

法科学生读本

# 法学进阶之路

法科學生  
讀本



王亚新 等 © 著

- 王亚新 案例分析的方法与学理  
王利明 民法案例分析的基本方法探讨  
张卫平 学习民事诉讼法中应注意的十大关系  
张广兴 学术规范与法学论文写作  
杨建顺 行政法学研究方法论  
陈兴良 法学知识形态及其方法论  
郑成良 法学方法论  
韩大元 迈向专业化的中国宪法学

 中国人民大学出版社



# 法学进阶之路

◆本书的作者为各部门法的知名法学家，具有多年教学经验，对于学生学习过程各阶段的困惑有深刻了解。

◆八篇短文针对民法、宪法、刑法等的深入学习，在学习方法、研究方法、交流方法、论文写作规范、法学思维建立等方面提出具有实用性的参考意见。

◆作者尽力在可能的范围内，把各自数十载法学生涯中理性和经验可证实的方法加以整理，使每一篇经验之谈在应用性之外折射出思想的光辉。

ISBN 978-7-300-08910-2



9 787300 089102 >

ISBN 978-7-300-08910-2/D·1741

定价：20.00元



图书在版编目 (CIP) 数据

法学进阶之路 / 王亚新等著.

北京: 中国人民大学出版社, 2008

(法科学生读本)

ISBN 978-7-300-08910-2

I. 法…

II. 王…

III. 法学-文集

IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 005645 号

法科学生读本

法学进阶之路

王亚新 等著

---

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号 邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室) 010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部) 010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司) 010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北涿州星河印刷有限公司

规 格 148mm×210mm 32 开本 版 次 2008 年 1 月第 1 版

印 张 6.875 插页 2 印 次 2008 年 1 月第 1 次印刷

字 数 158 000 定 价 20.00 元

---

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换





## 编者的话

对于方法论的研究，法学界已经有诸多的“议”与“非议”。这套针对学生的小书因此不敢奢谈“方法论”，只希望定位于对学生们提供学习及写作的指导和帮助，同时，大家可以借助前辈师长的个人经验，对于法学的各个门径有所领略。

其实诸位作者赐稿前，已经在各自的教学生涯中思考良多，想必他们的最低要求，一是让自己目前的学生学路顺畅，二是让目前的学生，今后的法律共同体同仁的术业不致太过于荒腔走板。因此，约稿之初老师们都颇多谦辞，甚至认为个人思考未足普世。即便承认方法的类型化，但类型恐怕难以如学派一样尽数。

我们姑且认为这是这个学科赋予他们的谨慎美德。而编者只针对需求提供素材，况且素材又都是有感而发、深思熟虑的成果。其价值自有话说。

一直都认为，成为法科学生殊为不易。

就学问本身，他们有权利得到更多，更多的指导。

因此，在收录的时候，唯恐遗失珠玉，形式风格上的统一反倒退为其次考虑。幸运的是，各位学者都倾力提供稿件，唯愿读者认为有收获。

他们文风敦厚，语言质朴，思路严谨缜密，对待“面包的学问”，用盐与面包的态度。这是法学家体现教者父母心的方式。

很想借用法国大思想家笛卡儿在《谈谈方法》一书中的自白：

“我并不打算在这里教给大家一种方法，以为人人都必须遵循它，才能够正确地运用自己的理性；我只打算告诉大家我自己是怎样运用我的理性的。”

希望能大致道出作者们的心声。

2007年10月9日



## 目 录

王亚新 案例分析的方法与学理/1

王利明 民法案例分析的基本方法探讨 /41

- 一、什么是民法案例分析的基本方法 /42
- 二、案例分析的两种基本方法之一：法律关系分析法 /47
- 三、案例分析的两种基本方法之二：请求权基础分析法  
(Anspruchsmethod) /56
- 四、请求权基础分析法与法律关系分析法的比较/64

