

# 关于法系的几个问题

——兼谈判例法在中国的运用

李步云

## 引言：问题的提出

当前，中国在进行经济体制改革的同时，也在进行政治体制的改革。法律制度的改革，是政治体制改革的一个重要方面。在探讨中国法律制度的改革时，有的学者已经提出，中国可以借鉴判例法的某些经验。笔者认为，这是一个有识之见。但是，对于为什么要借鉴和怎样借鉴等基本问题，还需要深入研究。而这个问题同法系问题有着直接的关系。因此我们有必要首先对法系问题进行理论探讨。例如，法系的概念是什么？应当从什么角度来划分法系比较科学？英美法系与大陆法系的主要区别在哪里？当代世界究竟存在几大法系？社会主义法律能否构成“社会主义法系”？等等。中国不少学者认为“法系”是个“西方的概念”，与中国法学理论无关，也与中国的法律制度无关。这种看法是否正确与有益？中国的法学理论应不应该和可不可以接受与吸取法系这个概念？本文拟就这些问题作如下探讨。

## 一、法系的概念及其划分标准

当代世界上究竟存在几个法系，学者们的看法是很不一致的。按照法国比较法学家勒内·达维德的观点，当代世界上存在三个主要法系。它们是罗马日耳曼法系（即大陆法系），普通法系（即英美法系）和社会主义法系（指苏联、东欧、中国及其他亚洲社会主义国家的法律）。<sup>①</sup>可以说，世界上没有任何法律不曾向这三个法系中的这个法系或那个法系吸取某些成份。同时，他又认为，除了这三个最主要的法系，还应当把伊斯兰法与印度法也列入当代主要法系。<sup>②</sup>其它一些法学家有的主张四大法系或十大法系，有的学者甚至分得更细，例如美国学者韦格穆尔主张分为十六大法系。在中国，许多学者认为，“法系”是一个“资产阶级”法学理论的概念，是“资本主义”法律的一种分类方法，因此社会主义法系之说不能成立，这类法律也不应作为法系的考察和分类对象。司法部组织编写的统编教材《法学基础理论》、北京大学的试用教材《法学基础理论》和《大百科全书·法学卷》

①、② 勒内·达维德：《当代主要法律体系》（中译本）第24页、第31页。

的作者就是持这种观点。<sup>①</sup>这种观点在中国影响很大,几乎占据支配地位。而与此同时,国内一些法制史学者又习惯于把中国古代的法称为“中华法系”,但是对法系的概念和划分标准等理论问题,却极少论及。比较例外的是1987年吴大英与徐炳合作编著的《比较法基础知识》。该书作者认为,当今世界可以划分为四大法系,即大陆法系、英美法系、伊斯兰法系和社会主义法系。作者虽然对前三种法系作了介绍、分析与比较,但对社会主义法系未作具体论述<sup>②</sup>。

笔者认为,法系的划分应当区分当代与当代以前(即古代与中世纪)这样两种不同情况。当代以前,法系可作多种分类;但就当代而言,主要是大陆法系与英美法系这两大法系。笔者不同意把“社会主义法系”与上述两大法系并列,因为它们是按照另外一种标准所作的划分。如果按照法系的划分标准,现今社会主义国家的法律,应当是属于大陆法系的范畴。

首先,需要搞清楚法系的划分标准是什么。

中国的许多学者认为,法系的划分标准是法的历史传统。司法部和北大的教材、《大百科全书·法学卷》、《法学辞典》的作者都持这种观点。吴大英与徐炳不同意这种观点,提出“亲缘关系”应是划分法系的标准。他们认为“法系事实上是以亲缘关系为标准对不同的法律制度所作的一种分类。也就是说,对具有共同历史来源的法律制度所作的一种分类”,“从理论上说,如果以亲缘关系作为法系的划分标准,那么两个没有亲缘关系的法律制度就不应划分为一个法系;反过来说,每一种基于其独特历史渊源上发展起来的法律制度就应单列为一种法系”。<sup>③</sup>其实,这里说的“历史传统”与“亲缘关系”二者含义没有什么区别。上述两段话中“亲缘关系”也就是指“历史来源”、“历史渊源”。笔者认为,这并不是法系划分的标准,不是这一法系同那一法系的区别所在,它们只是形成法系的原因和条件,即不同的法系是借助于历史传统与借鉴作用而形成自身的某些重大特点而与别的法系相区别。

