

汪世荣 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

判例⑤法律发展 中国司法改革研究

律法

法

判例⑤法律发展
中国司法改革研究

汪世荣 著

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

判例与法律发展——中国司法改革研究/汪世荣著.
北京:法律出版社,2006
ISBN 7-5036-6364-2

I. 判… II. 汪… III. 司法制度—体制改革—研究—中国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 040276 号

©法律出版社·中国

责任编辑/易明群 贾 菲	装帧设计/干 佳
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/6.625 字数/201 千
版本/2006 年 7 月第 1 版	印次/2006 年 7 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-6364-2/D·6081	定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

汪世荣,1965年4月生,甘肃省陇西县人。西北政法学院法学学士(1988),西北政法学院法学硕士(1991),中国政法大学法学博士(1994),美国哥伦比亚大学访问学者(2003)。现任西北政法学院教授、法律史专业硕士研究生导师组组长,西北政法学院科研处处长,中国法律史学会常务理事,全国诊所教育专业委员会副主任,甘肃政法学院兼职教授,西安市中级人民法院咨询员,《判例与研究》特邀编委,西北政法学院法律诊所项目负责人。主要研究方向为中国法律史学。代表作为《中国古代判词研究》(中国政法大学出版社1997年版)、《中国古代判例研究》(中国政法大学出版社1997年版)。

自序

我对判例问题的关注始于1992年。在撰写博士学位论文“中国古代判词研究”，阐释中国古代判词的成就时，论及对中国古代判例的认识。提出：在制定法占主导地位的中国古代法律体系中，某些判词具有规范和启迪作用，“具有判例的性质”；在特定环境与条件下，“因案生例”，由“例”填充制定法“律”的空白；在“律”、“例”并存情况下，例优先于律适用。^{〔1〕}

此后，在发表于《判例与研究》1996年第1期的“中国古代判例法制度”一文中，我又提出了中国古代典籍关于“五刑之属三千”、^{〔2〕}“夏刑三千条”^{〔3〕}等记载，均是指判例汇编状况，从春秋战国公布成文法后，“制定法作为基本法律形式的地位得以确立”，导致中国法制发展过程中“判例法地位的演变”，并形成“根植于制定法的判例存在状况”、“因案生例的判例形成规则”、“例优于律的判例适用特点”，判例法在中国古代法律体系中发挥过重要作用等学术观点。

1997年5月，中国政法大学出版社出版了我的个人专著《中国古代判例研究》，使我有机会对自己先前的学术观点进行修正和补充：第一，基于中国古代“判例是具有规范与启迪作用的司法判决”，制定法占主导地位，存在包括判例在内的多种法律形式，修改了“中国古代判

〔1〕 具体的论述，见中国政法大学1994届博士学位论文——汪世荣《中国古代判词研究》第五部分“中国古代判词的成就”相关论述。该学位论文通过答辩后，经过补充修改，中国政法大学出版社已于1997年2月出版。

〔2〕 《孝经·五刑章》。

〔3〕 《尚书·大传》。

例法”的提法,将之更正为“中国古代判例制度”;第二,提出了春秋战国时期经过“公布成文法”事件的洗礼,中国古代多种法律形式并存,且“制定法是最基本的法律形式,判例则居于从属的、辅助的但不可缺少的地位,同样是一种重要的法律形式”的观点;〔4〕第三,成文法反映的是法律从一般到个别的调整,判例反映的是从个别到一般的调整。在成文法不便调整的领域,采用判例的调整方式,表现了法律调整的灵活性。以例入律,“赋予了例稳定性特征”。〔5〕

1998年后,我将关注的焦点集中在了中国当代。认为:从1949年2月22日《中共中央关于废除国民党〈六法全书〉和确立解放区司法原则的指示》公布后,至1976年文化大革命结束,“为了从观念、认识、理论、信仰、文化、制度等各方面全方位地摧毁近代经过变法修律,历时数十年建立起来的法制,我们采取了包括思想改造、人员清洗、制度重构、观念、认识、理论重塑等一系列活动,甚至不惜采取司法改革、司法工作的大跃进等政治运动。”〔6〕在此期间,建立了法院内部的上下级请示与批复制度,“由于制定法立法的几近空白状况,司法解释批复在实质上具有暂时性立法的性质。”〔7〕

1978年以后,虽然全国人民代表大会及其常务委员会进行了大规模立法,但司法解释批复制度仍然被保留。司法解释批复范围的明确界定,是我国这一时期制定法体系初步建立的必然结果。但司法解释与制定法之间的冲突,司法解释相互之间的矛盾,司法解释缺乏说理等因素,严重影响了法律的权威,破坏了司法公正。由于缺乏判例机制的约束,最高人民法院公布判决就相同问题所做出的大相径庭的裁判,“适用的是相同的法律,但对同一法律条文的不同解释,产生了对相同

