

# 中国 社会科学

SOCIAL SCIENCES IN CHINA

5

2010



**SSCP**

中国社会科学杂志社

---

---

(7) 实现政治问责的三条道路 马 骏 · 103 ·

(8) 当代中国国际定位的若干思考 蔡 拓 · 121 ·

---

---

(9) 中国法律史叙事中的“判例” 王志强 · 137 ·

· 学术述评 ·

破窗理论与美国的犯罪控制 李本森 · 154 ·

---

---

(10) 行业是如何影响收入的  
——基于多层线性模型的分析 王天夫 崔晓雄 · 165 ·

(11) 代际分化视角下的东亚福利体制 林闽钢 吴小芳 · 181 ·

---

---

(12) 两种中国传统文化：区分、辩证与融通 王铁仙 · 194 ·

(13) 新伦理与旧角色：  
五四新女性身份认同的困境 杨联芬 · 206 ·

---

---

本期论文英文提要 (ABSTRACTS) · 220 ·

---

---

# 中国法律史叙事中的“判例”<sup>\*</sup>

王志强

---

**摘要:** 中国法律史叙事中,以西方概念体系为基本框架的填充式方法,值得深入反思。中外学者关注的“判例”堪为典型。这一近代概念很可能来自日文汉字,用以译西文。回顾西英、法两国的历史和现实,判例作为以个案方式凝聚法律群体共识、指引未来案件裁决的形式,始终具有重要作用。这一功能,与中国古代法中的相关制度有部分共通之处,可以成为构建普通理论体系的基础之一;同时,中国的相关制度具有特定的体制背景和功能。将普通功能与特定功能相结合,“双向功能主义”可能可以避免西方中心和概念纠结,转向功能性问题的探讨和解释,以逐步构建中国法律史叙事的新框架。

**关键词:** 法律史学方法论 判例 功能主义

作者王志强,复旦大学法学院教授(上海 200438)。

---

中国的法律史如何书写?这越来越成为横亘在当代法律史学者面前的难题。一个世纪以来,西方现代法学概念的移植性使用,从当初大势所趋,到目前已尘埃落定、无可避免。这一整套法学概念体系在相当程度上重构了中国法律史的叙事方式。1930年杨鸿烈《中国法律发达史》以朝代为经,以法律形式、各部门法和法律思想为纬的体例,依然是目前中国法律史整体叙述的基本框架。<sup>①</sup>但这种叙事方式的问题也显得日益突出。中国法律史的研究成为在中国历史上寻找西方概念对应物的一种努力,许多问题的聚讼也由此而来:中国有无“律师”,有无“民法”、“行政法”,有无“习惯法”、“自然法”,有无“法学”、“法治”……甚至到底有无“法”?诸多问题争议不断。对这些问题的回答,至多不过是中国什么都有,但都不那么好、不那么充分。<sup>②</sup>这进一步强化了法律领域的历史虚无主义、至少是简单批判主义,极大地削弱了法律史学与部门法学及法理学进行理论沟通的能力和可能性,使法律史学成为日益封闭的领域,无法真正有效地为法学的理论创新提供实证资源。而这种叙事方式背后潜藏的,实际上是一种以西方中心

---

\* 本文的写作,得到刘笃才和杨一凡教授的鼓励,寺田浩明、孙家红、胡震、陈新宇等师友的指点,加毛明教授和李冰逆小姐惠助阅读和收集部分日语文献,两位匿名审稿人提出中肯意见,上海市曙光计划提供资助,谨此一并致谢。

① 对该书研究框架及现代教科书体例的概述,参见徐忠明:《试说中国古代法律制度研究范式之转变》,《北大法律评论》第4卷第1辑,北京:北京大学出版社,2001年;梁治平:《法律史的视界:方法、旨趣与范式》,《中国文化》2002年第19—20期。对这一问题的反思,参见刘广安:《中国法史学基础问题反思》,《政法论坛》2006年第1期。

② 参见寺田浩明:《试探传统中国法之总体像》,《法制史研究》第9辑,台北:中国法制史学会,2006年。

主义为前提的“弱势被动的抗辩心理”。<sup>①</sup>这种以既有西方理论框架和概念为前提的研究，或可称为“填充式法律史学”。

当然，这并不是中国法律史研究领域的特有现象，而是百年来整个中国历史研究中普遍存在的倾向，弥漫于中国通史、哲学/思想史和经济史等各种专门史之中。不过，这一状况目前已有明显改观。当中国的历史学界已全面否定欧洲中心式的简单化历史观、<sup>②</sup>西方学界也在反思中国法律史的描述方式时，<sup>③</sup>作为中国的法律史学者，或许也有必要重新思考中国法律史研究的方法论，特别是其概念体系和叙事模式。

本文以中外学界瞩目的中国古代“判例”问题为个案，<sup>④</sup>以中外学者相关研究为背景，力图揭示中国法律史研究的方法论僵局，并探索其可能的出路。

## 一、现代语词：中国的“判例”概念

任何研究都需要界定和运用一套概念。概念界定具有重要的意义，它提供交流和对话的基本平台和前提。但任何概念的运用，都不应该是公理性质的逻辑起点，而毋宁是一个定理性质的判断，是一个本身可以、而且需要论证的命题。概念本身不应当成为一个完全自由界定的领域，而应是一个需要充分论证的出发点、甚至归宿。每个概念及其运用背后，都具有深刻的理论、包括方法论。所以，从概念入手的分析，将概念本身的界定作为一个问题来看待，可能有助于揭示各种观点的理论背景，并推进相应问题的探讨。

那么，在中国法律史的研究中，当探讨“判例”时，我们指的是什么？这个定义源自何处？是否有不同的界定方式和角度？其背后各自的理论和实证的支撑点是什么？

这些问题可以从概念的起源来展开。近代中西接触以前的中国固有语言中，在司法意义上并没有“判例”这样的概念。<sup>⑤</sup>这一中文概念的使用及其内涵的确定，源自近代法学传播和法律

① 高鸿钧：《关于传统法研究的几点思考》，《法学家》2007年第5期。

② 例如，中国史学界对历史发展五种社会形态理论的反思，参见何兆武、何兹全等：《社会形态与历史规律再认识笔谈》，《历史研究》2000年第2期；张分田、张荣明执笔：《中国社会形态及相关理论问题学术研讨会述评》，《历史研究》2000年第2期。

③ 西方学界对中国法律史的早期理解，与中国学者的描述方式虽然在形式上不同，但其实质也仍然是以西方既有概念、理论和评价标准为出发点，往往带有更强的西方中心主义色彩。近年来的反思，参见 Hugh T. Scogin, Jr., "Civil Law in Traditional China: History and Theory," in Kathryn Bernhardt & Philip C. C. Huang, eds., *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford: Stanford University Press, 1994, pp. 24-26; William P. Alford, "On the Limits of 'Grand Theory' in Comparative Law," *Washington Law Review*, vol. 61, 1986, pp. 949-956; Teemu Ruskola, "Legal Orientalism," *Michigan Law Review*, vol. 101, 2002, pp. 212-233.

④ 较具代表性的成果目录，参见 Zhiqiang Wang, "Case Precedent in Qing China: Rethinking Traditional Case Law," *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 19, 2005, pp. 324-325, note 27. 近年来的研究，参见张伯元：《古代判例考略》，王立民编：《中国法律与社会》，北京：北京大学出版社，2006年；刘笃才、杨一凡：《秦简廷行事考辨》，《法学研究》2007年第3期；刘笃才：《中国古代判例考论》，《中国社会科学》2007年第4期；王志强：《中英先例制度的历史比较》，《法学研究》2008年第3期；杨一凡、刘笃才：《历代例考》，北京：社会科学文献出版社，2009年。

⑤ 参见刘笃才：《中国古代判例考论》，《中国社会科学》2007年第4期。另外，清人著述中有“判例四则”（周梦熊：《策判庆云集》，四库未收书辑刊，北京：北京出版社，2000年影印本，第4辑，第19册，第730页），不过其意指“判语编排的凡例”，与现代意义完全不同。

移植过程中对西方相关概念的译译和理解。

由于当时英国与中国的交涉较多，其又是普通法“判例”制度的发源地，因此英文中相关语词的译法值得关注。但查考晚清时期的各种英汉词典，都未出现“判例”之名。“precedent”一般释作“援以为例”，<sup>①</sup>或“前例，旧案，成案”；<sup>②</sup>个别释为“比例”、“故事”或“规矩”。<sup>③</sup>“case”一般译为“案，案件”，<sup>④</sup>个别列出“成案，例证”的义项。<sup>⑤</sup>显然，当时中外的词典编纂者虽然尚未使用“判例”这一概念，但都注意到相关现代英语词汇的意义中，具有当时中文“案件”和“援以为例”两方面内涵。

“判例”这一汉语概念，很可能源自日本。早期英和词典中，特别强调相关语词具有“例”的意义。如“precedent”释义包括：rei [れい，例]，<sup>⑥</sup>senrei [せんれい，先例]，seiraku [せんかく，先觉]，senki [せんき，先规]，kiurei [きゅうれい，旧例]；<sup>⑦</sup>“case”的释义为：(precedent) ei [れい，例]。<sup>⑧</sup>19世纪末，日语中开始出现“判决例”这一概念，如1888年起由裁判杂志社陆续出版的《大审院判决例》系列在描述中国的状况时，也用“判决例”来说明当时清代的“成案”制度。<sup>⑨</sup>此后不久，“判例”一词的使用，在日语文献中渐趋广泛。<sup>⑩</sup>至20世纪初以后，“判决例”一词日渐式微，而“判例”使用更趋广泛。<sup>⑪</sup>

① R. Morrison, *A Dictionary of the Chinese Language*, Pt. III, vol. 6, London: Black, Parbury & Allen, 1822, p. 332. “典型，前型，先有之事，援以为例，引典型”，W. Lobscheid, *An English and Chinese Dictionary*, vol. 3, Hong Kong: Daily Press Office, 1868, p. 1352.

