

民国时期的变更判例制度及其实践

何思萌*

目次

- | | |
|---------------|-------------|
| 一、问题的提出 | 四、变更判例的替代方案 |
| 二、民国时期的变更判例制度 | 五、未竟的“变更” |
| 三、变更判例原因分析 | 六、结语 |

摘要 为求促法律适用之统一,民国时期制定有“变更判例”之制度。如民国北京政府颁布的《法院编制法》,南京国民政府司法院颁布的《统一解释法令及变更判例规则》等文件,规定若案件裁判与先例有异,可以召开变更判例会议。常见的变更判例理由包括旧例与立法旨意不符、留存旧例将造成适用混乱等,但鲜见有变更之实践。囿于变更判例程序严格,当时的最高司法机关常“以立替改”,通过创设新的判决例或解释例、废止旧例等方式,虽未对判例进行变更,然在实质上起到了变更判例之效果。“北平临时政府”时期的司法委员会曾尝试变更判例,但是覆盖面小、持续时间短,缺乏必要的正当性和拘束力,所变更之判例未能得到承认。民国时期的变更判例之实践在正当性、拘束力和溯及力上,缺乏明确的定义。

关键词 判决例 变更判例 解释例 统一法律适用

一、问题的提出

判例法国家素有“Stare decisis”的传统,要求法官判案时严格遵循先例。但是,部分判例的做出与其所处的地域和时期密切相关,经过一段时间的发展以后可能不再适应社会现实状况,此时仍遵循先例将带来明显的不公正。庞德亦曾提出:“在司法程序中完美的稳定性、完整的确定性和可预期性,社会和经济秩序中的变化需要的完全的适应性和完美的灵活性,不可能同时实现。”〔1〕

*清华大学法学院博士研究生。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”(项目编号:2022THZWJC18)的阶段性成果。感谢编辑和匿名评审专家提出的宝贵意见。

〔1〕 [美] 罗斯科·庞德:《何为遵循先例原则》,李鹤译,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2006年第5期,第21页。

为保持判例法的灵活性和司法的公正性,判例法国家大多有一套较为完备的变更判例方案,只要满足了特定的理由,法官可以正当地背离先例,常见的方法有借助司法技艺将本案区别于彼案,或是推翻先例,但法官需要承担论证义务。^{〔2〕}

为适应社会发展需要,美国在内战后出现了自由的遵循先例观念,在这种观念的影响下,联邦最高法院在西海岸宾馆案(West Hotel Co. v. Parrish, 1937)中推翻了洛克纳案(Lochner v. New York, 1905),用布朗案(Brown v. Board of Education of Topeka, 1954)推翻了普雷西案(Plessy v. Ferguson, 1896),乃至在伦奎斯特时期,联邦最高法院九位大法官都曾在不同场合承认,在宪法性案件中,先例如果被证明在当下条件下有错误、不合理或者没有宪法基础,偏离先例是有必要的。^{〔3〕}英国有悠久的遵循先例传统,尽管对于不遵守先例原则的法官并没有正式的制裁措施,但如果法官违反了先例原则,则会招致同事以及其他同行的批判。^{〔4〕}然而在实践中,即使是曾经的最高审判机关英国上议院,也未敢断言先例绝对适用。1966年上议院发布的《司法先例实务声明》指出:“受先例约束之说有诸多可表之处,但太过执着于先例可能导致某个具体案件裁判不公,而且还可能限制法律的正常发展。”^{〔5〕}

从英美国家的实践来看,“制定判例”与“变更判例”是一体两面的存在。囿于我国非判例法国家,可供研究材料较少及判例是否作为法律渊源等基础性问题尚处于待定状态,在学界研究中常拘泥于对前者,对判例体例、效力等问题深入探究,而在变更判例领域研究较少。在成文法国家,裁判要旨、指导案例虽并非正式的法律渊源,但因其灵活性高和可操作性强在司法实践中被广泛使用。

在民国初期,判例已成为法律法规的重要补充。虽然大理院没有承认判决例为正式的法律渊源,司法所造之判决例在民事案件中的适用次序甚至在习惯法理之后,^{〔6〕}但是在司法实践中,大理院做出的裁判影响很大,其性质效力“等同于判例法”。^{〔7〕}戴修瓚直言:“日积月累,编为判例,各法原则,略剧其中;一般国人,亦视为法规,遵行已久”,认为判决例“论其性质,实同判例法矣”。^{〔8〕}

不断更新判例是判例法的应有之意。^{〔9〕}这类补充性法律渊源自创制公开以后,即隐含了未来可能因法律修改、时势变迁等缘故而变更内容之需求。1916年的《法院编制法》中已对判决例变更有所提及,至1929年,南京国民政府司法院又颁布了《国民政府司法院统一解释法令及变更判例规则》(以下简称“1929年《变更判例规则》”),对“与本庭或他庭成案有异”的判决例予以废止或变更,成为统一解释法令会议和变更判例会议召开的直接依据。民国时期受国内外政治环境影响,司法快速现代化,为统一法律适用而做出的判决例如若不能因时而变,则反将引起适用混乱。

〔2〕 参见孙海波:《普通法系法官背离先例的经验及其启示》,载《法商研究》2020年第5期,第107页。

〔3〕 参见李桂林:《美国法中的遵循先例与推翻先例》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》第14卷,山东人民出版社2013年版,第245页。

〔4〕 参见叶榭平:《遵循先例原则与英国法官的审判思维和方法》,载《比较法研究》2015年第1期,第20页。

〔5〕 于秀艳:《英国的司法先例原则》,载《法律适用》2004年第5期,第29页。

〔6〕 大理院二年上字第64号判决例规定:“判断民事案件,应先依法律所规定;法律无明文者,依习惯法;无习惯法者,依条理。”郭卫:《大理院判决例全书》,中国政法大学出版社2013年版,第210页。

〔7〕 聂鑫:《中国公法史讲义》,商务印书馆2020年版,第432页。

〔8〕 见前注〔6〕,郭卫书,第2页。

〔9〕 参见李桂英:《〈判例法〉刍议》,载《当代法学》2000年第4期,第17页。

然而,据统计,民国北京政府时期大理院(1912—1927)做出的判决例总数有 3 900 余例,^[10]南京国民政府时期的最高法院(1928—1948)做出的判决例总数超过 4 200 余例。^[11]据学者研究,在这些判决例中,官方公布的判例从未被修改或变更过。^[12]

那么,变更判例制度在民国的实践情况究竟如何?在几乎不见变更判例的背后,又是以何种方式维持着司法系统内部的判例更新?

