



北京市社会科学理论
著作出版基金资助

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

陈新宇 著

4.02
3

大学出版社
UNIVERSITY PRESS

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

陈新宇 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市社会科学理论著作出版基金资助

图书在版编目(CIP)数据

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/陈新宇著. —北京:北京大学出版社,2007.5

(法史论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 12102 - 3

I. 从… II. 陈… III. 刑法 - 历史 - 研究 - 中国 IV. D924.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 061395 号

书 名: 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

著作责任者: 陈新宇 著

责任编辑: 苑 媛 谢海燕

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12102 - 3/D · 1757

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京汇林印务有限公司

经销者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 11.5 印张 194 千字

2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 20.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

内 容 摘 要

近代中国法律改革,随着《大清新刑律》的制定,确立了西方近代意义上的罪刑法定主义。围绕这一原则,更曾展开一场“比附援引”与“罪刑法定”的论战。笔者的问题意识是:法律转型时期,从比附援引到罪刑法定,是断裂抑或进化,有怎样的变与不变?

传统法中的比附援引,因为具有类推的性质,不符合近代罪刑法定之要求,而多被诟病。但如果我们了解传统司法的要求和传统立法的特点,或许会对比附有“同情的理解”。传统司法要求“引断允协”与“情罪相符”,前者要求能够援引适当的法条,后者乃追求个案的公正;传统法条以“客观具体化”与“绝对法定刑”为特征,两者间存在紧张关系。客观具体化的立法使得法条过于僵硬,难以涵摄具体事实,“法无明文”的情况实际上是司法中的常态;绝对法定刑与具体问题具体处理这种“实质正义”之间更无法协调,因此,在司法实践中,比附得以频繁地运用。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,去发现、论证法条与罚则。这种判断建立在司法经验之上,并通过审转制度的完善来加以限制。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。

在这场论辩中,力主罪刑法定,抨击比附援引的晚清修律大臣沈家本对比附态度的转变是法律史上颇有意思的现象。沈家本从学理、实践和制度三个方面对比附进行批评,就笔者看来,第三个方面最为重要。正是由于对司法独立的服膺,比附所依附的审转制度已经不符合沈氏所主张的司法独立的要求,促使其走出废除比附的关键一步。笔者试图对传统中国的比附援引做出进一步区分,即作为制度的比附与作为方法的比附。前者是沈家本在接受司法独立观念后所摈弃的,后者则是沈氏编辑《刑案汇览三编》时所推崇的,两者并不在一个层面上。沈家本提倡法律的职业化,试图将近代

罪刑法定的种子,种植于司法独立的土壤里,这些努力,即使在今天看来,仍有其先进的意义。

不可否认,以“断罪引律令”为代表的传统法的确存在着法定主义的倾向,不过从其政治功能上看,体现的是人主对司法的控制,而缺乏人权保障的因素,加之传统实质主义的犯罪观之影响,传统中国的“罪刑法定”关注的是“此罪/罚”与“彼罪/罚”的区别。这与近代意义上罪刑法定以保障人权为基石,并发展出系统的犯罪成立要素理论,侧重于“有罪”与“无罪”的判断,有着相当的不同。民初大理院刑事判决例和解释例所反映的,即是大理院的推事和总检察厅的检察官,试图以近代刑法形式主义的犯罪概念,取代传统中国实质主义的犯罪观,从而实现近代罪刑法定主义的本土化。在法律智识已经可以解决罪与非罪问题的同时,根植于传统的心理意识如何在法律功能、法律责任认识上完成单一至多元之转化,将是法律近代化更困难的任务。

关键词:比附援引 罪刑法定 客观具体主义立法 绝对法定刑 相对确定的法定刑

序

当代法律史学的研究趋势,乃由宏观阔论的探讨转入微观实证的剖析,并对论者的史学素养与法学功底提出了更高的要求。本书即是这种研究趋势的体现,同时,作者试图将史学的分析与法学(刑法学、法理学)的分析深入地结合起来,沉稳之间,亦体现出相当的锐气。

本书的作者陈新宇,是我指导的博士生。入学伊始,他就参与了清季沈家本所辑的重要司法档案——《刑案汇览三编》的点校工作,后又赴台北随黄源盛教授研修,接触了民国时期的重要司法档案——《大理院刑事判决例全文汇编》等资料。本书的问题意识,围绕比附援引与罪刑法定之争这一法律转型问题的展开,即在阅读第一手史料的基础上萌生,亦通过剖析这些史料来回答。

