最高法院裁判文书援引先例说理比较研究

——基于法德俄日四国的实践考察

刘树德 徐 澍

摘 要: 裁判文书说理质量的高低关乎司法公正与权威,直接影响司法公信力,因而日益受到法院系统内外各界的广泛关注。目前,大陆法系的成文法国家也十分重视判例的作用。文章在概述法德俄日四国裁判文书种类、样式、结构的基础上,聚焦四国最高法院裁判文书援引司法判例说理的实践比较,进而总结归纳出未来优化完善我国最高人民法院援引指导性案例说理需要借鉴的若干结论,包括何种情形需要援引指导性案例、援引指导性案例哪些内容、如何援引指导性案例说理,等等。

关键词: 最高法院;裁判文书;判例;指导性案例
中图分类号:D926.21 **文献标识码:**A **文章编号:**1004-9142(2024)04-0151-10

裁判文书是掌理司法权的机构(法官)依照诉讼程序对具体纠纷进行裁断的过程和结果的书面记录。裁判文书的权威性,从外在看来源于司法权"以力压人"的国家强制性,从内在看归因于裁判文书"以理服人"的说理性。[①]加强裁判文书说理不仅有助于定分止争、服判息诉,也有助于提升司法公信力,[②]其质量直接关乎司法公正与权威。最高法院处在法院系统顶端,承担着统一法律适用的重要宪法职责,其裁判文书说理的影响更大。本文将选取法德俄日四国最高法院裁判文书作为比较样本,在概述其种类、样式及结构的基础上,重点聚焦最高法院援引先例说理,力图为新时代我国各级人民法院裁判文书说理质量的提升提供些许镜鉴。

作者简介:刘树德,湘潭大学法学院教授,博士生导师;
徐澍,德国吉森尤斯图斯—李比希大学刑法学博士研究生。

基金项目:本文是作者主持的北京信用学会 2024 年度信用研究课题重大项目"案例库建设与司法公信力提升研究"(BJCS24ZD010)的阶段性研究成果。

① 刘树德:《司法改革:深水区与细说理》,法律出版社 2015 年版,第 103 页。

② 刘树德:《裁判文书说理原论》,法律出版社 2023 年版,第 18 页。

一、法德俄日四国法院裁判文书的种类、样式及结构

(一)法国

法国法院分为司法法院和行政法院两个系统,各有一审、上诉、最高三级法院,在一审、上诉层级还有一些专门法院。司法法院系统的最高法院(《法国司法组织法典》第 L411-1 和第 L411-2 条)和行政法院系统的最高行政法院(《法国行政司法法典》第 L111-1 条)以及处理两系统法院判决矛盾和管辖权冲突的权限争议法院(1872 年 5 月 24 日《关于权限争议法院的法律》),都是终审法院。

裁判文书[①]分为基层法院(tribunal,如地方司法法院)判决(Jugement)、高级法院(Cour,如重罪法院、上诉法院、省重罪法院、最高法院等)判决(arrêt)和裁定(ordonnance)。两种"判决"是指结束诉讼时法院就争议的事实和法律问题作出的实体裁判,名称因法院等级而异,与审级无关,高级法院作为第一审法院时(如重罪法院的一审判决)也是"arrêt"。"裁定"则是独任法官(如刑罚执行法官、预审法官、自由与羁押法官等)在诉讼过程中或者为准备诉讼、执行裁判而单独作出的临时决定。

2019 年,法国最高法院推行判决书"直接撰写法"(Rédaction en style direct)改革。根据法国最高法院于 2019 年 6 月 5 日发布的《关于判决结构和撰写的新规则指南》(以下简称《指南》),判决由首部(en-tête)、正文、结尾组成。标题为"法兰西共和国 以法国人民的名义",然后写明作出系争判决的原审法院、作出本判决的审判组织和法官、判决日期、各方当事人和书记员、律师、检察官等。正文由事实和程序、抗辩审查和主文组成。事实和程序(Faits et procédure)部分,民事判决以"根据系争判决"(Selon l'arrêt attaqué)为开头陈述事实,刑事判决书一般以"以下是系争判决和程序性文件得出的结果"为开头,另起一段陈述事实。抗辩审查(Examen des moyens)分为抗辩陈述(Enoncé du moyen)和法院回应(Réponse de la Cour)两部分,抗辩陈述部分以"翻案上诉人对原审判决不服"开头,法院回应部分以"鉴于某法律规定"(Vu)或者"根据某法律"(Selon)开头;如果上诉人有数个理由,则应分别列举并逐一回应。当上诉的可受理性存疑待证时,则在事实和程序与抗辩审查之间增加"上诉可受理性审查"(Examen de la recevabilité du pourvoi)部分。主文(Dispositif)在正文末尾,以"基于以上理由,本院:"开头,冒号之后写明判项(驳回翻案上诉、撤销、部分撤销、发回等)。结尾部分写明宣告判决的审判组织和日期。

