引　言

世界两大法系由于历史传统、文化背景、思维方式等方面的不同，造成法律观念、制度以及法律适用上的一些重大差异。英美国家以判例作为主要的法律渊源，大陆法系则以法典至上。虽然禁忌逐步打破，英美国家也有大量的制定法，而且法典化也是其法律发展的趋势，但制定法必须经过司法适用形成判例之后，他们才认为该法律问题上为有法可循；大陆法系国家虽然也重视判例的作用，以致法律的某些领域判例成为法律的渊源，甚至是主要的渊源，但刑法判例是否法源之一？刑法判例能否补充刑法之漏洞？则是尚未解决的问题。

近年来，判例正在成为我国法学研究的热点之一，有关判例的著述不断问世。如珠海非凡律师事务所的《判例与研究》、《判例在中国》；刘瑞复的（中华人民共和国现行法律判例分析全书》；梁慧星的《民法学说判例与立法研究》系列等。但总的情况是，侧重于民事判例，尤其是个案的分析，疏于一般法理的锤炼。在民事司法实践中，最能体现判例作用的就是对精神赔偿的处理。《民法通则》没有精神赔偿的规定，这与当时社会条件下占主导地位的社会意识有关。而社会转型过程中价值多元、个人权利的张扬以及由此引发的民法调整范围相对宽泛，对个体利益

需要全本请访问 www.ertongbook.com

保护的更为全面和深入，“精神赔偿”逐渐象物质赔偿一样得到普遍认可，精神损害赔偿的案例从无到有，赔偿数额也有低到高，这是通过判例发展民法的典型例证。法之漏洞补充是判例的一项主要功能，在民事、商事、贸易等领域，都是实践证明了的。在刑法领域，判例除了解释刑法，为定罪量刑提供参照系之外能否行法之漏洞补充功能，则需要我们冷静思考之后才能回答。

按照罪刑法定原则，在采取成文法的国家，理论上裁判并无创设规范的效力，但许多具有事物概念典型性与原则价值的见解，对于解释法律，形成法律概念，具有重要的导向作用。中国没有英美法意义上的判例法；也没有大陆法国家较为普遍的判例制度。中国没有判例而有“案例”。关于“案例”的性质，缺乏明确的法律规定。在我国权威的法学工具书中，也有“判例”一词，但多是介绍英美国家的判例法以及中国古代的判例制度，而对大陆法系国家判例的介绍十分有限，对中国当今与判例法相关法律制度时，往往用“案例”一词带过。一些法律工具书倾向于这样一种顺序的排列，即刑法、司法解释、刑法案例。近年的《最高人民法院公报》(下文中简称《公报》)的体例一般由最高人民法院文件（往往首先公布新的法律法规）、司法解释、典型案例三个部分组成，且近期的《公报》宣称其所刊登的案例大多具有判例的性质。可见，不论学界还是司法界，对判例都有了一定程度的关注，可是“案例”与判例关系如何；判例法国家的判例与大陆法国家的判例有什么共同之处，又有何不同；最高人民法院审委会讨论通过的“案例”是否相当于判例，它和英美国家的判例有什么区别；在中国的法治进程中是否需要判例的介入，如果需要，应当建立什么样的机制，等等。这些问题，都有待学界的探讨和实践中的摸索。与其遮遮掩掩称案例，不如细致探究判例。本文试图完成的，正是这些方面的工作。

其实，中国法学界对判例的研究已经从自发走向自觉，这种自觉应当归因于一种使命——达成司法改革的目标——司法公正。刑法判例制度之所以成为学界自 1997 年刑法修订以来一个不大不小的热点①，与罪刑法定这一重大原则的确立有关，进而它关联到我国现有的刑法解释体制。判例制度的合理性在于弥补中国现有法律解释制度之缺陷，司法裁量制度之不足，形成法律适用解释的有机系统。如何在司法中贯彻罪刑法定原则，完成它的使命——刑法典的明确规定以及刑事司法中的具体贯彻。笔者认为，必须建构健全、合理的刑法运作机制。这种机制旨在克服现有司法解释之弊端，使刑事立法与刑法适用解释紧密关联，建立与完善规范性刑法司法解释、个案性刑法司法解释和刑法判例相匹配的刑法适用解释体系，建构刑法、刑法司法解释、刑法判例相承接的法官法源序列。其中，建立刑法判例制度是完善现有刑法解释制度的重要环节。我们认为，在获得充分的理论支持和实践检验的基础上，判例制度的建构应当得到足够的重视。当然，我们不会也不能无视中国法官在总体水平上还不能胜任造法的职能和中国社会亟需强化成文法权威的客观实际，而大喊中国建立如西方那样的判例法制度，这样做的结果与二十世纪上半叶

