

QINQUAN ZERENFA JINGDIAN ANLI SHILUN



侵权责任法 经典案例释论

江 平 顾问
李显冬 主编

精选典型案例助于指导实务
综合各家学说利于系统整合
配有真实案例易于理解把握
突出基本要点便于学习记忆



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

QINQUAN ZERENFA JINGDIAN ANLI SHILUN



侵权责任法 经典案例释论

江 平 顾问
李显冬 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权责任法经典案例释论/李显冬主编. —北京:
法律出版社, 2007. 6
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7336 - 8

I. 侵… II. 李… III. 侵权行为—民法—案例
—分析—中国 IV. D923.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 068165 号

©法律出版社·中国

责任编辑/潘洪兴

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/25.125 字数/630 千

版本/2007 年 6 月第 1 版

印次/2007 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7336 - 8

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

自1998年第八届全国人大常委会恢复民法典的起草以来,我国即步入民法典立法的快车道。随着《中华人民共和国合同法》于1999年3月15日在第九届全国人民代表大会第二次会议上顺利获得通过及《中华人民共和国物权法》于2007年3月16日在第十届全国人民代表大会第五次会议上高票获得通过,作为民法典另一重要组成部分的侵权责任法的制定很快就会被提上全国人大的议事日程。

侵权行为是人类社会最悠久的规范现象之一。只要社会生活资源还不能达到按照社会成员需要分配的程度,只要人的道德水准还没有普遍达到“己所不欲,勿施于人”的高度,只要科学技术还没有达到足以防范一切社会生活风险的水平,侵权行为就将不可避免地一直存在下去。从这个意义上说,侵权行为是伴随着人类社会发

展始终的。但侵权行为反社会的本质,必然要求人类动用一切可能的社会规范予以规制。这些社会规范既包括道德、宗教规范,当然也得包括法律规范。就防范侵权行为的发生而言,道德和其他社会规范诸如宗教规范等的作用应该是最根本的,因为道德和宗教等规范是本于人的内心而又不失外力的制约的。

然而,道德等规范的作用又是有限的:一方面,其规范设定的行为标准要高于一般人,甚至近乎一个圣人;另一方面,其规范作用主要取决于人的自我情操,而较少受到外力的强制。因此,作为最低道德标准的法律规范,在防范侵权行为发生、恢复被侵权行为破坏

的社会秩序等方面就发挥着不可或缺的作用。

在英美法系,侵权法一直是作为一个独立的法律部门存在着的,而且主要是以判例的形式表现出来的。但在大陆法系,侵权行为一直是作为债发生的一个重要原因而被纳入债法体系的。传统债法体系下的侵权之债主要是由以单一的过错责任原则为基础构建起来的一般规范组成的,这也是侵权之债在民法典中的规定明显单薄的重要原因。但随着经济和社会的发展,侵权责任法的归责原则已经由单一的过错责任原则发展成包括过错责任原则、无过错责任原则、公平责任原则以及作为过错责任原则变体的过错推定责任原则等构成的多元归责原则体系。这种变化所导致的一个直接结果就是:特殊侵权行为规范开始不断膨胀,以致淹没了传统以过错责任原则为基础构建的一般侵权行为规范。于是,一个不容忽视的社会现象就出现了——现代工业社会到处充斥着特殊侵权行为:产品责任、高度危险作业致人损害、环境污染、动物致人损害、交通事故、法人工作人员侵权、医疗事故,等等。面对这些大量出现的特殊侵权行为,传统的一般侵权行为规范就显得无能为力,于是作为解决纠纷的临时应急措施定型化的特殊侵权行为规范就开始大量涌现,以致最终突破了传统债法体系所能承受的极限,侵权行为规范就从中摆脱出来,而必然自成一统。在侵权法独立成编这点上,我国学界和立法界已经基本达成共识。

本书是显冬主编的一本系统阐述侵权法原理和审判实务的力作,是其多年侵权教学和研究成果的一个总结。本书的最大特色在于理论与实际的紧密结合,即在阐释每个重要的侵权理论知识点时,都辅之以相关案例。特别值得一提的是,这些案例基本上源自我国的审判实务,且大都取材于最高人民法院中国应用法学研究所编写的《人民法院案例选》。通过本书,读者可以具体了解侵权理论在我国审判实践中究竟是如何加以运用的,还可以大致了解侵权理论在我国审判实践中经历了怎样一个发展过程。可以说,本书在一定程度上体现了一般侵权理论与我国具体侵权审判实践的有机

结合。

毋庸讳言,我国当前的侵权法理论主要借鉴的还是国外(或境外)的学说和判例。如何实现这些“舶来”的理论与我国审判实践的有机结合,就成为每个侵权法研究人员和审判人员都不得不认真反思的历史课题。值此《侵权责任法经典案例释论》一书即将出版之际,特以此意愿寄厚望于广大侵权理论研究者和司法实务工作者!

