

# 试析判例影响的强度

刘风景

**【提要】**以规范法学为代表的主流观点,往往从质上的“有一无”,来分析中国判例的作用,但它存在着诸多不能自洽之处。采用现实主义法学的方法,从影响大小、强弱的角度,对判例作用问题进行观察和分析,具有明显的合理性。在我国,判例的概念和制度并没有为宪法和法律所规定,但通过对相关因素的细致考量,可相对准确地测度出判例影响的强弱。

**【关键词】**判例影响的强度 现实主义法学 审判制度

**〔中图分类号〕** D911.05 **〔文献标识码〕** A **〔文章编号〕** 1000-2952 (2011) 01-0065-06

在判例研究中,人们无法回避判例的影响问题。判例影响,是指判例对人的行为和社会关系特别是将来的裁判活动有何作用,以及如何发生作用。对此,理论界有着各种不同的认识。其中,以规范法学为代表的主流观点,往往从质上的“有一无”,来分析当下中国判例的作用。由于它存在诸多不能自洽之处,需要转换视角,寻找新的理论工具。

## 一、研究进路的选择

### (一) 规范法学的观点及其局限性

对于判例影响问题,存在着诸多的研究方法,其中规范法学的见解可称为主流观点。规范法学关注的是法律“应该怎样或应该是什么”,因而,在其理论脉络中,判例的作用往往被转化为正式法律渊源、法律形式、法律效力等问题。而在规范法学的总的理论框架之下,又包括了法律授权说、法律规范说、法律依附说和次要法源说等几种具体的观点。

——法律授权说。这种观点认为,判例的

作用来源于法律的授权,即立法者对法官创设裁判规则的许可与同意。但是,我国的宪法和法律条文没有出现“判例”一词,也无判例问题的相关规定,很难说判例的影响是来自制定法条文或法律授权的。

——法律规范说。该学说认为,判例甚至法院的判决,与制定法一样,也属于法律规范的一种具体形式。该观点将法的概念、法律规范予以泛化,把国家机关形成的那些不具有一般性、概括性而只适用一次的个别性决定也视为法,将法院判决都看成法,混淆了法律规范与个别性决定、判例与判决之间的界线。

——法律依附说。这种观点认为,判例并非独立的法律现象,它依附于制定法。换言之,判例与制定法是一回事,没有必要单独提判例的效力问题。我们认为,判例与制定法之间尽管联系紧密,但两者在形成主体、体现形式、作用方式等方面都存在着明显的区别,判例是独立于法律规范的另一法律现象,不能将判例简单地消融于制定法之中。

——次要法源说。这种观点承认判例是相对独立的法律现象，但又把它与制定法相比较，而认定其居于法律之下的相对较低的效力位阶。但是，在成文法没有规定或者判决改变成文法具体规定的情况下，法官并无可依傍的制定法，实际上他们是在创造新法，因而，不能简单地说明判例就是辅助性法源。

总之，规范法学有关判例作用的几种观点，尽管存在一定的差异，但在一些重要问题的认识上有着诸多的共性：它们对判例作用问题，只从法律规范上的角度进行“应该怎样或应该是什么”的解读。这在判例并没有为宪法和法律所规定的我国，其论证乏力。它们对判例作用只做有无的判断，不进行强弱的分析，其理解僵硬，缺乏弹性。所以，在研究判例影响问题时，规范法学的方法存在着致命的缺陷，不宜成为最重要的分析工具。

## （二）现实主义法学的主要观点

现实主义法学是社会法学派的一个分支，代表人物有格雷、霍姆斯、弗兰克、卢埃林等。现实主义法学主张立法者制定的法律文本，法官可以采纳，也可不加考虑。各种法律规范，无论是表现为法律，还是表现为判例，都会不可避免地成为某种凝固的东西，并落后于生活。法律应该不断地变更，而且只有法院具有制定法律的作用，法就是法院作出的判决。现实主义法学只关注判例的实际影响、实然的法律作用，在以判例法为第一位法源的英美法系是有其深刻的实践基础和理论根基的，即使在以制定法为主要法律渊源的大陆法系和我国，如对其做一定的调整，它对判例制度发展的理论指导意义将越来越明显。例如，最高人民法院、最高人民检察院《中国案例指导》编辑委员会认为：“人们始终在探求案例所应该具有的法律效力——案例的应然法律效力，但是我们应该另辟蹊径——更加重视通过实际参考作用发挥其作用力——案例的实然法律效力。如果大家认可了，引用多了，其实际效力就大了。”<sup>①</sup>该编辑委员会正是基于这种思路，出版了一批影响很大的判例，很好地发挥了其实然法律效力。

