

试论清代成案的法律适用问题

——基于类案检索制度改革思考

张姬雅

上海师范大学哲学与法政学院, 上海

收稿日期: 2023年6月12日; 录用日期: 2023年7月17日; 发布日期: 2023年7月27日

摘要

由于法律自身漏洞所导致的律例无正条、律例不合情理以及律例文意模糊等问题, 清代裁判者认为援引成案能够填补律例规范的不足。本文从清代成案生成定例的援引原因、生成程序和适用方法三个方面进行阐述, 从中归纳出清代成案具有能填补法律自身漏洞、厘清律例文意模糊的界限的积极效果, 从而促进法律规范的统一适用, 但由于清代裁判者过分倚重成案以及对成案的不恰当援引, 既造成了立法上例文繁碎复杂和律例关系失衡, 又加剧了司法实践中律、例适用的混乱。本文对清代成案的适用问题的探讨, 意在立足本土司法传统文化, 以期对当下“类案检索”制度改革的推进提供实际参考价值。

关键词

清代成案, 类案同判, 定例, 类案检索制度

Research on the Applicable Law of Judicial Cases in Qing Dynasty

—Some Reflections Based on the Categorized Case Search System

Jiya Zhang

College of Philosophy, Law & Political Science, Shanghai Normal University, Shanghai

Received: Jun. 12th, 2023; accepted: Jul. 17th, 2023; published: Jul. 27th, 2023

Abstract

Due to the loopholes in the law itself, such as the lack of official regulations, unconscionable regulations, and ambiguity of the texts of the regulations, magistrates in Qing Dynasty believed that the invocation of judicial cases could fill the deficiencies of the statutes. This article elaborates from

文章引用: 张姬雅. 试论清代成案的法律适用问题[J]. 争议解决, 2023, 9(4): 1706-1714.

DOI: 10.12677/ds.2023.94230

the three aspects of the reasons for invoking precedents, the generating procedures from judicial case to precedents and the application of judicial cases, and summarizes that judicial cases in Qing Dynasty have the positive effect of filling the loopholes in the law itself and clarifying the ambiguous boundaries of the texts of the regulations. However, the excessive reliance on judicial cases and improper citation of precedents, magistrates in Qing Dynasty thereby exacerbated complexity of legislation and the imbalance between statutes and precedents, and aggravated confusion in the application of regulations and precedents in judicial practice. This paper discusses the application of judicial cases in the Qing Dynasty based on local judicial traditional culture, which is intended to provide feasible reference for the promotion of the reform of the Categorized Case search system.

Keywords

Judicial Case in Qing Dynasty, Similar Cases Be Treated Similarly, Precedents, The Categorized Case Search System

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

当前,为深化司法责任制综合配套改革,统一法律适用,促进司法公正,最高人民法院印发《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》(法发[2020]24号,以下简称《意见》),自2020年7月31日起实施。《意见》在总结人民法院类案检索实践经验的基础上,围绕类案的界定、类案强制检索的情形、检索平台、检索范围和顺序、结果运用、法官回应、法律适用分歧解决等,提出了明确的指导意见,进一步规范完善了类案检索制度。

而清代法律规范由律、条例、事例、则例、成案、章程、禁约、告示等不同法规形式所组成。“成案”一词在法律语境下,泛指司法官员的已决案例。在皇帝集权统治和官僚体制的框架下,清代司法官员遵循“照章办事”的原则,在断案依据上优先选择“律”、“例”等法律规范。但“社会现实与法律条文之间,往往存在着一定的差距。如果只注重条文,而不注意实施情况,只能说是条文的、形式的、表面的研究,而不是活动的、功能的研究”[1]。在清代中国的司法实践中,基于律例自身存在的法律缺陷,如法条与情理严重偏颇、文意含混等适用问题,以及司法官员等法律职业群体的职业素养和道德偏好有所差异等,均对个案裁判的结果有紧密的影响。基于前述情况导致的同案/类案不同判的现象,地方司法官员力图在律例适用的基础上,奏请援引“成案”作为参考依据。

