

判例 制度 研究

武树臣 主编

刘德权 罗志坚 副主编

下

6-53

人民法院出版社

判例 制度 研究

判例 制度 研究

武树臣 主编
刘德权 罗志坚 副主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

判例制度研究 (上、下) / 武树臣主编. — 北京: 人民法院出版社, 2004.1

ISBN 7-80161-642-1

I. 判… II. 武… III. 审判—司法制度—中国—文集
IV. D925.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 098139 号

判例制度研究 (上、下)

武树臣 主编

责任编辑 郭继良 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里 (亚运村) 安园甲 9 号 (100101)

电 话 (010) 65290581 (责任编辑) 65290516 (出版部)
65290558 65290559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 1287 千字

印 张 67.75

印 次 2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-642-1/D·642

定 价 136.00 元 (上、下)

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

下篇

司法实践

| 目 录 |

下篇 司法实践

论判例在国际私法中的作用 (1990.1)	马玉生 (763)
我国刑事判例制度初论 (1994.4)	游 伟 (771)
试论我国行政判例法的创制 (1996.1)	余明永 (779)
法律涵量、法官裁量与裁判自律 (1998.1)	武树臣 (784)
启动“裁判自律”工程,探索司法改革之路 (1998.9)	武树臣 (793)
论刑法判例的创制与适用 (1999.1)	冯 军 (807)
关于创立中国刑事判例制度的思索 (1999.1)	张 文 何慧新 (814)
论我国实行刑事司法判例制度的条件 (节录) (1999.2)	何慧新 (830)
历史和现实:论我国刑法判例的嬗变 (1999.4)	冯惠敏 冯 军 (835)
法治、罪刑法定与刑事判例法 (2000.6)	张明楷 (840)
从“微软”案看成文法与判例的关系 (2001.2)	沈敏荣 (852)
判例的运用与现代刑事司法的发展趋势 (2001.2)	赵秉志 田宏杰 (860)
制定法与判例法的比较及确立刑事判例 补充制度的可行性 (2001.2)	李晓明 (877)
行政判例研究 (2001.5)	刘德敏 (881)
刑事判例制度的内涵与设想 (2001.5)	王立民 钱 芳 邵洪海 (895)
刑事判例与刑法类推 ——兼与侯国云等商榷 (2001.6)	何慧新 (899)
中国特色“成文法+立法、司法解释+判例” 体系构建之思考 (2001.9)	米振翔 柴建国 (907)
成文法国家中案例研究的基本理论与价值 (2001.9)	姚仁安 (920)
案例研究与司法进步 (2001.9)	曲 颖 何良彬 (929)
论判例制度对我国法律解释体制的有机补充	

——兼评我国法律解释体系现状 (2001.9)	顾 韬 (939)
法院案件对审判工作的指导与参考价值 (2001.9) ... 郑 颖	张如曦 (946)
浅谈审判案例适用 (2001.9)	马拴智 秦安祥 (954)
案例研究若干问题思考 (2001.9)	钟心廉 (959)
案例资源的信息化建设与司法统一 (2001.9)	徐孝先 (962)
从典型个案看辩证推理在法官发现和解释 法律过程中的运用 (2001.9)	曲 颖 胡建萍 (969)
开启神秘之窗	
——以《中华人民共和国最高人民法院公报》发布 案例为研究对象 (2002.3)	董 皞 (974)
建立我国刑事判例制度刍议 (2002.3)	栗克元 (984)
建立我国行政判例法初探 (2002.5)	王世涛 (993)
论司法改革中的主体适格问题	
——以“先例判决制度”为例 (2002.8)	张志铭 (998)
谈先例判决制度 (2002.9)	李广湖 (1001)
先例判决与公平及效率 (2002.10)	胡 勇 (1005)
“先例”与理性：为中国司法判例制度辩护 (2002.10)	张千帆 (1007)
“先例判决”的法学思考 (2003.1)	
“先例判决”：法制统一的有效途径	李广湖 (1014)
本土先例：观察与思考	张卫平 (1020)
统一之道	贺卫方 (1023)
判例意识的觉醒与判例机制的诞生	武树臣 (1026)
如何看待与评价先例判决制度	李剑非 宋炉安 (1029)
先例判决·判例制度·司法改革 (2003.1、2)	陈卫东 李训虎 (1034)
行政判例研究 (2003.1)	赵正群 (1044)
后记	(1059)

