

近代中国统一法律适用的实践

聂 鑫 *

内容提要：统一法律适用（解释）是近代中国司法改革的重要目标。清末的法院编制法即明文赋予最高审判机关以统一解释法令权，从北洋政府大理院时期到南京国民政府最高法院、司法院时期，最高审判机关判决例与解释例的制作规则日趋完善，“司法造法”的编辑体例也逐渐定型。面对政治分立与积案如山的挑战，最高审判机关仍普遍地行使终审权，这是实现统一法律适用的基础。判例要旨及其汇编呈现出明显“法条化”的特色，这不仅适应了当时司法的现状，也与“律例并行”的传统相暗合。民国时期的解释例也是“广义的判例”，司法解释呈现出“裁判化”的特色。近代中国的制度建设与司法实践，对于当代中国的统一法律适用亦有一定的参考价值。

关键词：最高审判机关 司法统一 终审权 判例要旨 解释例

2022年1月26日，最高人民法院召开了统一法律适用工作领导小组第一次会议暨裁判要旨梳理提炼部署会。近年来，最高人民法院通过制定司法解释，发布指导性案例与推进类案检索，完善专业法官会议机制与发挥审委会的职能作用等一系列工作，共同服务于统一法律适用这一核心目标；此次会议又特别突出了裁判要旨的梳理提炼工作。〔1〕作为“司法统一”的核心内容，统一法律适用或者说统一法律解释也是近代中国司法改革的重要目标。当时的最高审判机关主要通过行使第三审之终审权、发布判例要旨与司法解释等方式统一法律适用；而判决例与解释例的制定、汇编同样有专门的会议机制，判例要旨的概念也产生于那个时代。〔2〕近代中国面临着快速近代化与传统法治转型的重大挑战，统一法律适用制度的探索与实践，彰显出中华法系与时俱进的坚韧性与蓬勃旺盛的生命力。在具体运作过程中，也无不体现了传统法律文化对实践的影响及实现传承的可能性与可行性。本文将梳理近代中国统一法律适用的制度建设成果，研究近代最高审判机关行使终审权、编辑判决例与统一解释法律的工作实效与特

* 清华大学法学院教授。

本文系清华大学自主科研计划“中国司法制度的传承与创新”（2022THZWJC18）的阶段性成果。

〔1〕 参见最高人民法院官网，<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-343891.html>，2023年4月12日最后访问。

〔2〕 参见侯欣一：《司法统一：困境与出路——以民国时期的司法实践为例》，《法学评论》2022年第6期，第188页以下。

色,或许能为今天最高人民法院的统一法律适用工作提供些许参考。

一、最高审判机关统一法律适用之法源

为落实统一法律适用,自清末司法实践开始,近代中国就将最高审判机关统一解释法令权写入了法院组织立法,将最高审判机关定位为统一律例解释所设之官署,赋予其发布判例及解释例的权力。民国建立后,更通过《大理院办事章程》《大理院编辑规则》《最高法院办事章程》《司法院统一解释法令及变更判例规则》等一系列规定,为最高审判机关统一法律适用职权的行使提供了制度保障。

(一) 清末大理院统一解释法令权之创设

从晚清到民国的司法改革主要是“直接习自日本,间接取自德国”,继受的是大陆法系法律传统。不过在最高审判机关的法律解释权及其判例的拘束力问题上,德日有明显差别:德国严守大陆法系司法权与立法权的严格区分,并且否定判例法的法源地位,日本在这两个问题上则相对灵活。在德国,与制定法甚至习惯法不同,判决先例不具有规范意义上的效力,“不具有法源的性格,只是‘认识法律的来源’或‘习惯法的来源’”;而日本没有完全固守大陆法系的成文法传统,日本最高审判机关负有统一解释法令的任务,且其判例对于下级法院有拘束力。^{〔3〕}德国1877年裁判所编制法并未赋予其最高审判机关帝国裁判所除审判权以外的其他职权。^{〔4〕}而根据日本1890年裁判所构成法,“大审院行裁判时,就法律所表之意见,乃因一切诉讼之事羁束其下级裁判所”(第48条)。^{〔5〕}1906年清廷颁布大理院审判编制法,该法第19条基本照搬日本立法规定如下:“大理院之审判,于律例紧要处表示意见,得拘束全国审判衙门(按之中国情形须请旨办理)。”^{〔6〕}

1910年清廷颁布法院编制法,该法规定大理院长官“有统一解释法令必应处置之权,但不得指挥审判官所掌理各案件之审判”(第35条);“大理院及分院札付下级审判厅之案件,下级审判厅对于该案,不得违背该法院令上之意见”(第45条)。“统一解释法令之主义”除拘束下级法院外,也需要在大理院自己的审判实践中予以贯彻,法院编制法也特别对此作出两条规定:“大理院各庭审理上告案件,如解释法令之意见与本庭或他庭成案有异”,由大理院长官根据案件类别“开民事科或刑事科或民刑两科之总会审判之”(第37条);“大理分院各庭审理上告案件,如解释法令之意见于本庭或他庭成案有异,应呈请大理院开总会审判之”(第44条)。^{〔7〕}

立法者将大理院定位为统一律例解释所设之官署,而统一律例解释包括发布判例与解释例两种方式:“大理院为民事或刑事之判决,通行其判决录于全国之下级审判厅,使供参考;有时下级审判厅提出解释律例上之质疑于大理院,则覆以大理院之意见,使供参考是也。”之所以如此规定,乃是因为其一,“新定刑律,意取简赅,非有解释之书足以资为依据”;其二,

〔3〕 参见林孟皇:《台湾判例制度的起源、沿革、问题与改革方向(下)》,《月旦法学杂志》2011年第9期,第147页以下。

〔4〕 参见商务印书馆编译所:《德国六法》,冷霞点校,上海人民出版社2013年版,第46页以下。

〔5〕 商务印书馆编译所:《日本六法全书》,黄琴唐点校,上海人民出版社2013年版,第25页。

〔6〕 商务印书馆编译所:《大清新法令(点校本)》第一卷,李秀清等点校,商务印书馆2010年版,第382页。

〔7〕 怀效锋主编:《清末法制变革史料》上卷,中国政法大学出版社2010年版,第494页以下。

“东西各国，凡最高审判衙门，均刊有判决录，所以揭示案由、模范全国也”。而第45条之所以如此规定，其理由是“由大理院移付案件于高等以下各级审判厅时，若下级审判所依然固执自己意见，不第案件不能告终，且违反以大理院为统一解释法令机关之主义也”。〔8〕在立法者看来，大理院无论是司法解释还是颁布判决例，甚至包括移付案件至下级法院审理，其正当性来源于大理院统一解释法令之权。无论是最高审判机关的解释例还是判决例，均为法律解释之一种，或者说，解释例是狭义的司法解释，判决例则视为广义的司法解释之一种。〔9〕

（二）北洋政府时期的制度传承与发展

北洋政府国会立法成绩有限，当时大理院统一解释法令的制度依据，仍然是沿袭前清法院编制法的上述规定。而1915年5月北洋政府修正之法院编制法（暂行）的条文，也只是在文字上略作修改以适合民国之国体，例如前述条文中的大理院长官由“大理院卿”更名为“大理院长”，第45条的“札付”改为“发交”。〔10〕