② W. W. Yen, et al., eds., *An English and Chinese Standard Dictionary* (颜惠庆等编：《英华大辞典》)，vol. 2, 2<sup>nd</sup> ed., Shanghai: Commercial Press, 1908, p. 1732. 该辞典中，“precedent”的第一项释义为“前事，前型，前式，前辙，成规”。

③ Walter Hillier, *English-Chinese Pocket Dictionary of Peking Colloquial*, Shanghai: American Presbyterian Mission Press, 1910, p. 385. 原文：“for there is a [precedent], 有个比例；有个故事儿”；“to establish a [precedent], 立个规矩”。该词典的中文释义基于当时北京口语，故与其他词典有所不同。

④ R. Morrison, *A Dictionary of the Chinese Language*, p. 62; W. Lobscheid, *An English and Chinese Dictionary*, vol. 1, p. 327; I. M. Condit, *English and Chinese Dictionary*, New York: American Tract Society, 1882, p. 21; W. W. Yen, et al., eds., *An English and Chinese Standard Dictionary*, vol. 1, p. 315; Walter Hillier, *English-Chinese Pocket Dictionary of Peking Colloquial*, p. 70.

⑤ W. W. Yen, et al., eds., *An English and Chinese Standard Dictionary*, vol. 1, p. 315.

⑥ 方括号内假名和汉字，原书中无，系本文作者加注，下同。

⑦ J. C. Hepburn, *Japanese-English and English-Japanese Dictionary*, New York: A. D. F. Randolph & Company, 1873, p. 135; E. M. Satow & Ishibashi Masakata, *An English-Japanese Dictionary of Spoken Language*, 1<sup>st</sup> ed., London: Trubner & Co., Ludgate Hill, 1876, p. 236.

⑧ E. M. Satow & Ishibashi Masakata, *An English-Japanese Dictionary of Spoken Language*, p. 53.

⑨ “……成案ハ各部又ハ各省ニ於ケル判決例ニシテ……”《清國行政法》(第一卷)，台北：临时台湾旧惯调查会，1905年，第37页。中译：“……成案为各部或各省之判决例……”，织田万：《清国行政法》，陈舆年等译，上海：广智书局，光绪三十二年(1906)版，第43页。类似的中译，参见织田万：《清国行政法泛论》，台北：金港堂书籍株式会社，1909年，第134页。在后来的日文版中，作者修改了这一表述，将“判决例”这一用语替换为“裁决或裁判”，不知是否出于更谨慎使用概念的考虑；参见《清國行政法》(第一卷)，东京：大安株式会社，1965年影印1914年本，第40页。

⑩ 如《獨逸帝國大審院民事訴訟法判例》，宮田四八、瀬田忠三郎合译，东京：法曹会，1895年；新井正三郎：《日本民事訴訟法判例論評》，东京：明治馆，1896年。

⑪ 如大野太衛编：《帝國六法附属法令分類大審院判例要旨大全》，东京：政文社，1902年；《大審院刑事判例要旨類集》，东京：东京法学院，1902、1904年；志田钾太郎、栗津清亮编：《保險判例集》，东京：有斐阁书房，1903年；梅谦次郎：《最近判例批評》，东京：法政大学，1906—1909年；等等。

20世纪初,很可能是由于日本法学专家参与中国的法律改革,“判决例”等日文汉字概念也被引入中国。当时涉及立法活动的劳乃宣、章宗祥、汪有龄等人均提及“判决例”。<sup>①</sup>中国译者在译介日文文献时,也直接援用这些词汇。例如,《清国行政法》的中国译者陈舆年等直接援用了日文“判决例”的概念;<sup>②</sup>织田万《法学通论》中将“判决”列为法律的“间接渊源”,并使用“先例”和“裁判例”等概念,都为中译者直接援用。<sup>③</sup>民国后,中文词典中相关的译名概念也随之发生变化,“precedent (judicial)”被译为“判决例”。<sup>④</sup>相关书籍中,也逐渐出现了“判决例”和“判例”之名。<sup>⑤</sup>

由此看来,“判例”当时也称“判决例”,很可能是从日文汉字引进。与前述晚清时期各种词典中的译法相比,这一概念更简明地揭示了其中“判”和“例”两方面的要素。这也确实反映了现代普通法、特别是英格兰普通法中“precedent”及其原则的要义:在理论上,由高级法院(superior court)作出的判决,对下级和上级法院分别具有约束力和劝导力。<sup>⑥</sup>

不过,在现代普通法意义上,无论是采用严格的英格兰式标准、还是相对宽松的美国式标准,在中国古代法的实践中,都难以找到完全相符的对应物。因为在现代任何一个普通法国家,司法机构的判决一经作出,除非被上级法院推翻,即具有一定影响力;这在中国古代并不存在。判决对上级司法机构具有劝导力,在中国古代官僚等级制中更无从谈起。而且,从司法体制的角度而言,在现代普通法意义上,中国古代司法的“判例”也不能成立。有学者在研究宋代“断例”后指出:“断例不是作为判例,而是作为‘例子’被援引……判例是作为判决案件的法律依据,而法寺对死罪案件或情理可悯等案件只有‘引律拟断,即提出意见之权,而无判决之权。皇帝倒可以用判例判案,但皇帝都可不依法律而‘量情处分’,何必引自己的判例呢?可见,无论用现在的观点看,还是当时的观点看,断例都不是判例。”<sup>⑦</sup>这里涉及的是“判决之权”,但根本上反映的是对“判例”效力的理解。在“判决具有约束力”这一意义上,中国古代司法中“判例”的存在自然很容易被否定。

也许正因为“判例”在现代英格兰普通法意义上具有“约束力”这一内涵,不少学者,即使并未明示,实际上也普遍地将其所研究的中国古代司法中的“判例”修正为“可以援引作为审理类似案件[依据]的判决”。<sup>⑧</sup>其背景,恐怕是由于客观上不能否认“援引”现象的存在,有必要在现有概念中寻找一个类似的表达加以说明。这一修正式的概念界定区别了中国历史上的类似现象,又在现代概念中找到了可理解的表达方式,在某种意义上实现了古今的对接。

不过,这一定义也有其局限性。它产生了一些概念和逻辑上的模糊地带。如果“判例”是

① 参见陈新宇:《从比附援引到罪刑法定》,北京:北京大学出版社,2007年,第107—109页。

② 织田万:《清国行政法》,陈舆年等译,第43页;对照:《清国行政法》(第一卷),前引台北版,第37页。

③ 织田万:《法学通论》,刘崇佑译,上海:商务印书馆,1907年,第54页;对照織田萬:《法學通論》,东京:宝文馆,1902年,第64—65页。

④ Walter Hillier, *An English-Chinese Dictionary of Peking Colloquial*, enlarged edition, New York: F. Ungar, 1918, p. 624. 该词典将“case (precedent)”仍译为“例”,第104页。

⑤ 例如,天虚我生编:《大理院民事判决例》,上海:中华图书馆,1916年起;唐慎坊编:《大理院判例解释精华录》,苏州:明法学会,1917年;《大理院判例要旨汇览》,北平:大理院编辑处,1919年。

⑥ Rupert Cross & J. W. Harris, *Precedent in English Law*, 4<sup>th</sup> ed., Oxford: Clarendon Press, 1991, pp. 5, 7-10.