张卫平 学习民事诉讼法中应注意的十大关系 /67

- 一、理论与实务的关系 /68
- 二、程序法与实体法的关系 /69
- 三、基本原则与具体制度的关系 /75
- 四、制度目的与制度运用的关系 /76
- 五、诉讼中静态与动态的关系 /78
- 六、相近概念之间的关系 /80
- 七、一般与例外的关系 /81
- 八、确定性与不确定性的关系 /82
- 九、民事诉讼法律关系的主次关系 /84
- 十、形式上与实质上民事诉讼法的关系/85



**张广兴 学术规范与法学论文写作/88**

**杨建顺 行政法学研究方法论 /110**

- 一、学习研究方法的方法——相互尊重，学会接力赛 /111
- 二、培养对行政法学的兴趣——正视行政法学与其他相关学科的关系 /112
- 三、培养行政法学研究能力——注重基础能力，戒除急功近利 /115
- 四、收集、整理、运用资料——兼存并蓄，事半功倍 /122
- 五、珍惜交流和请教的机会——勤学好问，“三人行必有我师” /123
- 六、把握规律，全力以赴，夯实行政法学专业专业知识 /126
- 七、学术论文的写作与学术真诚 /129

**陈兴良 法学知识形态及其方法论 /132**

- 一、法学的知识形态问题 /132
- 二、法学方法论问题 /141
- 三、以刑法为视角的考察 /149

**郑成良 法学方法论 /160**

- 一、法学的性质及方法 /160
- 二、规范性研究方法（价值评价方法） /171
- 三、语义分析方法 /176

**韩大元 迈向专业化的中国宪法学 /180**

一、宪法学研究概况与分析 /180

二、宪法学研究的主要理论成果与新进展 /189

三、2006 年宪法学理论研究评析 /204

四、宪法学发展展望 /209

王亚新（清华大学法学院教授）

## 案例分析的方法与学理

——兼谈民事诉讼法学与司法实践的关系\*

### 屏幕

#### 案例的作用

- 对概念、程序的形象说明
- 法律问题的解释（“澄清”或“划线”的功能）
- 发展有关的理论、学说
- 推动从“案例”到“判例”的制度建设

第一个部分我就要讲一下案例的作用，但我不用屏幕上的抽象语言，而用具体的例子来解释，画面上的表达由同学们看着自己思考。第一条对概念、程序的形象说明，比如说甲、乙两个人争一块地，甲起诉乙说地是我的，乙作为被告说地是自己的，二人各不相让。此时有与原被告没有关系的第三者丙站出来说：“这块地不是甲或乙的，而是我的。”这是什么人呢？（场上回答：第三人）对，这就是有独立请求权的第三人。如果他说这块地全部是他的，他是有全部独立请求权的第三人，如果他说这块地有一半是他的，他就是有部分独立请求权的第三人。大家看，这样一

\* 整理自王亚新教授 2005 年 11 月 7 日西南政法大学司法研究中心讲座。

个例子就把有独立请求权的第三人、有部分独立请求权的第三人、有全部独立请求权的第三人等概念说明白了，这就是案例的第一个作用。

我同样以一个例子来解释案例的第二个作用，我们都知道共同诉讼这一程序或制度，其中有一个概念叫做必要的共同诉讼。那么什么是必要的共同诉讼呢？按照法条的解释就是诉讼标的一、有多个当事人的诉讼，而此处我们就用案例的方法来解释。比如说共同共有，假如刚才那块地的所有人，双方都不是一个而是多个，而且不是按份的共有而是不可分的，那么发生纠纷打官司时所有的人都必须参加诉讼，否则法院也必须依职权追加。或者说关于一份遗产，在还没有分割前发生了争议并进行诉讼，那么有继承权的所有兄弟姐妹就必须共同参加，只来其中一个或两个都是不行的，其他人都必须参加进来，除非你放弃实体权利。因为遗产没有分割就不知谁究竟应该占多少，其本身就是不可分的，是同一个诉讼标的。这些都算说明概念的典型或者说是该概念的核心部分，因而是容易理解的。但是，当我们到达概念所覆盖的范围边界时，就不这么简单了。比如说侵权行为引起的诉讼，什么叫同一诉讼标的的共同侵权呢？一个人打了某人一拳，另一个人又打一拳，第三个人又踢一脚，复合起来造成了严重后果，构成共同侵权是没有问题的。但不可分吗？受害人先告打自己一拳的那人，后告踢自己一脚的那人，难道不可以吗？但那什么才是不可分的共同侵权呢？这就有点麻烦了。因为任何一个概念都有它的核心部分或典型表现，就像我们说哪些是第三人哪些是共同诉讼人一样，有些会显得一目了然，不言而喻。但麻烦是在司法实践中，总会有些案件在概念的边界上游移，我们不知道是否应该把它归入某一概念或应排除在外。这时案例的另外一个作用

