

◎王利明/著

民法 疑难案例研究

RESEARCH
ON
AMBIGUOUS
DIFFICULT
CIVIL
CASES

中国法制出版社

◎王利明/著

民法 疑难案例研究

RESEARCH
ON
AMBIGUOUS
DIFFICULT
CIVIL
CASES

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民法疑难案例研究/王利明著. — 北京: 中国法制出版社, 2002.7

ISBN 7-80182-010-X

I. 民… II. 王… III. 民法-案例-研究-中国
IV. D923.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 051288 号

民法疑难案例研究

王利明/著

经销/新华书店

印刷/保定市印刷厂

开本/890×1240 毫米 32 印张/24.125 字数/581 千

版次/2002 年 8 月北京第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-010-X/D·976

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031) 定价: 59.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

论中国判例制度的创建

（代序）

自沈家本清末变法修律以来，中国便纳入了大陆法的模式。改革开放以来法制建设的显性成就就是大量成文法的相继出台。在刑法典修改完毕以后，民法典的起草工作就被提上日程，并被确定为本届人大必须完成的工作目标。在制定民法典的同时，是应当一切依据法典来解决各种纷争，还是应当同时强调判例制度体系及理论的建设，使二者并行不悖，这是关系到未来法律体系内容及其完善的重大问题。以下拟就建立中国判例制度的必要性及发展的构想谈一些看法。

一、法典化与判例制度的相互关系

从比较法角度来看，判例法与成文法是各有利弊的。就两者的关系而言，应是相互补充、有机协调；优势互补，相辅相成。我认为最理想的模式，应是两者的相互补充，事实上，世界上最具代表性的两大法系也都在以一种相互融合的方式发展。

（一）英美法系

众所周知，英美法国家乃是判例法国家。虽然 11 世纪以后英国普通法的判例便开始形成，但作为判例法制度重要标志的遵循先例原则（the doctrine of stare decisis）却直至 19 世纪才最终完全确立。在 1861 年 *Beamish v. Beamish* 一案中，终审法院

(House of Lords) 宣告本法院应受其前判决之拘束；在 1898 年的 *London Tramways v. London County Council* 一案中，法官海斯伯里 (Lond Halsbuty) 引用谚语“诉讼应有结果乃是共同的福祉 (Interest rei publicae at ist finis litem)”阐述了终审法院应遵从其先前的判决，从而使法律具有确定性和安定性。至此英国法才开始形成严格遵循先例的原则。采纳遵循先例原则的主要意义在于：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。因为对于相同或相似的情况，必须适用相同的规则，从而才能使人们相信法律规则是稳定的、公正的，人们才可以从这些规则中预知自己的行为后果；而对于相同的事实和情况，法官必须受先例的拘束，不能随意裁判。所以，强调遵循先例原则，才能防止法官独断专行。

在英国殖民时期美国的法院在适用遵循先例原则方面，不如英国严格。这不仅表现在联邦最高法院不必遵循其本身的判决先例，从而使其可以较为自由地解释成文宪法；而且表现在联邦法院的判例对州法院、州法院的判例对联邦法院均无严格的拘束力。当然最高法院的判例对联邦法院和州法院具有严格的拘束力，在联邦法院、州法院系统内仍要遵循其上级法院及本法院先前的判例。

关于判例法与制订法孰优孰劣的问题，在英美曾有过激烈的争论。英国著名的法官柯克、普通法之父布莱克斯通等人认为，以普通法为主体的判例法优于制定法。理由是，普通法以一般的习惯为基础，反映了人民的一般意志，而制定法往往是立法机关临时的甚至专断的产品。普通法作为人民自由的表达和保障，体现了法律是人们共同的生活习惯的本质；而制定法是立法机关从外部强加的，是创造的法律，这将危及“法律的本质”。制定法往往造成突然的法律变革，缺乏规则的一贯性，因而会打断法律

发展的连续性，损害法律的稳定性；而通过司法判例进行循序渐进的改革，则能保持法律的稳定性和连续性。^① 然而，关于判例法的优越性问题，英国著名的学者奥斯汀（John Austin）提出了不同的看法，他从法乃是主权者的命令的观点出发，认为布莱克斯通所论证的普通法乃是司法过程发现的法的观点，根本是幼稚的杜撰，他认为法官造法使法律变得支离破碎，没有系统，只有在颁布法典以后，立法和司法才不会出现重叠现象^②。而边沁（Bentham）从法律本身应是一套完整而且自足的解决纷争的体系观念出发，认为英国普通法是不可靠的。他指出：“习惯法就是法官造出来的法律。你知道他们如何造出来的吗？就像一个人为了他的狗造出许多规则一样，当它做了某种你想禁止的行为时，你就等它做了以后再打他。这就是为你的狗立下许多规则的方法，而这也就是法官为你和我立下规则的方法”。他认为法律必须预先指导人们的行为而不能对人们的行为事后惩罚。^③

