

古今之间的清律盗毁神物^{*}

——神明崇拜、伦常秩序与宗教自由

谢 晶

摘 要:如同古今中外法律及实践的惯例,《大清律例》对“神物”有超乎对普通物品的特殊保护,并主要体现在“盗大祀神御物”、“毁大祀丘坛”等律例之中。但是,这些规则因受周孔以降人文精神的影响,对神明由盲目崇拜转向实则对伦常秩序的关注,“敬神而不佞神”,严格限定律例中神物的种类、范围以及侵害的方式。宗教在我国传统时代通常能享有一种“消极的”自由,而欧西因历史上宗教颇为不自由,故作为回应,近代以后逐渐形成一种相对“积极的”宗教自由制度。我国有关神物的规则在近代转型的过程中,继受了欧西的这类体现“积极的”宗教自由的规则,而放弃了传统的模式。这类规则对我国而言可能并非较好的选择。

关键词:大清律例;盗大祀神御物;盗毁天尊佛像;神物;宗教自由

引 言

无论古今中外的人类社会,均一定程度存在对超自然、彼岸世界的关注甚或崇拜的现象,与此相应,和超自然、彼岸世界相关联的物品常被赋予某些特殊的意涵,或被认为拥有神奇的力量,因而获得超乎普通物品的关注、崇拜。为了论述方便,本文将这类物品统称为“神物”。

对神物的关注、崇拜还常直接体现在法律之中,对神物施加超乎普通物品的保护,吉同钧即发现,“欧西各国崇尚宗教,凡盗及教堂者,治罪加严。德律,盗礼拜堂内器具及供礼拜神祇之建造物者,处惩罚。俄律,盗教堂神物及供奉之灯烛、杯盏、经卷,罚作苦工云云。虽名色各有不同,而其尊敬神道则一也”^[1](P.247)。在我国历史上,以传统时代的最后一个王朝清代为例,《大清律例》^①中受到特殊保护的神物主要有神御物、祭祀场所的建筑物内及周遭环境中的物品、坟墓等,而在唐宋等其他时代,佛教、道教的神佛造像也被纳入律典特别保护的神物。

目前学界还并未有针对传统时代这些规则的整体性论述,仅散见一些对其中个别条文或规则的研究,如盗大祀神御物、盗毁天尊佛像、发冢等律。^②本文即试图将这些有关神物的规则一并进行讨论,以

作者简介:谢晶,法学博士,中国政法大学法学院副教授。

* 本文系司法部国家法治与法学理论研究项目中青年课题“清代庙产纠纷解决机制及其当代借鉴”(项目编号:17SFB3006)、中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划、教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“印度法系及其与中华法系的比较研究”(项目批准号:14JJD820018)资助。

① 本文所引《大清律例》条文之参用本为薛允升著述《读例存疑重刊本》(第三册),黄静嘉编校,(台湾)成文出版社1970年版。本文引用律例时不再标注页码,仅注明黄静嘉先生所编之律例编号(为方便起见,本文改原文汉字字符为阿拉伯数字)。

② 如周东平“论佛教礼仪对中国古代法制的影响”,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2010年第3期;吕丽、刘玮“唐律有关祭礼犯罪的立法及其影响”,载《社会科学战线》2007年第6期;刘鄂“依违于礼教与宗教之间——《钦定大清刑律》‘发掘坟墓罪’研究”,载《清华法学》2014年第1期;谢晶“财产何必‘神圣’?——清代‘盗官物’律例论析”,载《台湾《法制史研究》第31期。

清代为核心并兼及唐宋以来之演变及清末以降之近代转型,挖掘古今相关规则及背后法律思维、文化之异同,为当下的相关制度、政策提供一些来自历史的正面或反面的经验。

一、儒家的祭祀:从神明崇拜到伦常秩序

正如冯友兰先生言“人在原始时代,当智识之初开,多以为宇宙间事物,皆有神统治之。”^{[2] (P.28)} 商代的人们还比较迷信,奉祀不少神祇,既有“风雨河岳之属的自然神,也有一大批先公先王的祖灵”,《礼记》所谓“殷人尊神,率民以事神,先鬼而后礼”^{[3] (P.728)}。到周时虽还有对“天”的信仰,但已“明白一切固保天命的方案,皆在人事之中”,“将天命归结为人主自己的道德及人民表现的支持程度”^{[4] (P.114-125)}。故周时各类祭祀活动尚繁,然已具备了宣示政权、厘定社会关系(伦常秩序)等政治、社会功能,而不仅是对神明的崇拜^{[5] (P.294-296)},《礼记》又谓“周人尊礼尚施,事鬼敬神而远之,近人而忠焉”^{[3] (P.728)}。

子曰“周监于二代,郁郁乎文哉!吾从周。”^{[6] (P.28)} 孔孟儒家大力倡导的包括各式祭礼在内的“礼”,即这类继承自西周的宣示、表彰政治、伦常秩序的人文主义的礼,所祭者并非缥缈玄虚、遥不可及、超然于人的神,而是“法施于民则祀之,以死勤事则祀之,以劳定国则祀之,能御大菑则祀之,能捍大患则祀之”,且即便是对一些自然物的祭祀,也并非简单的“自然神”迷信,而是因“日月星辰,民所瞻仰也,山林、川谷、丘陵,民所取财用也”,非有功于民、有用于人事者,均“不在祀典”^{[3] (P.604)}。与祀典所载官方的祭祀活动内涵同质,在民间,普通人去世之后也会得到在世亲友出于伦理、人情的祭祀。^① 祭祀非为鬼神,而是一种“礼仪规范、道德规范”,体现“报恩、报本”的人文观念^{[7] (P.54-55)},既进行了“理性化的脱巫”,又“珍视性地保留着神圣性与神圣感,使人对神圣性的需要在文明、教养、礼仪中仍得到体现”^{[8] (P.15)},此之谓“儒家的祭祀”。

