



例法的两面： 中国古代判例选编

胡兴东 李杰 黄涛 编著



例法的两面：
中国古代判例选编

胡兴东 李杰 黄涛 编著

云南大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

判例法的两面：中国古代判例选编/胡兴东，李杰，黄涛
编著. —昆明：云南大学出版社，2010

ISBN 978 - 7 - 5482 - 0214 - 1

I. ①判… II. ①胡… ②李… ③黄… III. ①审判—
案例—汇编—中国—古代 IV. ①D929.2.

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 153725 号

判例法的两面：中国古代判例选编

胡兴东 李杰 黄涛 编著

策划编辑：蔡红华

责任编辑：周元晖

封面设计：丁群亚

出版发行：云南大学出版社

印 装：昆明宝王印务有限公司

开 本：787mm × 1092mm 1/16

印 张：26.5

字 数：422 千

版 次：2010 年 8 月第 1 版

印 次：2010 年 8 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5482 - 0214 - 1

定 价：49.00 元

地 址：昆明市翠湖北路 2 号云南大学英华园内

邮 编：650091

发行电话：0871 - 5031071 5033244

E - mail：market@ynup.com

导读：中国古代判例法评述

本书所录 348 个判例中直接适用成文法，引判例对最后判决没有起到影响的有 91 个，占总数的 26.15%。其中元朝有 3 个，即例 1、19、45，清朝有 88 个。通过判例适用了先例所适用的成文法的有 136 个，占总数的 39.08%。其中元朝有 5 个，即例 13、16、37、57 和 68；清朝 131 个。这类判例适用中，先例是作为适用成文法的依据。当然，从某个角度上看也可以算做是适用判例。直接适用判例进行判决的有 90 个，占总数的 25.86%。元朝有 66 个，清朝有 24 个。通过判例改变所适用的成文法的有 16 个，都是清朝的，即例 94、96、176、181、221、239、245、248、249、283、290、308、309、315、318、330。适用先例，否定可以适用的成文法的有 3 个，即例 42、57 和 59，都是元朝的。通过改变先例判决的 4 个，其中加重先例判决的有 2 个，即例 26 和 36；减轻的有 1 个，即例 72；变通的有 1 个，即例 46，都是元朝的。整体上看属于立法的依据，而不是作为司法适用的有 5 个，其中元朝有 2 个，即例 77 与例 78，清朝的有 3 个，即例 97、例 195 和例 331。元朝使用先例立法的两个个案中都有适用先例判决的案件，因为在第 77 案中唐周卿案中适用了席驴儿案，第 78 案中李宝案适用了贺来福案，清朝的有 1 个，即例 331 中林谢氏案适用了道光三年张氏成案，仅有例 97 和例 195 是作为立法的依据。引用了先例，但发回地方重审的有 2 个，即例 142 和例 153。认真分析这两个案件的判决，两案中先例是作为刑部推翻地方巡抚拟判的论证依据，但没有确定最后判决是否适用了刑部所引的判例。当然，按清朝的一般司法惯例，地方巡抚在此种情况下往往是接受刑部的意见，即适用先例进行判决。用后来判决改判先例的有 1 个，即例 340。此案在判决时引用了先例，但比较后认为先例的判决不恰当，所以通过后来的判决改变了 3 个先例的判决。

元朝 83 个个案中判例明确起到法律作用的有 80 个，起到论证依据的有 3 个。清朝 265 个个案中完全依据先例的仅有 24 个，元朝有 75 个。清朝判例主要是作为选择适用成文法的依据，其中作为正作用依据的 131 个，作为其他作用的有 91 个。元朝在引先例的个案中对判例的依赖度达到 96.39% 左右，完全依赖度达到 90.36% 左右；清朝的依赖度在 29.40% 左右，完全依赖度仅为 9.02% 左右。反之，清朝对成文法的依赖度达 82.33% 左右，元朝对成文法的依赖度则只达到 9.64% 左右。所以说元朝与清朝是中国古代判例法的两种不同模式，其基本差别在于两者在法的适用上是否存在成文法典。

中国古代判例出现的时间应是很早的，即使不承认夏商周三代就产生，至少秦汉时期已经存在。三代时期的判例情况由于史料所限，很难进行分析。中国古代判例在法律适用中作为具有说服力的作用是没有问题的，仅是作为具有拘束力的适用上存在较为复杂的情况，很难一概肯定与否定。至少从战国开始到清末，中国古代判例法的结构模式的典型代表是元朝和清朝。这两个王朝的判例制度分别代表了中国古代判例法的不同模式。

