

主办 中国案例法学研究会 清华大学法学院

中国案例法评论

Chinese Case Law Review

主编 易延友

案例制度

勿为次日的白昼之烛

——就迈向“广义”案例指导制度的谈论

判例拘束力之相对性比较研究

——以判例一致性原则为切入点

案例法理

通过行政判决再认识高校与学生的法律关系

——评田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案

大案聚焦

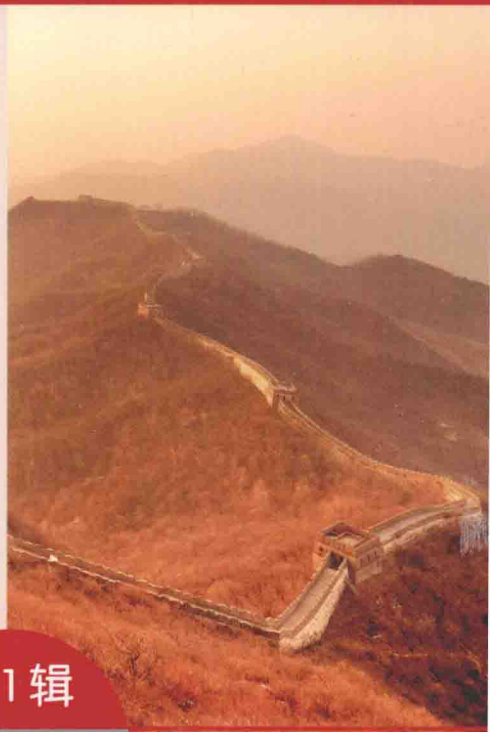
陈满申冤记

陈满案再审申诉书

陈满案国家赔偿评析

拍案惊奇

法国大革命中的著名死刑案件



第1辑

2016年

总第3辑



法律出版社 | LAW PRESS

主办 中国案例

法学院

中国案例法评论

Chinese Case Law Review

主 编 易延友

副主编 吴 革 李 轩

第1辑

2016年

总第3辑



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国案例法评论. 第2卷. 第1辑/易延友主编.
—北京:法律出版社,2016.9
ISBN 978-7-5197-0064-5

I. ①中… II. ①易… III. ①案例—中国
IV. ①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第234519号

中国案例法评论(第2卷第1辑)
易延友 主编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 李 群
责任编辑 李 群 李 璐
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 787毫米×1092毫米 1/16
印张 12
字数 235千
版本 2016年10月第1版
印次 2016年10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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0064-5

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编委会

主 任 王振民

副主任 张 骐

编 委 吴 革 李 轩 余凌云 何 兵 付子堂
易延友 彭 东 齐文远 林 维 苗连营
李仁玉 徐淦宇 孙万怀 刘志伟 王 轶

学术顾问

陈光中 江 平 李步云 张思之 方流芳 王晨光
张明楷 姜建初 苏泽林

编辑部

吴慧敏 张谟钧 秦瑞杰 罗治兵 何平平 李文倩
梁风培 李兆绮 杨 韵 马 勤 向 宣

序

从商鞅变法到当代中国的法治改革，中华民族在法治进程中摸爬滚打，屡经磨难，终至今日。中国历史上从未有一个时代如现在这般如此重视法治。这是中国确立法治的黄金时代，是法律人波澜壮阔的大时代，当然也是法律人挥洒人生的绝美舞台。

