



判例在中國

珠海市非凡律師事務所 編

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

判例在中国/珠海市律师事务所编. - 北京:法律出版社,
1999.6
ISBN 7-5036-2802-2

I. 判… II. 珠… III. 审理-判决-案例-中国-文集
IV. D925.05-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 10615 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/陶 松	责任校对/何 萍
印刷/宏伟印刷厂	
开本/850×1168 毫米 1/32	印张/19.625 字数/520 千

版本/1999 年 9 月第 1 版 1999 年 9 月第 1 次印刷
印数/0,001—3,500

社址/北京市西三环北路 105 号科原大厦 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)
出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2802-2/D·2514

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

当今世界上有两大著名的法系,一是大陆法系,二是英美法系。大陆法系以成文法和法典编纂为特征,英美法系则以判例法为特征,这种在法律渊源上的差异,导致不同法系的国家和地区法律适用技术、立法、审判制度等方面的区别。长久以来,众多的学者曾对两大法系孰优孰劣作过大量的论证,但历史的轨迹延续到今日时,雄辩地证实关于大陆法系和英美法系的界限已变得模糊,两者之间的冲突已趋向融合,在实践中,英美法系的国家和地区以判例法为主要法律渊源,法官一般根据“遵循先例”的原则来判案,但同时也遵循颁布的一些成文法。大陆法系国家和地区以成文法为主,而又辅之以判例制度,法院所创制的判例,定期汇编成集公开发行,上级法院的判例对下级法院有一定的约束力或施加重要影响。

当今中国正处于社会主义初级阶段,经济体制改革向深层次方向发展的一个重要表现形式就是要建立和完善社会主义市场经济体制。社会主义市场经济从本质上要求建立与之相适应的现代化的、科学的法律体系。可以认为,在建立和追求现代化、科学化的法律体系过程中,也必然是深受大陆法系影响的我国大规模的变法修律的过程。从法律渊源和立法司法技术角度讲,循从大陆法系成文法特点,我国社会主义法律体系的建立也应当是以成文立法为主,即以成文法典、单行法规、法条及其他成文的规范的有约束力的法律文件为框架,同时应当将英美法系的判例制度纳入我们的视野之内。固然由于历史传统、社会制度、民族文化等因素的差异,使我们不可能在

整体上接受英美法系,但英美法系项下的判例制度所固有的典范性、互补性及即时性,可以弥补因成文法原则、抽象所易造成的僵死或滞后,特别是在大规模的成文法立法过程中,法律不可能包罗万象,法律所调整的对象也不可能事无巨细,而从效果上大规模的、频繁修订法律活动也会相应地损害法律的稳定性。因此,以判例制度之长弥补成文法之短,应当成为我国建立社会主义市场经济法律体系的重要指导思想。

从一开始,我们就十分重视《判例与研究》办刊指导思想的定位。作为一个法学理论刊物,其宗旨绝不是在宽泛意义上讨论所有法律问题,而是从判例的角度并以此为起点,通过对当代中国各地有影响或典型的案例的法学意义的分析、整理、归纳,揭示其中的法理蕴含和应有的法律价值。归纳起来,主要有三大任务:一是通过充分占有现实的材料和活生生的具体事例,宣示法律精神、法律原则、挖掘案件背后所固有的法律价值取向,以弥补成文法之不足;二是系统整理、规范、移植或借鉴我国历史上和国外的判例制度,提高人们的判例意识,更好地建立和发展我国社会主义市场经济法律体系;三是评判具体判例得失,推动立法完善,提高司法和法律服务技术水平,增强公民、法人的法律意识。

基于以上的认识,我们认为需要解决两大问题。

第一,判例与案例的关系问题。从典型的英美法系判例制度角度讲,判例来源于案例,但判例不能等同于案例,并非所有的案例都能形成判例,只有那些能弥补立法之不足或通过一判例能宣示新的法律原则或规则,并为一国法律指定的权威机关宣布的才能称其为判例。但无论判例与案例有多少相同或不同之处,对于一个研究判例的人来讲,如果一开始不从具体的个案出发,不扎扎实实从占有大量的案例入手,就不会形成真正意义上的判例。

