

# 中国古代罪刑法定之辨

## ——从“断罪引律令”展开

王熠珏

(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

**摘要:**学界对中国古代是否存在罪刑法定的研究,大多陷入“西方有,中国也有”命题预设,或是受制于“现代化叙事”的桎梏,缺乏一种珍视传统却不抱守残缺的研究。反思以往的研究进路,以“断罪引律令”作为切入点:当断罪有正条时,依法裁判虽是中国古代司法的客观情形,但与如今罪刑法定要求的通过依法裁判来限制司法权有一定差距;当断罪无正条时,比附与类推由于在概念内涵、设置原因和具体类型上有所不同,故二者不能被简单等同。

**关键词:**中国古代司法;罪刑法定;断罪引律令;比附援引

**中图分类号:**D914 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-5639(2017)04-0052-07

**DOI:**10.14091/j.cnki.kmxyxb.2017.04.009

### The Analysis of the Principle of Legally Prescribed Punishment in Ancient China

WANG Yijue

(Law School, Renmin University of China, Beijing, China 100872)

**Abstract:** The academic research for the existence of legally prescribed punishment in ancient Chinese is lack of the attitude about the treasure of the tradition and facing the incompleteness squarely with the proposition that the punishment was found both in western countries and in China or with the fetters which was constrained by modern narration. With the reflection of former research and the pointcut of conviction according to the law, justice was objective for ancient Chinese judicature when the contemporary law supported the adjudication, but was different with the present adjudication. The adjudication in the ancient China and that in nowadays are not the same because of different concepts, causes and types of analogies when law can not support the adjudication.

**Key words:** ancient Chinese judicature; principle of a legally prescribed punishment; conviction according to the law; quoted analogy

制度的积累构成了人类文明的岩层,惟有进入历史的深处,惟有对制度岩层予以逐一分析,我们才有可能洞见人类制度的文明,乃至整个人类的文明,从一种形态转向另一种形态的逻辑秘密。<sup>[1]</sup>

#### 一、缘起:一种研究进路的确立

中国自清末修律引入罪刑法定原则以来,该原则在主体刑法中经历了帝国、民国与人民共和国三种不同的国家形态,以及从20世纪初的确认与发展到20世纪中的消逝再到20世纪末的回归<sup>[2]</sup>的一个不断试

错和变幻的演进过程。时至今日,罪刑法定原则已明文宣示于刑法多年,但其在某种程度上却仍不过是法治橱窗中的展览品。于是,我们便遭遇到了实现罪刑法定的一个难题:随着学界对法治“本土化”语境讨论的日益加深,如何将罪刑法定原则的宗旨和要求从抽象的逻辑世界付诸于具体的社会生活?

为此,一种解决问题的路径便是在中国传统中为罪刑法定追本溯源,探幽罪刑法定在古代刑法中的蛛丝马迹,以期罪刑法定的实现提供本土化的支撑。那么传统中国是否存在罪刑法定?虽然学者们对此所积累的学术成果已车载斗量、汗牛充栋,但

收稿日期:2016-12-30

作者简介:王熠珏(1990—),女,云南曲靖人,2017级刑法专业博士研究生,主要从事刑法学、烟草专卖法律法规研究。

是,我们的研究进路是否需要一定的范式转换,是一个值得思考的问题。一则,肯定论者现有的一些研究思路往往受制于“西方有,中国是否也有”这样的命题预设,而鲜有“是否相异”“如何相异”“为何相异”这样更中性且心平气和的阐明义理、剖析精要,故多少给人以“白玉微瑕”“大成若缺”之憾。再则,在“现代化叙事”的强势话语笼罩下,西方被看做是先进也是现代的象征,从而取得了话语霸权的地位,中国反而成为一个西方的他者,一个腐朽挨批的待罪被告。进一步说,考量传统中国文化的优劣长短,也要以是否“现代”作标准。<sup>[3]</sup>因此,当前否定论者既有的研究进路多是受“现代化叙事”的桎梏,若把传统中国法律中的“断罪引律令”的固有概念“装入”西方现代罪刑法定观念的框架之中,自然会有“凿枘不投”的隔膜,进而得出中国古代不存在罪刑法定的结论,但这样却也给人一种“以今人之心度古人之思腹”之感。在此,通过梳理前人的研究进路并非是为了否认前人的研究成果,而是为了检讨其不足取之处,从而为今后研究的进一步完善奠定基础。我们认为,如果撇开中国的政治历史背景,语词上的罪刑法定(如“断罪引律令”)是存在的,但罪刑法定原则必须承载着限制国家权力、保障公民自由的精神内涵,这才是真正破解中国传统法不存在罪刑法定原则的迷思之所在。一个语词本身不能单独指示任何东西,它只是向我们指示了其所要指示的意义在人类意义系统上的坐标和方位。根据它的指引,我们可以在人类意义之网上找到其任何可能指代的意义。<sup>[1]</sup>今天存于世间的一切都在历史中得以发生,无论是思想还是制度都概莫能外。历史蕴涵着当下之所以发生的秘密,也预示着未来之可能的方向。因此,惟有跳出“西方有,中国是否也有”的错误泥沼,才可能真正做到“回归本土”的研究脉络;惟有解构“现代化叙事”宰制下的叙事模式,才能真正走进历史现场。只有如此,所谓“设身处地”<sup>①[3]</sup>的研究才有可能,与中国古人“神游冥合”(陈寅恪语)的境界才能达到,从而才可能理解和把握传统中国不存在罪刑法定的真正原因。