1919年5月《大理院办事章程》设置了专章（第五章）共九个条文，详细规定大理院统一解释法令权之行使。根据该章程，大理院该权力的行使既可以是被动的“解答质疑”，也可以是主动以维护“国家利益”为理由，“径行纠正”公法人或公务员“关于法令之误解”（第202条）。考虑到民初法律体系极不完备的状态，章程特别规定“就法令无明文之事项者请求解答者，不得拒绝解答”，这在一定意义上赋予大理院“司法造法”的职权（第205条）。而“请求解释文件及解答，应登载政府公报公示之”的规定，要求司法解释须登载于政府公报，这在公示的同时也赋予大理院解释规范性文件的效力（第210条）。该章程第206-209条还规定了解释的办理与登记程序，“请求解释文件，由大理院院长分别民刑事类，分配民事或刑事庭庭长审查主稿。请求解释文件及其复稿，应经民事或刑事庭各庭长及推事之阅视。其与大理院裁判或解释成例有抵触或系创设新例者，应由各庭长及推事陈述意见；若有二说以上，经主张者之提议时，得开民事或刑事推事全员会议”（第206条）。〔11〕

另外，根据1913年4月《大理院通告关于请求解释法令权限文》，“查法院编制法，本院有统一解释法令之权。惟请求解释者，自系以各级审判厅及其他公署为限。其有以私人资格或团体名义函电质疑者，概置不复”。〔12〕《大理院办事章程》第204条也作出类似规定。

大理院发布司法解释有法院编制法第35条的明确授权，关于其创制判例权，法院编制法第37条、第44条的规定则比较模糊，仅规定大理院的成案对自身有约束力，未提及对于下级法院的效力。大理院主要是在终审权的加持之下，通过解释例来“自我赋权”。例如：大理院在1914年3月的“统字105号解释”中明确“诉讼通例，惟最高法院判决之可以为先例者，始得称为判决例”；这意味着最高审判机关垄断了判决例的创制权，且并非大理院所有判决均可作为判决例援引，必须经大理院选编其中“可为先例者”。1916年6月大理院作出的“统字第460号解释”解决了判例的优先适用问题：“查本案判例解释有歧异者，应以最近之判例

〔8〕 王士森：《法院编制法释义》，商务印书馆1912年版，第29页，第35页。

〔9〕 参见方乐：《民国时期法律解释的理论与实践》，北京大学出版社2016年版，第25页。

〔10〕 参见北京政府（北洋政府）司法部编：《改订司法例规》，司法部1922年版，第61页以下。

〔11〕 大理院书记厅编：《大理院办事章程》，1919年，第80页以下。

〔12〕 北京政府（北洋政府）司法部参事厅编：《司法例规》，司法部1914年版，第399页。

或解释为标准。”而1923年4月作出的“统字1809号解释”则明确了“院判在《判例要旨汇览》刊行前未经采入汇览者，即不成为例”。^{〔13〕}

大理院判例创制权的获取有其特殊历史背景：其一，在19世纪末20世纪初新法学思潮的冲击下，“英美法系重判例，大陆法系重成法”的非此即彼的二分法有所松动；其二，第一次世界大战德国败北，概念法学“日益失势”，大陆法系开始重视判例研究。更重要的是，“我国自逊清末年，虽已继受大陆法系，然成文法典多未颁行。当新旧过渡时期，不能无所遵循。前大理院乃酌采欧西法理，参照我国习惯，权衡折中，以为判决。日积月累，编为判例，各法原则，略具其中；一般国人，亦视若法规，遵行已久。论其性质，实同判例法矣”。^{〔14〕}

1918年8月，大理院还专门颁行《大理院编辑规则》共21条，将解释例与判决例的汇编规则统一规定：大理院为编辑判例汇览、解释文件汇览等设置编辑处（第1条）；判例、解释文件汇览的编辑由大理院院长指定本院现任推事或聘请曾任本院推事人员担任（第2条）；“判例汇览、解释文件汇览大别为二类，一民事、二刑事。民刑事之分类，除依现行法规编定目次外，得参酌前清修订法律馆各草案及本院判例所认许之习惯法则；但先实体法后程序法，先普通法后特别法”（第5条）；判例汇览、解释文件汇览内容应包括眉批、要旨、参考旧例（或旧解释）、参考法文、参考解释文件（或判例）、年份、某字号次（第6条）；“一例关系二以上法则者，应数处并录之”（第7条）；章程还特别规定1912-1918年的判例汇览、解释文件汇览可汇编为一册，之后的判例及解释文件均应“按月编辑，半年度汇为一册”（第9条）；判例及解释文件汇览每册应附“凡例目录及分类索引”（第10条），其中判例汇览还应附有历年推事一览表（第11条）；“判决录、解释文件录刊载裁判或解释文件全文，但得以各该汇览已摘要之文为限”（第12条）。^{〔15〕}应当说，《大理院编辑规则》出台后，民国解释例及判决例的编辑体制与汇编形式基本定型。

（三）南京国民政府司法解释权与终审权的分离

1927年南京国民政府成立，改大理院为最高法院，一方面为全国刑事案件终审机关，另一方面行使法令解释权。1928年10月国民政府修正国民政府组织法，根据五权宪法学说设置行政、立法、司法、考试、监察五院，其中司法院为最高司法机关。最高法院与行政法院、公务员惩戒委员会、司法行政部并为司法院的内设机关（司法院组织法第1条）；司法院院长经最高法院院长及所属各庭庭长会议议决后，行使统一解释法令及变更判例之权（司法院组织法第3条）。^{〔16〕}最高法院虽名为“最高”，事实上仅为民刑事案件的全国终审审判机关（最高法院组织法第1条）。作为司法院的内设机关，最高法院在终审判决签发与判决例、解释例的制定上，须遵循司法院院长意见。^{〔17〕}从职能上看，最高法院审理民刑事上诉案件，同时也承担法律解释及判决例制作等工作。虽然最高法院在某种程度上有造法之功能，但其所拟判决例或解释例，须报请司法院审定和国民政府备案，方能生效刊行。与北洋政府解释例、判决例均由大理院发布不同，南京国民政府在司法院设立后，其解释例以司法院名义汇编刊行，而判

〔13〕 郭卫编：《民国大理院解释例全文》，吴宏耀等点校，中国政法大学出版社2014年版，第320页。

〔14〕 郭卫编：《大理院判决例全书》，吴宏耀等点校，中国政法大学出版社2013年版，戴修瓚序，第2页。

〔15〕 《大理院编辑规则》，《政府公报》第914期，1918年8月10日，第247页以下。

〔16〕 参见夏新华等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，中国政法大学出版社2004年版，第857页。

〔17〕 关于司法院（最高司法机关）与最高法院（民刑事案件最高审判机关）的不同定位及其相互关系，参见聂鑫：《民国司法院：近代最高司法机关的新范式》，《中国社会科学》2007年第6期，第144页以下。

例要旨则由最高法院编辑发布。

1929年1月《国民政府司法院统一解释法令及变更判例规则》将解释程序分为书面议决与会议议决两种。(1) 书面议决：由司法院院长将申请发交最高法院院长，由其分别民刑事类、分配民事庭或刑事庭庭长拟具解答案（第4条）；相关庭长拟具解答案后，应征求各庭庭长意见（第5条）；经各庭庭长签注意见后，复经最高法院院长赞同者，由其呈送司法院院长核阅，司法院院长亦赞同时，该解答案即作为统一解释法令会议议决案（第6条）。(2) 会议议决：在相关庭长拟具的解答案有疑义的情况下，就必须通过会议议决；若最高法院院长或过半数之庭长对于解答案有疑义，由最高法院院长召集统一解释法令会议；虽然最高法院院长及庭长对解答案无疑义，但司法院院长认为有疑义时，司法院院长亦得召集之（第7条）。统一解释法令会议以司法院院长、最高法院院长及各庭庭长组成，司法院院长为会议主席；开会时应由上述人员三分之二出席，出席人员过半数之同意，始得议决；如可否同数，取决于主席（第8条）。

