

# 论《大清律例》“比照”与“照”的区别

张本照

**摘要:**在《大清律例》和清代司法实践中,“比照”与“照”虽然存在着混用的现象,但两者是有区别的。“比照”定拟,与实犯有间,所以其后果与依“照”定拟之案相比有时会有区别。区分了“比照”与“照”,对我们理解清代的立法、司法及法律运用等方面具有重要意义。

**关键词:**比照 照 实犯 《大清律例》

## 一 “比照”与“照”的理解

清人说“服官不能不读律,读律不能不读例,例分八字,则以、准、皆、各、其、及、即、若之义,不可不先讲求也”<sup>①</sup>。又称“看律之法,不但律分八字之义宜玩(有字义诀),即八字之外,尚有十六字,亦宜详也”。其“十六字”,即“加、减、计、通、坐、听、依、从、并、余、递、重、但、亦、称、同”<sup>②</sup>。但是,我们在《大清律例》、《刑案汇览》等资料中常见到的“照”与“比照”二字(词),却并不在这八字和十六字中。另一方面,以前有关清代法律推理、法律解释的研究中又多未注意到“照”与“比照”的区别,或者把二者相混淆。如中村茂夫便认为“‘比附’、‘比照’可以用‘比依’、‘比引’替代,单纯的‘照’、‘依’可以视为同义语……‘照’和‘依’也经常作为‘比照’、‘比依’的略称使用”<sup>③</sup>。那么,“照”与“依”、“比照”与“比依”之间是否真如中村茂夫所言“照”和“依”也经常作为“比照”、“比依”的略称使用呢?

中村茂夫称“单纯的‘照’、‘依’可以视为同义语”,应无问题。如清代著名律学家王明德认为:“‘照’即容光必照之照,如日光照隙,一如其隙之大小、长短,不为稍增稍损也,大约与‘依’字义同。”<sup>④</sup>同治年间曾任湖州知府的杨荣绪认为:“照、从、依三字义无分别,亦有言同某论者(如虽和同强论,及同凡论之类,即照、从、依之类)。”<sup>⑤</sup>“依者,衣也。如人之有衣,大小长短各依其体。律有明条,罪实真犯,一本乎律文以定罪。故曰依。”<sup>⑥</sup>从引用律牌的意义来说,“照”与“依”的意思基本是一样的。“照”和“依”的大致意思为,在认定的犯罪情节律(例)有明文规定时,须依据该律(例)定拟。“照”(“依”)某律(例)定拟,系实犯(真犯)某律(例)所定之罪。另外,“依”的内涵实际上要大于“照”,“依者,欲附诸条,如造厌魅杀人依本杀法,依常人一体充赏,依已徒又犯徒,依杀尊长卑幼本律,依老疾幼小论之类”<sup>⑦</sup>。

“律设大法,民间情伪万变,势难该载,是以律著比照之条。”<sup>⑧</sup>问刑官在定罪量刑时可以“比照”适用,来源于《大清律例·名例律下》“断罪无正条”门的规定:“凡律令该载不尽事理,

若断罪无正条者,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,以故失论……其律例无可引用,援引别条比附者,刑部会同三法司公同议定罪名,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科断,详细奏明,恭候谕旨遵行。若律例本有正条,承审官任意删减,以致情罪不符及故意出入人罪,不行引用正条,比照别条以致畸轻畸重者,该堂官查出即将承审之司员指名题参,书吏严拿究审,各按本律治罪。”

“比照”与“照”不同。“‘比照’者,实非是律,为之比度其情罪,一照律例以科之。如以两物相比,即其长短阔狭,比而量之,以求一如其式。然毕竟彼此各具各形,不相乳水也。大凡用‘比照’定罪者,虽云亦系至死不减等,一如夫‘照’字、‘依’字等律之科法以为科,但遇赦、遇特恩、遇朝审,则可或为即行援宥,或为竟行减等,并汇题而宥减之耳。‘比照’原非真犯,是以不得同夫‘依’,亦不得同夫‘照’也。”<sup>⑨</sup>王明德认为,“照”系真犯,“比照”系非真犯,故“比照”定拟之案可在一定条件下减等。据前引《大清律例》“断罪无正条”的规定,“比照”的对象为“别条”、“他条”、“他律”,而非“正条”、“本条”、“本律”。如《大清律例·总类》“比引律条”所载比附各条,“前三十条内有已经定为正条,列入本律毋庸比照者,有与现行定例不符者,均应删除……又,拖累平人致死一条内列入刑诉讼诬告条条下作为正条,俱毋庸比依字样”<sup>⑩</sup>。总之,“比照”意为当案件“断罪无正条”时,可引用他条定拟。“比照”某律(例)非实犯该律(例)所定之罪。

