

中国特色判例制度之系统发动

汤文平

摘 要 目前的案例指导制度已沦为司法解释制度的附庸,无法在法治中国建设进程中发挥实质性判例制度所应有的系统性效用。实质性判例制度原本可以担当从“人”与“法”的层面为法治中国系统“搞好基础设施建设”的重任。它在一个宏大的时空隧道式沟通场景中,以判例—学术“双重通说互竞互济机制”为基石,兼容政治权威和智识权威,促使法律职业共同体“人、法合一”,成为本土活法的载体;沟通了待决案件当事人及前古后今人民群众的利益诉求和法感情,在“人”的层面为法律职业共同体的行为提供了准星,在“法”的层面为法律渐进式发展安放了压舱石;在“普通判例—确定性判例—持续性判例—习惯法”的判例序列中,实现法的稳定力与进化力的辩证统一。不过,案例指导制度也有避开“随机而缓慢”之缺陷等优势,可为中国特色判例制度系统发动的起点,在一系列制度“能量”暂付阙如之际,学术主导的判例库建设仍可发动系统,倒逼法律审及先例意识入席。

关键词 案例指导制度 司法解释制度 中国特色判例制度 双重通说互竞互济机制 系统论

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2018.06.004

作者汤文平,法学博士,暨南大学法学院教授。

建设法治国家,千头万绪,但极而言之,其基础无非有二:一是知法崇法之人,二是可知可崇之法。二者又可贯通于法和人背后的权威。有了权威,司法才“位于源头”,才是“社会正义的最后一道防线”。从当前的司法体制改革来看,统一管理人财物也好,打破省际区划探索巡回法庭制度也罢,都是在物质层面为“人”的因素提供依托,而且仅涉及司法机关及其人员。但是“权威”说到底毕竟属于精神层面,沟通着权威的担负者和接受者。案例实践制度恰好承载着这种精神层面的“沟通性”。它将法院、诉讼参与人、立法者、法学研究者的行动冶于一炉,沟通了法律职业共同体,沟通了法律职业共同体与人民群众(法律共同体),也沟通了事实与规范,可谓是生成理性权威的必由之路。故而在现代法治国家,案例实践制度都是不可或缺的。

我国的司法改革也关注到现代法治国家的上述普遍现象,力图以“案例指导制度”之名开辟自身的案例实践道路。案例指导制度经最高人民法院“一五”纲要(2000年)、“二五”纲要(2005年)两度规划之后,终于在2010年11月通过《关于案例指导工作的规定》确立下来。然而七年多之后,截至2018年9月1日,发布的指导案例为96个,影响力殊小,整项工作裹足不前,似有再

* 本文系国家社科基金重点项目“先合同协议研究”(16AFX015)的阶段性成果。

而衰、三而竭之忧。^① 案例指导制度面临的困境，在法治中国建设和深化司法体制改革中具有典型意义，它似乎正在提示人们：只有做好顶层设计，才能避免在行动中畏首畏尾，举步维艰。本文基于此考虑，尝试在案例实践制度的目标效能与理想构造之间穿梭往返，窥测规律，据守实践进路，构造系统演化观。既为顶层设计者进一拙策，也为法律职业共同体成员的个体行动探索意义和方向。

一、为什么需要判例（案例实践）制度

（一）呼吁判例制度的观点概览

我国也需要判例制度，这可谓是历久弥新的呼声。^② 自20世纪80年代起，法学界众多有识之士即已大声疾呼建立我国自己的判例制度。关于“为什么需要判例制度”的问题，一般给出的回答是，该制度在促进法律安定性价值、维护司法独立审判和法院权威、保障公民对司法的预期及信赖利益方面，无可替代，并经常被归结为一个颇有口号意味的诉求——“同案同判”。但是必须承认，成文法和判例法无疑都在追求上列目标，表现孰优孰劣，其实并无定论。所以，哈特（Herbert Hart）在举例讨论法律“空缺结构”时，甚至选取了判例法系对成文法确定性的艳羡为起点，但他旋即又指出，20世纪的大部分法理学都认识到一个重要事实，即判例与立法在不够确定方面并无显著区别。^③ 共同的不足，自然而然地带来了互相借鉴的必要性。比较法学家们也观察到，成文法系日益重视判例，而判例法系则成批发布制定法，逐渐融合已成趋势。^④

上述法理学观点和比较法经验，似乎已足够说明成文法系国家判例制度的必要性，但是“为什么需要判例制度”的问题意义不会就此终结。在我国传统及现行法背景之下建立起来的案例实践制度必然是“中国特色的”，余下的问题只是采取什么样的“合目的性”标准、追求什么样的特色。而这个“余下的问题”，恰恰取决于我们“为什么需要案例实践制度”。因此，仍要在这个先决问题上超越经验，从法治国家“人”与“法”的基础上挖掘更深层的机理。

（二）在“人”的领域深入挖掘

1. 权威控制与独立裁判辩证统一

成文法国家之所以需要判例制度，在更深的层面首先是因为，判例制度的灵活性顺应了司法权威控制与独立裁判辩证统一的需求。^⑤ 如前所述，同案同判、法律安定性价值等诉求都要求法律适用的统一，而这往往意味着上诉审法院对下级法院的权威控制通常是借助法律审来实现的。^⑥ 在法

^① 参见陈兴良主编《中国案例指导制度研究》，北京大学出版社2014年版，第729-732页（尤其请参看其中所载的李红海在地方法院的调研结果）。关于指导案例在司法实践中遭遇的“冷遇”，参见孙光宁“指导性案例裁判要旨概括方式之反思”，《法商研究》2016年第4期，第109页。

^② “判例制度”本身是一个历史的、带有模糊性的概念，在众多法域、各个时期变动不居。故而本文既以“案例实践制度”概称狭义的“案例指导制度”与“判例制度”，又常以“案例实践制度”与“判例制度”相替换使用。

^③ 参见[英]哈特《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第124-126页。当然，在当代中国发展判例制度，必然要坚持成文法系的基本属性、坚持“以例辅律”不动摇。于此回味边沁（Jeremy Bentham）当年的警告是有意义的，18世纪和19世纪初的许多人跟边沁一样认为，英国法律大而无边，淹没在浩如烟海的判例文献当中，“这种状态的唯一解决方案，就是用完整的法典化替代所有的法律”。参见Alexandra Braun, *The English Codification Debate and the Role of Jurists in the Development of Legal Doctrines*, in Michael Lobban and Julia Moses, eds., *The Impact of Ideas on Legal Development*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 204. 对文献堆砌所导致的司法神秘主义的警惕，应贯穿于案例实践制度的始终。

^④ 参见刘作翔、徐景和“案例指导制度的理论基础”，《法学研究》2006年第3期，第24-28页。

^⑤ 参见王亚新《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》，清华大学出版社2010年版，第238-239页。

^⑥ 参见张卫平“民事诉讼法律审的功能及构造”，《法学研究》2005年第5期，第41-43页。在该文中，张卫平径称判例制度为法律审的“副产品”，对二者的关系有中肯的分析。

律模糊地带，判例为下级法院预见上级法院的立场提供了可能^⑦，从而服务于司法权威控制。这一控制也可以通过其他方式实现，例如上级法院发布个案批复式或抽象规则式司法解释即属其例。但是司法解释毕竟有僭越立法权之嫌^⑧，其制定机关难以像立法机关那样担负妥当立法的职责，可是出台的文本却被视同法律，要求各级法院遵行，这是对独立裁判权的干预，其正当性有待反思。^⑨

灵活的判例制度则避免了上述“不当”干预。其灵活性首先体现于判例中先例规则的获得环节。即使是张扬“遵循先例(stare decisis)”的英美法系，也大多主张从多个判决寻求先例规则，极力避免“孤例”的拘束力，这种理念自然促成了判例运用的弹性化。至于大陆法系，更追求“持续性判决”，强调以大视野观察法院立场的变迁，极大增强了观察者的主动性和先例规则的可检验性。除上述之外，其灵活性还体现于先例规则的运用环节。英美法系的“区分”技术是判例制度的核心内容，处理当下案件的法官有层出不穷的“借口”拒绝适用已获取的先例规则。^⑩这些技术被大陆法系的判例制度广泛吸收，当大陆法系的法学方法论就判例解释要求紧密联系案件事实、^⑪要求区分主要理由和附带理由时，^⑫其理路与英美法系的“区分”技术并无二致，皆维护了判例制度的灵活性，保证了司法权威控制与独立裁判的辩证统一。

2. 统合学说、司法及立法——双重通说互竞互济机制

成文法国家之所以需要判例制度，还因为它可以扮演“结点”的角色，统合学说、司法、立法力量。法典原本就是学说的作品，其运用显然也有赖于学说的支持，所以学说在成文法系所扮演的(或曰所“应”扮演的)角色举足轻重。但是学说不是凭空捏造的，而是需要问题和素材。在前法典的时代，创制法典就是一个大问题。为应对这个大问题，法学先驱们借鉴了罗马法、教会法、普通法的素材。但是这些不同类型素材的源头，以及该“大问题”还原而成的各个细小问题，其实大多可追溯至古老的或当时的案例，少量则可从自然法或类似自然法的命题中寻根。^⑬既有法典以后，建构法教义学体系成为新的“大问题”，此时，是新生判例直接贡献了最多的问题和素材。^⑭其发生效用的机制可被归结为“双重通说互竞互济机制”：^⑮学说观察判例，发现法教义学问题，并协助法院以大视野厘定法院的“判例通说”，即“持续的(或一贯的)判例观点”；学说评价上述判例通说，若有异见，则经充分商榷形成自己的“学术通说”，并通过不断的判例批判向法院灌输，

^⑦ 美国的现实主义法学认为判例研究的目的就在于预见未来判决。这一观念在末弘严太郎于20世纪20年代倡导判例时对日本法学有深刻的影响，对于我国的案例研究也有参考价值。

