

学术顾问：江 平 王作富

天津市案例法学会  
天津财经大学法学院

联合出品



# 天津法律案例

(2010 ~ 2014) 精选丛书

## 律 师 公 证 卷

总 主 编 陈灿平

本 卷 主 编 史玉荣

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

学术顾问：江 平 王作富

天津市案例法学会  
天津财经大学法学院

联合出品



# 天津法律案例

(2010~2014) 精选丛书

**律 师 公 证 卷**

总 主 编 陈灿平

本卷主编 史玉荣



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

天津法律案例(2010~2014)精选丛书·律师公证卷/陈灿平总主编;  
史玉荣主编. —北京:法律出版社,2015. 11  
ISBN 978-7-5118-8831-0

I. ①天… II. ①陈… ②史… III. ①律师—工作—案例  
—汇编—天津市 ②公证—工作—案例—汇编—天津市  
IV. ①D927.210.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第293848号

## 天津法律案例(2010~2014)精选丛书·律师公证卷

总主编:陈灿平  
主 编:史玉荣  
责任编辑:谢清平  
装帧设计:贾丹丹  
责任印制:张建伟  
内文制作:凌点工作室  
印 刷:三河市兴达印务有限公司

---

|       |                                                                                                                                                                                                                       |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 出 版   | 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)<br><a href="http://www.lawpress.com.cn/">http://www.lawpress.com.cn/</a>                                                                                                                  |
| 编辑统筹  | 法律职业教育出版分社                                                                                                                                                                                                            |
| 经 销   | 新华书店                                                                                                                                                                                                                  |
| 总 发 行 | 中国法律图书有限公司 <a href="http://www.chinalawbook.com/">http://www.chinalawbook.com/</a><br>第一法律书店(010-63939781/9782) 西安(029-85388843)<br>重庆(023-65382816/2908) 上海(021-62071010/1636)<br>北京(010-62534456) 深圳(0755-83072995) |
| 销售专线  | 010-63939806/9830                                                                                                                                                                                                     |
| 数据支持  | 法律门 <a href="http://www.falvmen.com.cn/">http://www.falvmen.com.cn/</a>                                                                                                                                               |

---

|     |                        |
|-----|------------------------|
| 开 本 | 720毫米×960毫米 1/16       |
| 印 张 | 22.5                   |
| 字 数 | 436千                   |
| 版 本 | 2015年12月第1版            |
| 印 次 | 2015年12月第1次印刷          |
| 书 号 | ISBN 978-7-5118-8831-0 |
| 定 价 | 68.00元                 |

---

所有权利保留。未经许可,不得以任何方式使用。  
如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换。

## 《天津法律案例》编委会

---

学术顾问：江 平 王作富

总 主 编：陈灿平

总副主编：陈耀东 纪荣泰 郭 鹏

本卷主编：史玉荣

本卷副主编：杨玉芙 杜立萍

本卷编委会：（以姓氏笔画为序）

王晶晶          史玉荣          杜立萍          李 燕

杨玉芙

# 从司法方法与司法管理视角 推进中国特色的案例制度

(代序)

陈灿平

中国司法发展和司法统一之途,采单纯择一、非此即彼的传统的成文法或判例法模式已为多数专家所否定,<sup>①</sup>司法实务界和法学理论界关注的重要问题是:如何让现行的案例指导制度发挥更大的作用,发挥真正的实效?在建立英美式的本源型判例法制度被多数专家否定的情况下,建设中国司法解释型的案例(判例)制度是否可行,<sup>②</sup>抑或,能有第三条道路?实践部门对建构和加强案例指导制度已经有了很多制度设定和具体措施,<sup>③</sup>许多权威媒体和学术期刊亦对案例之宣传及研究抱以极大之热情,是故,为了中国特色的法律案例制度之发展,笔者亦不揣冒昧,进行探讨。

## 一、司法解释型案例制度之误区

不少研究者从典型案例司法解释化的角度探索中国式的案例(判例)制度,<sup>④</sup>笔者将其理论概括为司法解释型的中国案例(判例)发展之路。如果将中国式的案例(判例)制度定位为一种司法解释,则中国案例制度的命运必然与司法解释的命运

---

① 参见曹建明:《加强案例研究推进法治现代化》,陈光中、谢正权:《关于我国建立判例制度问题的思考》,谢晖:《经验哲学之兴衰与中国判例法的命运》,刘武俊:《判例法与司法知识的传承》等文章,载武树臣主编:《判例制度研究》,人民法院出版社2004年1月版。

② 参见于朝端:《建立以判例为主要形式的司法解释体制》,载《法学评论》2001年第3期;赵岩:《法律解释方式:从司法解释到判例》,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2001年第1期等文章。这些文章认为,特定司法机关作出的判例可以作为现行司法解释的第二载体,在司法解释的表现形式上应当实现从抽象的、一般的解释方式向具体的、个案性的判例解释模式过渡。笔者将以上主张概括为“司法解释型案例制度”。

