

秦简廷行事考辨

刘笃才 杨一凡

内容提要：云梦秦简出土后，整理者将其中的廷行事解释为成例，即判例，这是不准确的。文献典籍中的有关记述表明，行事一词中找不到成例的义项，更没有当年判例的意义。整理者将廷行事释为成例的两个依据不能成立。根据对秦简相关原文的分析，廷行事其实就是官府行事，或称官府的实际做法。这种实际做法和法律规定不一致，则是自由裁量权存在的结果。

关键词：廷行事 判例 云梦秦简

1975年出土的云梦秦简中一组后来被定名为《法律答问》的竹简中多次出现“廷行事”这一词语。秦简的整理者（以下简称整理者）在注释中说：“廷行事，法廷成例。”后来在说明中又将其进一步推定为判例：“《法律答问》中很多地方以‘廷行事’，即办案成例，作为依据，反映出执法者根据以往判处的成例审理案件，当时已成为一种制度。……当法律中没有明文规定，或虽有规定，但有某种需要时，执法者可以不依法律，而以判例办案。……”〔1〕这一观点长期以来一直为法史学界接受，成为定论，鲜有异议者。〔2〕但是这种解释存在严重错误。本文希望通过对先秦特别是秦汉时代“行事”一词意义的辨析，引起人们对这个问题的重新思考。

一、行事的含义

为了弄清楚行事一词的含义，有必要做一些最基本的工作。我们将先秦诸子著作、形成于先秦以及秦汉时期的儒家典籍、汉代学者的著作以及《史记》、《汉书》、《后汉书》中的有关记述进行了考察。结果表明，行事一词有很多义项。

（一）行为、行动、做事、办事

行事一词是由“行”和“事”两个字结合而成的，它的基本意义是行为、行动、做事、办事。例如：

《周易·乾》：“终日乾乾，行事也。”

* 刘笃才，辽宁大学法学院教授；杨一凡，中国社会科学院法学研究所研究员。

本文系司法部2006年度项目“例在中国封建法制中的地位与演变”的阶段性研究成果。

〔1〕本文中引秦简及释读内容均见《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1978年版。

〔2〕据笔者视界所及，国内学者中唯张铭新对此提出过不同看法。他在《中国古代“法治”形式的演进轨迹及特点》一文（发表在《清华法治论衡》第一辑上）的一个脚注中指出：“廷行事，现在通行的解释是‘秦朝的判例’，恐怕值得商榷。”关于他的商榷意见详后。

《韩非子·外储说左上》：“故人行事施予，以利之为心，则越人易和；以害之为心，则父子离且怨。”

《管子·大匡》：“诸侯之君有行事善者，以重币贺之。”

《史记·鲁周公世家》：“太史公曰：隐桓之事，襄仲杀适（嫡）立庶；三家北面为臣，亲攻昭公，昭公以奔。至其揖让之礼则从矣，而行事何其戾也？”

《后汉书·伏湛传》：“臣闻文王受命而征伐五国，必先询之同姓，然后谋于群臣，加占蓍龟，以定行事。”〔3〕

行事的这个基本意义一直保持到了今天，譬如依法行事、奉命行事、越权行事等等。这说明它的这个义项长期处于稳定的状态，其它的义项都是从这一基本含义派生出来的。

（二）往事、事迹和历史事实

行事有很多引申意义。当人的行为、行动、活动已经完成，在时间上成为过去时，称之为往事。有些行为、行动、活动尽管已经成为过去，但会留下痕迹，称之为事迹；将之记录下来，就成了历史，又可以称为历史事实，或史实。这是从行事的基本意义引申出来的意义。它和前者的区别仅仅在于这里已经不是人们的直接行动和活动，而是人们行为和活动的记录。行事的这一意义，在史书中经常使用。根据上下文的具体语境，有时可以将其翻译为往事，有时可以翻译为事迹，有时可以翻译为历史事实。孔子作《春秋》，其动机据说是他认为：“我欲载之空言，不如见之于行事之深切著明也。”〔4〕后来的《史记》、《汉书》、《后汉书》，其中行事一词也都可以如此理解。

例如《史记·龟策列传》：“余至江南，观其行事，问其长老。”

