

外国法与案例在本国司法中的运用^{*}

郑智航

内容提要:比较法意义上的外国法与案例在本国司法中的运用,是指在完全没有涉外因素的情况下,法院在某些案件的审理过程中,援引外国相关的立法和案例来解释本国法律规范,或是国内法律规范并无规则,也无类似国内案例加以援用,法院援引外国相关的立法或案例来补强法律论证。在具体司法实践中,法官们运用外国法与案例的类型包括一般法律原则的援引、具体法律制度的援引和法律概念的援引。在大多数情况下,法官主要是在解释法律、澄清法律含义模糊的意义上,即法律论证意义上来运用外国法与案例,而非直接将外国法的相关规定适用于本国发生的案情。被援引的外国法并不具有国内法意义上的约束力,而是构成了一种有说服力的补充。当下中国司法应当对外国法与案例的运用采取一种较为谨慎的态度。

关键词:比较法 法律论证 法律渊源 国内司法

郑智航,山东大学法学院讲师。

一 问题的提出与概念界定

外国法与案例能否在本国司法中进行运用,这一问题是比较法学界关注的一个热点,并在学术界产生了一定的理论分歧。但是,理论上的分歧并没有阻挡外国法与案例在本国司法中加以运用的实践步伐。从世界范围来看,愈来愈多的国家在具体的司法判决中承认在一定条件下国内司法可以援引外国法与案例。例如,1984年加拿大新不伦瑞克法院在解决谁对被填平的河流的土地享有所有权时,利用了美国缅因州法院在 *Bradley v. Rice* 案中确立的判例。^[1] 2003年美国最高法院在 *Lawrence v. Texas* 案引用了欧洲法院在 *Dudgeon v. United Kingdom* 案的判决来证明用刑法来惩罚同性性行为是违宪的。^[2] 英

* 本文系山东大学人文社会科学青年团队项目“经济、社会、文化权利的法律保障与制度实现”(项目编号:IFYT12087)的部分成果。

[1] Gerard V. La Fores, *The Use of American Precedents in Canadian Courts*, 46 *Maine Law Review*, 211 (1993).

[2] *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).

国上诉法院2002年在 *Quantum Corporation Inc. and Others v. Plane Trucking Ltd. and Another* 案中援引《国际公路货物运输合同公约》将货物从新加坡空运到巴黎,再通过公路运输将货物从巴黎运到都柏林这一个联运运输合同定性为公路运输合同。^[3] 近年来,中国法院也开始在国内司法中运用外国法律作为法律论证的论据。例如,广州市中级人民法院在“杨丽娟诉南方周末报社、南方日报社侵犯名誉权案”中,运用了美国法中“自愿型公众人物”这一法律概念。^[4] 在“刘诚斌诉洪登凤离婚案”中,盐城市中级人民法院在判决中采取了大陆法系国家“终身定期金”的规定。^[5] 从整体上讲,中国法院在运用外国法律时,往往存在将外国法律规定简单等同于法学理论,以及运用的隐形化、随意性,甚至在运用过程中表现出强烈的“拿来主义”色彩等问题。这种客观现实迫使我们不得不从理论和实践层面思考外国法与案例能否在国内司法中加以运用以及如何加以运用这些基本问题。而国内学术界对这些问题的研究还处于起步阶段,其主要还局限于国内司法中运用外国法与案例的现象描述^[6]和从实践层面运用外国法与案例可能对国内司法带来的益处等问题上,^[7]而没有具体地论及法院在国内司法中应当如何运用外国法与案例这一问题。因此,笔者将从域外理论经验和实践经验的角度论证外国法与案例能否在本国国内司法中加以运用这一问题,并在此基础上分析外国法与案例在本国司法中运用的标准与效力、方法与界限以及在中国司法中加以运用的可行性等问题。

所谓外国法与案例在本国国内的司法运用是指,在完全没有涉外因素的情况下,法院在某些案件的审理过程中,援引外国相关的立法或案例来解释本国法律规范或是国内法律规范并无规则,也无类似国内案例加以援用,法院援引外国相关的立法或案例来补强法律论证。因此,比较法意义上的外国法与案例的司法运用与外国法的国内适用是两个不同的概念。其一,外国法的国内运用以待处理的案件具有涉外因素为前提,并经冲突规范进行联结,而比较法意义上的外国法与案例的司法运用并不要求待处理的案件具有涉外因素,也不存在冲突规范的联结这一问题。其二,在外国法的国内适用过程中,并不存在或较少存在比较的因素,而比较法意义上的外国法与案例的司法运用是以国内法与外国法的比较为中心展开的法律论证或法律补强活动。

[3] *Quantum Corporation Inc. and Others v. Plane Trucking Ltd. and Another*, EWCA Civ 350 (2002). 《国际公路货物运输合同公约》是一个关于公路货物运输的国际公约。1956年5月19日,该公约在日内瓦联合国欧洲经济委员会会议上通过,并于1961年7月2日起生效。参加国有比利时、丹麦、芬兰、法国、德国、匈牙利、意大利、卢森堡、荷兰、挪威、波兰、葡萄牙、瑞典、瑞士、澳大利亚、南斯拉夫等。英国不是条约成员国。

[4] 在该案中,广州市中级人民法院认为,“自愿型公众人物”隐私权保护要比一般人的弱。杨丽娟追星事件被众多媒体争相报道和杨丽娟及其父母多次主动联系、接受众多媒体采访。这一系列事件表明杨丽娟及其父母已经构成了“自愿型公众人物”,自然就要派生出公众知情权。但是,从法律上讲,我国并没有“自愿型公众人物”这一法律概念。它是美国法中的一个概念。参见广州市中级人民法院(2008)穗中法民一终字第3872号《民事判决书》。

[5] 参见盐城市城区人民法院(2001)城民初字第468号《民事判决书》。在该案判决书中,法院运用了大陆法系国家“终身定期金”的规定,认为如果一方生活困难,另一方应给予适当的经济帮助,从而使离婚后的老年妇女,老有所养。尽管在判决中没有“终身定期金”的字样,我国也没有这方面的规定,但主审法官在事后明确表示他运用了《德国民法典》、《法国民法典》、《瑞士债法典》、《日本民法典》等有关“终身定期金”的规定。

[6] 朱景文:《国内司法中运用外国法的比较法思考》,《法学》2004年第1期,第20-25页。

[7] 姜世波:《比较法方法在司法过程中的运用》,《法律适用》2011年第9期,第86-90页。

二 外国法与案例在本国司法中运用的理论分歧

外国法与案例能否在本国国内司法中加以运用这一问题在学术界产生了巨大的理论分歧。那些主张外国法与案例可以在国内司法中进行运用的人,往往从全球化带来法律的变革、比较法的优势、法律移植等角度来进行证成。而反对者则主要从主权学说、比较法运用的难处、民主原则等角度来证明自身观点的正当性。这种理论分歧在事实上影响了各国对外国法与案例在国内司法中运用所秉持的态度。

