

中国古代的判例研究: 一个学术史的考察

汪世荣*

内容提要 春秋战国以前的判例研究,由于史料的局限,无从考证。春秋战国以后,中国古代的判例研究经历了秦汉、唐宋和明清三个时期。秦汉时期进行了对判例的系统整理,并确立了“集类为篇,结事为章”的判例编撰体例。唐宋时期已出现判例研究集,郑克《折狱龟鉴》最有代表性。判例研究立足制定法的原则、精神,总结审判经验,介绍办案技巧,提高办案质量,克服制定法疏漏。明清时期杨显所著《牧鉴》,创立了经(经义)、史(判例)和论(评论)三位一体的判例研究模式。出现了以薛允升《读例存疑》为代表的比较系统的判例研究的专门著述。中国古代的判例研究,侧重于总结司法经验,启迪法官智慧,服务立法改革。判例研究与传统律学保持了相同的风格,带有强烈的经验色彩。中国古代未能在判例形成与适用的程序、判例适用的技术方法、判例效果的系统评价等领域,进行抽象、归纳、概括,上升到理论高度,并发展为系统的判例学说。

关键词 判例研究 学术史 中国古代

一、秦汉时期的判例研究

春秋战国以前判例的存在状况,从青铜器铭文和出土简帛文书中,不难窥见一斑。但这一时期的判例研究,由于史料缺乏,无从考证。春秋战国公布成文法后,中国逐渐确立了以制定法为主导,多种法律形式并存的法律体系,进入了法典化时代。秦汉时期,已经牢固地确立了制定法的主导地位,并保留了包括判例在内的多种法律形式。

秦汉时期的判例研究,主要成就体现在对特定判例的整理和汇编方面。秦代的出土文书《云梦秦简》,收集了相当数量的具有判例地位与作用的“廷行事”,在汉代则出现了可以引为审判依据的“决事比”。¹从《云梦秦简》中所记载的“廷行事”看,既有对制定法的变通,又有对制定法的补充,还有对制定法的发展和完善。^④《云梦秦简》中的《经死》、《出子》等判例资料,对司法经验进行了详细的总结和明确的阐释,超出了个案,在事实裁判领域具有普遍的约束和指导作用。^(四)

虽然目前尚未发现秦代判例汇编和研究方面的作品,“但从《睡虎地秦墓竹简·法律答问》中对廷行事的熟练运用的情况可以得知,当时对廷行事已有了某种汇编,司法官吏对其也都知晓。”^{1/4}在比较秦朝和汉朝所实行的判例法时,何勤华认为:廷行事和决事比称谓虽不同,但其内容是一样的,都是在法律

* 西北政法学院教授,法学博士。

¹ 《周礼·秋官·大司寇》贾公彦疏:“其无条,取比类以决之,故云决事比。”

^④ 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8—10页。

^(四) 《经死》和《出子》分别见睡虎地秦墓竹简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1978年版,第264—265页,第274—275页。其中,《经死》爰书在详细记录了案发缘由、检验所见、已经采取的处理措施等外,对判断和处理缢死案件应注意的事项和尸体特征也作了说明,并特别强调应当对自缢的原因进行调查。《出子》爰书不但详细记录了当事人的陈述,而且详细叙述了对母、子分别进行了活体和尸体检验的方式、过程和结果。尤其是爰书所记录的将死胎置于盆水摇晃观察,询问有早产病史的妇女,将其陈述与受害人症状比对,都已经超出了具体案件检验而带有普遍性的借鉴意义。

^{1/4} 何勤华:《秦汉时期的判例法研究及其特点》,载《法商研究》1998年第5期。

没有规定的情况下，比照以往的判例作出判决。但董仲舒的春秋决狱活动赋予了汉代的判例法以全新的时代特征，即：通过引经决狱，将司法活动的各项原则纳入到儒家的法学世界观之中，显示了强烈的价值取向。而且，汉代出现了“根据司法实践的经验对决事比进行编撰删定的判例集《辞讼比》。”^{1/2}

更为重要的是，汉代确立了“集类为篇，结事为章”的判例编撰体例，即以法律调整对象的不同领域为依据，分门别类编撰判例。《汉书·陈宠传》：陈宠“少为州郡吏，辟司徒鲍昱府，数为昱陈当世便宜，昱高其能。转为辞曹，掌天下狱讼。宠为昱撰辞讼比七卷，决事科条，皆以事类相从。昱奏上之，其后公府奉以为法。”《晋书·刑法志》：“汉时决事，集为《令甲》以下三百余篇，及司徒鲍公撰嫁娶辞讼决为《法比都目》，凡九百六卷。世有增损，率皆集类为篇，结事为章。一章之中或事过数十，事类虽同，轻重乖异。”

