

案例指导制度若干 重大疑难争议问题研究

胡云腾 于同志*

内容提要：依照《人民法院第二个五年改革纲要》，建立和完善案例指导制度是当前人民法院着力推进的司法改革。为推动这项改革的顺利进行，合理地进行制度架构，需要对诸如案例指导制度的价值与作用，案例指导制度与西方国家判例法的区别，指导性案例与立法及司法解释的关系，指导性案例的指导效力及指导方式、发布主体、选择标准，公法性指导性案例与私法性指导性案例的区分，指导性案例的发布程序、编纂、废止与规避，以及案例指导制度的配套机制等重大疑难争议问题，进行深入研究，进一步统一认识。

关键词：案例指导制度 指导性案例 司法改革

引言

我国自清末法律改革以后，法律制度广受德日法律模式的影响，新中国成立以后，法律制度又深受苏联法律模式的影响，故而成为以成文法为主的国家。但从传统上看，历代王朝都非常重视案例或判例在适应社会经济发展、弥补立法不足、帮助司法官员准确理解和适用法律、维护法制统一方面的重要作用。据史料记载，早在西周春秋时期，就已经存在“世卿世禄”的宗法贵族政体和“议事以制”的判例传统。^{〔1〕}其后，这种判例传统虽几经兴衰，却始终对我国法律实践发挥着潜在的影响。从汉代的“春秋决狱”和司法官吏总结的大量“决事比”，到宋代的“编例”活动及明清时期的“律例并存”，再到北洋政府时期的大理院为各级法院审案所创制的“先例”，南京国民政府明确将“例”作为法律的重要渊源，可以说，“例以辅律”构成了中华法系的独特风貌。

新中国成立以后，案例指导作为上级法院指导下级法院审判活动的重要手段，也是最高人民法院长期坚持的工作方法，并在审判实践中发挥了重要作用。早在1953年5、6月间，最高人民法院就曾通过总结各地审判实践中的典型案例，分别作出了《关于严惩强奸幼女罪犯的指示》和《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理意见》。鉴于当时成文法不完备的情况，1956年召开的全国司法审判工作会议明确提出：“要注重编纂典型判例，经审定后发给各级法院比照援引。”1962年3月，毛泽东主席针对当时民主和法制方面存在的一些问题指出：“没有法律不行，刑法、民法一定要搞，不仅要制定法律，还要编案例。”^{〔2〕}同年12月，最高人民法院为响应

* 胡云腾，最高人民法院研究室副主任、中国应用法学研究所所长；于同志，北京市高级人民法院法官。

〔1〕 参见武树臣：《贵族精神与判例法传统》，《中外法学》1998年第5期。

〔2〕 2004年9月14日中央电视台国际频道“纪念全国人大成立50周年专题报道”。

毛主席的号召，在认真总结当时审判工作经验的基础上制定了《关于人民法院工作若干问题的规定》，对审判实践中的十大问题作了原则性规定，其中之一便是“总结审判工作经验，选择案例，指导工作”，并对案例的选择等问题作了具体的规定，有力地推动了当时案例指导工作的发展。“文化大革命”结束不久，最高人民法院还曾选编了刘殿清案等9个典型案例正式下发，具体指导全国各级人民法院正确适用法律和政策，纠正“文革”期间形成的“冤、假、错”案件。

党的十一届三中全会召开以后，随着刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法等重要法律相继颁布施行，最高人民法院在调查研究的基础上，针对在审判工作中出现的适用法律问题，一方面积极进行司法解释，另一方面则通过下发典型案例指导全国法院的审判工作。例如，1983年，为指导各地人民法院在全国范围内开展的严厉打击严重危害社会治安的刑事犯罪活动，最高人民法院先后分三批选编了75个刑事案例下发到各级人民法院，配合有关法律和司法解释具体指导审判实践；1985年，又选编了徐旭清破坏军人婚姻案等4个案例，对各地人民法院适用刑法第181条的规定审理破坏军人婚姻犯罪案件进行具体的指导。据统计，1983至1988年间，最高人民法院先后以正式文件的形式发布了293个案例，“主要是对一些重大的复杂的刑事案件统一量刑标准，对一些新出现的刑事案件的定罪量刑问题提供范例，对审理一些在改革、开放中新出现的民事、经济案件提供范例”。〔3〕20世纪80年代案例指导的实践表明，“案例指导具有比司法解释更为灵活、更容易被审判人员理解的效果，对于保证国家有关法律的正确实施，可以发挥不可替代的特殊作用”。〔4〕特别是，对外公布司法解释、司法文件、典型案例和其他有关司法信息资料的《最高人民法院公报》在1985年开始向国内外公开发行人，其中刊载的大量典型案例业已成为全国各级法院审理同类型案件的重要参考或借鉴的依据，最高人民法院的案例指导工作也由此进入了一个新的阶段，并先后出现了为教学、研究和指导审判工作需要而选编审判案例的其他多种载体，如《人民法院案例选》、《中国审判案例要览》、《中国案例指导》及有关业务庭编撰的各类审判参考与指导等。受此影响并基于审判实践的推动，各地法院也积极进行了案例指导工作的探索，出现了“先例判决”、“案例判决”、“判例指导”、“参阅案例”、“指导案例”等做法与制度。

上述事实说明，案例指导作为一种法律现象，它在我国的存在与发展早已是不以人们主观意志为转移的客观现实，案例指导工作在当前也已不再是一个理论层面上是否能够做的认识问题，而是必须做以及如何做得更好的实践性问题。

正是基于司法实践和理论研究的需要，最高人民法院2005年发布的《人民法院第二个五年改革纲要》明确提出了“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“建立法院之间、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”之一，以“统一司法尺度，准确适用法律”。这说明，案例指导制度作为在现行法律框架下的一项重要制度创新，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充分显现。这也引发了理论界的广泛关注和热烈讨论，案例指导制度成了近年来法学的热点问题。但是，综观我国现有研究成果，学界过于关注理论层面的是非争议，而对于诸如如何定位案例指导制度以及如何建构与运用中国特色案例指导制度等现实性问题，现有理论研究尚未能深入进行研究，也没有在一些重大问题上形成明确一致的意见，甚至可以说，在许多关涉到案例指导制度存在和发展的根本性问题的研究中尚存在不少盲区。而实践中由于缺乏统一、周详的操作规则，各地人民法院的探索在某些方面也出现了不够

〔3〕 1988年4月1日，前最高人民法院院长郑天翔在向第七届全国人民代表大会第一次会议所作的《最高人民法院工作报告》。

〔4〕 龚稼立：《关于〈最高人民法院公报〉案例指导的几个问题》，《判解研究》2004年第1期。

规范的现象,前几年还出现过基层法院也争相发布指导性案例的做法。为此,学术界及实务界均有不少人呼吁最高司法机关尽快制定关于案例指导制度的规范性指导意见,对案例指导的定位、指导性案例的选择标准、确认、发布、编纂、废止等具体程序以及如何适用等问题加以明确。事实上,最高人民法院已经把起草该规范性文件列入了工作日程,并为此开展了深入的调查研究工作,广泛听取了各个方面的意见。为了深入探讨案例指导制度中的若干重大、疑难和争议问题,为科学构建中国特色案例指导制度讨论提供有益参考,本文选择若干专题,谈一点个人看法。

一、案例指导制度的价值与作用

案例指导制度是指最高人民法院针对我国幅员辽阔、各地经济社会发展不平衡、诉讼纠纷复杂多样、某些法院之间乃至同一法院的不同法官之间存在“同案不同判”等现象,为及时总结审判工作经验,指导各级法院审判工作,统一司法尺度和裁判标准,规范法官自由裁量权,充分发挥典型案例在审判工作中指导性作用的一种具有中国特色的司法制度。^{〔5〕}

案例指导制度具有重要的价值与作用,这是毋庸置疑的。但是,人们对其价值和作用的认识又不尽一致,有的侧重于从指导性案例可以创制规则的角度认识,^{〔6〕}有的侧重于从其有助于提高司法技能的角度理解,^{〔7〕}还有的则认为指导性案例是一种立法的补充等。^{〔8〕}这些不同认识,既反映了目前有关案例指导制度确切的法律定位尚待进一步研究,也说明了案例指导制度的价值和作用不可能是单一的,而应当是多元、多层次的。

中国特色的案例指导制度,与西方国家的判例制度相比,具有独特的功能。这种由法院系统自身推动的制度创新,本身体现着司法机关对中国司法现实的深切关注与积极回应,所以,对我国案例指导制度的价值和作用的认识,亦应立足于我国的政治架构、立法制度、法律传统和司法现状来进行。从本质上说,案例指导并非是“法官造法”,而是旨在发挥“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”。这说明,中国特色的案例指导制度致力于以下几个方面价值和功能的落实和实现。

首先,统一法律适用标准,指导法院的审判工作。在司法实践中,法律适用标准不统一的问题是客观存在的,不同法院的法官或同一法院的不同法官可能会对相同的案件,做出差异明显甚至完全相反的裁决。出现这种原因是多方面的。从法律规范的角度看,成文法多表现为抽象、概括的法条,具有原则性、不周延性乃至滞后性等特点,这就给司法机关带来一些法律适用上的难题,如在相关法律规范不明确的情况下,如何借助司法途径来解决新出现的各类社会纠纷,尤其在成文法条使用“情节严重”、“情节特别严重”、“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”等抽象、模糊的字眼时,不同法院不同地区的法官对这些模糊规定的理解和把握的尺度,就可能出现不一的情况。此外,我国立法尚存在主体多元化、标准不统一、规范相冲突等问题,也会给一些法院在审理案件时把握法律适用标准带来困难。从司法机关的角度看,现阶段法官统一的法律思维尚未形成,受业务水平和经验不足的制约,有些法官还难以运用科学的法律方法准确理解法律的立法原意,有些法官办案时受到一些外部因素的干扰而难以依法独立行使司法权,导致现实中一些刑事案件量刑畸轻畸重和民事审判中裁判标准不一致、同案不同判。法律适用标准的不统一,会给社会生活带来消极影响,引发公众不满。在法治已经成为全球化潮流的今天,统一法律适用标准已是维护国家法制统一、实现

〔5〕 参见《我国将建立案例指导制度》,《人民法院报》2005年12月27日。

〔6〕 参见刘铮:《建立我国案例指导制度的追问与辨析》,《人民法院报》2007年12月29日。

〔7〕 参见刘作翔、徐景和:《案例指导制度的理论基础》,《法学研究》2006年第3期。

〔8〕 参见汪世荣:《补强效力与补充规则:中国案例制度的目标定位》,《华东政法学报》2007年第2期。

依法治国的根本要求。对于如何破解这一难题,许多学者提出了不少具有建设性的方案。我们认为,建立案例指导制度虽然不是推动法律适用标准统一唯一有效的途径,但是非常重要的途径。相对于抽象、稳定的法律条文,案例本身就具有较强的适应性,既可以将抽象法条具体化,从而帮助人们正确理解和适用法律,也可以通过个案创造裁判规则,弥补现有法律疏漏,使法官在处理案件时有据可循,还可以通过对司法经验与智慧的传承,形成司法统一、裁量一致的司法文化和裁判思维。有时候,具有约束力的指导案例,对于抵制法院外部的干扰和法院内部的不规范行为,也能起到重要作用。从当前司法实践中指导性案例所发挥的作用看,它不仅有助于推动法官学习掌握和积极运用规范的法律解释方法和法律思维方式,在自由裁量权范围内合理选择判决适用标准,促进法律适用在全国范围内的规范、统一,而且在充分发挥上级人民法院对下级人民法院的审判监督作用的同时,又可以在一定程度上避免有关方面甚至上级法院通过行政性的措施,不当地干预下级法院判案,影响人民法院审判工作的独立性。