③ 如最高人民法院发布的《关于案例指导工作的规定》以及40多个指导性案例等。

④ 同前引②于朝端文、赵岩文。

密切相连。案例(判例)一旦成为司法解释,必然具有法定的约束力,成为一种在裁判文书中可以引用或必须引用的法源,虽则其只是较低层次。将案例(判例)定位于司法解释,实质上源于这样的一种制度构想:最高司法机关应走扩张、强化司法解释的司法统一和发展之路,发展案例制度的目的是为改进和完善司法解释服务;最高司法机关应在司法解释中树立最权威、最明确的理解,以便下级法院遵照执行,细致、齐备、发达的司法解释是中国司法质量提升的必要条件;典型案例司法解释化更符合功利主义和现实可行性的目的选择。理论根基方面,将案例(判例)定位于司法解释源于这样的判断:法律即是规定真理,司法即是对真理的发现和守护,所以,司法解释及其过程归属于真理判断的范畴,亦即,“法律统一适用不仅在于规范的统一,而且对于具体规范的含义也应当有唯一正确的结论”。<sup>⑤</sup>

但事实上,法律只是一种经由形式上的民主程序所产生的普适性规则,一种人类理想、法律家理性及各种现实利益综合作用、相互妥协后达成的产物,司法和司法解释并非真理判断之过程。“实在法是意志和理性的产物,这种混合是可变的和不稳定的”。<sup>⑥</sup> 由于人类认识能力的限制,法的完整性“只是永久不断地对完整性的接近而已”。<sup>⑦</sup> “法律的解释不是真理的判断,而是价值和正义的判断,不同的解释的对立,不是像自然科学的对和错,事后可以用事实证明其是非的。”<sup>⑧</sup> 司法审判的核心过程是法律推理,法律推理本质上是一种行为选择,而行为选择的灵魂则是价值和目标判断。<sup>⑨</sup> 价值判断是论证的核心,也是法律推理的灵魂,这一点已经是学界的共识。<sup>⑩</sup> 在案件尤其是疑难案件中,无论是法律漏洞的弥补、规则歧义的消解、抽象规则的具体化以及案件结果之法律效果和社会效果的预测,都需要审判者甚至审判组织根据价值和目标来决断。因此,即使是同一案件,由于审理者价值、目的和目标的不同,对同一法律规则的适用也会出现不同的结果。诚然,对个案而言,法律规范应当具有最优的法律解释和解释适用,但据此就认为对法律具体规范可以作出普适性跨时空的、唯一正确无误的规范性司法解释,显然是扩大了人类的认知水准,更超过了中国最高司法机关的实际能力。法律规范,正是由于其用语上适当的概括、体系上妥帖的设置,在结合和服务于不同的司法目标和群体价值时,取得了其在适用解释上因时空变换而依法伸缩的正当性、必要性和可行性,从而维护了

⑤ 康泽洲:《建构我国刑事判例制度之定位分析》,载《判例与研究》2003年第5期。

⑥ 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第315页。

⑦ [德]黑格尔:《法哲学原理》,范杨、张企泰译,商务印书馆1982年版,第225页。

⑧ 谢长廷:《法治的骗局》,台湾久大文化股份有限公司1987年版,第50页。

⑨ 参见张继成:《价值判断是法律推理的核心》,载《北京科技大学学报(社科版)》2001年第1期。

⑩ 参见颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,第89页。

其在复杂多变之社会现实和繁杂迷离之司法个案中相对的正确性、权威性和稳定性、适应性。故此,对法律规范进行司法解释时应具有唯一正确的结论之观点是颇值得怀疑的。

另一方面,司法解释权的根本依据和本质属性在哪里,仅仅是传统所言的立法者授权、实践中需要吗?有必要从公共政策和公共事务管理的角度进行研究。司法解释,因其实质上具有一体遵循的显在的强制性效力,必须作为法源在法律文书中运用,故其制定之过程,本质上也就是最高司法机关参与公共政策之过程。在经典的分权理论中,法院是不应参与公共事务决策,也不享有公共政策创制权的,但随着现代社会急速发展、法院地位在国家权力体系中必然性的上升,为服从司法公正所体现的社会公正之最高目的需要,“就必须赋予法院一定的决策参与权,它有权通过审理案件的方式参与超出所审案件的宏观事务决策过程”。<sup>⑪</sup>实践中,行政机关在其行政管理活动中享有一定的公共政策创制权,司法机关在法律适用中享有司法解释权和司法管理权正反映了这一发展趋势。从各国的通例来看,司法权力“通常都允许最高司法机关制定审判活动的具体规则,并允许其对司法行政事务进行管理,但绝对不允许其制定作为审判依据的一般法律规范。”<sup>⑫</sup>即使是英美法系的法院,也只能在裁判具体案件中依照法律的精神创造个别规则。

可见,问题的核心不在于司法机关是否应当具有公共事务或公共政策的参与权,是否应当具有司法解释权,而在于此参与权主要是司法解释权之限度。笔者认为,此限度有三:第一,司法解释参与和司法有关的公共事务与公共决策,不能主动地提前性创制,制定者对社会矛盾的反应须保持相对保守的立场并遵循合法的程序。司法审判以不告不理为原则,立场必须居中,司法正义的本性乃“恢复性正义”、“矫正性正义”。第二,司法解释应针对法律具体应用中有监督和指导价值的疑难问题,而不能针对一般社会关系,司法解释不应侵袭到本应由行政部门管理的公共事务领域。第三,任何司法解释不能超出法律规定的范围和程度。法律的权威性、稳定性之价值高于司法个案得到解决的局部性利益;如果超出法律规定之范围,即使确属涉及国家和公共利益的重大紧急问题、法律或立法解释又来不及反应,也应在向全国人大请示并得到授权后方可制定相关司法解释。