(一) 外国法与案例能在本国司法中运用的理由

1. 全球化与法律的变革

主张外国法与案例能在本国国内司法中运用的人从全球化在客观上推动了法律变革这一理论前提出发,认为当下法学研究需要突破以往功能主义将主要精力集中于地理上的实体(诸如国家或区域)的限制,而去从一个更为高远的角度来看待法律和宪法问题。^[8]而在判决中援引他国法律与案例充分体现了全球化的色彩。之所以这样说,其重要原因就是全球化给主权国家的权威带来了挑战。格莱恩(Glenn)认为,这种主权国家权威受到冲突与挑战的一个重要表现就是国家在诉讼过程中,愈来愈多地运用非国家性的说服力权威来提高司法的合法性。在他看来,将运用的法律仅限于主权国家的法律层面,就会给人一种国家的排他性印象,就越容易受到人们的质疑。^[9]另一方面,主张外国法与案例能在本国国内司法中运用的人也认为在一定程度上运用外国法与案例有利于一个国家以积极主动的姿态尽快融入到全球化的浪潮中。^[10]美国大法官布雷耶(Breyer)就认为,因为商业的国际化,法律与人权也日益国际化。这种国际化趋势为国家之间相互学习、相互借鉴提供了必要的前提,并且也为其他国家法官处理法律难题提供了重要参考。^[11]南非最高法院也从全球化的角度对此问题进行了重视,并在具体的司法实践中积极主动地运用外国法律与案例。在1995年的State v. Mhlugu案中,南非法院认为在司法实践中从比较法的角度来运用外国法与案例有助于法院积极投身于推动宪政和人权全球化的进程。^[12]

2. 比较法方法的优势

支持在国内司法中可以运用外国法与案例的一个重要理由,就是比较法的方法所具有的优势在于参考外国法律规定和判例对于提高司法活动具有重要意义。没有比较就没有鉴别,“一切认识、知识均可溯源于比较”。^[13]就司法过程而言,它本身就是一个运用法

[8] Ruth Teitel, Comparative Constitutional Law in a Global Age, 117 *Harv. L. Rev.* 2570-2596 (2004).

[9] H. Patrick Glenn, Comparative Law and Legal Practice: on Removing the Borders, 75 *Tul. L. Rev.* 977 (2001).

[10] 这种观点的代表人物是 Angioletta Sperti. See Angioletta Sperti, The Use of Foreign Law by the Supreme Court of the United States, Interest Group on the Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, unpublished, 2010.

[11] Full Transcript of Scalia—Breyer Debate on Foreign Law, <http://www.freerepublic.com/focus/news/1352357/posts>, 访问时间:2013年10月30日。

[12] State v. Mhlugu, SALR 867, 917 (1995).

[13] 这是德国18世纪早期浪漫主义诗人诺瓦里斯的一句名言。转引自[德]K.茨威格特、H.克茨著:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第1页。

律解决纠纷的过程,但是,法律具有抽象性、概括性,也就具有模糊性和不确定性。因此,司法过程也是一个法律解释的过程。在支持者看来,作为一种方法的比较法,为法官处理问题、解释法律提供了一种视角。对此,美国乔治敦大学法学院的杰克森(Jackson)教授结合宪法运用的实际指出,谨慎而细致的比较有助于人们更好地理解我们的历史、宪法价值以及当遇到新问题时如何解释法律。^[14] 其实,比较法是不同的国家法官之间进行相互交流和相互学习的重要手段。现代社会是一个开放的社会,假如不相互交流与相互学习,就难以在竞争日趋激烈的当代社会立于不败之地。以美国最高法院的运作为例,尽管美国最高法院是其他国家效仿的榜样,但是,金斯伯格(Ginsburg)认为美国最高法院应当运用比较法的方法从其他国家的最高法院中获得一些有益的经验。^[15] 这只是司法过程中法院运用比较法的一个优势,这种优势也获得了绝大多数学者的认可。还有部分学者不但认为国内司法中应当运用比较法的方法,而且认为法官在司法实践中在一定条件下可以直接援引外国法律和判例作为法律解释的根据和理由。^[16] 在他们看来,说理是司法的关键,而外国法律和判例的制定与出台并不是没有一定道理的,甚至有时还比国内法的规定更具合理性。当法律存在含义模糊时援引外国法与案例有助于在一定程度上节省说理成本。

3. 法律移植

法律移植是法律发展的具体路径之一。一国在移植其它国家法律的过程中,必然会将一些基本理念也带到本国。主张外国法与案例能在本国国内司法中进行运用的人往往会从法律移植角度来论证其主张的合理性。在他们看来,如果一个国家移植了其他国家的法律,母国的法律解释对于本国就具有重要作用。如果法官无视母国的法律解释而擅自加入自己的解释,就很有可能破坏该国法律原有的结构性联系。例如,土耳其全盘移植《瑞士民法典》,因此,土耳其把《瑞士民法典》的解释逐条翻译成土耳其文发给该国法官。^[17] 其实,一国选择移植哪一国家的法律在很大程度上是因为其文化具有一定相似性,在某些时候运用外国法就是这种文化相似性的体现。有学者认为,加拿大法院从不反对大量使用英国先例和法国法律,是因为加拿大与英国和法国传统之间存在的诸多正式的和非正式的联系。^[18]

(二) 外国法与案例不能在本国司法中运用的理由

1. 主权学说的影响

反对外国法与案例能在国内司法中运用的人往往从奥斯丁“法律是主权者的命令”这一学说出发来论证其主张的正当性。在他们看来,一国的人民没有义务去服从其他独

[14] Vicki C. Jackson, *Constitutional Law and Transnational Comparisons: The Youngstown Decision and American Exceptionalism*, 30 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 193 (2006).

[15] 在金斯伯格看来,自从二战以后,许多新的宪法法院出现了,这些法院为了自身的发展都盯着美国最高法院,但是,假如美国最高法院不向其他国家学习,他们将是失败者。See Ruth Bader Ginsburg, *Looking Beyond Our Borders: the Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, 40 *Idaho Law Review*, 1-2 (2004).

[16] 参见王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(第2册),北京大学出版社2009年版,第6-7页。

[17] [日]大木雅夫著:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第76页。

[18] Gerard V. La Fores, *The Use of American Precedents in Canadian Courts*, 46 *Maine Law Review*, 213 (1993).

立政治社会的主权者所发布的命令,外国的法律在本国也就不能加以运用。其实,强调主权者的法律只对本国人民具有约束力的一个重要原因就是主权者往往会从历史和传统来制定相应法律,这也是主权国家能够长治久安的一个重要条件。外国法是主权者根据该国具体情势制定的,反映了该国的历史和传统。因此,绝大多数的外国法与本国法的解释运用较少存在直接的特定关系。^[19] 在 *Lawrence et al. v. Texas* 案中,鲍尔斯(Bowers)认为,一国的法律与其具体的历史和传统相关联,假如运用外国法来推导出本国相关条文中规定了拥有鸡奸的权利,就会与美国的历史和传统相违背,最终干涉国家主权的实现。^[20]

2. 外国法与案例运用的操作难度

反对者也从运用比较法可能存在的困难出发来反驳外国法与案例在国内司法中的运用的合法性。首先,要想在国内司法中运用外国法就必须对外国的相关立法和司法实践有充分的掌握,然而,由于语言、文化背景、工作负担等多方面的原因,法官难以达到对外国法充分掌握的程度。而且,绝大多数法官既不集中学习也不愿意运用其他国家的法律,因此,相比于本国法而言,他们对外国法的经验严重不足。^[21] 反对者也以此为主要反对理由。我们以国际刑事法院运用外国法与案例为例,审判庭法官在缺乏规约规定或缺乏具有决定意义的先例时,往往会从不同国家的法律中寻求论证上的支持。然而,在大量的案件中,审判庭采纳了在很大程度上基于英国法(更广泛而言,基于普通法体系)的“实践考量”,而忽视了大陆法系的相关规定和做法。这种立场受到了前南刑庭卡塞斯庭长的批评。他认为法庭不应该“仅是根据普通法国家的概念、实用主义考量或哲学基础来断案,而撇开罗马法国家或其他法律体系于不顾”,而且更重要的是,在刑法领域采用基于实践考量的办法的结果会“有违根本的习惯法原则——法无明文规定不为罪”。^[22]

3. 违反民主原则

防止法官和法院的反民主倾向是现代法治国家的一项重要任务,而实现此目标最有效的一项措施就是要求法官和法院严格按照立法机关的制定法来判案。反对者就从这一点出发,认为在未经国会立法转化的情况下法院直接援引外国法与案例作为判决的某种依据是违反民主原则的。在他们看来,学习和借鉴外国经验应当是立法者、而不是法官的职责。外国的立法者无论民主化程度有多高,但在本国并不具有民主的合法性。^[23] 倘若法院和法官援引他国法律在事实上就违反了民主原则。

(三) 对上述观点的评述

从功能主义角度来考虑,造成外国法与案例在本国国内司法中能否运用的理论分歧的一个重要原因,就在于人们对于法官和法院奉行的基本立场存在差异。支持者无论是

[19] Sujit Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 *IND. L. J.* 838 – 839 (1999).

