

主办 中国案例法学研究会 清华大学法学院

中国案例法评论

Chinese Case Law Review

主编 易延友

案例制度

困境与突破：刑事案例指导制度之重塑与规制
中国式普通法？指导性案例与司法改革（节选）

案例法理

从公开到说理：新形势下载判文书说理的完善与思考
——对裁判文书中证据认定与“本院认为”的实证分析
行政诉讼指导性案例法律适用论证方法的考证与重证
——从“法律模糊”问题切入

个案研究

中华老字号知识产权保护的困境与突围
——以“同德福”商标争议案为样本

拍案惊奇

《圣经》中的经典案例

第2辑

2016年

总第4辑



法律出版社 | LAW PRESS

主办 中国案例法学研究会 清华大学法学院

中国案例法评论

Chinese Case Law Review

主 编 易延友
副主编 吴 革 李 轩

第2辑

2016年

总第4辑



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国案例法评论. 2016 年. 第 2 辑 / 易延友主编. —
北京: 法律出版社, 2017. 5
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0798 - 9

I. ①中… II. ①易… III. ①案例—中国 IV.
①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 083212 号

中国案例法评论(2016 年第 2 辑)
ZHONGGUO ANLIFA PINGLUN
(2016 NIAN DI 2 JI)

易延友 主编

策划编辑 李 群
责任编辑 李 群 李 璐
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 13
字数 250 千
版本 2017 年 5 月第 1 版
印次 2017 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www. lawpress. com. cn

投稿邮箱/ info@ lawpress. com. cn

举报维权邮箱/ jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线/ 010 - 63939792

咨询电话/ 010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/ 400 - 660 - 6393

第一法律书店/ 010 - 63939781/ 9782

西安分公司/ 029 - 85330678

重庆分公司/ 023 - 67453036

上海分公司/ 021 - 62071639/ 1636

深圳分公司/ 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0798 - 9

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编委会

主 任 王振民
副主任 张 骐
编 委 吴 革 李 轩 余凌云 何 兵 付子堂
易延友 彭 东 齐文远 林 维 苗连营
李仁玉 徐涤宇 孙万怀 刘志伟 王 轶

学术顾问

陈光中 江 平 李步云 张思之 方流芳 王晨光
张明楷 姜建初 苏泽林

编辑部

丁宇魁 张谟钧 罗治兵 梁风培 李兆绮 侯 尧
叶小珊 杜 媛 朱宗祺 向 宣

序

从商鞅变法到当代中国的法治改革，中华民族在法治进程中摸爬滚打，屡经磨难，终至今日。中国历史上从未有一个时代如现在这般如此重视法治。这是中国确立法治的黄金时代，是法律人波澜壮阔的大时代，当然也是法律人挥洒人生的绝美舞台。

法律的生命不外乎逻辑和经验，而经验正体现在一个个具体的案例中。法治既要靠立法，更要靠司法。从某种意义上说，法治是打官司打出来的，是立法者、司法者和全国国民共同努力创造出来的。法治大厦既由一个个伟大的法典来支撑，也由一个个伟大的案例来巩固。案例既是司法的基本单位，也是普通民众对法律最直接的感知，所有高深的法学理论都可以在现实案例中找到鲜活的对照。“群众对于学术无爱好心，其结果不特学术消沉而已，堕落民德为之尤巨”（傅斯年语），案例正是连接学术理论与普通民众的绝佳媒介。案例背后是一个个平等、鲜活、珍贵而无法忽视的个体，他们或主动或被动地将个体生命投入时代发展、历史嬗变的洪流，为了法律的尊严抑或只是为了生存，其结果或悲或喜、幸与不幸，个中当事人、代理律师、专家学者和社会公众都会有不同的解读。思想上的自由导致众声嘈杂，这并非坏事，但不经理性过滤的情感就是一眼浊泉，偏激与狂热、成见与功利主义导致的情感过度宣泄实为另一种暴力。因此，相比五花八门的媒体评论，专业的深度解读更有助于超越平庸、狭隘和偏见，减少误读与蒙蔽。

“唯治乱之机，系于人心敬肆（或振靡）之间”（梁漱溟语），学术从来不是遗世独立的孤高存在，案例背后也不只是冷冰冰的法条。天理与法理、人心与人生，秩序与自由、利益与正义等均汇聚其中。如何以个案促进法治，如何让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，如何让法律人在每一个司法案件中反思公平正义，这是我们内心时时萦系、念念不忘之法治理想与法学图景，亦是《中国案例法评论》之创立初衷。