至此,当今中国的司法解释恐怕首先考虑的不应是如何扩张、如何将案例(判例)直接纳入式地强化,而是应首先关注司法解释的复位和定位问题,如何依法对

<sup>⑪</sup> 参见左卫民、周长军:《变迁与改革——法院制度现代化研究》,法律出版社2000年版,第100页。

<sup>⑫</sup> 胡锦涛、张德瑞:《论人民法院行使审判权的自律性——兼及审判权的界限问题》,载《法理论丛》2005年第7期。

现有的司法解释进行规范和改进。其实,司法解释从来都是纯粹的,不具有准立法的掺合性,司法解释又是受限的,不应像实践中表现的那么万能。司法解释之必要,乃在于最高司法机关基于其对全国情况的宏观了解、对法律体系的准确把握、对法律原则的精深理解,在疑难、新型案件出现时,能提供对法律规范最优的判断识别及对法律条文本身深层蕴涵意义的发现和强调,从而解决司法疑难、体现司法指导,进而维系司法统一、实现司法公正。司法解释,顾名思义就是根据司法实践在司法权限内对法律具体适用问题进行解答和释明,它只能是对法律内含意义的一种阐明,不能做越权性、违反基本法理的创设或改变。日本学者牧野英一根据法律进化论,曾将法律解释分为三个阶段:第一阶段是把法看成神明的命令,必须与此相对应地进行文理解释;第二阶段是把法看成立法者意志,与此相符进行逻辑解释;第三阶段是把法看成是时代精神的体现,对法进行法社会学解释。<sup>⑬</sup> 司法解释是法律解释的一种,当然也可以进行法社会学解释,但其限度绝不能超越法律语词的“文义射程”。<sup>⑭</sup>

在法律和司法解释有适用上的冲突时,任何时候都是应适用法律而非司法解释,即使司法解释出现在法律之后。若司法解释与法律没有冲突,属于对法律的一种正确、合乎法理的说明,则当然可以适用司法解释。这就能够很简单明了地解释——为什么新颁布施行的合乎法律精神和法理的司法解释可以自然地适用于一切尚未审结的案件,即使该案件发生之时司法解释并未颁布——原因很简单,合乎法律精神和法理的司法解释本身就是法律应有含义之说明,而非新创设之法即“新法”,所以不存在事后法和法律、司法解释之间溯及力的问题。因此,我们认为,在司法适用中并不需要对法律规范作出过于统一、严格、具体、明确的规定,因为这种理想的统一、严格、具体、明确,一方面是不可能达到的(当前司法解释的冗长、抽象以及所面临的困境正印证了这一点),另一方面,它违背了司法解释的本位属性,也不利于发展法官的法律解释和适用能力。

主张建构司法解释型的案例(判例)制度的根本原因在于包括司法部门在内的民主、法治精神的普遍欠缺以及对绝对权力(尤其是行政式的命令式的权威)的历史性崇拜,当今司法几乎完全受控于最高司法解释的现实可以雄辩地证明这一点。将案例(判例)制度定位为司法解释的第二载体正是意图加强这种控制。<sup>⑮</sup> 但显然,最高人民法院所具有的最高之司法权威应当来源于其所代表的人类最高的司法智慧和司法理性,而不应当源自行政化的权力崇拜。对绝对权力的崇拜,从短期看可

<sup>⑬</sup> 转引自陈兴良:《法律解释的基本理念》,载《法学》1995年第5期。

<sup>⑭</sup> “文义射程”日本刑法学界也有人称为“用语的可能含义”。

<sup>⑮</sup> 同前引<sup>⑤</sup>康泽洲文,第7页。

会有即时的利益,甚至可能收到所谓的“司法统一”的即时之效,从长远分析却是危害真正的法治和法院的健康发展的。从权力的根本属性而言,司法权乃是一种判断权、平衡权、裁量权,司法权之所以不能进入立法权的领地,乃在于宪法的根本安排(我国宪法也运用分权和制约的原则来安排国家权力体系)以及司法权自身的性质和职责所限。当司法权异化为兼具立法、司法双重性质之权力时,权力间的制约、监督、平衡被打破,立法机构和立法权将更加弱化、萎缩。因此,我们有必要警惕任何一种权力,在自身利益和社会利益集团的驱动之下,成为难以控制的利维坦。<sup>⑩</sup>对于由于立法力量、经验、技术等方面原因造成的法律规范的失误和缺陷,理当依靠加强立法机关的建设来解决(作为应急的办法,尚有由司法机关提出建议再由立法机关制定立法修正案和立法解释等途径进行补救),不能功利性地放任或依靠暗含变法、立法因素的司法解释来满足一时之需。更进一步,应该由全国人大或其授权的专门性机构对可疑的司法解释进行全面的违宪性和违法性审查。

