

中国司法改革实证研究丛书

左卫民/丛书主编

中国特色 案例指导制度研究

THE RESEARCH ON THE GUIDING CASE SYSTEM IN CHINA

左卫民 陈明国/主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

最高人民法院2011年审判理论重大课题资助

国家“九八五工程”四川大学社会矛盾与社会管理研究创新工程资助项目

中国司法改革实证研究丛书

左卫民/丛书主编

中国特色 案例指导制度研究

THE RESEARCH ON THE GUIDING CASE SYSTEM IN CHINA

主 编

左卫民 陈明国

撰稿人

蒋 敏 吕国凡 钟兴全 段陆平

李照彬 蒋 军 魏庆锋 舒劲松

余 静 陈丽华 聂 茸



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国特色案例指导制度研究/左卫民,陈明国主编.—北京:北京大学出版社, 2014.12

(中国司法改革实证研究丛书)

ISBN 978-7-301-25394-6

I. ①中… II. ①左… ②陈… III. ①案例—中国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第018010号

- 书 名** 中国特色案例指导制度研究
著作责任者 左卫民 陈明国 主编
责任编辑 陈 康
标准书号 ISBN 978-7-301-25394-6
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
电子信箱 yandayuanzhao@163.com
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
电 话 邮购部62752015 发行部62750672 编辑部62117788
印 刷 者 三河市北燕印装有限公司
经 销 者 新华书店
965mm×1300mm 16开本 26.5印张 448千字
2014年12月第1版 2014年12月第1次印刷
定 价 59.00元



未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

“中国司法改革实证研究丛书”序

2014年10月20日至23日召开的中共十八届四中全会,无疑将在当代中国法治建设的进程史上留下划时代的一笔。继党的十八届三中全会提出进一步深化司法体制改革的新措施后,党的十八届四中全会通过的中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,又提出了关于司法改革的重大举措,这对中国司法建设与改革而言显然具有积极意义。

长期以来,笔者及笔者带领的学术团队包括所指导的博士研究生,一直致力于司法制度、刑事诉讼制度和纠纷解决的实证研究,力图真切地把握中国司法与诉讼制度的运行现状,深度剖析其利弊得失,抓住切实存在的重要问题,探究其成因,并在此基础上提出有针对性和可操作性的改革建言。通过不断地展开实证研究,我们取得了关于司法与诉讼制度若干方面的一些研究成果。考虑到当前司法改革的重要性,也考虑到实证研究的重要性,笔者将我们团队近期有关司法制度的研究成果收辑成册,以中国司法改革实证研究为主题,与北京大学出版社联系并系列出版。笔者的看法是,中国司法研究固然早成显学,但司法改革的正确推进尤其是长期有效推行,仍然有待于科学、细致及深入的实证研究。有鉴于此,笔者将自己及所带领团队关于司法的实证研究成果奉献给大家,希望抛砖引玉,引起更多学界同仁关注并展开司法实证研究,同时也为当下和未来的司法改革提供些许参考。

需要指出的是,对于法学研究者而言,实证研究乃是一门新兴的研究方法,

无论是笔者抑或笔者所带领的团队成员,都有一个学习与掌握的过程。本系列作品中,有些实证研究方法运用得比较多,有的则比较少;有些运用得比较好,有些则有所欠缺,但鉴于这些作品大都或多或少地运用实证方法,比如使用数据展开分析等,因此笔者仍然以实证研究为主题辑在一起。其中不当之处,敬请读者诸君批评。

左卫民

2014年12月3日于四川大学研究生院

序

“例以辅律，非以破律”。中国历来重视案例，无论是秦代的“廷行事”、汉代的“决事比”、唐宋的“法例”与“断例”，还是明清的“成案”与“例”，以及新中国成立后的案例实践，均可视为“以例断案”之传承与典范。同时，成文法的固有缺陷进一步推动了案例这一“活的法律”的持续发展。南宋理学家朱熹曾指出：“大抵立法必有弊，未有无弊之法……”而德国法学家拉伦茨也曾断言：“法律必然有漏洞。”由此，大陆法系与英美法系逐渐在发挥案例拘束力的制度“路口”交织与融汇。在此背景之下，2010年11月，最高人民法院出台《关于案例指导工作的规定》，标志着中国特色案例指导制度从理论迈入实践，发展远景从编选转向应用。放眼未来，发展与完善成为中国特色案例指导制度的主题。为此，最高人民法院将“中国特色案例指导制度的发展与完善”作为2011年审判理论的重大课题，在全国范围内公开招标。四川省高级人民法院与四川大学联合成立课题组，成功申报并成为该课题唯一承担单位。

