

## “指导性案例”名称之辨正\*

刘风景

**内容提要:**关于判决先例,最常用的名称有三个:判例法、判例和指导性案例。近年来,“指导性案例”一词已成为我国法律界的最常用术语。在研究指导性案例的名称时,需要对指导性案例以及判例、判例法的实际用法与语境进行实然性考察。

**关键词:**指导性案例 判例 判例法 名称

刘风景,南开大学法学院副教授,法学博士。

在审判领域,判决先例是法官在既往诉讼过程中作出的判决,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。在新中国判例制度发展过程中还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。判决先例名称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,也透出人们心态上的慎重。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”一词已成为我国法律界的最常用术语。对指导性案例的名称进行研究,具有重要的理论意义和实践价值。第一,认识功能。判例、判例法、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。第二,交流功能。指导性案例作为一个法律概念,应当发挥信息交流的功能。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”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。<sup>[1]</sup> 第三,实践功能。在法学上,“指导性案例”名称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,是来源于审判又服务于审判的实践性论题。第四,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。就指导性案例的名称而言,因其影响到当事人权利义务的安插,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、构成与运作。因

\* 本文的写作得到天津市社科规划研究项目(批准号 TJFX06-004)的资助,特此致谢。

[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。

此,本文拟从名与实、词与物关系上,对指导性案例的名称进行研究,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 “指导性案例”名称之使用状况

词语的含义并非坚固不变,而取决于人们对它的实际使用状况。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。在研究中国指导性案例的名称时,需要对指导性案例以及相关的判例、判例法的实际用法与语境进行实然性考察,并在此基础上做进一步的理论分析。

### (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。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序中作出撤销原判的判决。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,法官在审理案件时首先考虑的是上级法院或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,即是对判决先例作为一种正式法律渊源的表征,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

大陆法系的法源主要是制定法,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框。但是,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。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。”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。”<sup>[2]</sup>在日本,上级裁判所作出的判断,对下级裁判所在审理相关案件时具有拘束力。总之,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实的真实反映。

### (三)指导性案例:中国判决先例的名称

在新中国判例发展史上,关于判决先例也出现过各种不同的称谓。其中,判例法也是一个重要的选项,有人主张中国应建立判例法制度,但由于它指称的是对法官有约束力的正式

[2] [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及第113页。

法律渊源,多数学者则认为,判例法的含义不仅与大陆法系国家也与我国的情形差别很大,该名称不能有效地表征我国判决先例的基本特征,难以为我所用。而判例则是以制定法为主要法律渊源国家对判决先例的称谓,它是对法官只有说服力而没有约束力的非正式法律渊源。本来,判例是表述判决先例名称可以考虑的一个重要术语,但因最高人民法院权力意志的强行介入,其发展过程出现了短路的倾向。2005年10月出台的《人民法院第二个五年改革纲要》提出:“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。”其中对我国裁判先例的名称明确界定为“指导性案例”。由于指导性案例一词为最高人民法院所选用,在与其他概念的竞争中,暂时居于优势地位。一时间,“指导性案例”遂成为统治性的话语形式,大有取代其他名称之势,甚至一些过去主张选择“判例”“判例法”等名称的学者,也以最高人民法院的态度为依归,转而主张选用“指导性案例”。然而,从科学研究的角度看,把握真理是一个无止境的过程,我们还需要在理性的天平上,对“指导性案例”名称的选择进行批判和检验。

