

“沈家本与中国法律文化国际学术研讨会”组委会 编

沈家本与中国法律文化国际学术研讨会

论文集

中国法制出版社

第一部分：沈家本法律思想研究

第二部分：沈家本与法律制度研究

第三部分：中外法律制度史研究

沈家本与中国法律文化国际学术研讨会

论 文 集

(下 册)

“沈家本与中国法律文化国际
学术研讨会”组委会编

编 者(以姓氏笔画为序):

马志冰 刘广安 沈厚铎

张建智 林 乾 郭成伟

高勇年 徐世虹

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

论文集(上、下册)/马志冰等编. —北京:中国法制出版社,
2005.1

ISBN 7-80182-287-0

I. 论… II. 马… III. 论文-研究-中国
IV. 923.14-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 108094 号

论文集(上、下册)

LUNWENJI (SHANG、XIACE)

编者/马志冰等

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/28.875 字数/800 千

版次/2005 年 1 月第 1 版

2005 年 1 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-287-0/D·1253

(上、下册)定价:60.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66062741

网 址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66012166

编辑部电话:66032924

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

目 录

下 册

沈家本与法律制度研究

- “比附”与“类推”：超越沈家本的时代约束…… [德] 陶 安 (461)
- 法学盛衰之辨 …………… 苏亦工 (476)
- 试论沈家本汉律研究的特点 …………… 张全民 (481)
- 试析沈家本对汉代法律的研究 …………… 姜晓敏 (500)
- 远近高低各不同
- 薛允升、沈家本、杨鸿烈眼中的
- 唐明律 …………… 赵晓耕 王平原 (511)
- 清末修律与刑法典编纂体例和结构的变化 …………… 宋四辈 (544)
- 清末法制改革中的人才准备 …………… 赵晓华 (556)
- 清朝的墨刑制度与沈家本对于墨刑的研究 …………… 南玉泉 (567)
- 沈家本与满汉“一法” …………… 林 乾 王丽娟 (579)
- 岛田正郎《清末近代法典的编纂》一书评介 …………… 周东平 (590)

中外法律制度史研究

- 秦律与日耳曼法之比较 …………… 顾 元 (609)
- 《历代刑法考·刑法分考十一》之补正 (之一)
- 考古资料中所见秦汉“隶臣妾”史料汇编 …………… 李 力 (627)
- 张家山汉简《贼律》研究
- 兼与睡虎地秦简及唐律比较 …………… 马志冰 (641)

张家山汉简所见职务犯罪的类型与对策	李均明 (662)
从张家山汉简看汉初亡人问题	[韩] 李晟远 (672)
九章律再认识	徐世虹 (683)
汉代赦免制度施程序初探	邬文玲 (699)
《汉律摭遗》与《二年律令》比勘记(上)	张伯元 (713)
沈家本辑叔孙通为汉立法与汉武帝时长安官狱	
二十六所及其意义述略	华友根 (731)
大宝官位令复原的现状与课题	[日] 荆木美行 (746)
日本《令集解》中所见的唐代法律史料	郑显文 (780)
吐蕃的法律文书	
——以法国国立图书馆藏 P. t. 1071 文书	
为中心	[日] 大原良通 (797)
蒙元法定死刑考	曾代伟 (808)
《金瓶梅》所反映的晚明法律文化	孙 旭 (828)
从告示碑看光绪年间的主要社会问题	李雪梅 (835)
凉山彝族奴隶的法律地位	
——兼与清代奴婢比较	张晓蓓 (852)
中国古代女性法律地位的再认识	张志京 (867)
从《枕碧楼丛书》看沈家本的藏书观和藏书	陆 昕 (884)
枕碧楼印象	田 涛 (890)
沈家本墓及修复记	潘仕仁 高勇年 (897)
沈家本的祖居和潮州故居小考	高勇年 (903)
沈家本与中国法律文化国际研讨会综述	郭瑞卿 (906)
——传承文化 弘扬法治	
编后记	(911)

沈家本与法律
制度研究

“比附”与“类推”：超越 沈家本的时代约束

[德] 陶安*

—

沈家本既是中国近代法之父，又是中国法律史的奠基人。他在有关法律史的种种考证中显示出的一个突出特点就是：历史考证常常付于奏文之中，并被作为立法资料来推动法律制度的近代化。在沈家本看来，近代化与传统并不成为绝对矛盾，近代化是奠定在传统之基础上的。

