

# 帝制中国的法源与适用论纲

## 以比(附)为中心的展开

陈新宇\*

**摘要** 中国法律史上的重要概念“比”可作名词用法与动词用法,其既是一种重要的法律形式之名或者法的代称,又是一种独特的法律方法。在唐代法典中已可看到“比”与“附”结合成为一个专门的法律术语。在五代和宋朝的敕中,已可看到“比附”与“无正条”出现在同一条款中,成为法无正条时的处理方式,明、清法典采纳了这一做法。通过对以比附为中心的帝制中国法适用模式之研究,基于中国法主体性立场,从法文化整体性的视角和政治哲学的维度,可以将其总结为“情理之法”与“权力分配之法”。

**关键词** 比(附) 法源 法适用

### 引言:钱穆和滋贺秀三关于中国法的判断

钱穆先生曾说:“现代的一般人,都说中国人不讲法,其实中国政治的传统毛病,就在于太讲法。”〔1〕从“以法治国”〔2〕的法政理论进而“法繁于秋荼,而网密于凝脂”〔3〕的历史描述,再到历代典籍中名目众多的法源称谓和数量浩瀚的法源记载,皆可印证法之无往不在,在此基

\* 清华大学法学院副教授。本文是笔者主持的国家社科基金青年项目《比附问题研究》(08CFX019)之成果。匿名审稿人、徐世虹、张伯元、李力、王沛、王志强、李启成、张传玺、未腾等师友或不吝指点、或惠予鼓励,两任助研李翔斌、刘猛同学尽心尽职,感铭于心,一并致谢。

〔1〕 钱穆:《中国历代政治得失》,生活·读书·新知三联书店2001年版,页126-127。

〔2〕 (战国)管仲:《管子·明法第四十六》,梁运华校点,辽宁教育出版社1997年版,页134。

〔3〕 (西汉)桓宽:《盐铁论·刑德第五十五》,黑龙江人民出版社2001年版,页259。

基础上,传统政治如何“讲法”,堪耐咀嚼。滋贺秀三先生从法适用的维度,以比较法的视野,认为比附之手法,世界史上似仅存于帝制中国法。<sup>〔4〕</sup>作为生前发表的最后一篇作品,滋贺先生对比附问题念兹在兹可证明其重要性和独特性。在上述著名史学家和法学家“讲法+比附”判断之综合影响下,笔者将“照著讲”和“接著讲”<sup>〔5〕</sup>,以比(附)为中心,就帝制中国的法源与适用问题展开讨论,通过史实考证、观念建构、案例深描、学理论释,达到厘清重要概念、提出理论命题和回应学界论争之研究目的。

拙文由以下几部分构成:首先,从出土文物、史书、经传、法典等多元资料中爬罗剔抉,在先行研究<sup>〔6〕</sup>的基础上,对“比(附)”在中国法律史的发展演变作出全面系统之考察,发掘其丰富、具体的内涵。其次,提出帝制中国的法适用模式的观念框架,试图一方面由整体把握个别,达到对比附更深刻的认识,另一方面由个别洞察整体,达到对帝制中国的法适用更全面的理解。同时对比附所适用的两种基础法源:制定法与案例法,展开类型与历史等维度的分析。再次,通过代表性案例的讨论,展示比附的运用实态,在此基础上把握比附的特质,辨析比附的原理与类型之间的关系。再次,从刘颂提出的“主者守文——大臣释滞——人主权断”这种“守法、说法、造法”权限分配政治哲学的角度展开讨论,试图达到对帝制中国的法适用实践情态的深入理解。最后,总结以比(附)为中心而展开的相关研究,尝试提出帝制中国法作为“情理之法”和“权力分配之法”的命题。

## 一、中国法律史上的“比(附)”

### (一)秦—汉初的比

在秦汉的出土文物中,“比”已经频繁地出现,其为动词用法。根据笔者统计,在《睡虎地秦墓竹简》中,与法律关系密切的“比”共13例,皆出现在《法律答问》<sup>〔7〕</sup>;《张家山汉墓竹简》中,

〔4〕 (日)滋贺秀三:“比附と类推”,《东洋法制史研究会通信》第15号,2006年8月21日。

〔5〕 冯友兰:《新理学》,上海书店1996年影印版,页1。

〔6〕 有关比的代表性研究,如沈家本:“明律目笺一·断罪无正条”,载(清)沈家本:《历代刑法考》(附《寄谕文存》),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第4册,页1807-1825;(日)中田薰:“汉律令”,蔡玫译,载《中国古代法律文献研究》第三辑(原文载日本《法制史研究》第三号,1953年),中国政法大学出版社2007年版,页117-122;吕丽、王侃:“汉魏晋‘比’辨析”,《法学研究》2000年第4期;徐世虹:“汉代法律载体考释”,收入杨一凡总主编、高旭晨主编:《中国法制史考证》甲编第三卷,中国社会科学出版社2003年版,页175-189;杨一凡、刘笃才:《历代例考》,社会科学文献出版社2009年版,页1678等等。但迄今全面系统的梳理仍付阙如,细节上的认识或可商榷,在其基础上的法理探讨仍大有空间。

〔7〕 睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1978年版,页150、183(2例)、184、187、188、189、194、200、205、208、220、231。另外3例“比”,《秦律杂抄》“省三岁比殿”,依据释文“比殿”为“连续评为下等”,此处“比”作副词“连续”使用(页136);《仓律》“万石一积而比黎之为户”,“比黎”释义为“荆笆或篱笆”(页35);《为吏之道》“吏有五失……四曰善言隋(惰)行,则士毋所比”,此处“比”释义为“亲附”(页284),皆没有收入统计中。

与法律关系密切的“比”共 12 例,其中《二年律令》11 例,《秦谏书》1 例。<sup>〔8〕</sup> 其被运用于国家的司法、立法等事务之中。

综合上述例证,比在秦汉法制中的作用主要有二:一为处理刑事上的定罪与量刑问题,一为处理行政上的爵制、官秩等在待遇、赏赐上的对应关系等问题。前者如:

《法律答问》:臣强与主奸,可(何)论? 比殴主。<sup>〔9〕</sup>

法家理论虽然讲“刑无等级”,但更多是强调专任刑罚之一面,其具体法治中同样讲究等级名分,因此良贱有别,同罪异罚,需要列明专条。该例考虑的是强奸与殴打在犯罪类型上的某种相似之处,所以在奴隶强奸主人没有明确规定的情况下,比照殴打主人的罪名处理。在当代中国刑法中,因为强奸罪的被害人规定为妇女,所以司法实践中在出现被害人为男性的情况下,只能以伤害罪论处,古今之间,关注重心虽有所不同,但立法理性的有限性仍颇有共通之处。

后者有如:

《二年律令·传食律》:使非吏,食从者,卿以上比千石,五大夫以下到官大夫比五百石,大夫以下比二百石;吏皆以实从者食之。<sup>〔10〕</sup>

该例中的“比”处理的是在使者有爵制却无官职的情况下,其饮食待遇如何与官秩对应的问题。其中,“卿”指的是二十等爵制中左庶长到大庶长这九等爵制<sup>〔11〕</sup>,与之相同,“五大夫”、“官大夫”、“大夫”也是不同等级爵制的名称,通过传食律的规定,其分别与不同等级的官秩取得对应。

秦简的注释者很可能从《说文解字》中“比”字的字义之一“例”中获得灵感,指出:“比,秦汉法律术语,意思是同例可以比附”,<sup>〔12〕</sup>这个解释简明扼要,但仍可追问:何谓“例”? 有学者认为这时期的“比”可称为“律令之比”,<sup>〔13〕</sup>用秦汉制定法的主干“律令”要比相对空泛的“例”更加具体明确,值得肯定,但也可能忽视了律令以外法源的存在,比如“(廷)行事”。“比”与“行事”并存的例子如下:

〔8〕 张家山二四七号汉墓竹简整理小组编著:《张家山汉墓竹简[二四七号墓]》(释文修订本),文物出版社 2006 年版,页 40(2 例)、49(2 例)、50(2 例)、53、59、61、87、88。另外如下 10 例“比”没有收入,“自五大夫以下,比地为伍”,其义为“相连”,(页 51);“宅不比,不得”,其义为“近接”(页 52);“欲益买宅,不比其宅者,勿许”,其义为“近接”(页 53);“田比地籍”,即“记录田地比邻次第的簿籍”,(页 54);“县道官令长及官比长而有丞者免、徙”(页 56。经请教李力教授,此处的“比”实为“毋”);“宅不比,弗得”(其义为“近接”,页 61);“比阳”,地方名(页 74);“等比”(页 85。但依据朱红林:《张家山汉简〈二年律令〉集释》,社会科学文献出版社 2005 年版,页 292,“等比”实为“等出”);“愿与饭中蔡比之”、“君出饭中蔡比之”(页 106。此例来自《秦谏书》,当时国君夫人的饮食中出现了草,欲治婢女治食不谨之罪。史猷发现婢女的衣袖破而絮出,粘上其床席上的草,经过重复试验后,史猷认定正是饮食中草之来源,所以认定并非婢女处理饮食不当,应当免其罪而赠其衣。该比指对事物来源的事实判断。

〔9〕 睡虎地秦墓竹简整理小组,见前注〔7〕,页 183。

〔10〕 张家山二四七号汉墓竹简整理小组,见前注〔8〕,页 40。

〔11〕 朱红林,见前注〔8〕,页 155。该条注释者为朱绍侯、李均明、臧知非、于振波。

〔12〕 睡虎地秦墓竹简整理小组,见前注〔7〕,页 151。

〔13〕 杨一凡、刘笃才,见前注〔6〕,页 19。

“毋敢履锦履。”“履锦履”之状可(何)如?律所谓者,以丝杂织履,履有文,乃为“锦履”,以锦纒履不为,然而行事比焉。<sup>[14]</sup>

在该例中,法律禁止穿锦履。什么是“锦履”?律的定义指用不同色彩的丝所织、鞋上有花纹的鞋。所谓“纒”,按照注释者的说法,即“鞋帮”,也就是说如果只是用锦作鞋帮的则不算锦履,可见其采取比较狭义的解释。但“(廷)行事”这种法源则不同,采取扩大解释之认可态度。其具体的释义应该是:在(廷)行事中,(突破了既有法律的规定),将用锦作鞋帮的鞋“比”(当作)为锦履。梳理《秦墓竹简》中的廷行事,共10例,<sup>[15]</sup>其中3例是与当时的法律规定冲突的,其余7例看不出当时法律的明确规定,综上可推论出廷行事或者是改变既有法律规定,或者是对法律的空白之处予以补充、细化。进而可以推测,在“以吏为师”的时代,此类行事是司法中可以援引的依据。

