

第二讲 民事诉讼法学习中的判例研读

- 一、什么是判例
- 二、判例的作用
- 三、判决理由的哪部分能构成判例
- 四、判例与学说
- 五、如何阅读判例

一、什么是判例

1.判例概念的多样性

裁判上的先例

裁判例

判决例

具有先例拘束力的裁判例规范

2.我国司法实践中判例

→法律上的拘束力

最高人民法院指导案例（目前共发布 279 例，截止 2026-02-28，参见最高人民法院主页“指导案例”栏）

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（《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第 7 条）。各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的，应当将指导性案例作为裁判理由引述，但不作为裁判依据引用（《最高人民法院关于案例指导工作的规定》实施细则）。

→事实上的拘束力

作为参考资料的

判例的特征：

- a.判例是法院的判断，是判决、决定中所包含的法官的判断；
- b.判例是特定裁判中所表示的判断；
- c.在其他案件裁判时，具有构成先例性质的判断；
- d.表现为法律判断样态

通常以回答当事人主张的形式，或者针对法官自我设定的问题点进行的论述。

指导性案例 229 号

【基本案情】沙某某系丁某某的母亲，其独生子丁某某与袁某某于 2016 年 3 月结婚，

于2018年1月生育双胞胎男孩丁某甲、丁某乙。2018年7月丁某某因病去世。丁某甲、丁某乙一直与袁某某共同生活。沙某某多次联系袁某某想见孩子，均被袁某某拒绝。沙某某遂起诉请求每月1日、20日探望孩子，每次2小时。

【裁判结果】陕西省西安市新城区人民法院于2021年6月18日作出民事判决：原告沙某某每月第一个星期探望丁某甲、丁某乙一次，每次不超过两小时，袁某某应予配合。

宣判后，袁某某不服，提起上诉。

陕西省西安市中级人民法院于2021年9月28日作出民事判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】沙某某系丁某甲、丁某乙的祖母，对两个孩子的探望属于隔代探望。虽然我国法律并未对祖父母或者外祖父母是否享有隔代探望权作出明确规定，但探望权系与人身关系密切相关的权利，通常基于血缘关系产生；孩子的父、母一方去世的，祖父母与孙子女的近亲属关系不因父或母去世而消灭。祖父母隔代探望属于父母子女关系的延伸，符合我国传统家庭伦理观念，符合社会主义核心价值观及公序良俗。隔代探望除满足成年亲属对未成年人的情感需求外，也是未成年人获得更多亲属关爱的一种途径。特别是在本案沙某某的独生子丁某某已经去世的情况下，丁某甲、丁某乙不仅是丁某某和袁某某的孩子，亦系沙某某的孙子，沙某某通过探望孙子，获得精神慰藉，延续祖孙亲情，也会给两个孩子多一份关爱，有利于未成年人健康成长，袁某某应予配合。同时，隔代探望应当在有利于未成年人成长和身心健康，不影响未成年人及其母亲袁某某正常生活的前提下进行，探望前应当做好沟通。

【裁判要点】未成年人的父、母一方死亡，祖父母或者外祖父母向人民法院提起诉讼请求探望孙子女或者外孙子女的，人民法院应当坚持最有利于未成年人、有利于家庭和谐的原则，在不影响未成年人正常生活和身心健康的情况下，依法予以支持。

二、判例在实务中的作用

（一）判例在法学教育中

1. 法学知识的传授

判例是一种现实的司法智慧，反映着法律如何适用和理解。作为大学，有把这种知识予以梳理并传授给下一代法律人的义务。

2. 法律思维方式训练

判例分析的训练是法律思维方式的训练。通过案例评析的训练，可有效提升学生的法律思维能力。

（二）判例在实务中的作用

判例拘束法官、对于社会一般生活也会产生影响、判例的累积会形成不成文的习惯法

1.判例也是一种“法源”

事实上的拘束力 善良法官的注意义务

判例虽非制定法一样绝对的效力，但是判例发挥着支配法官思维方式的事实，换言之按

照裁判先例进行裁判，社会也期待按此裁判的事实。与法定拘束力相对较弱。

这种事实拘束力源于法的安定性

为了自己的裁判不被上级法院撤销

同案同判的理想

2.判例效力的强弱

几乎没有变更可能性的判例，为强判例；

有可能变更的判例，为判例。

关于指导性案例的变更：指导性案例有下列情形之一的，不再具有指导作用：

与新的法律、行政法规或者司法解释相冲突的；

为新的指导性案例所取代(《最高人民法院关于案例指导工作的规定》实施细则第 12 条)

