

北魏卖女葬母案之再思索

逯子新 赵晓耕

【摘要】北魏卖女葬母案是《魏书·刑罚志》中所记载的一起案件。该案案情并不复杂,但却在北魏的朝堂引发了不小的争论。从群臣议论的过程及案件处理的结果当中,可以看到朝议在案件处理及案件上升为成案过程中所发挥的作用以及传统司法体制如何应对由“律所不载”而引发的疑难案件。

【关键词】卖女葬母案;朝议;比附;类推

【作者简介】逯子新,中国人民大学法学院博士研究生;赵晓耕,中国人民大学法学院教授、博士生导师。

【原文出处】《法律适用》(京),2019.10.120~128

一、案件概况与争议

(一)案件概况

《魏书·刑罚志》中记载了北魏宣武帝永平年间发生的一起卖女葬母案。永平三年,冀州阜城之民费羊皮母亲过世,因家贫无钱安葬母亲,遂将七岁的女儿出卖给同城之人张回做奴婢。后张回又将羊皮之女转卖给了外地兖县的梁定之,但并未说明该女为良家子。案件经地方审理后被上报到中央,尚书李平主张将张回按“掠卖人、和卖人”犯罪处理,处以绞刑。而宣武帝认为按照“掠卖人、和卖人”处理有所不妥,于是诏令群臣众议案件,拟将议定结果作为以后通行的惯例。随后廷尉少卿杨钧、三公郎中崔鸿及太保高阳王雍纷纷对此案的法律适用及量刑发表意见,最终宣武帝通过特赦的方式免除了费羊皮的刑罚,对张回判处了五年徒刑。^①

(二)与案件有关的争议

本案涉及的律文主要是买卖人口的相关规定。当时的法律规定:“掠人、掠卖人为奴婢者,死。”但是同时规定了例外:“卖子孙者一岁刑;卖五服内亲属,在尊长者死,期亲及妾与子妇流。”对于收买的人,当时的法律并没有明文规定,所以在如何适用法律上,出现了争论。而争论的焦点在于在没有明文规定的情况下,是不是可以类推引用以及如何类推引用相

关法律:“掠人、掠卖人、和卖人为奴婢者,死”;“知人掠盗之物而故买者,以随从论”以及“群盗、强盗,无首从皆同”。

本案的案情比较简单,对费羊皮的处理并无太多异议,案件的争议集中在对买受人张回的处刑上。争论主要围绕以下四点:一是张回是否构成“掠人、掠卖人、和卖人为奴婢者,死”条的共犯;二是倘若不构成上条的共犯,张回是否应按照“知人掠盗之物,而故买者,以随从论”处罚;三是费羊皮卖女,可以按照亲属相犯而减轻处罚,那么张回作为从犯可否减轻处罚;四是张回转卖的行为是否构成加重情节。对此,朝臣们纷纷表达了不同的主张。

首先是尚书李平上奏称:据魏律规定:“掠人、掠卖人、和卖人为奴婢者,死。”张回明知费羊皮之女为良民而收买,后又为牟利而转卖他人,依律应处以绞刑。

随后宣武帝认为李平所奏适用“掠人、掠卖人、和卖人为奴婢”的律文有所不妥:“律称和卖人者,谓两人诈取他财。今羊皮卖女,告回称良,张回利贱,知良公买。诚于律俱乖,而两各非诈。此女虽父卖为婢,体本是良。回转卖之日,应有迟疑,而决从真卖。于情不可。”于是下诏:再加推究此案,定为典型案例,以作长久定式。

时任廷尉少卿的杨钧对此案评议道:仔细研究盗律“掠人、掠卖人为奴婢者,皆死”条,另有别条规定“卖子孙者,一岁刑”。虽然两条同属贩卖良人,而处刑却十分悬殊,一个处以死刑,一个处以一岁刑,是因为刑罚是根据不同的情形而定。又根据“群盗强盗”首犯从犯处刑相同的规定,类推推出对掠人罪的首犯从犯也应相同处理。同时,律文还规定“知人掠盗之物,而故买者,以随从论”,因此张回构成从犯。法律规定服制亲属之间出卖的,应当减刑,那么也应当对收买者参照处以不同的刑罚,但对收买的人所处罚,不当超过卖者。考虑到张回转卖的奴婢是从该奴婢之父手中购买的这一情节,且购买时费羊皮并未言明回赎形同真卖,因此张回转卖属于处分自己的财产,可以认定是有原因在先。因而对张回应予以减刑而处流刑比较妥当。

