

清代的法律方法論

——以《刑案彙覽三編》為中心的論證

陳新宇*

要 目

- 壹、序說
- 貳、律學是什麼？——從術語的角度分析
- 參、法律應用的「應然」與「實然」
- 肆、比附的原理
- 伍、歷史語境中的概念與問題
- 陸、比附的運用
- 柒、結論

摘要

本文試圖進入歷史的語境，以「同情的理解」觀察傳統中國的司法。在瞭解傳統律學的特點，傳統司法的目標與困境的基礎上，通過對法條（應然）與《刑案彙覽三編》的部分案例（實然）的解析，考察清代的法律方法，尤其是法無

* 北京大學法學院博士研究生
謹以此文獻給我的導師李貴連教授，感謝老師三年來的教誨和獎掖。本文的寫作，得黃源盛、邱澎生、陶安（Arnd Helmut Hafner）三位老師的啓發、勉勵甚多，毛國權、黃章一、張茂霖、黃琴唐、莊以馨、張益祥、周伯峰、林韻柔、劉嵐松、袁瑜琛、孫雪霞、王佳明、羅翔、安永勇、王琪、王國騫、張真理等學友或提出寶貴意見，或予以協助與鼓勵，作者倍感溫暖，在此一併致謝。當然，所有的文責都由作者本人承擔。

明文時，司法者如何進行法律發現，其中也會涉及到「比附援引」與刑罰修正之間的關係。筆者的結論是：傳統司法要求「引斷允協」與「情罪相符」，前者要求能夠援引適當的法條，後者乃追求個案的公正；傳統法條以「客觀具體化」與「絕對法定刑」為特徵，兩者間存在緊張關係。客觀具體化的立法與條例的滋彰使得法條過於僵硬，難以涵攝具體事實，絕對法定刑與具體問題具體處理之間更無法協調，因此，在司法實踐中，比附得以頻繁的運用。比附不僅僅是一般的類推，它還是一種發現、論證罰則的手段，有很強的創造性。它以「事理相同」與「情罪一致」作為相似性的基準，在傳統立法技術無法取得突破的情況下，得以去發現、論證法條與罰則。當然，這種基準的判斷乃建立在司法經驗之上，並通過審轉制度的完善加以限制。

關鍵字：律學 司法 比附援引 刑罰修正

壹、序說

近代以降，伴隨法言法語的移植，西方法學在中國落地生根，新知識中的「中國法律史」卻面臨著一個頗為微妙乃至略顯尷尬的問題：即如何／能否用新概念分析、解釋傳統法制？有學者指出，其前提已是「在中國的法制史」而非「中國法制的史」。¹——滋賀秀三先生于東京大學講授「法學史」時，在講過羅馬、中世紀、近代各國的法學之後，在「中國法學」面前突然失語，只好以「在中國又如何？」這種反問形式

¹ 參見王志強，〈略論本世紀上半葉中國法制史的研究方法〉，收入李貴連（主編），《二十世紀的中國法學》（北京：北京大學出版社，1998），頁325。