⑦ 王侃:《宋例辨析》,《法学研究》1996年第2期。针对清代说帖性质所提出的类似意见,参见杨一凡、刘笏才:《历代例考》,第472—473页。

⑧ 刘笏才:《中国古代判例考论》,《中国社会科学》2007年第4期。

“可以援引作为审理类似案件 [依据] 的判决”，那么，这里的“可以”显然是着眼于其“效力”，即作为判决理由的合法性，而不是这种效力产生的可能性，也不是“实效”（即实际援引）。那么，这种效力来自哪里？一种常见的解释是皇帝的批准，可以事先许可，也可以事后追认。<sup>①</sup>这一解释延续了“法自君出”的中国传统法律精神和实证主义法学思路，也得到相当程度的史实支持。但一方面，皇帝可能的事后追认，模糊了“可以”这一效力性表达的界限，使其变成了“实效”，因为只有事后才能判定皇帝是否追认。如果是这样，就没有“不可以”援引的旧案，因为理论上皇帝事后追认的可能性总是存在的。另一方面，从现实主义法学的角度看，在司法实践中，存在一批具有“实效”的判决，即被广泛参考、甚至被实际援引的判决，客观上发挥了重要作用，但可能都没有经过皇帝事先或事后的批准。例如，倘若没有确证说明判决被批准通行或确实已被援引，即使判决明显是作为收集和保存者未来参考的依据，如秦代廷行事，这些案件也同样不具有“判例”的意义。<sup>②</sup>又如，在中国传统民事司法领域，中央通常默许地方官相当大的自主权，也绝少认定某些判决具有“判例”效力，但在宋代裁判中确实出现了引用此前案件的现象。<sup>③</sup>根据前述的定义，这些民事性的判决当然也不能算作“判例”。

如果这些不能称为“判例”，那么它们又是什么？于是，宋代断例被理解为“例子”，秦代廷行事只能理解为“自由裁量”，<sup>④</sup>而清代的成案引用，“基本上是限于法理层面”，仅具有学理意义。<sup>⑤</sup>但这样的理解并非无懈可击。关于廷行事，如果纯粹是没有任何指导和规范意义的自由裁量，作为吏人的墓主何必要在生前用心收集、录诸简册，死后与其他日常运用的法规一起被送进坟墓陪葬、以奉冥界之需呢？而对清代的成案，“学理意义”这一解释确实有一定说服力，也与近代以来法国将类似现象称为“*la jurisprudence*”有异曲同工之处（详见后文）。但这一解释基于裁决最后仍援引成文法，因此完全否认成案的援引具有“法律效力”。但“学理意义”与“法律效力”的边界往往很难划清。一方面，如近现代法国法明文禁止“判例”的效力，但正是在法律解释和参考价值的形式下，最高法院的判决获得了普遍公认的实际效力（详见后文）。另一方面，清代成案为成文法的解释和适用提供了基础，并填补了法无明文时如何比附成文法等漏洞，<sup>⑥</sup>往往具有实际的“法律效力”。如果因其援引了成文法就否定其“法律效力”，那么连当代普通法国家涉及成文法的大量判决，如美国的宪法判决，都没有法律效力，也不能成其为“判例”了，因为援引先例的判决最终还是根据成文法，先例只是为解释成文法提供根据。

当然，我们可以继续修正这一概念，将“效力”和“实效”这两个方面结合起来，即“判例”是“可以或实际援引作为审理类似案件依据的判决”。这可以解决“实效”的问题，以涵盖那些实践中确实援引了既有判决的情况。不过，即便如此，依然存在不少灰色地带：如果将“实效”纳入概念，但否认“可能的实效”，即那些实际上被广泛参考、随时可能被援引的既有判决，那么就会出现某项判决昨天还不是“判例”，今天由于被一度援引而跻身为“判例”的情

① 刘笃才：《中国古代判例考论》，《中国社会科学》2007年第4期。

② 参见刘笃才、杨一凡：《秦简廷行事考辨》，《法学研究》2007年第3期。

③ 参见《名公书判清明集》卷8，“诸侄论索遗囑钱”，北京：中华书局，1987年，第292页（援引张咏故事）；卷9“正典既子母通知不得谓之违法”，第299—300页（援引“使府断詹保、丁斗南公事”）；卷9“典买田业合照当来交易或见钱或钱会中半收赎”，第312页（援引“提举司所判颜时升赎李升田”）。

④ 刘笃才、杨一凡：《秦简廷行事考辨》，《法学研究》2007年第3期。

⑤ 参见杨一凡、刘笃才：《历代例考》，第471—475页。

⑥ 区别“法有明文”和“法无明文”情况下清代成案的援引和作用，参见《清朝時代の裁判における成案の役割について》，《早稻田法学》第57卷3号，1982年。

况：同时，那些确实曾被援引的旧案，如果本身没有被确认为“通行”，则随时可能被作为“远年成案”，以后未必还能产生影响。

诚然，任何概念都有模糊的边缘地带，不可能有完美的界定。但是，即使撇开这些琐屑的纠缠，更为深入的追问是：这种对“判例”概念限缩或扩张的讨论，对中国法律史以现代西方概念体系为框架的整体叙事方式，除了在“法律渊源”或“法律形式”这一章下追加并细化“判例”这一节以外，能否带来更深刻的对中国法律史的理解及新意？换言之，在整体的研究方法上，对“判例”概念的理解、修正和再修正，仍是基于现代英格兰普通法的概念，强调“判例”的效力意义，并结合实证主义法学理念进行的局部调整，仍循着“在中国历史中寻找现代西方概念对应物（或类似物）”的理路，恐怕仍然是以“中国也有‘判例’、只是与现代西洋略有不同”收场，最后再度回归和纳入现代西方法律叙事方式的窠臼中。

这样，整个中国法律史学作为“法学”的研究意义就受到极大限制。在理论上，始终是为既有的法学理论和概念体系做填充工作，在“法律渊源”项之子项“判例”下，争论中国到底有没有这一体系中既有概念的对应物；对实践而言，至多是得出“中国古代就有判例，所以当代也可以（或应该）实行判例制度”这样的直观历史比附的结论。

溯其根源，其实质恐怕不仅是移用概念的问题，而是对其概念背后法学理论的简单化和普适化理解问题。20世纪早期，哲学家金岳霖曾对“中国哲学史”的研究对象和方法进行讨论，认为哲学与物理学不同，可能存在“中国哲学的史”和“在中国的哲学史”之区别（用现代法学概念，“哲学”在前者为特定物，在后者为种类物）；但同时，在西学席卷的时代，以前者为理论前提很难实现，因此他承认“哲学”这一概念具有普适的问题领域，但反对根据某种特定的哲学观来撰写中国哲学史。<sup>①</sup>

在方法论意义上，这颇有启发。如果将对“中国哲学”的这一探讨移诸“中国法”、“中国判例”，其异曲同工之处不言而喻。尽管中国固有语词中并无“判例”，但在现代时势之下，完全否认对其的运用，似乎既无必要，也难以实现。关键在于：引入这一概念之后，应关注其背后更具有公共性的方面。那么，“判例”这一西洋概念背后，是否具有更普遍的内涵，可能成为我们重新思考和讨论中国“判例”问题的起点？

## 二、回眸西欧：“判例”的前世今生

为了在更可沟通的平台上探讨“判例”问题，同时也将描述控制在有限的篇幅内，对西欧“判例”的讨论以中世纪为起点，<sup>②</sup>以英格兰法和法国法为代表，围绕如下问题展开：在西欧历

① 金岳霖：《冯友兰〈中国哲学史〉审查报告》，冯友兰：《中国哲学史》，北京：中华书局，1980年影印本，“附录”，第5—6页。

② 罗马法中，判决在理论上通常不能作为法律依据。优士丁尼法典中明确指出，“判决应根据法律，而非先例。”（*Non exemplis sed legibus iudicandum est*, *Codex* 7. 45. 13. 7.）不过，皇帝作为立法者，其裁决可具有约束力，而其他的法官（包括法学家）则没有。W. W. Buckland & Arnold D. McNair, *Roman Law and Common Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge: University Press, 1965, pp. 6-8; C. K. Allen, *Law in the Making*, 7<sup>th</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 1964, pp. 171-173. 但是，法学家讨论案件的意见、既有判决和司法惯例在罗马时代的司法中都具有相当的影响力。参见 W. W. Buckland & Arnold D. McNair, *Roman Law and Common Law*, pp. 9-10; C. K. Allen, *Law in the Making*, pp. 170, 174-176. 罗马统治下的埃及文书中，有援引司法先例的情况，也出现了收集和保存司法判决的现象。参见 John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor: University of Michigan, 1968, p. 121.



史和现实中，“判例”（英语 precedent, case; 法语 jurisprudence）这一概念所指向的既有判决，是否以及在何种程度上具有“效力”？在西欧语境中，这一概念的核心内涵到底是什么？

先看普通法的发源地英格兰。<sup>①</sup> 尽管自 13 世纪起，庭审中就出现了援引旧案的现象，<sup>②</sup> 但法庭并不认为既决案件具有约束效力。在早期英格兰经典法学论著中，有时也会引用先例，但只是将其作为论证法律原则的一种证据，“无论在何种意义上，都不具有约束力”。<sup>③</sup> 尽管布莱克顿（Bracton）主张“类似案件，类似判决”，但这并不意味着遵循先例，其本人对同时代法官的判决就多次提出批评。<sup>④</sup> 作为当时“法律报告”的《法律年鉴》（yearbook），在形式和内容上都不具有被援引的意义，因为其主要目的很可能是用于将来的法律职业、特别是庭上技巧的学习和训练，记载的重点并非判决的理由和结果，而是法庭辩论的过程，即高级律师（serjeant）进行诉答（pleading）的辩论技巧，所以通常连案件的实际判决结果都不予记录。<sup>⑤</sup> 如果《法律年鉴》中对同一个案件有几个记录版本，由于记录者的各自偏好，其内容会大相径庭，倘若不是有人名作为线索，有时现代读者简直难以相信其记录的是同一个案件。<sup>⑥</sup> 而且，在都铎时代以前，英格兰实行“试探性诉答”（tentative pleading）制度，即事实问题留待陪审团裁决，双方律师先在假设事实的前提下口头辩论法律问题；如果任何一方的法律主张不能得到法官支持，都可以随时再提出新的依据和主张。这样，其中涉及的法律问题其实都不是建立在客观案件事实基础上，所以这些辩论的内容、包括法官的意见，也就不具有现代“判例”的意义。<sup>⑦</sup>