我国传统时代此后的政治、文化、社会即继续沿这一脉络发展,一方面“敬鬼神”,政府及民间均一直保留各类祭祀活动,另一方面又能“远之”,不佞鬼神,对鬼神的祭祀活动也实则着眼于人事、伦常。这一对鬼神的态度也直接体现在清律有关神物的规则之中:一方面对神物有超乎普通物的保护,另一方面严格限定被特别保护的神物的种类、范围以及侵害的方式。

《刑律·贼盗》“盗大祀神御物”律曰:

凡盗大祀(天曰)神(地曰)祇御用祭器帷帐等物,及盗饗荐玉帛牲牢饌具之属者,皆斩。(不分首从、监守常人。谓在殿内,及已至祭所而盗者)其(祭器品物)未进神御,及营造未成,若已奉祭讫之物,及其余官物(虽大祀所用,非应荐之物)皆杖一百,徒三年;若计赃重于本罪(杖一百,徒三年)者,各加盗罪一等;(谓监守、常人盗者,各加监守、常人盗罪一等,至杂犯绞斩不加)并刺字。(257-00)

该律仅针对神物中的大祀神御物。所谓大祀,《礼律·祭祀》“祭享”门内例文有解说“大祀,祭天地、太社、太稷也。”(157-02)至于中祀、小祀^②等其他级别祭祀中涉及的神物则不在本律处罚范围之内。此外,清末时将祭孔升入大祀,于是“如盗孔庙祭器等物,应依此律办理”^{[9] (P.53)},但在此之前的案例则是比本律减一等处理^{[10] (P.367)}。嘉庆年间的成案还将盗关帝神像、银什供器也比照该律处理,因刑部认为“关帝虽未载在大祀,为我朝崇敬,较之神祇御用为重”,只是由斩立决“奉旨改为斩侯,入于秋审情实办理”^{[11] (P.59-60)}。但若仅是行窃关帝座前御用之物,则被认为较盗关帝神像情节为轻,故相关案例是比照本律减一等,杖一百、流三千里。^③

神御物,即神祇御用饗荐之物,根据该律,其包括“御用祭器帷帐等物”以及“饗荐玉帛牲牢饌具之

^① 当然,前者相较后者有宣誓政权的作用,但在传统时代“家国同构”的政治、社会构架下,政治秩序也即扩大的伦理秩序,故官方与民间的祭祀活动可谓“同质”。

^② “中祀,如朝日夕月风云雷雨岳镇海渎,及历代帝王先师先农旗纛等神。小祀,谓凡载在祀典诸神。”(157-02)

^③ 又因“系新疆回子改发黑龙江交该将军严加管束,仍照例刺字”。祝庆琪等编撰《刑案汇览全编·刑案汇览续编》(第九卷),法律出版社2008年版,第367-368页。

属”为神祇所御用或饗荐于神祇,在殿内或已至祭所,盗之则属“十恶”重罪中的“大不敬”(002-00),故“不分首从、监守常人”盗之皆斩。嘉庆二十年(1815)吉二偷窃堂子黄段、咸丰二年(1852)贾三等行窃天坛皇乾殿内物品即均依此拟斩立决^[11](P.60 [10](P.368))。但若“未进神御,及营造未成,若已奉祭讫之物,及其余官物”,“与盗之神前有间”,^①故仅“皆杖一百,徒三年”。清律对盗一般官物(寻常仓库官物)的处罚方式是计赃论罪(264-00、265-00),此律不计赃数皆斩/杖一百徒三年,惟盗后一类大祀神御物计赃重于本罪(皆杖一百,徒三年)者,方较计赃之罪(分别监守、常人盗)加一等。^②

除了“盗”之外,清律禁止的对大祀神御物的侵犯方式还有“毁”。《礼律·祭祀》“毁大祀丘坛”律第二节“若弃毁大祀神御(兼太庙)之物者,杖一百,徒三年。(虽轻必坐)遗失及误毁者,各减三等。(杖七十,徒一年半;如价值重者,以毁弃官物科)”(158-00)“弃毁”为故意,“遗失及误毁”乃过失,前者比后者重三等处罚,“以毁弃官物科”即计赃准窃盗论、加二等,遗失及误亦是较故意弃毁者减三等。(098-00)该律不计赃的原因与盗大祀神御物一样,神御之物较一般官物为重,故亦是惟“价值重者”方计赃,以毁弃一般官物律科罪。道光十七年(1837)校尉张士英在南郊大祀之时失足“致将亭顶落下及出簷处略有缺痕”,即本应依本律“误毁者减三等”,但审理者认为“虽讯系一时失足脱肩,惟大祀重典,亭内恭奉神座,并不敬谨将事,非寻常失误可比。其不敬莫大,于是若仅照本律问拟,未免过轻”,拟依大不敬律斩立决,不过上谕并未同意这一看法,仍将其“减为杖徒”^[10](P.206-207)。

大祀神御物中的牺牲如“喂养不如法,致有瘦损”,也是一种清律规定的对神物的侵害方式,《礼律·祭祀》“祭享”律规定了相应的处罚方式“一牲,笞四十;每一牲加一等,罪止杖八十。因而致死者,加一等。”(157-00)

清律中还有比大祀神御物更为神圣、贵重的神物:大祀丘坛。“大祀天地,有圜丘、方丘,即天坛、地坛也”,“享神之所……天子亲临致敬之处,故重于神御之物”,不论故意与过失,毁损“大坏曰毁,小坏曰损”即皆杖一百、流二千里。至于壝门,其为“坛外之坛,有门以通出入者也”,亦即“迎神之所”,同样也是“天子亲临致敬之处”,所以沈之奇笺疏指出,壝门也“重于神御之物”^[12](P.386)。但其实细绎该律,毁损壝门者,不论故误皆杖九十、徒二年半(故意)弃毁大祀神御物者杖一百、徒三年(过失)遗失及误毁者杖七十、徒一年半,亦即仅在过失的状态下方对毁壝门的行为处罚重于对神御物者,在故意的情形下则是对神御物的处罚更重,故实难看出律典有壝门“重于神御之物”之意。(158-00)在实践中,损坏文庙内物品也是被比照本律杖一百、流二千里^[10](P.645)。