是为序。



2007年3月18日

案例与法

——兼论两大法系的法律方法论之异同^①

李显冬

一、案例研究在法学教育中的地位和意义

(一)案例研究是法律学习目的所决定的不可或缺的内容

中国人历来认为,学习和研究的目的就在于运用。学习法学的目的就是为了运用,故对于学习法律的学生来说,要想学好法律必须有正确的方法。由于法律教育的成败和得失事关国家法治的盛衰,无疑在法学教育中,对法学教育方法的研究,意义重大。

法学是一门实践性极强的科学。就其本质而言,法无非是在人类社会中对整体秩序具有规定作用的,并以人们的外在行为作为其调整对象的一种行为规则。民法是调整平等民事主体之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和。当某种社会关系受到民法的调整和规范的时候,这种社会关系就成为民事法律关系。

^① 我在上研究生期间,杨振山老师是民法硕士研究生导师组的组长,我毕业留校后,他是教研室主任,我是党支部书记,一直在他身边。在此期间,杨老师带领我们,完成了《民法案例精析》和《民商法实务研究》两部著述,这篇文章就是我当时学习和研究案例教学的一点体会。1999年我随江平老师、谢怀栻老师、杨振山老师等去我国台湾地区进行学术交流时,这篇文章是我参加交流的学术论文。杨振山老师不幸逝去的消息突然传来,思绪万千,自己写下了一首挽诗,以资怀念:“扬名天下,名振四方,水长山高,鬼雄亦强。”现将此文修改补充后予以发表,以表达对杨老师的哀思。

法律的适用,是指将法律规范适用于具体案件以获得判决的全过程。当某一具体的法律规范规定具备某种构成要件的时候,就会产生某种特定的法律效果;如果待决案件的事实符合这种构成要件时,该待决案件事实就应当产生这种特定的法律效果。法律能否正确而有效地实施,取决于人们对立法意图、立法目的、立法精神和原则的正确认识和理解,具体来说,就是对案件所包含的社会关系的正确认识和理解。

所以,从某种意义上说,适用法律的过程,也就是依据法律的有关规定来分析判断案件中所包含的社会关系的过程。正因如此,在进行这种法律适用的逻辑推理之前,先得寻找出可得适用的法律规范。找法的结果无非有三:一是有可以适用的法律规范;二是没有可适用的法律规范;三是虽有规定,可由于其过于抽象,必须加以具体化。无论哪种情况,均需对法律规范进行解释,或使之系统化;或使漏洞得以弥补;或使法律规范的价值得以补充。^① 故德国萨维尼氏曾说过:“解释法律,系法律学之开端,并以其为基础。”梁慧星老师进而发挥说:“法解释学作为科学的实用法学,并不是以法律解释本身作为目的,而是以裁判的先例为素材,以预见将来的裁判为目的。”

故可见,无论是法律的学习,还是法律的适用,都不可避免地要涉及案例研究问题。这是因为,法律本身,特别是条文本身是死的东西,如果我们的学生仅仅注重于法律注释的研究,孜孜于法律,甚至孜孜于字义的解释,而忽视了关于法律的运用,特别是不能以活的头脑来解释死的法律,那么其既没有把握法律学习的真谛,忘记了“法学理论的研究,乃是法律真正科学的研究”^②,而且又由于此种学习方法养成的动力定型,会使我们的学生往往在遇到某种事实没有形成的解释例可适用时,就变得迷茫不知所措。

^① 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第98~100页。

^② Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2nd edition. p. 133.

