



上海法学文库

我国案例指导制度研究

陈树森 著

上海人民出版社



上海法学文库

我国案例指导制度研究

陈树森 著

上海人民出版社

总 序

编辑出版《上海法学文库》是一项很有意义的工作,它有助于推动上海的法学研究和培育法学新人。近两年,上海市法学会发布了几十项课题,通过招标投标的形式让会员承接,在已完成的项目中,有的产生了较好的社会影响,有的还得到了较高层次的奖项。法学会每年还组织一些规模不等的研讨会、报告会,为会员更好地从事教学、科研和法律事务工作搭建交流的平台。上述服务会员、凝聚会员的努力,得到了广大会员的肯定。在2005年年初的理事会和常务理事会上,大家对法学会工作提出了新的要求,希望采取一些措施,有利于多出成果、出好成果;多出人才,尤其是扶持一批有潜质的法学新人。法学会采纳了大家的建议,经酝酿筹备后,《上海法学文库》(以下简称《文库》)正式起步了。

在起步之际,我想就《文库》的编辑理念向大家作以下说明。

作为《文库》,它应当具有包容性。法学学科所有专业的论著,包括论及法律实务中理论问题的专著,都可以纳入《文库》之中;只要坚持宪法确立的各项原则,凡言之有物、言之有据的学术著作,都可以纳入《文库》之中。

作为《文库》,它应当具有学术性。我们希望列入《文库》的著作,理论上应有所创新,即使是实务类的著作也是如此,当然,实务类的著作还应当具有很强的应用价值。为了保证《文库》的质量,我们借鉴了国内已有的做法,采用较严格的评审制度对书稿加以筛选。

作为《文库》,它应当具有连续性。独木不成林,几本书则免称《文库》。我们将着眼于长远,以记录我国法治进程、民主政治建设的轨迹为己任,不断推出能够反映上海法学研究新水平的作品,不断推出上海的作者,特别是青年作者。这项工作如果能够得以持续,若干年后,我们一定会为《文库》积

厚流广而感到万般欣慰。法学会是“铁打的营盘流水的兵”,但愿今天我们所作的决策,因为它的正确,而为后人所沿用。

最近几年,社会科学迎来了又一个春天。国家高度重视社会科学的发展,对社会科学投入大大加强,文化体制改革给出版、发行领域也带来了深刻的变化,学术著作出版难的情况明显缓解,精品学术书稿更是“抢手货”。在这样的背景下,编辑出版《文库》,没有质量意识、市场意识是不行的。我们要为精品学术著作的出版提供方便,也要为有光彩但还略嫌稚嫩又出版无门的作品提供出路,更要防止降低要求,让不符合《文库》标准的作品滥竽充数、“出外快”,那样,最终砸的是《文库》的牌子。

《文库》已经起步了,所有的作者、评审者、编辑、编务和发行人员,以及法学会的同人如果能够齐心协力将它做好,那可是功德无量啊!

沈国明

2005年10月1日

序

制定法和判例对法律的实施均具有重要价值,这也是两大法系在重视完善立法的同时,判例制度持续受到高度关注的原因所在。我国要进行法治国家、法治政府和法治社会一体化建设,建构科学的案例指导制度必不可少。目前,我国的案例指导制度刚刚起步,伴随最高人民法院出台《关于案例指导工作的规定》,以及党的十八届四中全会提出要“加强和规范司法解释和案例指导”,各级法院都对案例指导工作倾注了相当的热情。最高人民法院周强院长更是明确要求:“人民法院必须从坚持和完善中国特色社会主义司法制度的战略高度,持续推进人民法院案例指导工作,将其作为人民法院的一项常态性、基础性工作来规划和部署,以充分发挥案例指导制度在审判执行工作中的重要作用。”同时,案例指导制度也受到我国法学理论界的广泛关注,对案例指导制度的研究在不断升温,有不少关于案例指导制度的著作和文章问世。呈现在读者面前的《我国案例指导制度研究》就是其中一部。