如司法院院长对议决案尚有疑义，得召集最高法院全体法官加入会议复议之；复议时以司法院院长、最高法院院长、庭长及全体法官三分之二出席，出席人员三分之二以上议决之（第9条）。司法院院长对于判例认为有变更之必要时，可依据上述第8条、第9条之规定召集会议行之（第10条）；“最高法院院长对于判例认为有变更之必要时，应呈由司法院院长照前项办理”。根据该规则第3条，提请司法解释必须满足四要件：其一，提请解释主体为公署、公务员或法令认许之公法人；其二，须与提请主体职权有关之事项；其三，须针对法令条文之疑义；其四，须为抽象之疑问。^{〔18〕}

1927年12月最高法院公布之《最高法院办事章程》特别规定：“本院判决例每六个月编纂一次印行”（第3条）；“各庭重要裁决应摘录要旨备查，并通知其他各庭”（第29条）。^{〔19〕}可事实上判决例的编辑进度迟缓，章程的规定无法落实。据最高法院报告称：“判例为法律渊源之一，本院裁判之案件，其法律上见解有拘束下级法院之效力。故本院判例实有编辑印行之必要”；由于判决例编辑进度缓慢，为推进工作，最高法院于1932年特设判例编辑委员会；全体最高法院推事均为编辑、庭长为总编辑，各科科长为事务员、书记官长为事务主任；“分工合作、随时督促，顾以院务殷繁，各员均以余力兼任”；“凡可以阐明当时法律旨趣之事例，靡不尽量收辑，蔚为壮观”。^{〔20〕}

根据1941年1月颁布之《最高法院民刑事纪录科办事细则》，判例编辑的工作机制为：“各庭裁判案件著为判例者，应由本庭科长，督同指定之书记官，摘录要旨，连同裁判文书印本，随时送请庭长推事核阅后，再分送他庭庭长推事”。^{〔21〕}关于判例的援用与变更，《最高法院处务规程》规定：“凡判决无判例可援者，应由庭长命书记官摘录要旨备查，并通知各庭”（第27条）；“凡从前有判例可援，而庭长认为不适用者”，应由民事或刑事庭开总会议议决变更之（第28条第1款）；变更既有判例须经最高法院院长及司法院院长同意，如果最高法院

〔18〕 参见《国民政府司法院统一解释法令及变更判例规则》，《最高法院公报》第3期，1929年3月1日，“法规”，第43页以下。

〔19〕 参见《最高法院公报》第3期，1928年6月1日，“法规”，第82页，第86页。

〔20〕 参见南京国民政府最高法院编：《三年来之最高法院》，1934年自刊，第97页。

〔21〕 参见《最高法院年刊》第1期，1941年，“法规”，第33页。

院长或者司法院院长有疑义,则应参照上述《国民政府司法院统一解释法令及变更判例规则》第10条规定的程序办理(第28条第2款)。^[22]

在民国初年的制宪讨论中,就有不少人呼吁将最高审判机关的法令解释权扩展到宪法解释领域,并且写入宪法。到1935年“五五宪草”拟定时,不仅将司法院统一解释法律命令之权写入宪法草案(第79条),还进一步规定“宪法之解释,由司法院为之”(第112条)。^[23]1946年通过的宪法将以上两条合一,在“司法”一章中规定:“司法院解释宪法,并有统一解释法律及命令之权”(第78条)。^[24]根据1947年12月修正的司法院组织法,以上职权由类似于德国宪法法院的大法官会议行使。至此,最高司法机关之内的司法解释权与终审权(包判例制作权)分属不同的机关,前者由大法官会议独立掌理,后者则主要由最高法院行使。

其实,在近代中国最高审判机关(司法机关)的职权中,终审权与司法解释权相较,终审权更为重要;甚至有人认为失去了终审权、仅掌理解释权的司法院大法官“不仅失去其重要性,且亦变为无事可做之‘闲员’‘赘官’”。^[25]而宪法解释的重要性又弱于法令解释,“五五宪草”之所以将宪法解释权交由司法院兼理,其理由之一是“此种解释事件不常发生,专设解释机关固无必要,甚或易起纠纷”。^[26]

二、最高审判机关终审权与司法统一

欲实现一国之内的法律适用统一,最高审判机关除了依靠统一法令解释与判例要旨汇编外,必须以其终审权作为基础。

(一) 民初政治分立下的司法统一

清末修律以来,近代中国以德日立法为蓝本,建立了三审终审的审级制度,民事、刑事诉讼法均规定第三审为法律审。根据大清刑事诉讼律草案的说明,无论是第三审“普通上告”还是判决确定后之“非常上告”,其首要目的均为统一法律适用:“仅许以法律问题为上告之理由,即为上告之特色也”,法律问题“非统一解释不足以维持威信”,“故使于第三审上告时,更为审判”;“非常上告为判决确定后更正违法判决之程序。有专以保护受刑人为宗旨,仅许为有利于被告人之上告者;有专以统一解释法律为宗旨,而不问有利于被告人与否者。本律采用第二主义。惟为保护受刑人起见,特规定第四百六十三条以限制之”。^[27]清朝覆灭后,北洋政府继续援用晚清修律的成果,包括四级三审的审级制度;而审级制度的顶端,就是位于中央的大理院。

为保障人民、维持秩序及收回领事裁判权,民国创立不久,便于1912年12月1日在北京

[22] 参见《最高法院处务规程》,《最高法院公报》第3期,1929年,“法规”,第39页。

[23] 参见立法院中华民国宪法草案宣传委员会编:《中华民国宪法草案说明书》,正中书局1940年版,第54页,第97页。

[24] 前引[16],夏新华等整理书,第1110页。

[25] 雷震:《制宪述要》,友联出版社1957年版,第41页。

[26] 前引[23],《中华民国宪法草案说明书》,第97页。

[27] 参见吴宏耀、郭恒编校:《1911年刑事诉讼律(草案)——立法理由、判决例及解释例》,中国政法大学出版社2011年版,第358页,第423页。

召开了第一次中央司法会议，“司法统一”是与“司法改良”并列的两大会议主题之一。^{〔28〕}晚清以来，中央政府的司法主权在内受到地方督抚“就地正法”等制度的蚕食，对外遭到列强领事裁判权的侵蚀，对内统一司法与对外收回法权成为中央政府司法工作的核心目标。在制度上，民国时期的司法权为中央事权，地方司法人员的任命奖惩由中央的司法部掌理。“各省司法行政，在国民政府成立以后，由中央直接监督，而与省行政机关不生关系。国民政府成立以前，曾设有省行政长官受中央特别委任，监督省内司法行政之制度。所谓特别委任者，即谓此项职权非省行政长官所当然具有，而须于中央特别委任后始得具有。”^{〔29〕}

有学者以大理院审理各省上诉案件的情况为指标，制作了1916—1927年大理院审理各省上诉案件情形表，以反映“各地与北洋政府在审判系统上是断裂还是统一”。通过研究发现：（1）“大理院对来自直隶等北方16省，热河等3个特别区，南方的四川、广西，以及东省特别区域的上诉案件进行了审理”；“真正与大理院中断审级管辖关系的有广东、云南、贵州、湖南4省”。（2）广东军政府建立后，于1919年自设最高审判机关，是广东等省与大理院中断审级管辖的主要原因；“不过，广州的大理院成立后，其管辖范围和实际影响力还比较有限，虽然名义上管辖广东等8省，其实有6省在多数年份仍然以北京的大理院为最高审判机关”。（3）南方政权在云南、贵州设有大理院分院，是这两省上诉案件未达于大理院的主要原因。（4）在联省自治运动（省宪运动）中，1922年颁行的湖南省宪法规定省高等审判厅为本省案件最高审判机关，导致在这一时期该省没有上诉至大理院的案件；直至1924年11月湖南修改省宪，才与北洋政府恢复审级管辖关系。（5）总的来说，尽管北洋时期的政治分立对司法统一造成一定影响，但“由于政治分立的复杂性以及司法领域本身的专业化倾向等因素，中央司法权至少在形式上实现了全国绝大多数省区的统一，成功抵制了司法权的地方化”。^{〔30〕}