清代成案援引制度是地方司法官员为解决“同案不同判”问题的重要举措,本文拟研究清代成案的法源效力及其“著为定例”的生成程序等,既能帮助厘清清代律、例、成案三者的关系,又得以细化“成案”为代表的中国古代判例传统,以期对当前“类案检索制度”及“同案同判”司法改革的推进提供实际参考。

2. 国内外研究现状

2.1. 国内研究

自20世纪70年代以来,随着对中国传统法律样式的研究和清代律例关系研究的日益深入,中国学

者逐渐对清代成案的研究价值有所关注。国内学者研究首先聚焦在清代成案制度的定性问题上,即以清代成案为分析对象,引入西方“判例”概念及其特点,从而论证中国古代是否存在“判例制度”及其与西方判例制度的异同。目前国内外学者对清代成案相关问题的研究集中在成案的性质、效力和功能、及其实际适用方式上。

首先,就性质而言,苏亦工和吕丽认为“清代成例是特殊的制定法”[2]。而武树臣主张“清代成例是不同于英美法系的带有中国本土特色的判例法”[3]。姚旻则提出清代成例不应简单归于判例或从属成文法的任一种,其倾向于将此类成例称为“法律规则”[4]。其次,对成例的效力而言,清代司法实践中是明确限定了成案的适用范围的,只有获准“通行”或经修例程序“著为定例”者才能在司法裁判中被引用。对于没能上升为“通行”或“著为定例”的成案,胡兴东将其概括为“在法律上对后来的同类案件虽然具有很高的说服力,但是没有拘束力”[5]。而目前对清代成例功能问题,形成三种观点:第一,成例作为判决的直接法律依据。第二,作为法律适用的援引理由。第三,作为立法修例的补充。

再次,从交叉比较的角度,胡兴东的《中国古代判例法运作机制研究:以元朝和清朝为比较的考察》将中国成例发展史上最具有代表性的元朝和清朝这两个时期的成例制度加以纵向对比考察[6]。王志强的《法律多元视角下的清代国家法》对清代成例制度和英国判例制度进行了横向比较研究,从成例的编集、援引、性质,运用先例的法律推理以及两大先例传统异同的成因三个角度出发进行考察,得出“中英刑事先例传统的差别,不在于先例效力的认定程序、实际约束力和影响力,而在于其运用中的推理方式”的结论[7]。此外,梁治平编著的《清代习惯法:社会与国家》从法律思想和价值观的角度入手,分析了成例和惯例在清代法律体系中的地位,提供了不少有益的理论[8]。

2.2. 国外研究

上世纪初,日本学者就注意到成案在司法中的意义,将其归类于“不文法”(即不成文法)而小口彦太的相关成果中,以《刑案汇览》为中心,对成案在清代司法中的具体运作方式、与制定法的关系及其效力进行了细致的实证性研究[9]。

此外,美国学者布迪厄·莫里斯在其所著《中华帝国的法律》中,从宏观角度展示了清朝法律制度,其中他所撰写的“清帝国案例评析”这卷在整理《刑案汇览》所载案件的基础上涉及清代成例制度的内容[10]。爱德华(R. Randle Edwards)的《成案在清代诉讼程序中的地位——以上诉裁决为例》,通过研究《刑案汇览》中的11个案例的上诉咨文来反映成例在清代司法裁判中的地位和特点,对于成案他认为不仅在裁决中直接适用,也是“修撰新法的主要来源”[11]。但该文章仅选择11个案例样本进行分析,从而得出“成案是清代能够获得相对稳定统治的重要原因”的结论,略显不足。