“集类为篇，结事为章”的判例编撰体例的形成，在中国古代判例制度发展史上具有重要的意义：从中国最早的较为系统的成文法典《法经》的编撰体例看，盗、贼、网（囚）、捕、杂、具 6 篇的篇章结构，最大的特点是建立了以不同对象为调整范围的法典结构。从此，中国成文立法的模式不断得到强化，法典的篇章结构也不断得到扩充、调整。《唐律》所确立的 12 篇结构体例，全面概括并合理地划分了中国封建时代法律所调整的各个领域。^{3/4} 清朝传世判例汇编《刑案汇览》、《新增刑案汇览》、《续增刑案汇览》，为考察“集类为篇，结事为章”的判例编撰体例提供了条件。^⑧ 经过编撰，不仅使判例具有了成文的形式，而且有助于在成文法典占主导的法律体系中，对判例的查找与适用，有效发挥判例的作用。

但“轻重乖异”是判例适用消极后果的写照。在缺乏对判例的系统的学理研究的情况下，^⑨ 判例相互之间的逻辑性和一致性无从谈起，必然导致“奸吏因缘为市，所欲活则傅生议，所欲陷则予死比。议者咸冤伤之”^⑩ 的恶果。

详细记载有东周至汉代判例的出土简帛文书《奏谏书》，则为专门的判例汇编。“谏”为议罪之意，《奏谏书》记载了 22 个议罪判例。其中，第 21 号判例，记载了对发生在长安杜庐的某女涉嫌犯奸案的司法审判。对案件审理中司法官所进行的法律推理，作了惟妙惟肖的记载。从中不难发现中国传统法律适用中“例推法”的存在与运用状况。¹⁰ 《奏谏书》的出土和研究，对了解秦汉判例研究具有重要的价值和意义。作为判例汇编，它弥补了秦汉时期判例研究史料方面的缺憾：虽然从现有史料中，不难窥见汉代关于判例实施的情况，¹¹ 但无论《春秋决狱》、《春秋决事比》，还是《辞讼比》，都已佚失，难见其原貌。《奏谏书》所收集和汇编的都属于疑难和影响重大的判例，这样的判例自然对司法实践能够起到指导作用。

^{1/2} 前引 1/4，何勤华文。

^{3/4} 《唐律》12 篇的篇章具体为：名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱等。

^⑧ 中国古代判例汇编的详尽论述，参见汪世荣：《判例与法律发展》第二章相关论述，法律出版社 2006 年版。

^⑨ 张伟仁认为：中国自秦以后，中央集权日益加强，皇帝一人高高在上，逐级而下严密地统治着百官群吏，直达底层民众。在这种制度里，上下的关系不仅是职务、权威的大小，甚至还在道德、智能上，也推定其有高下之分——所以皇帝称“圣”，其决定称“睿”；上司称“宪”，其决定称“卓”。在重大案件的报告里，臣下虽有“管见”可作建议，但无不以在“圣聪”、“宪虑”的洞察之中，自然无庸晓晓上达，只要将案情叙述明白，以供上宪、圣主的决定便行了。至于皇帝最后的判决，因为无虑他人批评，除非有意要使它成为一个新例垂诸后世，必须阐明其意图之外，大多极为简略，不屑对案情、法理等多加解释。见张伟仁：《清代法制研究》，载台湾中央研究院历史语言研究所专刊之 76，1983 年版，第 62 页。

^⑩ 《汉书·刑法志》

¹⁰ 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。“例推法”体现的是《荀子·君道》“有法者以法行，无法者以类举”的判例适用原则。

¹¹ 我国台湾学者黄源盛认为：“除董仲舒外，两汉儒吏亦多倾向于以经断事或决狱者。”黄源盛：《董仲舒春秋决狱案例研究》，载[台]《法学论丛》第 21 卷第 2 期。另外，陈树德在其所撰《九朝律考》中，专门考证了“春秋决狱”，列举了诸多典型案例。“从现存的案例看，还没有发现‘春秋’决狱的结果重于依法论处的现象，‘春秋决狱’轻于依法办案有利于减缓法律的严酷性。”汪汉卿、周少元：《春秋决狱》佚文评析，载《安徽大学学报》（哲学社会科学版）2000 年第 2 期。