本书的作者陈树森法官是我指导的博士生。这部著作是在他的博士论文的基础上修改形成的。在他准备以案例指导制度作为博士论文的选题时,我就提醒他,中国案例指导制度研究是一项复杂的系统工程,需要多方面的知识储备。建议他不仅要从法院实证角度进行分析,更要注重比较法上相关经验的汲取与借鉴;不仅要从司法方法论层面进行思考,更要注重与审级制度等民事诉讼原理有机结合;不仅要剖析案例指导制度本身,更要立足整个诉讼制度和司法体制来对案例指导进行审视反思和制度建构。在博士论文写作过程中,他较好地处理了上述问题。通读下来,在有关案例指导制度的众多著述中,这部著作有三个方面的特色:

一是浓郁的问题意识。虽然最高人民法院已经确立了案例指导制度,并发布了一定数量的指导性案例,但该制度在实践中发挥的作用却非常有限,并未实现预期的制度价值。问题究竟出在哪里,实际上正是本书研究的切入点。本书通篇都贯穿了对案例指导制度本身以及与其他司法制度衔接

上的反思与检讨,透露出浓郁的问题意识。

二是宽阔的研究视野。众所周知,一提及判例必涉及英美法系。在一定程度上,判例几乎是英美法系的代名词。但大陆法系国家和地区同样存在判例,并且判例在它们的司法实践中发挥了重要的作用。本书在研究过程中,并未拘泥于对英美判例法的借鉴,而是将研究的笔墨更多触及了与我国在司法制度、法律文化等较为相近的大陆法系国家和地区。通过对两大法系判例制度的系统考察,为我国案例指导制度的健全完善汲取了知识资源。

三是深入的理论思考。作为一项重要的司法制度,判例制度并不是孤立存在并发挥作用的,需要以审级制度等为前提和基础。域外的司法实践也充分表明,脱离了审级制度,判例难以发挥出应有的作用。在本书中,作者对当前案例指导制度存在问题的研究,也并不拘泥于该制度本身,而是将研究的视野扩大到更深层次的审级制度、法院功能定位等方面。其研究成果,相信对未来我国案例指导制度乃至审级制度的完善和发展具有相当的价值。

树森毕业于西南政法大学,攻读的是民商法专业,获得学士、硕士学位。在硕士学习期间就发表了不少论文,表现出了浓厚的学术兴趣和天赋。到法院工作之后,在从事审判和调研工作的同时,仍保持着较为旺盛的学术热情,发表了不少有影响的学术文章,参与了许多课题研究,也多次在中国法学青年论坛、全国法院系统学术讨论会、诉讼法学会等论文评比中获奖。所以当他申请跨专业报考我的博士生时,我欣然同意。在跟随我学习的四年时间里,正是我主持的复旦大学司法研究中心学术活动开展最多的时期。在该阶段,他积极参与了个案全过程教学法的创建、与多家法院合作探索的现代庭审方式改革等方面的研究和实践工作,展现出了较高的学术研究能力、严谨的治学态度以及丰富的实践经验,对上述改革作出了重要的贡献。

现在,树森的研究成果经过上海市法学会的严格评审,纳入“上海法学文库”,即将出版。作为他的导师,我为他在学术研究道路上付出的努力和取得的成就感到欣慰。也祝他在今后的实务工作和学术研究中取得更大的成就。

章武生

2016年11月于复旦园

目 录

总序	1
序	1
导论	1
一、研究背景及意义	1
二、研究现状	2
三、研究方法、创新尝试	4
第一章 案例指导制度的理论概述	7
第一节 案例指导制度的概念分析	7
一、案例的含义	7
二、指导性案例的含义	9
三、案例指导制度的含义	11
第二节 我国指导性案例的效力定位	12
一、指导性案例效力的政策解读	12
二、指导性案例效力的理论探讨	14
三、指导性案例效力的基础来源	17
第三节 案例指导制度的功能定位	23
一、案例指导制度的本质属性	23
二、案例指导制度的适用场域	27
三、案例指导制度的价值追求	33
第二章 域外判例制度的考察及启示	38
第一节 英美法系的判例法	38
一、英国的判例法	38
二、美国的判例法	44