在分析判例影响问题时，如果采用现实主

义法学的方法，即意味着放弃非此即彼的质的判断（规范法学方法的特征），转而采用或大或小的量的分析。美国学者达尔適切地指出：“在社会和政治中，很少有什么事情可以截然一分为二，或仅仅分成两堆。这种相互排斥的分类方法（两分法）常常会把人引入歧途。”<sup>②</sup>关于判例作用，与其说是法律效力之有无，不如说是法律影响之强弱、大小。准确地说，“先例（the body of precedents）在随后的判决中的份量是个关键问题。”<sup>③</sup>如果采用现实主义法学的方法，从作用大小、影响强弱的角度，对判例作用问题进行观察和分析，将使我们的研究视角和分析方法都产生重大变化。

## （三）关键词语的置换

在法学界，人们用来表征判例作用的词语有许多，诸如法源地位、法律形式、权威、指导、效力、拘束力、约束力、说服力、先例价值、作用、功能、影响等。这些词语都以特定的理论预设为前提，与特定的法哲学思想紧密相关。

一般地，效力是规范法学描述判例作用的核心词语。效力，实质上就是判例作为法律规范的存在方式。一个判例有效力，即意味着它的存在，它对那些其行为由它所调整的人具有“约束力”。一个有效力的判例，它所设定的义务就应该得到它所指向的人们去服从和遵守，它所授予的权利或权力就必须和应当受到尊重，并在遭受侵害时得到司法机关的保护或恢复。所以，效力、约束力等词语，是基于规范法学对判例作用所做的表述。而判例的影响则是法社会学包括现实主义法学描述判例作用的核心词语。判例的影响，是指人们实际上就像判例规定的应当那样行为而行为，判例实际上被适用和服从。在我国，许多人已经看到这种关键词语置换的重要价值。例如，蒋惠岭法官认为，以“先前的判决在下级法官适用法律时心中所

① 《中国案例指导》第1辑，法律出版社2005年版，前言。

② [美] 罗伯特·A·达尔：《现代政治分析》，王沪宁、陈峰译，上海译文出版社1987年版，第33页。

③ [美] 理查德·A·波斯纳：《联邦法院》，邓海平译，中国政法大学出版社2002年版，第396页。

占的份量”来取代“效力”一词可能更加准确。这是因为：中国的判决先例是没有拘束力的，因此也就是“没有效力”。但是这种表述又不符合实际情况和建立这一制度的根本目标。因此，如果用“份量”取代效力，可以避免不必要的误解。另外，由于我国的判例是指导性的，其“指导性”因案件的具体情况、法官的判断等不同而表现为不同的作用层次，如参阅、参考、参照甚至完全依照。在这种情况下，与其说是先前的判决的效力，不如说是作为指导性案例在后来的裁判中所占的份量。<sup>①</sup>因此，与研究进路的选择直接相关，如果采用现实主义法学的方法，对判例作用问题进行观察和分析时，我们使用的核心词语将由“判例效力”、“判例约束力”，转变为“判例作用”、“判例影响”。

## 二、比较法学的观察

在当今世界，英美法系和大陆法系的许多国家都有着较为成熟的判例制度，判例在社会生活、司法实践中发挥着重要的作用。一般而言，在英美法系，判例是正式法律渊源，有法律效力；而在大陆法系，判例是非正式法律渊源，则无法律效力。尽管英美法系的判例法和大陆法系的判例制度区别明显，但是，对于它们的判例影响都需要通过一些相关因素进行具体的强度分析。

### （一）英美法系

在英美法系，上级法院的判决对其所辖的下级法院都有约束力。凡与有约束力的先例相同的案件，应当做出同样的判决。遵循先例原则是判例法的基础，是指法官在审理案件时应考虑上级法院，甚至本法院在以前类似案件判决中的法律原则或规则。在这里，判例可分为有约束力的判例与有说服力的判例。有约束力的判例，不论法官同意与否，必须遵从，受其约束。而有说服力的判例，则法官无必须履行服从的义务，只起参考作用，即使采用也仅依本身理由而没有任何强制力。换言之，有约束力的判例是正式的法律渊源，而有说服力的判例仅为法律的历史渊源。在英国，有说服力的

