

对司法经验与智慧的遗忘

——当代中国法律解释学研究的境况之一

陈金钊

(山东大学威海分校法学院, 山东 威海 264209)

摘要:当代中国法律解释学比较偏重于对西方理论的介绍性研究,而忽视对本国司法经验与智慧的研究。这主要表现在对司法过程中所累积下来的案例缺乏系统的研究。我们没有看到:法律解释学不仅要关注法律解释及其方法,更主要的是对已有的法律解释结果的反思。对判决的研究是法律解释学的最重要内容之一。

关键词:法律解释学;判决;判例;法律经验;法律智慧

中图分类号:DF0 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2009)03-0005-10

近年来我国大陆法学界非常关注对判例与判例法的研究,试图把引进判例法作为司法改革的一条路径,想通过对判决的研究建立判例指导制度,以引导人们更好地理解、运用法律,在司法领域实现接近正义的法治。很多大学的法学院增加了案例教学的课程,中国政法大学、中国人民大学出版社等相继出版了很多案例教学的教材,这说明很多法律学人已经意识到了案例或判例对于法学教育以及法治建设的意义。但必须承认,我们对判例或判例法的研究还不是很充分,甚至对一些基本理论问题还没有开展研究^①。我们不知道忽视对判例的研究究竟对法学来说意味着什么。对判例的研究是一个慢工细活,急功近利者并不愿意在这方面下功夫,有分量的成果也只能在法治进入平稳发展时期才能显示作用。我们感觉到,立法工作再也不能像现在这样飞速发展,也不能动辄就修改法律,法律需要稳定,应该在解释中完善,对法规正确的理解必须附随经典判例。而这些经典判例除了由法官创造外,还需学者们给予认真研究。“创造判例的工作是长期的需

要,这种需要源于社会生活的复杂性”^[1]。对判例的研究,不可能因为有一部分学者的呼吁就能见到成效,因而基础理论的研究以及观念的转变具有重要价值。尽管在中国实施判例法有很多的困难,但在法科教学与法律人思维的养成方面有重要的意义。

一 判决中所蕴含的经验教训是获取法律智慧的重要途径——法律解释学所忽视的领域

我们对判例与判例法存在一些误解。很多人认为,判例法系国家的法官比法典法系的法官拥有更大的自由裁量权,而实际上判例法实施的是一种比制定法更细腻的法。判例法留给法官的自由裁量空间远远小于制定法。从表面上看,制定法似乎给法官留下了很小的自由空间,然而法律人都很清楚,操两可之词的律师按照当事人的利益进行辩解,而掌握权力的法官则游刃有余地按照自己的意志进行判决。“判例法通常能够帮助法官从混乱的权威中走出自己的道路,在法律一般化的需求与充分尊重个案(尤其是手头个案)事实之间找到一种平衡。而制定法通常来说更加僵硬,不仅会产生一些我们的

收稿日期:2009-01-12

基金项目:本文系“法律方法论国家社科基金项目”的阶段性成果。项目编号:04DFX003,

作者简介:陈金钊(1963—),男,山东莘县人,山东大学教授,山东大学威海分校副校长,法学博士,法理学专业法律方法论方向博士生导师,山东省人文社会科学重点研究基地“山东大学法律方法论”研究中心主任。

解释方法不能解决的异常情形,有时还会出现起草制定法时根本无法预见的手头案件结果的情形。此外,尽管现代法学做出了很多努力,让法院采取更富目的性的解释方法,但在大多数案件中,法院还是继续执行着更符合文义和文法的法律解释方法;并且很少有人认为,依据制定法解释方法来阅读一个案例会有助于法院做出一个明智和合理的判决”^{[2]26}。但这里的问题在于,用阅读案例或判例的做法会不会帮助我们理解制定法呢?

从我们缺乏对判决过程的研究来看,由于忽视对判决与判例的研究,使得我们不知道法官在判决中是怎样曲解法律的。当然,在我国大陆研究判决与判例还存在着很多的问题,判决过程及判决理由的不公开给学者们的研究造成不小的困难。对于判例,我认为可以抓两头:优质判例与劣质判例。对于优质判决,我们可以把其称之为判例以作为法律渊源;对劣质判决,则可以作为反面“教材”以避免法官重复犯错误。现在,有些人呼吁引进英美国家的判例制度。这明显是走不通的,能够行得通的就是重视判例的作用,把判例中所隐含的智慧与正确理解法律规则结合起来;尤其是把现有判决都作为判例更是不可取的,那只能带来更大的混乱和法治的危机,这种情况促成了判例指导制度出台。判例指导制度实际上就是区分判决与判例,把优质判决作为判例,以影响今后的司法实践^①。从已经进行的少量观察看,现有的很多案件的判决是经不起现实或历史考验的。这使得我们有理由相信:并非所有的判决都能作为判例。从较为广泛的舆论来看,现行的法律、正义观念、法理学说等都在考问法官的判决。任意裁判、不讲法律与逻辑的案件可以信手拈来。所以,我们必须思考,如果不附条件地推行判例制度,可能会带来很多问题。现在我们没有较为完整的司法独立制度,但法院及其法官在享受着司法“独立”所带来的“自由与任意”,法官们把所有肮脏的判决都推给了各种各样的干预。实际上,各种各样的权力主体背负着很多的道义责任。很多法官也在用这个幌子进行“自由”的判决。对于这个阶段的许多判决,无论是做得好与坏,对研究者来说都是一笔“财富”,判决如果都是优质的,研究判例的意义就会大打折扣。所以,加强对判决的研究,对于总结经验教训和发现法律智慧来说意义非凡。现在,我们的法律解释学者只注意对一般理论的梳理、对国外