二、唐宋时期的判例研究

唐宋时期的判例研究,着力于从制定法的原则、精神出发,通过判例的适用,提高司法官适用法律的技巧,提高案件审判的效率和质量,弥补制定法的不足和局限。唐宋时期的判例汇编已经非常流行,从唐朝的出土文书《文明判集残卷》看,判例涉及成文法之外的许多法律问题以及司法实践中存在的疑难案例,大大拓展了法律的调整领域。¹² 宋朝保存下来的判例汇编,诸如《疑狱集》、《折狱龟鉴》、《棠阴比事》、《名公书判清明集》等,收录了大量可以触类旁通,启迪心智的判例。《折狱龟鉴》中,郑克通过对所辑录的判例的点评,引导司法的价值追求,揭示法律规则蕴涵的原理,阐释具体规则的准确含义。

例一,引导司法价值追求的判例

吴太子孙登尝乘马出,有弹圆过。左右求之,适见一人操弹佩圆,咸以为是。辞对不服。从者欲捶之,登不听。使求过圆比之,非类。乃见释。¹³

郑克在此案的“按语”中认为:“人之负冤,多因疑似。听者不能审谨,忿然作威,遂致枉滥。此事虽小,可以喻大。”郑克通过判例方式,将关于事实和证据的判断置于折狱用刑的首要位置。在成文法占主导地位的中国古代法律体系中,发现冤狱予以平反,是司法所追求的重要价值之一。¹⁴

郑克将平反已经被错判的冤案,与释放蒙冤而尚未判决的疑犯比较,更加突显了“释冤”的意义和价值:“鉴彼负冤之可戒,乃显此释冤之可尚。”¹⁵ “疑罪从有”、“疑罪从轻”和“疑罪从无”,是不同历史时期所确立的规则,体现了刑法在不同社会和环境中的价值取向。郑克将疑罪之“疑”,从证据角度予以阐发,立意高远,发人深省。

例二,揭示法律规则原理的判例

1. 胡向少卿初为袁州司理参军,有人窃食,而主者击杀之。郡论以死,向争之曰:“法当杖。”郡将不听,至请于朝,乃如向议。¹⁶

郑克在此案的“按语”中认为:“以名分言之,则被击者窃食之盗也,击之者,典食之主也。以情理言之,则与凡人相殴击异矣。登时击杀,罪不致死也。然须击者本无杀意。邂逅致死者,乃坐杖罪。或用刃,或绝时,或残毁,则是意在于杀,法所不许也。又当原其情理,岂可一概科断。尽心君子,亦宜察焉。”

“杀人偿命”是中国传统社会的基本观念之一。但是,《唐律》中所规定的“六杀”,法定刑相差很大。在确定有关杀人罪的刑事责任时,由于行为人与受害人之间名分和案件具体情节的差异,决定了罪名和刑罚的不同。郑克通过评论,揭示了定罪量刑应当考虑的诸种因素。

2. 唐韦丹镇江西,有吏掌仓十年,数盈五十万。因复量,欠负三千余石。悯之曰:“此岂皆自取费用,必为权势所须。”乃令搜索家私文字验之,其分用名历具在。因谓诸吏曰:“汝等恃权势以索于仓吏,今其欠负,岂独赔填,又将代汝之罪?可各据所得,限一月纳足。”皆顿首曰:“君侯以至明察下,准法合当刑责,即释重罪,填纳不辞。”仓吏由是得免。¹⁷

郑克在此案的“按语”中认为:“侵盗官物,其入己,其入人,罪等尔。然入己之情,贪于货利,是君子所疾也。与人之情,迫于权势,是君子所矜也。夫州吏之胁迫,仓吏之盗与,岂不知法,但幸其不败尔。以其可矜而宥仓吏,则不可独加州吏罪。故并宥焉。且欠负赔填,既已足矣,亦有可恕之道,则置而不问者,乃许其悔过,非纵恶也。”

¹² 前引④汪世荣书,第44—54页。

¹³ 《折狱龟鉴·卷一》。

¹⁴ 《汉书·隗不疑传》:“隗不疑为京兆尹,京师吏民敬其威信。每行县录囚徒还,其母辄问不疑:‘有所平反,活几何人?’即不疑多有所平反,母喜笑,为饮食言语异于他时;或亡所出,母怒,为之不食。故不疑为吏,严而不残。”