法律的生命不外乎逻辑和经验，而经验正体现在一个个具体的案例中。法治既要靠立法，更要靠司法。从某种意义上说，法治是打官司打出来的，是立法者、司法者和全国国民共同努力创造出来的。法治大厦既由一个个伟大的法典来支撑，也由一个个伟大的案例来巩固。案例既是司法的基本单位，也是普通民众对法律最直接的感知，所有高深的法学理论都可以在现实案例中找到鲜活的对照。“群众对于学术无爱好心，其结果不特学术消沉而已，堕落民德为之尤巨”（傅斯年语），案例正是连接学术理论与普通民众的绝佳媒介。案例背后是一个个平等、鲜活、珍贵而无法忽视的个体，他们或主动或被动地将个体生命投入时代发展、历史嬗变的洪流，为了法律的尊严抑或只是为了生存，其结果或悲或喜、幸与不幸，个中当事人、代理律师、专家学者和社会公众都会有不同的解读。思想上的自由导致众声嘈杂，这并非坏事，但不经理性过滤的情感就是一眼浊泉，偏激与狂热、成见与功利主义导致的情感过度宣泄实为另一种暴力。因此，相比五花八门的媒体评论，专业的深度解读更有助于超越平庸、狭隘和偏见，减少误读与蒙蔽。

“唯治乱之机，系于人心敬肆（或振靡）之间”（梁漱溟语），学术从来不是遗世独立的孤高存在，案例背后也不只是冷冰冰的法条。天理与法理、人心与人生，秩序与自由、利益与正义等均汇聚其中。如何以个案促进法治，如何让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，如何让法律人在每一个司法案件中反思公平正义，这是我们内心时时萦系、念念不忘之法治理想与法学图景，亦是《中国案例法评论》之创立初衷。

作为全国第一个专注于案例评论的连续出版物，所有文章皆由法学专家、一线法曹对案例背后的法理、学理与法治精神进行深入剖析，“不为浮夸之辞，不述荒唐之语”。一切

努力皆源于热爱，我们无比热爱这个时代，爱它的美丽与颓废、自由与专断、热闹与幽静、狂热与伤感、凡人与英雄、痴愚与圣贤。因此我们希望这个刊物上发表的文字，这一点一滴、一字一句的努力，可以去除一点冲动、偏狭、强横、专断、麻木、消沉，它的态度、深度、气度，能够引学者之思考，给学子以启迪，开民众之智识。涓涓细流终将汇成奔涌的江河，我们将以案例见证与记录这个伟大的法治时代。



2015年5月22日

案例制度

勿为次日的白昼之烛:

——就迈向“广义”案例指导制度的谈论

董彦斌 / 1

判例拘束力之相对性比较研究

——以判例一致性原则为切入点

丁宇魁 / 8

案例法理

通过行政判决再认识高校与学生之间的法律关系

——评田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案

饶亚东 石 磊 / 24

我国违约金制度之重构

刘松涛 / 43

论刑事和解的适用范围

——基于 3000 个刑事案件裁判文书的分析

胡丽蓉 / 75

大案聚焦

陈满案申冤记

易延友 / 98

陈满案再审申诉书

易延友 王万琼 / 108

陈满案再审抗诉书

/ 114

陈满案再审判决书

/ 117

陈满案国家赔偿评析

何平平 / 122

拍案惊奇

法国大革命中的著名死刑案件

杨宇冠 杨益航 王 静 / 128

办案札记

商标显著性的维护

——施耐德投诉大连北方商标侵权案办案记

徐家力 / 151

裁判选评

虚假诉讼的认定

——上海欧宝诉辽宁特莱维案

/ 157

网购平台管辖协议效力探讨

——黄某诉浙江天猫公司网购产品质量纠纷案

/ 161

网络深度链接是否受反不正当竞争法规制？

——爱奇艺诉“VST 全聚合”软件案

/ 164

不正当竞争纠纷案件中知名商品的认定

——费列罗公司诉蒙特莎公司等不正当竞争案

/ 170

信息时代的个人信息保护

——姚某某、张某某侵犯公民个人信息案

/ 174

非法证据排除规则的适用

——陈灼昊故意杀人案

/ 178

虚假广告的认定

——加多宝虚假宣传再审案

/ 183

勿为次日的白昼之烛：

——就迈向“广义”案例指导制度的谈论

董彦斌*

黑格尔曾经说，密涅瓦的猫头鹰都在黄昏起飞，这里的意思，不是尼采所说的“偶像的黄昏”，而是说，经过准备之后，似乎迟滞的、姗姗来迟的智慧终于来了。在我看来，案例指导制度当年呼之欲出之时，各种正方面的理论终于聚合为一只不错的猫头鹰，在当时来说，这是可喜的。