分析本书个案所体现出来的中国古代判例法特征，具体可以表现在以下诸方面。

一、中国古代判例法的基本类型

中国古代判例制度从战国至清末认真分析存在过两种模式，即成文法下的判例法制度与非成文法下的判例法制度，或称为纯粹判例制度，分别以清朝和元朝为典型代表。非成文法典下的判例法制度现在可以确定的仅有元朝，两者的特点是有所不同的。

（一）非成文法下的判例法

从元朝的判例法来看，它的判例很多时候就是立法，并且是一种全新的立法，而不是对已经存在的法律进行解释与补充。由于元朝的法律是通过判例构建起来的，所以元朝在法律适用中更为开放、更注重社会中不同利益的权衡，而不仅是通过伦理道德来完成。这是因为虽然司法判决是事后的，但从法律上看判决的理由是不能事后构建的，而伦理道德不能适应这种司法的需要，所以它的判例法具有更强的开放性与可变性。这也是元朝在判例创制的司法技术上不完全依靠类比的原因。当然，元朝的判例在司法程序上与成

文法典下的判例法的最大区别是它能够创制罪名，虽然这种创制是通过借用过去的法律或习惯法来完成的。元朝的判例就是法律，在《通制条格》和《至正条格》上有明确的记载。如《通制条格·亲属分财》中关于不同子女继承权问题与可以继承财产的范围的法律就是通过至元三十一年阿张案和至元十八年王兴祖案确立。

至元三十一年十月，礼部呈：大都路申卢提举妾阿张告争家财。检会旧例：诸应争田产及财物者，妻之子各四分，妾之子各三分，奸良人及幸婢子各一分。以此参详，卢提举元抛事产，依例，妻之子卢山驴四分，妾之子卢顽驴、卢吉祥各三分。都省准呈。

至元十八年四月，中书省。礼部呈：彰德路汤阴县军户王兴祖状告：至元三年，于本处薛老女家作舍居女婿十年，此时承替丈人应当军役，置到庄地、宅院、人口等物，有兄王福告作父、祖家财均分等事。本部照得：旧例：应分家财，若因官及随军或妻所得财物，不在均分之限。若将王兴祖随军梯已置到产业人口等物，令王兴祖依旧为主外，据父、祖置到产业家财，与兄王福依例均分。都省准拟。^①

上面两案确立了相应的法律规则，《通制条格》在相应的法律条目下直接把两案例写进去。从现在整理出来的《至正条格》来看也同样如此。在《至正条格》中，不管是“条格”还是“断例”的法规都有通过具体判例组成的。如“条格”中否定前朝地产所有权的法律就是通过大德六年陕西省安西路惠从案确立的。

大德六年正月，陕西行省咨：安西路僧人惠从告：李玉将本寺正隆二年建立石碑内常住地土占种。照得，见争地土即系异代碑文志记亩数，似难凭准。若蒙照依定例革废，将地凭契断付李玉为主。礼部照得：李玉凭牙，于贾玉处用价立契，收买上项地土，经今二十余年，又经异代，合准陕西行省所拟。都省：准呈。^②

① 方龄贵：《通制条格校注》卷4，“户令·亲属分财”，中华书局2001年版，第178页。

② [韩]国学中央研究院编：《至正条格校注》卷26，“条格·田令·异代地土”，第63页。

此案成为调整“异地地土”的“法律”规范。《至正条格》中存在大量“断例”是判例已是不争的事实。如“休妻再合”条就是延祐四年周桂荣案确立的：

延祐四年七月，礼部议得：嘉定路案牒周桂荣妻任氏，获罪于姑，因而休弃，改嫁计县尹为妻。本人身死，方及周岁，周桂荣却与任氏再合。虽在革前，理宜改正离异。都省：准拟。^①

