

Research on  
Chinese Case System

# 中国判例制度

| 研 | 究 |

徐景和 编著

中国检察出版社

# 中国判例制度研究

Research on Chinese Case System

徐景和 编著

中国检察出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

中国判例制度研究/徐景和编著. —北京: 中国检察出版社, 2006  
ISBN 7-80185-568-X

I. 中… II. 徐… III. 司法制度-研究-中国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 122970 号

**中国判例制度研究**

徐景和 编著

---

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650028 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm×960mm 16 开

印 张: 22 印张

字 数: 389 千字

版 次: 2006 年 11 月第一版 2006 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-568-X/D·1543

定 价: 38.00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

# 中国判例制度研究

## Research on Chinese Case System

中国判例制度是指在坚持以制定法为基础，判例法为补充的原则下所建立的有关判例的地位、内容、形式、效力以及判例的产生、适用等方面的制度体系。本书论证了我国建立判例制度的客观需要和现实可能，在我国建立判例制度需要创新的法学观念，同时从多个视角研究了如何在我国建立判例的创制制度和适用制度。

随着经济全球化的发展，世界各国在法律渊源上呈现出逐步趋同的趋势。在我国，建立有中国特色的判例制度，有利于弥补法律缺陷、提高法官素质、统一司法尺度、规范自由裁量、保障司法独立、增强司法认同、提高司法效率、实现司法公正，有利于进一步提高我国的司法水平。

# 中国判例制度研究

Research on  
Chinese Case System

徐景和 1966年9月生于黑龙江省宾县

教育背景:

中国政法大学法学学士 (1987)

中国政法大学法学硕士 (1990)

美国威斯康星大学访问学者 (1997)

北京大学法学博士 (2002)

中国社会科学院法学研究所博士后 (2005)

工作经历:

司法部法学教育司

司法部法规教育司

国家食品药品监督管理局食品安全监察司

国家食品药品监督管理局食品安全协调司

研究领域:

公司治理制度

外商投资制度

判例法律制度

司法鉴定制度

食品安全制度

# 正直 精邃

(中国社会科学院法学研究所所训)

# 我国为什么要实行案例指导制度

（代序言）

刘作翔\*

徐景和博士于2003—2005年在中国社会科学院法学研究所法理学专业做博士后研究。我有幸作为他研究工作期间的合作导师，同他就有关判例制度的问题进行了一些探讨和思考。现在呈现在读者面前的这部著作《中国判例制度研究》，就是他在博士后研究报告的基础上修改而成的。

在这部著作中，景和博士以中国司法实践问题为基点，以世界两大法系趋于融合为视野和背景，对在中国实行判例制度的问题进行了较为广泛的讨论。既涉及了相关的理论问题，也涉及了广泛的制度、实践等问题，提出了在中国实行判例制度的一些具体设想。我相信他对这些理论、制度的研究和提出的一些设想对中国的司法理论和实践将会有所助益的。这种以中国法治实践问题为主旨的研究，我是十分赞赏的，也是我们一直所倡导的。

谈到中国的判例制度，我们不能回避的是将要在人民法院系统和司法审判实践中实行的“案例指导制度”。因此，在下面，我以我2006年6月3日在珠海中级人民法院召开的《法律适用》“珠海杯”征文颁奖会暨专家论坛上的一篇有关“案例指导制度”的演讲，<sup>①</sup>作为这篇代序言的内容。

2005年10月26日，最高人民法院发布了《人民法院第二个五年改革纲要（2004—2008）》，提出了50项改革任务和改革措施。其中在第13项中提出了“建立和完善案例指导制度，重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件，规定指导性案例的编选标准、编选程序、发