假如说理论和智慧是黄昏的猫头鹰，那么，相应的决策和决策之前的博弈可能就在夜晚进行——也就是说，决策以及决策之前的博弈会比理论更加迟滞。博弈之后，终于决策，终于产生了制度，以及终于出现了可以在实践中观察的制度，这大体上就是次日白天的事情了——比黄昏的猫头鹰晚了不少。但是，诞生在次日白天的制度，又未必符合早先猫头鹰们的设计与初衷了。

我在阅读钱钟书先生《谈艺录》时，看到了“白昼的蜡烛”这个比喻，意在说

明摆设性的不必要。这让我想到了当下的案例指导制度。

一、案例制度的迟滞可能来源于对改革的犹豫

其实，让案例出现在司法中，以至于成为判决的依据，这不应该成为难题。原因几乎是常识：

第一，直到《大清律例》废止之时，案例仍然是司法过程中适用的“常委”之一。也就是说，在20世纪开始之时，“案例法”的现实都是不证自明的，不需要“智库”为之进行煞有介事的论证。虽然这个传统早已被欧风东渐的传统自上而下地逐步替代，但至少可以证明案例法的来源，在中国并非水土不服。而清末法律移植之后，直到1949年前，判例制度也是一种普遍的实践。

* 董彦斌，西南政法大学法学研究所研究员，本文写作时在东京大学大学院综合文化研究科任客座研究员。

第二，1949 年到 1966 年之间，中国的立法事业几经波折，许多重要的法典仍在草案阶段，经过几次拉锯战，却最终没能获得通过。在这个意义上，当时的司法的确有种“无法可依”的味道，改革开放初期提出“有法可依”，大抵对应的就是这一时期以及其后更加离谱的“文革”中的做法。“有法可依”的说法反证了“无法可依”的曾经。在无法可依之时，法官，或者当时的联合办案小组该怎么办？除了奉行领导的意志、政策、民众广场司法的呼声，如果还想有一点审判上起码的科学性，不就需要参照案例吗？所以在无法可依之时，案例的隐性力量反而更大，这也说明，案例在 1949 年之后其实一直在流淌，只不过曾是一条地下河。

第三，改革开放以后，中国实际上是立法和司法同步前进。只不过从理论上来说，立法应该是逻辑前提，所以立法显得更快一些。事实上，在任何一个地方，如果打算进行相对规范的司法，而立法又不够发达时，实践就会对司法提出种种“刁难”。此时毕竟不同于“文革时期”。法官在政治上的约束少了，但是制度上和专业上的约束多了。假使一个法官想从法律角度使当事人服判，想把一个案子搞清楚，只能综合研判：根据并不完善的立法，同时基于自己的能力和其他依据来认真对待审理和判决。或许正因此，最高人民法院出台了许多司法解释来作为对立法的补充。假如还不够的话，就只有靠法官自由发挥了。法官自由发挥不可能没有一种参考，于是各种案例势必成为他的参考。正因如此，最高人民法院法官们编写了许多的

“审判参考”，这些“参考”和各种案例类读物，事实上是立法不足参考补充的表现。这就是说，从 1949 年判例制度与中国睽违契阔之后，当司法在中国出现了复兴的苗头之时，案例的重要性也呼之欲出、隐而欲发。