其次,维护司法公正,提高司法效率,树立法律权威。公正、高效和权威,是当前我国司法改革的核心价值目标。作为我国司法改革的重要内容,实行案例指导制度的目的是为充分发挥指导性案例的示范作用,以符合司法原则的审判工作机制取代过去行政化的审判工作机制,“建立法院之间、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,准确适用法律。所以,它对我国建构公正、高效、权威的社会主义司法制度,将会起到明显的推动作用。从公正价值看,实行案例指导制度促使法官受到指导性案例的指导和拘束,相似案情有基本相同的裁判,这在一定程度上规范了法官的自由裁量权,不仅有利于法律适用标准的统一,维护司法的公平公正,而且有利于抑制司法腐败行为。从效率价值看,一方面,优秀的司法判决是法官智慧的结晶,这种智慧通过指导性案例可以获得承继和延展,使其他法官在判案时有先例可供遵循,由此可以缩短审判周期,降低诉讼成本,提高审判效率;另一方面,通过先期判决的指导性案例,当事人也可以预测诉讼风险,形成对诉讼前景的理性判断,进而采取理性的诉讼行为,避免司法资源的浪费。从权威价值看,案例指导制度有助于推动法官增强自律意识,提高业务素质,加强裁判文书的说理,提升裁判文书的公信力;有助于规范法官的自由裁量权,减少法官的司法随意性,保证裁判结果的大体一致,提高司法的社会认同感;有助于人们通过前后一贯的案例信息,在头脑中形成对法律行为与结果的稳定预期,培养他们对司法裁判的尊崇等。总之,通过案例指导制度,可以使法律的一致性、确定性和可预见性得到充分的维护,使司法的公正、高效和权威价值全面获得昭示和落实。从现代法治视角审视案例指导制度,它将成为有效实现司法公正、高效和权威的途径与载体之一。

再次,丰富和发展法学理论,实现司法实践与理论研究的良性互动。指导性案例是法律与实践结合的产物,是司法经验和智慧的结晶,其中既包含着对立法精神的理解和阐发又包含着司法智慧的创造与探索,既包含了实体性规范又包含了程序性规范,既包括字面上的法律又包括案例中当事人及司法人员心目中所理解的法律,既包括法官所适用的法条又包括法律适用活动本身对法律的生动解释。从这个意义上说,指导性案例是“活生生的法治,是应然规则的实然形式”,〔9〕包蕴着几乎所有与法有关的信息。研究法律不能不了解指导性案例,它既是定性研究的重要对象,又为量化分析提供了丰富的素材。作为联结实践与理论、问题与规则的桥梁,指导性案例本身所蕴含的法治信息,所提出的前沿命题,往往成为法学研究创新和理论发展的重要源泉。反过来,通过推行案例指导制度,法院裁判的案例会受到更多的重视和更有力的开发,学术界关于案例的理论推理和法理诠释又能够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,实践发展与理论发展互为条件,司法实践与理论研究良性互动的局面。

〔9〕 白剑军:《案例是法治的细胞》,《上海政法干部管理学院学报》2002年第5期。

二、案例指导制度与西方国家判例法的区别

“判例”是西方学术研究和法律实践通常使用的具有特定内涵的概念。在两大法系中，其称谓及内涵是不同的。在英美法系国家，“判例”是以法源的地位而存在的，故而被称之为判例法，它是一种创制、借鉴以及遵循判例的一整套的法律制度或者法律体系。“遵循先例”是其根本原则，要求法院审理案件时，必须将先前法院的判例作为审理和裁决的法律依据；对于本院和上级法院已经生效的判决所处理过的问题，如果再遇到与其相同或相似的案件，一般须做出与先例相一致的判决。^{〔10〕}在大陆法系国家，“判例”未见有法律上的定义，在学术语境中一般被解释为，“任何先前作出的、与目前待判案件具有可能的相关性的司法判决”。^{〔11〕}因此，“判例”不是正式的法律渊源，但“判例”被推定具有约束力或具有事实上的约束力。一般说来，下级法院往往要遵从上级法院的判例，否则，下级法院作出的判决就必然在上级法院复审时被撤消。所以，大陆法系国家虽然不承认判例具有正式的约束力，不承认判例是法律渊源的一种，但是在司法实践中，从法律确定性的原则出发，仍然承认判例对目前案件的一般性的约束力。^{〔12〕}由此可见，遵循先例或受先例拘束与指导，并不是某些国家所特有的法律现象，而是实现法制统一的一般要求和不可回避的手段。在两大法系相互借鉴、融合的时代大背景下，这一做法已超越了传统和国界的隔阂，正在逐步成为现代各国司法上所普遍拥立的制度。

正式意义上的“案例指导制度”在两大法系中均不存在，是我国司法实践特定历史阶段的产物。由于“判例”的含义可以从不同的角度进行理解，容易导致在司法实践中造成误解，加上我国宪法规定人民代表大会制度是我国的基本政治制度，像英美法系国家中的判例法与我国的基本政治制度不符，使用“判例”或“判例法”容易产生歧义，所以选择“案例指导制度”比较符合我国现实国情。这一称谓也表明，案例指导制度实质是一个审慎而折中的制度选择。它既表达了我們所欲实行的是一种“案例”指导制度，而不是“判例”约束制度，案例指导制度与判例法有着本质区别，同时也表明指导性案例同大量的普通案例有所不同，它的不同就是指导价值。在指导性案例制度中，“指导”是一个含义非常丰富的术语，具有参考、参照、示范、指引、启发、规范、监督等多重含义，需要我们全面理解和把握。

在我国长期的审判实践中，最高人民法院和地方高、中级人民法院定期或不定期地总结和发布了很多典型案例，用以指导审判工作。无论是哪一级法院审结的案件，一旦被最高人民法院或者上级人民法院确认为典型案例，该案例对于下级人民法院审理同类型案件就具有指导作用，并实际产生一定的约束力。但是，与西方国家两大法系的判例相比较，我国目前对指导性案例的处理，不具有大陆法系判例在事实上的拘束力，更不具有英美法系判例法的法源地位和对法院审判的普遍约束力，仅可以供下级法院审理案件时作参考。在其形成上，尚需要经过有关载体发布和确认，而不像西方国家的判例，一经宣判就自然形成。从法律上或理论上说，它不是法律渊源之一；从法律实践中看，也不存在“遵循先例”的做法；从法律效力上来说，它们属于说服性的，只具有参考性，而无明确的约束力。审判人员在审判活动中对于是否参考和借鉴案例，具有很大的选择权，即使不参照案例，也不违法，无须做专门说明，更无须承担任何责任。而案例指导制度的确立，将会使得指导性案例本身的性质发生一定变化：案例由原来的示范意义和参考价值转变为指导意义，并因此获得了事实上的拘束力。它提示法官在法律规定不够清晰时，应当接受案例的“指导”，以对当前

〔10〕 参见梁迎修：《判例法的逻辑》，《法律方法与法律思维》第4辑，第142页以下。

〔11〕 王琬：《判例在联邦德国法律制度中的作用》，《人民司法》1998年第7期。

〔12〕 参见侯国祥：《论民法法系中的判例》，《前沿》2007年第5期。

正在审理的案件做出更为恰当的法律适用。所以，建立案例指导制度，既非建立中国特有的一种司法制度，更非照搬西方国家的判例制度，它是我国司法机关在既有的制度框架下和现行的司法体制基础上所进行的一项体现中国特色并顺应世界两大法系相互融合发展大趋势的法律适用上的机制创新，在不影响制定法作为我国主要法律渊源的前提下，继承中国传统法律文化中的某些判例法因素，同时吸收和借鉴西方国家特别是大陆法系国家判例制度的一些具体做法。

三、指导性案例与立法、司法解释的关系

正确处理好指导性案例与立法的关系，是一个关涉案例指导制度生存和发展的重大问题。例如，有同志认为，如果建立案例指导制度，那么我们国家的立法就由原来的一元化模式演化为二元化模式，法官也可以造法，这在一定程度上与我国宪政体制不符。所以，对此问题必须认真对待。

案例指导制度与立法的关系问题，实质上就是如何定位案例指导制度的法律地位问题。这个问题涉及到案例指导制度到底是一个法官造法机制，还是在现有司法功能框架下的一种法律适用活动。对案例指导制度的定位在学术界争论较多，从争论中我们深感一些学者和法官过于受判例法思维的影响，在理解案例指导制度时总是难以脱离西方国家判例法的思维窠臼，一提到案例指导制度，立马把思维转到西方的判例法上，甚至不自觉地二者之间划等号。如前所述，中国特色案例指导制度和西方国家的判例法是很有大不同的，如果非要找出两者的相同点，无非是我们的指导性案例对后期法院判决也具有一定的“指导性”。它虽是一种有创新的制度，但它的创新不是推倒重来，不是颠覆性的，案例指导工作始终要求在法律框架下进行，以遵循现行法律为前提。所以，指导性案例的形成和运用不可能属于立法范畴。“案例指导”旨在“指导”，其实质是总结审判经验并讨论决定如何统一和提高审判质量等与审判工作密切相关的问题，目的是使抽象的审判指导概念进入更明确、更具操作性的层面，其作用在于正确解释和适用法律。故其在本质上仍是一种法律适用活动和制度，它以服从法律和司法解释为前提，不具有成文法的规定性，没有超越现行立法，更不是“法官造法”。当然，我们也应看到通过指导性案例还可以提炼与生成裁判规则，有效地弥补制定法的漏洞或不足，从而不可避免地会涉入到国家法律发展和完善过程。国家立法基本目标是为了构建和谐统一、可预期的法律体系，但由于法律体系的不一致、不连贯，立法的漏洞以及滞后性等因素，决定了制定法与现实法律需求之间会存在一定的脱节，这就需要通过法官在司法实践中发挥自己的能动作用。其基本手段是通过法官的集体力量进行个案解释，或者在一些疑难案件、新类型案件中带有一定程度的法官个性化的判决来弥补制定法的不足。案例指导制度正是发挥法官这一作用的最佳途径，通过指导性案例所形成的裁判规则，既面对过去的纠纷解决，又连接着未来的立法完善，既“瞻前”，又“顾后”，由此为法律的发展积累立法资源，奠定坚实的实践基础。所以，案例指导制度也是司法机关参与国家法律发展和完善的不可或缺的途径和载体。

