

开创判例法法典化、成文法判例化的双轨制法律体系 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_BC_80_E5_88_9B_E5_88_A4_E4_c122_483149.htm

众所周知，判例法作为一种独特的法律体系，肇端于英国并为英美法系国家所采用。它是一种以体现在判例中的法律原则成为法律渊源的法律制度。牛津法律大辞典中对判例法的释义：“是根据以往法院和法庭对具体案件的判决所作的概括”。由此可见，判例法的根本所依是依先前的判例看作一种规范，并期望从中得到根据惯例应该，且在某些情况下必须遵循和适用的原则或规则。法院确定规则的判决将会并且必须为今后的司法所遵循。这就是判例法的基本法律原则，即“遵循先例”原则。西方许多学者对判例法提出不少理论，撷其精华，即判例法是指以判例的形式表现出来的法律规范，先例对其后的案件具有法的约束力，构成审判的基本准则，是审判经验的集成。判例法在我国的历史源远流长，在中国几千年的法制沿革中，判例法也存有记载，像秦代时期的判例，称为“廷行事”或“行事”。是当时流行的判例法法律概念。到了汉代“决事比”问世，即对法律无明文规定的讼案，可以比附近似的条文审理，上报皇帝定案。这种判例汇编再奏皇帝批准，即具有法律拘束力，可作为以后判案根据。便成为汉代的判例法制度。解放以后，50年代初期，由于我国的法制建设正处于起步时期，些主要的法律如刑法、民法、诉讼法均尚未制定，大量的刑事、民事案件的处理及诉讼程序问题的解决，除了依靠党的政策外，主要是一来依靠最高人民法院及其分院的批复：二来依靠最高人民法院对类典型案件审

理的批示或按语。故判例在我国的法制建设中是起过不可估量的作用。从1983年以来，最高人民法院又陆续选编印发了相当一批案例，到1985年始，最高审判机关又创办公报选登若干份典型案例和每年发表的案例选、审判参考，对各类案件的审判工作作了指导，并发挥了富有实效性的现实作用。同时，最高人民法院的司法解释、对请示案件的答复均为法律规范的救济，事实上，是含有判例法的真谛。?千叟欣?法的产生虽然不具有成文法那种文字表现形式，但却与成文一样具有法律效力和法律规范作用。显而易见，作为不成文法的判例法，它同样具有独特的特征，即一是“稳定性”。也就是讲当第件案例被审判机关作为创制立法的范例后，便就成为一系列判例中的法律规范以后判案的标准，二是“论理性”。也就是说，判例在适用过程中，不是随谁来作任意，而某一案件要成为判例的示范必须要经过摆事实、讲道理的反复论证过程，最终在既符合法理又符合道理及其被法学逻辑予以证实的情况下，方能成为示范的特征；三是“客观性”。我们讲，判例法的创制是人们通过司法实践后才产生的法律规范，因此讲，是具有明显客观实在性的特征；四是“灵活性”。即判例法的确定，虽然要“遵循先例”原则，但是，由于判例法毕竟是产生于司法实践中的法律规范，故在具体的运作中，还可以在不违反判例法基本原则的前提下，进行必要的，更为确切、适时的灵活适用以达到更好的社会功效。至于在判例法中所具有的约束性，无论在空间，还是在时间、范围等方面基本雷同于成文法的这点属性。?廿娜罚?通过对判例法和成文法的擘肌分理，也使我们不难看到，两手悦律形式既有各自优秀的一面，同样，也有各自不足的

一面。譬如：成文法在制定过程中，由于它的特征所决定，故不可能做到纤毫不爽、面面俱到，况且，社会原本是发展的，新隋况、新问题的出现，势必会否定过去的东西，从而，导致成文法出现不适宜于社会发展的客观时代需要的现象，伴随而来的刻板定型的套用、习于成规的模态及其在法条规定中出现过份笼统、过于抽象、过份高度概括，过于简单原则等弊端会油然而生。甚至会在某些方面由其所有有的缺陷而造成成文法所需要的相对稳定性和社会价值观念与行为规范的动态化矛盾难以协调，进而使得成文法法条与具体的法律事实之间，存在着许多规则的模糊“盲区”，甚至是“空白区”，对法律实际功效的冲突甚大。倘若只是为了迎合社会的某种需要，而通过其他法律规范救济的途径来予以补救的话，又会发生使法律丧失相对的稳定性、持续性和严肃公正性的状态。一种“日到暮变，暮到日变”的不正常法律现象便会接踵而来并反映于社会之中。然而，判例法也不是尽善尽美，完美无缺的，它同样有着自身的缺陷和不足。如：