(二) 案例教学是学生在法律学习中必不可少的方法

显而易见,一个法律院校并非只要挂一块法学院的牌子,再开几门法律课程,就算在办法律教育。法律教育当然首先是为了培养法律人才,^①法律人才当然得掌握法律知识。而要掌握法律知识,又必须先弄懂法律是怎么一回事。在大陆法系各国,各种法学知识的学习,一般来说,都要求学生要掌握基本概念、基本制度和基本理论。无疑,学习理论的目的就是为了运用,掌握了法学基本理论还是不够的,学生还得学会运用法律。

正因如此,学习法律的学生绝不能仅仅专注于法律条文的分析,更不能只对现行法律条文穿凿附会,而应当在法律条文之外,对社会变迁、社会现状、社会发展趋势,有相应的了解,而要做到这一点,研析各种案例便是最便捷的途径之一。故学习法律的学生,在将必要的社会科学作为基础课的同时,在学习各种法律学科的过程中,都应以各种方法注重对典型案例的研析。

依分析法学派的研究方法,旨在鉴别法律现象的共同要素,侧重于分析解剖具体法律的构成;而脱离了典型案例的形象思维,学生往往难以把握抽象规定的度与量。

历史法学派中从法律的发源与成长中来推求其原理和原则。而即使在大陆法系中,几乎每一个原理和原则也都能找寻到其藉以发端的著名案例。

哲学法派是以抽象的伦理目光来批判现实的法律。不通过现实的案例,何以得知现实法律的弊端?比较法学派的研究方法,是以比较各种法制异同为方法。收集材料的标准虽有不同,但案例无疑是其重要的内容。而社会法学派崛起以来,法律的研究方法,形成了重大转变,倾向于实际的、广义的、功用的研究。过去从现实法上发挥其空洞的理论。或者拿空洞的理论来解释现有的法律的学风,已经逐渐从理论研究发展为实际研究。目前各国的学者均认识

^① 孙晓楼:《法律教育》,中国政法大学出版社1997年版,第11页。

到了过分偏于理论,往往用非所学,难以致用,理论脱离实际,所以,不论是大陆法系中的德国学者,还是英美法派的学者,近世以来,在著作方面、讲授方面和课程编制方面,都以案例研究和问题为主要的研究方法。^①

所以,学法律,不但要学条文,学司法解释,更要研究判例。

(三) 案例分析是学习法学的学生的基本功

由于在英美法系,不成文的案例法,特别是一些高级法院的著名法官的判例,实际上起着法律的作用,因此判例法的学习就成了英美法系法律大学生课堂学习的主要内容,顺理成章,案例分析也就成了学习法律对象大学生的最基本的学习方法。

在大陆法系国家,尽管不承认法官的造法作用,但事实上在成文法之外,依然不能完全否定判例的参考作用。可以说,无论在理论上,还是在实践中,判例对任何一个法系都具有一种不可或缺的作用。大陆法系的理论抽象,讲究围绕法律关系进行法学理论研究和学习,案例就是现实法律关系的概括和抽象。研究法律关系无疑需以案例分析的本领为前提。

(四) 正确地分析案例是法学理论学习效果的检验标准

法学以法律现象为研究对象。法学与一般社会科学不同,其不但以现行法为研究对象,而且要以构成对人类社会有效的规范体现为自己的任务。为了使现行法达到维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序的目的,以为立法和法律解释等法律实务提供必要技术为目的的实用法学,必须针对具体的案例事实,必须将判例的分析作为重要的内容。

对一个真实的案例来说,搞清案情即案件的客观情况,其实是个证据问题。就课堂学习而言,学生的任务,只是需要从仅剩下最基本的社会关系的案情介绍中,一步步地找出其所包含的全部法律关系。换句话说,分析一个案例时,只要学生弄清了其中所包含的

^① 孙晓楼:《法律教育》,中国政法大学出版社1997年版,第43页。

一层层的法律关系,正确认定了这些法律关系的性质,也就知道了各方当事人究竟享有哪些权利,同时又承担哪些义务。

法律被正确适用的过程,无疑是以一个具体案件得以正确分析为基础的。案例分析在实践中的重要意义,决定了其在理论学习中的重要地位。

二、案例研究在法律方法论上的意义

由于历史的原因,中国的法律现代化一开始就囿于大陆法系的窠臼之中,中国近代最早的民法和民事诉讼法都是主要模仿大陆法系国家的。众所周知,我国目前的民法和民事诉讼法在理论体系上,也都是属于大陆法系类型的。随着改革开放的不断深入和发展,我们与英美法系国家的交往愈益密切,而且,在我国诉讼法修改以后,祖国大陆的诉讼制度正在由“纠问式”向“辩论式”演化。虽然诉讼程序在法律上已改为了辩论式,而实体法却依然是法典化的。故研究两大法系对案例的态度,即有了更加现实的意义。