论判例在国际私法中的作用

马玉生

判例是普通法系国家国际私法的主要渊源。在大陆法系国家的国际私法中，判例也占有相当重要的地位。而在我国，一般并不认为判例是法的渊源，当然也不是国际私法的渊源。究其原因：（1）认为判例从性质上讲是司法判决，而不是立法文件，对司法机关并不具有当然的拘束力；（2）实行判例法制度会导致法官判案时的主观随意性。

姑且不论判例是否应为国际私法之渊源。笔者认为，本着理论联系实际的原则，立足我国对外开放的实践，虑及我国国际私法理论的发展，探讨判例在国际私法中的作用，并进而肯定其在国际私法渊源中的地位，不仅具有理论价值，而且具有实际意义。

众所周知，国际私法调整的对象是涉外民事法律关系。顾名思义，所谓涉外民事法律关系，指的是该法律关系含有“涉外因素”。“涉外因素”或者表现为法律关系的主体双方或一方涉外，或者法律关系的客体在国外，或者表现为法律关系赖以成立、变更、消灭的法律事实发生在国外。可以说，具有“涉外因素”是涉外民事法律关系区别于国内民法关系的根本特征所在，也是国际私法之所以成为一门独立学科的根本原因所在。同国内民法关系相比，涉外民法关系还有一个重要特点：它是一种广义上的民法关系，既包括涉外物权关系、债权关系、知识产权关系，也包括涉外继承关系、婚姻家庭关系。既包括涉外劳动关系、涉外商事关系，也包括为解决各种涉外民法关系引起的诉讼程序和仲裁程序方面的关系等。还应指出：“法律的发展是以经济发展为基础的。”^① 国际交往是涉外民事法

^① 参见《马克思恩格斯选集》第4卷，第48页。

律关系产生的前提,也是其发展的动力。随着国际经济交往的日益频繁,这种民事法律关系也将不断发展。

正因为涉外民事法律关系具有上述特征,因而它比一般国内民法关系远为复杂。诚然,调整这种民法关系的国际私法规则是各国统治阶级制定的,但由于涉外民法关系超越了一国范围,是在国际经济交往这一空间产生和发展的。因此,一国统治阶级就决不能像制定调整国内法律关系的法律那样,来制定调整具有涉外因素民法关系的国际私法规则。国际政治形势风云变幻,国际经济交往长盛不衰,国际民事关系错综复杂,这就给一国制定国际私法规则带来了无与伦比的困难。因为道理很简单,一国立法者不可能预见国际范围内一切可能发生的情况,从而不可能制定出相应的、无所不包的调整涉外民法关系的成文法。从历史上看,成文的国际私法规则的出现较晚,而系统的国际私法典的问世才是近几十年来的事充分说明了这一点。正是基于这种情况,国际私法领域的判例法便应运而生了。可见,所谓“法系造法”现象的出现绝非偶然。诚如有的学者指出的那样:“在国际私法这个领域,不管成文法如何发展,以及如何强调编制成文法的意义,都不能免除法院和法官造法的作用。都不能免除法院和法官的自由裁量权。其所以如此,在于没有哪一个法律部门像国际私法这样容易受到政治事件和经济活动的影响,没有哪一个法律部门像国际私法这样涉及极其广泛而复杂的生活领域。”^①

应当承认,判例法的产生并非自国际私法始。判例法最早出现在13世纪的英国。当时的英国社会是依习惯来治理的。这些习惯在各个地方当局的管辖区内成为裁判纠纷的依据。随着政治上的统一,国王在各地建立了法院,那些零乱的习惯在法院中得到清理。在判案过程中,经过筛选,一系列的法律规则便逐渐以案例中引发出来了。虽然当时的英国并没有产生什么国际私法规则,但后来一些国际私法规则、制度、原则的出现恰恰遵循了同样的道路。

在国际私法中,反致正是以判例为母体发展起来的,其萌芽出现于17世纪中叶法国的判例之中。进入19世纪特别是在英国可以看到很多先例。但是这个问题的提出和研究乃至在各国国际私法中的确立,是从法国最高法院对福尔果案的判决开始的。

