

Law

刑事指导性案例 生成机制研究

范玉 李涛 ● 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

Law

刑事指导性案例 生成机制研究

范玉 李涛 ● 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

刑事指导性案例生成机制研究/范玉,李涛著. —厦门:厦门大学出版社,2015.11
ISBN 978-7-5615-5731-0

I. ①刑… II. ①范…②李… III. ①刑法-案例-中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 203915 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

总编办电话:0592-2182177 传真:0592-2181406

营销中心电话:0592-2184458 传真:0592-2181365

网址:<http://www.xmupress.com>

邮箱:xmup@xmupress.com

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2015 年 11 月第 1 版 2015 年 11 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:11.75 插页:2

字数:184 千字

定价:58.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

本书是重庆市社科规划项目“刑事指导性案例生成机制研究——以重庆市指导性案例生成实践为样本”（项目编号：2015QNFX30）的成果。

目 录

导 论	1
一、选题背景与意义	1
二、文献综述	4
三、研究方法	7
四、创新点	8
第一章 刑事指导性案例与刑事案例指导制度	9
第一节 刑事指导性案例内涵解读	9
一、指导性案例与刑事指导性案例	9
二、本书语境下的刑事指导性案例	15
三、刑事案例指导制度历史沿革	22
第二节 刑事案例指导制度分析	26
一、刑事案例指导制度界定	26
二、刑事案例指导制度的现状	32
三、刑事案例指导制度与刑事指导性案例	37
第三节 刑事指导性案例分析	40
一、刑事指导性案例的地位和效力	40
二、刑事指导性案例的功能	44
三、增加判决可接受度、引导公众行为	54
第二章 生成刑事指导性案例的根据	56
第一节 与刑事责任根据的同质性	56
一、犯罪的本质	57
二、刑事指导性案例的生成	
——法益侵害说之贯彻	60

三、刑事指导性案例的生成	
——结果无价值之坚持	66
第二节 对罪刑法定原则的具体表达	70
一、罪刑法定原则的内涵	70
二、罪刑法定原则的司法困境	73
三、突破困境的选择:生成刑事指导性案例	76
第三章 生成刑事指导性案例的具体内容 I:入罪	82
第一节 具体定罪标准一般性生成	
——以故意毁坏财产罪展开	83
一、对“毁坏”行为的案例分析	84
二、对认识及意志因素的限制性解释	89
第二节 具体定罪标准的特殊性生成	
——由甄别故意伤害及相关罪名切入	93
一、由一则案例引出问题	93
二、反向一般定罪的思维方法	95
三、“以刑定罪”的司法现状	99
四、“以刑定罪”的合理选择	102
第四章 生成刑事指导性案例的具体内容 II:出罪	108
第一节 对排除犯罪事由的案例解释	108
一、甄别正当防卫具体标准的案例解释	109
二、因“安乐死”出罪的案例指导	116
第二节 对判断可罚性程度的案例指导	124
一、“但书”与可罚性程度	124
二、“但书”与一身的处罚阻却事由	126
三、对但书的案例解释	129
第五章 生成刑事指导性案例的现实路径	132
第一节 生成刑事指导性案例的逻辑路径	133
一、生成刑事指导性案例的规范基础	133
二、汇集司法智慧和经验	135
三、生成目的是充实和丰富规则	141



第二节 生成刑事指导性案例的制度路径·····	155
一、审判机关与刑事指导性案例·····	156
二、以审判为中心生成刑事指导性案例·····	164
结 语·····	170
参 考 文 献·····	173

