

# 判例在中国传统法中的功能

汪世荣\*

---

**内容提要:**中国传统法中的判例是指经过特殊程序认定,具有普遍拘束力的司法判决。春秋战国以前,中国的法律以判例为主要存在形式。春秋战国以后,形成了以法典为主,判例为辅,多种形式并存的法律体系并长期保持。法典化时代的判例立足于法典,发挥了对法典在立法范围扩展、立法技术补充、规则效力强化等方面的功能。在判例创制规则和复现规则的关系上,中国古代始终坚持复现为主的原则,在维护法律形式内部稳定结构的同时,维护规则供应的相对稳定。

**关键词:**中国传统法 判例 创制规则 复现规则

---

中国传统法指清末以前的中国法,它经过了不同时期的发展与变迁。春秋战国以前,法律形式为典型判例的汇编。随着春秋战国时期成文法典的公布,中国法律进入了法典化时代。至唐朝,“一准乎礼”的《唐律》的制定和颁行,标志着法典为主体的法律体系最终形成。与之相适应,判例在不同时期、不同阶段,发挥了各自独特的功能和作用。中国传统法中的判例,是指经过特殊程序认定,具有普遍拘束力的司法判决。有学者指出,“人类文化和行为学的研究成果表明,各民族和种族都有尊重甚至迷恋本民族传统的倾向。……同时,各民族有尊重和崇拜权威的倾向。……这两种倾向在法律上,则表现为司法者在处理案件时参照先前的司法判决;下级法院往往遵循上级法院的判决。如果把这种做法称作判例法,那么,可以说各个国家或民族都不同程度地存在判例法。”〔1〕春秋战国以前判例的功能,囿于史料的限制,只能从宏观上考察其概况。法典化时代,个案判决不构成先例,某些案件的判决在经过了特定的程序之后,才能产生普遍的拘束力。〔2〕

## 一、中国传统法中的判例及其存在形式

### (一)战国以前的判例

\* 西北政法学院教授。

〔1〕 高鸿钧:《英国法的主要特征——一个比较的观察》,《比较法研究》1991年第4期。

〔2〕 张伟仁教授认为:中国“自先秦开始逐渐制订了一套相当周密的法典,在处理重大案件时司法者不仅不得故意违背,连自由裁量的余地都很有有限。……即使是少数有识之士遇到了案情与立法有所歧异的情形,在判决之前下了一番推敲深究的功夫,其判决也并不当然成为对于以后同类案件有拘束力的先例,他们的见解仍需经过某些立法性的程序,才能发生广泛深远的影响。”张伟仁:《清代法制研究》,中央研究院历史语言研究所专刊之76。

战国以前的中国法,以判例法抑或习惯法的形式存在?由于对当时审判组织发达和诉讼活动规范化的不同认识及材料的缺乏,学界对这一问题存在着分歧。<sup>[3]</sup>从已经出土的简帛资料和青铜器铭文看,战国以前的法律形式确实表现为判例法。《奏谏书》是疑难案例汇编,共收集有春秋至西汉时期的22起“议罪”案例。《奏谏书》记载的东周时期“治食不谨”案(第19号案例),详细描述了司法官调查、取证、分析、推理的过程,由此案不难推断,当时司法程序和法律推理确实达到了相当高的水准。<sup>[4]</sup>

从青铜器铭文看,西周时期判例记载的内容,不仅包括判决的结果,而且详细地描述和说明判决的过程,判例的记录纯粹属于私人性质的活动。判例侧重于案件情节的描述,这些判例的观念与英国早期的情形没有多大的差异。<sup>[5]</sup>从《奏谏书》第21号案例看,<sup>[6]</sup>无论廷尉勃等人还是申徯所进行的法律推理,采取的均是从个案到个案的“例推法”形式。<sup>[7]</sup>这样的推理方法,即荀子所谓“有法者以法行,无法者以类举,听之尽也。”<sup>[8]</sup>

春秋战国以前,判例在审判实践中运用的情况,可以通过《左传》的有关记载概见其貌。当时已经十分注重法律对社会生活的调整,重视通过法律程序解决重大社会矛盾。通过判例强化已有规则的效力,通过对规则的解释,满足具体案件裁判的需要。

《左传》昭公二年子产审理大夫公孙黑“作乱”案。子产成功追诉公孙黑罪行的事实说明,在重大社会矛盾的解决中,司法审判扮演着重要的角色。司法审判发挥作用的大小,是衡量司法程序发达程度的重要标准。判例表明,司法审判中实行指控与辩解制度,指控的内容,包括犯罪事实和罪名两个方面。嫌疑人不仅对被指控的事实和罪名可以进行辩解,对刑罚及其执行也可以发表意见。子产对公孙黑辩解理由的反驳表明,司法官有义务回应嫌疑人所提出的辩解。从判例内容看,贵族享有法律上的特权,触犯刑律被判处死刑时,一般选择自缢执行方式。否则,司寇将采取强制执行措施。