当然,司法权威是需要的,而且在中国尤为急需。那么,从何种途径能合法而有效地达至司法权威呢?在后形而上学的时代,独断的价值主张已经不能提供答案,只有如哈贝马斯所言,经由“理想对话情势”条件下主体间商谈所达成的合意才能为政治领域和司法领域内的合法性、可接受性以及由此带来的权威性提供依据。在中国,情况要更复杂一些。在可以讨论的政治体制和可以言及的政治话语内,除了执政党 and 人大要呵护、支持、尊重和发展司法权威以外,<sup>⑪</sup>法院尤其是最高法院自身的指导思想和路径选择对司法权威的影响举足轻重。从国外大陆法系国家如日本的情况考察,其最高裁判所的判例所采用的观点并不对下级裁判具有法律上的约束力,它更多的是通过一种内在的合理性来赢得下级审判机关和理论界的支持。<sup>⑫</sup>在当今全球化、多元化、信息化的文明社会里,国家权力的运用越来越依靠内在的合理性而非命令、武力或暴力,对于居中裁判的司法来说尤其如此。

因此,案例(判例)不应再像司法解释那样具有普遍的法律拘束力,申言之,案例(判例)不能定位于司法解释。如果再将案例(判例)定位于司法解释,我们就可能在歧路上越走越远。也许,现在是到了该警醒的时候:对静态的文本性的法条、司法解释的过度推崇和迷恋将使动态的实务性的司法管理和司法方法难以发展,而后者才是提高审判质量和法官能力的明路。如果我们不能从长远和根本的角度关注这个问题,而仅仅着眼于一时之需和自身利益式的行政化的权威,则我们将

<sup>⑩</sup> 利维坦是《圣经》上所说的一种强大无比的怪兽,英国唯物主义哲学家霍布斯最早借用它来象征君主专制政体的国家。

<sup>⑪</sup> 参见陈灿平:《司法改革及相关热点探索》,中国检察出版社2004年版,第31~35页。

<sup>⑫</sup> 见前引⑤康泽洲文,第8页。

永远在规律的边缘和之外徘徊。

## 二、司法方法和司法管理视角之进路

现代民主与宪政的安排中,司法审判权被赋予了法院,而法律规则被适用于个案时,因“任何一种人类语言,都不可能将某个法律规定表达得精确到可以完全排除法官在解释和适用它时的自由裁量权”,<sup>①9</sup>即不得不进行解释,那么,根据事物的性质和社会制度的分工及效率原则,除了将解释权授予法院以外别无选择,尤其在中国这样的立法机构力量薄弱、权力虚化的背景之下。当权力被授予时,理性的制度设计当是考虑如何限制此权力的任意行使。因此,问题的关键就成为:不应考虑如何消灭司法解释权,而应考虑如何限制司法解释权和裁量权的任意行使。博登海默认为,“有一种方法可以预防这种专制情况的发生,这就是法律方法。”<sup>②0</sup>法律方法、司法方法,尽管本身仍存在争论且需要深入研究,但法律方法和司法方法至少给我们提供了基本的解释标准和限制。因此,从司法方法的研究、管理与运用着手,可谓我们改进司法解释制度、发展案例指导制度的正路。

事实上,法院的司法发展,正是诉讼制度、法官素质和司法管理、司法方法综合作用、渐进发展的过程,任何一方面不可偏废。但司法方法性的司法管理一直被过于忽视,几乎很少有人从科学的角度深入研究现代司法意义上的法院管理,更没有人将案例制度与司法方法性的管理制度相联系。现代司法意义上的法院管理,不是行政化管理,更不应是对行政权力、行政级别的绝对崇拜,而是民主化、科学化基础上的适应于信息与文明社会的司法方法性和司法程序性的管理。它是指法院以符合审判活动规律的司法方法性制度建设为基础、以案件和法官为核心、以合理必要的惩戒为手段,通过设置合理的组织和层级,对法院的人、财、物、方法、信息、时间进行资源优化和调控,以达到司法公正之目的之全部活动。<sup>②1</sup>本源意义和科学管理视野中的法院管理必须以审判业务管理和司法方法管理为核心,许多法院的司法保障性行政事务甚至法官考评晋升业务日益外包就说明了这一点,司法方法的研究热潮也反映出这一点。

从世界各国的法制发展看,越是法治发达国家,法院管理越是与案件的实际运作过程控制、与程序法制度、与司法方法密切相关,因为他们的职业道德和行政保

<sup>①9</sup> 彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国法制出版社2004年版,第55页。

<sup>②0</sup> [美]博登海默:《法理学、法哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第419页。

<sup>②1</sup> 同前引<sup>①9</sup>陈灿平书,第36页。

障等管理性问题早已由国家通过民主、科学、合理的制度得以外部解决。<sup>②</sup>以美国法院管理中的法官手册为例,虽然它只是管理指导性的制度手册,但在其管理制度的条文中,出现了“案件移送程序”、“快速审理法”、“挑选陪审员”、“不公开开庭程序”、“引渡程序”等具体的操作性指令,<sup>③</sup>这些规范和规程,类同于职业行规,没有法定拘束力,但具有事实上的拘束力。它是美国多年来司法经验、司法智慧、司法方法、司法技术的汇总,对于新任法官快速入门、规范法官办案起到了相当重要的作用。因此,我们认为,只要以符合并遵循成文法律为前提,只要不设定超越法律规定的权利义务尤其是不给当事人设定义务,最高人民法院完全可以建立规范和指导法官办案方面的司法管理性制度、司法方法性制度。

