



从民国时期判例造法之争看法典化时代的法律场

Mingzhe Zhu

► To cite this version:

Mingzhe Zhu. 从民国时期判例造法之争看法典化时代的法律场. *Droit et politiques* (《政治与法律》), 2018, 2018 (11), pp.127-142. <10.15984/j.cnki.1005-9512.2018.11.011>. <hal-03859093>

HAL Id: hal-03859093

<https://hal.science/hal-03859093>

Submitted on 16 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

从民国时期判例造法之争看法典化时代的法律场

朱明哲

(中国政法大学比较法学研究院, 北京 100088)

摘要: 民国时期进行法典起草的前后, “判例造法”一直是司法与学说中争论不休的问题。判例在实践中彰显着一种规范的创制权并成为了一种独立的法律渊源。虽然成文法没有明确的规定, 学说却认为司法机构在一定条件下能取得立法者的地位, 并创制法律规范。为了证明自己的立场, 法学家提出了在法典化时期判例造法的必要性、扩大化的法律概念, 并从域外引入了“法律社会化”的主张, 认为司法机构应当适用社会中的法而非法典中的形式规范, 去发现社会中正在形成的“活法”的应该是法学家而非法官。民国时期政治权力、司法、法学三者的力量对比形成的客观结构显示, 法学家一方面通过为司法提供支持而让判例成为独立的法律渊源, 另一方面又通过使用生成于政治语境中的语言模式为学说本身赢得了一定的权威。

关键词: 判例造法; 民国; 法律场; 司法; 法典化

中图分类号: DF092 **文献标识码:** A **文章编号:** 1005-9512(2018) 11-0127-16

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2018.11.011

从各国的经验看, 民法典的编纂往往是“法典化时代”的巅峰。在法律渊源领域, “法典化时代”意味着法典成了所有法律渊源的核心, 其他的法律渊源的地位取决于其与法典的关系。^① 我国《民法总则》第 10 条的规定就体现了这种认识。即便学者中始终不乏呼吁立法机关承认更多法律渊源者, 这一条文仍只承认了习惯的补充性渊源地位。在法律概念领域, 法典化意味着“法律来自人的创造而非发现”的观念占据主导地位。既然立法者可以通过法典创造法律, 那么其他的法律职业是否也以自己的方式创造法律? 这就引出了“判例造法”。笔者于本文中所称的判例造法, 是指司法机关以判例创造规范, 它既包括了法律的续造, 也包括了改变法典规则的情况。无论立法者是否承认, 学说 (la doctrine) 与判例 (la jurisprudence) 在各个大陆法系国家的司法实践中都成了事实上具有拘束力的法律渊源。这背后的时代因素其实非常简单。首先, 本来用于保证法律秩序之内在价值统一和规范

作者简介: 朱明哲, 中国政法大学比较法学研究院讲师, 法学博士。

* 本文系作者承担的国家社科基金青年项目“中法法律交流档案研究(1877-1958)” (项目编号: 17CFX007) 的阶段性研究成果, 并受“中国政法大学第五批青年教师学术创新团队项目” (项目编号: 18CXTD10) 资助。

① 参见于飞《民法总则法源条款的缺失与补充》, 《法学研究》2018 年第 1 期。

融贯性的法典,因为特别法渐次增加而逐渐丧失其规范整合功能。^②其次,伴随全球化产生的法律碎片化现象越来越普遍和明显。^③最后,社会生活中出现了大量新事物,不但挑战着现有法律规范,也挑战着法律知识体系。以上三个时代特征导致学说和判例更积极地参加规范创造的过程,并在实质意义上改变着法律的内容。因此,不能仅仅因为法律中没有规定,就否定判例与学说之法律渊源地位,也不能认为司法裁判只是将立法者的规定具体化、学说只是对不同形式的规范进行体系整合。于是,在大陆法系国家以法典为核心建立起来的当代法学理论体系中,出现了重新审视学说与判例在规范创造方面之作用的潮流。其实,在是否承认学说与判例之规范创造力背后,还有一个更深层次的理论问题:到底是什么因素决定了一个法律体系中法学与司法的功能?

如果不回答这个问题,人们就无法正确认识学说与判例在法典化时代如何创制规范。实际上,晚近国内的研究已经提出了类似的疑问。《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(法释〔2009〕14号)对判例只字不提,最高人民法院却发布指导性案例。学者们在关于判例对指导性案例的引用、效力的讨论中,又不断提出其法律渊源地位的问题。同时,法学研究者应当如何对待指导性案例也成了逐渐浮出水面的问题。理解决定学说与判例之间关系的因素能够帮助人们分析和理解两种法律渊源以及与其相对应的两个法律群体在规范创制方面的作用与能力。

基于以上实践关切,笔者拟于本文中以民国时期关于判例造法的争论为素材,研究学说与判例的关系。民国时期是我国法律与法学现代化的一个关键时期。以民法为例,从1912年中华民国建立到1931年中华民国《民法》(以下简称《民法》)全部施行,这十九年是希望编纂一部体系化的成文法典却一直没有真正实现该目标的阶段。在此期间,大理院、司法院实际上先后发挥着规范创制的功能,并为日后的法典编纂奠定了坚实基础。其工作的材料除了《大清现行刑律》中不与共和政体相悖的民事部分和其他单行法规则以外,还有通过法学继受的欧陆法系概念和原理。^④在《民法》生效之初,司法上又涉及新旧规范融合问题。不妨以此考察学说和判例在中国民法典早期施行中的互动,并用法国社会学家布迪厄(Pierre Bourdieu)的反思社会学(sociologie réflexive)作辅助性理解。研究者把法律实践理解为一种特殊的“社会场”(champ social),不同的法律职业从业者在此场域中竞争关于“说出法律”的垄断权。^⑤民国时期的相关论争展现了立法、司法、学说三种力量之间的相互作用。

一、判例造法的双重属性

所谓判例造法,指的无非是司法机关在解释立法时实质上创造规范。其载体既包括了对具体案件的个案裁判(“判”),也包括了一般性发布的解释例(“例”)。关于判例造法的论争之所以在民国时期的法学界产生,正是因为成文法规范将判例和解释例作为权力和法律渊源来处理,却在权力之行使和渊源之位阶等问题上留下了过多的不确定性。

(一) 作为权力的判例造法

民国的最高司法机构之沿革,大略可以划分为1912年到1927年的(北洋政府)大理院时期和

^②参见陆青《论中国民法中的“解法典化”现象》,《中外法学》2014年第6期。

^③参见高鸿钧《法律全球化的理论与实践——挑战与机会》,《求是学刊》2014年第3期。

^④参见黄源盛《中国法史导论》,广西师范大学出版社2014年版,第420-421页。

^⑤Cf. Pierre Bourdieu, “La force du droit. éléments pour une sociologie du champ juridique”, Actes de la recherche en sciences sociales, 1986, vol.64, no°1, p. 3-19.

