

JURISPRUDENCE OF PRECEDENT

判例的法理

刘风景 / 著

◆ 判例是审判活动的内生因素，抽掉判例的司法运作过程，是不可想象的。面向实践、关注审判的法理学，必须认真对待判例。

◆ 判例中蕴涵着丰富的法理，是一座亟待开发的理论“富矿”。作为法学研究的一支生力军，法理学界自然不能置身事外。法理学通过总结和归纳判例的法理和机理，为判例制度的发展奠定理论基础，为判例制度的运作、判例技术的使用提供理论指导。



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



JURISPRUDENCE OF PRECEDENT



判例的法理



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

判例的法理 / 刘风景著. —北京:法律出版社, 2009. 12
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9986 - 3

I. 判… II. 刘… III. 审判—研究—中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 177091 号

判例的法理

刘风景 著

责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.375 字数 250 千

版本 2009 年 11 月第 1 版

印次 2009 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9986 - 3

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

作为审判工作的内在因素,“判例”的概念尽管没有出现在我国制定法之中,但就实际情况而言,其法源地位是不言而喻的。不夸张地说,如果抽掉判例,所谓“司法”也只能是徒有其名。在世界各国,尽管判例的法源地位有所差异,但作为法律渊源的一种形式,其作用越发重要。同时,判例涉及法律的许多领域,是法学研究的整体性问题,不仅各部门法学对其关注,同时也是法理学的重要研究对象。不可否认,法学各学科对判例问题的研究进路和分析方法,各有特色和擅长。但由于法理学是法的一般理论、基础理论和法学方法论,故它对判例问题的研究进路和分析方法,与部门法学有所区别,是判例的“一般”理论、“基础”理论、“方法论”。

法理学是有关判例的一般理论。判例的一般性问题是指包括宪法、行政法、民法、经济法、刑法、社会法、诉讼法等在内的整个法律体系,以及古今中外各种类型的判例制度及其各个发展阶段中存在的共性问题。法理学是从宏观、整体的方面来研究判例现象的,而不是从微观的、局部的角度研究判例问题。从法理学的角度对判

例所进行的分析,不同于部门法学的个案式、局部性研究,而是包括了各法律部门判例的综合把握;它的眼光不只盯着某一国家、某一时段的特殊判例现象,而是覆盖了古今中外各色判例的全景式观照。当然,在一般的基础上还是有其重点的,无疑地我们的眼光还是聚焦于当下中国的判例问题。

法理学是有关判例的基础理论。作为一种法律现象,判例之中蕴涵着丰富的法理,是一座亟待开发的理论“富矿”。作为法学研究的一支生力军,法理学自然不能置身事外。法理学提供的不是判例的具体的、零碎的知识,而是诸如判例的概念、判例的价值、判例的效力、判例运行的规律等深层次的基础理论。法理学就是通过总结和归纳判例的法理和机理,为判例制度的构建和完善提供理论基础,为判例制度的运作、判例技术的使用提供理论指导。

法理学也是有关判例的法学方法论。法学是一门实践理性,法理学也不例外,其使命不仅在于认识和理解判例现象,为人们提供判例的理论、思想,还在于指导人们的认识活动、实践活动,为人们认识、运用判例提供手段、工具。就像学游泳、学驾车一样,在判例教学中,光有理论知识,没有实际操作,只能是纸上谈兵。判例技术是学来的,更是习得的。正如卡多佐所言:“方法论给予我们的钥匙,不会因为我们转一转手就能把奥秘揭开。或许,与其说它是一把钥匙,不如说只是一个线索、一种我们若想攫取其本质优点就得亲自动手加以培养的东西。”^{〔1〕}关于判例的知识和技术,只能在实践中、运用中,才能获致且得到不断的提升。在判例教学中,通过仔细观察法院将同一法律规定具体适用于不同的案件事实,培养学生们区分各种不同的法律后果,即便这些法律后果之间仅存在些微差别。在此基础之上,学生们还必须学会识别导致不同法律后果的各项决定因素,然后再将这些决定因素运用于其他纷繁复杂的案情事

