

▶ 21世纪高等院校法学系列精品教材 ◀

# 判例刑法学

(教学版)

陈兴良 著



 中国人民大学出版社

► 21世纪高等院校法学系列精品教材 ◀

# 判例刑法学

(教学版)

陈兴良 著



中国人民大学出版社

· 北京 ·

**图书在版编目 (CIP) 数据**

判例刑法学：教学版/陈兴良著. —北京：中国人民大学出版社，2011.8  
21 世纪高等院校法学系列精品教材  
ISBN 978-7-300-14059-9

I. ①判… II. ①陈… III. ①刑法-审判-案例-中国-高等学校-教材 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 144594 号

21 世纪高等院校法学系列精品教材

**判例刑法学** (教学版)

陈兴良 著

Panli Xingfaxue

---

**出版发行** 中国人民大学出版社

**社 址** 北京中关村大街 31 号

**邮政编码** 100080

**电 话** 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

**网 址** <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

**经 销** 新华书店

**印 刷** 北京昌联印刷有限公司

**规 格** 185 mm×260 mm 16 开本

**版 次** 2012 年 2 月第 1 版

**印 张** 23.25 插页 2

**印 次** 2012 年 2 月第 1 次印刷

**字 数** 587 000

**定 价** 39.80 元

---

**版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换**

## | 作者简介 |

陈兴良，北京大学法学院教授、博士生导师。兼任北京大学法学院学术委员会主任、北京大学法治与发展研究院刑事法治研究中心主任、北京大学社会科学学部学术委员会副主任、教育部社会科学委员会委员、国家社科基金学科评审组专家等职。

1997年入选国家教委首批跨世纪优秀人才培养计划，并获国务院政府特殊津贴；1999年当选第二届“全国十大杰出中青年法学家”；2000年获教育部第二届高校青年教师奖；2001年“中国司法制度与司法改革”项目获北京市教育教学成果一等奖；2004年入选“新世纪百千万人才工程”国家级人选；2004年入选教育部文科首批长江学者特聘教授；2004年被评为北京市优秀教师；2005年“刑法课程教学方法改革”获国家级教学成果二等奖；2006年作为课程负责人的北京大学刑法课程被评为国家精品课程；2007年获美国犯罪社会学国际学术奖；2010年获日本刑法学会名誉会员称号。

## | 内容提要 |

我国法学教育秉承大陆法系的传统，通过法学知识的传授，使学生理解与掌握相关法律。虽然在课堂讲授过程中可能会结合法学原理的阐述讲解个别案例，但案例讲解从来都不是法学教育的主要内容，而是使学生加深对法学知识理解与熟悉的辅助手段。随着我国案例指导制度的建立，指导性案例在司法实践中的作用越来越大。在这种情况下，我国法学教育应当在继续注重法学知识传授的同时，引入判例教学法，以改变法学教育呆板、陈旧、僵化的状况，为法学教育增添活力，使法科学生能适应社会之需要。陈兴良教授《判例刑法学》（上下卷）一书出版于2009年，这是我国首部按照刑法理论体系进行编写的刑法判例研究的著作。为适应刑法判例教学的需要，陈兴良教授从中精选了总论与各论共计30个专题，并对所引案例的案情作了适当的精简，由此编成这本《判例刑法学（教学版）》。本书的出版，为刑法判例教学提供了教材，对于判例教学法在我国法学教育中的采用具有重要意义。

# | 案例指导制度：以法律规则形成机制为线索的考察 |

(代序)

作为我国法治建设的重要内容之一，2010年案例指导制度正式启动。2010年在我国法治史上是具有标志意义的年份，法律体系宣告建成和案例指导制度宣布启动，这意味着我国法律规则体系的发展完善。因此，只有从法律规则体系这一视角切入，并以我国古代法律样式和英美法系的判例法与大陆法系的判例制度为背景，才能深刻地揭示案例指导制度之于我国法治建设的重大意义。

