

# “形”与“实”的结合： 论案例指导制度对传统判例文化的传袭

柳正权 黄雄义<sup>1</sup>

（武汉大学 法学院，湖北 武汉 430072）

**【摘要】：**我国自案例指导制度建立以来，法律适用与裁判尺度得到统一，有效解决了司法实践中“同案不同判”的问题。该制度极具中国特色，深受中国传统判例文化的影响：形式层面，以权威核心作为发布主体；功能层面，辅助制定法且影响未来案件的判决；思维层面，强调事实情节类比；援引方式层面，由法官主导且缺乏具体的援引程序；指引对象层面，则侧重对实体问题进行指引。因此，案例指导制度是法律制度适应本土文化的典型，其形式、功能、思维、援引方式以及指引对象均带有明显的传统判例文化的色彩，是传统判例文化在当代社会延续影响的表现之一。

**【关键词】：**案例指导制度 传统判例文化 文化传袭 指导性案例

**【中图分类号】** D926 **【文献标志码】** A **【文章编号】** 1001—4799（2017）06—0107—06

近年来，案例指导工作备受重视，党的十八届四中全会明确要求加强和规范案例指导以统一法律适用标准，最高人民法院更是于2016年设立司法案例研究院并开通“中国司法案例网”。而自案例指导制度建立以来<sup>①</sup>，关于该制度的性质定位可谓聚讼不已。综观各种意见的核心指向，大体可分为三类：其一，“判例制度过渡说”，即参照英美判例法，认为案例指导制度是走向中国特色判例制度的一个过渡性制度<sup>②</sup>；其二，“司法解释说”，将案例指导制度归属于司法解释制度的一部分，指导性案例则是解释法律的一种形式<sup>③</sup>；其三，“法律适用说”，认为案例指导制度是一种法律适用活动，它根植于传统中国社会的判例制度，且与西方判例法有着明显的区别<sup>④</sup>。不同的意见将引起司法实践中对指导性案例的不同理解，进而影响指导性案例的应用及相关法律问题的解决。如将其定位于判例制度的过渡，则趋向于西式判例法；将其定位于司法解释，则相当于为最高人民法院解释法律扩展了一种方式。因此，准确定位案例指导制度的性质，已成为不可避免的问题。

笔者认为既无须从西方话语体系中寻找诸如英美判例法的类比物，亦不能单纯基于指导性案例对某一法律条文的理解而将其归属于司法解释制度体系，而应结合中国传统判例文化来审视，这恰恰是当前研究所缺乏的。“中国古代的法律形式自秦汉以后形成以律令为主的成文法体系下通过比类形成的各种判例的混合法样式”<sup>⑤</sup>，故而在司法实践中充斥着判例的影子<sup>⑥</sup>，并在此基础上形成了特有的判例文化，秦代的“廷行事”、汉代的“决事比”、宋元时期的“断例”、清代的“成案”等均属于这种文化的外在表现<sup>⑦</sup>。尽管历朝历代的判例制度存在诸多差异，但判例实践活动中积累形成的各式价值理念、规则模式等，均属于传统判例文化的范畴，而民族文化的传承性则决定了中华民族在当代社会的判例实践中会遵循本民族既有的行为规则。案例指导制度即是如此，作为判例这一法现象在当代社会的延续，它与传统判例制度有着相同的本土文化背景，自然或多或少地对传统判例文化中所蕴含的形式表征与实质内容进行传承。因此，本文试图以文化的规则指引为基础，从形式与实质两个层面对二者进行协同研究，这既有利于明确传统判例文化的特点，亦便于更好地定位案例指导制度的性质及其完善。值得说明的是，本文所采用的文化研究方法属于规则文化观<sup>⑧</sup>，即从宏观层面将文化视为一种规则，与某一类文化相关的历史积淀均属于该类文化规则的构成，其通

<sup>1</sup>作者简介：柳正权（1963-），男，湖北钟祥人，武汉大学法学院教授、博士生导师，主要从事中国法制史、中国法律文化、法律实务研究；黄雄义（1990-），男，湖南衡阳人，武汉大学法学院2016级博士研究生。

