

成文法背景下的判例实践

——近代中国最高审判机构判例汇编与实效

刘昕杰*

内容提要：与大理院时期不同，国民政府最高法院时期的判例汇编是在成文法典陆续颁行的背景下进行的。在造法功能向释法功能转变的背景下，判例仍是最高司法机关行使法律解释权的重要方式。由于官方判例汇编不及时，国民政府时期出现了大量的民间判例汇编，因对判例的界定不清，不同的判例汇编也呈现出内容的差异。为了法官适用便捷，判例汇编大多将判例的裁判要旨摘录、拆分、重组，并以现行法律条文为体例，将最高法院判例的裁判要旨法条化、体系化，形成了事实上的法律补充规则体系。这种汇编方式强化了判例的适用便利，但遮蔽了判例的司法特征，判例之于成文法的实践优势并未得到彰显。在司法实践中，最高法院判例对下级法院审理同类案件仍具拘束力，但其实效已远不如大理院时期。随着成文法典的日益完善，判例在近代中国影响力的日益衰减也就势在必然了。

关键词：近代中国 最高法院 判例 判例汇编

民国时期的一些学者将民初称之为“判例法”时代，〔1〕意指民国初年因成文法未及颁行，作为最高司法机关的大理院以发布判例的方式联结中西、圆融法理，顺应社会转型，判例在这个时期发挥了重要的法源作用。大理院闭院后，司法院作为国民政府最高司法机关，于1928年底成立，其组织架构依据司法院组织法，设有司法行政部、最高法院及行政法院等。司法院的一项重要职责是行使“统一解释法令及变更判例之权”，在实践中逐渐形成司法院统一解释法令、最高法院发布和汇编判例的分工。南京政府的民刑法典陆续颁行后，最高法院开

* 四川大学法学院教授。

本文系最高人民法院案例研究课题“民国时期最高法院案例中的判词”（2018SFAL002）的研究成果。

〔1〕 参见曹杰：《民法判解研究》，上海法学书局1934年版，第6页以下；胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第36页。民国学者对大理院判例制度的研究，参见刘昕杰、杨晓蓉：《民国学者对民初大理院判例制度的研究》，《东方法学》2011年第5期，第83页以下。

始了近代中国成文法背景下的判例实践。

学界对民初大理院时期的判例研究并不少见,^[2]但对于国民政府最高法院时期判例制度的关注则较少。^[3]国民政府时期最高法院的判例汇编虽然基本沿袭了大理院的汇编模式,但由于法制背景和政治环境都发生了较大变化,最高法院判例的生成、汇编及其在整个法律体系中的实际效力都与大理院判例不同。本文以最高法院时期的判例汇编为线索,梳理成文法背景下近代中国最高法院判例汇编的背景、主体、构成、形式和实效,以期补足学界对近代中国判例制度的研究,助益成文法背景下对判例制度的理论探讨。

一、从造法到释法:最高法院判例汇编的背景

近代中国判例制度的演进过程大致可分为三个阶段:一是清末大理院时期,二是民初北京政府大理院时期,三是南京国民政府最高法院时期。清末大理院由大理寺改制而来,光绪三十二年(1906)九月,清廷宣布厘定官制,“刑部着改为法部,责任司法。大理寺着改为大理院,专掌审判”,^[4]并有了“于律例紧要处表示意见,得拘束全国审判衙门”^[5]的权力。晚清大理院的成立,使司法审判权逐渐从传统行政权力中脱离出来,成为近代最高司法审判权的基本形态,为近代中国司法改革奠定了基础。^[6]

民初大理院沿袭自清末大理院,因无新法,审判暂时适用旧法,即刑事案件适用《暂行新刑律》,民事案件适用《现行律民事有效部分》,但两者均保留了大量固有观念与习惯,于当时新风不符。于是,大理院通过在裁判中引入西方法理的方式,以判例的形式制定出符合时

[2] 对于民初大理院判例的整理,参见黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》,犁斋社2012年版;黄源盛纂辑:《大理院刑事判例辑存》,犁斋社2013年版。比较全面的郭卫所编大理院判例汇编也已经重新点校出版,参见郭卫编:《大理院判例全书》,吴宏耀等点校,中国政法大学出版社2013年版。对于民初大理院的相关研究,参见黄源盛:《民初大理院与裁判》,台湾元照出版有限公司2011年版;乔丛启:《北洋政府大理院及其判例》,《中外法学》1990年第6期,第27页以下;张生:《民国初期的大理院:最高司法机关兼行民事立法职能》,《政法论坛》1998年第6期,第118页以下;段晓彦:《〈大清现行刑律〉与民初民事法源——大理院对“现行律民事有效部分”的适用》,《法学研究》2013年第5期,第142页以下。除此之外,还有许多以大理院判例为主要材料,论述近代中国法律转型的研究成果,如周伯峰:《民国初年“契约自由”概念的诞生:以大理院的言说实践为中心》,北京大学出版社2006年版;卢静仪:《民初立嗣问题的法律与裁判》,北京大学出版社2004年版;段晓彦:《物权债权区分论在近代中国的继受——以民初大理院民事裁判为中心》,《环球法律评论》2019年第5期,第97页以下;徐静莉:《民初寡妇立嗣权的变化——以大理院立嗣判解为视角》,《政法论坛》2011年第2期,第168页以下。

[3] 目前尚无对最高法院时期的判例进行全面整理的成果,选编的成果参见黄源盛:《最高法院判例辑存》,台湾元照出版有限公司2014年版。该《辑存》载有国民政府最高法院自1928年至1934年的刑事判例147例、民事判例108例。对最高法院时期判例的研究相关研究成果,参见张道强:《民国判例:功能、必要性与特点——以南京政府刑事特别法判例为例》,《法学杂志》2014年第9期,第37页以下;谢冬慧:《判例、解释及习惯在民事审判中的价值——以南京国民政府时期为背景的考察》,《黑龙江社会科学》2009年第3期,第161页以下;崔东东:《南京国民政府时期判例制度研究》,南京师范大学2013年硕士论文。近代判例的整体研究也涉及南京政府最高法院时期,如李相森:《异化与回归:近代中国判例发展演变的轨迹》,《苏州大学学报(法学版)》2016年第3期,第54页以下;黄源盛、施奕:《从判例要旨到指导案例——法秩序一致性视野下的判例制度演绎》,《法治现代化研究》2020年第4期,第71页以下。

[4] 参见故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》上册,中华书局1979年版,第471页。

[5] 参见商务印书馆编:《大清光绪新法令》,第九类司法,第107页。

[6] 参见韩涛:《晚清最高司法审判权的形塑——以晚清大理院审判权限的厘定为中心》,《华东政法大学学报》2011年第5期,第78页以下。对于晚清大理院的系统研究,参见韩涛:《晚清大理院:中国最早的最高法院》,法律出版社2012年版。

