

法律·社会·历史文丛

主编 李秀清

帝制中国的法源与适用

陈新宇 著

以比附问题为中心的展开

 上海人民出版社

法律·社会·历史文丛

主编 李秀清

帝制中国的法源与适用

以比附问题为中心的展开

陈新宇 著

图书在版编目(CIP)数据

帝制中国的法源与适用:以比附问题为中心的展开/
陈新宇著. —上海:上海人民出版社,2015
(法律·社会·历史文丛/李秀清主编)
ISBN 978-7-208-13232-0

I. ①帝… II. ①陈… III. ①法制史-研究-中国-
古代 IV. ①D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 181770 号

责任编辑 解 焜

封面装帧 王小阳



本书获得人文社科基地华东政法大外国法与比较法研究院项目(基地编号: SJ0709)、国家社科基金重大项目华东政法大学法律史学科建设项目(学科代码: 030102)的资助。

· 法律·社会·历史文丛·

帝制中国的法源与适用:以比附问题为中心的展开

陈新宇 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 11.5 插页 3 字数 143,000

2015 年 8 月第 1 版 2015 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-13232-0/D·2722

定价 38.00 元

谨以本书献给

我的父亲陈鸿藻先生和母亲郑文璇女士

总 序

目下,法律从业者日增,相关研究成果不计其数,“文库”、“文丛”林林总总。不过,若以法学成果出版机构的地域而论,学术影响力的北重南轻现象似乎毋庸置疑。进一步直言之,位于京城的各大出版社统领了当今中国的法律出版业。而自开埠以来,上海曾是中国出版业的重镇和中心;二十世纪前半叶,在上海问世的法学成果更是雄踞半壁江山。曾经的辉煌,在同时代难觅相匹敌者。其中的许多学术著作,作为我们探究中国近代法律变迁轨迹及梳理法律学术史所无法忽略的重要参考,至今仍惠泽学界。而现在上海人民出版社策划出版此“法律·社会·历史文丛”的主要动因,即是为了接承曾产生过众多经典法学论著的这一上海之“地气”。

“法律·社会·历史文丛”的基本定位是精致、高品位的法学学术论丛,汇集的是有着浓厚的社会人文关怀和恢弘的历史视野的真正学术人对于法律问题进行认真思考和用心研究的成果。

一方面,就选题而言,是开放的、多元的,不计是否联系实际,更不问是否对当下中国“有用”。王国维先生在《国学丛刊序》中曾正告天下曰:“学无新旧也,无中西也,无有用无用也。”大家之言,特别是其“无有用无用”之论,仍值得今人玩味。有价值的选题应当是,著者在广泛阅读之后,被强烈的好奇心驱使,于辨疑解难的冲动下选定的。真正的学术人可能都有过这样确定选题的经历,好奇和兴趣乃是从事研究最原始且最持久的推动力。

另一方面,就著者而言,无论前辈还是新锐,研究时都应持有宁静的心境。法律问题的研究者,几乎不可能不入世。不过,真正学术人却一定要脱



俗,他应有道义上的担当,有对于“道”与“义”的超然追求,有学者的清醒和人格的清高,有高于世俗的“乌托邦”学术理想。研究者经常是,也应该是寂寞的,孤独的,甚至是无聊的,在宁静中,晨钟暮鼓,研习揣摩。宁静不是封闭和停滞,更不是自绝于世、闭门造车,而是时刻关注世态万象、理性探求真谛的一种心境。“非宁静无以致远”,在当下略显嘈杂的境况下,这一古训尤有警醒之意。宁静的心境,是治学的一种境界,对于研究法律问题者言,则更甚。没有宁静的心境,无论先进还是后学,都将不可能产生具有思想和智慧的成果,不可能有真正的学术担当,而有的可能却是浅薄的末策,媚俗的迎合。

再一方面,就著作而言,最理想的是,著者基于好奇和兴趣确定了选题,在宁静的心境中,沉潜往复,从容含玩,并坚守圆融通博且富有个性的治学门径和学术规范,最终水到渠成。著作可能带给著者以学位、职称及学术声誉,但这些本身却不能被异化为著书立说的终极目标。因此,上乘的学术作品,需要“慢煨”,而不能“急烧”,研究者也只有“在慢煨”中才能享受探知求真的乐趣,感受从事学术研究的尊严,归根结底,这才是真正学术人的追求。大而言之,也唯有如此,学术成果才能传承文明,启迪智慧,而这,才是学术研究的根本趣旨。“通古今之变,识中西之长,成一家之言”,这是唐德刚先生所享有的盛誉,也应是衡量当今学术水准的最高标杆,虽然难以企及,但是,我们将心怀敬畏,努力使各部论著在“成一家之言”方面有所建树,并确保文丛的精致与品位。

