



CRIMINAL LAW

CASES

最高人民法院研究室
北京大学刑事法治研究中心

继续编写

最高人民法院
刑事审判委员会
案例要旨选编
三卷·第二版

陈兴良 张军 胡云腾 主编



北京航空航天大学
BEIHANG UNIVERSITY PRESS



CRIMINAL LAW

CASES

最高人民法院研究室
北京大学刑事法治研究中心

组织编写

人民法院
刑事指导案例
裁判要旨通纂
上卷·第二版

陈兴良 张军 胡云腾 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂:全2卷/陈兴良,张军,胡云腾主编.—2版.—北京:北京大学出版社,2018.4

ISBN 978-7-301-29054-5

I. ①人… II. ①陈… ②张… ③胡… III. ①刑事诉讼—判决—研究—中国
IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 314336 号

- 书 名** 人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂(上下卷·第二版)
RENMIN FAYUAN XINGSHI ZHIDAO ANLI CAIPAN YAOZHI TONGZUAN
(SHANG XIA JUAN · DI-ER BAN)
- 著作责任者** 陈兴良 张 军 胡云腾 主编
- 责任编辑** 陆建华 陈晓洁
- 特约编辑** 刘树德
- 标准书号** ISBN 978-7-301-29054-5
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者** 南京爱德印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 720 毫米×1020 毫米 16 开本 139 印张 3987 千字
2013 年 1 月第 1 版
2018 年 4 月第 2 版 2018 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价** 598.00 元(上下卷)

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

凡 例

一、本书结构

1. 章节设置:本书的章节与《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)分则对应(其中第十章“军人违反职责罪”因无案例而暂未列出)。
2. 罪名排列:本书各章节下罪名,按《刑法》条文顺序排列。
3. 案例结构:本书收录的案例由“基本案情”和“裁判要旨”两部分构成。

二、本书案例来源

1. 最高人民法院发布的指导性案例。
2. 《刑事审判参考》(最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办)。
3. 《人民法院案例选》(最高人民法院中国应用法学研究所编)。
4. 《中华人民共和国最高人民法院公报》(简称《最高人民法院公报》,最高人民法院办公厅主办)。

三、裁判要旨编号

收入本书的裁判要旨以法条及罪名为依据进行编排,以便读者查找。现示范如下:

编号	编号含义
NO. 4-232-1	《刑法》分则第四章第 232 条(故意杀人罪)下第一个裁判要旨。
NO. 3-8-225-1	《刑法》分则第三章第八节第 225 条(非法经营罪)下第一个裁判要旨。
NO. 3-5-194(1)-1	《刑法》分则第三章第五节第 194 条第 1 款(票据诈骗罪)下第一个裁判要旨。
NO. 2-114、115(1)-1-1	《刑法》分则第二章第 114、115 条第 1 款第一个罪名(放火罪)下第一个裁判要旨。

四、最高人民法院发布的指导性案例的处理

1. 将最高人民法院发布的刑事指导性案例按本书体例进行整理,编入相应罪名下。
2. 在本书详目中,以“*”标注出最高人民法院发布的刑事指导性案例,以便读者查找。

五、案例索引

为方便读者查询案例,本书设置了案例索引。

六、主题词索引

为方便读者查询相关主题,本书设置了主题词索引。

第二版序

陈兴良(北京大学法学院教授)

《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》一书是我和张军、胡云腾共同主编的大型案例编纂作品,自2013年出版以来,受到司法工作人员和刑事辩护律师的好评。转眼之间5年过去了,在这期间,张军和胡云腾的工作岗位和职务都发生了重大的变化:张军从最高人民法院调任中纪委副书记,前不久转任司法部部长;胡云腾从最高人民法院研究室主任改任最高人民法院审判委员会专职委员,并兼任最高人民法院第二巡回法庭庭长。虽然张军和胡云腾的岗位和职务发生了变化,但他们对本书第二版的编写一如既往地给予了重要的鼓励和支持。现在,本书第二版正式面世,我感到由衷的欣慰。

自从2010年我国案例指导制度建立以来,指导性案例对于司法办案起到了越来越重要的作用。尽管最高人民法院和最高人民检察院正式颁布的指导性案例还是有限的,例如截至2017年11月1日,最高人民法院颁布了十六批共计87个,其中刑事指导性案例共计15个。我们可以看到,刑事指导性案例虽然数量并不多,但质量不断提高。在初期的刑事指导性案例中,较多涉及刑事政策的把握以及原有司法解释的重复。但在新近的刑事指导性案例中,涉及某些刑法教义学的知识点,对于刑法理论研究具有较大的参考价值。例如,关于盗窃罪与诈骗罪的区分问题,这两种犯罪都是占有转移型的财产犯罪。区分在于:盗窃罪是取得型的财产犯罪,而诈骗罪是交付型的财产犯罪。在这种情况下,取得与交付如何界定,对于盗窃罪与诈骗罪的区分具有重要意义。这里的取得是指违反他人的意愿而取得他人财物,而这里的交付是指他人自愿地将财产交付给行为人,其中交付是对财产的一种处分行为。关键在于:他人处分财产的时候,是否应当具有处分的意识?对此,在刑法理论上存在处分意识必要说与处分意识不要说之争,而这一争论涉及盗窃罪与诈骗罪的界限。对于这种财产处分是否需要处分意识,当犯罪发生在网络空间的情况下,判断会变得更加复杂。最高人民法院颁布的臧进泉等盗窃、诈骗案,对于盗窃罪与诈骗罪的区分给出了判断规则。

指导案例27号 臧进泉等盗窃、诈骗案

(最高人民法院审判委员会讨论通过2014年6月23日发布)

【关键词】

刑事 盗窃 诈骗 利用信息网络

【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。

【相关法条】

《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第二百六十六条

【基本案情】

一、盗窃事实

2010年6月1日,被告人郑必玲骗取被害人金某195元后,获悉金某的建设银行网银

账户内有 305 000 余元存款且无每日支付限额,遂电话告知被告人臧进泉,预谋合伙作案。臧进泉赶至网吧后,以尚未看到金某付款成功的记录为由,发送给金某一个交易金额标注为 1 元而实际植入了支付 305 000 元的计算机程序的虚假链接,谎称金某点击该 1 元支付链接后,其即可查看到付款成功的记录。金某在诱导下点击了该虚假链接,其建设银行网银账户中的 305 000 元随即通过臧进泉预设的计算机程序,经上海快钱信息服务有限公司的平台支付到臧进泉提前在福州海都阳光信息科技有限公司注册的“kissal23”账户中。臧进泉使用其中的 116 863 元购买大量游戏点卡,并在“小泉先生哦”的淘宝网店里出售套现。案发后,公安机关追回赃款 187 126.31 元发还被害人。

二、诈骗事实

2010 年 5 月至 6 月间,被告人臧进泉、郑必玲、刘涛分别以虚假身份开设无货可供的淘宝网店铺,并以低价吸引买家。三被告人事先在网游网站注册一账户,并对该账户预设充值程序,充值金额为买家欲支付的金额,后将该充值程序代码植入到一个虚假淘宝网链接中。与买家商谈好商品价格后,三被告人各自以方便买家购物为由,将该虚假淘宝网链接通过阿里旺旺聊天工具发送给买家。买家误以为是淘宝网链接而点击该链接进行购物、付款,并认为所付货款会汇入支付宝公司为担保交易而设立的公用账户,但该货款实际通过预设程序转入网游网站在支付宝公司的私人账户,再转入被告人事先在网游网站注册的充值账户中。三被告人获取买家货款后,在网游网站购买游戏点卡、腾讯 Q 币等,然后将其按事先约定统一放在臧进泉的“小泉先生哦”的淘宝网店铺上出售套现,所得款均汇入臧进泉的工商银行卡中,由臧进泉按照获利额以约定方式分配。

