

哲学社会科学“九五”重点研究课题

《中国民事诉讼理论与实践》科研成果

民事诉讼理念与机制

主 编
副主编

唐德华
金俊银

中国政法大学出版社

民事诉讼理念与机制

主 编 唐德华

副主编 金俊银

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

刘荣军	蔡彦敏	金俊银	李令新
张 力	范跃如	毕玉谦	邱星美
郑学林	杨荣新	王艳梅	黄金龙
赵晋山	奚晓明	王淑梅	

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼理念与机制/唐德华主编. —北京:中国政法大学出版社, 2004.11
ISBN 7-5620-2670-X

I.民... II.唐... III.民事诉讼-研究 IV.D915.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 128482 号

书 名 民事诉讼理念与机制
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 46.25
字 数 850 千字
印 数 0 001 - 2 000
版 本 2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2670-X/D·2630
定 价 60.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

前 言

自党的十五大确立“依法治国”的基本方略后，我国法制建设的进程明显加快。党的十六大又进一步提出“完善诉讼程序，保障公民和法人的合法权益”，这是我党历史上第一次明确把强化诉讼程序提高到了一个空前重要的地位。对诉讼程序独立价值的充分肯定，这是邓小平法制思想的重要体现，也是建立社会主义法制国家不可或缺的重要组成部分。要完善诉讼程序，就必须不断研究和发展司法理论，改革诉讼制度，了解和掌握司法的本质、特点和规律。而这一切有待于紧密结合我国的司法实践，按照科学的法制观，与时俱进，研究和提出既满足我国现实国情需要、又符合民事诉讼内在规律和发展趋势的诉讼理念与制度构建。毋庸置疑，这是一项长期的战略任务，也是现实迫切需要解决的重大课题，更是实践与理论工作者所承担的一份义不容辞的责任。

正是基于这样的历史使命，我们围绕司法改革的实践，结合民事訴訟理论的创新成果，组织了国内有丰富实践经验和深厚民事诉讼法学理论功底的学者和法官，申报了国家重点课题“中国民事诉讼的理论与实践”。在课题立项后，课题组的成员就此问题进行了深入的调查研究，掌握了大量的第一手的资料、信息，同时又比较分析了国外的相关制度和理论，同时坚持从中国国情出发，从民事诉讼的内在规律出发，以民事诉讼固有的正义、秩序、效率等基本价值取向为基础，就我国民事诉讼理论和司法实践的诸方面展开研究，探索改革与完善我国民事诉讼制度和充实我国法学理论的路径，最终以《民事诉讼的理念与机制》一书付诸桑梓。应当说，课题组的同志为这一研究课题，付出了艰辛的劳动，作出了巨大的努力，但对这一课题的研究还只能说是开了一个头，是起点而不是终点，是为这一课题的进一步深入研究打下了一个基础，许多问题和许多方面还有待实践与理论的发展。仅就问题论述的深度广度来看，我认为还是有其特色的。

第一，基本理论的阐述始终围绕司法改革、民主与法治这一时代的核心问题，坚持以实践作为检验理论的标准，在宏观与抽象的层面，深入阐述民事诉讼的目的、民事诉讼程序的价值、宪法与民事诉讼的关系以及实体法与程序法的关系等，明确分析和定位我国所应当具有的民事诉讼理念。

第二,对民事诉讼机制的研究,超脱了传统上“职权主义”和“当事人主义”为基准的民事诉讼模式论的思维束缚,而是从中国国情出发,结合民事诉讼主体制度、以诉讼中当事人与法院作用分担的具体方式为基础,来分别不同的诉讼机制,提出和规划我国民事诉讼机制的应然形态,使之具有中国特色。

第三,对具体的民事诉讼制度,例如代表人诉讼、法院调解、上诉制度、再审制度、民事诉讼证据、强制执行制度,以及民事与行政交叉案件的冲突选择等,利用丰富的实践资源,充分发挥其所特有的司法实践优势,提出更加现实和理性的制度设计。