我这里所说司法的复兴是两个意思，一个是司法作为一种需求的复兴，另一个是司法作为一种制度的复兴。作为需求的司法的复兴，建立在相对尊重司法的前提之下。总体来说，在战争和社会秩序大幅动荡、运动、暴动的时期，司法更不受尊重。战争实际上是赋予士兵以直接的处决权。而社会秩序大幅动荡、运动、暴动时，同样强调急速解决问题。而理想意义上的司法，这种类似于“做文章”“绘画绣花”的“雅致、从容不迫、文质彬彬、温良恭俭让”的“革命不是（请客吃饭）”的活动，只能不受尊重或者完全成为一种工具。改革开放后，在相对尊重司法的前提下，作为需求的司法先得以复兴。改革开放形成的相对开放的社会需要司法，司法需要制度，有了基本制度的司法需要人、法理和适用依据。由此，又出现了作为制度的司法的复兴以及司法本身的需求。如前所述，中国本来离案例制度不远，且司法对于案例有现实需求，由此，司法对于作为适用依据的案例的需求自然而然地出现了。如果说，对司法的需求是社会的一种饥渴，那么，对案例的需求就是司法的饥渴。

奇怪的是，中国的案例之路，尤其是制度化的案例之路却还是走得较慢。其遇到的第一个问题是在于理念之上。首先的理念问题来自“法系”，“法系”是人们常

见的分类方式，中国到底是不是属于“大陆法系”，在学界有共识，但在官方层面对此“表态”不多。可是到了案例指导制度要出台之时，或者说，在中国要引入某种意义上的判例制度之时，“大陆法系”的“老规矩”却成了反对的理由。这种反对的声音，事实上也是对当代大陆法系国家逐步引入判例制度这一现实的无视。其次的理念问题来自“分权”。人大立法，法院审判，各有分工。在司法解释的问题上似乎未见到多少对于分工的质疑，但是到了案例制度时却颇显较真——最高人民法院是不是有点扩权的味道，最高人民法院是不是借案例实现立法权？这似乎让最高人民法院在确立案例制度时遭受了压力。

在我看来，强调理念，不如说是对改革的犹豫。

司法改革与经济改革的巨大不同，表现在司法改革的发动者主要是法律人。司法机构的人、律师和法学研究者算是主体，民众只是对公正司法有诉求，对司改本身的需求似乎没那么大或者并不直接。如此看来，司改的压力就没有那么大。既然压力不大，那么改革力度大还是不大，改或者不改，都成了可以犹豫，或者不那么着急的事情。反过来说，经济改革往往是民众或者某种紧急情况在催着赶着而进行的。像案例制度这样的改革措施，大致就属于可以犹豫的，也可以缓行的改革，只有到了需要用一场改革的事情证明确乎在“改革”时，才真的开始推行。为什么案例指导制度可以犹豫呢？大致有三个原因，一是司改本身就属于可犹豫类型的改革。改革的动力和压力不一定能直接传导到决策

层；二是决策层对于案例指导制度是不是伤筋动骨，动静会不会太大，政治收益有多大应该还是没有吃准的；三是前述法系的理由可能还是其次，但是分工的理由多少会构成犹豫的考量，不论从宪法规定，还是从实际情形看，法院都比人大更弱势。犹豫的结果就是一动不如一静，而提起的原因是将案例制度视为改革亮点。

我注意到，中国在司法和“社会治理”方面，曾一度出现所谓“创新”的说法。改革与创新当然不同。改革是改旧的、改不合理的；创新是开创新的，没有旧的对象，没有负担。改革有靶子，有指向的利益和制度；创新只有方向。改革需要有紧迫感；创新，尤其是制度创新，似乎又需要悠着来。改革意味着对过去的否定，创新则认同过去的正当性。当创新话语在2008年之后的“社会治理”和司改中频频出现时，老实说，案例指导制度如果不是作为改革，而且作为创新提出来，真不知是不是有机会真的露面。在我看来，司法改革话语和措施之所以在当时得以继续推进，更大程度上受益于“改革”这个词在中国大框架里的合法性。如果不是要把案例制度放到“改革”的箩筐里以增改革之色，那么，案例制度也很可能在当时的环境里被放入“创新”的范畴。如果是那样，那么案例制度走的也就可能是另一条路。

无论如何，案例指导制度终于作为当时司法改革的亮点被推出来了。在《中国的司法改革》白皮书里，案例指导制度被列为与“量刑规范化改革”“加强对案件的管理”同等重要的三项“规范司法行为”