“道虽迩，不行不至；事虽小，不为不成。”实践是成事至道的关键。四川省高级人民法院从2003年起率先建立案例指导制度，经省高级人民法院审判委员会讨论后向全省法院发布典型案例。截至2011年年底，四川省高级人民法院共发布《案例指导》30期、案例107件，并公开编辑出版《案例指导》系列丛书3辑，在案例的选取、编写、发布等工作机制及激励机制方面积累了较为丰富的经验。最高人民法院发布的第一批、第二批全国指导性案例（仅8件）中各有1件来自四川省高级人民法院的案例实践。而四川大学拥有丰富的文献资料和高层次的研究人员，具备高水平的理论研究能力。此种“院校合作”模式具有明显的优势，沟通了理论与实践。因此，课题组充分利用“院校合作”优势，确定了

课题写作的总体思路,即“以理论引领实证,以实证反哺理论”,从而以理论的高度指引未来实践的深入。具体而言,课题组综合运用比较研究、历史研究、实证研究等方法,既着眼于对中国特色案例指导制度的必要性、定位、效力等宏观层面进行分析论证,又着力于对中国特色案例指导制度的推荐、筛选、废止等运作程序以及制作技术、案例检索、识别技能等微观层面的精心设计;既注重对《最高人民法院公报》案例、四川省高级人民法院发布的典型案例、案例应用试点情况及问卷调查进行统计分析,又注重对上述实践运作中存在的问题、应用“软肋”、发展“瓶颈”等问题进行深度剖析。同时,积极转化调研成果,结合理论研究与实证调研起草《〈关于案例指导工作的规定〉的实施细则(建议稿)》,着力构建一种以法院为主导、社会广泛参与,以“用”为依归回应“选”与“编”的中国特色案例指导制度。

本书的主要内容包括“理论研究”“实证分析”“改革建言”三篇。

上篇为理论研究,以“借鉴与传承”为主线,以比较研究与历史研究为主要方法,从横向与纵向维度勾勒案例指导相关制度的整体轮廓与客观运作情况,从而论证了建立中国特色案例指导制度的必要性问题。

一是案例指导相关制度的域外考察。总体而言,大陆法系与英美法系的判例均是司法过程的自然产物,通过审级监督确保其权威。但二者存在“法官释法”与“法官造法”、事实拘束力与法律拘束力、侧重演绎推理与侧重归纳推理等区别。

二是新中国成立前案例指导相关制度的历史考察。中华法系历来重视案例的指导作用,形成了律例共存的传统,并在民国政府时期和陕甘宁边区政府时期得到承袭与延续,呈现出“例以辅律,非以破律”、判例生成与适用过程中行政化色彩浓厚等特点。

三是新中国成立后案例指导相关制度的探索与实践。新中国成立后,案例受到不同程度的重视,一些标志性事件极大地推动着中国特色案例指导制度的发轫成行,如“初创时期”以1962年《关于人民法院工作若干问题的规定》为代表,“发展时期”以1985年《最高人民法院公报》刊发案例及江苏省高级人民法院、天津市高级人民法院、四川省高级人民法院等地方法院的踊跃实践为典型,“成型时期”则以2005年《人民法院第二个五年改革纲要》及2010年11月《关于案例指导工作的规定》为标志。在此历史进程中,案例指导制度在名称、效力定位、发布主体、经最高人民法院审判委员会讨论决定的发布程序等方面体现了延续性。

四是构建中国特色案例指导制度的必要性。案例指导相关制度作为具有普适性的法律自我完善机制,一直是任何社会法律体系不可或缺的组成部分,也是统一法律适用的必然趋势,其必要性奠基于对历史传统与法治潮流的对接与融汇、弥补立法“疏漏”、解决“同案不同判”等现状,以及案例指导制度自身所具有的统一规范、社会管理、沟通交流功能。

中篇为实证分析,以“描述与评价”为主线,以实证研究为主要方法,对《最高人民法院公报》案例、四川省高级人民法院发布的典型案例、案例应用试点情况及问卷调查进行客观描述,深度分析应用“软肋”与发展“瓶颈”等问题。

