



教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目

十五
课题

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法治国家建设中的 司法判例制度研究

STUDY ON JUDICIAL PRECEDENT SYSTEM
IN THE CONSTRUCTION
OF COUNTRY'S RULE OF LAW

国家法 判例新



中国社会科学出版社

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目 中国
课题

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法治国家建设中的 司法判例制度研究

STUDY ON JUDICIAL PRECEDENT SYSTEM
IN THE CONSTRUCTION
OF COUNTRY'S RULE OF LAW

何家弘 刘品新

主编



中国财经出版传媒集团

图书在版编目 (CIP) 数据

法治国家建设中的司法判例制度研究/何家弘、刘品新主编.
—北京:经济科学出版社,2017.6
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目
ISBN 978-7-5141-8025-1

I. ①法… II. ①刘… III. ①司法制度-研究-中国
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 110229 号

责任编辑:王丹
责任校对:王苗苗
责任印制:邱天

法治国家建设中的司法判例制度研究

何家弘 刘品新 主编

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址:北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编:100142

总编部电话:010-88191217 发行部电话:010-88191522

网址:www.esp.com.cn

电子邮件:esp@esp.com.cn

天猫网店:经济科学出版社旗舰店

网址:http://jjkxcs.tmall.com

北京季蜂印刷有限公司印装

787×1092 16开 20.75印张 400000字

2017年6月第1版 2017年6月第1次印刷

ISBN 978-7-5141-8025-1 定价:52.00元

(图书出现印装问题,本社负责调换。电话:010-88191510)

(版权所有 侵权必究 举报电话:010-88191586)

电子邮箱:dbts@esp.com.cn)


经世济世

知行合一

贺教育部

重大项目

成果出版

李昆林  八

课题组主要成员

首席专家 何家弘

主要成员 刘品新 何 然 黄京平 李红海

刘风景 沈玮玮 汤维建 徐 昕

姚 辉 张 晶 张志铭 赵晓耕

编审委员会成员

主任	周法兴				
委员	郭兆旭	吕萍	唐俊南	刘明晖	
	刘茜	樊曙华	解丹	刘新颖	

总 序

哲学社会科学是人们认识世界、改造世界的重要工具，是推动历史发展和社会进步的重要力量，其发展水平反映了一个民族的思维能力、精神品格、文明素质，体现了一个国家的综合国力和国际竞争力。一个国家的发展水平，既取决于自然科学发展水平，也取决于哲学社会发展水平。

党和国家高度重视哲学社会科学。党的十八大提出要建设哲学社会科学创新体系，推进马克思主义中国化、时代化、大众化，坚持不懈用中国特色社会主义理论体系武装全党、教育人民。2016年5月17日，习近平总书记亲自主持召开哲学社会科学工作座谈会并发表重要讲话。讲话从坚持和发展中国特色社会主义事业全局的高度，深刻阐释了哲学社会科学的战略地位，全面分析了哲学社会科学面临的新形势，明确了加快构建中国特色哲学社会科学的新目标，对哲学社会科学工作者提出了新期待，体现了我们党对哲学社会科学发展规律的认识达到了一个新高度，是一篇新形势下繁荣发展我国哲学社会科学事业的纲领性文献，为哲学社会科学事业提供了强大精神动力，指明了前进方向。

高校是我国哲学社会科学事业的主力军。贯彻落实习近平总书记哲学社会科学座谈会重要讲话精神，加快构建中国特色哲学社会科学，高校应需发挥重要作用：要坚持和巩固马克思主义的指导地位，用中国化的马克思主义指导哲学社会科学；要实施以育人育才为中心的哲学社会科学整体发展战略，构筑学生、学术、学科一体的综合发展体系；要以人为本，从人抓起，积极实施人才工程，构建种类齐全、梯

队衔接的高校哲学社会科学人才体系；要深化科研管理体制改，发挥高校人才、智力和学科优势，提升学术原创能力，激发创新创造活力，建设中国特色新型高校智库；要加强组织领导、做好统筹规划、营造良好学术生态，形成统筹推进高校哲学社会科学发展新格局。

哲学社会科学研究重大课题攻关项目计划是教育部贯彻落实党中央决策部署的一项重大举措，是实施“高校哲学社会科学繁荣计划”的重要内容。重大攻关项目采取招投标的组织方式，按照“公平竞争，择优立项，严格管理，铸造精品”的要求进行，每年评审立项约40个项目。项目研究实行首席专家负责制，鼓励跨学科、跨学校、跨地区的联合研究，协同创新。重大攻关项目以解决国家现代化建设过程中重大理论和实际问题为主攻方向，以提升为党和政府咨询决策服务能力和推动哲学社会科学发展为战略目标，集合优秀研究团队和顶尖人才联合攻关。自2003年以来，项目开展取得了丰硕成果，形成了特色品牌。一大批标志性成果纷纷涌现，一大批科研名家脱颖而出，高校哲学社会科学整体实力和社会影响力快速提升。国务院副总理刘延东同志做出重要批示，指出重大攻关项目有效调动各方面的积极性，产生了一批重要成果，影响广泛，成效显著；要总结经验，再接再厉，紧密服务国家需求，更好地优化资源，突出重点，多出精品，多出人才，为经济社会发展做出新的贡献。

作为教育部社科研究项目中的拳头产品，我们始终秉持以管理创新服务学术创新的理念，坚持科学管理、民主管理、依法管理，切实增强服务意识，不断创新管理模式，健全管理制度，加强对重大攻关项目的选题遴选、评审立项、组织开题、中期检查到最终成果鉴定的全过程管理，逐渐探索并形成一套成熟有效、符合学术研究规律的管理办法，努力将重大攻关项目打造成学术精品工程。我们将项目最终成果汇编成“教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目成果文库”统一组织出版。经济科学出版社倾全社之力，精心组织编辑力量，努力铸造出版精品。国学大师季羨林先生为本文库题词：“经时济世 继往开来——贺教育部重大攻关项目成果出版”；欧阳中石先生题写了“教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目”的书名，充分体现了他们对繁荣发展高校哲学社会科学的深切勉励和由衷期望。

伟大的时代呼唤伟大的理论，伟大的理论推动伟大的实践。高校哲学社会科学将不忘初心，继续前进。深入贯彻落实习近平总书记系列重要讲话精神，坚持道路自信、理论自信、制度自信、文化自信，立足中国、借鉴国外，挖掘历史、把握当代，关怀人类、面向未来，立时代之潮头、发思想之先声，为加快构建中国特色哲学社会科学，实现中华民族伟大复兴的中国梦作出新的更大贡献！

教育部社会科学司

摘 要

法治国家建设包括立法和施法两个基本环节。一直以来，立法是中国法治建设的中心任务，且取得了举世瞩目的成就。当下中国法治建设面临的突出问题是有法律而无法治，即法律完善但实施不力。法律的生命在于实施，而法律实施的最后一道防线是司法。我国法治建设的重心应由立法向司法转变，通过完善司法判例制度来提高我国的法治水平。

司法判例制度是一个国家或地区中涉及司法判例的选编、发布、内容、效力、引用、推翻之规制的总和。从司法判例制度的发展沿革看，在一定程度上依赖司法判例来传承法律或者填补法律的空缺是人类社会的自然选择。可以推断，在任何国家的历史上都存在司法判例，或者说都有一定形式的司法判例制度。现代司法判例制度承担着统一法律适用，规范法官自由裁量权的职能，是实现司法公正、权威的有力保证。从某种意义上讲，依赖司法判例来弥补立法在司法层面的不足是人类社会走向法治的必由之路。

