

中国人民大学刑法学博士文丛

编辑委员会

顾问：高铭暄 王作富

主任：戴玉忠

委员（以姓氏笔画为序）：

冯 军 田宏杰 刘明祥

张小虎 肖中华 黄京平

韩玉胜 谢望原

总 序

以刑法规范及其发展完善为主要研究对象的刑法学，是法学体系中一个极为重要的部门。而刑法学的发展和完善，在很大程度上取决于刑法学研究和教育的发展状况。因此，我们既要促进当下各种刑事法思想与理论的交流，力促百花齐放、百家争鸣，又不能忘记对年青一代人才的培养，以期薪尽火传、承传不灭。这就对我国的法学教育和法学研究提出了更高的要求。

中国人民大学刑事法律科学研究中心是专门从事刑事法研究的新型综合性学术研究机构，经教育部 1999 年 11 月批准，成为首批全国普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地之一，也是刑事法领域唯一的国家级重点研究机构。该“中心”依托中国人民大学雄厚的人文社会科学基础与人大法学院坚实宽广的法学学科实力，以具有辉煌业绩和良好传承的国家重点学科——刑法学科为龙头，涵盖刑事实体法、刑事程序法与刑事证据法、刑事侦查与刑事物证技术、刑事法律史等刑事法律学科群中的诸多领域。中国人民大学刑法学博士生在“中心”的严格要求和精心培养下，勤于学习，勇于探索，撰写的学位论文大多具有锐意创新之处。但在目前学术著作出版难的状况

未彻底改观的情况下，其中仅有少数论文得以公开出版，这不得不说是一大憾事。有鉴于此，中国人民大学刑事法律科学研究中心本着繁荣学术、扶植青年的宗旨，在中国人民公安大学出版社的鼎力支持下，精心挑选、组织出版了这套“中国人民大学刑法学博士文丛”。

本文丛以通过答辩的刑法学博士学位论文为选题范围，从中挑选一些有代表性并有较高学术价值和现实意义的论文加以编辑出版。从论文的选题和内容来看，作者或者是对刑事法中前沿问题的系统分析，论证严谨，见解独到；或者是对传统理论的深刻挖掘，论涉古今，言及中外；或者是对外国刑法理论的专门研究，援引西方精华，璧合本土资源；或者是对某一理论的中外比较，两两相互对照，取其精华去其糟粕，其学术价值和现实意义不容低估。固然，这些论文看起来或许还有些青涩与稚嫩，许多观点也可能还值得商榷，但每一篇论文都闪烁着作者思想的火花，同时浸透了导师的心血，因而值得一读。并且，我们真诚欢迎读者对论文提出批评，因为认真而负责的批评，正是作者得以进步的阶梯、学术得以繁荣的途径。

回首过去，中国人民大学刑事法律科学研究中心由于各方厚爱和自身的艰苦努力，在刑事法研究方面打下了一些基础，取得了一些成绩。展望未来，来日方长，我辈不敢稍有怠慢或休歇，学如春起之苗，要让其增，务要不断浇灌，只有更进一步，方能更上一层楼。在这里，唯愿这套“中国人民大学刑法学博士文丛”能够源源不断地为气氛正热而任重道远的刑事法研究贡献一份绵薄之力。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2008年3月

| 目 录 |

前 言	(1)
第一章 中国案例指导的历史考察	(9)
第一节 新中国成立至《公报》创办前	(11)
一、新中国成立初期	(11)
二、20 世纪 60 年代初期	(15)
三、改革开放初期	(18)
第二节 《公报》创办至《二五纲要》出台前	(23)
一、《公报》发布案例	(24)
二、以其他形式发布案例	(31)
三、组织或参与的案例选编	(33)
第三节 《二五纲要》实施以来	(38)
一、公报案例指导	(41)
二、其他形式的案例指导	(50)
第四节 地方法院的探索	(59)
一、先例判决	(59)
二、各地法院的跟进推动	(61)
第二章 案例指导的基本理论问题	(68)
第一节 案例指导的概念界定	(70)
一、案例指导制度	(70)