如果说存在有某种法律意义的“判例”，那就只有“案卷记录”（plea roll）。与《法律年鉴》仅记载法庭辩论内容的情况恰恰相反，案卷记录中只包括案件的基本情况，完整的也仅有令状、双方的形式性诉答、陪审团的召集和判决的结果，有时甚至连结果都没有，因为双方可能和解了，或胜诉方没有付费来记录陪审团裁决。<sup>⑧</sup> 从《法律年鉴》记载的法律辩论过程中可以看到，案卷记录有时被援引，<sup>⑨</sup> 其背后的支撑实际上是令状的效力。<sup>⑩</sup> 令状制度使案件得以格式化，而满足特定令状程序的纠纷事实，如果已诉诸法庭、并得到某种裁决，则同样符合这一令状格式要求的另一法律纠纷，也自然应该获得同样的判决。当时既决案件及其判决本身并不具有法律

① 对英格兰法的论述以普通法为中心，对衡平法和教会法的情况不赘述。

② Percy H. Winfield, *The Chief Sources of English Legal History*, Cambridge: Harvard University Press, 1925, pp. 149-151; T. Ellis Lewis, "The History of Judicial Precedent II," *The Law Quarterly Review*, vol. 46, 1930, pp. 349-350; John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, pp. 57-58. 以早期（13 世纪）法律报告的整理为基础进行的更全面的近期研究，参见 Paul Brand, "Reasoned Judgments in the English Medieval Common Law 1270 to 1307," in W. Hamilton Bryson & Serge Dauchy, eds., *Ratio Decidendi*, vol. 1, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, pp. 67-69.

③ T. Ellis Lewis, "The History of Judicial Precedent I," *The Law Quarterly Review*, vol. 46, 1930, pp. 215.

④ T. Ellis Lewis, "The History of Judicial Precedent I," pp. 209-212.

⑤ T. Ellis Lewis, "The History of Judicial Precedent I," pp. 217-220.

⑥ John H. Baker, "Records, Reports and the Origins of Case Law in England," in John H. Baker, ed., *Judicial Records, Law Reports, and the Growth of Case Law*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989, pp. 35-36.

⑦ John H. Baker, "Records, Reports and the Origins of Case Law in England," pp. 39-40.

⑧ D. J. Ibbetson, "Report and Record in Early Modern Common Law," in Alain Wijffels, ed., *Case Law in the Making*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, vol. I, pp. 55-56.

⑨ John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, pp. 53, 59; John H. Baker, "Records, Reports and the Origins of Case Law in England," p. 37.

⑩ John H. Baker, "Records, Reports and the Origins of Case Law in England," p. 15.

上的效力,这也是《法律年鉴》对判决结果和理由都语焉不详的制度背景。而令状本身的性质类似于成文法,其权威性来自于名义上颁布令状的国王。从其效力来源的角度看,这与中国古代的成案制度颇为类似,因为其最终合法性来源,常常在形式上表现为其所指向的成文法。<sup>①</sup>

英格兰法律报告和案例制度的这种情况,至中世纪晚期逐步发生变化。这可以从法律报告和法律文献的发展窥其一斑。《法律年鉴》的庞大数量和简单依年代编排所带来的检索不便,催生了“法律提要”(abridgment)这一根据关键词分类编纂的形式,为其抽象化和理论化提供了便利。更为重要的是,法律职业共同体的发展,推动了对判决结果及其理由的兴趣。16世纪出现了普洛登《法律评论》(Plowden, *Commentaries*)等一批详细阐述判决理由的法律报告。既决案件获得重视。<sup>②</sup>但即使在此时,既有判决的影响力仍然基于其被接受程度、时间等各项要素而各有不同;“至少在理论上,先例只有劝导力,而没有严格的约束力。”<sup>③</sup>直到18世纪末,权威观点,如布莱克斯通(Blackstone)即认为,司法判决是证明普通法的主要和最权威的证据。<sup>④</sup>其之所以对此后案件的处理产生影响,既不是由于某项法令赋予其权威性,也并非法院本身具有立法权。当时个案的判决结果本身并不受重视,而只有为业内人士所普遍接受的法律观点,即所谓“共同的睿智”(common learning/erudition)才被认为具有法的效力。<sup>⑤</sup>因此,其权威性很大程度上来自法律共同体的集体认同感,而在表述上则表现为对“判例”效力来源的“法律宣示说”,即普通法经典作家柯克(Coke)、黑尔(Hale)和布莱克斯通所主张的,法官的判决之所以具有权威性,是由于其揭示了一种普适性规则和要求;法官所做的只是发现了这项规则,而并不能创设法。<sup>⑥</sup>“普通法”的“普通”性,实际上是自然法思想的表现。所以,如果说现代“判例”的效力在此时已露端倪,那么其背后的支撑力是法律共同体集体认同和自然法理论。直到18世纪晚期,布勒法官(Buller J.)在坚持某些先例确立的原则不应轻易被推翻时,仍强调,对这些原则,“近两百年来,所有法官都如此一致地认同;法律不仅在威斯敏斯特大厅(英格兰主要法院所在地——引者注)获得认可,而且在整个王国内都深深扎根,所有人都如此普遍地遵守奉行;因此我认为,推翻,甚至仅是偏离,都将非常危险。”<sup>⑦</sup>

在这种职业共识的背后,存在有效的制度支撑。英格兰法官人数的有限、共同讨论案件的法律会馆和法官非正式聚会,以及正式讨论民事案件的财政署内室法庭(Exchequer Chamber)和刑事案件的“全体法官合议”(Twelve Judges)等制度,都使这种共同的睿智能够有效生成,并不断巩固。

在边沁主义及其他诸多因素的共同作用下,英格兰法中遵循先例原则的倾向在19世纪30年代以后逐渐增强。<sup>⑧</sup>但其严格确立实际上非常晚。到1898年,上议院正式确认其必须受自身先

① 参见杨一凡、刘笏才:《历代例考》,第474—476、480—493页。

② 例如,在1595年米迦勒开庭期(Michaelmas term),根据《法律年鉴》的统计显示,法庭辩论中援引的案例主要来自《法律年鉴》,有近350件,时间跨度从爱德华三世(1327—1377年在位)至亨利八世(1509—1547年在位)。D. J. Ibbetson, "Report and Record in Early Modern Common Law," pp. 63-64.

③ T. Ellis Lewis, "The History of Judicial Precedent IV," *The Law Quarterly Review*, vol. 48, 1932, p. 239.

④ T. Ellis Lewis, "The History of Judicial Precedent IV," pp. 246-247.

⑤ J. H. Baker, *The Reports of Sir John Spelman*, vol. II, London: Selden Society, 1978, p. 161.

⑥ Rupert Cross & J. W. Harris, *Precedent in English Law*, pp. 25, 27-28.

⑦ Bishop of London v. Ffytche, 1 East 487, 495; 102 ER 188, 191 (1782).

⑧ Jim Evans, "Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century," in Laurence Goldstein, ed., *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987, pp. 35-63.

例约束；但施行不到 70 年，它就以一纸通告，宣布这一原则不再严格适用。<sup>①</sup>而在上诉法院，这一原则直到 1944 年才正式确立，并在 1979 年受到严峻挑战，其遗留问题始终悬而未决。<sup>②</sup>由于传统的法律宣示说已无法面向现实、有效地解释和支撑严格遵循先例理论，因此，目前英国法学界对这一晚近确立、其合法性和合理性均存在局限的制度，已产生明显的质疑。<sup>③</sup>众多学者认为：“现实的情况是，先例与成文法不同，并非以非此即彼的方式约束法官，关于先例约束力的最佳解释方式，不是基于其效力（validity）（即一个无级差的概念），而是基于其影响力（authority）（可以有不同程度的差别）。”<sup>④</sup>先例区别技术的发展，连同美国的法律现实主义运动，都使普通法世界的遵循先例原则风光不再。

再看欧洲大陆的法国。长期流行的普通法与大陆法、法典法与判例法的两分理论，造成一种英美与欧陆判然两分、只有英美才有“判例”的错误印象。实际上，无论历史上、还是当代司法实践中，参考和援引先例的情况同样普遍存在于法国这样的欧陆国家。<sup>⑤</sup>

历史上，既有的案件处理方式在欧洲大陆非常受重视。统计显示，1600—1750 年法国律师引用先例的频率以及案例报告编辑的数量，都遥遥领先于同时期普通法的发源地英格兰。<sup>⑥</sup>不过，当 16 世纪末、17 世纪初，高等法院特别是巴黎高等法院对疑难案件的讨论规范化、法律报告的编纂逐渐兴起之时，经过严格程序决定的裁断结果并不具有严格约束力，尤其是当这些裁判由某一法庭（Chamber）作出时，其他法庭更无必要遵循。<sup>⑦</sup>这与英格兰并无二致。

19 世纪，在民法典颁行后，根据其规定，判决在形式上已完全失去对未来案件的约束力，但在实践中的地位和作用仍然非常显著。一位现代法国学者指出：“在一个法典化的体系中，司法判决的权威性可以概括为两个方面：其一，理论上，司法判决不是法律渊源。其二，实践中，情况绝非如此；事实上，先例就是一种法律渊源。”<sup>⑧</sup>不少法国的民法教科书将“判例”列为“法律渊源”（sources du droit）之一。<sup>⑨</sup>既决案件、特别是法国最高法院（Cour de Cassation）的裁判之所以具有这样的影响力，除了其具有等级上的权威外，司法界及法学理论界的集体认

① Rupert Cross & J. W. Harris, *Precedent in English Law*, pp. 102-104.

