

案例指导制度的理论基础

刘作翔 徐景和*

内容提要:实行案例指导制度是要以制定法为主、案例指导为辅,在不影响制定法作为主要法律渊源的前提下,借鉴判例法的一些具体做法。案例指导制度蕴涵着以下法律价值:节约司法资源,提高司法效率;保障法制统一,实现司法公正;发挥司法功能,积极解决纠纷;提高司法能力,遏制司法腐败。实行案例指导制度,是我国法制实践提出的迫切需要,是一种能够体现中国特色、并顺应世界两大法系逐渐融合发展大趋势的制度变革举措。

关键词:案例指导制度 制定法 判例法 指导性案例

2005年10月26日,最高人民法院发布《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》,提出了50项改革任务和改革措施。其中第13项提出,“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件,规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等。”这是最高人民法院第一次以正式文件的方式向国内外发出的有关案例指导制度的正式改革意见。其实,从2003年始,最高人民法院就已经开始酝酿此项改革,并为此作了一些前期性的准备工作。“第二个五年改革纲要”的正式发布,将这项改革措施推向了前台,提上了人民法院的改革议事日程。

建立案例指导制度是一项重大的司法改革。在以制定法为特色的现代中国法律制度中,在司法审判工作中要引入带有判例法色彩的中国式的“案例指导制度”,是一项前所未有的工作。这其中包含着许多重大的观念变革和制度变革。如何理解这一重大变革,如何建立一套既能保持制定法传统、又能借鉴判例法制度的审判方式,需要我们作出认真而细致的调查和研究。本文试从立法、司法层面以及当代世界法系融通的趋势阐述此项制度变革的理论基础。

一、立法层面:法律局限的弥补和克服

超市购物小票上“如需发票,请在一个月内办理”的提示许多人都不陌生。2004年,李长城因家乐福超市以此提示为由拒开发票,诉请法院判令家乐福公司撤销小票上关于“如需发票,请在一个月内办理”格式条款的案件,经北京市丰台区人民法院审理,根据《中华人民共和国发票管理办法》,李长城要求家乐福公司开具发票的诉讼请求合理合法,判决家乐福公司为李长城开具发票,同时判定,购

* 刘作翔,中国社会科学院法学研究所研究员;徐景和,国家食品药品监督管理局食品安全协调司副司长。

物小票上的规定,不是双方在买卖交易中约定的权利和义务,此内容对双方均不具有约束力。^[1]

这是一个很典型的案例,而且在中国可能是第一起此类事件的案例。但因为我们没有实行判例制度和案例指导制度,这一判决只对这一案件发生法律效力,而不能旁及他案。如果我们实行案例指导制度,这一判决可能会产生以下效果:

第一,全中国有多少超市?这应该是一个非常庞大的数字。正像报道所说的,许多超市都有类似家乐福的规定,面对法院这一判决,这些超市是不是也该改弦更张了?当然,从法律判决来讲,即使实行案例指导制度,该案的判决对其他超市仍不发生直接法律效力。但如果我们实行案例指导制度,凡是有此类规定的超市,不得不考虑这一规定有无法律上的支持因素,这可能会带来以下行为及后果:一是修改这一得不到法律支持的“土规定”,改变超市的经营行为;二是继续维持原规定,那就等着吃官司,而且等着铁定败诉,因为前一判决已经对此类行为作出了法律判断。

第二,我们知道,全国消费者协会近年一直在致力于打击商业消费领域中没有法律依据的且对消费者不利的所谓“霸王条款”(像本案中的规定),但收效甚微。据报载,2005年中仍有70%的此前被认定为“霸王条款”的自制规定依旧存在,没有得到纠正。如果我们实行案例指导制度,这样的判决对商场的经营行为是一个警示,尽管没有直接的法律效力,但商场不得不考虑这一判决对同类的经营行为所产生的影响和利害关系,会对那些还想正当经营的商场经营者起到一个法律的指引作用,从而改变自己的经营行为。这正是发挥了法律或司法判决对人们行为的指引作用,同时也发挥了通过司法判决实现改造不合理制度和规定的的作用和功能。

第三,这一案件判决向全社会的发布,不单是对商场经营者起到教育和行为指引作用,也会对全国的所有消费者起到一个难以替代的法律教育作用和指引作用,使消费者明白商场这样的做法是不符合法律的,如果以后自己遇到此类的现象时,也会用法律来维护自己的合法权利,这样的法律教育作用和实效比单纯地靠宣传和要大得多。因为消费者一般遇到这样一类事情,虽然心理别扭,但很少有人去较真,也不知道法律对此类事情到底是一个什么态度,或者压根儿就没有想到它是对自己法律权利的侵犯。此类案件的宣判,向全社会是一个昭示,对消费者是一个提醒。

第四,对人民法院来讲,如果实行案例指导制度,以后各级人民法院接到类似的案件诉讼,就不用花太多的精力和时间去审理了,完全可以按照简易程序,并按照类似案件类似处理的原则作出判决。这样,既可以节省大量的司法资源,也可以保证审判的公正和法制的统一。“同样情况同样处理”是对公正的最原始、最基本、最重要的诠释。这样做对人民法院来讲,意味着判决效力的延伸,改变以前那种判决效力有限发挥的状况。

案例指导制度之所以能发挥上述效果,主要与法律自身的特征及局限有关。这里主要对制定法和“政策法”的局限或缺陷予以扼要阐述。

(一)制定法的局限

我国是拥有制定法传统的国家。制定法具有体系完整、逻辑严密、结构科学等优点,但也呈现出一定的局限性,具体表现为:一般规则对个别案件之局限;有限规则对无限客体之局限;模糊规则对确定事项之局限;稳定规则对发展事物之局限;刻板规则对丰富内涵之局限。^[2]目前,在我国现行的法律中,法律漏洞大面积存在,或表现为制度的整体性欠缺,或表现为制度的要素性欠缺。^[3]一般说来,制定法存在的主要局限表现为:

一是缺乏周延性。在现代法治社会里,人们在崇尚法律的同时,也往往对法律有着更加美好的期待:法律应当成为一个纤毫不爽、面面俱到、无缺陷、无漏洞的“封闭完美的体系”。19世纪占统治地

[1] 邱伟:《拒开发票规定被判无效 较真律师告倒家乐福》,《北京晚报》2004年7月1日。

[2] 董桦:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版,第89页以下。

[3] 参见崔建远:《我国民法的漏洞及其补充》,《吉林大学社会科学学报》1995年第1期。

位的法律学说曾经相信法律是“完美无缺”的。然而,社会发展已经证明并将继续证明,包罗万象、有求必应、尽善尽美的法律只能是人们纯真而完美的梦想。无限而复杂的社会存在表明,立法永远是一个“逼近完美而无法达到完美”的过程。在历史发展的特定阶段,无限而复杂的社会是无法被有限和确定的法律所穷尽的。如民法通则的制定者力图对民事权利做出详细的规定,但却未能预见到新世纪民事主体对亲权、同居权等权利的关怀。也就是说,制定法一般只能反映出该法律产生时的社会关系。随着社会的发展和进步,制定法所表现出的滞后性在所难免。