^⑧ 参见贺日开“司法解释权能的复位与宪法的实施”，《中国法学》2004年第3期，第5-7页；陈兴良“司法解释功过之议”，《法学》2003年第8期，第53-54页。

^⑨ 参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第233-234页。目前也有一种观点认为，现行司法解释框架下一个案指导的做法已是“有名无实的判例制度”，从而建议“使判例制度与司法解释制度相结合”，参见魏胜强“为判例正名——关于构建我国判例制度的思考”，《法律科学》2011年第3期，第182-192页。笔者认为，这种观点似未认清判例制度为成文法国家所需要的真正原因，错过了对判例制度精髓的把握。

^⑩ 参见[英]P. S. 阿蒂亚、R. S. 萨默斯《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》，金敏等译，中国政法大学出版社2005年版，第100-104页；[美]卡尔·N. 卢埃林《普通法传统》，陈绪刚等译，中国政法大学出版社2002年版，第89-92页。

^⑪ 参见注⑨，拉伦茨书，第232-233页。

^⑫ 参见Ohly, Generalklausel und Richterrecht, AcP201 (2001), S. 43; 注⑨，拉伦茨书，第232页。日本法上也有对应的结论命题、理由命题及傍论之分，参见注⑤，王亚新书，第242-243页。

^⑬ 此方面最典型的例子，可参见德国民法典中的不当得利制度，其法条糅合了案型提取规则与自然法规则，在该制度的当代运行中，又常依靠新案型的总结在有限法条之外推陈出新。参见[德]梅迪库斯《德国债法分论》，杜景林、卢谔译，法律出版社2007年版，第520-525页；[日]我妻荣《债法各论》(下卷一)，冷罗生等译，中国法制出版社2008年版，第39-42页。

^⑭ 参见庄加园“教义学视角下私法领域的德国通说”，《北大法律评论》(第12卷第2辑)，北京大学出版社2011年版，第325-328页。关于法律规范与判决的差异及互补性，参见Jsay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 25ff.

^⑮ 关于“通说”，参见《北大法律评论》(第12卷第2辑)刊载的“法学通说”系列论文。以上文献主要介绍德国法族的情形。此外就意大利的学说与判例互动做法，参见薛军“意大利的判例制度”，《华东政法大学学报》2009年第1期，第87-90页。

直至说服之或自己为之说服;^{①⑥} 前述通说在立法活动中又常是优先被法典吸纳的对象。

法律职业共同体可在此“双重通说”机制中找到共同的根据,促成自我实现和自我监督。^{①⑦} 此前可能一个判决作出之后迅即被束之高阁,如今却可能不断地被后来者所关注,从而在判决作出时形成一种与前人对话、与后人对话的情境,提升裁判者优化论证的责任心。司法公开被作为当前司法体制改革的重要举措,必须看到,仅仅向公众公开所有的裁判文书乃至案卷材料,都不足以达到目的。面对审判工作这种已高度专业化的人类活动,只有专家群体的持续关注才能促使被公开者自我提升。我国的司法改革方案提出“由裁判者负责”。基于司法职务豁免的理念,此处的“负责”未必一定要是法律责任,而可以更多地指向接受同行持续审视、接受臧否物议的责任。这个过程既是法律职业共同体打造“双重通说”、培育判例及判例制度的过程,也是自我培育的过程。

3. 纳入当事人利益诉求和法感情因素

除了在法院内部以及法律职业共同体内部形成发展合力之外,判例制度还将当事人的利益冲突纳入视野。两大法系的判例制度都重视当事人的利益冲突对于判例作用效能的限制作用。例如,英美法系强调对判例划分判决理由和附属理由,认定前者才是约束力载体,并将之系于当事人涉讼利益冲突情事。又如,德国联邦最高法院的大法庭制度虽规定由大法庭裁断各法庭之间的法律争议,但必须以所涉案件仍有待处理为前提,不仅各法庭无自己发动程序的职权,而且即便原本有诉,一旦当事人撤诉,大法庭的工作也告终结。归根结底,所有判例制度的基石都是“不告不理”,法院不得提前设置规则。所以,有学者高度提倡“就事论事”“一案一审”或“窄而浅”的裁判。^{①⑧}

一方面是自限于当事人的利益冲突,另一方面则是借助于当事人的利益冲突来树立自我、印证自我。这里面既涉及权力分离的理念,也涉及法律运作的实践智慧。法学固然是人类最古老的学问之一,其中如民法自古代罗马法以来号称有两千七百多年的历史,各种法律论证似乎已炉火纯青,但是在规范与事实之间其实只有人为的鸿沟,在一个具体的裁判面前,所谓规范,也就是此时此地此事作何等效果的裁断而已,此即德国学者菲肯斯切特(Wolfgang Fikentscher)所称的“个案规范(Fallnorm)”。^{①⑨} 我们在观察实务时,经常可以体验到:裁判的论证似乎经不起推敲,但是其处理结果却又一字不可移易。这是因为,法律运作说到底就是一种实践,要在当事人与法律家真实的参与场景中,才能得出熨帖的结论。而且,法律适用的目的也就是及时妥当地处理当下的个案,至于其论证,无妨留待今后继续完善。^{②⑩} 经典的判例制度以当事人的利益冲突自限,是一种谦抑的智慧。我国的司法解释则在某种意义上“背离”了这份司法智慧,在目前狭义的案例指导制度设置中,发布者也并非审理、裁判者,而远离庭审,同样有违上述智慧。新一轮司法改革强调“尊重司法规律”,要求“让审理者裁判,由裁判者负责”,判例制度的上述机理正是一种适切的回应。

经典判例制度对于当事人纠纷的解决也有一种特殊的说服力。诉讼裁判总会有一方败诉,而败诉方“天然地”较难体会到公平正义。就此固然有上诉制度予以疏导,但是即便终审裁判,败诉方仍有难以体会公平正义的问题。此时若不能说服之而循环再审或致其上访,那么每年每个法庭裁判再多的案件都谈不上“高效”。英国法的权威学者指出,此时的说服工作最后得靠判决的先例效力

^{①⑥} Vgl. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, S. 502.

^{①⑦} 关于判例制度遏制腐败之功能,参见张骥“判例法的比较研究”,《比较法研究》2002年第4期,第92-93页。当然,当判例堆积运作失灵时,又将滋生腐败。这也是清代禁止援引成案的缘由。就此两难,下文将另献对策。

^{①⑧} 参见[美]凯斯·R·桑斯坦《就事论事:美国最高法院的司法最低限度主义》,泮伟江、周武译,北京大学出版社2007年版,第22-27页。

^{①⑨} Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts IV, 1977, S. 186.

^{②⑩} 参见注⑨,拉伦茨书,第112-114页。

来完成。向败诉方保证裁判立场将在未来得到尊重，这的确是有说服力的。^{②①}

（三）在“法”的领域深入挖掘

以上阐发所揭示的，都主要是判例制度在“人”的方面为法治国家塑造基础的功用。接下来再从“法”的方面继续阐陈。

1. 兼容稳定力与进化力

判例制度在法律发展中实现了稳定力和进化力的平衡。既为法律，就自会有稳定力的天然要求，成文法抑或判例法，莫不如此。所以“遵循先例”也好，“同案同判”也罢，都是稳定力的某种体现。但是相较于成文法，判例制度在进化力方面有更出色的表现。其优势来源主要是“非成文化”。裁判以书面作出，判例报告均为成熟文本，为何却属“非成文”？究其根源，就在于判例文本并非法的载体，而只是发现法的证据，这也正是英美法系对待普通法渊源的基本态度。

这种态度对于判例制度之下如何看待判例以及如何开展法律论证，均有深刻的影响。此处需要强调的是，这种态度使后来的裁判者在法律发现环节获得了主动。而这种主动性在发挥功用时，借助案例群提取规范或区分技术规范规避规范，实际上不停地在先例事实、先例规范、当下案情、一般性规范之间循环往复，并且因前后诉讼当事人利益冲突的介入而融入了一般“人民群众”的法感情因素^{②②}最后此因素起到了控制作用（使结果不至于过分离谱）。反观我国古代，儒家对法家的主要抨击是“尚法而无法”。^{②③}上述判例制度之下的思路，恰恰避免了法家的陷阱。且应留意，以上思路也是大陆法系所共享的。无论是历史法学派的“民族精神”理念，还是近代以来的共同法思想，无不与之相通，均不自觉地以“非成文化”补救了成文法进化力上的不足。^{②④}

2. 自上而下与自下而上的法律发现进路

判例制度可以使法律发现的进路更为丰富。在仅有成文法的语境里，法律发现的进路倾向于单纯的自上而下。规则之下的涵摄是这样，原则之下的权衡也是如此。但是在判例制度之下，却可以将自上而下和自下而上的法律发现进路糅合起来。一方面，判例之中包含的法律规则、原则是“上”，较高层级法院的判例本身也是“上”；另一方面，下级法院裁判对上级判例的冲击是“自下”，从个案乃至案例群“发现”规范，再上升到与规则、原则并驾齐驱的地位，同样是“自下”。在法人类学和法史上，有关习惯法究竟是“自上而下”还是“自下而上”地生成，迄今未有定论。不过，这种争议本身即有其意义，透露出习惯法这种柔性的“硬”法（实证法）是在“上”“下”交融中获得其务实的柔性的。但是近代以来，因成文法这些典型的自上而下的法源垄断了主流地位，习惯法已经边缘化，以至于通说认为当代习惯法唯有到判例中方可寻得。^{②⑤}而通说的这一论断，恰恰也揭示了判例制度有一个重要的价值——继承了一度煊赫的习惯法的地位，使人民生活

^{②①} 参见 [英] 迈克尔·赞德《英国法》，江辉译，中国法制出版社 2014 年版，第 557-560 页。在其背后机制里，罗尔斯所说的“无知之幕”也在发挥着作用；并且，整个个案规范形成的场景，也符合哈贝马斯借商谈程序参与制定规则的主张。

^{②②} 卢埃林曾宣称，走在大街上的外行们的法律确定感，比法律人的法律确定感甚至更为重要，并且将前者与一般理性人诉求、生活环境变迁相联系，阐述了民众法感情与裁判的互动关系；同时他也冷静地指出，在不动产及公司设立等技术性较强的领域，仍应是法律人的观感决定外行的观感。参见 Karl Llewellyn, *The Case Law System in America*, Chicago: The University of Chicago Press, 1989, pp. 82-84.

