

# 从“类”字的应用看中国古代法律及律学的发展

陈 锐

**内容提要:**中国传统律学有着研究关键字的传统,“律母”、“律眼”即是这一传统的典型代表,但它忽略了另一关键字,即“类”字,它应当是中国传统律学的一个核心范畴。因为:第一,在中国古代法律中,如果没有“类”字及其蕴涵的分类方法、类型化方法,法律将变得繁复苛碎,就不可能出现较高水平的法律。第二,在中国古代律学作品中,如果没有“类”字及“类推解释”方法,就不可能出现高水平的律注作品。第三,在中国古代司法中,以“类”为基础的观念与方法始终居于主导地位。“类”字犹如一把打开中国传统律学大门的钥匙,其功能与作用不可替代。“类”理论及方法并非外来物,而是一种本土资源,早在战国时期荀子与墨家后学就发展出了比较系统的类理论,古人在编纂辞书、类书时也运用到了比较高超的分类技巧,它们对中国古代立法技术的提高有很大促进作用。当然,中国古代“类”理论及方法也有一定的局限性,这对中国古代法律及律学的发展产生了一定的消极影响。

**关键词:**中国传统律学 类 类型 分类 类推

陈锐,西南大学法学院教授。

## 一 引言:研究关键“字”的律学传统与律学核心范畴“类”字

中国古代律学家非常重视对法律中的关键“字”(或语词)进行研究。早在秦代,人们就开始对一些重要的法律语词进行解释,《法律答问》最后一部分几乎成了解释法律语词的词典。在汉代“律章句”中,人们解释的法律语词更多。但随着律学的发展,人们开始区分法律中的普通语词与独特的法律语词,并将注意力集中到后者之上,张斐在“注律表”中总结出的二十个“较名”<sup>〔1〕</sup>即是此一做法的代表。所谓“较名”,即具有普遍意义的

〔1〕《晋书·刑法志》,载丘汉平编著:《历代刑法志》,群众出版社1988年版,第51页。

法律语词,而非偶然进入法律之中的普通语词,由于这些语词对理解法律非常关键,因此,律学家对之进行了专门界定。

除了这些与法律内容有关的字以外,中国古代律学家还注意到,一些重要的字虽与内容无涉,但与法律规范的形式结构有很大关系,影响着人们对法律的准确理解,因此,需要专门解释与研究,这其中就有人们熟悉的“例分八字”。这一做法大约肇始于隋唐之际,程树德在《刘子栩传》中发现的“开皇律佚文”即有对“以”、“准”的最早解释。<sup>〔2〕</sup>到了宋代,人们对这八个字进行了更为全面的注解,如宋代的傅霖在《刑统赋解》中说到:“《名例》内有八字,以、准、各、皆、及、其、即、若也。以者,谓以盗论,同真犯。准者,止准其罪。皆者,罪无首从,其罪皆同。各者,各重其事。及者,连于上也。其者,反后意也。即者,文虽同而义殊。若者,会于上意也,再缴前文也。”<sup>〔3〕</sup>后人为了突出这八个字的重要性,称之为“律母”<sup>〔4〕</sup>,并认为,“必于八字义,先为会通融贯,而后可与言读法”。<sup>〔5〕</sup>除八字之外,元代的徐元瑞还专门研究了“依”、“同”、“加”、“减”、“如”、“止”、“听”、“从”、“仍”、“并”、“论”、“坐”等字,并称之为“字类”,<sup>〔6〕</sup>清代的王明德在上述“字类”基础上补充了“但”、“杂”、“照”等字,并称这些字为“律眼”。由“律眼”、“律母”这类称呼,即知这些语词在律学家眼中的分量。

中国古代律学家为什么重视这些并非表达法律概念的“字”并认为它们是读律的关键呢?这要从这些“字”在法律中的作用说起。统而言之,以上这些“字”在法律规范中充当着联接词的作用,是建构法律大厦不可或缺的材料。它们要么是支撑整个法律大厦的骨架,要么如铆钉一样,将法律规范的不同部分联系起来。如果缺少这些字,整个法律将如同一盘散沙。<sup>〔7〕</sup>

当然,中国古代律学家总结出的这些“字”仍不够全面,尚有一些重要的“字”没有列入其中。比如,“类”字在中国古代法律中起着非常重要的作用,但它似乎没有引起律学家太多的注意。应当说,这是一件非常遗憾的事,因为“类”字实为中国古代律学的一个核心范畴,其作用不可低估。第一,在中国古代法律中,如果没有“类”字及与之相关的分类方法、类型化方法,法律将变得繁复、苛碎,就不可能出现如唐律那样具有较高水平的法律。第二,在中国古代律学作品中,如果没有“类”字及建立在“类”观念基础上的“类推解释”方法,就不可能出现高水平的律注作品。第三,在中国古代司法活动中,以“类”为基础的观念与方法始终居于主导地位,如果缺乏“类”观念,司法活动能否顺利进行就是难以想象的。由于“类”字及潜在于其下的法律方法在中国古代的立法、司法乃至于学理方面具有如此重要的作用,因此,与之相关的研究就显得特别必要。它犹如一把打开中国古

〔2〕 程树德著:《九朝律考》,中华书局 2003 年版,第 431 页。

〔3〕 傅霖著:《刑统赋》,载沈家本编:《枕碧楼丛书》,知识产权出版社 2006 年版,第 139 页。

〔4〕 “律母”之说,常见于王肯堂、王明德等的律学著作中,但谁最先提出“律母”这一说法,似未确定。《王肯堂笺释》曰:“例分八字乃制律之本义也,世传谓之律母。”参见王肯堂著:《王肯堂笺释》,清顾鼎重辑,载《四库未收书辑刊》(第 1 辑第 25 册),北京出版社 1997 年版,第 278 页。

〔5〕 王明德著:《读律佩觿》,法律出版社 2001 年版,第 2 页。

〔6〕 徐元瑞著:《吏学指南》,浙江古籍出版社 1988 年版,第 57 页。

〔7〕 陈锐:《“例分八字”考释》,《政法论坛》2015 年第 2 期,第 167 - 183 页。

代律学大门的钥匙,其功能与作用是任何其他语词不能替代的。

## 二 “类”字在中国古代立法中的作用： 从史料分析入手

研究伊始,需要澄清这样一种观念,即“类”、“类型”、“类比”、“类推”以及“分类”等词带有强烈的西方式的逻辑意味,如果用它们来分析中国古代的法律及律学,似乎有“据西释中”之嫌。其实不然!与“类”有关的上述理念、方法实属中国本土资源,我们的老祖宗很早就发展出了丰富的“类”理论。

### (一)作为本土资源的“类”理论及分类方法

在中国古代典籍中,很早就有“类”字出现。最初,它是作为祭名而存在的,《尚书·尧典》有“肆类于上帝,禋于六宗”之说,《周礼·春官宗伯上》中亦有“凡师甸,用牲于社宗则为位。类造上帝,封于大神,祭兵于山川亦如之”<sup>[8]</sup>之语。“类”字带有“分类”、“类别”等含义则要到春秋时期。《左传》中出现了大量的“类”字,其中既有“族类”的意义,如,“神不歆非类,民不祀非族”<sup>[9]</sup>“非我族类,其心必异”<sup>[10]</sup>又有“物类”的含义,如“六物不同,民心不一,事序不类,官职不则”<sup>[11]</sup>“先王之济五味,和五声也,以平其心,成其政也。声亦如味,一气、二体、三类、四物、五声、六律、七音、八风、九歌,以相成也”<sup>[12]</sup>。

人们有意识地对“类”进行研究、形成比较系统的“类”理论,则要到战国时期。其时,儒家的荀子及墨家后学都发展出了有中国传统特色的“类”理论。荀子明确地提出,作为一个“大儒”,需要借助“类”来把握事物,“法先王,一制度,以浅持博,以古持今,以一持万……奇物怪变,所未尝闻也,所未尝见也,卒然起一方,则举统类而应之”<sup>[13]</sup>因为“物类之起,必有所始。荣辱之来,必象其德……草木畴生,禽兽群焉,物各从其类也。”<sup>[14]</sup>至于如何“推类”,荀子主张,首先应“以人度人,以情度情,以类度类,以说度功,以道观尽”<sup>[15]</sup>荀子相信,“同类者必同情”;其次要借助感觉器官和思维器官(“心有征知”)的帮助,通过与事物相接触,发现事物的同异之处。荀子认为,“然则何缘而以同异?曰:缘天官……形体、色、理,以目异;声音清浊,调竽奇声以耳异;甘、苦、咸、淡、辛、酸、奇味以口异;香、臭、芬、郁、腥、臊、洒、酸、奇臭以鼻异;疾、养、沧、热、滑、铍、轻、重以形体异;说、故、喜、怒、哀、乐、爱、恶、欲以心异。心有征知。征知则缘耳而知声可也,缘目而知形可也,然