传统中国的比附援引,自沈家本制定《大清新刑律》始,一般被认为是近代罪刑法定的对立面,多被诟病,而传统中国是否存在罪刑法定及其与比附援引、不应得为之间的吊诡,又是学界聚讼不已的问题。本书在把握扎实的史料,尊重前人研究成果的基础上,通过对传统立法特点与司法目标的分析,经由案例的论证,以法律方法论的视角来看待比附援引,对其既有同情之理解,亦不避其缺陷,同时,敏锐地意识到它与传统审转制度的关系,进而将其区分为“作为方法的比附”与“作为制度的比附”。由于近代采取概括主义的立法与相对确定的法定刑,传统比附援引主要扮演的刑罚修正功能已被司法者以自由裁量权的方式取代。传统与近代两种法定主义,是基于不同政治形态的要求,前者侧重于“此罪/罚”与“彼罪/罚”的区别,后者关注罪与非罪的判断。传统与近代真正发生扞格的,是犯罪观上的冲突。在近代法律智识可以较好地解决罪

与非罪问题的同时,根植于传统的心理意识如何在法律功能、法律责任认识上完成单一至多元之转化,将是法律近代化更困难的任务。应该说,自沈家本以降所产生的法律史学难题,这本著作都有比较集中的回应和比较合理的答案。

以方法论的视角来看待比附援引,《刑案汇览三编》编辑前后沈家本对比附态度变化的分析,对传统“罪名”概念的考据,及对比附援引与不应得为内在联系的揭示等,都是本书的新意之处。惟本书之“小题”,是否值得“大做”,作者期待由此与刑法学与法理学沟通之意愿,能否达成,时间,将会给出最好的答案。

是为序。

李贵连

2007年3月2日

法史论丛已出书目

- 晚清各级审判厅研究 李启成 著
- 礼与法:法的历史连接 马小红 著
- 清代中央司法审判制度 那思陆 著
- 明代中央司法审判制度 那思陆 著
- 民初立嗣问题的法律与裁判——以大理院民事裁判为中心(1912—1927) 卢静仪 著
- 唐代律令制研究 郑显文 著
- 民国时期契约制度研究 李倩 著
- 国际化与本土化——中国近代法律体系的形成 曹全来 著
- 中国讼师文化——古代律师现象解读 党江舟 著
- 中国传统法学述论——基于国学视角 俞荣根 龙大轩 吕志兴 编著
- 民国初年“契约自由”概念的诞生——以大理院的言说实践为中心 周伯峰 著
- 帝国之鞭与寡头之链——上海会审公廨权力关系变迁研究 杨湘钧 著
- 古代东方法研究 王立民 著
- 上海道契:法制变迁的另一种表现 夏扬 著
- 中国法律与社会 王立民 著
- 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 陈新宇 著

CONTENTS 目 录

导论	1
问题与意义	1
方法、材料与结构安排	8

第一章 传统法中的关键条款	11
第一节 传统法中的比附援引	11
一、“断罪无正条”在传世律典中的演变	11
二、规则的分析	13
第二节 传统法中的“罪刑法定”	16
一、“断罪引律令”在传世律典中的演变	16
二、规则的分析	18
第三节 传统法中的概括性禁律	21
一、“违令”、“不应得为”在传世律典中的演变	21
二、规则的分析	22
第四节 传统中国存在“罪刑法定”吗？	24
一、问题的提出和转化	24
二、司法视角下的“治人”与“治法”： 裁量权的两种取向	26
三、再思考与追问	28

CONTENTS 目 录

第二章 清代司法中的比附援引	
——以《刑案汇览三编》为中心	31
第一节 《刑案汇览三编》及作为分析基础的 71 个案例	31
一、价值立场与前见	31
二、材料解析	31
第二节 比附的原理及限制	33
一、比附的判断基准	33
二、比附的原理	35
三、比附的限制	38
第三节 比附的运用	40
一、历史语境中的概念：“罪名”	40
二、比附与刑罚的修正	43
三、比附的展现	45
四、比附的逻辑特质	50
第四节 比附背后的“人”	54
一、胥吏与例案之弊	54
二、解决办法及反思	57
第三章 比附援引与罪刑法定之争	60
第一节 近代西方刑法的输入和影响	60
一、西法输入的三个阶段	60
二、近代西方刑法(学)的输入	61
三、影响:以智识更新为视角	68