资料的介绍,而对本国的法律现象关注不够,这不利于法治建设和法学的中国化进程。

要研究判例就必须公开判例。“在很多国家,民事诉讼的裁判结果都是全部公开的,包括程序问题的处理,人们对民事诉讼的程序问题一目了然,很容易从公开的判例中发现法律和理论在实践中的问题点,进而提出解决问题的理论解答,进一步完善法律和理论。公开判例,学术研究就有了目标,学术研究才能有的放矢。只有在充分了解实践发展的情况下,理论才能改进与发展,才能形成有中国特色的理论。这些源于中国实践的理论才能有效地反过来指导中国实践,用于实践,形成良性循环”^{[3]179}。公开判决使人们能够进行研究,有很多好处。除了可以使法学研习者直接了解法律实践经验外,还可以使法官的审判活动更容易被大众监督。最好是能够在网上公开判决,这样可以使研究者轻易检索。当学者们研究此问题时,也使法官接受历史的检验。我们现在的做法只是公开判决结果,但不是向大众公开,只是向当事人公开,不利于研究与监督。在公开判决向研究者开放的前提下,我们才能更好地研究出优质与劣质的判例。

不能否认,现阶段法院有很多的优质判决。并不是所有的法官在判决案件中都不讲法说理,法官队伍中还是有一部分优秀人才,特别是其中的一些学者型法官,对法律独特的理解包含着法律人的很多智慧。这是法治文化的积淀,是值得我们认真研究的法律现象。当然,我们也不能否认,司法腐败、曲法判决现象也存在。对于曲解法律的判决,法官有不可推卸的责任,并不能把所有的责任都推给别人。为进一步增强法官判决的责任心,加强对判决的研究极为必要。尤其是把所有的判决都当成研究的对象,迫使一部分法官必须对历史负责,而不是说判决做完了就没有责任了。这是法律社会学的一个重要课题。在很多情况下,离开了判例,人们根本不知道法律条文究竟在说什么。通过对判决的研究,我们可以看出判决究竟在多大程度上背离了法律,以及中国人能在多大程度上容忍法官的不公正判决。把法学与经济学相比较我们就会发现,法学缺乏对未来的预测和对现在的整体性把握。这就是说,对判例我们不仅可以进行规范性研究,也可以进行社会学式的研究。当然要真的研究,问题也就出来了。审判过程中合议的不公开,判决书不写明判

决理由,使得现有的判决很难作为研究的全面资料。现在有些法院的判决书公开了,然而从简短的判决书中我们什么也看不清。还有,我们现在的研究者对科学研究手段的掌握,以及法治指标中有没有关于违法判决临界点数据,以及在中国语境下临界点是不是和国外的应该是一致的,都是值得研究的问题。司法领域的法治是由多数优质判决所组成的,曲法判决数量增多会使法治走向毁灭。我们看到,社会纠纷通过判决解决的数量增多了,但判决书的形式太简单,说理成分太少,法官思维的很多过程被淹没在判决书的背后,无论是法官的智慧与肮脏的灵魂,都无法直接在判决书中体现出来。

当然这些看法,可能会使我们对法治的前景感觉到暗淡。有人认为,有了最高人民法院的统一司法解释还要搞判例指导制度,原因就在于统一解释过于抽象,不够具体,而案例指导制度可以起到具体指导作用^[1]。其实这种说法也有些勉强,更主要的原因是,判例尤其是由学者们在没有利害关系的情况下研究确定的判例,主要是挖掘判例中的智慧与经验,以克服法律条文的过于抽象。在对判例进行研究时,即使是发现“反面”的判例,也可以对后来者起到警示作用。现在为法学界所诟病的很多判决,对法官的判断已经起到了很好的警示作用。但这种研究还存在很多问题,主要是一些基本理论不是很清晰,研究方法与理念也存在着模糊之处。在很多案例教学的教材中,不少案例跟法律条文的规定非常吻合,这虽然能够进一步强化对法条的理解,但是却不能丰富法条的内涵。判例在理解中的作用实际上是要增强理解者的经验成分,使生硬的规定变成活生生的经验,使法典理性与司法经验在法律人的头脑中融为一体。这样就可以避免对法律的错误理解与机械理解。“公开判例是一个开放社会、开放司法的必然要求,关系到中国法学发展的根本,是解决法学发展的活水之源”^{[3]180}。

法典是人类理性的体现。但法典这种理性并不是万能的,法典的高度抽象使得它远离社会生活。如果一个人只阅读法典的话,实际上他不可能完全理解法律。法律本身就是社会中的法律,因而我们只能在对司法生活的观察中,才能深入地理解法律。判例就是这种司法经验。这里面隐含着我们对法律深入生活的独特理解,所以我们需要挖掘判例中的技巧与经验性智慧(实践智慧)。这是法治走向具

体、走向深化的路径。这些年来我们在引进法典上下了很大功夫,制定了很多的法律。但我们没有注意到:法律附随的经验与文化是无法仅靠引进法典就能解决的。我们的制定法已经有很多,但人们预期的法治秩序却并没有出现。为什么?原因就在于,制定法本身缺乏回应实践的能力,法典距离现实生活太远。“一个回应性的法律体系应当是刚柔相济的、富有弹性的结构,是一个保持法律体系自身和谐及其法律体系与社会生活和谐的结构”^[4]。而我们一直想通过立法这种单一的手段来实现法治,这是不可能的。所以,西方的法治要想在中国生根,就需要我们研究西方的判例以及我们自己的判例。这是“法律是社会中的法律”的法社会学命题所决定的。如果不这样做,法律就成了纯粹的逻辑符号性文字。成文法律知识包含两个方面的内容:一类是法律条文、法律原理、概念、原则的知识;另一类是司法实践知识。司法实践的智慧是蕴涵在他人的行动中,尽管没有用语言予以清晰表达,但可以通过观察与参与或通过对案例的研究获得。只有当我们将法律的理性变成我们自己的理性,我们才可以说掌握了法律^[5]。

