

# 中英先例制度的历史比较

王志强\*

**内容提要：**根据清代成案汇编和英格兰法庭记录及法律报告等基本史料，全面比较研究18世纪中叶至19世纪中叶中国和英格兰刑事先例的编集、援引、性质、推理技术及其历史背景，可以看到在这一时期，中英传统的刑事先例在产生影响力和传播的方式、影响力的程度上等方面具有相似之处，但在推理技术上存在深刻差异。英格兰强调先例中蕴含的原则，而清代司法更多关注事实的相似性。这是各自的刑事司法程序、制定法背景、法律学术传统及政治结构等诸种因素共同作用的结果。对先例等概念需要在历史和功能的意义上加深理解。对英格兰先例制度及其背景的认识，对当代中国实践具有参考意义。

**关键词：**先例制度 比较法律史 英国法 刑法史

近年来，随着案例指导制度在理论和实践领域的热议，判例在司法实践中的作用引起越来越多的关注。法律史学者中也展开了能否运用判例法概念看待中国古代某些司法现象、以及中国古代是否有判例法传统的讨论。<sup>〔1〕</sup>问题的焦点在于：中国古代是否具有一套与普通法中的判例法这一概念相对应的制度，以及这一概念移用于中国是否会引起歧义。

既有研究显示，依据先例裁判案件的方式确实曾在中国历代的司法实践中发挥相当作用。<sup>〔2〕</sup>以普通法发源地英格兰的先例制度为参照系进行比较研究，将有助于深化对中国本土制度的理解。相对于民事审判，在古代中国，刑事司法居于整个司法系统、特别是高级司法审判的核心地位。与古代先例相关的文献，特别是中央和省级的司法资料，基本上都是刑事案件的记录，民事方面的相关文献极为单薄。由于较晚近的历史资料更为丰富细致，且鉴于英国1875年司法改革使传统制度发生较大变化，故本文选取18世纪中叶至19世纪中叶这一时段，以刑事司法为中心，对中英审判中先例的概况、推理技术及其历史背景进行比较研究，以期对古代中国先例制度的特色有更深入的理解。

\* 复旦大学法学院教授。

本研究得到上海市浦江人才和曙光计划、上海市重点学科建设项目（B102）资助；耶鲁法学院 James Q. Whitman 教授、John H. Langbein 教授在本文的前期写作中给与诸多指导，一并致谢。

〔1〕 例如，武树臣：《中国古代法律样式的理论诠释》，《中国社会科学》1997年第1期；杨师群：《中国古代法律样式的历史考察》，《中国社会科学》2001年第1期。最新的论述，参见刘笃才：《中国古代判例考论》，《中国社会科学》2007年第4期；该文廓清了以案例、条例为判例等诸多误区，但其中涉及面相当广泛，另文详论。

〔2〕 对清代以前状况的研究，参见王志强：《清代成案的效力和其运用中的论证方式》，《法学研究》2003年第3期，注释〔71〕所引诸文。

## 一、刑事先例的编集、援引和性质

在中国清代,作为刑事先例的成案有大量编辑成册。在1751—1850年间编订的成案汇编中,存世的至少有二十一种,分别是《成案续编》、《例案续增全集》、《驳案成编》、《驳案新编》、《成案所见集》、《成案备考》(三种)、《新增成案所见集》、《例案备较》、《成案新编》、《刑案汇览》、《刑部比照加减成案》、《刑部比照加减成案续编》、《续增刑案汇览》、《成案新编》、《成案》、《刑案摘要》、《粤东省例成案》(三种)。<sup>〔3〕</sup>

关于中国清代司法的研究显示,成案在当时刑事司法中具有重要作用。<sup>〔4〕</sup>以成书于1834年的《刑案汇览》为例:在18至19世纪前期近5,000件疑难案件的判决中,有至少近400件引用成案作为法律渊源。<sup>〔5〕</sup>这在中国成文法传统的背景下显得格外引人注目。

成案大行其道,是否因为其已经过特定程序、成为“通行”了呢?因为根据《大清律例》:“除正律、正例而外,凡属成案未经通行、著为定例,一概严禁,毋得混行牵引,致罪有出入。”<sup>〔6〕</sup>既然如此,这些成案的性质便值得进一步探讨。

《刑案汇览》中这些被援引的成案,大部分都未经过特定的法律程序上升为通行。首先,有的被引成案判决犹在,可以考知其并非通行。有的原案中明确声明其不得援引,如道光元年浙江“樊魁案”中,刑部声明“例无明文,援引浙江省龚奴才成案奏请”,同年山东“翟小良案”中再度援引,但所引“龚奴才成案”的上谕中说得清清楚楚:“此系法外施仁,不得援以为例。”<sup>〔7〕</sup>所引当然不是通行。即使原案中没有这样明确否认,但一般情况下,通行案件在裁决过程中就会由皇帝首肯或刑部长官认可、确认其“通行”地位,如果原案记载中没有提及这一程序,则其性质基本可以确认不是通行成案,例如道光七年吉林刘文魁案中援引“江苏等省武开忠等各成案”,等等。<sup>〔8〕</sup>

其次,被引成案原貌虽不可考,但目前案件判决中的用语已明确透露出其所引旧案并非通行。有的明确否认其通行地位,如乾隆五年安徽“蒋凡案”中,刑部明确指出:“虽林宣旧案未经著为定例,但此案两家各毙一命,实与林宣旧案相合;”<sup>〔9〕</sup>道光五年直隶“刘五案”中,称乾隆五十六、五十七年两件旧案“虽系远年成案,非定例可比,惟立论与例意相符,引断自应照办”。<sup>〔10〕</sup>有的成案被建议通行,如嘉庆二十四年江西“严久荣案”中,“该省于疏内援引十二年刘帼珮一案,似应申明律意,通行遵办,免致各省援引歧误。”<sup>〔11〕</sup>这样的成案显然也不是通行。又如道光六年贵州“小何田氏案”中援引该省嘉庆十一年钦定“田宗保案”,指出:“检查馆存说帖,惟田宗保一案;复查存馆十年档案内,亦无似此之案”,并要求“应传知各司将此案抄录存记,以便将勿(疑当为‘来’——引者注)仿照办理”;其中所引旧案显然并非通行,否则不必在陈年说帖中大肆翻

〔3〕 关于这些编集的详细情况,参见 Wang Zhiqiang, *Case Precedent in the Qing China: Rethinking Traditional Case Law*, 19 Colum. J. of Asian Law 323, 327—333 (2005)。事实上,以各种抄本形式流传的成案汇编应该远不止此。

〔4〕 参见 [日] 小口彦太:《清朝時代の裁判における成案の役割について》,《早稻田法学》57卷3号,1982年;Geoffrey MacCormack, *The Spirit of Traditional Chinese Law*, 1996, pp. 175—176; R. Randle Edwards, *The Role of Case Precedent in the Qing Judicial Process as Reflected in Appellate Rulings*, in C. Stephen Hsu (ed.), *Understanding China's Legal System*, 2003; 前引〔2〕, 王志强文。

