

主办 中国案例法学研究会 清华大学法学院

中国案例法评论

Chinese Case Law Review

主编 易延友

案例制度

中国特色案例制度的现状与挑战

欧洲平台责任法的转向

——欧洲人权法院最新案例评析

舆论是否毒害了一个公正的陪审团

——斯基林诉美国案评析

斯特里克兰案：无效辩护标准的确立与争议

案例法理

当事人放弃违约金调整申请权约定的司法效力与应对

——基于裁判的分析与展开

假想防卫过当的属性与处罚

——基于典型案例的分类研究

个案研析

从周文斌案看辩诉交易和辩审协商

第2辑

2017年

总第6辑

清华大学出版社

卷外篇

主办 中国案例法学研究会 清华大学法学院

中国案例法评论

Chinese Case Law Review

主 编 易延友

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

中国案例法评论/易延友主编. —北京：清华大学出版社，2018
ISBN 978-7-302-50036-0

I. ①中… II. ①易… III. ①案例—中国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 083853 号

责任编辑：朱玉霞
封面设计：阿 东
责任校对：王荣静
责任印制：沈 露

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>
地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编：100084
社 总 机：010-62770175 邮 购：010-62786544
投稿与读者服务：010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn
质量反馈：010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者：三河市金元印装有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：185mm × 260mm	印 张：11.75	插 页：3	字 数：248 千字
版 次：2018 年 6 月第 1 版			印 次：2018 年 6 月第 1 次印刷
定 价：49.00 元			

产品编号：078920-01

编委会

主 任 王振民
副主任 张 骐
编 委 吴 革 李 轩 余凌云 何 兵 付子堂
易延友 彭 东 齐文远 林 维 苗连营
李仁玉 徐涤宇 孙万怀 刘志伟 王 轶

学术顾问

陈光中 江 平 李步云 张思之 方流芳 王晨光
张明楷 姜建初 苏泽林

编辑部

主 编 易延友
副主编 吴 革 李 轩
编 辑 吴慧敏 梁风培 侯 尧 叶小珊 杜 媛
朱宗琪 张召怀 向 宣 蓝学友
陈双亚妮 茅理雯

序

从商鞅变法到当代中国的法治改革，中华民族在法治进程中摸爬滚打，屡经磨难，终至今日。中国历史上从未有一个时代如现在这般重视法治。这是中国确立法治的黄金时代，是法律人波澜壮阔的大时代，当然也是法律人挥洒人生的绝美舞台。

法律的生命不外乎逻辑和经验，而经验正体现在一个个具体的案例中。法治既要靠立法，更要靠司法。从某种意义上来说，法治是打官司打出来的，是立法者、司法者和全体国民共同努力创造出来的。法治大厦既由一个个伟大的法典来支撑，也由一个个伟大的案例来巩固。案例既是司法的基本单位，也是普通民众对法律最直接的感知，所有高深的法学理论都可以在现实案例中找到鲜活的对照。“群众对于学术无爱好心，其结果不特学术消沉而已，堕落民德为之尤巨”（傅斯年语），案例正是连接学术理论与普通民众的绝佳媒介。案例背后是一个个平等、鲜活、珍贵且让人无法忽视的个体，他们或主动或被动地将个体生命投入时代发展、历史嬗变的洪流，为了法律的尊严抑或只是为了生存，其结果或悲或喜、幸与不幸，个中当事人、代理律师、专家学者和社会公众都会有不同的解读。思想上的自由导致众声嘈杂，这并非坏事，但未经理性过滤的情感就是一眼浊泉，偏激与狂热、成见与功利主义导致的情感过度宣泄实为另一种暴力。因此，相比五花八门的媒体评论，专业的深度解读更有助于超越平庸、狭隘和偏见，减少误读与蒙蔽。

“唯治乱之机，系于人心敬肆（或振靡）之间”（梁漱溟语），学术从来不是遗世独立的孤高存在，案例背后也不只是冷冰冰的法条。天理与法理、人心与人生、秩序与自由、利益与正义等均汇聚其中。如何以个案促进法治，如何让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，如何让法律人在每一个司法案件中反思公平正义，这是我们内心时时萦系、念念不忘之法治理想与法学图景，亦是《中国案例法评论》之初衷。

