

法治思维与  
法律方法文库

法治思维与  
法律方法文库

总主编：陈金钊 刘风景

CHEN JINCHAO LIU FENGJING

# 中国司法的 经验与智慧

指导性案例中法律方法的运用实践

孙光宁◎著

EXPERIENCE AND  
WISDOM FROM CHINESE  
JUDICATURE

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

**中国司法的经验与智慧：  
指导性案例中法律方法的运用实践**  
孙光宁 著

**中国法制出版社**  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

中国司法的经验与智慧:指导性案例中法律方法的运用实践/ 孙光宁著. —北京:中国法制出版社, 2018. 10

(法治思维与法律方法文库)

ISBN 978-7-5093-9808-1

I. ①中… II. ①孙… III. ①案例-研究-中国②司法制度-研究-中国  
IV. ①D920.5②D926

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第221989号

策划/责任编辑 陈兴 封面设计 李宁

中国司法的经验与智慧:指导性案例中法律方法的运用实践

ZHONGGUO SIFA DE JINGYAN YU ZHIHUI:ZHIDAOXING ANLI ZHONG  
FALÜ

FANGFA DE YUNYONG SHIJIAN

著者/孙光宁

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米 16开 印张/ 24.25 字数/ 321千

版次/2018年10月第1版 2018年10月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-9808-1定价:65.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031 传真:010-66080537

网址:<http://www.zgfzs.com>编辑部电话:010-66010405

市场营销部电话:010-66033393 邮购部电话:010-66033288

(如有印装质量问题,请与本社印务部联系调换。电话:010-66032926)

# 引言 法律方法：指导性案例在推进法律统一适用中的独特优势

## 一、指导性案例研究与法律方法研究相结合的多重原因

在法治进程中,法律统一适用具有十分重要的实践意义和价值。十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确:“推进严格司法……加强和规范司法解释和案例指导,统一法律适用标准。”这为案例指导制度确定了基本定位和整体方向。最高人民法院院长周强指出:“案例指导制度是最高人民法院根据中央关于司法改革的决策部署,为总结审判经验、加强监督指导、统一法律适用、提高审判质量、维护司法公正而建立的一项具有中国特色的司法制度。”在2010年《关于案例指导工作的规定》之后,最高人民法院陆续发布了多批几十个指导性案例,每一批指导性案例的发布,都会引起司法实践部门和法学理论研究者的重视,进而出现了不少以指导性案例为主题的研究成果。

关于统一法律适用,我国相关研究成果可以概括为以下几个方面。

(1)统一法律适用的重要意义。法律实施的核心在于统一适用,是法治的基本原则与核心内容,具有重要的政治意义、社会意义和法治意义。(2)统一法律适用面临的困难。主要表现在新型案件带来的冲击、法律规范不明晰以及内部的冲突、个案差异的存在、司法政策的影响、地区与审级的不同、自由裁量权的不规范、裁判结果评判标准的不一致等诸多方面。在司法过程中的具体表现包括缺少裁判依据的发现机制、裁判结论的论证机制和自由裁量权的调控机制等。(3)实现统一法律适用的机制,程序类机制包括上诉、审判监督、死刑核准等,组织类机制包括审委

会、合议庭、法官会议等,此外还需要加强法官的专业化和基层法院组织建设。其中,案例指导是最主要的机制之一。

所有的指导性案例都带有一定的疑难色彩,针对的都是司法实践中遇到的各种难题。这种难题的出现会成为统一法律适用的巨大障碍,因为面对疑难案件,法官们会从不同的角度出发得出不同的结论,从而造成法律适用不够统一的情况。而所有的指导性案例中都包含着法律适用方法的运用,二者的结合具有非常重要的理论和实践意义。

法律方法的研究在学术领域中也被称为法律方法论或者法学方法论,或者法律适用方法。本书主要采用法律方法论的名称。从20世纪90年代开始,法律方法论中最为传统的分支——法律解释(学)开始在国内法理学研究中受到关注,出现了相当数量的研究成果。由法律解释到法律论证,再到其他法律方法论的分支(如利益衡量和漏洞补充等),整个法律方法论在法学研究中的地位不断上升。学者越来越意识到法律如何操作和适用之研究的重要性,我国的法学正在经历从宏大叙事到微观论证的研究转换。以立法为中心的研究视角正在逐渐被以司法为中心的研究所超越。返回“法的形而下”,形成法理学的实践品格,成为我国法学研究的一种重要进路。近些年来关注于具体操作层面的法律方法论研究也在这种背景下得以逐渐兴起。

进入21世纪,法律方法论逐渐成为国内法学研究中的“显学”。法律方法论研究论文呈逐年明显增长的趋势。以“法律方法”或“法学方法”为题名的专著或译著基本上都是在这个时期出版的。如果说,20世纪国内法律方法论研究还主要局限于对法律解释的研究上,那么,21世纪以来,国内学界逐渐有了“法律方法论”研究的明确意识。随着越来越多的学者和法官开始关注和研究法律方法及其中的基本理论问题,法律方法论的学科意识开始觉醒。我国学界推出了大批法律方法论研究译著、专著与论文。[\[1\]](#)实务部门的法律家立足于司法实践,也推出了一些法律方法论研究成果。

法律方法论在国内法学研究中的兴起, 归根于其顺应了法治建设的实际需要。虽然, 法学研究可以重视“形而上”的内容。但是, 经世致用却是法学研究更为重要的部分, 能够持续获得广泛关注的研究领域, 大多都是能够满足实践需要的。在中国特色法律体系已经形成的背景下, 如何将法律规范贯彻于实践之中, 成为理论界与实务界共同关注的内容, 而司法领域则是重中之重, 这也是法律方法论研究的核心领域。可以说, 法律方法的兴起和受到重视, 是实践法治、贯彻法治、落实法治的需要。

在中国法治实践和理论发展过程中, 来自西方的理论资源如何适应中国的语境, 一直是一个重要却难以解决的课题, 法律方法论的研究也不例外。二者结合的过程不是非此即彼, 也不是一蹴而就, 而是短期此消彼长、长期共生相济的。某些节点的出现能够推动西方理论与中国实践的结合, 指导性案例就属于这种情况。换言之, 对指导性案例的研究很可能是法律方法论寻求突破、与中国法治实践相结合的重要方式。从法律方法论的视角研究指导性案例有着十分重要的意义和价值, 这一结论至少可以得到以下理由的支持。

第一, 法律方法论的研究已经具备相当的基础, 为研究指导性案例提供了理论前提和分析工具。从20世纪90年代以法律解释为开端, 法律方法论的研究经过了二十多年的时间。从最初大规模的引介和翻译外国作品, 到现在特别强调中国司法问题的成果; 从当初法律解释的一枝独秀, 到法律论证、法律推理、利益衡量和漏洞补充的百花齐放, 法律方法论研究的成果已经非常丰富, 也出现了不少与中国司法实践相结合的观点和成果。此外, 从学科建设的角度来说, 法律方法论又发展出法律解释学、法律逻辑学、法律修辞学和法律语言学等分支, 使其理论体系更加全面和完善。整体理论上的丰富和完善, 为微观上对特定案件进行细致分析提供了多种分析工具和视角, 比较典型的是法律解释的诸多方法, 包括文义解释、历史解释、目的解释、体系解释、社会学解释等, 法律论证又包括逻辑方法、对话方法和修辞方法等。这些操作性较强的法律方

法能够使得对案件的分析更加深入和透彻,使得最终的裁判结论具有坚实的根据和理由。

第二,每个指导性案例中都包含运用法律方法的典型实践,具有非常丰富的方法论因素。任何司法案件的审判过程,实质上都必须运用到法律方法,只是其中复杂和精密的程度有所不同。多数简单案件仅仅使用一种或者两种法律方法就能够形成判决结论。而指导性案例是从司法实践中遴选出来的优秀案例,体现了主审法官对法律规范的理解和对案件事实的认定,凝结了司法实践中的经验和智慧,其实质是法律方法的适用。从本书后续具体章节中可以看到,某一种法律方法能够体现在多个指导性案例之中,而某些指导性案例又综合运用了多种法律方法。可以说,指导性案例中体现了非常多的运用法律方法的因素,二者有着高度的内在契合。