英美法系国家的法律体系以判例法为基础，判例法是基本的法律渊源，其所走的是从判例法到判例法与制定法相结合的道路。而大陆法系国家以制定法为基础，判例依附于制定法，同时又是对制定法不可或缺的补充，其所走的是从制定法到制定法与判例法相结合的道路。当前，两大法系的发展趋势不断融合，在一定程度上实现了制定法与判例制度的平衡。这种发展轨迹反映了人类社会法治发展的一般规律，因而值得我国在完善司法判例制度时借鉴。

中国古代虽是一个典章制度主导下的传统社会，但从功能主义的

角度分析，也存在判例功能的法律形态。判例依附于法典，经历了萌芽、发展、成熟、消融的演变轨迹。传统中国判例是在立法技术落后、成文法不发达的社会形势下出现的，具有法律规则的创设与规则效力的强化两大功能。古代判例在适用过程中出现了无制约、违背成文法、数量过多等问题。今天，应当明确判例是法律重要补充的法律定位，并从判例的遴选、审定、发布、汇编等方面予以完善。

通说认为，我国民商事指导性案例具有事实上的拘束效力，具体表现为撤判风险的威胁、法官背离时论证责任的增加和公众监督力度的增强。民商事指导性案例具有促进法律解释不断完善，保障法律漏洞填补正确实施，实现不确定性概念的价值补充，指引利益衡量正确适用的价值。在民商事指导性案例的遴选上，应当加强公众参与，建立相应的异议或制约制度。最高人民法院在发布案例时要更多地听取地方各级裁判机关的意见和诉求，并完善编写体例。在适用方面，可以从效力内容、效力实质、效力来源、效力范围和效力类型五个角度理解和把握指导性案例的“参照”，并从硬约束和软约束方面规范法官的自由裁量。同时，还应当建立背离报告制度，规制法官对判例的规避。

我国的刑事案例是指公安机关、检察机关和法院办理刑事案件时参考或参照使用的已完成特定刑事诉讼程序的相关案件。其中，刑事案例中具备最高效力的指导性案例具有事实拘束力。刑事案例的适用原则包括罪刑法定原则、参考或参照适用原则、直接适用原则、混合适用原则、效力顺序适用原则以及非裁判依据援用原则。就刑事案例的适用技术而言，需要运用刑事案例识别技术和刑事案例规避技术。

中国指导性案例的颁布标志着具有中国特色的司法判例制度已初步建立。但是，也暴露出一些问题，需要进一步完善。具体缺陷表现为：最高人民法院发布的指导性案例的数量太少，很难满足司法实践中对于判例制度的需求；指导性案例虽然是最高人民法院精选后发布的，但并不都是最高人民法院自己审理的，不符合司法判例的生成规律；指导性案例的效力定位不够明确。在制度完善上，应当明确案例的遴选标准，简化案例的发布程序，界定案例的效力。在编纂技术上，应当进一步完善指导性案例的序号、裁判文书标题、裁判要点的设计

与运用。

综上所述，完善司法判例制度是建设法治国家的需要。司法判例制度一方面是司法者群体自由裁量权的张扬，另一方面又是司法者个人自由裁量权的约束。二者在国家中的平衡，体现了司法判例制度的完善程度，也体现了法治国家建设的发展水平。

Abstract

Legislation and enforcement of laws are fundamental to constructing the rule of law in a given country. Legislation has always been the main strategy behind constructing the rule of law in China, which has made remarkable achievements. The most pressing problem, however, concerning the construction of a country's rule of law is that existing legislation is adequate for the task, but its enforcement is far from satisfactory. The vitality of law lies in its enforcement, and the judiciary system is the last line of defense for the enforcement of the law. We should therefore switch from a legislation-centered focus to a judiciary-centered one and improve the judicial precedent system in order to construct a rule of law in China.

A judicial precedent system regulates the selection, issuance, content, validity, citation and overrule of the judicial precedent of a given country or region. It is the natural choice for human society to inherit law or fill in gaps in the law to a certain degree in terms of developing a system of judicial precedent. It can therefore be inferred that all countries have judicial precedents, or certain forms of judicial precedent systems. Modern judicial precedent systems assume the functions of unifying the application of the law and regulating a judge's discretion, which is a valid guarantee of judicial justice and judicial authority. It is inevitable, as human society begins to establish the rule of law, for society to rely on judicial precedent to make up for shortages of legislation about judicial application.

The legal system in common law countries is based on case law, and case law is the basic legal source. Legal systems start from case law and then proceed to a combination of case law and statute law. While the legal system in civil law countries is based on statute law, precedent also depends on statute law and is therefore an indispensable supplement to it. Civil law countries start from statute law and then proceed to a combination of statute law and case law. Common law systems and civil law systems are be-

coming more integrated over time, reaching a balance between statute law and a precedent system. This path of development reflects the general principle of the development of the rule of law in human society, which can be referenced to improve the judicial precedent system in China.

Precedent existed in ancient China from a point of view of utilitarian analysis even though China had a traditional society dominated by decrees and regulations. Precedents depended on code, and therefore on primacy, development, maturity and ablation. Traditional precedents emerged in China when legislative techniques and statute law, whose functions were to create legal rules and strengthen the validity of these rules, fell behind. There were some problems during the application of precedents in ancient times, such as a lack of restrictions on the use of precedents, violations of statute law, and an excessive number of precedents. We must clarify the legal position that precedent is an important complement to statute law, and improve the selection, examination, approval, issuance, and compilation of precedents.

Civil and commercial guiding cases are of factual validity in the prevailing opinion, and they are mainly manifested in the risk of judgment set aside, thus increasing the burden of reasoning when a judgment deviates from former precedent, and enhancing public supervision. The value of civil and commercial guiding cases lies in how they promote the continuous improvement of the interpretation of the law, guaranteeing the closing of legal loopholes, accomplishing value supplement to uncertain concepts and guiding the correct application of the balance of interests. We should promote public participation in the selection of civil and commercial guiding cases, as well as establish a system of exceptions and restrictions. The Supreme People's Court should listen to the opinions and demands of local courts at all levels and perfect its style of compilation when it issues guiding cases. As for application, judges can comprehend and understand the "reference" of guiding cases from five perspectives: the content of validity, the essence of validity, the source of validity, the scope of validity and the type of validity. Furthermore, a judge's discretion should be regulated with both hard and soft constraints. A deviation report system should also be established in order to restrict the evasion of precedent by judges.

Criminal cases in China are relevant if they have completed the specific criminal procedure and that can be referred to when public safety officers, prosecutorial authorities and courts handle criminal cases. Criminal guiding cases are of factual validity. The principles for application are those of legality, reference application, direct applica-

tion, mixed application, validity, and non-criterion judgment. In terms of applicable techniques for criminal cases, recognition and evasion techniques must be applied.

The issuance of guiding cases in China marks the preliminary establishment of a judicial precedent system with Chinese characteristics. Some problems, however, must be improved further. For instance, the number of guiding cases issued by the Supreme People's Court is too small to meet the needs of judicial practice. In addition, the guiding cases issued by the Supreme People's Court are not tried by the Court itself, which does not conform to the rule of generation. The orientation of the validity of guiding cases is not clear enough. We should consequently clarify the criteria for case selection, simplify the issuance procedures, and define when cases are valid. We should also improve the design and application of sequential numbers, judgment titles, and the key points of judgment for guiding cases.