19 世纪下半叶，在美国围绕着是否应编撰法典展开争论。主张编撰法典的一派以纽约的律师菲尔德为代表，他们认为判例法是只有法律职业者才能读懂的“天书”。判例法给法官和律师带来沉重的负担，因为他们在处理案件时，要从成千上万个乱糟糟的先例中寻找法律规则。而反对编撰法典者则认为：编纂法典会束缚法律的发展，法典不可能是完美的，不可能无所不包，与其适用不完美的法典，倒不如没有法典^④。

尽管普通法系学者对判例与法典孰优孰劣的看法并不一致，但不容否认的是，20 世纪以来，英美等判例法国家已大大加快

① 参见高洪君：“英国法的主要特征”，载《比较法研究》1991 年第 4 期。

② Cited in Holdsworth, W. S, Case Law, 50 L. Q. R, 180 (1934), p191.

③ Julius Stone, Legal System and Lawyer's Reasoning 293 (1964).

④ 参见高洪君：“英国法的主要特征”，载《比较法研究》1991 年第 4 期。

了制定成文法的步伐。以美国为例，美国国会和各州每年都要颁布大量的立法，而且这些成文法也变得越来越重要。从 1926 年开始，美国国会便对有效的法律进行合并和编纂。我们所熟知的《美国法典》(United States Code, USC) 即是以方便的形式合并编纂的官方重述，迄今为止已编纂了 50 卷。国会通过的著名法案包括：1975 年的《美国联邦证据规则》、1994 年的《破产改革法案》、1933 年的《证券法》等。美国法学会也制定了《统一商法典》和《美国模范证据法典》等，这些成文法也为美国各州所广泛采纳。而美国各州也颁布了大量成文法。仅以加州为例，先后有《加州民法典》、《民事诉讼法典》、《公司法典》、《证据法典》、《交通工具法典》等。可以说，美国颁布的成文法的数量总和，已不亚于任何一个大陆法系国家。所不同的只是，法官在判案时首先援用的还是普通法，其次才是成文法^①。但成文法与普通法一样具有法律拘束力。

(二) 大陆法系

大陆法系国家乃是成文法国家，其法律传统渊源于罗马法，而形式上多以法典的形式表现出来。在罗马法时代，《法学阶梯》和《学说汇纂》曾经使罗马私法体系化，并对大陆法的法典编纂产生了重大影响。罗马帝国灭亡以后，罗马法一度沉寂多时。自中世纪起，罗马法在欧洲开始复兴，至 15、16 世纪，罗马法继受运动广泛展开，法典化运动也逐渐开始。这个运动首先在法国完成，其代表性成果为 1804 年的民法典、1806 年的民事诉讼法典和 1807 年的商法典；这三个法典不仅成为大陆法的法典制定

^① 邓衍森：“司法判例的规范理论”，载台湾《东吴法律学报》第 4 卷，第 2 期，1984 年。

的范本,而且推动了大陆法的法典化。此后,随着拿破仑对欧洲的征服,法国民法典也被带进德国,例如法兰克福等地就曾经广泛继受了法国民法。1871年德国统一以后,编纂民法典的工作得以展开,最终于1900年颁行民法典。德国民法典的颁行使得大陆法的法典化运动向前迈出了坚实的一步。

应当指出,19世纪在欧洲大陆的法典化运动无不是以限制法官的自由裁量为动力的。从普鲁士法典的制订到法国民法典、德国民法典等的问世,无不是以限制法官造法为其主要目的。法国民法典的制订目的之一便是“希望预见一切、简化一切”,排斥法官的自由裁量。^①正如大陆法系一些学者所指出的,大陆法系制订法典的目的是,“试图对各种特殊而细微的实情开列出各种具体的、实际的解决办法,它的最终目的,是想有效地为法官提供一个完整的办案依据,以便使法官在审理任何案件时都得心应手地引律据典,同时又禁止法官对法律作任何解释”。^②但由于严格限制了法官的自由裁量,又不利于实现公正裁判。因为法典本身往往无法与社会实践的变化相衔接;法律漏洞在法典中也总是不可避免的存在。这就导致在大陆法系国家,自法典化运动以来,历来就存在着的有关法典合理性问题的争论。从迪伯(Anton F. J. Thibaut, 1772-1840)与萨维尼(Friedrich Carl Von Savigny, 1779-1861)的争论,到潘德克顿学派(pandekt)与日耳曼法学派的争论;从19世纪末期,以德国学者埃尔利希(Eugen Ehrlich, 1862-1922)为代表的自由法学否定法典的功能,主张自由发现法律、发展活的法律,到马克斯·韦伯强调法