《汉书·五行志》：“传载眭孟、夏侯胜、京房、谷永、李寻之徒所陈行事。”

《后汉书·桓谭传》：“初，谭言当世行事二十九篇，号曰‘新论’。”〔5〕

在汉代学者的著作例如《论衡》等书中，行事也大多具有往事、事迹和历史事实的意义。如《论衡·别通篇》：“百家之言，古今行事，其为奇异，非徒都邑大市也。”〔6〕《说苑·臣术》：“卑身贱体，夙兴夜寐，进贤不懈，数称于往古之行事。”

史家记述“行事”，古人言说“行事”，是因为行事作为已经发生的事实，具有检验理论的功能，对于统治者制定决策具有参考价值。由于中国古人普遍重视以往的行事，因此史学非常发达。史籍中有关在政治活动中以行事作为预测、策划、决策的根据和参考的记载更是屡见不鲜。

《汉书·王莽传》：“上应古制，下准行事，以顺天心。”〔7〕

《汉书·叙传》：“历古今之得失，验行事之成败。”

《后汉书·班超传》：“愿下臣章，参考行事。诚有万分，死复何恨。”〔8〕

（三）行礼和行政

从行事的基本含义还可以派生出其它意义。由于人们的社会分工不同，同样是行动、做事、办事，所做的事也有所不同，从而引申出来行事的其它含义。例如行礼。

《孟子·滕文公上》：“世子谓然友曰：‘今也不幸至于大故，吾欲使子问于孟子，然后行事。’”

《周礼·春官·宗伯》：“掌安宅叙降，正岁则行事，岁终则弊其事。”

〔3〕行事的这一意义，还见之于《管子·重令》篇、《史记》中的《商君列传》、《苏秦列传》、《张仪列传》、《司马相如列传》以及《后汉书·荀悦传》中，不备引。

〔4〕《汉书·司马迁传》

〔5〕行事的这一意义还见之于《史记》的《孙子吴起列传》、《管晏列传》、《孟子荀卿列传》、《太史公自序》和《汉书》的《魏相丙吉传》、《司马迁传》、《货殖传》以及《后汉书》的《江革刘般传》、《班固传》、《应劭传》、《仲长统传》、《马援传》等。

〔6〕《论衡》中的《卜筮》、《顺鼓》、《问孔》、《齐世》、《实知》、《福虚》等篇中的行事的意义也是如此。

〔7〕《汉书》还有《匈奴传下》篇：“察仲舒之论，考诸行事，乃知其未合于当时，而有阙于后世也。”

〔8〕《后汉书》还有《赵咨传》、《马援传》等处。

《仪礼·士冠礼》：“宰告曰：质明行事。”《礼记·曲礼上》：“日而行事，则必践之。”

《汉书·郊祀志上》：“乙卯，令侍中儒者皮弁荐绅，射牛行事。”

《后汉书·明帝纪》：“二年春正月辛未，宗祀光武皇帝于明堂，帝及公卿列侯始服冠冕、衣裳、玉佩、纁屨以行事。”〔9〕

再以行政为例。参与和管理国家事务是古代社会上层人士所进行的主要活动，行事也可以作为行政的代称。

《管子·大匡》：“仲再拜稽首而起曰：‘今日君成霸，臣贪承命，趋立于相位。’乃令五官行事。”

《庄子·天道》：“宗庙尚亲，朝廷尚尊，乡党尚齿，行事尚贤，大道之序也。”

（四）官职和政绩

从行政可以进一步引申为官职的称呼。如《韩非子·说林上》：“秦武王令甘茂择所欲为于仆与行事。孟卯曰：‘公不如为仆。公所长者，使也。公虽为仆，王犹使之于公也。公佩仆玺而为行事，是兼官也。’”这里，行事是使臣的称呼。

《论衡·自纪篇》：“在县位至掾功曹，在都尉府位亦掾功曹，在太守为列掾五官功曹行事，入州为从事。”王充说他曾经担任过“列掾五官功曹行事”一职，应该属于行事为官名的铁证。