作为比的依据,廷行事的性质值得追问。以往学界主流观点认为乃“判案成例”<sup>[16]</sup>、“法廷成例”<sup>[17]</sup>。最近亦有学者提出不同意见,认为其是“官府的实际做法”,<sup>[18]</sup>是自由裁量权的体现,不具约束力<sup>[19]</sup>。新说有一定道理,但仍可追问:官府的实际做法很可能是针对现实案件而来,对以后的判决应该也会产生影响,所以无法否定廷行事在渊源或形式上与案例的紧密关系。

总之,我们能看到“比”所援引的对象灵活性,其既可以是制定法,亦可以是(廷)行事,而且这两种法源之间可能存在冲突。

## (二)汉、魏晋的比

除了在秦汉出土文物中所出现的动词用法,在汉、魏晋时代,“比”还可用作名词,其成为一种法律形式的名称,典型例证有如“腹非之法比”<sup>[20]</sup>与“轻侮之比”<sup>[21]</sup>。围绕着比,官府或私人曾有专门的整理编纂,其称谓有如《死罪决事比》<sup>[22]</sup>、《决事比》<sup>[23]</sup>、《辞讼比》<sup>[24]</sup>、《决事比

[14] 睡虎地秦墓竹简整理小组,见前注[7],页220。

[15] 同上注,分别是页167、169、175、180、214、215(3例)、216、220。

[16] 同上注,页149。

[17] 同上注,页167。

[18] 杨一凡、刘笃才,见前注[6],页72。

[19] 参见杨一凡、刘笃才,见前注[6],页7677。

[20] “初,(颜)异为济南亭长,以廉直稍迁至九卿。上与(张)汤既造白鹿皮币,问异。异曰:‘今王侯朝贺以仓璧,直数千,而其皮荐反四十万,本末不相称。’天子不说。汤又与异有隙,及人有告异以它议,事下汤治。异与客语,客语初令下有不便者,异不应,微反唇。汤奏当异九卿见令不便,不入言而腹非,论死。自是后有腹非之法比,而公卿大夫多谄谀取容。”(汉)班固撰、(唐)颜师古注:《汉书》卷二十四下,“食货志第四下”,中华书局1962年版,页1168。

[21] “建初中,有人侮辱人父者,而其子杀之,肃宗贵其死刑而降宥之,自后因以为比。是时遂定其议,以为轻侮法。”(宋)范晔撰、(唐)李贤等注:《后汉书》卷四十四,“列传第三十四·张敏传”,中华书局2005年版,页1014。

[22] 《汉书·刑法志》,收入《历代刑法志》,群众出版社1984年版,页18。

[23] 《晋书·刑法》,同上注,页44。

[24] (宋)范晔撰、(唐)李贤等注,见前注[21],卷四十六,《列传第三十六·陈宠传》,页1045。

例》<sup>〔25〕</sup>、《法比都目》<sup>〔26〕</sup>等。

作为法律形式的比的渊源是什么呢？从“腹非之法比”的例证来看，其出自酷吏张汤治颜异之狱。颜异曾因言行惹得天子不悦，亦与张汤不和，当时有人告诉颜异法令有不便之处，颜异“不应，微反唇”，张汤抓住此点，以“(颜)异九卿见令不便，不入言而腹非，论死”，创造了此前所无、后世影响甚远的腹诽罪。从“轻侮之比”的例证来看，肃宗在儒家经义的影响下，突破了“杀人者死”的法律规定，宽赦了为父雪耻复仇而杀人者。综上两例，管中窥豹，可以看到，比的渊源(之一)是特殊案件，也即所谓“已行故事曰比”，<sup>〔27〕</sup>其或者是面对新情况，创设新规范，或者是突破既有法律的规定，其合法性的基础，应该是来自于天子的首肯。

那么，当时为何将“比”作为一种法律形式的名称呢？笔者推测：在腹非之比与轻侮之比的例子中，该案的作法具有典范意义，可以为后来的司法所参照、仿效，成为后者所“比”的对象，就此其具有法源的特质，因此冠之以“比”名。先秦典籍中已有“必以先王之法为比”<sup>〔28〕</sup>之言，日本学者堀毅发现敦煌《汉书·刑法志》残本中如淳的注释，其中有“比，故欲后人依以决事”，<sup>〔29〕</sup>后世《唐律疏议》“断狱·辄引制敕断罪”规定：“诸制敕断罪，临时处分，不为永格者，不得引为后比”。<sup>〔30〕</sup>从这些例证中，“比”已经可以理解为“依据”而上升为一般意义上的“法”之意。

除了“比”名词化而成为一种法源的名称以外，作为动词的“比”之理据在这个时期也发生了重大的突破。在该段历史时期，随着意识形态上对儒家思想的吸纳乃至“罢黜百家、独尊儒术”，儒家经义逐渐法律化甚至上升为“宪法”之地位，所以在汉初高祖时，“狱之疑者……廷尉所不能决，谨具为奏，傅所当比律、令以闻”，<sup>〔31〕</sup>疑难案件仅仅是通过比来援引律令，到了后来，则“凡为驳议者，若违律令节度，当合经传及前比故事”、“诸立议者皆当引律令经传”，<sup>〔32〕</sup>儒家经典及其诠释成为“比”的重要对象。

一事物有正反两面。从其善端而言，儒家经义可以改变“专任刑罚”的法家法治之严酷性。例如：

安帝初，清河相叔孙光坐臧抵罪，遂增锢二世，衅及其子。是时居延都尉范邠复犯臧罪，诏下三公、廷尉议。司徒杨震、司空陈曦、廷尉张皓议依光比。邠独以为“春秋之义，‘善善及子孙，恶恶止其身’，所以进人于善也。《尚书》曰：‘上刑挟轻，下刑挟重。如今使

〔25〕 《晋书·刑法》，见前注〔22〕，页45。

〔26〕 《晋书·刑法志》，见前注〔22〕，页46。

〔27〕 《礼记正义》，(汉)郑玄注，(唐)孔颖达疏，卷十三，北京大学出版社1999年版，页412。该句出自郑玄的注。

〔28〕 (战国)韩非：《韩非子·有度第六》，李维新等注译，中州古籍出版社2008年版，页23。

〔29〕 (日)堀毅：《秦汉法制史论考》，法律出版社1988年版，页86，其残卷照片可见该书页54。该段文字为：“如淳曰奇读奇耦诸不在律文所宜轻重决罪曰奇请比△故欲后人依以决事”，其断句经请教张伯元教授，为：“奇读奇耦。诸不在律文所宜轻重决罪曰奇请比；比，故欲后人依以决事。”

〔30〕 《唐律疏议》，卷三十，刘俊文点校，法律出版社1999年版，页603。

〔31〕 《汉书·刑法志》，见前注〔22〕，页21。

〔32〕 《晋书·刑法》，见前注〔22〕，页60。

臧吏禁锢子孙,以轻从重,惧及善人,非先王详刑之意也。”有诏:“太尉议是。”〔33〕

范邠复犯赃罪,司徒、司空和廷尉主张比“清河相叔孙光坐臧抵罪,遂增锢二世,衅及其子”之例处理,这种因赃罪连坐后代的作法,从行文中的“增”字来看,很可能是加重处罚而非常规处理。为何比照孙光案加重处罚?从史料来看可能是因为范邠并非初犯而是累犯(“复犯赃罪”)。但刘恺则持不同意见,他以《春秋公羊传》的“善善及子孙,恶恶止其身”和《尚书·吕刑》中的“上刑挟轻,下刑挟重”来否认该比中连坐的正当性和刑罚适用的合理性。此处对比的否认使范邠案的判决回到律令的常规处罚,有值得肯定之处。

但经义入法,也产生了新问题,经典众多,经义诠释之间可能会产生法律原则上之冲突。例如“轻侮之比”中汉章帝以春秋之义确定孝子减刑之比,但张敏同样以儒家经义反驳,先以《论语》“民可使由之,不可使知之”并结合《孝经》“在丑不争”〔34〕进言,无果后再以《礼记·月令》“利一害百,人去城郭”配合天人感应之道再谏,终于废除该比。〔35〕在这种情况下,比的正当性与否,实际上处于一个更不确定的状态。尽管后世因为法律儒家化的完成和法律体系的发展而经义决狱相对式微,但这种诉诸于制定法之上更高一层位阶的规范具有正当性之思维,对中国法律思想的影响仍然深远,民国时期居正主持司法院任上倡导党义决狱,即与之渊源颇深。

### (三)唐、宋的比(附)

#### 1.“上下比罪”的法律意义

古经微言大义,《尚书·吕刑》中的“上下比罪”经过后世学者注、传、疏等的诠释,在唐代已经可以看到比较明确的法律意义,乃处理法源竞合与数罪并罚之法理准则。

其为:

上下比罪……上刑适轻,下服。(传:重刑有可以亏减则之轻,服下罪。)下刑适重,上服。轻重诸罚有权。(传:一人有二罪,则之重而轻并数。轻重诸刑罚各有权宜。)[正义曰:此又述断狱之法。将断狱讼,当上下比方其罪之轻重,乃与狱官众议断之……“上刑适轻”者,谓一人虽犯一罪,状当轻重两条,据重条之上有可以亏减者,则之轻条,服下罪也。“下刑适重”者,谓一人之身轻重二罪俱发,则以重罪而从重服,令之服上罪。]〔36〕

