

# 再论判例制度与经济发展的关系

## ——日本、法国和意大利的判例制度及其对构建我国案例指导制度的启示

■ 王留彦 雷安军 副教授（宜宾学院法学院 四川宜宾 644000）

▲ 宜宾学院青年基金项目资助（项目编号是 QJ05-53）；四川省教育厅科研项目经费资助（项目编号为 07SB080）

◆ 中图分类号：F015 文献标识码：A

**内容摘要：**当今世界全球走向一体化，在经济领域是经济逐步走向一体化，而在法律领域则是两大法系日益走向融合。就判例制度而言，大陆法系的日本、法国、意大利都建立了事实上的判例制度。通过较为完善的判例编撰制度、上诉制度、审级制度、判决书说理及违背先例的特殊程序等，这些国家确保了事实上判例制度的有效运行。我国应当借鉴这些国家的判例制度，将违反判例作为法定上诉理由、建立判决书公开制度和完善判例编纂等方式建立我国的案例指导制度。

**关键词：**大陆法系 判例制度 案例指导制度

判例制度曾经被认为是英美法系独有的制度。不过这一认识渐渐地被证明是不准确的。比较法学者茨威格特早在1984年就指出：“但是人们在最近可以察觉到，普通法与大陆法之间在这里正在接近。在大陆，制定法的优先地位和把判决看作技术性的自动制作的谬见正在衰退，人们确信制定法不过是一种可以广泛解释的概括性的基本观点的表现，并且确信法院实务以持续的判例形态成为一种独立的法源。（K·茨威格特、H·克茨著，2003）”。

我国的法律制度与大陆法系接近，以制定法为主要的法律渊源。但制定法存在的缺陷如抽象性、滞后性等问题，使得某种判例制度的产生成为现实的需要。最高人民法院和一些地方法院陆续在推行典型案例制度。但当前的案例指导制度在理论方面和实践操作方面存在很多问题（胡云腾、于同志，2008）。人类知识的发展具有连续性，任何一种创新都应当建立在前人或他人已有的基础上。判例制度是一种复杂的法律制度，因此有必要对其他国家尤

其是大陆法系主要国家的判例制度进行深入研究。由此，本文关注大陆法系国家日本、法国和意大利判例制度的理论和实践，以期为构建和完善我国的案例指导制度提供借鉴和启示。

### 日本的判例制度

与英美法系判例制度相似，日本的判例制度有相应的法律基础。日本《裁判所构成法》第49条规定，下级法院必须遵循上级法院的判例。就同一法律问题，有与先前一个或两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（王利明，2002）。该条明确规定了上级法院的判例对下级法院的拘束力。综合来看，日本的判例制度不仅有法律基础，而且有相应的配套制度来保障判例制度的实现。日本的判例制度通过三个方面来实现：

#### （一）诉讼制度作为判例制度的保障

日本的诉讼制度是三审制，一审是地方法院，二审是高等法院，三审是最高法院。如果下级法院的判决违背了上级法院或最高法院先前作出同样类型案件的判决，将会在上诉中被撤销。这在事实上确保了最高法院和上级法院的判决作为先例被下级法院服从的效力。只要各个审级的法院是独立的，这种形式的先例约束力就是有效的。我国也不例外，下级法院在审理案件时，也会关注上级法院或最高法院对同类案件的判决，并自觉或不自觉地受到一定的约束。可以说，只要存在上诉制度，上级法院的判决就会在一定程度上约束下级法院，并对后者将来审理案件构成一种约

束。不过，由于我国是两审终审制，由于上下级法院之间存在紧密的联系，这种基于诉讼制度审级而产生的先例约束力受到限制。此外，虽然法院组织法和宪法规定了我国上下法院之间是监督关系，我国法院各审级的独立性并不够，下级法院法官在审理一些案件前，常常会请示上级法院的法官，这使得上诉制度的有效性大打折扣。因此，改变两审终审的制度也曾经是司法改革的方向之一。不过，在两审终审制度没有更改之前，下级法院的法官更多的是去关注上级法院法官现在的想法，而不是关注上级法院法官之前的想法和做法。二者都会减弱诉讼制度对判例制度的促进作用。因此，我国现有的诉讼制度尤其是审级制度不能成为判例制度的有力保障。

