

中国法学会比较法学研究会主办

Comparative Law In China

2004年·下卷

比较法在中国

主 编/江 平

执行主编/刘兆兴 钱弘道

- ◎论司法创制的基本思路与途径 [米 健]
- ◎略论我国宪法审判适用问题 [童兆洪]
- ◎以契约公平精神制定保护董事法规初步研究 [黄来纪]
- ◎论民事抗诉权的宣告和启动
——以契约精神为视角的思考 [杨亚菲]
- ◎中日法律体系中刑事违法行为类型
——与其他违法行为类型之关系比较研究 [李 洁]
- ◎宪政·契约精神·罪刑法定原则 [夏 勇]



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国法学会比较法学研究会主办

Comparative Law In China

2004年·下卷

比较法在中国

主 编/江 平

执行主编/刘兆兴 钱弘道



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比较法在中国.2004年卷/江平主编.一北京:法律出版社,2004.7

ISBN 7-5036-4937-2

I.比… II.江… III.比较法—研究—中国
IV.D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 047000 号

©法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑/法学学术与综合出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2004年8月第1版

印张/36.25 字数/1062千
印次/2004年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-4937-2/D·4655

定价:68.00元



中国法学会比较法学研究会在京常务理事会议
(2004年7月7日·北京)

目 录

下 卷

司法制度研究

- | | | |
|-----|----------------------|---------|
| 3 | 论司法创制的基本思路与途径 | 米 健 |
| 11 | 略论我国宪法审判适用问题 | 童兆洪 |
| | 法律职业共同体与当代中国的法治事业 | |
| 24 | ——兼论国家统一司法考试的意义 | 杨海坤 黄竹胜 |
| | ADR 与法治的可持续发展 | |
| 40 | ——纠纷解决与 ADR 研究的方法与理念 | 范 愉 |
| | 立法的社会论争和民间游说与司法互动 | |
| 73 | ——我国宪政民主制度的新尝试 | |
| | 俞梅荪 王俊秀 方兴东 雍纪华 赵 岩 | |
| | 我国行政听证主持人及其法律地位 | |
| 101 | ——中外行政听证主持人制度比较 | 刘士平 |
| 111 | 论清末律师制度的移植 | 何志辉 |
| | 有效证明与维护程序正当性的矛盾及其解决 | |
| | ——非法证据排除规则的理念与制度设置 | |
| 130 | 及运用 | 金 钟 |

民商事法律制度比较

- | | | |
|-----|---------------------|-----|
| 149 | 以契约公平精神制定保护董事法规初步研究 | 黄来纪 |
| | 论民事抗诉权的宣告和启动 | |
| 161 | ——以契约精神为视角的思考 | 杨亚菲 |
| 172 | 论违约责任中的过错归责原则 | 叶知年 |
| 187 | 论环境保护的国际合作原则 | 林灿铃 |

201	婚姻作为关系契约		柯华庆
214	论诚实信用原则下的契约自由	李正华	梁江勇
	制定我国《劳动合同法》的地方立法资源评述		
231	——地方劳动合同立法的比较研究	王全兴	侯玲玲
	中国民法典生成的文化障碍		
248	——西方民法文化的反衬	单飞跃	杨期军
262	关于外资银行市场准入规则的若干比较研究		
		李金泽	龚翔
	论商业贿赂的构成要件		
285	——基于比较法的视角		郑鹏程
292	比较经济法论纲		蒋悟真
318	欧盟与中国倾销确定机制的比较		冯蓓
337	日本金融期货交易监管立法的经验与借鉴		陈秋云
349	中美农业财政制度比较的启示		许杏彬
359	中美个人所得税法若干问题的比较及其启示		张勇
373	中欧美产品责任法若干问题的比较研究		李腊云
刑法专论			
	中日法律体系中刑事违法行为类型		
391	——与其他违法行为类型之关系比较研究		李洁
414	宪政·契约精神·罪刑法定原则		夏勇
425	中国大陆刑法与澳门刑法关于犯罪停止形态之比较研究		余松龄
	死刑的宪法依据与限制		
	——美国宪法第八修正案死刑限制功能及其借鉴意义		
447		陈立	黄冬生
国际法			
461	论国际法的理念		冯辉
回顾与展望			
	弘扬契约精神 推进法治建设		
	——中国法学会比较法学研究会		
489	第七届年会综述		肖海军