第四,对民事诉讼中的一些特别程序制度,如仲裁制度、破产制度、民事诉讼中的司法赔偿制度、海事诉讼的特别程序等,提出解决实践问题的新思路、新途径。

《中国民事诉讼理论与实践》是哲学社会科学国家“九·五”重点研究课题,我作为课题主持人,组织了来自司法实践、教学科研一线的优秀中青年作者参加,他们当中既有实践经验丰富、理论功底深厚的来自实践部门的代表,又有著述丰硕、成就显著的来自理论界的代表,他们几历春秋,为完成这一研究课题而不懈努力。但是,本项课题的最终完成经历了较长的时间跨度,客观上,是因为课题组成员中有的承担着繁重的审判任务,有的承担大量的教学科研任务,还有的成员工作有变动。也由于该课题承载着透视、梳理和规划我国民事诉讼理论和实践的作用,责任重大。加之,工作抓得不紧,所以迟迟未能出版面世,对此深感内疚,并表歉意。

经过长久的希冀和期待,我们的最终研究成果《民事诉讼理念与机制》出版了,这离不开广大同道学人的支持和帮助,也离不开课题组各位同仁的共同努力,尤其是先后在中国应用法学研究所和国家法官学院工作的金俊银同志承担了这一课题的具体组织、执行工作,才使这一课题得以完成。但是,由于民事诉讼法学理论博大精深,民事诉讼的实践复杂多样,加之承担课题的同志在理论与实践的结合上对某些问题的把握还不是十分准确,因此疏漏和不当之处在所难免,恳请各界志士仁人和广大读者不吝赐教。

项目主持人:唐德华

2004年9月于北京

目 录

第一编 基本理论篇

第一章	通过裁判创造法律的原理	(1)
第二章	实体法与诉讼法的关系	(29)
第三章	民事诉讼的目的与司法的作用	(48)
第四章	宪法与民事诉讼	(67)
第五章	民事诉讼程序的价值	(99)

第二编 诉讼主体篇

第六章	审判主体——法院	(125)
第七章	冲突主体——当事人	(170)
第八章	代表人诉讼制度	(196)
第九章	阐明权	(225)
第十章	民事程序选择权	(283)

第三编 民事证据篇

第十一章	证人出庭作证	(298)
第十二章	证据保全	(353)
第十三章	举证时限	(377)

第四编 相应程序制度篇

第十四章	法院调解	(431)
------	------------	-------

2 目 录

第十五章	民事诉讼附带上诉制度	(465)
第十六章	民事再审制度	(475)
第十七章	破产程序	(483)
第十八章	仲裁制度	(504)
第十九章	民事与行政交叉案件的冲突选择	(521)
第二十章	民事诉讼中的司法赔偿	(539)
第二十一章	强制执行制度	(557)

第五编 涉外民事诉讼篇

第二十二章	涉外民商事诉讼中的一事两诉	(632)
第二十三章	涉外民商事诉讼中的协议管辖	(656)
第二十四章	不方便法院制度	(680)

第六编 海事诉讼篇

第二十五章	海事诉讼的特别程序	(696)
-------	-----------------	-------

第一编 基本理论篇

第一章 通过裁判创造法律的原理

一、本章议论目的限定

自古至今，法律的发展始终与裁判存在着不可分割的关系。如同本书关于实体法与诉讼法的关系的议论中所述那样，司法裁判无论对实体法、还是对诉讼法来说，都具有极其重要的作用。问题在于，司法裁判对于法律的形成是通过什么途径以及方式形成的，在现代各国，尤其是在法学复兴^{〔1〕}以后的中国来说，有关的议论更是耐人寻味。但是，不得不指出，在笔者案头直接涉及判例制度的研究文献中，纯粹理论性的研究还是占据了绝对多数的比率。反之，能够在理论研究的前提下，从实在法的实践，换言之，就是从制定法的适用、反馈以及作用于立法的过程的研究，的确是少得不能再少。这种反差的出现，说明在很大程度上，法学的研究，或者更直接地说就是关于判例的研究，基本上受制于法律体系的影响，而且还证明了理论法学与实践法学的脱节。当然，本文并不将理论法学与实践法学关于判例的态度以及它们的研究方法作为考察、分析的对象，而是想以此作为主要的议论线索，逐渐转入正题上来。