长期以来,我们是以成文法为主要法源形式的,虽然在历史上(主要是宋、元、清等朝代)中国古代的判例也发挥过重要作用,但判例法始终处于辅助地位,没有成为法律的最主要形式^⑥,在中国也不可能成为主要的形式。在近百年中国法律的西化过程中,我们主要是吸收了日本、德国、法国、前苏联等大陆法系国家的法律形式,由于我们片面地理解了法治,主要是吸收早期启蒙思想家的法治观点,认为法治就是把创立的比较完备的法律落实到现实中去,依法办事遂成了最主要的法治方法。这样理性的法典虽然被重视,但实践智慧却被长期忽视。现在我国判例的地位还没有古代高,在制度上不被认为是法律的渊源,其作用也没有得到充分的发挥。所以,当1980年代人们呼吁在中国建立判例制度的时候,发现了很多思维方式上的障碍。即使在今天,这种障碍依然存在。其典型的表现就是:过于重视法典或成文法律这种理性的智慧,而忽视了判例里所隐含的成功经验和实践智慧。很多法官在行文总结判决经验的时候,也往往不忘记对立法的可能贡献,而没有专事司法智慧的概括。

判例的研究对法治、司法有重要的意义。由于

制定法是概括性的规定,必不可免地存在着漏洞,“判例的功能恰恰在于弥补成文法的刚性有余而柔性不足’的缺陷”^[6]。“判例的重要作用之一便是解释成文法的含义,使之有效地适用于具体案件;作用之二便是弥补成文法之漏洞;作用之三是确立了许多重大法律原则和规则,为成文法的发展及修改提供了支持”^[7]。刘海波认为,把判例称作法律,实际上是通过判例的解读来确定法律规则的具体内容,或者说在判例中发现针对案件的法律规则^④。从方法论的角度看就是为案件找法,即在判例中寻找解决案件纷争所需要的规则,把判例作为法官法源。在西方,判例作为法源是在长期的司法实践中逐步形成的。经过千余年的发展,已经形成了一套成熟的判例法理论和法律思维方式。我们看到,判例可以通过预设一系列条件,“构建”出法律规则(实际上是构建判决的理由,即裁判规范而不是一般的法律规则),这一规则实际上已经存在于判例的判决理由中;通过发现的规则,塑造出一种司法推理模式即判例法司法过程。刘海波还挖掘出判例研究的另一种意义,他说:“理解此种司法过程所产生的规则体系的一般特点,使得我们在不必(也根本不可能)回答什么是正义的情况,事实上拥有逐渐逼近正义的法律。由判例累积形成的规则体系,在表面上不像法条主义体系那样有着形式上的美感,但无论在形成人们行为预期的确定性,还是在适应快速变化社会的灵活性上,都更有优势。这是我们能够看得到的判例法的优点。”^⑤

但判例法其实也有其缺陷,主要包括,(1)现代判例法是一套专业化法律,技术性要求很高,一般的人很难在复杂的判例中找出针对性强的法律规则。对一般人来讲,在判例中发现法律,不仅效率低下,而且很不好搞懂。同时判例法的数量随着时间的推移会出现浩如烟海的情况;这就出现一般人难以掌握法律的情形;还可能会造成司法高于立法的弊端^[8]。(2)法律的复杂性和判例法的技术性使得法律的职业化在英美国家不可避免。这当然不是说,法律的专业化以及法律的职业化对法治是不利的,而是说现在存在着一种声音,一直在呼吁法律平民化、大众化;我们也不是说大陆法系不是专业化的,而是说英美法系的专业化水平远远高于大陆法系。早期法典化的努力,主要就是想把法律变成公民能够直接掌控的工具。(3)判例法的数量很多不易被

掌握,多种判例的冲突使得人们很难确定什么是针对案件的法律。“专门研究判例的律师为了追求胜诉,通常能利用判例之间的矛盾,规避不利的判例,摘录并引用自认为有利于当事人的案例,并利用精巧的区别技术来引导法官或陪审团做出有利于自己当事人的判决。这便导致诉讼旷日持久、复杂化,其结果便是诉讼成本的提高和司法资源的浪费”^[9]。(4)判例法毕竟是以个案为基础的,具有一定的片面性,一旦形成便具有普遍的约束力,容易出现绝对化的规则,很难适应社会的发展。正是因为这样的原因,造成了英美法中的一个奇特现象,即一方面通过判例创制规则,另一方面又不断通过判例废除规则^⑥。所以,即使在英美法系也存在着改革判例法的呼声,如边沁早在一百多年前就已经领导英国进行司法制度改革,主张法律的法典化。但判例法由于重视司法中的经验的成分,使得纯粹理性的法典显示出缺乏司法经验与智慧的弊端,法典法治显得机械与冷漠。判例法与法典法的结合也许是最好的模式。所以,判例法应该以普适性道德及其规范作为其基础,否则就会少了一部分理性成份。

