

基层司法

——在探索、实践与争鸣之间

李广湖 著



清华大学出版社

基层司法

——在探索、实践与争鸣之间

李广湖 著

清华大学出版社

北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

基层司法:在探索、实践与争鸣之间 / 李广湖著. --北京:清华大学出版社,
2011.10

ISBN 978-7-302-26905-2

I. ①基… II. ①李… III. ①司法—工作—研究—中国

IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 193998 号

责任编辑:李文彬

责任校对:王凤芝

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

地址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮编:100084

社总机:010-62770175 邮购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印刷者:三河市君旺印装厂

装订者:三河市新茂装订有限公司

经销:全国新华书店

开本:170×240 印张:16.25 字数:329千字

版次:2011年10月第1版 印次:2011年10月第1次印刷

定价:38.00元

产品编号:042559-01

序 一

提起中国改革开放大业,我们不能忘了那些在改革开放初期摸着石头过河的领军人物:“中国第一商贩”年广九、提出“时间就是金钱”的袁庚、“中国企业承包第一人”马胜利,还有河套平原上敢于“吃螃蟹”的农民苏福仁,他们用自己的传奇开启并演绎了中国改革开放的艰辛历程……正是由于各领域不断涌现出具有非凡勇气的改革者,敢于突破思想禁锢、体制约束,“敢为天下先”,才催生出中国改革开放震撼人心、波澜壮阔的景象,中国改革开放的丰碑上将永远铭刻着他们的姓名。

司法公正的问题越来越为人们所关注。因司法改革与司法公正实现的关联性,即司法改革是实现司法公正的必要举措,司法改革也成为了社会注目的焦点。提起“先例判决制度”,人们便不由得想起郑州市中原区人民法院。本书的作者李广湖同志就曾任该院院长。其实,在到中原区人民法院之前,李广湖已在郑州矿区法院任院长。当时就有许多司法界耳熟能详的创新。例如,“限制被执行人高消费”、“诉讼绿色通道”、“培育绿色法官”、“裁判文书改革”、“完善人民陪审员制度”等诸多司法改革。在河南省基层法院系统中,像广湖同志这样的学者型院长是不多的。当这本厚厚的《基层司法——在探索、实践与争鸣之间》书稿放在我的书案上时,我颇为惊讶!在繁忙的工作之余,广湖同志竟然抽出时间去从事法学理论和实务的研究,而且著述颇丰,他该是多么勤奋的一个人啊!

作为一名法官,作为一名法律天平的忠诚守护者,李广湖同志在公正履行自身职责,维护司法公平与正义的同时,结合自己在实践中的认识,以一名职业法律人所独有的敏锐洞察力,对目前我国法学理论、实务界存在的诸多问题,提出了独到的见解。他在郑州市中原区人民法院任院长期间,率先在全国实行了先例判决制度,在法学界掀起了“先例”与成文法制度、现实与理性的大讨论,引起社会各界的极大关注,被法学界专家认定为“在未来社会主义民主与法制进程中有重要的意义”,在本书中,李广湖同志就先例判决制度提出了大胆科学的构想,进行了精辟深刻的解析,同时在书中就基因等目前社会的前瞻性问题提出了自己的立法建议,就法院工作中的执行难问题,提出了极具指导意义的执行“经济原则”和切实可行的执行“九字诀”,并论述了法院的工作如何服务于构建和谐社会的等问题。

法律是庄严而神圣的,然而“徒法不足以自行”,要真正实现司法的公平和正义,要真正实现“司法为民”,不仅需要科学而完善的法律制度,还要求司法人员对法律有深刻认识和精确把握。因此,没有在基层积累的丰富实践经验,没有“敢为天下先”的勇气和

豪情,李广湖同志就不可能擎起司法审判改革这面沉甸甸的大旗,带领其所在的中原区人民法院从全国“人民满意的好法院”到“全国模范法院”,创造一个又一个的辉煌。

《基层司法——在探索、实践与争鸣之间》这本书共分先例判决、审判改革、直击执行、立法建议、建构和谐、法医随笔六篇。其内容不仅涉及了刑事、民事、执行、改革等方面,而且更为重要的是,在书中,广湖同志还就基因这个非常前沿的法律盲点提出了自己独具匠心的看法,并且创造性地把《孙子兵法》的理论运用到了执行工作中,为解决执行难提供了另类的思维。而所有这些研究的终极目的就是要实现司法的公正与效率,构建一个和谐的法治社会。所以广湖同志把“建构和谐”一篇置于本书后面,可谓用心良苦。