^{②③} 《荀子·非十二子》。萧公权则将其概括为“阳任法而阴枉法”，参见萧公权《中国政治思想史》，新星出版社 2010 年版，第 183 页。

^{②④} 此类理念的共通点在于，认为存在一个融贯的整体法秩序（Gesamtrechtsordnung），相较于制定法（Gesetz）而言，前者非成文，更实质，也更开放。关于英国法史上先例原则之萌芽与此整体法之假设的关系，参见 Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, New York: Cambridge University Press, 2008, pp. 48-49.

^{②⑤} 关于先例和习惯的关系，英美法对其的论断，参见 [英] 鲁伯特·克罗斯、J. W. 哈里斯《英国法中的先例》，苗文龙译，北京大学出版社 2011 年版，第 184-186 页；大陆法系对其的论断，参见注⑨，拉伦茨书，第 230-233、302-304 页。

惯行领域里的实践可以成为规范之发祥处（当然，要经历裁判活动的媒介）。

判例制度融汇了规范与事实，使规范体系朝向新的案件事实不停地“同化”和“顺应”。“同化”是指对于绝大部分案件，可以直接从规范体系中寻得解答，从而归入其中。“顺应”则是指某些疑难案件从既有体系无法直接作答，从而经区分、推翻、变更等手段修正体系。这些发生于个案处理场景的法律发现行为，也与前述“进化力”交汇在一起。

3. 检验法移植的成效

在我国这样的后发法域，判例制度也是检验法移植成效的有效手段。我国的法制发展一直受益于法律及学说的移植，并且至今未竟全功。在此背景之下，更应全面审视判例制度的意义。在积极方面，判例制度可以促使学说和立法及时省思此前工作的疏误，查漏补缺，纠正偏失。这是移植而来的制度和学说在本土接受实效检验的必要“程序”。^{②③}此外，如上所述，判例制度可诱导学说与司法加强对话，凝聚立法、司法和学说，形成有活力的法律系统，使外来法律文化扎根本土。但是在消极方面也要看到，过早地把注意力集中于本土判决，尤其是借助较刚性的遵循先例制度破坏学说及判决的开放意识，却会禁锢创造性移植，丧失后发法域博采众长、“后发先至”的本来优势。

二、需要什么样的判例制度

（一）“人、法合一”：目标模式系统观

上文从“人”和“法”两大领域、六个方面阐述原因，有利于认识判例制度目标模式的整体形象。判例制度最初的原型自然是个案解决。围绕个案解决，它构造了一个不断延伸的“沟通”场景：首先是最基本的庭审现场，包括法官、律师等法律专家以及当事人等“人民群众”；其次是在空间上继续延伸至庭审法院的下级法院及上级法院，直至法律审最高审级法院；再次是在时间上继续延伸至此前及未来其他个案的参与者；最后是在时空中继续延伸至其他领域，特别是立法、法教义学领域的参与者。在这个宏大的沟通场景之中，各个领域的法律职业共同体成员互相对话，与先辈及后来者对话，与人民群众对话，并以一般公众的法感情检验对话成果。正如法律论题学所描述的理想场景：^{②④}经充分沟通，形成最大多数人的共识，或优秀者中的大多数人的共识——就案件裁判而言，跨越时空沟通交流的法律职业共同体成员应即“优秀者”，而在“法民关系”里被沟通的人民群众自是最大多数人的来源。^{②⑤}藉此理性沟通，在个案解决当中，实现了智识权威的最大化，同时又借助司法科层制度中隐藏的政治权威，避免了不停息的争论。^{②⑥}

然而，判例制度的沟通效果还不止于此。它将个案处理场景中的沟通所得转化为先例规范，从而在另一个维度上沟通了事实和规范，促使现行法体系不停地在每一个真实案例之间同化或顺应，不停地从上述场景中所有参与者贡献的智慧乃至法感情之中汲取养分。它还在上述双重权威的交融

^{②①} 关于法移植带来的法律与事实之间的裂痕及其在日本法上的治愈经验，参见张利春“日本民法中的利益衡量论研究”，山东大学2008届博士学位论文，第85-86、92页。

^{②②} 关于法律论题学，参见[德]特奥多尔·菲韦格《论题学与法学》，舒国滢译，法律出版社2012年版。

^{②③} 关于“法民关系”，参见凌斌“当代中国法治实践中的‘法民关系’”，《中国社会科学》2013年第1期，第151-166页。

^{②④} 关于法律权威理论，参见[英]约瑟夫·拉兹《法律的权威》，朱峰译，法律出版社2005年版，第3-29页。拉兹的服务性权威观，似偏重于实证的政治权威，而智识权威（尤其是法教义学指向的智识权威）则为沟通规则、原则之融贯体系提供了更多支持。参见王鹏翔“法律、融贯性与权威”，载《法哲学与法社会学论丛》（总第17卷），法律出版社2012年版，第211-226页。

中不停地锻造着法律共同体,使宏大场景中的每一个参与者都成为权威的担负者或接受者,直至人法不二。^{③①}这正是法治国家的基石。如果转换到理论法社会学的立场,也可以说这里呈现出一个活生生的“无限递归的、自我指涉的法律自创生系统”,^{③②}其间每一次案例实践、每一次立法或法教义学的裁断,都像棋类游戏中的一“步”棋——自在系统之中,并联系着系统的过往与未来。

沟通行为理论与法的社会系统理论虽常相攻难,但都可在判例制度的整体观里得到印证,同时印证了判例制度作为“存在”所内蕴的智慧。尽管如此,以上所见仍不能自动铺衍于案例实践。为指导行动,还须分解整体形象,观照上述目标模式,自多个角度阐发从起点走向目标的路径。^{③③}

(二) 判例在法源论上的地位

在比较法上,两大法系的法官、当事人等对待判例的态度即有不同。首先,在英美法的诉讼中,由于判例积累量大且又均为法源,所以法官对当事人及其代理人就法律的说明依赖更重。大陆法系的法官则以成文法为主要依据,判例与学术通说相类似,都是说服的凭借而已。其次,在衡量下级法院裁判的正误以及决定自身将做怎样的裁判时,两大法系的法院对待自身判例及上级法院的判例有不同的态度。英美法系更强调统一的控制,甚至明知判例有违实质正义都要强行贯彻,而大陆法系则更强调法官独立审判,并无判例“推翻”程序方面的形式主义束缚。这是因为大陆法系已有法典为法度,而此种束缚对于英美法系的司法统一却是不可或缺的。

在与制定法的关系上,英美法系视普通法为更优,至少是在普通法传统的擅长领域认其为更优。这在很大程度上可以维持普通法的一以贯之,并沟通制定法与普通法的渊源。但是,这也可能消解了立法的安排,同时也使得立法体系建构的动力减弱。大陆法系则视判例为制定法的附庸,认为判例多是复述或补充而已,并在制定法的体系建构上倾注了大量的心力。当然,即使是复述,也有其特殊意义,因为法律适用说到底实践的过程,它需要陈述性知识和程序性知识的良好配合。这种良好配合并无一定之规。例如骑自行车,用各种算式力矩陈述得再好,都必须拉出去操练才能摸索学会。判例在法律人学习方面发挥的功用,就有点像这种依样画葫芦的做法。^{③④}但是,就好比逗号的用法,举千百个“案例”让学习者去摸索,也远不如用一句话给出规则。所以,在法律人学习方面,判例显然也不能取代抽象的法规规范。^{③⑤}

判例与习惯法的关系,上文已屡作阐述,此处仅指出:比较起来,英美法因遵循先例原则而更倾向于支持单个式的确定性判例,虽然也常借助其他案例群建构手段加以柔化;大陆法系的判例则因谋求“通说”的呈现,而更近于习惯法的特色,并与学说等非正式渊源相靠拢。

我国未来若建成实质性判例制度,应取大陆法系的立场,赋予判例以事实上的约束力。当然,所谓事实上的约束力、规范上的约束力之区分,不过是为了强调判例这种权威论证依据一方面并非法定的法源,另一方面又必须认可其权威性及其说服力。这自然会带来“法源”理念的分化,与“必

^{③①} 正所谓“共同体并不存在于任何别的地方,而正是存在于此种秩序”。[德]齐佩利乌斯《法哲学》,金振豹译,北京大学出版社2013年版,第221页。

^{③②} 参见[德]尼古拉斯·卢曼《法社会学》,宾凯等译,上海人民出版社2013年版,第423-425页;高宣扬《鲁曼社会系统理论与现代性》,中国人民大学出版社2005年版,第173-176页。卢曼倾向于系统自创生性全无或全有,而托依布纳则接受自创生性演化成长的可能,参见[德]贡塔·托依布纳《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社2004年版,第43-46页;杜健荣《卢曼法社会学理论研究》,法律出版社2012年版,第203-205页。本文蠡测案例指导制度的诸般不足,多借鉴卢曼的理论;但主张中国特色判例制度的系统演化观,又与托依布纳的观点深相契合。

^{③③} 本部分在主题选择上,参考了卢埃林站在美国法立场向德国法“宣讲”判例制度时采取的分析框架,参见注②, Karl Llewellyn 书。

^{③④} 参见[美]理查德·A·波斯纳《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第137-138页。

^{③⑤} 关于制定法与判例的并存及平衡,参见 D. Neil MacCormick & Robert S. Summers, eds., *Interpreting Precedents*, Ashgate: Dartmouth Publishing Co Ltd, 1997, p. 5.