3.判例的造法作用

民商事实体法规范来自于案例的累积。

在民事领域，法院不能以法律没有规定为由拒绝裁判，此时必须根据发现或创造与该案情形相适应的法规范。

前述【指导性案例 229 号】

未成年人的父、母一方死亡，祖父母或者外祖父母可否探望孙子女或者外孙子女。

【指导性案例 228 号】

对夫妻双方分居期间的监护权纠纷，人民法院可以参照适用民法典关于离婚后子女抚养的有关规定，暂时确定未成年子女的抚养事宜。

【案情】

张某（女）与李某于 2019 年 5 月登记结婚，婚后在河北省保定市某社区居住。双方于 2020 年 11 月生育一女，取名李某某。2021 年 4 月 19 日起，张某与李某开始分居，后协议离婚未果。同年 7 月 7 日，李某某之父李某及祖母刘某在未经李某某之母张某允许的情况下擅自将李某某带走，回到河北省定州市某村。此时李某某尚在哺乳期内，张某多次要求探望均被李某拒绝。张某遂提起离婚诉讼，法院于 2022 年 1 月 13 日判决双方不准离婚。虽然双方婚姻关系依旧存续，但已实际分居，其间李某某与李某、刘某共同生活，张某长期未能探望孩子。2022 年 1 月 5 日，张某以监护权纠纷为由提起诉讼，请求判令李某、刘某将李某某送回，并由自己依法继续行使对李某某的监护权。

【裁判结果】

河北省定州市人民法院于 2022 年 3 月 22 日作出民事判决：驳回原告张某的诉讼请求。宣判后，张某不服，提起上诉。

河北省保定市中级人民法院于 2022 年 7 月 13 日作出民事判决：一、撤销河北省定州市人民法院一审民事判决；二、李某某暂由上诉人张某直接抚养；三、被上诉人李某可探望李某某，上诉人张某对被上诉人李某探望李某某予以协助配合。

【裁判理由】

本案的争议焦点是：李某某之父李某、祖母刘某擅自带走李某某的行为是否构成侵权，

以及如何妥善处理夫妻双方虽处于婚姻关系存续期间但已实际分居时,李某某的抚养监护问题。

第一,关于李某某之父李某、祖母刘某擅自带走李某某的行为是否对李某某之母张某构成侵权。民法典第三十四条第二款规定:“监护人依法履行监护职责产生的权利,受法律保护。”第一千零五十八条规定:“夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的權利,共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务。”父母是未成年子女的监护人,双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的權利。本案中,李某、刘某擅自将尚在哺乳期的李某某带走,并拒绝将李某某送回张某身边,致使张某长期不能探望孩子,亦导致李某某被迫中断母乳、无法得到母亲的呵护。李某和刘某的行为不仅不利于未成年人身心健康,也构成对张某因履行监护职责所产生的权利的侵害。一审法院以张某没有证据证明李某未抚养保护好李某某为由,判决驳回诉讼请求,系适用法律不当。

第二,关于婚姻关系存续期间,李某某的抚养监护应当如何处理。本案中,李某某自出生起直至被父亲李某、祖母刘某带走前,一直由其母亲张某母乳喂养,至诉前未满两周岁,属于低幼龄未成年人。尽管父母对孩子均有平等的监护权,但监护权的具体行使应符合最有利于被监护人的原则。现行法律和司法解释对于婚内监护权的行使虽无明确具体规定,考虑到双方当事人正处于矛盾较易激化的分居状态,为最大限度保护未成年子女的利益,参照民法典第一千零八十四条“离婚后,不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则”的规定,李某某暂由张某直接抚养为宜。张某在直接抚养李某某期间,应当对李某探望李某某给予协助配合。

三、判决理由的哪部分能构成判例

(一) 判例是对论点的判断

判例不能等同于“裁判要旨”。判例必须由裁判理由中阅读的人自己阅读得出。

判例必须是法院对论点的判断,是判决理由中所表明的法院的法律上的判断。

论点的判断区分:

1.结论部分:结论命题

根据论点的内容,以一个命题形式进行的表述。

如“本案合同违反公序良俗是无效的”;

→结论命题某种程度的抽象化

大部分为以该事件的具体事实为前提而陈述该法律效果

该事实替代为其他事实时,亦即剔除具体化事实,仅剩余对结论有意义的事实,一定程度把事实进行抽象,使之能够适用于其他同类事件。抽象出的事实为重要事实,该重要事实越多,命题的射程范围就变得越小。