二是缺乏具体性。抽象是制定法创制的重要基础和步骤。制定法将繁纷复杂的社会关系进行高度抽象,形成若干基本范畴和规范。例如,民事关系包括平等主体间的财产关系和人身关系。随着社会物质财富的增加和精神财富的丰富,无论是财产关系,还是人身关系,以及由财产关系与人身关系结合而成的其他民事关系都日趋复杂。在制定法国家里,制定法典无论多么完美与精致,也难以穷尽现实生活中的各种财产关系和人身关系。于是,立法者只能对各种财产关系和人身关系进行一定的抽象。在主体方面,将活动内容、资产规模、分配方式、隶属关系等千差万别的各类机构抽象成法人;在行为方面,将买卖、赠与、租赁、承揽、运输、保管、仓储、委托、行纪、居间等复杂的行为抽象成法律行为;在权利方面,将各式各样的权利抽象成物权、债权、人格权、身份权、继承权、知识产权等。只有高度的抽象,法律才能涵盖更为宽广的社会关系。但是,高度的抽象,往往使法律规范过于原则,难以指导和裁判具体的行为。

三是缺乏应变性。制定法的创制是复杂的知识创造活动,往往需要经过提出法案、审议法案、表决法案、公布法案等复杂的程序。制定法的修改与废除也往往需要经过复杂的程序。所以,制定法往往呈现僵化、保守的特点,有时甚至可能因未能及时修改或废除而阻碍社会的进步。诚如梅因所说,社会的需要和社会的意见常常或多或少地走在法律的面前,我们可能非常接近地达到他们之间缺口的结合处,但永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来。因为法律是稳定的,而我们谈到的社会是前进的。人民幸福的或大或小,完全取决于缺口缩小的快慢程度。^{〔4〕}德国法学家萨维尼也说:法律自公布之日起,即逐渐与时代脱节。^{〔5〕}面对不断变化的事物,如果继续适用那些不变的规则,就可能导致法律适用的结果违背法律的目的。

对于制定法的上述缺陷,法律工作者不断思考着如何予以弥补。从目前的实践来看,主要的弥补方式有:确立法律原则、制定法律解释、认可社会习惯、确定类推制度、设立兜底条款、创制判例制度等。而其中创制具有判例法色彩的案例指导制度是最为全面、最为有效的弥补方式。

(二)“政策法”的缺陷

“政策法”是一个比喻的说法,是指在“宜粗不宜细”的立法指导思想下所制定的过于原则、抽象、笼统、模糊、简略,具有政策的若干特征的法律。政策法并不是严格意义上的法律概念,而是对我国现有法律特征的基本概括。^{〔6〕}与其他制定法国家相比较,我国的制定法除了具有一般制定法的上述缺陷外,还存在着政策法所特有的一些缺陷。一般说来,政策法具有以下若干特征:一是结构的简略性。政策法往往采取口号式、公告式、标语式、宣言式、纲领式的语言,其法律规范结构,特别是行为模式和行为后果部分,往往残缺不全。如会计法第3条规定:各单位必须依法设置会计账簿,并保证其真实、完整。二是内容的粗疏性。政策法的内容过于原则、抽象、概括。以民法典为例,我国的民法通则共

〔4〕 [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第15页。

〔5〕 转引自徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1997年版,第150页。

〔6〕 目前,国内学者也在其他意义上使用“政策法”的概念。如所谓“政策法”,是指这样一种不稳定的法律实践状态,即在管理国家和社会的过程中,重视党和国家的政策,相对轻视法律的职能;视政策为灵魂,以法律为政策的表现形式和辅助手段;以政策为最高的行为准则,以法律为次要的行为准则;当法律和与政策发生矛盾与冲突时,则完全依政策办事;在执法的过程中还要参照一系列政策。见武树臣:《三十年的评说——“阶级本位、政策法”时代的法律文化》,《法律科学》1993年第5期。

9章165条,而法国民法典(1804年)共3卷35编137章2283条,德国民法典(1896年)共5编35章2385条,日本民法典(1896年)共5编35章1044条。三是规范的原则性。政策法的许多内容与法律原则十分相似,在实施过程中往往需要相关细则予以补充和完善。

针对我国政策法的缺陷,无论是立法机关、司法机关还是行政机关都在通过不同的方式对其进行弥补,结果造成了“欲简愈繁”的现象。可以说,立法的粗疏导致了众多的“实施细则”等补充解释的产生,造成了不必要的庞杂、重复、矛盾,特别是有些司法解释已超出了法律本身规定的范围,把司法机关推上了形式上无权立法、实际上又不得不造法的境地。我们认为,立法机关、司法机关、行政机关通过制定法的形式对政策法进行弥补是必要的,但这种弥补本身也永远受到制定法自身缺陷的局限,而采取制定法与案例指导制度相结合的方式则更有利于对政策法缺陷的弥补。

历史研究表明,各国在法律缺陷弥补的主要方式上经历了从侧重立法到侧重司法的转变。在19世纪信奉法律“完美无缺”的时代,立法者虽然不得不承认立法可能存在着某种疏忽,但其弥补的方式主要是通过规定一些特殊的程序来弥补。如法国组织了所谓的强制性的紧急裁决方式。然而,在实践中这些特殊程序并没有在任何地方经受考验而保留下来。经过或长或短的一段时间,人们又把解决那些由于法律漏洞或模糊而产生的各种难题的任务交回给了法官。^[7]

二、司法层面:司法综合水平的提高

(一)提高法官素质

随着法制建设的不断加强和司法地位的不断提高,我国的法官队伍有了快速的发展,但同时也带来了一个非常紧迫的任务,即如何尽快提高我国法官的素质,以适应日益繁重的审判工作的需要。^[8]法官素质的提高不仅离不开理论知识的学习,更离不开实践经验的积累。在实践中总结,在实践中提高,是法官逐步成为精通某一审判领域的内行和专家的必由之路。案例的方法就是理论联系实际的方法。无论是案例的创制,还是案例的适用,都是法官自我研究、自我思考、自我总结、自我提高的过程。案例指导制度的建立,将有助于促进法官形成正确的思维方式,形成理解法律、感受事实的最佳视角,使法官找到易于操作、翔实可鉴的样板。^[9]

无论是大陆法系,还是英美法系,法官所承担的基本职责是相同的,即公正、高效地解决纠纷。然而,在司法实践中,法官是因法律存在缺陷来拒绝裁判还是积极创造规则来解决纠纷,是以追求法律的价值为天职还是以僵守残缺的法律为目标,则成为考验法官智慧的分水岭和试金石。

在两大法系国家中,法官对其所适用的法律往往存在着不同的理解。在大陆法系国家,法官在裁判案件时所遵循的主要是具体的法律规范,在特殊情形下才是抽象的法律原则。所以这种法往往被称为“规则法”或“明示法”。而在英美法系国家,法官除了适用具体的法律规范外,往往还需要找寻更能体现社会发展方向的“规律法”或“默示法”。也就是说,法官更要善于发现隐含在规则背后的内容,即所谓的“隐含的法律”。只有发现了这些“隐含的法律”,法官才能够更加清晰地分辨出哪些案件是类似案件,从而达到相同情况相同对待的基本要求。

