

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文

阅读次数: 861

## 析判例在两大法系中的地位和作用

最高人民法院刑一庭 刘树德

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

无论是判例法国家还是成文法国家,判例均是客观存在的,只是在不同的法律制度下其法律地位不同而已。在大陆法系国家中,判例的作用是极其有限的,只能起到解释成文法的作用,不能单独成为判案的法律根据。正如达维德指出的,“在罗马日耳曼法系各国,判例的作用只有同法律的作用联系起来才能弄清楚。由于在所有这些国家法学家们的现有倾向是总要依据法律条文,判例的创造性作用总是或几乎是隐藏在法律解释的外表后面”;“判例是在立法者为法确立的框框之内活动,而立法者活动的目的正是为了确立这些框框”;“判例确立的‘法律规范’没有立法者确立的法律规范那样的威力。它们是不稳定的规范,在审理新案件时随时可能否定或变更。判例不受它已提出过的规范的约束;一般来说,它甚至不能引用这些规范为它即将作出的判决辩解。如果在一项新判决中法官们应用一条他们以前已应用过的规范,这并不是因为他们应用过这个事实使这条规范取得了威力;事实上这条规范没有任何命令性质。判例的完全改变永远是可能的,法官并无说明其理由的义务。这种完全改变无关紧要;它既不威胁法的各种框框,也不影响法的原则本身。判例的规范只是因为法官们——每个法官——认为它好才继续存在与被应用”。在普通法系国家中,一项判决具有特殊的意义,不仅对特定案件具有直接的效力,而且成为后来法院处理相同或相似案件所应遵循的先例。按照艾伦·沃森的观点,大陆法系国家的判例相比于英美法系国家的判例而言,具有如下特征:(1)案情事实不如普通法陈述的那样详细。它们给人的强烈印象是,记录者相信只需要记载少部分与法律有关的事实即可,其原因可能是一案与另一案之间的事实细节的差别,只取决于一小部分基本事实。在任何情况下,与普通法判决相比而言,结果记录了更多固定的法律和极少的确凿事实。(2)判决似乎把这一判决归到一个理论系统的框架里。换言之,法庭所作的事似乎不是去寻找一个与一系列相应的事实有关的法律答案,而是将具体的实践问题与假设的一连串问题联系起来分析,以便提供一类适当联系着的法规。这种与普通法全然不同的态度最为重要,如果某人信奉法律的生命在于或应当在于‘经验而非逻辑’的话,等到陷入刻不容缓的案件事实的困境中,普通法的法官们也会约束他们的经验。(3)记录者的主要目的似乎要陈述判决所阐明的法规和原则。强调的重点完全置于一般性之上,而不是法律的具体性之上。

在笔者看来,两大法系判例的不同与各自的法律推理方式有着密切的关系。法律推理通常主要有两种表现形式,即演绎推理和类比推理。制定法系国家采取的是演绎推理,判例法系国家采用的是类比推理。所谓演绎推理,在传统逻辑中指由一般性知识的前提推出特殊性或个别性知识结论的推理。传统逻辑的三段论是演绎推理的基本形式。适用法律的演绎推理就是以法律规定为起点确立大前提,具体的案件事实是小前提,最后合乎逻辑规则地推导出结论。而适用法律的类比推理是一种从案件裁决出发的推理形式,一般要求有三个步骤:(1)识别一个权威性的基点或判例;(2)在判例和一个问题案件间识别事实上的相同点和不同点;(3)判断是事实上的相同点还是不同点更为重要,并因此决定是依照判例还是区别判例。此种类比推理是以判例法的核心原则——遵循先例(stare decisis 即拉丁语 stare decisis et non quieta movere 简称),即曾经在一个适当的案件中得到裁决的法律点或法律问题,应在包含同样问题并属于同一管辖权的其他案件中重新加以考虑(除非情况有某种变更,证明改变法律为正当)——为基础的,其中,既决案件的法律点通常是有约束力或者有权威的,并被视为审判的法定依据。每一类相似的案件判决均形成了前后相联系的链条。联系这种链条的要素并不是判决本身,而是判决中所蕴涵的法律原则,它是先前同类判决中所含法律的继续,又是未来类似案件判决的法律基础。以英国为例,遵循先例原则主要表现为以下三种情况:(1)上议院判决对英国所有下级法院具有约束力,其先前的判决对自身亦具有约束力。(2)上诉法院的判决对自身和所属下级