第二,判例与研究的关系问题。我们认为,学术刊物或著作,应当属于理性的范畴,从经验或案例出发,最终要回归原则、抽象。我们提倡从案例和占有现实的材料出发,需要作者透过该案例,挖掘、

阐明案例背后的深层次的东西,而不仅仅停留于具体的案例本身,在写作形式上一味采取一个案例——几种观点——笔者观点——得出结论的范本式结构。

当代中国,改革是社会的主旋律,但是,社会的运行似乎行动多于理论,感性多于理性,尤其在法律领域,似乎只要多颁布几部法律及进行几次对已颁布法律的普法宣传,就可以建立一个法律体系。实际上,法并不是立法家的艺术品,法就发端于人们交往之际,定型于社会生活之中。它的生命力就在于它应当也能够不断被发现、挖掘和描述。而以法官、律师为代表的法律实践者们就充当了完成这一使命的历史角色。英国法律改革家丹宁勋爵有一个很形象的比喻:“法律就象是一块编织物,用什么样的材料来编织这块编织物是国会的事,但这块编织物不可能总是平平整整的,也会出现皱折;法官当然不可以改变法律编织物的编织材料,但是他可以、也应当把皱折熨平。”法官在审案和判案的过程中应随着社会的变化和时代的发展创立出与生活的步调相一致的新的、公正的判案规则。中外历史证明,法的发展和飞跃,常常靠着法官的默默无闻的工作。他们从琐碎纷乱的案牍入手,去推动法的宏观变革。从中国西汉的“春秋决狱”,到美国大法官的著名判例;从中国古代的“决事比例”,到英美法系的判例汇编,从中国不绝如缕的律学,到美国律师对法律的诠释,无不履行着这一历史使命。

我们一直坚信,所有的执行法律的职业都是高尚的职业,而法律是理性的产物,法律的产生、演变、表征等都是规律的、有序的,其间虽有人为的破坏和扭曲,但最终会被矫正。我们关注的是,难道推动法律进化的决定因素唯有政治意识形态和社会制度?从历史角度透视,这当然是一个原因,但就一个业已建立的社会制度而言,推动法律进化的动力绝非如此。我们注意到,美国在200多年前产生的在世界宪法史上属较短条文的宪法至今仍充满活力,个中原因,正如有的学者所指出,美国法官、律师对宪法文件的阐释性的适用是推动美国宪制适应美国社会变革的动力,甚至可以认为,对美国法律影响最

大的首先是法官的司法决定(其中绝大多数可称之为出色的甚至是一流的法律论文),其次是从具体案件的分析下手的法学著作。相比之下,我国的法学研究大多从书本到书本,从理论到理论,经验性的材料和鲜明的文章个性无从体现,以致许多人在肆无忌惮地堆积文字和进行自我陶醉的逻辑推理。

社会变革呼唤着法的变革,法的变革仰仗法律意识的更新。这种更新正期待着“判例意识”的复兴和成熟。当人们不囿于成见,按法律实践活动本身的规律性来思考法和操作法的时候,“判例意识”就会生成。而只有当判例的创制与适用成为一种自觉过程时,判例的价值才会社会化。探讨判例的法律价值,促成“判例意识”的觉醒和成熟,便是我们孜孜以求的社会效果,也是本书出版之目的。

为了更好地总结过去,进一步明确办刊思路 and 方向,我们挑选已出版的《判例与研究》14 期中有代表性的判例理论和判例评析两个栏目的文章 90 余篇(其中有几篇是首次发表;刑法判例部分除第 7 篇文章外,其他均系现行《刑法》施行以前所作,在此只作为参考),集录成书,奉献给读者,其中有诸多不足和疏漏,尚祈法学理论界和司法实务部门的同仁批评指正。

编 者

1999 年 3 月 16 日

目 录

判例理论研究

- 走向东方,走向“混合法” 武树臣(1)
——从中国法律传统的角度看判例法
- 再论当代中国的判例 沈宗灵(6)
- 判例与法的发展 严存生(10)
——读梅因《古代法》有感
- 中国古代判例法制度 汪世荣(15)
- 判例法与制定法的运作与未来 任 强(26)
- 司法先例刍议 井 涛(32)
- 对十年间大陆法学界关于借鉴判例制度之研讨的回顾
与评说 武树臣(38)
- 大陆法系的司法判例及其启示 潘荣伟(55)
- “春秋决狱”:儒家经义与判例法 武树臣(63)
- 提高判例的法理质量 郭道晖(72)
- 中国古代特定类型判例研究 汪世荣(79)
——听讼判例