丘坛地重,故“天地等坛内”禁止“纵放牲畜作践,及私种藉田外余地,并夺取藉田禾把”违者“俱问违制”^③杖一百;牲畜入官,犯人枷号一个月发落。(158-01)并在接下来的158-02例中规定查禁之责“八旗大臣将本旗官员职名,书写传牌,挨次递交,每十日责成一人,会同太常寺官,前往天坛严查。有放鹰打枪、成群饮酒游戏者,即行严拿交部,照违制律治罪。”据沈之奇说,158-01例云“天地等坛”,故“社稷、太庙皆同”^[12](P.387),但158-02例仅涉及天坛,故可看出天坛之地位又较其他丘坛为重。正因为此,在案例中,嘉庆二十一年(1816)邵亨澹将其师祖所遗天坛内坍塌房屋的木料、砖瓦等出售,虽然“经查明伊祖房屋,并非官为建盖”,但刑部亦认为“天坛重地”不能轻纵,于是将其比照盗大祀神御物律中关于“盗大祀祭器品物、未进神御及其余官物满徒”的规则上减一等处罚,杖九十、徒二年半^[11](P.60)。

值得注意的是,以上律例虽多强调“大祀”,但“祭祀”篇“祭享”律第五节言“中祀有犯者,罪同。(余条准此)”(157-00)那么“准此”之“余条”意旨哪些呢?沈之奇言“或谓‘余条准此’所该者广,则

^① 沈之奇详解这类神物“御用之物,未进殿内;饗荐之物,未陈祭所;及营造御用之物,尚尤未成;进奉饗荐之物,祭讫撤回;与其余官物,如七箸釜甑之属,虽大祀所用,而不系御用饗荐者。”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553页。

^② 从整体上对清律盗官物律例的研究,以及关于“监守”与“常人”之别的辨析,可参见拙作“财产何必‘神圣’?——清代‘盗官物’律例论析”载《台湾《法制史研究》2017年第31期。

^③ 即062-00律。

刑律盗大祀神御物坐斩,中祀亦斩耶? 谬矣。曰余条,是言祭祀条内者,非曰余律而可概及也。”^[12] P.384 吉同钧研究成案之后也发现,《刑律》中的“盗大祀神御物”律确“专指大祀,其中祀、小祀俱不得援引也”^[9] P.53。此说应为一般处理原则,刑部在处理相关案例时亦曾强调“中祀以下诸神御用各物,即不得滥引此律。”^[10] P.367 不得滥引,那么该如何处理呢? 实践中,道光五年(1825)赵大偷窃系属中祀的先农坛内的“其余官物”,刑部判定,律内“并无盗中祀官物作何治罪明文,应比照‘盗大祀官物’减等问拟”,但因“该犯两次偷窃,情节较重,……非寻常偷窃可比,自应加重科断”,于是将其直接比照盗大祀神御物律内关于盗“其余官物”的规则杖一百、徒三年,并未减等^[11] P.418。而同治二年(1863)买买提行窃城隍、药王神像胡须,刑部指出“按律只应计赃科罪”^[10] P.367。

传统时代还广泛存在对已故的人的祭祀活动,祭祀范围上到帝王下到普通人,于是律典对这类祭祀活动中涉及的神物也有不同程度的特别保护。对已故之人坟墓的保护集中在《刑律·贼盗》“发冢”门中。坟墓是“死者之所藏而不致暴露,生者之所保而不忍发掘者也”^[13] P.335,不仅是超自然角度上死者魂魄的居所,更是人伦秩序中生者孝道的寄托处。^① 大致而言,对发冢的处罚标准主要有二,其一,根据对坟墓的破坏(暴露)程度,程度越严重相应的处罚越重,反之则越轻;其二,根据发冢者与坟墓主人的亲疏尊卑关系,卑发尊者罪重,反之罪轻。(276-00~23)对一些地位高的人的坟墓还会加大保护,这些人主要有“贝勒贝子公夫人等”、“历代帝王”、“会典内有从祀名位之先贤名臣”、“前代分藩亲王”、“递相承袭分藩亲王”、“前代分藩郡王”、“追封藩王”等。(276-12)实践中,并未被列入律典的贵人、公主的陵寝或殓堂也可能得到更多的保护,^②而窃盗先王陵寝的物品则更是直接比照盗大祀神御物律,不分首从皆斩。^③

若是历代帝王陵寝及先圣先贤忠臣烈士坟墓,《礼律·祭祀》还有专门的“历代帝王陵寝”律规定“所在有司,当加护守”,“不许于上樵采耕种,及牧放牛羊等畜。违者杖八十”。(160-00)又有《刑律·贼盗》“盗园陵树木”门对(皇家)园陵内及普通人坟茔内的树木^④等物有特别保护,且对前者之保护重于后者。^⑤ 甚至还规定了两种直接比照盗大祀神御物律处理的情况:其一,“凡山前后各有禁限,如红椿以内,盗坎树木,取土取石,开窑烧造,放火烧山者,比照盗大祀神御物律斩”;(263-02)其二,“凡旗、民人等在红椿以内,偷挖人参,至五十两以上,为首,比照盗大祀神御物律斩”。(263-04)嘉庆十二年(1807),周明、孙秀在“木门沟大湟地方红椿以内,迭次邀伙,盗坎树数十余株”,即依第一条例文,比照盗大祀神御物律处理。^⑥

二、佛道入律: 限制与保护中的伦常秩序和神明崇拜

我国传统时代历代之律典有明显的承继关系,清因于明,而明袭于唐宋元。史家向对唐律有颇高评价,“论者谓唐律一准乎礼,以为出入得古今之平”^[14] P.712,而对于明律(实则包括清律)与唐律的沿革,薛允升有经典论说,称明律因“删改过多,意欲求胜于唐律,而不知其相去甚远也”,出现了所谓的“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”^[15] P.170。

