

深入贯彻习近平法治思想、习近平文化思想

传承中华优秀传统法律文化

在我国古代法律体系中,制定法是最基本的法律形式,判例植根于制定法,起着补充、变通、丰富、发展制定法的作用。制定法与判例的巧妙结合,是中华法系的特点和优点。

律例相生:彰显我国传统判例文化法治价值



西北政法大学中华
法系与法治文明研究院
院长、教授 汪世荣

□判例体现法制的发展与进程,反映司法的状况与水平,是特定时期法制状况的缩影,是国家法律体系的重要组成部分。从先秦至明清,我国古代判例制度经历了产生、壮大、成熟的过程,促进了法治文明的发展进步。

□特定案件以先例作为判决的理由,体现了我国司法制度的重要传统。特定案件之所以能够援引先例作为判决的理由,说明君臣对于这些先例非常熟悉,起码对于援引的先例存在共同的价值认知,也能够在先例所倡导的原则方面达成一致的认识。

□判例不仅对个案发挥作用,而且对同类纠纷的解决具有规范作用。先例的约束将使司法更加公平、公正,实现对纠纷的有效解决。重视实证方法,关注司法实践的真实运作,总结和提炼司法经验,是实现个案公正的必要条件。

判例是具有规范和启迪作用的司法判决。在我国古代法律体系中,制定法是最基本的法律形式,判例植根于制定法,起着补充、变通、丰富、发展制定法的作用。制定法与判例的巧妙结合,是中华法系的特点和优点。判例体现法制的开发与进程,反映司法的状况与水平,是特定时期法制状况的缩影,是国家法律体系的重要组成部分。从先秦至明清,我国古代判例制度经历了产生、壮大、成熟的过程,促进了法治文明的发展进步。

判例的历史传统

唐宋时期,不仅编撰有专门的判例汇编,而且出现了判例研究的专门著作,宋代郑克撰写的《折狱龟鉴》对相似判例的比对研究,首创我国传统法学研究关于事实性质的分析方法,将事实区分为关键事实和一般事实,明确提出,关键事实决定案件的结果。

我国现存最早的法律文化资源,不是成文法典,而是司法判例——陕西省宝鸡市出土的西周青铜器铭文《匜叶匜》,记载了叶叶诉牧牛一案的判决书。虽然该铭文并不仅仅系判决书文本,但也包含了判词的内容。作为中国古代和法律的早期文献,《左传》记载了诸多执法断案的事例,形象生动地体现了当时的法制状况。在出土文献中,睡虎地秦墓竹简中《封诊式》关于“经死”和“出子”等判例,不仅详细记录了案件从发生到侦破的过程,而且对如何进行检验、检验的步骤、检验结果的运用等进行了详细描述。张家山汉简《奏谳书》更是对破案、议罪的典型判例进行了汇集。在长期的判例编辑实践中,从汉代开始形成了约定俗成的编辑体例:“集类为篇,结事为章”,即分门别类的判例编辑体例。

唐宋时期,不仅编撰有专门的判例汇编,而且出现了判例研究的专门著作,宋代郑克撰写的《折狱龟鉴》对相似判例的比对研究,首创我国传统法学研究关于事实性质的分析方法,将事实区分为关键事实和一般事实,明确提出,关键事实决定案件的结果。例如,“唐李杰为河南尹,有寡妇告其子不孝。杰物色非是,谓寡妇曰:‘汝寡居唯一子,今告之,罪至死,得无悔乎?’妇言:‘子无状,宁复惜!’杰曰:‘审如此可买棺来取尸。’因使视其后。寡妇出,与一道士语曰:‘事了矣!’俄将棺至,杰即令捕道士劾问。具服:‘与寡妇通,为子所制,故欲除之。’于是杖杀道士,纳于棺”。

郑克在“按语”中列举了后母告子案例:“曾孝序资政,知秀州。有妇人讼子,指邻人为证。孝序视其子颇柔懦,而邻人举止不律。问其母,又非亲。乃责邻人曰:‘母讼子,安用尔!’为事非涉己,因并与其子杖之。闻者称快。”郑克认为:“继母私邻人而忌其子,间之,故致讼。邻人与道士类矣。然彼教寡妇讼其子以死罪,故杀之;此教继母讼其子,罪不致死也,故杖之而已。”通过对比,郑克对教唆词讼罪的法律性质进行了讨论。同样是“教令人告”(明清律为“教唆词讼”)罪名,由于教令的内容不同,被教令者实施的犯罪行为各异,触犯教令者所触犯的罪名虽然相同,但

