



教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目

中
大
题

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法治国家建设中的 司法判例制度研究

STUDY ON JUDICIAL PRECEDENT SYSTEM
IN THE CONSTRUCTION
OF COUNTRY'S RULE OF LAW

何家弘 刘品新

主编

中国法律出版社出版

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目 

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法治国家建设中的 司法判例制度研究

STUDY ON JUDICIAL PRECEDENT SYSTEM
IN THE CONSTRUCTION
OF COUNTRY'S RULE OF LAW

何家弘 刘品新

主编



中国财经出版传媒集团

图书在版编目 (CIP) 数据

法治国家建设中的司法判例制度研究/何家弘、刘品新主编.

—北京: 经济科学出版社, 2017. 6

教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目

ISBN 978 - 7 - 5141 - 8025 - 1

I. ①法… II. ①刘… III. ①司法制度 - 研究 - 中国

IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 110229 号

责任编辑: 王 丹

责任校对: 王苗苗

责任印制: 邱 天

法治国家建设中的司法判例制度研究

何家弘 刘品新 主编

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142

总编部电话: 010 - 88191217 发行部电话: 010 - 88191522

网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

天猫网店: 经济科学出版社旗舰店

网址: [http: //jjkxcbs. tmall. com](http://jjkxcbs.tmall.com)

北京季蜂印刷有限公司印装

787 × 1092 16 开 20.75 印张 400000 字

2017 年 6 月第 1 版 2017 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 8025 - 1 定价: 52.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换。电话: 010 - 88191510)

(版权所有 侵权必究 举报电话: 010 - 88191586)

电子邮箱: [dbts@ esp. com. cn](mailto:dbts@esp.com.cn))

经济科学

继续教育

教育部

重大项目

成果出版

李锐书



八十年代

课题组主要成员

首席专家 何家弘

主要成员 刘品新 何 然 黄京平 李红海
刘风景 沈玮玮 汤维建 徐 昕
姚 辉 张 晶 张志铭 赵晓耕

编审委员会成员

主	任	周法兴			
委	员	郭兆旭	吕 萍	唐俊南	刘明晖
		刘 茜	樊曙华	解 丹	刘新颖

总 序

哲学社会科学是人们认识世界、改造世界的重要工具，是推动历史发展和社会进步的重要力量，其发展水平反映了一个民族的思维能力、精神品格、文明素质，体现了一个国家的综合国力和国际竞争力。一个国家的发展水平，既取决于自然科学发展水平，也取决于哲学社会科学的发展水平。

党和国家高度重视哲学社会科学。党的十八大提出建设哲学社会科学创新体系，推进马克思主义中国化、时代化、大众化，坚持不懈用中国特色社会主义理论体系武装全党、教育人民。2016年5月17日，习近平总书记亲自主持召开哲学社会科学工作座谈会并发表重要讲话。讲话从坚持和发展中国特色社会主义事业全局的高度，深刻阐释了哲学社会科学的战略地位，全面分析了哲学社会科学面临的新形势，明确了加快构建中国特色哲学社会科学的新目标，对哲学社会科学工作者提出了新期待，体现了我们党对哲学社会科学发​​展规律的认识达到了一个新高度，是一篇新形势下繁荣发展我国哲学社会科学事业的纲领性文献，为哲学社会科学事业提供了强大精神动力，指明了前进方向。

高校是我国哲学社会科学事业的主力军。贯彻落实习近平总书记哲学社会科学座谈会重要讲话精神，加快构建中国特色哲学社会科学，高校应需发挥重要作用：要坚持和巩固马克思主义的指导地位，用中国化的马克思主义指导哲学社会科学；要实施以育人育才为中心的哲学社会科学整体发展战略，构筑学生、学术、学科一体的综合发展体系；要以人为本，从人抓起，积极实施人才工程，构建种类齐全、梯

队衔接的高校哲学社会科学人才体系；要深化科研管理体制改革的，发挥高校人才、智力和学科优势，提升学术原创能力，激发创新创造活力，建设中国特色新型高校智库；要加强组织领导、做好统筹规划、营造良好学术生态，形成统筹推进高校哲学社会科学发展新格局。