关于指导性案例与司法解释的关系，主要认识分歧在于指导性案例是否属于司法解释的一种形式。一种观点认为，我国不同于英美法系的国家，不实行判例法，虽然指导性案例对人民法院的审判工作可能具有事实上的拘束力，但毕竟没有法律上的约束力，且案例只是个别现象，一般不具有普遍指导意义，故不能将其视为司法解释的一种形式。根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第6条规定，司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种，也不包括“案例指导”这种形式。^{〔13〕}另一种观点则认为，指导性案例本身就是对法律条文所作的主动、直观的解释，是司法实践中非常有效的一种司法解释方式，应当总结经验，逐步确立通过选编和公布指导

〔13〕 参见周道鸾：《中国案例制度的历史发展》，《法律适用》2004年第5期。

性案例进行司法解释的形式，以丰富和完善我国的司法解释制度。^{〔14〕}实际上，如果把指导性案例视为司法解释的一种形式，则意味着已经赋予了指导性案例法定的约束力，所以，这个问题与如何对指导性案例进行定位密切相关，也是当前需要审慎考量的一个重要问题。

从既有的经验来看，我国曾有一些司法解释确实是以指导性案例的形式出现的，如前述的《关于破坏婚姻罪的四个案例》[法（研）发（1985）16号]、1986年3月5日最高人民法院、最高人民检察院、卫生部、公安部联合发文印发的《张承月等6人贩卖安纳咖毒品案》等等。这些案例是最高人民法院以正式文件形式下发的，要求下级法院“参照办理”，具有法定的约束力，应当归属于司法解释。还有一些司法解释是通过个案请示答复的方式进行，例如1988年4月20日最高人民法院下发的《关于掘获的白银应归埋藏人所有一案的批复》，它们一般均简要交代案情，并提出处理意见，要求各级人民法院在处理同类案件时均需“参照执行”。此类案例在已有司法解释中占有很大比重。此外，近几年来，最高人民法院连续选编了一些典型案例在《公报》上公布，其中一些案例还同时配发了最高人民法院审判委员会的意见，以解释说明有关法律条文的含义。例如，1986年第1期《公报》刊登了李金成等5人投机倒把、受贿案。最高人民法院审判委员会在总结审判经验时指出：“上海市高、中级人民法院对该案各被告人的定罪、量刑是正确的。李金成在该案中虽然没有中饱私囊，但对‘华谊’进行投机倒把活动，负有主管责任，必须依法惩处。”这也就对1979年刑法第117条进行了解释，回答了刑法学界和司法实践中关于“中饱私囊”是否构成投机倒把的条件问题。有观点认为，这种判例的形式对法律条文所作的主动、直观的解释，也属于最高人民法院的一种司法解释形式。^{〔15〕}

由此可见，指导性案例与司法解释之间的关系十分密切，并确曾在司法实践中作为一种非常有效的司法解释方式。司法解释存在的基础在于制定法难以与现实纠纷所关涉的法律问题完全吻合，这种不一致首先是通过法官在解决纠纷过程中反映出来的，所以，全国各级人民法院的司法判决所形成的指导性案例，往往是司法解释的重要来源和事实依据。而指导性案例一般又属于典型的、疑难的案件，更能代表司法实践中亟需通过司法解释作出系统回应的样本。所以，司法解释应当将指导性案例中带有普遍性的突出问题及时加以总结、提炼，形成规范意义上的法律适用规则，具体指导全国各级人民法院的审判工作，这也是当前加强和完善我国司法解释工作的一个重要方面。

当然，基于司法解释与指导性案例的天然联系，未来还不能排除继续将一些广受社会公众关注的、法律问题突出的，并在全国范围内具有普适意义的指导性案例，通过法定程序上升为最高司法机关的司法解释，以正式文件的方式发布，具体指导全国各级法院的审判工作。所以，在法律适用层面，以成文司法解释为主，指导性案例为辅，作为最高司法机关长期坚持的指导下级法院审判活动的工作方法，现在并没有过时，也不可能过时。

四、指导性案例的指导效力

指导性案例应当具有“指导效力”，这是理论界和实务届均已达成的共识，但是，因为案例指导制度具有中国的特殊性，如何理解指导性案例的“指导效力”，则存在多种不同认识。一种观点认为，基于我国宪政制度的考虑，将先前的判决作为有实际拘束力的法律规范来对待还缺乏相应的基础，暂时也没有什么必要，因此，指导性案例应不具有正式的法律效力，不属于正式的法律渊

〔14〕 参见于朝端：《建立以判例为主要形式的司法解释体制》，《法学评论》2003年第3期。

〔15〕 前引〔13〕，周道鸾文。

源,但对于法官在处理同类案件时不仅是参考作用,还应具有事实上的约束力。^[16]另一种观点认为,最高人民法院发布的指导性案例对各级人民法院的审判工作已产生了事实上的先例拘束力,但没有相应的制度予以调整和约束,有着明显的非规范性和任意性,为了进一步发挥最高人民法院发布的指导性案例的作用,可将指导性案例逐步发展成为司法解释的一种形式(甚至是主要形式)。引入指导性案例最直接的功效便是可以更好地发挥司法的多种功能,消除现有司法解释体制存在的一些弊端。^[17]还有观点认为,应结合我国的实际情况,将最高人民法院发布指导性案例的做法在判例法制度的框架下进行规范化变革,进而建立起有具有中国特色的判例制度。^[18]

如何定位指导性案例的效力,直接关涉到其具体的适用,包括能否在裁判文书中引用,违背指导性案例的裁判能否被撤销或发回重审,以及应当适用而没有适用指导性案例的裁判是否构成当事人上诉、申诉或者撤销原判的法定事由等。如果认为指导性案例具有法定的约束力,或者属于司法解释的一种形式,那么,对上述问题就应毫无疑问地作出肯定的回答;反之,则需要对其事实效力的范围、性质、效果等进行具体地分析和评估。

我们认为,无论赋予案例指导制度何种性质的“指导效力”,试图建构的案例指导制度都应当具有中国特色、能够规范地运行并富有成效。所谓中国特色,是指案例指导制度的机构应当立足我国的立法及司法现实,这是一个不容动摇的立场问题,也是该制度未来能否获得长足发展的基石。所谓规范运行,是指不管如何定位案例指导制度,也不管哪一级法院以何种名义开展案例指导工作,在案例的选择、发布、适用与管理等方面都应当有一套周详的操作规程和配套机制,都应当是规范的、依法的、有章可循的,而不是混乱的、违规的、杂乱无章的。所谓富有成效,是指案例指导应当能有效地回应司法现实,确实解决实际问题,实现其统一法律适用标准,指导下级法院审判工作,落实司法公正、高效和权威的价值目标。

基于此,从我国当前的实际情况出发,我们倾向于赞同将指导性案例的效力定位为“事实上的指导”而非规范意义上的指导的观点,即指导性案例没有法律上的强制约束力,但具有事实上的拘束力。这种约束力可以称之为“软指导”,以便与国外判例制度的“硬指导”相区别,理由如下:首先,从现行立法来看,明确赋予指导性案例以法定的强制性效力,既不符合我国国情,更无明确的法律依据,这是我们坚决反对的;其次,如果不赋予指导性案例以一定的效力,等于没有任何效力,案例指导制度则形同虚设;再次,从案例指导制度的形成过程看,也是希望赋予其一定的强制力的,如最高人民法院曾在《人民法院五年改革纲要》第14条中明确规定:“2000年起,经最高人民法院审判委员会讨论、决定的适用法律问题的典型案件予以公布,供下级法院审判类似案件时参考”。可见,当时最高人民法院对典型案件的指导作用还是定位于“参考”,而非“指导”。《人民法院第二个五年改革纲要》明确提出要“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”。这说明,在法律地位的认定上,最高人民法院现已将指导性案例的作用定位于“指导”。“指导”效力当然不能等同于“参考”效力,但又有别于判例法中的“遵循先例”。这就是要求指导性案例应有“事实上的拘束力”。所谓事实上的拘束力,是指本级和下级法院“必须”充分注意并顾及,如明显背离并造成裁判不公,将面临司法管理和案件质量评查方面负面评价的危险,案件也将依照法定程序被撤销、改判或者被再审改判等。这种危险,表面上看是因为明显背离了指导性案例,实质上却是通过“违反了明文规定的实体法和程序法”来实现的。事实上的拘束力,实际上就是从审判管理和司法方法角度,“明确地”给法官增加一种对指导性案例的

[16] 参见张琪:《论指导性案例的“指导性”》,《法制与社会发展》2007年第6期;陈灿平:《案例指导制度中操作性难点问题探讨》,《法学杂志》2006年第3期。

[17] 参见董晖:《迈出案例通向判例的困惑之门》,《法律适用》2007年第1期;前引[14],干朝端文。

[18] 参见曹三明:《中国的判例法传统与建构中国特色的判例制度》,《法律适用》2002年第2期;沈解平等:《从案例到判例》,《法律适用》2003年第9期。

注意义务，并通过实体及程序性的监督规则加以保障。在司法实践中，审理与指导性案例相似的案件时如果不适用指导性案例，必须在裁判文书中说明其理由，理由充分的，可以允许，理由不充分的，要招致责难。因为指导性案例大多是最符合法律条文与精神的标本判决，违反指导性案例的判决不是违反了指导性案例确立的所谓裁判规则，而是违反了指导性案例所适用的法律原则与精神，因此，对于背离指导性案例原则和精神的判决，可以作为当事人申诉的理由，上级法院在审理时可予以撤销或改判，并可能与法官的目标管理考核相挂钩，所以，事实上的拘束力在法院审判体系内仍有一定的强制性。只有这样，才能促使案例指导制度的推进既能够有效地发挥其对审判工作的指导作用，又不会在司法实践中被盲目地运用。

从目前各地法院的探索情况看，虽然使用的名称可能不太相同，但基本的做法较为接近。比如，不认定“指导案例”本身具有法律上的约束力，不将“指导案例”定位为一种法律渊源；辖区内的法官在审理同类案件时应参照“指导案例”作出裁判，如果认为不应参照时应报请“指导案例”发布法院；不参阅“指导案例”作出裁判出现错案的，追究相关人员的责任等等。这些探索已取得了比较好的实际效果，目前将指导性案例定位于具有事实上的拘束力，并不影响其在司法实践中有效发挥自身功能与作用，更主要的是，因为它能充分地契合我国的立法制度及司法体制现状，还将获得进一步发展的足够空间。

与效力相关联的另一个重要问题是，指导性案例能否作为先例而直接被援引。目前，有的法院在推行案例指导制度时，明确要求法院的裁判文书不得直接引用所发布的案例。应当看到，任何生效判决的法律效力都是直接针对案件本身的，不会涉及其他的案件。只有在该案作为先例而被援引入其他案件之中，才有可能对其他案件的裁判产生实质上的效力。有人认为，指导性案例没有被援引，就难以称之为先例，也就不好说现实审判已参阅指导性案例了。从大陆法系国家来看，虽然法律上不承认判例制度，但是将判例引入法院判决的情形比比皆是，因而主张可以援引指导性案例。我们认为，成文法是我国的法律渊源，指导性案例本身不具有法律拘束力，不能作为“裁判依据”来援引，也就是说，不能作为裁判适用的法律依据加以援引。但是，能否作为判决理由加以援引，则可以探讨。为了增强裁判的说理性，允许法官把指导性案例作为对裁判结论说理的理由之一，有利于鼓励法官裁判时左顾右盼，增强裁判的权威和说服力。“权威来自于确信和承认。对有理性的现代人而言，确信是由证明过程决定的，承认是由说服效力决定的。”〔19〕因此，运用指导性案例强化法官的说理论证，显然有助于提升裁判的说服力和权威性。最高人民法院和最高人民检察院组织编撰的《中国案例指导》丛书在前言中也曾指出过：“虽然这些案例不能作为裁判的直接法律依据，但是法官、检察官和律师可以作为裁判理由或者法庭辩论理由引用。”〔20〕这就明确肯定了指导性案例作为裁判说理的理由而援引的意见。其引用的模式是：“由于指导性案例就是这么适用和理解法律的，而本案的情形与指导性案例相同或类似，因此，本案也应像指导性案例一样的适用和理解法律，从而做出相应的裁判。”