尽管北洋政府政局不稳，地方割据势力坐大，甚至联邦制也成为当时的宪制选择之一，但无论拥护联邦制还是单一制，司法统一在当时仍有一定共识。如前段所述，联省自治运动在一定程度上对司法统一造成挑战，针对湖南省宪法与浙江省宪法将省法院作为本省民刑事案件终审法院的规定，同样鼓吹联邦制的张君勱特别著文《法律生活之统一》，予以明确反对。张君勱强调一国之内之法典与审判机关必须统一：“一国之中，文字同、法律同、生活同，则私法上之财产家族、公法上之犯罪当然以同一方法绳之；否则狡黠者因各省法典之不同，而知所趋避，此大不可也。且审判机关所以断曲直、定是非，贵其能公平也，若中央法院之所判者，在各省视之为不合情理，是安在其能公能平乎？若甲省所判者，乙省视之为不合情理，是安在其能公能平乎？”张君勱将联邦制国家分为三类：“法典不统一，而法院由各省自定编制”的美国，“法典统一，而法院由各省自行编制”的瑞士，与“法典统一，而法院编制全国一律”的德国。他认为德国司法的优势即在于全国之法院出于同一系统，其中央的最高法院（“宗国法院”）是“执法之最高机关”，“法律之最终解释权既操之此机关，故解释之统一，可得而保持”。^{〔31〕}

〔28〕 参见《许总长中央司法会议开会演说词》，《司法公报》第4期，1913年1月15日，“杂录”，第85页。

〔29〕 钱端升等：《民国政制史》下册，上海人民出版社2008年版，第464页。

〔30〕 参见唐仕春：《北洋时期的政治分立与司法统一》，《近代史研究》2013年第4期，第28页以下。

〔31〕 参见张君勱：《法律生活之统一》，《法学季刊》第1卷第3期，1922年10月，第1页以下。

（二）作为终审机关的最高法院

1932年10月28日，南京国民政府公布法院组织法（1935年7月1日施行），最高法院成为全国唯一的第三审法院。该法将审级制度由清末以来的四级三审制改为三级三审制，从中央到地方设最高法院、高等法院、地方法院三级，以三审为原则、二审为例外。^{〔32〕}立法者选择三审终审制的理由有二：其一是为保护人民权利；其二是“为统一全国法律之解释”，“各法院适用法规，解释法规，见解难免互异，国家为谋审判之审慎缜密计，对于法院，一方承认其有独立解释适用法规之特权，他方又许不服判决者，上诉达于最高法院而后已，盖以求法规适用上解释之统一”。^{〔33〕}

除改采三级三审制外，法院组织法的另一个重大变化是不再设立最高法院分院，因为最高审判机关设置分院在理论与实践上均有害于法制统一。在法院组织法的制定过程中，关于最高审判机关是否设置分院，存在争议。本来，中央政治会议所开列的立法原则第六项规定：“在交通未发展以前，得于距离中央政府所在地较远之处，设立最高法院分院，但关于统一解释法令之事项，应加以限制”。1932年7月立法通过前夕，司法行政部部长罗文干提案修正上述立法原则，强调“最高法院设立分院，立法例中绝无仅有，盖以最高法院判决有统一全国法令解释之功用，设立多数法院，易致分歧”。最终中央政治会议由确立了“最高法院唯一”的原则并在立法中予以贯彻。^{〔34〕}立法者认识到，除了统一解释法律命令权外，最高法院的终审权也承担着统一法律适用的功能，至于幅员辽阔、交通不便的问题，由于第三审主要采用书面审，司法文书通过邮政传递，“最高法院唯一”并不会过度增加案件当事人的讼累。

笔者根据《民国司法志》所载数据整理表格如下，从中可以大致了解当时第一审、第二审与最高法院第三审的民刑事案件审理案件数目及比例。^{〔35〕}总的来说，民刑事案件第二审结案数与第一审结案数比例大致从1:3到1:5之间浮动；除个别年份（如1940年、1941年的民事结案数与1946年的刑事结案数）比例相对悬殊、甚至达到1:20外，民刑事案件第三审案件结案数与第二审案件结案数比例的中位数大致接近1:10。也就是说，当时最高法院理论上可审查十分之一左右的第二审案件。考虑到今天中国的人口总数约是当时的3倍，即使与今天的最高人民法院相比，南京国民政府最高法院的年结案总数也是相当高的。究其原因，当时的审级制度为三审终审，最高法院要受理大量第三审上诉案件，而1935年法院组织法施行后改四级三审为三级三审后，作为唯一的第三审法院，最高法院受理案件数目也随之有较大幅度增长。

据统计，当时最高法院“每一主任推事，每月结案，总在十八件至二十件左右”，一年累积下来结案总数超过两百件，“照目前这个办案的数目，已足打破全世界最高审判机关推事办

〔32〕 作为例外的二审终审主要有以下情形：其一，根据1935年民事诉讼法第463条，对于财产权之上诉，“其上诉所得受利益不逾五百元者不得上诉”，其所定额数，最高司法行政官署可根据各地经济情况不同，以命令形式在三百元至一千元之间浮动；其二，根据1935年刑事诉讼法第368条，刑法第61条所列各罪，指犯盗窃、欺诈、侵占等罪，或犯最重本刑为三年以下有期徒刑、拘役或罚金之罪，且情节轻微、“显可悯恕”者，经第二审判决，不得上诉于第三审法院。参见郭卫编：《六法全书》，会文堂新记书局1941年版，第500页以下，第722页，第596页以下。

〔33〕 谢振民：《中华民国立法史》下册，中国政法大学出版社2000年版，第1048页。

〔34〕 同上书，第1043页以下。

〔35〕 由于只有结案数目，没有案件受理数目，所以不能完全反映各级司法机关的工作量。另外，由于法定的轻罪案件和小标的额财产纠纷案件实行二审终审，所以有为数不少的二审案件无法上诉到最高法院。

案的记录了”。〔36〕随着受理第三审案件数的持续增加，最高法院法官人均办案数也进一步增长，为清理积案，当局也多次增加审判庭与法官编制，但受司法人才、财政预算与最高法院规模的局限，“案多人少”的矛盾始终未能根本缓解。最高法院受理案件数量居高不下的另一个原因，是在审判实践中“第三审为法律审”的法定原则无法贯彻；但其根源是下级法院审判质量堪忧，最高法院为保障诉讼当事人权益，不得已频频介入事实审。据统计，当时经最高法院审判，第二审判决“被废弃者仍尚有十分之三而强”，〔37〕由此亦可见最高法院大规模受理案件之必要性。

南京国民政府时期部分年份民刑事三审法院结案情况表（单位：件）〔38〕

年份	民事结案数			刑事结案数			民刑案件第三审 结案数量总计
	第一审	第二审	第三审	第一审	第二审	第三审	
1938	129068	37574	4083	84828	29262	3431	7514
1939	133601	40570	3239	92021	30366	4800	8039
1940	153877	51632	2737	135814	41031	4289	7026
1941	196863	68366	3061	143182	42751	4132	7193
1944	222050	59352	8704	141568	30471	2930	11634
1945	267046	57666	9073	189551	36654	3152	12225
1946	446625	86983	8301	362979	67725	4773	13074

