

中国法学会资助出版

CHINA JURISPRUDENCE

◆中国法理学研究会主办
◆李林 齐延平 主编

第4辑

中国法理

徐显明题

指导性案例

- 彭中礼 司法裁判中的指导性案例
孙海波 指导性案例隐性适用的背后

理论纵横

- 丁 轶 国家主义的两重维度
蔡宏伟 正当防卫理论中的国家和个人
金 梦 立法性决定的界定与效力
王 霞 论我国法官荣誉制度的建构进路
侯学勇 司法权力规范运行的关键是正当价值体系的构建

比较法研究

- 朱明哲 中国法制近代化中的欧洲中心主义法律观
——以宝道为切入点
杨 帆 法国法社会学的发展与转型
——兼议中国语境下的法学研究范式之争

网络法治

- 张伟强 网络交易标价错误的经济分析
陆宇峰 网络舆论对法制改革顶层设计的策略重构



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

CHINA JURISPRUDENCE

◆中国法理学研究会主办

◆李 林 齐延平 主编

第4辑

中国法理

徐显明题

中国法学会资助出版



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国法理. 第4辑 / 李林, 齐延平主编. -- 北京 :
法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3053 - 6

I. ①中… II. ①李… ②齐… III. ①法理学—中国
—文集 IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 018714 号

中国法理(第4辑)
ZHONGGUO FALI(DI-4 JI)

中国法理学研究会主办
李 林 齐延平 主编

责任编辑 韩满春
装帧设计 马 帅

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 三河市龙大印装有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 14.25
字数 320 千
版本 2019 年 2 月第 1 版
印次 2019 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3053 - 6

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 委 会

主 任 徐显明

副主任 李 林

委 员 (按姓氏拼音顺序为序)

陈金钊 付子堂 葛洪义 公丕祥 高其才 龚廷泰

李 林 刘 星 林 喆 刘作翔 马长山 齐延平

沈国明 舒国滢 宋方青 石泰峰 孙笑侠 王晨光

魏 宏 汪习根 谢 晖 谢鹏程 信春鹰 徐显明

杨宗科 姚建宗 张光杰 郑成良 周旺生 周永坤

朱景文 朱苏力 卓泽渊

主 编 李 林 齐延平

目 录

指导性案例

司法裁判中的指导性案例	彭中礼 / 1
指导性案例隐性适用的背后	孙海波 / 26

理论纵横

国家主义的两重维度	丁 轶 / 50
正当防卫理论中的国家和个人	蔡宏伟 / 63
立法性决定的界定与效力	金 梦 / 78
论我国法官荣誉制度的建构进路	王 霞 / 94
司法权力规范运行的关键是正当价值体系的构建	侯学勇 / 106

比较法研究

中国法制近代化中的欧洲中心主义法律观 ——以宝道为切入点	朱明哲 / 119
法国法社会学的发展与转型 ——兼议中国语境下的法学研究范式之争	杨 帆 / 141

网络法治

网络交易标价错误的经济分析	张伟强 / 162
网络舆论对法制改革顶层设计的策略重构	陆宇峰 / 180

年会简况

中国法学会法理学研究会 2017 年学术年会简况	/ 198
--------------------------------	-------

指导性案例

司法裁判中的指导性案例

彭中礼*

【摘要】 案例指导制度是我国针对法治发展的现实需要而创新的一种法律制度。2012~2016年五个年度间,我国共有1405份司法判决涉及运用指导性案例(其中法院适用指导性案例的司法判决有373份)。经验研究发现,指导性案例的采纳适用与案件类型、案由、指导性案例的提供主体、律师代理、提供指导性案例的方式、审理程序和法院级别等有显著相关性;但与判决书的制作年份等不存在相关性。从指导性案例的司法适用可以看出,指导性案例进入司法判决既缺乏必要的程序保障,也缺乏有效的法律方法支持。从案例指导制度运作的效果来看,案例指导制度尚未有效解决制度设计与法律理念、制度运行与适用方法之间的深刻鸿沟。实证研究和法理反思均表明,任何制度的设计,不仅需要有制度运作的程序安排,也需要有娴熟的法律方法训练,更需要有成熟的理念沉淀,才能真正实现制度创新的目标和价值。从未来发展的角度看,增强指导性案例的实效,需要从程序、方法和理念等层面着手,实现案例指导制度的中国化和本土化。

【关键词】 指导性案例;法律适用;法律方法

一、问题、方法与材料

法治是“使人类行为服从于规则治理的事业”。^{〔1〕}在法治建设良好的国家,“国家和社会必须有严密的法律体系,而这些法律又必须用于裁断纠纷和案件”。^{〔2〕}对于法律来说,其生命力恒存的方式就是通过司法把纸面上的规则转化为具体的法律,并深刻嵌入到人们的生活当中去。因此,法治的基本要求是:法律规范一旦确定,就需要将纸面上的文字变成现实的权利义务,这是法律实施必须要解决的重大课题。通过法律实施,法定的权利义务变成实然的权利义务,进而沟通法律理念与法律现实。司法的过程,是法律从文字变成规训的演变过程,也是一个将法治梦想实践成现实的过程。因而“司法过程的性质问题几乎被所有的法哲学家们提及”。^{〔3〕}如果法律当中有关权利义务的规则仅停留在法律文本上,对人民的行为难以产生丝毫的影响,那么法治就只能成为虚幻故事。换言之

* 彭中礼,中南大学法学院教授,法学博士。

〔1〕 Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Revised Edition), New Haven, Yale University Press, 1961, p. 96.