2010年最高人民法院和最高人民检察院分别颁布了《关于案例指导工作的规定》（以下简称《规定》）。两高的《规定》所确立的案例指导制度，是指由最高人民法院、最高人民检察院确定并统一发布对全国审判、检察工作具有指导作用的指导性案例的制度。根据最高人民法院《规定》第2条的规定，指导性案例是指裁判依据发生法律效力，并符合以下条件的案例：（1）社会广泛关注的；（2）法律规定比较原则的；（3）具有典型性的；（4）疑难复杂或者新类型的；（5）其他具有指导作用的案例。根据最高人民检察院《规定》第3条的规定，指导性案例是指检察机关在履行法律监督职能过程中办理的具有普遍指导意义的案例，主要包括：（1）职务犯罪立案与不立案案件；（2）批准（决定）逮捕与不批准（决定）逮捕、起诉与不起诉案件；（3）刑事、民事、行政抗诉案件；（4）国家赔偿案件；（5）涉检申诉案件；（6）其他新型、疑难和具有典型意义的案件。由此可见，两高《规定》都强调指导性案例是对审判、检察工作具有指导性意义的案例，从而把它与不具有指导意义的案例加以区分。我认为，这里所谓指导性案例，就是一种具有判例性质的案例。实际上，判例是一个约定俗成的两大法系通用的称谓，没有必要为与英美法系的判例法和大陆法系的判例制度相区分，而刻意地采用指导性案例这样一个具有中国特色的措辞。因此，案例指导制度就是我国的判例制度，只不过具有中国的独特性而已。

随着指导性案例的颁布，一种司法规则形成的机制得以产生，并将对我国法制规则体系的发展完善带来重大而深刻的影响。

我国法律规则体系其实可以分为三部分：一是立法机关创制的法律，这是狭义上的法律；二是行政机关创制的行政法规，这是中义上的法律；三是司法机关创制的司法规则，以前是司法解释，现在又增加了一种，即指导性案例中的裁判规则，这是广义上的法律。司法机关的司法活动，不仅是一个适用法律的过程。法律、行政法规和司法规则，共同构成我国法律规则体系。

法律样式的多元性，可以说是中华法系的传统之一。近代法学家沈家本为清代著名律学家薛允升著《读例存疑》所作之序中指出：

商鞅改里悝之法为律，于是有律之名。自汉以来，律之外有令，有驳议，有故事，有

科，有格，有式。隋则律、令、格、式并行。宋则律之外，敕、令、格、式四者兼备，而律所不备，一断以敕，初无所谓例也。晋于魏《刑名律》中分为法例、律，亦但为律之篇目，而非于律之外别之为例。明初有律，有令，而律之未赅者，始有条例之名。弘治三年定《问刑条例》，嘉靖时重定为三百八十条，至万历时，复加裁定，为三百八十二条。国朝（指清代——引者注）因之，随时增修。同治九年修订之本，凡条例一千八百九十二条，视万历时增至数倍，可谓繁矣。其中或律重例轻，或律轻例重，大旨在于祛恶俗，挽颓风，即一事一人，以昭惩创，故改重者为多；其改从轻者，又所以明区别而示矜恤，意至善也。第其始病律之疏也而增一例，继则病例之仍疏也而又增一例；因例生例，孳乳无穷，例固密矣。究之世情万变，非例所可赅。往往因一事而定一例，不能概之事事。因一人而定一例，不能概之人人。且此例改为彼例亦因之以改，轻重既未得其平。此例改而彼例不改，轻重尤虞其偏倚。既有例即不用律，而例所未及，则同一事而仍不能不用律。盖例太密而转疏，而疑义亦比比皆是矣。<sup>①</sup>

沈家本的上述论断，为我们勾勒了我国古代法律规则体系形成与变动的一条基本线索。中国古代除基本的法律形式——律，也就是刑律以外，都还存在补充性的法律形式——敕、令、格、式等。尤其是从明代开始，例成为律的辅助性法律形式。沈家本对律例关系作了生动说明，并对例可能带来的对律的冲击作了深刻的阐述。

在以上各种法律形式中，例是最值得我们重视的。在例的研究中，除律例关系以外，其实更应当关注的是例与判例的关系。如果转换成现代话语，这个问题应该表述为：例到底是属于成文法的范畴，还是属于判例的范畴？对此，在我国法学界存在争议。我国学者武树臣提出了法律样式的概念，并认为中国古代的法律样式是“混合法”，即成文法与判例的循环互补性。武树臣教授在论及中国古代的判例时指出：

历代的决事比、故事、法例、断例、例等，都标志着“判例法”一脉相传、经久不衰的独特地位。判例经朝廷核准后成为与成文法典并行的法律渊源。有价值的判例则被抽象成为成文法条并被成文法典所吸收。成文法典本身的缺欠（不可能包揽无余，也不可能随时变更）使判例制度得以存在和发展。而朝廷对判例的集中管理（审核、批准、选择、编纂）又避免了判例庞杂无序的缺点。而成文法典对判例的吸收，则既避免了双方的短处，又综合了双方的长处。“成文法”与判例的相辅相成、互为因果、并行不悖、循环往复的动态联系，构成了中国“混合法”的独特样式。<sup>②</sup>