1928 年到 1949 年的(国民政府) 司法院时期。^⑥ 1914 年的《平政院编制令》将行政诉讼和公务员惩戒交由平政院掌握。直至 1928 年《司法院组织法》生效,其第 1 条重新把民刑事案件、行政案件与公惩案件的最高审判权都划归司法院掌握。两个时期变易之际,自然于司法权和司法行政权归属、行政诉讼管辖权等方面有显著的变化。如果说大理院大体上是最高司法机关的话,司法院则因为审判权和司法行政权集于一身,表现出更复杂的性质。^⑦ 为了行文方便,笔者于本文中仍以“最高司法机关”统称大理院和司法院。司法机关不仅有权就具体个案解释法律之适用,也有权一般性地发布对法律的抽象解释。这些解释就是判例造法的具体表现形式。

无论是在大理院时期还是在司法院时期,只有最高司法机关方能以判例造法。从大理院时代到 1947 年“行宪”之后,民国司法系统的规范创制权仅能以“法律解释”之名规定在各部法律之中。它一方面抽象地对法令发表意见、进行解释,并统一法律适用;另一方面以裁判的形式在具体个案中解释法律。《暂行法院编制法》中著名的第 35 条便规定了“大理院卿有统一解释法令必应处置之权”,并有因为审检衙门或其他国家机关之质问而统一解释法律之权。其第 37 条更具体地规定“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,由大理院长依法令之义类,开民事科或刑事科或民、刑两科之总会审判之。”可见判例和解释例对大理院及地方各级审判机关有拘束力。^⑧ 在大理院时期,民庭在具体的判决中进行的解释虽然裁断的是个案中的权利和义务,其判例的写作模式却是提出一般性的规则。^⑨ 并且,大理院各庭在解释法令的意见与成案有异的情况下可以开“总会”审判,这也就意味着“总会”可以变更之前的判例。可见,大理院除了统一解释法律,亦以判例和“总会”的方式经由具体的个案解释法律。刘恩荣解释《修正暂行法院编制法》第 35 条时认为该条“既著有‘统一’二字,则当然有拘束一切之效力,纵事实上或有反对之见解,而法律上不能认反对为有效”。^⑩ 所以,此处所说判例可以普遍性地确定法律的意义。就算是借判例而进行法律解释,其结果也具有一定的抽象性。

到了司法院时期,1928 年《司法院组织法》第 3 条规定“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。”可见,司法院保留了对法令进行统一解释和通过判例变更调整对法律之解释的权力,和大理院时期几无二致。这一时期的判例继续保持了提出一般性规则的风格。黄源盛于是认为 1922 年以前几乎“有一判即有一例”,乃至“有谓此种判例的产生即不啻于大理院的立法矣”。^⑪ 至于解释例,则如芮沐所言,司法院解释法律的制度安排令“其所解释者,规定当为抽象的疑问,解释例之效果自与判例之为某某切实案件所关系又不同”。^⑫ 袁家城也强调“既存之法律,一经有权者解释,其义遂定,不能更为他之解释,即所解释之意义,视为法律之真正意义,有一定效力,违反之者,须受制裁。”^⑬

由此可见,民国时期司法机关所发布的个案裁判和解释例其实都是抽象性的规范创造。因此,以判例造法又在实践中成了一种由司法机关所掌握的规范创制权。后来,1935 年国民政府的《宪法草

⑥参见张生《民国初年的大理院——最高司法接管兼行民事立法职能》,《政法论坛》1998 年第 6 期。1927 年大理院改为最高法院,后成为 1928 年《司法院组织法》所设立之司法院的一部分。参见聂鑫《近代最高司法机关的新范式》,《中国社会科学》2007 年第 6 期。

⑦参见上注,聂鑫文。

⑧参见“十五年抗字第二〇号”,载郭卫编《大理院判决例全书(下)》,上海法学编译社 1933 年版,第 823 页。

⑨参见前注⑥,张生文。

⑩刘恩荣《论大理院之解释与其判例》,《法律评论》第 37 期(1924 年)。

⑪黄源盛《民初法律变迁与裁判(1912-1928)》,政治大学法学丛书(台北)2000 年版,第 74 页。

⑫芮沐《司法院对行政法令之解释》,《明日之中国》1936 年第 1 卷第 2 期。

⑬袁家城《论法律解释权(续)》,《越旭》1926 年第 6 期。

案》(“五五宪草”)第 79 条也为统一解释提供了基础“司法院有统一解释法律命令之权。”同年生效的《法院组织法》第 25 条进一步确定了变更判例会议制度“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召集变更判例会议决定之。”到了 1947 年《司法院组织法》通过后,在司法院内再设大法官会议,解释“宪法”并统一解释法律、命令。

综上所述,民国最高司法机关对法律的解释可以约束下级审判机关。大理院和司法院进行法律解释的途径都有三种:以解释例统一解释;以个案裁判解释法律;以变更判例会议改变此前的法律解释。可见,法律中规定的“法律解释”之权实际上是一种规范创制权。黄源盛敏锐地意识到了民国司法机关“创例视同立法”。^⑭乍看之下,最高司法机关以判例造法的权限和程序都已经很明确了。然而,事实是司法机关的权力在内部和外部两方面都不稳定。内部的不确定因素是不同的法令应由哪个机关解释。如行政法令的解释权应当属于行政法院还是最高法院的争议,便是上述不确定因素的一个面向。^⑮外部的不确定因素是最高司法机关也一直面临着来自立法者对解释权的竞争。事实上一旦把解释作为一种“权力”,各机关之间相互竞争必然难以避免。《民法》生效后,围绕判例产生的疑惑不但没有消除,而且增加了。正是在此契机下,出现了围绕法律解释而展开的一系列讨论。

(二) 作为法源的判例造法

最高司法机关无疑通过在判例中解释法律而创造规范。其争议在于这种实质上存在的(de facto)规范创制权力是否使判例在法律上(de jure)也具备了法律渊源的地位。笔者认为,如果细致考察《民法》的第 1 条,就可以认为立法者有意把判例排除在正式法律渊源之外。

法律渊源理论是 19 世纪欧洲民法学的一个重要理论增长点。^⑯民国时期的民法学者也受了这一风潮的影响。其表现就是在法典中对法律渊源采取了列举式规定。然而,历来法典的列举规定中均不见“例”的字样。于是,学者对民国时期判例是否为法律渊源、与其他法律渊源的关系等问题争论不休。^⑰笔者认为,与基本上同时期其他国家成文法中关于法律渊源的规定相对比,中国的法典化进程中关于法律渊源规定的沿革将展现其独特的意义。

《大清民律草案》第 1 条规定“民事本律所未载者,依习惯法,无习惯法者,依条理。”大理院时期,在废弃了《大清民律草案》的情况下,“三年上字第 70 号”判决中的表达是“法律无明文者依习惯法,无习惯法者依条理”。^⑱后来生效的《民法》第 1 条的表达是“民事,法律无规定者,依习惯,无习惯者,依法理”。通说认为,该规定来自《瑞士民法典》第 1 条。^⑲然而,这种说法无法成立。无论时人作如何声明,通过与《瑞士民法典》和其他可能出处的对比可以看出,其实中国法典中对法律渊源的规定应当另有出处。对这一规定的来源辨析将揭示法典起草者对规范创制权配置的考量。

首先,类似条款并非《瑞士民法典》所独创。1874 年的《德国民法典草案》曾规定“裁判官应依

^⑭同前注^⑪,黄源盛书,第 73 页。

^⑮参见前注^⑫,芮沐文。

^⑯Cf. Alain Papaux, “Aux sources du droit: L’ autorité et la ruse”, Revue interdisciplinaire d’ études juridiques, 1 mai 2013, Volume 70, no° 1, p. 207-223.