〔2〕 Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, California, Stanford University Press, London, Oxford University Press, 1961, p. 1.

〔3〕 Ibid., Richard A. Wasserstrom, p. 14.

之,人民对于法治建设的失望,不仅仅是没有法律规范,更有可能是已经制定的法律没有实施,成为虚设,所以中国古人张居正说,“天下之事,不难于立法,而难于法之必行”。〔4〕

在法治建设过程当中,为了有效实施法律,大陆法系和英美法系选择了不同的法律实施模式,形成了不同的司法制度。我国作为以制定法为主导的成文法国家,既继承了成文法系所拥有的全部优点,也存在成文法系所有的缺点。比如,制定法看似具有清晰性、明确性和稳定性等优点,然而一旦被司法适用就可能存在法律漏洞、词语含义模糊等缺点。不过,人类天生地具有制度修复能力。所以,面对上述问题,不同的国家有了不同的因应措施。在我国,为了解决上述问题,创建了案例指导制度,这是一种类似西方判例法传统但又与其明显存有差异的新制度。〔5〕但是,值得深思的是,作为一种新制度,制度的设计者们从未能真正有效、全方位地考察指导性案例的适用效果。可以说,在司法判决当中如何适用〔6〕指导性案例以及应当如何适用指导性案例,既缺乏非常深入的理论反思,也缺乏严肃认真的经验总结。因此,本文所要思考的问题是,在中国这样一个并不深具判例法文化传统,且先例裁判思维亦不发达的国家,案例指导制度会如何运行,法官会如何适用指导性案例,民众又会如何对待案例指导制度?或者说,在案例指导制度的运行中,诸如什么样的案件能适用指导性案例,指导性案例能够被适用的前提是什么,如何适用指导性案例才不至于失去指导性案例的精髓等,都在拷问中国的案例指导制度及其运行实效。通过对案例指导制度运行实效的考察,总结该制度的运行经验,反思该制度的可能缺陷,是制度得以不断保持活力的理论基础。

为了实现研究目的,本文采用实证研究方法,对案例指导制度的运行实效进行考察。鉴于中国裁判文书网已经拥有比较完整的数据查询能力,而且搜索方式也比较先进,因而在数据来源的选择上以中国裁判文书网为主。从材料来看,2011年12月20日,我国颁布了第一批指导案例,共4个,截至2017年4月16日,我国共发布16批指导性案例,共87个(但在本文的实证研究中并没有涉及2016年12月28日以后发布的第15批和第16批指导性案例共18个)。从2012年到2016年年底,有充分的理由相信已经有不少的法院适用过指导性案例。为了解指导性案例在我国是如何适用的,笔者在中国裁判文书网上,

〔4〕 张廷玉:《明史·张居正传》,中华书局1974年版,第5643页。

〔5〕 我国自古就有律例并行的传统,且新中国成立后也非常重视案例的指导作用,如在改革开放之前,由于当时没有法律可用,最高人民法院曾经将一些案例作为法律根据适用;改革开放初期,最高人民法院曾发布多个案例作为司法解释适用。参见黄晓云:《案例指导制度的历史沿革》,载《中国审判》2011年第1期。笔者认为,虽然我国历史上曾经重视发挥案例的作用,但是将案例制度化却是制度创新,与简单的案件类比裁判存有巨大差异。

〔6〕 一般认为,“适用”“引用”和“运用”的含义是不同的。法官在进行司法裁判时,可能出现“适用”指导性案例但是不“引用”指导性案例的情形,而“适用”只是“运用”的情形之一,因此“运用”未必适用,但是“适用”必定属于“运用”。从主体来看,本文所用的“适用”,其主体是法官,“引用”的主体也是法官,而“运用”的主体主要是指案件当事人或者律师。另外,鉴于我国《最高人民法院关于案例指导工作的规定》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件时应当参照”。《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》亦规定“各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的,应当将指导性案例作为裁判理由引述,但不作为裁判依据引用”。全国人大法工委《立法技术规范(试行)(一)》的第14点指出,“应当”与“必须”的含义没有实质区别,法律在表述义务性规范时,一般用“应当”,不用“必须”。由此可见,各级法院在适用指导性案例时,必须引用指导性案例,即“必须将指导性案例作为裁判理由引述,但不作为裁判依据引用”。因此,从司法解释来说,本文所研究的“适用”和“引用”从理论上是重叠的。

