

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



大陆法系判例：制度·方法 ——判例研读沙龙 I

黄卉 朱芒 解亘 周伟 章剑生 陈越峰 编

清华大学出版社



“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



大陆法系判例：制度·方法 ——判例研读沙龙 I

黄卉 朱芒 解亘 周伟 章剑生 陈越峰 编

清华大学出版社
北 京

内 容 简 介

“判例研读沙龙”是一群学术志趣相投的法学学人自愿形成的一个民间学术交流平台,它以“独立”“自愿”“民间”为原则,不定期地进行学术交流。判例研读沙龙为我国判例制度的建设和完善贡献智识,倡导法学研究者关注司法实践,以个案或系列案例研究的方式,揭示法律在应对复杂现实过程中呈现出的实然状态,为法律适用者提供法律解释及其方法的多样选择。判例研读沙龙以判例为媒介,以判例研究为主要形式,在法学研究者与法律适用者之间形成了良性互动,一批学者、法官、检察官参与其中,吸引了大批研究生的关注。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

大陆法系判例:制度·方法——判例研读沙龙 I / 黄卉等编. —北京:清华大学出版社, 2013

(中国法学前沿·研究生教学参考书)

ISBN 978-7-302-33764-5

I. ①大… II. ①黄… III. ①大陆法系—案例 IV. ①D911.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 220130 号

责任编辑:李文彬

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:王静怡

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:14.5 插 页:2 字 数:287千字

版 次:2013年10月第1版

印 次:2013年10月第1次印刷

定 价:38.00元

产品编号:051033-01

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系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的常见的构成部分。迄今，“判例研读沙龙”已经定期连续举办了十一次学术活动，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日，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—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 with 指导性案例（2012年11月10日，南开大学法学院）

第十一期：判例的运行与实效（2013年4月13日，上海财经大学法学院）

回首十一期沙龙，我们既收获了意料之中的成果，也得到意外的反思。这些成果与反思有如下几点。

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 同样,我们也将目标锁定在“判例制度建设领域,紧贴法律制度发展的需要,研讨相关国家判例制度的历史成因及其特征,寻找中国判例制度建设的必需条件”上。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》,提出建立具有中国特色的案例指导制度。“判例研读沙龙”也顺应这一重大变化发展,将案例指导制度以及最高人民法院发布的指导性案例纳入“判例制度研究”讨论的范围之内,并成为研讨的重心之一,如第九期沙龙的“判例制度研究”单元中,王亚新教授做的“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“判例研究方法与指导性案例”。

与此同时,判例研读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,我们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,几位召集人依然持有这样的想法。但是,判例研讨的热情现实很快使召集人发现,“自由与单纯”的沙龙设想一次又一次被不断增加的参与者人数摧毁。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,每期沙龙的参加者不断增加,经常会达到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中存在着很大

① 如张骥:《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。

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。

的需求空间。这其中,很多的硕博士研究生和司法实务界人士^①的参与,更是构成对判例研读沙龙的激励和鞭策。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,尤其是其中来自司法实务部门一线的信息,则直接促使学者们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,人数的增加促使判例研读沙龙的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。

另外,百人以上的学术会议不可能达到充分、细致、自由研讨学术的沙龙效果。如何在非沙龙的环境中秉持沙龙精神,已经逐渐成为判例研读沙龙发展过程中的“瓶颈”,这就要求召集人与所有参加者探索更新的学术研讨方式、不断提升研讨效果。自第十一期开始,召集人开始尝试在大的学术会议规模中,设置可以任意申请且自设报告人和报告程序的小型研讨时间段,即在大沙龙之中设置真正能够进行细致、研讨的小型沙龙,以达到既为开放的学术活动,又能封闭地进行自由探讨的目的。

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,与在中国当下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。