二、民国时期的变更判例制度

民国北京政府时期的大理院已经具备了创制和变更判例之权责,在随后的南京国民政府时期,变更判例制度被不断细化,至 1938—1939 年“北平临时政府”时期,还出现了变更判例之尝试。

(一) 雏形: 民国北京政府时期

民初的大理院是国家最高司法机关,由于北京政府时期的立法机关长期未能正常运作,故大理院在一定程度上延续了中国古代司法机关兼行立法职能的传统,通过制定判决例、解释例进行“法官造法”。^[13]

大理院既有创制判例,亦需担负变更判例之责。1916 年《法院编制法》颁布,第 37 条规定:“大理院审理上告案件,遇有解释法令之意见,与本庭或他庭成案有异,应变更判决例时,得开民刑各科总会以审判之。”^[14]1919 年 5 月颁布的《大理院办事章程》第 206 条规定:“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,应经刑事或民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。”^[15]前述规定与 1916 年的《法院编制法》第 37 条具有相通性,但对变更判例的程序有了更为明确的阐述。

变更判例的决议通过后,其结果需要对外公开。1925 年《大理院编辑处规则》第 4 条第 1 款规定:“凡本院成为新例或变更旧例及其他有登载必要自判决裁决均登载之。”^[16]《大理院公报 凡例》第 8 条规定:“裁判或解释成为新例或变更旧例者,记明要旨及可参考之法条或旧例。”^[17]判决例不必然在司法类公报中刊登,但对于经变更的判决例,属于“必要刊登项”,在谨慎程度上比创制新例更高。

民国北京政府时期的判例变更依附于大理院而存在,尚未有单行法令对这一司法行为予以专门规制。

(二) 发展: 南京国民政府时期

1927 年南京国民政府最高法院成立。在司法院成立之前,一切法令解释、判例变更权归属最

[10] 见前注[6],郭卫书。

[11] 参见最高法院判例编辑委员会编:《最高法院判例要旨》,大东书局 1946 年版。

[12] 参见刘昕杰:《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》,载《法学研究》2021 年第 5 期,第 203 页。

[13] 参见张生:《民国初期的大理院:最高司法机关兼行民事立法职能》,载《政法论坛》1998 年第 6 期,第 118 页。

[14] 王士森编:《法院编制法释义》,上海商务印书馆 1911 年版,第 79 页。

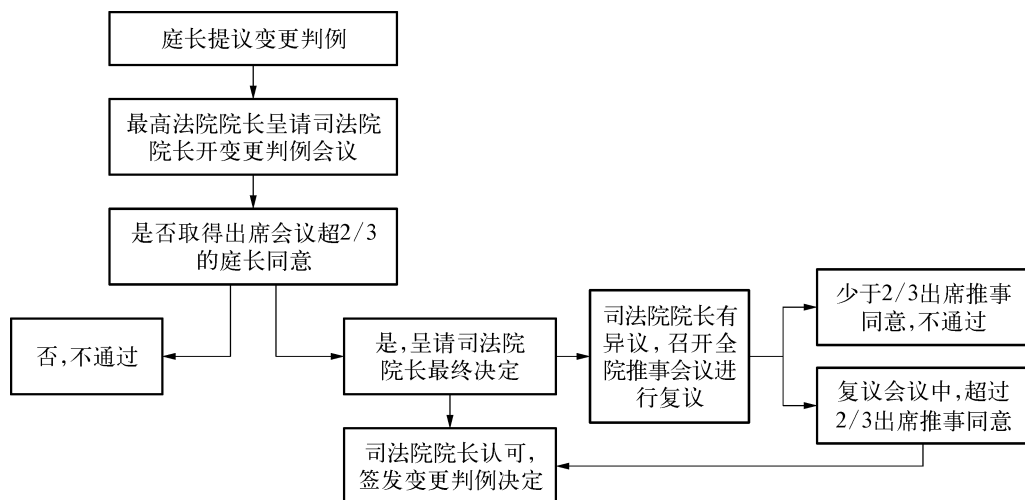
[15] 参见《大理院办事章程》,载《政府公报》1919 年第 1204 期。

[16] 《大理院编辑处规则》,载《司法公报》1925 年第 211 期,第 90—93 页。

[17] 《大理院公报 凡例》,载《大理院公报》1926 年第 1 期,第 1 页。

高法院。1928年11月16日,司法院成立后判例变更权移转,变更判例之权移转至司法院,但仍由最高法院拟具答解后,再呈请司法院院长召集变更判例会议决定。^[18] 1928年《国民政府司法院组织法》第3条规定:“司法院院长经各审判署署长及该署各庭庭长会议议决后,行统一解释法律及变更判例之权。前项会议以院长为主席。”^[19] 据此条款,形成了1929年《变更判例规则》。

司法院下设最高法院与行政法院两处审判机关,均有提请变更判例之权能,且有明确的制度规定。变更判例的提议通常在内部发起,各庭在审理案件时,如若关于法令的见解和拟做出的裁判与判决先例有异,可以由最高法院院长呈请司法院院长召集变更判例会议。1929年《最高法院处务规程》第27、28条指出,有判例可援引,但庭长提出不援引的,需要由民庭或刑庭开总会会议议决;前无判例可以援引的,应由庭长命令书记官摘录要旨备查并通知各庭。对既有判例造成变更的,还需要获得最高法院院长及司法院院长的同意,如果最高法院院长或者司法院院长有异议,则再参照1929年《变更判例规则》第10条程序变更。^[20] 1935年正式施行的《法院组织法》第25条规定:“最高法院各庭审理案件,关于法律上之见解与本庭或其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。”^[21] 1933年《行政法院处务规程》第24条规定:“各庭审理案件关于法律上之见解与以前判例有异时,应由院长呈司法院院长召集变更判例会议决定之。”^[22]



变更判例程序示意图

最高法院院长呈请变更判决先例时,应叙明法令上不同之见解或所拟变更案,但不得胪列具体案情。据1929年《变更判例规则》第8、9条,变更申请需取得出席庭长三分之二以上的同意票时才能通过。如若司法院院长认为议决案尚有疑异,可以召集最高法院全院推事加入会议进行复议,当且仅当实际出席人数达到应出席人数三分之二,且出席人员中有超过三分之二的赞同票时,议决案方才通过。据1932年12月21日的《变更判例会议纪录》第二项记载:“同日变更判例会议完毕后附带讨论左列二问题”可知,南京国民政府时期确曾开过变更判例会