正是因为他能够把近代和传统的观点融合起来，所以沈家本能在日本的法律史学界得到很高的评价。日本法的近代化却是与沈家本所推进的法律建设恰恰相反，它将传统法视为无用之物，全面地推动西方化。当时有不少国家受到列强压制，轻者签订不平等条约，重者受到侵略最终被殖民化。这种悬殊的力量对比，使得这些国家都不得不接受西方的法律体系。日本和中国都不例外。但是，沈家本在如此严峻的形势下仍能坚持传统法而不弃之，可称之为丰功伟绩，值得我们大书特书。

但是，在利用沈家本法律史研究的成果之际，必须注意到他的观点受到其时代的约束。当时中国内忧外患，编纂近代化法典、建立独立的司法系统、导入三权分立等，实现这些法律体系的西方化已成为时代的要求。沈家本正是响应这一要求，走在时代的最前列。^① 正因如

* 日本东京外国语大学亚非语言文化研究所研究员。

① 如果将沈家本的刑律草案与《大清现行刑律》比较一下，就很容易能看出来沈家本所追求的改革比最后所实现的要激进得多。

此，沈家本的法律史研究不可避免地要受到时代的约束，也就是说近代法成为其法律史研究的基本框架。

现代法学吸收了社会学、经济学等相关领域带来的启示，并对近代法学的框架反复进行了彻底的反思。只有中国法律史仍然深受近代法学的约束。在相当程度上，这可以说是因为沈家本研究的精密深入、广泛赅博，使后人难以脱离其影响。但是，时过境迁，法律史研究也到了应对近代以来的研究方法进行深刻反思的时代。

我们今天就以“比附”为例，尝试能否摆脱近代法的框架，进而提出更恰当的模式。大多数的学者会认为：“比附”与西方法中所谓“类推”很接近，二者都破坏严格意义上的罪刑法定主义。其实不然，这种看法本来也是编纂近代刑法的副产品。比附本来属于缓和绝对确定法定刑僵硬性的法律制度，是很合理的法律制度。在从绝对确定法定刑到相对确定法定刑的转变中，比附才与罪刑法定主义产生矛盾。^①中国近代的刑法在《法律馆刑法草案》中初次发生这一转变，而正好在《法律馆刑法草案奏》中沈家本要求“删除比附”，并附以缜密的考证。在该考证中，沈家本将“比附”与西方刑法所禁止的“类推”相对比，将其视为乱世恶习，力求考证其为汉代武帝所设。这恐怕至今仍对法律史的研究颇有影响，尤其是波及到讨论中国传统法律中有无罪刑法定主义的这一问题之时。因此，我们借今天纪念沈家本的机会，来认真讨论一下“比附”在中国传统法律中的正确地位。

二

我们可以先从中国法的内在逻辑出发去理解比附的存在意义。传统的中国法对法定刑的要求比西方还要严格。西方法中所谓的罪刑法定主义，仅仅是将基本的罪名和刑名限于法定的范围之内，至于量刑则仍然依靠法官斟酌处理。而中国法则不然。传统中国刑法的宗旨在于全面排除法官的恣意处理，为了达到这一目的，就针对每一个罪名在条文上相应地只规定单一的固定的刑名。如“谋杀人者斩”，^②一个

① 沈家本也意识到这一点，见其《法律馆刑法草案奏》，（收入《明律日笺》卷一）。

② 《大明律·刑律·人命》云：“凡谋杀人，造意者，斩。”

罪名只有一个刑名，中间毫无斟酌的余地。有人将此种严格意义上的罪刑法定主义称为“定刑主义”或者“绝对定刑主义”。也可以借用现代法学上的术语将此种法定刑称为绝对确定的法定刑。

当然，西方式“罪刑法定主义”中的“类推”和中国式“定刑主义”中的“比附”，在地位上有很大的不同。西方式的刑法已经委任法官以量刑之权。在此之外，若还允许法官新设罪名或刑名的话，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。如果要强行将二者比较的话，那么“比附”则接近于西方法官用法律解释的方法所进行的量刑，但却又对其有所制约，即以“上请”的程序来防止法官的擅断。下面试着分析一下其基本结构。

三

为了搞清楚“比附”的结构，首先应该了解罪名在“定刑主义”中的特点。罪名，即可释为“罪行”，^①又可释为“犯罪之名目”，^②可以综合概括为法规上有关犯罪行为的名目。最迟在西汉初期就出现这个概念。高帝七年针对疑罪的诏书中说：