作为全国第一个专注于案例评论的连续出版物，所有文章皆由法学专家、一线法曹对案例背后的法理、学理与法治精神进行深入剖析，“不为浮夸之辞，不述荒唐之语”。一切

努力皆源于热爱，我们无比热爱这个时代，爱它的美丽与颓废、自由与专断、热闹与幽静、狂热与伤感、凡人与英雄、痴愚与圣贤。因此我们希望这个刊物上发表的文字，这一点一滴、一字一句的努力，可以去除一点冲动、偏狭、强横、专断、麻木、消沉，它的态度、深度、气度，能够引学者之思考，给学子以启迪，开民众之智识。涓涓细流终将汇成奔涌的江河，我们将以案例见证与记录这个伟大的法治时代。



2015 年 5 月 22 日

案例制度

刑事指导性案例审视与评价

——从最高人民法院发布的 14 批指导性案例切入

孙万怀 闻志强 / 1

刑事指导案例适用现状及规范路径

马 朗 刘晓宇 / 10

困境与突破：刑事案例指导制度之重塑与规制

朱 敏 黄金波 / 17

“以案例指导为补充”司法审判原则的思考

匡爱民 严 杨 / 27

中国式普通法？指导性案例与司法改革（节选）

蔡沈铭（译） 孙海波（校） / 38

案例法理

从公开到说理：新形势下载判文书说理的完善与思考

——对裁判文书中证据认定与“本院认为”的实证分析

周 芳 / 47

行政诉讼指导性案例法律适用论证方法的考证与重证

——从“法律模糊”问题切入

魏学锋 / 58

股东派生诉讼源流及超越：一个实证分析

丁 磊 / 68

个案研究

中华老字号知识产权保护的困境与突围

——以“同德福”商标争议案为样本

马 军 / 83

我国商品化权的现状与司法应对

——以“功夫熊猫案”为切入点

袁 博 / 90

评“森麒麟”案中商标近似的判断方法	龚自力 / 105
对“偶然致死”型社会热点案件的量刑思考 ——评徐某某诈骗猝死案	张召怀 / 116

拍案惊奇

《圣经》中的经典案例	杨宇冠 / 128
------------	-----------

裁判选登

东三宝诉弘昌工具公司案民事判决书	/ 147
------------------	-------

附录

最高人民法院案例裁判要旨（2016 年）	/ 157
----------------------	-------

刑事指导性案例审视与评价

——从最高人民法院发布的14批指导性案例切入

孙万怀 闻志强*

我国已经建立指导性案例制度,但在实施过程中仍然存在各种问题。本文主要以最高人民法院发布的14批指导性案例为考察对象和分析样本,着重对其中的刑事指导性案例展开分析和评价,并根据相关数据反映的问题予以思考,探讨解决问题的路径,以期进一步完善我国的指导性案例制度规定,进而推动新一轮司法改革和法治中国建设沿着正确的方向向更高水平发展。

一、刑事指导性案例的基本样态梳理

根据相关数据统计,截至2015年12月31日,最高人民法院和最高人民检察院(以下简称“两高”)共发布了32个刑事指导性案例,其中,最高人民检察院发布

了6批刑事指导性案例,共计23个;最高人民法院发布了11批指导性案例,涉及刑事的共有9个。^[1]其中,考虑到司法审判的终局性、权威性,本文主要以最高人民法院发布的指导性案例为考察对象和分析蓝本。根据我们认真地搜集、查阅和梳理所获得的数据,仅仅就最高人民法院一家单位而言,其自2011年12月发布第一批指导性案例以来,迄今为止(本文数据统计截至2016年10月21日)共发布了14批69件指导性案例。其中,最新一次发布的是第14批指导性案例(2016年9月19日),^[2]但是这一次发布的指导性案例中没有刑事指导性案例。因而,截至目前,最新发布的属于刑事指导性案例的,是第

* 孙万怀,华东政法大学教授、博士生导师,中国案例法学研究会常务理事;闻志强,华东政法大学刑法学专业博士研究生,日本一桥大学访问学者。

[1] 北大法律信息网指导案例研究组:“‘两高’刑事指导性案例的司法应用年度报告(2015)”,载北大法律信息网:<http://www.chinalawinfo.com/AdHtml/20160122/fulltext.html>,最后访问时间:2016年10月30日。

