

〈論說〉

中国汉代疑狱上谳制度施行考

赵 晓 磊*

摘要：学术界历来对汉代的疑狱上谳制度有较好的评价，但是对上谳制度在施行中出现的问题却关注不够。汉代的疑狱上谳制度具有事前审判监督的特性，在早期实施的阶段中，郡县司法官员积极上谳案件，确实解决了许多司法中存在的公正问题。但是在西汉后期及东汉后期，也出现了另一种现象，郡县司法官员逃避上谳制度的烦琐，致使上谳制度不能有效地发挥其功能。由于两汉时期上谳案件的标准无法明确化，上谳制度无法产生强制力，同时郡司法机关对各种案件均有判决权，因此案件的上谳与否完全是由郡司法机关来决定的。东汉明帝时期曾施行重罪案件“先请后刑”，相当于要求所有重罪案件都要上谳中央朝廷，不过后来又废除了该规定。西晋时期刘颂提出“主者守文”的司法主张，要求郡县司法严格依据律令判决，唐代又将死刑和流刑案件的复核权转移到中央。经历了一系列的司法改革后，上谳案件被确定为因法律适用的疑难而产生的疑案，重罪疑难案件的上谳也成为必然，疑狱上谳制度的施行终于渐趋规范化。

关键词：汉代；司法；疑狱；谳；奏谳书

* 赵晓磊，日本爱知大学和中国南开大学双博士项目博士研究生，常州大学史良法学院讲师，主要研究方向：中国法制史。本论文为基金项目：国家社科基金项目“汉代司法审判中的德治因素及其当代价值研究”（18BFX020）的阶段性成果；本论文得到江苏政府留学奖学金资助。

要旨：学術界では、これまで漢代の「上讞」制度に対して、比較的好意的な評価がなされてきた。もっとも、「上讞」制度を実施するなかで現われてくる問題に対しては、関心が払われてこなかった。漢代の「上讞」制度は、事前に審判し監督するという特徴を有していた。その実施初期には、郡県の司法官が積極的に「上讞」を行い、多くの司法における不公正な問題を解決してきた。しかし、前漢後期及び後漢後期において、異なる現象が現れてきた。郡県の司法官が「上讞」を行うことを煩わしく思い、「上讞」制度は、その機能を発揮できなくなったのである。漢代には「上讞」を行う基準が明確にされていなかったことから、「上讞」制度には、強制力がなかった。また、郡の司法機関に様々な事件に対して判断する権限が与えられていたことから、「上讞」を行うか否かも、郡の司法機関が決めることになっていた。そうしたところ、後漢の明帝の時代に、重罪事件は「先に上申し、後に刑罰を下す」という原則が実施された。ところが、重罪に相当するあらゆる事件が朝廷に「上讞」されたことから、この原則は、廃止されることになった。その後、西晋の劉頌が「主は文を守る」と主張したことから、郡県の司法には、律令に基づき厳格に判断することが求められるようになった。更に唐代では、死刑と流刑に相当する事件を再審理する権限が中央に移ることになった。こうした司法に関する改革を経て、「上讞」を行う事件とは、法の適用が難しい事件、重罪の疑いが強い事件であることが確認され、これらの事件では、必ず「上讞」が行われるようになった。「上讞」制度は、このように規範化されていったのである。

依据史料的确切记载，在西汉高祖时期就已经开始实施疑狱上讞制度，即郡县司法机关遇到他们无法解决的案件时，可以向上级司法机关请示如何判决，上级司法机关应当回复作出判决的一项司法制度。湖北江陵张家山汉简《奏讞书》出土之后，我们看到了丰富的上讞案例，更加肯定了在汉代初期上讞制度便得到了有效和充分施行，而且中央司法机构廷尉发挥了重要功能。疑狱上讞制度经历了汉魏、两晋、南北朝等时期的发展和完善，并为后

世各个王朝所承袭，对维护司法的公平正义有重要功能，是中国古代颇具特色的司法制度，历来受到学界研究者的重视。目前已有不少相关研究，对汉代上谳制度的产生时间、设置、沿革以及出土的《奏谳书》等进行了考证，¹基本上或多或少都对汉代的上谳制度给予了较好的评价，认为它是一项优良的司法制度，具有统一法律的适用，确保司法公平，减少案件的拖延和积压，弥补律令的不足与滞后，便于展开新的立法等重要功能。但先前的研究多集中于对上谳制度本身的考证，而对于该制度的施行，尤其是在西汉后期及东汉时期的施行状况，关注较少。有学者曾对汉代的奏谳时间的变化进行考证，指出了上谳时间的改变对上谳制度实施产生的不利影响。²本研究通过对两汉时期上谳制度施行状况的考察，发现上谳制度虽在西汉中前期发挥了重要功能，但在后来的施行中还是遇了一些问题，这些问题目前尚未引起学界的充分关注，通过分析上谳制度在施行中出现的问题的原因，或许更能清晰地认识到汉代司法的弊端以及上谳制度本身的缺陷，同时也会对汉朝以后的司法改革方向和上谳制度的重新定位有更深刻的理解。