《诗》曰:“如切如磋,如琢如磨。”做工作和做学问应该像雕刻玉石一样精雕细琢,来不得半点疏懒。广湖同志对待工作和学问就是这样。对于工作,他兢兢业业,勤勉勤勉;对待学问,他深研细究,乐此不疲。《基层司法——在探索、实践与争鸣之间》凝聚了多年以来广湖同志在法律领域的所有感悟,体现了一个法律工作者对社会应有的责任。正如广湖同志常说的“士不可以不弘毅,任重而道远”,作为一名曾经的基层法院院长,广湖同志从来没有停下过前行的脚步,他是坚定的、执著的,而且是幸福的!

如今,改革依然是时代的主题。深入贯彻落实科学发展观,切实履行宪法和法律赋予的职责,坚持服务大局,司法为民,全面加强队伍建设,着力提高司法水平,深入推进社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法三项重点工作,都需要改革拓路推进。也许改革确实有一定的风险,也许现在的改革环境确实比较复杂,也许改革者可能面临巨大的精神压力,作为一个立志改革的人,除了具有坚定的改革意识和目标以外,更重要的是要有坚韧的意志,如果大家陶醉在成绩里,不思改革,不思进取,习惯于守成,不习惯于创新,生怕因为改革而丧失升官发财的希望,生怕搞改革会被整肃,那改革又靠谁来推动呢?从这个意义上说,改革存在争议很正常,对改革有各种评判也很正常,关键还是要看改革是否真正推动了社会进步,改革是否从根本上维护了老百姓的根本利益。既然改革者确实作出了一些成绩,哪怕是有争议的成绩,但总比什么都不做要强得多。因而,不仅要在历史上给予改革者正确的历史地位,也应当在现实中让改革者得到更多施展才华的舞台。

我相信《基层司法——在探索、实践与争鸣之间》这本书一定能给所有拜读过的人一种清新的感觉!

这就是我对《基层司法——在探索、实践与争鸣之间》一书的一点感想与感慨,记之为序。

郑州市中级人民法院院长王新生

2011年8月

序 二

中国的精英法官

——写在李广湖院长《基层司法——在探索、实践与争鸣之间》出版前

2007年春节,我拜读了李广湖院长的力作《基层司法——在探索、实践与争鸣之间》。当看完最后一篇时,我似乎已感受到了中国法治春天的气息,更在内心深处油然而升一种对这样的中国精英法官的无限敬意。

二十年的法学教育工作者的职业生涯,使我在付出有限的精力对中国的司法实践状况有了一些“夹生饭”式的了解之后,已渐渐习惯性地沉醉于通过法学大家们的各种法学译著、名著阐释的法学思潮与学说所形成的惯式思维之中,而这本来自于曾经是一位基层人民法院院长之手的力作不仅给我耳目一新之感,更使我敬佩于作者的人格魅力与博才多识。

正如作者在《后记》中所言:“弹指一挥间,不知不觉中,我从事政法工作已20余年了。”作为20年来中国法制发展与变化的见证者与名副其实的现实主义改革者,作者面对司法实践中的诸多不尽如人意之处与社会各界的纷纷责难并未熟视无睹、见怪不怪,而是满怀着对法律的一种执著热情与“心中对正义的永远不灭的丝丝牵挂”勇于挑战,锐意改革。

作为一本精英法官多年思索与感悟的心血之作,《基层司法——在探索、实践与争鸣之间》展示给读者的不仅仅是一些具有独特视角的立法缺陷与司法现实问题,更多的则是作者对具有前瞻性的法学问题的深层次思考与独巨匠心的立法建议,以及命中司法制度要害的极富改革魄力的制度性建设的构想。可以说,该书中的每一章都能使人领略一番别具风格的新天地。