---

\* 中国社会科学院法学研究所研究员，博士生导师，博士后流动站合作导师。

① 经整理和修改后发表在《法律适用》杂志2006年第8期。

布方式、指导规则等”。这是最高人民法院第一次以正式文件的方式向全社会发出的一个要实行案例指导制度的正式的改革意见。其实,从2003年开始,最高人民法院就已经开始酝酿此项改革,并为此作了一些研究工作和前期性的准备工作。<sup>①</sup>这次“二五改革纲要”的正式发布,已将这项改革措施推向了前台,提上了人民法院的议事日程。另外,最高人民法院院长肖扬今年有两次谈到案例指导制度:一次是在今年2月份接受记者采访时谈到,“二五改革纲要”中的50项改革任务里面有8项今年年底前要见成效,这8项里面就有案例指导制度。另一次是在今年3月份全国人大开会的时候,他又重申了这个意思。也就是说,在过去的二十多年中如果说判例法在中国法院的适用问题或者判例法的借鉴问题等是一个学术争论的话,那么今天这个争论可能要暂时画上一个句号了,可能不再是纸上谈兵了,可能会成为我国司法制度的构成了,可能要进入到我们的司法实践领域中了。<sup>②</sup>

这是一项重大的改革。熟悉中国现行司法制度和审判制度的人都会意识到,在以制定法为特色的现代中国法律制度中,在司法审判工作中要引入带有判例法色彩的中国式的“案例指导制度”,是一项前所未有的工作和事情。这其中包含着许多重大的观念变革和制度变革。如何理解这一重大变革,如何建立一套既能保持制定法传统,又能借鉴判例法制度中灵活有用和有益的审判方式,是需要我们作出认真而细致的研究和思考的。

我国为什么要实行案例指导制度呢?这里面有一些深层次的原因,也有一些直接的导因。最初的直接的导因是大家非常熟悉的,那就是解决同案不同判的问题。这些年在我国法院的判决里出现了比较多的同案不同判的情况。在不同的法院有这个情况,在同一个地区有这样的情况,甚至在同一个法院也有这种情况。这种情况的出现从制度上来讲,是对我们的法制统一这样一个法治要求的破坏。法治要求法制统一,但同案不同判这种情况在一个国家的统一的法律体系下面实际上是一种法制不统一的表现。关于这一点也有很多争论。

前一段有两个比较典型的妇女“受虐杀夫”案件:一个是2006年3月7日在上海浦东法院的判决,女的被判了十四年有期徒刑;一个是2006年2月

---

① 最高人民法院2005年度发布的十个调研课题中有一项就是“案例指导制度的调研”,该课题由3个课题组分别独立进行研究。本作者作为主持人与景和博士承担了该课题。同时,最高人民法院还编辑出版了《中国案例指导》系列丛书的首批两本书《刑事行政卷》第1辑与《民事卷》第1辑(法律出版社2005年8月出版),正式向社会推出。这两本书的出版实际上是为实行“案例指导制度”开始了它的试验性的第一步。

② 如果没有意外和例外,可以预期,案例指导制度不久将会推出。



3日包头市的一个区法院作出的判决，女的被判有期徒刑三年，缓刑五年。<sup>①</sup>一个是十四年，一个是缓刑五年，这样巨大的反差引起了大家的讨论。两案在情节上肯定有不同之处，但是不是可以导致这么大的差距？我看到有的法官在报纸上发表意见，认为这样的同案不同判是很正常的，讲了一些道理。

