

中国案例指导制度

理论·实践——判例研读沙龙 II

黄 卉 朱 芒 解 亘 编
章剑生 周 伟 陈越峰



上海三联书店

中国案例指导制度

理论·实践——判例研读沙龙 II

黄 卉 朱 芒 解 亘 编
章剑生 周 伟 陈越峰



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

中国案例指导制度：理论·实践：判例研读沙龙Ⅱ/黄卉等编. —上海：上海三联书店，2019.3

ISBN 978-7-5426-6261-3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 082496 号

中国案例指导制度：理论·实践——判例研读沙龙Ⅱ

编 者 / 黄 卉 朱 芒 解 亘 章剑生 周 伟 陈越峰

责任编辑 / 杜 鹃

装帧设计 / 一本好书

监 制 / 姚 军

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200030)中国上海市漕溪北路 331 号 A 座 6 楼

邮购电话 / 021-22895540

印 刷 / 上海惠敦印务科技有限公司

版 次 / 2019 年 3 月第 1 版

印 次 / 2019 年 3 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 500 千字

印 张 / 32.5

书 号 / ISBN 978-7-5426-6261-3/D·383

定 价 / 89.00 元

敬启读者，如发现本书有印装质量问题，请与印刷厂联系 021-63779028

总 序

这是汇集“判例研读沙龙”历年活动内容的系列，记载着我们这些法学学人对大陆法学判例制度的探究经历。

“判例研读沙龙”起步于2008年9月，是我们这些深感在中国这片土地上，有必要研究判例，推动法律适用的法学学人共同发起的一项活动。自此开始，在每半年聚集一次固定的沙龙中，大家共同讨论判例制度、研读判例文理、分析判例效力。

岁月流逝，判例研究正逐渐被国内学界接受，成为中国法学教学与研究中常见的构成部分。迄今，“判例研读沙龙”已经定期连续举办了十次学术活动，情况如下。

第一期：大陆法系的判例制度——成文法系中的判例和成文法的关系（2008年9月28日，北京航空航天大学法学院）

第二期：行政权的结构与边界（2008年12月27日，上海交通大学法学院）

第三期：司法裁判中的权利形成（2009年4月18日，南京大学法学院）

第四期：指导性案例的约束力（2009年11月

7月，四川大学法学院)

第五期：同案同判的技术及其适用(2010年4月3日，浙江大学法学院)

第六期：中国案例指导制度研究——任务、困难与出路(2010年11月6日，北京航空航天大学法学院)

第七期：中国案例指导制度的具象化(2011年4月9日—10日，华东政法大学科学研究院)

第八期：司法判例与公共政策(2011年11月5日，南京大学法学院)

第九期：裁判理由和规范形成(2012年4月21日，苏州大学王健法学院)

第十期：判例研究方法与指导性案例(2012年11月10日，南开大学法学院)

回首十期沙龙，我们既收获了意料之中的成果，也有了意料之外的发现。这些成果与发现有如下几点：

一、研讨对象：制度与案件

在“判例研读沙龙”开展活动之前，国内学界已经有学者开始研究探索建立判例制度的可能性以及该制度应有的功能。^{〔1〕}沙龙也同样将目光投向这一制度建设领域，紧贴法律制度发展的需要，讨论相关国家判例制度的历史成因及其特征，寻找中国制度建设的必需条件。围绕这一方向，每次沙龙将第一个半天的主题设定为“判例制度研究”。2010年11月26日最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》，建立了具有中国特色的案例指导制度。“判例研读沙龙”也顺应制度的这一重大变化发展，将这一制度以及

〔1〕 如张骐：《试论指导性案例的“指导性”》，载《法制与社会发展》2007年第6期；刘作翔、徐景和：《案例指导制度的理论基础》，载《法学研究》2006年第3期；邵永、刘克毅：《论案例指导制度的法律定位》，载《法律科学》2008年第4期；郑显华：《民事审判指导案例制度之个人设计》，载《经济与社会发展》2007年第8期。