〔5〕 关于引用成案的数量统计及其分析,参见前引〔2〕, 王志强文, 注释〔18〕。

〔6〕 《大清律例·刑律》断狱篇的断罪引律令条例。

〔7〕 参见《刑案汇览》卷二《误伤父母拟斩改缓后请留养》、《误伤父母拟斩随案声请承祧》。

〔8〕 参见《刑案汇览》卷八《抢夺居丧改嫁成婚之妇奸污》、《抢夺居丧改嫁妇分别曾否成婚》。类似情况甚多,不能具列。

〔9〕 参见《刑案汇览》卷三十《两家互殴各毙一命分别减等》。

〔10〕 《刑案汇览》卷二四《杀死强奸伊妻堂叔犯时不知》。

〔11〕 《刑案汇览》卷四二《疑贼误杀兄不得照犯时不知》。

检,更不必再将本案“抄录存记”。<sup>[12]</sup>

复次,从目前案件引用时的论证过程看,即使没有明示,亦可推知不少被引成案并非通行。有的成案经过御批,但并未经过特定程序确认为通行。如嘉庆二十五年江苏“徐还大留养案”中援引二十一年四川成案时指出,“臣部照拟具题、奉旨允准在案。此案……。”<sup>[13]</sup>有的成案只是刑部对个案的处理意见,如“检查道光四年江苏省咨李继周等伙众强抢李贵买休之妇已成一案,该省因例无明文,咨请部示。经本部咨行该省,比照‘抢夺犯奸妇女’之例问拟。”<sup>[14]</sup>还有的目前案件裁决中,特别强调成案实质内容的正当性,以便援引该案,如嘉庆十五年江苏“徐贵长案”中援引乾隆二十年河南“贾士桀案”:“虽系远年成案,第立论甚为平允。”<sup>[15]</sup>有的论证过程中将条例、通行和成案并提,如嘉庆二十四年广东“陈颉纪案”中引用十六年直隶“阎昶案”后指出:“该司议驳勿论,既与例意未符,亦与本部通行及阎昶成案显有歧异。”<sup>[16]</sup>可见其所引成案均非通行。

最后,未注明“通行”的被援引成案,应该都不是通行。因为如果已是通行,则完全有理由在裁判中明确说明,以加强说服力,而没有必要隐去其性质、仅称之为“某年某案”、“题结在案”、“咨结在案”。而这种未说明所引成案是“通行”的裁决,是更普遍的情况。

在近400件援引前例的判决中,所引成案具有普遍约束力的,目前明确可论定者仅有42件,仅占十分之一。除重复者外,共引通行成案32件。在形式上,这些具有普遍约束力的成案也有不同的表现形式。其中大多数都不像《大清律例》所要求的那样已被正式修为条例,而是根据御批或刑部要求“著为通行”,其中乾隆四十四年杜二观案、乾隆六十年刘七案、嘉庆元年姜小年案等被援引的三案则仅是“各司抄存”或“传知各司画一遵办”。<sup>[17]</sup>后者应是《刑案汇览·凡例》中所提及的“遵行”,即“系部中通传各司遵办,并不通行外省”,专供刑部内部掌握和使用。如时人所言:“是贴(指说帖——引者注)有因之定例者,有就案通行各省及分司存记者,皆可比引遵循。”<sup>[18]</sup>可见,当时司法实践中所认可的“通行”,其范围也比当时的成文法规定要更广。

因此,在清代司法实践中广泛使用的“题结在案”、“咨结在案”的成案,绝大多数是经过钦定、或由刑部批复的旧案,但并未经过通行的程序,没有获得当时体制正式要求的普遍、严格的约束力,更没有被“著为定例”。

与同时代的中国相比,在先例的编辑、引用数量及效力等方面,18、19世纪英格兰的刑事先例其实并无重大差别。援引先例作为法律渊源,是英格兰司法的重要历史特色。<sup>[19]</sup>在16、17世纪,随着遵循先例原则的逐步发展,先例在司法中的地位得到普遍承认。<sup>[20]</sup>然而,当时仍有一些因素阻碍着遵循先例原则的严格确立。司法审级制度一直到18世纪仍处于不稳定的模糊状态,没

[12] 参见《刑案汇览》卷三四《训责其子致姑痛孙气忿自尽》。

[13] 参见《刑案汇览》卷二《误杀胞伯孀妇独子补请留养》。类似的情况还可参见《刑案汇览》卷十《私枭聚众拒伤商巡秋审酌缓》、卷二三《夫欲寻死图赖其妻代抹伤轻》、卷三三《妻冒骂姑供证虽确但未亲告》、卷四四《教母起衅殴死其人父子二命》、卷五九《停勾之年赶人之案归入下年》,等等。

[14] 《刑案汇览》卷八《兴贩卖休妇女亦应作犯奸论》。类似的情况还可参见《刑案汇览》卷十《弁兵放銃致毙贩私拒捕之人》、卷十二《逆案缘坐妇女老疾不准收赎》。

[15] 《刑案汇览》卷二十《发掘已埋席包尸身》。

[16] 《刑案汇览》卷二四《杀死强奸伊妻堂叔犯时不知》。

[17] 分别参见《刑案汇览》卷五七《准释准免流犯未奉部复逃走》、卷八《娶未婚弟妻主婚媒人俱收赎》、卷五三《遣奴调奸旧家长之母未成》。

[18] (清)汪进之:《说帖辨例新编·凡例》,道光十六年刻本。

[19] 关于早期先例作为法律渊源的适用状况,参见 T. E. Lewis, *The History of Judicial Precedent*, L. Q. R., V. 46-48 (1930-1932); 12 William Holdsworth, *History of English Law*, 1938, pp. 146-162; T. F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5th ed., 1956, Little, Brown, pp. 315-341; J. P. Dawson, *The Oracles of the Law*, 1968, pp. 57-60. 不过这些研究主要侧重于民事审判而非刑事司法。

[20] C. K. Allen, *Law in the Making*, 7th ed., 1964, pp. 203-210.