二十一世纪的前十年已成历史,现在启动“法律·社会·历史文丛”,已难言还有天时。但是,借上海法学出版曾丰硕显赫之“地气”、续养成数辈驰骋法界英才之传统,本文丛的策划人、著者、编辑及所有参与者精诚合作,地利人和,集思广益,持之以恒,终会有所成就。我们希望,本文丛将以其精致和品位在林林总总的丛书中独树一帜,以赢得独具慧眼的同道和读者的赏识、鼓励和支持。

李秀清

2011年5月

于上海 万航渡路1575号

华东政法大学六三楼

目 录

总序	1
导论	1
第一节 从古典疑难案件“汉武明经”引发的思考	1
第二节 比附问题研究的学术史梳理	4
第三节 本书的立场、方法与结构	10
第一章 比(附)的历史考察	12
第一节 出土文物中的“比”	12
一、睡虎地秦墓竹简中的“比”	12
二、张家山汉墓竹简中的“比”	16
第二节 史书中的“比”	20
一、资料梳理	20
二、分析	25
第三节 经籍中的“比”	30
一、资料梳理	30
二、分析	31
第四节 法典中的比附	33
一、唐宋律中的比附	33

二、明清律中的比附	36
三、“轻重相举”“引律比附”与“(援)引(他)律比附”的比较	39
第五节 小结	45
第二章 比附与类推之辨	47
第一节 材料与进路	47
第二节 古今刑法的不同逻辑	48
第三节 比附的类型	50
一、名分的比附	51
二、类推式比附	53
三、特别的比附	54
第四节 比附的特质	56
一、代表性案例分析	56
二、“比引律条”的反思	60
第五节 小结	62
第三章 近代日本对比附的继受与变革	64
第一节 中日两国刑法近代化的比较	64
第二节 日本过渡刑律中“断罪无正条(比附)”与“不应为”的演变	67
一、立法演变概况	67
二、限制“比附”与“不应为”情理不确定之弊	68
三、赋予司法官一定限度的量刑权	70
第三节 “断罪无正条”的适用	75
一、小仓县之伺	75
二、江藤新平之狱	77
第四节 小结	79

第四章 帝制中国的法适用模式	82
第一节 理想型的法适用模式:观念框架与问题考释	82
一、法有正条与法无正条的区分	82
二、“名例”的含义	84
三、“勿论”的条件	90
四、“断罪具引制定法正条”的渊源与旨趣	92
第二节 帝制中国法源的类型、特点与关系	94
一、经义	94
二、制定法	96
三、案例法	101
第三节 法适用模式的变异:条例考论与案例深描	109
一、条例考论:“审拟罪名不得擅拟加等”	109
二、案例深描:“刺马”案的法律适用分析	115
第四节 现实型的法适用模式:法有正条与情罪不符	121
结论	126
参考文献	132
附录一 随笔	141
习惯中国的法律宿命	141
釜底抽薪:韦伯中国法问题的再反思	144
海瑞骂皇帝案的审判艺术	147
附录二 译文	149
滋贺秀三《比附与类推》	149
陈张富美《清代法律中的类推》	154
索引	164
后记	173

导 论

第一节 从古典疑难案件“汉武明经”引发的思考

古籍《棠阴比事选》记载了一个名为“汉武明经”，案由为子杀继母为父复仇的案例：

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。”

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。^①

① [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，第 67 页；亦可见[五代]和凝、和巖撰，[明]张景续撰：《疑狱集》，收入《文渊阁四库全书·子部三·法家类》卷五，上海人民出版社 1999 年电子版。



本案是笔者阅读有关帝制中国时期法源与适用的代表性范例。在此疑难案件中,从汉至明,以古典律学之重要概念“比(附)”为媒介,涉及经义、制定法与案例法三种基础法源。“比”在汉代,亦是一种法律形式的名称。可见其自身就兼具了法源与适用的双重属性,比附问题是研究帝制中国法源与适用的重要视角。