第三,指导性案例具有正式效力,能够推动法律方法在司法实践中的认知和认可。根据最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条:“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案例时应当参照。”这里的“应当参照”就是官方确定的指导性案例的正式效力。虽然对于如何准确界定“应当参照”,在学界中还存有一定争议,但是,可以肯定的是,指导性案例具有正式效力,是重要的非正式法律渊源之一。在司法实践中,指导性案例并不能够成为直接的裁判依据,至少也可以作为说理的裁判理由。如果司法实践中出现了直接参照指导性案例的案件,那么其中所包含的方法论因素就能够得以体现,通过后案法官的参照行为而对某一类案件的审判发挥推动作用。而且,指导性案例的正式效力能够使其成为满足形式要件(判决应有明确的法律依据)的正当理由,这种推广法律方法的方式比单纯依靠学术界的呼唤更为直接有效。

第四,指导性案例来源于中国司法的实践,是扬弃法律方法论的本土资源。根据《关于案例指导工作的规定》第4条和第5条,能够推荐指导性案例的主体包括最高人民法院、高级人民法院、中级和基层人民法院



(通过层级上报)以及社会相关人士。无论采取何种推荐模式,指导性案例都是中国司法实践中已经发生法律效力案件。可以说,指导性案例都是源自司法实践的真实典型案例。如果说法学理论还可以直接从西方法学说中引入并深受其影响的话,那么,源自中国司法实践的案件却不会受到西方法学理论的左右,而是按照自身特定的规律发生和发展。从这个意义上说,指导性案例是中国法律方法论研究的优秀本土资源,能够成为对西方法律方法论进行批判和吸收的资料和依据。这一点也是从法律方法论研究指导性案例最为重要的理由。

第五,目前已经公布的指导性案例已经呈现出越来越多的类型,能够更加丰富地展现法律方法的实践运用。与司法实践直接相关的指导性案例包括最高人民法院所发布的和最高人民检察院所发布的。相比而言,最高人民检察院所发布的指导性案例主要是刑事案件,而最高人民法院所发布的指导性案例则涵盖了多个主要的部门法。从最初传统的民事案件、刑事案件,再到后来的商事案件,甚至包括知识产权案件、劳动法案件和海商案件。最高人民法院所发布的指导性案例,在数量上连续攀升,更在涉及的部门法领域中呈现出多种样态。案件数量和类型上的多样,为从法律方法论的视角展开分析提供了重要的前提。虽然具体的法律方法非常多,但是,并非都能够同一类型的案件中适用。例如,遵守罪刑法定原则的刑事案件,强调文义解释方法,认为应当从刑法规范的一般含义来解读;民事案件中,法官拥有更多的自由裁量权,能够使得利益衡量和漏洞补充等方法有用武之地。在本书后续的章节中,有很多借助于多种法律方法对同一指导性案例进行分析的内容,可以更加细致地展示以上特点。

第六,指导性案例具有统一的正式文本,为法律方法论的细致分析提供了优质素材。根据《关于案例指导工作的规定》第6条:“指导性案例,统一在《最高人民法院公报》、最高人民法院网站、《人民法院报》上以公告的形式发布。”这就意味着,每一个指导性案例都有统一

的正式文本。从法学流派的角度而言,法律方法论总体上属于规范法学,带有明显的教义学属性,强调从正式法律规范出发来处理案件。具有统一正式文本的指导性案例,在这个意义上成为法律方法论研究的优秀素材。在很多受到社会舆论关注的案件中,法律方法论也能够发挥作用,但是,统一文本的缺乏使得对案件的解读往往呈现出“公说公有理,婆说婆有理”的情况,因为案件信息的提供者大多是带有特定倾向的大众媒体,甚至是网络传闻。换言之,虽然很多社会热点案例也可以从法律方法论的角度进行细致分析,但是,在基础文本上的不统一,对于精细化运作的法律方法论来说,会大大影响分析的准确性。

第七,指导性案例由最高人民法院发布,其中的方法论因素能够借助于司法系统得以推广。与英美法系的判例不同,指导性案例是由最高人民法院遴选和发布,并在地方各级法院中被参照。这一整体的运作方式带有明显的行政化色彩。虽然这一运作方式也受到了学者们的指摘,但是,在一定程度上却有助于指导性案例的迅速推广。在每次发布某一批指导性案例的时候,最高人民法院总会下达特定的“通知”,详细说明每一个指导性案例所追求的目标和效果。这就意味着,每个指导性案例都包含着最高人民法院的特定意图。通过地方法院参照指导性案例,最高人民法院的这些意图就会贯彻到司法实践之中,从而有利于实现法律的统一适用。同样在这个过程中,各种法律方法的实践运用也会被认知和认可,最终有利于提升各级法院司法实践中方法论因素的运用程度。

第八,指导性案例有前期铺垫,其中法律方法的运用容易被地方法院所接受。在案例指导制度出台之前,最高人民法院就经常在其公报中发布多个典型案例,并出版相关的案例汇编。这些都是地方法院研习的重要材料,虽然并不具有如指导性案例那样的正式效力。而且,很多地方法院,尤其是一些高级人民法院,早已开始汇编在本省审判实践中发挥效力的指导性案例,也成为本辖区内法院学习的材料。这样,即使通行全国的指导性案例是由最高人民法院所发布的,也并不会导致地方法院措手不

及。地方法院早已在研习公报案例或者本省内的指导案例中初步领略了法律方法运用的实践。

第九, 相比于抽象的理论言说, 指导性案例能够以更加生动直接的方式提升法官运用法律方法的自觉性。在法律方法论研究过程中, 抽象的理论概括是不可避免的, 也是十分必要的。但是, 过于抽象概括甚至晦涩的理论表达, 难以被接触具体案件的司法者所接受, 这种情况也影响了法律方法论发挥对司法实践的推动作用。而来源于司法实践的指导性案例则不同, 它们都是具体的生动案件, 并且正式文本中将案情经过、裁判理由、裁判要点等都给予明示。这实际上拉近了法律方法论与司法者之间的距离。将指导性案例中的法律方法因素进行分析和提升, 将使得法官更加清晰地认知法律方法的内容及其重要性。虽然所有的案件都必然包含方法论的因素, 但是, 目前法官运用法律方法大多停留在自发的阶段, 仅仅是基于长期的工作经验积累, 缺乏理论上的概括和提升。通过展示指导性案例中法律方法的运用, 法官可以直接体会到方法论的意义, 从而推动其运用法律方法的自觉性。这是一种以案说“法”的工作, 只是这里的“法”并非是法条或者法典, 而是“方法”。从长远的角度来看, 拥有方法论素质的司法者, 能够更好地将案件事实与法律规范相结合, 形成合法合理的高质量判决, 对于法治进程的推动是大有裨益的。

第十, 从法律方法论的视角研究指导性案例, 有助于法学理论与部门法的结合。法律方法论要摆脱“屠龙之技”的困境, 真正发挥对司法实践的推动作用, 至少可以从两个方面着手, 一是走向个案分析, 二是与部门法结合。在西方法律方法论发展过程中, 很多著名的方法论学者也大都在某一部门法领域享有盛誉。例如, 著有《法学方法论》的拉伦茨也是著名的民法学者, 考夫曼和格林则在刑法研究中颇有建树。但是, 中国的法律方法论却主要是由法理学者倡议和推动的, 在具体法律规范的认知和应用上存在着一定缺陷。指导性案例则能够实现以上两个方面的结合: 既能够体现法律方法论走向个案的趋势, 又能够通过部门法案件的分

析实现其与法学理论的交融。

从以上几个方面的原因可以看到,从法律方法论的角度来分析和研究指导性案例,具有重要性、必要性和可行性。可以说,指导性案例是西方法律方法理论与中国具体司法实践的结合点,是中国法律方法论深入发展的宝贵本土资源,对推动法治建设也有相当重要的实际意义,值得全面分析和阐释。虽然法院等实务部门也会关注指导性案例,但是,从法律方法论的视角分析指导性案例,形成的结论能够弥补单纯从实务出发的局限和不足,体现法学理论对司法实践的推动作用。