民商法判例

- 海南外贸公司诉宁电公司购销合同纠纷案 孙培理(101)

一审判决并无不当,宁电公司不应免责	梁慧星(108)
——也评海南外贸公司诉宁电公司购销合同案两 审判决	
海南爱地实业联合发展公司诉海南坚联房地产有限公 司房屋预售合同纠纷案	武雪丽(114)
A厂诉B银行票据纠纷案	陈发启(123)
某塑料厂诉某玩具公司加工合同纠纷案	彭书清(127)
海南某进出口公司诉中国太平洋保险公司某分公司保 险合同纠纷案	伍载阳(131)
C市某劳动服务公司诉本市银华公司合同纠纷案	施汉嵘(135)
白玉杰诉郭志刚腾房纠纷案两次终审判决的法理评析	叶自强(138)
——判决的既判力应予尊重	
朱贤君等8人诉张世春返还学费、赔偿损失案	李后龙 李晓梅(149)
华盛公司诉山东外运公司烟台支公司货物运输纠纷案	史殿美(153)
外贸公司诉饲料公司不能按约交货案	樊建兵(158)
正鸿利公司诉阿兰斯海上运输公司不予交货 致损纠纷案	吴南伟 陈 斌(164)
舒易平诉蓝剑集团公司产品责任损害赔偿案	喻 敏(169)
——自由心证与自由裁量	
百龙公司等诉韩成刚侵犯名誉权案	张忻如(178)
顾剑云诉律师林纪芳侵犯名誉权案	刘天兴(185)
杨某遗嘱取消未成年人代位继承权纠纷案	王旭光(190)
李林珍诉中国银行桐庐县支行劳动合同争议 案	方素英 许子敏(196)
银星公司诉香旅公司无效联营协议纠纷案	葛承书(201)
叶兆铜诉瑞安市二轻建筑安装工程公司损害赔偿案	

.....	胡绍良(211)
程远诉中电开源贸易总公司家电商厦卖假纠纷案.....	刘国福(215)
天津南程林实业公司诉南开大学科技发展总公司中试 开发合同纠纷案.....	刘春茂(220)
杨敏诉姚正祥滥用诉权赔偿纠纷案.....	叶自强(227)
——滥诉的后果及行使诉权的条件	
楚兰英诉郑德洪等五人共有耕牛损害赔偿案.....	刘亚林(239)
王志杰诉太原铁路分局人身损害赔偿案.....	尹继华(247)
王志明诉汇通商厦违诺纠纷案.....	张天智(251)
李珉诉朱晋华、李绍华悬赏广告酬金纠纷案.....	徐 泉(257)
王春林诉银川铝型材厂有奖储蓄存单纠纷案.....	王 瑞(264)
中外运上海公司诉达阳公司、义达公司货运代理纠纷案	孙英伟(270)
薛某诉张某国际互联网络侵犯姓名权案.....	刘国福(274)
吴淑英、曹俊芳诉北京周林频谱集团总公司侵害肖像 权、名誉权纠纷案.....	李慧群(279)
山西省电影公司诉临汾市广播电视局侵权纠 纷案.....	张忻如 朱小丽(284)
新津县畜牧局诉林群英损害赔偿案.....	喻 敏(289)
(香港)镜威公司诉梁金福清偿转让债权纠纷案.....	伍载阳(294)
泸县得胜镇初级中学诉周立莲拒送子女接受义务教育 案.....	刘亚林(300)
赵甜宇诉长清县崮山镇人民政府人身损害赔偿 案.....	张培华 王旭光(307)
中国投资银行天津分行诉天津市轻工业对外 贸易公司票据质押纠纷案.....	宋惠生 尹彦久(319)
中国工商银行远安县支行诉中国银行长阳支行、中国 银行远安支行汇票纠纷案.....	何 云(324)
南充市高坪区龙门啤酒饮料厂诉四川省衡平律师事务	

