

建立判例法制度完善社会主义法治 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_BB_BA_E7_AB_8B_E5_88_A4_E4_c122_483703.htm 判例法，通过激励司法者能动地司法，通过在具体个案审理过程中创制法律规则来实现法律的公平、正义价值，因而克服了成文法抽象性及滞后性的缺陷，更全面地实现和维护法律的统一及对社会发展的适应。因此，我们有必要考虑借鉴、移植判例法制度进入我国法治体系，使成文法与判例法有机结合，以使社会主义法治更加完善。

一、导论 党的十五大确立了“依法治国”的伟大治国方略，并将之载入了宪法这一国家根本大法之中。宪法第五条第一款规定：“中华人民共和国人民依法治国，建设社会主义法治国家。”由此可见，“建设法治国家”这一理念，得到了党和国家的高度重视，定将深入人心，成为全社会今后共同理想追求和奋斗目标。但是，由于我国缺乏法治传统，法治建设历程又才刚刚开始，现在我国的法治现状仍是不完善、不健全的。这种不完善、不健全一方面表现为法治的统一性、稳定性得不到全面地维护和实现。具体如：全国范围内法律实施的不平衡、不统一状态的存在，社会上流传的有关权与法孰大的争议所反映的以权坏法、以权废法、法律不能如宪法所宣称的那样对全社会具有统一的神圣不可侵犯性；另一方面又表现为法治架构应有的对社会生活的发展的适应性得不到完美地实现。如旧有法律规定不能适应新的社会需要，许多新产生的社会关系、社会问题由于缺乏相关的法律规范对之进行调整、规范，由此导致在相当宽广的领域产生了法律真空，使法律所追求的公平、正义

无法在这些具体个案中得到实现。虽然引起这种情况产生的原因是多种多样的，但我认为也与我国现有的法治架构缺乏在其自身体系范围内实现和维护其统一性并实现与社会发展相适应的内在机制这一体制缺陷不无重要联系。我国现行的成文法，由于其固有的抽象性及滞后性，使得其难以完全维护其自身的统一，难以连续、及时地适应社会的发展。因为成文法的抽象性，使得司法者在适用法律时，不免由于个人见解的不同而导致相同的法律规定在适用上的差异；而成文法的滞后性使得既有的法律规定有相当部份落后于社会生活，以及对相当数量新产生的社会关系无相关的法律规则来来调整、规范。而判例法的针对具体个案进行法律调整并由司法者能动地创制法律规则的特性，恰恰可以弥补乃至完全克服上述弊端，在判例法与成文法制度有机统一以后，就能充分实现法治的功能与价值，使法治体制更趋完善。

二、判例、判例法及判例的作用

在普通法系（亦称英美法系）国家法律制度中，一般学者公认判例指的是业已生效之司法判决，其法律效力有二：1、对本案的既判力；2、对今后出现的相同或类似法律问题的先例约束力。笔者亦持这一观点。一项生效判决对本案的既判力是大陆法系与英美法系司法判决的共同点。判例的先例约束力指的是判决中宣示的法律规则对在后案件的处理具有法律效力。判例的先例约束力是判例法制度中“遵循先例”原则的直接结果和体现，只有当判决具有了先例约束力，才成其为判例。可以说遵循先例原则乃是整个判例法制度的基石。当以判例作为法律渊源时，我们称所有以判例为表现形式的法律规范为判例法。这有二层含义：一是单个的判例即具有法律约束力；二是所有的判例组成

了一个调整社会关系的综合法律体系。对于判例的作用，我国很多学者都曾论及，所归纳的项目也多少不一。主要观点为判例利于法律的平等适用、利于克服成文法的局限性、对民众行为的指引作用等。笔者认为除此之外，判例的作用还有促进司法能动、防止司法专横、维护和实现法治的统一与对社会发展的适应及为立法提供材料与依据等。现综合论述如下：1.判例对司法能动之激励及对司法专横之防止。司法能动指在法无规定或虽有规定但按其规定行事会损害社会公平、正义时，司法者秉承法律的基本原则与精神，通过创制法律规则来处理面对的法律问题，以灵活地实现法律所追求的社会公平与正义。司法专横是指司法者无视法律规定法外行事而致损害社会公平、正义。从直观上看，司法能动与司法专横都是法外行事，但司法能动追求社会公平与正义在个案的实现，而司法专横则是对社会公平与正义的破坏，因此它们的本质是不相同的。在法治社会里，为维护法治计，司法能动是允许的，也是绝对必要的，而司法专横则需严加禁止。判例法本身是司法者能动追求社会公平、正义的结果，而反过来又激励司法者能动地司法。判例法使司法者用自己的智慧创制的规则得以融入法律体系，这正是司法者不懈追求的目标和无上的光荣。此外，由于判例给社会提供了具体的、易于理解的法律规则，且该规则又具有先例约束力，在有判例存在的地方司法专横在相当程度上是被防止了。2.判例为成文立法提供材料和依据。司法者在案件的审理过程中创制的法律规则，其合理部份因为行之有效而在一系列相同或类似案件中得以重复地适用从而对社会生活产生了深刻的影响。当判例确立了法律规则以后，立法仅仅是将判例中的