三公郎中崔鸿则认为:律文规定“卖子有一岁刑;卖五服内亲属,在尊长者死,期亲及妾与子妇流”,却对买者未做规定。但卖者既然有罪,买者也应当坐以刑罚。然而卖者或因天性难移,或因亲属关系的疏离,及尊卑等序的不同,所以处罚有所差别。但买者与卖人无亲属关系,如果买者与卖者处以相同刑罚,则于理不通。因为律文规定“卖五服内亲属,在尊长者死”,此处并非掠卖,但是因此而收买的人,既然要处罚,却是一判徒刑,一判死刑,差别悬殊。明知这种出卖尊长的情况而收买的,自应当同样定罪,不能如杨钧所说的“买者的罪过不超过卖者”。而且买者于被买者无天性亲属之义,因而也没有差等减刑之理。此外律文还有规定“知人掠盗之物而故买者,以随从论”,依此律文,明知他人掠良人而收买,罪止于流刑。而亲属相卖,对卖者的处罚不同于掠人,那么对于买者而言,也应当不同。因此,如果对买者同样处以流刑,则处罚偏重,应当按律减轻,处五年徒刑。但如果该买者,明知买得良人,又转手真卖,且不说明被卖者的得来缘由。致使被卖人漂流,不知其所在,家人想要追赎,却无处寻找,从而永远沦为奴隶,无从良之日。其罪状,与掠卖人无异。因此对于收买他人亲属而转卖,且转卖时并不告知是否为良人,其处罚应当同“掠人”罪。从以上的分析可以看到,崔鸿细致的剖析了案情,将张回的

行为拆分为两个犯罪行为,一是明知是良人而买入,一是明知所买为良人,又将其卖出。对于买入的行为,考虑到费羊皮卖女属亲属相卖,对费羊皮的处罚不同于掠人,那么对张回的处罚也应减轻。但对于转卖的行为,从危害后果考虑,与掠卖人无异,因此应按掠卖人论罪仍处死刑。

太保高阳王雍却不认同上面两人的意见。对于杨钧的主张,他认为:冀州处理张回案件,引用了盗律,细究张回所犯之罪,本身并非共谋掠卖人,与盗罪相差很大。因此杨钧所主张的按“掠人、掠卖人、和卖人为奴婢者,死”条处刑,是在律文无明确规定的情况下,类推适用律条,这样的类推使得情罪与律文不相符,因此并不妥当。对于崔鸿的主张,王雍用举重以明轻的方式,通过对比“谋杀人”与“和卖人”两行为的危害后果——沉沦贱籍与身死,漂流在外与化为腐骨,一个活着一个死去,显然“谋杀人”的危害性大,来说明危害性比较大的“谋杀人”尚且有首从之分,危害性相对较小的“和卖人”却不分首从,显然是不合理的。同时,王雍也不赞同将张回按照“知人掠盗之物而故买者,以随从论”处理,他认为这一律文的立法原意是从根源上禁止暴力盗掠的行为,而张回是从亲属手中买入良人,显然与本条的立法原意不相符合。对于张回的行为,应按律文“诸共犯罪,皆以发意为首”处理,如果费羊皮不出卖女儿,那么张回也没有购买的意思,所以费羊皮为首犯,张回为从犯,所以买者之刑,应各随卖者的处罚。对于转卖行为是否构成加重情节,王雍认为,无论张回是否转卖,羊皮之女都是做奴婢,那么为何不转卖就可以原谅,转卖就难以饶恕?因此,王雍主张,对张回判处鞭刑一百较为合理。费羊皮卖子葬母,其孝心实在值得赞扬,判决非但没有表赏的意思,反而对他科以刑罚,恐怕不是使民风敦厚,以道德教化百姓的做法。所以请求免除费羊皮的刑罚,由国家给予他卖女的钱财。

最后,宣武帝听了上述议论,考虑费羊皮卖女葬母,其孝心符合德礼教化,因此通过特赦的方式免除其罪。对于张回的处罚,虽然其从他人亲属手中买入良人的行为可以饶恕,但其转卖的行为,具有一定的危害性,因此折中判处五年徒刑。^②

二、案件评析

在案件的讨论过程中,从皇帝到官员都秉持着非常严谨的态度。纵观本案议断的全过程,从案件所涉的律文到案件的奏报程序以及官员在案件分析过程中所运用的说理等诸方面,都有许多地方值得我们关注。

首先,从本案涉及的律文来看,主要是买卖人口的相关规定。魏晋南北朝时期,由于社会动荡,非法买卖奴隶十分猖獗。当时,无论是自卖还是掠卖均属非法,律文对掠卖的处刑也极重。由于史料有限,现有文献中关于魏晋南北朝时期非法买卖人口问题只可见零星记载。据《晋书·刑法志》记载:“……傍采汉律,定为魏法,制《新律》十八篇……《盗律》有劫略、恐猥、和卖买人,科有持质,皆非盗事,故分以为《劫略律》。”^③可见,《魏律》中便有了非法买卖人口的规定。《太平御览》卷651引《晋律》:“吏犯不孝,谋杀其国王、侯、伯、子、男、官长,诬偷受财枉法,枉法,及掠人、和卖、诱藏亡奴婢,虽遇赦,皆除名为民。”^④可见,掠人、和卖是同不孝、谋杀尊长相类似的犯罪,在封建刑名上看得极重。及至北魏,已有本案中的相关律文规定^⑤,但对于收买的人,此时的法律还没有明确规定,但本案之后,便有了处理此类问题的定式。到了唐代,《唐律疏议》在魏晋南北朝相关律文的基础上,对此问题进行了更为全面、系统且严密的规定。《唐律》沿袭魏晋南北朝时的规定,同时还有关于和诱卖人、良人自卖子孙、弟妹为奴婢等的规定,如:

“诸略人、略卖人为奴婢者,绞;为部曲者,流三千里;为妻妾子孙者,徒三年。”

“和诱,谓和同相诱,减略一等:为奴婢者,流三千里;为部曲者,徒三年;为妻妾子孙者,徒二年半。”

“若和同相卖,谓元谋两和,相卖为奴婢者,卖人及被卖人,罪无首从,皆流二千里。”

“诸略卖期亲以下卑幼为奴婢者,并同斗殴杀法;即和卖者,各减一等。其卖余亲者,各从凡人和、略法。”

“诸知略、和诱、和同相卖及略、和诱部曲、奴婢而买之者,各减卖者罪一等。”

“知祖父母、父母卖子孙及卖子孙之妾若已妾而买者,各加卖者罪一等。展转知情而买,各与初买者

同。虽买时不知,买后知而不言者,亦以知情论。”^⑥

其次,从司法机构和司法程序角度,中央司法机构在魏晋南北朝阶段有了重要变化。魏晋南北朝时期是司法体制由秦汉的初创向隋唐发展的过渡阶段,各王朝司法机关的名称和建置基本上承袭汉制,但又有重大发展。在魏晋南北朝阶段,中央审判机关廷尉逐步扩大为大理寺,而尚书官则逐渐向隋唐时期的刑部演变,这标志着司法体制逐渐走上司法行政与审判相互分离而又彼此牵制的道路,为隋唐中央司法机构的发展奠定了基础。汉代的中央司法机构设置,除皇帝总揽最高司法权以外,作为中央九卿之一的廷尉,全面负责全国的法律、司法事务,是中央最高专职司法官吏,同时也是中央最高司法机关。如汉代的奏谳案件,皆上报到廷尉,再由廷尉奏报皇帝,“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。所不能决者,皆移廷尉,廷尉亦当报之。廷尉所不能决,谨具为奏,傅所当比律令以闻。”^⑦而到了魏晋南北朝阶段,皇帝在廷尉这一中央最高司法审判官员之外,先后赋予丞相、三公、尚书等司法审判权以制约廷尉。因而掌管司法审判的机构,在中央既有属于九卿的廷尉系统,又有属于尚书省的三公曹、都官尚书系统。且随着尚书官司法权力的不断增强,廷尉的司法权力被逐渐削弱。^⑧正如本案中所记录的案件奏报,一改汉代的由廷尉向皇帝奏报案件的程序,而由尚书向皇帝奏报案情及审判结果。

最后,从本案官员对案件的法律适用和定罪量刑问题的讨论上,我们可以看到古代官员们深厚的法律素养。本案中,除尚书和廷尉外,其余官员本身并不是专业的司法官员,但他们对于法典的精通程度与专业的司法官员相比毫不逊色。如三公郎中崔鸿在分析张回的转卖行为时,未刻板的遵照律文,而是从行为的危害性角度出发,比较张回的转卖行为与掠人罪的危害后果。又如太保高阳王雍在论证“和卖人”不分首从的不合理时,运用了举重以明轻的方式:“谋杀人的危害后果比‘和卖人’的重,而后果较严重的‘谋杀人’尚有首从之分,后果较轻的‘和卖人’却无首从之分,两相比较,得出‘和卖人’不分首从显然不合理;王雍在反对将张回按照‘知人掠盗

之物而故买者,以随从论”进行处理时,以案情不符合律文的立法原意为由进行反驳,以及在最后定罪量刑时,王雍主张案件裁判不仅仅是符合法律自身的逻辑,更为重要的是考虑案件的社会影响。由此可见,传统社会中的文官,其对法典的精通程度和对案件裁判考量的全面程度,并不逊于专业司法人员,甚至更强。这种素养不仅得益于他们所受的教育和官员在地方兼理行政司法再入仕朝中的晋升通道,更得益于传统法律的价值追求和文官所秉持的儒家修身治国的理念是相融合的。传统法律注重和谐和法律的实质正义,这也正是传统文官群体所孜孜追求的理想之一,从而逐渐固化为官员们对自身道德情操和主观世界进行不断塑造的重要标尺。

