



中南财经政法大学「双一流」建设文库
文—化—传—承—系—列

中国古代 “不应为”律研究

杨舒然 著



长江出版传媒
湖北人民出版社

总序

“中南财经政法大学‘双一流’建设文库”是中南财经政法大学组织出版的系列学术图书，是学校“双一流”建设的特色项目和重要学术成果的展现。

中南财经政法大学源起于1948年以邓小平为第一书记的中共中央中原局在挺进中原、解放全中国的革命烽烟中创建的中原大学。1953年，以中原大学财经学院、政法学院为基础，荟萃中南地区多所高等院校的财经、政法系科与学术精英，成立中南财经学院和中南政法学院。之后学校历经湖北大学、湖北财经专科学校、湖北财经学院、复建中南政法学院、中南财经大学的发展时期。2000年5月26日，同根同源的中南财经大学与中南政法学院合并组建“中南财经政法大学”，成为一所财经、政法“强强联合”的人文社科类高校。2005年，学校入选国家“211工程”重点建设高校；2011年，学校入选国家“985工程优势学科创新平台”项目重点建设高校；2017年，学校入选世界一流大学和一流学科（简称“双一流”）建设高校。70年来，中南财经政法大学与新中国同呼吸、共命运，奋勇投身于中华民族从自强独立走向民主富强的复兴征程，参与缔造了新中国高等财经、政法教育从创立到繁荣的学科历史。

“板凳要坐十年冷，文章不写一句空。”作为一所传承红色基因的人文社科大学，中南财经政法大学将范文澜和潘梓年等前贤们坚守的马克思主义革命学风和严谨务实的学术品格内化为学术文化基因。学校继承优良学术传统，深入推进师德师风建设，改革完善人才引育机制，营造风清气正的学术氛围，为人才辈出提供良好的学术环境。入选“双一流”建设高校，是党和国家对学校70年办学历史、办学成就和办学特色的充分认可。“中南大”人不忘初心、牢记使命，以立德树人为根本，以“中国特色、世界一流”为核心，坚持内涵发展，“双一流”建设取得显著进步：学科体系不断健全，人才体系初步成型，师资队伍不断壮大，研究水平和创新能力不断提高，现代大学治理体系不断完善，国际交流合作优化升级，综合实力和核心竞争力显著提升，为在2048年建校百年时，实现主干学科跻身世界一流学科行列的发展愿景打下了坚实基础。

习近平总书记指出：“当代中国正经历着我国历史上最为广泛而深刻的社会变革，也正在进行着人类历史上最为宏大而独特的实践创新。……这是一个需要理

论而且一定能够产生理论的时代，这是一个需要思想而且一定能够产生思想的时代。”^①坚持和发展中国特色社会主义，统筹推进“五位一体”总体布局和协调推进“四个全面”战略布局，实现“两个一百年”奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的中国梦，需要构建中国特色哲学社会科学体系。市场经济就是法治经济，法学和经济学是哲学社会科学的重要支撑学科，是新时代构建中国特色哲学社会科学体系的着力点、着重点。法学与经济学交叉融合成为哲学社会科学创新发展的重要动力，也为塑造中国学术自主性提供了重大机遇。学校坚持财经政法融通的办学定位和学科学术发展战略，“双一流”建设以来，以“法与经济学科群”为引领，以构建中国特色法学和经济学学科、学术、话语体系为己任，立足新时代中国特色社会主义伟大实践，发掘中国传统经济思想、法律文化智慧，提炼中国经济发展与法治实践经验，推动马克思主义法学和经济学中国化、现代化、国际化，产出了一批高质量的研究成果，“中南财经政法大学‘双一流’建设文库”即为其中部分学术成果的展现。