在“立法建议”与“审判改革”两篇中,通过《基因与法律》、《关于加强我国基因立法的建议》等论文,我们深切地感受到了作者独具的敏锐洞察力。作者在对20世纪生命科学中最重要的进展——从分子水平上对基因的全面认识以及由于基因技术的开发与应用可能给全人类带来威胁、对法律制度带来诸多挑战的深刻认识的基础上,运用自身丰厚的多学科知识对通过加强基因立法使基因技术造福于人类提出了颇有建树的立法建议。此外,通过《改革审判委员会制度构想》、《论法官专业咨询小组建

设》、《论裁判文书的改革》等文，又可以清楚地领悟到作者对中国司法制度改革中极其重要问题的深入思考与改革进取，可谓大胆创新，小心求证，其改革家的气宇轩昂魄力与高屋建瓴之处不言自明。

在“直击执行”一篇中，作者将执行工作形象地比喻为犹如行军打仗，透过《从〈孙子兵法〉看执行工作》、《“人、制度、方法”三位一体破解执行难》、《执行工作的“九字要诀”》几篇文采飞扬、行云流水般的精彩文章，我们领略到的是一个熟读兵书、运筹帷幄、睿智谋略的军事家的风采。借用北京大学法学院张骥教授在《中国法治的脊梁》中所言：作战指挥九字真言：以人为本——“和”；知己知彼——“知”；运筹帷幄——“算”；兵贵神速——“快”；上兵伐谋——“心”；奇正相依——“奇”；适度进取——“围”；以逸待劳——“巧”；师出有名——“慎”：真是字字珠玑，妙哉妙哉！

看到“先例判决”一篇，不由得使我对对一个淋漓尽致地娴熟运用兵书于执行工作的军事家所描绘的“战争场景”的无限遐想中回到对一个“一石击起千层浪”的大刀阔斧进行司法制度创新的改革家充满敬佩之情的现实之中。正如作者自己在《也谈司法改革的主体问题——仍以“先例判决制度”为例》一文中所言：“一个小小的基层法院，一条并不起眼的新闻报道引起了法学界如此的波澜，一时把理论界和实务界‘搅得周天寒彻’，并烦劳了法学界诸如张志铭、贺卫方教授等如此重量级大家都出来指点江山、华山论剑。”的确，提到“先例判决制度”，谈及最高人民法院的“案例指导制度”，人们不由自主地必然想到闻名全国的郑州市中原区人民法院及其时任院长李广湖。虽然作者“当初建立先例判决制度的目的不过是规范一下我们法院内部的判决，使法院工作更能够体现出公正和效率”，但是，如果我们静心循着《基层司法——在探索、实践与争鸣之间》一书中文章形成的时间顺序，即不难发现“先例判决制度”之所以在中国理论界与司法界引起一场轩然大波的原委，不言而喻，这正是作者多年敏锐观察、深刻反思中国司法现状并大胆构想改革措施的自然结晶。尤其是《先例判决：“吃”或者是“弹”》，堪称经典之作，针对学术之风，一针见血。在这个浮躁之风日渐盛行，受其疯狂影响，学术界以数量、部头作为衡量学术水平与确立学术地位的评价指标之年代，有多少学人能甘愿忍受冷落与寂寞而在认真调查与思考“枇杷”与“琵琶”的区别之后再决定“吃”或者“弹”呢？该文犹如一警世鸣钟，爽快！透过短文中文风之气度与行文之引经据典，足见作者兼具大将之风范与学者之渊博学识，值得学人敬仰与学习。

完善立法、改革司法制度、破解困扰法院与社会的执行难问题所要达到的一个终极目标，即通过实现司法的公正与效率，构建一个和谐的法制社会。作者在“建构和谐”一篇中，看似对司法实践中司空见惯的诸如重复上诉、人民调解、缓刑的适用等再

细微不过的现实问题进行了思考与分析,实际上篇篇作品都折射出作者所具有的深切的现实人文关怀思想。

试想,如果没有作者“日有所思,夜有所梦。梦里所见,难免模糊。梦中所系,皆为法律”的一种对法律之特有情愫与对司法事业之勤勉敬业精神,哪里会有奉献给读者朋友清新之感的《基层司法——在探索、实践与争鸣之间》。

中国政法大学教授 杨秀清

于 2007 年春节

序 三

中国法治的脊梁

把最后一行文字读完,合上电脑。窗外,飘舞的黄叶向人诉说着阵阵寒意,北京已值初冬时节。但此刻的我,心中却涌起一股春天的暖意。这本出自一位基层法院院长之手的著作,让我看到了中国法治的春天正在不知不觉间悄悄来临了。