在裁判文书语句方面,法国改革了历史悠久的以"鉴于"(attendu que)开头的长从句,采取更直接、简单的段落式。改革意在加强判决可读性与可理解性。《指南》全文收录了一些用传统格式书写的判决书原文,并用"直接撰写法"改写,作为新旧写法对比的示例供法官们学习。以 2019 年 1 月 8 日最高法院刑事庭 17-87.246 号判决为例,其首部以"最高法院刑事庭于巴黎司法宫举行的公开听证上,基于×××的翻案上诉作出判决"这一长句开头,又以长句写明了翻案上诉人和原审(第二审)定罪量刑的判决、本次开庭出席法庭的检察官和律师、言词辩论等情况。正文逐一列举并回应了翻案上诉人提起翻案上诉时的理由,句之间以分号或关联词隔开。然后是主文"驳回翻案上诉"。全文共 20 页(《指南》第 132 页至第 151 页)。而按"直接撰写法"改写后,翻案上诉情况改为以翻案上诉人为主语的"×××对上诉法院轻罪庭……的判决提起上诉,该判决认定……"首部的其他内容句子也相对简短。抗辩陈述部分不再直接引用翻案上诉人主张的原文,而是逐一概括其要点,法院回应部分则比原先略长。改写后的判决书仅 7 页(《指南》第 125-131 页),语句简单直接,各部分结构层次鲜明。句之间从原来以分号或关联词隔开,改为用段落编号分段。

最高行政法院裁判文书的格式与最高法院稍有不同。2018 年底,法国最高行政法院也发布了《行政法院裁判文书撰写参考》。根据该《参考》,除首部和结尾外,行政法院系统的裁判文书正文有裁判基

① 法国的法律条文、各级法院裁判文书在法国法律数据库网站公开,见:https://www.legifrance.gouv.fr/.

础(Visa)、理由(Motif)、主文(Dispositif)三部分,总体结构与司法法院系统大抵相同,但名称和写作格式不同。裁判基础以"考虑到"(Vu)开头,写明各方请求和本案适用的条约和法律、引用的判例;理由以"考虑到以下"(Considérant ce qui suit)开头。主文也在正文最后、结尾法官签名之前。总的来说,行政法院裁判文书格式变化不大,仍然沿用司法法院改革前所使用的句式风格,用词略有区别。

(二)德国

根据《联邦德国基本法》第 94 条、第 95 条,德国共有六套法院系统。联邦宪法法院、联邦最高法院、联邦最高行政法院、联邦最高财税法院、联邦最高劳动法院、联邦最高社会法院都是各自体系内的最高法院。虽然德国是联邦制国家,但每个法院系统都是全国统一的,联邦法院是州法院的上诉法院。普通法院自下而上共分为四级:初级法院(Amtsgericht)、州法院(Landgericht)、州高等法院(Oberlandesgericht)和联邦最高法院。不过,法院的设置和行政区划分离,一个联邦州可有数个州法院(例如黑森州设 9 个州法院)。

裁判文书[①]种类主要有判决(Urteil)、裁定(Beschluss)、命令(Verfügung)。判决是在刑事、民事案件和宪法诉愿中经过言词审理,对事实和法律问题作出判断的裁决。和法国因法院等级而区分、俄罗斯因案件类型而区分的做法不同,各级法院的"判决"名称是统一的。裁定是不需要经过言词审理的裁判,主要涉及程序问题。命令是法院采取的程序管理临时措施(如假处分),法官、文员都可能作出(《德国民事诉讼法典》第 935 条、第 938 条)。

根据《德国民事诉讼法典》第 313 条和第 315 条、《德国刑事诉讼法典》第 267 条、第 268 条、第 275 条的规定,判决书由首部(Rubrum)、主文(Tenor, Urteilsformel)、案件事实(Tatbestand)与判决理由(Entscheidungsgründe)和最后的法官签名(Unterschrift der Richter)构成。首部包括标题(某法院"以人民的名义"判决)、当事人或其法定代表人姓名(刑事案件中为被告的信息),涉嫌罪名(刑事案件)、法院名称、法官、辩护人、书记员姓名、言词辩论日期(刑事案件为开庭日期)。主文以"依法判决如下"(für Recht erkannt)开头,写明判决内容。刑事案件的主文也会写明附带处理保安处分、诉讼费用、上诉途径等问题。如果有犯罪参与、不作为、未遂、竞合等也写明,数罪并罚的应宣告总刑期。

在民事案件中,事实陈述一般比较精要,简要陈述当事人所提出的主张以及攻防证据,简单概括当事人间法律争议的实质,介绍双方没有争议的事实和原告、被告提出的争议事实以及程序性事项。最高法院的判决会陈述原审情况和当事人提起上诉的情况。有关事实的详细情况和各方的争议情况,应当指明所参照的书状、庭审笔录或其他资料。[②] 不过,在民事诉讼的特定情形下,也可以省略案件事实和判决理由(《民事诉讼法典》第 313a 条、第 313b 条)。刑事判决不区分案件事实和判决理由两大板块,而是用统一的"判决理由"(Urteilsgründe 或者 Gründe)写明被告的个人情况、犯罪事实调查结果、证据评估情况、法律适用、量刑理由;如果无罪,则陈述指控理由、无罪原因、法院确定的事实、证据评估情况(不能定罪的原因)。最高法院的判决也循此路径,先用一个部分阐明事实,然后对各方普通上诉(Berufung)或法律审上诉(Revision)[③]的理由作出判断。"理由"开头写明当事人的上诉哪些获得了支持,哪些没有获得支持。例如,在 2023 年 5 月 17 日 6 StR 275/22 号刑事判决中,联邦最高法院不仅在主文中宣告了下级法院的哪些判项被改判、检察机关和被告的哪些法律审上诉被驳回,还在理由部分的开头再次陈述:"针对由检察机关(仅部分由检察总长代表)提起的关于该判决违反程序法和实体法的异议,以及各被告的事实异议获支持。他们的其余上诉和从属告诉人的法律审上诉于法无据。"另外,判决书的分段不像法国一样在段首标号,而是以页边码表示。

---

① 德国联邦最高法院 2000 年以来的裁判文书见于官网:https://www. bundesgerichtshof. de/DE/Home/home_node. html.