[8] 李学勤主编:《周礼注疏》,北京大学出版社1999年版,第432页。

[9] 杨伯峻编:《春秋左传注》,中华书局1981年版,第276页。

[10] 杨伯峻编:《春秋左传注》,中华书局1981年版,第782页。

[11] 杨伯峻编:《春秋左传注》,中华书局1981年版,第1197页。

[12] 杨伯峻编:《春秋左传注》,中华书局1981年版,第1198页。

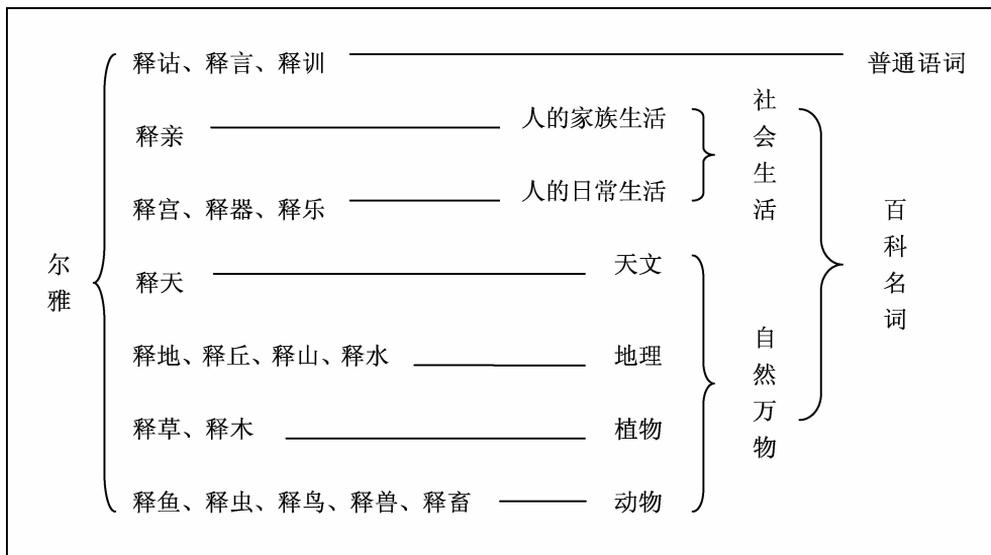
[13] 王先谦撰:《荀子集解》,中华书局1988年版,第135页。

[14] 王先谦撰:《荀子集解》,中华书局1988年版,第1页。

[15] 王先谦撰:《荀子集解》,中华书局1988年版,第86页。

而征知必将待天官之当薄其类然后可也。”<sup>[16]</sup> 荀子的理由是：“类不悖，虽久同理。”<sup>[17]</sup> 至于具体的“推类”方法，荀子并没有过多论述，只有战国时期的墨家学派才发展出了系统而具体的推类方法学说。墨家学派主张，推类应遵守“以类取、以类予”<sup>[18]</sup> 的原则，同时依靠“辟”、“侔”、“援”、“推”等方法，具体论述可参见后人称为《墨辩》<sup>[19]</sup> 的六篇文章，即《大取》、《小取》、《经上》、《经下》、《经说上》、《经说下》。

除了“类”理论以外，中国古代的人们很早就能熟练地运用分类方法。比如，人们习惯于将事物分成对极性的两部分，如阴阳、乾坤、男女、天地，等等，这实际上就是在运用“二分法”。并且，在中国古代，人们很早就进行了辞书编纂活动，成书于战国末年的《尔雅》是中国历史上第一部按义类编排的综合性辞书。<sup>[20]</sup> 通过这本辞书，大致可以了解中国古代是如何进行分类的。据学者胡奇光考察，《尔雅》从内容上可分为两大部分：《释詁》、《释言》、《释训》是对普通语词的解释，《释亲》、《释宫》等十六篇是对百科名词的解释。百科名词又被分为社会生活与自然万物两方面；社会生活名词则涵括了家族关系和日常生活两个小类，自然万物名词又被进一步分为天文、地理、植物、动物等名词，如此就形成了一个庞大的分类体系<sup>[21]</sup>：



图一

[16] 王先谦撰：《荀子集解》，中华书局 1988 年版，第 87 页。

[17] 王先谦撰：《荀子集解》，中华书局 1988 年版，第 87 页。

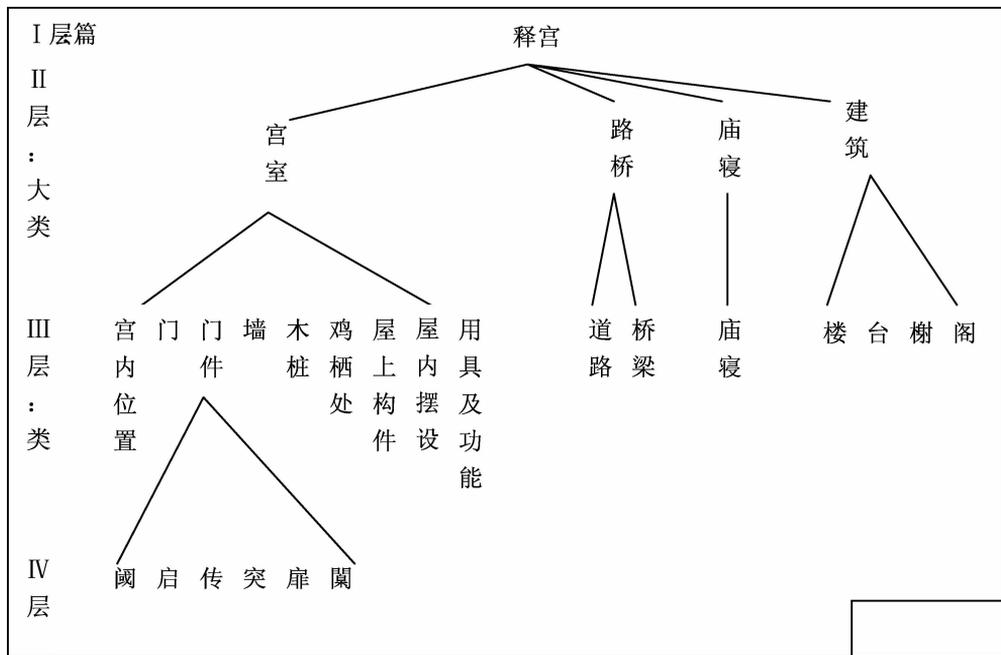
[18] 孙诒让撰：《墨子间诂》，中华书局 2001 年版，第 417 页。

[19] 谭戒甫著：《墨辩发微》，中华书局 1964 年版，第 35 - 390 页。

[20] 《尔雅》的作者及成书年代难以考证。学者胡奇光、方环海根据《尔雅》所涉词条的内容及编纂体例推测，古本《尔雅》应成书于战国末、秦代初，到了西汉初期才开始定稿。参见胡奇光、方环海著：《尔雅译注》，上海古籍出版社 2012 年版，第 3 页。

[21] 胡奇光、方环海著：《尔雅译注》，上海古籍出版社 2012 年版，第 2 页。

学者管锡华以“释宫”为例,对《尔雅》的义类体系进行了更加清楚的揭示<sup>[22]</sup>:



图二

由以上两图可知,到了战国末年,古人对世界的认识已比较深入,并懂得如何对世间万物进行分类。管锡华认为,在中国自然科学史上,《尔雅》是最早有系统地给自然科学进行分类的著作,一般人认为的“中国只是在近现代才对自然科学进行分类”的观点是站不住脚的。<sup>[23]</sup> 管锡华的这一观点似乎也存在一些问题,因为中国古代是否存在现代意义上的“自然科学”是高度成疑的。但无论如何,它揭示了中国古代的人们很早就掌握了分类技术,虽然他们没有系统地总结出分类理论,但并不妨碍他们在实践中熟练地运用分类技术,包括在立法及撰写律学作品时运用比较高超的分类技术。由此,可以得出结论:由于中国古代的人们很早就掌握了分类技术,因此,中国古代法律及律学发展的技术条件早已具备,根本无需外求。

## (二)从史料的角度看“类”字在中国古代立法中的作用

随着中国古代“类”理论的成熟,“以类为基础进行推导”逐渐成为人们认识世界的重要手段,并渗透到了法律领域。荀子最早注意到“类”理论对于法律的重要性,曾明确地提出:“有法者以法行,无法者以类举,以其本知其末,以其左知其右,凡百事异理而相守也。庆赏刑罚,通类而后应。”<sup>[24]</sup> 这大概是最早明确地强调“在无法时需借助类推方法补充法律漏洞”的论述了。荀子还强调了法律中“以类相从”的重要性:“庆赏刑罚,皆以类