^⑰参见黄源盛《民刑分立之后——民初大理院民事审判法源问题再探》,载柳立言主编《中国史新论——法律史分册》,经联出版公司(台北)2008 年版,第 313-366 页;黄圣葵《大理院民事判决法源之研究》,政治大学法律学研究所 2002 年硕士论文。

^⑱“三年上字第 70 号”,载郭卫编《大理院判决例全书》(上),上海法学编译社 1933 年版,第 29 页。

^⑲参见王伯琦《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社 2004 年版,第 175 页;苏永钦《民法第一条的规范意义——从比较法、立法史与方法论角度解析》,载苏永钦《跨越自治与管制》,五南图书出版社(台北)1999 年版,第 283-321 页。有论者进而认为《大清民律草案》也效仿了《瑞士民法典》第 1 条。参见李敏《〈瑞士民法典〉“著名的”第一条——基于法思想、方法论和司法实务的研究》,《比较法研究》2015 年第 4 期;德美《探索与抉择——晚清法律移植研究》,清华大学出版社 2003 年版,第 375 页。

照本法进行裁判,本法没有规定的依习惯法;不存在习惯法的情况下,裁判官依照法理进行裁判。”^{②①} 1875 年的日本《明治八年太政官布告第百三号》关于法律渊源的表述是“于民事裁判,无成文法者,依习惯;无习惯者,推考条理而裁判之。”就时间上看,不可能认为 1875 年的日本太政官布告承袭自 1907 年的《瑞士民法典》。就 19 世纪末法律学说交流的情况而言,似乎也不太可能认为《瑞士民法典》的起草者效仿的是日本太政官布告。更合理的解释是两者可能有一个共同的渊源——《德国民法典草案》。《德国民法典草案》启发了日本的上述太政官布告,而《瑞士民法典》的起草者除了《德国民法典草案》以外,可能还参照了惹尼(François Gény) 1899 年的著作《实在私法的解释方法与法律渊源》。^{②②} 当然,几份文本之间的继承关系还需要更多的史料支持,不能仅凭猜测,但无论如何,《瑞士民法典》肯定不是《大清民律草案》和《民法典》唯一的参考资源。

其次,从文字上看,中国的法典与上述太政官布告的相似性更高。《瑞士民法典》第 1 条规定:“凡本法在文字上或解释上有相应规定的任何法律问题,一律适用本法。如本法没有可以适用的规定,法官应依据习惯法,无习惯法时,应依据他作为立法者所规定的规范裁判之。于此情形,法官应遵循公认的学理与判例。”^{②③}如果瑞士法是蓝本,那么民国政府制定的《民法》在第 1 条中不但否定了裁判者可以取得立法者的地位,而且有意把“公认的学理与判例”替换成了“法理”。如此一来,起草者反而把时间顺序上较晚、规定也更为细致的瑞士法变回了 19 世纪末较为粗糙的表达,这样的假设显然不合理。相反,将前引有关法律渊源的不同表述加以比较,一个显而易见的结论是东亚国家的三个条文之间无论是在结构上还是在用词上相似程度都更高一些。

最后,也是最重要的是,《瑞士民法典》第 1 条背后的法哲学和其他的规范都有所不同。认为《瑞士民法典》更重要的观点可能因为《大清民律草案》也使用了极具特色的“本法”(La loi; Das Recht)表述而得到支持。然而,对比之下,至少有两点理由说明后来的研究者可能高估了《瑞士民法典》对我国的重要性,也低估了其特殊性和创新性。其一,无论是从表达上还是从结构上看,东亚的三个文本和 1874 年《德国民法典草案》的相似程度显然更高。这种相似性令人不得不猜测,上述太政官布告可能直接受益于 1874 年《德国民法典草案》,并在《大清民律草案》和《民法》关于法源的规定的形成过程中具有不可忽视的重要影响。其二,《瑞士民法典》采取了不同于其他规范的法哲学观点和立法技术。《瑞士民法典》的起草过程和“自由法运动”的风起云涌在时间上重合,在“自由法运动”的积极倡导者眼中,其第 1 条也确实是该运动的果实。起草者意识到法典和对法典的解释是两种相对独立的事物。同时,他们还承认法律可能存在无论如何解释也无法填补的漏洞。为此需要超越制定法的法律渊源。不过,最具革命性的见解是,在穷尽成文法和习惯法仍无法解决法律问题时,允许法官在个案中取代立法者创制法律。^{②④}“公认的学理与判例”虽然可以作为一种对法官权力的限制,法官却在很大程度上可以自行判断哪些学理和判例是“公认的”。东亚的三个文本都相当明确地拒绝了法官取代立法者地位的可能性,所以它们和《瑞士民法典》第 1 条有实质的、法哲学立场上的不同。

对法源条款来源的辨析显示,民国时期的法典起草者有意识地希望限制法官在适用法律时进行“造法”以填补漏洞的权力。不管法典起草者最终是从日本还是从瑞士获得启发,无可争议的是他们

^{②①}参见张生《清末民事习惯调查与〈大清民律草案〉的编纂》,《法学研究》2007 年第 1 期。

^{②②}至少惹尼在该书再版的附录文章中不无自得地提到了《瑞士民法典》对其理论的肯定。François Gény, “Les pouvoirs du juge d’après le Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Chapitre troisième de l’épilogue)”, in Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif : essai critique, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919, vol. II/II, p. 308-329.

^{②③}《瑞士民法典》的德文、法文、意大利文本中第 1 条的表达稍有不同。笔者于本文中暂且使用谢怀栻从德文文本翻译的中文版本。参见谢怀栻《大陆法国家民法典研究(四)》,《外国法译丛》1995 年第 2 期。

^{②④}参见前注^{②③},李敏文。

一定都同时知道两种可能的选项。就算最后《瑞士民法典》“著名的”第 1 条是来源,拒绝让裁判官享有立法者的地位和把“判例”移除出列举的法源,也显然是起草者有意为之。甚至可以进一步推论,删除了“或解释上”的字眼也是有意否定通过法律解释创制规范的可能。可是,拥有着悠久制定法传统的帝制中国一直存在着通过判例形成的案例法,参考甚至还未经“通行”而著为定例的先例,以至于在影响力上不次于英国司法上的先例。^{②④}到了共和时代,北洋政府时期需要法院于法典不存、法制并不完备之时采取更积极的态度;南京政府时期又需要法院调和外来规范与本土实践之裂痕。就算不强调散见于各种法院组织法上对判例与解释例之拘束力的规定,法院——特别是最高司法机关——在一定程度上需要制定规范也是不争的事实。

民国时期,立法者所制定的法律条文创造了一个广阔的可能解释空间,让判例与解释例的性质变得晦暗不明。从民法典文本看,判例和解释例最多作为“条理”或“法理”的组成部分而成为法律渊源。各法院组织法却又强调最高司法机构的判例具有“拘束力”。《民法》明确地拒绝了司法取代立法者地位的可能性,但判例又实际上创造着新规范,且判例与解释例确实是司法上赖以回答法律问题的资源。“本院历来判例”“本院判例所屡经说明者”“本院采为判例者”“本院著为判例者”等类似的说法广泛出现在大理院的判例中,此种语言样态确实能“充分证明大理院是直接以判例作为审判依据,承认其具有法律上的拘束力”。^{②⑤}那么,一个疑问旋即产生,并重新落至法律渊源理论的规范性面向:司法机关创制规则具有正当性吗,或者说,法官可以在某个时刻拥有立法者地位吗?如果说,民国时期的成文法对此并没有明确答复,那么,当时的学说却给出了相当肯定的答案。

二、学说肯定判例造法

民国时期的法学家几乎一致支持司法机关拥有创制规范的权力,并肯定判例是一种法律渊源。许多法学家甚至在《民法》生效后仍主张法官可以脱离实定法的约束而自行发现社会中的法律。当实定法为判例之地位创造出如此多可能性时,不但司法实践确实利用了这种可能性的空间创制规范,而且学说的立场也出人意料地统一。法律理论在意识到判例造法的困难之后仍合力通过强调判例造法的现实必要、扩张法律的定义,从而使法官的造法权正当化,让最高司法机关的法官实际上具有了《瑞士民法典》第 1 条所规定的法官之权力。关于法律解释方法的论著中,则有重要的流派主张法律解释不能拘泥于文义。正是在这种合力中,可以发现法典化时代的学说与判例之间存在的微妙关系。