判例主要有：外国判决案，特别是美国法院的判例；其他英帝国地方之最高法院判决，例如爱尔兰法庭判例；法官的审判意见。有约束力的判例可分为绝对的判例与相对的判例。前者是指其判决之效力为绝对约束，而不问其判例有无理由或有无错误，必须予以服从。后者是指法院在某种限度上具有置之不理的权力，法院可自由取舍。英国法律中属于有约束力的判例为：（1）各法院均受高级法院之绝对约束，初级法院不得怀疑高级法院的判决，高级法院也不得违反贵族院或大理院的判决。（2）贵族院或大理院绝对受其本身判决之约束，讼案一经判决，则为该法院之最后法律。（3）上诉法院绝对受本院判决之约束与受较早的同等法院判决之约束。<sup>②</sup>

在美国，判例也分为有约束力的判例与有说服力的判例。适用判例原则的约束性权威，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。想观察某一判例是否具有约束力，可从作出该判决的法院的位阶着手。例如，美国的州初审法院必须遵守其本身及该州之上诉法院所作的判决；而州上诉法院则必须遵循其本身以及该州之最高上诉法院的判决。联邦法院对此原则之适用大致上和州法院相同，也就是说，法院通常不受同级或较低位阶之法院判决所约束。但是，这里也存在着例外情况：一个未曾上诉至上诉法院或最高法院的问题，而较低级别的法院已经用相同的方式判决此问题多年并且未遭质疑，在此情况下，律师和社会公众早已将这样的判决视为法律，即使级别较高的法院也不能对其等闲视之；再者，如果缺乏有约束力先例或者先例业已过时，有说服力的判例往往也会发挥着重要的作用。相反地，

<sup>①</sup> 蒋惠岭：《建立案例指导制度的几个具体问题》，《法律适用》2004年第5期。

<sup>②</sup> 傅文楷：《法律之渊源》，何勤华、李秀清主编《民国法学论文精粹》第1卷，法律出版社2003年版，第20～21页。

一个具有约束性权威的判决，也并非具有绝对的约束力：一个先前的判决可能在宣判的时候，就已犯了错误；或是因为时隔久远，社会情况已改变而致不合时宜；也有可能因为法院的人事变动，而使从前的少数意见，在今日却变成了多数。上述这些理由，都有可能使法院拒绝遵循判例，或是推翻其本身的先前判例。<sup>①</sup>

## （二）大陆法系

大陆法系至今仍信奉着查士丁尼的观点：“案件应当根据法律而不是根据先例来审判”。但是，法院的判决尤其是终审法院的判决，具有很高的权威性，而且这些先例的重要性也会随着不断重复和重新肯定这些先例中所阐述的原则的判例数量的增多而增加。一系列对法律主张做出相同陈述的判例，其效力几乎等同于英美法院的判例或一系列英美法院判例的权威性。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“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>德国联邦宪法法院的判决就具有先例的约束力，它们在联邦公报上发表。德国最高法院认为，一位律师如果无视法院在其正式的判例汇编中所发表的一个判例，那么他本人便应当对此产生的后果对其当事人负责。在日本，《裁判所法》第四条明确规定，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。至今仍认为判例不属于正式法律渊源的看法正在变得不合时宜。在日本，关于判例约束力的强弱，要考虑以下几个因素：（1）一个判例长时间被反复适用的，就成为“被确立的判例”，其强度非常高。反之，一回的判例尤其是很早以前的一回的判例，其强度就很弱。（2）最高法院大法庭的判例比小法庭的判例要强。在小法庭的判例中，各法庭作出的一致性判断的，强度大。存在分歧的，强度就小。（3）法官意见一致的判例比有反对意见的稳定性强。在以八比七的一票优势作出的判例，反对意见很有

说服力的，将来法官人选有变动的，判例的稳定性就差。（4）其内容被许多学者、实务家批判的判例，变更的可能性就大。这时，就可能出现违反最高法院判例的下级审，从而促进判例的变更。（5）法律判断没有充分说理的判例稳定性就弱；相反，有充分说理的判例稳定性就强。<sup>③</sup>

综上，在英美法系，判例可分为有约束力的判例与有说服力的判例。其中，有约束力的判例也并非都具有必须服从的绝对权威，<sup>④</sup>有时判案法官可根据案件的具体情况自主选择适用；另一方面，有说服力的判例也并非法官可以完全置之不理、自由取舍的，有时也有较强的约束力。在大陆法系，判例是非正式法律渊源，不具有制定法那样的权威性，但判例的影响实际上也是很强的，法官、律师和当事人都须认真对待法院的判决先例，而且各种判例因其构成因素的差异，其影响也有强弱之分。所以，无论是英美法系还是大陆法系，关于判例的影响并非或有或无的质的判断，而需要综合考虑多方面的复杂因素，具体分析其强与弱。