“自今以来，县道官狱疑者，各谳所属二千石官，二千石官以其罪名当报之”，^③

即为一例。这一罪名概念与现代法学上的罪名很接近，是指犯罪的名称，是对某种犯罪行为作出的高度概括。

所谓定刑主义，即对于同一个罪名，不问其情节的轻重而一律科以完全相同的刑罚。这当然难免有失公平。比如，张家山汉简的《奏谳书》中就有这样一例：汉律中有一条律文规定“娶亡人为妻嫁为城旦”^④；有的罪犯明知其为亡人，知法犯法，将其娶为妻，此则情重者；另一种罪犯，不知情事，受骗累及，此则情轻者。但是，因为在当时

① 汉语大词典编辑委员会：《汉语大词典第八卷》，汉语大词典出版社1991年版。

② [日] 诸桥辙次：《大汉和辞典第九卷》，大修馆书店东京1986年修订版。

③ 《汉书》卷二三《刑法志》。

④ 见《张家山汉墓竹简·奏谳书》第30-31简。

的法律中“弗知（者）非有减”，就是说因为法律上对未知其为亡人而娶之者未设减刑，所以轻者与重者一律科以“黥为城旦”。再如，唐律和明（清）律中都有“谋杀”这一罪名。谋杀也有很多不同的情节：图财杀人与替父报仇、杀父与杀子等，其轻重大相径庭。如果法律上只有一个谋杀罪名的话，只能一律科以相同的刑罚。

但是，传统的法律制度对同一类别的犯罪总是设有很多不同的罪名。比如，关于谋杀罪名，历代律典都很重视礼制上有尊卑长幼等差异，由于加害者和被害人之间所存在的服制关系，因而规定多种不同的谋杀罪名。明律中的“谋杀祖父母父母”、“奴婢及雇工人谋杀家长”等即为其例。此外还有如“火器杀人”、“情切救亲”等着眼于行为特点等情节而分化出来的多种罪名。至于清朝的律例，谋杀罪名已达百余种之多。^①关于“娶亡人为妻”的罪名，在接受上述奏谏之后也曾经修改，制定新的构成要件，创造了“娶亡人为妻，弗知者”的新罪名。^②传统的刑法，一方面，以绝对确定的法定刑对具体的刑罚作出硬性的规定，保证有法必依和统一用法；另一方面，又在不断地创造新的罪名，赋予法律以一定的灵活性。由于不断地创新，罪名形成了复杂的多层结构。因此，法官可以根据情节之差异，对同一类别的犯罪判处不同刑罚。

四

同类的罪名虽然数量很大，但未必是无秩序的。笔者曾经分析过清代律例中的“强盗”这一罪名。从《大清会典事例》可以查到大约九十种强盗罪名，如“响马强盗”、“江洋行劫大盗”、“强盗伙盗曾经伤人”等。这些罪名都是从明律的强盗罪名孳乳分化出来的。从明律所规定的极其简明的构成要件开始，历经三次编纂《问刑条例》以及

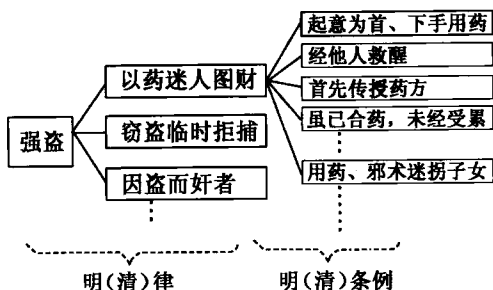
① 可以参考《大清律例总类》等书。

② 《张家山汉墓竹简·二年律令·亡律》第168-169简云：

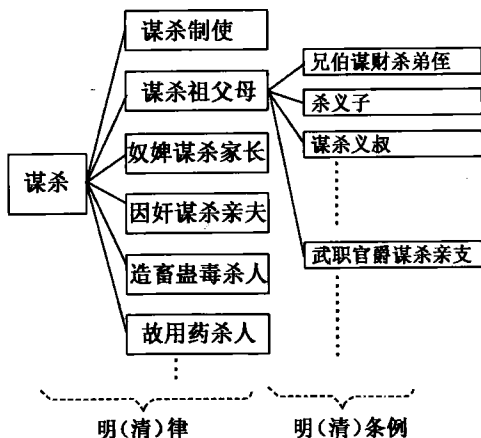
“取（娶）人妻及亡人以为妻，及为亡人妻，取（娶）及所取（娶）为谋（媒）者，智（知）其请（情），皆黥以为城旦舂。其真罪重，以匿罪人律论。弗智（知）者不”。