规则抽象化、系统化、法典化而已。一般地，立法者无需也不应该改变判例所确立的现有规则，除非该规则不适应于社会的现实理性需要，其本身违反法律的基本原则。从历史的事实来看，无论古代中国的成文法，古巴比伦的汉穆拉比法典，还是早期的日耳曼法典，都是人们在长久社会生活中对具体案件的处理即判例的汇编。正是在历史上大量、丰富的判例基础上，人类社会才产生了严谨而庞大的成文法体系。

3.判例利于实现法律的公平、正义价值。判例的特点即是在具体案件的司法活动中创制法律规则。在法律没有明文规定或仅有原则性规定时，司法者可以通过判例创制出新的法律规则来处理有关具体案件，而不致于因法无规定而使当事人的利益得不到保护，公平与正义的诉求得不到支持。正是由于判例确保了法律的公平、正义价值在个案中的实现，也就保障了其整体上的实现。因为判例的先例约束力，“使在相同条件下的人得到同样的对待。”

4.判例利于实现法律的统一性与稳定性。完善的法治，必然要求法律的统一与稳定，而法律的统一性与稳定性最主要是通过司法过程来得以体现和保障。正是因为判例对社会、对法治的独特作用机制，使其在实现法律的统一与稳定性方面起到独到的作用。关于这一点，将在本文第三部分中展开论述。在此就不赘述了。

5.判例利于克服成文法的局限性，使之不断适应社会的发展。社会的不断发展，必然导致许多新情况、新问题的产生，由于成文法固有的滞后性，使其不能及时制定相应的法律规则对之进行调整，因而产生了法律漏洞。而判例可以通过在个案审理中创制法律规则的办法，“根据社会生活发展的需要，通过解释基本原则，把经济、政治、哲学方面的新要求

补充到法律中去，以使法律追随时代的发展而与时俱进，实现法律的灵活价值。” 6.判例能够为人们的行为提供明确、具体的法律指引。法律的一个主要功能即是指引人们的日常行为，告诉人们什么可以做，什么不可以做；什么是法律所提倡的，什么又是法律所限制的，以使人们能依立法者意图行事。成文法规范具有指引作用，但由于它是经过逻辑抽象的结果，不免有因个人知识、能力水平不同、价值取向各异而产生理解偏差之可能；而判例则是具体的案例，在这样的案例中，具体的事实怎样，法律后果怎样以及所宣示的法律规则，整体都是很具体、很感性的。因此它的指示很明确，不必依赖于法官用专业知识对法律的理解，而完全可以凭普通人的知识、认识能力来理解、把握。从某种意义上说，这也防止了法官凭藉其对法律知识的垄断而为司法擅断。

三、判例法与法制统一与完善 建立判例法制度是否有利于法治完善、统一？答案是肯定的。法治，指整个社会中任何的人与事都统一地在法律的调整、控制下规范运转的状态。与法治相对的是人治，即依赖于某些领袖人物或圣贤的个人能力、人格魅力确立社会秩序、维护社会正常运转的状态。法治较于人治，乃更科学、更合理的治国方略，更合乎理性的社会运转状态。因而法治得以在全世界大多数国家中得到确立。K. 罗文斯登（Karl Loewenstein）曾将宪法分为规范宪法、名义宪法及语言宪法，在此，我借鉴他的分类将法治分为二类：1、规范法治。法治是国家以法律形式宣告的社会运转基本原则，一方面，法治是在国家和社会的怀抱中不断成长、完善；另一方面，国家与社会也必须在法治框架里成长、发展。此种情形下，法治是一个神圣不可侵犯的、但其本身又