所代理合同纠纷案·····	张天智(331)
褚桂枝诉褚福华遗产继承纠纷案·····	熊 伟 殷耀德(338)
厦门国际银行诉厚泰公司、晓升公司借款保证 纠纷案·····	孙 鹏 齐毅保(346)
——保证期间的立法检讨	
任发礼诉张国宇彩票纠纷案·····	刘尊知(356)
徐俊利诉墩台村经济联合社果树承包合同纠纷案·····	杨欣欣(363)
中技总公司诉瑞士工业资源公司赔偿纠纷上诉案·····	谭兆平(372)
通化县山珍加工厂诉通化对外经济贸易进出口公司信 托合同案·····	曾 洋(380)
招远市外贸进出口公司诉招远市商贸信息咨询有限公司、江苏中期期货经纪有限公司期货平仓交割纠纷案 ·····	刘传慕(387)
余国民诉王晟、汪军解散、清算公司纠纷案·····	刘子平(396)
崔虎诉刘志斌产权纠纷案·····	贺海仁(402)
珠海三益电池有限公司诉中辽三普电池(沈阳)有限公 司劳动争议纠纷案·····	常 锐(407)
珠海南海大酒店诉广东省长城发展公司承包经营纠纷 案·····	李 纯(413)
海南省海信(集团)公司诉中国南光珠海公司货款纠 纷案·····	徐燕波(420)
黄梅诉罗勇刚、张蒙重婚案·····	杨 丽(426)
——兼论无效婚姻中的几个问题	
厦门市直线传达企划有限公司诉广东国际广告公司霓 虹灯广告合同纠纷案·····	李辉东(434)
中国太平洋保险公司成都分公司城西支公司诉四川长 汇运输有限公司保险合同纠纷案·····	喻宇红(439)

知识产权法判例

天津狗不理包子饮食(集团)公司诉天龙阁饭店商标侵权案·····	马群赉(447)
李家鸿诉广西人民出版社署名权纠纷案·····	金勇军(451)
梅忠恕诉上海蓝波高电压技术设备有限公司著作权纠纷案·····	倪文斌(458)
俞华诉北京古桥电器公司侵犯著作权纠纷案·····	侯占恒(463)
北京多灵多生物保健品有限公司诉北京市海淀区百慧新技术开发部、北京市百慧生化制药厂不正当竞争案·····	张嘉林(470)
福建恒安集团有限公司诉顺德市乐从镇美致卫生巾厂商标侵权及不正当竞争案·····	葛承书(477)
荷兰 BYK 有限公司诉北京新特药品公司商标侵权案·····	刘永锋(484)
叶庆球诉香洲船舶修造厂著作权纠纷案·····	李 蛟(489)

刑法判例

宣告袁某无罪案评析·····	李记华(495)
律师梁某受贿案评析·····	杨新培(504)
陈如荣、赵爱素受贿案评析·····	王 颀(515)
对一起盗用财产案的定性质疑·····	刘建明(520)
李某故意杀人罪抗诉案评析·····	庄永廉(525)
万超宇等绑架勒索案评析·····	戚庚生(533)
王项固挪用公款、偷税案·····	王玉杰(539)

行政法判例

- 林鹅仔诉拱北海关行政诉讼案评说…………… 范 卡(545)
——从一起海关行政处罚案看我国海关法与海商
法的冲突
- 目明村委会诉安阳县矿产资源管理处不作为行政诉
讼案…………… 赵松凌(550)
- 胡淑琴、杨翠容诉自贡市贡井盐厂退休费用统筹劳动
争议案…………… 张正华(557)
- 县自来水公司诉县水利局行政诉讼案…………… 王 涛(561)
- 王宗孝诉连云港市规划局不完全履
行规划管理职责案…………… 戚庚生 胡为地 吕康明(567)
- 张某诉新乡市劳动教养管理委员会劳动教养决定案
…………… 荆国安(571)
- 徐其才诉江苏省监狱管理局非法限制人身自
由案…………… 崔 巍 高 鸿(577)
- 郑传振诉南平市中级人民法院刑事赔偿案…………… 刘希星(582)
- 陈定等诉厦门市土地管理局、厦门市房地产管理局不作
为行政诉讼案…………… 赵 凯(588)
- 童国兴诉扬中市人民检察院刑事赔偿案…………… 汤 流(593)
- 焦保林诉北京市公安局朝阳分局国家赔偿案…………… 张 锋(599)
- 胡淑英、达洪泉等诉南通市港闸区唐闸镇政府和区工商
局侵犯企业法定经营自主权案…………… 高 鸿(605)
- 中国华源实业总公司无锡公司诉江阴进出口商品检验
局行政赔偿案…………… 殷锦昌(611)