被告人臧进泉、郑必玲、刘涛经预谋后,先后到江苏省苏州市、无锡市、昆山市等地网吧采用上述手段作案。臧进泉诈骗 22 000 元,获利 5 000 余元,郑必玲诈骗获利 5 000 余元,刘涛诈骗获利 12 000 余元。

【裁判结果】

浙江省杭州市中级人民法院于 2011 年 6 月 1 日作出(2011)浙杭刑初字第 91 号刑事判决:一、被告人臧进泉犯盗窃罪,判处有期徒刑十三年,剥夺政治权利一年,并处罚金人民币三万元;犯诈骗罪,判处有期徒刑二年,并处罚金人民币五千元,决定执行有期徒刑十四年六个月,剥夺政治权利一年,并处罚金人民币三万五千元。二、被告人郑必玲犯盗窃罪,判处有期徒刑十年,剥夺政治权利一年,并处罚金人民币一万元;犯诈骗罪,判处有期徒刑六个月,并处罚金人民币二千元,决定执行有期徒刑十年三个月,剥夺政治权利一年,并处罚金人民币一万二千元。三、被告人刘涛犯诈骗罪,判处有期徒刑一年六个月,并处罚金人民币五千元。宣判后,臧进泉提出上诉。浙江省高级人民法院于 2011 年 8 月 9 日作出(2011)浙刑三终字第 132 号刑事裁定,驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:盗窃是指以非法占有为目的,秘密窃取公私财物的行为;诈骗是指以非法占有为目的,采用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取公私财物的行为。对既采取秘密窃取手段又采取欺骗手段非法占有财物行为的定性,应从行为人采取主要手段和被害人有无处分财物意识方面区分盗窃与诈骗。如果行为人获取财物时起决定性作用的手段是秘密窃取,诈骗行为只是为盗窃创造条件或作掩护,被害人也没有“自愿”交付财物的,就应当认定为盗窃;如果行为人获取财物时起决定性作用的手段是诈骗,被害人基于错误认识而“自愿”交付财物,盗窃行为只是辅助手段的,就应当认定为诈骗。在信息网络情形下,行为人利用信息网络,诱骗他人点击虚假链接而实际上通过预先植入的计算机程序窃取他人财物构成犯罪的,应当以盗窃罪定罪处罚;行为人虚构可供交易的商品或者服务,欺骗他人为支付货款点击付款链接而获取财物构成犯罪的,应当以诈骗罪定罪处罚。本案中,被告人臧进泉、郑必玲使用预设计算机程序并植入的方法,秘密窃取他人网上银行账户内巨额钱款,其行为均已构成盗窃罪。臧进泉、郑必玲和被告人刘涛以非法占有为目的,通过开

设虚假的网络店铺和利用伪造的购物链接骗取他人数额较大的货款,其行为均已构成诈骗罪。对臧进泉、郑必玲所犯数罪,应依法并罚。

关于被告人臧进泉及其辩护人所提非法获取被害人金某的网银账户内305 000元的行为,不构成盗窃罪而是诈骗罪的辩解与辩护意见,经查,臧进泉和被告人郑必玲在得知金某网银账户内有款后,即产生了通过植入计算机程序非法占有目的;随后在网络聊天中诱导金某同意支付1元钱,而实际上制作了一个表面付款“1元”却支付305 000元的假淘宝网链接,致使金某点击后,其网银账户内305 000元即被非法转移到臧进泉的注册账户中,对此金某既不知情,也非自愿。可见,臧进泉、郑必玲获取财物时起决定性作用的手段是秘密窃取,诱骗被害人点击“1元”的虚假链接系实施盗窃的辅助手段,只是为盗窃创造条件或作掩护,被害人也没有“自愿”交付巨额财物,获取银行存款实际上是通过隐藏的事先植入的计算机程序来窃取的,符合盗窃罪的犯罪构成要件,依照刑法第二百六十四条、第二百八十七条的规定,应当以盗窃罪定罪处罚。故臧进泉及其辩护人所提上述辩解和辩护意见与事实和法律规定不符,不予采纳。

在以上刑事指导性案例中,涉及利用网络信息实施的盗窃罪与诈骗罪的区分问题。结合具体案件,主观上如何判断处分意识对于本案的认定具有决定性的意义。就第一起盗窃事实而言,被告人植入了支付305 000元的计算机程序的虚假链接,并且欺骗被害人只要点击该1元支付链接后,其即可查看到付款成功的记录。被害人在诱导下点击了该虚假链接,导致其网银账户中的305 000元通过被告人预设的计算机程序,支付到被告人的账户。在上述犯罪行为中,被告人确实实施了欺骗行为,而且被害人也是受到欺骗而点击链接并且导致丧失对自己财物的控制。但被害人在点击链接的时候,并没有认识到这是在支付305 000元,因此并没有处分财产的意识。从这个意义上说,305 000元的财产转移并不是被害人自愿处分的结果,在实质上是被告人取得他人财物。由此,本案确立了我国司法实践中在盗窃罪与诈骗罪区分上的有意识处分说,这是具有积极意义的。正如吴光侠指出:

我们认为,处分意识必要说值得肯定,它抓住了诈骗的本质特征,符合主客观相统一原则的要求,有利于把诈骗与其他侵犯财产犯罪区别开来,也是我国刑法理论界多数人的观点。诈骗罪中的处分意识与民法上的处分意识存在明显差别,只要对所处分财物的外形和范围有概括认识,据此可以确定所要处分财物的范围并能排除其他财物即可。至于处分意识的有无,应当结合被骗者的年龄、精神状态、知识状况、处分权限以及被骗时的主客观情形,进行综合分析判断。对于行为人采用调包或其他隐蔽方法,被害人没有认识到交出的是自己控制下的财物,或者被害人虽然外形上将财物暂时转移给行为人,如允许试驾车辆、试穿衣服,但根据社会一般观念,该财物仍然由被害人占有时,行为人通过进一步的违法行为占有该财物的,均不能认定被害人有处分财物的意识。^①

在没有处分意识的情况下,被害人的交付是一种不知情的交付。在这种不知情的交付情况下,如何进一步界定盗窃罪中的财物取得行为,这是一个在刑法教义学上值得讨论的问题。因为通常的盗窃,行为人都有秘密窃取行为,这里的窃取就是指取得。但在不知情交付的情况下,这种常态的取得行为并不具备,那么如何充足盗窃罪的构成要件呢?对此,我国学者认为不知情交付是一种利用他人的自害行为,这是一种特殊类型的间接正犯。在不知情交付案件中,被告人通过使用各种欺骗的手段,使被害人在无法正确理解事实真相的情况下实施了交付财物的行为,这种行为使自己遭受财产损失,因而是一种自害行为。在这种案件中,被告人对被害人具备压制性的意思支配能力,被害人已经彻底沦为被告人随心所欲而任意操作的工具,因而可以归之于“利用他人的自害行为”类型的间接正犯。在这些不知情交付的案件中,被告人在主观上

^① 吴光侠:《〈臧进泉等盗窃、诈骗案〉的理解与参照》,载《人民司法(案例)》2015年第12期。

具有优越性认知的意思支配,客观上也具备了支配案件操作流程的主导性地位,其欺诈性的指使行为对被害人在不知情的状态中交付财物的行为起到了决定性作用,因此就形成了间接正犯中的“幕后操作者与被利用工具”的事实支配关系。因此,在被害人不具有处分意识的前提下,应当将不知情交付财物的案件视为间接正犯形式的盗窃罪。^①应该说,这种观点是能够成立的,对于间接正犯的类型具有拓展性的认知,对于不知情交付而构成盗窃罪也具有较强的解释功能。