② 曹志勋:《对民事判决书结构与说理的重塑》,《中国法学》2015 年第 4 期。

③ 二者的区分在于是否重新审查事实认定,参见郭烁:《为被告人利益抗诉与上诉不加刑原则之适用——以上诉理由之限制为中心》,《法学研究》2022 年第 5 期。

(三)俄罗斯

根据《俄罗斯宪法》和《俄罗斯联邦宪法法院法》的规定,俄罗斯在联邦层面设宪法法院(联邦主体宪法法院已被废除),其具有解释宪法、审查法律合宪性的职能,可以宣布法律因违宪而失效(утрачивать силу),其裁决对全国的机关、组织、公民有约束力。普通法院,即联邦最高法院和下级的共和国最高法院和其他联邦主体法院,普通上诉法院(Апелляционный суд общей юрисдикции,有第1到第5共5个)、普通再审法院(Кассационный суд общей юрисдикции,有第1到第9共9个)以及区域法院、军事法院等专门法院,管辖民事、行政、刑事案件。

裁判文书[①]主要有判决(решение)、刑事判决(приговор)、裁定(определение)、决定(постановление)。判决,是一审法院对民事、行政案件作出的裁判(《俄罗斯联邦行政诉讼法典》第175条、《俄罗斯联邦民事诉讼法典》第194条);刑事判决是一审法院或上诉法院作出的,关于被告人无罪或有罪以及对他施加或免予刑罚的裁判(《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第5条);裁定,是法院就审判过程中需要解决的个别问题发布的不解决案件的实体问题的司法文书;决定,包括独任法官作出的判决以外的决定或法院主席团对已生效裁判再审的决定。

刑事判决由首部(Вводная часть)、叙述和理由部分(Описательно-мотивировочная часть)、结论部分(Резолютивная часть)(《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第303条)组成。民事、行政判决的叙述部分和理由部分分开,其余与刑事判决相同(《俄罗斯联邦民事诉讼法典》第198条、《俄罗斯联邦行政诉讼法典》第180条)。判决是"以俄罗斯联邦的名义"作出,首部载明判决日期、地点、法院名称、审判组织组成、助理审判员和书记员、律师,还有开庭情况、当事人(刑事案件被告人)、其他参与人(公诉人、自诉人、被害人、附带民事诉讼原告人和被告人及其诉讼代理人)、争议标的(刑事案件则为《俄罗斯联邦刑法典》中对被告人被指控实施的犯罪的条、款、项)。最高法院的上诉、再审判决还会写明原审判决情况。叙述部分载明各方的诉讼请求,理由部分载明法院立案情况、作出司法结论所依据的证据、不采信某些证据的理由、所援引的法律依据和不援引当事人所主张的法律依据的理由等。主文即结论部分位于判决书正文的末尾,通常以"综上,依照×××法第×××条,审判委员会判决(或裁定):"作为开头,冒号之后书写判决、裁定的内容。结论部分不仅要就诉讼请求或刑事指控作出判决,还要一并处理审前羁押刑期折抵、强制措施解除(无罪判决中适用)、诉讼费用、司法赔偿等其他问题。

(四)日本

根据《日本宪法》第76条和《裁判所法》等规定,日本法院体系由最高裁判所、高等裁判所、地方裁判所、家庭裁判所、简易裁判所构成。行政裁判所战后被废除,行政诉讼由普通法院审查。[②] 最高裁判所对于上告以及诉讼法规定的抗告案件具有作出最终判决的权限,并且还有在上告案件中对法令的解释进行统一以及对法令进行违宪审查的权力(《日本宪法》第81条)。

裁判文书[③]种类有判决、决定、命令。判决是经过言词辩论等严格的程序保障作出的裁判,必须公开宣布(《日本宪法》第82条第1款、《民事诉讼法》第87条第1款、《刑事诉讼法》第43条第1款),包括主文和理由(《民事诉讼法》第253条第1款、《刑事诉讼法》第44条第1款)。决定、命令是对诉讼附带事项作出裁判,或者在保全、破产、执行等事项中,迅速而没有严格的程序保障作出的裁判,不一定经过言词辩论,也不一定有理由,未必公开宣布(《民事诉讼法》第87条第1款但书、第2款,《刑事诉讼法》第43条第2款和第3款)。决定由法院作出,命令由法官或助理法官作出。[④]

---

① 俄罗斯联邦宪法和法律参见俄罗斯政府网站,见:http://www.pravo.gov.ru/;俄罗斯法院的裁判文书和最高法院出台的各种文件,均见俄罗斯联邦最高法院官网:https://vsrf.ru.