须法源’ ‘应当法源’ ‘可以法源’ 之区分,^⑤ 或“法源性论” “法源分量论” 之区分,^⑥ 其理相通。但是, 若因理论吸引汲汲于法源论的语词分析, 或会堕入无底洞。关键在实践, 而不在语词分析。故于认可判例事实上的约束力之后, 即须借助学说的加强, 依双重通说互竞互济机制追求智识权威的说服力, 可以再进一步推动判例群向习惯法的转化, 并形成下文所描述的“判例类型谱系”。

目前, 狭义的指导性案例在刚推出时, 似应参照司法解释的效力。我国的司法解释与古代条例相近。古代的条例虽出于案例, 但经过抽象编纂之后, 已与成文法法条无异。当前的司法解释虽不能一一道明案例渊源, 但也大多是司法实务经验的总结(当然也不排除典型的抽象“立法”)。在现行法汇编中, 也习惯于将之附于法律之后, 实践中也多有以解释取代法条的情形, 与古代的“以例破律” 异曲同工。由于指导性案例在推出之始往往有为而发, 欲图显效, 并且在编写体例上均以抽象的裁判要点冠于其首, 较之此前既有的个案批复式司法解释, 更符合条例及司法解释的特征。故而, 建议在初级阶段选取如上立场。但是随后的发展, 还应纳入双重通说互竞互济机制。

(三) 何为约束力部分

我国未来若有实质性判例制度, 亦应择取划分附论(obiter dictum) 和判决理由(ratio decidendi) 的技术, 并与上叙有关法律发展联系起来。关于判决理由的甄别, 最核心的是, 澄清关键事实与裁判结果之间的联系, 并抽象出个案规范来。^⑦ 此处正好反映出判例对于法律发展的独特功用。制定法上的规范, 亦采要件事实—法律效果的结构模式, 但是在法理上往往难以说明要件和效果之间的“先定的实质性关联”, 而被无可奈何地归入“事物的本质(Natur der Sache)”,^⑧ 其实质已近乎“裁断”。判例制度下的个案规范, 则是在前述“不断延伸的沟通场景” 里确立起来的, 对于揭示“事物的本质” 自是意义非凡。故而, 判决理由应受特别重视。当然, 对于某些言之成理且迫切需求的附论, 也不妨择用。而且实事求是地来看, 已发布的指导性案例有不少在裁判要点里面关注的恰恰是附论, 还没有精确的判决理由提取理念。所以, 为求实效, 不宜因其为附论而黜之。^⑨

根据最高人民法院研究室发布的《关于编写报送指导性案例体例的意见》和《指导性案例样式》, 指导性案例在体例上由标题、关键词、裁判要点、相关法条、基本事实、裁判结果、裁判理由等七部分构成。如前所述, 其中的裁判要点颇近于司法解释, 是首要的拘束力部分。但是完整的个案规范, 应该由“纯化” 之后的重要事实和处理结果结合而成, 所以在裁判要点不够清晰或不够合理之处, 仍要从基本事实及裁判结果中寻找支持。甚至求得全新的个案规范, 取裁判要点而代之。在制定法规范就法律效果赋予较大裁量权的场合(例如量刑区间幅度较大), 指导性案例的裁判结果可能成为参照的重点。另外, 重要事实和处理结果之间的结合需要说理, 故在该结合有存疑时, 裁判理由则是审查的重点, 往往是它为先例与当下待处理案件之间的类比提供实质性理由。^⑩

(四) 与法院科层的关系

此处关注的问题主要有三: 哪些层级的法院作出的裁判可被视为判例? 如何借助法院科层来统一判例立场? 如何变更判例?

^⑤ 参见[瑞典] 亚历山大·佩策尼克《论法律与理性》, 陈曦译, 中国政法大学出版社2015年版, 第298-299页。

^⑥ 参见雷磊“指导性案例法源地位再反思”, 《中国法学》2015年第1期, 第273-279页。

^⑦ 就此尤请留意卢埃林的观点, 参见[美] 卢埃林《荆棘丛》, 明辉译, 北京大学出版社2017年版, 第59-64页。

^⑧ 参见[德] 卡尔·恩吉施《法律思维导论》, 郑永流译, 法律出版社2004年版, 第42页。[日] 山本敬三“民法中的动态系统论”, 解亘译, 载梁慧星主编《民商法论丛》(第23卷), 金桥文化出版(香港)有限公司2002年版, 第236页。

^⑨ 基此认识所作的个案研究, 参见汤文平“从‘跳单’违约到居间报酬——‘指导案例1号’评释”, 《法学家》2012年第6期, 第107-125页。

^⑩ 参见冯文生“审判案例指导中的‘参照’问题研究”, 《清华法学》2011年第3期, 第92-93页; 黄泽敏、张继成“案例指导制度下的法律推理及其规则”, 《法学研究》2013年第2期, 第54页; 张骥“论类似案件的判断”, 《中外法学》2014年第2期, 第530-533页。

就第一个问题而言，英美法系因遵循先例原则的普遍性，其判例也可出自各个层级。大陆法系则更集中关注最高法院或其他最高审级法院。就第二个问题而言，其关键的着力点是法律审，这是两大法系共有的经验。法律审可以使具有法律发展意义的案例被凸显出来，对下级法院与上级判例保持一致构成良性压力，也对上级法院关注下级法院的立场构成压力。并且，审与不审，操之在终审法院，仍可通过“择案而审”避开一时还啃不动的硬骨头，以免仓促。^{④①}就第三个问题而言，英美法系强调由终审法院变更判例，甚至在英国法上一大段时间都否定上议院变更判例的权力，其目标都在于维持刚性的遵循先例。但是，这在大陆法系比较灵活。以德国法为例，首先在理论上，各级法院都不受自己及平级乃至上级法院判例的约束。但是各最高审级的法院变更判例时，可能受到程序的约束。例如，德国联邦最高法院系统采大法庭及联合大法庭制度，以应对不同法庭变更其他法庭判例立场的冲突；^{④②}下级法院终审而欲修订判例立场时，则应提交联邦最高法院备案。^{④③}比较起来，后者对于我们更有借鉴意义。

我国目前狭义的指导性案例，同样借助法院科层级级上报遴选案例。但是，报与不报，主动权操之在下级法院，对下级法院构不成压力，也难以确保重要的案型被选拔出来，很容易沦为不痛不痒的境地。未来若设立实质性判例制度，应采法律审将法律问题及法律共同体的注意力集中到终审法院，并可考虑以大法庭制度修改判例立场，前述“打破省际区划的法院分布”也应与此兼顾，做系统性的改革。例如，未来若由大区法院行使某些案件的终审（暨法律审）职能，则应在各大区法院之间统一判例立场，某终审法院若欲修正其他终审法院的立场，即应将法律问题报最高人民法院召集的大法庭裁判。至于各终审法院自我修正先前立场，或非终审法院修改其他任何法院的立场，均因有法律审（终审）程序把关而无需额外程序，如此才能避免妨碍个案正义及法律发展。

（五）在区分与推翻之间

在比较法上，英国在1967年前甚至上议院都没有推翻自己所作判例的权力。目前，英国最高法院（2009年成立）和美国联邦最高法院等终审法院都可以推翻自己的判例。德国联邦最高法院系统采取的大法庭制度，也是一种特殊的推翻机制，即某庭若欲推翻他庭立场，须经大法庭（乃至联合大法庭）审理判决，而若只是推翻本庭判例立场，则可径自作出。比较起来，区分远比推翻受欢迎，因为它无须伤筋动骨，不必正面挑战先例，就可以实现个案之下的正义需求，甚至是润物细无声地推动判例立场的演化。这种做法符合普通法发展的精神。德国法上的大法庭制度也经常被规避，即本应提交的法律问题因解释而避开了提交，这其中同样有区分技术的影子。

两大法系比较起来，英美法系的区分技术要复杂得多，对于普通法国家的律师和法官来说，区分先例长期以来是一门高级艺术。但在大陆法系国家，或许因为先例没有普通法律师赋予它们的那种正式约束力或明确的法律规范性力量，一个默示的推翻或其他背离（先例）的粗糙做法即已足够。虽然这减轻了法律论证中繁琐细节的负荷，但可能致使在不同处理的可类比案件之间画线模糊，对于为何选择此立场而背离另一个立场，缺乏坚实的理由。^{④④}这些在我国判例库运行中也应

^{④①} 所以在判断判例的说服力时，也不能以未得提审为正面依据。

^{④②} 大陆法系的经典法域一般均将法律审统一于最高法院，德国法族更特别强调借助大审判庭、联席大审判庭等制度统一最高法院各庭法官的判决立场，即最高法院法官审案时就重要问题否定其他法官先前判决立场之前，应提交大审判庭或联席大审判庭（跨庭时）仅就该问题裁断，为了保障法律进化，又允许最高法院法官对自己此前的立场加以自主修正，允许州高等法院法官对自己、本法院其他法官、其他州高等法院法官乃至最高法院法官的立场加以自主修正，当然，后一系列修正仍将受到法律审的事后审查。参见Larenz, *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, FS Hans Schima, 1969, S. 256f; 王士帆“德国大法庭——预防最高法院裁判歧异之法定法庭”，《月旦法学杂志》2012年第9期，第65-92页。

^{④③} 此前有不少观点认为，德国下级法院作出与上级判例不合的裁判前，须提交备案。此说不确，因为这种情形是下级法院独立审判的应有之义，只是将受法律审的审查而已，但绝不会导致备案和上诉审叠床架屋。

^{④④} See D. Neil McCormick & Roberts. Summers, “Further General Reflections and Conclusions”, *supra* note ④③, D. Neil McCormick & Robert S. Summers, p. 538.