《左传》昭公十四年的“叔鱼鬻狱案”是叔向审理司法官叔鱼贪赃枉法,导致当事人报复杀人案的记录。叔向分别对邢侯、雍子和叔鱼三人行为的性质、刑事责任,进行了认定,以判例的方式确立了在朝堂之上,进行私力救济杀人的行为是犯罪,其刑事责任为死刑;行刑时已经死亡的犯罪人,适用戮尸进行惩罚等原则。解决了如下两个问题:第一,对触犯死刑的行为人,是否只有国家才有权审理、判决并执行死刑;第二,在犯罪行为被追究之前,嫌疑人已经死亡的,司法机关是否仍然需要对其进行法律评价。判例所援引的“昏、墨、贼,杀”法律根据,正是夏朝司法官皋陶,通过司法审判所确立的规则。

[3] 何勤华说:“武树臣和汪世荣都认为,中国在进入成文法时期即战国以前,曾经历了一个判例法时期。此观点似可商榷。笔者认为,中国在进入成文法以前,主要是适用习惯法,是一个习惯法时期。因为习惯与判例尽管有许多相同点,但判例法主要是与法院的审判活动一起成长的,而战国以前,中国的审判组织和审判制度尚处在萌芽时期。”何勤华:《秦汉时期的判例法研究及其特点》,《法商研究》1998年第5期。

[4] 简文内容详见《张家山汉墓竹简》,文物出版社2001年版,第225页以下。

[5] 西周判例的情况,胡留元等有相关的说明:“西周金文中涉及民、刑事判例和契约的较多,其中典型的,有传世《召鼎》(孝王)、《鬲攸从鼎》(厉王)和解放后出土的《朕匝》(西周晚期),共三件四个判例”。胡留元、冯卓慧:《长安文物与古代法制》,法律出版社1984年版,第42页。金文判例中,《珣生簠》是一道关于地界纠纷的判例。铭文详细记述了珣生赢得诉讼的经过,甚至对如何贿赂司法官以及司法官如何运用宗法观念左右司法审判结果,也描述得惟妙惟肖。参见张晋藩:《中国民事诉讼制度史》,巴蜀书社1999年版,第10页以下。

[6] 对案例的详细分析,参见汪世荣:《奏谏书所见秦汉时期的法律推理》,载《法律思维与法律方法》(一),中国政法大学出版社2001年版。

[7] 例推法(reasoning by example)是英美法系法律推理的基本类型,其“以举例的方法来进行辩论,既不同于从部分到整体的推理,也不同于从整体到部分的推理,而实际上是在两个具体情况(both particulars)都从属于同一个项(term)并且其中一个具体情况已知的条件下从部分到部分的推理。它不同于归纳法,因为归纳法是以全部的具体个案为推理的起点来证明主要项(major term)属于中间项,但并不将三段论式的结论适用于次要项(minor term)。反之,以举例为方法的论证则要将这三段论式的结论适用于次要项且从全部的具体个案中来获得证明。”Aristotle, *Analytica Priora* 69a, Mackeen ed., 1941. 转引自艾德华·H·列维:《法律推理引论》,庄重译,中国政法大学出版社2002年版,第3页。

[8] 《荀子·君道》

叔向通过“施生戮死”的方式,从形式正义上强化了“皋陶之刑”的效力,即便嫌疑人在交付审判前已经死亡,法律后果仍然不可避免。

## (二)秦汉以后的判例

秦汉以后,以抽象条文为标志的制定法典——律,被确立为根本法,并逐渐形成了法律形式渊源的多样化。秦汉以后法律的样式,被有些学者称之为“混合法”。〔9〕在律、令、科(格)、式、比、例等多种法律形式中,始终坚持着稳定的结构关系:即制定法法典是最重要、具有指导作用的法律形式,其他的法律形式必须根植于法典之中。法典和其他法律形式之间,是互补的关系,但始终坚持的是其他法律形式对法典的补充,坚持法典在整个法律体系中的主导地位。这一时期判例形成和适用的情形,又分为两个阶段。唐朝以前是中国儒家化法典形成时期,判例的主要功能是推动和发展各项具体制度的改革,实现对制定法的儒家化改造。《唐律》颁布之后,判例的功能主要侧重于弥补法典的局限,解释法典的原则,确立新的规则,增进法典的适应性。对不同时期判例适用的状况,通过以下具体判例,不难予以观察和分析。

### 判例一:三国对毋丘俭之诛案

“及景帝辅政,是时魏法,犯大逆者诛及已出之女。毋丘俭之诛,其子甸妻荀氏应坐死,其族兄凯与景帝姻,通表魏帝,以罔其命。诏听离婚。荀氏所生女芝,为颖川太守刘子元妻,亦坐死,以怀妊系狱。荀氏辞诣司隶校尉何曾乞恩,求没为官婢,以赎芝命。曾哀之,使主簿程咸上议曰:‘夫司寇作典,建三等之制;甫侯修刑,通轻重之法。叔世多变,秦立重辟,汉又修之。大魏承秦汉之弊,未及革制,所以追戮已出之女,庆欲轶丑类之族也。然则法贵得中,刑慎过制。臣以为妇人有三从之义,无自专之道,出适他族,还丧父母,降其服纪,所以明外成之节,异在室之恩。而父母有罪,追刑已出之女;夫党见诛,又有随姓之戮。一人之身,内外受辟。今女既嫁,则为异姓之妻;如或孕育,则为他族之母。此为元恶之所忽,戮无辜之所重。于防则不足惩奸乱之源,于情则伤孝子之心。男不得罪于他族,而女独婴戮于二门,非所以哀矜女弱,明法制之本分也。臣以为在室之女,从父母之诛;既醮之妇,从夫家之罚。宜改旧制,以为永制。’于是有诏改定律令。”〔10〕