## 二、指导性案例中的法律方法对推动法律统一适用的独特优势

在法律适用的过程中,有三个最主要的因素:案件事实、法律规范和审判主体。从统一法律适用的角度来说,案件事实是社会自然发生的事实,决定着法律规范的选择和适用,并非由法律规范所决定,不能成为统一法律适用的因素。因此,要实现法律统一适用,需要从法律规范和审判主体两个方面入手。就法律规范方面而言,由于法官需要在个案中运用法律规范,因此,当法律规范越发细致和精确的时候,法官就越能够针对具体的案件事实直接运用法律规范。相反,当法律规定过于概括和模糊的时候,法官在寻找法律依据时就会遇到困难。这种统一法律适用的思路可以被称为“细化规范途径”,其典型代表为最高人民法院和最高人民检察院发布的司法解释。从内容上看,司法解释是对相关基本法律或者法律的细化,使得法律规范更加具体、便于操作和适用。例如,指导性案例8号的法律依据是《公司法》第183条,但是,在案件处理过程中如何判断公司的经营管理发生严重困难,该法律条文并没有给出具体标准和条件。《公司法解释(二)》第1条专门针对此问题进行了细致规定,判断公司的经营管理是否出现严重困难,应当从公司的股东会、董事会或执行董事等方面的运行现状进行综合分析。如果没有《公司法解释(二)》第1条的规定,只是依靠法官在具体案件中判断公司的经营管理发生严重困难,那么,极其多样的公司运行情况将使得法官需要付出极大的

时间和精力去研判相关的判断标准。这样的情况不仅在指导性案例中非常常见,在普通案件的审理过程中也是屡见不鲜。甚至从某种意义上说,缺少了司法解释,法官仅仅基于法律规定,难以在审理过程中形成准确判断,当然也容易造成法律适用的不统一。

但是,现有的司法解释在统一法律适用方面也有着自身的固有缺陷。即使法律规定通过司法解释得到细化,但是,仍然不可能为每一个案件提供现成答案。每一个具体案件都有自身特殊的案情,在抽象的法律规范和具体的案件事实之间,总是存在着差距,这也是法律适用方法存在的客观原因。虽然目前法官在审理案件时都力图寻找到最接近、最准确的法律规定作为依据,但是,法律规定总是带有抽象概括的属性,法官也总是需要发挥主观能动性来弥合法律规定与案件事实之间的距离。更重要的是,如果对于司法解释过于依赖,那么,法官基于这种思维定式在面对稍微疑难一点的案件时,就会变得不知所措。从长远的角度来说,以司法解释为代表的“细化规范途径”会影响法官的法律思维水平,使其难以对案件事实与法律规范之间的关系作出准确判断。例如,全国多地出现了职工在上下班途中被火车撞伤或者撞死的情况,一些法院机械适用《道路交通安全法》中的“机动车”定义,将火车排除在机动车概念之外,最终得出了“火车不是机动车”的错误结论。造成这一错误的原因之一,就在于对机动车这一概念的具体范围,除了《道路交通安全法》之外,没有其他法律或者司法解释作出规定,法官就简单套用了《道路交通安全法》中的概念界定。其实,对于判断火车是否属于机动车,法律适用方法就能够给出正确答案。例如,利用法律解释方法中的文义解释,即按照法律规范在日常语言文字中的一般含义,就能够判断火车属于机动车;结合目的解释、体系解释等其他解释方法,就能够更加充分地对该结论进行说明。再如,法律推理方法中存在日常推理,根据社会中的一般经验和常识,也能够判断火车属于机动车。从以上的对比可以看到,过于依赖司法解释存在不少消极影响。要统一法律适用,司法解释能够发挥重要作用,但是,对其局限性也应当有充分认知。在司法解释的“准立法”性

质日益受到诟病的背景下, 司法解释在统一法律适用方面也需要发生转变。

如果说司法解释是通过细化法律规范来实现法律的统一适用, 那么, 指导性案例则更多的是通过提升法官的素质和能力从长远的角度实现同样的目标。在指导性案例的正式文本中, 专门设置了“裁判要点”, 是直接表述案例中提炼或者体现出来的规则。从统一法律适用的角度来看, 裁判要点的存在和司法解释在形式和内容上都没有本质区别, 只是在系统性和全面性上有所差异: 裁判要点仅仅概括了相应案例中的抽象规则, 而司法解释则是对特定法律大规模全面地细化或者具体化。对于裁判要点的存废, 学界一直有争议, 即使在已经运行判例制度的大陆法系国家中, 也是如此。赞成者认为, 裁判要点的存在以简洁的方式明确了案例中的抽象规则, 便于法官援引; 反对者则认为, 判例的重要性在于案件本身, 裁判要点中明确表述的规则会使得法官忽视案例本身。从案例指导制度的整体发展来看, 在运行初期应当在裁判要点中明确抽象规则, 启动实务界对指导性案例的认知、认可和重视; 在案例指导制度逐渐步入正轨之后, 裁判要点的内容不宜过于具体, 或者更多的内容转变为对核心案情的重述, 这样可以引导法官关注案件的全貌。

可以说, 指导性案例中的裁判要点部分, 在功能上与司法解释是重合的; 要真正发挥指导性案例在统一法律适用中的作用, 关注的重点就不能限于裁判要点, 而应放在其他方面, 其中所蕴含法律适用方法就是重中之重。例如, 指导性案例61号在裁判理由的第一部分, 针对案件的核心争议之一进行了细致说明, 表述为: “(一)符合刑法的立法目的……(二)符合法条的文意……(三)符合援引法定刑立法技术的理解……”。这样的表述直接表明了裁判理由所适用的方法, 包括目的解释、文义解释和体系解释等。从这样的裁判理由中, 法官能够发现各种法律适用方法如何与具体的案件事实相结合, 如何利用法律适用方法来解决案件的争议问题。再如很多其他指导性案例的裁判理由直接体现了目的解释方法的运

用,例如指导性案例21号认为:“免缴防空地下室易地建设费有关规定适用的对象不应包括违法建设行为,否则就会造成违法成本小于守法成本的情形,违反立法目的,不利于维护国防安全和人民群众的根本利益。”指导性案例40号认为:“如果将职工个人主观上的过失作为认定工伤的排除条件,违反工伤保险‘无过失补偿’的基本原则,不符合《工伤保险条例》保障劳动者合法权益的立法目的。”指导性案例46号认为:“商标的作用主要为识别性,即消费者能够依不同的商标而区别相应的商品及服务的提供者。保护商标权的目的,就是防止对商品及服务的来源产生混淆。”指导性案例64号认为:“电信业务的经营者作为提供电信服务合同格式条款的一方,应当遵循公平原则确定与电信用户的权利义务内容,权利义务的内容必须符合维护电信用户和电信业务经营者的合法权益、促进电信业的健康发展的立法目的……”这些都是借助于立法目的来对相应法律规范的含义进行阐释和说明,实质上就是目的解释方法的显性运用。

如果法官对裁判理由中的这些表述予以适当关注,就能够逐渐领会到其中法律适用方法的实践,从长远的角度来看,对其提升审判业务素质和能力都是十分有益的。虽然目前裁判理由中适用的各种法律方法多数仍然没有以显性的方式被表述和体现,需要进行细致挖掘才能发现,但是,只要反复研习指导性案例及其裁判理由,法官就完全可以将法律方法的运用从自发的经验总结发展到自觉的主动实践。员额制和责任制等司法制度,都对法官的业务素质提出了较高要求,不仅能够有效处理普通案件,对于疑难案件,也应当予以妥善应对。从法律方法论的角度来说,全面掌握法律方法有助于通过提升业务素质来审判疑难案件,指导性案例多数都带有疑难色彩,能够以直接、生动和具体的方式展现法律方法的运用实践,反复研习这些案例就能够逐渐掌握其中蕴含的法律方法。随着业务素质的整体提升,法官在面对疑难案件时能够形成相当的共识,从而推动了法律的统一适用。

司法解释与指导性案例,代表着两种不同的推动法律统一适用的途径。司法解释侧重于直接提供现成的抽象规则,特点是短平快和令行禁止;指导性案例则更关注审判者长期业务素质的提升,通过形成共识的方式推动法律统一适用,特点是慢工出细活和细水长流。司法解释的缺陷在于忽视了审判主体的能动性以及无法及时应对新类型案件,指导性案例的缺陷则是需要较长时间的经验积累和反复研习。简而言之,司法解释注重短期效果,而指导性案例则注重长期效果。二者对于推动法律统一适用来说具有优劣势上的互补关系,都应当等量齐观。以往的司法实践过分重视了司法解释的作用,现在借助于正式的案例指导制度,我们也应当格外推崇指导性案例的细致研习。

### 三、指导性案例中的法律方法在推动法律统一适用方面的特点

从前文的论述中可以看到,指导性案例和法律适用方法有着非常密切的联系,二者相结合的研究有着充分的基础;指导性案例对于推进法律统一适用有着重要价值,这种价值主要是通过其中法律适用方法的研习来提升法官素质得以体现。目前很多关于指导性案例的研究已经开始关注以上方面的内容,但是这一点还没有完全得到学界的充分认知。要将这方面的内容进行细致分析,需要关注的问题是指导性案例中法律适用方法在推动法律统一适用方面的特点。从本书的内容安排上可以看到,同一个指导性案例可以借助于多种法律适用方法得以分析。形成这一特点的主要原因如下:

首先,各种法律适用方法之间本身并非泾渭分明,在宏观体系上存在一定交叉之处。法律适用方法的体系包括法律解释、法律推理、法律论证、利益衡量和漏洞补充等,这些具体的适用方法并非一开始就得以构建,而是以法律解释为开端不断延伸发展出来的,各个学者从自身研究的侧重点出发,用不同的法律术语对司法过程展开分析。以上宏观体系是目前国内学者研究的概括和总结,并非一步到位地建立完整体系。在国外的相关研究中,各种法律适用方法也经常混用,出现交叉的情况是屡见



不鲜的。而且,国外学者在分析相关理论问题时,并不特意区分诸如法律解释、法律论证、法律推理之间的严格区别,而是以论述问题或者案例为中心。只要是能够与论题相联系的理论资源,都可以援引。当然,特定地区的学者也经常保持自己的常用术语或者研究习惯,例如,德国学者经常使用“法学方法论”一词,其范围与法律方法论基本相当;而美国学者并不经常用到法律方法论的总体体系,而主要是用法律推理来涵盖整个法律方法论体系。我们可以看到美国学者在以法律推理为主题的论文或者专著中,也大量充斥着法律解释和法律论证的运用。基于以上分析,无论是从法律方法论发展的历时性来看,还是从不同地区学者研究的传统来看,各种法律适用方法之间从来没有绝对严格的界限。各种具体法律适用方法之间存在的区别,往往是相对的。各种具体法律适用方法各自有其特点和侧重。所以,要借助于法律适用方法来分析指导性案例,需要将各种法律适用方法都界定在其狭义的范围之内。

其次,指导性案例作为疑难案件,可以而且需要利用多种法律适用方法进行全面分析。从案例指导制度的定位来看,要实现法律统一适用的目标,遴选的指导性案例就不能是常见的普通案件,因为这将降低指导性案例被认可和接受的程度,也无法满足法官的实际需要。当法官面对疑难案件难以形成准确判断、进而危及法律统一适用时,指导性案例能够在这个方面发挥重要作用,无论是在短期内提供具体规则,还是在长期内提升法官素质,都是其发挥作用的表现。而疑难案件之所以存疑,就在于案件事实与法律规范之间并不存在严格的对应关系,案件事实往往位于法律规范范围的灰色地带,甚至法律规范本身就有矛盾冲突、漏洞甚至空白之处。而法律适用方法恰恰是特别适合处理此类案件。以法律解释方法为例,多数普通案件依靠文义解释方法就能够得到裁判结果;而各种论理解释方法则可以细致分析法律规范的全面含义,及其与案件事实之间的复杂关系,从而为解决疑难案件提供重要参考。由此我们可以看到,面对同一个指导性案例,法官可以借助于多种法律适用方法,来消解其中的困难之处;多种法律适用方法在同一指导性案例的运用也为法官进行

决策提供了全面参考。例如,针对指导性案例6号,可以从法律解释、法律推理和利益衡量等方法展开相关研究。当更多的法律适用方法都能够针对某一案件得到比较一致的结论时,即使面对的是疑难案件,法官也能够形成高质量的判决。当类似的疑难案件都得到类似的处理时,法律适用就能够在很大程度上保证一致的效果。

最后,指导性案例未必都完全在裁判理由中展示法律适用方法的运用实践,特定案件中需要深入分析才能看到。所有的指导性案例都需要经过层层遴选,而且最高人民法院在公布指导性案例的正式文本时,也对其裁判文书进行了重新编辑。因此,指导性案例文本中的裁判理由部分,未必能够完全反映原初案件的全部情况。而且,从形成判决结论的角度来说,多数裁判理由仅仅适用了少数几种法律适用方法。而要全面分析指导性案例的裁判理由,研究者应当基于法律适用方法的整体体系展开,并不能仅仅局限于裁判理由直接表现的法律适用方法。在法律适用方法的体系中,法律解释具有比较悠久的历史和操作性较强的具体方法,一直受到了司法者的重视,在指导性案例裁判理由中也得到了广泛体现。借助于法律推理和法律论证等其他方法,也能够对同样一个指导性案例的裁判理由进行阐释和说明。在尝试使用多种法律适用方法对指导性案例裁判理由进行分析之后,会形成兼听则明的全面效果。以此所展示的法律适用方法的综合实践,也能够为法官研习指导性案例及其相应的法律适用方法,提供丰富的素材。从这个意义上说,在全面分析指导性案例的裁判理由时,不仅需要关注其直接适用的方法,更要挖掘言外之意,从裁判理由没有直接涉及的方法出发,重新审视裁判理由。

总之,指导性案例非常适合引入法律适用方法的研究,而指导性案例中包含的法律适用方法的丰富实践,也非常有利于推动法律的统一适用。随着案例指导制度不断发展完善,指导性案例的数量也不断增多,法律适用方法在其中的实践也将日益丰富。二者的结合研究不仅能够推动法律方法在中国的扬弃和提升,更能够继续为司法实践中统一法律适用

提供更加全面的理论参考。

---

[\[1\]. 对相关研究的详细学术梳理, 请参见陈金钊、焦宝乾等:《中国法律方法论研究报告》, 北京大学出版社2012年版; 孙光宁等:《中国法律方法论研究报告\(2011—2016\)》, 知识产权出版社2017年版。](#)

目录

封面

扉页

版权信息

[引言 法律方法:指导性案例在推进法律统一适用中的独特优势](#)

[第一章 指导性案例的基本类型及其法律方法](#)

[第一节 抽象概念在指导性案例中的具体化方式](#)

[一、对“利用职务上的便利”的扩张解释](#)

[二、“公共财物”概念的内涵归纳与外延演绎](#)

[三、指导性案例将抽象概念具体化的可能隐忧](#)

[结语:司法者阐释抽象概念的背后](#)

[第二节 原则性规定在指导性案例中的细化方式](#)

[一、指导性案例8号对相关法律和司法解释的细化](#)

[二、指导性案例对原则性规定细化方式的意义与价值](#)

[三、指导性案例对原则性规定细化方式的缺陷及其消解](#)

[第三节 指导性案例对法律规则的扩展与变通](#)

[一、整合法律渊源:指导性案例判决理由之间的融贯关系](#)

[二、扩展规则界限:法典条文的实体续造](#)

[三、规避规则缺陷:适应社会需求的灵活变通](#)

[结语:在保守与能动之间的指导性案例](#)

[第二章 法律解释方法在指导性案例中的运用](#)

[第一节 论理解释方法在指导性案例中的运用及其完善](#)

[一、目的解释的运用及其效果](#)

[二、体系解释的运用及其效果](#)

[三、历史解释的运用及其效果](#)

[四、综合运用解释方法的两种融贯效果](#)

[五、法律解释方法在指导性案例中运用的完善方向](#)

[结语:技术因素对制度运行的助推作用](#)

## [第二节 指导性案例中法律规范边缘意义的解释方法](#)

### [一、指导性案例6号对法律规范意义边缘的解释方式](#)

#### [二、文义解释:法律规范边缘意义的底限范围](#)

#### [三、论理解释:法律规范边缘意义的实质考量](#)

[结语:法律规范边缘意义的发轫效果](#)

## [第三节 指导性案例中解释结果与实际效果的矛盾及其原因](#)

### [一、指导性案例18号的裁判结论及其解释方式](#)

#### [二、指导性案例18号判决结论的扩展效果](#)

#### [三、司法应对“末位淘汰”的层次及其隐忧](#)

[结语:谨慎对待指导性案例的公共政策功能](#)

## [第四节 指导性案例中保护弱者的法律解释倾向](#)

### [一、保护弱者倾向在指导性案例中的操作与表现](#)

#### [二、指导性案例中存在保护弱者倾向的多种原因](#)

#### [三、保护弱者倾向在司法实践中的解释限度](#)

[结语:超越法律解释的工具属性](#)

## [第五节 指导性案例对构建法律解释共同体的推动作用](#)

### [一、法官与检察官的交涉:司法权力之间的交锋与制衡](#)

#### [二、法官与律师之间的交流:庭审质疑的回应与释明](#)

#### [三、指导性案例在推动法律解释共同体对话交流中的缺陷及其完善](#)

[结语:构建最低限度意义上的法律解释共同体](#)

