

司法判例制度论要

何 然^{*}

摘 要 司法判例制度是一个国家或地区中涉及司法判例的选编、发布、内容、效力、引用、推翻之规则的总和。承认判例法的国家有司法判例制度,不承认判例法的国家也有司法判例制度。司法判例制度起源于自然法的发现和习惯法的传承,而且在神明裁判中留下沿革的痕迹。司法判例制度的变化受到制定法发展的影响。制定法强则判例弱;制定法弱则判例强。于是,英美法系国家和大陆法系国家的司法判例制度走上不同的发展道路。近代以来,两大法系的司法判例制度又呈现出融合的趋势。当下中国的“案例指导制度”需要改进和完善。

关键词 司法 判例 制度 比较

司法生产判例,司法需要判例。人们不能奢望立法者制定出包罗万象且尽善尽美的法律规则,因此只能由司法者在实践中面对具体案件时进行解释性适用,而司法判例就是这种适用的最佳方式。无论是在英美法系国家还是在大陆法系国家,也无论是否被专家学者所认知,判例制度都以某种形式在司法活动中发挥作用,维系着具体案件中的公平正义。从一定意义上讲,对司法判例的重视程度也能反映一个国家的法治发展水平。研究不同国家、不同时期的司法判例制度,对于完善当下中国的司法判例制度颇有裨益。

一、司法判例制度的界说

一说到“判例”或“司法判例”,有人就会想到英美法系国家的判例法,以为判例就是判例法,甚至以为“判例”只是普通法系国家专有的法律术语。这种观点不无偏颇。且不

^{*} 北方工业大学文法学院讲师。本文是教育部2010年重大攻关课题“法治国家建设中司法判例制度研究”(项目号:10JZD0030)的阶段性成果。作者系该项目之子课题“外国司法判例制度”的负责人。该项目的首席专家何家弘(中国人民大学法学院教授)对本文进行了修改润色。

说在大陆法系国家也存在判例的概念,就是在英美法系国家,判例和判例法也是两个不能完全等同的概念。我们在研究司法判例制度的时候,必须首先明确“判例”与“判例法”这两个概念之间的关系。

英国是判例法的发源地,也是最为完备的司法判例制度的发源地。由于英语中的“判例法”是“case law”,〔1〕所以人们便容易想当然地以为“判例”就是“case”,一些学术著作〔2〕和法律词典〔3〕中也有这样的解释。诚然,“case”在某些语境下可以翻译成“判例”,但是在司法判例制度的语境中,“判例”的英语对应词应该是“precedent”,而不是“case”。于是,我们的语词分析在源头就遭遇一个难题:“判例”是“precedent”而非“case”,但“判例法”是“case law”而非“precedent law”。那么,我们应该如何理解这三个概念的含义及其相互关系?

按照《布莱克法律词典》中的解释,“case”的基本含义是“一个诉讼、官司或法律争议”,〔4〕因此应翻译为汉语的“案件”或“案例”;“case law”的含义是“在特定司法区内构成法律实体的已报告案件之集合”,〔5〕已通译为汉语的“判例法”,但本意为“案件中的法律”;“precedent”的含义是“法院在司法活动中通过确认和适用新规则而造法”或者“可作为涉及相似事实或争议问题的后来案件之裁判基础的已决案件”〔6〕,可以翻译为汉语的“判例”或“先例”。由此可见,“precedent”才是司法判例制度语境中的“判例”,因为它具有作为法律适用或司法裁判之“例”的含义。诚然,判例首先是案件,而且是已经做出判决的案件,但案件并不一定都是判例,只有当案件经由“报告”汇编时才能成为判例。《牛津现代法律用语词典》对“precedent”一词也做出了相同的解释:“作为决定日后可能产生之相同或相似案件或相似法律问题之基础的已决案件。”〔7〕

从语言发展的历史逻辑来推断,英语中“案件”(case)一词的历史应该是最为悠久的,而且其含义也是相当宽泛的,不仅指法律事务中的案件或案例。大约在12世纪的时候,随着普通法的形成和发展,“判例法”(case law)的概念逐渐被法律人使用。而“判例”(precedent)一词的出现则更晚。大约在16世纪,作为英国司法判例制度之基石的“遵循先例”(stare decisis)

〔1〕 在现代英语中也可以拼写为“case-law”或“caselaw”。

〔2〕 如奚晓明等编著的《两大法系判例制度比较研究》,北京交通大学出版社2009年版,页4。

〔3〕 如薛波主编的《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,页197。

〔4〕 Case: “A proceeding, action, suit, or controversy at law or in equity.” See *Black’s Law Dictionary* (Seventh Edition), West Group, 1999, p.206.

〔5〕 Case law: “The collection of reported cases that form the body of law within a given jurisdiction.” See *Black’s Law Dictionary* (Seventh Edition), West Group, 1999, p.207.

〔6〕 Precedent: “1. The making of law by a court in recognizing and applying new rules while administering justice. 2. A decided case that furnishes a bases for determining later cases involving similar facts or issues.” See *Black’s Law Dictionary* (Seventh Edition), West Group, 1999, p.1195.

〔7〕 Precedent: “A precedent is a decided case that furnishes a basis for determining an identical or similar case that may arise later, or a similar question of law.”布莱恩·A.加纳(Bryan A. Garner):《牛津现代法律用语词典》,法律出版社2002年版,页680。

原则的确立,才有学者创造了“precedent”一词。^{〔8〕}正是因为“case law”的概念先于“precedent”的概念出现,所以才给后人留下了语词翻译的难题。不过,这也从一个侧面显示了这两个概念之间的差异。判例法是蕴含在一个个具体案件判决中的法律,而判例则是为后案裁判提供准据的判决先例,亦可称为“司法判例”(judicial precedent)。

判例的法律效力在于它不仅对本案有既判力,而且对以后的同类案件有拘束力。这正是判例与一般案例的区别。在英美法系国家,一个案例能否上升为判例,取决于很多因素,包括法院的级别、法官的声望、判决对法律规则或原则的阐释等。一般来说,判例主要来自级别较高的法院,如英国的最高法院、上诉法院、高等法院,美国的联邦最高法院、联邦上诉法院、各州最高法院等。级别越高的法院,其判决成为判例的概率就越高,而且其判例的拘束力就越强。另外,按照《布莱克法律词典》的解释,英美法系国家的司法判例可以根据拘束力的强弱不同,分为强制性判例和说服力判例(binding precedent and persuasive precedent);根据是否创设或适用新的法律规则,分为初始判例和宣示判例(original precedent and declaratory precedent)。^{〔9〕}

大陆法系国家一般不存在判例法,但是也有判例的概念。例如,德语中的“判例”是“Präjudiz”,与英语中的“precedent”相对应,尽管二者表达的语义并不尽同。在法语中,人们在谈到“判例”时偶尔也会使用与英语的“precedent”相对应的“précédent”,但更多使用的是“jurisprudence”。后者的原意是“谨慎的善”(la vertu de prudence),意在由司法者在具体案件中适用法律时补充立法之善。它可以专指法国最高法院的判例,也可以泛指所有法院的判例。其实在英语中,“jurisprudence”也包含有“判例法”和“司法判例之集合”的含义。^{〔10〕}

在汉语中,“判例”一词属于近代引入的外来语。在古汉语中,与“判例”词义相近的概念包括比、例、故事、成案等。按照《辞源》中的解释,“比”的相关含义是“类似”、“则例”^{〔11〕},如决事比就是针对同类案件作出判决所应遵守的成规;“例”的含义是类比、照例、仿照的准则、规程条例等;^{〔12〕}“故事”的含义是旧事、先例、旧日的典章制度等;^{〔13〕}“成案”的含义是已办好的案卷或者诉讼中已判定的案件。^{〔14〕}由此可见,中国古代虽然没有判例法,甚至也没有判例的概念,但上述语词中已然包含了与判例相近的含义。其中特别值得关注的是“故事”与“成案”。

魏晋南北朝时期,随着儒家经义入律,强调官员在审理案件中依律令断案,涉及皇家事务或者有关礼仪制度方面的规定可以参照自汉延续而来的“故事”。“故事”不是律令,具体适用

〔8〕 据说是戴耶在1557年第一次使用了“precedent”一词。参见 T. F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, The Lawyers Co-operative Publishing Company, 1929, p. 307.

〔9〕 *Black's Law Dictionary* (Seventh Edition), West Group, 1999, p. 1195.

〔10〕 Jurisprudence: “...4. Judicial precedents considered collectively. ...7. Caselaw.” See *Black's Law Dictionary* (Seventh Edition), West Group, 1999, p. 858.

〔11〕 《辞源》(合订本),商务印书馆1988年版,页916。

〔12〕 同上注,页112。

〔13〕 同上注,页725。

〔14〕 同上注,页641。

也有别于比、例。^{〔15〕} 宋朝统治者重视家法,自北宋中期以后要求士大夫秉持“以忠事君,以孝事亲”的家国一体观,令自晚唐五代以来一度中断的家国观得以延续。因此,皇帝以恪守“祖宗故事”作为裁断政务的最高原则。对于祖宗之法的遵循,无论是政务还是司法裁断都要遵循一定的旧例、故事。^{〔16〕}

明朝时开始重视“成案”的参照作用。明代刘基著《诚意伯集》第七卷中的“书苏伯脩御史断狱记后”一文中就说道:“断大狱必视成案,苟无其隙,不得而更焉。”^{〔17〕} 清代《大清律例》因袭明代法律形式,充分重视例作为律的辅助、补充功效,更以比较成熟的成案制度闻名于世。《大清律例·刑律·断狱》中规定:“除正律、正例而外,凡属成案未经通行、著为定例,一概严禁,毋庸得混行牵引,致罪有出入。如督抚办理案件,果有与旧案相合可援为例者,许于本内申明,刑部详加查核,附请著为定例。”^{〔18〕} 根据这一规定,成案经过检验可以上升为“例”,作为后来断案裁判的依据;没有确定为“例”的成案则不得随意引用;督抚级官员审理的案件,经过刑部的认真审查核实,可以确定为“例”。由此可见,清朝的“成案入例”已经具有了判例的属性,而且具有了比较明确的把案例上升为判例的程序规定。虽然在皇权专制制度下,制定法是主要的法律渊源,但是司法官员在个案裁判中的自由裁量权也得到有限发挥。换言之,中国清代的成案制度具有非典型判例制度的属性,成案的概念已“约等于”判例。^{〔19〕}