一是案例制度的现实图景。通过对《最高人民法院公报》1985年创刊至2011年年底发布的834件案例及四川省高级人民法院2003年至2011年年底发布的107件典型案例进行统计分析,案例编选呈现出一些趋同性,主要表现为:案例主要来源于经济发达地区;审级集中在高、中级人民法院,上诉审案例居多;民商事和刑事案例较多,案由集中在债权债务、破坏社会主义市场经济秩序等;案例主要解决具体规则,特别是实体法规范的理解与适用问题等。区别主要表现为《最高人民法院公报》案例以复述法律、司法解释相关规定为主,而四川省高级人民法院发布的填补法律空白型案例所占比例较高。

二是指导机制的运行样本。针对案例应用实践经验相对匮乏的问题,课题组通过制订实施方案、会议现场推进、确定参照案例及参照标准等方式,从2011年9月6日至2012年3月5日在全省10个基层人民法院开展案例应用试点工作,期间共计176件案件参照适用案例62件,呈现出案例适用率较低、案件主要以民商事案件为主、参照案例以该院既往判决与四川省高级人民法院发布的案例居多、解决法律适用疑难的案例参照频率较高等特点。从试点效果看,试点法院法官的案例意识明显增强,案例应用技能得到锻炼,疑难案件得到有效化解,审判效率有所提升,服判息诉效果明显。

三是案例指导的制度愿景。问卷调查结果显示,大部分调查对象认为我国有必要建立案例指导制度,并定位为一种法律适用机制,具有事实拘束力,其首要功能在于统一法律适用标准。对于编选机制,普遍认为各级人民法院应当建立案例工作专门机构负责案例工作,经本院审判委员会讨论后逐级推荐报送,最终由最高人民法院审判委员会讨论决定后按季发布,并定期清理汇编。指导性案例在形式上应当事实清楚、法律适用正确、程序合法、说理充分、裁判效果良好,在实质上应当能够解决法律法规规定较为原则、法律适用疑难复杂、填补法律空白等问题。对于案例“指导”机制,绝大多数调查对象认为,指导性案例

的裁判要旨和裁判理由具有指导价值,并表示在办理疑难复杂案件时,会在形成合议意见或裁判观点的过程中、合议庭研究案件时、向审判委员会汇报时,作为裁判理由引述案例,同时希望有权机关制定专门的案例相似性对比规则。

四是案例指导的制度反思。调查结果显示,绝大多数调查对象认为案例指导制度不完善或不够完善,案例指导制度的社会认同情况有待提升,指导性案例的编选机制如编选条件、推荐机制、发布机制、清理汇编等方面尚须完善,案例“指导”机制方面存在案例供给数量不足、拘束力与参照技术不明、说理性与针对性不强、案例检索不便、裁判思维习惯不同等问题。

下篇为改革建言,以“发展与超越”为主线,以理论建构与制度设计为主要方法,对中国特色案例指导制度的宏观与微观层面进行了论证与设计。

一是中国特色案例指导制度的整体轮廓。课题组认为,我国案例指导制度应当定位为一种法律适用机制,具有事实拘束力,其既不同于英美法系的判例法制度与大陆法系的判例制度,也区别于传统中国及民国政府的判例制度,具有“中国特色”:以成文法传统为制度基础,是“法官适法”而非“法官造法”;以中国式成文法体系,即法律或司法解释规定过于原则、概括,法官的自由裁量权较大为制度背景;以归纳提炼为编写技术,注重归纳案情,准确提炼裁判要点;以最高人民法院为唯一的确定发布主体;以诉讼机制外的遴选为案例生成机制;下级人民法院的判决也有可能成为指导性案例,具有跨审级性特征;以解“疏”作为制度运作重心,具有明确、具体和弥补法律条文原则、模糊乃至漏洞方面的作用;以自上而下为权力递延向度,明确要求各级人民法院审判类似案例时应当参照。

二是中国特色案例指导制度的具体设计。针对案例指导制度中的问题,课题组认为,应当以“用”为依归回应“选”与“编”。第一,关于编选机制,应当将公正性、法律性、时效性、普适性作为案例编选标准,注重案例的“内在法律品格”与指导意义,建立由最高人民法院向推荐人颁发证书并定期通报等激励机制,通过清理以往案例如《最高人民法院公报》案例,建立案例主动发现机制、按季发布案例等措施以增加案例“供给”。第二,关于效力机制,应当明确指导性案例的“裁判要点”与“裁判理由”具有事实拘束力,在参照方式上只能作为裁判理由引用。对当事人、辩护人、诉讼代理人在诉讼活动中引述指导性案例支持辩诉意见,人民法院决定不参照的,应当报请分管院领导提交本院审判委员会讨论决定,并以适当方式回应,在阅卷笔录、审理报告、庭审笔录、合议笔录等案卷材料中记载相关情况及理由。当事人可以将指导性案例作为上诉、申诉、