残缺部分当为“论”。此条文受上述奏谏之后曾经被修改，加新的构成要件，即“弗智（知）者不论”。

清朝各种条例、条款等，而逐渐地添加更详细更具体的构成要件，最后形成了多层结构的罪名体系（参见图一）。不仅强盗罪名如此，上述谋杀罪名亦然（参见图二），大多数的罪名都是由于构成要件的分化而从少数的基本罪名中孳乳出来的。这种孳乳关系不限于同一个法典中的罪名，而且在刑法典和其他法规的罪名之间（比如“律”和“例”所规定的罪名之间）也存在着同样的孳乳关系。



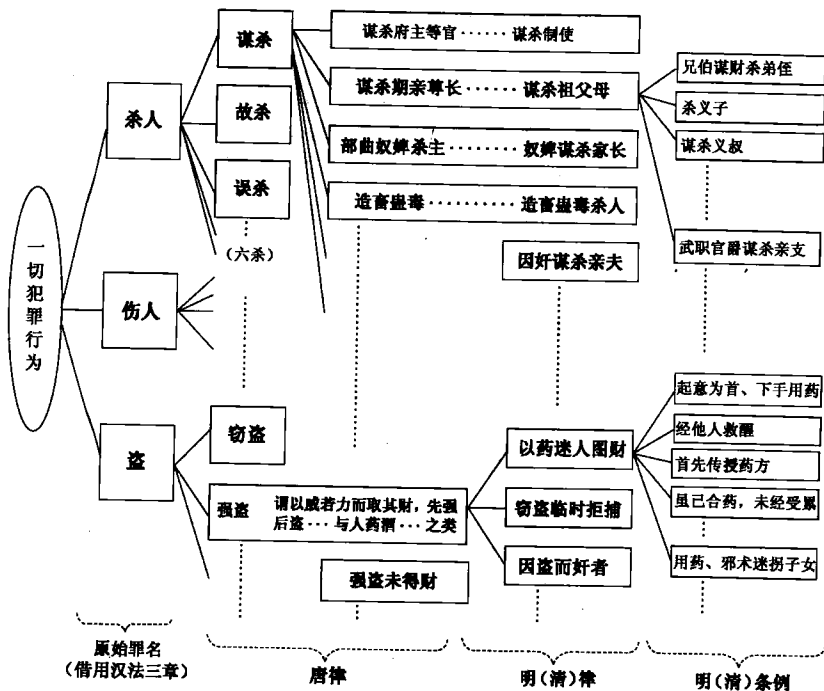
图一：强盗罪名的孳乳分化



图二：谋杀罪名的孳乳分化

再说，刑法上的每一个罪名中都饱含丰富的审判实践经验。每当司法程序中遇到新的一种犯罪，就会从具体的犯罪行为中分析出其类型特征，将其归纳为新罪名的构成要件。历代刑法之所以经常继承前

代罪名，其主要原因就在于它吸收了历代的实践经验，从而创造出更完整的刑法体系。换言之，跨时代地积累罪名成为刑法发展的主要支柱。如果考察长期发展中的无数孳乳现象，大致可以看出孳乳分化实为历代罪名演化的最基本原理。图三尝试性地表示历代罪名的演变，详细分析须待今后的进一步考证。



图三：罪名孳乳分化的历史发展

五

那么，为什么定刑主义在审判实践中要不断地创造新的罪名呢？这是因为存在着两种不能以法定罪名为正确的判决依据之情况，即“疑罪”和“无正文”。“疑罪”早在《尚书·吕刑》中就已经出现，其云：

