

我国刑事判例拘束力的合理定位 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_88_91_E5_9B_BD_E5_88_91_E4_c122_483661.htm??编者按：1999年10

月20日，我国最高法院发布的《人民法院五年改革纲要》指出，从2000年起，“经最高人民法院审判委员会讨论、决定的适用法律问题的典型案件予以公布，供下级法院审判类似案件时参考。”《纲要》的出台，无疑标示着我国酝酿已久的判例制度的悄然生成，具有重大的历史和现实意义。受《纲要》的影响，目前我国地方各级人民法院都在积极地探索判例制度的建构问题。而在判例制度的建构中，刑事判例的独特性不能创设罪刑规范是毋庸置疑的，但是刑事判例拘束力的定位却是困扰我国刑事判例制度建构的一个主要问题。本文作者拟通过对国外刑事判例拘束力现状和我国刑事判例法渊地位的分析，来探讨我国刑事判例拘束力的合理定位，以期有益于我国刑事判例制度的建构。???お? 一、国外刑事判例的拘束力问题?? (一)英美法系各国刑事判例的拘束力 英国是当今世界上最典型的普通法国家，“遵循先例”是其一项基本的诉讼原则。所谓遵循先例，根据美国著名法理学家博登海默的解释，是指如果一个司法判决确立了一项法律原则或规则，那么就构成一个日后不应背离的先例，而一个直接相关的先例，必须在其后审理的相类似案件中得到遵循。毋庸置疑，正是对先例的遵循才使英国普通法在漫长的历史发展进程中保持了相对的稳定性、流动性和统一性。?? 基于遵循先例原则，刑事判例在刑事审判中具有较强的拘束力。当然随着社会的发展以及受大陆法系制定法的影响，遵循先例

原则的绝对性日渐式微。就目前来看，并不是说英国所有的刑事判例都有拘束力，有拘束力的刑事判例包括以下几类：一是上议院的刑事判例对于其他法院来说是有拘束力的判例，一般上议院本身也应受其判例的约束。这是由上议院在英国刑事司法体系中的地位决定的。二是上诉法院的刑事判例对于下级法院和其自身，都是有拘束力的判例。但是在1944年“杨诉布里思托尔飞机股份有限公司”一案中，上诉法院明确宣告了三项规则：1，法院有权并且有义务决定在他自己的两个相互冲突的判决中将依循哪一个判决；2，如果根据法院的意见，认为它自己的一项判决同上议院的一项判决不一致，即使没有明文予以规定，该法院仍然有义务拒绝依循它自己的判例；3，如果法院认为自己以前的判决是由于粗心大意作成的，那么该法院决没有义务依循该判决。除此以外，无论是高等法院还是下级法院所作的判决甚至是英国枢密院司法委员会的判决，都没有拘束力。?? 美国法是英国法的承继者，从法律样式来看，美国无疑也是一个普通法国家。但是与英国不同的是，遵循先例原则在美国的适用从来就不像在英国那样僵硬，美国联邦最高法院和一些州的最高法院经常性地发现自己的先例明显有错误时推翻该先例。而时至今日，美国除了有联邦刑法典和刑事诉讼与证据规则外，50个州有自己的刑法典和刑事诉讼与证据规则，此外还有大量的关于刑事犯罪的条例。当然，虽然刑事制定法表现出强劲的发展态势，但是由于历史的缘由，刑事判例在美国的刑事司法实践中仍然发挥着举足轻重的作用。究其原因，一方面在于刑事制定法并没有涵盖所有的刑事实体和程序规范，有些犯罪的罪名、法定刑尤其是诉讼程序规则仍应依据有效的

判例来确定；另一方面还在于判例对于刑事制定法的解释发挥着重要的作用，尤其是法官之间对同一案件有不同意见时，先前有拘束力的判例就会成为解决理论纷争的有力标准。可以说，美国是依靠刑事制定法和有拘束力的刑事判例来共同实现对社会关系的调控的。在美国人看来，遵循先例原则有助于约束法官的专断，减少了使他下判带有偏见色彩的诱惑，保障了判决的公正和统一。所以，美国联邦最高法院著名大法官卡多佐说：“遵循先例应当成为规则，而不应是一种例外。”??