② 黄先雄:《行政首次判断权理论及其适用》,《行政法学研究》2017年第5期。

③ 日本各级裁判所的裁判文书,见日本"裁判所"网站:https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/search1.

④ 藤井康子:《研究・实务に役立つ! リーガル・リサーチ入門　第6回　判例とは,情報管理,2013年55卷12号,910—916頁。

判决书由首部、主文、理由和尾部组成。首部写明案号、案由、裁判宣告和正本领取日期、审判组织、文书种类、原被告身份,民事案件还会写明言词辩论终结日。主文写在开头,例如驳回上告或发回下级裁判所重审,如果需要还会写明诉讼费用的承担。在理由部分,刑事案件会写明犯行经过、应构成犯罪事实、证据目录、事实概要和审理经过、本案主要争点和裁判所的判断,然后是法律适用、量刑理由。这一部分在民事判决是“事实和理由”,写明诉讼请求、事实概要、相关法律法规概要、争点和各方主张,本院判断。最高裁判所的判决还会对原审理由和上告人的上告理由进行陈述。理由最后写“据上论断,经全体裁判官一致意见,判决如主文”,有时还会写明所引用的法条。尾部写明日期、审判组织并由合议庭成员签名。

在基本内容一致的前提下,判决书也未必遵循固定的格式或用语。例如,在最高裁第二小法庭令和4年第275号判决的理由部分,先提炼事实概要,然后针对上告代理人上告理由中关于违反宪法第25条和第29条、第98条第2款的内容展开论述,并最终得出上告理由不成立的结论。这份判决书并没有像其他一些判决书[如令和4年第317号等]用事实概要、争点和各方主张、本裁判所判断等标题明示板块划分,而是用诸如“现将一审裁判所依法认定的事实等摘要如下”或“因此,这部分内容不能说违反了宪法第25条和第29条”的句子来表达内容的转换。再如,令和3年(受)第1620号判决和令和4年第296号判决,先陈述了事实概要和原审判决的意见,然后以“但对于一审裁判所的上述判决,不能予以认可。理由如下:”一句开始书写最高裁判所的意见,没有出现“当裁判所の判断”的标题。还有的判决理由除引注判例以外只有几个句子对上告理由所涉问题作出论述,因此没有明显的板块划分。

另外,由最高裁判所全体15名裁判官作出的大法庭判决,陈述理由之后会在正文中单独说明结论,还会说明裁判官全员一致意见或多数意见,列明部分法官的补充意见和反对意见。

二、法德俄日四国法院裁判文书援引先例说理的比较

(一)法国

法国大革命后,基于对旧政权法官专横的恐惧和孟德斯鸠的三权分立学说,法官被认为只是“法律之喉舌”(la bouche de la loi),[①]被剥夺了解释法律的权利。《法国民法典》第5条规定,法官不得创设法律。换言之,法官只能遵循、适用成文法。但是,法官又不得因法无明文规定而拒绝裁判(《法国民法典》第4条),因此实践中需要解释法律,甚至有时通过判例创造规则(le r? le créateur de la jurisprudence)。最高法院、最高行政法院和权限争议法院都负有统一法律适用(cohérence)的职责,可以形成判例供下级法院参照。判例在法国实际上被作为法源来对待。[②] 根据《法国司法组织法典》第L413-5条、第L413-6条的规定,最高法院一般由业务庭(民事一至三庭、商事庭、刑事庭、社会庭)审理翻案上诉案件,但在遇到涉及数个庭的主管业务时移交混合庭,遇原则问题时移交大法庭审理并裁判。[③]

根据《法国司法组织法典》第L441-1条、《法国民事诉讼法典》第1031-1条、《法国刑事诉讼法典》第706-64条的规定,司法系统的法院在对存在严重困难并引起众多争议的新法律问题作出裁决之前,可以征求最高法院的意见(demande d´avis)。《法国行政司法法典》第L113-1条也规定,行政法院法官在此情形下亦可以征求最高行政法院的意见。此程序只能由审案法院启动,当事人只有建议权,无权自己提出(最高法院1998年11月16日09-80.010号意见)。征求意见必须针对新的法律问题,即根据新条文产生的法律问题,而不能请求对既往判例的逆转(最高法院1993年6月14日09-30.006号意见,

① Céline Spector. La bouche de la loi ? Les figures du juge dans L'Esprit des lois. Montesquieu Law Review, 2015, n° 3, pp. 87—102.

② 莫婷婷:《法国判例的法源地位、作用与制约》,《法国研究》2024年第1期。

③ 刘新魁、张凝:《法国最高法院的机构设置与职能》,《法律适用》2003年12期。

2000 年 4 月 27 日 02-00.004 号意见)。当最高法院已经在审理相同问题乃至作出判决时,下级法院无须再征求意见(最高法院 2012 年 10 月 22 日 12-00.012 号意见、2023 年 12 月 21 日 23-70.014 号意见)。征求意见期间,原案实体审理中止。最高法院相应的主管审判庭负责处理征求意见,也可能交由混合庭、大法庭处理。最高法院的答复意见和判决、裁定结构类似(包括首部、征求意见说明、对征求意见的审查和主文),公开发布,对原案审理没有法律约束力(《法国司法组织法典》第 L441-3 条),但下级法院一般会遵守。