能不断适应社会发展而能在自身架构之内得以完善的体系。因此，亦可以说是完善的法治。

2、非规范法治。

国家宣告实行法治原则，但现实政治过程、社会生活并不完全依照它进行，甚至只是作为掌权者的一种宣传手段，作为笼络人心、统治社会的方法，而自己则超脱于法治之外。严格地说这其实是非法治。为了实现和维护社会整体的公平与正义，使法治的价值与功能得到真正的实现，我们追求的目标当然是第一类的规范法治，即完善的法治。完善的法治，我的看法是既要求法治的统一性、稳定性即国家和社会中的任何人或事都必须在其架构内行事，不得越轨；又要求法治的适应性，即法治架构本身能不断修正、完善以适应社会发展的需要。统一性、稳定性与适应性是相互矛盾对立的，这对矛盾如何解决，关系到我们的法治是否完善、健全的问题。在单一的成文法体制下，当社会的不断发展导致新的社会问题大量涌现时，因为法治要求稳定、统一，以及成文法的制定程序，我们可以而且只有等到新的社会问题积累到一定量时，再制订新的适应该情形的法律规则补充到法律体系中去。但同时出现的问题是，新法制定以前的问题怎么处理？相关个体的利益怎样进行法律调整与保护？对所产生的社会问题采取不闻不问、放任不管的态度，当然不行。仅仅因为新法律规定的制定就成为一个分界点，使在此之前与之后所发生的相同问题的法律后果截然不同，必然使法律的公平、正义价值在相关个体身上无法实现。此种情形的产生和存在实质上破坏了法治的统一性，也破坏了社会所需求、法律所追求和维护的公平、正义。抛却了任何个体的公平、正义就没有了社会整体的公平、正义，这与法治的实质精神是相违背的。因此

笔者认为只有考虑建立这样一个法治架构，在其体系内能自我实现这一矛盾的统一，既能维护和实现自身的统一性、稳定性及适应性，又能实现其统一性、稳定性与适应性的有机统一、动态结合。笔者认为，法治运转过程最主要的两个方面，一是立法，即立法机构按相应的立法程序制定法律规则；一是实施法律，即将法律规则通过国家机关的强制力适用到社会生活中并产生实际的影响，其中的重点是司法。因此，为了实现法治的统一性，就必定要求实现立法的统一性和司法的统一性；为了实现法治的适用性，就必然要求实现立法的适用性和司法的适用性。在实现法治的统一性方面，主要存在两个问题：1、在立法主体多元化、多层次化的情况下，如何保证不同主体制定的、效力等级不一的法律规则和谐一致、互不抵触。从理论上说，通过上级立法机关审查下级立法机关的立法可以取得立法统一的效果。但由于这种审查的工作量很大、以及许多问题如果不结合具体个案根本就难以表现出来，因此这种方法在实践中并不能取得如人们所预期的效果。2、全国的司法活动如何统一的问题。在成文法体制下，司法者依照法律的明文规定行事。由于成文法规定的抽象性，使得司法者对法律的理解往往因各种主、客观因素的影响而产生差异。由此作出的司法处理相对于个案来说是合法的，因为法官已然遵循了法律的规定，但从社会整体来说，同样的法律问题其处理结果却不相同，肯定是有违于法治统一的。究竟怎样来实现法治的统一性呢？我们可以设想这样一种方法：一个发生争议的法律问题被当事人提交到了法官的面前。为了证明自己主张的合法性，必然提出这个或那个国家机关制定的这些或那些法律规则作为己方权利要求

的法律依据。当这些规则相互抵触时，法律授权法官对这些规则之间的效力关系进行决断。哪些规则效力优先，哪些规则又因为其违法而致无效，都由审理该案的法官作出裁决。对于双方当事人均无争议的法律规则、或是法官无权或无须审查的如宪法等法律规则，由于它们本身只是死的文字规定，也需要法官经过思考、判断与具体个案的情况相结合，才能成为生动的法律而对社会生活产生实际的效果。在这样的司法活动中，由于对法律条文的阐述解释，以及法律规定与具体案件事实的结合，就会产生一些新的法律规则，这些规则不仅对当前的个案而且对今后出现的具有相同或类似情况案件的处理具有指导作用。为了使全国的法律实施趋于一致，就有必要赋予这些规则对其他法院处理之后发生的相同或类似案件的法律约束力。因此，通过一个乃至一系列的个案处理以及在先判决的先例约束力，使得全国法院对立法效力的审查、法律条文的阐释乃至与具体案情的结合等趋于一致，就实现和保证了立法、司法的全面的统一。上述赋予司法判例的先例约束力的体度其实就是判例法制度。关于法治的适应性，就是要求法律能随着社会的发展、变化而不断地发展、完善。社会发展过程中会不断出现许多新情况、新问题。此时社会面临的困难有两点：1、现有的法律体系中根本无调整该类问题的法律规则，或虽有规定但很原则，缺乏可操作性；2、现有的法律规则已不适应发展变化了的新情况，如仍按原有规则进行调整，将会造成对公平、正义的破坏。在现有成文法制度下，由于必须按照成文法的立法程序来解决这一问题，只能等问题积累到一定程度时才能制定出新规则，因此立法必定滞后于社会问题的产生。在新规则制定出来