¹⁵ 前引¹³。

¹⁶ 《折狱龟鉴·卷四》。

¹⁷ 前引¹⁶。

惩治侵盗官物的立法目的,是为了保护封建国家的财产所有权。在官物被侵盗的案件中,采取有力措施,追回被侵盗的国有资产,是法律维护国家所有权,实现国家所有权的最佳方式。法律的功能,不外保护和教育。保护正当的权益不被侵犯,保证被侵害的权利得到恢复或补偿;教育行为人从错误中汲取教训;引导社会的价值选择。在侵盗者认识了自己的错误,并积极采取措施挽回国家财产损失后,给其宽恕,有助于从根本上实现法律的功能。虽然,从客观上看,无论“入己”还是“入人”,都造成了国家的损失。但是,从主观上看,行为人的主观恶性差别巨大,法律对“入己”者的从重打击,有助于抑制私欲的蔓延,郑克正是从这个角度揭示了贪赃犯罪的立法原理。

例三,阐释特定规则准确含义的判例

陈奉古客通判贝州,时有卒执盗者,其母欲前取盗,卒拒不予,仆之地,明日死。以卒属吏,论为弃市。奉古议曰:“主盗有亡失法。今人取之,法当得捍。捍而死,乃以斗论,是守者不得主盗也。残一不辜而剽夺生事,法非是。”因以闻,报至,杖卒。人称服之。¹⁸

郑克在“按语”中认为:法律的适用,应当正名分,原情理。依古制,议罪者,先正名分,次原情理。陈奉古就充分考虑到了案件的名分和情理:“彼欲前来者,被执之盗也。母虽亲,不得辄取也。此拒不与者,执盗之主也。卒虽弱,不得辄与也。前取之情在于夺,不与之情在于捍。夺而捍焉,其状似斗而实非斗。若以斗论,是不正名分,不原情理也。”

唐宋时期的判例研究,具有鲜明的创新价值与时代特征:判例注重司法经验的总结和司法智慧的提炼;强调法律适用中道德与法律、人情与法意的协调。“已经显示出抽象化、理论化的倾向。”¹⁹ 审慎区分罪与罪之间的细微差别,正确适用法律,在案件判决时实现情、理、法的有机统一,既是严格执法的要求,也是将审判升华为一门艺术的体现。

郑克在判例研究领域所取得的杰出成就表现在:

第一,通过对反面判例的评析,阐释成文法的含义。

1. 赵师民知耀州,民有犯盐铁禁者。乃曰:“障其利而罪之,是罔民也。”一切不问。²⁰

郑克在“按语”中认为:“此诚仁人之言也。然少宽之,斯亦可矣。若一切不问,则奸猾之民,争出于此,顾将奈何?”君子宥过,不当如此。

2. 南齐孔琇之为吴县令,有小儿年十岁,偷割邻家稻一束。琇之付狱案罪。或谏之。答曰:“十岁已能为盗,长大何所不为?”县中皆震。²¹

郑克在“按语”中列举了另一判例:“南齐王敬则为吴兴太守,郡旧多剽掠,有十岁小儿,于路拾取遗物,敬则杀之以徇。自此路不拾遗,郡无劫盗。”郑克在比较和评论上述两个判例时认为,孔琇之重在惩恶,并无不可。王敬则欲骇众立威,已经入于酷滥,是前代长吏专杀之流弊。郑克的质疑“小儿无识,路有行物而拾取之,非剽掠也,何足深罪”,触及到了问题的实质。

3. 晋安重荣镇常山,有夫妇共讼子不孝者,重荣面加诘责,抽剑令自杀之。其父哭啼言不忍,其母诟詈逐之。乃继母也。重荣逐出,一剑毙之。²²

郑克在“按语”中认为:古之后母疾前夫子,亦已多矣。苟得其情,则切责而严戒之可也。何必取快一时,加之非法乎?对于安重荣的作法,涉嫌“不教而诛谓之虐”的俗语,自当鉴戒。

第二,郑克通过对不同判例之间的比较,强调判例的适用条件,揭示法律适用中的细节对案件结果的影响。

¹⁸ 前引¹⁶。

¹⁹ 何勤华:《论宋代中国古代法学的成熟及其贡献》,载《法律科学》2000年第1期。

²⁰ 前引¹⁶。

²¹ 《折狱龟鉴·卷五》。

²² 前引²¹。

1. 唐李杰为河南尹,有寡妇告其子不孝。杰物色非是,谓寡妇曰:“汝寡居,唯一子,今告之罪,致死也。得无悔乎?”妇言子无状,宁勿惜。杰曰:“审如此,可买棺来取儿尸。”因使覘其后。寡妇出,与一道士语曰:“事了矣!”俄将棺至。杰即令捕道士,劾问,具服与寡妇通,为子所制,故欲除之。于是杖杀道士,纳于棺。²³