细绎汉代孔安国和唐代孔颖达的解释,结合现代法理,可以发现,所谓“上刑适轻”,乃法源竞合的问题,前述“范邠复犯赃罪案”已经有所涉及,该案判决面临着依据律令的常规处罚与依据孙光案件加重处罚两种选择,也就是孔颖达正义中的“一人虽犯一罪,状当轻重两条”,最后通过诠释经义,采用从轻处理。所谓“下刑适重”,即一人犯数罪,数罪并罚时采用重罪吸收轻

〔33〕 (宋)范晔撰、(唐)李贤等注,见前注〔21〕,卷三十九,《列传第二十九·刘恺传》,页879。

〔34〕 (清)简朝亮:《孝经集注述疏·纪孝行章第十》,周春健校注,华东师范大学出版社2011年版,页83。其全句为:“事亲者,居上不骄,为下不乱,在丑不争。居上而骄则亡,为下而乱则刑,在丑而争则兵。”所谓“在丑不争”,指在众人中不忿争。

〔35〕 从后世毋丘长杀死侮辱其母的洒醉之人,太守吴祐仍然杀之,可证轻侮法已经无效。(宋)范晔撰,(唐)李贤等注:《后汉书》卷六十四,《列传第五十四·吴祐传》,见前注〔21〕,页1420。

〔36〕 《尚书正义》,(汉)孔安国传、(唐)孔颖达正义,卷第十九,北京大学出版社1999年版,页549550。

罪主义,追溯其渊源,汉代《二年律令·具律》已经有“一人有数罪毆,以其重罪罪之”,<sup>[37]</sup>这在唐律《名例》的“二罪以上俱发,以重者论”中,也得到明确的印证。

## 2.《唐律疏议》中的“比附”

在唐代法典中已经可以看到,“比”与“附”结合为一个特定的法律术语。律学作品的注解是“以物相并曰比,依凭为则曰附”。<sup>[38]</sup>在此之前,已经可以在史籍中看到“所欲活则傅生议,所欲陷则予死比”<sup>[39]</sup>、“傅所当比律、令以闻”<sup>[40]</sup>这样“比”与“傅”并存的记载,从字义上看,“傅”有“附”、“依附”之意(《汉语大词典》),所以“比”与“附”两者连用应该是水到渠成之事。同时考虑到唐律与此前法典的紧密渊源关系,“比附”作为一个独立的法律术语出现也有可能唐代以前,但目前限于资料,只能暂时存疑。关于“比附”,《唐律疏议》中出现凡6次,5例出现在律疏中,1例出现在律文中,并全部为后世的法典《宋刑统》所承袭,其作用从宏观上而言,乃在规则有限、情伪无穷的情况下,弥补法律漏洞,打击犯罪;从微观上而论,乃在具体犯罪类型中,寻找合适的罪名或量刑规律。

### ①《名例·犯罪共亡捕首》

问曰:官户等犯流,加杖二百,过致者应减几等而料?

答曰:犯徒应加杖者,一等加二十,加至二百,当徒三年。乃至流刑,杖亦二百。即加杖之流应减,在律殊无节文,比附刑名,止依徒减一等,加杖一百八十。<sup>[41]</sup>

第①例的比附涉及刑罚的适用。官户等贱民犯徒罪要加杖刑,杖刑以杖一百为基准起算,每等加二十;徒刑五等,以半年为幅度,从徒一年到徒三年,徒一年加杖一百二十,徒三年就是加杖二百,流刑加杖则一律加杖二百。给予资助者的处罚比主犯要轻,但律文并没有明确规定减等的幅度,在这种情况下就参照加等的幅度,也以二十为限,所以主犯流罪是加杖二百,从犯减一等为杖一百八十。

### ②《贼盗·亲属为人杀私和》

又问:主被人杀,部曲、奴婢私和受财,不告官府,合得何罪?

答曰:奴婢、部曲,身系于主。主被人杀,侵害极深。其有受财私和,知杀不告,金科虽无节制,亦需比附论刑。岂为在律无条,遂使独为侥幸。然奴婢、部曲,法为主隐,其有私和不告,得罪并同子孙。<sup>[42]</sup>

第②例的比附,宏观上是指在“断罪无(正)条”的情况下,古典法制可以通过它来填补法律漏洞,彰显其法网恢恢,疏而不漏,控制社会犯罪的功能。微观上是将主人与部曲、奴婢关系比作尊长与子孙的关系,据此来定罪量刑。

### ③《贼盗·发冢》

[37] 张家山二四七号汉墓竹简整理小组,见前注[8],页22。

[38] (元)徐元瑞:《吏学指南》,杨讷点校,卷七“体量”,浙江古籍出版社1988年版,页128。

[39] 《汉书·刑法志》,见前注[22],页18。

[40] 《汉书·刑法志》,见前注[22],页21。

[41] 《唐律疏议》,见前注[30],卷五,页118。

[42] 《唐律疏议》,见前注[30],卷十七,页362。

问曰：“发冢者，加役流。”律既不言尊卑、贵贱，未知发子孙冢，得罪同凡人否？

答曰：五刑之属，条有三千，犯状既多，故通比附。然尊卑贵贱，等数不同，刑名轻重，粲然有别。尊长发卑幼之冢，不可重于此罪；若发尊长之冢，据法止同凡人。律云“发冢者，加役流”，在于凡人，便减杀罪一等；若发卑幼之冢，须减本杀一等而科之；已开棺槨者绞，即同已杀之坐；发而未彻者徒三年，计凡人之罪减死二等，卑幼之色亦于本杀上减二等而科；若盗尸柩者，依减三等之例。其于尊长，并同凡人。<sup>[43]</sup>

第③例的比附，宏观上强调规则有限，情伪无穷，其存在具有必然性。微观上是当尊长发卑幼之冢，如何量刑的问题。该律从凡人发冢判处加役流，等于是减杀人罪一等这一规律出发，认为尊长发卑幼之冢也可比照尊长杀卑幼的减一等的处罚。

#### ④《杂律·不应得为》

诸不应得为而为之者，笞四十；（谓律、令无条，理不可为者。）事理重者，杖八十。

[疏]议曰：杂犯轻罪，触类弘多，金科玉条，包罗难尽。其有在律令无正条，若不轻重相明，无文可以比附。临时处断，量情为罪，庶补遗阙，故立此条。情轻者，笞四十；事理重者，杖八十。<sup>[44]</sup>

第④例的比附，与古典法制的特殊条款“不应为”结缘（下文具体介绍不应为）。在无正条的轻罪情况下，不应得为条以轻重两种标准，成为比附的依据。由此可见，比附的对象既可以是重罪，亦可以如不应为般的杂犯轻罪。

#### ⑤、⑥《断狱·赦前断罪不当》

即赦书定罪名，合从轻者，又不得引律、比附入重，违者各以故、失论。

[疏]议曰：“赦书定罪名，合从轻者”，假如贞观九年三月十六日赦：“大辟罪以下并免。其常赦所不免、十恶、袄言惑众、谋叛已上道者等，并不在赦例。”据赦，十恶之罪，赦书不免；“谋叛”即当十恶，未上道者，赦特从原。叛罪虽重，赦书定罪名合从轻，不得引律科断，若比附入重。违者，以故、失论。<sup>[45]</sup>

第⑤、⑥强调的是在已有赦书的情况下，不得引用律文或者通过比附加重刑罚。

### 3.“比附”与“无正条”的结合

“比附”与“无正条”的结合，根据笔者掌握的史料，古典文献中阐明“无（正）条”与“比附”关系之最早记载出现于《周礼·秋官·大司寇》注疏中，其为：“若今律，其有断事皆依旧事断之，其无条取比类以决之，故云决事比也”。<sup>[46]</sup> 最早的立法资料出现在五代和宋的赦中，《宋刑统》“断狱律”所收的五代（后）唐长兴二年八月十一日赦节文：“律、格及后赦内，并无正条，即比附定刑。”<sup>[47]</sup>宋代的《庆元条法事类》“断狱赦”中亦有类似规定：“诸断罪无正条者，比附定刑，

[43] 《唐律疏议》，见前注[30]，卷十九，页384-385。

[44] 《唐律疏议》，见前注[30]，卷二十七，页561。

[45] 《唐律疏议》，见前注[30]，卷三十，页608-609。

[46] 《周礼注疏》，（汉）郑玄注，（唐）贾公彦疏，卷第三十四，北京大学出版社1999年版，页909。

[47] 《宋刑统》，薛梅卿点校，卷三十，法律出版社1999年版，页551。黄彰健认为其乃明律断罪无正条者，可“引律比附”所本。参见黄彰健编著：《明代律例汇编》（下册），台湾商务印书馆1994年版，页1027。

虑不中者，奏裁。”<sup>[48]</sup>无疑，此类敕文，便是明、清法典“断罪无正条”的直接渊源。

#### (四)明、清的比附

明、清时代有重要的变化。首先，明、清法典吸纳了五代与宋朝的敕文，“比附”改变了以往在法典中以列举方式出现，散见于法典各篇具体条款的作法，更吸纳并取代了唐、宋法典中“举轻以明重、举重以明轻”的“轻重相举”模式，成为《名例》中“断罪无正条”时法律方法的代称，而后人往往也据此将比附与“断罪无正条”等同视之。其次，程序上更加严格，除了法律后果上规定司法者严厉的责任（故意或者过失出入人罪）外，与上述宋代的《庆元条法事类》“断狱敕”只有在考虑到比附不适合才请示君主的规定相比，明、清的比附从制度安排上需由乾纲独断，从这一侧面也可反映出明、清时期君权的加强。

《大明律》该条为：凡律令该载不尽事理，若断罪而无正条者，引律比附。应加应减，定拟罪名，转达刑部，议定奏闻。若辄断决，致罪有出入者，以故、失论。<sup>[49]</sup>