作为全国第一个专注于案例评论的出版物，所有文章皆由法学专家、一线法曹对案

例背后的法理、学理与法治精神进行深入剖析，“不为浮夸之辞，不述荒唐之语”。一切努力皆源于热爱，我们无比热爱这个时代，爱它的美丽与颓圮、自由与专断、热闹与幽静、狂热与伤感、凡人与英雄、痴愚与圣贤。因此我们希望这本书中的文字，这一点一滴、一字一句的努力，可以去除一点冲动、褊狭、强横、专断、麻木、消沉，它的态度、深度、气度，能够引学者之思考，给学子以启迪，开民众之智识。涓涓细流终将汇成奔涌的江河，我们将以案例见证与记录这个伟大的法治时代。



2015年5月22日

案例制度

- 中国特色案例制度的现状与挑战 彭 宁 / 1
- 非法证据的派生证据排除规则
——以以色列和欧洲人权法院为例 孙彩虹 / 12
- 欧洲平台责任法的转向
——欧洲人权法院最新案例评析(2012—2017) 李汶龙 / 23
- 舆论是否毒害了一个公正的陪审团
——斯基林诉美国案评析 马 勤 / 35
- 斯特里克兰案：无效辩护标准的确立与争议 丁宇魁 / 58

案例法理

- 当事人放弃违约金调整申请权约定的司法效力与应对
——基于裁判的分析与展开 曹明哲 / 72
- 论履行费用过高的规范界定与制度互动 刘欢逸 / 85
- 假想防卫过当的属性与处罚
——基于典型案例的分类研究 尹子文 / 98
- 刑事案件中的盘查留置制度研究 张谟钧 / 110
- “苗例”效力再辨析
——兼论“苗例”适用中的“张”与“弛” 王虹懿 / 131

个案研析

论“以罚代刑”之行政行为的审查路径

——以高某珑不服兴平市公安局行政处罚案为例

高继超 / 143

从一起银行职员诈骗案看刑民交叉案件的定性

郭利纱 / 154

从周文斌案看中国的辩诉交易和辩审协商

易延友 / 167

中国特色案例制度的现状与挑战

彭 宁*

摘 要：中国特色的案例制度来源于中国法官的审判实践和经验总结，是个案经验上升为普遍指导的制度化实践。尽管案例的作用和意义有目共睹，但目前尚缺乏对中国案例制度的整体梳理和系统认识，中国案例制度有哪些组成部分，具有怎样的特征，在实践中将会发挥哪些功能和作用，作为中国特色社会主义法治的一部分，目前发展中的案例制度又与英美的判例法和民法法系的判例制度有何不同？只有在对这些问题进行了一番检讨和澄清之后，中国案例制度的发展和构建才会有一个明确的方向，案例对中国司法实践的形塑才能够走出混乱无序的经验藩篱，通过案例来展开的司法实践与法学教义才能进入一个良性互动的关系之中。

关键词：案例指导 特色 类型化 司法实践

案例是人民法院在审判实践中积累的宝贵经验，它跟司法解释都是最高人民法院指导和协调法院审判工作的重要方式。作为实践理性的集中体现，案例在帮助法官处理类似案件、疑难案件和新型案件等方面发挥了巨大作用。中华人民共和国成立以后，党和政府通过各种形式强调要发挥案例在指导司法审判工作中的重要作用，当年在董必武同志的带领下，1955年

全国法院系统进行了审判经验总结，收集和整理了大量案例用以缓解当时法律不够完备的紧张局面。1985年对于中国案例制度的发展来说是个重要的转折点，之前最高人民法院一直通过下发内部文件的方式指导下级法院的审判工作，这之后，开始在《人民法院公报》上定期发布案例，随着《人民司法》《法律适用》等法院刊物的创立以及对案例研究的关注持续增长，案例对

* 彭宁，北京大学法学院博士生。本文系张骥教授主持的国家社科基金重大项目《构建中国特色案例制度的综合系统研究》（项目批准号：16ZDA068）的部分成果。

审判实践的指导开始步入快速发展的轨道。2010年年底,最高人民法院和最高人民检察院分别发布《关于案例指导工作的规定》,明确以规范性文件的形式赋予案例“应当参照”的效力,这标志着我国案例指导制度的正式确立。