② Rupert Cross & J. W. Harris, *Precedent in English Law*, pp. 25, 109-116.

③ Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 22-30.

④ Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, p. 23 and note 87.

⑤ René David & Henry P. de Vries, *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems*, New York: Oceana Publications, 1958, pp. 113-121.

⑥ John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, p. 337.

⑦ John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, pp. 312, 324, 326.

⑧ Yvon Loussouarn, "The Relative Importance of Legislation, Custom, Doctrine, and Precedent in French Law," *Louisiana Law Review*, vol. 18, 1957, p. 255. 还可参见 Michele Taruffo & Christophe Grzegorzczak, "Precedent in France," in D. Neil MacCormick & Robert S. Summers, eds., *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot: Dartmouth & Ashgate, 1997, pp. 112-113, 115-119, 137-138. 其中甚至认为，从实践的角度而言，“先例是最为重要的”，p. 113.

⑨ 例如，Gabriel Marty & Pierre Raynaud, *Droit civil*, t. I, 2e éd., Paris: Sirey, 1972, p. 11; Christian Larroumet, *Droit civil*, t. I, 5e éd., Paris: Economica, 2006, pp. 161-182; 有的虽不承认判例是正式法律渊源，但也将其列入“法的权威依据（autorité en droit）”或“法律解释”等类项，充分重视其现象和影响力；参见 Jean Carboneir, *Droit civil*, vol. I, Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 267; Jean Luc Aubert & Éric Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 12e éd., Paris: Sirey, 2008, p. 115.

同至关重要。“司法权来自于立法权，但判例规则并非基于立法权的授权。它完全来自法律共同体，而非下位法或授权立法……法国最高法院如果自由地听案作判，如果其判决不具有连续性和统一性，那么其判例的权威可靠性也将受到侵蚀。”<sup>①</sup>这种群体认同具有重要的制度支撑和保障。最高法院的重要判决都会公开，并由法学专家撰写评论，详细分析其中的法律要点。<sup>②</sup>同时，法国最高法院作为第三审机构，只能进行法律审，而且不能直接判决案件；如果其意见与上诉法院的意见不同，只能将案件再交由另一个上诉法院重审。后者仍可以不遵循最高法院的意见。这种情况下，除非最高法院召集全体法官代表会议 (Assemblée plénière)，并作出维持其先前意见的决定，第三个受命审理此案的上诉法院才有义务在该项个案中遵循其意见。<sup>③</sup>如果最高法院先前的意见不能得到大多数法官的认可，不能反映职业共同体的共识，其本身会受到包括上诉法院在内的职业群体集体抵制，使案件无法改判，<sup>④</sup>更不用说产生约束力了。正是由于这种职业群体间的相互尊重，如果最高法院自己没有相应的先例，也会参考下级法院的判决，特别是那些被普遍接受的下级法院意见 (jurisprudence constante)。<sup>⑤</sup>

在先例作为法律职业群体凝聚的共识这一意义上，法国的行政法判例也并不例外。众所周知，在法国行政司法中，判例的地位得到广泛的认可。通常认为，这是由于早期行政法的成文规范过于粗陋，连法国民法典 1352 条规定侵权基本原则那样的条文都付阙如，因而法官得以大显身手。<sup>⑥</sup>至今，法国行政法也未实现民法那样的法典化。尽管存在这样的明显差别，但从形式上说，与普通司法权一样，行政司法也不能正式地创设法律渊源，没有任何宪法和法律赋予行政法院的判决以规范性效力。<sup>⑦</sup>基于分权原则，法国最高行政法院 (Conseil d'État) 并不宣称具有立法权；在其判决中，也从来不直接引用自己的先例。下级行政法院也同样不援引其任何判例。<sup>⑧</sup>在法国最高行政法院的判例报告 (*Recueil des Arrêts du Conseil d'État*) 及最新报告的数据库中，可以看到其中都仅简明地引用法典及行政法规等成文法。<sup>⑨</sup>既然不能直接引用，显然就谈不上严格约束力；而且，其地位也就并非来自法律授权。早期的行政法院，人员少且精干，要经过严格的培训、选拔和逐级晋升。<sup>⑩</sup>现代的法国行政案件审理，先由某位指定的法官作为报

① Christian Larroumet, *Droit civil*, t. I, p. 179.

② Michele Taruffo & Christophe Grzegorzczak, "Precedent in France," pp. 109-110.

③ Christian Larroumet, *Droit civil*, t. I, pp. 174-177.

④ 例如，1941年，法国最高法院认为，如果被窃的汽车肇事，仍应由车主承担责任。但这不符合当时的流行观点。最高法院民事庭虽然一致同意推翻某上诉法院判决，将其交由另一上诉法院再审，但后者坚持更普遍、也被认为是更公平的做法，仍判由窃贼承担责任。最后，最高法院的意见被推翻。*Franck v. Connot*, cited in Loussouarn, "The Relative Importance of Legislation, Custom, Doctrine and Precedent in French Law," *Louisiana Law Review*, vol. 8, 1957, p. 261.

⑤ René David & Henry P. de Vries, *The French Legal System: An Introduction to Civil Law System*, p. 119.

⑥ Charles Debbasch, *Droit administratif*, 6e éd., Paris: Economica, 2002, p. 114.

⑦ René Chapus, *Droit administratif general*, t. 1, 15e éd., Paris: Montchrestien, 2001, p. 124.

⑧ René David & Henry P. de Vries, *The French Legal System: An Introduction to Civil Law System*, p. 115.

⑨ *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, 2e série, t. 18 (1848)-t. 116 (1946); 1947-1954, Paris: Delhomme, 848 1954; Base de jurisprudence, <http://www.conseil-etat.fr/cde>, 2010年6月1日。

⑩ 19世纪初规定，最高行政法院设法官 (conseiller d'État) 29名，兼职法官 (conseiller d'État en service extraordinaire) 11名；根据1872年的法令，当时经过层层考选，最高行政法院共有法官22名，审查官 (Maîtres des Requêtes) 24名，助理法官 (auditor) 30名，另有15名兼职法官。参见 *Le Conseil*

告人提出处理方案的报告，然后由独立的政府特派员根据处理报告、案卷材料和先例撰写法律意见，再围绕处理报告和法律意见进行合议庭讨论，最后作出判决。这些法律意见多会正式出版，观点可能与判决结果相悖，但其精彩的法律见解能为作者博得盛名。<sup>①</sup>这有助于法律圈内更充分地探讨和理解判决中的理由。正是经过这种职业群体不断思考和磨砺，具有丰富法律理性的判决才赢得了其权威性。在法语中，“判例”一词同时兼有“法理”、“法学”等意义，这也间接地反映出，无论在普通法院还是行政法院，判例之所以具有重大意义，更主要是因为其凝聚了法律群体所认同的法律学理和智慧。

在概览英、法两国“判例”制度的发展后，可以发现如下几个特点。首先，参考和援引既决案件进行裁断，是普遍存在的现象，即使在现代欧洲大陆也仍然如此。其次，某项判决对将来产生的影响力在不同法域、不同时期都有所不同，也存在多种方式。正式援引并发挥约束性影响力，只是“判例”作用的一种形式。同时，所谓判例的“严格约束效力”，从历史上看是相当短暂和个别的现象，在完整的意义上，仅1944—1966年在英格兰曾经短暂出现。目前，判例的“效力”说已日益为“影响”说所取代。同时，在西欧历史上和现实中，在使用“判例”这一概念时，都没有任何立法机构、以任何形式赋予法院的判决以强制性效力；换言之，先例的力量并不来自司法机构以外的国家权力，而主要来自法律共同体的职业认同。因此，后者在判决中的论证性表述，即裁判理由，而非裁断结果，才作为法律原则产生影响力。

正是基于这种认识，西方学者对西欧“判例”和“判例法”的研究，也并不拘泥于现代英格兰式的“判例”概念，否则在英格兰19世纪以前，甚至在美国司法中，都找不到这种对应物。他们的相关研究关注的是“判例法如何发展的重要方面，即通过司法、或至少与诉讼相关的裁决而形成法律原则的前提条件”；即，研究对象是那些可能对法律原则的形成有所贡献的司法判决本身，特别是高级法院的判决。<sup>②</sup>有些学者更明确将“判例”的作用分为各种级差：正式约束力（formal bindingness）、无正式约束力但有影响力（not formally binding but having force）、无正式约束力及影响力但可提供进一步支持（not formally binding and not having force but providing further support）、仅具表述性等价值（mere illustrativeness or other value）。<sup>③</sup>总之，在西欧，无论历史上还是现代，效力、特别是约束效力的问题，并未成为理解“判例”制度的核心要素。如果说要探寻“判例”这一概念在西欧语境中的核心内涵，那么判决的这种广泛影响力及其背后的职业共识庶几近之。

由此反观中国，即使沿着“在中国寻找西方”的方法论查考中国历史上“判例”的有无，也不难看到这一路径下既有研究的偏颇。其过于强调判决的“效力”，包括其实际或能够被“援引”、以及其效力的确定性（如皇帝的批准），而这些在西欧“判例”的概念中都并不是核心的问题，甚至根本就不存在，因此，这种概念的引入和使用，本身就成为了无源之水。这种偏颇，

*D'État: son histoire à travers les documents d'époque*, Paris: Centre Nationale de la Recherche Scientifique, 1974, p. 43; Charles E. Freedeman, *The Conseil D'État in Modern France*, New York: Columbia University Press, 1961, pp. 27-31. 由于最高行政法院还参与繁重的立法和行政工作，当时这些人员中就只有小部分进行审判活动，因此作为法院，其人员非常精干。

① Charles E. Freedeman, *The Conseil D'État in Modern France*, pp. 65-68; René Chapus, *Droit administratif general*, t. 1, pp. 811-814.