申请再审的理由,上级人民法院发现因参照或者不参照指导性案例不适当导致裁判确有错误的,有权提审或者指令下级人民法院再审。第三,关于适用机制,应当以“裁判要点”为相似性识别技术的基准,以“裁判理由”为区别技术的运用基础,综合利用情势权衡、排除适用等对差异事实进行正确“评估”,并配套改革法官的培训与教育机制。第四,关于检索机制,应当通过改进指导性案例的标题、定期清理汇编案例、建设指导性案例库与案例检索辅助系统等方式方便案例检索。

三是《〈关于案例指导工作的规定〉的实施细则(建议稿)》。课题组在理论与实证调研基础上,根据最高人民法院《关于案例指导工作的规定》,反复论证,为最高人民法院代拟《〈关于案例指导工作的规定〉的实施细则(建议稿)》,力求为案例指导制度的运行提供一套有参考价值的具体操作规范。

本书由四川大学左卫民教授、四川省委政法委副书记陈明国同志(时任四川省高级人民法院副院长)共同主持,四川省高级人民法院审判管理办公室主任蒋敏、副主任李照彬,工作人员蒋军、魏庆锋、舒劲松、余静、陈丽华、聂茸等,四川大学博士研究生段陆平、吕国凡,硕士研究生钟兴全具体参与。在左卫民、陈明国同志主持、组织下,确定了调研大纲及研究、写作思路与方法,左、陈二位主持人还承担了本书的修改审订工作,相关的研究与写作具体分工如下:

第一章:钟兴全、段陆平

第二章:段陆平

第三章:蒋敏、吕国凡、蒋军

第四章:蒋敏、蒋军

第五、六、七、八章:蒋敏、李照彬、蒋军、魏庆锋、余静、陈丽华、聂茸

第九、十章:蒋敏、蒋军

第十一章:蒋敏、舒劲松

尽管课题组全体人员十分努力,多次修改,但可能仍然存在不少纰漏与问题,在此敬请读者诸君批评指正,以供我们进一步修改完善。

是为序。

左卫民 陈明国

2014年3月

目 录

上篇 | 理论研究

第一章 案例指导相关制度的域外考察	003
一、两大法系判例(法)制度概述	004
二、英美法系判例法制度——以美国为例	007
三、大陆法系的判例制度——以德国为例	012
四、小结:比较与借鉴	015
第二章 新中国成立前案例指导相关制度的历史考察	019
一、古代中国的判例(法)制度	019
二、近代中国的判例制度	023
三、小结:经验与启示	026
第三章 新中国成立后案例指导相关制度的探索与实践	030
一、初创时期(1949年—1978年)	030
二、发展时期(1978年—2004年)	032
三、成型时期(2005年至今)	036
四、小结	038
第四章 构建中国特色案例指导制度的必要性	040
一、构建中国特色案例指导制度的现实背景	041
二、中国特色案例指导制度的预期功能	043
三、小结	045

中篇 | 实证分析

第五章 案例制度的现实图景:基于运行成果的实证研究	049
一、《公报》案例的统计分析	049
二、四川省高级人民法院发布案例的统计分析	055
三、小结	059
第六章 指导机制的运行样本:基于案例应用试点的实证研究	061
一、案例应用试点工作的基本情况	061
二、案例应用试点工作的成效	069
三、小结	072
第七章 案例指导的制度愿景:基于问卷调查的实证研究	074
一、对案例指导制度的基本认知	075
二、对案例指导制度的理论认知	080
三、对案例指导制度编选机制的调查	088
四、对案例“指导”机制的调查	103
五、小结	110
第八章 案例指导的制度反思:基于实证研究的问题分析	113
一、指导性案例生成机制存在的主要问题	114
二、案例“指导”机制存在的主要问题	120
三、案例指导制度的社会认同存在的主要问题	127
四、小结	131

下篇 | 改革建言

第九章 中国特色案例指导制度的整体轮廓	135
一、定位:一种法律适用机制	135
二、效力:具有事实拘束力	141
三、特征:“中国特色”案例指导制度	144
四、小结	148

第十章 中国特色案例指导制度的具体设计	150
一、以“市场”为导向的生成机制	151
二、以“控制”为手段的效力机制	161
三、以“技术”为支撑的适用机制	166
四、以“便捷”为目标的检索机制	170
五、小结	173
第十一章 《〈关于案例指导工作的规定〉的实施细则(建议稿)》	176
结语	193
附录一 课题调研方案	195
附录二 《最高人民法院公报》、四川省高级人民法院案例及统计表	200
附录三 案例指导制度应用试点工作	275
附录四 案例指导制度问卷调查统计表	281
附录五 课题中期成果	368
参考文献	401