最高法院受理案件过多甚至由法律审扩张至事实审，难免造成法官终日埋首于个案审理工作而“不知抬头看路”，影响最高法院统一法律适用功能的发挥。但是，最高法院审理案件的基数较大，这对于司法统一也未见得全然是负面的；毕竟判例要旨汇编乃是寄生在最高审判机关终审权之上，如果作为“皮”的终审案件样本太少，作为“毛”的判例要旨也难以有效提炼。一方面，判例要旨的拘束力毕竟是事实上的而非法律上的，最高法院也需要通过日常行使终审权，让地方各级法院随时感受到其权威，这也有利于最高审判机关判例要旨（包括司法解释）得到下级法院的一体遵循。另一方面，实践中不可能最高法院受理的每个案件都具有法律指导意义，必须以一定规模和多类型的案件为基础，才能抽象出足够质、量的判例要旨来指导下级法院审判，普遍实现法律统一适用。

据学者估计，大理院在其存续的十多年时间里共作出两万多件判决，其中得以“著为先例”的仅有一千多件，当然也不乏从一个案件中抽象出多个判例要旨者。〔39〕以可考的司法统计史料为基础，笔者整理了南京国民政府时期部分年份的判决例产出情况表。如下图所示，1928年至1940年期间，由最高法院审结并从具体案件中抽象裁判要旨、制成判决例的比例最高达8%左右；1932年至1934年期间，最高法院第三审审结案件数量大幅上升，而判决例产出数量却相应减少，“著为先例”之比率一度下降至2%上下；1938年以后，估计是受日军侵华战争影响，最高法院案件审理数量有显著下降，而判决例产出比则有所回升。

〔36〕 前引〔20〕，南京国民政府最高法院编书，第162页。

〔37〕 同上书，第109页。

〔38〕 参见汪辑宝：《民国司法志》，商务印书馆2013年版，第68页。

〔39〕 参见《“民事判例制度的过去、现在与未来”座谈会会议综述》（以下简称“会议综述”），《月旦裁判时报》2013年第10期，第143页。

南京国民政府时期部分年份判决例产出比情况表（单位：件）〔40〕

年份	最高法院审结案件数量	年度判决例作出数量	判决例产出比
1928	3688	161	4.37%
1929	6965	535	7.68%
1930	8212	526	6.41%
1931	7297	405	5.55%
1932	10103	212	2.10%
1933	14675	350	2.39%
1934	12049	205	1.70%
1938	7514	236	3.14%
1939	8039	485	6.03%
1940	7026	582	8.28%

三、判例要旨汇编与“司法造法”

就其内容与形式来说，最高司法机关发布的判例是“广义的司法解释”，判例要旨高度“法条化”，判例要旨汇编“形同造法”。

（一）判例要旨的独特性

近代中国的判例制度肇始于民初大理院。“旧制，民事有公断、有处分而无裁判，嗣续婚姻外几无法文可据；刑事可比附援引，强事就法往往而有。民国以后大理院一以守法为准，法有不备或于时不适，则藉解释以救济之；其无可据者，则审度国情，参以学理，著为先例。”〔41〕所谓大理院判例在形式上与立法条文相差无几，它并不收录判决书的全文，而是略去案件事实，从中选出具有普遍规范性的、“最精要”的寥寥数语，构成“判例要旨”；而要旨的选取，并不拘泥于英美判例法下的判决主文与附带意见之区分，“凡认为关键文句，可成为抽象之原则者，即将之摘录为判例要旨”；“为了避免体系内部矛盾和便于司法运用，大理院所著成的民事判例、解释例，采用统一的样式加以汇编”，“依准《大清民律草案》的体例结构，以条为单位，按照编、章、节的顺序编排”。〔42〕

“精确地讲，大理院所援引的是‘判例要旨’，而非‘判例全文’”，“判例及要旨并无附加案件的事实”；“大理院的判例制度虽具有‘司法兼营立法’的准立法功能，但判例仍只是在补充成文法的欠缺，它终究与英美法的判例法性质有异。因为判例法应当包括整个案件事实在内，但是当时都只是从判决理由中选出几句抽象的话而已”。〔43〕判例要旨不仅与英美法系的判例（“硬裁判法”）存在根本差异，与大陆法系的判例（“软裁判法”）也有所不同。“德

〔40〕 结案量数据参见前引〔38〕，汪辑宝书，第68页；《国内要闻：最高法院成立迄今收结案件统计》，《中华法学杂志》第5卷第10、11、12号合刊，1934年，第235页。判决例数据参见南京国民政府最高法院判例编辑委员会编：《最高法院判例要旨合订本（1927-1940）》，大东书局1944年版，第1页以下。

〔41〕 参见大理院编辑处：《大理院判例要旨汇览》第一卷，1919年自刊，大理院院长姚震序。

〔42〕 参见黄源盛：《民初大理院与裁判》，中国台湾元照出版公司2011年版，第172页以下。

〔43〕 前引〔39〕，“会议综述”，第143页。

国通说认为真正的法源只有成文法与习惯法，判决先例不具有法源的性格，只是‘认识法律的来源’或‘习惯法的来源’而已”，故而德国“并无类似台湾的判例制度，只有所谓终审法院的‘一贯的见解’或‘向来的见解’”，仅具有事实上的影响力而无规范上的效力；早期日本与民国判例要旨汇编类似，其摘录最高审判机关（大审院）的判决录中“仅有揭示判决的理由”，而案件事实则并没有在裁判选集中出现，但其判决理由的抽象程度不如判例要旨；在学者推动下，1921年日本改采案例事实与法律见解合一的判例制度。^{〔44〕}

抽象的判例要旨之所以会对下级法院的司法裁判发生实质影响力，除了最高审判机关终审权对下级法院造成遵循终审法院判例的压力之外，还有如下几个原因：（1）判例要旨“去掉案例事实之后，产生抽象内容化的法律效果，此即被当作规范使用的真正原因”；（2）以官方文件的形式公布判例要旨，“不但具有实质规范内容还有外观形式，会被误以为具有规范拘束力”，“因此实务上常有判决会去引用判例决议之内容”；（3）立法者因为“有意无意的疏忽”，默认了最高审判机关“造法”的权力，有时立法者在立法理由中甚至会承认最高审判机关的判例具有法律意义上的拘束力。^{〔45〕}有学者把判例的功能分为“找法”“正法”“统法”“补法”四个层次，就近代中国的立法与司法现状而言，“判例的找法和正法功能特别彰显，统法还谈不到，补法则陈义太高”；“即使法典已经颁布，判例仍要承担填补法教义学空白的功能”；“为了引导欠缺解释能力的审判者，有些基本上只用到文义、文理解的判例都被选编进去”；哪怕是今人看来毫无“技术含量”与参考价值的判例要旨，在当时可能也避免了“或多或少”的法律适用错误。^{〔46〕}

大理院于1919年12月首刊《大理院判例要旨汇览正编》三卷，1924年12月又出版《大理院判例要旨汇览续编》二卷。其编纂方式“以法为类”“以条为序”，“一方面，体现了判例对于成文法的辅助性质；另一方面，又适宜于使用者按法典、法规、法条的有序排列查阅判例，从而使数百个乃至数千个‘判例要旨’在成文法典的提纲挈领下，秩序井然，杂而不乱”。^{〔47〕}