中国的司法审判指导工作中,有相当部分属于司法审判管理和司法方法指导。司法审判指导工作具有双重属性,就其所运用的依据和所作出的裁判而言是法律性的,具有法律上的拘束力;就其所运用的许多方式方法方面的制度而言是管理性和方法性的,具有事实上的拘束力。法制的统一性、司法的公正性只有通过审判办案的技术化、规范化才能实现,其中,标准化、科学化、符合审判规律的法院管理和司法方法是前提。<sup>④</sup>中国法院的审判指导工作中行政化管理现象严重,森严的行政化官僚体系和不符合审判规律、不注重司法方法、不以法官及案件为核心的管理制度已经足以使再先进的诉讼程序法、法官法甚至法院组织法都可能形同虚设。因此,提高审判质量,保证司法公正,不仅要依法加强法律性的“文件指导”,如,加强司法解释的规范性、实用性,提高司法解释的针对性、科学性,更应重视并加强司法管理工作和司法方法方面的制度建设,其中就包括可以建立案例监督与指导一类的制度,通过案例的监督、规范和示范、指导,来扎扎实实地渐进提高法官的审判能力和审判质量。

笔者之所以提出案件监督与指导制度简称“案例督导制度”的观点,乃从易于被决策者接受、不致误导普通公众以及凸显制度层面的区别意义等角度考虑,因为:第一,使用“案例指导制度”之提法显得软弱无力,而且很难与此前已有的案例指导制度相区别;第二,使用“判例制度”的提法,容易引起公众的误会,以为中国要搞英美那一套的判例法,会出现“法官造法”;第三,如使用“案例监督制度”之提法则又有与“审判监督制度”相混淆之虞。案例监督与指导制度,立论于《宪法》第

<sup>②</sup> 笔者认为,人员基本素质、法官保障和待遇、法院正常的办案经费和办公条件等管理性问题应当由国家解决,法院自己不可能解决,也不应当由法院自己解决。比如,法学博士进了法院并不能保证其不被世俗同化而进行权力寻租,最高法院因待遇等原因招不进法学教授等,就是这这方面的明证。

<sup>③</sup> 参见吕忠梅总主编:《美国法官与书记官手册》,法律出版社2005年版,目录及相关具体内容。

<sup>④</sup> 同上注,序言部分。

127条、《人民法院组织法》第16条以及相关的诉讼法条文等明确的法律依据之上。为避免对“案例督导制度”中的“案例”作过于泛化的理解,我们赋予“案例督导制度”中的“案例”一个特称,即“督导性案例”。“督导”一词不是生造的,普通公众都能够理解它指的就是监督和指导。

所谓“案例督导制度”,本文特指为最高法院凭借其确立并公开发布的典型案例对司法审判进行监督和指导的司法方法性的管理制度。从计算机检索的情况看,“案例督导制度”和“督导性案例”具有独特性和专属性,具有维特根斯坦所言的语词方面的精细的区别意义。<sup>⑤</sup>“案例督导制度”提法之新颖性在于:体现出“理”与“力”的结合,“监督”是从“力”的角度考虑的,而“指导”主要从“理”的层面着眼。“案例督导制度”和“督导性案例”库的建立,等于在某个案件的司法审判之前,除了抽象芜杂的法律法规和立法解释、司法解释之外,有了生动形象的参照标尺,又由于它对当事人、法官和社会公众是同等公开的,因而对于保障法律思维的统一、保障司法公正和防治司法腐败具有重要意义。同时,由于其属于事前的督导,故从法经济学的角度看,可节省司法制度的总运行成本。也可以说,是加强审级制度和改革事后性的审判监督制度的一个新思路。

案例督导制度的实质在于:尽管受法律框架和法律文化的限制,但从司法管理和司法方法的角度着手,也可以有助于实现成文法律和异动现实矛盾作用下同类型案件之间应有的统一性、平衡性、公正性。案例督导制度本身并不必然与判例法相联系,其完全可以是在审判指导和司法管理、司法方法中自有、自在的。现代意义上的判例法制度即使在英美,也是十八九世纪才得以正式确立的。<sup>⑥</sup>但高级别法院通过权威案例对本级及下级法院进行类型化的监督指导之事实,完全发端于判例法制度正式诞生之前。因此从某种意义上说,运用案例进行监督指导的制度可能是司法审判最基本、最底层的规律之一,它直接体现着司法公正要求下的司法统一,并具有维护法院正当性和维持自身有效运作的价值。案例监督指导一类的制度,看似以国外判例制度为由头,实则是独立自在的,在中国已有多年的实际运行基础,只是一直没有系统化、规范化并上升为鲜明的制度而已。现在从司法管理和司

<sup>⑤</sup> 在谈到语言与思想的关系时,维特根斯坦写道:“当我用语言想时,除了词句表达外并没有‘意义’通过我的脑海;语言本身更是思想的工具。”见维特根斯坦著,汤潮,范光棣译:《哲学研究》,北京:三联书店,1992年,第145页。

<sup>⑥</sup> 梁治平先生曾明确指出:“大致说来,在开始的很长一段时间里,先例只是具有诱惑力的权威。进入十九世纪以后,它渐渐发展成为一种绝对的规则。从一些著名的案例来看,这一过程在上议院是从1861年到1898年,而在上诉法院各庭,则在十九世纪的九十年代到本世纪初之间。”参见梁治平:《英国判例法》,载《法律科学》1991年第1期。