(一)普通法的遵循先例与大陆法的三段论

美国法学家梅利曼在《大陆法系》一书中说过:“两大法系在司法程序中的重大差异,并不在于两种法院实际上在做什么,而在于它们各自占传统地位的社会习俗观念要求法院应该做什么。”^①梅利曼认为,两大法系的真正差异在于法典编纂的思想、法典系统化和概念化的程度以及对待法典的态度不同。^②我国法学界的通说亦认为,两大法系的区别在于法律方法论的不同。

普通法系国家,法院在处理具体案件的时候,首先要探讨以前类似案件的判决,并从中找出适用于所要处理的案件的一般原则。此即所谓的遵循先例的原则。普通法系民法的结构,不是理性逻辑的,而是以判例法为基础的经验体系,通过一定的原理而不是概念,

① [美]梅利曼:《大陆法系》,知识出版社1984年版,第53页。

② [美]梅利曼:《大陆法系》,知识出版社1984年版,第5页。

将主要散见于庞杂的有效判例中的规则联系起来。这一结构是一个灵活和不断发展的体系,不能依靠概念分析、演绎推理去理解和发现法律,只能从积累的经验中抽出规则以及理解它们的联系。故此,英美法系民法的体系是大陆法系所难以理解的,这个经验的体系由于无须文字表达的逻辑综合,因而在结构上看起来似乎是庞杂无章的,但在英美法律职业者看来,此种体系却是最好的,它是一个以法官的“语言”构成的体系,这个体系特别适合于社会的发展,也适合于法官发挥作用。^①

而在大陆法系国家,对这种“遵循先例”的原则却完全持否定态度。他们至少在理论上不承认任何法院的司法判例具有法律效力。下级法院在法律上不受上级法院判例的约束。大陆法系国家在处理案件时,首先考虑的是制定法所确定的一般法律准则,传统民法学运用了一个单纯的逻辑模式作为法律适用始终应遵循的方法,即所谓确定法效果的三段论法。^② 在这个逻辑推理的三段论中,一个完全的法条构成大前提;而将具体案件事实归属于法条构成之下的过程,构成小前提,最后得出结论。法官俨然一个机器操作工,只能谨慎地活动于立法者所设定的框架之内,把法学家创造出的“系统、清晰、逻辑严密”的法典适用于具体的案件事实。

可是,任何规则总有例外。长久以来,三段论在司法实践中得到了一致的应用。但是当代越来越多的法学家发现,三段论法的模式不恰当地过分简化了法律适用的过程。在法条就构成要件以及法效果相当精确的场合,三段论的清楚适用问题不大,但是,事实上法律中的多数法条是不完整的,往往要运用不确定的概念或者需要填补的标准,而这些通过归纳法抽象出来的一般原则,不论其有多大的概括性,当其适用于特殊的案件时,总难免会产生不公平的结果。王利明先生说:“当今世界法治发展的趋势表明,判例法未因成

^① 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第84页。

^② [德]卡尔·拉伦茨:《法律方法论》,商务印书馆2003年版,第150页。

文法的发达而湮没在浩如烟海的法典及法律之中,相反,判例法在法律的创制、解释及填补法律漏洞上所发挥的作用,使其地位比以往任何时候更加突出。”^①

(二)务实的普通法系的法官与大陆法系抽象理论研究传统

西方法学界有一句名言:普通法是由法官创造和建立起来的。^②普通法从最初创立,到后来形成和发展,都离不开法官的贡献。正是由于法官们逐案严密地进行推论,才建立起这样一个法律体系,使以后的法官只能服从“遵循先例”的原则,依据案例处理类似的案件。

而在大陆法系国家,则在理论上排斥法官对法律的解释权。大陆法的传统理论认为,不论法官对法律作何解释,这都意味着“法官立法”。而法官只应当执法。

因此,西方的法学家说,普通法的法学家是务实的,而大陆法系的法学家只注重抽象的理论研究。

三、判例在民法渊源中的重要地位

(一)英美法中对判例法的优先适用规则

在英美法国家,判例法处于优先适用的地位。只有在判例不敷应用之际,才适用其他法律渊源。其实,两大法系的审判模式的形成,都是在各自特定的历史环境中,由于政治、经济、法律文化、民族传统种种因素的相互影响,逐步演进,通过一个长期的发展过程,才最后形成的,而且它们至今依然可以说也还在不断有着新的变化。