指导性案例的颁布无论是对于司法实践还是对于刑法教义学的理论研究都具有积极意义,这是不能否定的。随着指导性案例的不断累积,这种积极意义还会进一步显现。当然,在指导性案例累积到一定程度之前,我们不能仅仅依赖指导性案例,还要大量参考其他具有价值的司法案例。事实上,目前在案例指导制度的带动下,各种案例对于司法活动都产生了大小不同的影响。包括本书所收集的这些案例,我们把这些案例称为指导案例,但它与最高人民法院经过专门方式挑选并按照特定程序公布的指导性案例是有区别的,而且这种区别也是显而易见的。对此,胡云腾做了十分准确的阐述,指出了指导性案例不同于具有指导作用的案例。根据胡云腾的观点,就人民法院而言,指导性案例专指依据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》编选的并经最高人民法院审判委员会讨论决定后公开发布的案例。所谓具有指导作用的案例,是指单位或个人编选的对于理论研究或者司法实践具有指导价值的案例,也可以称之为民间版的指导性案例。这些案例有的是法院或法官编写的,如最高人民法院各业务部门为指导执法办案需要编选的《刑事审判参考》《民商审判指导与参考》和《知识产权审判指导与参考》等系列案例作品,地方各级人民法院为总结司法审判经验、指导本辖区审判工作编选并发布的“参考案例”“示范案例”和“典型案例”等案例文件;还有的是专家学者、执业律师为服务教学科研、繁荣法学理论或者指导办案实践而编选的,如《刑事法判解》《商事案例判解》和律师编写的《刑事辩护名案选》等案例出版物。胡云腾揭示了指导性案例与具有指导作用的案例之间的五大差别:(1)指导性案例是适用法律的模范案例,具有指导作用的案例是适用法律的特色案例。(2)指导性案例是有权解释法律的案例,具有指导作用的案例是自由解释法律的案例。(3)指导性案例是形式内容都依法限定的案例,而具有指导作用的案例是内容形式没有限定的案例。(4)指导性案例是具有强制指导作用的案例,而具有指导作用的案例是具有灵活指导作用的案例。(5)指导性案例可以在裁判文书中引用,而具有指导作用的案例不宜在裁判文书中引用。^②胡云腾强调了指导性案例与具有指导作用的案例之间的区别,这是完全正确的。当然,在具有对司法活动的指导意义这一点上,这两者之间还是存在共同之处的,只不过这种指导的性质和价值存在差异。收入本书的既包括指导性案例,又包括具有指导作用的案例。由于指导性案例的数量有限,主要还是具有指导作用的案例。

就司法案例而言,各级司法机关生效的判决不再是需要保密的资料,而是应当向社会公开的文书。最高人民法院开通的“中国裁判文书网”,为社会各界提供了大量鲜活的司法案例。2016年8月29日最高人民法院公布了《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》,裁判文书在互联网上的公布,对于贯彻落实审判公开原则,促进司法公正,提升司法公信力具有十分重要的意义。随着裁判文书在互联网上的公布,越来越多的司法案例进入社会的视野,它不仅对于社会公众了解司法工作带来了便利,而且还给学者研究以及案例的分类整理带来了便利。在这种情况下,司法案例成为一种社会资源,在此基础上进行深度加工和开发成为可能。事实上,收入本书的刑事案例也是在最高人民法院相关部门挑选、整理和分析基础上进行再加工的成果。如果没有前面相关部门的同志所做的大量工作,本书也是不可能编成的,对此应当深表谢意。

^① 王立志:《认定诈骗罪必需“处分意识”——以“不知情交付”类型的欺诈性取财案件为例》,载《政法论坛》2015年第1期。

^② 胡云腾:《一个大法官与案例的38年情缘》,载《民主与法制》2017年第20期(2017年6月19日)。

《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》第二版是在第一版的基础上,增加了相关案例资料。这些案例资料主要来源于最高人民法院公布的指导性案例、《最高人民法院公报》《刑事审判参考》和《人民法院案例选》等刊物。资料的截止时间是2017年6月底。值得说明的是,本书第二版的案例增选和编撰工作是由南京大学法学院徐凌波博士完成的,她对案例资料做了精心选裁,对裁判要旨做了完美提炼,由此而圆满地完成了本书第二版编写任务,特此表示感谢。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所
2017年11月1日

第一版序一

张军*

案例是人民法院审理案件后形成的司法产品,是总结审判经验、诠释法律精神的重要载体,具有宣传法治、教育群众和指导审判的重要作用。为了建设公正高效权威的社会主义司法制度,必须充分认识中国特色案例指导制度的意义,积极健全相关配套制度和保障机制,推进案例指导制度稳步、健康发展。在《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》一书即将付梓之际,谨就人民法院案例指导制度相关问题谈三点认识。

一、人民法院案例指导工作的实践和发展

案例指导制度是我国社会主义司法制度的重要组成部分。自人民司法制度建立以来,人民法院就一直重视案例指导,通过编发典型案例的方式指导审判工作。无疑,案例指导工作及其制度是随着国家法制建设发展历程逐步受到重视和发展起来的,大体可以分为以下三个发展阶段:

第一阶段是案例工作探索起步阶段,从1949年10月新中国成立至1985年5月《最高人民法院公报》创刊。其主要特点是以法院文件内部印发案例。1956年在全国司法审判工作会议上,最高人民法院明确提出分类分批汇编案例以适应“比照援用”的要求。1954年初最高人民法院起草《关于处理奸淫幼女案件的经验总结和对奸淫幼女罪犯的处刑意见》,发各地法院参照执行,1957年经充实完善和审判委员会通过后,修订为《1955年以来奸淫幼女案件检查总结》,以内部文件的形式印发各地法院执行,开启了用案例指导审判工作的实践。1962年12月,最高人民法院颁发《关于人民法院工作若干问题的规定》,其中之七为“总结审判工作经验,选择案例,指导工作”,并对案例选发程序等做了具体规定。1966年至1976年“文化大革命”,法制被破坏,案例工作也停滞。1978年10月,最高人民法院继续以法院内部文件的方式,印发了刘殿清“反革命”案等9个典型案例,具体指导全国各级法院纠正“文化大革命”期间形成的冤错案件。20世纪80年代,随着《刑法》、《刑事诉讼法》等重要法律的颁布施行,案例工作有了新进展。为适应1983年开始的“严打”斗争需要,1984年5月、12月最高人民法院以文件形式印发了《刑事犯罪案例选编(一)》和《刑事犯罪案例选编(二)》,共印发34个案例,对当时的刑事审判、“严打”斗争加强指导,发挥了重要作用。

第二阶段是案例工作繁荣发展阶段,从1985年5月《最高人民法院公报》创刊至2010年11月《最高人民法院关于案例指导工作的规定》印发。其主要特点是开始公开向社会发布案例。1985年5月《最高人民法院公报》开始向社会公布经特定程序编选、审查确定的各类典型案例,既以此形式宣传国家法制,又作为总结审判经验的特定形式供各级人民法院在审判工作中学习、参照。1985年7月18日,最高人民法院印发《关于破坏军人婚姻罪的四个案例》的通知,公开发布了徐某某、宋某某、熊某某、赵某某破坏军人婚姻罪的4个案例,更是起到了规范、指导具体案件审判的特殊作用。1988年4月1日,最高人民法院在向第七届全国人大第一次会议所作的工作报告中指出,5年来最高人民法院发布293个案例,主要是对审理改革开放中新出现的案

* 现任中华人民共和国司法部部长。

件提供范例。1992年起,最高人民法院中国应用法学研究所编辑《人民法院案例选》,国家法官学院和中国人民大学法学院联合编辑《中国审判案例要览》,向海内外发行。1999年起,最高人民法院各审判庭相继编辑以案例研究为主要内容的审判参考和指导丛书。2005年,《人民法院报》开设“案例指导”专栏。2007年,《人民司法》杂志社开始编辑《人民司法·案例》。2009年9月11日,最高人民法院以文件形式印发了黎景全、孙伟铭醉酒驾车以危险方法危害公共安全两个案例,要求人民法院审理类似案件应当参照执行。与此同时,各地法院也积极进行案例编选,提供审判工作参考,编辑出版了大量案例参阅刊物,进一步丰富了人民法院案例编选的内容和形式。