法方法的视角强调和突出出来,并非要生造一种中国特有的制度或照搬西方判例法制度,其实只是恢复事物的本来面貌,对一个重要的规律进行发现和揭示。

### 三、案例监督与指导制度之法理

#### (一)合法性问题

现行《宪法》第127条第2款规定:“最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。”《人民法院组织法》第16条第2款也明文规定:“下级人民法院的审判工作受上级人民法院监督。”因此,案例督导制度中的“监督”有明确的法律依据,当无疑义。应当着重指出的是:多年来,我们对宪法和法院组织法规定的监督职责缺少足够的重视、缺少深入的理论分析更缺少理直气壮的依法运用,因而直接在某种程度上导致了地方法院自由裁量权的过度膨胀和局面失控,进而导致了司法不公和司法腐败。正如法律上的自由没有不受限制和制约的自由一样,司法的内部独立和案件的审级独立,并不意味着不受限制、不受监督。笔者认为,《宪法》第127条第2款具有至高的效力,其中的“监督”职能应当加以特别的审视和认真的研究。所谓“监督”,字面上的意思是:严密注视并督促,<sup>②7</sup>而法律上的特别意义在于:法院之间的“监督”区别于检察院之间的“领导”和行政机关之间的“命令”,乃宪法特设的为确保司法公正和司法统一而在人民法院系统内设立的一项特殊职能,其具体内涵笔者概括为三个方面:(1)运用审级制度和审判监督制度从偏个案公正方面保证司法公正,简称个案性监督;(2)运用司法解释从法律规范的明确化方面确保司法公正,简称普适性监督;(3)运用案例监督与指导一类的制度从法官法律推理论证的角度深度保证司法公正,即司法方法性监督,简称方法性监督。而且,“监督”的三个方面内涵是相互联系、相互促进的。

如果说,审级制度是从职权方面确定了上级法院对下级法院个案的直接监督,那么,案例督导制度可以看成是最高人民法院运用已判决生效的同类案件之典型案例对下级法院未决个案进行形象化、类型化的事前督促和示范,从偏司法管理、偏司法方法的角度辅助、深化并加强审级制度。从《人民法院组织法》第10条的规定看,法院审判委员会的职责包括“总结审判经验”、“讨论有关审判工作的问题”,而审判委员会是法院内部的最高审判组织,审判委员会的职能当然也是法院的职能。由此,由“监督”和“总结”等职责派生出的“指导”职责在合法性方面亦当无疑义。案例督导制度之实质,就是总结审判经验并讨论决定如何统一、规范并提高司法审判质量的一种司法管理和司法方法性的具体方式方略。因之,案例督导制度

<sup>②7</sup> 《现代汉语规范词典》,外研社、语文出版社2004年版,第533页。

符合法律明文规定以及宪法和诉讼法所载的司法公正和司法统一的法律原则。

学界研究中,民商法领域多数人赞成加强案例指导一类的制度,但在刑事领域中,有人基于刑法的终极性、严厉性,认为判例制度可能会违背罪刑法定原则,进而推导出反对意见:既然在中国刑法领域不能搞判例,则整个中国的司法也没有必要搞判例一类的制度。<sup>②8</sup> 笔者认为,应当清醒地看到罪刑法定的明确性要求与刑法系统的开放性要求之间存在的冲突,应当充分关注罪刑法定之明确性要求在繁杂变迁的司法现实中存在的困境,这种冲突和困境在全球化影响下的高速工业文明和复杂信息文明社会中表现尤其明显。这种两难困境表现在:倘若全面排斥模糊性概念,则杜绝了法律发展的可能,使法律蜕变成僵死的教条;倘若全面引入概括性条款与需要填充价值的概念,则又将对法的明确性及其相关的价值构成直接的冲击。<sup>②9</sup> 从大陆法系(成文法系)晚近的发展看,大陆法系(成文法系)国家已经显示出强烈的事实上(虽然不是法律上)的判例法倾向:没有充足理由由最高法院不会推翻自己的判决,并且其下级法院对最高法院判决的态度,也颇类似于普通法法系中下级法院对上级法院的态度。<sup>③0</sup> 即使是成文法和罪刑法定,也必须跟随时代而发展,现在的罪刑法定早已不是其最初的机械含义,时代的发展不断赋予其新的含义和更准确的边界。罪刑法定是一个时空和语境的概念,甚至具有文化性,具有学理领域、立法领域、司法领域的区别性,明显的例子是:之一,在中国,实质正义高于一切的司法文化使得检察院经常运用“举轻以明重”的逻辑来追诉疑难案件之当事人,且将它们解释在法律条文用语的语义射程之内;之二,认为罪刑法定原则在立法领域应坚持实质理性高于形式理性,而在司法领域应坚持形式理性高于实质理性。<sup>③1</sup> 表面上看,罪刑法定下的司法解释疑难重重,但只要将刑法视为开放而非封闭、发展而非僵死的系统,理论创新当大有作为。