元朝编纂的法典与其他朝代有所不同，它通过判例组成法典的立法模式在中国古代独具特色，所以说在元朝的法律适用中，适用先例判决就是适用法律。

（二）成文法（典）下的判例法

成文法典下的判例制度是中国古代判例法的基本类型。可以肯定从战国到清朝（元朝除外），中国古代的判例法都是这种类型。《奏谏书》中，汉高祖十年胡状、丞意审理人犯“阑”案时引用先例“清”案是现在可以见到的最早完全意义上的引用先例判决的案例记载。此外，汉武帝时董仲舒通过春秋决狱补法律的不足，他所判的案件成为判例，被广泛适用也是可以确定的。此后历朝不断。如明朝雷梦麟在《读律琐言》中指出，“今王府犯罪，皆比照先年裁决事例上请，但不得引用如律也”^②，明确指出适用了“先年裁决事例”进行判决。清朝更是如此。明朝最早把“条例”称为“事例”，是因为“事例”产生于具体的案件或法律事件，是在法律适用时出现“情重法轻”或“情轻法重”时特别适用的产物。弘治五年刑部尚书彭韶及鸿胪寺少卿李鏊等在奏请删订《问刑条例》时指出，“刑书所载有限，天下之情无穷。故有情轻罪重，亦有情重罪轻，往往取自上裁，斟酌损益，著为事例”^③，说明司法“事例”在同类案件中是得到遵循的。

中国古代成文法典下判例法存在的原因有认识论方面的原因。一个民族

① [韩] 国学中央研究院编：《至正条格校注》卷8，“断例·户婚·休妻再合”，第248页。

② （明）雷梦麟：《读律琐言·断罪引律令》卷28，怀效锋、李俊点校，法律出版社2000年版，第494页。

③ 《明孝宗实录》卷65，“弘治五年七月壬午条”条。

在法律上只要承认类推和判例法^①，就说明其至少在对社会问题的认识上就不是完全的可知论者。他们在认识论上即使不是不可知论者，也只是有限可知论者。中国古人在对待法律的创制上应是典型的有限可知论者，即折中主义。这是中国古代一直存在类推与判例法的哲学基础。当然，中国古代法律发展中，整体上看儒家多坚持折中主义的认识论，法家多坚持可知论。但中国古代儒法两家的绝对对立时期仅是战国至秦朝，汉朝中期两家开始趋向融合。法家与儒家在本质上有相同地方，那就是他们都想通过“有为”来建设一个“大治”社会，仅是在“有为”中法家坚持通过人为创设完善制度来达到；儒家认为制度不可能完美创制，只有向后看，通过完善“人”的“德性”品质，才能获得“大治”社会。

中国古代成文法典下判例法存在有司法技术上方面的原因，中国古代立法技术与现代西方大陆法系国家的立法技术差异很大。中国古代的立法技术采用数字化准确设定刑罚，如某罪是徒刑时，明确规定一年或三年半，之间不存在相应的自由量裁空间，最多设有加等或减等，但每个特定情况下的加等或减等，在量刑上都是准确的，这从春秋至清末都一样。中国古代对故意杀人罪中特定类型的谋杀罪在量刑上就非常明确与确定，导致出现情节轻或重时如何处理的问题。现实中虽然都是谋杀杀人罪，但每个案件中当事人的动机各不相同，就是从犯也有被胁迫的、自愿的等，而立法中并没有相应的规定，于是量刑中得采用比附来实现与之相符。现代立法中把杀人罪中过失杀人罪之外的所有杀人行为称为故意杀人罪，这种罪名分类的涵摄力相当大，在量刑上从十年到死刑作为一个量刑段，三年至十年作为一个量刑段。这样大涵摄力的罪名与刑名的设置，在自由裁量时有足够的空间使司法人员在处理案件时做到“罪刑法定”，但很难做到“罪情相应”，特别是“相同案件相同处罚”的需要。认真分析以上立法上的差异，会发现现代成文法典下的罪刑法定原则其实仅是一种形式上的，很难说是实质上的。同时，这也是为什么它能消除类推、比附的原因。中国古代立法中罪名的具体化、量刑精确化导致罪名与刑名涵摄力很低，所以得采用特别技术进行补救，于是出现大量

^① 要指出的是判例法在适用中，在逻辑形式上是类推。这里把两者并提是因为在中国古代类推主要是指把后来的事件适用相应成文法的司法技术。

适用同类先例的司法需要。

在中国古代司法的运作中，判例法在成文法典下存在的原因还与中国古代司法中有一种相同案件相同判决的实质一致的追求，正因为存在类推与比附会导致不同案件在适用时出现差异，所以为了实现以上价值，最好的办法就是通过先例进行比较选择，使类推与比附在适用中更加准确与稳定。