〔4〕 汪世荣:《中国古代判例研究》,中国政法大学出版社1997年版,“前言”。

〔5〕 汪世荣:《中国古代判例研究》,中国政法大学出版社1997年版,第171~172页。

〔6〕 汪世荣:“废除旧法与建国初期法制的断层”,载《法商研究》1999年特刊。

〔7〕 汪世荣:“司法解释批复四题”,载《法律科学》2000年第4期。

事实的不同裁判结果。”从根本上动摇了法制的基础。〔8〕

本书中,我展开论述的理论预设是:

1. 从1978年起,中国实行改革开放政策,提出了“建设社会主义民主、完善社会主义法制”的口号。经过近三十年卓有成效的立法实践,迄今为止已建立了比较系统的制定法体系。“无法可依”已经成为历史,“执法不公”是中国法制面临的严峻现实,中国法制业已跨入了新的发展时期。法制建设的重点已经实现了由立法主导向司法主导的转变。在新的历史条件下,围绕审判公开、司法公正与效率,最高人民法院推行了审判方式改革,某些地方法院试行判例制度改革,为中国法学的发展,提出了全新的视野。法学研究的中心,也必须实现从立法规范分析向司法功能分析的转变。

2. 司法的功能分析,需要关注司法判决的理由和根据,更需要关注不同判决之间的相互协调、相互包容与相互支撑程度。需要考察司法判决对社会的影响以及社会对司法活动提出的要求。判例制度的试行,针对“同案不同判”的现象展开,有其客观的、内在的必然性。虽然从理论上讲,法律体系内部的结构与内容是清晰、明确的,但司法实践中,即便最高人民法院所做出的司法判决,也免不了相互之间的矛盾和冲突,法官判决案件的过程中,忽视对已有判决的掌握和了解,“自说自话”式的判决,必然造成的是判决的先天发育不良,判决之间打架。“同案不同判”现象所造成的关于“司法不公”、“司法腐败”,各级人民法院不能视而不见,任其发展。某些地方法院大胆采取判例制度,试图破解法律适用的谜团,他们面对困境和尴尬,甘愿背水一战,接受自己所创造的司法判决对自己的约束,使处于外部监督之下的司法权,加强

〔8〕 汪世荣:“‘以贷还贷’纠纷中的保证人责任——以最高人民法院公布判决为对象”,载《法律科学》2005年第6期。

了来自法院内部的自我约束,显得格外悲壮、激烈。^[9]

本书中,我试图阐释的学术观点主要包括:

引论“中国当代的判例研究”,通过系统考察并分析中国当代学者关于判例的理论研究,认为:台湾地区学者关于判例的研究,紧密结合判例制度的改革和完善,形成了鲜明的风格。中国内地判例的研究,二十余年来受到学者持续的关心。某些地方法院试行判例制度,客观上为判例的学术研究提出了更迫切的要求。同样,公布各级法院的全部司法判决,为法官接受判例约束,为法院接受社会舆论监督,为判例研究和判例教学提供基本素材,是推进中国法治进程的当务之急。

第一章“判例的理论基础与技术方法”,通过对判例从概念到适用的讨论,提出:判例、先例、案例和判决是可以通用的概念。但使用“判例”一词,有助于强调法律解释一致性的原则和理念。使用“先例”一词,有助于强调判决对重大法律问题或宪法问题的解决。绝大多数案件中,争执的焦点不是法律而是事实。当制定法是确定的、清晰的时候,服从法律是法官的天职。法官在做出判断时忽视或无视先例的现象,否定的不仅是自身法律经验的价值,法律职业的价值,而且否定了人们对法律的安全诉求,否定了朴素的平等观念,否定了法律的功能和作用。“同案同判”的正义观念,要求法官在背离本院或上级法官先前的生效判决时,承担论证负担的义务。

第二章“中国判例制度的历史传统”,通过对中国历代(包括当代中国台湾地区和中国香港地区)判例制度的回顾,认为:中国具有悠久的判例制度的历史传统,中国传统的法律观念根植于中国传统社会和