在案例工作空前繁荣发展的同时,最高人民法院重视并开始着手案例工作的制度建设。根据党的十五大推进司法改革的要求,1999年最高人民法院制定《人民法院五年改革纲要(1999—2003)》,提出编选典型案例,供下级法院审判类似案件时参考。2005年,根据党的十六大积极、稳妥推进司法体制改革的要求,制定《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》,第一次正式提出“建立和完善案例指导制度”。2008年12月,根据中央关于深化司法体制和工作机制改革工作部署,案例指导制度成为党和国家司法改革的一项内容。

第三阶段是案例工作规范发展阶段,2010年11月《最高人民法院关于案例指导工作的规定》出台,形成以指导性案例为统领、参考性案例为基础的案例工作规范化、制度化发展新局面。2011年12月20日,最高人民法院依照规定公开发布第一批指导性案例,标志着中国特色案例指导制度的确立,成为中国特色社会主义司法制度的重要组成部分,案例工作进入新的重要发展阶段。

二、充分认识案例指导制度的重要意义

案例指导制度的建立,是推进依法治国方略的必然要求,是满足人民群众对司法新需求、新期待的重要举措,是推动法律文化大发展、大繁荣的重要载体,是建设公正高效权威社会主义司法制度的重要方面。

(一) 案例指导制度的建立,是建设公正高效权威社会主义司法制度的重要方面

随着建设社会主义法治国家的不断推进,特别是中国特色社会主义法律体系形成后,“有法必依、执法必严”的任务更为艰巨,司法机关确保法律实施的任务更重,确保公正司法的要求更高,维护社会公平正义的责任更大。法律的实施有赖于公正高效权威司法的保障,而案例指导制度正是确保司法公正、提高司法效率、提升司法权威的重要路径。案例指导制度用已决案例指导待决类似案件的裁判,在“抽象到具体”的法律适用中,增加一个“具体到具体”的参照,有利于统一裁判尺度,促进司法公正;通过案例总结、积累和运用案例中的司法智慧,有助于及时解决疑难复杂案件,提高司法效率;通过案例宣传和弘扬法治,还有助于引导和规范公众的行为,教育当事人和公众自觉服从、认同和支持生效裁判,同时案例本身及其指导下产生的新案例也成为司法公正的生动证明和“形象代言”,增强人民群众对司法公平与正义的认同感和信任感,从而维护和提升司法权威性,促进公正高效权威社会主义司法制度建设,推进依法治国方略实施。

(二) 案例指导制度的建立,是满足人民群众司法新需求、新期待的重要举措

随着我国经济社会的发展和法治建设的推进,人民群众对通过司法解决纠纷的要求也越来越高:既要公正司法,又要以看得见的方式实现;既要处理好个案,又要平衡好类似案件处理。近年来一些个案的裁判公正性问题,引起社会各界的广泛关注,建立案例指导制度的呼声很高。深化司法改革,建立案例指导制度,进一步健全确保法律适用统一的工作机制,有利于司法机关积极回应人民群众司法新需求、新关切,应对新时期出现的新问题、新挑战。

(三) 案例指导制度的建立,是创新社会管理、促进社会和谐的重要机制

案例指导制度是创新社会管理的有效手段。通过发布案例,弘扬法治,惩恶扬善,为人们的行为提供指引,促使人们自觉地调整自己的行为,自觉遵守法律法规;案例所确立的同类案件的处理规则,为人们树立了依法办事的标杆,促使诉讼当事人理性诉讼,自行和解或自愿接受调整,避免司法资源的浪费;案例通过确立裁判规则,引导、促进相关社会管理主体依法创新和完

善社会管理机制,改进管理工作,堵塞管理漏洞,完善管理制度和方法,提升管理能力和水平,从而从根本上有效化解和消除社会管理中的矛盾和纠纷,最大限度地促进社会和谐。

(四) 案例指导制度的建立,是统一法律适用、促进司法公正的有效手段

当前我国正处于经济迅猛发展、社会结构深刻调整和变革的转型期,司法领域不断拓展,案件数量及其复杂疑难程度与日俱增。特别是中国特色社会主义法律体系形成后,有法必依、执法必严、违法必究的问题受到更多关注。由于我国各地的经济社会发展水平不平衡、司法人员司法能力差异等多种原因,司法实践中类似案件处理结果大相径庭的现象仍然存在,影响司法的统一性和公信力。案例指导制度要求对类似案件的法律适用基本统一,处理结果相对一致,由此通过创新和完善司法业务指导方式,不仅可以培养司法人员正确统一的法律思维模式和裁判方法,而且能够对自由裁量权予以必要规范和限制。

(五) 案例指导制度的建立,是发扬和借鉴古今中外法律文化与经验的重要成果

在中国古代司法传统中,秦有“廷行事”,汉有“决事比”,宋、元有“断例”,清有“律例、条例、则例、会典”等案例编撰形式。比照成例断案,是中国法律文化与司法传统的有机组成部分。新中国成立后,最高人民法院一直以不同方式印发案例,指导和规范办案工作。当今世界,大陆法系和普通法系在司法制度和工作机制层面,亦呈现出相互借鉴、相互学习和相互融合的发展趋势,“判例制”早已不是普通法系国家的“专利”。案例指导制度的建立,是对中华优秀法律文化的继承和发展,也是对其他国家有益法治建设经验的合理借鉴。

(六) 案例指导制度的建立,是宣传法治、提升司法公信力的重要载体

案例是向公众进行法制宣传教育的“活教材”,可以给人以启示和教育,使公众从案例中直观领悟法律的原则和精神,自觉学法、知法、守法、用法。案例为法学理论研究提供了良好的素材,其本身所蕴含的法治信息,所提出的司法理念,往往成为法学研究创新和理论发展的重要源泉。反过来,理论界关于案例的逻辑推理和法理诠释又为立法和司法解释提供新的思路和视角,从而形成实践丰富理论,理论指导实践的良性互动局面。案例的公布,也使得法律的确信性和可预见性大大增强,司法人员和当事人在相当程度上可以预期案件的处理结果,案件办理变得更为顺畅,司法环境为之改善,人民群众对法律和司法机关的评价进一步提高,从而增强了司法的公信力。

三、积极推进案例指导制度健康发展

制度贵在落实。为了保障案例指导制度规范有序运行,充分发挥案例指导作用,我们应当在以下几个方面做出进一步努力。

(一) 坚持案例指导工作原则,确保工作健康开展

根据案例指导制度的性质和特点,开展案例指导工作,应当注意把握以下原则:一是坚持社会主义法治理念指导原则,确保正确司法理念。社会主义法治理念,是中国特色社会主义理论体系的重要组成部分,是确保案例指导制度科学发展的重要指南。我们必须坚持社会主义法治理念不动摇,用社会主义法治理念武装头脑,指导案例工作健康开展。二是坚持维护法律权威原则,确保宪法和法律的正确实施。成文法是我国的法律渊源,是处理案件的依据,必须维护法律的权威性。案例,包括指导性案例不是法律渊源,不能突破和违反法律的规定。必须时刻牢记,只有尊重法律、遵从法律、遵照法律,案例指导制度才有广阔的舞台和发展空间;只有坚守法律底线、恪守法律原则、遵守法律规定,案例指导制度才有旺盛的生命力和权威性。三是坚持客观性原则,确保案例运用的准确和权威。案例来源于生效裁判,应当客观真实地反映案件实际情况,而不能脱离原生效裁判文书进行主观分析和评价,更不能“无中生有”,从而确保案例运用能够得到法官等法律工作者的信赖,得到当事人的信服,赢得人民群众的信任。四是坚持指导性原则,确保案例指导的良好效果。应当以确保司法公正高效权威为目的,通过对案例的认真研究和深入发掘,在尊重原裁判的基础上进行必要整理和适当完善,对法律问题在现行法律框架内提出合法、合理、明确和具体的裁判规则,并将政策、道德、社情民意等因素融入其中,而不能机械地照抄照搬原裁判文书,从而真正展现案例中的司法智慧和法律贡献,确保案例符合社