[20] *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).

[21] Matthew J. Wilson, *Demystifying the Determination of Foreign Law in U. S. Courts: Opening the Door to a Greater Global Understanding*, 46 *Wake Forest Law Review*, 887 – 895 (2011).

[22] [法]M. 戴尔玛斯-马蒂著:《比较法对国际刑事法庭工作的影响》,王玉芳、赵海峰译,《比较法研究》2004年第6期,第130页。

[23] 参见林彦、杨珍:《美国联邦最高法院对外国法的态度》,《华东政法大学学报》2012年第2期,第72页。

从全球化与法律变革的角度还是从法律移植的角度来进行论证,都强调了法官和法院不应当采取一种保守主义立场,而应当采取一种积极主动的立场,通过自己创造性的司法活动来推进法律的发展与变革。反对者则从保守主义的立场出发,认为法院和法官必须承认主权国家是道德标准的唯一判断者,并且法院和法官的职责在于捍卫主权国家的道德标准和行为准则,而无需过多地根据外国法与案例来考虑本国的道德标准和行为准则的合法性这一问题。^[24] 保守主义与能动主义的这种争论对外国法与案例在国内司法中运用的实践产生了重要影响,这种影响的一个重要表现就在于能够运用外国法与案例的法院主要是最高法院。以美国为例,出现外国法与案例司法适用的案例主要集中在联邦最高法院。这也就意味着,各国对外国法与案例的国内司法运用都采取一种较为谨慎的态度。

就具体的论证观点来看,无论是支持者还是反对者在论证上都或多或少地存在一定的问题。就支持者而言,他们从全球化推动法律变革的角度出发进行的论证进路在理论上忽略了全球化的理论预设这一问题,即当下的全球化是否如学者们所言的那样充分体现了一种普世价值;另一方面,这种论证进路忽略了法律制度所具有的“地方性知识”的色彩。而且,我们也要看到比较法作为一种方法有其自身的限度。这种限度一方面是源于法官和法律从业人员的素质,另一方面源于法律传统、社会法律意识等其他外在因素。^[25] 就上述反对外国法与案例能在本国国内司法中加以运用的论证理由而言,也是难以具有说服力的。首先,从主权学说和民主原则出发来否认外国法及其案例在本国司法中运用的论证,在事实上只看到了这种运用的“外国法”成分而忽视了“比较方法”的成分。其实,外国法与案例在本国国内司法中运用强调的是法官在司法实践中对国内法与外国法进行比较,并在不违反国内法律精神的前提下进行的一种选择运用。在这个过程中,国内法实际上起着约束法官的作用。因此,外国法与案例在本国国内司法中运用并没有突破国内法的限制,也就不违反主权学说和民主原则。其次,上述反对主张夸大了运用比较法所选择的外国法与案例的效力。在国内司法运用外国法与案例的过程中,外国法并不像国内法律那样是作为判案依据存在的,而是作为解释本国法律规范、补强法律论证的论据而存在的。因此,此时的外国法与案例具有一种论证和补强的效力。^[26] 最后,尽管外国法与案例在本国国内运用的操作难度确实是需要考虑的一个因素。但是,我们不能以此来作为完全反对外国法与案例在本国国内运用的理由。因为操作难度是个实践性的问题,而外国法与案例能否在国内司法中运作是个理论性问题,并且外国法与案例运用是否具有难度在很大程度上取决于法官的法律职业素养和比较法方法的掌握程度。从实践来看,世界各国已经出现了大量成功运用外国法案例,从而对这一观点构成了反证。因此,对这一点,我们需要具体问题具体分析。

[24] Roper v. Simmons, 125 S. C. T. 1183 (2005).

[25] Esin Orucu, Methodological Aspects of Comparative Law, 8 *Eur. J. L. Reform*, 40 (2006).

[26] 对此问题,笔者将在下文“援引外国法与案例的效力”部分进行详细论述。

三 本国司法运用外国法与案例的标准与效力

尽管外国法与案例在本国国内司法运用中遭到了部分学者和实务工作者的质疑,但是,这并没有阻挡住法官们探索援引外国相关的立法或案例来解释本国法律规范或是国内法律规范并无规则、也无类似国内案例加以援用,国家直接援引外国相关的立法或案例的步伐。甚至反对者在具体的国内司法实践中也会在适当的时候去运用外国法与案例。这也在事实上证明人们对外国法与案例在国内司法中运用这一问题关注的重点正在从运用是否具有合理性转向运用的可行性,即在国内司法中运用外国法与案例的标准、援引外国法的效力、方法和界限等问题。

(一) 运用的具体类型

从域外具体司法实践来看,法官们运用外国法与案例的类型主要包括一般法律原则的援引、具体法律规则的援引和法律概念的援引三种。

1. 一般法律原则的援引

一般法律原则是“在逻辑上直接产生于法律的目的而受法律的价值节制和约束的、作为整个法律的基础与本源的综合性的和稳定性的根本原则与观念”。^[27] 在 *Dudgeon v. United Kingdom* 案中,欧洲法院以 15:4 的比例判决北爱尔兰判处两个成年人之间的自愿同性恋行为是犯罪的作法违背了《欧洲人权宣言》第 8 条所规定的个人私生活受到尊重这一基本原则。^[28] 在 *Lawrence v. Texas* 案中,美国法院援引了欧洲法院的这一原则,指出同性鸡奸行为是一种私人性行为,属于私人生活的一部分,国家不得基于国家安全、公共安全或者国家的经济福利等以外的因素对这种行为进行限制。尽管美国宪法正当程序条款已经暗示了这一原则,但是,援引欧洲法院的这一判决起到了补强作用。最后,法院判定出于非商业性质的、发生在私人场所的、两个成人自愿的鸡奸行为并不违法。

2. 具体法律规则的援引

法律规则和法律原则最大的区别在于法律规则规定了具体的行为模式和行为后果,因此,法律规则往往指向的是某一个具体行为,而法律原则指向的是某一类行为。从世界其他国家的具体司法实践来看,有许多国家的法院援引了其他国家的具体法律规则。在美国 *Muller v. State of Oregon* 案中,布兰迪斯(Brandeis) 律师在辩护意见中援引了英国、法国、瑞士、荷兰、德国等国有关妇女工作时间的法律规定。布鲁尔(Brewer) 法官在判决书中既承认了布兰迪斯(Brandeis) 援引 7 个国家相关立法的辩护策略是成功的,也承认由于男女生理结构和扮演的社会职能的差别,对妇女工作条件进行限制具有正当性。^[29]

3. 法律概念的援引

从法理学上讲,法律概念是法律原则与法律规则的“柱石”,决定着法律原则和法律

[27] 姚建宗编著:《法理学——一般法律科学》,中国政法大学出版社 2006 版,第 87 页。

[28] *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (1981).

[29] *Muller v. Oregon*, 208 U. S. 412 (1908).

