

ZHONGGUO GUDAI DAOZUI YANJIU

中国古代 盗罪研究

孙向阳 著

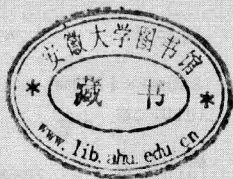


中国政法大学出版社

ZHONGGUO GUDAI DAOZ

中国古代 盗罪研究

孙向阳 著



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国古代盗罪研究 / 孙向阳著. — 北京 : 中国政法大学出版社,
2013. 7

ISBN 978-7-5620-4906-7

I. ①中… II. ①孙… III. ①盗窃罪—研究—中国—古代 IV. ①
D924. 352

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第163050号

- 书 名 中国古代盗罪研究
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 17 印张 400 千字
- 版 本 2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4906-7/D·4866
- 定 价 59.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

摘 要

本书是对盗罪法律史的研究，在立足法律历史的同时侧重历史上的法律。

我国古代盗罪立法历史悠久，内容丰富，系统完善，影响深远，但目前学界对于古代盗罪的研究多是根据法律文本和其他文献资料进行梳理阐述，或是对于盗罪的亲属相盗、计赃论罪、盗罪共犯等具体制度进行研究，也有对个别盗罪定罪量刑的法理分析。这些对于古代盗罪从史学和法学的视角进行的一般性归纳分类和分析说明为盗罪法律史的深化研究奠定了基础，积累了资料，提供了线索。但如果从法学的角度审视，显然深度不够，厚度不足，分量缺乏。本书则根据本人对于法律史专业的学习研究和长期从事司法实践的感悟和体会，既以历史研究的方法按照具体制度规则的纵向发展演变为线索，力图呈现古代盗罪法律适用的客观真实面貌；又据此基础，以现代刑法犯罪论的体系框架和犯罪构成为指导，深入探求古代盗罪在主体、客体、主观方面和客观方面的具体构成，包括共犯、罪数、未完成阶段、犯罪性质转化等具体形态，以及死伤结果、持杖手段、特别累犯、临时杀伤、因盗而奸等行为情节对于定罪量刑的重大影响。既从纵向注重古代不同时期盗罪制度规则的对比分析和法理论证，以探索古代盗罪犯罪构成原理规则的深切内涵，总结古代高超的立法技术经验，揭示彰显古人深邃的立

法指导思想观念和法律适用的智慧，并以此展现古代盗罪研究的理论价值；同时又从横向与我国和国外有关盗罪的现行立法进行分析对比，发现相互之间作为立法根据的内在法理的互通暗和之处，充分展现古代盗罪立法与实践对于现代刑事立法和法律理解适用的启发与借鉴，并以此深化充实古代盗罪研究的现实意义，进而实现发挥古代盗罪研究的现代价值这一主要目的。为此本书以《中国古代盗罪研究》为题，根据古代盗罪自身立法和法律适用的特点和规律，以现代犯罪论体系和犯罪构成原理的观念为指导安排全书内容。

全书总体上包括三个方面：一是为系统了解盗罪发展演变和阅读理解古代盗罪立法所必需的总结说明；二是为全面掌握古代包括“准盗论”、“以盗论”和“同强盗法”等在内的广义盗罪之分析阐释；三是作为本书核心的为深入研究古代狭义盗罪即“强盗”和“窃盗”以及具有交叉转化关系的“共盗”制度等犯罪构成的法理论证。

具体构成上，全书共分八章：

第一章是“盗罪的发展演变”。为保持全书的系统性，全书需要对于盗罪源流进行考察分析，并进而梳理有关盗罪的成文立法，以对盗罪有一个历史的概括了解，并在此基础上对与现代立法相对应的古代盗罪的具体研究范围进行明确。为此本书以“盗罪的发展演变”为题作为第一章，表明本书研究对象，确定全书的研究重点。具体包括盗罪源流的考察、盗罪的成文立法和盗罪内容的界定。

第二章是“盗罪的术语适用”。法律适用术语无论是古代还是现代立法，都是成文立法的一个重要组成部分，不仅表明本条的法律适用，而且涉及其它条文的法律适用，特别是关系着总则与分则，分则条文相互之间的适用关系。术语是法律适用