法官援引判例时会用括号单独注释在段尾。例如,法国最高法院大法庭 2023 年 12 月 22 日所作的 21-11.330 号判决第 4 段说:

"最高法院认为,原则上,基于雇员个人生活的理由不能成为惩戒解雇的理由,除非该理由构成雇员对其劳动合同义务的违反(最高法院社会庭 2011 年 5 月 3 日第 09-67.464 号,公报 2011 年第 5 期,第 105 号;社会庭 2020 年 9 月 30 日第 19-12.058 号,社会庭 2023 年 10 月 4 日第 21-25.421 号,已公布)。"

也有的判决会在段落开头即以"根据恒定的判例见解"(Selon une jurisprudence constante)一句表明援引判例,然后直接加括号引注。例如 2021 年 6 月 4 日最高法院大法庭 21-81.656 号判决第 24 段说:

"根据恒定的判例见解(刑事庭 2001 年 6 月 27 日,上诉号 00-87.414,刑事庭公报 2001 年,第 164 号;刑事庭 2014 年 3 月 4 日,上诉号 13-81.916,刑事庭公报 2014 年,第 63 号),审案法官如果收到合法提交的说明其证词有用性的结论,就不能无正当理由地不对辩方提出的证人进行听证。"

由以上可见,判例既可用于实体问题说理,也可用于程序问题说理,法官会列明所援引的具体判例并提炼其主旨。不过,援引判例并不是法官的义务。法国最高法院所作的绝大部分判决篇幅和说理都十分简短,没有在法条之外再援引判例。

(二)德国

根据《德国联邦宪法法院法》第 31 条第 1 款的规定,联邦宪法法院的判例具有正式拘束力,约束所有国家机关,其宣告法律违宪无效的"规范破弃裁判"甚至受到立法机关尊重,[①]而且在《联邦制定法公报》全文公布。例如,联邦宪法法院于 2002 年宣告没收财产(《德国刑法典》第 43 条 a)违宪无效。[②] 根据《联邦德国基本法》第 20 条第 3 款规定,司法服从法律,因此其他五家最高法院的判例不被视作正式的法律渊源,只具有事实上的约束力。不过,判例常起到对法律明确化、具体化、填补立法漏洞和明确法律适用界限的作用。因而,如今德国有从"法治国"(法律的国)向"法官国"转变的趋势。[③] 他们的判例基于信赖保护和法的安定性原则等,通常被认为具有"优势性"效力,下级法院通常会遵循。当判例长期稳定不变,形成了普遍的法确信,就会形成"持续性判例"。法律还规定了"偏离报告"(亦译为"歧异提案")义务和"原则提交"权。州宪法法院欲偏离联邦宪法法院裁判(Entscheidung,未必是"判例"),提交联邦宪法法院(《联邦德国基本法》第 100 条);联邦一个最高法院各庭之间欲偏离之前裁判,提交本专业的大法庭(如民事大法庭、刑事大法庭)[④]或联合大法庭(《法院组织法》第 132 条第 2 款、《民事诉讼法典》第 132 条第 2 款等);不同系统最高法院之间的裁判偏离,提交联邦各最高法院联席会议(《联邦德国基本法》第 95 条);州高等法院偏离另一州高等法院或者联邦最高法院裁判,提交联邦最高法院(《法院组织法》第 121 条第 2 款)。另外,《法院组织法》第 132 条第 4 款规定,如果为法律续造或保证司法统一的需要,对具有原则上重要的问题,可以提交大法庭。审案法院提交时,应作出附理由的

① 段沁:《论合宪性审查决定的普遍约束性及其限度》,《华东政法大学学报》2023 年第 5 期。

② [德]洛塔尔·库伦:《论刑法与宪法的关系》,蔡桂生译,《交大法学》2015 年第 2 期。

③ 雷磊、高尚、段沁:《德国判例制度研究》,法律出版社 2023 年版,第 3-4 页。

④ 民事大法庭(Großer Senat für Zivilsachen)由联邦最高法院院长和 13 个民事审判庭各一名法官组成,处理民庭之间的偏离;刑事大法庭(Großer Senat für Strafsachen)由联邦最高法院院长和 6 个刑事审判庭各两名法官组成,处理刑庭之间的偏离;联合大法庭(Vereinigten Großen Senate)由院长和两个大法庭人员共同组成,处理民庭与刑庭间的偏离。

“提交裁定”(Vorlegungsbeschluss)。根据《维护联邦各最高法院司法统一法》第 16 条、《法院组织法》第 138 条等规定,大民(刑)事审判庭、联合大法庭、联邦各最高法院联席会议的决定对审案法院有约束力(bindend),但这种个案约束力不及于其他案件。不过,违反提交义务并不影响判决的效力,也没有其他特殊的救济途径。只有存在明显偏离,而审案法院故意不报告,侵害当事人基本权利时,当事人可以寻求宪法救济。①