会和谐、发展和稳定大局的需要,得到人民群众和社会各界普遍赞同,取得良好的法律效果和社会效果。五是坚持必要性原则,确保案例指导的质量。编发案例应当以解决社会经济发展中的疑难法律适用问题为重点,积极回应人民群众的司法需求,认真解决群众关切的亟待解决又缺乏明确具体法律规范调整的问题。编发案例,必须坚持质量第一,走“精品”路线,精益求精,宁缺毋滥,确保每一个案例都能经得起法律、历史和人民群众的检验。

(二) 要准确把握编选标准,增强案例指导价值

从浩如烟海的案例中挑选具有指导性的案例,可谓沙里淘金,准确把握编选标准尤为重要。要坚持围绕和服务经济社会发展的要求,把维护社会主义市场经济秩序、服务和保障民生作为编选案例的出发点,把深化社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法三项重点工作作为编选案例的结合点,把维护社会公平正义作为编选案例的落脚点,关注人民群众关心的权益保障、公平正义、社会治安、反对腐败等突出问题,积极着眼于回应群众关切,着眼于明确裁判尺度,着眼于司法实践中的新情况新问题,选择具有普遍指导意义的案例,从而切实提高案例的典型性、可用性和权威性。

(三) 要注重参照借鉴,切实发挥案例的作用

法律的生命力在于实施,案例的生命力在于应用。要注重案例的实际应用,采取切实可行的有效措施,让大家学习借鉴案例,并参照指导性案例,公正高效地审理相关案件,从而切实发挥它对司法工作的指导作用,对法制宣传的教育作用,对矛盾纠纷的预防作用。各级法院要切实维护指导性案例的权威性,建立回应当事人采纳指导性案例与否的说明、背离指导性案例的报告和说理等监督机制,以统一裁判尺度,实现审理案件法律效果和社会效果的有机统一。

(四) 要完善保障性机制,促进案例指导顺利开展

要从提高司法人员职业素质,增强裁判文书说理等方面,为案例指导工作的开展提供保障。要加强案例指导的组织建设,配备和培养一支“观察敏锐、认识深透、严谨细致、精益求精”的案例工作队伍,并建立激励机制,组织动员办案人员,把所办案件升华为案例精品,以此为契机提高制作、编选和应用案例的司法能力。要注重裁判说理,注重对法律条文的实质内涵以及如何适用做出充分阐释和说明,展现裁判文书的逻辑分析、推理过程和裁判依据,充分体现裁判的公正性和合理性,使之既符合法律规定,又符合人民群众的公正观和正义感,努力做到典型、争议性案件处理中天理、国法、人情的统一,从而让当事人和群众发自内心地认同裁判结果,真正实现案结事了人和。

(五) 要加强制度建设,推进案例指导工作规范化

制度建设是工作规范化的前提和基础。要建立案例尤其是指导性案例的发现、遴选、推荐、审查、讨论、发布、编纂等相关配套工作制度,科学确定案例的编选标准,统一规范编写体例和工作程序,使每一个步骤和环节都有可供遵循的标准和规范。要建立案例的发现、培育和推荐机制,对典型案件、影响性案件进行跟踪,对具有指导作用的,要更加精心认真审理,制作精品裁判文书。要通过建章立制,以更加健全的制度、更加完善的机制,确保“广泛选择、充分论证、精心编写、审慎发布、严格参照指导性案例”,使案例指导工作逐步走上规范化和制度化轨道。

(六) 要加强调研和学习,不断提升案例指导水平

胡锦涛总书记指出:“只有善于科学总结经验,注重认真学习经验,才能把中国特色社会主义道路坚持好、发展好。”要把案例研究作为应用法学研究的重点,围绕如何贯彻落实案例指导制度、如何保证案例指导符合我国司法实践的需要和司法规律,加强调查研究和经验总结,为案例指导工作提供理论指引、经验支撑和智力支持,并研究和总结出先进的司法理念、公正的裁判规则、科学的裁判方法,不断提高案例指导工作水平。要面向案例指导实践,注重加强学习和培训,强化社会主义法治理念,准确把握政策要求和立法原意,了解社会经济文化发展需要,培养以广阔的视野、高远的境界和敏锐的政治眼光分析研究案例的素养,善于学习、发现、培养、编选和应用案例,切实提高司法人员适用法律、把握政策、应用案例的技能,提升公正司法、促进社会和谐的能力。

案例指导制度作为中国特色社会主义司法制度的重要组成部分,有赖于全体法律人的共同支持和精心呵护。由最高人民法院研究室、北京大学刑事法治研究中心组织编写、北京大学法学院陈兴良教授领衔的团队为主编纂的《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》,是专家与法官携手研究案例指导制度的有益尝试,对于促进法学理论和司法实务工作者共同话语的增加和歧见的减少,进而促进案例指导制度的不断发展和完善,创新有利于维护法制统一的法的解释体制和适用机制,促进公正高效权威的社会主义司法制度建设,都将发挥重要作用!

2012年10月

第一版序二

胡云腾*

案例,通常是指法院处理过的案件或案子。^①除了特别制作的情形以外,案例的主要载体是法院作出的生效裁判文书。^②一般讲,人们对案例的看法和态度,或者说案例的价值和命运,因其所在社会的治理模式而异,就像法律的价值和命运一样。在不重视法治的社会中,案例所能发挥的作用十分有限,只有极少数案例,能够通过老百姓的口耳相传演绎为侦探故事和戏文的题材,反映人民群众崇尚正义、鞭挞邪恶的善良愿望,如《窦娥冤》、《铡美案》等。而绝大多数案例,都只能成为历史学家的研究史料,用以评价特定时代统治阶级的社会管理能力和治理业绩,或者揭示统治阶级处理社会矛盾纠纷的方法和态度。但在重视法治的社会中,案例则变成了社会发展建设的成果和资源,其价值和作用会不断增大。政府、学者和公众对案例的兴趣,也不再局限于文学艺术、宣传教育或历史研究的层面,而是把它们当作实践法治甚而推进法治进程活生生的载体,人们更加关注案例的解决规则或者裁判结果对公众利益和法治进步的积极价值。

当今社会,可以说是我国历史上最重视法治的时代,所以也是案例大放异彩的时代。我认为,当下的案例对于社会生活和法治建设的作用非常重要,我们对案例的发掘与研究应有更广阔视野和更深入的思考。打几个比喻:如果说法治社会是一条长河,那么人民法院每年审理的上千万件案例,就是铺垫这条大河的河床,对案例的研究就是淘出最具价值的金子;如果说法治社会是一维长空,那么案例则像散落的星辰,对案例的研究就是找出那些发亮的星星;如果说法治社会是一条大路,那么案例就是公民和法人长途跋涉的脚印,对案例的研究就是追寻指引前行的启迪;如果说法治社会是一台大戏,那么案例就是精彩纷呈的剧情,对案例的研究就是分享演职员们的智慧、欢乐与悲伤。总之,不论你是干什么的,你从哪个角度观察,案例都可能成为你关注或感兴趣的对象,因为案例往往是一个发人深省的故事,或者是一个与你的切身利益密切相关的事件。