三、由案件引发的再思考

对于本案,以往学界多将其作为“礼法结合”的典型案列,从“亲属相犯”“准五服以制罪”的角度,阐明魏晋南北朝时期是法律儒家化的重要阶段,礼的原则与规范被逐步融入立法与司法当中。^⑨除此之外,本案作为载入正史的重要事件,先是由皇帝亲自下诏群臣众议推究此案,后有多位大臣评议,援引律条、申阐经义、辨析情理,于此当中,我们可以看到群臣朝议在案件处理及案件上升为成案过程中所发挥的作用,以及传统司法体制如何应对由“律所不载”而引发的疑难案件。

(一)朝议制度对“法律专门化”的中和

朝议制度是我国帝制时代的一项重要政治制度,在中央集权政治下,是一种很好的内部调节机制。朝议制度就是朝堂议政,是君臣之间就国家大事进行商讨的制度。朝议有“廷议”与“集议”之别:皇帝在殿堂听政,遇有争议则当朝议论,谓之“廷议”;有些决定皇帝不在朝会中提出,而“下其议”于一定范围的官员,谓之“集议”。^⑩在古代社会,传媒并不发达,虽然唐宋以后邸报、小报等的出现使得朝廷的重要消息很快就能够传递到地方,但皇帝听取民意的主要方式仍然是官员的奏报。传统社会行政司法合一的体制下,皇帝在司法决策或是裁决重大司法案件之前,都会通过群臣朝议多方听取意见。一方面,在对司法决策或重大案件的朝议过程中,疑难的法律问题可以被多角度论证分析,法理被愈辩

愈明,案件所涉及的法律条文之真实涵义、立法目的及适用情形可以得到更为明确的阐释,官员的司法素养也可以得到锻炼与提升。许多疑难案件经过朝议后,被定为成案,为后世所参详,甚至有的会被抽象上升为立法条文。在此过程中,不仅专掌司法的官员参与其中,法律还被掌管国家其他各项事务的众多官员们充分讨论,使律条最大限度的囊括各方意见,并考虑到实施过程中可能带来的各项弊病,使立法过程更加审慎、理性。另一方面,群臣可以通过朝议制度表达意见,向上反映民情,使皇帝在最终决策时能够充分考虑到社会各方面的因素。传统司法与行政紧密结合的特征,使得案件审判十分注重裁判结果的社会影响。官员乃至皇帝在裁决案件时,对律文的正确适用固然重要,但基于政治治理层面的考虑,他们往往更加注重民众对裁判结果的接受程度,案件裁判能否宣扬传统社会的礼法,能否教化民众、防范奸恶,能否维护地方政治稳定等法外因素。此外,皇帝及群臣对司法个案的朝议,彰显出传统社会中朝廷对司法公正的高度重视,皇权对民众的体恤,从而实现笼络人心,巩固统治的终极政治目的。

在我国传统法制的历史进程中,任何一部法典或一次法制变革都是在朝议当中,由朝臣(其中分管司法刑狱的官员只占少数部分)众议,再由皇帝最终决定的。如历史上著名的肉刑存废之争。自汉文帝废除肉刑,其后多个朝代都曾围绕是否恢复肉刑而进行大规模的朝议。据记载,东汉曹操辅政期间,尚书令荀彧博访百官,欲复肉刑,但遭到了少府孔融的反对。^⑪曹魏代汉之后,魏武帝亦欲恢复肉刑,于是陈纪之子陈群提议恢复肉刑,太傅钟繇附议,但遭到了奉常王脩的反对。^⑫后太傅钟繇又上疏求复肉刑,魏文帝下诏众议,又遭司徒王朗的反对,史载“时议者百余人,与朗同者多”。^⑬正始年间,征西将军夏侯玄、河南尹李胜、中领军曹羲、尚书丁谧又围绕是否需要恢复肉刑展开讨论,最后还是不了了之。^⑭东晋元帝时,廷尉卫展以“今人户彫荒,百不遗一,而刑法峻重,非句践养胎之义”为由,上疏请求恢复肉刑,皇帝下令群臣朝议。卫展的动议,得到骠骑将军王导、太常贺循、侍中纪瞻、中书郎庾亮、大将军谡议参军

梅陶、散骑郎张嶷等人的附议。^⑮但以尚书周顗、尚书郎曹彦、中书郎桓彝等为首的一批大臣却激烈反对,认为:“刑罚轻重,随时而作。时人少罪而易威,则从轻而宽之;时人多罪而难威,则宜化刑而济之。肉刑平世所应立,非救弊之宜也。”^⑯议后,元帝仍欲听从卫展的奏议,最后,掌握兵权的大将军王敦的表态产生了决定性的影响,他说:“百姓习俗日久,忽复肉刑,必骇远近。且逆寇未殄,不宜有惨酷之声,以闻天下。”^⑰于是,这场朝议方停止。东晋安帝元兴末年,主宰朝政的太尉桓玄有意恢复斩趾之法,以减轻死刑,也曾命百官展开讨论。蔡廓附议恢复肉刑,但遭到孔琳的反对,孔琳借用昔日王朗、夏侯玄的反对主张进行驳议,获得多数朝臣的认同,于是恢复肉刑的动议最终被搁置。^⑱其后朝代亦多次围绕是否恢复肉刑展开争论,在此不再一一赘述。