是,教令者的刑事责任自然“轻重乖异”。在《唐律疏议》中,有“教令人告”的规定:“诸教令人告,事虚应反坐,得实应赏,皆以告者为首,教令为从。”同样是教令其母告子,根据所告案件的性质确定教令者的责任,才能准确体现诬告反坐的精神和原则。

然而,郑克的研究仅停留在理论探索,并没有上升为司法技术。在具体案件的判决中,如何援引先例,实现司法公正的议题,没有展开讨论。司法经验的总结和提炼,没有受到司法实践的关注。而且,传统文献关于司法审判的记载高度概括,细节的描述和事实的揭示,远不能满足判例分析的要求。例如,唐代魏征判决案件,特点突出、效果明显,相关文献对案件事实的描述则比较粗疏。《旧唐书·魏征传》称:“七年,代王珪为侍中,尚书省滞讼有不决者,诏征评理之。征性非习法,但存大体,以情处断,无不悦服。”类似这样的记载,更多显示了文学的意蕴。究其原因,这些史料并非法律专业人员撰写,忽视了对事实的详细记录、深入分析,以及对重要性的揭示,也在情理之中。

明清时期,专门的判例集《明大诰》《问刑条例》出现,与《大明律》相互补充,相互为用。清朝则开展了将判例纳入法典的工作,通过定期的编辑判例活动,实现了法典的不断丰富与完善。定期将判例引入法典,进行律例合编的立法活动,目的是消除法典与判例之间的歧异,以及判例相互之间的矛盾。

清朝的律例合编实践,不但实现了判例援引的便利化,而且是判例发展的新阶段,形成了中国独特的判例法与制定法相互为用、相互促进的法律特色。这也是对判例原理研究局限和不足的补充。因为,以往的判例编辑,对案件事实的比对粗疏、简单,对原理的揭示不够,只有将判例编辑纳入法典,形成对判例的性质转换,才能克服判例理论技术研究滞后所带来的缺陷。

援引判例说理的司法实践

援引先例作为特定案件的判决理由,构成了判例援引的重要传统。

我国传统法律文献中海量的判例史料,对深入理解我国古代法律适用的状况,意义深远。援引先例作为特定案件的判决理由,构成了判例援引的重要传统。从技术上看,有些判例援引时并不说明依据的先例名称,仅仅重申先例业已明确的原则或者规则,有些判例则直接说明依据的先例名称,并作出判决。

说理时不说明依据的先例名称。援引先例进行法律说理,并不指出先例的名称,而是重申先例业已确立的法律原则和规则,并据此作出判决。以“张释之判犯辟案”为例,《史记·张释之传》载:上行出中渭桥,有一人从桥下走出,乘舆马惊。于是使骑捕,属之廷尉。释之案问。曰:“县人来,闻跸,匿桥下。久之,以行为已过,即出,见乘舆车骑,即走耳。”廷尉奏当,一人犯跸,当罚金。文帝怒,曰:“此人亲惊吾马,吾马赖柔和,令他马,固不败伤我乎?而廷尉乃当之罚金!”释之曰:“法者,天子所与天下公共也。今法如此而更重之,是法不信于民也。且方其时,上使立诛之则已。今即下廷尉,廷尉,

天下之平也,一倾而天下皆为之轻重,民安所措其手足?唯陛下察之。”良久,上曰:“廷尉当是也。”

这则判例对君主、臣民与法律,君权与司法权等多重关系进行了厘定,确立了君、臣、民均需遵守法律,君主的临时处断权受到司法权限制等原则。就前者而言,认为法律是君主与臣民需共同遵守的行为规范,作为公共资源,具有客观属性。如果法律有明文规定,而不按照规定量刑,加重或者减轻处罚,就会造成法律不能取信于民的结果。就后者而言,君主有临时处断权力,司法者有严格适用法律的责任。君主的临时处断权力,受到时间、地点和环境的限制,“过期的权力”不能再支撑临时处断,必须受到司法的限制。