（二）规定了最高法院要在一定程度上受自己先前判决的约束

只有下级法院服从上级法院的先前判决，而最高法院可以不服从先前判决，有效的判决制度仍不可能建立。日本法院法第10条第3项中：“关于宪法及其他法令适用的解释、意见与以前最高法院的审判不同时”，必须在大法庭（由15名审判员构成）进行审判。变更判例的权限之所以限定在大法庭，是出自于防止小法庭相互变更其他小法庭的判例，通过对变更判例采取慎重的态度力求提高解释法律的统一性及稳定性之考虑（后藤武秀，1997）。

日本最高法院包括了由15个法官组成的3个小法庭，每个小法庭5个法官，平常审理案件由小法庭进行。如果最高法院要改变以前自己的判决，必须由15个法官全部出庭，组成大庭，才能改变判例。由此，如果最高法院要改变自己的判决，需要特殊的审判形式，这种程序上的要求确保了最高法院在一定程度上会服从先前自己的判决。这对于构建我国的案例指导制度而言，意义重大。我国现有的典型案例制度并没有强调最高人民法院自身要受典型案例的约束，因此最高法院可以不遵守自己先前的判例，这是现有制度的一大缺陷。既然最高法院都可以不遵守自己先前的判例，下级法院在判决前也不会认真考虑服从最高法院的判例和自己先前的判例。

（三）将违反判例作为上诉的绝对理由并确保下级法院遵守判例

日本刑事诉讼法第405条第2项里提到“做出与最高的判例相反的判断时”、第3项里规定“没有最高裁判所的判例时，大审院或者上告裁判所之高等裁判所的判例、

其法律施行后的控诉裁判所之高等裁判所相反的判断时”之作为上告的理由规定。民事诉讼法第394条、民事诉讼法规则第48条也做了类似的规定,通过将违反判例作为上告理由,从而赋予上级法院或最高法院先前判例的实际约束力。这个规定可以说是判例制度的基石。因为只有规定了违反判例要承担的法律的责任后,遵循判例的义务才具有实效。如果没有规定违反判例的责任,判例制度就没有实际意义。我国当前的典型案例制度就存在这个重大的缺陷。法院违反上级法院和自己先前的判例无需承担任何责任,因此法院就不会认真考虑先前判例的推理和说理。即便律师在诉讼过程中提出了先前的相关判例,法官也会以判例不是法源而拒绝考虑。这导致典型案例制度并无太大的实际意义。

在日本,通过审级制度、更改判例的制度和上诉制度,最高法院和上级法院的判例获得了对法院自身以及下级法院的实际约束力,这是日本判例制度最重要的内容。判例具有事实上的约束力,其研究、学习在法律上占有重要位置。

判例制度的形成离不开判决书的公布和编纂。因为判例被公布和编纂后才能被人们所知。日本形成了较为成熟的公布和编纂制度。日本的判决书编纂分为官方主导和民间主导两类。官方主导主要是最高法院还有8家高等法院,各自都会编辑出版的裁判例集。由法院内的最多不超过7个法官组成的判例委员会来负责。判例委员会不仅要决定案例的遴选,还要决定其中一个干事会草拟的判例的判决事项和判决要旨和参照条文是否合适。最高法院事务总局也会选择性的编辑出版地方法院和简易法院的民事判决,称为下级裁判所民事裁判案例辑。民间的出版很活跃、很多(朱芒,2008)。判例在法科学生的学习中也很重要。日本的法科大学生往往从本科二年级就开始进行阅读法条和判例的训练。反观我国,判例的公布就很成问题。理论和实务界都有呼吁所有判决书上网的声音,但一直未能实现。在判决书的编纂上,我国也未能形成较为成熟的编纂制度。