“比照”与“比依”的含义基本相同,“比律(例)定拟者,用‘比依’字或‘比照’字”。又,“将某某依例(律)拟绞(斩)等因(如系‘比依’定拟者,曰比律(例))”<sup>⑪</sup>。一般来说,如“比照”的是律,为“比律”;“比照”的是例,则为“比例”(由于例的效力高于律,故“比例”更为常见,有时明显是“比律”的情况,也用成了“比例”)。“比附”<sup>⑫</sup>,更强调“比照”的过程,“比拟”、“比引”可以理解为“比附定拟”、“比附援引”。又,《大清律例·总类》附有“比引律条”<sup>⑬</sup>。如果说在清代的司法实践中,“照”与“依”还稍有区别的话,那么,“比照”和“比依”的含义和用法则基本相同。本文从引用律牌的角度进行研究,为行文方便,下文“照”与“依”,“比照”与“比依”分别作为同义词使用。

王明德又认为,“大约‘比照’与‘准’字义相似,但用‘准’字之处,皆系至死减一等,而用‘比照’处,则又不能一邀乎并减。此又‘比照’与‘准’律之微有攸分也与!”<sup>⑭</sup>“准者,与实犯有间。谓如准枉法,准盗论,但准其罪,不在除名刺字之例,罪止杖一百、流三千里。”<sup>⑮</sup>又,“比照定拟,与实犯有间……则可知比照之文,别于实犯”<sup>⑯</sup>。由此,“准”与“比照”俱“与实犯有间”。故王明德“‘比照’与‘准’字义相似”的观点是有道理的。

“‘比照’与‘准’律之微有攸分”。因为,“比照”“虽至死,亦不稍减也”,即“比照”定拟,可以比照至死;而“准”却“罪止杖一百、流三千里”,而且“律称准者,但准其罪,事相类而情轻,不在刺字、绞斩之律”<sup>⑰</sup>。如下文,“比照”定拟,可以不刺字,也可以刺字。“比照”主要用于引用律牌的场合,而“准”则不会直接在引用律牌时出现<sup>⑱</sup>。

## 二 “比照”与“照”的混用

从具体案件中可以看出“照”与“比照”的区别。如乾隆四十四年(1779年)广西北流县民陈正仁调戏唐惠志之妻陈氏,和息后唐陈氏与唐惠志先后服毒身死一案,地方官认为陈正仁所犯情事律例内究无作何治罪明文,“自应遵例比附定拟”,“将陈正仁比照但经调戏本妇羞忿自尽例拟绞监候”。刑部认为,“陈正仁调戏唐陈氏,事虽和息,后被村童耻笑,唐陈氏触起前忿,羞愧莫

释,服毒自尽。是其始终因被陈正仁调戏羞忿身死,已无疑义。陈正仁正与但经调戏本妇羞忿自尽之本例相符,并非援引比照,陈正仁合依但经调戏本妇羞忿自尽例拟绞监候,秋后处决”<sup>①9</sup>。又如嘉庆八年(1803年)浙江省秋审册内吴阿备图娶未允聚众强奸孀妇俞徐氏一案,刑部议复,“该抚以例无专条,比照强夺良家妻女奸占为妻妾律拟绞监候,入于秋审情实,业经拟结,毋庸议外……总之,该犯图赘不允而起意强奸,因起意强奸而邀人帮护,其先既有媒人吓唬之言,其后并无伙众轮奸之事。该抚将吴阿备依强夺良家妻女奸占为妻妾律拟绞,系属按律问拟,并非例无正条,比照科断”<sup>②0</sup>。在这两案中,刑部都纠正了地方的错误,将“比照”改为了“依”,说明了“依”与“比照”的用法相对立。