[9] 有学者谓:“判决形成后随时都有可能被拿出来约束法官今后的判决,于是法官在‘作茧自缚’中实现了法治。”参见王茂庆:“‘作茧自缚’:判例法的法治逻辑”,人民法院报:<http://rmfjy.chinacourt.org/public/detail.php?id=77856>,最后浏览日期2005年12月20日。在这项改革中,法院一改往日的做法,主动承担了改革的风险。就既往的改革,正如有些学者所指出的:“由于缺少市民社会的监督与有效制衡,司法改革在一个封闭的道路中进行,改革成功的收益由国家与各司法主体来分配,而改革的成本以及因改革不当而带来的利益损失却由全社会来分担。”参见刘磊:“法律变迁与司法自治——一个以判例为中心的考察”,载《金陵法律评论》2004年春季卷。

中国传统文化之中。春秋战国至清代,随着制定法占主导地位的法律体系的形成,判例在维护制定法的根本法地位,保持多种法律形式并存,保持不同法律形式之间的内部稳定关系,保持同一法律内部的不同条文、相同条文被适用于不同案件时解释的一致性等方面,在解决制定法的稳定与社会发展变迁的矛盾方面,发挥了重要的作用。规范化的判例适用,有助于维护制定法占主导地位的法律体系的内部结构稳定。判例在中国台湾地区和中国香港地区的运用,为中国内地判例制度的建立,提供了实践层面的经验。

第三章“两大法系趋同中判例的作用”,通过对两大法系相互借鉴与融合,两大法系判例发挥作用的历史发展的考察,提出:进入 20 世纪以来,世界两大法系在法律渊源上发生了重大变化。两大法系从如何更好保留自己的传统出发,借鉴对方的长处,弥补自身的不足。正是由于两大法系的趋同,才使各自的历史传统能够长期得以保持。判例在为当代法制注入生机和活力的同时,将通过增强法律的社会适应性,促进法律功能的转变。

第四章“中国当代弥补制定法缺陷的措施”,通过对司法解释批复的全面考察,认为:司法解释批复在 1949~1978 年许多部门法长期未能公布条件下,为司法审判活动的正常运作,提供了规则。但是,司法解释批复的基础是游离于法定诉讼程序外的内部请示,最高人民法院应当通过判例方式,对司法解释批复进行合法性改革,通过法定的诉讼程序,解决“具体案件审理中适用法律问题”。最高人民法院可以通过提审某些案件的方式,通过对这些需要进行法律解释的案件的审理和判决,在法定程序内进行法律解释。

第五章“判例与当代中国法的完善”,通过对某些地方法院创制的判例制度、法学院校开展的判例教学活动、以判例为对象的法学研究等,进行介绍和分析,认为:我国某些地方法院对判例制度的实践和探索,标志着“同案同判”将成为可能。借助地方法院的经验,最高人民法院将有机会在中国法制发展中,发挥积极作用。应当建立我国法学教育、法学研究与法律实践的互动机制。判例制度有助于从总体上提升我国的法制水平,并在现有法律体系框架内,为最大限度实现基本的

社会正义,提供条件和保障。

我相信,上述学术观点和主张,只是我对判例问题观察和思考的一些心得。如果说,判例创制后,必须接受条件、环境和时间的检验,判例研究的著述亦然。

二〇〇五年十二月二十日于北京

目 录

自序.....	(1)
引论:中国当代的判例研究	(1)
 第一章 判例的理论基础与技术方法	(21)
一、判例的范围界定.....	(21)
(一)判例与案例	(21)
(二)判例与判决	(24)
(三)判例与先例	(28)
二、判例的观念.....	(29)
(一)尊重经验	(29)
(二)实现平等	(33)
(三)寻求安全	(36)
三、判例的理论.....	(37)
(一)判例的性质	(37)
(二)判例的功能	(44)
(三)遵循先例原则	(46)
四、判例的技术方法	(49)
(一)确定权威判例	(49)
(二)识别关键事实	(50)
(三)区分判决理由与附带意见	(51)
(四)遵循、区别和推翻先例	(52)
五、判例的编辑与检索	(53)
(一)判例编辑	(53)

(二) 判例的检索	(57)
六、小结	(59)
第二章 中国判例制度的历史传统	(60)
一、中国传统法中的判例	(60)
(一) “根植于律”的判例存在状况	(60)
(二) “例以辅律,非以破律”的判例适用目的	(64)
(三) “集类为篇,结事为章”的判例汇编体例	(68)
二、中国近代法中的判例	(73)
(一) 民国时期判例在法律体系中的地位	(73)
(二) 民国时期判例的编辑与出版	(75)
(三) 判例在中国近代法制形成中的作用	(79)
三、中国台湾地区法中的判例	(81)
(一) 判例汇编制度	(81)
(二) 判例变更制度	(83)
(三) 判例援引方法	(86)
四、中国香港地区法中的判例	(87)
(一) 引进的法中的判例	(87)
(二) 创制的法中的判例	(88)
(三) 司法独立对香港判例法实施的保障	(89)
五、小结	(91)
第三章 两大法系趋同中判例的作用	(92)
一、英美法系中的制定法	(92)
(一) 英国法中的制定法	(92)
(二) 美国法中的制定法	(96)
二、大陆法系中的判例	(100)
(一) 法国法中的判例	(100)
(二) 德国法中的判例	(102)
(三) 日本法中的判例	(104)
三、两大法系趋同中判例的角色	(106)
(一) 从大陆法系的历史传统考察判例的作用	(107)