(二)统一司法尺度

[7] [德]H.科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第222页。

[8] 法官素质是法官的知识学习、经验积累、修养锤炼的综合反映。目前,基层法院法官的专业素质令人担忧。据2002年7月12日《南方周末》和2005年6月30日“人民网”报道,2002年广西壮族自治区南宁市中院30多人参加司法考试,结果全军覆没。广西壮族自治区崇左市中院下辖7个基层法院,近年来公开招考法官,根本就没有通过司法考试的人参加报名。2004年中院招考法官,没招到一名法官。湖北恩施市两级法院从2002年到2005年通过司法考试共33人,全部为过去法院内部培养的,然而通过司法考试后再进法院的人数为零。这种状况在基层法院还是较为普遍的。

[9] 参见洪流:《判例在刑法适用中的地位和作用》,《判例与研究》1999年第4期。

目前,因司法裁判尺度不一造成的同案不同判的现象已绝不是屈指可数。相同事实的案件在不同的法院、在同一个法院的不同法官手里判决结果往往南辕北辙、大相径庭,这严重损害了法律的严肃性与权威性。统一司法裁判尺度已成为目前司法公正的最低要求。^[10]

目前,对于形成同案不同判的原因,学者们主要从以下方面进行了分析:首先,从法律特色的角度来看,我国现行的法律除了具有制定法所共有的一般局限外,还表现为政策法的特有缺陷,而现行的缺陷弥补方式本身均存在着一定的局限性,法官自由裁量的空间还相当大。以合同法为例,统一后的合同法无论在立法理念还是在制度设计上都有很大进步,但在合同的订立、履行、变更、转让等诸多环节中,仍然存在着许多原则性、模糊性的规定,需要在司法实践中不断予以细化,以进一步统一司法裁判的尺度。如在要约邀请的表现形式、要约的实质性变更、承诺作出的特殊方式、承诺到达的合理期限、限制行为人的缔约能力、合同订立中的重大误解、合同订立中的显失公平、诚实信用原则的违背、社会公共利益的损害、交易习惯的确认、合同随附义务的履行、经营状况的严重恶化、商业信誉的丧失、预期违约的识别、不可抗力的确定等许许多多事项中,都还没有明确而具体的规定,需要在司法实践中不断总结规则。再如,我国民法通则确定了损害赔偿的过错责任原则和无过错责任原则。过错责任原则的构成要件包括损害事实、侵权行为、主观过错和因果关系。其中,主观过错分为故意和过失两大类。而对于何谓过失,立法中并没有明确的规定,实践中往往由法官依据一定的学理来自由判断。其次,从法律变革的角度来看,社会变革时期,立法活动频繁,有些新制度、新规则的适用问题尚欠系统充分的研究。例如,新的合同法在原三大合同法的基础上增加了许多新制度,如同时履行制度、顺序履行制度、预期违约制度、不安抗辩制度、撤销权制度、代位权制度等等,这些制度本身都包含着十分丰富的内容。全面理解和正确适用这些制度往往需要一定的实践摸索和规则总结。其次,从职业特点的角度来看,司法裁判属于法律人员的专业判断活动,与法官的认知能力密切相关。因此,即便是同一案件事实,因个体认知能力等方面的差异,也会产生不同的结论。况且,目前我国的法官素质还存在着参差不齐的现象,个别法院甚至还存在着“法盲”法官。

对于如何避免或减少同案不同判的现象,许多学者提出了建设性方案。我们认为,建立案例指导制度是进一步统一司法裁判尺度的最佳方案。以侵权行为法为例,美国的侵权行为法属于判例法,其归责原则类似于我国的过失责任原则和严格责任。其中,对于何谓过失,众多的判例确定了行为人不同角色下的具体义务规则。因为行为人有义务是行为人可能存在过失的前提,而义务的有无和义务的差别则直接影响着行为人法律责任的承担。目前,美国的判例已经建立起医生对患者、雇主对雇员、学校对学生等等众多的义务规则,法院在处理相关案件时通常以是否违反这些规则来判定行为人是否存在过失,进而判定其是否承担过失责任。众多的判例不仅丰富了美国的侵权行为法规则,为司法裁判提供了具体的依据,成为司法裁判的重要的法律渊源,而且也为美国的法学研究和立法工作提供了丰富的思想材料。目前,法学专业协会在总结判例法经验的基础上草拟的“统一法”(Uniform Act)、示范法(Model Act)和综述法(Restatement),^[11]在各州的立法、司法和法学教育中发挥了重要的指导作用。

[10] 在最高人民法院2005年第17届全国法院学术讨论会的征文(匿名)评审中,我读到了一篇征文,对同案同判提出了批判,认为追求同案同判是在制造一个“司法神话”。他(她)的主要论证理由有两个:一是只要承认法官对法律的解释(即理解),就不存在同案同判;二是他(她)认为根本就不存在“同案”,认为没有两个案件会是完全相同的,且案件当事人及证人等相关人在法庭上的叙述也不会完全一样。我对这位作者大胆的探索精神和敢于发表异见的学术勇气表示钦佩,但对他(她)的两个论证理由表示质疑。完全否认“同案”的存在,站不住脚。法律上说的同案,是指案情相似或相近,而不是指“完全一样”;法官固然对法律有不同的理解,但不同理解并不意味着可以各行其是。在一个制定法国家,法官对法律应该有一个统一的理解,这种统一的理解应该通过审判案件去实现。否则,一个国家的法律体系和法律内容会发生紊乱,导致形形色色的相同案件却不同判决的情况。

[11] 目前,我国学者将Restatement翻译为重述法是不精确的,这里的Re.不是Again的意思,而是Comprehensive即综合的意思,也即将不同的法院的判例规则进行系统的综合。

在中国,案例指导制度之所以可以成为统一司法尺度的最佳方案,是因为案例具有以下鲜明的特点:一是适用的广泛性。凡是法律存在缺陷或漏洞的地方,均可通过建立案例指导制度的方式予以弥补。而且,案例指导制度在行为法领域要比在组织法领域更具空间,在人身权法领域要比在财产权法领域更富成效。二是规则的具体性。案例指导制度的核心也是法律规则,但是这些规则要比制定法所确定的规则更注重对具体问题的分析。而且许多案例所确定的规则往往是在各种规则的评判和权衡中选择出来的,更具现实的价值。三是体系的开放性。司法实践是不断发展的,案例指导制度是不断开放的。基于公正、自由、平等、安全、良序、高效、福利等法律价值基础上的案例指导规则将以历史条件为转移并不断发展。四是发展的渐进性。案例指导制度对法律制度的完善是渐进的,它服务于司法裁判的实际需要,呈现出不断积累和不断完善的特点。

(三)规范司法自由裁量

司法自由裁量是指法官在对具体案件的事实认定和法律适用中,在法律规定的范围内所进行的自由选择与取舍。自由裁量权是法官司法裁判权的固本性和应有之义。“以事实为根据,以法律为准绳”是我国的司法原则。司法裁判权包括两个方面:一是事实的认定权。事实是司法裁判的根据。司法裁判是追求法律正义的活动,而法律正义的重要特征之一就是形式正义,即能够为证据所证明的正义。司法裁判的过程就是证据运用的过程,即取证、举证、质证、认证、采信的过程。在事实认定方面,法官的自由裁量权主要表现为法官在证据采信以及特殊条件下的证据调查方面的自由取舍的权力。二是法律的适用权。法律是司法裁判的准绳。在认定案件事实的基础上,根据具体的法律规定,按照演绎思维的逻辑,法官做出具体的判决。法律适用涉及到法律责任的有无、法律责任的性质、法律责任的大小以及法律责任的减免等事项。在法律适用方面,法官的自由裁量权主要表现为法官在法律规范的选择、法律责任的确定以及法律责任的幅度等方面的自由取舍。