以“指导案例”和“指导性案例”〔7〕为关键词进行检索。在检索时间的设定上,从2012年1月11日开始,截至2016年12月31日,共五个年度。通过检索和仔细甄别可知,我国共有1405份裁判文书涉及指导性案例,其中法院适用指导性案例的司法判决有373份。

本文以指导性案例和法律适用的一般法理为基础,仔细观察案例指导制度运行过程中法院适用指导性案例的统计数据,并适当结合个案,对司法判决适用指导性案例的情形尝试性地给出具体的分析框架。笔者首先根据司法裁判文书所包含的构成要素如时间、案件类型、案由、指导性案例的提供主体、有无代理律师、提供指导性案例的方式、审理程序和法院级别等因素,作为考察指导性案例适用的变量,考察这些变量因素与指导性案例是否适用的关联性,然后从中总结我国司法判决适用指导性案例所存在的普遍性问题。本文的主要工作是基于实证研究的描述性分析,然后再根据法理学的一般理论,对我国法院在司法适用指导性案例过程中呈现出来的一般问题,进行必要的理论反思,提出促进案例指导制度完善的方向,从而为进一步提升案例指导制度的运行实效奠定基础。

二、司法判决适用指导性案例的概况

从数据和材料获得的途径来看,本文对司法适用指导性案例问题的实证分析是基于全样本进行的,或者说至少在中国裁判文书网所收纳的司法判决书范围内是属于全样本的。因而,本文的描述性分析非常真实,且不存在任何投机行为。虽然抽样调查是科学的,但是“抽样设计会影响标准误差的估计”〔8〕。而本文对数据库当中的所有样本进行分析,很难出现传统抽样调查方法可能出现的误差问题,因此,所得出的结论具有科学性、准确性。

表1对近五年来我国各级法院适用指导性案例的情况进行了初步统计。自2012年1月最高人民法院正式发布指导性案例以来,指导性案例在我国司法审判实践中多有涉及。因此,从各年份的视角对指导性案例的适用情况进行考察,有利于从整体上把握案例指导制度的贯彻实施情形。从SPSS卡方统计来看,不同年份下指导性案例适用的卡方值=0.403,渐进Sig.(双侧)=0.982(>0.05),皮尔森卡方检验的Sig.值为0.982。这说明,不同年份裁判的案例,在适用指导性案例上没有显著差异。不过,由表1可以得知,从涉及指导性案例的样本数量来看,存在一个逐年上升的趋势。从适用指导性案例的数量来

〔7〕在司法判决中,笔者发现人民群众乃至法官并没有区分“指导案例”和“指导性案例”。有学者认为,指导性案例专指最高人民法院审委会通过并以公告形式正式发布的案例,已经成为专门术语;而指导案例则是指有司法或教学指导作用的案例,二者并不相同。但是,笔者也发现,《最高人民法院关于案例指导工作的规定》中用的是“指导性案例”这个词语(如其中的第7条规定:“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。”)在具体涉及多少号指导案例时,最高人民法院用的是“指导案例多少号”的称呼。(如《最高人民法院关于发布第15批指导性案例的通知》中,指导案例70号到指导案例77号。)为此,本文严格按照《最高人民法院关于案例指导工作的规定》中的用法使用“指导案例”和“指导性案例”。

〔8〕[美]李殷嵩、罗纳德·N.福索佛:《分析复杂调查数据》(第2版),张卓妮译,格致出版社、上海人民出版社2012年版,第15页。

看,这种上升趋势亦相对比较明显。从适用率来看,指导性案例发布后的第一个年头指导性案例少,采纳适用指导性案例的样本案例也比较少;而随着指导性案例的增加和样本数量的增多,采纳适用指导性案例的比率也逐步增加。之所以存在这样的情形,笔者以为可能的影响因素是:第一,最高人民法院发布的指导性案例数量与涉及指导性案例的案件数量密切相关。2012 年度发布的指导性案例偏少,因而能够适用指导性案例的案件数量亦相对较少;此后指导性案例发布逐年增多,因而法院能够适用指导性案例的范围和领域逐步变宽。由此可以解释为何到了 2014 年之后,涉及指导性案例的案件数量大幅度增多,而此前涉及指导性案例的案件一直在低数量层面徘徊。第二,指导性案例的适用率高低并不取决于最高人民法院发布的指导性案例数量,而是受到案件本身事实因素的影响,因而适用率的高低并不决定指导性案例的质量或者其他任何因素。第三,涉及指导性案例的案件数量多寡,可以反映民众对指导性案例的接受程度,进而反映指导性案例的功能正在逐步正常发挥,这是制度本身的作用使然,也是制度的力量所在。总体来看,可以预测的趋势是:随着指导性案例数量的不断增多,随着各级地方法院的法官对指导性案例的了解不断深入,随着民众对指导性案例的了解不断加深,涉及和适用指导性案例的案件数量会不断逐年增长。