留意。

我国民国时期以及目前仍适用于我国台湾地区的判例制度，对于判例变更规定有严格的程序。这也是一种推翻的特别规定，但是据称在实践中几乎措置不用。上述“判例”其实并非实质性判例，而是一种成文法，并与我国大陆地区目前的狭义的指导性案例更为相近。由此可见，我国目前的案例指导制度及未来的实质性判例制度，在进化力方面均应更多地仰赖区分，而非推翻。

当前在实施案例指导制度时之所以裹足不前，一个重要原因是担心万一发布了错误案例，则将难以收场。从上述区分和推翻的辩证关系可以看出，这种谨慎态度也不必过度。因为错误的案例并非要到发布机关清理完结才能挽回影响，而可以在漫长的适用过程中，发挥法律职业共同体的主观能动性，在实践中界定其合理与不合理的界限，再以区分技术实现后案的个案正义。

不过值得注意的是，以上所述的区分或推翻，都只是着眼于为必要地背离判例或指导案例提供理性的出口，而在判例制度运行过程中，背离先例作为一种直观的现象，远不止于深思熟虑之后的合理选择。例如有学者纵览两大法系的判例制度后指出，影响法院背离先例频率的因素至少包括：

第一，每个领域的先例都必须组织成统一的框架，并编入良好的索引。没有这一点，就会出现更多的背离。第二，先例的数量是一个因素。在相同或相似争点上报道的先例越多，冲突的风险就越大，从而不可能避免背离。第三个因素是上诉的频率。如果上诉通常很少出现，或者在某个特定的法律领域很少出现，则只有较少的机会来减少法院背离先例，背离也就会更多地发生。第四个因素涉及上诉法院的组成。它们被划分为独立的合议庭越多，先例变更的可能性越大，至少其中一个可能由一系列背离组成。第五，立法机关可能是积极的或可能是被动的。如果高度活跃和一致，立法机构将主动改造先例，以改革为名的司法背离将减少。第六，最高法院（总是受案件负担影响）愿意向那些希望推翻、修改或以其他方式改变先例的诉讼当事人提供听证，这显然会提高背离的频率。第七，是否允许法官发表异见也将影响最终的背离频率。例如，一些发表的异议最终将占多数，从而导致背离。第八，存在或不存在对“不良”先例的学术批评的传统，可能影响法院背离先例的意愿。第九，从独立的法律和政治职业招聘的法官在其他条件相同时，比具有公务员背景的法官更可能接受先例背离。^⑤

上述这些因素有些会带来有利的背离，例如更多地许可上诉、最高法院及学术批评更加活跃的参与，而有些带来的则是有害的背离，例如先例纂辑不力，应该消除。但是更多的可能还需要在利弊权衡之间进一步探索，毕竟过多的背离有害于法的安定性价值，可是过分的压制、背离吁求，既有悖于个案正义，又破坏了活法的进化力。

（六）纂辑方法

判例的纂辑对于判例制度的发展影响巨大。纂辑模式一般可分为三类：官方或半官方的“正式”判例集，纯民间编辑出版的判例集或判例刊物，电子判例数据库。各国都普遍重视正式判例集。但是随之而来的问题是，没有纳入正式判例集的案例是否就不足以成其为判例？此问题在英美法上曾有长期争议，但是遵循先例原则会自然而然地诱导当事人极力拓展寻找有利己方的判例之范围，从而给法庭形成不能不接受的压力，甚至没有论证的“判例”、明确否定自我向后拘束力的“判例”也常常现身法庭。大陆法系因为多以判例为发现法律的启发，是否系上级院所作出都可以不必计较，所以相对而言更不苛求是否出自于正式判例集。

但随着判例数量的不断暴增，时有限制判例引用范围的呼声。关于判例的数量，的确存在一个

^⑤ Roberts S. Summers & Svein Eng, “Departures from Precedent”, *supra* note ③, D. Neil MacCormick & Robert S. Summers, p. 526.

矛盾。一方面，法律发现的规律和法律发展的规律都决定了，当事人和律师会执着地广泛搜索案例，而并不会被人定的界限所禁锢；另一方面，过多的判例存量会成为审判的负担，也会使得法律体系过分庞大杂乱，而远远超出了人民群众的理解力，沦入司法神秘主义。

简化的方式大约有四：一是剪辑判例文本，使之言简意赅；二是通过评注书、体系书等法教义学著作的提炼编织，使之体系严明，一目了然；三是借助电子搜索引擎，通过细致入微的关键词，便于从海量判例中找到与待决案件相关者；四是借助习惯法，使一定范围的权威判例与律师责任关联起来，例如在德国的法律实务中，错漏帕兰特民法典评注（俗称“法官评注”）所引判例的律师或将为败诉担责，这种“习惯法”可促使共同体将注意力集中于有限的判例范围。^④

（七）几个弊端的防范

1. 当事人操纵

成熟的判例制度也并不完美，而有其不足。为此，在构造系统演化观之始，即应扬长避短。其第一个弊端是判例形成规则可能被当事人操纵。首先，当事人可分为两种，一种是一过性的，仅关注当下案件的处理结果，而不关心判决对未来的拘束力，而另一种则是“习惯性”的，特别关注判例的未来拘束力，当下案件的处理结果反而变得不那么重要，例如被保险人和保险公司即其适例。后一种当事人首先可能通过黑色或灰色的渠道影响判例制作，就此只能依靠反腐及促进独立司法来避免。其次，后一种当事人还可能通过和解、调解等方法，使胜算不大而又可能有较大不利影响的案例始终到不了判例的射程。^⑤就后一弊端而言，目前在比较法上似无良策，需要在未来的发展中予以关注。值得注意的是，我国的案例指导制度因其下述第一项潜力——打破“不告不理”的局限，似可大幅度缩小后一弊端：全国范围内任何法院只要有一次判决，即可经遴选升格为判例。^⑥

2. 溯及力

第二个弊端是溯及力问题。先例规则具有某种合理的溯及力，这也是成文法国家需要判例制度最隐蔽的理由。其先例规则渊源所自的判例之做出时间，可以在当前待决案件事实发生时间之前或之后（这已经有发生溯及力的余地），而先例规则的提取则必然是在待决案件事实发生时间之后，故其溯及力乃是不争的事实。正是将这种事后提取规则溯及适用于待决案件，使得判例制度在个案正义上发挥出更大的优势。我国的司法解释似乎也有这种“优势”——它虽具有明显的立法色彩，但因自认为“解释法律”，故而也袭取了溯及力。但是从规则创制来说，“法不溯及于既往”应为一项法治原则，所以刚性的司法解释溯及力在正当性上有欠思量，非其优势，而为其弊端。^⑦判例制度则不同，因为先例规则的提取、适用和区分技术的引入，可以基本消除司法解释那种溯及

^④ 阿列克西等人基于德国法的语境指出：一个案例能否成为典型，不仅取决于其自身的重要性，也取决于法律人共同体；在一团乱麻的案例库中，只有极少数案例会被留意和记住；从案例的长流（permanent flow）里选出一个典型案例，一方面需要对重要性的领悟，另一方面也要能删繁就简。此观点可为此处阐述之助。参见注③，D. Neil MacCormick & Robert S. Summers 书，第 54 页（该部分系由德国著名法哲学家阿列克西等人主笔）。

^⑤ 在《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》送最高人民法院审委会讨论时，关于“裁判”范围最主要的分歧是应否包括调解书。但是主要关注的还只是法律适用立场模糊、妥协，而未能触及当事人操纵的可能性。参见郭锋、吴光侠、李兵“《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则〉的理解与适用》，《人民司法》2015 年第 17 期，第 31-32 页。

^⑥ 此外，我国另一种案例实践动态也深值关注，即在最高人民法院发布的“典型案例”中有调解结案的案例（例如 2013 年 10 月 22 日发布的“亚什兰许可和知识产权有限公司、北京天使专用化学技术有限公司诉北京瑞仕邦精细化工技术有限公司、苏州瑞普工业助剂有限公司、魏星光等侵害发明专利权纠纷案”）。在此现象的背后隐藏着重大的理论难题，比如这些“典型案例”文本中“本院认为”部分与当事人和解方案的关系、当事人庭内和解对未来案件处理的先例价值，以及“典型案例”制度与案例指导制度乃至判例制度的关系等等。

^⑦ 例如《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》引发了“传谣 500 次入罪标准”应否立法保留的争议，即与司法解释之刚性溯及力带来的忧虑有关，若是以判例推出同样的标准，应可大幅纾解上述忧虑。

力刚性之弊。当然,无论如何,这种溯及力仍是一种不安全因素,^⑤对它保持警惕,有助于正确地定位案例指导制度或判例制度,也有利于选择正确的研究方法。

3. 消除错误立场迟缓

第三个弊端是,判例制度在消除错误立场时比较迟钝。先例中某个立场一旦被共同体所关注,即便是错误的,也可能在一次次新裁决的巩固之下积重难返。我国狭义的指导性案例在“遵循先例”的意义上可能比英美法的判例还要刚性,故此弊端尤其值得警惕。

除允许用法者以区分技术规避指导性案例之外,还应允许直接以指导性案例自身存在问题(如违反制定法规则或法原则)为由予以规避。未来的实质性判例制度之下带有习惯法特色的判例链条,本就是一种集体心理作用的结果,应遵循心理学规律来纠偏:不过分关注错误,而鼓励正确,从而矫正错误行为。最好的做法就是或先予“区分”,或定位于附论,而不适用于后案,然后从集体记忆中遗忘之。