文库首批遴选、出版两百余册专著，以区域发展、长江经济带、“一带一路”、创新治理、中国经济发展、贸易冲突、全球治理、数字经济、文化传承、生态文明等十个主题系列呈现，通过问题导向、概念共享，探寻中华文明生生不息的内在复杂性与合理性，阐释新时代中国经济、法治成就与自信，展望人类命运共同体构建过程中所呈现的新生态体系，为解决全球经济、法治问题提供创新性思路 and 方案，进一步促进财经政法融合发展、范式更新。本文库的著者有德高望重的学科开拓者、奠基人，有风华正茂的学术带头人和领军人物，亦有崭露头角的青年一代，老中青学者秉持家国情怀，述学立论、建言献策，彰显“中南大”经世济民的学术底蕴和薪火相传的人才体系。放眼未来、走向世界，我们正以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，砥砺前行，凝心聚力推进“双一流”加快建设、特色建设、高质量建设，开创“中南学派”，以中国理论、中国实践引领法学和经济学研究的国际前沿，为世界经济、法治建设做出卓越贡献。为此，我们将积极回应社会发展出现的新问题、新趋势，不断推出新的主题系列，以增强文库的开放性和丰富性。

“中南财经政法大学‘双一流’建设文库”的出版工作是一个系统工程，它的推进得到相关学院和出版单位的鼎力支持，学者们精益求精、数易其稿，付出极大辛劳。在此，我们向所有作者以及参与编纂出版工作的同志们致以诚挚的谢意！

因时间所囿，不妥之处还恳请广大读者和同行包涵、指正！

中南财经政法大学校长



^① 习近平：《在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》，2016年5月17日。

目 录

绪 论

第一章 源流与演变：“不应为”律的流变脉络

引 言	12
第一节 “不应为”律在唐代之前的发端	12
第二节 唐代至清代“不应为”律的沿袭	15
第三节 “不应为”律的构成特征	17
小 结	23

第二章 扩张与克制：特别“不应得为”律

引 言	26
第一节 唐代特别“不应为”律	26
第二节 宋元特别“不应为”律	31
第三节 明代特别“不应为”律	33
第四节 清代特别“不应为”律	37
小 结	44

第三章 核心与主脉：“理不可为”之意涵

引 言	48
第一节 礼治之理	49
第二节 理义之理	65
第三节 事理、人情之理	78
小 结	83

第四章 初衷与困局：立法原意与实践之弊

引 言	86
第一节 “庶补遗缺”的立法初衷	87
第二节 “轻重相明”的立法目的	92
第三节 概括性禁律的实践之弊	103
小 结	110

第五章 平衡与秩序：“不应为”律的命案司法适用

引 言	114
第一节 命案中的“不应为”行为	116
第二节 行为与罪责的轻重之平	143
第三节 罪责与刑罚的轻重之平	146
小 结	152

第六章 审断与教喻：“不应为”律的细故案件司法适用

引 言	156
第一节 细故案件中的“不应为”行为	156
第二节 审断的理据支撑	164
第三节 教喻与“输服具结”	171
小 结	173

结 语	175
附 录	178
参考文献	209

绪 论

一、选题意义

(一) 问题的提出

中国法律史学自 20 世纪以来, 经由几代学者潜心钻研, 成果颇为丰硕。在对大量文献史料搜集、整理、分析的基础上, 无论是纵向方面还是横向方面, 研究都在不断推进。得益于对文献史料的极大丰富, 目前中国法律史研究硕果累累, 学者们用大量的成就推进了这一学科的发展。我国悠久的成文法传统为今日的学者留下了极为珍贵的、探究古代法律及社会的第一手资料, 多种形式的成文法规范为文本研究提供了丰富的观察对象。其中, 作为数千年中华文化的凝结, 历代法典是今人了解中国历史, 了解传统法律和社会的重要研究对象, 吸引了无数学者“焚膏油以继晷, 恒兀兀以穷年”, 孜孜不倦地研究其中的现象, 皓首穷经地探寻其中的规律。若想了解传统中国的法律现象, 法典无疑是最为直观的研究素材之一。

以历代法典为观察对象, 可以发现, 虽然随着时间的推移, 经济水平的增长, 社会的变化也会携着法律的变化。但是, 法典之中的部分规范, 会跨越时代的更迭, 相对稳定地被保留下来。如果着眼于这些长期沿用的传统法律规范, 我们常常能够借助这些规范的稳定性和延续性, 从而窥探到传统中国法律的一些脉络所在。例如, 为人们所熟知的“十恶”、“擅发兵”、“阑入宫殿”、“不应为”等规定, 在后世相沿不断达上千年之久, 虽然在这过程之中, 有的会出现一些对罪名、适用规则、补充规定的细微修改, 但是核心内容却变化不大。因此, 为今天我们深入地了解传统中国法律与社会提供了极为珍贵的指引标识。对于这些几乎历代相沿的规定, 更加需要我们给予客观、全面的了解与分析, 否则得到的不过是片面化的误解, 这种误解会阻碍我们了解真实的历史。

