

Chinese System of
Directive Cases

中国 案例指导制度 研究

主编 陈兴良

撰稿人（以章节先后为序）

陈兴良 吴光侠 陈瑞华
牟绿叶 马寅翔 周光权
林 维 傅郁林 曹志勋
邹兵建 刘树德 白建军
梁景瑜 张 骐 李红海
李世阳 徐凌波



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Chinese System of
Directive Cases

中国 案例指导制度 研究

主编 陈兴良

撰稿人（以章节先后为序）

陈兴良 吴光侠 陈瑞华
牟绿叶 马寅翔 周光权
林 维 傅郁林 曹志勋
邹兵建 刘树德 白建军
梁景瑜 张 骐 李红海
李世阳 徐凌波



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国案例指导制度研究/陈兴良主编. —北京:北京大学出版社, 2014. 10
ISBN 978 - 7 - 301 - 24843 - 0

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 221274 号

书 名: 中国案例指导制度研究

著作责任者: 陈兴良 主编

责任编辑: 王建君

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 24843 - 0/D · 3675

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>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子邮箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 1020 毫米 16 开本 48.75 印张 923 千字

2014 年 10 月第 1 版 2014 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 98.00 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 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

本书系国家社会科学基金重大招标项目
《中国案例指导制度研究》(批准号: 10zd&044)的结项成果

编写说明

《中国案例指导制度研究》一书是陈兴良教授担任首席专家的中国社科基金重大招标项目(项目批准号:10zd&044)的最终研究成果。

自2010年10月20日,《中国案例指导制度研究》课题被全国哲学社会科学规划领导小组立为国家社科基金重大项目以来,课题组召集课题组成员,召开专家专题研讨会,研究部署课题研究的各项工作。经课题组成员三年的共同努力,课题研究在2013年年底得以最终结项,按时完成了课题研究。

回顾项目启动以来,围绕着项目所进行的科研活动历历在目,令人难忘。2010年10月20日,《中国案例指导制度研究》课题立项后至2013年4月止,课题组共召开了4次专题研讨会,研讨课题研究的相关事宜。2010年12月3日,课题组首席专家陈兴良教授,课题组主要成员强世功教授、傅郁林副教授在北京大学法学院陈明楼609室举行课题组启动会议。会议就课题研究的目标和任务分工进行了讨论,并达成初步共识。2010年12月21日,课题组在北京大学法学院陈明楼602会议室召开专家研讨会。课题组主要成员陈兴良教授、强世功教授、白建军教授、最高人民法院吴光侠处长就课题的题目、子课题的划分和分配、课题经费的使用、课题的研究计划等议题展开讨论,并取得了积极的成果。2011年4月1日,课题组在北京大学正大国际会议中心召开课题专家论证暨专题学术研讨会。课题组主要成员、最高人民检察院研究室陈国庆主任和马滔副处长,最高人民法院刘树德处长,北京大学社会科学部萧群副部长,北京大学法学院副院长沈岍教授,北京大学法学院凌斌副教授,北京航空航天大学法学院黄卉副教授,河南大学郝振江老师,西南政法大学郭忠老师等20多位知名学者和专家参加了会议。会议分为“案例指导制度的实践经验”和“案例指导制度的理论探索”两个专题,与会专家和学者在这两个专题之下就案例指导制度的实践经验和存在的问题、案例指导制度与中国宪政体制的关系、案例指导制度与司法解释的关系、指导性案例的效力、指导性案例的遴选主体、遴选标准、发布程序等问题进行了深入的研讨。本次会议使课题研究取得了重大的进展,开拓了课题研究的视野,明确了课题研究的重点。2011年5月21日,《法制日报》以“期待推进

司法统一与公正”为题刊登了本次会议的研讨文章。2012年11月10日,“中国案例指导制度研究”第二次专家论证暨学术研讨会在北京大学法学院凯原楼一楼学术报告厅召开。课题组成员清华大学法学院王晨光教授,最高人民法院吴光侠处长,北京大学法学院陈兴良教授、强世功教授、白建军教授、张骥教授、傅郁林副教授、马寅翔博士,北京航空航天大学法学院黄卉副教授参加了会议。参加会议的还有清华大学法学院的冯象教授、何海波副教授、赵晓力副教授,中国社会科学院法学研究所的刘海波副研究员,北京大学法学院的沈岍教授、金锦萍副教授、凌斌副教授等来自全国各地知名院校的专家和学者。会议采取报告一评议一回应的模式,由陈兴良教授、张骥教授、傅郁林副教授就自己的研究成果向大会作报告,王晨光教授、白建军教授、吴光侠处长和会议其他参与者作评议,最后由报告人回应。会议的召开扩大了课题组的影响,提升了课题研究的水平。与此同时,项目组的同仁还参加了其他单位举办的案例指导制度的学术研讨会。例如,2013年1月30日,陈兴良教授参加了中国法学会信息部举办的金杜一明德法治沙龙第7期“聚焦最高人民法院刑事类指导性案例”的研讨活动,并作了主题发言。2013年6月1日,陈兴良教授、傅郁林教授参加了上海复旦大学法学院《复旦法律评论》举办的“指导性案例制度专题研讨会”,并在会上作了主题发言。通过广泛的学术交流,使课题组成员的视野更为开阔,为本课题的研究奠定了扎实的理论基础。