以前的社会问题怎样处理呢？显然不可能依靠在它之后才制定的规则来处理。在依靠立法程序不能有效解决时，只能考虑在司法过程中予以适时地解决。因为每个社会问题只有在提交法院审理时才成为需要法律进行处理的法律问题。法律的价值是公平与正义。司法的过程实质是司法机关对各个主体的利益进行平衡，以求得对个体与社会的公平与正义的全面实现的过程。在法无规定或其规定的适用将导致不公平、非正义的后果时，法官可以而且应当去寻找一个最佳的实现公平、正义的规则来处理自己所面临的问题。这些规则由于体现了公平、正义，因而是符合法治要求的。正如丹宁勋爵所说，法官不可以改变法律织物的纺织材料，但他可以也应该把皱褶熨平。为了避免不同的法院对相同的法律问题提出不一致的规则，就得给在先的判决赋予先例约束力，使其他法院在审理以后发生的相同或类似案件时遵循已确立的规则。由法官在具体案件的审理过程中发现和创制法律规则，“在缺少任何全面的立法规定时，只有这样做才是合理的”。

随着社会的发展，新问题的不断出现，新的法律规则不断的被司法者创制出来，适时的进入法律体系中，不断的补充着法律的空白或漏洞，修改、完善着不合理的旧有规定。于是法治就实现了在自身架构内对社会发展的适应性。为了实现法治的适应性，法官能动地适时地创制出新的法律规则，这些规则又不断地进入统一的法律体系中被全社会所普遍接受、遵循，而成为统一的社会法律体系的有机组成部分。这个过程的不循环、良性互动，于是实现了法治的统一性及适应性，也同时实现了二者的有机统一，即适应性以统一性为出发点和归宿，统一性以适应性为必要条件。上述过程就

是一个司法者创制法律规则并被赋予法律约束力的过程，就是判例法的创制并发挥作用的过程。我们看到，当判例法被引入法治过程，与成文法有机结合以后，法治在自身架构内的统一性、适应性以及二者的有机统一就完满地实现了。

四、在我国建立判例法制度的条件

1、法律的原则规定为判例法提供了法律根据和发展空间。成文法不可能涵盖社会现实生活中可能出现的所有情况，因此我国法律规定了相当数量的原则条款，这也是所有成文法国家法律的共同特点。这方面学者们研究、阐述较多的是民法中的诚实信用原则。“诚实信用原则是未成型的法律，是白纸规定。换言之，是给法官的空白委任状。” 在现实生活中，“立法机关考虑到法律不能包容诸多难以预料的情况，不得不把补充和发展法律的部分权力授予司法者，以模糊规定或不确定规定的方式将相当大的自由裁量权交给了法官。因此诚实信用原则意味着承认司法活动的创造性和能动性。” 这里所说的自由裁量权，其实质就是法官在法无具体规定时依法（指依照法的精神和基本原则）创制法律规则以解决所面临的法律问题的权力，也就是创制判例法的权力。由此可见，法律的这些原则规定既默示了法官创制判例法的权力，也同时指明了判例法的发展方向，即在法律原则指导下进行，但不能突破成文法基本原则的规定。

2、司法实践为判例法制度的建立储备了相当的司法实务人才与司法实践操作经验。随着社会的不断发展，司法水平的不断提高，我国司法已出现了一批解决新情况、新问题的典型性的司法案例。如1997年北京的卡式炉致人损害案、1993年天津的悬赏广告纠纷案等。在这些案例的判决中，司法者均针对出现的新情况提出了相应的规则，

引起了学术界、司法实务界的广泛关注。许多学者对之著文评述，对社会、对法律的发展和完善都产生了深刻的影响。但由于我国尚未建立判例法制度，这些对社会产生了良好反响的案例不具有对其他地区法院的先例约束力，导致了相同案件甲地与乙地处理结果大相径庭的现象。如1997年北京的车祸致人损害案后，有些地区的法院还是以法无明文规定为由，不支持受害人要求精神损害赔偿的请求。这是有违法治统一的，不能不说是件令人遗憾的事。