代所需的新规则。这些判例（民初多称判决例）连同解释例，成为大理院通过行使法律解释权在司法领域促进法律变革的主要方式。^{〔7〕}虽政局动荡，但借助大理院极高的法律权威，最高司法机关在缺乏成文法法源的环境下，通过判例的体系化进行了实际意义上的法官立法活动。大理院的这种造法模式填补了当时法律制度的缺漏，消弭了西方法理传入后制度与社会的脱离，对当时法律与社会的转型影响极大。正如居正所说，“民国后，在十八年民法未颁布以前，除一二部分外，支配人民法律生活的，几于全赖判例。而判例所依据的，在北洋政府时代，除极小部分沿用大清律外，大部分均依据条理”。^{〔8〕}

南京国民政府成立后，民刑法典于1928年起先后颁行，司法审判中无法律可依照的状况得以根本改变。但最高司法机关所具有的统一解释法令权仍在，司法院仍沿用解释例与判决例两种方式解释法律。不过，由于此时的法律背景已发生变化，大理院时期缺乏法律而形成的司法官通过判例回应社会变迁的时代背景不复存在，因此，在业已存在成文法典的情况下，法官很难再以判例的方式立法，而仅能通过判例的方式解释法律。

与大理院时期不同，南京国民政府时期的最高司法机构职权配置发生变更，也影响了最高法院从造法角色向释法角色的转换。南京政府时期最高法院是案件的终审机构，这与定位在最高司法机构的司法院存在一定程度的重叠。司法院组织法于1928年10月20日公布后，开篇即明定司法院由司法行政署、司法审判署、行政审判署及官吏惩戒委员会组成；同年11月17日司法院组织法修正，将司法院组成修改为司法行政部、最高法院、行政法院及官吏惩戒委员会，且“最高法院各庭审理案件，关于法律上之见解，与本庭或他庭判决先例有异时，应由院长呈由司法院院长”。^{〔9〕}可见，不仅组织机构上的地位已经发生变化，最高法院对于解释法律也不再享有与大理院时期相当的权力，颁布解释的主体转变为司法院，受司法院管辖的最高法院也自然不再有大理院那样独立超然的终局审判权力。

二、官方与民间：判例汇编的编撰者与种类

最高法院创建之时就发布了《最高法院办事章程》，其中规定了关于判例汇编的工作，并要求“每六个月编纂一次印行”，“各庭重要裁决应摘录要旨备查，并通知其他各庭”。^{〔10〕}但事实上这一规定未能执行。直至1934年6月，最高法院才以判例编辑委员会的名义汇编出版了第一本判例要旨，对1927年12月最高法院成立之日起至1931年12月止的案例予以汇编。

居正在这本《最高法院判例要旨》的序言中谈到：“清代以前有律例，近世各有判例，事虽异，而义则同……例与法之关系至为密切，实相辅而行，法简而例繁，法具条文，例征事实……大理院刊行之要旨汇览正续两集，由民元至民十二年而止，十二年至十六年虽有一二私家搜罗成帙者，终鲜正确。十六年以后则无所闻，法律专家每欲求一参考或教材而不可得，颇

〔7〕 民初大理院共发布解释例2010件，1927年12月大理院改最高法院后再有解释例245件。南京国民政府成立司法院后，按照《司法院统一解释法令规则》，解释例由最高法院庭长共同拟具解答，经司法院院长核阅后，以司法院名义发布。至1948年6月，司法院共发布解释例共计4097件。数据出自谢冠生：“弁言”，汪楫宝：《民国司法志》，商务印书馆2013年版，第15页。本文仅讨论判例部分，解释例的相关情况，学界已有较多研究，新近较为全面的研究参见方乐：《民国时期法律解释的理论与实践》，北京大学出版社2016年版。

〔8〕 参见居正：《司法党化问题》，《中华法学杂志》1934年第10、11、12期，第1页以下。

〔9〕 参见前引〔7〕，汪楫宝书，第12页。

〔10〕 参见《最高法院办事章程》第3条、第29条，《最高法院公报》1928年创刊号，第81页以下。

用为憾我。”〔11〕

次年，最高法院曾尝试汇编1932年至1934年的判例并“期于全国司法会议期前杀青”，〔12〕但未能按时完成。1937年秋季最高法院完成了1932年至1935年的判例摘录，因战乱也未能及时付印。直至1941年4月，最高法院“指定庭长推事三员负责编辑二十四年七月至二十九年之判例要旨初稿，并将已编之二十一年至二十四年六月判例要旨重加审核，合并编为《最高法院判例要旨续编》，分为民法、民诉法、刑法、刑诉法暨其他法令五卷”。这本续编收录判例“至三十年底止，已将刑事部分编竣，共二千二百二十四则，其民事部分一千一百三十三则，亦于三十一年四月蒞事，共约五十万言，再经全体庭长推事覆加校核，即可定稿付刊”。〔13〕但不知因何原因，该续编并未正式刊行，此后最高法院也再未提及该书。

在《最高法院判例要旨》汇编十年之后，《最高法院判例要旨（第二辑）》才正式出版印行。1944年的《最高法院判例要旨（第二辑）》收录了民国二十一年（1932）一月起至二十九年（1940）十二月止之判例。自第二辑后，再无官方判例汇编出版。〔14〕居正所编纂的这两辑判决要旨汇编，就成为了最权威的官方判例汇编。不过在第二辑中，1935年和1936年前后的判例却几乎未被收录，造成两辑判例未能覆盖所有年代的情况。以下是两本汇编的基本信息。

表1 官方出版最高法院判例汇编〔15〕

著者	书名	出版机构	出版年份	所收判例
最高法院判例编辑委员会	《最高法院判例要旨》	最高法院书记厅	1934年6月初版	所收判例自1927年12月起至1931年12月止
最高法院判例编辑委员会	《最高法院判例要旨（第一辑）》	大东书局	重庆1944年3月初版，上海1946年1月三版	所收判例自1927年12月起至1931年12月止
最高法院判例编辑委员会	《最高法院判例要旨（第二辑）》	大东书局	重庆1944年3月初版，上海1946年1月三版	所收判例自1932年1月起至1940年12月止
最高法院判例编辑委员会	《民国十六年至民国二十九年最高法院判例要旨》合订本	大东书局	1944年3月初版，1946年1月再版	所收判例自1927年12月起至1940年12月止

由于两辑出版时间间隔十年，对于司法所需的判例指导，官方版本的汇编并不及时。彭时等人在1936年汇编的《判解大全》“序”中就提到，法院审理案件是以“现行法令为准绳，并须援据司法院最高法院之判例及解释例”，但“该项新判解，载于司法公报，层出不穷，民刑错综，为司法官及业律师者职务繁剧”，“新判解适用尤宏，对于有系统之编纂需要愈殷，而司法院、最高法院竟迟迟不出，全国习法之士不禁引领，企予望之也”。〔16〕因此，在最高

〔11〕 最高法院判例编辑委员会：《最高法院判例要旨》，最高法院书记厅1934年版，居正序。

〔12〕 参见《最高法院继续编印判例》，《法令周刊》第253期（1935年），第1页。

〔13〕 参见居正：《抗战六年来之司法行政》，《华侨先锋》1943年第5卷第7期，第13页以下。

〔14〕 国民政府迁台后，“最高法院”恢复了定期的判例汇编。如2015年印行的《“最高法院”判例要旨》（以下简称“2015要旨”）共收录7677则判例，其中民事判例4156则，刑事判例3521则。