19世纪后期,当中国开始学习西方的法律制度时,究竟是引进英美法系的判例法制度还是引进大陆法系的制定法制度,就成为了一个必须首先回答的问题。当时中国的法律中没有明确的“判例”概念,后来经日本学者的引介,“判决例”和“判例”的概念才进入中国。^{〔20〕} 因为大陆法系的制定法容易引进,而且其与中国的法律传统相近,所以中国的法律现代化最终走上了大陆法系的制定法道路。不过,判例和判例法的概念已经成为中国法学领域内流行的语素。

综上所述,司法判例是蕴含了法律规则的法院判决。判例来源于案件或案例,但并非所有案件或案例都可以称为判例。一方面,警察机关和检察机关办理的案件也可以称为案例,也可以汇编发布,但是不可以称为判例;另一方面,法院的个案判决也不都是判例,只有经过一定程序的选编发布才能成为判例。所谓司法判例制度,就是一个国家或地区中涉及司法判例的选编、发布、内容、效力、引用、推翻之规则的总和。承认判例法的国家当然有司法判例制度,不承认判例法的国家也可以有司法判例制度。英美法系国家中的判例法及遵循先例原则只是司法判例制度的一种形式而已。

〔15〕 吕丽:《汉魏晋“故事”辨析》,《法学研究》2002年第6期。

〔16〕 参见邓小南:《创新与因循:“祖宗之法”与宋代的政治变革》,《河北学刊》2008年第5期。

〔17〕 《辞源》,见前注〔11〕,页641。

〔18〕 《大清律例》卷三十七,法律出版社2000年版,页596。

〔19〕 关于中国古代法律中存在判例的论述,可参见武树臣撰写的“中国‘混合法’引论”(《河北法学》2010年第2期)和汪世荣撰写的“中国古代的判例研究:一个学术史的考察”(《中国法学》2006年第1期)与“判例在中国传统法中的功能”(《法学研究》2006年第1期)。

〔20〕 有关“判例”词源的讨论,可参见王志强撰写的“中国法律史叙事中的‘判例’”,《中国社会科学》2010年第5期。

二、司法判例制度的缘起

人类社会法律制度的发展历史应该是先有判例后有立法。如果说法律是国家的产物,那么在国家生成之前的原始社会中也一定会有纠纷,也一定要有规矩。人类群体生活的规矩往往因纠纷而生成,而纠纷的解决就会形成先例,亦可称为“判例”。后人在遇到同类纠纷时就要参照祖先留下的“判例”进行裁决。于是,那些体现群体生活规矩的原始习俗就通过一个个“判例”而得到阐释和维系。后来,人们总结这些“判例”中蕴含的规则性经验,加以提炼和概括,再依据权威来发布,就形成了法律。法律不是凭空想象的成果,而是实践经验的结晶。由此可见,从个案裁判到习俗规则,再到国家立法,应该是人类社会法律制度生成的一般规律。

(一)自然法与司法判例制度

在自然界中存在着各种各样的客观规律,大到宇宙运行,小到基因生成。几千年来,人类从不同角度探索这些规律,并且在不同领域内取得了许多科学研究的成果。诚然,这些成果都是由人宣布的,但它们并不是人创造的。人类的科学研究不过是将那些客观存在的自然规律发现出来。而且,人类对自然规律的发是渐进的,是有阶段性的,是有对有错的。例如,在相当长的历史时期内,人类一直认为“天圆地方”,地球是宇宙的中心。但是哥白尼在16世纪初推翻了“地球中心说”,提出了“太阳中心说”,而伽利略在17世纪初又用自己制造的望远镜观察天体运行,科学地证明了哥白尼的理论。不过,他们的观点后来也被人推翻,人类又发现太阳系其实也不过是宇宙中的一小部分。时至今日,人类仍然没有能够真正认识宇宙的全貌,尽管有科学家声称已经发现了“宇宙之门”或“太阳系的边际”。诚然,“太阳中心说”是哥白尼和伽利略创立和验证的学说,但是“地球围绕太阳运行”的规律并不是他们创造的,只是被他们最先发现的。即使没有哥白尼和伽利略,该规律也是客观存在的,而且也会被其他人所发现。

人类社会与自然界一样,其活动、运转和发展也遵循一定的客观规律,而人类对这些规律的认识也有一个渐进的过程。由于社会生活中的规律更为复杂多变,而且更多地受到人的利益追求和价值观念等主观因素的影响,所以人类对这种规律的认识以及在此基础上建立起来的理论学说似乎就更具有了“人造”的色彩。不过,社会规律毕竟是客观存在的,不是人类创造出来的,人们关于社会发展的各种理论或学说都不过是对这些客观规律的发现和认知,其中既有正确的发现,也有错误的认知。

法律是由国家颁布并保障实施的社会行为规范,是全体社会成员都必须遵守的行为准则,因此,法律具有“人造”的属性。但是,法律的后面也蕴涵着社会生活的规律和超越国家的精神,因此,它也具有客观自然的属性。所谓“法律”,其实也可以解读为“法的规律”,即法在调整社会成员的权利义务关系和规范社会成员的行为时所遵循的规律。从表面上看,法律是“人造”的,是社会的一部分人根据其主观意志创设的。但是,人类在制定法律的时候,必须遵循一定的规律,或者说,人类也要不断去发现法的规律。而法的基本精神和内在规律就是追求公平、正义、平等、合理等价值目标。当然,人类对法的客观规律的发现也要受社会历史等多方面因素的制约,也有一个逐渐接近真理的认识过程,犹如“地球中心说”和“太阳中心说”等宇宙观

的进步。在不同历史时期,人类制定的法律有好有坏有善有恶,但是人类追求的目标应该是良法和善法,而衡量法律好坏善恶的标准就在于其是否符合法的基本精神和客观规律。综上,法是人造的,又不完全是人造的;因此,造法不是一种纯粹的创造活动,不是人们的凭空想象,也不能完全由人们按照自身意愿去设计;造法应该是一种发现活动,是人类在发现法的客观规律和基本精神的基础上进行的“制造”。

早在两千多年前,古希腊的哲学家就提出了自然法的观点。赫拉克里特把自然法称为“神的法律”,认为其支配一切,满足一切,超越一切。亚里士多德认为,自然法是反映自然存在秩序的法。斯多噶学派则认为,自然法是个人的本性和普遍的本性的统一,是人类共同法律和普及万物的正确理性的统一。受古希腊自然法学派的影响,古罗马的一些法学家也承认自然法的存在。他们认为,自然法是人运用理性发现的有关人类权利和社会正义的高于实在法的普遍适用规则。古罗马法学家的代表人物西塞罗就曾经指出:“自然法是衡量一切人定法的唯一标准,因为法律的目的是为了维护国家的统一和人民的安全与幸福,所以,凡是国家制定的法律,符合这种目的的才是‘真正的法律’。”^[21]

19世纪德国著名法学家萨维尼认为,法律是通过民众意识中潜移默化的力量逐渐生成的。法律就像语言、风俗、政制一样,具有“民族特性”,是“民族的共同意识”,“随着民族的成长而成长、民族的壮大而壮大”。法律是自发、缓慢和逐步成长的,而不是立法者有意识、任意制造的。萨维尼将法的表现形式分为三种:习惯、立法和法学。他指出:“法律首先产生于习俗和人民的信仰,其次乃假手于法学——职是之故,法律完全是由沉潜于内、默无言声而孜孜矻矻的伟力,而非法律制定者的专断意志所孕就的。”^[22]法学家固然有独特的知识,但这仅是法的技术成分,而法主要是“民族精神”的体现。他还认为,法主要体现为习惯法。它是最有生命力的,其地位远远超过立法。萨维尼的这些观点代表了19世纪前期欧陆复古主义的思潮。

自然法的观点为我们研究司法判例制度提供了有益的启示。既然法律具有自然的属性,既然法律的制定在一定程度上是发现法的规律和精神,那么这种发现就可以有不同的方式和路径。立法者可以发现法的规律,司法者也可以发现法的规律。立法者可以一次性地集中发现,司法者也可以持续性地渐进发现。立法者的发现固然具有统一、明确、普适等优点,但是也可能具有抽象、机械乃至空洞、僵化等缺陷。因此,在立法能力不足的情况下,由司法者通过具体案件的裁判去发现法就是较佳的选择,而司法判例正是记录这一发现过程的载体。换言之,在人类社会的某些历史时期,司法判例就是发现法的主要方式。这不仅指人类社会的早期,例如,萨维尼就认为,19世纪德国的法学家还没有能力制定出一部好法典,因此立法的作用还不如习惯法。此话不无道理,因为习惯法往往是在自然状态下发现的法,是在具体案件中展现的公平正义。

(二) 习惯法与司法判例制度

习惯是人类文明的组成部分。习惯法则是依据某种社会权威确立且具有强制性和习惯性

[21] 张宏生主编:《西方法律思想史》,北京大学出版社1983年版,页59。

[22] (德)弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,页11。

的行为规范。它不是纯粹的道德规范,也不是完全的法律规范,而是介于道德与法律之间的准法律规范。从历史的角度考察,习惯法是法律的最早形式,先于国家而存在。在原始社会时期,习惯法是法律的基本形式。在一些国家形成的初期,习惯法依然是法律的主要渊源,例如,英国早期的法律就是以盎格鲁·撒克逊习惯法为主的。虽然一些早期国家已经有了成文法,但那往往也是习惯法的汇编,譬如古巴比伦的汉谟拉比法典和古罗马的十二铜表法。后来,随着国家权力的增长和制定法能力的提升,习惯法的地位才逐渐下降。正如恩格斯所指出的:“在社会发展的某个很早的阶段,产生了这样一种需要,把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概况起来,设法使个人服从生产和交换的一个条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”^[23]

习惯法具有分散性和差异性的特点,正所谓“三里不同风,五里不同俗”。而且,习惯法一般是不成文的,具有非明示性。于是,司法者在裁判中适用习惯法的基本模式就是遵循先例,而判例也就成为习惯法的基本载体。例如,法兰西王国早期的法律来源于日耳曼习惯法。“在适用习惯法时,除法官的记忆和口传的惯例外,没有其他准则。法官本人所了解的判例有限,还要依靠当地年事较高的司法人员帮助回忆。”^[24]由此可见,习惯法与判例具有天然的联系。世界各国早期的司法者在适用习惯法时都不可避免地依赖于判例。判例是人类传承习惯法的主要工具,因而也是早期法律的主要渊源。从这个意义上讲,无论是在西方国家还是在东方国家,古老的习惯法都催生出司法判例制度的萌芽。