① Arthur Taylor Von Mehren, *The Civil Law System*, Little, Brown and Company, p72, 1957

② 梅里曼著:《大陆法系》,西南政法学院1983年版,第42页。

典的形式合理性，都实际上涉及到法典化与判例或习惯法争论的问题。

在大陆法系，立法机关制订的法典乃是法官适用法律的主要依据，原则上法官无权造法，即不得自行通过判例创设规则。然而，自 19 世纪以来，尤其在本世纪，这种体制有很大的改变。一方面，在学说方面，在法典化运动中非常流行的概念法学因为过度强调法律的安全价值及法官在适用法律中的机械作用，受到其后的各学派的批评；这些学派都强调法律漏洞的存在表明成文法存在着固有的缺陷，法官为实现立法者的意旨和社会的实际需要，应当摆脱逻辑的机械规则的束缚，法官在填补法律漏洞方面应发挥其能动性。另一方面，由于自由法学、法社会学派力主的法官造法、发现“活的法律”等理论的影响，法官实际上已放弃了传统的“审判不依照判例，而依照法律”（*Non ex exemplis, sed legibus, iuracudum est*）的原则，在实务中，判例的作用日益加强。总体上说，大陆法系学说的发展正呈现出一种积极鼓励法官发挥其在填补法律漏洞方面的造法功能、发现社会生活中活的法律的趋向，此种学术的发展趋向已对大陆法的发展产生了十分重要的影响。自 20 世纪以来，尤其是第二次世界大战以来，大陆法极大地加强了法官在创制法方面的作用，主要表现在：法官以个人的司法解释方法来弥补法律规定的不足，已经起到了十分明显的效果；同时，法院的判例也逐渐成为法的渊源。^①如大陆法的侵权行为法十分原则和简略，而法官在实务中通过司法解释的方法创造了大量的规则，如在危险责任方面，德国法官在判例中创造了“社会安全义务的违反等同于过失”的规则，并通过对德

^① Arthur Taylor von Mehren, *The Civil Law System*, Little, Brown and Company, P1136, 1957

民法典第 823 条第 1 款作扩大解释使侵权法保障的对象大大拓宽;而法国的法官则对法国民法典第 1384 条关于过失责任的规定作出了十分灵活的解释,使过失的内涵及过失责任的适用范围大大拓宽。甚至有学者认为法国的侵权行为法主要由法官的判例和解释所组成。正如台湾学者朱柏松所指出的,在大陆法系,因侵权行为法过于原则,因此“在法学方法论上,除非其已有特殊的立法予以规范,否则,自只能期待法官造法予以完成,就此点而言,除可谓系侵权行为法学方法论上的一个转变外,亦可谓与英美法的判例法的法学方法论,渐趋融合的一种表现”。^①法国学者 Savatier 承认“法国民法典的某些部分已经不再是成文法,而已变成判例法了”。^②

绝大多数大陆法系国家尽管并没有明确采纳遵循先例的判例法原则,但判例在补充法典的规定、指导法官办案方面的作用,无疑是大大加强了。以德国为例,在第二次世界大战以后,特别强调判例在补充法典和法律方面的作用。法官通过判例创设了许多新的规则,法院的主要判例都收集在案例报告中定期出版。在实务中,引用判决的频率较高,如 1990 年至 1995 年期间,联邦宪法法院的判决被采用的比例是 97.02%,1992 年至 1995 年,联邦财政法院颁布的判决有 99.29% 引用判例。^③尤其是二战后设立的联邦宪法法院的判例,对联邦和州各级法院均具有严格的拘束力。当然,在德国,无论是在立法上还是在司法中并没有明