一、汉代疑狱上谳制度的实质

汉代疑狱上谳制度的确立比较早，西汉高祖七年（公元前200年）就正式下诏书颁布了谳狱令，“高皇帝七年，制诏御史：‘狱之疑者，吏或不敢决，有罪者久而不论，无罪者久系不决。自今以来，县道官狱疑者，各谳所属二千石官，二千石官以其罪名当报之。所不能决者，皆移廷尉，廷尉亦当报之。廷尉所不能决，谨具为奏，傅所当比、律、令以闻。’”³该法令规定，县道内的“疑”案，“吏或不敢决，有罪者久而不论，无罪者久系不决”的，可上谳至郡府，郡府不能解决的，可以上谳至廷尉府，如廷尉府不能解决，上奏皇帝。上谳制度设立的最初目的，不仅是为了解决疑难案件，也是为了解决案件的拖延和积压问题，该制度所针对的“疑”案，与我们今天所谈的疑难案件不能等同，它的范围要宽泛很多。当时并没有明确“疑”案的标准，因此只要是郡县官吏“不敢决”、“久而不论”、“久系不决”、“不能决

“的，皆可作为上谳案件。

在西汉景帝时期，为了进一步鼓励郡县将疑难案件上谳，汉景帝又颁布了诏书：“法令度量，所以禁暴止邪也。狱，人之大命，死者不可复生。吏或不奉法令，以货赂为市，朋党比周，以苛为察，以刻为明，令亡罪者失职，朕甚怜之。有罪者不伏罪，奸法为暴，甚亡谓也。诸狱疑，若虽文致于法而于人心不厌者，辄谳之。”⁴此次新的法令又增加了可以上谳的案件类型，将法律依据很清楚，郡县“能决”，但“人心不厌”（民心不服）的案件也列入其中。

随着皇帝对上谳的鼓励，上谳案件的数量也越来越多，在当时上谳的案件中，有不少的案件是原本不应该上谳的，因此在上级的回复中出现了“律白，不当谳”的批评，这是否会影响郡县司法官员的政绩尚不可知。比如《奏谳书》案例四：“胡丞喜敢谳之……鞠（鞠）：符亡，诈自占书名数，解取（娶）为妻，不智（知）甚亡，审。疑解罪，馫（系），它县论，敢谳之。吏议：符有数明所，明嫁为解妻，解不智（知）其亡，不当论。或曰：符虽已诈书名数，实亡人也。解虽不智（知）其请（情），当以取（娶）亡人为妻论，斩左止为城旦。廷报曰：取（娶）亡人为妻论之，律白，不当谳。”⁵

不知是否因为郡县司法官员受到批评，出现了上谳案件数量减少的原因，汉景帝后来又颁布诏书：“狱，重事也。人有智愚，官有上下，狱疑者谳有司，有司所不能决，移廷尉。有令谳而后不当谳者，不为失。欲令治狱者务先宽。”⁶此次规定安抚了郡县司法官吏，完全解除了他们的后顾之忧，无论何种案件上谳之后，被认定为“不当谳”的，均不为失职。这无疑解除了上谳的任何限制，郡县司法官员可随意将任意案件上谳。

西汉宣帝时，“廷史路温舒上疏，言秦有十失，其一尚存，治狱之吏是也。”指出在汉代司法官员腐败仍是无法根除的问题，因此宣帝下诏书：“间者吏用法，巧文浸深，是朕之不德也。夫决狱不当，使有罪兴邪，不辜蒙戮，父子悲恨，朕甚伤之。今遣廷史与郡鞠狱，任轻禄薄，其为置廷平，秩六百石，员四人。其务平之，以称朕意。”汉宣帝专门设置廷尉府中处理上谳案件的官员，并提高其地位，并主动派遣他们到郡中，参与案件的审理，

比原来在中央朝廷坐等地方官员上谳更为积极。接着就“选于定国为廷尉，求明察宽恕黄霸等以为廷平，季秋后请谳”，并亲自处理来自廷尉府的上谳案件，“时上常幸宣室，斋居而决事，狱刑号为平矣。”⁷取得了比较满意的结果。

以上是西汉中前期疑狱上谳制度设立和逐步发展的有关记载，从中央朝廷对谳狱官员的设置和职掌来看，上谳案件的处理是非常重要的司法事务。汉政府一开始就比较重视上谳工作，一直在不断加强该项制度的施行。从几位皇帝的诏书中可以看出，疑狱上谳制度至少具有三个特色，首先，汉朝中央政府自身主动参与到郡县司法工作中，并对其进行监督和管理，在汉宣帝时期，主动性进一步提高，并派遣廷史或廷平到各个郡参与疑难案件的审理工作。其次，中央朝廷名义上说是疑狱上谳，但事实上汉代所讲的“疑”案范围非常宽，而且还有人心不服的案件，甚至于所有案件都可以上谳，没有任何限制，也不必顾虑会承担任何责任。再者，上级对下级请谳的批复是有决定性的，具有判决的效果，相当于案件移到上级机关进行判决的效果。

总之，汉代中央政府非常重视上谳制度，上谳制度的施行，对原有的司法制度来说，具有司法改革的意义，可以说是汉朝司法改革的起点。由于汉代中央政府并没有设立其他司法制度，来更有效地主动参与或监督郡县的司法，上谳制度便无形中承担了较多的司法监督功能，因此汉代的疑狱上谳制度既是解决疑难案件的请示制度，也是中国古代早期中央政府设立的专业化的司法监督制度，而且具有事前审判监督制度的特质。

二、上谳制度施行中的两种现象

上谳制度在施行中遇到的问题是比较多的，比如前面提到的，从出土的《奏谳书》中就可以看到，有一些案件本来不应该上谳的，但也被上谳到了廷尉府，廷尉府在给出判决的同时，又指出“律白，不当谳”，如果出现大量此类案件上谳，这也是一种司法资源的过度浪费。甚至有时候这样的案件还会被上谳到皇帝那里，据甘肃武威出土的《王杖诏令书册》：“汝南太守谳