就显现出来了，即所谓“澄清”或“划线”的功能。就同一诉讼标的的必要共同诉讼而言，比如说在黑暗中几个小孩向一个人扔石头，其中一块击中他的眼睛而导致失明。三个或五个扔石头的人是可以确定的，但黑暗中却不能确定这几个人中谁扔的石头致其受伤。此时你可以单告其中一人或另一个人吗？（场上回答：不可以）这个诉讼就是不可分的，这就说明侵权的不可分完全是可能的。还有就是楼上坠物伤人，在知道是谁掉东西的情况下是可以单独起诉的，但在不知道究竟是谁的情况下，整个大楼的住户都有可能成为被告，甚至判他们全部都须赔偿。这个例子就说明案例可以用来澄清一些概念，或用来“划线”。

而且此时对于我们的法条就需要解释了，如究竟什么是“同一”诉讼标的或“同一”法律关系？几个人扔石头只有一个人致人受伤，能够说他们的侵权是同一诉讼标的或同一法律关系、是不可分的吗？由此一些理论上的问题就需要讨论，通过分析案例来发展理论的作用就开始表现出来了。因为案例不是孤立的，而往往会是一串或一系列。刚才讲了，概念经常有明确的中心部分，也有模糊的边缘部分，经过案例的分析引起理论上的探讨，模糊的部分变得清晰了，出现了明确的适用范围或边界。这就有一个随解决案例的需要而在具体的诉讼实践中发展理论的演化过程。今天出现一个案例，通过理论上的探讨把概念的边界拓宽了，而明天又出现一个案例，又可能导致概念的范围缩小，等等。在这种交替中，相关的学说理论就发展起来，使概念的边界变得明确。例如刚才我讲的必要共同诉讼概念。同样，我们刚才也提到的诉讼标的，也是诉讼法上的一个重要概念，在座的李龙老师在这方面是专家。我们民事诉讼法学界还没有很多人做博士论文、硕士论文在这方面进行探讨，他的那本书在这个比较薄弱的研究领域

一定程度上就有了“填补空白”的意义。

案例的最后一个作用，也是很少有人提到的，就是推动从“案例”到“判例”的制度建设。大家知道我们讲的是案例，因为我们还没有判例制度。但从理论界到实务界都说我们不应仅仅停留在案例上，而要想法把它发展为判例。那么案例和判例又有什么区别呢？今年的司法考试就考了这样的题。这个问题也正是我今天晚上想讲的重点，因为前面谈到的三个层次也是我们的教学方法，也是做常规的解释法学时经常使用的一种方法。而我要把这些层次都集中起来并推进到最后一个层次，看看我国的法律制度在案例与判例之间到底还有多大距离，我们都有什么途径可以通向判例制度。

### 屏幕

一个有关管辖权异议的案例

- 案情的介绍
- 第一诉讼：甲省 A 地的 a 企业诉乙省 B 地的 b 企业，即 a v. b (1996 年 6 月) ——因购销合同供货方交付的货物瑕疵而向 A 地法院请求退货
- 第二诉讼：b v. a (1996 年 7 月) ——向乙省 B 地法院请求同一合同的购货方给付欠款（依据欠条）
- 甲、乙两省高院之间的协商 → 向最高法院报请指定管辖 → 最高法院通知

现在是一个有关管辖权争议的案例，我想学过民事诉讼法的同学理解这一案件都没问题，所以相关概念和制度我就不再介绍。这里有两个诉讼，第一个诉讼是甲省 A 地的 a 企业诉乙省 B 地的 b 企业，即 a 对 b，起诉的时间是 1996 年 6 月，理由是因购销合同供货方交付的货物瑕疵而向 A 地法院请求退货，这个很简单。大