应该说，关于判例制度的议论，向来的焦点主要集中于判例的法源性以及判例的拘束力问题上。而作为判例存在的根据，或者说法律及社会对判例需求的根源，则少为学者问津。自然，由于判例的法源性问题尚未解决，就要深入地议论其存在的根据，似乎有些“好高骛远”，所以，这一层次的问题也就自然地被人们所忽视，或者疏远了。然而，正是由于这样的疏远或者忽视，使得中国法律在实践及理论上总是处于“貌离神合”的困惑局面。即，一方面，社会要求法律应该且必须反映社会的需求，而能够迅速地反映这种要求的，在中国的现实条件

〔1〕 笔者在此妄自使用法学复兴一词，是指中国进入改革开放之后，法学研究重新兴起之事实。

下,除了司法裁判以外,并无其他更为有效的方式。而且,在司法实践中,法院无论是通过判决、还是通过司法解释,都确实在发挥着创造法律的作用;可是另一方面,在法学理论上,甚至在司法实践中,人们始终对判例制度的性质及作用存在偏见、怀疑和迷茫,以致判例在法制及法治的发展中失去了应有的定位及价值。

可是,如果我们能够在理论上有更深入、细化的探讨,或许会对一种已经存在而被我们忽视的制度有深层的认识,并进而可能使其在中国法制建设及司法运作的规范化、合理化中发挥应有的作用。

本章议论的目的,主要从法律的不完整性角度阐述判例制度存在的依据,围绕此目的,文章将选择三个基点来作为支撑观点的论据:①关于判例制度的研究动向分析,其中将涉及判例的法源性及其拘束性问题;②关于法律不完整性的考察,其中将重点对立法及司法的机能、缺陷进行比较分析;③从程序正义的侧面论述判例制度对于完善法律及司法的作用。当然,有关的议论可能会波及更宽领域。

二、我国判例制度研究动向的分析

(一) 从关于判例的研究引发的话题^[1]

根据现有的资料,可以看出,中国关于判例制度研究的特点:一是起步晚,二是侧重比较法研究或法制史研究,三是参与议论的学者少,从而没有形成规模。^[2]对于判例制度的认识,存在两种典型的对立性观点:一是否定采用判例,二是赞成判例制度。

反对者中,以北京大学沈宗灵教授为代表。沈教授主要从现行政治制度、司法制度、文化传统以及判例法制度本身存在的缺陷等角度入手,否定在中国导入

[1] 关于在中国开展判例研究的动向,武树臣教授有很好的概括。当然,武教授的综述侧重于对学者们观点的介绍和评析,很有资料价值。参见武树臣:“对十年间大陆法学界关于借鉴判例制度之研讨的回顾与评说”,载珠海市非凡律师事务所编:《判例在中国》(法律出版社1999年版)。本章主要通过对于主要代表者的观点的分析,引申出一般性的议论话题。

[2] 据武树臣教授的不完全统计,自1986年到1996年的10年时间里,我国有关判例制度的论文仅有三十余篇,尽管该问题一度形成“热点”,然而,就笔者的分析,基本上没有形成规模,况且,在全国范围内的集中议论还是十分稀有。参见武树臣前注论文。

判例法制度的可能性的。沈教授的论述中,^[1]明显将判例法与判例制度作为两个不同的概念来区分使用。依沈教授的观点,判例法是一种法律,因此它当然具有法律拘束力,产生与制定法同样的效果;而判例并非法律,中国现行的法律对判例的法源性也没有加以肯定,因此,不能把它作为法律来对待,但是,可以作为参考。