最高人民法院发布的指导性案例纳入了该单元讨论的范围之内,并成为研讨的重心之一,如第九期沙龙的该单元中,王亚新做了对第2号指导性案例的评析报告,第十期沙龙更是将主题定为“判例研究方法 with 指导性案例”。

然而,沙龙更注重寻求一种能够超然于具体制度,定位于单纯学术层面的问题发现和讨论方式。因此,除了上述的对中国是否应该建立判例制度以及建立怎样的判例制度的讨论之外,沙龙更加注重学术方法方面的形成和积累,试图建立起有效的学术分析框架,填补中国法学研究中的相应不足。例如,沙龙的一些报告尝试着从功能分析的角度去发现中国法体系中客观存在的与判例具有同样功能的案例,并以此为基础发现和整理出具有事实上拘束力的中国判例。^{〔2〕}学术界已将这种有别于主动建构判例制度,即“判例建设”思路的研究方法称为“从实务中发现或提炼判例”的判例形成思路(“判例发现”思路)。^{〔3〕}

二、组织形式:封闭或开放

在“判例研读沙龙”初办阶段,因为召集人着眼于如上所述的单纯学术分析,所以设想少数相对固定的学者(如在20人的范围之内)在封闭的环境中进行自由而不拘形式的讨论。至少到第二期时所持的还是这样的想法。但是,召集人很快就发现这一设想落空,因为不断有人希望参与其中。在这样的情况下,沙龙在尚未封闭之时就不得不对外开放。自第三期开始,每期沙龙的参加者人数就不断增加,如今已经到120人左右的规模。

参加者人数增加说明判例研究在中国法学研究和法律制度建设存在着很大的需求空间。这其中,很多硕博士研究生和司法实务界人士^{〔4〕}的参

〔2〕 如朱芒:《行政诉讼中判例的客观作用——以两个案件的判决为例的分析》,载《华东政法大学学报》2009年第1期。

〔3〕 王亚新:《判例研究中新的视角及方法探求》,载《昆明理工大学学报(社会科学版)》2011年第1期。

〔4〕 例如,北京市人民检察院第二分院、安徽省郎溪县人民检察院等实务机关一直实质性地参与判例研读沙龙,最高人民法院、江苏省高级人民法院、浙江省高级人民法院、上海市高级人民法院、四川省高级人民法院、天津市高级人民法院、上海市人民检察院等实务机关的法官、检察官也先后以各种形式参与沙龙活动。

与,更是构成对沙龙活动的激励和鞭策。因为前者意味着判例研究方法可以使新一代法学学人在钻研世界各国的法学理论之时,能够同时关心理论如何与现实中的中国司法活动相结合,如何使外国的学说嬗变为中国的法学理论。而来自后者的学术报告,尤其是其中来自一线的信息,则直接促使学者审视自身的学理逻辑与制度实际运行规则之间的关系。总之,人数的增加促使沙龙召集人更加努力关注法律制度发展的需求和学术推进的方向。但另一方面,百人以上的学术会议就不可能达成充分、细致、自由研讨学术的沙龙效果,沙龙已经无法成为沙龙了。如何在非沙龙的环境中秉持沙龙精神,已经逐渐成为沙龙发展过程中的“瓶颈”,要求包括召集人在内的所有参与者探索更新学术研讨方式、不断提升研讨效果。

三、研究程度：方法和水平

“判例研读沙龙”自始就强调以裁判事例为对象,判断其中法官对成文法概念的认识方式和论证逻辑,由此从判例中抽取出法律规范,即直接倡导参加者运用“判例研究方法”。这是一种分析法律规范的方法,与在法学教育中的案例分析方法完全不同。但如何讨论由判例体现出来的司法判断中的规范,则并无规定的模板。就沙龙中表现出的各种研究方法来看,有的已经开始引入国外成熟的研究方法并在中国法语境中加以适当转化,有的则在过去的案例分析延长线上寻找着新问题的有效解释路径。如今,沙龙基本上呈现和汇集了国内既有的各种研究方法。在第七期沙龙上,章剑生曾归纳了沙龙讨论中客观存在着的四种研究方法或者分析视角。即个案解析研究、系列案例研究、个案引出问题研究和个案作论据研究。^{〔5〕} 总之,沙龙始终在探索什么才是中国应有的判例研究方法。在时间的流淌中或许可以渐渐催生出属于中国自身的分析方式。