总之，关于指导性案例的效力和引用问题，可以把其归结为以下结论：如果指导性案例是经最高人民法院的审判委员会讨论并发布的，指导性案例的地位相当于最高人民法院的案例解释，其效力和作用也相当于司法解释，其对全国法院的指导就是一种硬指导，法官可以在裁判文书中作为法律适用的一种依据引用；如果指导性案例没有经过最高人民法院审判委员会讨论发布，而是通过其他程序发布的，则其效力和指导作用就是一种软指导，法官事实上应当遵循指导性案例的要求，在裁判文书中不得作为法律适用依据引用，但可以作为说理的依据引用。

〔19〕 季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第53页。

〔20〕 该丛书已由法律出版社于2005年出版“民事卷”和“刑事行政卷”。

五、指导性案例的指导方式

关于指导性案例指导方式的认识分歧,主要集中在指导性案例全部都具有指导性,还是指导性案例提炼的规则具有指导性,抑或是指导性案例中的某一部分内容具有指导性。详言之,指导性案例的指导意义,是针对相应案件事实所做出的判决的具体内容,还是案例中说明判决结果赖以确立的法律主张的理由,或者是案例经司法机关对有关法律问题或观点加以抽象和概括出来的裁判规则或者裁判要旨。对此有几种不同意见:第一种意见认为,指导性案例的“指导性”来源于对案例提炼的规则或要旨,因为世界上不可能存在完全相同的两个案件,所以,并不是所有的案例(判决)都会成为指导性案例,只有那些在判决理由部分中能宣示新的法律原则或规则的,才能成为指导性案例。所以指导性案例的指导意义,是以其在判决的理由部分中所宣示的法律原则为基准的。^[21]换言之,指导性案例的指导效力只能体现在发布机关通过指导性案例概括和提炼出来的“裁判规则”或者说“裁判要旨”上,指导性案例中的其他内容包括案件事实、证据、理论评析等不可能具有指导性。第二种意见认为,从判例的产生机制看,发生指导效力的不可能是裁判的具体内容,而只能是法院在判决理由中对某些法律问题所提的主张,是在指导性案例中被正确理解或具体化的规范,所以,指导性案例中具有指导性、一般性的部分,就是判决中所确立的法律观点或对有关问题的法律解决方案以及对该观点或该方案的法律论证。^[22]第三种意见则认为,如果脱离指导性案例的整体内容,单纯地参阅其裁判理由或者裁判规则及裁判要旨,可能因为裁判理由的抽象性以及裁判规则所固有的僵化、不周延等成文规范的弊端而导致人们理解不准,甚至会断章取义,由此削弱了指导性案例的价值和作用,所以,指导性案例的整个裁判内容,包括裁判理由、裁判要旨以及理论评析等内容均具有指导意义。^[23]

从世界范围看,英美法系国家与大陆法系国家在这方面的做法有所不同。在英美法系国家,判例一经宣判就自然形成,而不需要在宣判之外另行确认与发布,所以,判例中具有约束力的就是判决根据。但判决根据的最终确定不是由先例中作出判决的法官形成的,而是由后来需要适用该先例的法官,在判决其手头的案件时方才做出的。^[24]美国官方或非官方的判例汇编中虽然也编辑判决理由概要或判决提要,但其作用仅是为查找相关法律观点提供方便。大陆法系国家在面对这个问题时各自的认识也不尽一致。法国的判例理论更倾向于第三种做法,反对单纯地把判例的拘束力范围限定在裁判理由或者裁判原则上,认为应“根据每一个判决的具体情况来解决”;^[25]德国的判例理论较多支持第二种做法,认为发生先例拘束力的不是有既判力的个案裁判,而是法院在判决理由中对某法律问题所提的答复。^[26]例如,出身于民法法系的美国学者达玛什卡教授在谈到欧陆法官对先例的理解的特点时指出:“法官在‘先例’中所寻找的是更高的权威所做出的类似于规则的表述,而案件的事实却被弃置一旁。”^[27]在日本,官方的判例汇编虽然也编辑了裁判要旨,但尚没有见到有法律文件明确赋予裁判要旨以法律上的效力。^[28]而我国的司法实践则对裁判要旨或者说裁判规则,倾注了足够的热情。例如,在《中国案例指导》丛书中,编撰者就十分重视概括和抽象

[21] 参见周佑勇:《作为过渡措施的案例指导制度》,《法学评论》2006年第3期。

[22] 前引[16],张琪文。

[23] 2008年1月25—26日,最高人民法院应用法学研究所在成都召开的“案例指导制度疑难问题研讨会”上部分参会代表的观点。

[24] 前引[10],梁迎修文。

[25] 参见[法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第460页。

[26] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2000年版,第310页下。

[27] [美]米尔伊安·R·达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第51页。

[28] 参见[日]后藤武秀:《判例在日本法律近代化中的作用》,《比较法研究》1997年第1期。

“案例指导原则”；在最高人民法院《公报》、机关刊《人民司法·案例》、《人民法院报·案例指导版》以及《人民法院案例选》刊载的指导性或示范性案例中，也都比较重视从案例的裁判理由中提炼“裁判要旨”、“裁判摘要”或者“要点提示”等。

我们认为，对于指导性案例的指导方式，应当在发布时根据指导性案例的具体情况确定。一般来讲，为了提示法官明确指导性案例的指导价值，方便对指导性案例的编纂和归纳，统一全国法院对指导性案例的理解与适用，应当把指导性案例的指导价值提炼出来，形成指导性案例的裁判要旨或者裁判规则。因为只有把指导性案例这种典型案例中特有的指导价值提炼出来，使之成为非特定的、非个体的而具有普遍的适用价值，才能对同一类的相似案件具有普遍指导意义。所以，指导性案例的指导方式更多地体现为一种经过提炼和加工后的指导规则。用法律适用过程中提炼出来的裁判规则或者裁判要旨对一定范围内的案件的指导，既可以与西方国家的判例相区别，又可以避免指导性案例在适用中可能出现的各种弊端，同时也利于和司法解释相衔接。也就是说，如果是最高人民法院审判委员会对指导性案例提炼的裁判规则，这就是司法解释中的批复形式；如果是通过其他程序提炼的指导性案例裁判规则，则作为指导性案例的裁判规则适用。

当然，准确理解指导性案例的裁判要旨或者裁判规则，又不能完全脱离指导性案例所依附的案件事实、证据以及裁判的说理和案例的评析等，特别是裁判论证和说理过程，对待决案件的法律适用来说意义重大，因为案例指导制度的重心也就在于论证适用法律的合理性。正如德国法学家拉伦茨所言，制作司法先例的法官首先考虑的是他所裁判的事件，这些要旨不过是裁判理由中蒸馏出来的结晶，与案件事实密切相关，在很大程度上本身也需要解释。与立法者相比，他比较不能预见他的“要旨”未来可能适用的情况。^{〔29〕}换言之，如果离开相应的案件事实，裁判要旨或者说裁判规则可能很难被妥当理解并正确适用。事实上，也正是从通过对指导性案例与待决案件二者之间进行“类似性”判断（包括类比推理和区分辨别等），才能决定是否参阅指导性案例，接受其具体指导。我们所说的指导性案例可以作为判决理由加以援引，援引的不仅是指导性案例的裁判结果，更是其裁判的论说依据。所以，一般不能孤立地把裁判要旨或裁判规则与指导性案例的整体割裂开来，而应全面地把握指导性案例对类似案件的指导。从英美法系国家判例法的查明和适用看，一条确定的判例法规则也常常要有一系列相关案例为基础，也即被以后不同案件多次考量和运用以后才能最后确定，因此，法官适用判例法在具体解读判例法规则时，也必须联系这个案例以前和以后的对同类问题的判例。^{〔30〕}

六、指导性案例的发布主体

目前，司法实践中进行案例指导工作的主体包括最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院和基层人民法院四级法院在内，其带来的一个问题就是指导性案例的权威性、规范性不够。对此，各级法院及其法官之间存在不同的认识：第一种观点认为，依照现行法律规定，地方各级人民法院不具有司法解释权，案例指导制度中的指导性案例虽然不是法源但具有事实上的拘束力，为了维护其权威性和法制的统一性，发布指导性案例如同发布司法解释一样，只能实行中央一元化，不能实行中央和地方二元化或多元化，即指导性案例只能由最高人民法院统一发布。^{〔31〕}第二种观点认为，考虑到我国法律、法规分级颁布实施的立法现状以及各地社会经济文化发展水平的差异等因

〔29〕 前引〔26〕，卡尔·拉伦茨书，第233页。

〔30〕 前引〔10〕，梁迎修文。

〔31〕 参见奚晓明：《案例指导制度的构建与探索》，《河北学刊》2007年第3期；王显德、何志：《论案例指导制度的构建》，《人民司法》2005年第10期；前引〔13〕，周道鸾文，等等。

素,我国应当建立指导性案例分级发布制度,各级法院都有权发布指导性案例,其效力范围仅限于其辖区范围。^[32]第三种观点认为,从现阶段来看,如果完全由最高人民法院发布指导性案例可能难以适应现实司法需求,所以作为过渡措施,各地的中级人民法院(包括中级人民法院)都可以作为指导性案例的发布主体,其中,最高人民法院是最重要的主体,高、中级人民法院是辅助主体。^[33]第四种观点认为,基于我国当前实施的是以中央和省、自治区、直辖市以及较大的市人大及其常委会三级立法并存的立法模式,各地法院在裁判过程中必然要在适用一般法律的前提下结合地方立法,在地方立法存在差异的情况下,裁判结果必然会产生差异。因此,应允许各省、自治区和直辖市的高级法院对于涉及省、自治区、直辖市的人大及其常委会根据本行政区域的具体情况和实际需要制定的地方性法规的具体适用问题,发布指导性案例;同样的,对于较大的市的中级法院亦可以就涉及本市人大及其常委会颁布的地方性法规的具体适用问题发布指导性案例。^[34]第五种观点则认为,就当前现实而言,案例指导的主体,采取“一主一辅”的模式为宜,即最高人民法院是全国指导性案例确立的主要主体,而高级人民法院是全国指导性案例确立的辅助主体和地区指导性案例的确立主体等。^[35]