大家要记住这个购销合同是口头合同，没有正式的文本，也要记住起诉的法院在甲省 A 地。而在 1996 年的 7 月，相差不足一个月，第二个诉讼提出，此时原被告和起诉地都倒换过来了，即乙省 B 地的 b 企业诉甲省 A 地的 a 企业，b 对 a，理由是向 B 地法院请求同一合同的购货方给付欠款。这是一个真实的案例，大家可以参见最高法院前副院长，现在全国人大法工委副主任祝铭山主编的一套丛书，其中《管辖权争议纠纷》一书里边第 37 页就可以查到这个案例。这两个诉讼是根据同一个口头供销合同提出来的，诉讼时 b 企业向 a 企业交付了所有货物，a 企业向 b 企业支付了约一半的货款，而总货款大概是二十一万九千多元。在支付一半的货款时，a 企业打了一张欠条，欠条写道：货物收到，已经给付货款 ××，尚欠 ×× 将于某给定时间内偿还，同时注明若发现产品有质量问题就要退货，且若围绕欠款发生争议应向乙省 B 地有关部门请求解决。第二个诉讼就是 b 企业以欠款为理由向 B 地法院起诉 a 企业。两个诉讼的诉状都经法院送达对方，于是 a、b 企业分别到对方起诉地法院提出管辖权异议，主张自己企业所在地法院有管辖权，于是双方法院发生管辖权争议。大家知道，我国《民事诉讼法》第 37 条有关指定管辖作了明文规定，“人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。”而且 1994 年 12 月最高人民法院下达了《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》这一司法解释文件，对管辖权问题作了更细化的规定，如不准任一方抢先下判决、必须协商等，因此本案例中争议双方的法院陷入了僵局。它们都是基层法院，经协商未能达成一致，因为双方共同上级法院只有一个，最后通过上报，双方的省高院也未能协商解决，于是在 1997 年 12 月报请最

高法院指定管辖。最高法院于半年后，也就是1998年6月专门下达一个通知，指定了管辖的法院。通知的内容我们先不交代，暂留一个悬念。我们的案情就先介绍到这里，下面我请几位同学来回答两个问题：第一个问题是你认为本案例中的争议该如何解决，而后我们将把答案拿来与最高法院的解释、我接下来的点评以及三位教授的观点进行比较；第二个问题是你认为这个案件牵涉哪些理论问题或问题点。第一个问题谁愿意主动回答？请举手，请勇敢一点。