再看“照”与“比照”用法相对立的事例。乾隆二十五年四川巴县饶锡珍砍伤朱氏等四命身死一案,“查例载,凡杀一定非死罪三人,为首监故者仍判碎死尸、枭首示众。等语。该犯系比照杀一家非死罪三人拟以凌迟处死,今已在监病故,是否亦应照此例办理,合行飭议。为此,牌仰该司,即便查议详夺,余照部议飭遵毋违”<sup>②1</sup>。又如昭璉《啸亭杂录》载:“广侍郎兴……少聪敏,熟于案牘,每对客背卷宗如瓶泻水,不余一字……居逾年,复任刑部侍郎。时秋曹诸卿,有由久任司员擢者,皆轻渺之。侍郎阅数稿毕,即大声曰误矣!众询其故,侍郎曰,某条实有某例,而今反称比照某条。实无正例,乃反云照例云云。未审诸公业经阅目与否?稿首则朱墨淋漓皆已画诺。侍郎笑曰,不期三十年老嫗,反倒绷孩儿若是。众乃誓服。”<sup>②2</sup>由此,实有某例,应用“照”或“依”;而实无正例,应用“比照”或“比依”。刑部由久任司员擢者尚且容易出现错误,由此可见,这样的混用在当时的司法实践中还是很常见的。

“比照”与“照”有混用的情况,也存在于立法中。《大清律例》保留“比照”字样的例文,一般是“比照”他律(例)的结果。有时在制定某条例时,声明此系“比照”某律某例定拟,但在其正式入律时,却改称“照”某律某例定拟了。如《大清律例·刑律·贼盗上》“强盗”门载:“凡用药迷人已经得财之案,将起意为首及下手用药迷人,并迷窃为从已至二次,及首先传授药方之犯,均照强盗律拟斩立决。”据此例文,迷窃得财系“照”强盗律治罪。其实,“迷窃得财,系比照强盗律问拟,并非实犯强盗”<sup>②3</sup>。又如,“查律载,强盗已行而不得财者皆杖一百、流三千里,但得财者不分首从皆斩。又例载,强盗杀人、放火、烧人房屋、奸污人妻女、打劫牢狱、仓库及干系城池衙门,并积至百人以上,不分曾否得财,俱照得财律斩,随即奏请审决臬示。各等语。是强盗例应臬示者共有六项,载之科条,原专为杀人等项情罪较重之盗犯而设。例称俱照得财律斩,奏请臬示,此是就杀人等六项盗犯比照得财律之不分首从”<sup>②4</sup>。刑部明确指出了杀人等六项盗犯本系“比照”得财律,而非如《大清律例》例文所显示的俱“照”得财律。

又如《大清律例·刑律·斗殴上》“保辜限期”门某例载:“凡斗殴之案,如原殴并非致命之处,又非极重之伤,越五日因风身死者,将殴打之人免其抵偿,杖一百、流三千里……俱照殴人至废疾律,杖一百、徒三年。至正限后余限外因风身死者,止科伤罪。其因患他病身死与本伤无涉者,虽在辜限之内,仍依律从本殴伤法。”薛允升解释道:“乾隆六年原例明言原殴伤轻,自系指未破骨而言。至四十四年之例,方言破骨重伤,虽因风身死,亦不准减等也。其云照殴人至废疾律拟徒三年,系比照定罪之语,例文如此者颇多,非真殴至废疾也。若殴至废疾,尚得谓之轻伤乎?”<sup>②5</sup>又如薛允升在注解《大清律例·刑律·诉讼》“诬告”门某例时说:“从前每定一例,其科罪之处,必有照某律定拟之文,即比附定拟之意,不独此一条为然”<sup>②6</sup>。即从前每定一例,其科罪之处,必有“照”某律定拟之文,此“照”某律定拟之文本是“比附”他律(例)定拟,即“比照”他律(例)的结果,并非表明“照”即“比附”之意。若据以断言“照”与“比照”、“比附”意思相同的话,那么前引沈家本“比律例定拟者,用‘比依’字或‘比照’字”之语,为何不将“照”字提出与