## [第三章 法律推理方法在指导性案例中的运用](#)

### [第一节 类推推理在指导性案例中的适用方式](#)

#### [一、指导性案例6号:类推在公法领域中的辅助适用](#)

#### [二、指导性案例15号:类推在私法领域中的主导适用](#)

#### [三、指导性案例11号:类推在刑事案件中的隐性适用](#)

[结语:类推结果的合法性保障](#)

### [第二节 常识推理在指导性案例中的适用方式](#)

#### [一、常识推理在确定指导性案例29号判决中的作用方式](#)

## [二、作为“常识”的大数据时代对司法的多层次冲击](#)

### [三、司法应对大数据时代的主要策略](#)

[结语:司法的变与不变](#)

## [第三节 多种法律推理方法在指导性案例中的融贯运用](#)

### [一、演绎与归纳:判决形成的宏观架构与微观基础](#)

### [二、类比推理:决定判决性质的核心步骤](#)

### [三、设证推理:超越形式逻辑的实体考量](#)

## [第四章 法律论证方法在指导性案例中的运用](#)

### [第一节 指导性案例文本的论证策略](#)

#### [一、形式策略:相关司法文件的铺垫与具体行文的裁剪](#)

#### [二、实质策略:多种权威资源的直接援引与间接借鉴](#)

#### [三、指导性案例论证策略中的主要缺陷与不足](#)

### [第二节 “法律规定”:指导性案例裁判理由的论证方式及其效果限度](#)

#### [一、“法律规定”在指导性案例裁判理由中存在的原因及相关质疑](#)

#### [二、“法律规定”作为裁判理由的论证效果限度](#)

#### [三、提升“法律规定”论证效果的现实策略](#)

### [第三节 图尔敏法律论证模型在指导性案例中的运用及其限度](#)

#### [一、图尔敏论证模型的要素及其在指导性案例23号中的运用](#)

#### [二、图尔敏论证模型在指导性案例23号中运用的实体局限](#)

#### [三、图尔敏论证模型在指导性案例23号中运用的形式局限](#)

[结语:法律论证的理论模型与具体实践](#)

## [第五章 利益衡量与漏洞补充方法在指导性案例中的运用](#)

### [第一节 利益衡量在指导性案例中的体现及其定位](#)

#### [一、指导性案例21号中基于利益衡量的裁判结果指向](#)

#### [二、指导性案例21号中利益衡量导向下的裁判理由论证](#)

#### [三、利益衡量的多样存在及其具体适用方式](#)

[结语:利益衡量与司法者的方法论素质](#)

### [第二节 指导性案例中的利益衡量结果及其证成](#)

[一、自由裁量:利益衡量存在的制度空间](#)

[二、同质比较:利益衡量结果的实体证成](#)

[三、两造对抗:利益衡量结果的程序证成](#)

[第三节 漏洞补充在指导性案例中的运作及其限度](#)

[一、法律漏洞在指导性案例20号中的发现与确认](#)

[二、漏洞补充方法在指导性案例20号中的具体运作](#)

[三、法律漏洞补充在指导性案例20号中的作用限度](#)

[结语:夹缝中突围的漏洞补充](#)

[第六章 部门法指导性案例的特点与重点](#)

[第一节 司法政策在刑事指导性案例中的体现与影响](#)

[一、司法政策在指导性案例4号和12号中的适用](#)

[二、指导性案例4号和12号在适用司法政策上的主要缺陷](#)

[三、指导性案例适用司法政策的完善措施](#)

[第二节 诚信原则在民事指导性案例中的适用方式](#)

[一、诚信原则在民事指导性案例中的基础适用方式:判定行为及其后果的性质](#)

[二、诚信原则在民事指导性案例中的辅助运用方式:考察主体身份和纠纷过程](#)

[三、法律原则在指导性案例中运用的启示与借鉴](#)

[结语:司法改革背景下的法律原则适用](#)

[第三节 行政法指导性案例对司法审查范围的扩张与限缩](#)

[一、行政法指导性案例对司法审查范围扩展与限缩的表现](#)

[二、行政法指导性案例对司法审查范围调整的价值与隐忧](#)

[三、通过行政法指导性案例调整司法审查范围的有效运作](#)

[结语:最高人民法院与地方法院在案例指导中的配合](#)

# 第一章 指导性案例的基本类型及其法律方法

《关于案例指导工作的规定》第2条规定了指导性案例的几种主要类型:(一)社会广泛关注的;(二)法律规定比较原则的;(三)具有典型性的;(四)疑难复杂或者新类型的;(五)其他具有指导作用的案例。从法律适用方法的角度而言,第(二)和(四)类型是受到更多关注的。本章第一节中考察了抽象概念在指导性案例中的具体化方式,针对的是第(四)类型中的一种特殊情况。第二节则直接考察了第(二)类型,具体分析了指指导性案例是如何将比较原则的、笼统的甚至模糊的规定进行细化的。第三节则是对已经公布的指导性案例重新进行了类型化,依据规则创新程度的不同,具体分为整合法律渊源、扩展规则界限和规避规范缺陷等类型。



## 第一节 抽象概念在指导性案例中的具体化方式

在司法实践中,如何将法律规范中的抽象概念进行具体化阐释,是一个比较困难的问题,具有正式法律效力的指导性案例能够为解决这一问题提供提示和启发。在指导性案例11号中,司法者对“利用职务上的便利”进行了扩张解释,对“公共财产”进行了创新性的界定,其中都体现了经验、智慧和实践理性。但是,这种阐释也有一定的隐忧,包括扩张解释边界、法官能动性的发挥都不确定,法律解释方法的实用主义色彩以及忽视量刑环节等。指导性案例中对抽象概念的阐释实质上是司法实践现状与发展方向的缩影。

### 一、对“利用职务上的便利”的扩张解释

案例指导制度已经从理论呼唤转变为制度实践,最高人民法院、最高人民检察院和公安部都宣布创制指导性案例。其中,最高人民法院所发布的指导性案例更受关注,也成为地方各级法院重点研习的对象。根据《关于案例指导工作的规定》第7条,地方各级法院在审理类似案件时应当参照指导性案例,这种正式的法律效力对司法实践工作有着重要影响。在指导性案例的正式文本中,裁判要点是核心内容,“指导性案例所确定的裁判要点,对人民法院审理类似案件、做出裁判具有指导作用,即在根据法律、有关司法解释做出裁判的同时,各级人民法院在审判类似案件时应当参照,并可以作为裁判文书的说理依据加以引用”。<sup>[1]</sup>在指导性案例具有如此正式效力的背景下,地方各级法院更应当认真对待指导性案例。

最高人民法院已经陆续公布了十几批指导性案例,涵盖了多个部门法。从已经公布的这些案例可以看到,在严格遵守现行制定法的基础上,案件的主审法官大多能够灵活地适用法律规范,特别是对于司法实践中难以解释的抽象概念,运用多种法律适用方法进行阐释和解读,展现了高超的司法智慧和实践理性,特别值得后来的参照者效仿。相比于具体案件的参照,研习指导性案例所蕴含的法律适用方法能够提升后来司法者的业务能力和水平,也许是指导性案例更大价值所在。

法律规范大多都包含着不同抽象程度的概念,抽象概念一方面能够体现法律规范所追求的普遍性,另一方面也容易在与具体案情结合时出现龃龉。尤其是后一方面的内容,经常给司法者在实践中界定法律意义上的事实带来不少困难。特别是就我国的情况来说,转型时期复杂的社会形势使得高度抽象的法律规范难以招架,在遇到某些法律规范意义模糊或者矛盾时,司法者往往因为难以使其具体化到案件中陷入窘境。对指导性案例的深入分析和学习,能够带来一些提示和启发。这里选取指导性案例11号作为分析对象,探讨该案法院如何对贪污罪中的抽象概念进行具体化,进而形成高质量的判决结论。根据指导性案例11号的裁判要点,该案在判决贪污罪时有两个核心问题:(1)“利用职务上的便利”的主体不仅包括本人,还包括利用职务上有隶属关系的其他国家工作人员;(2)“公共财物”包括土地使用权,属于贪污的对象。