① 朱柏松:“侵权行为理论发展之新趋势,”载台《法学丛刊》第 153 期,第 56 页。

② 邓衍森:“司法判例的规范理论”,载台湾《东吴法律学报》第 4 卷,1984 年第 2 期。

③ 参见王允:“判例在联邦德国法律制度中的作用”,载《人民司法》1998 年第 7 期。

确采用遵循先例原则，所以在德国，先例只是具有事实上的拘束力，而并不具有法律上的拘束力。^①

日本在这方面比德国走得更远。二战以后，日本受美国法律制度影响，开始借鉴判例法，并采纳了遵循先例原则。日本《裁判所构成法》规定，下级法院必须遵循上级法院的判例。依据该法的规定，如果要作出与先例不同的判决，“就同一法律问题，有与先前一个或二个以上的庭所为判决相反的意见时，该庭应向大审院长报告，大审院长因该报告，依事件之性质，命联合民事总庭、刑事总庭或民事及刑事总庭再予审问及裁判，”（第49条）。在日本，最高法院的判例实际上具有严格的拘束力。

日本学者兼子一曾指出：“大陆法乃是成文法国家，对各个裁判中所表示的法理，并非直接且当然具有拘束力，然而关于制定法的解释、适用，或关于制定法规定的疏漏之处，如有相同意见的裁判通过重复作成的裁判形成的规则，自然具有了补充制定法内容的功能，且具有法源性。”^② 按照美国学者施莱辛格的看法，在大陆法系，由于法官具有公务员的性质和特点，上下级法院的法官之间有一定的等级性，下级法院的法官不想因抗拒上级法院的判决意见而影响自己的晋升，加上遵循先例又省事又保险，因此法官也乐于遵循先例。尤其是判例定期出版公布，也为判例法提供了条件。^③ 不过，尽管大陆法系国家加强了判例的作用，但并不是说已完全成为象英美法那样的判例法国家。事实上大陆法的判例法和英美法的判例法还是有区别的。表现在：

第一，在判例的内容方面存在着区别。在英美法系，判例先

① 骆永家：“判例的拘束”，载《台大法学论丛》第12卷，第2期第170页。

② 兼子一著：《裁判法》1959年版，第7页。

③ 参见骆永家：“判例的拘束”，载《台大法学论丛》第12卷，第2期。

详细记载双方当事人所争执的事实与双方当事人的辩论意见,然后记载法官的见解。而大陆法的判例一般只是简单地记载事实的概要与法官的法律意见。两者有此区别的主要原因在于:英美法的判例强调详细记载案件事实与法官的见解,认为事实与法律适用规则的意见是不可分的,强调二者的联结性。而大陆法的判例主要是记载了法官对某项法律条文的解释意见,判例的作用旨在正确解释法律,而并不是强调事实与规则之间的联结性。^①

第二,在对成文法的态度方面存在着区别。在英美法国家,法官主要适用普通法即判例法作为判案的依据,制定法只是作为判例法的“注脚”而被引用。当制定法与判例法的规则相冲突时,法官一般要采纳判例法的规则,这是英美法国家的惯例。^②而在大陆法国家,法官首先要援引成文法作出裁判,只有在成文法出现空白或缺少详细和明确的规定时,才能援引判例进行裁判,因此判例作为法律来源是次要的。

第三,在先例的拘束力方面存在着区别。关于英美法的遵循先例原则是否已完全被大陆法系国家所采纳,对此学者一直有不同的看法。毫无疑问,先例在大陆法国家具有事实上的拘束力,但在德国、法国等国家,并没有在法律上和司法中明确确认这一原则。即使在日本,虽然在《裁判官构成法》中有类似的规定,但一些学者对其内容是否与英美法的“遵循先例”原则内容完全相同表示怀疑。^③无论如何,在大陆法国家,先例的拘束力尚不如英美法国家那样严格。

总之,两大法系的发展表明,20世纪以来大陆法系和普通

① 参见骆永家:“判例的拘束”,载《台大法学论丛》第12卷,第2期。

② 参见 Pound, R, “The Theory of Judicial Decision” 36 Harv. L. R. 641 (1923)

③ 参见骆永家:“判例的拘束”,载《台大法学论丛》第12卷,第2期。

法系在法律形式方面已有逐渐接近或“趋同现象”。一方面，大陆法系已越来越重视判例的作用，通过判例的形式对既有的制定法进行补充和改进，在保障法律稳定性和安全性的同时也不断地引进新的法律原则和精神，以使法律在整体上能够及时适应社会发展的需要。另一方面，英美法也越来越重视制定法，使法律更具有形式的合理性。