《中国案例指导制度研究》课题启动后,课题组成员按照课题组的安排、沿着课题组成员共同确定的研究方向,各司其职,锐意进取,在课题研究上取得了丰富的阶段性成果。由课题组首席专家陈兴良教授、课题组成员最高人民法院研究室主任胡云腾博士、原最高人民法院副院长张军共同主编的《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》(上、下卷)、《人民法院刑事指导案例裁判要旨集成》2013年初已由北京大学出版社公开出版。此外,课题组首席专家陈兴良教授还公开发表了《我国案例指导制度功能之考察》《案例指导制度的规范考察》《案例指导制度的法理考察》《正当防卫:指导性案例以及研析》《新型受贿罪的司法认定:以刑事指导案例(潘玉梅、陈宁受贿案)为视角》《死刑适用的司法控制——以首批刑事指导案例为视角》等6篇文章。白建军教授负责的子课题《模范判例库(刑事)研究:以同案同判为基础》取得的阶段性成果《司法潜见对定罪过程的影响》,发表于《中国社会科学》2013年第1期,并建成了总规模为32万份的生效刑事判决的案例库。由傅郁林副教授负责的子课题《民事案例指导制度:法理与建构》取得的阶段性成果为:《法学通说》和《论可仲裁性的司法审查标准——基于美国反垄断仲裁的经验考察》,分别发表在《北大法律评论》2011年第2期和《华东政法大学学报》2012年第4期。由王晨光教授负责的子课题《案例指导制度的法系比较》取得的阶段性成果:《制度构建与技术创新——我国案

例指导制度面临的挑战》，发表在《国家检察官学院学报》2012年第1期。此外，课题组的其他成员经过刻苦钻研，也取得了不错的成果。陈瑞华教授到贵州、山东调研，收集与课题研究相关的第一手资料。张骐教授、马寅翔博士、牟绿叶博士等课题组成员也取得了阶段性成果。为了扩大国外对中国目前正在创立的案例指导制度的了解，陈兴良教授的《中国案例指导制度》一文由日本成蹊大学法学部金光旭教授译为日文，在日本成蹊大学的《亚太研究》(*Review of Asian and Pacific Studies*)第37卷(2012年11月)发表；陈兴良教授的《中国案例指导制度》一文还被 Yuan Gao 翻译为英文：*China's Guiding Case System: A Study on The Mechanisms of Rule Formation*，发表在 *Peking University Law Journal*, Vol. 1, No. 2, 2013, pp. 215-258, Hart Publishing Company, 2013。

《中国案例指导制度研究》课题为期3年，这是一项共同研究的成果，最终成果只是这一成果的载体之一，相信以后还会有相关成果面世。这里应当指出，最终成果是一项集体合作的作品，每章执笔者都从不同的视角出发，或者基于不同的立场，对中国案例指导制度进行了深入的并且是独特的研究。在统稿的时候，主编尽可能保持各章的原貌。因此，各章内容可能会存在某些重合，某些观点或者表述也不尽相同。最终成果的各章执笔者名单如下（以章节先后为序）：陈兴良（代序、第一章、第十四章）；吴光侠（第二章）；陈瑞华（第三章）；牟绿叶（第三章、第五章）；马寅翔（第四章）；周光权（第六章）；林维（第七章）；傅郁林（第八章）；曹志勋（第八章）；邹兵建（第九章、第十四章）；刘树德（第十章）；白建军（第十一章）；梁景瑜（第十二章）；张骐（第十三章）；李红海（第十五章、代跋）；李世阳（第十六章）；徐凌波（第十七章）。以上写作分工中，凡是同一章标有两位作者的，系合作完成，特此说明。

最后，本项目的完成除了各位项目组成员的大力支持以外，还要特别感谢项目组学术秘书梁景瑜博士，为本项目的顺利进行承担了大量的工作；感谢项目组财务秘书张岩女士，为项目组的财务报销尽心尽力。