的改革措施之一。而事实上建立案例指导制度之时，又显示出与之前强调的“大陆法系”或“分权”完全不同的做法——中国要求公安机关也要建立案例指导制度。《中国的司法改革》白皮书里说：“中国的司法机关出台了案例指导制度的相关规定，标志着中国特色的案例指导制度得以确立。”其实案例指导制度本来就是中国特有的，其他国家并无这个制度，那么，这里还要多用一个“中国特色”的词汇，只能说明当时的决策层对于中国做法在语言和行为上的强化。

二、司法集权式做法之案例指导制度

我们这里当然不打算讨论公安机关的案例指导制度。

就法院的案例指导制度来说，从启动之初，就由中央层面的司改机构和最高人民法院来操盘。2010年最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》，明确把案例指导制度交给自己来做：一是发布权。对全国法院审判、执行工作具有指导作用的指导性案例，由最高人民法院确定并统一发布。二是遴选权。最高人民法院设立案例指导工作办公室，负责指导性案例的遴选、审查和报审工作。三是本机构内的推荐权。最高人民法院各审判业务单位对本院和地方各级人民法院已经发生法律效力裁判，认为符合本规定第二条规定的，可以向案例指导工作办公室推荐。四是最高法院内最高层面的决定权。案例指导工作办公室对于被推荐的案例，应当及时提出审查意见。符合本规定第2条规定的，

应当报请院长或者主管副院长提交最高人民法院审判委员会讨论决定。五是效力。最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。

我把这种做法称为“司法集权式做法”，事实上，中国的司法运作大致都是如此，案例指导制度不过是其中的一项事务而已。从世界范围来看，中央政府享有一种集权式权力，最高法院对全国法院有相当影响力，这当然是普遍和合理的。但是，过度集权或者说集权崇拜，就显得没有必要。我们知道，就如同计划经济被市场经济取代的原理一样，即使是最精敏、先进的技术和计划经济官员，也计算不出细微且瞬息万变的市场需求，那么，同理，行政层级中的上级机构及其工作人员，也并不天然地就比下级机构及其工作人员水平高。更何况，下级面临的复杂情况，上级未必清楚。那么，集权的弊端就会显示出来。事实上，早在1958年，中国就有过一次“下放权力”的大规模政府行为。那种运动式的、突发式的下放并不合理，但是下放本身有其合理逻辑。

司法的集权式做法的惯性，加上当时所认为的全国司法统一的需要，决定了最高人民法院把案例指导制度当成了自己的事情来做。但是，一者，最高人民法院法官对于指导性案例并没有使用上的需要；二者，事情的层级越高，似乎就越需要谨慎小心，通盘考虑，导致最高人民法院发布指导性案例时似乎需要“步步为营”“处处小心”。例如，在发布第一批指导性案例时，最高人民法院发布的刑事类案件，是两个听起来绝不高调的普通案件；但是，

在2011年12月，最高人民法院《关于发布第一批指导性案例的通知》里，还特别强调其法律以外的价值：潘玉梅、陈宁受贿案，“对于依法惩治受贿犯罪，有效查处新形势下出现的新类型受贿案件，推进反腐败斗争深入开展，具有重要意义”。王志才故意杀人案，“有利于切实贯彻宽严相济刑事政策，既依法严惩严重刑事犯罪，又进一步严格限制死刑，最大限度地增加和谐因素，最大限度地减少不和谐因素，促进和谐社会建设”。“推进反腐败斗争”“最小限度减少不和谐因素”这两个要求属于政治上的要求，如果从技术角度说，是不必要放在众所瞩目的第一批案例的通知里说的。但是，位高权重的最高人民法院，似乎只能这么做。

最高人民法院在第一批案例的通知里甚至强调“要充分发挥舆论引导作用，宣传案例指导制度的意义和成效，营造社会各界理解、关心和支持人民法院审判工作的良好氛围。”才刚刚发布第一批五六个案例，在全国的一千多万个案件里是真正意义上的沧海一粟，哪能那么快见成效呢？可见，又要集权，又想低调，又想快速见成效，又对有无成效没有切肤之痛。这就是司法集权式做法的复合效应。