汉景帝时期的法律,很可能对于家族内部案件机械地禁止卑幼告发尊长,^①在法律诉讼无法提供救济的情况下,兼以春秋大复仇时代的影响甚巨,便有了防年自力救济,手刃继母的一幕。在以孝治天下的汉代,其以杀害继母的恶行达成为父复仇之孝行,这种吊诡性导致了司法中如何评价定性的困难。最初的判决是根据经义“继母如母”(《仪礼·丧服》),将继母比作亲母,进而以杀母大逆罪来论处。依据汉代的法律,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”,^②虽同为死刑,但一个是常规之弃市,另一个为特殊之梟首,在古人观念中,两者的恶性程度与刑罚轻重显然不同。

“沧海横流,方显英雄本色”,该案的裁判成就了年轻汉武帝辨析名分的

① 笔者的判断基于以下的资料:1.《二年律令·告律》“子告父母,妇告威公,奴婢告主、主父母妻子,勿听而弃告者市。”张家山二四七号汉墓竹简整理小组编:《张家山汉墓竹简【247号墓】》(释文修订本),文物出版社2006年版,第27页。而从目前可见的当时法律中看不到例外规定。2.《魏书·窦瑗传》“臣(按,指窦瑗)在平州之日,蒙班麟趾新制……臣伏读至三公曹第六十六条,母杀其父,子不得告,告者死。再三反覆之,未得其门。何者?案律,子孙告父母、祖父母者死。又汉宣云:子匿父母,孙匿大父母,皆勿论。盖谓父母、祖父母,小者攘羊,甚者杀害之类,恩须相隐,律抑不言。法理如是,足见其直。未必指母杀父止子不言也。若父杀母,乃是夫杀妻,母卑于父,此子不告是也。而母杀父,不听子告,臣诚下愚,辄以为惑。”可以看出当时《麟趾新制》有母杀父时禁止告母之规定。窦瑗表示反对,主张可附“父谋反大逆子得告”之条,母杀父可以告母。在其与尚书三公郎封君义一番精彩激烈的辩论之后,终于废除此规定。参见〔北齐〕魏收撰:《魏书》,卷八十八,《列传良吏第七十六》,中华书局1974年版,第1908—1912页。尽管学术研究应该有“说有容易说无难”的审慎,但综合上述两则史料,推测在窦瑗上书之前,家族内部案件存在绝对禁止卑幼告尊长的规定可能性应该是很大的。另,按照张家山汉墓竹简编者推断:《二年律令》是吕后二年施行的法律。参见《张家山汉墓竹简【247号墓】》(释文修订本),第7页。

② 依据《二年律令·贼律》,《张家山汉墓竹简【247号墓】》(释文修订本),文物出版社2006年版,第11、13页。

经典说理,最终以普通杀人罪论处,甚至在一千多年以后,还有现代著名法学家吴经熊不吝给予“富有法律头脑(legal mind)”之赞赏。^①此案被收入《棠阴比事选》、《疑狱集》等案例集中,成为对后世司法具有一定参考性、拘束性的案例法。按照此类文本编纂者的说法,其功能为:“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,而推寻古迹,举一反三,师其意而通之,于治狱亦不无裨益也”,^②揭示出古典法源中制定法与案例法之间微妙的关系。

这类案件最迟到了唐代,法律已经明确提供了诉讼上之救济,《唐律疏议·斗讼》“告祖父母父母”律规定:“嫡、继、慈母杀其父,及所养者杀其本生,并听告。”^③法律一方面贯彻卑幼不许告尊长的原则,另一方面列举了诸项例外情况,其中就包括继母杀父,也就是曾任明朝监察御史的吴讷提到明代法典中的那条特别规定——“不在干名犯义之限”。^④这一允许卑幼告诉尊长的例外规则究竟源于哪个朝代?与防年杀继母案有无关系?限于资料,目前尚不得知。但其背后的法理,无疑是因为从名分上,在父权中心的古代社会,父重于母,两害相权取其轻,故在母杀父的情况下,允许告母。

虽然法律程序上解决了告诉的难题,但律例有限,情伪无穷,一旦发生此类疑难案件,如何处理仍是棘手的问题。从吴讷所加的按语来看,其确实“心有戚戚焉”,因此在明代的情境下,进行模拟审判。尽管遵循先例“汉武明经”已经可以排除“比杀母”,但根据明代法典,本案从定性上看,究竟是比“故杀(常)人”,抑或比“父母为人杀,子孙擅杀行凶人”(又可分为事后杀人和立即杀死两种情况),罪名究竟如何抉择?从定量上看,古典常规刑罚有笞、杖、