中国特色的案例制度来源于中国法官的审判实践和经验总结,是个案经验上升为普遍指导的制度化实践。案例制度的基础是案例,没有采用“先例”或“判例”,更不是所谓的判例法。正如沈德咏大法官所言,“我国是单一制的成文法国家,不能实行任何形式的判例制度,不得将案例作为裁判依据引用,对待案例的看法和理念与英美法系国家重视判例制度的观念和做法完全不同。”^[1]换言之,中国的案例制度的持久生命力必定来自中国法官本土司法经验的结晶,只有植根于深厚的司法土壤之中才能彰显制度的可行性和有效性。

党的十八届四中全会在《关于全面推进依法治国若干问题的决定》中明确提出“加强和规范司法解释和案例指导,统一法律适用标准”,这是党的文件对案例指导制度重大意义的肯定和认可,在某种意义上也意味着案例指导制度的构建被列入了党和国家以后在司法政策制定上的工作重点。作为全面深化改革背景下的一项重大司法举措,案例指导制度势必会成为推动司法体制改革的重要契机,从顶层设计来看,最高法院试图通过案例指导制度贯彻中央在司法领域的工作部署,以积极能动的姿态回应人民群众对司法公正和公正

司法的强烈需求,最终实现统一法律适用的制度目标;从司法实践来看,案例制度的推行有助于广大一线法官逐渐养成使用案例进行说理论证的思维方式,在案例的分析和比对之中提升专业素养和对法律精神的准确理解。

然而,尽管案例的作用和意义有目共睹,但目前尚缺乏对中国案例制度的整体梳理和系统认识,中国案例制度有哪些组成部分,具有怎样的特征,在实践中将会发挥哪些功能和作用,作为中国特色社会主义法治的一部分,目前发展中的案例制度又与英美的判例法和民法法系的判例制度有何不同?只有在对这些问题进行一番检讨和澄清之后,中国案例制度的发展和构建才会有一个明确的方向,案例对中国司法实践的形塑才能够走出混乱无序的经验藩篱,通过案例来展开的司法实践与法学教义才能进入一个良性互动的关系之中。

一、比较法视野下的中国案例制度

实际上,中国特色的案例制度与英美的司法先例制度存在着性质上的差别,英美法系的普通法起源于11世纪盎格鲁—撒克逊的习惯法,当时的英国国王为了扩大中央集权,以巡回法庭的方式与地方封建割据势力争夺司法权,进而整理分散的各地习惯,并逐渐形成了后来的司法先例。表面上看,普通法就是由判例组成的法律体系,实际上它是由一代代法官在审理案件中“发现”并通过判决重复表述出来的法

[1] 沈德咏主编:《中国特色案例指导制度研究》,代序第4页,北京,人民法院出版社,2009。

律规则的组合。^{〔2〕}也就是说,法官既是法律的宣谕者也是规则的制定者,在普通法系之下,法官和司法在法律体系内扮演了核心角色。相较而言,我国历来是成文法国家,立法主导着整个法治进程,推行案例制度只是在现有的法律体系之下更好地发挥制定法的功能,在立法滞后的情况下更加灵活地应对复杂多变的社会情势。更重要的是,遵循先例原则上是法官必须奉行的强制性要求,但普通法有一套高度专业化的判例区别技术,并且允许法官推翻先例创造新的法律规则。显然,中国的案例制度远非英美的司法先例,二者完全属于不同社会语境下的两种司法制度。

中国目前推行的案例指导制度,有一点在根本上不同于英美国家的判例法或司法先例,那就是我国的案例制度只是法律适用机制,法官参考指导性案例做出裁判只是一种法律适用活动,而不是法官造法,这就是“对案例指导制度的法律定位”。^{〔3〕}也就是说,我国推行的案例制度其功能在于辅助法官对案件的审理,裁判的最终准据仍然在现有的制定法体系,包括指导性案例在内的各种案例是在法律规定不明确和有争议的地方帮助法官寻找适当的法规范,进而做出恰当的判决。正因