从判例研读沙龙中研讨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,并在中国法语境中使之中国化;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,判例研读沙龙汇集和呈现了国内既有的各种研究方法。例如,在第七期沙龙上,章剑生教授归纳了沙龙讨论中客观存在着的四种研究方法或分析视角。即“个案解析研究,系列案例研究,个案引出问题研究以及个案作论据研究”。^② 总之,判例研读沙龙始终在探索什么才是中国应有的判例研究方法。我们坚信,随着沙龙的成长,一定会渐渐催生出属于中国自身的分析方式。

^① 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。

^② 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,但自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。

在学界师长的鼓励之下^①，在参与同仁的共同努力下，判例研读沙龙的成果能以不断提升。如今，这些研究成果已在《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》《交大法学》等主流法学期刊发表，渐渐显露出“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，以供后者们对比研究，同时也蕴含着我们期待能通过沙龙研讨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，也构成了法规范的本身，成为成文法规范“活”的部分。我们越来越清楚感到，随着对判例分析深入，也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方法，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。当这些被运用的判例积少成多，便会构成中国自身的法学理论。

^① 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。

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”已经迈开了探索与研究的第一步,我们期待更多的志士仁人投入其中。

“判例研读沙龙”全体召集人谨识

2013年盛夏

目 录

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 1

“同案不同判”在实际司法中尤为突出,建立大陆法系的判例制度或可修正这一缺陷,实现“同案同判”的司法正义是今天沙龙追求的目标。

沙龙主人:黄卉(北京航空航天大学法学院)

第一单元 中国判例制度(如何由个案裁判发展成判例) 3

判例在中国的作用 朱芒 3

关于个案裁判如何生成判例的法律分析——以公众人物名誉权案

为例 黄卉 7

法律文书的结构 傅郁林 15

第二单元 外国判例制度 21

关于德国的判例制度 刘飞 21

日本的判例制度 解亘 24

关于意大利的判例制度 薛军 27

美国法院如何遵从先例? 林彦 30

自由讨论 33

第二期 行政权的结构与边界 43

直面中国裁判事例,分析和发现判例的存在空间和在法律适用方面的实际作用,分析个案判决射程距离或规范性涵盖范围,这是具体推进判例分析方法和呈现判例研究意义的重要一步。

沙龙主人:朱芒(上海交通大学法学院)

第一单元 行政法的角度 44

试论判决要旨的提取——以上海市二中院行政庭若干土地登记判决

为例 黄卉 44

行政行为的违法性继承 朱芒 49

判例在厘定德国公权力结构中的作用分析 刘飞 54

裁量基准与个别情况考虑义务 王天华	58
行政许可的认定 林彦	62
讨论点评 章剑生	67
第二单元 民商法的角度	70
行政法与侵权法的交错——法院的立场及其评析 解亘	70
债权让与中的优先原则——“佛山市顺德地区太保投资管理有限公司与 广东中鼎集团有限公司债权让与合同纠纷案”判决的评析 其木提	75
留用地开发分成协议的效力判定——“浙江省乐清市乐城镇石马村村民 委员会与浙江顺益房地产开发有限公司合作开发房地产合同纠纷 案”评析 周江洪	78
讨论点评 顾祝轩	83
自由讨论	87
讨论点评 叶必丰	103
第三期 司法裁判中的权利形成	107

判决书事实、媒体事实与民事司法折射的转型期社会、经营者公平竞争利益的保护、民事裁判案例的研究方法以及当场行政处罚的证明标准这四个问题是这场沙龙的重点。

沙龙主人：解亘（南京大学法学院 中国法律案例研究中心）

第一单元 民事诉讼法判例研读	109
判决书事实、媒体事实与民事司法折射的转型期社会 王亚新	109
评议与自由讨论	114
第二单元 经济法判例研读	118
司法裁判视野中的经济法权利 李友根	119
评议与自由讨论	121
第三单元 民法判例研读	126
民事裁判案例的研究方法——以司法裁判中权利的形成作为线索 顾祝轩 ..	126
评议与自由讨论	129
第四单元 行政法判例研读	132
“廖宗荣诉重庆市公安局交通管理局第二支队道路交通管理行政处罚 决定案”评析 宋华琳	132
评议与自由讨论	133
第五单元 判例沙龙今后研读方式的讨论	135
自由讨论	135