② D. Ibbetson & A. Wijffels, "The Techniques and Methods of Judicial Records and Law Reports," in A. Wijffels ed., *Case Law in the Making*, vol. I, p. 15.

③ Aleksander Peczenik, "The Binding Force of Precedent," in D. Neil MacCormick & Robert S. Summrs, eds., *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, p. 463.

显然是由于中国传统法理学对法系和“判例”概念的简单化理解，将现代英格兰普通法中的短暂现象和陈旧理论普遍化和绝对化，造成对西方“判例”相当程度上的误读。

进一步对比中国与西欧，可以看到，在参照前案裁断的意义上，历史上的中国“判例”与西欧其实存在不少明显的差别：以刑事为中心、以量刑为目的、以事实类比为方式、以书面裁判为内容。在参考既决案件的范围上，中国古代的自理词讼（包括非罪的民事性纠纷和轻微治安案件）非常少，与西欧的判例以民事案件为主体形成异常鲜明的对比。<sup>①</sup>即使是在刑事案件中，西欧的判例解决的主要是定罪问题，即罪与非罪、此罪与彼罪的区分，而中国古代的成案往往更多地解决量刑问题，以实现“情罪相符”，定罪往往只是量刑的表现形式；在运用方式上，英格兰刑事先例的运用以归纳判决理由为主，而中国更通常运用的方法则是事实类比。<sup>②</sup>在先例记录的内容上，中国的关注点在于刑部等高级司法机构的书面意见，完全没有庭审过程的记述，而后者在英、法的法律报告，特别是早期记录中，都曾是非常重要的内容。

更进一步，如果我们看到更清晰的“西方”，承认误读的存在，看到中西方“判例”制度存在类似，又有明显差别，也不再株守“在中国寻找西方”的前提，那么是否有更合适的方法，使中国传统法中的“故事/断例/成案”现象能够更好地被描述——而不仅是说，它们类似于西方的判例，只是有些不同。进而，是否可能提出对中国固有制度更有解释力的叙事体系？

### 三、另辟蹊径：从功能主义到双向功能主义

金岳霖认为，应赋予“哲学”更普适的意义，将这一概念运用于中国历史的描述，但“不根据任何一种主张而仅以普通哲学形式来写中国哲学史”。<sup>③</sup>为走出“填充式法律史学”的理论困境，在这一思路的启发下，是否可能在“判例”这一概念的运用上找到更“普通”的形式？

如前所述，立足于现代英格兰普通法理论的“判例”概念，特别是其“效力”理论，已无法走出这一理论困境。在省察英、法两国相关制度发展的历史和现状后，我们看到，在“效力”理论背后存在着更丰富的理论和实践。在这里，比较法中普遍运用的功能主义显然可以提供方法论的借鉴。功能主义要求揭示在西方背景中某一法学概念所指代的事物在社会中所发挥的功能、所解决的问题，然后在其他国家寻找相同或类似问题的解决方式。<sup>④</sup>事实上，在利用现代汉语的法学词汇描述中国历史上的现象时，在相当程度上，始终是在运用一种比较法的研究视角，把现代概念及其所描述的制度和运作，与中国传统社会中的典章制度进行对比。<sup>⑤</sup>

如果采取功能主义的方法研究中国古代的“判例”问题，那么首先需要揭示的是：在西洋法中，判例的功能是什么？根据前文，在西欧历史上，英法判例共同的重要功能，就是基于既有司法判决，凝聚法律职业群体智慧，提供法律问题的分析理论和解决方案。基于这一功能设定，功能主义要求以此为问题，在中国语境中找寻对应的方式。

这一提问方式在一定程度上淡化了概念的意义，不再将重点放在“中国有没有判例”或

① 明清时代也存在大量自理词讼的汇编。详细的目录和提要，参见三木聪等编：《传统中国判例资料目录》，东京：汲古书院，2010年。不过，明清时代处理自理词讼的判牍，大多数是判词作者私编，主要为了其个人显扬名声，甚至文词，与刑案汇编用于实际审判参考的目的有明显不同。

② 参见王志强：《中英先例制度的历史比较》，《法学研究》2008年第3期。

③ 金岳霖：《冯友兰〈中国哲学史〉审查报告》，冯友兰：《中国哲学史》，“附录”，第6页。

④ 参见K.茨威格特、H.克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，北京：法律出版社，2003年，第46—49页。

⑤ Teemu Ruskola, "Legal Orientalism," p. 192, note 54.

“某某现象是否判例”这样的问题，而是将问题转化为：在中国固有法中，如何基于既有司法判决来凝聚法律职业群体智慧，提供法律问题的分析理论和解决方案？

然而，进一步反思，会发现其中依然深刻存在西方中心主义的偏颇。西欧判例的“功能”考察，固然比简单的概念主义更进一步，能够提供一种相对更具有普适性的描述方式。但是，在某一文化中成为问题的，在另一文化中未必是问题；而且，功能主义的前提往往是：这些问题都必须通过法律、而非其他方式解决；等而下之者，它依然导向一种“认识论的帝国主义”：要么在其他法律文化中发现西方法律类型的对应物，要么宣称这些法律文化中缺乏一些东西。<sup>①</sup>

在“判例”问题上，如果完全循着功能主义思路，实际上并未能够根本走出“在中国寻找西方”这种“填充式法律史学”的困境。即使将其优势发挥到极致，最大程度地克服概念主义的缺陷，避免概念的纠缠而转向功能的追问，“如何凝聚法律职业群体智慧”这个问题中也深刻地隐含着西欧的烙印。在西欧法律史上，正是由于这种职业共同体的存在，时代久远、级别下位的法官所提出的法律意见，依然会得到某种程度的尊重；直至今日，即使在相对严格奉行遵循先例原则的英格兰，下级法院的判决对上级法院依然具有劝导力，更不用说法国下级法院可以对抗最高法院的意见。但“法律职业群体”这一概念在中国并无完全等同的对应物。中国具有的是“一同于上”的司法官僚阶层。因此，基于西欧经验的功能问题，在中国并没有精确的对应需要。它导向又一个需要争议的概念：中国是否有“法律职业群体/共同体”？这样，又将重新回到“中国有没有甲乙丙丁”的问题，将有/无的两分作为唯一可能的收官结论。根本上，这是由于功能主义的局限性：它是单向的，以西欧的背景、功能和问题作为出发点和归宿，虽然避免了概念主义的一些明显局限，但仍以另类的形式表达其西方中心主义的实质。

要解决这一问题，需要将关注的重心转回中国。“双向的功能主义”也许是逐步跨越这种隔膜的可能路径。所谓“双向”，是在肯定功能主义方法论意义的前提下，在中国搜求西方功能的对应物后，对中国的现象也同样进行功能主义的分析，尝试探索功能、而非概念的可沟通性，寻求普适性的平台，并从功能的角度进一步揭示中国制度现象的特有个性。

在“判例”问题上，我们虽然无法精准地在中国古代司法中找到法律职业群体，但根据既决案件，从以往的司法经验中寻找解决目前问题的思路和方案，这种现象在中国历史上同样普遍存在。试以文献足征的清代为例。清人对高级裁判机构、特别是刑部和皇帝对重大刑事案件的意见非常重视。无论是官方（包括中央的律例馆及各省督抚、宪司），还是幕友阶层，都广泛收集这类案件，并将其传抄，乃至刊刻印行。其中，秋审成案备受重视，已为学者论及。<sup>②</sup>对于其他成案，限于篇幅，仅将其中已付梓刊刻、因此也流传较广的印本之书名，按出版年代为序，简单地表列如下（有不同版本的，仅列第一版）。

这些刻本，除了一次性出版的以外，有些还在同一题名及框架内反复增补，如《例案全集》；<sup>③</sup>

① Teemu Ruskola, "Legal Orientalism," p. 190.