该案是关于福尔果遗产继承问题的案件。巴伐利亚人福尔果是非婚生子,自5岁至死亡一直生活在法国,死亡时在法国留下一笔存款,但未立遗嘱。按巴伐利亚继承法,福尔果在巴伐利亚的旁系血亲对该遗产有继承权。于是他(她)们

^① 康·弗鲁恩德:《国际私法的一般问题》第5章“判例是国际私法的渊源”一节“法院的普通适用”。转引自李双元:《国际私法》(冲突法篇),第38~39页。

便向法国法院提出继承要求。法国法院依“动产依被继承人的原始住所地法”这一冲突规范，决定适用巴伐利亚法。但巴伐利亚的冲突规范规定：“无遗嘱动产的继承依事实上的住所地法”即法国法，最后法国法院适用了本国法。按法国民法的规定，非婚生子女的亲属除兄弟姐妹外无法定继承权，所以福尔果的财产被判为无人继承财产，收归法国国库所有。

同样，国际私法中的法律规避制度也是从判例中引发出来的。法国公爵鲍富莱蒙之妻（比利时籍人）为人规避当时法国关于禁止离婚的规定，赴德国入德国籍后，即向德国法院提出与其丈夫离婚的诉讼。依德国法：“离婚的实质要件依当事人本国法，只要当事人一方为德国人，德国法院就有管辖权，即使另一方不在场也可以作出缺席判决。”于是德国法院作出了准予离婚的判决。不久该妇女在柏林与一罗马利亚人比别斯克侯爵结婚，后又回到巴黎。此时，鲍富莱蒙上诉于法国法院，要求法院宣布其妻入德籍、离婚和再婚均属无效。法院 1879 年的判决认为：该妇女离婚和再婚是基于规避法国法，而利用外国法取得的权利，因而属于无效。从此，法国最高法院确立了一个原则：规避本国法的行为无效。一些其他国家也纷纷效尤。

今天，有人认为，“最密切联系原则”在国际私法中的确立是国际私法的一场变革。不管这种说法是否夸张，但该原则已被广泛接受却是事实。而同样不可否认的是：该原则也源于判例。

杰克逊夫妇住所在纽约，1960 年 9 月 11 日他们邀请乔·巴布科克小姐乘他们的车一起前往加拿大旅行。该车是在纽约州登记和保险的。由于杰克逊的疏忽，车行至安大略省时出事，巴布科克受伤。巴布科克回到纽约后，对杰克逊夫妇在纽约法院提起诉讼，要求赔偿。按美国法律，此案为侵权行为的赔偿案件，应适用侵权行为后果地的安大略法律。根据安大略法，杰克逊夫妇不负赔偿责任，因此纽约州法院驳回了原告的起诉。原告不服而上诉。上诉法院认为，此案提出的问题可以简单地归结为：对侵权行为的索赔是否永远只适用侵权行为地法？是不是在选择适用法律的同时也要考虑到与赔偿有关的其他因素。最后，上诉法院判定不能适用安大略省法而适用了纽约州法。按该州法，杰克逊夫妇负赔偿责任。

本案出现后，在美国国际私法学界引起了广泛重视。审理该案的指导思想得到许多学者的肯定。该案在实践中进一步发展为“最密切联系原则”，这是国际私法理论上的重大发展，对其他国家的实践也产生了深远的影响。

综上所述，可以肯定：判例是形成国际私法原则、规则和制度的重要源泉。而且同样可以肯定：判例在过去发挥了这样的作用，在今天乃至将来仍会发挥这样的作用。

任何一门学科的发展及其在实践中的运用都离不开理论的研究。国际私法尤其如此。正如有的学者所指出的：“在国际私法方面，由于它还是一个比较年轻的法律部门，许多规则和制度尚处于形成、发展的阶段，加之法院的自由裁量权在这一领域也是比较大的，因此司法机关有时需要借助学说上的理论去作为解决实际问题的指导和根据。”^① 有些西方学者甚至据此认为学说也是国际私法的渊源。对此我们虽不敢苟同，但学术理论对国际私法的作用是不能否认的。而正是在国际私法学的理论研究方面，判例也起着重要的作用。