朱熹曾言“旧学商量加邃密,新知培养转深沉”,即无论是“旧学”还是“新知”,只要不断地追

问,就能不断获得更深的见解。这一研究旨在挖掘和解释一些为前人可能忽略的问题;亦或许,问题是老问题,但研究进路和视角却是新的。本文并不打算也不可能考察罪刑法定在中国语境下的所有问题,而是集中讨论以下两个问题:一是断罪有正条下的“依法裁判”;二是断罪无正条下的比附援引。实际上,无论是“断罪有正条”还是“断罪无正条”,这两种情况的“找法”都是为了“断罪”,因而都存在“断罪引律令”的问题。故拟从“断罪引律令”这一语词入手,乃是一个比较恰当的研究角度。通过这一探讨或许将有助于我们把握中国古代“断罪引律令”的独特韵味。

## 二、断罪有正条之“依法裁判”

一国是否开启了刑事文明之窗,不仅要看刑法中是否有“罪刑法定”的相关规定,更要看是否将保障个人自由作为刑事立法的价值目标。循此思路,考察中国古代是否具有罪刑法定的最终落脚点也应归于两个向度:一来应从立法层面洞悉古代“断罪引律令”设定的价值目标,二来则需从司法层面探幽古代“断罪有正条”时是否进行了依法裁判。我们知道,“每个语词都有特定的语境”<sup>[4]</sup>,唯此,在“群芳竞艳”的罪刑法定园地中,才能以现代“罪刑法定”的概念对中国古代的“断罪引律令”进行辨析,否则二者之间将失去共同的论域。

### (一)立法层面的省思

#### 1. 对古代“王法”的另一种解读

在古代的政治生活和社会运作中,“王法”作为帝王权力的表达方式、权力运作的技术工具,往往成为皇帝“私意”乃至“肆意”的体现,且因君主口含天宪,可以随意地造法毁法,任意突破法律,故所谓的“王法”无非是君主鱼肉人民的驭民之术,或是推行专制的王霸之术,与真正的罪刑法定完全背道而驰。但在此我们也尝试着跳出通识思维的窘境,对古代“王法”作新的解读。正如艺术家弗莱厄蒂(Francis Flaherty)所言:“你所要做的就是让你思想中每一个

<sup>①</sup>所谓“设身处地”颇有美学里面讲的“移情”的意蕴,尽量达到“像古人一样思考问题”的境界。当然,这仅仅是一种研究的理想境界,我们应该追求,但恐怕无人能够真正达到。参见文尾参考文献[3]。

想法都出去,让你的心灵澄净清新,如新生婴儿般无邪、又如未曝光的底片般敏感,就这样去吸收周围的一切印象,让那些都进入你的大脑,这就是孕育空白,是滋养空白的肥沃状态,没有先前的概念,是发现的开始。”<sup>①</sup>当然,这一努力的学术意义并非在于具体的结论,而是旨在帮助我们重新思考中国语境下古代“王法”的特征。