《中国案例指导制度研究》项目组

2014年8月

代序 案例指导制度改变中国法治格局

陈兴良

作为我国法治建设的重要内容之一,2010年案例指导制度正式启动。2010年在我国法治史上是具有标志意义的年份,法律体系宣告建成和案例指导制度宣布启动,这意味着我国法律规则体系的发展和完善。因此,只有从法律规则体系这一视角切入,并以我国古代法律样式和英美法系的判例法与大陆法系的判例制度为背景,才能深刻地揭示案例指导制度之于我国法治建设的重大意义:案例指导制度改变中国法治格局。

2010年最高人民法院和最高人民检察院分别颁布了《关于案例指导工作的规定》(以下简称两高《规定》)。两高《规定》所确立的案例指导制度,是指由最高人民法院、最高人民检察院确定并统一发布对全国审判、检察工作具有指导作用的指导性案例的制度。根据最高人民法院《规定》第2条的规定:“本规定所称指导性案例,是指裁判已经发生法律效力,并符合以下条件的案例:(一)社会广泛关注的;(二)法律规定比较原则的;(三)具有典型性的;(四)疑难复杂或者新类型的;(五)其他具有指导作用的案例。”根据最高人民检察院《规定》第3条的规定:“指导性案例是指检察机关在履行法律监督职责过程中办理的具有普遍指导意义的案例,主要包括:(一)职务犯罪立案与不立案案件;(二)批准(决定)逮捕与不批准(决定)逮捕、起诉与不起诉案件;(三)刑事、民事、行政抗诉案件;(四)国家赔偿案件;(五)涉检申诉案件;(六)其他新型、疑难和具有典型意义的案件。”由此可见,两高《规定》都强调指导性案例是对审判、检察工作具有指导性意义的案例,由此而把它与不具有指导意义的案例加以区分。笔者认为,这里所谓的指导性案例,就是一种具有判例性质的案例。实际上,判例是一个约定俗成两大法系通用的称谓,没有必要为避免与英美法系的判例法和大陆法系的判例制度相区分,而刻意地采用指导性案例这样一个具有中国特色的措词。因此,案例指导制度就是我国的判例制度,只不过具有中国的独特性而已。

随着指导性案例的颁布,一种司法规则形成的机制得以产生,并将对我国法制规则体系的发展和完善带来重大而深刻的影响,由此而改变我国的法治格局。

我国法律规则体系可以分为三部分：一是立法机关创制的法律，这是狭义上的法律；二是行政机关创制的行政法规，这是广义上的法律；三是司法机关创制的司法规则，以前是司法解释，现在又增加了一种，即指导性案例中的裁判规则，这是最广义上的法律。司法机关的司法活动，不仅是一个适用法律的过程。法律、行政法规和司法规则，共同构成我国法律规则体系。

法律样式的多元性，可以说是中华法系的传统之一。近代法学家沈家本为清代著名律学家薛允升著《读例存疑》所作之序中指出：

商鞅改里(李)悝之法为律，于是有律之名。自汉以来，律之外有令、有驳议、有故事、有科、有格、有式。隋则律、令、格、式并行。宋则律之外敕、令、格、式四者皆备，而律所不备，一断于敕。初无所谓例也。晋于魏刑名律中，分为法例律，亦但为律之篇目，而非于律之外别之为例……明初有律、有令，而律之未赅者，始有条例之名。弘治三年定《问刑条例》，嘉靖时，复位为三百八十条，至万历时，复加裁定为三百八十二条。国朝(指清代——引者注)因之，随时增修。同治九年修订之本，凡条例一千八百九十二条。视万历时增至数倍，可谓繁矣。其中或律重例轻，或律轻例重，大旨在于祛恶俗、挽颓风，即一事一人以昭惩戒，故改重者为多。其改从轻者，又所以明区别而示矜恤。意至善也。第其始，病律之疏也，而增一例。继则病例之仍疏也，而又增一例。因例生例，孽乳无穷。例固密矣，究之世情万变，非例所可赅。往往因一事而定一例，不能概之事事。因一人而定一例，不能概之人人。且此例改而彼例亦因之以改，轻重既未必得其平。此例改而彼例不改，轻重尤虞其偏倚。既有例即不用律，而例所未及，则同一事而仍不能不用律。盖例太密则转疏，而疑义亦比比皆是矣。^①

沈家本的上述论断，为我们勾勒了我国古代法律规则体系形成与变动的一条基本线索。中国古代除基本的法律形式——律，也就是刑律以外，还存在补充性的法律形式——敕、令、格、式等。尤其是从明代开始，例成为律的辅助性法律形式。沈家本对律、例关系作了生动的说明，并对例可能带来的对律的冲击作了深刻的阐述。