从行政的意义还可以进一步引申为政绩的意思。《周礼·天官·宫正》：“月终则会其稍食，岁终则会其行事。郑司农注：行事，吏职也。”对此《周礼正义》的作者进行了发挥，“疏”释曰：“稍食谓官中官府等月禄，故至月终会计之。岁终则会计行事，吏职当考知功过也。”通过会计行事考察官吏的功过，说明行事即官吏的行为，事迹或政绩。

我们之所以不厌其烦的列举有关记载先秦到汉代行事的文字，目的是想证明行事可以解释为往事、事迹、史迹，甚至政绩，但在行事的各种义项中找不到“成例”的义项，更不用说“判例”这样的意义。语言的发展变化是有规律可循的。如果先秦如此，汉代亦如此，那怎么能够设想在秦代行事一词会发生意义突变，出现“成例”这样一个义项呢？

二、行事不是旧例成法

基于上述考察，秦简整理者有关廷行事是秦代判例的结论有重新审视的必要。

关于廷行事的注释，当年整理者引用的根据有二：一是《汉书·翟方进传》注引宋代刘敞云：“汉时人言‘行事’、‘成事’皆已行、已成事也。”二是清人王念孙《读书杂志》四之十二对“行事”一词的解释：“行事者，言已行之事，旧例成法也。”整理者正是据此将廷行事在释文中释为“成例”。〔10〕但这个注释存在着不少问题。整理者没有对于先秦乃至秦汉时期有关行事的文献进行详细的辨析，仅仅依据《汉书》中的两则传记材料就轻率做出了结论。〔11〕

在前面我们列举秦汉时代的行事中，故意没有涉及这两则材料，以下让我们专门考察整理者据以做出结论的这两个证据。

首先看《汉书·陈汤传》。宋人刘敞释其中的“行事”一词为“已行之事，旧例成法”。刘敞是

〔9〕关于行事的这一意义，《仪礼》、《礼记》以及《汉书》、《后汉书》中还有一些例子，不一一列举。

〔10〕见《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1978年版，第167页。

〔11〕在云梦秦简发表以后，参加整理工作的学者也做过一些补正工作。例如裘锡圭先生就曾指出其中有两点错误：一是将刘敞错作了刘敞，二是将行事即旧例成法的解释归于王念孙也不确切。遗憾的是，裘锡圭先生在做出上述补充说明后，仍然坚持认为睡虎地秦墓竹简小组释“廷行事”为“法廷成例”是“正确”的。他在《读书札记四则》（《人文与社会学报》第一期）中说：“王念孙《读书杂志·汉书第十二》行事条只是备申刘说，举证甚多。此说已成定论。”其实，查阅《读书杂志》原文可知，王念孙对刘敞释“行事”为“已行之事，旧例成法”的说法只是肯定了其中的一半，即释“行事”为“已行之事”；而并没有肯定释“行事”为“旧例成法”的另一半。

曾经助司马光编成《资治通鉴》的历史学家。照一般的道理说，应该不会错。但是，由于这里涉及到法律方面的专门知识，认真分析一下《汉书·陈汤传》的原文还是很有必要。

《汉书·陈汤传》先是叙述了甘延寿、陈汤立功绝域，却因小过而迟迟未受封赏的事情。当时朝廷内部争论很大，议久不决。针对此事，刘向上书据理力争，说了一大段话，因为与本文的主题关系重大，故而全段照录如下：

“论大功者不录小过，举大美者不疵细瑕。司马法曰‘军赏不逾月’，欲民速得为善之利也。盖急武功，重用人也。吉甫之归，周厚赐之，其诗曰：‘吉甫燕喜，既多受祉，来归自镐，我行永久。’千里之镐犹以为远，况万里之外，其勤至矣！延寿、汤既未获受祉之报，反屈捐命之功，久挫于刀笔之前，非所以劝有功、励戎士也。昔齐桓公前有尊周之功，后有灭项之罪，君子以功覆过而为之讳行事。贰师将军李广利捐五万之师，靡亿万之费，经四年之劳，而仅获骏马三十匹，虽斩宛王毋鼓之首，犹不足以复费，其私罪恶甚多。孝武以为万里征伐，不录其过，遂封拜两侯、三卿、二千石百有余人。今康居国强于大宛，郅支之号重于宛王，杀使者罪甚于留马，而延寿、汤不烦汉士，不费斗粮，比于贰师，功德百之。且常惠随欲击之乌孙，郑吉迎自来之日逐，犹皆裂土受爵。故言威武勤劳则大于方叔、吉甫，列功覆过则优于齐桓、贰师，近事之功则高于安远、长罗，而大功未著，小恶数布，臣窃痛之！宜以时解县通籍，除过勿治，尊宠爵位，以劝有功。”