综上,国内外目前对清代成案问题给予了重视并收获了丰富的研究成果,但值得指出的是,目前学者对清代成例制度的考察更多侧重于如何将成例适用进而定罪的问题,对成例制度适用于量刑的方式却鲜少提及。并且现有研究成果中,对于成例与清代律例条文的关系、成例如何上升为制定法的过程的阐述较少,值得进一步收集相关史料开展研究。结合当前我国“类案同判”法制改革的进一步推进,清代成例制度是根植于中国本土社会文化背景产生的独特司法适用方式,通过对清代制度的研究实现以古鉴今,有助于我们在当下法制体系中如何看待中国特色的判例传统问题,完善具有中国特色的司法判例制度的构建。

基于此,本文将以《同治年间刑部通行条例》和《清实录》等为主要史料依据,从清代成案生成定例适用的原因、具体程序、适用方法等三个方面进行阐述,从中归纳出清代成案适用的利弊及其背后体现的法理价值,以期对当下“类案检索制度”和“同案同判”改革的推进提供实际参考价值。

3. 从“成案”到“成例”的原因

国古代历朝均存在援引司法案例指导司法实践的现象。“成案”之名，至少在明代已经出现。清代成案是由司法官僚集团基于审判活动自行创设的先例，狭义上“俱系例无专条、援引比附加减定拟之案”，指对法无明文的类似疑难案件进行比附处理的旧案；广义上则包括所有高层司法机关(主要是刑部)批准或办理的旧案[12]。本文所论成案，采用广义概念。

在清代，成案始终未获得制定法的正式认可。《大清律例》中明确规定：“除正律、正例而外，凡属成案未经通行、著为定例，一概严禁，毋得混行牵引，致罪有出入。如督抚办理案件，果有与旧案相合、可援为例者，许于本内声明，刑部详加查核，附请著为定例”[13]。也就是说，清代司法中所能援引的成案范围似乎仅限于在获准“通行”状态后并经修例程序“著为定例”，即只有经过官方程序，“成案”才能上升为“成例”，具有类似制定法的拘束力。

从成案与制定法的关系而言，毫无疑问，在效力上成案处于辅助律例的从属地位。首先，对于刑部官员，在援引次序上，制定法具有明确的优先效力。其次，成案与制定法及其推理的结论矛盾时，都可能被直接归于无效。最后，成案的选择及其在援引过程中出现的分歧问题，最终还是需要通过制定法加以解决。

然而，就司法实践中成案的效力而言，成案在有相应制定法条款时的解释作用、无相应条款时实质上的规范作用，实际上切实有效地发挥着，并不断得到部门长官乃至最高统治者的认可[12]。基于此，本文认为清代成案援引的原因有三：律例无正条、律例有正条但不合条理以及律例文意含混模糊，法律适用不明确。前两种原因都是由于法律自身漏洞“违背计划的法律非完整性”所导致在成案中生成法律创造性的条例，而第三种原因则是因为法律解释的必要性。

3.1. 律例无正条

所谓律例无正条，是指有些案件事实被认定为具有一定社会危害性，却无法在《大清律例》中找到足以适用的相关律例。现代法律方法论将这种情况称为“开放漏洞”。卡尔·拉伦茨认为：“就特定类型事件，法律欠缺——依其目的本应包含之——适用规则时，即有‘开放的’漏洞”[14]。《同治年间刑部通行条例》载同治三年十月，广东省条奏盗贼捏造纸单行劫案有须变通例文具请酌定一折[15]：

广东盗贼之有根底者托干打单，凡行打单必勾结各村庄，分党四出窥伺，盗首出具姓名图记勒派数目，惟所需索沿途密布党羽，稍拂其意，登时号召掳掠一空，从无敢与为忤者。行劫打单相倚为用本无二致，原情定法请将打单因众至三人以上，及带有刀械火枪者均以盗论等语。