在这些几乎历代皆予以沿用的规范之中, “不应为”律是极为特殊的一条。同时也是历来被加诸模式化认识的研究对象之一。传统中国法中的“不应为”律一直是以“口袋罪”的刻板印象出现在今天的研究中的, 并且有不少观点认为它导致了罪刑擅断及滥刑。甚至有学者认为它是中国古代罪刑擅断原则的重要依据, 即“不应为”律实际上“为追究法律没有明文规定的行为提供合法依据”, “这充分体现了封建刑法擅断主义的特点”。^①如此一来, “不应为”律被认为是

^① 高绍先:《中国刑法史纲要》, 法律出版社 2001 年版, 第 136 页。

中国古代没有罪刑法定原则的重要证据。但是这种单一、片面的定性，很容易模糊真实的情况，忽略法律现象在别的方面所具有的不同表现，进而产生一些本可避免的误解，最终导致我们在看待历史时，“执今以律古”，一味地否定自己国家和民族的部分传统文化。

近年来，除了不断扩展研究领域、推进研究深度之外，陆续有学者提出应当对之前的一些模式化的认识进行反思和重新考证。由于模式化的认识对细节、具体问题以及主体的忽略及化约，已经成为脱离了具体时空的笼统描述。目前，对这些模式化的认识进行反思以及严谨的再度考证、重新评析，也取得了一些意义颇深、能够指引未来研究方向的成果。例如，反思以“诸法合体，民刑不分”作为中华法系的特点。张晋藩先生指出中国古代法典编纂结构是“诸法合体，民刑不分”的，但是法律体系确是“诸法并用，民刑有分”的。^①杨一凡先生提出：“‘诸法合体、民刑不分’说实际上把律典之外大量的各种形式的法律排除在中华法系之外，其消极后果是不言而喻的。它影响了对部门法史的开拓研究，又导致中华法系研究的一系列重大偏颇。”^②这些都提醒着我们，在探究中国法律史问题之时，应当尊重历史，从具体的历史时空出发，客观地对法律史研究对象进行合理、具体、全面的评析。

审慎的反思是必要的。而这种反思绝非简单的“颂古非今”，从而走向另一种空洞的极端。而是在有据可依的基础上，更为全面地考察过往已经固定下来的见解，并且尝试提出更具解释力的观点。近年来，不少学者开始反思以简单模式来概括传统中国法而导致的片面认识，提出对过往法史研究中的一些模式化认识应当谨慎对待，认真反思以打破这部分模式化认识，从而将中国古代法律的内在脉络与机制真正地解读出来。他们提出应当在律典、例等规范性文本的基础上做静态研究，此外更需要借助档案、判牍等文献，与“法律表达”进行相互验证，探究法律的实际功能及其运作实态，将视野拓展到更大范围的法律规范层面，结合具体的史实进行批判性的思考，进而揭下模式化的面纱，以期能厘清中国古代规则、制度、社会的本来面目。笔者认为，对“不应为”律片面化的定位和模式化的简单描述，极易造成对传统法的错误理解。而误解则会使我们与真实历史之间相隔更远。客观、全面地分析“不应为”律，对于了

^① 张晋藩：《再论中华法系的若干问题》，《法史鉴略》，群众出版社1988年版，第45～62页。

^② 杨一凡：《中华法系研究中的一个重大误区——“诸法合体、民刑不分”说质疑》，《中国社会科学》2002年第6期，第99页。

解传统中国的刑法原则、立法及司法的真实状况有着重要的意义，也能对今日的法治发展提供些许有益的经验借鉴，进一步弘扬传统法律文化中的优良价值。因此，笔者尝试将律典与档案、判牍、官箴等史料文献结合在一起，从纵向上考察“不应为”律历史变迁的全过程，并从横向上结合具体时空中“不应为”律在司法中的具体运用，回到历史的具体情境之中，从断狱诉讼这一特殊视角，来观察“不应为”律的司法适用。以期能发现“不应为”律在宏大叙事之下被遗漏的各种细节，借以了解传统中国法的一点脉络。