### 判例二:唐太宗录囚案

“太宗时,依旧条疏,兄弟分后,荫不相及,连坐俱死,祖孙配没。会有同州人房强,弟任统军于岷州,以谋反伏诛,强当从坐。太宗尝录囚徒,悯其将死,为之动容,顾谓侍臣曰:‘刑典仍用,盖风化未洽之咎。愚人何罪,而肆重刑乎?更彰朕之不德也。用刑之道,当审事理之轻重,然后加之以刑罚。何有不察其本而一概加诛,非所以恤刑重人命也。然则反逆有二:一为兴师动众,一为恶言犯法。轻重有差,而连坐皆死,岂朕情之所安哉?’更令百僚详议。于是房玄龄等复定议曰:‘案礼,孙为王父尸。案令,祖有荫孙之义。然则祖孙亲重而兄弟属轻,应重反流,合轻当死,据礼论情,深为未愜。今定律,祖孙与兄弟缘坐,俱配没。其以恶言犯法不能为害者,情状少轻,兄弟免死,配流为允。’从之。自是比古死刑,殆除其半。”〔11〕

“毋丘俭之诛案”是妇女缘坐制度改革的契机。在隋唐以前的封建法典中,“妻女”一词概括了妇女身份。然而,在特定案件中,一旦发生由女而妻的身份变化,在法律没有反映这一变化的情况下,妇女所遭受到的连坐处罚远远超出了男子,超出了立法者所未曾料想的程度。正是判例关注到了妇女

〔9〕 武树臣认为,“中国法律样式的基本发展轨迹是:判例法——成文法——混合法。”“在混合法时代,当成文法详备而宜于时之际,人们往往就会强调法的作用,强调严格依法办事;当成文法落后于现实生活而不太宜于时之际,人们往往强调人的作用,强调灵活机动的必要性;当法制建设不堪完善因而造成司法混乱时,人们往往又十分强调用法来统一全国的审判活动,强调法的作用。”“成文法与判例法有机结合的混合法时代,法与人的作用被置于同等重要不可或缺的地位,只不过在特定背景下会略有侧重而已。”武树臣:《中国古代法律样式的理论诠释》,《中国社会科学》1997年第1期。

〔10〕 《晋书·刑法志》

〔11〕 《旧唐书·刑法志》

连坐责任的不合理性：“一人之身，内外受辟”，从而推动了立法的改革。“唐太宗录囚案”揭露了刑事立法中的矛盾与冲突。由于连坐而被追究刑事责任时，坚持服制决定刑罚的原则，<sup>〔12〕</sup>即被连坐之人与行为人服制愈远，则其刑事责任愈轻，反之，服制愈近，则刑事责任与行为人本人的刑事责任相比愈加接近。“谋反”由其政治性犯罪的性质所决定，立法时难以进行仔细推敲。“恶言犯法”的谋反罪“不能为害”，即便配流，仍然罪刑不相适应，但判例却无法走得更远。判例与法典一样，必须受制于特定的社会条件和环境。

## 二、判例在中国传统法中的主要功能

### （一）判例对法律调整领域的扩展

运用法典调整社会关系时，免不了僵硬和概括，判例有助于在特定情形下进行灵活调整。例如，在专制主义中央集权体制下，君主的权力范围与君权的行使方式，是被舆论和法律禁锢的领域。形式上，君权凌驾于行政和司法权力之上。实质上，君权需要借助于行政和司法等权力才能有效实现对社会的治理。在制定法中，试图对君权进行规制，这一行为本身缺乏传统的和伦理的基础。尤其对君主钦定的案件，大臣很难从法律理由是否成立或法律理由是否充分的角度进行评论。传统的社会观念中，即便对君权的限度进行讨论，亦属不可思议。法典不可能对君权的限度进行限定或说明。但法律实践中，君主所享有的权力是否应当有界限，乃至这一界限如何划分，必须加以回答。君权与司法权发生冲突时，君主享有绝对支配权还是临时处分权，汉朝的判例回答了这一问题。

#### 判例一：西汉民人犯辟案

“上(文帝)行出中渭桥，有一人从桥下走出，乘舆马惊。于是使骑捕，属之廷尉。释之案问。曰：‘县人来，闻辟，匿桥下。久之，以为行已过，即出，见乘舆车骑，即走尔。’廷尉奏当一人犯辟，当罚金。文帝怒，曰：‘此人亲惊吾马，吾马赖柔和，令他马，固败伤吾乎？而廷尉乃当罚金！’释之曰：‘法者，天子所与天下公共也。今法如此而更重之，是法不信于民也。且方其时，上使立诛之则已。今即下廷尉，廷尉，天下之平也，一倾而天下皆为之轻重，民安所措其手足？唯陛下察之。’良久，上曰：‘廷尉当是也。’”<sup>〔13〕</sup>