【指导案例 66 号】

【基本案情】

原告雷某某(女)和被告宋某某于 2003 年 5 月 19 日登记结婚,双方均系再婚,婚后未

生育子女。双方婚后因琐事感情失和，于 2013 年上半年产生矛盾，并于 2014 年 2 月分居。雷某某曾于 2014 年 3 月起诉要求与宋某某离婚，经法院驳回后，双方感情未见好转。2015 年 1 月，雷某某再次诉至法院要求离婚，并依法分割夫妻共同财产。宋某某认为夫妻感情并未破裂、不同意离婚。

雷某某称宋某某名下在中国邮政储蓄银行的账户内有共同存款 37 万元，并提交存取款凭单、转账凭单作为证据。宋某某称该 37 万元，来源于婚前房屋拆迁补偿款及养老金，现尚剩余 20 万元左右（含养老金 14 322.48 元），并提交账户记录、判决书、案款收据等证据。

宋某某称雷某某名下有共同存款 25 万元，要求依法分割。雷某某对此不予认可，一审庭审中其提交在中国工商银行尾号为 4179 账户自 2014 年 1 月 26 日起的交易明细，显示至 2014 年 12 月 21 日该账户余额为 262.37 元。二审审理期间，应宋某某的申请，法院调取了雷某某上述中国工商银行账号自 2012 年 11 月 26 日开户后的银行流水明细，显示雷某某于 2013 年 4 月 30 日通过 ATM 转账及卡取的方式将该账户内的 195 000 元转至案外人雷某某名下。宋某某认为该存款是其婚前房屋出租所得，应归双方共同所有，雷某某在离婚之前即将夫妻共同存款转移。雷某某提出该笔存款是其经营饭店所得收益，开始称该笔款已用于夫妻共同开销，后又称用于偿还其外甥女的借款，但雷某某对其主张均未提供相应证据证明。另，雷某某在庭审中曾同意各自名下存款归各自所有，其另行支付宋某某 10 万元存款，后雷某某反悔，不同意支付。

【裁判结果】

北京市朝阳区人民法院于 2015 年 4 月 16 日作出(2015)朝民初字第 04854 号民事判决：准予雷某某与宋某某离婚；雷某某名下中国工商银行尾号为 4179 账户内的存款归雷某某所有，宋某某名下中国邮政储蓄银行账号尾号为 7101、9389 及 1156 账户内的存款归宋某某所有，并对其他财产和债务问题进行了处理。宣判后，宋某某提出上诉，提出对夫妻共同财产雷某某名下存款分割等请求。北京市第三中级人民法院于 2015 年 10 月 19 日作出(2015)三中民终字第 08205 号民事判决：维持一审判决其他判项，撤销一审判决第三项，改判雷某某名下中国工商银行尾号为 4179 账户内的存款归雷某某所有，宋某某名下中国邮政储蓄银行尾号为 7101 账户、9389 账户及 1156 账户内的存款归宋某某所有，雷某某于本判决生效之日起七日内支付宋某某 12 万元。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：婚姻关系以夫妻感情为基础。宋某某、雷某某共同生活过程中因琐事产生矛盾，在法院判决不准离婚后，双方感情仍未好转，经法院调解不能和好，双方夫妻感情确已破裂，应当判决准予双方离婚。

本案二审期间双方争议的焦点在于雷某某是否转移夫妻共同财产和夫妻双方名下的存款应如何分割。《中华人民共和国婚姻法》第十七条第二款规定：“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”第四十七条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向

人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。”这就是说，一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，侵害了夫妻对共同财产的平等处理权，离婚分割夫妻共同财产时，应当依照《中华人民共和国婚姻法》第四十七条的规定少分或不分财产。

本案中,关于双方名下存款的分割,结合相关证据,宋某某婚前房屋拆迁款转化的存款,应归宋某某个人所有,宋某某婚后所得养老金,应属夫妻共同财产。雷某某名下中国工商银行尾号为 4179 账户内的存款为夫妻关系存续期间的收入,应作为夫妻共同财产予以分割。雷某某于 2013 年 4 月 30 日通过 ATM 转账及卡取的方式,将尾号为 4179 账户内的 195 000 元转至案外人名下。雷某某始称该款用于家庭开销,后又称用于偿还外债,前后陈述明显矛盾,对其主张亦未提供证据证明,对钱款的去向不能作出合理的解释和说明。结合案件事实及相关证据,认定雷某某存在转移、隐藏夫妻共同财产的情节。根据上述法律规定,对雷某某名下中国工商银行尾号 4179 账户内的存款,雷某某可以少分。宋某某主张对雷某某名下存款进行分割,符合法律规定,予以支持。故判决宋某某婚后养老金 14 322.48 元归宋某某所有,对于雷某某转移的 19.5 万元存款,由雷某某补偿宋某某 12 万元。