勒内·达维德认为:法律的“规定可以形形色色、千变万化;相反,用以说明规定的技术,将规定分类的方法,解释规定所用的推理方式归结为数目有限的一些类型”<sup>④</sup>他这一划分法系的标准是有道理的,但不足之处在于它的含义还不够确切。从这一标准出发,把当代法系划分为大陆法系、英美法系与社会主义法系这三大法系,其概念与比较分析都是相当模糊不清和不准确的。

为了搞清楚划分法系的标准,我们不妨对大家所公认的当今世界两大法系——大陆法系与英美法系作一比较,看一看它们之间的区别究竟在哪里。

一般说来,这两大法系的区别是:(1)成文法与判例法在这两个法系中具有完全不同的地位和作用。在英美法系中,除成文法外,判例是法律的一个重要渊源。上级法院,尤其是最高法院的判决对下级法院具有约束力,“维持先例”是这一法系的一项重要原则。大陆法系则不同。一般讲,其判例不是法律的一种渊源,下级法院不受上级法院判决的

① 见统编教材《法学基础理论》(1981年版)第113页;北京大学试用教材《法学基础理论》(1984年版)第132页;《大百科全书·法学卷》第85页。

② 吴大英、徐炳:《比较法基础知识》第39页。

③ 吴大英、徐炳:《比较法基础知识》第36、37页。

④ 《当代主要法律体系》第23页。

约束。(2)大陆法系多采用成文法典的形式,即重视法律的法典化以及法律体系的严谨性、系统性。英美法系虽然也有数量众多的法律,但多采用单行法律的形式,不重视成文法的系统化。(3)法官适用法律的方法不同。大陆法系是采用“演绎”方法,即将法律条文运用于具体案件。法官首先考虑的是法律所规定的准则,然后按照这些准则来处理面临的案子。英美法系则是采取“归纳”的方法,先行研究以前类似案件的判决,并从中归纳出适用自己当前审理的案件的一般准则,然后按照这些准则来处理当前的具体案件。(4)审判的方式不同。英美法系采用“对抗制”审讯方式,即原告与被告处于对抗的地位,原告与被告互相对诉拮据,进行询问和反询问,法官只主持辩论,不主动调查案件和询问当事人,只扮演一个仲裁者的角色。大陆法系则采用“调查式”审讯方式,审判长主动调查案情,主动对当事人和证人进行询问,向当事人及其律师展示有关证据和证词的矛盾之处。他们不是扮演消极的仲裁者的角色。(5)英美法系实行法官个人责任制。法庭虽然采取合议制,按少数服从多数的原则作出有效判决。但是,判决书上必须载明各位法官的个人意见,并签名以示负责。如意见一致,在一份判词上共同签名;意见不一致,则分别写出不同意见。大陆法系则实行法官集体责任制,法庭也采取合议制,少数服从多数作出有效判决。但判决书是以法庭名义作出的,有不同意见时,不需要写出不同意见,也不需要个人签名。因此通常外界不知道各个法官在作出表决时的立场和具体见解,因而这种判决比前者要简单得多,各方面的作用(如研究价值等)也相对小一些。