附:

- 508 会议简报(第一期)
- 517 会议简报(第二期)
- 528 会议简报(第三期)
- 539 2003—2004 年中国比较法大事记
- 542 中国法学会比较法学研究会机构人员名单

▪ 下 卷 ▪

• 司法制度研究

论司法创制的基本思路与途径

米 健

一、司法创制对于现代法治国家的重要意义

在现今我国司法改革的讨论中,有一个相当引人注意的话题,即我国是否应像英美法国家那样建立一种判例法制度。其实,对于这样一种主张,只要以一个不可否认的事实就能给予有力的反驳,即无论如何,我们都不可能推翻现今我国既有的几个基本制定法,如民法、刑法和诉讼法等。况且,目前正在进行的民法典编纂工作本身,实际也已经充分表明,我国将来仍然会在制定法的轨道上继续走下去。所以,判例制度只能是辅助的、补充的、个别的司法创制手段。而且,在可以预见的时间内,在中国建立英美式的案例法制度是根本不现实的。但为什么会有建立案例法的主张呢?主要原因在于:第一,对英美法国家案例法制度产生、发展和存在的基础及条件及其在我国存在和操作的基础与条件欠缺整体性研究和论证;第二,对于司法创制本身及其在法治社会中的地位 and 机制欠缺深入和全面的探讨;第三,对于作为司法创制最基本途径的判例制度在我国如何建立和操作欠缺实际深入的探讨研究。不过,指出这种主张的不客观,并不意味着可以忽略这种主张的内容,即判例或判例解释制度的客观存在及其必要性。因为,即使我们无需建立英美式的案例法制度,但作为法律渊源的一种表现形式,作为补充、改进和发展制定法的重要手段,判例或判例解释却是必需的,它在现代法治国家中无疑具有不可或缺的重要意义。问题的关键是,如何将其定位和如何予以运用。

二、司法创制的现代理解

从历史和现实来考察,所有法律创制的途径或方法一般可以归纳

为两种,即立法创制和司法创制。一般地讲,立法创制的结果是制定法或成文法,司法创制的结果是判例法。当今世界上,以成文法为基本特征和基本法律渊源的大陆法系和以案例法为基本特征和基本法律渊源的英美法系,构成了最有代表性两大法系,这是一个历史形成的,不可无视的现实。但同时也必须认识到,历史形成的现实,当然有可能因为历史的发展而发生变化。如果看不到这点,对事物的判断就可能发生偏差。也许,正是因为有些学者基于对两大法系基本特征的固定成见,才导致了他们对于成文法和案例法的特征与差别的过分强调,甚至将这两个法系的法律表现形式截然对立起来。事实上,法律发展史,特别是现代以来的法律发展历史和现实已经充分表明,两大法系在法律渊源、法律规则以及其他一些方面,愈来愈多地相互渗透,相互影响,以至于两大法系之间出现了愈来愈明显的趋同现象。这种趋同的最突出的例证就是大陆法和英美法在法律形式方面愈来愈多地相互借用,换句话说,两大法系在法律创制方面已经愈来愈多地借用本是表明他方法律制度特征的手段。具体来说,大陆法系愈来愈多地采用判例以补充制定法因抽象性和一般性而导致的不足,同时克服法律改进缓滞的问题;英美法也同样愈来愈多地采用制定法和既有规则的汇编形式,以促进其法律规则的理论化和体系化,克服因法律渊源分散零乱和案例卷帙浩繁所导致的法律适用困难。尤其重要和不能忽略的一个事实是,当今世界上各个国家以及国家之间,愈来愈多地通过司法创制来实际完成法律的发展和调整,这也是一个无可争辩的事实。因为在国家与国家之间没有一个共同的立法创制机构的情况下,发生交往的国家往往比较容易依据一个双方或多方的协定和条约,通过一个共同承认的司法机构来解决彼此之间可能发生的各种冲突。因此,司法创制对于现今国际社会的正常交往就有着尤为重要和特殊的意义。在这种大的背景下,我们必须重新审视和评价大陆法和英美法之间的差别及其意义。否则,我们不仅不可能对司法创制的作用和意义获得正确理解,而且也不可能对法律秩序的发展与进步获得充分的理解。