2 我国案例指导制度研究

第二节 大陆法系的判例制度	47
一、德国的判例制度	48
二、日本的判例制度	57
三、法国的判例制度	59
第三节 域外判例制度对我国案例指导制度的启示	62
一、域外判例制度的共性考察	62
二、域外判例制度的个性考察	66
三、域外判例制度对我国建立案例指导制度的启示	69
第三章 我国案例指导制度的实践运行及问题剖析	71
第一节 我国案例指导制度的实践探索与制度建设	71
一、我国案例指导制度的实践探索	71
二、我国案例指导制度的制度建设	74
第二节 我国案例指导制度运行的实证考察	77
一、案例适用情况的实证考察	77
二、案例适用方式的实证考察	88
第三节 我国案例指导制度的问题梳理	92
一、指导性案例生成上的行政化	92
二、指导性案例效力规定不完善	99
三、指导性案例实践能力不娴熟	100
四、指导性案例配套制度不健全	108
第四章 案例指导制度与审级制度	111
第一节 判例制度与审级制度	111
一、审级制度的原理	111
二、审级制度与判例效力的关联	115
第二节 我国现行审级制度与案例指导制度	120
一、我国现行审级制度存在的问题	120
二、我国现行审级制度与案例指导制度的运行	124
第三节 我国审级制度的改革重构	128
一、建立多元化的审级制度	129
二、不同审级法院进行职能分层	132

第五章 案例指导制度与最高人民法院	134
第一节 最高法院与法制统一	134
一、最高法院的法制统一职能	134
二、最高法院在判例制度中的功能定位	138
第二节 最高人民法院在案例指导制度中的功能缺失	140
一、最高人民法院作为指导性案例创制主体的缺失	140
二、最高人民法院对于指导性案例效力的支撑不足	145
第三节 最高人民法院在案例指导制度中的功能重构	150
一、最高人民法院在指导性案例生成中的功能	150
二、最高人民法院在指导性案例效力中的功能	154
三、最高人民法院在指导性案例配套中的功能	156
第六章 案例指导制度的运用	161
第一节 指导性案例适用的前提	161
一、什么因素类似	161
二、何为类似	165
三、如何判断类似	166
四、区别技术的运用	168
第二节 指导性案例适用的载体	169
一、裁判要点的形成	170
二、裁判要点的功能	171
三、裁判要点的适用	173
第三节 指导性案例适用的程序	179
一、指导性案例适用的启动机制	179
二、指导性案例适用的辩论机制	181
三、指导性案例适用的说理机制	183
四、违反指导性案例的约束机制	185
五、指导性案例的文书引述机制	186
代结语:全面推进依法治国背景下案例指导制度的发展图景	188
参考文献	191
后记	205

导论

一、研究背景及意义

2010年11月26日,最高人民法院出台了《关于案例指导工作的规定》,正式拉开我国建立案例指导制度的序幕。案例指导制度日渐成为法学理论界和司法实务界热议的焦点问题,有关案例指导制度的研究也日益成为一门“显学”。^①有学者甚至指出,案例指导制度的建立“对我国法治规则体系的发展和完善带来重大而深刻的影响,改变了我国的法治格局”,^②就案例指导制度对法治中国建设的重要意义给予充分肯定。2014年11月,党的十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出,要“加强和规范司法解释和案例指导,统一法律适用标准”。这使得“案例指导”制度由一项司法政策上升为执政党“支持司法”的重大指导方针,^③无形中更增强了案例指导制度研究的价值与意义。

(一) 实践意义

“案例指导制度”是在2005年10月《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》中被正式提出的,至今已有10余年时间。其间,不仅最高人民法院陆续制定了一系列加强案例指导工作的司法文件,2014年出台的《人

① 近年来,案例指导制度日益成为国家哲学社会科学研究的重点选题。据不完全统计,涉及案例指导制度的重大课题就有:2005年北京市高级人民法院、中国社会科学院法学所分别承担的最高人民法院重点调研课题;陈兴良教授主持的国家社会科学基金重大招标项目“中国案例指导制度研究”;何家弘教授主持的教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“法治国家建设中的司法判例制度研究”;最高人民法院原副院长苏泽林主持的中国法学会部级研究课题“案例指导制度与司法统一问题研究”,等等。《当代法学》编辑部推出的2016—2018年民事诉讼法领域重点关注的九个问题就包括“指导性案例研究”。