郑克在“按语”中同时列举了后母告子的另一案例:曾孝序资政知秀州,有妇人讼子。指邻人为证。孝序视其子颇柔懦,而邻人举止不律。问其母,又非亲。乃责邻人曰:“母讼子,安用尔为?”事非涉己,因并与其子杖之。闻者称快。

对上述两个判例,郑克进行了比较,认为:“继母私邻人而忌其子,间之,故使讼。邻人与道士类矣。然彼教寡妇讼其子以死罪,故杀之。此教继母讼其子,罪不致死也,故杖之而已。”通过对比,郑克对教唆词讼罪的法律责任,进行了讨论。在《唐律疏议》中,有“教令人告”的规定:“诸教令人告,事虚应反坐,得实应赏,皆以告者为首,教令为从。”同样是教令其母告子,根据所告案件的性质确定教令者的责任,填补了制定法所未能涵盖的情形,拓展了制定法的调整领域。

2. 苏案给事为大理寺详断官时,民有父卒母嫁者。闻母死已葬,乃盗其柩而祔之。法当死。案独自曰:“子盗母柩,纳于父墓,岂与发冢取财者比?”请之,得减死。²⁴

郑克在“按语”中,同时列举了下述2个判例。其一,侯瑾少卿提点陕西刑狱时,河中有民父死母嫁,十余年亦死。辄盗发冢,取其棺与父合葬,法当大辟。有司例从轻,瑾请著于令。其二,张唐卿状元通判陕州,时有民母再适人而死者,及父之葬,子狠母不得祔,乃盗丧同葬之。有司请论如法。唐卿权府事,乃曰:“是知有孝而不知有法尔。”遂释之以闻。

在对上述3个判例进行比较时,郑克认为:侯瑾、苏案所判案件,在情节上相似:母与后夫同穴而葬,于是发其冢取其柩,故论以劫墓见尸之法,而请之仅得减死也。张唐卿所判案件,在情节上则完全不同:后夫尚存而母死未葬,独盗其丧归,非发冢取棺,则法亦轻,虽释之可也。

第三,郑克提出了判例适用中的类举原则,并通过具体判例对其予以阐述。

杜镐侍郎兄仕江南为法官,尝有子毁父画像,为近亲所讼者,疑其法未能决,形于颜色。镐尚幼,问知其故,辄曰:“僧道毁天尊佛像,可以比也。”兄甚奇之。²⁵

郑克在“按语”中认为,荀子有言:“有法者以法行,无法者以类举”,杜镐对案件所发表的见解,即属于“类举者也”。此外,黄霸戮三男、王尊杀假子等案件的判决,也属于类举。²⁶在这两个案件中,行为人被认为“禽兽聚鹿”,人杀禽兽无罪,“则戮之可也。”

另外,在我国韵文法律书宋《刑统赋》中,对成文法典与司法实践差距如何克服和处理,进行了高度的理论概括:“律义虽远,人情可推”;“吏之于法,知非艰,而用为艰,宜尽心于用刑之际。”我国台湾学者陈士诚认为:前者“是实为刑统赋卷头之赋,其意义盖谓刑法理论之深远,一如人情,人情为本,故于刑法之条文,毋拘泥于文字之末,一本人情解释可耳”;后者“实为《刑统赋》压卷之大文字,法文之应置重于具体的妥当性,实较抽象的妥当性为重。”²⁷

三、明清时期的判例研究

明清时期,不但编撰有专门的判例汇编,而且出现了判例研究的专门著述。明朝的判例汇编既包括私

²³ 前引²¹。

²⁴ 前引¹⁶。

²⁵ 前引¹⁶。

²⁶ 黄霸判处“共妻一妇”的兄弟三人死刑;王尊判处“妻母”的养子死刑,案例均见《折狱龟鉴·卷四》。

²⁷ 陈士诚:《论吾国韵文法律书宋“刑统赋”》,载《法律评论》第433期。另外,我国台湾学者张伟仁认为:“我国传统法制是经过历代的思考、设计、施行、改进而成的,任何一个有关这制度的问题都有理论的、实践的两面。研究之时应该要并行兼顾,特别要探究两者相互的影响,发现两者的差距。”张伟仁:《清代法制研究》,载台湾中央研究院历史语言研究所专刊之76,1983年版,第59页。