二、指导性案例	(75)
三、相关概念比较分析	(79)
第二节 案例指导的运作基础	(93)
一、实践理性	(94)
二、先例观念	(97)
三、类型事实	(101)
四、判决文本	(103)
五、审级制度	(106)
第三节 案例指导的法律性质	(110)
一、能动司法的体现	(110)
二、成文立法的解释	(117)
第四节 案例指导的价值蕴涵	(123)
一、公正	(123)
二、高效	(128)
三、权威	(131)
第三章 作为刑法解释机制的案例指导	(136)
第一节 刑法适用需要统一解释	(137)
一、弹性的刑法	(138)
二、建构的事实	(144)
三、能动的法官	(148)
第二节 刑法适用解释现状及其评价	(150)
一、刑法适用解释的形式	(151)
二、刑法适用解释的特点	(163)
三、刑法适用解释的困境	(171)
第三节 指导性案例解释的比较优势	(182)
一、指导性案例与法官个案解释权	(182)
二、指导性案例与裁判规范的发现	(188)
三、指导性案例与案件事实的建构	(194)

第四章 罪刑法定原则下的案例指导	(201)
第一节 罪刑法定原则及其司法实现	(202)
一、罪刑法定的基本内涵	(202)
二、罪刑法定的司法实现	(208)
第二节 刑法指导性案例的解释立场	(210)
一、指导性案例的解释目标	(210)
二、指导性案例的解释限度	(213)
三、指导性案例的解释方法	(216)
第三节 罪刑法定原则下的案例指导实践	(221)
一、刑法规范地发现	(225)
二、刑法规范的创造	(256)
第五章 刑法案例指导机制的建构	(280)
第一节 刑法指导性案例的形成	(281)
一、指导性案例的遴选	(282)
二、指导性案例的编写	(291)
第二节 刑法指导性案例的公布	(315)
一、指导性案例的统一发布	(317)
二、指导性案例的汇编整理	(324)
第三节 刑法指导性案例的效力	(332)
一、两大法系的刑法判例	(335)
二、指导性案例的效力定位	(346)
三、指导性案例的效力实现	(351)
第六章 刑法指导性案例的适用	(356)
第一节 指导性案例的适用情形	(358)
一、疑难案件及其形成	(359)
二、疑难案件与案例指导	(362)
第二节 刑法指导性案例的寻找	(363)
一、案件相似性的判断	(363)

二、情势权衡原则的运用	(369)
三、刑法谦抑性的制约	(374)
第三节 刑法指导性案例的援用	(378)
一、案例援用的依据	(379)
二、案例援用的内容	(380)
三、案例援用的方式	(386)
第四节 刑法指导性案例的规避	(389)
一、案例规避的情形	(389)
二、案例规避的方法	(390)
三、案例规避的监督	(393)
参考文献	(395)
后 记	(425)

Preface	(1)
Chapter1 The study on history of Chinese case guides ...	(9)
1.1 From the establishment of New China to the publication of “Supreme People’s Court Bulletin”	(11)
1.1.1 Early in the New China	(11)
1.1.2 In the early 1960s	(15)
1.1.3 At the beginning of reform and opening up	(18)
1.2 From the publication of “Supreme People’s Court Bulletin” to the introduction of “People’s Court second Five – Year Reform Program”	(23)
1.2.1 Bulletin published case	(24)
1.2.2 Other ways published case	(31)
1.2.3 Organization or participation in the case selection	(33)
1.3 Since the implementation of “People’s Court second Five – Year Reform Program” up to now	(38)
1.3.1 Bulletin case guides	(41)
1.3.2 The other case guides	(50)
1.4 Exploration of the local courts	(59)
1.4.1 The precedent judgment system	(59)

1.4.2	The follow – up and driving of other courts	(61)
Chapter 2	The basic theoretical issues of case guides	(68)
2.1	The concept definition of case guides	(70)
2.1.1	Case guides system	(70)
2.1.2	Guiding case	(75)
2.1.3	Comparative analysis of the relevant concepts	(79)
2.2	The operational basis of case guides	(93)
2.2.1	Practical reason	(94)
2.2.2	Precedent concept	(97)
2.2.3	Typed fact	(101)
2.2.4	Judgment text	(103)
2.2.5	Try level system	(106)
2.3	The legal nature of case guides	(110)
2.3.1	The embodiment of active justice	(110)
2.3.2	The explanation of written law	(117)
2.4	The value contains of case guides	(123)
2.4.1	Justice	(123)
2.4.2	Efficiency	(128)
2.4.3	Authority	(131)
Chapter 3	The case guides as an interpretation mechanism of criminal law	(136)
3.1	Criminal law application requires an unified interpretation mechanism	(137)
3.1.1	Flexible criminal law	(138)
3.1.2	Constructive fact	(144)
3.1.3	Active judge	(148)
3.2	The current situation and its evaluation of the applicable interpretation mechanism of criminal law	(150)