〔15〕 参见北京图书馆编：《民国时期总书目》法律卷，书目文献出版社1990年版，第323页。

〔16〕 参见彭时、余长资、张庆兴编：《判解大全》，上海神州国光社1936年版，“序”。

法院成立之后，官方进行判例汇编工作之前以及两次汇编出版之间，民间许多学者开始自行整理汇编判例。在诸多民间判例汇编中，具有代表性的汇编有：郭卫从1928年起陆续汇编出版的28集《最高法院判例汇编》和他从1934年起陆续分类出版的民事、刑事判例汇刊；1929年郑爱诩所编《最高法院判决例解释例要旨汇览》第一卷判决例及1931年朱鸿达接续此书所编《最高法院判决例要旨汇览（二）》；张燾编纂的两卷《最高法院判例要旨》等等。作者管见所及，对最高法院判例进行专门汇编的民间著作共计13种。因既有研究少有归纳，故不嫌冗赘，以出版时间为序罗列如下：

表2 民间出版最高法院判例汇编^[17]

编者	书名	出版机构	出版时间
郭卫	《最高法院判例汇编》第1—28集	上海法学编译社	1928年至1937年
郑爱诩	《最高法院判决例解释例要旨汇览》	上海世界书局	1929年4月
张虚白	《最高法院判例汇编》第1—6辑	上海中华法学社	1929年4月至1931年1月
朱鸿达	《最高法院判决例要旨汇览（二）》	上海世界书局	1931年4月
翁景瑞、王廷玉	《最高法院判例要旨汇览》	南京宜春阁印书馆	1931年
郭卫、周定枚	《最高法院民事判例汇刊》共17期	上海法学书局	1934年11月起
郭卫、周定枚	《最高法院刑事判例汇刊》共14期	上海法学书局	1934年11月起
张燾	《最高法院判例要旨（民国十六年至民国二十年）》	上海法学编译社	1935年9月
张燾	《最高法院裁判要旨（民国二十一年至民国二十三年）》	上海法学编译社	1936年3月
老遇春	《最高法院判例要旨类编》	河北第三监狱	1936年
薄铸、吴学鹏	《最高法院裁判要旨汇编》	上海律师公会	1941年5月
刘笃	《最高法院判例要旨》	成都亚光书局	1944年
郭卫	《最高法院判例要旨（民国二十六年至二十九年）》	会文堂新记书局	1947年2月

除了专门或主要以最高法院判例为内容的判例汇编外，还有一些汇编也涉及最高法院的判例，如黄荣昌的《中华民国刑法释例汇纂》和《中华民国刑事诉讼法释例汇纂》，在国民政府初期将成文法、大理院判例、解释例、司法院解释例和最高法院判例统一汇编。^[18] 附带提及的是，当时的伪满洲国政府和汪伪政府也进行了“最高法院”判例的汇编，比较有代表性的是汪伪政府“最高法院书记厅”出版的《两年来解释判例汇编》和伪满洲国“法曹会”编辑

[17] 资料来源于前引〔5〕，商务印书馆编书，第315页以下；《中国历史文献总库民国图书数据库》，2020年4月8日最后访问；《高等学校中英文图书数字化国际合作计划（CADAL）》，2020年4月8日最后访问；《国家图书馆民国文献数据库》，2020年4月8日最后访问。

[18] 黄荣昌：《中华民国刑事诉讼法释例汇纂》，上海广益书局1928年版；黄荣昌：《中华民国刑法释例汇纂》，上海广益书局1929年版。与此类似，汇编内容涉及最高法院判例的还包括前引〔1〕，曹杰书；冯美学编：《司法院解释最高法院判例分类汇纂》第1、2集，上海法政学社1933年版；前引〔16〕，彭时等编书；袁柳编：《解判合一》，出版地不详，1944年版；杨元彪编：《民法刑法民刑诉讼法判解汇编》，上海世界书局1936年版。

的《“最高法院”判决例》等。^[19]

三、判例的取材：汇编内容的构成

大理院时期汇编的判例，选取范围均以大理院公开发布判例或《司法公报》所载案例为准。1931年由郭卫编辑出版的《大理院判决例全书》，其中判例来自《大理院判例要旨汇览》及其《续编》。1923年以后，大理院仅通过《司法公报》登载判例，不再汇编出版。在郭卫看来，判例需经大理院正式公布，“未经该院正式公布者，皆不阑入”，所以郭卫编纂《大理院判决例全书》中所收录的1923年以后判例，都是大理院通过《司法公报》公布的判例。因1926年起大理院不再公布判例，该书未收录1926年以后的大理院判例。^[20]1933年郑爱猷编纂的《现行法有效大理院判决例全集》，其判例的选择范围与此大致相同。^[21]所以大理院时期的判例即为大理院通过《司法公报》刊登的判例，无论汇编者是谁，其选取的范围几乎无异。

国民政府时期，由于最高法院审判案件数量日益增多，最高法院判决不等于最高法院判例成为共识。《法律评论》曾在1947年刊载部分判决要旨时作了一个编者说明，强调：“最高法院民国三十年以后之判例，尚未刊印，本刊所揭载者，仅系最高法院之裁判要旨，将来或有采为判例之可能，敬请读者诸公注意。”^[22]它提醒读者，最高法院的判决要旨并不等同于判例要旨，只有经过最高法院公布或采纳的案例，其判决要旨才能称为判例要旨。因此，从严格意义上讲，只有最高法院官方编纂的两部判例汇编才可称得上是真正意义上的判例汇编。不过，由于这两部官方判例汇编仅涵盖了1927年至1940年的判例，1940年之后以及两部官方汇编相隔十年之间，各类学者汇编的案例也多自称为判例汇编。除了表达的习惯外，其原因大概还在于最高法院一直并未对判例的生成制定出明确的法律标准或操作规则。

从各类判例汇编的“凡例”来看，民间判例汇编首先取材于已出版的官方判例汇编。但如前述，在官方判例未及汇编出版时，民间汇编大多取材于最高法院时期《司法公报》公开登载的判决。如老遇春编辑的《最高法院判例要旨类编》，明确表示“本书依据司法院公报刊载之全部最高法院判例与行政法院判决”。张翥编《最高法院判例要旨（民国二十一年至民国二十三年）》中说明“本编民刑事裁判悉遵司法院公报（自第一号起至二十三年改为司法公报时第一四六号止）所载，备录无遗”。刘笃在编纂《最高法院判例要旨》时提到的案件来源在民国判例汇编中最多，他的参考资料包括：“（1）吴经熊编《最高法院判例要旨》（袖珍本二十四年九月上海会文堂出版）；（2）吴经熊编《六法理由判解汇编》（二十五年上海会文堂出

[19] 《两年来解释判例汇编》出版于1942年，收录汪伪政府“最高法院”1940年4月至1942年3月的解释例和判例，参见“最高法院书记厅”：《两年来解释判例汇编》，“最高法院书记厅”1942年版，凡例。《“最高法院”判决例》出版于1936年，直至1944年每年出版一卷，共出版八卷。该判决例中的判例为伪满洲国“最高法院”三审判决中经“最高法院判例审查会”审查后编入的案例，汇编方式为民刑合编且以中文、满文与日文为汇编语言进行汇编。参见“法曹会”：《“最高法院”判决例》，“法曹会”1943年版，凡例。