判例理论研究

走向东方,走向“混合法” ——从中国法律传统的角度看判例法

□武树臣

内容提要 作者认为,在法律样式上可以说,世界的大趋势是走向东方,走向“混合法”。“混合法”是这样一种法律实践的样式:当成文法宜于社会生活时便运用成文法来裁决案件。当无成文法或现有成文法不宜于社会生活时便创制和适用判例。当立法时机成熟时将判例加工上升为成文法条。在成文法条后面附以若干判例。今天法制建设的使命之一是,自觉重构与完善“混合法”体制。完善“混合法”的关键是完善判例制度。为此,作者提出了完善我国判例制度的八大要素。

人类法律实践的规律性表现在法律样式上,即是以“立法至上”为理论支柱的“成文法”、以“司法至上”为理论支柱的“判例法”,和上述两者相结合的“混合法”。其代表便是英国法律传统、大陆法律传统和中国法律传统。

“成文法”的优点是统一和集中,便于理解和运用。其缺点是割裂了立法与司法间的内在联系,限制法官的主观能动精神,使法官形同一般官僚,成为依法操作的工匠。它既不可能包揽无余,又难以随机应变,其可比性不强。

“判例法”的优点是详细具体,可比性强,易于随机应变。其缺点

是过于庞杂,使人难以理解和运用。这一特点使法律失去民众的基础而成为法律专业人员的专用品。法官的优越地位使他能够选择他认为合适的判例,从而给法官的主观能动性留有太多的用武之地。

“混合法”是这样一种法律实践的样式:当成文法宜于社会生活时便运用成文法来裁决案件。当无成文法或现有成文法不宜于社会生活时便创制和适用判例。当立法时机成熟时将判例加工上升为成文法条。在成文法条后面附以若干判例(原始判例或经过加工的判例要旨)。“混合法”样式避免了“成文法”、“判例法”自身的缺欠而又集中了两者的长处,它体现了人类法律实践活动的内在规律性。

中国法律传统的重要基石是“混合法”。古代先民从更为宏观的视野来认识法。古代的“法”字,正是法官决断争讼所形成的行为规范之义。古人既没有视法为神圣之物而顶礼膜拜,也没有轻视“判例法”的偏见。在“人”与“法”这个古老而普遍的法哲学命题上,古人的结论是“人法并行”,这就使“成文法”的权威——皇权,和“判例法”的精髓——法官的主观能动性,有机地结合在一起。

中国的“混合法”是以“成文法”和“判例法”的相互结合和转化来实现的。在数千年的法律实践中,中国法律传统既经历了“判例法”时代(西周、春秋),即“议事以制”(选择合适的先例来断案),“不为刑辟”(不制定成文法典);又经历了“成文法”时代(战国、秦朝),即“诸产得宜,皆有法式”,“事皆决于法”。此后便是“混合法”时代(汉至清末),即“有法者以法行,无法者以类举”(荀子语,类即判例及判例所体现的原则)。

在“混合法”中,“判例法”起着重要作用。从西汉的“春秋决狱”,“决事比”,晋朝的“法比都目”、“辞讼比”,唐代的“法例”,宋元的“断例”,明清的“例”,及至民国初期大理院的判例,法官用创制和适用判例的方法弥补成文法典之不足,填充其空白,并用判例具体详细可比性强之长,助成文法之短,并为成文立法创造了前提条件。