在此，武树臣教授把我国古代法中的例视为判例。那么，到底什么是我国古代法中的判例呢？关于例的含义，清代学者王明德曾经作过以下描述：

例者，丽也，明白显著，如日月之丽中天，令人晓然共见，各为共遵共守而莫敢违。又利也，法司奏之，公卿百执事议之。一人令之，亿千万人凛之。一日行之，日就月将，遵循沿习而使之，故曰例。<sup>③</sup>

王明德认为，例之为义有五：（1）名例；（2）条例；（3）比例；（4）定例；（5）新例。显然，王明德所说的例之五种含义，均是指成文化的法条，而不是判例。当然，例和判例之间是

①（清）沈家本：《历代刑法考（四）》，2221～2222页，北京，中华书局，1985。

② 武树臣：《中国的“混合法”——兼及中国法系在世界的地位》，载《政治与法律》，1993（2）。

③（清）王明德：《读律配觚》，何勤华等点校，18页，北京，法律出版社，2001。

紧密相关的，某些例就是从判例中抽象提炼出来的，我国学者汪世荣将这一过程称为因案生例，并将因案生例称为判例形成机制，指出：

因案生例的判例形成规则，是指司法官在其司法活动中，针对具体案件的裁判，认为应该通过该案总结、创制出特定法律规范时，便在判决中附请定例。最高统治者以上谕的形式，在对该案作出批结的同时，可以概括出具体的、普遍适用的法律规范，这就是例。例的表现形式虽然为制定法，但通过具体案例附请产生的例，却体现的是判例法制度。因为，就这种例的产生看，其产生于具体案件的司法判决，来源于特定案例；就这种例的形成程序来看，要经过司法官的附请，经过上谕的确定，离不开对具体案件的裁判程序；就这种例的适用看，其赖以产生的具体案例是对其正确理解和适用的基础，这些具体的导致例的直接形成的案例，被称为例案，例案是例不可分割的组成部分，是准确理解和适用例的重要参考依据。因案生例的判例形成机制，在体现封建专制皇权对司法权的绝对垄断时，体现着中国古代法律的统一性特点，有限制地认可了司法官创制法律的作用。<sup>①</sup>

因案生例确实是对例的形成机制的生动描述，大多数例，如清代律例合编中的条例，都是从成案中提炼出来，针对特殊情形所制定的规则。例如，在《大清律例·谋杀人》中有以下条例：

凡僧人逞凶谋故惨杀十二岁以下幼孩者，拟斩立决。其余仍照本律办理。

上述条例系乾隆四十二年（公元1777年），山西巡抚觉罗巴延三审提僧人界安将十一岁幼徒韩二娃用绳拴吊叠毆立毙一案，钦奉谕旨，纂为定例。薛允升在《读例存疑》中对该案例作了分析：

上条十一岁以上，照常办理，此条十二岁以下，即拟斩决。上条专言谋杀，此条兼及故杀，较上条更严。僧人毙命，虽在保辜限外，不得宽减，与此条均系严惩僧人之意。<sup>②</sup>

由此可见，上述严惩僧杀条例虽然出自僧人界安杀幼徒韩二娃案，但该案只是形成条例的缘由，就条例本身而言是一条法律规则，而非判例。这一条例的形成符合因案生例的特征，但形成的条例是否等同于判例，尤其是因案生例是判例形成机制还是成文法形成机制，则不无商榷之处。我国学者刘笃才提出“判例是可以援引作为审理类似案件的判决”这一命题，以此作为出发点，对判例作了以下界定：

判例之所以是判例，必须保持其自身的形态，即作为具体的判决而在其后的司法领域发生法律效力。也就是说，作为后来判决案件的依据的，是某一具体案件的判决，而不是据此判决经过改造已经上升为制定法的抽象的法律条文。<sup>③</sup>

根据以上标准，我国古代的例当然是成文法而不是判例。可以说，律例合编的《大清律例》是一部成文法典，而不是成文法与判例法的合编。我国古代虽然曾经出现以成文法为主、以判例为辅的法律体制，但自明清条例入刑律以后，判例逐渐被禁止援引。因此，条例的兴盛恰恰意味着判例的衰亡。《大清律例》附例规定：