中国古代在成文法典下对判例法的需求还因为有相当特殊的司法程序设置。从秦汉以来，对于类推与比附判决的案件，法律上明确规定要求呈报中央司法机关进行最后复查与裁决。这种司法程序的设置使中央能够控制地方官员对此项权力的滥用，但也带来问题，即每个上报的案件都须重新审查。中央相关司法机关为了减少此项工作带来的负担，最好、最直接的办法是在没有重大原因要求改变自己以前判决的先例时尽量地采用遵循先例裁决。因此，中央司法机关自身都有遵循自己先例的需要。同时，为了避免地方对同类案件的重复呈报带来工作量的增加，把具有特定类型的判例公布，让地方遵循是最好的选择。对地方司法机关，若涉及适用类推与比附判决的案件时，最好也是寻找以前中央司法机关在同类案件上是否有相应的裁决，如果有，那么把先例作为依据进行拟判是减少中央推翻自己拟判的最好办法。这样，中国古代对类推与比附的案件，在判决时适用先例不管是中央司法机关还是地方司法机关都同样需要。这就是中国古代成文法典下判例永存的最现实原因。这点从中国古代反对适用先例与赞同适用先例的人的观点上同样可以看出。一般官员特别喜欢否定适用先例，但从事司法实务的人员对此就不会简单否定，而是更深层的承认。如清代许槱在为《刑部比照加减成案》作“叙”时指出，“今时律之外有例，则以备上下之比，而不能尽入于例，则又因案而生例而其法详焉，故断狱尤视成案……无小大狱皆可依类折衷矣。虽然案者，狱之已成者也；狱者，案之未成者也。执已经之案，以断未成之狱，吾能必案之无畸重畸轻，而不能必狱之无有枉滥，则所谓哀敬折狱者又自有本矣”^①。这里指出判例在法律适用中的作用，特别是在成文法下司法判决中的作用。所以说清代对比附先例的遵循也正说明了中国古代立法技术的问题

^① 许槱、熊莪：《刑部比照加减成案》，许槱“叙”，何勤华等点校，法律出版社2009年版。

所在。

当然，中国古代成文法典下判例法的运作机制和作用受制于法典的，它的作用与功能永远是对法典的补充与具体化，而不能构成对成文法的整体否定。

二、中国古代判例法的类型

中国古代不管是什么模式下的判例，若从判例在整个法律体系中的作用来看，大体可以分为三种类型：创制型判例，本质上是全新立法；补充型判例，作为对已经有的法律条文的补充；解释型判例，作为对法律条文与概念等的解释与细化。当然这三种类型的判例在不同判例模式中分布是不同的：成文法典下的判例以解释型判例为最多，补充型次之，创制型最少；无成文法典下的判例以创制型判例最多，解释型次之，补充型最少。

（一）创制型判例

中国古代判例虽然有成文法典和非成文法典下两种，分析判例在法律中的作用，一直存在有本质上可以作为全新立法的判例，虽然在表现形式上可能存在制定法下是通过类比而创制，但本质上却是新的立法。没有成文法典下的判例就更不用说了。没有相关法律，通过判例创立新的法律规则不仅在判例法体系下存在，在成文法体系下也存在。如雍正十年江西丁乞三仔案就是创制型判例，因为该判例创制了一个全新的法律。清代很多时候会明确说某些案件在判决时没有法律可以适用，所以才通过此种方式进行判决。这种类型的判决在本质上就成为此类案件的立法。如判决时明确指出“并无正条可引，即应将律无正条，援引比附之处据情声请，恭候钦定，亦不得草率咨结”，在判决时提出“该抚随疏声明应将田宗保、田彭氏均比照子孙过失杀父母，准将可原情节声请，减流之例据情声明，可否减等之处，恭候钦定。倘蒙圣恩，准其减等，将田宗保、田彭氏均减为杖一百，流三千里”^①。可以看出田宗保案在本质上是一个新的立法。

