

文川docsriver.com入驻商家巨力袋鼠合作店

# 类案检索 方法指引

---

齐晓丹 等 著

## 图书在版编目(CIP)数据

类案检索方法指引 / 齐晓丹等著. -- 2020

ISBN 978 - 7 - 5197 - 5222 - 4

I. ①类… II. ①齐… III. ①案例—检索方法 IV.  
①D910.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第248929号

类案检索方法指引  
LEIAN JIANSUO FANGFA ZHIYIN

齐晓丹 等著

策划编辑 解 锐  
责任编辑 解 锐  
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 固安华明印业有限公司  
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部  
开本 710毫米×1000毫米 1/16  
印张 19.75 字数 320千  
版本 2020年12月第1版  
印次 2020年12月第1次印刷

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 5222 - 4

定价:79.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 自序

随着我国经济社会的持续发展和全面改革的不断深入,人民群众对司法的需求和关切日益强烈。特别是在裁判文书公开上网的背景下,社会各界不仅关注法院审理案件的数量,更关注裁判质量和裁判标准。裁判标准统一是人民群众对司法公正的朴素追求,也是深化司法体制综合配套改革的重要任务。

自2010年《最高人民法院关于案例指导工作的规定》发布以来,最高人民法院积极开展和推进案例指导工作,至今已经发布了一百余个指导性案例,各地法院结合地方实践也在不断推出典型案例。这些指导性案例和典型案例的发布,对案例研究和裁判标准统一发挥了积极作用。2014年10月,党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确指出,要加强和规范司法解释和案例指导,统一法律适用标准。在司法改革不断深入推进的过程中,《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》等重要文件先后发布,这些文件对开展类案检索的条件和方法等内容作出了规定,对指导全国法院开展类案检索工作、推进类案裁判标准统一具有重要意义。在司法实务界,包括法官、检察官、律师在内的法律工作者运用大数据开展类案检索,为裁判提供参考,已经逐步成为一种工作习惯。

2017年年初,根据时任北京市第三中级人民法院副院长刘双玉同志的安排,我带领史智军法官、王天水法官、樊思迪法官助理承担了一项院级调研课题,旨在探索类案裁判标准统一的路径。同年夏天,北京市第三中级人民法院以“司法裁判中的遵循先例”为主题,邀请最高人民法院吴光侠处长、于同志法官、北京大学法学院张骥教授、中国人民大学法学院张志铭教授、中国案例法学研究会吴革副会长、大数据公司代表李斌女士、郭叶女士以及北京知识产权法院陈锦川副院长、杨静主任、北京市第四中级人民法院民庭马军庭长等,围绕“指导性

案例制度的发展与困境”“司法裁判中的遵循先例”两个主题,进行了深入的研讨。

2019年5月,在前期调研成果的基础上,北京市第三中级人民法院根据最高人民法院有关文件的要求,进一步细化落实统一裁判标准的工作,制定了《北京市第三中级人民法院关于开展类案及关联案件检索工作的实施办法(试行)》。该办法对类案的概念、类案的识别、检索路径、分类处理及全程留痕、类案裁判规则的公布及备案、检索工作的监督等方面都进行了规定,在类案检索方面进行了有益的探索。

2019年9月,最高人民法院司改办委托北京市第三中级人民法院开展《类案检索报告制作和运用机制研究》,课题主持人为北京市第三中级人民法院党组书记、院长安凤德同志,课题组成员包括北京市第三中级人民法院党组成员、副院长吴兆祥、薛强,审委会专职委员次仁卓嘎等,我和史智军法官、王天水法官是课题的主要执笔人,张荣华、石艳明、仇亭方等同志帮助收集和整理了部分资料。2020年5月,北京市第三中级人民法院召开了“类案检索报告制作和运用机制研究”课题研讨会,邀请最高人民法院司改办刘峥副主任、规划处危浪平副处长、北京市高级人民法院督查办赵瑞罡主任、研究室刘书星副主任等同志对课题进行了指导。课题于2020年5月底基本完稿,由于时间关系和篇幅所限,关于类案检索的许多问题并未在课题成果中进一步展开。我在两万字课题成果的基础上,利用工作之余搜集资料,继续深入研究,编写了本书的内容。

本书围绕类案检索从以下几个方面进行了重点阐述。

一、充分认识我国司法对类案检索的实践需求,精准掌握类案的判断标准和检索方法。本书绪论部分介绍了在大陆法系国家案例作用的发挥,首先要从认识上消除大陆法系国家排斥案例作用的误区。在我国实行司法责任制改革之后,开展类案检索、保证类案裁判标准统一不仅是民众的需求,也是裁判者的内在需求。有的法律工作者认为,既然从哲学上讲,世界上不存在两片完全相同的树叶,那么在实践中也不存在完全相同的两个案例,所以没有必要开展类案检索工作。还有的法律工作者认为,现在案多人少的矛盾突出,没有精力去检索类案,检索出来的案件也不好比对和区分。针对上述问题,本书第一章介绍了类案的判断标准,如何在大量的案件中寻找和比对类案。这些类案并非完全相同的案件,但因为属于类案所以要在裁判标准上统一。同时分析了类案检索的前提、

方法和规则,以便提高类案检索的效率和准确性。

二、构建类案检索报告的制作和运用机制,熟练掌握类案检索报告的制作方法。类案检索之后重在运用,即如何将类案检索的结果与待决案件有效结合。本书第二章介绍了类案检索报告的制作和运用,阐述了类案检索报告的构成要素、呈现形式、运用程序和价值判断,以及在类案检索报告的基础上如何进行成果转化和有效监督,上述环节构成了类案检索报告制作和运用的完整流程。对于类案检索既需要理论分析,更需要实践运用。本书第三章以民商事审判领域中8个常见疑难问题为例,开展了类案检索并制作类案检索报告,比对了类案的基本事实,分析了类案的法律适用意见,对于待决案件争议问题的处理提出了初步意见。该部分范例的展示,对法律工作者实际开展类案检索具有指导意义。

三、类案检索与类案裁判规范化密切关联,有助于促进类案裁判标准统一。类案裁判规范化是一个更为宏大的题目,其中关于专业化审判、各级法院制定类案裁判规范等方面与类案检索的关联性更为密切。本书第四章介绍了专业化审判、地方法院制定类案裁判标准、最高人民法院统一全国裁判标准与类案检索的关联关系。类案裁判标准统一既包括法律适用定性上的统一,也包括法律适用定量上的统一,两个方面都做到统一才是高水准、高质量的裁判标准统一。本书第五章介绍了刑事审判中的量刑标准、民商事审判和知识产权审判中的损害赔偿标准方面,类案检索能够发挥更多的作用。