赞成采取判例制度的学者中,同样也以原北京大学教授武树臣为代表。武教授主要从比较法和法制史的角度,从中国传统文化基础引申出在中国采用判例制度(含判例法)的可能性。武教授指出:在中国文明历史的初期,调整社会关系的“法律”是“神本位·任意”的,而当中国传统法律文化发展到西周、春秋以后,随着司法体系的建立和完善,逐渐演变为“家本位·判例法”。“家本位”是对“神本位”的否定,“判例法”则是对“任意法”的否定。武教授在通过比较各大法系的立法及司法特点之后,提出了“混合法”的概念,^[2]指出:无论是东方还是西方,各国都依靠“判例法”来弥补成文法的不足,形成了两种类型的法“混合”的局面。他甚至引用国民党时期的司法院长居正的论述:“成文法与判例只有形式之区别而无本质的差异,中国历来就是判例法国家,与英美法系差不多。”来强调判例制度在法制建设和发展中的重要作用。^[3]

上述沈宗灵教授与武树臣教授的议论,集中地反映了两个方面的差异:差异之一是,前者否认判例法的法源性和拘束力,后者则予以肯定;差异之二是,前者从中国传统及现代文化中推论出中国不能采用判例(法)制度,而后者则在大致相同的材料基础上得出了相反的结论,即在中国可以采用判例(法)制度。不过,前者和后者都在不同程度上肯定了判例对司法实践及法学研究具有重要参考价值。当然,后者在肯定适用判例法的前提下大大地强调了判例(法)的适用价值。

根据上述的关于判例制度的否定与肯定的对立观点,在这一节中,有两个问题将成为我们下面的探讨对象。一是判例是否有法律拘束力(性),二是判例是否具有法源性。

[1] 沈宗灵:“当代中国的判例——一个比较法研究”,载《中国法学》1992年第1期;沈宗灵:“再论当代中国的判例”,载珠海市非凡律师事务所编:《判例在中国》(法律出版社1999年版)。另外,沈教授在所翻译的《比较法总论》(北京大学出版社1987年版)中也有论及。

[2] 武树臣等:《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版,第169页以后。

[3] 武树臣:“走向东方,走向混合法”,载珠海市非凡律师事务所编:《判例在中国》(法律出版社1999年版)。

(二) 关于判例是否具有法律拘束性的考察

判例, 在我国的通用用法被称为“案例”。沈宗灵教授认为二者在某些时候可以通用, 但是在一般情况下, 判例的重点在于判决, 而案例的重点在于案件。我国最高人民法院在法院公报中使用的就是案例。不言而喻, 具有法律约束力的是判决, 即判例, 而案例则一般不具有法律上的约束力。有学者甚至一针见血地指出: 在我国, 只有判决, 没有判例, 因而也就无从谈及判例法。^[1]

判决与判例之间为何存在距离, 其原因何在呢? 在这里, 我们先来看看判决的指向及其效力。众所周知, 法院所为之判决, 必须针对具体的法律关系而作出, 而且必须是针对具体法律关系中的具体的行为主体作出的。就此而言, 判决具有的效力范围大致可以限定为几个方面:

(1) 判决只能就具体的法律关系作出, 因此其效力范围, 即在内容上只能限定于“具体的”法律关系之中;

(2) 具体的法律关系的主体只能是具体的, 不可能是宽泛的, 仅此, 判决的效力只能及于具体的人或团体;

(3) 判决是围绕原告、被告主张的权利义务法律关系来确定, 但是, 其拘束力并不仅仅停留在原告或被告之间, 所有与判决所确定的法律关系, 以及为了确定该法律关系所形成的诉讼法上的法律关系的主体, 也都应该受此判决的拘束。

此外, 由于法律的地域性很强烈, 因此, 在通常情况下人们往往会将判决的效力局限于某个地域 (主要是与主权相关的国家范围之内)。但是, 由于现代社会的发展, 以及由此引起的经济区域化和国际化, 判决拘束力的范围将会越来越宽。

由上可见, 判决的拘束力在一般意义上是完全被限定的。要使其具有“法源性”, 必须依靠一定的环境和条件才有可能完成, 否则, 判决只能是判决, 它与现代社会中人们使用的法律的定义明显存在着差距, 不可能具有与制定法同样的拘束力。为了与我们后面议论的判例的拘束力相区别, 在此, 可以用特定拘束力来说明判决的拘束力, 同时, 用普遍拘束力来说明判例的拘束力。就此可见, 通常情况下的判决, 并不是判例, 具体地说, 并非法院作出了判决就自然地成为判例。那么, 判决究竟在什么情形下能够成为判例呢?