 导 论

一、选题背景与意义

经过学界和实践部门的不懈努力,指导性案例以及案例指导制度已经不再是新命题。绝大多数人认为,法律的统一适用是法治的一项基本原则,同案不同判问题显然严重背离了这一原则,而通过指导性案例可以在某种程度上消除上述现象,重树司法的权威,坚定社会公众对于公平、平等法治理念的信仰。此外,案例指导制度作为重大的司法制度,是统一法律适用的必然趋势,也是适应现代法治发展的要求。但是,大家也都看到虽然中国特色指导性案例制度化已发轫成型,但尚须不断发展与完善,在具体构建上的“软肋”或称发展“瓶颈”依旧亟待解决。事实上,最高人民法院在新中国成立初期一直坚持依靠公布案例指导司法实践工作,并以1985年创办《最高人民法院公报》的形式公布案例。除了公报案例以外,包括《刑事审判参考》《中国审判案例要览》等具有指导性作用的案例汇编不在少数。此外,部分地方法院也逐步推行指导性案例制度化的探索并积累了一些经验。因此,在最高人民法院《关于案例指导制度规定》出台之前,散落在各地、各级法院的指导性案例有不少。然而,在这林林总总的案例中真正有指导性作用的有多少是值得思考的。指导性案例旨在对疑点和难点问题进行解释,但现实中很多指导性案例并没有起到期

待中的指导作用。现有案例很大部分是有重叠或者是“四平八稳”而指导意义不强,这些案例是否就是司法适用难点是值得探讨的问题,抑或是选择案例的人基于如下的考虑:平衡各方面利益、对刑事政策的回应(严打、专项斗争),但这些内容恰恰不是指导性案例应该考虑的因素。事实上,无论是以前的案例汇编还是最近正式公布的指导性案例,很多法官确实表达出其“大多数案例指导性不强”的观点。

例如,最高人民法院公布的第一批第4号“王志才故意杀人案”,其裁判要旨大体认为对于罪行极其严重的犯罪,应当判处死刑立即执行。但由于被告人具有法定或者酌定的从轻处罚情节的,尽管被害方反映强烈,但能够判处死刑缓期执行的,可以判处死刑缓期执行并限制减刑。在此指导性案例中我们并没有看到多少具有指导性的元素,因为如果按照这一逻辑,任何一个拟死刑案件被告人的法定或者酌定从轻情节都可以判处死刑缓期执行。又如第四批指导案例第14号“董某某、宋某某抢劫案”,该案例旨在为准确适用《刑法修正案(八)》规定的“禁止令”提供指导。然而,“禁止令”的实施在《刑法修正案(八)》中已经进行了界定,这在实施“禁止令”过程还没有出现明显问题时将其发布出来,与其说是指导性不如说是宣誓“禁止令”的适用,其指导性同样并不大。又如关于紧急避险的案例在实践中并非没有,尽管此类案件并不疑难,但很敏感,当有先例可循时,可以减少很多纷争。然而,很遗憾的是最高人民法院从来没有出台过此类案例。此外,有些刑事指导性案例之间还存在矛盾,出现两个类似案件有不同结论的情况,这更容易带来理解的混沌。例如,对入户抢劫中“户”的理解和认定问题,《中国刑事审判指导案例》里“陆某钢等抢劫案”^①与“韩某等抢劫案”^②的处理结果就有不同认识,陆某钢等抢劫案里,陆某钢等人闯入褚某某夫妇生活的住所里,对该住所里正在参赌的汤某某等八人实施暴力,并当场从被害人处窃取财物若干。法院认为,入

^① 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事指导案例》(卷1),法律出版社2008年版,第365~368页。

^② 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事指导案例》(卷1),法律出版社2008年版,第442~445页。



户抢劫中的“户”不仅仅是抢劫的场所,更应该是抢劫的对象,该案主、客观两方面都证实被告人抢劫的对象系参赌人员,而非家庭成员,故该案不是“入户”抢劫。而韩某等抢劫案里,韩某等人以抢劫为目的,强行进入被害人何某某等人共同租住的房屋劫取财物。而即使是共同租住的房屋,但同样具有隐私性和排他性,隐私性和排他性具有整体性特点,因此,虽然二人不具有家庭成员关系,但其租住的房屋仍然具有私人住所的特点,故本案被告行为应当构成入户抢劫。从这两个案例来看,前一案例认为,入户抢劫的“户”应该是抢劫的对象,简言之,抢劫对象通常为家庭成员才能构成入“户”的实质要件。而后一案例则认为,抢劫对象并非为家庭成员,只要构成隐私性和排他性,则符合刑法中抢劫入“户”的条件。那么,究竟哪些要素构成抢劫罪中加重条件的入“户”的形成条件?如果韩某等抢劫案中共同租住的房屋是因为被害人之间具有共同生活的表现形式可以成为“户”,而陆某钢等抢劫案中被害人没有共同生活而无法将抢劫场所——褚某某夫妇所生活的住所视为“户”,这还勉强说得过去,但如有其他人(朋友、亲属等)进入他人合租的房屋被抢劫,抢劫者的行为定性究竟是否为入“户”抢劫呢?按照这种逻辑,公众在其他人生活的场所受到暴力侵害而致财物损失,则无法认定为入户。