3、两大法系的交流、融合及大陆法系国家尤其是法国成功借鉴并建立判例法制度为我国建立判例法制度提供了宝贵的国际经验。

单一的判例法或成文法都不能很好地满足社会发展的需要，又由于它们在追求法治价值与理想的目标一致性，使得两大法系都在借鉴、吸收对方优势的前提下开始了相互融合的趋势。普通法系已经着手制订了大量的成文法典；而大陆法系则注重引入判例法，以激励司法能动性，实现对社会生活的灵活调节。在大陆法系的一些西班牙语系国家（如墨西哥）法律规定一系列的对同一法律问题有一致认定的判决有先例约束力；而法国行政法在很大程度上可以说是行政法院的产物。而在德国，宪法法院于1973年在索拉娅诉世界报社案中裁决：法院为公平执法，有必要至少由此在立法机关未作出及时反应的情况下，对法律规定的不当之处进行适当的变更。因此可见，两大法系的相互融合趋势已然产生并不断发展着。判例法与成文法各自在实现法律功能中的独有特点是它们相互融合的基础。换言之，只有成文法与判例法的相互结合才能最好地实现法律的价值。这无疑对我国完善法治具有极大的借鉴意义。

五、我国建立判例法制度的具体构思

判例法制度的

具体架构，笔者以为主要有三个方面：一是判例法制度的确立方式；二是各级法院判例的效力等级问题；三是相应的审级制度建设。在此，笔者略述己见。

1、判例法制度的确立方式。如何在我国建立判例法制度，我认为不外乎两种方式：一是通过修改宪法，由宪法明文宣告实行判例法制度，并对有关基本体制作出规定；二是由最高人民法院通过文告或判例的方式对有关的法律进行解释，宣告人民法院享有创制判例法的权力，就如美国最高法院通过判例宣告联邦法院享有违宪审查权一样。由于我国并无实行判例法的传统，本人以为以修改宪法宣告确立判例法制度为宜。可以考虑修改宪法总纲第五条第二款为“一切法律、判例法、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”，在宪法第七节有关人民法院的部分增加规定“民法院在法无明文规定或其规定不合理时，得依宪法、法律之原则及本公平、正义之精神，以判例予以补充、完善之。”

2、关于判例的效力层次。本人认为可以而且应当建立多层次的判例体系。如果只承认单一的最高人民法院判决的判例约束力，势必要将全部案件交其审理，或将判决报其审核公布，这一设想显然是不可行的。一旦如此，则最高人民法院的工作任务将会异常繁重而实际上无法正常运作。本人的具体构想是：最高人民法院的判例对所有下级法院具有约束力，只有它自己可以改变；任何人民法院的判例对本司法区内包括自身在内的法院具有约束力；为维护全国的法律统一，一司法区的判例应对它司法区法院具有高度劝导力。如它司法区法院的在后判决与此司法区的判例相抵触，可作为当事人要求上级法院直至最高人民法院进行法律复审的当然理由，并必须受理。

3、相应的审级

制度。按照判例法通过个案判例维护法律统一的价值取向和司法过程特点，应使上级法院包括最高人民法院尽可能多的参与个案审理并由此确立法律规则；以及/或增加上级法院尤其是最高人民法院参审之可能性，以从心理上制约法官的擅断，从而达到维护全国范围内法律统一的目标。因此，应以建立三审终审制为宜。而且为了防止高级人民法院利用所掌握的终审权而为司法擅断，可以考虑赋予当事人就高级人民法院的终审判决申请最高人民法院复审的权利，而是否接受该复审请求则由最高人民法院自行决定。这样从心理上就可以制约终审权的滥用，达到上级法院对下级法院的制约效果。

注：许国鹏《加强判例研究，实现法治理想》，载于《当代法学》，2000年第5期。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，1992年版，P355。[德]康拉德茨威格特、海茵克茨《普通法与大陆法中发现法律的方法和诉讼程序》高鸿均译，载于《法学译丛》1991年第2期，P2。蔡章麟《债权契约与诚实信用原则》，转引自梁慧星《诚实信用原则与漏洞补充》，载于《法学研究》1994年第2期，P27。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，1992年版，P79。[美]R.B.施莱辛格《比较法》，载《法学译丛》，1991年第6期，P30。[德]乌尔瑞切马格诺斯《非经济损失的损害赔偿》，载于《法学译丛》，1991年第5期，P72。

参考书目：1.《外国法制史》，高教自考版。2.《民商法论丛》第1卷，梁慧星主编，法律出版社。3.《法律的训诫》，[英]丹宁勋爵，群众出版社，1985年版。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