如此,在指导性案例的效力界定上,就不能将案例制度纳入正式的法律渊源行列,指导性案例在功能上只具有辅助性和效力的从属性,“它的功能是帮助法官在解决案件的过程中揭示深藏于法律制度或事物中的正义”。^{〔4〕}案例指导制度很大程度上建立在案例本身的正确性基础之上,从千千万万的“案”到具有某种示范作用的“例”的转变依赖于内容上的正确性,由此也奠定了案例指导制度的实质合法性基础。

相对而言,中国的案例制度与大陆法系国家的判例制度比较接近,从历史沿革看来近代中国法律体系的建立很大程度上就是受到大陆法系的影响,同样都是以成文法为主的国家,司法判例和案例都已经成为法官解释和适用法律的重要方式,作为弥补制定法局限性的辅助法源。以德国为例,出于精细化阐释基本法和法律安定性的需要,逐渐建立了比较完整的判例制度,包括联邦宪法法院判例、联邦最高法院和联邦财税法院等其他专门性法院的汇编案例、私人汇编,比如《联邦法律登记》上就定期刊登联邦宪法法院的判决。^{〔5〕}与英美法系不同,大陆法系国家很多是在认识到制定完备不缺的法典不可能实现的情况下才逐渐承认法官的自由裁量权,司法

〔2〕 何家弘主编:《外国司法判例制度》,14页,北京,中国法制出版社,2014。

〔3〕 刘作翔:《我国为什么要实行案例指导制度》,载《法律适用》,2006(8);刘作翔教授在多年后的一篇文章中又重申了这一观点,“在我国目前的框架下,判例是不能作为法源的,我们的宪法、立法法对法的形式作出了明确的规定,要将判例作为法源,等于是在现有的立法法规定之外增加一种法律形式,这是不可行的”。参见刘作翔:《案例指导制度的定位及相关问题》,载《苏州大学学报》,2011(4)。

〔4〕 张骐:《试论指导性案例的“指导性”》,载《法制与社会发展》,2007(6)。

〔5〕 德国联邦法院每年都会汇编民事裁判集、刑事裁判集等,遵从判例对于德国法官来说是普遍性的,偏离判例只是例外,并且由严格的判例偏离和报告制度加以约束,相关文献参见最高法院课题组:《关于德国判例考察情况的报告》,载《人民司法》,2006(7);王允:《判例在联邦德国法律制度中的作用》,载《人民司法》,1998(7);高尚:《德国判例的偏离报告制度》,载《法律适用》,2017(2)。

判例的功能才开始被学者和法官所接受。在提供不同于制定法的裁判规则方面，我国的案例制度与大陆法系的判例制度具有类似之处，但二者仍然有重要的区别，比如有学者认为，我国的案例制度很大程度上采取了行政性的管理方式，案例不具有自然生成的机制，很难保证规则提供的独特性。^{〔6〕} 中国的案例制度不是简单摹仿大陆法系的司法判例制度，它具有自身的独特语境和成长土壤，以指导性案例为例，最高法院试图通过赋予某些案例更强的指导效力，为实践中普遍存在的同案不同判现象寻找解决方案，同时也为了在民众对司法腐败和司法不公的普遍不满的压力下争取政治上的主动。

从案例的本质来看，中国的案例制度扮演了某种连接法律与社会、规范与事实的中介角色，法官对案例的期待是通过加深理解法律和有效寻找裁判规则来落实的。这些指导性案例、典型案例和参阅案例等既不是正式的法律，也不是单纯的事实，既不是判决本身，也不是抽象的法律规则，但是法官所要运用的法律和规则却又蕴含在案例之中，在某种意义上可以说，法官是通过案例来发现和理解法律的，没有案例的法律解释将会是不可理解的，正如伽达默尔所言，“一切理解都是解释，而一切解释都是通过语言的媒介而进行的，这种语言媒介既要把对象表述出来，同时又是解释者自己的语言”。^{〔7〕} 案

例对于法律的意义就类似于语言的媒介作用，语言使得我们对某种事物的理解得以表达出来，成为一种外显的解释，同样，只有通过案例的诠释，法律的内涵和外延才能得以具体化。因此，构建中国特色的案例制度就必然要回应中国法官对案例的真实需求，将案例作为规范与事实的连接点，推动中国法官更多地通过案例来理解法律和积累司法经验。