从制定法特别是政策法的缺陷分析中可以得出如下结论:我国法官自由裁量的余地很大。以我国的刑法为例,无论在定罪还是量刑方面,现行刑法的许多规定都比较抽象、笼统,弹性幅度大,对某个案件涉及从重、加重、从轻、减轻等多个量刑情节时,主次关系如何确定,数罪并罚中“最高刑之上,总和刑之下”的幅度如何掌握等,均无明确的法律规定。《最高人民法院公报》1985年第2号公布的“孙明亮故意伤害案”中,一审法院判处被告人有期徒刑15年,同级检察院以量刑失轻而抗诉,省检察院又以失重撤诉,省高级人民法院则撤销原判,改判有期徒刑2年,缓刑3年。该案的处理充分说明了我国现行法律给司法人员留下的自由裁量的空间是相当大的。

《最高人民法院公报》1999年第4期收入“田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证学位证行政诉讼案”,负责审理该案的北京市海淀区人民法院在判决书中认为:“在我国目前情况下某些事业单位、社会团体不具有行政机关的资格,但是法律赋予它行使一定的行政管理职权。这些单位团体与管理相对人之间不存在平等的民事关系,而是特殊的行政管理关系。他们之间因管理行为而发生的争议不是民事诉讼而是行政诉讼。尽管行政诉讼法第25条所指的被告是行政机关,但是,为了维护管理相对人的合法权益,监督事业单位、社会团体依法行使国家赋予的行政管理职权,将其列为行政诉讼的被告适用行政诉讼法来解决他们与管理相对人之间的行政争议,有利于化解社会矛盾、维护社会稳定。”“本案被告北京科技大学是从事高等教育事业的法人,原告田永诉请其颁发毕业证学位证,正是由于其代表国家行使对受教育者颁发学业证书学位证书的行政权力时引起的争议,可以适用行政诉讼法予以解决。”此案的判决可以看成是我国法官按照法律的原则和精神进行判案,并以此克服条文僵化机械保守倾向的例子。在本案中,法官通过精巧的法理论证,既规避了法条的缺陷,又维护了法律的原则,同时,在个案中实现了法的正义,这可看成是法官自由裁量权的正确行使。

2004年8月2日《齐鲁晚报》刊登了《“自由裁量权”别太自由了》一文:以交通肇事罪罪名,导致河南省登封市公安局原局长任长霞去世的司机王学军被河南省新密市法院判处有期徒刑一年;同样以交通肇事罪罪名,碾死他人的四川省万源市原市委常委、宣传部长程亚超被四川宣汉县法院判处有

期徒刑一年、缓刑一年。^{〔12〕}两份判决都符合刑法第133条“违反交通运输管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或使公私财产遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或拘役”的规定。但是,如果比较这两份判决,则难免令人怀疑法院的自由裁量权是否因人而异。按照法院查明的事实,程亚超的犯罪情节明显比王学军重:前者,无证驾车,起步就发生撞人事故,当场将一行人碾轧致死,交警部门认定其负事故全部责任;而后者,则为行驶中超速,发生了与前车的追尾事故,造成车内的任长霞受伤、后经抢救无效而去世,交警部门认定其负事故主要责任。该文的作者就此案的判决评论道:法院的自由裁量权表现出因人或因别的因素而异的不当偏好,意味着司法公正的倾斜、法律面前人人平等的破坏。此事关系到法治基石的动摇与否,故不可等闲视之。

与国外法官相较,我国的法官拥有更大的自由裁量权。在我国,法官集事实认定权和法律适用权为一身;在英美法系和有些大陆法系国家,案件的事实认定权和法律适用权往往是分离的。在英美法系国家,事实认定权往往由陪审团所享有,而法律适用权往往由法官所享有。在部分大陆法系国家,事实认定权和法律适用权往往分别由预审法官和主审法官分别执行。

针对目前我国法律赋予法官以较大的自由裁量权,法学界也在探索采取何种方式来进行补救。一是制定法弥补。这是我国现行法律体制下基本的弥补方式。例如,为使法官的量刑步骤和量刑方法有一个统一的标准,达到“不同时期、不同法院、不同法官对案件事实基本相同的被告人,做出的量刑结果保持基本平衡,实现量刑在空间和时间上的均衡”,2004年5月江苏省高级人民法院审判委员会通过了《量刑指导规则》,这是我国法院系统首次正式发布的在量刑方面系统的指导性法律文件。这一举措实际上是在总结司法实践经验的基础上,对刑法中某些量刑幅度过于宽泛、自由裁量过大所进行的一定程度的限制,以达到量刑结果保持基本的平衡。二是案例制度的弥补。在目前立法制度尚不十分完善、法官整体素质不高的情况下,采取案例指导制度可以减少法官滥用职权及违法机会。案例指导制度对法官自由裁量权的限制主要表现在:按照案例指导制度的要求,对于相同或相似的情况必须适用相同的规则,判决的结果应当大体保持一致。目前,因我国没有完整的案例指导制度,以至于在案情相同或相似的情况下,上下级法院之间及同一法院的不同合议庭之间的判决很不一致,造成人们对司法公正性产生怀疑。而案例指导制度的建立将使法官在裁判中受到更加具体的先例的拘束,并可从先例中领悟到解决同类问题的正确思维模式和方法,从而使相同案情获得大体相同的裁判。

(四)保障司法独立

司法独立是司法公正的前提。司法独立不仅表现为法院独立,而且也表现为法官独立。目前,法院在司法裁判活动中往往受到地方保护主义和部门保护主义等势力的干扰和影响。而各种利益和势力之所以能够干扰和影响司法独立,其中的重要原因之一就是我国现行法律宽泛有余,严密不足,法网太疏,余地太多。建立案例指导制度,除法律规定外,所有的案例及其理由都将公开,这无疑会进一步增强司法工作的透明度,将引起法官、律师、学者和人民群众的评论,从而形成普遍的法律舆论,使审判工作置于全社会的监督之下,这必将促进法官努力抵制和排除各种势力的干扰和影响。

(五)增强司法认同

裁判要想让当事人和社会公众了解和信服,必须对裁判的理由做出充分的说明。让当事人明白如此裁判的原因和详情,就能较好地防止当事人因不知事实认定和判决理由的详情而偏执地怀疑法官在有意地偏袒对方,增强判决的可信力,真正做到以理服人,而不是以权压人。

事实上,司法裁判是否说理以及说理是否充分是文明司法与专断司法、现代司法与传统司法的分水岭。法国学者勒内·达维在《当代主要法律体系》中对司法裁判说明理由的历史进行了简单的描述:在过去很长的一段时间里,大家一致认为判决是行使权力,无需说明理由。判决要说明理由的做