① 有论者指出，刑事判例是刑法修订以来刑法学研究的热点之一。的确 97 刑法实施以后，曾经的热点问题，如罪刑法定原则的法典化、类推制度的废除，刑事法网的严密，死刑条款的基本稳定等呼声随刑法内容的相应修订而平息；劳动教养的去留、保安处分制度的建立与否以及一些具体罪的规定（如期货犯罪），皆因立法时机尚不够成熟而暂不被立法采纳，理论上的争议也暂告停。应该说在 97 刑法之后，是以宣传新刑法为基调，批评文章并不多见。而此时，建立刑事判例制度的呼声却相对有力，这在 97 刑法之后的一段时间内，虽然呼声并非很高，相关的论文也并不多，但却引起了刑法学界的相对关注。这是制度革新的理论热点暂时空缺情况下有意制造热点吗？非也。笔者认为，这种现象的出现有其必然性，规定了罪刑法定原则且偏重于客观主义的 97 刑法相对完善、严整，它和 79 刑法的粗疏、简约不可相提并论（虽然不是，也永远不可能尽善尽美），刑事立法的相对完备、又相对滞后必然要求有相应的适用机制与之匹配。法的适用机制的畅通无阻是刑法目的实现的制度保证，于是理顺刑法的运作机制就是刑法改革与社会发展的重中之重，而判例制度的建构是切实而必要的一环。

的中国社会完全照搬、移植西方法律的结果如出一辙——徒有大量的法律，却难以适应中国的社会现实；也会如一个世纪前英国，试图制定东方式的法典，结局是以失败告终。我们知道，即使判例法的美国，在刑法领域，判例的作用更多的是解释法律和提供例证，因而中国刑法判例制度的模式必定是适合中国现实的定罪量刑的参照体系以及严格限制的发展法律的功能。

第一章　刑法判例概述

一、刑法判例界说

(一)判例的涵义

判例一词，通常在两种含义上使用：判例和判例法。在英文中有 case 和 precedent 两个词。Case 作判例讲时主要指对整个案情的叙述和报告，侧重于法官对法律问题的阐述。 Precedent 作判例时主要指先例，是在法律渊源意义上对以后相同或类似案件具有约束力的判决。“一项已经判决的案件或法院的判决，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。这些在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。’① 据此，判例是由法院从已经生效的判决中找出一些典型的或制作良好的作为判例，通过一定的形式予以公布，要求本级

①参见（布莱克法律词典》，英文版，第 1059 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

或下级法院在处理相同或类似案件时予以遵循。

判例本身是判决，但并非所有的判决都能成为判例。判决（judgement）是司法机关通过诉讼程序，对所审理案件的事实和法律问题作出的结论，其载体为判决书，内容包括对案件事实的认定、及结论成立理由的阐述。应该说，并没有法律规定法官必须对其判决陈述理由，法官只需给出判决结果就够了，但实际上，法官一般都陈述判决理由，或者是三言两语或者是长篇大论，正是这些判决理由为英美法的发展拓开了空间。判决是法官适用法律的结果，它针对具体案件作出，每一案件都有一个判决，但并非任一判决都是判例。一般而言，只有经过有权机关汇编的判决才成为判例。

大陆法系国家，一般没有赋予判例以规范上的拘束力，但判例多有事实上的拘束力。由此，大陆法系国家存在着是否在用语上区分“判决”和“判例”的必要。德国并无“判例”与“判决”在用语上的区分，不论区法院还是联邦宪法法院所作的判决均谓之判例。日本的情形就有所不同，日本的“判例”专指收入《最高裁判所判例集》、《大审院判决录》、《大审院判例集》的判决而言，而其判例之编辑方式是将所选录之判决全文予以刊载。在台湾，“判决”是指各级法院对于特定案件所作的决定性的裁判而言；而“判例”指“最高法院”基于事实的需要，为避免同一或类似案件发生分歧的裁决，特组织专业的委员会，就过去若干年内所为之判决，选择具有示范性可供各级法院参考的判决，汇编成册，并公布施行者而言[①]。