从总体讨论情况看,对于指导性案例的发布主体,目前比较一致的观点是:指导性案例宜由最高人民法院统一确定与发布,地方各级人民法院不宜作为指导性案例的发布主体。理由在于,如果各级人民法院都可以发布典型案例,很容易导致指导性案例的滥发、滥用,容易造成法律适用的混乱,甚至影响法制的统一;同时,由最高人民法院发布指导性案例,也可以维护指导性案例的权威性和规范性。但是,对于是否应将最高人民法院作为案例指导的唯一主体,也即除了最高人民法院以外,高级人民法院和中级人民法院甚至基层法院能否在辖区内发布指导性案例,尚存在比较大的分歧。

我们认为,既然把案例指导制度作为一项国家司法改革措施,且赋予指导性案例以事实上的拘束力,指导性案例的确认权就应归属于最高人民法院,这也是建立完善的案例指导制度不可或缺的步骤。如果允许各级人民法院都可以发布指导性案例,可能会造成适用法律上的混乱,不利于维护法制的统一,也就实现不了建立案例指导制度的初衷和目的。而欲在全国范围内统一法律适用的标准与尺度,就不能允许各级人民法院在法的理解与适用上案出多门,特别是在当前各级发展不平衡、地方保护主义犹存、司法人员素质参差不齐乃至不同法院的司法水平和司法标准不同的情况下,如果允许地方各级人民法院自行创制和发布具有约束力的指导性案例,则可能出现各地指导性案例之间矛盾、冲突频繁,由此引发更大的混乱。所以,最高人民法院曾经规定,只有最高人民法院有权发布案例,下级人民法院无权发布案例;发布的案例必须经最高人民法院审判委员会确认,并在《公报》上刊登。^[36]这个规定现在看来仍然是正确的,应当继续坚持。指导性案例由最高人民法院发布的好处还在于不仅可以“将‘指导性案例’控制在一个适当的数量上以循序渐进,有效地消除指导性案例过于庞杂可能导致的弊端,而且,从司法统一和设立标准方面更易控制”。^[37]此为其一。其二,由于我国幅员辽阔,各地区发展不平衡、地区差异很大,我国除有国家统一的制定法外,各省、自治区、直辖市及较大的市均有制定地方性法规、规章的权力;并且,实践中不少法院尤其是高级人民法院已经以不同形式在辖区内开展案例指导工作,如果在现阶段就采用“一刀

[32] 参见刘善书:《对我国四级判例制度之架构》,《行政与法》2005年第10期;蔡颖慧:《我国案例指导制度的建立与完善》,《法律适用》2008年第1、2期;前引[17],董晖文。

[33] 参见秦旺:《论我国案例指导的制度构建与适用方法》,《法律方法与法律思维》第4辑。

[34] 参见北京市高级人民法院研究室:《关于完善案例指导制度的调研报告》,《人民法院报》2008年2月20日。

[35] 参见傅蔚蔚、张旭良:《试论我国案例指导制度之建构》,《法律适用》2006年第1期;张韬、陈飞霞:《西方判例制度东移的必要性和可行性评析》,《西南政法大学学报》2007年第8期。

[36] 前引[13],周道鸾文。

[37] 前引[35],傅蔚蔚等文。

切”的做法，完全排除地方各级人民法院特别是高级人民法院在案例指导方面的作用，又似乎不完全符合实际。所以，应当根据建构案例指导制度的阶段性和渐进性的需要，指导、运行和规范地方法院在本辖区范围内发布供本地法院参考的案例。这些案例应与最高人民法院发布的指导性案例有区别，主要是供法官判案时参考，但不得引用和直接比照适用。同时，各高级人民法院确定和发布的参考性案例，应当报最高人民法院备案审查，确保指导性案例的权威性、规范性、正当性和相对统一性，促使法律适用标准在全国范围内的相对一致。

至于中级人民法院和基层人民法院，可以从普及法律知识、总结审判经验和研究法律适用问题等角度编发案例，作为法官的学习材料和研究的素材，但不得发布指导或参考性案例。这主要基于以下考虑：一是中级、基层人民法院所承办的案件大部分为一审案件，享有终审裁判权的案件较少，裁判的稳定性相对不足；二是在工作量方面，中级、基层人民法院案多人少矛盾普遍突出，再赋予案例指导职能会进一步增加工作负荷。另外，从处理的案件类型考察，具有全局意义的不一定很多，当然，中级、基层人民法院的法官的司法能力也还有待进一步提高。

但是，否定中级、基层人民法院发布指导性案例，并不意味着其裁判的案例不能成为指导性案例，中级、基层人民法院的判决符合指导性案例要求的，完全可以通过法定程序形成最高人民法院向全国发布或高级人民法院向辖区内发布的指导性案例；同时，对同一性质的案件，上下级法院之间、同一法院的法官之间，仍有参照执行之职责，这也是法律适用标准统一的应有之义。

总之，对于指导性案例的发布主体问题可以继续研究。但是，有一个指导思想必须明确，就是建立和完善中国特色的案例指导制度，不可能单纯地依靠最高人民法院，应充分发挥全国四级法院的积极性、主动性和创造性。因为，在我国，80%的案件在基层，80%的法官在基层，新型、疑难、重大、复杂、典型的案件往往都是在包括基层人民法院在内的地方各级人民法院解决的；只有充分发挥地方各级人民法院及法官的作用，才能为指导性案例“广开言路”。而基层法官所作的判决有可能成为在全国范围内具有指导意义的案例，则毫无疑问会极大地激发他们的荣誉感与自豪感，充分调动地方各级人民法院的法官努力提升自身素养和司法能力、努力办好每一个案件，从而推进我国法院队伍建设上新台阶。

七、指导性案例的选择标准

指导性案例的选择标准主要涉及到两方面问题：一是哪些法院作出的判决可能成为指导性案例；二是法院作出的哪些判决可能成为指导性案例。

关于第一个问题，多数观点认为，符合要求的各级人民法院的生效判决依照法定程序都可以成为指导性案例；但也有少数观点认为，考虑到实践中各基层人民法院判决案件的标的小，案件事实相对简单，权利义务关系一般较为明确，指导性难以确立，且各法院的判决之间又时常出现差异，缺乏裁量的稳定性和统一性，一般不宜就其判决创设指导性案例。^{〔38〕}从司法实践看，如果将指导性案例局限于最高人民法院的判决，会限制其他法院生效的典型案例分析指导作用的发挥，且最高人民法院自己作出判决的情形很少，因而此做法是不切实际的。同时，以案件的审级为确定标准，也是不合理的。因为，在我国民事诉讼中，基层、中级和高级人民法院划分级别管辖的标准主要是案件的标的大小，即使是高级人民法院的一审案件，其标的虽较大，但法律问题未必复杂，而基层人民法院的一审案件标的虽小，但经常要处理从法律适用角度看比较新颖的、法律规定模糊甚至没有规定的案件；我国刑事诉讼的情况也大体如此。所以，对于各级人民法院作出的生效判决，只要经过法定程序确认和公布，都可以成为指导性案例。指导性案例的发布法院应注意广开渠道，积极收集

〔38〕 前引〔35〕，傅蔚蔚等文。

相关案例,特别是对下级法院审理的新型、复杂、疑难案件,应多予关注,这些问题很可能成为选择指导性案例的重要依据。

关于第二个问题,需要从指导性案例的内容和形式两个方面分别考察。在内容方面,大家有较多的研讨,总体的认识是要有代表性、典型性和指导性,至于何为“代表性、典型性与指导性”,则众说纷纭,各有不同。有的认为是疑难案件,有的认为是新型案件,有的认为是常见多发案件,有的认为是有重大社会影响的案件,还有的认为,个别对推动法学理论发展的案例也可以成为指导性案例等等。但是,分歧中有共识,即认为成为指导性案例的判决一般应具有普遍适用意义上的法律解释或者规则创制的内容。我们认为,如此理解指导性案例选择标准的实质要件,基本上是正确的。既然案例指导制度着眼于法律的正确适用和对审判工作的指导,那么,成为指导性案例的判决就必须具有“释法”的功能,即包含有关对法律规则的解释,或者有关某一或某些法律尚无规定或规定不清的问题的法律解决方法。详言之,一个判决要成为指导性案例,应当具备的根本条件是,涉及的法律问题属于法律没有规定或者明显滞后或者仅有原则性规定或者用语含糊不清的,该法律问题具有一定的普遍性,该案对法律问题的解释又符合法律的基本精神的。比如说,在法律没有规定的情况下,准确依据法律的基本原则、基本精神作出的裁判;在法律规定模糊不清的情况下,对法律作出清晰解释的裁判;在法律规定有冲突的情况下,作出公允解释的裁判,等等。如果案件的裁判没有法律解释内容或意义,可以说它基本上没有指导性而不宜成为指导性案例。例如,涉及到的问题法律已有明确规定以及纯粹属于法官自由裁量范畴的领域,则一般不需要指导性案例,因为此处根本不存在需要解释的法律。从英美法系国家的判例法和大陆法系国家的判例看,最有可能为以后的案件遵从或者参照的判决,也都有着基本相同的总的判断标准,即该判决对于法律解释或者法律创制有一定意义。^[39]从实践中各地发布的案例看,基本上可以分为对疑难案件具有指导性的案例和对新类型案件具有指导性的案例,这两类案例的共同点也是包含前述新的法律解决方法、扩展人们对法律的理解。如果仅仅是具有代表性、或者有重大社会影响或者常见多发的案例,而不涉及前述有关法律解决方法方面的内容,则可以只作为一些地方法院已经在积极开展的示范性案例、精品案例或典型案例等。这些案例在指导各级法院法官正确开展审判工作方面具有积极的参考和示范作用,但是否需要作为案例指导制度意义上的指导性案例,则是值得进一步研究的。^[40]

至于指导性案例的形式要件,目前理论上“法律问题重要、有一定普遍性、案件类型新颖、裁判已经生效、裁判正确、符合法律的基本精神、内容明确、说理透彻、精当、有典型代表意义、有良好社会效果”等概括与阐释。^[41]从形式标准上说,这些要求都是必要的,不过,首要的是作为指导性案例的判决书应当提供法官对相应问题的法律解决方法的判决理由,并且通过法律推理或者评析对该判决理由进行充分、明确、清晰的论证。^[42]作为裁决理由的论证应包括具体的事实认定、证据认定、各方当事人观点的引述和概括、法规适用与价值取舍的根据等方面,应融事理、法理、学理、情理、文理于一体,其中“事理是基础,法理是尺度,情理是辅助,文理是工具。裁判的说理性强,就是要立足事理,严守法理,引用学理,佐以情理,善用文理,阐述清楚,论证充分,令人信服”。^[43]事实上,在判决书中充分而恰当地陈述判决理由并加以公开,这也是提升指

[39] 前引[10],梁迎修文。

[40] 有观点提出了“参考性案例”的概念,认为此类案件可归属于“参考性案例”,主张对“参考性案例”和“指导性案例”应区别对待。此观点值得关注。参见胡建萍、吴红艳:《示范性案例制度的理念与内涵》,《人民司法》2007年第5期;沈志先等:《重视典型案例 努力提升司法水平和能力》,《人民司法》2006年第7期。

[41] 参见蒋惠岭:《建立案例指导制度的几个具体问题》,《法律适用》2004年第5期;前引[16],陈灿平文,等等。

[42] 法国判例理论也认为:“判决理由必须包括法官得出争议实际解决方法所根据的法律推理。特别是判决理由必须表达对法律规则的解释。”前引[25],雅克·盖斯旦、吉勒·古博书,第426页。

