



北大法学文库

张骐 等著

中国司法先例与 案例指导制度研究

Study on Chinese Judicial Precedents and
the System of Case Guiding



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



北大法学文库

张骥 胡兴东 [德]布斯特 高尚 刘岩 著

中国司法先例与 案例指导制度研究

Study on Chinese Judicial Precedents and
the System of Case Guiding



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国司法先例与案例指导制度研究/张骐等著. —北京:北京大学出版社, 2016.4

(北大法学文库)

ISBN 978-7-301-26890-2

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第027814号

- 书 名** 中国司法先例与案例指导制度研究
ZHONGGUO SIFA XIANLI YU ANLI ZHIDAO ZHIDU YANJIU
- 著作责任者** 张 骐 等著
- 责任编辑** 白丽丽
- 标准书号** ISBN 978-7-301-26890-2
- 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>
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者** 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965毫米×1300毫米 16开本 18印张 250千字
2016年4月第1版 2016年4月第1次印刷
- 定 价** 45.00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

序 言

从20世纪80年代学者们讨论判例与司法先例,到2010年7月30日最高人民检察院发布《关于案例指导工作的规定》和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》,再到2010年12月15日最高人民检察院发布第一批三个指导性案例至今,可以说,中国的司法先例与案例指导制度正在逐步从理想变成现实。2012年10月出版的《中国的司法改革》白皮书,把建立案例指导制度作为规范司法行为的一个重要改革成果。中国共产党十八届四中全会于2014年10月通过的《关于全面推进依法治国若干问题的决定》提出,要“加强和规范司法解释和案例指导,统一法律适用标准”。这对中国案例指导制度的发展具有极为重要的历史意义。本书以学术研究的方式记录并参与了这一具有重要历史意义的过程。

本书对司法先例制度和指导性案例的基本理论问题进行了深入、细致的研究,就司法先例和指导性案例在我国法律制度中的功能、性质和法律地位提出了自己的见解。中国古代是否存在判例制度?中国古代的判例制度具有怎样的形态、性质和作用?本书对此也进行了深入、系统的研究,给出了自己的回答。就成文法在法律体系中发挥主要作用而言,中国的法律制度与大陆法系十分接近。^①所以,本书对属于大陆法系的德国的先例制度及其适用方法进行了重点研究。本书对先例和指导性案例的

^① 笔者对中国法律制度是否属于大陆法系存疑。

结构、建立司法先例及案例指导制度的方法和制度要求提出了自己的观点,并进行了正当性、合法性及可行性方面的论证。同时,笔者在深入司法实践、与多省各级法院的法官进行访谈的基础上,认真研究了法官适用指导性案例的过程,考察、总结和分析了中国指导性案例的实践,研究了使用指导性案例的方法并提出了建议和相应的理由。

这里需要对书中使用的两组术语做个说明。首先,是判例(case)、判例法(case law)、先例(precedent)和指导性案例(guiding case)。在当代中国,改革开放以来,学者们和法律实务工作者曾经先后或同时使用判例、先例、指导性案例来指称具有一定普遍性效力的司法机关的决定。在20世纪,大家一般使用判例或判例法作为基本概念进行研究。进入21世纪,笔者开始使用先例(precedent)(制度)或者司法先例(judicial precedent)指称同样的事物,即判例。这是因为,笔者认为先例制度不像判例制度或判例法那样与普通法系有那么强的联系。^①随着中国最高司法机关在一些司法改革的正式文件中开始更多地使用指导性案例和案例指导制度,包括本书各位作者在内的学者们逐渐开始接受指导性案例或案例指导制度作为先例或先例制度的同位概念进行研究和写作。本书各章写作于不同的时期。所以在不同的章次中,基于不同的语境、针对不同的对象,先后使用了先例、判例、指导性案例,但它们基本上是一回事,即具有一定普遍性效力的司法机关的决定。在第一章,笔者以先例入手,研究它在法律实践中的意义及相关的理论问题。第二章、第三章、第四章的视域分别是中国古代和德国,学者们通常以判例为基本概念进行相应的讨论,所以本书多数情况下使用判例。当研究中国古代的情形时,本书随从大多数中国学者的研究和写作惯例,用判例、判例制度及判例法来进行写作和研究,同时说明如此指称的缘由。^②在研究德国的情形时,根据德国的特点分别以先例和判例为基本概念进行研究。^③我们在第五章以后,当