审结案例不但直接反映了法官对案件的分析能力和执法精神,而且可以直接展现法官的法律意识以及其对立法的理解;同时,案例的具体情节还反映现实的社会现象,特别是经济发展状况,以及法治建设水平。成功的优秀案例,可以使法官在处理同类或类似案

^① 王利明:《中国民法案例与学理研究》,法律出版社1998年版,第1页。

^② [美]梅利曼:《大陆法系》,知识出版社1984年版,第37页。

件时,以之作为重要的参考资料,从而起到示范作用。所以,案例的研究,本身就是总结法官办案的经验,提高审判水平的一个有效途径。在大陆法系同样如此。

权威法学家都公认,简单地去评判不同法系的优劣实际上是个愚蠢的问题。任何理论都渊源于社会实际,是社会实践的反映。在对待案例的态度上,尽管两大法系理念不同,但都不否认案例在司法审判实践中的重要作用。

(二)中国古代“律例并用、以例辅律”的案例法——“有法则以法行,无法则以类推,听之尽也”

1. 中国古代作为法律渊源的判例法。

先例一直在中国固有民法中居于某种主导性的地位。学者所称的作为法律渊源的判例法,是指由法院在裁判过程之后所作出的那些判决例而形成的法律。英美法系以判例法为重要法源,故其各级法院便有系统的判例汇编向公众公布;大陆法系国家凡是承认判例有补充制定法效力者,也都有官方出版的判例集。^① 强调“个案裁判就是法律”是英美法学家的名言。^② 众所周知,在大陆法系法院原则上是不受自己、同级或上级法院所作出的判决的拘束的,不过这并不妨碍其同样可以产生判例法。在司法实践中,往往一项判决作出之后,再遇有同样的案件发生,只要没有特别反对的理由,必然仍会作出同样的判决。故可见,“以同样判决屡经援用之时,人民之间遂成为习惯,而发生法律之效力。此即所谓判例法也”。^③

中国古代虽没有像古代罗马人那样,将业已存在的民事法律制度整理成逻辑严密的民法典或条例清晰的教科书,却只是本着息事

① 大理院书记厅编,收录民国元年(1912年)七月至民国三年(1914年)七月民刑事判决。

② 陈传法:“法的移植简论”,载《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第6页。

③ 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第10页。

宁人的宗旨,满足于合情合理地判定实际案例。^① 故而需要引起我们注意的就是,先例一直都在中国古代法中居于一种主导地位,诸多裁判案件的汇集都可以证明这一点。^② 恰恰就是通过审判机关所累积起来的判例,中国固有民法同样形成了一个能够与社会生活的一切局面相对应的统一完整的规范体系。^③

2. “律垂邦法为不易之常经,例准民情在制宜以善用”。

中国固有民法的演化规律是,先是“以例辅律”,逐渐“例律并行”,最后“以例破律”。所谓“例”,即成例汇编,是在汉代“比”的基础上发展起来的一种法律形式,但明清法规以律为主,律外有例、诰、令、条例、则例、会典等;特别是经常以奏准的例来补充律文的不足。^④ 明清时期律例合编。清律继承和发展了明律的有关规定,清朝法典分为“律”与“例”两部分,律是正文,例是附例。“凡律令该载不尽事理,若断罪无正条者引律比附,应加应减,订拟罪名,议定奏闻”。“律不尽者著于例,……有例则置其律,例有新者则置其故者,律与例无正条者,得比而科焉,必疏闻以候旨。”而且《则例》又与“律令相表里”,在法源上具有统一性。^⑤ 以至于有学者说:“清以例治天下,一岁汇所治事为四季条例。采条例为各部署则例。新例行,旧例即废,故则例必五年一小修,十年一大修。采条例以入会

① 怀效峰:《明代民事判牍研究》(序),广西师范大学出版社1999年版。

② 王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第41页。

Jamison, Translations of Leading Cases, China Rev., XVIII, No. 33. (1889); Ernest Alabaster, Notes and Chinese Supreme Court Decisions (Peking, 1923), and see Wigmore, Panorama of World's Legal System (1929), I, p. 179.