#### 判例二：陈满误射案

“(东晋)安帝义熙中，刘毅镇姑熟。尝出行，而鄱陵县吏陈满射鸟，箭误中直帅，虽不伤人，处法弃市。何承天议曰：‘狱贵情断，疑则从轻。昔有惊汉文帝乘舆马者，张释之断以犯辟，罪止罚金。何者？明其无心于惊马也。故不以乘舆之重，而加于异制。今满意在射鸟，非有心于中人。按律：过误伤人三岁刑，况不伤乎？’”<sup>〔14〕</sup>

通过“民人犯辟案”，张释之对君、臣、民各自与法律的关系进行了界定：法律是共同的行为准则，因为它为君所制定，臣所奉行，民所遵守。法律一经公布实施，便相对独立，即使君主也只有对具体案

〔12〕 在中国封建时代的立法中，服制原则有十分广泛的体现。从明朝中后期起，法典的编撰发生了重大的改革。服制图作为法典的有机组成部分，被置于法典的前部。在有些类型的案件中，服制决定罪之有无，而在有些类型的案件中，服制则决定刑之轻重。另外，宋以后服制在死商财产继承、遗嘱继承、无子立嗣顺序、亲属先买权等民事法律领域，也被适用。参见丁凌华：《中国丧服制度史》，上海人民出版社2000年版，第225页以下。

〔13〕 《史记·张释之冯唐列传》

〔14〕 《通典》卷一百六十六。

件的临时处分权。案件一经交付司法机关审判,就应当适用法律。<sup>[15]</sup>这一观念在成文法占主导的中国古代法律体系中,强调了法典的基本法地位,强调了君权的合理限度和范围。“陈满误射案”强调了成文法所具有的规范性和普适性。在案件的判决中,“民人犯蹕案”起了先例的作用。从此案也不难看出中国古代法律推理的基本方法,即从一般到个别。虽然,律对过误并未造成伤害后果的行为,没有明确的处罚规定,但是对“过误伤人”的法律后果却是明确的。既然过误伤人只处刑三年,根据类推方法,对过误未造成伤害后果的行为处以弃市,则明显过重。

张释之关于廷尉执法“一倾而天下皆为之轻重”的顾虑,实际上是充分认识到了判例与制定法范围的相对分工:判例只有在法典缺乏明文调整的领域,在法典所规定的制度、规则,与发展变化了的社会现实条件已然不切用时,才能发挥创制规则的功能。否则,判例的主要功能只能是对法典的维护,而非颠覆。判例可能对制定法产生维护或破坏等不同性质的影响,廷尉所作出的判决,具有判例的效力,对各级法院有普遍的约束力。廷尉适用法律的偏离,一旦为其他法官效仿,法典对社会的规制将无从谈起。在法典化立法体制下,廷尉对法律的正确适用负有特别的责任。

## (二) 判例对规则效力的强化

制定法的效力更侧重于宣告。新的法典的公布,只能说宣告了新的规则。至于规则的具体含义,需要借助于个案,通过个案审理,由法官释明。“徒法不足以自行”,规则的最终作用,只有透过判例,才能彰显。无论法典还是判例,都需要不断经受实践的验证,其权威才能最终确立。

### 判例一:太子犯法案

“商鞅变法,令行于民期年,秦民之国都言初令之不便者以千数。于是太子犯法。卫鞅曰:‘法之不行,自上犯之。’将法太子。太子,君嗣也,不可施刑。刑其傅公子虔,黔其师公孙贾。明日,秦人皆趋令。”<sup>[16]</sup>

### 判例二:董宣强项案

“(东汉)光武时,董宣为洛阳令。时湖阳公主苍头白日杀人,因匿主家,吏不能得。及主出行,而以奴骖乘,宣于夏门亭候之,乃驻车候马,以刀画地,大言数主之失,叱奴下车,因格杀之。主即还宫诉帝,帝大怒,召宣,欲捶杀之。宣叩头曰:‘愿乞一言而死。’帝曰:‘欲何言?’宣曰:‘陛下圣德中兴,而纵奴杀良人,将何以理天下乎?臣不须捶,请得自杀。’即以头击楹,流血被面。帝令小黄门持之,使宣叩头谢主,宣不从,强使顿之,宣两手拒地,终不肯服俯。主曰:‘文叔为白衣时,藏亡匿死,吏不敢至门。今为天子,威不能行一令乎?’帝笑曰:‘天子不与白衣同。’因敕强项令出。赐钱三十万。”<sup>[17]</sup>

### 判例三:陇县冤案

“(北宋)仁宗听断,尤以忠厚为主。陇安县民诬平民五人为劫盗,尉悉执之,一人掠死,四人遂引服。其家辨于州,州不为理,悉论死。未几,秦州捕得真盗,陇州吏当坐法而会赦。帝怒,特贬知州孙济为雷州参军,余皆除名流岭南。赐钱粟五家,复其役三年。”<sup>[18]</sup>