在以上各种法律形式中，例是最值得我们重视的。在例的研究中，除律、例关系以外，其实更应当关注的是例与判例的关系。如果转换成现代话语，这个问题应该表述为：例到底是属于成文法的范畴，还是属于判例的范畴？对此，在我国法学界存在争议。我国学者武树臣提出了法律样式的概念，并认为中国古代的法律样式是混合法，即成文法与判例的循环互补性。武树臣教授在论及中国

^① 参见(清)沈家本：《历代刑法考》(四)，中华书局1985年版，第2221—2222页。

古代的判例时指出:历代的决事比、故事、法例、断例、例等,都标志着判例法一脉相传、经久不衰的独特地位。判例经朝廷核准后成为与成文法典并行的法律渊源。有价值的判例则被抽象成为成文法条并被成文法典所吸收。成文法典本身的缺欠(不可能包揽无余,也不可能随时变更)使判例制度得以存在和发展。而朝廷对判例的集中管理(审核、批准、选择、编纂)又避免了判例庞杂无序的缺点。而成文法典对判例的吸收,则既避免了双方的短处,又综合了双方的长处。成文法与判例的相辅相成、互为因果、并行不悖、循环往复的动态联系,构成了中国混合法的独特样式。^①

在此,武树臣教授把我国古代法中的例视为判例。那么,到底什么是我国古代法中的判例呢?关于例的含义,清代学者王明德曾经作过以下描述:

例者,丽也,明白显著,如日月之丽中天,令人晓然共见,各为共遵共守而莫敢违……又利也,法司奏之,公卿百执事议之。一人令之,亿千万人凛之。一日行之,日就月将,遵循沿习而使之,故曰例。^②

王明德认为,例之为义有五:名例、条例、比例、定例、新例。显然,王明德所说的例之五种含义,均是指成文化的法条,而不是判例。当然,例和判例之间是紧密相关的,某些例就是从判例中抽象提炼出来的,我国学者汪世荣将这一过程称为因案生例,并将因案生例称为判例形成机制,指出:因案生例的判例形成规则,是指司法官在其司法活动中,针对具体案件的裁判,认为应该通过该案总结、创制出特定法律规范时,便在判决中附请定例。最高统治者以“上谕”的形式,在对该案作出批结的同时,可以概括出具体的、普遍适用的法律规范,这就是例。例的表现形式虽然为制定法,但通过具体案例附请产生的例,体现的却是判例法制度。因为,就这种例的产生来看,其产生于具体案件的司法判决,来源于特定案例;就这种例的形成程序来看,要经过司法官的附请,经过上谕的确定,离不开对具体案件的裁判程序;就这种例的适用看,其赖以产生的具体案例是对其正确理解和适用的基础,这些具体的导致例的直接形成的案例,被称为例案,例案是例不可分割的组成部分,是准确理解和适用例的重要参考依据。因案生例的判例形成规则,在体现封建专制皇权对司法权的绝对垄断时,体现着中国古代法律的统一性特点,有限制地认可了司法官创制法律的作用。^③

因案生例确实是对例的形成机制的生动描述,大多数例,例如清代律例合编中的条例,都是从成案中提炼出来,针对特殊情形所制定的规则。例如在《大清

① 参见武树臣:《中国的“混合法”——兼及中国法系在世界的地位》,载《政治与法律》1993年第2期。

② 参见(清)王明德:《读律佩觿》,何勤华等点校,法律出版社2001年版,第18页。

③ 参见汪世荣:《中国古代判例研究》,中国政法大学出版社1997年版,第122页。

律例·谋杀人》中有以下条例：

凡僧人逞凶谋杀十二岁以下幼孩者，拟斩立决。其余寻常谋杀杀之案仍照本律办理。

上述条例系乾隆四十二年（1777年），山西巡抚觉罗巴延三审题僧人界安，将11岁幼徒韩二娃用绳拴吊叠毆立毙一案，钦奉谕旨，纂为定例。

薛允升在《读例存疑》中对该案例作了分析：

上条十一岁以上，照常办理，此条十二岁以下，即拟斩决。上条专言谋杀，此条兼及故杀，较上条更严。僧人毙命，虽在保辜限外，不得宽减，与此条均系严惩僧人之意。^①

由此可见，上述严惩僧杀条例虽然出自僧人界安杀幼徒韩二娃案，但该案只是形成条例的缘由，就条例本身而言是一条法律规则，而非判例。这一条例的形成符合因案生例的特征，但形成的条例是否等同于判例，尤其是因案生例是判例形成机制还是成文法形成机制，则不无商榷之处。我国学者刘笃才提出“判例是可以援引作为审理类似案件的判决”这一命题，以此作为出发点，对判例作了以下界定：