先请注意灭项之事。“齐桓公前有尊周之功，后有灭项之罪，君子以功覆过而为之讳行事。”这是《汉书》通常的标点方法，是按照颜师古的解释所做的标点。颜师古注以“而为之讳行事”为句，认为“行事谓灭项之事”。也就是说在颜氏看来，行事就是行为的意思。唐人杜佑作的《通典》则将这段话改写为“昔齐桓前有尊周之功，后有灭项之罪，君子以功覆过而为之讳其行。”注曰：讳灭项之事也。^[12]这表明，按照杜佑的看法，行事也是行为的意思，不过“讳行事”这一说法显得别扭，故改作“讳其行”，以使文通字顺。可见行事指灭项一事，非颜师古一人的意见。只是到了宋代，刘敞才提出不同的见解，认为“讳行事”不成话，“非辞也”。句号应该画在“讳”和“行事”之间。但是，这个意见可靠吗？请看司马光对此的处理。我们知道，刘敞曾经参与司马光《资治通鉴》的编写工作。但是，他的意见并没有被吸收到《资治通鉴》中来。该书在摘录刘向上书的文字时，没有沿用颜师古的解释，也没有采纳刘敞的意见，而是删去了这个惹起争议的“行事”二字，对这一问题实际是采取了回避的态度。^[13]这是一个意味深长的姿态。

即使我们相信行事指的不是齐桓灭项之事而是汉武帝处理李广之事，也不能得出行事是成例的结论。分析刘向的上书内容，首先是讲道理，分两层。一是提出一个普遍原则，即“论大功者不录小过，举大美者不疵细瑕”；二是专门就奖励战功立论，引“司马法曰‘军赏不逾月’”，强调这一原则特别适用于甘延寿、陈汤的处理。然后，是摆出事实证明上述论断。分三项：一、举西周的事例，吉甫之归，周厚赐之；二、举春秋的事例，昔齐桓公前有尊周之功，后有灭项之罪，君子以功覆过而为之讳；三、举汉武帝处理贰师将军李广利的事例。再次，是以甘、陈二人与上述事例进行比较：“言威武勤劳则大于方叔、吉甫，列功覆过则优于齐桓、贰师”，最后做出结论是“宜以时解县通籍，除过勿治，尊宠爵位，以劝有功。”

在这里，刘向只是遵循着古代文士以事说理的传统，用历史典故加强自己论点的说服力而已。如果说行事在这里有特殊意义，那就是前两项是前朝故事，而汉武帝处理贰师将军李广利的事例则出自本朝，因而可能更具分量。荀悦《前汉纪》在记述刘向的上书时将“行事”改为“近事”，就体现了这层意思。天子接受了刘向的意见，下诏“其赦延寿、汤罪，勿治”。在这里，汉武帝处理贰师将军李广利的事例的确起到了一定作用，但是，天子被刘向说服，更是由于他提出的全部论据

[12] 《通典》卷195。

[13] 《资治通鉴》卷29，孝元皇帝下竟宁元年。

结合在一起所形成的论辩力量。进一步分析后来此事的处理过程，更可以看出这一点。请看下文：

“……诏公卿议封焉。议者皆以为宜如军法捕斩单于令。匡衡、石显以为郅支本亡逃失国，窃号绝域，非真单于。元帝取安远侯郑吉故事，封千户，衡、显复争。乃封延寿为义成侯，赐汤爵关内侯，食邑各三百户，加赐黄金百斤。告上帝、宗庙，大赦天下。拜延寿为长水校尉，汤为射声校尉。”