历史上许多重大疑难的司法案件,也都是通过朝议的方式处理的,本案便是例证。此外还有著名的汉代淳于意案^⑲、北魏兰陵公主驸马案^⑳以及北宋轰动朝野的阿云之狱^㉑。在阿云一案中,围绕如何对阿云定罪量刑,分别以王安石和司马光为首的两派朝臣展开了一场广泛且旷日持久的争论。争论的关键则在自首的认定这一法律问题上,该争议延续两朝,历时十七个年头,前后反复,其中固然夹杂着不少政治党争的成分,但是一个纯粹的法律问题“谋杀自首应否减等”被如此长期和广泛的讨论,史所罕有。^㉒

在我国传统法上,对法律问题的处理自有专门的机关和专门的程序,如我国历朝历代都在中央设有掌管全国案件的司法审判机构,在地方设有专掌刑狱的官职,在刑案的处理上也有专门的覆审、复奏以及审转程序等,但古人并未沿着这种专门化的趋势走向极端,而是试图寻求一种“法律专门化”与“法律世俗化”之间的平衡。这样的尝试,在西方法律发展史上,甚至是现行西方司法制度中,也有所体现。如西方的陪审制度,其最大的价值便是将不断更新的社会价值输入法律体系,以保障法律形式与内容的相互协调,保持法律的生命力。陪审制的这种价值在疑难案件的处理中体现的最为突出,疑难案件往往涉及激烈的价值冲突,单纯的用法律的形式理

性加以解决往往难以实现司法公正,但陪审团却可以通过修改或搁置法律^㉓来解决法律形式理性与实质理性之间的冲突,实现价值整合的功能。^㉔而陪审制之所以能够缓和法律形式理性与实质理性之间的紧张关系,就是因为陪审员区别于法律职业者的“世俗性”,他们往往来自不同的社会阶层,职业各异,年龄与阅历参差不一,这与受过专业法律教育和训练的司法工作者形成鲜明反差,他们更能代表公众的理性、情感与价值。我国古人或许更早地认识到“法律的专门化”不等于“法律系统的封闭”,因此他们一面积积极创制对法律问题处理的专门章法,一面又通过一系列的制度设计,如朝议制度来保持法律系统与世俗之间的信息流动,来避免法律专门化,尤其是司法职业化所带来的弊病。这种对“法律专门化”进行中和的做法,正是我国传统法追求“礼从俗、律从简”的一种体现。

(二)传统法对“律例有限,情伪无穷”的应对

费羊皮一案,案情本不复杂,但为何这样一起并不算复杂的案件会受到皇帝及群臣如此高度的重视?主要原因在于案件存在法律适用之疑,也即本案并没有可以直接援引适用的律文。因此也便有了宣武帝下诏“推例以为永式”。

自古以来“律例有限,情伪无穷”一直是官员处理案件时最常遇到的棘手问题。从本案中,我们发现了一个解决思路始终贯穿在群臣的论理当中,那就是传统司法中的比附^㉕,如本案中廷尉少卿杨钧主张的根据“群盗强盗”首犯从犯处刑相同的规定,类推出对掠人罪的首犯从犯也应相同处理,以及根据法律规定服制亲属之间出卖的应当减刑,那么收买者也应比附照此处以不同的刑罚等。可以说,比附的实质是用“比”的思维寻找到与案情最相类似的律文,但随之而来的问题是,虽然找到了最相类似的律文,但这并不能保证适用比附律文后便可以实现情罪相符,还需要在量刑方面进一步考虑,以实现情理法的平衡。也就是说,比附包涵两个环节:一是用类推的方法寻找最相类似的律文,通俗的说,就是“找法”;二是考虑情罪是否相符,即“合理量刑”。而在这两个环节当中,比附制度的核心则侧重在实现量刑上的情罪相符,寻找类似的律文只是最终确定合