(二)大陆法系国家刑事判例的拘束力 受法典法严格规格主义的影响，大陆法系各国在法律传统上认为法官的工作就是严格适用法律规则，刑事判例只是作为刑事司法的“产品”而存在，此外别无意义；法官据以定罪量刑的是刑事制定法，而非体现在先前判决中的标准或原则。所以，大陆法系各国的传统理论在不承认刑事判例法渊地位的同时，当然也不认可刑事判例的拘束力。但是，理论终究是形而上学的，刑事判例的拘束力已开始被越来越多的大陆法系法官和立法所接受。正如日本著名刑事法律学家西原春夫先生指出的那样，从实质来看，判例如同法渊一般地约束着法院的判决。究其原因，是因为判例的约束性对于同种事件必须承认同种法律效果这一保证判决公正的立场来说是必要的。下级审判基本上必须服从处理同类案件的上级审判，特别是有统一判例责任的最高法院的判决。目前，刑事判例的拘束力无疑已成为大陆法系国家维护刑事判决公正、统一的重要保障。基于这种认识，日本刑事诉讼法第405条明确规定，最高法院的刑事判例具有约束各下级法院的刑事判决的效力，凡认为和最高法院的判决相反的，均可成为上告的理由。从

而为刑事判例的拘束力提供了法律依据。另外，德国法也承认，从某些所谓的“有指导性的案例”(leading cases)，可以引伸出新的法律原则，而且下级法院不得随意偏离有一系列联邦法院(主管刑事或民事)案例支持的法律原则。当联邦法院中的一个审判庭，可能偏离另一个审判庭以前的判决时，前者必须将有争议的法律问题提交大审判庭，大审判庭再以特别裁定作出决定。

?? (三)两大法系对刑事判例拘束力认识的同一性 通过上面的分析，我们可以看出，尽管两大法系在对刑事判例法渊地位的认识上受法律传统的影响而有所不同，但是在对刑事判例拘束力的认识上却具有同一性。首先，在技术层面上，两大法系都肯定刑事判例的拘束力，但是与此同时又都排除了刑事判例拘束力的绝对性；其次，在制度层面上，都认为刑事判例的拘束力要低于刑事制定法的约束力；最后，在观念层面上，对刑事判例的价值有着共同的认识，即维护刑事司法的公正和统一。这种同一性的认识，无疑为我们研究我国刑事判例的拘束力问题提供了一种可资借鉴的思路和模式。

??二、我国刑事判例的法渊地位：拘束力研究的理论前提?? 刑事判例拘束力的定位，无疑决定于刑事判例的法渊地位。如果赋予刑事判例法渊地位，刑事判例便获得当然的拘束力；否则，如果刑事判例不具有法渊地位，刑事判例的拘束力便无从谈起。毋庸置疑，目前我国的刑事判例不可能获得法渊地位。究其原因，不仅仅在于受我国传统法学理论束缚的问题，在更深层次上是由我国的现行法律体制决定的。因为从立法权和司法权的划分来看，刑事判例不可能取得法渊地位。根据我国《宪法》的规定，刑事立法权由全国人民代表大会及其常委会行使。人民法院作为国家审