[22] 管锡华:《〈尔雅〉译著前言》,载《尔雅》,管锡华译著,中华书局2014年版,第3页。

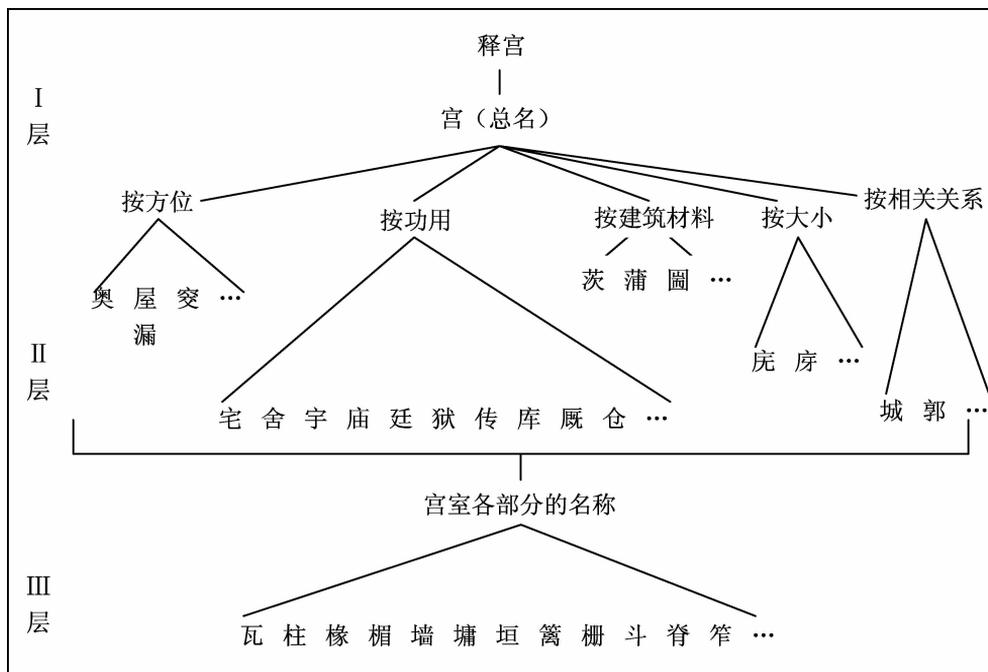
[23] 管锡华:《〈尔雅〉译著前言》,载《尔雅》,管锡华译著,中华书局2014年版,第4页。

[24] 王先谦撰:《荀子集解》,中华书局1988年版,第573页。

相从者也。一物失称，乱之端也。德不称位，能不称官，刑不当罪，不祥莫大也。”<sup>[25]</sup> 如果套用现代语言对荀子的“类举”、“类从”思想进行解释，会发现，他的“类举”、“类从”方法无非是后人所说的“分类”、“归类”方法，亦即立法时要恰当地分类，司法时要适当地归类、类推。

虽然不敢妄言，荀子的这一思想对战国时期诸侯国的立法有直接影响，但战国末年日渐成形的分类方法在当时的立法中发挥了一定作用，那是确定无疑的。据《晋书·刑法志》记载，李悝对战国时期诸侯国通行的一些法律进行了分门别类的整理，最终形成了《法经》。李悝将《法经》分为六个部分，即《盗法》、《贼法》、《囚法》、《捕法》、《杂法》与《具法》，他的分类依据就是“以类相从”。他发现，轻狡、越城、博戏、借假、不廉、淫侈、逾制等行为难以恰当地归类，不得不另辟《杂律》，将这些行为纳入其中。<sup>[26]</sup>

到了汉代，分类技术又有了新的进步，这集中地反映在刘熙所撰的《释名》中。与成书于战国末年的《尔雅》相比，《释名》的分类更加细密。一方面，从大类看，《释名》共分二十七个大类，比《尔雅》多出八个大类；并且，它将《尔雅》中的“器物”进一步拆分为“用器”、“乐器”、“兵器”、“衣服”、“首饰”、“床帐”、“彩帛”等几个大类，其细密程度无疑较《尔雅》又进了一大步。另一方面，在具体的大类之下，小类的区分也更加合理。不妨以“释宫”为例说明这一问题：



图三

[25] 王先谦撰：《荀子集解》，中华书局 1988 年版，第 574 页。

[26] 《晋书·刑法志》，载丘汉平编著：《历代刑法志》，群众出版社 1988 年版，第 46 页。

比较图二与图三,就会发现,《释名》解释的“宫”的种类比《尔雅》要多得多,并且,它将那些不属于“宫”的“道路”、“桥梁”从大类中清除了出去,这使得其分类更加合理。而且,《释名》对这些名称的由来及语义也解释得更加清楚。

汉代学者在语词的分类及释义方面取得的上述进步很快反映到律学家的注律活动中。一方面,《释名》惯用的“语词定义”方法为律学家们所吸纳,成为一种主要的注律方法;另一方面,汉代律学家在注律时更自觉地运用了分类方法,取得了不俗的成果。据《晋书·刑法志》载,应劭“撰具《律本章句》、《尚书旧事》、《廷尉板令》、《决事比例》、《司徒都目》、《五曹诏书》及《春秋决狱》……又集《议驳》三十篇,以类相从……”<sup>[27]</sup> 司徒鲍公“撰《嫁娶辞讼决》,为《法比都目》,凡九百六卷……率皆集类为篇,结事为章”<sup>[28]</sup> 这些律学家从事的无非是把散乱的章句、旧事、比例等汉代认可的正式法源汇编成册,即“以类相从”、“集类为篇”,使之成为可资援引的法律系统,这实际上是一种立法活动。虽然汉代律学家所立的这些“法律”已经散佚,以致今天的人们难窥其真实面目,但从史料记载的只言片语看,汉代律学家在立法方面肯定取得了较前代更大的进步,且这些进步是与分类方法的进步分不开的。

随着时间推移,分类方法对于立法的重要性日益凸现出来。从《晋书·刑法志》的论述中,能明显感知到分类方法的进步与法律进化的紧密关系。据《晋书·刑法志》记载:“(汉律)《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》。《贼律》有欺谩、诈伪、逾封、矫制,《囚律》有诈伪生死,《令丙》有诈自复免,事类众多,故分为《诈律》。《贼律》有贼伐树木、杀伤人畜产及诸亡印,《金布律》有毁伤亡失县官财物,故分为《毁亡律》。《囚律》有告劾、传覆,《厩律》有告反逮受,科有登闻道辞,故分为《告劾律》。《囚律》有系囚、鞫狱、断狱之法,《兴律》有上狱之事,科有考事报讞,宜别为篇,故分为《系讯》、《断狱律》。《盗律》有受所监受财枉法,《杂律》有假借不廉,《令乙》有呵人受钱,科有使者验赂,其事相类,故分为《请赇律》。《盗律》有勃辱强贼,《兴律》有擅兴徭役,《具律》有出卖呈,科有擅作修舍事,故分为《兴擅律》。《兴律》有乏徭稽留,《贼律》有储峙不辨,《厩律》有乏军之兴,及旧典有奉诏不谨、不承用诏书,汉氏施行有小愆之反不如令,辄劾以不承用诏书乏军要斩,又减以《丁酉诏书》,《丁酉诏书》,汉文所下,不宜复以为法,故别为之《留律》。秦世旧有厩置、乘传、副车、食厨,汉初承秦不改,后以费广稍省,故后汉但设骑置而无车马,则律犹著其文,则为虚设,故除《厩律》,取其可用合科者,以为《邮驿令》。其告反逮验,别人《告劾律》。上言变事,以为《变事令》,以惊事告急,与《兴律》烽燧及科令者,以为《惊事律》。《盗律》有还赃界主,《金布律》有罚赎入责以呈黄金为价,科有平庸坐赃事,以为《偿赃律》。律之初制,无免坐之文,张汤、赵禹始作监临部主、见知故纵之例。其见知而故不举劾,各与同罪,失不举劾,各以赎论,其不见不知,不坐也,是以文约而例通。科之为制,每条有违科,不觉不知,从坐之免,不复分别,而免坐繁

[27] 《晋书·刑法志》,载丘汉平编著:《历代刑法志》,群众出版社1988年版,第45页。

[28] 《晋书·刑法志》,载丘汉平编著:《历代刑法志》,群众出版社1988年版,第45页。

多,宜总为免例,以省科文,故更制定其由例,以为《免坐律》。”<sup>[29]</sup>

《晋书·刑法志》中的这一段落长期不太为人所重视,其实,它详尽地介绍了曹魏在制定《新律》时如何对汉律的内容重新进行分类(其中多次用到“分为”、“别人”、“别为”、“分别”等词,即表示“分类”的意思),最终使得曹魏《新律》不仅在结构上而且在内容上变得更加合理。从这一段落中,既可以看到汉以来日渐完善的分类技术对古代立法产生的积极作用,又可以看到曹魏的律学家对中国古代分类技术发展作出的贡献。并且,由此不难得出结论:立法过程是一个不折不扣的分类过程。分类越合理,则法律越科学,反之亦然。因此,作为一个立法者,首先必须是一个高明的分类学家。

或许对曹魏《新律》的分类仍不满意,晋代的人们又一次以汉律为基础,进行了新的分类。据《晋书·刑法志》载:“就汉九章,增十一篇,仍其族类,正其体号,改旧律为《刑名》、《法例》,辨《囚律》为《告劾》、《系讯》、《断狱》,分《盗律》为《请贼》、《诈伪》、《水火》、《毁亡》,因事类为《卫宫》、《违制》,撰《周官》为《诸侯律》,合二十篇。”<sup>[30]</sup>亦即,《泰始律》一方面继承了汉律原先的分类,即“仍其族类”,另一方面又进行了新的分类,即“改……,辨……,分……”,并增加了新的事类。此次调整同样取得了较好的效果,史称“蠲其苛秽,存其清约,事从中典,归于益时”。<sup>[31]</sup>