第六单元 总结 金叶强	139
第四期 指导性案例的约束力	142
构建中国案例指导制度的目的,显然是要实现指导案例的“指导”作用,即对法院的约束力。发展现有的法律理论,就要消除指导性案例无约束力的法律障碍。 沙龙主人:周伟(四川大学法学院 四川大学公法暨人权法律研究中心)	
第一单元 中外裁判要旨的约束力	144
典型案例的功能 章剑生	147
评议与自由讨论	148
第二单元 中国法院判例约束力的实践	150
指导性案例为何没有约束力——以高淳流浪汉案为研究对象 李有根 ..	150
四川各地法院审判中案例约束力的实践 杨丽	151
评议与自由讨论	153
第三单元 指导性案例约束力的理论依据	155
政府信息公开的权限范围及二审判决拘束力的体现 凌维慈	155
常州市武进区湖塘农业信用合作社案及法理评析 齐晓琨	157
评议与自由讨论	160
第四单元 指导性案例约束力的制度瓶颈	162
判例解释与法律的统一适用 董峰	162
宪案例的约束力——从最高人民法院废止齐玉苓案件批复谈起 王锴	165
公报案例约束力的实证表现——以网络侵权为例 周伟	166
评议与自由讨论	168
第五期 “同案同判”的技术及其适用	177

中国案例指导制度功能在于“统一法律适用”。“同案同判”的适用技术是实现这一功能的基本手段或原则。(1)吸收判例法制度中的“区别技术”;(2)为使裁判的可控性而强化法官的说理义务;(3)规范裁判要旨的提炼方法。这三点可为案例指导制度发展的基本方向。

沙龙主人:章剑生(浙江大学法学院 浙江大学公法与比较法研究所)

第一单元 比较法视野中的“同案同判”	179
--------------------------	-----

德国“同案同判”制度 黄卉	179
台湾地区的判例制度 孙铭宗	181
评议与自由讨论	182
第二单元 案件类型化与“同案同判”	185
司法实践中的公平责任：类型总结与评析 孙维飞	185
论裁判文书公开与当事人隐私权保护 李友根	187
评议与自由讨论	188
第三单元 个案中的“同案同判”	191
公报案例对下级法院同类判决的客观影响——以规划行政许可侵犯相邻 权争议案件为例 陈越峰	191
财产权与征税权的博弈——以某能源公司与农税局纳税争议 为例 肖泽晟	194
评议与自由讨论	197
第四单元 群案中的“同案同判”	200
生育利益在民法上的诸问题——一份基于司法实务案例的研究 朱晓喆	200
“同案同判”的技术及我国的适用 金承东	201
评议与自由讨论	202
第五单元 “同案同判”：中外比较	204
民营化后公用事业的公私属性之争——基于案例的比较分析 骆梅英 ..	204
对江苏省高院的一个案例评析 徐浩	206
评议与自由讨论	211
跋	216

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

沙龙主人：黄卉(北京航空航天大学法学院)

沙龙主题：大陆法系的判例制度——成文法系中的判例和成文法的关系

时 间：2008年9月28日

地 点：北京航空航天大学法学院模拟法庭*

沙龙提要

黄卉：本次沙龙分为上、下两个半场。上半场，三位报告人将分别介绍判例制度在中国的某些反映；下半场，四位报告人向大家介绍并释评德国、日本、意大利和美国的判例制度。

通过这次沙龙，我们期待有这样的结果出现：

一为，大家通过研讨可否作出这样的论证，即判例或判例制度虽是英美法系的传统，但大陆法系对判例也是有所倚重的，存在着某种不同于英美判例建构，即所谓的大陆法系判例制度，中国也是不能置身度外的。众所周知，我国的立法太过于抽象，“同案不同判”在实际司法中尤为突出，建立大陆法系的判例制度或可修正这一缺陷，实现“同案同判”的司法正义是今天沙龙追求的目标。