其实,法典的理性与判例中的经验启示并没有根本的对立。可以说,规则、知识等是人类智慧的总结,但问题在于规则、知识等并不等于智慧。培根说知识就是力量。其实只说对了一半,知识如果不能转变为智慧,其实就不可能形成为力量。我们看到,许多学富五车的人仍然很愚蠢或迂腐。出现愚蠢或迂腐并不可怕,可怕的是找不到问题的症结在哪里,找不到解决问题方法。我认为,知识不能转变力量的原因就是缺乏知识(理性)与经验的结合。就司法实践来说,很多对规则非常熟悉的人不能把案件处理好,原因就在于他们没有注意到前人积累的判例中所隐含的经验。一般来说,法典是人们经验的总结,不过这种经验是以理性的面目出现的,在理性的法典中经验被生硬的法律规范淹没了。人们只注意到了表述规范的文字,而文字中的历史与经验被遗忘了。即使是在法典法体系下,司法判例中也有很多的经验需要总结,可是由于我们对法典的迷信,加上我们法官没有时间加以总结,法学家对此问题也不太重视,司法人员的经验与智慧被一个一个地扔掉了,许多优秀法官在规则与无规则之间所寻求的智慧都被理论的一般性所掩盖了。这当然不是说,我们所有的判决都是好的;毋宁说,对于好的判例我

们没有给与足够的研究。

“法国行政法、欧洲共同体法发展的历史证明，在大陆法国家可以发展一套判例法法律体系”^④。我们必须搞清楚，普通法系中的法律技能是什么？刘海波说：“法律技能可以包括三个层次：理论知识、技艺（等同于手艺人的技艺）、内化的与道德意识相通的法律感。法律技能不完全等同于手艺人的技艺，因为前者有一个更内化的层面，类似于道德意识。在法律技能上，主客、心物、commitment and achievement 是不可区分的。”^⑤然而这种技能也许是我们短期内难以企及的。我们既担心判例这个好东西在我国变异，也希望她能结出更好的果实。对判例方法的研究是我们必须首先要搞清楚的。因为我国原本就不重视对方法的研究，我们只是喜欢在宏观上接受某种新的观念，而对其细节问题却疏于关注，或者我们总是喜欢按自己的理解和接受能力来对待“新生事物”。这对判例的研究与接受来说，可能是存在问题的。这倒不是说我们只能原原本本地接受英美国家的判例法，而是说必须在细节上认真研究判例的方法，这样才有可能把判例法的精髓接受过来。我们对西方文明的接受尤其是政治文明的接受，只是停留在表面上，把口号拿来似乎问题都解决了。实际上，在没有搞清楚细节问题以前，盲目地提出各种大词的标语、口号，只会出现更为糟糕的局面。比如说像民主这样的理念在亚洲各国的现实，已经使人民失望了。试图用民主号召人们做什么，基本上已经不起作用了。所以在接受了法治、人权、民主、宪政等“大写的理性”以后，我们一定得注意其制度与规范实现的细节、方法和技术等。“毫无疑问，在道德意识的完美性和制造能力的完美性即技艺的完美性之间确实存在一种真正的类似关系，但它们两者显然又不是同一种东西。法律技能中也有区别于技艺的一面”^⑥。搞法治建设不在细节方面努力，就没有真正实现的希望。

二 在判例中发现法律，方法与技能的缺乏——法律人的专业技术不过硬

判例是指由法官先前做出的、与目前待判决案件具有可能相关性的司法判决。在判例中包含着法官等法律人对法律的理解，以及对案件与法律间关系的认识。从判例中识别法律运用的方法、发现对法律的独特理解，是一个成熟法律人的能力表现。但我国目前的法律人，从较为普遍的意义上看，缺乏

这种能力。这是由于法律人先天的法律方法论训练不足所造成的，是法学教育技能训练缺乏的必然结果。其最主要的表现是：我们只是在一种“自然”状态中理解和解释法律，缺乏对法律方法的细腻运用。我们的法典是宜粗不宜细的，其实我们的法律运用也是与法典一致的。我国现阶段实行的基本上是一种简陋的法治——即判决是建立在简单的判断基础上的，既在制度上没有要求论证，在判决书中也没有论证。对案件的真正论证过程都存在于“秘密”的合议中，没有对当事人面对面的有力度说服。法律论证对法官来说还是一种奢求。我们的法律人，主要是律师和法官缺乏足够的耐心和时间来处理遇到的案件；很少在案件的判断中使用论证的方法，也懒得叙说判决理由。从解释学的角度看，我们都跟着自己的“价值”倾向去理解法律的含义。法律逻辑或者说论证技术对我们的思维约束很小。加上我们主要实行的是在制定法中的法律发现技术，所以在判例中发现法律及其智慧是我们所不习惯的。在我们现有的司法实践中，法律发现的理论一直是借鉴西方的。这种借鉴总的来说是不成功的。其主要表现就是，我们很少对法律发现技术以及法律渊源理论进行认真的研究。我们还是在立法的立场理解法律渊源理论，而没有和司法技术结合起来。我国的法律人有自己独特的思维习惯，即按日常的思维模式理解法律，但没有适合中国法治建设的、较为成熟的法律渊源理论，并且对西方的法源理论也多有误解，多数法理学教科书中的法律渊源理论基本上是在误解基础上的^[10]。

从法理学的角度看，即使现在所奉行的从制定法中发现法律的理论也是不成熟的，司法基本上是在没有理论支持下的判决。之所以会出现这种现象，乃是因为法典法与我们的传统思维模式较为融洽，我们可以借鉴日常的思维方式再加上学来的西方法学原理、法学知识就可以解决法律的一般问题。这是与简陋的法治状况相适应的。在这种情况下，法律方法论的研究与训练始终不足就是必然的现象。权力主导下“粗暴”的司法似乎用不着法律方法论，因而缺乏法律方法论的需求市场。一般人对“法官”的解读，包括法官对自己的认同重点都在乎“官”，而不在乎“法”。我们之所以不喜欢法律技术或方法，其实是因为我们把法官的活动当成了一种权力。过去我们一直认为这是中国才有的特点，其