应该说,这些说法大致不谬,笼统而言,唐律至少相较其后世之律典为“儒家化”程度最高者,^⑦但

① 关于清代时人的祖坟观念,可参见冯尔康“清代宗族祖坟述略”,载《安徽史学》2009年第1期。

② 相关案例,可参见祝庆琪等编撰《刑案汇览全编·续增刑案汇览》(第五卷),法律出版社2008年版,第258-259页。

③ 相关案例,可参见祝庆琪等编撰《刑案汇览全编·刑案汇览》(第十二卷),法律出版社2008年版,第750-751页。

④ “树木为护阴之物。”参见沈之奇《大清律辑注》(下),怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第561页。

⑤ 对本门律例的具体研究,可参见拙文《天下无私:清律中的自然资源“所有权”》,待刊稿。

⑥ 内阁大库档案,登录号123788-001(台湾“中央”研究院藏)。

⑦ 当然,学者对“儒家化”、“一准乎礼”这些命题颇有商榷,笔者也赞同“唐律所据以为准的‘礼’是唐礼,亦即秦汉以来繁衍变异的礼。……这种‘礼’与孔子所倡导的礼已经有了实质性的差别,不过‘唐礼也毕竟是滥觞于原始儒学且始终与其保持着千丝万缕的联系,……孔孟的思想借助唐礼这个载体渗透到唐代法律之中在一定意义上说也确是事实”,唐律至少相较其后世之律典是体现儒家思想程度最高者。参见苏亦工《天下归仁:儒家文化与法》,人民出版社2015年版,第78-121页。

是,若细绎唐明(清)律的具体条文,如本文所论有关神物者,则这一概括便恐不能尽赅。仅以“盗大祀神御物”律为例,如前所论,明清该律刑罚显重于盗一般官物,凡盗者皆斩,若盗未进神御、营造未成、已奉祭讫之物及其余官物者皆杖一百,徒三年,计赃重于本罪者,各加盗罪一等。^①而唐宋该律处罚则仅流二千五百里,“其拟供神御,未饌呈者,徒一年半。已阙者,杖一百。若盗釜、甑、刀、匕之属,并从常盗之法”^{[16] [P. 377] [17] [P. 334-335]}。该律隶属贼盗律,故前后相较,确实符合“贼盗及有关帑项钱粮等事,明律则又较唐律为重”的归纳,但是,亦如前所论,该律保护的是儒家的伦常秩序,故从而而论,该律则不能尽合关于“事关典礼及风俗教化等事,唐律均较明律为重”的说法。^②

更典型的反例是一条为唐宋律所有而明清律所无的律文——“盗毁天尊佛像”。如前所言,周孔以降的传统时代敬神而不佞神,呈现出鲜明的世俗化、人文主义色彩,此点体现在清律有关神物的规则中,也体现于笔者此前一篇拙文中探讨过的清律对佛道等宗教管理的问题^[18]。然而,若纵观整个传统时代,则在这一鲜明的主色调之下,仍不乏稍异的色彩,且这一异色恰发生于“一准乎礼”的唐律。

如所周知,儒家思想在西汉被确立为官方正统,但在东汉覆亡之后长达四个世纪的分裂和混乱局面中,“官方确立的正统儒学不仅无法解释分崩离乱的社会现象,而且也无从慰藉人们的心灵”,佛道乘机兴起,至少在理论层面、在士大夫群体的精神世界中,佛道的影响力渐呈盖过儒家之势。这样的状况甚至持续到隋唐,那时的官方也对佛道表示出充分的礼敬与支持,^③“唐代尊崇释、道,以二教为国教,奉佛祖、道尊为先圣,自皇帝贵族至士庶百姓无不顶礼膜拜”^{[19] [P. 1361]}。在这一趋势的影响之下,唐律虽仍延续汉魏晋以来的“儒家化”脉络,仍从整体而论敬神不佞神,律典中仍有诸如“称道士女官”、“私入道”这样的律文,以儒家之礼限制、管控佛道,将佛道一定程度上拉回儒家构建的伦理秩序之中。^④但是,仅从有关神物的规则即可见得,此时官方对佛道的礼敬与支持态度实已被显著地铸入了律典之中。^⑤《唐律疏议·贼盗》“盗毁天尊佛像”律曰:

诸盗毁天尊像、佛像者,徒三年。即道士、女官盗毁天尊像,僧、尼盗毁佛像者,加役流。真人、菩萨,各减一等。盗而供养者,杖一百。(盗、毁不相须)^{[16] [P. 383]}

该律不仅禁止道士、女官以及僧、尼盗毁本教神像并定以较重刑罚(加役流或减一等),还规定凡人盗毁者及“道士等盗毁佛像及菩萨,僧、尼盗毁天尊若真人”者亦须徒三年,惟盗而供养者,因“非贪利”,仅杖一百。正如学者所言,该律“着眼点非在盗毁,乃在其亵渎神圣也”^{[19] [P. 1361]},实则将本来是佛教教徒“才应遵守的戒律与礼仪进行普遍化、一般化、刑法化,使之成为必须普遍遵守的强制性的社会规范”,亦即将佛道教礼敬各自神像的戒律、礼仪通过普遍性、强制性的国家法律作用到不信佛道的人的身上^[20],让这一时期的律典沿着世俗化的反方向迈了一步。

佛道日盛的态势直到中唐以后方渐止,以韩愈、李翱为代表的大儒挺身而出,着力辟佛抑道。沿此进路,宋儒更进一步,进行了一场“吸收学习、超越扬弃”的更高程度的批评与论辩,被誉为“理学之大纲”、“支配我国士人之精神思想凡五六百年”^⑥的《近思录》卷十三“异端之学”凡十四章收录的即均是这类著述^{[21] [P. 123-126]}。不过,理学家这类思想的影响力在宋代至少还未直接、充分体现在律典之中,《宋刑统》“盗毁天尊佛像”律完全承袭自唐^{[17] [P. 338]}。理学的“制度化”达成于元,^⑦而理学家这类思想的影响直接达于相关制度,亦是发生于元。