CONTENTS 目 录

第二节	近代西方刑法的罪刑法定主义	72
一、	罪刑法定主义的历史沿革	72
二、	反思：从观念到实践	74
第三节	从比附援引到罪刑法定	77
一、	《大清现行刑律》中关键条款的变化	77
二、	《大清新刑律》与罪刑法定	81
三、	沈家本对“比附”态度转变之原因试析	91
第四章	罪刑法定在民国初期的表达与实践	100
第一节	民初刑法中的罪刑法定条款	100
一、	罪刑法定条款的修订	100
二、	规则的分析	102
第二节	罪刑法定在民国初期的实践	106
一、	民初刑事司法面临的问题	106
二、	《暂行新刑律》第十条之展开： 以大理院刑事判决例与解释例为中心	111
第三节	进化论下的罪刑法定主义	125
结语		131
附录		134
参考书目		162
后记		171

导 论

问题与意义

近代中国法律转型时期,从比附援引到罪刑法定,是断裂抑或进化,有怎样的变与不变?

近代中国法律改革,随着《大清新刑律》^①的制定,确立了西方近代意义上的罪刑法定主义。围绕这一原则,曾展开一场“比附援引”与“罪刑法定”的论战。其间,修订法律大臣沈家本(1840—1913)更是亲自提刀上阵,写《断罪无正条》^②长文,抨击比附援引之弊,力主罪刑法定。与礼法之争中的

① 其实更准确的用法,应该是《钦定大清刑律》,李贵连教授、朱勇教授、周少元教授对此问题都有过讨论。综合的评述,可见周少元:《〈钦定大清刑律〉研究》,北京:中国政法大学博士学位论文,2003年第1页。但由于《大清新刑律》已成定说,笔者遂循之。

② 详见[清]沈家本:《论断罪无正条》,载《法学会杂志》第一年第一期,宣统三年(1911)五月十五日,第23—47页;又,《明律目笺·断罪无正条》,载沈家本:《历代刑法考》(附《寄簪文存》),第4册,邓经元、骈宇騫点校,北京:中华书局1985年版,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《沈寄簪先生遗书》,于1928年或1929年出版。(参见李贵连:《〈寄簪文存〉版本漫谈》,载氏著:《近代中国法制与法学》,北京:北京大学出版社2002年版,第480页。)笔者比较两文,差别如下(因刊印的错别字所出现的差异略去不计):

	《法学会杂志》之“论断罪无正条”	《明律目笺》之“断罪无正条”
1	第31页/按:科罪准律,则律无文者,不得科罪,不待言矣。 <u>赵冬曦言,隋时奸臣著律,可见此条实始于隋也。</u>	第1813页/按:科罪准律,则律无文者,不得科罪,不待言矣。
2	第32页/按:此两条唐律之明言不得比附者。是唐时虽有比附之条, <u>未尝一概用之。</u>	第1814页/按:此明言不得比附者也。是唐时虽有比附之事, <u>而限制甚严。</u>
3	无	第1814页/《旧唐书·刑法志》……
4	无	第1815页/《庆元条法事类》……

可见除了后者的史料略加丰富外,两者并无实质性的差别。笔者在本书中乃采用《明律目笺》的版本。至于《(论)断罪无正条》最早发表的时间,尚待考证,笔者推测应该是在制定《大清新刑律》的过程中,也就是在光绪三十三年(1907)—宣统二年(1910)之间。

稍显退让不同,沈氏于此论辩中可谓积极主动。^①他以时间为轴,洋洋洒洒数万言,从《尚书》、《周礼》等先秦典籍,《汉书》、《晋书》等传统史书,《唐律疏议》、《大明律》、《大清律例》等古代律典中探幽发微,分析比附定罪的渊源与弊端,论证罪刑法定的必要性和合法性。该文考据严谨,史料驾驭圆熟,颇具“分析实证”意味,足显律学大家风范,堪称大手笔。