“成文法”和“判例法”本来是对立的东西。在中国的“混合法”时代,两者之所以能够相安无事、并行不悖,主要原因是:一,皇权至上

的集权政体协调两者的矛盾,使两者围绕皇权这一核心来运转;二,封建王朝地广人众,导致政治上的集权,而在法律上则是既需要集权又难于集权,其结果是既需要成文法典又需要各级法官(地方行政官吏兼理司法)因地因时制宜,在法律实践上实际上是“人法”并重、“君臣共治”;三,在法律观念上,古人没有只承认成文法而无视判例的偏见,加之,重要的判例常常经过朝廷的审核和御批,判例的价值反而高于成文法典。

中国法律的近代化是在救亡图存的民族斗争中进行的。由于历史条件的限制,使得当时的法律家们不能全面地面向外国法律文化成果,从容不迫地加以评判和选择。从而使中国法律的近代化实际上成了“大陆成文法系化”。在“三权分立”、“司法机关不得染指立法事务”等理论的影响下,主持“清末修律”的法律家们在引进西方进步法律原理的同时,抛掉了中国固有的“判例法”(比附援引)传统,开启了向“大陆法系”(成文法)一边倒的风气。

但是,法律传统是不能中断的。与清末法律家的愿望和设计相反,在民国初期,在封建法律不能用,清末移植的外国法律不便用的特殊社会条件下,大理院的法官们在“司法独立”的旗帜下勇敢地创制和适用判例,把“判例法”搞得有声有色。

国民党政府时期,“混合法”理论再度出现并影响着当时的法律实践活动。司法院长居正曾指出:成文法与判例只有形式之别而无本质的差异,中国历来就是判例法国家,与英美法系差不多。其间,编纂、研究判例、判例要旨、解释判例要旨的成果层出不穷,关于判例的效力和适用等,已有明文规定。

新中国初期,在无成文法典的情况下,司法审判是在有关政策(民事政策、刑事政策)的指导下进行的。这就使得法官的主观能动性和判例发挥着实际的作用。1956年、1962年全国两次司法审判工作会议都强调:要注重编纂典型判例,经审定后发给各级法院比照援引。从而使“判例法”获得发展的机会。

改革开放以后,中国迎来了法制建设的黄金时代。而法制的恢

复与繁荣是以成文立法的加强为标志的。在短短的时期内,大量的成文法典、法规问世了,从而告别了“无法可依”的时代。但是,社会生活的复杂化和生活节奏的加快,暴露了“成文法”的固有缺欠。因为它既不可能包揽无遗,又不可能随机应变。1985年,最高人民法院公报开始刊登典型案例,这是一个伟大的选择和尝试。它向世人宣告:用判例来弥补成文法之不足是一个有效的方法。与此同时,法学界开始重视判例的研究,此间,不少学者提出在我国设立判例制度的主张。这一切活动,不论是立法司法,还是研究探讨,都自觉或不自觉地朝着共同的方向前进,这个方向就是中国固有的“混合法”。

一个世纪以来,西方两大法系各自都发生了方向性的变革,它们打破自己传统理论的束缚,不断向对方靠拢。比较法学者清楚地发现了这一变革。但是,比较法学者的缺欠是草率地宣布中国法系为死亡的法系。事实上,中国法系或中国法律传统是由两大基因构成的:一是“集体本位”(与西方个人本位相对应),二是“混合法”(与西方两大法系相对应)。这两大基因至今未绝。可以说中国法律传统历经数千年一气呵成至今犹存。不仅如此,中国的“混合法”是中华民族聪明才智的结晶,也是人类法律实践活动内在规律性的反映。西方两大法系在法律样式(立法司法活动的基本工作方式)上的共同发展趋势是“混合法”。这种趋势与其说是向别人学习,不如说是自身发展的内在需要。在法律样式上可以说,世界的大趋势是走向东方,走向“混合法”。

在今天的法制现代化建设中,我们既不应拒绝学习外国,又不应割裂历史传统,而应向规律学习。今天法制建设的使命之一是,自觉重构与完善“混合法”体制。完善“混合法”的关键是完善判例制度。这是需要一代甚至几代人为之奋斗的伟大目标。

完善判例制度是一个巨大的法制工程。它需要:一、纠正轻视判例的传统偏见,借鉴英国判例法和历史上判例法的优秀成果;二、树立与社会主义市场经济相适应的普遍的正义原则,作为立法司法活动的指导原则;三、形成高水平的操作能力强的法官群;四、使人