表 1 不同裁判年份下的指导性案例适用情况

			年份					合计
			2012 年	2013 年	2014 年	2015 年	2016 年	
指导性案例适用情况	未适用	计数	5	35	221	406	365	1032
		指导性案例适用情况中的比率	0.5%	3.4%	21.4%	39.3%	35.4%	100.0%
		年份中的比率	71.4%	72.9%	74.4%	72.6%	73.9%	73.5%
		总数的比率	0.4%	2.5%	15.7%	28.9%	26.0%	73.5%
	已适用	计数	2	13	76	153	129	373
		指导性案例适用情况中的比率	0.5%	3.5%	20.4%	41.0%	34.6%	100.0%
		时间中的比率	28.6%	27.1%	25.6%	27.4%	26.1%	26.5%
		总数的比率	0.1%	0.9%	5.4%	10.9%	9.2%	26.5%
合计	计数	7	48	297	559	494	1405	
	指导性案例适用情况中的比率	0.5%	3.4%	21.1%	39.8%	35.2%	100.0%	
	年份中的比率	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	
	总数的比率	0.5%	3.4%	21.1%	39.8%	35.2%	100.0%	
卡方值 = 0.403 , 渐进 Sig. (双侧) = 0.982 (> 0.05)								

表 2 对涉及指导性案例的各类案件类型进行了分析。从表 2 来看,法院适用指导性案例最多的案件类型排序为民事类案件、行政类案件和刑事类案件,数值分别为 291 份、60 份和 22 份。从法院适用指导性案例的比率来看,其排序为刑事类案件、行政类案件和民事类案件,适用比率分别为 20.7%、4.3% 和 1.6%。需要思考的是,适用指导性案例的

数量是不是与最高人民法院发布的指导性案例类型的数量多寡紧密相关呢？统计表明，在 69 个样本指导性案例中，民事类指导性案例 42 份，刑事类指导性案例 15 份，行政类指导性案例 12 份。根据 SPSS 数据统计，不同案件类型下，适用指导性案例的卡方值 = 12.982，渐进 Sig.（双侧）= 0.002（< 0.05），皮尔森卡方检验的 Sig. 值为 0.002，远远小于 0.05 的标准，这意味着不同案件类型下指导性案例的适用存在较为显著的差异。不过值得反思的是，综观目前的所有样本案件，适用指导性案例的案件绝对数量却并不多。虽然各种类型的案件适用指导性案例的数量均略高于最高人民法院发布的指导性案例数量，但是其绝对数量相比于司法判决文书的总数量而言严重偏低。这说明，在我国司法实践中，至少是截至目前，指导性案例并没有完全地融入到司法领域。

表 2 不同案件类型下指导性案例的适用情况

			案件类型			合计
			民事案件	刑事案件	行政案件	
指导性案例 适用情况	未 适用	计数	886	33	113	1032
		指导性案例适用情况中的比率	85.9%	3.2%	10.9%	100.0%
		总数的比率	63.1%	2.3%	8.0%	73.5%
	已 适用	计数	291	22	60	373
		指导性案例适用比率	78.0%	5.9%	16.1%	100.0%
		总数的比率	20.7%	1.6%	4.3%	26.5%
合计	计数	1177	55	173	1405	
	指导性案例适用比率	83.8%	3.9%	12.3%	100.0%	
	总数的比率	83.8%	3.9%	12.3%	100.0%	

卡方值 = 12.982,渐进 Sig. (双侧) = 0.002 (< 0.05)

表 3 对不同案由下法院适用指导性案例的情况进行了初步统计。从基本数量统计来看，合同纠纷、侵权责任纠纷、行政行为、执行纠纷和其他纠纷（“其他”类型的案由包括破坏社会主义市场经济秩序罪、公司解散纠纷、管辖权异议纠纷、劳动与人事争议、清算责任纠纷、公司决议撤销纠纷、股东资格确认纠纷、违反安全保障义务纠纷、侵犯财产罪和海商事纠纷等，它们虽然涉及了指导性案例，但是并没有适用指导性案例的裁判文书出现，因而为了研究方便将其归纳为“其他”类型）是样本案件主要案由。通过 SPSS 数据统计的卡方值 = 158.028，渐进 Sig.（双侧）≈ 0.000（< 0.05）。可见，皮尔森卡方检验的 Sig. 值为 0.000，远远小于 0.05 的标准，这意味着不同案由与指导性案例的适用有着显著相关性。换句话说，鉴于目前指导性案例并没有在每一个案由领域都有分布，而只在特定案由领域才存在指导性案例，因而这种强相关性表现得非常明显。由表 3 亦可以得知，司法判决适用指导性案例的案由前四甲分别是侵权纠纷、合同纠纷、行政行为纠纷和执行纠纷。侵权责任纠纷之所以被适用频次最多，是因为指导案例 24 号“荣宝英诉王阳、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”中的裁判要点“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”被多次适用。合同纠纷之所以被适用次数多,主要是最高人民法院发布的指导性案例与合同法相关的数量较多,且案件数量本身亦多,因而适用的频次处在首位。当然,也值得指出,虽然不同案由与指导性案例的适用有强相关性,但是并非某个案由下涉及指导性案例的样本数量越多,其适用指导性案例的频次就越多,二者并不存在正比关系。比如,行政管理范围案由下总共只有 17 份裁判文书,却有 10 份裁判文书适用了指导性案例;而合同纠纷中涉及指导性案例的裁判文书数量有 614 份,亦有 111 份裁判文书适用了指导性案例,但是相比之下,行政管理范围案由下适用指导性案例的裁判文书比率达到 58.8%,而合同纠纷案由下适用指导性案例的裁判文书比率只有 18.1%。