四、高效开展类案检索有赖于案例分析方法的运用,同时也依托于信息技术的运用。作为法官、检察官、律师等法律工作者,掌握案例分析方法是最基本的职业技能。类案检索是工具也是方法,它需要依托于案例分析方法。本书第六章介绍了法律关系分析方法、请求权基础分析法和法律解释方法在民商事审判中的运用。只有对上述方法深入理解,才能高效运用类案检索这一工具。同时,许多法律工作者希望在处理相关案件时,系统能够基于案件材料推送相关类案,这样可以减少主动检索类案的时间。但是,现有的类案智能推送效果还不能满足用户的高标准要求。本书第七章介绍了大数据对于类案检索的支撑作用和局限性,法律工作者在类案数据库建设中应当发挥的积极作用,以及技术人员在类案标识方面的工作重点。

本书后附最高人民法院和部分地方人民法院关于统一法律适用和类案检索

的文件规定,以及北京知识产权法院一篇援引在先生效判决的典型裁判文书,这些材料对于读者从规范层面认知类案检索、从实践层面了解裁判文书对于类案规则的援引和运用都会有所助益。

# 目录

## 绪 论

- 一、案例在中外司法实践中的作用 / 1
  - (一) 两大法系中案例的作用 / 1
  - (二) 我国案例制度的建立和发展 / 7
- 二、新形势下开展类案检索的实践需求 / 17
  - (一) 形成裁判者内心确信 / 18
  - (二) 规范法官自由裁量权 / 20
  - (三) 提升司法公信力 / 22

## 第一章 类案的判断标准和检索方法

- 一、类案的判断标准 / 24
  - (一) 类案判断的实质要素 / 24
  - (二) 理论界和实务界的观点 / 27
- 二、类案检索的方法 / 28
  - (一) 类案检索的前提 / 28
  - (二) 类案检索的规则 / 39
  - (三) 类案检索的平台和路径 / 44

## 第三章 类案检索报告的制作和运用

- 一、类案检索报告的制作 / 51
  - (一) 类案检索报告的构成要素 / 51
  - (二) 类案检索报告的呈现形式 / 54
- 二、类案检索报告的运用 / 57
  - (一) 类案检索报告的运用范围 / 57
  - (二) 类案检索报告的运用程序 / 58
  - (三) 类案检索报告的影响力范畴 / 60
  - (四) 类案检索报告的辅助性定位 / 61
  - (五) 类案裁判与价值判断 / 62
- 三、类案检索报告的成果转化 / 66
  - (一) 创设高效力层级的案例 / 66
  - (二) 统一类案裁判规则并整理入库 / 67
- 四、类案检索工作的保障和监督 / 68
  - (一) 办案规则重构 / 68
  - (二) 专项业务培训 / 69
  - (三) 院长、庭长监督管理 / 69
  - (四) 案件倒查机制 / 69

## 第四章 民商事领域争议问题类案检索报告范例

- 一、无权处分的赠与合同效力 / 71
  - (一) 待决案件的基本案情和争议问题 / 71
  - (二) 类案检索平台 / 71
  - (三) 类案检索条件 / 72
  - (四) 检索类案的选取 / 72
  - (五) 检索类案的分析 / 75
  - (六) 初步结论 / 77

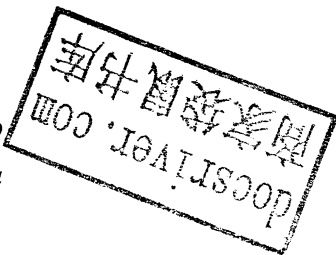


## 二、违反规划用途的租赁合同效力 / 78

- (一) 待决案件的基本案情和争议问题 / 78
- (二) 类案检索平台 / 79
- (三) 类案检索条件 / 79
- (四) 检索类案的选取 / 79
- (五) 检索类案的分析 / 85
- (六) 初步结论 / 87

## 三、未经同意擅自转租的合同效力 / 89

- (一) 待决案件的基本案情和争议问题 / 89
- (二) 类案检索平台 / 89
- (三) 类案检索条件 / 89
- (四) 检索类案的选取 / 89
- (五) 检索类案的分析 / 94
- (六) 初步结论 / 95



## 四、合同无效之后的利息给付 / 97

- (一) 待决案件的基本案情和争议问题 / 97
- (二) 类案检索平台 / 98
- (三) 类案检索条件 / 98
- (四) 检索类案的选取 / 98
- (五) 检索类案的分析 / 103
- (六) 初步结论 / 104



## 五、冒名处分不动产的法律适用 / 105

- (一) 待决案件的基本案情和争议问题 / 105
- (二) 类案检索平台 / 105
- (三) 类案检索条件 / 105
- (四) 检索类案的选取 / 105
- (五) 检索类案的分析 / 111
- (六) 初步结论 / 113

## 六、专业机构对抵押权的善意取得 / 114

- (一) 待决案件的基本案情和争议问题 / 114

- (二)类案检索平台 / 114
  - (三)类案检索条件 / 115
  - (四)检索类案的选取 / 115
  - (五)检索类案的分析 / 122
  - (六)初步结论 / 124
- 七、知假买假情形下的惩罚性赔偿 / 125
- (一)待决案件的基本案情和争议问题 / 125
  - (二)类案检索平台 / 126
  - (三)类案检索条件 / 126
  - (四)检索类案的选取 / 126
  - (五)检索类案的分析 / 133
  - (六)初步结论 / 134
- 八、任意解除权的限制与责任承担 / 135
- (一)待决案件的基本案情和争议问题 / 135
  - (二)类案检索平台 / 135
  - (三)类案检索条件 / 135
  - (四)检索类案的选取 / 135
  - (五)检索类案的分析 / 141
  - (六)初步结论 / 143

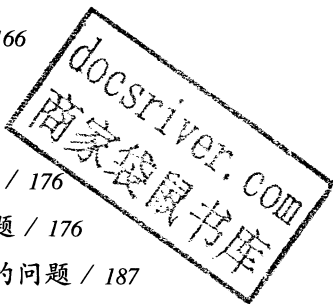
## 第四章 类案检索与类案裁判规范化

- 一、专业化审判对类案裁判的推动作用 / 144
  - (一)专门法院的建设和发展情况 / 144
  - (二)专门法院的特点和优势 / 146
  - (三)专门法院案例作用的发挥 / 149
- 二、地方法院制定类案裁判规范的基础性作用 / 154
  - (一)地方法院研究和制定类案裁判指引 / 154
  - (二)地方法院建立法律适用问题层报机制 / 157
- 三、最高人民法院统一裁判标准的全局性作用 / 159

- (一) 最高人民法院统一全国性法律适用问题的裁判标准 / 159
- (二) 最高人民法院集中类案管辖 / 161

## 第五章 类案检索与类案裁判标准统一

- 一、刑事审判中的量刑规范化 / 162
  - (一) 刑事审判中类案量刑标准不统一的问题 / 163
  - (二) 我国法院开展量刑规范化的情况 / 166
  - (三) 量刑规范化实施中的问题 / 171
  - (四) 推动量刑规范化改进的路径 / 173
- 二、民商事类案裁判中损害赔偿金额的确定 / 176
  - (一) 合同纠纷中损失赔偿统一标准的问题 / 176
  - (二) 侵权责任纠纷中损害赔偿统一标准的问题 / 187
- 三、知识产权审判中损害赔偿金额的确定 / 196
  - (一) 知识产权损害赔偿的基本规则 / 196
  - (二) 知识产权损害赔偿标准的统一 / 199
  - (三) 以类案检索推动损害赔偿标准统一 / 201
  - (四) 类案检索与知识产权高判赔额案件 / 203