三、司法创制的基本形式及其在我国现实

司法创制有两个基本形式。其一是司法解释,即通过具有司法解

释权的司法机关对于既有制定法法律的适用解释实现司法创制;其二是判例或判例解释,即通过判例或判例解释实现司法创制。判例主要是源自英美法系的司法创制方法;司法解释则是大陆法国家采用的司法创制方法,而且主要是在我们国家采取的方式。其实,司法创制的两种基本形式,无论是判例或判例解释,还是司法解释,在理论体系构造上不妨将两者都理解为司法解释,即将司法解释作为司法创制的具体表述方法,将其作为司法创制的一个大概念,因为无论是判例解释还是对于制定法的适用解释,都是以司法机关为主体的造法行为。换句话说,司法解释可以有狭义和广义之分,狭义的司法解释主要是指司法机关对于制定法的适用解释,广义的司法解释则除了制定法法律适用的解释之外,还包括判例解释。

如前所述,无论是大陆法国家还是英美法国家,都存在法律的司法创制机制。不同的是,大陆法国家的司法解释作为司法创制的途径之一,用以补充、发展和完善制定法的一种手段,而英美法国家的案例制度,即狭义上的司法解释,却是其法律渊源产生的主要途径。进一步说,司法解释的之所以在大陆法国家有着不同于英美法国家的存在与发展,是因为前者那里可作为司法解释的对象更多,首先是制度法,其次是个别的案例。而在英美法国家,司法解释仅仅表现为判例解释。也就是说,大陆国家的法律创制首先是通过立法创制,其次通过司法创制来完成;而英美法系的法律创制则首先是判例,其次才是立法。在当代世界法律体系范围内,大陆法系与英美法系在法律创制方面的关键区别不过如此而已。

作为选择了大陆法系模式的大陆法国家,我国的法律发展与进步当然也不能脱离大陆法发展的路径与规律。在我国法制建设尚处于初期,社会发展对于法律制度变化发展的压力和要求还不十分强烈的情况下,法律的立法创制还可以适应社会发展。在此情况下,作为司法创制的司法解释,包括判例解释的价值和重要性被忽略了。但是当我们国家的法制建设日益发展,特别是社会经济与社会生活迅速发展时,法律发展的压力愈来愈大,于是,作为发展与改进法制的重要途径,司法创制逐渐被提到日程上来,而且愈来愈引起人们的重视。但是,由于历史和客观的原因,由于此前相当时期内我们对于司法创制的理论探讨

和制度准备十分欠缺,故长期以来早已作为事实存在的司法创制手段,即司法解释并没有获得理论上的梳理和制度上的规制,更谈不上体系化。所以无论是在理论上还是制度上都显得模糊不清。严格意义上或表面上看,我国的司法解释较为单一,通常只是指最高人民法院审判委员会为了法律适用做出的司法解释。但从广义上或事实上看,我们的司法解释实际是多种多样的,只不过许多形式还没有明确纳入司法解释的范畴而已。目前,除了最高人民法院对现有法律法规的司法解释,包括“规定”(包括暂行规定)、和“意见”等,最高人民法院对各地方高级人民法院的案件请示所作的答复(包括解答、答复意见)、批复、通知、复函(包括函)乃至安排、等等,其实大多也都可以纳入司法解释范畴。现在的问题很明显,上述各种各样的类同司法解释的司法创制形式并没有在性质、层次和关联方面有明确的划分和规范,因而显得混乱。其结果,必然会影响到司法创制的权威和效果。

改变目前司法解释模糊混乱的一个可行方法是,将现有各种各样的本质上类同司法解释的司法创制形式加以合并归纳,摒弃不严谨、非法律化的表达和形式,在此基础上将其规范化、系统化,使其中有些形式转化为司法解释的各个有机组成部分。不仅如此,还应该尤其强调司法创制的程序化。具体说,“批复”这样的表达本身就是一个非常具有行政色彩的术语,应该予以摒弃;而“安排”、“复函”以及“函”等,内容上可以被司法解释和判例解释涵盖,表达上亦非法律术语,最好予以摒弃。关于“答复”,它本身实际是司法不独立的产物,但却是目前我国现实。在现今我国的司法制度下,很难想象没有答复的需要。可不管怎样,我们应该尽可能限制答复的数量。从现今最高人民法院公报的构成来看,答复实际已经被纳入司法解释范畴,这个思路和做法应该坚持下去。不仅如此,它还可以吸收其他几种类似的形式,如答复意见、解答等。总之,我们必须将司法解释规范化、系统化,这也是有效司法创制的前提条件。