沈氏的基本观点是:传统中国实有如西方的罪刑法定主义,只是从汉代起,有比附律令之法,由隋朝起,更见“断罪无正条,用比附加减”之律,其定型于明代律典,成为常制,并沿袭于清朝,破坏了固有的法定主义,实践中多滋流弊。应当承认,沈文具有相当的学术价值,后世关于传统中国是否存在罪刑法定主义的讨论,乃建立在沈氏所使用的史料之上(当然,有所丰富,观点亦有不同);只是,托古改制的手法,政治批判之色彩,不免使其学术意义稍打折扣。

或许是受沈氏之影响,又或许是法律应用^②问题本是任何时空关注之焦点,总之,传统法是否存在“罪刑法定”,一直是法律史学关注的焦点之一。^③当然,当代的学者已经更为客观地分析此问题。

仁井田陞先生在《唐律的通则性规定及其来源》中,用了相当长的篇幅来谈论中国古代的法定主义。他敏锐地意识到:

中国古代的法定主义,不是这种(按:指西方的罪刑法定)个人主义、自由主义的产物,而是为着国家权力统治人民的需要提出来的。如果说是对国家权力的限制,也是因为认识到任意性的权力反而不利于统治,而给掌权者设立一个权力限度对统治大有好处。**虽然都称为法定主义,但两者具有历史的、质的区别。也可以说中国古代的法定主义具有两个基调,即,一方面是把法律作为威吓民众的武器的一般预防主**

① 比较该文与礼法之争中沈氏回应礼教派文章的幅度,不难得出上述判断。

② 这里采用郑永流教授的观点,他认为法律应用包括法律适用和法律发现,前者事实与规则相适应,后者事实与规则不对称。参见郑永流:《法律判断形成的模式》,载《法学研究》2004年第1期。

③ 按学者的统计,大致有四种意见(包括沈家本的观点在内):一、有此倾向,但不能认其确实存在(陈顾远);二、间接承认其存在(戴炎辉);三、根本否认其存在(杨鸿烈、蔡枢衡);四、古代曾有,但自汉朝“决事比”之例一开,以迄清朝,殆无罪刑法定主义可言(沈家本)。参见黄源盛:《传统中国“罪刑法定”的历史发展》,载《东海法学研究》1996年第11期。

义思想,另一方面是明确统治权限、控制官吏擅断的思想。^①

仁井氏对此问题思考侧重于唐代以前(包括唐朝),其考证之严谨,足使人一赞三叹。另外一篇优秀的论文——黄源盛先生的《传统中国“罪刑法定”的历史发展》^②——则是通史(秦代至民国)性质的文章,不仅拓宽了研究的视域,用功之深,亦有学术史梳理之性质。从题目的引号亦可证明作者保持了相当的审慎,注重传统中国与西方的区别。

应该说,以仁井先生和黄先生为代表的学者已经摆脱了沈家本时代托古改制的束缚,更具学术的自觉,这样的研究,自然更具学术的意义。不过,在对待传统的比附援引问题上,他们虽然肯定其作用^③,但基本沿袭了沈氏的观点,只是将其视为与罪刑法定相对立的类推解释/适用。或许因此“前见”,在方法上,多为史料之梳理和论理之分析,而缺乏实证案例的深入论证^④,对比附援引之研究,不免略显简单。

就笔者掌握的资料,利用案例研究比附援引问题始见于美国学者。Derk Bodde 和 Clarence Morris 在 1967 年出版的《中华帝国的法律》^⑤中,即专列一节,通过对祝庆祺和鲍书芸编辑的《刑案汇览》案例的分析,探讨比附的作用。当然,这样的研究进路,“并非汉学的传统,但也不是来自于社会

① [日]仁井田陞:《唐律的通则性规定及其来源》,姚荣涛译,载刘俊文主编:《日本学者研究中国史论著选译》卷八,北京:中华书局 1992 年版,第 103 页。该文的日文收于仁井田陞:《中国法制史研究 刑法》,东京大学出版会 1959 年版。

② 载《东海法学研究》1996 年第 11 期。

③ 仁井先生认识到,如果删除允许类推解释的条款,严格地按照“断罪具引律令”,虽然具备了从法律条文上控制法官恣意专断的条件,但只能局限于简单地、机械地、形式化地适用法规,而对审判的约束会带来另一种意义上的弊害。(参见《唐律的通则性规定及其来源》,第 105 页)黄先生受中村茂夫影响,也意识到传统中国旧律条文因犯罪形态极其具体化、琐细化,加上立法与修律的迟缓,而人事无穷,法条有限,在这种主观条件与客观环境交互作用下,比附在当时自有其重要的机能。(参见《传统中国“罪刑法定”的历史发展》,第 38 页。)

