

# 清末比附援引与罪刑法定存废之争\*

——以《刑律草案签注》为中心

李启成

**摘要：**清末修律以防止司法擅断流弊、引进文明制度为据，废除比附援引制度，在新刑律草案中确立了罪刑法定原则，但在该草案签注前后引发了激烈争议。绝大多数签注以法不足以尽万变之人情、司法官自由裁量流弊更大为理由主张保留比附援引这一固有制度。在预备立宪这一大背景下，采纳西式罪刑法定原则、废除比附援引乃大势所趋，修律者以法律进化论为主要理论武器，紧扣立宪大局，助成此目标的初步实现。作为对争论的妥协，双方同意通过编辑判决例来规范司法官的自由裁量，但没能付诸实施。如何把握具体制度变革与整个社会转型之关系、有效规范法官之自由裁量等难题，编辑判决例、以司法方式推进立法改制的思路值得借鉴。

**关键词：**比附援引 罪刑法定 刑律草案签注

作者李启成，法学博士，北京大学法学院副教授（北京 100871）。

罪刑法定是现代刑法最重要的基本原则，其在中国的引进和确立过程异常艰难，有些问题至今仍未获得根本解决。罪刑法定原则与中国传统法制中的比附援引制度在理念和规则上都大相径庭，存在较大冲突。晚清制定新刑律草案时期，是近代中国开始引进罪刑法定、废除比附援引争论最激烈的时段。这一争论过程不仅直接影响着我国刑法的近现代化进程，更是对一国在移植外来法律制度时，如何处理其与本土资源的关系问题有着重要的启示意义。

比附援引是古代中国一项重要的司法制度，与“断罪引律令”密切相关。“断罪引律令”主要是皇帝为规范各级司法官员的擅断而逐步发展起来的，乃“治吏”思想在制度层面上的落实，客观上促进了司法质量的提升。但由于法律明文规定的有限性，当“律无正条”以恰当裁断当下案件之时，司法官通常援引其他律条，以判定罪之有无和量刑之轻重，此为比附援引。在古代中国客观具体化的立法方式下，比附的适用几率较高。为了防止该制度被滥用和保证皇帝集权的需要，比附案件在

\* 本文在写作过程中与清华大学法学院陈新宇副教授有不少学术交流与探讨，受益颇多，特此致谢；同时感谢匿名审稿专家提出的宝贵意见。

明清两朝需“议定奏闻”，得到皇帝的认可方为合法。传统司法意在援引适当法条的基础上实现个案公正，故一般而言，比附援引是在“法无正条”的情况下为保证具体案件“情罪允协”所运用的一种法律发现和运用的技术，与“断罪引律令”一起共同构成传统法制的一体两面，是皇帝兼治吏民的重要法律手段。“断罪引律令”重在“治吏”，是司法审判中的常态；“比附援引”重在“治民”，在司法审判中居于辅助补充地位。<sup>①</sup> 随着晚清以“西化”为导向的法律改革逐步展开，《大清新刑律草案》（以下简称《草案》）正式出台。这一方面意味着刑律的主旨发生了变化：传统律法主要是对臣民强调皇权，重在维护秩序；新刑法主要是对官吏强调民权，重在权利保障。故《草案》确立了西式罪刑法定原则，与民权保障有矛盾的比附援引制度遭遇空前危机。另一方面，《草案》采用概括式立法方式，赋予法官一定的量刑空间，比附援引赖以存在的前提——绝对确定刑立法被抽空，故《草案》起草者们视比附援引为旧律之重大弊端而将之废除，但该制度毕竟行之已久，且为传统法制所不可或缺。一旦宣示废除，转而确立西式罪刑法定，势必引起巨大争议。

关于近代中国比附援引存废之争，专门研究尚不多见。绝大多数论者认为它是礼法之争的一部分，在附带提及之时，即以礼法之争的评判来给该争议简单定性。陈新宇以沈家本的《论断罪无正条》一文为基本材料，大致归纳了沈家本及其反对者们对比附援引的意见。<sup>②</sup> 在后续研究中，他又从宏观上对晚清罪刑法定和比附援引存废之争进行了初步的学理归纳。<sup>③</sup>

比附援引存废之争确属礼法论战的一部分。但比附援引存废制度为一种司法技术，与礼法之争大部分争点有别。这些争点一般都有实质内容，如发塚、子孙违犯教令、无夫奸等。另外，进入中国传统法律文明之内部，基于对比附援引制度及其背后的道理进行同情理解，进而分析那些对该制度持保留态度者所主张的理由，亦是关于比附援引存废、乃至整个近代法研究引向深入之一端。

1907年10月，朝廷批准了奕劻等上奏的修订法律办法：在作为预备国会的资政院正式开院之前，应修各项法典，由修订法律馆先编草案，奏交宪政编查馆考核，再由宪政编查馆咨送在京各部堂官、在外各省督抚，让其分别签注。在规定时间内将签注送回宪政编查馆，转交修订法律馆，以为修正草案之参考。法典修正案经宪政编查馆审查后，请旨颁行。在资政院正式设立后，“各部、各省明通法政人员，均列院中，自无庸分送各部、各省讨论”，即由宪政编查馆直接送到资政院议决，最后

① 李启成、李贵连：《帝制法治的两面——“断罪引律令”与比附援引制度的思想基础》，《清华法学》2012年第6期。

② 陈新宇：《从比附援引到罪刑法定——以规则的分析与案例的论证为中心》，北京：北京大学出版社，2007年，第87—91页。

③ 陈新宇：《〈钦定大清刑律〉新研究》，《法学研究》2011年第2期。

请旨颁布。<sup>①</sup>故在资政院尚未正式开院这段时间，中央各部和地方各省奉旨对法典草案进行签注，是朝廷在立法之时广泛征求社会各种意见的过渡办法。1910年宪政编查馆将京、外各衙门关于《草案》的签注意见整理成《刑律草案签注》一书，一函四册，油印出版。<sup>②</sup>

高汉成准确指出了签注资料的价值，“在从大清新刑律草案——修正刑律草案——钦定大清新刑律流变中，签注是一股主要的推动力量。对于我们后人来说，签注则成了考察、研究《大清新刑律》的重要视角和切入点”。<sup>③</sup>他运用签注材料，认为比附援引存废之争背后反映了法律规定与社会现实存在脱节的问题，具有创见；但他主要是从宏观层面分析其对整个新刑律的影响。<sup>④</sup>而运用签注资料来专门探究近代中国比附援引制度存废之争，尚有很大拓展空间。