（甲同学：我认为应该按合同履行地，由货物的交货地法院管辖，就是A地法院管辖。

乙同学：我认为应该由B地法院管辖，因为应该由被告所在地管辖。）

好！现在出来了两种观点。下一个问题比较难回答，就是我们暂不考虑结论，先问你认为这个案例涉及哪些理论上的概念或者说涉及诉讼法学上的哪些理论？

（丙同学：我认为涉及诉讼标的问题以及指定管辖问题。

丁同学：我认为还涉及了协议管辖问题。）

很好，这位同学提到了协议管辖问题。

### 屏幕

该案例涉及的问题群

- 诉讼标的问题

前后诉是一个诉讼标的还是两个诉讼标的？

如是同一个，是前诉并入后诉还是相反？

如是两个，是否应合并，如何合并？

- 协议管辖问题

协议管辖是否优先于特殊地域管辖？

本案欠条是否应视为“协议”？

协议内容应明确到何种程度方有效力？

刚才的几位同学已提到了这两个问题，即诉讼标的问题和协议管辖问题。我把它们再细分为两组问题或两个问题群。顺便说一下，案例分析有两种方法：一种是诉讼实务中法官、律师和当事人最关心的，也就是如何解决眼前的问题，结论究竟是怎样的。这当然非常重要。外国有句话，说类似法学这样的学科是“面包的学问”，就是非常讲究实用性或技术性的学问。但我们法学界还有另外一种说法，就是结论是什么其实并不是最重要的，重要的是你的推论过程。同样的结论可以是基于完全不同的理论或逻辑推导过程，这个才是法学的精髓或叫真谛。这两个方法或命题看起来有矛盾，但实际并不一定矛盾。刚才我的提问也是基于这两种方法，一个是结论应当是怎样的，另一个则是都牵涉哪些問題或问题群。第一种方式直接询问结果，但往往容易忽视一些更复杂、更深层次的问题。第二种就是先不考虑结论，但通过考虑涉及的问题或理论往往也能导出结论。回到这个案例，尽管案情很简单，但如果仔细分析起来却涉及很复杂的问题。首先，两个诉讼陷入了争议的僵局，不知道到底谁吞并谁。这就要判断前后两个诉讼的诉讼标的到底是同一的还是不同的，按照法院或司法解释中常用的术语，就是“法律关系”究竟是一个还是两个。“法律关系”和“诉讼标的”两种用法牵涉理论与实务在表述上的不同，我们在这里就把两者都理解为要解决的是同样一个问题好了。那么，本案例中的诉讼标的到底是一个还是两个呢？这个问题非常关键，因为如果是两个就不涉及前后诉相互吞并的问题，完全可以分别进行，只是当两个诉讼只有一个诉讼标的时才涉及谁吞并谁的问题。但大家注意，即使是两个诉讼标的或法律关系时，也

有可能为了方便审理、节约资源等而进行合并审理，大家要注意此处是“合并”而非“吞并”或“并入”，属于诉的合并问题。当然，即使是诉的合并，这也是要在明确存在两个诉的前提下才成立，说来说去都牵涉诉讼标的问题。那么下一个问题就是，如果是同一个诉讼标的，就绝对不允许同时进行两个诉讼，必须有一个谁吞并谁的问题，是前诉并入后诉呢，还是后诉并入前诉？这就是第二个问题。而如果是两个诉讼标的，两诉是否需要合并呢？如需要，则前诉合并后诉，还是后诉合并前诉仍然成为问题，即第三个问题。此处对后两个问题的两组回答虽然在结论上完全同样，但其根据或推导过程及内部逻辑则是完全不同的。关于第一组问题就谈到这里。

第二组问题就是刚才那位同学提到的协议管辖的问题。第一个问题，如果把欠条算是一个关于管辖的协议，但作为后诉的协议管辖是否优先于前诉的管辖？也就是协议管辖是否优先于特殊地域管辖的问题。因为本案的第一个诉讼 a 企业正是按照特殊地域管辖向购销合同交货地，即履行地 A 地法院起诉的；而第二个诉讼 b 企业认为这是协议管辖，而协议管辖有优先权没有？这就是案件争议的另外一个焦点。下一个问题是，此处的协议是一个欠条，它是单方出具的，这能否叫做协议呢？这就涉及法条解释了，管辖的协议是否必须在合同中以单独的条款规定呢？该欠条虽然是单方出具的，但对方拿着来起诉是否意味接受这个意思表示呢？这些问题，我们大家再去思考。最后一个问题就是协议的内容应该明确到什么程度，就是协议的明确性问题。这关系到协议有没有法律效力。