还有，2005年在最高人民法院第十七届学术征文（匿名）评审中我也看到一篇文章，作者的主题思想和主要观点就是认为“同案同判是在追求一个司法神话”。对于这位作者的这种学术勇气我是非常佩服的，但是对其相关的论证我是保留看法的。其有两个论证理由：一个理由是认为同案根本不存在。其认为根本不存在同样的案件，比如说案件当事人以及相关人在法庭上的叙述不会完全一样。其所理解的同案是那种绝对意义上的，而我们法律意义上的同案不是在这种意义上去理解。比如说我们经常看到同案不同判的现象就是“打假”中的案件。一个人在三个商店买了同样一个产品，但是在三个法院得到三种不同的结果。这样的案件能不叫同案吗？这个同案我们指的是案情最相类似，不是指完全意义上的相同，完全意义上的相同根本不可能。如果否认同案的存在，那我们就可能会从根本上否定西方判例法存在的根据和理由，但西方判例法存续的悠久历史证明了同案是存在的。这些年我国一些地方法院也一直在探讨着如何解决同案不同判的问题。比如较早的2002年郑州市中原区人民法院实行的“先例判决制度”。他们之所以实行这个制度，其直接导因就是因为频繁地出现同案不同判的现象。其后的天津市高级人民法院实行的“判例指导制度”、成都市中级人民法院实行的“示范性案例制度”，其主要的直接导因也是为了制止频繁出现的同案不同判的现象。其第二个论证理由是，只要我们承认法官有解释权就不可能出现同样的判决。这个理由还难以辩驳。我们现在的每一位法官在审案时都有他对法律的理解，这种理解有的学者称其为“法官的解释权”（对此论我是有保留的。这一论点实际上是将判例法条件下的法官角色用来理解制定法国家的法官角色。其实所谓“法官的解释权”就是指法官对法律的理解和运用）。只要承认法官有解释权，他对法律的理解就不一样，肯定判决的结果就不一样。这样一个推论实际上隐藏着一个诡辩。我认为，在制定法国家，法官有解释权并不意味着法官可以对法律进行任意解释，可以随意解释，这又是我们说的另外一个原则，即法制统一原则。法制统一原则要求法官在一个制定法的国家里应该对法律有一个基本上一致的理解，不能反差太大，不能随意去理解法律和解释法律，否则就不会也不需要立法解

<sup>①</sup> 见《北京晚报》2006年3月27日。

释以及司法解释了。所以,我认为这两个论证理由对于同案不同判虽然有着不同的意见,但我们需要对这些理由进行一些分析。

案例指导制度就是想解决同案不同判这个问题。因为在没有这个制度之前任何一个判决都是“正确的”(从判决效力和司法权威意义上而言),当然我们说的是终审判决。比如说同样一种案件,在这个法院这么判,它是正确的;在那个法院那么判,它也是正确的。在没有案例指导制度的情况下,它们都是正确的。因为先例没有约束力,先前的判决对后面的案件没有约束力,所以不论他做什么样的判决,你都不能否认它的有效性和权威性。但这种情况如果长期存在下去,对我们法院的威信、司法的权威破坏力很大。老百姓不管你那么多,老百姓不管你里面有多少的曲曲折折,老百姓就看结果,看起来是相同的案件,在不同的法院判决的结果是不一样的,他不会理解法律到底是怎么回事。长此以往,他可能会对法律产生怀疑、产生不信任,这样对法律的信赖、信任就很难产生。

第二点就是司法资源和司法效率问题。这几年法院的案件激增,已经到了非常严重的程度,但是我们的司法力量和资源还不足以应付这种局面。我们到有的法院去,院长讲他们的法官根本没有周末,不但自己在办公室加班而且还把老婆孩子带来帮助他一起加班(帮他装订卷宗等),书记员根本不够用。但是,如果我们实行案例指导制度,有一些指导性案例的话,后面的好多同样案情的案件就不用花太多的时间和精力去审理,用简易程序就可以把它解决掉了。像郑州市中原区人民法院从2002年实行“先例判决制度”后,后面有的案件用20分钟就结了案。简易程序不意味着不要程序,但可以简化程序,而且当事人双方以及代理人可能在法庭上都觉得没有必要唇枪舌剑了。实行案例指导制度对于我们有效地利用现有的司法资源和提高司法效率都会产生积极的效应。它的一个深层的根据就是:一个好的司法判决是法官智慧的结晶,这种智慧应该使它得以延续和延展,使它能够发挥最大的效应,而不能局限于目前的一案一判。

第三点就是约束法官的自由裁量权问题。通过实行案例指导制度,在同类案件上对后面法官的判决起到一种约束作用。后面案件的法官如果不按照前面的指导性案例来裁判的话,在审级程序上可能会通不过。通过案例指导这种方式,可以进一步遏制司法或法官的徇私枉法行为。这种遏制主要是通过先前确认的指导性案例,而不是通过对法官的道德、良知的约束,因为它存在着一个案情的比对问题。这样一种方式对法官的行为能够起到一个很有效的作用。