尽管如前所述，大理院判决例对下级法院并无法定的约束力，但是在最高审判机关终审权的“加持”下，判例要旨在审判实践中具有“实质的约束力”。“各级法院遇有同样事件发生，如无特别反对理由，多下同样之判决，于是于无形中形成大理院之判决而有实质的约束力之权威”；大理院出版判例要旨汇编后，“承法人士无不人手一编，每遇讼争，则律师与审判官皆不约而同，而以‘查大理院某年某字号判决如何如何’为讼争定讞之根据。此种现象，迨于今之最高法院时代，犹不稍杀。”^{〔48〕}南京国民政府最高法院于1927年11月成立后，于1934年春“沿袭旧例，第一次刊行《判例要旨》，其题材完全沿袭大理院之‘判例要旨’”；而“判例之‘援用’，依现状殆与‘适用’划上等号，法官于具体案件援用判例时，殆多目为抽象的一般法规，以之为大前提，未尝判断其所由生之重要事实与其正在审理中具体个案之重要事实是否同一，即径予套用”。^{〔49〕}

〔44〕 参见前引〔3〕，林孟皇文，第147页以下。

〔45〕 参见前引〔39〕，“会议综述”，第132页。

〔46〕 参见苏永钦：《司法造法几样情——从两大法系的法官造法看两岸的司法行政造法》，载王洪亮等主编：《中德私法研究》第17卷，北京大学出版社2018年版，第31页以下。

〔47〕 前引〔42〕，黄源盛书，第114页以下。

〔48〕 胡长清：《中国民法总论》，程选公校对，商务印书馆1935年版，第36页。

〔49〕 前引〔42〕，黄源盛书，杨仁寿序，第2页以下。

（二）判例要旨的合理性

有人曾用英美判例法的范式或大陆法系的权力分立传统来评判近代中国之判例要旨，认为判例要旨的编辑体例与抽象立法无异，与事实割裂、“不伦不类”、不是真正的判例法，更违反了司法与立法分权的原则。^{〔50〕}其实，片面的英美判例法或大陆法系的制定法体系，都不适合当时的中国国情。而判例要旨这一形式不仅与古代中国的司法传统暗合，更符合近代中国的现实需要，能够在法律体系不健全、地方主义盛行、审判人员总体水平不高、“案多人少”的背景下实现法律适用的统一，其理由如下：

其一，古代中国虽有成文法的传统，但“判例之为用，亦旧行于本土”；清朝又继承了明朝之“条例”，开创了律例并行的新传统，“数百年来，律例并称，初不待有明文规定，下级法院始终遵循沿用”。^{〔51〕}“‘例’是一种‘亚律’（sub-statute），具有‘判例’的意义”，“中国传统法律对‘律’与‘例’的整合，其实也是对中国式的‘成文法’与‘判例法’的整合”。^{〔52〕}“简约而稳定的律文与成文化却不失灵活性的条例相互结合，这是中国古代律例统编的重要经验。”^{〔53〕}中国法制近代化虽然以师法德日为主，但基于自身“律例并行”的传统，也并未全然接受大陆法系的成文法教条。另外，清末以来英美法政思想在知识界影响很大，“一战”英美胜利、德国败北，也让时人更倾向于对英美法系的判例法经验兼容并蓄。

其二，民初法律移植尚处于邯郸学步的阶段，国会作为立法者不仅不作为甚至乱作为，由此造成的法律真空亟需最高审判机关在司法实践中予以填补。从中国司法传统来看，从具体成案中抽象出一般规则（条例），是清代刑部的重要职权；清末司法改革将刑部的审判权移交给大理院，而大理院在行使最高审判权的同时通过颁行判例要旨来统一法令解释，与刑部可谓一脉相承。论者如用西方宪制理论来解读大理院（最高法院）的“司法造法”，难免以为其侵夺了立法机关的权限、破坏了分权的原则，但站在当时审判的现实需要与中国司法传统来看，就应“习以为常”了。

其三，近代中国始终存在地方分离主义的问题，国家的司法改革目标与地方的实践存在背离：“国家进行司法改革的目标是要实现司法现代性，而地方却另有考虑，二者在动机方面存在矛盾”；“前者倾向于追求自上而下的规范化、标准化和统一化，而后者则倾向于对正式建立的规范和形式以非规范化的做法加以违反、侵蚀和破坏”。^{〔54〕}从中国古代经验来看，《大清律例》之所以强调成案“未经通行、著为定例”者不得援引，便在于担心地方官“混行牵引”导致中央司法权乃至立法权失控。判例要旨与判例相较，前者的确定性更高，留给法官的裁量空间更小。由最高审判机关颁行法条式的判例要旨（“亚律”），在客观上限缩了下级审判机关“上下其手”的空间。

其四，近代中国受人才与经费等客观条件的限制，新式法院与行政长官兼理司法并存、审判人员素质参差不齐，与相对精英化的最高审判机关相比，下级法院人才及设施普遍不够完善。在中央、各省会和重要城市，都有新式的法院，施行新式的诉讼程序，而中央的大理院

〔50〕 参见陆鼎揆：《判例与大陆法系》，《法学季刊》1929年第4卷第1期，第13页。

〔51〕 参见黄源盛：《民初法律变迁与裁判（1912-1928）》，我国台湾地区政治大学法学丛书编辑委员会2000年版，第64页。

〔52〕 林端：《韦伯论中国传统法律：韦伯比较社会学的批判》，中国政法大学出版社2014年版，第52页，第55页。

〔53〕 参见张生：《中国律例统编的传统与现代民法体系中的指导性案例》，《中国法学》2020年第3期，第34页。

〔54〕 [美] 徐小群：《现代性的磨难：20世纪初期中国的司法改革（1901-1937）》，杨明、冯申译，中国大百科全书出版社2018年版，第16页。

(最高法院) 堪称新式法院的典范, “但在其他大多数的城乡, 法律的执行与诉讼纷争的解决, 相较于前清时代, 进展可能并不太多”。^[55] 与此同时, 从中央到地方各级法院 “人少事繁” “案积如山” 的问题十分突出。当局虽然力求在司法效能上 “达到 ‘妥’ ‘速’ 两义”, 可是 “以目前之庭数与推事员额, 恐已鞠躬尽瘁无可再进”。^[56] 在司法审判中引入英美式的判例法制度来实现 “类案同判”, 这虽然 “立意高远”, 但难免与大陆法系造就的 “准公务员式” 法官的职业素养不相匹配。就民国法院的现实状况来看, 审判人员的总体素质与德日法官相比尚有较大差距, 遑论英美法官; 下级法院不仅在法律适用上, 甚至在事实认定上都无法令人放心。从最高审判机关的判例中抽象出一般规则 (判例要旨), 并如同体系化立法一般分门别类汇编颁行, 这适应了当时审判人员的职业素养实际与审判实践中 “案多人少” 的现状。法官只需简单套用判例要旨确立的一般规则作为大前提, 以案件事实为小前提, 由此作出结论 (判决)。这样既可以在法官总体专业水平不高的背景下统一法律适用, 又节约了法官 “找法” 的时间成本, 可谓 “妥” “速” 兼顾。而通过 “司法造法” 确保判例要旨这一法律适用 “大前提” 的充分供给, 是当时最高审判机关不可或缺的重要职能。

四、解释例是 “广义的判例”

由最高审判机关 (司法机关) 行使统一解释法令权并将其解释汇编, 使之成为各级法院及官署一体遵行的抽象法源, 是近代中国最具特色的司法制度之一。据统计, 北洋政府大理院共发布 “统字” 解释例 2012 件, 南京国民政府最高法院在司法院成立前发布 “解字” 解释例 245 件, 司法院在 1948 年大法官会议成立前共发布解释例 4097 件 (其中第 1-2875 号冠以 “院字”, 自 2876 号以后则冠以 “院解字”); 另外加上大法官会议成立后于 1949 年 1 月作出的两项解释, 整个民国时期司法解释共计 6356 件。^[57]

