

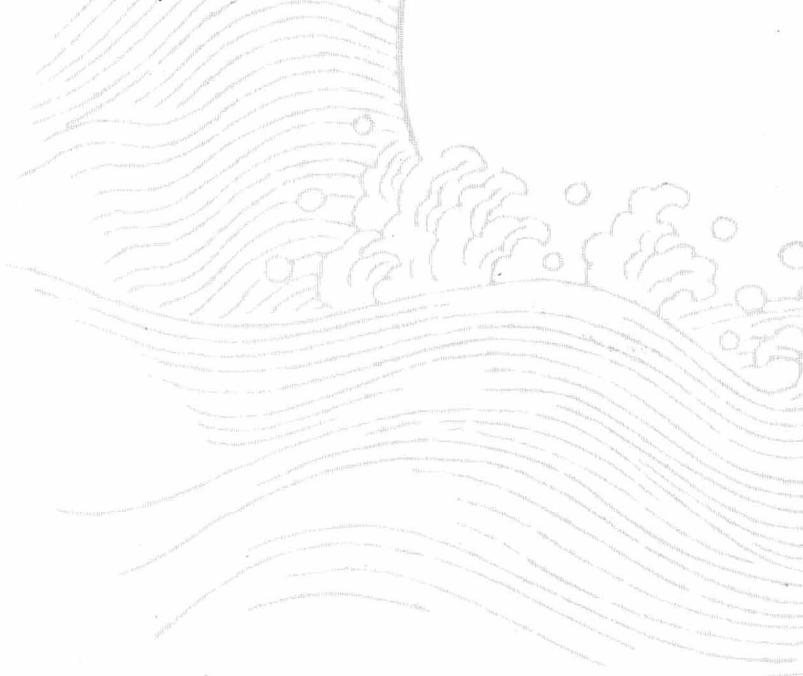


和谐视域下的 判例主义司法文化

He Xie Shi Yu Xia De Pan Li Zhu Yi Si Fa Wen Hua

孟凡哲 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



和谐视域下的 判例主义司法文化

He Xie Shi Yu Xia De Pan Li Zhu Yi Si Fa Wen Hua

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

和谐视域下的判例主义司法文化 / 孟凡哲著. —北京:
中国法制出版社, 2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3992 - 3

I. ①和… II. ①孟… III. ①司法制度 - 文化 - 研究
- 中国 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 211556 号

策划编辑 王佩琳

封面设计 周黎明

和谐视域下的判例主义司法文化

HEXIE SHIYUXIADE PANLI ZHUYI SIFA WENHUA

著者/孟凡哲

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2012 年 10 月第 1 版

印张/9.5 字数/183 千

2012 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3992 - 3

定价: 30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66038139

市场营销部电话: 010 - 66017726

邮购部电话: 010 - 66033288

我把判例主义比作你将要穿过的丛林中的一条小路，为了达到目的地，你当然必须沿着它走。但你决不能让路上的荆棘横生，你必须砍去枯枝，修剪枝杈，否则就会在乱木丛中迷失方向。我所要求的只是清除横在正义之路上的种种障碍。

—— [英] 丹宁勋爵：《法律的训诫》

自序

社会主义和谐社会的建设在当代中国应该仍是一个常说常新的话题，因为只要没有实现现代意义的法治，使每个人能够获得各尽其能、各得其所的平等机会，和谐就仍然是理想而不是现实。我们的目标就是将这一美好的理想变成现实。和谐理想的实现或许有多种路径，在现代社会，法治则是最基本的路径，因为法治与和谐是孪生的姊妹，和谐可促进法治的进步，同时社会和谐在很大程度上依赖于和谐的法治。

在构建社会主义和谐社会的过程中，司法文化的培育对于和谐法治的实现尤为重要。中国法学理论界对于法律文化理论的研究已经进行多年，但对和谐社会构建中的司法文化建设问题从操作的层面进行探讨还没有太多的尝试。在制度层面，有很多学者将判例司法作为司法改革问题的切入点之一，提出在中国这样的成文法国家，也可以适当引进西方普通法国家的判例机制的观点。在中国法治建设过程中，作为一种新的思考向度，这种研究具有积极的借鉴意义。我们不可否认，在法治背景下，判例制度不仅是一种法律方法，也代表着西方法治下的一种法律文化，我