第四点就是司法判决效力的延伸问题。目前我们每一个司法判决发挥的作

用是很有限的。通过案例指导制度，我们提出要使司法裁判的效力能够得到延伸，这个延伸并不是说把裁判的法律效力延伸到其他案件中去，而是说要发挥它的影响力。在中国现在司法的地位很凸现，在整个中国法治这个环节里面，司法的地位和作用越来越重要。一个重大的、典型的案例可以引起全国性的讨论，可以引起众多老百姓的关注。每一个司法判决都凝聚了法官很多的智慧、很多的经验在里面，但是这个判决一结束它的使命也就结束了，不能对其他的同样的事件发挥作用。我们认为，司法判决不能局限于本案，它应该对同类的案件起到作用。另外，对同类案件所涉及的事项以及所涉及的不同的主体应该发挥影响力。

首先，我们来看看案例指导制度对于商业经营者所产生的影响力。我们研究了消费领域、商业领域里的一些案例，比如说商场拒开发票案件，郝劲松诉铁路餐费票据、购物发票案件，等等。案件一旦判决以后，对商业经营者起到了一个警示作用，而且作用是很明显的，比如好多超市规定发票过月作废，北京一位姓李的律师就把这样一个官司打赢了，<sup>①</sup> 这样一个判决对全国的超市都会起到很大的作用。如果实行案例指导制度，这样一个判决它的影响力就出来了。当然这个效力并不是直接延及到哪个超市，而是超市会考虑到在这样一个案例指导制度的框架下它这样的经营行为没有法律支持，它是违法的，所以如果要想正当经营，就应当改变它的经营行为。如果它依然如故的话就等着吃官司，而且吃官司的结果是可以预期的。案例指导制度对经营者、对消费者提供一个可预期的东西。但是，不实行这个制度的话，它的预期是不确定的。因为前面一个案子可能会这样判，但是同样的案子在后面会怎么判根本没办法去预测它。

同上一个问题相联系，案例指导制度还可以发挥通过司法判决改造不合理制度的功能和能动性。郝劲松诉铁路餐费票据案件，从判决书看，这起案件法院判郝劲松败诉，主要是郝劲松在举证责任上的失败，而不是案件诉求本身。值得我们关注的是，虽然这个案件原告败诉了，但在此后的2005年12月19日，国家税务总局和铁道部联合出台通知指出，从2006年3月1日起，我国将开始启用铁路餐车发票，发票的面额为壹元、贰元、伍元、拾元、伍拾元和壹佰元。该通知规定，铁路餐车发票为单张两联式，即存根联和发票联平行设置，规格为150毫米×70毫米。据了解，各铁路局向其纳税所在地的地方税

<sup>①</sup> 邱伟：《拒开发票规定被判无效 较真律师告倒家乐福》，载《北京晚报》2004年7月1日。

务局领购铁路餐车发票，可在其铁路局客运列车上跨省使用。<sup>①</sup> 这一后续的消息至少告诉我们，铁路餐车发票的问题引起了关注，并有了解决方案。这一问题的解决，我们不好说和郝劲松的诉讼有直接的关联，但不能排除这起诉讼对这个问题的解决所起到的深刻影响。另一起郝劲松诉铁路退票费凭证案，原告同样败诉。<sup>②</sup> 但这起案件引致的后续行为使这个案件具有了重要的案例价值：一审法院在审结案件后，迅速向北京铁路局发出司法建议，北京铁路局收到司法建议后，迅速进行查证核实，并及时进行了书面回复，认为北京铁路运输法院的司法建议书对企业如何规范自身工作、更好地维护自身权益提出了很好的意见和建议。2005年6月17日，北京铁路局下发了京财电〔2005〕8号《关于更改退票费报销凭证式样的通知》，通知全路各车站自2005年7月10日停止使用现存的退票费报销凭证，到收入稽核部换领新的退票费报销凭证。目前北京铁路局各退票窗口全部启用新版退票发票。<sup>③</sup> 这是一个值得赞赏和令人高兴的结果。这两个案件的审理起到了对不合理的制度的改造功能。