由以上例举的大陆法系和英美法系的主要区别可见,法系是从法律的形式上所作的一种分类,而不是从法律的内容上所作的分类。法律的内容与形式大致可以分为以下三个不同的层次。第一个层次,就实体法与程序法相对来说,实体法是内容,程序法是形式。实体法是用以确认和调整一定国家一定历史时代的政治、经济、文化和社会制度(如家庭婚姻制度等)的法律规范;程序法则是确认和调整一定国家一定历史时期的司法制度,即诉讼活动中人与人的关系一种法律规范。从这个角度看,一定的程序法(形式)是为一定的实体法(内容)服务的。第二个层次是法律的成文与不成文形式。同它们所包含的法律具体规范、具体内容、具体权利与义务关系相比较而言,前者是形式,后者是内容。第三个层次是成文法与不成文法(包括判例法与习惯法),它们还各有自己的不同的存在形式。例如,成文法就有法典、单行法规、修正案等等不同形式;同是成文宪法,其结构可能不一样,如有的有序言,有的没有序言。此外,逻辑、术语等等都有具体的不同存在形式。判例法中也有不同的方式方法与风格之别。从我们在前面对大陆法系与英美法系所作的区分来看,其五条区别的标准和界限,都是属于法律形式方面的问题。五条之中,首先是成文法与不成文法——判例之分,其次是法典化与非法典化之分,其它几条都是属于诉讼与程序方面的问题。也就是说,大陆法系与英美法系的区别、完全没有也无需涉及到这两类法律的内容方面——自确认的不同的经济制度、政治制度、文化制度和社会制度(这里是指狭义的“社会制度”如家庭婚姻、社会保障制度等等)。如果要从法律的内容上来分类,则是另外一个问题,是属于另外的分类法。

西方的学者从人类不同历史时代的不同制度出发,把法律分别称为古代的法、中世纪的法、近现代的法分类方法是科学的。因为在这三个不同历史时代中,法律所确

认、调整保护的经济、政治、文化与社会制度是完全不同的。马克思主义对此也有一种称谓和术语，即它把法分为奴隶制法、封建制法、资本主义的法和社会社会主义的法。在这里，我们准备对这两种不同的称谓和术语从政治上进行评论（这不是本文的用意所在），而是想指出，这两种分类法有一共同点，即它们都是从法律的内容上对法律所作的一种分类。

笔者认为，在对法律进行各种分类，包括对法律进行“法系”的分类时，区分法律的内容与形式是重要的，否则将会引起许多概念的混乱，进而导致分类的不科学。让我们举例来说明。例如，大陆法系从它逐步形成到现在，已经有了几千年的历史，经历了古代、中世纪和近现代几个不同历史时期。它的实体法所确认和保障的经济、政治、文化和社会制度，在不同的历史时期，曾经发生根本性的变化，但是，它的法的形式和程序制度方面却保持着自己的一些特点而同普通法系相区别。又例如，以英国、美国同德国和法国比较，它们的实体法所确认与保障的经济、政治、文化和社会制度基本一致，但它们却分别属于普通法系和大陆法系。其区别仅是法律的形式，而不是法律的内容。再例如，美国的路易斯安那州现在仍然实行大陆法系的制度（因为这块地方以前是法国的殖民地）而同实行普通法系的制度的美国其他各州不一样。但这个州的实体法所确认与保障的经济、政治、文化与社会制度与美国其它各州则完全相同。加拿大的魁北克省也是属于这种情况。由此可见，法系的区分，不是属于法律的内容的区别，而是属于法律的形式不同。

笔者不同意把“社会主义法系”算作一个法系，也是基于上述理由。对现在苏联与东欧一些社会主义国家所实行的法律制度的特点进行考察时，必须分别从法律的内容与法律的形式上进行分析。现在这些国家所实行的经济、政治、文化与社会制度是按照马克思主义的原理与原则建立起来的。这些国家的法律是用来确认和保护这种制度的。它们的法律制度确实完全不同于现在西方所实行的制度。这里，暂且先不去评论它们是好是坏（这也不是在本文的用意所在），但是显然大家都公认，这是一种完全不同于西方的法律制度，而且现在在很多国家里存在着。然而这种法律制度同西方的法律制度（包括大陆法系与英美法系）的重大区别，不是在程序法方面，而是在实体法方面；不是法的形式不同，而是法的内容即法律所确认与调整的经济、政治、文化与社会制度有很大的区别。至于这些国家所实行的社会主义法律的形式，它们的司法制度与诉讼程序，则另当别论。在马克思、恩格斯和列宁的著作中，并没有关于在未来的“社会主义社会”里，应当采取什么样的法的形式（即成文法或是判例法），应当实行什么样的根本不同于当今西方的司法制度、诉讼制度的方案与模式。如果他们在这些方面有某些论述的话，他们较多的是受大陆法系的影响，因为他们自己是受的德国和俄国的教育。根本的问题还在于，苏联与东欧一些国家在建立社会主义制度以前，这些国家的法律制度是属于大陆法系。这一历史传统是现在苏联与东欧一些国家所建立的社会主义法律是属于大陆法系的主要原因。除此以外，还有一点值得注意。那就是，马克思主义有个原则，即无产阶级夺取政权以后，旧的法律应当完全废除，并代之新的不同于以往任何阶级的法律。不仅如此，社会主义法，在司法制度、诉讼程序方面也有某些特点，但就法的形式而言，同时也应当看到社会主义的法仍然比较单一、比较稳定，变化不大。因为同一形式可以被不同内容所