廷尉：吏有殴辱受王杖主者，罪名明白。制曰：谳何？应弃市。”⁸郡守本人已经知道上谳案件的犯罪嫌疑人罪名明白，廷尉看过后竟然又奏闻皇帝，皇帝在给出判决的时候，给出了质问：为何上谳？但是为了鼓励地方司法官员上谳案件，中央朝廷始终认为这不应该成为问题，并指出这种不当行为“不为失”。因此鼓励地方官员上谳案件一直是中央朝廷努力的目标，这也是上谳制度存在的重要意义。

两汉时期，上谳案件的具体数量以及地区之间的差异，我们现在已无法准确得知。但上谳制度施行中的两种现象值得重视，一是地方司法官员积极上谳案件，廷尉府和皇帝为了解决上谳的案件，非常繁忙，二是地方司法官员上谳的案件数量比较少，中央朝廷很少参与到地方的司法工作中。第一种现象说明上谳制度施行良好，发挥了它应有的功能，虽然有时候会造成司法资源过度浪费。而第二种现象则说明上谳制度形同虚设，没有发挥应有的功能。

1. 上谳制度施行状况良好

在西汉早期，从出土的史料《奏谳书》可以推测，当时郡县上谳案件是比较频繁的，因为有一些不该上谳的案件都上谳了，说明上谳的风气是比较盛行的。从后来汉景帝规定上谳不需要再有任何顾虑那一刻起，地方各郡县应该也是比较踊跃上谳的，据《汉书·儿宽传》记载，西汉武帝时期，张汤为廷尉，“廷尉府尽用文史法律之吏，而宽以儒生在其间”，后来“会廷尉时有疑奏，已再见却矣，掾史莫知所为。宽为言其意，掾史因使宽为奏。奏成，读之皆服，以白廷尉汤。汤大惊，召宽与语，乃奇其材，以为掾。”廷尉府向皇帝奏请的案件经常被退回，要重新拟定判决意见，张汤发现儿宽能够解决疑难案件，即聘请他为属官，这说明廷尉府非常需要能够解决上谳案件的人才。再后来，“汤由是乡（向）学，以宽为奏谳掾，以古法义决疑狱，甚重之。”⁹这从侧面说明了当时的廷尉府要处理很多上谳的疑难案件，而且廷尉本人也参与其中。因此在西汉武帝时期，廷尉府在处理地方上谳的案件方面是比较繁忙的。

关于汉武帝时期地方郡县上谳案件的情形，在《汉书·张汤传》中也有记载，“是时，上方向文学，汤决大狱，欲傅古义，乃请博士弟子治尚书、春秋，补廷尉史，平亭疑法。奏谳疑，必奏先为上分别其原，上所是，受而著谳法廷尉挈令，扬主之明。”¹⁰这里再提到张汤非常需要能够解决疑难案件的人才，也可说明当时有不少疑难案件上谳到廷尉府，而且这个时期还形成了“谳法廷尉挈令”，这是廷尉府整理而成的与“谳法”有关的各种令，说明经皇帝下达诏书批示判决的上谳案件非常多。

在东汉章帝建初年间，“有人侮辱人父者，而其子杀之”，该案件被郡县司法官员上谳到皇帝那里，“肃宗贯其死刑而降宥之，自后因以为比。是时遂定其议，以为《轻侮法》。”皇帝减免了罪犯的死刑，这种宽宥形成了惯例，后来此类案件都依此处理，有人就提出要将这种宽宥减死的做法进行立法，形成正式的律令，尚书张敏认为这种立法不妥当，他在上书皇帝的驳议中谈到，“夫《轻侮》之法，先帝一切之恩，不有成科班之律令也。……又《轻侮》之比，浸以繁滋，至有四五百科，转相顾望，弥复增甚，难以垂之万载。”¹¹从建初年间到张敏任职尚书时，短短十多年时间，上谳的轻侮杀人案件有四五百件，可能未来还会增加。虽然这种案件的频繁发生反映了东汉前期严重的社会问题，社会治理不佳，但我们也能够从侧面看出，在东汉前期案件的上谳也是比较盛行的。

2. 上谳制度施行状况不佳

上述两则史料的记载是有关上谳制度施行比较好的时期，均是发生在西汉或者东汉的中前期。而关于上谳案件数量较少的现象，史籍中也是有相关记载的。东汉殇帝时期，司徒鲁恭在呈给皇帝的议奏中讲道：“小吏不与国同心者，率入十一月得死罪贼，不问曲直，便即格杀。虽有疑罪，不复谳正。一夫吁嗟，王道为亏，况于众乎？《易》十一月‘君子以议狱缓死’，可令疑罪使详其法，大辟之科，尽冬月乃断。其立春在十二月中者，勿以报囚如故事。”¹²这则史料中就提到了县级司法官吏不将疑案上谳的现象，在十一月份内发生的案件，即使是疑案，县级官员也不进行上谳，而是自行决

断，不问案由直接判以死刑。因为东汉章帝时曾下诏书：“律十二月立春不以报囚，月令冬至之后有阴阳助生之文，而无鞫狱断刑之政。朕咨访儒雅，稽之典籍，以为王者生杀宜顺时气，其定律无以十一月、十二月报囚。”¹³规定了十一月和十二月上级不可以对下级上谳的案件进行回复判决，造成的结果却是，县级官吏竟然不再将疑案进行上谳，而在郡县直接判决，造成很多冤狱，似乎案件上谳与否无关紧要。因为法令规定有这样一个时间上的限制，廷尉府无法回复判决，县级官员就不再上进行上谳，这显然是由他们的主观意愿决定的，并非是客观原因造成的无法上谳，上谳制度也因此就无法发挥其功能。