首先,古代“王法”不无保护个人、体现正义的可能。我们知道西方素来就有自然法的传统。自然法在古希腊语里有“规律”的意思,它或是出于上帝,或是出于彼岸世界的理性,其本质是永恒的正义;自然法与人定法之间是彼岸世界和此岸世界的关系,人定法要向自然法不断地学习、接近,但永远无法像它一样完美。中国古代虽然没有存在于人类之外、人类之上的自然法,但却有存在于人类之中(人心之中、人的行为之中、日用之中以及圣人言行之中)体现“天人合一”思想的“天下之法”<sup>②[5]</sup>。中国传统的法律文化强调人们“善性”的弘扬、自觉的修养和在团体中的谦让,通过自律达到和谐的境地。法国启蒙思想家伏尔泰所言的“在别的国家法律用以治罪,而在中国其作用更大,用以褒奖善行”<sup>[6]</sup>,就为此增添了一个很好的注脚。易言之,中国古代法中是存在永恒的理想、永恒的正义的。这些永恒的理想和人类社会相融合、相一体,圣人之行即常人之行,天心即民心,天意即民意。譬如黄宗羲所言的“三代之法”“圣人之法”就是古代法中的永恒法、理想法,在儒家中即是“仁”的精神,“仁”是一种永恒的正义。<sup>[5]</sup>此时,正义、公正不仅只是理想,同时还成了可望也可及的现实。其次,古代“王法”不无体现“公意”的可能。在中国古代社会,作为人间的“王法”秩序,就理想而言,它不仅是君主或者帝皇的“人为”法度,具有“理性构建”的特点,而且也是“天道”的反映与表达。所谓“则天顺时”的法律思想,即是简明扼要的言述,因此也有“替天行道”的意涵;进而,还是文化传统与社会生活秩序的反映和表达。总之,一如帝皇是“天下、国家”的代表,所以“王法”也应该是“公意”的体现。譬如,汉文帝时代的廷尉张释之,在处理一起“犯

辇”案件时意见与文帝相左,从而说了“法者,天子所与天下公共也”的名言。可见,法律乃是皇帝、官僚、百姓共同遵守的规范。<sup>[7]</sup>

因此,倘若我们秉持着中国古代社会没有罪刑法定原则产生的观念基础时,则不能简单地以中国古代社会是典型的身份社会、没有公平正义的生长空间来否认,因为我们不排除理想意义上古代“王法”存在的可能性。虽然中西方在对公平、正义的表达方式上有所不同,但这并不意味着古代中国人没有正义观念、正义语言以及正义思维。

## 2. 对古代刑罚残酷的另一种认知

中国古代刑法以专制与残酷著称,刑事司法的政治化是其难以医治的沉痾。法律作为至高无上的皇权的附庸和牺牲品,其神圣不可侵犯性也被皇权的绝对神圣性所替代。而理性化的惩罚则是随法制化的引入而出现的,具体在形式领域则借助于罪刑法定原则、责任主义、一般预防主义等来实现。<sup>[8]</sup>于是,通识观点认为在古代酷重之刑泛滥的落后司法环境中,没有罪刑法定原则产生的制度基础,因为司法权毫无独立可言,难以形成权力制衡的局面。

我们之所以得出上述结论,可能归因于我们对以下问题的轻忽:其一,目的与手段的混淆。古老而残暴的惩罚和刑讯并不能证明它们的使用者嗜血成性或者暴虐无道,毋宁说它们证明了其设计者想不出更好的、更有效的、能够确保他们所珍视的社会价值观的方法。因而,惩罚的特征不仅与国家的文化价值观密不可分,而且还以它为存在的基础。<sup>[9]</sup>因为用来保护社会的手段是多样的,立法者选择了他们确信最有可能确保人们服从的那些手段。这种确信是有赖于传统、知识水平以及社会和经济制度条件的。其二,暴力的实施者和受害者难以达成共识。因为暴力的实施者和受害人所经历的是截然不同的体验,对施暴者而言,痛苦和恐惧是遥远的、非现实的、没有体验过的,而正当根据是重要的、现实的,并且是精心培植的。相反,对受害者而言,暴力的正当性在现实中退却了,与他们所遭受的压倒一切的痛苦和恐惧相比,其正当性的意义就变得无足轻重了。<sup>[10]</sup>

①心理学家罗杰斯(C. R. Rogers)1966年在其《有关当前行为科学假设的一些想法》中引用了艺术家弗莱厄蒂(Francis Flaherty)在1960年描述关键性时刻的理想心理状态的一段话。

②“天下之法”的定义来源于黄宗羲先生。参见文尾参考文献[5]。

总之,虽然以上论述消弭了一些受通识观点影响所产生的歧见,但我们却不能否认,单从上述的论述仍无法清晰解读出古代“王法”具有保障公民自由的精神内涵。因为,如若“曲高”就必然“和寡”,统治阶层的治国理念未必符合社会的实际情形,也未必符合民间百姓的口味。

## (二)司法方面的考察

罪刑法定若不能得以实现,则其蕴涵的限制权力、保障人权的法治精神也只能沦为奢谈而已。同样,仅满足于解读文本上的“断罪引律令”是不够的。相反,考察一下社会生活中的法律实践和司法场域中的法律运作情况将具有特别意义,对“断罪有正条”时是否实现了依法裁判的分析,乃是一条具体可行的途径。但在笔者看来,这是一个至今尚存争议的问题,且非本文所能考论清楚。因为历史和事实之间永远存在难以消弭的空隙与断裂,其中的困难不仅在于史料本身的真实与否,还在于我们接触到的史料只是雪泥鸿爪而已,或仅是片面的。尽管如此,我们虽未必能窥测、揭破真相,但也希望能借此挖掘一下在中国古代的语境下审视“断罪引律令”的新路径。