同为司法活动的产物，两大法系的判例有实质的差别[②]。首先，大陆法系的判例是在法律没有规定或规定不清的情况下通过

①林咏荣：《判例之法的效力的比较研究》，载(辅仁法学)十五期，第 1页。

② 高秀东：《我国刑事案例界说》，载(刑事法学要论》，法律出版社 1997年版，第 885 页。

法官对原法典的解释而形成，它仍源于法典；而英美法系的法官是在审判过程中创制出新的法律原则作为以后审判的根据。其次，大陆法系的部分判例虽然也具有拘束力，但这种判例一般是由最高法院制作的，而不是任何一级法院都有创制权。再次，“遵循先例”是英美法系的一个普遍原则，而在大陆法系尚未作为普遍遵守的原则予以确立。因而两大法系的制定法的价值与作用也有很大的不同。判例法国家的制定法旨在补充作为法源的判例，一般在体系上还不完整。而大陆法系国家则将制定法作为法源，而判例不作为法源。

(二)判例与相关概念

1. 判例不同于判例法

判例是法院从大量的生效判决中选出的具有典型性或制作良好的，并通过一定的形式予以公布，要求本级和下级司法机关在办理同类案件时予以遵循的先前案件的判决。该判决体现、确立的法律规则，在法律渊源上称之为判例法。判例法通常有两种涵义：一是“制定法”的对称，也称法官造法，也称司法造法，指法官在听讼断案时作出的书面判决中发展起来的法律体系，判例法是普通法的源泉和基础，普通法在某种意义上就是指判例法。何谓普通法，有学者指出，普通法是从司法判决而非立法中繁衍出来的，它不是成文法。发现（或制造）它的技巧与立法的技巧迥异，只有从描述司法的方法并将之与如何创制立法加以对比才能获得解释。这种意义上的普通法包含所有司法的或判决的法，而不管它来源于何种类型的法院。二是作为法律制度的判例法。从严格意义上，判例法并不是一种法律，而是适用法律的一种方法或制度，是创制、借鉴、遵循判例的一整套法律制度。而判例本身只表现为一个个的司法判决。判例法的根本之处不在于对以前判例的汇编，也不在于法官或其他裁判人在此后的案件审理中得到帮助或指导，而在于把先前的判例看作一种规范，并且期望

从中得到根据惯例应该并且在某些情况下必须遵循和适用的原则或规则①。判例法具有两大特点：其一，上级法院作出的判决对下级法院和同级法院审理类似案件具有拘束力，即先例必须遵循的效力；其二，判例法条件下，不是通过明确的立法语言抽象地规定法律规则，而是通过具体的判例确认某些规则、原则。遵循先例是一条重要的原则，是判例法的核心和生命。所谓遵循先例，是指对于本法院和上级法院已生效判决处理过的问题，如果再遇到与之相同或类似的案件，在没有新情况或提不出更充分的理由时，不得作出与原来判决相违背或不一致的判决。先例对于本案来说，具有法律渊源意义上的效力，但所遵循的不是成为先例的判决（即判例）本身，而是判例中体现、确立的规则。遵循先例的目的在于维持判决的一致性，确保法律的连续性和稳定性。

2．判例不同于先例

先例在普通法② 中有三种含义③：一指审判程序的惯例（court precedents），这些惯例在以前一直被证明是正确有效的；二指财产转让惯例（convincing precedents），三是司法判例（judicial precedents），即在后来的案件中作为法律渊源的先前的司法判决。这些判决中的每一个都被认为包含了一个原则，即在后

①〔英〕戴维·M·沃克：《牛津法律大词典》，北京社会与科技发展研究所组织翻译，光明日报出版社 1988 年版，第 708 页。

② “普通法”一词具有众多含义：（1）表示教会的一般法律；（2）英国自 12 世纪以来由王室法官所创立的、适用于英格兰地区的一般法律，不同于各地的习惯；（3）在英美法系国家分别与衡平法、教会法和制定法相对称的一种法律；（4）以英国判例法为基础而形成的，与大陆法系不同的一种法系；（5）在法、德等欧洲大陆国家，指适用于全国的一种法律，不同于地方上的习惯；（6）也可泛指与根本法或特别法相对称的一种法律，但这种意义上的普通法在英语中通常又称 ordinary law 或 general law. 英美法系所讲的普通法是指以上（2）、（3）、（4）三种意义而言。参见沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社 1987 年版，第 160 页。