[2] 参见《最高人民法院关于发布第14批指导性案例的通知》(法〔2016〕311号)。

13 批指导性案例（2016 年 6 月 30 日）中的 61 号、62 号、63 号三个案例，分别是马乐利用未公开信息交易案、王新明合同诈骗案、徐加富强制医疗案。^{〔3〕} 通过我们仔细地整理发现，涉及刑事指导性案例的共有六个批次、总计 12 件，占有指导性案例（69 件）的比例为 17.39%，将近五分之一。具体而言，分布情况如下：

第 1 批指导性案例中的 3 号潘玉梅、陈宁受贿案，4 号王志才故意杀人案；

第 3 批指导性案例中的 11 号杨延虎等贪污案、12 号李飞故意杀人案；

第 4 批指导性案例中的 13 号王召成等非法买卖、储存危险物质案，14 号董某

某、宋某某抢劫案；

第 7 批指导性案例中的 27 号臧进泉等盗窃、诈骗案，28 号胡克金拒不支付劳动报酬案；

第 8 批指导性案例中的 32 号张某某、金某危险驾驶案；

第 13 批指导性案例中的 61 号马乐利用未公开信息交易案、62 号王新明合同诈骗案、63 号徐加富强制医疗案。

对此，结合各个案件的具体内容和其他相关情况，我们整理如下表格（参见表 1），将有助于对最高人民法院已经发布的刑事指导性案例的基本情况有更为直观和清晰的了解。

表 1 最高人民法院发布的刑事指导性案例一览表
（截至 2016 年 10 月 21 日）

第 1 批：

潘玉梅、陈宁受贿案（编号：3 号；涉及罪名：受贿罪）

【裁判要点】

第一，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，并与请托人以“合办”公司的名义获取“利润”，没有实际出资和参与经营管理的，以受贿论处。

第二，国家工作人员明知他人有请托事项而收受其财物，视为承诺“为他人谋取利益”，是否已实际为他人谋取利益或谋取到利益，不影响受贿的认定。

第三，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以明显低于市场的价格向请托人购买房屋等物品的，以受贿论处，受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算。

第四，国家工作人员收受财物后，因与其受贿有关联的人、事被查处，为掩饰犯罪而退还的，不影响认定受贿罪。

王志才故意杀人案（编号：4 号；涉及罪名：故意杀人罪）

【裁判要点】

因恋爱、婚姻矛盾激化引发的故意杀人案件，被告人犯罪手段残忍，论罪应当判处死刑，但被告人具有坦白悔罪、积极赔偿等从轻处罚情节，同时被害人亲属要求严惩的，人民法院根据案件性质、犯罪情节、危害后果和被告人的主观恶性及人身危险性，可以依法判处被告人死刑，缓期二年执行，同时决定限制减刑，以有效化解社会矛盾，促进社会和谐。

第 3 批：

杨延虎等贪污案（编号：11 号；涉及罪名：贪污罪）

【裁判要点】

第一，贪污罪中的“利用职务上的便利”，是指利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件，既包括利用本人职务上主管、管理公共财物的职务便利，也包括利用职务上有隶属关系的其他国家工作人员的职务便利。

〔3〕 参见《最高人民法院关于发布第 13 批指导性案例的通知》（法〔2016〕214 号）。

续表

第二，土地使用权具有财产性利益，属于刑法第三百八十二条第一款规定中的“公共财物”，可以成为贪污的对象。

李飞故意杀人案（编号：12号；涉及罪名：故意杀人罪）

【裁判要点】

对于因民间矛盾引发的故意杀人案件，被告人犯罪手段残忍，且系累犯，论罪应当判处死刑，但被告人亲属主动协助公安机关将其抓捕归案，并积极赔偿的，人民法院根据案件具体情节，从尽量化解社会矛盾角度考虑，可以依法判处被告人死刑，缓期二年执行，同时决定限制减刑。