[20] 参见前引〔2〕，郭卫编书，第1页以下。

[21] 参见郑爱猷编：《现行法有效大理院判决例全集》，上海世界书局1933年版。

[22] 《最高法院民事裁判要旨：依当地一般习惯探求当事人之真意之事例》，《法律评论（北京）》1947年第15卷第4期，第34页，“编者按”。

版)；(3) 彭时等编《判解大全》(神州国光社出版)；(4) 司法院公报；(5) 司法公报；(6) 法令周刊；(7) 法律评论。”^[23]

事实上，最高法院于1933年就曾发布通告，禁止其他报章杂志任意刊登最高法院判决，因为最高法院认为“是项判例，关系至巨，影响人民诉讼尤深”，“未经本院许可，均不得自由刊载”。^[24]虽然刘笃列出大量的参考资料，但《司法公报》之外的吴经熊编判解例、彭时编判解例、《法律评论》刊登的判决例，事实上也都是从《司法公报》中编辑的。所以，可以确定的是，在最高法院官方汇编之外，民间判例汇编的案件来源都是以《司法公报》为基础的。

将《司法公报》刊登案例视作判例，沿袭了大理院时期的判例选取方式，因此民间将其汇编时，均按惯例称之为判例汇编。但由于这个时期的《司法公报》出现了较之大理院时期更为复杂的状况，所以，取材于《司法公报》判例的编纂行为也就造成了最高法院判例汇编内容的混乱。

从判例刊登形式上看，相较于大理院时期而言，最高法院时期《司法公报》的出版情况几经反复，造成公报案件的刊登方式也前后不一。^[25]民国十六年(1927)十二月，《司法公报》创刊号由司法部发行，诉讼案件放在“专件”一栏下。民国十八年(1929)一月十二日，改由司法院发布的《司法公报》第一号刊行，“判决”单列一栏，与“公文”“命令”“法规”等栏目并列。民国二十一年(1932)一月十六日，《司法公报》改名《司法院公报》，仍由司法院刊行，“裁判”单列一栏，与“法规”“命令”“附录”等栏目并列。民国二十三年(1934)十一月五日，司法院再次以《司法公报》为名刊发，“民刑诉讼裁判”和“行政诉讼裁判”并列于“命令”“惩戒议决书”“附录”等栏目。

除以上历次变化外，因司法部两次脱离司法院，民国二十一年和民国三十二年(1943)司法行政部还分别发行《司法行政公报》，内容也多为法规、命令、公文、裁判等。以上不同时期的《司法公报》所刊载案例的形式也大不相同。1932年之前，《司法公报》会刊载判例详细内容，包括标题、要旨、主文。1932年起，《司法公报》在发布判例的同时，还在当期最后加上“附录”，刊载最高法院审理的案件主文，数量庞大。1938年开始，《司法公报》又几乎不再刊登判例详情，只有“附录”里有零星几年数量极少的案件公布，到1945年，《司法公报》已不再刊登与判例有关的任何内容。

从判例刊登范围来看，由于最高法院审理案件大量增加，远非大理院可比，所以案例选取的标准关涉《司法公报》所刊判例的质量和意义。然而这一标准并不明确。按照1927年的《司法院司法公报章程》，《司法公报》刊登诉讼案件包括“一、民事诉讼案件；二、刑事诉讼案件；三、其他诉讼案件，以业经判决而案情重要足资法学研究者录之”。1928年的《国民政府司法院司法公报规程》表述为“诉讼案件判决书，以案情重大或足资法学研究者录登之”。1931年的《国民政府司法院司法公报规程》和1932年的《国民政府司法院公报规程》则仅规定司法公报刊登“裁判、裁决和决定”，取消了“案情重要”和“足资法学研究”两项要求。这也导致公报刊登的许多案例并不适合成为汇编判例。汇编者从缺乏明确刊登标准的《司法公报》案件中再进行取材，取舍之间，各类判例汇编的范围就愈发受到汇编者的主观影

[23] 刘笃：《最高法院判例要论》，成都亚光书局1944年版，编辑例言。

[24] 参见江庸：《最高法院限制报章杂志刊载判例》，《法律评论（北京）》1933年第11卷第8期，第1页以下。

[25] 赵晓耕：《中华民国时期〈司法公报〉述略》，《山西大学学报》2012年第3期，第247页以下。

响了。

在这种情况下,同样以《司法公报》内容为取材标准的不同判例汇编版本,所汇编内容差异甚大。以民国民法第1条的判例为例,在官方判例汇编中,选取了10则判例,年代相近的民间汇编选取的判例不尽相同,刘笃编《最高法院判例要论》选取了13则,张翥编《最高法院裁判要旨》选取了8则判例,且三者即使在同年次的判例中也少有取材的交集。

表3 不同判例汇编关于民法第1条收录判例细目〔26〕

最高法院判例要旨 (最高法院判例编辑委员会编) 1927—1940年	最高法院判例要论 (刘笃编) 1927—1940年	最高法院裁判要旨 (张翥编) 1927—1934年
17年上字613号	17年上字613号	17年上字613号
21年上字2037号	17年上字851号	21年上字224号
21年上字3253号	18年上字153号	21年上字1013号
26年上字渝948号	19年上字2284号	21年上字2037号
28年上字1078号	21年上字1013号	22年上字312号
28年上字1977号	21年上字1096号	22年上字316号
28年上字559号	21年上字2037号	22年上字748号
29年上字1513号	21年上字334号	22年上字905号
29年上字20号	22年上字748号	
29年上字618号	22年上字905号	
	23年上字1693号	
	23年上字1850号	
	24年上字1432号	

以1929年和1933年的民事判例汇编情况为例,最高法院在这两年共审结民事案件4845件和8823件,〔27〕《司法公报》在1929年仅公布了105件民事案件,最高法院官方汇编裁判要旨多达304则,考虑到一个案件拆分成多个要旨不是普遍情况,因此官方汇编中存在许多《司法公报》未公开刊载的判例。在官方汇编出版后,民间汇编多以其为主要依据,如1929年张翥汇编的判例情况与官方判例汇编较为接近。但由于最高法院官方判例汇编的第一辑仅收录到1931年,张翥汇编1933年的判例时,官方判例汇编第二辑尚未编辑出版,他就只能从《司法公报》中自行选取,共收录刊出要旨356则,待数年后官方汇编出版时,仅收录该年要旨105则,两者相差甚大。

〔26〕资料来源:最高法院判例编辑委员会书:《最高法院判例要旨(第一辑)》,大东书局1946年版,第1页;最高法院判例编辑委员会:《最高法院判例要旨(第二辑)》,大东书局1946年版,第1页以下;前引〔23〕,刘笃书,第1页以下;张翥:《最高法院判例要旨(民国十六年至民国二十年)》,上海法学编译社1935年版,第1页;张翥:《最高法院裁判要旨(民国二十一年至民国二十三年)》,上海法学编译社1936年版,第1页以下。