在东汉末期，桓帝在位时，朝政腐败，襄楷上疏：“永平旧典，诸当重论皆须冬狱，先请后刑，所以重人命也。顷数十岁以来，州郡玩习，又欲避请谳之烦，辄托疾病，多死牢狱。长吏杀生自己，死者多非其罪，魂神冤结，无所归诉，淫厉疾疫，自此起。”¹⁴襄楷指出了两点，一是在东汉初期明帝时，所有处以重刑的案件都要等到冬季时才能判决，且均必须上谳，要先请示中央朝廷后才能处决，但是这条规定不知什么时候又废除了，所以称之为“旧典”；二是在东汉末期桓帝时，地方州郡怠惰，厌烦请谳，很多案件不再上谳，而是自行决断，造成大量的冤狱。东汉末期中央政府对某些地方州郡的控制能力下降，上谳制度在某些地区的施行也因此受到影响。

虽然上谳制度设立时的初衷是很好的，但它施行的好坏则是另一回事，一项制度必须经历实践的检验，然后不断发展和完善。积极上谳和不愿上谳两种现象确实都有存在，其原因或许与政治环境和社会治理相关，但更直接的原因还是来自于上谳制度本身，以及它直接运行于其中的司法体制。

三、郡县司法权对上谳制度施行的影响

自从西汉宣帝时期设置廷平之后，职掌谳狱事务的官员的地位和人员数量都有所增加，此后基本上作为制度固定下来了。除了前面提到张汤担任廷尉时处理大量上谳案件外，其他史料也提到了廷尉的该项职责，“（朱搏）复

征为光禄大夫，迁廷尉，职典决疑，当谳平天下狱。”¹⁵为了更好地发挥上谳制度的功能，东汉中央朝廷又对上谳制度进行了一定的改革，又增加了“治书侍御史”来从事谳狱工作。《后汉书·百官志》记载：“廷尉卿一人，中二千石。本注曰：掌平狱 奏当所应。凡郡国谳疑罪，皆处当以报。正、左监各一人。左平一人，六百石。本注曰：掌平决诏狱。”“治书侍御史二人，六百石。本注曰：掌选明法律者为之。凡天下诸谳疑事 掌以法律当其是非。”¹⁶从上述记载来看，廷尉、侍御史都是处理郡国上谳疑狱的官员，郡国将疑难案件上请之后，他们以批复的形式对疑难案件进行判决，即“处当以报”。即使中央朝廷如此的努力，仍会出现一些州郡不上谳的现象，原因可能有郡县司法官员主观方面的，比如怠惰、麻木不仁，武断强横、害怕产生难以预料的后果等，但制度原因则是决定性的，那么制度方面的原因又是什么呢？

1. 上谳制度本身无法确立案件上谳与否的明确标准，是否上谳完全由郡县司法官员决定

虽然中央朝廷以极大的努力来推动地方疑难案件上谳，但是郡县也会出现厌烦上谳的情形，不将疑案上请朝廷，而自行决断。从西汉初年汉高祖颁布的诏书内容就能了解到，如果郡县产生了“吏或不敢决，有罪者久而不论，无罪者久系不决”的案件时，请将案件逐级上谳，让上级来进行判决，案件是否需要上谳的标准是郡县司法官员“不能决”，如果郡县官员能决，则不用上谳。到了汉宣帝时期，“遣廷史与郡鞠狱”，朝廷主动派遣廷史到各郡去审理疑难案件，但这似乎并没有形成一种制度，其他皇帝在位时是否也这么做不得而知。

案件是否上谳，要看郡县司法官员的个人能力，如果能力足够强能够处理，则不需要上谳，郡县司法官员能否决断案件不是一个明确的标准，而是一个主观上的标准。大胆的官员，比如司马迁笔下的“酷吏”，什么案件都能决断，而谨慎的“循吏”则更有可能将存有疑惑的案件上谳，甚至更有谨慎的官员还会将不应当上谳的案件也进行上谳。中央朝廷是无法强制郡县上

谳案件的，这也是为何中央朝廷一直鼓励地方官员上谳案件的原因。因此，郡县司法机关掌握着案件是否上谳的最终决定权，如果上谳对他们有利，他们就愿意将案件上谳，如果上谳对他们没有什么意义，为什么还要费力气将案件上谳呢？

有些时候，上谳也可能会带来无法预料的风险。在西汉宣帝时期，范延寿为廷尉，“时燕赵之间，有三男共娶一妻，生四子，长各求离别；争财分子，至闻于县，县不能决断，谳之于廷尉。于是延寿决之，以为悖逆人伦，比之禽兽生子属其母，以子并付母。尸三男于市。奏免郡太守令长等无师化之道，天子遂可其言。”¹⁷本来此案属于争财争子的民事案件，由于牵涉伦理问题，郡县司法官员确实找不到什么根据来判决，就将此案上谳廷尉。不料想廷尉范延寿认为这是一起严重违背人伦的刑事案件，便拟定了惩罚极为严厉的判决结果奏闻皇帝，最终三男被判死刑，郡县的长官因为教化不力，均被罢免。这样的案件在两汉时期郡县司法官员均可以自行决断，不必上谳廷尉，上谳廷尉本来是为了追求更为公平的判决，但是却为郡县长官带来了灾祸，相信后来的郡县官员再将其他案件上谳时会非常谨慎，甚至不愿意上谳，以免带来无法预料的不利后果。