① 明代该律与清同,参见《大明律》,怀效锋点校,法律出版社1999年版,第135-136页。

② 笔者的这一观察似与吕丽教授不同,参见吕丽、刘玮“唐律有关祭礼犯罪的立法及其影响”,载《社会科学战线》2007年第6期。

③ 思想史上的这一脉络,参见苏亦工《天下归仁:儒家文化与法》,人民出版社2015年版,第122-124页。

④ 《唐律疏议》,刘俊文点校,法律出版社1999年版,第155-157、256-257页。对这两条律文的详解,参见谢晶“家可出否:儒家伦理与国家宗教管控”,载《北方法学》2015年第4期。

⑤ 当然,诚如刘俊文先生所论,“唐律此条之设,虽有举国尊崇释道之背景,实亦渊源有自者也”,而并非全然唐律首创,相关渊源参见刘俊文笺解《唐律疏议笺解》(下册),中华书局1996年版,第1361-1362页。

⑥ 语出陈荣捷,参见氏著《近思录详注集评》,华东师范大学出版社2007年版,“引言”第1页。

⑦ 这一过程可参见葛兆光《中国思想史》(第二卷),复旦大学出版社2015年版,第251-262页。

元代相关条文有二,其一关于僧侣“诸为僧窃取佛像腹中装者,以盗论。”其二针对一般大众“诸盗塔庙神像服饰,无人看守者,断罪,免刺。”^[22]〔P.419、421〕在这两种情形之下,窃盗者均不仅并不会被加重处罚(仍“以盗论”),且还可能减轻处罚(“免刺”)。值得玩味的是,元代其实是传统时代统治阶层佞佛现象较为突出的时代,“政治局面里,僧侣占到很高的位置。皇室佛事,占国家政费之泰半。……大概当时的社会阶级,除却贵族军人外,做僧侣信教最高”举其著例,泰定帝泰定二年(1325),竟“以鲜卑僧言,为全天下立祠比孔子”^[23]〔P.654-658〕。而在这样的时代,国家法制竟有这样的变化,更是体现出理学家思想在元代影响之深刻。

薛允升曾提到,“尝阅元史刑法志,亦间有明律相符者,知明律又承用元律也”^[24]〔P.1〕。明清时代的律典在有关佛道教神像的制度上确实延续了元代的做法,且更进一步,不再有专门关于佛道神物的规则(“盗毁天尊佛像”律以及元代的两条均无),可谓进一步世俗化。与此同时,正如笔者已在此前拙文中详论,明清时代较唐宋还新增“僧道拜父母”律,要求僧道“出家”之后仍“在家”,继续遵循儒家伦理秩序中的拜父母、祭祀祖先、丧服等第等规则^[18]。故而可以说,明清律典至少在关于佛道教规则的这一减一增,较唐宋律典更加相契于儒家所倡导的伦理秩序、更加世俗化。

三、积极保护与消极容忍:宗教自由观下的神明和伦常

清末修律以降,传统时代关于盗毁神物的这些规则亦随之被模仿自西洋或东洋的所谓近现代刑法取代。在1907年完成的《大清刑律草案》中,与各类祭祀活动有关的罪名主要集中在第20章“关于祀典及坟墓罪”。第250条:

凡对坛庙、寺观、墓所、其余礼拜所,有公然不敬之行为者,处五等有期徒刑、拘留或一百元以下罚金。其妨害葬仪、说教、礼拜、其余宗教上之会合者,亦同。

第251条至第255条则关于发掘坟墓、盗毁遗体及陪葬物。此后清廷及民国乃至1949年之后我国台湾地区制定、颁布的历部刑法典或草案的相关条文均以此为模本,虽常有细节之损益但大体未改。^①按照当时立法者的说法,第250条沿革自传统时代的“盗毁天尊佛像”、“毁大祀丘坛”等律,而第251条至第255条则来自传统时代的“发冢”律,将这些条文合于此章的原因在于:

中律祀典向隶《礼律·祭祀》,凡丘坛、寺观俱赅于内。查各国刑法,宗教特立一门,盖崇奉神明之意,中外同此一理。既根于全国之习惯,即为社会秩序所关系,故仍设为专章。至各国正教亦附于后,以符信教自由之原则。

挖掘坟墓,大率利其棺内财物,自唐以后俱列贼盗。然就广义言之,或挟仇示辱、或贪图吉壤、或指称旱魃,原因复杂,不仅财物一项。兹从各国通例,移辑本章之后。

所谓“坛庙、寺观”,“指载列祀典或志乘者而言”,故言传统律典的《礼律·祭祀》与其有某种程度的渊源关系,应无疑义,但传统律典与该条有渊源关系的可能并不限于《礼律·祭祀》,^②如“盗毁天尊佛像”律即隶属“贼盗”,而《刑律·贼盗》中的“盗大祀神御物”律虽被立法者列为第350条(窃盗罪的加重情形)的渊源之一而非此处第250条,但其实仅从逻辑即可推论,既然毁大祀神御物、盗毁天尊佛像均为其渊源,则盗大祀神御物亦不可不谓其渊源。

不过若仔细对比传统与近代的这些条文,则即便渊源可寻,其相异之处亦不能忽略。相异首先体现在条文所禁止的犯罪行为方式,后者为“公然不敬之行为”,按照民国时期教科书的解说,“所谓公然,即当众之意,所谓不敬,即污渎尊严之意”,“指积极的侮慢意思表示”,“如于公众面前,对坛庙寺观以言语举动表示轻侮意思”^[25]〔P.233〕。而传统时代则将处罚的行为严格限定为盗、毁以及在特定区域内的放

① 相关条文见赵秉志、陈志军编《中国近代刑法立法文献汇编》,法律出版社2016年版,第201、236-237、274、314、362、445-446、517-518、579、639、675-676、716页;陈聪富主编《月旦小六法》(台湾)元照出版有限公司2014年版,第陆-32、33页。