（二）补充型判例

很多时候，中国古代判例是在虽有法律但存在适用上不足时，通过判例

^① 《刑案汇览》卷34，“刑律·人命·威逼人致死·理责其子致母痛孙气（忿）〔愤〕自尽”。

补充法律的不足，让法律条文内容更加完善。这种补充类型的判例在元朝与清朝都存在，不过仅是清朝时这种判例较为明显而已。笔者认真分析清代判例中的“通行”类，它们基本上都是对已有法律的修改与补充，是此类判例的重要来源。如元朝时在婚姻法上虽然在至元八年规定“诸色人同类自相婚姻，各从本俗法，递相婚姻者，以男为主。蒙古人不在此限”^①，但对订婚未娶，订婚夫就死亡的在聘礼处理问题上是否用此法律没明确规定。此方面的法律元朝是通过相关判例补充。至元六年三月大都路回回人麻合马的女儿阿賧与阿里的儿子狗儿订婚未娶时狗儿就死亡，出现聘礼纠纷。审理时，在法律适用上存在两种选择：一是适用中原汉人的法律，不追回聘礼；二是适用回回人的法律，返回聘礼一半。审理此案的回回哈的大师不曾溪等在拟判中提出，“回回体例：女孩儿不曾娶过死了的，孩儿若小叔接续，女孩儿底爷娘肯交收呵，收者；不肯交收呵，下与的财钱回与一半。这般体例。又照得娶妻财毕未成者，男女丧不追财”。他们想依照回回人的法律判决此案，但由于没有相关法律和先例规定此种情况下可以适用回回人的法律，即“欲便照依回回体例，不曾断过如此事理”，于是只好呈报中书省，中书省接到后转给户部覆审，户部裁决同意适用回回人的法律。中书省同意了户部判决，“省部得此，仰更为审问无差，依理回付一半财钱施行”^②。这样，此案判决确立了回回人在婚姻聘礼的法律上适用本民族法的原则。其实，此案还确立了元代在婚姻聘礼的纠纷上分别适用各民族法律的原则。认真分析此判例实质上是对至元八年法律的一个补充和完善。

（三）解释型判例

中国古代判例中，有大部分是对相关法律中的概念、条文含义进行的解释与确定。这类判例可以称为解释型判例，它们不管是在什么判例模式下都存在。把相关法律通过具体案件的判决来完善，特别是对相关法律条文中概念的具体化和确认是此类判例的重要作用。如元世祖至元五年十月刘享诉嫂嫂阿李主婚，出嫁侄女刘婆安案就对嫡母与生母在主婚权的问题上进行了确定。此案中阿李先是刘婆安的嫡母，后来阿李再婚后把刘婆安嫁给后夫的儿

^① 方龄贵：《通制条格校注》卷3，“户令·婚姻礼制”，中华书局2001年版，第143页。

^② 《元典章》卷18，“户部四·婚姻·夫亡·未过门夫死回钱一半”，第697页。

子为妻，她又成为刘婆安的婆婆。此案涉及阿李作为嫡母或婆婆是否拥有对刘婆安的主婚权问题。户部判决是“据阿李即系婆安嫡母，更系亲婆，不合申问，仰依理守服缺，从阿李主婚，与叔刘享一同商量召嫁”。此判决确立了“父亡，母在主婚”的法律中“母”包括嫡母，把“母”从生母扩张到嫡母等母亲上，明确了“母在主婚”中“母”的概念^①。再如道光七年山西郝全子殴伤赵庭科因伤口感染死亡案，审理时道光皇帝提出“折齿”是否属于“损骨”的范围的问题。为此刑部从两个角度进行说明，首先从生理学上分析，“查齿者骨之余，人生自少至老毁而复生，生而复落，磕跌损折，间亦有之，并不闻有因折齿伤生之事，似非损骨可比”，否定了“折齿”属于“损骨”。其次，引司法先例进行论证，乾隆五年福建省庄佛被邱协锄柄撞落牙齿，过三十五日后死亡案，判决时仅依“照折人二齿以上律杖六十，徒一年”^②。本案没有把“折齿”作为破骨保辜法律适用范围，所以可以认为“折齿”不属于“损骨”。此案判决确定了折齿不属于损骨的法律，解释了损骨的范围。