清承明制，《大清律例》该条由律与条例构成。

律：

凡律令该载不尽事理，若断罪而无正条者，（援）引（他）律比附。应加、应减，定拟罪名，（申该上司）议定奏闻。若辄断决，致罪有出入者，以故、失论。

条例：

引用律例如律内数事共一条，全引恐有不合者，许其止引所犯本罪。若一条止断一事，不得任意删减，以致罪有出入。其律例无可引用援引别条比附者，刑部会同三法司共同议定罪名，于疏内声明“律无正条，今比照某律、某例科断，或比照某律、某例加一等、减一等科断”详细奏明，恭候谕旨遵行。若律例本有正条，承审官任意删减，以致情罪不符，及故意出入人罪，不行引用正条，比照别条，以致可轻可重者，该堂官查出即将该承审之司员指名题参，书吏严拿究审，各按本律治罪。其应会三法司定拟者，若刑部引例不确，许院、寺自行查明律例改正。倘院、寺驳改犹未允协，三法司堂官会同妥议。如院、寺扶同朦混，或草率疏忽，别经发觉，将院、寺官员一并交部议处。<sup>[50]</sup>

明、清律比较，清律以律间小注的形式加入“申该上司”、“援”、“他”，删除了律文中“转达刑部”字样；并且增加了一则条例。律注乃顺治三年，采用明代姚思仁的注本所添入，表现了国家立法对私家注律的认可采纳，“转达刑部”乃雍正三年删去，<sup>[51]</sup>条例乃雍正十一年九卿议覆大学士张廷玉条奏定例，乾隆五年馆修入律。<sup>[52]</sup>

[48] 《庆元条法事类》，戴建国点校，卷七十三，收入《中国珍稀法律典籍续编》第一册，黑龙江人民出版社 2002 年版，页 741。

[49] 《大明律》，怀效锋点校，卷一，法律出版社 1999 年版，页 23。

[50] 《大清律例》，郑秦、田涛点校，卷五，法律出版社 1999 年版，页 127128。

[51] 沈家本：“明律日笺一·断罪无正条”，见前注[6]，页 1816；（明）姚思仁注：《大明律附例注解》，北京大学出版社 1993 年版。

[52] （清）吴坛：《大清律例通考校注》，马建石、杨育棠编注，中国政法大学出版社 1991 年版，页 305；（清）薛允升：《读例存疑重刊本》，黄静嘉编校，台北成文出版社 1970 年版，第 2 册，页 139。

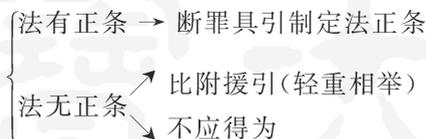
明、清制度比较,清代的比附更加严密。在量刑上,清代进一步明确了比附的量刑权界限(“加、减一等”),该处的立法旨趣可能是考虑到“断罪无正条”时,事实与规范之间并非如“有正条”般可无缝涵摄,其仍存在一定缝隙,因此允许量刑上略作加、减一等之调整;在程序上,清代明确要求逐级上报,这可能与其复审制度的完备有关,尤其是中央部院层面,明代只经刑部,清代则要求“天下刑名总汇”的刑部会同大理寺、都察院,即三法司共同议定罪名,态度上更加慎重。

## 二、帝制中国的法适用模式

在本部分,笔者将比附置于“法适用模式”这一观念框架中,以此来展示、梳理帝制中国司法中法适用关键性条款之间的关系,经由整体把握个别,由个别洞察整体。需要声明两点:首先,在概念模型上,“法适用模式”无疑带有建构的色彩,陈寅恪先生曾批评中国近代的哲学史家,“往往依其自身所遭际之时代,所居住之环境,所熏染之学说,以推测解释古人之意志”,<sup>[53]</sup>笔者将以此为戒,试图通过坚实的史料和严谨的分析,达到对古典法制内在逻辑之理解。其次,在研究策略上,笔者采用长时间段法律史的“大同小异”式之研究方式,即侧重古典法制的宏观之“同”而省略其微观之“异”。当然后者中的重要差别,仍会在在行文中予以揭示。

### (一)历史溯源

根据传世法典,结合相关史料,可以归纳出帝制中国的法适用模式,以图表展示如下:



法适用以“有正条(文)”和“无正条(文)”为界限,集中、明确地做出区分,从当前的史料看,最早来自西晋的刘颂,他提出:“律法断罪,皆当以法律令正文,若无正文,依附名例断之,其正文、名例所不及,皆勿论。”<sup>[54]</sup>刘颂此番表达中对判决需要依据“正文(条)”之强调,结合另一重要史料:开皇五年,隋文帝在处理律生辅恩舞文陷害慕容天远一案后,要求“诸曹决事,皆令具写律文断之”,<sup>[55]</sup>很可能就是唐律“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文,违者笞三十”<sup>[56]</sup>要求“具引+正文”这一断罪具引制定法正文条款的来源。明、清律的律文虽然只有“具引”而没有“正文”的要求,但以上文清代“断罪无正条”条例之规定“若律例本有正条,承审官……不行

[53] 陈寅恪:“冯友兰中国哲学史上册审查报告”,载陈寅恪:《金明馆丛稿二编》,上海古籍出版社1980年版,页247。

[54] 《晋书·刑法》,见前注[22],页59。

[55] 《隋书·刑法志》,见前注[22],页240。

[56] 《唐律疏议》,见前注[30],卷第三十,页602。

引用正条,比照别条,以致可轻可重者……各按本律治罪”对照观之,判决优先考虑“正条(文)”应该是法适用的个中之义。就立法背景资料中隋朝案例来看,其本意是监督司法,即要求官僚集团通过具体地展示所引用规则来保证司法的公正;从另一视角来看,在政治清明时期,古典的立法是非常审慎的,其需“揆诸天理、准诸人情,一本于至公,而归于至当”,<sup>[57]</sup>在理想的状态下,在事实契合规则时,罪刑应该是相适应的,因此从情罪一致的意义讲,遵守规则具有时代的合理性。

“不应得为”的渊源,依据沈家本的考证:从经书上看,《尚书大传》有“非事之事,出入不以道义而诵不祥之辞者,其刑墨”,郑玄的注释为“非事而事之,今所不当得为也”;从史籍上看,《昌邑王贺传》、《萧望之传》和《田延年传》中有“所不当得为”、“非臣民所当为”的记载。<sup>[58]</sup>据此可见这至少是汉代已有的罪名。

作为古典法制的特色条款,该律的特点有二:一是构成要件上的模糊性,“诸不应得为而为之者,笞四十;(谓律、令无条,理不可为者。)事理重者,杖八十”、“临时处断,量情为罪”,其以理与情为定罪和量刑的标准依据;二是量刑上的相对弹性,其分笞四十与杖八十两种量刑,虽然司法者的量刑权仍然有限,但比较其它条款一行为对应唯一刑罚之特质,仍是凤毛麟角。

在以“不应为”为犯罪底线的法适用模式中,罪与非罪是一种综合国家礼教、社会伦理、人情风俗的实质判断。深入而言,以律、令的制定法中具体犯罪构成第一层次的判断标准,轻重相举与比附援引等推理方式形成第二层标准,“不应为”形成第三层标准,通过这三层混合标准,达到古典法制“以法为教”、“一准乎礼”、“明刑弼教”等惩治与教化相结合的目标。

## (二)比附的法源之一:制定法

### 1.制定法的类型与适用次序

帝制中国的制定法,从性质上讲,大体可以分为两个范畴:(1)规定犯罪与刑罚及其相应程序等事项的刑事关系法;(2)规定国家机关构成、行政管理准则、官吏行政处分等事项的行政关系法。从法适用的角度而言,本文侧重于第一种范畴。帝制中国的刑事关系法的体系,借用滋贺秀三先生的观察,大体可以分为三种类型:(1)基本法典、(2)单行指令(君主关于政务的意思宣告)、(3)副次法典(对单行指令整理、汇编而成)。<sup>[59]</sup>举例言之,基本法典有如《唐律疏议》、《宋刑统》、《大明律》、《大清律》等;单行指令有如唐、宋的敕、制,明代的圣旨、清代的谕、旨等;副次法典有如唐代的格、格后敕、宋代的编敕、明、清的条例等。

在不同法源的适用次序上,滋贺秀三先生注意到:单行指令要优于副次法典、副次法典又要优于法典。<sup>[60]</sup>现有的史料在很大程度上可以支持滋贺氏的判断,重要例证有如:

(1) 敕优于律。《朱子语类》:今世断狱只是敕,敕中无,方用律。<sup>[61]</sup>

[57] “御制大清律例序”,收入《大清律例》,见前注[50],页4。

[58] 参见(清)沈家本,见前注[6],页15311532。

[59] 参见(日)滋贺秀三:《中国法制史论集——法典と刑罚》,东京创文社2003年版,页1618。

[60] 同上注,页1819。

[61] (宋)朱熹:《朱子语类》,卷一百二十八,载朱杰人、严佐之、刘永翔主编:《朱子全书》第十八册,上海古籍出版社、安徽教育出版社2002年版,页4014。

(2) 以格破律。《唐律疏议》“名例·彼此俱罪之赃”：其铸钱见有别格，从格断。余条有别格见行破律者，并准此。<sup>〔62〕</sup>

(3) (格)后敕优于格、格优于律。《宋刑统》“断狱律”所收(后)唐长兴二年(931年)八月十一日敕节文：

今后凡有刑狱，宜据所犯罪名，须具引律、令、格、式，逐色有无正文，然后检详后敕，须是名目条件同，即以后敕定罪。后敕内无正条，即以格文定罪。格文内又无正条，即以律文定罪。律、格及后敕内，并无正条，即比附定罪，亦先自后敕为比，事实无疑，方得定罪。恐虑不中，录奏取裁。<sup>〔63〕</sup>