征诸历史，国际私法学的理论主要分大陆法学派和英美普通法学派，表现在研究方法上，大陆法学派主要侧重于从理论的探讨出发，试图演绎出各种普遍适用的冲突原则，而英美学派则以研究分析本国的判例为主，也试图从中归纳出一些共同性的原则。应当承认，这两种不同的研究方法，各有长短优劣。但我们认为，国际私法的研究固然离不开一定的理论和原则的指导，但法学应首先是一门实践科学，它来自实践，也指导实践。国际私法的理论和制度不是从法学家们的头脑中凭空捏造出来的，而是在解决因大量的涉外民事关系而产生的法律冲突问题的过程中产生和发展起来的。从这个角度看，判例研究法尤具实际意义。

早在 19 世纪，美国学者斯特雷就运用判例研究法取得了很大成就。斯特雷曾任律师、法官、教授，丰富的实践使他接触了大量的案例。在方法论上，他走的是一条与当时欧洲大陆法则区别说学者们的思辨方法完全不同的路，他把学说建立在分析美国各州州际私法冲突的丰富的判例基础上，通过参考欧洲大陆的学说特别是荷兰胡泊的“国际礼让说”，于 1834 年发表了《冲突法评注》一书，系统地阐述了自己的理论，从而成了英美国际私法理论的奠基人。虽然如有些人所说，斯特雷的学说在思想上或在理论体系上给欧洲大陆的影响是不大的，但他的研究方法却给欧洲以很大影响。德国的萨维萨对斯特雷的《冲突法评注》作过很高评价。法国的弗利克斯也承认从斯特雷的著作中获益不浅。戴赛在完成既得权学说时也采用了他的方法，即通过对大量判例的分析得出各种普遍适用的冲突规则。

在当代美国，国际私法的理论研究也无不遵循着判例的方法。学者们都把判例作为认识问题的基础。在众多的学说中，无论是库克的“本地法说”，还是卡弗斯的“优先选择原则说”；无论是柯里的“政府利益分析说”，还是艾伦茨威格的“适当法院的适当法律说”等都是通过采用经验主义的方法，从判例的实践中产生出来的理论。库克认为：要强调的是要了解法官过去干了些什么，以便预见法官在今后可能会怎么做。法律的陈述之所以是真实的，并不是由于它们符合了

^① 李双元：《国际私法》（冲突法篇），第 42 页。

所谓“一贯的原则”而是由于它们代表了过去，因此也可能代表将来。柯里的学说也并非杜撰而成，他的每一个观点几乎都有判例作基础，他的整个思想主要是来自1923年的一个“工人补偿案”。在这个案件中，法官斯通实际运用了“政府利益分析”的方法来解决法律冲突。这种方法很快就引起了人们的注意，柯里通过对这种在当时具有实际价值做法的分析，提出了“政府利益分析说”从而把它上升到理论的高度。

二

那么，能否说判例就应为国际私法的渊源呢？承认判例对国际私法的作用与确认判例的国际私法的渊源当然是两回事，但这个问题在我看来，应作肯定的回答。

在理论上，西方国家学者包括英美法学家对判例能否作为法的渊源，有着不同的看法。一种看法认为法官无权创造法律，在他作司法判决之前法律即已存在，法官不过是宣告法律的“嘴巴”而已；另一种看法认为，“司法判决以前无法律”，如美国法学家J·C·格雷（1839～1915年）认为法官不能创造法律的学说是一种自欺欺人之谈。他强调法院所创造的规范即是法律本身。多数学者认为，一方面，判例不能代替立法，它是适用法律的结果；但另一方面，它可以以“法律”地位补充法律之不足，因而不失为法的渊源之一。

我国与苏联的理论一般不认为判例是法的渊源（其理由如前所述）。但国际私法学者们又承认判例在国际私法中的重要作用。苏联的M·M·波古斯拉夫斯基认为：“司法实践，而特别是在国际私法方面的仲裁实践，对于在适用这些规范过程中解释这些规范具有重要的意义，则是毫无疑问的。”^①我国一些学者在论及国际私法渊源时也指出：“判例虽然不是审判人员在处理同类案件时所必须遵循的，但它是法院在审理某一案件过程中所确立的一个原则，在实际上起着重要的作用这一点也是不容忽视的。”^②