## 三、具体因素的考量

新中国建立后，判例的概念和制度并没有为宪法和法律所规定，但在各个历史时期，最高人民法院的司法文件对判例制度作过许多具体的规定。在当下中国既定的社会条件、法官素质状况、司法体制与审判方式之下，可以运用定量分析方法，通过对相关因素的细致考量，具体分析判例影响的强度（大小）。

第一，法院审级。一般而言，法院的审级与判例影响的强弱成正比例关系。审级高的法院判例的影响要大于审级低法院的案例，法官判决案件参照判例的原因之一是“不愿冒自己

① 廖彦忠：《美国法院运用“遵循先例原则”之探讨》，（台北）《美欧月刊》1994年第11期。

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、113页。

③ [日]中野次雄编《判例及其阅读方法》（改订版），有斐阁2002年版，第25～26页。

④ [美]E·阿伦·法恩斯沃思：《美国的判例法》，陶正华译，《法学译丛》1985年第6期。

所作判决被上诉审撤消的风险。”<sup>①</sup> 因法院审级的不同，各级法院所作出的判例的作用也是不同的。法院的判决尤其是终审法院的判决，具有事实上的权威性，其实际影响很大。在我国的司法体制下，法官在审判案件时，不得不关注上一级法院对上诉案件的终审判决，其裁判结果无论是维持还是改判，只要是适用正确、说理充分，都对一审法官产生说服力，并使之服从，进而成为裁判的示范性“样板”。在当前多数法院将案件改判率仍作为考核法官业绩指标的情况下，这种指导作用在中级法院和基层法院体现得十分明显。<sup>②</sup> 在我国，可以按作出判决法院的不同审级确定其影响的强度和范围。最高法院作出的判例在全国范围内具有普遍影响，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；各高级法院所作的判例，其影响次于最高法院，及于本院和所辖的中级法院、基层法院；各中级法院和基层法院所作的判例，作用小于上级法院，及于本院和所辖法院。

第二，发布载体。发布判例载体的权威性，与判例影响的强弱密切相关。最高人民法院公报登载的判例——“裁判文书选登”、“案例”，代表最高人民法院的官方观点，权威性最高。除此之外，我国还有几种官方或准官方的载体，它们公布的判例也具有较强的权威。例如，最高人民法院和最高人民检察院组成的编辑委员会编选的《中国案例指导》丛书；最高人民法院有关部门编选的案例；许多高级人民法院也在编印本地区的典型案例，不少中级、基层人民法院也把具有典型意义的案例汇集起来作为学习参考之用；《人民司法》、《人民法院报》等最高人民法院机关刊、报等登载的判例，等等。实际上，许多法院也是根据判例发布载体的不同，而具体把握判例影响的强度。

第三，先例趋势。在日本，主流观点认为，事实审（下级审）的判决与上告审不同，完全没有“先例的意义”，但这种认识并不完全准确。在商界，需要尽可能快地处理交易纠纷，现在的诉讼程序需要很长时间，最高法院的判决需要5年、10年乃至更长的时间，实际上，交易纠纷更多地是由下级审判决予以调整。1959年11月18日福

岛地方法院判决如下：在丰田卡车的买卖中，双方约定买主如有一次没有及时履行分期付款义务，就要将所买受的汽车交付给卖主，并作为违约金支付足额的货款。该判决认为，该违约金的约定违反公序良俗原则，认定无效。采用相同形式的三大汽车公司的汽车买卖契约都根据该判决修改了契约条款。这类例子在商务界是大量存在着的。这样，商务界根据下级审判决调整其交易活动、确立交易习惯，在此基础上形成的交易规模越大，以后的法院就越感到必须尊重该判决先例。<sup>③</sup> 事实上，下级审判决越是数量多且趋势一致，就越有被将来法院甚至最高法院所遵循的价值，其影响也就越强。在我国，针对某一类案件，全国法院的意见基本相同且判决数量巨大，那么相关判例的影响就强，反之，判例的影响就弱。如影响很大的王海打假系列案件，由于各地法院判决的结果截然相反，看不出法院的倾向性意见，其先例价值就不高。