### 1. 关于“司法擅断”的几个有待深究的问题

首先需要追问的是:帝制中国的皇帝真有那么专制么?古代虽没有“刚性”的法律约束,但是皇帝也非人们想象那样毫无制约地肆意妄为。相反,天道的力量、礼法的约束、民心的向背、祖宗的家法、官僚的抗衡,都是皇帝决不能忽视的制衡力量。<sup>[3]</sup>即便是王法,虽然名义上是皇帝意志的体现,可是对于每个皇帝来说,也是先有的东西。“皇帝只能宣称是人间既存秩序(如儒教)的宣告者、执行者与仲裁者,不曾说他是立法者。在儒家的法制观念中,人间所有的规范,包括法律在内,是来自于经典。”<sup>[11]</sup>此外,皇帝专制就一定导致司法擅断么?对皇帝来说,如何面对浩繁的案件,却是难题。有学者估算“在

清朝,一般年份约有死刑案件三千余件;以督抚和刑部两次具题来计算,就有六千多件专案题本。对日理万机的皇帝来说,绝无可能亲自一一详览,所以‘勾决’逐渐流为例行公事”<sup>[12]</sup>。此言可谓见道之语。所以,皇帝根本没有精力来对常规案件进行实质性的干预,即使是疑难和重大案件,皇帝的干预也非事事都能奏效。<sup>[13]</sup>

其次,有必要追问的是:由于古代科举考试的内容是与实际司法审判没有直接关联的经典知识与诗文写作,传统中国的司法官员是否像现代学者所认为的那样缺乏起码的司法能力而非专业化?<sup>①</sup>若把它放入以西方法律知识系统为质料、以现代价值观为导向的视域中来观察,答案无疑是肯定的。然而这一论断恰恰忽略了传统中国的法律体系以“礼法融合”为特征这一“本土”语境。试想:若古代法律是礼的律典化,那么经由儒家经典浸润后所形成的知识体系就不能说与法律毫无关联,因为精通儒家的礼仪经典也是领悟律令典章的前提。此其一。其二,有学者指出传统中国特别是宋代以降,法律还是受到知识阶层重视的<sup>②[14]</sup>,并且也有多元的渠道传播法律知识和法律研究的文献,法律研究群体中已出现了不同的律学流派。<sup>[3]</sup>此外,通过科举制度登进仕途的官吏在某种程度上也要比“杂职”乃至“力役”出身的胥吏更具道德感和责任感,因为他们浸淫在耳濡“修身治国”之道、目染圣贤之书的氛围中毕竟已有多年,儒家经典所蕴含“义理”经反复诵读和不断体悟后渐次内化为其肉体的记忆,使他们在判案时得以游刃于“情理”的平衡和道德的教谕。

### 2. 考察“依法裁判”的客观情况

与以往那种皇权专制之下法律只是“一纸空文”的通识观点不同的是,近来法史学者们通过阅读明清时期的司法判牍和档案资料后发现,比较严重的刑事(命盗)案件基本上都遵循了“依法裁判”的原则<sup>③[15]</sup>,这些判决文书大都明确地援引了相关

①马克思·韦伯认为“中国的考试,目的在于考察学生是否完全具备经典知识以及由此产生的、适合一个有教养的人的思维方式。”参见马克思·韦伯的《儒教与道教》。

②苏轼的“读书万卷不读律,致君尧舜知无术”在某种程度上反映了在当时的知识阶层和帝国官僚眼中,法律对于达到“尧舜之治”这样的境界是非常重要的。参见文尾参考文献[14]。

③如以滋贺秀三为代表的日本中国法律史学者认为,明清时期中国的诉讼实践存在两种不同的类型:对命盗窃案件来说,必须依法判决;就民事案件而言,情理是判决的基本准据。参见文尾参考文献[15]。