应该如何来看待这个问题呢？

一般认为，法律渊源指的是由国家立法机关制定的表现法律规范的各种形式，诸如法律、法令、条例、规章、决议等。虽然表现形式互异，但都具有法律拘束力这一点却是相同的。诚然，判例并非立法机关制定的，严格而言判例并非法律，但应该指出的是，实质性的问题不是判例的拘束力，而是法律的拘束力。

^① 苏M·M·波古斯拉夫斯基：《国际私法》，第63页。

^② 姚壮、任继圣：《国际私法基础》，第15页。

法律一旦产生,其拘束力便在一定的时间和空间范围内产生。法律规则一旦从一系列的判例中产生也在一定的时间和空间范围内有拘束力。它们都是作为一般意义上的法而有拘束力的,并不因为表现形式不同而在效力上有强弱之分,判例中蕴含的不是别的,而是在实践中产生、丰富和具体化了的法。强调条文中法的拘束力,否认判例中法的拘束力,进而承认各种条文式法律形式为法的渊源,而否认判例为法的渊源,无疑是一种逻辑上的混乱。

判例法是一种运用法律的方法,是维护法律规范稳定性的有效手段。在众多的判例中,后来的判例包括了过去的判例,又成为新判例的基础。在一系列的判例中形成的法律规则前后相接,前者作为后来判案的标准,构成了一个遵循先例的体系,而遵循先例的原则正是旨在排除法官的主观随意性。而且,由于程序上的诸多规定,对遵循先例原则的贯彻仍有许多限制。如,不是所有法院判过的案件都可成为判例,只有终审判决的案件才可能成为判例,要遵循先例,只能遵循经审判法所确立的先例;再如,不是随便哪个法院的判决都可作为先例,只有在一定的管辖权范围内的判决才作为先例,一般说来,本法院的判例本法院可为先例,本系统上级法院的判例下级法院可为先例。所有这些,对防止、遏止法官在判案时的主观随意性,可以起到一种“安全阀”的作用。所以,说实行判例法会导致法官的主观随意性是没有道理的。

所以,结论应当是:判例应为法的渊源之一。应确立判例在国际私法渊源中的一席之地。而且,我们将会看到,确立判例为国际私法之渊源,还有其特殊意义。

首先,国际私法调整的是一种具有涉外性、广泛性且变动性很大的民事法律关系,远比国内民法关系复杂,因此要求一国统治阶级就此作出详尽的法律规定,不但是不可能的,而且也是不明智的。如同对任何法律关系的调整一样,对涉外民法关系的调整也始终贯彻着一国统治阶级的意志。既然光靠成文法往往难以完全实现,那么求诸判例法也就是必然的了。在判例法中,遵循先例的原则并不是叫人机械地遵循过去的判法,而是强调能动性。判例是法律规则与案件事实经过说理过程的结合,法律规则具有稳定性,但产生涉外民法关系的事实却千差万别。针对某些特定情况而确立的法律规则对变化了的事实就未必适用,完全相同的事实又极少见。在这种情况下,应用判例法来审理涉外的民事案件不失为一种好的方法。德国著名的国际私法学家努斯保姆在谈到判例的作用时曾一语破的:“国际私法所争执的问题,在某些场合下,获有对外政策的意义,因此,可以理解:政治机关认为在无定期的时间内以法律的形式把这些问题固定下来是危险的。因为这种法律的效力,由于各种关系经常变更,不能十分确定地予以现定

的。”^① 所以，我们完全可以这样说，确立判例为国际私法的渊源，可以更好地体现一国的对外政策，维护一国的利益，贯彻一国统治阶级的意志。

其次，国际私法的主要目的之一就是通过确保涉外民事案件判决结果的一致性、确定性和合理性来维护双方当事人的合法权益、维护国际经济交往的正常秩序。确认判例为国际私法的渊源，有助于这一目的的实现。

在判例法制度下，各个判决并不是互不相关的，今天对 A 诉 B 案的判决及判决理由迟早会对以后同类纠纷的审理发生关联。怎样保证同一法院在前后审理相似的事实时的结果也是相近的呢？怎样保证不同国家的法院对同种情况所得出的结论一致呢？判例在这里起着桥梁的功能。