① 请见本书第一章。

② 请见本书第二章。

③ 请见本书第三章、第四章。

研究视域集中在当代中国时,则以指导性案例作为基本概念。本书所谈的指导性案例有广、狭两义。第五章、第六章和第九章所讨论的对象基本上是狭义的指导性案例,即按照最高人民法院《关于案例指导工作的规定》,经过最高人民法院审判委员会讨论决定、由最高人民法院发布的指导性案例。第七章、第八章所谈的是广义的指导性案例,是指所有对法官审理案件有指导、参考作用或意义的案例。笔者认为,狭义的指导性案例只是在我们的法律实践中发挥指导作用的众多案例的一部分。我们的案例指导制度还包括那些具有一定指导作用的典型案例、参阅案例。^① 最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第1条规定:“对全国法院审判、执行工作具有指导作用的指导性案例,由最高人民法院确定并统一发布。”这条规定的行文就隐含了其他类型或其他层级的案例在案例指导制度中的存在空间。所以,我们不仅需要研究怎样确定指导性案例并使其真正发挥作用,而且,对于各类各级典型案例和参阅案例来说,怎样使它们在发挥作用的同时与指导性案例协调于我们的案例指导制度之中,同样需要研究。

其次,是裁判要旨^②、裁判要点^③。它们是指通常被置于指导性案例之前、以简洁的文字表现出的人们对指导性案例中所蕴含的裁判规则的概括、归纳和总结。中国的法律人在这个问题上还没有达成统一认识。《人民法院报》称之为裁判要旨,《最高人民法院指导性案例》称之为裁判要点,《最高人民法院公报》称之为裁判摘要。本书第八章成文于最高人民法院公布的指导性案例之前,所以用裁判要旨,第九章成文于其后,所以使用裁判要点,名称有所不同,但所指的是同一个事物。

本书分为上下两篇。上篇探讨司法先例与指导性案例的意义、性质、中国历史上及外国的判例制度。第一章指出司法先例(判例)制度在当

^① 戚庚生、郁云、曹媛媛、黄晓云:《案例指导,不约而同的探索》,载《中国审判》2011年1月5日。

^② 详见本书第八章。

^③ 详见本书第九章。

代中国具有十分重要的意义。与制定法相比,先例制度具有补充制定法、通过先例制度实现司法公正、以具体性和灵活性促进制定法适用、增加法律确定性与合理减少案件数量等作用;同时,先例制度具有限制法官专断权力与解放法官在改进和发展法律方面的能量的双重功能。司法先例制度为司法机关提供了一个保护自己免受外部非法干涉、维护宪法和法制的有力武器,并且,司法先例制度有助于培养法律职业和法律共同体。因此,先例制度有利于司法独立在中国的确立,有助于中国法治的发展;它是一国法律体系的一个重要组成部分。

第二章探讨了中国古代判例制度的有关概念,指出在中国古代存在判例制度,中国古代判例制度有其特定的法文化语境,其中包括对人类立法能力的现实主义的认识,绝对数量化的立法技术,比类思维的司法技术,权力结构下的司法程序,浓厚的述祖、遵祖观以及对实质主义司法结果的追求等。第二章还研究了中国古代判例法的严格比类推理、高度伦理性说理的法律论证特点。

第三章和第四章分别探讨了德国先例制度的存在形态、相关的宪法、程序法规定,以及相应的制度规定和方法。第三章指出在德国实际存在着被遵循的先例,只是这种先例的存在形态以及法律人遵循先例的方式方法与普通法系国家不同。第四章对德国判例的结构、判例的制作技术与使用方法进行了比较深入、具体的研究。