〔1〕 [美]本杰明·卡多佐:《法律的生长》,刘培峰、刘骁军译,贵州人民出版社2003年版,第51页。

实。将相互关联的先例置于特定背景下进行学习,通过发现并仔细研究法律发展和演进的脉络,学生们可以预测法律下一步可能的发展和演进,从而知悉何为真正的法。

从认识论的角度看,法学分为理论法学和应用法学两个部分。理论法学综合研究法的基本概念、原理和规律;应用法学所处理的是法律中直接的经验材料。理论法学重视一般理论,属于“学”的范畴;应用法学关注具体技术,属于“术”的范畴。我国法学家孙晓楼指出:“研究法律,一定要学与术并重,太偏重理论,那固不免于空泛;太偏重运用,亦不免于迂腐,必也有法律之术,法理之学,互相为用,而后可以渐臻于美备。”^{〔1〕}一般说来,学理与技术是法学发展的两翼,缺一不可。但是,法学作为一门实践理性,在理论与实践之间,其实践性或许更为重要。“法学乃实用之学,旨在处理实际问题,实例研究系依据法律论断具体案件当事人间的权利和义务关系。为发现可适用于案例事实的法律,一方面须本诸案例事实去探寻法律规范,另一方面须将法律规范具体化于案例事实。”^{〔2〕}现代法学教育是在一个特定的场所(法学院)和制度中培养法律职业者的专门性教育活动,非常重视训练法律职业者的特殊素养。但是,长期以来,由于国人的大师情结以及对工匠的蔑视,^{〔3〕}中国的法学教育重理论、概念,轻实践、技术,法科毕业生的动手能力差,难以适应社会的需要,这直接表现为法学毕业生的就业难,所以,法学教育应在重视理论知识讲授的基础上,重视判例教学,以强化学生们法律技术、专业技能的培养。

在我国,随着判例作用的提升,判例制度的逐渐完善,判例法学正在走向成熟。判例法学,包括判例的一般理论与具体问题,判例的结构与功能,判例的认知与操作,因而它具有综合性,它是理论法

〔1〕 孙晓楼等:《法律教育》,中国政法大学出版社1997年版,第37~38页。

〔2〕 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,自序。

〔3〕 何美欢:《论当代中国的普通法教育》,中国政法大学出版社2005年版,第196页。

学与应用法学、实体法学与程序法学、国内法学与外国法学的有机统一体。在构筑判例法学的过程中,基于法理学的立场而形成判例的一般理论、基础理论和法学方法论,属于判例法学的总论,它的发展状况,对构建和完善判例法学起着夯实基础、引领方向、提供方法的作用。

在考虑本书的研究对象及写作体例时,耳边响起歌德对爱克曼的忠告:“你可以在许多片段里写得很成功,但是涉及你也许还没有认真研究过、还不大熟悉的事物,你就不会成功。你也许写渔夫写得很好,写猎户却写得很坏。如果有些部分失败了,整体就会显得有缺陷,不管其他部分写得多么好,这样你就写不出什么完美的作品。但是你如果把这些个别部分分开,单挑其中你能胜任的来写,你就有把握写出一点好作品来了。”^{〔1〕}与判例有关的问题非常广泛、复杂,笔者并不奢望撰写一本对判例所有重要方面一网打尽的体系性论著,本书涉及的问题很有限,只选择手头素材较多、能够把握、有些想法的几个方面,进行集中的研究。本书包括了12篇相对独立的论文,按照它们的主旨大致可分为四部分:(1)理论篇:着重分析和研究判例的名称、历史、推理机制、价值和法律效力等的基础性问题。(2)技术篇:着重分析和研究裁判摘要、法律拟制和审判长简介等的判例运用技术、方法。(3)改革篇:就司法建议的判例化、少数意见写入判决书等方面提出若干设想,为完善我国判例制度建言献策。(4)法学篇:就判例研究、判例教学的相关问题进行分析 and 探讨。

本书的写作,得到了以下各位师友的关注、鼓励和支持:中国人民大学的孙国华教授、吕世伦教授、朱景文教授、冯玉军教授;日本爱知大学的大林文敏教授;全国人民代表大会环境资源委员会的翟勇先生;南开大学的赵正群教授、侯欣一教授、郑泽善博士、宋华琳

〔1〕 [德]爱克曼辑录:《歌德谈话录》,朱光潜译,人民文学出版社1978年版,第7页。

博士、贾敬华博士、李晓兵博士；中国社会科学院法学研究所的刘作翔教授、冉井富博士；北京联合大学的崔英楠博士；渤海大学的吴永科教授；我国台湾地区的戴世瑛博士；最高人民法院的孙军工法官、郝银钟法官、刘树德法官、孙长山法官；辽宁省高级人民法院的易东法官、赵英伟法官、卢军法官；辽宁省葫芦岛市连山区人民法院刘恩栋法官，等等。本书的部分内容曾为讲课的内容，南开大学法学院多届听课的研究生、本科生在课堂上的不断追问、质疑，对研究提供了强劲的动力和丰富的灵感，同时，多位同学在资料的收集和整理上也提供了帮助。当然，应该言谢的师友还有很多很多，在此一并致谢。