二为，我们原则上赞成最高法院推动案例指导制度的建设，将其看作是大陆法系判例制度的子项概念，但不大认可最高法院制作指导性案例的步调和方案，因其具有延续立法之思路，纠缠于“法理”的隐忧。所以，在这次沙龙上，我们要听听几位在大陆法系国家留学多年并且在部门法领域工作的学者，看看他们提出的学术经验以及针对性的议论，能否在正式制度出台之前发现一些可以矫正的设计中的错误。

三为，沙龙这种集中讨论方式，可以将判例研究扩展到教研视野。因为我国案例

* 记录整理者：燕艳、黄永太、廖慧、杜立涛、杨小力、覃开莹、李海珍、霍彬、李祥安、郑俊、袁小琴、安慧敏、董芳芳；编辑、审校者：刘浩、黄卉。他们的工作成果构成了编撰本部分实录的基础文字材料，对此予以感谢——编者注。

指导制度的清晰度，只有在法学者对司法裁判的持续考察和良性互动过程中才能期待。总结本期沙龙，可谓是：目标大，成绩小，慢慢来。

开 幕 式

主持人：高全喜（北京航空航天大学）

各位下午好！首先我代表北航法学院向大家表示热烈的欢迎，大家的到来使得我们简陋的模拟法庭蓬荜生辉。我们这期沙龙的题目是“大陆法系的判例制度”，对我来说是比较新鲜的，因为在我理解中只有英美法系才有判例，大陆法系则是成文法传统，所以我也抱着学习的心情主持和参加这次沙龙活动。这次沙龙是由我们院的黄卉老师发起组织的，所以先请她介绍一下组织这次沙龙的背景。

黄卉：谢谢高老师！谢谢朱芒老师、林彦老师、解亘老师和春艳，他们特地来京参加我们北航的只有半天的沙龙活动，真是让我有些惶恐。当然也要感谢京城的同行支持和贡献智慧！另外，在这次沙龙的准备期间，朱芒老师、北大的张骥老师给了我很大的鼓励，也提供了技术支持，非常感激。当然，没有北航法学院龙卫球院长和我的直接领导高全喜教授的支持，举办这次沙龙也是不能想象的。

本次沙龙研讨的题目是：大陆法系判例制度研究——成文法体系中的判例和成文法的关系。沙龙有一个比较长的组织、准备和调整的过程，最初要做一个类似“德国判例制度与中国案例指导制度比较”的研讨会，后来讨论对象扩充到主要大陆法系国家判例制度，最后因国事、家事、人事等诸多原因调整为北航正在研发和迅速成为学术品牌的北航法学沙龙的第十二次活动。

因为只有半天时间，我们不可能面面俱到地讨论判例制度或者我国未来的案例指导制度，所以请允许我为本次研讨作一个大致的限定。请先允许我做一个正面的——仅限于今天的——“学术引导”，即我们今天主要分析大陆法系中的判例和成文法之间的关系。同时我也作出消极限制：第一，我们不纠缠于概念，换言之，我们暂时不纠缠称谓问题，不讨论应该称作“判例”还是“案例指导”，同样也回避类似“不是判例法系国家何以建构判例制度”这样的问题；第二，我们避开大的历史和社会学视角的叙述，这些问题和视角不是不重要，只是本次沙龙的出发点是：我们的法律太抽象了，差别适用太过分了，我们希望和认为某种形式的判例制度可以修补这个缺陷。我们的问题是：该制度在不破坏我们既有的基本法律架构的前提下——迫于路径依赖——如何能够修补这个缺陷？该制度是否能够以及如何能够把它可能以及必然带来的副作用减小到最低的程度？

基于这样的考虑，本次研讨不一定需要报告人和评议人对我国（设计中的）案例

指导制度以及其他国家的判例制度在组织结构上有完整的认识,但要求对法律适用,尤其是法律适用中成文法和判例之间可能的互动关系有深入的了解和分析。这一点可以从本次沙龙的报告人和评议人的组成上看出,我们邀请的大部分都是来自部门法的专家。