② 明之前“无以祭祀名篇者。唐律散见于各条,明类而为一曰祭祀,国朝因之”。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382页。

牧、耕种等特定行为(也可被归入广义的盗与毁)。两相比较显而易见,近代被纳入刑罚处罚的侵犯神物行为的严重程度远低于传统时代。

第二点主要的相异体现在所要保护的祭祀活动的范围。“坛庙、寺观、墓所”之外,所谓“礼拜所”,“凡回教及各国正教载在约章,应行保护之礼拜堂均是”。^①将传统祭祀活动与各国正教合在一处的原因在于“以符信教自由之原则”,从立法者的这一表述来看,是把传统时代的各类祭祀活动亦作为与伊斯兰教、基督教等平等、并立的宗教来看待,1910年《修正刑律草案》的按语再次确认这一观点“祀典为崇奉神明之礼,坟墓为安葬体魄之区,事实固有不同而属于宗教之信仰,初无二致。……本章之规定系为保护宗教之信仰而设,关于祀典之罪与关于坟墓之罪,行为虽异,损害则同,合为一章,似无窒碍。”^[26] (P. 546)当代台湾地区的刑法学者亦仍延续此解说,指出亵渎祀典罪是“针对足以破坏宗教信仰自由的犯罪行为”,而传统“风俗习惯上对于祖先均极具孝思,不但永加怀念,而且尚以宗教方式加以祭拜”,故法律将其合成一罪章^[27] (P. 347)。

尽管有差异,但立法者和学者均强调中外之理同——“查各国刑法,宗教特立一门,盖崇奉神明之意,中外同此一理”,甚至宣称该章“根于全国之习惯”。笔者也不否认,在这一问题上古今中外颇有相通或言暗合之处,然相通或暗合并不能掩盖包括该章在内的整部草案继受外国多于继承传统的事实,将该章与日本刑法典第二十章“有关礼拜场所的犯罪”^[28] (P. 98-99)、德国刑法典第十一章“涉及宗教与世界观之犯罪”^[29] (P. 229-230)稍加对比便显而易见,^②且相通或暗合之外的相异的背后,恐怕正能体现出古今中外法律思想、文化的某些重大差异,并可能为今天的有关宗教制度、政策提供一些正面或反面的参考。

首先,这一立法把传统时代的各类祭祀活动亦作为与回教、基督教等平等、并立的宗教来看待,所谓“事实固有不同而属于宗教之信仰”,可是,传统的这些祭祀活动是否是“宗教”?对这一问题的回答,须先界定“宗教”的概念,甚至我们还可进一步追问:儒学乃至佛道教是否是宗教?这些话题其实是近代西风东渐以降至今仍在聚讼者。^③对这些话题的回答难以一言而尽,惟可以明确的是,传统时代的各类祭祀活动(乃至儒学、道教、佛教等)与西方的典型宗教如基督教、伊斯兰教存在较大的差异,其中一个显著的内在的差异即上文所论,传统祭祀表面上是祭祀鬼神,但实则着眼于此岸的人事、伦常。^④

刘鄂博士研究传统“发冢”律的近代转型时即指出,“日本、德国等国的刑法对墓地、尸体予以保护,主因是这些国家的丧葬文化多受宗教(如佛教、神道教、基督教等)的影响;而清人,特别是士大夫阶层,保护坟墓、尸体,却更多地是以礼教为本位,以家族为主体”。这一分析颇具启发性,德国、日本的丧葬文化与其宗教信仰同质,故刑法将这两部分内容合为一章,而我国传统上的官方与民间祭祀活动也同质,故律典将这两部放在一处亦应无可厚非,值得讨论者仍在传统祭祀与伊斯兰教、基督教等可否并列作为一种宗教并得到刑律(刑法)的同等保护。对此,刘鄂博士的观点是,由于“传统的身份伦理主义对立法”影响至深,故传统律典中的“发冢”规则“实不可以‘宗教之信仰’加以解释”^[30]。

从这一说法来看,刘博士虽仅及民间普通人的祭祀活动,但由于其理论的依据是“传统的身份伦理主义对立法”的影响,故可推论其对官方的祭祀活动的观点亦是如此。笔者也大致同意这一判断,只是该文因侧重讨论近代律律时对传统伦理观念的“依违”关系,故未再更进一步探讨将难以“宗教之信仰”

① 上文有关《大清刑律草案》的条文及立法理由等内容,参见高汉成主编《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第128-131、165-166页。

② 当然,具体细节有别,尤其是将传统身份伦理的问题部分融入了进来(可参见刘鄂“依违于礼教与宗教之间——《钦定大清刑律》‘发掘坟墓罪’研究”,载《清华法学》2014年第1期),但体例及主要内容仍与德日类似。其中,日本刑法典又以德国刑法典为蓝本,但日本这部“新刑法”之前的“旧刑法”因主要参考法国刑法典,相关立法模式即有较大差别,参见《新译日本法规大全》(第二卷),李秀清点校,商务印书馆2007年版,第501页。日本刑法典的继受史可参见[日]前田雅英《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第2页。

③ “宗教”概念在近代中国的发生、变迁和争论过程,可参见楼宇烈《宗教研究方法讲记》,北京大学出版社2013年版,第15-21页。

④ 即便是创立于印度、出世精神突出的佛教在来到中国之后,也倡导“以出世心,做入世事”,强调此岸而不太注重彼岸。对于中国传统“宗教”的特点亦即其与西方典型宗教的差异,可参见楼宇烈《宗教研究方法讲记》,北京大学出版社2013年版,第63-69页。