③ 滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括法源——情、理、法”,载《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第73页。

④ 张晋藩:“中国法制史发展概论”,载《中国法学》1984年第2期。

⑤ 林乾、张晋藩:“《户部则例》的法律适用——兼对几个问题的回答”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第120页。

典,名为会典则例,或事例。”^①据考证,嘉庆十六年“清厘例案之时”,皇帝曾发布上谕,“著各该堂官等择其在署年久、熟谙政务、平素端谨之人,责令详慎修辑,务使义意贯通。词句明显,以便永远遵守。”^②嘉庆的这一上谕后被载入了《钦定户部则例》“通例”门中。而在同治四年《户部纂辑则例》中更明确规定,“旧例有与现行之案不符者,逐条逐案详查折中”;采取的办法是:“例均舍案存例,案均改例从案。”即是说,当现行之案较多,而例与之相矛盾时,将案上升到例,即所谓“新例”,而原例或删除,或作为案保留在例中,以体现不以案废例的原则。^③可见,到清朝业已形成一系列比附范例作为审判时所应遵循的先例。^④

总之,例与律的地位随时代的变化而有消长,基本过程是:先是以例辅律,逐渐例律并行,最后以例破律。荀子曾说过:“有法则以法行,无法则以类举,听之尽也。”^⑤武树臣认为,此即为荀子提出的司法审判原理,其含义即是说:“在审判中,有现成的法律条文可援引的,就按法律条文定罪科刑,没有法律条文的就援引以往的判例,没有判例就依照统治阶级的法律意识、法律政策来定罪量刑,创制判例。”^⑥

考证还说明,例如在清代时,习惯法和判例法都是审判机关处理案件时的重要法律渊源。由于此种“例”其实是对成案中包含的法律原则的高度抽象,而适用成案事实上又是清代法律适用的一项原则,以至于清朝号称“以例治天下”。

① 林乾、张晋藩:《户部则例》与清代法律探源”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第121页。

② 《钦定户部则例》(同治十三年本)卷九十八,《通例》。

③ 林乾、张晋藩:《户部则例》与民事法律探源”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年,第118页。

④ 张晋藩:“清律初探”,载《法学研究》1979年第1期。

⑤ 《荀子·王制》。

⑥ 武树臣:“中国古代法律样式的理论诠释”,载《中国社会科学》1997年第1期,第135页。

3. “定例”是中国古代成文法的重要组成部分。

中国古代同样存在着实质意义上的判例法,认为中国古代是所谓“混合法”的学者说:“中国存在着实质意义上的判例法乃至判例法体系。在清代,已经存在着一种判例法的形成机制,经过这种机制抽象出来的例,体现了若干禁止性授权性的规范,因而成为一种可以普遍适用于其他相关案件的法律原则。因此,清代不仅存在着判例(成案),也存在着判例法(定例),而且存在着判例法体系(大清例的体系)。”^①

《大清会典则例》明文规定了各部事例,“有与律义相合者”采入律例的原则。^②修订律例时,事关罪罚,应入例者纂入律例。^③故有人认为:在封建社会后期,“律”仅规定大的原则,而“敕”、“例”等则从各个具体方面予以补充并可进行一定幅度内的修正。那些作为大原则的“律”是相对稳定的,很少进行修改,而起实际作用的那些附属立法如“例”,则会因时因地频繁修订,此即所谓“律垂邦法为不易之常经,例准民情在制宜以善用”。^④无疑在民事法律调整中,这一特点尤为突出。

故可见,只要我们不坚持那种僵硬、狭隘和陈旧过时的实证主义的法律定义,都可以看清楚,在中国运用法律来实施统治是一种极其久远的传统,自秦汉以后,不但每个朝代都有大量的法律典章流传下来,而且这些条例随时损益,体现着有关社会变化的大量信息。^⑤在中国古代民法这个领域,难道不更是如此吗?!

(三)成文法国家判例的弥补作用

在中国这样的成文法国家,不论是民法,还是其他的一些法律,

① 何勤华:“清代法律渊源考”,载《中国社会科学》2001年第2期,第131页。

② 乾隆《大清会典则例》卷一百二十四,《律纲》。

③ 林乾、张晋藩:“《户部则例》的法律适用——兼对几个问题的回答”,载朱勇主编:《崇德会典》·《户部则例》及其他,法律出版社2003年版,第76页。

④ 曹宪义:《中国法制史》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第7页。

⑤ 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第15页。