由于时代的原因,我与案例结缘较早。我上的大学当年还没有法律系,只有一位老师教法律常识。这位老师名叫刘志正,20世纪50年代毕业于华东政法学院,大学期间就被打成右派,尔后回到河南老家当了22年农民。1979年右派改正后,刘老师已经53岁了,依然被当作法律人才引进到安徽师范大学教法律常识课。在当时没有统编教材、又缺乏法学著述的情况下,他便编选了一本《刑事疑难案例分析》权作课本,上课就给我们讲刑事案例和法律知识。正是通过对一些疑难案例或著名案例的学习与研究,我逐渐了解了法律并对之产生了浓厚的兴趣。我至

* 现任最高人民法院审判委员会专职委员,并兼任最高人民法院第二巡回法庭庭长。

① 根据最高人民检察院和公安部关于案例指导工作的规定,最高人民检察院可以发布对全国的检察工作具有普遍指导意义的案例,公安机关也可以发布对办案具有指导意义的案例。这与其他国家的案例仅指法院的案例有所区别。

② 案例与裁判文书的关系似乎难以说清楚,在我看来,案例来自于裁判文书,但不同于裁判文书。从广义讲,案例包括一个案件的所有裁判文书和证据资料,它们都可以成为案例研究的对象;但从狭义讲,案例是指法院生效的裁判文书,如其他国家和地区的台湾、香港和澳门地区,案例都是指生效的裁判文书,至于生效的裁判文书是哪一级法院作出的,可以不论。根据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》,指导性案例不是裁判文书,而是根据裁判文书编写的类似于案例分析的文稿。

今仍清晰地记得,通过关注举世瞩目的林彪、“四人帮”反革命集团案的审判,知道了什么是反革命罪以及怎样认定反革命罪的目的等;通过关注当年影响巨大的蒋爱珍杀人案,知道了什么是正当防卫,什么不是正当防卫,以及被害人过错对定罪量刑的影响等法律问题^①;再如通过对当时轰动全国的王守信贪污案例的关注研究,了解了贪污罪的构成要件和相关规定等^②。现在,每当我回忆起大学期间学习法律知识的岁月,就会想起很多这样的案例,就像每当我们回忆童年的学习生活,就会想到小学课本中的童话故事一样。正是这些案例的启蒙教育,成为我后来之所以选择刑法专业并始终喜欢研习刑事案例的初始原因,更是我至今还乐于从事刑事司法实务工作的兴趣源泉。

或许也是出于对刑事案例和司法实务问题的研究兴趣,2002年我从中国社会科学院法学研究所调入最高人民法院研究室工作。从此,研究案例特别是研究刑事案例成为我工作的重要内容。每天看的材料多是案例,研究的问题多因案例引起,研究的意见也多与案例有关。所不同的是,我在研究室研究的案例多数不是已决的案例,而是正在人民法院处理过程中因法律适用有疑难问题的案件。这些疑难案件,有的是下级法院请示上来的,有的是最高人民法院相关业务庭对如何适用法律有分歧意见来征求研究室意见的。可以说它们都是鲜活的、待决的案例。对这些案例的分析、研究,使我对法律、法理和司法有了更加深入的理解和感悟。

2004年,我担任最高人民法院中国应用法学研究所所长,与案例打交道的机会更多了。因为当时中国应用法学研究所的主要工作,就是负责编辑《人民法院案例选》。这部系列案例集从1992年就开始编辑出版了,是我国目前连续出版时间最长的案例出版物。先是每月出1本薄薄的小册子,一年出版12集。到我接手担任编辑部主要负责人时已经改为每年出版4集,每集约有30万字,此后,每个季度出版一集的做法成为定制,一直延续至今。我在这里必须提及的是,在中国应用法学研究所的几任所长和王观强、张懋、杨洪逵等著名专家型法官的辛勤努力下,《人民法院案例选》一度成为最受法学理论界和司法实务界欢迎的案例出版物,著名学者冯象先生曾经给予人民法院案例选特别是杨洪逵法官撰写的案例评语以高度评价^③。按照惯例,中国应用法学研究所所长是《人民法院案例选》当然的编辑部主任,所以我便从2005年起主持了《人民法院案例选》的编务工作。当时我的主要关切,就是如何顺利地把《人民法院案例选》编下去且保证它的品质不继续下降。因为随着案例读物越来越多,尤其是最高人民法院各业务庭编辑的审判参考系列纷纷出版,加上中国应用法学研究所的编写人员缺少等原因,《人民法院案例选》的社会影响和发行市场都在萎缩。为了重振这本案集的名气和影响,我和我的同事蒋惠岭副所长等带领全国法院的通讯编辑们对案例的编选格式和流程进行了一系列改革探索,其中最突出的改革就是借鉴境内外案例或判例的编选经验,对案例的内容提炼出一个“裁判要旨”,以告诉读者该案例的价值和亮点所在。现在,对案例提炼裁判要点或者裁判要旨的做法已成通例,这种做法对于读者了解一个案例的价值和作用颇有帮助。就我的阅读习惯而言,读一个案例往往先看作者归纳的裁判要旨,如果我对裁判要旨不感兴趣或者不认同,那么对整个案例就不会感兴趣了。因此,提炼裁判要旨不仅是吸引读者眼球的需要,也是衡量编写者编选案例的眼光、能力和水平的一项基本功。

^① 蒋爱珍杀人案发生于1978年,由于受到单位某些帮派成员的诬陷和迫害,蒋爱珍忿而持枪杀死其中3人。一审因此被判处死刑立即执行。但具体案情被披露后,舆论普遍同情蒋爱珍,认为她杀人是由于名节受到极大侮辱且忍无可忍,强烈要求对其轻判。最终蒋被新疆高级人民法院从轻判处15年有期徒刑。

^② 王守信案发生于1972年,她是哈尔滨市一个国有企业的负责人,从报道看,她从1972年起,伙同他人先后贪污了53万余元,这在当时是难以想象的天文数字。该案是新中国成立后继刘青山、张子善贪污案之后发生的影响最大的贪污案。在刘宾雁撰写的报告文学《人妖之间》的影响下,社会舆论一边倒地要求判处其死刑,王的下场也就不难预料了。

^③ 冯象先生原话的大意是:最高人民法院中国应用法学研究所编辑的《人民法院案例选》,是富矿,极有挖掘潜力。其中杨洪逵先生倾注了大量心血,当得上中国案例编纂评析的第一人。杨先生英年早逝,是人民法院(也是中国法学)的巨大损失。起码要四五位学识一流的法官全力以赴,才能顶得起杨洪逵先生一人的工作。

在主持编辑《人民法院案例选》以后,我们感到有必要借鉴西方国家判例制度的经验,建立中国特色的案例指导制度。我和蒋惠岭同志组织中国应用法学研究所的同事们和全国法院的案例通讯编辑们,较早地对这个问题进行了探索。蒋惠岭同志是研究这个问题的专家,他当时的雄心很大,想建立一个类似于西方判例制度的案例指导制度,为此做了很多比较研究,提出了一些有价值的意见和建议。与此同时,理论界和实务界也有很多同志倡导或者研究案例指导制度问题,相关论文发表的越来越多。^①党的十六大召开以后,中央政法委为了落实十六大提出的推进司法体制和工作机制改革的要求,组织研究并统一部署国家的司法体制和工作机制改革工作。最高人民法院也根据十六大的要求,组织人员研究如何推进法院系统的司法体制与工作体制机制改革问题。当时最高人民法院司法改革办公室还没有单独成立,也没有专门从事司法改革的人员,只有一块牌子,从各个业务庭室及下级法院抽调若干法官权作研究人员,司法改革办公室设在中国应用法学研究所,由法学研究所负责办公室的具体事务工作。当时的做法是,各业务部门提出的研究意见和改革建议统一送到司法改革办公室,供我们起草建议文件和司法改革纲要之用。我当时兼任司法改革办公室副主任,除了负责司法改革办公室的日常工作以外,主要任务是与蒋惠岭同志一道起草《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》,即通常所说的“二五改革纲要”。在“二五改革纲要”的建议稿中,我们写上了建立案例指导制度的内容。^②“二五改革纲要”发布后,建立案例指导制度的实践运作正式启动。根据最高人民法院确定的任务分工,由研究室具体负责案例指导制度这一改革项目的研究实施问题。这项改革的主要任务就是起草并发布一个关于开展案例指导工作的文件,以便从制度上正式建立案例指导制度。但在当时情况下,对于案例指导制度如何构建,如何看待和使用案例指导制度,法院内外并没有明确、统一的认识,我们自己也没有成熟、统一的意见。与此同时,还有一些专家、法官甚至个别部门不赞成建立案例指导制度。主要争议是案例指导制度的法律地位如何界定,指导性案例的效力如何确定,案例指导制度与西方国家判例制度如何区别,以及案例指导制度与立法和司法解释的关系等。平心而论,这些问题争论一百年也是不会有统一结论的,关键是有关部门和最高人民法院如何选择和下决心的问题。