〔5〕 章剑生虽然总结的是第七期“判例研读沙龙”中公法单元中几份报告的研究方法,但沙龙活动以来各个报告基本上是以这些方法展开分析研究。参见黄卉、章剑生:《判例研究及其方法——基于第七期“判例研读沙龙”的评论性综述》,载《华东政法大学学报》2011年第3期。

也正因为判例研究在国内还处于起步阶段,沙龙中相当部分的报告,尤其是最初阶段的报告或许尚存在焦点分散、论证粗糙、逻辑不清甚至偏离中立的学术立场等不足。但是在学界师长的鼓励之下,^[6]在参与同仁的共同努力下,沙龙的提升在不断进行。如今,沙龙的一批研究成果已经在《中国法学》《法学研究》《中外法学》《清华法学》《法学》《行政法学研究》《华东政法大学学报》和《交大法学》等主流法学期刊发表,渐渐在法学界显露出法解释和判例研究应有的学术力量。

今天,“判例研读沙龙”系列的刊行,不仅仅意味着沙龙活动能留下记录,以供后人做今昔对比研究,同时也蕴含着我们期待能通过这种方式对中国法学发展作出一些推动。

“判例研读沙龙”的目的与未来发展方向如下。

其一,开启和深化法律适用和解释的研究。

中国在基本完成了立法时代之后,法学研究和教育的重点必然会转入法律适用和解释方面。至此为止,法学教育和研究自觉不自觉地以评析(成文)立法成果为基本立场,而很少进入法律适用的层面和领域,更没有挖掘和发展出法律适用和解释的技术规范。研究判例,就是将法律的适用与作为其前提的成文法规范结合成一个整体,从而在理解所谓法的概念时,不仅着眼于成文的法律规范,而且更应注重其适用部分。那些由法官在判决的理由部分展现出来的对成文法的判断及其种种判断的逻辑方式,也构成了法律规范的本身,成为成文法规范“活”的部分。越是对判例分析深入,就越能理解成文法规范的含义。如果对判例缺乏观察或虽观察但缺少分析方法,那么无疑不能解读成文法规范的现实作用。

其二,推动法学理论与司法实务互动,从而积淀成中国的法学理论。

目前中国法学界的各种理论,无论是自我构筑的还是援引自国外的,其是否能适用于中国,相关的争论往往限于理论圈本身而欠缺与现实司法实

[6] 例如,王亚新曾多次以日本的判例研究发展历史来鼓励沙龙活动的召集人,称以现今的学术眼光判断,百年前日本法学界的判例研究也同样存在着如中国目前一样的问题,但现在这些研究非常精致细腻、逻辑缜密,因此中国的研究只要假以时日持之以恒地予以积累,定会取得同样的收获。

务之间的沟通。其实,理论本身是否能够适用于中国,其不在理论本身的自我论证,而在于司法实务中,司法判断如何接受以及以什么方式接受这些理论中的逻辑,从而可以顺畅地论证推导出判决结论。更进一步而言,司法实务本身并不受限于既有理论的范围,其自身表现出来的对成文法规范的独特理解能力,常常超乎既有的理论。这样,在分析具体的法律规范内容时,必然需要从法学理论与司法实务的互动的过程中去寻找答案。尤其是那些已经在判例中相对固定的判断和认识,也理所当然地构成了成文法规范的内容。在这一前提下可以看出,无论理论来自何方,只有被判例接受的,才能成为现实被运用的理论。当这些被运用的理论积少成多,便会构成中国自身的法学理论。