们可以称其为判例主义司法文化。判例主义司法文化蕴含着法律职业共同体的基本伦理观念和社会民众普遍性法治理念，这种广泛的社会心理基础具有维系判例法体系上的内在和谐与运行中的顺畅的功能。判例主义司法文化的合理性、共通性、包容性对中国现代司法文化建设具有积极作用。发掘外来法律文化的合理内核，发现中西方法律文化对接的契合点，发展社会主义和谐司法的基本内涵，探索和谐社会的司法文化应该具有的基本形态，是当下法律理论研究的历史使命。对此，本书从以下几个方面进行了研究：

首先，对社会主义和谐社会共建中的司法文化建设的内在要求进行了研究，提出和谐社会应具备法治意蕴。在中国的古典秩序结构中，和谐是具有重要价值的基本理念，和谐社会应以现代法治为基础，和谐社会更是法治社会。在现代法治社会，司法权的功能逐渐凸显，这也昭示着司法文化建设的必要性。和谐的法治社会的一个基本的表征就是和谐司法，司法文化受传统法文化的影响较大，在中国礼治主义的传统之下，具有现代意识的司法文化难以自发形成，而需要积极地加以培育。

其次，对中国历史上传承下来的司法文化传统进行综合整理，分析中华法律传统与西方国家尤其是普通法系国家的司法传统在内容和形式上的“离”与“合”之处，为中西司法文化传统的沟通架起桥梁。具体来说，我国礼治主义与西方法治主义之间存在不同程度的“离”与“合”，例如在正义观念、司法理念、

司法方法等方面存在某种区别性与同一性；传统法观念与现代法精神存在“离”与“合”。中华法系历史传承的文化具备深厚的继承性，导致在近现代尝试建立现代法治的进程中，法制度与法文化之间存在深层次的断裂，这也决定了在中国建立现代法治的困难性。通过历史分析和实证分析，我们可以对当代中国司法文化的现实基本形态予以概括，如对实质正义的过度追求，对解纷理念的错误认知等因素构成建立和谐法治的障碍。但人本思想、创造性司法与和谐旨趣等共性因素又决定了中西方司法文化和谐共生的可能性与必要性。

再次，通过对作为制度基础的判例主义文化传统的再回顾，对判例主义司法文化的基本逻辑理路进行探究。判例主义司法文化中蕴含的法治理念文化、社会心理文化和职业伦理文化构成了判例制度顺畅运行的基础条件。对判例主义文化与中国法律传统的关系进行梳理，使我们能够从比较法的视角对判例主义文化的适应性、嬗变性和扩张性有合理的认识，对判例主义文化与中国当代司法文化的关联性有准确的定位。通过对法治秩序结构中的判例主义司法文化的全面研究，揭示出判例主义司法文化蕴含的人类共通感，挖掘出中国历史上的判例主义传统。在阐释判例主义具备的和谐功能的基础上，提出判例主义司法文化的定位与构建的必要性和可行性。

最后，对和谐社会构建中的判例主义司法文化建设的主要措施提出相应的方案构想。主要表现为三个方面：其一，要拓展法

律发现文化，实现制定法、民间法与判例法的和谐，改变法律渊源的单一性，对民间法和判例法适度运用，对法治的外来资源适度吸收。其二，要引进法律推理文化，实现逻辑与经验的和谐。通过对普通法国家法判例主义推理的基本模式分析和类型分析，归纳出判例主义法律推理的文化属性；揭示出判例主义推理在实现社会和谐方面具有的普遍意义即相应的运用方法。其三，要丰富法律表达文化，实现实质正义与形式理性的和谐。通过对法律表达文化概念的引入，在界定法律表达文化的基本结构的基础上，分析判例主义法律表达文化的媒介功能及理性价值，并就彰显和谐的法律表达文化培育提出基本的思路，即从权利的斗争与妥协、司法决断的内化与外化、人民法院的“为人民”、在强制的外表下的说服、在本土资源开发基础上的继受等几个方面进行法律表达文化培育的具体措施。