三、案例指导制度的突围在于 “广义”的案例指导制度

白昼之烛的意思，就是意思不大。案例指导制度已经诞生五年多。这五年来，中国社会已然发生巨变。但是案例指导制度始终不温不火，未能反映鲜活的社会生

活和激烈的矛盾。事实上，每年上千万个全国案例里边，包含了大量把矛盾推到“正义的最后一道防线”的无处可退的境地。即使在案例指导制度建立的2010年，根据当时最高人民法院院长的工作报告，当年地方各级法院的立案数量都已达到1100多万件，而次年发布的第一批指导性案例只有4个。全国法院平均受理250万起案件，才会有一个第一批的指导性案例，直到今天，指导性案件的数量有所增量，都远远不能与立案数量尤其是立案登记制之后的数量形成合理的比例。做个不适合的类比，这比超级女声从海选到最后选出前四名的比例要小得多，这怎么“指导”呢？

法学界和众多法律人一度对于案例指导制度万众瞩目——中国真的太大了，法律人的数目竟然是百万雄师——但是面对案例指导制度和指导性案例的“温吞水”，似乎积极性也就逐步降低了。或许这种积极性降低，符合某种降低预期、低调处理的设计。

显然，案例指导制度发展到今天，以“温吞水”的方式来发展是不对的。

2015年6月，在新一轮司改进行时，最高人民法院出台了《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》（以下简称《实施细则》）。这个细则“细”在哪里呢？大约有几类：

第一类是对于细节的规定。例如，规定指导性案例的结构，强调“指导性案例由标题、关键词、裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果、裁判理由以及包括生效裁判审判人员姓名的附注等组成。指

导性案例体例的具体要求另行规定。”规定提交备选的指导性案例要提交哪些“材料”，并细化到这些材料要分三类，而且“材料需要纸质版一式三份，并附电子版”。这三类的表格是：（1）《指导性案例推荐表》；（2）按照规定体例编写的案例文本及其编选说明；（3）相关裁判文书。对于这一类太过细节的规定，我认为根本没有必要放在本《实施细则》里边。老实说，这和司法改革没有什么关系。

第二类是规定指导性案例工作要“指定专人”。例如，最高人民法院各审判业务单位负责指导性案例的推荐、审查等工作，并“指定专人负责联络工作”。中级人民法院、基层人民法院应当通过高级人民法院推荐备选指导性案例，并“指定专人负责案例指导工作”。这里所说的“指定专人”，似乎是要扶助案例审判制度，但在我看来或许表明的是案例指导制度的弱势。

第三类是细化规定了各省产生备选案例的程序，强调需要审判委员会的决定或者过半数审核。“各高级人民法院向最高人民法院推荐的备选指导性案例，应当经审判委员会讨论决定或经审判委员会过半数委员审核同意”。这属于比较刚性的限制性规定，或许在强化了指导性案例的质量时，又使一些有锐气的案例不能面世。

第四类是关于指导性案例的适用技术问题。强调审理类似案件参照指导性案例的，应当将指导性案例作为裁判理由引述，但不作为裁判依据引用；强调案件承办人员应当查询相关指导性案例；强调案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由。这个属于真正

意义上的“细则”。

第五类是皆大欢喜的“表彰性规定”。各级人民法院对于“案例指导工作中做出突出成绩的单位和个人”，应当依照《法官法》等规定给予奖励。这大约属于对案例指导制度的鼓励吧。

坦白说，在新一轮司法改革颇为风风火火的2015年夏天，这份案例指导制度的《实施细则》似乎不那么“亮”。我认为，在新一轮司法改革当中，的确不妨把案例指导制度当成真正的亮点来打造。在打造过程中，仅仅依据上面的看似细化的《实施细则》是不够的。