过历史传习而来的价值观念体系而潜在发挥指令作用<sup>[5]21</sup>。

## 一、形式传袭:以权威核心作为发布主体

任何事物均有其独特的内涵和外表现形式,且在形式层面总是体现得更为直观。传统判例在形式上具有明显的特征,即判例由权威核心批准或认可,权威核心是判例的发布主体。在传统社会的一元权力秩序中,各种制度安排权利的设定以及义务的承担均来自于同一个权威核心的决定<sup>[5]60</sup>,该权威核心集中体现为皇帝,而判例亦莫能外。秦代的“廷行事”由秦始皇“专任刑罚,躬操文墨,昼断狱,夜理书,自程决事”(《汉书·刑法志》);汉代的“决事比”由皇帝批准后方具法之效力,如“宠为显撰词讼比七卷,决事科条,皆以事类相从,显奏上之,其后公府奉以为法”(《汉书·陈宠传》);唐代“诸制敕罪,临时处分,不为永格者,不得引为后比”(《唐律疏议·断狱律》);宋代出现判例集,仁宗诏令刑部、大理寺“集断狱编为例”;明代朱元璋亲自颁行摘录刑事案例的《明大诰》;清代成案的“通行”亦由皇帝颁旨,如“嗣后有如此投回之兵民,如查有别情,应行奏明办理。倘无别故,即照此次成案办理”<sup>[6]421</sup>。诸多史实表明,未经权威核心的批准或认可,判例便缺乏稳定效力的合法性来源,即使其在司法实践中已被客观使用。如唐高宗时刑部少卿赵仁本曾编纂《法例》三卷“引以断狱,时议亦为折衷”,但高宗认为律典完备,“何为更须作例,致使触绪多疑”(《旧唐书·刑法志》),《法例》遂被废弃。当然,皇帝采取默认的方式也时常有之,此时则由代表权威核心的下属机构或官吏进行具体的授权许可,如清代刑部明确部分成案“系部中通传各司遵办,并不通行外省”<sup>[6]3</sup>,这并不影响判例的实质效力。

事物形式的外在直观表现性,决定其往往是传袭的第一要素,案例指导制度在形式层面便传袭了“以权威核心作为发布主体”这一表征。《关于案例指导工作的规定》(以下简称“规定”)第一条即明确了最高人民法院为指导性案例的唯一发布主体,未经其确定便不具备通行全国的效力。而最高人民法院在宪法层面的法律地位早已被明确界定,《中华人民共和国宪法》第一百二十七条表明它是最高审判机关,负责监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作。《人民法院组织法》则进一步赋予了最高人民法院推翻下级法院判决、解释具体适用法律、法令的问题等权力。换言之,在当代审判系统中,最高人民法院扮演着权威核心的角色,主导整个审判系统的运行,由其负责选定并发布指导性案例既是职责所求,亦是客观所需。

值得注意的是,国家发展的政策与方向由党引领,而最高人民法院在决策过程中也势必会考量国家最新的政策与方向,故各级法院必须“及时向党委和政法委汇报法院工作的重大部署、重点工作和重要事项,紧紧依靠党委领导”<sup>[7]</sup>。该机制也决定了指导性案例的内容,往往反映出党的最新政策导向,属于最高人民法院在司法领域对政策的有力回应。因此,指导性案例是整个社会系统的权威核心(党)以及法院系统的权威核心(最高人民法院)双重认可的产物。

## 二、功能传袭:辅助制定法且影响未来案件的判决

在传统判例文化中,虽然判例在法律地位上从属于制定法,但其功能不可忽视,不仅“解释了制定法的含义,使之有效地适用于具体案件;还确立了许多重大的封建法制原则,为制定法的适用创造了条件”<sup>[8]1</sup>。传统判例对制定法的辅助功能主要有三方面:其一,填补制定法的空白,是以“律守一定,例则因时变通”。《法律答问》提出,“盗封豕夫可(何)论?廷行事以伪写印”<sup>[9]214~215</sup>。可见,秦代的“廷行事”在司法实践中可弥补法律规定的空白,并解决法律适用中出现的概念界定、条文理解等问题<sup>[10]161~166</sup>。其二,对抽象的制定法进行说明与解释。《折狱龟鉴》载:“苏案给事为大理详判官时,民有父卒母嫁者,闻母死已葬,乃盗其柩而祔之。法当死。案独曰:‘子盗母柩,纳于父墓,岂与发冢取财者比?’请之,减死。”<sup>[11]218</sup>此后陕西河中发生类似案例,有关部门根据苏案的判例对犯人从轻处罚,并将该处理方式纳入法令。根据《宋刑统·贼盗律》的规定,诸发冢者,已开棺槨者绞,但判例却对此作出了限制解释,即儿子盗母柩与父合葬的行为跟律法规制的发冢盗财行为有着本质区别,前者为情,后者为财,不应按律施罚。其三,供未来案件判决参考和借鉴。这一功能建立于前两项功能的基础上,得益于传统判例对制定法的补充和说明,某一类型的案件才有了明确的解决模式,更被后来者奉为主臬,“凡为驳议者,若违律令节度,当合经传及前比故事,不得任情以破成法”(《晋书·刑法志》)。《元典章·刑部》中存在多处参照成案的表述,“基于成案,礼部判决……”、“浙江行省审理此案,查到大德元年成案……依上例施行”、“今后若有似此事端,拟合照依白满儿例断罪离异”(《元典章·刑部》)。清代《刑案汇览》中参考

