

中国古代判例研究

汪世荣 著

中国政法大学出版社

1997年5月

律体系中的地位，是中国古代判例制度的形成时期；魏晋南北朝至宋、元，健全了制定法对判例形成与适用的相应规则，是中国古代判例制度的发展时期；明、清两代，确立了判例形成与适用的一系列制度，是中国古代判例制度的完备时期。因案生例，定期修例及以例入律，构成了中国古代判例制度的主要内容。

中国古代判例研究，有助于我们开阔中国法制史研究的视野，有助于从正、反两方面总结经验，吸取教训，为现实的法制建设提供借鉴。

图书在版编目(CIP)数据

中国古代判例研究/汪世荣著. -北京:中国政法大学出版社,1997

ISBN 7-5620-1561-9

I. 中… II. 汪… III. 案例-研究-中国-古代
IV. D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 07159 号

责任编辑 李传敢 彭 晔

装帧设计 刘义波

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 北京市通县通华印装厂

850×1168 1/32 印张 8.125 字数 200 千字

1997 年 4 月第 1 版 1997 年 4 月第 1 次印刷

印数:1—2000 册 定价:14.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号 邮编:100088

电话:(010)62229803 或 62010851

版权所有 侵权必究

法律顾问:北京地平线律师事务所律师 郑永新 蔡和斌

序

中国古代是重视制定法的。历代开国之初都积极制定成文法典，而且力图坚持其稳定性，以至制定法是中国古代法律体系中最基本的法律形式。但是制定法的不变或缓变，不仅落后于社会生活的发展，也与日益繁复的司法活动不相适应，不足以有效地打击犯罪，调整各种法律纠纷。为解决这一矛盾，在司法实践中经常引用具有一般规范作用的判例作为依据。从先秦迄至明清，判例的适用范围由刑事、民事而兼及行政、经济，某些判例经过一定的程序或入律，以完善原有的法律；或被确认为成例，以充实援法断罪的根据。由于判例是律文的具体应用，从而更便于司法官了解律义，掌握律义，提高司法水平。

判例虽然植根于律，但却起着补充、变通、丰富、发展律的作用，因而也是中国古代重要的法律形式。制定法与判例的巧妙结合是中华法系的特点之一，也是优点之一。它提供的历史经验，值得认真总结。

但在中国古代专制制度下，滥用判例是玩法行私的重要表现形式，严重冲击着封建的法制秩序，这是在总结历史经验中不可以忽视的。

《中国古代判例研究》是汪世荣同志继《中国古代判词研究》之后的又一力作。该书史料丰富，分析严密，洞察敏锐，是一部

具有较高学术价值的创新之作。作为汪世荣的博士导师，我为他的科研成就而感到欣慰，从他那孜孜以求地不断进取中，不难预见其学术的光辉前景。古人说：“行百里者半九十”，学既无止境，自当永不停息地攀登，这是我对汪世荣的热切期望，也愿以此与他共勉。

张晋藩

丁丑仲春于林园

前 言

判例是具有规范与启迪作用的司法判决。判例不同于判例法。判例法是指与制定法相对称的以判例为基础、以遵循先例为原则的法律体系。判例也不同于判例制度。判例制度是指规范判例形成与适用的各项原则、制度与规则。判例法与制定法作为两种不同的法律传统，两种不同的法律体系，无论原则、制度还是具体规范、技术，都有各自不同的特点，在特定法律体系中，二者不能够并存。但是，制定法并不排斥判例与判例制度的存在，而判例法也并不排斥具体的制定法规范的创制与运作。二者可以相互吸收、借鉴，取长补短。