广东省督抚认为盗犯打单行劫与棍徒生事行凶无故扰害良人无异，“盗贼托于打单勒派需索，稍拂其意登时掳掠，是名为打单实则行劫，与强盗无殊，诚不可不严加惩创以戢盗风。”故而刑部认为，尽管律例并未对“打单行劫”有明文规制，仍议请嗣后遇广东省匪徒打单行劫照凶恶棍徒生事行凶无故扰害良人例处理，并按是否捏造图记纸单、是否伙众、分别人数多寡、有无器械、并曾否掳掠、是否得财，各照为首之例问拟。刑部并奏：如蒙俞允，臣部现值开馆修例，应纂入例册遵行，并行文该督遵照办理。可见，在该案与现有例文比照后，广东省督抚与刑部均认为盗犯打单行劫与强盗无异，虽现有律例无相关规定足以适用，仍须对此种犯罪行为严加惩创以戢盗风，故奏请比照强盗律和棍徒例问拟，并请求批准将该案于下次修例程序中著为定例遵行。

3.2. 律例有正条但不合情理

其次，在很多清代成案中，案件事实能够找到相关律例予以适用，但其法律结论显然不合情理。这种情况在现代法律体系中也存在，常被称为“隐藏漏洞”。卡尔·拉伦茨认为：“就此类事件，法律虽然含有得以适用的规则，惟该规则——在评价上并未虑及此类事件的特质，因此，依其意义及目的而言

——对此类事件并不适宜，于此即有‘隐藏的’漏洞”[14]。《同治年间刑部通行条例》载同治三年二月山东司奏请强盗共犯眼线从宽处理一折[15]：

强盗窝赃私密，非眼线莫知其踪，被获之盗恨眼线将其指引，如曾经同伙必供出以泄忿，即素未同谋亦诬扳以报复，众口一词，该眼线即无可置辩。刑部向无宽免眼线之例，一经成招不得不予骈诛。近来各案颇多，诚恐悔罪者无以自新，无辜者或遭惨戮，请飭刑部嗣后审讯盗案，如被获之案供称该眼线曾为同伙，审有确据，比照强盗自首例办理。若并无确据，即予免究，不得以犯系先后拿获供词如一等情定案，致启听串诬扳之弊等语。

刑部认为：“捕役缉捕盗贼，必借眼线指引者，原以知其底蕴，期于捕务有裨。若该眼线虽曾为伙盗，但能悔罪指获同伴，则尚有畏法之心。被获之盗挟眼线指拿之嫌到案供扳，若概拟骈诛未免无所区别”。可见，刑部承认曾为伙盗的眼线在抓捕盗贼中具有不可或缺的帮助作用，尽管此前并未有宽免之先例，但若严格按照律文将其于逃逸盗犯一概而论，此种不考虑眼线的提供线索的客观帮助及其主观悔罪的情节确实有不合情理之处，故而刑部拟请“嗣后眼线曾为伙盗，悔罪将同伴指获，致被同伙供出者，比照伤人首盗事未发而自首例，拟斩监候”，并奏请纂入例册通行各省一体遵照办理。

3.3. 律例文意含混模糊，法律适用不明确

法律需要被解释才可被适用，主要是由于法律落后于社会变迁、法律语言的专业化与不确定性所导致。《大清律例》体系庞大、内容繁杂，成案、通行、条例层出不穷，因此，清代官员经常需要在成案中对其适用的律例进行解释，并最终生成解释性的新例[16]。《同治年间刑部通行条例》载[15]：

广东省例载：道光二十四年奉部议，拿获洋盗供认行劫重情，如无事主报案应照案行查，勘讯明确，不得以并无事主报案应照犯供定讞等语。查盗案缉捕参限甚严，又例须赔赃。广东劫案烦多不独，不严不能追赃，即盗亦不易获，乃至以呈报盗案为大忌。被劫民户或系乡村居民、或系店铺、或系经过客商，报案者十之一，未经报案者十之九。

刑部认为：“若至于洋盗行劫，率在大船风涛之中搜赃、杀人、焚烧船只，即事主亦不知名姓行劫，地方又不知坐落何县，故海洋报案更少于内地，获案行查之难亦更甚于内地。武营拿获盗船有赃、有供、有凶械、有正盗、有伙党甚或有血迹，不必责令地方官勘详舍近而求诸远，舍实而求诸虚，文移往复，疑难百端，此又省例之急当变通。”可见，洋盗行劫案中，由于行劫地点的特殊性及行劫之人名姓不易而知，增加当事人报案和地方破案难度，应当变通律文原意以简便查案，保障事主权利，得以并无报案难于行查置搁不办。明确了该类案件的法律适用问题。