[18] 参见林廷琛:《法院组织法论》,上海法学编译社1933年版,第73页。

[19] 《司法院组织法》,载《司法公报》1928年第19期,第299—301页。

[20] 参见《最高法院处务规程》,载《最高法院公报》1939年第3期,第39页。

[21] 丁元普:《法院组织法要义》,上海法学书局1935年版,第132页。

[22] 《行政法院处务规程》,载《司法公报》1933年第78期,第4—7页。

议。^{〔23〕} 民国期间有过多轮民刑法典的编撰、修改,司法机关内部也有过大量调整,在如此频繁的司法制度变动下,本应有相应的变更判例之记录,但笔者未曾找到官方公布的、议决的变更判例之文件。

南京国民政府时期的变更判例制度,以《变更判例规则》为核心,由《最高法院处务规程》《行政院处务规程》在具体执行上予以保障,形成了一套较为明确的变更判例程序。

(三) 尝试:“北平临时政府”及汪伪政府时期

抗日战争初期,日本在华北占领区建立的汉奸傀儡政权,称“北平临时政府”。董康曾出任伪政府“司法委员会委员长”,兼“司法总长”。上任后,他对大理院、前南京最高法院做出的判例和解释例进行集中的、大规模的审查,多次召开变更判例会议并以大会议决之形式进行了判例变更。

“北平临时政府法部总务局”曾在1940年3月发布《司法行政法令辑要补编》,在附录中印制有22份伪临时政府“司法委员会”变更判例文件(判字第一号—第二十二号)。^{〔24〕}

在1938—1940年期间,“司法委员会”作为“北平临时政府”最高司法机关,先后发布了二十二个变更决定,涵盖了大理院和南京最高法院时期做出的多个判决例,时间跨度从1925年—1938年。既有数十年前的旧例变更,也有判决例做出后一年即被修改之情形。在变更判例类型上,均为民商事判例,但对社会普遍关心的家事、继承等问题没有提出变更判例意见,也未涉及刑事法或行政法判决例的变更,仅对部分判决例进行审查。从变更理由看,超过一半都是因为与现行立法相冲突,涉及诉讼程序、权利概念乃至原被告资格等内容,在随附的提请变更理由中,援引外国学说、判例以及本国立法与司法情形,论证较为充分,悉数得到“司法委员会”的批准。

1940年3月汪伪国民政府成立,温宗尧出任汪伪国民政府“司法院长”,延续了“北平临时政府”时期的变更判例制度。据1942年的《国民政府训令(训二字第353号)》,“最高法院”提请“司法院”变更大理院十四年(1935年)抗字第90号判决例,经“司法院”变更判例第一次会议议决变更。^{〔25〕} 这一判例变更与“司法委员会”于1938年做出的内容一致,但做出主体从“北平临时政府”的“司法委员会”转变为汪伪政府的“司法院”,可合理推测为是对“北平临时政府”时期变更判例成果的认可。

纵然有现存文献表明在“北平临时政府”和汪伪国民政府期间做出了变更判例的尝试,但变更所依据的文件并非1929年《变更判例规则》,变更主体与程序的正当性亦难称得上合法,且在汪伪政权倒台后,前述变更判例就失去了其效力。

三、变更判例原因分析

判决例之价值在于统一法律适用与补充成文法的不足,能够有效克服立法滞后性,灵活应对现实案件提出的新的法律需求。变更判例亦遵从这一目的,在“与本庭或他庭成案有异”^{〔26〕}“与大理院裁判或解释成例有抵触或系创设新例者”^{〔27〕}等情形下应及时予以变更。从既有可查的变更

〔23〕 参见最高法院编:《最高法院民刑庭会议纪录》,最高法院1936年版,第25—26页。

〔24〕 参见法部参事室纂订:《司法行政法令辑要补编》,法部总务局1940年版,第346—367页。

〔25〕 参见《国民政府司法院训令:训二字第三五三号(中华民国三十一年九月十八日)》,载《司法院公报》1942年第57期,第7—8页。

〔26〕 见前注〔14〕,王士森书,第79页。

〔27〕 参见《大理院办事章程》,载《政府公报》1919年第1204期。

判例尝试来看,因为法规修改或世事变迁导致旧例冲突现行立法是较为常见的变更原因,除此之外也可能是与先前判决有异或受到日本学说之影响。

(一) 避免冲突立法

南京国民政府成立后采五权分立,设司法院,改大理院为最高法院,成为司法院的组成机关,其形制与北京政府时期大有不同。政权交替与新司法机关的成立带来了大量新法新规,新法的颁布同时宣布了同类旧法的失效,而依据旧法产生的判例及解释尚未被宣布废除,其存在与现行法产生冲突的可能。

一是原判在做出之时已与立法旨意相矛盾。民国时期的民事立法常同时借鉴多国经验,这种“混抄”的做法在国内复杂的法律适用环境中时常出现“水土不服”。以给付不能概念为例。在德国的民事立法中,有明文规定区分对待主观与客观上的给付不能状况,而在1929年10月10日起施行的《中华民国民法》中,第225条、第226条没有区分主客观给付不能。^[28]王文节等学者亦曾反对此类区分,“以为法律上所谓不能,并无主观的与客观的之分”。^[29]但是,民国二十二年(1933年)上字第3180号判决例提出:“民法上所谓给付不能,系指依社会观念其给付已属不能者而言,买受人无支付价金之资力,按诸社会观念,不得谓为给付不能。”^[30]这排除了主观意义上的给付不能,仅承认客观上的给付不能状态。原初立法的“给付不能”之概念远大于裁判要旨归纳的范畴,前述判决例与立法可能存在理解偏差或是引发推事适用法律混乱的风险。此时,既可以考虑对判例进行变更,也可以遵循成文法优先之原则,避而不用判决例。

二是原判未将法定的例外条款纳入其中,使判决例在事实上扩大或者缩小了立法既定的适用范围。最高法院二十二年(1933年)上字第252号判决例规定“赠与财产之行为在法律上本无一定之方式”,但1929年《中华民国民法》第407条规定在部分财产赠与中需以登记为生效前提,第760条规定不动产物权的移转应采书面之形式。^[31]此外,第166条规定:“契约当事人约定其契约须用一定方式者,在该方式未完成前,推定其契约不成立。”也即如若当事人之间有特别约定方式之限制,则应遵从当事人自由意志。这些法律规定对赠与财产行为的方式提出明确要求,但是原判决例未纳入其中,故判字第十二号议决变更判例。^[32]

(二) 防止适用混乱

判决例一经创制,虽不属正式法律渊源,但在司法实践中被广泛运用。部分判决例因考虑不周,或是在市场经济发展中出现未能覆盖、难以规制的新情况而导致适用混乱。

如判字第八号议决案所变更的二十二年(1933年)上字第2535号判决例规定:“公司需经登记后方能成立,而登记又必俟实业部发给执照后方为确定,故在登记确定以前所为之营业非公司之经营,只为另一合伙营业。无论为此项营业者仅系发起人团体抑或尚有其他之股东,就其营业所负债务均应按照合伙法例同负连带清偿之责。”随着企业形式多元化与金融行业快速发展,公司可以以募集形式创立,通过募款成为股东者不参与公司的创立和运营,仅做钱财投资。但是,在公司