本书的下篇重点探讨当代中国指导性案例和案例指导制度的理论与实践问题。第五章和第六章研究了指导性案例的性质及发挥指导性案例作用的制度保证。本书指出,狭义的指导性案例是当代中国一种非正式的法律渊源,它具有相应的权威性与合法性,在当代中国法律体系中具有辅助性,其效力是一种具有制度保证的说服力而不是约束力。现在,指导性案例处在初建时期,面临共识与制度权威都弱的尴尬局面,这与当代中国司法改革的特点相契合。我们可以通过在指导性案例和案例指导制度中坚持一些重要原则来实现共识,保证指导性案例效力的实现。本书第六章提出的四方面原则是:在案例指导制度的建设中坚持法治、在促进社

会和谐中维护法律体系的统一与和谐、在司法裁判中提供适用或不适用指导性案例的正当性证明、在司法裁判中公开引证指导性案例。

第七章和第八章分别探讨寻找指导性案例的方法以及对指导性案例中具有指导性部分的确定与适用。第七章探讨通过案件相似性发现指导性案例的理论基础,研究对判断案件相似性具有重要意义的若干因素,并结合实际案例指出价值判断在进行案件相似性的判断时具有重要作用;该章还进一步从理论上探讨了判断案件相似性的关键及妥当发现相似性案件的程序。第八章指出,指导性案例具有指导性的部分可以有三种:判决书、裁判要旨与案例评析,判决书是指导性案例的本体,裁判要旨与案例评析是判决书之外具有指导性的部分;指导性案例与司法解释具有一种交叉关系。我们应当规范对裁判要旨和案例评析的制作,但要在认识和使用指导性案例时超越裁判要旨。我国法院的科层制结构对指导性案例的使用具有一定的影响。目前,完善对指导性案例的选择和使用需要积累经验、提高能力、增加共识。

本书第九章讨论指导性案例裁判要点的撰写。本章分别从诠释学和法律论证的角度研究如何撰写裁判要点,并以最高人民法院发布的指导性案例为中心,运用比利时哲学家佩雷尔曼提出的“听众”的概念,研究怎样撰写裁判要点才能够使指导性案例获得最大可能的一致性认可。在从不同角度研究的基础上,第九章提出了撰写裁判要点的基本规则、解释裁判要点的规则以及规范具体内容的规则。

本书对丰富我们有关司法先例、法律方法和司法制度的理论,对于司法机关制定有关指导性案例的规定或司法解释、对于司法机关编选指导性案例、使用指导性案例,具有理论意义和实践意义。

张 骐

2016年1月25日

目 录 | Contents

上篇 先例的意义与功能：古代制度与外国经验

003 第一章 建立中国先例制度的意义与路径

003 一、正名

005 二、先例制度的必要性、功能、性质及在中国的特殊重要性

020 三、建立司法先例制度的困难及其解决方法

036 第二章 中国古代的判例制度

037 一、中国古代判例制度中的相关概念

044 二、中国古代判例制度的法文化语境

059 三、中国古代判例法的形成、基本模式与类型

071 四、中国古代判例法的作用

074 五、中国古代判例法的特点及适用判例的论证类型

079 六、中国传统判例制度与近代英国判例制度异同

085 第三章 德国法中的先例

086 一、德国法律制度的基本原理与方法论

091 二、德国宪法与遵循先例

094 三、德国的程序法与遵循先例

- 096 四、实践中的遵循先例
- 099 五、判决书的结构与公布

102 第四章 德国判例的制作技术与使用方法研究

- 103 一、德国的“判例制度”
- 110 二、判例结构特征与制作技术
- 124 三、判例的形成和运用
- 135 四、结论

下篇 指导性案例和案例指导的性质、制度与方法

139 第五章 指导性案例的“指导性”

- 140 一、指导性案例的指导性、权威性与合法性
- 142 二、指导性案例作为非正式法律渊源的合法性
- 149 三、指导性案例的辅助性
- 151 四、案例指导性的保证之一：确定与选择什么样的案例以保证指导性
- 154 五、案例指导性的保证之二：谁来制作案例以及怎样确定与选择案例
- 161 六、发展案例指导制度需要处理好的三个关系

167 第六章 指导性案例效力的性质与保证

- 167 一、背景
- 168 二、难题——共识与制度权威都弱的尴尬
- 172 三、为支撑说服力的制度证明
- 183 四、通过实现共识来保证指导性案例的效力