(一) 判例造法的合理性

1. 判例造法的现实必要性

学者对司法造法之肯定,最直接地体现在学术作品中引用造法性判例,而学者在引用判例时,又总是把它作为法律的一部分来处理。早在大理院时期,以《法政杂志》为代表的期刊便汇集出版大理院关于某一事项的判例。如在《民法》生效前争议较多的妾之身份问题上,该刊即录大理院刑事判决元字第 29 号,并加以评价:“此案大理院以不认一夫多妻制之存在为前提,而法律上又不能以人为目的物,故廖礼耕之对于陈五妹遂成绝无关系之人,而不能取得告诉权。观之此案,吾国之多妻者当知所警矣。”^{②⑥}可见,成文法虽未对妾之身份统一解决,大理院却不妨创造规则,而学界对这种由大理院

^{②④}参见陈新宇《帝制中国的法源与适用——以比附问题为中心的展开》,上海人民出版社 2015 年版,第 101 页;王志强《中英先例制度的历史比较》,《法学研究》2008 年第 3 期。

^{②⑤}同前注^{②④},黄圣葵文。

^{②⑥}《大理院关于妾之判例》,《法政杂志》1913 年第 8 期。

创设的规则是欣然接受的。相对于期刊,教科书肯定更为重要。《民法》生效后,许多具体的制度尚未细化落实,而法学(特别是民法学)的体系又必须在课堂上讲授,法学家也就不可避免地把一些判例看作法律的规定,作为讲解具体内容的素材。如胡长清就在讲解关于外国人权利能力之限制时,举大理院 1919 年上字 919 号判决和 1920 年上字 593 号判决为例,说明外国人在土地所有权、资源所有权等方面的限制。^{②7} 法条中只说外国人权利能力得为“法令”所限制,胡长清此举无异于以判例为法令了。史尚宽在其《亲属法论》中亦常出于实质平等考虑而收录以例破律的判决。^{②8} 类似的情况在其他民国时期的法律教科书中并不罕见。

然而,在民国前期,人们并未完全理解法律解释的性质。令最高司法机关头痛的解释提请滥用就是一个很好的例子。王宠惠曾经批评下级法院把具体个案改头换面直接询问大理院的意见,导致解释提请实际上成了大理院代替下级法院做出判决。^{②9} 虽然南京民国政府时期《司法院统一解释法令及变更判例规则》第 3 条第 2 项规定“请求解释以抽象之疑问为限,不得胪列具体事实”,但实际上“请求解释之公牒无不多少列述具体事实”。^{③0} 由此可见,在整个民国时期,虽然从规范的意义上来可以强调统一解释并非针对具体个案,但实践中请求最高司法机关解释往往成了下级法院解决个案的一种手段。

虽然最高司法机关以此为苦,学者却表现出了对下级法院的一定程度理解。如果法律适用不可避免地涉及法律解释,又如何能把法律的解释之“权”统一于最高司法机关从而排除其他司法机关的法律解释活动呢? 所以制定法中的规定本来就无遵守之可能。对此,袁家城就认为“或谓法律一经解释,即不免有多寡之变更,既有变更,即为立法;故释法者表面虽无立法权,而实际则有之。”^{③1} 对此,他虽然“颇认为不正当”,却也承认这种思潮并非全无根据。采同样立场的还有刘恩荣。他认为大理院有权以新判例取代旧判例为解释就是让其判例具有拘束一切的效力,严格按照《法院编制法》,“此种见解,固难谓当”。因为《法院编制法》第 45 条“大理院或分院,发交下级审判厅之案件,下级审判厅对于此案,不得违背该院法令上之意见”)应解释为:大理院对上诉案件所为之裁判仅能拘束受发交的下级审判厅,而不能拘束其他下级审判厅,而且受发交的下级审判厅对于其他案件亦不受该判例拘束。他却也承认“但从实际论之,亦非无相当之理由。盖我国法典,多未编订,不啻不文法国……有判例作为准则,法院与人民,均有所依据,不致感下无法守之苦。”^{③2} 可见彼时法学家多认可最高司法机关的确有必要以判例造法克服规范缺失之弊。

一方面,释法提请泛滥,使对法律的抽象解释实际上变成具体个案中的解释,另一方面,无论判例还是解释例,司法机关又确确实实在创制法律,规范中存在区分的两种解释形态反而边界模糊。今天的观察者可以认为民国时期最高司法机关的解释形同立法,当时的法学家也有类似的认识。刘恩荣就说,大理院所为的解释“性质为抽象的,与法规性质完全相同,故又有谓解释权为立法权者,虽与三权分配之旨,似有抵触,要亦非无因之论,此可见解释效力之广大也”。^{③3} 大理院和司法院的解释例和判决要旨都具有极高的抽象性,所以外观上与立法相似。刘恩荣也意识到,根据权力分立的原则,不能把解释作为一种立法权,只不过在国家政制和法律时刻处于变动中的时代,允许解释不失为一种权

^{②7} 参见胡长清《中国民法总论》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 64 页。

^{②8} 参见史尚宽《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 476 页。

^{②9} 王宠惠《改良司法意见》,《东方杂志》1920 年第 20 期。

^{③0} 同前注^{②9},芮沐文。

^{③1} 同前注^{③0},袁家城文。

^{③2} 同前注^{③1},刘恩荣文。

^{③3} 同前注^{③2},刘恩荣文。

宜之计。可以肯定的是,法律解释一定程度上超越了立法权和司法权之间的界限。如此,学说的立场就昭然若揭了:虽然最高司法机构的法官没有明确像《瑞士民法典》第 1 条所称的“作为立法者”,但实际上行使着并出于实践的必要性应该继续行使规范的创制权。

2. 判例造法的理论可能性

当然,反对把判例作为法律渊源(至少反对作为正式法律渊源)的主张并非不存在。朱显桢从实证主义的角度出发,认为在法律生效后法律解释本身并非由“国权而担保者”,因而不能具有法律渊源的地位,^④不过,实证主义的主权观未必一定反对司法造法,关键还是在于如何理解主权。罗鼎就举奥斯丁学说,把司法权也作为主权的一部分。^⑤那么,不可分的主权如果真的通过司法活动创造规范,于理论上也无滞涩之处。司法与立法之间的界限最终因为它们都统一于主权而被罗鼎绕过了。于实践中,最高司法机关也在判例“二年上字第三号”中明确了习惯法的判断标准和效力。这样一来,本来明确列举在《大清民律草案》中作为法律渊源的“习惯法”,最终却仅仅因为判例的承认而获得实证法的地位。^⑥并且,前述“三年上字第七〇号”更是先于《民法》确定了法律渊源的位阶。于成文法而言,在民法典生效之前,“现行律民事有效部分”固然是重要的(甚至是最重要的)法律渊源,却借由大理院的判例和解释例才解决了适用和民刑事规则之间的转换问题。^⑦因此,最高司法机构的解释岂止是法律渊源,简直是最重要的法律渊源之一了。正是它在法典的筹备阶段(也就是法典化的时代)决定着法律渊源的种类和位阶。无怪乎蔡枢衡会如此强调法律解释在事实上的效力“可是条文本身只是法律的形式,法的本质之一属性,全法律的一因素;不是法律的全本质,尤其不是全法律。成文法国家的条文以及六法全书的内容只是认识法律的指南针,发现法律的一个条件。法学的结论是裁判的判断之源泉,裁判之判断是法学之深刻化或发展了的法学。法学的结论和裁判的判断互为因果,法律便在这中间益趋完全。”^⑧

于是,判例不仅与成文法和法学并列组成“全法律”,更与法学一道,以法学为源泉,成为发展了的法学,从而是法律能够益趋完全的关键一步。在这个意义上,司法与法学“合谋”,超越了成文法,成了真正创制法律的力量。