[28] 参见赵琛、沈志明:《中国六法全书》,世界法政学社1933年版,第43—44页。

[29] 王文节:《债务不能履行论》,载《社会科学论丛》1935年第二卷第三号,第102页。

[30] 《二十二年度最高法院判决上字第3180号》,载《司法公报》1934年第146期,第18—19页。

[31] 依据民法第二编债[民国十八年(1929年)11月22日公布]第407条:“以非经登记不得移转之财产为赠与者,在未为移转登记前,其赠与不生效力。”民法第三编物权[民国十八年(1929年)11月30日公布]第760条:“不动产物权之移转或设定,应以书面为之。”

[32] 参见《司法委员会变更判例决议案:判字第十二号(二十七年十月二十一日)》,载《政府公报(北平)》1938年第47期,第17页。

登记生效之前,公司的发起人和所有股票持有人均被视为合伙人,应对登记生效之前、企业预备设立之后这段时间产生的债务负连带清偿责任。《公司法》只规定在一定期限内企业如未成功设立,股东可撤销投资并要求返回募款,但未区分发起人、发起股东和募集股东之身份,这就为诈骗留下了缺口。“发起人舞弊诈财,往往不及撤销而公司行将歇业”,导致投资人不仅血本无归,还需要与发起人一同承担连带清偿责任。还有债权人援引前述判例,专门寻找认股人或股票持有人要求还债。“因此破家荡产者实繁有徒,此例若不造为变更,则其贻害社会何堪设想。”故提请更改旧例为“股份有限公司未经设立登记以前,因营业所负之债务应由该公司发起人及其他之股东同依合伙法例负责清偿,但非认股而持有股票者,不能违反 1929 年《中华民国公司法》第 116 条。^[33] 受让发起人等之股份而为股东,自不负股东应负之责任”。^[34] 将应承担连带清偿责任的范畴限定于直接参与经营的股东,使一般投资人免遭诈骗之虞。

(三) 受日本学说影响

民国时期的司法制度及审判程序大多参详日本。在《法院编制法释义》的绪论中,沈宝昌直言:“法院编制法者,继受法也....法院编制法之一切规定均非中国所固有,纯然系继受日本裁判所构成法,即其一二不同之处,亦系根据于世界的学说。”相应的,日本知名法学学者对特定法律问题的观点发生变化,亦可能成为国内判例变更之理由。

除日本学说外,变更判例也受德国或法国学说影响。如此前受法国人权宣言影响,在判决中重权利保护,而晚近限制滥用权力学说日益发达,由此对旧例做出变更等。^[35] 但大体上仍以借鉴日本学说为主。

四、变更判例的替代方案

“每以律文不备,辄能适应潮流,创着新例。”判决例“为法律改进之先驱”,如若不能及时应变,与现行法相匹配,判决例将失去其生命力。^[36] 然而,判例变更效力高、影响广,在性质上与“司法造法”之举近似,故变更程序极为严格。如若按照 1929 年《变更判例规则》,变更判例需要一定数量的庭长和推事参与讨论,程序耗时长久。有时即使召开了变更判例会议,也不必然会有判例被修改。据大理院统字第 1288 号解释例:“若既为上告审判决在前,后判自应受其拘束。惟依《编制法》经过变更成例程序,固非不许其后之判例与前有异。然为威信起见,非不得已,自仍以前判旨为宜。”^[37]《法院编制法释义》提到:“既开总会之后,其从前之成案不必一定变更。仍当视各总会判断之评议多数决。故亦有虽经开总会之后,而从前之判决例仍不变更者。”^[38]

民国北京政府时期和南京国民政府时期鲜见有变更判例实践之文件,如若不对判例进行变更,该如何更新判决例、维持法律适用之统一?

^[33] 民国 18 年(1929 年)12 月 26 日,《中华民国公司法》公布。第 116 条规定:“公司之股份,非于设立登记后,不得转让。发起人之股份,在公司开始营业后一年内,不得转让。”

^[34] 《司法委员会变更判例决议案:判字第八号(二十七年七月二十九日)》,载《政府公报(北平)》1938 年第 33 期,第 24 页。

^[35] 参见法部参事室纂订:《司法行政法令辑要补编》,第 351—352 页。

^[36] 参见范忠信、尤陈俊、龚先砦选编:《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 249 页。

^[37] 郭卫:《大理院解释例全文》,中国政法大学出版社 2014 年版,第 987 页。

^[38] 见前注^[14],王士森书,第 71 页。

（一）创设新例

北洋大理院时期,据大理院统字第460号解释:“本院判例解释有歧异者,应以最近之判例或解释为标准。”^[39]这确立了判决例冲突时从新的原则。“新例”是替换“旧例”内容最直接的方案,既符合“从新”的基本原则,又绕开了变更判例的严格程序。这种“新例”既可以是新的判决例,亦有新的解释例。“新例”的出现在多数时候并不意味着旧例必然失效,而是并存通用,在各种判决例汇编中同时出现。

在南京国民政府时期,虽然没有法令明确使新例替代旧例,但新例的创设在事实上取代了旧例。如大理院二年(1913年)上字第3号判决例认为习惯法成立应具备四要件:“(一)有内部要素,即人人有确信以为法之心;(二)有外部要素,即于一定期间内就同一事项反复为同一之行为;(三)系法令所未规定之事项;(四)无背于公共之秩序及利益。”^[40]而南京国民政府最高法院一经成立,即在多个判决例中重新阐述习惯法之要件。如十七年(1928年)上字第613号民事判决例:“习惯法之成立,须以多年惯行之事实及普通一般人之确信心为其基础。”十七年(1928年)上字第691号民事判决例:“习惯法则应以一般人所共信不害公益为要件,否则纵属旧有习惯,亦难认为有法的效力。”^[41]等等。最高法院设立后,并未明确废止大理院时期做出的判例,但创设了一批新例在事实上取代了旧例。如最高法院十九年(1930年)声字第594号民事判决例规定:“未经第二审法院裁判之事件,不得向第三审法院声明不服,并不得声请令饬原法院为如何之裁判。”^[42]与大理院六年(1917年)上字第950号判决例“上告审职权在纠正第二审判决之违法。故未经第二审裁判之事项,不得声明上告”^[43]在内容上具有一致性,故适新例而荒旧例。前大理院时期制判例,在最高法院时期虽未明确废止使用,但在实际适用中已是鲜见。