三、两种判例法的异同

从元朝与清朝判例法来看，两者在许多方面存在着相同之处，同时也存在很多不同的地方。这里把两种判例结构下的判例法进一步归纳比较，以便更全面地了解两种模式的内在异同。

（一）两者相同之处

元朝和清朝作为中国古代两个不同时期的王朝，虽然有一些不同的地方，但在整体制度设置与文化价值体系上是一致的，所以它们的判例法在相同法文化语境中具有很多相同之处。

1. 相同的法文化语境

制度功能的发挥在很大程度上不是由制度本身所决定，而是由制度所在的社会文化价值体系所决定，这就是为什么同样的制度在不同文化语境中会有不同功能的原因。对此，只要看看近代民主选举制度在东方世界与西方世

^① 《元典章》卷18，“户部四·婚姻·嫁娶·携女适人从母主嫁”，第664页。

^② 《刑案汇览》卷37，“刑律·斗殴·保辜限期·殴折人牙齿不作破骨伤保辜”。

界的功能差异就能理解。元朝与清朝虽然存在一些制度上的差异，但在文化价值体系上两个王朝是一致的，都是中国传统的价值体系。判例法作为一种特殊的、事后性的制度，与成文法相比它对所运行的文化语境依赖度更高。认真阅读霍姆斯的《法律的道路》和卡多佐的《司法过程的性质》就会发现他们是如此深刻地指出了判例法对非法律要素的依赖，可以说判例法若没有相对稳定的、最低限度共识的文化价值体系作为它运行的支持力量，它就不可能、也不能有效运行。从文化语境上看，元朝与清朝不管在法哲学上，还是制度设置上都一致，两个王朝的判例法都受中国传统儒家伦理道德规则的制约，不管是先例的创制还是适用，很多教义化的“礼义”道德规则都是基本的指导原则。这就是元朝与清朝的判例从整体上看都一致、没有出现太大差异的原因。从制度层次上看，两个王朝的司法结构与运作机制也大体一致，如国家对案件的分类标准，各级司法机关的司法职能、程序结构等。这一切构成了元清两朝判例制度运作的法文化语境。

2. 相同的司法程序结构

元朝与清朝判例法的相同点中最重要的是两者的司法程序结构相同。虽然元朝在司法组织上从中央到地方与清朝相比略有差异，但它们之间的相同点多于差异性。在它们的司法机构中起到核心作用的都是刑部，而刑部在判例创制中起到了关键的作用。元朝刑部之上有中书省，清代有九卿会议和军机处等，但最后都由皇帝作为最终的裁决者。在元朝地方有行省；清朝设总督、巡抚，两者司法权与功能非常相似。在元清两朝判例运作中程序的相同不仅表现在制度设置上，还表现在对案件的管辖、审理、判决等方方面面。如元清两朝所有的疑难案件和重刑案件在审理程序上须由府州作出拟判，并提出自己判决的理由，哪怕是没有法律可以适用的案件也要进行拟判。省级长官必须对地方的拟判进行审查，并在审理的基础上作出地方最后拟判后呈请中央作出裁决，刑部等中央专职司法机关对呈请的拟判进行覆审，并作出同意拟判、重新判决或驳回拟判等不同覆审。这些相同的司法程序使两朝判例法在创制、适用和论证等方面具有高度的相似性。

3. 相同特点的判例效力

虽然元朝判例的效力与清朝相比更加稳定，但从整体上看，两个王朝在

判例的效力上都存在随意性与法定性相结合的特点。这是中国古代判例法的基本特征。中国古代不管是在成文法典时期还是非成文法典时期，判例在司法中一直起到重要的作用，多数时候它们的效力是国家公开承认的。如清代嘉庆十八年以后在子女误杀伤、殴死祖父母、父母案件时法律适用是通过不同的判例发展起来的，具体有嘉庆十八年山西白鹏鹤案、嘉庆二十一年樊魁用误伤母亲案、道光二年陇阿候误砍伤祖母阿潮奶案。刑部在道光二年处理山东翟小良误伤父亲翟玉阶案、湖北赵才鼎误伤母亲张氏案、广西省葛莫氏误伤婆婆葛邓氏案时提出应援引先例，并对地方巡抚没有引用相关先例进行指责，“各该省未经援引成案，只于本内声明并非有心忤逆逞凶干犯”。为此刑部提出以后不同类型的案件在判决时必须引用相应先例的立法建议。“臣等公同酌议，应请嗣后误伤祖父母、父母致死，律应凌迟处死者，援引白鹏鹤案内钦奉谕旨及陇阿候案内现奉谕旨，恭候钦定。其误伤祖父母、父母，律应斩决者，援引樊魁案内钦奉谕旨，恭候钦定。至误杀误伤夫之祖父母、父母者亦即照此办理。如蒙俞允，臣部通行各省遵照。所有山东等省题到各案，即照此核办等因”^①，把不同类型案件判决应明确引用某一判例法定化。然而，中国古代法律在形式上一直拥有很强的制定法倾向，加上特有的程序结构，于是在判例的遵循上受权力的影响很深，导致判例效力受廷尉或刑部的权力制约，加上拥有绝对司法权与立法权的皇帝随时可以作出特别判决，这一切致使中国古代的判例效力处在不稳定中，如唐宋时期的特旨司法判决会使相关法律、判例失效。