法律出版社郑导编辑为本书的出版付出了艰辛而高水准的劳动，特表衷心的感谢。

目 录

前言/1

第一章 判例的名称/1

一、判例名称之使用状况/4

二、判例名称之权衡比较/8

三、判例名称之确定原则/14

四、判例名称之确定方法/19

第二章 新中国判例制度之流变/24

一、整理判例,总结审判经验/29

二、公布判例,指导审判工作/36

三、推进改革,强化审判指导/46

四、总结规律,预测判例走向/52

第三章 判例法的推理机制/56

一、推理前提:判例法是首要的法律渊源/59

二、类比推理:将待决案件与先例相连接/62

三、归纳推理:从先例中抽象出法律原则/64

四、演绎推理：将法律原则用于待决案件/66

第四章 判例的价值/70

一、法的价值之实现途径/71

二、法制建设的促进手段/75

三、司法判例的政治功能/86

四、利大于弊的价值判断/89

第五章 判例的效力/96

一、方法比较：两种法学方法之比较/97

二、方法选择：现实主义法学的特点/105

三、域外考察：英美法系与大陆法系/111

四、中国判例：效力强度的具体考量/115

第六章 裁判摘要/123

一、裁判摘要的沿革/124

二、裁判摘要的含义/129

三、裁判摘要的编纂/134

第七章 “审判长简介”的判例价值/140

一、“审判长简介”的基本状况/140

二、“审判长简介”的研究进路/144

三、“审判长简介”的判例意义/149

四、“审判长简介”的因素解析/155

五、“审判长简介”的相关思考/166

第八章 司法过程中的法律拟制/192

一、法律拟制之界说/192

二、法律拟制之证成/198

三、法律拟制之运作/204

四、法律拟制之命运/210

第九章 司法建议判例化之构想/216

一、司法建议的基本理解/216

二、司法建议的历史沿革/224

三、司法建议的域外寻亲/228

四、司法建议的判例转型/232

第十章 不同意见制的判例价值/237

一、不同意见制的基本含义/237

二、不同意见制的工作机制/246

三、不同意见制的积极作用/253

四、不同意见制的完善设想/257

第十一章 判例：法官与学者的协力场/265

一、经由判例形成的法理论/266

二、学术论证促成判例定型/272

三、理论批判推动判例发展/277

四、法官与学者合作之思考/286

第十二章 兰德尔案例教学法/289

一、历史背景/289

二、主要内容/292

三、社会影响/299

四、中国借鉴/304

主要参考文献/311

判例的名称,关系到司法制度的构成与运作,影响到当事人的权利和义务,其本身就是判例制度的重要组成部分,它不仅表述着判决先例现象,也积极地影响着判决先例的形式与内容、形成与运用。在诸多的名称之中,“判例”一词具有明显的优点,即使近年来广为使用的“指导性案例”一词也难以与其相竞争。

第一章 判例的名称

在审判领域,判决先例是法官在既往诉讼过程中做出的判决,而用来表述这一客观现象的法学术语有许多,如判例、案例、判例法、先例、判决例、案件法等。而在新中国判例制度发展过程中又出现了一些新的用语,如参考案例、典型案例、重要案例、新类型案例、指导性案例,等等。^{〔1〕}判决先例名称形式的杂多以及命名过程之曲折,反映了因认识模糊而导致的犹豫和彷徨,也透显

〔1〕 沈德咏:“培养案例意识 发掘司法智慧 构建中国特色案例指导制度”,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(2006年第2辑),人民法院出版社2006年版。

出人们心态上的谨慎和重视。近年来,在最高人民法院提出建立和完善案例指导制度的背景下,“指导性案例”一词出现的频率越来越高,已成为我国法律界表征判决先例现象的最常用术语。^{〔1〕}一般地,“只有已经知道名称是干什么的人,才能有意义地问到一个名称”。^{〔2〕}具体言之,判例的名称是我国判例制度的重要组成部分,对它进行研究,具有重要的理论意义和实践价值。

——认识功能。判决先例是一种法律现象,是法学认识活动所指向的对象。人们通过感觉、知觉、表象等形式,接受判决先例的各种信息,感知其外部属性、状态和形象,进而以概念的形式予以反映和把握。而判决先例的名称应该是判决先例属性的反映,是其内容的浓缩、抽象。英国语言学家奥斯汀指出:“我们正是以对词语的深刻认识来加深我们对现象的感知。”^{〔3〕}判例、指导性案例等名称都是对裁判先例现象予以反映和把握的概念形式,也是认识判例制度的重要切入点,因此,对于认识的客体——裁判先例来说,是称“判例”、“指导性案例”或者其他的什么,在认识功能的实现上存在着明显的高下优劣之分,需要慎重对待。

