

# 铸造灰色之法

## ——再谈在我国发展判例制度的重要性

武树臣\*

我国是以成文法为主要法律形式的国家,判例一直未成为公认的法律渊源,但现代司法实践又迫切需要发挥判例的作用。笔者一向重视以判例的灵活性弥补成文法的不足。本文借助自然科学中的灰色系统理论的基本观点和分析方法,再次阐述自己的观点,说明在我国发展判例制度的重要性,并求教于学界的各位朋友。

### 一、从灰色系统理论说起

灰色系统理论是以灰色关联空间、灰色模型、灰色过程为基础的分析方法。它认为颜色的深浅在控制理论中常用来形容信息的多少。黑色表示对某系统内部结构、参数等一无所知,只能从该系统的外部表象来进行研究。黑色表示信息缺乏。对人类而言,距地球多少亿光年的宇宙的某一空间,就是黑色系统。白色表示对某系统内部结构、参数乃至外部表象均清清楚楚了如指掌。白色表示信息充足。某一电路,知道电阻的数值就可以计算出电压和电流,这个电路就是个白色系统。灰色则介乎于黑白之间,表示对某系统部分信息已知,部分信息未知。该系统称灰色系统。人体的身高、体重、血压、体温等各项数值是已知的,但人体更深层次的结构、规律是未知的。人体是灰色系统。<sup>[1]</sup>灰色系统理论自1982年正式发表以来,已引起国内外学者的注意,并开始应用于经济、农业、医疗、气象、水利、生态环境、工程控制等领域。尽管笔者对灰色系统理论知之甚少,但相信将该研究方法经过加工移植应用于立法、审判、社会治安综合治理等领域,是值得尝试的。

### 二、法律三色说

本文所言“法律”,是个广义的概念,它不仅包括对法官审判案件具有指导意义的法律、法规、最高人民法院的司法解释,而且还包括对法官施以某种实际影响的判例。基于对当今审判制度改革关注以及对重构中国式的审判制度的憧憬,笔者依据灰色系统理论,认为上述法律可以分为三种:黑色的法律、白色的法律和灰色的法律。

#### (一) 黑色的法律

黑色的法律是信息缺乏的法律,其本质特征是内涵清楚而外延不清楚。就我国现行法律形式而言,具有成文法条形式的法律和最高人民法院司法解释中的规定、意见,大都是黑色的法。

\* 北京市第二中级人民法院副院长、北京大学法学院教授。

[1] 邓聚龙:《灰色系统基本方法》,华中工学院出版社1987年版,第1页。

例一:宪法第38条:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯”,即法律保护公民的人格尊严。但是,人格尊严的具体表现形式是什么?什么行为是侵犯人格尊严的行为?又应如何制裁?这些问题没有明确说明。

例二:民法通则第120条:“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的,有权要求停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并可以要求赔偿损失”。在这里,“人格尊严”被细化为姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权,但何种行为才够上“侵害”?如何“恢复名誉、消除影响”?又如何赔偿?都没有明确说明。

例三:《最高人民法院关于贯彻执行中华人民共和国民法通则若干问题的意见(试行)》第140条:“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私,或者捏造事实公然丑化他人人格,以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉,造成一定影响的,应当认定为侵害公民名誉权的行为。”但是,对“隐私”的表现形式和范围,“丑化”行为的构成要件,“一定影响”的客观标准,都没有明确说明。

人们读了这种法律,除了知道它在主张什么之外,至于法言法语的具体含义、范围、适用条件等,则一概不知。法官凭借这种操作性较差的法律来审判案件并保证使同样的案件得到同样的处分,应当说是十分困难的。

## (二) 白色的法律

白色的法律是信息充分的法律,其本质特征是内涵虽不甚明了但外延却相对清楚。就我国现行法律形式而言,白色法律有两类:一是最高人民法院司法解释中的批复,二是以某种形式被赋予某种典型意义的判例。