在中国古代法律体系中，制定法是最基本的法律形式，判例则居于从属的、辅助的但不可缺少的地位，同样是一种重要的法律形式。在存在方式上，判例植根于律，起着补充律、变通律，乃至发展律、完善律的作用。司法实践中，判例解释了制定法的含义，使之有效地适用于具体案件；判例创制了新的法律规则，弥补了制定法的不足；判例确立了许多重大的封建法制原则，为制定法的适用创造了条件。特定时期，判例又直接冲击和破坏了封建法制，成为司法混乱的主要原因。因而，判例体现着法制的发展与进程，反映着司法的状况与水平，是特定时期法制状况的缩影，构成了国家法律体系的重要内容。中国古代由于制定法是整个法律体系的基石，因而不可能有判例法与之并存。但是，判例自春秋战国时起，就一直是一种重要的法律形式。判例制度的确立则经过了较长的历史过程。春秋战国至秦汉，明确了判例在法

目 录

序	张晋藩 (1)
前言	(1)

上篇 中国古代判例的存在状况

第一章 春秋战国判例	(3)
一、春秋战国判例地位的变化	(3)
二、春秋战国判例实践	(5)
第二章 秦汉判例	(8)
一、秦汉判例概况	(8)
二、秦汉判例实践	(12)
三、秦汉判例特点	(29)
第三章 魏晋南北朝判例	(35)
一、魏晋南北朝判例概况	(35)
二、魏晋南北朝判例实践	(36)
三、魏晋南北朝判例特点	(49)
第四章 隋唐判例	(54)
一、隋唐判例概况	(54)
二、隋唐判例实践	(56)
三、判例对反逆罪的立法完善	(62)
四、判例对法律原理的深入揭示	(70)
五、隋唐判例特点	(78)
第五章 宋元判例	(82)

一、宋元判例概况	(82)
二、宋朝判例实践	(83)
三、元朝判例实践	(98)
四、判例对民事制度的立法完善	(104)
五、宋元判例特点	(114)
第六章 明清判例	(121)
一、明清判例概况	(121)
二、明朝判例实践	(127)
三、清朝判例实践	(133)
四、明清判例特点	(149)

下篇 特定类型判例研究

第七章 听讼判例	(175)
一、五辞听讼	(175)
二、察色判断	(175)
三、闻声判断	(179)
四、言辞判断	(180)
五、情理判断	(185)
六、事理判断	(193)
第八章 民事判例	(198)
一、民事判例的范围	(199)
二、继承与析产判例	(199)
三、债务与寄养判例	(208)
四、田产纠纷判例	(211)
五、亲子关系判例	(214)
六、遗失物归还判例	(216)
第九章 疑案判例	(219)

一、疑案的范围·····	(219)
二、疑罪判例·····	(221)
三、疑狱判例·····	(239)
四、存疑判例·····	(243)

上 篇

中国古代判例的 存在状况

第一章 春秋战国判例

一、春秋战国判例地位的变化

判例是具有规范与启迪作用的司法判决，是一种重要的法律形式。但是，在不同传统的法律体系中，判例的地位却不尽一致。在大陆法系国家，法律体系的核心是制定法。在法律观念上，成文法具有新的起点的作用。即当某一法典颁布的同时，所有这类以往的法律都归于无效，而以该法典作为法律发展的一个新的起点。在英美法系国家，则以判例作为整个法律体系的基础，通过推导，通过区别事实的技术，创制出新的法律规范。或在无先例可循的情况下，通过审判活动，创制出新的先例，奉行遵循先例原则。在法律观念上，即使立法机构制定的成文法，法律所包含的规范也只有在法院实施和解释后，并按照其实施和解释的形式和程度，才最终被接纳为法律的一部分。只有在判例规范的形式中，才能懂得法律的真正含义。中国古代法制在更接近大陆法系国家法律传统的同时，并未排斥判例作为一种法律形式的存在，从而形成了体现中华法系传统的中国古代判例制度。

和所有的早期奴隶制国家一样，中国早期的法律形式主要是判例。《孝经·五刑章》：“五刑之属三千，而罪莫大于不孝”；《尚书·大传》：“夏刑三千条”，这些史籍所指的中国古代早期的立法