视之的传统祭祀与回教、基督教并立、同等保护之后所可能产生的问题。

对这一问题的解读,即涉及古今中外在此立法目的的重大差异。近代从德日继受而来的该章的立法目的如《大清新刑律》立法者所言“以符信教自由之原则”。“宗教自由”作为一项宪法权利来自于西方,且来之不易,“产生于中世纪对宗教压迫的抵抗,经过其后鲜血淋漓的殉教历史而形成”^{[31] [P. 120]},十字军东征、圣巴托罗缪惨案……大大小小的宗教迫害、屠戮异端事件不胜枚举,正是基于对这些历史经验的深刻反思,宗教自由的诉求方诞生。易言之,西方社会因“宗教不自由”而要求“宗教自由”。这种宗教不自由表现在政治权力“对特定宗教给以优厚保护,而对于其他宗教则施以干预压迫”^{[32] [P. 296]},如早期欧洲各国“政府的强力、财富以及其他大量资源都会支持一个教会或一种宗教”^{[33] [P. 8]},德国在费尔巴哈的时代,法律及学者即还均认为“褻渎神明的行为仅涉及对被德意志帝国法律承认的基督教会的礼拜对象或者崇敬对象”^{[34] [P. 265 - 266]},直到1919年《魏玛宪法》确立政教分离原则,宗教自由亦才随之确立^{[35] [P. 54]}。

由于政教“不分离”,政治权力“对特定宗教给以优厚保护,而对于其他宗教则施以干预压迫”,故宗教自由的诉求即针对这些提出,要求政教分离,要求所有宗教被平等保护、免受干预压迫。在政教不分离的时代,教权足以与世俗政权相抗衡甚至超越政权,“特定宗教”会受到“优厚保护”,在“宗教自由”之后的政教分离时代,虽教权不再能凌驾于政权,但在历史传统的惯性之下,宗教仍旧占有较高的地位,只是在“平等保护”的诉求之下,“其他宗教”也能够受到与“特定宗教”平等的、同样较为优厚的保护,体现在刑法中,即是哪怕仅言语上的、较轻微的“不敬”或“褻渎”行为便可能被认定为犯罪、施以刑罚。^①并且由于这样平等的地位来之不易,故还在法律中旗帜鲜明地明确宣告保护宗教自由,体现出一种颇为“积极的”宗教自由。概言之,因“不自由”而要求“自由”,并体现为一种“积极的”自由。

与此形成颇为鲜明对比的是,我国传统时代虽从无“宗教自由”的口号及法律文本上的明确宣告,宗教却向来颇为“自由”,也几乎未有如西方传统那样政教合一或教权能与世俗政权相抗衡的时期,^②故律典对其一方面“限而不禁”^[18],另一方面通常不会给某种宗教特别的优待,往往采一种视而不见、消极容忍的态度,除非其触犯刑律,或对其进行了足以触及刑律的侵犯——程度较高,如盗、毁。故而相对而言,这里的“宗教自由”是一种相对“消极的”自由。^③

我国自清末修律以降至民国时期(乃至如今的台湾地区)从德日继受而来的相关制度即体现的是“积极的”宗教自由,而放弃了传统的“消极的”自由的模式。不过有意思的是,我国大陆地区现行法律制度中宗教自由条款似乎又一定程度往“消极模式”回归。《中华人民共和国宪法》第36条对宗教自由进行了原则性宣告:

中华人民共和国公民有宗教信仰自由。

任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。

国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。

……

破坏宗教自由的刑事罚则规定在《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)中,第四章“侵犯公民人身权利、民主权利罪”第251条“国家机关工作人员非法剥夺公民的宗教信仰自由和侵犯少数民族风俗习惯,情节严重的,处二以下有期徒刑或者拘役。”一方面要求“情节严重”,另一方面将犯罪主体

① 如前引德国刑法典第11章“涉及宗教与世界观之犯罪”、日本刑法典第二十章“有关礼拜场所的犯罪”,后者仿自前者。

② 尽管也曾出现过某些宗教地位相对较高的时候,但与西方历史上的政教合一甚至教权大于政权的情形不能同日而语。

③ 当然,历代的相关制度与实践在程度上又具体有所不同。

限定为“国家机关工作人员”相较“积极的”宗教自由模式“消极”了不少。^①此外,《刑法》也并未将有关坟墓的犯罪与有关宗教的犯罪并为一章,而是将其列入第六章“妨害社会管理秩序罪”之中,第302条“盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”故就这两点而言,当下我国大陆地区的制度相较晚清、民国乃至当下我国台湾地区而言更接近于传统。只是当下大陆地区的这种立法模式也并非来自传统,而是仿自前苏联《苏俄刑法典》第143条“妨碍举行宗教仪式”罪规定于第四章“侵犯公民的政治权利和劳动权利的犯罪”中,而第229条“亵渎坟墓”罪规定于第十章“危害公共安全、公共秩序和人民健康的犯罪”中。^②

结 论

在古今中外的法律制度中,通常均会有一些对神物的不同程度的、超过对普通物品的保护的规则。我国传统时代亦不例外,一方面对神物有特别保护,另一方面,又因受周孔以来人文精神的影响,敬神而不佞神,对神明渐由盲目崇拜转向实则对伦常秩序的关注,于是严格限定被特别保护的神物的种类、范围以及侵害的方式等。

及至清末修律,在法制从整体上“全盘西化”的潮流之下,有关神物的制度亦不能免俗,继受了发端于欧西的规则。这些规则体现出一种“积极的”宗教自由,而“积极的”自由源于“不自由”,源于政教不分离的宗教国家对宗教的优厚待遇,故而在我国这样一个宗教享有“消极的”自由的非宗教国家,是否有必要继受“积极的”的宗教自由其实不无疑义。

首先,既然已颇为“自由”,那么再强调“宗教自由”的必要性有多大呢?其次,这些给予宗教颇为优厚待遇的规则,源自欧西宗教国家的传统,即便仅仅言语上的、较轻微的“不敬”或“亵渎”行为即可能动用刑法的手段来处理。可是,既然欧西也在近代人文主义觉醒之后往“凯撒的归凯撒、上帝的归上帝”的政教分离、世俗化道路上发展,而我国自周孔以降即已摆脱神明盲目崇拜的束缚、走向关注伦理秩序的人文主义道路(尽管唐宋律典有佞佛之态,但元明清又继续世俗化),为何两千年后我们又非要往反世俗化、反人文主义的方向“倒退”呢?好在我国大陆地区当代刑法典又一定程度往“消极的”自由方向回覆。

