

英国判例法与判例规避

李 浩

关键字: 判例 判例规避 英国司法制度

法官对案件进行裁判必须有特定的依据,这种依据可能是立法机关所制定的法律,也可能既包括立法机关制定的法律,也包括其他形式的依据。在大陆法系国家,法官进行司法裁判时,其主要依据是立法机关所制定的法律,即所谓的制定法[statute];而在普通法系国家,法官除必须遵循制定法的规定以外,还必须受司法判例的严格约束。换言之,大陆法系国家的制定法是法律的唯一渊源,它构成了法官裁判案件的最基本的依据。与此不同,构成普通法系国家法律渊源的不仅有制定法,而且还包括司法判例。因此,一般认为,判例法[case law]是普通法系国家法律制度区别于大陆法系国家法律制度的一个重要特征。[1]近、现代以来,普通法系国家虽然也出现了法典化的趋势,但司法判例在司法裁判中的地位却远被制定法所取代。[2]

英国是最重要的普通法系国家,其判例法历史最为久远,而且形成了自己严密的判例法体系和有关判例的深邃理论。法学家们虽然对司法判例应否成为英国法的法律渊源存在争议,但对司法判例已经构成英国法的重要渊源这一历史和现实事实却是未予否认的。[3]因此,对英国判例法进行必要的研究将有助于我们深刻认识英国法律制度的重要特征和历史传统,并为我们进一步研究和预测英国法律制度的改革和发展趋势提供不可或缺的知识前提。

一、英国判例法的缘起,生成条件和本质

英国法官参照判例进行裁判的历史实际上可以追溯到公元十二世纪以前。英国早期著名法官和法学家布拉克顿[Bracton,卒于1268年]所著的《论英国的习惯与法律》以及《布拉克顿札记》都详尽论述了英国法院的惯例和程序,并首次大量地采用了判例分析的方法,但是,判例拘束力作为一条基本原则在当时并未完全确立。到十六世纪,判例作为先例而被引用的惯例逐渐确立起来:相同事实的案件必须按照先例进行审理的观念和意识也日益加强。然而,"遵循先例·[stare decisis]规则也还没有确立为一项稳固而严格的法律规则。可以说,英国判例法确立的真正时期应在1800年之后,特别是在十九世纪末。直到那时,严格"遵循先例"的规则才被英国法院所普遍接受。[4]

大陆法系国家,如法国,历史上从未形成类似于判例法的法律规则,而英国却逐渐生成十分独特的司法判例体制,这是否纯粹出于一种偶然还是具有某种程度的必然性?很多法学家认为:判例法的形成主要取决于以下条件:其一,法官对成文法律不抱过多的期望。这是判例规则得以确立的心理前提。如果法官笃信成文法律的至上权威,而忽略自己在法律创造过程中的作用,那么,就不可能形成司法判例的规则;其二,必须存在等级森严的法院体系,这种体系中的纵横关系也必须相对稳定。只有在这种体系中,才可能产生有拘束力的司法先例[judicial precedent]。因为只有等级森严的法院体系,才有可能明确地划定司法判例的约束对象;其三,必须有全面而系统的判例汇编,如果没有对法院的判决进行系统而全面的编汇,在司法裁判过程中,法院便不可能顺利地查找到应当遵循的先例,并以此作为裁判的依据。显然,英国在十九世纪末已经具备了前述条件。英国和欧洲大陆国家在对待成文法的态度方面有着明显的差异,其制定法的数量和方式便明显地表明了这一点。就法院等级而言,英国的法院系统可以说是等级森严而又相当稳定,下级法院对上级法院的权威是不容怀疑的。例如,在法庭上,对不同级别的法官有不同的称谓,甚至从其出庭时所戴假发的品质也可以推断出法官的级别。[5]这种等级森严的法院体系为判例法的生成和巩固设定了稳固的内在框架。此外,英国很早便形成了司法判例编汇的独特传统。例如,英国十三世纪便出现了最早的判例汇编,即《判例年鉴》[Year Book]。以后又相继出现了私人编辑的法律汇编。1865年以后则出现了半官方的法律汇编丛书,如《法律报告》[Law Report]、《全英法律报告》[All England Law Report]等。[6]这些司法判例的汇编成为英国法律体系的重要组成部分,并为法官查找相关判例提供了必不可少的便利条件。