4. 成案著为定例的具体程序

清代的审判衙门从低到高可以分为散州县厅、府以及直隶州厅、道、按察使司、督抚、刑部、皇帝等各级。对于无关人命的徒罪案件，督抚复审后按季咨报部即可。对于有关人命的徒罪以及遣军流案件，督抚复审后专案咨部核覆，年终汇题。对于寻常死罪案件，督抚复审后专本具题，奏闻于皇帝，皇帝下旨交三法司拟议具题；对于某些情罪重大的如罪至凌迟斩决、谋反大逆的死罪案件，督抚复审之后专折具奏，皇帝则下旨交刑部核拟具奏[16]。

根据提起修例动议和创制例文的主体不同，清代因成案生例的启动程序可以分为：1) 督抚提起修例动议、督抚创制例文。如“军机处交出两广总督毛等奏，广东盗犯有须变通例文，请酌中定议一折”；2) 刑部或三法司提起修例动议、刑部创制例文。如“臣部现值开馆修例，应纂入例册遵行，并行文该督遵照办理”；3) 皇帝提起修例动议、刑部单独或会同九卿等衙门创制例文。如“雍正五年，经九卿遵旨会议，嗣后盗案将法所难宥及情有可原者，分晰具题。大学士会同三法司详议分别正法及发遣等因，于乾隆年间纂入例册遵行”；4) 皇帝直接创制例。如乾隆皇帝在三十九年(1774)针对船户刘志等偷卖漕米

一案直接下旨：“嗣后……住居庄屯旗人及各处庄头并驻防之无差使者，其流徒罪名俱照民人一例发遣。著为例。”

观察一个成案是否最终纂修入律，我们可以学习清代幕友的办法，即看督抚、刑部的题本、奏本中以及皇帝的上谕中是否包含“嗣后”二字。如“臣等公同酌议，拟请嗣后眼线曾为伙盗，悔罪将同伴指获，致被同伙供出者，比照伤人首盗事未发而自首例，拟斩监候”；此外，“载入例册”“定例具奏”“著为例”“著为令”等关键用语也是将成上升为一般性条例的明显特征，如“臣部现已奏明开馆纂修条例，俟修例纂入例内遵行等因”；最后，值得注意的是，从成案最终生成条例，一般需要经过“通行”这一状态，常见的用语是“通行各省一体遵行”。由于清代有“五年一小修，十年一大修”的定时修例制度，因此，在成案中生成的条例并不能立刻纂修附律，而是要等待下一次修律时才能够被纳入《大清律例》的正式文本。在皇帝下旨批准“著为例”之后、下次修例之前，“嗣后”的内容就处于“通行”的状态[16]。

综上，本文认为清代成案被著为定例需要经过几个阶段：州县官援引成案并呈报督抚复审 - 督抚根据案件性质咨报刑部议请 - 刑部查明律例条文后确定该成案是否援引得当 - 由刑部或其他有权机构将援引得当的成案引申出新规则议请创制新例，呈报皇帝批准通行各省 - 获准通行的成案于下次修例程序中正式著为定例。其中，获准“通行”的成案具有准制定法的地位，而经过修例程序的定例，则意味着该成案所引申出的新规则获得了制定法的正式认可。

5. 个案中援引成案的具体方法及其影响

清人对于援引成案的态度有两点：一是“除正律正例而外，凡属成案，未经通行著为定例，一概严禁，毋得混行牵引，致罪有出入”。二是“如有轻重失平，律例未协之案，仍听该督抚援引成案，刑部详加察核，将应准应驳之处，于疏内声明请旨[17]。”也就是说，原则上断案只能引律例正条，但是如果律例正条所定之刑与案情实未允协，可以援照成案上请。清代司法官员们主要运用情节类比、归纳原则和轻重相权等基本逻辑论证，并主要通过制定法解释和个别情节类比等区别技术，明确成案的适用界限[12]。