实西方社会里也存在有这样的认识。霍布斯就认为,法律的生命应该是自然的,而不应该是技术性的;法律不是理性的产物,而是主权者的意志,一个优良的法官所需要的能力来自于自己的自然理性之优良与沉思;判决之所以有约束力,是因为法官是根据主权者的权威做出的^{[11]32}。然而很多人不同意这种观点,“司法权威不是来自国家的强制权力,而是来自司法者做出的判决之合理性”^[5]。法官所依赖的不是力而是理。法院首先是一个说理的地方,而不完全是一个权力行使的场所,由奉行技术理性的法官所构成的法院,更加类似于一个研究机构,而不是一个权力机构。法官怎样说理应该在判决中显示出来,而不应该坚持神秘主义,秘而不宣。

粗线条的司法再加上法律方法论训练的缺乏,增大了判例实施的难度。尽管我也赞成“从个案到个案的例证推理乃是在人的世界实现实证规则体系内在一致性的更好方法”^④,但法治所需要的细腻技术,要求我们提前做好准备。至少使一部分法律学人或者今后可能成为法律人的人知道,“例证推理”是以问题为导向,在具体的情境中寻求创造性突破困局的方法;是在充分了解事实的基础上,参考一切可能参考的先例和理论,创造性地给出实践中的结论。“例证推理”不是先阐明理论,然后将案例作为理论的注脚;相反,通则或理论本身是从案例中提取的,通则的有效附着于具体的情况^⑤。在此基础上,我们还需要首先把判例推理技术搞清楚。为达到此目标,恐怕得有一个长远的规划。在法律解释中引进判例,是我们从简单粗陋的法治走向完善细腻的法治的必由之路。“法律技巧与学习者心灵的投入关注是相关的。法律不可能变成完全客观的知识,完全客观的理解也是不可能的,学习者必须要有心灵的投入。法律技巧同现实生活中的正义感是伴生的关系,法律是一种‘理不离事’的事务,不能通过主要学习形式的一面来学习法律。”^⑥

法律人的技术不过关主要表现在,判决做出以后不能很好地讲清楚做出判断的理由。在我接触到的很多疑难案件中,甚至在很多简单案件中,随时可能发现讲理不透的现象。我们的法学研究倾情于宏大理论的描述,对解释、论证与推理技术重视不够。这与学术界奉行的以自我的感觉为中心进行判断——俗语中的武断——有一定的关系。也许这种武断来自于我们称之为法律感的东西。我们承认,

法律感在司法中有重要的意义,然而仅凭法律感判断,判决书的说理性就会受到影响。我们就无法进入细腻法治阶段。我们往往欣赏国外的法官判案的数量与速度,说他们一天能够判多少案件,而我们只判多少案件,但我们往往忽略他们对有些有争议的案件审判时间有时是很长的,总是想把理说得更清楚些。这样的案子虽然不多,但是对于人们树立起对法治的信心是有好处的。我们现在则是无论什么样的案件都花费同样多的时间与精力,都采取简化判决书的统一写法。这不能发挥法官的聪明才智。我认为,中国的法治要向前发展,除了树立新的法治理念外,更主要的是在实施法治的问题上应更加讲究方法与技术。把判决书说理的成分真正搞上去。通过对那些优质判例的褒扬,压抑劣质的判断与判决。我们的法律人应该补足法律解释的技术、法律论证的方法、利益衡量的艺术与法律推理技巧。我们的法学教育也应该把法律方法论当成核心课程。我们都希望在其他领域中搞示范效应,但在司法领域中这点做得并不充分,虽然我们试行案例指导制度,但是对此领域的研究并不能令人满意。再加上一些学者一直在警惕所谓纯技术性的研究,认为这是不起什么作用的,只能被专权者所运用,因而总喜欢研究成果的轰动效应,不喜欢那种技术性的雕虫小技。这不符合法律人思维的保守性格。

三 什么样的判决能作为判例,判例中包含着什么?——法律解释学必须解决的问题

判例是法律解释与应用的结果。判例在我国大陆有三种形态:一是只作公布,对具体的事实认定、法律的适用情况和一审、二审裁决作简要概括,而不作任何说明;二是在公布的时候将公布机关的态度和意见予以说明,肯定最终裁判的正确性,要求处理类似问题予以参照、借鉴;三是公布判例时附随争论观点,同时表明公布机关的态度意见。目前我国大陆第一种做法较为普遍,其他两种形式较少^[8]。我们对判例的公布与确立很不规范。台湾地区在《六法全书》的基础上,建立了判例制度。根据《司法院组织法》规定,“司法院”下设解释及判例编辑委员会,负责对“最高法院”的判例进行整理和编辑。这种由专门机构进行判例整理与编辑的做法有一定的借鉴意义^[12]。我们认为,对判例的研究是法律解释学的重要组成部分。因为在判决中,法律人已经根据法律进行过思考,所以对判例的研究是真正对法