有一个被普遍接受的最高法院,这使法官们无法确认先例的权威性。<sup>[21]</sup>同时,判例的公开性和可靠性也存在相当问题,阻碍了既有判决的广泛传播及约束效力。<sup>[22]</sup>这些阻碍判例制度发展的因素,有些到19世纪才有根本性改变,而今天普遍接受和适用的遵循先例原则也才得以逐步巩固。<sup>[23]</sup>在很长一段时期内,这一原则也并不严格执行。直到19世纪60、70年代,一名一审法官仍可在判决中通篇宣称大法官在审理上诉案件时有明显错误,因此他不必受其约束。<sup>[24]</sup>

这是英格兰法先例制度演进的大致历程,只是与民事相比,刑事判例数量显得相当单薄。涉及18至19世纪中叶这一时段的刑事先例报告专集,一共只有6种,即《丹尼森》(Denison)、<sup>[25]</sup>《福斯特》(Foster)、《利奇》(Leach)、《卢因刑事案件》(Lewin's Crown Cases)、《蒙迪》(Mood-y)和《拉塞尔和瑞安》(Russell & Ryan),分别收录于《英国法律报告全集》(English Reports)的第168和169册。另外还有一些刑事判例散见于其他报告集中,如《卡林顿和柯万》(Carrington & Kirwan)、《卡林顿和马什曼》(Carrington & Marshman)、《卡林顿和潘恩》(Carrington & Payne)等,收录于《英国法律报告全集》的第171至174册。

本文对英格兰18至19世纪这一特定时期的刑事判例研究主要基于《伦敦老贝利法院审判记录》(the Old Bailey Session Papers)<sup>[26]</sup>和《英国法律报告全集》所收录的案件。由于案件数量庞大,因此选取谋杀(murder)案件作为典型种类进行例示性探讨。<sup>[27]</sup>根据初步统计,共有654件谋杀案件于1751至1834年间在伦敦老贝利法院审理,<sup>[28]</sup>其中仅有4件显示,法官曾在给陪审团的指导意见中援引先例。这一比例实际上微乎其微,仅有0.6%。而在卷帙浩繁的《英国法律报告全集》中,共收录了这一时期的谋杀案件220件。其中法官在判决过程中援引先例的50件,比例较高,占全部案件的22.7%。这些引用先例的案件,绝大部分都出现于19世纪以后。

从这一状况可以看出,在一般案件和疑难案件中,英格兰先例的影响力明显不同。老贝利法院是伦敦地区刑事案件的审判机构,裁决大量常规案件。而法律报告所收录的仅是报告人认为值得记录的案件,通常都是具有法律争议的疑难案件,有些还是全体法官会审案件(twelve judges' ca-

[21] 前引[20], Allen书,第220—230页。

[22] 当然,反过来也可以说,是因为理论和实践还没有充分的需要,可获得的判例才不那么充分。所以要确定因果关系至为不易;前引[19], Dawson书,第19页。

[23] 前引[20], Allen书,第219页,注[1]。

[24] Cross & Harris, *Precedent in English Law*, 4<sup>th</sup> ed., 1991, p. 25.

[25] 本文英语人名的音译,根据新华通讯社译名室(编):《英语姓名译名手册》(第四版),商务印书馆2004年版。

[26] 1674—1834年伦敦老贝利审判记录的详细内容,参见<http://www.oldbaileyonline.org/>。老贝利是历史上伦敦地区刑事案件的审判地。

[27] 谋杀是传统的“普通法罪名”(common law crime)。根据经典著作的解释,这是指“一个具有健全记忆和判断的人,基于明示或可推知的预谋,在国王的辖区(under the king's peace)非法杀害任何其他人(any reasonable creature in being)”;3 Coke, *Institutes of the Laws of English*, 1817, p. 47; 4 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1765—1769, Oxford, Clarendon Press, p. 195。本文的统计包括以“谋杀”罪名被起诉、提起上诉或被判决的案件,但不包括以一般杀人罪(Manslaughter)、自杀(self-murder),以及以其他制定法罪名(Statutory Crime)起诉的案件,如不义罪(Petit treason)(根据爱德华三世25年第2号法令(25 Edw. III. c. 2.),这一罪名专指仆佣杀害主人、妻子杀害丈夫以及神职人员杀害上司的案件;上引Blackstone书,第203页。因谋杀案附带审理的其他性质诉讼,如Rex v. Edward Barnett (1829) (3 CAR. & P. 600, 172 ER 563)中被告随身财物的归属争议,也不包括在内。另外,同一案件出现于两种法律报告的,计为两件,因为其记述的内容并不相同,对本文可能有不同意义。但如记述的内容完全相同的,则仅计为一件,如Reg v. Eduljee Byramjee and Seventeen Others (1846) (分别出现在5 Moore 276, 13 ER 496和3 Moore Ind. App. 467, 18 ER 577)。

[28] 根据1834年《中央刑事法院法案》(Central Criminal Court Act),设立中央刑事法院以取代伦敦老贝利法院。后者的审判档案因此也就在该年终结。

ses)。〔29〕在疑难案件中，先例的引用率要高得多。法官在同行讨论中更习惯于援引前例。在提交全体法官讨论的一个案件中，承审法官引用的先例达12件之多。〔30〕

另外，在英格兰司法中，刑事先例并非具有绝对约束力。例如，在晚至1831年的“国王诉贝尔案”（Rex v. Bell）中，被告律师援引加罗男爵（B. Garrow）在“国王诉法格案”（Rex v. Fagg）中宣示的原则，即被告在获悉不利于他的证据之前所做的任何陈述，不能用来判定被告有罪。但法官盖斯利（Gaselee J.）与首席法官滕特登勋爵（Lord Tenterden C. J.）交换意见后认为，先例中所确立的这一原则太过于宽泛，将导致被告向治安官所做的任何供述都被排斥在证据之外。因此，证据的效力依然得到认可。〔31〕这一情况，与前述先例不具有严格和绝对约束力的描述可以相互印证。

从上述情况来看，18至19世纪中叶这一时期，中英刑事先例在许多方面具有相似之处。在司法实践中，先例、特别是中央司法机构的裁决，并不需要官方再度认可即可产生影响力，为后来法曹同行所仿效；同时，这些旧案普遍由私人编集，广泛流传。当时英格兰先例制度的这种状况，在清代中国的司法实践中也并无重大差别。至于刑事先例的编辑数量，中国更是有过之而无不及。

同时，先例的影响力程度也有类似之处。在常规案件中，英格兰司法中并不倚重先例，引用率相当低。即使在法律报告所记载的疑难案件中，先例的引用也并不普遍。而且，先例并不具有绝对和严格的约束力。这与中国清代也很相似。

当然，这些相似性不能进一步夸大。清代司法中，成案往往解释性、甚至实质性改变了制定法的规则。如果要取得进一步巩固的权威地位，它们需要通过特别程序取得“通行”的地位，否则其效力随时可能受到质疑。而在英格兰，先例的效力则并不因此而受到质疑，而立法在当时通常也不直接干预先例的效力。

## 二、运用先例的法律推理

中英传统的刑事先例制度之间更深刻的差异体现在运用先例的推理模式上。在援引先例时，中英刑事案件的合法性论证中都运用类比推理的方式。类似情况类似处理，是人类司法文明的共同价值倾向，中英皆然。但差异也正产生于此。在理论上，如果有一件判例可能适用于待决案件时，其类比推理过程在逻辑上往往包括三个环节：认定前例K与待决案件K'的相似性；确定判例中的规则R；将该规则R适用于待决案件K'。