在此期间,最高人民法院研究室还在联合国开发计划署的支持下,承担了案例指导制度的项目研究,这个项目是个跨度很长、活动很多的项目,在我担任研究室主任之前就召开了很多次会议,起草了很多个稿子和调研报告,但由于大家对案例指导制度的基本构想不明确,同时在一些重大问题上无法达成共识,所以这项改革一直没有取得突破性进展,文件起草也一直处于难产阶段。2008年以后,为贯彻党的十七大精神,中央政法委开始部署新一轮司法改革,同时对于上一次改革没有完成的改革项目开始实行督办制度,建立案例指导制度的改革项目被作为尚未完成的改革任务纳入督办的范围,这大大加快了该项改革的实施进程。在新的形势下,法学理论界和司法实务界对于建立案例指导制度的意见更加迫切和统一,有关部门对于建立案例指导制度的意见也渐趋统一,中央领导同志还多次明确要求公安机关、检察机关和审判机关适时建立案例指导制度,以统一司法标准,指导执法办案,促进司法公正,维护群众利益。在这种情况下,构建中国特色案例指导制度自然瓜熟蒂落。先是最高人民检察院于2010年7月29日率先发布了《关于案例指导工作的规定》,继而在2010年9月10日,公安部发布了《关于建立案例指导制度有关问题的通知》,最后,最高人民法院也于2010年11月26日出台了《关于案例指导工作的规定》。这三个文件的出台,标志着2010年成为中国特色案例指导制度的创建之年。^③

^① 就我接触的范围而言,北京大学的张琪教授、中国人民大学的范瑜教授、中国社会科学院法学研究所的刘作翔教授等关于案例制度的观点或文章,给我的印象最为深刻。

^② “二五改革纲要”第13条规定: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。

^③ 这是从制度构建的意义上而言的。实际情况是,公检法机关虽然在同一年出台了各自的规定,但有的并没有在该年度发布指导性案例。如最高人民法院首次发布指导性案例,已经是2011年底的事情了。

也是在案例指导制度课题研究和研究案例指导制度改革的过程中,我逐渐对案例价值和案例指导制度形成了一些观点和成果。2009年,我和我的学生于同志法官合写了一篇案例研究的文章,发表在《法学研究》2009年第5期上,论文一共探讨了10个有争议的问题并论述了我们自己的见解,这些问题都是我们在改革的实践中看到或者听到的,所以比较具体和务实。此后,我协助当时分管研究室和中国应用法学研究所工作的最高人民法院常务副院长沈德咏大法官,编写了《中国特色案例指导制度研究》一书,该书由人民法院出版社2009年5月出版,主要汇集了广大法官关于构建案例指导制度的观点与思考。最高人民法院关于案例指导制度的规定出台后,我因职责和兴趣的原因,又撰写了一些宣传或解读案例指导制度的理解与适用文章,对于如何看待中国特色的案例指导制度、如何编选指导性案例、如何使用指导性案例等,作了一些初步解读。我的基本观点是,已经建立的案例指导制度,尽管还有不能令人满意之处,同时最高人民法院据此发布的两批指导性案例,尽管诚如有的学者所言是“放了一个哑炮”,但不可否认的是,案例指导制度的构建无疑是近年来我国司法体制改革的一大成果,它是继司法解释制度产生以来司法机关解释和适用法律的一次重大机制创新,不仅对于公正高效权威的司法制度建设至关重要,而且对于中国特色社会主义法治国家建设都具有重大而深远的意义。

交代了我与案例打交道以及参与案例指导制度建设的过程以后,我想应当谈谈对案例特别是指导性案例的观点与看法。我觉得理论界和实务界编选的所有案例,包括本书编选的案例,从应用价值上都可以分为两类,一类可以称之为“指导性案例”,另一类可以称之为“具有指导作用的案例”。在公检法三机关建立案例指导制度以后,“指导性案例”已经成为一个法定的或者特定的概念。就人民法院而言,指导性案例专指依据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》程序编选的、并经最高人民法院审判委员会讨论决定后公开发布的案例。至今为止,最高人民法院一共发布了三批共12个指导性案例^①,其中刑事指导性案例只有4个。

本书收选的绝大多数是“具有指导作用的案例”。所谓“具有指导作用的案例”,就是单位或个人编选的对于理论研究或者司法实践具有指导价值的案例,也可以称之为民间版的指导性案例。这些案例有的是法院或法官编写的,如最高人民法院各业务部门为指导执法办案需要编选的《刑事审判参考》、《民商审判指导与参考》和《知识产权审判指导与参考》等系列案例作品,地方各级人民法院为总结司法审判经验、指导本辖区审判工作编选并发布的“参考案例”、“示范案例”和“典型案例”等案例文件;还有的是专家学者、执业律师为服务教学科研、繁荣法学理论或者指导办案实践而编选的,如《刑事法判解》、《商事案例判解》和律师编写的“刑事辩护名案选”等案例出版物。这些案例及其解读分析不仅对司法人员、律师办理案件具有重要的指导作用,而且对于法学教学科研人员研习法律、对于社会公众学习法律知识也有很大的参考价值。不过,由于其编选者的非权威性和编选机制的非法定性,所以,这些案例的指导作用只类似于法学理论著作的指导作用,即理论上或者实践上的软指导作用,而不具备指导性案例所特有的即全国各级人民法院在执法办案过程中必须参照的强制指导作用。因此,我们在学习、研究案例作品的时候,应当注意指导性案例与“具有指导作用的案例”的特色和区别,借此机会,我想讲以下五点个人意见,供读者鉴别。

一、指导性案例是适用法律的模范案例,具有指导作用的案例是适用法律的特色案例

一个案例之所以能够成为指导性案例,并像规范性文件一样发挥指导法官办案的作用,根本原因是法官对案件纠纷裁决得好,法律适用选择得好以及裁判说理论述得好。我过去也多次讲过,指导性案例是认定事实证据的模范,是正确适用法律的模范,是展示法官正确行使自由裁量权的模范。打一个或许不甚恭敬的比喻,指导性案例就像案例中的尚秀云、陈艳萍、詹红丽等模范法官,所以,这类案例才十分罕见,最高人民法院对指导性的编选才慎之又慎。而具有指导

^① 但是,根据最高人民法院审判委员会的决定,对于《最高人民法院公报》1985年以来发布的典型案例,如果符合指导性案例条件的,也可以被确定为指导性案例。目前,对这些案例的确认工作正在进行之中,但最终能够确认多少,还是一个未知数。

作用的案例,则是在适用法律方面具有独到特色的案例,这个特色既可能表现在公正适用法律方面,也可能表现在填补法律空白方面,还可能是论证了一个法学理论观点,或者弘扬了一个司法理念,等等。其典型性、权威性与指导性案例尽管可能与指导性案例无法比拟,但具有指导作用的案例的指导作用具有范围广泛和丰富多彩的优势。