第4批：

王召成等非法买卖、储存危险物质案（编号：13号；涉及罪名：非法买卖、储存危险物质罪）

【裁判要点】

第一，国家严格监督管理的氰化钠等剧毒化学品，易致人中毒或者死亡，对人体、环境具有极大的毒害性和危险性，属于刑法第一百二十五条第二款规定的“毒害性”物质。

第二，“非法买卖”毒害性物质，是指违反法律和国家主管部门规定，未经有关主管部门批准许可，擅自购买或者出售毒害性物质的行为，并不需要兼有买进和卖出的行为。

董某某、宋某某抢劫案（编号：14号；涉及罪名：抢劫罪）

【裁判要点】

对判处管制或者宣告缓刑的未成年被告人，可以根据其犯罪的具体情况以及禁止事项与所犯罪行的关联程度，对其适用“禁止令”。对于未成年人因上网诱发犯罪的，可以禁止其在一定期限内进入网吧等特定场所。

第7批：

臧进泉等盗窃、诈骗案（编号：27号；涉及罪名：盗窃罪、诈骗罪）

【裁判要点】

行为人利用信息网络，诱骗他人点击虚假链接而实际通过预先植入的计算机程序窃取财物构成犯罪的，以盗窃罪定罪处罚；虚构可供交易的商品或者服务，欺骗他人点击付款链接而骗取财物构成犯罪的，以诈骗罪定罪处罚。

胡克金拒不支付劳动报酬案（编号：28号；涉及罪名：拒不支付劳动报酬罪）

【裁判要点】

第一，不具备用工主体资格的单位或者个人（包工头），违法用工且拒不支付劳动者报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的，应当以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任。

第二，不具备用工主体资格的单位或者个人（包工头）拒不支付劳动报酬，即使其他单位或者个人在刑事立案前为其垫付了劳动报酬的，也不影响追究该用工单位或者个人（包工头）拒不支付劳动报酬罪的刑事责任。

第8批：

张某某、金某危险驾驶案（编号：32号；涉及罪名：危险驾驶罪）

【裁判要点】

第一，机动车驾驶人员出于竞技、追求刺激、斗气或者其他动机，在道路上曲折穿行、快速追赶行驶的，属于刑法第一百三十三条之一规定的“追逐竞驶”。

第二，追逐竞驶虽未造成人员伤亡或财产损失，但综合考虑超过限速、闯红灯、强行超车、抗拒交通执法等严重违反道路交通安全法的行为，足以威胁他人生命、财产安全的，属于危险驾驶罪中“情节恶劣”的情形。

第13批：

马乐利用未公开信息交易案（编号：61号；涉及罪名：利用未公开信息交易罪）

【裁判要点】

刑法第一百八十条第四款规定的利用未公开信息交易罪援引法定刑的情形，应当是对第一款内幕交易、泄露内幕信息罪全部法定刑的引用，即利用未公开信息交易罪应有“情节严重”“情节特别严重”两种情形和两个量刑档次。

王新明合同诈骗罪（编号：62号；涉及罪名：合同诈骗罪）

【裁判要点】

在数额犯中，犯罪既遂部分与未遂部分分别对应不同法定刑幅度的，应当先决定对未遂部分是否减轻处罚，确定未遂部分对应的法定刑幅度，再与既遂部分对应的法定刑幅度进行比较，选择适用处罚较重的法定刑幅度，并酌情从重处罚；二者在同一量刑幅度的，以犯罪既遂酌情从重处罚。

徐加富强制医疗案（编号：63号）

【特别说明】

本案涉及《中华人民共和国刑法》第十八条第一款和《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百八十四条的理解和适用。严格意义上讲，不属于刑事实体法具体案例。

【裁判要点】

审理强制医疗案件，对被申请人或者被告人是否“有继续危害社会可能”，应当综合被申请人或者被告人所患精神病的种类、症状，案件审理时其病情是否已经好转，以及其家属或者监护人有无严加看管和自行送医治疗的意愿和能力等情况予以判定。必要时，可以委托相关机构或者专家进行评估。

二、刑事指导性案例发布的特点与反映的问题

结合上表所显示的内容和其他相关统计情况进行分析，可以发现最高人民法院已经发布的刑事指导性案例呈现以下几个基本特点，并反映出值得案例法学界思考和关注的问题。具体而言，主要表现在以下几个方面：