“比照”和“比依”并列<sup>27</sup>？又如《新增刑案汇览》凡例载：“所辑除部颁新例及通行章程外，多系例无专条，援引比附加减定拟之案，其照例案件俱未阑入。”<sup>28</sup>如果“照”与“比照”、“比附”意思相同，那么此句以及前引王明德与杨荣绪的观点该如何解释？如果仅凭“照殴人至废疾律拟徒三年，系比照定罪之语，例文如此者颇多，非真殴至废疾也”之语，便将“照”与“比照”等同，那么，此语后半句“非真殴至废疾也。若殴至废疾，尚得谓之轻伤乎”，又该如何解释？此处“照殴人至废疾”系“真殴至废疾”，而“比照殴人至废疾”则非“真殴至废疾”也，说明“比照”定拟与实犯有间。薛允升“久官刑曹，究心法律，毫而好学，著述等身，比之古来名法专家，有过之无不及也”<sup>29</sup>，其指出“不独此一条为然”、“例文如此者颇多”，应具有很强说服力。

当然，某例原本是“比照”某律（例）的结果，后来改为“照”或“依”某律（例），有时也具深意。如《大清律例·刑律·贼盗中》“劫囚”门某例载：“纠众行劫在狱罪囚，如有持械拒杀官弁者，将为首及为从杀官之犯依谋反大逆律凌迟处死，亲属缘坐。”“此条系雍正七年定例，乾隆三十五年将首从各犯改为比照谋反大逆律定拟，遂添入妻子缘坐一层。嘉庆六年修例时因刑部先经奏准凡比照大逆定罪之案，其妻子毋庸缘坐，复将缘坐之文删去。十四年又将例内比照二字改为依字，并添亲属缘坐。窃思纠众劫狱虽属目无法纪，究与实在谋反大逆有间，例内依字仍应为比照”。终于在晚清修律，制定《大清现行刑律》时，又改回了“比照”<sup>30</sup>，正因为“比照”定拟与实犯有间，可免缘坐。虽然从引用律牌的意义上，“照”与“依”的意思基本相同，但嘉庆十四年修改时，此例并未如很多例文一样采用“照”某律（例）的表达。这也反映了本来是“比照”，却在形成条例时改为了“照”字，这样的事例很普遍，以致条例中“照”某律（例）已不能体现“照”字的本意了。

### 三 “比照”与“照”的不同结果

既然“比照”定拟，“与实犯有间”，那么“比照”某律（例）定拟之案与“照”某律（例）相比，到底会有什么不同的结果呢？《大清律例》规定，法司可以在“断罪无正条”的情况下，“比照某律某例加一等减一等科断”。前引王明德认为，“大凡用‘比照’定罪者，虽云亦系至死不减等，一如夫‘照’字、‘依’字等律之科法以为科，但遇赦、遇特恩、遇朝审，则可或为即行援宥，或为竟行减等，并汇题而宥减之耳”。王明德《读律佩觿》“成于康熙甲寅”，即康熙十三年（1674年）<sup>31</sup>，其观点大致反映了清前期的情况，其时秋审制度相对初创，故未言及秋审（秋审与朝审作为决定斩、绞监候人犯命运的制度，并无实质不同）。我们从清代的司法实践来看，王明德的这个观点还是有一定正确性的。

在清代的司法实践中，的确有些案子因为是“比照”定拟，在遇赦、遇特恩，或为即行援宥，或为竟行减等了。如道光元年（1821年）四月初七日钦奉恩诏奏定军流不准减各条款规定：“聚众结盟及邪教为从，罪在徒流以上者（被胁勉从及非聚众，亦非真正邪教，案系‘比照’定罪者，准减）。 ”<sup>32</sup>又如光绪三十年（1904年）钦奉恩诏查办军流以下人犯酌拟不准免条款规定：“有禄人实犯枉法赃未至八十两者（‘比照’定拟，及无禄人，准免）。 ”<sup>33</sup>