判机关，“以事实为根据，以法律为准绳”是一项重要的审判原则。如果赋予刑事判例法渊地位，就等于审判机关具有了立法权，这样一来，无疑就破坏了现行立法体制。??当然，以上只是在法律一元文化语境中来探讨刑事判例的法渊地位问题的。但是，如果转换一下理论研究的视角，我们就会发现，多元法律文化的包容性肯定刑事判例的法渊地位。??首先，赋予刑事判例法渊地位是“公正”理念对刑事司法的基本要求。这是由刑事法律规范的概括性和“公正”内涵的层次性决定的。公正是刑事司法刑事法律规范适用活动的首要价值，它既包括一般公正也包括个别公正。而法律规范具有概括性的特征，法律规范的概括性使法律规范在获得效率价值的同时，却因只注重适用对象的一般性而忽略其特殊性。法律规范的这缺憾是其自身无法完善的，所以公正价值的完整性只能借助于在法官能动的司法活动中个别公正的实现。就此而言，法律规范的适用只能是法律规范和法官自由裁量的有机结合，法律适用的本质就是法官在遵循一定法律规范基础上的自由裁量活动。正是法官的自由裁量这种能动的司法活动才将法律规范和具体案件联系起来，也正是通过这种能动的司法活动，个别公正和一般公正都得到了充分的体现。??其次，赋予刑事判例法渊地位，同刑事制定法并无矛盾和冲突。一方面，立法权具有专属性，刑事制定法规范只能由立法机关制定，所以在刑事法领域中，根据罪刑法定原则，法院只能依据刑法制定法规范确定罪名和选择适用法定罪，刑事判例法规范在罪名的确定和法定罪的选择适用上受到了严格的限制，绝对禁止刑事判例自行创制罪名规范和法定刑规范。显然，刑事判例法规范在效力层次上要低于刑事

制定法规范，刑事制定法规范是上位规范，而刑事判例法规范则只是下位规范。另一方面，刑事制定法规范作为上位规范，其功能在于为法官的刑事审判活动确立规范框架，是定罪和量刑的根本依据；而刑事判例法规范作为下位规范，其功能只在于解决刑事制定法规范的具体适用问题，是联系刑事制定法规范和具体案件的中介。二者既对立又统一。它们是一个完整刑事法规范的不同组成部分，缺一不可，而且在不同的结构层面上，各自又具有相对独立的价值。最后，赋予刑事判例法渊地位，可以在一定程度上弥补我国立法体制的缺陷。在我国现行立法体制下，立法权具有专属性，但是立法机关的职能单一只司立法。这样，立法机关始终面临两个问题：一是什么时候制定新的刑事法律规范或对原有刑事法律规范进行修改或补充；二是如何确定新的刑事法律规范的内涵。应当承认，制定新的刑事法律规范或补充修改原有刑事法律规范，并不是立法机关随心所欲进行的。其过程为，法官在刑事司法实践中感到刑事法律规范在调控某一特定社会关系方面功能乏力时，将这种社会的需求反馈给立法机关，并由立法机关予以补充、修改或重新制定。显然，法官在长期的刑事司法活动中，依据原有刑事法律规范对正在发展变化中的社会关系进行调控的过程中，积累了对该种社会关系的规律性认识，为原有刑事法规范内涵的废、改、补奠定了客观基础。及时性是社会对立法工作提出的一个客观要求，但是通过对上述两个问题的分析，我们可看出，立法永远是滞后的，而赋予刑事判例法渊地位无疑可以弥补立法滞后性的不足。