作为一名法学研究工作者,每天与浩如烟海的法律书籍打交道,沉浸在各种各样的法律学说的海洋中,而今天读到的这本书却给我带来了一丝意想不到的惊喜,犹如万绿丛中之那点出众的红色。它带给我的是一个完全迥异的视角,一个焕然一新的角度。做学问,搞研究,除了严谨的治学态度外,贵在研究范式之创新独特,重在研究视角之别具一格,看人所不能看,而后发人所不能发之真知灼见。而此书给我之震撼就在于它给我展示了一种最贴近司法实践的活生生的现实思考。

用一种时髦的学术语言说,作者是一个实用主义者。实用主义,不是什么坏字眼。因为几乎所有的司法工作者,都自觉不自觉地会是一名实用主义者。因为他们面临的是各种各样最具体不过的实际问题。他们需要的是解决这些烦琐不堪的问题,而不是首先需要什么“放之四海而皆准”的深奥理论。即使事后会进行一些总结抽象,但问题总得先解决,事情总得先办妥。因此,我们看到作者所关心的问题,执行难,上访,陪审员,审判委员会,民事调解等等,无不活生生,散发着中国司法实践的蓬勃生机。少了很多隔靴搔痒的“理论”争论,取而代之的是深切的现实关怀,是深刻的现实反思。从作者的行文来看,干净利落,提出问题,分析问题,解决问题,主题鲜明,逻辑清晰。如《加强我国基因立法的建议》、《改革审判委员会制度之构想》、《论罚金执行难的司法原因》、《论重复上访的原因及对策》等文,现状有何弊端,分析成因,提出解决方案,重在解决问题,而不在于解释问题。这点与通常的理论研究存在很大的区别。理论研究者多把大部分精力放在了解释问题上,他们之间的区别在于如何解释才更为合理。而一个实用主义者关注的恰恰不在于解释,而在于解决。问题解决了,如何解释有什么重要的呢?当然,这绝没有任何贬低理论研究的意思,只是分工不同而已。而恰恰这两类不同的问题视角,让我们相互对照,发现自己的缺陷,谋求共同的发展。可以说,这本书是从一名法官眼中折射出来的中国当代法治建设的状况。

作者不仅仅是一名实用主义者,更是一名气宇轩昂的改革家。作者深切的现实关怀与深刻的现实反思注定其必然走向改革家的道路。要解决问题,就必须改革;要彻底地解决问题,就需要大刀阔斧地改革。没有“壮士一去兮不复还”的勇气,畏手畏脚,终究难成大器。而作者就是这个勇往直前的壮士,在中国的司法改革的战场上,显示出了非凡的勇气与睿智的谋略。审判委员会的改革,专家咨询小组的建设,执行工作的“孙子兵法”与“三位一体”的制度建设,无不反映了这一点。但最值得人称道的,就是那早已让中原区法院闻名全国的“先例判决”改革了。正如作者自己所言“一个小小的基层法院,一条并不起眼的新闻报道引起了法学界如此的波澜,一时把理论界和实务界‘搅得周天寒彻’”,原因恰恰在于这项改革一针见血,直扎司法改革之核心。司法最直观最直接的表现,就在于一份判决书。司法公正与否,得看判决书是怎么写的;司法独立与否,得看判决书是怎么形成的;司法有没有效率,得看判决书的作出怎么样。判决书是司法与社会交接的最重要的渠道,即使执行问题,深究也不过是源自判决书的权威性问题。因此,要真正实现司法的改革,那不从判决书下手,从哪里下手?