在清代刑事司法中，事实类比在援引先例裁决的案件中运用最为普遍。类似案件类似处理的观念当时广为接受。道光九年的李明案即是一例。案犯从同一房内但并无关系的两位事主处各窃得财产若干。这两人是否应被视为同居共财者，引起一定争议。因为根据制定法，如作为一家对待，则应并赃定罪；否则将从赃重者论。在引用成案后，后一观点被采纳。事实类比在判决中发挥了决定性作用：“此案李明行窃同窑居住之事主，核与浙江王泳先行窃同船事主胡义裕、姚茂立两人财物之案情事相同，自应画一办理。”〔32〕本案中，律例规则非常明确，与成案事实的类似性成为裁判中至关重要的因素。然而，何以这种情况应适用“从赃重者”的规定，裁判中完全没有提及。

当成案与待决案件的事实类似性并不明显时，清代司法官员则努力通过制定法规则的结果等同

〔29〕 这是一些特殊的疑难案件，当陪审团做出有罪判决后，如果主审法官不同意，可以暂缓执行，将案件移送全体十二名普通法官共同参加的讨论会，就案件的法律争点做进一步讨论，并做出终审判决。D. R. Bentley, *Introduction, Selected Cases From the Twelve Judges' Notebooks*, 1995.

〔30〕 R v. Perkins (1840), 2 Mood 138, 169 ER 55.

〔31〕 Rex v. Bell (1831), 5 Car. & P. 163, 172 ER 923.

〔32〕 《刑案汇览》卷十七《同窑与同船不便照一主赃论》；前引〔4〕，Edwards文，第192—193、205、209页。

性等方式加以论证；个别情况下，刑部官员仅通过直觉判断完成类比。<sup>〔33〕</sup>

刑部官员在运用成案中也存在援引成案中的特定原则，或从成案中归纳出新的原则再适用于问题案件的情况。成案被抽象后的判决理由往往直接在原案中明确提出，其中不少具有通行性质，可以在处理后案时直接援引。高度抽象地提炼成案中法律原则的例子较少。<sup>〔34〕</sup>

相比之下，在同时代的英格兰，第一环节的案情类似性认定被极度简化，常常吸收进此后的两个步骤；即使有事实类比，也往往置于确定规则的环节之后。在绝大多数援引先例的案件中，先例的案情都并不明确表述，一般都仅是提及其案名（即原、被告双方）、出处和对某一特定案件问题的裁断原则。其中，通过第二环节确定适用规则或原则，即判决理由（*ratio decidendi*），这一过程的作用尤为突出。正如1833年帕克男爵（Parke B.）所指出：“我们的普通法制度的特色就在于能够将我们从法律原则和司法先例中提炼出来的法律规则适用于新的情势。”<sup>〔35〕</sup>

在援引先例进行判决的案件中，除了少数的例外，<sup>〔36〕</sup> 英格兰法官们并未刻意着力于比较前例与待决案件的事实性类似，而是主要致力于从先例中总结出相关的原则。有的原则在先例中已经明确表达，如格尼男爵（Gurney B.）曾直接在判决中援引“国王诉范德科姆案”（*Rex v. Vandercomb*）中表述的原则：在出现对被告的两项指控时，“除非第一项指控的成立仰赖于第二项指控中包含的事实证据，否则，即使宣告第一项指控无罪，也不影响第二项指控继续进行。”<sup>〔37〕</sup>

在大多数情况下，先例中包含的原则都由目前待决案件的承审法官来进行总结。在“英格兰案”（*England*）（1796）中，鲁克法官（Justice Rooke）根据塔弗纳案（*Taverner*）、莫格里奇案（*Moggeridge*）和霍德利案（*Hoadley*）等先例，在其指导意见里提出明确的法律原则：“根据法律，如果双方有意相约、而非激于一时冲动，旨在剥夺对方生命，那么无论哪一方动手，只要其中一方因此死亡，即构成谋杀。”<sup>〔38〕</sup> 塔弗纳案与本案情况相似，都涉及决斗杀人后潜逃出国、被缺席判决剥夺法权（*outlawry*）后，被告又再度回国。但其他两案中并无潜逃和被剥夺法权的情节。这些案件在事实方面都各有特殊之处，但法官所总结的原则并不拘泥于事实的细枝末节，而将重点放在“并非基于冲动的决斗杀人”这一核心问题上，将相关原则作为裁决案件的关键依据。这种提炼法律原则的过程，在当时许多英格兰刑事案件中都普遍存在。<sup>〔39〕</sup>

判决理由的概念和理论是普通法至关重要的组成部分。早在17世纪，判决理由及其意义就得到确认。<sup>〔40〕</sup> 在先例中居于主导地位的是其中表达的根本性原则而不是判例本身。如1880年乔治·杰塞尔爵士（Sir George Jessel）所说：判例的权威性就在于其中所含原则的可靠性。<sup>〔41〕</sup> 先例的这

〔33〕 具体例证，参见前引〔2〕，王志强文。

〔34〕 参见同上文。

〔35〕 *Mirehouse v. Rennell* (1833), 1 Cl. & F. 527, 546; 转引自前引〔24〕，Cross & Harris书，第26页。

〔36〕 如在简·登顿案（*Jane Denton*）（1823）中，调查记录只有验尸官（*coroner*）的签名，但没有陪审团的签署，其效力受到质疑。法官引用了一个抄本记录的先例“国王诉诺福克案”（*Rex v. Norfolk*），指出先例中的调查记录有验尸官和首席陪审团（*foreman of the jury*）的签名和盖章，都被认为是不充分的；本案中仅有前者签章，显然更存在效力瑕疵。1 Lewin 52, 168 ER 956.

〔37〕 *Rex v. Birchenough & Another* (1836), 1 Mood 480, 168 ER 1352.

〔38〕 *R v. England* (1796), [http://www.oldbaileyonline.org/html\\_units/1780s/t17840915-66.html](http://www.oldbaileyonline.org/html_units/1780s/t17840915-66.html).

〔39〕 例如“国王诉本杰明·奥尔德罗伊德案”（*Rex v. Benjamin Oldroyd*）（1805）（Russ. & Ry 87, 168 ER 698）中引用玛格丽特·廷克勒（*Margaret Tinckler*）案；“国王诉史密斯案”（*Rex v. Smith*）（1816）（2 Stark 207, 171 ER 622）中引“国王诉拉德伯恩”（*King v. Radburne*），等等。

〔40〕 “一项法庭的意见，如果对记录在案的判决不是必不可少，即使没有它也不影响判决结果，或者它与此前的理由相矛盾，就不构成司法意见（*judicial opinion*），而只不过是附带意见（*gratis dictum*）。而一项意见，尽管错误，但直接引导判决结果，它就是一项司法意见，因为它经过法官誓言的认可，经过深思熟虑，以保证它在作出之时代表、或曾经代表法官的观点。然而，如果一个法庭依法作出一项裁决，其它法庭并不必然受其约束，除非后者认为先前的判决是符合法律的。”*Bole v. Horton* (1673), *Vaughan Reports* 382; 转引自前引〔20〕，Allen书，第209页。