5.1. 经过修例程序“著为定例”的成案

《清会典》对律例之间的关系有明确解释：“有例则置其律，例有新者，则置其故者”[18]。当律与例调整的对象相同时，律例关系其实是新法与旧法的关系，新法的效力大于旧法。清代司法官员也都清楚律例之间的关系，“有例应照例行，无例方照律行”，乃是司法官员的原则[19]。如上文所述，经过官方修例程序著为定例的成案具有正式制定法的拘束力，此时的成案上升为“定例”的地位。

成案所具有的这种效力，在某些情况下可能挑战制定法。如道光七年广西土著杀差夺犯一案中，刑部指出：“查土人犯罪、例应迁徙者，惟例载仇杀、劫掠及聚众捉人、鞞禁数项，其听从尊长夺犯杀差、帮殴有伤、罪应拟流之犯，原不在例载迁徙之列。惟检查上年本部核复该省咨：贼犯李亚勤在押脱逃被获，逸犯李文纠众中途打夺拒伤差役黄满身死，将李亚勤等依例拟军，声明系土人，应否迁徙，听候部议。经本部查：该省声明边隅重地，该犯等胆敢夺犯毙差，情殊凶恶，系属随时惩创，当行令该省将李亚勤等一并迁徙在案。此案盘蒸锡虽与军犯李亚勤罪名稍有不同，而为从夺犯伤差则一，且均系一省之事，自应查照办理[20]。”显然，条例并未将这种情况归入迁徙之列，而刑部通过以成案引申出的规则，改变定例明文应予以的处罚。又如，直隶乾隆六十年案中，“奉批：按例前后两条，似应俱行斩梟。但既有成案，只可照复。”刑部堂官在这里显然更倚重于成案[12]。

5.2. 获准“通行”状态下的成案

前述第四章提到，获准通行状态下的成案具有准制定法的效力。在清代，“通行”这一概念具有多

重含义。一种较通俗的含义，如熟谙刑曹事务的沈家本所指出：“律者，一成不易者也；例者，因时制宜者也。于律例之外而有通行，又以补律例之所未尽也。或绎例意，或申明定章，或因比附不能画一而折其衷，或因援引尚涉狐疑而申其意，或系酌量办理而有成式可循，或系暂时变通而非永著为例；更有经言官奏请、大吏条陈、因而酌改旧文、创立新例、尚未纂入条例者。”辨析其意，通行大概类似于时下的各种权威法律解释、实施细则和办法。它较律例等正式制定法仅有一步之遥，故效力上应该也略低，但明显高于成案，在当时的法律体系中居于准制定法的地位。

5.3. 其他一般成案

援引未经通行或著为定例的一般成案，可能引起效力瑕疵。但事实上，许多实际援引的成案都并非通行，依然畅行无阻。如龚奴才因殴犯奸之妻误伤其父，道光元年十月奉圣旨：“惟念该犯父母俱年逾七十，家无次丁，以该犯素非忤逆，伤由过误，呈请留养，其情可悯。龚奴才著施恩准其留养。此系法外施仁，嗣后不得援以为例。”小注：“浙江司传知各司一体遵行不得援以为例。”分明规定不得援引。但结果两个月后，浙江樊魁误伤其母一案中，刑部就因“第例无明文，援引浙江省龚奴才成案奏请，奉旨准其留养”，紧随其后，案情相似的山东翟小良案中，刑部变本加厉地援引龚奴才、樊魁两案，呈请将案犯存留养亲。