那么,这则判例所确立的法律原则是否得到了援引?在“戴君判诈伪资荫案”中,虽然没有明确“张释之判犯辟案”这一先例的名称,但是,对先例确立的原则和规则进行了原原本本的重申。《旧唐书·戴胄传》载:不首者罪至于死。俄有诈伪者事泄,胄据法断流以奏之。帝曰:“朕下敕不首者死,今断从流,是示天下以不信。卿欲卖狱乎?”胄曰:“陛下当即杀之,非臣所及。既付所司,臣不敢言。”帝曰:“卿自守知法,而令朕失信耶?”胄曰:“法者,国家所以布大信于天下,言者,当时喜怒之所发耳。陛下发一朝之忿而许杀之,既知不可而置之于法,此乃忍小忿而存大信也。若顺忿遣罪,臣窃为陛下惜之。”帝曰:“法有所失,公能正之,朕何忧也。”胄前犯颜执法多此类。

可见,上述判例虽然没有明确说理依据为“张释之判犯辟案”,但是,对君主“当即”行使临时处断权进行的重申和限制,对法律的性质进行的澄清,与“张释之判犯辟案”如出一辙。唐太宗之所以能够接受戴胄的意见,与“张释之判犯辟案”所确立的原则和规则已经深入人心有极大的关系。“张释之判犯辟案”所确立的原则,构成了“明君”的标准,尤其是成为君权与司法权关系的基石,不能动摇。

尽管如此,从先例中总结法律原则,合理界定君权和司法权关系的传统,并没有消失。《史记·酷吏列传》载:“周为廷尉……而善候伺,上所欲挤者,因而陷之,上所欲释者,久系待问,而欲见其冤状;客有让周曰:‘君为天子决平,不循三尺法,专以人主意指为狱,狱者固如是乎?’周曰:‘三尺法安

出哉?前主所是著为律,后主所是疏为例,当时为是,何古之法乎?’”身为廷尉的杜周,“不循三尺法”的行为,被大众质问,即“让”,讽刺、挖苦,虽然其进行辩解,偷梁换柱,混淆视听,但终究难逃史家的秉笔直书,至今成为我们

思考司法权界限的著名案例。

直接援引先例名称进行说理。案件判决理由直接说明援引先例的名称,并将之作为依据。《旧唐书·狄仁杰传》所载的“狄仁杰判误斩昭陵柏树案”具有一定代表性。该案援引了两个先例,从两个方面对判决理由进行了说理:“时武卫大将军权善才坐误斩昭陵柏树,仁杰奏罪当免职。高宗令即诛之,仁杰又奏罪不当死。帝作色曰:‘善才斫陵上树,是使我不孝,必须杀之。’左右嘱仁杰令出,仁杰曰:‘臣闻逆龙鳞,忤人主,自古以为难,臣愚以为不然。居桀纣时则难,尧舜时则易。臣今幸逢尧舜,不惧比干之诛。昔汉文帝时,有盗高庙玉环,张释之廷争,罪止弃市;魏文将徙其人,辛毗引裾而谏,亦见纳用。且明主可以理夺,忠臣不可以威惧。今陛下下不纳直言,瞑目之后,羞见释之、辛毗于地下也。陛下作法,悬之象魏,徒流死罪,具有等差。岂有犯非极刑,即令赐死?法既无常,则万姓何所措手足!陛下必欲变法,请从今日为始。古人云:假使盗长陵一抔土,陛下何以加之?今陛下以昭陵一株柏杀一将军,千载之后,谓陛下为何主?此臣所以不敢奉诏杀善才,陷陛下于不道。’”帝意稍解,善才因而免死。”

判例援引先例“张释之判盗窃高庙玉环案”,重申了犯罪与刑罚相适应,避免畸轻畸重的原则。援引先例“辛毗判冀州士家徙居案”,说明君主应当接受最高司法长官谏诤的必要性。

虽然我国确实存在援引先例作为特定案件判决理由的情况,但是,司法实践和理论界对判例的分析研究尚存在不足,相关研究对此重视程度不够,甚至存在有意无意忽视先例关键事实和当下案件关键事实的比较分析。例如,唐代政治家、史学家杜佑在《通典》中对“狄仁杰判误斩昭陵柏树案”的介绍,就忽视了案件的关键事实:“上元三年(676年)九月,左武卫大将军权善才、右监门中郎将范怀义并为斫昭陵柏,大特令杀之,大理奏遂欲破其产除名。上理丞狄仁杰执奏,称罪不当死。”《旧唐书》关于“狄仁杰判误斩昭陵柏树案”的记载,重在强调其“误”的行为性质。杜佑则完全忽视了这一点,没有说明权善才等的行为属于“故”或者“误”的主观状态。判例分析方法简单,判例研究理论滞后,影响了判例观念的进步,抑制了判例作用的发挥。