例一,最高人民法院司法解释——批复。它是最高司法机关针对下级人民法院在个案审理过程中遇到法无明文规定或虽有明文规定却失之笼统而无法处理而呈函请示之际,根据国家的法律政策和立法本意做出的具体处理意见。如《最高人民法院关于死亡人的名誉权应受法律保护的函》(1989.4.12),《最高人民法院关于王水泉诉郑戴仇名誉权案的复函》(1990.4.6),《最高人民法院关于刊登侵害他人名誉权小说的出版单位在作者已被判刑后还应否承担民事责任的复函》(1992.8.14),《最高人民法院关于胡骥超、周孔昭、石述成诉刘守忠、遵义晚报社侵害名誉权一案的函》(1991.5.13),等等。

例二,判例,或曰案例。从1985年开始,《最高人民法院公告》开始刊登经过审判委员会核准的典型案件,并编辑出版。这些案例发挥着潜在的指导作用。它们以形象、具体、生动的文字,不仅告诉诉讼当事人而且还告诉其他群众:什么行为是违法行为,违反了什么法,违法的程度如何,并据此应当承担何种程度的法律责任。一个时期以来,案例的出版已蔚为风气,其作用不仅为学者教师所重视,而且为法官们所青睐。这一现象也许暗示着传统法律意识的深刻变革。

## (三) 灰色的法律

灰色的法律不是一种独立形态的法律,而是黑色的法律与白色的法律的某种形式相结合的结果,就好象用黑色颜料与白色颜料和成灰的颜色一样。

作为审判案件的法官而言,他们既需要内涵清楚的法律,更需要外延明确的法律。如果说成文法条作为内涵清楚的法律,对法律行为的本质属性作了高度凝炼的概括的话,那么,判例则作为外延明确的法律努力表述了该法律行为所据以表现的种种具体形式。而内涵明确的成文法条与外延准确的判例的有机结合,则构成了新的法律形态——灰色的法律。

上述黑色的法律中所列举的例一、例二、例三,再加上白色的法律中所列举的例一及例二

中的相关判例,就构成了与“人格尊严”相关的灰色的法律。

在传统大陆法系的法学理论中,只有成文法律才是法律渊源,而判例不是法律渊源,法官审判案件只能根据成文法律,既不能援引判例,也不能擅自发挥主观能动作用。当成文法律明显不切时之际,只能通过立法程序创立新法或废止旧法。相反,在传统的英美法系的法学理论中,只有判例才是真正的法律渊源,法官审判案件要援引以往的判例,在无例可援或原有判例已明显落后于现实生活之际,法官可以根据国家的法律精神或法律政策去创制新的判例并废止旧的判例。在上述氛围之下,灰色之法是很难构铸出来的。一个多世纪以来,这种壁垒森严的对立已经逐渐弱化并趋向融合。与西方两大法系不同,中国传统法律则是成文法与判例相结合的“混合法”,这一历史传统是当今构铸灰色之法的有利条件。

从法律三色论的角度而言,中国古代法律文化大致经历了三个大的历史发展阶段:白色法时代、黑色法时代、灰色法时代。其中西周春秋是白色法时代,当时主要的法律渊源是判例(事)。审判方式是《左传·昭公六年》所谓:“议事以制,不为刑辟”。意即选择适当的先例来进行裁判,不事先制定成文法典。优秀法官的标准是“直”和“博”,即《国语·晋语八》所说:“直能端辨之,博能上下比之”。

战国秦朝是黑色法时代,当时主要的法律渊源是国家制定的成文法律。审判方式是“事皆决于法”。优秀法官的标准是“公”和“明”,即《睡虎地秦墓竹简·语书》所谓“公端之心”和“明法律令”。法官判案须严格依据成文法条,不得援引判例(廷行事),更不得背法而妄断。