5.4. 成案援引的双重影响

瞿同祖先生说：“我们研究清代法律必须研究条例，不能仅研究律文，否则不但了解不全面、不了解其变化，不了解其法律的具体运用，还会发生错误，将早已不用的律文当作清代的法律来论证”[21]。正如前文所述，清代成案的援引区分为三种类型：“著为定例”的成案、获准“通行”的成案以及其他一般成案，其援引效力和司法说服力呈逐渐减弱的趋势，更甚者，由于成案获准通行或著为定例前，须根据罪名及刑罚程度的不同先行区分，并经自下而上的层报、咨部核覆等复杂程序，清代司法官员实际援引的大多为一般成案，可能存在效力瑕疵。据此，对于清代成案的援引仍需持有审慎的眼光，去看待其存在的双重影响。

5.4.1. 成案援引的积极影响

《刑部比照加减成案》序言讲：“律例为有定之案，而成案为无定之律。例同一罪犯也，比诸重则过，比诸轻则不及，权轻重而平其衡，案也，律例也。同一轻重也，比诸彼则合，比诸此则否，汇彼此而析其义”[22]。成案的作用在于衡量轻重，也有补律例之不足的寓意，故“律之所不能尽而有例，例之所不能尽而有成案”[23]。

首先，正确援引成案能够填补法律的自身漏洞。立法者没有足够能力对于当时所有社会事实都设定正当的法律评价。其次，即使他们有足够的立法能力，他们也无法预测将来发生的所有事实。其次，援引适当的成案可以厘清律例文意的模糊界限。适用法律首先需要解释法律。从现代法律解释学角度看，只有通过解释使得法律规范的文义清楚明白，才能够进一步论证该规范是否能够合理地涵摄某个案事实，并进而完成司法三段论的演绎逻辑推理。最后，援引成案能够统一法律的适用[16]。清代司法官员们主要运用情节类比、归纳原则和轻重相权等基本逻辑论证，并主要通过制定法解释和个别情节类比等区别技术，明确成案的适用界限。

5.4.2. 成案援引的弊端

将问题案件与成案进行情节类比，揭示其中的相同或相似性，以便使成案的处理方式适用于问题案件，这是“同样问题同样处理”这一具有普遍性的人类思维取向所引导的一般论证方式。但需要注意的

是, 过分倚重成案在实际审判中的类比效果以及对成案的不恰当援引, 如或在同一问题案件中援引具有分歧的多个成案, 或援引未经通行和著为定例的成案导致效力瑕疵等, 将带来更大的弊端。一方面, 就立法层面而言, 由于著为定例的成案的效力位阶仍处于低于正式律文的地位, 成案不断上升为成例, 造成了清代例文复杂繁密, 律例关系失衡。《清史稿·刑法志》所载: “有例而不用律, 律既多成虚文, 而例遂愈滋繁碎。其间前后抵触, 或因例破律, 或一事设一例, 或一省一地方专一例, 甚至因此例而生彼例。清人对于刑案中实质正义的过分追求导致条例生成的随意性, 而这必然会损害律例体系的稳定性[24]。

另一方面, 在司法实践上, 清代官员为增加类比推理的说服力, 选择援引那些未经通行或著为定例的成案, 导致援引效力瑕疵和加剧律例适用中的复杂性。因案生例所带来立法上条例的“愈滋繁碎”, 裁判者为避免量刑上的上的畸轻畸重, 为此, 在由他们所设计、制定的法典中, 对于犯罪种类的划分非常细致, 如强盗律的规定。其次, 由于因案生例只能调和而无法彻底解决在“情伪无穷”背景下绝对法定刑与“情罪允协”之间的根本性矛盾, 因此更多的疑难案件仍停留于法律效力并不确定的成案状态[16]。

《刑部比照加减成案·叙》: “案者, 狱之已成者也; 狱者, 案之未成者也。执已成之案, 以断未成之狱……盖律例为有定之案, 而成案为无定之律例[23]。”清代每年产生的大量未入通行、未著定例的成案又进一步加剧了律例适用的混乱。