人所制作的判例,如李新著《折狱新语》,也包括官府编撰的判例要旨汇集,如《问刑条例》。清朝继承了唐宋时期判例的编撰风格,周尔吉编纂有《历朝折狱纂要》,胡文炳编纂有《折狱龟鉴补》,为司法裁判提供经验和借鉴。²⁸此外,清朝还编撰有《刑案汇览》、《新增刑案汇览》、《续增刑案汇览》,判例的作用进一步提高。而且,清朝出现了研究判例的学术著作,如吴坛的《大清律例通考》、薛允升的《读例存疑》、杨昱的《牧鉴》、吕芝田《律法须知》等。其中,《大清律例通考》详细考察了《大清律例》中的条例,通过例案入手,考察例文的沿革和发展,确定例文的准确内容和含义。《读例存疑》通过对不同条例的比较,对律例关系、例文相互间的关系进行考察。此外,薛允升还对例的形成与适用、例的规范与完善等进行了分析和讨论,关注的范围扩展到了判例适用的社会效果。薛允升创作《读例存疑》的目的,据其自序为“备朝廷重开修例之用”。修例是清朝的立法活动,刑部进呈御览奏疏称:“其书大旨,以条例不外随时酌中因事制宜之义,凡例之彼此抵牾,前后歧异,或应增应减,或畸轻畸重,或分析之未明,或罪名之杂出者,俱一一疏证而会通。博引前人之说,参以持平之论,考厥源流,期归划一,诚巨制也。”杨昱所著《牧鉴》,创立了经(经义)、史(判例)、论(评论)结合的判例研究模式,可以认为是这一时期判例研究的代表之作。吕芝田《律法须知》则从制定法适用的原则与技巧角度,讨论了判例的价值和作用,丰富了中国古代的判例理论。在清朝牧史的著作中,也不乏关于判例研究的内容。其中,汪祖辉所著《学治臆说》、《佐治药言》,最具有代表性。

明清时期创立了判例研究的独特模式,杨昱著《牧鉴》,以“治本”、“治体”、“应事”、“接人”分类,并以专门、具体的主题分卷,各卷中又以经(经义)、史(判例)和论(评论)等三部分相互支撑。

例如,《牧鉴》卷六“讯讞”

首列经义之内容:

王制曰:“凡五听之讼,必原父子之亲,立君臣之义以权之;意论轻重之序,慎测浅深之量,以别之;悉其聪明,致其忠爱以尽之。疑狱,汎与众共之。众疑赦之。必察小大之比,以成之。”

吕刑曰:“非佞折狱,惟良折狱。罔非在中,察辞于差。非从惟从,哀敬折狱。明启刑书胥占,咸庶中正。其刑其罚,其审克之。”

次为典型之判例:

宋文帝以弟义恭为并州刺史,戒之曰:“讯狱虚怀博尽,无以喜怒加人。能择善而从之,美自归己。不可专意自决,以矜独断之明也。”

欧阳修为绵、泗二州推官,留心于狱。偿夜治官书,屡废而叹。妻问之,曰:“此死狱也。我求其生而不得耳。”妻曰:“生可求乎?”曰:“求其生而不得,则死者与我皆无恨也。矧求而有得耶,以其求而有得,则知不求而死者有恨也。”

最后是代表性观点:

周子曰:“刑者民之司命,情伪微暖,其变千状。苟非中正明达而果断者,不能决也。”

庐陵欧阳氏曰:“吾尝官夷陵,暇取架阁陈年文案,反复观之,见其枉直乖错,不可胜数。以无为有,以枉为直,违法徇情,灭亲害义,无所不有。当时仰天誓心,自尔不敢忽。”

鲁齐许氏曰:“刑狱之事,暧昧未明。情态千变,苟不以至公无私之心,详察其间,差之毫厘,人命生死系焉。公以议狱,尚有不周,如或畏权势,而变乱是非,徇亲故而交通贿赂,好恶喜怒,私意一萌,断无平允。”

又如,《牧鉴》卷七“刑罰”

首列经义之内容:

²⁸ 胡文炳在《折狱龟鉴补》自序中,说明了其选择判例之范围与目的:“于朝廷之用刑录之,欲以识其大也;贤哲之论刑录之,欲以究其微也;子弟之报仇录之,欲以效其本也;定骄兵悍将之乱者录之,欲文武之和衷也;止破邑陷城之杀者录之,欲彼我无间也;化山贼峒蛮之梗者录之,欲宽猛之相济也;薄饥民判觉之罪者录之,欲以和众而安民也;任偏执而贻后世之讥,失出入而致当身之患者录之,欲以鉴戒而审慎也。其他被诈、被诬、中毒、中恶、遇仙、遇狐、疑鬼疑神、志异志怪者录之,欲以探天下之至赜而扩其见闻也。”《折狱龟鉴补》已由华东政法学院陈重业教授点校并译注,2006年1月由北京大学出版社出版。