③〔英〕戴维·M·沃克：《牛津法律大词典》，北京社会与科技发展研究所组织翻译，光明日报出版社 1988 年版，第 708 页。

来的有着相同或非常相关的法律问题的案件中，这个原则被看作规定性的或限定性的，它至少可以影响法院对该案的判决，甚至就是在遵循先例原则的指导下决定案件。本文使用的“判例”一语取其第三种含义。先例可分为与后来的案件“切合的（或完全一致的）”和“不切合的”。如果先例是切合的，即先例中的一系列事实和一些法律问题，与目前提交给法院的案件一样。完全与先例相同的案件会重复发生吗？这是不可能的。是否切合的评价标准应该是后来的案件里出现的不同事实是否与先例中的事实有足够的相似之处，以致先例中的判决可以作为现在案件判决的指南。

3. 判例法与制定法有重大差异

关于判例法与制定法之间的关系，波斯那先生有非常精当的概括，他认为“在普通法和成文法规之间看起来有深刻的不同，最根本的区别恰恰在于一个是概念系统，而另一个是文本系统。这种区别看来会使解释是后者的核心，而对前者是边缘性的，甚至是无关的。”[①] 他进而指出，由于具有概念性特点，普通法在一种深厚的意义上是一种不成文法。普通法原则与万有引力定律相比，往往更不文本化，它或者是从一个司法意见中推出来的，或者更常见的是从一系列司法意见中推论出来的。二者的区别，主要表现在以下几个方面：第一，判例法产生于诉讼事件并由司法机关创设，而制定法由立法机关创制。判例法中的判例，既约束案件的具体当事人，也约束今后出现的相同案件。第二，判例法不是用法律术语进行确切而系统的阐述，它存在于各种判例中。在判例中有权威的是原则而不是对案件的陈述。制定法是立法者用法律术语所进行的完整、全面而系统的表述，它所使用的术语在司法中具有权威性。第三，由于判例法遵循特定的法律适

①波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 1994年版，第 314 页。

用技术——区别技术，因而判例法的伸缩性小于制定法。因为判例法的使用过程中首先选择具有可比性的先例，确定比较的基点，比较先例与问题案件的相同点和不同点，然后确定是相同点更重要还是不同点更重要，然后决定是遵循先例，或是修改、变更先例，还是否定先例，作出新的判决。

4. 英美国家的判例与大陆法系国家的判例不同

首先，判例本身的标准不同。英美法国家，判例是先前的整个判决——通过分析针对先前案件整个事实背景的判决，识别判决理由。在一些制定法下，运用判例决定案件取决于本案事实和判例事实之间的高度相似。而大陆法系国家中，“判例”只是由对先前案件所适用的法律规则的非常一般而简要的陈述构成。由于被作为判例的不是案件的判决理由，而是一般的陈述，这种陈述在形式上就与制定法规则非常相象。而且这种陈述通常不是法院自身所作分析的结果，而是有判例制作权的机构创制的，相应地，这种判例不是用来决定判决，而是用来支持判决。其次，判决中引用的判例的数量多寡不同。英美国家判决中所引用的判例的数量相对较少，因为相似的案件的判决往往有百余个，要求法院引证所有相关的判例规则是不现实的，因此，实践中法院引证的只能是一些任意选取的或新近的判例。① 而大陆法系国家，许多类似的判决都引向同一法律问题，因而判例运用表现为引证一连串或一系列判决的形式。