② 陈兴良教授提出,我国法律规则体系分为三个部分:一是立法机关创制的法律;二是行政机关创制的行政法规;三是司法机关创制的司法规则。这种司法规则以前是司法解释,现在又增加了一种,指导性案例中的裁判规则。因此,案例指导制度的确立,实际上是创制了一种规则提供方式。参见陈兴良主编:《中国案例指导制度研究》,北京大学出版社2014年版,第2、23页。

③ 刘作翔:《中国案例指导制度的最新进展及其问题》,《东方法学》2015年第3期。

民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》以及党的十八届四中全会都对“案例指导”作出了明确的要求。但与案例指导制度在制度建设、政策供给方面“热火朝天”相迥异的是,其实践运行却呈现出“遇冷”的尴尬:虽然截至2016年6月底,最高人民法院陆续公布了11批56个指导性案例,但各级法院在裁判文书中显性适用指导性案例裁判案件的情况寥若晨星——实然状态中的案例指导制度并未起到统一法律适用的预期效果。究其原因,是司法运作层面的因素,还是案例指导制度本身设计上的缺陷,都亟待学界和实务界深入思考。围绕这些问题开展深入研究,相信对完善案例指导制度、推进法律的统一适用具有重大的实践价值。

(二) 理论意义

案例指导制度并不只是一项纯粹的司法制度,它还表征着一种司法思维模式、裁判方式的转变。它的建立或者说对域外判例法、判例制度的借鉴,对我国现行司法体制和工作机制都意味着一次深层次变革,启发着我们对许多重大理论问题的深刻思考。比如,案例指导制度的施行,不仅会涉及指导性案例的适用等微观层面的具体操作,更为关键的是会触及对我国审级制度、法院职能定位等深层次的反思。同时,案例指导制度在我国历经多年呼唤方才最终出台,从一个侧面也反映出我们对案例指导制度理论准备上的不足,一些问题尚未解决。诸如,如何在现行体制下保证案例指导制度的合宪性和合法性,如何正确处理指导性案例与法律法规以及司法解释之间的关系,如何就指导性案例与待审案件进行类似性判断,如何完善指导性案例适用程序,等等。这既是关涉案例指导制度运行的重大问题,也是民事诉讼领域需要深入研究的重大理论课题。

二、研究现状

我国是传统的成文法国家,在现行法源体系中并没有判例或者案例的位置。但法学理论界和司法实务界并未停止对借鉴和引入域外判例制度的探索与思考。“与最高司法机关在指导性案例方面谨慎小心的步伐形成鲜明对比的是,有关指导性案例、司法先例及判例的学术研究呈现出一种蓬勃发展、方兴未艾之势。”^①截至2016年6月底,从中国法律知网上输入“案例指导”的关键词,能搜索到600余篇相关的论文。其中,以“案例指导制度”为标题的博士论文就有两篇。一篇是北京交通大学王磊博士的《中国案例指导制度构建研究》(完成于2012年)。该论文主要是从法经济学视角就案例指导制度进行研究。另一篇则是西南政法大学丁海湖