法律审上诉(Revision)也是维护裁判统一的重要途径。根据《德国民事诉讼法典》第 543 条,如果案件所涉的问题具有原则性意义或者为法律续造或保证司法统一的需要,经上诉法院许可或法律审上诉法院许可,方可提起法律审上诉,此即许可式法律审上诉(Zulassungsrevision)。根据《德国民事诉讼法典》第 566 条规定,经对方当事人同意、联邦最高法院准许,且所涉的问题具有原则性意义或者为法律续造或保证司法统一的需要,可以不经上诉法院,直接向联邦最高法院提起法律审上诉,此即飞跃法律审上诉(Sprungrevision)。② 不过,根据《德国刑事诉讼法典》第 333 条、第 335 条等,刑事案件的法律审上诉没有这些限制。

法官在引用判例时会写明判决日期、编号,以及所收录的判例集、期刊,在说理之后用括号加注。例如,在 2023 年 5 月 17 日的 6 StR 275/22 号判决页边码 40 一段,在论证故意伤害罪的加重构成要件时说:

“根据《刑法典》第 224 条第 1 款第 4 项之规定,与他人共同实施伤害(《刑法典》第 223 条第 1 款)即属犯罪。由于该条把伤害罪的法定最高刑加倍,因此该条的定性以在具体情况下参与会导致对被害人身体伤害的抽象危险增加为前提(参见联邦最高法院 2002 年 9 月 3 日判决,案号 5 StR 210/02,《联邦最高法院刑事判例集》BGHSt 47, 383, 386;2017 年 1 月 24 日裁定,案号 2 StR 188/16,《新法学周刊》2017 年第 1894 页),尤其当至少有两名侵害者采取行动,因此可能造成更大伤害时(参见 2012 年 3 月 20 日判决,案号 1 StR 447/11 第 12 段,《慕尼黑刑法评注》第 4 版,第 224 条部分页边码 36),或者因此使被害人的防卫可能性实际上或者在观念上受到参与者人数众多这一因素的限制(参见联邦最高法院 2002 年 9 月 3 日判决,案号 5 StR 210/02,同前引;2015 年 6 月 30 日判决,案号 3 StR 171/15,《联邦最高法院判例》刑法典第 224 条第 1 款第 4、5 项),或者直接实施身体伤害的行为人的决意得到其他参与者的加强(参见联邦最高法院 1986 年 2 月 5 日判决,案号 2 StR 640/85,《刑事辩护律师》1986 年,第 190 页)。”

法官有时会标明“一贯的判例(st. Rspr.,Ständige Rechtsprechung 的缩写)”并引用一个较新的判例。例如,德国联邦最高法院 2022 年 6 月 2 日所作的 I ZR 53/17 号判决 11 页边码一段说:

“发生争议时,德国法院的国际管辖权,也必须根据《民事诉讼法典》第 545 条第 2 款的规定在上诉审中依职权进行审查(一贯的判例,参见联邦最高法院 2021 年 1 月 21 日判决,案号 I ZR 20/17,载期刊《知识产权和著作权》2021 年,第 730 页)。它受 2007 年 10 月 30 日在卢加诺缔结的《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》(《欧洲联盟官方公报》,第 L339 号,第 3 页)约束,该公约于 2010 年 1 月 1 日对欧盟生效。”

(三)俄罗斯

俄罗斯排斥判例作为法律渊源(Источники права,也叫“法律的形式”,форма права),找不到裁判文书援引司法先例的记录。作为负有统一法律解释职责的最高法院,其全体会议决议(Постановление Пленум Верховного Суда РФ)起到统一法律适用的作用,但这不是先例,而是抽象意义上的解释性文件。这个制度在苏联时期就已经存在。例如,针对不负刑事责任者不法侵害的正当防卫,苏联最高法院 1984 年 8 月 16 日第 14 号决议《关于对社会危险侵害实行正当防卫的权利适用法律问题的决议》、俄罗

① 雷磊、高尚、段沁:《德国判例制度研究》,法律出版社 2023 年版,第 37—38 页、第 50 页、第 146 页以下、第 214 页;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。

② 区婉珊:《技术类知识产权案件飞跃上诉的制度构建》,《法律适用》2023 年第 4 期。

斯联邦最高法院 2012 年 9 月 27 日第 19 号决议《关于在拘捕犯罪人、正当防卫造成伤害时适用法律问题的决议》均予以肯定。决议不按条书写,但会按主题标序号,一个序号有时对应一个自然段,有时也可能对应多个自然段。

决议在民商事、经济、行政案件中具正式法源地位。《俄罗斯联邦仲裁程序法典》第 311 条、《俄罗斯联邦行政诉讼法典》第 350 条、《俄罗斯联邦民事诉讼法典》第 392 条规定,最高法院决议的变更,当该决议明确规定其内容有溯及力或允许改变生效裁判时,可以作为启动再审的新情况。《俄罗斯联邦民事诉讼法典》第 198 条第 4 款之一、《俄罗斯联邦仲裁程序法典》第 170 条第 4 款、《俄罗斯联邦行政诉讼法典》第 180 条第 4 款第 4 项还规定,最高法院全体会议决议、最高法院主席团决议、最高法院主席团批准的司法实践综述,都可以在判决书理由部分被援引。① 例如,俄罗斯联邦最高法院于 2023 年 12 月 6 日作出的 АКПИ23-915 号判决(行政案件)指出:

“根据俄罗斯联邦最高法院全体会议 2016 年 3 月 29 日第 11 号《关于审理侵犯合理期限内受审判权或合理期限内执行司法裁判权案件给予赔偿的若干问题的决议》第 51 段,刑事诉讼的总持续时间是从刑事起诉开始之时起至根据预审程序结果作出决定或法院最终判决生效为止。”