“利用职务上的便利”是贪污罪的主要犯罪行为方式,是对贪污罪本质属性进行概括的抽象概念。但是,无论是刑法条文还是最高人民法院的司法解释,都没有给该概念以明确的界定。可以说,这种缺失是由现实中贪污罪的多种复杂样态所决定的,同时也给司法者进行认定带来了不小的困难。根据1999年《最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》(试行)规定:“贪污罪是指国家工作人员利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。‘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。”这是对贪污罪中“利用职务上的便利”比较权威的界定,但是,这一界定仍然无法概括和应对多样的贪污现象,指导性案例11号就是如此。

在本案中,被告人杨延虎为义乌国际商贸城建设领导小组副组长兼指挥部总指挥,主持指挥部全面工作,对下属的土地确权报批科人员及其分管副总指挥打招呼,使得虚报的拆迁安置得以实现,进而获得拆迁安置补偿款。被告人并没有直接主管、管理、经手公共财物,其是否构成贪污罪成为焦点问题。比较有影响力的一种观点认为,贪污罪中的“利用职务上的便利”,只能指行为人利用其职责范围内的主管、管理、经手公共财物的便利条件;无论是行为人主管、管理、经手公共财物,都是由行为人所担负的职责所产生。如果行为人利用与自己职责、职权无直接关系或者说不是以职责为基础的便利条件侵占本单位公共财物,就不属于“利用职务上的便利”。[\[2\]](#)换言之,行为主体所利用的“便利”必须是其依现任公职行使处分、处理或者控制公共财物或具有公共财物本质属性的特定的非公共财物的职务行为的过程和时机,即行为主体与其职务行为的涉公共财物性密不可分。[\[3\]](#)可以说,目前比较主流的观点关注更多的是对利用职务便利的具体方式进行划分和界定,但是对行为主体的范围有所忽视,大多是默认将“本人”作为利用职务便利的主体,几乎很少关注将与其有隶属关系的其他国家机关工作人员也作为“利用职务便利”的主体,这种忽视在指导性案例11号中便遇到了法律适用上的困难。

指导性案例11号在裁判理由中直接认定,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。但是,这种认定并没有给出充分的论证和说理。从法律解释方法的角度来说,在指导性案例11号中,行为主体范围上的扩展属于扩张解释方法的运用。

扩张解释是指法律条文之文义过窄,不足以表示立法真义,乃扩张法律条文之文义,以求正确阐释法律意义内容的一种解释方法。 [4]适当的扩张解释并不违背罪刑法定原则,有利于实现刑法人权保障机能和社会保护机能的统一,有利于增强稳定、抽象的刑法立法对易变、复杂的社会现实的适应性,具有重要的实践价值。 [5]但是,扩张解释也应当有必要的界限,“刑法条文所可能具有的最宽含义”“法律条文逻辑含义许可范围”“具有解释对象核心属性”“国民预测可能性”和“合法+合理”标准等,都是学者提出的实体限制方式。还有学者提出了过程论的操作方式,主张展开合理的扩张解释时,应当遵循一定的操作路径:(1)需要判断所要解决的事项是否属于扩张解释的对象;(2)需要根据一般公民的预测可能性对刑法条文用语的通常含义进行正向扩展,然后根据处罚的必要性进行反向限缩;(3)需要通过法律商谈来检验解释结论的性质;(4)需要通过一种程序性方式,来终局性地解消对实体性问题的分歧。 [6]这些限制方式固然有其学理价值,但是,对于具体的司法实践操作来说,仍然显得过于繁复、模糊和抽象,难以真正实现具体化的目标。指导性案例11号能够以直观的方式展现扩张解释的实践应用,虽然在其裁判理由中并没有明确给出扩张的理由,但是,我们仍然可以分析该案法官进行扩张解释的实体原因。

在分析这些实体原因之前需要明确的问题是:扩张解释在法律解释方法体系中的地位,也即其与其他法律解释方法的关系。法律解释中众多具体的解释方法并非独立,而且与其他方法之间并非截然区分。就其具体操作特点而言,扩张解释不得不依赖其他实质性或权威性理由(论据)的支持,因而并不能称为相对独立的解释方法。与其说它们是某种法律解释方法,还不如说是针对法律解释结果的某种分析;而解释结果的得出,则可能是其他法律方法论家庭成员的功劳。 [7]换言之,扩张解释主要是一种基于其他解释方法而形成的最终结果表现,有很多解释方法都能够在指导性案例11号中得以适用,并最终形成扩张解释结果,比较典型的是目的解释和类推解释,我们可以对此展开分析。

### (一) 基于目的解释的扩张解释结果

在刑事领域中, 被告人的权利具有优先地位, 这使得在发生疑案时应按照有利于被告人的方式进行刑法解释。但是, 在本案中, 将“利用职务上的便利”的行为主体进行扩张, 却使得最终的解释结果对于被告人不利。造成这种结果的原因正是目的解释。“当各种解释方法得出不同的解释结论时, 最终起决定性作用的是目的论解释, 而不是有利于被告。……当出于法益保护的目, 需要对刑法条文做出必要的扩大解释时, 即使不利于被告人, 也得适用这种解释结论。” [8]从这个意义上说, 目的解释高于有利于被告人的解释倾向。具体到指导性案例11号来说, 贪污罪针对的是国家机关工作人员运用公权力时非法占有公共财产的犯罪行为, 其犯罪客体是公务人员职务行为的廉洁性。为了实现这一目的, 刑法自然应当对公务人员提高要求、从严解释。从指导性案例11号最终的解释结果可以看到, 将“利用职务上的便利”的行为主体扩展到“与本人有隶属关系的其他国家机关工作人员”, 实质上是这种从严解释的结果, 其前提正是目的解释方法。

### (二) 基于类推解释的扩张解释结果

在近代刑事法治进程中, 扩张解释与类推解释是一对相互纠缠的解释方法。一般认为, 在法律规范文义之内, 对规范的内涵和外延进行扩张的属于扩张解释, 而超越规范文义的则是类推解释。刑法解释中有条件地允许前者的存在, 而禁止后者在实践中的适用。但是, 由于规范文义的边界同样难以确定等原因, 对二者所做的区分由于区分标准本身的含混与模糊而无法令人信服。实际上, 二者在思维模式上本无实质区别, 学术界所做的这些所谓区别工作, 仅仅是为了迎合近代法治意识形态的需要。 [9]换言之, 区分扩张解释和类推解释从实践运用技术角度来说无法真正实现。只要出现了对其他规范的参照或者比照, 就会在实体意义上出现类推解释, 进而很可能造成扩张解释的结果, 指导性案例11号就属于这种情况。

“利用职务上的便利”是职务性犯罪中经常出现的犯罪行为方式,将其主体扩展到有隶属关系的其他国家工作人员,在其他职务性犯罪中并不罕见,比较典型的就是受贿罪。《最高人民法院人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》中规定:“受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的行为。‘利用职务上的便利’是指利用本人职务范围内的权力,即自己职务上主管、负责或者承办某项公共事务的职权及其所形成的便利条件。”而《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中的规定并不相同:“刑法第三百八十五条第一款规定的‘利用职务上的便利’,既包括利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权,也包括利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权。”通过对比以上两个文件可以看到,受贿罪中“利用职务上的便利”的行为主体,从仅指“本人”发展到将“职务上有隶属关系的其他国家工作人员”也包含在内。基于以上的文件规定,学者们也对比了贪污罪和受贿罪的差异:贪污罪的“利用职务上的便利”仅限于直接利用职务上的便利,受贿罪中所存在的间接利用职务上的便利表现在贪污罪中也是直接利用职务上的便利。这是因为:间接利用职务上的便利,是以行为人所具有的职权或地位对其他国家工作人员存在制约关系为前提条件的。[\[10\]](#)在受贿罪中,“便利”的范围更广,它不仅包括在职权范围内主管、管理、经手公共财物的便利,同时也包括职务权力范围内的政治权力、人事权力所带来的便利。而在贪污罪中,行为人所利用的职权只能是主管、管理、经手公共财物方面的职权。[\[11\]](#)

但是,指导性案例11号的裁判结果并没有与前述学界的观点相同,其扩张解释的结果反而更接近于受贿罪中关于“利用职务上的便利”的相关规定。而且在指导性案例11号的裁判要点中,其文字表述与上述会议纪要中关于受贿罪的界定几乎完全相同。从这个意义上可以说,指导性案例11号的法官借鉴或者参照了受贿罪中关于“利用职务上的便利”的规定,进而在本案中对被告人的行为进行了否定评价,最终形成了判决结