更重要的,从司法方法性管理制度角度提出案例督导制度,与英美法系的判例和大陆法系的判例制度有本质性区别,也与司法解释型案例制度在发展路径和性质定位上根本不同。我们的宗旨和立意在于反映司法现实中而非立法设想中的案件的类平衡规律,着眼于运动变迁中实现司法尺度统一、进行司法方法之管理,既与判例制度中的设立新罪名或司法立法无关,“督导性案例”本身也从未有立法之

<sup>②8</sup> 参见储槐植、李相如:《中国不应采用判例法制度——兼论罪刑法定原则的贯彻执行》,载赵秉志主编《刑法评论》第1期,法律出版社2002年版,第35~39页。

<sup>②9</sup> 劳东燕:《罪刑法定的明确性困境及其出路》,载《法学研究》2004年第6期。

<sup>③0</sup> [德]K. 茨威格特:《普通法与大陆法中发现法律的方法和诉讼程序》,高鸿钧译,载《外国法译评》1991年第2期。

<sup>③1</sup> 参见田宏杰:《中国刑法现代化研究》,中国方正出版社2000年版,第47~51页。

权力,它反映的只是司法公正最高要求下的实质正义。事实上,就连对建立中国判例制度持反对意见者也看到了案例的价值,甚至主张应当将最高人民法院通过的并经公开发布的“典型案例”上升规定为司法解释的另外一种形式。<sup>③②</sup>是故,不能将“案例督导制度”与英美法系的判例法制度相混淆,认为其违反罪刑法定原则,因为我们所称的“督导性案例”既不是法源,也没有法定的约束力。加强和依法规范法律解释、司法解释是一个进路,而从司法管理、司法方法的角度建立“案例督导制度”一类的制度,可谓另外一个进路,二者并行不悖。

二者不仅是并行不悖的,而且实际上是相互促进的。正是由于有案例案件的依托,司法解释才具有正当性,才符合全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》中“最高人民法院和最高人民检察院分别就审判工作和检察工作中具体应用法律的问题进行解释”之规定的立法原意。司法解释应当满足以下三个条件:(1)要有具体的事实来源和基础;(2)应当要有被解释的法律条文;(3)应当表现为原意解释,不能够无限制地扩张解释。只有满足以上三个条件的司法解释才是正当性的。<sup>③③</sup> 司法解释之定位乃是一种裁判规范,一种成文法和案件事实之间法官赖以办案的裁判规范,必须有案例案件为依托,才具有合法性、正当性和针对性、有效性,司法解释才不至于异化成为行政化的文件或另外一种“成文法律”。综观日本、德国等大陆法系国家判例要旨集,其中“要旨”条文都是与判例相联系的,每一个“要旨”或者说“裁判规范”的下方均附有判例。<sup>③④</sup> 而中国,选择司法解释不依托案例的道路来适用成文法律,出现了若干危机:司法解释不仅冗长,表述方式如同成文法律,人们仍然需要对其进行解释,而且时时颇受越权解释和解释不当之质疑;下级司法机关即使认为最高司法机关制定的司法解释有错误也必须遵守,于是造成了司法解释的效力与权威高于成文法律的不正常现象;下级司法机关成为司法解释的机器,缺少能动性,司法能力难以提高。<sup>③⑤</sup> 这恰好从反面证明,基于宪法、人民法院组织法、诉讼法条文的“监督”、“指导”职能而生的司法方法和司法管理性的案例督导制度,可以在法理和司法实践的正当性本源中找到其合法与合理存在的空间。

<sup>③②</sup> 参见前引②储槐值等文,第39~41页。

<sup>③③</sup> 参见赵钢、刘学在:《关于修订〈民事诉讼法〉的几个基本问题》,载《法学评论》2004年第2期。

<sup>③④</sup> 日本的一个裁判要旨(相当于中国的一条“司法解释”)是这样写的:“根据信用金库法设立的信用金库,不相当于商法上的商人。59(オ)557 63・10・18第三小法庭・判决155-21”,载马太广编译:《判例所表现的商法法理》,法律出版社2004年版,第5页。

<sup>③⑤</sup> 参见张明楷:《法治、罪刑法定与刑事判例法》,载《法学》2000年第6期。

## (二) 必要性问题

成文法表面上由固定的文字表述,似乎颇具确定性,但问题正好出在其“文字”和“用语”上。文本文字和用语的外延模糊性、语义多样性、时代变迁性和抽象简约性,给成文法留下了极大的解释空间。司法人员可以在用语可能具有的含义内造法,但又声称自己没有造法;甚至可能在用语可能具有的含义之外造法,同样声称自己只是解释成文法。<sup>⑤⑥</sup> 规范性法律文件为维护其权威性和稳定性,不可能朝令夕改,而现实中,尤其是中国这样的转型性社会,“有一百条法律,却至少有一百零一个法律问题”。更毋庸置疑的是,法条和司法解释从来不会与纷繁复杂的案件一一对应或自动对应。<sup>⑤⑦</sup> 司法到底怎样才能解决成文法与复杂个案之间的稳定性与适应性、原则性与灵活性、理论性与实践性、抽象性与具体性、有限性与无限性的矛盾,把握其间的平衡和适度呢?多数论者认为,在西方法治发达国家,解决这个难题一方面依赖其高素质的法官,另一方面日益依靠成文法和判例法的相互借鉴。<sup>⑤⑧</sup>