（二）研究概况评析

仅就资料所及，关于“不应为”律的研究，相较于中国法律史中的其他问题，梳理并不算丰富。国外学者曾对“不应为”律有很少的讨论。其中最知名的应数布迪与莫里斯在《中华帝国的法律》一书中的论述，他们认为它“缺少可预见性的规定”，是“概括性禁律”之一。^①其后，以“概括性禁律”来定义“不应为”律的观点，被大部分国内学者所接受，并衍生出“口袋罪”、兜底条款这样的共识性定性。日本学者中村茂夫也曾于1983年发表了《不应为考——关于罪刑法定主义是否存在的问题》一文，从刑法学含义来探讨此类律条。较之国外学者，我国学者对于此律条的研究要更多一些。如，甘露的《从一个判例看中国古代的“不应得为”罪》，黄源盛的《唐律不应得为罪的当代思考》，徐燕斌的《唐律“不应得为”罪新探》，管伟的《试论清代不应得为律的适用——以规则分析和案例实证为中心》，刘志勇的《清代〈不应为〉律及纠纷解决》，彭剑鸣的《中国法制史上的“不应为”罪名及其现代启示——以法社会学为视角》，张茂霖的《中国传统法律“不应为”律条规范结构探析》，靳匡宇、丁净玉的《“不应得为”条背后的礼法共识——论中国古代法律文本中的泛论条款》。另外，钱锦宇在《论中国古代刑法典中的概括性禁律——以〈大清律例〉为例》一文中将“不应为”律作为概括性禁律之一进行了论述，陈新宇在《继受与变革——以日本过渡刑律下“断罪无正条”与“不应为”的变化为中心》一文中对传统中国律例中的“不应为”律有过略述，于志刚在《口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路》一文里对‘不应为’律也有部分论述。而笔者在硕士毕业论文《功

^① [美] D. 布迪、C. 莫里斯：《中华帝国的法律》，朱勇译，江苏人民出版社2010年版，第432页。

能视角下的“不应为”律》，也曾尝试对“不应为”律进行浅显的思考。^①

目前学界对“不应为”律的研究可以大致做出如下分类：第一类是直接以西方近现代刑法理论作为论证的基础，从现代刑法的重要原则之一的“罪刑法定主义”原则出发，倾向于将“不应为”律作为“罪刑法定主义”的反面事例，评价偏于否定。例如甘露、彭剑鸣这几位学者的文章。第二类则注目于特定的朝代，分析和思考“不应为”律的法源、处罚根据、“应”与“不应”的界限、违反事理“轻”“重”基准。黄源盛先生曾在《唐律不应得为罪的当代思考》一文中，细致地考察了唐律中“不应得为”罪的规定，深刻地分析了与该罪相关的一些基础问题，并且提出了引人深思的发问。并且指出将“不应得为”一条看作是唐律有关罪与罚的灵魂原则也不为过。^②此文注目于唐代时空，细致地剖析“不应得为”罪，透视唐律罪刑法定的虚与实，提出了更具解释力的观点。第三类以律文背后的“礼法共识”为研究重点，着重分析“不应为”律的立法目的。例如靳匡宇、丁净玉的《“不应得为”条背后的礼法共识——论中国古代法律文本中的泛论条款》。^③例如第四类从司法实践出发，考察“不应为”律的司法适用，将具体时空中的律典与司法相结合做了一部分讨论。如徐燕斌、管伟、刘志勇，几位学者对此律条的考察都较为偏重司法实践，但各有不同。徐燕斌将司法实践与文本分析并重，但论证简化，缺乏足够的例证；管伟借助《刑案汇览》，从规则分析与案例的实证研究角度，运用大量案例，使得解释力与说服力都有所增强；^④刘志勇则主要侧重于清代此律条在纠纷解决中的利弊、功效、社会后果。第五类则是从法律条文的结构出发，进行法律规范分析。如张茂霖先生的《中国传统法律“不应为”律条规范结构探析》。^⑤