三、我国刑事判例拘束力的合理定位

(一)刑事判例拘束力的合理性分析 长期以来，基于对刑事判

例法渊地位实然状态的传统认识，我国刑事法学界一直对刑事判例的拘束力持否定态度。通说认为，我国立法权的高度集中没有给法官留下制定判例法确立新法律渊源的余地，所以判例在我国不应具有法渊地位。由于刑事判例不具有法渊地位，它当然不可能具有约束力。笔者以为，从目前我国的立法体制所决定的刑事判例法渊地位的实然状态来看，刑事判例当然不可能具有法渊地位和与刑事制定法等同的法律约束力。但是就刑事判例法渊地位的应然状态而言，为了保证刑事司法的公正和统一，应当赋予刑事判例拘束力。??这是因为，既然公正是刑事司法的基本价值取向，那么为了实现社会公正原则并确保公正地进行审判，必须就某些类型的案件提出适合于社会上各种典型情况的统一政策。而其中最能体现审判的公正性的司法政策，便是对相类似的案件应当作出大体一致的判决。如果对于案件的处理并无一定之规，对于相同或类似的案件采取完全不同的态度，便违反了公平、正义的起码准则，前后矛盾、使人无所适从的判决只是一种专断意志，并非法律。公道的观念产生了对相同案件同样对待的基本原则，正如美国著名大法官卡多佐所指出的，“如果有一组案件所涉及的要害相同，那么各方当事人就会期望有同样的决定，如果依据相互对立的原则交替决定这些案件，那么这就是一种很大的不公。如果在昨天的一个案件中，判决不利于作为被告的我；那么今天我是原告，我就会期待对此案的判决相同。如果不同，我胸中就会升起一种愤怒和不公的感觉：那将是对我的实质性权利和道德权利的侵犯”。而刑事判例在这方面无疑发挥着非常重要的作用：一方面，各级法院在个案审判中通过查阅相类似的刑事判例，可以

在根据刑事制定法规范定罪量刑的前提下，发现前后两个案件的相似性，在此基础上作出大体一致的判决，而不致使同样的行为在定罪量刑上有太大的出入。在美国，人们之所以把司法判例视为是有约束力的，其中一个重要的原因就是人们相信它是以客观的法律规定为基础的，并且是以不受主观偏见和个人情感影响的推理为基础的。另一方面，通过这种活动对法官的自由裁量权予以必要的限制，保证刑事审判活动在最大程度上实现公正、统一。诚如西原春夫先生所言，为了保证判决的公正而赋予刑事判例以拘束力，无论是对刑事法律理论还是对刑事司法实践而言，都将产生积极的影响。

?? (二)我国刑事判例拘束力的合理定位 如前所述，就刑事判例法渊地位的应然性来分析，应当赋予刑事判例一定的拘束力。但是笔者以为，由于刑事判例的法渊地位不可能与制定法的法渊地位相提并论，所以即使赋予刑事判例法渊地位，刑事判例的拘束力也决非能与制定法的效力同日而语。刑事判例的拘束力不同于刑事制定法的法律效力，也不同于一般刑事判决的既判力，究其实质，它是介于刑事制定法的普遍约束力和一般刑事判决的既判力与羁束力之间的、为保证司法公正而具有的一种当然效力。

?? 申言之，一方面刑事判例的拘束力不同于刑事制定法的约束力。刑事制定法的约束力具有法定性和强制性的特点，而且是一种普遍的约束力；而刑事判例在法规范渊源体系结构中的位阶，决定了刑事判例拘束力的法定性和强制性要比刑事制定法的法定性和强制性弱的多，且它只是一种纵向的约束力，即只能约束下级法院对类似案件的审判活动。另一方面，刑事判例的拘束力也不同于刑事判决的既判力和羁束力。刑事判决的既判力，是

指刑事判决一经生效当事人和检察机关便不得对该判决已处理的问题再行起诉，法院也不得作为另一案件处理。判决的既判力是“一事不再理原则”的体现，旨在防止对同一案件作出互相矛盾的判决，以维护生效判决的稳定性和严肃性。刑事判决的羁束力，是指判决经宣告或送达后，对作出判决的法院和所涉及的人，有拘束其行为的效力，可以支配他们为或不为一定的行为。同既判力一样，判决的羁束力也是针对个案而言的，但是刑事判例却可以对以后发生的众多类似案件的审理产生约束力。?? 由此而言，刑事判例的拘束力是相对而言的：刑事判例之于刑事法律，它缺乏刑事法律普遍适用的效力；而刑事判例之于刑事判决，它却具有一般刑事判决所缺乏的、能够约束下级法院对类似案件的审理活动的效力。此外，刑事判例的拘束力还具有灵活性的特点，即一般情况下，下级法院在审理案件时必须接受上级法院判例的约束，但是由于我国各地经济发展的不平衡和各民族自治地方文化上的差异，如果适用上级法院的判例显失公正时，下级法院可以实事求是地自行创制判例。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com