Overall, in order to construct the rule of law for a given country, one must improve its judicial precedent system. On the one hand, the judicial precedent system is a publicity of the discretion of the judge group. On the other hand, it is also a restriction of an individual judge's discretion. The balance of these two factors in specific countries reflects the soundness of the judicial precedent system and the level of development of the country's rule of law.

目 录

Contents

第一编

司法判例制度的法理基础 1

第一章▶司法判例和司法判例制度 3

- 一、现象、问题和方法 3
- 二、司法判例的含义 4
- 三、司法判例含义的理论解析 6
- 四、司法判例制度及其法理解析 7

第二章▶司法判例的作用 9

- 一、司法判例作用的承认 9
- 二、司法判例作用的界定 15
- 三、司法判例作用的实现 24

第二编

司法判例制度之比较 31

第三章▶司法判例制度的缘起 33

- 一、自然法与司法判例制度 33
- 二、习惯法与司法判例制度 35
- 三、神明裁判与司法判例制度 37

第四章▶ 英美法系的司法判例制度	40
一、英美法系中司法判例制度的发展沿革	40
二、英美法系司法判例制度的发展趋势	43
第五章▶ 大陆法系的司法判例制度	46
一、大陆法系司法判例制度的发展沿革	46
二、大陆法系司法判例制度的发展趋势	49

第三编

中国司法判例制度的历史 53

第六章▶ 中西判例的历史语境	55
一、中西判例之存在比对	55
二、中国传统判例地位重述	70
第七章▶ 中国判例的历史表现	83
一、判例在中国的历史形态	83
二、判例在中国的演变轨迹	88
第八章▶ 中国判例的历史运作	97
一、判例的制作	97
二、判例的适用	102
三、判例与中国司法传统	110

第四编

中国司法判例制度的现状 113

第九章▶ 中国民商事指导性案例制度	115
一、民商事指导性案例总说	115
二、民商事司法指导性案例的生成	139
三、民商事司法判例的适用	146

第十章▶中国刑事案例制度 173

- 一、刑事案例总说 173
- 二、刑事案例的种类 191
- 三、刑事案例的适用 204

第五编**中国司法判例制度的完善 225****第十一章▶中国司法判例产生制度的完善 227**

- 一、中国司法判例制度的形成 227
- 二、中国司法判例制度总评 229
- 三、中国司法判例产生制度的基本问题 234

第十二章▶中国司法判例编纂制度的完善 239

- 一、最高人民法院指导性案例的编纂体例 239
- 二、指导性案例序号的功能定位与设置技术 244
- 三、裁判文书标题的原理与设计 251
- 四、裁判要点的原理与设计 260
- 五、最高人民法院指导性案例成文化与案例库建设 275

附录**研究报告 277****完善司法判例制度是法治国家建设的需要 279**

- 一、法治国家建设：立法为主与司法为主 279
- 二、司法判例制度：英美模式与欧陆模式 282
- 三、中国制度完善：案例指导与判例规范 286

参考文献 296**后记 301**

Contents

Part I	The Jurisprudential Basis of the Judicial Precedent System	1
Chapter 1	Judicial Precedent and the Judicial Precedent System	3
1	Phenomena, Issues and Methodologies	3
2	The Definition of the Judicial Precedent	4
3	Theoretical Analysis of the Definition of the Judicial Precedent	6
4	The Judicial Precedent System and its Jurisprudential Analysis	7
Chapter 2	Functions of the Judicial Precedent	9
1	Recognition of the Functions of the Judicial Precedent	9
2	Definition of the Functions of the Judicial Precedent	15
3	Realization of the Functions of the Judicial Precedent	24
Part II	Comparison of the Judicial Precedent Systems	31
Chapter 3	Origin of the Judicial Precedent Systems	33
1	Natural Law and Judicial Precedent Systems	33
2	Customary Law and Judicial Precedent Systems	35
3	Ordeals and Judicial Precedent Systems	37
Chapter 4	The Judicial Precedent System in Common Law Systems	40
1	Evolution of the Judicial Precedent System in Common Law Systems	40

2	Trend of the Judicial Precedent System in Common Law Systems	43
Chapter 5	The Judicial Precedent System in Civil Law Systems	46
1	Evolution of the Judicial Precedent System in Civil Law Systems	46
2	Trend of the Judicial Precedent System in Civil Law Systems	49
Part III	History of the Judicial Precedent System in China	53
Chapter 6	Historical Context of the Precedent Between China and the West	55
1	Comparison of the Existence of Precedent between China and the West	55
2	Restatement of the Status of the Traditional Chinese Precedent	70
Chapter 7	Historical Manifestations of the Chinese Precedent	83
1	Historical Forms of the Precedent in China	83
2	Evolution of the Precedent in China	88
Chapter 8	Historical Operations of the Precedent in China	97
1	Production of the Precedent	97
2	Application of the Precedent	102
3	Precedent and Judicial Tradition of China	110
Part IV	The Current Situation of the Judicial Precedent System in China	113
Chapter 9	Civil and Commercial Guiding Case System in China	115
1	Introduction of the Civil and Commercial Guiding Cases	115
2	Formation of the Civil and Commercial Guiding Cases	139
3	Application of the Civil and Commercial Guiding Cases	146
Chapter 10	Criminal Case System in China	173
1	Introduction of the Criminal Cases	173
2	Types of the Criminal Cases	191
3	Application of the Criminal Cases	204

Part V Improvement of the Judicial Precedent
System in China 225

**Chapter 11 Improvement of the Generation System of the Judicial
Precedent in China 227**

- 1 Formation of the Judicial Precedent System in China 227
- 2 General Comments on the Judicial Precedent System in China 229
- 3 Basic Issues of the Generation System of the Judicial
Precedent in China 234

**Chapter 12 Improvement of the Compilation of the Judicial Precedent in
China 239**

- 1 Style of the Compilation of the Guiding Cases in Supreme Court 239
- 2 Functional Orientation and Setting Technology of the Sequence
Number of the Guiding Cases 244
- 3 Theory and Design of the Title of the Adjudicative Document 251
- 4 Theory and Design of the Key Points of Judgment 260
- 5 Being Written and Construction of the Case Library of the Guiding
Cases issued by the Supreme People's Court 275

Appendix: Report on the Study 277

**Improvement of the Judicial Precedent System is a Requirement of the
Construction of a Country's Rule of Law 279**

- 1 Construction of a country's rule of Law: Legislation-centered and
Enforcement-centered focuses 279
- 2 Judicial Precedent System: the Anglo - American Model and
European Model 282
- 3 Improvement of the Systems in China: Case Guidance and Precedent
Regulation 286

References 296

Postscript 301

第一编

司法判例制度的 法理基础

第一章

司法判例和司法判例制度

一、现象、问题和方法

建立案例指导制度是中国司法改革的一项重要议题，也是近年来法律理论和实务界热切讨论的话题。从2005年最高人民法院发布《人民法院第二个五年改革纲要》（2004~2008）明确提出建立和完善案例指导制度，到2010年11月26日出台《最高人民法院关于案例指导工作的规定》，对案例制度的基本方面作出规定，再到2011年12月20日最高人民法院发布第一批4个指导性案例，正式展开案例指导制度的实践，前后历经多年。回顾起来，一方面，业界对案例制度所涉及的问题在理论和认识上已经有了广泛探讨；另一方面，从共识达成的角度看，业界还存在许多重大的分歧，涉及指导性案例的价值目标、规范性质、法律效力或裁判效力、作用机理、编选技术等诸多方面，需要在原理层面做更加深入的思考和研究。