特定案件以先例作为判决的理由,体现了我国司法制度的重要传统。特定案件之所以能够援引先例作为判决的理由,说明君臣对于这些先例非常熟悉,起码对于援引的先例存在共同的价值认知,也能够在先例所倡导的原则方面达成一致的认识。但援引的技术方法单调,效果一般。

判例的价值取向

判例是正确理解制定法含义的重要手段。将判例方法引入法典,实现制定法解释的通俗化,是中国古代立法解释的显著特色之一。

判例对制定法效力的补强。制定法公布后,需要通过判例确定其含义,界定其范围,补强其效力。《史记·商君列传》描述了商鞅为制定法实施,通过判例方式所采取的系列活动,表明判例对

于民期年,秦民之国都言初令之不便者以千数。于是太子犯法。卫鞅曰:‘法之不行。自上犯之。’将法太子,太子,嗣君也,不可施刑。刑其傅公子虔,黜其师公孙贾。明日,秦人皆趋令。行之十年,秦民大说。道不拾遗,山无盗贼,家给人足,民勇于公战,怯于私斗,乡邑大治。秦民初言令不便者,有来言令便者。卫鞅曰:‘此皆乱化之民也。’尽迁之于边城。其后,民莫敢议令。”

商鞅通过判例的具象性,强调了制定法的权威性;通过排除制定法实施的观念和障碍,补强了制定法的效力;通过对谄媚行为的惩罚,保障了法律理解和执行的统一性。

判例对制定法内容的解释与阐发。制定法的特点是高度抽象、概括,判例的特点则是形象、具体。判例是正确理解制定法含义的重要手段。将判例方法引入法典,实现制定法解释的通俗化,是中国古代立法解释的显著特色之一。

《唐律疏议·名例》规定了“本条别有限”律文:“其本应重而犯时不知者,依凡论;本应轻者,听其本。”立法者通过判例,对这一律文进行了解释和说明,为正确理解和适用成文法规则,铺平了道路:假有叔侄,别处生长,素未相识,侄打叔伤,官司推问始知,听依凡人斗法。又如别处行盗,盗得大祀神御之物,如此之类,并是“犯时不知”。得依凡论,悉同常盗断。其本应轻者,或有父不识字,主不识奴,殴打之后,然始知悉,须依打子及奴本法,不可以凡斗而论。是名“本应轻者,听其本”。

判例的引入避免了律文烦冗的缺陷,生动的判例较概括、分析等解释方法,更具有说服力。例文之后注明其形成的例案,有助于通过案例文献澄清歧义,准确理解例文的含义。丰富的判例史料,形成了《唐律疏议》的重要风格。

判例对制定法内容的补充和完善。通过判例途径补充和完善制定法,是我国传统法律的重要特征之一。因案生例的判例形成规则,是指法官在其司法活动中,针对具体案件的裁判,认为应该通过该案总结、创制出特定法律规范时,便在该案中附请定例。最高统治者以上谕的形式,在对该案作出批结的同时,可以概括出具体的、普遍适用的法律规范,这就是例。

“因案生例”是判例的形成机制,而非制定法的形成机制。“《大清律例》是一部成文法典”,恰恰说明条例没有被编撰进入法典之前,属于判例。清代例的删定、编纂是重要的立法活动。自乾隆元年(1736年)起,经刑部奏准,三年修例一次。从乾隆十一年(1746)开始,确立了五年一修例的制度。具体的修例工作由专门机构律例馆负责。在修例时,主要规范了例文的表达效果,删除和更正了律文与例文、例文与例文之间的重复和矛盾。经过律例馆修入律的例,可以认为被纳入了制定法的范畴。判例的约束力并非来自判决本身,而是判决阐释的法律原则或者规则,即“判决理由”。并非判决本身在发挥约束作用,而是判决理由在发挥约束作用。将判决理由由抽象、概括、上升为条例,本身并非立法活动。法典编纂具有立法的性质,被纳入法典的条例,才完成了立法转变,始能被视为制定法。

判例文化传统的价值

判例不仅对个案发挥作用,而且对同类纠纷的解决具有规范作用。先例的约束将使司法更加公平、公正,实现对纠纷的有效解决。重视实证方法,关注司法实践的真实运作,总结和提炼司法经验,是实现个案公正的必要条件。实证研究需要司法档案资料的开放,也需要理论界对实证研究方法的自觉。