二、指导性案例是**有权解释法律**的案例,具有指导作用的案例是**自由解释法律**的案例

以指导性案例为载体的案例指导制度,是中国特色社会主义司法制度的一个方面、一项内容。具体讲,它是人民法院实施法律的一项重要机制,也是人民法院解释法律的一个重要形式。最高人民法院发布指导性案例,就是用案例来推进法律统一、公正、高效地实施,用案例来解释法律的条文和精神。因此,我国的指导性案例只能是释法机制而不是造法机制,这与西方国家的判例制度有本质区别。而单位或者个人编发的具有指导作用的案例,属于专家学者或者法官法院理解和解释法律的观点或见解,不具有法定的制度性安排,所以编发者的解读不具有强制约束的效力。编者对于案例的分析解读,属于从理论上解释法律或者从实践中总结审判经验。

三、指导性案例是**形式内容都依法限定**的案例,而具有指导作用的案例是**内容形式没有限定**的案例

指导性案例的依法限定有三层意思:一是指导性案例的文书样式由司法解释规定。指导性案例的文书样式系由裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果和裁判理由等五个部分构成,这些法定的样式要求必须具备,不得缺失;而具有指导作用的案例的编选形式则可以丰富多样。二是指导性案例的编选和发布程序由司法解释规定。所有指导性案例都必须经过推荐程序、编审程序、征求意见程序和最高人民法院审判委员会讨论程序等四大程序,这些程序缺一不可;而具有指导作用的案例则没有这样严格的选编和审核程序。三是指导性案例的指导范围和指导作用由裁判要点限定,只有最高人民法院归纳的裁判要点对全国法院才有强制或者普遍的指导作用,指导性案例中超出裁判要点的其他指导价值,就不具有普遍指导作用。而具有指导作用的案例,其指导价值往往是不可限定的,比如对同一个案例,张三可以认为确立了甲规则,李四可以认为解决了乙问题,若干年后,王五还可以说该案例确立了丙理念,等等。因此,任何人在不同时期都可以从同一个案例中分析、发掘出自己认为有价值的东西。所以,为了避免人们对指导性案例的无限的、不确定的解读,最高人民法院对于发布的每一个指导性案例,都将其指导范围加以限定。具体说,只有指导性案例的“裁判要点”所列举的内容,才可以成为指导全国法院审理类似案件时的参照。如果一个指导性案例中有若干个指导要点,但裁判要点中只归纳一个,那就说明最高人民法院只认可这一个裁判要点具有普遍指导意义,其他不具有普遍指导意义。所以,指导性案例的指导意义,仅以裁判要点的归纳为限。

四、指导性案例是**具有强制指导作用**的案例,而具有指导作用的案例是**具有灵活指导作用**的案例

根据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》,全国法院在审理与指导性案例类似的案件时,应当参照指导性案例。所谓参照,就是参考、遵照的意思。所谓应当参照,就是必须参照的意思。我认为,最高人民法院的司法解释能够写上“应当参照”,是案例指导制度的最大亮点,也是我们极力争取写上的内容,因为如果不写上应当参照,案例指导制度的价值就会大打折扣。在办理案件的过程中,如果法官在审理与指导性案例类似的案件时,其裁判违背了指导性案例确立的原则或精神,就可能导致被上级法院推翻。前已指出,指导性案例是适用法律的模范案例,一个裁判违反了指导性案例,就一定会违反指导性案例所适用的法律规则或原则精神。因此,这个裁判本质上不是因为违背指导性案例被推翻,而是由于其违背指导性案例所适用的法律而被推翻。而具有指导作用的案例,由于没有赋予其强制指导的效力,所以对任何案件都没有强制指导作用,当然也就不存在后来的判决违背以后而被推翻的问题。

五、指导性案例可以在裁判文书中引用,而具有指导作用的案例不宜在裁判文书中引用

对于指导性案例能否在裁判文书中引用,如果当事人在诉讼中要求法官参照某个指导性案例,法官在审判中是否必须参照,这些都是起草司法解释时争议很大,所以没有明确规定的问题。随着案例指导工作的实施,指导性案例的不断发布,这个问题到了非回答不可、甚至非解决不可的时刻。我以前多次讲过,指导性案例可以在裁判文书中引用,不过不宜作为裁判的依据引用,而是可以作为说理的依据引用。因为指导性案例虽然是解释法律的机制,但毕竟不是司法解释,如果在裁判文书中作为裁判的依据引用,既无法律依据,也容易引起争议。但是,由于指导性案例是公正适用法律的模范案例,所以用它来补充裁判说理、加强裁判说理有利于论证裁判的公正,说服当事人接受裁判。同时,如果在诉讼活动中,当事人提出要求人民法院参照某个指导性案例,人民法院在诉讼活动或者裁判文书中一般要加以回应并说明是否参照的理由,这是实现司法公正的要求,打造司法公信的要求,也是司法活动讲理的必然要求。相反,对于具有指导作用的案例,尽管法官在审判案件时可以参照甚至直接借用,但在制作裁判文书时,既不得作为裁判的依据引用,也不得作为说理的依据引用。如果当事人要求人民法院审判本案时参照某个具有指导作用的案例,人民法院可以根据情况决定是否采纳其诉求,即使实践中注意到了,也不得在裁判文书中加以引用。^①

在此需要特别说明的是,指导性案例与具有指导作用的案例存在的上述区别,丝毫不意味着案例指导制度出台以后,具有指导作用的案例就不重要了,人们可以不编或者少编了。相反,指导性案例出台以后,法学理论界和司法实务界研究案例作品的意义更大了。因为只有价值被充分探讨、认识的案例,才更容易被上升为指导性案例,从而更有利于形成从“具有指导作用的案例”到“指导性案例”的良性互动机制。在一定意义上讲,案例的理论与应用研究也像商品买卖一样,卖东西的商场越大,商品的品种越多和品质越高,欣赏或购买的人就会越来越多,市场就会越来越兴旺。我完全相信,各级人民法院和专家学者编写的具有指导作用的案例,有的因符合指导性案例的品质和条件,将来完全有可能上升为指导性案例,就像科学的学理解释可能上升为司法解释一样。同样,最高人民法院发布的指导性案例,又可以成为学术研究的对象,从而对发展和丰富法学理论发挥作用。我记得在研究案例指导制度的过程中,一度有人担心,最高人民法院实行案例指导制度以后,会影响理论界或者法院研究、编写具有指导作用的案例,所以反对搞案例指导制度,实践证明这是不必要的担忧。几十年来的案例研究还证明,法学理论界和司法实务界俨然已经形成了两大研究案例的洪流,这两股洪流共同为推动案例研究和案例指导制度的诞生发挥了巨大作用,做出了突出贡献,今后,这两大洪流仍将滚滚向前,势不可挡,功业将不可限量。

最后,我要代表最高人民法院研究室的同志感谢北京大学出版社的蒋浩先生,他率先策划最高人民法院研究室的法官团队与北京大学法学院陈兴良教授领衔的学者团队联手合作,共同淘取最高人民法院及有关业务部门编发的刑事司法案例中的金子。在此,我还要特别感谢陈兴良教授领导的高水平的学术团队对本书的独特贡献,是他们承担了本书的绝大部分编纂任务,对本书注入了法官难以发现或者言传的理性和智慧,可以说是点石成金,使本书升级为一本全新的案例著作。当然,我更要感谢多年来主管研究室工作的张军副院长,他的正确领导和率先垂范,推动了案例指导制度的出台,推动了《刑事审判参考》等案例研究作品的繁荣,并批准、主导了这次合作。

是为序。

2012年10月于北京

^① 理由主要在于,如果允许法官在裁判文书中引用非指导性案例,就可能导致司法裁判出现混乱,违背规范司法的要求。同时,一个案例的指导作用往往是复杂的、多方面的,如果不加以限制,诉讼当事人的看法容易见仁见智,不利于服判息诉。