4. 内向化

第四个弊端是,过早形成刚性的判例制度,可能会影响现行法更新换代的进程。判例制度具有鲜明的内向化特征,这与法教义学如出一辙。^⑥这种内向性可能导致故步自封,是值得警惕的。

法制发展中长期存在民族法普通化、高级化与本土化的争夺。例如针对历史法学派的一个重要质疑是,为什么萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)等人口口声声要寻找民族精神之法,但锁定的渊源却是与其本民族本不搭界的罗马法,相反日耳曼习惯法等真正的德国“民族法”却一再被摒弃。历史法学派这种似属矛盾的做法,其实隐含了高深的智慧:若欲使罗马法扎根本土,扎根当代,就不能不强调民族精神性,直至借古木开新花,成为发源于现实生活的普通法;在另一方面,只要不想在继承人类先进法律文化成果方面闭目塞听,其“民族法”又不能不从理性力量卓绝一世的罗马法中去撷取。如今,昔日历史法学派的尴尬已落到我国法的身上。我国当前的法制发展正处在战略机会期,综合国力蓬勃发展,国际竞争方兴未艾。回首此前四十年,“改革开放”和“中国特色”的思想互竞互济,相辅相成,使我们在继受的基础上不断走出自主创新的康庄大道。在法制及判例制度创新上,还要继续坚持开放的胸怀和本土的自觉,此时仍应广泛撷取比较法菁英,包括比较判例,这样才更有希望在未来重定规则中占据制高点。

三、基于双重通说互竞互济机制的系统发动

在从案例指导制度到中国特色判例制度的系统演化过程中,探讨“为什么需要”、“需要什么”的判例制度,均非仅为认识,而是为了实践。面对案例实践制度这样一个复杂的大系统,实践任务不止归属于顶层发动者,也归属于每一位自处其中的普通法律人,这也正是笔者作为部门法学者不惮“越界”探讨司法体制改革和基础法学问题的初衷。为此,本部分先追问现有案例指导制度之得失,再直接以系统论原理为指导,整合上文所得,提供行动方案,以期可以见诸行事。

^⑤ 参见[法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第454页。关于英美法推翻先例之溯及力,参见Harry W. Jones, John M. Kernochan, and Arthur W. Murphy, *Legal Method: Cases and Text Materials*, Mineola, N. Y.: The Foundation Press, 1980, p. 220.

^⑥ 关于案例实践与法教义学紧密结合之后带来的封闭性代价,参见Gregor Kirchhof, Stefan Magen und Karsten Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, Mohr Siebeck, 2012, S. 113.

（一）案例指导制度得失评估及系统演化的目标

1. 不足之处及其与实质性判例制度的距离

参照上文分析框架可知，当前案例指导制度首要的不足在于政治权威之异化和系统之击破。从制度粗迹来看，指导案例的遴选、发布机制过于刚性，消解了实质性判例制度的灵活性优势。其根源在于，案例指导制度的遴选、发布机制，使得经典判例制度中的“政治权威”已由司法性政治权威异化为行政性政治权威。借用卢曼（Niklas Luhmann）法社会学系统论的分析框架，判例制度下的司法性政治权威仍袭取了法律系统的“法-不法”二位符码的屏障，^{⑤②} 上级法院只在法定程序之间以“法-不法”的斟酌标准加作用于下级法院的裁判。案例指导制度之下的行政性政治权威却击破了“法-不法”的符码屏障，以“命令-服从”取而代之，案例实践也因此由法律系统沦入行政系统。若是指导案例发布过多且“参照”的要求过于刚性，则甚至“听审者裁判，裁判者负责”“就事论事”等基本的司法规律都将遭受猛烈的冲击。

第二个不足是颠覆了判例类型谱系。在实质性判例制度之下，根据拘束力的强弱，可将判例类型化为普通判例、确定性判例、持续性判例和习惯法。在从判例向习惯法“晋升”的谱系中，持续性判例（ständige Rechtsprechung）具有枢纽的地位。^{⑤③} 多次反复声明相同立场，不仅在客观方面促成了习惯法的要件，也在主观方面持续强化“规范确信”。从判例说服力渊源来看，倾向于智识权威，但又不脱离政治权威。^{⑤④} 指导性案例在很大程度上近似于确定性判例环节，并且仅限于这一环节，而截断其余。但此环节也是判例之政治权威膨胀、智识权威萎缩之处，更多的是靠“压服”，而不是“说服”。颠覆类型谱系之后，学术、智识权威难以措足。我国的案例指导制度如欲超越，其关注的重点就不能不逐渐从确定性判决转向持续性判决。

第三个不足是案例库规模左右为难。就目前直观所见，主要是指导性案例过少，在很长时间内不足以满足要求。但这还只是问题的一个方面。在另一方面，随着指导性案例日益增多，过时的、错误的案例缺乏有效代谢，又将形成法律适用的不必要的成本。但这对于实质性判例制度却几乎不构成问题，因为它避免了将案例系统的“代谢”系于外在的行政力量，而是依靠上文披陈的双重通说互竞互济机制，使判例“自然有机地”萌生和衰亡。^{⑤⑤}

2. 潜力及本土特色

但是案例指导制度也并非一无所长。其第一项潜力是，由于指导性案例不受“不告不理”规则的约束，^{⑤⑥} 继承了中华法系条例制度在此方面的优势，与仅限于“最高法院”判决的我国台湾地区判例制度相比，甚至更有效率。这种做法在很大程度上避免了经典判例制度随机而缓慢的缺陷，^{⑤⑦} 不仅大幅避免了上文指出的传统判例制度的弊端，也有望形成本土特色。

第二项潜力是，指导性案例与条例、司法解释相比，毕竟保留了比较完整的案件事实和法律论证；并且，《关于案例指导工作的规定》第7条仅要求各级法院“参照”指导性案例，而非直接引

^{⑤②} 参见[德]卢曼《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社2009年版，第85-87页；Georg Kneer, Armin Nassehi《卢曼社会系统理论导引》，鲁贵显译，台北远流图书公司1998年版，第170-173页。

^{⑤③} 关于德国法上对持续性判例的重视，参见注⑤④，D. Neil MacCormick & Robert S. Summers书，第35页；王洪亮“德国判例的编纂制度”，载《法制日报》2005年3月10日。

^{⑤④} 关于判例背后政治权威与智识权威的交互作用，参见注⑤③，波斯纳书，第101页。

^{⑤⑤} 这种“代谢”机制当然也需要一定的有形和无形的载体，笔者曾尝试将其概括为判例库、判例研究文库及索引库，参见汤文平“判例纂辑方法研究”，《法商研究》2013年第1期，第93-100页。

^{⑤⑥} 当然，这种不受约束本身在法院职能等更高的层面上仍有斟酌余地。

^{⑤⑦} 关于案例指导制度在“就事论事”和法律进化的效率之间实现的“新的有意义的平衡”，参见汤文平“论指导性案例之文本剪辑——尤以指导案例1号为例”，《法制与社会发展》2013年第2期，第51页。关于剪辑当中的合目的“微调”，参见朱芒：“论指导性案例的内容构成”，《中国社会科学》2017年第4期，第111-113页。

用,在规则形成及应用上留有较大余地。所以,只要不过分固执于抽象的“裁判要点”,允许后来的裁判法官自主“发现”先例规则,那么实质性判例的灵活性价值仍有望在较大程度上保全。

第三项潜力是,案例指导制度可以启发实质性判例制度的形成。现行案例指导制度肇始于我国“以例辅律”的传统。^⑤关于这些辅律的“条例”是否判例的问题,颇有争议,通说主张其并非现代法意义上的判例。^⑥但又不能否认,中华法系此前有关判例制度“曲线”发生的现象,都是以条例制度等“非真正判例制度”为起点的,因为毕竟是它们成功地建立了“以例辅律”的规则,也成功地凝聚了法律人对于“例”的注意力,催生了先例意识。而未来从案例指导制度到中国特色判例制度的系统演化“过程”,将成为最显著的本土特色。

3. 系统演化的目标

综合上文所见,案例实践制度建设的系统演化目标应为:利用裁判“时效性”和对抗性特点,联通抗辩双方和学术商榷的血脉,使法学研究更具对抗性,更具人间烟火气;以法学盯紧判例,从中汲取问题和素材来丰富自身,支持立法和司法;说到底,就是启动判例、学说“双重通说互竞互济机制”,激发司法、学术、立法三位联动的稳定性和进化力。在这个宏大的系统中,融汇了法教义学运行的各个参与主体,例如立法者、司法者、诉讼当事人以及代言学说的学者;也融汇了参与主体的一切“成果”,例如法条、案例和论著,乃至当事人个案之间真诚表露的法感情。

上述目标厘定的第一要义是着眼实践,而非教条。如前所述,比较法上成熟的判例制度也各有不同,若依归于判例制度的教条,照猫画虎,往往失其精髓。不如从实践效用追求入手,去体会成熟制度的精髓,再立足本土、当下,选定行动的进路。第二要义是融贯法律运行各个领域的系统思维。判例制度建设不能株守案例,也不能死抠诉讼法、法院组织法中的某几个条文,^⑦而必须打通对诸多现象的理解,总汇各类元素,整体地、演化地看待问题,提出行动路线。如此,才能求得实质性判例制度,才能“激发司法、学术、立法三位联动的稳定性和进化力”。