大家可以看到这个案子把这几组问题都提出来了。由于时间关系，我就来解答一下，一会儿再由李老师和徐老师提出批评。

我的观点是这样的：就第一个诉讼标的的问题而言，其实很简单，应该认为只有一个诉讼标的。为什么呢？从常识来看，如果我们承认是两个诉、两个法律关系，最后的判决很可能是相互矛盾的，哪个都执行不了。这只是一个需要考虑的因素，而另外一个因素是，两个诉所依据的都是同一个购销合同，因而只能是一个诉讼标的，不是两个诉。我要提醒大家的是同一个法律关系有时候是很容易让人误解的，稍微引申一下，你们就会觉得问题变得非常麻烦。比如说，假如第一个诉讼中 a 企业起诉的不仅是合同关系，还有侵权，如交来的货物造成了设备的损失，不是要你赔二十几万，而是五十几万，此时法律关系就不一样了，但它还可能是一个诉讼标的，理论上对诉讼标的作的限定有宽有窄，宽的话它可以把整个纠纷算成一个标的，窄的话同样一个法律关系也可以分为几个诉讼标的。这就是不同理论的差异，但此处我们不多说。同样，后一个诉虽然是依据同一合同中的欠款，但如果该欠条是涉及代销另外一批货物以充抵货款等情况时，又可能导致不同的诉讼标的。所以，并不见得这两个案子只能就是同一个诉讼标的。包括“诉讼标的”和“法律关系”是否完全同一的概念，到这种复杂情形也可能成为问题，所谓诉讼标的的理论的重要性就开始显示出来。所以这里我使用诉讼标的这一概念，而不是用法律关系的概念。但仅就这个现实的案例来讲，两个诉讼其实是同一个诉讼标的，必须一个诉讼吞并或并入另一个。那么下一个问题就是谁吞并谁的问题，又有两种观点。我的观点与最高法院通知的结论是一致的，就是后诉并入前诉，但我自己的结论又与这个通知不同，我们推导出结论的内在逻辑推理过程是完全不一样的。我的理由涉及下面一组问题，即协议管辖的问题。

我们知道就同一个诉讼标的的起诉，根据管辖权恒定原则，

一般都是前诉优先于后诉，而当后诉有协议管辖时，后诉是否优先于前诉呢？即，协议管辖是否优先于特殊地域管辖，在这个问题上我的观点也是赞成协议管辖优先于特殊地域管辖。这有两个理由，一个是我们诉讼法上的法条规定协议管辖只是在违反专属管辖或级别管辖时才无效；第二个理由是，协议管辖是1982年最初制定民事诉讼法时没有规定的，到1991年现行民事诉讼法中才引进。学者往往认为这从一定侧面意味着诉讼结构从“职权主义”或“超职权主义”向当事人主义转变，扩大了当事人的意思自治的诉讼权利，而且当前在修改民事诉讼法的讨论中法学界和实务界都有不少人还主张要进一步扩大当事人协议管辖的范围。在这种政策性的考量下，强调协议管辖的优先性或给协议管辖的效力以更宽泛的解释也是有必要的。或许有同学问，按老师这样的推理应该是后诉吞并前诉呀。不过还有下面的问题，这里的逻辑是一层一层的。下一个问题就是，协议管辖虽然优先，但必须存在协议，而该单方出具的欠条是不是协议呢？我的结论很简单，是协议，理由是一方出具的欠条已经写明发生争议由谁解决，而另一方则根据该欠条起诉，这已经可以构成民事实体法上有关合同成立条件的要约与承诺，因为合同解释中有一种对默示行为的解释，且这种解释中可以包含尊重当事人意思自治的意义。最后一个问题就比较复杂了，就是该协议的内容是否足够明确到承认其有法律效力，从而把前诉吞并到后诉中来呢？我的回答是明确性没有达到这样的程度，因为该协议只是说由B地的有关部门解决，而有关部门是谁呢？因为仲裁委员会或工商管理局等都是有可能的，因此该协议的内容没有明确到足可使我们解释为必须承认其法律效力，所以它是一项没有法律效力的协议。因此我的推理就是：承认协议管辖的优先，也承认欠条及此后的行为构成协议，