笔者从《刑律草案签注》和《清朝续文献通考》中共找出24份大致完整的新刑律签注，<sup>⑤</sup>本文以这些签注为基本资料，首先梳理比附援引存废争议的发生，在此基础上，着力分析论争双方在理论、心理、论辩技术等层面的优劣，最后拟对此争议及其后果进行法文化层面的反思。

## 一、比附援引存废之争的发生

关于晚清比附援引与罪刑法定存废之争，当事者章宗祥曾回忆道：

新律与旧律原则上最冲突之点为“律无明文不为罪”之问题。专制时代，主权者本可任意以命令作为法律，有特种之罪发生，律所未载者，可临时由部奏准定罪或以明令特市，其后遂成定例。律文至简，例乃与律同有效力。犯罪之情状千变万化，即用例亦不足以尽之，于是行比附援引之制，即不必正式命令，问狱者但以律例中相似之条，酌量比拟，便可定罪。所谓吏胥上下其手，皆由此发生，与新律之原则盖绝对不能相容。但提议废去比附援引问题时，旧派全体反对，新派亦绝对不能相让，辩驳疏通，颇费时日。嗣以新律总则内有裁判官对于处刑有审择伸缩之余地，如同一盗案，可酌量情形，选定犯刑无期

① 《政治官报》，台北：文海出版社，1965年影印本，第1册，第129—131页。

② 宪政编查馆编：《刑律草案签注》（全4册），1910年油印本。国家图书馆古籍馆所藏书名为《刑律草案笺注》，但不论是清廷正式谕旨还是学界通行用法，皆为“签注”，故将之统一为“签注”。

③ 高汉成：《签注视野下的大清新刑律草案研究》，北京：中国社会科学出版社，2007年，第11页。

④ 高汉成：《签注视野下的大清新刑律草案研究》，第232—239页。

⑤ 《清末筹备立宪档案史料》下册（故宫博物院明清档案部编，北京：中华书局，1979年）中亦搜集了8份签注，经核对，已分别见于《刑律草案签注》和《清朝续文献通考》（刘锦藻，上海：商务印书馆，1936年），故不予列入。

徒刑或有期徒刑。至有期徒刑之年限，亦有长短伸缩之自由，罚金多寡亦然。众经此说明，沈以毅力主持，始得通过。议者犹以裁判官过于自由漫无标准为病，沈谓可将例案编成，作为裁判官内部之参考，众乃无言。此议既决，大清律例之根本取消已不成问题，新派之胜即基于此。<sup>①</sup>

章氏的这段回忆只是勾勒了一个大概，以是否赞成废除比附援引、确立罪刑法定为标准，将争议双方分为新旧两派，重点在于表彰包括他自己在内、以沈家本为首的新派人士的努力，对旧派所持理据则语焉不详，故难以准确反映此争议之全貌。

其实，在《草案》制定之前，于1905—1906年间，章宗祥和董康联合纂拟的《刑律草案》第5条即规定删除比附援引，确立罪刑法定原则：

凡律无正条者，不论何种行为，不得处罚。

谨案：比附加减，起自有隋，唐赵冬曦力陈其非，未能刊改。窃思科条愈简，而所赅愈广，愈详而致用愈疏。今律倍于《唐律》四分之三，比附之案，日出不穷。欧洲德、法、意、比等国刑法，不过数百条，未闻豪猾遁于纪纲之外；俄刑法一千七百余条，繁密等于中国，每有例无明文，援引他条，呈诸议院凭众评决之事，此其证也。夫法期于信，能信斯责民以能守，若决生死于堪拟之抑扬，判重轻于司讞之憎爱，周内之害，实难罄述，既为各国所诟病，又为前哲所非议，亟应乘此时机，首予废止。兹拟准泰西文明之制，不论何种行为，概不得以未定之法律治之。法网稍阔，容有失出之弊，然失出就愈于失入，权衡弊之轻重，亦应尔也。<sup>②</sup>

通观该按语，起草者要求废除比附援引的理由大致有二：比较各国的立法技术可知，抽象条款较之具体条款的适用范围要广，其流弊较运用具体立法再进行比附援引小；罪刑法定乃文明制度。可见，晚清法政新进学者在接受了西方法学，尤其是日本法学后，再反观中国固有法制，即有了废除比附援引、确立罪刑法定的规划。

沈家本、伍廷芳于1906年上奏的《刑事民事诉讼法草案》第76条按语明确指出，比附援引最多只能在新刑律颁行之前暂时适用，之后即须废除。<sup>③</sup>该草案虽因部院督抚大臣的反对而被永久搁置，但以沈家本为首的法律修订者并未改变在新刑律中彻底废除比附援引的既定计划。

章宗祥等草拟的《刑律草案》经修律顾问冈田朝太郎审阅后，认为它主要参考的是日本旧刑法，而冈田本人“深知日本《旧刑法》不够完善，怀有重新修正的殷

① 章宗祥：《新刑律颁布之经过》，全国政协文史资料委员会编：《文史资料存稿选编·晚清北洋》上册，北京：中国文史出版社，2002年，第35页。

② 黄源盛纂辑：《晚清民国刑法史料辑注》，台北：元照出版有限公司，2010年，第7页。

③ 上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令（1901—1911）》第1卷，李秀清等点校，北京：商务印书馆，2010年，第431页。

切期望”，乃建议由自己担纲重新起草。<sup>①</sup>但他在废除比附援引、确立罪刑法定方面仍坚定不移。

1907年9月，沈家本在“进呈刑律草案折”中指陈旧律需变更的五个方面，“删除比附援引”即为其一，其根据集中在《草案》第10条的立法理由：

本条所以示一切犯罪须有正条乃为成立，即刑律不准比附援引之大原则也。凡刑律于正条之行为若许比附援引及类似之解释者，其弊有三：第一，司法之审判官得以己意，于律无正条之行为比附类似之条文致人于罚，是非司法官，直立法官矣。司法、立法混而为一，非立宪国之所应有也。第二，法者，与民共信之物，律有明文，乃知应为与不应为。若刑律之外，参以官吏之意见，则民将无所适从。以律无明文之事，忽援类似之罚，是何异于以机阱杀人也！第三，人心不同，亦如其面。若许审判官得据类似之例，科人以刑，即可恣意出入人罪，刑事裁判难期统一也。因此三弊，故今惟英国视习惯法与成文法为有同等效力，此外，欧美及日本各国，无不以比附援引为例禁者，本案故采此主义，不复袭用旧例。<sup>②</sup>