在 2022 年 10 月 10 日作出的 306-ПЭК22 号裁定(经济案件)中,俄罗斯联邦最高法院同时援引了法律和最高法院全体会议决议。这份裁定指出:

“审判委员会拒绝准许对发生火灾的购物和娱乐中心建筑物业主的索赔,依照《俄罗斯联邦民法典》第 15 条、第 322 条、第 1064 条、第 1080 条和俄罗斯联邦最高法院全体会议 2002 年 6 月 5 日第 14 号《关于违反消防安全规则、纵火、救火不当造成财产损失等案件的司法实践的决议》第 14 段,认为起火原因是转租人在电力电缆运行过程中的违规行为,业主对其所没有共同采取导致火灾之行为的、因他人的过失造成的损失不承担责任。”

在刑事法领域,决议则不被视为法律渊源。② 虽然俄罗斯联邦最高法院对刑事法问题也作出过一些决议(如前文),但《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》中没有关于引用决议的规定,刑事案件裁判文书只引用法律。以 2023 年 9 月 27 日 69-УДП23-8-К7 号刑事裁定书为例:

“再审结论为:2020 年 12 月 25 日的判决所确定的事实情况对瓦西里耶夫形成不利偏见,违反了《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第 252 条。根据该条,审判仅针对被告,并仅就对他提出的指控进行。同时,根据《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第 90 条,在前的判决不能作为预断以前不是本案参与人之人有罪的根据。”

(四)日本

根据《日本宪法》,法官只受宪法和法律约束。尽管判例不是正式的法律渊源,但由于国民要求法适用统一的“同案同判”平等理念,因此,最高裁判所的判例具有事实上的“先例拘束力”,以保持法的安定性,达到国家意志的一致性和司法独立性的兼顾。③ 和法、德等国不同,“判例”是日本的法定用词。《日本民事诉讼法》第 318 条、《日本刑事诉讼法》第 405 条规定,判决与最高裁判所判例相矛盾,可以作为上告(即相当于法国的翻案上诉——作者注)的理由,以实现最高裁判所统一法律解释的功能。下级法院法官可以不遵循判例,作出与判例相反的判决。这样,下级法院通过具有说服力的理由,可以敦促最高法院变更判例并作出更佳的权威性判断。④ 不过,判例变更程序十分严格,根据《裁判所法》第 10 条第 3 项,只有最高裁判所大法庭可以变更先前的判例,5 名法官组成的小法庭则无此权力。

---

① А. В. Фомин, Э. Х. Губайдуллина, Роль Постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации, Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2021. №4-4.

② В. С. Комиссаров, Н. Е. Крылова, И. М. Тяжкова. Уголовное Право Российской Федерации. 2-е издание, 2014. С. 113.

③ 于佳佳:《日本判例的先例拘束力》,《华东政法大学学报》2013 年第 3 期。

④ [日]中野次雄:《关于判例》,张辉、应丰羽译,《北航法律评论》(李昊、明辉主编,2019 年第 1 辑),法律出版社 2023 年版,第 140 页。

最高裁判所引用判例时，和德国一样先进行说理，然后加括号引注判例，写明裁判所名、文书种类、年月日、来源（出典）。例如，最高裁判所令和3年（あ）第855号判决：

“辩护律师森直也、小坂井久、小林功武的上告称，死刑制度违反了宪法第13条、第31条、第36条。本裁判所判例认为，死刑制度并不违反宪法的这些规定［最高裁昭和22年（れ）第119号同23年3月12日大法庭判决・刑集2卷3号191页、最高裁昭和26年（れ）第2518号同30年4月6日大法庭判决・刑集9卷4号663页、最高裁昭和32年（あ）第2247号同36年7月19日大法庭判决・刑集15卷7号1106页］，主旨十分明确，理由不成立。其余理由，包括违反宪法和司法先例，实际上只是违反法令、事实认定错误、量刑不当的主张，不构成依据《刑事诉讼法》第405条提出上告的理由。”

综合比较法德俄日最高法院援引先例说理的实践，可以得出以下结论：各国都没有坚持原教旨的法院独立、法官独立。最高法院与下级法院之间存在疑难问题法律适用互动机制。法国的下级法院可以在作出判决前就法律疑难问题向最高法院征求意见，而该意见并不具有当然的法律约束力；德国通过法律审上诉（包括飞跃法律审上诉）和偏离报告等机制，作出对审案法院具有个案中法定约束力的裁决；在日本，一方面下级法院可以不遵循最高裁判所判例，另一方面违背最高裁判所判例被法律明确规定为上告理由；俄罗斯联邦最高法院对审判中的适用法律问题作出专门性决议，且下级法院必须执行。各国最高法院还设有超出业务庭的混合庭、大法庭、联席会议等统一法律适用见解、预防内部分歧的机制。所不同的是，法国、日本的大法庭会在翻案上诉、上告中作为审判组织审理并作判决［例如法国最高法院大法庭2024年3月8日的21-12.560号判决、日本最高裁判所大法庭令和5年（行ツ）第52号、第53号判决］；而德国的大法庭只是业务庭拟偏离先前裁判的“中间程序”，作出的是裁定，最终仍由原案审判组织受其约束作出判决。① 而且，德国启动这一机制的前提是偏离判例，而法国则是遇到新颖的疑难问题。俄罗斯则通过最高法院全体会议决议来达成这种互动与统一。受各国裁判文书说理传统、结构样式、写作风格等方面的影响，法国、德国、日本最高法院援引先例说理的行文表述、适用场景等方面存在差别。