[43] 胡云腾:《裁判文书的说理》,《法制日报》2007年6月17日。

导性案例的公信力和权威性，回应社会公众质疑，实现案结事了的有效途径。

当然，尽管指导性案例的发布主体可能是一元化，但是，指导性案例的选择标准应当是开放的，而不应是固定不变的，最高人民法院发布指导性案例的具体要求应当具有灵活性，指导性案例的选择亦可能有所侧重，比如最高人民法院发布的指导性案例应针对在全国范围内具有普遍意义的重大问题，其数量在案例指导制度推行的初期不可能会很多；大量的还是地方各高级人民法院编选的参考性案例，它们针对本辖区的特殊情况所选择的这些案例也许会带有一定的“本地特色”。不过，这些案例从整体上说，也应当能体现程序公正与实体公正的统一，有助于落实法律效果和社会效果的统一，裁判说理全面、清晰、透彻，有法律解释的内容并依法而恰当地阐释了法律规定的内涵等等。此外，在形式要件上，裁判文书必须已经发生法律效力；同类案件已经由不同级别法院判决并生效的，应选择由高级别的法院作出的判决；同类案件判决生效时间不同的，以后生效判决作为来源，但同时亦应考虑判决的法院级别。

八、公法性指导性案例与私法性指导性案例的区分

一般认为，公法与私法之间有着明显的界限，比如，公法主要调整国家与地方、公共权力配置、公共关系处理、公共利益分配和各种公共组织之间的管理关系、强制关系等，规范体现着强制性、法定性和社会本位等特征；私法主要调整个体利益、个人权利、自由选择、平等关系等，规范具有选择性、自主性和个人本位等特征。^{〔44〕}人们对此有着相对清晰的认识。但是，对于公法性指导性案例与私法性指导性案例之间有无区别，以及何种区别的问题，却时常被人忽略，从我们了解的情况看，目前很少有人对相关研究及论述中提及这一问题。事实上，这也是实践层面上影响到案例指导制度能否健康运行的一个重要因素。

从形式要件上看，公法性指导性案例与私法性指导性案例一般不存在实质性的区别，比如案例都要求具有典型性，法律问题都具有普适性，裁判正确、严谨、规范，说理清晰、透彻，裁判的社会效果良好等。两者都应当有具体的法律解释内容，都能对实践中提出的疑难法律问题作出恰当而富有指导意义的解释。但是，考虑到公法与私法在固有性质、规范内容以及调整方式等方面的差异，应当认识到对公法性指导性案例与私法性指导性案例在案例的选择、发布及适用等方面不宜完全不加区分，等而待之。

从公法的内容和性质看，它规范着国家、被赋予公共权力的机关团体之间的关系，它们与它们的成员之间的关系，以及它们自身的组织结构等，所强调的是强制与服从，直接维护公共利益。基于规范国家公权力的运用，分配各种重要资源和利益，保障公共安全与秩序等，公法更多具有的是强制性、禁止性的规范，其所隐含的价值倾向是，公法每设置一个规范，则意味着公共权力可能向前推进一步，也就多了一份对市民生活的干预和规制。为了限制公共权力的不当扩张和滥用，在维护公共利益的同时，平衡对私权的保护，公法规范要求规定的尽可能细致、周详，实体与程序都十分严格，并且相对于私法的“法不禁止即自由”的理念，公法运行的规则是“法无明文规定即禁止”。^{〔45〕}所以，在司法适用层面上，需要遵循一些限制性的原则和规则，比如罪刑法定，司法机关不能借保护国家利益之名，任意延展成文法的适用，法外定罪与用刑；严格约束法官自由裁量权，最大限度地维护公法的安定性；基于强制性规范的刚性，不可对其不执行或随意地变通执行。公法规范的这些固有特性，给旨在解释法律条文以指导审判工作的指导性案例的创设及其运用，带来了诸多挑战。如前所述，指导性案例是在法律仅有原则性规定或者用语含糊不清的情况下提供一

〔44〕 参见刘金国、舒国滢主编：《法理学教科书》，中国政法大学出版社1999年版，第77页。

〔45〕 参见姜昕、王景斌：《公法法治：从尊重私权开始》，《行政与法》2005年第5期。

个法律适用的空间与路径,这种法律解决方案实际上更多地体现为法律适用上的一个“尺度”,本身具有一定灵活性和兼容性,加上其适用机制上需要待决案件的法官尽可能善意地解释法律条文、用语,这就不可避免地产生诸如解释的主观性如何避免、案例与强制性规范之间出现冲突如何解决以及如何保证指导性案例的权威性等一系列问题。

在案例指导的具体内容上,基于罪刑法定、职权和程序法定、利益信赖等公法原则的限制,公法性指导性案例所关注的重点不是创制裁判规则,以弥补法律空白,而是对现行法律条文中用语歧义、模糊、评价性、笼统等情况做出具体解释,并且该解释还要受到诸如禁止类推、严格解释、目的性限缩、审查无限、不能颠倒或转移证明责任、禁止重复评价以及法律涵义不明确、不得作影响法律的安定性的解释等法律原则或规则的限制,因此,在通过公法性指导性案例提炼裁判规则或裁判要旨时,应尤为注意。事实上,因刑法、行政法等公法以保护公共权利和利益作为基本出发点,公法问题的处理,会对当事人乃至整个社会产生重要影响,故在公法性案例中,也不应当容许法官有过宽的自由裁量空间。公法性指导性案例所针对的法律问题主要是属于仅有原则性规定或者用语含糊不清的情况,对于法律没有规定或者明显滞后的问题,则主要依靠立法途径或者司法解释来解决。特别是在刑事审判领域,指导性案例在阐释理由、把握刑法的僵硬性时必须以保障人权为重,尤其不能通过指导性案例突破罪刑法定原则和刑法的其他基本原则。审判实践中即使遇到社会危害性需要以刑法遏制而法无明文之情况时,也只能以现行法律为依据处理,以体现对罪刑法定原则的严格遵守,切实防止类推制度借助指导性案例在刑事审判中“死灰复燃”。而私法性指导性案例则一般不受这些限制,有关指导性案例的一般性原理和规则对于私法性指导案例都是适用的。

与私法性指导性案例不尽一致的地方还包括,在案例的选择上,公法性指导性案例需要体现司法的“谦抑性”。一方面,只有在该案例富有指导价值、确有必要且作为指导性案例是最佳的指导载体的情况下,公法性指导性案例的创设才能成为必要。如果某一案例不能在法律基本精神的指引下妥当地解释法律,有效地解决问题,达不到预期的效果,或者案例公布后需要付出的司法成本过高,实属无效益可言,或者该案所面对的法律问题完全可以用其他手段解决,则该案例一般没有成为指导性案例的必要。另一方面,谦抑性原则还需要贯彻于公法性指导性案例的适用过程,在运用指导性案例的裁判规则论证待决案件的裁判理由时,应适当考虑公法所具有的“他法不能,我方登场”的补充性,以体现其内缩、后隐而非外张、突前的价值立场。例如,在刑事审判领域,可入罪可不入罪的,可考虑不作犯罪处理;可予刑罚处罚也可不予刑罚处罚的,一般宜作非刑罚方法处理;可予重刑处罚也可予轻刑处罚时,宜适时地施以轻刑等,这也是贯彻宽严相济刑事政策的一个重要方面。此外,在案例的发布上,基于国家刑罚权的特殊性,对公法性指导性案例特别是刑事指导性案例,应有一系列相对于私法性指导性案例更为严格的程序性要求。总之,有关公法性指导性案例与私法性指导性案例的区分,是一个崭新的课题,尚有不少问题亟待进一步的研讨。

九、指导性案例的发布程序

指导性案例的发布程序问题主要涉及到三个方面内容:一是案例的选报;二是案例的确认;三是案例的公布。在这三方面均存在一些争议性的具体问题,需要结合实践通过研讨从认识上加以统一。

在案例的选报上,问题主要是,当事人或者律师、社会公众能否请求报送候选的案例。对此有两种不同意见:一种意见持肯定态度,认为当事人等均可以请求报送案例。^[46]该意见的主要理由是,根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第10条规定,有关国家机关、社会团体或者其他组织以及公民提出的制定司法解释建议,可以作为最高人民法院制定司法解释的立项来源,指

[46] 前引[41],蒋惠岭文。

导性案例的立项应参照司法解释的要求执行。另一种意见则认为应当限于人民法院系统内部上下级之间调取或呈报案例。^{〔47〕}我们认为,目前尚无规范性文件明确规定案例指导制度中的指导性案例属于一种司法解释,所以,当前指导性案例的立项不宜完全参照司法解释的要求去做。但是,具有事实拘束力的指导性案例的形成又需要经过严格的程序,并需要通过案例实现对疑难法律问题的解释,依托案例抽象出具体的法律适用规则,如果在案例的来源渠道上不严格控制与把关,往往很难达到这些要求,所以,现阶段的候选案例的选报仍然宜延续以往的做法,在法院系统内进行,这样也利于案例选送工作的规范化。具体说,鉴于目前发布的指导性案例较少,难以发挥其应有的作用这一现实,应当广开渠道,各级人民法院已经生效的、符合条件的案例均作为指导性案例的候选者,可依照程序层报给有确认权的最高人民法院。结合目前实践的做法,可考虑由各审判业务庭报送研究室(有些法院是审委会办公室等)初审,为了慎重起见,保证指导性案例的质量,避免报送到确认机构的案例泛滥成灾,所有报送候选的案例在报送前都应当由各级法院审判委员会讨论通过,案例报送实行逐级把关、层层上报的做法。报送案例还应按规定的格式撰写,并附判决书等。对于审判实践中重大疑难与急需解决的问题,最高人民法院和地方各高级人民法院也可以主动向下级人民法院征集相关案例,从中择优选取。具体确认的指导性案例的数量,应当根据实际情况而定。

在案例的确认上,目前形成共识的意见是,为确保指导性案例的质量,推荐法院应当对认为符合指导性案例的判决严格审查把关。但是,应由各级法院的何种部门选择确定候选的指导性案例,则有认识分歧:一种观点认为,指导性案例应由报送法院的审判委员会讨论决定;^{〔48〕}另一种观点则认为,从规范的角度,应当成立专门的“案例指导委员会”负责指导性案例的推荐。^{〔49〕}我们认为,为了保证指导性案例的权威性,从目前法院内部的机构设置来看,现阶段宜由报送指导性案例的法院审判委员会来讨论确认。从人民法院组织法对审判委员会的法律定位看,其主要功能是司法指导,即总结经验,对典型、疑难案件的讨论决定及指导法院审判工作,所以,由审判委员会承担选择确定指导性案例的相关职责是十分合适的。结合《人民法院第二个五年改革纲要》关于审判委员会的改革方向:“最高人民法院审判委员会设刑事专业委员会和民事行政专业委员会;高级人民法院、中级人民法院可以根据需要在审判委员会中设刑事专业委员会和民事行政专业委员会。改革审判委员会的成员结构,确保高水平的资深法官能够进入审判委员会”,现阶段由审判委员会承担案例指导职能也是基本可行的。当然,从案例指导制度的未来发展看,成立专门的“案例指导委员会”等机构专司其职,似乎更为合理。