〔12〕 参见《四川日报》2004年7月30日。

法,在意大利从16世纪起、在德国从18世纪起才逐步确立起来。对于我们这个时代的人,司法裁判必须说明理由是反对专断裁判的保障,也许还是作出深思熟虑的裁判的保证。司法裁判必须说明理由这一原则在今天已是极为牢固地树立起来了。美国学者哈罗德·伯尔曼在《美国法律讲话》中指出,详细撰写了判决理由的文件将受到大众的审查和批评,使法官滥用权力受到公众的严厉监督,从而杜绝此行为,并使法官的裁判权必须受到上诉审的约束。^[13]意大利的宪法就明确规定裁判必须充分说明理由,法国法律规定不包括判决理由的判决无效,都充分说明了说理在司法裁判中的重要价值。国外一些学者还强调指出,裁判文书不应是一份言辞枯燥的法律文书,而应是闪烁出法官人性特点、充满思辨色彩的美文。一篇判决主文应当成为一篇极好的学术论文。

近年来,我国的司法裁判文书质量有所提高,但在说理性上还存在一定的差距。许多裁判文书过于简略,只是简单地交待当事人的基本主张和法庭调查的基本情况,而对于为什么要认定某一证据而不认定另一证据,为什么要适用某一法律条文而不适用另一法律条文,被适用的法律条文与相关的证据之间存在着什么样的关联,为什么一方的请求获得支持而另一方的请求却遭受驳回等等,缺乏必要的说理和具体的论证。更有甚者,在证据采信方面,有的裁判文书,只是笼而统之地写明“不予采信”,而对于不予采信的理由以及证据之间、证据与法律适用之间的关系根本不予交待;在法律适用方面,有的裁判文书,只是概而括之地写明“依据法律,判决如下”,而根本不交待所依据的具体法律条文。甚至在法律存在冲突或缺陷时,对于采取何种解决或弥补方式不作具体的说明。

解决上述问题可以采取多种手段,但案例指导制度因其更加注重规则形成的逻辑性、适用的细密性和价值的协调性,更能较好地解决目前我国司法裁判说理性匮乏的缺陷。实行案例指导制度,任何一次判决都可能成为下次相似案件裁判的依据,这就使法官在审理案件时能切实体会到精益求精对待每一个案件的内在压力。而且,将案例作为裁判的重要依据,将使得办案有了更多的透明度,也有了来自当事人更多的监督,必将增加法官裁判的自律意识,促进我国司法裁判质量的提高。

(六)提高司法效率

按照制定法的审判模式,法官审理每个案件时,首先都需要给个案定性,然后对号入座地寻找法条,再就当事人的责任作出裁判。如果建立案例指导制度,法官在审理案件时,则只需要找出相似的案例即可判决,减少了必要的重复劳动,既节省了精力又保证了判决的精确性。

以案例为依据,法官裁判案件时驾轻就熟,大大缩短做出宣判的时间。作为依据的案例既是生效定案,说明经得起上诉、重审的“锤炼”,因而循例做出判决可使上诉、重审等现象减少,这样可以节约审判成本,提高审判效率,司法资源得以更多地投向更为复杂或暂无先例的重大疑难案件。

(七)实现司法公正

司法公正是司法裁判的永恒主题。当事人所追求的自然公正和法官所捍卫的法律公正是两个紧密联系但又相互区别的概念。法律公正可以从多角度进行划分,其中最为普遍认可的就是实体公正、程序公正和形式公正。目前,影响司法公正信赖和司法裁判权威的因素很多,包括实体规则的完备程度、程序规则的健全程度、裁判人员的职业程度、服务人员的专业程度、诉讼主体的参与程度、诉讼过程的论辩程度、裁判文书的说理程度等等。在众多的因素中,实体规则和程序规则是影响公正最为基本的要素。而建立案例指导制度,遵循先例进行裁判,往往以机会公正、待遇公正、尊严公正、结果公正等,体现出法律可预期性的要求,以及“同样情况同样对待”的公平原则,在一定程度上会弥补法律公正正在逼近自然公正中遭遇的困窘和无奈。

[13] [美]哈罗德·伯尔曼:《美国法律讲话》,陈若恒译,三联书店1998年版,第20页以下。

三、世界两大法系逐渐融合的发展趋势

大陆法系和英美法系是世界上最具有代表性的两大法系。两大法系在发现法律和发展法律的理念、途径和方法等方面存在着一定的差别,然而正是这种差别促进了两大法系之间的相互借鉴和相互吸收。中国实行案例指导制度,是同世界两大法系的逐渐融合趋向分不开的。那么,这两大法系究竟是如何融合的,它们之间又是如何相互借鉴和吸收的?

(一)英美法系对大陆法系的借鉴与吸收

在英美法系形成和发展的早期,判例成为这些国家法律的唯一或主要的渊源。判例法制度的演进最初可以追溯到12世纪,但作为判例法制度形成的重要标志的遵循先例原则则是19世纪才在英国完全确立的。^[14]19世纪,英国开始了较许多政治革命更为彻底的产业革命。在产业革命的气氛中,人们的价值观念和社会的意识形态发生了重大变化,变革中的社会现实与保守的英国法律制度之间的矛盾显得格外尖锐。在社会变革中,围绕着应当如何看待判例法以及是否应当制定法典法,英国法学家展开了激烈的争论。

判例法派学者(如布莱克斯通)认为,判例法优于制定法。判例法是自发的法律,反映了人民的一般意志,体现了法律是人们共同生活习惯的本质,而制定法则是创造的法律,是立法机关从外部强加的专断工具,危及了法律的本质;判例法是渐变的法律,日积月累、循序渐进的变革能够保障法律发展的稳定性和连续性,而制定法则是突变的法律,一蹴而就的变革往往损坏了法律成长的连续性和稳定性,突变期间的法律中断事实上已经束缚了法律的发展;判例法是完善的法律,它基本适应并满足了现实生活不断发展的需要,而制定法则是残缺的法律,难以满足现实生活的需求,与其适用不完美的法典,倒不如适用不断完善的判例。

法典法派学者(如边沁)则认为,判例法是沉重的法律,只有经过专门训练的法律职业者才能读懂这种“天书”,它给各种法律活动带来了极其沉重的负担,从浩如烟海的先例中寻找法律规则耗费了大量的资源;而制定法则是经济的法律,制定法适用的成本相对较低。判例法是凌乱的法律,法官造法使法律变得支离破碎,杂乱无章,繁琐难懂;而制定法则是系统的法律,结构严谨,逻辑清晰,层次分明,清晰易懂。判例法是守旧的法律,判例法的传统与核心是遵循先例,由此形成普通法系因循守旧的习气,难以适应社会变革的需要;而制定法则是创新的法律,在经验累积的基础上不断进行更为彻底的创新。^[15]

时至今日,尽管对判例法与制定法孰优孰劣还存在着见仁见智的现象,但不容否认的事实是,19世纪以来,英美法系国家在保持判例法的基础上已经大大加快了制定法的制定步伐。日益复杂的社会生活已迫切要求政府进行更为积极有效的管理,而判例的缓慢积累难以适应社会这一急剧变革的需要。自19世纪以来,英国制定法的数量成倍增长,从而使得制定法的地位迅速提高,成为与判例法