大致在修订法律馆进呈《草案》之同时，民政部上奏《违警律》，该律第2条即为“凡本律所未载者，不得比附援引”。<sup>③</sup>按照晚清修律构想，《违警律》应与新刑律相互衔接，前者针对轻微案件，后者应对较严重之犯罪。《违警律》第2条之规定，无异于废除了传统法中的“不应得为”。因其“轻微”，虽没引发特别关注和争议，但与《草案》废除比附援引、确立罪刑法定原则，在精神上是一脉相承的。

宪政编查馆于1907年10月和1908年1月分别将《草案》总则和分则“分咨京、外各衙门，就主管事务照章订论参考，详具理由，分别签注”，要求各衙门在六个月内咨复宪政编查馆。<sup>④</sup>但“事隔年余，依限送馆者仅有数省，其余各省或尚未咨覆，或咨请展限，或仅送总则，未送分则”。<sup>⑤</sup>按照朝廷1908年所颁布的立宪筹备事宜清单，新刑律限1909年核定，1910年颁布，“事关宪政，不容稍事缓图”，<sup>⑥</sup>经法部奏请，1909年2月16日，朝廷发布上谕，要求京、外各衙门尽快完成签注，送到宪政编查馆，以为立法之参考。<sup>⑦</sup>由于先期送到的几份京、外各衙门的签注多

① 黄源盛：《清末民初近代刑法的启蒙者——冈田朝太郎》，《黄宗乐教授六秩祝贺——基础法学篇》，台北：学林文化事业有限公司，2002年，第158页。

② 修订法律馆纂：《大清刑律草案》，1907年铅印本，“总则”，第19—20页。

③ 上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令（1901—1911）》第3卷，韩君玲等点校，北京：商务印书馆，2011年，第10页。

④ 《理藩部咨覆宪政编查馆蒙古案件仍照蒙例办理文》，《政治官报》，第10册，第473页。

⑤ 《正月初六日宪政编查馆发各省督抚暨热河都统电》，《政治官报》，第17册，第63—64页。

⑥ 《修改新刑律不可变革义关伦常各条谕》，故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》下册，第858页。

⑦ 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》下册，第851页。

严厉批评《草案》，<sup>①</sup> 要求“将中国旧律与新律详慎互校，再行妥订，以维伦纪而保治安”，朝廷遂下谕，将修律宗旨由原来的取长补短改为固守经常，“刑法之源，本乎礼教……凡我旧律义关伦常诸条，不可率行变革，庶以维天理民彝于不敝”。<sup>②</sup> 受朝廷下谕催促和改变修律宗旨之鼓励，京、外各衙门陆续把签注送到宪政编查馆，旋即由宪政编查馆转到修订法律馆，作为修正《草案》的重要参考。修订法律馆和宪政编查馆如何回应签注意见，颇成问题，由此比附援引制度存废之争白热化。

## 二、签注者对废除比附援引制度的态度

关于各衙门签注对《草案》的总体态度，修订法律馆进行过初步统计，认为：“农工商部、奉天、山东、两江、热河均在赞成之列，其余可否参半，亦间有持论稍偏，未尽允协者。”<sup>③</sup> 这个统计是否准确，很难断定。因它是该馆在争议高潮之际对签注的解读，有自我辩护的意味。而且，即便这个统计是准确的，也不能直接适用于比附援引存废这个具体项目。

本文作者搜集到的 24 份签注分别来自：邮传部、学部、陆军部、都察院、直隶总督、东三省总督暨三省巡抚、四川总督、云贵总督、湖广总督、两江总督、两广总督、闽浙总督、贵州巡抚、江苏巡抚、江西巡抚、山西巡抚、湖南巡抚、河南巡抚、广西巡抚、安徽巡抚、浙江巡抚、山东巡抚、陕西巡抚、热河都统。这 24 份签注，囊括了绝大多数督抚之签注，较为欠缺的是在京各部。<sup>④</sup> 尽管资料在数量上并不完整，但鉴于各部院堂官、地方督抚在知识结构、价值观念和认知方式的相近性，仍可根据既有签注来进行一般性论述。有关这 24 份签注关于草案第 10 条废除比附援引、确立罪刑法定之态度统计如下。

- 
- ① 按照张祖廉于 1910 年 11 月的追记：“顾自新刑律草案初次脱稿，各省签注纠驳者什常得四五焉，于是朝廷有详慎修改之命。”（《桐乡劳先生遗稿》，桐乡卢氏 1927 年刻本，“新刑律修正案汇录”，第 55 页）
- ② 《修改新刑律不可变革义关伦常各条谕》，故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》下册，第 858 页。
- ③ 《法部尚书臣廷杰等跪奏为修正刑律草案告成敬缮具清单折》，《钦定大清刑律》，1911 年 7 月刻本，北京大学图书馆藏，“奏疏”，第 16 页。
- ④ 根据宣统年间官制，京内部院衙门理应上交签注而未见到的有外务部、度支部、礼部、理藩部、民政部、农工商部和吏部等。（参见李剑农：《中国近百年政治史》，上海：复旦大学出版社，2002 年，第 228 页）

表1 签注态度统计表

| 态度   | 所属衙门   | 份数 | 百分比(%) |
|------|--|----|--------|
| 明示反对 | 滇督、川督、黔抚、苏抚、邮传部、都察院、湖督、学部、赣抚、晋抚、粤督、江督、湘抚、豫抚、陕抚 | 15 | 62.5   |
| 默示反对 | 直督   | 1  | 4.2    |
| 没有涉及 | 桂抚、皖抚、浙抚、热河都统、陆军部                              | 5  | 20.8   |
| 明确赞成 | 鲁抚、东三省督抚                                       | 2  | 8.3    |
| 默示赞成 | 闽督   | 1  | 4.2    |