在南京国民政府统治期间,最高法院也会不断创制新的判决例,以适应新颁布的法律。以最高法院就物权移转效力判定做出的三个判决例为例:^[44]

十七年(1928年)上字第123号:“物权之移转,非由有处分权之当事人为意思表示,不能发生物权移转之效力。若仅保管他人所有物,未经所有权人授以处分之权限,而有擅行代理表示处分该物之意思者,即为无权代理,设未经本人追认,该无权代理之行为,对于本人不能发生效力。”

十八年(1929年)上字第1420号:“凡物权之移转设定,非有完全处分权之人为法律上有效之意思表示,不生物权法上之效力。”

十九年(1930年)上字第2448号:“无所有权人私擅将他人不动产出卖者,无论买主是否知情,均不能发生物权移转之效力。”

据十八年(1929年)上字第810号判决例:“所有物之处分为所有权效用之一,所有人当然有此权能。”^[45]可知,所有权人之概念与处分权人并不一致。十七年(1928年)上字第123号民事判决例与十八年(1929年)上字第1420号民事判决例在论及物权移转时,采用的是“无处分权人”的概念,而在十九年(1930年)上字第2448号民事判决例中则改用“无所有权人”。虽然在表意上处分权由所

[39] 《判例解释有歧异时应以最近者为标准函(五年六月二十二日大理院复直隶高审厅统字第四六〇号)》,载《司法公报》1916年第63期,第47页。

[40] 见前注[6],郭卫书,第828页。

[41] 见前注[11],《最高法院判例要旨》,第1页。

[42] 同上,第174页。

[43] 见前注[6],郭卫书,第852页。

[44] 见前注[11],《最高法院判例要旨》,第64页。

[45] 同上注,第71页。

有权产生,二者在原审中所指代情形近似,但在事实概念上仍存在包含与被包含之关系。在民法上,有所有权者可以有处分权,但拥有处分权不必然获得物之所有权,前后判例可能使公众对立法本意产生误解。1929年公布的《中华民国民法·物权编》第765条规定:“所有人,于法令限制之范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉。”^[46]此后做出的十九年(1930年)上字第2448号判决遵从所有权人的说辞,转而在所有权人替代处分权人一说。在后续案件中,根据从新之原则,物权移转应以所有权人之意思表示为准,也即采纳十九年(1930年)上字第2448号判决例之旨意。不过,前述三则内容相近的判例都被保留下来,并未对单一判决例进行变更。

(二) 以新解释例变更旧判决例

在民国北京政府时期,没有完备的成文法可供法官参考,判决例具有“法官造法”之效能。判决例形成后,已经与原判决内容关联甚小,以致地方高等法院公报通常仅摘取裁判要旨部分刊登而不附带原文。^[47]各级法院推事在适用判决例时,也难以找出原判决,比对尚在审理中的案件在事实认定等方面是否近似、能否适用,而仅能依据判决例之内容直接予以援用。脱离了具体案件本身的裁判要旨,在各级法院适用时难免出现疑义。地方法院适用判决例时如若遇到疑难问题,在一定程度上与法院在适用法律法规时出现困惑、向大理院寻求解释之行为性质一致。由此出现了以解释例替代或解释判决例之情形。

1. 替代旧例

“新例”并不必然以判决例的形态出现,亦可能是解释例替代了原判决例。后做出之解释例如若在观点上与此前由大理院做出的判决例意见相斥,很大概率会遵从新的解释例。

以刑罚加减等为例,大理院即曾以解释例的形式否定此前判决例之观点。辽阳高等审判厅曾于1913年5月判决王德照杀人未遂罪,折中有期徒刑十五年。辽阳地方检察厅认为不妥,提出加减刑必须是本罪主刑最重限度上或最轻限度以下,按等加减,比如原定主刑是二等至四等、应加一等时,处以一等有期徒刑;若是减一等,则处五等有期徒刑。审判厅则坚持审判官拥有刑法的自由裁量权,在原定主刑是三等时,处于二等至四等范畴内,此时加重一等既可以是有期徒刑,也可以是无期徒刑或是死刑,而不必然只能认定为无期徒刑。故上询大理院加减刑等之解释。大理院于同年7月做出统字第46号解释例,回复奉天高等审判厅:“准贵厅六月二十日呈请解释《刑律》加减例到院。查来呈于刑律加重减轻之例,解释已甚明晰,立论更为精详,洵合乎立法者之意思。本院认贵厅解释为正当,故不复赘。相应函复贵厅查照可也。”^[48]

但是,在第46号解释例做出之前,大理院曾于1913年3月对奉天辽阳审判厅判决任炳全私卖烟土一案,做出大理院二年(1913年)非字第21号判决例:“原判于加重之例,亦欠体会。按刑之加重减轻,须于本罪应科主刑最重限度以上或最轻限度以下,按等加减,方足以贯彻立法之精神。”^[49]也即支持了前述检察厅之意见,与7月做出之解释例截然相反。针对此情况,大理院在当年年末又给出了统字第60号解释例:“据辽阳地方检察厅呈称,‘关于加减刑之适用,本院三月十日判例与七月二十四日函复奉天高等审判厅之解释两歧,请示遵’等情到院。本院查七月二十四日公函之解释,系本院最近解释,当然从该函之意见。应请贵厅转行该厅查照可也。”^[50]该解释例

[46] 见前注[28],赵琛、沈志明书,第130页。

[47] 如《河北高等法院季刊》会摘录该季度内已发布的《司法公报》选登的案例之裁判要旨。

[48] 见前注[37],郭卫书,第280—281页。

[49] 大理院书记厅:《大理院判决录》第3卷,1913年版,第163页。

[50] 见前注[37],郭卫书,第291—292页。

支持了原审判厅之意见,保留在刑等判定中审判官的自由裁量权,而使前判决例在事实上失去效力。

统字第60号解释例对大理院二年(1913年)非字第21号判决例做出了变更,将原本“应按等加减”的观点予以变更。但因为解释例与判决例一般分别出版,不会专门对以解释例变更判决例之情况予以专门解说,可能导致适用时不知原判已被变更,误遵从旧例之意志。

2. 解释旧例

据郭卫整理的大理院解释例,约有29例解释与此前所作之判决例相关。^[51] 这些解释例专门针对已有之判决例适用不清、表意不明的情况做出,以期解决法院在判决例适用中的困惑,但在事实上完成了对既有判决例的解释、补充与更新。