其三,促进法学教育的发展。

如上所述,如不分析判例则无法理解成文法的内容,更无法推动中国的法学理论的成形。但是,我国现实的法学教育常常没有关注这些方面。定期的判例研读活动,将带动青年法学研究者和博士研究生进入法律适用和解释的领域,使之成为今后构建中国自身法学理论的主体。

如今,“判例研读沙龙”已经迈开了此方面研究的第一步,愿更多的研究者投入其中。

“判例研读沙龙”全体召集人谨识

2013年盛夏

目 录

总 序 I

第六期 中国案例指导制度研究——任务、困难与出路 —— I

沙龙主人：黄卉（北京航空航天大学法学院）—— I

章剑生 前期回顾 —— 3

第一单元——总论 —— 6

吴光荣 新旧制度的断裂与衔接——论既有制度为何不能承担案例指导功能 —— 6

胡伟新 中国案例指导制度的几点思考 —— 10

张翠松 检察机关案例指导制度的构建与完善——以《最高人民检察院公报》案例为视角 —— 13

第二单元 —— 23

李红海 箭失靶心！——评最高人民法院案例指导制度 —— 23

黄 卉 中国案例指导制度问题纲要 —— 25

傅郁林 论“同案”之判断——从南京彭宇案说起 —— 32

第三单元 —— 42

李友根 司法裁判中政策运用的调查报告——基于 3800 份裁判

文书的整理 —— 42

石龙潭 判例分析的思路——以日本最高法院 2010 年 2 月 18
日信息公开案判决为分析事例 —— 45

陈杭平 判例(法)制度如何解决“法律问题”——以“熊卓为案”
为线索的分析 —— 48

第四单元 —— 62

解 亘 论学者在案例指导制度中的作用 —— 62

泮伟江 法理学者在案例指导制度中的作用 —— 64

秦 鹏 从公诉人角度看案例指导制度的作用 —— 71

第七期 中国案例指导制度的具象化 —— 84

沙龙主人：邹 荣 陈越峰(华东政法大学) —— 84

黄 卉 前期回顾 —— 85

主会场 第一单元 案例指导制度的规范评析与实证分析 —— 88

黄 卉 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》评析 —— 88

张翠松 检察机关建立案例指导制度的实践基础研究——基于
B 市人民检察院的实证分析 —— 92

主会场 第二单元 案例指导制度的理论分析 —— 106

吴英姿 案例指导制度能走多远? —— 106

蔡 琳 案例指导制度之“指导”三论 —— 110

公法分会场 第一单元 —— 121

朱 芒 什么是或者不是社会稳定 —— 121

马英娟 当全国人大非基本法律遭遇全国人大常委会的法

律——以刘家海诉交警部门行政处罚案为例的分析
—— 133

公法分会场 第二单元 —— 155

胡敏洁 论行政机关的指导性案例 —— 155

韩 锋 行政诉讼证明标准探析——以案例研究为视角
—— 164

公法分会场 第三单元 —— 185

章志远 行政法规范解释的司法审查 —— 185

徐 涛 行政诉讼撤诉合法性审查要件分析 —— 195

公法分会场 第四单元 —— 217

周 伟 法官解释法律尊重法律实施机构意志研究 —— 217

私法分会场 第一单元 —— 225

朱晓喆 承租人先买权法律效力研究 —— 225

徐 浩 股权转让与股东资格取得 —— 230

私法分会场 第二单元 —— 241

吴建斌 拘束力抑或说服力？——从公司纠纷视角看指导性案例效力 —— 241

周樾平 论“赔礼道歉”在不正当竞争案件中的适用 —— 248

私法分会场 第三单元 —— 265

周江洪 合同解除与违约金责任之辨——“桂冠电力与泳臣房产房屋买卖合同纠纷案”评析 —— 265

宋亚辉 广告管制规范的司法适用研究 —— 270

私法分会场 第四单元 —— 280

王启迪 内幕交易罚款数额的实证研究——基于证监会 21 份行政处罚决定书的整理 —— 280