理刑罚的一种手段。现实当中不免会存在两个或多个与案情都相类似的律文,此时律文所对应的刑罚便会成为比附的一个重要考量因素,司法官最终会选择对应合理刑罚的律文加以适用。那么接下来的问题是:什么才是合理的刑罚?每个司法官基于不同的个人经历和认知,对这一问题都有不同的认定。为了限制司法官的自由裁量权,保证比附裁断的确定性与一致性,比附制度在此增加了程序上的限制,将量刑的最终决定权归属于传统社会最高司法权的拥有者——皇帝或是皇帝司法权的代理机构。此外,为了进一步加强对司法官裁判恣意性的限制,自唐代比附正式进入律典之后,立法便设置了严格的适用条件以限制比附的运用,并通过层层审转制度从程序上对比附的适用进行监督,以及确立责任追究制度对滥用比附致使裁判出入人罪的官员进行惩治。如《大明律》对比附的程序明确规定如下:“凡律令该载不尽事理,若断罪而无正条者,引律比附。应加应减,定拟罪名,转达刑部,议定奏闻。若辄断决,致罪有出入者,以故失论。”^①《大清律例》中此条规定与明律相似:“凡律令该载不尽事理,若断罪而无正条者,(援引)(他)律比附。应加、应减,定拟罪名,(申该上司)议定奏闻。若辄断决,致罪有出入者,以故失论。”^②同时在程序上,有了更为细致的规定:“其律例无可引用援引别条比附者,刑部会同三法司共同议定罪名,于疏内声明‘律无正条,今比照某律、某例科断,或比照某律、某例加一等、减一等’详细奏明,恭候谕旨遵行。”^③据此,明清时期比附的适用与定罪量刑,应经审转制度上报中央,由中央司法机构先行议定,再报请皇帝最终裁决。可见,古人一方面深知比附制度在司法实践中的必要性,一方面又预见到比附制度可能会造成恣意裁判的弊端,因而在制度设计上,为比附的适用设置了十分严格的程序限制。

反观当代,社会的高速发展导致法律关系日益复杂,新的法律问题在司法实践中不断涌现,法律空白地带也不断增多。而我国目前适用的1997年刑法,在确立了罪刑法定原则的同时,删除了1979年刑法所确立的类推制度。^④但自1997年类推制度废除后,学界乃至司法实务界有关类推的讨论始终未有

停息。或许这正是由于类推制度的废止,使得曾经可以通过类推解决的问题在现有的制度框架下无以附着。法律条文的有限性与司法实践中案件类型的无限性之间的矛盾使我们束手无策。然而法律漏洞是无法被消除的,于是“扩大解释”隐蔽地登上舞台。所谓的扩大解释,或许用汉语合适的表达仍不免“类推”或是某种意义上的“比附”而已^⑤。否则,又该如何解释“扩大”的内涵?^⑥正如有些学者所言,“扩大解释是一种‘隐性’的类推,对形式法治的侵蚀是润物无声、暗度陈仓,实际上蕴含了比制度化的类推更可怕的危险。”^⑦之所以这样说,一方面是因为扩大解释作为一种法律解释方法或是法律适用技术,并不为法律所禁止,类推可以在扩大解释的“庇护”下,被悄然适用;另一方面,1979年刑法所确立的类推制度,尚有“报请最高人民法院核准”的程序来防止其背后刑罚权的扩张,而这一制度被废除之后,在程序上已然失去了对类推或是扩大解释进行限制的最后一道“防护墙”。

基于这样的现实状况,我们回望传统法上的比附制度,纵然其也存在自身的局限性,但我们的先人在上千年的司法实践中,始终都承认立法上的不完善,能够直面法律的漏洞,通过对比附制度的不断完善,来探索“律例有限”与“情伪无穷”之间矛盾的缓解之道。无疑,前人直面问题的精神与对此探索的经验都值得我们反思与借鉴。

注释:

①《魏书·刑罚志》,中华书局1974年版,第2880—2883页。

②《魏书·刑罚志》,中华书局1974年版,第2880—2883页。

③(唐)房玄龄等撰:《晋书·刑法志》,中华书局1974年版,第923页。

④[宋]李昉等撰:《太平御览》(第六册),上海古籍出版社2008年版,第844页。

⑤有学者认为北魏初年没有禁止掠卖和自卖的规定,宣武帝延昌二年定“奴良之制”,才有了相应的规定。参见蒋福亚:“略论魏晋南北朝的奴婢”,载《北京师范学院学报》(社会科学版)1989年第5期。但由于文章对此只粗略提及,且笔者所见史料有限,未发现相关记载,在此提出并存疑。

⑥参见《唐律疏议》卷第二十《贼盗》:“略人略卖人与和诱

人及同卖人”条；“略与和诱卖逃亡奴婢及私买奴婢子孙”条；“略卖及和同卖期以下卑幼与余亲为奴婢”条；“知略诱卖人或部曲奴婢及知父祖卖子孙而买”条。钱大群撰：《唐律疏义新注》，南京师范大学出版社2007年版，第637—645页。