[15] 犯蹕案隐含了最高司法权对皇权的相对限制。即君主作为法律和权力的来源,凌驾于法律之上,享有对案件的临时处分权。但是,君主的临时处分权受制于司法审判权,君主的临时处分权必须受时间和空间的限制。案件一旦交付廷尉审判,制定法便优先予以适用。参见汪世荣:《中国古代判例研究》,中国政法大学出版社1997年版,第15页。在制定法为主导的法律体系之下,基本观念之一是法律一经公布,便与立法者保持相当的独立性。通过司法活动对法律条文的解释既是必需的,也是合理的。张释之将君主对案件的权力归结为临时处分权,而非对法律的解释权,从根本上确立了法律解释的性质和地位。此后,关于皇权与司法权的关系得到了大致的确立,即皇帝是法律的创设者,司法官是法律的维护者,在皇权与司法权发生冲突的情况下,司法官有义务对皇帝进行规劝,维护成文法典的尊严。在评论“民人犯蹕案”时,魏人王肃认为:“廷尉者,天子之吏也,犹不可以失平,而天子之身,反可以或谬乎?斯重于为己,而轻于为君,不忠甚也。”见《三国志·魏书·王郎传·王肃》。

[16] 《史记·商君列传》

[17] 《后汉书·酷吏列传·董宣》

[18] 《宋史·刑罚二》

“太子犯法案”中,商鞅针对制定法在实施中所遇到的阻力,主要来自社会上层,“法之不行,自上犯之”的现实观察,采取处罚犯法太子的做法,使规则得以复现,取得明显的效果。“董宣强项案”中,苍头是奴婢的一种,在汉代本无社会地位可言,但是就因为其服务于湖阳公主,竟敢“白日杀人”。也正是湖阳公主的特殊身份,导致“吏不能得”,凶手逍遥法外。因为先前曾有“藏亡匿死,吏不敢至门”的先例,湖阳公主“诉帝”,光武帝“大怒”。董宣的强项精神之所以能够广泛流传,正在于其以先例的形式倡导和践行了法律责任不可避免这一关系到制定法命运的环节。<sup>[19]</sup>“陇县冤案”强化了诉讼规范的效力,强化了程序法应有的作用。

通过判例形式强化法律规则的效力,直至当今,仍未过时。“先例存在于一位官员在实质上相似的情境下重复他或他的前辈、前任已经做过的事情。先例的基础是对整个社会的习俗、制度和个人的习惯作出官方类比。”<sup>[20]</sup>法典的效力,只有借助于判例对具体制度和规则的反复适用,通过相似情境下的制度复现,才能逐渐明晰和强化。

### (三) 判例对法典立法技术的补充

在中国传统法中,判例承担了克服法典在立法技术上缺陷的使命,发挥从个别到一般的优势,提高了法典立法技术的水平,保证了法律对社会生活调整的有效性。

第一,法典作为主要的法律形式,在法律体系中占有主导性的地位。其他法律形式则是对成文法典的有效补充,起着弥补法典局限和不足的作用。法典不但不排斥判例,而且为判例的调整留有余地。有时法典还为其他法律形式设定条件和范围。《晋书·杜预传》:晋律“既成,预为之注释,乃奏之曰:‘法者,盖绳墨之断例,非穷理尽性之书也。故文约而例直,听省而禁简。’”法典不能“穷理尽性”,则需要司法活动的主动性和创造性。正因此,在立法过程中才能够采用概括与简约的技巧,为法律的发展和完善留下空间。比较灵活的规定与简约的立法内容结合,为判例的调整留有空间,不失为处理法典与判例关系的一种模式。

第二,采用判例方式说明、解释法典的某些律文,取得奇效。以《唐律·名例》“本条别有制”律文(明、清律为“本条别有罪名”)为例,这条律文的疏议(明、清律为小注)就采用的是判例注解的方法。为了对判例的调整留下空间,《唐律·杂律》规定了“不应为而为”条,《大清律例·刑律·杂犯》则规定了“不应得为”条,使“所有礼教规则已因此条的概括规定,列为法律的内容,似可称之为礼教大防线。”<sup>[21]</sup>法律试图要对“世之事变百出,人之情态无穷”积极作出回应,判例方法是不能弃置不用的工具。

第三,通过判例方法,以类似于“但书”的形式,补救立法时所未能预见的情形,解决了制定法的适应性,维护了制定法的权威。请看以下判例。

#### 判例一:王睦自告案

“(南朝宋孝武帝时)吴兴武康县人王延祖为劫,父睦以告官。新制:‘凡劫,身斩刑,家人弃市。’睦既自告,于法有疑。时尚书何叔度议曰:‘设法止奸,本于情理,非谓一人为劫,合门应刑。所以罪及同产,欲开其相告,以出造恶之身。睦父子之至,容可悉共逃亡,而割其天属,还相缚送。螫毒在手,解腕求全,于情可悯,理亦宜宥。使杀人不容于家,逃刑无所,乃大绝根源也。睦既纠举送,则余人无应复告,并合赦之。’”<sup>[22]</sup>

#### 判例二:麻合马财礼案

“(元)大都路回民麻合马告称:‘至元二年正月内凭媒法都马等作媒说合,女阿賧与阿里男阿狗儿

[19] “董宣强项案”所产生的社会影响,见《汉书·酷吏列传》:“由是搏击豪强,莫不震栗。京师号为‘卧虎’。歌之曰: 鼓不鸣董少平。”

