

关于“判例、案例和司法解释”分析（一）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/52/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E2_80_9C_E5_c36_52992.htm

司法考试试卷四第八题

论述题“判例、案例和司法解释”征文启事刊登后，编辑部

收到了大量的来稿，许多作者从不同的角度阐释了对这三者

之间关系的个人意见。本版陆续刊登这些稿件，希望这些文

章能为广大考生解答论述题提供有益的思考。 尽管英美法

系国家与我国在具体的法律制度上存在着很大的区别，但从

法官适用法律所追求的目标来看，两者存在着相通之处。无

论是在我国还是在英美法系国家中，为了发挥法律的最佳效

应，都必须解决法律稳定性与灵活性之间的关系。在英美法

系国家中，法律的稳定性是通过法官的裁判以及遵循先例原

则实现的；而在我国，法律的稳定性则是通过成文法适用来

实现的。法律稳定性的增强，有助于巩固既定的法律秩序，

使当事人能够对自身行为的法律后果做出准确的判断。为了

实现这一目标，英美法系国家和我国法院都在孜孜以求，有

时这种努力甚至显得呆板。比如，在英国海商法中，承运人

的运费是不允许收货人主张抵销的，即使承运人所交付的货

物已经因其过错而严重受损。随着时间的推移，这一基于历

史原因而形成的规则受到越来越多的挑战，但英国贵族院却

认为，“法律并不因为其有道理而成为法律”。换言之，为

了维护法律和交易秩序的稳定，即使法院也认为某项规则不

符合情理，但它可能仍要维持。而在我国，这样的例子也并

不罕见。比如在刑事附带民事诉讼中，法院对于受害人提起

的精神损害赔偿请求是不予支持的，尽管该条规定的合理性

受到了猛烈的批评，但最高人民法院仍是通过批复或司法解释予以确认，以保持现有诉讼秩序的稳定。在英美法系中，法律的灵活性是通过衡平法和法官的区别技巧实现的；而在我国，法律的灵活性则是通过以下两种方式实现的：从内部来讲，通过原则性规定避免过于苛刻条款的适用，如诚实信用原则等；从外部来讲，则通过法律的解释来实现。在英美国家中，法官在运用衡平法时差异巨大，以致促成了著名的法谚“法官裁判的尺度与他的脚趾长度相当”。而在我国，为了实现自己心目中的正义，最高人民法院、各高级人民法院乃至中级人民法院事实上都在自己的辖区内行使着“立法权”。即使在同一法院的同一审判庭内，不同法官对于一些重要的问题也存在着不同的看法。尽管这种“法出多门、各自为战”的做法一直为人所诟病，但其修正过于僵化的法律条文、实现个案公平的作用却是不容否认的。法官们时常在法律的稳定性与灵活性之间徘徊，为了实现公正而上下求索。不同法系国家的法官都在试图从法律的稳定性与灵活性之间找到一个最佳的平衡点，寻求形式正义与实质正义的完美结合，虽然这可能是一个永远也无法实现的梦想！（王永亮上海市金山区人民法院）

判例法是指在法院在审判实践中建立“范例”或“法律原则”，在将来出现类似的案件就可以用同样的原则加以处理，这种通过判决建立起来的“范例”即是“判例”。由于判例可以作为将来处理同类案件的依据，所以判例即具有了法律约束力，即先例约束力。我国是成文法国家，历朝历代的司法改革都是从变法修律开始的，成文法是主要的法律渊源，但这并不代表我国不存在判例制度，秦代的“廷行事”、汉代的“决事比”、宋代的“断例

”都是以成例作为判案依据。因此判例在我国古代的司法体制中是占有一席之地的。新中国成立后，继续延续着中华民族几千年的成文法传统，将制定成文法律、编纂法典作为法治建设的成就，在审判案件时更是将制定法作为审判的唯一依据。但是改革开放以来，由于我国经济社会飞速发展，制定法的滞后性弱点日益凸现。为解决这一问题，近年来，最高人民法院不断出台司法解释，以适应形势的发展，这些司法解释本身已经具备法律规范的要素，并且实际上也起着法律规范的作用，其在审判实践中发挥着十分重要的作用。同时为指导审判，《最高人民法院公报》每期都载有由最高人民法院批准的案例，要求各级法院在审判工作中加以参考。但是这些案例与英美法中的判例有天壤之别，它只是法院审判过程中的参考，并没有法律约束力，更不能算是我国现代法的渊源之一。笔者认为我们并不应该排斥判例制度的建立，相反，在我国法治社会发展到一定程度时应该引进判例法。以判例代替目前最高人民法院公布案例指导审判的状况，解除案例这种非正式法律渊源在实践中被参照适用的现状。但判例制度的适用有其严格的社会条件，即必须拥有一支高素质的法官群体，法院判决在整个社会拥有至高无上的权威。而目前我国法官职业化道路依旧漫长、法官队伍素质有待提高的情形下，要使任何一个判决都达到对下级法院和本院今后判决都形成约束力，尚存在很大难度，因此，目前我国引进判例制度应该缓行。（张红健 山东省青岛市城阳区人民法院研究室）

判例、案例与司法解释这三个概念背后有着深刻的法学理论基础，并非寥寥千字可以说明的。在此，笔者只就三者的概念进行阐述和比较，进而分析三者对我国法

律制度的意义。判例是指对以后的审判具有普遍约束力的法院判决，具有造法功能，是英美法系国家重要的法律渊源。英美法系国家的判决在结构上由两部分构成，一部分是法官的判决根据，称为“判决理由”，二是法官们陈述的意见，称为“附带意见”，其中只有判决理由可以作为今后遵循的法律规则。法官们在审理案件时，首先要寻找与该案事实相近似的先例，然后运用“区别技术”将法律规则从先例中提炼出来应用到审理的案件上。因此，每一个判决都包含了一定的法律规则，但是具体包含什么样的法律规则以及如何应用这些法律规则，都由以后的法官来确认和认可，也就是说判例法是在一例例判决中延续和发展的。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com