而当今之中国,司法审判主要依靠并似乎迷信司法解释。客观而言,中国式的司法解释没有摆脱成文法的抽象性、有限性和滞后性的弱点,与其说它是极具操作性的裁判规范,不如它说更像成文法和“文件”。与缺乏限制和规则的扩张解释相比,与“中国特色”的缺少案例依托、缺少案例联系的司法解释相比,即使是只从司法方法性管理角度建立的案例监督与指导制度也更加具有明确性,更加能够限制司法机关的擅权。法律解释方面研究的新近成果表明,司法中的法律解释不仅包括司法解释,也包括法官裁量解释;法律解释不仅体现在司法解释文件之中,也存在于法官书写的裁判文书之中。<sup>⑤⑨</sup> 法律解释和司法解释的生成必须自具有“习惯、惯例”意义的案例而始。法社会学认为,从习惯到惯例,或从惯例到法律的演变并非是非界限分明的,韦伯曾言,“法律、习惯与惯例属于同一个统一体”。<sup>④⑩</sup> 法律规则之生成同样遵循这一原理。因此,中国的司法解释以案例(判例)为依托,才具有正当性、生动性和实用性,才属于真正意义上的裁判规范。因之,发展案例监督与指导一类的制度成为一种必需。虽然目前还只能从司法方法性的管理角度入手,却也能收到异曲同工之妙。

让我们回到司法的现实和社会的需要角度分析。现今中国的实际情况是,法

<sup>⑤⑥</sup> 同前引<sup>⑤⑥</sup>张明楷文,第37页。

<sup>⑤⑦</sup> 参见前引B17陈灿平书,第6页。

<sup>⑤⑧</sup> 参见王利明:《论中国判例制度的创建》,贺卫方:《统一之道》,陈卫东、李训虎:《先例判决·判例制度·司法改革》等文章,载武树臣主编:《判例制度研究》,人民法院出版社2004年1月版。

<sup>⑤⑨</sup> 参见梁治平主编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版。

<sup>④⑩</sup> [德]马克思·韦伯:《论经济与社会中的法律》,中国大百科全书出版社1998年版,第20页。

院案例资源处于一种封闭、浪费和混乱之中,而社会对案例资源迫切需要。虽然,《最高人民法院公报》《人民法院案例选》《中国审判案例要览》等书刊以及某些法院、某些部门在案例监督与指导方面做了大量有益的工作,但由于统一性和规范性的缺乏,司法资源整体上仍存在着比较大的浪费,案例监督指导工作也基本上停留在形式和表面,督导性案例的整体效力和实质作用难以体现。更重要的是,我们的司法解释往往是最高法院的工作人员在有限的办案经验、案例了解和调查研究之后起草出台的,对全国相关案例的复杂性、特异性之深度把握不够,对案例中基于中国特殊司法背景下的司法经验、司法智慧的借鉴吸收也不够,从而增加了司法解释受到质疑的可能性。<sup>④①</sup>从法与社会之关系的另一层面看,社会普遍重视法院的案例,法律研究者、工作者包括新闻媒体、普通公众都关注法院案例,但法院从案例方面满足公众和媒体对司法公开、司法透明以及法制宣传、提高全社会法律意识方面的迫切需求所做的工作仍然存在不足。因此,统一的制度、由最高人民法院主导的案例监督与指导制度就成为一种迫切的现实需要。

再从法官能力的增进和司法质量的提升的角度权衡。法官能力的增进,实际上必须依靠办案实践中技术的娴熟、经验的积累和案例的借鉴、智慧的碰撞来完成。对一起新的案件,尤其是疑难、复杂或新类型案件,不能够仅依据法律和司法解释文本,借助其个人经验和思辨逻辑办案,而应当站在巨人的肩膀上、借鉴案例库中的智慧进行审理。个人经验和思辨逻辑式的小作坊的办案模式,不仅远远落后于现代司法审判,与中国古代的借鉴“断例”、“成案”等也有相当距离。<sup>④②</sup>表面上看,我们的法官往往表现出法律解释能力和具体适用能力不强,不能正确理解法律本意并公正地行使自由裁量权,因此,似乎需要更多更明确的立法和司法解释,但实际上,立法和司法解释越多,法官对法条和规范性法律文件的依赖就越重,法官自身的法律解释、法律推理和法律运用能力就越发难以提高。而通过建立有效的案例监督与指导一类的制度,可以使运用规范的法律解释、法律思维成为一种良好的司法习惯,使司法统一、裁量一致成为一种司法文化,使法律的一致性、确定性和可预见性得到充分维护,进而使法律的价值得到切实实现。

最后,从法律文化和制度经济学的层面进一步考量。中国文化和司法发展的一个致命弱点在于,对理论、文本和会议等过于崇拜,对实证性的、技术性的、操作性的、经验性的东西重视不够;辩证理性盛行,而分析理性、实证理性欠缺。这一点,逻辑学家陈慕泽先生看得很清楚,并指出了发展出路:“全球化使得传统的中华文化

<sup>④①</sup> 有法学家曾指出:要研究合同诈骗罪,不研究上百个案例是不行的。审判实务专家也道出办案的真谛:不办几百件案子,是没有审判指导的发言权的。

<sup>④②</sup> 参见周道鸾:《中国案例制度的发展》,载《法律适用》2004年第5期。