④ 当然,也可见到历史上的案例,比如说汉代张释之守法的例子,但这样的个案显然无法说明太多问题。另外,黄先生也列举了民初大理院判例要旨和最高法院的判例要旨和解释例,但也没有展开讨论。

⑤ 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. 中译本可见布迪和莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,南京:江苏人民出版社 1995 年版。

学,而主要基于美国法学院的案例教学法,表现出某种美国特点。”^①

陈张富美女士曾撰《清代法律中的比附援引》^②,专门对比附援引进行研究,该文实际上也是对《中华帝国的法律》关于此问题讨论的回应。同样是利用传统的案例汇编,陈文纠正了 Derk Bodde 和 Clarence Morris 某些观点的偏颇,并进行更加深入的探讨,这也是笔者见到的最早为比附正名的文章。其开篇便明确提出: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,其很少被用于设立新罪。^③ 在文中,陈张富美提出了三个颇具启发意义的观点:

第一,需审慎区分为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。^④

陈张富美的研究在一定程度上改变了传统观点对比附的成见,但由于问题的复杂性和文章篇幅所限,很多讨论实际上没有充分展开,所以,其更大的意义毋宁说是拓宽了比附问题的研究空间。

海外学者的研究提供了新的方法与思路,不过,从英文著述来看,比附援引通常被翻译为 analogy,这是一个表示西方法尤其是英美法司法技术的词,我们知道,翻译中可能存在着不可通约性,加上法律术语的专业性,analogy 或许无法表达比附援引复杂的面相。已有研究证明,将伊斯兰法的

① 梁治平:《法律史的视野:方法、旨趣与范式》,载氏著:《在边缘处思考》,北京:法律出版社2003年版,第229页。

② See Fu-mei Chang Chen, On Analogy in Ch'ing Law, Harvard Journal of Asiatic Studies, Vol. 30 (1970), pp. 212—224. 无独有偶,在此前后,日本学者中村茂夫完成了对比附问题的专题研究,中村文章的原题是《中国旧律における比附の机能》,载《法政理论》一卷一号,新瀉大学法学会1968年版,后以《比附の机能》为标题,收于氏著:《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》收入寺田浩明主编:《日本学者考证中国法制史重要成果选译·明清卷》,北京:中国社会科学出版社2003年版,第260—284页。中村同样利用了诸如《刑案汇览》之类的资料,也参考了陈张富美的文章。当然,从陈张富美的文章中,也可看到对仁井田陞的参考,美日学者之间的互动,可见一斑。

③ See Fu-mei Chang Chen, On Analogy in Ch'ing Law, p. 212.

④ Ibid., p. 217.

qiya's 翻译成 analogy,乃忽略了这个术语所包含的其他论证方式。^①那么,比附援引这种 analogy 是否存在类似的问题?其论证方式究竟如何?值得进行进一步的探讨。

当然,在将比附援引作为罪刑法定之对立面的同时,有学者也意识到比附援引也是一种传统的法律方法论。^②实际上,中国的传统逻辑,主导的推理类型乃推类^③,这与比附的确有某种契合之处。易言之,比附不过是传统逻辑思维的体现。

亦有学者,主张“超越沈家本的时代约束”,认为比附乃缓和绝对确定法定刑的僵硬性,其更接近于西方法官用法律解释的方法所进行的量刑,但对其有所制约,以“上请”的程序来防止法官的擅断,是很合理的法律制度。只是在从绝对确定法定刑向相对确定法定刑的转变中,比附才与罪刑法定产生矛盾。^④

其实,不管比附是否与罪刑法定相悖,其作用究为如何,其是否与法律方法论有关,其是否为合理之制度,有一个问题总无法回避,那就是比附是否具有客观性?这是一个颇值得思考的问题。^⑤

相对于美国、日本和我国台湾地区学者的研究成果,必须承认,大陆法学界无论是在讨论的深度、方法的自觉还是史料的把握上,都较为逊色。其大致的思路仍是简单的单线式的模式,即是“轻重相举/比附援引=类推适

① See Wael B. Hallaq, *Legal Reasoning in Islamic Law and the Common Law: Logic and Method*, *Cleveland State Law Review*, 34 (1985—1986), p. 79.