明确赞成废除比附援引、确立罪刑法定的两份签注分别来自山东巡抚袁树勋和东三省总督徐世昌。袁树勋思想较新，接受了进化思潮，认为：“刑法之沿革，先由报复时代进于峻刑时代，由峻刑时代进于博爱时代。我国数千年来相承之刑律，其为峻刑时代，固无可讳，而外人则且持博爱主义驯进于科学主义，其不能忍让吾国以峻刑相残也，非惟人事为之，亦天道使然。”该签注的重点是官府要尽量创造条件，让新刑律在实际生活中更好地发挥作用。袁树勋计划在山东设立一大型新式监狱，将教育刑思想落到实处。<sup>①</sup>徐世昌的理由是新法必须服务于立宪政体和收回领事裁判权这个大局，“今既屡颁明诏预备立宪，而法律实为宪政之根据，自应力扫严苛，一以公理为衡。删除繁细，悉以简赅为断”；且从实际来看，自东北试办各级审判厅以来，效果更好，“旧日问刑之官，无法理之思想，非民之无良，殆官吏之不足与言法学也”。比附援引必然导致法律繁琐，法官在立宪政体下懂得新法学，大可不必过虑其能否适当量刑。闽浙总督松寿对废除比附援引取默示赞成态度，认为新刑律草案关于“徒刑等差与罚金额数亟宜明晰更定”，是在赞成新刑律草案废除比附援引、确立罪刑法定的前提下，需注意如何防止司法官在法定刑范围内自由裁量所可能发生的流弊，“盖有期徒刑与罚金额数往往以某等至某等有上下之分，某数至某数无一定之罚，在良吏衡情断狱，尚恐无所适从，而不肖者因缘为奸，亦必高下其手，流弊滋多，殊为民害”。<sup>②</sup>

反对废除比附援引制度的签注占了总数的将近70%。从表面来看，绝大多数签注是朝廷在发布变更修律宗旨之后才交到宪政编查馆的。在皇权专制政体下，对京内堂官、外省督抚来说，“承旨”无疑是最有利的。然而，事实并非如此。首先，朝廷之所以有此谕旨，是学部及直隶、两广、安徽各督抚对新刑律草案不满意而奏请的结果；<sup>③</sup>其次，

① 宪政编查馆编：《刑律草案签注》，第1册，“山东原奏二”。

② 刘锦藻：《清朝续文献通考》卷248，“刑考七”。

③ 尤其是学部在签注中明确讲：“新定刑律草案多与中国礼教有妨，分条声明，奏请飭下修律大臣将中国旧律与新律草案详慎互校，斟酌修改删并，以维伦纪而保治安。”（《桐

虽专制皇权在清代登峰造极，但自太平天国运动之后，清廷逐渐形成了内轻外重的局面，庚子年间的“东南互保”表现得最为显著。朝廷推行预备立宪这个“国是”得以出台，各督抚的合力奏请起了很大作用。在这样的背景下，晚清各督抚有表达自己真实看法的空间。反对废除比例援引制度的理由统计如下。

表2 签注反对废除比附援引理由统计表

| 反对理由              | 所属衙门                                       | 份数 | 占反对意见总份数之百分比(%) | 占签注总份数的百分比(%) |
|-------------------|--|----|-----------------|---------------|
| 自由裁断较比附流弊大        | 都察院、川督、黔抚、苏抚、湖督、学部、赣抚、晋抚、粤督、湘抚、豫抚、陕抚       | 12 | 75              | 50            |
| 法不足以尽人犯罪之情，比附有其必要 | 邮传部、直督、江督、湖督、粤督、滇督、川督、黔抚、苏抚、赣抚、晋抚、湘抚、豫抚、苏抚 | 14 | 87.5            | 58.3          |
| 比附属司法，与立宪吻合       | 粤督、江督、苏抚、湘抚、豫抚                             | 5  | 31.3            | 20.8          |

最普遍的反对理由是有限之法不足以尽万变之人情，若在刑律正文中明示罪刑法定，即便如法律修订者所说采取概括式立法，也只能一定程度上缓解而不能完全解决这一难题。在君主专制政体下，要真正维护秩序，就要编织一张铺天盖地的法网。确立罪刑法定，废除了比附援引，就把这张法网撕开了一道口子。当时，君主立宪已成既定“国是”，已然不能再提君主专制之合理性，针对革命党人的起义和此起彼伏的民变，从维护秩序的角度考虑，保留比附援引，很有说服力。

传统中国“治道”，认为“活人”较之“死法”更根本、更重要。社会出了问题，与其归之于“法弊”，不如说是“人弊”。<sup>①</sup> 如果人本身没有根本性的提升，《草案》赋予裁判官的自由裁量，较之有限制的比附援引，其流弊更大。两害相权取其轻，还是以保留比附援引制度为好。这是签注所重点强调的另一较普遍理由。如邮传部的签注先引苏东坡所说为据：“古人之用法，如医者之用药，盖法有定而罪无定，药有定而病无定也”，<sup>②</sup> 进而推出：“后世人心巧诈，以致任意枉法，实非治法

乡劳先生遗稿》，“新刑律修正案汇录”，第3页）据张祖廉回忆，“顾自新刑律草案初次脱稿，各省签注驳者什常得四五焉，于是朝廷有详慎修改之命。”（《桐乡劳先生遗稿》，“新刑律修正案汇录”，第55页）

① 袁枚曾总结道：“从来弊不生法中则生于法外，法中之弊易见，而法外之弊难稽。”（袁枚：《覆两江制府策公问兴革事宜书》，《小仓山房诗文集》，上海：上海古籍出版社，1988年，第3册，第1467页）

② 在苏东坡文集中未能查到此句，东坡先生相近的话为“人臣之纳忠，譬如医者之用药。”（苏轼：《乞校正陆贽奏议上进札子》，《苏文忠公全集》卷13《东坡奏议》，北京爱如生数字化技术研究中心开发制作，黄山书社出版发行，2010年（电子资源））



之过，乃不得治人之过也……不如仍遵旧律引律比附。”<sup>①</sup>

签注的第三个反对理由是比附援引并非草案所言混淆了立法和司法的界限，与立宪下的权力分立相悖，而是一种司法技术。苏抚陈启泰即云：“虽曰援引比附，而仍不越乎正律之范围，犹是司法之向例，与立法迥乎不同，岂得指比附为司法而兼立法，与三权分立之义不符，竟可删除不用。况考诸外国法律，非无比较参照之办法。”<sup>②</sup> 两广总督张人骏更申而言之：“谓比附类似之文致人于罚，则司法、立法混而为一，非立宪国所应有，不知无此法而定此例者方为立法，若既有他律而比附定拟，则仍属司法，非立法也。如以比附为立法，则于本律酌量轻重者，又与立法何异！”<sup>③</sup>

有些签注更提出了具体改进意见。四川总督赵尔巽建议，“凡酷似有罪之行为，而律无正条者，其拘留以下，刑罚较轻，似可置诸勿论；其徒刑以上，情罪较重者，由审判官附所当比律以闻，非奉法部覆奏回报，不得宣告执行”。<sup>④</sup> 山西巡抚宝棻建议将新刑律草案中重要条文挑出来，“别辑暂行章程，照旧办理，而用刑上下之等，亦应于各条下详注其所由，俾裁判者有所依据，免致罪名出入之差”。<sup>⑤</sup>