的指引和枢纽，也是法律适用的核心和灵魂。古代盗罪自秦律开始把盗作为其他犯罪定罪处罚的比附标准，唐律确立“六赃”制度，窃盗和强盗成为许多其他犯罪的准据之法，这样就必须首先解决盗罪法律适用术语的法律意义和使用方法。另一方面，法律适用术语同时也是窃盗和强盗以及以后各章的共同问题，为此本书以“盗罪的术语适用”作为第二章。具体包括“以盗论”与“准盗论”，“常盗”、“凡盗”与“监守盗”、“常人盗”，以及“与盗同法”、“与盗同罪”和“坐赃为盗”等几组术语的理解与使用。

第三章是“《名例》对于盗罪的特别适用”。以往关于盗罪研究的成果可见于具体制度的研究，或具体制度适用于盗罪的研究，但在收集资料和构思内容时发现在《名例》律中存在许多适用于盗罪或是包括盗罪在内的几种犯罪的特别立法，这些内容目前是对盗罪研究的忽略，本书把这一发现以“《名例》对于盗罪的特别适用”为题作为论文的第三章。经过研究发现，本章所谓对于盗罪的特别适用，无非就是对于犯罪行为人的具体适用，实际解决的是犯罪主体问题。包括盗罪与“十恶”、特权、刑罚变易、特殊主体、自首、共犯首从、“罪数”、赃物处置等制度的适用。

第四章是“盗罪构成的共同要素”。本书所写盗罪的具体罪名主要是窃盗和强盗，两者作为侵犯财产犯罪的典型方式，有许多犯罪构成的共同要素，如安排在窃盗和强盗各章就会形成重复。为此本文把这些共同的犯罪对象、犯罪故意、犯罪形式、犯罪形态安排在一章而一并解决，标题难以覆盖的放置于近似的问题之中，这样就形成了本书的第四章，即“盗罪构成的共同要素”。该章是作为本书重点的第五、第六和第七章的共同核心内容，包括“不以赃计罪”的犯罪对象、盗罪的侵犯形式、

“取非其有”的犯罪故意、“得财”和“不得财”的犯罪形态四节。其中的犯罪对象、犯罪故意、犯罪形态是强盗和窃盗的共同构成要素，解决的是盗罪的犯罪客体、犯罪主观方面和未完成形态问题。对于不同于现代立法处置的毁弃犯罪形式的研究也在本章一并进行。

第五章是“强盗”。区别侵犯财产犯罪性质的主要根据在于客观行为特征，本书对于不同时期的古代盗罪立法进行纵向的比较和糅合之后，抽象出可以体现强盗行为特征属性的问题，安排为“强盗”一章，对于强盗和与之相近的抢夺进行集中研究。包括通常强盗、特定强盗、结合强盗、先盗后强、图财害命、强盗的情节和结果加重，以及非强盗和白昼抢夺。该章是本书的核心，主要解决强盗的犯罪构成问题，包括积极犯罪构成和消极犯罪构成，以及强盗与相关犯罪的区别与转化。

第六章是“窃盗”。“窃盗”和强盗一样，内容多，篇幅大，尽管与强盗有交叉和转化，但仍适宜集中专章进行。具体包括基本构成、特别情形、情节后果、特别累犯、一家频盗，以及准盗论、非窃盗和非凡盗。该章同样是本书的核心部分，也是以客观方面的犯罪构成要素来解决窃盗犯罪构成，窃盗的罪与非罪以及与其他犯罪的转化与区分等问题的。

第七章是“共盗”。与现代立法相比其共犯盗罪的主体关系和行为表现相当复杂，存在着不同环节和阶段的交叉重合情形。遵循古代盗罪制度的自身特点规律，本书将共犯强盗和共犯窃盗作为“共盗”一章。包括通常共盗、盗贼窝主、相遇共盗、家人共盗、主奴共盗、谋行不一、必要共盗，以及监守与凡人共盗、家人与外人共盗、共盗临时杀伤等十种情形。这样设置可把犯罪主体、客观行为、刑罚关系等这些共存于强盗和窃盗之中，并将具有交叉转化关系的问题集中于一章进行，避免全

书内容的遗漏与重复，保证研究的科学严密。

第八章是“亲属相盗”。亲属相盗同样因主体关系的混合复杂和行为情形的交叉转化而适宜单独作为一章安排，包括立法形成、犯罪构成、现代意义等。

上述内容基本呈现出古代盗罪立法的全貌，集中了古代盗罪具体制度规则的历史沿革和内在的发展变化，突出了古代典型盗罪即“强盗”和“窃盗”各种形态犯罪构成的重点与核心。一方面解决了古代盗罪的罪与非罪的认定、此罪与彼罪的区分的法律标准和法理根据；另一方面，可资现代立法和司法实践参考借鉴的经验理性和实用理性的思想观念和 Experience 技术也是显而易见。