其次，我们来看看案例指导制度对消费者所产生的影响力。通过案例指导制度对消费者可以起到一个非常重要的教育作用。通过公开审判以及案例公开制度，大家知道这个案件在法律上是怎么判的，他自己遇到同样的案件心里就清楚在法律上最后会得到什么样的结果。有这样一个案例：襄樊市一位叫徐大年的老人涉及一个“撕碎的借条能不能作为证据”的案件，结果在诉讼中法官没有采纳该证据，他败诉了，而且二审也败诉了（2004年）。他心里一直不服，一直在找法律依据，终于在中央电视台“今日说法”栏目2002年曾播出的节目里找到了一个他认为可以作为依据的典型案例，那个案例也是涉及借条被撕碎，在那个案件里面被撕碎的借条被法官作为证据采纳了，他就准备拿这个案例来作为申诉的一个依据（该案的再审申请2006年已被受

① 见《京华时报》2005年12月20日。

② 该案情为：2004年11月13日，郝劲松在北京火车站购买了次日北京开往丰台的4401次火车票，花费了2.5元。当他退票时，退票窗口的工作人员出具了北京铁路局退票费报销凭证，上面写明收取退票费2元。郝劲松认为，小票没有套印税务部门统一的发票监制章，是铁路系统自己印制的收据，不是正规发票，不能报销，认为“这样的行为涉嫌偷税漏税”。遂向北京铁路运输法院提起诉讼。法院认为，退票报销凭证是客运票据的一种，按照《发票管理办法》及其实施细则的规定，客运票据的性质为专业发票。北京铁路局的行为并无不妥，郝劲松被判败诉。随后郝劲松向铁路运输中级法院提起了上诉。2005年9月30日，铁路运输中级法院终审判决郝劲松败诉。见《北京晨报》2005年6月10日。

③ 见《法制日报》2005年12月30日。

理)。<sup>①</sup> 所以通过这个例子我就觉得案例指导制度对消费者以及广大公众的教育作用要比一般的法律宣传的效果大得多。

对于法院来讲，案例指导制度的作用就不言而喻了。如果建立了案例指导制度，那么以后的案件如果和指导性案例类似的话，照此办理就可以了。这样有利于实现同案同判，实现司法公正。

我国之所以实行案例指导制度最深层次的原因是由于中国社会的发展对法治提出的迫切需求。因为我国是一个制定法国家，依法治国的基本方略要求在司法领域里依法司法。但新的社会关系不断产生，新的案件不断出现，而我们如果按照原有的审判模式、思维模式来处理新问题是会遇到很大障碍的。所以，案例指导制度很重要的一个出发点除包括前面提到的几点外，更重要的是要解决中国社会的发展对法治或者说对司法提出的迫切需求。主要有这么几大类案件：疑难案件、新类型案件、现有法律没有规定的案件，或者在理解上有两可性的案件，等等。关于新类型案件，有的是“有法律无案件”，即法律是有的，但是因为过去我们公民的权利意识比较弱，公民认为有些问题无足轻重不去诉，或者不知道权利是否受到侵犯。而现在公民权利意识增强了，就出现新的诉讼了，但是这些诉讼实际上是有法律规定的，比如像“李律师诉家乐福超市发票案”，其实就是涉及发票管理办法和消费者权益的问题；“李先生诉北京巴士公司空调车温度案”，其实就是个交通服务合同案件；郝劲松诉铁路的系列案件，实际上就是涉及发票管理办法和消费者权益保护法以及税法的问题，等等，像这些案件实际上现有法律都有规定，只是在过去出现时没有诉讼。现在更大的问题是没有法律的规定，要不要通过司法来解决，这是一个我们现在碰到的最大的难题。而对于“没有法律规定”，怎么去解释又存在着很多不同的观点。比如说第一层次是没有法律规则意义上的，要不要判？我们现在发展出了一个法律原则问题，就是法律原则能不能作为判案依据？这几年我们接受了一些西方的学说，比如德沃金的“法律原则说”，即在没有法律规则的情况下能不能依据法律原则去判案？现在还有更大的问题，即没有法律原则能不能判？从法律中抽象出来的法律的精神能不能作为判案的依据？这里的法律精神不是指法理学所讲的法的精神，而是指从实在法中归纳出的法律精神。西方的一个司法理念是“法官不得拒绝审判”，即法官不得拒绝提交到他面前