(4) 例优于律。(康熙)二十七年题准：“一应审拟事件，有例者引例，无例者引律。与律例不吻合者，量其情罪，比照律例定拟。”<sup>〔64〕</sup>

与比附密切相关的是第(3)例，当“断罪无正条”时，比附所援引的制定法的次序与法有正条时并无二异，也是格后敕 > 格 > 律，这说明了副次法典的新法(格后敕)优先适用于旧法(格)，副次法典(格后敕与格)又优先适用于法典(律)。以此逻辑，就明、清而言，当比附援引时，条例要优先适用于律。

## 2. 单行指令的限制

作为法源最高位阶的单行指令，借用大庭脩对汉代制诏研究的结论，可分为三类：一是皇帝凭自己的意志下达命令；二是官僚的提议与献策，皇帝加以认可，作为皇帝的命令而发布；三是前两种情况相结合的形式。<sup>〔65〕</sup> 需要指出，在“生法者君也”的皇权时代，单行指令虽然有着某种天然的正当性，但仍要受到具体制度的制约。

《唐律疏议》“断狱·辄引制敕断罪”规定：“诸制敕断罪，临时处分，不为永格者，不得引为后比。若辄引，致罪有出入者，以故、失论。”[疏]议曰：“事有时宜，故人主权断制敕，量情处分。不为永格者，不得引为后比……”。<sup>〔66〕</sup> 该条后被《宋刑统》“断罪引律令格式”、明、清律“断罪引律令”律文的第二款所吸纳，清律该条为：“其特旨断罪，临时处治不为定律者，不得引比为律。若辄引比，致罪有出入者，以故、失论。”<sup>〔67〕</sup> 因此从应然层面上讲，比附不能援引之前颁布的单行指令。

## (三) 比附的法源之二：案例法

### 1. 案例法在传统法源中的地位

在制定法之外，中国古典法制一直存在着案例法，其在古代不同的历史时期以廷行事、决

〔62〕 《唐律疏议》，见前注〔30〕，卷四，页95。

〔63〕 《宋刑统》，见前注〔47〕，卷三十，页551。

〔64〕 (清)昆冈等修，(清)刘启瑞等纂：《钦定大清光绪会典事例》(影印本)，卷八五二，收入《续修四库全书》编纂委员会编：《续修四库全书》第811册，上海古籍出版社1995-2002版，页380。类似的说法有：“既有例即不用律”，沈家本：“读例存疑序”，《寄谳文存》卷六，见前注〔6〕，页2222；“盖清代定例，一如宋时之编敕，有例不用律”，《清史稿·刑法一》，见前注〔22〕，页567；等等。

〔65〕 参见(日)大庭脩：《秦汉法制史研究》，林剑鸣等译，上海人民出版社1991年版，页170-192。

〔66〕 《唐律疏议》，见前注〔30〕，卷三十，页603-604。

〔67〕 《大清律例》，见前注〔50〕，卷三十七，页595。

事比、故事、法例、断例、成案等称谓存在。关于案例法在法源中的地位,滋贺秀三先生发现《汉书·刑法志》在介绍汉武帝时期法制情况时,将“律令凡三百五十九章”与“死罪决事比三千四百七十二事”并列记载,认为当时规则性的“法”与案例性的“例”并无区分,<sup>[68]</sup>易言之,此时案例法是与制定法地位相当的法源。如果结合秦墓竹简中的廷行事之普遍存在,我们或可认为在汉代之前(包括汉在内),案例法乃是合法之法源。而此后的朝代,除了宋、元朝相对重视编例之外,在官方态度上,对案例法多是排斥限制,<sup>[69]</sup>其在司法实践中,乃作为一种“事实上的法源”<sup>[70]</sup>存在。

以清代的成案为例,《大清律例》“断罪引律令”律所附条例明确规定:除正律、正例而外,凡属成案,未经通行著为定例,一概严禁,毋得混行牵引,致罪有出入。如督抚办理案件,果有与旧案相合,可援为例者,许于本内声明,刑部详加查核,附请著为定例。<sup>[71]</sup>

从乾隆三年(1738)制定该条例,一直到宣统二年(1910),因官制改革,“刑部著改为法部,专任司法,大理寺著改为大理院,专掌审判”。<sup>[72]</sup>制度变迁下,才由《大清现行刑律》修订为:除正律、正例而外,凡属成案,未经通行著为定例,一概严禁,毋得混行牵引,致罪有出入。如督抚办理案件,果有与旧案相合,可援为例者,许于本内声明,仍听部、院覆核”,但该条背后限制引用成案,试图使成案规则化的立法旨趣终清之世并未改变。如学者指出,这一条例在司法实践中往往成为否定引用成案的达摩克利斯之剑。<sup>[73]</sup>

## 2. 成案作为“事实上法源”的原因探析

关于司法实践中引用成案的实证研究,小口彦太先生从祝庆琪、鲍书芸编纂的《刑案汇览》4001件事例中,发现在判决、原拟过程中援引从前成案的事例有465件,<sup>[74]</sup>约占11.62%;王志强先生同样依据《刑案汇览》,但在统计上针对实质性援引成案,排除了针对抽象事实而非具体案件的刑部咨复中述及的成案、纯粹为追溯条例历史而提及的成案、泛称而非实质性引用的成案,重复的成案以一案计算等,结果发现援引成案的事例有367件,<sup>[75]</sup>约占9.17%。这样

[68] 参见(日)滋贺秀三,见前注[59],页26。

[69] 参见杨一凡、刘笃才,见前注[6],页495。

[70] “事实上的法源”之说,出自小口彦太先生,(日)小口彦太:“清代中国刑事审判中成案的法源性”,郑民钦译,载杨一凡总主编、(日)寺田浩明主编:《中国法制史考证》丙编第四卷,中国社会科学出版社2003年版,页288。

[71] 《大清律例》,见前注[50],卷三十七,页596。

[72] “裁定奕劻等覆拟中央各衙门官制谕”,收入故宫博物院明、清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(上),中华书局1979年版,页471。

[73] 参见王志强:“清代成案的效力和其运用中的论证方式”,王志强:《法律多元视角下的清代国家法》,北京大学出版社2003年版,页100。

[74] (日)小口彦太,见前注[70],页289。

[75] 参见王志强,见前注[73],页101-102。

的比例,可以证明成案在法源中的地位。<sup>[76]</sup>

成案为何仅仅是事实上的法源? 需要从成案的特质与功能上去理解。作为狭义的成案指“例无专条,援引比附,加减定拟之案”,<sup>[77]</sup>成案往往针对疑难案件而言,其或者是法无正条创制规则,或者是突破既定律例非常规处理,从权力分配的角度而言,如果承认成案的法律效力,意味着侵犯君主的立法权;就法制本身而言,这种“议事以制”、辗转比附,亦不利于其稳定性。作为广义的成案即高层司法机关批准或办理的旧案<sup>[78]</sup>而言,成案也具有诠释立法旨趣、明确概念术语含义、维护法律统一适用的积极一面。这种利弊兼具、犹如双刃剑般之作用也造成了对成案的评价不一,否定者有如汪辉祖认为“成案如成墨然,存其体裁而已。必援以为准,刻舟求剑,鲜有当者”,<sup>[79]</sup>肯定者有如许榘所谓“故断狱尤视成案……无小大狱,皆可依类折衷矣。虽然案者,狱之已成者也,狱者,案之未成者也。执已成之案以断未成之狱,吾能必案之无畸重畸轻而不能必狱之无有枉滥,则所谓哀敬折狱者,又自有本矣”。<sup>[80]</sup> 在官方的行动逻辑中,形成了刑部对地方司法“循我所言,非循我所为”(do as I say, not as I do)<sup>[81]</sup>的作法,即其自身可以自由地引用成案,却在当地方引用成案不符合其标准时,以“凡属成案,未经通行著为定例,一概严禁”予以否定驳斥。在这种逻辑下,地方司法机关能否比附成案,其关键乃在与刑部的意见能否保持一致。

### 三、比附的运用和特质

#### (一) 案例深描

##### 案例一:防年杀继母为父复仇案

汉景帝时,廷尉上:囚防年继母陈杀防年父,防年因杀陈,依律以杀母大逆论。帝疑

[76] 对于小口彦太与王志强的观点,刘笃才有不同的意见,其从判例的视角出发,认为成案直接作为判决依据的极少,成案的学理意义不等于法律效力(杨一凡、刘笃才,见前注[6],页471-473)。笔者认为,双方重要分歧在于对何谓法源的认识不同。关于此分歧,笔者将另撰文分析,此处仍从小口彦太和王志强之说。

[77] (清)祝庆琪、鲍书芸编:《刑案汇览》“凡例”,收入(清)祝庆琪等编:《刑案汇览三编》,北京古籍出版社2004年版,页3。需要特别指出:该书将《刑案汇览》、《续增刑案汇览》和《新增刑案汇览》三种合编点校,以《刑案汇览三编》之名出版,和沈家本所编的未刊稿《刑案汇览三编》书名相同,但内容完全不同。

[78] 王志强,见前注[73],页98。

[79] (清)汪辉祖:《佐治药言》,载(清)张廷骧编:《入幕须知五种》,沈云龙主编:《近代中国史料丛刊正编》(第二十七辑),台北文海出版社影印,页153-154。

[80] 许榘:“叙”,收入(清)许榘、熊旻编:《刑部比照加减成案》,北京大学图书馆古籍特藏库藏书(共三十二卷,16册,2函)。

[81] 该语来自Jerome Alan Cohen(柯恩)在《中国法律传统论集》导论中对Fu-mei Chang Chen(张富美)论文的凝练总结。Jerome Alan Cohen,“Introduction” to Essays on China's Legal Tradition, Jerome Alan Cohen, R Randle. Edwards and Fu-mei Chang ed., *Essays on China's Legal Tradition*, Princeton University Press, 1980, p.17. 张富美研究私家注律对清代司法的影响,发现清代刑部官员禁止地方官员引用私家注律,而其自身则可以随意引用。其论文见同书,Fu-mei Chang Chen,“The Influence of Shen Chih-ch'i's Chi-Chu Commentary Upon Ch'ing Judicial Decision”, pp.170-221.