⑦[汉]班固撰：《汉书·刑法志》，中华书局1964年版，第2106页。

⑧两汉时代，尚书官本属于皇帝的秘书类官员，职位较低，其职责是掌图书秘籍章奏之事。但两汉时代的尚书官中就有分管刑狱事务的三公曹、二千石曹、中都官曹等尚书，不过其职权不大。魏晋继承这一制度，南北朝时期无论南朝或北朝的尚书省中都设有着重管司法事务的尚书，其名称虽不统一，但分管司法事务的职权却越来越大。据《晋书·刘颂传》记载：“秦汉已来，九列执事，丞相都总。今尚书制断，诸卿奉成，于古制为重，事所不须，然今未能省并，可出众事付外寺，使得专之，尚书为其都统，若丞相之为。惟立法创制，死生之断，除名流徙，退免大事，及连度支之事，台乃奏处。其余外官皆专断之，岁终台阁课功校簿而已。此为九卿造创事始，断而行之，尚书书主，赏罚绳之，其势必愈考成司非而已。”可见尚书主管立法创制、死生之断、除名流徙、退免大事之权，廷尉成为理狱之事务机关，受尚书节制领导。参见刘长江：“魏晋南北朝法政体制述论”，载《重庆师范大学学报》（哲学社会科学版）2006年第1期。

⑨相关内容可参看赵晓耕：“北魏朝卖女葬母案”，载《中国审判》2007年第12期；岳纯之：“死刑复奏、存留养亲、优恤女性——古代刑法的人性化一面”，载《人民论坛》2011年第19期；陈玺，王斌通：“治国理政中的传统民族法律智慧”，载《西北大学学报》（哲学社会科学版）2016年第6期。

⑩参见岑树海：“传统中国朝议、谏诤和巡视三种监察机制探究及其现代启示——基于内向分权与外向分权的解析”，载《江苏社会科学》2018年第1期。

⑪孔融提出反对意见，认为：“古者敦庞，善否区别，吏端刑清政简，一无过失，百姓有罪，皆自取之。末世陵迟，风化坏乱，政挠其俗，法害其教。故曰‘上失其道，人散久矣’。而欲绳之以古刑，投之以残弃，非所谓与时消息也。纣断朝涉之胫，天下谓为无道。夫九牧之地，千八百君，若各别一人，是天下常有千八百纣也，求世休和，弗可得已。且被刑之人，虑不念生，志在思死，类多趋恶，莫复归正。夙沙乱齐，伊戾祸宋，赵高、英布，为世大患。不能止人遂为非也，适足绝人还为善耳。虽忠如霁拳，信如卞和，智如孙臧，冤如巷伯，才如史迁，达如子政，一罹刀锯，没世不齿。是太甲之思庸，穆公之霸秦，陈汤之都赖，魏尚之临边，无所复施也。汉开改恶之路，凡为此也。故明德之君，远度深惟，弃短就长，不苟革其政者也。”对孔融的意见，“朝廷善之，卒不改焉。”同前注③，第

921—922页。

⑫同前注③，第922页。

⑬同上注，第923页。

⑭同上注，第926页。

⑮他们主张：“……死刑太重，生刑太轻，生刑纵于上，死刑怨于下，轻重失当，故刑政不中也。且原先王之造刑也，非以过怒也，非以残人也，所以救奸，所以当罪。今盗者窃人之财，淫者好人之色，亡者避叛之役，皆无杀害也，则加之以刑。刑之则止，而加之斩戮，戮过其罪，死不可生，纵虐于此，岁以巨计。此遇仁人君子所不忍闻，而况行之于政乎……”（唐）房玄龄等撰：《晋书·刑法志》，中华书局1974年版，第940—941页。

⑯同前注③，第941页。

⑰同上注，第942页。

⑱同上注，第942页。

⑲即历史上著名的“缢紫救父”案。汉代名医淳于意被人举报受贿，依律应处重刑。他的小女儿缢紫上书舍身救父，促使汉文帝下定决心废除肉刑。在中国古代刑罚史上，该案可以说是最具里程碑意义的案件之一。

⑳该案发在北魏孝明帝神龟年间，兰陵公主的驸马刘辉与奴婢有私并致其有孕，兰陵公主知道后遂将该奴婢杀死，并剖出胎儿“节解”，再用草塞进侍婢的腹中，致使两人离婚，后又复合。不久，刘辉又和张智寿的妹妹容妃，陈庆和的妹妹慧猛两位已婚妇女私通，张、陈二人知情却未加防限。后奸情被公主发现，争吵时刘辉对公主拳脚交加，致使公主“伤胎”流产，不久后病死。其后皇室与尚书元修义、尚书三公郎崔纂就刘辉及案件相关人容妃、慧猛、张智寿、陈庆和等的“定罪量刑”问题展开争论，该案最终按照皇室的意见严惩了刘辉、容妃、慧猛、张智寿、陈庆和等人，并且对不与皇室保持一致意见的崔纂、元修义分别给予了免职、“夺禄一时”的处罚。参见《魏书·刑罚志》，中华书局1974年版，第2886—2888页。