规则的方向和位置。在运用过程中,界定了法律概念也就意味着在运用过程中界定了法律原则和法律规则的方向和位置。^[30] 因此,法律概念内核的变化也就决定了法律原则与法律规则运用的变化。援引法律概念来以司法的方式推动法律的发展是本国司法运用外国法与案例的一种类型。例如《德国民法典》尽管承认应当对人格进行法律保护,但是,它没有人格权的概念。因此,《德国民法典》将生命、身体、健康和自由等人格利益纳入了侵权法的保护范围,这就将个人荣誉和隐私等一般性人格权排除在法律保护之外。德国联邦最高法院于 1958 年 5 月 20 日在“录音案”判决中指出,“每个人的个人价值在法律制度中具有核心的重要性,凡是同我们的观点类似的国家,几乎都承认无形损害赔偿作为对侵害人格的适当的私法制裁。出版自由在这些法律秩序中也具有根本性的重要意义,而且对于精神损害的赔偿的能力并不影响出版自由,因此所谓允许对人格侵害给予无形损害赔偿就意味着侵害或者危害基本法所承认的出版自由——这种反对意见是毫无根据的。”^[31] 德国联邦法院通过援引外国法律概念丰富了本国的人格权概念的内涵。又例如,在美国的隐私保护实践中,人们将公众人物分为“自愿的公众人物”和“非自愿的公众人物”。所谓自愿的公众人物是那些在主观上希望或者放任自己成为公众人物并在客观上成为公众人物的社会成员。而非自愿的公众人物在主观上并没有追求或者放任自己成为公众人物,只是由于偶然的事件而进入公众视野的人。^[32] 广州市中级人民法院在“杨丽娟诉南方周末报社、南方日报社侵犯名誉权案”中就援引了美国“自愿型的公众人物”这一法律概念。^[33]

(二) 选择外国法与案例的标准

由于国内法并没有规定在司法中可以运用哪国外国法与案例,因此,当法官在司法中运用外国法与案例时,首先必须解决的是选择哪个国家的法律与案例来加以运用这一问题。在具体的司法实践中,我们发现法官在选择运用哪国法律或案例时,往往会坚持如下标准。

1. 可运用的外国法与案例必须体现人类的共同价值

在 *Lawrence v. Texas* 案中,美国法院一再强调欧洲法院在 *Dudgeon v. United Kingdom* 案体现的充分尊重个人私生活原则是我们文明社会所共同承认的价值。在 1958 年,美国联邦首席大法官沃伦(Warren)在 *Trop v. Dulles* 案中认为,采用的刑罚不得违反人类社会不断演进的尊严标准,而这是其他世界文明国家都一致坚持的主张,因此,美国法院在判决时应当适用这条标准。^[34] 《瑞士船舶法》第 7 条规定:“如果瑞士联邦没有有关法律规定时,法官必须遵守公认的海商法原则。”这里“公认的海商法原则”,就包括外国法规定而本国法没有规定的海商法规则。南非法律规定,现代开放和民主社会是以人类尊严、平

[30] 刘星著:《法理学导论》,法律出版社 2005 年版,第 93 页。

[31] [德]K. 茨威格特、H. 克茨著:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社 2003 年版,第 28 页。

[32] 参见 Anita L. Allen, Richard C. Turkington 著:《美国隐私法学说 判例与立法》,冯建妹等编译,中国民主法制出版社 2004 年版,第 279 页。

[33] 广州市中级人民法院(2008)穗中法民一终字第 3872 号《民事判决书》。

[34] *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 102 (1958).

等和自由为基础的,法院在解释权利法案时,必须促进这些价值的发展。为了实现这一目标,法官必须考虑国际法,可以考虑外国法。^[35]我们将这一规定进行整体解释,可以推导出南非在选择外国法时也非常强调该法律应当体现一些人类的基本价值。

2. 可运用的外国法与案例不能与本国法律精神相违背

从相关的司法实践来看,运用外国法的情形主要是本国法律没有规定或者法律规定存在模糊,运用外国法有助于阐明特定法律概念、规定的规范意义。因此,运用外国法的目的还是要进一步维护本国法律制度的完整性和周延性。^[36]本国法律的整体精神和法律制度体系的统一性是选择何国法律的一条重要判准。托马斯·艾伦(Thomas Allen)和布鲁斯·安德森(Bruce Anderson)认为,法官在司法实践中选择运用何国法律时,被选择运用的法律需要满足一致性标准、融贯性标准和结果标准三个标准。所谓一致性标准是指,法官在选择运用外国法时必须同本国已经确立的法律制度体系相一致,不能选择运用与本国法律制度体系相冲突的外国法。^[37]按照历史法学派的观点,法律是民族精神的体现,是民族精神缓慢、渐进、有机发展的结果。法官在具体司法实践过程中,只有以本国法律整体精神为判准来选择可运用的外国法,才能有效地将外国法纳入本国法律体系中,从而确保本国法律体系的一致性和融贯性。因此,有学者认为,“(法官在运用外国法时)不能将本国没有规定的犯罪直接引入到本国法中。换言之,法官不能参与需要制度改革或在既存规范中缺乏任何基础的法律移植实践。”^[38]

3. 选择的外国法与案例应当尽量符合本国法律传统

其实,司法实践中运用外国法与案例来解释本国法律法规时,是否只限于彼此相类似的法律传统,还是包括式样上不同的法律传统是学术界颇具争议的一个问题。^[39]“法律传统是在长时期的历史当中逐渐形成而延续至今,从而对一个社会的法律现实具有广泛而深刻的实质影响的有关法律的价值观和法律思维。”^[40]因此,选择具有相同或相似法律传统的外国法有助于外国法在本国司法中得到认可。

4. 在运用外国法与案例时应当优先考虑同一法系的他国国家的法律及其案例

同一法系国家的法律及其判例往往会使用相同的法律概念体系,而这些相同的法律概念体系更有助于不同国家之间进行法律借鉴。在运用外国法与案例时优先考虑同一法系国家既有助于减少本国与他国法律之间的冲突,又有助于当事人对他国法律及其案例的接受。例如,加拿大在司法实践中选择使用美国判例的一个重要原因是加拿大与美国都是普通法传统,都具有自由民主社会的特征和联邦制的政府结构。^[41]在加拿大1990年发生的 R. v. Keegstra 案中,主审法院就从美国宪法第一修正案立基于多样化的国家传

[35] Ackermann, Constitutional Comparativism in South Africa, 16 *South Africa Law Journal*, 497-515(2006).

[36] Daphne Barak-Erez, The Institutional Aspects Of Comparative Law, 15 *Columbia Journal Of European Law*, 482(2009).

[37] Thomas Allen & Bruce Anderson, The Use of Comparative Law by Common Law Judges, 23 *Anglo-American Law Review*, 447-449(1994).

[38] Daphne Barak-Erez, The Institutional Aspects Of Comparative Law, 15 *Columbia Journal of European Law*, 190(2009).

[39] [德]K. 茨威格特、H. 克茨著:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第28页。

[40] 姚建宗:《法律传统论纲》,《吉林大学社会科学学报》2008年第5期,第72页。

[41] Gerard V. La Fores, The Use of American Precedents in Canadian Courts, 46 *Maine Law Review*, 211-220(1993).