<sup>①</sup> 此案例见《法制文萃报》2006年4月20日第16版。

的属于司法性质的问题的案件。关于司法独立的国际文件也有明确的规定。<sup>①</sup>我国的现有法律制度和司法体制还不能满足这样的需求,我们怎么办?案例指导制度实际上想试图通过案例来解决一些疑难的案件、新类型的案件。疑难案件也包括对法律理解上的不一致。案情相同但是由于对于法律的理解不同,也会得出不同的裁判结果。我们的法律还是一种粗线条的,在客观上存在着一种多重理解、不同理解的可能性,而且法律漏洞比较大,所以针对这种情况,可以通过案例这种方式来消除争议,来统一法律适用标准,指导下级法院审判工作。因此,案例指导制度蕴涵着以下几个法律的价值:节约司法资源,提高司法效率;保障法制统一,实现司法公正;发挥司法功能,积极解决纠纷;提高司法能力,遏制司法腐败。

案例指导制度还涉及一些理论上的争议点。比如说,关于案例指导制度的法律定位问题。这个问题涉及案例指导制度到底是一个法官造法机制,还是一个在现有司法功能框架下的一种法律适用活动。对案例指导制度的定位在学术界也有很多争论。实际上我觉得我国的许多学者和法官受判例法思维的影响较大,在理解案例指导制度时很难脱出判例法的思维,一提到案例指导制度,就把思维转到判例法的思维上去了。实际上我们经过仔细的研究和认真的分析,中国的案例指导制度和判例法是不一样的,它是一个借鉴,但有很多不一样的地方,这是需要我们特别理解和把握的。

实行案例指导制度,是一个折中的制度选择。它既表达了我们所欲实行的是一种“案例”指导制度,而不是完全的“判例”指导制度,同时,也表明我们同过去法官头脑中参照的案例有所不同,要将“案例”上升到能够“指导”以后法院审判工作的地位,而不是过去的仅仅是起到“参考”的作用。这种“提升”的主要标志就是指导性案例可以进入判决书,可以作为后案审判的辅助性援引,因此,案例指导制度是一种有创新的制度,但不是一种新的“法官造法”制度,我们不是推倒重来,不是颠覆性的,那样的理解是有问题的。它在本质上仍是一种法律适用活动和制度。指导性案例还是在依法的前提下做的,案例的创制不能超出依法的概念,超出依法的概念可能就会有问题。因此,我们实行的案例指导制度,是在中国现有的法律体制下,在司法审判工作中不影响制定法为主的情况下,借鉴判例法的一些具体做法。它是一种

---

<sup>①</sup> 联合国预防犯罪和罪犯待遇大会1985年8月通过的《关于司法机关独立的基本原则》第3条规定:“司法机关应对所有司法性质问题享有管辖权,并应拥有绝对权威就某一提交其裁决的问题按照法律是否属于其权力范围作出决定。”这一文件是目前国际社会关于司法独立的权威性文件。

能够体现中国特色的、并顺应世界两大法系逐渐融合发展大趋势的制度变革举措。因此，对案例指导制度的法律定位应该理解为：它仍是一种法律适用活动，而不是一种“法官造法”活动。这就是我们对这个制度的法律定位的理解。