按照最高人民法院的上述规定，中国法院的案例指导制度可以界定为：为统一法律适用，由最高人民法院按照一定程序在全国各审级法院生效判决中选取编发的、并在今后的裁判中具有“应当参照”效力的案例的制度。较之于域内外已有的司法判例制度和实践，中国法院案例指导制度具有鲜明的特色，表现在指导性案例的价值功能、法律性质、裁判效力等多个方面，体现出中国特

色的制度创意。但是，从世界范围看，中国法院的案例指导制度也是司法判例制度的一种，尽管与其他国家的司法判例制度一样，可以有自己的特色，但是也应当分享和体现一些共同的制度理念和原理。当下案例指导制度在设计和实践中遇到的上述诸多问题，与当事者对司法判例制度的法理根据缺乏清楚认识、在观念和实践上偏离甚至背离判例制度的基本法理不无关系；笼统武断地认为指导性案例制度不同于英美法系的“遵从先例”制度的观点，定然似是而非。

从法理的角度研究一项制度，意味着就该制度所涉及的最基本的问题予以揭示和阐明。这是设立一项制度的依据，也是一项制度设立之后理解和运用该制度的基础。探讨司法判例制度构建的法理基础，也就是要揭示并阐明该制度所涉及的根本问题。

从一般意义上讲，建立和落实司法判例制度，有三个方面的问题最为至关重要，需要认真地思考和回答：（1）为什么要建立司法判例制度，其意义何在？（2）什么是司法判例制度，其明确含义是什么？（3）如何实践司法判例制度，其运用机理又是什么？这些问题，同样也是中国法院的案例指导制度需要面对和明确的问题。但是，从更具体明确的要求看，这样的提问和问题只是法理学研究问题的一种因循做法，所提供的只是一般的而非确定的指引——甚至还可能是似是而非的错误指引；如果基于这样的指引和思路展开研究，获得的只能是泛泛的、似是而非的结果。因此，我们还应该在更加精准的意义上提问，更进一步地思考：在司法判例制度所涉及的诸多问题中，对于制度的构建和实践来说，只有锁定什么问题、洞穿什么关键，才算是法理的意义回答了司法判例制度的意义、含义和运作机理。

本编将依据域内外关于司法判例制度研究的一些代表性文献，以及对中国法院案例指导制度认知实践的参与感受，运用综合分析的方法，首先，对司法判例和司法判例制度的含义予以解析，揭示司法判例制度建设的核心问题。其次，基于此核心问题，就司法判例制度的意义、含义和运作机理予以阐明，其间会立足已阐明的司法判例制度的法理，就中国案例指导制度的认识和实践做简要的分析检讨，以期对今后的制度完善有所裨益。

二、司法判例的含义

什么是司法判例？先来看看域外英美、德法和日本学者的理解。按照麦考米

克和萨默斯主编的《解释先例：一个比较研究》^①一书中相关国家学者提交的判例制度研究报告的介绍，英国的“判例”（或“先例” precedent）一词有不同的用法。一般情况下“只是指法院作出的与手头待决案件在法律上有显著的可类比性的先前判决（prior decision）”。其中同类性质上级法院的先前判决，除非在事实或法律的某个显著点上有区分，皆为必须遵循的约束性判例，其他的先前判决则是说服力判例。在严格意义上，判例“仅仅指有约束力的相关案件或判决中具有实际约束力的那部分内容”。^②在美国，以纽约州为例，“判例一词有多种用法，但在最为严格的意义上则是指同一司法辖区内上级法院和同个上诉法院有约束力的判决。法院通常赋予这些判例以决定性的权威价值，尤其是在诸如合同、侵权和财产这样一些普通法领域，就更是如此。”^③

在联邦德国，“判例通常意指任何先前作出的与待决案件可能相关的判决。判例虽然被推定具有某种约束力，但在法律话语中，并不意味着这种约束力的性质或强度是确定的，而且作出判决的法院也不必刻意制作判决以便被当作指导将来判决的判例，只要具有相关性就够了。”^④在法国，“判例一词在通行的法律词典中仅仅意指在作出判决时，采用与过去类似情况案件相类似的判决。具体有强弱不同的两种含义，前者指把上级法院的判决当作虽不具法律性却具有权威性的论点，意味着该判决虽不具有约束力但应当为下级法院所遵循，而下级法院虽没有法律义务但基于现实的考虑总是会遵循上级法院的论点。后者指任何法院甚至是下级法院作出的类似案件的判决，都应当被当作肯定或否定的例子，遵循这种判例有助于法院更好地分析案件事实和所涉及的法律争议，并体现法律面前人人平等的原则要求。”^⑤

另外，根据我国学者对日本判例制度的研究，日本在1898年施行民法典后约半个世纪的时间里，由于对“判例”概念的理解缺乏共识，有的理解为英美法意义的“裁判上的先例”，有的理解为广义的“裁判例”“判决例”，或理解为“判决中的法律论”，相关的判例研究一直处于一种看似繁荣实则混沌的状态。直到20世纪中后期，川岛武宜提出“只有那种具有先例拘束性的裁判例规范才有

① D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997.

② Precedent in the United Kingdom, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 323.

③ Precedent in the United States (New York State), See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 364.

④ Precedent in the Federal Republic of Germany, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 23.

⑤ Precedent in France, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 111.

资格称为判例”，理论上的混乱局面才基本改观。^①

按照中国《最高人民法院关于案例指导工作的规定》，中国法院案例指导制度中的“案例”是指为统一法律适用，由最高人民法院按照一定程序在全国各审级法院生效判决中选取编发的、并在今后的裁判中具有“应当参照”效力的案例。较之于域外对司法判例的理解，在判例的生成主体、判例的价值、判例的效力等重要方面都具有显著特色，引人注目。

三、司法判例含义的理论解析

基于上述资料信息，可以从时间维度按照先前和后来两个位序来分析认识司法判例的含义。

司法判例是法院先前作出的判决，故又叫先例、案例、成例，具有记录司法裁判活动的功能。在一般意义上说，任何法院在案件中作出的既定判决，都形成裁判的实例；它们不是杜撰而成的，也不应该是修饰加工过的，而是具有真实存在的事实属性。同时，司法判例与后来的司法裁判必然具有某种联系，具有相关性。这种相关性的基础是，针对案件纠纷所进行的裁判活动，是一种反复进行的类型化的认知和实践活动，作为类型化裁判活动结果的司法判例，不仅构成一个个真实的事例、实例，而且还由于类型化的性质而必然与后来的裁判活动形成联系。类型化是一个相互联系的概念，意味着同一类型中所包含的各个事项间具有相关性，联系密切。

由此可以获得理解司法判例含义的第一组概念：既定判决和相关性判决。既定判决是作为法院先前裁判活动结果的司法判例的初始含义，它作为历史事实存在。相关性判决是基于既定判决的类型化特征，以及由此生发的它与后来判决所具有的逻辑上的相关性，而在延伸意义形成的司法判例含义。由于司法判例的原初含义是既定判决，而相关性判决的生发以人们对类型化关系的认识和强调为前提，现实中关于“是不是判例”的说法，常常失之于武断和语意不清。分析看来，“是不是判例”的问题，关注的只能是既定判决与后来判决的关系，因此，对于任何法院的任何一个既定判决，尽管不能说它不是案例或判例，但是从司法判例制度的角度说，研究的起点或关注的对象只能是相关性案例；单纯的既定判决是没有意义的。