大禹谟：“刑期于无刑。”

吕刑：“上刑适轻下服，下刑适重上服。轻重诸罚有权。”

王制：“刑者，侂也，侂者，成也，一成而不可变，故君子尽心焉。”

次为典型之判例：

贾彪为新息长，小民贫困，多不养子。彪严为其制，与杀人同罪。城南有盗劫杀人者，北有妇人杀子者。彪出案发，掾吏欲引南。彪曰：“贼寇害人，此则常理。母子相残，逆天违道。”遂驱北行，案验其罪。城南贼闻之，亦面缚自首。数年间养子者千数。

柳公绰为山南东道节度使，行部至邓县，吏有纳贿、舞文，二人同系。县令以公绰素持法，必杀贪者。公绰判曰：“赃吏犯法，法在；奸吏坏法，法亡。诛舞文者。”

张咏知杭州，岁饥，民冒禁贩盐，捕获者数百人。咏悉宽其法。官属执言不可，咏曰：“钱唐十万家，饿殍如此，若盐禁益严，则聚而为盗，患益甚矣。俟秋成敢尔，当痛绝之。”

最后是代表性观点：

西山真氏曰：“针芒刺手，茨棘伤足，举体凛然，谓之痛苦。刑威之惨，百倍于此。其可以喜怒施之者乎？虎豹在前，坑井在后，号呼求救，惟恐不免。狱狴之苦，何异与此？其可使无罪者坐之乎？”

上述经、史、论结合的研究模式，重在揭示判例弥补制定法局限的功能目标，强调法律价值观念的作用和地位，重视法官的主体地位在法律适用中的意义，以及对制定法正确理解的重要性。

明清时期的判例研究，关注到了法律适用的基本原理，提出了具有普遍意义的道德观念和价值准则，对制定法适用中的环节和因素，进行观察和思考，对法律与社会相互之间的关系给予高度重视：

首先，制定法适用的基本原理，受到了人们的关注。吕芝田在《律法须知》中提出了“情重则罪重，情轻则罪轻”的法律适用原则，²⁹ 白松长则提出了“不亏法以依俗，不执律以戾情”的法律与社会相互关系原理。³⁰ 这些论述实际上认识到了法律的稳定性与可变性之间，需要保持协调，法律应当对社会的基本价值观念给予回应。

吕芝田在《律法须知·卷上》，列举了具体案例：“律内娶已之姑舅、两姨姊妹，杖八十，离异。以有缙麻之服也。有犯奸者，例应发附近充军。但近例姑舅两姨姊妹为婚，已听从民便。而犯奸拟军流，似觉情轻法重。乾隆4年，松江娄县民张八与杨银姐通奸一案，松江苏臬司以姑舅两姨姊妹为婚，有听从民便之上谕，将张八免遣，照律拟徒。详奉苏抚院张批结，亦原情定案之一法也。”

其次，制定法适用中案件的情、节、形、理等，关系到法律准确适用的主、客观因素，受到了人们的重视。“事之情节要明。盖情者两造起衅之所由也，节者，事之前后层次也。当日意欲何为，人之情也。彼此交会情景，事之形也”；“情节要合理。盖情者，起事之初也。情真既理当。形者，做事之状也，形切既无疑。如盗贼起意谋劫、谋窃，谓之情；其必因何而为，或迫于饥寒，或涎其富饶，此则谓理。如常盗行窃搜赃出入谓之形。众供如绘，赃经主认，则切而无疑。情形与理符合，方成信讞。”³¹ 判例为其后同类案件的裁判，提供了情、节、形、理等方面的参考，是司法经验和法律智慧的结晶。

吕芝田在《律法须知·卷下》，列举了下述判例：

1. 会稽县吴圣清，控媳吴大仁妻马氏孀居4年而生子一案。查十月而产，怀胎常理。若气血不调，或先期欲产或过期不产。如有哀乐不节，及愁怒伤肝，胎失所养，不能骤长，有迟至三、四年而后生者。且孕妇过期不产，备载诸书：《济阴纲目》卷9第54页；《医书纲目》卷35第20页；《本草纲目》卷52第45页；《景岳全书》卷38第43页。今吴马氏怀孕几月，夫即去世，悲哀过度，便成血涸胎干，以致逾期而产。正与书言吻合。乾隆十四年定案。