由此可见,现有刑事指导性案例的指导性是很成问题的。而如果现阶段依旧没有厘清如何生成有指导意义的刑事指导性案例,那么,刑事案例指导制度最后要么“信马由缰”,要么沦落为以前发布案例汇编的翻版。由此可见,指导性案例的制度化在理论和实践的准备上是不足的,有些真正疑难的东西并没有成为指导性案例,而且无论从实务界还是从理论研究成果来看,都没有找到具有说服力的答案,进而导致制度化进程并不顺利。本书的研究意义就在于从刑事指导性案例生成的角度对刑事指导性案例制度化进行解读,主要通过回归刑法教义学框架,进而体现刑事司法公正的立场以及透彻表达出刑事指导性案例特有的严谨风格以及符合法理和人情的具体结论,最终取信于这个社会和个人。

二、文献综述

自2005年10月最高人民法院出台的《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》提出建立案例指导制度的规划至今,对是否该设立案例指导制度有肯定说、否定说和有限适用说三种观点。应该说,肯定说是占主流的,武树臣教授就是典型的支持者,他认为“在我国法制体系中一般地使用判例和局部地创立判例法是可行的。从立法上看,由于立法本身是一个非常复杂的活动,不可能一蹴而就,包揽无余。因此,最高人民法院可以通过判例的形式不断完善立法,用判例来指导全国的审判工作,从而在局部领域适用判例法。从司法上看,由于成文法条太抽象,造成司法上的不统一”。因此,他希望由最高人民法院牵头,以最高人民法院的名义发布一些具有模板性和典型性的案例,由此使法官在适用法律时得以正式援引,以统一法律适用,维护司法权威和信用。^①徐景和博士认为制定法的不周延性、抽象性和强化性等方面是天生缺陷,与其让立法不断确立法律原则、司法不停出台解释还不如建立判例制度以弥补制定法本身存在的缺陷。^②中国社科院法学研究所刘作翔研究员提出,在依法治国基本方略的要求下,作为制定法国家,我国大陆法院在司法适用中依成文法司法。但新的社会变革时期,案件类型层出不穷,按照原有的司法理念和思维模式难免顾此失彼。因此,实行案例指导制度是法治对中国社会深刻变革下的积极回应。^③“中国法官的司法经验,必定是,也应当是提炼中国司法理论甚至法学理论的最主要资源”。^④也有学者对吸收判例法制度建立中国特色的案例指导制度并不支持。“我国大陆的体制不宜采用判例法制度,我国是成文法国家,古代‘以例破律’恶名远扬,并没有