概况，决非指制定法法律条文的数目，而是判例的存在规模。然而，和其他早期奴隶制国家不同，中国奴隶制时代在以判例作为主要法律形式时，也同时进行了制定法的立法活动。《左传》昭公六年：“夏有乱政，而作禹刑；商有乱政，而作汤刑；周有乱政，而作九刑。”无论禹刑、汤刑还是九刑，都包含了某些制定法的成份。至于吕侯制刑、周公制礼等专门的立法活动，则更是制定法立法的盛事。由于奴隶主统治集团推行“刑不可知，则威不可测”；“临事制刑，不豫设法”的刑事政策，正如《左传》昭公六年疏解所说：“法举其大纲，但共犯一法，情有浅深，或轻而难原，或重而可恕，临其时事议其重轻，虽依准旧条，而断有出入，不豫设定法，告示下民”，大大地限制了制定法的发展速度。因此，中国奴隶制时代无论制定法的地位还是影响，都远在判例之下。可以说，早期的中国奴隶制法律体系，是以判例为主体，而以制定法相辅助。

春秋时期，成文法的公布，体现了法律领域所取得的社会进步。随着郑国和晋国先后公布成文法的成功，至战国时期，各国纷纷仿效，相继公布的成文法就有韩国的《刑符》、楚国的《宪令》、魏国的《魏宪》、齐国的《七律》、赵国的《国律》、秦国的《秦律》，特别是魏文侯时李悝纂集的《法经》，不仅集春秋末叶以来各国立法之大成，商鞅授之以相秦后，成为秦律的基石，也为其后中国的封建立法提供了楷模，使制定法作为基本法律形式的地位得以确立。就在制定法迅猛发展的同时，判例的地位也发生了相应的变化，即由早期的主要法律形式退居从属于制定法的地位，形成了植根于制定法的判例存在状况。

二、春秋战国判例实践

《国语·周语上》有“赋事行刑，必问于遗训”的记载，说明春秋战国时期在司法审判中，前代的判例仍有规范作用。从司法实践看，这一时期判例仍发挥着重要的作用。例如：

1. 晋侯之弟杨干，乱行于曲梁，魏绛戮其仆。晋侯怒，谓羊舌赤曰：“合诸侯以为荣也，杨干为戮，何辱之也！必杀魏绛，无失也。”对曰：“绛无贰志，事君不避难，有罪不逃刑，其将来辞，何辱命焉。”言终，魏绛至，授仆人书，将伏剑。士魴、张老止之。公读其书，曰：“日君乏使，使臣斯司马。臣闻师众以顺为武，军事有死无犯为敬；君合诸侯，臣敢不敬。君师不武，执事不敬，罪莫大焉。臣惧其死，以及杨干，无所逃罪。不能致训，至于用钺；臣之罪重，敢有不从，以怒君心。请归死于司寇。”公跌而出，曰：“寡人之言，亲爱也。吾子之讨，军礼也。子无重寡人之过，敢以为请。”晋侯以魏绛能以刑佐民矣，反役，与之礼食，使佐新军。^{〔1〕}

2. 晋邢侯与雍子争鄆田，久而无成。士景伯如楚，叔鱼摄理。韩宣子命断旧狱，罪在雍子。雍子纳其女于叔鱼，叔鱼蔽罪邢侯。邢侯怒，杀叔鱼与雍子于朝。宣子问其罪于叔向，叔向曰：“三人同罪，施生戮死可也。雍子自知其罪，而赂以买直；鲋也鬻狱，邢侯专杀，其罪一也。恶而掠美为昏，贪以败官为墨，杀人不忌为贼。《夏书》曰：‘昏、墨、贼，杀。皋陶之刑也。’请从之。”乃施邢侯，而尸雍子与叔鱼于市。^{〔2〕}