最后，通过本书对于中国古代盗罪立法、律学理论和法律适用等方面的全面考察和系统研究，我们可以从中发现古代盗罪立法的沿袭继承关系，以及盗罪犯罪构成的科学严密，开阔古代和现代关于盗罪主客观相符合的定罪原则和罪责刑相一致的量刑规则这一契合共通的审视思路，得到一些对于现实立法、司法实践和法学研究的重要启发。

目 录

摘 要	1
导 论	1
第一章 盗罪的发展演变	17
第一节 盗罪源流考察	17
第二节 盗罪成文立法	25
第三节 盗罪范围界定	53
第二章 盗罪的适用术语	63
第一节 “以盗论”与“准盗论”	63
第二节 “常盗”、“凡盗”与“监守盗”、 “常人盗”	71
第三节 “与盗同法”、“与盗同罪”和“坐赃 为盗”	76
第四节 “以盗为例”的法律适用规范	82
第三章 《名例》对于盗罪的特别适用	85
第一节 盗罪与“十恶”的关系	85
第二节 盗罪与特权的适用	87

第三节	盗罪与刑罚执行的变易	90
第四节	盗罪与犯罪主体的认定	94
第五节	自首对盗罪的适用	95
第六节	“共犯首从”对盗罪的适用	101
第七节	盗罪与“罪数”的关系	102
第八节	盗罪与赃物处置	108
第九节	盗罪的“倍赃”制度	114
第十节	“盗人所盗”之赃的处置	122
第四章	盗罪构成的共同要素	127
第一节	“不以赃计罪”的犯罪对象	127
第二节	“取得”和“弃毁”的侵犯形式	152
第三节	“取非其有”的犯罪故意	160
第四节	“得财”、“不得财”的犯罪形态	186
第五章	强盗	217
第一节	“以威若力”和“以药迷人”的通常强盗 ..	223
第二节	“以强盗论”和“同强盗法”的特定 强盗.....	229
第三节	“图财害命”的强盗	241
第四节	“临时行强”和“临时拒捕”的 “先盗后强”	259
第五节	“始行窃盗、因盗而奸”的结合强盗 ..	267
第六节	“死伤”和“持杖”	275
第七节	“弃财逃走、因而拒捕”的非强盗.....	282

第八节 白昼抢夺	293
第六章 窃盗	332
第一节 “潜形隐面”的基本构成	332
第二节 “以盗论”的特别情形	355
第三节 “持杖”与“死伤”	361
第四节 “于一家频盗”和“一时而盗数家”	370
第五节 “经断更行”的特别累犯	389
第六节 “弃财逃走，因相拒扞”的非窃盗	394
第七节 “非凡盗”的犯罪	397
第八节 “准盗论”的定罪处罚	401
第七章 共盗	414
第一节 “通常共盗”	416
第二节 “盗贼窝主”	422
第三节 “相遇共盗”	437
第四节 “家人共盗”	443
第五节 “监守与凡人共盗”	449
第六节 “主仆共盗”	451
第七节 “家人与外人共盗”	454
第八节 “共盗临时杀伤”	464
第九节 “谋行不一”	468
第十节 “必要共盗”	472
第八章 亲属相盗	474
第一节 亲属相盗形态萌芽与立法	474

第二节 亲属相盗犯罪的构成与处罚	479
第三节 排除适用于相盗亲属的法律制度	495
第四节 亲属相盗的意义	498
结 论	508
参考文献	514
后 记	528

导 论

一、写作的缘起

本书由本人博士论文摘要修改而成。

博士论文如何完成，自然想到自己长期司法实践工作的经历和刑法学的理论基础，选取法律史上与现代刑事法领域关联密切的问题在写作上恐怕更具优势。一次参加学术会议，听取一位博士生写作古代“七杀”问题的报告，启发了我写作古代“个罪”〔1〕的初步想法。由于在长期的司法实践中经常接触关于盗窃、抢劫、抢夺犯罪的既遂未遂、罪数关系、罪名区分等问题，虽是费尽思考，纷繁复杂的具体案情总会导致认识上的飘忽不定。还有一次在与同事关于抢夺罪的讨论交流中，我提出有些一把夺去的行为，对于取得财物发挥主导决定作用的行为在于悄然接近，猝然夺取，迅速逃离而不为人知何人所为的秘密性的行为，是否应以盗窃定罪的观点，他们首先感觉也有道理，继而感觉很有道理，但未能取得一致。在之后继续阅读《唐律疏议》时，便发现唐律并无抢夺的立法，一把夺去的情形也一定程度上符合唐律窃盗“潜形隐面”的犯罪构成。还有唐