笔者深知，不才学识浅陋，言语不妥难免贻笑大方，蒙各位有识诸君批判，以共同在中国法治建设的路途中、在通往法之真理的道路上结伴而行，纵能成为这千里之堤的一粒砂石、这千帆竞过的一叶小舟也聊以欣慰。

愿与读者诸君共同努力！

目 录

绪论 中国当下的“法治问题”

——优越司法文化的缺位	1
-------------------	---

第一部分 司法文化与社会和谐

一、和谐社会的法治意蕴	14
-------------------	----

（一）古典秩序结构中的和谐价值	14
-----------------------	----

（二）现代和谐社会的法治基础	19
----------------------	----

二、和谐视域中的司法文化	24
--------------------	----

（一）和谐社会与司法文化之逻辑关联	24
-------------------------	----

（二）和谐社会的司法文化向度	30
----------------------	----

第二部分 中西方司法文化的“离”与“合”

一、礼治主义与法治主义之间的“离”与“合” ...	37
---------------------------	----

（一）正义观念的“离”与“合”	40
-----------------------	----

（二）司法理念的“离”与“合”	45
-----------------------	----

（三）司法方法的“离”与“合”	53
-----------------------	----

二、传统法观念与现代法精神之间的	
------------------	--

“离”与“合”	59
---------------	----

（一）传统法文化的历史性与现实性的	
-------------------	--

“离”与“合”	60
---------------	----

（二）近现代法制度与法文化间的	
-----------------	--

“离”与“合”	63
三、中国当代司法文化的基本走向	73
(一) 当代司法文化的基本形态	73
(二) 中西方司法文化的和谐共生	87
第三部分 法治秩序中的判例主义司法文化	105
一、判例主义司法文化的基本构成	106
(一) 判例制度依托的法文化传统	106
(二) 普通法语境下的“判例”相关概念 分析	111
(三) 判例主义司法文化的社会基础	131
(四) 判例主义司法文化的精神意蕴	146
(五) 判例主义司法文化蕴含的法治文明	170
二、判例主义司法文化与社会和谐	185
(一) 中国古代法的判例主义传统	186
(二) 判例主义司法文化的和谐功能	191
(三) 判例主义司法文化的定位	202
第四部分 和谐社会构建中的判例主义司法文化培育	210
一、法律发现文化	213
(一) 迈向混合型法	214
(二) 本土资源与外来资源	222
二、法律推理文化	225
(一) 基本模式	225

(二) 类型分析	228
(三) 普遍性效应	244
三、法律表达文化	246
(一) 概念引入	247
(二) 基本特征	265
(三) 媒介功能及理性价值	272
(四) 彰显和谐的表达文化塑造	281
结语 我们走在大路上	289
后 记	290

绪论

中国当下的“法治问题”

——优越司法文化的缺位

自清末戊戌变法奏响中国法制现代化的启蒙乐章，百余年来，中国在法治之路上艰难跋涉。有千年人治主义传统的中国在法治路途上不断求索而迈出的每一步，都将在人类法律文明史上留下深深的印记，因为这每一步来得都是那么不易。“好雨知时节，当春乃发生。随风潜入夜，润物细无声。”进入21世纪，我们发现中国法治领域出现了这样一个新动向：在不知不觉间，法院和法官在中国五千年的治国实践中，从未像今天这样被广泛地关注过，他们时不时地被推向社会浪潮的风口浪尖，向人们展示着中国践行依法治国的艰辛历程：从聂树斌案的疑罪死刑判决，到余祥林案的疑罪从轻发落；从刘涌案的“专家意见”耸动司法裁判，到许霆案件的“大众审判”推动案件结果；从李庄案有争议的法律程序，到彭宇案独特的法律逻辑；从药家鑫案被告人的身赴刑场，到敖翔案对被告人的刀下留人……这一件件在法治长河中掀起漩涡的案件，使人们对正义、对法治的关注达到了前所未有的程度，它们正如一汩汩涌动的激流，推动着中国法治的进程。与此同时，我们也深刻感受到中国的现代法治进程并非是一