哲学社会科学研究重大课题攻关项目计划是教育部贯彻落实党中央决策部署的一项重大举措，是实施“高校哲学社会科学繁荣计划”的重要内容。重大攻关项目采取招投标的组织方式，按照“公平竞争，择优立项，严格管理，铸造精品”的要求进行，每年评审立项约40个项目。项目研究实行首席专家负责制，鼓励跨学科、跨学校、跨地区的联合研究，协同创新。重大攻关项目以解决国家现代化建设过程中重大理论和实际问题为主攻方向，以提升为党和政府咨询决策服务能力和推动哲学社会科学发展为战略目标，集合优秀研究团队和顶尖人才联合攻关。自2003年以来，项目开展取得了丰硕成果，形成了特色品牌。一大批标志性成果纷纷涌现，一大批科研名家脱颖而出，高校哲学社会科学整体实力和社会影响力快速提升。国务院副总理刘延东同志做出重要批示，指出重大攻关项目有效调动各方面的积极性，产生了一批重要成果，影响广泛，成效显著；要总结经验，再接再厉，紧密服务国家需求，更好地优化资源，突出重点，多出精品，多出人才，为经济社会发展做出新的贡献。

作为教育部社科研究项目中的拳头产品，我们始终秉持以管理创新服务学术创新的理念，坚持科学管理、民主管理、依法管理，切实增强服务意识，不断创新管理模式，健全管理制度，加强对重大攻关项目的选题遴选、评审立项、组织开题、中期检查到最终成果鉴定的全过程管理，逐渐探索并形成一套成熟有效、符合学术研究规律的管理办法，努力将重大攻关项目打造成学术精品工程。我们将项目最终成果汇编成“教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目成果文库”统一组织出版。经济科学出版社倾全社之力，精心组织编辑力量，努力铸造出版精品。国学大师季羨林先生为本文库题词：“经时济世 继往开来——贺教育部重大攻关项目成果出版”；欧阳中石先生题写了“教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目”的书名，充分体现了他们对繁荣发展高校哲学社会科学的深切勉励和由衷期望。

伟大的时代呼唤伟大的理论，伟大的理论推动伟大的实践。高校哲学社会科学将不忘初心，继续前进。深入贯彻落实习近平总书记系列重要讲话精神，坚持道路自信、理论自信、制度自信、文化自信，立足中国、借鉴国外，挖掘历史、把握当代，关怀人类、面向未来，立时代之潮头、发思想之先声，为加快构建中国特色哲学社会科学，实现中华民族伟大复兴的中国梦作出新的更大贡献！

教育部社会科学司

摘 要

法治国家建设包括立法和施法两个基本环节。一直以来，立法是中国法治建设的中心任务，且取得了举世瞩目的成就。当下中国法治建设面临的突出问题是有法律而无法治，即法律完善但实施不力。法律的生命在于实施，而法律实施的最后一道防线是司法。我国法治建设的重心应由立法向司法转变，通过完善司法判例制度来提高我国的法治水平。

司法判例制度是一个国家或地区中涉及司法判例的选编、发布、内容、效力、引用、推翻之规制的总和。从司法判例制度的发展沿革看，在一定程度上依赖司法判例来传承法律或者填补法律的空缺是人类社会的自然选择。可以推断，在任何国家的历史上都存在司法判例，或者说都有一定形式的司法判例制度。现代司法判例制度承担着统一法律适用，规范法官自由裁量权的职能，是实现司法公正、权威的有力保证。从某种意义上讲，依赖司法判例来弥补立法在司法层面的不足是人类社会走向法治的必由之路。

英美法系国家的法律体系以判例法为基础，判例法是基本的法律渊源，其所走的是从判例法到判例法与制定法相结合的道路。而大陆法系国家以制定法为基础，判例依附于制定法，同时又是对制定法不可或缺的补充，其所走的是从制定法到制定法与判例法相结合的道路。当前，两大法系的发展趋势不断融合，在一定程度上实现了制定法与判例制度的平衡。这种发展轨迹反映了人类社会法治发展的一般规律，因而值得我国在完善司法判例制度时借鉴。

中国古代虽是一个典章制度主导下的传统社会，但从功能主义的

角度分析,也存在判例功能的法律形态。判例依附于法典,经历了萌芽、发展、成熟、消融的演变轨迹。传统中国判例是在立法技术落后、成文法不发达的社会形势下出现的,具有法律规则的创设与规则效力的强化两大功能。古代判例在适用过程中出现了无制约、违背成文法、数量过多等问题。今天,应当明确判例是法律重要补充的法律定位,并从判例的遴选、审定、发布、汇编等方面予以完善。