### 三、“不敢与众论为苟同”——修律者对签注批评之回应

修订法律馆和法部参考签注意见将《草案》修改后，形成《修正刑律草案》（以下简称《修正案》），于1910年初由法部尚书廷杰等领衔上奏。《修正案》第10条内容依旧，只是针对签注，补充了驳斥性按语：

此条即为不准比附援引而设。原奏理由并臣馆原奏，业经剴切言之。乃邮传部并四川、两广、云南、贵州、湖广、湖南、江西、河南、两江等省签注，独于此条驳诘尤力，立论虽互有不同，大致以人情万变，非比附援引，不足以资惩创。此盖狃于旧习所致，殊不知于今日情形，比附之制，实有不必存、不宜存者。旧律毛举细端，几于一事一例，综计《大清律例》全书不下一千八百余条，然比附定案，时有所闻。诚以条文有限，人事无穷，纵极繁密，湟漏实多。草案正条一以赅括为主，实无斯弊……况草案每条刑名，均设数刑，即每等亦有上下之限，司谳者尽可酌情节之重轻，予以相当之惩处。是无比附之名而有加减之实，不过略示制限，不似旧日可以恣意出入于其间耳。此揆诸新制，比附之可不必存者一也。刑法与宪法相为表里，立宪国非据定律不处罚其臣民，此为近世东西各国之通例，故有明定于宪法者，兼有备载于刑法者。光绪三十

① 宪政编查馆编：《刑律草案签注》，第1册，“邮传部二·邮传部签注总则”。

② 宪政编查馆编：《刑律草案签注》，第1册，“苏抚二”。

③ 宪政编查馆编：《刑律草案签注》，第2册，“两广五”。

④ 宪政编查馆编：《刑律草案签注》，第1册，“川督一”。

⑤ 宪政编查馆编：《刑律草案签注》，第1册，“山西原奏二”。

四年……《钦定宪法大纲》业经载入昭示中外，我皇上寅绍丕基，复迭次敕告廷臣克成先志，则旧律中之违于宪法者，亟应一体删汰，庶上副缙述之至意，乃于刑律一端，忽生异议，实与历次明诏，显有背驰。此鉴于立宪，比附之不宜存者又一也。此条为刑律注重之要端，而关系筹备前途尤非鲜浅，是以臣等敬谨统筹全局，引伸前说，不敢与众论为苟同也。<sup>①</sup>

为回应签注意见对司法官员自由裁量可能引发流弊的担忧，《修正案》“附则”第1条的主要内容即为吉同钧草拟、编辑的判决例。<sup>②</sup>《修正案》上奏后，关于比附援引存废的争论并未得到缓解。同日朝廷下旨，“著宪政编查馆查核覆奏”。<sup>③</sup>

宪政编查馆编制局乃考核修订法律馆所拟法典草案的机构，<sup>④</sup>其接收《修正案》后，由编制局首先根据礼教、人权和条约三端为准，写出意见书。关于比附援引之废除，该意见书云：

（《修正案》）大致备引京外各衙门签注，逐条辩答……《附则》第一条，因刑之范围较宽，拟另辑判决例以资援引，尚属可行，应由本馆另行拟稿，呈请具奏颁行。<sup>⑤</sup>

参考编制局的意见，宪政编查馆认为当此预备立宪之时，良善的法律须坚持“根诸经义”、“推原祖制”、“揆度时宜”和“裨益外交”四原则。以此为据，该馆对草案逐一审查、修正。1910年11月5日，宪政编查馆审查完毕上奏，关于跟废除比附援引相关的《附则》第一条，宪政编查馆云：

因刑之范围较宽，拟另辑判决例，以资援引，系各国通行之例。亭比所资，实为重要。惟新律未实行以前，无适当之成案以为标准，应由该大臣按照原奏，暂行悬拟，辑为判决例，奏交臣馆核订。<sup>⑥</sup>

至此，按照清末预备立宪期基本法律的立法程序，还需资政院议决。在资政院第一次常年会上，杨度代表宪政编查馆演说新刑律主旨，用两段篇幅重申必须废除比附援引。除劳乃宣针对编辑判决例有所询问外，汪荣宝代表资政院法典股在大会作审查报告中根本没有提及此点，在逐条讨论时无任何反对即以多数通过。随后，《新刑律》“总则”由军机大臣和资政院总裁合奏获得裁可，成为正式法律。<sup>⑦</sup>《新刑律》

① 《修正刑律按语》，修订法律馆，清末铅印本，第1册，第7—8页。

② 陈新宇：《〈钦定大清刑律〉新研究》，《法学研究》2011年第2期。

③ 《钦定大清刑律》，“奏疏”，第20页。

④ 《宪政编查馆奏拟办事章程折》，《政治官报》，第1册，第79—81页。

⑤ 《编制局校订新刑律意见书》，《国风报》第1年（1910）第32号，第93—97页。

⑥ 《宪政编查馆奏核订新刑律告竣缮单呈览折》宣统二年（1910）十月十六日，《政治官报》，第39册，第279—282页。

⑦ 《资政院议场会议速记记录——晚清预备国会论辩实录》，李启成点校，上海：上海三联书店，2011年，第301—311、590—606、715页。

到民国初年略加修正，改名为《暂行新刑律》而被正式适用。从此，行之千数百年的比附援引制度被正式废除，罪刑法定原则得以确立，推进了中国刑事立法之近代化。

规定要编辑判决例的“附则”第1条是新刑律起草者和审查者在内外签注和朝廷谕旨压力下的产物。该条本为律学专家吉同钧所拟，宪政编查馆的审查意见书虽肯定了其价值，但只是官样文章。《修正案》经宪政编查馆审查后，“附则”为《暂行章程》所取代。至于《修正案》设置“附则”的原因，起草者吉同钧如是说：

新刑律之编，延用东人起草，举中国数千年之礼教服制名分划除殆尽，其表面之文法名词条类尽用外式……随即刷印散布，外而各省督抚，内而六部九卿，群相攻击，举国哗然……尚书廷杰亦极反对，即派鄙人总司修改之事。鄙人调和其间，以为逐条改正，不惟势有不能，亦且时有不给，因另拟章程五条附于律后，藉为抵制弥缝之计。<sup>①</sup>

法部尚书廷杰在其领衔的奏折中云：

惟中外礼教不同，为收回治外法权起见，自应采取各国通行常例，其有施之外国不能再为加严，致背修订本旨。然揆诸中国名教，必宜永远奉行勿替者，亦不宜因此致令纲纪荡然，均拟别辑单行法，藉示保存，是以增入《附则》五条。庶几沟通新旧，彼此遵守，不致有扞格之虞也。<sup>②</sup>