在学说的解说下,成文法的语义范围内地位暧昧的法律解释竟然成了重要的法律渊源乃至形同立法,甚至具有了超然于其他法律渊源的地位。民国时期的法学家在关于法律解释的讨论中从法律条文、实际需要、司法现实等角度全面捍卫法律解释的规范创制权,可谓煞费苦心。实践中司法院统一解释变成了对个案中法律适用的解释,并且在个案中也采取抽象、普遍的解释。学说证成了法律解释之实际拘束力,法官俨然以立法者的形象于司法实践中登台。《大清民律草案》和《民法》的起草者有能力在文字上避免《瑞士民法典》第 1 条的设计,却无力阻止司法和学说合力让实践展现出甚至比“著名的第 1 条”更自由的司法造法权。如此说来,《瑞士民法典》第 1 条到底是不是“民事,法律无规定者,依习惯,无习惯者,依法理”的源头变得无足轻重,重要的是,时人大多如此想象,又确实经由实践和理论的循环往复使《瑞士民法典》的条文确实成为了理解中国实践的钥匙。

(二) 源于社会的判例

前文分析了学说如何在论述中肯定司法机关以例造法的实践,但这种形式意义的结论并不足以

^④朱显桢《法律解释论》,《社会科学论丛》1935 年法律专号第 2 卷第 8、第 9 号合刊。

^⑤罗鼎《法律解释上之英美法源》,《法律评论》1923 年第 17 期。

^⑥参见“二年上字第三号”,载郭卫编《大理院判例全书》(上),上海法学编译社 1933 年版,第 29 页。

^⑦参见段晓彦《〈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。

^⑧蔡枢衡《中国法治的根本问题》,《当代评论》1941 年第 6 期。

展现学说与判例关系的全貌。从理论上说,既然学说认为司法之例本质上是法律解释,如果法律解释不能偏离文义或者不能偏离立法者的主观目的,那么判例仍然只是立法的派生作品。相反,如果学者认为司法不必拘泥文义和立法者的主观目的,那么可以说学说在形式和实质两方面都支持司法权确实拥有创造法律所没有的规则或者改变法律中的规则的权力。因此,判例之规范创造力又转化成了法律解释理论的问题。下文将说明,中国的法学家恰恰在法典化的时代孜孜不倦地提醒法律的解释者,正在准备中或刚生效的法典同样会和社会生活脱节,从而需要解释者自行判断是否受文义拘束。

此处或许可以选择一个传承脉络相当清晰、在民国法律解释讨论中具有普遍代表意义的“派别”为例。笔者权且称之为“石坂系”,因为其立场表达要么来自对日本民法学家石坂音四郎作品的翻译,要么来自受他启发的中国法学家自身的作品。石坂音四郎早年留学德国,是德国学说(特别是自由法学)在日本的代表人物。刚从日本明治大学回国从教于朝阳大学的胡长清复述了石坂的一些观点。1934年,同样收录于石坂音四郎的《民法研究(改纂·上卷)》的部分文字也由自复旦大学毕业后留学日本,后任教于北平大学和燕京大学的彭时整理并翻译成《法律学与法律之解释及其适用》,发表于《法律评论》。^{③⑨} 时任中山大学教师的朱显桢在他1936年发表的论文《法律解释论》“法律解释之方法”部分也指出“日本民法学大家石坂音四郎颇有详细精到之研究。兹特介绍其概略,聊以代吾人之意见。”^{④⑩} 这一系列作品恰好出现在从1926年到1936年之间这一段从大理院时期到司法院时期的变革过程中,中间还有《民法》起草颁行等重要事件。

胡长清在其中篇幅最短的《常识的法律解释》中强调“所谓文章解释,即以阐明法文所表示之意思与实质为目的之解释。欲达此目的,应并用文理解释与论理解释,自不待言。”^{④⑪} 这种分类也是石坂音四郎的观点,尽管他用的是“文字解释”和“论理解释”的术语。他认为,其中“论理解释之意义,殊欠明了”,其实,两者并不彼此独立,论理解释只是要求解释者参考立法材料、历史沿革、从体系出发、依据法律理由、依法律原则、制定法律的原因、实际之结果诸种。石坂接着又指出“其中多半,实无何等价值可言。”^{④⑫} 在法律解释方法上几乎对石坂音四郎全文照搬的朱显桢也同意,只有体系解释和目的解释是真正重要的,因为“前者形式的依据法规之互相关系而解释法律,后者实质的观察法律之目的与实际生活之关系而解释法律;前者依论理方法,后者依价值判断”。^{④⑬}

这一场学说继受最终让解释者的价值判断成了法律解释时的决定性因素。简单的梳理便可看出,用今天的话说,石坂系的法律解释论无非把法律解释方法分成了文义解释和非文义解释两种。它把今天的研究者独立讨论的历史解释、体系解释、立法目的解释等方法一概放在了后一个大类中。与文义解释相比,倒是依价值判断而解释的非文义解释更能引起民国时期学者的兴趣。朱显桢认为:“立法者意思探究说,既受上述之种种攻击非难,则其说之无价值,当可想见,近来关于法律解释之目的,除少数学者而外,一般皆已唾弃此说而不顾了。”^{④⑭} 官费留学日本并加入同盟会的罗鼎也曾提到:“吾人固主张立法与司法应取同一之态度,然非谓法律应对的依从立法者之意思以解释也。”^{④⑮} “法律

^{③⑨} 参见 [日] 石坂音四郎《法律学与法律之解释及其适用》,彭时译,《法律评论》1934年第3期、第5期。彭时的译文在《法律评论》上连载发表时未署原作者的名字,因该文的日文原文收录于石坂音四郎的《民法研究(改纂·上卷)》,笔者得以通过对比原文和译文而确定原作者。

^{④⑩} 同前注^{③⑨},朱显桢文。

^{④⑪} 胡长清《常识的法律解释》,《法律评论》1927年第44期。

^{④⑫} [日] 石坂音四郎《法律解释论》,涂身洁译,《法律评论》1926年第143期。

^{④⑬} 同前注^{③⑨},朱显桢文。

^{④⑭} 同前注^{③⑨},朱显桢文。

^{④⑮} 罗鼎《法律解释上之英美法源》,《法律评论》1923年第19期。

意思探究说,到底亦不免为一谬见。”^{④⑥}因为法律终究是一种人类的造物,所谓法律的意思不过是解释法律者自己内心对法律理解的投射而已。

如果非要从文义之外寻找法律的解释,既不能探求立法者意思,又不能假定法律有一定的客观意思,那么解释如何作“方法论上的盲目飞行”呢?

后来进入民法编纂委员会的胡长清对此的回答是“夫法律,所以调和实际生活现象者也,解释法律而不顾社会常识观念,则去法律之本旨远矣。”^{④⑦}朱显桢在八年后重复了这一说法“实际法律解释家,不悉社会实际生活之情形,不能为法律解释之基础,而达法律最终之目的。”看来,让法律适应社会生活这个核心的立场,并没有因为成文法体系从旧律向“六法”的转变而发生改变。朱显桢进一步主张“法律内容之规范的思想……从一定时代一定国民之思想上的要求,合理的判断法文,可以得到普遍一致之结论。”^{④⑧}由此,法律解释的前提就变成了去探究给定社会在思想上对法律提出的要求。于是,判例之所以成为创造法律规范的材料,是因为法官本身也是社会生活的观察者。在社会面前,成文法规范的约束力显得并不重要——这就触及了民国时期法学上的一项重要议题,即法律社会化。

三、学说指导判例造法

让法律解释摆脱立法者的拘束而成为事实上的规范创制权行使到底有何意义呢?民国时期的法学家选择了当时在欧美法学界颇流行的“法律社会化”理论来为自己的立场辩护。根据这种理论,法律一方面要适应社会发展,另一方面要推动社会发展。^{④⑨}判例不断弥合立法与社会之间的鸿沟,而决定社会有何发展、如何发展却成了学说的任务。因此,反倒是学说在指导判例如何造法。如果把整个法律实践作为一个社会场来观察、把学者和法官看作这个社会场中的行动者,就会立刻发现两个群体之间既相互支持又相互竞争的关系。如果选择把学说作为这个关系的中心,则不难看出实际上学说在证成判例造法的权力的同时,也规训司法,并力图巩固自己在法律场中的地位。