〔1〕《左传》襄公一年。

〔2〕《左传》昭公十四年。

3. 楚令尹子文之族有干法者，廷理拘之。闻其令尹之族也，而释之。子文召廷理而责之曰：“凡立廷理者，将以司犯王令而察触国法也。夫直士持法，柔而不挠，刚而不折；今弃法而背令，而释犯法者，是为理不端，怀心不公也。岂吾营私之意也，何廷理之骏于法也？吾在上位以率士民，士民感怨而吾不能免之于法，今吾族犯法甚明，而使廷理因缘吾心而释之，是吾不公之心明著于国也。执一国之柄而以私闻，与吾生不以义，不若吾死也。”遂致其族人于廷理，曰：“不是刑也，吾将死。”廷理惧，遂刑其族人。成王闻之，不及履而至于子文之室，曰：“寡人动少，置理失其人，以违夫子之意。”于是黜廷理而尊子文，使及内政。国人闻之，曰：“若令尹之公也，吾党何忧乎！”乃相与作歌曰：“子文之族，犯国法程。廷理释之，子文不听。恤顾怨萌，方正公平。”〔1〕

4. 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，黥其师公孙贾。明日，秦人皆趋令。〔2〕

上述第一道判例中，杨干作为晋侯之弟，属于特权阶层者。对其驾车搅乱行阵的行为，魏绛敢于惩治，表明了其严于执法的精神，是对“刑不上大夫”观念的彻底否定，也是法家“壹刑”理论的初步尝试。虽然，魏绛对主要责任者杨干不予过问，而是杀戮了非主要责任者杨干的仆人，这种作法并非无可厚非。然而，在当时的历史条件下，对为非作歹的大贵族、大官僚的任何约束，都反映了法制观念的进步。第二道判例中，通过对犯有死罪的罪犯，其在审判时业已死亡的情形下，应对其适用戮尸刑，确立了已死罪犯的刑事责任。根据现代刑事责任理论，被告人死亡，则诉讼

〔1〕《说苑·至公》。

〔2〕《史记·商君列传》。

程序应当终止，对已死的人不能适用刑罚。判例对其后的中国封建法制产生了一定影响。第三道判例中，作为令尹，子文在得知其犯法的族人被廷理释放的消息后，不但主动将其送交廷理，坚决要求将其予以惩治，而且积极主动地出面责问廷理，并要求其严格执法。廷理作为国家最高司法官，放纵违法者，无非是想讨好子文，或者不敢得罪子文罢了。廷理因此而被罢黜，实不冤枉。其故意放纵违法犯罪的行为，不论出于何种动机，均应承担相应的法律责任。第四道判例，则是商鞅以判例的形式推行制定法的成功尝试，其体现的法律精神，与杨干扰乱行阵案毫无二致。

总之，在奴隶制法向封建制法的转化过程中，判例促进了法律观念的根本变革，从而为封建法制的建立从思想观念上储备了条件。而且，这一时期公布成文法固然具有深远的意义，但是，成文法所确立的一系列原则、制度乃至具体规范的实施状况与实施效果，却并不取决于成文法自身，而是取决于判例。判例对成文法含义的阐释，判例推行成文法力度的差异，在一定程度上决定了成文法的命运。就中国古代法律体系而言，对特定时期法制状况的考察，固然不能离开对其成文法典的考察，但判例却能更直接、更具体、更生动也更有说服力地表明事实真相。

第二章 秦汉判例

一、秦汉判例概况

秦时，“诸事皆有法式”，实行在法家法治思想指导下的严刑峻罚统治。秦始皇“专任刑罚，躬操文墨，昼断狱，夜理书，自程决事，”〔1〕这些“事”即廷行事，就是具有法律约束力的判例。从《睡虎地秦墓竹简》看，廷行事是一种重要的法律形式。《汉书·翟方进传》：“时庆有章劾，自道：行事以赎论。”注引刘敞云：“汉时人言‘行事’、‘成事’，皆已行、已成事也。”王念孙《读书杂志》第四之十二《行事》云：“行事者，言已行之事，旧例成法也。”廷行事在司法审判中起着十分重要的作用：

第一，廷行事对律文作了变通和修改，使制定法能够实现对社会生活的深层调整。例如：

1. 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，问告者何论？当赀一盾。赀一盾应律，虽然，廷行事以不审论，赀二甲。〔2〕

2. 求盗追捕罪人，罪人格（格）杀求盗，问杀人者为贼杀人，

〔1〕《汉书·刑法志》。

〔2〕《睡虎地秦墓竹简·法律答问》。