成案裁判的案例亦不在少数<sup>[12]</sup>。

案例指导制度在功能层面对传统判例进行了全面承受。《规定》第二条：“本规定所称指导性案例，是指裁判已经发生法律效力，并符合以下条件的案例：（一）社会广泛关注的；（二）法律规定比较原则的；（三）具有典型性的；（四）疑难复杂或者新类型的；（五）其他具有指导作用的案例。”指导性案例所需满足的条件，恰恰是对制定法漏洞的反映，而这些漏洞又需要指导性案例来辅助解决。“法律规定比较原则”说明制定法对某一问题规定的较为抽象，此时指导性案例扮演了补充说明的角色，负责对原则性规定进行具体说明，由此指出司法实践中应适用的判断标准。“新类型”则说明立法对某一类型案件缺乏预测，现有制定法的相关规定缺失，故需要指导性案例发挥填补空白的功能，其适用的法律法规和推理逻辑将成为新类型案件处理的标准。《规定》第七条则将“影响未来案件判决”的功能赋予指导性案例。根据“最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案件时应当参照”的条文，各级法官面对与指导性案例案情相似的案件时，主观能动性被迫压缩，指导性案例所确定的裁决标准与程度化为他们的内心确信。在实践中，法官接受判例影响的具体模式也极为类似，即显性援引和隐性参照两种模式综合运用<sup>①</sup>。根据《最高人民法院指导性案例司法应用年度报告 2015》的统计，援引指导性案例的 241 篇裁判文书中，法官显性援引的为 79 篇，隐性援引的为 156 篇，剩余 6 篇则属于法官在对案例的评析援引<sup>[13]</sup>。

### 三、思维传袭：强调事实情节类比

“一个民族深入集体无意识的观物方式，是比一个民族、一种文化的核心的价值观念，更能体现民族性格的东西”<sup>[14]</sup>。法律思维方式即是如此，国人的法律思维方式主要体现为两个层面：其一，对于高度融合国家政策的先进经验和具体案例，习惯于将其作为范式予以遵守和模仿<sup>[15]</sup><sup>53</sup>；其二，在模仿的过程中，倾向于通过直觉上的感性认识来判断和总结既有经验，而背后所存在的理性联系和抽象原则被束之高阁<sup>[16]</sup><sup>83</sup><sup>84</sup>。该类型思维方式运用到传统判例中便解决了“是否遵循”和“怎么遵循”的问题。首先，必须将判例作为司法实践中的既定范式予以遵循；其次，在遵循这种范式的过程中强调正待判决的案件与判例进行事实情节类比，若事实情节类似则采用相同的判决。正如荀子所言：“以类度类，以说度功，以道观尽，古今一度也。类不悖，虽久同理。”（《荀子·非相第五》）以清代运用判例的思维为例，法官经常将待处理案件与成案进行事实情节类比，在“案件事实与律例规则或判例所构成的事实模式的比较中，寻找并论证事类的联结点”<sup>[17]</sup>，并基于此作出最终的判决。如道光二年“贾氏与人通奸、杀死知情之童养媳”一案，刑部在援引四川省李陈氏的成案时，对多项事实情节进行了类比，“以死者年岁论，则与现案同一十四也；以情节论，则与现案同一凶残也；以姑媳名分论，则与现案同一童养也”<sup>[6]</sup><sup>814</sup>。在充分比对的基础上，刑部认为应当“画一办理”，避免同案不同判的情形。运用这种思维援引判例的情形十分普遍，诸多判决中均存在“以昭画一”、“例相符”的相关表述，但获取这一判断结果在总体上仍是基于个人直观认定，未形成用于判断事实的统一客观标准。当然，历史存在偶然性，在部分传统判例中确实出现了归纳规则的现象，但其属于直观表象的归纳，更多缘于法官的个人创造力而非某种系统的制度使然。因此，传统社会往往是选择将具体案件分类典型化，以此对成文法形成补充和突破，以不变应万变<sup>[18]</sup>。至于成为直接创设规则的渊源，传统判例始终未能实现这一历史地位，往往是立法者通过对判例的总结而将某一规则上升到制定法的形式，遵循着“因案生例-定期修例-以例入律”的既定模式。