可是，法典为什么需要判例补充呢？依学界通说，其原因在于：法典与不断变化和发展的社会生活相比，总是具有一定程度的滞后性，立法者不可能预见到未来应受到法律调整的各种情况，并预先将各种解决纠纷的答案均交给司法者，法律漏洞的存在是不可避免的。即使法律漏洞不存在，司法者也不可能指望每一个案件都可以从现存的成文法中寻求到正确的解决纠纷的答案。法典中抽象和概括的原则性规定过多的状况也必然导致在司法过程中需要发挥判例的作用。因为法律总是非人格化的普遍适用的规则，法律规则的抽象性和一般性的特征使其不可能与特定的、纷繁复杂的案件具体事实完全相吻合；司法过程也并不是一部自动售货机，只要投进一定的事实便能产生应适用的法律规则和裁判的结果。概念法学家曾经期望成文法典可以解决全部案件的裁判问题，其实只能是一种幻想。法律漏洞必然需要法官通过判例加以弥补。在现代社会，司法要完成其应尽的正确适用法律的职责，则必须具有一定程度的能动性和创造性。一方面，现代社会的社会经济生活发展迅速、科技成果日新月异，各种社会关系总是在发生变化。这就要求司法者通过其创造性的工作，使得总是显得滞后的法律尽可能完好地解决各种繁杂的、层出不穷的、急剧变化的纠纷；司法者还要协调各种新的矛盾和价值冲突，从而使法律更好地实现调整社会关系的作用。另一方面，现代法治社会不仅需要法律具有一定的安全性和妥当性，而且要求

法律所具有的正义价值在急剧变化的社会中得以全面实现。法官不可完全拘泥于法律的文字，而应从实际的社会需要出发，探求立法者在立法时的意旨以及立法者处于今天所应有的意思，努力实现法律中所体现的正义价值。还要看到，现代社会司法审查制度的发展及司法权在对立法权和行政权的制衡中的作用的发挥，都使得法官在解释宪法和创造法律规则方面的作用进一步加强。以上诸种因素都决定了判例具有法典所不具有的作用，法典需要判例补充。

另外，判例法也需要与成文法结合，并充分发挥成文法对判例法的补充作用。一方面，由于判例法以经验主义为特征，在形式合理性方面它显然不如法典化的成文法。马克斯·韦伯认为，形式理性是欧洲法律所具备的一个特征。形式的合理性的法律与形式的合理性的企业、形式的合理性的官僚制都是联系在一起的，他们都具有高度的可计算性（Berechenbarkeit）并成为资本主义的特征，而法典化正是形式合理性的重要内容。法典有统一的格式、规范化的语言文字，并能够联结起来组成一个协调的规则体系，这个体系在整体上有逻辑上的一贯性和条文之间的关联性。法典的最大好处是能够体系化，并提供一套基本的行为规则，且在内容上可以是逻辑严密、前后一致的。庞德认为法典是对“整个法律内容的完整的立法表述”^①。另一方面，判例犹如汪洋大海，（许多甚至是过去数百年前的判例）它们形成了卷帙浩繁、汗牛充栋的判例汇编，这些汇编不仅使人们感到神秘莫测，就连法律职业者也常感到过于复杂和困惑。判例更不能为一般民众所理解，所以他们需要大量的律师帮助，这就是为什么在普通法国家律师众多的原因。当然，社会也必须付出更多的法治

^① Pound, Sources and Forms of Law, pt 22 Note Dame Law 1. 71-72 (1946)

成本。而法典是调整社会关系的法律规则的集中统一，其内容全面、完整；法典还提供了一种逻辑性的规则体系，也容易被人们所理解。Lobinger 指出，法典化不同于一般立法之处在于法典“包含了各种有效的控制主体的法律规则的完整性、逻辑性、科学性”^①，具有并提供一套基本的行为规则。诚然，指望一部法典提供解决所有问题的规则是不现实的，但是法典确实有助于规则的确定、规则体系的完整，使法律容易被普通民众所接受。此外，法典化可以将各项法律整合为有机的整体，实现法律的统一^②；庞德认为法典不同于其他的法律形式之处在于“它展示了整个既存的法律体系化的模式”^③。这些都表明法典具有判例法所不具有的优点。

二、判例制度在中国的地位及其完善

在我国，自改革开放以来，在法制方面取得的重大成果首先表现在立法方面。迄今为止，我国已经颁布了刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法等具有法典性质的法律，以及民法通则、公司法、合同法、证券法等许多重要的民事经济法律。