如上所示,上古时期的人们在制定法律时,面临的最大问题是如何对法律的内容进行合理的分类。经过汉、晋律学家的努力,这一问题在晋代以后在一定程度上得到了解决,因为在此后的朝代,人们对法律结构进行的调整无论在力度还是在范围上都要小很多。这种微调持续了很长时间,自南北朝以迄隋唐,一直没有停止过。到了唐代,中国古代法律的结构才逐渐稳定下来,并保持了数百年之久。

到了明清时期,人们对法律的结构又进行了新的调整,从中仍能发现“类”字的影响。据《明史·刑法一》记载,明太祖平武昌后,即议律令,曾令左丞相李善长为律令总裁官,命大理卿周桢等取所定律令,“类聚成编,训释其义,颁之郡县,名曰《律令直解》”。<sup>[32]</sup>明早期的法律结构与唐律几乎一模一样,但洪武二十二年,明太祖又要求刑部将历年颁布的条例“编类颁行”,令翰林院同刑部官“取比年所增者,以类附入”<sup>[33]</sup>,最终形成了《大明律》,其结构与唐律相比已有了较大差异——“明律以名例居首,其次则分隶于六部,合计三十门,凡四百六十条”。<sup>[34]</sup>具体分类如下:

“为卷凡三十,为条四百有六十。名例一卷,四十七条。吏律二卷,曰职制十五条,曰公式十八条。户律七卷,曰户役十五条,曰田宅十一条,曰婚姻十八条,曰仓库二十四条,曰课程十九条,曰钱债三条,曰市廛五条。礼律二卷,曰祭祀六条,曰仪制二十条。兵律五卷,曰宫卫十九条,曰军政二十条,曰关津七条,曰厩牧十一条,曰邮驿十八条。刑律十一

[29] 《晋书·刑法志》,载丘汉平编著:《历代刑法志》,群众出版社 1988 年版,第 47-48 页。

[30] 《晋书·刑法志》,载丘汉平编著:《历代刑法志》,群众出版社 1988 年版,第 50 页。

[31] 《晋书·刑法志》,载丘汉平编著:《历代刑法志》,群众出版社 1988 年版,第 50 页。

[32] 《明史·刑法一》,载丘汉平编著:《历代刑法志》,群众出版社 1988 年版,第 510 页。

[33] 《明史·刑法一》,载丘汉平编著:《历代刑法志》,群众出版社 1988 年版,第 510 页。

[34] 《清史稿·刑法一》,载丘汉平编著:《历代刑法志》,群众出版社 1988 年版,第 563 页。

卷,曰盗贼二十八条,曰人命二十条,曰斗殴二十二条,曰骂詈八条,曰诉讼十二条,曰受赃十一条,曰诈伪十二条,曰犯奸十条,曰杂犯十一条,曰捕亡八条,曰断狱二十九条。工律二卷,曰营造九条,曰河防四条。”<sup>[35]</sup>

从《明史》的这一记载看,《大明律》对《唐律》的结构进行了较大调整。首先,在大的结构上,《大明律》在《唐律》的类罪名之上增加了一个新的层级,即吏律、户律、礼律、兵律、刑律、工律;其次,在小的方面,为了对应以上结构,《大明律》又不得不对《唐律》的内容进行了诸多调整,以便将相关规定分别纳入新的大类之下。这方面的调整数量众多,难以尽述,其规模直逼曹魏制定《新律》之时。可以这样说,这是中国古代法律发展史上两次对法律结构进行的大调整之一。由于这次调整比较彻底,以致清代的律学家们制定《大清律》时只好“大都沿明之旧”<sup>[36]</sup>,亦即在结构方面完全继承了明律的分类,不再做太多的改变。

由上观之,中国古代立法史实际上是一部分类史。一方面,中国古代立法每一次获得大的进展,都与“类”及分类方法的广泛运用、进步有直接关联;另一方面,中国古代的每一次立法又或多或少地推动了传统分类技术的发展。<sup>[37]</sup>“类”及“分类”方法与中国古代的立法之间存在一种共生共荣关系。

### 三 “类”字在中国古代法律中的作用： 从法条分析入手

上文从法律发展史的角度,依据史料的明确记载,粗线条地勾勒了立法(或法律发展)与“类”字及其代表的分类方法之间的紧密关系,但对于“类”字在法律中到底起何种作用,尚未触及,这需要从细部刻画“类”字在具体法条中是如何运用的。为此,需要对“类”字在中国古代法律中的运用情况做一番考察。

虽然史书对“类”字在立法中的作用言之凿凿,斑斑可考,但“类”字出现于成文法的律条之中时间较晚,从现今出土的一些重要的秦汉法律史料中,尚不能从律条中发现“类”字。保守一点说,起码没有发现“类”字的大规模应用。

“类”字大规模地出现于律条之中应自唐律开始。据不完全统计,在《唐律疏议》中,“类”字出现约 600 余次,其中,正律中出现 52 次,《疏议》中出现 550 余次。在唐律中,“类”字到底起何种作用,需要具体分析。

[35] 《明史·刑法一》,载丘汉平编著:《历代刑法志》,群众出版社 1988 年版,第 511 页。

[36] 《清史稿·刑法一》,载丘汉平编著:《历代刑法志》,群众出版社 1988 年版,第 568 页。

[37] 了解中国古代分类思想及其发展的主要路径有四:(1)古代的辞书,如《尔雅》、《释名》、《广雅疏证》,等等;(2)古代类书,如《艺文类聚》、《太平御览》、《古今图书集成》,等等;(3)古代的科学著作,如《本草纲目》,等等;(4)古代的法典,如《唐律疏议》、《大明律》,等等。本文主要涉及两个路径,即从古代的辞书与法典中看中国古代分类思想的发展。按照学者刘刚的观点,自唐代以来,中国古代的分类思想就受到了儒家“类”观念的影响,无一例外地被限定在“天、地、人、事、物”的分类框架中,表现出强烈的同化趋势。以致到了明清时期,这种状况仍无大的改观。参见刘刚著:《隋唐时期类书的编纂及分类思想研究》,东北师范大学硕士学位论文,2004 年。如果比较唐律与大清律的条文,仍能发现这一特点。

在唐律中,“类”字大多是以“之类”的形式出现的。其应用大致可分为两种情形:一是演绎性应用,即首先一般地界定某一概念的内涵,然后列举这一概念的部分外延,并用“之类”代表那些未穷尽的外延,这是唐律中“之类”应用的最典型情形。如,“十恶”条的“律中注”首先对“谋叛”的内涵做了清楚的界定,即谋背国从伪,然后,《疏议》又从外延的角度进行了解释:“有人谋叛本朝,将投蕃国,或欲翻城从伪,或欲以地外奔。”<sup>[38]</sup>即谋叛主要有三种情形。或许担心上述解释还不明确,《疏议》又举例说:“即如苜牟夷以牟娄来奔,公山弗扰以费邑叛之类。”<sup>[39]</sup>

二是归纳性应用,即人们首先举出一些特殊情形,然后,归纳出一般结论。这在《唐律疏议》中也很常见,它常以“如此之类”的形式出现。如,“共犯罪本罪别”条规定:“若本条文‘皆’者,罪无首从;不言‘皆’者,依首从法。”<sup>[40]</sup>这一规定本来已经非常清楚,但为了更清楚地解释这一条文,《疏议》首先举出了特例,然后以“如此之类”的形式,归纳性地得出一般结论:“案贼盗律:‘谋杀期亲尊长、外祖父母,皆斩。’如此之类,本条文‘皆’者,罪无首从。不言‘皆’者,依首从法科之。又,贼盗律云:‘谋杀人者,徒三年。假有二人共谋杀,未行事发,造意者为首,徒三年;从者徒二年半。’如此之类,不言‘皆’者,依首从法。”<sup>[41]</sup>

由上可以看出,无论是演绎性应用,还是归纳性应用,唐律经常用到“之类”这一语词。之所以如此,都是因为“之类”指称的对象难以尽举的缘故,《唐律疏议》对此多有解释:“称‘之类’者,品目至多,略举宏纲,不可备载,故言‘之类’”<sup>[42]</sup>,“此色既多,故云‘之类’”<sup>[43]</sup>

如果再考察唐律中“类”字指称的对象,则“类”字的作用更加明了。在唐律中,“类”字指称的对象共有三种:一是事类,即由具有共同属性的事情组成的类。由于这些事类大多牵涉人的行为,因此,姑且称之为“行为类”。如“征人巧诈避役”条规定:“诸临军征讨,而巧诈以避征役……”,<sup>[44]</sup>由于认识到“巧诈”是构成此罪的关键,因此,“律中注”对之进行了解释:“谓若诬告人、故犯轻罪之类。”<sup>[45]</sup>《疏议》又做了进一步解释:“‘巧诈百端’,或有诬告人罪,以求推对;或故犯轻法,意在留连;或故自伤残;或诈为疾患。奸诈不一,故云‘百端’。不可备陈,故云‘之类’。”<sup>[46]</sup>也就是说,在实际生活中,巧诈行为多种多样,本条只列举了“诬告人罪”、“故犯轻法”、“故自伤残”三种典型的“巧诈行为”,那些未被列举的巧诈行为只能以“之类”这一语词朦胧概括。唐律的这一规定及其解释过程实际上是在建构一个具有“巧诈”属性的行为类型。由于法律主要用来调整人的行为,因此,建构