请看，“议者皆以为宜如军法捕斩单于令”，即引用军法和令为议封的根据，而元帝则取“故事”，加封延寿等千户。这里，汉元帝援用安远侯郑吉“故事”，而不用前引“行事”，表明前引行事只是刘向在朝廷讨论处理陈汤功罪时提出的一个论据，不过是作为例证所举出的一件“旧事”而已。在处理此事时，元帝不用“行事”而用“故事”，不是偶然的。在汉代，“故事”通常指的是行政处分先例，“安远侯郑吉故事”就是这样的先例。而加封延寿等千户这种封赏活动实际是行政处分行为。如果说这里存在旧例成法，那么，应该说是安远侯郑吉“故事”，而不是汉武帝处理贰师将军李广利的这一“行事”。

根据法史界的共识，汉代的判例称为比。但汉代的比也并不都是司法判例，还有行政方面的先例，也可以援引作为处理某事的参考。同样是在《汉书·陈汤传》中，曾经有两处提到比，一处就是这种行政先例：“后皇太后同母弟苟参为水衡都尉，死，子伋为侍中。参妻欲为伋求封，汤受其金五十斤，许为求比上奏。”陈汤受贿后答应寻求类似的“比”以使“为伋求封”的事情顺利进行。这里的比，指的就是以往的行政处分先例。

《汉书·陈汤传》还有一处提到比。陈汤后来被丞相御史弹劾为“不道”，廷尉增寿在上奏中针对“不道”这一罪名说了一段话：“不道无正法，以所犯剧易为罪，臣下承用失其中，故移狱廷尉，无比者先以闻，所以正刑罚，重人命也。”意思是，由于不道这一罪名没有法律正文给予明确规定，好多行为会被轻易归结为这一罪名，适用当中难以做到准确无误。因此，为了正确适用法律，属于这类案件都要移送廷尉，没有“比”的，须事先报告皇帝。由此可知，“比”在“无正法”的情况下在定罪量刑中的作用。这才真正是司法判例。

总之，如果说汉代存在判例，那么，首先应该说是“比”，其次则应该说是“故事”。至于“行事”，恐怕难与上述二者相提并论。^[14]

再看《汉书·翟方进传》中的一段文字：

“既至甘泉宫，会殿中，（陈）庆与廷尉范延寿语。时庆有章劾，自道：‘行事以赎论，今尚书持我事来，当于此决。前我为尚书时，尝有所奏事，忽忘之，留月余。’方进于是举劾庆曰：‘案庆奉使刺举大臣，故为尚书，知机事周密一统，明主躬亲不解。庆有罪未伏诛，无恐惧心，豫自设不坐之比。又暴扬尚书事，言迟疾无所在，亏损圣德之聪明，奉诏不谨，皆不敬，臣谨以劾。’庆坐免官。”

这里说的是，陈庆知道自己被人弹劾了，并且今天皇帝要处理这一案件，不过他认为他这件事可以通过赎罪的方式解决。但当他与廷尉范延寿说这话时，恰好被翟方进听到，于是翟方进举劾他“豫自设不坐之比”。按照现在的标点和解释，陈庆前面说的那个“行事以赎论”的“行事”，就是翟方进举劾他的“不坐之比”。这样，行事就和汉代的判例“比”等量齐观了。

问题是如何理解“自道行事以赎论”这句话。是不是只能理解为“按照成例以赎论”呢？其实，如果我们不象上面那样标点，而是将这句话连起来读，完全可以将“自道行事以赎论”翻译成为：“自己说他的行为应当以赎论”。就是说，行事一词就是该词的基本意义即行为的意思，指的是陈庆所做的而今受到弹劾的那件事情；而不是指成例。这样翻译，和后面的翟方进举劾他“豫自设不坐之比”没有丝毫不相衔接的问题。

[14] 只有《汉书·王莽传》的“上应古制，下准行事，以顺天心”，庶几近之。

唐人颜师古则把这里的行事理解为行礼。他注释这句话时还特别举出陈庆行礼出了错误的场合，曰：“当祭泰时，行事有阙失，罪合赎。”他这样说，恐怕不会毫无根据。至少我们有充分的证据能够证明，行礼确实是行事的一个义项。而且照颜师古的理解，不影响将“自道行事以赎论”翻译为“自己说他的行为应当以赎论”。