论。这种借鉴或者参照的实质就是类推解释。质言之,指导性案例11号的法官利用类推解释方法达到了扩张解释的结果,对被告人作出了有罪判决。

## 二、“公共财物”概念的内涵归纳与外延演绎

在对“利用职务上的便利”这一抽象概念界定的过程中,指导性案例11号的主审法官结合案情进行了必要的扩张解释,从中也可以看到多种法律解释方法的共同使用。而本案中另一个焦点问题是土地使用权是否是贪污罪的犯罪对象,因为被告律师提出涉案土地属于集体土地,不能成为贪污罪的犯罪对象。

根据《土地管理法》第2条规定,我国土地所有权归于国家或者集体所有,土地使用权可以转让。可以说,在土地所有权问题上并没有异议。本案法官并没有将土地所有权作为分析的重点,而是对土地使用权是否属于公共财产进行了具体界定。从法典依据上来看,《刑法》第91条对“公共财产”进行了分类界定,但是,其具体条款也并未明确土地使用权是否属于公共财产。“公共财产”这一抽象概念如何与本案的具体案情相结合,需要法官的论证和说理。

在本案的裁判理由部分,法官认为:“对土地进行占有、使用、开发、经营、交易和流转,能够带来相应经济收益。因此,土地使用权自然具有财产性利益,无论国有土地,还是集体土地,都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。”从以上表述可以看到,法官将土地使用权纳入“公共财物”概念之中,经历了演绎推理的经典步骤:(大前提)将公共财物的本质属性界定为“带来经济效益”;(小前提)土地使用权能够带来经济效益;(结论)土地使用权属于公共财产。

《刑法》第91条以明文的方式规定了公共财产的范围,包括几种主要类型:国有财物,劳动群众集体所有的财物,用于扶贫和其他社会公益事业的社会捐助或者专项基金的财物,在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财物。该条的规定看似是对公共财产概念作出了细致、明确的定义,然而进行深入考察可以发现,无论从法条沿革、法条规范结构、法条的司法适用,还是从学理进行分析,该条文均难谓具有规范指引意义,其政治宣示意义随着社会历史以及法律的发展也难谓仍属必要。从司法实践看,不仅无益,而且有害。[\[12\]](#)《刑法》第91条的规定仅仅确定了公共财产的大致范围,但是并没有确定其准确内涵,这种规定方式使得司法者在实践工作中难以准确把握公共财产的本质属性。

在遭遇如上困难的时候,最高人民法院通过指导性案例的方式对司法者在贪污罪中如何界定公共财产给予了重要提示和启发。贪污罪是一种国家公务人员的职务性财产犯罪,其与财产的经济属性密不可分。就指导性案例11号的情况来说,虽然涉案土地为集体所有,《土地管理法》中明确权利归属的规定使其不可能为犯罪嫌疑人所有,进而无法成为贪污罪的犯罪对象,但是,依附于土地上的使用权却能够带来经济效益,这种财产属性就与贪污罪有着本质联系。《土地管理法》第9条规定:“国有土地和农民集体所有的土地,可以依法确定给单位或者个人使用。”在市场经济条件下,追求经济利益已经成为普遍公认的价值趋向,而土地使用权也并不例外。在本案中,被告人正是看中了对土地使用权的剥夺能够带来拆迁安置补偿款这一点。质言之,身为国家机关工作人员,被告人通过弄虚作假取得了土地使用权,并以此为基础非法取得了拆迁安置补偿款,在实体意义上占有了公共财产。从这个意义上说,能够带来经济效益为贪污罪的认定提供了重要的分析参考。

指导性案例11号对公共财产的界定方式也顺应了贪污罪犯罪对象界定的总体趋势。在对旧刑法进行修订的基础上,1997年新刑法扩大了对



贪污罪中公共财产的界定,比较典型的是《刑法》第394条和第271条,前者规定了应交公的礼物也属于贪污罪的犯罪对象,后者将混合所有制企业中的特定财产也纳入贪污罪犯罪对象之中。特别是从后者可以看到,只要公务人员利用职务之便非法占有其职务监管之下的财物,不论财物所有权归属谁,均不影响贪污作为一种以公权谋私利的腐败行为的本质。从国外刑法来看,多数国家刑法对贪污罪的对象未作所有权限制,可以是公共财产,也可以是私人财产,如意大利、瑞士、法国、巴西、韩国、日本的刑法典。不受贪污对象的所有权限制,符合市场经济体制下国家惩治贪污犯罪的潮流。[\[13\]](#)在所有制形式不能界定贪污罪犯罪对象的情况下,寻求公共财产本质属性就成为司法者在相关刑事诉讼活动中关注的焦点问题,指导性案例11号在这里对“经济效益”的界定能够为解决这一问题提供一定帮助。

从法律推理的角度来说,将经济效益归为公共财产的本质属性,是一种归纳推理的体现。从具体的现象中总结共性是归纳推理的基本过程。在本案中,法官之所以能够进行以上的归纳推理,主要原因仍然是考虑到了贪污罪的本质特征。贪污罪是一种职务性财产犯罪,既具有职务犯罪的属性,又具有财产犯罪的属性。二者之中,职务犯罪是通过财产犯罪得以体现的,虽然前者是本罪的主要性质,但是,在具体实践过程中,后者更容易把握和发现。因此,在以指导性案例11号为代表的贪污犯罪审判中,法官首要的目标就是要确定公共财产的存在。在本案中,针对争议问题,法官将分析的重点放在土地使用权而非土地所有权上,这种分析重点的确定为形成最终判决奠定了基础。

与一般财产不同,本案所涉及的土地使用权并没有直接带来经济效益,而是通过拆迁安置补偿款的方式间接带来经济效益。这种间接方式使得土地使用权能否成为公共财产成为疑问。而本案法官将这种比较间接的方式也纳入“能够带来经济效益”这一本质归纳之中,根据演绎推理将土地使用权也归于公共财产的范畴,其根本目的仍然是对于国家机

关工作人员的权力运用给予严格要求,力争实现贪污罪法律规范所追求的价值。换言之,对公共财产这一概念的外延进行某种程度的扩展,仍然是基于立法目的的实现,其实质仍然是目的解释方法的运用。

### 三、指导性案例将抽象概念具体化的可能隐忧

从指导性案例11号中可以看到,无论是运用扩张解释方法,还是运用归纳与演绎推理,法官都充分发挥了能动性,以贪污罪的本质属性为基础,将抽象概念予以具体化,最终形成了判决结论。但是,这并不意味着本案判决的形成过程和最终结果都是完美无缺的。表面上的合法性无法掩盖其内部所包含的隐忧。如果我们不予以认真对待,可能指导性案例无法发挥其真正的指导意义。

首先,扩张解释的边界难以把握。指导性案例11号将“职务上有隶属关系的其他国家工作人员”也列入了贪污罪的行为主体之中,这种扩张解释在本案中比较有说服力,但是,如何在一般案件中把握扩张解释的“度”则是比较棘手的问题。就基于目的解释的扩张解释结果来说,为了实现惩治职务性犯罪的目的,指导性案例11号所确定的“隶属关系”范围扩展到何种程度,这个问题就难以回答,毕竟作为进行总体负责的主管人员,具有隶属关系的人员非常众多,而且隶属关系自身还有亲疏远近之分。例如,本案中的被告人就是义乌国际商贸城建设领导小组副组长兼指挥部总指挥,主持指挥部全面工作,其下属人员数量较多,类型也不尽相同,要确定隶属关系的范围实属不易。这些具体范围的确定,并不是目的解释方法能够解答的。“从有弊的方面看,目的解释放松了对法律服从的要求,因而在提升目的在法律推理中作用的同时,却扩大了自由裁量权,因为目的是有多种的,目的论冲突也加大了法官等人的选择权;虽然目的解释使法律解释具有更宽广的开放性和灵活性,有助于克服

法律的僵化性,但同时也使规则意义上的法治时刻处在危险之中。”

[14]如果为了片面追求国家公务人员的廉洁性,那么,扩张解释的结果可能会被滥用,甚至超越法律规范的文义而导致更多的入罪判决结果。同样的情形发生在基于类推解释的扩张解释结果之中,虽然刑事法治并不允许类推解释,但是,由于和扩张解释的纠缠不清,类推解释经常会以扩张解释的名号堂而皇之地发挥实质作用,从而导致对被告人不利的解释结果。简而言之,如何确定扩张解释的边界,单纯依靠目的解释或者类推解释,甚至是扩张解释自身,都是无法解决问题的。其中包含某些法官滥用的可能,应当引起司法实践者的重视。