〔27〕《最高法院1942年度统计报告表》,中国第二历史档案馆藏,档案号7-3678,转引自蒋秋明:《南京国民政府审判制度研究》,光明日报出版社2011年版,第254页。

表4 官方与民间汇编裁判要旨数比较

年份	结案数目	公报案件数	官方版裁判要旨数	张翥版裁判要旨数
1929年	4845	105	304	308
1933年	8823	212	105	356

不仅如此，即便是选材于最高法院同一个判决，不同的判例汇编版本也进行了不同方式的裁剪和提炼，以至于相同案件在不同的判例汇编中的裁判要旨内容也不尽一致。以编入几个版本的“罗静山与福源疋头号因请求支付票款事件上诉案”为例，《司法公报》在第68号登载了这个于民国二十一年十月三日经最高法院民事第一庭作出的“上字第二零三七号”判决，其裁判要旨为：“执票人应以背书之连续证明其权利，付款人于承兑后，对于不以背书之连续证明其权利之执票人仍不负付款之责，至与成文法抵触之习惯不能认为有法之效力。”^[28]张翥一字不差地将裁判要旨汇编于民法第1条的判例，并命名为“习惯抵触成文法例”。^[29]在薄铸、吴学鹏汇编时，则将裁判要旨简化为“与成文法抵触之习惯不能认为有法之效力”，至于案件具体内容已无踪迹。^[30]在官方汇编判例中，这一要旨又被更加详细地表述为：“付款人于承兑后应负付款之责，固为票据法第四十九条第一项所明定，然如执票人不能以背书之连续证明其权利，依本法第三十四条第一项之规定，仍不得请求付款，纵令该地方与此项成文法相抵触之习惯，亦不能认为有法之效力。”^[31]

由是观之，不同版本的判例取材，虽都源自最高法院，但事实上差异较大。最高法院汇编的判例，由于其本身具有编纂判例的官方权力，可从其审判的大量案例中直接选取，不仅不受限于《司法公报》的刊登范围，而且还成为民间判例选取的主要来源。民间汇编判例的取材，主要根据官方的两辑内容选编，但由于官方版本出版不及时，其编纂时大多数判例仅能从《司法公报》中取材，而由于《司法公报》本身缺乏统一的案件刊登形式和判例选取标准，因此民间汇编的判例内容不仅与官方两辑判例相差较大，不同版本之间也不尽相同，进而造成了这个时期判例汇编版本众多、内容不一的局面。

四、裁判要旨体系化：最高法院判例汇编的基本形式

大理院判例的汇编形式经历了“判决录汇编”“判例要旨汇编”“判例要旨体系化汇编”三种形态的变化。^[32]大理院自1912年9月起就持续出版《大理院判决录》，^[33]但“依案件先后编纂，按月出版，卷帙繁重，检阅较难”，司法部于1915年将“民国元年至三年大理院判决例，撮辑要旨，分民律刑律为一部，民刑诉讼律为一部，民事依有效之前清现行律及民律民诉草案章节，刑事依刑律条文及刑诉草案章节，依次编列，其有理由者，则摘录于后，以便

[28] 《司法公报》1933年第68期，第12页以下。

[29] 参见前引〔26〕，张翥《最高法院裁判要旨》，第1页以下。

[30] 参见薄铸、吴学鹏：《最高法院裁判要旨汇编》上册，上海律师公会1940年版，第1页。

[31] 前引〔26〕，《最高法院判例要旨（第二辑）》，第2页。

[32] 参见张生：《民国时期民法体系中的判例：形式与功能的变化》，《学术研究》2019年第1期，第79页以下。

[33] 参见前引〔15〕，北京图书馆编书，第318页以下。

参考,更摘要眉注详记年月号数,俾便检查”,其凡例规定“一法文下有数判例时,其同旨者只择最近时判例揭载之,余从略。其异旨者则并存之”,“一判例关系二种以上法文者,仍分别列于各该法文之后,不厌重复”。“要旨取简括,附具理由则于原文中择要采辑”,^[34]从而形成了判例要旨体系化的汇编方式。

民间对于最高法院的判例汇编最早也是应对司法适用的需求。大量的判决全文不利于法官检索与适用,“最高法院成立垂四载,其所著新例不下数千百种,杂处四方,或见于书报,是皆错综散漫,不能定于一也”,^[35]所以汇编者就按照《大理院判例要旨汇览》体例编辑出版最高法院裁判要旨汇编。^[36]为了法官检索适用便捷,判例汇编多将裁判要旨摘录、修改、拆分、重组,以现行成文法典为纲,进而依法律条文将判例的裁判要旨体系化。《最高法院判例要旨(第一辑)》例言中说明:“各例因仅摘录要旨,于原文字句间有增减,但均存其原意”。^[37]《最高法院判例要旨(第二辑)》凡例相较于首次出版之汇编,更加明确说明:“本编摘录裁判要旨,原文字句间有删润,与原意并无出入”,每条裁判要旨“各例之上栏为标题,下栏为裁判年度及号数”,“各例标题专在揭示该例解决之要点,务求简明,其相关联之例均依次排列,藉资参证”;对于相同的裁判要旨,“重复各例均已删除,惟内容互有详略或解决方面不同者,仍予并存”。^[38]如民法第72条判例汇编体例为:^[39]

标题:抵押人身之契约不能有效

要旨:以人身为抵押标的之契约根本不生效力,即不得据以责令相对人负交人之义务。

法条:民法七二

裁判年度及案号:18上1745

有些判例因为案情复杂,判决中涉及不止一个法律问题,为了提炼出裁判要旨中的具体规则,汇编时会人为地将该裁判要旨细化拆分。如19年上字第1964号判例,该案的判决涉及民法第736条和解契约的法律适用问题,裁判要旨比较冗长,汇编时被拆分为三则独立的裁判要旨,包括:

要旨一:和解契约合法成立,两造当事人即均应受该契约之拘束,纵使一造因而受不利益之结果,亦不得事后翻异更就和解前之法律关系再行主张。

要旨二:和解契约以当事人缔约当时双方合致之意思表示为成立要件,虽一造表意人于其表示意思时本无欲受其所表示意思拘束之意,苟非此意为他一造所明知,其表示之意思究不因之而无效,即于和解契约之成立及效力不生影响。

要旨三:和解原由双方互相让步,而成立和解之后任何一方所受之不利益均属其让步之结果,不能据为撤销之理由。^[40]

这样的汇编方式将复杂的案情省略,将案件的审理结果精炼为裁判要旨,并进一步裁剪、

[34] 参见《司法公报》第42期,1915年10月15日,封面。

[35] 参见翁景瑞、王廷玉编:《最高法院判例要旨汇览》,南京宜春阁印书馆1931年版,凡例。

[36] 民国时期“判例要旨”与“裁判要旨”两词混用,前期多称“判例要旨”,后期多称“裁判要旨”,为行文统一,本文统称“裁判要旨”。

[37] 参见前引[26],《最高法院判例要旨(第一辑)》,凡例。

[38] 参见前引[26],《最高法院判例要旨(第二辑)》,凡例。

[39] 前引[26],《最高法院判例要旨(第一辑)》,第4页。

[40] 同上书,第57页。

提炼并抽象成填补法律空白或解释法律含义的裁判规则。可以说，这种体系化的汇编方式事实上是对裁判要旨进行了法条化编纂。民间出版的各类汇编由于更加强调阅读者的检索便利，其体例也都与官方汇编方式大同小异。