197	第七章 寻找指导性案例的方法——以审判经验为基础
198	一、通过案件的相似性发现指导性案例
204	二、价值判断在进行案件相似性判断中的作用
210	三、在若干指导性案例中选择
216	第八章 对指导性案例中具有指导性部分的确定与适用
217	一、裁判要旨与案例评析——判决书之外的指导性案例
224	二、判决书中的指导性案例——不应被忽视的“富矿”
231	三、指导性案例的适用
236	四、改善对指导性案例的选择
239	第九章 指导性案例中裁判要点的撰写
239	一、导言
248	二、司法裁判的正当性证明
265	三、确定裁判要点内容的规则
272	四、结语
275	后记

上 篇

先例的意义与功能：
古代制度与外国经验



第一章 建立中国先例制度^①的意义与路径

一、正名

中国共产党第十六次全国代表大会的报告指出：“社会主义司法制度必须保障在全社会实现公平和正义。按照公正司法和严格执法的要求，完善司法机关的机构设置、职权划分和管理制度，进一步健全权责明确、相互配合、相互制约、高效运行的司法体制。从制度上保证审判机关和检察机关依法独立公正地行使审判权和检察权。”

先例制度就是保证审判机关依法独立公正地行使审判权的重要制度。它是指一种在法院判决基础上形成的、具有一定法律效力和内部联系的非正式意义上的法律渊源体系。笔者在这里所谈的先例制度与笔者主张的在中国建立判例法的基本观点和思路是一致的，只是“先例制度”的提法比“判例法”的提法要更为妥帖一些；先例制度（precedent system）作为一个术语比判例法（case law）更适合中国法治建设的语境。具体理由有四：其一，先例制度比判例法更具体；其二，判例法在历史上与普通法传统有着密不可分的联系，而先例制度是所有发达的法律体系都具有的

^① 本书所说的“先例”或“先例制度”，如果没有特殊说明，一概与“司法先例”（judicial precedent）或“司法先例制度”（judicial precedent system）同义。

重要组成部分^①,并不依附于某一特别的法律传统;其三,“先例制度”可以减少人们从政治上和学术上对它的非必要怀疑;其四,“先例制度”使得实际操作更为容易、简单。

同时,我们以为“案例”的提法并不比“判例法”的提法更可取。具体理由有四:其一,人们对某一事物、某种现象或某一行为的提法或叫法是对它们的命名(naming)或界定(delimitation),与人们的具体实践有着密切的联系,标示着人们的行动方向。^②其二,“案例”“判例(法)”或“先例制度”都是人们社会活动的产物,它们所指的是同一现象,即人们从事司法活动的产品(及行为),而不同的提法表明了人们对此种活动的不同态度和不同的行动方向,所以事关重要。其三,长期以来,人们对案例的含义、性质与功能已经形成了相对固定的理解。案例是指法院审理案件后形成的范例,主要作为一种理解法律的辅助方法用于法学教育和法学研究领域,当然在司法实践中也可以具有指导和启发作用,但是案例本身不是法律渊源,不具有任何法律效力。主张“案例”提法的学者实际上也是如此使用的。^③其四,随着中国法治建设的深入发展,目前迫切需要建立与以往案例不同的先例制度,它可以作为一种具有一定法律效力和内部联系的非正式意义上的法律渊源,在司法实践中发挥重要的积极作用。

本章拟对在中国建立先例制度的必要性、所面临的困难及解决的方法等问题进行探讨。

① 我们此处所谓的“发达的法律体系”是指所有具有相当历史积累与连续性的法律体系,西方普通法系、民法法系以及中国古代的法律体系都在此列。这与文明和文化的发达与否没有直接的、必然的联系。

② 此处指对人为现象而非自然事物的命名或叫法。参见 Jules L. Coleman and Ori Simchen, “LAW”, in *Legal Theory*, 9 (2003), Cambridge University Press, p. 11, note 24.