而且在东汉的中后期，形成了一种默认的效果，经过上谳的案件，极有可能获得皇帝的恩惠——减刑。前面提到的因“轻侮”杀人案件就是上谳到皇帝那里获得了减刑，而后面的官员就争相效仿，最终都获得了减刑，这其中难免有罪犯家属的物质利益馈赠。《后汉书·申屠蟠传》记载：“同郡缙氏女玉为父报仇，杀夫氏之党，吏执玉以告外黄令梁配，配欲论杀玉。

（申屠）蟠时年十五，为诸生，进谏曰：‘玉之节义足以感无耻之孙激忍辱之子。不遭明时，尚当表旌庐墓，况在清听，而不加哀矜？’配善其言，乃为谳得减死论。乡人称美之。”¹⁸这样的案件，地方司法官员可以上谳，也可以不上谳，他们可以凭借自己的能力来决断案件，但有时候上谳可以让当事人获得减刑，会受到乡人称颂，司法官员也乐意将案件上谳。但是如果没

有名声或利益的驱使，官员是否愿意将案件上谳就是另一回事了。

2. 郡县司法机关掌握着案件的判决权，拥有生杀予夺的权力，甚至可以不依照律令来判决案件

在《二年律令》问世后，西汉时期郡县司法机关的审判权已经非常明确，郡和县两级司法机关的司法权限划分也很清晰。《二年律令·兴律》：“县道官所治死罪及过失、戏而杀人，狱已具，勿庸论，上狱属所二千石。二千石官令毋害都吏复案，问（闻）二千石官，二千石官丞谨掾，当论，乃告县道官以从事。彻侯邑上在所郡守。”¹⁹所判定之罪为死罪、过失杀人、戏杀人三种类型的，县级司法机构不能决断，必须将案件上移到郡级司法机关，由郡来决断，其他的案件，县级司法机关都可以决断。

此外，乞鞠案件比较特殊，判决下达后，犯罪嫌疑人或其家属不服，请求复审，案件可以逐级上移到皇帝那里。《二年律令·具律》：“罪人狱已决，自以罪不当欲气（乞）鞠者，许之。……气（乞）鞠者各辞在所县道，县道官令、长、丞谨听，书其气（乞）鞠，上狱属所二千石官，二千石官令都吏覆之。都吏所覆治，廷及郡各移旁近郡，御史、丞相所覆治移廷。”²⁰因此乞鞠案件的定案权不完全由郡县司法机关掌控，而是由罪犯或其家属的行动决定的，且乞鞠制度更类似于今天的再审申请，并非事前的审判监督。

上述律令中的规定仅仅是针对案件的决断权或定案权而言，并不涉及是否必须依照律令来判断的情形，在汉代是否有规定要求判决案件必须以律令为根据，至今还没有发现相关史料，应该说是未知的，但不管怎么样，中央朝廷还是会强调郡县应当优先以律令为依据进行判决。而在实际的司法中，既有像张释之那样严格依照律令判决案件的例子，也有完全不依照律令来判断案件的例子。但根据史料的记载，似乎除了律令之外，比（先前已决的、可供后来援引适用的案例）、儒家经义等也可以作为判决的依据，甚至在有些实例中，郡县官员无需寻找什么依据即可定案。

关于县令不依照律令判决案件的实例，有西汉元帝时期，王尊射杀不孝子的案例。“初元中，举直言，迁虢令，转守槐里，兼行美阳令事。春正月，美阳女子告假子不孝，曰：‘儿常以我为妻，妒笞我。’尊闻之，遣吏收捕验

问，辞服。尊曰：‘律无妻母之法，圣人所不忍书，此经所谓造狱者也。’尊于是出坐廷上，取不孝子悬磔著树，使骑吏五人张弓射杀之，吏民惊骇。”²¹此案件中不孝子的行为，律令是没有规定的，甚至儒家经义也不敢写出来，县令王尊认为这一行为应当判定为死罪，而且也没有按照法令的要求将案件上移到郡守那里，在县内直接将罪犯射杀。

关于郡守不依照律令审判案件的实例，有西汉宣帝时期京兆尹（职掌相当于郡太守）张敞无端处死掾属的案例。“（张敞）为京兆九岁，坐与光禄勋杨恽厚善，后恽坐大逆诛，公卿奏恽党友不宜处位，等比皆免，而敞奏独寝不下。敞使贼捕掾絮舜有所案验，舜以敞劾奏当免，不肯为敞竟事，私归其家。人或谏舜，舜曰：‘吾为是公尽力多矣，今五日京兆耳，安能复案事？’敞闻舜语，即部吏收舜系狱。是时冬月未尽数日，案事吏昼夜验治舜，竟致其死事。舜当出死，敞使主簿持教告舜曰：‘五日京兆，竟何如？冬月已尽，延命乎？’乃弃舜市。”²²从这个案例中，我们无论如何也看不出掾属絮舜该判处死罪，至多是不履行公务或不尊敬长官的罪名，但是京兆尹张敞没有任何依据即处死絮舜。虽然后来絮舜的家人能够申冤，但郡守生杀予夺的权力是没有任何事前制约的。