（一）判例的数量随着时间的推延会出现浩如烟海、纷繁庞杂的情况，会导致后人在查找断案依据时产生很多的麻烦。故要求前人在编纂案例中要做到“精”而“简”，以便实用于司法实践。

（二）判例法由于基本原则是“遵循先例”，故要求人们在不违背这原则的前提下，灵活实用提高判例法的效能。则因为社会总是在不断前进，新隋况、新矛盾、新问题也定会层出不穷，故要求司法机关不能恪守“皇历”，而要面对现实，随机应变。

（三）判例法还有可能会造成司法高于立法的弊害，有人讲“判例法就是法官法”。为此，在实行判例法时要强调立法机关的绝对权威性，限制法官的自

由裁量权，以避免弊端的发生。当然，判例法的不足在实际中并非三点而言，在此只能例举重点，以作表述。那么，经过对成文法和判例法的类比，使我们发觉，两种法律形式有着相互弥补，互为平仓，取长补短作用的特性。从而，势必能使成文法和判例法在同个法系里相得益彰。固然，判例法可以克服成文法的过份原则、抽象、呆板等弱点；而成文法也可以弥补判例法卷帙浩繁、法官擅断判案和过大的自由裁量权的缺陷。等待互为修正、相互渗透和融合的情况是举不胜举。正是倘若判决理由是一个案例的核心为判例法精髓的话，那么，在判例中去寻求立法的根据便是成文法的真髓。看当今世界的情况，是判例法系国家和大陆法成文法系国家在对各自不同历史传统和理论学说发展的认识上已趋势接近，使之与现代社会的迅猛变化已发生了强烈的碰撞，同时，社会的进步也促使两大法系打破各自传统的樊篱。在两种法系相靠拢的同时，均充分认识到对方的可取之处，以便恰当地确定相互的交汇点。例如：像实行判例法的英美等国，也给予了成文法应有的地位，比较典型的美国其法制现状就是成文法与判例法相辅相成，溶汇一体。其立法、司法实践活动证明，他们已向成文法过渡。其主要表现在立法上已制定了很多单行法规，在司法上联邦最高法院在联邦宪法第条授权下制定的《判决指南》，实际上起着实体法和程序法的作用，在其他实行判例法国家的类似事例是枚不胜举。在我国古代有“狱重事也。稽者有律，当者有比”。之说法，实际上，也精辟的反映出中国古代成文法与判例法相互补充的渗透特点。到了现代，正如前面所说，更是有判例形式和性质的事实存在。?二游夜?的法制史来看，主要是以成文法为本

位。可是，由于我国本身在法制建设方面所处于不成熟的地步，因而对于成文法的制定系不尽完善，加之，成文法所固有的特征和不足，使其在实际的应用中，感到力不从心，很难与时代的客观发展合拍。尤其，随着社会的演进和法制的完善，特别是我国当今正处于由产品经济向市场经济过渡这一新旧递嬗社会转型的新的历史时期，对我国来讲，法律的作用将更是不可低估。社会利益，价值观念，行为规范都发生根本性的变化，况且，市场经济本身就是一种法制经济，法律将成为调节社会各种关系的主体杠杆。因此，在这种新旧两种社会经济体制不断的更替中，势必会造成现行社会结构与客观需要的框架发生错位，由于社会转轨中对于法律要求规格是相当之高，使今昔不同的利益要求、价值取向和行为方式之间会不断发生冲撞，进而导致法律的观念，法律的实践与理论都将同步更新。这一新的社会急剧变革的大动态使某些原有的法律条文、内容开始或者已经成为过时的、落后的，并且无法起着调整作用的社会规则。新颁布的些法律又必然会与那些过时了的法律发生矛盾。这种法律体系、结构内在的不协调将会大大降低法律把握标准上，譬如刑法经过修订后对原来有的些罪名的规定作了修改，同时又增加了诸多新的罪名，就使我们在执法的把握标准上出现了认识和理解的变化，如不及时变更观念就会使执法人员感到难度重重，往往会影响法律的适用实效。还有在对期货等一些新型的犯罪问题上，由于缺乏金科玉律，所以在处罚中难免会产生畸重畸轻的情况等等。使法律的严肃性和威慑力也得不到体现。另外，反映在民事、经济等法律领域中的立法滞后矛盾也是较为突出的。比如：在目前处理证券纠纷中，由于《