第八期 司法案例与公共政策 —— 297

沙龙主人：李友根 解 亘（南京大学法学院） —— 297

陈越峰 前期回顾 —— 299

第一单元 总论 —— 302

刘风景 裁判摘要的原理与制作——以《最高人民法院公报》公布案例为素材 —— 302

黄 卉 通说视角下的案例法制度研究 —— 308

第二单元 —— 326

刘思萱 公共政策介入司法形态研究——以我国企业改革政策为例 —— 326

刑法分会场 第一单元 345

刁岚松 试论检察机关公共政策制定功能之实现 —— 349

第二单元 —— 374

王喜娟 受贿罪的认定问题 —— 374

私法分会场 第一单元 公法与私法的交织 —— 407

金自宁 风险社会背景下的合规抗辩——从一起环境污染损害案例切入 —— 407

韩思阳 解决行政民事交织争议的一种尝试——（2010）浙甬行

终字第 199 号行政附带民事判决书评析 —— 412

杜仪方 行民交织案件中争议的“实质性解决”——(2010)浙甬
行终字第 199 号行政附带民事判决书评析 —— 417

第二单元 民商事裁判例的解读 —— 434

陆青 民间借贷的司法规制 —— 434

岳卫 驾驶员被自己所停机动车溜压致死情形下保险人的保险金给付责任 —— 439

行政法分会场 第一单元 个案中的不确定法律概念 —— 458

叶必丰 严重不合理的正常人判断——“陆煜章案”判解 —— 458

肖泽晟 对一起行政事实行为损害赔偿案的法理分析 —— 460

李泠烨 “违反治安管理”的判定——“上海盈元服饰有限公司诉
上海市浦东新区人力资源和社会保障局社会保障行政
确认案”评析 —— 463

第二单元 行政法分会场通过个案反思行政法学说 —— 476

陈越峰 司法判例形成城市公共空间——“念泗三村 28 幢居民
35 人诉扬州市规划局行政许可行为侵权案”评析
—— 476

艾佳慧 当“羸弱”司法遭遇行政强权——宪政视野下的陕西国
土厅否决法院判决案 —— 480

李永超 “依职权行为外化”：揭穿内部行政行为之面纱——基于宏
盛建筑公司诉延安市质监局生产责任事故批复案 —— 484

丛书跋 —— 503

编者后记 —— 507

第六期 中国案例指导制度研究^{*}

——任务、困难与出路

沙龙主人：黄卉（北京航空航天大学法学院）

沙龙主题：中国案例指导制度研究——任务、困难与出路

时 间：2010年11月6日（星期六）

地 点：北京航空航天大学如心楼会议厅

沙龙提要

黄卉：2010年11月6日，北京航空航天大学法学院再次承办判例研读沙龙，沙龙主题为：“中国案例指导制度研究——任务、困难与出路”，即以最高人民法院酝酿已久、即将出台的中国案例指导制度为契机，上午研讨“案例指导制度”，下午研讨“判例研读以及研读方法”。

在距离第一期沙龙近十年、距离本期沙龙近七年的2017年，沙龙的核心内容得以实录形式出版。回读当年沙龙报告人、评议人、自由发言人的文字，回想当时的热闹场面，再对比最高人民法院已经将颁布指导性案例列入日常工作，案例研读及其方法研究也已成为法学界显学的景象，可以既释然又遗憾地说：现在面临的问题，无论是案例指导制度还是案例研读方法，似乎都被提及，但似乎都还未得到解决。

^{*} 记录整理者：晏韬、辛亚等；编辑、审校者：黄卉。他们的工作构成了编辑本部分实录的基础文字材料，对此致以谢意。——编者注

当年的《会议说明》，还留下这么一段费解的文字：“经历两年多的工作，判例研讨沙龙的参与者，不再局限于法律科研单位，陆续总有实务界的同行们愿意参加进来，本期沙龙就是一个证明。这应该是一个令人欢喜和期待的情况，因为，实务界的同行不仅为我们提供工作资料和参照，也会对我们的自觉能力和建树能力给予有效评判，必要时他们会用置之不理宣告我们的失败。判例研读沙龙有了‘质检员’，他们一定会施加给我们工作的压力和风险，然后，我们也有理由相信，更多的，他们会赋予我们工作的动力和光荣。”