之。武帝时年十二，为太子，在帝侧，遂问之。对曰：“夫继母如母，明不及母，缘父之故，比之于母。今继母无状，手杀其父，下手之日，母恩绝矣。宜与杀人同，不宜以大逆论。”

（吴讷）谨按：《大明律》云，凡继母杀其父，听告，不在干名犯义之限。今观汉史所云，防年继母杀父，因杀继母，宜与杀人同，不宜以大逆论。窃详此乃伦理之变。若比杀常人，则故杀者斩；若比父母为人杀，则子孙擅杀行凶人，杖六十，其即杀死者，勿论。盛世伦理修明，固无此事；万一遇此，所司当体究的确，比拟奏请。<sup>〔82〕</sup>

分析：

在此疑难案件中，从汉代至明代，共比附了经义、案例法与制定法三种法源，展示了比附丰富的面相和多变的结果。面对“子为父复仇而手刃继母”如何合理裁判的法律困境，最初的判决是比附经义“继母如母”（《仪礼·丧服》），将继母比作亲母，以杀母大逆来论处。依据汉代法律，普通杀人罪的规定是：“贼杀人、斗而杀人，弃市”，特殊杀人罪的规定是：“子贼杀伤父母，奴婢贼杀伤主、主父母妻子，皆梟其首市”。<sup>〔83〕</sup>

两者虽同为死刑，但一为常规之弃市，一为特殊之梟首，在古人观念中，刑罚力度显然不同。经过年轻的汉武帝一番赢得后世著名法学家吴经熊“富有法律头脑（legal mind）”<sup>〔84〕</sup>之赞誉、辨析名分的经典说理，继母因为杀父而恩绝，防年最终以普通杀人罪论处。

该案具有典型意义，被收入《疑狱集》中，成为对后世具有参考价值的案例法。按照此类案例集编纂者的说法，其作用为：“俾司宪者触类旁通，以资启发。虽人情万变，事势靡恒，不可限以成法，而推寻故迹，举一反三，师其意而通之，于治狱亦不无裨益也”<sup>〔85〕</sup>，这一看法与前述肯定成案作用的许榘观点类似。从曾任明朝监察御史的吴讷所加按语来看，他确实有所触动，“心有戚戚焉”，因此根据明朝的法典进行模拟审判。

虽然遵循汉代先例可以排除“比杀母”，但根据比附故杀（常）人，抑或比父母为人杀、子孙擅杀行凶人律（更细分为事后杀人和立刻杀死两种情况），仍然会出现极刑之斩、轻刑之杖六十甚至无罪之勿论等多种结果，可谓“出生入死”，差距甚大，如何把握罪刑的均衡，无疑对司法者提出很高的要求，这也从一侧面证明了比附制度中严格的程序要求之必要性。尽管吴讷因为身处明朝之“意蒂牢结”，必须犹抱琵琶半遮面地掩饰——“盛世伦理修明，固无此事”，但其醉翁之意，显然不在前者，而是“万一遇此”，如何“体究的确，比拟奏请”了。

案例二：儒师引诱学徒为非

山东司：审理案件遇有例无明文原可比附他律定拟，然必所引之条与本案事理切合，即或事理不一而彼此情罪实无二致，方可援照定讞，庶不失为平允。若不论其事理，不酌

〔82〕（宋）桂万荣编撰，（明）吴讷删正、续补：《棠阴比事选》，群众出版社1980年版，页67；亦可见，（五代）和凝撰，（明）张景续撰：《疑狱集》，收入《文渊阁四库全书·子部三·法家类》，上海人民出版社1999年电子版，卷五。

〔83〕《二年律令·贼律》，收入张家山二四七号汉墓竹简整理小组，见前注〔8〕，页11、13。按照该简编者推断，《二年律令》是吕后二年施行的法律。参见同书，页7。

〔84〕吴经熊：“法律教育与法律头脑”，收入氏著：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版，页314。

〔85〕（清）永瑢等撰：《四库全书总目》，中华书局1965年版，页849。

其情罪，徒执一二句相似之文率定爰书，殊失立法本意。

此案增生刘廷泰与无服侄前任湖北按察使刘策先等素睦无嫌，刘策先请刘廷泰在家教伊幼子刘恩彤读书，迨刘廷泰因刘策先相待刻薄，先许增束修，后又翻悔，心怀怨恨，起意教令刘恩彤以手洩精，伤残童体，令其疾苦，以洩私忿，旋即辞馆回家。……该抚以刘廷泰因挟私忿教令学徒刘恩彤以手洩精，欲令疾苦，实属有亏师道，应以凡科断，遍查律例并无恰合专条，将刘廷泰比照“造魘魅符书咒诅欲止令人疾苦无杀人之心者，减谋杀已行未伤二等”律，于谋杀人已行未伤满徒律上减二等，拟杖八十，徒二年。等因。咨部。

本部详核案情……增生刘廷泰挟刘恩彤家相待刻薄之嫌，以儒师而罔顾民义，引诱学徒为非，革去衣衿酌拟不应重杖已足蔽辜，乃比引造魘魅符书咒诅之律将刘廷泰问拟城旦，在该抚不过因律内“欲令苦疾”一语与案情相近，殊不思造魘魅符书咒诅系属异端法术，即不害人已干例禁，故律内治罪从严，何能与此案相提并论。况律内所谓造者皆系作法之人始终自为，从无教令欲害之人使其自行魘魅咒诅者。如谓刘恩彤年幼无知，被人愚弄，然教令小儿殴打父母者以殴人之罪，例内止以七岁为断，而七岁以上者即不用此例，以其知识已开也。今刘恩彤已将及成童之年，即使一时受人欺哄，竟不知悔改，乃习以为乐，其面黄肌瘦亦属孽由自作，岂得以此重刘廷泰之罪。总之此等案件，例内既无明文，历来亦无似此成案，全在司谏者准情酌理折衷至当，不得意为轩轻致失情法之平。罪名出入攸关，本部碍难率覆，应令该抚再行详核律意妥拟报部，到日再议可也。

嗣经该抚遵驳，将刘廷泰酌照不应为而为事理重者杖八十律，拟杖八十，经刑部以该革衣冠败类，酌加枷号一个月。<sup>〔86〕</sup>

就比附的原理而言，本案中刑部山东司总结为事实与规范之间应该具备“事理切合”或者“情罪一致”。刘廷泰为师不尊，教学生手淫，在地方巡抚的裁判中以“欲令人疾苦”之相似点，将该教唆行为比附“造魘魅符书咒诅”——属于古代“十恶”中的“不道”——有关巫术的重罪。但刑部官员辨析法理和事实，进行驳斥。首先从“理”——构成要件不同（造魘魅符书咒诅乃本人自为，教唆手淫乃教唆他人所为，教唆行为不同于造魘魅符书咒诅）和“情”——社会危害性不同（前者属于巫术，远比后者的危害性大）之维度否定了两者之间具有相似性。其次，以刘恩彤已经成童具备一定行为能力为理由，否定教唆行为与伤害后果之间有必然的因果关系。本案刑部之说理，从一侧面反映了古典法律推理的谨慎性，与其说是“实质非理性”，毋宁为“技艺理性”。

就比附的法源而言，在地方的裁判中仅仅是比附制定法，而刑部则在否定其合理性的基础上，明确地提到案例法——“历来亦无似此成案”——这从一个侧面证明了成案作为事实上法源的存在及其在不同审级中的援引权限。

就比附的前提而言，从上文提出的“法律适用模式”这一概念中，已经说明了在“断罪无正

〔86〕（清）沈家本编：《刑案汇览三编》，未刊稿，卷四十三（下）“刑律·杂犯·不应为”所收。本案在陈新宇：《从比附援引到罪刑法定——以规则的分析与案例的论证为中心》（北京大学出版社2007年版，页3538）中曾有过分析，但未及深入，因该案的代表性，此处再作冯妇，试图结合本文旨趣弥补此憾。

条”的情况下,古典司法既可比附援引,亦可适用“不应得为”,那么两者的区别何在?从不应为条款的量刑范围是笞、杖刑中,可推出比附援引主要适用于重罪案件,不应为适用于轻罪案件。但这种界限并非绝对泾渭分明,如何判断案件性质的轻重就成为考验司法者智慧的问题。如在本案中,刑部最终以“不应为”来否定比附援引的误用,诚如律学者对这一弹性条款功能的介绍“恐因律无正条而附会臆断,轻则纵奸,重则伤和,致有太过、不及,故补此不应得为一律”〔87〕,这也说明了古人立法考虑之周详,散于各篇章的条文之间其实有着内在紧密的逻辑关系,我们需要有体系性视野,才能达到更全面客观的认识。

## (二)比附的特质

滋贺秀三先生指出:“在中国(案:古代)的法律实践中,从我们的感觉来讲是属于量刑范畴东西,却总是被作为没有裁量余地的法律解释适用问题而展开繁冗琐细的议论。”〔88〕因为立法上一行为对应一刑罚这种绝对确定法定刑主义的宿命存在,选择某一规则往往意味着唯一刑罚的确定。〔89〕从比较的视野上看,这种限制法官裁量权的绝对确定法定刑,也曾是近代西方刑法追求的目标,如1791年法国刑法典便是如此,但时代最终以相对确定的法定刑取而代之。〔90〕在绝对确定的法定刑主义之语境下,帝制中国的法适用,需要将现代刑法中“定罪——量刑”这一“定性”与“定量”相区分的两个阶段合并在同一节点完成,这意味着前期的规范合理性与后期的量刑妥当性需要同时到位、一蹴而就。