除正律、正例而外，凡属成案未经通行着为定例，一概严禁，毋得混行牵引，致罪有

① 汪世荣：《中国古代判例研究》，122页，北京，中国政法大学出版社，1997。

② 胡星桥、邓又天主编：《读例存疑点注》，547页，北京，中国人民公安大学出版社，1994。

③ 刘笃才：《中国古代判例考记》，载《中国社会科学》，2007（4）。



出入。如督抚办理案件，果有与旧案相合可援为例者，许于本内声明，刑部详加查核，附请着为定例。

在以上规定中，正律、正例相提并论，这里的正例是指条例。《大清律例》就是正律与正例的合体编纂，其例并非判例而是成文法，由此可见其彰。这种律例合编的形式不但便于使用，而且也解决了清初法律中律、例相抵牾的矛盾。<sup>①</sup>因此，编入法典的条例是从成案演变而来，但经过编纂以后，已不见判例的踪影。

我国古代的条例，不仅与英美法系判例法不同，而且不同于大陆法系的判例制度。对于条例与英美法系判例法的不同，这是十分容易理解的。因为在英美法系国家是以判例为法律，判例中的司法规则是法律的载体。但对于条例与大陆法系判例制度的不同，则需要加以界分。大陆法系是采用成文法的，但与此同时又充分发挥判例的作用。这时，判例的作用不是取代法律，而是对法律起到一种解释作用。然而，大陆法系国家的判例一般都不具有法律上的拘束力，但是在事实上具有拘束力，这种事实上的拘束力来自对司法统一的内在要求与下级法院对上级法院在审级上的从属性的制度设计。大陆法系国家的判例具有规则性质的是“裁判要旨”。正如我国学者指出：

一个判决被确立为判例时，一般都附有适当的“要旨”，判例中隐含的法律原则与规则均体现于此。因此，判例仍然带有成文法的烙印，它通过裁判要旨的形式引导法官和民众去适用，在某种程度上发挥着司法解释的功能。<sup>②</sup>

尽管大陆法系的判例带有成文法的烙印，但就其以分散的形式，由法官选择适用这一点而言，其判例制度与成文法是根本不同的。尤其是在判例制度中，案情本身是裁判规则的前提，也是判例不可或缺的组成部分。判例制度仍然存在对案情的比对，以此作为援引适用裁判规则的根据。而我国古代的条例，已经从判例中剥离出来，以成文法的形式存活，因而在形式上完全不同于大陆法系国家的判例制度。判例的成文法化，是我国古代法律的一个重要特征。中华法系具有成文法的悠久传统，即使是判例也具有成文化的顽强定势。我国学者对中国古代判例的命运作了以下论述：

从成文法的角度看，吸收判例的过程就是改造消灭判例的过程。而从判例的角度看，融入成文法的过程也就是自我异化消亡的过程。判例上升为条例，是判例的异化。没有这一步，判例无从进入成文法体系。而进入成文法体系，也为其消亡创造了条件。“我已经不再是我，而你却依然是你。”成文法得到了滋养，变得更加丰满，而判例则丧失了其存在的根据。这就是古代判例的最终命运。<sup>③</sup>

以上论述中的“我”是指判例，“你”是指成文法。“我已经不再是我，而你却依然是你”一语生动地描述了判例编入法典以后丧失其自身的命运。判例经过提炼以后以条例形式进入法典，而禁止在律例以外援引成案作为判决根据，我认为这是由我国古代的政治结构所决定的。我国古代是一种专制集权的社会，皇权至上，一切法律规则都必须由上而下地颁行，并形成对官吏的有效约束。在这种情况下，不能任由官吏援引成案，一切成案如欲发生法律效力，都必须经最高统治者确认，以便维护中央集权的体制。

① 参见田涛、郑秦：《大清律例》，“点校说明”，6页，北京，法律出版社，1999。

② 董峰主编：《中国判例解释构建之路》，180页，北京，中国政法大学出版社，2009。

③ 刘笃才：《中国古代判例考记》，载《中国社会科学》，2007（4）。

成文法与判例法及其判例制度，实际上是满足司法活动对于法律规则需求的两种不同方式。这里涉及规则生成的规律问题。我国学者在论及我国古代法律生成规律时指出：

在中国古代，法律是经由两条并行的路线发展成长的。一是设计生成的理性主义路线，主要体现在律典的修定。二是自然生成的经验主义的路线。主要体现在成文法体系之外，通过创设及适用判例，在实践中不断的探索，反复的检验，逐步的积累，在成熟后再将其改造吸纳入法律体系之中。<sup>①</sup>

我认为，以上对我国古代法律形成的设计生成与自然生成两条路线的归纳是正确的。当然，在自然生成的路径中，判例充当了过渡的角色，一旦纳入法典就丧失了其主体性地位。因此，我国古代法律更为强调的还是设计生成，即强调立法者的权威，强调成文法的作用。如果我们把成文法与判例法这两种法律形式推向极致，那么，成文法体现的是设计生成的法律规则形成模式，而判例法反映的是自然生成的法律规则形成模式。