^① 武树臣:《运用判例是加强法制建设的重要途径》,载《中国法学》1989年第2期;武树臣:《论判例在我国法制建设中的地位》,载《法学》1986年第6期。

^② 徐景和:《中国判例制度研究》,中国检察出版社2006年版,第1页。

^③ 刘作翔:《我国为什么要实行案例指导制度》,载《法律适用》2006年第8期。

^④ 参见苏力:《送法下乡:中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第171页。



判例生存的体制空间。此外,我国大陆现行的社会制度和法律体系都与英美判例法制度所依存的政治土壤并不兼容。”^①针对越来越多法院推行案例指导制度的实践,龙卫球教授提出:“下级法院推出的所谓先例判决制,是目前司法改革中出现的一件很坏的事情,对之不应鼓励,相反应加以反思。”“先例判决制度属于违法司法或违宪司法,不容于法治社会”,“即使我们意味将来走向案例指导制度,承认判例法的法源形式,必须先修改宪法”。^②还有学者观点更加尖锐:“未来几十年,中国不可能也不应该跨越历史与国情的限制,仓促出台中国版的判例法制度。”^③不同于前两种观点的尖锐对立,也有部分学者赞同“有限适用说”,如李仕春认为:应当理性评价案例指导制度的价值,案例指导制度不是一个纯粹的法律制度,而是司法改革的重要组成部分,作为司法制度的一部分需要提升到政治制度的层面进行分析。而由“立法中心主义向司法中心主义转变”还为时过早,应当严格限制其适用。^④除此之外,对指导性案例的性质、地位以及如何构建的观念等内容也并没有一致的观点,有人认为案例指导制度是过渡性质的,“所谓过渡性,也就是说这项制度既是对中国现有案例编纂制度的一种超越,又与未来需要构建的有中国特色的判例制度存在一定差距,其目的是为逐步过渡到有中国特色的判例制度奠定基础”^⑤。当然,也有观点认为案例指导制度其实是司法解释制度的案例版。具体理由在于,司法解释遭受诟病并非一日,而且近年来这种非议越演越烈,其主要焦点在司法解释僭越立法权、司法权行使宪法审查权等方面,而且“而司法解释的内容还存在说理不透彻,论法不充分,推理不严

① 高岩:《我国不宜采用判例法制度》,载《中国法学》1991年第3期。

② 龙卫球:《法院,你可知司法为何物?——对于所谓先例判决制的评论》,爱思想网:<http://www.aisixiang.com/data/detail.php?id=18509>,访问日期:2013年5月10日。

③ 张海龙:《先例判决只是看上去很美》,新浪财经:<http://finance.sina.com.cn/roll/20030717/0345371820.shtml>,访问日期:2013年5月10日。

④ 李仕春:《案例指导制度的另一条思路——司法能动主义在中国的有限适用》,载《法学》2009年第6期。

⑤ 周佑勇:《作为过渡措施的案例指导制度》,载《法学评论》2006年第3期。

谨,不能完全体现‘解释’的独特风格”^①。而最高法院相关负责人则认为案例指导制度“既表达了我们所欲实行的是一种‘案例’指导制度,而不是‘判例’约束制度,案例指导制度与判例法有着本质区别,同时也表明指导性案例同大量的普通案例有所不同,它的不同就在于指导价值”^②。对指导性案例的效力而言,有学者认为:指导性案例是软效力、硬指导。^③这种软效力的根据在于:“指导性案例的约束力之所以应是一种柔性的约束力,主要是因为指导性案例法律效力的合法性基础不足,柔性约束可以提供一种纠错机制。”^④对选取指导性案例的标准而言,公丕祥大法官认为:“指导案例之所以成为指导案例,并非在于指导案例所指向案件的全部,其关键在于对案件争议的焦点问题,包括事实认定、证据采信和法律适用等问题,所进行的详细充分的分析论证,足以说服他人,在处理相同或者类似案件时能够自觉、主动地认同和接受。”^⑤而对于具体选取标准,孙谦则主张应当抛弃“新闻宣传型”案例,而选择指导性案例的类型主要是“法律适用时法律规定比较原则化、模糊化”“案件具有典型性或者多发性”“疑难性和代表性”“社会广泛关注性”“具有指导意义的含有法律解释内容”等方面。^⑥何慧新博士的《刑法判例论》是一本对刑法判例进行深入分析的专著,她认为判例制度的合理性在于弥补中国现有法律解释制度的缺陷,司法裁量制度之不足,形成法律适用解释的有机系统。^⑦张千帆教授尤其注意到目前对“先例”的挑选和确定等做法仍然带有比较浓厚的行政色彩,而且司法实务部门似乎自然比较侧重于便利和速度的考虑,因而现

① 董峰:《迈向案例通向判例的困惑之门——我国实现法律统一适用合法有效之路径》,载《法律适用》2007年第1期。

② 胡云腾、于同志:《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》,载《法学研究》2008年第6期。

