尽的关于审理期限的规定（《钦定大清会典》卷五十六，光绪乙亥刻本）。张伟仁先生对相关问题有长文做部分论述（参见张伟仁辑著：《清代法制研究》第一辑册一，台湾商务印书馆 1983 年版，第 297 页以下）。这些规则体现的基本是官员的责任，而非作为统治者的君主自己的责任。

〔112〕 前引〔8〕，薛允升书，第 665 页。

〔113〕 故苏亦工教授认为法制史上常讲的“法律儒家化”一词值得商榷，参见苏亦工：《明清律典与条例》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 10 页以下。

〔114〕 参见前引〔98〕，徐复观书，第 171 页。

〔115〕 （明）黄宗羲：《明夷待访录》，段志强译注，中华书局 2011 年版，第 8 页。

〔116〕 （清）谭嗣同：《仁学》，中华书局 1958 年版，第 47 页。