^① 张骐:《再论指导性案例效力的性质与保证》,《法制与社会发展》2013年第1期。

博士的《案例指导制度研究》(完成于2008年)。该论文主要是探讨案例指导在理论层面的必然性、可行性以及实践层面的制度设计和操作规则等问题。

通览目前关于案例指导制度的研究,我们可以发现其研究成果大致分为三种。第一种是制度建设方面的研究。这种研究主要是就我国建立案例指导制度的必要性、可行性以及具体制度设计进行分析论证。如“指导性案例的裁判要点起什么作用”、“指导性案例的参照效力如何界定”、“指导性案例的发布机制如何完善”,等等。代表性的文章有刘作翔、徐景和的《案例指导制度的理论基础》(《法学研究》2006年第3期),胡云腾、于同志的《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》(《法学研究》2008年第6期),李友根的《指导性案例为何没有约束力》(《法制与社会发展》2010年第4期),王利明的《我国案例指导制度若干问题研究》(载《法学》2012年第1期),等等。第二种是功能反思方面的研究。这种研究主要对当前建立案例指导制度持相对保守的观点,认为在我国建立案例指导制度仍存在诸多的瓶颈问题或者障碍因素,需要谨慎对待、审慎处理。代表性的文章有李仕春的《案例指导制度的另一条思路——司法能动主义在中国的有限适用》(《法学》2009年第6期),吴英姿的《谨防案例指导制度可能的瓶颈》(《法学》2011年第3期),胡玉鸿的《面对案例指导制度的忧虑》(《苏州大学学报》2011年第4期),张榕的《通过有限判例制度实现正义——兼评我国案例指导制度的局限性》(《厦门大学学报》2009年第5期),等等。第三种是实证分析方面的研究。这种研究主要是围绕已公布的指导性案例开展实证研究。延伸开来,这种研究思路又存在两种发展趋势。一种趋势是向具体的部分法领域拓展,如周光权的《刑事案例指导制度的发展方向》(《中国法律评论》第3辑)和林维的《刑事案例指导制度:价值、困境与完善》(《中外法学》2013年第3期)。另一种趋势则是以最高人民法院发布的具体指导性案例为研究对象。如李友根的《论企业名称的竞争法保护——最高人民法院第29号指导案例研究》(《中国法学》2015年第4期),郑金玉的《7号指导性案例规范依据和裁判理由评析》(《法制与社会发展》2014年第5期),孙光宁的《“末位淘汰”的司法应对——以指导性案例18号为分析对象》(《法学家》2014年第4期),沈岍的《指导案例助推垄断改革——以指导案例5号为分析对象》(《行政法学研究》2014年第2期),吴俊的《处分权主义与审判监督程序的结构——最高人民法院指导案例7号研究》(《法制与社会发展》2013年第6期),何国强的《论民事诉讼二审中和解协议的性质——最高人民法院2号指导性案例评析》(《北方法学》2012年第4期),等等。

但仔细分析有关案例指导制度的研究,我们可以发现其中存在三个方面的问题:

一是有关案例指导制度研究的知识资源相对单一。目前,我国有关案例指导制度建构的知识资源主要源自英美法系。在案例指导制度建构过程中,无论是主导者还是助推者都有意无意地参考或者借鉴了英美法系的判例法。相较而言,对大陆法系有关判例制度及其运作经验的参考或者借鉴相对有限。我国具有浓郁的成文法传统,在近现代法制建设中又深受德国、日本等大陆法系国家的影响。基于法制传统、司法模式和裁判思维等因素,德国、日本等在判例的制度建构、实践运行、具体操作方面的经验做法,都会为我国案例指导制度的改革完善提供有益滋养和智慧资源,但遗憾的是这方面的研究目前相对较少。

二是有关案例指导制度的研究集中于自身建设层面。近年来,我国学界有关案例指导制度的探索与争论主要集中在案例指导制度存在的合理性以及指导性案例的效力载体、遴选机制、发布机关等方面。这些研究仍局限在案例指导制度自身的制度设计上,并未延伸到该制度与其他制度的协调配合,更为重要的是尚未触及案例指导制度运行的深层次问题,如审级制度的改革、最高人民法院在案例指导制度中的功能定位等问题。如同张志铭教授所提出的,无论是基于司法习惯还是专门的立法创制,司法判例拘束力基本上都是依托于统一的司法管辖权制度、法院审级制度而得以成型。^①但细究之,目前学界以审级制度为切入点来探寻案例指导制度实践效果不佳的研究较为少见,而审级制度恰恰是指导性案例生成并发挥作用的前提与基础。

三是有关案例指导制度的系统性检讨不足。从2010年年底发布关于案例指导工作的若干规定至2016年6月,最高人民法院已发布了11批56件指导性案例。虽然其间不断有研究提出案例指导制度在实践中“遇冷”,但这一结论如何得出,有何实证材料作为支撑,哪些原因造成了这一尴尬局面,无论是学界还是实务界尚缺乏有深度、系统性的分析报告。这种对现状反思的不深入、不系统,在一定程度上也影响了案例指导制度的进一步改革与完善。