因此在断罪无正条时,古人的推理实际包含了当代刑法中犯罪论与刑罚论的范畴,内涵丰富、兼具规范与事实主客观因素的“情理”乃成为比附的原理。正如律学家张楷对“断罪无正条”的解释:“谓如有人犯罪,律令条款,或有其事而不曾细开,是为‘该载不尽’;或迹其所犯,无有正当条目以断,是为‘无正条’。凡若此,必当推察情理,援引他律以相比附”;〔91〕司法实践中,这样的例证也常可得见,如“该省将拟遣之丁其波比照弟兄俱拟正法存留一人养亲例,准其

〔87〕 (清)沈之奇:《大清律辑注》(下),怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,页951。

〔88〕 (日)滋贺秀三:“中国法文化的考察”,载(日)滋贺秀三等:《明、清时代的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社1998年版,页12。

〔89〕 例外的情况可分法定与酌定两种:第一,法定情况包括:①“不应为”条有“笞四十”和“杖八十”两种量刑情况;②断罪无正条比附时允许“加、减一等”。第二,酌定情况出现在笔者阅读的案例中,在法有正条时直接加一等或减一等:①著名的杨乃武与小白菜案,涉嫌诬告的沈喻氏即直接量减一等(“沈喻氏因伊子速死可疑,喊求相验,并未指控何人谋毒,与诬告人谋杀人命不同。其府谳时妄供盘出谋毒各情,系由痛子情切所致,应于诬告人死罪未决满流加徒律上量减一等,拟杖一百,总徒四年。”王策来编:《杨乃武与小白菜案真情披露》,中国检察出版社2002年版,页105);②“收留逃妇与子为婚尚未成婚”(减一等,(清)祝庆祺、鲍书芸编,见前注〔77〕,卷七,页234,以下的案例出处皆同);③“收留在逃婢女转聘并非图财”(减一等,《刑案汇览》卷七,页234235);④“收留迷失幼女欲卖为婢未成”(减一等,《刑案汇览》卷七,页235);⑤“殴伤胞伯之后胞伯被母逼毙”(加一等,《刑案汇览》卷三十四,第1262页)。如上五案,此类加、减一等的量刑皆由刑部作出。

〔90〕 参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,页61。

〔91〕 (明)张楷:《律条疏议》,载《中国律学文献》第1辑第2册,黑龙江人民出版社2004年版,卷一,页245。

留养,请旨定夺。揆之情理,尚属允协”〔92〕、“该省以例无尊长抢夺卑幼之妇致其父母自尽作何治罪明文,将袁善吟比照尊长图财强卖卑幼如妇女不甘失节因而自尽期亲尊长发近边充军例拟军,系属衡情定断,似可照拟”〔93〕等等。

这种基于情理的比附观,体现了古人对相似性的看法。有关相似性问题,既是世界的法学问题,亦有其中国语境。笔者曾以代表性的比附立法——《大清律例》卷四十七所收的30条“比引律条”〔94〕——为分析基础,以犯罪类型为依据,按照相似性程度从高到低,归纳出比附的三种类型:名分的比附、类推式比附、特别的比附。〔95〕这三种类型中,名分的比附与特别的比附显示了中国的法律推理不同西方近代法文化的一面。

名分的比附,指的是在同一犯罪类型或者犯罪形态中,类比当事人之间最为相似的名分关系的比附。例如“比引律条”第(1)条“僧道徒弟与师共犯罪,徒弟比依家人共犯律,免科”,就是在共犯的情况下,将“师父——徒弟”关系类比为“尊长——卑幼”关系,然后按照《大清律例》中的“共犯罪分首从”之“若一家人共犯,止坐尊长”规定,免除徒弟的刑罚。又如第(9)条“妻之子打庶母伤者,比依弟妹殴兄姊律,杖九十,徒二年半”,乃在嫡子伤害庶母的情况下,将“嫡子——庶母”关系类比为“弟妹——兄姊”关系,按照弟妹殴兄姊律处理。在宗法观念和阶级观念(贵贱、良贱)根深蒂固的古典社会,法制对名分关系最为关切,从立法的角度看,有如西晋泰始律的“准五服以制罪”、唐律的“一准乎礼”、清律的服制图入律等。从司法的角度看,在案例一中,不论汉朝抑或明代,辨析的焦点始终是继母的名分结合案情如何处理的问题;春秋决狱中著名的父为子隐案例〔96〕,董仲舒之所以要引用《诗经》的“螟蛉之子,蜾蠃负之”来论证养父子关系的正当性,很可能是因为当时法律有“‘父盗子,不为盗。’今假父盗假子,何论?当为盗”〔97〕这种养父子关系不同于亲生父子关系的明确规定,因此需要先以诗经来否定法律,接下来的“父为子隐”才真正能顺理成章;在上述案例二中,地方裁判的首要任务就是界定当事人之间名分关系,因为在传统法典中“师——生”关系等同于“期亲尊长——卑幼”关系,如欲从重处罚,需要先排除师生关系的适用,因此乃认为刘廷泰“实属有亏师道,应以凡科断”,将其按照普通人论处。

〔92〕(清)祝庆祺、鲍书芸编:《刑案汇览》,卷二,“犯罪存留养亲”所收嘉庆十七年“弟兄夺犯杀差酌留一人养亲”,见前注〔77〕,页66。

〔93〕(清)祝庆祺、鲍书芸编:《刑案汇览》,卷九,“强占良家妻女”所收嘉庆十六年“抢嫁弟妇未成致氏母自尽”,同上注,页325。

〔94〕“比引律条”源于明代的“比附律条”,其很可能是经刑部的判例而成之立法,数目处于变化之中,雍正朝更名为“比引律条”,删修而成三十条,直至清末。参见黄彰健,见前注〔47〕,页1035-1037。这三十条存续时间较长,具有相当的稳定性,其中更有成为法典正文中律条的小注或条例者,可以推定其代表着官方的某种认可态度,具有示范性,以其为分析蓝本,可以避免/减少如一般刑案中关于比附正确与否的争议。

〔95〕参见陈新宇:“比附与类推之辨”,《政法论坛》2011年第2期。

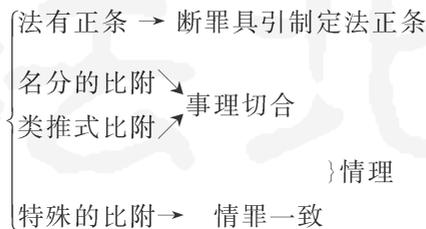
〔96〕时有疑狱曰:甲无子,拾道旁弃儿乙养之,以为子。及乙长,有罪杀人,以状语甲,甲藏匿乙,甲当何论?仲舒断曰:甲无子,振活养乙,虽非所生,谁与易之?《诗》云:螟蛉有子,蜾蠃负之。《春秋》之义,父为子隐,甲宜匿乙而不当坐。程树德:《九朝律考》,中华书局2003年版,页161。

〔97〕《睡虎地秦墓竹简》,见前注〔7〕,页159。

类推式比附,指依据“相类似之案件应为相同处理”之法理,为涵摄当前之事实,突破规则中特定概念的义文的比附。如“比引律条”第(8)条“遗失京城门锁钥,比依遗失印信律”,因为锁钥与印信同为关防之物,所以将两者等同视之,此类推理,与近代刑法所反对的类推并无二致。

特别的比附,乃超越具体犯罪类型之束缚,追求的不是构成要件的相似性,毋宁是古人所认为的意义相似性之比附,按照滋贺秀三的说法,“比附是超越解释性质的事物”〔98〕。例如“比引律条”第(17)条“偷盗所挂犯人首级丢弃水中,比依拆毁申明亭板榜律,杖一百,流三千里”,其相似性应该是基于如下的考虑:古代将罪犯首级示众的酷刑,有威慑警戒世人之用,与申明亭中所立板榜之惩戒、教化功能有某种相似之处,因此偷盗首级和拆毁申明亭的板榜,皆可被看成反抗教化之行为。〔99〕此种之比附之背后,体现了造法者直觉性、体证性与灵活性的一面,或许可借用胡适的话来概括,乃“有学理的基础,却没有形式的累赘”。〔100〕

结合本部分的案例与论理,比附的类型与原理之关系可用表格展示如下:



#### 四、权力分配视角下的法适用

对于帝制中国的法适用模式,我们一方面要注意到“始作俑者”刘颂关于“正文——名例——勿论”的递进式处理方式,另一方面,更要看到刘颂提出“主者守文——大臣释滞——人主权断”的类型式处理方式,这种从政治哲学维度、侧重于权力分配的视角对我们深入理解帝制中国法适用的实践运作,大有裨益。

刘颂认为:“君臣之分,各有所司。法欲必奉,故令主者守文;理有穷塞,故使大臣释滞;事有时宜,故人主权断。主者守文,若释之执犯蹕之平也;大臣释滞,若公孙弘断郭解之狱也;人主权断,若汉祖戮丁公之为也。”〔101〕

在“主者守文”中,刘颂举的是廷尉张释之对惊动文帝车驾者处以罚金,不加重处罚的案例,其指法律专职人员应严格遵循既定规则处理案件。“大臣释滞”中,刘颂举的是公孙弘处理

〔98〕 (日)滋贺秀三,见前注〔4〕。

〔99〕 参见陈新宇,见前注〔95〕,页118。

〔100〕 胡适:《中国古代哲学史》,载《胡适文集》卷六,北京大学出版社1998年版,页307。

〔101〕 《晋书·刑法》,见前注〔22〕,页57。

郭解的案例,其指大臣可以创造性地适用法律。郭解是汉代著名游侠,其门客杀死了批评他的儒生,郭解本人并不知情,虽然查办此案的官吏认为其无罪,但御史大夫公孙弘认为“(郭)解布衣为任侠行权,以睚眦杀人,解虽弗知,此罪甚于解杀之”,<sup>[102]</sup>最终以“大逆无道”定罪。“人主权断”中,刘颂举的是汉高祖处理丁公的案例,其指国君可以在特殊情况下自由裁断。丁公是项羽的部下,楚汉争霸时曾放刘邦一马,项羽失败后谒见刘邦,却被刘邦斩之,理由是“为项王臣不忠,使项王失天下者也”<sup>[103]</sup>。