## 二 “指导性案例”名称的主要弊端

### (一)表述形式累赘

在我国,关于裁判先例的名称,除了使用指导性案例外,《最高人民法院公报》等载体还使用“案例”一词。实际上,案例与判例两个词的实际用法差异较大,两者含义区分明显。(1)分属不同的逻辑层次。案例一词是指发生于自然、社会领域,具有典型意义的事件和事例。在科学研究上,案例具有触类旁通、举一反三的说明功用,掌握了某一事物的知识,就能够以此类推,了解同类的其他许多事物。各个学科常常借助案例来进行研究、教学和交流,其使用已出现泛化的趋势,除了法学领域外,在经济学、管理学、政治学、工程学、医学等其他学科领域中,这个词语的出现频率极高。案例与判例之间是上位概念与下位概念之间的关系,判例只是一种特殊的案例。在法学领域,案例一词的使用范围也要大于判例,判例只是案例的一种。案例不仅是指诉讼的成例,也可以是用于说明某一法律道理的事例,这可能是与诉讼活动无直接关系的立法事例、执法事例、守法事例、监督事例等。在法学中,不加区别地使用案例这一术语,难免会造成语义的混淆。(2)是否具有真实性。案例可假,判例必真。案例既可以是真实的,也可以是虚构的;而判例一定是法官作出的真实判决,是不得虚构的客观实际。案例可以人为地设计、编造,而判例必须是法官判决的实例。因此,两者的功能也是不同的:真实的案例与判例一样,既有阐释的功能也有证明的作用;而假设的案例只有阐释的功能而无证明的功能。(3)是否属于裁判规范。即使是在诉讼成案的意义上,判例与案例两者也是不同的。一般意义上的案例只有认知的功能而无规范的作用;而判例是揭示审判活动的规律、预测裁判发展趋势的一种重要素材,具有科学认识的价值,同时,还是对法院审理同类案件时起参考性作用或者约束性作用的裁判范例,具有规范功能。由于法院审理和判决的案件很多,并非所有的案件都是可用来指导以后审判的先例。只有那些经过精心选择、认真编纂、具有典型意义的案件才被用以指导以后的审判,所以把经过法院审理和判决的案件,根据其对后来案件的指导作用划分为案例和判例是很有意义的。有的判决可能会对法学研究具有一定的价值,但对后来的审判活动却没有指导作用,故不能被称为判例;而判例一定是指对以后的判决具有约束力或说服力的判决先例。所以,即使是诉讼

成案,只有其中包含着裁判规范因素的案例,才属于判例。在司法实践中,尽管“案例”一词仍为最高人民法院公报等载体所使用,但很难有效地表征裁判先例的实质。为了与其他学科中的案例以及法学中的其他事例相区别,最高人民法院司法文件中用“指导性”来限制“案例”,通过“指导性案例”一词以区别于一般意义上的案例,但由于其中的“指导性”的意义已包含于“例”字之中,就使“指导性案例”一词啰嗦累赘、笨拙生涩。

## (二) 功能定位偏差

从功能上看,判例的作用是多方面的。美国法官万斯庭认为,遵循先例原则的作用是:(1)在同一管辖区域内,遵守先例使得法律管辖的人能够更准确地预见法律对他们的要求。(2)遵守先例避免混乱,混乱是法官武断判案,采取完全不同态度对待每一个当事人和案件的结果。(3)它可以避免不必要的工作,使法官能够更有效地处理一些常规和重复的案件。(4)可使上级法院在一定程度上控制下级法院,以协调法官的工作。(5)消除人们的不满。遵守先例支持了我们正当程序意识和法律平等保护意识,在全社会形成法治观念。(6)在一个大的国家,尤其是当出现不同的宗教或偏离全国性规范的内部团体时,遵守先例提供了一个团结整个国民的统一力量。<sup>[3]</sup>我国台湾学者杨仁寿也认为,判例的功能是:(1)基于法律安定性的要求。法院创设判例,对于以后受理的同类案件,都可以按照相同的意思作出裁判。(2)审级制度的控制作用。审级制度有匡正违法失当之裁判及统一法令见解之功能。(3)诉讼经济的要求。当事人为交易行为时,可依判例所示意旨为依归,即如涉讼于法院,法院也可循判例所示而为裁判,可起到预防纠纷的作用。<sup>[4]</sup>尽管学者们对判例作用的认识不尽一致,但都是从多个视角做全面的把握,而非拘于一端的片面理解。在汉语中,“指导”有指示教导、指点引导的含义。“指导性案例”的名称将案例的作用限定为上级法院对下级法院裁判活动的指导,有忽视或轻视其他方面作用之虞。关键是“指导性案例”的名称容易强化我国既存的上级法院对下级法院特别是最高法院对地方各级法院和专门法院的行政化色彩,只突出最高人民法院在判例形成中的主体地位,而忽视其他法院的积极作用,可能诱致我国判例制度偏离正确的发展方向。