6. 结语

结合对《同治年间刑部通行条例》等史料研读, 综上所述可以看出, 由于法律自身漏洞所导致的律例无正条、律例不合情理以及律例文意模糊等问题, 援引成案能够填补律例规范的不足。清代成案经过“通行”并著为定例的正式程序获得制定法的正式认可, 上升为例的效力或准制定法的地位。清代裁判者通过情节类比、律文解释和归纳整理等方法援引成案进行说理论证, 力图实现“类案同判”的效果。成案在有相应制定法条款时的解释作用、无相应条款时实质上的规范作用, 使得其能填补法律自身漏洞、厘清律例文意模糊的界限, 促进法律规范的统一适用。然而必须承认的是, 由于过分倚重成案在实际审判中的类比效果以及对成案的不恰当援引, 既造成了立法上例文繁碎复杂和律例关系失衡, 又加剧司法实践中律例适用的混乱。清代成案的适用问题, 需要立足本土司法传统文化, 以实事求是的态度正确看待其利弊, 汲取清代成案实践的精华, 回到中国本土理论传统来发现“类案同判”自身的历史, 进一步推进我国“类案同判”改革工作的发展。

参考文献

- [1] 柏焯. 于雁. 清代律例成案的适用——以“强盗”律例为中心[J]. 政治与法律, 2009(8): 131-140.
- [2] 苏亦工. 明清律典与条例[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 205-217.
- [3] 武树臣. 走向东方走向“混合法”——从中国法律传统的角度看判例法[J]. 判例与研究, 1995(2).
- [4] 姚旻. 清代刑案律例发展的内因浅析[J]. 历史档案, 2007(2): 24-31.
- [5] 胡兴东. 判例法传统与中华法系[J]. 法学杂志, 2012(5): 34-39.
- [6] 胡兴东. 中国古代判例法运作机制研究: 以元朝和清朝为比较的考察[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010.
- [7] 王志强. 法律多元视角下的清代国家法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2003.
- [8] 梁治平. 清代习惯法: 社会与国家[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [9] [日本]小口彦太. 清朝時代の裁判における成案の役割について——刑案匯覽をもとにして[J]. 早稲田法学, 1982, 57(3): 345.
- [10] [美] D·布迪厄·C·莫里斯. 中华帝国的法律[M]. 朱勇, 译. 南京: 江苏人民出版社, 2003.
- [11] 高道蕴, 高鸿钧, 贺卫方. 美国学者论中国法律传统[M]. 北京: 清华大学出版社, 2004.

- [12] 王志强. 清代成案的效力和其运用中的论证方式——以《刑案汇览》为中心[M]. 法学研究, 2003, 25(3): 146-160.
- [13] [清]朱轼, 三泰, 等奉敕修编. 《大清律例》卷三十七“刑律·断狱·断罪引律令”条例[M]. 北京: 法律出版社, 2000: 596.
- [14] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 北京商务印书馆, 2003.
- [15] 同治年间刑部通行条例[Z]. 2023.
- [16] 孙斌. 因案生例: 从《驳案汇编》看清代条例的生成[J]. 苏州大学学报, 2017, 38(2): 182-190.
- [17] 光绪《清会典事例》, 卷 852《刑部·断罪引律令》乾隆八年事例[Z]. 清光绪二十五年(1899 年)刻本.
- [18] 光绪《清会典》卷 54《刑部·五刑之属》[Z]. 清光绪二十五年(1899 年)刻本.
- [19] [清]徐栋. 《牧令书》卷 17《刑名上》引无名氏《刑名总论》[Z]. 清道光二十八年(1848 年)刊本.
- [20] [清]祝庆琪. 《刑案汇览全编》卷六《瑶民夺犯杀差酌量迁徙家中》[M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [21] [清]瞿同祖. 清律的继承与变化[M]//瞿同祖法学论著集. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 432.
- [22] [清]许槌, 熊莪. 刑部比照加减成案·熊莪序[M]. 上海古籍出版社影印本. 上海: 上海古籍出版社, 1995.
- [23] [清]许槌. 刑部比照加减成案续编·自序[M]. 上海古籍出版社影印本. 上海: 上海古籍出版社, 1995.
- [24] 高潮, 马建石. 中国历代刑法志注释[M]. 长春: 吉林人民出版社, 1994.