## 第六章 类案检索与案例分析方法

- 一、法律关系分析方法在民商事审判中的运用 / 209
  - (一) 明确争议焦点 / 210
  - (二) 区分生活关系与法律关系 / 212
  - (三) 界定法律关系的性质 / 214
  - (四) 分析考察法律关系的要素 / 231
- 二、请求权基础分析法在民商事审判中的运用 / 232
  - (一) 请求权基础分析法的概念和步骤 / 232
  - (二) 请求权基础分析法的注意事项 / 233
- 三、法律解释方法在民商事审判中的运用 / 245

- (一)适用不可抗力与情势变更的争论 / 246
- (二)适用不可抗力条款存在的法律漏洞及其填补方法 / 250
- (三)适用不可抗力与情势变更需要注意的问题 / 252
- (四)《民法典》关于情势变更的新规定 / 253

## 第七章 类案检索与信息技术的运用

- 一、大数据对类案检索的支撑 / 255
  - (一)主动检索类案与类案智能推送 / 255
  - (二)类案智能推送需要的技术条件 / 257
- 二、高质量的案例供给与技术加工 / 260
  - (一)体系建设和资源整合 / 260
  - (二)案例供给和技术加工 / 262

## 结 语

## 附件 最高人民法院关于统一法律适用和类案检索的相关文件

- 最高人民法院关于落实司法责任制完善审判监督管理机制的意见  
(试行) / 267
- 最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见  
(试行) / 269

## 附件 地方法院关于统一法律适用与类案检索的相关文件

- 北京市高级人民法院关于规范民事案件自由裁量权行使保障裁判尺度统一的工作意见(试行) / 272
- 江苏省高级人民法院关于建立类案强制检索报告制度的规定  
(试行) / 279

**附件** 援引在先生效判决的典型裁判文书

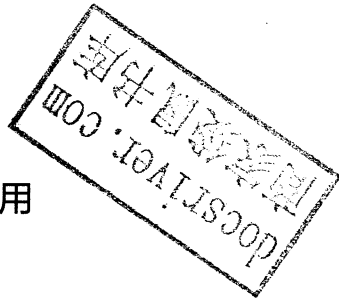
北京知识产权法院民事判决书 / 282

**后 记**



# 绪 论

随着依法治国的推进,法律维持社会秩序、维护公平正义的功能越发凸显,人民对于司法的关注和期望不断提高,“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”是司法机关不懈努力的方向。由于立法语言高度概括、司法人员对法律理解存在差异等多方面原因,法律适用标准不统一、类案不同判的情况依旧存在,影响了司法裁判的公信力,不符合公平正义的实质要求。充分认识类案检索的价值并加以运用,对于统一裁判标准、提高审判质效具有重要的现实意义。



## 一、案例在中外司法实践中的作用

随着时代的发展和司法实践的不断推进,案例在两大法系都发挥着越来越重要的作用。我国作为大陆法系国家,亦应充分认识和准确定位案例制度在建设法治国家进程中的实践价值。

### (一)两大法系中案例的作用

#### 1. 法律解释存在不确定性

遵循先例是英美法系的一个基本原则,也是其判例法制度形成和运行的基础。在英美法系的语境下,先例具有法源地位,遵循先例制度是指在先判决中确

定的法律规则对之后同类案件的判决具有约束力。判例分为强制适用的判例和参照适用的判例,强制适用的判例一般由上诉法院制作,其辖区内下级法院在裁判案件时应当强制适用该类判例;参照适用的判例则包括本辖区内下级法院的判例以及非本辖区的判例,其只具有说服力而无强制力。对于强制适用的判例而言,其判决理由部分具有法律约束力,而其他部分则不具有约束力。<sup>[1]</sup>

大陆法系为成文法系,制定法是其基本的法律渊源。法国学者鲁宾格认为,法典的特征在于“包含各种有效地控制主体的法律规则的完整性、逻辑性、科学性,同时是一种方便的安排”。有德国学者曾经强调,“法官只是法律之代言人,其判决应只是法律的复印”。应当指出的是,适用法律并不是完全机械地操作法律,正如 O'Meara 所指出的,“法律条文不变成一潭死水,而欲活生生地在司法判决的过程中,正确地、合理地解决人类现实生活上永无止息的纷争,最重要的前提是,它必须能配合和适应人类各种不同的需要,而此前提有效成立的必要条件就是法官的态度”。<sup>[2]</sup>有的学者侧重于强调法官是对法律的机械执法,类似于法律的复印,有的学者则强调法官的态度对于法律与实践的结合至关重要。法官对案件裁判的态度,具体体现在对于法律条文的理解和解释上面。

“解释法律,系法律学之开端,并为其基础,系一项科学性之工作,但又为一种艺术。”<sup>[3]</sup>大陆法系的法官在判案时需要按照司法三段论的方式,寻找作为法律依据的大前提,结合查明的法律事实为小前提,并在此基础上作出裁判结果。在将法律条文与法律事实相结合的过程中,需要运用法律解释方法。法律解释方法包括狭义法律解释方法、不确定概念和一般条款的类型化以及漏洞补充。狭义的法律解释方法大致可以分为三大类:文义解释、论理解释(包括体系解释、目的解释、历史解释、和宪性解释等)、社会学解释。不确定性概念是作为与确定概念相对应的术语被提出来的,是指在内涵和外延上都具有广泛不确定性的概念,例如公共利益、公序良俗、合理期限等。“法律漏洞是由于立法者未能充分预见待调整的社会关系,或者未能有效协调与现有法律之间的关系,或者由于社会关系的发展变化超越了立法者立法时的预见范围而导致的立法缺陷。这

---

[1] 参见李亚凝:《以基层经验为基础的集中决断模式——论我国指导性案例制度的本土化趋向》,载《中国刑事法杂志》2012年第6期。

[2] 转引自王利明:《司法改革研究》,法律出版社2000年版,第211~212页。

[3] 转引自王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第212页。



种缺陷表现为:调整特定社会关系的具体法律规范的缺失,或者既有法律规范之间存在矛盾,或者既有法律规则在今天的适用明显违背了法律对公平正义的基本要求。”〔1〕无论是在狭义的法律解释和不确定概念确定的路径上,还是在一般条款类型化和法律漏洞填补的过程中,法官在裁判的路径和结果上往往会出现不同的结论。在此背景下,案例在大陆法系的语境下就有了存在的意义和价值。