英国判例法的本质是法官造法,即法官通过司法活动创制法律,因此,判例法也被称为法官制定的法[Law made by the judge]。法官立法是普通法系国家法律制度的重要特征。在大陆法系国家,法律仅仅指由立法机关制定的法律,法官的职责仅仅是通过司法活动实现这些法律。在法律实现的过程中,法官虽

然也对法律规则进行解释，但其解释一方面要受法律的严格限制，另一方面，这种解释在将来不能成为一种约束法院的先例[precedent]。相反，英国法官在审判过程中所创设的判例则成为约束法官的法律；并与制定法并行，成为英国法律的重要渊源。英国著名法学家杰里米·边沁曾明确指出：在英国“是法官创造了普通法”。法国著名比较法学家勒内·达维也指出：“英国独特发展的历史表明，英国法的确是一种法官法。”[8]

二、英国判例法的运作机制及其法哲学基础

一般而言，英国判例法由法院的判决所创立，一经创立，便对法院以后的判决形成拘束力，这就是对英国判例法规则的总体描述。然而，英国判例法在司法实践中的实际运作实际上要复杂得多。司法判例的创立和适用主要取决于以下两个因素：(1)只有上级法院的司法判决才能创立为有拘束力的先例。下级法院的司法判决，如治安法院[Magistrates' Court]和郡法院[County Court]的司法判决则不能成为任何形式的、具有拘束力的司法先例，这些法院的判决甚至没有加以编汇；(2)只有在重要事实[material facts]相类似的情况下，才能适用司法判例。在英国判例法中，判决主要分为“判决理由”[ratio decidendi]和“附带说明”[obiter dicta]两大部分。其中，判决根据是判例的核心部分，它赋予某判决以拘束的效力。对此，英国著名法官曼斯菲尔德曾经指出：“判例的理由和精神可以成为法律，而特殊先例的字面意义却不能。”[9]“附带说明”部分虽然对以后法院的判决有参考价值。但却不具有拘束力，因而处于相对次要的地位。英国判例法主要通过以下方式加以实现：

1. 上议院[The House of Lords]的裁决对所有下级法院均有拘束力，而且，一般说来，上议院也受自身裁决的拘束。英国上议院是英国最高审判和上诉机关，所有下级法院都必须严格遵循其所作出的裁决。

2. 上诉法院[Appeal Courts]在英国法院体系中位居上议院之下。上诉法院的司法判决除拘束所有下级法院之外，一般也拘束本法院，除非其司法判决和上议院或者枢密院司法委员会的裁决相冲突。

3. 高等法院[High Court of Justice]由数个分庭组成，各个分庭的判决对所有下级法院形成拘束。但是，高等法院分庭的判决对其他分庭则不构成拘束，但有相当的参考价值。[10]

英国判例法的产生和发展具有某种历史的必然性。正如勒内·达维所指出的：“普通法在英国是依靠法院发展起来的，因为它作为一种判例法能把既定的法律规则同特殊情况下的事实紧密联系起来，所以，它的这种发展是必然的。”[11]但是，英国判例法的确立和发展除了特定的历史原因之外，还有没有更深层次的法哲学基础呢？围绕这一问题，法学家们进行了深入的研究，并提出了自己的见解。他们认为，除历史传统之外，法哲学上的坚实基础是判例法强大生命力的源泉。主要表现在：

1. 判例是法官智慧的结晶，它为下级或者后继法官提供了正确处理案件的智慧宝库。英国法官在世界上享有很高的声誉，他们堪称是法律的权威。一方面，英国法官均从德高望重的律师群中遴选，具有良好的素质；特别是那些上级法院的法官，其任职资格有更高的要求。另一方面，英国司法制度又能充分保证法官的独立性。这些因素决定了法官在断案过程中能够公正合法地处理案件，并因此而创设出具有法律效力的良好司法判例。