### 法国和意大利的判例制度

虽然没有法律明文的规定,但同为大陆法系的法国和意大利也存在事实上的判例制度。法国的私法在很大程度上是法院通过判例发展起来的。法院在《法国民法典》第1384条第1款略显单薄的基础上形

成的严格责任原则,在法国法中已经得到广泛承认。不仅以此为基础处理交通事故,而且在那些由某人监管下的物致人损害的无数案件中,监管人也负有责任(勒内·达维著、潘华仿等译,2002)。由此,根据《法国民法典》第1384条的要求,法国判例发展了事故法。这种法充分考虑了现代高技术社会中的特殊危险,远比民法典编纂者设定的损害赔偿制度可取(张骥,2002)。《民法典》对工业和交通事故、肖像复制和大量的出版物传播等案件没有规定,法官们通过司法判决发展了法律,以至于有学者认为现代法国侵权行为法差不多完全是由法官制定的法律(K·茨威格特、H·克茨著,潘汉典、米健、高鸿钧等译,2003)。在法国,民众信赖议会和一般法院去创立劳动法并加以实施(勒内·达维著、潘华仿等译,2002)。在劳动法方面,法院发展了有关雇工和职员社会保护的规定,而且现在还阐述了这些重要的法律领域已经在民法典之外稳固地存在,并且被进一步视为一个独立的法律部门——由判例法发展的法律部门(张骥,2002)。法国的著名学者孟德斯鸠曾主张法官是法律的喉舌,认为法官只能机械地宣布法律、适用法律,这种认识也曾一度成为法国对法官认识的主流观点。但我们可以看到,法官所发展的法律在法国法中占据着重要的位置。

由此可知,法国的判例发展了劳动法、家庭法和继承法以及过错推定理论等方面的规定。不仅法国的私法依赖于判例制度,其公法也是如此。法国的行政法基本上是在判例的基础上发展起来的。法国的行政法院自成体系,早期的行政制定法规有限,使得法官在许多情况下无法可依,只能在判决中决定案件依据的原则。法国行政法学家弗雷德尔讲到,如果我们大笔一挥,取消全部刑法条文,法国将无刑法存在;但如果我们取消全部行政法条文,法国的行政法仍然存在,因为行政法的重要原则不存在于制定法中,而存在判例中(刘珊、梁海彬,2008)。

由此可知法国的判例制度在法律体系中占据了举足轻重的位置。茨威格特认为,欧洲大陆不存在任何强行规定法官必须受上级法院判决拘束的法律规则,但实际情形则不同。“在现今的实践中,法国最高法院和德国联邦最高法院的一项判决,像英国或美国上诉法院的判决一样,可望得到下级法院的遵循”(K·茨威格特、H·克茨

著,潘汉典、米健、高鸿钧等译,2003)。这一点也为法国学者所认同。达维和德·维里斯在《法国法律制度》中指出:法国的判决作为先例具有事实上的约束力。尽管法国法院没有正式遵循先例原理,但仍像其国家的法院一样,具有一种遵循先例的强烈倾向,特别是对高级法院的判决……当然,法国最高法院总是可以推翻自己先前的判决的。但同样真实的是,如果没有重大的理由,它不会这样做……下级法院对待法国最高法院判决的态度,实质上颇类似普通法各国下级法院对待上级法院判决的态度。甚至最高法院判决确立的单个先例也被遵循,尽管这可能作为一项判决的惟一根据加以引证。但是,某些因素可导致下级法院寻找理由作出违反最高法院先例的判决。这种因素之一可能是出自根据新的情况,法院不应遵循最高法院旧判决的愿望(转引自K·茨威格特、H·克茨著,潘汉典、米健、高鸿钧等译,2003)。