一类是对原判决例内容的深化。如无效判决的执行问题,据大理院抗字66号判决例:“司法衙门或依法行使司法权公署之裁判,必本于诉讼当事人之请求(除有特别规定外)并对于该当事人而为之。反是,即为案外裁判,其裁判无论具备法定形式与否,是对于未争讼之事项及未争讼之人予以裁判,即于其成立之条件全然缺乏,法律上自无效力之可言。”^[52] 原判例仅止步于对无效判决的要件认定,而未提及后续执行问题。大理院统字第1655号解释对这一判决例做出补充:“民国三年抗字六六号判例,载有……等语。是案外裁判,既属无效,虽经确定,似亦不能为执行名义予以执行,惟事关法律解释,究竟此项无效判决能否执行?……查无效判决,不发生执行力。该管衙门,毋庸予以执行。相应咨复查照。”^[53] 这一解释例实则是对前序判决例的内容补充。

另一类是对原判决例中具体概念的解析。如大理院三年(1914年)上字第671号判例,其第二项为:“凡商家或者普通人已显陷于破产之状态而仍与他人为法律行为者,破产债权人自可认为破产总债权人自利益而否认其行为之成立。”^[54] 但是,如何评判“商家已陷于破产状态”?大理院统字第1802号对此做出解释:“查本院判例所谓‘商家已陷破产之状态’,系指该商家已经关闭,或实际已不能营业者(例如钱银商不能支付之类)而言。至已陷破产之状态,即应照破产程序办理,无论其行为为何法律行为,均得由破产债权人为总债权人利益,否认其成立。”^[55]

对于暂未达到需要“推翻”程度的判决例,只需要修补其不足、完善其漏洞,而无须进行变更。借助解释例的形式,既回应了判决例在适用中的疑义,同时也将完善或更新后的内容固定了下来。

至南京国民政府时期,重要的成文法典陆续颁布,最高司法机关通常仅对宪法和法律条文进行解释,不再对法院适用判决例中存在之问题予以解释,这类情况也就很少见到了。

(三) 自动废止旧例

依据“从新”原则,当判决例所涉之法律法规悉数变更或是废止,相应的判决例也就自然而然地失去效力,这一过程并不需要经过变更判例会议即可完成。

南京国民政府时期的最高法院对前大理院时期的判决例虽未有明确的废止,但通过自行编发《最高法院公报》取代《大理院公报》、主动汇编出版最高法院判例集等举措,在事实上淡化了对大理院时期判决例的使用。虽然没有专门之文件宣称前一政府时期审判机关做出之判决例废止,也

[51] 同上注,第232页。

[52] 见前注[6],郭卫书,第838页。

[53] 见前注[37],郭卫书,第1191页。

[54] 见前注[6],郭卫书,第920页。

[55] 见前注[37],郭卫书,第1275—1276页。

即在形式上最高法院仍保留了大理院时期做出的判决例。依据成文法优先的原则,在旧法废除后,相应的判决例将被默认为一并失效。在王世裕编著的《大理院法律解释分辑》前言中写明:“所解释之法律又解释中所引法律有已失效者(如惩治盗匪法易笞条例),该解释之全部或一部亦因而失效,惟仍一律收入以供参考。”^[56]如1936年《县司法处组织条例》施行,县长兼理司法制度完全废止之后,^[57]与此相关的大量判决例,如大理院十五年(1926年)抗字第162号、十五年(1926年)上字第617号判决例,^[58]最高法院民事判决例十八年(1929年)上字第2302号、十九年(1930年)上字第56号,刑事判决例十八年(1929年)上字第1007号等均不复使用。^[59]

五、未竟的“变更”

在旧例适用混乱、有悖立法本意等法制滞后于社会进程的问题出现时,变更判例具有现实意义。一方面,及时发现判决例在适用中存在的问题并予以变更,维持法制秩序稳定;另一方面,明确判决例补充法律而非直接创制法律的功能,不以判决例扩张或限缩现行法之规定,亦避免以判例替代立法之风。

但是,民国时期的变更判例制度及其实践很难被视为发挥了其应有之作用。因为变更程序严格、复杂,法院经常采用创制新例、废止旧例等方式绕开对判例的变更,使这一制度几近被架空。即使曾在“北平临时政府”时期进行变更之尝试,也难以在正当性、拘束力和溯及力等方面得到承认。

(一) 正当性: 最高司法机关之决议

变更判例的正当性基础来源于国家最高司法机关之决议。这一决议的做出,对主体、依据、程序都有严格的限制。

一是变更判例的程序启动需出现应变更事由。新例的创制与判例的变更皆属于司法院发布的训令,各法院照由办理。但是,与一般的创设新例或单纯废除旧例不同,变更判例实际上是“一次会议,两个功能”。从既有法规的表述来看,判例在达到“与旧例意见相左”的程度时才需要变更,也即推翻原判。而原判本系通过内部会议议决、公布,并已经在各级法院适用,如果不经另一个程序完成“推翻”,则新的观点效力将无从生效,乃至造成适用混乱。同样是判例会议,创制仅需要确认某一裁判要旨的重要性和必要性,而变更既要对原告废止理由进行说明,又要对新观点予以论证。两项任务同时进行,并借助变更程序,以最高司法机关决议赋予其正当性。

在变更判例程序中,对旧判决例效力的评判是极为重要的部分。仅当认定旧判例无以适用新情况,或是在新旧例冲突之时使旧例失去效力时,才具备了启动变更判例程序之要件。然而,受政治变动和内外战争影响,民国时期的立法在一定程度上是断裂的,大理院与最高法院之间的过渡是在政权交替背景下完成的,判决例的继承并不充分,天然地具有创制新判例的动机。而在长期稳定的司法环境下,则需要回应旧例的存在及给出新例出现的理由,也即需要以变更判例形式完成新例对旧例的取代,此非援用其他原则或方法可为之替代。

二是变更判例结果需要得到最高司法机关之承认。1890年日本《裁判所构成法》第49条规

[56] 王世裕编:《大理院法律解释分辑》,上海商务印书馆1917年版,第1—2页。

[57] 参见汪楫宝:《民国司法志》,商务印书馆2013年版,第17页。

[58] 见前注[6],郭卫书,第948页。

[59] 见前注[11],《最高法院判例要旨》,第128、129、412页。

定：“在大审院自某部审问上告后，如因法律同一之处，与一部或二部以上之判决，意见相反，该部当报告大审院长。大审院长得报告后，当从该事件之性质，联合民事总部，若刑事总部，或民事及刑事总部，命其再行审问裁判之。”^{〔60〕}民国时期的司法制度颇为崇尚日本经验，1916年《法院编制法》第37条、1925年《大理院办事章程》第206条、1929年《变更判例规则》第10条第2项^{〔61〕}均将最高司法机关对变更判例结果的认同作为生效前提。

