

指缝间漏掉了什么 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_8C_87_E7_BC_9D_E9_97_B4_E6_c122_484992.htm 小公司向大公司要生意时会说“你指缝里漏点米就够我们吃饱饭了”。这是在权衡事物的大小轻重。由此我忽然想到了法律，想到了案例(或称个案裁判)。由于工作缘故，近年我作了一些案例编选工作。这是一件细碎、具体的事务工作，也是一件深邃、丰盈的研究工作。当看到近年来案例书刊如雨后春笋般涌现时，一方面为自己编辑的《人民法院案例选》担忧，同时也为法治的进步而高兴，案例终于从后台走到了前台。最高人民法院在二五改革纲要中决定建立案例指导制度，更是令人鼓舞。法治终于不再是一个全部张开五指的手掌任金沙流走了。法律(此处仅指立法)是针对全体人(或不特定人)的规则，裁判则是针对特定当事人的拘束。司法裁判所形成的案例在法律过程和法律机制中的地位，法律人士皆有共识。拉伦茨在《法学方法论》中曾说，“大部分的法律都是经过不断的司法裁判过程才具体化，才能获得最后清晰的形象，然后才能适用于个案，许多法条事实上是借助裁判才成为现行法的一部分”。在实行遵循先例原则的国家，案例(判例)既有其名分，又有其效力。即使在大陆法系国家，法律也被认为是“行动着的法律”在发挥作用。不能忽视的是，案例自身所具有的原本的价值在不同国家、不同法系、不同时期、不同领域会有大小不一的体现。案例在有的国家如沉默的羔羊，在有的国家则如昂首的雄狮；在有的国家早已觉醒，而在有的国家尚在沉睡。我国在古代、近代、现代以及当代对于案例的态

度也有所不同。如果说案例的价值有最小化、较小化、较大化、最大化的层次划分，我国当代的情况或许只在前两个层次。尽管如此，对于案例重要性的共识已逐步形成，只是这种共识尚未强大到足以推动案例价值较大化甚至最大化的程度，因为案例指导制度还没有真正建立起来。在这里，我再消极地发一些感慨，历数一下从我们自己的指缝之间漏掉了些什么，以再次唤醒一些人的怜惜之心。第一，漏掉了法律资源。全国法院每年办理各类案件达800万件之多。全国法院有近20万法官以及相当数量的辅助和管理人员，在数以万计的法院建筑中，运用职业活动方式和思维方式完成这些任务。虽然其中有相当一批属于常见多发、难度不大、“即时清结”的案件，但也确有不少疑难复杂、意义重大、令人费心劳神的案件。有的案件体现着经济规律，有的则映射出人性善恶。一个案例如同一个水滴，个头儿虽小，却能映射出七彩光华。如果800万案件聚在一起，即使不能汇为江河，却也足以成就气候了。第二，漏掉了人类理性。小到一个旅游景区发生的恶性案件会影响随后几个月的游客量，大到专业人员的历史研究、治国安邦的以史为鉴，均为人类理性的反映。千百年连绵不断的无数司法个案裁判过程也充满了理性的光辉。资源是外在的，丢失之后或许我们可以用“千金散尽还复来”自我安慰。但是，对司法裁判过程中体现人类理性的行为方式的疏漏是不可原谅的。法条固然是普遍适用的行为标准，而个案裁判中同样蕴含着普遍的(最初对当事人之外的人可能是非强制性的)人类行为规则。如果法律职业者以公平的程序为依据、以高尚的职业道德为指引、以独立的地位为保障所作出的个案裁判不能成为后人的借鉴，人类的理性

将为此蒙羞。第三，漏掉了司法智慧。司法的基本功能是定纷止争。纷争平息后，案卷装订，尘封于档案馆，“永久保存”。20万法官在处理纷争过程中所体现的司法智慧，除了当时发挥作用外，难有再次面世的机会，这其中也包括那些可以为后人仿效的行为模式、思维方式、法律解释等。历史表明，司法的精密以及司法口碑的获得，在相当程度上依赖于司法智慧的含量与厚度，更离不开逐年、逐代、逐世纪的积累。在司法中靠什么积累？还是要靠那些被我们漏掉的个案中的智慧。第四，漏掉了法律规则。立法是多数人的规范，而裁判是个别人(当事人)的规则。通常说来，法律所适用的情形消失，法律便自然失效。当事人之间案结事了，裁判也就没有意义了。但是，作为适用法律的个案裁判，实际上也是在法律条文之下的层次上完成类型化过程的结果。它看上去只拘束特定当事人，而实际上它又挖掘出了具有类似情况的其他人都可以适用的裁判规则，至少有一定的示范作用。这是法律解释后形成的规则，是法律的发现活动。不重视案例，蕴于其中的裁判规则、思维方式便被掩盖，其效果与把洗澡水与孩子一起倒掉无甚区别。第五，漏掉了法制统一。法律的统一适用是法治国家的基本要素。法律之于宪法、下位法之于上位法、地方法之于国家法的统一固然重要，而司法裁判领域中的统一(俗称同案同判)也非常关键。尽管法官的独立审案活动和独立思维永远应当受到尊重，但20万法官各自独立办案的结果的差异必须控制在公正原则所能容忍的限度之内。为此，法律建立了上诉、再审、司法解释等制度，司法实践中又有了案例研讨、法官会议、示范案例等做法。后者是在前者硬性机制的精神结果上作文章，寻求裁判

的统一。因此，如果不重视案例自身以及案例之间关系的研究，法制统一将在司法裁判环节大打折扣。第六，漏掉了优良传统。尽管中西法律传统不同，但中国古代法制史上对司法判例的重视据说比普通法国家并不差，使用判例、发挥判例作用的时间甚至比英国还要早。阿Q式的攀比无益，但一直到民国时期都在运用的判例制度所代表的法制传统应当充分肯定，革命成功时忽视法律技术而产生的教训应当吸取，社会主义法治国家对法律制度的全新要求更应关注。历史毕竟发生过，传统依然充满活力。忽视案例，漏掉了许多财富，而且目前还在继续。我想谁都会说可惜。法律(立法)是法制大厦的框架，是手掌上的手指。但是，只有法律从来都不会成就一个完整的法治大厦。手掌上还需要编织一些网络，填充一些材料，才能把悄悄漏掉的金沙留住，才能真正建立一套动静结合、浑然一体的法律制度。我们期待着最高人民法院倡导建立的案例指导制度能够发挥这种作用吧！（作者系最高人民法院法官）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