特定制度产生于特定社会,特定制度应对特定社会的特定需求,制度的设计须讲究“对症下药”。法律继受虽是古今中外屡见不鲜、无可厚非甚而可谓有益人类社会发展之事,但是,忽略具体法律规则背后立法目的、法律文化、历史传统等因素的继受,则将难免陷于“文不对题”之讥。

参考文献:

- | | |
|---|--|
| [1] 吉同钧 撰《大清现行刑律讲义》,栗铭徽 点校,清华大学出版社 2017 年版。 | [8] 陈来《古代宗教与伦理:儒家思想的根源》,北京大学出版社 2017 年版。 |
| [2] 冯友兰《中国哲学史》(上),重庆出版社 2009 年版。 | [9] 吉同钧 纂辑《大清律讲义》,闫晓君 整理,知识产权出版社 2017 年版。 |
| [3] 王文锦译解《礼记译解》,中华书局 2016 年版。 | [10] 祝庆琪 等编撰《刑案汇览全编·刑案汇览续编》(第九卷),法律出版社 2008 年版。 |
| [4] 许倬云《西周史》,生活·读书·新知三联书店 2012 年版。 | [11] 许梈、熊莪纂辑《刑部比照加减成案》,何勤华、沈天水等点校,法律出版社 2009 年版。 |
| [5] 杨宽《西周史》(上),上海人民出版社 2016 年版。 | [12] 沈之奇《大清律辑注》(上),怀效锋、李俊 点校,法律出版社 2000 年版。 |
| [6] 杨伯峻 译注《论语译注》,中华书局 2009 年版。 | |
| [7] 楼宇烈《宗教研究方法讲记》,北京大学出版社 2013 年版。 | |

^① 《中华人民共和国民族区域自治法》、《中华人民共和国反恐怖主义法》、《中华人民共和国教育法》以及国务院《宗教事务条例》等法律法规中亦有相关宗教自由的条款,但并不涉及刑罚罚则。

^② 当然,虽立法模式相近,但条文的具体内容仍有不小差异。前苏联刑法的相关条文,参见北京政法学院刑法教研室编《苏俄刑法典》,1980年,第68、109页。

- [13] 雷梦麟《读律琐言》,怀效锋、李俊 点校,法律出版社 2000 年版。
- [14] 永瑆等撰《四库全书总目》,中华书局 1983 年版。
- [15] 薛允升《唐明律合编》“例言”,怀效锋、李鸣 点校,法律出版社 1999 年版。
- [16] 《唐律疏议》,刘俊文 点校,法律出版社 1999 年版。
- [17] 《宋刑统》,薛梅卿 点校,中华书局 1999 年版。
- [18] 谢晶“家可出否: 儒家伦理与国家宗教管控”,载《北方法学》2015 年第 4 期。
- [19] 刘俊文 笺解《唐律疏义笺解》(下册),中华书局 1996 年版。
- [20] 周东平“论佛教礼仪对中国古代法制的影响”,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 3 期。
- [21] 朱熹、吕祖谦 撰《朱子近思录》,严佐之导读,上海古籍出版社 2000 年版。
- [22] 宋濂等撰“元史刑法志”,载《大元通制条格》,郭成伟等 点校,法律出版社 2000 年版。
- [23] 钱穆《国史大纲》(下册),商务印书馆 1996 年版。
- [24] 薛允升《唐明律合编·例言》,怀效锋、李鸣 点校,法律出版社 1999 年版。
- [25] 《朝阳法科讲义(第六卷)》,陈新宇 点校,上海人民出版社 2013 年版。
- [26] 高汉成 主编《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社 2013 年版。
- [27] 林山田《刑罚各罪论》(下册),北京大学出版社 2012 年版。
- [28] 张凌、于秀峰编译《日本刑法及特别刑法总览》,人民法院出版社 2017 年版。
- [29] 何赖杰、林钰雄审译《德国刑法典》,元照出版有限公司 2017 年版。
- [30] 刘鄂“依违于礼教与宗教之间——《钦定大清刑律》‘发掘坟墓罪’研究”,载《清华法学》2014 年第 1 期。
- [31] [日]芦部信喜《宪法(第六版)》,林来梵等译,清华大学出版社 2018 年版。
- [32] 林来梵《宪法学讲义》,法律出版社 2011 年。
- [33] [美]卡尔·埃斯贝克《美国宪法中的政教关系》,李松锋 译,法律出版社 2016 年版。
- [34] [德]冯·费尔巴哈《德国刑法教科书》,徐久生 译,中国方正出版社 2010 年版。
- [35] [德]格哈德·罗伯斯 主编《欧盟的国家与教会》,危文高等译,法律出版社 2015 年版。

Stealing or Damaging Sacred Objects in Da Qing Lv Li Between Ancient and Modern Times: Worship of Gods, Lunchang Order and Freedom of Religion

Xie Jing

Abstract: As most of the usual legal doctrines and practices in China and foreign countries in ancient and modern times, sacred objects were protected much better than other common articles in Da Qing Lv Li, especially in the rules of Stealing Da Si Sacred Objects and Damaging Da Si Temple. Because of the influence of humanistic mind from Zhou Dynasty, these rules turned from blind worship of Gods to concern of Lunchang Order, which limited strictly the kinds, range and invasion mode of the sacred object. There was passive freedom of religion in ancient China, while there was no freedom of religion in ancient Europe, where positive freedom took place in modern times. The rules of sacred objects in modern China were transplanted from these European positive rules rather than keep the traditional mode, which may not be a good choice.

Keyword: Da Qing Lv Li; Stealing Da Si Sacred Objects; Stealing or Damaging Taoist or Buddha Statues; Sacred Objects; Freedom of Religion

(责任编辑 孙国栋)