三、研究方法、创新尝试

本书在研究过程中,主要采取了四种研究方法:

第一,比较研究方法。通过对英美法系的判例法以及德国、日本、法国判例制度的制度设计、相关规定以及实践运行的分析,一方面论证了判例制

^① 张志铭:《司法判例制度构建的法理基础》,《清华法学》2013年第6期。

度并不是英美法系的“专利产品”,大陆法系同样存在判例制度,而且判例制度在大陆法系确保法律适用的确定性和统一性方面发挥了重要的作用。另一方面通过对不同法系判例法或判例制度运行的经验梳理,为我国案例指导制度的改革完善获取经验支撑。

第二,实证研究方法。案例指导制度是生成、发展并作用于司法活动的重要制度,其生命力植根于司法实践。因此,在研究过程中,笔者以所在S市高级人民法院为研究范本,通过在辖区三级法院内发放600余份问卷调查、开展个别访谈以及参考借鉴前10批52件指导性案例适用情况的分析报告,就案例指导制度运行情况进行深入系统的分析,认真剖析造成指导性案例适用窘境的深层次原因,为案例指导制度的改革完善提供实证支撑。

第三,规则分析方法。最高人民法院发布了一系列司法文件,为案例指导工作的运行提供了规则依据,构筑了案例指导制度的基本框架。在研究过程中,笔者注重对现行案例指导工作规则的梳理、分析,探寻该制度本身存在的漏洞和缺陷,进而反思案例指导制度的顶层设计问题,为今后我国案例指导制度的改革完善提供相关依据。

第四,价值分析方法。本书通过梳理判例或者案例制度在实现秩序、公正、效率、效益等方面的功能与作用,深入阐释了在我国确立案例指导制度的充分的必要性和正当性。

本书的创新之处主要体现在以下五个方面:

首先,以我国案例指导制度的具体构造为切入点,指出我国指导性案例的效力是特殊类型的事实拘束力;案例指导制度的本质是适用法律而非创制法律。作为适用法律法规、司法解释的工作机制,确立案例指导制度不仅不会僭越立法职权,而且对实现秩序、公正、效率、效益等价值具有重要意义。

其次,以英美法系判例法与大陆法系判例制度为参照,尤其通过对德国、日本、法国判例制度的考察,提出审级制度才是判例法或者判例制度存在并有效运行的前提。同时,在分析得出我国案例指导制度实践“遇冷”的深层次原因在于审级制度有待改革的基础上,提出建立以二审终审制为基础、有限的三审终审制为补充的多元审级制度,并就不同审级法院进行不同的职能定位。

第三,以最高人民法院在案例指导制度运行中的功能为基点,指出当前最高人民法院在指导性案例的生成及效力等方面的支撑均存在不足。并基于此提出,最高人民法院要通过个案“请示”进行诉讼化改造、落实提审制度以及创设“飞跃上诉”制度等逐渐成为指导性案例的直接创制主体;要通

过优化法官构成、完善审判组织等为指导性案例效力提供有力支撑;还要在案例适用培训、案例汇编发布以及案例修订废止等方面发挥应有的功能。

第四,结合大陆法系国家和地区适用案例或判例的思维与习惯,提出不宜将指导性案例的裁判要点等同于司法解释的具体条款而直接适用,而应当结合裁判理由等准确把握裁判要点的内涵与外延。同时,提出指导性案例的适用应当由隐性适用向显性适用转变。

最后,以指导性案例的实际运行不佳为起因,围绕指导性案例适用程序不健全这一突出问题,就适用指导性案例的启动机制、辩论程序、说理论证、背离约束等提出了具体路径。

第一章 案例指导制度的理论概述

第一节 案例指导制度的概念分析

一、案例的含义

案例,是在日常生活中被经常使用的词汇。从法律意义上讲,案例是指法院经过诉讼程序作出生效判决,且可以为各级法院学习、参考或者供学者进行理论研究的案件。从这一概念出发,案例往往是相对于审判工作而言的,更多地具有示范、指引或参考价值,而不具有强制的约束力。而要更加清晰、深入地理解案例指导制度中“案例”的含义,我们则需要将案例与案件、判例等概念作进一步的对比。