^① 解亘：《日本的判例制度》，载于《华东政法大学学报》2009年第1期。

为什么这样说呢？因为从相关性判决中可以进一步引申出影响力判决的概念，从而使司法判例的含义基本得以澄清，也使司法判例制度概念的厘定有了可靠的前提。既定判决与后续判决的相关性，出于人们因循、模仿、跟从而为等原因，会自然而然地转化为对后续判决的事实上的影响力。基于此种影响力，作为既定判决的司法判例对后续相关裁判活动的指引功能脱颖而出。这种功能至关重要，它联结司法裁判活动的过去和现在，并预示着司法裁判活动的未来，使得司法的价值在很大程度上可以通过司法判例作用的发挥得以承载。而对司法判例这种作用的确认和规范，则生成为司法判例制度。

四、司法判例制度及其法理解析

如上所述，司法判例的初始含义是既定判决，既定判决作为类型化裁判活动的结果必然成为与后续裁判相联系的相关性判决，而这种相关性又自然会生成为既定判决对后续裁判的影响力。但是，这种影响力只是一种自发生成的现象，不具有规范的形态，因而也难有确定性和可靠性。如果予以规范定型，赋予既定判决对后续裁判的作用或影响力以一种确定的形态，则意味着从既定判决影响力现象向既定判决影响力制度的转变。由此可以获得理解司法判例制度的又一组概念：影响性判例和规范性判例。

制度是规范的集合。制度的主要意义或基本指向是规范化。制度化是就事物的设定和运作所做的规范性安排，是在事物中注入规范性的元素。制度化、规范化的过程不仅是一个秩序化、模式化的过程，也是一个包含目的追求、落实价值判断的过程。从法理角度看，司法判例制度以司法判例为规整对象，其着力点是既定判决对后续裁判的作用力或影响力，所要解决的问题或达成的目标，是将这种自发生成的、事实意义上的影响力予以制度化，转变为一种规范的形态，使作为既定判决的司法判例由一种影响性判例转化为规范性判例。这也就是司法判例制度的全部意义之所在。

考察看来，制度化的途径主要有二：一是创制，二是惯习。前者最为显著，指通过制定专门的规范性文件，或者通过专项的法律规定，进行明确的制度创设；后者不那么明显，指在一定的制度背景和框架下，基于各种约束条件而在人们行动上表现出的惯习。从司法判例制度产生的情况看，域外国家有采用专门法律规定的做法，如《德国联邦宪法法院法》第31条第一款规定：联邦宪法法院的所有判决对联邦和州的所有宪法机构、所有法院和政府机关具有约束力；第二

款还规定，在一些案件尤其是宪法法院宣布法律规则无效的案件中，宪法法院的判决具有制定法的效力，它们被公布在《联邦制定法登记》，对全体公民都有约束力。^①但是，司法判例制度更多的还是以司法惯习的方式存在。像中国最高人民法院制定专门的案例指导工作规定的情况很少，也许是绝无仅有的。

总之，对于司法判例制度的认识，首先在于对司法判例的认识，而关键则在于对既定判例之于后续裁判的作用或影响力的认识。没有对司法判例作用或影响力的认识，就谈不上对司法判例的认识，更谈不上对司法判例制度的认识。忽视这样的认识逻辑去谈论司法判例制度，则或者似是而非，或者空洞乏力，这也是时下关于司法判例制度理论研究不尽如人意的原因所在。

聚焦于司法判例的作用或影响力来探讨建立和落实司法判例制度的法理基础，那么前述关于司法判例制度的意义、含义和运作机理等三方面的重要问题，就可以明确地表述为如何确认司法判例作用的价值，如何界定司法判例作用的性质含义，以及如何明确司法判例作用的实现机制这样三个方面的问题。对围绕司法判例作用的这些问题的认识和回答，构成了一个国家或地区司法判例制度建设的法理基础。

^① Precedent in the Federal Republic of Germany, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 26.

第二章

司法判例的作用

一、司法判例作用的承认

(一) 司法判例的作用和司法判例制度的作用

这是理论研究中常常被混淆的两个概念。司法判例是司法判例制度规整的对象，司法判例制度是围绕司法判例的作用所构建的司法判例的规范形态。由于它们之间关系密切，司法判例的作用或意义^①会传导生成司法判例制度的作用或意义。但是，两者不是一回事。司法判例的作用或意义并不等于司法判例制度的作用或意义：司法判例的作用或意义是原生的、自在的，司法判例制度的作用或意义则是人为建构的结果；前者是事实和价值陈述的对象，适宜做中性评价，后者则需要关照前者，根据制度化规范化的具体情况，在有无作用或意义、积极抑或消极的作用或意义，以及作用或意义之大小上做优劣得失之评价。因此，对于司法判例制度不能盲目肯定，其具体品质需要特别关注。

^① 作用和意义经常被混同使用，但辨析说来，作用比较直接，意义比较间接；作用注重客观分析，意义更多主观评价。

从检索到的相关文献资料看，国内学界很少区分司法判例的作用或意义和司法判例制度的作用或意义，相关的认识涉及内容相当广泛，所列事项之多，令人叹为观止。罗列说来，大致有：（1）规范已有的案例实践；（2）弥补成文法、司法解释的局限；（3）约束法官的自由裁量权；（4）体现司法智慧，总结推广司法经验；（5）节约司法资源，提高司法效率；（6）增强法律的确定性和可预测性；（7）创新和完善司法业务指导方式；（8）提高审判质量；（9）统一司法理念和法律适用标准；（10）促进司法公正；（11）提高司法队伍整体素质和能力；（12）丰富和发展中国特色社会主义司法制度；（13）深入推进“三项重点工作”（即化解社会矛盾、创新社会管理和公正廉洁执法）的需要；（14）提高司法的公信力和权威性；（15）为宣传法治提供范例，为法学教学和研究提供素材。^① 分析来看，其中多数事项属于指导性案例及其制度的作用或意义的混淆表述或无序演绎。第（11）、（13）、（15）皆属于理论上的无序勾连，其他各项则不易说清是指导性案例的作用，还是指导性案例作为一种规范的制度形态所具有的作用，很多说法如第（2）、（3）、（5）、（12）等，具体含义模糊不清。例如，说司法判例有助于约束法官的自由裁量权，实属似是而非之论，后文将会谈到，法官的自由裁量权为司法裁判所必不可少，否定不可取，约束的提法也过于负面，准确地说应该是规范，即司法判例及其制度有助于规范法官的自由裁量权。又如，认为司法判例能够弥补成文法、司法解释的局限，是一种非常流行的说法。殊不知，司法判例在裁判适用中也与成文法、司法解释具有同样的局限性：司法判例与制定法、司法解释一样，也是产生于过去，作用于未来的书面文件；因为语言的“空缺结构”、人的认知能力的限制而造成的制定法文本、司法解释文本的模糊性和不确定性，在文本化的司法判例中也一样存在；“徒法不足以自行”，制定法、司法解释在解释适用中对人的依赖，也同样存在于将在以后的裁判中发挥作用的司法判例。司法判例源自个案裁判，在解释适用制定法、司法解释为人们的行为提供更加明确的法律指引方面，具有重要价值，但是，制定法、司法解释与个案事实的对接并不会因为司法判例而一劳永逸地完成；对接制定法、司法解释、司法判例与个案事实的裁判活动将永久鲜活地存在下去。