(一)“法律社会化”的中国叙事

1. 法律学说研究社会并引领社会

法律的解释者如果“不悉社会实际生活之情形”,就“不能为社会实际生活建树立法之意见”,这样的法律人也就不是“真正善良之法律解释家”。^{⑤①}与其探讨立法者的意图,还不如去研究社会的需要和对法律的诉求。这就是为什么要强调法学不能和其他对社会生活的研究相脱节的原因。“从来之法律学及法律之解释,则全然只从法律方面观察,而与其他之观察,完全分离,毫不相干。……所以法律学必须与其他之社会学问,互相联络,以防止其孤立。如是则法律与实际生活,始能相互调和,而不发生隔离背弃之弊,法治之精神,始可以发挥尽致!”^{⑤②}如此一来,法律解释者就成了社会实际生活的探索者。他的解释是客观的,因为社会本身是客观的。然而,客观的世界只能通过法学自我展现。法律适用者借助法学实现对客观社会生活的认识,并把这种认识转化为法律最终的意思。到头来,司法机关创制新规范的权力最终要在法学的范围内才能行使。司法机关以例造法的权力也实际上成了

^{④⑥}同前注^{③④},朱显桢文。

^{④⑦}同前注^{④①},胡长清文。

^{④⑧}同前注^{③④},朱显桢文。

^{④⑨}参见朱明哲《面对社会问题的自然法——论法律社会化中的自然法学说变迁》,《清华法学》2017年第6期。

^{⑤①}同前注^{③④},朱显桢文。

^{⑤②}同前注^{③④},朱显桢文。

法学所限制的对象。如果说法学为判例赋予法律渊源的地位,并把司法中的法律解释从成文法的束缚中解放出来,它又立刻把司法置于自己的权威之下。因为判例为社会生活立法,学说则权威性地表达社会生活。

此种立场也得到蔡枢衡的认可“成文法国家当作现象和形式的对象——法条虽然是成文;当作内容和本质的对象——社会却是一本不成文的书。……正确理解这本书中有关事项的能力便是法学认识所需要的能力之最低度。”^②朱显桢甚至认为法学的成果就是规范本身“法之解释,即法之认识,与法律学是绝对不能离开的。法律学之成果,即谓为一般的解释论,精确的法律学上之说明,即谓为法规,亦非过当。”^③这样一来,法学反倒通过解释社会,凌驾于社会之上,最终成为法律的真正来源。

既然法律学说有必要探究社会生活的实质,以特定社会中的客观规范思想为法律解释的标尺,决定何者为社会生活实质的就只能法学(家)。由此可见,虽然法律解释的制度安排和对各种制度安排的讨论表现出强烈的权力面向(法律解释的主体、程序、效力),但对法律解释的理论探讨又表现出了至少同样强烈的科学或知识面向。正是经由后者,法学家正当化了他们解释法律的活动。通过解释法律创制规范的权力,不声不响地从司法机关转移到了法学家共同体手中。确实,也有批评理论界缺乏权威无法在法律实践中发挥作用的声言“至于实务和理论之所以缺少合作,半因没有这种需要,半因理论幼稚。实务不求理论帮忙,当然不会合作;理论没有获得支配实务的权威,当然没有合作的表现。”^④然而,蔡枢衡此说虽然不失为通过尖锐的批判促使学说自我反省,却未必可以看作对当时司法情况的准确反映。通盘考虑整个民国时期内判例说理时的依据,对西方的理论和实定法的知识其实是非常重要的法律渊源,甚至比习惯还要重要。^⑤

然而,这种强调法律解释之社会面向、强调解释者之自由的主张,未必真的切合民国时期我国法律与社会的关系。主张法学通过观察社会超越成文法更像是承袭自德奥自由法学的立场。

2. 外来的“法律社会化”与本土的社会

饶有趣味的是,这种提倡研究社会现实的理论主张产生于和彼时中国社会完全不同的社会环境之中。作为法律社会化运动一部分的自由法学于20世纪初兴起以后,虽然从来没在欧洲的法律实践中成为主流,却受到了许多东亚法学家的欢迎。石坂音四郎就认为“近时德意志所谓自由法学勃兴,可谓至革新之气象矣。自由法学之所说,虽亦非尽可首肯者;然而指摘从来形式论理概念法学弊害之处,不可谓无倾听之价值也。”^⑥于是,似乎外国法律与本土社会之间的矛盾,竟又要通过外来的理论来解决。须知自由法学不仅仅是一种客观和技术性的解释方法,其发展和继受也很明显地与20世纪初对法律社会层面的关注相连。刑法学家江镇三对此早有省察“吾人细推原由,盖从前个人制度,过度发达,契约自由与所有权之绝对性,极端滥用,以致社会交接,全离仁爱之意念,唯利己之方策是务,借主雇主等有产阶级,对于赤贫寒苦之物产阶级,可以任意要求,所谓双方意思之合致,事实上只为富者屈服贫者之结果。”^⑦

西欧所谓法律社会化,目的是校正工业化、城市化以后的弊病。在德、法、日等成文法国家,“法之解释成为重大问题,固毫无足怪”,因为“成文法有使法固定停滞之倾向。一遇社会之事变情迁,不

^②蔡枢衡《中国法学的病和药》,《当代评论》1941年第23期。

^③同前注^②,朱显桢文。

^④同前注^②,蔡枢衡文。

^⑤参见王志强《民国时期的司法与民间习惯——不同司法管辖权下民事訴訟的比较研究》,《比较法研究》2000年第4期。

^⑥同前注^④,石坂音四郎文。

^⑦江镇三《法律与正义》,《法轨》创刊号(1933年7月)。

无与现实之法律现象杆格桡凿之弊。恃以补救者厥为法之解释”。^{⑤⑧} 这种因为成文法生效时间距离适用时间过长、经济社会发生重大变革而产生的法律解释需求其实属于“后法典时代”。然而，民国时期的中国正处于新旧法制更替的交汇点，社会风尚保守而法律内容先进所造成的断裂确实不少，社会发展导致法律不合时宜却还不多见。中国的法律和政治仍在致力于把农业社会转变为工业社会。同样是法律与社会的不协调，在西欧表现为法典无法适应工业社会的生活，而在中国更像是外来的制度与本土之社会之间的矛盾。以致连法学家也感叹“在现在的法律之下，往往人民以为是者，法律以为非；法律以为是者，人民以为非”，究其原因，无非“人民的是非观念是中国的；而法律的是非观念是外国的”。^{⑤⑨} 于是，这里的“社会”不再是一个工业化后的城市社会，而是一个还没跟上法典步伐的传统社会。与其说落后的法典亟待自由解释以跟上社会的步伐，倒不如说法学家希望借改头换面后的“社会化”学说来缓和法律文本与传统心态之间的落差。

近代法律史的中心问题之一是如何看待移植和自主之间的张力。笔者花相当笔墨讨论了成文法上为判例之地位与效力留下的解释空间，又明确提出从关于法律渊源的文本中应该得出起草者无意让法官创制法律的结论。然而，司法实践恰恰通过判例造法不断创造规范，学说则不仅为这种造法行为辩护，更进一步主张按照西欧最新学说，法律适用者甚至应直接从社会中发现规范。这样，司法活动如果不想沦为专断，就必须倚重法学，因为法学家正是以最科学公允之方式观察社会的一方。

至此，民国时期关于法律解释的讨论背后隐然浮现出《瑞士民法典》起草者胡贝尔(Eugen Huber)的微笑。学说让司法获得了规范的创制权，但这种创制权的行使必须遵循学界的共识。“著名的第 1 条”虽然没有出现在法律文本上，却成了对“行动中的法”最好的描述。