兹试举一例加以说明。涉外经济合同现广泛适用“最密切联系原则”来选择其准据法。实行判例法，法官可依不同案件的不同情况，就合同与哪一国家的联系最为密切进行客观的分析，有助于保证法律适用结果的合理性。例如，当一个 FOB 合同的双方当事人都是中国人时，适用中国法则显得比较合理。因为在通常情况下，中国人只了解中国法，所以法官有理由推定双方当事人的本意是依中国法决定其权利义务的。固然，这不免会导致法律适用结果的不确定性，因为不同的法官即使面对情节相同的案件，也可以选择不同国家的法律，在这种情况下，合同当事人难以预见法律适用的结果。此外，不同的法院就情节相同的案件作出的法律选择也不易保持一致。怎样克服这些弊端？判例法给我们提供了解决的方法。判例法中有遵循先例原则和判例报告制度，法官在审判实践中针对具体案情创立的有关法律选择规则能够对后来的审判实践产生影响。在这种情况下，法律适用结果的不确定性被克服了。

三

1. 当今国际经济交往日趋频繁，反映在国际私法新闻界的涉外民法关系错综复杂。我国对外开放时间不长，制定国际私法规则的历史更短，可谓刚刚起步。我国民法通则涉外民事法律适用部分分则仅就定居国外的中国公民的行为能力、不动产所有权、涉外经济合同、侵权行为之债、中国公民与外国人婚姻等八个方面的问题有所规定，而像行为方式、失踪和死亡宣告、动产物权、知识产权、夫妻人身和财产关系等均未涉及；在总则中，只有三条原则性规定，而像反致、识别、法律规避、外国法的查明和错误适用等问题也都概付阙如。这种成文立法的缺陷，客观上要求法院在判案过程中实行判例制度予以弥补。可以说，为

^① 努斯保姆：《德国国际私法》1932年版，第5节，转引自钱骅主编：《国际私法》，第20页。

适应对外开放形势的需要,妥善处理大量涉外民事案件,在国际私法领域实行判例法已势在必行。

2. 判例是英美普通法国家国际私法的主要渊源。但实践表明,大陆法系国家也日益重视判例的作用了。法国学者巴迪福就认为,法国的国际私法就是以法国民法典第3条为基础,同时采用法院的判例而形成的。日本学者指出,离开判例,正确地解释德国民法施行法是不可能的。第二次世界大战后,日本判例的研究工作较二战前大大加强。不但产生了一系列关于判例的著作,而且在司法实践中,判例法已在多方面得到实行。可见,在国际私法领域重视判例的作用已成趋势,我国理应与此合拍。

3. 在国际交往中,某一涉外民事案件涉及那些以判例为国际私法渊源的国家,如经冲突规范援引,适用该国法,就需直接适用其判例作为判案的依据。更应提及的是,香港受普通法影响很大,判例也是其法的渊源之一。将来香港回归祖国,在大陆和香港之间,还有个区际法律冲突问题。美国是个联邦制国家,各州法律发生冲突是司空见惯的了,如何解决这种区际法律冲突,在判例法高度发达的美国,判例法无疑起着重要作用。我国虽不是联邦制国家,但美国的做法值得我们借鉴。

4. 我国目前的国际私法规则大多是在参考其他国家做法的基础上制定出来的。这有其必然性,法律的实践性很强,它只能来自实践。我国封建历史很长,商品经济落后,对外开放的历史很短,自然很难产生出自己的国际私法。因此,为了建立具有中国特色的国际私法,在国际私法领域确立判例法制度是当然之结论。因为前面说过,判例是产生国际私法原则、规则、制度的重要源泉。

5. 从理论上讲,我国的国际私法也是很落后的,除了起步晚的原因外,“在一定程度上,是与我国不重视整理、研究我国处理涉外民事案件的判决材料有关^①”。所以,在研究方法上有必要采用判例研究法(当然不排除其他方法)。这种方法具有很强的针对性和实际价值,而实行判例法会大大推动这一研究方法的开展,这一点也是应予肯定的。