由于判例在法国法律体系中的重要地位,判例也成为法学学习和研究的重要内容。在法国的法律学习中,研究判例是法律人的基本功课。在法国的判例制度体系中,最大的判例制度莫过于宪法判例集制度,行政法律制度的核心制度也是判例制度形成的。和法国同仁沟通交流,发现他们在谈论法律适用时很少首先谈论法律,因为他们认为法律的东西是大家都知道的,他们的法律技术首先是精通判例。在法国的法律中,判例在法律构成中起到关键作用,甚至说,评判一个法学院的学生的功底恰恰就在于评判他们怎么样读判例,因为只有判例才显示司法的生命(程春明,2008)。由此可见,判例制度在法国已经成为比较成熟的制度,法国形成了判例的制作与判例的研究之间良好的互动。此种判例的理论与实践值得我国借鉴。

### 判例法的特点及其对我国案例指导制度建设的启示

#### (一) 判例法的特点

1. 判例对于本级法院和下级法院具有事实上的约束力。没有约束力的法律制度不会有任何实际的意义。上述大陆法系国家法院的判例对于本级法院和下级法院具有事实上的约束力。这主要通过上诉制度(违反判例构成上诉理由)、审级制度(违反先例的判决可能被撤销)、判决书说理制度等予以实现。正是这些约束赋予判例制度以实效,使得法院在审理类似案件时必

须要认真考虑既有判例,从而实现类似案件类似处理的自然正义原则。此外,学术界对判例的研究、讨论、辩驳也是形成判例共识的重要因素。判例共识对于法官会产生较强的说服力,避免极不合理的判决出现。

2.良好的判例公布制度对建立判例制度不可或缺。判例制度首先要求人们知晓判例、学习判例。上述大陆法系国家都建立了较为完备的判例公布制度。无论是官方还是民间编纂机构,都将法院尤其是最高法院的判决很好地整理公布。判决的公布为人们研究、讨论、辩驳法律问题提供了前提,也会促使法院的判决更加趋于合理化,因为判决的公布本身就是对法院的一种约束。

3.判例制度是一个系统,包含了多个方面的内容,如判例的约束力制度、判决书说理制度、判例编纂制度和判例研究学习制度等。因此,构建判例制度需要考虑一系列的因素后方可实现。就此而言,我国目前的典型案例制度过于简略和粗疏,缺少相应的配套制度。

#### (二)对完善我国案例指导制度的启示

我国由最高人民法院、高级人民法院和中级人民法院定期或不定期总结和发布的典型案例,仅对下级法院审理同类案件起到指导作用。这种指导仅具有参考意义,不具有规范意义上的约束力,更不具有实际的约束力。因此,现有的典型案例制度未能发挥类似案件类似处理从而实现公正的作用,更不能积极回应经济急速发展中的疑难问题和新问题。

自改革开放以来,我国大量移植了西方法律,通过大规模立法来推进改革开放。但制定法存在着自身的缺陷,例如抽象性、滞后性、僵化性等,使其不能更好地回应社会的需要。因此,通过迅速立法来推进改革开放的做法渐渐失去了其最初所具有的重大意义。法律制度应当回应现实的需要,当制定法不能很好地回应时,应当发展新的制度。具体来说,我国应当借鉴上述国家的判例制度,完善案例指导制度。

1.将违反先前的判例作为上诉的法定理由。仅仅通过司法解释一般性的规定判例的约束力是不够的,因为法官在审理案件中总会找到各种理由规避先前的判例,从而事实上不遵守先前的判例。为克服这种缺陷,笔者认为还应该将违反先前判例作为上诉的法定理由。如果当事人认为法

院没有遵守先前的判例,就可以向上一级法院提起上诉。由此,初审法院是否遵守判例就会受到更高级法院的监督。此外,如果终审法院不遵守先前的判例,当事人还可以此提起审判监督程序。一言以蔽之,只有将判例作为正式的法律渊源,判例制度才能充分发挥其作用。