两造具备，师听五辞，五辞简孚，正于五刑，五刑不简，正于五罚。……墨辟疑赦，其罚百锾……劓辟疑赦，其罚惟倍……剕辟疑赦，

其罚倍差……宫辟疑赦，其罚六百钁……大辟疑赦，其罚千钁”。

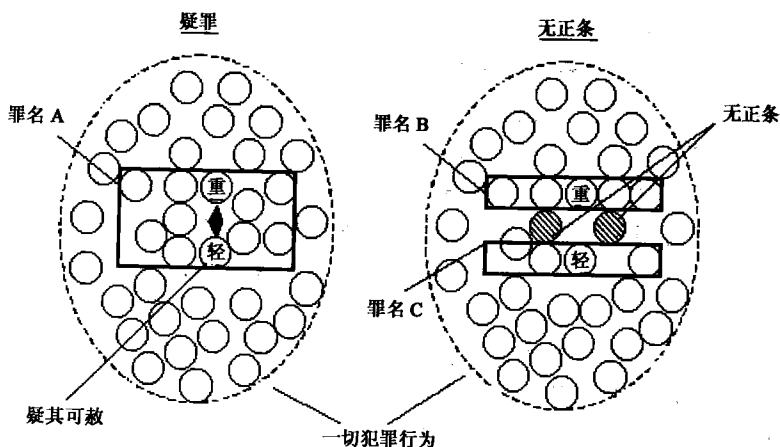
确认“五辞简核，信有罪验”之后，^①才正之于五刑，则知五刑之“不简”和“疑赦”与犯罪事实上的疑问毫无关系。马端临曾经释“疑赦”为“其情可矜、其法可议”，马氏云：^②

“其所谓疑者何也。盖唐虞之时，刑清律简。是以赎金之法，止及鞭扑，而五刑无赎法。至于周而律之繁极矣。五刑之属至于三千。若一按之律，尽而刑之，何莫非投机触罟者，天下之人，无完肤矣。是以，穆王哀之，而五刑之疑，各以赎论。姑以大辟一条言之。夫所犯者死罪，而听其赎金以免，诚不可以训也。然大辟之属二百。则岂无疑赦而在可议之列者。有如杀人反逆之类，则是不可不杀。虽万钁亦难贖死矣。而二百之属，其罪不皆至此也。以经传考之，其在周，则王制之析言破律行为学非酒诰之群饮。其在汉，则列侯坐酎金不敬将帅出师失期之类。于律皆死罪也，而其情则可矜，其法可议，岂必尽杀之乎。此则死罪之疑赦者也”。

换言之，以死刑为法定刑的罪名很多，其中有轻有重。从其情节轻者来讲，其中一定有被怀疑可以赦减死刑而需要重新议定刑罚的情况，此即“其情可矜、其法可议”。总之，“疑罪”并不是指对犯罪事实的疑问，而是由于情节的差异对法定刑的妥当性产生了疑问。这正是对确定的法定刑所难以避免的僵硬一面，即针对同一个罪名不考虑情节的差异而一律科以相同的刑罚。这一点，我们在上面已经指出。如果我们为了避免这一局面而预先将罪名详细地划分成无数具体的罪名的话，就会陷于另一种窘境，即“无正文”的情况。这是因为，罪名越具体，越容易产生构成要件与犯罪行为的某种细琐情节的矛盾。犯罪虽然与很多罪名挂钩，但终究无法与某一个罪名完全一致。明律和清律中制定“无正条”这一条规定，正是针对这种问题而允许用比附的方法去处理。定刑主义所面临的两种窘境可以用下掲图四来表示。

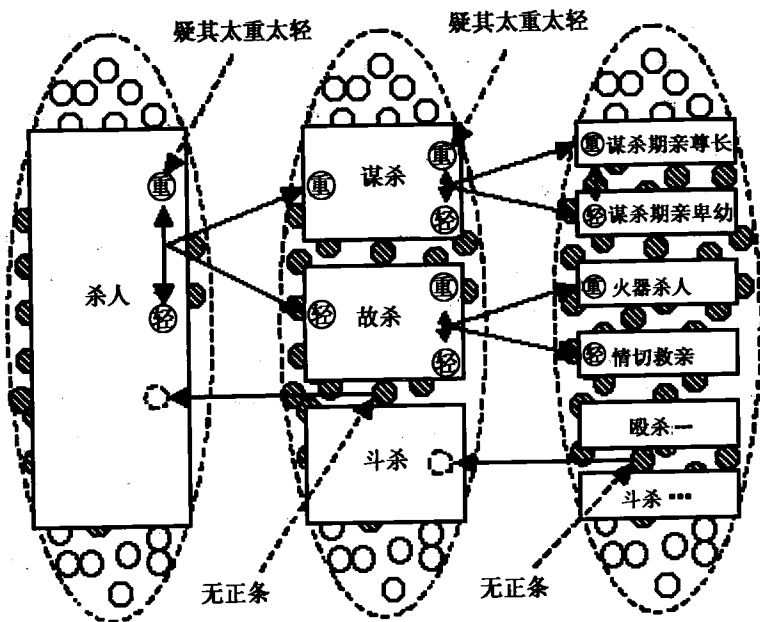
① 据伪孔传。关于“简”，《集韵》云“简，减也”，《礼记·王制》云“有旨无简不听”；关于“孚”，《说文解字》云“孚，一曰信”。