在遇秋、朝审时，因“比照”定拟而减等的情况也有。如宣统二年（1910年）法部奏准秋审条款载：“以他物置人耳鼻孔核致死情同谋故者，应入情实。如系‘比照’定拟情有可原者，酌拟入缓”；“因奸因盗威逼人致死者，俱入情实。如死出不虞，案系‘比照’定拟，与实在威逼有间者，尚可酌入缓决”；“诬告人致死，并致死其有服亲属之案……俱应入情实。其余若因事本可疑，一时误认，死由追拿跌溺，并非被逼自尽，及死者本非善类，无前项刁恶惨毒情形者，尚可酌入缓

决,其‘比照’诬告定拟之案亦照此办理。”<sup>34</sup>秋审情实案犯有被勾决的可能,缓决人犯不会进入勾到程序,故入缓决相对入情实是减等的。除了赦款章程、秋审条款明确规定者之外,一般情况下,“比照”定拟之案与“照”某律例之案在办理常赦、恩赦和秋、朝审时并无区别。

当然,除了王明德列举的情况,在清代的司法实践中,“比照”某律(例)定拟之案与“照”某律(例)之案还有一些不同的法律后果。如有时某律(例)规定须家属缘坐,但“比照”该律(例)时便不须缘坐。如《大清律例·刑律·贼盗上》“谋反大逆”门例文载:“除实犯反逆及纠众戕官反狱、倡立邪教、传徒惑众滋事案内之亲属,仍照律缘坐外,其有人本愚妄,书词狂悖,或希图诬骗财物,兴立邪教尚未传徒惑众,及编造邪说尚未煽惑人心,并奸徒怀挟私嫌,将谋逆重情捏造匿名揭帖,冀图诬陷,比照反逆及谋叛定罪之案,正犯照律办理,其家属一概免其缘坐。”此例于嘉庆六年修改定型后,基本得到了遵守。如道光二十六年云南马帼海原犯斩候,脱逃,胆敢纠匪千余人烧劫村寨,复领众抗拒官兵;海连升随众烧抢,复起意纠约抗拒官兵,烧街放囚,实属首祸主谋,罪大恶极,马帼海、海连升比照谋叛者斩律,从重凌迟处死。“案系比照办理,家属例免缘坐,财产亦免入官。”<sup>35</sup>

那些在《大清律例》中没有明确规定“比照”定拟有何不同的律(例),在司法实践中确为“比照”此律(例)的案件,其与“照”此律(例)相比,亦可能会有一些不同的法律后果。如某律(例)或有枭示、或有断财产、或有刺字,或有家属缘坐等内容,“比照”此律(例),因案情较轻等原因,案犯可免枭示、免酌断财产、免刺字、其家属可免缘坐等。如道光七年湖南邓必同伙窃夏正榜牧放牛只,因见伙犯被获,帮护拒捕,致毙夏正榜、夏大耀父子一家二命。邓必同“自应比例问拟,应比照杀一家非死罪二人例拟斩立决,系比附科罪,免其枭示,毋庸断给财产”<sup>36</sup>。又如道光二年吉林巴革番役张玉喜因闻知巴图巴雅尔等诈得窃贼牛只,并索取钱文,该犯随诈充差役,往拿巴图巴雅尔等吓诈牛马钱文。“将张玉喜比照诈充差役假以差遣为由,妄拿平民吓诈财物,照蠹役诈赃十两以上发近边充军罪上量减一等拟徒。系比例量减,免其枷号,并免刺字。”<sup>37</sup>又如道光二年江西余绍连等局赌威逼余以幸自尽一案,“将余绍连比照驾船诱赌一次例杖一百、徒三年。余绍魁照为从减一等,杖九十、徒二年半。均系比例问拟,免其刺字”<sup>38</sup>。