成文法的制度曾经被中央集权的政治体制所采用。在这种体制下，立法权与司法权乃至于行政权都集于最高统治者一身，它们都只不过是皇权的派生物。但是，立法者可以是一人或一个机构，它具有高度集中性，而司法者不可能是一人或一个机构，它必然有分散性。为此，专制统治者需要通过立法对司法加以控制。而成文法就是对司法控制的主要形式，它形成对司法裁量权的有效制约，从而维护中央集权。成文法的制度还曾经被古典自由主义者所采纳，在古典自由主义所主张的民主体制下，实行立法权与司法权的分立，由此形成立法权与司法权直接的互相制约，从而保障公民个人的权利和自由。在这种政治制度的设计中，人民通过立法活动形成法律规则，司法者只能根据这些法律规则处理个案，从而实现人民的意志。虽然专制体制与民主体制是两个极端，但在政治制度的设计上却具有异曲同工之妙，只不过原先至高无上的皇权被人民主权所取代。在通过立法控制司法这一点上，却是共同的。

在成文法的体制下，立法权与司法权的相对分工是存在的，尽管终极的皇权或者人民主权在名义上都具有最终的司法权。因此，立法者生成法律规则，司法者消费法律规则，这就是成文法制度的一个基本特征，这是一种计划经济模式的规则供给机制，具有自上而下的特征。这种法律规则供给机制存在一个根本弊端，这就是立法者提供的法律规则难以完全满足司法活动对法律规则的需求。因为立法是一般的、抽象的，而案件是具体的、个别的，两者之间的鸿沟是难以逾越的，这也就是所谓成文法的局限性之所在。

判例法制度往往称为法官造法，即司法者既是法律规则的生成者，又是法律规则的消费者。在判例法制度中，判例中存在的裁判规则就是法律，对此后的判决具有法律约束力。判例法遵循的是一种自然形成的规律。哈耶克的自发秩序理论可以为这种法律规则形成机制提供根据。哈耶克并不赞同理论主义与经验主义的分析框架，而是提出了进化论理性主义与建构论唯理主义的分析框架，亦即进化论与建构论的对立。哈耶克的自发秩序的观念最初是从经济学意义上提出的，意图阐明市场经济秩序的形成。此后才意识到自发秩序不仅可以在物理领域中发现，而且也可以在社会领域中发现，后者就是所谓自生自发的社会秩序。<sup>②</sup> 这里的社会秩序，当然也包括法律秩序。因此，从哈耶克的自发的社会秩序的概念中也可以引申出自发的法律秩序的概念，因为这里的法律本身就是行为规则与社会规则。我国学者论及哈耶克的自发社会秩序形成的机制时指出：

<sup>①</sup> 刘笏才：《中国古代判例考记》，载《中国社会科学》，2007（4）。

<sup>②</sup> 参见邓正来：《规则·秩序·无知：关于哈耶克自由主义的研究》，78页，北京，三联书店，2004。

所谓用演化说明自发秩序的形成与演进，就是指出抽象的行为规则（制度与习惯），如何经由一套模仿和适应、修正的机制，由人们在并不完全明了其所以然的情况下采用依循，从而自发地形成社会秩序。演化的机制主要有二：选择（selection）和适应（adaptation）。可是由于规则的抽象性格，由于它们所凝聚沉淀下来的文化遗产——知识与经验的积累——超越了个人所能掌握的目的、后果以及牵涉到的一对一的环境特色，每个人选择、调整和适应规则的理由，必然受到一定知识与关怀的限制，并不是这种规则被全体采用的终极理由。换言之，社会秩序的形成和演变，自有其演进的机制，不是人们基于有限知识与特定目的的考量与抉择所能说明的。<sup>①</sup>

自发秩序，无论是社会秩序还是法律秩序的形成，其所谓自发并非完全是无意识的，就个人来说是一种有意识的规则创制活动，但它超出个人知识局限，形成一般秩序则并非设计而是演化的结果。

通过判例法形成法律规则，其机制具有自发秩序演化的特征。就个别判例而言，法官是在处理个案，而并非脱离个案地去创制一般的法律规则。但从个案中引申出来的法律规则又具有超然于个案的一般性，从而为后来处理类似案件提供了裁判规则。可以说，判例法的法律规则形成类似于市场经济方式，它是自下而上地形成法律规则，由此满足司法活动对于法律规则的需求。在判例法的制度中，法官不像在成文法中那样，是在与立法者对话，而是与整个司法系统对话，尤其是与法律传统对话，司法的重心也从阐释法律转变为案情对比。因为在成文法制度下，由于法律规则本身较为抽象，将一个抽象的法律规则适用于个案，重要的是对法律规则进行解释，为司法三段论的演绎推理提供逻辑起点。在判例法制度下，由于裁判规则本身已经十分具体，对此已经不需要解释，关键问题在于后案与先例所依存的前案之间是否具有同一性，这也就是判例法的区分技术所要解决的问题。