③ 例如参见张庆旭:《“判例法”质疑》,载《比较法研究》2002年第4期。

二、先例制度的必要性、功能、性质及在中国的特殊重要性

(一) 从先例制度与制定法的关系看先例制度的必要性

有学者认为,“判例法的产生都与法制不健全和皇权有着密切的关系”,“随着法制的逐步完善和民主制度的发展,判例法的地位也必将逐步由强变弱”^①。这种看法似乎与历史发展的实际不符。在当代,司法先例或判例法不仅仍然是普通法系国家的主要法律渊源,而且大量存在于被许多中国学者认为是制定法(成文法)国家的民法法系的国家中。^② 随着欧共体和欧盟的建立,设在卢森堡的欧洲法院的判例已经成为欧盟国家的一种重要法律渊源。

先例制度普遍存在于所有发达的法律体系中的原因,在于它在一个国家法律体系中的必要性。我们下面将对先例制度的必要性逐一进行讨论,首先是把它与制定法相比较,特别是放在民法法系国家,即所谓的制定法国家的背景中来比较。

1. 以先例制度补充制定法

在民法法系国家,先例制度被用来填补法典或制定法的漏洞。这可以用拉丁语警句表示,即先例超越制定法,*praeter legem*(beyond the statute)。^③

为什么需要以先例制度补充制定法?先例制度何以能够补充制定法?我们以为,以先例制度补充制定法在所有讲究依法办事的社会都是自然而然的事情。因为法律必然地存在漏洞,如果必须依法办事,就需要

① 张庆旭:《“判例法”质疑》,载《比较法研究》2002年第4期。

② 参见张骐:《判例法的比较研究》,载《比较法研究》2002年第4期;关于中国历史上的先例制度,请参考汪世荣教授:《中国古代判例研究》,中国政法大学出版社1997年版。

③ 参见 Rudolf B. Schlesinger and others, *Comparative Law*, Sixth Edition, New York, Foundation Press, 1998, pp. 669, 690。原作者将先例制度写作 customary law,意指判例法。

仰仗法院或法官根据法律的精神、原则所形成的司法先例审理案件。美国法学家卢埃林对此进行了比较具体的分析,他认为:在立法机关没有给出指示的地方(或者,当这些指示被变化了的情势以及这些情势变化产生的冲突所推翻的时候),某种先例制度就会出现。这是由于,法官的审判工作需要讲求效率,而审理疑难案件是非常困难的事情,遵从先前的判决则会使工作变得容易得多;同时,一个睿智的法官会受到很高的尊敬,他的判决会对其他法官产生自然的影响,他们会感到有必要在相似的案件中作出相似的判决。^① 例如美国著名法官卡多佐的判决就非常具有影响力。

有学者认为,“真正的法律漏洞来源于立法者,也就是说,真正的法律漏洞在于法,而不在于法官,法官在法治的原则下是无法突破已有的法律原则与内容的。正是判例不能改变现行法律的内容与原则,也就决定了判例无法弥补法的真正缺陷。”^②然而,问题在于:第一,任何一个法律体系都存在漏洞,这是个不争的事实。第二,“真正的法律漏洞”与一般的法律漏洞有什么不同?第三,法官虽然不能突破既定的法律原则,但是可以突破已有的法律规定(本章随后就要讨论。当然,有关犯罪与刑罚的问题可能除外),这也是事实。例如在贾国宇诉北京国际气雾剂有限公司、龙口市厨房配套设备用具厂、春海餐厅人身损害赔偿案中,北京市海淀区人民法院针对原告提出的、而被告认为没有法律依据的精神损害的赔偿要求,在制定法没有对产品缺陷所致精神损害进行赔偿的规定的情况下,判令被告给予原告精神损害赔偿^③,从而弥补了法律的漏洞,实现了法律的基本价值——正义。第四,法官可以并且应当在法律原则的指导下,通过先例形成新的法律规则来弥补制定法的缺陷。在前述案件的情况下,就可以通过形成先例来指导法官,使其他由于产品缺陷受到精神伤害的当事人也可以得到精神损害赔偿。第五,以司法先例补充制定法,不仅是

① Karl Llewellyn, *The Case Law System in America*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1989, p. 5.

② 张庆旭:《“判例法”质疑》,载《比较法研究》2002年第4期。

③ 《中华人民共和国最高人民法院公报》1997年第2期,第68—70页。