有的学者认为,中国没有司法判例制度的传统,这大概是因为他们忽视了中国社会早期的习惯法传统。且不说远古华夏的氏族社会,即使是在夏商的雏形国家中,司法裁判仍然要遵循习惯法,包括关于刑罚的规则。夏朝和商朝的统治者汇集各地的部族习惯,制成《禹刑》、《汤刑》,实际上也是成文法化的习惯法汇编。西周的统治者重视社会生活的礼仪秩序习惯,使“礼”成为习惯法的核心内容。需要指出的是,习惯法的传承离不开司法判例,因此在那一时期,司法判例就是习惯法的主要渊源。后来随着春秋战国时期新兴地主阶级的兴起和国家权力的加强,制定法得到发展,习惯法才逐渐衰落。秦朝确立君主专制制度之后,制定法成为基本法源,习惯法便退至历史舞台的边缘,只能发挥附属性和区域性的功能。在这种法律体制下,司法判例的作用也就弱化了。不过,中国古代存在汇编判例的传统。这些判例汇编虽然不是正式的法律渊源,但是也可以为司法者提供裁判的补充性参考。中国古代遵循的“有法者依法行,无法者以类举”的裁判原则,也可以看作司法判例制度的一种模式。

另外,由于古代中国的司法从属于行政,判例很容易异化为行政长官恣意司法的工具。在中央政府,行政权、立法权和司法权都集中于皇帝一身。于是,判例有时只是皇帝行使其最高权力的一种方式。皇帝可以通过颁布法典来行使立法权,也可以确认判例来行使立法权。在地方政府,行政长官兼掌司法职能,有时使用行政方式解决争议事端,无视“同案同判”的判例制度原则,把判例作为改变制定法和任意扩大自由裁量权的手段。这也是中国历史上不规范

[23] 《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,页538—539。

[24] 陈盛清主编:《外国法制史》,北京大学出版社1982年版,页87。

的司法判例制度的一个弊端。^{〔25〕}

综上,在立法技术或制定法尚未发达的社会中,习惯法是法律的主要内容,司法判例是法律的主要渊源。但随着国家司法主义的强盛,特别是中央集权的发展,立法就会成为法律的主要渊源。换言之,习惯法的流行促生了司法判例制度,习惯法的去势又带来了司法判例制度的没落。

(三)神明裁判与司法判例制度

司法判例制度不仅体现在实体法问题上,也体现在程序法问题上。许多国家历史上曾经流行的神明裁判制度就是一个很好的例证。如果说习惯法主要是法律的实体性规则,那么神明裁判则主要是程序性规则,包括司法证明的规则。不过,神明裁判也表现为习俗,也可以纳入广义的习惯法范畴,而且一般也是通过判例来传承的。

所谓“神明裁判”,即通过让当事人在神灵面前做某种行为或接受某种考验,然后根据行为或考验的结果或其过程中表现出来的征象来判定案件事实。神明裁判往往以一定的宗教信仰为基础,因此在不同国家或民族的历史上,神明裁判的形式也各不相同。

对神宣誓是一种比较简单的神明裁判方法,但是也能体现不同民族的诉讼习俗。例如,按照公元5世纪西欧墨洛温王朝的诉讼习俗,原告人和被告人都必须在法庭上严格地按照规定的形式和姿势对神宣誓并进行陈述。如果一方出现了宣誓形式或姿势的错误,或者在陈述过程中表现出口吃等“有罪征象”,法庭就可以判其败诉。^{〔26〕}按照公元9世纪英格兰岛盎格鲁—萨克逊人的诉讼习俗,当事人必须严格按照祖先留传下来的语言进行宣誓。在索赔被窃财物的案件中,控告人的誓词是:“我在上帝面前宣誓指控他就是盗窃我财物的人。这既不是出于仇恨、妒忌或其他非法目的,也不是基于不实传言或信念。”被告人的誓词则是:“我在上帝面前宣誓,对于他对我的指控,我在行为和意图上都是无罪的。”^{〔27〕}

很多国家都曾经采用过让当事人接受某种肉体折磨或考验的神明裁判方法。一般来说,接受折磨或考验的人都是被指控者,而这种折磨或考验通常都伴随着由牧师或神父等神职人员主持的宗教仪式。以中世纪欧洲颇为盛行的“热铁审”为例,牧师给烧红的铁块撒上一些“圣水”并说道:“上帝保佑,圣父、圣子和圣灵,请降临这块铁上,显示上帝的正确裁判吧。”然后他让被告人手持那块热铁走过9英尺的距离。最后,被告人的手被密封包扎起来,三天之后查验。如果有溃烂的脓血,则其被判有罪;否则就被证明是清白无辜的。^{〔28〕}

古代巴比伦人在审理案件时经常采用“水审法”。例如,某自由民的妻子被人告发有通奸行为,但是她自己不承认,那么法官就按照一定的宗教仪式,让人将该女子扔到河里去。如

〔25〕 此处参考了本项日子课题“中国古代司法判例制度研究”负责人赵晓耕教授为本项目撰写的研究报告。

〔26〕 Julius Stone, *Evidence, Its History and Policies: An Original Manuscript*, revised by William Andrew Noye Wells, Butterwoths Co., 1991, p.3.

〔27〕 Ibid., p.5.

〔28〕 参见(日)伊藤清司:“铁火神判系谱杂记”,《贵州民族研究》1986年第1期。

果那个女子沉到水下,就证明她有罪;如果她浮在水面,就证明她无罪。古代日尔曼人采用的“水审法”具有更为明确的裁判标准。诉讼当事人在膝盖处被绑起来,然后用一根绳子系在腰部,慢慢地放入水中。根据他的头发的长度在绳子上打一个结,如果他的身体沉入水中的深度足以使那个绳结没入水中,则证明他是清白的;否则就证明他是有罪的。其理由是洗礼教派认为水是圣洁的,不能容纳提供虚假证言的邪恶之人。^[29]

中国古代也曾经把“神誓法”作为证明案件事实的一种手段。《周礼》中记载:“有狱讼者,则使盟诅。”这说明当时打官司的人也要通过宣誓来证明自己陈述的真实性。中国古代也有类似的“神明裁判”方法,如皋陶治狱用“神羊”。皋陶是舜帝时负责司法的官员,他在审理疑难刑事案件时让人把所谓的“神羊”带上来,对着被告人。如果“神羊”用角去顶被告人,就证明被告人有罪;如果“神羊”不顶,就证明被告人无罪。诚然,西方国家那种“火审”、“水审”等“神明考验”方法一直没有在中国的主流社会中流行起来,但是在一些少数民族中间则很盛行。直到20世纪前期,中国的一些少数民族地区仍然保留着这种“神明裁判”的方法,如藏族的“捞热油”、景颇族的“捞开水”、彝族的“捧铧犁”、傣族的“吊簸箕”。^[30]

在神明裁判中,法官的基本职能并不是查明案件事实并在此基础上适用法律,而是扮演裁判仪式主持人的角色。实际上,那时的法庭一般也不是为查明案件事实而设立的司法机构,而是请神灵揭示案件事实的场所。神明裁判的仪式和程序是至关重要的,因为这是维护其裁判权威性的关键。无论谁担任裁判者,都必须严格遵守这些程序规则,都必须按照预定的标准做出判决。

神明裁判是人类蒙昧时期的产物。由于彼时彼地的人类文明不够发达,或者说,人类的认识能力还很低,所以这些不科学的查明和认定案件事实的方法才应运而生。可以想见,彼时彼地的立法水平也是很低的,因此这些神明裁判的仪式或程序规则只能通过“遵循前例”的方式传承,而且往往是通过长老或神师等“法官”的口耳相传。与前文所述的习惯法相似,神明裁判的习俗在很大程度上依存于司法判例制度,尽管在某些国家或地区后来被写进了法律。虽然神明裁判的结果未必都符合司法的实体公正,但是其统一明确的规则 and 标准能够在人类认识能力不足的情况下维护司法的程序公正,这也符合司法公正的精神。正如20世纪英国著名证据法学家乔纳森·科恩所指出的:“司法公正思想的核心就在于相同案件应得到相同对待的原则。司法公正就是要用法制来代替任意专断。而且这一原则不仅适用于实体法问题,也应该适用于程序法问题。如果一种法律制度的目的应该是使司法公正制度化,那么它就应该使‘一视同仁’原则成为其各项活动的准则。”^[31]神明裁判的这一特点也从一个侧面显示了司法判例制度的优点。

综上所述,在一定程度上依赖司法判例来传承法律或者填补法律的空缺,这是人类社会的

[29] 参见严华:“基督教与日耳曼民族的神裁”,《世界宗教研究》1986年第2期。

[30] 参见夏之乾:《审判》,三联书店1990年版。

[31] (英)乔纳森·科恩:“证明的自由”,何家弘译,《外国法译评》1997年第3期。

自然选择。虽然没有充足的史料来证明,但是我们可以推断,在任何国家的历史上都存在司法判例,或者说都以一定形式存在司法判例制度。虽然古代的司法判例制度是粗糙的,是无法与今日的司法判例制度相匹配的,但是其具备了司法判例制度的雏形,也具备了司法判例制度的基本原则,即前例指导后案,后案遵循前例。这就是司法判例制度的缘起。

三、司法判例制度的分流

世界各国早期的司法判例制度大同小异,基本上都是通过判例来传承习惯法的规则。后来,随着国家权力的增长和制定法的发展,判例的作用开始发生变化,不同国家的司法判例制度就走上了不同的发展道路。在此过程中,制定法的发展与司法判例的发展具有互动关系,而且前者处于主动地位。简言之,制定法强则判例弱;制定法弱则判例强。于是,英美法系国家和大陆法系国家就形成了不同的司法判例制度。

(一)英美法系国家中司法判例制度的发展

在11世纪以前,英国法律以来源于日耳曼法的盎格鲁·撒克逊习惯法为主体,因此其法律制度与欧洲大陆的法兰克等王国的法律并无二致。1066年,诺曼人入侵英格兰后,威廉一世加强了王权,开始建立新的法律制度。由于英国具有地方自治的传统,各地的习惯法有很大差异。征服者威廉为了缓和与地方权势的冲突,一再声称要尊重原有的地方习惯法,于是在尔后的一百多年内,英国的法律一直处于分散零乱的状态。