2. 判例法确保了法律的一致适用。判例法通过对法院的拘束，达到保证各级法官在判决方面适用相同法律原则的目的。对于具有相同事实的讼案，如果此法院这样裁决，而彼法院却那样裁决，将必然导致不同的审判结果，进而破坏法律的统一性。

3. 判例法使法律具备了可预见性。判例法使法律主体能够清楚预测某种行为的法律后果。由于判例的适用，公民能够清楚意识到相同情形下会产生什么样的权利和义务，并以此作为规范自己行为的法律准则。

4. 判例法填补和补充了制定法的不足。在制定法沉默之处，判例法能够起到及时的填补和补充作用。判例法不同于制定法的一个显著特征是：判例法对法律行为的规范方式是从特殊到一般，即法官从具体案件中抽象出一般原则，然后形成约束其他类似法律行为的一般法律规范。制定法的规范方式则是从一般到具体，即先由立法者构想出可能发生的法律行为，然后通过法官将一般原则适用于具体的案件。可以想象，由于各种因素的影响，立法者对法律行为的预测可能是有失周全的，有时甚至完全缺乏必要的预见。这样，就会产生一种法律的欠缺[non-liquet]和法律的漏洞。通过判例的创设，法官可以在司法实践中完善法律的不足和填补法律的漏洞，从而使整个法律体系更加严密与和谐。

此外，判例法还使司法独立得到进一步的巩固和加强。司法独立是公正司法的基本前提，就司法行为不受行政、立法的不当干扰而言，判例法使得法官具有了更强的独立性，即法官拥有了以特殊方式创造法律的特殊权力。由此可见，撇开英国法律的历史传统不论，判例法的形成和发展自有其深刻的法哲学基础。

三、英国判例法中的“判例规避”

司法判例一经确立，就具有相当的权威性，不得任意推翻，这是判例法的一条最基本的原则：第一，受判例拘束的下级法院任何情况下均无权推翻上级法院的判例，即使下级法院的法官认为判决明显有误或者未能正确表述法律原则时，它也无权更改上级法院的判例。第二，一般而言，创设司法判例的上级法院也不能随意推翻由其自己所创设的司法判例。在通常情况下，作为英国最高司法机关的上议院甚至也要受其自己判例的拘束。[12]这种严格遵循先例的规则一方面确保了判例法的正常实施和必要的连贯性，而另一方面，该规则又必然隐含着这样的反面命题，即司法判例是否总是能够适用于任何具有类似事实的个案？时代的发展和变迁是否会使得司法判例过时，甚至暴露出其荒诞不经之处？如果出现前述任何一种情形，

司法判例是否也可以推翻，如果可以推翻，又应遵循怎样的规则？

事实证明，前述反命题不仅仅是一种合乎逻辑的推断，而且也是活生生的现实。某一司法判例可能因各种各样的因素而成为不合时宜的教条。而继续受这种判例的约束将可能导致极不公正乃至荒谬的判决。例如，英国上议院在1961年曾作出一项司法裁决，其要旨是：英国法院只能作出用英国货币[English currency]进行支付的判决。这就是有名的“哈瓦那先例”。1971年，德国的一家公司向英国的一家商行提供商品，并在合同中规定事后用西德马克支付。英国商行违约，没有进行支付，该德国公司于是在英国法院提起诉讼，要求该英国商行以德国马克支付本金和利息。但是，上议院根据“哈瓦那先例”，作出要求英国商行以英国货币进行支付的裁决。显而易见，“哈瓦那先例”在该案中的适用是颇成问题的。首先，法院的判决违反了当事人意思自治的合同法基本原则，因为合同规定用德国马克支付；其二，由于在该案中适用“哈瓦那先例”，给德国公司造成了极大的损失。即导致了极不公正的结果。因为，当时，英国货币贬值。而德国马克则十分坚挺。也就是说，英国法院将汇率风险极不公正地加在了原告身上，可见，用英国货币支付的司法先例显然已经过时，如果继续适用，则必将导致不公正的结果。而且，这种情况对英国的海外贸易也将是一场“大灾难”。[13]该案说明，司法先例可能会不再适应变化了的时代，从而导致不公正的裁判结果，最终背离了法律的基本精神。因此，推翻或者改变陈旧的判例，进而创设出新的判例，以适应新的形势，已是不能回避的问题。但是，这里显然存在着一种进退维谷的状态：不受限制地推翻判例可能会动摇普通法的整个根基，而维持陈旧的判例又会产生不良后果，这也有违创设判例法的初衷。然而，智慧终于使英国法官在这种艰难的情形下找到了解决的途径，即找到了一种被笔者称为“判例规避”的方法，这种方法使英国判例法“峰回路转”，绝处逢生！“判例规避”一方面极力维系判例这一英国法的“生命线”，一方面又在判例规则之可利用的狭小空间里为自己找寻背离判例的种种根据，并相机创造出各种巧妙的规避技巧，英国就是这样一个国家：传统不能随意打破，但为了维护传统和赶上时代的步伐，它又必须在传统和现实之间进行妥协，以建立新的和谐。