司法判例制度的构建，应该紧紧围绕司法判例的作用展开。以司法判例的作

^① 参见苏泽林：《充分发挥中国特色案例指导制度的作用 积极履行人民法院的历史使命》、公丕祥《能动司法视野下的中国特色案例指导制度》、康为民《中国特色司法制度的自我完善》、武树臣《让历史预见未来——从中国“混合法”传统审视今天的案例指导制度》等文章，见《审判研究（案例指导制度专题）》2011年第三辑，法律出版社2011年版；胡云腾：《人民法院案例指导制度的构建》，载于《法制资讯》2011年第1期；本报评论员：《充分发挥案例指导制度的作用》，人民法院报2011年12月21日；孙谦：《建立刑事司法案例指导制度的探讨》，载于《中国法学》2010年第5期；王利明：《论中国判例制度的创建（代序）》，见《民法疑难案例研究》，中国法制出版社2002年版。

用为原点，在构建司法判例制度中对司法判例作用的确认和规范，逻辑上主要涉及一前一后两个方面的问题：向前涉及对司法判例作用之价值基础的认识，探讨司法判例作用的价值正当性，回答为什么要确认司法判例的作用问题；往后涉及对司法判例作用生成原理或机制的认识，追问司法判例作用的缘起、根据，以便厘清确认司法判例作用的起始立场，回答什么是确认司法判例作用的正确做法的问题。

（二）司法判例作用的价值正当性：对司法判例作用的承认

制度建设是一种将对象规范化的努力，它不仅是一个秩序化、模式化的过程，也是一个具有明确的目的追求、价值判断先行的过程。司法判例在司法裁判过程中有什么作用，这种作用对于司法活动的终极目标的实现有什么意义，这涉及对司法判例作用的价值功能的认识。司法判例的作用具有价值正当性，是司法判例制度对之加以肯定的前提。对于司法判例制度的构建而言，这是一个价值判断先行的问题，是首先需要面对的。同时，对司法判例作用的价值正当性评价，又以对司法判例作用的厘定为前提。如何把握司法判例的作用，司法判例作用的表现形态是什么，对于这方面的问题，有必要予以辨析。

从直观角度看，司法判例的作用表现为既定判决对于后续裁判的影响力或约束力这样一种现象。这种影响力或约束力究竟为何，其性质和具体要求是什么，其具体的实现机制是什么，有不同的认识和说法，留待后面专门讨论。这里只想指出，按照以往研究的表达习惯，这种影响力或约束力在技术形态上一般被表述为“遵从先例”或“同案同判”。文献阅读中粗略的感觉是，在判例法传统的国家讲“遵从先例”，将“同案同判”作为其法理解释；在制定法传统的国家不讲“遵从先例”，直接讲“同案同判”。前者强调司法判例为后续裁判提供规则依据，以达成“同案同判”；后者强调司法判例为后续裁判提供解释适用法律规则的范例，以指向“同案同判”。有鉴于此，我们可以将司法判例的作用简洁明快地表述为“同案同判”。对司法判例作用的确认，也就是对“同案同判”的意义或价值正当性的确认。

对司法判例作用的价值正当性的评价，构成了对其作用之意义的说明。“价值”一词的含义在理论上有不同的理解，常见的如工具价值和目的价值，其中的“目的”按过程分析又可以区分为直接目的和间接目的、近期目的和中长期目的等。这也是目前我们在谈论司法判例制度的意义时，胶着混杂着不同的角度、不同的主题、不同的表述如意义、作用、功能、价值、目的等原因所在。

从司法裁判的角度看，司法是法庭针对案件争议，运用证据认定案件事实，解释适用法律，作出纠纷处理决定的活动。对于司法活动来说，最为重要的就是个案裁判；对于司法成效的评价，关键在于作为司法产品的个案裁判的品质。而如何保证个案裁判的品质而言，最简约的操作秘诀和技术要求，就是践行“同案同判”。“同案同判”立足个案裁判，着眼于个案裁判之间的关联性、连续性，其基本内涵在于规范法官在运用证据认定事实、解释适用法律，以及作出法律推理决定等裁判环节的裁量权。

在个案裁判中实现“同案同判”，意义广泛而深远，就终极价值目标而言，在司法领域是维护司法公正，在国家和社会生活范围里则是促进法治发展和公平正义。相对于“同案同判”这种司法判例的最为直接的作用——也可以认为是司法判例最为直接显明的意义或价值，司法活动以至整个法治建设所追求的“公平正义”，则是终极的价值追求。在这两者之间，国内研究者在论及司法判例或司法判例制度的作用、意义或价值时所列举的其他诸多事项，如司法公信、司法权威、司法资源、司法效力、司法经验、司法品质、司法能力、司法管理、司法政策、法律的确定性、成文法和司法解释的局限、法学教学和法学研究等，皆属于与司法判例作用的终极价值目标实现过程相关联或可能相关联的阶段性目标。

相对于国内研究者，域外研究者对司法判例作用的意义或价值的理解相对简洁，主要强调的是两个方面：

其一，宣示和完善法律。英国 19 世纪前流行的司法宣示理论认为，尽管不能说法院的判决制造了法律，不能说它们是法律，但“它们宣告了法律，并成为法律是什么的证据”。^① 19 世纪后流行的司法造法理论认为“司法造法的空间仅仅只是在立法有缺漏时存在；法官的确在制定法律，但只是在法律空隙里立法。”^② 美国学者认为：“立法机关不可能将普通法整个法典化，即使能够做到，仍然会有缺漏让法院用判例去填补，仍然有用判例进行解释的范围，还可能在对立法机关来不及修正的完全过时的制定法进行司法‘革新’的需求。”^③

其二，法律的确定性及相关社会生活的可预期性、稳定性等价值。“一般说来，被人们普遍承认的支撑遵从先例预设的理由是法律的确定性和可预见性。人们越确信法院会遵循既定判决及其思路，就越会在将来的行动中依赖类似判决。人们越能依靠这样的判决，对法律指引行为的可靠性的信心就越强，而对法律的

^① Precedent in the United Kingdom, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 330.

^② Precedent in the United Kingdom, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 331.

^③ Precedent in the United States (New York State), See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, pp. 378 - 379.