通说认为,我国民商事指导性案例具有事实上的拘束效力,具体表现为撤判风险的威胁、法官背离时论证责任的增加和公众监督力度的增强。民商事指导性案例具有促进法律解释不断完善,保障法律漏洞填补正确实施,实现不确定性概念的价值补充,指引利益衡量正确适用的价值。在民商事指导性案例的遴选上,应当加强公众参与,建立相应的异议或制约制度。最高人民法院在发布案例时要更多地听取地方各级裁判机关的意见和诉求,并完善编写体例。在适用方面,可以从效力内容、效力实质、效力来源、效力范围和效力类型五个角度理解和把握指导性案例的“参照”,并从硬约束和软约束方面规范法官的自由裁量。同时,还应当建立背离报告制度,规制法官对判例的规避。

我国的刑事案例是指公安机关、检察机关和法院办理刑事案件时参考或参照使用的已完成特定刑事诉讼程序的相关案件。其中,刑事案例中具备最高效力的指导性案例具有事实拘束力。刑事案例的适用原则包括罪刑法定原则、参考或参照适用原则、直接适用原则、混合适用原则、效力顺序适用原则以及非裁判依据援用原则。就刑事案例的适用技术而言,需要运用刑事案例识别技术和刑事案例规避技术。

中国指导性案例的颁布标志着具有中国特色的司法判例制度已初步建立。但是,也暴露出一些问题,需要进一步完善。具体缺陷表现为:最高人民法院发布的指导性案例的数量太少,很难满足司法实践中对于判例制度的需求;指导性案例虽然是最高人民法院精选后发布的,但并不都是最高人民法院自己审理的,不符合司法判例的生成规律;指导性案例的效力定位不够明确。在制度完善上,应当明确案例的遴选标准,简化案例的发布程序,界定案例的效力。在编纂技术上,应当进一步完善指导性案例的序号、裁判文书标题、裁判要点的设计

与运用。

综上所述，完善司法判例制度是建设法治国家的需要。司法判例制度一方面是司法者群体自由裁量权的张扬，另一方面又是司法者个人自由裁量权的约束。二者在国家中的平衡，体现了司法判例制度的完善程度，也体现了法治国家建设的发展水平。

Abstract

Legislation and enforcement of laws are fundamental to constructing the rule of law in a given country. Legislation has always been the main strategy behind constructing the rule of law in China, which has made remarkable achievements. The most pressing problem, however, concerning the construction of a country's rule of law is that existing legislation is adequate for the task, but its enforcement is far from satisfactory. The vitality of law lies in its enforcement, and the judiciary system is the last line of defense for the enforcement of the law. We should therefore switch from a legislation-centered focus to a judiciary-centered one and improve the judicial precedent system in order to construct a rule of law in China.

A judicial precedent system regulates the selection, issuance, content, validity, citation and overrule of the judicial precedent of a given country or region. It is the natural choice for human society to inherit law or fill in gaps in the law to a certain degree in terms of developing a system of judicial precedent. It can therefore be inferred that all countries have judicial precedents, or certain forms of judicial precedent systems. Modern judicial precedent systems assume the functions of unifying the application of the law and regulating a judge's discretion, which is a valid guarantee of judicial justice and judicial authority. It is inevitable, as human society begins to establish the rule of law, for society to rely on judicial precedent to make up for shortages of legislation about judicial application.

The legal system in common law countries is based on case law, and case law is the basic legal source. Legal systems start from case law and then proceed to a combination of case law and statute law. While the legal system in civil law countries is based on statute law, precedent also depends on statute law and is therefore an indispensable supplement to it. Civil law countries start from statute law and then proceed to a combination of statute law and case law. Common law systems and civil law systems are be-

coming more integrated over time, reaching a balance between statute law and a precedent system. This path of development reflects the general principle of the development of the rule of law in human society, which can be referenced to improve the judicial precedent system in China.