① 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,第314页。

② [清]永瑔等撰:《四库全书总目》,中华书局1965年版,第849页。

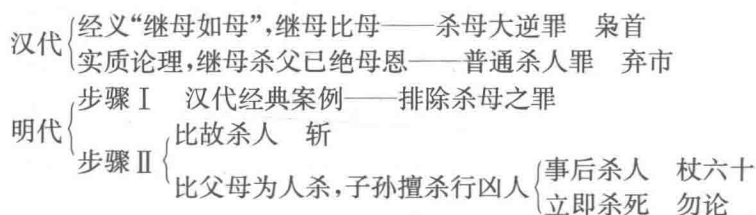
③ 《唐律疏议》卷二十三,刘俊文点校,法律出版社1999年版,第466页。

④ 元代延续了历史上禁止卑幼(包括妻、奴婢)告尊长的规定,并冠名之为“干名犯义”,明清法典保留了该名,但其“干名犯义”条实际包括了唐律的“告祖父母父母”“告期亲尊长”“告缙麻卑幼”和“奴婢告主”四则条文,也即包括了亲属相告的两种类型(卑幼告尊长和尊长告卑幼)。



徒、流、死五种,根据吴讷所提到的不同罪名,量刑上会出现从死刑之斩刑,到轻刑之杖罚,甚至无罪之勿论等多种结果,可谓“出生入死”,差距甚大。时空穿越之下,明朝的司法者实际上仍面临着汉武帝类似的情况,需要煞费苦心去把握罪刑的均衡。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”,唯其醉翁之意,显然不在前者,而是“万一遇此”,如何“体究的确,比拟奏请”了。

综上,本案的推理过程用图表展示如下:



从本案出发,围绕比附问题,可以引发三个层面的递进式思考,首先,从微观层面上看,古典律学的重要概念“比(附)”有怎样的发展脉络和丰富的内涵?其次,从中观层面上看,比附作为法适用方法具有什么样的特点?比附所援引的不同类型法源之间是什么样的关系?第三,从宏观层面上看,帝制中国的法源与适用背后展示出传统法文化与政法哲学怎样的特质?

第二节 比附问题研究的学术史梳理

结合微观、中观、宏观三个层面的思考,以比附问题为主题展开学术史的梳理,以代表性的论著^①为例,可以分为三个阶段:一、因政治法律变革的需要,比附开始被关注,但被视为是近代西方法律原则的对立物,遭到简单地否定;二、从学术的视角评价趋于客观,在方法与资料上有新的突破;三、持续地

^① 本书为使行文简便,关于学/作者的介绍省略“先生”的称谓,敬祈见谅。

深入探讨,研究视野进一步扩大,出现了新的研究契机。

第一阶段是清末,即1907—1911年制定《大清新刑律》时期。

作为中国的第一部近代刑法,《大清新刑律》废除了传统的比附援引,确立了罪刑法定原则,从而触发了比附援引与罪刑法定的论争。修订法律大臣沈家本专门写《论断罪无正条》^①鸿文,梳理比(附)在历史上之发展演变,抨击其弊端,为罪刑法定张本。沈文对相关史料有比较系统之整理,对比附之弊亦洞若观火,但因为托古改制、政治批判的主观性过强,客观公允性不免稍打折扣。一言以蔽之,沈家本确定了比附援引与罪刑法定对立之基调,比附亦在此后长时段内,被过于简单地否定。

第二阶段是20世纪中后期。

1967年美国学者博德和莫里斯(Derk Bodde & Clarence Morris)在*Law in Imperial China*《中华帝国的法律》一书中专门开辟一节“无合适的法律,比附的作用”^②,其特点一是有别于沈家本的政治立场,从学术角度进行探讨,二是利用了清代大型的案例集《刑案汇览》进行实证分析。可能是因为美国判例法传统之影响,作者不拘泥于比附援引与罪刑法定是否冲突对立,更多地从推理本身的恰当与否之角度对比附进行比较评价,让人耳目一新。该书对比附的评价相对客观,认识到其合理性的一面。但不足之处在于更多是就事论事,没有提炼出一般性的理论观点,在细节的判断上也略有失误。