可见，《附则》之增入跟签注及签注背后的强大势力紧密相关。《附则》共五条，大致可归纳为两部分：一是侧重于实体内容，基于中外政教风俗之别，别辑独适用于中国人的单行法，于特定种类犯罪予以特殊刑罚；二是侧重于具体操作，编辑判决例，以规范司法官之具体量刑。较之具体操作，国人对实体内容更重视。在宪政编查馆审查之时，重点也在实体内容上。为了有效抵制旧派，宪政编查馆即将《附则》改为《暂行章程》。

二者之别，主要体现在时效上，“附则”与新刑律一致，乃“永远奉行勿替”；《暂行章程》则突出其暂行性质，只在预备立宪期间适用。眼见《暂行章程》取代了“附则”，劳乃宣在资政院提出了《新刑律修正案》说帖，列名赞成的议员达105名之多，主张修复“附则”第1条于《暂行章程》之前，具体内容增纂为：“本律内有关服制诸条，应按服制轻重，分别等差，皆于另辑判决例内详之。”其理由是：

法律馆修正刑律草案有《附则》五条，宪政编查馆删改为《暂行章程》五条。查法律馆原案第一条所称酌照旧律略分详细等差另辑判决例以资援引等语，

① 吉同钧：《论新刑律之颠末流弊并始终维持旧律之意》，《乐素堂文集》卷7，北平：中华印书局，1932年铅印本。

② 《法部尚书臣廷杰等跪奏为修正刑律草案告成敬缮具清单折》，《钦定大清刑律》，“奏疏”，第17—18页。

实为审判要需，必不可少。宪政馆原奏亦经声明应由该大臣按照原奏辑为判决例奏交核订，是亦视为要件，但必须辑作条文，应与正律同一效力。今照原案修复，仍称《附则》，列于《暂行章程》之前。又查律内关系服制诸条，亦皆兼举数刑，以求适合之审判，不可不按照服制轻重分别等差，于另辑判决例内详之，故又增纂一项于次。

资政院法典股不仅没采纳劳乃宣的意见，反而将《暂行章程》全部删除。资政院大会闭会在即，劳乃宣的修正意见来不及讨论。他于1911年1月15日前后还写道（其说帖）“其余未决诸条，应俟明年开会再议，附记于此，以观其后”，<sup>①</sup>殊不知，在资政院总裁和军机大臣奏请颁行新刑律总则、宪政编查馆大臣奏请颁行新刑律分则之后，朝廷过了十天即颁行了《钦定大清刑律》，<sup>②</sup>劳乃宣的修正意见没能产生任何实质影响。

尽管《钦定大清刑律》保留了《暂行章程》，但“附则”中编辑判决例的建议却被正式的法律案取消。当然，就编纂技术而论，将要求编辑判决例之规定写入刑法典，确实有些不伦不类。但它由正式的法律条文变为奏折内容之一部分，不论是其被关注度抑或效力，皆不可同日而语。故深谙中国法政运作内情的劳乃宣坚持“必须辑作条文，应与正律同一效力”。尽管我们不能完全主观断定这是宪政编查馆的敷衍之术，但根据现有资料，实际上未见修订法律馆有任何编辑判决例的实际行动，宪政编查馆也无任何督促命令。

至此，晚清关于比附援引存废之争随着朝廷以上谕裁可《钦定大清刑律》告一段落，西式罪刑法定在刑律中正式确立，比附援引成为历史。

#### 四、争论双方立论剖析

力主废除比附援引、确立西式罪刑法定一派（以下简称“支持论者”）最重要的理论武器是法律进化论。晚清修律顾问冈田朝太郎深深服膺此理论，视西式罪刑法定为文明之制，误将“比附援引”等同于“不应得为”，同归于落后、被废除之列。受法律进化时代思潮之影响，在变法修律以日为师这个大背景下，深通旧学的沈家本为其“拾遗补缺”，吉同钧选择了“妥协”，晚清法政人多接受了冈田的观点，共同促成了制度变革。<sup>③</sup>

在修律主持者沈家本那里找不到完全认同法律进化论的明显证据，盖因其深厚

① 《桐乡劳先生遗稿》，“新刑律修正案汇录”，第75—88页。

② 《钦定大清刑律颁布上谕》，《钦定大清刑律》封面。

③ 李启成：《冈田朝太郎与晚清废除比附援引——兼论法律进化论在近代中国的影响》，《法制史研究》（台北）第22期，2012年12月。

的传统学问根柢和丰富的司法经验，使他不能完全认同这种失之于简单粗糙的新说，但他看到时会所趋，“近今泰西政事，纯以法治，三权分立，互相维持。其学说之嬗衍，推明法理，专而能精，流风余韵，东渐三岛，何其盛也……旧不俱废，新亦当参，但期推行尽利，正未可持门户之见也”。<sup>①</sup> 这种以实用为导向的法律变革论，在关键的法律革新初期，与法律进化论有相互补充之效。

当时留洋学习法政的青年，则多接受了法律进化论。其中一些佼佼者受朝廷网罗，进入修订法律馆和宪政编查馆任职。除了杨度广为人知的由家族主义法律向国家主义法律进化的主张外，<sup>②</sup> 还有很多资料显示，法律进化论在当时的影响重大，如崔云松<sup>③</sup>认为，由生物学上进化论即可充分证明人类社会进化变迁的普遍规律；<sup>④</sup> 历史学家孟森著有“新刑律修正案汇录书后”一文，亦以进化论作判断准则。<sup>⑤</sup>

综观整个礼法之争，法派最核心理论基础就是法律进化论，在比附援引存废这一点上亦然。在当时的法律进化论者看来，法律的发展规律是从原始走向科学，它在立法上的表现是从具体到抽象。所谓抽象，应属于签注者常说的“执简御繁”之妙法，对解决有限法条与无限人情之矛盾很有效。既承认了“进化”真理、“抽象”趋势，在立法技术上就必须将每一罪名对应一定范围内的刑罚，而不能将刑罚完全确定化。也就是说，不管对方是否赞成罪刑法定，都需要法官在既定范围内选择适当的刑罚以惩罚犯罪，此乃法律进化的规律。因此，以确定刑立法为前提的比附援引自然就无存在余地。在签注期间，宪政编查馆对先到馆的签注意见有如此负面评价，“乃事经数月，覆者虽有数处，或偏重新法而不知守，或拘泥旧律而不知通。”<sup>⑥</sup> 法律进化论给支持论者提供了强大的知识基础和心理优势。