② 秋审成案具有独特地位，内容和编排也与其他成案汇编不同。由于秋审案件本身的重要性和其裁决的灵活性及权威性，而且其结果也直接成为核定地方官员是否失出入、并进而追责的依据，因此备受重视，具有更强的指引作用。参见孙家红：《清代的死刑监候》，北京：社会科学文献出版社，2007年，第184—210页。

③ 从乾隆二年本（藏日本东洋文库，45卷）与康熙六十一年原刻本相比较来看，卷35以后均为续增；其中卷35至38（续增一、二，康熙六十一年至雍正三年）内按律例次序编排，无单独目录，已补附于原刻目录后；此后卷39至41（续增三至七，雍正四至九年）、卷42（续增八，雍正十年）、卷43（续增九，雍正十一年）、卷44（续增十，雍正十二年）、卷45（续增十一，雍正十三年）则分别另编目录，各部分内均分别按律例次序编入某一年度或几年度新增内容。康熙原刻本卷35也题为“续增”，但内

或以续编形式继续补充,如《刑案汇览》。<sup>①</sup>其篇幅,基本都在二、三十卷,多者如著名的《刑案汇览》,原编即多达六十卷。除了刻本刊行的以外,当时还有大量抄本。<sup>②</sup>

清代成案汇编略表(刻本)

年代	书名	年代	书名
康熙四十二年	本朝则例类编 <sup>③</sup>	道光九年	例案备较
康熙四十六年	定例成案合铸	道光十一年	(刑部)说帖(各省通行成案)摘要抄存
康熙五十九年	本朝题驳公案	道光十三年	成案新编
康熙六十一年	例案全集	道光十三年	刑部说帖揭要
康熙末	定例成案合铸续增	道光十三年	续增刑部律例馆说帖揭要
乾隆十一年	成案汇编	道光十四年	刑案汇览
乾隆二十年	成案续编	道光十四年	刑部比照加减成案
乾隆二十年	成案质疑	道光十五年	(新纂刑案)说帖类编
乾隆二十三年	谋邑备考 <sup>④</sup>	道光十六年	说帖辨例新编
乾隆二十四年	例案续增全集	道光二十年	续增刑案汇览
乾隆二十八年	成案续编二刻	道光二十三年	大清律例刑案汇纂集成
乾隆二十八年	成案新编二集	道光二十三年	刑部比照加减成案续编
乾隆三十二年	驳案成编	道光二十九年	成案新编
乾隆四十三年	刑部驳案汇钞	同治六年	刑案汇要
乾隆四十六年	驳案新编	光绪九年	增订刑部说帖
乾隆五十八年	(新增)成案所见集	光绪十二年	新增刑案汇览(三编)
嘉庆十二年	成案备考	光绪十三年	刑案汇览续编
嘉庆十三年	成案备考	光绪二十三年	新辑刑案汇编
嘉庆十七年	新增成案所见集	光绪二十八年	刑案新编
嘉庆二十一年	驳案续编		

此外,还有以特定地域的成案为范围的汇编,如《粤东成案》、《江苏成案》;还有个别与地

容明显少于其他卷,均为康熙六十一年新案,应该是编者在编成后、刊印前新增的内容,数量不多,故单独列出成卷。因此,编者先后六次增补新的内容。从这种编排方式来看,编者应该在雍正四年左右进行了一次在原刻基础上的续编,单独成卷,代替原刻本中简短的“续增”卷,并将新增三卷内容的目录仍然补入原刻总目录的相应条目下,以便检索。雍正十年,编者进一步增补新内容,但未按照雍正四年的体例增修原目录,大概因为原刻版已无空间之类的原因,因此重新单独编目。此后,由于新增内容不断增加,乃至每年都予以续增,并将每次续补内容单独编目处理。很可能除现存乾隆二年本外,该书曾在雍正四年、十年、十一年、十二年、三十三年左右分别再版或出版单行的增补本,即卷39以后之例。

① 关于《刑案汇览》及其续编,参见中村茂夫:《清代の刑案:“刑案汇览”を主として》,滋贺秀三编:《中国法制史:基本史料の研究》,东京:东京大学出版社,1993年,第721—723页。

② 见于著录、存世可考的至少有《定例成案集要》等43种,起自乾隆,迄于清末。关于秋审成案,除上注孙家红书中所列外,至少还有《秋审成案》(至少两种)、《秋审汇案》、《部拟秋审实缓》等数种。另外,有些抄本被收入今人所辑案例汇编,如杨一凡主编:《历代判例判牒》(北京:中国社会科学出版社,2005年)收入《刑部各司判例》、《刑事判例》等成案抄本数种;从名称来看,有些可能是整理者所加。

③ 《自序》:“故是编所收,不特奉部通行之新例,凡法司奏谏、事涉疑难者,即加采录,以备参观。然必见诸奏议、凿凿有成案者,方载于内,不敢泛举。”有汤居业康熙五十二年《续增》,但未收成案。

④ 此文献承 Pierre Étienne Will 先生教示。



方性法规汇编，如《湖南省例成案》，等等。

附带值得一提的是，这些成案，有的还经过特定程序，由中央批准后成为“通行”或“遵行”。前者通行全国，后者则仅限刑部内部传抄。<sup>①</sup>各种刊行的“通行”，常以“章程”、“条例”的名义出现，但实际上保留了大量成案的内容，甚至原貌。<sup>②</sup>在“通行”中，往往由刑部直接提出、或由私编者归纳出其中的法律规则，与纯粹的成案有所不同，但也并未变身为完整意义上的“成文法”，其形式和效力介于成案与律例之间。<sup>③</sup>

之所以不厌其烦地列举这些清代成案汇编的情况，是因为它从一个侧面清晰地反映出当时各级司法官员对于旧案的态度和需求。清代的成案汇编，其历史渊源至少可以追溯到秦代“廷行事”和汉代“奏谏书”、“决事比”。这种汇编中很少显露裁判者的真实身份（除了皇帝），因此其目的显然与大部分私编的自理词讼判牒不同，并非为了显扬裁判者的个人声名或文笔。其大量编集，有的一再续编，并能够广泛流传，显然有其市场需求和特定的社会功能。“廷行事”被作为常用品，供秦代基层小吏殉葬之用，与清代成案的广泛编集和流传异曲同工。它们都服务于某些类似的目的，其中之一，就是基于判决积累而汇集既往经验，供将来审理案件时参照。这一目的和功能，可能构成了中国从秦代廷行事到清代成案这一传统与西欧“判例”传统的最大公约数。

“既有判决对未来案件的裁断产生影响”，在这一功能意义上，我们发现了可沟通的共同平台。这一平台，具有更普适性的法理学意义。它不仅提供了沟通中西的共同问题，也可能成为贯穿古今的一个切入点，从而为法律史学提供更广阔的舞台。

回到“双向功能主义”的方法论问题。一方面，我们可以由此找到与西方、与现代能够沟通的普适性功能问题；另一方面，双向功能主义也强调，在中国的语境中，相关的现象可能具有某些独特的功能。既有研究中，以制定法与“判例”的关系为视角的相关讨论，<sup>④</sup>就是从中国古代法中“判例”功能出发的一个积极探索。由于普通法国家和欧陆早期的制定法与中国古代法及19世纪以后欧陆法都有结构性的不同，“作为辅助性手段补充成文法局限”这一“判例”功能，恐怕仅适用于后二者，因此具有一定特殊性，而非普遍性功能需求。

更进一步，在中国的特定背景下，还应该关注其更具个性的功能。秦汉以降的存世法典都奉行一罪一刑的严格法定刑，使成文法的局限性进一步加强。面对将成文法继续具体化的建议，乾隆帝曾表示：“至于情伪无穷，而律条有限，原有不能纤悉必到、全然该括之势，惟在司刑者体察案情，随时详酌，期于无枉无纵则可，不可以一人一事，而顿改成法也。”<sup>⑤</sup>制定法一方面

① 参见胡震：《清代的通行性质考辨》，杨一凡编：《中国古代法律形式与法律体系研究》，未刊稿。

② 例如，道光十九年贵州潘老蜡案中，刑部援引了道光七年广西林秀杰案、道光八年刑部现审奎保案、道光十六年贵州甘邦本之子案等三件成案，并指出“今潘老蜡……，虽例无明文，惟历有成案，自应衡情酌断，比依办理”；而且指出，“至该抚声（请）‘明定例文，以昭遵守’等语，查例难赅载，既有成案可循，办理自无歧误，应毋庸另立专条，以归简明。”《通行章程》，卷上，“贵州司·道光十九年·触犯拟军犯父呈请释回准其比例减释”，光绪十八年荣录堂刊本，第3页。这是获得“通行”效力，但仍保留原案状态的典型例证。

③ 将“通行”界定为“判例”或“成文法”的努力，恐怕一定程度上是由于对法律渊源的这种两分式理解。事实上，无论在中国和西方历史上，国内法的法律渊源都不仅限于这两种形式，如中国的情理、罗马的法学家论述、英格兰的衡平和经典学理、法国的习惯、美国的法律重述，等等。