表 3 不同案由下指导性案例的适用情况

			案由												合计
			行政 行为	行政 管理 范围	人格权 纠纷	合同 纠纷	侵权 责任 纠纷	危害 公共 安全罪	妨害 社会 管理 秩序罪	贪污 贿赂罪	侵犯 公民 人身 权利、 民主 权利罪	知识 产权 纠纷	执行 纠纷	其他 纠纷	
指导性案例适用情况	未适用	计数	111	7	9	503	190	0	5	11	4	12	47	133	1032
		指导性案例适用情况中的比率	10.8%	0.7%	0.9%	48.7%	18.4%	0.0%	0.5%	1.1%	0.4%	1.2%	4.6%	12.9%	100.0%
		案由中的比率	63.8%	41.2%	47.4%	81.9%	62.7%	0.0%	31.2%	84.6%	33.3%	60.0%	58.0%	100.0%	73.5%
		总数的比率	7.9%	0.5%	0.6%	35.8%	13.5%	0.0%	0.4%	0.8%	0.3%	0.9%	3.3%	9.5%	73.5%
	已适用	计数	63	10	10	111	113	3	11	2	8	8	34	0	373
		指导性案例适用情况中的比率	16.9%	2.7%	2.7%	29.8%	30.3%	0.8%	2.9%	0.5%	2.1%	2.1%	9.1%	0.0%	100.0%
		案由中的比率	36.2%	58.8%	52.6%	18.1%	37.3%	100.0%	68.8%	15.4%	66.7%	40.0%	42.0%	0.0%	26.5%
		总数的比率	4.5%	0.7%	0.7%	7.9%	8.0%	0.2%	0.8%	0.1%	0.6%	0.6%	2.4%	0.0%	26.5%
合计	计数	174	17	19	614	303	3	16	13	12	20	81	133	1405	
	指导性案例适用情况中的比率	12.4%	1.2%	1.4%	43.7%	21.6%	0.2%	1.1%	0.9%	0.9%	1.4%	5.8%	9.5%	100.0%	
	案由中的比率	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	
	总数的比率	12.4%	1.2%	1.4%	43.7%	21.6%	0.2%	1.1%	0.9%	0.9%	1.4%	5.8%	9.5%	100.0%	
卡方值 = 158.028, 渐进 Sig. (双侧) = 0.000 (< 0.05)															

从各指导性案例的适用频次来看,当事人提及的指导性案例分布范围较广,主要提及的指导性案例如表 4 所示。表 4 表明,在最近 5 年当中,当事人反复提及的指导性案例分别是指导案例 9 号、指导案例 14 号、指导案例 15 号、指导案例 17 号、指导案例 19 号、指导案例 22 号、指导案例 23 号、指导案例 24 号、指导案例 25 号、指导案例 34 号、指导案例 36 号、指导案例 54 号。而被法院适用最多的指导性案例分别是指导案例 9 号、指导案

性案例时,仅说参照或者根据“相关指导性案例”〔9〕,然后直接宣布裁判结果。还值得关注的是,有些指导性案例被法院适用之时,当事人没有提及该指导性案例,然而法院自行适用,从而出现法院适用指导性案例比当事人提及的指导性案例次数还要多的现象。这意味着当事人对如何运用指导性案例缺乏足够认识,进而这也可以说明案例指导制度被民众熟悉并被认知还需要一定的时间。

三、司法判决适用指导性案例的程序

作为一种全新制度,我国现有法律并没有规定指导性案例的适用程序,即指导性案例是不是像法律规则一样,是法律发现的重要对象,这不仅是一个理论问题,也是一个重大司法实践问题。为此,笔者先从法院的审判级别与指导性案例的适用情况入手分析实践中法官适用指导性案例的操作程序,进而在理论部分进行必要的反思。