(二) 系统化“能量”与成核作用

成核作用在上述系统演化的过程中扮演着重要的角色,是系统发动的标志。该作用需要能量的推动,后者为系统之要素,是克服无序达致秩序的推动力。它可以根据系统的不同而有各种表现形式。^⑧在判例制度这种社会性系统之中,能量主要包括心理因素和制度因素,并且因作用的层次、方面众多而杂彩纷呈。比较法实践证明,在制度因素方面,是否通过基本法宣布判例的法源地位并不重要,因此,瑞士有相应规定,而德、法、日等国无相应规定,均不影响各自建立实质性的判例制度。重要的或是最高法院主导的法律审,以及一定程度的“遵循先例”意识,二者交互作用,促使围绕最高法院判例发生成核作用。前述法律审纯属制度因素,一般规定于诉讼法中。遵循先例意识则融合了制度因素和心理因素,前者可能表现为在诉讼法中明定违反判例是上诉理由、在法院组织法中明定修正判例或违背判例立场的严格程序,也可能纯粹只是法律解释的结果。而后者则既包括法院、诉讼参与人经由先例预测(上级)法院的立场,也包括法律人共同体从判例库中“发现现行法”。站在以立法方式统筹改革的立场,笔者主张我国应在制度层面引入法律审及大法庭制度,已如上述。唯有这样,才能使最高人民法院超越粗线条的、准立法式的司法解释制度,而以具体而微的个案实践,统一起全国的法律适用,并就一般案件审理成其为真正的“最高法院”。

^⑤ 参见苏泽林“充分发挥中国特色案例指导制度作用,积极履行人民法院历史使命”,《法律适用》2011年第7期,第4页。

^⑥ 参见苏亦工《明清律典与条例》,中国政法大学出版社2000年版,第205-207页。[美]布迪、莫里斯《中华帝国的法律》,朱勇译,江苏人民出版社2008年版,第59页(该书认为,“‘例’的真实名称应该是‘亚律(substatute)’”)。

^⑦ 但是法律审、大法庭及判例违反而允许上诉等制度安排,仍须在立法上作“顶层设计”。

^⑧ 参见陈忠、盛毅华《现代系统科学学》,上海科学技术文献出版社2005年版,第67页。

我国目前无集中于最高人民法院的法律审，所以该院的判决很难起到统一各级法院判决的作用，即便是公报案例也不例外。^② 但是也要承认，上诉审多少蕴涵了法律审的因子，所以各级法院仍会关注上诉法院的立场。只是这种立场往往并非出自于一般判决，而是出自于批复式案例、审判参考性案例和各类秘密状态的座谈纪要。在系统成核作用上，这种经由上诉审包装出来的自然状态的审判指导，将以各上诉法院为核心，促成不同程度的审判统一。这些现象集中起来，意味着，由于没有一统于最高法院的法律审，自下而上的成核作用已在各终审法院环节“崩断”。案例指导制度未触及法律审，但是其遴选、发布方式决定了，狭义的指导性案例可能被赋予近似于司法解释的拘束力，也就至少在这个比较狭小的范围内使上述“崩断”的成核作用得以接续，其背后的能量则是我国司法解释制度所隐含的特有的政治权威。

另外，最高人民法院在发布第一批指导性案例的通知里，又实际确认了各高级法院在管辖范围内发布指导意义案例的做法。这将增强各高级法院在此领域的政治权威，进一步推动围绕各高级法院正在发生的成核作用。此情况与法律适用统一于最高法院的目标似是背道而驰，但从我国当前的国情来看，先依多数核心成核，再自下而上成核，不失为一条妥当的系统演化进路。若得学术力量的促成，此进路与前述狭义的指导性案例之成核进路相配合，应可有力地倒逼法律审缺位之省思。

案例指导制度还可能在尊重先例方面集结系统能量。原本在制度因素和心理因素上都缺乏尊重先例的能量，既没有关于违反先例系上诉理由的规定，也没有有关重视先例以预测上诉审判决的观念。但是在案例指导制度之下将成批推出案例，《关于案例指导工作的规定》第7条要求各级法院参照执行。若能经学术参与，引导得当，使狭义的指导性案例集结的能量扩及其他可靠、精粹、权威的案例之上，则有望形成研究案例、运用案例的良好风气。

法律审也好，尊重先例意识也罢，其实都是为了形成“实务通说”，其背后的终极实质是政治权威——上级法院在智识上并非必然高人一等，其判例的核心地位最终还要靠上诉审级和一定程度的先例意识来确保。^③ 相反，学术研究的加入恰恰是为了智识权威的成核，而后在与司法通说的对话、竞争中使后者得到智识权威的支撑。相对于司法判例，学术研究可以掌握更多的比较法、法史资源，也有更充裕的时间。但是在这些有利条件之外，学术研究系统也需要自己的能量。这种能量主要是心理因素，亦即以通说代言地位为核心延展开去的工作动机。当然，它也离不开制度的型塑，例如判例通说对学术通说的鉴别和吸收机制，学界对相关工作成果的评价和发表机制等等。

（三）学术参与对于系统发动的特殊意义

上述系统观旨在行动，唯有行动才能发动制度建设的系统工程。在我国当前制度“能量”大幅缺位的条件之下，学术参与更是不可或缺的突破口。由学术主导的指导性案例库建设工作，将成为系统发动的重要方面。^④ 有学者总结两大法域的经验之后指出：“大学和研究机构的法学教授和其他学者在其国内建立先例制度方面可以发挥重要作用。他们可以根据给定的法典或法定条款或在松散的普通法领域内组织一整套判例，并测试这种判例法的一致性。这种系统化和合理化工作，使司法

^② 参见李友根“指导性案例为何没有约束力——以无名氏因交通肇事致死案件中的原告资格为研究对象”，《法制与社会发展》2010年第4期，第86-96页。

^③ 参见注③，波斯纳书，第101页。

^④ 有学者以法国法为语境，分析了学术参与对于判例制度的“极端重要性”（capital importance）：第一，是教授们挑选出值得评注的案例，在未来作为判例征引；第二，前述教授们阐发这些案例简短甚或模糊的行文，供实务家及其他学者参考；第三，他们将这些案例置入此前及相关案例的脉络之中；第四，他们型构了借以征引、解释判例、立法的概念；第五，他们有时阐明判决所根据的原则，有时揭示隐藏着的假设，影响未来判决。参见注③，D. Neil MacCormick & Robert S. Summers 书，第112页。这对我国未来的实践颇具参考价值。

机构和为诉讼当事人利益行事的律师更容易获得先例。”^⑤

我国的案例指导制度若欲开出实质判例制度，必然要经历判例库系统核心与边缘的更替。当务之急是凝聚实务、学说之注意力，逐渐以指导性案例及其他具有指导意义的案例取代司法解释的核心地位，但又充分发挥司法解释式政治权威对指导性案例拘束力的维护效用。学术参与尤应重视《关于案例指导工作的规定》第9条所列对“其他有指导意义的案例”的“清理”任务，如此既可支持最高人民法院提升工作速度，也可从案例指导制度“借鸡生蛋”，早日形成我国活法意义上的判例库。在此阶段，以完善法教义学体系为背景，对于下级法院总结审判经验的案例、会议纪要等，都可以广泛搜罗。甚至比较法上的标志性判例也要纳入系统，一起构造“边缘”的支撑力量。

随着法教义学体系日渐完善，法律人共同体判例意识增强，学说、判例双重通说对话机制成熟，制度层面的能量积聚成功，原先处于边缘的一般判例应大规模移入核心^⑥，实质判例制度于此发生。^⑦ 在此之后，是否就取消了狭义的指导性案例的特殊性呢？回答是否定的，因为在未来很长一段时间里，依靠司法行政力量遴选、发布指导性案例，仍将在效率上发挥功用，不过相对于整个判例制度而言，它应逐渐从核心转向边缘。也正是在这类系统演化和系统层次之间，^⑧ 再次折射出案例指导制度（抑或本土判例制度）的“中国特色”来。

就案例库和双重通说互竞互济机制的建设而言，在工作方式上应完全打破案例堆砌思维，而像产业联盟借助专利制定“标准”一样，活用案例研究成果，集结法律人共同体的注意力，锻造判例通说和学术通说。其具体做法是：通过案例研究努力占领智识高地（与产业联盟核心成员获取竞争性专利权相仿），然后借助各类平台邀集学界、实务界同仁共定“标准”——准通说，在经历推广并获取学界、实务界的普遍认同后，即可宣告就相关法律问题双重通说已诞生，接着再以学术批评和二审中的“法律审”元素尽力维护通说的运行。需特加指出的是，在法律审和先例意识缺位的现实条件下，目标案例的遴选不能借重法律审过滤，很大程度上就是“海选”，^⑨ 千淘万漉所得又不易在实务中作成果转化，案例研究的成本高昂。当然，在案例研究者这一面，就像产业联盟之核心成员和其他几乎所有自组织系统的核心成员，都须投入前期资本，才有可能取得系统中的“能人”地位，^⑩ 所以案例研究的高昂成本又是合理的，他因此种投入而“预流”于一个新的法学时代。^⑪

四、结语

一项制度叫什么名称，相对而言是次要的，关键在其功能定位。因此，当代的经典法域虽然就

^⑤ *Supra* note ④, Roberts S. Summers & Svein Eng, pp. 526-527.