我认为是突破口，藏在2011年12月最高人民法院《关于发布第一批指导性案例的通知》当中。这份通知指出：“今后，各高级人民法院可以通过发布参考性案例等形式，对辖区内各级人民法院和专门法院的审判业务工作进行指导，但不得使用‘指导性案例’或者‘指导案例’的称谓，以避免与指导性案例相混淆。对于实施案例指导工作中遇到的问题和改进案例指导工作的建议，请及时层报最高人民法院。”面对立案登记制改革之后的现状，面对未实行立案登记制而全国法院已受理案上千万件现状，只靠最高人民法院层面的指导性案例，只靠那几位“指定的专人”，只靠那些按照《法官法》的奖励，怎么够呢？不够。案例指导制度应当遵循各省以至于各级法院积极遴选本地域指导性案例的思路来拓展。

案例指导制度要突围，需要我们拓展广义的案例指导制度。在我看来，此前的案例指导制度，只可称为狭义的案例指导

制度。

在广义的案例指导制度推进之时，有几点意识是需要界定清楚的。

第一，案例指导制度的功能很多，“司法统一”并不是其最大的功能。从司法统一，尤其是全国性整齐划一的角度来说，必须由至少是最高人民法院这个层面的机构来严格发布。但是，如果我们不仅仅考虑司法统一的功能，就会发现，适用一个近似的、有水平的先例，其实是律师、法官以至于检察官和当事人的相当朴素的需求。如果不仅仅考虑司法统一这个因素，那么，广义的案例指导制度是可以在全国范围内建立的。这种广义的制度，强调的是实用性，强调的是应对大量案件的重复性。在信息化如此发达的今天，广义的案例审判制度显然有不错的实施方面的技术条件。

第二，指导性案例的发布应该是一件严格的事情，但是，要考虑的是普遍意义，而不是政治、低调或者其他与法律无关的事情。事实上，我们回顾历史也好，放眼世界也好，案例制度或者判例制度并不陌生、遥远或者“敏感”。既然如此，案例指导制度尤其是广义案例指导制度完全可以放开来做。

第三，案例指导制度是一项创举式的改革，但其实，如果我们把一些国家和地

区的判例制度拿来参照，吸取其优点，对我们来说并非不是创举。我看不出刻意抵制判例制度有哪些逻辑上和传统上的合理依据。当然，我们可以不叫判例制度，也可以不完全采用其方式，我们也可以有创造。但是，态度不应该是绝对性的回避，好似避之唯恐不及。在我看来，广义的案例指导制度，是可以真切地借鉴判例制度的。

第四，最高人民法院现在发布指导性案例时，有时候参照司法解释的方式，有时候又似乎是独创一种方式。其实，放眼大部分国家，对案例的适用是标准的法院分内的权力和职责，完全没有必要为之辩护甚至于某种意义上的遮掩，根本就是常理常态。那么，既然如此，最高人民法院不仅可以在当前的狭义的意义自己发布指导性案例，还可以把广义的案例指导性制度交给或者还给各级法院。

为了案例指导制度的诞生，黄昏的猫头鹰们当时没少出力。老实说，这些猫头鹰面对“白昼之烛”的现状，很可能或已经是比较低落。那么，黄昏的猫头鹰们，或许乐意展望广义的案例指导制度的大幅推进。

（编辑：马勤）

判例拘束力之相对性比较研究

——以判例一致性原则为切入点

丁宇魁*

摘要：判例一致性原则是大陆法系关于判例引用的一个重要原则。这一原则重视对判例的分析和援引，但判例本身又不具有法律上严格的拘束力，在这个原则之下，法官对于是否在判决中援引先例有极大的自由裁量权。本文通过考察判例一致性原则的起源发展、该原则与遵循先例原则的区别以及该原则在司法实践中的适用情况，比较分析判例拘束力的相对性，讨论这种相对性存在的问题。最后，从我国的法律制度出发，把我国目前的案例制度现状置于遵循先例和判例一致性两大原则的视角下进行分析，结合判例拘束力的相对性存在的问题对我国的案例指导制度建设提出建议。