判例之所以是判例，必须保持其自身的形态，即作为具体的判决而在其后的司法领域发生法律效力。也就是说，作为后来判决案件的依据的，是某一具体案件的判决，而不是据此判决经过改造已经上升为制定法的抽象的法律条文。^②

根据以上标准，我国古代的例当然是成文法而不是判例。可以说，律例合编的《大清律例》是一部成文法典，而不是成文法与判例法的合编。我国古代虽然曾经出现以成文法为主、以判例为辅的法律体制，但自明清条例入刑律以后，判例逐渐被禁止援引。因此，条例的兴盛，恰恰意味着判例的衰亡。《大清律例》附例规定：

除正律、正例而外，凡属成案未经通行著为定例，一概严禁，毋得混行牵引，致罪有出入。如督抚办理案件，果有与旧案相合可援为例者，许于本内声明，刑部详加查核，附请著为定例。

在以上规定中，正律、正例相提并论，这里的正例是指条例。《大清律例》就是正律与正例的合体编纂，其例并非判例而是成文法，由此可见其彰。这种律、

^① 参见胡星桥、邓又天主编：《读例存疑点注》，中国人民公安大学出版社1994年版，第547页。

^② 参见刘笃才：《中国古代判例考记》，载《中国社会科学》2007年第4期。

例合编的形式不但便于使用,而且也解决了清初法律中律、例相抵牾的矛盾。^①因此,编入法典的条例是从成案演变而来,但经过编纂以后,已不见判例的踪影。

我国古代的条例,不仅与英美法系判例法不同,而且也不同于大陆法系的判例制度。对于条例与英美法系判例法的不同,这是十分容易理解的。因为在英美法系国家是以判例为法律,判例中的司法规则是法律的载体。但对于条例与大陆法系判例制度的不同,则需要加以界分。大陆法系是采用成文法的,与此同时,又充分发挥着判例的作用。这时,判例的作用不是取代法律,而是对法律起到一种解释作用。然而,大陆法系国家的判例一般都不具有法律上的拘束力,但在事实上具有拘束力,这种事实上的拘束力来自对司法统一的内在要求与下级法院对上级法院在审级上的从属性的制度设计。大陆法系国家的判例具有规则性质的是“裁判要旨”。正如我国学者指出的:

一个判决被确立为判例时,一般都附有适当的“要旨”,判例中隐含的法律原则与规则均体现于此。因此,判例仍然带有成文法的烙印,它通过裁判要旨的形式引导法官和民众去适用,在某种程度上发挥着司法解释的功能。^②

尽管大陆法系的判例带有成文法的烙印,但就其以分散的形式,由法官选择适用这一点而言,其判例制度与成文法是根本不同的。尤其是在判例制度中,案情本身是裁判规则的前提,也是判例不可或缺的组成部分。判例制度仍然存在对案情的比对,以此作为援引适用裁判规则的根据。而我国古代的条例,已经从判例中剥离出来,以成文法的形式存活,因而在形式上完全不同于大陆法系国家的判例制度。判例的成文化化,是我国古代法律的一个重要特征。中华法系具有成文法的悠久传统,即使是判例,也具有成文化的顽强定势。我国学者对中国古代判例的命运作了以下论述:

从成文法的角度看,吸收判例的过程就是改造消灭判例的过程。而从判例的角度看,融入成文法的过程也就是自我异化消亡的过程。判例上升为条例,是判例的异化。没有这一步,判例无从进入成文法体系。而进入成文法体系,也为其消亡创造了条件。“我已经不再是我,而你却依然是你。”成文法得到了滋养,变得更加丰满,而判例则丧失了其存在的根据。这就是古代判例的最终命运。^③

以上论述中的“我”是指判例,“你”是指成文法。“我已经不再是我,而你却

^① 参见田涛、郑秦点校:《大清律例》,法律出版社1999年版,第6页。

^② 参见董峰主编:《中国判例解释构建之路》,中国政法大学出版社2009年版,第180页。

^③ 参见刘笃才:《中国古代判例考记》,载《中国社会科学》2007年第4期。

依然是你”一语,生动地描述了判例编入法典以后丧失了自身的命运。判例之所以经过提炼以后以条例形式进入法典,而禁止在律例以外援引成案作为判决根据,笔者认为,这是由我国古代的政治结构所决定的。我国古代是一种专制集权的社会,皇权至上,一切法律规则都必须由上而下颁行,并形成对官吏的有效约束。在这种情况下,不能任由官吏援引成案,一切成案如欲发生法律效力,都必须经最高统治者确认,以便维护中央集权的体制。