12世纪,亨利二世开启司法改革,努力统一全国的法律。不过,他不是采用行政的手段推进法律的统一,而是通过司法的方式促进法律的统一,这就为英国司法判例制度的发展埋下了伏笔。亨利二世扩大了王室法院的管辖权,派遣巡回法官到各地审理案件。开始时,这些巡回法官只审理涉及王室利益的重大案件。后来,一些地方居民因看中王室法院的执行力而主动将争议提交巡回法官。巡回法官在审判过程中,逐渐将各地习惯法统一起来,形成了普遍通用的法律。由于这种统一是通过审判完成的,所以普通法存在于一个个判例之中。于是,具有法律渊源地位的司法判例开始形成制度。

判例是法律渊源,法官在后来的审判中就要援引先前的判例,就要遵守以前同类案件判决所确立的规则。从表面上看,普通法似乎就是由许多判例组成的法律体系。然而这种理解并不准确,因为普通法实际上是由一代代法官在审理案件中“发现”并通过判决重复表述出来的法律规则的组合。从本质上讲,普通法的确立或形成是法官在具体案件情况下“发现”法的持续过程。随着社会的发展和人类的进步,普通法自然也要不断地发展变化。

然而,普通法在形成之后的一段时期内,为了保持其稳定性,“遵从前例”的原则被抬高到僵化的程度,以至于影响了自身的发展。13世纪时,大概是受古罗马法中“诉讼”种类的影响,英国普通法对诉讼请求的种类也有具体明确的规定。任何诉讼必须以已经存在的法院启动诉讼的令状(启诉令)为前提,如索求赔偿令状、转交财产令状、收回地籍令状等。没有同类的法院令状,法院对当事人的诉讼请求就不予受理。例如,法院已在过去的判决中发布过关于土地

授予权纠纷的令状,那么有人就该类不动产发生纠纷,就可以起诉到法院;而法院没有就某种合同争议或侵权行为发布过令状,人们遇到此类纠纷时就无权诉诸法院,只能等待法院就该类诉讼发布新的令状。然而,1258年的“牛津条例”(Provisions of Oxford)禁止法院就新的诉讼种类发布令状,这就使得普通法只能在狭窄的范围内缓慢地向前发展。在社会实践中,一些人很正当的诉讼请求也会因为没有令状前例而得不到法院的救济。

为了弥补普通法的这一缺陷,一种新的法律形式应运而生,那就是衡平法。所谓“衡平”(equity),就是要公平处理争议,其基本原则是“公平和善良”(ex aequo et bono)。从这个意义上讲,衡平法实际上具有自然法的属性。作为对普通法的补充救济手段,衡平法主要适用于合同纠纷的解决。最初,衡平救济是由国王直接授权的。那些有正当诉讼理由却得不到普通法院救济的当事人通过各种渠道求助于国王,国王便按照“公平和善良”的原则做出裁决。后来,求助于国王的人越来越多,国王应接不暇,便委托作为“国王良知守护人”的大法官来裁判,解决那些案件中普通法院无法解决的难题。于是,衡平法就逐渐形成了自己一套规则体系,独立于普通法。当然,这些规则也是通过一系列判例表现出来的,也属于判例法的范畴。

普通法要“与时俱进”,要与社会同步发展,就必须灵活地对待“遵从先例”的原则。其实,“遵从先例”的原则并不等于对单个判例的盲目服从,而是要求法官努力在一系列判例中找出一般性法律规则,以及理解和适用这些规则的正确或最佳途径。普通法固然要求法官忠实于以前的判例,但是这并不等于说法官在审判中必须机械地遵守前面的某一个判例,因为单个判例不一定能代表普通法在处理某个问题上的原则和精神。这有两方面的原因:

首先,判例中的法律观点并不总是统一和明确的。一般来说,判例都是具有上诉审职能的法院确立的,而每一起上诉案件都是由多名法官共同审理的。虽然在法院判决中有“法院判决意见”,即多数派法官的意见,但同时还有异议和附议。异议是少数派法官的意见。附议者虽赞成多数派法官的结论,但是有不同的推论或理由。即使全体法官都同意“法院判决意见”,不同法官对问题的解释或推理也会有所不同。这就使得判例中确立的法律观点具有了一定的模糊性或多样性。

其次,判例中的法律观点总是与法律所要适用的案件事实相联系的。普通法的基本原则之一是法院不能做出抽象的一般适用性判决意见,只能就具体争议事实做出裁决,因此任何判决都以所认定的案件事实为基础。但是在司法实践中,案件事实是各不相同的,而且并不总是一清二白的。诚然,法院会在判决中说明其认定的案件事实是什么,但这也会有不同意见或模糊之处。由于上诉法院的判决书一般都比较长,而且里面往往包含各种不同的观点和争论,所以对判决意见的理解和解释就变成了一项非常复杂的工作。

因此,单个判例不应被视为绝对不变的法律实体;一个个判例应该被视为不断接近法院解决特定法律问题之规则的过程。从长远观点来看,个案的判决并不重要,重要的是法院在一系列相似案件判决中适用的规则。如果法官在审判活动中对先前的判例毫不尊重,“遵从先例”原则也就没有意义了,但是死板地“遵从先例”,也会限制普通法的发展。在必要时,法官甚至可以推翻先前的判例,而这在英美国家的司法实践中并非罕见。总之,普通法要在发展变化的过程中实现司法公正和司法效率,就必须不断地完善自身。正如18世纪英国著名法官曼斯菲

尔德勋爵(Lord Mansfield)所指出的:“普通法通过一个个案件净化自身(The common law works itself pure from case to case)。”^[32]换言之,普通法的规则就是在一系列判例中演进和发展起来的,这是法官对法的精神和规律的不断发现的过程。

英国的司法判例制度伴随其殖民统治的扩张而流传到世界其他地区,包括后来独立的美国、加拿大、澳大利亚等国家。最开始,这些殖民地的法院都会直接引用英国法院的判例作为审判依据。后来,这些殖民地法院也有了自己的判例。殖民地独立之后,这些国家还有了自己的制定法,其司法判例制度虽统属于英美法系,但是也有了各自的特点。

美国的司法判例制度就不完全等同于英国的制度。首先,美国是世界上第一个有成文宪法的国家。成文宪法使法院有权通过判例宣告某些政府命令乃至国会立法违宪,从而对行政命令和国会立法进行司法审查,这大大提升了判例的效力等级。其次,美国存在联邦和州的双轨司法体制,于是就形成了两套相对独立的司法判例体系。这不仅在一定程度上冲淡了遵循先例原则所依赖的法院等级观念,而且生产出多元的判例汇编,并影响各地的法学教育。再次,司法判例在美国的拘束力并不像在英国那样稳定。最高法院和上诉法院的法官们往往不认为他们必须接受先前判例的绝对约束。相比之下,美国法院对待判例的态度要比英国法院宽松很多。最后,追求法律统一的要求导致了各部门法领域内“法律重述”或“模范法典”的出现,而这些“准制定法”也减少了法官对判例的依赖。由此可见,美国的司法判例制度具有更强的灵活性和适应性。

(二)大陆法系国家中司法判例制度的沿革

大约两千年前,罗马帝国的强盛和罗马社会的繁荣有力推动了法律和法学的发展。公元6世纪,以《查士丁尼民法大全》为代表的罗马法标志着当时人类社会法律制度发展的最高水平。但是,在西罗马帝国被日耳曼人灭亡之后,以日耳曼法为代表的习惯法又回归欧洲大陆的历史舞台。于是,司法判例又成为传承法律的主要形式。虽然一些日耳曼王国在罗马法学家的帮助下编纂了成文法典,但这些法典也是各地区习惯法的汇编。其中影响最大的是法兰克王国在6世纪初编纂的《撒利法典》(Salic Code),它处于欧陆国家的司法判例制度由弱变强的时期。

12世纪以后,以法兰西王国为代表的欧洲大陆国家从封建割据向君主制过渡。中央集权的国家要求法律的统一,而且这是以行政权为主要基础的。于是,从意大利到法国再到德国,研习罗马法又逐渐成为时尚。各个王国不断发布的法令成为主要的法律渊源。18世纪,法学研究的繁荣又推动了法典的制定。拿破仑在1804年颁布的《法国民法典》代表了当时人类立法的最高水平,并影响到其他欧陆国家的法律制度,形成了不同于英国的大陆法系。在这些国家,制定法是法律制度的基础,判例法的观点基本上被抛弃了。法官不能享有自由发现或制造法律的权力,只是机械地运用法律的“法匠”。这是欧陆国家的司法判例制度由强变弱的时期。

崇尚制定法的主张在一定程度上反映了当时在欧洲大陆国家占统治地位的崇尚权威的社

[32] Graham Hughes, “Common Law Systems” in: *Fundamentals of American Law*, edited by Alan B. Morrison, Oxford University Press, p.21.