〔1〕本书题目所谓“盗罪”按照现代刑法理论以犯罪客体为根据应视为“类罪”，但作为本书侧重研究的分别是大致相当于现代刑法抢劫罪和盗窃罪的古代“强盗”和“盗窃”，为此本书称之为“个罪”。

律关于盗罪成盗与否的标准非常实际；对“于一家频盗及一时而盗数家”的处置非常科学。此外还有许多对于现行立法和法律的理解和适用具有借鉴价值和启发作用的盗罪立法。这些内容对于自己长期以来工作实践中遇到的疑惑和不解产生了很大的帮助，甚至是一种深深的触动，常常有豁然开朗的感觉和“原来如此”的感慨。在与导师沟通之后确定了这一自己有思考、有感悟、有体验的《中国古代盗罪研究》题目，之后便是围绕这一问题查询信息、收集资料。阅读思考，在学习思考中越发感觉到这一选题的实践意义。另一方面，还发现法律史研究的成果中，并无依据犯罪论的体系、遵循犯罪构成的原理对于盗罪研究的有力之作，从而确信了对此进行系统研究的理论价值。就这样坚信了自己这一选题的针对性、适宜性和创造性，激发了学习研究的灵感，经过一个时期的酝酿思考和对已经掌握的资料筛选组合，自然形成了本书的初步构思。

二、内容的确定

形成本书的初步构思之后，作为对于中国古代盗罪研究的著作，首先还必须对“盗罪”的内涵和外延加以界定，以明确研究范围，突出研究重点。孟子对于“盗”定义为“夫谓非其有而取之者，盗也。”张斐所作《注律表》将“盗”定义为“取非其物谓之盗”，唐律及其后世均规定“公取、窃取皆为盗”。这说明盗罪的范围是广泛的，包括一切“取非其有”的侵犯财产犯罪。但是在唐律之前盗即有强盗和窃盗之分；唐律又以“在律，‘正赃’唯有六色：强盗、窃盗、枉法、不枉法、受所监临及坐赃。自外诸条，皆约此六赃为罪”的规定而设置“六赃”制度，其中把“强盗”和“窃盗”作为所有盗罪的基本罪名，其它“取非其物”之盗均比附强盗窃盗处罚；明清律继承了唐律对于强盗和窃盗的

基本立法。因此本书研究的盗罪一方面会涉及广义的“取非其有之盗”，另一方面则据此以“强盗”和“窃盗”为重点内容。

作为“强盗”，唐律疏文解释：“诸强盗，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。”明清律在继承的基础上虽有所改造，但以“威”、“力”和其他“迷人”取财手段的基本属性是完全相同的。分别相当于现代刑法以暴力、以暴力威胁和以其他手段实施的抢劫罪。对于“窃盗”，唐律解释为“潜形隐面而取”，明清律解释为“潜形隐面，私窃取其财”，均强调取得财物手段的“不为人知”，显然相当于现代刑法以秘密窃取手段实施的盗窃罪。同时，明清律在唐律的基础上增加了介于强盗和窃盗之间的“抢夺”，其与现代刑法的抢夺罪的表现形态具有一定程度的竞合性。因此作为本文研究重点的“强盗”和“窃盗”与现代刑法的抢劫罪、盗窃罪和抢夺罪是基本对应的。

三、学术史回顾

在明确本书的研究范围之后，根据全书的构思和框架，接下来便是从学术规范和创新的角度进一步围绕研究的范围和重点而选取素材，以便全面掌握前人的研究成果和研究现状，确定自己文章的基本内容和学术创新，这样就需要进一步收集资料，阅读分析，对于盗罪研究的学术史全面回顾，为此关于盗罪研究的成果和现状在此分别予以总结阐述。