〔41〕 前引〔20〕，Allen书，第285页。

种特色在当代普通法的刑法教科书中仍被特别强调,以提示初学法律的学子们:

“大多数学生在开始法律学习时一般都认为,法律推理是凭借类比的直觉过程。按照这种说法,如果两个案件的事实在法官看来足够类似,他就会作出类似判决。这个印象基本正确,但忽略了法律推理的一个重要方面。法官仅仅关注相关的类似性。……为区别相关的和无关的类似性,法官强调规则、以及规则的理由。通常这些理由(或原理,如我们所称)诉诸一些公平或社会效用的考量。……当律师和法官们引用先例时,他们不仅宣称这些先例与待决案件的情形类似。他们更强调这些先例的规则或原理适用于待决案件。……法律推理的惯例要求,当援引一个案件作为先例时,要从中导出一项规则或原理。正是这种规则或原理,而不是前例的事实本身,适用于待决的案件。”<sup>[42]</sup>

因此,在英格兰法中,埋藏在先例里的真金是原则而非事实的具体情节。它在先例运用的法律推理中居于主导地位。在这一推理过程中,尽管判决理由如何确定的问题在普通法学界存在多种理论,<sup>[43]</sup>但这一确定过程的必要性和重要性却无可置疑。它实际上已包含了对先例和待决案件之间类似性认定的前提。与中国的模式相比,显然这里的重点不是放在事实类似性的比较上,而是更侧重于从先例中归纳出原则和理由。

与中国的状况不同的是,法官还常常在判决中援引经典法学著述作为权威意见。表面上,这与先例制度并没有直接联系,但实际上,被频繁援引的法学著述,如黑尔《王室诉讼》(Hale's Pleas of the Crown)和伊斯特《王室诉讼》(East's Pleas of the Crown),都在广泛研究判例的基础上建构起其庞大刑法体系。例如,在“杀人”一章中,黑尔援引布雷姆案(Brame):甲口出秽言侮辱乙因而被杀,乙仍然构成谋杀罪,其中的法律原则和理由是“并无激怒情势下(without provocation)杀人,构成谋杀”;汉姆登案(Hamden)和扬案(Young)中,“巡夜人、或巡警、或其他协助他们的人,在履行公务职责时被杀,即使杀人者并不知道他们的公务身份,仍构成谋杀,”这是因为“杀人者存在可推知的恶意(malice)”。<sup>[44]</sup>

黑尔以后,伊斯特的著作更多地诉诸先例,并详细描述案情。例如,在1784年威瑟案(R v. Wither)中,法庭认为“当执行逮捕的官员或其他个人并未获得相应的法律许可、不能向法庭提供相应的证据时,如果身罹非法逮捕的受害者将他们杀死,仅构成一般杀人罪,”因为“对自由的侵犯或限制的情形(并非被告所诉称的激情犯罪),已足以使被告减为一般杀人罪。”<sup>[45]</sup>伊斯特著作中谋杀罪的不少原则,都是以类似方式从先例中总结出来的。<sup>[46]</sup>在这些情况下,“激情”、“恶意”、“对自由的侵犯或限制”等法律概念和原则,由经典法学家们从个案中提炼,就像司法中判例被运用的论证过程。这些普通法经典中经过系统化表述的法律概念和原则常常被作为权威直接援引,以补充其他判例,因为它们实际上具有相同的渊源和逻辑论证过程。

除了在推理过程中对各环节的侧重各有不同之外,清代的成案运作与英国的判例制度在将待决案件与前案相区别的方面,也存在相应的差异。清代刑部在将成案与待决案件相区别时,通常是将案件事实逐项类比以示区别,与前述情节类比一致后援照办理的思维模式一脉相承。由于任何两案都不可能完全相同,如果必须区别,总是能够实现的。而清代司法官所揭示的某一方面情节的区别何以成为关键性的环节,以致足以影响案件的实质性裁量,在大多数案例中并未加以深究,而完全依靠直觉判断。有的情况下,区别的要点以制定法为主导。<sup>[47]</sup>这些案例中,并非通过对成案本身

[42] Kaplan et al., *Criminal Law: Cases and Materials*, 2004, pp. 11-12.

[43] 前引[24], Cross & Harris书,第39-81页。

[44] Matthew Hale, *Pleas of the Crown*, 1682, London, p. 45.

[45] 1 Edward Hyde East, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, 1803, London, p. 295. 陪审团对这种案件所作的谋杀罪裁决,最后被十二法官讨论会所推翻;见该书第360页。

[46] 同上书,第230页(Mary Tinckler, 1781),第245页(Brown, 1776),第323页(Baker, 1775)。

[47] 参见前引[2],王志强文。

的细致分析、强调其中某一环节的实质重要性，即通过对成案自身的归纳产生区别规则，而是用一套成案本身之外先已存在的标准（如律例条文、律注等）来比较成案和待决案件。

这与英国判例制度中的区别技术迥然不同。在国王诉玛丽·阿迪案（R v. Mary Adey, 1779）中，为与先例“托蒂案”（Toddy）相区别，其论证过程是将先例中抽象出来的原则作为标准，指出其所应适用的情势与待决案件不符。该案清晰地体现出从先例中提炼法律原则、并用以区别待决案件的过程：一位助理公务官与一名巡警一起闯入被告所在房间，在未出示有效逮捕令的情况下，试图逮捕房主。与该房主有同居关系的被告当场用手中的餐刀将助理公务官刺死。

在给陪审团的指导意见中，阿希赫斯特法官（Justice Ashhurst）援引了此前的托蒂案（Toddy）；其中作为被害人的一名巡警非法逮捕和羁押一名妇女，数名士兵在试图解救该妇女的过程中与巡警发生冲突，致其重伤后死亡。法官否认了激情原则（doctrine of provocation）的适用性，强调先例中所体现的核心法律原则：“（先例）的判决并非基于‘因王国臣民的自由受到非法侵犯、故当时有充分的激情可据、而立即对侵害者施以重手’，而是基于这样的原则：因为合法的介入理由，在保护自由不受非法侵害的过程中遭到对抗，在这种冲突中产生激情（愤），因此伤害对方，这类案件可以减为一般杀人。”〔48〕

法官认为，在本案中，由于并未遭遇类似的反抗，因而缺乏支持激情成立的关键性要素，所以本案与先例有显著差别，其原则不能适用于本案，最后判决被告的行为构成谋杀罪。法官确实也比较了事实的细节，指出“被告袖手于侧，并无意解救，也并未与巡警等人发生可能导致其激情的相互肢体冲突。”〔49〕但显然，这些事实的判别标准和判断重点都是基于已经从先例中提炼出来的法律原则。这一区别过程，与判断相似性的过程一样，都是以判决理由的宣示这一环节为基础。待决案件在何种程度上应该相似处理或区别对待，其实已经蕴含其间。

