



刑法学博士文库

# 刑法判例论

何慧新 著



中国方正出版社

北京大学刑法学博士文库

# 刑法判例论

何慧新 著

中国方正出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑法判例论/何慧新著. - 北京: 中国方正出版社, 2001.5  
ISBN 7-80107-480-7

I. 北… II. 何… III. 刑法-法的理论-文集  
IV. D914.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 028218 号

## 刑法判例论

中国方正出版社出版发行 新华书店经销

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

中国农业出版社印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 7.625 字数: 172 千字

2001 年 6 月第 1 版 2001 年 6 月北京第 1 次印刷

印数: 1—3500 册 定价: 99.20 元 (套) 12.40 元 (册)

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

# 北京大学刑法学博士文库编委会

主 任 杨春洗  
委 员 (以姓氏笔画为序)  
刘守芬 陈兴良 张 文  
杨春洗 储槐植

# 总 序

北京大学是一所百年老校，追求思想与学术的统一：以思想启迪学术，以学术传递思想；思想栖息在学术中，学术浸润在思想里，开一代风气之先。北京大学刑法学博士点在北大学风的熏陶下，以推动我国刑法现代化，推进我国刑法理论研究为使命，自1990年建点以来，推出了一批在思想性与学术性两方面均颇有建树的博士论文。这些论文，除个别已经公开出版以外，其他均未能面世，殊为可惜。有感于此，经与中国方正出版社联系，这些博士论文以北京大学刑法学博士文库的名义正式推出，使之成为社会共享的刑法理论资源。

刑法学是一门理论性与实践性很强的学问，尤其是随着我国刑事立法与刑事司法的发展，刑法理论本身也不断更新。可以说，没有刑法理论的指导，就不会有科学的刑事立法与自觉的刑事司法。北大刑法学博士点历来注重刑法理论的研究，前承蔡枢衡先生、甘雨沛先生等老一辈刑法学家的学术思想，将刑法的研究纳入人文社会科学研究视域，古今中外相观照，以提升刑法学的理论水平。同时，北大刑法学博士点亦十分注重刑法学的应用性，关注刑事立法与刑事司法，力求解决立法实践与司法实践提出的各种疑难问题，从而使刑法理论立足于实践，在实践中获得强大的生命力。北大刑法学博士点在博士生的培养中，坚持上述原则，并反映在博士论文当中。从博士论文的选题和内容来看，有一些属于理论性的论题，作者能够运用刑法理论分析问

题、解决问题，取得了前沿性的研究成果。有一些属于实践性的论题，作者能够面对立法与司法的现实，选取某一个角度，从理论上加以研究，对于刑事立法与刑事司法具有直接的指导意义。还有一些是专门研究外国刑法的，在广泛搜集资料的基础上，对相关问题作了系统的梳理，从而对我国刑法的发展具有借鉴意义。尤其应当指出的是，北大刑法学博士点秉承刑事一体化的原则，除了刑法以外，研究方向还包括犯罪学和监狱学。因此，在出版的博士论文中，也包括犯罪学和监狱学的博士论文，在该领域内部处于领先的学术地位。

学术研究是一项需要持久努力的事业；同时，学术研究又是一项集体共同的事业。北大刑法学博士点就是这样一个刑法学研究基地，在向社会不断输送人才的同时，也使博士点本身不断发展壮大。这套刑法学博士文库，正反映了北大刑法学博士点的理论实力。她不仅包含着各位作者的智慧，也凝聚各位指导教师的心血，可以说是师生共同的学术成果。现在，将这些博士论文出版，也正是为了检验北大刑法学博士点的学术水平。我们相信，随着更多年青人取得博士学位，将会有更多的博士论文收入文库，从而为我国刑法理论研究贡献一分力量。

北京大学刑法学博士文库由北京大学法学院刑法学博士点的博士生导师组成编委会，逐年出版本博士点通过的博士论文。但愿这些博士论文能够成为学术上的新生力量，不断地激活刑法理论。如此，则设立北大刑法学博士文库初衷如愿矣。