法院具有拘束力。(3) 最高法院一名法官所作的判决对下级法院具有拘束力,但对高等法院内部其他法官不具有拘束力,只有说服力。而先例原则在司法活动中的应用又是以区别技术(distinguishing technique)的采用为前提的。一般认为,判决都包含下列基本成分:(1)对案件事实的裁决,可分为直接的和推论的两种。(2)法律原则的陈述,它适用于由案件事实引起的法律争执。(3)综合前二者所作的裁决。就先例原则而言,上述第(2)点是判决必不可少的要素,亦就是判决理由。判决中的其余两种成份不是先例。所谓区别,就是对含有先例的判决中的事实或法律问题和现在审理案件中的事实和法律问题加以比较和区分,并对判决进行剖析后从中抽出具有拘束力的包含有法律原则的判决理由。可以说,制定法系下的判例是演绎推理成文法的结果,而判例法系中的判例是类推推理先例的结果。

在我国,古代较早地就开始援引判例作为判处新案的根据,例如,秦代的“廷行事”、汉代的“决事比”、清代的“例”。“虽然这些成例一般并没有法定的拘束力,也没有一套制度将各级官府的判例通盘整理出版,作为审案的依据和教学材料,但是司法官总是愿意在审判中回头寻找过去类似的案例,以便于通过比较,从过去案例的判决中找到可资参考和借鉴的资源;或者自过去的权威判例中获得本案平衡裁判的正当性理由,同时也是为了保障法律适用的统一性”。同时,历代都有编录司法官典型判例的书籍出现,尤其是清代,刑部往往将其判决特别是一些在秋审之时难定实缓的疑难案件的判决,刊印出来,作为下级司法官判案的准绳,如光绪年间的《秋审比较汇案》、《秋谳辑要》和《选录刑部驳案》。除了官刊的判例以外,另有一些关于中央刑部判例的私人辑录作品,如《刑案汇览》及其续编、《驳案新编》及其续编等。更多的是有关地方官府判例的辑录,著名的有《鹿州公案》、《樊山判牍》、《吴中判牍》、《宦游记略》、《棘听草》等。除了清代的判例之外,还有许多搜集历代名臣判案定谳之书,如《疑狱集》、《棠阴比事》、《折狱龟鉴》、《明刑管见录》、《判决录》、《详刑要览》、《折狱要编》、《爽鸠要录》、《仁狱类编》、《萧曹遗笔》、《明公书判清明集》等。这些辑录判例之书,既是司法官参考的资料,又是习律者研读的教材。熟悉经典的判例和判词,不仅有助于了解使用律例的精微诀窍,掌握谳狱断讼的巧妙技术,而且更重要的是可以藉以体认上位以及前位之人所欲建立的社会价值和法律导向。新中国基于历史传统、前苏联等多方面原因的影响仍未选择判例法律制度,但也存在过重视案例的记录。1962年12月,最高人民法院响应毛泽东“不仅要制定法律,还要编案例”的号召,颁发了《关于人民法院工作若干问题的规定》。该文件对案件的选择等问题作了具体的规定,一般要求按照下列条件选择案例:(1)有代表性,即各种类型案件中各种情况的典型案件,如性质容易混淆的案件,刑期难以掌握的案件,政策界限容易模糊的案件,在某种新情况下发生的特殊案件等;(2)判决正确的案件,个别有教育意义的错案也可以选用;(3)判决书事实阐述清楚,理由阐明充分,论点确切,有示范作用的。同时,该文件对案例的确立程序作了规定:选定案例的工作由最高人民法院和高级人民法院来做,中级人民法院和基层人民法院要积极提供材料和意见。高级人民法院在选用案例时,必须反复研究,经审判委员会讨论选定后,发给下级人民法院参考,同时上报最高人民法院备案。最高人民法院应当选定在全国范围内有典型意义的案例,报中央政法小组批准后,以最高人民法院审判委员会决议的形式,发给各级人民法院比照援用。1985年《最高人民法院公报》创刊,其开辟专栏刊登各种典型案例,这些案例虽然大多数不是最高人民法院直接审理的,但一般都是最高人民法院从各级人民法院的生效判决中精选出来的具有典型意义的判决。初期刊登的案例还往往有最高人民法院的按语,表明这些案例是经最高人民法院审判委员会讨论的,可供各级人民法院借鉴。1999年最高人民法院刑事审判业务庭开始出版业务研究和指导性刊物——《刑事审判参考》。该出版物中的案例部分是从全国各级人民法院审判的刑事案件中,选择在认定事实、证据和适用法律、司法解释定罪处罚等问题上具有研究价值,对刑事司法工作有指导意义的典型、疑难案例,并重点对裁判理由予以权威的阐释。