在司法实践中，英国法官在创设司法判例的同时，也在创设规避判例的规则。这些规则主要包括：(1)区别前后案件[distinguish]。这种规则的要旨是，尽量找出目前案件与包含司法判例之先前案件之间在事实上的差异，从而规避判例的适用。英国判例法有一条基本规则，即只有当前后两案在事实上类似时，才能适用先前的判例。因此，只要找出差异，甚至是细微的差异也可能达到规避判例的目的。但是，有时，为了规避判例的适用，法官们不得不绞尽脑汁，而找到的所谓差异常常有“无中生有”的感觉，“偶尔，这种所谓的差异不仅不合逻辑，反而使法律进一步复杂化。”(2)指出判例根据[ratio]的模糊或不明之处，进而拒绝遵循先例，以规避判例对目前案件的适用，并对模糊或不明之处进行澄清，或者给予新的解释，赋予其新的含义，引出新的法律规则。(3)宣布先例与“法律的基本原则相冲突”，从而规避判例的适用。(4)宣布先例的原则或者判例依据过于“宽泛”，或者将判例依据之一部分视作“附带说明”，从而规避判例的适用。因为，依照严格的判例法规则，只有“判决根据[ratio]才是判例具有拘束力的依据，而“附带说明”则不对法院产生任何实质性的拘束力。(5)因同级法院的判例互相冲突而选择合适的判例加以适用，从而规避不当判例的适用。一般而言，同级法院的判例之间发生冲突，法官可以根据“后法优于先法”的原则，选择适用后一先例，以规避适用另外的先例，即用后一判例规避适用另外的判例。(6)因原有先例被制定法所推翻而不再适用该先例。[15]

四、英国判例法的改革和未来发展趋势

尽管英国法官已经深刻意识到了判例法的缺陷，并采取了各种可能的补救措施，但仅仅据此便断定英国判例法已进入了一个全面改革的时代，则是一种极大的误解。事实上，英国判例法的根基是如此坚固，以致于合理而明智的改革建议也都会招致激烈的反对和顽强的抵制。这种反对和抵制一方面来自法学界，而更多的则是来自于法院系统内部。在对待司法判例方面，英国的态度显然不同于很多其他的普通法国家，特别不同于美国。在美国，上级法院的判例对下级法院有拘束力，但“如果经济和社会情势发生了变化，这些法院也会毫不犹豫地推翻其先前的有名判例。”英国在推翻判例方面所表现出的谨小慎微的态度与此形成了鲜明对照。仅仅就推翻某一司法先例而言，英国的态度可以说是谨慎甚至是极端保守的。在关于推翻自己判例的问题方面，英国上议院的保守态度表现得十分突出。上议院从来都坚持认为，由其自己所创设的司法先例对其本身也具有既定的拘束力，这种判例只有通过立法干预才能予以推翻。直到1966年，上议院法律议员加德纳勋爵才对上议院可以推翻自己的判例多少表示出了认可的态度：

“不过，上议员们还是认识到了，过于严格地遵循先例可能在个别案件中导致不公正的结果，也可能会不适当地制约了法律的正常发展。他们建议一方面修正目前的判例，另一方面则将上议院的裁决在通常情形下看作是拘束力的裁决，但当背离以前的判例是看来是正确的时候，就可以这样做。”[17]