的法律条文。当然有原则必有例外,对于处于“罪与非罪”“罚与不罚”“轻罚与重罚”之间的一些轻微刑事案件来说,司法官员在裁量时拥有一定的裁量权力而无须遵守严格的准则,其根本原因在于笞杖案件属于地方州县衙门的“自理范围”而不受审转制度的严格约束,且原被两造一般不会越县经州的不断上告。随着学者们研究的进一步深化,研究所依赖的史料已不再拘泥于传统的律令会典、司法档案,而是试图结合民间流传的野乘传说、戏曲唱词、法律俗语等,以便进行相互的释证,从而拓展研究的视域范围和分析问题的内容。譬如,学者们在探究包拯故事中法律文化时发现,其中涉及罪与罚的判决基本上都与当时的法律规定大致吻合。<sup>[7]</sup>也许有人会质疑,这种研究进路有把文学叙事当做史实研究的嫌疑,但我们应看到的是:一来,文学与历史虽有一定的距离,但这些作品中所讲述的故事在某种程度上的确能反映出当时人们的法律生活抑或是法律心态,并非为完全的空穴来风;二来,即使要将数量不菲的诉状、判词编得煞有介事也实属不易。可见这些故事并非是毫无根据的向壁虚造、信口开河。故而,将这些业已存在的文学作品作为古代“依法裁判”的辅助证明也不无道理。

由上可知,以往我们对古代司法主体的形象和皇权专制之下的法律运作情况存在一些曲解与误读,但古代的“依法裁判”与罪刑法定原则司法化所要求的依法裁判仍有一定差距。有一种无法忽略的现象,即有些案件看似遵循了“依法裁判”的原则,但实际上却巧妙运用了“移情就法”的“审判技巧”,即司法官员将案情内容“剪裁”得符合法律的相关规定,以达到“依法裁判”的效果。因为司法审判毕竟关涉到承审官员的仕途和名誉,在司法集权的管制、社会舆论的压力以及具体案件中的情法冲突之中,如何维护自己的切身利益更是司法官员所关心的事。只有拨开“依法裁判”的

迷雾,才能揭示该原则底下裹挟的利益权衡真相,“移情就法”的益处就在于既不怕两造翻案,又能避免上司的驳案。

### 三、断罪无正条之“比附援引”

近代以降,在西方强势文化的“侵入”下,传统中华法系的“帝王地位”已有日渐式微之势。随着西方近代罪刑法定原则被“摆渡”回国,引发了“比附”去废存留的激烈争议:其中礼教派力陈“比附”具有弥补刑法漏洞之功能、契合传统文化,指出“引律比附尚有依据”,若悉由裁判官定拟,则“临时判断直无限制”<sup>①[16]</sup>,故删除比附后的流弊甚大;而法理派则将“比附”与西方刑法所禁止的“类推”相对比,力求考证其为汉代所设,并将其视为破坏中国固有罪刑法定主义的乱世之恶习、人治弊政的铁证,故应将其彻底摒弃。至此,比附便被视为罪刑法定原则的对立面,每当论及中国古代是否存在罪刑法定之时,比附都是一个无法绕开的话题。

西方罪刑法定原则禁止类推解释,因此倘若要回答中国古代是否存在罪刑法定,那么从“比附之中是否藏蕴有类推之理”这个场域来考察,乃是必不可少的。中国人有信而好古的心理,沈家本的观点虽有托古改制之嫌,但仍对后世产生了既深且钜的影响,尔后许多学者基本沿袭了沈氏观点,将比附与类推解释同样视为是破坏罪刑法定原则的弊制。然而,部分学者并未裹足不前,开始试图“超越沈家本时代的束缚”,着眼于传统中国法律的内在逻辑,对比研究比附与类推之间的异同。<sup>②</sup>就比附与类推之间的关系而言,可从以下几个方面入手:

第一,从概念的内涵来看。首先,比附的涵义主要是通过比来阐释的,而比既可作名词使用又可作

①张之洞坚决反对删除比附:“比附易启意为轻重之弊,此诚不免。但由审判官临判断,读不虞其意为轻重耶?引律比附尚有依据,临时判断直无限制。即如罚金一项,多或数千元,少或数十元,上下更易,出入必多;且所定各条,多有同一罪而定三种之刑,悉任裁判官定拟,范围太广,流弊甚大。此比附之未可尽除也。”参见文尾参考文献[16]。

②这一领域代表性的先行著述有:日本学者中村茂夫的《比附借机能》、滋贺秀三的《比附偲类推》、德国学者陶安(Arnd Helmut Hafner)的《比附与类推:超越沈家本的时代约束》、台湾地区学者陈张富美(Fu-mei Chang Chen)的“On Analogy in Ch'ing Law”以及陈新宇的《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》等。其中一些为比附正名的见解蕴涵着一种颠覆性的力量,解构了既有“轻重相举/比附援引=类推适用=罪刑擅断=违反罪刑法定”的单线模式。