Precedent existed in ancient China from a point of view of utilitarian analysis even though China had a traditional society dominated by decrees and regulations. Precedents depended on code, and therefore on primacy, development, maturity and ablation. Traditional precedents emerged in China when legislative techniques and statute law, whose functions were to create legal rules and strengthen the validity of these rules, fell behind. There were some problems during the application of precedents in ancient times, such as a lack of restrictions on the use of precedents, violations of statute law, and an excessive number of precedents. We must clarify the legal position that precedent is an important complement to statute law, and improve the selection, examination, approval, issuance, and compilation of precedents.

Civil and commercial guiding cases are of factual validity in the prevailing opinion, and they are mainly manifested in the risk of judgment set aside, thus increasing the burden of reasoning when a judgment deviates from former precedent, and enhancing public supervision. The value of civil and commercial guiding cases lies in how they promote the continuous improvement of the interpretation of the law, guaranteeing the closing of legal loopholes, accomplishing value supplement to uncertain concepts and guiding the correct application of the balance of interests. We should promote public participation in the selection of civil and commercial guiding cases, as well as establish a system of exceptions and restrictions. The Supreme People's Court should listen to the opinions and demands of local courts at all levels and perfect its style of compilation when it issues guiding cases. As for application, judges can comprehend and understand the "reference" of guiding cases from five perspectives: the content of validity, the essence of validity, the source of validity, the scope of validity and the type of validity. Furthermore, a judge's discretion should be regulated with both hard and soft constraints. A deviation report system should also be established in order to restrict the evasion of precedent by judges.

Criminal cases in China are relevant if they have completed the specific criminal procedure and that can be referred to when public safety officers, prosecutorial authorities and courts handle criminal cases. Criminal guiding cases are of factual validity. The principles for application are those of legality, reference application, direct applica-

tion, mixed application, validity, and non-criterion judgment. In terms of applicable techniques for criminal cases, recognition and evasion techniques must be applied.

The issuance of guiding cases in China marks the preliminary establishment of a judicial precedent system with Chinese characteristics. Some problems, however, must be improved further. For instance, the number of guiding cases issued by the Supreme People's Court is too small to meet the needs of judicial practice. In addition, the guiding cases issued by the Supreme People's Court are not tried by the Court itself, which does not conform to the rule of generation. The orientation of the validity of guiding cases is not clear enough. We should consequently clarify the criteria for case selection, simplify the issuance procedures, and define when cases are valid. We should also improve the design and application of sequential numbers, judgment titles, and the key points of judgment for guiding cases.

Overall, in order to construct the rule of law for a given country, one must improve its judicial precedent system. On the one hand, the judicial precedent system is a publicity of the discretion of the judge group. On the other hand, it is also a restriction of an individual judge's discretion. The balance of these two factors in specific countries reflects the soundness of the judicial precedent system and the level of development of the country's rule of law.

目 录

Contents

第一编

司法判例制度的法理基础 1

第一章▶司法判例和司法判例制度 3

- 一、现象、问题和方法 3
- 二、司法判例的含义 4
- 三、司法判例含义的理论解析 6
- 四、司法判例制度及其法理解析 7

第二章▶司法判例的作用 9

- 一、司法判例作用的承认 9
- 二、司法判例作用的界定 15
- 三、司法判例作用的实现 24

第二编

司法判例制度之比较 31

第三章▶司法判例制度的缘起 33

- 一、自然法与司法判例制度 33
- 二、习惯法与司法判例制度 35
- 三、神明裁判与司法判例制度 37

第四章►英美法系的司法判例制度	40
一、英美法系中司法判例制度的发展沿革	40
二、英美法系司法判例制度的发展趋势	43
第五章►大陆法系的司法判例制度	46
一、大陆法系司法判例制度的发展沿革	46
二、大陆法系司法判例制度的发展趋势	49

第三编

中国司法判例制度的历史 53

第六章►中西判例的历史语境	55
一、中西判例之存在比对	55
二、中国传统判例地位重述	70
第七章►中国判例的历史表现	83
一、判例在中国的历史形态	83
二、判例在中国的演变轨迹	88
第八章►中国判例的历史运作	97
一、判例的制作	97
二、判例的适用	102
三、判例与中国司法传统	110

第四编

中国司法判例制度的现状 113

第九章►中国民商事指导性案例制度	115
一、民商事指导性案例总说	115
二、民商事司法指导性案例的生成	139
三、民商事司法判例的适用	146