原载《研究生法学》1990年第1期

^① 李双元:《国际私法》(冲突法篇),第42页。

我国刑事判例制度初论

游 伟

在刑事审判实践中，有难以计数的判决裁定，这些判决裁定作用于特定的已决案件，使其发生法律效力。不过，个案裁判对同类其他案件的作用，在不同法律制度的国家中并不完全相同，反映出各自不同的特点。有的只具有一般参考价值，有的在经过一定的确认程序以后，可以取得普遍的适用效力。之所以会出现这些情况，是由于刑事判例在各个国家中的不同法律地位所决定的。我国是一个实行制定法（成文法）体制的国家，受大陆法系的传统影响较深，由于法律观念、立法体制和司法制度等方面的原因，判例的实际效用始终没有受到应有的重视，刑事判例也没有成为我国刑法的一个基本渊源。但是，随着我国政治、经济体制的改革及其向纵深发展，司法实践对现行法律调节机制提出了更高的要求，刑事判例的指导作用开始逐渐显现，我国法学理论界也有人提出了借鉴他国已有经验，建立具有中国特色的判例制度的具体设想和建议。笔者认为，在这种形势下，固守传统的法律体制或者采取漠不关心的消极态度都不足取而是应当积极主动地对刑事判例在我国司法实践中的作用重新进行一番审思、评价，这对于确立判例在整个中国法制建设中的应有地位，并进而建立起科学的、符合我国实际的刑事判例制度，都有十分重要的现实意义。

一

刑事判例在我国司法实践中的作用，近年来已日益提高，这是由我国不断发展的司法工作的现实需要和传统制定法模式之下的我国刑事立法及司法解释的固有弊端所决定的。就刑事立法而论，我国目前采用的是划一的制度法模式，它集中地表现为除类推之外的所有涉及犯罪与刑罚内容的规范性规定，都明文载于立法者预设的法律条文之中。由于立法者在立法当时认识的局限性，本来就不十分周全的我国刑事法律，在经过若干年的司法适用之后，其滞后性暴露得愈加明

显。加之简约的成文刑法只能以典型的行为模式为其规范对象,在这种情况下,“严格执法”就难免导致“合法不合理”现象的发生。这些,都为刑事判例的应用提供了用武之地。诚然,制定法固有的上述弊端,本可以通过司法解释去进行弥补,但可惜的是,我国目前绝大多数刑法司法解释同样以成文条款为其惟一表现形态,从而使类似于制定法中存在着的一些流弊在所难免。这又使得以具体生动、灵活多样见长的我国刑事判例指导作用的发挥成为实际需要。

我国司法机关已经充分认识到判例在弥补制定法模式不足及具体指导司法实践方面的作用。最高人民法院近年来已开始尝试运用经过研究确认的刑事案例的方式,去指导各级人民法院的审判工作。其具体作法是:通过定期汇编经过筛选整理的已决案例及在其主办的《中华人民共和国最高人民法院公报》上公布经其审判委员会研究通过的典型案例的形式,要求各下级审判机关在处理类似案件时,予以参照或者借鉴。同时,一些省、自治区、直辖市(甚至某些地市一级法院)也采用召开疑难罪案研讨会或者编发加注按语的刑事案件材料的方式,去统一在法律适用上的各种不同认识,指导所辖区域内的刑事审判工作。

当然,我国各级人民法院编发的这些刑事判例,在司法实践中的作用并不相同,就是最高人民法院经其审判委员会讨论通过的典型判例,其作用大小也不一致。概而论之,这些判例的作用类型主要有以下几种:

(一) 起典型宣传作用的判例

这通常是在全国范围内具有一定影响、全国人民普遍关注的重大刑事判案。例如,最高人民法院于1987年6月20日编发的“郭勇等6人走私、行贿、受贿、徇私舞弊案”,就是属于这种性质作用的判例。因为这一判决,涉及原江西省省长倪献策徇私舞弊罪行的认定和刑罚适用,是一起举国关注的刑事案件。

(二) 起法律适用指导作用的判例

这类判例在我国居多,最高人民法院予以公布的目的主要就是为了指导各级人民法院对同类案件的处理。例如,分别于1986年2月公布和1987年10月15日下发的“李金成等5人投机倒把、受贿案”和“李建安等4人投机倒把案”(1987年9月23日由天津市高级人民法院裁定生效),就解决了对法人投机倒把案件中“中饱私囊”的主管责任人员同样应当追究刑事责任;以及对以营利为目的,出版、印刷、销售非法刊物,牟取暴利、情节严重的行为,按我国刑法第一百一十七条、第一百一十八条规定的投机倒把罪论处的问题,从而为各级人民法院今后审判类似罪案具体适用法律提供了指导。