但因为其没有明确到发生法律效力的程度，最后还是应该由 A 地法院管辖。

现在我们来介绍一下最高法院的通知和对其内在逻辑的理解。

### 屏幕

最高法院“通知”的内在逻辑

- 关于诉讼标的是否同一的问题
- 关于协议管辖是否优先的问题
- a v. b：适用司法解释的溯及力
- b v. a：确立有关协议“明确程度”的规则

首先，前诉是一个购销合同，从表面上看该案件适用有关合同履行地的条款，按照民事诉讼法，购销合同发生争议确实可以由合同履行地法院管辖，而且有相关司法解释规定供货地或交货地就是合同的履行地，因此 A 地法院有管辖权是没有问题的。但最高法院的这项通知指出，购销合同有一个口头和书面的区别，根据最高法院在 1996 年 9 月发布的一个司法解释，口头的购销合同一概不按履行地确定管辖，所以对于前诉 A 地法院无管辖权，而 B 地法院作为被告住所地法院就拥有了管辖权，因为履行地不能管辖之后就只剩下被告住所地 B 地。第二个结论是，在后一诉讼中，似乎是在承认协议管辖的优先权和本案存在管辖协议的前提下，以欠条作为协议所规定的内容不明确而没有效力为由，也只能以被告住所地，即由 A 地法院管辖。换句话说，前一诉讼 B 地法院有管辖权，后一诉讼则归 A 地法院管辖，正好调了个儿。这是第一和第二个结论，但最重要的是第三个结论，就是认为因作为案件标的物的货物处于 A 地，由 A 地法院管辖能够方便法院审理和当事人诉讼，从而指定由 A 地法院管辖。这就是最高法院的最终解决方案。

下面，我来分析一下这个通知的内在逻辑：第一，通知中尽管说两个案件都是“基于同一事实发生的纠纷”，但对两诉的诉讼标的是否同一却没有作出任何解释，但从其逻辑结构进行考察或推测，似乎是认定有两个诉，因为它说第一个诉 A 地法院没有管辖权，而逻辑上是 B 地法院作为被告住所地有管辖权，相反第二个诉 B 地法院因协议无效没有管辖权，逻辑上同样应是 A 地法院有管辖权。这似乎意味着承认有两个诉讼标的，但最后却对此不作任何说明就将两个案件并到一起。但这到底是“合并”呢，还是“吞并”或“并入”？第二，关于协议管辖是否优先的问题，最高人民法院的这一通知也没有给出具体的说明，它只是在承认这是一个协议管辖的前提下，以协议的内容不明为由而指出其没有效力。我刚才已讲到，这里的逻辑关系是：如果协议管辖不能优先的话，根本就不用讨论是否存在协议以及协议的明确性问题。既然它讨论了明确性，大概可以推定最高法院是把协议管辖理解为具有优先的性质。但是，最后一个问题是，最高法院指定 A 地法院管辖的理由与我们刚刚讨论的逻辑都没有多少关系，给出的好像是一个纯粹效益方面的考虑，当然这也是有道理而且符合实际的理由，只是它不是我们所讨论的通过精巧的逻辑推演而达到的结论。

此外如上所述，这个通知适用了 1996 年 9 月发布的一个司法解释，但案例中的两个诉讼却分别发生于 1996 年的 6 月和 7 月。这样就产生了一个问题，即这是一种把司法解释中的规范溯及既往地适用吗？当然，可以分几个论点来推导出不存在溯及既往适用这个问题的结论。例如可以说适用的其实是 1991 年就成立的民事诉讼法有关条文，司法解释只是对法条的解释，所以适用解释不发生溯及既往的问题。但也可以争论说，司法解释确立的这个规范其实是对法条的限制或反对解释，因此溯及既往的问题依然

存在。另一个论点则是溯及力的起算点，如果把起算的时间放在最高法院收到报请指定管辖的1997年12月，而不是起诉时的6月和7月的话，同样不会产生是否溯及既往适用的问题。但令人感兴趣的是，最高法院的这一通知对这些问题却毫不涉及，直截了当地就适用了刚才说的那项司法解释。换句话说，这里也没有围绕任何法理展开法律的推论，就直接到达了结论。但另一方面，就协议管辖的明确性程度来讲，可以看出最高法院通知的结论中又包含着创设了一定规则的含义，如“有关部门解决”这样的表述就属于“约定不明”，等等。但关于这样的规则在逻辑上是如何推导出来的，却没有对推理过程的任何说明。

所以在我看来，最高法院的这个通知存在一些重大的逻辑上空白或飞跃的问题。为了解这些逻辑上的混乱为何存在，我们可以讨论一下作为一种司法解释的最高法院通知究竟有什么样的性质等问题。