而且，支持论者还将废除比附援引、确立罪刑法定与“立宪”、“收回领事裁判权”等紧密挂钩，甚至等同起来，给反对者制造了一个不得不就范之势：现在既已预备立宪，将来还要推行正式君主立宪，如果还要保留比附援引，则是假立宪，要退回到君主专制时代。欧美各文明国家现在基本没有实行比附援引制度，其刑事立法都正面肯认了罪刑法定原则，既要收回领事裁判权，就要采纳罪刑法定，与文明国家接轨。

当然，支持论者在这一方法的运用上略有差别。沈家本及顾问冈田朝太郎主张

① 沈家本：《法学名著序》，《历代刑法考》，北京：中华书局，1985年，第4册，第2239—2240页。

② 李启成：《资政院议场会议速记录——晚清预备国会论辩实录》，第301—306页。

③ 崔云松曾留学日本学习法律，入民国后历任陕西财政司长、都督府参事、法制局长等职。（参见《最近官绅履历汇录》，北京：数文社，1920年，第127页）

④ 崔云松：《新刑律争论之感言》，《国风报》第1年（1910）第30号，第45—50页。

⑤ 孙家红编：《孟森政论文集刊》中册，北京：中华书局，2008年，第701—705页。

⑥ 宪政编查馆编：《刑律草案签注》，第1册，“安抚一”。

废除比附援引制度的理由集中在《草案》第10条按语中，主要认为从性质上而言，比附援引混淆了立法与司法的界限，与立宪宗旨相悖。面对签注强大的反对声浪，沈家本专门撰写了“论断罪无正条”一文，进一步从专业角度进行了批驳：（1）从文字狱可见比附流弊之大，裁判官之自由裁断限定在各该法条内，流弊较小；（2）律文乃积累了千数百年之经验，罪名出于规定之外者甚少；<sup>①</sup>（3）比附实际上混淆了立法与司法之界限。沈家本作为修律大臣，更多从司法经验方面立论，宪政编查馆作为专门的宪政筹备机构，地位与立场不同，自然所论重点有别。这两种略有差别的说理方法，为达成共同的目标，颇有相得益彰之效。

在掌握了法律进化论和政治大局这两大决定性武器之后，支持论者则从细节上做些安抚工作，表明对签注者意见之重视，适当缓解签注者之激烈反对态度，即承认签注者所指出的，在法官素质尚欠缺的当前，其自由裁量确实存在让人担心的弊端，对此的解决之道就是编辑判决例，适当规范裁判官的量刑行为。支持论者还在一定程度上认可了签注者对“人”的关注，强调他们也将注重法政教育，力求培养新式法律人才。在这方面，沈家本具有开创性贡献，如设立京师法律学堂，创办北京法学会、法学研究所，刊行《法学会杂志》等。在其所上的一份奏折之末尾，沈氏即特别强调要培育法政人才：“抑臣更有请者，作事艰于谋始，徒法不能自行，修订法律，就时局而论，至为密切……将欲实行新律，必先造就人材。近来各省遵旨设立法政学堂，叠见奏报，拟请明谕各督抚认真考核，力筹推广，务使各省官绅均有法律知识，则一切新政可期推行无弊，实与预备立宪大有关系。”<sup>②</sup>在反驳签注对刑律草案的批评时，他本于对司法现状的深入了解，指出：“州县明晓律例者，百人中难得数人，而迂谬糊涂者所在皆是，良可浩叹。然不为国家培养人才，而但议新法之难行，犹七年之病求三年之艾。及今畜之，庶几可及。不然病日深而艾终不可得，奈何！”<sup>③</sup>

与赞成论者的充足理由相比，反对论者的论证显得苍白无力。诚如孟森所言，反对论者“则以耳目所及之是非为是非”，即纯从经验层面、人所共知的常识立论，如法不足以尽人情、两害相权取其轻等，完全提不出一套能与对手所持之进化论势均力敌的学说。清代大体上是一种按照儒家标准而产生的精英政治，各级官员多为社会精英，而各省督抚和京堂更是精英中的精英，连他们都不能提出有效的辩护理据，可见该制度确实已到山穷水尽之地。吉同钧为进士出身、陕派律学之殿军，对

① 沈家本以自身在刑曹之经历，诚恳指出比附在实际功能上已成具文，与其保留贻人口实，不如径废除之。（参见沈家本：《论断罪无正条》，《历代刑法考》，第4册，第1822—1823页）

② 《修订法律大臣沈家本奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》，故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》下册，第849页。

③ 沈家本：《论断罪无正条》，《历代刑法考》，第4册，第1824页。

西方法政也有所了解，为时会所趋，提出了法本时、地、人不同因之而异的理论；劳乃宣亦有近似于法律文化类型说之观点。<sup>①</sup>但这些都不足与法律进化论的强大力量抗衡。因为它们不能解释当时进行法律变革、推行新政的根本原因。如要认同吉同钧的主张，那岂不与儒家所强调的“心同理同”相悖！<sup>②</sup>如承认劳乃宣说得有理，那么猎牧民族为何会接受汉化？！因此，在知识理论和心理方面，反对论者已是不辩先败。

更有甚者，有些反对论者也在用赞成论者所惯用的法律进化论来为自己的主张辩护。江谦<sup>③</sup>即是其一。他以进化思想来反击新派家族主义进化至国家主义之主张：礼乃“推诸百王而准，验诸万国而同”，其原理为亲亲、尊尊、贤贤。三者虽并行不悖于天地间，但各个时代有其主导原则，这些主导原则间的代替有其“次序”，所谓“次序”，“则进化之说也”：“亲亲、尊尊、贤贤，皆礼也，礼之大经也，而时代有偏胜焉，进化有次序焉，圣者不可遁也。”<sup>④</sup>这在实质上属于“西学中源”论之范畴，对此种论证方式，梁启超曾有影响广泛的深刻批评，认为这属于“牵合附会”，难免“郢书燕说”，妨碍追求真理。<sup>⑤</sup>

在政治层面上，反对论者认为比附援引属于司法范畴，而非立法行为，与预备立宪并不矛盾。既然预备立宪已成既定国是，反对论者只能在预备立宪的框架内反驳，而比附援引制度作为传统法制这个大系统中的一部分，本就与立宪这个舶来的新制度没有直接关系，这就注定了反对论者完全处于消极防御地位，只能被动从技术细节层面来主张该制度与立宪并不相矛盾；且作为传统社会的精英，其知识结构、价值观念决定了指望他们为比附援引制度在当时及以后存在的正当性作充分的积极论证，是不现实的，这成了反对论者所持理由中的最薄弱环节。这也可解释前面的统计数据，即为什么只有三分之一不到的反对论者从这个角度为比附援引制度辩护。