## (三) 学术交流不畅

对于指导性案例的名称,有部分学者持肯定观点:中国实行案例指导制度,是为了保持在制定法的法律体制下,以依法司法为主要的审判模式,借鉴判例法制度中对我们有用的和有益的东西,以弥补制定法之不足,而不是推倒重来,完全和彻底地改造我们既有的法律体制和司法体制。但是,我国法学界主流观点则主张应使用判例。例如,沈宗灵教授认为:“从字面上讲,判例比案例较为确切,判例一词表示某一判决作为审理同类案件的前例,而案例一词则表示以某个案例作为处理同类案件的前例。作为法学研究的对象来说,人们注意的不仅是案件事实,而是法院具有典型性的判决,包括作为判决者对案件事实如何陈述和分析,如何在这种事实的基础上适用法律,进行推理,提出什么论据,最终作出什么判决等等。只有这样的判例才能对同类案件的处理具有参考价值,甚至作为前例。”<sup>[5]</sup>指导性案例名称的使用,会在理论界与实务界之间形成对话的屏障,不利于相互间的沟通。另外,从比

[3] 宋冰编:《程序、正义与现代化》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 320-321 页。

[4] 转引自杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 212 页。

[5] 沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社 1987 年版,第 465-466 页。

较法学的角度看,这也不便于国际同行间的学术交流。

### 三 “指导性案例”名称之匡正原则

由于指导性案例的名称缺陷明显,不宜继续沿用,应予改变,但对其更名也须遵循一定的原则。《荀子·正名》篇指出:“制名之枢要”包括辨别同异、制名指实、约定俗成和径易不拂。这也为“指导性案例”的正名工作,提供了有益的启示。

#### (一) 辨别同异

荀子探讨“名”之起源,由于“辨异同”“同则同之,异则异之”。“共则有共,至于无共然后止;别则有别,至于无别然后止。”名称中有些是专有的,只为某一对象所特有,如张三、李四、这个人、这辆车等;还有一些则是许多东西所共有的,如人、车、树等。名是对客观对象本质的反映,具有相同本质的事物就用一个名去指称,对本质不同类的事物就分别用不同的名去指称。在我国,判例具有自己的特点,但这不是将判例改为指导性案例的充足理由。姑且不论英美法系的判例法,即使大陆法系各国的判例也是复杂多样的,如果因为各国判例制度都有各自的特点,就对每个国家甚至每一个法院、每一位法官的判例选用一个专名,那么,对判例的整体把握和学术研究都是不可能的。当代中国的判例制度与其他以制定法为主要法源国家的判例制度大致相同,它虽具有中国特色,但这并不足以成为其采用“指导性案例”之类专名的理由。

#### (二) 制名指实

名称与对象之间存在着复杂的循环关系,一方面,命名的主要目的是“制名以指实”;另一方面,命名的逻辑前提是“知实而制名”。“制名以指实”意味着名为实所规定,名为实所用,故同实者同名,异实者异名。名称是从客观对象的同异、相互关系和变化来关注名与实的相互关系和变化的,做到名副其实。我们为判决先例命名的重要目的在于表征、把握判决先例现象,进而为有效地实施判例制度而服务。同时,在选择判决先例的名称时,应先明确判例名称指向的判决先例本身是什么。名称是客观事物的名字和称谓,要给事物起个合适的名称,就必须对所命名的事物本质有一定程度的了解,即“知实而制名”。对判决先例基本属性、主要功能、运行规律的正确认知,对其与其名称之间关系的准确把握,是正确命名的前提条件。