3.2.1	The main forms of criminal law's interpretation mechanism	(151)
3.2.2	The basic characteristics of criminal law's interpretation mechanism	(163)
3.2.3	The realistic dilemma of criminal law's interpretation mechanism	(171)
3.3	The comparative advantages of guiding case interpretation mechanism	(182)
3.3.1	Guiding case and judge's power of case interpretation	(182)
3.3.2	Guiding case and the discovery of adjudication rules	(188)
3.3.3	Guiding case and the construction of case facts	(194)
Chapter 4	The case guides under the principal of a legally prescribed punishment for a specified crime	(201)
4.1	The principal of a legally prescribed punishment for a specified crime and its judicial realization	(202)
4.1.1	Basic contents of the principal of a legally prescribed punishment for a specified crime	(202)
4.1.2	Judicial realization of the principal of a legally prescribed punishment for a specified crime	(208)
4.2	The basic position of guiding case in the interpretation of criminal law	(210)
4.2.1	The explanation target of guiding case	(210)
4.2.2	The explanation limit of guiding case	(213)
4.2.3	The explanation method of guiding case	(216)
4.3	The case guides practice under the principal of a legally prescribed punishment for a specified crime	(221)

4.3.1	The discovery of criminal law	(225)
4.3.2	The creation of criminal law	(256)
Chapter 5	The mechanism construction of guiding case system of criminal law application	(280)
5.1	The Conformation of criminal law guiding case ...	(281)
5.1.1	The selection of guiding case	(282)
5.1.2	The adaptation of guiding case	(291)
5.2	The issuance of criminal law guiding case	(315)
5.2.1	Uniform publishing of guiding case	(317)
5.2.2	Assembly reorganization of guiding case	(324)
5.1	The effect of criminal law guiding case	(332)
5.1.1	Criminal law legal precedent of the two legal systems	(335)
5.1.2	The effect definition of guiding case	(346)
5.1.3	The effect realization of guiding case	(351)
Chapter 6	The application of criminal law guiding case	(356)
6.1	The applicable circumstance of guiding case	(358)
6.1.1	Difficult cases and its conformation	(359)
6.1.2	Difficult cases and case guides	(362)
6.2	The search of criminal law guiding case	(363)
6.2.1	Judgment of case's similarity	(363)
6.2.2	Application of the principal of circumstance balance	(369)
6.2.3	Restriction of criminal law's modest restrain nature	(374)
6.3	The citation of criminal law guiding case	(378)
6.3.1	The basis of case citation	(379)
6.3.2	The contents of case citation	(380)
6.3.3	The ways of case citation	(386)

6.4 The circumvention of criminal law guiding
case (389)

6.4.1 The circumstance of case circumvention (389)

6.4.2 The method of case circumvention (390)

6.4.3 The supervision of case circumvention (393)

Billography (395)

Postscript (425)

前 言

1997 年刑法颁布后，确立了罪刑法定原则，刑法条文也相对完善、严整，但其作为成文法典所固有的滞后性、模糊性、不周延性乃至不符合目的性等局限与不足，仍然难以通过自身的修改和完善而得以全面克服。“法律的局限性孕育于立法活动，隐埋于法律文本，表现于适用过程。”^① 从刑法适用过程看，既可能因司法人员对抽象法律原则、规则理解不同而造成“同罪异罚”，也可能因司法体制、审判机制、司法环境、法官素质及社会意识等法外因素的影响和制约而导致“同案异判”。所以，刑法适用的不统一，包括在定罪量刑方面出现一些阶段性、局部性偏重、偏轻，甚至畸重、畸轻的现象，仍不容忽视。^② 例如，近年来广受关注的“受虐妇女杀夫案”，各地法院的判决结果差异较大。有的被告人被适用

^① 董皞著：《司法解释论》（修订版），中国政法大学出版社 2007 年版，第 59 页。

^② 从 2005 至 2009 年的全国司法统计来看，5 年来刑事二审案件改判、发回重审的占 20.96%，刑事再审案件改判、发回重审的占 54.24%。不仅刑事二审案件的改发率高于全部二审案件的改发率（19.63%），刑事再审案件的改发率也明显高于全部再审案件的改发率（39.59%）。可见，因上下级法院司法裁判尺度的不一致而造成的刑事法律适用不统一的问题较为突出。参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2006 年第 3 期、2007 年第 3 期、2008 年第 3 期、2009 年第 3 期、2010 年第 4 期所载的“全国司法统计公报”。