针对支持论者主张与文明国家法制接轨以废除领事裁判权的问题，反对论者认为能否收回领事裁判权的关键在于国家力量，尤其是军事实力上，法律接轨与否并非特别重要，没必要为了外人观瞻而自毁长城。这一点似乎有理，但仔细推敲，却有严重破绽：数年前的庚子国变即证明靠武力收回国权的根本挫败，如不效仿西方列强进行改革，如何增强国力以收回领事裁判权？如何能改变在外战中屡战屡败的困局？尽管与西方列强法律接轨未必能收回领事裁判权，但至少还有万一之望。如法律上拒绝接轨，国力又不能马上增强，那收回法权岂非完全无望？！论战至此，反

① 李贵连：《沈家本评传》，南京：南京大学出版社，2005年，第479—482页。

② 杨简：《象山先生行状》，《陆九渊集》，北京：中华书局，1980年，第388页。

③ 资政院民选议员，曾任分部员外郎。（参见《资政院议场会议速记录——晚清预备国会论辩实录》，第748页）

④ 江谦：《刑律争议平议》，《桐乡劳先生遗稿》，“新刑律修正案汇录”，第62—64页。

⑤ 梁启超：《清代学术概论》，上海：上海古籍出版社，1998年，第207—209页。

对论者已是败局已定。

总之，在这场论争中，支持论者重点阐释了法律进化理论，为废除比附援引、确立罪刑法定找到了知识上的根据，确立了心理优势，更牢固占领了预备立宪的大局，肯定比附援引制度是司法与立法混淆，妨碍收回领事裁判权。这就宣判了比附援引制度的“死刑”。在承认这两大前提之下，支持论者转而肯定反对论者对法官量刑的担心，才提出发展法律教育、培养合格的司法审判人才、编辑判决例等具体举措。由此，支持论者遂从强大的反对浪潮中突围，最终将废除比附援引、确立罪刑法定写入了新式刑法典中，为中国刑事法近代化奠定了最牢固的一块基石。尽管在整个 20 世纪，罪刑法定原则在中国刑事法的发展历程中并非一帆风顺，但这些曲折改变不了罪刑法定原则所昭示的刑事法近代化、科学化这个大方向。

尽管废除比附援引、确立罪刑法定大局已定，但社会转型并非一蹴而就，单凭几番理论交锋、纸面上的制度革新难以从根本上解决问题。支持论者尽管在理论上、心理上占据优势，更能娴熟地按照政治大局的要求来出牌，但反对论者自有深厚的社会基础和社会意识支持。对反对论者而言，支持论者的理由至多只能服其口而不能服其心，甚至更增加了他们内心的愤懑。如吉同钧在民国后即写下这样的回忆性文字：“未升半级之阶，徒积一身之病……三载空劳……始知食肉无缘，自悔挂冠不早。”<sup>①</sup> 与其过从甚密的晚清法部副大臣定成则感慨：“近年变法，新学几欲尽铲旧律，君先之以苦口，继之以笔墨，几经争论，卒不可得，不但视为一己毕生之遗憾，亦即天下后世民生之隐忧。”<sup>②</sup> 这类牵涉到根本价值层面上的论辩，不管其结局如何，论战双方只能是彼此各持己见、不改初衷。

## 结 语

晚清制定新刑律草案，废除比附援引，确定了罪刑法定原则，从思想观念上否定了专制的正当性，确立了保障民权的新目标。从这个角度来讲，可以将之视为中国刑法史上的一次“革命”，对中国刑法的近代转型意义深远。但刑法的转型又是整个社会转型的一部分，社会转型之复杂，不是任何一次“革命”就能毕其功的。本来，晚清围绕比附援引存废的论争焦点更应在知识层面上展开，即比附援引制度存在背后的思想依据是什么，实际运作情形到底如何，主要功能何在，其中是不是有些技术性 or 经验性的东西值得在新式罪刑法定之下借鉴等。可是整个争论完全进入了另外的套路，重心基本转向该制度是否遵循了进化公理，符不符合预备立宪和能

<sup>①</sup> 吉同钧：《乐素堂主人自叙赋》，《乐素堂文集》卷 3。

<sup>②</sup> 吉同钧：《论旧律与新刑律草案中律与外律可并行不悖·前法部大臣愚弟定成书后》，《乐素堂文集》卷 7。



否有助于收回领事裁判权的大局；以此为基准来决定制度的存废。由此出现了两个消极后果：一是在整个社会尤其是政治环境没有根本性变化的情况下，表面上被废除的旧制度可以通过种种方式借尸还魂；二是已建立起来的新制度在实际运作中因水土不服而走样，成为淮北之枳。

新式罪刑法定原则顺利运行并发挥其原本的正常功能，需要基本的社会条件。在晚清，以绝对确定刑为前提的比附援引被废除，罪刑法定原则取而代之，按照通例，采取了相对确定刑。编辑判决例或者颁布成文规定，以限制司法官在量刑中的舞弊行为，在一个初行罪刑法定制度的后发国家，有其绝对必要性。因此，争论双方在表面上都接受的编辑判决例的办法，值得肯定。而比附援引制度的重要功能之一就是“通过‘刑之加减’实现情罪均衡之目的，说到底也是如何做到在个案中量刑适当。明定罪刑法定、辅以判决例限定法官之自由裁量，能较好地达到‘无比附之名而有加减之实’的效果。这样一来，比附援引制度虽然被废除了，但它所承载的实现情罪均衡的积极功能和观念可望传承下来。支持论者将它视为论战的辅助策略，目的是让反对论者安心，以减少阻力；反对论者亦把它视为委曲求全、弥缝其间的无奈之举。

时至今日，如何保证具体案件中法官在法定刑范围内妥当量刑，将罪刑法定主义所要求的保障人权落到实处，有效防止司法官滥用裁量权而出现畸轻畸重之弊，仍是个亟待解决问题。清末提出的编辑判决例是一个较好的思路。遗憾的是，晚清修律者们没有给予这些细节应有的重视，后来者亦未能就此深入探索。晚清废除比附援引、确立罪刑法定争议给我们的启示是，立法者不要仅将眼光完全聚焦于抽象理论上，还应对社会现实、具体细节、传统资源有充足的调查和研究。

〔责任编辑：赵 磊 责任编辑：张芝梅〕