美国学者施莱辛格对一些国家关于判决能够成为判例; 即具有法律拘束力的

[1] 曾明奇: “对比两大法系看我国确立判例制度的必要性”, 载《比较法研究》1988年第1辑。

条件作了介绍性的比较,根据其介绍,判决能够成为判例,具有普遍约束力的情形主要有:

(1) 在德国和法国,最高法院如果要偏离原有规范就案件进行裁决时,必须组成特别法庭进行审理;

(2) 西班牙语系国家的宪法或法律规定:一系列的对同一法律问题有一致认定的判决具有判例约束力。如墨西哥法律规定,如果最高法院就宪法及其他联邦问题作出五个相同的判决时,这些判决将具有判例效力;巴西法律则规定只要判决书的提要被收入《提要汇编》后便产生“事实上的拘束力”;

(3) 在设有独立的宪法法院的大陆法系国家,如德国、意大利等国的法律规定,由宪法法院作出的判决具有法律效力;

(4) 大多数国家承认判决演变成“习惯法”,并由此产生普遍拘束力。^[1]

尽管介绍给我们的资料是关系大陆法系国家的,我们还是可以根据此资料重新进行概括,从而导出法院的判决“进化”到判例的一般特点:即:①必须是最高法院或独立的宪法法院的判决;②必须是关乎法律问题的判决;③法院就同一法律问题作出了一系列的判决;④有的判决经过较长时间的考验(实际上可以推断为被其他后来的判决所沿用),从而变成了“习惯法”。

实际上,在承认判例具有法律效力、而且其法律体系主要是依靠判例法的英美法系国家,关于判例的效力也并非随便规定,而必须是遵循严格的程序和满足必要的条件方得以形成。在英国及美国,这些条件主要有:

(1) 必须是一定级别的法院作出的判决。例如,在英国,上议院(枢密院)的判决对所有下级法院具有约束力,即使对那些与上议院无上下级关系的法院也同样;

(2) 必须是以书面方式作出的判决。只有将判决整理成文,才有可能作为以后裁判同类案件的依据。因此,美国的联邦上诉法院、最高法院以及州最高法院的法官们必须以书面形式反映判决内容,才有可能成为司法先例;

(3) 判决只有在得到汇编出版时才能发生作用。从英国的情况来看也是如此。我们知道,英国现在适用的大部分的判例,是在19世纪以后才得以系统汇编,并发生作用的。在此之前的英国法院进行裁判,主要还是遵循自然法的原理,由法官“发现、宣示法律”。19世纪中叶以后,法院逐渐尊重先例,并自彼

[1] (美) R. B. 施莱辛格著、吴英姿译:“大际法系数的司法判例”,载《法学译丛》1991年第6期,第30页。

时至1966年,将先例视为法律渊源之一,强调必须绝对遵守。^[1]但是,在1966年以后,英国上议院宣布变更“先例拘束原则”,即法官在审理案件时,如果发现先例有违正义之理念嫌疑时,可以脱离先例独立裁判。^[2]

虽然同为英美法系,美国与英国对于判例的态度还是存在差异。美国人历来没有英国人那么严格要求绝对遵从判例。只是要求后来的法官对判例必须予以足够的尊重。但是,当法官认为如果遵循判例会导致不妥当的结果出现,即使推翻判例也不会影响法律的安定性的时候,有权推翻判例,作出新的判决。像美国一样,几乎所有的英联邦国家,现在也都基本上没有采用严格的先例拘束性原则。^[3]

可见,由判决演进成为判例,有其特定的条件。各国根据自身的国情,对相关条件作了规定,只有具备这些条件,判决才有可能成为判例,而成为判例的判决,就有可能跨出判决本身固有的特定效力范围,扩展至一般社会、司法及政治范围。

根据上面的论证,将它与我国法院的判决进行比照,很显然,我国的情况与上述情形有着惊人的暗合。这或许会超出许多专家的意料。其实,如果能够将中国法院的历史加以整理概括的话,就能发现其中的蹊跷了。