“北平临时政府”时期的判例变更由“司法委员会”做出，并非1929年《变更判例规则》中所指之司法院。^{〔62〕}在“北平临时政府”结束后“司法委员会”所变更之判例自然不再有效力。“司法委员会”由一位委员长和五位委员构成，变更判例之依据为“司法委员会组织大纲”第3条，变更程序也非由法院院长召开变更判例会议，经民主决议通过决定。变更主体、依据和程序具有临时性、缺乏正当性，这些被变更的判例难逃随伪政权覆灭而失效的命运。

（二）拘束力：最高审判机关裁决之遵循

刘钟岳在《法院组织法》一书中曾回答“为什么判例制度需如此严格”：一是防止非必要的变更，维持判例的稳定性；二是在审判独立的视角下，下级法院对于最高法院的意见，本没有绝对的遵从的义务，可以对个案进行自由裁判，但若有判决先例，通常下级法院亦不会去挑战，如若频繁变更判例，下级法院将无所适从；三是从比较法视角看，德、日最高法院内部对于同类案件的不同意见采用极为谨慎的合议程序。^{〔63〕}对于审判意见之变更，国际上大多保持谨慎态度，作为当时的法制“后发国”，中国没有不借鉴“先进国”理念之理由。吴鹏飞在《法院组织法讲义》中还将判例变更与国家司法权相联系。“国家为谋各级法院裁判的审慎周详计，又不得不承认其有独立解释及适用法规的特权，其结果因法规解释及适用的不一致而发生歧异的见解，于是同一案件裁判两歧，致使人民对司法的公允精神失其信仰。”^{〔64〕}

从民国法规与学者著述来看，变更判例的目的在于促进法律统一适用，避免出现同案不同判之情形。其实现路径依赖于上级法院裁判对下级法院的约束，以及地方各级法院对最高司法机关权威的信任。频繁地变更判例，容易使法律适用出现混淆、有损司法统一。

一方面，变更判例的拘束力来自最高审判机关决定对下级法院的约束。判决例脱胎于最高审判机关审结之案件，经过要旨归纳、汇编出版后，经由法官在司法实践中援引、承认，方才能够形成对类似案件的事实拘束效力。1916年《法院编制法》第35条规定：“大理院长有统一解释法令必应处置之权。”第45条规定：“大理院及分院发交下级审判厅之案件，下级审判厅对于该案件不得违背该院法令上之意见。”^{〔65〕}据大理院统字第105号解释例：“诉讼通例，惟最高法院判决可以为先例者，始得称为判决例。”^{〔66〕}判决例由最高审判机关在审结案件中抽取裁判要旨作成，行使了最高审判机关对法律的解释权，判决例的变更是对法律理解的更新，本质上仍是最高司法解释权的行使行为。变更后的判例与初创判例一样，应为下级法院所遵循。在审判独立的视角下，下级法院本不必完全依照上级法院做出的先例进行裁判，但在事实上会因怠于否定

〔60〕 何佳馨点校：《新译日本法规大全》（第1卷），商务印书馆2007年版，第203页。

〔61〕 1929年《变更判例规则》第10条第2项规定：“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。”

〔62〕 参见《司法委员会组织大纲》，载《政府公报（北平）》1938年第1期，第15页。

〔63〕 参见刘钟岳：《法院组织法》，正中书局1947年版，第43—44页。

〔64〕 吴鹏飞：《法院组织法》，商务印书馆1936年版，第45—46页。

〔65〕 《民国法令大全》，商务印书馆1924年版，第922页。

〔66〕 见前注〔37〕，郭卫书，第320—321页。

先例而直接适用。“北平临时政府”时期变更判例的尝试,系由六人委员会做出,没有形成上级法院裁判对下级法院的拘束力。

除自上而下的拘束力形成路径外,社会各界对于最高审判机关裁决的遵循是变更判例结果能够被落实、形成拘束力的关键因素。变更判例之决定具有对外效力,不局限于法院系统内部。为统一法律适用,司法院常公布各类内部文件,如各庭庭长会、庭总会议决记录等,在内容上与司法解释、司法判例具有相似性,对具体条文、诉讼程序做出解析。但是,此类文件的首要目的是促进法院内部的、各庭之间的法律适用之统一。而判决例旨在促进全国司法之统一,既包括法院系统内部之法律适用,也作用于外部的律师、学者等团体,其变更关系国家司法权之权威,而不止于法院檐下只瓦。可以说,即使变更判例程序完全依照 1929 年《变更判例规则》规定进行,其效力亦非完全基于变更的程序本身,而在于司法审判实践之中。如若频繁变更判例,将折损司法权威,使这种拘束力减弱。

处于正常状态的政府,司法机构对于变更判例慎之又慎,除却前述“北平临时政府”时期的二十二个判例之变更外,笔者暂未能找到其他。判决例的效力来自各级法院推事的承认以及法律职业共同体的认可,而此二十余变更宣告并未被承认。在北平伪政府、汪伪政府政权结束后,南京最高法院之秩序恢复,从各类判决例汇编情况来看,其仍采用的是变更之前的样态,也即变更判例并未取得实质拘束力。

(三) 溯及力: 溯及禁止原则及例外

变更判例绕不开对其是否能溯及既往问题的讨论。从比较法的角度看,英美法与德日大陆法国家均对变更判例的溯及力有过探讨。在美国,对于变更判例能够溯及既往的观点发生过转变。1913 年,美国联邦最高法院在罗斯上诉案中 对 1787 年宪法第 1 条做出解释,认为宪法禁止法律溯及既往的内容属于第 1 条“立法权”的限制,而不适用于第 3 条“司法权”的内容。^[67] 这一意见表明经司法审判做出的决定或可溯及适用,尤其是在有利于被告人的情形下。到了 1932 年,在南方铁路公司诉森伯斯特石油精炼公司案(Great Northern Railway v. Sunburst Oil and Refinery Company)中转而明确,各洲铁路委员会做出的决定可以面向未来生效,而不溯及既往,法院依据新规做出的否定先例的判决,不应当有追溯效力。^[68] 后来,为限制变更判例溯及既往,判例法国家形成了三种“无溯及力推翻先例”之技术:一是以新规则取代先例,该规则仅适用于未来的案件;二是使眼前待决案件适用新规则,未来案件再作考量;三是新规则只用于未来特别指定的某个日期之后发生的纠纷,眼前待决案件仍适用旧规则。^[69]

在日本,仅最高法院有变更判例的权限,变更后的新判例将替代旧判例,不过没有相关法律规定论及变更判例的溯及力问题。在刑事领域,虽然普遍认同对被告人有利的判例变更应当溯及既往,但是在法规和制度设计上没有直接的救济途径;对于刑事案件中不利于被告人的判例变更,学界观点经历了从支持到反对的转变。而在民事领域并未禁止判例变更的溯及力,即使这种变更的溯及将给一方当事人带来不利益。^[70]

民国时期司法制度多参详“先进国”,虽未有判例变更之发生,但略可推知其原则上应持判

[67] 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社 1996 年版,第 35 页。

[68] See Sunburst O. R. Co. v. Great North. Ry. Co., Supreme Court of Montana(Feb 5th 1932).

