

对判例法能不能“明媒正娶”？PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_AF\\_B9\\_E5\\_88\\_A4\\_E4\\_BE\\_8B\\_E6\\_c122\\_485401.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AF_B9_E5_88_A4_E4_BE_8B_E6_c122_485401.htm) 判例法无疑酷似一个靓丽青春活泼率真的美国女郎。爱她，想娶她，又害怕过门之后她水土不服，或者太任性会闹出乱子，最后大多是供奉于高阁，常远观而不敢褻玩。但是判例法似乎经常侵扰我们的司法生活，甚至几乎是避之不及。用到非法证据排除规则的“毒树之果”理论，我们会追溯到美国1914年威克斯诉合众国案（weeks v. u. s）。论及敏感的被告人沉默权，我们会情不自禁联想到1966年审判的米兰达案。迩近，中国发生了前所未有的许霆利用自动取款机故障恶意取款案，再次让我们觉得中国要有判例法该多好，大法官大笔一挥，生杀予夺皆已定论，何须我们全民大辩论，最后还是莫衷一是。随着世界一体化进程，地球村的司法制度不断互相侵染，对判例法明媒正娶或许是比较明智的抉择。长期以来，成文法与判例法似乎是水火不相容的一对冤家，一见面就吵架，一不见又想得慌。成文法奉行“立法至上”理论，判例法奉行“司法至上”理论。成文法是立法者造法，判例法是执法者造法，即法官造法。成文法遵从有法必依、执法必严，判例法严格要求法官“遵循先例”。成文法发端于法国德国，广泛推行于中国、日本，号称“大陆法系”。判例法发祥于英国，盛行于美国，故称其为“英美法系”。尽管两大法系各有优劣，不分伯仲，但是一个国家一旦确立了某种法律制度以后，似乎往往是丈母娘看女婿越看越舒服，并且大多会“从一而终”，老死不与他方往来。事实上，每一种法律制度都

不会尽善尽美，另一种法律制度又都往往具有可取之处，否则他们都不会有如此强劲的生命力，一只存活至今。成文法多编纂成系统的法典，并且公布于众，便于查阅，容易检索，但是成文法先天带有滞后性，立法者只能根据发生过的案件将之冶炼提升为法律，而且由于前瞻性是有限，对未来只是忐忑不安的作出推测，所以迫使成文法往往原则性强，可操作性差。而判例法的判例却层出不穷，皓若烟海，难以查找，难以参阅，但是他因案而断，因事而判，所以可比性强，可操作性强。成文法便于公民学习，便于法官掌握，但是法官律师只能循规蹈矩，难有大的作为。而在判例法制度下，法官要精法理，博世事，法官极具创造性，故要求法官职业化、律师职业化。在判例法国家，法官被奉为顶礼膜拜的神灵，律师在浩繁的判例中游刃有余，而公民没有律师将难以在诉讼中取胜，于是律师变成了黄金行业。在成文法模式下，法官是法律的“自动售货机”，只需执法者照本宣科，照章行事，所以有时会扼杀法官的智慧。而判例法是法官造法，需要用执法者的聪慧，需要用执法者的学识，创造性地进行判决，从判例中升华出法律理念，所以能塑造出法学家式的大法官，英国的丹宁，美国的约翰#8226;道格拉斯就是其中的杰出代表。法律本身是枯燥的，是呆板的，只有法官结合经验进行审判才会演绎法律。霍姆斯大法官被无数次引用的名言就是“法律的生命从来就不是逻辑，而是经验”，所以在成文法国家经常会扼杀法官的创造性，使案件的审判呆滞不鲜活。判例法使法官的权力急剧增大，法官的能力会得到过分张扬，但是，司法权有抵牾立法权之嫌，而且智者千虑，必有一失，百密总有一疏，法官的谬误会贻误其他案件

。。 我国属于成文法国家，刑事有刑法典，民事有民法典，平日在和谐的氛围中，成文法典任劳任怨处理着我们纷纷纭纭的案件，但是一旦发生突如其来的另类案件，我们常常会无所适从，因为在现有法条里，尽管我们绞尽脑汁费尽心机去寻找，但是竟然是枉费心机，一无所获，竟然找不到适合案件的法律条文。许霆利用自动取款机的故障，大肆取款17。5万，到底构成主流认定的盗窃罪，还是符合非主流的侵占罪？到底是符合刑法规定具有社会危害性的犯罪，还是民法上的只需返还财产的不当得利？到底是适用罪刑法定原则，还是偷偷沿袭类推制度？到底是疑罪从无，还是疑罪从轻？由于该案件具有不可比拟的新颖性，所以法学界乃至全民形成了轰轰烈烈的法律、伦理大辩论。这个案件使成文法的弊端得以充分凸现。如果法官斗胆仿效判例法作判，或许大有裨益。在当今社会，我国对判例法明媒正娶，不仅顺理成章，而且恰恰是顺应历史潮流之明智之举。我国已经加入WTO，正在不断与世界多方融合，而我国的香港、澳门地区本身也在实行判例法。挖掘我国已有的法制传统，参考国外先进的法制经验，建立以成文法为主，以判例法为辅的有中国特色的法律体系，创造一种充满生机的法律制度文明，不独是我国当前形势的迫切需要，亦是我国法治现代化的必然趋势。首先，法律制度的趋同化是历史潮流。很明显，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。大陆成文法与英美判例法既然各有优势，又各有劣势，何不整合？何不杂糅？取其利，避其弊，何乐而不为？事实上，由于世界经济一体化全球化，两大法系之间的排斥