动词使用。在这里比既作动词又作名词,即通过比来比,前一个“比”是名词,后一个比是动词。由于两个比连到一起有些单调且不好理解,可对其进行以下两种替换:一是前一个“比”保留,后一个“比”换为“附”,这样就成为比附,即通过相同的因素而比况。这应是古人常用的概念。二是前一个“比”换为“类”,后一个“比”保留不动,就成为“类比”,即以同类的东西来比方。这应是今人多用的概念。<sup>[17]</sup>罪刑法定原则所禁止的类推解释,是指因入罪之需将刑法规则并未涵摄的当前事实比照最相似的条文进行定罪量刑,其实质上是一种超越规则中的特定概念而创设新规则的方法。其次,需特别注意区分一组概念——类比推理与类推推理。类推推理之结论并非法条范围之内的,显然有悖于罪刑法定主义。而类比推理是建立在相似性的概念基础之上的,这类推理的根据是这样一种假定:我们考虑属性之间存在着某种本质的联系<sup>[18]</sup>,故而将比附视为类推,其实是将比附中的部分类推推理也一并纳入了类推推理的范畴。中村茂夫曾敏锐地指出“类推是论理地分析法律规定,确定其意义,立足于为了推论某件事案是否包含在构成法律规范的语言里所进行的抽象化之思考过程……而比附似乎可以说是通过更大的视角捕捉事案的共同的本质部分,寻求其类似性”<sup>[19]</sup>。该论述可谓透辟。

第二,从设置的原因来看。中国古代奉行严格的定刑主义,即对于同一罪名,不问情节轻重而一律科处完全相同的刑罚。这样绝对确定的法定刑虽能保证有法必依和用法统一,却难以实现个案的实质正义,据此就只能通过不断孳乳分化出新罪名来适应社会的发展。然而,法律之网编织得越密,规范与事实之间细琐矛盾就越多。在律例不尽载的情况下,用比附来来达到“情罪相符”的目标就势所必然。如果说类推的目的在于入罪,比附的功能则在于寻求恰当的量刑,而无需在罪与非罪的判断上面临过多的压力。<sup>[20]</sup>西方刑法已委任法官以量刑之权,在此之外若还允许法官设置新罪名或刑名的话,则明显地属于擅断主义,须将其禁止。而与此不同的是,“比附”在全面排除量刑的前提下,很合理地弥补了“定刑主义”过于僵硬的一面。<sup>[21]</sup>所以,西方罪刑法定原则中的“类推”和中国“定刑主义”中的“比附”不能简单地相提并论。以新智识的标准去

认识传统的东西未免有简单化之嫌,其实质是忽视了传统法体系上的制度安排和其内在逻辑结构间的相洽性,抹杀了“比附”在传统法中的值得肯定的价值。

第三,从具体的类型上看。通过以上两方面的分析,我们可以从抽象层面上体会到“比附”与“类推”是有所区别的,对此还需进一步做一个翻还原式的微观考察,即“比附”究竟是在怎样的视角内具体展开?有学者以《大清律例》卷四十七所收的“比附律条”为基础,根据行为的相似性程度之高低,将比附进一步分为名分的比附、类推式的比附与特别的比附三种类型。<sup>[20]</sup>其中,从名分的比附中,可以看到古代法中“正名”之重要性。传统社会是一个身份社会,法律对家族中的尊卑、长幼、亲疏远近关系,社会上的贵贱、良贱关系都不厌其烦、持续不断地制定细则加以规定。所以,古人的“无正条”也包含无适当的名分规范之意,不能说是为了入罪的需要,与近代的“法无明文规定”在理解上不能完全等同;而类推式的比附似与如今的类推解释并无二致;但特别的比附却已超越了类推的界限,很难说比附的对象具有构成要件的相似性,毋宁说是为了罪刑均衡需要,而将两种主客观方面相距甚大的行为拟制在一起,因为传统立法的绝对确定法定刑,故比附在寻找相似规则决定了最终的刑罚,从中可看出,比起“情罪相符”的罪刑均衡来说,规则的选择是相对次要的实务。在此,不妨借用深谙德国概念法学的徐道邻对礼教法律观的看法予以概括,即“法律条文的引用及解释,可以不受严格形式主义的拘束”<sup>[14]</sup>。综上,比附与类推并不完全等同,比附中的部分类型的确具有类推的性质,但比附亦有其独特的面相。

申言之,基于中国古人不仅把犯罪视为对他人生命财产的伤害,而且也看做对皇帝权威的挑战、对帝国秩序的侵犯乃至对宇宙秩序破坏<sup>[22]</sup>,故而,司法官员极尽法律引证与法律推理乃是为了达到惩罚犯罪的目的,这实际上代表了一种惩罚中心主义的价值取向和司法态度。中国古代不乏“守法”的传统与实践,之所以不会有近代罪刑法定原则产生的土壤,是因为古代刑法一以贯之的核心价值乃是罪刑均衡,只有做到“情罪相符”且“罚当其罪”,世俗社会才无“冤抑”可言,进而“天道”才能保持和谐的秩序。所以,规则的适当性固然重要,但量刑上的适