接受并为其服务,虽然法的内容对形式是会有一定影响。因此,如果用上述列举的区分大陆法系与英美法系的五个特点和标志来看,认定苏联与东欧一些国家的法律属于大陆法系的范畴,应当是合理和恰当的。

笔者认为,法系的划分可以区分为两大不同的历史时代。当代(即近代与现代)主要是两大法系:大陆法系与英美法系;当代以前(即古代与中世纪)则有多种重要法系,包括:伊斯兰法系、印度法系、中华法系等等。到了近代与现代,属于这些法系的国家的法律,其主要特点已基本上消失,它们分别受到了两大法系的影响。其主要的原因是当代的经济、政治、文化条件与古代、中世纪相比,起了革命性变化。另一重要原因是政教的日益分离,即教规与国法的日益分离。这些国家的法律形式,不可能不随着上述制度的变化而变化。在这里,还需要着重指出一点的是,我们说当代世界主要是两大法系,并不是意味着要否定法律形式的多样性。一个国家的法律形式,不仅受到该国、该地、该民族在历史传统与渊源上的影响,受到一定时代政治、经济、文化制度的影响,同时还要受到宗教、习惯、伦理等因素的影响。在今后,法律形式总的历史发展趋势将是逐步接近,但多样性是会长期存在的。就现在来看,有的国家就是处于实行成文法与判例法之间;在信奉伊斯兰教的国家,宗教的影响仍然很大(如伊朗,等等即是)。但是,法系这个概念存在的意义也恰恰在于,它是要在法的形式多样性中,找出其中某些共同性的东西,以便于进行对比研究。否则,法系的划分就失去了意义。

总之,通过以上的事实与分析,笔者试图对法系做如下定义:法系是从法律形式的角度就世界范围内对法律所作的一种分类;由于历史传统以及其它因素的影响,一些国家的法律具有某些共同特点而构成一个法系并与另外的法系相区别。这一定义除了指出“法系”是从法律形式的角度进行分类以外,还指出了它是就世界范围内对法律所作的一种分类。这是因为法律的其他分类,如实体法与程序法、公法与私法、根本法与基本法、成文法与不成文法、国内法与国际法等等,都是就一国范围的法律所作的分类。

## 二、当代中国法学可以而且应当吸取“法系”概念

笔者认为,如上所述,包括社会主义法系在内,事实上是已经接受了“法系”这个概念,而中国的法学理论之所以可以和应当吸取“法系”这一概念,是因为法系是一个科学的概念,具有普遍有效性。承认它的普遍性,就能对各种法律的历史传统予以重视和分析,就能对法律的形式的特点作范围广泛的比较研究。这对于丰富和发展中国的法学理论是有益的。

法系概念主要是在考察法律的历史传统与借鉴作用中形成的。任何一个国家的立法者,包括政治家、法学家,在制定法律的时候,他们的思想,从对法律内容与形式的模式的构想直至名词术语的运用,都必然要借鉴历史发展的文明成果和经验。立法者的知识和经验,除了从实践中直接得来以外,大量的的是间接地吸取历史上的各种思想成果。就法律的内容与形式而言,立法者如果不能自觉或不自觉地借鉴历史的或外国的经验(从法的总体模式到具体的名词术语),他们在制定法律的时候,就会一筹莫展,寸步难行。