统的法理学角度出发,认为刑事法律不应干涉民众进行的宣传性行为。^[42] 另一方面,当代法学教育深受法律传统的影响,法官的知识也体现出明显的法律传统色彩。例如,英美法系的法官往往接受的是普通法系的知识,而大陆法系的法官往往接受大陆法系的法律知识。将外国法运用的范围限于同一法系有助于准确把握外国法的精髓。

(三)援引外国法与案例的效力

前文已经提到反对外国法与案例在本国国内司法中运用的观点在实质上夸大了援引外国法与案例的效力。其实,援引外国法与案例的效力问题也是比较法在本国司法中运用遇到的一个最核心的技术性问题。绝大多数人都认为援引的外国法与案例并不具有国内法意义上的约束力,而是构成了一种有说服力的权威,它体现的是比较法作为一种法律解释方法的运用。^[43] 例如,奥康纳(O'Connor)法官就认为尽管国际法和其他国家的法律难以对美国的判决产生约束力,但是,其他国家和国际社会得出的结论在一定场合下会对其构成具有说服力的权威。^[44] 外国法与案例在本国司法中运用能够产生这种说服力的权威的原因有以下几个方面:一是,所援引的外国法与案例往往都是符合本国法律传统与法律精神,并且体现了人类的某些共同价值。这些共同的价值又能够构成人们信服的一种理由。二是,援引外国法与案例的过程是一种法律论证的过程中,在这个过程中,法官需要对援引的外国法与案例的理由进行说明,这个说理过程有助于外国法与案例说服力权威的生成。三是,援引外国法与案例是在法官自由裁量权范围内进行的,由于法官的自由裁量行为往往具有较强的主观性,而援引的外国法与案例往往具有一定的客观性和给人一种直观的感受,从而有助于法官自由裁量权的客观化,这又反过来增强了所援引的外国法与案例的说服性的效力。但是外国法与案例具有说服力的权威并不等于就具有国内法意义上的约束力。之所以说援引的外国法不具有国内法意义上的约束力,主要有以下方面的原因:首先,可以援引的外国法与案例的数量是巨大的,而且法官的意识形态和知识储备不同,援引的外国法与案例也不同,甚至不同的法官援引的外国法与案例会存在冲突,如果赋予援引的外国法与案例具有国内法意义上的约束力就极有可能形成法官的一种专断。其次,从外国法与案例在国内司法中运用的目的来看,它主要并不是为了重新确立一个新的裁判规则,而是要去澄清既有法律的模糊之处。在这个过程中,援引的外国法与案例主要起到一种法律论证的作用,即援引外国法与案例来进一步强化对国内法所包含的原旨进行司法适用,而绝非援引的外国法与案例直接越过国内法而径直适用。再次,从外国法与案例在他国国内司法中运用的具体过程来看,援引的外国法与案例与其他的社会科学知识之间实质上是处于一种相互竞争的状态,法官是否采信主要取决于该外国法与案例在与其它社会科学知识进行竞争时是否占据上风,因此,援引的外国法与案例的权威源自于过程中的说服,而非事先的赋予。

[42] R. v. Keegstra, 3 S. C. R. 697 (1990).

[43] K. Zweigert, Methodological Problems in Comparative Law, 7 *Isr. L. Rev.* 465 (1972).

[44] Southern Center for International Studies, Remarks by Sandra Day O'Connor, http://www.southern-center.org/OConnor_transcript.Pdf, 访问时间:2013年11月1日。

四 本国司法运用外国法与案例的方法与界限

在大多数情况下,法官主要是在解释法律、澄清法律含义模糊的意义上,即法律论证意义上来运用外国法与案例的,而非直接将外国法的相关规定直接适用于本国发生的案情。因为各国的立法目的、法律所要解决的问题、社会背景等可能存在差异。因此,法官在本国司法运用外国法与案例的过程中应当处理好外国法与本土化之间的关系。

(一) 本国司法运用外国法与案例的步骤

1. 发现法律的模糊之处

尽管主权观念在全球化的冲击下受到了强烈冲击,但是,立法权、行政权、司法权是主权的一部分这是一个不争的事实。这也在客观上要求法官在司法实践中只有当本国法存在模糊时才能够运用外国法与案例。如果本国法律已有规定或不存在模糊之处而援引外国法与案例,一方面会扩大法官的自由裁量权,从而容易形成“有法不依”的乱象;另一方面也会增加公民的守法成本,因为公民不但要了解国内法也要了解外国法。在发现法律存在模糊时,法官可以运用比较的方法,即对照外国法的相关规定,寻找本国法与外国法之间的差异,从而断定本国法是否存在模糊。例如,对于债权人在给付不能时的代偿请求权,《德国民法典》第 281 条规定无论给付不能是否因可归责于债务人的事由所引起,均发生债权人的代偿请求权。中国台湾地区民法则仅规定给付不能是因不可归责于债务人的事由所引起时,方发生债权人的代偿请求权。通过德国民法与中国台湾地区民法的比较,可以发现中国台湾地区民法没有规定因可归责于债务人事由引起的给付不能时的代偿请求权。^[45] 法官也可以根据自己的司法经验,运用逻辑推理方法发现本国法律的模糊之处。

2. 寻找相似点

在发现本国法律的模糊之处以后,法官需要找寻外国相似的法律规范或案例来澄清法律的模糊之处。在具体的司法实践中,最难认定的就是待处理的本国案例与外国案例之间具有法律上的相似性。“在德国,对这种相似性的认定主要有三种学说。第一是构成要件类似说,即两个案件的多数内涵特征具有相同性,且在法律评价上对两案具有重大意义,则可认定两案具有类似性。这是通说。第二是实质一致说,即系争法律规定的法定案型与待决案件事实间是否具有实质的一致性。第三是同一思想基础说,即系争案件事实与法定案型事实之间具有同一利益状态,亦即具有相同的基本思想,即可认定具有类似性。”^[46] 在笔者看来,案件的相似点的判断是事实上的相似性与法律评价上的相似性共同作用的结果。一如拉伦茨所言,“法定构成要件中,哪些要素对于法定评价具有重要性,其原因何在,要回复这些问题就必须回归到该法律规整的目的、基本思想,质言之,法律的理由上来探讨。”^[47] 只有寻找到了案件事实和该案件在整个法律体系中评价的相似性,才能

[45] 王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(第2册),北京大学出版社2009年版,第43页。

[46] 王贵松:《民法规范在行政法中的适用》,《法学家》2012年第4期,第51页。

[47] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第258页。

够运用该外国法律规范和案例来澄清法律的模糊之处,从而补强法律论证的效力。

3. 比照运用

只有寻找到本国案例与外国案例之间法律上的相似性,才能将外国法律规范比照运用到本国案件的处理上。1984年,加拿大新不伦瑞克法院在审理谁对因填平河流而新增的土地拥有所有权一案时,该法院运用了美国缅因州法院在 *Bradley v. Rice* 案中确立的判例。在 *Bradley v. Rice* 案中,适用于正常河流的所有权规则也适用于人工池塘。在新不伦瑞克法院看来,填平河流而新增的土地与 *Bradley v. Rice* 案的人工池塘具有事实上的相似性,并且加拿大与美国在所有权规则上都具有一定的相似性,即法律相似性。因此,该法院认为在审理谁对因填平河流而新增的土地拥有所有权时可以比照运用美国缅因州法院在 *Bradley v. Rice* 案中确立的判例。^[48] 在此需要强调的是,这里的比照运用,在很大程度上体现了法律证论的过程。按照哈贝马斯的观点,论证是“一种言语类型,在论证过程中,参与者把有争议的有效性要求提出来,并尝试用论据对它们加以兑现或检验。一个论据包含着种种与疑难表达的有效性要求有整体关系的理由。”^[49] 外国法与案例是作为法律论证的一种论据而存在,采信与否最终取决于本国的整个法律制度体系。

(二) 运用外国法与案例的基本规则

法官在具体的司法实践中运用外国法与案例时必须遵循一定的基本规则,否则容易造成法官的恣意。具体而言:

第一,在本国具体司法实践中运用外国法与案例的前提是本国法欠缺相应的规定或法律存在含义模糊的问题。在 *Greenspan v. Slate* 案中,Slate 的女儿因脚扭伤被送到 *Greenspan* 的诊所,但 *Slate* 不在本地。*Greenspan* 为了抓紧治疗,私自为其女儿作了手术,后来 *Slate* 的女儿病愈。*Greenspan* 向 *Slate* 索取医疗费。*Slate* 以他没有同意为由,拒绝支付。然而,美国普通法与衡平法对于在缺乏明示或默示的合同关系的情况下,为该未成年人在危机时提供的必需品,其父母是否应负责任这一问题的规定存在冲突。在这种情况下,新泽西州最高法院援引了奥地利、法国、德国、意大利和瑞士五国的民法典,认为现代大陆法系国家的法律规定,父母对未成年子女的义务是直接的。最后判决宣告原告胜诉,*Slate* 应当向 *Greenspan* 支付医疗费。^[50] 换言之,假如法律有明确规定,法官不得运用外法国的规定来阻却本国法的实施。从这个意义上讲,法官是坚持克制主义的前提下运用外国法与案例的。坚持这一基本规则也有助于三权分立原则的实现,从而防止司法权对于立法权的僭越。

第二,运用外国法与案例应当坚持权利推定。前已述及,人类的共同价值是衡量外国法是否可以运用的一条重要判准,而这种共同价值的一个重要表现形式就是基本权利意识。因此,在运用外国法时必须贯彻基本权利意识,自觉遵守权利推定法则。其实,法官最为根本的任务就是要维护宪法和法律权威,即使在运用外国法与案例的时候也不能例

[48] *Brophy v. Alexander Constr. Co., Ltd. and Village of Blackville*, 55 N. B. R. 233 (1984).

[49] [德]尤尔根·哈贝马斯著:《交往行为理论:行为合理性与社会合理性》,曹卫东译,上海人民出版社2004年版,第17页。

[50] *Greenspan v. Slate*, 12 N. J. 426 (1953).

外。在运用外国法与案例时,法官应当将外国法的相关规定及其案例与本国宪法和法律规定结合起来,并在外国法与案例的指引下,从本国既有法律体系所规定的基本权利推定出派生权利、由多种权利推定出一种权利、从法律所保留的“剩余权利”和“空白权利”推定出实有权利等。因此,外国法与案例的运用并不仅仅只是外国法律条文及其案例在本国的运用,它更为强调的是通过解读外国法律条文及其案例的基本精神,并以此来激活本国法律中的权利推定,从而实现本国法律的发展。

第三,在运用外国法与案例时,不得违反本国强行性规范。就美国、意大利、加拿大等国的相关司法实践来看,援引外国法院先例和法律一般都只是附带性的,起到补强结论说理成分的效力。因此,一般被采信的外国法或外国先例都没有违反本国强行性规范。例如,在 *Lawrence v. Texas* 案中,美国法院在援引欧洲法院奉行的个人私生活受到尊重时并没有突破本国发生在公共场所、具有商业性质或不自愿的鸡奸行为是犯罪这一强行性规范。^[51] 又例如,在上海海事法院审理的“江苏省纺织品进出口集团股份有限公司诉北京华夏企业货运有限公司上海分公司、华夏货运有限公司无单放货”案中,被告试图用美国 1936 年《海上货物运输法》和《联邦提单法》来证明承运人可将提单下的货物交付给不可转让提单中记名的收货人,即记名提单项下的货物承运人可以不凭正本提单交货。而这条规定显然属于《中华人民共和国海商法》第 44 条规定的违反我国海商法强制性规定的情形。因此,法院并没有援引美国法律。^[52]

第四,就援引外国法与案例而言,既可以是法官主动提出来,也可以是当事人及其诉讼代理人提出来。在 *Lawrence v. Texas* 案^[53]、*Greenspan v. Slate* 案^[54]、*Roper v. Simmons* 案^[55] 中,法官在本国法律存在含义模糊的情况下,径直援引了外国法与案例。而在 *Muller v. Oregon* 案中,布兰迪斯 (Brandeis) 律师是以一种法律论证策略的方式援引了英国、法国、瑞士、荷兰等国有关妇女工作时间的规定。布鲁尔 (Brewer) 法官在判决书中从这些规定所体现的法律价值、本国法律精神等角度加以说明并对这些规定给予采信。^[56] 倘若当事人及其诉讼代理人提出援引的外国法违背了上述标准,法官就不会采信这些外国法与案例。

(三) 本国司法运用外国法与案例的界限

本国司法实践中运用外国法与案例可能带来司法者的恣意,也可能带来对主权国家意志的冲击,所以,我们应当对国内司法中运用外国法与案例的行为设置必要的限制。一如杰克森 (Jackson) 所说,“使用不具有约束力的外国法并不是一种异常的司法能动主义的形式,而是在许多判决中都应用了法律解释传统的形式。但是,外国法的运用是苛刻

[51] *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).

[52] 上海市海事法院 (2003) 沪海法商初字第 299 号《民事判决书》。

[53] *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).

[54] 在 *Greenspan v. Slate* 案中,新泽西州最高法院主动援引了奥地利、法国、德国、意大利和瑞士五国的民法典来证明父母有责任为其未成年人在危机时获得的必需品埋单。See *Greenspan v. Slate*, 12 N. J. 426 (1953).

[55] 在 *Roper v. Simmons* 案中,法院主动从国际上通行的作法出发,认为对青少年适用死刑违反了现代社会的基本准则。See *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1200 (2005).

[56] *Muller v. Oregon*, 208 U. S. 412 (1908).

的,因为我们对于外国法的理解容易犯错误,并且许多人都没有这方面的法律训练。”^[57] 具体而言,国内司法中运用外国法与案例需要遵循以下界限:其一,外国法及其他案例的运用不得突破法律保留原则。法律保留原则是一项重要的国际法规则。为了充分地尊重各国的意愿和各自的特殊性,《维也纳条约法公约》规定一国或国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约时,有权保留部分内容。法律保留原则的存在有利于国家主权的行使。连国际法在国内的适用都要受到法律保留的限制,更遑论司法论证中对外国法或案例的援引了。其二,当本国某一法律部门对此案没有规定,但是类推适用本国其他法律部门的规定可以解决此案,则应当优先类推适用本国其他法律部门的规定,从而排除外国法与案例的运用。例如,我国行政法并没有对依法行使公权力扣押私人的物品或拖吊违规停放车辆如何保管及返还等问题进行规定。此时,我们应当优先类推适用民法有关寄托的规定,而不能运用外国法与案例来进行处理。其三,刑法领域的外国法运用应当谨慎。“罪刑法定原则”是刑法的一条重要原则,运用外国法与案例来证明本国人的行为有罪实质上违背了罪刑法定原则。因此,当本国法律对某些行为没有规定为犯罪,而外国法规定为犯罪时,本国法院在判决时是不能够运用外国法的。^[58] 但是,本国法规定为犯罪,而外国法没有规定为犯罪或处以较轻刑罚,本国法院出于轻刑化的目的,可以适当参考。

五 外国法与案例在中国司法中的运用

域外的外国法与案例的司法运用直接影响到了中国的司法实践,而且,学术界有关外国法与案例能在中国运用的主张也以域外相关司法实践的展开作为一项重要论证依据。这种论证思路具有较强的法律移植的色彩。但是,它忽视了中国现行法律制度是否具有这种做法存在的法律制度空间。在判例法国家,为了推动法律的发展,法律允许一定程度的“法官造法”,法官们为了增强其判决的说服力,往往会参考或援引其他国家的判例或法律规则。在大陆法系国家或地区,法律渊源分为主要渊源和次要渊源。制定法、习惯和一般原则属于主要渊源,判例和法理学说属于次要渊源。当在法律不完备的情况下,法律允许法官采纳判例和法理学说。而这种法理学说往往体现了较强的比较法色彩。通过这一媒介,外国法与案例获得被援用和运用的空间。以中国台湾地区为例,台湾“最高法院”在 1970 年做了一个判决承认外国法与案例属于法理适用的范畴,属于法律的次要渊源。法院之所以这样判决其原因在于运用外国法与案例既符合世界法律发展的潮流,又便于确定抽象法理的具体内容。^[59] 通过该判例,法院将台湾地区“民法典”第 1 条规定的

[57] Vicki C. Jackson, *Constitutional Law and Transnational Comparisons: The Youngstown Decision and American Exceptionalism*, 30 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 200(2006).