成文法与判例法及其判例制度,实际上是满足司法活动对于法律规则需求的两种不同方式。这里涉及规则生成的规律问题。我国学者在论及我国古代法律生成规律时指出:

在中国古代,法律是经由两条并行的路线发展成长的。一是设计生成的理性主义路线,主要体现在律典的修定。二是自然生成的经验主义路线。主要体现在成文法体系之外,通过创设及适用判例,在实践活动中不断地探索,反复的检验,逐步的积累,在成熟后再将其改造吸纳入法律体系之中。^①

笔者认为,以上对我国古代法律形成的设计生成与自然生成两条路线的归纳是正确的。当然,在自然生成的路径中,判例充当了过渡的角色,一旦纳入法典就丧失了其主体性地位。因此,我国古代法律更为强调的还是设计生成,即强调立法者的权威,强调成文法的作用。如果我们把成文法与判例法这两种法律形式推向极致,则成文法体现的是设计生成的法律规则形成模式,而判例法反映的是自然生成的法律规则形成模式。成文法的制度曾经被中央集权的政治体制所采用。在这种体制下,立法权与司法权乃至行政权都集于最高统治者一身,它们都只不过是皇权的派生物。但是,立法者可以是一个人或一个机构,它具有高度集中性,但司法者不可能是一个人或一个机构,它必然有分散性,为此,专制统治者需要通过立法对司法加以控制。而成文法就是对司法控制的主要形式,它形成对司法裁量权的有效制约,从而维护中央集权。成文法的制度还曾经被古典自由主义者所采纳,在古典自由主义所主张的民主体制下,实行立法权与司法权的分立,由此形成立法权与司法权直接的互相制约,从而保障公民个人的权利和自由。在这种政治制度的设计中,人民通过立法活动形成法律规则,司法者只能根据这些法律规则处理个案,从而实现人民的意志。虽然专制体制与民主体制是两个极端,但在政治制度的设计上却有异曲同工之妙,只不过原先至高无上的皇权被人民主权所取代。在通过立法控制司法这一点上,却是共同的。

在成文法体制下,立法权与司法权的相对分工是存在的,尽管终极的皇权或者人民主权在名义上都具有最终的司法权。因此,立法者生成法律规则,司法者

^① 参见刘笈才:《中国古代判例考记》,载《中国社会科学》2007年第4期。

消费法律规则,这就是成文法制度的一个基本特征,这是一种计划经济模式的规则供给机制,具有自上而下的特征。这种法律规则供给机制存在一个根本弊端,就是立法者提供的法律规则难以完全满足司法活动对法律规则的需求。因为立法是一般的、抽象的,而案件是具体的、个别的,两者之间的鸿沟是难以逾越的,这也就是所谓成文法的局限性之所在。

判例法制度往往称为法官造法,即司法者既是法律规则的生成者,又是法律规则的消费者。在判例法制度中,判例中存在的裁判规则就是法律,对此后的判决具有法律约束力。判例法遵循的是一种自然形成的规律。哈耶克的自发秩序理论可以为这种法律规则形成机制提供根据。哈耶克并不赞同理论主义与经验主义的分析框架,而是提出了进化论理性主义与建构论唯理主义的分析框架,亦即进化论与建构论的对立。哈耶克的自发秩序的观念最初是从经济学意义上提出的,意图阐明市场经济秩序的形成。此后才意识到自发秩序不仅可以在物理领域发现,而且也可以在社会领域中发现,后者就是所谓自生自发的社会秩序。^① 这里的社会秩序,当然也包括法律秩序。因此,从哈耶克的自发的社会秩序的概念中也可以引申出自发的法律秩序的概念,因为这里的法律本身就是行为规则与社会规则。我国学者论及哈耶克的自发社会秩序形成的机制时指出:

所谓用演化说明自发秩序的形成与演进,就是指出抽象的行为规则(制度与习惯),如何经由一套模仿和适应、修正的机制,由人们在并不完全明了其所以然的情况下采用依循,从而自发地形成社会秩序。演化的机制主要有二:选择(selection)和适应(adaptation)。可是由于规则的抽象性格,由于它们所凝聚沉淀下来的文化遗产——知识与经验的积累——超越了个人所能掌握的目的、后果以及牵涉到的一对一的环境特色,每个人选择、调整和适应规则的理由,必然受到一定知识与关怀的限制,并不是这种规则被全体采用的终极理由。换言之,社会秩序的形成和演变,自有其演进的机制,不是人们基于有限知识与特定目的的考量与抉择所能说明的。^②

自发秩序,无论是社会秩序还是法律秩序的形成,其所谓自发并非完全是无意识的,就个人来说,它是一种有意识的规则创制活动,但它超出了个人的知识局限,形成一般秩序则并非设计而是演化的结果。