信心越强，就越能强有力地主张公正，反对恣意妄为”。^①“古德哈特相信，对法律的确定性目标的需求是英国判例制度的根据和正当性基础，没有它，公正就会总是处于流变和不稳固之中。”^②除此之外，也有涉及提高司法效率、节约司法资源、增进司法权威等方面的价值意义，这些在终极意义上都有利于司法公正和社会正义的实现。

在认识司法判例制度的意义或价值时，聚焦于“同案同判”，聚焦于其中内含的规范法官自由裁量权的要求，对于该制度的实践至关重要。原因在于，对于该制度的实践者来说，它不仅在最为直白的意义上回答了“为什么”要有司法判例制度的问题，给予价值目标上的指引，而且还在直接的意义回答了“如何做”——如何制作和运用司法判例的问题，给予操作技术上的指引。而业界关于司法判例作用延伸意义上的各种价值目标的列举和阐发，只是在更加深刻而广泛的意义上回答了司法判例制度“为什么”要承认司法判例的作用这个问题。司法判例可以服务于司法和法治的多种多重价值目标的实现，但是，在全面揭示其意义或价值的同时，也不宜一味地以多取胜，过分铺陈蔓延，否则就会因为过度“散光”、缺乏“聚焦”而使实践者茫然于繁复的说法无所适从。

（三）司法判例作用的自然生发原理：对司法判例作用的正确承认

司法判例制度对司法判例作用的确认，以对其作用的意义或价值正当性的认识为前提，而对这种作用的正确确认，则以对司法判例作用的生发原理的认识为先决条件。这涉及司法判例制度确认和规范化司法判例作用的思路问题，在这个问题上的疏忽，以及一味地凭靠权力意志，必然造成制度化过程的消极后果，致使司法判例固有作用的发挥受到减损。

分析表明，司法判例的作用基本上可以说是自然生发的，虽然司法判例制度确认并使这种作用规范化，但并不构成这种作用生发的主因。因此，并不是因为有了司法判例制度才有了司法判例的作用。有研究认为，司法判例制度在英国最先得以确立的原因是：英国经验主义的传统、英国保守主义的文化基础、司法判例的汇编、法律职业的行业化、陪审制度的确立等。^③由于与多数研究者一样，这里没有区分司法判例的作用和司法判例制度对此作用的确认，表达也陷于含

^① Precedent in the United Kingdom, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, pp. 334 - 335.

^② 孟凡哲：《普通法系的判例制度：一个源与流的解读》，吉林大学博士论文，2004年。

^③ 奚晓明：《两大法系判例制度比较研究》，北京交通大学出版社2009年版，第16页。

糊。确切地说，这些原因直接形成的是与司法判例作用的因果关联，与司法判例制度的因果关联究竟如何，则需要细加甄别。

司法判例作用的自然生发原理主要包括两层含义：（1）司法判例的作用是一个与法官裁判活动必然伴生的现象；（2）司法判例的作用是一个与统一的司法管辖权制度、法院审级制度、法官职业共同体制度等必然伴生的现象。

司法判例是先前的既定判决，作为类型化的司法裁判活动的结果，其对后来的判决，出于人们因循、模仿、跟从而为的原因，会具有自然而然的、事实意义上的影响力；基于事物生存竞优、主体理性选择的道理，裁判者也会自觉自愿地关注那些富有职业声望的同行的判例，倾心于那些内在质地良好的判例。这是一种社会生活领域的自然现象，也是司法裁判领域的必然现象。所谓的英国经验主义传统、保守主义文化基础等，作为社会生活现象其实不独为英国人所有，任何人类活动其实在很大程度上说都是经验的、因循的，因而也是理性的，只是在英国人那里表现得更为显著而已。

司法判例作用自然生发的最为重要的原因，是统一的司法管辖权制度和法院的审级制度。研究表明，1875年英国颁布实施《司法法》，通过司法机构改革建立了统一的司法管辖体系，从而为“遵从先例”制度提供了体制和程序上的保障。在一个统一的司法管辖权制度下，基于法院审级构造的裁判原理，下级法院在裁判中必然会高度重视上级法院先前的同样或同类判决。同时，基于司法裁判均衡的伦理要求和行动逻辑，基于法官职业共同体的建构，一个法院也会尽量在裁判活动中保持与自己先前的判决一致，会关注同级法院，甚至下级法院的判例。由于司法判例作用之生成与法院的统一管辖权制度、法院的审级制度等密切相关，我们将在后文具体谈及，域外的司法判例制度基本都是循着法院的审级构造对其作用加以确认和规范。

有研究者认为，“遵循判例原则是18~19世纪英国司法机构改革的结果，也是19世纪判例汇编制度发展的产物。”^①这种看法具有相当的代表性。其实，司法判例汇编与司法判例作用的生成虽有一定的关系，但分析说来，它更是出于回应司法判例作用生发后的需求。因此，将司法判例汇编作为司法判例制度的一部分来认识更为妥当，它的作用是记载、整理和规整司法判例。同时，不少研究者从司法判例作用生成原因的角度提及司法效率、司法权威、司法均衡等因素，从前面的分析看，这些因素被归入司法判例作用的意义或价值正当性的范畴更为妥当，当然它们反过来也强化了司法判例自然生发的作用。

中国《最高人民法院关于案例指导工作的规定》将指导性案例的确定和发布

^① 齐树洁：《英国民事司法改革》，北京大学出版社2004年版，第122页。

作为专属于最高人民法院的一项权能，并且不受审级范围的限制遴选指导性案例，从而使指导性案例在作用机制上呈现为一种人为的、基于最高人民法院权力垄断的“特别加权”特色：这种基于最高人民法院权威认可而产生的指导性案例，其数量必属凤毛麟角，其地位和影响力也定非其他司法案例可比。尽管作出如此特别的判例制度安排也不无可，但是要清醒地认识到，设立指导性案例在裁判中“特别加权”的作用机制，并不应该构成对其他司法案例作用的人为排斥，个中道理的关键还在于，基于判例作用机制的自然发生的原理，在事实上也绝无可能实现这种排斥。中国各层级地方人民法院尤其是省级人民法院已然普遍存在的编选司法案例指导裁判活动的实践，将一如既往地发挥重要作用。^①当然，中国最高人民法院编发的指导性案例，则将成为其中最具权威性的一类司法案例，并对各地各级人民法院原有和将有的司法案例编选实践构成技术上的示范指引。

二、司法判例作用的界定

（一）司法判例的约束力

司法判例作为先前的判决，由于与后续裁判的相关性，以及诸如统一的司法管辖权、裁判者群体的同质化和人类活动的因循效仿等因素，必然生发对后续裁判的影响力。对这种影响力的确认和规范，使司法判例从影响性司法判例向规范性司法判例转变，构成司法判例制度。如前所述，司法判例制度的形成，可以通过制定专门的规范性文件或通过专门的法律规定进行制度创设，例如中国《最高人民法院关于案例指导工作的规定》、德国《联邦宪法法院法》第31条第一、二款对宪法法院判决法律约束力的规定，等等。但是，从域外国家和地区的情况看，司法判例制度的形成更多的还是基于统一的司法管辖权制度、基于法院的审级构造体系等而生发出来的司法惯习。

下面从三个方面对司法判例的制度形态予以刻画：（1）从裁判约束力角度描

^① 有学者也明确表示，中国指导性案例的生成，主要依赖最高人民法院的司法外权力，采取不以司法等级权威为基础的案例选拔方式，没有遵循普遍的形式主义进路，没有严格依傍法院体系和审级制度，其实效有待观察；主张最高人民法院和高级法院都应成为判例法院，并可遴选自己法院的案例为指导性案例。参见宋晓：《判例生成与中国案例指导制度》，载于《法学研究》2011年第4期。