[58] Daphne Barak-Erez, *The Institutional Aspects of Comparative Law*, 15 *Columbia Journal Of European Law*, 192(2009).

[59] 在该案中,上诉人借用房屋增设砖造围墙请求出借人被上诉人偿还所支出之费用。台湾“最高法院”在判决书中认为,“上诉人主张之保养改建等垫款,倘确属有益费用,又已因上诉人之增加设施所借用房屋之价值显然增加,在‘民法’使用借贷一节内虽无得请求偿还或返还原物之明文;然依据外国立法例,既不乏得依无因管理或不当得利之法则请求偿还或返还原物之规定,则本于诚实信用之原则似非不可将外国立法例视为法理而适用。”参见台湾“最高法院”(1970)台上字第 1005 号《民事判决书》。

“法理”范畴延及到外国法与案例,并承认外国法与案例在司法中具有澄清法律含义模糊,补强法律论证效力的功能。

为了进一步规范法院的法律适用,最高人民法院审判委员会于2009年第1470次会议通过了《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》。该规定要求法院在作出刑事裁判文书时应当引用法律、法律解释或者司法解释;在作出民事和行政裁判文书时应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例,可以直接引用。对于其他的规范性文件,人民法院根据审理案件的需要,经审查认定为合法有效的,可以作为裁判说理的依据。^[60]通过对这些规定的解读,我们发现中国法院在司法实践中运用外国法与案例缺乏法律依据。尽管习惯在中国司法中特别是在民事司法中愈来愈多地得到运用,但是,中国对于习惯的理解主要是从国内法的角度来进行的,法理在中国也并不是法律的正式渊源。因此,就当下中国而言,外国法与案例难以通过习惯和法理这一媒介在国内来加以运用。外国法与案例在中国没有运用空间其实并不利于中国司法的展开。

首先,外国法与案例在中国没有运用空间致使法官在面对新型案件时难以进行法理引申和确定法理的相关内容。尽管法理具有一定的抽象性,但它是来源于具体的法律实践,并依存于具体的法律条文或相关的案例。要想对法理有一个透彻的理解和深刻的认识,就必须对其所依附的法律条文或相关的案例有一个深入的了解。我们以“项菲诉北京东方国岸经贸有限公司买卖合同案”为例,法官主张基于诚实信用来认定表见代理行为,但是诚实信用过于原则。法官于是援引了英美法系衡平法上的“禁止反言原则”来解释诚实信用原则,从而淡化了诚实信用原则的强烈道德色彩,确定了法理的相关内容,强化了裁判依据的法律权威性。^[61]另一方面,在中国还没有通过立法形式固定下来的很多法理学说和法学理论是源自于国外。在这种情况下,深入研究作为这些法理学说和法学理论的载体而存在的外国法与案例就具有重要意义。然而遗憾的是,中国并没有承认外国法具有在国内司法中加以运用的功能。法官们为了疑难案件的解决往往会绕开外国法与案例这一媒介,而径直援引外国抽象的法理,并在援引过程中不注明出处。这一方面使得外国法理的内容抽象空洞,不易进行准确的界定;另一方面使得具体的运用过程忽视了外国法理生成的条件,从而使外国法理的运用缺少了法律论证。例如,在“许建枫诉中国人寿保险公司苏州分公司和太仓支公司”一案中,被告代理人指出,中国虽然法律上没有规定,但是,国外有相关规定。如美国《统一同时死亡法令》中就规定:当一份人寿保险单或意外伤害保险单的被保险人和受益人同时死亡,保险金应按被保险人比受益人生存更久来给付。对于这一点,原告律师认为,按照国际惯例进行推定缺少依据。一审法院认为,如果将保险金理赔给与投保人没有保险利益的受益人的继承人,不符合投保人为自己利益投保的目的,也不符合我国《保险法》的精神。但是,法院并没有说清楚到底我国《保险法》精神的具体内容。尽管一审判决得到了二审法院的支持,但是,苏州市中级人民法院民二庭副庭长钱建国在谈到该案的判决时认为,没有法律规定的話,只能从当事人来进

[60] 《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释[2009]14号)。

[61] 北京市第一中级人民法院(2004)京一中民终字第04395号《民事判决书》。

行推断,但这只是一个理论上或者是从个人情感上推断,还需要在法律上找到一些依据。一审法院找到了域外的法律依据。^[62]但是,由于中国没有外国法与案例在司法中运用的空间,并且判决中也不敢注明域外的法律依据,从而致使法理的具体内容模糊不清。又例如,在泸州“二奶遗赠案”中,法院在解释“公序良俗原则”这一道德原则时,采取了一种非此即彼的思路,即以“一方的道德观为决定性标准,而不惜牺牲另一方的道德观”。其实,对于情妇遗赠问题,德国法律和判例认为在遗产具有可分割性的情况下,可以让道德模糊一些并更加兼容的判决。^[63]由于缺乏外国法与案例运用机制,“二奶遗赠案”判决后引发的争议相当大。

其次,外国法与案例在中国没有运用空间致使法官在司法实践中将外国实然规定直接等同于本国法律的应然规定。就美国、加拿大等国的法律实践来看,它们在解决本国问题运用比较法时,都会指明所援引的外国法是哪国法,是哪国法的哪一条文。这种作法有助于人们从法律文化和法律背景的角度认识所运用的外国法,从而使法律证论更具说服力。然而,外国法与案例在中国不能运用这是一个现实。有些法官为了创造性司法,往往也会运用比较法的方法,并采取某些国家的法律及其案例,但是,他们并不指明是哪国法律、哪国法律的哪一条文,从而呈现出外国法与案例运用的隐形化。例如,在“刘诚斌诉洪登凤离婚案”中,法院判决“原告刘诚斌在本判决生效之日起,每月给付被告洪登凤生活费 200 元”。^[64]本院在事后承认该案运用了大陆法系国家“终身定期金”的规定。^[65]所谓“终身定期金”是指当事人约定一方于自己或他方或第三人生存期间,定期以金钱给付他方或第三人之契约。《德国民法典》、《法国民法典》、《瑞士债法典》、《日本民法典》均有“终身定期金”规定。^[66]又例如,在 2005 年“宋德鸿诉东营市劳动和社会保障局工伤认定案”中,东营市中级人民法院就明确运用“排除合理怀疑”这一英美法刑事证明标准来解释《工伤保险条例》第 19 条,并认为职工认为是工伤,用人单位不认为是工伤的,由用人单位承担举证责任,而本案华特公司的举证并不能排除宋德鸿驾车外出系履行职责的可能,故认定宋德鸿为工伤。而当时,我国《刑事诉讼法》也并没有规定“排除合理怀疑”这一证据规则,劳动争议也主要坚持的是“谁主张,谁举证”的原则。^[67]上述法院

[62] 《生死恋人留下的保险纠葛》,http://www.chinalawedu.com/news/1900/22/2003/12/li321244563418213002139374_77095.htm,访问时间:2012 年 12 月 19 日;朱景文:《国内司法中运用外国法的比较法思考》,《法学》2004 年第 1 期,第 23-24 页。

[63] 参见泸州市中级人民法院(2001)泸民一经字第 621 号《民事判决书》。对此问题的分析可见郑永流:《道德立场与法律技术——中德情妇遗赠案的比较和评析》,《中国法学》2008 年第 4 期,第 179-189 页。