从已有研究结论来看，很多学者认为“不应为”律加强了国家对官吏及社会的管控，甚至造成司法擅断。即倾向于消极性评价。譬如刘志勇提出此律“体现的是政府对社会的挤压和排斥”，对人们的行为造成了严重的拘束并窒息了社

① 杨舒然：《功能视角下的“不应为”律》，云南大学硕士学位论文，2012年。

② 黄源盛：《唐律不应得为罪的当代思考》，《法制史研究》2004年第5期，第220页。

③ 靳匡宇等：《“不应得为”条背后的礼法共识——论中国古代法律文本中的泛论条款》，《北华大学学报（社会科学版）》2018年第6期，第78～86页。

④ 管伟：《试论清代不应得为律的适用——以规则分析和案例实证为中心》，《政法论丛》2008年第4期，第74页。

⑤ 张茂霖：《中国传统法律“不应为”律条规范结构探析》，《世界华人法哲学年会2012年会议论文集》，清华大学2012年，第590～601页。

会生活；^①管伟认为“统治者通过不断修例赋予不应为律条新的功能”，在固有的功能基础上，还使得此律“承担了不断加强对基层社会有效管理的任务”，并指出清代司法实践对此律文的适用则是“建立在对情罪相符、社会有效控制及澄清吏治等目标实现的基础之上”，推断引用“不应为”律的“州县自理案件数量可能更为庞大”；^②甘露认为“不应为”律“为封建执法者陷人于罪，擅断滥刑，随意处断提供了法律依据，实际将司法镇压的任意性合法化”；^③钱锦宇认为“（包含‘不应为’律在内的‘概括性禁律’）在司法过程中的运作，为司法擅断提供了‘合法性’依据”；^④于志刚认为以“不应为”为代表的绝对口袋罪削弱了成文法的进步性；^⑤彭剑鸣认为我国1979年刑法中的“流氓罪”是此律条“在当代刑法中的反映”^⑥。另有一部分学者较为审慎地分析了“不应为”律，对该律的评价较之前一部分学者要更为积极。例如，认为“不应为”律使刑律更加规范化。如徐燕斌认为此律“更多的是针对一般的刑事犯罪和职务犯罪”，对其造成了罪刑擅断一说进行了否定；^⑦陈新宇也认同此律“得以弥补律无正条时，比附援引可能造成的量刑偏畸之弊”^⑧。

总的来说，这些研究对“不应为”律的探讨和分析，为今后的研究奠定了坚实的基础。但是，其中一部分研究，还是难以摆脱“口袋罪”一类的刻板印象，对于历史脉络的梳理较为简化，使“不应为”律被描述为几乎固定不变的消极形象，难免有片面与化约之嫌。虽有不少学者注意到了不同的一面，但是遗憾的是，未能在论文中进行深入的论证。在全面、详尽解读“不应为”律的领域，还留有很多值得探索的空间。此外，还可以看出，随着时间的推移，学者们在研究材料的选取上，已经逐渐突破了静态的文本分析，将所选取的史料文献从历朝律典扩展至条例、例案和各类档案，注意到了动态的司法适用。但是，目前研究仅仅考察了“不应为”律在重情之案中的司法适用，对于理论推断中大

① 刘志勇：《清代“不应为”律及纠纷解决》，谢晖等编：《民间法2011》，济南出版社2011年版，第201页。

② 管伟：《试论清代不应得为律的适用——以规则分析和案例实证为中心》，《政法论丛》2008年第4期，第74页。

③ 甘露：《从一个判例看中国古代的“不应得为”罪》，《北京航空航天大学学报》2004年第2期，第58页。

④ 钱锦宇：《论中国古代刑律典中的概括性禁律——以〈大清律例〉为例》，《求是学刊》2007年第1期，第93页。

⑤ 于志刚：《口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路》，《法学家》2013年第3期，第64页。