② 《文献通考》卷一六二《刑考一·刑制》。



图四：“疑罪”与“无正条”

实际上，“疑罪”与“无正条”这两种窘境之间只存在着相对的差别。其原因在于，孳乳分化的罪名与原来的罪名同时并存而形成多层次的结构。我们只要将上揭“疑罪”与“无正条”一图套在罪名结构图上，就会一目了然。比较原始的罪名，其适用范围广阔，可包含多种犯罪行为。由于其所包含的犯罪情节相差甚远，这使人疑其太重或太轻。这就是疑罪的窘境。如果按照罪名的情节之不同，将其分化为两个以上的罪名的话，孳乳出来的新罪名则能更准确地针对各种情节。因此，疑罪问题将会消失。但是，另一方面，孳乳罪名之间将会出现很多漏洞，对很多犯罪新的构成要件已经不能恰当地反映出其行为特征。这就是“无正条”的窘境。虽然在孳乳罪名方面，这些漏洞等于是没有法律依据的空白地带，但是，从多层次的罪名结构来看，分化程度较高与较低的罪名总是同时存在的，两个孳乳罪名之间的漏洞并不成为绝对的空白：分化程度较低的罪名，也可以说概括性更强的罪名仍能提供出法律上的依据（参见图五）。“比附”就是在此基础上对“无正条”的犯罪重新进行量刑而再次分化出新罪名的。传统的中国法在法典之外不断地生产罪名，就应归结于这种合理的解释行为。



图五：多层罪名结构中的“疑罪”与“无正条”

六

在以往的法律史研究中，“疑罪”和“无正条”总被视为是两个独立的问题。上面，我们从理论方面把两者综合起来而进行了分析。其实，在古文献中也早已出现将二者合并在一起的现象。晋朝廷尉刘颂曾云：^①

“又律法断罪，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，法吏以上，所执不同，得为异义。如律之文，守法之官，唯当奉用律令。至于法律之内，所见不同，谏得为异议也。今限法曹郎令史，意有不同为驳，唯得论释法律，以正所断，

① 《晋书》卷三〇《刑法志》。

不得援求诸外，论随时之宜，以明法官守局之分。”

刘颂上奏的第一句应该为晋律引文。在其中虽然没有使用“比附”一词，但它很明显是以“上请”的程序来解决“无正条”的问题。而在“上请”程序中，法吏都可以陈述异议。这又正巧与唐律断律中的“疑罪条”一致。“疑罪”条云：^①

“即疑狱，法官执见不同者，得为异议”。

从此可以看出：刘颂所谓“无正条”和“上”者，也是奉上对罪名的疑义，与汉朝以来的“疑狱”和“奏谳”无异。换言之，疑罪问题与无正条的窘境连结起来了。

这给我们两方面的启示。首先，晋律的遗文能提醒我们，在明清律典的“断罪无正条”一条中“上请”程序最重要。明律的“断罪无正条”一条规定：法官在“引律比附，定拟罪名”之后，必须“转达刑部，议定奏闻”，决不可“辄断决”，即独断专行。这与刘颂所指出的晋律的有关情况无异。无论是“比附”还是“疑罪”，法官遇到不能依据制定法的情况，决不能单独论断，总要上奏，经过廷议来判断。换言之，比附不仅在实体方面不超过按照制定法进行量刑的范围，而且在程序方面又排除了法官自主斟酌处理，将判断委于中央集议。很明显这比西方的罪刑法定主义更加慎重。

同时，晋律遗文对理解“断罪无正条”条从唐律到明律的变化亦有益。唐律既有“断罪无正条”条，又有“疑罪”条。“疑罪”条的后半部分已经在上文引用过，另一半则道：

“诸疑罪，各依所犯以赎论”。

“断罪无正条”条云：^②

“诸断罪而无正条，其应出罪者，则举重以明轻，其应入罪者，则举轻以明重”。

这两条均缺少关键的“上请”程序。“疑罪”条中以赎罪代替“上请”，这就是很不现实。假如有一个死罪案，无论是事实方面有可疑之处，还是对规范方面产生疑问，都是无法用一种财产刑去代替生命刑。对“疑罪”施行赎罪是模仿《吕刑》之制，这仅仅是一个理想而已。

^① 《唐律疏议》卷三〇《断狱》。

^② 《唐律疏议》卷六《名例》。