两汉时期县令和郡守不依据律令判决案件的例子还有很多，这在《汉书·酷吏传》中有很多记载。“（王温舒）稍迁至广平都尉，择郡中豪敢往吏十余人为爪牙，皆把其阴重罪，而纵使督盗贼，快其意所欲得。此人虽有百罪，弗法；即有避回，夷之，亦灭宗。”²³郡中的都尉即可生杀予夺，其权力毫无制约。“（尹）赏以三辅高第选守长安令，得一切便宜从事。赏至，修治长安狱，穿地方深各数丈，致令辟为郭，以大石覆其口，名为‘虎穴’。乃部户曹掾史，与乡吏、亭长、里正、父老、伍人，杂举长安中轻薄少年恶子，无市籍商贩作务，而鲜衣凶服被铠扞持刀兵者，悉籍记之，得数百人。赏一朝会长安吏，车数百辆，分行收捕，皆劾以为通行饮食群盗。赏亲阅，见十置一，其余尽以次内虎穴中，百人为辈，覆以大石。数日一发视，皆相枕藉死，便舆出，瘞寺门桓东。楬著其姓名，百日后，乃令死者家各自发取其尸。亲属号哭，道路皆歔歔。”²⁴酷吏杀人如麻，往往不依律令来审理案件，

虽然有皇帝的授权，但他们不区分罪行轻重，法外滥刑，确是事实。

3. 在东汉后期，有些地方的州郡官员私自设立法规，随意处理案件

在东汉后期，中央朝廷威信扫地，州郡级别的长官的权力扩大。质帝本初元年春正月丙申的詔书中讲到：“顷者，州郡轻慢宪防，竞逞残暴，造设科条，陷入无罪。或以喜怒驱逐长吏，恩阿所私，罚枉仇隙，至令守阙诉讼，前后不绝。送故迎新，人离其害，怨气伤和，以致灾眚。”²⁵州郡长官私自设立法规，随意制造冤狱，造成了非常严重的后果，老百姓前后不绝地从各地赶到京师，向皇帝诉冤，直到这时候皇帝才接触到了这些枉法裁断的案件，因此这些州郡官员先前并没有将这些案件上谳中央朝廷，也根本不会将这些案件上谳的，且不说嫌弃上谳的麻烦，更重要的原因是不愿意将私自设立法规及随意枉法裁断的行为让中央朝廷知悉。

四、汉代以后的司法改革与上谳制度的规范化

汉代上谳制度施行中出现的不上谳或少上谳现象，主要是由于上谳制度本身缺乏明确的标准，郡县官员掌握着上谳与否的权力，而且郡县官员司法权力过大，完全可以不需要上谳而直接决断。西汉时期，宣帝“遣廷史与郡鞠狱”，曾主动将中央的司法权力渗入地方，对地方案件的审理进行监督，但似乎没有形成长久的制度。东汉时期，明帝颁布法令，“诸当重论皆须冬狱，先请后刑。”所有可能判处重罪案件，都要在冬季进行判决，并且要先向中央朝廷请示，经审核批准或改判后才能处刑。原来这些案件上谳与否，完全有郡县决定，但是明帝的法令要求他们必须移交中央朝廷复核，这相当于重罪案件均必须上谳。可惜该项法令后来又废除了，重罪案件上谳与否依然由郡县决定。

在东汉最后一位皇帝灵帝在位时，为了清理党锢之祸造成的不良后果，在光和三年颁布了癸丑赦令诏书：“吏民依党禁锢者赦除之，有不见文，他

以类比疑者谳。”“于是诸有党郡皆谳廷尉。”²⁶除了赦免党锢之祸的受害者外，又提到了那些没有律令根据的已判决案件，可以比照疑案上谳至中央司法机关廷尉府。皇帝下诏书督促案件上谳，是因为这些案件郡县在以前都没有进行上谳。我们还可以看出，到东汉末，中央朝廷也没有能够确立起案件上谳与否的明确标准，还是使用“疑”这个模糊的主观标准，即郡县对案件的决断是否存有疑惑，如果不存在疑惑则可以不上谳。

西晋时期有一项重大的司法改革改变了这一现状，使得上谳案件的标准开始明确化。西晋惠帝时期，曾担任过廷尉，后又任三公尚书的刘颂向皇帝上疏提出：“法欲必奉，故令主者守文；理有穷塞，故使大臣释滞；事有时宜，故人主权断。”“又律法断罪，皆当以法律令正文，若无正文，依附名例断之，其正文名例所不及，皆勿论。”²⁷晋代立法技术比汉代进步，律令中有《名例》篇，使得法律的涵盖性很强，因此有必要整顿法律适用的混乱现象，故而刘颂提出来“主者守文”，郡县司法官员必须依据律令来断案，“大臣释滞”，中央朝廷司法官员进行解释适用，“人主权断”，皇帝可以超出律令之规定，根据具体需要来裁断案件。刘颂提出的该项建议成为“永久之制”，此后，郡县司法官员必须依据律令来审理案件，而且律令的解释权也收归中央司法官员，如再遇到律令没有规定的罪行，或者律令适用有疑惑的，案件自然成为疑案，也就必须上谳到中央朝廷，否则郡县司法官员就属于枉法裁断。至此，上谳案件的标准有了一定的明确性，改变了汉代以来的模糊状态。

到了唐代，法典《唐律疏议·断狱》中规定：“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文，违者笞三十。若数事共条，止引所犯罪者，听。”²⁸明确要求司法官员必须依照法律条文来定罪量刑，否则要处以笞刑。因此，唐代的規定不仅使疑案的标准更加明确，同时州县自行决断疑案也会给自己带来具有人格侮辱性的刑罚，笞刑对州县官员来说确有此种意味，这样的惩罚性规定也为疑案的上谳带来了一定的保障。