新中国成立以后,在相当长的时期里并未注重法制建设。但是,这并不影响法院的运作。法院在基本上无法可依的情况下,依然能够进行裁判(无论这样的裁判是否具有正当性)。那么,法院进行裁判的依据是什么呢?这不能不说是引人注意的地方。这种现象,即使到了今天,也就是说在我们已经基本上初步建立了社会主义法制体系的当今,仍然存在着由于社会的发展迫切需要法院在无法可依的前提下进行裁判的可能。可惜的是,关于这方面的实证考据几乎没有。不过,笔者却对与此相关的另外一个问题深感兴趣。即,最高人民法院就各级地方法院具体案件的请示发出的指示、回复、答复。这种现象,在大部分学者的学术视野以及官方的用语中,被统称为“司法解释”。毫无疑问,如果司法解释是就同类案件普遍存在的法律问题作出解释、而且并不涉及具体案件的具体事实的话,那么,其“解释”的特征是十分明显的。不过,如果能够留意一下法院颁布以及正式出版的有关法令、法规汇编,就会发现,被收入其中的一些“答复”、“回复”、“意见”、“解答”、“批复”等司法性文件,其实都涉及具体的事

[1] (日)田中英夫:《英美法总论》(上),有斐阁1980年版,第158—159页。

[2] (1966) 1 W. L. R. 1234.

[3] (日)田中英夫,前注书(下),第480—482页。

实问题和隐含在其中的法律问题。尽管与这些司法性文件相关的案件的判决有的没有能够直接印证,然而,根据笔者的了解,对于最高人民法院就具体案件事实中隐含法律问题的批示、批复等等,地方各级法院是百分之百地以此作为依据进行裁判的。不仅如此,这些司法性文件还被收入法令汇编中,构成了法源(部分文件至少对法院系统的法官们是通用的,其法源性难以否定)。而且,在地方法院系统内部,下级法院就案件中的事实认定及法律适用问题向上级法院请示的情形,上级法院在自身能够独立判断的范围内也基本上按照最高法院的批示、批复方式将自己的意见告知下级法院。由此一来,根据上级法院的指示作出的判决,尽管形式上判决的内容不过在最后通过具体的判决体现出来。然而,判决的主文所宣示的内容,已经直接依存于上级法院,尤其是最高人民法院的“批示”、“批复”之中,并通过法令汇编的形式直接获得了判例的效力。这就是中国独特的“批示性判例”制度的形成过程。但是,这种判例与我们前述的通常判例有什么共通之处呢?这就不得不对判例能够发生效力的内容进行检讨了。

从判决到判例,也就意味着判决所指向的具体法律关系本身并不能成为判例的内容。正常情况下,判决中反映具体法律关系归属的主文,与具体的当事人及其他有关的法律关系主体紧密相关。此一部分内容的效力当然只能在具体的法律关系主体之间发生,而不能扩展至其他。问题的关键,很显然不在于判决主文涉及的法律关系,而是其他。那么这个其他是什么呢?美国学者哈伊就此所作的说明是:要分析先例的构成,必须认识到一个上级法院判决的根据或理由(*ratio decidendi*)。^[1]判决能够作为判例得到后来的法院尊重的部分,不是判决的主文,而是法官于解决成为判决对象的具体案件时在必要且充分的范围内的法律问题所作的法律判断。例如,在我国法律中,有些条文常规定:“其他……的情形”。也就是说法律并没有加以规定,那么这种情形如何把握,主要就由法官来裁量了。一旦上一级法院,尤其是最高人民法院就此问题作出的判决中就“其他情形”进行界定的话,将对下级产生判例拘束力。举具体的例子来说,最高人民法院1984年3月26日就民事诉讼中的居所地问题,在对辽宁省高级人民法院关于被告在外地就医的离婚案件管辖问题的批复中,认为被告出外就医时发生的离婚诉讼,对案件审理来说是不利的,故而此种情形下应该以被告户籍所在地作为管辖法院。该批示反映的原则在1991年的民事诉讼法中得到了体现。这里特别