[38] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 8 页。

[39] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 8 页。

[40] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 93 页。

[41] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 93 页。

[42] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 73 页。

[43] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 31 页。

[44] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 261 页。

[45] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 261 页。

[46] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 262 页。

行为类型是立法的关键。

二是物类,即“之类”指称具有共同属性的具体事物。如,“略和诱人”条中有“私有禁物”这一法律概念,“律中注”将之解释为:“谓非私所应有者及禁书之类。”<sup>[47]</sup>《疏议》又进一步将之分解为“非私所应有者”、“禁书”、“之类”三个概念,并揭示其指称的具体事物:“‘谓非私所应有者’,谓甲弩、矛之类。及‘禁书’,谓天文、图书、兵书、七曜历等,是名‘禁书’。称‘之类’者,谓玄象器物等,既不是书,故云‘之类’。”<sup>[48]</sup>这一规定及其解释过程是在建构犯罪对象的类型。

三是伦类,即“之类”指称由具有诸般人伦关系的主体组成的类。如“不睦”条规定:“殴告夫及大功以上尊长、小功尊属……”,<sup>[49]</sup>为明了“大功以上尊长、小功尊属”的准确范围,《疏议》进一步解释说:“大功长者,谓从父兄姊是也。‘以上’者,伯叔父母、姑、兄姊之类。小功尊属者,谓从祖父母、姑,从祖伯叔父母、姑,外祖父母,舅、姨之类。”<sup>[50]</sup>由于这些主体大多是法律责任的承担者,因此,建构伦类的过程就是建构法律主体类型的过程。

至此,“类”字在唐律中的作用逐渐明晰,即“之类”的作用无非是建构类型,以便相似情形得到相似处理,这一做法的好处在于:它使得法律规定可以覆盖尽可能大的范围,进而避免法律漏洞。在唐以后的一些法律中,“类”字的功能与作用一直没有发生大的改变。

以上分析侧重于正面分析,如果再辅以反面考察,则上述论断或许更有说服力。因此,可以接着追问:如果法律中缺乏“类”字,会产生什么后果?不妨比较唐律与汉律的相关规定,以说明这一问题。如,在《二年律令》中,丢失印信、书符等物的规定非常简单,且分布于多条之中:“亡印,罚金四两”;<sup>[51]</sup>“亡书、符券、入门卫木久,塞门、城门之齧(钥),罚金各二两”;<sup>[52]</sup>“盗书、弃书官印以上,耐”。<sup>[53]</sup>在唐律中,相关的规定被合并纳入到《杂律》的两条之中,“弃毁官私器物”条规定:“诸弃毁、亡失及误毁官私器物者,各备偿。谓非在仓库而别持守者。若被强盗者,各不坐、不偿。即虽在仓库,故弃毁者,征偿如法。其非可偿者,坐而不备。谓符、印、门钥、官文书之类。”<sup>[54]</sup>“亡失符印求访”条规定:“诸亡失器物、符、印之类,应坐者,皆听三十日求访,不得,然后决罪。若限内能自访得及他人得者,免其罪;限后得者,追减三等。官文书、制书,程限内求访得者,亦如之。即虽故弃掷,限内访得,听减一等。”<sup>[55]</sup>

如果比较唐律与汉律的上述规定,就会发现,两者在立法技巧上高下立判。因为唐律在对行为或对象进行规定时,采取的是建构类型的方式,它由三个部分组成,即“抽象规

[47] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第73页。

[48] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第74页。

[49] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第15页。

[50] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第15页。

[51] 朱红林著:《张家山汉简〈二年律令〉集释》,社会科学文献出版社2005年版,第51页。

[52] 朱红林著:《张家山汉简〈二年律令〉集释》,社会科学文献出版社2005年版,第52页。

[53] 朱红林著:《张家山汉简〈二年律令〉集释》,社会科学文献出版社2005年版,第52页。

[54] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第15页。

[55] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第443页。

定 + 具体事例 + 之类”。<sup>[56]</sup> “抽象规定”起到了限定“之类”范围的作用,“具体事例”例示某一概念类型的有限对象,“之类”则指称某一概念类型中被省略的对象。这三者在明确概念时各有所司,互为补充,构成了一个完善的整体。而汉律往往只有个别性规定,缺少“抽象规定”与“之类”概念,这一方面使得汉律的规定涵括范围过于狭窄,另一方面不可避免地留下了很大的法律漏洞。

通过以上比较,“类”字在法律中的重要性凸显了出来,使人不可忽视,因为伴随着“类”字出现的是“类型化”思维<sup>[57]</sup>方式的引入。可以这样说,以“类型”替代“个别性规定”是立法技术发展过程中的一大飞跃,故而“类”的重要性不言而喻。

因此,可以得出这样的结论:一部法律的完善程度、水平的高低与“类”字的运用情况直接相关。如果说得绝对一点就是:如果无“类”字及潜在于其下的类型化方法,就无中国古代的法律。并且,正是由于立法活动中大量地运用了“类”字,并主张“称之类者,自须以类求之”,<sup>[58]</sup>才使得唐律可以自信地宣称:“诸断罪皆须具引律令格式正文”、<sup>[59]</sup>“犯罪之人,皆有条制,断狱之法,须凭正文,若不具引,或致乖谬。”<sup>[60]</sup>

## 四 “类”字对中国律学的影响: 从律注作品的角度看

“类”字不仅在中国古代立法及法律发展过程中起着重要作用,而且在中国古代律注活动中也起着重要作用,甚至可依据“类”字出现的频率与类推解释的运用情况来判断一部律注作品的水平高低。如果一部律注作品中“类”字出现得越少、运用类推解释越少,则这部律注作品的水平就越低;反之,如果一部律注作品中“类”字出现得越多、运用类推解释越多,则这部律注作品的水平就越高。以下,将选用一些分属不同时期的律注作品进行比较,进而证明上述论断。

从时间上看,现今出土的最早律注作品当属秦代的《法律答问》。在这本律注作品中,虽然同样不能发现“类”字,但仍可发现“类”的印迹,因为秦代的注律者们已开始运用一定的分类方法揭示抽象的法律规定。如在解释与盗窃罪有关的规定时,当时的解释者多次运用“二分法”:

第一,夫千钱,妻所匿三百,可(何)以论妻? 妻智(知)夫而匿之,当以三百论为;不智(知),为收。<sup>[61]</sup>

[56] 本文前面将唐律中“之类”的应用情形分为演绎性应用与归纳性应用,无论哪种情形,都是由三部分组成,只不过三部分在顺序上有差异。

[57] 在中国古代律学作品中,根本找不到“类型化”一词,此处只是从西方法律方法理论中借用这一语词,用以指称“将某一类事物或现象纳入某一法律范畴之下”这样一种立法技巧。不能因为中国古代律学著作中没有出现过这一语词,就否认中国古人曾运用过这一立法技术;正如不能因为中国古代没有“逻辑”这一语词,就否认中国古代有类似于西方的逻辑学存在。

[58] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 166 页。

[59] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 476 页。

[60] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社 2013 年版,第 476 页。

[61] 睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社 1990 年版,第 97 页。

第二,夫三百钱,告妻,妻与共饮食之,可(何)以论妻?非前谋(也),当为收;其前谋,同罪。<sup>[62]</sup>

第三,夫二百钱,妻所匿百一十,可(何)以论妻?妻智(知)夫,以百一十为;弗智(知),为守臧。<sup>[63]</sup>

在《法律答问》中,还能发现少量的类推解释方法,它们是以“比”的形式存在的:

第一,“殴大父母,黥为城旦舂。”今殴高大父母,可(何)论?比大父母。<sup>[64]</sup>

第二,有贼杀伤人冲术,偕旁人不援,百步中比(野),当货二甲。<sup>[65]</sup>

第三,臣强与主奸,可(何)论?比殴主。斗折脊项骨,可论?比折支(肢)。<sup>[66]</sup>

综观《法律答问》,不难发现,秦代在解释法律时,虽然用到了分类与类推解释方法,但分类尚不完善,类推解释在整个体系中所占比重非常小,在大多数情况下,人们仍只是进行简单的语词解释,因此,注律水平不高。

到了唐代,这种情况有了很大改观。在《唐律疏议》中,不仅“类”字的出现更为频繁,而且类推解释的运用也远超前代。在《唐律疏议》中,人们似乎建构起了一个比较完善的法律解释方法体系,其内部的法律解释方法之间存在着位阶关系。具体地说,语词解释是最基本的法律解释方法,在绝大多数情况下,人们运用的只是语词解释方法,只有在语词解释力有不逮时,才用到限制解释与扩张解释;只有在上述方法用尽时,才会用到类推解释。总之,相较于前两种方法,类推解释的运用不仅在数量上要少得多,而且人们并没有明确地使用“类推”一词。

在《唐律疏议》中,这并非个别现象,而是一种普遍现象,这与“疏议”这种注律体裁的特点有一定关系。《唐律疏议》“名例律”说到:“昔者,圣人制作谓之为经,传师所说则谓之为传,此则丘明、子夏于春秋、礼经作传是也。近代以来,兼经注而明之则谓之为义疏。疏之为字,本以疏阔、疏远立名。又,广雅云:‘疏者,识也。’案疏训识,则书疏记识之道存焉。”<sup>[67]</sup>也就是说,“疏”的目的就是对文字进行注解、疏通,以便人们更好地理解,有“疏不破注”之限制,即注疏不能脱离待疏解文字的语义“射程”。正是由于“疏议”这种解经体裁的限制,才使得人们在解释法条时,主要运用文义解释方法,类推解释受到了一定限制,这在一定程度上限制了唐代的注律水平,使得它与明清时期(特别是清代)的注律作品相比,有较大差距。