(一) 解释例与判决例之同异

如前所述, 大理院解释由大理院长根据案件类型分配民事或刑事庭庭长审查主稿, 文稿须经刑事或民事庭各庭长及推事之阅视; 如有疑义, 可召集民事或刑事推事全体会议议决。南京国民政府司法院成立后, 其司法解释由司法院院长经最高法院院长及所属各庭庭长会议议决, 以司法院的名义核准刊行; 实际的解释工作仍主要由最高审判机关 (最高法院) 办理: “就法令条文请求解释者, 均由本院解答。其办理之程序, 原由承办庭长拟具解答案送由各庭庭长及院长签名赞同。嗣以书面讨论恐难详尽, 为郑重计乃一律改为会议讨论。定每星期一为统一解释法令会议之期, 倘遇案件繁多则随时召集会议。因请求解释之问题多属疑难, 其影响亦至重要, 故常有讨论多次者。若多次仍不能解决, 则召集全院推事加入覆议; 或用书面分送表决, 再送司法院核定公布。”^[58] 司法院院长与最高法院分享法令统一解释权, 司法院院长享有组织权和一定的否决权, 最高法院院长、庭长具体负责解释工作, 全体推事享有复议表决权, 彼此互相制衡。这是一个首长负责、专业分工、民主表决相结合的制度设计, 与审判组织有异曲

[55] 参见欧阳正:《民国初期的法律与司法制度》,载那思陆:《中国审判制度史》,中国台湾正典出版文化有限公司2004版,第345页。

[56] 参见范忠信等编:《为什么要重建中国法系——居正法政文选》,中国政法大学出版社2009年版,第322页。

[57] 参见我国台湾地区“史馆”编印:《中华民国史法律志(初稿)》,1994年自刊,第45页,第48页。

[58] 前引[20],南京国民政府最高法院编书,第95页。

同工之处。^{〔59〕}最高法院在其繁重的终审工作压力之下,仍固定安排每周一为统一解释法令会议时间,可见其对司法解释工作之重视。

如前所述,解释例与判决例都属于广义的司法解释,它们必然有一些共通之处:(1)解释例与判决例基本由同一机关办理,院长、庭长、推事分工负责,二者的汇编方式与编辑规则也基本同一,而最高审判机关一向是审判、判例要旨汇编与司法解释工作并重。(2)解释例的来源通常也是实际案例,“判例以外,大理院针对下级法院或其他机关所提的抽象法律问题还作成解释,其中多数仍为实际案例,仅依规定将某甲、某乙隐蔽后始得受理。”^{〔60〕}(3)在解释例与判决例中有拘束力的都是抽象的要旨,“解释例中真正有约束力的也是解释例要旨,即解释例中抽象规则的部分”。^{〔61〕}

但是,近代中国的解释例与判决例相较,仍有如下几个明显的差异:(1)判决例是最高审判机关主动从大量的判决中自主选取少部分具有统一法律适用意义者,而解释例则为依申请所作被动的答复。尽管根据前述《大理院办事章程》第202条,大理院解释权的行使可以是被动的“解答质疑”,也可以是主动的“径行纠正”公法人或公务员“法令之误解”,但在司法实践中并未见主动解释者。(2)判决例为裁判文书,其抽象出来的判例要旨更“具有明显的成文化倾向”;而解释例则为公文形式,“风格简洁明了,就呈请解释的内容直接答复,便于遵照执行”。^{〔62〕}(3)最高审判机关(司法机关)编辑刊行的判决例与解释例汇编,前者仅有判决要旨及根据要旨概括的提要,内容高度抽象,在形式上与立法条文基本相同;而后者包含内容较为丰富、信息量更大,除完整的答复函件外,还附有申请解释机关的“原电”,或在复函中将原申请解释函件内容予以摘要。

(二) 司法解释的“裁判化”

解释例名义上只回答抽象法律问题,但实际上仍来源于下级法院或其他官署处理的具体案件或法律适用争议,司法解释也因此走向“裁判化”。在解释例所附“原电”或摘录的函件要点中,经常包括了案情摘要,甚至列出甲、乙两说供最高审判机关决断,可以说是案件事实与理由俱备。从这个角度讲,解释例甚至比判决例(判例要旨)更像传统意义上的判例。由此或可得出如下结论:不仅判决例为广义的司法解释,解释例亦为广义的判例。为了更直观地展现解释例的判例属性,试举大理院“统字第550号解释”^{〔63〕}如下:

民国五年十二月七日大理院复广西高等审判厅电

广西高等审判厅:

六零号函悉!本例乙应依《刑律》第三百一十二条处断。

大理院庚印

附:广西高等审判厅原函

径启者:本年二月二十九日,曾以第六零号公函,函请贵院解释一法律问题,内称例如甲妇有寡媳乙,招赘丙为夫后,乙、丙同谋,将甲妇杀死,或谓乙虽招赘他人为夫,其对于甲,仍为姑媳关系,应依《刑律》三百十二条处断;或谓乙既招赘他人为夫,与改嫁无异,服制

〔59〕 参见前引〔17〕,聂鑫文,第153页。

〔60〕 前引〔46〕,苏永钦文,第28页。

〔61〕 侯欣一:《创制、运行及变异:民国时期西安地方法院研究》,商务印书馆2017年版,第168页。

〔62〕 参见蒋秋明:《南京国民政府审判制度研究》,光明日报出版社2011年版,第265页。

〔63〕 前引〔13〕,郭卫编书,第554页。

关系已断绝，应依第三百十一条处断。二说未知孰是，谨请贵院解释示遵等语。迄今为日已久，未奉示复，相应再行函请贵院，迅赐解释示遵，悬案待决。

此致大理院院长！

对于司法解释的判例化与地方法院、官署滥行申请解释的现象，当时也有不少人持批评态度。“统一解释云者，当谓法院相互间解释显有抵牾之时，示以准绳，俾知适从耳。今大理院解释法令范围过广，各级审检厅遇有法令疑义，辄请解释，甚或将具体事实，易以甲、乙、丙、丁等代名词，函电商榷，不待上诉，先示意见，既违审判之责任，亦非统一解释之本旨。至检察官代表国家，居于原告地位，犯罪是否成立，公诉应否提起，果有疑义，应请示该管长官，尤不应咨询法院之意见。此后拟加相当之限制，除法院间解释抵牾及就律文抽象解释者外，概不答复，以符立法之本意。”〔64〕王宠惠这篇文章发表于1920年，从实际情况看其批评对司法实践并未发生影响，此后大理院作出解释之情形依然如故；当时“正值我国改良法律之时期，各级法院对于民、刑事事件之疑义滋多，而大理院之解释亦不厌长篇累牍，论述学理，引证事实，备极精详”。〔65〕从另一个角度看，各级审判机关、检察机关、政府机关遇到法律适用问题（甚至事实认定问题）积极申请解释，亦可见最高审判机关统一解释法令工作在当时得到普遍认可。