“关于法官进行法律的解释和推理的具体做法,波斯纳根据反托拉斯法方面的疑难案例分以下几个步骤进行了说明:(1)从有关立法的原文或起草过程以及立法机关与司法机关的制度特征中,如果这些资源不能提供明确的指引时还要从社会现象中抽象出反托拉斯法的整体概念用以指导决定。当今,财富最大化就是可供选择、颇为流行而又有争议的一种整体概念。(2)仔细推敲有关的先例及其他资料,从中获得有助于判案的信息。(3)依照财富最大化的原则,进行解决案件的政策判断(在有些场合则基本上是逻辑演绎)。(4)回归先例,但这时的先例不仅是资料,而且被视为权威。(5)所做的政策判断不会被权威性先例加以排斥。波斯纳认为,在处理疑难案件的大多数场合,上述过程是有典型性的,这时法律分析往往表现为政策分析的形式。成文法的规定越暧昧,其解释上的政策考虑也就越重要。在政策考虑中,成为问题焦点的不是法官的价值观,而是当事人的利害关系。因而法律的原则是注重实际的,必须通过再定义的方式使之与现实的社会需要相吻合,这样做时应该采取效率性的标准。”〔2〕从波斯纳关于疑难复杂案件的解释和推理过程看,既要考虑到立法的目的和态度,从立法解释的角度分析法条意义,又要结合相应先例的分析避免出现案例解释上的冲突,只有将两者有效结合才能对复杂案件作出妥当性的裁判结论。换一个角度也可以说,案例一般不具法源地位,案例遵循更多地体现在法律适用过程中,在先生效判决中确定的法律解释和适用的规则对此后同类案件的审理会产生事实上的约束力和影响力。法官在审理案件时一般会尊重上级法院的典型案例,大陆法系法官对案例的心态可以表述为:“我不说我在遵循它,但我实际上是这么做的。”〔3〕

由此可见,无论是英美法系还是大陆法系,都存在案例遵循的制度或精神,

---

〔1〕 王利明:《法学方法论》,中国人民大学出版社2012年版,第483页。

〔2〕 季卫东:《法治秩序的建构》(增补版),商务印书馆2019年版,第436页。

〔3〕 董皞:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版,第335页。

但由于案例在两大法系中的地位不同,其约束力的性质、效力、强度和范围也不同。在英美法系中,遵循先例制度的本质属性是追求宏观上的创制法律规则或法律原则,而不仅仅是追求微观上的“同案同判”,后案对先例的遵循是对法律渊源的遵守。<sup>〔1〕</sup>在大陆法系中,后案对案例的参照适用更侧重于对法律适用稳定性和统一性的维护,以及“同案同判”司法正义的实现。但归根结底,案例在两大法系的司法实践中都发挥着不可或缺的重要作用。

## 2. 遵循先例规则出现松动

卡多佐认为,先例可以区分为静态先例和动态先例。在大多数案件中,先例是静止的,法官的任务就是搜寻、比较和适用先例。在少数案件中,先例是富有变化的,在审理这些案件时,法官可以运用哲学、历史、习惯和社会学这4种手段来解释富有变化的先例。因此,法官在司法过程中的角色就是当能够找到静态先例时遵照该先例,或者创造一个富有变化的先例来推动法律的发展。“尽管不应当放弃遵循先例规则,在某种程度上却应当放松这一规则。只要是经过恰当的经验检验之后发现一个法律规则与正义感不一致或是与社会福利不一致,就应较少迟疑地公开宣布这一点并完全放弃该规则。”<sup>〔2〕</sup>例如,普通法上的一个规则是,如果主债务人和债权人之间在没有获得担保人同意的情况下以合同方式将支付时间延期了,那么担保人的责任就解除了。即使仅延长一天也足以产生这样的结果。这样的规则是当年商业交易比较简单时的残留物,那时人们还不知道什么是担保公司,那时的担保人通常还是慷慨的朋友,而朋友的这种信任又被滥用了,而且,那时法院的主要努力似乎一直是要找到某些言之成理的借口来使担保人得以从他们的麻烦中解脱出来。在近期的一些决定中,一些决定的精神发生了变化,应将这一部门法置于一个与现实的商业经验和生活道德更为一致的基础之上。<sup>〔3〕</sup>

法官进行司法裁判需要掌握法律方法,所谓法律方法,是指站在维护法治的立场上,法律职业共同体在法律适用的过程中所使用的,根据法律分析事实、解决纠纷的具有独特性的方法和技巧,或者说,它是由成文法向判决转换的方法,

---

〔1〕 黄亚英:《构建中国案例指导制度的若干问题初探》,载《比较法研究》2012年第2期。

〔2〕 [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,商务印书馆1997年版,第85页。

〔3〕 参见[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,商务印书馆1997年版,第86~87页。

即把法律的内容用到裁判案件中的方法。<sup>〔1〕</sup>

胡玉鸿教授曾对法律方法分类,认为应当分为八大类:(1)法律渊源识别方法,即在规范重叠的情况下,如何选择与个案最相适应的法律规范的技术问题;(2)判例识别方法,即如何运用先例,以及先例与现在的案件有矛盾时如何处理的方法问题;(3)法律注释方法,即如何明确法律条款含义的技术规则问题;(4)法律解释方法,即阐明法律意义的方法和准则;(5)利益衡量方法,即如何确定相互冲突的利益在位阶上的优越性的技术;(6)法律推理方法,即在个案解决中如何进行形式推理与实质推理的技术问题;(7)法律漏洞补救方法,即通过如何类推、目的限缩与目的扩张方法解决法律中业已存在的漏洞问题;(8)法律说理方法,即作为官方决定的一方如何将其裁决理由告知相关当事人以获得对方的理解问题。<sup>〔2〕</sup>对于法律方法的上述八种分类,也可以归集为四大类,其中(1)和(2)可以归集为一类,即寻找裁判的法律依据,这种依据既可以是确定的法律规范,也可以是在法律规范缺失情况下的判例所确定的规则;(3)和(4)可以归集为一类,都属于解释的范畴,旨在阐明法律规则、法律意义;(5)和(7)可以归集为一类,即在法律规范不清晰、不明确的情形下,如何在个案中使用利益衡量和漏洞补救方法解决争议问题;(6)和(8)可以归集为一类,即在个案中进行逻辑推理并将这一论证过程向当事人予以说明和展示的过程。

法律方法是在维护法治的语境下存在,目标是实现“法律规范以合乎正义地解决法律问题为其功能”<sup>〔3〕</sup>。随着经济社会的不断变化和发展,人们的价值观和利益衡量标准亦会随之变化,因此,在法律规则并不清晰的领域,案例确定的裁判规则会发生动态的调整乃至被推翻。所以,即便是在英美法系的判例法国家,其判例确定的规则也并非都是一成不变延续下来的,其中许多法律规则会随着时代的发展不断更替。

### 3. 统一法律适用是法治的必然要求

人类本身即是通过经验法则进行社会生活,审判中的案例遵循是裁判者的思维方式导致的必然结果。除这一因素外,裁判者接受甚至主动寻求案例的影响主要是因为成文法的天然缺陷,即法律条款的抽象导致的法律适用的不确定