(二)从英美法系的历史传统考察判例的作用	(108)
(三)从多种法律渊源中考察判例的作用	(111)
四、小结	(117)
第四章 中国当代弥补制定法缺陷的措施	(119)
一、以司法解释批复为中心的法律解释体系的构建	(119)
(一)司法解释批复的范围	(119)
(二)司法解释批复的性质	(124)
(三)司法解释批复的适用	(128)
二、司法解释批复的缺陷:以民事案件为对象	(129)
(一)没有法律依据,法院不予受理	(129)
(二)特殊类型案件,排除检察监督	(130)
(三)不同司法解释批复,相互矛盾冲突	(132)
(四)最高法院一批终局,削弱了审级制度的作用	(134)
三、司法解释批复的局限:以刑事案件为对象	(137)
(一)界明概念	(137)
(二)列举例证	(137)
(三)析疑辨误	(140)
(四)正本清源	(144)
四、司法解释批复的改革	(146)
五、小结	(149)
第五章 判例与当代中国法的完善	(150)
一、运用判例机制,规范制定法适用	(150)
(一)地方法院创制判例的实践	(150)
(二)地方法院创制判例的意义	(152)
(三)推行判例制度的构想	(153)
二、借鉴判例方法,创新法学教育	(156)
(一)他山之石:判例教学法的历史与现状	(156)
(二)诊所式法律教育在推动我国法学教育改革中的 作用	(160)
(三)诊所式法律教育的本土化:“西北模式”及其经验	(166)

三、重视判例资源,推动法学研究	(175)
(一) 判例研究的目标与判例理论的作用	(175)
(二) 判例研究的实例:中国香港地区法院量刑的经验 ...	(177)
(三) 判例研究的实例:中国内地法院量刑的特点	(180)
(四) 判例研究与当代中国法学的发展	(184)
四、小结	(185)
参考文献	(187)
后记	(195)

引论：中国当代的判例研究

一、中国台湾地区判例研究的主要领域

(一) 台湾现行判例制度的缺失, 受到学者们的极大关注。中国台湾地区学者的判例研究成果, 涉猎了判例的编辑与出版、判例变更、相关制度配套等各个方面

首先, 现行判例的编辑和出版体例, 需要进行改革。

研究判例时, 应从一、二审(事实审)的判决及采证着手, 方能探求判例真正的内涵。但是, “判例集只登载判例要旨, 判决理由和附带意见(傍论)的研究和区分甚为不便。”^{〔1〕}判例的编辑和出版体例, 应当满足判例检索、援引及研究等诸项功能。

其次, 在变更判例问题上, 存在着两种极端, 即对未编入判例要旨的判决的变更缺乏规范, 但对已经编入判例要旨的判决的变更, 则十分保守, 不足适应社会之需要。

依据现行制度, 对未编入判例要旨的“最高法院”判决的变更, “并无法令可资依循。就实务而言, 其途径有三: (1) 由民刑庭总会变更之(所谓之民刑庭总会议决)。(2) 由民庭庭推会议及刑庭庭推会议变更之。(3) 由各庭自己变更之。由于欠缺统一之制度, 对于同一问题, 数

〔1〕 参见台大法学讲座中刘得宽的发言, 苏永钦: “判例之拘束力与判例之变更”, 载台湾《法学论丛》第9卷第1~2期合订本, 1980年。在这次讲座中, 王泽鉴也认为: “判例仅公布要旨, 失之过简, 难以明其真义。未选为判例之判决, 未有系统之公布, 对于法学研究, 甚有妨碍。因此, 吾人郑重再三呼吁, ‘司法院’、‘最高法院’及‘行政法院’应定期有系统地公布重要判决。判决的公开是司法公开、司法信赖、司法进步的必要条件。”