从加德纳勋爵的上述陈述可以看出，其一，判例的确可能会导致不公正的结果；其二，上议院在只有特殊情形下才可以变更以前的司法先例；其三，司法判例制度还必须坚决地加以维护。因为在该段陈述之后，加德纳勋爵不失时机地附加了一条重要的限制性声明，即“除上议院外，本声明无意影响判例在其他地方的使用。”[18]

就英国判例法的改革而言，不可不提及英国著名法学家和前任上诉法院院长丹宁勋爵，可以说，丹宁勋爵是英国二十世纪法律改革的先驱，他在很多法律领域里都创立了新的法律规则，也创设了不少著名的判例。同时，他又坚决主张，如果某判例需要被推翻的时候，就应该推翻它，只有这样。法律才能不断适

应社会发展的需要，判例法也才真正具有生命力。他认为，公平正义的原则高于法律条文和司法先例。“但是，丹宁勋爵这种富于理性的改革态度却招致了英国上层人物的诸多非议，这也可能是促成其退休的因素之一。实际上，丹宁勋爵并不是判例主义的否定者。他在《法律的训诫》一书中曾明确写到：“我不反对判例主义……通过一个又一个判例的延续，它得到了发展。通过坚持以前的判例，使习惯法保持在正确的轨道上。我所反对的，只是生搬硬套地运用判例……”[20]

从上面的分析可以看出，英国判例法是英国法律制度的重要基础，虽然创设了规避不当判例的一系列规则，以削弱不当判例的适用效力；有识之士虽然也发出了改革判例法的呼吁，但从整个进展情况来看，这一过程还是相当缓慢的。可以断言，在相当长时期内，判例法作为英国法律制度重要基础的事实不会有实质性的改变。但是，应当提及的是，在欧洲共同体国家中，只有英国是采取判例法的国家。随着欧洲政治经济一体化趋势的不断加强，英国的判例法也会不得不作出必要的让步和改革，以缩小其和大陆法系国家在法律体制上的差异。可以认为，协调好英国判例法体制和其他欧共体国家制定法体制之间的关系将是英国目前所面临的一个现实问题。

注释：

[1]参见《国际比较法百科全书》（国别报告T|U卷U英文版），第70页。

[2]参见沈宗灵：《比较法总论》（北京大学出版社），第244页。

[3]博登海默：《法理学-法哲学及其方法》（邓正来、姬敬武译，华夏出版社），第414页。

[4]沃克：《牛津法律指南》（英文版，第977页）；高柳贤三：《英美法源理论》（杨磊、黎晓译，西南政法学院法制史教研室印），第36页。

[5]例如，在高等法院以上的法院审案的法官被当事人称为“My Lord”，而以下的法官则被称为“Your honour”。参见马塞尔·伯宁斯：《法律机器》（英文版，第四章“法官”）。

[6]沃克：《牛津法律指南》（英文版）第730页。

[7]转引自斯密斯：《英国法》（英文版）第140页。

[8]转引自博登海默：前注3引，第415页。

[9]勒内·达维：《英国法和法国法》（舒扬、刘晓星译，西南政法学院法制史教研室印）第32页。

[10]参见斯密斯：前注7引，第133-136页。

[11]勒内·达维：前注9引，第23页。

[12]斯密斯：前注7引，第133页。

[13]参见丹宁勋爵：《法律的训诫》（张百揆等译，群众出版社），第268~272页

[14]斯密斯：前注7引，第141页。

[15]参见：前注1引，第70页。

[16]罗尔福·C·霍柏：《当代美国商法-原则及判例》（英文版）第16页。

[17]转引自斯密斯：前注7引，第134页。

[18]参见丹宁勋爵：前注13引，第261页。

[19]参见龚祥瑞为《法律的训诫》一书所写的著者介绍。

[20]丹宁勋爵：前注13引，第276页。

本文原载《比较法研究》

来源：法大民商法律网

相关文章

证明责任与不适用规范说——罗森贝克的学说及其意义

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720