第一，从发布规律上来看，最高人民法院发布的刑事指导性案例的数量在逐渐增加，发布频率逐渐升高，间隔时间逐渐缩短，未来对刑事指导性案例的重视和挖掘程度仍然存在继续提高和上升的可能和空间。在案例指导实行初期，刑事指导性案例并非在每一批都存在，一般为1到2个，而在第13批指导性案例中则占有3个。此外，所遴选的指导性案例都主要集中在近几年，尤其是2009~2013年审结或者生效的刑事案件。

第二，从所遴选的案例特点和基本特征来看，大致呈现以下较为明显和集中的几处：（1）所遴选的案例在所属地域范围

上，基本上都是发生在东部省市的经济发达地区，特别是北京、上海、浙江等地区。

（2）所遴选的案例主要集中于刑法分则部分，所涉及的罪名包括受贿罪、故意杀人罪、贪污罪、非法买卖、储存危险物质罪、抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、拒不支付劳动报酬罪、危险驾驶罪、利用未公开信息交易罪、合同诈骗罪。从所属的刑法分则章节来看，主要集中于刑法分则第二章“危害公共安全犯罪”、第四章“侵犯公民人身权利、民主权利罪”、第五章“侵犯财产权罪”和第八章“贪污贿赂罪”。尤其需要指出的一点是，涉及故意杀人罪的案例有两个，是唯一一个在指导性案例中出现两次的分则罪名，主要是关于死刑适用标准问题尤其是判处死刑立即执行的标准掌握问题。（3）案例编写的结构基本稳定下来，每一个指导案例均由七部分组成，即标题、关键词、裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果及裁判理由。虽然都包含裁判要点和理由阐述内容，但是总体而言，包括裁判说理部分在内的整体字数偏少，基本维持在3000字以下，裁判理由部

分的阐述一般维持在 1000 字左右,因而导致说理不充分,阐述不完整,论证深度不够。(4) 刑事指导性案例的裁判依据和引用法条主要集中于刑法典的明文规定和司法解释的进一步解释规定,特别是针对刑法分则部分的明文规定和解释规定。不少刑事指导性案例的裁判要点和裁判理由的主要内容,大量地在重复法律和司法解释的明文规定,导致指导性案例的定位不清、角色不明。如果指导性案例完全沦为对法律明文规定的重述,那么其指导意义和价值将变得不那么重要甚至荡然无存。因为全国各级各地司法机关特别是法院在司法实践和审判实践中,完全可以直接依据法律规范本身做出裁判,无须具体参照和援引指导性案例作为支撑性依据,倘若如此,则指导性案例的指导性地位和指引功能将会受到质疑和动摇,相应地对于司法实践的参考价值和意义也将大打折扣甚至不复存在。(5) 所遴选的案例在审理法院级别上,具有多样化、层次性,但是主要为地方高级人民法院审结生效的案件,对于基层人民法院和中级人民法院审结生效的案件遴选重视程度和覆盖面仍然不够。(6) 从案例本身涉及的内容来看,基本上都是实体性问题的指引,程序性问题的指引暂未出现。与此同时,根据刑事指导性案例裁判要点所反应的问题,可以将其分为四大类,即“回应公共议题”型、“考虑被害人诉求”型、“重申司法解释”型和“拓展司法解

释”型。其中,只有“拓展司法解释”型的指导性案例才真正符合刑事案例指导制度的应有之义,对司法实践具有直接的指导作用。^[4]但是审视最高人民法院发布的刑事指导性案例,主要集中于前面三类,“拓展司法解释”型的刑事指导性案例则很少出现。特别是有相当数量的指导性案例表现为对刑法等法律明文规定和司法解释规定的重申,这一点较为集中地反映在裁判要点和裁判理由的阐述内容中。因而,从实质意义角度来看,大部分的刑事指导性案例不能代表和彰显其具有的对于司法实践权威的、普遍的指导性意义和价值,而且使得其本应具有或者可能具有的对于法律规定不明确、模糊之处之阐释功能,对于拓展和延伸司法解释相关规定特别是兜底条款生命力使其具体化的法律发现或填补漏洞等使命无法切实得到有效发挥。

第三,从已发布的刑事指导性案例的司法适用即援引参照情况来看,应用案例偏少,处于鲜见参照的境地,整体参照率极低。^[5]这个问题主要表现在以下几个方面:(1) 从基本面相和分布上看,援引指导性案例的应用案例数量偏少,总体上应用频率不高、广度不够。除去最高人民法院新近发布的第 13 批指导性案例(2016 年 6 月 30 日)中的 61 号、62 号、63 号三个刑事指导性案例以外,在其他 9 个已发布刑事指导性案例中,已经出现了被司法机关适用的先例。但是,也仅仅只是发现