于是，在欧洲为调和社会进步与保守法律之矛盾而生的“法律社会化”命题，来到东亚却成了调和保守社会与进步法律之矛盾的工具。坚持概念纯洁性的人固然可以批评这种观念传播中的误读，笔者却试图通过这种传播，理解民国时期的法律职业。笔者主张民国时期的法学家们高举“法律社会化”旗帜乃是根据当时法律职业的情况作出的策略性选择。为证明这一观点，笔者拟引入法国社会学家布迪厄提出的“法律场”作为分析工具。

(二) 民国时期法学家选择“法律社会化”理论的原因

1. “法律场”的要素与结构

在 1986 年的作品《法律的力量：法律场的社会学基础》中，布迪厄如此定义法律场“法律场(champ juridique)是人们为了垄断说出法律(即好的分配或秩序)的权利而竞争的场所。在竞争中相遇的行动者具有一种兼具社会和技术性质的权能，其中最关键的方面是他们可以相对自由地解释一套把合法、正确的社会观念神圣化的文本，这种能力为社会所承认。”^{⑥⑩} 无论题目中使用的“法律的力量”(la force du droit)还是解说时所使用的“说出法律”的用词，都明确表明他要回应的是孟德斯鸠在《论法的精神》中使用的著名比喻“一个国家的法官仅仅是说出法律之语的嘴巴，他们是没有生命的存在物，既不能降低法律的力量，也不能降低其严格程度。”孟德斯鸠的比喻完美地总结了民国时期关于法律解释的争论中所有的问题：谁有权以何种方式以法律的名义发言。然而，如果把法官看作无生命的造物，则大大误解了法律实践。每一个“社会场”(champ social)中都汇集了为争夺与不同的地位相连的利益而进行的斗争。法律场(champ juridique)也不例外。两种不同的秩序使法律场区别于其他的社会场。其一，由规范和学说建立的象征性秩序，本身蕴含了发展的客观可能却无法完全独自

^{⑤⑧}同前注^⑤，罗鼎文。

^{⑤⑨}阮毅成《怎样建设中国本位的法律》，《政治评论》1935 年第 156-157 期合刊。

^{⑥⑩}Pierre Bourdieu, “La force du droit. éléments pour une sociologie du champ juridique”, op. cit.

运作。其二,由行动者与体制之间客观关系建立的秩序,行动者和机制时刻处于竞争中。^① 孟德斯鸠所谓“说出法律之语的嘴巴”只重视了第一种秩序,却没有认识到行动者参与之后产生的第二种秩序。

诚然,规范本身就像是一个“正当性的源泉”,从象牙塔顶端的学说权威到最基层的法官(又或者警察),所有参与法律实践的人都回溯到规范中寻求自己行动的正当性。对规范之存在和正当性的共同接受构成了法律场的“生存心态”(habitus),法律场不能在没有这一生存心态的情况下存在。忽视第一种秩序的法律现实主义因此必然也误解了法律实践。^② 在接受了规范的情况下,每一个法律场的参与者又都参与到对规范解释之垄断权的竞争中。虽然在实践中不可能有任何一个机构能够真正垄断规范,但每一个群体(作为社会学之研究对象)无疑都希望能够让自己的解释更具有权威性。判例性质之争的实质就是法律场内特殊利益之争。立法机关、司法机关和学说在竞争中都有各自的策略和工具。立法机关不但直接确定规范很大一部分的文本内容,也直接确定司法权行使的方式和范围。司法机关既通过判决决定每个个案的利益分配,又通过法律确定的上下级关系统一法律在实践中的意义。学说则借助法律本身在科学上的严格性,以构建融贯体系的名义获得了对法律的最终解释权和决定其他解释之力量的权利。不过,每一种关于法律的话语都不是终局性的,每一种渊源都制衡和补充着另一种渊源。

在法律实践(“法律场”)中,政治家、法官、法学家(“行动者”)采取不同的策略,从而最大化他们“象征性资本”的收益,在共同接受法律规范之存在和正当性(“生存心态”)的前提下,竞争着终局性地确定法律意义的垄断权(“特殊利益”)。^③ 每一个行动者可以采取的策略取决于各个行动者实际上拥有的资源。易言之,究竟为何司法与法学的关系在民国时期呈现出如此样态,究竟为何当时的法学家会接受自由法学这种特殊的立场,终究还要在立法、司法、法学三者的力量对比关系中寻找答案。全面的研究在如此小的篇幅内当然无法完成,但研究民国时期法学知识生产的土壤不妨成为一个突破口。

2. 司法与政治之间的法学

最容易理解的显然是社会化对法官地位的强化。在这一视角下回看法律社会化的理论选择,就会发现其“词”与其“物”的分立。在概念上,这种主张意味着“一种改良甚至带有一些革命色彩的运动……反对当时占据主导地位的形式主义和实证主义,力求全面现代化法学,并特别主张法学与社会学之间的相互渗透”。^④ 然而,概念背后的现实是,法律的解释者以法律和社会之间的中介面貌出现,在定义法律和决定法律的意义方面享有了更大的权力。其实,判例法在我国古已有之。毕竟“规则有限,情伪无穷……在现实型的法适用模式中,便出现了法有正条却因为情罪重大而比附援引的现象”。^⑤ 通过比附援引而成的判例,一旦经官方编纂认可,当然具有法律渊源的地位,就算未成“通行”,往往也是事实上的法律渊源。以例为法源,既没有冒犯皇帝的绝对权威,又补充了律的不足。^⑥ 我国法典化的黎明之时,恰逢世界范围内“法典化时代”的黄昏。此时的中国法学家以一种来自于西方的理论,在“西法东渐”的潮流中保留了中国古代法文化的多元主义特征。虽然这种结果很可能是

^①Cf. Ibid.

^②Cf. Ibid.

^③括号中的是布迪厄所使用的术语。

^④Albert Foulkes, “On the German Free Law School (Freirechtsschule)”, ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 1969, vol. 55, no. 3, p. 367-417.

^⑤同前注^④,陈新宇书,第130页。

^⑥参见前注^④,陈新宇书,第130页。

法学知识生产中的一种“非意愿后果”，却在客观上避免了我国法律实践陷入那种理论上坚持立法至上，实践中司法活动却处处突破法律文义的矛盾。这种矛盾在《法国民法典》生效后曾经严重阻碍了法国法学的发展。

要理解民国时期的法学知识，就得考察当时法律学说的性质。学说在当时是一种对政治生活的直接参与。^{⑥7} 民国时期重要的法学家往往也同时是重要的政治活动家，王宠惠、史尚宽、谢冠生、吴经熊、王世杰、郑毓秀和魏道明等人皆然。当时的法学家也一直认为法学需要服务于民族独立、救亡图存的政治事业。从清末民初领事裁判权废撤，到 20 世纪 30 年代中华法系建设，法学上热议的题目有不少就是当时政治发展中的重要课题。其他大陆法系国家学者把学说的任务看作“用立法和判例提供的初级材料建构雄伟的法律殿堂”，^{⑥8} 或者把学者说成是“融贯法律体系之圣殿的守护者”。^{⑥9} 然而，在民国时期，法学的任务却不是体系构建，而是以积极的方式推动民族现代化、参与国家的建设。虽然留法归来任教于中央政治学校的阮毅成认为外来的法律是于天灾人祸之外对人民的又一苦难，但以先进的欧洲法律助力中国社会的现代化，不但是很多法学家的意愿，^{⑦0} 恐怕也是政府本身的意图。诚如蔡枢衡所言“天下为公，亲爱精诚等概念固有其应有的意义，不失为彻底摧毁农业社会组织之一对症药。”^{⑦1}