[20] 转引自[美]博西格诺等著,邓子滨译:《法律之门》,华夏出版社2002年版,第6页。

[21] 黄源盛:《唐律中的礼教法律思想》,《政法法律评论》第58期。

[22] 《通典》卷一百六十七。

为妇,至去年七月里,有婿狗儿身死,有阿里道交故狗儿弟收要。”此案双方当事人为回民,虽然元朝法律有“娶妻财毕未成者,男女丧不追财”的规定,但依回回惯例:女孩儿不曾娶过,夫死了的“若小叔接续,女孩儿底爹娘同意者,下与的财钱回与一半。”案经路府报中书省户部判决:“审问无差,依理回付一半财钱。”〔23〕

“王睦自告案”阐发了连坐制度的立法理由:以设定普遍义务的方式,强化对犯罪行为的纠举与打击。既然在案发前检举、揭发了犯罪,就应当通过“但书”,免除其刑罚。“麻合马财礼案”以“但书”的方式,确立了回民之间财礼纠纷,适用回民惯例的处理规则。判例所确立的“但书”,克服了立法自身内在的局限,保证了法律实施的目的与效果。

#### (四)判例对法律适用效果的保障

清朝《刑案汇览》为我们观察与分析判例的实际适用状况,提供了可靠的资料。判例注重关键事实的分析认定,坚持关键事实决定判决结果的原则。各种不同情形下,同类案件的判决通过汇编,进行比较,追求同类案件判决之间的内在协调,同案同判,相似案件的判决应有关联性,“情轻则罪轻,罪轻则刑轻”;“情重则罪重,罪重则刑重”。〔24〕

《刑案汇览》卷三十六“威逼人致死”条下“秽言致人自尽”项下有若干内容。

判例一:秽言辱骂,致人夫妻自尽二命。

案情摘要:川民李潮敦因与章王氏口角,秽语村辱,致氏与夫章有富先后自尽。

关键事实:章有富之妻章王氏,向李潮敦地内寻割猪草,彼此争闹,李潮敦以秽言向辱,章王氏哭涕回家,气忿自缢。伊夫章有富痛妻忧忿,旋亦投缢。

法律分析与判决理由:李潮敦秽语村辱,致章王氏气忿轻生,按例罪止满流。惟章有富自尽,亦由痛妻所致。是因该犯一言,伊夫妇二人先后殒命,其情罪较重。

判决结果:李潮敦著照手足勾引例,改为绞监候,归入秋审缓决。嗣后有情节相同之案,俱照此办理。嘉庆二十年案。

判例二:窃匪被殴秽骂,事主自尽二命。

案情摘要:卢二妮行窃乔典家,并未得财,迨事隔多日,彼此口角,致被殴打。嗣因伤处溃烂疼痛,至乔典门首,以图奸乔典媳妇女儿未成,不该如此重打,信口秽骂,致乔典之媳胡氏、女文姐气忿投缢殒命。

判决结果:将卢二妮比照川省李潮敦案通行,拟绞监候。嘉庆二十二年案。

判例三:护弟秽骂,置人姑嫂自尽二命。

案情摘要:时奎因伊弟时景全与王太之女王三子,并王太之媳王李氏口角争殴,时奎护弟,即以“王三子等人均非正经女人”等语秽骂,以致王三子、王李氏一同自缢殒命。

判决结果:该犯一言致毙二命,与李潮敦之案相同,应将时奎拟绞监候。嘉庆二十五年案。

从上述三道判例不难看出,只要关键事实一致,就必须引用成案判决。判例的拘束力在清朝司法实践中体现得非常明确。反之,在案件基本事实相同,但量刑情节有差异的情况下,为了保证案件情法两尽,在成案基础上,应当进行权衡,并予以判决。有以下各例。

判例一:秽言戏谑,致人夫妻自尽二命。

案情摘要:姜惠行向王绍绅秽言戏谑,致王绍绅同妻王陆氏自缢身死。

关键事实:死者王陆氏,系姜惠行之妻姜陆氏之侄女。王陆氏未出嫁时,与姜陆氏学做针线,姜惠行见其少艾,两次调奸不从,复央姜陆氏以衣饰劝诱,被姜陆氏拒绝。王陆氏成婚之日,姜惠行乘帮忙之机,挟嫌污其新房被枕。嘉庆二十三年七月十八日,姜惠行邀请王绍绅及高文焕饮酒,戏言伊妻大

〔23〕《元典章·户部》

〔24〕《刑案汇览》何维楷“自序”。

家有份,王绍绅生气走回。次日,往向姜惠行理论,致相争闹。姜惠行之女婿袁继德劝解不息,声言欲行殴打,经人劝散。王绍绅回家告之伊妻王陆氏,王陆氏与王绍绅各留遗札一封,同时缢死。

法律分析与判决理由:李潮敦秽语酿命拟流一案,被奉旨载入例册。秽语酿命拟流例文,必须辨明并无调奸之心者,所以别于但经调戏致其夫及本妇羞忿自尽,拟绞之例。必辨明又无挟制窘辱情状者,所以别于因奸威逼人致死拟斩之例。是办理语言酿命案件,全在分别有无图奸之心,及挟制窘辱情状,以定罪名。姜惠行始则调奸室女,继复挟狼向其夫污蔑,致夫妇二命同时忿激自尽,情节实为可恶。应请旨即行正法,以昭炯戒。