相对于成文法来说，判例法更能够满足司法活动对于法律规则的需求，因为判例具有及时性。判例法的自我生长、自我修复与自我调节机能，是成文法所无法比拟的。当然，判例法也并非完美无缺，其最为人所诟病之处在于，判例具有分散性，不似成文法那样将法律规则以一种集约化的方式（法典）呈现给社会。这一批评当然是有一定道理的，但是也不是没有误解。判例虽然是零散的，但却因为审级制度的存在而自发地形成一种法律规则效力体系。审级制度决定了判例的效力等级，因而使判例具有一种天生的服从性，否则，不同于上级的判例就会被撤销。这里存在一个判决的淘汰机制与遴选机制，它们都是自动地发挥作用的，而不是人为的设计。因此，判例法制度也完全能够满足自上而下的控制，这主要是通过审级制度实现的，这种诉讼程序对于实体规则的牵引作用体现得十分明显。

事实上，极端的成文法模式和极端的判例法模式都是不存在的。在任何一个社会里，法律规则既不可能完全通过立法提供，也不可能完全通过判例提供，而是两种法律规则的形成模式同时存在。当然，两者之中必然有一种是法律规则形式的主导性路径。在大陆法系国家，成文法典是法律规则的主要载体，判例对于法律适用起到补充作用。而在判例法国家，判例法仍然是法律规则的基本形式，但成文法的法律也日益增加。这就是所谓两大法系之间的融合与接近。

我国自古就是一个成文法的国家，清末沈家本主持的法律改革引入大陆法系的制度，绝不是偶然的，而是有着深远的法律文化传统的原因。20世纪50年代，新中国引入苏俄法制，虽然

<sup>①</sup> 钱永祥：《演化论适合陈述自由主义吗？——对哈耶克式论证的反思》，载姚中秋主编：《自发秩序与理性》，7页，杭州，浙江大学出版社，2008。

在政治制度上发生了重大变化，但在成文法这一点上苏俄法制与我国传统法制也是契合的。近三十年来，我国法制恢复重建，2010年我国法律体系甫告建成，这是我国法治建设的重大成果。在此基础上，我国的司法解释制度也日益规范化，它在司法规则提供方面发挥了重要作用。我国司法解释与古代条例的功能是极为相似的，都是法律的细则化。当然，即使是细则化如司法解释，仍然不能完全满足司法活动对法律规则的需求。在这种情况下，判例成为提供司法规则的又一种途径。

从目前我国案例指导制度的设计来看，它不能等同于我国古代因案生例的形式。因案生例的结果是有例无案，它其实是一种成文法的形成机制，而不是判例形成机制。但案例指导制度是以指导性案例为载体的，是案情与裁判规则的有机统一。指导性案例对于司法活动的指导，不仅体现在裁判规则的类比适用，而且会采用区分技术，说明指导性案例和现在审理案件中的事实或法律问题上的区别，以此作为适用指导性案例的前提。在这一点上，其比较接近于大陆法系国家判例制度。但就指导性案例必须经一定程序由最高司法机关确认并正式颁布而言，它体现了对指导性案例的集中统一管理特征，因而与大陆法系国家的判例制度也是不同的。大陆法系国家的判例作为成文法的补充，是自发地生成的，并未对判例进行集中统一管理。从这个意义上来说，我国目前的案例指导制度既不是我国古代条例制度的复活，也不是大陆法系国家判例制度的引入，因而是极具中国特色的一种法律制度。当然，现在我国案例指导制度还只是搭建了一个框架，尚未颁布指导性案例，指导性案例对于司法活动的效果尚未显现，对于这一制度进行全面评价尚为时过早。尽管如此，我们还是可以对我国案例指导制度进行一个初步的评估：

我国案例指导制度以最高司法机关集中统一管理指导性案例为特征，表明这一制度具有较为明显的行政控制特征，从指导性案例的遴选过程来看仍然类似于立法。如果每年颁布的指导性案例数量较少，那么，案例指导制度对司法活动的指导性也会极为有限。事实上，判例制度的特点就是法律规则的自然生成，形成自发的法律执行。如果判例经过人工的选择公布才能发生指导效力，那么，这仍然是一种采用立法方式提供法律规则的路径，并未获得判例制度之真谛。由此可见，我国距离真正实现判例制度，仍然有很长一段路要走。