和批评越来越少，而互相的学习与借鉴正越来越多。两种法律制度在激烈碰撞之后，纷纷走出传统藩篱，相互取长补短，相互移植。当今世界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日趋接近。秉承判例法的英国、美国开始给成文法以应有的首肯，比较典型的是，钟情于判例法的美国，该联邦最高法院竟在联邦宪法第8条授权下制定《判决指南》，集成文法与判例法于一身，起着实体法和程序法的作用。而在实行成文法的法德等国，判例也占相当的地位。挪威的各级法院就经常援引以往的判例为先例，来处理案件，但在调整的方式上，总将法律原理与具体事实加以结合起来，从而仍不失大陆成文法系的风格。欧盟和日本也正积极地学习英美的判例法制度。今天，不论是英美法系还是大陆法系都在向“混合法”靠近，而混合法则正是中华法系的显著特征。其次，我国并非缺乏判例法生长的土壤。法律制度的相互影响，由于是趋利避害，所以大有市场。法律制度的融合，尽管没有大张旗鼓，但是潜移默化却是不争的事实。我国是成文法国家，但是有意无意在接受着判例法的精神。《最高人民法院公报》上刊载的相关案例就发挥着类似判例法的作用。自1985年创刊至2001年，《最高人民法院公报》精选公布了368个案例。这些由最高人民法院审判委员会精选出来的案例，一般都附有详细的案情介绍、判决理由及结果，蕴含了丰富的法律意义，不少案例还解释、补充了成文法规则，创设了法律规则，在一定意义上具有“判例法”的特征。而且这些案例都经由最高人民法院审判委员会讨论通过，体现了我国的最高审判水平，同时也表明了最高人民法院对其审判结果的认可态度，所以地方各级人

民法院在审理相同或类似案件的同时，往往会遵循这些案例所体现的原则和规则，做出判决。由此可见，我国最高人民法院有意用案例来指导各级法院的审判工作，而在实践中也确实收到了比较理想的效果，从一定程度上证明了我国并非缺乏判例生长的土壤。目前我国实行一国两制，香港、澳门回归祖国以后，本身仍在沿袭传统的判例法，没有照搬大陆法系的成文法，将判例法嫁接，与成文法融合符合祖国统一的要求。事实上，中国早已在悄悄的借鉴判例法，决非是春风不度玉门关。众所周知，上世纪九十年代中期，被称为美国世纪审判的辛普森涉嫌杀妻一案，曾经轰动美国乃至全世界。由于警察取证时喊了辛普森“黑鬼”，有民族歧视倾向，加之指控辛普森有罪的手套等证据出现严重瑕疵，刑事诉讼中陪审团宣布辛普森无罪，但是民事诉讼中陪审团却意外裁决辛普森赔偿3350万美金。该判决毋庸置疑是开先河式，中国人似乎想都不敢想象。俗话说，皮之不存，毛将焉附？但是美国竟然在认定辛普森刑事无罪的前提下，却敢判决要辛普森巨额民事赔偿。但是时过境迁，无独有偶，2006年6月30日，湘潭市雨湖区人民法院就对轰动一时的女教师黄某裸死案，作出震惊国人的一审判决，判决被告人姜俊武无罪，同时判决被告人姜俊武赔偿附带民事诉讼原告人黄淑华、黄国华经济损失59399.50元。这无疑也是划时代的判决，但是从中我们不难看出美国辛普森案件的影子，两种法律制度的交叉侵染可见一斑。再次，中国有实行判例法的历史传统。判例法在我国的历史源远流长，甚至让人几乎得出判例法绝非“舶来品”的结论。在中国几千年的法制沿革过程中，判例法也存在记载。像秦代时期的判例，称为“廷行事”或“行事”

。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。到了宋朝有了“断例”的编纂。在明朝又出现了“固事生例”,“以例为法”的特征,如朱元璋的“命刑官取大诰条目,撮其要略,附载于律”,编成特别刑法《大明律诰》,以诏令的形式颁发。实际是用制定法的形式公开定律外判案,律外用刑的合法性和必要性,使本来是违法产生的判例具有法律拘束力,实为独创之举。清朝以“以例断案”的判例法制度便成了一脉相通的传统。嗣后,在国民党时期最高法院也曾搞过判例法。说中国法制的血脉中蕴含着判例法的基因,应当说是不争的事实。以成文法为正统,以判例法辅之,二者可谓相得益彰,不失为绝妙之举。既然判例法长得那么俊俏有那么多优点,既然成文法略显老道有诸多不足,那么我们为何不敢对判例法明媒正娶?既然偷偷摸摸在相恋,何不堂堂正正步入结婚殿堂?许霆案件显然具有典型性,那么,该案可不可以由最高人民法院提审而后一锤定音,作出经典案例供世人效法?撩开面纱,露出坦诚,爱自己之所爱,恨自己之所恨,未尝不是快乐的幸福的。在要结束文稿时,我脑海里突然迸发出孔子《诗经》里的《关雎》: 关关雎鸠, 在河之洲。窈窕淑女, 君子好逑。(作者: 段建国, 开物律师集团北京事务所副主任。邮箱djglawyer@126.com。) 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](http://www.100test.com)