从司法实践来看,指导性案例的发现程序并不复杂。表5对指导性案例的提供方与指导性案例的采纳适用情况进行了比较分析,通过SPSS数据统计表5的卡方值=325.834,渐进Sig.(双侧) ≈ 0.000 (< 0.05)。可见,皮尔森卡方检验的Sig.值为0.000,远远小于0.05的标准,这意味着指导性案例的不同提供主体与指导性案例的适用有着显著相关性。从中可以发现:第一,当事人都希望能够通过提供指导性案例来影响法官,因而当事人提供指导性案例的数量一直居高不下。不过,值得深思的是,当事人所提供的指导性案例,被法官采纳适用的比率并不高,甚至可以说是非常之低,这不能说是法官罔顾指导性案例,而应该是当事人所提供的指导性案例与之需要裁判的案件关联性缺乏或者其他因素缺乏。第二,法官经常主动提供指导性案例,并且被采纳适用的比率非常高。但也存在法官提供指导性案例但没有被采纳适用的情形,主要原因在于法官往往会通过提供指导性案例与所审案件进行对比,从而得出事实不同的结论。从理论上讲,法官主动提供指导性案例应当归属于法律发现的范畴,而当事人提供的指导性案例尚需要法官的审查,因而适用率较低。第三,检察机关主动提供适用指导性案例的比率并不高,而且主要是在刑事案件当中提供指导性案例。第四,虽然也有第三人提供指导性案例的情形,但是被法院所采纳适用的案例并没有出现。第五,也有案件当中当事人和法官同时提供了指导性案例,但是法官提供的指导性案例与当事人提供的指导性案例却截然不同,因而成为指导性案例提供的“混合型”,这说明当事人所理解的“案件相似”与法官所理解的“案件相似”存有较大差别。由上可以说明的问题是,诉讼当事人和法院都是指导性案例的发现主体,只是各种发现主体之间能够推动法官采纳适用指导性案例的作用有较大差别。

〔9〕如在“虞庆伾与周敏、中国人民财产保险股份有限公司溧阳支公司机动车交通事故责任纠纷案”中,法院指出:“根据鉴定机构在鉴定报告中所作的陈述,其系依据原告的年龄状况推定其今后的功能训练会影响伤情的愈合,本质上是依据被鉴定人的实际体质状况对参与度作出的认定,根据相关指导案例,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,故被告保险公司该项辩解意见,本院不予支持。”参见江苏省溧阳市人民法院(2016)苏0481民初3730号民事判决书。

表 5 不同提供主体下指导性案例的适用情况

			提供指导性案例主体					合计
			当事人 提供	第三人 提供	法院 提供	检察院 提供	混合型 提供	
指导性案例 适用情况	未适用	计数	1017	1	3	7	4	1032
		指导性案例适用情况中的比率	98.5%	0.1%	0.3%	0.7%	0.4%	100.0%
		提供指导性案例主体中的比率	80.0%	100.0%	2.6%	70.0%	57.1%	73.5%
		总数的比率	72.4%	0.1%	0.2%	0.5%	0.3%	73.5%
	已适用	计数	254	0	113	3	3	373
		指导性案例适用情况中的比率	68.1%	0.0%	30.3%	0.8%	0.8%	100.0%
		提供指导性案例主体中的比率	20.0%	0.0%	97.4%	30.0%	42.9%	26.5%
		总数的比率	18.1%	0.0%	8.0%	0.2%	0.2%	26.5%
合计	计数	1271	1	116	10	7	1405	
	指导性案例适用情况中的比率	90.5%	0.1%	8.3%	0.7%	0.5%	100.0%	
	提供指导性案例主体中的比率	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	
	总数的比率	90.5%	0.1%	8.3%	0.7%	0.5%	100.0%	

卡方值 = 325.834, 渐进 Sig. (双侧) ≈ 0.000 (< 0.05)

从表 5 来看,在涉及指导性案例的案件当中,当事人提供指导性案例的案件非常多,达到了总样本的 72.4%。这是不是可以说,我国普通民众对指导性案例已经十分熟悉了?或者说,指导性案例刚建立不久,指导性案例就已经深入人心,成为普通民众都熟悉的重要规范?为了验证这种可能性的真伪,笔者进一步考察了有代理律师的案件与指导性案例的适用关系(见表 6)。通过 SPSS 的数据统计的卡方值 = 11.795,渐进 Sig. (双侧) = 0.001 (< 0.05)。可见,皮尔森卡方检验的 Sig. 值为 0.001,远远小于 0.05 的标准,这意味着代理律师与指导性案例的适用有着显著相关性。事实上,从表 6 也可以明确反映出来,有代理律师的案件,提供指导性案例的频次就远远高于没有代理律师的案件。而且,有代理律师的案件,所提出的指导性案例被采纳适用的比率(77.7%)远远高于没有代理律师的当事人提出的指导性案例(22.3%)。这间接说明,律师作为一种职业,当然会有比当事人更高的法律素养,毕竟“律师通过向公众或者准备雇用他的个人及机构提供自己的专业技能获得报酬”^[10],而且从根本上说律师也是接受指导性案例的精英团体之一,是法律制度最早被认知(但不一定认可)的群体。同时,这也说明指导性案例的普及群体仍然仅限于法律精英,如果要进一步落实到普通群众的信仰和行为中,还要走一段较长的路程。