### 屏幕

#### 最高法院“通知”的性质及问题

- “通知”的性质及相关的问题

指定管辖的制度含义：处理个案还是创立规则，“裁量”还是法律推论？

• 问题的生成机制：诉讼法学理论“再生产”的动机与来自司法实践的激励

• 通过案例发展理论：私人决策，学术组织作用与法院内改革

我们知道最高法院通过种种作为司法解释的方式来解决实务中产生或提出的具体问题。有的时候发布由像立法一样抽象的条文组成的司法解释，比如《关于民事诉讼证据的若干规定》、《关

于人民法院执行工作若干问题的规定》等；有的时候则采取“批复”、“批示”等形式，就下级法院提出的具体问题用短短的一两行字作出回答。而像本案例中的“通知”到底是一种什么性质的司法解释，是否经常使用、在不同的法律领域有多大的适用范围等问题，我都没有作过调查研究。但是就民事诉讼法这个特定领域来讲，指定管辖可以说是一个比较特殊的制度，使用“通知”的形式可能有它独特的道理。大家知道，指定管辖的一个含义是在不同法院围绕管辖权发生争议时，由它们共同的上级法院来指定究竟由哪一个法院管辖。而在20世纪90年代上半期，尤其是在经济审判中，经常表现为“争管辖”或“抢管辖”的地方司法保护主义愈演愈烈。为了遏制这种现象，最高法院1994年出台了《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》这一司法解释，其中用好几个条款对指定管辖的程序作了一定程度的细化或系统化。经过这一番可理解为“制度化加工”的指定管辖，表现出什么样的特殊含义了呢？大家都知道，国外有不管事实认定而只审法律问题的上诉审，在大陆法系往往是第三审。但我国是两审制，既审事实问题又审法律问题，没有作为所谓“纯粹法律审”的第三审。而且对于程序方面的法律问题，只有不予受理、管辖权异议和驳回起诉等很少几种情况可以在诉讼过程中提起上诉，但到第二审就彻底结束了。类似于一些外国的民事诉讼制度可以就纯粹的程序法律问题直接或越级上诉到第三审级等情况，在我国本来是并不存在的。不过，指定管辖的制度至少在外表或形式上好像已经开始有了这样的含义，即通过这项制度，一个案件中的程序问题可以从最基层的法院经过所有的四个审级而一直到达最高法院，由最高法院就个案程序方面特定的法律问题作出结论来解决争议。而且像本案例的通知这样，

最高法院的结论还包含了一定的说明解释或推论。仔细想一想的话，就会觉得这种情况在我们的诉讼法里其实是非常特殊的。因为这好像使我们在这个特定的场合有了“第三审”甚至“第四审”，有了专门就程序问题上诉的“纯粹法律审”似的。

但为了确认是否真是这样，我们还是回到具体的个案，在本案案例的通知中，最高法院到底只是在处理个案，还是也在创设或推导出规则呢？而推导或创立规则恰恰是国外从事“纯粹法律审”的法院的职责，是所谓判例制度得以建立的基础。他们处理的虽是个案，但根据学说理论而展开，且往往是长篇大论的推论或理由一旦确立，就会构成先例或规则而对下级法院的审判产生长期普遍的拘束力。而我们的情况又如何呢？这就涉及屏幕上面写的两个问题，即最高法院的通知到底仅仅是处理个案还是也创立规则、到底只是“裁量”呢还是法律推论？回到本案的情况我们可以看出，最高法院确实是在处理个案，但其实也创设了某种规则，例如它说，像“由某地有关部门解决”这样的表述，就属于内容不明确而没有效力的管辖协议。这已经可能作为一条规则。但更关键的是下一个问题，就是这种通知究竟是一种“裁量”还是法律推论。裁量，如同经常表述为“自由裁量”的那样，原则上是不用讲道理的，也不是通过逻辑上严谨的推论过程而导出的结论。如果是国外经过“纯粹的法律审”而达到的结论，必然是法律推论的结果而绝对不可以仅仅是一种法官的裁量。

明白这一点非常重要，可能牵涉“案例”和“判例”的根本区别。判例是确立某种规则的，但绝不会采取抽象的条款或只有具体回答的“批复”等形式来确立规则。判例创设规则只能通过法律推论过程，体现在其根据、理由和结论的关联之中。所以规则的成立一定是说理的、逻辑上无自相矛盾的、有时需要经过非