刘颂的学说,用现代的话语不妨可以概括为“守法——说法——造法”,其目的是形成不同职能、不同权限的机关类别化处理的模式,解决古典法制“情法之平”的目标下“以法治国”(治法)和“议事以制”(治人)之间微妙且紧张的关系。其结果,一方面形成某种职业化、形式化的趋势(主者守文),但另一方面,后两者(大臣释滞和君主权断)则决定了帝制中国法适用的便宜性甚至擅断性。这种观念层面的理想型的区分,与现实层面的权限分配、官员的二元性定位之间形成复杂的叠置关系,造成在司法实践上法有正条与法无正条区分的相对性与模糊性。

以清代司法为例,国家基于治理,以案件性质结合量刑权限为准据,将案件大致区分为两类,第一类是“户婚田土细故”的“州县自理”案件,其以笞、杖刑罚为限度;第二类是“命盗重案”,其刑罚在徒刑以上(徒、流、死),通过逐级的复审制加以保障,量刑权分别由督抚、刑部和皇帝把握。

官员自身具有两面性。一方面作为国家官僚制中的一员,具有因循守旧的保守性一面,借用萧公权的话,“所有官员都屈从于一套严密的规章、限制和牵制网络,哪怕是在他们个人控制范围之外的一些事情上,出现任何疏忽或过失都可能找来惩罚。最终出现的普遍情形是,对普通官员来说,最慎重的作法是尽可能少地承担责任——多注意在形式上遵守成文的章程,少去做那些利君惠民的事情。”<sup>[104]</sup>从这一角度出发,服膺规则甚至是刻板地遵从乃个中之义。时至当代,在如许霆案中仍可看见此类机械适用法律的倾向。

但另一方面,儒学教育下的官员又是为“为生民立命”的“父母官”<sup>[105]</sup>,在其权限范围内具有灵活权宜的创造性一面。既是著名幕友,亦有丰富州县任职经验的汪辉祖曾说:“神明律意者,在能避律,而不仅在引律。如能引律而已,则悬律一条以比附人罪一刑,胥足矣,何藉幕为。”<sup>[106]</sup>在“避律”这一语境下,法适用模式即发生了变化。

当断罪无正条时,司法者可通过“节引”规则之方式使之变为法有正条。例如《大清律例》“犯罪事发在逃”律文规定“若犯罪事发而在逃者,众证明白即同狱成”,不用罪犯的口供即可定罪,嘉庆十五年(1810)颁行条例,规定“内外问刑衙门审办案件,除本犯事发在逃,众证明白,照律即同狱成外,如犯未逃走,鞠狱官详别讯问,务得输服供词,毋得节引众证明白即同狱成之

[102] (西汉)司马迁:《史记》卷一百二十四,《游侠列传第六十四》,中华书局2006年版,页724。

[103] 同上注,卷一百,《季步乘布列传第四十》,页587。

[104] (美)徐中约:《中国近代史》,世界图书出版公司2008年版,页97。

[105] 所谓“父母官”,《汉语大词典》的释义是:“旧时称州县地方官”,但笔者将其扩展为帝制中国官员的统称,更进一,步讲,君臣(民)关系亦可以比拟为父子关系。

[106] (清)汪辉祖,见前注[79],第145页。

律,遽请定案”,<sup>[107]</sup>从逆向思维角度,正可说明节取法源的某一要件,进而演绎发挥适用的现象在司法中确实存在。

当断罪有正条时,很可能出现两种规避方式,一是通过不应为这种涵摄性极强条款来取代正条。例如律学家王肯堂指出“今有司于律有正条者,亦问不应”,<sup>[108]</sup>都察院右评事鲁永清亦谓“刑官问囚,拟议不当,处断不一……律有正条而拟不应”,<sup>[109]</sup>凡此二例,虽是明代人所述,亦可折射出清代司法之情况;二是通过比附这种“说法”(justification)的方式“移情”<sup>[110]</sup>就法,突破正条,通过展示司法者寻法的过程,提供衡量比较之基础,以获得复审制度的认可。清代的条例“审拟罪名不得擅拟加等”规定:“议处、议罪,俱照本条律例定拟。其有情罪重大应从重定拟者,必折衷于法之至平至允,援引比照,不得擅用‘加倍’字样”,该条例虽只存续从雍正八年(1730)到嘉庆四年(1799)近七十年时间,仍可反映出立法上曾对这种法有正条仍可比附的方式予以认可。司法实践中,亦有此类创造性的案例得到刑部的认可。<sup>[111]</sup>

## 五、结论与展思

中国法律史上的“比”,其既可用作动词,也可用作名词。

作为动词之比,从秦与汉初出土文物中已可得见,指国家事务(司法与立法)中,处理事实与规范对应关系时,在援引者认可的相似性前提下,参照/仿效某一对象处理。其最初依据是律令为代表的制定法或者案例,后在汉代开始的法律儒家化时期,经义被援引并成为更高位阶的法源。尽管后世因为法律儒家化的完成和法律体系的发展而经义决狱相对式微,但这种诉诸制定法之外更高位阶规范具有正当性之思维,对中国法律思想的影响仍然深远。经学与律学结合,经书中“上下比罪”,是处理法源竞合与数罪并罚之法理准则。

作为名词之比,从狭义上讲,指在汉代与律、令并称的一种法律形式,其渊源于特殊的案件,或者是面对新情况,创设新规范,或者是突破既有法律的规定。因为该作法具有典范意义,可以为以后司法所参照、仿效,成为后者所“比”的对象,具有法源的特质,因此冠以“比”之名。从广义上讲,名词之“比”可作为“法”的代称。

“比”与“附”结合成为一个专门的法律术语,最晚在唐代法典中已可得见,律学作品的注解

[107] 薛允升,见前注[52],页120以下。

[108] (明)王肯堂:《大明律附例笺释》,转引自黄彰健,见前注[47],页1034。

[109] 《大明孝宗敬皇帝实录》卷十三,弘治元年四月丁未条,中央研究院历史语言研究所1962年校印,页302。

[110] 所谓“移情”,出自《大清律例》“断罪依新颁律”的条例:“律例颁布之后,凡问刑衙门敢有恣任喜怒引拟失当,或移情就例故入人罪苛刻显著者,各依故失出入律坐罪。”薛允升按语为:“此亦不引本律,援引他例之意”。(清)薛允升著述,黄静嘉编校,见前注[52],页137。

[111] 关于该问题的详细考证分析,可见陈新宇:“法有正条与罪刑不符——〈大清律例〉‘审拟罪名不得擅拟加等’条例考论”,载高鸿钧、於兴中主编:《清华法治理论》(第12辑),清华大学出版社2009年版,页341-351。

是“以物相并曰比,依凭为则曰附”。在五代和宋朝的敕中,已经可以看到“比附”与“无正条”出现在同一条款中,成为法无正条时的处理方式。这一作法被明、清法典所吸纳,“比附”不再如唐、宋法典般散布于各篇具体条款之中,而一举成为法典通则性的《名例》中“断罪无正条”时法律方法的代称,后人也往往将“比附”与“断罪无正条”等同论之。

从目前的史料上看,西晋的刘颂最早提出法适用以“有正条(文)”和“无正条(文)”为界限之区分。从唐律以降的传世法典我们可以看到,帝制中国的法适用模式,其理想形态是:在法有正条时,需具引制定法正条,在法无正条时,或者通过比附援引(轻重相举)来定罪量刑,或者适用“不应得为”这一抽象弹性条款。

制定法与案例法是比较重要的法源。在制定法内部,依据滋贺秀三的观点,一般适用次序上,皇帝的单行指令要优于副次法典,副次法典又要优于法典。单行指令虽然有着某种天然的正当性,但要受到具体规范的制约,只对当前个案有效而不能成为此后比附的依据。在制定法与案例法的关系上,帝制中国从汉代以后,案例法多不被官方所认可,官方力图使其抽象规则化,体现了古典法制限制司法解释权的立法中心主义之倾向。案例法的解释、说理性与创造、权宜性利弊兼具的特质,使其在古典法制中更多是作为一种“事实上的法源”存在。

无论立法时体现于法律正条中的“揆诸天理、准诸人情”,还是司法中“断罪无正条”时,比附凭据之“情理”,抑或“不应得为”准据之“情理”,情理都是古典法制的核心要素,一言以蔽之,古典中国法不妨可以称为“情理之法”。此类“情理”法,综合了作为国家意识形态的礼教伦理、司法群体的职业理性、裁判者个人内心直觉衡平等多种因素。这种“自然法”与“实证法”的自然融合而非明确区别的理性特质,或许是中国法文化区别于西方法文化的特征之一。

关于法适用,刘颂提出了“主者守文——大臣释滞——人主权断”的类型化处理方式,体现出一种“权力分配之法”的特色,试图解决古典法制中“以法治国”(治法)和“议事以制”(治人)之间的微妙关系。但作为观念层面的理想类型,其与现实层面的权限分配、官员作为官僚制一员与父母官的二元性定位之间形成复杂的叠置关系,造成在司法实践中法有正条与法无正条区分的模糊性和各种相应的规避情态。

帝制中国的法源与适用,以比(附)为因缘,展示了经与权的权衡,体现了道统与政统的博弈,其既是传统法律思维“情、理、法”自然融合的理性特质之反映,也是帝制中国司法中“守法、说法、造法”权限分配的政治哲学之体现。

近年来的中国法律史学界,曾有过两次引人瞩目的学术论争:一是关于清代的州县审判主要依据“情理”还是“律例”的滋贺秀三先生与黄宗智先生之争;二是围绕韦伯关于中国法是一种“卡地司法”之判断展开的张伟仁先生和高鸿钧先生之争。拙文不揣浅陋,尝试提出“作为情理之法”和“权力分配之法”的命题,希望可以从中国法的主体性立场出发,从法文化整体性的视角和政治哲学的维度对此作出一定的回应,并期待有更全面深入讨论的契机。

(责任编辑:徐爱国)