在刑法典修改完毕以后，民法典的起草工作已经开始着手，并被确定为九届人大必须完成的工作目标。尽快制定一部民法典已成为学术界和司法界的一致呼声。民法作为调整市场经济关系的基本法，其健全程度直接涉及法制建设的进展；而且从世界各国的立法经验来看，大陆法系国家都以民法典的颁布作为其法制

^① Lobinger, Codification, in 2 Encyclopedia of the social sciences 606, at 609-10 (1930, Reissued 1937)

^② 薛军：“民法典编纂的若干理论问题研究”，载《清华法律评论》第二辑，第172页。

^③ Pound, Sources and Forms of Law, pt 22 Note Dame Law 1. 71-72 (1946)

成熟程度的一个重要标志。民法典是更高层次的成文法^①。我国要建立市场经济体制,大力发展市场经济,需要建立并完善一套市场经济的法律体系。而建立这样一套体系,不能不制订民法典。其原因在于:第一,如果没有民法典,市场经济的法律体系就缺少了主干。我国几个重要的法律部门如刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法都已制订了较为系统完备的法律。它们尽管在名称上未被称为法典,但实际上已具备了法典的特点和功能。然而,民法典至今仍未出台,许多学者曾呼吁,在刑法典的修改工作完成以后,民法典的起草工作应尽快地提上议事日程。即使我们颁布了大量的民事法律、法规,但因为未通过法典使其系统化、体系化、完备化,市场经济的法律体系仍然是不健全的,而依法治国的战略决策的实现也必然受到影响。通过制订民法典,可以使民法体系化,有效地解决单行民事和经济法律、法规彼此间的冲突和不协调的问题。第二,如果没有民法典,交易的规则将是不完备的。民法典的制订,对完善交易规则十分必要。建立社会主义市场经济体系业已被确定为我国经济体制改革的目标,而民法典又恰好是调整市场经济关系的基本法。因而,唯有制订了民法典,才能为交易当事人从事各种交易行为提供明确的行为规则,使其明确自由行为的范围,逾越法定范围的后果和责任,从而对其行为后果具有合理预期,这就能从制度上保障市场经济的良性运转,从而有利于市场经济秩序的建立。第三,如果没有民法典,民法本身的体系是很难健全的。自改革开放以来,我国立法机关已制定了一系列的单行的民事法律,国务院也制定了许多涉及民事的法规,最高人民法院亦颁布了大量的司法解释;然而民

^① 薛军:“民法典编纂的若干理论问题研究”,载《清华法律评论》第二辑,第172页。

法自身的内容缺乏体系化，在各个民事法律之间以及民事法律、法规与司法解释之间存在诸多的矛盾、不协调的现象。因此需要通过民法典的制定而使民法自身体系化，形成内在和谐的规范体系。第四，民法典的制定要经过严格的法定程序，制定民法典的过程本身也是宏扬民法精神的过程。尤其是民法典在制定以后应当向社会公布，并可通过普法宣传活动为民众所了解，这样就可以真正防止许多行政法规、规章和司法解释由于不易为民众所了解甚至不公开所造成的问题。

但是，在制定民法典的同时，也应当充分发挥判例的作用。如前所述，20世纪以来法律发展的一个重要特征是两大法系正在不断渗透、融合、接近，而且判例法和成文法各有利弊，需要相互补充。所以，我们在加强立法特别是制定法典的同时，也不应当忽视判例的重要作用。我国历来具有以成文法为主导，以判例为补充的传统。一般认为，中国传统上重视成文法。清末修律以后，已实际继受大陆法。古籍中曾有“皋陶（舜时的司法官）造律”的记载，而“法”的原始字义与断狱神兽“灋”联系在一起，据此有学者认为，中国“法生于例”，法律是在判例的基础上形成的。这一看法不无道理。^①自春秋时期，李悝制订《法经》一篇，其后商鞅变法，改法为律，中国逐渐步入较有系统的成文法时代。从秦朝开始，历代相继制订的较为重要的成文法有：《秦律》、《九章律》、曹魏《新律》、《晋律》、《北齐律》、《唐律疏议》，《宋刑统》、《大明律集解附例》等，尤其是清末修律时，由沈家本主持借鉴德国、日本法典的模式，制订了《大清现行刑律》、《大清新刑律草案》、《大清民律草案》等一系列重要的

^① 参见张晋藩著：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社1997年版，第237页。