

关于“判例、案例和司法解释”分析（二）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\\_52998.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/52/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E2_80_9C_E5_c36_52998.htm)

现代法治的精髓在于规则之治。通过民主程序制定的法律，被认为是民意的体现。法官严格依照法律处理案件，使抽象的法律适用于具体的事实，符合民主的正当性要求，这也是社会对司法的一般认识。然而社会本身是丰富多彩、变化不羁的，统一僵硬的法律规则适用于具体的、个别化的事实往往会导致实质上的不公平，违背立法本身的意旨，更有甚者，立法的滞后性与不周延性，往往还会导致对某些具体社会关系规范的缺失。司法是社会正义的最后一道防线，法官不能以法律规则本身的缺陷而回避审判的职责，司法为此要作出何种抉择？在英美法国家，素有法官造法的传统，因此对某一具体案件的处理缺乏判例援引或者成文法的规范，法官可以创造规则，且这种规则具有普遍的约束力，能够作为判例为其他法官处理同类案件时所援引。而大陆法系国家至少在理念上是排斥法官造法的。中国的宪法也没有赋予法院制定判例法的权力。但在事实上，中国的司法实践越来越重视案例的作用。案例虽无法律约束力，但上级法院，尤其是最高人民法院的案例在实践中得到了普遍的遵循，而最高人民法院对具体案件所作的批复，更是以司法解释的形式被纳入中国广义法的范畴。既然遵循前例作为司法经验的有效传承方式已为司法实践所认同并有利于实现同样事实同样处理的形式正义，那么从实证的角度来说，在中国建立作为成文法补充的判例法制度应有其合理性。但由少数的法官进行事实上的“立法”，是否符

合法治社会对司法的正当性要求呢？法治的基础是民主，其与少数人的精英统治似乎格格不入。但事实上不论是民主还是专制社会，国家的权力都是掌握于少数精英之手的，因为按现代国家的一般规模，所谓的公民直接治理国家都只能是一种理想。法官在一个成熟的法治社会属于精英中的精英，由法官制定规则自然具有精英统治的意味。但民主与专制区别的根本不在于是否实行精英统治，而在于这种精英统治是否受到了民意的有效制约，因而只要在法官制定规则的过程中加以民主的制约，其正当性也就有了坚实的基础。这里就涉及到现代司法的政治化问题。既然司法能够为社会制定规则，就应当允许利益受此影响的当事人在形成规则的司法程序中充分参与并表达意见，法官在获得全面的相关信息后，依据理性的原则进行利益的衡量并作出受到严格程序制约的判断。因此，司法必须走出神圣的殿堂，去进行阳光下的审判；司法必须在走向职业化、精英化的同时，去贯彻司法民主的原则；司法必须在保护案件当事人的当前利益的同时，去考量其判决的社会价值。一言蔽之，司法必须属于人民，这不仅是理念上的要求，更要成为实践的归依。（周斌 安徽省六安市中级人民法院）

判例法，是普通法系的一项制度，是指某一判决或裁决中的法律规则不仅适用于该案，而且作为“判例”也适用于以后该法院或下级法院所管辖的案件，即“遵循先例”原则。判例法的出现从公元12世纪英国出现的普通法算起至今已近千年的历史。虽然现在普通法系国家国会立法得到强化，制定法地位提高，数量大增，但判例法的地位并未因此而降低。判例制度的优点之一是能够克服法律的局限和僵化，因为社会生活的丰富和发展的迅速，任

何立法都不可能穷尽社会现象，通过判例就可以对法律的漏洞进行弥补。更为重要的是判例制度对于法律的统一适用具有重要的意义。遵循先例原则使得相似案件的处理结果具有可比性，避免对同一法律条文作出跨度很大的理解，导致判决结果差异悬殊。但判例法如果没有良好的制度控制，很容易沦为法官恣意擅断的工具。判例制度在英美法系国家实行是以其特殊历史文化条件和哲学传统为思想基础，并配之以一系列的如法官的选任等特殊制度的配套，要求法官必须具有深厚的法学修养和高尚的个人品质，以防止法官个人的恣意擅断对公正的践踏。大陆法系长期以来一直遵循成文法的传统，恪守“案件应当根据法律而不应当根据先例来审判”的原则，其主要意义就在于防止法官的恣意擅断。我国是成文法国家，受大陆法系的传统影响较深，加之由于法律观念、立法体制和司法制度等方面的原因，判例的实际效能没有得到应有的重视，更没有成为我国的法律渊源。为克服成文法的局限和僵化的问题，为解决司法实际中出现的问题，最高人民法院依据社会生活的发展变化，根据法律的基本原则，对于法律的具体适用作出的一系列司法解释，一定程度上起到了填补“法律空白”、促进法律统一正确实施的积极作用。但也要看到大量的司法解释并不是在具体应用法律时所作的解释，而是在没有具体对象和具体案件时作出的一种解释，即直接对某一法律作系统全面的解释，这实际上也是成文法的具体表现形式。对于司法解释如何理解？广大司法工作者也是见仁见智，观点不一，这也是我国虽然有大量的司法解释，但仍然存在案件基本相似而判决结果差异的原因之一。当前，英美法系与大陆法系互相趋同、融合，划分界限

越来越不明显，这是因为两种法律制度形式各有其利弊，因而相互取长补短。我国也不例外，自1985年起，最高人民法院开始以公报形式正式发布案例，开创了案例在新中国司法实践的新时期。通过对权威性经典案例的公布，充分发挥了这些指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论的重要作用。这是对判例法的合理成分借鉴吸收的有益尝试，但其与英美“判例”有着质的区别，它不具有法律拘束力，只具有参考价值。而且我国法律不承认判例法的遵循先例原则，因为我国法官的素质有待于提高，不具备实行判例法制度的社会文化和思想条件。

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)