^⑥ 因为狭义的指导性案例是剪辑后的文本，所以同一案例的不同文本都可能在此系统演化中互为边缘、核心之更替，参见注⑤，汤文平文，第54-56页。

^⑦ 这种现象在系统论上被称作“涌现”，参见欧阳莹之《复杂系统理论基础》，田宝国等译，上海科技教育出版社2002年版，第180-183页。

^⑧ 关于系统演化，参见苗东升《系统科学大学讲稿》，中国人民大学出版社2007年版，第84-85页；关于系统层次，参见同书，第35-37页。

^⑨ 有学者建议“通过时间界限、公布媒介的权威性及其受众等判断其典型性”，适当缩小案例研究的处理范围。参见周江洪：“作为民法学方法的案例研究进阶”，《法学研究》2013年第6期，第23页。笔者对此观点深值赞同，但就长远来看，法律审的过滤实在是不可或缺的原初汰选机制。

^⑩ 参见罗家德、孙瑜等“自组织运作过程中的能人现象”，《中国社会科学》2013年第10期，第97页。

^⑪ 关于“预于学术之新潮流”，陈寅恪有言“一时代之学术，必有其新材料与新问题。……治学之士，得预于此潮流者，谓之预流（借用佛教初果之名）。其未得预者，谓之未入流。此古今学术史之通义”。陈寅恪《金明馆丛稿二编》，生活·读书·新知三联书店2001年版，第266页。

案例实践制度采用的名称可以各不相同，条文粗迹亦相去甚远，但在功能追求上却惊人的一致。我国千呼万唤始出来的案例指导制度，在名称选择上无可厚非，但是其功能定位却不过只是司法解释制度的附属物或替代品，失去了实质性判例制度的精华，沦落为“局部”细节，无法在法治中国建设进程中发挥应有的系统性效用。若始终抱残守缺，将不利于法治事业，也不利于这项制度本身（该制度成长八年以来仍奄奄一息，即是其功能定位“先天不足”的明证）。反观实质性判例制度在任何国家都不是一项“局部”制度，而是担当着从“人”与“法”的层面为法治国“搞好基础设施建设”的重任。实质性判例制度从裁判现场出发，无限延伸，沟通了共时态的立法者、裁判者、律师和学者，乃至前古后今的这些不同角色，在一个宏大的时空隧道式沟通场景中，以判例—学术“双重通说互竞互济机制”为基石，兼容政治权威和智识权威，促使法律职业共同体“人、法合一”，成为本土活法的载体。

更深刻的是，它超越了法律职业共同体的视阈，而借助“不告不理”“就事论事”“让审理者裁判，由裁判者负责”等实践智慧，沟通了待决案件当事人及前古后今人民群众的利益诉求和法感情，既在“人”的层面为法律职业共同体的行为提供了准星，又在“法”的层面为法律渐进式发展安放了压舱石。并在“普通判例—确定性判例—持续性判例—习惯法”的判例序列中，实现法的稳定力与进化力的辩证统一。实质性判例制度如此重要，却又如此深邃，所以即便是老牌的法治国家，也不是先认清规律再来行动，而是在行动中跌跌撞撞地逐渐殊途同归。

作为后发法域，我国却可以先认清其规律、洞悉其得失，然后在现有制度之基础上依靠改革共识的磅礴势能更有力地推动系统演化。于是，我们将不仅看清案例指导制度的不足，也明了其避开了“随机而缓慢”的缺陷，避开了本土传统条例（判例）制度过分抽象的弊端，并保留了系统演化的启发功能，这也是“结构性”中国特色的根据所在。从案例指导制度到中国特色判例制度是一个系统演化的过程，认识到此点，一方面可避免过分强求一步到位，一味地对案例指导制度责备求全，反而错失了开出真正判例制度的良机；另一方面，可认清演化的方向，避免抱残守缺，积极推动制度发展成熟。在这个演化进程中，法律审及先例意识具有枢纽地位，需要顶层设计者谋之。然而，在“人、法合一”的沟通场景里，系统发动将不再是顶层设计者的专利，而是所有自处其中者的担当。由下而上的系统发动，甚至可能成功避免过早聚焦于内国判例、过早“内向化”等弊端。在此意义上，案例指导制度生发出来的“中国特色”将不止是“结构性”的，也是“过程性”的。在法律审、先例意识等制度“能量”暂付阙如之际，仍可期待学术主导的判例库建设借助案例指导制度及“春江水暖”的蓬勃形势，发动系统，乃至瓜熟蒂落地倒逼法律审及先例意识入席。

【主要参考文献】

1. [美] 理查德·波斯纳 《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版。
2. [德] 卡尔·拉伦茨 《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版。
3. 汤文平 “指导性案例之文本剪辑”，《法制与社会发展》2013 年第 2 期。
4. 陈兴良主编 《中国案例指导制度研究》，北京大学出版社 2014 年版。
5. D. Neil MacCormick & Robert S. Summers, eds., *Interpreting Precedents*, Ashgate: Dartmouth Publishing Co., Ltd, 1997.

（责任编辑：尤陈俊）

simplistic and diagrammatic opposition ,to avoid impulsion and “choose sides” by intuition.

Key Words Transitional Criminal Jurisprudence; Systematic Thinking; Normative Thinking; Dogmatics; Comparative Research

Zhou Guangquan ,Ph. D. in Law ,Professor of Tsinghua University Law School.

Political , National , Systematic and Chinese Civil Code

XU Zhongyuan • 32 •

The system constitutes the life of the Civil Code ,and the political nature is the inevitable way to achieve the systematization of the Civil Code. Nationality constitutes the essence of the Civil Code ,and the essence of politics is to realize the nationality of the Civil Code. It requires the systematic method to construct the national content ,in the same way ,the national content determines the form that the system should take. The policy is the implementation factor of the national and political code ,but it dissolves the systemic nature of the Civil Code. As a policy of political content of the Civil Code ,it is necessary to follow the internal and external systems of the Civil Code. The “General Principles of Civil Law” as the general principle of China’s future civil code ,based on political advancement constituted the mandatory system of civil law and commercial law ,and all the Civil Code’s subtitles. The political nature of the compilation of the Civil Code guarantees the unification of the path and political correctness; the systematic nature guarantees the scientific system and rigorous structure ,while the nationality realizes the “localization” of the regulation and the “Chineseness” of the system. Political ,systematic ,and national practice pave the path and norm setting of the Civil Code ,guarantee the “Road Confidence ,Theoretical Self-confidence ,Institutional Self-confidence ,and Cultural Self-confidence” ,and meanwhile establish directions for the implementation of the Chinese civil law system and the theoretical system of civil law. This is the direction of the political nature of the compilation of the Chinese Civil Code ,and is the purpose of the systematic and also is the inevitable manifestation of the nationality ,at the same time ,it should be the basic direction of Chinese scholars’ efforts in their exploring processes of relevant theoretical.

Key Words Civil Code; Political; Nationality; Systematic

Xu Zhongyuan ,Ph. D. in Law ,Professor of Law School of Central South University.

Systematic Launch of the Precedent System with Chinese Characteristics

TANG Wenping • 49 •

The guiding cases system has descended to a vassal of the judicial interpretation system ,so that it’s unable to play a systematic role which the substantial precedent system should have played in the process of building China into a Rule of Law State. Substantial precedent system could have shouldered the responsibility to make the basic construction valuable for the system of building the country into a Rule of Law State on the ‘human’ and ‘legal’ level. It’s in an immense communication scene with a space-time tunnel pattern ,and becomes the carrier of local living law ,which is the basis of the precedenttheory— ‘double general theory of mutual competition and mutual aid mechanism’ ,in which political authority and intelligence— knowledge authority can be compatible ,promoting ‘the unity of human and law’ of the legal professional community. In addition ,it connects the interest claims and legal mentality of the parties in pending cases with those of the people in ancient and modern times. It not only provides ‘front sight’ for the behaviors of legal community on the human level ,but also put the ‘ballast stone’ into the gradual development of law on

the legal level. Besides, it realizes the dialectical unity of the stability and evolutionary power of the law by making use of the precedent sequence whose form is ‘ordinary precedent-deterministic precedent-persistent precedent-Custom’. However, at least, the guiding cases system has advantages of avoiding ‘randomness and slowness’, etc. It can be the starting point for the systematic launch of the precedent system with Chinese characteristics. At the time when a series of institutional “energy” is temporarily lacking, the academically-led construction of case bank can still launch a system, forcing the re-presence of legal trials and the consciousness of precedent.

Key Words Case-guiding System; Judicial Interpretation System; Precedent System with Chinese Characteristics; Double General Theory of Mutual Competition and Mutual Aid Mechanism; Systematic Theory
Tang Wenping, Ph. D. in Law, Professor of Jinan University Law School.

Internal Administrative Law as a Guarantee of the Legality of Administrative Acts

ZHANG Jiansheng • 66 •

Since the 20th century, there have been two major changes in the administrative law—from the judicial-oriented to the administrative-oriented, from the administrative law that faces the exterior to the administrative law that also faces the interior. Internal administrative law is a supporting system for the executive authorities to exercise their powers. Internal administrative law, which guarantees the legality of administrative acts, is the same as the external administrative law, which aims at controlling power. The institutional basis of the internal administrative law guarantee structure is constituted by three major administrative legal relationships, namely, the administrative organs-administrative agencies, administrative organs-administrative organs and administrative organs-staff members of administrative organs. The type structure of the internal administrative law guarantee structure is divided into internalization and externalization of the internal act law effect. The ways in which internal administrative law guarantees the legality of administrative acts mainly include unfavorable decisions, obligations and control measures.

Key Words Internal Administrative Law; External Administrative Law; Internal Act; the Legality of Administrative Act

Zhang Jiansheng, Ph. D. in Law, Professor of Zhejiang University Guanghua Law School.

The Criminal Interpretation Conclusion of the Crime of Duty Encroachment and the Jurisprudence Explanation

WEI Dong • 81 •

The criminal interpretation of the crime of duty encroachment should adhere to the position of “comprehensive means theory” and “the affirmative theory of duty convenience”. The crime of duty encroachment means unit personnel illegally possess unit’s property by means of embezzle, steal, defraud and other similar methods, taking the advantage of occupation or duty convenience. Some behaviors of duty encroachment and corruption are not convictable, due to the high standards of incrimination and punishment stipulated in the text of Interpretation of the Supreme People’s Court. However, the objective existence of this situation cannot be the reason of denying “the comprehensive means theory” and converting to the theory of “the sole means of encroachment” and “the substantive interpretation of the crime”. While some scholars adopt the theory of “comprehensive means”, they advocate that theft (or fraud) type of duty embezzlement constitu-