我们不妨以当代中国的法律为例来作一分析。笔者认为,它的内容与形式,分别来自两个方面的影响。法律的内容主要是受马克思主义的指导和苏联模式的影响。当代中国的实体法所确认与调整的经济制度是以公有制、计划经济、按劳分配为特点;政治制度是实行人民代表大会制度与共产党一党执政为特征;文化教育制度则强调马克思主义思想的领导地位。这些都是社会主义国家的法律在内容方面的共同特点。当代中国的法律在形式方面,则是受三种法律模式的影响:一是中国古代的法律;二是中国近代的法律;三是苏联的法律。

在法律形式上,中国古代法律对当代法律的影响是不可忽视的。中国人都以自己的国家是一个文明古国而自豪。中国古代法律有几千年的历史,法律文化十分发达与丰富。中国共产党的不少领导人与当代一些知名法学家,都有比较丰富的中国历史知识(包括法律知识)。因此,中国古代法律的模式对中国当代法律的形式不可能不有所影响。应该看到,中国古代法律是在“闭关锁国”的情况下独自发展起来的。它具有“诸法合体”、“礼法合一”、“立法、司法、行政高度集权”、“家规、族规、国法融合”、“儒家思想占支配地位”等特点,并且对日本、朝鲜和东南亚其它国家发生深远的影响。把它称之为“中华法系”是有道理的。而它又主要采取成文法形式,十分重视法典的制定,适用法律的方法主要是从一般原则到具体案件的演绎推理法,审讯方法是调查式。这又同大陆法系相同,而与英美法系相区别。当代中国的法律在形式上同时还受中国近代法律的影响。从清朝末年的沈家本负责修正清律开始到国民党当权的时代,中国的立法一直以日本和法国的模式为蓝本。到了民国时期,中国古代法律——中华法系的一些特点基本消失,其法律的内容与形式都同大陆法系雷同。当代不少法学家与政治家直接接受过近代的法学教育,熟悉大陆法系,但对英美法律的判例制度相当生疏。虽然,中国共产党中央委员会在1949年3月即发布指示,废止使用国民党的一切法律;但在制定新法律的时候,在法律形式上,不可能不对近代中国法律有所借鉴。由于众所周知的原因,当代中国的法律在形式上还受苏联及东欧一些社会主义国家的影响。而苏联及东欧一些社会主义国家在历史传统上就是属于大陆法系,这些国家当代的法律,在形式上实际上同大陆法系同属一个模式。

通过以上事实可以看出,当代中国的法律在形式上是与“西方的法律”有着历史传统的联系的。那种认为中国当代的法律以及苏联与东欧其他的社会主义国家的法律在法律形式上与当代“西方法律”在法律形式上,不存在历史传统的联系,即二者是“井水不犯河水”的观点是不符合历史事实的。笔者认为,法系这个概念具有普遍适用性,出于尊重上述历史事实,当代中国的法学理论可以而且应当接受与吸取“法系”这个概念,只有如此,才能对当代中国以及其他社会主义国家的法律的历史传统作出符合实际的分析。这是笔者主张当代中国法学可以也应当接受与吸取“法系”这一概念的第一个理由。

当代中国的法学理论可以吸取“法系”这一概念的第二个理由是,有利于开展不同性质的国家的法律和法学的比较研究。法系的划分是对法律从世界范围内就其形式所作的一种分类。通过对不同法系的法律的分析与比较,可以总结和发现各自的优势和短处,以及它们的发展趋势。这对于不断完善本国的制度无疑是有利的。

当代中国的法学理论可以也应当接受与吸取“法系”这一概念的第三个理由是,有

利于丰富和发展当代中国的法学理论。中国法学的发展,有一些重要的教训应该吸取。例如,只注重法的内容的分析,而不重视法的形式研究,甚至把对法的形式研究一概斥之为形式主义的方法,把西方学者对法的形式上的科学分类,简单斥之为“伪科学”;与此相联系,只重视实体法,而不重视程序法。又例如,把社会主义的法律同“西方的法律”绝对对立起来,否定它们之间的历史渊源与内在联系,对西方法律制度和法学理论采取一概否定的态度,拒绝借鉴别国的历史的有益经验;等等即是。显然,这些教训都同否定“法系”这一概念的科学性与普遍适用性是有着直接联系的。这不仅作为导致中国法学贫乏的原因之一,而且其中一些僵化的概念,也给立法与司法带来了不良后果。