第二个需要讨论的问题就是为什么最高人民法院在“二五改革纲要”中把这样一个制度叫做“案例指导制度”，而不叫做“判例指导制度”、“判例法”、“判例制度”、“先例制度”等等。这实际上不是一个简单的叫法问题，而是一个涉及对判例法本质的认识和对我国司法制度深刻的理解和判断上。当我们提到判例、判例法、判例制度等概念时，它都表达了一个很强烈的制度色彩就是判例法制度。判例法制度有两大核心理念：一个核心理念就是“遵循先例”。“遵循先例”是判例法的一个规则和原则（卡多佐语），它可以有例外，但是在一般意义上它是一个规则或原则，不能违背它；第二个核心理念就是“判例就是法”，即判例就是正式的法律渊源。这一理念在我们这样一个制定法的国家里面是不好接受的，我们不能把案例当做法。对“遵循先例”我们是有条件地部分地接受，不是完全地接受。所谓部分地接受就是在依法的前提下如果先例或者指导性案例做出了一个模本，我们后面的要照这个来做，如果不依照它做必须要提出反对的理由。按照原来的设想，这种指导性案例是要在判决书中援引的，是要在依法的前提下在判决书中起辅助的、可援引的作用。以制定法为主，案例指导为辅，这个“辅”既起到对案件的说明性作用，增强它的说理性，同时也表达了法制统一的理念。因为“判例”这个概念制度化色彩特别浓，我们只能是部分地接受它的理念，不可能把判例法的东西全部拿来。另外在案件的比例上适用指导性案例进行判决所占的比例是非常小的，不是所有的案件都按照这样的新的模式去做，而是要碰到那些新类型、疑难案件，在有指导性案例可循的情况下去做，所以我们没有采用“判例指导制度”。而之所以选择“案例指导制度”，是因为“案例”是一个中性化的概念和表达，采用“案例”这个概念实际上是一个折中，即我们既要在原有的模式上有所改变，但又不能完全改变成判例，我们是在坚持制定法不变的情况下而且以它为主的情况下寻求司法的途径。

还有一个问题就是指导性案例的筛选以及发布等程序问题。有种意见认为，为了保证案件的权威性，只能在高级人民法院和最高人民法院终审的案件中来选案例。但是我们通过这几年大量的观察和对案例的研究，发现恰恰具有典型性的一些案例大多是由基层法院审理的。所以我们提出指导性案例的筛选或者来源不应该有任何级别的限制，应该是辐射到全国的各级法院系统中，包括最基层的法院。但指导性案例的审查以及最后的发布应该是有一个权威性的

发布，即应该由最高人民法院来发布。因为实行案例指导制度的目的就是为了“统一法律适用标准、指导下级法院审判工作”等，否则，它将违背案例指导制度建立的初衷。

(2006年9月于北京)



## 内容提要

本报告所主张的判例，是指作为法院处理同类案件裁判依据的具有法律渊源地位和法律拘束效力的判决和裁定。而判例制度，是指在坚持以制定法为基础，判例法为补充的原则下所建立的有关判例的地位、内容、形式、效力以及判例的产生、适用等方面的制度体系。

本报告从弥补制定法、政策法缺陷，促进司法水平提高，促进法律财富积累等方面，论证了我国建立判例制度的客观需要；从两大法系相互借鉴与吸收的发展趋势，我国混合法发展的历史经验，最高人民法院的案例指导实践，地方法院对判例制度的探索实践等方面论证了我国建立判例制度的现实可能；从法官不得因无法律而拒绝裁判，权力分立并不排斥权力适当组合等方面论证了建立判例制度必须进行的观念创新；从判例的创制主体、创制原则、创制条件、创制程序、创制机制、形式要件、实质要件、法律效力、服务体系等方面分析了我国判例的创制制度；从判例适用的原则、适用的条件、适用的程序和适用的保障等方面分析了我国判例的适用制度。

本报告的主要观点是：

一、在法律渊源上，世界两大法系相互借鉴、相互吸收，呈现出趋同的发展趋势，但融合的速度和力度并非等量齐观。受宪政体制和传统观念的束缚，在相互借鉴和吸收方面，制定法国家仍然落后于判例法国家。

二、法治状况是衡量一个国家、民族和社会进步的重要标志。而建立制定法与判例法相融合的法律制度，则是建设社会主义法治国家，全面提升我国法治水平的重要内容。

三、制定法在周延性、具体性和应变性等方面存在缺陷。与确立法律原则、制定法律解释、认可社会习惯、确立类推制度、设立一般条款等相较，建立判例制度是弥补制定法上述缺陷的最佳方式。

四、我国的制定法除了存在制定法的一般缺陷外，还存在着政策法结构简略、内容粗疏等特殊缺陷，建立判例制度是弥补政策法上述缺陷的最优途径。

五、建立判例制度有利于提高法官素质、统一司法尺度、规范自由裁量、