上篇 | 理论研究

第一章 案例指导相关制度的域外考察

比较法研究是拓宽理论视野、实现知识增益的有效方法。虽然我们关注的是中国特色案例指导制度的发展与完善,但是,一方面,当今英美法系国家和许多大陆法系国家都存在成熟的判例法制度或判例制度。^①了解两大法系判例及判例法制度的运行机制(生成机制、援引机制与效力机制等),以及与之关联的判例编纂技术,对中国特色案例指导制度的发展与完善具有重要意义。另一方面,“中国特色”不能如同“下自成蹊”般自然展露,唯有在比较意义上才能彰显。因而,整体而言,本部分既要为中国特色“案例指导制度”的发展与完善提供理论支撑,又要为“中国特色”案例指导制度的发展与完善提供制度比照。具体来看,目的有二:一是从比较视角力图证成当代中国构建案例指导制度的正当性和必要性;二是希望从域外的优秀经验中找寻合理、合适的因素,为中国特色案例指导制度的发展与完善提供有益的借鉴或启示。

^① 判例是西方法学学术和法律实践中经常使用的概念,但严格来说,此概念在两大法系的具体称谓和实际含义有较大差别。在英美法系,占支配地位的观点认为,明确或隐含地提出某个法律主张的法院判决——特别是终审法院的判决,构成了法律的一般渊源和正式渊源。参见〔美〕E. 博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第450页。判例具有法律的地位,它与立法机关的制定法相对,被视为法官造的法。因此,通常称为判例法。而在大陆法系,判例虽然在法官判案的过程中具有不可忽视的实际影响,但它不占据英美法系那样的法源地位,而判例的称谓正是这种客观现象的反映。因此,在分析大陆法系的相关制度时通常使用“判例”一词,而在探讨英美法系的相关制度时一般使用“判例法”这个概念。有关判例与判例法的意义辨析,可参见刘凤景:《判例的法理》,法律出版社2009年版,第4—6页。

一、两大法系判例(法)制度概述

从源流上来看,判例法来自于英国,是征服者与被征服者之间针对司法权力妥协后的产物,其价值在于从司法案例中抽象出一些基本的法律原则和规则,并为其后的法院判决所遵循。因此,判例法的精髓或核心在于遵循先例。但此种地位的确立却也不是一蹴而就,而是经历了一个长期演变的过程,事实上,直到20世纪以后,遵循先例原则才得以真正确立。伴随着殖民与移民,英国判例法制度不断向世界范围内诸多国家传播并影响着这些国家法律制度的发展。“当今世界,有近三分之一的人生活在其法律制度不同程度受到过普通法影响的地区。”^①这些国家和地区包括欧洲的爱尔兰、北美的美国、加拿大,大洋洲的澳大利亚、新西兰,亚洲的印度、巴基斯坦、新加坡、马来西亚、菲律宾、斯里兰卡、中国香港、以色列,非洲的尼日利亚、加纳、肯尼亚、乌干达、赞比亚、利比里亚、坦桑尼亚、冈比亚、南非等。前述国家和地区大部分属普通法系,个别国家和地区如南非、以色列等的法律虽然受到罗马法的深刻影响,类似一种混合法,但在其法律程序、思维方式上仍呈现出典型的普通法系的特征。^②对普通法的继受,也意味着对普通法系中判例法制度的接受,甚至随着两大法系的融合趋势不断增强,很多普通法系国家的法律改革都展开了法典化运动,但即便如此,判例法的基础地位仍未动摇,这也说明普通法系判例法制度生命力极其旺盛。

在对待成文法上,与英美法系对一切简单的概括都抱着深刻的怀疑态度不同,大陆法系国家特别重视法律的体系化、理性化与科学化,由于其法律发展大多经由立法者和法学家来主导,因此,成文法典被视为最主要乃至最重要的法律形式。大陆法系国家法律的基本特征就是审判必须以法律(成文法)为准绳,仅仅是在法无明文规定的情形之下,法官才能适当引用习惯、习俗等作出判决。然而,在司法实践中,不管是英美法系国家还是大陆法系国家,下级法院事实上都是遵从上级法院的判例的,尤其是在存在法官升任制度的背景下,更难

^① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第325页。

^② 参见孟凡哲:《普通法系的判例制度——一个源与流的解读》,吉林大学博士学位论文2004年,第30页。