① 详见[清]沈家本:《论断罪无正条》,《法学会杂志》第一年第一期,宣统三年(1911年)五月十五日,第23—47页;又,《明律目笺一·断罪无正条》,收入沈家本:《历代刑法考》(附《寄箴文存》),邓经元、駉宇翥点校,中华书局1985年版,第4册,第1807—1825页。前者是沈氏生前所发表,《明律目笺》则是其未刊稿,经后人整理编入《沈寄箴先生遗书》,于1928年或1929年出版。参见李贵连:《〈寄箴文存〉版本漫谈》,收于氏著:《近代中国法制与法学》,北京大学出版社2002年版,第480页。

② Derk Bodde and Clarence Morris, *Law in Imperial China: Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases (Translated from the Hsing-an hui-lan) with Historical, Social and Juridical Commentaries*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1967, pp.517—531. 中译本,可见[美]布迪、莫里斯著,朱勇译,《中华帝国的法律》,江苏人民出版社1995年版,第419—430页。该中译本将Bodde翻译为布迪。

1970年台湾地区学者陈张富美(Fu-mei Chang Chen)的 *On Analogy in Ch'ing Law* (《清代法律中的类推》)^①对比援引进行了专题研究,该文也是针对《中华帝国的法律》关于此问题讨论的回应。同样是利用《刑案汇览》为代表的清代案例汇编,陈文伊始就旗帜鲜明地提到博德和莫里斯没有表述清晰的问题:“比附的主要作用是针对个案的特殊情节,试图给予最适当的刑罚,很少被用于设立新罪”^②,对比附予以翻案正名。在纠正博德和莫里斯观点和论证上的偏颇之处的同时,她提出了三个颇具启发意义的视角:第一、需审慎区分为了入罪的比附与判决过程中司法官为了寻求与罪行相适应刑罚的比附;第二、需确认是否司法官于形式而非实质意义上使用“比附”这一术语;第三、需解决比附与刑罚修正之间的关系问题。^③该研究在更进一步地改变了传统成见,虽然由于问题的复杂性,很多讨论没有充分展开,但大大拓宽了研究空间。

无独有偶,同年日本学者中村茂夫在《比附の机能》^④一文中,对比附之方法、比附与类推之区别等问题进行了探讨。中村氏认识到因为传统中国法条构成上具体化与绝对性法定刑之特征,比附实必不可少,并深刻地认识到与类推相比,比附是“通过更大的视野捕捉事案的共同本质之处,寻求其相似性,易言之,其广泛地发生于‘情理’。”^⑤毕业于东京大学法学部的中村茂夫使得比附的研究在法学领域开启新的视角,但让人意犹未尽的是他仅仅将比

① Fu-mei Chang Chen, *On Analogy in Ch'ing Law*, Harvard Journal of Asiatic Studies, Vol.30, 1970, pp.212—224.

② See Fu-mei Chang Chen, *On Analogy in Ch'ing Law*, Harvard Journal of Asiatic Studies, Vol.30, 1970, p.212.

③ See Fu-mei Chang Chen, *On Analogy in Ch'ing Law*, Harvard Journal of Asiatic Studies, Vol.30, 1970, p.217.

④ 中村茂夫论文的原题是《中国旧律における比附の机能》,《法政理论》一卷一号(新瀛大学法学会),1968年。后以《比附の机能》为标题,收入氏著:《清代刑法研究》,东京大学出版会1973年版,第151—182页。该文中译本《比附的功能》收入杨一凡总主编、[日]寺田浩明主编:《中国法制史考证》丙编第四卷《日本学者考证中国法制史重要成果选译·明清卷》,郑民钦译,中国社会科学出版社2003年版,第260—284页。

⑤ [日]中村茂夫:《比附の机能》,收入氏著:《清代刑法研究》,东京大学出版会1973年版,第177—178页。

附的关键因素“情理”看作“条理”，尚未展开更深入的探讨。

在这一阶段，值得关注的还有如陈顾远的《汉之决事比及其源流》^①，考察汉代决事比的含义及与后世法源的关联，分析其与判决例的区别。日本学者中田熏的《汉律令》^②研究汉代的法源，其中专门讨论了“比与科”，辨析了比与其他法源的关系。日本学者仁井田陞的《补订中国法制史研究·刑法》一书中的专节“法の类推解释”^③，系统整理了唐宋以降的比附史料。台湾地区学者戴炎辉的《唐律通论》一书中有“比附”专节，^④探讨比附的意义、形态、方法与理由，他以《唐律疏议》为例，将比附分为“罪名之比附”、“加减等之比附”、“通例之比附”三种形态。台湾地区学者黄彰健的《明代律例刊本所附“比附律条”考》^⑤，复原了明代比附律条的面貌。胡新的《中国古代刑法中的比附》^⑥，可能是当代中国大陆最早专门讨论比附的通史性论文。