在案例的公布上,大家普遍认为,为了满足日常司法审判中参考的需要,应定期向法院系统和社会公众公开发布,比如可考虑以每月定期发布和年终总结发布相结合的方式进行。但是,对于是否应当建立全国统一的发布平台则存有争议:第一种意见认为,应当建立全国统一的发布平台,由最高人民法院《公报》刊登;^{〔50〕}第二种意见认为,各高级人民法院可以创办《法院公报》或者《指导性案例汇编》,刊登指导性案例。最高人民法院则以《公报》为载体,公布全国范围内的指导性案例;^{〔51〕}第三种意见则认为,发布形式不必拘泥,可通过最高人民法院或地方高级人民法院制发指导性案例公报或在相关报纸上开辟专栏等刊登,以晓之于众。^{〔52〕}实际上,指导性案例是否需要在全国范围内统一发布的问题,与其发布主体定位于多元还是一元的有关系。如果发布主体是唯一的即最高人民法院,那么就应当选择统一的发布平台,如最高人民法院《公报》,否则,难以实

〔47〕 前引〔13〕,周道鸾文。

〔48〕 前引〔16〕,陈灿平文。

〔49〕 前引〔35〕,傅蔚蔚等文。

〔50〕 前引〔13〕,周道鸾文。

〔51〕 前引〔41〕,蒋惠岭文。

〔52〕 前引〔17〕,董焱文。

现全国统一发布。我们认为,一旦确立了案例指导制度,最高人民法院应当建立统一的、规范的发布平台,防止出现政出多门的混乱现象,确保案例指导制度运行的顺畅、高效;同时,不管地方哪一级法院发布在本辖区内适用的参阅性案例,都必须是规范的,必须依据相关规定经过一个严格的选择和发布程序,否则将会损害案例指导制度的良性发展。

十、指导性案例的编纂、废止和规避

法律编纂是法的系统化方式与途径之一,案例指导制度的统一性和系统性需要以具有连续性和系统性的指导性案例汇编为载体,并且,指导性案例的编纂还应当把便利性,即方便地方各级法院的法官以及检察官、律师和其他法律界人士检索和援引作为一个重要标准。但指导性案例如何编纂,包括应由何种部门负责编纂以及如何安排编纂的体例等,又是一个颇有争议的技术性问题。

关于指导性案例的编纂主体问题,第一种观点认为,从规范化考虑,应由官方机构负责指导性案例编纂。可以考虑在现有案例选编、出版格局的基础上,由最高人民法院所属的中国应用法学研究所承担这种指导性案例汇编的组织工作。因为,首先,它是一个研究机构,拥有从事这种案例汇编所需要的智力资源和人力资源。其次,它直接隶属于最高人民法院,这种身份使得它可以比较有效和灵活地与最高人民法院、地方人民法院和法学教育与研究机构合作,组织大量富有经验的资深法官、资深律师、资深检察官、退休法官及检察官和公认的在相应领域具有学术造诣和广泛影响的法学家协同工作。再次,长期以来,它也一直在进行着具有广泛影响的案例选编的工作,具有从事指导性案例汇编的经验基础。^{〔53〕}第二种观点认为,鉴于我国案例指导制度实质上乃为丰富和解释制定法的辅助手段,故应采官方编纂为主、不排斥民间编纂的做法。但如果官方编纂与民间编纂在内容上产生冲突时,应以官方编纂为准。同时,在官方编纂过程中可吸纳知名院校的知名法律人士一同参与,以提升案例的指导性。^{〔54〕}第三种观点则认为,不宜对指导性案例的编纂主体加以限制,在现实实践中,包括高等院校、研究机构等在内的有关部门均参与了案例的编纂工作,所编纂的案例在教学、研究和指导审判工作方面也都发挥了一定作用,当然其权威性不能与最高司法机关组织进行汇编的指导性相提并论。^{〔55〕}指导性案例的编纂活动基本上可以比照司法解释的编纂处理。但在目前,我国既没有法的编纂,也没有司法解释的编纂,只有简单地把立法或单独或混合汇编成册的出版,这不能说不是我国法制建设的一个明显的缺陷。但考虑到建立案例指导制度后,指导性案例具有事实上的拘束力,且指导性案例的编纂数量将会有一定规模,为了实现指导性案例的统一化、系统化的需要,应当考虑指导性案例的编纂问题,就目前而言,宜采官方编纂模式,应由最高人民法院专门负责编纂,具体可以由研究室牵头,各业务庭、中国应用法学研究所等部门参加,组成一个工作班子负责指导性案例的编纂工作。需要注意的是,编纂指导性案例,也应当广泛吸收法学理论界和实务界的专家学者参与其中,以提高案例的权威性和指导性。^{〔56〕}

关于指导性案例的编纂体例,认识上的分歧主要是,指导性案例是否需要统一编号。有意见认为,考虑到指导性案例的指导效力以及案例指导制度的规范化建设,应当分层级地对指导性案例进行统一编号,以方便检索、查找。^{〔57〕}也有意见认为,统一编号的做法不如按照一定的部门法、一定的法律制度和一定的法律条文为编辑顺序,将各个时期、各个法院有关同一问题的指导性案例汇

〔53〕 前引〔16〕,张琪文。

〔54〕 前引〔35〕,傅蔚蔚等文。

〔55〕 前引〔13〕,周道鸾文。

〔56〕 目前,《中国审判案例要览》的编纂就是由最高人民法院有关业务庭室、国家法官学院及与中国人民大学法学院共同负责进行的。

〔57〕 前引〔17〕,董焱文。

集到一起,进行筛选、编辑。这样也可以避免有法官担心的“法律知识的非系统性”的问题。^[58]这两种意见的分歧界限实际上并不明显,结合目前各地的实践,可考虑在统一编号的基础上,根据审判领域的不同按“刑事类”、“民事类”、“行政类”、“执行类”等分别汇编。同时,根据不同情形,可具体区别编纂,如系法律法规整理的,则将案例的案号对应附于相关法条之后;如系案例汇编的,可根据发布时间、相关法条顺序等方法予以汇编。这样做的好处是,可能会在一个缺乏制定法规定的问题上或在制定法规定模糊的问题上集中地出现一组法律见解相同或一致的指导性案例,那么这组指导性案例本身就具有了比较强的说服力或者说指导性。此外,还应当看到,汇集和编辑指导性案例的过程,也是发现并消除指导性案例中的矛盾、不协调以维护指导性案例的统一性和系统性的过程,所以汇集和编辑者需要按照制作指导性案例的标准和要求,并仿照法律渊源的效力等级对发生冲突的有关案例进行必要的取舍、修饰和调整,以实现指导性案例在编纂上的统一性和系统性。当然,考虑到指导性案例的发展,为了使指导性案例的编纂工作能与时俱进,不仅有必要保持其编纂体例上的一定的开放性,避免在体例方面因过于拘泥而限制了其发展,还需要在技术上不断地充实、修改和更新。比如,可考虑分别制作出版相对稳定的精装版、相对灵活的平装版以及随时更新的活页版,并在条件成熟时发行电子版等。目前一些法院利用互联网和信息技术,进行指导性案例或参阅性案例的编纂,此做法值得关注。总之,不管采取何种编排体例,使用何种技术形式,其目的只有一个,即为了便于检索和援引。

案例指导制度的效力定位决定了指导性案例应当具有一定的稳定性。但是,随着社会的发展和法律的变化,一些指导性案例可能会出现同新的法律法规和司法解释相抵触的情形,或者与上级法院新发布的指导性案例相抵触,或者不再适应司法实践的需要,在此情况下应当将指导性案例予以废止,包括取消其指导性案例的资格,或者以其他合适的指导性案例替代。^[59]这里需要探讨的问题是,指导性案例的废止是否应经过一个特别的确认程序?还是明确指导性案例废止的有关条件后,由后案法官根据案件的具体情况自行作出选择和判断?对此理论界及法院系统内均有不同看法:第一种意见认为,指导性案例的废止应由发布机构根据下级法院、当事人的申请,或者依职权予以废止,在废止的程序上应当同确定指导性案例的过程一样规范,并予以正式公布。^[60]第二种意见则认为,最高人民法院发布的一些司法解释均规定:“在本解释公布施行之前已经生效施行的司法解释,其内容与本解释不一致的,以本解释为准。”这样,以前与其不一致的司法解释就不再适用了,而没有经过一个特别的程序。可以考虑借鉴上述做法,在最高人民法院起草的关于加强和完善案例指导工作的规范性文件中明确规定:“先发布的指导性案例的指导规则与在后发布指导性案例的指导规则不一致的,以后发布的为准。”^[61]换言之,指导性案例的废止采取自然死亡法则,不需要经过独立的确认程序。从法律的失效情况看,主要有两种方式:一是由发布机关明文宣布原有法律效力终止或废止;二是新法的施行使原有法律自然失效。《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第30条规定:“司法解释需要修改、废止的,参照司法解释制定程序的相关规定办理,由审判委员会讨论决定。”显然,我国司法解释的废止方式采取的是第一种形式,需要经过特定确认程序。指导性案例具有个别指引的特点,在适用方式上不同于规范意义上的司法解释,即便在有关规范性文件中明确规定:“在先发布的指导性案例的指导规则与在后发布指导性案例的指导规则不一致的,以后发布的为准”,如何识别前后两个案例的指导规则之间的不同,仍是一个问题。所以,为了便于各地法院运用具有事实拘束力的指导性案例,应当及时对与新发布的法律、司法解释及指

[58] 前引[16],张琪文。

[59] 指导性案例不同于成文规范,它依托于生效判决已经确认的案件事实,所以,指导性案例一般应不存在修改的问题。

[60] 前引[41],蒋惠岭文。

[61] 前引[23]。

导性案例发生冲突,以及不适应司法实践和社会生活需要的指导性案例,按照其确认和发布程序宣告废止。被废止的指导性案例自废止后对其他案件不再具有指导性,但对于该案件当事人的效力不发生变化。在实践中,最高法院应当坚持随时检索整理,一旦新法出台,即应对在先的指导性案例进行校点,以及时更替,并以便捷方式让公众知悉援引;另一方面,在法院系统内部,需要建立指导性案例数据库,以便随时查询。