### 三、中国可以运用判例法作为其成文法的补充

中国现在正在进行政治体制和法律制度的改革。笔者之所以认为法律制度改革中一个可以采取的重要措施,就是运用判例法作为成文法的必要补充主要是基于以下两个事实:即中国历史上,很多朝代都很重视判例的作用,判例是中国古代法律的一个重要渊源;当前世界上两大法系——英美法系和大陆法系正在取长补短,相互吸收成文法和判例法的长处,彼此越趋接近。

在中国法律制度史上,判例的地位和作用虽然在不同的朝代有所不同,但从总的趋势看,越到后期,越加受到重视。中国是世界上最早使用判例作为断案根据的国家之一。中国学者一般认为,判例作为法律渊源之一是始于秦代,即“廷行事”“行事比”。所谓“廷行事”就是法廷成例。秦律《法律问答》有七处允许以“廷行事”断狱。汉代的法律形式可分为律、令、科、比。其中比就是以典型案例作为判决的标准,又称“决事比”。汉武帝时儒家大师董仲舒作《春秋决狱》232事,后来应劭撰有《春秋决狱》,都是汇集春秋决狱的案例成书。当时的判例称为“故事”。据《新唐书·艺文志》记载,当时编有“汉武帝故事二卷”,“建武帝故事三卷,永平故事三卷,汉建武故事律令三卷”。到明清两代,判例的作用与地位更为重要。公元1385年颁布的《大明律》共236个条目,就是由案例、明太祖“训导”和法令等三个方面的内容所组成<sup>①</sup>。公元1740年颁布的《大清律例》条文为456条,附例则为1409条。以后,这部法典律文没有作多少改动,但附例则不断增多。这时甚至出现了“以例废律”的情况。以至中国有的学者因此而认为中国古代在法律形式上实行的是一种介于成文法与判例法之间的一种形式<sup>②</sup>,虽然这种观点失之偏颇(因为从总体上说中国古代一直是成文法占主导地位),但是,在中国古代,判例在很多朝代是法的重要渊源和形式,并起过很大作用则是确定无疑的。

现在,世界两大法系——英美法系与大陆法系正在日益接近,这是西方学家以及中国法学家比较公认的事实。实际情况确实如此。以美国为例,从上个世纪以来,美国对待立法的态度经历了巨大的变化。虽然判例法仍在美国的法律渊源中处于核心地位,但自上个世纪以来,美国的立法无论是其数量还是其重要性,都有很大提高,联邦法律更

① 刘海军、杨一凡,《中国古代法律史知识》第93、94、323、388页。

② 李凌燕,《西方两大法系国家和古代在中国判例问题上的比较研究》,载《社会科学》(沪)1987年第5期。

是如此。尤其重要的是,在不少领域,成文法成了主要渊源。一般情况下,成文法的地位也高于判例法。以英国为例,在近代革命之前,英国的法以不成文法为主,“但一百年来特别是自1939年战争以来,在英国开展了大量立法运动”。<sup>①</sup>议会立法与委托立法越来越多,以至可以说成文法已超过不成文法,其效力一般也高于不成文法。成文法可以修改普通法和衡平法。而若比较这两个国家,美国的成文法比英国更多也更重要。同样,在另一个法系,即属于大陆法系的国家,现在也越来越重视判例的作用。正如勒内·达维德所指出,在联邦德国,联邦宪法法院的判决就具有先例的约束力。在阿根廷与哥伦比亚,最高法院在宪法问题上的判决具有约束力。瑞士、葡萄牙、西班牙也有类似的情况。<sup>②</sup>在法国,最高法院承认它自己决定公布的判决具有权威。在日本,最高法院与高等法院都出版有“判例集”,由其所属的判案委员会加以选辑,具有一定的约束力。

针对上述历史和现状中国有的学者认为,中国历史上判例的运用,是为了任意解释法律,为统治者的政治专横服务,西方的判例也是这种情况。笔者认为,这些看法显然过于简单和片面。应该看到,成文法与判例法各有自己的长处和短处。它们之间在近代与现代日益接近,相互结合,取长补短,其主要动因是为了更准确地适用法律,使法律所应当具有的平等性、公正性的特征和价值能得到更好的实现。

英美等国家实行的判例法制度自然也有它的短处,这就是判例往往十分庞杂,法官、律师、诉讼当事人比较难以掌握。例如,美国法学会的编制“法律重述”就是为了解决这个问题,使律师和法官避免由于在无穷无尽的判例大库中去找寻自己有用的判例,而使诉讼浪费时日。<sup>③</sup>英美法系国家之所以日益重视成文法的作用,也正是这个原因。

那么判例法究竟有哪些优点和长处呢?中国为什么需要运用判例法来补充成文法的不足呢?