以上所述,是就现今我国司法系统已经存在的直接关涉司法创制的情况进行了分析。但还有一种或许更为重要的司法创制方式,这就是判例解释。前面已经谈到,除了司法解释之外,最为重要的司法创制途径就是判例解释。可是,由于对司法解释的狭隘理解,由于对判例解

释制度本身认识的不足,由于对制定法与判例法差别的夸大,我国法学界和司法实务界至今对判例解释没有给予应有的重视和规范化的建设。其实,从现今最高法院和一些地方高级法院发布的司法文件以及指导和参考性司法文献汇编中,已经可以明显地看到判例解释的形式,只是还没有制度化、规范化、理论化和统一化。例如,现今《最高人民法院公报》“司法解释”项下的答复(包括一些批复),最高人民法院各审判庭主持编纂的《审判指导与参考》中的“请示与答复”一项,实际都已经具有了判例解释的雏形和意义,只不过还没有规范化和理论化。其中特别是《审判指导与参考》中的一些答复,已经具备了一个规范化判例解释的基本要素,很有价值,应有选择、有意识地予以推广。除此之外,《审判指导与参考》中还有一个应该推崇的形式,即“最高人民法院二审案件解析”和部分答复一样,这类解析也初步具备了判例解释的要素和结构。

四、我国司法创制的思路与途径

基于以上所述,我国司法创制的基本思路与途径可以通过以下几个方面予以说明:

(一)基本思路

在确定我国法律创制必然是以立法创制为主,即以制定法为主要法律渊源的前提下,充分明确和强调司法创制对于法律创制,即司法解释对于补充发展制定法的重要性和不可或缺的意义,大力推进司法创制在法制建设与发展过程中积极和重要的作用,尝试在我国建立一个体系化、规范化和理论化的司法解释制度。要正确理解立法创制和司法创制的辩证关系和现实关联,避免将制定法与司法解释,特别是与判例对立而论。在现今法治社会中,制定法与司法解释不是完全对立或两者必取其一的关系,相反,他们是并行不悖,相辅相成的关系。我认为,我国司法创制的基本思路应该是定位于司法解释,可以在司法解释这个大框架下,发展和丰富司法创制的手段和途径。在此过程中,我们应该结合我国的实际情况,特别是要重视司法实践长期以来的积累和经验。

(二)基本途径与方法

在明确司法解释是司法创制的主要途径这一前提下,可以考虑将法律适用解释和判例解释纳入司法解释之中。也就是说,我们的司法解释将由法律适用解释和判例解释两大部分构成。在法律适用解释之下,我们可以考虑将目前我国司法实践中已经存在的,前面提及的有关对制定法适用的解释性司法文件或意见纳入其中,如将现有各种各样的“司法解释”、“规定”、“意见”乃至通知等等纳入法律适用解释范畴。但是,应该摒弃非司法化的概念表达。例如,意见、通知和安排等类似的表达最好不用,如果涉及法律适用,可以纳入司法解释,如果涉及的只是司法机关内部事务,则可以考虑以“司法令”或司法规定予以概括。判例解释之下,可以考虑将现有的各种各样的“答复”、“二审案件解析”纳入司法解释。至于《最高人民法院公报》中公布的案例,目前多是各地方高级法院判决的选登,并没有经过司法解释程序予以规范化、理论化,从而最终范例化。所以,还不能简单纳入司法解释。不过,从实际情况看,最高法院公布的这类案例毕竟产生了一定的指导作用,在此意义上也可以说它们具有一定的“判例”意义。但这只是实践中可能发生的,并不是制度的必然结果。今后如果继续在最高法院公报上保留这一项内容,那么仍然应该自成一体,目的只在于示范指导之用,没有判例解释的性质。也就是说,它是司法解释以外的一种事物,没有司法系统内部的拘束力。

(三)基本制度与原则

建立一个完善的司法创制制度,是实现有效的司法创制的保障和条件。没有制度保障的司法创制很难达到其预期的质量、效果和目的。所以,在基本思路与途径明确之后,接下来首先应该尝试建立一个能够保障司法创制规范和正常的运行以及司法创制目的能够真正实现的制度。这样一个制度的模式应该是:

首先,明确最高人民法院审判委员会为司法创制机关。鉴于司法创制是一种法律创制,因此必须有合法性依据和权威性,故必须要建立一个有宪法依据进行司法创制,并对司法创制负责的创制机关。只有设置这样一个专门机关,才能保障司法解释的统一性和严肃性,才能使司法解释逐步走向制度化、规范化。根据我国的现实情况,这个机关当

然应该是最高人民法院审判委员会。从理论和制度上讲,最高人民法院作为一个最高司法权的载体,除了审判工作外,司法解释应是最为重要的工作。目前,司法解释的工作实际主要是由最高人民法院的各个审判庭在操作。这种情况今后应该改变,而且各个审判庭之间在司法解释问题上也应该有一个统一协调的机制或制度,这是一个必须考虑的问题。

最高人民法院审判委员会的司法创制,应对全国司法机关具有拘束力。如果赋予地方高级人民法院审判委员会以司法创制权,那么,其司法创制只能对其司法管辖区域内有效,其前提条件是地方高级人民法院的司法创制不能与法律和最高人民法院的既有司法创制相冲突。同样,各个地方高级人民法院不得重复司法创制。因此,地方高级人民法院的司法创制通过创制程序正式发布前,有必要上报最高人民法院备案,以保证司法创制的统一性和严肃性。按照目前我国的国情和现实,应该承认最高人民法院审判委员会对于地方高级人民法院审判委员会司法创制的监督权和修正权,直至是否定权。当然,这必须以通过特定法定程序为前提。

其次,建立一个负责司法创制操作的专门工作机构,该机构对最高人民法院审判委员会负责,负责与司法解释有关的全部实际工作。例如准备判例解释材料,组织联络有关部门和专家学者参与判例讨论及提出意见,并在此基础上经过整理,向最高人民法院审判委员会提交司法解释和判例解释的必要文件,并具体报告在此程序前的有关工作情况。在审判委员会讨论研究作出最终决定后,进一步整理制作司法解释文件,直至最后发布司法解释。应该特别予以强调的是,每一个判例解释都是司法创制,所以,不能由个人独任甚至以个人名义作出,只能以创制机关作出和发布。

第三,建立司法解释的发布程序并明确发布形式。今后应该由最高人民法院通过正式编纂“最高人民法院判例解释汇编”或“判例汇编”的方式,正式公布司法解释,从而使这种准法律渊源规范化、定型化和权威化。但是,鉴于司法解释是一种立法创制的补充机制,是以解释对象先已存在为前提的,所以,具有一定程度的被动性,故是否定期公布司法解释还是一个应该慎重考虑的问题。但一个原则必须明确,我们

不能为了司法解释而为司法解释。司法解释只在解释成为必要时,才应启动操作。否则,司法解释就会慢慢流于形式泛滥,丧失其权威性和实效性。

第四,明确司法解释的结构与要素。作为法律创制或司法创制的一种途径,作为法律渊源的一种形式,司法解释必须规范化,统一化,以表明法律的严肃性和权威性。具体一些说,就是要对司法解释,包括法律适用解释和判例解释的基本要素或内容,构成形式等作出明确规范。一般来讲,法律适用的司法解释较为简单,而判例解释则较为复杂。但根据司法创制的基本原理和我国司法实践的经验积累,一个判例解释应该由以下几个方面的基本要素构成:案件事实、法院的事实认定与判决、专家观点和法理说明、审判委员会意见和最终的决定。在现有最高人民法院的答复和有关审判庭主持的案件解析中,个别答复和解析已经具备了这些要素,尽管还不完全确定。

第五,确立司法解释的基本原则。首先,司法解释必须是对法律适用的法理说明,事实问题不是司法解释的内容,正因如此,司法解释必须要有专家的意见和法理说明;其次,司法解释是一种法理与学理结合的结果,要有一定的说明力和说服力,所以,必须有不同意见的记载,包括多数意见和少数意见的记载;再次,司法解释是一种法律创制,参与司法解释的每个审判委员会成员都是造法者,因此,要对自己的立场观点负职业上的责任,尽管根据司法独立的原则,他们永远不会负法律上的责任,这就需要在司法解释中载明每个委员的立场观点,分歧点和最终的多数人意见。最后,任何司法解释,必须经过审判委员会讨论确认的程序。在此意义上,现在《最高人民法院公报》中公布的案例显然不能算是司法解释。