[14] 英国与法国之间的距离不超过30公里,几乎每一年报纸都要报道一些男女游泳健将在横渡英吉利海峡的尝试中获得了成功。从有记载之时起,英国与欧洲大陆之间便开始了交往。在文明的各个方面和知识的所有领域,英国和法国的发展都有着密切的联系并且保持着同样的步伐,但是这种描述和一般叙述中却有一个例外:在法律领域内英国却是匹马单骑。英法两国沿着不同的路线发展出两种不同的法律制度的原因和条件,引起了无数法学专家的兴趣。法国法和英国法的对立植根于12世纪。两国的法学教育方式基本相同,但司法实践却分道扬镳,其主要原因在于司法行政上的差异所致。英国法成为救济法、判例法,而法国法成为权利法、法典法。见[法]勒内·达维:《英国法与比较法——一种实质性比较》,潘华仿等译,清华大学出版社2002年版,第1页以下。

[15] 上述学派对判例法与制定法的争论,往往是基于对立的角度和批判的逻辑而展开的。当从宏观的角度和建构的思维来看待这一问题时,得出的结论将是客观和乐观的。

体系并重的法律渊源。^[16]目前,英国在许多领域已经制定了比较完整的制定法体系。仅以公司法律为例,英国曾经先后颁布了贸易公司法(1834)、合股公司法(1844)、票据法(1882)、合伙法(1883)、破产法(1883)、合伙法(1890)、统一公司法(1908)、破产法(1914)、工业保险法(1923)、信托法(1925)、公司法(1946)、公司法(1948)、保险公司法(1958)、信托变更法(1958)、垄断与合并法(1965)等。为便于适用,英国的有关部门和人员已对英国现行的制定法进行了汇编,其中,最具特色的霍尔兹伯里英国制定法大全已将现行的制定法汇编为56卷,蔚为壮观。有学者对此指出:近代以后英国的制定法数量越来越多,地位也日益重要,而且由于在效力上制定法高于判例法,它可以推翻、修改或补充判例法,也可以将判例法整理编撰后,使其转化成制定法。因此,在英国,法律渊源正在向制定法迈进。^[17]

美国承继英国的法律传统,实行的是以判例法为主的法律制度。但是,自上个世纪以来,奉行实用主义哲学的美国对待制定法的态度发生了巨大的变化。在“罗斯福新政”时期,联邦政府的行政权力迅速扩张,各种联邦行政管理机构如雨后春笋般建立起来。与此相适应,各种配套的法律相继出台,而且大都是以制定法的形式问世。虽然判例法仍然是法律渊源的核心,但制定法无论在数量上还是在重要性上都有很大程度的提高。联邦法律更是如此。在不少领域,制定法成了主要的法律渊源,而且制定法的地位往往高于判例法。目前,联邦议会制定了大量的联邦税法、社会福利法、环保法、金融证券法和银行法等法律。州议会制定了大量的规范贸易、消费者权益、商业交易和家庭关系等法律。这些制定法已经涵盖了社会生活的主要方面,制定法的地位和作用已变得越来越重要。

从1926年开始,美国国会便开始对法律进行编纂,美国法典即是以法典的形式编纂的官方法律,迄今为止已编纂了50卷。同时,美国法学会也制定了许多对地方立法具有重要指导意义的“统一法”和“示范法”等,许多州也以这些学会草拟的法律指南为蓝本制定了许多成文法。可以说,目前,美国所颁布的制定法的数量,已不亚于任何一个大陆法系国家。而且,在美国,法官在判案时往往首先所引用的法律是制定法,其次才是判例法。制定法与判例法已具有同样的法律拘束力。

(二)大陆法系对英美法系的借鉴与吸收

大陆法系国家的法律传统源于罗马法。在罗马法时代,《法学阶梯》和《学说汇纂》曾经使罗马私法体系化,并对后来大陆法的法典编纂产生了重大影响。^[18]罗马帝国灭亡以后,罗马法曾经沉寂多时,自中世纪起,罗马法在欧洲复兴,罗马法继受运动广泛展开,法典化运动也逐渐开始。这个运动首先在法国完成,其代表性成果为1804年的民法典,1806年的民事诉讼法和1807年的商法典,这三大法典为大陆法的法典制定提供了典范,推动了大陆法的法典化进程。大陆法系法典化运动的重要原因是限制法官的自由裁量权。法典制定的目的就是试图对各种特殊而细微的实情开列出各种具体的、实际的解决办法,有效地为法官提供一个完整的办案依据,以便使法官在审理任何案件时都可以得心应手地引律据典,进而禁止法官对法律做出任何解释。

然而,对法官自由裁量的严格限制,使法官只能对有些脱离社会实践的法条机械地运用,妨碍了司法公正价值的实现。因此,在大陆法系国家开展法典化运动的过程中,许多学者已经意识到了制定法自身存在的缺陷,为此对制定法的合理性展开了争论。越来越多的学者从社会学的角度出发主张建立和发展“活的法律”,法官为实现立法者的意旨和社会的实际需要,应当摆脱机械的规则束缚,在弥补法律漏洞方面发挥其应有的能动性和创造性。在如何弥补制定法固有的缺陷方面,学者在注重体系内弥补(如细化法律规范,完善法律原则,确定一般条款等)的同时,也注重体系外弥补,逐步借鉴

[16] 英美法系对大陆法系的借鉴与吸收,除了表现在制定大量的成文法外,还表现在对法律功能、法律形式、法官职责、司法体制等方面的认识的变化。

[17] 何勤华主编:《英国法律发达史》,法律出版社1999年版,第38页。

[18] 原来的罗马法具有判例法的特征,其中包含着丰富的具体规则,而缺乏(甚至可能反对)一般的原则。罗马法本身作为一种法律上的救济办法和程序而发展起来,并且在公元前2世纪的古典时期仍然保持着这种特征。后来,主要是通过后注释法学派的工作才变为确定权利和义务的法律。见前引[14],勒内·达维书,第7页,第13页以下。

和吸收判例法的有益成果。^[19]大陆法系学说的发展正呈现出一种积极鼓励法官发挥其在弥补法律漏洞方面的造法功能、发现社会生活中的活的法律的趋向。自20世纪以来,大陆法系国家极大地加强了法官在创制法律方面的作用,判例在补充法典的规定、指导法官办案方面的作用大大加强,甚至在有些领域,判例已发展成为法律的渊源。

在法国,1804年法国民法典颁布以来,社会生活发生了重大变化,社会关系更加复杂,有些领域的法律规定已经难以适应社会的变革。司法判例使该民法典的规定与现代社会的需求相适应,同时,司法判例又通过解释对这种社会需求予以发展、补充或限制,既阐发旧的法律思想,又提出新的法律思想。法国法院的这种法律创制活动颇易见诸实例。例如,根据法国民法典第1384条的规定,法国判例发展了事故法。这种法充分考虑了现代高技术社会中的特殊危险,故远比民法典编纂者设定的损害赔偿制度可取。于是乎,法国私法的许多领域不知不觉地已不复表现为成文法,而是变成了判例法。^[20]法国的判例发展了劳动法、家庭法、婚姻法以及禁止权利滥用理论、保险契约等方面的规定。在法国行政法中,判例占据着极其重要的地位。由于历史的原因,法国行政法院形成独立的系统。法国存在着公法、私法的划分,早期的行政活动不适用私法,同时行政制定法规定极其有限,因此,行政法官经常遇到无法可依的情况,不得不在判决中决定案件所依据的原则,从而使行政法的重要原则几乎全由行政法院的判例产生。可以说,法国行政法是在判例尤其是最高行政法院的判例基础上发展起来的,并且在此过程中逐渐确立了行政法判例的权威性。判例中的原则有的后来为制定法所接受,有的至今仍然处于判例状态。在法国行政法领域,即使制定法有规定时,制定法的适用也由判例所决定。法国行政法学家弗雷德尔曾讲到,如果我们大笔一挥,取消全部刑法条文,法国将无刑法存在;但是如果取消全部行政法条文,法国的行政法仍然存在,因为行政法的重要原则不存在于制定法中,而存在于判例中。^[21]