1. 法律的规定必然具有原则性和概括性;但是,具体案件却是复杂的、多样的。利用判例则可以充当解决这一矛盾的桥梁和中介。事实上,如果不运用好的判例的示范与借鉴作用,各级法官在判案和运用法律的时候,由于每个人的知识水平、认识能力、价值观念的不同,就会经常出现量刑畸轻畸重或处理经济与民事纠纷掌握标准不一样的弊端。如果有各种好的典型案例可资遵循,则可大大减少这方面的失误,从而使法律的运用更准确与公正。由于各种原因,中国的法律一般比较原则(如《民法通则》)。因此,判例在这方面的作用,在中国显得更为重要。

2. 法律必须具有相对的稳定性,但是社会的实际生活却是不断发展变化的。当法律尚未过时,法律的原则精神与条文规定尚能涵盖各种具体情况,而实际生活又出现各种新的问题时,判例就可以用来解决法律不能朝令夕改而又必须适应新的情况的矛盾,即使旧的规定不改变而能容纳新情况新问题,使法官在新的复杂的具体情况下灵活运用而不致无所适从。

3. 由于需要积累经验等各种原因,制定新的法律要有一个过程。当新的法律没有制定出来,或者原有的法律中有的条文已经过时而暂时又来不及修改的时候,判例可以弥补立法的不足,即填补法律“漏洞”。这种判例不仅对办案有指导作用,同时,也可

①、② 勒内·达维德《当代主要法律体系》中文版第360页、第135页。

③ 阿伦·法恩兹沃思:《美国法律制度概论》第117页。



以为新的立法积累经验。这种情况在任何国家与任何时期都是可能出现的。现在,我国的法律还很不完备,加之正在进行经济、政治、文化科技等方面的体制改革,而且这两方面的情况都不是一个短时期能够结束的。因此,判例在这方面的作用,在我国就显得更为突出。

4. 适当运用判例法,可以促进教学与研究工作的理论联系实际,可以促进对公民进行生动的具体的法制教育。

阿伦·法恩兹沃思教授曾经指出,在美国,人们通常用四个词来证明在审判中“遵循先例”的作法是正确的。“这四个词就是:平等、可预知性、经济和尊敬。平等,就是在以后类似的案件中适用同样的准则,对到法院进行诉讼的所有人,待遇都是平等的。可预知性,就是一贯遵守先例,在未来的纠纷中是有助于预知的。经济,就是使用自己定的标准来解决新的案件,既节省时间又节省精力。尊敬,就是遵奉以前的判决,显示了对前辈法官的智慧和经验的适当尊重。”<sup>①</sup>这四点也是有道理的。

值得注意的是,在大陆法系国家的“判决”与“判例”通常是有区别的。区别在于“判例”是由一定的司法机关(通常是最高法院)通过一定的程序,从“判决”中找出一些具有典型性或制作良好的作为“判例”,并通过一定形式予以公布,要求本级及下级审判机关的司法人员予以遵循。这种“判例”的约束力,通常分为两种:一种是“规范性”约束力,即它是法律渊源的一种,具有普遍适用的法律上的约束力;另一种是“事实上”的约束力,即实际上只供参考,但它之所以也有约束力,是因为出现情况类似的案子如果不依照相同的“判例”断案,就有可能遭到上级司法机关的否定。

为了提出一些运用判例法来补充成文法的不足的建议,我们还有必要看一看中国现在的一些情况。

一是类推制度。《中华人民共和国刑法》第79条规定,“本法分则没有明文规定的犯罪,可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑,但是应当报请最高人民法院核准。”按照这一规定,所有经最高人民法院判决或裁定的类推案例,只对个案适用,并没有普遍的约束力。而且,这仅仅是刑事案件。