此外，两种法律传统在推理中的另一差别，是制定法在这一过程中的作用。在清代运用前例的推理中，制定法不可或缺。一般而言，如果事实的类似性得到确认，则成案中适用的制定法规则通常就是待决案件要适用的规则。当然，在某些情况下，官员会适用轻重相明的原则，将制定法规则类推适用于待决案件。在这里，制定法依然是法律渊源的核心，虽然它是通过成案论证后的类推适用而非直接援引。而且，在事实比较的过程中，相似性和区别性的判断都常常以制定法的规则为标准。〔50〕因此，清代司法中的成案实际上只是起着补充制定法的作用，而不是完全独立的渊源。而在英格兰，先例中的规则被称为“普通法”，是案件裁判的基本依据；在这些案件的裁判中，除个别例外，〔51〕通常成文法在法律推理中的作用难觅踪影。

### 三、两大先例传统异同的成因

中国古代具有悠久的制定法传统，但参考前例裁断案件的现象不绝如缕。这是成文法有限性与客观案件复杂性之间的紧张关系所带来的必然结果。同时，在清代，笞杖刑以上的案件经过县级初审后，都必须接受审转复核，根据案件的严重程度，分别由省级、中央刑部官员甚至皇帝最终核

〔48〕 R v. Adey (1779), [http://www.oldbaileyonline.org/html\\_units/1770s/t17790915-74.html](http://www.oldbaileyonline.org/html_units/1770s/t17790915-74.html). 该案曾受到进一步关注和讨论：“如果一名治安官持非法许可证试图逮捕一名男子，与该男子同居的妇女立即将治安官刺死，这一行为是谋杀还是一般杀人，这仍然存疑。如果她是合法妻子，她就可能被减为一般杀人。” See Joseph Chitty, *A Practical Treatise on the Criminal Law*, 1816, London, p. 732.

〔49〕 同上引，R v. Adey (1779).

〔50〕 参见前引〔2〕，王志强文。

〔51〕 如“国王诉萨拉·戈德思罗普案”（Regina v. Sarah Goldthrope）（1841）（2 Mood. 244, 169 ER 97）中援引“国王诉斯内尔”（R v. Snell）等三件判例解释制定法的含义，并用以裁决目前案件。

准。因此,在制定法未作明确规定或适用存疑的案件中,官员们常常诉诸于广为传播的成案,以解释制定法、加强论证的说服力。当时的刑部官员在案卷中明确提到:“既有成案足依,似可照复。”<sup>[52]</sup>连皇帝在面对疑难案件时都会要求刑部详查成案,<sup>[53]</sup>甚至有皇帝亲自引用成案进行裁决的现象。<sup>[54]</sup>“同样问题同样处理”的理性需要和刑部官员相当程度的司法专业化,要求前例的做法得到遵循;这与君主专制中央集权立法机制之间的紧张,造成了成案的援用和效力的不稳定性。

作为判例法国家,何以英格兰的刑事先例并不像其民事判例一样数量庞大而影响广泛?

英格兰的传统刑事审判的核心特色是其陪审团制度。<sup>[55]</sup>案件的判断实际上由陪审团完成,通常以概括裁决(general verdict)的形式,即不必说明事实判断和法律推理的过程、直接做出有罪或无罪的裁决。在他们做出裁决之前,法官无法预料将认定的案件事实究竟为何。因此他也就不能在事实类比方面投入太多心力。简单两分的“有罪”和“无罪”的被告答辩以及陪审团概括裁决,使事实和法律的推理都显得模糊不清。另外,由于概括裁决,司法对陪审团的影响力受到限制。法官不必在裁判中扮演太积极的角色,或给陪审团太过专业化、充满法律推理的指导意见。陪审团在审判中往往起了主导作用,并高效地结案。直到19世纪早期,伦敦老贝利法院每个陪审团一上午要审理10到12个案件,对每个案件,陪审团考虑的时间通常只有两、三分钟。<sup>[56]</sup>因此,在刑事审判中,除非是法律争点格外突出的疑难案件,法官基本上无需频繁引用先例。

此外,英格兰当时的刑事判例本身在数量和质量方面都非常有限,这也与陪审团制度有关。在更早些时候,被告所主张的辩护理由可以使陪审团做出无罪判决,但由于他们的这些抗辩不能记录在案,因此并不向全席审判(the court in banc)提出任何法律问题,也不为将来创设任何先例。<sup>[57]</sup>同时,中世纪英格兰法官在刑事审判中的意见无记录可查,也不载入法律报告。《英国法律报告全集》的记载也证实了这一情况的延续。1751至1800年间的谋杀案件仅有10件被当时的《法律报告》收载;<sup>[58]</sup>而实际上这一时期仅伦敦老贝利这一处法院就审判了400起谋杀案。<sup>[59]</sup>如果其他法官在别郡的审判中对陪审团提出不同的指导意见,被告也并没有对此提起上诉的合法途径。刑法的发展就此仰赖于法官们对庭审案件的集中讨论。<sup>[60]</sup>

直到18、19世纪之交,这种极端的状况才开始有所改变。当时,刑事案件的法律辩护完全向律师开放,律师开始大量介入刑事审判,并在法庭辩论中援引先例。<sup>[61]</sup>《英国法律报告全集》所载1801至1850年的210件谋杀案中,法官未引用先例、但律师在辩论中援引先例的达40件,数量已较可观。法官与律师就先例的理解和内容进行辩答的例子也时常可见。<sup>[62]</sup>与此相应,1770年出现了第一部重要的刑事法律报告《利奇(报告)》,到19世纪初,刑事法律报告逐步增多。<sup>[63]</sup>尽

[52] 《刑案汇览》卷二十《发掘已埋席包尸身》。类似尊重成案的说法很多,如《刑案汇览》卷十四《行劫衙署伙盗接赃免死发遣》、卷二十《买主知情伙拐拟徒不知不坐》、卷二四《谋杀纵奸本夫奸妇实发》、卷三五《调戏妇女致本妇与本夫自尽》、卷三九《婢女与人通奸家长被人谋杀》、卷四八《诬告女婿殴毙伊女尸遭蒸检》,等等。

[53] 《刑案汇览》卷十《习教悔改复用教内音乐吹打》。

[54] 《刑案汇览》卷五三《强奸子妇被妇咬落唇皮》;其案情又见于同卷《翁媳通奸因夫被杀将翁谋毙》、《子妇拒奸致毙伊翁奏请定例》、《子妇拒奸后致翁被氏父殴死》。

[55] 刑事陪审团18世纪后期的状况,参见 Thomas Andrew Green, *Verdict According to Conscience*, 1985, pp. 271-317.

[56] Charles Cottu, *On the Administration of Criminal Justice in England*, 1822, pp. 75, 99, ; cited from John H. Langbein, *The Origin of Adversary Criminal Trial*, 2003, p. 18.

[57] J. H. Baker, *An Introduction of English Legal History*, 4<sup>th</sup> ed., 2002, p. 403.