由于一个判例的裁判要旨并不一定正好对应一个现行法律条文，因此这种汇编方式势必为了体系化而将判例的裁判要旨进行人为的重组。重组的第一种方式是将同一判例以同样的内容汇编于不同的法律条文。如21年上字第234号判例，其裁判要旨为“民法第九百二十四条但书所定三十年之期间虽出典后，曾有加典情事，仍应从出典之翌日起算”，由于民法的第120条第2款和第924条都涉及此规则，故该判例同时汇编于此两个法条之下。^[41]重组的第二种方式是同一判例的裁判要旨分割后汇编于不同的法律条文。与前述和解判例因内容过长而被拆分的情况不同，19年上字第475号判例的裁判要旨并不冗长，但因为其涉及民法两个条文，因此裁判要旨被重组为两则：一为“因他人之给付而受利益者，为给付之原因消灭时应将所受利益返还”，对应民法第179条，二为“契约解除后一切权义回复原状，其所应返还之金钱自须添附利息”，对应民法第259条。^[42]

通过这些方式，最高法院时期的判例汇编最终形成了以司法适用为目的、以判决要旨为内容、以现行成文法典为体例，将裁判要旨法条化、体系化、法典化的法律补充规则体系。

判例按照成文法体例编纂，面临的一个重要问题是法律条文并非长久不变，民国时期的民法、刑法及诉讼法均有过多次修订。法律修订后，以成文法为体例的判例也自会随法律条文的修订而增删。《最高法院判例要旨（第一辑）》例言中说明“各法令施行前之判例与现行法令显相抵触者不录”。民间汇编也大多如此，杨元彪编辑《刑法判解汇编》时说明，“本书采集之判解令函及节录民刑事裁判要旨均按内容照现行法规各条文编入，如刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法等均照民国二十四年七月一日施行之新法编列，除分别将修正案要旨列入于篇首以资考查外，其旧法或已废止者概不录入以节篇幅”。所以，除少量的案例汇编，如张翥编《最高法院裁判要旨》、老遇春编《最高法院判例要旨类编》会保留旧法条及相关判例作为参考外，大部分的汇编不会收录旧法条与相关判例。

将1934年出版的官方汇编《最高法院判例要旨》与1935年新刑法颁布后出版的张翥编《最高法院裁判要旨》对比可以发现，由于旧刑法第11、14、15、16条的变更，导致在新出版的汇编中与旧刑法该四条相关的19年上字第90号、19年上字第738号、18年上字第446号、19年上字第536号、20年上字第1804号、19年上字第536号被删除。同样，旧刑法第38条关于自首减刑的规定修改后，新出版的汇编中18年上字第1266号、20年上字第1721号、20年上字第1972号被删除。

这种判例随成文法最新修改而增删的汇编方式，使判例在事实上得到了不断的更新，不至于有前后矛盾的问题，这也可以解释为什么最高法院的判例制度中一直没有变更判例的问题。比起筛选、认定和汇编判例的职权，“变更判例之权”是在司法院组织法中明确规定的，显然更应具有实践意义。但在民国时期，司法机关享有的变更判例之权一直未有施行。换言之，官方公布的判例从未被修改或变更过。^[43]在法理上，这些曾被认定的判例一直具有判例效力，

[41] 前引〔26〕，《最高法院判例要旨（第一辑）》，第12页，第86页。

[42] 同上书，第9页，第25页。

[43] 直至1977年在我国台湾才有变更判例的实践，参见王泽鉴等：《判例之拘束力与判例之变更》，《台大法学论丛》1980年第9卷第1、2期，第13页。

只不过在判例汇编时,不符合现行法律规范的判例被排除出了新出版的判例汇编中,需要变更的判例也就随着旧法条的删改而失去了实际效力,司法机关的变更判例之权自然也就存而不用了。

五、实效:最高法院时期判例的拘束力

最高法院判例的效力,是正式法源抑或非正式法源,于下级法院到底有何种约束力,在民国时期的成文法中并无明文规定。最高法院认为,“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”。^[44]居正在说明编辑判例目的时也提出,“最高法院判例,具有拘束下级法院之效力,向由最高法院编辑要旨刊行,藉便援引”。^[45]他甚至认为,“判决绝不是演绎旧法而是创造新法”,“中国之司法,向来已取得创造法律之权威”。^[46]学界对法典颁行后的判例效力稍有分歧。赞同者多以民国民法法源条文为据,即第1条所称“民事法律所未规定者,依习惯,无习惯者,依法理”。但最高法院的判例属于习惯抑或法理,学者认知也不尽一致。陈瑾昆认为判例属习惯,“判例者,裁判而成为惯例者也”,^[47]胡长清等学者则主张判例为法理。^[48]也有学者以法官审判权的独立性来否定最高法院判例对其后判决的约束力:“最高法院之判决,初亦仅限于该案件,以其法律上之判断为有权解释故,受发回或发交之第二审法院,须受其拘束;而其他各下级法院对于其他与判决例同一情节之案件,固不必依样葫芦,从其见解而为判决。此则应据夫裁判权之独立性,果有较强理由,可经本其自己法律上之见解而为之,不必受其拘束之当然解说也。”^[49]

最高法院的判例对下级审判确有影响,从现存各地司法档案中可以查阅到相关佐证。省高等法院和县地方法院法官不仅会引用最高法院判例,且表述形式大致相同,多为“已经最高法院著有判例”,并标出判例年次和案号,将其与法律条文同等对待。

如四川新繁县一审法院根据典权的法律含义将两造所订的“抵约”认定为典权契约,从而认定原告有回赎的权利。被告不服,上诉到四川省高等法院,二审法官认为,“事实认定,不能拘泥于文字致失真意,已经最高法院著有判例(十九年上字第四五三号)”。这条判例的裁判要旨刊载于《最高法院判例要旨(第一辑)》,全文为“契约应以当事人立约当时之真意为准,而真意何在,又应以过去事实及其他一切证据资料为断定之标准,不能拘泥文字致失真意”。^[50]二审法官认为,“原审未注意首示判例,仅拘泥于抵之一字,认定被上诉人请求领价交业为正当,显无可维持,应予废弃改判”。^[51]