值得注意的是,在指导性案例尚未废止前,可能存在不宜参照指导性案例而需要规避的情况,比如该案例的指导性已明显落后于时代的需要或者自其产生时就是不当的,而在效力上该案例又未被明确宣布丧失指导性。此种情形如何处理,尚未引起学界的足够重视。实际上,在创设指导性案例的同时,也需要创设关于不当的指导性案例的规避适用规则。借鉴国外判例法的做法并结合我国的实践,对上述情形可考虑采取以下方法解决:(1)区别前后案。即尽量找出目前案件与先前指导性案例在案件事实上的差异,从而规避指导性案例的适用。指导性案例的指导性在于其所确立的指导规则或解决方法的合理性,而该规则或合理性的基础是案件事实和法律。一旦案件所适用的法律发生变化,则依其确立的指导规则或合理性也必会因条件的丧失而失去正当性支撑,如勉强参照执行将可能导致后案判决不公,故需要规避之;(2)指出指导性案例规则的模糊或不明之处,进而拒绝遵循指导性案例,以规避其对待决案件的适用,或者对其作出釜底抽薪式的解释,即案例从表面看仍具有指导性,但该指导性已被赋予新的含义,引出新的规则;(3)宣布指导性案例与法律的基本原则相冲突,从而规避该指导性案例的适用;(4)在指导性案例发生冲突时选择其一从而规避其他不当的指导性案例的适用,选择在后的指导性案例从而规避了在前的指导性案例等;(5)因原有指导性案例被制定法所推翻或替代而不再适用该指导性案例;(6)直接宣布案例的指导性已过时或错误,而代之以新的指导性案例等。^[62]一般而言,指导性案例一旦确定,其指导性就具有了纵向拘束力,有关法院(包括最高法院自身)非经法定程序不得任意否决或拒绝适用。所以,对指导性案例的规避适用,必须慎而又慎,实践中应当特别地防止恶意的规避适用,对此还需要通过建立相关保障性机制,从制度上加以规制。

十一、案例指导制度的配套机制

基于审判实践巨大的内在需求推动,近几年我国法院的案例指导工作进展很快,这为最高人民法院制定关于加强和完善案例指导工作的规范性意见奠定了实践基础。但是,不可否认,中国特色案例指导制度的建构,不可避免地需要经过一个逐步发展和完善的过程。正如有观点所指出的,我国现阶段的成文法及其法律氛围,对于推行案例指导制度还存在一些影响:第一,我国成文法的原则性和抽象性,使得成文法有进一步具体化的需求空间,故而由各有关主管部门制定其实施细则或者由最高人民法院制定相关司法解释成为一种有效的传统做法和趋势,人们也习惯于这种做法,这在相当长的时间内难能逆转。第二,我国成文法操作性的缺失,使得法官以及法院的注意力几乎集中在对法律规定本身的一般诠释上,故而指导性案例承载的任务更多的是对法律适用本身的一般解释,停留在法律适用的一般层面,往往难能反映深厚的法律价值观及其内涵。这在相当长的时间内也难能逆转。第三,我国成文法的滞后及其立法与司法的分工现状,使得法院难以突破法律规定的范围,通过案例去创设法律规范,而这正是指导性案例自身所应担当的重任。第四,从我国一定时期的立法发展趋势来看,我国的立法正在克服上述不足,但还没有迹象表明立法会赋予法院更大的权力。第五,我国法院的判决书整体上还比较简单,与指导性案例所要求的充分说理还有相当距离

[62] 参见《国际比较法百科全书》(国别报告 T/U 卷 U 英文版),第 70 页;前引〔35〕,傅蔚蔚等文。

等。^[63] 这些将使得在中国建立和完善案例指导制度不可能在较短时间内完全实现。同时,在具体运作层面,案例指导制度中也可能会面临一些同志所担心的“风险”:第一,我国法官工作压力强大,为提高审判效率,援引指导性案例,没有详细考虑,出现错引现象。第二,成文法是经过立法机关按照法定程序提出的,考虑比较周详;而法官判案时作出的指导性案例可能过于仓促,缺乏全面、周延性。第三,法官素质不一致,导致援引指导性案例形式上平等,实质上不平等。第四,法官拥有的实际意义上通过案例创设规则的权力,也可能产生司法专断,乃至司法腐败。第五,新旧指导性案例如果衔接不连续,可能导致前后审判相矛盾,也为当事人规避法律提供便利等。^[64] 此外,我们还应当看到,对案例指导制度在我国的实际运行情况,目前还缺乏实证性的调查研究,对诸如指导性案例每年发布的数量有多少、规模有多大,全国有多少法院、多少法官、多少律师在自觉地运用指导性案例,实践中又有多少案件是通过参照相关指导性案例裁判的,针对个案,指导性案例的实际效果如何评估,相关诉讼参与主体对指导性案例如何认识,推行案例指导制度是否会增加国家和当事人的司法成本,如何保证法官、律师和社会公众正确地运用指导性案例等一系列问题,均需要在深入、细致的调研基础上作出符合实际的分析判断,并据此提出切实可行的解决方案。总之,在司法实践中,进一步推进案例指导工作深入而扎实地开展,必然缺少不了相关配套机制和制度的支撑,这是我们在推行这项制度之前必须认真考虑的现实问题。

首先,需要不断提升指导性案例自身的质量,结合实际合理地确定其数量和规模,这是加强和完善案例指导工作的重要基石。在确保指导性案例的质量方面,有必要建立层级性的案例备案审查制度。考虑到高级人民法院在发布指导性案例方面的独特作用,实际上许多高级人民法院已经多年开展了指导性案例的探索工作。因此,地方各级法院选送的指导性案例,应当由高级人民法院认真把关,严格审查。不仅如此,地方各级人民法院发布的所谓参阅性案例,亦应当逐级报送上一级法院备案和接受审查。不管是指导性案例还是参阅性案例,其所形成的指导规则均不得与现行法律及司法解释相冲突。下级法院的参阅性案例对法律的解释不得与上级法院指导性案例的解释相冲突;后例对法律的解释原则上不得与先例的解释相冲突。在指导性案例的数量和规模确定上,有必要在深入基层调研和掌握实际需求的基础上,提出逐步推进的合理思路。在案例指导制度推行初期,从审慎的角度,指导性案例的数量和规模应有所控制,切实把握好节奏,避免一哄而上,仓促行事,造成指导性案例质量缺乏保证,从而在根基上损害案例指导制度。当前可考虑多在法律问题突出、社会广泛关注的一些重点领域选择和发布指导性案例,充分发挥好案例指导制度对我国社会现实的积极回应功能。

其次,探索建立完善的案例指导激励与监督机制。一方面,需要构建创设指导性案例的保障和激励机制,调动广大法官的主观能动性,广开案例信息渠道,确保指导性案例的质量。比如,目前一些法院探索试行案例通报和计分考核制度,定期通报经本院审判委员会确认的示范性案例,经确认和通报为示范性案例的,分别纳入法院工作考核、本院各业务庭(局)目标考核和法官个人素质考核范围作为加分项目;实行案例稿酬制度,凡经审判委员会通过并公布的案例,按照一定标准统一发放稿酬,提高法官的积极性等,这些做法业已取得良好效果。^[65] 另一方面,还需要探索建立案例指导的监督机制,既要防止案例指导的滥用现象发生,又要防止案例指导流于形式而得不到有效的贯彻落实,保证案例指导制度在审判工作中发挥其应有的价值和作用。比如,构建案例指导的管理性惩戒措施,并将其和诉讼程序结合起来,要求法官在审判活动中必须注意并充分顾及指导性案例,在审理同类案件违背指导性案例时,必须具有充分的理由,必要时应书面报告给上级法院;

[63] 参见杨洪奎:《案例指导:从功利走向成熟》,《法律适用》2004年第5期。

[64] 参见阳贤文:《判例回归环境的思考》,《法律适用》2004年第5期。

[65] 前引〔40〕,胡建萍等文。

对于应当适用因种种原因没有注意和顾及指导性案例的,应根据违法情节的轻重和错判的情况,依法给予司法管理性的提示和警示,并与法官的目标管理考核挂钩;对于没有注意和顾及指导性案例而导致裁判处理结果不公正,可依法给予相应的司法管理性的行政处分,并对案件依照法定程序进行处理,包括上级法院在审理时依法予以撤销或改判等。

再次,鼓励检察官、律师和当事人积极运用指导性案例。在法庭审理中控辩双方在发表法律意见可以使用公开发布的指导性案例作为法庭辩论理由。法官应当在法庭审判中认真倾听有关指导性案例的提出、使用和辩论,并在判决书中对有关意见给予采纳、不采纳、部分采纳等明确回应并说明理由。如果在某个问题上存在若干连续一致的指导性案例,而法院要偏离这些案例做出判决,则必须提供更为充分的理由。有观点提出,对指导性案例的使用可以比照对重要证据的使用,如果当事人不服本案主审法官在判决中对指导性案例的观点,特别是对主审法官偏离连续一致的指导性案例而没有提供充分理由的,可以提起上诉或申诉,请求上一级或上级法院进行二审或再审。^{〔66〕}我们认为,立足于指导性案例的事实拘束力,这种意见总体上是值得认真考虑的。

当然,基于指导性案例的效力特点,对于主审法官在审判中没有注意或者没有充分注意指导性案例中的有关规则或解释,二审或再审是否因此需要改判还应从程序公正的角度,应当根据诉讼法及最高人民法院有关审判程序及证据使用的规定区别情况分别对待。

第四,由于在整个司法体制框架内,各具体制度之间存在着广泛的内在联系,案例指导制度能否顺利运行还直接受制于法官的能力、品格、知识、实践经验以及判决文书的制作等现实因素,如此一来,就有必要逐步完善与案例指导制度相配套的法官遴选和培训制度、法律文书制作制度等,不断强化法官队伍建设,切实提高法官制作、理解与运用指导性案例的能力。实践表明,实行案例指导制度有助于提高法官的素质和裁判文书的质量,反过来,高素质的法官和高质量的裁判文书,也是建立和完善案例指导制度的基础,两者是相辅相成的关系。指导性案例的运用是一个反复说理、充分对比的过程。因此,要妥善运行案例指导制度,就必须有一批高素质的法官乃至其他司法工作人员,他们须具有高强的逻辑思维能力,能够深刻领悟法的精神,且熟练掌握法律规则,能正确评价各种案件的性质,并且能够正确理解与把握指导性案例与待判案件的联系,熟练运用指导性案例所宣示的原理与规则。还应当看到,由于长期受限于成文法的思维模式,我国的法官整体上还缺乏案例指导方法的系统训练。因此,在建立和运用案例指导制度的过程中,就需要通过多种形式的业务培训全面提升法官理解与运用指导性案例的能力,保证指导性案例在审判实践中得到正确的理解与适用。

最后,我们还应当清醒地认识到,指导性案例的形成,其实是案例指导制度的核心问题。就个案而言,司法判决是否能够成为具有事实拘束力的指导性案例,还要取决于指导性案例本身的公正,包括实体上的公正和程序上的公正,取决于法官释明的裁判理由的充分性和合理性。而就整个司法体系而言,案例指导制度的建立和完善则要取决于国家的法治化进程,取决于司法制度是否真正体现了公开、公平、公正的法治原则。不论是在英美法系国家,还是在大陆法系国家,个案的裁判之所以能够成为具有普遍意义的法律规范或者适用法律的标准,并因而得到全社会的认同,绝不是偶然的。没有国家的法治化,没有法官的职业化和整体司法水平的提高,没有司法程序的独立性、公开性、民主性和公正性,司法裁判就很难在国家的政治、经济、社会生活中真正具有权威性和公信力。而在缺乏足够权威性和公信力的司法裁判基础之上形成的指导性案例,其法律上的价值也将是非常有限的。所以,在我国现有法律体制框架下,思考如何实现人民法院依法独立审判和公正审判、如何实现法官群体的职业化以及法律方法的自治等问题,都具有极其重要的现实意义。

〔66〕前引〔16〕,张琪文。