[58] 根据 Justis 的 English Reports 数据库统计。

[59] 根据 <http://www.oldbaileyonline.org> 统计。

[60] 前引[57], Baker书,第522页。

[61] 关于律师在英格兰刑事诉讼中的作用及其演进,参见前引[56], Langbein书,第67-177、284-310页。

[62] E. g., Regina v. Mary Evans (1839), 8 Car. 80 P. 765, 173 ER 708; Regina v Joseph Azzopardi (1843), 2 Mood 288, 169 ER 115.

[63] 前引[56], Langbein书,第306页。

管如此,在英格兰传统司法中,相对于民事判例而言,刑事先例的编辑数量仍然少得可怜,其影响力也相当有限。

中英两种先例传统中法律推理的内在差异,则要从制定法和法律学术的角度寻找根源。仍以杀人罪为例。在《大清律例》中,有19条律文规范各种杀人罪,<sup>[64]</sup>并被总结为学理上的“七杀”,即谋杀、斗杀、故杀、戏杀、误杀、过失杀、威逼杀。<sup>[65]</sup>以这七种基本形态为基础,根据被害人的不同身份,又衍生出一系列不同的处罚规则,如对制使、上级官员和尊亲属的侵犯将加重处罚,而对奸夫、有罪妻妾、卑幼和奴婢则减轻甚至没有处罚。杀人的手段,如采生折割、造畜蛊毒、逼迫等,也影响到刑罚的不同。同时,另有140余条单行例文附于律条之后,<sup>[66]</sup>使法律规则日益复杂而全面,司法官员往往可以直接从中找到要适用的具体规范以裁断案件。尽管在司法过程中,官员会参考一些律学著作以保证更准确地适用法律,但这些学说的地位并未得到官方正式认可,因此并不具有稳定效力。<sup>[67]</sup>

相比而言,布莱克斯通(Blackstone)时代的英国立法中,杀人罪的有关成文法散见于各种单行法规中,<sup>[68]</sup>缺乏系统的立法。在学理上,杀人行为被分为正当(justifiable)、可恕(executable)和重罪(felonious homicide)。其中重罪杀人又分为一般杀人和谋杀。<sup>[69]</sup>这些原则基本上都以普通法学术为基础,制定法在其中的作用相当有限。中世纪以后,支撑普通法体系的是“另一种法律形态,可能并不容易把握,有时甚至是有意的晦涩,但却切实地发挥着作用……”;<sup>[70]</sup>这就是所谓“共同学识”(common learning)。援引一件以上的先例、特别是更具有权威性的先例,以提升其数量和质量,往往可以使先例中总结出的原则更具有说服力。在引用判例时,法官们强调:“我并不是宣称我自己的权威,这种意见是得到全体十二名法官首肯的”;<sup>[71]</sup>“我这么说,不是仅仅基于现在法官的权威;你们将看到,有一系列的权威意见来自于我们国家历史上最出类拔萃的法律大家们,从柯克勋爵(Lord Coke)直至现在。”<sup>[72]</sup>

由全体法官或柯克这样的法律大家所裁决的案件,显得具有更普遍、更权威的约束效力。如果法官们进行裁判时觉得对法律把握不准,他们会休庭,将案件提交到高级律师会馆(Serjeants' Inn)或财政署内室法庭(Exchequer Chamber),与同行们一起讨论。如果这样依然没有获得普遍的意见,在16世纪以前,他们竟会将案件束之高阁、不与裁断!<sup>[73]</sup>正是教授于法律会馆(Inns of Court)、传播于职业实习、经权威法律大家们写定的这种共同学识,塑造着传统英格兰法的原理和规则。“四百年以来,法官们自由地以口头形式,向职业化的律师表述他们的判决理由。与餐桌上同僚讨论的思想一起,这些理由被吸收进普通法的共同学识而保留下来。法律实践的这种成就是无法抹煞的。”<sup>[74]</sup>

[64] 《大清律例·刑律》人命条。

[65] 七杀之说起源于元代徐元瑞编《律学指南》;参见郭建等:《中华文化通志·法律志》,上海人民出版社1998年版,第226页。但清代可能有新的变化。清抄本《七杀成案》(日本京都大学法学部藏,承寺田浩明教授示阅)中,将“威逼杀”列为专类,但无“劫杀”。本文据此调整“七杀”的具体内容。

[66] 参见薛允升:《读例存疑》,卷三二至三四,光绪三十二年刻本。

[67] Fu-mei Chang Chen, *The Influence of Shen Chih-chi's Chi-chu Commentary upon Ch'ing Judicial Decisions*, in Jerome Alan Cohen et al. (eds.), *Essays in Chinese Legal Tradition*, 1980, pp. 170-221.

[68] E. g., Sta. I Jac. I, 21 Jac. I, 14 Edw. III, 1 Edw. VI and 25 Geo. II, etc.; 前引[27], Blackstone书,第193、195、196、198、202页。

[69] 前引[27], Blackstone书,第176-204页。

[70] John H. Baker, *The Law's Two Bodies*, 2001, p. 90.

[71] R v. Macginniss (1783), [http://www.oldbaileyonline.org/html\\_units/1780s/t17830117-1.html](http://www.oldbaileyonline.org/html_units/1780s/t17830117-1.html).

[72] 前引[38], R v. England (1796).

[73] 约翰·汉密尔顿·贝克:《英国法与文艺复兴》,杜颖译,载《法史学刊》(第一卷),社会科学文献出版社2006年版,第228、230页。

[74] 前引[19], Dawson书,第82页。

如果进一步探究这种法律渊源的差异,相当程度上应归因于中英传统中不同的政治权力分配模式。<sup>[75]</sup>在中国,完善缜密的律典是高度中央集权和等级科层制政府的产物。皇帝具有对案件的最后裁断权,并操控着立法大权。而在英格兰,法律职业群体的社会政治地位以及职业共同体的形成,<sup>[76]</sup>促进了判例法体系的发展。1707年《王位继承法》更使英格兰法官获得了完全独立于王权的地位。<sup>[77]</sup>所以,在清代,即使根据成案做出的裁判,也往往仍回到成文法去寻找支撑点。而英格兰法官们则得以在其特定的权力体制下,宣示其共同的法律学识及蕴藏于先例中的法律原则,而不必过多着力于那些本身即并不完善的制定法。

其实,在历史上,中国古代的执法者并非不具备从已判案件中归纳原则、再适用于待决案件的思维方式和能力。董仲舒所身体力行的春秋决狱,即是明证。例如,其所断“误伤己父”一案,即从《春秋》“许止进药”的事例中抽象出“君子原心、赦而不诛”的法律原则,再适用于前往救助而误伤父亲的案件,最后判定“不当坐。”<sup>[78]</sup>这一做法在当时盛行一时,仅“死罪决事比”即已多达13472件。<sup>[79]</sup>但由于经典解释的灵活性,而数量庞大的汉代群吏和后世法吏们,又并未经历英伦高度精英化法律共同体数百年的传统陶冶和观念认同,<sup>[80]</sup>这种做法显示出诸多弊端,《汉书·刑法志》所谓“奸吏因缘为市,所欲活则傅生议,所欲陷则予死比”。另一方面,这种推理方式实际上意味着司法者在一定程度上享有立法权,而在皇权不断加强的情势之下,皇帝不可能将创法之权如此轻易地随意假手与人。因此,这种以抽象出法律原则为核心的先例推理方式在后世逐步萎缩,而成案的运用由于客观需要不能尽废,但主要被限缩在事实类比的推理方式下。