再如江苏兴化县葛奎堂与胡茂森等不动产买卖合同纠纷案中,法官判决“按卖产应先尽亲房之习惯,有背于公共秩序,不能认有法之效力,经最高法院民国十九年上字第一七一零号

[44] 国民政府最高法院编:《三年来之最高法院》,1934年印行,第97页。

[45] 参见前引[13],居正文,第22页。

[46] 参见前引[8],居正文,第20页。

[47] 参见陈瑾昆:《民法通义总则》,朝阳大学出版社1930年版,第17页以下。

[48] 参见前引[1],胡长清书,第35页以下。

[49] 张远谋:《论判决例之效力》,《法律评论(北京)》1934年第11卷第11期,第3页以下。

[50] 参见前引[26],《最高法院判例要旨(第一辑)》,第8页。

[51] 参见“胡子善案”,民国新繁县司法档案,档案号:4-747,四川省新都区档案馆。

著有判例”。^[52]四川荣县张治成诉罗汉洲关于解除婚约一案中，判决主文称“按民法第九百七十二的规定，婚约应由男女当事人自行订定，又父母为未成年子女约定之婚约，若其子女成年后有一方不同意时，许其诉请解除，亦经最高法院廿一年上字第一二二号著有判例”。^[53]在基层司法实践中，还有当事人引用最高法院判例附于状纸后支持诉求的情况。如重庆璧山县赵锡恩诉何正福确认婚约有效案中，被告辩称婚约无效时称：“且退一万步言，即令系女同意自订，但女尔时尚未及十五岁，犹未达法定订婚年龄，依附抄最高法院二十四年上字一二四八号判例，其婚约亦非有效，兹原告诉请确认此项违法婚约为有效，显然不明法理。”^[54]

刑事判例情况类似，如江西高等法院在审理九江县邓青山上诉案件中，引用最高法院十九年非字第六八号判例的裁判要旨，“刑法业务过失致人死之罪，必以专从事于某种业务之人，因是项业务上直接过失致人于死，为成立之要件”，推翻了原审法院的判决。^[55]

最高法院判例对下级法院发挥实际拘束力，以此提高司法效能，是居正所希望看到的。他把判例要旨的编辑视作最高法院非常重要的工作，在《一年来司法之回顾与前瞻》一文中，他指出“因为我国法律偏缺不全，且法律规定亦时有不免发生疑义之处，故判例编辑于司法效能之增进尤属重要……凡判例可以阐明法律旨趣者，靡不尽量搜辑，于今日百孔千疮之司法现象中，得此一着，差足告慰”。^[56]最高法院也一再要求“各级推事本应随时留意，俾收统一法令见解之效”。^[57]不过，各级法院虽然认可最高法院判例的效力且在实践中不乏适用，但从全国司法机关对最高法院判例适用的整体情况看，这个时期判例发挥的实效明显不如居正的预期。1934年底，居正发现各省高等法院对最高法院判例重视不够，“分期以集各省高等法院推事到院研讨最高法院判例”，以资改善：“最高法院以该院之判决例可供裁判上之参考。各级推事本应随时留意，俾收统一法令见解之效。而高等法院又为一省之最高审判机关，所办案件非轻微事件之终审，即重大事件之第二审。其对赖于判决例之参考者，更为切要。乃查各省高法院推事，对于该院判决例每多忽略。揣其原因，或以交通阻隔、音讯难通，或以案牍纷繁，未遑披览。”^[58]

对比大理院时期，“每遇讼争，则律师与审判官皆不约而同，而以‘查大理院某年某字某号判决如何如何’为讼争定讞之根据”，^[59]最高法院的判例在全国虽仍然适用，但权威性和普遍性无疑大为降低。曹杰曾谈及大理院和最高法院时期的判例适用情况，颇有代表性：“民国肇兴，法制未备，当时制定各种法律草案，迟迟未能颁行，所可据为成文法者仅大清律例中与国体不相抵触之民事部分而已。前大理院乃采取法理，著为判例，以隐示各级法院之矩矱，于是无形中形成大理院之判决而有实质的拘束力之权威。其历年判决曾刊为判例要旨汇览，正续两编，共五卷，海内传观，奉为珍品，大有纸贵洛阳之势，虽谓吾国自民元迄今，为判例法

[52] 参见公丕祥、谢波编：《民国时期江苏高等法院（审判厅）裁判文书实录》（第一册·下），法律出版社2013年版，第1页以下。

[53] 参见“张治成诉罗汉洲关于解除婚约一案”，民国荣县地方法院档案，档案号：9-8-699，四川省荣县档案馆。

[54] “何正福婚约有效案”，民国璧山县地方法院档案，档案号：12-1-15-21，重庆璧山档案馆。

[55] 参见宋国宾编：《医讼案件汇抄》，中华医学会业务保障委员会1935年版，第126页以下。

[56] 参见居正：《一年来司法之回顾与前瞻》，《中央周报》1935年第344-345期，第42页以下。

[57] 前引〔44〕，国民政府最高法院编书，第109页。

[58] 《国内要闻》，《中华法学杂志》1934年第5卷第10、11、12期，第235页。

[59] 参见前引〔1〕，胡长清书，第35页以下。

时代,亦无不可。自国民政府成立后,陆续颁行民刑法典,……自新法颁行后,最高法院所著之判例,犹未编辑成其散见于公报者,亦不在少,惟新旧各种判例,瑕瑜互见,要在慎所选择,庶不至无所适从耳。”〔60〕

最高法院时期的主要法典均已陆续颁行,判例自然无法起到民初大理院判例那样的重要作用。除此之外,从公布机构的法定性上看,最高法院也无法与大理院的权威地位相比。虽然在实践中,最高法院承担着案件终审及判例遴选和发布的职责,但由于缺乏明确的职权界定,尤其是其与司法院在最高司法权和审判权的权力设计上层叠不清,最高法院在整个南京国民政府时期的地位都是比较尴尬的。〔61〕从判例内容的明确性上看,最高法院判例汇编比大理院判例庞杂混乱,最高法院的判决中哪些可以作为判例,以什么形式作为判例,均缺乏规范性,导致各个汇编里收录的案例并不一致,进而影响了汇编案例的权威性和约束力。从汇编版本的稳定性上看,大理院时期虽然没有颁布官方的判例汇编,但由于判例收录范围明确,判例汇编者将大理院判例悉数整理,按体系罗列即可,汇编工作不具有太多的主观性和随意性,因此大理院判例汇编也多以郭卫或吴经熊编订版本作为通行版本。而最高法院时期因为官方判例汇编刊行迟缓,出现了大量不同内容的民间判例汇编,此后整个国民政府时期都未再出现与大理院判例汇编具有同样司法影响力的最高法院判例汇编。这些因素都导致最高法院时期的判例效力与大理院时期已不可同日而语。

在最高法院的官方判例汇编中,还存在着一些内容相似甚至重复的裁判要旨。这些不同年份的裁判要旨指向同一个法律条文,解决的是同一个法律适用问题,如17年上字第107号判例要旨为“数人共同为侵权行为致加害于他人时,本各有赔偿其损害全部之责”,与18年上字第334号判例要旨“数人共同为侵权行为加损害于他人时,应连带任赔偿之责任”和19年上字第120号判例要旨“数人共同为侵权行为加损害于他人,各有赔偿其损害全部之责任”的内容几乎相同,连续三年的裁判要旨都是针对民法第185条的类似规则。〔62〕这在某种程度上也说明最高法院围绕同一个法律问题的判例,似乎并没有形成判例法意义上的拘束力,既未形成广泛的影响力,也未得到普遍遵循。