缓刑释放回家,^① 有的被判处5年以下有期徒刑,^② 而被判处10年以上、无期徒刑和死缓的也不在少数。^③ 再如,对近期引起广泛讨论的“醉驾案”,有的法院以“交通肇事罪”判处被告人较轻刑罚,^④ 有的法院以“以危险方法危害公共安全罪”判处被告人较重

① 例如,2005年2月3日,内蒙古自治区包头市昆都仑区人民法院判处因长期受虐待而杀夫的刘某有期徒刑3年,缓刑5年;2005年2月2日,北京市海淀区人民法院以故意杀人罪判处锤杀前夫的受虐妇女李某有期徒刑3年,缓刑3年;2006年12月7日,湖南省长沙市中级人民法院以故意杀人罪判处长期受虐待而锤杀丈夫的刘某有期徒刑3年,缓刑4年,等等。

② 例如,2003年6月4日,辽宁省大庆市中级人民法院以故意杀人罪判处因受虐杀夫的张某有期徒刑3年;2004年4月12日,江苏省南京市中级人民法院以故意杀人罪判处广受社会关注的“弱妻杀夫案”被告人丁某有期徒刑5年,等等。

③ 例如,2002年1月20日,河北省保定市中级人民法院以故意杀人罪判处长期受丈夫暴力殴打及性虐待而杀夫的李某无期徒刑;2003年7月1日,河北省宁晋县人民法院以故意杀人罪判处长期遭受家庭暴力,在忍无可忍的情况下,将丈夫杀死的刘某有期徒刑12年;2004年4月13日,北京市第一中级人民法院以故意杀人罪判处锤杀前夫的受虐妇女王某有期徒刑11年;2004年5月14日,北京市第二中级人民法院判决杀夫的受虐妇女刘某有期徒刑13年;2006年3月7日,上海市黄浦区人民法院判决受虐杀夫的王某有期徒刑14年,等等。

④ 例如,2008年7月28日,福建省漳州市芗城区人民法院以交通肇事罪判处酒后驾驶致2死5伤的司法民警张某有期徒刑3年,缓刑5年;2009年7月3日,河南省三门峡市湖滨区人民法院以交通肇事罪判处醉酒驾驶致6死7伤的王某有期徒刑6年6个月;2009年7月29日,重庆市南岸区人民法院以交通肇事罪判处醉酒超速驾驶致值勤交警1死3伤的张某有期徒刑2年,等等。

刑罚乃至无期徒刑、死刑,^① 还有的法院以“交通肇事罪”与“以危险方法危害公共安全罪”对被告人实行并罚,量刑也较重。^② 有评论认为:“醉酒驾车案件情况比较复杂,量刑不宜‘一刀切’。法官有自由裁量权,可根据不同案件的具体情况,综合多种因素进行判断。但是不管怎样,在普通百姓眼中,情节类似、造成后果类似的醉酒驾车事故,法官援引的法律依据、作出的最终裁定都差异巨大,让人看不懂。”^③

刑法适用的不统一,不仅表现为上述不同地区法院裁判之间出现定罪的不一致、量刑的不均衡,也表现为同一法院、同一合议庭,甚至同一法官对相同或类似情节的某种犯罪在不同时期作出差异悬殊的裁判。笔者曾采取抽查的方法,对北京市某区人民法院近三年判决的盗窃案和贩卖毒品案进行调研,结果发现“同罪不同判”的问题较为突出。例如,同是入室盗窃,归案后坦白犯罪事实,均无前科、自首、立功等法定从重、从轻情节的被告人,同一

① 例如,2007年2月7日,广东省佛山市中级人民法院一审以“以危险方法危害公共安全罪”判处酒后驾驶致2人死亡、1人轻伤的黎某死刑,后被广东省高级人民法院终审改判为无期徒刑;2009年5月7日,辽宁省沈阳市中级人民法院以“以危险方法危害公共安全罪”判处酒后驾驶造成3死2伤的吴某有期徒刑7年;2009年7月22日,四川省成都市中级人民法院一审以“以危险方法危害公共安全罪”判处醉酒驾车冲撞多辆汽车,造成4死1重伤的孙某死刑,后被四川省高级人民法院二审改判为无期徒刑;2009年8月和12月,河北省保定市中级人民法院与江苏省南京市中级人民法院以“以危险方法危害公共安全罪”,分别判处醉驾致交警1死1伤的张某和醉驾致5死4伤的张某某无期徒刑,等等。