2.判决书公开制度。判决书公开可以说是判例制度的精髓。通过公开判决书,法官在判决中的说理、推理可以被公众知晓,甚至论辩。法官是否遵循先前同类案件的处理结果会受到社会的监督。这在英美法系中尤为突出。英国上千年的判例现在都还可以查阅甚至引用。在大陆法系国家,判决书公开也是发展的趋势。虽然有众多人士呼吁公开,但我国的判决书公开程度较低。事实上,现在有电脑和网络,判决书公开在技术上并不是问题。问题在于,公开后法院就受到了更多的监督,因此判决书公开并不为法院所赞同。但判决书公开却是判例制度的基石。只有判决书都公开了,人们才可以进行编纂、学习、研究、讨论。判例中所蕴含的法理才能为人们所知。因此,判决书公开是完善我国判例制度所必需的关键性步骤。

3.判例编纂制度亟需完善。目前判例的公布存在多个主体、多种形式:有最高人民法院公报公布的典型案例、有最高人民法院和最高人民检察院联合出版的《中国案例指导》丛书、有最高人民法院各业务庭公布的案例选编、有地方各级法院制作的案例选编。这些案例公布的形式多样,缺乏统一性。最高人民法院应制定相关规范,由最高人民法院应用法学研究所来具体负责编纂案例,将其提升为判例,以指导下级法院的审理工作。此外,判例编纂应注意判例发展的连续性。目前的判例多是按照大的专业领域、依时间发生的先后来编排的。这种编排方法不利于法官和研究人员发现判例中的规则及其发展过程。因此,判例编纂应当以判例中涉及到的相关专业领域某一法律规则的演变来编排。这种编排体例可以形成一系列的判例。此外,判例的编撰还要注意保留案件事实,不能将事实过度抽象和简化,因为事实与规范是共存的,离开案件事实,规范就失去了针对性。事实是规范存在的土壤,规范不能离开事实而独立存在。

4.法学学术界和实务界应当更多关注法院的判例。判例应当成为法院、律师、学者对话和交流的焦点。这种多角色的参与,

使得最终有效的判例具有很强的理论和现实基础,从而具有很强的生命力。法学教育也不能仅讲授法条和法条背后的理论,更应以判例来验证法条和理论。甚至以判例来发展法学理论。如此,中国法学就具有了一定的“主体性”,走上了建构中国法学的“理想图景”(邓正来语)之路。法学就成为更具现实性的学问。法学学者不再跟在西方学者后面亦步亦趋、人云亦云,而是立足于中国的实际创造出自己的理论。

## 结论

理论随现实的变化而改变,法学理论亦是如此。因此,关于大陆法系没有判例制度的说法被现实改变了。事实上,法律制度往往是为回应社会生活的需要而产生和改变。由此,日本、法国和意大利虽为大陆法系国家,但其法律制度却逐步发展出了判例制度。判例制度弥补了制定法的不足,满足了社会生活的需要,推动了这三个国家经济的迅速发展。目前我国处在改革开放的深化阶段,社会对法律制度提出了多种需要,制定法并不能完全满足这些需要。有鉴于此,我国应放弃将制定法作为唯一正式法律渊源的观念,在现有典型案例制度的基础上构建我国的案例指导制度。由此,我国的法律制度将能更好地满足社会的需要,推动经济的发展。

## 参考文献:

1. K·茨威格特, H·克茨著. 潘汉典, 米健, 高鸿钧等译. 比较法总论. 法律出版社, 2003
2. 胡云腾, 于同志. 案例指导制度若干重大疑难争议问题研究. 法学研究, 2008(6)
3. 王利明. 论中国判例制度的创建, 载王利明著: 民法疑难案例研究. 中国法制出版社, 2002年版, 代序
4. 后藤武秀. 判例在日本法律近代化中的作用. 比较法研究, 1997(1)
5. 北航法学院主办的法学沙龙. 大陆法系的判例制度—成文法系中的判例和成文法的关系. 朱芒的发言, 载北航法学网 <http://beihanglaw.w241.bizcn.com>, 2010-1-2
6. 勒内·达维著, 潘华仿等译. 英国法与法国法: 一种实质性的比较. 清华大学出版社, 2002
7. 张骥. 判例法的比较研究. 比较法研究, 2002(4)
8. 刘珊, 梁海彬. 两大法系判例制度比较. 经济与社会发展, 2008(4)