当才是最终目的。囿于绝对确定法定刑的桎梏,使得比附所援引的条例难免有类推的性质,我们对此既应有同情之理解,亦不该避其缺陷。总而言之,中国古代产生这种追求实质正义而非形式正义的司法精神,缘于中国人思考问题的方式和正义观念的特色。

#### 四、小结

罪刑法定原则的形式侧面,旨在限制司法权,与形式法治相对应;罪刑法定原则的实质侧面,旨在限制立法权,与实质法治相一致;罪刑法定的形式侧面与实质侧面的统一,和形式法治与实质法治的统一相吻合。换言之,法治的任何含义、价值,都可以在罪刑法定原则的思想、基础、具体内容中找到表现形式。<sup>[23]</sup>所以,罪刑法定既是刑法铁则,又是宪法原则。奉行罪刑法定主义几乎是19世纪所有文明国家的立国原则,一个没有实行罪刑法定原则的国家不可能是一个法治国家。近来,学界的研究重心从“以西方形制架构为底版、借助国家强制力推进法制建设的普世主义法治观”,逐步导向“以中国本土国情为关照、回应社会本土需求的国情主义法治观”<sup>[24]</sup>,这也预示着我们罪刑法定的立法化,不意味着罪刑法定的实现化。为避免罪刑法定原则在我国仅是法治橱窗中的展览品,对罪刑法定“本土化”的研究,在很大程度上表达的正是顺应这一现实语境的努力。

本文鉴于“断罪引律令”是研究中国古代有无“罪刑法定”的聚焦点之一,故以此为切入点,首先针对中国古代“罪刑法定”有无之争的相关研究路径进行了反思,进而分别对中国古代“断罪有正条”时的“依法裁判”以及“断罪无正条”时的“比附援引”展开分析,得出如下结论:

第一,就研究进路而言,惟有跳出“西方有,中国是否也有”的偏激模式,解构“现代化叙事”宰制下的叙事模式,才可能真正做到“回归本土”的研究脉络,从而理解和把握传统中国不存在罪刑法定的真正原因。

第二,如果撇开中国的政治历史背景,语词上的罪刑法定(如“断罪引律令”)是存在的,但罪刑法定原则必须承载着限制国家权力、保障公民自由的精

神内涵,这才是真正破解中国传统法不存在罪刑法定原则的迷思之所在。

第三,中国古代的“依法裁判”与如今通过罪刑法定所要求的限制司法权进行依法裁判有一定差距。“断罪有正条”时做到“依法裁判”的原因可能在于:1. 君主以律令来规制司法官员的自由裁量权;2. 司法官员通过常规途径的“依法裁判”或是“移情就法”的“依法裁判”来捍卫自身利益与安全;3. 附带的保障诉讼两造的合法利益。

第四,“断罪无正条”时的比附援引不能简单等同于类推解释,比附中的部分类型的确具有类推的性质,但比附亦有其独特的面相。故不能忽视传统法体系上的制度安排和其内在逻辑结构间的相洽性,而抹杀了“比附”在传统法中值得肯定的价值。

诚如有学者所言,在中国社会罪刑法定的本土化问题远比人们想象得复杂,它是一个系统性的工程,而绝非毕其功于一役的简单运动。<sup>[25]</sup>但我们坚信,对中国传统法进行不断的吐故纳新不失为研究罪刑法定本土化的一条蹊径。当我们既珍视传统而又不抱守残缺时,方能保持罪刑法定在中国有着永久的生命力以及永续发展的势头。

#### [参考文献]

- [1] 齐延平. 自由大宪章研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2007:1; 2.
- [2] 孟红. 罪刑法定原则在近代中国[M]. 北京:法律出版社,2011:190-194.
- [3] 徐忠明. 案例、故事与明清时期的司法文化[M]. 北京:法律出版社,2006:4; 15; 306; 221.
- [4] 苏力. 波斯纳及其他[M]. 北京:法律出版社,2004:79.
- [5] 俞荣根,彭奕菲. 儒家法文化与中华法系[G]//曾宪义. 法律文化研究. 北京:中国人民大学出版社,2009:20-30.
- [6] 曾宪义. 从传统中寻找力量[G]//曾宪义. 法律文化研究. 北京:中国人民大学出版社,2009:1-5.
- [7] 徐忠明. 解读包公故事中的罪与罚[J]. 现代法学,2002(3): 3-24.
- [8] 劳东燕. 刑事视域中的“人”[G]//陈兴良. 刑事法律评论:第9卷. 北京:中国政法大学出版社,2002:180-182.
- [9] GEORGE R, OTTO K. Punishment and social structure[M]. New York: Columbia University Press, 1939.