[10] [英]布赖恩·辛普森:《法学的邀请》,范双飞译,北京大学出版社 2014 年版,第 176 页。

表6 律师代理与指导性案例的适用情况

			代理律师		合计
			有代理律师	无代理律师	
指导性 案例 适用情况	未适用	计数	882	150	1032
		指导性案例适用情况中的比率	85.5%	14.5%	100.0%
		代理律师中的比率	75.3%	64.4%	73.5%
		总数的比率	62.8%	10.7%	73.5%
	已适用	计数	290	83	373
		指导性案例适用情况中的比率	77.7%	22.3%	100.0%
		代理律师中的比率	24.7%	35.6%	26.5%
		总数的比率	20.6%	5.9%	26.5%
合计		计数	1172	233	1405
		指导性案例适用情况中的比率	83.4%	16.6%	100.0%
		代理律师中的比率	100.0%	100.0%	100.0%
		总数的比率	83.4%	16.6%	100.0%
卡方值 = 11.795 , 渐进 Sig. (双侧) = 0.001 (< 0.05)					

从程序上看,需要追问的是,当事人是以什么形式让指导性案例进入法官视野的呢?表7对当事人提交指导性案例的方式进行了综合总结。通过SPSS数据统计的卡方值 = 698.009,渐进 Sig. (双侧) ≈ 0.001 (< 0.05)。可见,皮尔森卡方检验的 Sig. 值为 0.001,远远小于 0.05 的标准,这意味着当事人提供指导性案例的方式与指导性案例的适用有显著相关性。从表7可以看出,有1071份司法判决书中的当事人将指导性案例视为裁判规范提交,有175份司法判决书中的当事人将指导性案例当作案件证据提交,有40份司法判决书中的当事人将指导性案例作为参考资料提交给法院。从法院适用指导性案例的司法判决书数量来看,将指导性案例当作裁判规范提交的采纳适用率为8.0%,当作参考资料提交的采纳适用率为17.5%,当作案件证据提交的采纳适用率为94.3%。由此可以说明两个问题:一是当事人对如何让指导性案例进入司法案件缺乏统一认识;二是我国法院对此也没有相应的制度因应。因而导致的问题是,虽然当事人十分重视参考或者参照指导性案例,但是因为其对指导性案例与本案的因果关系缺乏确切的把握,因而在提供指导性案例时带有一定的盲目性,缺乏有针对性地提供指导性案例。而且,当事人对于如何运用指导性案例显然缺乏有效的认识,因而在提供指导性案例时,该如何使用指导性案例,也缺乏正确的认识。这似乎也可以进一步说明,对于民众而言,虽然我国已经建立起了案例指导制度,但是案例指导制度全面融入司法,还需要一段时间甚至较长时间的理解和接纳。

表 7 当事人提供指导性案例的方式与指导性案例的适用情况

			当事人提供指导性案例的方式			合计
			当作案件 证据提交	当作裁判 规范提交	当作参考 资料提交	
指导性案例适用情况	未适用	计数	10	985	33	1028
		指导性案例适用情况中的比率	1.0%	95.8%	3.2%	100.0%
		当事人提供指导性案例的目的中的比率	5.7%	92.0%	82.5%	79.9%
		总数的比率	0.8%	76.6%	2.6%	79.9%
	已适用	计数	165	86	7	258
		指导性案例适用情况中的比率	64.0%	33.3%	2.7%	100.0%
		当事人提供指导性案例的目的中的比率	94.3%	8.0%	17.5%	20.1%
		总数的比率	12.8%	6.7%	0.5%	20.1%
合计	计数		175	1071	40	1286
	指导性案例适用情况中的比率		13.6%	83.3%	3.1%	100.0%
	当事人提供指导性案例的目的中的比率		100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
	总数的比率		13.6%	83.3%	3.1%	100.0%

卡方值 = 698.009, 渐进 Sig. (双侧) ≈ 0.001 (< 0.05)

从程序上来看,还值得追问的是,指导性案例的采纳适用与案件审理的程序阶段是否存在一定的关系?从表 8 的 SPSS 数据统计结果来看,其卡方值 = 91.113,渐进 Sig. (双侧) ≈ 0.000 (< 0.05)。由卡方检验的结果可知,其 Sig. 值小于 0.05,这说明不同的审理程序,在指导性案例的适用情况上存在显著差异。表 8 表明,二审、一审、执行程序 and 申诉程序当中涉及指导性案例的样本案件最多,分别达到了 739 份、532 份、57 份和 56 份。从不同审理程序阶段指导性案例的适用率来看,提审程序、执行程序和一审程序的适用率相对来说较高,分别为 60%、42.11% 和 39.28%;除了重审程序尚未采纳适用指导性案例外,其他程序皆有采纳适用指导性案例的案件。这说明,无论案件是在哪个审理阶段,法官都不会忽视对指导性案例的采纳和适用。可以预见,随着时间的累积和指导性案例的不断增多,各审理程序阶段适用指导性案例的案件也会越来越多。另外,笔者通过统计发现,有 31 个案件的当事人将再审或者申诉的理由归结为所需要审理的案件与该案件审理时间邻近的指导性案例类似,但没有得到平等对待。^[11]但是,法院通过审理发现,该 31