对犯罪情节和结果严重的罪犯加拟枭示、断给财产、刺字,在清代的司法实践中比较常见。即使“比照”定拟,亦非必然会使案犯得免枭示、断给财产等后果。如道光四年安徽刘洪宽与刘洪玉之妻刘韩氏通奸,起意谋毒刘洪玉,误毒刘洪玉嗣母邓氏同时殒命一案,“将刘洪宽比照谋杀总麻尊长一家二命例斩决、枭示,免其酌断财产”<sup>39</sup>。又如道光七年四川任思栋杀死穆王氏、任二姑一家二命一案,“任思栋应比照杀一家非死罪二人斩枭例拟斩立决,免其枭示,仍酌断财产一半给被杀之家养贍”<sup>40</sup>。又如道光十二年北京赵添碌盗家长期亲卑幼穿陷坟冢,开棺见尸一案,赵添碌“应比依期亲卑幼盗尊长未殓未埋尸枢开棺见尸为首例,实发云贵两广极边烟瘴充军,系旗下家奴,酌发驻防为奴,照例刺字”<sup>41</sup>。

“比照”定拟,只是意味着可以免其枭示,可以不断给财产,可以不刺字等。这正是《大清律例》“断罪无正条”的应有内容,即“比照”某律某例,可以加一等减一等科断。很多案件虽然没有声明免其刺字、毋庸断给财产等系“比照”定拟的结果,但可以看出这一结果由“比照”定拟而来。如道光五年河南王士春谋杀王进川并故杀其子王庚子父子二命一案,王士春“应比照杀一家二命斩枭例拟斩立决,免其枭示,仍奏请定夺”<sup>42</sup>。又如道光十二年景运门护军统领奏送拿获私进禁门之王亮一案,“王亮除擅入东华门杖一百轻罪不议外,应比照窃匪之徒盗仓库钱粮未得财,杖一百、徒三年例上酌加一等,杖一百、流二千里,免刺”<sup>43</sup>。

据前引《大清律例》“断罪无正条”,“比照”定拟须“详细奏明,恭候谕旨遵行”,“凡有比

照,须活拟上请,不得径请断决”<sup>④</sup>。故“比照”适用须严格遵循既定的程序。由于《刑案汇览》等清代的案件汇编并非完整的案件材料,“比照”适用的司法程序大多未能完整体现。如道光四年安徽六安州捐职州同余蟠赴部呈控廪生周合等阻考一案,《刑部比照加减成案续编》显示此案系“比照定拟”,但并未声明系“律无正条,援引他例比附”<sup>⑤</sup>。但时任安徽巡抚陶澍在奏稿中的确声明了此案“律无正条,系援引他例比附,相应遵例声明恭候圣裁”<sup>⑥</sup>。当然,《刑案汇览》收录的案件也有相对完整的,如道光十年江苏吴县粮差徐洪承催钱粮,因本官比责严紧,倡众退役,金汉等听从禀退,以致别役金玉等二十四名效尤具禀。迨该县查讯,欲将徐洪锁押,该犯首先逃逸,金玉等纷纷窜散。该案“声明律无正条,援例酌减问拟。应如所题,徐洪应比照夫役工匠人等遇有紧要差使不遵官长约束,逞刁挟制,率众颺散,以致误差,为首斩监候例上量减一等,拟杖一百、流三千里,仍声明恭候钦定。奉旨:徐洪著减等杖流。余依议”<sup>⑦</sup>。若地方官未于疏内声明系“比照”定拟,刑部则须声叙。如乾隆十一年浙江钱塘县杨芳等追逐沈圣先落水身死一案,“应如该抚所题,杨芳应比照诬告人因而致死者绞监候……查例内律例无可引用,援引别条比附,于疏内声明,恭候谕旨遵行。今此案杨芳系律例无可引用,该抚援引别条比照定拟之案,但疏内并未将比照缘由声叙。应将杨芳及姚九比照罪名之处照例声明,伏候谕旨遵行”<sup>⑧</sup>。

刑律之外,“比照”在行政法等方面也有相似的应用,只是在程序上没有刑律的要求那么严格。如乾隆二十一年七月,“吏部议奏,查捐复条例内开,凡革职外无余罪,准纳赎者,俱准捐复。等语。已属明晰……又如比照六法降革人员,既系比照定案,与实系京察大计降革者不同”<sup>⑨</sup>。又如乾隆五年十月,“吏部议复御史书山奏称,议处官员有例无正文,而旁引比照者,请令全叙例文毋许增删滋弊。等语。查比照既非正条,引用易于两可,应如该御史所请,或用一段,或引全条,均令装叙原文,不许少有增删。如有难于比照者,另议请旨。至纂修则例衙门引例比照,有例文不能概括者,即仿照律文小注,指实注释,使引用者不得通融假借。从之”<sup>⑩</sup>。有难于比照者,才另议请旨,这显然较刑律宽松。