——交流功能。法律概念是表征特定法律现象的法律语言,能够准确、简约地传递相关信息,可在法律职业共同体内以及社会上避免产生恼人的烦琐与不一致。判例、指导性案例等作为法律概念,也应该具有一定的信息交流功能。川岛武宜指出,日本法学界在判例研究上存在的混乱状况,最直接的原因是人们对“判例”一词使用的不同。有人称X为“判例”,有人称Y为“判例”,有关“判例”

〔1〕 在我国法院系统,法官们在谈论当下中国的判例问题时,众口一词都称“指导性案例”。参见沈德咏主编:《中国特色案例指导制度研究》,人民法院出版社2009年版。

〔2〕 [英]维特根斯坦:《哲学研究》,陈嘉映译,上海人民出版社2001年版,第25页。

〔3〕 转引自[英]H. L. A 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第14~15页。

问题的争议由此而生。由于指涉对象南辕北辙,这种争论也是非建设性的。^{〔1〕}在我国,关于判例问题存在着的各种争论,“相当一部分是语词之争。当人们使用一个含义过于宽泛、内容没有精确界定的术语,却未对其中包含的不同意思加以区分时,混淆就产生了,大多数争论皆源于此”。^{〔2〕}因此,判例名称的选择,直接地影响着人们之间能否进行有效的沟通和交流。

——实践功能。语言的运用就是一种有力的管理策略,事物名称的作用是促使种种决定和判断从各种相关事实发展为行动。^{〔3〕}“文字不仅是人们用以相互传达饶有兴味的思想,而且也是诱使行动的一种力量的标记或符号。”^{〔4〕}在法学上,判例名称问题并非无谓的文字游戏,它具有明显的实践性、价值性,是为推进判例制度的发展而进行的。在我国,“指导性案例”名称问题,是在最高人民法院建立和完善案例指导制度的背景下提出来的,它是表征中国特色判例制度的基本性质、主要内容、价值取向等的词语形式;同时,“指导性案例”的名称也直接影响着判决先例的编选标准、形成程序、构成要件、发布方式、指导规则、运用方法等操作问题。可以说,判决先例的名称是“指导性案例”还是“判例”,既是具有认识功能的理论问题,更是来源于审判又服务于审判的实践性论题。

——建构功能。中国的思想传统历来重视词与物的对应关系,孔子即把“正名”看做维护社会秩序的重要条件。《论语·子路》曰:“名不正,则言不顺;言不顺,则事不成;事不成,则礼乐不兴;礼乐不兴,则刑罚不中;刑罚不中,则民无所措手足。”一般地,“名称乃是具

〔1〕〔日〕川岛武宜:“判例与判决例”,载《川岛武宜著作集》(第5卷),岩波书店1982年版,第182页。

〔2〕〔美〕本杰明·卡多佐:《法律的成长:法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第19页。

〔3〕〔美〕麦克洛斯基等:《社会科学的措辞》,许宝强等编译,三联书店2000年版,第83页。

〔4〕〔美〕约翰·R.康芒斯:《资本主义的法律基础》,寿勉成译,商务印书馆2003年版,第420页。

有描绘作用的词语。它们把已经存在的东西传送给表象性思维。凭着它们的描绘力量,名称证实了自身对于物的决定性的支配地位”。〔1〕美国哲学家塞尔则进一步指出:“在制度性实在中,语言不仅用来描述事实,而且说来有点奇怪,它还部分地建构事实。”〔2〕就判例的名称问题而言,因其关系到司法制度的构成与运作,影响到当事人权利义务的安排,甚至其本身就是判例制度的重要组成部分,它不仅表述着判决先例现象,也积极地影响着判决先例的形式与内容、形成与运用。因此,本书拟从名与实、词与物关系的角度,对判例的名称进行研究,为我国的裁判先例寻找名副其实的称谓,为中国判例制度的发展提供建设性意见。

一、判例名称之使用状况

词语的含义并非固定不变,而取决于人们对它的实际使用状况。“一个词的含义是它在语言中的用法。”〔3〕关于判决先例,最常用的名称有三个,即判例法、判例和指导性案例。我们在研究判例的名称时,需要对指导性案例、判例、判例法的实际用法与语境进行实然性考察。