律解释的反思。这应当是法律解释学的最主要内容。我国的法律解释学多以完善立法为己任。这与英美法学有很大区别。我们虽然重视对英美法学的研究,却又不转变固有的立法中心主义立场,所以很难学到英美法的精髓。到目前为止,我们对英美法的研究成果主要集中在政治与法治的关系领域,而忽视对法律技术与方法层面的借鉴。判例中所隐含的技术与方法在我国并没有思想根基。我们不能否认,英美文化在中国已经产生了很大的影响,但判例法的影响主要集中在现在的香港、过去的英租威海卫等。现在,一种错误的观点认为,中国不能实行判例法治度,因为我国没有判例法传统,法官也不能掌握判例法的复杂技术与方法,因而对判例的研究也没有太大的意义。实际的情况是,人们总是把英美的判例制度当成现成的唯一的模式,认为我们无法实现英美国家模式的判例法。但事实上判例法的模式不只一个。英国与美国的判例法也是存在很大差别的。我们完全可以借鉴英美的判例法,施行具有中国特色的判例制度。如果从判例是一种法律源的角度看,中国古代是有判例法制度的,只是我们没有挖掘。秦代开始就有判例作为法源,汉代判例也并不是,尤其是宋代以来的判例,一直是中国法律的主要形式之一。成语“下不为例”已经说明在中国“例”的效力问题。但在中国法律西化过程中,由于中国的法治传统与大陆法系有些接近,所以我们往往忽视判例法对法治的作用。更主要的是,我们现在很多人对法治的认同还停留在启蒙思想家的阶段。这种法治的基本特点是只讲大的方面的原则,而不关心技术与细节问题。可以说,大陆的法学缺乏对法治实现技术的研究,只是从表面上喜欢大的宏观理论而厌恶所谓的雕虫小技式的法治技术。这是对法律人集体经验与智慧的漠视;也是法律解释学一直被诟病为空洞的理论说教的原因之所在。要克服法律解释学的纯理论倾向,寻找司法实践的经验与智慧就必须重视对判例的研究。

尽管近几年关于在中国建立判例法的呼声不断,但多是从司法的角度引入判例法,以期改变我国司法存在的一些弊端。加强对判例的研究,属于法律职业化的范畴,这是与司法大众化相对应的概念,这是两种不同的理路。专业化的案例分析包含着司法的技艺理性。“中国过去的司法体制过多的政治化、行政化、官僚化,不利于法官积累、运用这种技艺

理性。可取的司法体制改革就是通过制度变革,使得司法的结构、程序设计相比于以前,更加有利于司法职业者增进、积累以及运用这种理性,进行可信的司法判断”^[5]。刘海波把判例与判例法上升到建设法治的总体布局来进行的研究,提出了“法律是一种‘理不离事’的事务”的命题^①。其实这一命题可以换成:法学是一种“理不离事”的研究。山东大学法律方法论研究中心最近一直想通过加强对判例的研究,实现所谓“理论研究一旦具体就可能深刻”的局面。我们发现,刘海波从判例与判例法的研究中看到了:判例——判例法——判例制度——在社会中独立的法律领域——以及这一领域对中国法治可能的独特贡献。我们认为,虽然刘海波的研究很有成效,但这仅仅是一个好的开端,因为在中国建立判例制度需要进行的工作还有很多。

具体的法律解释是指对法律规范和案件的研究。长期以来我们很重视对判例中的规范研究,对判例本身和判例作为一种法律现象的研究不多。实际上,判例研究是法律解释的重要内容。如果我们只注意法律规范的理论,很可能使研究成为纯粹的逻辑演绎,而这在一定程度上会出现法律与社会关系的断裂。我们认为理论是重要的,在法学的起步阶段大量地引进理论对启发我们的思维有积极意义。但是对西方法学的研究并不能代替对中国现实的关注。在现阶段,即使我们的理论不能创新,那也存在着和中国的实际结合的问题。蒋惠玲指出:我们对案例研究的忽视,漏掉了法律资源;漏掉了人类理性;漏掉了司法智慧;漏掉了法律规则;漏掉了法治统一;漏掉了优良传统^[13]。蒋惠玲的见解非常深刻,法律解释学的研究必须重视案例的研究,在案例中既包括了法律的智慧,也包括了法律人的愚蠢,对这种法律现象的研究可以使我们的理论建立在坚实、丰富的材料基础之上,避免空对空地就理论思辨谈理论的发展。因而我们极力提倡对判例的研究,我们应该在生动的经验里面理解法律。然而我们学者对司法实践了解还是太少,没有真正进入法律视野。法律解释学应该是以解决实际问题为主的研究。仅仅在一些问题的研究中插上一些案例,还不足以表明对判例的重视,还不属于真正法律解释学的核心。这就使得我们的法律解释学成了过度解释的理论,而对实践中出现的问题与智慧缺少概括性总结。这也是实务界的法律人经常指责的理论脱离

实践的研究倾向之一。

“什么样的判决可以作为判例”与“判例中应该包含着什么”尽管问法不同,但这实际上是同一个问题。我感觉,正面意义上的判例可能应该包括以下内容。

第一,判例是指那些对法律条文有所“创造性”的理解。这里的“创造”,大体上是指那种对法律条款的字面含义有所不同而又不超越法律“射程”的见解。在判决中做出那些与法律条文规范一样的理解无需作为判例。这种“创造”并不是对规范意旨的背离,而是在尊重规范的前提下,适合具体案件的实际而做出的被职业群体(或法律解释共同体)所认可的那种“创造”;或者那种在一般法律人容易出现错误理解的一类案件中,对法律条文的典型误解的判例。对这样的判例,有人认为应该纳入我国现行的司法解释体制。理由是传统的判例与当下的司法解释在许多功能上都有相同、相通之处,因而可以让现代与传统、东方与西方来一次拥抱。在我国,比较可行的是建立以判例为主要形式的司法解释制度。对法院下发的各种案例做一些技术处理、以司法解释涉及的问题的性质加以命名。将判例引进司法解释体制是一种将抽象的法律具体为司法解释的过程。它比纯粹进行抽象的(统一解释)司法解释更容易被人理解。一般性的统一解释,在实施过程中还需要二次解释^[7]。这种见解有一定的道理,尤其是在扩大判例的影响方面,因为判例一旦纳入司法解释体制就等于准立法性的文件,其作用就相当于判例法。最高人民法院公报中已经出现了各种各样的案例,已经对审判活动发挥了指导作用。现在需要做的是,规范公布判例的程序、明确判例的标准,对那些可能成为判例的判决进行评估,以及由什么人进行评估、要经过什么样的程序进行评估进行认真研究。