5. 判例不同于案例

“将法院判决结果，以文字记载成为书面，这种书面称为判决书，一般通称为案例”②，案例就是案件及其判决结果的总和。

① 由于同一问题上存在许多判例，判例间就有可能出现冲突和不一致，这就需要法院适用时选择先例。

② 潘维大主编：《英美法导读讲义》，瑞兴图书公司印行民国八十四年八月，第61页。

在我国司法界和法学界，多将案例等同于判例，在权威性的法学工具书中，虽然也采用“判例”一词，但多是介绍英美法律的相关制度，或者谈及中国古代的法律制度，在论及我国现行法律制度时，往往以“案例”代之。判例不同于案例，判例一词表示以某一判决作为审理同类案件的前例；“案例”则表示以某个案件作为处理同类案件的前例。① 判例的效用在于其所隐含或明示的法律原则是审理以后相同或类似案件的依据，判例中明示或隐含的法律原则称“判决要旨”，它是判例的核心部分，判例的价值在遵循先例的过程中得以体现，判决先例中对后来事件有拘束力的是判决要旨部分，而非整个判决都对后来者有拘束力或影响力。而我国法律界所谓的“案例”多是一些典型案件，或者是案件性质典型，判决结果正确，说理充分的生效判决，这些案件仅仅是典型案件，它对后来事件的判决会有些许的影响，但并非判例的拘束力，而且由于大陆法系国家三段论式的法律推理方法，不进行案件之间基点的比较，难以比较案件之间是相同点更多一些还是不同点更重要一些，所以案例对判决是否真正产生了影响就难以确定。就目前“案例”在司法实务中的作用，兼及司法界对它的定位，并考虑判例发展的国际趋势，我们倾向于用“判例”一词，它比案例确切。

（三）刑法判例的涵义

先例的识别、适用规则，判例集的汇编、出版、援引制度，以及相关的法院审级、管辖制度等构成先例制度（precedent system），也称为判例制度（case system）②。刑事司法过程中运用判例的原则、规则、方法等构成刑法判例制度。

何谓刑法判例？有的认为：刑法判例是法院的一种刑事判决

①沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社 1987 年版，第 465 页。

② 毛国权：《英国法中先例原则的发展》，载《北大法律评论》1998 年第 1 卷第 1 辑，第 35 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

和裁定，它所确立的法律原则可以在以后审理类似刑事案件时加以参考、借鉴、甚至遵循。[①] 该定义明确了刑法判例的创制主体和效力，但存在不足。首先，作为刑法判例创制主体的法院，是只限于最高法院，还是包括高级法院在内，亦或包括基层人民法院在内的各级人民法院的判决和裁定都可以成为判例？在该定义中尚不明确（该问题放在后面探讨）。其次，判例既然能够创立法律原则，就法理言，创立了法律原则的这一判例应该具有法律拘束力。如果对于以后审理的同类案件只能是参考、借鉴的话，判例制度的建立就非逻辑之必然。

我们认为，刑法判例是特定刑事司法机关创制、旨在为以后出现的相同或类似案件提供法律依据的、具有一定拘束力的判决、裁定。其特点如下：(1) 刑法判例是刑事司法活动的产物，它区别于民事判例、行政判例等；(2) 刑法判例由特定司法机关创制，而非一切司法机关都有创制权；(3) 刑法判例的存在价值是为以后出现的类似案件的处理提供法律上的依据；(4) 当刑法判例成为先例时，一般情况下应当具有法的拘束力。

《四)刑法判例与相关概念

1．刑法判例与刑事判例[②]

刑事判例包括刑法适用过程中形成的判例和刑事程序法适用过程中形成的判例，刑法判例是刑事判例中的一部分。在刑法适用过程中针对案件的实体性问题形成的判例是刑法判例，刑法判

①陈兴良主编：《刑事司法研究——情节·判例·解释·裁量》，中国方正出版社 1996 年版，第 214 页。

② 把刑事判例区分为有关实体的判例和有关程序的判例，这是理论上的考虑。实际上法院判决应当是合乎正当程序的合理判决，合理的判决不仅要遵守严格的法定程序，还要实现实体真实。一个判决中既有程序性内容，也有实体性内容，把实体和程序截然分开，就违背客观现实。而且由于中国长期重实体、轻程序的传统，程序依然没有被摆到应有的位置，所以本文中将实体性判例和程序性判例分离开来，只是文章选题范围上的考虑。

例和有关的程序法判例都形成于刑法适用过程，不同的是前者是有关实体问题，后者针对刑法适用中程序问题，如有关犯罪证据收集合法性的判例，有关逮捕条件的判例等。前者重在通过适用刑法规范，达到定罪量刑的目的；后者是就具体程序性问题的解决，程序与实体关系虽然密切，但程序性判例不以解决实体问题为归宿，它重在突出刑法适用过程中的程序合法，二者共同的目的在于通过正当程序，实现实体真实。