(一) 案例与案件

案例与案件是经常为人们所混淆的两个概念。首先,案例与案件是一种往返互动的共生关系。一方面,案例源自案件。所有的案例都是由法院审理案件的最终产品所产生的。没有了对案件的审理活动,案例就如同无水之水、无本之木,无从产生。另一方面,未来案件的审理,尤其是与案例相同或者相似案件的处理又需要案例在审判思路、裁判方式以及裁量尺度上给予指导。其次,案例与案件都具有既判力。无论是案件还是案例所依附的判决,一经生效,就对当事人产生了一种强制力,即要遵循“一事不再理”原则,不能就同一事项再次提起诉讼。第三,案例在效力上又不同于案件。除了既判力之外,基于法的确定性以及“类似情况类似处理”等法治原则的要求,案例还会对未来相同或者相似案件的审判活动产生一定的影响力甚至是拘束力。这是因为,案例与相同或者相似案件的裁判之间存在着某种关联性。这种关联性源自裁判活动本身是一种可以反复进行的类型化的认知和实践活动。基于类型化的特质,在案例中被成功实践的审判思路、裁判方式甚至裁判尺度,就可以位移至相同或者相似案件的审理活动中去,对其他案件的审理工作产生一定的影响力。从这一角度而言,案例的效力

对象不仅仅包括当事人,还涉及当事人之外的其他主体包括后来待审案件的法官。

(二) 案例与判例、先例

在汉语言体系中,“判例”一词系近代才引入的外来词。据学者考证,“判例”这一概念很可能源自日本。19世纪末,日语中开始出现“判决例”的概念,此后“判例”在日语文献中的使用渐趋广泛。20世纪初,很可能是日本法学专家参与中国的法律改革时,“判决例”等日文汉字概念被引入中国。^①目前,“判例”已成为大陆法系和英美法系使用较为普遍的概念。但这一概念在不同法系、不同国家又呈现不同的认识与理解。如《牛津法律大辞典》将“判例”界定为“高等法院先前判决,这些判决被认为包含了一个原则,即在后来的有着相同的或者非常相关的法律问题的案件中,这个原则可被看作是规定性或者限制性的原则,它至少可以影响法院对该案的判决,甚至就是在遵循先例原则指导下决定案件”。《布莱克法律词典》将“判例”定义为“一项已经判决的案件或者法院的判决,它被认为是为一个后来发生的相同或类似的案件,或者相似的法律问题,提供了一个范例或者权威的依据。法院试图按照在先前的案件中确立的原则进行审判。这些在事实或者法律原则方面与正在审理的案件相近似的案件称为先例”。这两部权威性法律词典都明确指出了“判例”对今后与判例“相同”或“相似”案件的处理具有“规定性”和“限制性”的要求。而在大陆法系,有关“判例”的解释却呈现出另外一番景象。如在德国,学者对“判例”往往解释为:任何先前作出的、与目前待判案件具有可能的相关性的司法判决。虽然判例被推定具有某种约束力,但在法律上“判例”的概念并不隐含关于判例的拘束力强度的任何确定性内容,而且法院的判决也不表示出要将本判决作为判例为今后审判类似案件提供指南或者树立榜样。^②在法国,“判例”一词仅仅指在作出判决时,采用与过去类似案件相类似的判决,即把上级法院的判决当作虽不具有法律性却具有权威性的观点。^③由此,从大陆法系关于判例的解释中,完全看不到任何“规定性”或“限制性”的内容,判例之所以对今后“类似”案件的处理产生一定的影响力,主要在于判决自身的权威性。当然,英美法系与大陆法系在判例的概念及效力上的差异与两大法系的司法制度、法源体系等存在着密切关联。即便同样作为大陆法系国家的德国、法国与日本等,在判例的效

① 王志强:《中国法律史叙事中的“判例”》,《中国社会科学》2010年第5期。

② 王琬:《判例在联邦德国法律制度中的作用》,《人民司法》1998年第7期。

③ 转引自张志铭:《司法判例制度构建的法理基础》,《清华法学》2013年第6期。