二战以后,德国非常重视借鉴和吸收英美法系国家的判例制度。在民法领域,几乎在所有的领域都存在法院判例发展民法制度的情况。在法律行为方面,1976年12月9日德国颁布的一般交易条件权利规则法(对行为人通过使用一般交易条件排除任意法或达成某种危险的协议的可能性进行了限制),主要是以司法机关在此以前根据民法典第157条以及第242条规定作出的判例结果为依据而制定的。在一般交易条件使用范围以外,法律科学和司法判例在很多方面对民法典的法律行为学说作了补充,并因此改变了其内容。在人法方面,一般人格权是法律科学和司法判例发展形成的新制度。在法人方面,立法者在民法典第54条中表现出来的对无权利能力社团的不信任态度,也让位于一种至少是中立的评价。虽然这一事实并没有导致对法律条文进行修订,但是学说和判例已在很大程度上将无权利能力的社团视同于有权利能力的社团。^[22]此外,法院通过判例创设了许多新规则,诸如交易基础、情势变更、滥用权利等影响至大的理论,这些判例被收集在联邦最高法院裁判集中定期出版,在实务中引用判决的比例比较大。如1990年至1995年期间,联邦宪法法院的判决被采用的比例是97.02%,在1992年至1995年,联邦财政法院颁布的判决有99.29%引用判例。^[23]联邦宪法法院的判例,对联邦和州各级法院均具有严格的拘束力。

二战以后,日本受美国法律制度的影响,开始借鉴判例法,并采纳了遵循先例的原则。日本裁判

[19] 因为判例法以其丰富的事实、规则、原则、学说与理论实现了法律的普遍性与特殊性、稳定性与适应性、确定性与灵活性、抽象性与具体性、相似性与差异性等价值的协调统一,能够克服制定法在实现法律的普遍性、稳定性和确定性的同时,牺牲掉了必要的特殊性、适应性和灵活性的弊端。

[20] 两位法学家还指出:在英美法和法国法所各自接受的法律渊源之间,那些人所共知且最为突出的对立实际上已分别减少。参见[德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第146页以下。

[21] [法]弗雷德尔:《法国行政法》,1984年法文版,第10页,转引自王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第19页以下。

[22] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第36页以下。

[23] 王吮:《判例在联邦德国法律制度中的作用》,《人民司法》1998年第7期。

所构成法第 49 条规定,下级法院必须遵循上级法院的判例。依据该法的规定,如果要作出与先例不同的判决时,“就同一法律问题,有与先前一个或二个以上的庭所为判决相反的意见时,该庭应向大审院长报告,大审院长因该报告,依事件之性质,命联合民事总庭、刑事总庭或民事及刑事总庭再予审问及裁判”。日本学者兼子一曾指出:“大陆法乃是成文法国家,对各个裁判中所表示的法理,并非直接且当然具有拘束力,然而关于制定法的解释、适用,或关于制定法规定的疏漏之处,如有相同意见的裁判通过重复作成的裁判形成的规则,自然具有了补充制定法内容的功能,且具有法源性。”〔24〕在日本,学者们认为,近百年来变化最激烈、内容最丰富的侵权行为法,其骨架是由大审院(最高裁)的判例组成的。日本的制定法并没有有关安乐死的规定,而法院的判例逐渐认可了安乐死,并形成了日本安乐死判例法。〔25〕在日本,最高法院的判例实际上具有严格的拘束力。〔26〕

在大陆法系国家,在许多新兴领域,判例制度发挥着十分重要的作用。以国家赔偿制度为例,法国是国家赔偿制度建设的前驱。确立法国国家赔偿责任的不是法国的制定法,而是法国行政法院的判例,其中布朗哥案件开国家赔偿之先河,成为许多国家赔偿制度的典范。在该案中,法国行政法院通过判例形式确立了三项原则:一是国家应当为其公务员的过错负责;二是行政赔偿责任应当适用不同于民法的特别规则;三是行政赔偿责任的诉讼属于行政法院管辖。从各国赔偿制度发展历史看,国家赔偿法律制度发展的一般性规律是:先由判例确定赔偿责任,尔后由成文法逐步发展,在成文法的发展中,先由宪法或特别法及一般法中的个别条款调整,尔后由统一的立法确立,但判例及司法解释仍是成文法的重要补充。判例法向成文法、特别法到一般法的立法规律表明,国家赔偿法不仅是一个复杂的法,而且是一部有操作性的实用法。为了适应这种既复杂又实用的现实,从而控制并减少充满神秘政治色彩的国家侵权行为,法院不能单纯地依靠抽象的一般规则去判案,也不能受遵循先例原则的束缚而畏首畏尾。只能通过创造性的判例去总结一些特别规则,先在部分特殊领域确立一些处理原则,然后将这些规则揉和到一起,使之具有普遍约束力。这是一般法形成的普遍规律。判例法之所以是国家赔偿法的主要渊源,并非是一个国家的法律传统使然,而是由国家赔偿制度本身的需要所决定的。国家赔偿不是传统法律制度,而是新兴的、综合性的法律制度。它因各国政治体制和政治传统的不同而大相异趣,如法国是一个不崇尚判例法的国度,但国家侵权特殊性及其立法滞后性决定了必须采用判例去解决此类问题。尤其在一个新制度建立之初,这种“法官立法”的方式就更富有简便快捷的特性了。在国家赔偿制度的创立史上,尽管发生了从判例到成文,从特别到一般的规律性现象,但这并不是绝对的,也不意味着当今各国已顺利地过渡到一般法阶段了,更不表明判例在今天也无所作为了。恰恰相反,一般法的出现并没有迅速结束在特别领域判例占主导地位的局面,在许多国家,三者是并存的,互为补充的。〔27〕

大陆法系国家的法律实践表明了判例法的实际存在。日本法学家大木雅夫指出:“大陆虽然确实没有先例拘束原则,但实际上,无论是法国还是德国,下级法院都遵从上级法院的判例,否则,下级法

〔24〕 [日]兼子一、竹下守夫:《裁判法》,有斐阁 1959 年版,第 7 页。

〔25〕 在日本,判例认为安乐死必须具备以下 6 个要件:根据现代医学知识和技术判断,病人已患不治之症且死亡已迫近;病人痛苦剧烈,且令人惨不忍睹;实行的惟一目的是为了减轻病人死亡前的痛苦;如果病人神智清醒,并能表达自己的意志,则需要本人的真诚委托或同意;原则上由医生执行,如果不能必须有足够说服人的理由;实行的方法在伦理上被认为是正当的、上述条件全部具备,夺去人生命的行为属于日本刑法规定的“正当行为”。为了消除病人肉体痛苦不得已而侵害生命的行为,可被认为相当于日本刑法规定的“紧急避难行为”。执行安乐死而不追究法律责任,其依据是作为正当行为的违法性阻却和紧急避难的违法性阻却,即通常构成违法和行为,由于特殊理由可不认为是违法。