[1] (美)彼得·哈伊:《美国法律概论》(中文第2版),沈宗灵译,北京大学出版社1997年版,第5—6页。

要指出的是,该批示还详细地叙述了案件的事实。^[1]

至此,不难看出,中国的司法解释性文件中的相当部分,实际上起到了判例的作用。通过“去其糟粕,取其精髓”的处理,我们就可以看出,我国最高人民法院作出的“司法解释”中的相当部分(涉及具体案件事实的部分),其实与一般意义上的判例实在是有其“暗合”之点。只是,我国学者们向来的议论,仅仅把它们作为司法解释对待罢了。而且,如同上面引用的最高人民法院1984年3月26日的批复,不管其上升为法律条文的过程如何,其事实是,批示所反映的原则在现行民事诉讼法中是得到体现的。至于中国为什么会生成这样独特的制度,恐怕是由司法的设计及建设、法官的地位及特点等诸多因素决定的。

(三) 关于判例法源性的检讨

本节要议论的第二个问题是判例是否具有法源性的问题,通过上面的分析和解释,已经得到证明,即,各国的情况不同。英美法系国家把它们作为法律之一对待,大陆法系国家在法律上则不置可否,虽然事实上其法源性仍然得到承认。日本学者田中英夫在分析此问题时,使用了“制度上法源”和“事实上的法源”的概念。所谓制度上的法源,是指得到法律明确认可,作为法律制度发挥作用之法;而事实上的法源,则是指在司法实践中,法官们实际上遵循,或者必须遵循的制度。^[2]判例成为事实上的法源的原因主要是:①变更判例,必须启动相当复杂的程序(这是国外民事事实中常涉及的法的安定性与既判力的问题);②下级法院如果违反上级法院的判例作出裁判,熟知先例的当事人一定会上诉,而上级法院在一般情况下也不会轻易变更自己的先例,其结果仍然是先例发生了判例法的作用。当然,这一点,由于在我国并没有在法律上肯定既判力,所以,受到限制的学者们也未能从此角度加以议论。然而,由于近年来有关学说的影响,各级法院开始注意对过去所作判决的整理。最高人民法院有目的地在法院公报上选载案例,尽管仍然只是作为参考案例来对待,也不排除在今后时机成熟时逐渐演变为正式的司法判例的可能。例如,最高人民法院加以引用或者在司法解释中明确肯定其效力。

三、法律的不完整性与判例制度

无论我们是否承认,在中国,有中国特色的判例制度不仅存在,并且还发挥

[1] 《民事诉讼法资料汇编》,法律出版社1987年版,第163页。

[2] (日)田中英夫:《实定法入门》,东京大学出版社1974年版,第198页。

了重要的作用,尤其是经过一段时间检验的判例,往往最后上升为法律,成为“正统”法源之组成部分。

本节将要议论的问题是,在肯定判例制度存在的前提下,如何看待法律体系中判例存在的理由、根据。

(一) 法律不完整性的界定

在论者的叙述中,判例存在的理由、依据,大概有以下几个方面:①判例法可以弥补制定法的不足;②判例可以保持法律的连续性和稳定性;^[1]③为法律实施提供具体的范例,有助于法律的统一;等等。^[2]事实上,这些意见反映的判例生存场景中,最本质的依据,恐怕是法律的不完整性(学者通常使用不完全性来表述)。正是由于法律的不完整性,才需要通过司法实践去完善。当然,如果把法律都视为完整的、无懈可击的整体,这样的完善实属多余,法官的创造性也会成为累赘。可是,我们有谁能说法律是完整的呢?美国大法官霍姆斯在1917年的一个判决中指出:“法官实际上在立法,而且必须立法。然而,法官能够立的法,仅仅是弥补法律中的空隙而已。”^[3]