众所周知,清代是中国古代律学发展的鼎盛时期,产生了一大批著名的律学著作,沈之奇的《大清律辑注》即是其中的佼佼者,代表了辑注派最高的注律水平,在清代的司法实践中有很大影响。人们评价说,《大清律辑注》“诠释详明,尤严轻重出入之界限”,<sup>[68]</sup>“其于律文逐节疏解,字字精炼,无一言附会游移。遇疑似之处,引经质史,酌古斟今,必

[62] 睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第97页。

[63] 睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第97页。

[64] 睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第111页。

[65] 睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第111页。

[66] 睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第111页。

[67] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第2页。

[68] 《蒋陈锡叙》,载沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第6页。

归至当。”<sup>[69]</sup>

以上这些评价点明了沈之奇律注作品的主要优点,除此之外,笔者认为,沈之奇注律的卓异之处还在于:沈之奇在语词解释、扩张解释及限制解释等传统的法律解释方法基础上,大胆地增加了类推解释的比重(“类推”二字堂而皇之地出现在《大清律辑注》之中,足有四十余次,如果加上“仿此”、“比照”、“比附”、“亦如之”等实际意义上的类推,数量更会成倍地增长),从而将大清律中“类”概念的意蕴尽情地释放出来,填补了法律漏洞,解决了司法实践中的疑难问题。沈之奇的这一做法是对以《唐律疏议》为代表的中国传统注律方法的一种革新,极大地推动了中国古代律学的发展。

沈之奇运用类推解释,方式比较灵活。在很多时候,都会明确地说到“类推”二字,他习惯于说:“余数可以类推”、“多少仿此类推”、“余可类推”等语。众所周知,类推解释的根据是“相似情形相似处理”这一原则,沈之奇在运用类推解释时依据的正是这一原则。何谓“相似情形”?按照前面说到的中国古代分类习惯,人们经常将事物的种类分为事类(或物类)、伦类、理类(或情类)等三种,因此,所谓“相似情形”无非指事类、伦类或理类相似,沈之奇就是按照这一分类进行推理的。

如“徒流人逃”条说到:“主守及押解人不觉失囚者,一名杖六十,每一名加一等,罪止杖一百。”<sup>[70]</sup>此条没有规定,同役押解者是否应分首从?有人认为应分首从,沈之奇不赞成这一说法,他运用类推方法进行反驳:“兵律有起解官物、囚徒,同差人自相替放,若事有损失者,亦依损失官物及囚律追断,不在减等之限。由此推之,则不应分首从也。”<sup>[71]</sup>也就是说,兵律里有类似的失囚情形,并没有规定应分首从;此一事情与之相似,故亦不分首从。

又如,“居丧嫁娶”条规定:“凡男女居父母丧及妻妾居夫丧,而身自嫁娶者,杖一百。若男子居父母丧而娶妾,妻居夫丧、女居父母丧而嫁人为妾者,各减二等。”<sup>[72]</sup>但对于“妇居舅姑丧是否禁止嫁人”没有规定,该如何处理?沈之奇根据伦类相似原则,借助类比方法,认为,既然法律明确规定男子据父母丧,不得身自嫁娶,则可推出,妇人在居舅姑丧期间,不得嫁人。

但在有些时候,虽然沈之奇是在运用类推解释,但从头到尾都没有用到“类推”一词,而是用到了“仿此”、“比照”、“比附”等语,甚至是“推理”、“推论”等语。比如,在“奴及雇工人奸家长妻”条中,沈之奇注意到,此条没有规定强奸家长亲属及未成的情形。沈之奇认为,应比照“亲属相奸”的规定,即“亲属相奸律后条例云:‘强奸未成者,依律问罪,发边远充军。’则奴、雇强奸家长妻、女未成者,应比照此例具请,而强奸家长亲属未成者,亦然。”<sup>[73]</sup>

非常有意思的是,并非沈之奇所说的“可以类推”在所有情况下都指类推解释。在有

[69] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第14页。

[70] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第14页。

[71] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第14页。

[72] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第260页。

[73] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第925页。

些场合下,他虽然用到了“类推”一词,但实际运用的却是归纳或演绎。<sup>[74]</sup>如在“犯罪得累减”条的注解中,沈之奇说到:“公罪递减,乃是一项罪名,而所犯有各项人,如失于人者,典吏减三等,未决放又减一等;首领、佐领、长官,复递减之,数人共犯一罪,得以层递而累减也。再有因物之多寡而累减,情之轻重而累减,名分服制之尊卑亲疏而累减,不能悉举,可以类推。”<sup>[75]</sup>这一注解实际运用的是演绎法,因为沈之奇首先说到了一个一般性规定:“公罪递减……数人共犯一罪,得以层递而累减。”<sup>[76]</sup>然后列举了一些具体情形,这些具体情形不过是一般情形的展开。这种从一般到个别的方法就是演绎法。

又如,在“谋杀入”条的“按语”中,沈之奇总结说:“因财起意应从强盗之法,但盗止图财,此兼谋杀,虽被害之人幸未至死,而图财之心实主于杀,以强盗、谋杀两律参之,得财则同强盗论,不得财则仍旧谋杀之法。凡因图财而谋杀者,可以类推。”<sup>[77]</sup>这里的“可以类推”实际上是归纳,因为这一“按语”先讲到特殊情形,然后才归纳出一般性结论,从思维进程看,它是一个不折不扣的归纳过程。

虽然沈之奇在注律时用得最多的还是类推方法,但归纳与演绎方法在其律注中也很普遍。之所以如此,是由于归纳与演绎方法在清代已经成为一种重要的治学方法。胡适在《清代学者的治学方法》一文中明确地指出,清代学者的治学方法是先归纳后演绎,并根据自己的需要,交互运用两种方法<sup>[78]</sup>,沈之奇的注律方法显然没有超出这一论断的范围。

沈之奇还反对人们进行不当的类推解释。如在“窝弓杀伤人”条中,沈之奇讨论了“有人在非深山旷野做井安窝、不立杆索致人伤害”的问题。有人认为,此种情形应“比照弓箭伤人”处理,还有人认为“当比照车马伤人”处理,沈之奇不赞成上述两种观点,他认为,应“按杀伤人论”,因为“非深山旷野,不宜做井安窝,犹街市镇店,不宜驰骤车马,本律致死者,断给埋葬,弓箭伤人致死者,不断埋葬也。毋庸附会比照。”<sup>[79]</sup>

又如,在“妻妾失序”条中,沈之奇批驳了《读律指南》的错误注解。《指南》认为:“有妻再娶后妻,于应离未离之间,犯夫之尊长亲属者,如事发应离,当以凡论;如事未发,在家完聚而犯,一依正妻拟罪。”<sup>[80]</sup>沈之奇批驳说:“此说似是而实非也。妇人之义,以夫轻重,未得遂为是人之妻,即不得以是人之亲为亲也。既系违律之事,便是应离之人,岂可以未发之日,遂以正妻待之乎?犯尊长依正妻论,犯卑幼亦可以以正妻论乎?”<sup>[81]</sup>最后,他认

[74] 在中国古代,“类推”或“推类”一词并非特指类比推理,有时还包括演绎推理与归纳推理。逻辑史学家汪奠基曾说过:“古代运用推类的逻辑形式,非常灵活、广泛。它的方法是‘为名理通变’的思维形式服务的。一方面表现为类比推理与所谓异推论式的形式;另一方面既有由常理以推证各事例的演绎法,亦有由个别事变的观察以论一般公例的归纳法。”参见汪奠基著:《略谈中国古代“推类”与“连珠式”》,载《中国逻辑思想论文选》(1949-1979),生活·读书·新知三联书店1981年版,第89页。

[75] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第37页。

[76] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第37页。

[77] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第651页。

[78] 胡适著:《清代学者的治学方法》,载欧阳哲生编:《胡适文集》(卷2),北京大学出版社1998年版,第282页。

[79] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第702页。

[80] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第258页。

[81] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第259页。

为,“似当比照妾论,或以凡论。当随事酌定,不可泥也。”<sup>[82]</sup>

由上可以看出,虽然沈之奇没有专门探讨类推解释理论,但沈之奇在《大清律辑注》中将类推解释运用得炉火纯青,无论是在规模还是在其他方面,都远超其他律注作品,这也是他在注律方面最主要的创新。

在此,还将按照此前的做法,即从反面探讨:如果没有类推解释的加入,注律水平会受到怎样的影响?为此,需要比较唐律与《大清律辑注》对相近罪名的规定与注解。如,唐律与清律都对“亲属相盗”进行了规定,清律有专门的“亲属相盗”条:

“凡各居(本宗、外姻)亲属,相盗(兼后尊长、卑幼二款)财物者,期亲减凡人五等,大功减四等,小功减三等,缌麻减二等,无服之亲减一等。并免刺。(若盗有首从,而服属不同,各依本服降减科断。为从各又减一等。)若行强盗者,尊长犯卑幼,亦(从强盗已行而得财、不得财)各依上减罪;卑幼犯尊长,以凡人论。(不在减等之限。)若有杀伤者,尊长犯卑幼(总承上窃、强二项),各依杀伤尊长、卑幼本律,从重论。若同居卑幼将引他人(若将引各居亲属同盗,其人亦依本服降减,又减为从一等科之。若卑幼自盗,止依擅用,不必加。)盗己家财物,卑幼依擅用财物论,加二等,罪止杖一百。他人(兼首从言)减凡盗窃罪一等,免刺。若有杀伤者,自依杀伤尊长、卑幼本律科罪。他人纵不知情,亦依强盗(得财、不得财)论。若他人杀伤人者,(自依窃盗临时杀伤人,斩)。卑幼纵不知情,亦依杀伤尊长、卑幼本律,(仍以私擅用加罪及杀伤罪权之),从重论。其同居奴婢、雇工人,盗家长财物,及自相盗者,(首)减凡罪一等,免刺。(为从又减一等。被盗之亲属告发,并论如律,不在名例得相容隐之例。)”<sup>[83]</sup>

唐律则分两条予以规定,其中的“盗缌麻小功财物”条规定:

“诸盗缌麻、小功亲财物者,减凡人一等;大功,减二等;期亲,减三等。杀伤者,各依本杀伤论。(此谓因盗而误杀者。若有所规求故杀期以下卑幼者,绞。余条准此。)”<sup>[84]</sup>

“卑幼将人盗己家财”条又规定:

“诸同居卑幼将人盗己家财物者,以私辄用财物论加二等;他人,减常盗窃罪一等。若有杀伤者,各依本法。(他人杀伤,纵卑幼不知情,仍从本杀伤法坐之。)”<sup>[85]</sup>

比较唐律与清律的规定,不难发现,一方面,清律的综合水平较唐律为高,另一方面,清律的分类比唐律更为细密。因为清律明确地区分了宗亲与姻亲、强盗与窃盗、尊长犯卑幼与卑幼犯尊长、得财与未得财、首与从、杀伤人与未杀伤人、知情与不知情、亲属与他人、自盗与将引他人盗等九种情形,形成了一个复杂而完整的系统。唐律则要逊色得多,它只区分了亲属与他人、自盗与将引他人盗、杀伤人与未杀伤人、知情与不知情等四种情形,并且,对于“同居奴婢、雇工人盗家长财物,及自相盗者”等情形没有规定,因此,存在很多法律漏洞。如果进一步比较律注,会发现两者的差距更为明显。因为《唐律疏议》中的很多注疏在清律中已经以律中小注的形式出现,已成为正律的一部分。这表明,清律吸收了唐

[82] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第259页。

[83] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第603页。

[84] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第311页。

[85] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第312页。

律中的很多合理成分。

但纵使如此,沈之奇仍认为,清律的规定尚有很多未尽之处,因此,在《大清律辑注》中,他首先运用分类方法,发现了法律漏洞;其次又借助类推解释,填补了很多法律漏洞。比如,沈之奇发现:第一,在实际生活中,会出现僧道徒弟及继妻前夫之子等同居者盗窃师傅或继父的情形,清律对此没有规定。沈之奇认为,应比照卑幼盗窃尊长的规定处理。第二,清律没有规定“各居亲属将引他人同盗”的情形。沈之奇认为,应比照此处的法律规定,即“亲属自依服制减等,他人仍以凡盗论”。<sup>[86]</sup>第三,清律只是规定了卑幼将引他人同盗而杀伤人的情形,没有规定“将引他人同盗而奸”的情形。沈之奇认为,如果卑幼不知情,“他人依本律论斩,卑幼不得比照杀伤之例而科亲属相奸律也。律正无文,当为斟酌。”<sup>[87]</sup>第四,清律没有规定“奴婢、雇工人行强盗”的情形。沈之奇认为,应直接引用强盗律。

通过以上比较,可以发现,类推解释在注律活动中确实起着重要作用,类推解释的有无、多少直接决定了一部律注作品水平的高低,这印证了前面的论断,即“类”概念及与之相关的类推解释方法的运用情况是衡量中国古代律学发展水平的重要指标。

## 五 传统“类”理论之不足及对中国古代法律、律学的消极影响

上文分别从法律史料的描述、法律文本的比较以及辑注作品的分析三个方面揭示了“类”字及其代表的法律方法在中国古代法律及律学发展过程中的积极作用。人们不禁要问,中国古代的“类”思想有何不足?这些不足对中国古代法律及律学的发展有无消极影响?

如前所述,在战国末年,荀子与墨家后学提出了比较系统的“推类”思想,但他们同时也留下了一些关键性问题没有解决,比如,如何判断“类同”与“类异”?虽然墨家学派提出了“异类不比”<sup>[88]</sup>的原则,但同时又慨叹,“推类之难,说在类之大小”,<sup>[89]</sup>因此,无论是荀子,还是墨家学派,都没有提供令人满意的答案。

战国以后,由于各种各样的原因,墨家学派逐渐式微,墨家学派倡导的“推类”学说逐渐成为绝学,在很长时期里,几乎没有学者专门涉足这一领域,这使得中国古代的“类”理论没有发展到很高水平。

同时,虽然中国古代学者们在编纂辞书、类书时会运用到分类方法,但对于如何科学地分类,也无专门的学者与专门的著作加以研究。换句话说,在中国古代,只有实践性的分类技术,没有系统化的分类理论。这导致了中国古代的分类技术长期在较低水平上

[86] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第607页。

[87] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第607页。

[88] 陈梦麟著:《墨辩逻辑学》,齐鲁书社1983年版,第208页。

[89] 陈梦麟著:《墨辩逻辑学》,齐鲁书社1983年版,第202页。

徘徊。

类理论与分类技术的上述不足对中国古代法律及律学的发展产生了一定的消极影响。第一,由于中国古代没有发展出科学的分类理论,人们只是在经验基础上掌握了一些实用的分类技术,这使得人们在立法时无法进行复杂的分类,且易于产生法律漏洞。对此,沈之奇在《大清律辑注》中多有揭示。比如,沈之奇认为,清律中的“共谋为盗”条存在一些问题,该条规定:“凡共谋为强盗,数内一人临时不行,而行者却为窃盗,此共谋而不行者曾分赃,但系造意者,即为窃盗首;余人并为窃盗从。若不分赃,但系造意者,即为窃盗从。余人并答五十。必查以临时主意上盗者为窃盗首。其共谋为窃盗,数内一人临时不行,而行者却为强盗,其不行之人系造意者,曾分赃,知情不知情,并为窃盗首,系造意者但不分赃,及系余人而曾分赃,俱为窃盗从。以临时主意及共为强盗者,不分首从论。”<sup>[90]</sup>如果对这一条进行缜密的分析,就会发现,按照造意共谋、强盗窃盗、行与不行以及分赃不分赃等四者的组合,应有十六种情形:“共谋为盗之人,或有临时有故及悔惧不果行者,则行与不行必当分论。而本谋为强,行者为窃;本谋为窃,而行者为强,则行者自照本律,而不行者不知行者之所为,强窃互异之间,更当别论。凡共谋之中,有分赃不分赃之别,而分赃不分赃之中,又有造意、余人之别。”<sup>[91]</sup>但上述规定并没有穷尽十六种情形,因此,存在一些比较隐蔽的法律漏洞:“此条专论共谋不行之人,但有谋强行窃,谋窃行强之法。若共谋为强临时不行,而行者仍为强;共谋为窃临时不行,而行者仍为窃,其不行之人,分赃不分赃,律皆无文。”<sup>[92]</sup>沈之奇为何能够发现这些漏洞?这是由于在沈之奇所处的时代,逻辑学早已传入中国,并在中国的知识分子中产生了一定影响,直接影响着他们做学问的方式。因此,作为知识分子的沈之奇在注律时能熟练地运用“内籀”、“外籀”(严复语)等逻辑方法一点也不稀奇。沈之奇正是凭借着逻辑分析手段才发现清代的法律中存在着诸多法律漏洞。明清之前的学者由于不能熟练地运用这方面的技巧,因此,他们的注律水平逊于诸如沈之奇之类的明清学者。

第二,与法律漏洞并存的是重复立法的现象大量存在,这一方面使得法条竞合大量存在,另一方面使得法律规定之间存在大量不一致,甚至相互矛盾。这也是由于分类技术不可靠造成的。在唐律中,就存在大量的法条竞合情形。比如,有关“监临主守”的规定出现在不同的篇章中,之间就存在不一致之处。如《职制律》中有“贷所监临财物”的规定:“诸贷所监临财物者,坐赃论。”<sup>[93]</sup>同时,《厩库律》有“监主贷官物”的规定:“诸监临、主守以官物私自贷若贷人及贷之者,无文记,以盗论;有文记,准盗论。”<sup>[94]</sup>如果比较这两条,就会发现它们之间不仅存在竞合,而且存在一些矛盾之处。甚至在同一篇之中,都能发现法条竞合现象。比如,《杂律》“弃毁公私器物”条规定:“诸弃、毁、亡失及误毁官私器物者,