# | 目 录 |

## 上篇 刑法总论

第 1 章 组织男性从事同性性交易行为之定性研究	
——李宁组织卖淫案(客观解释论 主观解释论 解释方法) .....	3
第 2 章 使用骗取的合法证件出境行为之定性研究	
——顾国均组织偷越国(边)境案(补正解释) .....	13
第 3 章 妻子自杀不救助行为之定性研究	
——宋福祥故意杀人案(不纯正的不作为 不作为之作为义务) .....	26
第 4 章 持刀追砍致人溺水死亡行为之定性研究	
——赵金明故意伤害案(因果关系 事实因果关系 法律因果关系) .....	41
第 5 章 患者明知他人没有医生执业资格而求医行为之定性研究	
——周某某非法行医案(被害人承诺 治疗行为 同意他人造成的危险) .....	51
第 6 章 吸毒影响责任能力而实施杀人行为之定性研究	
——彭崧故意杀人案(限制责任能力 原因上的自由行为) .....	60
第 7 章 不以骗取税款为目的的虚开发票行为之定性研究	
——芦才兴偷税案(目的犯 非法定的目的犯) .....	72
第 8 章 数额认识错误的盗窃行为之定性研究	
——沈某某盗窃案(客观处罚条件 数额认识错误) .....	85
第 9 章 肇事交通工具单位主管人员管理不善行为之定性研究	
——梁应金交通肇事案(监督过失 管理过失) .....	97
第 10 章 误认尸块为毒品予以运输行为之定性研究	
——张筠筠运输毒品案(不能犯未遂 相对不能 绝对不能) .....	110
第 11 章 基于索债目的帮助他人绑架行为之定性研究	
——高海明绑架案 郭永杭非法拘禁案(共同正犯 承继性 重合性) .....	121
第 12 章 内外勾结窃取银行现金行为之定性研究	
——高金有盗窃案(共犯与身份) .....	135
第 13 章 冒充刑警骗取财物行为之定性研究	
——梁其珍招摇撞骗案(法条竞合) .....	146
第 14 章 被害人有过错的故意杀人罪之死刑裁量研究	
——王勇故意杀人案 刘加奎故意杀人案(死刑裁量 被害人过错) .....	157

<b>第 15 章 受雇佣为他人运输毒品犯罪之死刑裁量研究</b>	
——唐有珍运输毒品案 马俊海运输毒品案(死刑裁量 死刑复核权)·····	166

## 下篇 刑法各论

<b>第 16 章 交通肇事转化为故意杀人罪之定性研究</b>	
——韩正连故意杀人案 倪庆国交通肇事案(交通肇事罪 遗弃致人死亡)·····	179
<b>第 17 章 合法贷款后采用欺诈手段拒不还贷行为之定性研究</b>	
——吴晓丽贷款诈骗案(贷款诈骗罪 拒不还贷行为)·····	191
<b>第 18 章 教唆或者帮助他人自杀行为之定性研究</b>	
——邵建国故意杀人案(故意杀人罪 自杀相关行为)·····	200
<b>第 19 章 杀害被绑架人行为之定性研究</b>	
——王建平绑架案 吴德桥绑架案(绑架罪 杀害被绑架人)·····	208
<b>第 20 章 故意杀人后取财行为之定性研究</b>	
——计永欣故意杀人案(故意杀人罪 杀人取财)·····	223
<b>第 21 章 拘禁他人并向其勒索财物行为之定性研究</b>	
——杨保营抢劫案(抢劫罪 抢劫性勒索)·····	229
<b>第 22 章 捡拾存折后猜配密码冒名取款行为之定性研究</b>	
——程剑诈骗案(诈骗罪 盗窃罪 侵占罪)·····	237
<b>第 23 章 利用柜员机故障恶意取款行为之定性研究</b>	
——许霆盗窃案(盗窃罪 侵占罪 诈骗罪 不当得利)·····	250
<b>第 24 章 窃取被司法机关扣押的本人财物行为之定性研究</b>	
——陆惠忠非法处置扣押的财产案 王彬故意伤害案 叶文言盗窃案(盗窃罪 本权说 占有说)·····	271
<b>第 25 章 犯罪的掩盖行为与掩护行为之定性研究</b>	
——何起明诈骗案 陈平盗窃案 刘勤记盗窃案(抢夺罪 诈骗罪 犯罪的掩盖行为与掩护行为)·····	284
<b>第 26 章 故意毁坏财物行为之定性研究</b>	
——朱建勇故意毁坏财物案 孙静故意毁坏财物案 李焕强故意毁坏财物案(故意毁坏财物罪 占有行为 非法占有目的)·····	293
<b>第 27 章 聚集多人进行斗殴造成重伤行为之定性研究</b>	
——倪以刚聚众斗殴案(聚众斗殴罪 首要分子 犯罪转化)·····	305
<b>第 28 章 辩护人妨害作证罪之引诱行为之定性研究</b>	
——张耀喜辩护人妨碍作证案(辩护人妨害作证罪 引诱行为)·····	315
<b>第 29 章 利用企业改制侵吞公共财物行为之定性研究</b>	
——王一兵贪污案(贪污罪 国家工作人员 犯罪数额)·····	324
<b>第 30 章 没有事前约定的事后受财行为之定性研究</b>	
——陈晓受贿案(受贿罪 事后受财 主观的超过要素)·····	334