案例是“微缩的法治”,法治就是一个个案例构成的整体。案例中蕴藏着丰富而生动的法律精神和法学理念,甚至几乎所有与法有关的信息。案例又是“具体的法治”,案例是法律原则和法律规范从抽象转化为具体的重要载体,是应然的抽象规则在具体情境中的存在方式,案例往往从反面映射出抽象规则的内容。案例是看得见的法典,是摸得着的规则。案例还是联系法学界和司法界的重要媒介。“法学院研究案例不仅提供了对法律规则和修辞的初步了解,而且还提供了一种替代的生活经验,提供了法律人在其生涯中最可能遇到的特别的生活断片(诸如犯罪、违反合同和种族歧视)。……融会贯通地透彻了解案例是法律教育和法律实务的特点”。也就是说,学者可通过具有典型意义的案例进行学理研究可了解“具体的法治”,从中发现立法成功与不足,进而针对法律漏洞寻求填补办法,并通过对案例的整理而探求立法体系的完善。而“法官在发展法律的时候,应当遵循有关制定法所确立的基本原则,并尽量争取与其隐含的原则保持一致。而为了达到这一目标,法官可以借助于学者的力量,经常参引和讨论他们的著述”。因此,美国学者德沃金认为,“在法理学与判案或法律实践的任何其他方面之间,不能划出一条固定不变的界限”。

随着我国法治建设的发展,实行判例制度,加强判例指导作用的学术主张成为主流。同时,判例(案例)教学法也开始受到关注。案例教学的目的是让学生感受获得法律知识的过程,体验法律职业的思维方式如何解决实际问题能力的运用。案例教学法是以案例研究为前提的,“通过研究案例获得有关法律原则的知识重点在于实际程序及其后果。诉讼与争辩的结果,而非社会价值的实现成为法律生活的中心。建立在司法先例基础之上并对范围广泛的立法抱着怀疑态度的普通法从结构上讲无疑有利于判例教学法,这种方法常常提供一种与人们在律师学院所获得的相差无几的学习经验”,我国台湾学者林瑞富指出“在案例

的研究中，就蕴含着丰富的主学习——如何发现真实，适用法律，达到深刻贴切的境界；也蕴含着丰富的副学习——公理正义如何在社会纠纷中不绝如缕，脉脉相传，终至走向胜利”。判例教学法成功与否，很大程度上受制于案例研究和编写的质量与水平。在案例来源问题上，司法实践中发生的案例，无论是成功的还是失败的，只要具有典型性意义，存在法律上分析的价值，能够引出多种类型的、复杂的问题，带给学生丰富的启迪，均可根据教学的需要引入课堂。某种程度上可以说，对错判案件的分析、研究，可能更利于学生加深对法律的认识和理解。

笔者认为，当下最为现实的有效的路径就是整合现有最高人民法院公布案例资源，完成从案例研究到判例研究的转变，进而为判例教学法提供理论资源。当然，如何确认哪些案例是由最高人民法院公布，恐怕见仁见智。

(摘自人民法院报)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)