[69] See Richard Cappalli, *The American Common Law Method*, Transnational Publishers, 1997, p.191.转引自孙海波:《普通法系法官背离先例的经验及其启示》,载《法商研究》2020 年第 5 期。

[70] 参见于佳佳:《日本判例的先例约束力》,载《华东政法大学学报》2013 年第 3 期,第 52 页。

例变更溯及禁止之态度,以期保护信赖利益。而在判例变更有利于当事人时,可例外允许溯及。囿于民国期间并未有明确宣告变更之判例,难以从实例中考察,或可从变更解释之效力中窥得一二。

据最高法院十八年(1929年)上字第2715号民事判决例:“女子根据第二次全国代表大会妇女运动决议案,应不分已嫁未嫁。与男子有同等财产继承权,业经司法院召集统一解释法令及变更判例会议从新解释,并经本年第一八一次中央执行委员会政治会议议决,此项新解释,应追溯及于第二次全国代表大会决议案,经前司法行政委员会通令各省到达之日,尚未隶属国民政府者,则溯及隶属之日发生效力。”^{〔71〕}此判决例中提及的“从新解释”,对应有“旧解释”。1926年1月16日,《中国国民党第二次全国代表大会妇女运动决议案》通过,第9条甲款第2项规定“女子有财产继承权”。^{〔72〕}但是,在各地的司法实践中女子继承权问题疑问颇多,最高法院曾多次就此问题做出解释,如民国十七年(1928年)第34号、35号、47号等解释例规定未出嫁女子与男子一样拥有财产继承权,而出嫁女子则不得主张有此类继承等。^{〔73〕}时任司法院院长的王宠惠提出:“各省法院审理此项诉讼事件,发生疑义,复经最高法院解释,不无异同之巔。兹经本院详加研究,认为最高法院关于女子继承财产之解释,应从新论定。当经于本年(十八年)四月二十七日,依照本院统一解释法令及变更判例规则第七条第二项之规定,召集最高法院院长及各庭庭长会议,议决女子不分已嫁未嫁,应与男子有同等财产继承权。”^{〔74〕}此后新解释替换旧解释,并可溯及1926年妇女议决案到达各省之际。^{〔75〕}这一变更后解释的溯及效力又借助判决例正式确定下来。

变更判例能否溯及既往,关系司法大局之稳定。诚如王宠惠在第181次中央执行委员会政治会议的提案中写道:“究应采用何项办法,事关重大,而且上开第二项办法,系溯及既往,不在解释范围之内,相应提出会议,敬候公决。”^{〔76〕}变更解释溯及效力之决定已逸出司法院解释之范畴,解释例之做出、变更尚且有法可依,仍需此般慎重,变更判例实乃司法造法、修法之举,当愈加谨慎。在现代判例制度的设计中,应直面溯及力之问。

六、结 语

“人类文化既日在推进之中,社会习尚亦初非一成不变者,此类判例在昔固颇合于人情习惯者,往往因情势变迁而致不适用,此后裁判,如果仍予以援引,则以法律适用的旧案而转以戕害法律的原来精神,别创新解,又有背于统一适用法规之旨,使下级法院无所适从,法律因有变更判例的补救办法。”^{〔77〕}

回顾1929年《变更判例规则》的立法目的,乃至各国变更判例实践之目的,悉与“统一法律适用”相关。变更判例制度旨在求促法律适用之统一。但是,在新的法律统一需求出现之时,往往有

〔71〕 见前注〔11〕,《最高法院判例要旨》,第101页。

〔72〕 参见戴渭清编:《女子继承权法令汇解》,民治书店1930年版,第11页。

〔73〕 同上注,第21页。

〔74〕 同上注,第70—72页。

〔75〕 关于是否溯及既往曾有过一番讨论。一种方案是新解释通令到达各省起,尚未判决之案件可适用新释;另一种方式是,追溯之第二次全国代表大会决议案到达各省之时。最终司法院选择了后者。

〔76〕 见前注〔72〕,戴渭清书,第71—72页。

〔77〕 见前注〔64〕,吴鹏飞书,第45—46页。

更为便捷、简易的选择：当新旧法之间发生冲突时，适法机关可以借助“新法优于旧法”“从新兼从轻”“特别法优于一般法”“成文法优于判例法”等法律适用基本原则，采用创设新例、解释旧例等方式达到释法之目的。

民国时期的变更判例制度是创制判例制度的对应面，与判例法国家在案件裁判中“区分先例”或是“推翻先例”之行为具有相似性，是成文法国家对判例制度的全面探索。囿于变更判决例有修改“司法造法”之嫌，其程序较创制新例而言更为严格，如若频繁变更还可能损害司法权威，故鲜少以直接变更判例之形式更新旧例，而倾向于直接创制新例以保持判决例的灵活性。这也使得对变更判例制度的探索未能深入，对正当性、拘束力、溯及力等基础性质问题未能有较为明确的说法，在“北平临时政府”的尝试中，所变更之判例因其变更主体、依据和程序缺乏正当性，未得到承认。变更判例需要完善的制度保障，就其正当性、拘束力、溯及力等方面给予明确规定。

Abstract In order to promote the unification of the application of laws, there have been practices to update existing precedents during the period of the Republic of China, for instance, the enactment of the Organic Law of Court by the Beijing Government and the promulgation of the “Rules of Unified Legal Interpretation and Revised Precedent” by the Judicial Yuan (Court of Justice) of the Nanjing National Government, both of which provide that if the judgment of a case is different from the precedent, a meeting may be held to revise the precedent. Reasons for revising precedents could be inconsistency between the existing precedents and the legislative intention, or confusion in applying the existing law, while in reality there was little such practice. Since the procedures for revising precedents are strict, the Supreme Court often made a new precedent instead of revising the old one. The Judicial Yuan has adopted a variety of methods to unify the application of the law, such as making new judgments or interpretations, abolishing expired precedents etc. Therefore, it seems that the precedent has not been revised, but in fact, it has been revised. The Judicial Committee of “the Peking Provisional Government” tried to revise the precedent but failed to be recognized for its lack of necessary legitimacy and binding force. According to the practice in the period of the Republic of China, the Precedent Revise System lacks a clear definition of its necessary legitimacy, binding force and retroactive effect.

Keywords Legal Precedent, Revise Precedent, Legal Interpretation, Unify the Application of Law

（责任编辑：赖骏楠）