〔1〕 参见陈金钊:《司法过程中的法律方法论》,载《法制与社会发展》2002年第4期。

〔2〕 参见胡玉鸿:《方法、技术与法学方法论》,载《法学论坛》2003年第1期。

〔3〕 [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第3页。

性。一方面,裁判者会基于司法公正的考量,希望通过准确地适用法律与案例保持裁判尺度的一致,使当事人获得平等对待。马克斯·韦伯指出:“对一个希望能避免自己有偏颇之嫌的法官而言,很难于,而且往往几乎不可能在后来的个案里弃置不用他在先前类似的个案里下决定且有意识地以之为准则的规范,并且摈弃在此个案上附加先前即已运用的强制保障。”〔1〕

反对“同案同判”的观点认为,由于任何具体个案都是依赖于不同的人、手段和时间,根本就没有真正相同的案件,所以“同案同判”只是一个虚妄的想法而已,就如同这个世界上并不存在两片完全相同的树叶一样。这种反对“同案同判”的观点之所以是错的,“部分原因在于忽略了‘同案同判’本身还包含着‘类似案件、类似裁判’的内容,而以上看法并不能否认‘类似案件’的存在;更为重要的原因是,作为一般性的行为准则,法律当中必然包含类型化的判断,所以仅通过强调单个案件的特殊性,并没有摒除它在性质上被归属于某一类别的可能性”。〔2〕所以,随着讨论的深化和认识的提高,我们更应讨论的是“类案裁判标准统一”,而非寻找完全相同的两个案件去实现“同案同判”。

另一方面,裁判者会基于功利化的考虑,希望自己的判断与在先生效判决的司法理念及裁判尺度一致以确保裁判准确性,尤其是下级法院更希望通过与上级法院保持一致,防止案件结果因认识不同被推翻。在审判过程中,除了法官主动遵循案例,当事人也时常会向法院提出遵循案例的要求,并将类似案件的生效判决作为证据或参考材料向法院提供。律师、当事人、检察官等诉讼主体在诉讼中运用案例认知和评估诉讼风险、了解司法立场、查找相关法律或司法解释、设计诉讼思路、论证诉讼主张、强化与充实诉讼理由、辩驳他方诉求及观点、评价和衡量裁判结果等,也已成为一种常态。〔3〕在此情况下,法官“被迫”对于案例进行审查,该种对案例的参照则属于被动遵循。

由此可见,无论是否存在案例遵循的制度化规制,对案例的考量和参照都贯穿于司法审判工作的始终,并发挥着潜移默化的影响和作用。法律适用的统一,本身就是法治(制)统一的必然要求。法治(制)统一至少包含两项内容:就静态法体系的角度而言,它意味着要确认并维持法律体系的内部的自洽性,即法律

〔1〕 [德]马克斯·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,法律出版社2005年版,第150、152~153页。

〔2〕 陈景辉:《同案同判:法律义务还是道德要求》,载《中国法学》2013年第3期。

〔3〕 参见顾培东:《判例自发性运用现象的生成与效应》,载《法学研究》2018年第2期。

内部不能有明显的矛盾、对于法律条文或法规范的理解与解释必须大体一致；就动态法实践的角度而言，法治（制）统一意味着法律适用上的统一，即在特定的国家，不同法院的法官或同一法院的不同法官对于相同的案件，不能给出差异明显甚至完全相反的裁判，同案不同判的情况必须被禁止。<sup>〔1〕</sup>

## （二）我国案例制度的建立和发展

成文法是中国特色社会主义法律体系的核心，在我国司法实践中，案例不像在英美法系那样具有法定含义和法源地位。所谓案例，从文义上来解释，在先作出并生效的判决实例都可被称为案例，但从具体案件的裁判来看，被我们所讨论和研究的案例，应指在先作出并生效的、与待决案件相关的判决实例，且该判决实例对待决案件应具有一定的指引作用。<sup>〔2〕</sup>各级人民法院在先生效的判决实例，都可以归入案例的范围内，但其影响力范围和约束力强度会因审级高低和公布形式的不同而有所区别。案例遵循重在强调约束力，主要是指在相同或类似案件的处理中，后案对法律的运用要与前案保持一致。具体而言，从规则角度出发，在先生效判决中确定的法律解释和适用的原则对后续同类案件具有约束力；从案件维度考量，上级法院的在先生效判决对下级法院处理同类案件具有约束力，同一法院的在先生效判决对其以后的同类案件判决具有约束力；从裁判者的角度来看，法官在裁判具体案件时，对法律的理解及自由裁量权的运用，应遵循在先同类案件生效判决中确定的裁判规则与标准。

中国的法律被普遍认为用词抽象，关键术语并没有获得准确的定义，因而必须在适用中予以确定。<sup>〔3〕</sup>为增强法律适用的确定性，立法机关和最高人民法院会出台立法解释和司法解释，对已经颁布的法律进一步解释和说明。然而，当最为抽象、简练的法律规定遇上最为具体和复杂的案件事实，尤其是在司法人员本身的司法能力、教育背景、工作经验、生活经历不同的情况下，对案件事实的认定

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

〔2〕 “对于司法判例的认识，关键在于对既定判例之于后续裁判的作用或影响力的认识。没有对司法判例作用或影响力的认识，就谈不上对司法裁判的认识，更谈不上对司法判例制度的认识。忽视这样的认识逻辑去谈论司法判例制度，则或者似是而非，或者空洞乏力，这也是时下关于司法判例制度理论研究不如人意的原因所在。”张志铭：《司法判例制度构建的法理基础》，载《清华法学》2013年第6期。

〔3〕 参见张千帆：《先例与理性——也为中国的司法判例制度辩护》，载《河南社会科学》2004年第2期。

和法律条文的适用便会出现不同。因此,就需要运用立法解释和司法解释之外的方式对法律适用及司法裁判进行辅助规制。在先生效判决是将案件事实和法律条文进行连接,将抽象法律条文的内涵具体化、明确化的最好范例。充分认识并发挥案例的价值,借助审级制度的影响力建立案例遵循规则,对保持法律适用稳定、统一裁判尺度、规范自由裁量、增加司法公信力,具有重要的实践意义和应用价值。在先生效判决作出具有示范性的裁判规则,后续同类案件继续援引参照适用,这对法律规则的确立和延续具有积极作用,并将逐步推动裁判规则最终上升为法律或司法解释。

我国司法机关重视案例指导工作有一个逐步推进的过程,相应的司法实践中对于案例的应用也有其自身的发展过程和内在的逻辑体系,并体现出了不同的表达方式。

### 1. 案例指导的制度设计与客观存在

早在20世纪50年代,我国就开始发布案例指导法院审判工作。1984年,最高人民法院决定创办《中华人民共和国最高人民法院公报》(以下简称《公报》),通过定期发布案例的方式指导全国法院工作。1985年5月25日,《公报》正式出版。《公报》公布的案例分为两种:一为“裁判文书选登”,全文选登最高人民法院作出的判决书、裁定书;二为“案例”,摘编各级地方法院作出的判决书、裁定书。<sup>[1]</sup>随着依法治国的推进,建立系统的案例指导制度成为中国法治建设的重要议题。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确指出,“要加强和规范司法解释和案例指导,统一法律适用标准”。2010年11月26日,最高人民法院发布了《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(法发〔2010〕51号,以下简称《最高人民法院案例指导规定》)。《最高人民法院案例指导规定》提出开展案例指导工作,并赋予案例法定约束力,指出“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”。由此,案例指导制度在我国初步确立。2015年5月19日,最高人民法院印发施行《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》(法〔2015〕30号,以下简称《最高人民法院案例指导细则》),《最高人民法院案例指导细则》主要针对开展案例指导工作的基本流程,结合近年来案例指导工作经验,对