余论:判例制度之于法制地方性

最高法院的判例虽然在实际效力上已不及大理院时期,但判例遴选由最高法院负责,在法理上有过较为精细的考量,其裁判要旨本身的正确性几乎没有受到过质疑。1948年《法律评论》上刊载了一篇青年学子王继先的文章,指正一则最高法院判例在实践中的不足,算是民国时期少有的对具体判例的否定性评价。

这篇文章针对的是最高法院23年上字第3092号判例,即合同法上“承租人对于新业主是否需新立契约”的问题。最高法院的裁判要旨为:“出租人对于租赁物交付后,将其所有权

〔60〕前引〔1〕,曹杰书,第6页以下。

〔61〕直至1947年,判例作出及变更与统一解释法令权在主体上得以明确分离,判例的作出主体为最高法院,而统一解释法令权则由司法院大法官会议执掌。参见李相森:《当前案例指导制度存在的若干问题及其完善——以民国判例制度为参照》,《东方法学》2016年第1期,第127页以下。

〔62〕参见前引〔26〕,《最高法院判例要旨(第一辑)》,第11页以下。

让与第三人时，其租赁契约既对于受让人继续存在，则在承租人与受让人继续存在，则在承租人与受让人间自无须另立契约，于受让之时，当然发生租赁关系。”这一判例涉及民法中的买卖不破租赁规则，强调即使租赁物所有权变更，新的所有权人和承租人也无须另立合同。

王继先撰文反对这一要旨，因其与四川各地的租佃习惯相悖。在四川租佃习惯中，所有权转让后，新的所有权人需要与原承租人另立新合同，即民间的“投佃换约”习俗。他认为最高法院判例并未知悉四川地方习惯的实践合理性，原因有三：其一是投佃换约虽然看起来是加重了承租人负担，但事实上，“换订新约不过一举手之劳耳，其租赁条件既未变更，且于承租人亦无损失，反而可因换订新约而减少日后许多无谓之纠纷”；其二是当时四川的不动产登记制度未普遍实施，换约是为了使第三人能够更加清楚地了解租赁物的权利状况；其三是投佃换约后，承租人和新业主形成完全的新契约，原出租人在法理上才算是完全脱离了原先的租佃关系，减少了今后的契约纠纷。“晚近都市发达，自耕农减少，其因租赁纠葛而涉讼者甚多，如不谋取公平合理之措施，施以简化或厘清法律关系，影响社会秩序，莫此为甚。”〔63〕

这篇论文在当时未引起反响和回应，此则判例也一直收录在最高法院的判例汇编中。〔64〕王继先的论述提示了一个当时并未受到关注的问题：裁判要旨体系化的判例汇编方式，将复杂的案件提炼为一则附属于法律条文下的补充规范，最高法院的判例在司法实践中所发挥的功能已与同时的法律条文无异，在排斥了裁判要旨所在案件的复杂案情和特殊环境之后，判例在对待区域差异极大、民间习俗各异的中国地方社会，相较于成文法，到底还有何制度优势和存在价值？

事实上，近代中国的最高法院，包括之前的大理院，其判例的汇编方式，都可以大致归类为司法者立法的“法官造法”形式，其目的是以判例的方式统一法制。〔65〕不过这也使得近代中国的判例与英美法系的判例相比，在形式和功能上已有许多中国本土的特殊之处。〔66〕由于近代中国的判例是以体系化的裁判要旨指导或影响司法实践的，这种形式的判例连同当时的司法院解释例一起，是司法机关对民国宪法所赋予的法律解释权的行使。其虽称为判例，但下级法官尤其是基层法官在审理案件中，并不会查阅案件本身，只会关注从案件中抽象提炼出来的裁判要旨。因此，下级法院查询和适用判例中的裁判要旨，与其说是为了追求法制统一的同案同判而寻求既有案例的既有判决，还不如说是基层法官在成文法资源有限的情况下在体制内寻求有效的裁判规则。

相较于英美法系的判例不仅仅来源于最高法院，且不同级别的判例在不同区域的效力也不尽相同，〔67〕近代中国只有大理院或最高法院的案件才可能被称之为判例。《司法公报》开始两年所公布的判例中还曾有过一些地方法院的判决，〔68〕但随着司法统一的呼声日益高

〔63〕 参见王继先：《从四川租赁习惯试评判例法》，《法律评论（北京）》1948年第16卷第3期，第9页。

〔64〕 新近收录见前引〔14〕，“2015要旨”，第216页。

〔65〕 直至我国台湾最新出版的判例汇编，采取的仍是按现行法律条文将裁判要旨体系化的方式汇编。杨鼎章在序言里提到，编辑这些判例的目的是“以期能避免同法异判之弊”。参见前引〔14〕，“2015要旨”。

〔66〕 欧陆国家也有以判例维护成文法国家司法统一的情况，但因其判例总量较少，如德国“自1950年联邦最高法院成立至今，联合审判庭和大民事审判庭总共颁布了40个判例”，与近代中国的判例似无可比性。参见卢佩：《司法如何统一？——以德国联邦最高法院判例为实证分析对象》，《当代法学》2014年第6期，第125页以下。

〔67〕 参见林喜芬：《美国法院遵循先例的运行机制及启示》，《比较法研究》2015年第2期，第69页以下。

〔68〕 参见《司法公报》从民国十六年（1927）12月15日的创刊号至民国十七年（1928）8月15日第17期，共收录21件地方法院判决。

涨，^{〔69〕}地方法院的案件在1929年后的《司法公报》中就不再出现了。清末民初地方军阀割据的政治现实让法律人对法制地方化始终保持着极高的警惕，司法统一成为重要的改革诉求。然而，中国的地区差异远胜英美，如果判例的形成忽视地方司法实践的差异，自然就会出现前述王继先所指出的全国性规则之于地方性习惯的冲突。如果司法机关的判例被剥离了具体场景，抽象成为类似或等同于立法机关颁布的法律条文，那么判例根植于司法实践的核心特征就无法在司法适用过程中得到彰显，判例相较于成文法的优势也无法得到真正体现。随着近代以来中国成文法典的日益完善，判例的影响力自然也就日益衰减了。

Abstract: Different from those in the *DaliYuan* period, the case reports in the Republic of China period were compiled against the background of the successive promulgation of statutory codes. In the process of transition from law-making function to law interpretation function, the case law was still an important way for the highest judicial organ to exercise the power of law interpretation. Since the official reports of judgments were not compiled in a timely manner, a large number of non-official reports of cases appeared in the Republic of China period, and the contents of different versions of these reports were different because of the unclear definition of the cases. In order to facilitate the application by judges, most case reports extracted, split and reorganized the digests of judgments in the cases, and compiled and systematized the digests of judgments of the highest judicial organ cases in the style of the existing legal provisions, thereby formed a *de facto* system of supplementary legal rules. This method of case compilation increased the convenience of application of case law, but masked the judicial characteristics of precedents, and failed to manifest the practical advantages of precedents over statutory law. With the increasing perfection of statutory codes, the decline of the influence of precedents in modern China became inevitable.

Key Words: modern China, highest judicial organ, precedents, case reports

〔69〕 参见刘昕杰、陈佳文：《民国司法改革的开篇》，《苏州大学学报（法学版）》2020年第4期，第36页以下。