《北京大学刑法学博士文库》编委会  
1999年夏于北京大学

# 序

杨春洗

判例法国家开始重视制定法的作用，大陆法系国家判例的作用也不断加强。中国是一个成文法国家，法典至上。对中国是否存在判例法传统以及中国能否借鉴英美国家的判例制度始终是一个存在争议的问题。刑法判例制度，不仅是刑法学问题，而且是很重要的法理学问题；不仅是重大的理论问题，而且是不能回避的实践问题，它不仅关乎理论的完善，有助刑法学研究领域的拓展与深化，还对司法判决的合理性和公正程度密切相关，有助于实现法律正义。因而本论题的研究具有重要的理论价值与实践意义。

《刑法判例论》一书，在考察两大法系的判例制度的基础上，针对中国的实际，分析论证了建构我国刑法判例制度的必要性和可行性，进而提出了我国判例制度的基本构架。作者认为，判例是解释法律，发展法律的有效途径。刑法判例为刑法基本原则的落实（刑法实现）和刑法发展所必须。为此提出建构刑法统领下的规范性司法解释、个案性司法解释、刑法判例相结合的刑法适用解释体系，构造刑法、刑法司法解释、刑法判例相匹配的法官法源序列，建构协调合理、富有效率刑法运行机制。的确，法律的发展是一个渐进的演化过程，一个有机生长的过程。从一个普通案件的判决——规则的形成——法律文本的确定是法律由

具体的个案形态演进为制定法的过程。法是意志的产物，这种上升了的意志必须符合法律发展的一般规则，才能在符合形式正义的同时也合乎理性。刑法判例制度不仅有助于刑法运行机制的顺畅、刑法适用解释体系的完整，还能促进刑法的有机生长和司法公正的实现。

这是一部很有创意的著述。全书各章前呼后应，文笔流畅，逻辑严谨，写作规范，表明作者具有扎实的专业基本功和较强的独立科研能力。作者在对英美法系国家和大陆法系国家以及中国历史上的判例制度细致梳理的基础上，进行了历史的、比较的研究，条理清晰，评价到位，表明作者具有缜密的逻辑思维能力，良好的分析、综合能力和娴熟的文字驾驭能力。文中所用资料全面，古代的、现代的，中国的、外国的，资料来源可靠，表明作者严谨的治学态度。该学位论文获得同行专家和答辩委员会成员的一致好评。本书是在其博士论文的基础上修订而成。我认为《刑法判例论》一书具有如下鲜明的特点：

### 一、结构严谨，体系完善

判例是一个法理学上的概念，由于各法律部门调整的社会关系不同，不同的法律部门中判例的功能就有所不同，比如民事领域中判例的造法功能就不能轻易地搬到刑法领域中，刑法判例制度的建构是否有其必要性和合理性？围绕这一基本理论问题，本书开篇首先界定了与刑法判例相关的一系列概念，然后简要回顾了英美国家判例法的历史、大陆法系判例制度的演进以及中国历史上判例制度的产生和发展，进而揭示了刑法判例的价值。然后分析比较了两大法系判例的特征和制度运行之特点，并结合中国的实际，在比较、分析论证的基础上提出我国判例制度的基本框架、实施步骤和实现条件，文章浑然一体，井然有序。

### 二、资料翔实，论证严密

刑法判例问题的研究，因其旨在构建一种既具有理论完善性



又具有现实合理性的制度模式，所以诸多方面的论证必须置于一个广阔背景下，既有理论的高度，又和中国的现实相结合。那么这种理论必须有其合理性的尝试，实际上，判例法传统悠久的英美国家已重视制定法的作用，但判例的地位依然不动摇的现实和大陆法系国家法典至上的传统下判例作用的加强都表明，判例是法律实现和发展中一种重要的现象和手段。为此，本文的诸多结论性意见和建议都是合乎逻辑的必然。如将刑法判例的价值归结为以下五个方面：判例是刑法新的生长点，“判例发展的极致是法典”；运用判例解释刑法，为定罪量刑提供参照标准；刑法判例能够有效补正刑法之不足；刑法判例是连接实体和程序的纽带；判例制度有助于刑法运作机制的顺畅和刑法适用解释体系的完善。再如，对我国实行判例制度必要性的论证和判例与我国刑法基础理论关系的阐述、以及判例作为法官法源的定位都是经过逐层的深入分析论证。作者认为，刑法判例制度有助于罪刑法定原则的司法贯彻，因为判例制度有助于形成定罪量刑的参照标准体系，以便达成形式公正基础上的判决合理性。刑法判例和现行刑法司法解释都属刑法适用解释的范畴，共同构筑刑法适用解释体系。而最高法院制发的刑法司法解释往往相对规范和抽象，一般不针对个案，也不在判决书中引用；最高人民法院《公报》称其刊载的案例，大多具有判例的性质，而判例不同于案例，具有判例性质的案例应该有拘束力（法律上的或事实上的），且应当在司法判决中被援引。所以应当建立法律、司法解释、判例效力层次依次递减的法官法源序列，完善刑法适用解释体系，建构刑法——刑法适用解释相匹配，规范性司法解释、个案性司法解释和刑法判例相结合的刑法适用解释体系。