或许作者的初衷并非如此,“当初建立先例判决制度的目的不过是规范一下我们法院内部的判决,使法院工作更能够体现出公正和效率,在理论和实务界引起如此轩然大波,始料未及”。但这种貌似“无心插柳柳成荫”,正是作者对实践深刻反思并大胆改革而水到渠成的结果。我同意作者对建立先例判决制度所作的种种思考与制度构建上的努力,这些对中国的法治建设是大有裨益的,而我自己也一直并将继续进行这样的研究。当然,先例判决制度在中原区法院取得的种种成就的前提是仅仅局限在一个基层法院。相应的制度建构如果放到整个中国,那么就会暴露出许多意想不到的问题。因为这项改革是一项触动中国传统司法观念与体制的变革。这需要我们更为谨慎,更为努力地观察与思考。而中原区法院为司法公正、效率所付出的不懈努力,是值得我们深深敬佩的。

任何一名热血沸腾的改革家,往往都是一名浪漫主义者。作者也不例外。有人说,相由心生,一点不假。相,当然不仅仅指人的外貌,那也未免太狭隘的。一个人的行文风格同样反映人的品性。作者行文流畅,文采飞扬,大开大阖,颇有“谈笑间檣櫓灰飞烟灭”之气势。文中谈执行难之几篇文章,尤为精彩。执行工作犹如行军打仗,而作者就是那位手持羽扇的军师,《孙子兵法》滚瓜烂熟。作战指挥九字真言:以人为本——“和”;知己知彼——“知”;运筹帷幄——“算”;兵贵神速——“快”;上兵伐谋——“心”;奇正相依——“奇”;适度进取——“围”;以逸待劳——“巧”;师出有名——“慎”:真是字字珠玑,妙哉妙哉!

中国的法治建设伊始,不如意者多多如是,然法治的春天在神州大地的降临需要许许多多真正的勇士,即使在寒冷的冬夜,也矢志不渝地怀抱着对正义的理想奋勇前进。最后,我想起鲁迅先生的一段话,仅此献给作者并致以所有在中国司法岗位上无怨无悔奋斗的勇士们!

“我们自古以来,就有埋头苦干的人,有拼命硬干的人,有为民请命的人,有舍身求法的人……这就是中国的脊梁。”

北京大学法学院比较法研究所所长、教授 张骥

于 2007 年初冬

目 录

第一篇	先例判决	1
	建立中国刑事判例制度的构想	3
	谈先例判决制度——与张海龙、张志铭同志商榷	8
	也谈司法改革的主体问题——仍以“先例判决制度”为例	15
	关于先例判决制度	17
	错位与解析：再说先例判决制度的建立	27
	先例判决：“吃”或者是“弹”	33
第二篇	审判改革	35
	改革审判委员会制度之构想	36
	论法官专业咨询小组建设	43
	审判独立与审判监督	46
	试论裁判文书的改革	51
第三篇	直击执行	64
	执行工作中的经济原则	66
	从《孙子兵法》看执行工作	69
	谈限制恶意逃债者高消费	75
	“人、制度、方法”三位一体破解执行难	81
	执行工作“九字要诀”	87
	罚金执行的问题与完善	93
	论罚金执行难的司法原因	106
第四篇	立法建议	110
	基因与法律	111
	关于加强我国基因立法的建议	120
	对死亡概念立法思考	129
	巨额财产来源不明罪的立法完善	131
	对我国《刑法》第 100 条的思考	138

人民陪审员制度若干思考	144
第五篇 建构和谐	159
论重复上访的原因及对策	161
诉讼外纠纷解决机制研究	168
加强民调指导 建立和谐社区	189
关于缓刑适用中的几个问题	198
保安处分与人身危险性遏制	202
抗震救灾新阶段警务模式探讨	217
特警为什么姓“特”——和谐社会中的卫士	220
谈法官的“多维度”人生	223
第六篇 法医随笔	228
颅内血肿的法医学概念探讨(摘要)	229
旅途性精神障碍一例报告	231
腹主动脉贯通性损伤 40 天后大出血死亡一例	232
腹部开放性损伤剖腹探查术阴性者不应评定为重伤	234
变异枕大池误诊为水瘤致鉴定差错分析	235
BAEP 测听法在法医临床学听力鉴定中的价值(摘要)	237
寰、枢椎骨折或脱位应在轻伤标准中具体列出	239
X 线照片在骨损伤法医学鉴定中的价值(摘要)	240
后记	243