会文化潮流。但是,随后席卷欧洲大陆的文艺复兴运动推动了人文主义思潮的流行,促进了人性和人权意识的觉醒,从而为反对封建和宗教的权威提供了精神武器。在司法领域内,这种思潮则导致了法官自由裁量权的增长。试举一例,作为大陆法系国家代表的法国,在17世纪以前采用的是典型的“法定证据”制度。在那种制度下,证据的采用和证据的价值都是由立法明确规定的,法官在审判中没有自由裁量权。18世纪以后,法国的证据制度转变为“自由心证”制度。在这种制度下,法官在审理案件的时候可以不受事先确立之规则的约束,自由地使用证据和评断证据,而且法官的判决只能建立在自己“内心确信”的基础之上。

不过,18世纪仍然是制定法在欧洲大陆高度发展的时期,而且法典化已成为各国立法者追随的潮流。从法国的拿破仑到德国的法学家,人们都在竭尽全力而且充满信心地编纂“完整、至善”的法典。立法者造法的能力在无形中被人们神化了。然而,无论是1804年的《法国民法典》还是1794年的《普鲁士普通邦法》或者1900年的《德国民法典》,都已经被历史证明是不完整的、不至善的,是需要司法实践中不断改进和完善的。正如美国学者格伦顿等人所指出的:“今天,在人们的记忆里,1794年的《普鲁士普通邦法》(Allgemeines Landrecht)主要是法律自大的纪念物。它的雄心是想要预见所有可能的偶然情况,并将人类行为的范围规定到无微不至的家庭琐事,它的过分细琐和不懂法律的限度,妨碍了它的运作。”^[33]日本学者大木雅夫则指出:《普鲁士普通邦法》的立法者“把对理性的信仰推向极端,不仅调整范围过于宽泛,甚至把未来也置于其调整之下。他们过分的自信还导致了对法官和法学家作用的不近情理的轻视……然而,对法官和法学家的这种压制,导致了日后法官和法学家以轻蔑对这部伟大的法典施加的报复——历史法学派无视这部法典的存在,而法官们则在这部庞大的法典的每一条文下都附加了判例。”^[34]

在制定“完整、至善”法典的努力受挫的同时,法官的自由裁量权开始得到人们的认可,司法判例的理论也再次引起人们的关注。在大陆法系国家,法官根据新的社会情况,通过对立法条文解释的形式来适用法典,从而承认了判例作为制定法补充的功能。正如徐国栋教授所指出的:“就法国而论,20世纪法官的司法权已广泛地渗透于立法权之中……企求法典为处理各种案件提供无所不能的灵丹妙药的幻想,已经随着一个多世纪以来的审判立法的发展而日益破灭。众所周知,今天在法国生效的法规大部分来自判例汇编,而不是《拿破仑法典》。”^[35]一位德国学者则说道:“毫无疑问,在法国私法的大部分领域内,规则是地道的法官创造物,而这些规则常常与民法典只有微弱的关联,但是要法国法官承认他在其司法活动中起到了完全创造性的作用,却是难上加难。在法国,法官不喜欢让人感到自己在创造法律规则。当然,在实践中他们确实是在创造,法官的职能不是也不可能是机械地适用那些众所周知的和已经确定的规则。”^[36]

[33] (美)格伦顿等:《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社1993年版,页20。

[34] (日)大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,页177—178。

[35] 徐国栋:《民法基本原则解释》(增订本),中国政法大学出版社2001年版,页335。

[36] 转引自陈贵民:“关于法官‘造法’”,载《人民法院报》2002年10月30日。

在回归司法判例制度的道路上,德国的法官甚至走得更远。

虽然意大利、法国和德国法官共同遵循着自由法学派提出的理论,并且都在为自由地“灵活”运用法律的一般性规定进行辩解,但是意大利法官一旦接近确定的传统法律观念时就止步不前,或者行使着一种有限的“审判自由裁量权”,但德国法官公开抛弃了法的确定的原则。如果说法国在法官立法方面因为回顾过去光荣的革命史而往往不忍心随便把革命以来的传统思想放弃而小心翼翼的话,德国则没有任何传统思想的包袱。因此,德国的法官立法更为大胆,在这方面赶上并超过了法国,至少在某些法律部门,其发展是受到判例操纵的。^[37]

美国学者格伦顿则对大陆法系国家的法官造法做出了如下概括:“虽然传统的民法教条否认法官‘制’法和把司法判例作为一种法律渊源,然而现代民法愈来愈堂而皇之地承认立法对解释和运用法律的法官及行政人员的不可避免的依赖。”^[38]总之,现代大陆法系国家也越来越认识到司法判例制度的优点,于是在实践中以不同方式加以吸纳。

从历史发展来看,英美法系国家具有尊重司法者造法的传统,所以判例便成为重要的法律渊源,但这只是司法判例制度的一种形式。大陆法系国家具有强调立法者造法的传统,所以判例不属于正式的法律渊源,但其仍然在司法活动中发挥着重要的甚至是不可或缺的引导和规范作用。英美法系国家的法官在判决时要“遵循前例”,大陆法系国家的法官在判决时也不能“无视前例”。从这个意义上讲,“遵循前例”在英美法系国家是“明规则”,在大陆法系国家则是“潜规则”。另外,我们也要注意两大法系这种划分可能带来的误解,即认为所有大陆法系国家的法律制度都是相同的,所有英美法系国家的法律制度也都是相同的。且不说法国与德国的法律制度存在差异,英国与美国的法律制度存在差异,就是在一些国家的内部也存在法律制度的差异。例如,英国的苏格兰、美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省,其法律制度就都具有大陆法系的特色。因此,我们在研究司法判例制度的历史发展时,既要看到分流的趋势,也要看到融合的趋势。

四、司法判例制度的趋同

传统观点认为,英美法系和大陆法系的主要区别就在于法律渊源的不同。普通法系国家把司法判例作为法律渊源,而大陆法系国家则把制定法作为法律渊源。就12世纪至18世纪的欧美国家而言,这种观点大体可以成立。但是近代以来,前者越来越重视成文法,后者越来越重视司法判例。于是,两大法系司法判例制度的分流又呈现出融汇合流之势。内尔·麦克考米克教授在《解释性判例:比较研究》一书的“导论”中指出:“两大法系在这方面的差异经常被拿来比较,而且这种差异往往被夸大。诚然,两大法系之间存在着根本的深层差异,而且某些深层差异与其对判例的态度和适用有关。但事实上,在成文法体系中,判例也扮演着十分重要的角色,而且必须强调的是其作用还在不断增强。因此,两大法系当前的发展趋势是在不断

[37] 徐国栋,见前注[35],页338。

[38] 格伦顿等,见前注[33],页31-32。

融合,而不是差异越来越大。”〔39〕

制定法和判例制度的基本功能都是通过规则调整社会关系,规范人的行为,但是二者的方法有所不同:前者要求立法者根据既往经验和理论推演,在事前给出完整的规则体系,然后在社会生活中普遍适用;后者要求司法者根据法律规定和案件情况,在事后给出具体的裁判规则,然后在当下和后续的案件中适用。一般来说,制定法具有明晰的逻辑结构,章节款项,层次分明。判例却比较散乱,人物事件,林林总总。制定法的规则比较容易宣示和理解,判例中的规则往往需要经过专业法律培训的人去提炼和解读。不过,制定法与判例并非水火难容,二者可以共存,也可以互补。正如麦克考米克教授所言:“很难想象在当前哪一种法律制度中不是两者并存。因此需要回答的问题至多就是,如何在系统中寻求二者的最佳平衡,从而使之达致良好的运行。但是,该问题并没有普遍适用的单一答案。每个法律制度究竟会选择何种平衡发展的路径,往往深受其法律制度和历史传统的影响。”〔40〕

(一)英美法系国家的融合趋势

虽然判例法是英美法系的一个基本特征,但是在现代英美法系国家中,制定法越来越多,发挥的作用也越来越大。无论是在英国还是在美国,立法机关都已经制定和颁布了大量的法律。随着制定法的增加,判例法在法源体系中的统治地位受到挑战,但是这并不等于说判例法已经退出历史舞台。以美国为例,虽然每个州都有自己的刑法典和刑事诉讼法典,但是其大部分内容都是对传统的判例法规则的加工和法典化。而在侵权法和合同法等领域内,判例法仍然是基本的法律渊源。

当代美国的判例法可以分为三大类:①普通法的判例法。这是典型意义上的判例法,也可以说是狭义的判例法,即完全按照普通法的传统由法官通过判例制定出来的法律。在历史上,普通法曾优于制定法,但是立法权优先于司法权的观念逐渐被人们接受,所以在当代美国的法律体系中,普通法的判例法实际上属于效力较低的法律。②衡平法的判例法。起源于英国的衡平法本身就是由判例组成的,而衡平法移植美国也是通过一系列判例实现的,因此,判例法也是美国衡平法的基本法源。由于美国目前只有少数州保留独立的衡平法院,而在联邦和绝大多数州的法院中,传统的衡平法诉讼都由普通的民事法庭审理,所以衡平法的判例已经在很大程度上融合在普通法的判例之中了。③制定法的判例法。这种判例法的主要作用是解释制定法,同时也会在一定程度上扩充制定法的内涵。这类判例的适用也要“遵从前例”,因此它们也具有法源的性质。

美国大概是英美法系国家中制定法最为发达的国家。其中最具有代表性的法律文献就是《美利坚合众国法典》(United States Code,简称《美国法典》)。1925年,美国参众两院决定颁布“一部具有普遍性和永久性的法律”,即于1925年12月7日生效并于1926年6月30日颁布的《美国法典》,共有15卷。随着制定法的不断增加,该法典的内容也不断补充更新,基本上

〔39〕 Neil MacCormick, *Interpreting Precedents - a Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 12.

〔40〕 *Ibid.*, p. 5.

保持了每隔六年就重新编纂颁布一次的节奏。目前的最新版本是2012年3月颁布的,共有51卷,内容包括了所有法律领域。即使与大陆法系国家的制定法相比,《美国法典》也毫不逊色。^[41]

此外,由美国法学会组织编纂的《法律重述》(Restatement of Law)^[42]也是美国的判例法向制定法融合的一种表象。从1923年至今,美国法学会已经发布了三个系列的《法律重述》,内容涵盖传统普通法中的合同法、侵权法、财产法等领域。按照美国法学会的解释,《法律重述》主要为法院判案提供指导,为法律适用者提供参考。^[43]《法律重述》不属于制定法,不能直接作为司法裁判的法律渊源。但是在司法实践中,很多法官和律师都会间接引用《法律重述》中的观点,因此有人称之为“准法典”(Code-Like)。

综上,当代英美法系国家的法律体系是判例法与制定法的结合,而且是以判例法为基础的。这主要表现在以下几个方面:第一,很多制定法都是普通法原则和规则的法典化,所以法院在解释和适用这些法律时必须依赖过去的判例。第二,在那些新的法律领域内,虽然制定法不是普通法的翻版,但是判例在解释这些制定法的问题上也十分重要。第三,虽然英美法律在原则上承认国会的制定法对判例法享有优先权,但是在司法实践中,判例法仍保持一定的独立性,“司法审查权”就是很好的例证。第四,在大量审判实践的积累过程中,制定法往往都被附上了许多判例,而且美国司法系统对这些判例的遵从甚至会超过对那些制定法本身的遵从。第五,在诸如刑法的刑事责任要件和辩护理由、合同法的基本原则、财产法的基本概念、侵权法的基本内容等问题上,判例法仍然是主要的法律渊源。第六,判例法的传统思维方式和分析问题方法在很大程度上影响着英美法系国家的法学教育和法律人才的培养。总之,尽管制定法越来越多,英美法系国家的法律制度仍然保持着判例法的传统。这是英美法系国家中判例法与制定法相融合的基本态势,也是“具有英美法系特色”的判例法与制定法的平衡。