② 例如,2009年9月10日,河南省安阳市中级人民法院以交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪,数罪并罚判处醉酒驾车撞死2人后逃逸致6人死亡、1人轻伤、2人轻微伤的魏某死刑。

③ 姜琳、强勇:《新华时评:期待醉驾法律适用尽快统一》,载 http://www.gx.xinhuanet.com/newscenter/2009-09/11/content_17711503.htm,2009年9月26日访问。

合议庭先后对入室盗窃 32000 元的许某判处 3 年 6 个月，对入室盗窃 32400 元的陈某判处 5 年 6 个月；同是以贩养吸，同一个法官对 20 天内贩卖海洛因 2 次共 2.8 克的刘某判处有期徒刑 1 年 6 个月，对一个月内贩卖毒品海洛因 2 次共 3 克的曹某判处有期徒刑 2 年 6 个月；同是将本人已被公安交管部门扣留的违章机动车偷出开走，黎某被法院以盗窃罪判处有期徒刑 3 年 6 个月，徐某则被法院以非法处置扣押财产罪判处有期徒刑 8 个月；同是盗取原供职公司计算机的软件，张某被法院以盗窃罪判处有期徒刑 3 年，而郝某被法院以破坏生产经营罪判处有期徒刑 1 年 6 个月，等等。

尽管不同案件的事实及情节不可能完全相同，但类案的相似性却在一定程度上客观存在。“正义要求同等情形或者极为相似的情形予以平等对待。”这是因为“一个制度若要恰当地完成其职能，就不仅要力求实现正义，而且还需致力于创造秩序”。^① 只有同等情况同等对待，才能为人们的行为提供一种合理的预期。“如果有一组案件所涉及的要点相同，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，如果今天我是原告，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，认为那是对我的实质性权利和道德权利的侵犯。如果两个案件都一样，每个人都会感受到这种感情的力量。因此，如果要想让诉讼人确信法院司法活动是公平的，那么坚持先例必须是一个规则而不是一个例外”。^② 由于不关注、不参照判决先例而导致的相似案件在裁判结果上的悬殊差异，不仅容易引发当事人对司法不公或司法腐败的合理怀疑，

^① [美] E. 博登海默著：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 330 页。

^② [美] 本杰明·N. 卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1998 年版，第 18 页。

造成缠诉、申诉甚至上访，而且会严重损害司法权威，降低司法公信力，致使人民法院的审判工作陷入被动。

正因为如此，法学界有识之士纷纷呼吁，中国应当借鉴西方国家判例制度的经验，充分发挥案例在弥补成文法不足、统一法律适用方面的作用。^①可以说，案例在司法过程中促进法律统一适用的作用已经得到了人们的普遍认同。在如何使案例具有指导性以充分发挥作用这一问题上，长期以来的通行观点认为，应当在中国引入判例制度，而这需要对现行法律进行修改，或经立法机关授权。但实践证明，这种建构中国判例制度的思路因涉及宪政体制的敏感地带而难以成为现实。这便导致了从建立判例制度的呼声响起至今20余载，人们仍在“案例”与“判例”的文字游戏中徘徊，案例在司法实践中仍未能充分发挥其应有的作用。所以，如何从我国国情出发，走出一条具有中国特色的判例建构之路，就成为我们应当认真思考的问题。

2005年10月26日，最高人民法院发布了《人民法院第二个五年改革纲要（2004—2008）》（法发〔2005〕18号，以下简称《二五纲要》），明确提出“建立和完善案例指导制度，重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件，规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等”，把案例指导制度作为“法院之间、法院内部审判机构之间和审判组织之间法律观点和认识的协调机制”，以统一司法尺度，确保人民法院统一、平等、公正地适用法律。这说明，案例指导作为在现行法律框架下一项重要的法律统一适用机制，现已成为人民法院着力推进的司法改革措施之一，其所具有的现实地位和意义已充分显现。尽管《二五纲要》中最高人民法院关于规定指导

^① 武树臣：《对十年间大陆法学界关于借鉴判例制度之研讨的回顾与评说》，载《判例与研究》1997年第2期。