#### (三) 约定俗成

“名无固宜,约之以命,约定俗成谓之宜,异于约则谓之不宜。”在名与实之间,某对象用某名去反映、指称,某名反映、指称某实,要有一个使社会的人习惯、认可的过程,即要经过约定俗成的过程,换言之,名是历史的产物。中国现代意义上的判例制度,始于民国初年的大理院,民国最高法院仍延续了判例制度。1949年之后,我们也经常使用“判例”一词。1950年11月3日《中央人民政府政务院关于加强人民司法工作的指示》要求:“人民司法建设工作必须在实践中一面澄清那些旧的反动法律的观点及其影响,一面不断总结经验,研究判例,以便中央人民政府能够逐渐制订完备的新的法律。”〔6〕2000年3月20日,最高人民法院公报编辑部也指出,公报登载的判例“被称为不是判例法的判例”。〔7〕判例一词的使用有着更悠久的历史,其中所包含着的本土性资源是当代中国判例制度发展的深厚基础。

〔6〕 武延平、刘根菊等编:《刑事诉讼法参考资料汇编》(中册),北京大学出版社2005年版,第651页。

〔7〕 《最高人民法院公报全集1995-1999》,出版说明。

#### (四) 径易不拂

虽然“名无固宜”“名无固实”，但好的名是有一定标准的。“名有固善，径易而不拂，谓之善名。”名称应该好懂易记、准确清楚而不致引起误会，符合这一标准的，即为“宜名”“善名”。就此而言，“指导性案例”中的“指导性”与“例”字含义部分重合，表述累赘，不能称为“善名”。“例”字本身即具有源于个案又高出个案，具有普遍性的含义。在诉讼过程中，判决先例在某种程度上，也具有法的规范性，即它对人们如何行为提出了明确的指示，具有一般性和概括性。川岛武宜认为：“审判既是对本案事件进行的具体的价值判断，同时又包含着抽象的、可适用于将来同类事件的一般原理。”<sup>〔8〕</sup>卡多佐也认为：“每个判决都有一种生殖力，按照自己的面目再生产。”每个判决先例“对未来的同类或类似性质的案件都具有某种指导力量”。<sup>〔9〕</sup>基于裁判的属性，法院的判决先例对以后的裁判活动具有一定的指导性和约束力，判例中的“例”字本身就具有超越个案，对其他案件具有普遍约束力的含义，换言之，“指导性”功能是内含于“例”之中的。或许“指导性案例”的提法在一定程度上可以解决“案例”含义过宽的问题，但由于其中的“指导性”的意义已包含于“例”字之中，就使得“指导性案例”一词不够精练。相对地，“判例”作为裁判先例的名称是由两个字构成的，它与五个字组成的“指导性案例”相比，其形式更加简约，语义更加概括、明确，属于“善名”。

### 四 “指导性案例”名称之匡正方法

我们在了解“指导性案例”“判例”名称的优劣短长，确定“指导性案例”的正名原则后，还应该采取切实可行的有效途径和具体办法，以便顺利地完成更名工作。

第一，明确判例的范围。目前，我国的判例制度尚具有浓厚的行政化色彩，在判例形成中，体现为集权过度、分权不够的格局：最高人民法院扮演着超强的角色，其他法院的作用空间被大幅压缩。最高法院所作的判例在全国范围内具有普遍约束力，全国各级法院对相同或相类似案件的判决必须遵循最高法院的判例，不得违背；其他法院所作的判例，其效力及于本院和所辖法院。高级法院、中级法院和基层法院发布的判例虽然约束力相对较弱，不能因此就否认它们作为判例家族一员的资格，下级审法院作出的某些判例也具有很明显的先例价值。在判例形成体制中，应当改变最高人民法院高度集权的现状，给高级法院、中级法院和基层法院也留有适当的空间。我们只有合理地界定我国判例的范围，才能为判决先例之命名提供前提条件。