(二)大陆法系国家的融合趋势

对于大陆法系国家而言,制定法是主要的法律渊源。但是近代以来,大陆法系国家也越来越重视司法判例的重要性。事实上,司法判例也逐渐成为了大陆法系国家的辅助法源。大陆法系国家的司法判例是随着成文法的局限性被认知以及法官自由裁量权的扩张而发展起来的。大陆法系国家的法官在审理案件时首先会寻找法典中的规定作为裁判依据,在没有明确的法律规定时,他们才会求助于判例。虽然判例不属于法律渊源,但是下级法院往往会遵从上级法院的判例,因为法官们不愿意承担被上级法院推翻判决的风险。由此可见,大陆法系的判例具有事实上的拘束力,虽然不能成为正式的法源,大概也可以称为“准法源”。

目前,大陆法系国家一般都在一定程度上承认了司法判例的价值,而且一般都把判例视为

[41] 关于《美国法典》的内容体系,可以参见吴新平主编的中文版《美国法典》(根据1988年版《美国法典》翻译),中国社会科学出版社1993年版。

[42] 例如美国法学会1932年颁布的《合同法重述》(Restatement of Contracts)和1979年颁布的《合同法重述》(第二版)(Restatement (Second) of Contracts)。

[43] 参见朱雅妮:“法律重述:概念、法理与国际化”,《湖南师范大学社会科学学报》2012年第5期。

对法典或法律条文进行解释的重要方式。虽然在不同国家中,司法判例的界定和效力有所不同,发布判例的形式和引用判例的方法也有所不同,但是都基本上形成了一定的规则。从这个意义上讲,大陆法系国家一般也建立了司法判例制度。麦克考米克教授主编的《解释性判例:比较研究》一书就详细介绍了德国、法国、意大利、挪威、波兰、西班牙、瑞典等大陆法系国家的司法判例制度,内容包括这些国家的判例制度背景、判例的拘束力、判例的选择、判例的甄别、运用判例实践的评价等。^[44]

法国是以制定法为基本法源的国家,司法判例不是一般意义上的法源。因此,人们不能把判例看成“造法”,只能视为解释法律的手段。在法语中,司法判例(jurisprudence)的概念有广狭之分。根据法律词典的解释,广义的司法判例是指某段时期内在某个法律领域内或所有部门法领域内所做的司法裁判的集合;中义的司法判例是司法机关就同一法律问题所做出的一系列司法裁判的集合;狭义的司法判例是最高司法机关所做的概括抽象的司法裁判中所包含的法律意见。虽然判例不属于法源,但在实践中,法官和律师在寻求个案的裁判依据时往往会遵循判例,特别是在行政诉讼之中。法国的行政诉讼不仅承认判例的拘束力,而且行政法的许多重要原则或规则也是由判例所释明的。法国行政法学家弗德尔曾经说道:“如果我们设想立法者大笔一挥,取消全部民法条文,法国将无民法在;如果他们取消全部刑法条文,法国将无刑法存在;但是如果他们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在成文法中,而存在于判例之中。”^[45]从这个角度讲,法国的司法判例制度已经是解释法律与创制法律的结合。^[46]

在德国,由于《基本法》(即德国宪法)明确规定司法权独立于立法权和行政权,法官只服从于法律,所以法官在具体案件中只能依据法律作出裁判,不能创制法律。但是,制定法往往具有概括性和滞后性的特点,因此法官在审判时又必须对制定法进行解释,并在必要时创造性地填补其漏洞,即所谓的“法律续造”。德国联邦宪法法院早已将“法律续造”确认为法官的任务之一。联邦宪法法院在其早期判例中就指出,一般性法律规则对于法官的解释能力和法律补充能力提出了特殊的要求,而这种“法律发现性的漏洞填补”在现代法治中已成为法官的重要任务。德国的判例可以分为两类:第一类是具有明确拘束力的判例,主要指联邦宪法法院的判例。《联邦宪法法院法》第31条第1款规定,联邦宪法法院的裁判对于联邦和各州的宪法机关以及所有法院和机关均有拘束力。第2款规定,该法院的裁判在许多情况下——尤其是当该法院认定某个法律规范合宪、违宪或者无效时——具有制定法的效力,而且该裁判结果还将由联邦司法部在《联邦法律公报》上予以公布。由此可见,联邦宪法法院的判例具有正式的法律拘束力。第二类是不具有明确拘束力的判例,指联邦宪法法院以外的其他法院的判例。这些法院的判例不具有法律明确规定的拘束力,但可能在事实上具有不同程度的拘束力,包括本

[44] Neil MacCormick, *Supra* note [39].

[45] 曾繁正等编译:《西方主要国家行政法行政诉讼法》,红旗出版社1998年版,页183。

[46] 此处参考了法国艾克斯—马赛大学和国家法官学院培训学员郭欣阳副教授为本项目撰写的研究报告。

法院先前判例对后来裁判的拘束力,上级法院的判例对下级法院裁判的拘束力。这种事实上的拘束力表现在两个方面:其一,下级法院一般都会自动遵循上级法院的判例,因为如果不这样做,其裁判就可能被上级法院推翻;其二,法院在裁判中没有遵从先前的判例可以构成当事人提起上诉的法定理由,例如,《行政法院组织法》第132条第2款就明确规定,如果高等行政法院的裁判偏离了联邦行政法院、联邦其他最高审级法院以及联邦宪法法院的判例,当事人就可以向联邦行政法院提起法律审上诉。在司法实践中,上级法院的判例一般都会得到下级法院的尊重,而且法官在裁判中引用判例的做法并非罕见。^[47]

日本继受了大陆法系的制定法传统,因此判例不属于制度上的法源,但属于“事实上的法源”。在当下日本,“判例”是法令中的固定用语,其基本含义是法官作出的法律判断。司法判例理论研究的核心问题是判例的拘束力,包括在“此案件”中的拘束力和作为先例的拘束力。正是在后者的意义上,判例才具有“事实上法源”的地位,或者说具有事实上的拘束力。主要理由有二:其一,违反判例是上告理由。在刑事领域,原判决作出“与最高法院判例相反的判断”,或者(最高法院没有判例时)作出“与大审院或高等法院的判例相反的判断”,可提出上告请求。在民事领域,一方当事人可以原判决违反最高法院判例为由提出上告受理请求或许可抗告请求。这实际上就通过上告制度赋予最高法院通过判例统一解释法令的权限,以实现法令解释的安定性。其二,判例的变更程序非常严格。日本最高法院15名法官分属于三个小法庭,一般的案件都由小法庭来审理和裁决,但判例变更原则上须由15名法官全体组成大法庭作出判断。由此可见,日本的司法判例制度与德国相似,主要是通过法官对制定法的解释性判例来完成规范司法裁判的功能。^[48]

综上,大陆法系国家的司法判例制度是建立在制定法基础之上的。判例依附于制定法,同时又是对制定法的不可或缺的补充。经过长期的互动磨合,制定法的功能与司法判例的功能终于达致了“具有大陆法系特色”的平衡。

(三) 补充解释是现代司法判例制度的基本功能

通过对两大法系国家中司法判例制度的纵向与横向考察,我们可以获得以下启示:第一,在现代法治国家中,“法官造法”已经不是司法判例制度的主要功能,对制定法规则进行解释和补充才是司法判例制度生存发展的主要空间。第二,司法判例制度的发展动力既可以来源于内部也可以来源于外部,每个国家都可以也应该尝试将两种“动力源”结合起来,既要探究本土资源,也要研习外国经验,努力寻求具有本国特色的平衡点。第三,对判例效力的规定应该从“刚性界定”转向“弹性界定”。换言之,司法判例的效力不应简单地划分为或有或无,而应根据具体情况划分为不同层级的强弱。例如,德国学者对于判例效力的界定就突破了法源意义上的效力范畴,而是从更为广阔的影响力角度去界定其效力,不再拘泥于有无拘束力的刚性解读,而是进入了拘束力大小的弹性解读。

法律规则既要有稳定性,又要有灵活性;既要有普遍适用性,也要有个别适用性。前者要

[47] 此处参考了德国马克斯—普朗克外国与国际刑法研究所的周遵友博士为本项目撰写的研究报告。

[48] 此处参考了日本东京大学法学博士于佳佳为本项目撰写的研究报告。

求法律规则的内容抽象概括;后者要求法律规则的内容具体明确。立法者的着眼点是社会的普遍情况,因此更强调法律规则的普遍适用性和相对稳定性;司法者的着眼点是个案的具体情况,因此更重视法律规则的个案适用性和灵活适用性。诚然,立法者也会竭力制定出具体明确的法律规则,但往往力所难及。一方面,社会状况是复杂多样的,立法要保持其普遍适用性,就不得不保持一定的抽象性和模糊性,就不可能非常具体,不可能为每一个具体案件制定规则。另一方面,社会是不断发展变化的,立法要保持其相对稳定性,也不可能设计得非常详细,总要留有一定的宽容度。此外,立法者既非神仙又非超人,他们对社会生活的认识难免具有局限性。他们既不可能对社会生活每个角落的情况都做到明察秋毫,也不可能对未来社会中可能发生的一切变化都做到精确预报。因此,立法的滞后性和局限性是不可避免的,立法中存在一些漏洞或空白也是毋庸置疑的。司法者必须发挥主观能动性和自由裁量权才能在具体案件中恰当地适用法律规则,发现法的规律,实现法的精神,维护社会生活的公平正义。下面,我们就以竞争法的有关规则为例来说明司法判例对制定法的补充解释功能。