[64] 在该案中,法院认为:“由于原、被告之间的婚姻关系存续期间较长,离婚后被告在生活问题上,原告应给予适当的帮助。”盐城市城区人民法院(2001)城民初字第 468 号《民事判决书》。

[65] 公丕祥著:《法官办案经验》,法律出版社 2009 年,第 27-32 页。

[66] 《德国民法典》第 761 条规定:“因某一合同,约定终身定期金的,除规定了其他形式外,为使该合同有效,必须以书面做出该约定。不得以电子形式做出终身定期金的约定,但以该约定有助于给予亲属法上的扶养费为限”;《法国民法典》第 1968 条规定:“终身定期金得用一定数额的金钱或可以估价的动产或不动产有偿设立”;《瑞士债法典》第 516 条规定:“为了定期金债务人或债权人或者第三人可以设立终身定期金”;《日本民法典》第 689 条规定:“终身定期金契约,因当事人一方约定在自己、相对人或第三人至死亡为止,定期向相对人或第三人给付金钱或其他物而发生效力。”

[67] 东营市中级人民法院(2005)东行终字第 60 号《行政判决书》。

在司法实践中并没有指明出处。其结果就是法官将外国实然规定直接等同于本国法律的应然规定,然后用应然规定来处理本国案件,从而致使判决理由缺乏必要论证。

最后,外国法与案例在中国没有运用空间不利于中国能动性司法的展开。一如上文所述,外国法与案例能否在本国运用在很大程度上取决于法律对法官奉行的是司法能动主义立场还是克制主义立场以及法院所承担的基本功能。从域外的司法经验来看,对于司法采取保守主义的克制主义立场的法官来讲,高频率地运用外国法与案例极有可能破坏该国既有的法律体系,而对于司法采取能动主义立场的法官而言,使用外国法与案例能够为判决作出找到辅助性依据,从而增加判决说服力。中国当下正处于一个经济、社会和文化急剧转型的时期,各种疑难案件纷至沓来。这在客观上需要法官采取一种能动主义的司法立场。但是司法能动主义绝非法官的任意主义和司法的跟风主义。在司法中运用外国法与案例既能够为能动司法提供一种参考性智识资源,又能够防止司法的跟风主义,从而有助于司法能动主义在一般的法理层面来展开。

但是,对外国法与案例在本国司法中进行运用是一项技术性极强的活动。它既需要法官具有广博的法律业务知识,也需要有坚实的外语基础,还需要精湛的比较法方法,否则,我们对于外国法的理解就是片面的和错误的。就目前来讲,许多法科学家的课表中除了一门“比较法导论”,个别学校开设英美法概论,或者开设介绍个别国家法律的课程外,多数学校比较法的教学没有展开。在这种情况下,中国法官队伍中最为缺乏的就是这类既懂法律又懂外国的人才。^[68]从这点上讲,当下中国应当对外国法与案例的使用采取一种开放但谨慎的态度。因为中国并不具备在全国所有法院内推行此项制度的可能性。笔者这一论断也得到了具体实务的印证。例如,牡丹江铁路运输法院在审理“孟广虎故意伤害罪”一案对美国的“辩诉交易制度”的运用就充分反映了法院在这两方面知识的不足。就该案而言,尽管中国没有规定“辩诉交易制度”,但是,中国的实体法和程序法在处理“孟广虎故意伤害罪”一案中并不存在模糊的问题。按照中国的法律,证明有罪的标准是案件事实清楚,证据确实充分;事实不清,证据不足,指控的案件不能成立,按无罪处理。而在本案中,其他犯罪嫌疑人在逃,已有证据又不足于证明被害人重伤系孟广虎所为。因此,应当判处孟广虎无罪才是。从这个意义上讲,该案并不构成法律适用上的“疑难案件”,也不存在运用比较法来澄清法律的模糊这一问题。因此他们对“辩诉交易制度”的错误认识致使该案判决结果违反了无罪推定这一基本原则。^[69]

其实,目前中国最具有能力去运用外国法与案例的法院是最高人民法院。一方面,最高人民法院集中了大量具有广博的法律业务知识,也具有坚实的外语基础,还具有精湛的比较法方法的审判专家,而且最高人民法院自身优势又有助于广泛听取和吸收比较法方面的研究成果和意见。另一方面,最高人民法院在司法解释和案例指导过程中,经常运用比较法方面的知识,这为外国法与案例的司法运用积累了丰富经验。反过来,赋予最高人民法院运用外国法及案例的权力无疑扩展了最高人民法院进行司法解释和案例指导的知

[68] 姜世波:《比较法方法在司法过程中的适用》,《法律适用》2011年第9期,第90页。

[69] 牡丹江铁路运输法院(2002)牡铁刑初字第11号《刑事判决书》。

识基础。这样一来,外国法与案例能在最高人民法院进行运用,并通过司法解释制度和案例指导制度来对地方各级人民法院的司法活动形成一定的约束力。通过这种制度设计,外国法与案例的运用会被限定在一个较小的范围,从而节约运用的成本。另一方面,这也有助于确保外国法与案例在国内司法运用按照国际通常的标准、原则和方法来进行。然后,在条件成熟的情况下可以适时将此项权力赋予给那些法官素质较高、比较法方法运用较为精湛和娴熟的地方法院。

综上分析,笔者认为,中国应当在法律上明确外国法与案例在司法判决中的辅助地位。大陆可以借鉴我国台湾地区的做法,将法理的范围延及到外国法及其判例。当国内法律存在含义模糊和解释困难时,将外国法及其判例作为重要的补强论证资源。但是,这样做遇到的一个最为棘手的问题是中国大陆的法律并没有规定法理的渊源地位,并且法理要想成为法律渊源必须得经过国家立法机关的认可。这也就意味着我们首先要通过修改法律来明确规定“法理”的次要渊源地位,然后才能够让外国法与案例在中国司法中加以运用。为了规范外国法与案例在国内的司法运用,最高人民法院可以通过司法解释的方式,除了规定上述外国法与案例运用的标准、效力、方法和界限之外,还可以对以下内容进行明确:第一,运用外国法与案例的法官必须对他所欲援引的外国法及其判例或法理非常了解,知道其背景、渊源以及在外国法中的地位。第二,禁止法官援引曾经很著名但后来被废止或推翻的外国法与案例和判案后引发重大争议的判例。第三,法官在运用外国法及其判例时必须满足一系列的形式要件。例如,法官在援引外国法时必须指明具体法律及其条文以及这个条文的立法意图;在援引相关判例时必须指明判例名、发布的法院、年份、编号、持赞同意见的法官是多数还是少数以及判例中少数人的见解等相关信息;在援引外国法学理论时,还应当注明该理论出自于哪本著作或文章、作者、该著作或文章在法学界的地位、作者在法学界的地位以该法学理论的具体影响等相关信息。

[**Abstract**] Domestic application of foreign laws and cases in comparative law sense refers to the invocation by a domestic court of relevant foreign legislation or case law to interpret domestic legal norms in cases involving no foreign element, or to reinforce legal argumentation in cases where there is no applicable domestic legal norm or established cases. In concrete judicial practice, the application of foreign laws and cases by domestic courts can be divided into three categories: invocation of general principles of law, invocation of specific legal systems, and invocation of legal concepts. Under most circumstances, the purpose of invocation of foreign laws and cases is to interpret and clarify domestic laws, rather than to directly apply foreign legal provisions to a domestic case. The foreign law thus invoked does not have legally binding force in the sense of domestic law, but constitutes a persuasive supplementation to legal argumentation. Currently the Chinese courts should adopt a cautious attitude towards the application of foreign laws and cases.

(责任编辑:支振锋)