那么,法律的不完整性又如何界定呢?依梁慧星教授之界定,则为:指现行法上欠缺当前事态所必须的规范,或规范不完全,或有补充必要。^[4]这一定义实际上是将不完整性归纳于法律漏洞之中。有时有的学者又将法律漏洞与法律的不完整性加以并列。必须注意到,在关于法律漏洞的论述中,日本学者矶村哲指出:实定法上反于法律意图之法律不完全性。^[5]至于如何认定不完全性,矶村教授指出:如果从法律不能推测出对待事态的评价,即应承认法律有不完全性。^[6]

虽然传统学说将法律的不完整性归入法律漏洞的范畴,但是,法律漏洞毕竟是影响事物原有机能发挥的缺陷,要弥补缺陷,有各种弥补方法,但是终究必须根据立法之目的来弥补。然而,立法目的为何,毕竟只有立法机关的解释方为权威,如系由司法机关于裁判中推论,则难免出现违反立法目的之可能。而且,法

[1] 李忠诚:“‘判例法’是完善法制的重要途径”,1997年全国诉讼法学会论文。

[2] 曾明奇,前注论文,潘荣伟:“大陆法系的司法判例及其启示”,载珠海市非凡律师事务所编:《判例在中国》(法律出版社1999年版)。

[3] Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 U. S. 205, 221.

[4] 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第251页。

[5] (日) 矶村哲:《现代法学讲义》,有斐阁1978年版,第99页。转引自梁慧星前注书,第251页。

[6] (日) 矶村哲,前注书,第99页,转引自梁慧星前注书,第252页。

律无论存在什么样的缺陷,最初都是以相对完整的形态出现并生效于社会的。存在漏洞,更多的时候是指法律不能与社会中发生的某种事态相吻合,即不能满足某种事态的要求,或者说是不能对某种事态进行评价。如此看来,需要超前的法律实属应该了。问题在于,立法机关以及创造判例的司法机关有没有义务及能力去立超前的法?我国台湾学者杨仁寿教授关于法律漏洞补充的论述很值得思考。他指出:法律规范对于应规定之事项,由于立法者之疏忽未预见,或情况变更,致就某一法律事实未设规定时,审判官应探求规范目的,就此漏洞加以补充。^[1]从这一定义中看出,法律漏洞是立法者有意无意中形成的。那么,立法者在立法时,有没有考虑到漏洞的存在呢?事实上,在法律解释学的研究中,涉及法律漏洞的一个重大概念是法律含义的不确定性。如危险、重大事由、合理等等,被认为是不确定的概念而造成法律形成漏洞的。可是,如果换一个角度思考,就会发现,立法机关预先在立法时作这样的规定,其实是为今后法官判决留下了回旋的余地,而非什么“故意”或“过失”地形成漏洞。实际上,如果承认法律中的一些并未包含全部外延的“预设”是漏洞,也就实际上认可法律永远是一件无法缝制好的衣服,可是,我们为什么还要去缝制,并且还要以此为奋斗目标呢?

就笔者的观点,类似的“漏洞”,其实是法律的假设和司法实践之间出现的“距离”(或称间隙——“gaps”)。因为,在立法和司法之间,在静止的法律和激动的社会生活之间,总是存在着某一种可以感触却不能目视的距离,法官审理案件、制作司法判决,是不断地将法律的条文、精神具体运用于具体的案件的法律实践过程。

法律的假设和司法实践之间存在距离之原因,在于法律的不完整性。法律的不完整性,指的就是法律假设的事态必须与法律实践结合。实际上,在我国的政治及社会生活中频繁使用的“理论与实践相结合”的用语,用来解释这一现象是比较恰当的。不过,必须指出的是,一般的生活理论和实践是可以相互分离的,而一般的法律理论与实践也是可以分离的。但是,作为规制社会生活和社会关系的法律本身与法律实践却是不可分离的。因为,不能用之于社会的,不能调整社会生活的法,充其量是死法,而非活法。一个社会可以不断制造法律,有很多法律诞生,同时也有很多法律因为无法适应社会而死去。

清华大学王亚新教授就实体法与诉讼法关系的论点很有意思。他论道:实体法条文总表现为一般规范命题,其具体的内容必须通过一个个具体案件的处理才能显示出来。一般规范命题在每一个具体案件里表现为什么样的内容、怎样表

[1] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第142页。