德国于1896年制定了世界上第一部《反不正当竞争法》,这部法律以列举方式规定了五种应当禁止的不正当竞争行为。由于这种列举式规定缺乏灵活性,所以该法律未能在现实中发挥应有的作用。为了弥补列举方式的不足,1909年修订的《反不正当竞争法》引入“一般条款”,规定“商业交易中,以竞争为目的违背善良风俗者,得请求其不作为及损害赔偿”。^[49]在尔后的一百年中,德国的《反不正当竞争法》又经过多次修改,但一直保留“一般条款”。现行的《反不正当竞争法》(2008)的一般条款规定:“不正当商业行为之禁止 ①不正当商业行为,足以显著地侵害竞争者、消费者或其他市场参与者的利益的,是不合法的;②针对消费者的商业行为无论如何都是不合法的,当该行为不符合对于经营者适用的专业的注意,足以显著地损害消费者根据信息作出决定的能力,并且因此足以促使其作出在其他情况下不会作出的商业决定。在此从普通消费者,如果商业行为指向特定的消费者群体,从该群体的普通成员的角度判断。如果经营者可以预见,其商业行为仅仅涉及精神上或者身体上的缺陷、年龄或轻信而特别需要保护的、可以明确识别的消费者群体的,从该群体的普通成员的角度判断;③本法附录中所列的针对消费者的商业行为总是不合法的。”^[50]

所谓“一般条款”,亦称“概括条款”,“是在法律具体列举的不正当竞争行为以外认定不正当竞争行为的抽象规范”。^[51]因其具有高度概括性,所以能弥补列举式规定的不足。但是“一般条款”加大了法官的自由裁量权,从而也加大了法律规则适用的不确定性。如何在司法实践中规范“一般条款”的适用,这是一个困扰各国立法者和司法者的难题。^[52]德国在解决

[49] 范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,页10。

[50] 同上注,页438。

[51] 郑友德、范长军:“反不正当竞争法一般条款具体化研究——兼论《中华人民共和国反不正当竞争法》的完善”,《法商研究》2005年第5期。

[52] 中国的反不正当竞争立法中并未明确设立一般条款,但是在司法实践中,《反不正当竞争法》的第2条经常被用作一般条款。尽管最高人民法院通过司法解释对这一条款的适用加以限制,但其依旧在司法实践中造成一定混乱。

这一难题的过程中,司法判例发挥了重要作用。

虽然德国不承认判例法,但是“德国对于联邦法院及各地方法院的判决适用判例推定原则:①如果存在所属的判例,则必须援引该判例;②偏离该判例的,需要承担说明理由的责任。”^[53]以“引诱跳槽第二案”^[54]为例,原告和被告是两家具有竞争关系的管具制造公司,被告方曾委托人才猎头公司 A 寻找其需要的人才。A 为此以电话方式于 2001 年 2 月 12 日向原告的 3 名外务工作人员发出了被告公司的工作要约。其中两名工作人员是通过原告为其配发的工作专用的移动电话联系的,而另一名工作人员则是两次通过原告为其配发的固定工作电话联系的。原告认为,被告通过原告给其工作人员配置的电话与该员工建立联系并试图引诱其跳槽的行为属不正当竞争行为。被告则认为,自己的行为是合理的竞争行为。本案中争议的焦点就是被告方的行为是否属于《反不正当竞争法》之“一般条款”所规定禁止的行为。联邦最高法院最终驳回了原告的诉讼请求,其判决依据是在既往判例中确立的原则。在“引诱跳槽第一案”^[55]中,法院确立的原则是:“引诱其他经营者的职员跳槽的行为原则上是自由竞争所允许的,只有当这种引诱有不正当的伴随物时才被禁止,这里的伴随物主要是指以不正当的手段或者这种引诱本身有不正当的用途。”^[56]

德国法院还通过判例对“一般条款”的适用范围进行了限定:第一,该行为不属于《反不正当竞争法》具体列举的不正当竞争行为。例如,在“引诱跳槽第二案”中,联邦最高法院首先分析了就该案行为适用《反不正当竞争法》第 7 条第 1 款、第 2 款第 2 项以及第 4 条第 10 项的可能性。在确认该案情况不符合上述条款具体列举的行为后,法官才适用了《反不正当竞争法》第 3 条规定的“一般条款”。^[57]第二,该行为不属于欧盟新指令中许可的行为。例如,1997 年欧共体颁布的《比较广告指令》在原则上认可了比较广告行为的合法性。但是,依据德国当时的国内法,比较广告通常会被禁止。欧共体允许成员国在 30 个月内将该指令转化为国内法规则。但是德国在将这一指令转化为国内法之前,联邦最高法院就在具体案件的裁判中采取了与《比较广告指令》相一致的态度,没有适用《反不正当竞争法》的“一般条款”。^[58]

德国涉及《反不正当竞争法》的判例很多,可以归纳为若干判例群。所谓“判例群”,就是将不同案件中构成相近行为的事实进行归纳,总结出这一类行为的特征以及裁判规则。法官在审理同类案件时,可以参照适用该判例群确立的规则,也可以对规则进行补充或修改。例如,根据 1909 年《反不正当竞争法》的“一般条款”,德国法院就创制了四个判例群:“妨碍顾客购买决定自由”判例群、“阻碍竞争者”判例群、“不当模仿他人成果”判例群、“违法占先”判例群。通

[53] 范长军,见前注[49],页 8。

[54] 参见德国联邦最高法院判决书, BGHZ, 2006(2)。

[55] 参见德国联邦最高法院判决书, BGHZ, 2005(158)。

[56] 曾琦、方小敏:“德国反不正当竞争法一般条款具体化研究”,《孝感学院学报》2011 年第 3 期。

[57] 同上注。

[58] 范长军,见前注[49],页 120—121。

对过判例进行类型化处理形成的判例群,在很大程度上保证了法院裁判的稳定性或一致性。^[59]

美国没有针对不正当竞争行为进行专门立法。作为美国竞争法主要法源的《谢尔曼法》和《克莱顿法》也没有就不公平竞争问题做出明确规定。在立法层面,“不公平竞争方法(unfair methods of competition)”的表述仅出现在《联邦贸易委员会法》的第5条中。由于该法没有对“不公平竞争方法”做出明确的解释或说明,所以这种类似德国的“一般条款”的规定也给司法人员带来困惑,并且引发了学者之间的争论。其中,最主要的争论之一涉及“不公平竞争方法”与反托拉斯法律规定之间的关系。有学者主张,“不公平竞争方法”的认定应当符合反托拉斯法的有关规定,要么证明存在垄断协议,要么证明存在垄断势力。但也有学者反对这种观点。美国法院也是通过判例对这项不够明确的立法规定作出了补充解释。在印第安纳牙医联合会案^[60]的判决中,联邦最高法院解释道:“出于某种必要,《联邦贸易委员会法》中的‘不正当’并没有一个明确的判定标准,但是它不仅包含了违反《谢尔曼法》及其他反托拉斯法的行为,还包括那些由于其他原因被委员会认定为违反公共政策的行为。”^[61]由此可见,美国与德国的做法大同小异。

此外,欧盟法院也经常通过判例来补充解释那些不够明确的法律规定。为了保护消费者的权利,防止消费者被不正当竞争行为所误导,欧盟委员会于2005年5月11日颁布了《不公平商业行为指令》(Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices)。这一指令构成了欧盟反不正当竞争法的主要内容。但是,为了保证足够的灵活性以应对不断出现的新型营销方法和技巧,这一指令仅对“不公平商业行为”做出了原则性界定。于是,欧盟法院(European Court of Justice)的判例就在保证该指令在各成员国中得到统一规范适用的问题上发挥了至关重要的作用。首先,欧盟法院的判例厘清了各成员国的国内法与该指令的关系。欧盟法院在一系列判例中明确规定,各成员国不可保留那些与该指令不一致的国内法律规则,包括对捆绑销售的一般性禁止规则,对附赠奖券的一般性禁止规则,出于保护消费者以外的其他目的而对有奖销售做出的一般性禁止规则,出于保护消费者目的而对提前进行打折宣传做出的一般性禁止规则,对未得到行政机关许可的“清仓打折”的一般性禁止规则等。^[62]其次,欧盟法院通过判例对该指令中的一些实

[59] 同上注,页116-118。

[60] *FTC v. Indiana Fed'n of Dentists*, 476 U.S. 447, 459-61 (1986)

[61] Rudolph Peritz, *Toward an Expansive Reading of FTC Act § 5: Beyond the Sherman Act and an Ex Post Model of Enforcement*, available at: <http://ssrn.com/abstract=1439834>.

[62] 对捆绑销售的一般性禁止规则参见判例 C-261/07 和 C-299/07 (*Total Belgium*, 23 April 2009)及 C-522/08 (*Telekomunikacja Polska*, 11 March 2010);对附赠奖券的一般性禁止规则参见判例 C-304/08 (*Plus Warenhandels-gesellschaft*, 14 January 2010);出于保护消费者以外的其他目的而对有奖销售做出的一般性禁止规则参见判例 C-540/08 (*Mediaprint*, 9 November 2010);出于保护消费者目的而对提前进行打折宣传做出的一般性禁止规则参见判例 C-288/10 (*Wamo*, 30 June 2011)及 C-126/11 (*Inno*, 15 December 2011);对未得到行政机关许可的“清仓打折”的一般性禁止规则参见判例 C-206/11 (*Köck*, 17 January 2013)。

体性规则进行了解释。例如,在判例 C-122/10 (Ving Sverige, 12 May 2011)中,欧盟法院对该指令第 2 条 i 款所规定的“购买邀请”进行了解释;在判例 C-428/11 (Purely Creative e.a., 18 October 2012)中,欧盟法院对该指令附件一第 31 条所规定的“制造虚假获奖感觉”做出了解释;在判例 Case C-435/11 (CHS Tour Services)中,欧盟法院对该指令第 5 条所规定的“不公平商业行为”进行了解释。^[63] 离开这些解释性判例,竞争法的上述规则很难在司法实践中有效适用。

五、结语

纵观历史,虽然世界各国司法判例制度发展的初始点近似,但是英美法系国家所走的是从判例法到判例法与制定法相结合的道路,而大陆法系国家所走的是从制定法到制定法与判例相结合的道路。二者的路径不同,偏重不同,但都在一定程度上达致了制定法与判例制度的平衡。这种发展轨迹反映了人类社会发展的规律,值得我们在完善中国的司法判例制度时参考与借鉴。

毫无疑问,判例在中国大陆地区不属于法律渊源,但如前所述,司法判例制度的建立并不以“判例法”为前提条件。中华人民共和国在半个多世纪内之所以未能建立司法判例制度,除了认识观念上的原因之外,主要是因为法院的裁判文书不够公开和前案判决意见对后案法官裁判的拘束力不够明确。虽然司法机关和法律学者编纂过多种多样的案例汇编,但是那些案例对法官没有拘束力,只是学习参考的资料而已。