第一篇 先例判决

导读

在河南郑州,葛某分别在管城区、中原区、惠济区的药店各购买了200多元钱的假药,然后又分别在三个区的法院起诉三家药店,要求索赔。管城区法院判决认为:原告不是以生活为目的购买商品,驳回起诉。中原区人民法院认为:原告不能提供证据证明其购药行为是为了治病,因此原告与被告之间的民事行为无效。判决被告返还原告货款,原告返还被告的商品。鉴于商品是假货,法院予以没收。惠济区法院的判决书:原告提供的证据不足以证明被告销售的商品是假药,故驳回原告的诉讼请求。案情一样,提供的证据一样,三家法院也同样是依法审案,却出现不同的判决结果。

“同案同判”已经成为人们判断司法是否公正的一个“默认点”。2002年3月,郑州中原区人民法院在全国法院率先创立“先例判决制度”,目的是“为追求高效率的公正,挑战‘合法的不公’”,“建立该制度旨在强化审判委员会的指导作用,规范法官自由裁量权,帮助法官正确适用法律,实现‘公正与效率’。方法是借鉴英美法系判例法的经验,采取遵循自己以往判决的做法,本着‘例以辅律,非以破律的原则’”,“作为先例判决案件的条件是新类型案件,具有一定代表性的典型案件,对运用证据、适用法律等具有指导意义的案件对本院审判工作有指导意义的其他案件。”

试行“先例判决”制度,引起了国内法学界的关注和争议。中央电视台《新闻联播》、《焦点访谈》等栏目及《法制日报》、《南方周末》、《人民法院报》、《瞭望》、《半月谈》、《中国青年报》、《光明日报》、《工人日报》等近百家媒体先后作了专题报道;该省高级人民法院也经常在有司法刊物上发布一些判例,在民商事审判领域开始实行“判例指导制度”;2006年北京大学法学硕士研究生入学考试试题让考生根据郑州市中原区人民法院实行先例判决制度改革,结合法理学,来分析自己看法;2002年10月,天津市高级人民法院选择典型案例作为“判例”进行公布,在三级法院审理民商事案件时作为参考。其他一些地方法院,也在纷纷加以仿效。赞同中原区人民法院“先例判决”制度的人认为其最大的现实意义在于打破法院判例的封闭状态,充分开发利

用了“判例”这一长期被闲置和浪费的司法资源,有可能成为建构中国特色的判例制度的序曲和前奏。

最高人民法院决定,从2009年6月1日起,在全国法院开展量刑规范化试点工作,对《人民法院量刑指导意见(试行)》和《人民法院量刑程序指导意见(试行)》两个文件进行试点。

核心提示

同案同判,是法之公平理念的基本要求。然而,由于现行制定法的条文和结构不够明确严谨,加之一些条文本身比较模糊的规定,不同的法官对其有不同的理解,致使相同事实的案件在不同的法院、在同一个法院的不同法官手里判决结果往往南辕北辙、大相径庭,这严重损害了法律的严肃性与权威性。而且,我国法官水平的参差不齐,公布一些成熟的案例供其判案参照,可以限制法官的自由裁量权,减少司法随意性。再者,如果相同案件相同对待是实现公平原则的一个必要条件,那么,在尽可能短的时间内审结案件便是实现效率的一个必要条件。为法官审案提供一个可资参照的现成的案例,审理的速度可以大大加快。最后,随着经济全球化的来临,不同法系、不同国家之间法律的交融借鉴、取长补短也大大增加。目前,判例法传统的国家逐步增加制定法的数量,制定法传统的国家也不断吸取判例法的优势,两者正在互相靠拢日趋接近。

中原区人民法院先例判决,一石激起千层浪。叫好者有之,担忧者有之。作者希望本章的几篇文章,能让读者对先例判决制度能有一个全面的了解。

建立中国刑事判例制度的构想^{*}

英美法系和大陆法系为当今世界两大法系。前者以判例法为特征,后者以成文法为特征,就两大法系间的优劣问题,法学界曾作过长期争论,孰优孰劣莫衷一是。

经过长期研究人们发现,单纯的成文法和判例法都有其自身难以克服的缺陷和弊端,同时也有相互间不可替代的优点。近年来,随着法律科学的发展,人们发现两大法系彼此已不再孤芳自赏,出现了相互学习、取长补短、走向融合的趋势。以判例法为主的英美法系国家或地区开始日益重视制定法和法典编纂。以成文法为主的德国、日本和我国的台湾地区等大陆法系国家、地区,也不再讳言判例法的优点,在司法实践中也开始重视判例的作用。