行事是旧例成法说不足为信还在于，在宋代人那里，旧例和成法是两个相互对立的概念，而不能将之相互结合构成一个词语。关于法和例的对立，王侃曾经引文证之，转引如下：“一例既开，一法遂废”（《宋会要·格令二》）；“法之弊易见，例之弊难革”（《文献通考》）；“或例宽而法窄，则引例以破法；或例窄而法宽，则援法而废例”（《宋会要·格令三》）。总之，“法者，公天下而为之者也；例者，因人而立以坏天下之公者也”（《宋史·选举志》）。〔15〕可见，在宋代，特别是刘攽生活的北宋中期，是旧例就不能称为成法，是成法也就不是旧例。在这样的情况下，刘攽居然将旧例和成法捏合在一起造出了这样一个词语，说明他法律知识的不足。术业有专攻，作为大历史学家的刘攽缺乏法律方面的知识，是不足为怪的。只要我们对之不采取深信不疑的态度，慎重对待就是了。

三、廷行事不是判例

上述讨论表明，整理者用以证明廷行事是判例的两条汉代证据都是不可靠的。要探讨廷行事的性质，还是需要回到秦简中的廷行事本身。在这之前，让我们先对张铭新的商榷意见做一简单评论。

张铭新说：“查阅云梦秦简，凡是讲到‘廷行事’者，没有一处涉及到某一具体的案件事实，而是指对某一类法无明文的犯罪在以前的审判中是如何处理的。比如‘斗杀人，廷行事为贼’，‘廷行事，（仓）鼠穴三以上贖一盾’等。所以，说秦的‘廷行事’是‘司法惯例’似乎更为准确。”〔16〕

这段文字有不准确之处。在云梦秦简《法律答问》中的廷行事所涉及的并不都是法无明文的犯罪。譬如，“告人盗百一十，问盗百，告者可（何）论？当贖二甲。盗百，即端盗驾（加）十钱，问告者可（何）论？当贖一盾。贖一盾应律，虽然，廷行事以不审论，贖二甲。”文中的“贖一盾应律”，说明法律对之有明文规定。再譬如：“可（何）如为‘犯令’、‘法（废）令’？律所谓者，令曰勿为，而为之，是谓‘犯令’；令曰为之，弗为，是谓‘法（废）令’毆（也）。廷行事皆以‘犯令’论。”此处的“律所谓者”云云也说明法律有明确规定。

另外，张铭新提出应该把廷行事作为司法惯例来理解，但是，如何定义司法惯例，以及它在古代司法中的功能等问题可能更为复杂。张氏没有展开论述，我们这里也不便评论。

但他关于“廷行事是指对……犯罪在以前的审判中是如何处理的”说法，则是非常富于启发性的。所谓“如何处理的”，也就是如何行事的，这也就是现在我们通常说的越权行事或者依法行事的那个行事。如上所述，行事的这个词义是其基本含义。从先秦一直延续到现代，它都有着极其稳定的形态。在古今对译中，如果一般的基本译义能够成立，就没有必要考虑特殊的引申译义。根据这样的原则，秦简中的行事首先应当采用行为做法等基本意义进行对译，鉴于行事一词基本含义长期处于稳定状态，甚至无须用它词对译。

廷行事的另一个词素是廷。什么是廷？整理者将其译作法廷，笔者认为译作官府更为确切。

在古代，廷也是一个多义词。中国古代并没有法庭一词，廷和庭可以通用，但未见到有将廷解释为法庭的先例。廷在大多数情况下是朝廷的意思。《说文》：“廷，朝中也。”《广韵》：“廷，国家朝廷也。”《玉篇》：“廷，朝廷也。”另外，有时也是县廷的意思。《汉书·田儼传》颜师古注：“廷，

〔15〕王侃：《宋例辨析》，《法学研究》1996年第2期。

〔16〕参见前引〔1〕，张铭新文。

县廷之中也。”还可以作为廷尉的简称。《汉书·杜周传》颜师古注：“廷史，即廷尉史也。”