4. 强烈的成文法化倾向

元朝与清朝的判例具有很强的成文法化倾向，尤其在清朝时这种倾向最为明显。清朝设有把判例上升为成文法——条例的法定程序，并对各种判例定期进行整理，再编纂成制定法，如清代法定判例——“通行”在实践中多数被纳入条例，成为制定法。清朝把判例中的相关内容上升为制定法的基本形式是在判决时就开始，具体是在判决书中采用“嗣后……”的格式。元朝虽然对唐律式的成文法典不注重，但同样具有很强的成文法化倾向。元朝刑部

^① 《刑案汇览》卷44，“刑律·斗殴·殴祖父母父母·误杀伤祖父母父母援案办理”。

在审判某个案件时，若认为其具有相当的典型性，会在判决书中提出相应的立法，即采用“自今……”的格式，甚至地方官在拟判时都会采用这种方式提出立法建议，导致虽然判决本身构成了法律，但中书省或刑部总有把判决中所含的规范抽象为成文法的倾向。如：

大德五年七月，中书省咨，近准河南行省咨，追问到贼人段丑厮等诈称神异，妄造妖言，虚说兵马，煽惑人众，除将为首及信从并知情不首者并行处斩，妻子籍没入官，首捉人张德林等别行迁官、给赏外，今后若有似此诈妄之人，闻者随即捕送赴官，依上理赏，其信从及不首者，准上断罪。都省咨请多出文榜禁治，及遍行合属，排门粉壁，晓谕施行。^①

从形式上看这是一个案件的判决书，但在对本案诉讼作出判决之后，刑部提出把此案判决的内容上升为制定法的建议，呈请中书省裁决时同意拟判。此案判决成为成文法制定的动因和依据。

（二）两者不同之处

元清两朝判例虽然有很多相同的地方，但由于两个王朝在判例的运行中受制前提不同，所以不同的地方也很多。认真分析会发现它们之间的差异主要体现在技术和运作受制等方面。

1. 适用判例的前提不同

适用判例的前提不同是元朝与清朝判例法的主要差异之处。由于适用的前提不同，导致它们的判例在产生的缘由、适用机制、论证方式等方面都有差异。元朝判例法是在非成文法典下自由发展和适用的，目的是作为立法的一种手段；清代判例法是在成文法典制约下形成与运行的，它受制于成文法，是对成文法典的补充与解释。若分析两个王朝判例存在的法律依据就会发现它们的不同之处是很明显的。元朝法律明确规定在没有相应罪名时可以提请刑部作出相应立法，即可以根据具体案件创制罪名。“（后）至元元年，准江西省咨，但该有罪名，钦依施行。圣旨：依例，泊都省明文检拟，外有该载不尽罪名，不知凭何例定罪，都省议得：遇罪名，先送法司检拟，有无情法

^① 《元典章》卷41，“刑部·诸恶·大逆·妖言虚说兵马”，第1528~1529页。

相应，更为酌古准今，量情为罪。”^①而清朝在法律上却明确规定不能通过判例创制罪名，它的判例是通过司法技术中的类推或比附而产生的，是在已有的法律，特别是律文设定的罪名下派生出来的。清代判例的法律依据是《大清律例》中“断罪无正条”，该条“律文”明确规定“凡律令该载不尽事，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，若辄有断决，致罪有出入，以故失论”。对此律条下的“条例”是这样解释的：“其律例无可引用，援引别条比附者，刑部会同三法司公议同议定罪名，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，恭候諭旨遵行。”^②比较元清两朝对没有法律时如何判决的法律规定可以看出，两个王朝判例创制的法律依据是不同的，这种不同对两者的判例效力与作用产生了巨大影响。