因此，在民国时期的法律场中，法学的竞争优势就取决于其在多大程度上能够满足现代化、解放等一系列任务。在这种情况下，一种独立于政治生活的法学本来就不可能存在。与此同时，一种言说规范的语言模式也在当时的政治语境中生产和固化，即要求法律的解释者适用三民主义、从具体时代的民族需要出发，推求革命人民心中主观的法律情感，从而在解释时采取“论理解释”，创造实在的法律。在这种风潮之下，本来就在政治生活之中的法学家选择法律社会化理论就成了一种自然而然的事情。一方面，他们通过适应这种得到官方提倡的话语模式，取得高度的象征性权力，另一方面，他们又以自己的理论阐释为这种话语模式提供支持。

通过理解法律社会化理论在我国传播的原因，人们还可以更深入地理解法学本身。每一种法学学说不但有自己的历史，更有一段全球史。法律社会化理论的思想渊源在德国可以追溯到基尔希曼（Julius von Kirchman）和耶林（Rudolf von Jhering），在法国则是夏尔蒙（Jules Charmont）的主张最为有力。日本法学家进一步把惹尼其实十分保守的理论掺杂其间。所以民国时期法学家接触到的实际上是一个已经混合了多种影响与渊源的“法律社会化”和“判例造法”理论。然而，这种理论当时在欧洲虽然很有影响，却并不是最主流的理论。至少在法国，立法至上的观点和自由主义的民法观仍占上风。有鉴于此，研究者最好将民国时期判例造法之争中出现的论点视为法学家有意识选择的结果。不论他们是否意识到了“法律场”的存在及其结构，这些法学家确实在根据他们所竞逐的特殊利益和所掌握的象征性资本进行选择。那么，与其说把外国学说的传入视为一种“殖民”，不如将其视为法学家为巩固自己在法律场中地位而做出的主动选择。法学家选择这一贬低立法、强调进步的学说，令法学家们在司法、法学和立法之间的客观结构中可以展示自己的作用。

^{⑥7} 法学家的政治参与恰恰是此前欧美学术史所忽视的一个方面，最近才有一些成果问世。在这方面，我国的史学研究确实有可以贡献于世界学术之处。Laurent Frajerman, “L’engagement des enseignants (1918-1968)”, *Histoire de l’éducation*, 1 janvier 2008, no°117, p. 57-96; Nathalie Le Bouëdec, *Entre théorie juridique et engagement politique: Gustav Radbruch, un juriste de gauche sous la république de Weimar*, Thèse de doctorat, Paris 4, 2007; Marc Milet, “Les publicistes français et la CED, controverse doctrinale et engagement civique”, *Relations internationales*, mai 2012, n° 149, no°1, p. 101-113.

^{⑥8} Cf. Adhémar Esmein, “La jurisprudence et la doctrine”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, vol. 1, no°1, p. 5-19.

^{⑥9} Pierre Catala, “Discours de M. Pierre Catala”, in *Remise des études offertes à Pierre Catala*, Paris, La documentation française, 2001, p.47.

^{⑦0} 参见朱明哲《论王伯琦对法国学说的拣选与阐述》，《清华法学》2015 年第 2 期。

^{⑦1} 同前注^{⑥8}，蔡枢衡文。

四、结 论

行文至此,有必要谈谈从民国时期关于判例造法的讨论中,可以获得何种借鉴。首先,虽然我国今日法律体系中的规范已远非 20 世纪初“六法全书”时代所能比,但其中使用的概念、借以思考的理念仍有不少传承自当时。所以,回溯过去事件如何发生,对于理解今天“正在发生”的,是必要的。其次,民国时期最高司法机关既在个案中解释法律又接受下级法院请求而抽象地统一法律解释的双重功能对人们理解当代世界各法律体系都有重要意义。比如,预先审理制度授权欧盟成员国最高法院在对欧盟法的解释不确定时提请欧盟法院解释。那么,似乎不应该认为司法仅仅把法律适用于个案,而应当承认其本身具有统一解释乃至形成新规则的功能。再次,民国时期的历史经验显示,不管是否有法典,司法机关通过判例造法在实践中都无法避免。所以对今天的中国而言,无论判例指导制度多么不完善,最高人民法院实际上都借其形成新的规范。面对新的情势,学说和判例都在各自创造着新的规范,而非“判例解决个案、学说整合成一体”。正是因为它们是相互独立的法律渊源,规范才一再碎片化,法典统一评价的功能也才一再受到限制。从这个角度说,“解法典化”等现象的种子早在法典化的时代已经种下。最后,就算承认了判例创制规范的功能,也不意味着学说要对司法亦步亦趋。只有正视其功能,学说对其展开的反思与批判才能更具有影响力。实际上,立法、司法、学说始终竞争着对法律的权威解释。

回到本文的核心问题,其答案就是一个时期法律场的内部结构决定了一个法律体系中法学与司法的关系。通过考察民国时期司法与学说之关系,可以揭示组成法律场的要素。法律实践的核心利益是创造规范并决定其意义。每个法律实践者都以其自身的方式参与竞争。当代法学理论普遍承认的立法、习惯、判例和学说四种法律渊源对应的是四种不同的人群,即立法者、法律的使用者、法官和学者。他们用这些法律渊源竞争规范创造之权。如前所述,法典化的时代意味着所有的法律渊源都围绕法典形成与发展。那种在法典化时代以前的法律多元实践中存在的各种法律渊源之内容彼此明显不同、相互竞争对抗的局面不会再出现了。然而,只要法律场仍然存在,那么不论法典如何规定,其他法律渊源创造新规范都是不可避免的情况。体系化的法典相对于一般单行立法而言往往更加稳定,这甚至意味着立法者在法典化的时代更难以垄断规范的创造。学说与判例、法学与司法的关系取决于相应的人群在法律实践中所享有的社会资本,他们反过来使用这种社会资本不断巩固、提高自己的地位。各种学说的引入与解释、各种司法决定的立场和方法,都可以看作是学者与法官在法律场中选择的策略,体现着他们对自己所处之实践的认知。事实上,民国的法学家为学说和判例都争取到了有限的独立性。

笔者于本文中运用关于民国时期判例造法论争的经验性研究阐明了来自布迪厄反思社会学的一个理论性的主张。这种思路没有回答诸如我国目前法律实践中判例与学说各自地位之类的问题。相反,笔者提出了目前探讨民法典制定时没有提出的问题:我国目前的法律场构造如何。这个问题只能通过实证研究解决。仅就目前学界对案例指导制度既积极重视又大胆批评的讨论而言,人们似乎又可以看到学说一方面为判例造法提供支持,一方面努力证明自己才应当是判例造法的指导者的民国旧事。当然,只有更全面的实证研究才能精确描绘当前法律场的构造,而这样的研究将有利于人们破除法典崇拜,并为正确评估学说与判例的造法功能提供经验证据。

(责任编辑:陈历幸)

On the “Champ juridique” in the Era of Codification from the Debate on Judge-made Law in the Republic of China

Zhu Minzhe

Abstract: The issue of “Judge-made Law” was always debated in judicial practice and theory around the code drafting in the period of the Republic of China. Cases became a kind of power to create norms and an independent type of legal sources in practice. Although there was no clear regulation in the written laws, the theory held that the judicial organ could have the status of a legislator under certain conditions and create legal norms. In order to prove their standpoints, jurists put forward the necessity of judiciary-made law in the period of codification and its expanded legal concepts and introduced the proposition of “socialization of law” from foreign countries, holding that the justice shall apply the law in the society rather than formal norms in the code and it was the jurist but the judge who found the living law formed in the society. The objective structure formed through the balance of force of political power, justice and jurists in the period of the Republic of China demonstrated that on one hand, the jurists provided the justice with support so as to make the justice become an independent type of legal sources; on the other hand, they earned certain authority by using language mode formed in political context.

Keywords: Judge-made Law; Republic of China; “Champ juridique”; Justice; Codification