◎ 一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前,隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产,或伪造债务企图侵占另一方财产的,离婚分割夫妻共同财产时,可以少分或不分财产。

2.为结论提供理由的部分：提供理由的命题

包含各种形式：

仅限于该案件的说明时，该部分没有先例性质。

问题在于，具有一般性质的命题部分。

例：在该行为和事实之间是否认可具有刑事或民事上的因果关系的论点上，为了肯定地说明，就表达了“如果有没有 A 行为 B 事实就不会发生的关系，那么 A 和 B 之间就具有法律上的因果关系”这种一般性命题，或者，为了给认定的事实符合一定法律上的概念提供理由而表述该概念的一般性定义。

● 只要紧密结合案情，直接支持结论命题的理由命题才具有先例性的资格。

【指导案例 63 号】

【基本案情】

被申请人徐加富在 2007 年下半年开始出现精神异常，表现为凭空闻声，认为别人在议论他，有人要杀他，紧张害怕，夜晚不睡，随时携带刀自卫，外出躲避。因未接受治疗，病情加重。2012 年 11 月 18 日 4 时许，被申请人在其经常居住地听到有人开车来杀他，遂携带刀和榔头欲外出撞车自杀。其居住地的门卫张友发得知其出去要撞车自杀，未给其开门。被申请人见被害人手持一部手机，便认为被害人要叫人来对其加害。被申请人当即用携带的刀刺杀被害人身体，用榔头击打其的头部，致其当场死亡。经法医学鉴定，被害人系头部受到钝器打击，造成严重颅脑损伤死亡。

2012年12月10日，被申请人被公安机关送往成都市第四人民医院住院治疗。2012年12月17日，成都精卫司法鉴定所接受成都市公安局武侯区分局的委托，对被申请人进行精神疾病及刑事责任能力鉴定，同月26日该所出具成精司鉴所（2012）病鉴字第105号鉴定意见书，载明：1.被鉴定人徐加富目前患有精神分裂症，幻觉妄想型；2.被鉴定人徐加富2012年11月18日4时作案时无刑事责任能力。2013年1月成都市第四人民医院对被申请人的病情作出证明，证实徐加富需要继续治疗。

【裁判结果】

四川省武侯区人民法院于2013年1月24日作出（2013）武侯刑强初字第1号强制医疗决定书：对被申请人徐加富实施强制医疗。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案被申请人徐加富实施了故意杀人的暴力行为后，经鉴定属于依法不负刑事责任的精神病人，其妄想他人欲对其加害而必须携带刀等防卫工具外出的行为，在其病症未能减轻并需继续治疗的情况下，认定其放置社会有继续危害社会的可能。成都市武侯区人民检察院提出对被申请人强制医疗的申请成立，予以支持。诉讼代理人提出了被申请人是否有继续危害社会的可能应由医疗机构作出评估，本案没有医疗机构的评估报告，对被申请人的强制医疗的证据不充分的辩护意见。法院认为，**在强制医疗中如何认定被申请人是否有继续危害社会的可能，需要根据以往被申请人的行为及本案的证据进行综合判断，而医疗机构对其评估也只是对其病情痊愈的评估，法律没有赋予医疗机构对患者是否有继续危害社会可能性方面的评估权利。**本案被申请人的病症是被害幻觉妄想症，经常假想要被他人杀害，外出害怕被害必带刀等防卫工具。如果不加约束治疗，被申请人不可能不外出，其外出必携带刀的行为，具有危害社会的可能，故诉讼代理人的意见不予采纳。

【裁判要旨】 不要把裁判要旨等同于先例性命题

审理强制医疗案件，对被申请人或者被告人是否“有继续危害社会可能”，应当综合被申请人或者被告人所患精神病的种类、症状，案件审理时其病情是否已经好转，以及其家属或者监护人有无严加看管和自行送医治疗的意愿和能力等情况予以判定。必要时，可以委托相关机构或者专家进行评估。