[90] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第642页。

[91] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第643页。

[92] 沈之奇撰:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第645页。

[93] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第185页。

[94] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第212页。

各备偿。”<sup>[95]</sup>同时,《杂律》中又有“弃毁器物稼穡”的规定:“诸弃、毁官私器物及毁、伐树木、稼穡者,准盗论。”<sup>[96]</sup>这两条都涉及到“弃毁公私器物”的问题,假设性的条件完全一致,但法律后果迥异,不一致之处非常明显。

从分类学的角度看,以上两点都是由于违背了分类的两个基本原则——子项穷尽原则与子项相互排斥原则——所致,由于中国古人在分类时并没有总结出这两大原则,因此,他们常犯此类错误而不自知。

当然,中国古代分类技术上的缺陷对法律的消极影响尚不止上述两点。如有学者指出,中国传统分类技术与西方分类学不同之处还在于:西方分类学将世界上千差万别的事物分别纳入界、门、纲、目、科、属、种这一阶元系统之中,低阶单元隶属于高阶单元,并具有高阶单元所有特点,同阶单元之间互相排斥。但从《尔雅》、《释名》揭示的分类特点看,中国传统的分类似乎与西方分类学尚有一定差距。<sup>[97]</sup>中国传统的分类除了将具有相同特征的事物归为同类之外,还将“相互关联”的事物纳入同类之中,以致陈荣灼先生称之为“以‘象类’为特征的自然分类系统”,<sup>[98]</sup>并认为《说文》中的这一段话是对这种分类方法最恰当的解释,即:“方以类聚,物以群分。同牵条属,共理相贯。杂而不越,据形系联。”<sup>[99]</sup>由此,不难理解为何图一将“道路”、“桥梁”纳入“宫室”这一类别之下,图二将“城”、“郭”归入“宫室”范畴之内,并花了大量篇幅介绍宫室的内部构件,因为这些东西与“宫室”“同牵条属”、“据形系联”。

中国古代分类技术的这一特点在法律中也有体现。如在唐律《贼盗律》之中,除了将典型的“窃盗”、“强盗”、“监守自盗”等行为纳入“盗罪”以外,还将“故烧人舍屋”、“恐猥取人财物”、“本以他故殴人夺物”、“略人略卖人”、“略和诱奴婢”、“略卖期亲卑幼”等行为纳入“盗罪”之内。在今天看来,这显然属于分类不当,但在古人看来却并无不当,因为他们就是如此分类的,他们认为这类行为与“盗罪”有某种关联,因此,将它们视为一类。这种情形一直延续到清代,《大清律例》也是这样规定的。

从表面上看,将“相互关联”的事情视为一类似乎没有什么害处,但实际上会带来很大的问题。因为“相互关联”是一个高度模糊的概念,人们会问:何谓“相互关联”?关联的程度是什么?其范围有多大?对于此类问题,人们很难做出清楚的回答。它在司法实践中会产生严重后果,给人留下了深文周纳、上下攀附的空间。在极端情况下,会出现

[95] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第212页。

[96] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第212页。

[97] 学者陈宝珍在研究中国古代的类书后认为,中国古代的分类标准处于一种游移的状态,人们对事物进行分类时未能始终抓住事物的主要的、本质的属性,而且种属关系不明,因此,不可能建立一个科学的、逐层展开的分类体系。参见陈宝珍:《谈谈类书的分类体系》,《华南师范大学学报》(社会科学版),1986年第2期。学者葛兆光在比较中西方的分类差异时也说到:“(中国古人)是按照他们的观察和体验对万事万物进行感觉相似性分类和主观联想式理解的,他们并不把事物与现象按照现代的物理、化学、或生物学原则分别成门、类、种、属,抽象为概念,然后进行推理、判断,而是具体地整体地去感觉与表达。”参见葛兆光著:《中国思想史》(第1卷),复旦大学出版社2001年版,第168页。

[98] 陈荣灼著:《东亚哲学的论证与安立模式》,载吴展良主编:《传统思维方式与学术语言的基本特性论集》,台大出版中心2010年版,第90页。

[99] 许慎著:《说文解字》,中华书局1963年版,第2页。

《汉书·刑法志》所描述的“奸吏因缘为市,所欲活则傅生议,所欲死则予死比,议者咸冤伤之”<sup>[100]</sup>的后果。

如果在法律领域采取科学的分类方法,就可避免上述危险,因为按照分类学说,低阶的种必然隶属于高一阶的属,而高一阶的属又隶属于更高一阶的科……,最终形成一个树状结构。在这一结构中,高阶单元对低阶单元的范围有所限定,因此,解释者不能随意扩大其范围。这一学说用之于法律领域,可以使得立法更加科学,同时还可最大限度地限制司法领域的自由裁量权,减少司法的主观性、随意性。

## 六 简短的结论

“类”字的作用尚不止上述这些,它在中国传统司法领域也大有影响。在汉代司法中具有重要地位的“决事比”方法即渊源于“类”观念。清人阮元在《周礼·秋官·士师》注疏中解释说:“若令律,其有断事,皆依旧律断之,其无条,取比类以决之,谓之决事比。”<sup>[101]</sup>也就是说,“决事比”的逻辑根据为“类推”。汉以后,随着制定法进一步完善,君主严禁臣工妄自比附,这使得“决事比”之名逐渐湮没,但其实仍存在。如陈顾远先生所言,一者中国古代禁止的是臣下滥用比附,而不禁止君主运用比附;二者禁止人们在法律适用过程中乱用比附,而不禁止在法律解释过程中运用比附;三者虽然“决事比”名已不存,但它又以“例”的形式表现出来。<sup>[102]</sup>由此可见,与“类”字有关的法律方法在中国古代司法中占有重要的地位。由于本文试图突出“类”字在律学及法律发展中的重要作用,因此,对它在司法中的影响予以技术性忽略,留待以后专文加以探讨。

通过对“类”字及其代表的法律方法的研究,可以发现,中国古代法律及律学达到很高的水平有着内在的必然性,因为中国古代的人们在长期实践中,摸索出了一些比较实用的方法,这些方法对中国古代法律及律学的发展起到了很大的推动作用,这其中,以“类”字为代表的分类方法、类型化方法、类推解释方法居功至伟。当然,并不否认,推动中国古代法律发展的还有其他一些力量,诸如政治、经济、文化等方面的力量,或许这些力量比法律方法的力道要大得多,但同样无法否认,技术性因素在法律成长中起着至关重要的作用。

本研究还说明,中国古代的法律及律学与推动其发展的法律方法之间存在一种互动关系,即两者之间的关系并非单向度的,而是双向度的,因为高水平的法律一方面需要高水平的分类技术,另一方面又会催生出高水平的分类技术,因此,中国古代法律的发展对于有中国特色的分类技术的发展同样起到了很大的推动作用。从以唐律为代表的中国古代法律之中,能发现中国古代分类技术发展的线索。如果从唐律中抽象出分类技术,并将

[100] 《汉书·刑法志》,载《历代刑法志》,群众出版社 1988 年版,第 18 页。

[101] 李学勤主编:《周礼注疏》,北京大学出版社 1999 年版,第 919 页。

[102] 参见陈顾远:《汉之决事比及其源流》,载范忠信等编校:《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》,中国政法大学出版社 2006 年版,第 474 - 478 页。

之与汉代《释名》中的分类技术进行比较,就会发现,唐代的分类技术比汉代有了长足的进步;如果再向前迈进一步,比较唐律与清律中的分类技术,又会发现,清代的分类技术比唐代又有了飞跃性的进步。故而,虽然中国古代没有专门研究分类学的著作,但中国古代的法律或许是了解中国古代分类技术发展的最好载体。并且,由此还可以得出这样的结论:法律之学并非寄生性的学问,它一方面会接受其他学科的“哺乳”,另一方面也会回馈、“反哺”其他学科。

[本文为2015年国家社会科学基金项目“现代法治视角下的中国传统法律方法研究”(15BFX024)的阶段性研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] In traditional Chinese legal dogmatics, there has been a tradition of studying keywords in law, including words that are very important to the criminal code, known as “mother of the criminal code” or “the eyes of the criminal code”. However, scholars of Chinese legal history have overlooked another kind of keyword, namely “class”, which, in my opinion, is a core category in traditional Chinese legal dogmatics because: firstly, without the word “class” and the methods of classification and categorization entailed by it, codes of law would become too heavy and complicated and no high quality law would emerge; secondly, without the word “class” and related analogical interpretation methods, there would be no high quality annotations of law; and thirdly, the ideas and methods based on the concept of “class” had always dominated the administration of justice in ancient China. Therefore, the word “class”, as the key to open the door of traditional Chinese legal dogmatics, has an irreplaceable role to play in traditional legal study in China. The theory and method of “class” is not something foreign, but a kind of native resource. As early as in the Warring States Period, Xuncius and scholars of the Mohist school had developed rather systematical class theory, and the ancients in China had used fairly exquisite classification techniques in the compilation of lexicographical books and general cyclopedias, which had played an important role in promoting the advancement of legislative techniques in ancient China. Of course, we must also admit that ancient Chinese class theory and classification method has their limitations, which have some negative influences on the development of criminal code and traditional legal dogmatics in ancient China.

---

---

(责任编辑:田 夫)