

关于“判例、案例和司法解释”分析（四）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_52997.htm

当前，司法体制改革已成为社会关注的热点问题之一。而随着中西方法律文化交流的不断深化与发展，如何正确看待判例法与成文法的关系，便成为司法体制改革中的重要问题了。判例法是英美法系的产物，是法官依照遵循先例的原则，通过一系列的区别技术，来解决现实生活中的纷争的。在无先例可循的情况下，法官可以通过创设新的判例的形式，来确定一项新的法律原则，即所谓的“法官造法”。这种司法体制是与三权分立的政体相适应的，因为在三权分立的政体下，要求法官独立，不受立法权、行政权的任意干预。判例法的最大优势莫过于因时而变，因此能适应变动不居的日常生活，对社会上新出现的矛盾冲突予以消解，不会出现“无法可依”的尴尬局面。因为“法律的生命在于经验，而不是逻辑”，产生于社会生活并经由法官总结出的法律原则，因此具有强大的生命力与适应性。但它对法官也提出了更高的要求，并使法律因而成为一种奢侈品只有经过专门训练的人才有可能接近。而成文法则是大陆法系的传统，它通过立法机关制定法律，法官依照法律规定，结合具体的案件事实，运用所谓的“三段论”式的逻辑推理过程解决纠纷的。它严格限制法官的自由裁量权，要求严格依照既有的规则来定纷止争，法官的创造性受到严格的限制。因此使得法律具有了“刚性”，同时人们可以通过阅读法典而形成合理的预期，使其较判例法更有一种“亲和力”，便于法律的推广和普及。但也因此使其滞后于

社会生活，表现出一定的惰性，难以适应不断发展的社会需求。不可否认，作为人类制度文明的判例法与成文法制度，经过了漫长的历史积淀，都有其存在的合理性和生存的土壤，很难说孰优孰劣。因此，对两者如何做出选择，主要取决于一国的历史传统和政治土壤。中国近代清末法制变革的传统以及现在的政治体制，决定了我国的成文法制度选择的必然性。因为自沈家本修律百年来，中国的法制现代化是以大陆法系为模本的，而我国宪法中规定的“人民代表大会制度”决定了我国不可能实行西方的三权分立政体，让法官造法。但我们可以充分借鉴西方判例法的精神，创设判例制度。所谓判例，是指由各地法院定期将其在审判过程中遇到的疑难、复杂和新型的案件逐级上报到最高法院，由其定期将这些案件汇编成册，予以公告，在地方法院无充分足够且合理的理由下，对于今后的类似案件有拘束力。这样，一方面使司法得到了统一，符合“类似案件，相同处理”的法治原则，又能适应我国日益变化的社会生活需求，同时也不违背现行的宪政体制。事实上，最高人民法院已经定期公告一些案例集，但其效力如何，并未做出明确认定。本人认为，可以由全国人大或其常委会作出明确规定，对于经过最高法院公布的案例，具有普遍的效力。这样我们即坚持了成文法的制度，又吸收了西方判例法的精神，正所谓“中西合璧，相得益彰”！（张海）¹¹“遵循先例”是英美普通法系的一项基本司法原则，意在维护前例和不反对已经固定的观点，即某个法律要点一经司法判决确立，便形成了一个日后不应背离的先例。这也就是我们常说的英美法系判例法制度。实用主义和经验主义的法官文化，即一种庞德所称的“普通法的精

神”是判例法得以产生和发展的基础。英美法国家自身的历史背景、民族性格、思维特点和独特的法官职业化道路也为遵循先例提供了充分的土壤。不可否认，判例法有着成文法所没有的优势。首先，遵循先例原则实现了同等事物同等对待的社会正义，限制法官的自由裁量权。其次，判例法有利于法官机能的发挥。法官们要在庞杂浩瀚的判例的海洋里遵循先例以及适时创造法律，要求他们深刻理解法律精神，有独立、科学、灵活、缜密的法律思维方法以及良好的法律职业道德。再次，判例法要求在判决书中详细论述判决理由，并公之于众，公众在了解先例的同时获得了具体生动的预期，减少了由于司法专业性极强产生的社会隔离感。如何借鉴英美法系的判例制度，结合我国的司法实践，逐步建立有中国特色的判例制度，是我国应当加以重视和需要解决的问题之一。在我国，由于赖以存在的大陆法系的历史文化背景，强调和注重的是严谨的逻辑结构形式。成文法有着至高无上的地位，先例一般没有普遍的约束力，正式的法律渊源仅指制定法。但是在成文的法典之外，最高人民法院制定了大量司法解释，并定期公开发布一些典型的案例。这些司法解释和案例在我国各级法院的审判过程中也起着重要的作用。

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