地方司法机关的司法权力在唐代也得到了合理的控制，经过魏晋南北朝较长时期的经验探索，伴随着新的五刑体系（笞、杖、徒、流、死五等刑

罚)的确立,唐代对地方审判的案件施行节级复审制度,根据案件刑罚的轻重,将案件的定案权合理分配至从地方到中央的各级司法机构。《唐六典·尚书刑部》:“刑部尚书一人,正三品;侍郎一人,正四品下。掌律令、刑法、徒隶、按覆讞禁之政。其属有四:刑部、都官、比部、司门。”“凡决死刑皆于中书门下祥覆。旧制皆于刑部祥覆,然后奏决。”“若大理及诸州断流以上若除、免、官当者,皆连写案状申省按覆,若按覆事有不尽,在外者遣使就覆,在京者追就刑部覆而定之。”²⁹这其中讲到了最典型的死刑覆奏制度,死刑案件必须移交刑部复核,刑部复核后还要奏请皇帝批示,因此,死刑的定案权完全是由皇帝掌控的,南北朝时期已有政权施行该制度。地方州县判处流刑的案件,也必须上移至刑部,须经刑部复核后才可执行,因此州县能够自行决断的案件只有笞、杖、徒等刑罚比较轻的案件,地方州县司法官员无法再对重罪案件随意决断或法外用刑,如果遇到法律适用疑难的重罪案件,主动上谳至中央朝廷的可能性就比以前大很多,应该说面临这种疑案时,基本上都会上谳的,毕竟拟定的判决必须要符合律令规定的,因为后面还要上移至刑部来复核的。

我们今天所说的疑难案件包含两种情形,一种是事实难以查清,另一种是法律适用遇到困难,在唐代以后,上谳的案件类型主要是指因法律适用遇到困难的案件。上谳制度在经历了一系列的司法改革之后,在唐朝时终于转变为用于解决法律适用疑难案件的制度,上谳制度的施行终于规范化,其内涵也逐渐明确化。唐代的《狱官令》规定:“诸州府有疑狱不决者,谳大理寺,若大理寺仍疑,申尚书省。”³⁰宋代的《天圣令》规定:“诸州有疑狱不决者,奏谳刑法之司;仍疑者,亦奏下尚书省议。有众议异常,堪为典则者,录送史馆。”³¹宋代更加对典型疑难案例的重视,并将其抄录并送到史馆,方便以后的立法和司法者参考。

结语

中国汉代的疑狱上谳制度从开始施行起,就为司法带来了许多意想不到

的良好效果，这种事前的审判监督对郡县的司法具有一定的辅助和矫正作用，但是何种案件需要上谳一直是汉代统治者没有能够解决的重要问题。上谳制度施行的良好与否完全依赖上谳案件的数量，数量太多则严重耗费司法公共资源，数量太少则无法发挥其应有的功能。从现有的史料可以窥探到那个时代郡县的司法官员在上谳案件时的一些表现，有时候积极上谳，有时候不积极上谳，但无法精确地描述这种现象的程度，也无法呈现出各个地区存在的差异，不过这些现象的存在确是事实。郡县司法官员积极上谳的动因或许是有感于皇帝的号召，亦或许是想追求更为公正合理的判决，而不积极上谳的原因则更多，比如怠惰、麻木不仁，武断强横、害怕产生难以预料的后果等，但制度原因则是决定性的。上谳制度在两汉时期始终无法明确上谳案件的标准，而郡县司法官员拥有较大的司法权限，案件上谳与否由他们来决定，这是造成上谳案件数量少的主要原因。东汉王朝曾经尝试进行司法改革，不知何种原因而终止，在经历了漫长的历史时期后，在西晋时期开始有了突破，中央朝廷要求各级司法官员必须严格依照律令进行判决，这样一来，那些找不到律令依据或律令适用有困难的案件，自然就成为了疑案，疑案开始有了比较明确的内涵，这些案件就必须上谳，无形中帶有一定的强制性。再后来中央朝廷转移走了一部分地方司法机关的司法权力后，司法机关不再掌控重要案件的定案权，判处流刑或死刑的案件必须移交中央司法机关复核，因此，地方司法官员如若遇到法律适用疑难的案件，上谳的可能性就会比较大。总的来说，是司法体制的不断改革，使疑狱上谳制度的施行逐渐良好，其功能定位也发生了改变，专门针对具有法律适用疑难的案件，更具有有一定的合理性。

注释：

- 1 参见〔日〕池田雄一：《关于汉代的谳制——谈江陵张家山〈奏谳书〉的出土》，载《中央大学文学部纪要》史学科第40号，1995年；〔日〕宫宅洁：《汉代请谳考——理念·制度·现实》，载《东洋法制史研究》第55卷第1号，1996年；罗鸿瑛：《汉代奏谳制度考析》，《现代法学》1996年第5期；蔡万进：《张家山汉简〈奏谳书〉研究》，南宁：