但二者之间并非有严格的界限，如关于减刑假释的判例，有的涉及程序问题，有的涉及实体问题。刑法中规定了减刑假释的条件，刑事诉讼法中规定了减刑假释的具体程序，由此减刑假释的完成必须是在符合刑法规定的条件下，按程序法中的相关规定来落实。可见减刑假释的完成是由刑法和刑诉法共同作用的结果。另一方面，实体和程序本来紧密关联，程序正义要通过正当程序来实现，而正当程序又会促进实体的接近真实，提升判决合法前提下合理性。就目前学界关注的“刑事一体化”思想来看，笔者也不主张实体性判例与程序性判例的截然分离，因为实体和程序本是相互促进的，这还因为判例法的真谛在于透过一环扣一环的程序实现实体真实，促进判决合理。本文取名“刑法判例论”并非有意将有关实体的判例与有关程序的判例做并非完全合情合理的区分，只是由于篇幅和时间所限而作出的不得已的选择。

2. 刑法判例与刑法司法解释

适用解释推动刑法发展，刑事立法通过适用解释才能实现其价值。司法者通过适用解释（主要是判例）来克服成文法的局限性，使法律保持动态，成为一个开放的体系，适应社会的变迁与价值多元化趋势。相对于静态的稳定的宏观法—刑法而言，适用解释是活法、个案法，刑法规范（宏观立法）通过适用解释具体

化为个案判决（微观立法）[①]。刑法适用解释的实质是在坚持罪刑法定的前提下，法官行使自由裁量权，而我国刑法中尚无此概念。一提起司法解释，就是指最高法院和最高检察院的司法解释。刑事司法中许多具体问题本来属于法官对刑法规范的解释问题，没有必要报请“两高”作司法解释。在司法实践中广泛、准确地行使适用解释，将大大提高我国刑法的效能，同时也减轻“司法解释”的压力。刑法的适用解释存在刑事诉讼的全过程，体现在定罪、量刑的各环节，判例的方法是一种重要的适用解释的重要方法。

适用解释是法律适用过程中的解释，可以是适用刑法的解释，也可以是适用刑事诉讼法的解释。这里探讨的是法官在适用刑法过程中就具体案件事实所作的解释，它不仅包括最高人民法院就刑法适用所作的“批复”、“解释”和“规定”，而且主要指各级人民法院的法官在法律适用过程中就个案事实的解释，是刑法条文转化为个案判决过程中的适用解释。就具体案件的法律解释属个案性司法解释之列，但个案性司法解释是法官适用法律过程中的解释，并不局限于地方法院法官的解释，最高人民法院的权威司法解释中也有一部分是针对个案进行的。最高法院有权解释与地方法官的适用解释的区别在于：(1) 前者是问题案件的法官在适用法律时不能（主观不能，如案件难度较大，法律在此问题上的规定又相对不够明确；客观不能，如基于其管辖权限而必须向上请示）直接适用法律，须求助于权威机关作出解释。后者是由问题案件的法官在适用法律时直接就案件作出的解释。(2) 效力不同。因为地方法官所作判决的效力是基于该案件的既判力，它只对该案件有效，且当该判决是一审判决时，在判决生效

① 储槐植：《刑法存活关系中——关系刑法论纲》，载（法制与社会发展）1996 年第 6 期。

以前，当事人仍有上诉、检察院有抗诉的权力；判决生效后，其效力是针对该单一案件的既判力。而最高人民法院就具体案件所作司法解释的效力则是法律效力，它除拘束该案件外，对同类的案件都有“前例”作用。

关于判例与司法解释的关系，有人认为：判例解释制定法从性质上看仍是一种司法解释，因为它也是由司法机关就审判过程中如何具体应用法律问题进行的解释。不同的是，它是把案件的事实同抽象的条文结合起来，形成判例，一改过去司法解释所采用的批复等传统办法。这种观点不错，但可进一步概括。刑法判例和刑法司法解释都是解释刑法的方法，二者关系表现为：

（1）性质各不相同。刑法判例和刑法司法解释分属于适用解释的两个层面。刑法适用解释是其上位概念。前者是法官在审理具体案件过程中，就本案事实，以及本案与先例的比较所作的解释，后者即是针对法律规范的静态的解释。

（2）功能互为弥补。刑法判例的运用可以弥补刑法司法解释的不足：首先，刑法判例能够提供具体的、普遍的、可重复适用、鉴别的判决标准，而刑法司法解释往往是笼统的、粗浅的，也不针对具体案件，因而可比性差。其次，刑法判例并不要求拘泥于制定法条文的字面含义，可以根据案件的具体情况对条文作符合实际的，扩大或缩小的解释，也可以援引一般原则，抵销个别条文的效力。这一过程实际上是在不违背法律精神的前提下，创制法律规则的过程。再者，传统的刑法司法解释只能是一次性解释，这样对条文的解释可能比条文本身更容易僵化。如果建立刑法判例制度并充分发挥其作用，在遇到新情况时，就可通过“区别技术”来修改、解释（发展）判例。