从西汉至清末的长达两千年间是灰色法时代。这是由法家式的成文法律和儒家式的法官群体共同塑造异曲同工的时代。汉代以后历朝均制定成文法典。但由于历代统治者汲取秦亡教训,不肯把法典制定得如秦法般“繁于秋荼,密于凝脂”<sup>〔2〕</sup>,即便是完美的唐律也只是502条。其条文的概括性,与秦简寸铢必校的严密性相比,已迥然有别。法典天生渴求稳定而仇恨变动。事实上,在特殊历史条件下,在法典不合时而又不能更立之际,法官们便创制和适用判例,以拯救法、发展法。待判例积累到一定程度,又被立法所吸收并融入成文法典。这是一种由黑色之法和白色之法交替出场、分而又合、合而又分所形成的灰色之法。

清末修律,迎来了重建黑色之法的新纪元。而民国初期的大理院的法官们,则在旧法不能用、新法不使用的特殊情况下,立足中国国情,把判例法搞得有声有色。后来由成文法条和判例要旨、解释例要旨共同组成的六法全书,即便不能说是灰色之法,也不能说不含灰色之意。

### 三、灰色工程需要灰色之法

人类的法律实践活动(立法、司法)本身就是个灰色工程。

法律作为一种行为规范,是为着调节社会生活而被制定出来的。社会生活是变动不居、错综复杂的。立法者通过对社会生活表象的理解而立法,而社会生活的表象与社会生活的规律性常常是有距离的。再优秀的法律既不可能包揽社会生活的各个方面和各种细节,也不可能自动适应变化了的社会情况。这种本身并不完善的法律在法官手中却成了必须无条件依从的法宝。法官对法律条文的理解,对案件事实的评价,对当事人责任的衡量等,又常常受到自身文化素质的影响,这种影响又同司法环境的影响紧密地交织在一起,这些都足以使同样案件在不同法院得出相去甚远的判决。这就是“司法不一”,这就是“司法不公”的真实内涵。

灰色工程自然需要灰色之法。这种灰色之法是由成文法律、司法解释和某种判例共同构

〔2〕《盐铁论·刑德》。

成的系统。灰色之法是人类法律实践活动内在规律的反映。

在黑色之法下,法官对法律的自由选择权小,而裁判案件的自由裁量权大,这就不可避免地会产生“司法不一”。特别是在成文法条语言表述过于抽象、失之笼统的时候;在白色之法下,法官对法律的自由选择权大,而裁判案件的自由裁量权小,这也不可避免地会产生司法不一。特别是在判例编辑混乱的时候。

在黑色之法下,立法权大于司法权,法律由于立法程序的限制难于及时顺应发展变化了的社会生活;在白色之法下,司法权大于立法权,法律(判例)由于过于庞杂既疏远了民众,又不便于查找。

只有将黑色之法与白色之法有机地结合起来,即在有成文法律的情况下,使前者成为一级法律渊源,后者成为二级法律渊源;在无成文法律或成文法律明显不宜于时用的情况下,使后者成为一级法律渊源。这样,在法官手掌上有了一部中国式的“法律全书”,上面分门别类地载有相应的法律、法规、司法解释(规定、意见、批复)和某种形式的判例群。法官在判案时,既要引用法律、法规、司法解释,又要援引同类案件的判例。判例如同两条绳索,既使已经用过的法律同正要适用的法律挂上钩,又使过去的案件事实同正在审理的案件事实挂上钩。这种准确的双向结合,最终使“以事实为根据,以法律为准绳”成为可以观测和可以实践的原则。从而使法律与案件事实经过演绎和归纳的思考方法,达到最为恰当的结合。只有这样,才既规范了法官在选择法律时的自由选择权,又规范了法官裁断案件时的自由裁量权,从而实现“司法统一”。这便是最现实的“司法公正”——使同样案件得到同样处理。

中国正处在社会主义初级阶段。初级阶段的主要特征是:社会生活需要法律的调整,而这时的社会生活恰恰是变化剧烈。这是一个矛盾。如果我们仍然恪守只有成文法律才是法律渊源,判例不是法律渊源的见解,我们将自缚手脚,失去运用判例法来弥补成文法之不足进而维护社会秩序的机会和可能性。