[11] 如在“丽丽与中国太平洋财产保险股份有限公司邢台市宁晋支公司财产保险合同纠纷案”中,上诉人主要提出,适用最高人民法院公布的第 24 号指导性案例来认定本案是对“个人体质”理解错误。法院对此指出:“从本案现有的证据看,能够认定张连因对于发生交通事故,既不存在过错责任,也不存在故意的情形,其自身的疾病是事故造成后果的客观因素,并无法律上的因果关系,对于被保险人对第三者造成的人身损害结果,保险人依法应当承担相应的民事责任。因此,对于最高院公布的指导性案例,对于下级人民法院审理相同法律关系的案件,具有相应的指导意义。另一方面,由于本案交通事故的形成,是由于驾驶人在驾驶机动车行驶中所发生的追尾事故,受害人对此无法预见。因此,依法应当由机动车一方承担事故引发的全部赔偿责任。”参见河北省邢台市中级人民法院(2016)冀 05 民终 1516 号民事判决书。

个案件的当事人都错误地理解或者错误地运用了指导性案例,因而要么是驳回申诉,要么是通过再审程序驳回重审请求。

表 8 不同审理程序下指导性案例的适用情况

			审理程序							合计
			一审程序	二审终审	提审程序	再审程序	申诉程序	重审程序	执行程序	
指导性案例适用情况	未适用	计数	323	617	3	11	44	1	33	1032
		指导性案例适用情况中的比率	31.3%	59.8%	0.3%	1.1%	4.3%	0.1%	3.2%	100.0%
		审理程序中的比率	60.7%	83.5%	60.0%	73.3%	78.6%	100.0%	57.9%	73.5%
		总数的比率	23.0%	43.9%	0.2%	0.8%	3.1%	0.1%	2.3%	73.5%
	已适用	计数	209	122	2	4	12	0	24	373
		指导性案例适用情况中的比率	56.0%	32.7%	0.5%	1.1%	3.2%	0.0%	6.4%	100.0%
		审理程序中的比率	39.3%	16.5%	40.0%	26.7%	21.4%	0.0%	42.1%	26.5%
		总数的比率	14.9%	8.7%	0.1%	0.3%	0.9%	0.0%	1.7%	26.5%
合计	计数	532	739	5	15	56	1	57	1405	
	指导性案例适用情况中的比率	37.9%	52.6%	0.4%	1.1%	4.0%	0.1%	4.1%	100.0%	
	审理程序中的比率	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	
	总数的比率	37.9%	52.6%	0.4%	1.1%	4.0%	0.1%	4.1%	100.0%	
卡方值 = 91.113, 渐进 Sig. (双侧) ≈ 0.000 (< 0.05)										

既然指导性案例的适用与案件审理的程序有强相关性,那么从案件的审理级别来看,指导性案例的适用是否与法院的审理级别存有密切联系呢?表9对此进行了有效考察。通过 SPSS 数据统计的卡方值 = 55.949,渐进 Sig. (双侧) ≈ 0.000 (< 0.05)。由此可见,皮尔森卡方检验的 Sig. 值为 0.000 (< 0.05),这说明司法裁判中,案件审判法院的级别与指导性案例的适用之间存在强相关性。从表9可以看出,运用指导性案例最多的主要是基层人民法院和中级人民法院,占到了样本数的 89.61%。而且,从适用指导性案例的绝对数量来看,基层人民法院和中级人民法院发布的适用指导性案例的司法判决数量最多,分别是 188 份和 149 份,排第三位的是高级人民法院,适用指导性案例的司法判决为 35 份。不过从指导性案例的适用率来看,基层人民法院、专门法院和高级人民法院的适用率分别位居前三甲,其比率分别为 37.8%、33.3% 和 26.7%。综合而言,我国对指导性案例的适用主要以地方各级法院为主,因为他们审理了绝大多数案件,因而适用指导性案例的机会本来就比最高人民法院和专门法院多。因此,适用指导性案例的程序性操作问题主要在地方法院展开。考虑到指导性案例本来就是最高人民法院为了尽可能地统一司法判决规则,尽可能减少或者消除“同案不同判”现象而设立的制度。最高人民法院作为指导性案例的产出者,决定指导性案例的选编过程,而各级法院仅仅只是指导性案例的适用者,必须尽可能地通过指导性案例的示范效应,达到指导性案例引导下的“同案同判”。