但刑法判例不同于个案性的司法解释。学界对“个案性司法解释”有两种界定，一种是指法官在审理具体案件的过程中基于自由裁量权而对个案作出的适用解释，其载体是体现该案件裁决

结果的刑事判决书或裁定书；另一种指最高人民法院的司法解释中针对个案的部分，即最高人民法院《关于司法解释工作的若干规定》（法发〔1997〕15号）中的“批复”，如“关于村民小组利用职务便利非法占有公共财物行为如何定性问题的批复”（法释〔1999〕12号）规定“对村民小组组长利用职务上的便利，将村民小组集体财产非法占为己有，数额较大的行为，应当依照刑法第二百七十一条第一款的规定，以职务侵占罪定罪处罚。”本文是在后一种意义上使用“个案性司法解释”。这种司法解释是当前司法解释中相对薄弱的部分，相当数量的司法解释解决的是某一类案件如何适用法律的问题，具有类的普适性，如《关于司法解释工作的若干规定》中的“规定”和“解释”。

一般而言，个案性司法解释是最高法院就下级人民法院“请示”的疑难问题作出，它并不是该请示案件的判决，不以判决书为载体，是最高人民法院就案件定罪或量刑中的问题所作的答复，它是就该请示问题所作的价值判断，该请示的问题可能是本案的核心问题，也可能是本案的关键问题之一，它或者是关于定性，或者是关于量刑而与定性无关。它不表现为个案判决的形式，因为请示的案件在“批复”作出前一般是待决案件，该请示案件的判决原则上要依据该“批复”中的具体规定作出，如最高人民法院“关于破坏生产单位正在使用的电动机是否构成破坏电力设备罪问题的批复”（法明传〔1993〕241号）规定：

“破坏电力设备罪是危害公共安全的犯罪，该罪所侵犯的客体是社会的公共安全。如果行为人的行为不具有危害社会公共安全的性质，不能构成犯罪。

对拆盗某些排灌站、加工厂等生产单位正在使用中的电机设备等，没有危及社会公共安全，但应追究刑事责任的，可以根据案件的不同情况，按盗窃罪、破坏集体生产罪或者故意毁坏公私

财物罪处理。’①

可以看出，（1）该批复为破坏生产单位正在使用中的电机设备的行为的定性提出了指导性意见，行为人破坏生产单位正在使用中的电机设备的行为如果危害了公共安全，应当认定破坏电力设备罪；如果没有危及到公共安全，应该根据具体情况认定构成相应的犯罪。至于定什么罪名，受理人民法院根据该批复的精神，综合行为人的犯罪性质、情节、社会危害程度加以认定，而该批复没有为该案件作出最终的裁量，只是就具体请示问题作出回答，那么法院所请示的问题，可以是有关案件全局，决定案件的犯罪性质的问题，也可以就案件的部分问题提请批复；（2）由于批复往往是基于待决案件的疑难问题作出，所以案情还不能被公布，案例的宣传教育作用还谈不上；（3）批复虽然是针对个案，但对同类案件都有适用价值。而判例首先是一种生效判决，其载体是判决书，它包括详细的案情介绍、判决理由和结论，除此，经最高人民法院审判委员会讨论通过的判例往往还在案件判决结论之后加以总结，因而个案性司法解释不同于刑法判例。但上述情况并非绝对，如最高人民法院 1985 年 7 月 18 日印发的《关于破坏军人婚姻罪的四个案例》的通知指出，法院在处理破坏军人婚姻的案件时，对如何应用刑法的有关规定在理解上不够明确，遇到一些困难，“现将我院审判委员会第二百二十七次会议讨论通过的关于破坏军人婚姻罪的四个案例印发给你们，供参照办理”，本通知的后半部分将四个案例附上，包括案件中的刑事法律关系主体、案件事实、法院判决结果以及最高人民法院加发的编者按。案例一是与现役军人的配偶同居；案例二是与现役军人的配偶长期通奸；案例三是与现役军人的妻子长期通奸，并挑拨、唆使女方与现役军人离婚，破坏现役军人的婚姻家庭；案

① 最高人民法院《公报》，1993 年第 3 期。

需要全本请访问 www.ertongbook.com