最后需要说明,本次沙龙虽然带有浓厚的比较法色彩,但是我们不是为了作松散的法律文化比较,而是希望能够为中国案例指导制度的构建和完善提供部门法视角的资讯。

第一单元 中国判例制度(如何由个案裁判发展成判例)

主持人:高全喜

上半场有三位报告人,第一位是上海交通大学法学院的朱芒教授,报告的题目“判例在中国的作用”,有请朱芒教授。

判例在中国的作用

朱芒(上海交通大学):大家好,我来自上海交通大学法学院,主要教行政法,在场有很多我的朋友。这次研讨,我积极地参与了前期的策划,为什么策划这样一次活动呢?在场许多学者都有在外国学习的背景,尤其是在一些大陆法系国家,因此举行这样一个活动非常有利于大家进行学术上的交流。在我们国家的法学教育和研究过程中,常常把判例和判例法相混淆,认为我们是成文法国家,不需要判例,这个想法正确与否暂且不论。但我在日本京都大学留学的过程中,发现他们从本科二年级就开始进行阅读法条和判例的训练,因此我们就会问,判例不是英美法的东西吗?为什么在大陆法系国家也会如此受重视呢?由此,我们就开始关注在中国法律教育和研究中,判例究竟起到什么样的作用。归国后,我也一直在关注这个问题,但据我所知,目前,国内学者主要还是进行一种私下的学术探讨,国内至今还没有这方面的作品正式发表出来。今天,我报告的主题是“判例在中国的作用”。在表明我的观点之前,首先需要声明的是,这仅仅是我个人观察问题的一个角度,并不代表作为教科书式的或是作为一个绝对科学的方法是这样观察的。

在作出具体阐述之前,我先摆明自己的基本观点:只要是在法律的运作过程中,只要有审判活动,那么不论你承认与否,判例都是客观存在的,而在大陆法系和英美法系之间的差异仅仅是法源的不同。它在法律规范与法律事实之间起着媒介的作用,是客观存在并发挥作用的,只是需要讨论学者从什么角度去发现它、整理它、分析它,并将它理论化、学术化的问题。因此,从这个意义上看,最高法院是否实施“案例指导制度”在我的研究中是无关紧要的,实施了固然好,不实施也没关系。我认为,在

中国,判例也是客观存在的,在我接下来的阐述中,我会主要讲我是怎样认识判例这个概念的,并引用两个行政法的具体案例来辅助阐述我的观点。

一、对判例及其作用的基本认识

首先我把讨论的范围限定在成文法的条款或者一个用语或概念与判决有什么关系这个问题上,也就是判例在成文法的条款与具体的案件事实之间起到什么样的作用。

我们知道,法律条款是最为简练和抽象的,而案件事实往往是最为具体和复杂的,而判决在其中则起到了媒介的作用,也就是说,判决实际上将抽象的成文法条款的内涵不断地具体化了。法官在适用法律时首先必须解释条款中的概念的内涵是什么。比如,《行政诉讼法》第54条“违反法定程序”中“法定程序”的具体内涵究竟如何呢?在十年前,我曾经整理过1990年到1996年间正式登载的法院同类判决关于这个问题的认定,从而来探究法官认识的“法”究竟是怎么样的。在这个过程中,我发现,在不同的阶段,不同的法官在不同的判决中对于这个问题有着不同的认识。当同类案件增多后,“法定程序”就会在现实中形成一个有约束力、有规范力的制度。此时,律师、检察官和其他法官在处理类似案件时就会对“法定程序”的内涵有了相对具体的认识。因此,可以说,判例起到了解释成文法条款的作用,同时,它也是作为同类判决的先例而存在的。

那么,先例作用如何保证呢?比如在一个有审级关系的诉讼体系中,上诉法院的判决对于某一法律条款形成了一个固定认识,那么同类案件,即便下级法院有了新的认识,只要上级法院可能改判,那么实际上就会形成事实上的先例,所以,我的研究也主要是在这个框架中进行的。

