

关于“判例、案例和司法解释”分析（三）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/52/2021\\_2022\\_\\_E5\\_85\\_B3\\_E4\\_BA\\_8E\\_E2\\_80\\_9C\\_E5\\_c36\\_52996.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/52/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E2_80_9C_E5_c36_52996.htm)

判例制度肇始于英国。判例作为英美法系国家的主要法律渊源，与其历史沿革、法制传统、文化意识等有着密切关系。相对于大陆法系国家的成文法或制定法，判例法是指某一判决中所包含的法律原则和规则对于法院往后同类案件的审判具有约束力和说服力。它不是立法者事先制定的一般规则，而是裁判者在具体审判过程中的创造物，是司法者实践经验和法制历史经验积累的产物。典型的判例制度应当包含两个方面：一是法官在法无明定的情况下作出开创性的判决，即“法官造法”；二是法官对以往同类案件的判决模式及精神予以遵照执行，即遵循先例原则。无论从法理依据还是技术难度上讲，前者所需要的勇气和水平显然都是远远高于后者的。可问题是当法官面对一个新型案件，根本无前人经验可循时，法官能否依据宪法及法治原则作出某种创造性的举动？通过司法判例寻求立法突破往往有两种情形：一种是成文法虽不明确但仍有大体框架，比如法院认为知假、买假者不属于消费者，因法律规定不甚明了，这种认定仍属于法律限度内的合理裁量；另一种是成文法不仅未规定而且稍有突破便有“越雷池”之嫌。比如刑事案件中的精神损害赔偿问题，刑事诉讼法规定，被害人有权就物质损失提起附带民事诉讼，若从某种意义上讲，法律似乎也并未将精神赔偿明确予以否定或排除。那么，有没有哪位法官敢做第一个“吃螃蟹”的人，在某一刑事案件中明确判令被告人应赔偿被害人一定的精神抚慰金？这个

问题可以说有一定的民意基础，被害人遭受严重人身伤害时不可能没有精神损害，但从法律上又找不到现成条文，以致司法实践中难以支持，甚至还出现律师将受害幼女之处女膜定价20万元以求物质赔偿的奇事。所以说，这样的“口子”开与不开确实关系重大。我国目前法律制度还不是很完善，再加上法律本身的不周延性和滞后性，公民往往迫切需要这种充满人文关怀和务实精神的判例法保护制度。法官能不能创造判例乃至创制法律绝不只是一个理论问题，而是一个意义重大的现实问题。从这个角度来讲，我国法院实施类似于判例法的案例指导、先例判决制度，或者从相关案例中提炼精粹制定司法解释时，都需要充分考虑到社会及民众的实际司法需求，更要本着审慎而务实的司法改革原则。有人曾主张只有最高法院有权创制或编纂判例，但事实上，真正能由最高法院初审的案子毕竟不多，而若从下级法院选取已审结生效之案例，则等于默认其创制行为。故笔者认为，合理吸收和利用现代司法判例制度的精华，一方面需要充分发挥司法解释的作用，及时发布具有普遍指导意义的判案规则；另一方面，最好能够通过疑案报送研究制度来规范创制判例行为，也就是说，最高法院以下层级的法院在遇到难以决断的复杂案件时，应当直接报送最高法院研究答复，在此基础上，仍由下级法院作出相应判决，并对同类案件具有参照效用。目前实践中已在实行这种做法，可以从程序及效力等方面进一步完善。这样更有利于发挥判例及时解决疑难问题的优势，也能避免法官擅用自由裁量权可能引发的弊端。关于判例制度的生命力问题，让我们重温英国丹宁勋爵在《法律的训诫》中所说的那段名言吧，“如果现有的法律暴露了缺点

，法官们不能叉起手来责备起草人，他必须开始完成找出国家意图的建设性任务，……他必须对法律的文字进行补充，以便给立法机构的意图以力量和生命”。如果遇上了法律皱折，“一个法官绝对不可以改变法律织物的编织材料，但是他可以，也应该把皱折烫平”。北京市自然律师事务所 墨 帅

前几年曾经引起媒体广泛关注的是，某法院对知假买假是否适用消费者权益保护法判决双倍赔偿。就这一同类案件，同一法院前后作出了截然不同的判决。面对如此状况，有人主张我们应该实行判例法。判例，顾名思义，与案例并没有大的差别。但是作为法律术语的判例，却是和判例法一脉相承的，表示“遵循先例”的司法原则。在普通法系国家，判例往往和判例法表示同一意义，其意义在于根据传统，法院以前的判决，尤其是上级法院以前的判决，下级法院在审理案件时应当作为一种规范和原则予以遵守。即法院遇到与以前类似的案件时，必须遵循以前判决中适用的原则和规则。判例对以后处理类似案件具有拘束力，法官的判决本身具有了立法的意义，成为普通法系国家的一个重要的法律渊源。我国没有判例的说法，我们沿用已久的习惯用法，把法院已处理案件叫做案例。不仅名称不同，其效果也截然不同，我们不是实行判例法，而是实行成文法，判例对于我们来说没有法律上的约束力。有人主张我国也要实行判例法，对此笔者并不赞成。罗马不是一天建成的，一个国家的法律传统也是根深蒂固的，我们今天把案件的正确处理叫做依法判决，错误判决叫做于法无据，字里行间反映出我国是成文法国家，处理案件是以成文法为准绳的，而不是判例。当然不是说我国历史上没有判例。我国封建社会，也有类似于判例法的

一种法的渊源叫做“例”。秦简中就记载了“廷行事”，汉代叫“比”，唐代以后则指作为判案依据的判例、事例和成案。明清时期，例律并重，但出现了“有例不用律，律既多成虚文，而例遂愈繁琐”的情形，导致了以例代律、以例破律的后果，使得“例”在我国历史上没有发挥好的作用，名声不佳。实践证明，判例法制度是不符合中国国情的。同时，判例法与成文法不仅仅是法律表现形式不同，也表现出思维方式的不同。我们的人民群众与司法人员对判例法的接受也不是轻而易举的。就像成文法存在缺陷，不能完全应付出现的新情况新问题一样，判例法也有其自身缺点。我国目前的社会主义法律还处于日渐完善的过程，有的法律规定过于原则，过于抽象，缺乏具体操作性，因此法官在理解适用法律时也就出现了各种分歧。为了弥补立法上的不足，最高人民法院就法律适用及时作出司法解释，在一定程度上起着法的渊源的作用，对审判实践发挥了重要的指导作用。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)