著判决而见解歧异者，势所难免，对于法律适用之安定性，自有妨害。”〔2〕

已经编入判例要旨的判例变更，现行制度“有下列之缺失：（1）变更判例，必须以新判例取代旧判例，始足当之。现行判例之变更，仅在否认原有判例之效力，新判例尚未产生，谓为判例之废止，较为恰当，兹称为变更判例，未免有名实不符之感。（2）现存有效之判例违背法令及彼此抵触者，在所多有，而变更判例之事例，可谓绝无仅有，具见现行判例制度纠正不当判例之功效不彰，徒使不当之判例，成为法院裁判公然违法之依据，许此恶例亦例，实非所宜。（3）原有判例系就裁判当时之客观状态立论，经过若干年以后，或因事过境迁、或因观念进步、或因情势变更，以致原有判例不能适应现实社会之需要；而变更判例，事实上又甚为困难，法院依判例要旨裁判，每有与现实社会脱节之讥。（4）采为判例只需‘最高法院’推事（包括院长、庭长之推事在内）三分之二以上出席，出席过半数之同意即可。然变更判例，则须‘最高法院’院长、庭长及推事三分之二以上出席，以出席人数三分之二以上之同意，始得变更。两者之表决方法显有不同，对于判例变更之限制过于严格，有碍裁判之进步。”〔3〕

中国台湾地区判例制度的核心内容是变更判例的相关规范，有学者谓：“以新判例取代旧判例之方法，代替现行判例变更制度，最为简便可行，不妨采下列两种方法之一：（1）废除‘法院组织法’第25条变更判例之规定，允许‘最高法院’之裁判，持与判例相异之见解（此种裁判，必须详细说明原判例不当之理由），待新裁判著为判例时，凡与新判例抵触之旧判例，本于新判例优于旧判例之法则，旧判例应无待新判例变更而当然失其效力。（2）将‘法院组织法’第25条之原规定删除，修正为增设大法庭制度，即‘最高法院’各庭审理案件，关于法律上之

〔2〕 参见台大法学讲座中王泽鉴的发言，苏永钦：“判例之拘束力与判例之变更”，载台湾《法学论丛》第9卷第1~2期合订本，1980年。

〔3〕 参见台大法学讲座中吴明轩的发言，苏永钦：“判例之拘束力与判例之变更”，载台湾《法学论丛》第9卷第1~2期合订本，1980年。

见解，与本庭或他庭判决先例有异时，应报请院长召集民事庭或刑事庭推事全体审判之。大法庭之裁判，如持相异之见解，即为新判例，足使原判例失其效力。”〔4〕

有学者提出了判例制度改革的建议：“（1）限制上诉‘最高法院’案件，让‘最高法院’对重大案件、复杂案件，有时间、精力来对之加以审查；（2）严格执行合议制；（3）在判决书上写明何推事代表‘最高法院’写某判决书，以表示负责之态度。”〔5〕

更有学者对推进判例观念更新，提出了十分具体的建议：中国台湾地区“‘最高法院’之推事均为由下级法院升上来之优秀法官，具有丰富的实务经验，但因过着独立审判的生活太久，故观念上难免会较保守，社会上需要有保守之势力，同时亦需要有新进之观念……在‘最高法院’中，聘请几位年轻之司法人员，当其助手，整理资料，提供若干新的观念，而使‘最高法院’增加新的活力。”〔6〕

（二）大法官会议对判例的影响

中国台湾地区实行独特的“司法院”大法官会议制度，大法官会议的职能包括两个方面：一为对“宪法”的解释，二为对法律及命令的统一解释。其中，“宪法”解释包括：（1）“宪法”含义的阐明；（2）对涉嫌“违宪”的法规进行审查；（3）对各机关或“中央”与地方有关“宪法”上的争议进行裁决；（4）受理人民的申请解释法律。法律与命令的解释，

〔4〕 苏永钦：“判例之拘束力与判例之变更”，载台湾《法学论丛》第9卷第1~2期合订本，1980年。

〔5〕 参见台大法学讲座中陈志雄的发言，苏永钦：“判例之拘束力与判例之变更”，载台湾《法学论丛》第9卷第1~2期合订本，1980年。本次讲座中，有学者提出了审级制度改革的建议，如路永家认为：在台湾地区“有人认为限制第三审是‘违宪’。唯在德、日两国之制度，有区法官或简易法院之设，是四级三审的，其虽限制上诉第三审，但在实质上仍践行三审制度，如在台湾地区扩大限制上诉第三审，则有相当部分之诉讼事件成为‘二审制’，是否妥当不无问题。故似乎有设四级一审制之必要。近日‘司法行政部’拟设地方法院分院，倒不如设简易法院，”使台湾地区司法制度亦成为四级三审制。

〔6〕 苏永钦：“判例之拘束力与判例之变更”，载台湾《法学论丛》第9卷第1~2期合订本，1980年。