廷除了指中央朝廷和县级机关，也包括郡这一层次的地方机关。《法律答问》中有一条简文说：“辞者辞廷。今郡守为廷不为？为殿（也）。”译文是：“法律规定‘诉讼者向廷诉讼’，如郡守算不算廷？算廷。”

廷既包括中央政府的朝廷，又包括郡、县两级地方政府，可以概括地称之为官府。

综上，可以将廷行事译作官府行事。在《法律答问》这一具体语境中相对于法律规定而言的官府行事，也可以译为“官府的 actual 做法”。这样，《法律答问》中包含的法律知识，就不仅有法律如何规定的，应该如何理解等，而且有法律是如何运行的，实际是如何操作的，涉及更广泛的法律现象。如果联系墓主喜的身份是县狱吏这一事实，那么无论从哪个角度看，作为一个实际工作者的墓主留下这样的文字记录都是可以理解的。

这样的官府行事是不是判例呢？这里涉及判例的定义问题。众所周知，判例的概念来自于西方。在西方判例法国家，判例是具有约束力的司法先例。中国古代不存在英美法系那样的判例制度，因此中国是否有判例也就存在争论。好在我们探讨的只是云梦秦简整理小组关于廷行事是判例的论断是否正确的问题，所以不妨采用整理小组关于判例的定义。

在《法律答问》说明中，整理者认为：“执法者根据以往判处的成例审理案件，当时已成为一种制度，……当法律中没有明文规定，或虽有规定，但有某种需要时，执法者可以不依法律，而以判例办案。”这表明，在整理者的心目中，“判例”乃是（1）在法律中没有明文规定时，（2）将“以往判处的成例”，（3）“作为”当时“审理案件”的“根据”。这是一个基本可以被接受的定义。

廷行事是不是判例，关键是看它是否在司法实践中被当作审理案件的根据。但是，《法律答问》既不是司法档案，也不是审判实录，正如张铭新所指出的，“查阅云梦秦简，凡是讲到廷行事者，没有一处涉及到某一具体的案件事实”。所以，秦简本身无法证明廷行事被当作司法审判的依据。

整理者显然意识到了这一问题。于是，为了表明廷行事具有上述功能，在有关廷行事的译文方面使用了“应”如何如何的字样。譬如对简文“甲告乙盗直（值）□□，问乙盗卅，甲诬驾（加）乙五十，其卅不审，问甲当论不当？廷行事贲二甲”，将“廷行事贲二甲”译为“成例应罚二甲”。再譬如对简文“实官户关不致，容指若抉，廷行事贲一甲”，将“廷行事贲一甲”译为“成例应罚一甲”。再譬如对简文“空仓中有荐，荐下有稼一石以上，廷行事贲一甲”将“廷行事贲一甲”译为“成例应罚一甲”。上述译法都是为了说明廷行事具有法律的约束力。

但是，这样一来，如何协调法律和判例的矛盾就成了问题，整理者不免使自己陷入进退维谷的境地。譬如下述简文，“告人盗百一十，问盗百，告者可（何）论？当贲二甲。盗百，即端盗驾（加）十钱，问告者可（何）论？当贲一盾。贲一盾应律，虽然，廷行事以不审论，贲二甲”。贲一盾“应律”，即符合法律规定；廷行事却以不审论，“贲二甲”。这里的“廷行事以不审论，贲二甲”，按照上引译文，也应该译为“成例应”如何如何。但是整理者并没有这样做，而是译为“但成例以控告不实论处，贲二甲”。人们会问，这里为什么不同样用“应”呢？它显然反映了整理者的两难处境：保持逻辑的同一性，翻译为应如何如何，但难以解释法律的统一性。试想，如果一个案件按照判例“应”贲二甲，而按照法律规定“应”贲一盾，那就只会令人无所适从，不知道究竟“应”贲几何，徒然增加不必要的纷扰。为了不破坏法律的统一性，在廷行事和法律规定相矛盾的场所，整理者不得不背离逻辑的同一性要求，翻译时极力避免“应”字的出现。这是将廷行事解作判例不可避免发生的问题。