二、中国案例制度的类型化

从2011年12月最高人民法院发布第一批指导性案例开始，一些典型有代表性的案例逐渐成为具有正式法律效力的指导性案例，具有了某种非正式意义上的法源地位。目前，除了指导性案例之外，在现有的案例体系之下，还有各种名目繁多的“典型案例”“参考案例”“示范案例”和“参阅案例”等，在某种程度上可以说我们已经迈进了一个案例资源非常丰富的发展阶段，“用案例指导审判实践”已经不单纯停留在学术讨论，而是成了中国目前的现实。然而，问题在于这些案例远远未形成一个系统的规范的整体，对于案例指导实践而言，如何避免解一时之需的政策性冲动，“从功利走向成熟”，的确是当前构建中国特色的案例制度亟待解决的问题。^{〔8〕} 因此，首先有必要对现有的案例状况进行归类整理，为案例的综合系统分析做好前

〔6〕 参见陈兴良主编：《中国案例指导制度研究》，38页，北京，北京大学出版社，2014。

〔7〕 [德]伽达默尔：《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》，洪汉鼎译，547页，北京，商务印书馆，2016。

〔8〕 杨洪逵：《案例指导：从功利走向成熟——对在中国确立案例指导制度的几点看法》，载《法律适用》，2004(5)。

提准备。

第一是两高发布的指导性案例。截至2017年3月,最高人民法院已经正式公布16批84个指导性案例,成为最高人民法院的指导性案例除了属于生效判决之外,还须具有社会广泛关注的、法律规定比较原则的、具有典型性的、疑难复杂或者新类型的等方面的特征,并且对于这些案例,各级法院在审理类似案件时都应当参照。^[9]指导性案例不同于司法解释,它直接取材于活生生的案例,通过特定程序的加工制作和编撰技术将判决的核心要点提炼出来,以供后案参考,相比于其他典型案例和参考性案例,它对法官具有更强的规范性和约束力。但是,指导性案例的效力既不是单纯的说服力,也不是单纯的约束力,它是有一定制度支撑的说服力,反映了理性、权威和制度三者之间的复杂互动关系。^[10]当前,指导性案例作为司法改革的重要组成部分,它的发布和确认主体应该属于最高人民法院,以防止适用法律的混乱。^[11]只有那些确实具备代表性、典型性和指导性并且经过特定程序层层筛选而出的案例才能作为指导全国审判工作的指导性案例。

第二是最高人民法院的职能部门发布的典型案例。总的来看,最高人民法院通常采取以下三种形式发布典型案例,第一种是最高人民法院办公厅通过《最高人民

法院公报》发布。作为最高人民法院的机关刊物,公报固定每期公布两个典型案例,覆盖刑事、民事(经济)、知识产权、交通运输、行政(国家赔偿)等各种类型,它们是经最高法院认可的适用法律和司法解释的典型代表,具有相当程度的权威性、专业性、适用性和指导性。第二种是最高人民法院的各审判业务庭选编和发布案例,比如刑一庭和刑二庭主编的《刑事审判参考》、民二庭主编的最高人民法院商事审判指导丛书《公司案件审判指导》《担保案件审判指导》等、行政庭主编的《行政执法与行政审判》等。此外,最高人民法院还通过下发文件的方式要求各级法院参照办理,以环境案件为例,最高院近三年通过对办理环境污染刑事案件、环境民事公益诉讼案件和环境侵权责任案件作出的解释一共发布了23个典型案例。^[12]第三种是通过《人民法院报》发布一些典型案例或案例评析,以及通过最高人民法院官网的“法院资讯”和“权威发布”栏目不定期推送典型案例或重大案例,很多时候,这些案例的发布都采用了召开新闻发布会的形式,比如1997年7月,最高人民法院召开新闻发布会,公布5起知识产权民事案例,又于2005年2月1日公布10起知识产权司法保护典型案例,2007年4月25日公布2006年全国十大知识产权侵权案例。^[13]借用媒

[9] 参见《最高人民法院关于案例指导工作的规定》法发[2010]51号。

[10] 参见张骞:《再论指导性案例效力的性质与保证》,载《法制与社会发展》,2013(1)。

[11] 参见胡云腾:《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》,载《法学研究》,2008(6)。