㉑宋神宗熙宁元年，登州地方官奏报当地有一个叫阿云的女子，在母亡服丧期间被许聘给一韦姓男子，她因嫌恶韦某丑陋，谋杀韦某但没有将其杀死。当司法官员已经怀疑是她，决定将要审问她的时候，她供认了犯罪事实。此案因属于性质严重的命案而被逐级上报。审刑院、大理寺判阿云死罪，并以违反服丧期间不得婚嫁的律文为由奏报皇帝裁决，皇帝在承认此判决的基础上赦免了阿云死罪。登州知州许遵上奏，主张对阿云以杀伤罪论处，同时适用自首的规定予以减刑二等论处，而不应判死刑。刑部核定的意见与审刑院、大理寺相同。这时许遵被任命为大理寺卿，御史台奏劾许遵判决不当，而许遵不服，请求将案件发由内外两制讨论。皇帝于是命令翰林学士司马光、王安石共同讨论，但结果是司马光支持刑部

的判决,王安石支持许遵的判处,二人各持己见分别上奏皇帝。后神宗采纳了王安石所议。参见赵晓耕,赵启飞:“从‘阿云之狱’看北宋变法之争”,载《中国人大》2009年第16期。

②参见苗苗,赵晓耕:“从‘阿云之狱’看宋代刑法中的自首制度”,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第3期。赵晓耕,赵启飞:“从‘阿云之狱’看北宋变法之争”,载《中国人大》2009年第16期。

③陪审团搁置法律(Jury nullification)有三个层次:最强意义上是指陪审团确认被告的行为符合法律要件,但又认为这一行为本身不应被规定为犯罪而宣告被告无罪;中等意义上是指虽然被告的行为符合法律要件,但陪审团认为法律规定的刑罚过于严酷而宣告被告无罪;最弱意义上则是指被告的行为符合法律要件,法律将其规定为犯罪以及对其所规定的刑罚也合适,但是陪审团基于个案的具体情况,认为法律规定的刑罚对于此案来说不合适,故而宣告被告无罪。参见 Thomas Andrew Green. Verdict According to Con-science: Perspectives on the English Criminal Trial Jury, 1200-1800. Chicago: University of Chicago Press, 1985:8-19; 转引自彭小龙:“陪审团审理微观制衡机制考察”,载《北大法律评论》2007年第1期。

④参见汪栋:“英美陪审制度及其程序价值考论”,载《东南大学学报》(哲学社会科学版)2016年第4期。

⑤比附在史料中的正式出现始于《唐律疏议》,此前称为“比”。据学者考证,“比”有两个含义,一为动词意义,是一种法律适用方法,同后世的“比附”;一为名词意义,是一种法律形式的名称,如“腹非之法比”“轻辱之比”以及《死罪决事比》《辞讼比》《法比都目》等。参见陈新宇:“帝制中国的法源与适用论纲——以‘比附’为中心的展开”,载《中外法学》2014年第3期。

⑥《大明律》,怀效锋点校,法律出版社1999年版,第23页。

⑦《大清律例》,郑秦、田涛点校,法律出版社1999年版,第127页。

⑧《大清律例》,郑秦、田涛点校,法律出版社1999年版,第127-128页。

⑨当时有相当一部分学者认为,罪刑法定原则与类推制度是完全对立的,类推制度不符合罪刑法定原则。参见全国人大常委会法制委员会1988年12月公布的《各政法机关、政法院校、法学研究单位的一些同志和刑法专家对刑法的修改意见》,高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》,中国人民公安大学出版社2015年版,第1061页。

⑩传统法上“比附”的含义较为广泛,陈新宇教授曾将比附划分为三种类型:名分的比附、类推式比附和特殊的比附。其中“类推式比附”与现代法意义上的“类推”含义相同。参见陈新宇:“比附与类推之辨——从‘比引律条’出发”,载《政法论坛》2011年第2期。

⑪虽然目前学界许多学者在不断尝试从不同的路径对扩大解释和类推进行区分(如“可能文义说”“国民预测说”“核心属性说”“立法本旨说”“法律条文逻辑含义许可范围说”等等),学说非常之多,但每种区分学说都有局限性。或许区分学说如此之多,学界无法形成定论,恰恰印证了扩大解释与类推之间难以区分的事实。对此,有学者曾感叹:“区分类推与扩张解释是刑法学永恒的课题”。参见张明楷:“实质解释论的再提倡”,载《中国法学》2010年第4期。)有关扩大解释和类推区分的学说可参见张明楷:“罪刑法定原则与解释方法”,华东政法学院司法研究中心编:《罪刑法定与我国刑事司法研讨会文集》2002年版,第72页;徐光华:“罪刑法定视野下刑法扩张解释的‘度’——以扩张解释与类推解释的区分为视角”,载《河北法学》2008年第5期。

⑫黄春燕:“论中国传统司法实践中的比附定罪”,载《政法论坛》2015年第6期。也可参见杜宇:“刑法上之‘类推禁止’如何可能——一个方法论上的悬疑”,载《中外法学》2006年第4期;黎宏:“‘禁止类推解释’之质疑”,载《法学评论》2008年第5期;杨绪峰:“反思与重塑——刑法上类推解释禁止之研究”,载《环球法律评论》2015年第3期。