其实，关于呈请解释函件详细罗列具体案件事实的问题，大理院也曾作出“统字第98号解释”：“查阅该电内容，虽有干支等代名词，而实则一具体之案件。本院向例关于具体之案件，概不答复。该厅纵依一定程序请求解释前来，亦不在本院答复之列。”〔66〕与大理院相较，南京国民政府司法院先后通过多个司法解释（如“院字第126、153、640、1199号解释”）来反复申明，进行更严格的限制。反复强调“牒列具体事实请求解释，依《统一解释法令及变更判例规则》第3条，应不解答”；“就具体事实请求解释，不拟予以答复”；“至其余牒列具体事实部分，与《统一解释法令及变更判例规则》第3条第2项不合，应不予解释”。〔67〕可是，“由于诉讼中‘事实’与‘法律’并不存在本体论或认识论的根本区别，难以通过定义直接甄别‘事实问题’或‘法律问题’”；“大陆法系法治发达国家如德国、日本似乎也并未形成清晰可用的区分标准”；甚至有法官在判决书中感慨道：“没有规则或原则可以‘无差错地将事实认定与法律结论区别开’”；“实用主义的进路在所难免”，主要“服务于统一司法与续造法律的目的”。〔68〕

尽管其在解释中尽可能把具体案情抽象化，实践中绝大多数的司法解释例，仍来源于就具体案件事实而提出的法律适用问题。考虑到最高法院在审判实践中同样无法贯彻“第三审为法律审”的法定原则，我们也可以理解为什么司法院解释对于“牒列具体事实请求解释”的问题屡禁不止甚至欲罢不能。以司法院1929年作出的“院字第3号解释”〔69〕为例，湖南高等法院在呈请解释函中罗列案件事实并提出甲乙两说及各自理由，最高法院采用乙说并附原

〔64〕王宠惠：《改良司法意见》，载张仁善编：《王宠惠法学文集》，法律出版社2008年版，第283页。

〔65〕前引〔13〕，郭卫编书，“编辑缘起”，第1页。

〔66〕同上书，第314页。

〔67〕参见公丕祥主编：《近代中国的司法发展》，法律出版社2014年版，第652页。

〔68〕陈杭平：《论“事实问题”与“法律问题”的区分》，《中外法学》2011年第2期，第323页，第335页。

〔69〕《司法院训令：院字第三号（十八年二月十六日）：令湖南高等法院院长陈长簇：解释非讼事件程序训令（附原函）》，《司法公报》第8期，1929年3月2日，“解释”，第29页。

函公布如下：

令湖南高等法院院长陈长簇：

为令遵事该法院上年第三三八六号公函致最高法院，请解释非讼事件之程序应采用何说一案，兹据最高法院拟具解答案呈核前来。

内开查来函列举甲、乙两说，应以乙说为是等语，本院长审核无异，合行令仰遵照此令。（十八年二月十六日）

附原函：

径启者案据常德地方法院院长钟馥呈称

兹有某甲因房屋失火，其价置乙或丙产业所有契据，概被焚毁，甲恐权利无所附托，具状向法院声请备案，查关于非讼事件之程序，从无明文规定足资依据，此项请求究竟应否照准，颇滋疑问，讨论结果，约有二说：（甲）说谓现行法例如保护心神耗弱者，及浪费子弟产业，各地方向有呈请法院立案之习惯，得予准案，至管有人丧失其产业之契据时，虽无先例可援，而律以民事得为类推解释之义，此项请求自非法律所不许。（乙）说谓不动产登记，固以所在地之法院或县长公署为管辖，惟湘省尚未施行该条例以前，无论此项请求是否适于习惯，应由县长公署以职权为之处置，法院无受理之必要，二说主张各有理由，如采乙说已无问题，若采甲说又应具备何种书状，践行何种程序，及其他如何手续以凭办理，案悬以待，理合呈请钧院指示祇遵等情。

综合来看，近代中国的解释例有如下四个特点：（1）职权行使的被动性，解释系根据法定的机关、公务员与公法人之提请作出；（2）尽管最高审判机关反复强调对具体案件“概不答复”，但实际上提请解释的问题通常仍来自具体案件或争议；（3）从文书的形式与内容看，除了作为要旨的简短答复外，解释例也常附有事实与理由；（4）解释由最高审判机关资深法官（专业庭庭长）负责主稿、其他庭长与院长共同议决。职权行使被动性、以抽象形式“包装”的具体审查、法律文书判例化、由专业法官合议，这些特点与法院审判工作的特性高度类似，司法解释由此呈现出高度的“裁判化”倾向。

在一定意义上，司法解释的“裁判化”可能也推动了其解释组织的“法庭化”。1928年司法院组织法创设了由司法院院长、最高法院院长及各庭庭长组织之统一解释法令会议这一组织形式；到1947年12月修正司法院组织法，最终确定由大法官会议来行使统一解释宪法与法律命令权，司法解释不仅扩展到宪法解释领域，更设置了专门机关（大法官会议）与专职人员（大法官）来行使这项权力，负责司法解释的组织基本完成了“法庭化”的过程。

结 论

研究近代中国统一法律适用的制度建设与最高审判机关的司法实践，从中或可总结出如下特色（经验），对今天亦有些许借镜的价值。

（一）终审权在统一法律适用中的作用

作为最高审判机关，无论其“司法造法”如何抽象，仍应以具体的案件审判为出发点和落脚点：其一，由最高审判机关实际行使终审权，是在广土众民的中国实现司法统一、保障人民权益的必由之路。其二，最高审判机关解释例与判决例对下级法院的拘束力，必须以其终审

权作为后盾。其三，最高审判机关判例要旨的提炼，需要以相当规模的终审案件为基础，如此方能保证其质与量。

（二）判例要旨“法条化”及其合理性

近代中国特色的判例制度，与英美法系或大陆法系的范式均有根本差异。当时所谓“判例”，在形式上与立法条文相差无几，对于下级法院具有普遍拘束力。最高审判机关颁行的判例要旨并不收录判决书全文，而是略去案件事实甚至理由，仅选取判决书中具有普遍规范性的“寥寥数语”；判例要旨汇编则参照法典体例，以条为单位，按照编、章、节的顺序编排。尽管判例要旨汇编“失于抽象”，且有“司法造法”之嫌，但其与中国“律例并行”的传统暗合，更适应了近代中国法制不完善、地方主义盛行、审判人员专业水平参差不齐与“案多人少”的现状，发挥了“找法”、“正法”甚至“统法”的功能，简单、高效地实现了法律适用统一。

（三）司法解释“裁判化”与大法官会议的创设

有学者把民国时期的判例要旨视为广义的司法解释，但很少有人注意到作为狭义的司法解释之解释例也是广义的判例。近代中国的统一法令解释机制有以下“裁判化”的特色：职权行使被动性、以抽象形式“包装”的具体审查、解释例文书判例化、解释工作由专业法官合议。司法解释的裁判化在一定意义上也推动了司法解释组织的“法庭化”，特设解释机关“大法官会议”由此呼之欲出。

Abstract: Unifying the application (or interpretation) of law was an important goal of judicial reform in modern Chinese history. The Court Organization Law in the late Qing Dynasty explicitly granted the highest adjudicative organ the power to uniformly interpret laws and regulations. From the *Da Li Yuan* of Beiyang government to the Supreme Court and *Si Fa Yuan* of Nanjing National Government, the rules for making judgments and legal interpretations by the highest adjudicative organ was increasingly robust, and the mode of “judicial law-making” had been gradually formed. In the face of political division and a huge backlog of cases, the highest adjudicative organ still exercised its power of final adjudication generally, which was the basis for achieving the unification of law application. The abbreviation of precedents and their compilations exhibited an obvious feature of “statutorization”, which not only adapted to the judicial situations at that time, but also was in line with the traditional approach of “parallelism of statutes and precedents”. Judicial interpretations in the Republic of China were also regarded as “precedents” in a broad sense, presenting a feature of “adjudicativization”. The institutional development and judicial practice in modern Chinese history are also of some reference value for achieving a unified application of law in contemporary China.

Key Words: the highest adjudicative organ, judicial unity, power of final adjudication, abbreviation of precedent, judicial interpretation