第三阶段是 21 世纪以降。

2006 年日本学者滋贺秀三在《比附と类推》^⑦中，通过比附与类推的比较，对比附的独特性予以高度关注。他提出了比附之手法世界史上似乎仅存在于帝制中国法这一重要判断，凸显了比附在比较法与法文化上的意义。作为一个著名的法史学家，在其生前最后一篇文章^⑧中仍对比附问题念兹在兹，足可证明该问题深蕴丰富的理论价值，是亟待挖掘的学术富矿。

2007 年笔者在 2005 年博士论文基础上形成的专著《从比附援引到罪刑

① 原文载《复旦学报》1947 年第 3 期，后收入范忠信、尤陈俊、瞿文喆编校：《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 465—481 页。

② 原文载《法制史研究》(日)第三号，1953 年。中译本可见蔡攻译，载《中国古代法律文献研究》第三辑，中国政法大学出版社 2007 年版，第 101—124 页。

③ 东京大学出版会 1959 年初版，1991 年补订版，第 265—292 页。

④ 台湾正中书局 1964 年版，第 14—17 页。

⑤ 收入氏编著：《明代律例汇编》(下册)，台湾商务印书馆 1979 年初版，1994 年景印版，第 1027—1069 页。

⑥ 载《法学评论》1994 年第 2 期。

⑦ 载《东洋法制史研究会通信》第 15 号，2006 年 8 月 21 日。

⑧ 滋贺氏于 2008 年去世。其著述详细情况，参见《滋贺秀三先生著作目录》，收入滋贺氏之遗著：《续·清代中国の法と裁判》，创文社 2009 年版。



法定——以规则的分析与案例的论证为中心》^①，通过利用沈家本的未刊稿《刑案汇览三编》这一新史料，认识到：“比附不同于一般的类推，它更是一种发现、论证罚则的手段，有很强的创造性。它以‘事理相同’与‘情罪一致’作为相似性的基准，在传统立法无法取得突破的情况下，得以去发现、论证法条与罚则。这种判断乃建立在司法经验之上，并通过审转制度的完善加以限制。当然，作为传统‘推类’思维的体现，它也有着缺乏形式化的特征，进而有使刑罚裁量权走向另一个极端的危险。”^②拙著在方法上，试图从体系性的视角来理解比附，探讨其与关系密切的条款如“断罪引律令”、“不应为”等之间的内在联系。但该研究在细节上可待打磨，论证上有待深入，理论上尚待提升。

在这一阶段，值得关注的还有如吕丽、王侃的《汉魏晋“比”辨析》^③，认为“汉魏晋的比不是比附而是在各方面有普遍约束力的成例，其中经过汇编的某些比是具有法律约束力的判例”。德国学者陶安的《“比附”与“类推”：超越沈家本的时代约束》^④，探讨比附制度的合理性，认为其更接近于西方法官用法律解释方法所进行的量刑。徐世虹的《汉代法律载体考释》^⑤探讨了汉代比的含义、来源、成为法源的途径、功用。杨一凡、刘笃才的《历代例考》一书中开辟专节“秦汉时期的比”^⑥，探讨了秦汉比的种类和存在形态。管伟的《论中国传统司法官比附援引实践中的思维特色——以刑案汇览为例》^⑦从清代比附裁判的刑案出发，探讨影响古代司法官员进行判断的“法感”来源。董昊宇的《〈天盛律令〉中的比附制度——以〈天盛律令〉“窃盗法”为例》^⑧关

① 北京大学出版社 2007 年版。

② 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，第 131—132 页。

③ 载《法学研究》2000 年第 4 期。

④ “沈家本与中国法律文化国际学术研讨会”，2003 年。后收入《沈家本与中国法律文化国际学术研讨会论文集》（下），中国法制出版社 2005 年版，第 461—475 页。

⑤ 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，第 175—189 页。

⑥ 社会科学文献出版社 2009 年版，第 16—34 页。

⑦ 载《法律方法》2008 年卷，第 267—275 页。

⑧ 载《宁夏社会科学》2011 年第 5 期。