二是最高人民法院正式颁布的案例。从1982年至1987年,五年内最高人民法院经审判委员会讨论通过,正式颁布了293个案例。“主要是对一些重大的、复杂的刑事案件统一量刑标准;对一些新出现的刑事案件的定罪量刑问题提供范例;对审理一些在改革、开放中新出现的民事、经济案件提供范例。”<sup>②</sup>

三是有的法院通过内部刊物或文件,登载一些案例以及案例分析,作研究与教学参考之用。这些案例对审判人员也发挥一定的参考作用。

由此可以看出,中国现在的实际情况是还不存在具有“规范性”约束力的“判例”,而只具有“事实上”约束力即供“参照执行”的“判例”;同时,即便对后者也运用得不够充分。

为此,我们拟提出以下改革的建议:

一、改革现在的刑法类推制度。凡刑法方面的类推案件,一经最高法院判决或裁定,

<sup>①</sup> 阿伦·法恩兹沃思《美国法律制度概论》第69页。

<sup>②</sup> 郑天翔:《最高人民法院工作报告》,载《最高人民法院公报》1985年第2期。

即成为具有普通约束力的“判例”。下级法院如遇有同“判例”完全相同的案件，不必要再报最高法院核准。这样可以节省最高人民法院的一部分时间和精力。

二、省、自治区、直辖市高级法院为第一审而法无明文规定的经济案件、民事案件与行政案件，不论上诉与否，都需经最高人民法院核准。这一类判决与裁定，均可作为“判例”，具有普遍的约束力。

三、五个民族自治区可以发布若干法无明文规定而又具有本民族自治地方特点的案例，供本自治地方普遍适用，但必须报最高人民法院备案。最高人民法院享有纠正权。

四、凡省、地、县三级人民法院为终审的经济案件、民事案件、行政案件，法无明文规定者，均报省、直辖市一级高级人民法院核准。经高级人民法院审判委员会讨论通过，并报最高人民法院备案，可以作为判例，对本省、本直辖市内具有普遍约束力。最高人民法院亦享有纠正权。

五、以上四类“判例”都是法无明文规定者。它们以不违反现行宪法和基本法律的精神为准则。当新的法律被制定出来，或者旧的法律作了修改与补充以后，如果这些判例与新的成文法的精神与具体规定相违背或抵触，以成文法的规定为准；其违背现行法律的“判例”失效。如果判例与新的法律相一致，则与新法律一起有效。

由于以上四类判例具有法律约束力，能普遍适用，因而具有某种程度的“创制”法律的功能，成为我国法律的一种新的渊源与形式，因此，全国人民代表大会常务委员会可以作出“宪法解释”或专门决议，赋予最高人民法院以这样的权力。

六、同级人民检察院对同级人民法院所颁布的判例或适用这类判例，如认为同宪法与基本法律相抵触，有权向上一级人民法院提出“抗辩”或“抗诉”。最高人民检察院可以对最高人民法院的判例进行“抗辩”。对此，最高人民法院审判委员会应予重新讨论。如果最高人民检察院仍不同意最高人民法院的决定，可以向全国人大常委会作出报告。如果全国人大常委会认为最高人民检察院的意见合理，可以作出宪法或基本法律的解释，以纠正最高人民法院的某一“判例”，使其自然失效。

七、除最高人民法院应继续并大力加强发布刑事、民事、经济与行政等方面的“指导性”案例，为全国提供范例外，各省、市、自治区也可以选编各种典型的、重大的、复杂的和优良的案例，为本地区的审判工作提供范例。

八、应当借鉴英美法系国家与某些大陆法系国家与实行判例制度有关的一些具体做法和经验，如怎样制作“判决理由”，如何运用“辨别技术”等等，作为这方面改革的配套措施。

以上具体建议并不一定都很妥当，谨供参考。笔者相信，在这方面进行一些改革，乃是现今世界潮流与历史发展的必然。

(作者单位：中国社会科学院法学研究所)

(责任编辑：方人)