中村茂夫因为没有区分“比照”与“照”,结果把本该归入法律推理范畴的“比照”强行纳入法律解释范畴,试图将在具体案件中“比照”适用的客体反过来解释律例。如前述,“比照”定拟,非真犯,与实犯有间。故用“比照”定拟之案反过来解释律例是行不通的。

区分了“比照”与“照”之后,我们可以将清代的法律推理和法律解释更合理地区别开来,不再将“比照”定拟纳入法律解释的范畴,而且在清代法律推理的研究上,“比照”定拟之类推适用也要与律例有明文规定时依照定拟之法律推理区别开来。此外,某些情况下的“比照”适用是否为“依法审判”,亦须引起我们的重视。

当然,由于清代司法实践中“照”与“比照”的混乱,区分什么案件是“比照”适用,什么案件是依照适用,是很复杂的,很多时候甚至是不可能的事。即便如此,我们仍可找出很多系“比照”适用的案件。在清代,完整的案件材料如刑科题本、刑案奏折(当然,这些案件须有皇帝的最后批示才算完整)在叙述案情与判决之间都会将所引用的律牌点明,如果某案系“断罪无正条”,须“比照”定拟的话,在引用律牌时,亦会引用“断罪无正条”例文。《刑案汇览》等清代的案件汇编所收案件虽然大多不算完整的案件材料,但有时也会声明某案系“断罪无正条”,或声明系比律(例)定拟,我们据此便可确定此案系“比照”适用了。

注释:

① 梁章钜:《浪迹续谈》卷1,见陈铁民点校:《浪迹丛谈续谈三谈》,中华书局1981年版,第254页。

② 《未信编》第3卷,刘俊文主编:《官箴书集成》第1册,黄山书社1997年版,第81页。

③ (日)中村茂夫:《比附的功能》,载于(日)寺田浩明主编:《中国法制史考证》丙编第4卷,《日本学者考证中国法制史重

- 要成果选译·明清卷》，中国社会科学出版社2003年版，第262页。
- ④⑨⑭王明德：《读律佩觿》卷3，法律出版社2001年版，第78、78、78—79页。
- ⑥王明德：《读律佩觿》卷2，第31页。
- ⑤杨荣绪：《读律提纲》，《丛书集成三编》第17册，新文丰出版公司1997年版，第760页。
- ⑦黄六鸿：《福惠全书》卷12，刘俊文主编：《官箴书集成》第1册，第343页。
- ⑧张伟仁主编：《明清档案》，联经出版事业公司1988年版，A161-8(3-2)、8(3-3)。
- ⑩马建石、杨玉裳主编：《大清律例通考校注》，中国政法大学出版社1992年版，第1142页。
- ⑪沈家本：《秋谳须知十卷》，见徐世虹主编：《沈家本全集》第1卷，中国政法大学出版社2010年版，第735、513页。
- ⑫沈家本言“比附”甚详，对“比附”他律，则持批评意见。见邓经元等点校：《历代刑法考(附寄笺文存)》明律目笺一“断罪无正条”，中华书局1985年版，第1807—1825页。
- ⑬该条载：“律无正条，则比引科断，今略举数条，开列于后，余可例推。”又，“比引律条原系存留备考，或有万无可引者，然后引用。若既有定例，则用例不用律也”(北京大学图书馆藏《大清律例汇编便览》卷5《名例律下》“断罪无正条”，同治十一年湖北谳局刻本)。
- ⑮《大清会典则例》卷124《刑部》。
- ⑯祝庆祺等：《刑案汇览》卷16，《续修四库全书》第868册，上海古籍出版社2002年版，第624页。
- ⑰祝庆祺等：《刑案汇览》卷19，《续修四库全书》第869册，第108页。
- ⑱“以者，与实犯同，谓如监守贸易官物，无异正盗，故以枉法论，以盗论，并除名刺字，罪至斩绞，并全科”(同前注)。表面上看，“以”与“准”意思相反，但“以者非真犯也，非真犯而情与真犯同，一如真犯之罪罪之，故曰以”(王明德：《读律佩觿》卷1，第4页)。故“以”与“准”一样，亦非实犯，“一如真犯之罪罪之”，可以“罪至斩绞，并全科”，而非如准“不在刺字、绞斩之律”。虽然“以”非真犯，“依”系真犯，两者意义不同，但因为发音相近，亦有混用的情况。如《大明律·户律·钱债》“违禁取利”律载：“监临官吏于所部内举放钱债、典当财物者，不必多取余利，有犯即杖八十，违禁取利以余利计赃重者，依不枉法论。”“明律纂注笺释诸家”即将“依”按“以”字来理解。《大清律例》本条又增加了“罪止杖一百、流三千里”的小注“罪止满流仍是用准字之义”，故《大清现行刑律》最终将改“依”字为“准”字(北京大学图书馆藏修订法律馆编订：《大清现行刑律案语》“钱债”，宣统元年铅印本)。
- ⑲⑳㉔全士潮辑：《驳案新编》，《续修四库全书》第873册，上海古籍出版社2002年版，卷18，第460页；卷7，第169—170页；卷27，第637页。
- ㉑祝庆祺等：《刑案汇览》卷8，《续修四库全书》第868册，第277—278页。
- ㉒四川省档案馆编：《清代巴县档案汇编》(乾隆卷)，档案出版社1991年版，第74—75页。
- ㉓昭槿：《啸亭杂录》卷4，中华书局1980年版，第107—108页。
- ㉔③④⑤④⑦许槿：《刑部比照加减成案续编》，《续修四库全书》第866册，卷5，第115页；卷14，第291页；卷11，第227页；卷2，第44页；卷4，第100—101页上海古籍出版社2002年版。
- ㉕②⑨薛允升：《读例存疑》卷35，第626页；卷39，第688页；《刑部奏折》，第1页，见胡星桥、邓又天主编：《读例存疑点注》，中国人民公安大学出版社1994年版。
- ㉖同样未将“照”与“比依”、“比照”并列的情况，如姚文然：《姚端恪公集》外集卷六，“断罪律无正条，比依、比照”，见《四库未收书辑刊》七辑18-625，北京出版社2000年版。
- ㉗潘文舫：《新增刑案汇览》凡例，《续修四库全书》第872册，上海古籍出版社2002年版，第465页。
- ㉘修订法律馆编订：《大清现行刑律案语》“刑律·贼盗(中)”。
- ㉙纪昀：《四库全书总目提要》卷101“子部十一”，河北人民出版社1999年版，第2578页。
- ㉚北京大学图书馆藏《大清律例汇编便览》卷四，“名例律(上)·常赦所不原”，同治十一年湖北谳局刻本。
- ㉛④④刘锦藻：《清续文献通考》卷256“刑考十五”、卷253“刑考十二”。
- ㉜北京大学图书馆藏李星沅：《李文恭公遗集》“奏议”卷14《滇督》，同治四年刻本。
- ㉝许槿：《刑部比照加减成案》卷27，《续修四库全书》第865册，上海古籍出版社2002年版，第583—584页。
- ㉞祝庆祺等：《刑案汇览》卷53，《续修四库全书》第871册，第171页。
- ㉟④④祝庆祺：《续增刑案汇览》卷8，《续修四库全书》第872册，上海古籍出版社2002年版，第125、141页。
- ㊱祝庆祺等：《拾遗备考》，《续修四库全书》第871册，上海古籍出版社2002年版，第518页。
- ㊲祝庆祺等：《刑案汇览》卷11，《续修四库全书》第868册，第405页。
- ㊳贺长龄辑：《皇朝经世文编》卷91，文海出版社1974年版，第3260页。
- ㊴陶澍：《陶云汀先生奏疏》卷8《抚皖稿》，见《陶澍全集》第1册，岳麓书社2010年版，第180—181页。
- ㊵⑤⑤《清高宗实录》卷516，乾隆二十一年七月己巳；卷128，乾隆五年十月戊申。

(作者张本照 北京大学历史系博士研究生 邮编100871)

(责任编辑 韩永福)