第二,判例是指那些在处理案件的过程中包含着技艺与智慧的判决。法官能够既坚持法律的严格性,又能灵活地处理案件。我们称这样的法官为智能型法官。法律解释学研究的主要内容是对法官思考的再思考。通过对判决的研究,我们可以发现法官处理问题的技巧,这些技巧虽然不具备一般性,但却含有大量的经验成分。“在中国哲学数千年的发展中,尊重人们的生活经验的智慧应是其基本特点”^[14]。通过判例作用的发挥,可以使人们利用法官的智慧,克服制定法的僵化性、独断性,在既保持

法律稳定又适应社会变化中实现和谐。判例是经审慎确定的判决典范。判例在英美国家是通过法官的审判活动自动生成的,他们有前例的约束力原则。在我国判例就不能自动生成,需要甄选;在大陆法系需要最高司法机关的整理与编发。除此以外,根据“学在民间”的现实,法学界也可以组织专家编写。判例的权威来自人们对司法机关和法官的信赖。但现在人们对司法判决的信赖程度存在问题,因而就需要在法官做出合法、合理和具有可接受性的判决的基础上,再经过一定程序的甄别才可以作为判例。某一判决要想“成为判例的示范,必须经过摆事实、讲道理的反复论证过程,最终在既符合法律又符合道理及其被法学逻辑语义证实的情况下,方能成为示范的特征”^[8]。

第三,判例是指那些能通过某种方法把正义等基本法律价值贯彻到判决中的判例。正义是法律的基本价值。一般来说,法律规定与社会奉行的正义是一致的,但由于正义在具体的情境中时会发生一些变化的,所以西方法学总是把自然法当成高于制定法的“法”,当正义与制定法发生冲突的时候,人们可以按照自然法的正义标准修改制定法。这种修正一般来说需要经过充分的论证。如果论证得当,就可以作为判例,以使后来的适法者效仿。正义永远是一种批判现实的力量,人们在做任何事情的时候都不可能达到绝对的正义,像法治这样的追求也只能实现程序或形式意义上的公正,但通过判例的实施,打通了一条使法律接近正义的“捷径”。所谓接近是指比纯粹的形式或程序正义更加接近现实社会所认同的实质正义。所有的价值判断都不可能是永恒的,虽然有永恒的概括法律价值的术语,但是没有永恒的内容。有人认为判例法可以达到对法律的一致理解,但这种想法有点乐观。所以通过判例所确认的价值反映的是法官当下对法律价值的认同。“通过判例方法发展的法,确实存在着缺漏或断裂,分布着倒向不同方向的歧路,存在何去何从听任于法官选择的十字路口。在此,由于法官的每一个选择就宣告一个法律的产生,所以判例法表现为非体系性的论题式、受所谓情景思维支配的特征”^[15]。正是这种特征,使我们能够看清判例中正义的导向,看清实在的正义,而不是抽象的正义。

第四,判例是指那种吸收了制定法外的其他法律渊源的判决。单一直观地运用了法律条文的判

决,由于不能帮助法律人展开对法律条文的拓展性理解而可能被拒绝在判例之外,对法律人来说不具有典范的意义。一般来说,大陆法系的法官判案要依据制定法,但是,当制定法没有规定或虽有规定但判决结果明显和法律价值背离的时候,可以在制定法外探寻其他的法律渊源。在立法的时候,立法者已经将那些具有普适性的规范内容反映到法律规范中,而对那些比较难以处理的复杂因素暂时搁置起来,留给了法官自由裁量。现代法治要求法官不能因为法律没有明文规定而拒绝审判案件,这就等于承认了制定法以外还有法源。但又没有明确在什么案件中可以不运用制定法,这就为法官创造法律提供了机会。很多学者试图把这种探寻制度化,但由于法律要调整的事情过于复杂,因而只能交给法官临事而探寻。我们认为,对于这种在制定法外探寻法源的判决,可以作为判例,以供类似案件援用、减轻后来者的论证负担。这样的判例可以起到补充制定法漏洞的作用。

第五,判例是指那些符合法律思维方式、维护法

治精神,融社会性、规范性与正义性等于一身的判决。判例是法律与社会互动的产物,表达了人们当前理解法律的导向,是在承认法律具有稳定性的前提下,对法律严格性作部分的松动。当然,这种松动不能违背法治的总原则,不能背离法律思维方式的总体框架。在判例形成过程中,法律精神、原则、基本的法律方法都应该被充分地运用,要显示出法律解释工作的专业性与职业性。我们认为,要把判例作为对法律解释的指导,最根本的是不能出现“以例破律”的现象——判例确定出来了,法律的固有意义丢失了。判例体现的是司法克制主义与能动主义的结合,而不是片面的克制或能动。我们必须明确,判例是制定法的补充,而不是要像英美国家那样,把判例当成第一位的法源。对于判例,应该公布其要旨,明示判决理由的正当性和可接受性,以方便使用者。比如,“在台湾地区,凡被核定为判例的判决中,一般都附随‘要旨’,要旨一般将该判例中所隐含的法律原则写出,使法官在适用该判例时一目了然,而不必再运用专门技术寻找”^[12]。

注释:

- ①“从某种意义上讲,法院利用案例的主要目的不是深层次诠释法律,更不是创设法律,而在于配合一定时期的工作的某种需要,即便是一个法院的审判年度案例汇编或某类案例的汇编,成绩色彩或者其他某种不便说的色彩也是显而易见的。故真正有法律价值、受欢迎的案例并不多见,经得起理论与实践检验的案例并不多见。”参见房文翠:《接近正义寻求和谐:案例指导制度的法哲学之维》,《法治与社会发展》2007年第3期。
- ②案例指导制度论说不是一个新的问题。1980年代中期就被提出来了,直到本世纪被正式列入人民法院司法改革“二五”纲要。在这个问题上的研究贡献,就是摒弃了司法作者作为立法者规范意思传真机的前见,改变了原来那种期待法律规范越来越复杂和细化的大陆法系传统,开始从方法论上关注司法者的能动作用。但在过渡时期,各种社会矛盾和价值观念比较复杂,这就决定了案例指导制度不能仅从方法论承载对法律的一般性解释,还应该结合社会各阶层对社会矛盾的理解与承受,在大量分析案例的基础上,筛选出一些符合社会和谐与发展要求的典型案例。社会上很多人对案例指导制度颇有微词,原因就是其缺少对社会现实的关注,而仅仅注意方法与技术。参见杨力:《司法特殊正义及其运作机制研究》,载《法学家》2008年第4期。
- ③当然也存在不同的认识。民国时期的司法院院长居正认为:“中国向来是判例法国家,甚似英美法治度。”谢晖:《经验哲学之兴衰与中国判例法之命运》,《法律科学》2000年第4期。
- ④刘海波:《判例法与中国的法治建设研究报告》,2008年11月18日中国人民大学公共政策研究院和美国加图研究所联合举办的“通往和谐发展之路:中国改革开放三十周年国际学术研讨会”会议论文。
- ⑤参见王贵东《关于判例法几个“优点”的思考》,《企业家天地》(理论版)2006年第7期。证据排除规则就是一个例证。1961年美国最高法院确立了“毒树之果”证据排除规则,强调非法手段取得证据没有法律效力。然而不久就发现了这一规则有绝对化的倾向,对通过刑事诉讼控制犯罪可能产生消极影响。因此后来便通过一系列判例来修正这一原则,在21年内完成了四个例外原则:即“独立来源”例外,“稀释”例外,“善意取得”例外和“最终或必然发现”例外。
- ⑥对此有不同的理解。李淑娟认为“司法人员参考先前类似的判例,有利于贯彻法治统一原则,保证定罪量刑在全国,至少在本层次法院中的一致性。充分考虑先前的判例,从横的方面看,可以使空间上使各个法院对同类或类似案例的判决相一致;从纵的方面看,可以在时间上对先后相类似的案件进行平衡的判决,这就维护了法治的稳定性和严肃性,有助于法治的统一。”(李淑娟:《论我国的刑事判例制度》,《学习论坛》2004年第3期。)李淑娟的观点是认为判例可以帮助我们统一理解

法典,而我说的判例的作用更主要的是发展法典。当然,提倡判例的“创造”并不是不要法治的统一,而主要是要发挥判例的作用。如果判例与法典讲的是一样的,这是符合法治统一的,然而它的问题在于,对发展与丰富法律来说没有什么意义。

参考文献:

- [1]梁兴国.从判例、判例法到案例指导制度[J].华东政法大学学报,2008,(6).
- [2](英)P·S.阿蒂亚.英国法中的实用主义与理论[M].刘承魁,刘毅译.清华大学出版社,2008.
- [3]张卫平.无源之水——对中国民事诉讼法学贫困化的思考之一[C]//徐昕.司法(第3辑).厦门大学出版社,2008.
- [4]房文翠.接近正义寻求和谐:案例指导制度的法哲学之维[J].法治与社会发展,2007,(3).
- [5]姚中秋.技艺理性视角下的司法职业化[J].华东政法大学学报,2008,(6).
- [6]宫宝芝.“案例”——判例制度的初始状态[J].达县师范高等专科学校学报(社会科学版),2003,(1).
- [7]干朝瑞.建立以判例为主要形式的司法解释体制[J].法学评论,2001,(3).
- [8]张建.论我国判例法的创建[J].华东政法学院学报,1999,(6).
- [9]宋高初.关于判例法的若干思考[J].浙江师范大学学报(社会科学版),2001,(1).
- [10]陈金钊.法律渊源:司法视角的定位[J].甘肃政法学院学报,2005,(6).
- [11]霍布斯.利维坦[M].黎思复等译.商务印书馆,1995.
- [12]张鹏.台湾、香港地区判例制度比较研究[J].政法学刊,2005,(4).
- [13]蒋惠岭.指缝间漏掉了什么? [N].法治日报,2007-06-11.理论版.
- [14]谢晖.经验哲学之兴衰与中国判例法的命运[J].法律科学 2000,(4).
- [15]王贵东.关于判例法几个“优点”的思考[J].企业家天地(理论版),2006,(7).

The Status Quo of Legal Hermeneutics Research in China

CHEN Jin-zhao

(Law Institute, Weihai Campus of Shandong University, Weihai, Shandong 264209, China)

Abstract: In China's contemporary legal hermeneutics research, emphasis is laid on the introductory study of western theories with neglect of China's own judicial experience and wisdom, which is mainly embodied in the lack of systematic study of the cases accumulated during the judicial process. We fail to realize that legal hermeneutics is not just concerned with legal interpretation and its methodology; what is more important is reflection upon the outcome of legal interpretation. Study of judicial decisions is one of the most important content of legal hermeneutics.

Key words: legal hermeneutics; judgment; case; legal experience; legal wisdom

[责任编辑:苏雪梅]