[4] 参见周光权:“刑事案例指导制度:难题与前景”,载《中外法学》2013 年第 3 期。

[5] 参见向力:“从鲜见参照到常规参照——基于指导性案例参照情况的实证分析”,载《法商研究》2016 年第 5 期。

了“4个被应用于司法实践，即指导案例3号、11号、12号和13号，援引这4个指导性案例的案例，即应用案例，共有10个，其中，应用频率最高的是指导案例13号，其应用案例共有6个，其次为指导案例11号，其应用案例共有2个，最后为指导案例3号和12号，其应用案例均为1个。这10个应用案例主要集中在河北、广东、浙江、湖北、四川和贵州省，且以中级法院和二审程序为主、其涉及的罪名包括贪污罪，受贿罪，故意伤害罪，非法买卖、储存危险物质罪和非法买卖、运输爆炸物罪。”^{〔6〕}（2）在最高人民法院发布相关指导性案例后，全国各地法院虽然遇到了数量庞大的案件待审理，但是对于相同或者类似案件的审理，其并没有在审判实践中大量参照或者援引指导性案例进行裁判。在我们看来，这至少反映出如下问题值得思考，即究竟什么才是相同或者类似案件，也即指导性案例适用的对象和参照的标准究竟是什么？是案情相同或类似，还是罪名相同或类似，抑或者存在其他可资判断的标准或因素？应当说，结合前述最高人民法院发布的刑事指导性案例特点即可发现，基本上都是针对实体性问题所遴选的案例，那么在刑法领域，能够反映实体法问题的就是两点：一个是基本案情，一个是被告人所涉罪名。这两个因素应当成为判断同类案件的重要标准。然而，需要指出的一点是，截至目前，“两高”尚

未对此问题做出一个明确的规定，也没有相应的实施细则和可操作标准。这就导致指导性案例本身是否具有普遍性、指导性和可参照性受到质疑，而且在没有相对较为明确、规范、成熟、完善的可适用、可参照标准确立之前，司法机关工作人员特别是各级各地的法官也没有动力和意愿去适用一个不确定性的标准，因为一旦拿捏失当、参照标准理解有误，将会带来很多风险，这也进一步抑制了法官群体适用指导性案例的热情、动力和积极性。当然，这个问题本身也从另一个侧面反映出指导性案例在同类案件中的司法应用空间还是比较大的，仍然有待进一步挖掘和拓展。（3）在最高人民法院发布相关指导性案例后，被遴选的原案例所在区域的司法机关审理同类案件和被遴选的原案例自身所在的法院审理同类案件时，适用指导性案例的数量、频率、广泛度等远远不够，在指导性案例的司法适用方面并没有发挥引领作用，也没有对指导性案例的进一步扩大使用范围、增加影响力等方面发挥积极带动效应和产生辐射效果。这一点其实比较容易理解，一般而言，曾遴选出指导性案例的地域甚至是具体的法院、法官，应该更加关注和重视对指导性案例的司法适用和援引参照。然而，根据相关数据统计，前一类型以浙江省为例，后一类型以上海市为例，都反映了司法适用少、频率低等基本相同的问题。^{〔7〕}因而，无论是从全国

〔6〕 北大法律信息网指导案例研究组，见前注〔1〕。附加说明的一点是，截至目前，最高人民检察院发布的6批23个刑事指导性案例中，尚未发现有被应用于司法实践的现象。

〔7〕 具体统计数据和分析，参见北大法律网指导案例研究组，见前注〔1〕。

司法机关的整体角度来看，还是从被遴选案例所在的局部地域或者所在的审理法院来看，在最高人民法院发布刑事指导性案例后，虽然相同或类似案件的审结数量非常巨大，但是实际的司法适用即应用案例数量却与此不成比例，存在严重失衡的不协调现象。故此，这也反映出刑事指导性案例的司法应用空间和领域是非常大的，仍然有必要进一步加强和完善我国刑事案例指导制度的具体实施细则和操作标准，从而赋予其更为广阔的生命力和发展前景。