针对盗罪的期刊文章和资料主要有：

1. 钱大群先生的《中国古代盗窃罪探索》^{〔1〕}一文，阐述了中国古代盗窃罪概念的形成与发展；概括了古代惩治盗窃犯

〔1〕 钱大群：“中国古代盗窃罪探索”，载《中国法律史考论》，南京师范大学出版社2001年版。

罪的基本特点；分析了古代刑律对于盗窃共犯处置的基本规则；介绍了惩治盗窃犯罪的追赃制度。

2. 蔡枢衡先生在其《中国刑法史》〔1〕中较早地运用音韵学、训诂学的方法对古老盗罪的出现进行了考证，并对历代盗罪立法的特点进行了简要的梳理和评析。

3. 日本学者掘毅的《秦汉盗律考》〔2〕一文则以睡虎地秦简所载秦律为对象，对秦汉时期出现的盗罪的种类和其适用的刑罚进行了详细的考证和比较研究。

4. 陆惠芹的《盗窃罪小考》、〔3〕王全忠、张睿的《试论〈秦律〉对盗窃罪及与其有关刑事犯罪的定性及处罚》、〔4〕刘柱彬的《中国古代盗窃罪概念的演进及其形态》、〔5〕李克非的《盗窃罪的立法沿革与比较研究》〔6〕等文章则以对盗窃罪的立法考察为线索，探讨了盗窃罪及其相关罪名的概念，盗窃罪在历代法律中的规定，并运用现代刑法理论对盗窃罪的犯罪构成形态简要进行对比研究。

5. 柳正权的《先秦盗罪考》〔7〕一文则依据仅存的文献资料 and 实物资料，对先秦侵犯财产的犯罪行为进行了梳理，对于不同时期盗的内涵外延进行辨析，勾勒出了先秦时期盗罪演变

〔1〕 蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版。

〔2〕 [日] 掘毅：《秦汉盗律考》，载 [日] 掘毅：《秦汉法制史论考》，法律出版社1988年版。

〔3〕 陆惠芹：“盗窃罪小考”，载《河北法学》1984年第3期。

〔4〕 王全忠、张睿：“试论〈秦律〉对盗窃罪及与其有关刑事犯罪的定性及处罚”，载《河南大学学报（社会科学版）》1992年第1期。

〔5〕 刘柱彬：“中国古代盗窃罪概念的演进及其形态”，载《法学评论》1993年第6期。

〔6〕 李克非：“盗窃罪的立法沿革与比较研究”，载《政法论坛》1997年第3期。

〔7〕 柳正权：“先秦盗罪考”，载《法学评论》2002年第4期。

的基本线索。

6. 曹旅宁的《张家山汉简盗律考》^{〔1〕}一文根据其中的“盗律”条文，认定了群盗的集团犯罪类型，分析了群盗的犯罪构成要件和对群盗的严厉处罚，澄清了睡虎地秦简《法律答问》若干含混不清之处。

7. 闫晓君的《秦汉盗罪及其立法沿革》^{〔2〕}，该文将张家山汉简《盗律》与相关文献记载相结合，通过汉简《盗律》与唐律的比较，分析秦汉时期各种类型的盗罪特点及相关立法，描述这一时期《盗律》的发展沿革轨迹。

8. 谢全发的《汉初盗罪述论——以张家山汉简为中心》^{〔3〕}一文则是主要运用现代刑法的理论方法，以张家山汉简中的《二年律令》等资料为主要考察对象，结合其他的传世文献，依据立法内容，剖析了汉初盗罪的构成，对比了秦汉时期盗罪立法的关系。

9. 曾加的《〈二年律令〉中的〈盗律〉及其法律思想初探》^{〔4〕}一文则分别从法律思想和群盗的角度对《盗律》进行了研究。

10. 李艳君的《秦简中的盗律》^{〔5〕}一文以睡虎地秦墓竹简整理小组整理出版的《睡虎地秦墓竹简》为据，介绍评析了战国末至秦统一时期秦代的盗律，包括秦盗律的内容、种类及处

〔1〕 曹旅宁：“张家山汉简盗律考”，载《南都学刊（文社会科学学报）》2003年第1期。

〔2〕 闫晓君：“秦汉盗罪及其立法沿革”，载《法学研究》2004年第6期。

〔3〕 谢全发：“汉初盗罪述论——以张家山汉简为中心”，载《重庆师范大学学报（哲学社会科学版）》2006年第3期。

〔4〕 曾加：“《二年律令》中的《盗律》及其法律思想初探”，载《西安电子科技大学学报（社会科学版）》2004年第12期。

〔5〕 李艳君：“秦简中的盗律”，载《辽宁师专学报（社会科学版）》2006年第5期。