### 三、立足现实，大胆创新

本文的立意新颖，观点鲜明、独到，具有创新价值。主要体现在：内容上，突破现有的刑法与刑法司法解释两层次运行机

制，将判例制度引入刑法中，建立健全“刑法、刑法司法解释、刑法判例相匹配的刑法运作机制”，并提出了刑法判例制度建构的两个阶段的建设规划。

写作方法上，制度的建构的着眼于我国法律现状。我国的“案例”性质不明，与西方“判例”关系不清，使理论研究极为必要；而且制度建构的阶段性的安排以及实现条件的阐述都以现实性为基础，并具有前瞻性。

总之，《刑法判例论》是刑法学乃至法理学研究中一部具有开拓性的力作，具有重要的理论价值和实践意义。当然，文中也存在一些不足，主要是个别观点没有展开深入论证，判例在解释法律之外，如何发挥其发展刑法的功能，制度上有没有更好的设计？刑法判例和刑法司法解释的效力层次之确定尚有待进一步研究。作者提出的“刑法判例——刑法司法解释”这一司法解释的发展脉络是经过长期审慎而严密思考的，具有理论上的创见和现实的合理性，但由于判例制度在中国的建构是理论上的一大突破，实行起来的难度自然也比较大，但建立中国判例制度，发挥其应有的解释法律、发展法律的作用，推进司法改革进程，是大势所趋。我相信本专著的出版将受到理论界和实务界的关注。

是为序。

2000年7月26日  
于北京大学中关园

# 内 容 提 要

判例在英美国家是重要的法律渊源，大陆法系国家虽然不承认判例法律上的拘束力，但多认为判例有事实上的影响力。法的发展历史表明，判例是连接立法和司法的桥梁，是法律发展的重要动力。我国历史上曾经重视判例的作用，当今中国有案例而没有判例制度，本文通过历史的、比较的研究论证我国建构判例制度的必要性、判例制度的基本建构以及实行判例制度的条件。建立我国刑法判例制度，有助于完善刑法运作机制；有助于形成定罪量刑的参照体系；有助于司法公正目标的实现，也有助于区际司法协作的顺利进行。与改革开放的进程相适应，我国应建构规范性刑法司法解释、个案性刑法司法解释与刑法判例相补充的刑法适用解释体系，建立刑法、刑法司法解释、刑法判例相匹配的刑法运作机制。

**关键词：**判例 遵循先例 适用解释 司法解释 判例制度

# Abstract

The judicial precedent is an important source of law in Anglo-American countries, but in European countries it has no force in law, though in practice it plays a vital role. History and practice have revealed that the judicial precedent is a bridge that links the Legislation with the Justice and it is also the impetus to the development of the law.

In China's history of law, judicial precedents play an important role. However, instead of judicial precedents, now China only has "cases". My dissertation mainly studies the importance and the fundamental frame of Judicial Precedent System in China. Then I endeavor to provide conditions for its actual practice in our present society. I believe that the establishment of Judicial Precedent System has many advantages. First of all, it can improve the working mechanism of the Criminal Law. Secondly, it contributes to the formation of the consulting system of conviction and penalty measurement. Thirdly, it helps to excise the justice of law. Moreover, it is beneficial to the judicial cooperation between the Mainland and areas such as Hongkong, Macao or Taiwan, under the policy of "One Country, Two Systems". Then it is suggested that our country should establish the mechanism for the implementation of the Code of Criminal Law. Namely, Criminal Law Code, Judicial Interpreta-

tion and Judicial Precedent System match with each other. In addition, I conceive the idea of combining Judicial Interpretation with Judicial Precedent System to form sources of law for the judge.