(下转第71页)

各种理由在划定界限标准的同时,也最大程度地尊重了公民私法自治意愿。从公序良俗的视角审视“第三姓”的合理规制,应该坚持社会公共秩序的本位和传统善良风俗并举的原则,即适用价值判断的方法来探微每一个“第三姓”选择背后的动因,从而得出符合民事实体结果的法律适用依据。正所谓“无统一的认定标准,应依时代变迁、经济状况、社会思潮以及地区环境等差异,综合观察判断之”<sup>[11]</sup>,这实为“第三姓”得以合理规制的正确方向。

#### [参考文献]

- [1] 史尚宽. 民法总论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000:40.
- [2] 杨德群. 公序良俗比较研究[D]. 长沙:湖南师范大学, 2014.
- [3] 马岭. 国家权力与人的尊严[J]. 河北法学, 2012(1):22-28.
- [4] 苟姓后人:宁可不上户口,也不让孩子再姓苟[EB/OL]. [2016-02-28]. [http://news.xinhuanet.com/overseas/2014-06/27/c\\_126678245.htm](http://news.xinhuanet.com/overseas/2014-06/27/c_126678245.htm).
- [5] 王丽萍. 从“亲本位”向“子女本位”演变的亲子法[J]. 金陵法律评论, 2006(1):28-36.
- [6] 田亚岐,倪景杰. 我国姓氏的起源与发展[J]. 西安教育学院学报, 2001(1):43-47.
- [7] 郭站红. 姓氏立法刍议[J]. 中国社会科学院研究生院学报, 2009(3):67-73.
- [8] “北雁云依”不符合公序良俗对姓名的规制要求[EB/OL]. [2016-04-20]. [http://paper.dzwww.com/sdfzb/data/20150427/html/1/content\\_8.html](http://paper.dzwww.com/sdfzb/data/20150427/html/1/content_8.html).
- [9] 李双元,杨德群. 论公序良俗的司法适用[J]. 法商研究, 2014(3):65-73.
- [10] 刘青. 姓氏中的文化现象解读[J]. 福建论坛, 2009(6):67-73.
- [11] 施启扬. 民法总则[M]. 北京:中国法制出版社, 2010:211.
- [10] 德恩里科. 法的门前[M]. 邓子滨,译. 北京:北京大学出版社, 2012:140.
- [11] 甘怀真. 皇权、礼仪与经典诠释——中国古代政治史研究[M]. 台北:台湾大学出版社, 2004:545.
- [12] 郑秦. 清代法律制度研究[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000:73-89.
- [13] 孔飞力. 叫魂:1768年中国妖术大恐慌[M]. 陈兼,刘昶,译. 上海:上海三联书店, 1999.
- [14] 徐道邻. 中国法律制度[G]//徐道邻. 中国法制史论集. 台北:台北志文出版社, 1975:309; 160.
- [15] 滋贺秀三. 明清时期的民事审判与民间契约[M]. 北京:法律出版社出版社, 1998:112-138.
- [16] 张国华,李贵连. 沈家本年谱初编[M]. 北京:北京大学出版社, 1999:156.
- [17] 黄延廷. 清代比附的法理探讨[J]. 广西社会科学, 2009(11):47-50.
- [18] 陈兴良. 罪刑法定的当代命运[J]. 法学研究, 1996(2):10-47.
- [19] 中村茂夫. 清代刑法研究[M]. 东京:东京大学出版会, 1973:177-178.
- [20] 陈新宇. 比附与类推之辨——从“比引律条”出发[J]. 政法论坛, 2011(2):113-121.
- [21] 陶安. “比附”与“类推”:超越沈家本的时代约束[C]//“沈家本与中国法律文化国际学术研讨会”组委会. 沈家本与中国法律文化国际学术研讨会论文集:下. 北京:中国法制出版社, 2005:461-475.
- [22] 徐忠明. 明清刑事诉讼“依法判决”之辨析[J]. 法商研究, 2005(4):3-24.
- [23] 张明楷. 罪刑法定与刑法解释[M]. 北京:北京大学出版社, 2009:72-73.
- [24] 张志铭,于浩. 共和国法治认识的逻辑展开[J]. 法学研究, 2013(3):5-18.
- [25] 劳东燕. 罪刑法定本土化的法治叙事[M]. 北京:北京大学出版社, 2010:171.

(上接第58页)