#### 四、如何铸造灰色之法

我国现行法律体系的基本态势是:黑色之法强大而白色之法弱小,黑色吞并了白色。因此,铸造灰色之法工程的关键是大力扩充白色之法。

铸造灰色之法工程的第一个关键,是在思想观念上逐渐淡化“判例不是法律渊源”的传统见解,树立判例即使不是正式的法律渊源但不失为次要的和辅助的法律渊源的见解,或者认为判例是有参照价值的法律文件的观点。事实上,判例是法官集体智慧的结晶,是抽象的法律条文与具体案情相结合的产物,是审判活动在微观领域取得的积极成果,是既有效力又有价值的法律文件。其价值就在于它的具体性和可比性。如果说成文法条是对法律行为的内涵作出的抽象的、一般性的、原则性的描述的话,判例则是对法律行为的外延作出的具体的、特殊的、针对性的描述。如果说法官和法学家能够通过法条的“法言法语”来体味、把握法律的含义的话,那么,普通民众则更多地通过具体案例来了解法条里究竟说了些什么。一旦法官需要从以往的判例中寻找更为具体的“法律依据”,并运用以往的判例来证明自己判决的正确性时,或者当当事人及其律师斗胆引用以往的判例据理力争时,判例便必然会走到前台,作为“活的法律”发挥应有的作用。

铸造灰色之法工程的第二个关键,是按照一定的程序来编纂案例。<sup>[3]</sup> 案例必须分类编

[3] 关于案例的选编、修订和废止,参见拙文《裁判自律引论》,《法学研究》1998年第1期。

纂,于是,法官必须走“专业化”道路。正好像医生常常分为外科、内科、消化科、心血管等科一样,每一名法官首先要有一个最为精熟的审判领域,然后才能兼及其他。某一法官应当是某一审判领域的专门家,他不仅通晓该审判领域的法律、法规、司法解释,还熟知以往的判例(不限于本庭本院本地区)。不仅如此,行有余力的法官还应了解该领域现存的问题及解决办法和中国古代及国外的情况。当然还应具备驾驭庭审的能力。这样,他就成了一名真正的专家型法官。专家型法官不是高不可攀的标准,所有法官经过努力都能如愿以偿。这批专家型法官群体的出现是保证案件审判质量和效率的最重要的条件,也是解决长期以来困扰我们的“司法不公”和“案件久拖不决”老大难问题的根本措施。在这种情况下,法官编纂案例就不是出于外来的强迫,而是出于内心的需要。这种需要就是在保证裁判统一的基础上不断提高自己的审判水平和审判效率。

铸造灰色之法工程的第三个关键是判例的运用。在初期阶段,判例的援引只是“内部”的一个必经程序,是法官证明自己判决正确而非错判的一个证据。在条件成熟时,经最高人民法院的统一部署,判例得以在判决书中作为法律依据的补充内容或判决理由的论据之一而公开援引,从而向社会公开。电脑网络的运用,使这种公开的判例直接走上法学院校的讲台,进入律师的文件夹,并被寻常百姓信手拈来。当判例与判例手牵手并肩而行之际,它们便组成了新的扩大的法律规范群。当民众预先知道自己的案件将如何被审理以及结果如何,预先知道“此案非如此判决不可”的时候,人们便会勇敢地据“例”相争。于是,法官审判活动便获得了更为有利的环境和更为有力的社会监督。如此,案件审理的公正与迅速,成了可以期待的目标,对审判活动的干扰和以权循私的行为将减少到最低限度。

我们不必事先讨论清楚诸如“判例是不是法律渊源”这样的问题,也不必事先在这个问题上统一思想。在这个问题上的“不争论”,也许是明智之举。一旦允许判例走上审判活动的前台,它的作用便会被人们所承认。于是,一大批白色之法便接踵而至,溶入黑色之法,使法律之网由“大网眼”变成“小网眼”,真正规范了“过网之物”的尺寸规格,并最终重构一种新的法律样式——灰色之法。在这个过程中,法官将会起到巨大的作用。