接下来,抽象的条款如何被一个又一个判决具体化的呢?而判决的拘束力又如何理解呢?一般来说,拘束力有形式上的和实质上的,形式上的拘束力体现在法条上,也就是法律直接规定要“遵循先例”,而事实上的拘束力是指法律上并没有规定上下级法院之间是否有一种“遵循先例”的关系,而这需要由我们学者对大量案件的分析来发现和探究。这里,我们探讨的主要是事实上的拘束力。无论法律在形式上如何规定,只要在判决中载有关于某一法律问题的认识,它事实上就可以成为判例,就会对其他同类判决产生影响,成为对具体法律条文的解释。无论一个国家是否承认判例法,只要这种解释在司法判决过程中成为裁判适用的依据,就应当说判例是客观存在的。

为了支持上述观点,我引用了两位日本学者的说法:日本的法社会学家、曾任日本法社会学协会会长的棚濑孝雄曾说,“特定法官就特定案件作出的决定,能够对此后出现的案件的其他法官作出的决定起到基本标准的作用,即判决的先例化,无论在正式的制度中采取或是不采取判例法主义,审判作出的任何一个决定都会或多或少给以后的决定以影响,只要经过某种程度的合理化,在审判的过程中就会必然产生”;

日本的法理学家、曾任日本法理学会会长的田中成明在《法理学讲义》中也曾说,“现在即使在大陆法系的各个国家,根据先例作为判例进行审判的实务活动已成惯例并牢牢扎根,即使就先例的羁束性方面存在的基本惯例而言,两大法系也已经不存在原理性的区别,两者的不同只是对判例的重视程度大小不同而已,大陆法系已不能仅因为判例不是法源而不予适用”。

二、从两个具体行政案件的判决看判例在中国的作用

现举两个具体行政法案例来阐释我的观点。第一个是前些年受到媒体广泛关注的2001年“乔占祥诉铁道部票价上浮案”。这个案件在新闻媒体中讨论得非常热烈,但在我读到的大量的关于这个案件的新闻报道和评论中,都没有看到分析一、二审判决的内容。我关注的并非判决本身的对与错,而是判决对条文中概念和用语的解释。

1999年11月8日,国家计委请示国务院对部分旅客列车的票价实行政府指导价,并申请将原由国务院行使的制定和调整铁路票价的审批权授予了国家计委。2000年7月26日,铁道部提出请求,上报国家计委,要求在春运期间票价上浮。2000年11月,国家计委作出了批复。2000年12月21日,铁道部发布了票价上浮通知。2001年春运期间,票价上涨。原告在此期间多支出了交通费共9元钱。因此,原告认为被告违反了《价格法》第23条规定,即“制定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价,应当建立听证会制度,由政府价格主管部门主持,征求消费者、经营者和有关方面的意见,论证其必要性、可行性”。

这里,关键的争点是被告是否负有举行听证会的职责,换言之,应该如何理解《价格法》第23条规定的“应该建立听证会制度……论证其必要性、可行性”。原告认为,被告必须经过听证才能涨价,铁道部没有依法举行听证,因此其涨价行为违法。《价格法》第23条规定,一审判决认为,“被告是依据国家计委的批准文件作出的。该程序没有违反有关法律规定。原告认为,被告所作的票价上浮通知未经国务院批准,被告未能提供组织价格听证会的证据,即应判定其被诉行为违反法定程序应予以撤销的诉讼请求缺乏事实依据和法律依据。且依据《价格法》第23条规定,主持听证会不属于被告的法定职责,故本诉不涉及价格听证及其相关问题”。因此,一审法院判决原告败诉。可以看出,一审法院认为负有举行听证职责的不是铁道部,而是国家计委,因此铁道部无须履行举行听证会的法定程序。原告不服,提起上诉。二审法院审理维持原判,理解是,虽然《价格法》第23条作出听证会规定,但是,由于在铁道部制定价格上浮通知时国家尚未建立和制定规范的价格听证制度,因此要求铁道部申请价格听证缺乏具体的法规和规章依据。

虽然一、二审法院都判决原告败诉,但可以看出,两审法院对《价格法》第23条的