时至今日，受民族集体无意识的影响，国人的思维方式仍未大变，故案例指导制度亦强调在适用指导性案例的过程中应注重案件事实的类比。这一特征体现在三个层面：第一，条文层面。《规定》第七条规定了各级人民法院的参照义务，即在审判类似案例时应参照指导性案例。最高人民法院研究室的胡云腾对此进行了解释，他认为“类似案件”包括性质、争议事项以及行为类似，如知识产权案件中同一种商品的理解与认定问题、同一罪名或同一案由的案件均属于类似案件<sup>[19]</sup>。此处的“类似”更多是对案例事实之间的类比，包括行为事实、性质事实等诸多方面。第二，指导性案例的结构层面。根据最高人民法院研究室公布的指导性案例样式，共包括标题、关键词、裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果及裁判理由等七个部分，其中裁判要点、基本案情、裁判理由是三个最为重要的部分，而这三者显然是法官在审理类似案件时进行事实类比的最直观依据。第三，司法实践中的应用层面。根据有关调查显示，“除少部分指导案例（例如 12 号、18 号、34 号和 45 号）对指导性案例应用的案由不同外，绝大部分对指导性案例予以引用的案例往往首先应用于相同案由的案件。在应用指导案例 24 号的 103 个案件中，应用案由相同的有 86 个，所占比例为 83.49%”<sup>[13]</sup>。在案例指导制度所要解决的“同案不同判”问题导向下，法官在参照指导性案例时，直观的事实类比

思维仍占据绝对优势。另外,在主张事实类比的同时,案例指导制度也要求指导性案例中列明裁判要点。这些要点通常是抽象出的规则,但与传统判例中偶然出现的抽象规则类似,其本质上是针对具体法律条文如何适用的指导,而不是具有普遍适用性的法律原则。

#### 四、援引方式传袭:法官主导且缺乏具体的援引程序

传统判例经历了漫长的发展历程,从秦汉时期的“若今律其有断事,皆依旧事断之;其无条,取比类以决之”(《礼记·王制》),到明清时期“淘汰了格、敕、科、比等各种形式,独与律并行”<sup>[20]</sup>,法律地位不断上升。但无论如何发展,却始终未能在程序上实现突破,历朝历代均未对援引判例设置具体的程序,这也是传统判例最为人所诟病的一点。援引程序的缺失导致判例带有明显的不确定性,而在法官主导且监督失位的传统司法体制下,这种不确定性极易被无限扩大。法官的个人倾向直接决定判例的适用与否,在人情、道德、经义、权力等多重因素的作用下,法官往往会利用程序上的弊端而作出符合自身利益取向的判决,从而将判例变为实现封建专制的工具,并由此导致“所欲活则傅生议,所欲陷则予死比”(《汉书·刑法志》)的混乱现象。无独有偶,传统判例文化中也曾出现关于适用判例的原则性程序规定,如《大清律例》明确规定了“判例变为通行、定例后方可援引”的前置程序,即“除正律正例而外,凡属成案,未经通行著为定例,一概严禁,毋得混行牵引,致罪有出入。如督抚办理案件,果有与旧案相合可援为例者,许于本内声明,刑部详加查核,附请著为定律”<sup>[21]67</sup>。但该类规定如同隔靴搔痒,只是强调不得随意牵引的原则,对于如何区别案件的类似与否、援引的具体步骤等事项仍是一片空白。