#### 四、结 论

清代成案取得司法中的实际影响力,未必要经过“通行”的程序。绝大部分流通中的成案,都是并未取得这一地位的判例,但依然被大量编辑、广泛流传,在司法实践中具有普遍影响力。而在传统英格兰刑事司法中,援引先例作为法律渊源的并不高;而且,在遵循先例原则严格确立之前的这一时期,刑事先例也并无严格法律约束力。这种情形与当时中国的情形有一定类似之处。在18至19世纪中叶,英格兰刑事判例的编辑,甚至少于同时代的中国。如果按照现代的遵循先例的标准,即使英格兰法庭中当时也并未执行所谓“判例法”。

同时,中英刑事先例传统的差别,不在于先例效力的认定程序、实际约束力和影响力,而在于其运用中的推理方式。在英格兰,特别强调的是先例中蕴含的原则;而在清代司法推理中,更多关注事实的相似性。英格兰的传统刑事先例,虽然在其他许多方面都并未明显区别于同时代的中国,但其运用中善于提炼法律原则的推理方式,使所有先例都可能在法官笔下成为抽象原则。而侧重事实类比的清代成案推理技术,则使先例更多停留在经验层面,难以更进一步地完全取得独立地位,而只能满足于立法附庸的状态。

[75] 前引[3], Wang Zhiqiang文,第341页。

[76] 英格兰法律职业集团在中世纪的形成及其状况,参见 John Baker, *The Oxford History of the Laws of England*, 2003, pp. 411-472.

[77] 前引[19], Holdsworth书,第500-501页。

[78] 本案的内容及分析,参见程树德:《九朝律考》,中华书局1963年版,第164页;黄源盛:《两汉春秋折狱“原心定罪”的刑法理论》,《政法法学评论》第85期,2005年。

[79] 《汉书·刑法志》

[80] 在13世纪初至18世纪末,普通法院和衡平法院的法官合计,平均不超过15名。14世纪初,王室律师(King's Serjeant)不超过4人,有资格在民事诉讼法院出庭的律师(Pleaser)仅17-25人,而此后垄断该项出庭业务的高级律师(Serjeant-at-law)人数一般为10至12人,但有时因去世或升任法官而仅剩4人,甚至更少。1453到1510年间,总人数不超过6人,其中还包括处理国王事务的王室律师。前引[19], Dawson书,第3、16、31页。

这些认识值得进一步的思考。首先,它有助于我们重新认识和运用现代的“先例”概念。历史研究在某种意义上都具有比较的意义,因为在此过程中常常必须借助当下的概念来描述和理解从前。对于中国而言尤其如此,因为文化的隔断和重塑,传统的概念和内容都必须以现代的话语加以解说,才能够使人理解。中国传统中的“司法先例”在历代有不同的称谓,从秦代的廷行事<sup>[81]</sup>、汉魏晋的比和故事、唐宋元的例、到清代的成案,其性质始终在学界存在争议。关键在于这些案例的性质和作用是否可以按照普通法意义上的判例来理解。但实际上这本身似乎是一个假问题。因为这是建立在对普通法传统中判例或先例的一种错误预设基础上,即判例本身,从形式到意义,在普通法中都是一以贯之、未尝变化的,一如现代英美法制度中的状态:判例被大量编集,是裁决案件所必须的、重要和基本的法律渊源,具有对同级和下级法院的强大约束力。但这种描述是非历史的误解。因此,英格兰法上的先例等概念,完全应该在特定的历史环境中认识和理解。在这一视野下,概念的难题实际上已经消解。<sup>[82]</sup>如果暂时搁置现代概念的困扰,其实我们完全可以不必再纠缠于中国古代这些“成案故事”究竟是不是西洋意义上的判例。真正需要解释的是历史上同一时代的这两种先例制度如何以及为何按照其各自的方式运作。这将有助于使中国历史上的真实从西洋概念化的判例法、先例等语汇背后显现出真实的面目。

其次,本土概念诉求的方法和角度也值得进一步思考。有学者提出:“中国传统法中的判例,是指经过特殊程序认定,具有普遍约束力的司法判决;”<sup>[83]</sup>或尝试以一种新的定义来探究该问题:“判例是可以援引作为审理类似案件(依据)的判决,”并以历代部分实例为基础,总结为三方面要素,包括“判例需要特殊的批准程序”等。<sup>[84]</sup>但如果我们不执著于《大清律例》的概念表达,而更多将视野转向司法的实践领域,就会发现实践中的判例远远多于制度设计的。这里并无意于概念之争,因为更重要的是理解其真正的运作机制和实态,而不是名目之辨。在方法论的意义上,更多地从功能主义和法社会学角度进行的实证研究,更多地关注司法的实践活动而不仅仅是制度的表达,将有助于从古人的理想型概念背后揭示更丰富的历史真实。

最后,如果将视野转向当前中国的判例制度建设,历史的经验也不乏启发的意义。基于制定法传统和法律共同体认同这些在历史上曾经使中英判例制度相异其趣、在当代仍然深刻存在的传统差异,直接承认判例的权威、移植与普通法制度类似的判例规则,显然难以与中国已有的制度相适配。在司法实践中,早在上世纪80年代,《最高人民法院公报》中所载案例即具有相当的影响力,但其推理方式仍明显基于事实类比。<sup>[85]</sup>近年在各地司法实践中陆续推出的判例制度,<sup>[86]</sup>在相当程度上仍蹈袭了“从案到例”的清代条例立法模式,而不同于普通法式的判例推理方式。如何在目前的体制下推动中国式的案例指导制度,也许需要在深刻理解传统的背景下逐步推进。

[81] 目前文献尚难证明秦简中的廷行事具有司法先例的效力,参见刘笃才、杨一凡:《秦简廷行事考辨》,《法学研究》2007年第3期。

[82] 当然,将明清的例从判例的误区中澄清,这是极有意义的,因为它虽然可能与具体案例有各种联系,但实际上已完全不具备“先例”应该是具体案件裁决这一前提条件。参见王侃、吕丽:《明清例辨析》,《法学研究》1998年第2期。

[83] 汪世荣:《判例在中国传统法中的功能》,《法学研究》2006年第1期。

[84] 前引[1],刘笃才文。

[85] Nanping Liu, “Legal Precedents” with Chinese Characteristics: Published Cases in the Gazette of the Supreme People’s Court, 5 J. Chinese L. 107, 124-25 (1991).

[86] 参见徐景和:《中国判例制度研究》的附录,中国检察出版社2006年版。