⑥ 彭剑鸣：《中国法制史上的“不应为”罪名及其现代启示——以法社会学为视角》，《湖南社会科学》2013年第4期，第81页。

⑦ 徐燕斌：《唐律“不应得为”罪新探》，《兰州学刊》2008年第12期，第111页。

⑧ 陈新宇：《继受与变革——以日本过渡刑律下“断罪无正条”与“不应为”的变化为中心》，《清华法学》2008年第3期，第111页。

量适用的细故案件领域，并未有探讨。

综上所述，现有的研究成果，为本书的写作奠定了坚实的基础。但从研究的总体而言，或许出于研究对象、研究视角和研究方法的不同，仍然存在一些需要继续讨论的问题，并且在具体细节的结论方面也存在尚需商榷之处。

二、几点说明

（一）研究对象的界定

概念是一切研究论证的起点，也是理论研究的重要前提。本书以“不应为”律作为研究对象，在展开论述之前，有几个问题需予以阐述。

首先要说明的是对“不应为”律的界定。“不应为”律是中国古代的一种特殊律文，如若单从罪名角度来看，也可将之称为“不应为”罪。这条规定处罚的是“律、令无条，理不可为者”。《唐律疏议》中的规定较为详细：“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。其有在律在令无有正条，若不轻重相明，无文可以比附。临时处断，量情为罪，庶补遗缺，故立此条。情轻者，笞四十，事理重者，杖八十。”^①许慎在《说文解字》将“应”简释为“当也”。^②“不应”即为“不当”。“不应为”即是依照情理不能或不该如此。此律条被莫里斯和布迪称为中华帝国法律之中的“概括性禁律”，因为他们认为它“缺少可预见性的规定”。^③因其规定的模糊性，也曾被片面地推定为“口袋罪”。究其源流，“不应为”律的发端，应当在汉代以前。有文献可考的律典规定则出自汉律。张家山汉墓竹简中记载了《贼律》篇“不当的为”的规定，证明汉代将之规定于汉律之中，可见其源流悠久。在后世历朝的律典中，“不应为”律曾有过不同名称，《唐律疏议》将“当”改为“应”，于是从“不当得为”变成“不应得为”。《宋刑统》沿用唐律规定，也称“不应得为”。到了明朝，《大明律》再次将“不应得为”修改为“不应为”。《大清律例》沿用《大明律》的规定，仍为“不应为”，

① 刘俊文点校：《唐律疏议》，法律出版社1999年版，第561～563页。

② （汉）许慎：《说文解字》，中华书局2012年版，第217页。

③ [美] D. 布迪、C. 莫里斯：《中华帝国的法律》，朱勇译，江苏人民出版社2010年版，第432页。

而所附例、令里也会简称为“不应”，例如“问不应”、“坐以不应”。本书为了在行文叙述上能够统一表达，采明清律典之名，概称“不应为”律。其中，“不应为”之事理重者及情轻者，律例中称“不应重”、“不应重律”、“不应轻”、“不应轻律”，本书概称“不应为”重律、“不应为”轻律。

其次，“不应”与“不合”。“不合”出现于清代命案审断的判词及州县自理词讼的判词、批词之中，指行为不合于理，也即不应为之行为，在文献记载中有时也称“不应”。被断定为“殊属不合”的行为也即“理不可为者”，是“不应为”律理论上的适用对象。

（二）史料文献的运用及研究思路

史料文献是中国法律史研究的基石所在。但凡合格的法史研究，都必须以广泛地搜集史料文献，充分占有史料文献为前提。在系统梳理相关史料文献的基础上，对史料文献进行分析和研究，探求其内在的联系，进而做出更深入的考察和研究。中国古代历史源远流长，保留下来的史料文献可谓汗牛充栋。历代律典、例、奏议、档案、判牍、地方志、族谱等，资料浩如烟海。这些丰富且多样的史料文献，为当今法史研究浇筑了稳固的基石，为各类研究提供了广阔的空间。

本书以“不应为”律为研究对象，因此历代律典自然是研究“不应为”律的基本素材之一。我国的成文法传统，使得历史中的法律规范得以展现延续与变化的清晰脉络。“不应为”律传袭久远，因而能在历代刑法典中找到其醒目的踪迹。但若仅以历代法典为素材，就无法支撑起一个系统、全面的研究。因此还需要借助其他的成文法规范，以及奏议、档案、判牍等史料文献予以辅助。除此之外笔者还参考了其他官修文献，例如《清实录》的相关记载，以及官箴、文集、笔记等其他资料加以佐证讨论，以期能搭筑起合理的研究框架。