(一)判例法:英美法系判决先例的名称

在英美法系,判例分为有拘束力的判例与有说服力的判例。〔4〕前者对法院具有绝对的约束力,而不问其有无理由或有无错误,而必须严格服从。适用判例原则的拘束性权威,包括相同管辖权下的上级法院的判决,以及同一法院本身的先前判决。对于上级法院的先前判决,下级法院不可能予以忽视,因为上级法院有权在上诉程

〔1〕〔德〕海德格尔:《在通向语言的途中》,孙周兴译,商务印书馆2004年版,第221页。

〔2〕〔美〕约翰·塞尔:《心灵、语言和社会》,李步楼译,上海译文出版社2006年版,第112页。

〔3〕〔英〕维特根斯坦:《哲学研究》,陈嘉映译,上海人民出版社2001年版,第33页。

〔4〕廖彦忠:“美国法院运用‘遵循先例原则’之探讨”,载《美欧月刊》1994年第11期。

序中做出撤销原判的判决。而每一法院本身的先前判决,对该法院而言,当然可视之为判例法。具有说服力的判决,包括不同管辖权之法院的判决,与同级法院所作的判决,对于这些判决法院在一定限度内可自由取舍。虽然两者可统称为判例,但准确地说,前者可称为判例法,后者则应称为判例。在英美法系,判例法是一种重要的法律形式。法官在审理一个案件时,首先要找出与待决案件相同或相似的先例,然后从先例中抽象出适用于该案件的法律规则。在这里,起主要作用的是判例法,而不是制定法。凡与先例相同或相似的案件,应当做出同样的判决。遵循先例原则是判例法的基础,是指法官在审理案件时应考虑上级法院,甚至本法院在以前类似案件判决中的法律原则或规则。在英美法系,判例法的名称,既是对判决先例作为一种正式法律渊源的表征,也是“遵循先例”原则的语言形式。

(二)判例:大陆法系判决先例的名称

大陆法系的法律以制定法的方式存在,其法律渊源包括立法机关制定的各种规范性法律文件、行政机关颁布的各种行政法规以及本国参加的国际条约,但不包括司法判例。判例的作用只有同法律联系起来才能弄清楚。^{〔1〕}法官总是掩饰着自己的造法功能,认为创制规范是立法者和政府或行政机构的事。判例是在法律框架之内活动,而立法的目的正是为了确立这些框架。但是,“要判断在法的制定中法院判决所具有的重要性,在这里还须防止一些现成的提法,它们企图强调法律是唯一的法源,拒绝判例的法源的资格。这些提法如果用在像法国或德国这样一些国家是有些可笑的,因为判例在这些国家的法的发展中在某些领域承担第一流的作用,学术著作常常只从事对判例的注释而不及其他。在学说不关心或少关心判例的国家,这些提法也是错误的,尽管表面好像不是这样。这种

〔1〕 [法]达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第125页。

态度常常只是这些国家的学说与法院分道扬镳的一种标志;它丝毫也不意味着法院判决不是法源”。在这些国家大量存在着的判例集或汇编很能说明问题,“这些集子或汇编不是为法制史学家或社会学家使用而编写的,也不是为了读者的消遣;它们是供从事实践工作的法学家使用而编写,这只能从判例是真正意义上的法源得到解释;它们的数量与质量足以说明在罗马日耳曼法系中,判例法源所具有的重要性的程度。”^[1]在大陆法系,法院的判决,尤其是终审法院的判决具有很高的权威性,而且这些先例的重要性也会随着重复和重新肯定这些先例中所阐述的原则的判例数量的增多而增加。一系列对法律主张做出相同陈述的判例,其效力几乎等同于英美法院判例的权威性。^[2]在法国,“古典理论就宣称判例不是法源;但在某些情况下,最高法院或行政法院的判决事实上经常具有几乎不低于法律效力的约束力。”^[3]在德国,“自德国民法典于1900年1月1日实施以来,德国曾为剧烈的危机所震撼,这些危机使法对情况的适应较之其他地方更为必要。为此,判例不得不代替经常无所作为的立法者。”^[4]在日本,《裁判所法》第4条规定,上级裁判所做出的判断,对下级裁判所在审理相关案件时具有拘束力。所以,在大陆法系,判例在法官判案过程中具有不可忽视的实际影响力,但它仍不占据英美法系判例法那样的法源地位,不属于正式法律渊源,而“判例”的称谓正是这一客观现象的真实反映。

(三) 指导性案例:中国判决先例的名称

在新中国判例制度发展过程中,关于判决先例也出现过各种不

[1] [法]达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第124~125页。

[2] [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1999年版,第434页。

[3] [法]达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第18页。

[4] [法]达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第113页。