期货法》尚未出台，而眼下在期货交易中存在客户与期货商之间民事经济纠纷不断产生，又由于《物权法》的缺少，使当事人之间在物权的权利利益上的法律认识也产生了很多的民事经济性利益的纠纷等等，在客观上就出现了成文法总不能包罗万象，并成为了法制建设中的一大障碍。为此，笔者认为，在基于这些成文法一时不可能马上诞生的情况下，为了能及时弥补成文法的缺憾和改观这种法律不尽完备的现状，恐怕只有选择应用判例法制度。而从立法的技术特征来看，立法可区分为成文形式的立法和不成文形式的立法两种。由此而论，判例法的实行本身也就是种不成文形式的立法。依笔者之见，以下4大原则，是我国创设判例法制度所应严格遵循的。第一，民主与集中相结合原则。我们不仅要使法律民主化进行充分的体现，同时又要强调以维护人民的利益为宗旨，要把反映人民共同意志中有必要上升为政权意志的那部分意志作为集中的表述，使民主与集中能在判例法中更好展现。第二，坚持从实际出发与加强理论相结合原则。立足于中国国情，在借鉴国外先进做法时，也要本着切从我国实际出发的宗旨，要成为判例示范，必须要经得起理论的论证和实践的检验，使理论与实践合拍得当。第三，原则性和灵活性相结合原则。“遵循先例”原则是前提，并在不违背该原则情况下，可巧妙地将着眼于分析先例和现案事实的“区别技术”进行应用。使灵活性同原则性的结合为判例法制度的创立能更好地反映出具有中国特色。第四，是效力性和权威性相结合原则。我们说创制判例法的效力层次应原则上规定为最高人民法院在最高权力机关的授权下拥有创例权并具有同等于法律的司法等次效力，决不能凌驾于宪法和现行法

律之上或者相抵触。不过，由于我国地域广阔、民族众多，地区差异甚大，故在有些少数民族地区实行判例法时要因地制宜，随乡入俗。因此，在必要时，该地区高级人民法院在最高权力机关的授权下，也可拥有对该地区有效的创例权。各级地方法院只有限于逐级呈报案例的申报权。而最高权力机关不仅具有绝对权威性，同时，对最高审判机关所作出的判例进行审核和确认。使效力性和权威性也能在判例法中求得体现。在对判例法效力等次明确的同时，还必须规定一个规范化的立法程序，也就是“循环程序”。那么，无论是“设轨立范”，还是“以例破法”，均应按照先由一审法院将需要的案例逐级向本地区的高级法院提出，然后，由高级法院再向最高法院申报，遂经最高法院核准、公报、批复等后，即向最高权力机关备案。同时，再有最高法院直接将其答案返回最初申报的一审法院予作援用，从而，使具有法律约束力的判例就此而生。再则，笔者还主张，在判例的适用中，在“遵循先例”原则的同时，审判人员还应当在具体案件的处理时，将最初判例的主要案由等内容作为制作司法文书正文部分中不可缺少的判决理由和法律依据进行援引和阐明，以确保判例法制度的法定性原则。当然，对“循环程序”的周转，在时间上笔者认为，也应有一个从短着想的规定，以便能确保司法效益的提高。?匕?援夜?，随着社会的进步，人们不仅要求成文法的法律条理清晰，简洁明了，适合形势，以提高立法预测等技术。同样，也要求判例法能当好配角并给我国法律体系和司法实践带来生机，以更好地平衡各种社会关系的协调作用。使以大陆成文法系为主轴，以判例法系为次轴的两法系并存能在中国得到共栖，从而，使具有

中国特色的判例法法典化，成文法判例化的双轨制新的法律体系能并创于世界法律领域之先河，并成为枝独秀——中华法系。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com