2010年,中国的公检法机关开始推行“案例指导工作”。7月30日,最高人民检察院发布了《关于案例指导工作的规定》。2010年9月10日,公安部发布了《关于建立案例指导制度有关问题的通知》。2010年11月26日,最高人民法院发布了《关于案例指导工作的规定》。这项工作推进了我国司法判例制度的建立,具有很强的指标性意义,但是“指导性案例”并不等于“判例”。一方面,公安机关、检察机关、审判机关都可以公布指导性案例,但是只有法院作出生效判决的案例才可以称为“判例”。换言之,司法判例制度仅指法院的裁判。另一方面,最高人民法院发布的指导性案例与世界各国通识的司法判例也有一定差异。

2011年12月20日、2012年4月14日和9月18日、2013年2月7日,最高人民法院已经

[63] Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee—First Report on the application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'), http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucpd_report_en.pdf

分四次发布了16个指导性案例,其中民事案例8个,刑事案例6个,行政案例2个。^[64]这些指导性案例解答了司法实践中面临的一些新的法律适用问题,例如,其中的刑事案例分别涉及新形式、新手段受贿罪的认定问题(指导案例3号),新形式、新手段贪污罪的认定问题(指导案例11号),判处死缓并限制减刑的具体条件问题(指导案例4号和指导案例12号),刑法规定的非法买卖毒害性物质的界定问题(指导案例13号),刑法修正案(八)规定的禁止令的具体适用问题(指导案例14号)。这些“指导性案例”对于上述法律规定在刑事审判中的统一适用确实具有一定的指导意义。

如前所示,司法判例制度的要旨在于自然生成和司法维系,其优势在于数量众多和细致入微。在采用“非法源性”司法判例制度的大陆法系国家,判例的拘束力主要依赖于生成判例之法院的权威和上诉制度的维护。然而,我国的案例指导制度却存在着一些与司法判例制度不相一致的情况。首先,指导性案例虽然是最高人民法院精选后发布的,但并不是最高人民法院自己审理的案例,其中有些案例甚至是基层人民法院审理的。下级法院审理的案件经过最高人民法院发布之后便作为比审理该案之法院的级别更高之法院的“指导”,这种带有“上级遵从下级”意味的案例指导制度似乎有违司法判例制度的原理。其次,这些指导性案例是最高人民法院“制作”或“改编”的,并非“原汁原味”的判例。虽然这种做法可以提高指导性案例的水平,但是也不符合司法判例的生成规律。再次,“指导性案例”的名称定位不够严谨,因为“指导”一词的含义与“参考”相似,未能体现作为司法判例制度之灵魂的“前案判决意见对后案裁判的拘束力”。最后,最高人民法院发布的指导性案例的数量太少,很难满足司法实践中对于判例制度的需求。

如果说案例指导制度是我国司法判例制度的雏形,那它与行之有效的司法判例制度还有很大差距。那么,如何完善我国的司法判例制度?一方面,我们要完善法院判决的公布发表制度,因为法院判决意见的全面系统的公开是司法判例制度的基础。我们很高兴地看到,《最高人民法院裁判文书上网公布暂行办法》已经于2013年7月生效,最高人民法院已经开设了“中国裁判文书网”,^[65]为全国法院裁判文书实现全面公开上网创造了条件。另一方面,我们要明确判例的拘束力并建立相应的保障机制。例如,同一个法院先前的判决意见应该对后案的裁判具有拘束力,上级法院的判决意见应该对下级法院的

[64] 这16个指导性案例是:1号上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案;2号吴梅诉四川省眉山西城纸业有限公司买卖合同纠纷案;3号潘玉梅、陈宁受贿案;4号王志才故意杀人案;5号鲁潍(福建)盐业进出口有限公司苏州分公司诉江苏省苏州市盐务管理局盐业行政处罚案;6号黄泽富、何伯琼、何熠诉四川省成都市金堂工商行政管理局行政处罚案;7号牡丹江市宏阁建筑安装有限责任公司诉牡丹江市华隆房地产开发有限责任公司、张继增建设工程施工合同纠纷案;8号林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案;9号上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案;10号李建军诉上海佳动力环保科技有限公司公司决议撤销纠纷案;11号杨延虎等贪污案;12号李飞故意杀人案;13号王召成等非法买卖、储存危险物质案;14号董某某、宋某某抢劫案;15号徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案;16号中海发展股份有限公司货轮公司申请设立海事赔偿责任限制基金案。参见中国法院网(<http://www.chinacourt.org>)。

[65] www.court.gov.cn/zqcpwsw。

裁判具有拘束力,而拘束力的维系主要依靠上诉审的制度。这就是说,某个法院的裁判违反了先前具有拘束力的判例,当事人就可以提出上诉,上诉审法院就可以推翻原判——或者推翻先前的判例。当然,这还需要我们对司法判例的确认、引用、甄别、推翻等事项进行一系列具体的制度设计。不过,在司法审判公开透明的情况下,是否遵从以及如何遵从先前的判决或裁定意见,就是一个无法回避的问题。试举一例:

2013年8月22日至26日在济南市中级人民法院开庭审理的薄熙来贪污、受贿、滥用职权案极受世人关注。由于济南中院以“微博直播”的形式即时发布了庭审记录,关注该案的人都可以间接地知晓庭审的全过程,包括法官在法庭调查中作出的即席裁定。诚然,程序公正不能完全替代实体公正,“微博直播”也很难在众多后案中复制,但是这高度透明且相当文明的庭审确实一定程度上演示了中国司法的进步。不过,公开透明就会暴露出问题,包括可能引起争议的法律适用问题。在该案中,薄谷开来是最为关键的证人,其是否出庭作证是一个倍受关注的问题。在济南中院通过微博发布的庭审记录中有下面一段对话:

……

审判长:被告人对公诉人出示的证据是否有异议?

被告人:我对这些机票报销一无所知。谷开来和薄瓜瓜和张晓军从来没有跟我提到过机票的问题。我对谷开来出庭作证已强烈要求过两次。

审判长:你刚才提到申请谷开来作证的问题,公诉人及辩护人也向本庭提出了申请谷开来到庭作证的申请,庭前本庭也将意见给双方进行了反馈,根据双方的申请,本庭也经过审查,认为谷开来应该到庭作证,本庭同时派法官到羁押谷开来的监狱面见了谷开来,但谷开来明确表示拒绝到庭参加出庭。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第188条第1款的规定,证人没有正当理由不出庭作证,法院可强制其出庭作证,但被告人的配偶、父母、子女除外。所以说谷开来在本庭依法通知她之后,她明确表示拒绝出庭作证,本庭不能强制她出庭。^[66]

……

法庭应否强制薄谷开来出庭作证?这是一个涉及法律适用的问题,而该案审判长的上述回答相当于就这个问题给出的裁定意见。那么,这个裁定意见是否正确,或者说,是否符合法律规定的本意?要回答这个问题,就要准确解读相关法律规定的立法本意,而这并非易事。

众所周知,世界上许多国家的法律都明确规定了“夫妻之间的作证特免权”。在刑事诉讼中,了解案件事实情况的人都有作证的义务,但是被告人的配偶可以免除,因此又称为“免证权”。如是规定之宗旨在于维护对社会生活具有重要价值的婚姻家庭关系。即使在刑事诉讼中,查明犯罪事实的价值取向有时也要让位于婚姻家庭的价值观念。但是,由于我国多年来片面强调打击犯罪,所以一直鼓励“大义灭亲”,反对“亲亲相隐”。在这次修改《刑事诉讼法》的过程中,一些学者提出了规定“亲属免证权”的建议,但是遇到了阻力。经过妥协,2012年3月由

[66] 见济南市中级人民法院官方微博在薄熙来案庭审期间公布的庭审现场记录。资料来源:<http://c.wcibo.com/jinanzhongyuan>。

全国人大通过的“刑诉法修正案”采取了前进“半步”的作法,没有规定完全的“免证权”,而是仅仅规定了“免于强制出庭作证权”。这就是说,被告人的配偶、父母、子女仍有作证的义务,但是不得被强制出庭作证。这就是2013年1月1日起生效的《刑事诉讼法》第188条规定之由来。

就这条法律规定的字面含义而言,薄熙来案中法官的上述回答无可厚非。然而,“亲属免证权”的本意是要尊重被告人的婚姻家庭关系,是要更好地保护被告人的权利,因为在刑事诉讼中要求被告人的亲属作证或出庭作证的往往是侦查人员或检察官。此外,被告人在刑事诉讼中还应该享有另外一项权利,即与不利于自己的证人当庭对质的权利。很多国家的法律以及联合国的《公民权利和政治权利国际公约》中对此都有明确规定。虽然我国的《刑事诉讼法》和有关的司法解释就被告人的质证权作出了初步的规定,但是在证人不出庭的情况下,被告人的质证权往往会流于形式。为了解决我国刑事诉讼中证人出庭率太低的“老大难”问题,新修订的《刑事诉讼法》第187条规定:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响,人民法院认为证人有必要出庭作证的,证人应当出庭作证。”在本案中,被告人明确要求于己不利的关键证人出庭作证,法庭却以原本为保护被告人权利而设计的“亲属免于强制出庭作证权”来阻却被告人的“当面质证权”,这样的理由就显得有些苍白乏力了。于是,该案就给司法实践留下了一个难题:在日后的审判中遇到被告人要求其配偶、父母或子女出庭接受质证而证人不愿意出庭的情况时,法官是否都可以援引薄熙来案而作出不予强制出庭的裁定?这确实是一个需要司法判例制度来回答的问题。

完善司法判例制度是建设法治国家的需要。现代司法判例制度的主要职能是统一法律的司法解释和限制法官的自由裁量权。从表面上看,司法判例制度似乎扩大了法官的自由裁量权,但这是对法官群体而言的。对审理具体案件的法官来说,司法判例制度反而限缩了其自由裁量权。从实践来看,司法判例可以为法官提供更为具体、更为明确的裁判规则,可以更为有效地防止司法者把个人的成见、情感等因素作为判决依据。由此可见,司法判例制度具有双重性:一方面,它是司法者群体自由裁量权的张扬;另一方面,它又是司法者个体自由裁量权的约束。二者在具体国家中的适度平衡,体现了司法判例制度的完善程度,也体现了国家法治的发展水平。简言之,法治生发于宏观而落实于微观,而具体的法治才是现实的法治。

(责任编辑:傅郁林)