③ 蔡琳:《案例指导制度“指导”三问》,载《南京大学学报(人文社科类)》2012年第4期。

④ 部永昌、刘克毅:《论案例指导制度的法律定位》,载《法律科学》2008年第4期。

⑤ 公丕祥:《完善中国特色案例指导制度之我见》,载《法治资讯》2011年5月13日。

⑥ 孙谦:《建立刑事司法案例指导制度的思考》,载《中国法学》2010年第5期。

⑦ 何慧新:《刑法判例论》,中国方正出版社2001年版,第3页。



在还不敢说判例制度在国内的施行不会走样以及是否会导致始料未及的后果,^①等等。另外,最高人民法院、北京市高级人民法院、四川省高级人民法院等机构分别成立了关于案例指导制度的课题组,也形成了一些成果。但总的来说,这些课题内容在横向分析案例适用情况的基础上,侧重于分析现有指导性案例制度化运行状况,对具体指导性案例(特别是刑事指导性案例)的生成鲜少论及。综上,本书试图从刑事指导性案例的生成出发,探索如何生成真正具有指导性的刑事指导性案例。

三、研究方法

本书研究路径主要是规范研究方法。首先,对以刑法规范为依据的刑事指导性案例进行分析必须坚持规范研究的立场。坚持规范研究就是以刑法教义学贯穿全书,即根据刑法的基本原则、规则对案例进行分析,探讨出生成有指导意义的案例必须符合的要件。近年来,事实上我国案例汇编的发布工作一直没有停歇(只不过没有冠以“指导性案例”的官方称谓),本书为此抽选部分案例汇编的案例进行教义学分析,通过研究而了解现有部分案例存在的具体问题。其中,涉及对刑事责任的根据、犯罪本质以及对罪刑法定原则的解读,所解决的问题是究竟什么样的案例能够成为刑事指导性案例。此外,刑法教义学涉及价值评价,以法律并非一成不变为宗旨,认为法律的模糊性正是法律的生命力所在,而在刑事司法裁判中怎么作出符合法律人情的价值选择是生成刑事指导性案例的重点,而只有这样的案例才能指导相关的司法活动。此外,刑事指导性案例制度化是一项重大的司法改革,涉及的范围非常广泛,包括观念、裁判思维以及审判体制的变革等内容。如果单独从刑法教义学的角度进行分析未免太单薄,因此,本书从社会学角度分析现有体制和机制下刑事指导性案例生成的现实基础,探讨有效方法减少机制与体制运行的“磨合期”,以更快建立刑事案例指导制度。

^① 张千帆:《再论司法判例制度的性质、作用和过程》,载《河南社会科学》2004年第4期。

四、创新点

对刑事案例指导制度化的现状而言,现阶段无论从指导性案例的效力、内容还是生成等方面来看,很难言及刑事案例指导制度正在逐步建立。但是,案例指导制度的构建是我们的努力方向,而刑事指导性案例作为刑事案例指导制度的产物和组成部分,在制度没有完全定型的情况下需要不断生成,从而促进刑事指导性案例制度化。为此本书侧重探讨刑事案例指导制度的生成机制问题,而且以犯罪圈的划定为限。在本书语境下刑事指导性案例的生成阶段,需要澄清的问题:指导与控制(杜绝行政色彩)、指导与规制(法律根据问题)、指导与偏离(法官的恣意),由此引申出更深层次的问题:确立案例的指导依据、标准以及大致应当达到的效果。