〔26〕 法律出版社出版的《判例所表现的高法法理:日本最高裁判所商法判例要旨:1992-2004》,根据日本《最高裁判所裁判集(民事)要旨集[商法编]》、《最高裁判所高等裁判所民事判例要旨集》、《最高裁判所裁判集第 52-58 卷索引》中登载的判例中与商法有关的最高裁判所的判例翻译而成。日本既制定成文法又承认判例的法律依据效力,有关商法的判例成为商法的组成部分,来补充制定法的不足,特别是最高裁判所的判例,具有相当于我国最高人民法院司法解释的效力。

〔27〕 马怀德:《国家赔偿法的立法模式》,《法律科学》1994 年第 3 期。

院作出的判决就必然在上级审时被撤销。况且,在存在法官升任制度的情况下,有敢于反抗上级审之勇气的人,实属罕见。”〔28〕美国法学家约翰·H·梅利曼指出:“法官的活动受到判例的影响,一个作为案件辩护人或代理人而准备出庭的律师,总是把活动重点放在对大量判例的研究上,并在辩论中加以引证,法官判决案件也常常参照判例。不管革命思想对判例的作用如何评价,在事实上大陆法系法院在审判实践中对于判例的态度同美国的法院没有多大区别。”〔29〕

从上面的分析可以看出,大陆法系国家的法律中已通过直接或间接、明示或默示的方式为判例法的成长提供了一定的空间。具体表现为:一是直接规定判例为法律渊源之一。瑞士民法典第1条规定:“凡本法在文字上或解释上有相应规定的任何法律问题,一律使用本法。如本法无相应规定时,法官应依据惯例;无惯例时,依据自己作为立法者所提出的规则裁判。”二是间接默示规定判例为法律渊源之一。法律虽然没有对法律渊源做出明确规定,但是通过反向的方式可以确立判例法的存在空间。法国民法典第4条就规定“法官不得借口法无明文规定而拒绝审理提交给他的案件”。

目前,我国学者在论及大陆法系国家的判例时,对判例是否已经成为法律渊源还存有不同的认识。有的学者认为,在大陆法系国家的法律体系中,判例还没有承认为正式的法律渊源,其只是一种辅助性的参考规则,目前还不具有规范性的约束力,而仅仅具有事实上的约束力,判例在大陆法系的大多数国家还是处于名不正、言不顺的尴尬境地。之所以如此,一方面是因为在长期的司法实践中,大陆法系法官已经形成了对制定法规则的依赖心理;另一方面,更为重要的是由大陆法系各国“三权分立”的政治制度所决定的。如果判例具有拘束力,那必然违反禁止法官立法的原则。但是,理论终究是形而上的,判例的拘束力目前已被越来越多的大陆法系法官们所接受,而成为一个不容忽视的现实。〔30〕正如日本著名刑法学家西原春夫指出的那样,“从实质来看,判例如同法渊一般地约束着法院的判决。”〔31〕今天,法律的主要渊源是制定法还是司法判决这一古老的问题,对于我们理解普通法与大陆法之间的基本区别帮助甚微。

总之,两大法系的发展表明,20世纪以来大陆法系和普通法系在法律形式方面已有逐渐接近或趋同的现象。一方面,英美法系也越来越重视制定法,以使法律更具有形式的合理性。另一方面,大陆法系已越来越重视判例的作用,通过判例的形式对既有的制定法进行补充和改进,在保障法律的稳定性和安全性的同时也不断地引进新的法律原则和精神,以使法律在整体上能够适应社会发展的需要。

结语:为什么称“案例指导制度”

最高人民法院《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》第13项,提出的是“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用”。为什么最高法院将此项改革命名为“案例指导制度”,而不称之为“判例指导制度”、“判例法”、“判例制度”、“先例制度”等等?这其中蕴涵着对中国司法制度和审判制度的理解,而不单单是一个提法或叫法的问题。

中国实行案例指导制度,其目的是为了在保持制定法的法律体制下,以依法司法为主要的司法模式,借鉴判例法制度中对我们有用的和有益的东西,以弥补制定法之不足,而不是推倒重来,完全和彻

〔28〕〔日〕大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第126页。

〔29〕〔美〕约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,知识出版社1984年版,第52页以下。

〔30〕对于司法判例是否为一种严格意义上的法律渊源,在法国一直有热烈的争论。幸亏人们对此问题已渐渐厌烦,因为显然,一个人对此作出的答复完全是依据他自己对“法律渊源”的界说。倘若一项规则的标准是其在社会现实中的效力和其于事实上的生存力,那么毫无疑问,完全会有那些由法院创制的、复审判决确认的、具有全部法律规则要件的法律规则。参见前引〔20〕,茨威格特等书,第147页。

〔31〕〔日〕西原春夫:《日本刑事法的形成与特色》,法律出版社1996年版,第10页。

底地改造我们既有的法律体制和司法体制。所以,采用“案例指导制度”,而不是诸如“判例指导制度”、“判例法”、“判例制度”、“先例制度”等等,应该是一个正确的和准确的选择。因为在我们熟知的知识领域中,“判例”、“判例法”、“判例制度”、“先例制度”等等是一个有着特定内涵的法律制度和法律传统。它是以判例作为法律渊源,具有直接法律效力和可以直接援引的法律根据,它以“遵循先例”为它的核心理念和精神实质,“遵循先例”是它的规则和原则。

实行案例指导制度,是一个折中的制度选择。它既表达了我们所欲实行的是一种“案例”指导制度,而不是完全的“判例”指导制度,同时也表明我们同过去有不同,要将“案例”上升到能够“指导”以后法院审判工作的地位,而不是像过去那样仅仅起到“参考”的作用。案例指导制度是一种有创新的制度,但不是一种新的“造法”制度,它在本质上仍是一种法律适用活动和制度。因此,我们实行的案例指导制度,是以制定法为主,案例指导为辅,在不影响制定法作为主要法律渊源的前提下,借鉴判例法的一些具体做法。它是一种能够体现中国特色的、并顺应世界两大法系逐渐融合发展大趋势的制度变革举措。案例指导制度蕴涵着以下几个方面的法律价值:节约司法资源,提高司法效率;实现同案同判、法制统一的目标,最终实现司法公正;体现司法主动解决社会纠纷的功能,变司法的被动为主动,发挥司法改造不合理制度的功能和能动性;提高司法水平和司法能力,遏制司法腐败。

Abstract: The case directing system means to take statute law as the main body assisted by directive cases, so we could take reference of some methods of case law system without influencing the statute law as the main legal source. The case directing system involves many legal values as the following: saving judicial resources and enhancing judicial efficiency, maintaining the unity of legal rules and achieving judicial justice, making use of judicial functions and settling disputes actively, improving judicial ability and restraining judicial corruptions. Our current practice of legal system cries for the implementation of the case directing system. This kind of reforming measures on the rules reflects not only the Chinese characteristics, but also the general tendency of the gradually integrating development of the two legal systems in the world.

Key Word: the case directing system, statute law, case law, directive cases