述刻画司法判例的作用或影响力；（2）就司法判例作用的法源性质进行分析；（3）就司法判例是否“造法”或创制规则予以澄清。

先说第一个问题。

司法判例的作用具体表现为对后续裁判的约束力，在这方面，域外通常用于描述刻画的概念有两组：一组概念是纵向约束力（Vertical bindingness）和横向约束力（Horizontal bindingness）；另一组概念是正式约束力（Formal bindingness）和非正式约束力（Not formally binding）。前者是基于统一的司法管辖权原理，依据法院组织的审级构造而形成的一对概念或一种分类。纵向约束力指上下级法院之间先前判决对后续判决的约束力，包括上级法院先前判决对下级法院后续判决的约束力，以及下级法院先前判决对上级法院后续判决的约束力。横向约束力指同一法院自身、同级法院相互间的先前判决对后续判决的约束力。后者是基于司法判例约束力的性质和大小所做的一种比较粗略的区分，实际上并不是那么清晰。正式约束力时常又称法律上（de jure）的约束力或强制性约束力，意指不尊重判例约束力的判决不合法，如没有十足的理由、例外，会因此被上诉否决。非正式的约束力时常又称事实上的（de facto）约束力，是一个非常宽泛的概念，一般指在后续判决中尊重判例的约束力不是必需的，不尊重并不违法，也不必然导致被上诉否决。非正式的约束力的情况有明显的程度区别：可能比较强势，指不尊重判例效力的判决虽然合法，但会因此被批评并可能被上诉推翻，也可能比较弱势，仅仅指引用判例将增强判决的权威性，构成对后续判决的支持力，或者其他什么有助于后续判决释明的效力。^①

司法判例的约束力在不同级别的法院中有不同的含义。一般来说，法官裁判案件应当遵循判例，包括遵循上级法院的判例，以及重视法院自身的判例、下级法院的判例和同级法院的判例。在英国，法院的审级构造从下往上依次是：郡法院、治安法院和刑事法院、高等法院、上诉法院、贵族院。贵族院的判例对其他所有法院具有正式约束力，一般来说该院也不会推翻自己先前的判例；上诉法院的判例对所有下级法院具有正式约束力，一般情况下也约束该院自身；高等法院的判例对所有下级法院具有正式约束力，对该院自身只有说服力；最底层的郡法院、治安法院和刑事法院受上级法院判例的约束，自身和其他法院的判例则只有

^① 对司法判例约束力的性质，有学者做了以下细分：（1）正式的约束力。意指不尊重判例约束力的判决不合法，并因此会被上诉否决。（2）非正式的约束力。意味着不尊重判例效力的判决，虽然合法，但会因此被批评，并可能因此被上诉推翻。（3）支持力。意指引用判例将增强判决的正当性、权威性。（4）其他有助于判决释明的效力。这些只是大致的区分，实际上不一定那么清晰。The Binding Force of Precedent, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers ed. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 471.

说服力。^①

在美国，法院的司法管辖体系由联邦法院系统和 50 个州法院系统构成。联邦法院由联邦最高法院、联邦上诉法院和联邦地区法院构成；州法院以纽约州为例由州上诉法院、州上诉法院分院、州初审法院和若干专门法院构成。从颇具代表性的纽约州的情况看，州上诉法院的判例对所有下级法院、上诉法院分院的判例对其辖区下级法院具有正式约束力，一般情况下它们的判例也约束自身。其他情况下的法院判例则具有程度不同的非正式约束力。^②

在德国，除联邦宪法法院和州宪法法院外，横向区分为普通、劳动、行政、社会保障和财税五个司法管辖系列。按照《德国联邦宪法法院法》第 31 条规定：联邦宪法法院的所有判决对联邦和州的所有宪法机构、所有法院和政府机关具有约束力；在一些案件尤其是宪法法院宣布法律规则无效的案件中，宪法法院的判决还具有制定法的效力，对全体公民都有约束力。至于联邦宪法法院的判例对自身和联邦立法机关，则不具有不可更改的绝对约束力。除联邦宪法法院外，其他法院的判例对下级法院、同级法院或自身则没有强制性的或正式的约束力。尽管如此，判例在审判实践中仍然具有重要作用。“如果法院作出一个背离其先前判例的判决，则需要有普遍的认同和具体的说明。下级法院通常会遵循上级法院的判例，法律职业者和执法机构也倾向于以类似立法性决定的方式对待判例。”^③

基于以上对司法判例裁判约束力的描述，可以认为，司法判例的约束力呈现为一种规范的制度形态，以下几点值得特别注意。

第一，无论是基于司法惯习还是专门的立法创制，司法判例约束力基本上都是依托于统一的司法管辖权制度、法院的审级制度而得以成型。

第二，只有上级法院的司法判例才有可能对下级法院的后续裁判构成法律上的、正式的或强制性的约束力，而其他司法判例对于法院自身、同级法院、上级法院的后续裁判只可能具有非法律上的、非正式的或非强制性的约束力，或者称之为说服力。

第三，正式和非正式的约束力都属于司法判例的作用或影响力的范畴，域外还没有发现哪种司法制度去否定司法判例的影响力；

① 即使贵族院发现某些判例不当，要推翻也会非常谨慎，“对于此类案件，会有一个比普通合议庭法官人数更多的委员会来讨论，并给出是否有足够的理由来推翻判例的建议。” *Precedent in the United Kingdom*, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers; *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, pp. 325 - 326.

② *Precedent in the United States (New York State)*, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers; *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, pp. 369 - 371.

③ *Precedent in the Federal Republic of Germany*, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers; *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, pp. 26 - 28.

第四，不承认司法判例具有法律约束力的国家，司法判例的实际影响力可能远远超出人们的想象，甚至可能不逊色于承认司法判例具有法律约束力的国家。^①联邦德国的情况就是典型。在那里，虽然除联邦宪法法院的判例外一般不承认其他法院的判例具有正式的约束力，属于正式的法律渊源，但是在司法实践中，从法律确定性的原则出发，仍然承认判例对手头案件的影响力。“在官方判例集中，很难发现不引用任何判例的判决：在1990~1995年联邦宪法法院公布的235个判决中有228个引用判例，占97.02%；在1992~1995年联邦最高法院公布的420个民事判决中有417个引用判例，占99.29%；在1982~1995年联邦最高法院公布的715个刑事判决中有686个引用判例，占95.94%；在1990~1994年联邦行政法院公布的522个判决中有509个引用判例，占97.51%；在1992~1995年联邦劳动法院公布的416个判决中有406个引用判例，占97.51%；在1989~1994年联邦社会法院公布的482个判决中有473个引用判例，占98.13%；在1993~1996年联邦财政法院公布的1216个判决中有1190个引用判例，占97.86%”。^②

（二）司法判例约束力的法源性质

对司法判例的作用或影响力的性质予以界定，是司法判例制度化的重要内容。此类话题理论上一般从法律渊源的角度予以展开，通常讨论的问题是，司法判例是不是一种正式的法律渊源。由于法律渊源含义存在理解上的不同，对于司法判例法源性质的认识，也常常陷于模糊混乱的境地，从而使我们在讨论前不得不有所澄清。

法律渊源从法律实质内容的角度主要是指各种影响促成法律的因素。这些因素可以在广泛的意义上涉及社会、经济、政治、文化等各个方面。在更加直接的意义上，法律渊源则是指法律的形式渊源，即作为法律载体的各种法律形态。作为法律形态，可以有不同的分类，常见的如制定法和习惯法，国际法和国内法，宪法、法律、法规、司法解释等。值得注意的是，法律形式的概念内含着法律效力的概念，意指有效的法律形态。因此，作为法律形式的法律渊源的概念直接引

^① 事实上的约束力并不意味着缺少规范性，而只是意味着遵循判例的规范性理由与遵循立法规定不同，或较之为弱，后者具有正式的约束力。判例的规范约束力即使不是法律上的，也不同于所谓的“实质理由”——其效力仅仅依靠其内容，而非形式或根源（或血统）。See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, pp. 465 - 467.

^② Precedent in the Federal Republic of Germany, See D. NeilMacCormick and Robert S. Summers: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 23.