第四，社会评价。社会评价的高低，往往与判例影响的强度成正比例关系。一国如果独立审判原则得到落实，外界评价对法官的判断就要受到法律制度、法律程序的有效屏蔽。而我国，在经历了几千年的专制统治后，正处于人治社会向法治社会、传统社会向现代社会的转型期，刚刚步入法治轨道，民主与法治观念在社会中扎根不深，司法权威还不高，审判独立原则的落实状况不够理想，法院抵御外部势力干预的能力有限的背景下，社会的意见和评价对法院的判断会产生很大的作用。就此而言，一个判例如果获得社会的好评，其影响就大；反之，影响就小。

第五，说理状况。判例在司法实践中发挥重要作用的原因是，凝结于其中的经验和理性。“判决理由形成判决确立的法律原则。正是这一本质核心使判决成为先例，成为后来判决的基

① [美] 约翰·亨利·梅里曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第47页。

② 辽宁省沈阳市中级人民法院：《加强案例指导工作，不断提高裁判水平》，《人民司法》2006年第7期。

③ [日] 川岛武宜：《判例研究的方法》，[日] 渡边纲吉编《判例研究的基础理论》，爱知学院大学出版会，1967年版，第32页。

础。”<sup>①</sup>判例影响的强弱与其说理的程度成正比例关系。说理充分的判例，其影响就强；说理薄弱的判例，其影响就弱。判决理由，包括认定事实的理由和适用法律的理由。近年来，我国各级法院在强化裁判文书说理方面实施了多方面的举措，裁判文书的说理性越来越强，判例的影响越来越大。另一方面，由于某些法官的自我保护、心理惰性、法律功底浅、文字水平低、抽象概括能力弱、办案数量大等原因，往往对判决结果的导出缺乏深思熟虑和细致论证，在判决理由的表述上存在着随意性和盲目性，这使得许多判例的影响相对较弱。

第六，法院特点。一般而言，审级越高的法院，其判例的影响就越强。然而，有的法院虽然审级不高甚至是基层法院，但由于法官素质较高，并且大量受理某一类或几类的案件，因而积累了丰富的裁判经验，其作出的判决也可能具有较高的先例价值，影响大。例如，北京市法院审理的行政诉讼案件，就具有较大的影响。“北京作为首都这样的区位优势，决定了北京市法院不仅要处理好北京市行政机关具体行政行为引发的行政争议，还要审理好以中央国家部委为被告的行政诉讼案件。这些案件，涉及面广、群众关注度高、社会影响大、敏感性强。”<sup>②</sup>所以，北京市三级法院作出的许多行政诉讼案件，具有典型性和代表性，对其他法院参考意义很大，具有较高的判例价值。再如，北京市海淀区人民法院虽是一个基层法院，但它作出的某些判例，对其他法院也具有不可忽

视的影响力。北京海淀区内有中国的硅谷——中关村，也是中国密度最大的大学区，北京大学、清华大学、中国人民大学等著名高等学府都集中于此，由它审理的知识产权纠纷案件、教育纠纷案件，其先例价值非常大。

对于判例影响强度的具体考量，除了上述因素外，还有许多不可忽视的因素。诸如，立法的基本状况、审判部类的差异、法官的个人影响、法官意见是否一致、律师辩论质量等。将来，随着中国判例制度的发展，在判例影响强度问题上，判例法学还需进一步研究；与其他法律渊源相比较判例所起作用的份量，与判例有关的各个因素作用的权重与方式，在社会发展过程中各因素此消彼长的历时性变化，等等。同时必须承认，现实主义法学只是观察判例影响问题的最佳视角，它与其他研究方法（包括规范法学）并不是完全的排斥关系，而是互助的合作关系。

项目来源：天津市社科规划研究项目，项目批准号：TJFX06-004。

本文作者：南开大学法学院教授、博士生导师

责任编辑：赵俊

① [美]彼得·G·伦斯特洛姆编《美国法律辞典》，贺卫方等译，中国政法大学出版社1998年版，第304页。

② 王振清主编《行政诉讼案例研究——73个典型案例及裁判思路》，中国法制出版社2008年版，前言。

## On the Extent of the Legal Precedents' Effect

Liu Fengjing

**Abstract:** The mainstream view of the Standard Law School, often starts from “have or not” in quality to analyze the effect of the Chinese legal precedents, which has lots of problems that are not self-consistent at all. It is reasonable to apply the method of legal realism, that is, from the aspect of size and extent, to observe and analyze the effect of legal precedents. In China the concept and system of the legal precedents have not been recognized by Constitution or other legislations. But based on the deliberate and meticulous research on the relevant factors, we can measure the extent of legal precedents' effect more accurately.

**Key words:** extent of legal precedents' effect; legal realism; adjudication system