其实要保持逻辑的同一性还有一个办法。那就是对所有廷行事都不用“应”如何如何的方式进行翻译。“应”实际上是由于整理者误读廷行事为判例，而采取了“加字增义”的翻译方式。这本身就是背离翻译原则的做法。如果不把廷行事作为判例理解，也就无须增加“应”字，只按原义对译即可。而将廷行事翻译为官府行事，无论其与法律规定存在多么不一致的情况，都不难理解。因

为官府往往不顾法律明文规定而任意行事，这是从古到今人们司空见惯的社会现象。

关于官府实际做法和法律规定不一致的现象，完全可以用自由裁量权进行解释。所谓“事皆决于法”不仅在秦代不是事实，在一切社会也都是幻想。法律的条文有限，不可能事无大小皆包罗无遗。法律的空白只能由法官的自由裁量加以弥补。这是其一。其二是，法律的规定在执行当中也有适应不同的情况加以变通以利操作的问题，所以在不违反原则的前提下，赋予法官自由裁量权也很有必要。其三是，既然存在自由裁量权，也就难以避免自由裁量权的滥用，于是在更大范围内形成官府行事和法律规定的背离。

《法律答问》中涉及廷行事的简文大多属于第一种情况。例如：“实官户关不致，容指若抉”（仓房门闩不紧密的，可以容下手指或用以撬动的器具）；“实官户扇不致，禾稼能出”（仓房门扇不紧密，谷物能从里面漏出）。法律没有规定，当然属于自由裁量的空间。

属于第二种情况的，例如：“告人盗百一十，问盗百，告者可（何）论？当赀二甲。盗百，即端盗驾（加）十钱，问告者可（何）论？当赀一盾。赀一盾应律，虽然，廷行事以不审论，赀二甲。”这是由于出入仅有十钱，而将故意和过失合并，故意也变通作过失处理。再如，“可（何）如为‘犯令’、‘法（废）令’？律所谓者，令曰勿为而为之，是谓‘犯令’；令曰为之，弗为，是谓‘法（废）令’，殴（也）。廷行事皆以‘犯令’论。”这是在实际司法时将违法行为不论“作为”和“不作为”都同样对待。这种变通也是自由裁量的应有之义。至于它们是否属于自由裁量权的滥用，则依当时的制度是宽是严而定。

由于属于自由裁量的范围，以往的判决对于后人不构成约束，也不存在能否作为审判依据的问题。这是廷行事作为官府行事和判例的不同。再者，廷行事所涉及的那样琐细的违法犯罪案件显然不属于层层上报复核的范围，对其如何进行处理的问题也不足以引起统治高层的关注，因此可以断定它根本无法经过一定的批准程序成为判例。

有必要说明，本文对于廷行事是秦代判例说提出质疑，是因为现有的事实没有提供廷行事作为司法审判依据的证明。如果今后发现这样的事实，笔者乐于修正现在的论点。另外，否定廷行事具有判例的性质并不意味着否定秦代存在判例。秦代是否存在判例是一个需要继续研究的问题。指出廷行事不是判例，只是为了廓清由于误读廷行事一词所造成的迷雾，以便找出秦代的真正判例——如果它确实存在的话。再者，将廷行事推定为官府行事而不是判例，丝毫也不会降低包含廷行事一词的云梦秦简的价值。法律史研究不仅应该重视书面上的法律，而且应该关注运行中的法律，特别应该注意研究两者的互动交涉的关系。《法律答问》关于廷行事的简文恰好为我们提供了这样的素材，尤其是提供了素以法治著称于世的秦代在这方面的素材，更是弥足珍贵。

Abstract: After the excavation of the Yunmeng Bamboo Clips of Qin Dynasty, the collector inaccurately interpreted royal decisions contained therein as decided examples, i. e., cases. However, literature and records did not contain an item relating to decided examples, nor provided them with the meaning of cases. Thus the two grounds on which the collector interpreted royal decisions as decided examples could not be justified. Based on the original language of the Bamboo Clips of Qin Dynasty, royal decisions were de facto official decisions, or the actual practices of the officials. It was the using of the discretionary power that had caused the divergence between the actual practices and the legal provisions.

Keywords: royal decisions, case, Yunmeng Bamboo Clips of Qin