---

[1] 参见宋晓:《判例生成与中国案例指导制度》,载《法学研究》2011年第4期。

《最高人民法院案例指导规定》作了进一步明确和细化。<sup>〔1〕</sup> 2017年7月,最高人民法院发布了《最高人民法院司法责任制实施意见(试行)》,将类案与关联案件的检索规定为案件审理流程的一个环节,并明确了类案审理的具体操作流程和规则。虽然《最高人民法院司法责任制实施意见(试行)》是最高人民法院的内部规定,但在司法实践中对各级法院的案例遵循工作均具有示范性意义。

我国司法实践中遵循在先生效判决确立的裁判规则的习惯一直客观存在,这是保证法律统一适用和司法权威性的必要条件,其作用及约束力自然而然地产生于司法的结构和过程中。<sup>〔2〕</sup> 事实上,裁判者通常会存在因法律研究或审判经验不足而依靠在先生效判决的工作习惯。具体到个案的处理,法官除基于案件事实和相关法律规定分析案件外,还经常会在裁判前把同类案件的在先生效判决情况作为参照系进行比对,这种情况在立法欠缺、规定模糊、案件新颖的情况下尤为明显。裁判者一般会根据案件关键词,在法律文书数据库中寻找本辖区内同类案件的生效判决,并主要将上级法院和本级法院的在先生效判决作为比较、研究及参照的对象。如有必要会扩大搜索范围,在下级法院生效判决中,甚至在全国生效裁判文书中寻找案例。在搜索到相类似的案例后,裁判者会结合案例中的法律理解方式、适用规则及司法理念,对待决案件作出考量并形成最终判断。

学者认为,“案例指导制度蕴含的是一种有关同案同判的‘强主张’(strong claim),即‘同案同判’是不可放弃的司法要求。换言之,在公布指导性案例之后,不得背离该案例来裁判。同案同判的‘弱主张’(weak claim),即它是可被其他司法要求凌驾的标准,弱化了同案同判这个要求,这与案例指导制度中所确立的‘强主张’形成了鲜明的对比,它不再将同案同判视为不可放弃的司法标准。‘同案同判’的强主张将同案同判视为一种司法义务或法律义务;而‘可被凌驾’的弱主张则对此表示反对,认为它只是一种与司法活动相关的道德要求,它既无关于一个法律上的决定是否为司法裁判的条件,而且也会被其他的法律义务和道德要求所凌驾”<sup>〔3〕</sup>。

〔1〕 参见郭锋、吴光侠、李兵:《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则的理解与适用》,载《人民司法》2015年第17期。

〔2〕 参见欧阳明程:《从案例到判例之路——从判例制度的视角看我国案例指导制度的局限》,载《山东审判》2012年第5期。

〔3〕 陈景辉:《同案同判:法律义务还是道德要求》,载《中国法学》2013年第3期。

实际上,自我国实行指导性案例制度之后,法官在司法裁判中对与指导性案例属于同类的案件,应当参照指导性案例的裁判规则进行裁判,否则其作出的判决结果将被上级法院改判,这就是学者观点中“同案同判”的“强主张”。但在理论上,并不意味着被确定为指导性案例的案例始终都是指导性案例,如果该指导性案例已经不适应经济社会的发展变化,可能被取消指导性案例的地位,此时,该案例将不再具有参照适用的强制性。对于其他非指导性案例的同类案件的在先生效判决,法官确实没有完全参照适用的法律义务,可以归入“同案同判”的“弱主张”理论,该类在先生效判决可能会被其他的法律义务和道德要求所凌驾。

## 2. 最高人民法院指导性案例的释法作用

我国成文法体制下案例的规范属性以及案例运用的机理,决定了各种案例的裁判规则(即便是指导性案例的裁判要点)都是在成文法限定范围内对制定法条及其意旨的理解、阐释、确认并运用。<sup>[1]</sup> 最高人民法院发布的指导性案例,在解释法律、适用法律和填补法律漏洞等方面都发挥了重要作用,举例分析如下:

最高人民法院指导性案例 17 号,“张某诉北京合力华通汽车服务有限公司买卖合同纠纷案”,案例要旨:为家庭生活消费需要购买汽车,发生欺诈纠纷的,可以按照消费者权益保护法处理。该案的关联法条为《消费者权益保护法》第 2 条<sup>[2]</sup>,上述法条仅表述为购买商品但并未明确商品种类和范围,上述案例明确了购买汽车用于生活消费的也可以适用上述法条。

最高人民法院指导性案例 24 号,“荣某英诉王某、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案”,案例要旨:交通事故的受害人没有过错,其体质状况对损害后果的影响不属于可以减轻侵权人责任的法定情形。该案的关联法条是《侵权责任法》第 26 条<sup>[3]</sup>,对该条中“过错”的认定实践中分歧较大,上述指导案例明确排除了受害人自身体质状况属于“过错”的情形。根据学者的统计,指导案例 24 号是最高人民法院发布的指导性案例之中被裁判文

---

[1] 顾培东、李振贤:《当前我国判例运用若干问题的思考》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2020 年第 2 期。

[2] 《消费者权益保护法》第 2 条规定:消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护;本法未作规定的,受其他有关法律、法规保护。

[3] 《侵权责任法》第 26 条规定:被侵权人对损害的发生也有过错的,可以减轻侵权人的责任。



书引用率最高的案例,截至2019年年底累计应用1033次。<sup>[1]</sup>该案例的裁判要旨简明扼要,便于理解,不会产生歧义,因此能够得到广泛的参照适用。实际上,该案例要旨还可以再简化,其核心内容就是“受害人体质状况不属于侵权人减轻责任的法定情形”。

最高人民法院指导性案例60号,“盐城市奥康食品有限公司东台分公司诉盐城市东台工商行政管理局工商行政处罚案”,案例要旨:1. 食品经营者在食品标签、食品说明书上特别强调添加、含有一种或多种有价值、有特性的配料、成分,应标示所强调配料、成分的添加量或含量,未标示的,属于违反《食品安全法》的行为,工商行政管理部门依法对其实施行政处罚的,人民法院应予支持。2. 所谓“强调”,是指通过名称、色差、字体、字号、图形、排列顺序、文字说明、同一内容反复出现或多个内容都指向同一事物等形式进行着重标识。所谓“有价值、有特性的配料”,是指不同于一般配料的特殊配料,对人体有较高的营养作用,其市场价格、营养成分往往高于其他配料。有学者经过统计分析认为,“由于明确了食品标签不符合食品安全标准的判断方法,提供了明确的裁判指引,指导案例60号的被引频次大幅提升。与高被引频次并存的现象是指导案例的参照率畸低,实践效果并不显著。实证分析表明,参照指导案例60号须同时满足3项积极条件与2项消极条件,这些条件存在判断标准模糊、对原始表述删减过度、隐藏核心规则等问题,拉低了指导性案例的参照率,同时指导案例60号还存在裁判规则适用范围过窄等问题,对参照效果的发挥带来了负面影响”<sup>[2]</sup>。