判决结果:该犯本罪应拟绞候,加重问拟绞立决。事犯在本年八月二十七日恩诏以前,应免其即行正法,仍入于明年秋审情实办理。嘉庆二十五年案。

判例二:秽言污蔑,致人母女自尽四命。

案情摘要:贼犯柴长发向李氏之夫秽骂,致李氏等母女四人同时自尽。

关键事实:贼犯柴长发商令李氏之夫温起江窝赃,李氏等均不知情。迨该犯被获,温起江潜嘱该犯不要扳供,许给饭食。嗣经究出窝留情节,获案押讯,温起江即不给与食用。该犯气忿吵骂,捏词诬赖,并以“曾与温起江家妇女睡觉”之言随口糟蹋。李氏闻知羞忿,即萌短见。先将未及周岁的孙女擦入水缸淹毙,复商同伊媳、伊女二人,同时投井身死。

法律分析与判决理由:嘉庆二十四年,李潮敦秽言向辱,致人夫妻自尽二命,照手足勾引例,改为绞监候,归入秋审缓决。本案柴长发忿狠其夫,糟蹋其妻,既非因与其夫戏谑,即系挟嫌捏奸污蔑。与其照李潮敦案加至立决,莫若改照捏奸挟仇污蔑,致被污之人忿激自尽本例,因其惨毙四命,从重改为绞决。如此于新例不再加重之嫌,而罪名足昭平允。

判决结果:柴长发照挟仇污蔑致被污之人自尽例,加拟绞立决。嘉庆二十四年成案。

从上述二道判例不难看出,清朝的司法实践中,成案是进行推理和判决的出发点。在已有成案时,司法官一般从成案适用的条件出发,分析和论证案情。不按照成案判决的,必须分析并论证理由。法律分析的目的,是为了使判决公允,情法两尽。在当时案件与通行成案不相吻合的情形下,不能简单适用判例。司法官应当立足于已有成案,根据情节轻重,减轻或加重刑罚。

中国传统法中判例的功能,包括法律规则的创设与规则效力的强化两个方面。在法典缺位,法典所提供的规则不能满足时用的条件下,通过判例形式创设规则,判例以供给规则的形式发挥作用。当法典所提供的规则契合社会生活条件时,判例通过对规则的反复适用,复现规则,强化法典的效力。即便在特殊历史时期,原有法典不能满足时用,需要以判例为主导创设规则,增强法律的社会适应性情况下,立法者所借助的仍然是通过个案对法典进行逐步改造,在制定新法典的条件尚未成熟时,决不断然废除原有法典。汉朝的立法,便是如此。<sup>[25]</sup> 创设制度是判例辅助性的功能,强化法典的效力是判例主导性的功能。“生成和复现是法律制度两种基本功能和基本过程……复现是法律制度运行的重心。”<sup>[26]</sup> 为了维护法律形式内部的稳定关系,明清时期采取了“以例入律”的法典编撰模式,通过定期和不定期的法典编撰,将判例纳入成文法典之中。

[25] 从操作技术上讲,宣布“罢黜百家,独尊儒术”不难,但对法家所制定的法律进行儒家化改造,并非能在短时期内毕其功于一役。儒家思想以伦常为中心,强调贵贱、尊卑、长幼、亲疏有别,行为规范具有差别性。《左传》:“名位不同,礼亦异数。”《礼记·王制》:“凡听五刑之讼,必原父子之情,立君臣之义以权之。”但秦、汉之法律都为法家所主持制定,体现着法家“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”之精神。汉朝采取以引经决狱和以引经解律的方法对法典进行长期而卓有成效的全面改造运动。但在形式上,汉朝法制的基础仍然是成文法典。

[26] 陈信勇:《法律社会学》,中国社会科学出版社1991年版,第133页。



### 三、判例对法典的冲击与法典对判例的规制

在以法典为主导的多元化法律体系中,判例的适用经历了简单适用和限制适用两个阶段。战国至魏晋南北朝是判例的简单适用时期。判例的形成没有特定的程序,判例的适用也缺乏范围的限制。在这一时期,虽然业已确立了法典的主导地位,但是,由于缺乏对判例形成和适用的有效规范,在判例维护法典、推行法典、发展法典的同时,特定时期判例适用的泛滥,动摇了法典地位,冲击了整个法律体系的稳定结构。请看以下例证。

#### 判例一:颜异腹诽案

“上(汉武帝)与张汤既造白鹿皮币,问(颜)异。异曰:‘今王侯朝贺以苍璧,直数千,而其皮荐反四千万,本末不相称。’天子不悦。张汤又与异有隙,及有人告异以它议,事下张汤治异。异与客语,客语初令下有不便者,异不应,微反唇。汤奏异当九卿见令不便,不入言而腹诽,论死。自是之后,有腹诽之法。”〔27〕

#### 判例二:王宏谋逆案

“是时(南朝梁武帝时)王侯子弟皆长,而骄骞不法。武帝年老,厌于万机,又专精佛戒,每断重罪,则终日佛恻。尝临南苑,临川王宏,伏人于桥下,将欲为逆。事觉,有司请诛之。帝但泣而让曰:‘我人才十倍于尔,处此恒怀战惧。尔何为者?我岂不能行周公之事,念汝愚故也。’免所居官。顷之,还复本职。由是王侯骄横转甚,或白日杀人于都街,劫贼亡命,咸于王家自匿。薄暮尘起,则肃掠行路,谓之打稽。”〔28〕