[12] 参见张忠民:《典型环境案例的案例指导功能之辨——以最高人民法院公布的23个典型环境案例为样本》,载《法学》,2015(10)。

[13] 参见袁秀挺:《我国案例指导制度的实践运作及其评析——以〈最高人民法院公报〉中的知识产权案例为对象》,载《法商研究》,2009(2)。

体的力量发布某些特定种类案件，在某种程度上影响范围更广更为公众所知晓。从效力上看，典型案例还没有上升到指导性案例的高度，没有“应当参照”的类似规定，最高法院官方网站上区分了指导案例、典型案例和其他案例三种案例，典型案例居于中间，在某种意义上可以说，典型案例起着补充指导性案例的“准指导”作用。

第三是参考性案例。除了最高人民法院发布案例之外，最高人民法院还授权各省级高级人民法院可以发布参考性案例，作为各省级法院的机关刊物，各省级人民法院公报就集中刊发本省范围内的具有指导意义的案例，比如北京市高级人民法院通过公报的形式刊登参阅案例，江苏省高级人民法院通过公报发布《参阅案例》，天津市高级人民法院以《天津审判》为依托发布“判例指导”。在省级法院范围内，这些参阅案例或参考案例通常对下级法院具有一定的权威性，法官通常在审理案件时倾向于考虑上级法院的态度。

第四是汇编案例。与前几种案例不同，汇编案例更加侧重于案例制度的参考性和研究性需求，现实的情况往往是复杂多样的，各种新问题新案件层出不穷，对于审判实践中遇到的大量具有潜在价值的案例，通过特定的渠道方式进行选择编辑整理，能够反映一定时期法官优秀经验中的审理思路、裁判理念、法律理解与解释、价值取向和政策把握。^[14] 可以为法官审理类似案件提供广阔的案例来源，同时

汇编案例也是司法实践与理论研究相互促进的良好平台。这类汇编案例主要有：第一著作类，最高人民法院中国应用法学研究所编的《人民法院案例选》，以系列案例著作的形式全面筛选和整理有价值有指导意义的经典案例；国家法官学院和中国人民大学编的《中国审判案例要览》，分门别类收集全国有代表性的案例集中出版；北京市高级人民法院编的《北京法院指导案例》，主要反映在北京市法院已决案件中有典型意义的案例。第二期刊类，以《人民司法》(案例版)最具代表性，同时《法律适用》、《人民法院报》也都开辟了专刊、专栏和专版。第三电子资源类，中国裁判文书网、北大法宝、一些律师事务所等信息收集机构都收集了大量全国各地的法院裁判文书。

第五是影响性案例。中国案例法学研究会的前身中国法学会案例专业委员会自2005年开始每年都进行十大影响性诉讼的评选并公布。这些案例大多是当年轰动全国的热点案件。由法律界人士、媒体和社会公众共同评选，通过《南方周末》《人民法院报》和《中国法律评论》等知名媒体向全国发布。这些案例通常由法学界的专家学者，比如在中国案例法学研究会牵头下的学者研讨，实务界的法官和律师以及新闻媒体等人员共同评选产生。影响性案例的明显特征是新闻媒体引导下的公众舆论强烈干预司法，成为民意和社会情感的宣泄渠道。在“权利—权力”的二元博弈中，很多影响性案例在某种程度上实现了个案

[14] 丁文严：《案例指导制度背景下人民法院案例系统的构建》，载《法律适用》，2013(1)。

正义，也促进了社会的整体正义。^[15] 这些案例的影响性体现在它们确实对以后的类似案例产生了客观上的效果，不仅影响到以后审理案件的法官，甚至产生了制度变革和社会心理的变迁。

第六是其他案例。除指导性案例和典型案例之外，最高人民法院还会发布一些一般性的普通案例，其中有个案例“月发布制度”，每个月固定发布案例，但这些案例不是指导性案例，而是指导性案例之外的其他各种各样的案例；在这些普通案例中，还有分类型发布的案例，通常针对某一时期某一阶段的社会问题，比如知产案例、毒品案例、侵害儿童的案例等。^[16] 地方各级法院直接面对社会现实问题，产生案例以及援引案例的动力更加明显，早在十年前某些地方法院就开始探索案例指导制度，比如河南省郑州市中原区人民法院以公告形式发布的“案例判决”；天津市高级人民法院以《天津审判》为依托发布“判例指导”；四川省成都市中级人民法院通过《审判委员会快报》公布的“裁判规则”等。^[17] 这些名目繁多的案例没有一个统一的名称，在实际使用中也比较混乱，虽然没有像指导性案例和典型案例这样的权威性和关注度，但对于法官而言，尤其是在面对上级法院发布的案例时，这些案例实际上也产生了或多或少的影响。