其次,法官能动程度的发挥也并不确定。在指导性案例11号中,法律解释和法律推理都得到了运用,其外在形式都是以法律规范为基础的,但是,其中包含的能动性因素也是我们不能忽视的。也正是这种主观能动性的发挥产生了高质量的判决结果,最终被最高人民法院遴选为指导性案例在全国推广。从指导性案例力图实现司法统一适用的目标来说,本案中所蕴含的能动性能否或者在多大程度上能够传递到后续类似案件之中,仍然是存有很大疑问的。有学者认为,我国当前的法官队伍中存在问题,包括:(1)我国法官队伍整体的专业化水平不高;(2)我国法官队伍的职业化缺乏规范的保障和制约机制;(3)法官队伍个体之间素质参差不齐,同质化极不充分;等等。[15]虽然目前已经有所改观,但是,法官在个体层面上的差异还是非常明显而巨大的,在类似案件中能否有意识地援引指导性案例,能否真正把握指导性案例的精神,也同样无法确定。指导性案例目前在配套制度和技术上还有不少缺陷,影响了其被直接适用的效果。[16]其中比较突出的就是奖惩机制的缺乏,如果援引指导性案例无法激发法官的主动性,甚至有时会带来某种风险,那么,法官就会缺乏适用指导性案例的动力,进而也就不会以指导性案例为依据发挥其主观能动性。简而言之,太多的不确定因素都影响着指导性案例对法官能动性的发挥,消除这些不确定因素的消极影响是完善案例指导制度的重要改进方向。

再次,解释方法适用中过多的实用主义色彩。在指导性案例11号中,法官对“公共财产”这一抽象概念的界定是比较具有创新性的,但是,从实现入罪目的的角度来说,这种界定又带有相当浓厚的实用主义色彩。在公共财产这一抽象概念在界定时并不十分明确的情况下,本案中的解释结果并不利于被告人。“对于法无明文规定,抑或规定不明的地方,公民则享有不是明文禁止的权利而扩大其权利范围。故在刑法解释中,就应当以充分保障公民的权利、限制国家权力为原则,使刑法解释的限度向着有利于人权保障的方向发展。”[\[17\]](#)在疑罪情况下应作出有利于被告的解释,这是保护公民人权、限制司法权滥用的重要手段。如果为了追求特定的入罪结果、实现某种所谓的更高级目的,那么,作出不利于被告的解释结论就很可能沦为一种“欲加之罪何患无辞”的修饰。实用主义对结果的重视,经常会超越甚至僭越程序的运行,这一点我们已经在法治的初级阶段中深有体会,“运动式执法”和“选择性执法”都是其中的代表。[\[18\]](#)

最后,重定罪而轻量刑的缺陷再次显现。每个指导性案例都经过层层筛选和把关,是全国各级法院都应当效仿的模范案件,最高人民法院对其公布的方式也应当是全面而细致的。在指导性案例11号的正式文本中,我们看到了对两个焦点问题的细致分析,但是,对被告的量刑环节却着墨甚少。在量刑规范化已经成为基本共识的背景下,如何进行准确量刑也应当是指导性案例发挥指导作用的场合。就指导性案例11号的具体案情来说,法院最终认定被告人非法所得的价值为229.392万元,属于《刑法》第383条规定中贪污数额在10万元以上的情形,其量刑区间是从十年以上有期徒刑、无期徒刑到死刑(情节特别严重)。就被告人贪污罪的量刑而言,法官最终判决为有期徒刑15年,最高人民法院公布的正式文本中也没有对此量刑结果进行的解释和说明。就一般贪污犯罪而言,结合被告人的身份地位、主观恶性、犯罪手段和社会危害程度等多方面考虑,这种量刑结果整体偏轻。要通过指导性案例推动全国刑事审判中的量刑规范化,案例指导制度还有很多有待完善的地方。

## 结语：司法者阐释抽象概念的背后

从最高人民法院已经发布的指导性案例中，我们能够经常看到法官在个案中对抽象概念进行阐释，从内涵到外延都是如此。例如指导性案例4号中的“为他人谋取利益”，指导性案例8号中的“公司经营发生严重困难”，指导性案例13号中的“毒害性物质”和“非法买卖”，指导性案例15号中的“关联公司人格混同”以及指导性案例16号中的“从事中华人民共和国港口之间的运输的船舶”。虽然无法对以上所有抽象概念的阐释过程进行全面分析，但是，我们能够从中看到司法者高超的智慧、经验和实践理性，甚至对正式法律规范的变通和超越。最高人民法院所发布的这些指导性案例，虽然在阐释抽象概念时未必完美，但是，至少能够为后来的司法者提供启发和提示。同时，从司法者对这些抽象概念的具体化过程中，还能够折射出目前司法所面临的社会现实以及司法者的应对，甚至能够反映出中国法治进程的特点和方向。在将中国法治推向深入和全面的当下，这种细致的技术性进路必将显示出其越来越明显的比较优势。

## 第二节 原则性规定在指导性案例中的细化方式

“法律规定比较原则”是指导性案例的基本类型之一,在司法实践中具有重要实践意义。在属于此类的指导性案例8号中,法官基于相关法律和司法解释,对主要案情进行了分类,并结合具体案情进行了灵活处理,从而实现了对原则性规定的细化。这种“法条对照+个案参考”的细化方式能够为判决提供充分的合法性基础,也融合和鼓励了结合个案的具体分析。但是,创新性不足是该方式的主要缺陷,容易产生一定的消极影响。只有正视指导性案例的地位和作用,加强相关程序设计和技术保障,才能够消解以上不足。

### 一、指导性案例8号对相关法律和司法解释的细化

在经过了长期的热切呼唤之后,案例指导制度终于浮出水面并开始运作。根据《关于案例指导工作的规定》第7条,指导性案例在各级地方法院中具有“应当参照”的效力,虽然这种表述有些模糊和争议之处[19],但是,总体而言,指导性案例的效力是强制性的:指导性案例是由最高人民法院依照一定的程序所制定和颁发的,通常都是通过严格的遴选机制而筛选出来的公正的、已生效的判决,它并非指法官个人在具体案件中对于法律所作的解释。指导性案例一旦颁布,就应当对包括最高人民法院在内的全国法院都能够产生一定的拘束力。这就是说,所有的法官在遇到类似案件时,都应当参照指导性案例来进行裁判。[20]因此,无论是理论界还是实务界,都应当重点学习和研讨每个指导性案例。在《关于案例指导工作的规定》第2条所确立的几种指导性案例类型中,“法律规定比较原则的”是基本类型之一。如何将法律中的原则性

规定进行细化,涉及法官的自由裁量权、释明权、法律规范的体系结构与精神主旨等多方面的问题,是值得深入分析的,指导性案例8号正属于该类型。

指导性案例8号为“林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案”。该案判决的主要实体法依据就是《公司法》第183条,该法条规定:“公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东,可以请求人民法院解散公司。”应当说,这一规定方式比较笼统和概括,面对复杂多样的公司管理经营状态,《公司法》第183条显得有些捉襟见肘。就解散公司需要具备的条件来说,无论是“公司经营管理发生严重困难”,还是“继续存续会使股东利益受到重大损失”,或者“通过其他途径不能解决”,均包含了诸多不确定的复杂内涵,唯有借助法官的自由裁量权,才能清晰诠释其确切含义。[\[21\]](#)该法条所规定的内容被学者们概括为“公司僵局”。[\[22\]](#)所谓“公司僵局”,主要指的是公司内部的各种经营管理结构和方式实效,在股东之间、董事之间无法形成真正有效的公司决策,使整个公司处于一种僵化的状态。

《公司法》第183条的原则性规定为司法实践中具体认定公司解散的条件和结果带来了不少困难。目前,我国司法权介入公司管理领域几乎为空白。我国关于公司僵局的破解,仅有《公司法》第183条可资适用,也就是说,现行法律只提供了诉请人民法院解散公司一个途径。这种规定方式过于谨慎与僵化,《公司法》第183条关于“公司经营管理发生严重困难”和“重大损失”的规定,判断标准不明,缺乏操作性、弹性过大,容易引发滥用诉权。例如重庆高级人民法院审理的一起“股东诉请公司解散”案,该案中被诉请解散之公司资产早已被控制(侵权)股东掏空,公司巨额亏损,股东会、董事会长期无法形成决议。即公司早已陷入无法正常运转的瘫痪事实状态。但由于《公司法》关于“公司经营管理发生严重困难”和“重大损失”没有明确判断标准,使控制(侵权)股