2. 完成的任务不同

元清两朝判例由于法律依据不同，所以导致其完成的任务也不相同。元代判例是为了完善法律建设的需要，清代判例是为了实现法律适用中的具体化、准确化的需要。元代判例就是立法，是新法律制度的创制。如至元九年吕成儿子的订婚妻武梅梅与陈军儿通奸案在判决时明确规定：“订婚妻犯奸，经断，弃，则追还聘财；不弃，则男家减半，出财求娶成婚，是为相应。”^③从这里来看，此案明确规定了订婚妻与人通奸时男方家如何处理的立法。清代判例是对法律的解释和法律的细化。如嘉庆十二年广东周亚敬听从主犯陈德用抢夺徐亚灿放牧的牛只，被徐亚灿识破，杀徐亚灿灭口案，在法律适用时对周亚敬有两个罪可以适用：抢窃拒捕杀人罪和图财害命罪。当时各省对此类案件罪名适用各不相同。对此，刑部提出此类案件不能适用图财害命罪，图财害命罪是“先有致死之心，抢窃拒捕，初无伤人之意，情节不同，是以罪名迥异”，而这里仅是结果上相同。为此刑部提出：“嗣后凡遇抢窃得财后致死事主之案，悉照拒捕杀人本例办理，以免歧异等因，题准通行各省在

^① 沈仲纬：《刑统赋疏》，见沈家本编《枕碧楼丛书》，知识产权出版社2006年版，第198页。

^② 《大清律例集要新编》卷35，见沈云龙主编《近代中国史料丛刊三编》（第22辑），文海出版公司印行，第561、562页。

^③ 《元典章》卷18，“户部四·婚姻·休弃·定妇犯奸弃娶”，第693页。

案。”^① 这样通过此判例，刑部统一了此类案件在罪名适用上的问题。

3. 达到的目标不同

元清两朝判例要达到的目标虽有相似之处，但区别也很明显，因为元朝与清朝的整个法律体系存在差异。认真分析，元代判例是整个法律的组成部分，是司法适用的法律依据；清代判例是为了实现“情罪相应”的司法目标。^② 清代这种“情罪相应”的司法目标，时人曾有过解释，即“切中事性，动合机宜，必符于律例，断于科条，顺乎人情，当乎天理，称物平施，生死、出入、轻重、平反，如铢两之悉均焉”^③。清代司法判决追求的“情罪相应”可以从不同层次上看，在法律适用技术层次上就是要做到罪名与律相符，定性与条例相合，量刑与成案一致，这是清代三种法律渊源各自在司法中的作用与功能。在价值层次上，或说正当性层次上，抑或说“德性”层次上是要做到情理法的一致。对清代情理法的意义应当在清代整个语境下来理解，而不是仅从现在的立场理解。清代刑部在一次批驳地方巡抚拟判时说该巡抚的拟判出现“此案情节迥不相侔，亦无比例量减成案”^④。清代“成案”和“条例”的基本目的是让律文在适用中做到“情罪相应”。

4. 在法律体系中的地位不同

元清两朝判例在各自时代的法律体系中地位各不相同。元代判例法是当时法律体系中的主要组成部分，是稳定的，特别是在效力上没有什么太多的随意性和可变性。清代判例在法律体系中的地位是辅助性的，它的稳定性较差，在不同时期的作用也不尽相同。如同治朝以后判例的作用就不是很明显。并且在承认效力时也处于摇摆之中，没有形成太多的统一。对元朝与清朝判例在法律体系中的作用前面已经有详细分析，这里不再赘言。

5. 开放性不同

开放性是指判例创制中对法律之外的因素吸收量的多少和灵活度。一个

① 《刑案汇览》卷15，“刑律·贼盗·强盗·行窃当被识破商同谋杀事主”。

② 清代司法适用中有一种追求罪刑相应的取向，在当时称为“情罪相应”，这里的“情”是一个复杂的概念，包括有案件的情节、案件的性质、案件在整个社会道德体系中的评价等。

③ 《刑部驳案汇抄·苏序》，见杨一凡主编《历代判例判牍》（六），中国社会科学出版社2005年版，第5页。

④ 《刑案汇览》卷34，“刑律·人命·威逼人致死·无故被打回殴胞兄悔忿自尽”。