通过判例法形成法律规则,其机制具有自发秩序演化的特征。就个别判例而言,法官是在处理个案,而并非脱离个案去创制一般的法律规则。但从个案中引申出来的法律规则又具有超然于个案的一般性,从而为后来处理类似案件提

^① 参见邓正来:《规则·秩序·无知:关于哈耶克自由主义的研究》,三联书店2004年版,第78页。

^② 参见钱永祥:《演化论适合陈述自由主义吗?——对哈耶克式论证的反思》,载姚中秋主编:《自发秩序与理性》,浙江大学出版社2008年版,第7页。

供了裁判规则。可以说,判例法的法律规则形成类似于市场经济方式,它是自下而上地形成法律规则,由此满足司法活动对于法律规则的需求。在判例法的制度中,法官不像在成文法中那样,是在与立法者对话,而是与整个司法系统对话,尤其是与法律传统对话。司法的重心也从阐释法律转变为案情对比,因为在成文法制度下,由于法律规则本身较为抽象,将一个抽象的法律规则适用于个案,重要的是对法律规则进行解释,为司法三段论的演绎推理提供逻辑起点。在判例法制度下,由于裁判规则本身已经十分具体,对此已经不需要解释,关键在于后案与先例所依存的前案之间是否具有同一性,这也就是判例法的区分技术所要解决的问题。

相对于成文法来说,判例法更能够满足司法活动对于法律规则的需求。因为判例具有及时性。判例法的自我生长、自我修复与自我调节机能,是成文法所无法比拟的。当然,判例法也并非完美无缺,其最为人所诟病之处在于,判例具有分散性,不似成文法那样将法律规则以一种集约化的方式(法典)呈现给社会。这一批评当然是有一定道理的,但是也不是没有误解。判例虽然是零散的,却因为审级制度的存在而自发地形成一种法律规则效力体系。审级制度决定了判例的效力等级,因而使判例具有一种天生的服从性,否则,不同于上级的判例就会被撤销。这里存在一个判决的淘汰机制与遴选机制,它们都是自动地发挥作用的,而不是人为的设计。因此,判例法制度也完全能够满足自上而下的控制,这主要是通过审级制度实现的,这种诉讼程序对于实体规则的牵引作用体现得十分明显。

事实上,极端的成文法模式和判例法模式都是不存在的。在任何一个社会,法律规则既不可能完全通过立法提供,也不可能完全通过判例提供,而是两种法律规则的形成模式同时存在。当然,两者之中必然有一种是法律规则形式的主导性路径。在大陆法系国家,成文法典是法律规则的主要载体,判例对法律适用只是起到补充作用。而在判例法国家,判例法仍然是法律规则的基本形式,但成文法的法律也日益增加,这就是所谓两大法系之间的融合与接近。

我国自古就是一个成文法国家,清末沈家本主持的法律改革引入大陆法系的制度,绝不是偶然的,而是有着深远的法律文化传统的原因。20世纪50年代,新中国引入苏俄法制,虽然在政治制度上发生了重大变化,但在成文法这一点上,苏俄法制与我国传统法制也是契合的。近30年来,我国法制恢复重建,2010年我国法律体系甫告建成,这是我国法治建设的重大成果。在此基础上,我国的司法解释制度也日益规范化,它在司法规则提供方面发挥了重要作用。我国司法解释与古代条例的功能是极为相似的,都是法律的细则化。当然,即使是细则化如司法解释,仍然不能完全满足司法活动对法律规则的需求。在这种情况下,判例成为提供司法规则的又一种途径。

从目前我国案例指导制度的设计来看,它不能等同于我国古代因案生例的形式。因案生例的结果是有例无案,它其实是一种成文法的形成机制,而不是判例形成机制。但案例指导制度是以指导性案例为载体的,是案情与裁判规则的有机统一。指导性案例对于司法活动的指导,不仅体现在裁判规则的类比适用,而且会采用区分技术,说明指导性案例和现在审理案件中的事实或法律问题上的区别,以此作为适用指导性案例的前提。在这一点上,比较接近大陆法系国家判例制度。但就指导性案例必须经一定程序由最高司法机关确认并正式颁布而言,体现了对指导性案例集中统一管理的特征,因而与大陆法系国家的判例制度也是不同的。大陆法系国家的判例作为成文法的补充,是自生地生成的,并未对判例进行集中统一管理。从这个意义上来说,我国目前的案例指导制度既不是我国古代条例制度的复活,也不是大陆法系国家判例制度的引入,因而是极具中国特色的一种法律制度。当然,现在我国案例指导制度尚只是搭建了框架,颁布的指导性案例为数尚少,指导性案例对于司法活动的效果亦未显现,对于这一制度进行全面评价还为时过早。尽管如此,我们还是可以对我国案例指导制度进行以下初步的评估:

我国案例指导制度以最高司法机关集中统一管理指导性案例为特征,表明这一制度具有较为明显的行政控制特征。从指导性案例的遴选过程来看,仍然类似于立法。如果每年颁布的指导性案例数量较少,那么,案例指导制度对司法活动的指导性也会极为有限。事实上,判例制度的特点就是法律规则的自然生成,形成自发的法律规则。如果判例经过人工的选择公布才能发生指导效力,这仍然是一种采用立法方式提供法律规则的路径,并未获得判例制度之真谛。由此可见,我国距离真正实现判例制度,仍然有很长一段路要走。

尽管我国目前的案例指导制度还存在不尽如人意之处,但它的建立仍然会给法治建设带来积极的推动力量,在更大程度上满足司法活动对于规则的需求。我们可以将案例指导制度对中国法治格局的重大影响归纳为以下四个方面:

1. 案例指导制度增加法律规则提供的方式

法治是规则之治,这已经是公认的命题。毫无疑问,规则主要体现为法律。因此,任何一个法治国家都必须要有完善的法律。立法是提供规则的一种主要方式,以法律为中心形成的法律体系是法律规则体系的基本框架。通过立法提供规则具有其优越性:立法通过制定法典或者单行法的方式提供的规则具有系统性与集约性。而且立法机关专司立法,具有专门性与职业性。并且,立法机关与司法机关相分立,使之相互制约,这也符合权力之间制衡的原理。然而,通过立法提供的规则同样也有其不足,这主要体现在:通过立法提供规则具有滞后

性,难以及时地反映司法对规则的需求。此外,通过立法提供规则还具有抽象性,它与案件的个别性之间存在着天然的对立。在这种情况下,将司法活动中的经验加以总结与提炼,使之上升为司法规则,在司法活动中得以适用,是通过司法提供规则的一种路径。

我国法学界有观点认为,只有立法才创制规则,司法解释和判例都不创制规则,而只是解释规则。虽然对规则进行解释也具有普遍指导意义,但是并不具有创设法律规则的地位和作用。^①实际上,这种观点值得商榷。从法律样态来说,宪法作为根本法,其规则具有纲领性;法律的规则具有原则性;司法解释的规则具有细则性;而案例指导规则则具有具体性。就司法解释而言,它确实是对法律的一种解释。但解释法律的过程就是将法律予以细则化的过程,其本质就是一种创制规则的过程。案例指导制度也是如此,从指导性案例中提炼出来的案例指导规则本身就是一种比法律和司法解释更为具体的规则。因此,不能否认司法解释和案例指导制度都具有规则创制功能。与此相适应,在我国正式建立案例指导制度以后,我国的法律规则体系由法律、行政法规、司法解释、案例指导规则构成。案例指导制度实际上创制了一种新的规则提供方式,案例指导规则是一种全新的法律规则样式。

2. 案例指导制度取代个案性司法解释的功能

司法解释本身具有准法律的性质,它采取了法条的形式,因此司法解释也具有法律的一般特征,即抽象性、概然性等,在司法解释适用的时候仍然需要解释。而且,司法解释还存在着越权现象。在这种情况下,我国学者认为,随着我国法制建设的不断发展,抽象的司法解释必将逐渐减少直到完全取消,代之以针对具体案件如何适用法律的解释,而这种解释的最好形式,应当是判例解释。从长远看,抽象解释终将被判例解释所取代。^②实际上,这种观点所说的判例解释,或者说是以司法解释为载体的判例与大陆法系国家的判例是完全不同的。因为从理论上来说,判例解释之判例只不过是司法解释的一种形式,更类似于个案性解释,通过个案提供具有法律拘束力的规则。在这种情况下,判例解释实际上是一种个案性的司法解释,以区别于抽象性的司法解释。因此,判例解释仍然是司法解释而非判例。根据两高关于案例指导制度的设计,指导性案例并不属于司法解释的表现形式,它是与司法解释相并列的一种规则提供方式。因此,在我国,司法解释制度和案例指导制度是并行的两种制度,不存在以案例指导制度取代司法解释制度的可能性。

案例指导制度所创制的规则,相对于刑法规则来说,是一种更加细则化的规

^① 参见孙谦:《建立刑事司法案例制度的探讨》,载《中国法学》2010年第5期。

^② 参见董峰主编:《中国判例解释构建之路》,中国政法大学出版社2007年版,第295页。