三、刑事指导性案例的司法适用 完善路径与建议

根据相关数据统计分析和前文作出的分析，针对当下我国已经建立的刑事指导性案例发布、实施以来所产生的问题，我们认为应当从以下几个方面予以改进和完善，从而推动具有中国特色的案例指导制度发挥实质性作用和积极影响，并助推法治中国建设。

第一，要结合司法实践一线审判经验和实际情况，进一步增加相当数量的指导性案例，并探索建立和完善一套完整的、规范的、多元化的、具有广泛性和普遍性的、定期发布的刑事案例搜集、整理、筛选、发布、适用、反馈体制机制，适当吸纳中西部地区司法裁判案件和基层一线司法裁判案例成为指导性案例，使得案例指导制度从遴选案例开始到司法审判援引参照再到效果反馈等拥有一个全面、顺畅的

运作平台、环境和条件，最终形成指导性案例体系。应当看到，目前，作为刑事诉讼程序的终局审判机关，最高人民法院发布的指导性案例数量明显偏少，而其中涉及的刑事指导性案例数量就更少了。这显然难以满足当下的司法实践需求，难以应对具有特殊性、典型性、复杂疑难案件和具有共性特征的案件交织分布的司法现实，其指导性价值、指引性功能、普遍适用性和高度权威性仍然受到较大程度的制约和掣肘。事实上，指导案例的数量在很大程度上决定了其对司法实践影响的广度和深度，因此，目前，指导案例的数量对全国司法审判工作的指导意义可以说是微乎其微。此外，刑事指导性案例发布频率较低，间隔期间不稳定，使得案例指导制度的规范性、完整性、连贯性颇受质疑，因而完备、规范的定期发布机制的建立和完善是非常必要的，具体涉及发布案例数量、频率、类别等各项具体指标和内容。^{〔8〕}在制度规范成熟以后，也可以根据特殊情况考虑进行个案发布或不定期发布。

第二，必须进一步明确刑事案例指导制度的角色定位，设定合理妥当的指导性案例筛选标准和机制，发挥和强化指导性案例应当具有的指导性价值、指引性功能和对于法律、司法解释不明确、模糊之处、兜底条款等内容的进一步释法性、探索性、引领性、示范性效应和积极效果。应当看到，在指导性案例的基本编写规范结构中，最为核心的部分是裁判要点和裁判理由阐

〔8〕 参见秦宗文、严正华：“刑事案例指导运行实证研究”，载《法制与社会发展》2015年第4期。

述部分，特别是裁判要点的论述，这是指导性案例的核心和精华部分，其不仅体现了法官在裁判具体案件过程中对法律问题的理解与判断，还为各级法院在处理类似案件上提供了新的思路和方法。^{〔9〕}其鲜明而又集中地体现了“指导性”之内涵所在。因而，应当着力改变目前指导性案例对于法律明文规定和司法解释规定的重述现状，大幅度减少“回应公共议题”型、“考虑被害人诉求”型、“重申司法解释”型等指导性案例的发布，而要大力发现和遴选“拓展司法解释”型指导性案例。从司法实践角度来看，欲使刑事指导案例发挥应有的作用，就必须将其选择重点定位于法律适用问题上，^{〔10〕}特别是具有代表性、典型性的、疑难复杂、长期困扰司法实践的、法律法规等规定比较原则、不够具体、明确或者设置兜底条款的案件，因为只有这种类型的经过遴选形成的指导性案例，才真正符合案例指导制度的设立初衷和根本意旨，才具有对司法实践特别是审判实践的切实指导意义和创新引领价值，才能真正有利于发挥指导性案例的司法适用良好效果和积极影响。

第三，必须非常重视和加强裁判文书说理，尤其是不能人为地、任意地删减、处理被遴选案例的裁判理由阐述部分和裁判要点内容，从而保持被遴选案例的原貌和完整性，使得其他各级各地法院在审判