“颜异腹诽案”通过确立“腹诽”罪名,使犯罪的成立超出了行为、语言和文字,深入到思想。法律对思想的规制,如果以成文法典的形式,通过引导的方式做出,本无不可。但司法活动中一旦确立了思想犯罪,这样的判例就从根本上否定了法典秩序。“王宏谋逆案”削弱了法典的效力。刑罚的不可避免性是刑法得以实行的前提与条件,是法典得以尊崇的理论基础。判例随意免除法律责任,使得社会处于变化不定的规则的支配,必然动摇社会关系的根基。

判例的简单适用,对法律的观念和信仰构成了冲击。判例适用的目的,《太平御览》卷二百四十九有如下说明:“陈宠以法令繁不良,吏得生因缘,以致轻重,乃置撰科牒辞讼比例,使事类相从,以塞奸源。”但事实上,决事比的运用反而加剧了司法的混乱和弊端。正如班固所言:“其后奸猾巧法,转相比况,禁网寝密。律令凡三百五十九章,大辟四百九条,千八百八十二事,死罪决事比万三千四百七十二事。文书盈于几阁,典者不能遍睹。奸吏因缘为市,所欲生则傅生议,所欲陷则予死比,议者咸冤伤之。”〔29〕

唐朝至清朝是判例的限制适用阶段。标志着中国法律儒家化成果的《唐律》的制定,使法典的发展达到了一个新的阶段。从汉引经解律开始,儒家确定了系统地对现存法律予以改造的任务。经过三国、两晋、南北朝数百年的努力,儒家学派前赴后继,殚精竭虑,使得《唐律》“一准乎礼,而得古今之平”,完全反映和体现了儒家的治国方略。判例的特别法地位得以明确,判例的调整范围、形成、适用条件得到了法典的规范。中华法所具有的独特的法律体系,也在这一时期得以确立。法典对判例的限制体现在几个方面:

首先,法典对判例的形成与适用进行了规范。《唐律·断狱》“诸断罪具引律令格式正文”条规定:“诸断罪须具引律令格式正文,违者杖八十。”《大清律例·断狱》“断罪引律令”条律文规定:“凡断罪,皆

〔27〕《史记·平准书》

〔28〕《隋书·刑法志》

〔29〕《汉书·刑法志》

须具引律例,违者,笞三十。若数事共条,止引所犯罪者,听。其特旨断罪,临时处治不为定律者,不得引比为律。若辙引致罪有出入者,以故失论。”该条所附例文规定:“承问各官审明定案,务须援引一定律例。若先引一例,复云不便照此例治罪,更引重例,及加情罪可恶字样坐人罪者,以故入人罪论”;“除正律、正例而外,凡属成案,未经通行著定为例,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,刑部详加查核请著为定例。”

其次,法典为判例的适用规定了范围和原则。《唐律·名例》“诸断罪无正条”律文规定:“诸断罪而无正条,其应出罪者,则举重以明轻;其应入罪,则举轻以明重。”法典不但为判例的调整留有余地,而且将判例的调整和适用纳入到法典之中,从而更能够体现出以法典为核心的法律体系特征。

最后,法典明确了判例优先适用的效力。就律例关系而言,宋代用“法所不载,然后用例”予以概括。<sup>[30]</sup>明代则坚持“例以辅律,非以破律”的观念。<sup>[31]</sup>明清两代律为普通法,例为特别法。《大明律·名例》“断罪依新颁律”条规定:“凡律自颁降日为始,若犯在已前者,并依新律拟断。”注云:“如事犯在未经定例之先,仍依律及已行定例定拟。其定例内有限年月者,俱以限年月为断。例应轻者,照新例遵行。”清代更是通过“有例则不用律”的原则,<sup>[32]</sup>确定律与例在适用上的先后顺序。例优于律适用的制度,有其客观必然性。因为,明、清律的基本内容,是对唐律的沿袭。而明清时代的社会关系则远复杂于唐朝。加之,在法律观念上,律的稳定性又被扩大到近乎僵化的地步。如明洪武二十五年,“刑部言,律条与例条不同者宜更定。太祖以条例特一时权宜,定律不可改,不从”;“而太祖之定律也,历代相承,未敢轻改。”<sup>[33]</sup>在律的不变与缓变状态下,要实现对社会关系的有效法律调整,唯一可行的办法就是加强判例的作用,提高判例的地位。

---

**Abstract:** In traditional Chinese law, cases are those judicial decisions with general effect established by special procedures. Before Spring Autumn and Wartime period, the main form of Chinese law is the case. After that period, Chinese legal system had gradually accommodated many forms, with codes as the main part and cases as secondary part. Such a system maintained for long time. Those cases, based on the codes, functioned to broaden the scope of legislation, supplement the legislative technology and strength the effectiveness of rules. As to the relationship between the establishment rule and the recurring rule of cases, ancient Chinese law persisted in the recurring rule so that it could maintain a relatively steady supply of rules while keeping an inner steady structure of legal forms.

**Key words:** traditional Chinese law, cases, the establishment rule, the recurring rule

---

[30] 《宋史·刑法一》

[31] 《明史·刑法一》

[32] 《清史稿·刑法一》

[33] 《明史·刑法一》