案例指导制度在援引方式上的漏洞依旧明显。虽然相对于传统法官而言,当代法官已然无法像过去适用判例时的那般自在任意,但指导性案例的具体援引程序依旧缺失,在决定是否参照指导性案例时,法官仍发挥着主导作用。《规定》现有内容主要是针对指导性案例的推荐、选择、公布等程序进行了说明,且在第七条强调各级人民法院在审理类似案例时应予以参照,但对于类似案例的识别、适用规则、援引制度(包括什么情况下援引、如何援引、不援引或错误援引的法律后果)以及相关的法院审级、管辖制度等程序则未予涉及。简而言之,本应与案例指导制度配套设计的支撑程序并未构建,《规定》将这些未予涉及的程序性问题留给法官自行决定。但在程序缺失且法官权力受限的情况下,除非待处理的案件与指导性案例的事实极为类似,法官更会倾向于选择不予适用,如此即可避免因不当援引而产生的错误追责。当前指导性案例的应用情况亦恰恰说明这一点,2014年最高人民法院共发布了9批44个指导性案例,其中被应用于司法实践的共有22个,占到了总数的50%;而2015年共发布了56个指导性案例,其中被应用于司法实践的共有25个,占到了总数的44.6%,由此可以得出,指导性案例的应用数量落后于其发布数量<sup>[13]</sup>。

#### 五、指引对象传袭:侧重对实体问题进行指引

相对于制定法而言,传统判例的优势在于灵活为解决各种法律问题提供指引,且其指引对象侧重于实体问题。这一特征可从历朝历代所记载的判例内容得到佐证。根据《太平御览》的记载,汉代决事比的主要内容是,在成文法失位的前提下,疑难案件总是习惯于参照过往的旧事和成例所采取的处理方式<sup>[22]190</sup>。这些疑难案件通常属于实体问题。宋代的《折狱龟鉴》、元代的《至正条格》、明代的《大明会典》等所载判例概莫能外,均是对实体问题进行指引,且判例类型及具体内容伴随着社会关系的变化而变化,诛杀功臣等大案开始被纳入。清代《刑案汇览》所录的4000余件判例,其指引对象亦均为实体问题,内容涉及老小废疾收赎、存留养亲、累犯、共犯等,而《大清律例通考》中所载的定例亦侧重笃疾之人犯罪、犯罪自首的范围、强盗认定等实体内容。究其原因,莫过于“如此重视守法伦理,坚持礼教中心,强调义务本位的中国传统法律观恰恰缺乏孕育程序法的土壤”<sup>[23]</sup>,立法者关注的是绝对统治下的实益均衡,而非各项权益与事项的实施过程,因而传统立法存在着先天的结构性缺陷。如此便催生一个问题,即关于程序事项没有立法,更无须考虑其立法漏洞以及具体执法过程中的程序问题。因此,传统判例自然也侧重于对实体问题的解决和指引,这既符合封建统治者的统治需要,也适应判例辅助制定法的功能性要求。

相对于传统立法,当今立法技术与成就显然已取得突破性进展,以至于自然法学派曾认为塑造出一部完美的法典并非不可能,只需经过不断地努力并加之以理性和立法智慧<sup>[24]13</sup>。与此同时,程序正义的理念愈发被认同,程序法已然与实体法并驾齐驱,几乎每一部实体性法律均有配套的程序性法律。但现实与梦想总是存在距离,无论法律在立法之初制定得如何先进与完善,其天生的

局限性注定总是存在漏洞,需要指导性案例来紧跟时势变化并对漏洞进行指引,这其中自然包括实体法与程序法两个方面。然而,即便程序法的地位已然获得立法者足够的重视,案例指导制度亦明确了指导性案例的选择、发布等各项程序,但指导性案例在具体的指引对象上仍然侧重于实体问题。就最高人民法院当前所发布的 56 个指导性案例来看,裁判要点涉及案件实体问题的共有 46 个,所占比例为 82%;而涉及程序问题的仅有 10 个,占 18%。其中,8 个为民事诉讼程序问题;2 个为行政诉讼程序问题;对于刑事诉讼程序问题,目前尚无指导性案例。由此,我们可以得出结论:最高人民法院发布的指导性案例侧重于对实体问题的指引<sup>[13]</sup>至于为何会产生这一现象?一方面可能还是与传统社会“重实体而轻程序”的理念相关,另一方面则是由于当前实体法在数量上确实比程序法更多,且使用抽象性的表述更为频繁<sup>(1)</sup>。