（二）判例性规范的提取方法

1.通过判决要旨的读解来提取

将判决理由中明示的法律论作为重要的要素予以考虑。

结论命题：后续案件事实具有一定事实的情形下，先例性命题才能够适用。

赋理由性命题：只要紧密结合案情，直接支持结论命题的理由命题才具有先例性的资格。

2.按照案件事实与结论的对应关系提取

定型化事实、定型化结论以及两者的关联作用。

定型化事实：定型化作业的对象，案件事实，经过诉讼程序过滤的认定事实

3.整体理解判例法总体的方法

以上是以单一案例为对象的手法。就某一个法律问题采取归纳法，从若干结论性命题中提炼出法院的一般见解。

四、判例与学说

(一) 对判例看法的演变

1. 判例是对理论的说明

判决中的法律理论

与学者的学说一样看待

2. 相互独立的立场·相互影响

探讨该判决同以往判例之间关系并说明有关该问题上法律的变迁及逐渐地充实

(二) 学说对判例的影响

1.一般层面的影响

法官资格要件所获得知识来自于大学的讲义和教科书

担任法官后也会不懈怠法律的学习并时常关注学说的新动向

2.具体层面的影响

法官在每个问题的具体裁判遇到问题时，不仅判例而且经常会参考学说。

这种学说参考，在面对尚且没有判例的问题时，具有特别重要的意义。

从直观判断到结论得出，尝试论证自身判断时无论如何是需要理论支撑的。

即使在已经存在判例的场合，学者的研究对于获悉判例的正确意义和射程范围也具有参考价值，而且学者具有说服力的研究往往也推动着判例的变化。

(三) 判例对学说的影响

1.判例向学说提供了无数构成法律问题的具体事例

从学说角度而言，这些事例构成了验证理论正确性的很好素材。它们有利于在学界引发争论并有利于理论的发展。

2.以判例形式表现法院判断的结论部分，由于它是基于每个具体事实的属于法官固有的判断，所以法官在对该结论判断负有完全的责任的同时负有不属于其他领域人士的自信心，这是判例所具有的独特性。

通过理解这点的学者的研究，判例的判断结论会对学说产生很大的影响。

五、如何阅读判例

(一) 阅读判例的目的

不要限于讲义和教科书的内容，要直接阅读判例本身

同样的判例，阅读目的不同，阅读方法也差异很大

(二) 通过什么资料阅读判例

1. 已经归纳有各种判例趣旨或判例要旨的案例集

但是，不能限于要旨的阅读，有必要最小限度地阅读该判决或裁定理由中就该论点的论说部分。再阅读有关该判例的解说或讨论，这些一并阅读，有利于理解该判决所具有的意义和学说之间的关系。

2. 上述判例都是经过裁剪过的，还应当**尽量去阅读这些判例的原文**，尤其是最高人民法院的判决或裁定的原文

(三) 阅读判例时的主要注意点

1. 注意该案的事实关系以及与该事实关系相关的法律判断的结论

法官是基于认定的具体事实做出的法律判断，该判断是结合事实的判断。如果只是切出结论部分来看，内在所表达的是相当具有一般性命题的场合，一旦尝试调查事实关系，就会发现其中包含着特殊的事实，它们都会对结论具有重要的影响。

这些特殊的个性化事实，决定着判例的适用范围。

◎ 与具体事实没有关系的结论命题：例如，某法律条款合宪还是违宪

为论证结论而引用的一般法律命题

这些法律命题在思考时可以剥离事实。

“首先在整个判决中研究、确定在该案件中成为具体问题的事实关系实质为何，…进而有必要从整个判决中读出该法官为规范该事实关系的实质而创造出来的法规范为何，只有通过这样的研究型操作而发现的法规范，才是正确意义上的判例，是对其后的法官具有法律拘束力的判断”（末弘严太郎：《判例的研究与判例法》，第39-40页）。

2. 阅读事实关系

主要显示在判决的本院查明部分

3. 找出论点

论点并不等于争点

上诉状中涉及法律判断的点

4. 阅读判决要旨

判决理由中法官的意见

(四) 判例的阅读方法（研究型的判例阅读法）

1. 重视判例产生的具体的法，讲它作为那样的存在去挖掘研究

基于判例对实务具有支配力的事实，明确它的射程范围，并就未来法院的判断进行预测。亦即该判决与将来判决的连接，有关该问题具体的法律变迁及其内容逐渐充实起来的样子。

着眼于判例独特的存在理由、特点及其内在的规律。

2. 批判性阅读方法

【推荐阅读文献】

1. 大村敦志、道垣内弘人、森田宏树、山本敬三著：《民法研究指引：专业论文撰写必携》，徐浩、朱晔、其木提、周江洪、谢亘译，北京大学出版社 2018 年版。

2. 解亘：《日本的判例制度》，《华东政法大学学报》2009 年第 1 期。