规范判例的名称。虽然我国传统社会重视判例的编辑,并形成了“事类相从”的固有体例,近代的民国大理院判例汇编也沿袭了这一传统,积累了丰富的判例资源,为民国时期法制的研究提供了宝贵的史料,但是,关于判例编辑理论的研究薄弱,判例名称表述的规范性、统一性没有受到应有的重视。由于判例名称的表述缺乏共识,影响了判例的研究、传播与援引,导致判例制度发展滞后。

《睡虎地秦墓竹简》中的判例,采取问题导向的命名方式,“出子”和“经死”两个判例,形象生动地揭示了判例

在检验领域的特点。前者是关于小产、流产的检验判例,后者是关于自缢检验的判例。《秦敕书》中的判例,没有总结、归纳、概括出判例名称,只是对判例进行了排序。郑克的《折狱龟鉴》则采用案件主要情节命名判例的方式,诸如“丙吉断财”“寒郎延争”“孙亮破矢”“符融验走”等。

文学作品中的判例,也表现了多样化的命名方式,大部分以诉讼当事人的姓名为判例的名称,诸如《聊斋志异》中的“胭脂”、戏曲中的“杨乃武与小白菜”,有些则采取主要案件情节的方式命名,例如,文学作品中的“乔太守乱点鸳鸯谱”、戏曲中的“窦娥冤”,等等。时至今日,大众也以当事人的姓名作为案例的名称,诸如“孙志刚案”“许霆案”等,影视作品中有些也以主要案情命名,如《秋菊打官司》《大宋提刑官》等等。学者关于案例援引规范的讨论,由于不能涵盖上述案例的核心因素,难以被广泛接受和认同。认真研究判例的表述方式和表述规范,形成约定俗成的、广泛认同的、规范有效的判例名称,是判例传播的必要条件。

从文化传承的角度来看,判例制度的名称规范极其重要。判例制度有助于加深对制定法的原则和规范的共识。判例名称的确定是对判例的高度抽象和概括,对理解和援引判例具有提纲挈领的作用。

建立判例分析和援引的技术方法。传统判例编辑过程中,重视法律原则和规范的概括与归纳,诸如“张释之判犯辟案”关于法律原则的阐述,等等。缺乏技术层面的分析,甚至对事实的描述,失于简略。这样的判例编辑传统,严重制约了判例分析和讨论的深入进行,也制约了对判例援引技术的研究,乃至对判例本身的援引。

判例援引最重要的是对先例事实的分析,确定关键事实以及与之对应的规范,概括出法律理由。如果事实的记载过于简单,先例对当下案件的适应性分析就无从谈起。判例编辑中关于事实分析缺乏的状况,也导致了相关理论研究滞后现象。

判例编辑的上述特点,也决定了中国传统律学研究只能限制在对律、例条文的考察和分析范围之内。《唐明律合编》《读例存疑》《大清律例通考》等传统律学的经典著作,均缺乏判例研究的内容。在当代法学教育和研究中的,规范分析仍然是主流方法,关于事实分析、事实认定等问题,尚没有受到应有的重视。

发挥判例的实际效用。传统律学研究以规范分析见长,判例的实证分析不足。在《刑案汇览》等经典判例汇编中,缺乏对援引先例的状况进行实证的统计和分析,仅有定性分析方法,缺乏定量分析和研究。通过对《刑案汇览》的分析和考察,不难发现,清朝的判例适用注重案件相同和不同情节的比较大和权衡,重视区分关键事实,讨论先例与当下案件之间在事实上的相同和不同,确定相同之处抑或不同之处更加重要。但是,传统律学对判例原理和方法的研究不足,司法实践中判例如何发挥作用、发挥的作用如何等问题,难以从现有的研究成果中得出结论。

判例不仅对个案发挥作用,而且对同类纠纷的解决具有规范作用。先例的约束将使司法更加公平、公正,实现对纠纷的有效解决。重视实证方法,关注司法实践的真实运作,总结和提炼司法经验,是实现个案公正的必要条件。实证研究需要司法档案资料的开放,也需要理论界对实证研究方法的自觉。

判例方法和技术,增强了法律的预见性,同时也增强了法律的不确定性,但对于判决而言,无疑增强了其丰富性和说服力。无论依据法律、习惯还是法理,强调裁判一致性的职业伦理,实行同样问题同样处理,体现了平等原则。只有对案件事实进行准确分析,在明确关键事实的基础上适用法律,更加重视案件事实的作用,才有助于最大限度地实现司法公正。

【本文系2022年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目《中华法系基层治理的多元一体规范保障研究(项目编号:22JJD820020)》的研究成果】