这似乎是说，事关案例研究，法学者应该更多协同法律实务界一起进行，我们审视、挑剔他们的实践操作，他们审视、挑剔我们审视和挑剔。这是法律职业共同体的运作模式。案例研读沙龙留下如此多的未尽工作，是否因为我们在此向度上还不够用力呢？

开幕式

主持人：高全喜（北京航空航天大学）

各位老师、同学，大家早上好！这是我第二次主持判例沙龙了，感到很荣幸！第一次主持判例沙龙是在两年前，那时候规模还比较小，在我们的模拟法庭，今天规模是大大扩大了，看来判例研究事业在蓬勃发展，可喜可贺。下面请我们北航法学院院长龙卫球教授致欢迎辞。

龙卫球：首先祝贺本次判例研读沙龙的召开，并且热烈欢迎各位专家朋友前来参加此次学术活动。判例研读沙龙是关心我国法治的实际建设，注重将法学发展与法律实际联系起来的有识之士自发组织的活动，一直以来完全遵循学术会议的原则。我今天是第一次参加判例沙龙，看到来了好些法学院的院长副院长，之前也已经在网上看了研读判例带来的清新的学术空气，作为一个纯粹的理论研究者，感到很是兴奋。这是一个非常有吸引力的学术平台，可以说诸位已经兴起了一种新的法学研究风气。判例研读沙龙自2008年在北航办出第一届以来，现在又回归北航办第六届，短短两年办出这么多期，来自全国各地的学者纷纷前来参加予以支持，可见这是一个多么好的倡议！我看到判例沙龙研究的角度很多，研究范围很广，研究论

题也很细,刚才有沈老师建议结集出版,我个人很赞成这个提议,也很期待能够看到这个成果。我们有理由相信,这个沙龙还会继续有声有色地举办下去,我想它至少在以下四个方面会做出显著的贡献:第一,为我国建立同案同判制度贡献方案;第二,倡导法学工作者关注法学实践,与法官建立良性的互动,共建和谐的司法秩序;第三,检视现有的司法实践,形成一种评论和完善司法实践的机制;第四,研究和推动中国判例理论和制度的形成。作为一个民法学者,我强烈地感觉到民法判例对民法发展的重要性。我们现在还没有制定民法典,学界有考虑将来是否在法律渊源上加入习惯法的问题。如果习惯法被纳入,判例可以和习惯法联系起来,也有可能成为法律渊源,这也许会突破立法主义时代法源迷信的一个机会。当然,我们还需要对这样的问题做深入研究才能下最后的判断。

再次祝愿本次活动圆满成功,交流愉快。谢谢!

高全喜:按照沙龙的议程,我们有请浙江大学法学院章剑生教授。

前期回顾

章剑生(浙江大学):按照沙龙的惯例,我就上一次在浙江大学举办的第五期判例研读沙龙做一个简单的回顾。上一次沙龙讨论的主题是“同案同判”,共分了五个单元。

第一个单元我们请了北航的黄卉教授和在浙大念博士的台湾地区同学孙铭宗,分别就德国的判例制度和台湾地区的判例制度作了一个比较。在德国的判例制度上,黄卉教授主要报告了三点:第一,同案不同判在有些状况下是被允许的。第二,同案同判的基础建设非常重要,并指出要在中国建立一个同案同判的指导制度来解决同案同判是不可能的。如果要实现的话,需要一套制度来配合,并解决法的安定性和司法裁判的统一性、连续性问题。第三,如何搜索判决相当困难,所以需要一些评议、梳理等其他制度的帮助。孙铭宗认为,判例与普通的判决并没有两样。台湾地区的判例和英美法的判例倒没有什么不一致的地方,故其反对将判例的性质归为法律,并认为制度继承需要全盘考虑,如果像台湾地区那样一定要加上自己的