附录 1 案名索引 .....	344
附录 2 主题索引 .....	345
附录 3 案名与主题复合索引 .....	347
后 记 .....	349

# | 细 目 |

## 上篇 刑法总论

<b>第 1 章 组织男性从事同性性交易行为之定性研究</b>	
——李宁组织卖淫案（客观解释论 主观解释论 解释方法）	3
一、案情及诉讼过程	3
二、争议问题及裁判理由	3
三、刑法解释的立场探究	6
四、刑法解释的方法分析	10
<b>第 2 章 使用骗取的合法证件出境行为之定性研究</b>	
——顾国均组织偷越国（边）境案（补正解释）	13
一、案情及诉讼过程	13
二、争议问题及裁判理由	13
三、立法沿革	16
四、理论评判	18
五、补正解释	22
六、本案定性	25
<b>第 3 章 妻子自杀不救助行为之定性研究</b>	
——宋福祥故意杀人案（不纯正的不作为 不为之之作为义务）	26
一、案情及诉讼过程	26
二、案件事实的认定	26
三、不为之之作为义务	29
<b>第 4 章 持刀追砍致人溺水死亡行为之定性研究</b>	
——赵金明故意伤害案（因果关系 事实因果关系 法律因果关系）	41
一、案情及诉讼过程	41
二、方法论考察	41
三、伤害行为的分析	43
四、因果关系的论证	45
五、定性结论	50
<b>第 5 章 患者明知他人没有医生执业资格而求医行为之定性研究</b>	
——周某某非法行医案（被害人承诺 治疗行为 同意他人造成的危险）	51



一、案情及裁判理由	51
二、被害人承诺的法理分析	53
三、医疗行为中的承诺	56
四、周某某非法行医案的分析	58
<b>第6章 吸毒影响责任能力而实施杀人行为之定性研究</b>	
——彭崧故意杀人案（限制责任能力 原因上的自由行为）	60
一、案情及诉讼过程	60
二、归责根据的探寻	60
三、罪刑法定的理解	64
四、精神病人的定义	68
五、结论	70
<b>第7章 不以骗取税款为目的的虚开发票行为之定性研究</b>	
——芦才兴偷税案（目的犯 非法定的目的犯）	72
一、引论	72
二、案情及诉讼过程	73
三、争议及裁判理由	74
四、裁判理由的评判	76
五、相关问题的分析	79
六、申论	81
<b>第8章 数额认识错误的盗窃行为之定性研究</b>	
——沈某某盗窃案（客观处罚条件 数额认识错误）	85
一、案情及诉讼过程	85
二、盗窃数额的法理分析	86
三、盗窃物品价值的认识错误	89
四、裁判理由的评判	92
<b>第9章 肇事交通工具单位主管人员管理不善行为之定性研究</b>	
——梁应金交通肇事案（监督过失 管理过失）	97
一、案情及诉讼过程	97
二、监督过失与管理过失的法理阐述	98
三、监督过失在我国的适用	101
四、裁判理由的评判	105
<b>第10章 误认尸块为毒品予以运输行为之定性研究</b>	
——张筠筠运输毒品案（不能犯未遂 相对不能 绝对不能）	110
一、案情及诉讼过程	110
二、不能犯理论：德日的比较	110
三、不能犯理论：中国的嬗变	115
四、危险的具体判断：以本案为例	117
五、实质的未遂论之提倡	119
<b>第11章 基于索债目的帮助他人绑架行为之定性研究</b>	
——高海明绑架案 郭永杭非法拘禁案（共同正犯 承继性 重合性）	121