## 六、余论:案例指导制度的未来走向

法律作为上层建筑的一种,必然与其所处的本土文化环境相适应,正如孟德斯鸠所说:“为某一国人民制定的法律,应该是非常适合于该国人民的;所以如果一个国家的法律竟能适合另外一个国家的话,那只是非常凑巧的事。”<sup>[25]6</sup>而案例指导制度从“形”与“实”两个层面对传统判例文化的传袭,正是法律制度适应本土文化的典型,其形式、功能、思维、援引方式以及指引对象均带有明显的传统判例文化的色彩,是传统判例文化在当代社会延续影响的表现之一。它不同于西方的判例法,因为指导性案例不是法官造法,未抽象出具有法律效力的规则,更不属于制定法国家的正式法律渊源;它也不完全继承传统的判例制度,而是在传统判例文化的基础上融入了中国当代的法治元素,进化为一种法律适用机制,指导司法实践而解决“同案不同判”的问题。因此,从某种程度上来说,案例指导制度是传统判例文化与当代中国法律体制相结合的产物。

诚然,从建立伊始到当下,案例指导制度对指导司法实践发挥了明显的效用。但结合以上分析,案例指导制度在对传统判例文化进行传袭的同时,也存在着诸多不足,如指导性案例数量相对较少、具体的援引程序和规则不明等问题,故有必要针对性地进行完善。

第一,随着中西交流的日趋频繁,传统文化在与西式文化的交流碰撞过程中会经历新旧语境的切换,新的语境会重新丰富传统文化的内涵,从而变更其最原始的面貌<sup>[26]42</sup>。因此,案例指导制度的未来发展不应完全排除对西方判例法进行借鉴的可能性,吸收其中与中华民族文化相契合或可供利用的部分,包括抽象规则、援引规则等。

第二,妥善处理党的领导与法治之间的关系,加强案例指导工作的独立性。如前所述,最高人民法院作为指导性案例的发布主体,党则通过党组织控制和影响着最高人民法院的决策,这就意味着指导性案例在很大程度上与党的政策密切相关。然而,指导性案例不仅需要解决法律滞后与政策超前的矛盾,也应当针对法律本身所需要解决的问题,故最高人民法院在案例指导工作的过程中需要综合考量党的领导和法治工作相对独立,发布更有实效的指导性案例。

第三,确定指导性案例的援引程序和具体规则。当前法官均面临行为模式上的选择困境,即指导性案例的援引程序和具体规则并不明确,这便是完善案例指导制度所需要注意的问题。相对于传统法官而言,当代法官已然失去了高度自主的权力实施环境,这便需要设置具体的程序和规则对其进行指引,否则极易陷入被动状态而无所适从。故案例指导制度需明确指导性案例能否援引、如何援引、援引的结果处理等。

第四,适当增加指导性案例的数量并改变其内容上的偏颇。虽说贵在精不在多,但当前指导性案例的数量相对于司法实践中所存在的疑惑而言,实在相去甚远。究竟是为了防止最高人民法院通过指导性案例而扩大其对法律实施的影响,还是限制指导性案例本身对全国司法实践的作用?不得而知。但无论如何,可以适当增加指导性案例的数量,只要案例指导制度能对其进行有效管理便无后顾之忧。同时,指导性案例的内容亦可关注程序层面,加强对法律程序问题的指引。

案例指导制度的完善绝非一夕之功,需要一个相对漫长的时间阶段来保证其发展。这过程中离不开法院的实践经验积累、社会形势变化等因素的综合作用。但无论其如何发展,均应与中国传统判例文化密切配合,毕竟确实存在客观的、潜在持续影响的