对此，我们可以对以上六种案例进行

简单的概括：从发布主体来看，中国特色案例存在正式和非正式、官方和非官方之分，指导性案例、典型案例、参考性案例以及部分其他案例都是由作为审判主体的法院自身公布的，构成了案例系统的主体；汇编案例多是由人民法院内设或附属的研究机构以及科研院所共同完成，具有某种半正式的色彩；影响性案例通常是由知名媒体和学术团体组织评选产生，属于民间自发形成的案例。从效力层级来看，指导性案例目前只能由最高人民法院确认和公布，它的筛选程序最为严格，对法官的约束力也最强；典型案例和参考性案例次之，它们在全国或本辖区内具有相当的权威性、典型性和针对性，对法官构成了某种制度上的约束力；其他案例通常由不同层级的法院发布，对某一类案件或在某个时期能够产生局部的指导性；汇编案例一般不具有正式的约束力，它更加侧重法官对案例的参考性和研究性需求；影响性案例主要由民间力量完成，对法官只具有某种示范作用，但在客观上确实能引导法官的判决。从案例载体和形式来看，指导性案例、部分典型案例和其他案例多以规范性文件的形式出现；部分典型案例、参考性案例和汇编案例主要以著作和期刊等连续性出版物发布；一些典型案例、影响性案例和其他案例则更多通过新闻媒体和网络等信息化渠道公布。

[15] 孙永兴：《涉诉类新媒体事件的传播特征及其功能分析——以2005—2011年公布的影响性案例为切入点》，载《内蒙古师范大学学报》（哲学社会科学版），2013（1）。

[16] 刘作翔：《中国案例指导制度的最新进展及其问题》，载《东方法学》，2015（3）。

[17] 参见周道鸾：《中国案例制度的历史发展》，载《法律适用》，2004（5）。

三、中国案例制度的特色和功能

从法官的判决到用于指导实践的案例，从具有借鉴意义的典型案例到发挥法律约束力的指导性案例，中国的案例体系逐渐走上制度化的轨道，案例的作用在司法实践中将日益凸显。在立法之外发挥案例对实践的指导作用，在像我国这样一个成文法传统非常深厚的国家具有特殊的意义。受传统儒家思想的影响，法官对案件的审理追求刑罚与罪行的精确对应，讲求律、义、情并重、统合的司法价值取向，有时候相同的客观事实由于当事人之间的伦理关系不同而构造出不同的法律事实，由于立法难以穷尽，只好以具有类型化的案件判决作为先例进行适用。^[18] 尽管如此，当下我们正在构建的特色案例体系已不再是古代中国礼法结构之下的判例法，它在现代宪政体制之下被赋予了新的形式和功能。

中国特色案例制度的特色体现在它的辅助性、多元性和连续性。

首先，案例制度不能取代成文法的地位，它只是对成文法的必要补充。制定法在我国的立法体制中具有根深蒂固的主导地位，法官的首要职责即在于准确理解法律条文，进而对案件事实进行涵摄，做出符合法律规定的判决。而这也正是法律的确定性所追求的效果，即每个法官在适用法律的过程中，都能和其他法官一样获致

相同的结论。^[19] 案例发挥作用的地方通常是在出现了制定法难以涵盖的新情况和新问题的场合，在这些场合，案例依其法律构成要件和事实情节等方面的相似性为法官的判决提供指引。

其次，我国的案例制度不是西方的先例或判例，它不是法官法，不是后案法官必须遵循的法律依据，它具有效力层次不一的多样化来源。处在案例制度最顶端的是具有法律约束力的指导性案例，法官遇到类似案件在没有说明理由的情况下需要承担相应的法律后果；典型案例、参考性案例和其他案例也会对法官造成不同程度的来自制度上的压力，但汇编案例和影响性案例原则上不具有这样的约束力。加之，所有这些类型的案例既有最高法院公布的，也有地方各级法院公布的，甚至还有非官方团体评选的，因此，整个案例系统是一个包括不同身份等级案例的开放体系。