帆风顺的，其间还有更多的困难需要我们去克服、去解决。

上述列举的几起焦点案件也许是被广泛报道的特例，但是我们不能否认，相比于以往，近年来我们正耳濡目染越来越多各种各样的“法制事件”，其中有些事件相比于公众更能吸引专业人士的眼球，引发法律人去做细致的思考。2010年1月，中国的法治舞台上还涌出这样一则新闻：在内蒙古鄂尔多斯市一个有关股权纠纷的刑事案件审判中，鄂市下辖的鄂托克旗法院做出否定上级法院生效判决裁判文书。^①较前面的事例相比，这一事件可以算是一个升级版。之所以这么说，是因为前面的事例如果只是技术性和个别性的，我们还可以用司法人员的技术水平低下或个别人员运用“潜规则”来解释，而本次事件却是法院公开挑战自己，公开来挑战宪法和法院组织法的“显规则”。我们应该认识到，

① 2010年1月22日，《中国青年报》上刊发了这样一则消息：2005年，内蒙古达拉特旗亚金砂砂有限公司因经营困难进行内部股权改制，王某等10名外部人交给该公司内部人员郝辛卯928.2万元，郝用这些钱加上自己的钱买得了公司部分股权。此后，王、郝对这900多万元的性质发生了争执，前者坚持认为自己是隐名股权，后者则认为是自己借王某等人的钱购买股权，只承认对王等存在债务。鄂托克旗法院日前经审理后认定，郝辛卯侵占了王某等人的股权，并以职务侵占罪判处其有期徒刑7年。而围绕本案的“股权之争”，早在2007年6月14日和2009年6月11日，内蒙古鄂尔多斯市中级人民法院和内蒙古自治区高级人民法院就已做出了生效的终审判决，明确认定王某不拥有亚金砂砂有限公司的股权。可是，作为下级的鄂托克旗法院，竟然在另一起案件的判决中做出与上级法院生效判决相反的认识，这种有违宪法和法院组织法原则的做法在新中国的司法实践中是史无前例的。《中国青年报》为此评论道，“如果全国各地法院都像鄂托克旗法院那样以下‘犯’上，那么，我们会陷入无所适从的司法环境——到底该听信谁的命令和裁决？如此简单的道理，鄂托克旗法院的法官不可能不知道，可他们为什么还要冒天下之大不韪？这种公然违反常识和法治规则的荒唐行为背后，有没有摆不上台面的利益关系？”

这一做法不仅可能侵犯当事人的法律权利，而且还是体制之内下级法院对上级法院司法权威的极大漠视。

鄂托克旗法院的做法真实反映出该院的某种司法哲学。在有法律存在的社会，任何一种司法举动都离不开司法人员的司法哲学。黑格尔说，“哲学开始于一个现实世界的没落。”^① 在人类社会的不同发展进程中，产生过不同的哲学，任何一种哲学都是现实生活中某种思想和精神的凝结，当现实的物质世界出现了前所未有的转型，人们的精神世界就有可能出现相应的转型，一种新的哲学就有可能产生，同时这种哲学反过来又去型构现实的物质世界。现实世界一个基本的生活目标，就是人们在这种不断的变化中寻求稳定，在相对的稳定中获得和谐。当和谐中的有序被打破，人们面临着更多的无序和不确定之时，就代表着以往的一种生活的没落。正如有学者认为，“现实世界的没落意味着曾经是和谐而平稳的有序化世界的崩溃，人的生活因此而陷入一种不可预期的混乱状态，没有了最起码的生存安全感，无奈、忧虑、紧张和痛苦成为生命无法摆脱的梦魇。”^② 在这一过程中，人们内心深处对有序与和谐充满了渴望，更希冀理想秩序的恢复。那么，在现代文明社会，谁能够承担起对秩序的拯救责任？那就是

① [德]黑格尔著，贺麟、王太庆译：《哲学史讲演录（第一卷）》，商务印书馆1997年版，第66页。

② 赵明：“先秦儒家论和谐社会的构建——兼论其对当代中国和谐社会法制建构的精神意义”，载中国理论法学研究信息网，网址：<http://www.legal-theory.org/?mod=info&act=view&id=13019>。