第二，不同载体区别对待。目前我国已形成以最高人民法院公报为中心包括其他图书、杂志、网络等各种载体的多元化案例发布格局。案例的法源地位与其发布载体的权威性紧密相关，案例的发布载体，以权威性强度大小为标准，可分有约束力的判例发布载体与没有约束力的判例发布载体。因我国判例的范围尚不明确，各种载体的性质及其发布案例的属性还有待于具体界定。目前，至少可将最具权威性的最高人民法院公报公布案例改称为“判例”，其他具有官方性质载体公布的案例则需根据其权威性程度分别称“判例”或者“指导性案例”或“案例”，不具官方色彩的载体登载的判决先例名称可由编者自主选择。

〔8〕 [日]川岛武宜：《现代化与法》，王志安等译，中国政法大学出版社1994年版，第268页。

〔9〕 [美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第9页。

第三,新旧名称之衔接。作为案例指导制度重要组成部分的“指导性案例”名称,因其自身存有明显的缺陷,或许也是一个失败的改革尝试。将来,在社会各界形成“判例”优于“指导性案例”的共识后,前者将取代后者。眼下,两者可以并行使用,相互竞争,以后再视情况逐步地缩小指导性案例、扩张判例的使用范围,最终完全由判例取而代之。

第四,以学术研究为理据。关于“指导性案例”“判例”等的名称问题,我国学术界很少有专门的研究,多是学者们在研究其他主题时所做的附带性涉及,理论研究水平相对低下。在这个意义上,指导性案例的名称,也是最高人民法院在理论资源匮乏情况下而进行的不得已选择,对此,法学界也有着不可推卸的责任。在该问题的研究过程中,法学家应具有强烈的社会使命感,发挥自己的主体性作用,为判例名称的选择发出响亮的理性声音。法律的发展不仅源于国家强力,更是基于特定的知识、经验和理论。如果法律问题的决断简单地屈从于权力意志,法学家在判例名称之类问题上只重复官方的说法,那么法学就失去了存在的价值。目前人们关于指导性案例的名称问题观点不一,直接将“指导性案例”更名为“判例”的社会条件似乎还不太成熟,眼下法律界需要就两者孰优孰劣展开充分的辩论,以达成选择“判例”名称的共识,然后,再以“判例”来代替“指导性案例”。

第五,经由司法解释和法律明确规定。最高人民法院《关于司法解释工作的规定》第2条规定:“人民法院在审判工作中具体应用法律的问题,由最高人民法院作出司法解释。”就判例名称的属性而言,它也属于人民法院在审判工作中具体应用法律的问题,可以由最高人民法院作出司法解释。在现阶段,可以把最高人民法院发布的裁判先例称为判例,至于其他法院判决先例的称谓,则视以后的发展情况而酌定。通过司法解释的试验,为最高权力机关立法提供经验和教训。但是,司法解释是一种裁判规范,只对法官的裁判行为具有约束力,它对判例名称的规定,对其他国家机关以及公民、组织没有普遍的约束力,问题的彻底解决还需要最高权力机关通过立法予以规定。在判例影响越来越大的社会背景下,立法机关应该正视现实,在对法院组织法、三大诉讼法进行修改时,对判例制度、判例名称等问题作出相应的规定。

---

[Abstract] There are three terms in common use to express the notion of judicial precedents: case law, precedent and guiding case. In recent years, the Supreme People's Court has defined the task of building and improving the system of guiding case. Against such a background, the term of "guiding case" has become the most commonly used term in law circle in China. Therefore, it is necessary to conduct a practical study on the usage and context of the terms of "guiding case", "precedent" and "case law". Compared with "precedent", the term "guiding case" has the following problems: redundant in the form of expression, deviated in the definition of functions, and difficult in scholarly communication. In the rectification of the term "guiding case", the follow principles should be adhered to: distinguishing the differences and similarities, reflecting the true nature of the terms, following the common practice, and being reasonable and acceptable. At the same time, feasible and concrete measures should be taken to ensure the success of the rectification.

---