**KEY WORDS:**JUDICIAL PRECEDENT

STARE DECISIS/the DOCTOINE of  
PRECEDENT

APPLICABLE INTERPRETATION

JUDICIAL INTERPRETATION

JUDICIAL PRECEDENT SYSTEM



### 作者简介

何慧新女, 1972年10月出生, 河南许昌人。1990年至1997年在河南省郑州大学法律系学习, 获法学学士学位和硕士学位。1997年至2000年在北京大学法学院学习, 获法学博士学位。现在北京市人民检察院第二分院工作。

### Resume of Author

He Huixin, female, born in October, 1972, in He Nan Province. From 1990 to 1997, studied in Law department of Zhengzhou University, getting the Bachelor's degree and the Master's degree of law. From 1997 to 2000, studied in law school of Peking University, and getting PH.D in law in July 2000. Now she works in Beijing NO.2 Municipal People's Inferior Procuratorate.

# ☆刑法判例论☆

## 目 录

引 言	(1)
<b>第一章 刑法判例概述</b>	(5)
一、刑法判例界说	(5)
(一) 判例的涵义	(5)
(二) 判例与相关概念	(7)
(三) 刑法判例的涵义	(11)
(四) 刑法判例与相关概念	(12)
二、刑法判例制度的历史考察	(18)
(一) 英美法系判例法的演进	(18)
(二) 大陆法系判例制度的产生和发展	(21)
(三) 中国历史上的“判例”制度	(25)
三、刑法判例的价值分析	(36)
(一) 判例, 法的稳定性和适应性的调节器	(39)
(二) 解释刑法, 确立定罪量刑的指南	(42)
(三) 判例是补正刑法的重要方法	(44)
(四) 判例的机制有助于刑法的有机生长	(47)
(五) 刑法判例——连接实体与程序的纽带	(48)
<b>第二章 刑法判例制度比较研究</b>	(51)
一、判例地位之比较	(51)

---

(一) 英美国家的判例法·····	(51)
(二) 大陆法系的判例制度·····	(54)
(三) 两大法系判例之比较·····	(58)
二、刑法判例运作过程之比较·····	(62)
(一) 英美国家判例法的运作过程·····	(62)
(二) 判例法运作机理分析·····	(78)
(三) 大陆法系判例制度之运作·····	(83)
三、刑法判例制度比较研究之结论·····	(90)
<b>第三章 判例与我国刑法</b> ·····	<b>(95)</b>
一、理论之争：我国能否实行判例制度·····	(95)
(一) 判例制度的再次萌生·····	(95)
(二) 我国能否实行判例制度的论争·····	(103)
(三) 我国实行刑法判例制度的必要性·····	(109)
二、制度权衡：判例制度与我国刑法之基础·····	(119)
(一) 刑法判例制度与罪刑法定原则·····	(121)
(二) 刑法判例与刑法类推·····	(139)
(三) 刑法判例与刑法司法解释·····	(152)
<b>第四章 我国刑法判例制度的基本建构</b> ·····	<b>(172)</b>
一、刑法判例的创制主体·····	(173)
(一) 刑法判例创制权·····	(173)
(二) 刑法判例创制主体·····	(173)
二、刑法判例的效力·····	(177)
(一) “法源”概念·····	(177)
(二) “法源”理论·····	(179)
(三) 刑法判例能否成为法源·····	(182)
(四) 刑法判例的效力层次·····	(186)
三、刑法判例的创制程序·····	(188)



---

(一) 刑法判例的选编 .....	(189)
(二) 刑法判例的认可 .....	(190)
(三) 刑法判例的公布 .....	(190)
四、刑法判例的备案审查制度 .....	(191)
<b>第五章 我国实行刑法判例制度的基本条件</b> .....	(193)
一、错误观念得以澄清, 人们开始正视刑法判例的合理性 .....	(194)
二、法官文化素养的全面提高 .....	(195)
三、法学家作用的充分发挥 .....	(197)
四、判决书制作方式的改进 .....	(198)
五、判例汇编的体系化、规范化 .....	(205)
六、法学教学方法的改进——案例教学法的普遍推行 .....	(207)
七、判例检索系统的电子化 .....	(210)
<b>结束语</b> .....	(212)
<b>主要参考文献</b> .....	(214)
<b>后 记</b> .....	(219)