三、启示与借鉴——立足援引指导性案例说理的思考

2010年11月15日，最高人民法院发布的《关于案例指导工作的规定》标志着具有中国特色的案例指导制度正式登场。2018年修订的《人民法院组织法》第18条第2款规定“最高人民法院可以发布指导性案例”及第37条第2款规定“最高人民法院……发布指导性案例，可以由审判委员会专业委员会会议讨论通过”，进一步为案例指导制度提供了法律依据。最高人民法院累计已发布了40批229个指导性案例。根据《关于案例指导工作的规定》第7条的规定，“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例时应当参照”，指导性案例在司法实践中被具体应用的情况在某种程度上反映着案例指导制度的生命力。从相关实证报告来看，随着指导性案例的逐年增加，各级法院审判实践中应用指导性案例的裁判文书数量亦在增加。截至2023年12月31日，最高人民法院指导性案例有158个被应用，较2022年新增9个；应用案例累计11286个，较2022年（10343个）新增943个；应用案例中，法官明示、隐性援引分别为4913个和6322个；应用指导性案例的法院共计1700家，较2022年（1607家）新增93家，包括了全国四级法院；裁判要点和基本案情已连续十余年被应用，援引裁判要点、裁判理由和基本案情的总占比超过八成②。

按照德国法学家Kriele的观点，之所以赋予判决先例以推定的拘束力，是基于下列主要理由的考虑：（1）统一法律适用；（2）保持法律见解之连续性；（3）提高裁判结果之可预见性；（4）平等权的要求；

① 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。

② 郭叶、孙妹：《最高人民法院指导性案例2023年度司法应用报告》，《中国应用法学》2024年第3期；郭叶、孙妹：《最高人民法院指导性案例2022年度司法应用报告》，《中国应用法学》2023年第4期。

(5)诉讼经济的要求;(6)减轻法院在说理上的业务负担;(7)尊重经验,以比较温和而保守地求取进步[①]。这些也是各国建立诸如偏离报告、翻案上诉(法律审上诉、上告)、征求意见、大法庭等机制的原因。“推定的拘束力”显然不具有正式法律效力那样的强约束力。我国目前指导性案例的效力亦如此。为了进一步激发案例指导制度的效能,实务部门尤其是最高人民法院相继出台了系列规范性文件,学术界亦提出诸多优化完善指导性案例制度的建议,例如,有的建议将《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第 9 条中的“基本案情”表述改为“重要事实”,以降低参照指导性案例的参照门槛[②];有的建议取消对指导性案例参照的限制,删除实施细则第 9 条,规定参照指导性案例即可;[③]有的建议将指导性案例的裁判要点嵌入裁判文书,并根据援引案例的主动性、被动性进行区分,差异化地构建嵌入型叙事模式,以减轻法官的说理论证负担;[④]有的建议从配套制度层面完善培训、激励和奖惩机制,考虑将裁判文书援引先例纳入审判管理活动中,对于积极主动明示援引指导性案例的给予奖励,上级法院在辖区范围内举行指导性案例应用的优秀裁判文书和法院评比活动,等等。[⑤] 本文根据四国最高法院援引先例说理的实践比较,提出下一步继续完善案例指导制度需要借鉴的几个方面:一是借鉴法国的做法,最高人民法院可以修改既有的裁判文书样式、类案检索方面的规范性文件或者专门制定裁判文书援引指导性案例的规范性文件,就援引指导性案例的具体场景、援引内容、援引方式等作出明确规定。二是借鉴法国、德国有关做法,进一步完善案件请示制度[⑥],甚至适时纳入相关法律之中,使之更符合诉讼规律。三是借鉴日本将违背最高裁判所判例作为上告理由的立法例,将下级法院违背最高人民法院指导性案例作为二审或者再审法院改判、发回重审的法定理由。

(责任编辑:新中)

① 转引自黄茂荣:《法学方法与现代民法》(增订七版),纮基印刷有限公司 2021 年版,第 673 页。

② 孙光宁:《指导性案例参照适用中的案件事实相似性判断》,《国家检察官学院学报》2022 年第 3 期。

③ 陆幸福:《刑事指导性案例司法应用之方法论展开》,《国家检察官学院学报》2023 年第 3 期;

④ 刘树德、刘贝:《司法裁判文书援引指导性案例裁判要点的“叙事”模式》,《西南政法大学学报》2023 年第 1 期。

⑤ 郭叶、孙妹:《最高人民法院指导性案例 2022 年度司法应用报告》,《中国应用法学》2023 年第 4 期。

⑥ 从诉讼化改造角度而言,2023 年 5 月 26 日最高人民法院制发的《关于法律适用问题请示答复的规定》仍有完善的空间。若“小改”,可以借鉴法国的征求意见制度或德国的偏离报告义务;若“大改”,可以借鉴德国的飞跃法律审上诉制度。