过去曾有学者以我国没有判例制度而自豪,并以此断言为我国社会主义法律制度优越性之所在,笔者对此观点持不同看法,认为这恰恰表明了我国法律制度的缺陷。在我国实现依法治国伟大方略的进程中,建立有中国特色的判例制度显得尤为重要。

一、判例法概述

判例法起源于英国,是英美法系国家的主要法律渊源。它是相对于大陆法系国家的成文法而言的。其核心和基本原则是“遵循先例”,其含义为“法官在对他审理的案件作出判决时,不仅要考虑先例,即其他法官在已决案件中对相同或密切相关的问题作出的判决中所适用的原则,而且在一定条件下,他要受到已有判决的约束,接受并遵循特定先例所确定的原则,不管他个人是否赞同该原则”。^①也就是说,法院审理案件时,必须将先前的法院的判例作为审理和裁决的法律依据;对于本院或上级法院已经生效的判决所处理过的问题,如果再遇到与其相同或相似的案件,没有新情况,就不得作出与过去的判决相反或不一致的判决,法院的审级越高,其判例适用的范围就越广,所有法院必须考虑本院以前的判例,上诉审法院一般也要受自己判例的约束,最高审级法院判例,对所有下级法院都有约束力。

^{*} 本文发表于最高人民法院刑事审判庭:《刑事审判案例研究》,2004(1),北京,法律出版社,2004。另载郑州市中级人民法院编:《调查研究》,2002(12)。

^① 《牛津法律大辞典》(第一版),850页,北京,光明日报出版社,1988。

与成文法相比,判例法具有以下优点:

第一,保障判决的大体一致性,体现法的安定性。判例制度的最大优点在于遵循先例,因而使不同时间内相同或相似的案件在判决结果上能够大体一致,不至于出现大起大落的情况,这也充分体现了法的安定性,从而最大限度地实现法的秩序价值。

第二,有助于强化对社会关系调整的力度和范围。法律对社会关系的调整是一个动态的过程。制定法的特点,要求法律在一定时期内具有相对稳定性,因为面对不断变化的社会关系,立法机关不可能天天开会修订法律。面对复杂多变的社会关系,立法活动总是滞后的,正像萨维尼称:“法律自制定公布之时起,即逐渐与时代脱节。”有的西方法学家甚至认为,“法律一经制定即是一部千疮百孔的法律”。法网恢恢,却难以疏而不漏。此时,判例法的优势就更显而易见。

第三,限制法官的自由裁量权。为了在具体裁判中准确地适用法律,法官需要一定的自由裁量权,但自由裁量权又不能被滥用。通过建立判例制度,可对法官的自由裁量权进行有效的限制,一方面法官从先例中领悟解决同类问题的正确思维模式和方法,并使相同案情达成大体相同的裁判。另一方面,在遇到“法律漏洞”的情况下,如果先例中已经确立了填补漏洞的规则,则应依据先例确立的规则作出裁判;如果先例中没有确立具体的规则,法官应选择准确地填补漏洞的先例作为参考,根据法律的解释规则填补漏洞。采纳遵循先例原则意味着对于相同或相似的情况,必须适用相同的规则,从而使人们相信规则是稳定的、公正的,人们可以从这些规则中预知自己的行为后果,从而增进法律的确定性、安全性和可预测性,限制法官的自由裁量权,防止法官独断专行。

二、建立中国刑事判例制度的必要性

在我国建立社会主义市场经济体制过程中,建设有中国特色的判例制度有非常重要的现实意义。

第一,有利于解决量刑均衡问题。我国幅员辽阔、经济发展不平衡,法官水平也参差不齐,常常出现案情大致相同的案件,由于在不同的法院,同一法院不同的法官,甚至同一法官不同时期出现判决结果反差很大的情况。如盗窃 1000 元的案件,可能有的法院判 1 年,有的法院判 2 年,还有的则免于处罚。如果建立判例制度,则可以通过参照判例,保证案情大致相同的案件出现相同的判决,从而解决量刑均衡的问题。

第二,有利于强化刑法对社会关系调整的力度和范围。我国目前正处于社会主义初级阶段,各种社会关系错综复杂、瞬息万变,许多关系需要法律予以及时调整,但