最后，我国的案例制度与立法制度之间并不是泾渭分明的，而是存在着一条可以过渡的连续带。案例从判决中来，一般而言，只有那些反映普遍问题具有一般意义的判决才会被当做案例对待，而那些在某一时具有重大指导意义的案例通常会被赋予更强的参考价值，被遴选为具有法律效力的指导性案例。久而久之，越来越多的指导性案例和典型案例积累到一定程度，足以反映某一领域或某一类问题上的普遍立法诉求，通过立法加以系统回应就

[18] 参见张骞等：《中国司法先例与案例指导制度研究》，58-59页，北京，北京大学出版社，2016。

[19] 对于法官而言，案例的参考价值弥补了法律在面对疑难案件时所遇到的漏洞、争议和不确定，从而确保法官始终是在适用法律，就此而言，法律实证论所希冀的法律安定性就有了保障，法官也就具有了可替换性。参见[德]考夫曼：《法律哲学》（第二版），刘幸义译，105页，北京，法律出版社，2013。

成为必要之举。在目前司法解释事实上起到类似于立法功能的现状之下，我们看到一些司法解释首先就是以指导性案例的形式出现的。^[20]很大程度上可以说，案例在补充制定法辅助审判实践的同时，也在为将来的正式立法积累经验和素材。

在现有的研究中，案例制度的功能，尤其是指导性案例的价值取向，得到了比较多的关注，从理论界的学者到实务界的法官律师，大家对案例制度应有的功效充满期待，有学者通过对相关文献的整理，概括和提炼出案例指导制度的十五点价值，内容涉及方方面面，包括案例制度可能发挥的深远影响。^[21]结合自身的研究旨趣和分析视角，不同学者往往侧重案例制度某一方面的价值，比如陈兴良教授就比较注重案例指导制度创制规则的功能，认为“案例指导制度与司法解释制度是相互独立存在的司法制度，两者的功能都是为司法活动提供裁判规则。”^[22]刘作翔教授就认为，我国实行案例指导制度，最初和最直接的原因是“这些年在人民法院的判决里面出现了比较多的同案不同判的情况”。^[23]案例指导制度能够统一司法尺度，约束法官的自由裁量权，最大限度保证类似案件类似处理。

对此，可以对中国特色案例制度的功能和作用进行简要的梳理：从微观层面来看，案例制度的推行能够弥补制定法固有的局限性，在立法出现漏洞、滞后甚至冲

突的情形下为后案法官提供裁量准则上的依据，在案件基本相似的情况下做出相似的判决，从而保证个案正义的实现。从中观层面来看，案例制度能够节省司法资源，提高司法效率，为法官腾出时间精力集中处理那些疑难重大复杂的案件；同时，有助于统一法律适用的标准，约束和规范法官的司法裁量权，树立司法的权威和公信力。从宏观层面来看，案例制度是我国特色社会主义法治体系的重要组成部分，一套成熟规范并能有效运行的案例体系是构建公正、高效、权威的社会主义司法制度的题中应有之义。

四、构建中国案例制度的现实挑战

然而，我们需要看到的是，目前的案例制度还远未将应有的价值展现出来，通过上面的梳理，尽管我们有多种类型的案例可以用于司法实践的指导，但案例本身从形式到实质还存在不少问题，在实践中的运行效果也不是非常理想。总的来说，我国目前的案例已经很丰富，但哪些能够作为案例、这些案例具有哪些效力以及遴选案例的标准是什么等问题还缺乏一致的认识，以至于法官在适用这些案例的时候比较混乱，不仅操作不统一，而且也缺乏经验的积累。针对当前案例制度在形成和运用等方面的问题，可以做出如下几点概括：

[20] 参见秦旺：《论我国案例指导制度的构建和适用方法——以〈最高人民法院公报〉为分析样本》，载《法律方法与法律思维》，2007（4），第215页。

[21] 参见张志铭：《中国法院案例指导制度价值功能之认知》，载《学习与探索》，2012（3）。

[22] 陈兴良：《我国案例指导制度功能之考察》，载《法商研究》，2012（2）。

[23] 刘作翔，前引注[3]，第5页。