²⁹ 《律法须知·卷上》。

³⁰ 《律法须知·跋》。

³¹ 前引²⁹。

2. 有等贪眠妇人, 因夫近处未回, 掩门先睡, 被奸徒窥伺, 冒认入室而偷奸者。或经当时觉察, 或被捉获, 或于过后觉悟者。此等案件, 最易捏混, 须细心体察。再此项情罪, 例无明文, 临时比照酌议。

3. 诬良为贱, 例无明文。查例载: 以贱为良者, 杖九十, 以良为贱者, 杖一百。冒认良人为奴婢者, 杖一百徒三年。若诬良为贱已告官有案者, 将诬扳诬告之人, 照冒认良人为奴婢律治罪; 并未控官, 不过因事争角, 随口斥辱, 本无污蔑字据者, 止科不应重律。

清代学者对判例实施的效果, 给予了充分的关注: “律既多成虚文, 而例遂愈滋繁琐。其间前后抵触, 或律外加重, 或因例破律, 或一事设一例, 或一省一地方专一例, 甚至因此例而生彼例, 不惟与他部则例参差, 即一例分载各门者, 亦不无歧异。辗转纠纷, 易滋高下”。³² 判例的适用, 带来了法制秩序的冲击。判例数倍增加, 对其又缺乏从适用上的理论与引导, 只注重通过几年一次的修律规范。忽略对判例自身的研究和讨论, 导致的必然是“第其始, 病律之疏也, 而增一例。继则病例之仍疏也, 而又增一例。因例生例, 孳乱无穷。例固密矣, 究之世情万变, 非例所可赅。往往因一事而定一例, 不能概之事事; 因一人而定一例, 不能概之人人。且此例改而彼例亦因之以改, 轻重既未必得其平; 此例改而彼例不改, 轻重尤虞。其偏倚既有例, 即不用律。而例所未及, 则同一事而仍不能不用律。盖例太密则转疏, 而疑义亦比比皆是矣。”³³

学者也关注到判例的出现和存在, 有其客观的必然性, “或律重例轻, 或律轻例重, 大旨在于祛恶俗挽颓风, 即一事一人以昭惩创, 故改重者为多。其改从轻者, 又所以明区别而示衿恤, 意至善也。”³⁴

中国传统法中, 强调案件处理的情、法两尽, 要求国法与民情在具体案件的审理和判决中, 彼此沟通, 相互协调。法律的制定是情理被实定化的过程, 法律也是情理发挥作用的一种媒介, “不仅法律本身的解释需要依据情理, 而且法律也可因情理而变通。”³⁵ 稳定的国家制定法法典与丰富多变的民情之间, 正是通过判例形式, 实现了有机的协调和相互的关照。由中国传统法律形式的特点决定, 与中国传统律学研究一样, 判例研究是一种经验研究。从研究的目标看, 判例研究中侧重于历史借鉴, 服务于制定法立法改革; 从研究内容看, 判例研究中侧重于收集司法活动中发现事实的技巧, 注重对司法经验的总结和提炼; 从研究方法看, 判例研究中关注如何对已有判例的整理与运用, 忽略了从判例中发掘法律原则和规则。中国古代未能在判例形成与适用的程序、判例适用的技术方法、判例效果的系统评价等领域, 进行抽象、归纳、概括, 上升到理论高度, 并发展为系统的判例学说。

Abstract: Ancient China's case-law research can be divided into three phases, that is Qin-Han, Tang-Song and Ming-Qing. In Qin-Han phase case-law was arranged systemically and editing principles of case-law established. Tang-Song phase developed case-law research collections such as < Mirror of Case Deciding > written by Zhen Ke. In Ming-Qing phase, < Ruling Mirror > written by Yang Mu established a case-law research mode which includes classics (Jing), cases (Shi) and case review (Lun), and a special case-law research book < Doubts Records in Reading Case-law > written by Xue Yunshen appeared. Ancient China's case-law research emphasized the summing up of judicial experiences, inspiring judges' wisdom and serving the judicial reform. However, Ancient China's case-law research did not developed into a systematic case-law doctrine.

(责任编辑: 李小明)

³² 《清史稿·刑法一》。

³³ 《读例存疑》沈家本“序”。

³⁴ 前引³³。

³⁵ 黄源盛:《民初大理院关于民事习惯判例之研究》,载《政法法律评论》第63期。