② 哈佛大学法学院 Chinese Law and Society 讨论会, *Methodological Problems* 一章,转据黄静嘉:《薛著〈读例存疑〉重刊本序》,载[清]薛允升:《读例存疑重刊本》,第1册,黄静嘉编校,台北:成文出版社1970年版,第6页。由于黄先生没有注明日期,所以无法确定该研讨会的时间。从其注上看,M. H. Van Valk 的 *An Outline of Modern Chinese Law* 和 Jean Escarra 的 *Le droit Chinois* 对此问题也有所讨论。

③ 崔清田:《中国逻辑的推类》,载《哲学与文化》“中国逻辑专题”,第355期,台北:五南图书出版股份有限公司2003年版,第55页。

④ [德]陶安(Arnd Helmut Hafner):《“比附”与“类推”:超越沈家本的时代约束》,2003年“沈家本与中国法律文化国际学术研讨会”论文。

⑤ 当然,客观性是现代法学关注的重心,提出这样的问题,是否有以现代之标准强加古人之嫌?但笔者认为,在保持司法的客观性问题上,古今之间是相通的。只是古人没有用这样的字眼而已。

用 = 罪刑擅断 = 违反罪刑法定”，易言之，仍未“超越沈家本的时代约束”^①。不过，随着 20 世纪 90 年代以来法律解释/推理和法学/法律方法论逐渐成为法学界关注的焦点，法律史学界也开始出现探讨传统中国法律解释/推理/论证问题的论文，由于相关智识的积累（不妨看看这一时期介绍法律解释和法律方法论的专著、论文的数量），前述美日和台湾地区学者就此问题研究成果的引入，以及瞿同祖先生的《中国法律与中国社会》在方法论上的影响等诸多因素，这些文章在深度上有一定的提高，数量虽不多，但也表现出勃勃的生机。^②当然，更有提升的空间。

有意思的是，梳理沈家本的著述，我们可以发现，他在编辑《刑案汇览三编》时，曾谓：

理固有日新之机，然新理者，学士之论说也。若人之情伪，五洲攸殊，有非学士之所能尽发其覆者。故就前人之成说而推阐之，就旧日之案情而比附之，大可与新学说互相发明，正不必为新学说家左袒也。^③

可见，至少在光绪己亥（1899）^④，“比附”仍是沈氏所推崇的，何以到了

① 当然，也有例外，比如王侃：《唐律中的类推不是“举重明轻”，而是“比附”——与中国法制史诸书及〈中国刑法史〉作者商榷》，载《法学研究》1993年第3期，第75—79页。但这同样没有超出沈家本区分“自然解释”与“类推解释”的范畴。又有学者意识到类推并非擅断，也有严格的适用条件，颇有洞见。但以“类推制度”来涵摄“比附”与“类推”，仍将“轻重相举”看成“类推”，其中如何区分“比附”与“类推”，以及将类推细化为“直接类推”与“间接类推”等问题、观点，仍值得追问与商榷。（钱大群、夏锦文：《唐律与中国现行刑法比较论》，南京：江苏人民出版社1991年版，第89—100页。）

② 代表性的有贺卫方：《中国古代司法判决的风格与精神——以宋代判决为基本依据兼与英国比较》，载《中国社会科学》1990年第6期；郑志华：《试评情理法融会贯通的传统价值追求——对清代刑案裁判论证正当性的剖析》，载叶孝信、郭建主编：《中国法律史研究》，上海：学林出版社2003年版；王志强：《清代刑部的法律推理》、《清代成案的效力和其运用中的论证方式》，两文收入氏著：《法律多元视角下的清代国家法》，北京：北京大学出版社2003年版；陈新宇：《比附援引：罚当其罪还是“罪”当其罚？——从两个具体案例入手》，载《清华法学》第3辑，北京：清华大学法学院2003年11月；陈新宇：《清代的法律方法论》，载《法制史研究》第6期，台北：台湾中国法制史学会，2004年12月。尤其是郑志华对比附两种形态的归纳，颇有创见。

③ [清]沈家本：《刑案汇览三编序》，《寄簃文存》卷六，载沈家本：《历代刑法考》（附《寄簃文存》），第4册，邓经元、駉宇骞点校，北京：中华书局1985年版，第2225页。

④ [清]沈家本：《刑案汇览三编序》，《寄簃文存》卷六，第2226页。时沈家本刚编辑完《三编》。