- 广西师范大学出版社，2006年版；程政举：《汉代谳狱制度考论》，《河南省政法管理干部学院学报》2010年第2期；郑显文：《中国古代重大疑难案件的解决机制研究》，《法治研究》2014年第1期。中日学者在研究中涉及汉代疑狱上谳制度的论著较多，此处不一一列举。
- 2 蔡万进：《张家山汉简〈奏谳书〉研究》，南宁：广西师范大学出版社，2006年版，第123-130页。
 - 3 （汉）班固撰、（唐）颜师古注：《汉书》卷二十三《刑法志》，北京：中华书局，1962年版，第1106页。
 - 4 （汉）班固撰、（唐）颜师古注：《汉书》卷二十三《刑法志》，北京：中华书局，1962年版，第1106页。
 - 5 张家山二四七号汉墓竹简整理小组：《张家山汉墓竹简〔二四七号墓〕：释文修订本》，北京：文物出版社，2006年版，第94页。
 - 6 （汉）班固撰、（唐）颜师古注：《汉书》卷二十三《刑法志》，北京：中华书局，1962年版，第1106页。
 - 7 （汉）班固撰、（唐）颜师古注：《汉书》卷二十三《刑法志》，北京：中华书局，1962年版，第1102页。
 - 8 武威博物馆：《武威新出土王杖诏书令册》，载《汉简研究文集》，兰州：甘肃人民出版社，1984年版，第35-36页。
 - 9 （汉）班固撰、（唐）颜师古注：《汉书》卷五十八《儿宽传》，北京：中华书局，1962年版，第2628-2629页。
 - 10 （汉）班固撰、（唐）颜师古注：《汉书》卷五十九《张汤传》，北京：中华书局，1962年版，第2639页。
 - 11 （南朝宋）范晔撰、（唐）李贤等注：《后汉书》卷四十四《张敏传》，北京：中华书局，1965年版，第1502-1503页。
 - 12 （南朝宋）范晔撰、（唐）李贤等注：《后汉书》卷二十五《鲁恭传》，北京：中华书局，1965年版，第882页。
 - 13 （南朝宋）范晔撰、（唐）李贤等注：《后汉书》卷三《章帝纪》，北京：中华书局，1965年版，第152-153页。
 - 14 （南朝宋）范晔撰、（唐）李贤等注：《后汉书》卷三十下《襄楷传》，北京：中华书局，1965年版，第1078页。
 - 15 （汉）班固撰、（唐）颜师古注：《汉书》卷八十三《朱博传》，北京：中华书局，1962年版，第3403页。
 - 16 （南朝宋）范晔撰、（唐）李贤等注：《后汉书·百官志》，北京：中华书局，1965年版，第3582、3599页。
 - 17 （宋）李昉等编纂，夏剑钦、王巽斋校点：《太平御览》（第二百三十卷，职官部二十八），石家庄：河北教育出版社，1994年版，第209页。
 - 18 （南朝宋）范晔撰、（唐）李贤等注：《后汉书》卷五十三《申屠蟠传》，北京：中华书

- 局，1965年版，第1751页。
- 19 张家山二四七号汉墓竹简整理小组：《张家山汉墓竹简 [二四七号墓]：释文修订本》，北京：文物出版社，2006年版，第62页。
 - 20 张家山二四七号汉墓竹简整理小组：《张家山汉墓竹简 [二四七号墓]：释文修订本》，北京：文物出版社，2006年版，第24-25页。
 - 21 (汉)班固撰、(唐)颜师古注：《汉书》卷七十六《王尊传》，北京：中华书局，1962年版，第3227页。
 - 22 (汉)班固撰、(唐)颜师古注：《汉书》卷七十六《张敞传》，北京：中华书局，1962年版，第3223页。
 - 23 (汉)班固撰、(唐)颜师古注：《汉书》卷九十《酷吏传》，北京：中华书局，1962年版，第3655-3656页。
 - 24 (汉)班固撰、(唐)颜师古注：《汉书》卷九十《酷吏传》，北京：中华书局，1962年版，第3673-3674页。
 - 25 (南朝宋)范晔撰、(唐)李贤等注：《后汉书》卷六《孝质帝纪》，北京：中华书局，1965年版，第280页。
 - 26 (南朝宋)范晔撰、(唐)李贤等注：《后汉书·五行志》，北京：中华书局，1965年版，第3271页。
 - 27 (唐)房玄龄等撰：《晋书》卷三十《刑法志》，北京：中华书局，1974年版，第936、938页。
 - 28 岳纯之点校：《唐律疏议》，上海：上海古籍出版社，2013年版，第108页。
 - 29 (唐)李林甫等撰，陈忠夫点校：《唐六典》(卷第六)，北京：中华书局，1992年版，第179、188、189页。
 - 30 [日]仁井田陞：《唐令拾遗》，栗劲、霍存福等译，长春：长春出版社，1989年版，第720页。
 - 31 中国社会科学院历史所整理：《天一阁藏明抄本天圣令校正》，北京：中华书局，2006年版，第174~175页。

主要参考文献：

1. (汉)班固撰、(唐)颜师古注：《汉书》，北京：中华书局，1962年。
2. (南朝宋)范晔撰、(唐)李贤等注：《后汉书》，北京：中华书局，1965年。
3. (唐)房玄龄等撰：《晋书》，北京：中华书局，1974年。
4. 张家山二四七号汉墓竹简整理小组：《张家山汉墓竹简 [二四七号墓]：释文修订本》，北京：文物出版社，2006年版。
5. 武威博物馆：《武威新出土王杖诏书令册》，载《汉简研究文集》，兰州：甘肃人民出版社，1984年版。
6. (宋)李昉等编纂，夏剑钦、王巽斋校点：《太平御览》，石家庄：河北教育出版社，

1994年版。

7. 岳纯之点校：《唐律疏议》，上海：上海古籍出版社，2013年版。
8. （唐）李林甫等撰，陈忠夫点校：《唐六典》，北京：中华书局，1992年版。
9. 〔日〕仁井田陞：《唐令拾遗》，栗劲、霍存福等译，长春：长春出版社，1989年版。
10. 中国社会科学院历史所整理：《天一阁藏明抄本天圣令校正》，北京：中华书局，2006年版。