本书借助律典、条例、律注、判牍、清代刑科题本、官箴等文献资料，先从文本分析，再从历代的流变做历史梳理。“不应为”律历代因袭，折射出中国古代法律与社会的一条隐形的逻辑。已有研究往往尝试从总体上来把握“不应为”律，预设了单一的层次、几乎固化的前见，对其源流发展的梳理大多较为简化。加入司法实践方面的讨论之后，又遗漏了对州县自理词讼的考察，仅以理论推论来判断，以至于结论不可避免地带有局限性。本书尝试从不同维度、不同视角切入研究，借助历代律例、清代档案及判牍等多种史料来擘肌分理；借鉴社

会史研究的长时段视野，在历史脉络中来探讨此律条的功能演变，同时寻找细故理断领域的相关材料，对比重情案件中命案的相关情况，力图在制度性的大问题描述之下，观察到一些较为微观的秩序运作，以便为问题寻找到更加全面一点的答案。

从律典规定来看，由其“庶补遗缺”的立法初衷所决定，“不应为”律确有“兜底”之意，具有“概括性禁律”的特征。并且，此律条还存在适用疑难、混乱与擅断滥刑的可能性。但是，在“不应为”律持续传袭的历史中，显现出了一些比其律文特征更为复杂的变化。笔者认为，“不应为”律虽有弊端，但是从长时段的历史演变来考察，此律条在規定和适用上承载了更为复杂而细致的功能。

最后需要说明的是，前文虽已述及目前学者对于“西洋中心的偏差”这一认识误区的反思和否定，但正如寺田浩明所言，这种偏差的大部分往往会在不知不觉之间融入研究者的认识框架之中，很难预知。^①并且，“在社会科学研究中，实现论述中的‘价值中立’多是一种自我激励，要完全摆脱理论背景是不可能的”^②。所谓“褚小者不可以怀大，绠短者不可以汲深”，笔者深知自己才疏学浅、笔力有限，书中所论的一得之愚，并不是要摒弃所有的西方法学理论背景，更不敢妄言自己完全摆脱了“西洋中心的偏差”。只不过想尽力一试，回到历史情境之中，用具体史实来提醒自己认知之中的类似偏差，审视自己是否存有主观臆断、是否持蠡测海，并且尝试说清楚一些“不应为”律的具体细节。

① [日] 寺田浩明：《清代民事审判：性质及意义——日美两国学者之间的争论》，《北大法律评论》1998年第1卷第2辑，第617页。

② 里赞：《晚清州县诉讼中的审断问题——侧重四川南部县的实践》，法律出版社2010年版，第19页。

第一章 源流与演变： “不应为”律的流变脉络

引言

“不应为”律是中国古代一条特殊律文，处罚“律、令无条，理不可为者”。长期以来，“不应为”律通常被学者们认定为“概括性禁律”、“口袋罪”，甚至有不少观点认为该条律文导致了古代司法中的擅断滥刑，认为这是中国古代没有罪刑法定主义的依据。但是，仅对“不应为”律进行片面化的定位和模式化的认识，而不细探其在漫长历史中的变化、忽视其在具体时空的理讼断狱中的适用实况，会导致对中国传统法律及社会的错误认识。因此，对“不应为”律的探究，必须要将其源流脉络进行细致的梳理。通过梳理该律条的发展脉络，可以看出，这是一条沿袭千年之久的条款。汉代之前便有萌芽，至汉代被引入律中，到了唐代，又被详细地规定于唐律之中，此后，数代相沿不辍。

第一节 “不应为”律在唐代之前的发端

“不应为”律的由来极为久远，有文献记载的发端，可以追溯至夏代。《尚书大传》中记载了这样的文字：

夏刑三千条，夏后氏不杀，不刑死罪，罚二千馘。禹之君民也，罚弗及强，而大治，一馘六两。决关梁、逾城郭而略盗者，其刑髡；男女不以义交者，其刑宫；触易君命，革舆服制度，奸宄盗攘伤人者，其刑劓；非事而事之，出入不以道义，而诵不祥之辞者，其刑墨；降叛寇贼、劫略、夺攘、矫虔者，