最高人民法院指导性案例72号,“汤某、刘某龙、马某太、王某刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”,案例要旨:借款合同双方当事人经协商一致,终止借款合同关系,建立商品房买卖合同关系,将借款本金及利息转化为已付购房款并经对账清算的,不属于《物权法》第186条规定禁止的情形,该商品房买卖合同的订立目的,亦不属于《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第24条规定的“作为民间借贷合同的担保”。在不存在《合同法》第52条规定情形的情况下,该商品房买卖合同具有法

[1] 参见郭叶、孙妹:《最高人民法院指导性案例2019年度司法应用报告》,载《中国应用法学》2020年第3期。

[2] 张华:《司法更需要何种指导性案例——以指导案例60号为分析对象》,载《交大法学》2020年第1期。

律效力。但对转化为已付购房款的借款本金及利息数额,人民法院应当结合借款合同等证据予以审查,以防止当事人将超出法律规定保护限额的高额利息转化为已付购房款。该案的关联法条是《物权法》第186条、《合同法》第52条,<sup>[1]</sup>但本案与其他指导性案例不同点在于,该案明确了此种情形不适用上述两个法条的规定,对司法实践中一些错误适用法条的情形进行了纠正。

最高人民法院指导性案例98号,“张某福、张某凯诉朱某彪生命权纠纷案”,案例要旨:行为人非因法定职责、法定义务或约定义务,为保护国家、社会公共利益或者他人的人身、财产安全,实施阻止不法侵害者逃逸的行为,人民法院可以认定为见义勇为。该案的关联法条是《侵权责任法》第6条、《道路交通安全法》第70条,<sup>[2]</sup>上述两个法条并未对见义勇为作出规定,指导案例98号实际发挥了填补法律漏洞的作用。

最高人民法院指导性案例99号,“葛某生诉洪某快名誉权、荣誉权纠纷案”,案例要旨:1.对侵害英雄烈士名誉、荣誉等行为,英雄烈士的近亲属依法向人民法院提起诉讼的,人民法院应予受理。2.英雄烈士事迹和精神是中华民族的共同历史记忆和社会主义核心价值观的重要体现,英雄烈士的名誉、荣誉等受法律保护。人民法院审理侵害英雄烈士名誉、荣誉等案件,不仅要依法保护相关个人权益,还应发挥司法彰显公共价值功能,维护社会公共利益。3.任何组织和个人以细节考据、观点争鸣等名义对英雄烈士的事迹和精神进行污蔑和贬损,属于歪曲、丑化、亵渎、否定英雄烈士事迹和精神的行为,应当依法承担法律责任。该案的关联法条为《侵权责任法》第2条<sup>[3]</sup>,同时又进一步阐述了维护英烈名誉

---

[1] 《物权法》第186条规定:抵押权人在债务履行期届满前,不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。《合同法》第52条规定:有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。

[2] 《侵权责任法》第6条规定:行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。根据法律规定推定行为人有过错,行为人不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。《道路交通安全法》第70条规定:在道路上发生交通事故,车辆驾驶人应当立即停车,保护现场;造成人身伤亡的,车辆驾驶人应当立即抢救受伤人员,并迅速报告执勤的交通警察或者公安机关交通管理部门。因抢救受伤人员变动现场的,应当标明位置。乘车人、过往车辆驾驶人、过往行人应当予以协助。

[3] 《侵权责任法》第2条规定:侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。

对于维护社会公共利益的意义,该裁判要旨被吸收进了《民法典》人格权编。<sup>[1]</sup>

最高人民法院指导性案例 130 号,“重庆市人民政府、重庆两江志愿服务发展中心诉重庆藏金阁物业管理有限公司、重庆首旭环保科技有限公司生态环境损害赔偿、环境民事公益诉讼案”,案例要旨:1. 取得排污许可证的企业,负有确保其排污处理设备正常运行且排放物达到国家和地方排放标准的法定义务,委托其他单位处理的,应当对受托单位履行监管义务;明知受托单位违法排污不予制止甚或提供便利的,应当对环境污染损害承担连带责任。2. 污染者向水域排污造成生态环境损害,生态环境修复费用难以计算的,可以根据环境保护部门关于生态环境损害鉴定评估有关规定,采用虚拟治理成本法对损害后果进行量化,根据违法排污的污染物种类、排污量及污染源排他性等因素计算生态环境损害量化数额。该案的关联法条为《侵权责任法》第 8 条,<sup>[2]</sup>实际是对该条中共同实施侵权行为承担连带责任的具体阐释。其中案例要旨关于损害赔偿方式的部分,是对法律没有明确规定部分的补充。

需要注意的是,“案例指导制度不是创设一种新的法律渊源,典型案例对后案的裁判并不具有普遍意义上的法律拘束力,也就是说不是以‘力’来规制,而是要以‘理’服人。‘理’就体现在典型案例所承载的裁判思路、裁判规则、法律逻辑和自由裁量权的尺度,通过典型案例的甄别、争辩、定型和沉淀,内化为法官的认知,汇聚成业界更为广泛的共识,引导法律适用规则进一步细化,为社会提供更好的法律预期,也为司法解释的起草奠定基础”<sup>[3]</sup>。

由于成文法本身的局限性,我国的案例也需要与习惯相结合。《民法典》第 10 条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”因此,在处理民事案件时,如果没有法律的明确规定,需要将习惯作为裁判依据。例如,近些年来数量逐渐增长的有关祭奠权的民事纠纷,习惯可以与案例相结合并进一步成为可供参考的类案裁判规则。

### 3. 司法裁判中案例的来源

案例的来源有多个渠道和种类,包括法定的和客观存在的,大体包括如下

[1] 《民法典》第 185 条规定:侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任。

[2] 《侵权责任法》第 8 条规定:二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。

[3] 陶凯元:《在最高人民法院知识产权案例指导研究(北京)基地阶段性成果汇报座谈会上的讲话》,载宿迟主编:《知识产权案例指导新探索》,人民法院出版社 2018 年版,第 42 页。

几类:

第一类是“显性”的应当参照的有约束力的案例,即最高人民法院正式发布的具有“法定身份”的指导性案例。指导性案例发布主体单一,只能为最高人民法院。《最高人民法院案例指导规定》及《最高人民法院案例指导细则》明确赋予了指导性案例在法院处理类似案件时应被参照的约束力,这种约束力是法定的,但又并非作为法律渊源所产生的约束力。“截至2019年12月31日,最高人民法院共发布24批139例指导性案例,已被应用于司法实践的指导性案例共有91例,尚未被应用的有48例。与2018年同期(78例)相比,被应用的指导性案例数量增加了13例。援引指导性案例的案例,即应用案例共有5104例,较2018年(3098例)增加了2006例,增幅显著。其中民商事指导性案例有36例被应用于3690例案例,刑事类指导性案例有18例被应用于84例案例,行政类指导性案例有15例被应用于1106例案例,执行类指导性案例有5例被应用于94例案例,知识产权类指导性案例有14例被应用于76例案例,国家赔偿类指导性案例有3例被应用于67例案例。”<sup>[1]</sup>

第二类是“隐性”的应当参照的有约束力的案例。基于司法系统中案例指导的传统,除最高人民法院公布的指导性案例外,多地高级人民法院为了指导本区域内审判工作、统一辖区内法院裁判标准,也会进行具有指导意义的案例的收集、汇编及发布,例如,北京市高级人民法院、江苏省高级人民法院会定期发布参阅案例和典型案例。此类案例虽不具有最高人民法院指导性案例的“法定性”,但因审级监督等因素的存在,其对辖区法院的指导作用明显,已成为法官裁判案件时遵循的重要依据。

第三类是具有“内化”约束力的上级法院及本院在先生效判决。一般情况下,因审级关系的存在,下级法院在裁判时往往会参照和遵循上级法院的在先生效判决。在司法实践中,多地法院实行法官会议制度,法官将有指导性意义的案件提交本院专业法官会议讨论,讨论后形成案例并公布。此种案例代表了本院对某类问题的统一意见,因而本院和下级法院从维护裁判稳定性的角度出发,会将其内化为裁判案件的依据,这就成了本院和下级法院遵循的重要案例来源。相对于自然科学是“理论+实验”模式,法律的路径是“逻辑+经验”模式,案例

---

[1] 郭叶、孙妹:《最高人民法院指导性案例2019年度司法应用报告》,载《中国应用法学》2020年第3期。

就是经验的体现,案例指导制度的意义在于防止类案裁判不统一。在先生效判决具有“事实上的拘束力”,在被识别后认为属于同类案件的情况下,后案与在先生效判决如果产生法律适用上的冲突,往往会成为当事人上诉以及上级法院改判的理由,或者成为本院决定提起再审的理由。

第四类是具有说服论证效力的下级法院、本辖区外其他地方法院的在先生效判决。此类判决也具有研究参考意义,特别是在争议具有普遍性的案件和新类型的案件中,下级法院或其他地方法院的在先生效判决也可能因具有一定的典型意义而被参照。

#### 4. 司法裁判中案例遵循的表达

在司法裁判中,对于案例遵循的表达方式,根据遵循情况是否能够通过判决行文被明确感知,可划分为显性表达和隐形表达。

所谓显性表达,是指法官在裁判案件时,对案例的遵循以明显能被公众感知的方式表现出来。由于我国并非判例法国家,该种表达一般是通过裁判理由的论述来表现。而且显性表达涉及的案例绝大多数为最高人民法院公布的指导性案例,根据《最高人民法院案例指导细则》的规定,指导性案例只能作为裁判理由引述不能作为裁判依据引用。《最高人民法院案例指导细则》还规定,在裁判文书中引述相关指导性案例的,应在裁判理由部分引述指导性案例的编号和裁判要点。显性表达的另一种呈现方式是,在当事人提出以指导性案例佐证己方主张但法官不予参照时,法官对待决案件与指导性案例的不同之处进行比较和说明,进而得出不予适用的结论。

所谓隐性表达,其含义与显性表达相反,即法官在裁判案件中虽遵循了在先生效判决的裁判规则,但并未以公众可感知的方式表现出来,而是将在先生效判决的裁判规则融入裁判文书的说理部分,公众通过裁判文书并不知道裁判者遵循了何种在先生效判决。因此,虽然在先生效判决对法官的裁判结果产生了内在的、事实上的约束力,但并未在判决中以显性方式表达。隐性表达中的在先生效判决大多不属于指导性案例的范畴,在缺乏法律和司法解释的授权时,大多数法官选择了内化或转化的方式来遵循。但值得一提的是,指导性案例被作为案例参照时,法官也会经常使用隐性表达的方式。

最高人民法院指导性案例被援引的类型可分为确定性援引和不确定性援引,对确定性援引可以作类型化区分,根据法官在裁判案件时是否明确援引了指

导性案例进行说理,分为法官明示援引、法官隐性援引。“截至2019年12月31日,援引指导性案例的案例即应用案例共有5104例,在5104例应用案例中,法官明示援引共1948例,法官隐性援引共2886例。还有一种特殊援引方式即法官评析援引,共21例。另外,非法官援引共249例。”〔1〕隐性适用产生的原因是外在驱动力不足、裁判思维差异以及适用技术欠缺。“目前司法实践中各审级法院普遍存在的事实审倾向,导致大多数案件审理均是围绕案件事实进行分析认定,法官的法学理论以及法律适用技术水平参差不齐,以及我国法院的职权性审判思维对案件事实认定的权重型倾向,使案件涉及的法律问题在裁判理由中少有详尽的论证性阐述。指导性案例作为类似性案件的裁判范例,没有关注司法实务中法律审欠佳的不良现象,在案例编辑中仍缺乏对案件所涉法律问题的专业化、规范化的翔实论证,背离了案例指导制度应有的法律适用技术指引功能。”〔2〕应积极鼓励和引导法官在裁判文书中进行明示援引指导性案例,因法官明示援引是在司法裁判过程中把对指导性案例的适用以外界可知的方式明确展示出来,这样有助于指导性案例被连贯、一致、可预期地适用于类似案件,实现类案裁判标准统一。

#### 5. 司法裁判中案例遵循存在的问题

案例的来源缺乏系统性保障。案例虽在司法实践中发挥着事实约束力,但案例的产生长期处于法官的自发性检索阶段,没有统一的来源,在最高人民法院确立案例指导工作制度后才出现了指导性案例。但上述案例的数量有限,无法满足实践的多种需要。有调查显示,多数的调查对象期待指导性案例“能够解决法律、法规条文内容较为原则,法律适用疑难复杂,填补法律空白等问题。”〔3〕

面对诸多的新型、疑难案件,裁判者大多依然选择自行检索的方式寻找案例。这种方式的最大问题是案例的数量庞大,检索者随机性过大,且对案例是否

---

〔1〕 郭叶、孙妹:《最高人民法院指导性案例2019年度司法应用报告》,载《中国应用法学》2020年第3期。

〔2〕 黄正涛、周毛:《指导案例在青海省的司法适用状况及完善路径分析》,载胡云腾主编:《新时代的案例研究与案例法学研究——中国法学会案例法学研究会学术年会优秀论文集》(第1辑),法律出版社2020年版,第310页。

〔3〕 四川省高级人民法院、四川大学联合课题组:《中国特色案例指导制度的发展与完善》,载《中国法学》2013年第3期。