关键词：判例一致性原则 拘束力的相对性 案例指导制度

引言

普通法系的遵循先例原则（Stare decisis）为人所熟知。但是，与之相对应的大陆法系的判例一致性原则（Jurisprudence constante）却很少被提及。事实上，在大陆法系的判例一致性原则之下，判例也是

重要的法律渊源^[1]。

判例一致性原则起源于大陆法系，目前在法国和美国路易斯安那州仍被使用。与遵循先例原则不同的是，在判例一致性原则之下，判例不具有严格的拘束力。但一系列判决若“都使用恰当而符合逻辑的推理达到相同的法律结论”（arrive at the same legal

* 丁宇魁，清华大学博士研究生。

[1] 此处之“法律渊源”包括正式的法律渊源和非正式的法律渊源。

conclusions using sound logical reasoning)^[2] 或者“都适用同一个特定的法律规则”(applying a particular rule of law)^[3], 都将对后诉产生影响力(authority), 这种影响体现在其具有的说服力(persuasive effect)上。

不过, 法官对于判例一致性原则的适用有极大的自由裁量权。这种权限有两个极端, 一方面, 判例一致性原则在特定条件下, 可将一些规则转换为“习惯”(后文会做阐述)而获得类似于制定法的效力。如此一来, 就几乎等同于遵循先例原则一样, 对新诉有实质性约束力。但路易斯安那州最高法院在一个判决中也指出, 判例一致性原则仅仅是第二法源^[4](secondary resource), 无法达到遵循先例原则的地位。^[5] 但是, 这中间就会产生一个很有趣的逻辑, 由于判例一致性原则使得先例本身不具有绝对的拘束力, 因此, 无论哪一级法院用一个判例作出关于先例“有”还是“没有”法律拘束力的认定, 都无法影响后诉法院作出与他们认定相反的认定。

因此, 先例最终是否应当被遵循, 还是要通过法官综合全案的具体情况进行具体分析, 关键在于判例的推理过程和判决意见是否被后诉的法官所接受。其实最终的决定权还是在法官自己手里。

然而通过本文的论述可以看出, 无论

是大陆法系的判例一致性原则还是普通法系的遵循先例原则, 他们对于先例的态度, 既不是绝对地遵循, 也不是绝对地不遵循。先例在法律上的拘束力并不是绝对的, 即使是遵循先例原则本身, 也有英国版和美国版之分。因此, 从获得裁判正当性的角度来看, 先例的引用不仅仅存在引用和不引用的二元区分, 认清这一点, 能够对我国的案例指导制度起到一定的参考作用。

基于以上概要, 本文将从以下几个方面展开: 第一部分梳理“先例”在两大法系中的演变过程, 并阐述先例在普通法和大陆法中的地位。第二部分阐述判例一致性原则的内涵, 比较它与遵循先例原则的共性和区别, 发现其特征和本质。第三部分和第四部分通过比较大陆法、美国法、英国法对先例拘束力的定位, 剖析这种“相对性”, 挖掘出西方制度对于先例引用的看法, 并阐明判例拘束力应当限制在一定的范围内, 才有利于判例制度的运行。第五部分将以前文论述的视角, 重新审视目前我国的指导性案例和中国裁判文书网发布的案例, 再针对判例拘束力存在的问题, 提出案例指导制度的完善建议。

一、作为法律渊源的判例

“判例”一词在英语中使用“prece-

[2] Jason Edwin Dunahoe, *Jurisprudence Desorientee: The Louisiana Supreme Court's Theory of Jurisprudential Valuation*, Louisiana Law Review. Volume 64, Number 3. (spring 2004), at 679-98.

[3] Wikipedia, jurisprudence constante, http://en.wikipedia.org/wiki/Jurisprudence_constant.

[4] 第二法律渊源包括法律评论、学者解释等, 即非正式法律渊源; 相对应的是基础法律渊源(primary source), 即正式法律渊源。

[5] *Royal v. Cook*, 984 So. 2d 156 (La. Ct. App. 2008).