实践中，援引、参照指导性案例进行司法适用具有明确的事实依据、充分的法理依据和坚实的刑法基础理论依据。“案例指导旨在确立判例的权威性和参照性，但是如果判例本身就是武断的，缺乏事实与规范的推演过程，缺乏充分的说理，则个案的比附只能是一种威权的游戏而不是权威的模范。如果满足于一种形式而忽略了制度内容的合理性，则会影响制度的生命力，甚至最终会导致案例指导制度热闹之后归于沉寂。”^{〔11〕}裁判文书说理是司法裁判的重要评价标准和质量保证的生命线，不仅要体现在每一个裁判中，更应该体现在每一个被遴选的，进而成为刑事指导性案例的裁判文书中。因为刑事裁判文书缺乏说理，将导致裁决沦为一种缺乏权威性的“单纯的暴力”，也阻断了司法实践与刑法学理论之间的通道，其结果是出现实务界与理论界的“反目”。^{〔12〕}目前，最高人民法院发布的刑事指导性案例，不仅总体字数少，裁判说理和裁判要点等集中体现说理内容的部分更是被大幅度缩减和简略处理，倒是主要着墨于事实叙述部分，这在一定程度上表明相关部门还并未真正重视裁判文书的说理和实践执行，这就难以推动案例指导制度由制度规定走向实践一线，更难以发挥指引和促进理论研究的积极作用。从刑事指导性案例本身出发，我们认

〔9〕 参见孙春雨、张翠松：“检察案例指导制度的运行机制”，载《人民检察》2013年第16期。

〔10〕 参见张倩：“刑事指导性案例司法适用问题研究”，载《法律适用》2014年第6期。

〔11〕 孙万怀：“刑事指导案例与刑法知识体系的更新”，载《政治与法律》2015年第4期。

〔12〕 孙万怀：“公开固然重要，说理更显公正——‘公开三大平台’中刑事裁判文书的公开之局限”，载《现代法学》2014年第2期。

为，除了重视基本相同和类似案情的比较与参照外，还应关注和重视从罪名角度出发进行基本相同罪名的比较与参照；不仅要重视刑法基础理论研究和基本法理对于案件裁判说理的支撑和指引，还要注重法官的裁判说理给予刑法理论研究的指引和相互融合、相辅相成。

第四，必须尽快建立和完善具有可操作性的实施细则，对于刑事指导性案例的参照因素、参考对象和援引适用标准作出明确的规定，使其能够为一线法官提供可资判断的要素依据，降低适用错误风险，释放司法适用活力，鼓励和加大司法适用积极性。根据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》，对于最高人民法院发布的刑事指导案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。但是带来的问题是，一者，最高人民法院对于自己已经发布的指导性案例在以后的司法裁判中是否也要遵循还是只要求地方各级法院遵循？最高人民法院能否自行改变或者废弃指导性案例已经确立的司法裁判标准？这一点在一些死刑案件中表现得尤为集中和突出。二者，地方各级法院在参照适用指导性案例时，如何判断待审理案件和指导性案例之间存在相同或者类似情形，进而可以决定或者准确判断应当予以参照适用的结论？显然，不确立指导性案例的体系性法律效力，不明确相同或类似案件的判断标准，就难以得出可以参照适用的结论，难以让一线法官放手、大胆地适用，更难以达到法制统一、协调平衡实现法治和正义的终极目标。

对此，迫切需要最高司法机关出台具有可操作性的实施细则和相关解释规定，从而确立识别判断标准和具体规则，建立和完善一整套的相关识别规范和判断路径。我们认为从刑事审判实践出发，结合刑事指导性案例的基本特征、内容等综合来看，事实即案情比较和案由即涉及罪名，应当主要是两个考察标准和判断规则，需要围绕这两个关键要素进行识别规则的建构和完善。

第五，必须进一步注重维护指导性案例建立起来的指导性案例制度之统一性、衔接性、协调性和一致性，绝对避免违反统一性、协调性原则的要求，否则将吞噬指导性案例的生命，并给指导性案例的权威性和有效性带来不利影响和不良后果。近期发生的引发强烈关注的“贾敬龙案”在死刑适用标准特别是死刑立即执行问题的掌握上，不仅与刑法明文规定的死刑适用标准相悖，也与最高人民法院发布的有关特殊案件适用死刑的司法解释规定不符，更与法治中国背景下的党和国家一再强调的“少杀、慎杀、可杀可不杀的坚决不杀”之死刑适用刑事政策、宽严相济刑事政策精神和基本态度不契合，也违背了先前李昌奎案、药家鑫案等确立的死刑司法适用标准，更与近期发布的两个涉及死刑的指导案例4号——王志才故意杀人案和指导案例12号——李飞故意杀人案不协调，这仍然值得给予深刻反思和研究。

（编辑：张谟钧）