刑事指导性案例中所提炼的具体规则必须表达刑法具体条文的含义,体系性昭示刑法在现实社会环境的实质精神,进而真正指导一审及二审法官的裁量,是有指导意义的指导性案例的功能。但是,很多案例的选取往往基于特定时期刑事政策以及审判大环境的影响,缺乏对刑法精神的整体性关注以及对法理人情的合理解答,从长远来看,其生命力与指导性值得商榷。而且,成文法环境下法官懒于进行思考,加之行政化倾向以及裁判文书的障碍,使真正能体现出司法智慧和经验的案例并不多见。而出现这些问题的制度层面显现出,指导性案例的选编通常自上而下地通知要求下级选送,选送案例也由部门确定,这样的选编程序且不说其行政化姿态但仅仅依靠有限的智慧支撑是不行的,这也能侧面说明为什么很多案例有重复。因此,就刑事指导性案例的生成机制而言,一切案源都是主审法官的创意,刑事指导性案例中所折射出来的创意是法官根据内心道德并依据相关刑法规范对社会纠纷所作出的具有创造性的解释。但是,刑事判决浩如烟海,如何认定哪些判决是创意以及怎样把这些创意采纳起来,并真正指导实践是本书需要解决的问题。简言之,刑事指导性案例的生成要求法官作出具有清晰脉络的推理,而且更要对裁判的正当性和合理性均有清晰的理解和完整表达,进而实现法理、人情妥洽,这样的案例才是指导性案例。

第一章

刑事指导性案例与刑事案例指导制度

第一节 刑事指导性案例内涵解读

一、指导性案例与刑事指导性案例

(一) 指导性案例与相关概念

对指导性案例的探讨离不开对判例、案例的比较分析。通常,判例是判例法系的术语,而案例和指导性案例是各个法系都有的概念。为此,很有必要厘清判例、案例和指导性案例的区别。

1. 判例通解

通常而言,判例的含义包括案件陈述,即法官对案情的描述和法律问题的论述;也包括先例,所谓先例就是先前判决对以后案件具有约束力。因此,具体来说,判例的含义有两种,第一种是指在司法实践中能够被直接作为裁判依据的实例,具有特定的法律含义;^①第二种是“判决之案例

^① 龚稼立:《关于先例判决和判例指导的思考》,载《河南社会科学》2004年第3期。

或事例’之义,其本身并没有当然‘判例法’含义,也没有普通法中的‘遵循先例’之义”。^① 还有一种情况,就是在判例和判例法两种意义上使用,“判例”在一些国家中与“判例法”是等同使用的。由此可见,“在普通法系国家的一些作品中,这两个词可能是通用的。”^② 本书并不认同后一种观点,而是认可通常所称“判例”为“一项已经判决的案件或者法院的判决,它被认为是为一个后来发生的相同或类似的案件,或者相似的法律问题,提供了一个范例或权威性的法律依据。法院试图按照在先前的案件中确立的原则进行审判。这些事实或法律原则方面与正在审理的案件相近似的案件称为先例。法院首次为一个特殊类型的案件所确立的,并且后来在处理相似的案件时供参考的法律原则”^③。因此,判例是判决中的一种,判例是判决,但并非所有判决都判例。可见,判例法是与成文法相对应的概念,但判例并非与法条对应,即使成文法国家也有判例存在。

普通法系中,判例是法院从生效判决里挑选出一些具有典型性的判决,通过法定程序予以公布,以形成对以后同类或者类似案件具有约束力的判决。换言之,在普通法系里,只有具有典型性且经过法定程序确认的判决能成为判例。具体而言,“在普通法系里,判例分为有拘束力的判例与有说服力的判例”^④。顾名思义,有拘束力的判例具有法定约束力,能够对法官审判产生直接影响,包括上级法院以及同级法院以前的判决。而有说服力的判决,只是根据判决本身的魅力来指导法官行为,没有强制约束力,包括不同管辖权之法院的判决等。在普通法系里,“遵循先例”是原则,法官在审理案件过程中所创造的规则作为以后审理案件的依据,法律规范的创制并非完全通过立法语言抽象表达,主要是通过活生生的判例确立原则和规则,因而判例是正式法源。通常而言,法官在审理案件过程中,首先是找出与待决案件相同或类似的判决,然后根据该判决调取出适用于处理该案件的规则,最后依据这些抽象出来的规则作为裁判理由,

① 蒋惠岭:《建立案例指导制度的几个具体问题》,载《法律适用》2004年第5期。

② 沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第551页。

③ 何慧新:《刑法判例论》,中国方正出版社2001年版,第5页。

④ 刘风景:《“指导性案例”名称之辨正》,载《环球法律评论》2009年第4期。