---

民族文化观念,这些观念决定着某一制度的客观效果与存续前景。

**参考文献:**

- [1]周佑勇.作为过渡措施的案例指导制度——以“行政[2005]004号案例”为观察对象[J].法学评论,2006,(3).
- [2]蒋安杰.“两高”研究室主任详谈“中国特色案例指导制度”的构建[N].法制日报,2011-01-05(10).
- [3]刘作翔.案例指导制度的定位及相关问题[J].苏州大学学报:哲学社会科学版,2011,(4).
- [4]胡兴东.中国古代判例制度形成的法文化语境[N].人民法院报,2016-07-08(5).
- [5]陈晓枫.中国宪法文化研究[M].武汉:武汉大学出版社,2015.
- [6]祝庆祺.刑案汇览[M].北京:北京古籍出版社,2000.
- [7]任勇,海伟.认真学习贯彻习近平总书记重要讲话精神为建设平安中国法治中国作出新的贡献[N].人民法院报,2014-01-10(1).
- [8]汪世荣.中国古代判例研究[M].北京:中国政法大学出版社,1997.
- [9]张家山二四七号汉墓竹简整理小组.张家山汉墓竹简[M].北京:文物出版社,2001.
- [10]杨一凡.新编中国法制史[M].北京:社会科学文献出版社,2005.
- [11]郑克.折狱龟鉴[M].上海:复旦大学出版社,1988.
- [12]王志强.清代成案的效力和其运用中的论证方式——以《刑案汇览》为中心[J].法学研究,2003,(3).
- [13]北京大学法制信息中心.最高人民法院指导性案例司法应用年度报告 2015[DB/OL].[http://www.chinalawinfo.com/AdHtml/20151224/fulltext.html#\\_Toc438477994](http://www.chinalawinfo.com/AdHtml/20151224/fulltext.html#_Toc438477994),2016-03-01.
- [14]季红真.寻找民族原始的思维方式[J].作家,1996,(7).
- [15]陈晓枫.中国法律文化研究[M].郑州:河南人民出版社,1993.
- [16]陈晓枫,柳正权.中国法律文化心理之初探[M]//张中秋.理性与智慧:中国法律传统再探讨——中国法律史学会 2007 年学术研讨会文集.北京:中国政法大学出版社,2008.
- [17]管伟.试论清代司法实践中比附适用的类比方法——以《刑案汇览三编》为例[J].法律方法,2009,(2).
- [18]胡兴东.中国古代折中认识论下的判例制度[N].人民法院报,2012-06-22(5).

---

[19] 蒋安杰. 最高人民法院研究室主任胡云腾——人民法院案例指导制度的构建[J]. 法制资讯, 2011, (1).

[20] 郑秦. 康熙《现行则例》: 从判例法到法典法的回归[J]. 现代法学, 1995, (2).

[21] 郑秦. 清代法律制度研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.

[22] 何勤华. 中国法学史: 第一卷[M]. 北京: 法律出版社, 2000.

[23] 马臻. 我国程序法文化起源之比较研究[J]. 人民论坛, 2011, (26).

[24] 罗斯科·庞德. 法律史解释[M]. 曹玉堂, 等. 译. 北京: 华夏出版社, 1989.

[25] 孟德斯鸠. 论法的精神: 上[M]. 张雁深, 译. 北京: 商务印书馆, 1961.

[26] 马翀炜, 陈庆德. 民族文化资本化[M]. 北京: 人民出版社, 2004.

#### 注释:

1 2010年11月26日, 最高人民法院发布了《关于案例指导工作的规定》, 就指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等内容进行了原则性规定, 这象征着当代案例指导制度的正式建立。

2 关于判例的定义存在多种, 主要可分为“具有拘束或强制效力的判决和裁定”和“具有参考或借鉴价值的判决和裁定”两类, 前一类型所说的判例具有法律渊源的法律地位, 后一类型的判例则不具有法律渊源的法律地位。本文采取第二种类型意义上的判例。

3 有人认为中国古代是判例法国家, 曾经存在过判例法, 这一说法并不符合传统判例文化的实情, 传统判例一直发挥着辅助制定法的功能, 且并无固定形式将之确定。

4 (1) 文化观存在成果文化观与规则文化观之分, 成果文化观主要集中在传统学说范围, 将“文化”视为智力成果的汇集或结晶, 它意味着权力主导型的文化模式。规则文化观则是新兴学科——文化科学的观点, 文化科学是文化人类学的一个分支, 其核心定义就是行为规则, 而该规则发生的规范作用即来源于文化的引导及其对行为的指令作用。

5 (1) 以法官是否在判决中明确说明援引为标准, 若明确说明则为“显性援引”; 若未予以说明而是内心遵循, 则为“隐性参照”。

6 (1) 以《合同法》为例, 其使用了大量的模糊语言或抽象性语言, 如社会公共利益(3处)、交易习惯(9处)、必要(15处)、适当(8处)、合理(35处)等, 而这些恰恰是指导性案例所能明确和指引的。