④ 全面的论述，参见刘笃才：《中国古代判例考论》，《中国社会科学》2007年第4期；杨一凡、刘笃才：《历代例考》，第454—493页。

⑤ 《清会典事例》卷740，“乾隆六年”，北京：中华书局，1991年影印本，第9册，第172页。类似的说

坚持一罪一刑的严格对应,另一方面又不可能无限度地具体化,这是19世纪欧陆法并不具有的制度背景,也是其“判例”制度不必面对的功能需要。而当时的中国司法官员则必须在相当程度上仰赖这些具体化的成案,通过类比方式来解决相关难题。

如果说中国古代的严格法定刑只是“成文法”这一普适性概念下的特殊现象,那么中央对地方官的庞大权力,特别是对重大刑事案件的处理进行严格监督和错案追究,则是中国古代成案现象存在和服务的特殊制度背景。这也在相当意义上可以解释为何当时中国“判例”运用中着重于重大刑事案件的量刑问题,而较少涉及无关量刑的纯粹定罪问题,更少涉及民事案件。对于各级官员及其幕友等成案的主要读者而言,如何在刑事重案中为其裁决找到有力依据,尽可能说服审转复核的上级机构(包括皇帝),以避免被追究错案的责任,是其运用成案的重要功能,也是刑事成案得以广泛流传的重要动力。<sup>①</sup>庭审过程则非其关注的要点,因为庭审中并没有律师阶层在法律问题上与其制衡。在西欧的法律史上并不存在这种避免错案追究的需要,一般情况下,法官不会仅因意见与上级机构相左就受到处分。

从根本上说,一罪一刑的严格法定刑、命盗案件报告、审转复核和错案追究等制度,是传统中国的国家权力高度介入司法过程的制衡措施和结果。在这里,通过对中国现象的功能主义分析,在找到公共问题的基础上,更进一步展现了中国社会某些特殊背景和需要。

那么,这一方法和思路,对中国法律史的重述有何意义?它是否有助于使相关研究摆脱“填充式法律史学”的困境,给法律史叙事方式带来更根本性的变革?

双向功能主义主张颠覆对概念本身的纠结,将问题的思考和提出方式改为:“西方某制度具有何种普适意义的功能?这些功能在中国古代法中如何实现?”以及“中国的相关制度或实践有何特殊的背景和功能”?

一方面,借用金岳霖先生之语,有助于寻找法学的“普通形式”,即法理学意义上具有某种普适性的共同问题,如“既有判决对未来案件裁断的影响”、“成文法局限的补救”等,从而既利用现代西方法学概念,但又不为其特定内涵所困扰。这个体系中,概念的来源是西方的,但其问题也同样是中国或其他非西方文明所必须面对的。这样,逐步将概念的辨析转化为问题的积累。当这些公共问题累积到一定程度,是否就可能对其进行体系化的清理,提炼出法学的某种“普遍形式”,即体系化的公共问题?另一方面,更进一步,当剖析中国古代法相关制度和实践的某些特有功能时,如“高度细致化的刑法及其严格法定刑的救济”、“避免司法官员的错案责任”等,我们可能提出一些源自中国、在西方可能未必存在或不以法律方式解决的问题。在这里,我们超越了金岳霖先生以“普通形式”讨论中国问题的设想,将中国相关制度和实践的特有功能和背景进一步凸现出来,用以更深刻地揭示“中国的特色”。这些中国的特有形态和问题,与前述体系化的公共问题相结合,是否可能成为中国法律史事实描述的新框架?

问题似乎仍然回到了本文开篇所提出的中国有无“甲乙丙丁”之类的探讨,因为这些已经进入中国法学日常视野的西方概念,可能成为这一宏大体系设计的起点。如果将本文对“判例”问题所进行的一系列追问移诸这些问题,重新省视某一西方现象的功能“是什么”?该功能性需求“是否以及在何种程度上存在于中国”?中国用以解决这些普适问题的相应的制度和实践“有何特殊的背景和功能”?如此推进,最后是否可能使这些问题的讨论找到更多法理学意义上可沟

法,参见“乾隆二十七年”,第173页。

① 例如,在清代,如果援引成案后,所拟判决意见依然被驳,官员可能免于参处。参见王志强:《清代成案的效力及其运用中的论证方式》,《法学研究》2003年第3期。时人关于成案的类似看法,参见吴光耀:《秀山公牍》卷5,光绪二十九年刻本,第3—4页(此文献承张伟仁先生教示)。

通的平台，并继而为“中国”古代法的重述找到新的体系和方式？

## 余 论

中国古代法中“判例”问题及其学术史，见证了中国法律史学一个多世纪以来的发展。从方法论的意义上，中国法律史学大略走过了“普适概念”、“循名责实”和“重述中国”三个阶段。在普适概念流行的第一阶段，现代西洋概念被引进，并被作为普适模本。其中体现出两种价值取向，即西方中心和中国国粹。两者都表现为“在中国寻找西方”，但前者结论往往是“类似不少而实质不同”，因此往往更强调引进西法；后者则认为中国应有尽有，因而重点在于继承发扬。<sup>①</sup>在“循名责实”阶段，研究者更强调“在中国发现历史”，对各时代的“判例”现象逐一清理，追问其“是什么”、“怎么样”，在移用西方概念时，注意重新界定其在中国语境中的意义。在方法论上，这是重要的过渡阶段，因为其仍受西方概念体系影响，但理论自觉性明显增强，对西方概念抱持一定的警惕态度。

目前，研究者们已普遍认识到，用西方概念精心编织的叙事之网，来打捞中国固有法律传统这一池春水，哪怕编织得再细密精致，虽然能够收获一些鱼虾水草，但却仍有买椟还珠之虞，将无法体会“春江水暖”的意味，更不能领略“水光潋滟晴方好，山色空蒙雨亦奇”的整体意境。为更深刻地“重述中国”，根本性克服填充式法律史学的缺陷，走出法律史叙事方式的困境，各种有益的探索已经展开。

将西方概念和语词作为描述工具，在当代中国学术界已无可避免，但如何扬弃其中的价值偏见，特别是提出更具有普适性的理论问题，始终是“重述中国”的方法论难题。这种普适性，不仅面向中西，甚至在更多文化之间，也要求通古今之变。本文最后所提出的“双向功能主义”只是一种尝试。各种努力的根本目标，是重构对中国固有法的叙述体系，以更深入地探索中国传统法的精神特质和整体结构，并积极回应现实所提出的各种法学理论问题。由于其并没有定于一尊的固定答案，因此在叙事体系的选择上也应该始终是开放的。

〔责任编辑：张芝梅〕

<sup>①</sup> 国内“混合法理论”对“判例”的理解即为一例。其前提是将西方法两分为判例法与成文法。参见武树臣：《中国“混合法”引论》；马小红：《混合法的制度设计：“法律”与“法官”的折中》，均载《河北法学》2010年第2期。如前所述，在历史上和现实中，英法等西欧国家同样成文法与“判例”并行，也都是“混合法”，只是二者地位和作用各有侧重。

**(9) "Precedent" in the Narrative of Chinese Legal History***Wang Zhiqiang* • 137 •

The traditional way of describing the history of Chinese law, i. e., fitting Chinese historical materials into the basic framework of the Western conceptual system, needs to be thoroughly reconsidered. "Precedent," which has attracted academic attention both in China and abroad, can serve as an example in this regard. This concept, which may have originated from Japanese *kanji* in the nineteenth century, was used to translate its Western counterpart. A review of the historical and modern practice of the Western European countries of England and France shows that precedent has always played an important role in achieving a legal community consensus and guiding future rulings by means of case law. This function, which has something in common with the relevant portions of ancient Chinese legal institutions, can serve as a foundation for constructing a universal theoretical system. At the same time, the relevant Chinese institutions had specific institutional contexts and functions. By combining universal and specific functional analysis, "two-way functionalism" may be able to avoid the Western-centric approach and futile conceptual discrimination and turn towards the exploration and elucidation of functional issues, so as to eventually establish a new framework for the narrative of Chinese legal history.

**(10) How Does Industry Influence Income Distribution? Results of HLM Analysis***Wang Tianfu and Cui Xiaoxiong* • 165 •

Using the hierarchical linear model (HLM) to analyze a specifically linked dataset with a hierarchical structure, this paper discusses in detail two completely different logics and paths by which industry affects income distribution: one is its direct influence on average income in different industries, and the other is the influence of industry structural adjustment on the rate of return to individual attributes (gender, age, education, etc.). Results show that more than thirteen percent of the total difference in individual incomes can be attributed to the industry factor, and that industry characteristics (such as the scale and age of the industry, proportion of employees with high educational qualifications, etc.) exert multiple and significant effects on the income returns to individual attributes. Our conclusions will assist in specifying the mechanisms and paths through which industry influences income distribution. At the same time, the paper also offers further consideration of income distribution institutions and structures.

**(11) The East Asian Welfare Regime Viewed from the Perspective of Intergenerational Differentiation***Lin Mingang and Wu Xiaofang* • 181 •

The study of welfare development in East Asian societies is a major field in present-day comparative social policy research, one that is gradually constituting a counterweight to traditional European welfare state research. To explore changes in the productivist welfare regime in East Asia as it enters the aging society, this paper constructs an intergenerational differentiation perspective and conducts an analysis based on the Elderly/Non-elderly Spending Ratio (ENSR). We find that East Asian welfare regimes have begun to respond to the welfare