法治，法治是世俗世界的阳光，其所照之处会使生命更具有生机。不过，法治也有其自身的要求，在任何一个社会，当基本的法律伦理没落到无视法律的基本逻辑而率性而为之时，法治的生命便会枯萎，以至纵然“法令滋彰”，但世间“盗贼多有”，和谐的理想便渐行渐远。近年来，中国经济发展的成就举世瞩目，但法治建设的进程在某些方面仍不尽人意。因为，法治不仅体现为一系列制定得相对完美的法律制度，它还意味着一种浸润时代精神的法文化，而一种新的富于理性精神的文化的养成并非是一朝一夕的。进入 21 世纪的中国，要想继续承载着祖先赋予我们的肉体和精神血脉，在新世纪的曙光中傲然屹立且不断前行，就不得不继续深入思考一下我们当下的“法治问题”，因为没有法治的民族是不理性的，没有理性的民族是难以发达的。我们需要不断地思索，在面临当下对法治权威的种种挑战之时，中国的法治需要做出怎样的回应？我们究竟是企盼用一种新的规范制度来重塑法治，还是希望用一种新的哲学来改造生活？

毋庸置疑，中国的“法治问题”是一个异常复杂的问题，因为历史的延续和现在的境况决定了中国社会是如此不同，如果我们不能认识到这种不同，那么我们做出的任何选择就都是盲目的。正如刘作翔教授所说，“同转型和过渡时期的中国社会相伴随，当代中国社会的社会秩序形态呈现出一种极为复杂的情况。我将它概括为‘法治秩序’与‘礼治秩序’、‘德治秩序’、‘人治秩序’、‘宗法秩序’等组合而成的‘多元混合秩序’。这是一

种对当代中国实际社会秩序的概括和描述。它同国家追求的理想社会秩序结构即‘法治秩序’结构形态不相一致。”^① 这种描述是准确的。透过它我们也可以认识到，中国当下的社会秩序结构呈现出纷繁的多元性，这决定了中国所要实现的法治秩序也必将有其特殊性。中国的法治秩序很有可能是一种不同于自己的历史传统和西方法治秩序的“新秩序”，我们可以将其称为“有中国特色的新秩序”，它不同于英美的经验主义、实用主义传统，也不同于欧陆的理性主义精神，而是一种契合中国国情和民情的特有的制度和他文化。我们当下的任务就是要探索这种秩序的内在结构和建立的具体方式。但是无论是怎样的一种结构，它都必将符合人类的基本理性和终极理想。加拿大学者帕特里克·格伦认为，“中国在其儒家模式中一直到新近都不存在一个广泛的、总括性的、西方意义的哲学的概念。它只有一种哲学，这种哲学专注于那些具体的、特定的、动态的和实用的事物，而其目标只有一个，就是和社会关系的和谐持续，它必然流传数千年。”^② 的确，中国深厚的历史传统凝结了牢固的民族精神，中华民族在和谐的理念下繁衍发展了数千年，因此在中国诞生的任何一种“新秩序”都难以偏离中国千百年来流传并守候的精神家园——和谐。这种秩序的观念是如此的根深蒂固，以至于即使出现短期的

① 刘作翔：《法律文化理论》，商务印书馆1999年版，第244页。

② [加] 帕特里克·格伦著，李立红、黄英亮、姚玲译：《世界法律传统》，北京大学出版社2009年版，第366页。

失范，它也总要以某种形式完成回归，它已经成为刻在中华民族灵魂深处的不朽印记。它的一个重要特色在于，“儒家思想跟塔木德、伊斯兰和印度传统一样，表现出一种很大的优势，它不需要依靠庞大的机构性质的神职人员或官僚机构来施行。”^① 这种精神蕴含在民众的内心深处、蕴含在丰富的社会生活中，它必将与我们在法治之路上结伴而行。我们知道，以儒家思想为指引的和谐生活是中华民族最基本的存在方式。近代法治起源于西方，中国的传统文化流淌千年，今人要做的事情是完成二者的结合，历史的积淀和现实情境决定了中国的法治必将是中西合璧的现代法治，与之相对应，中国的法治文化必将是中西合璧的理性精神。

^① [加] 帕特里克·格伦著，李立红、黄英亮、姚玲译：《世界法律传统》，北京大学出版社2009年版，第372页。