

# 商事指导性案例的 司法适用

JUDICIAL APPLICATION  
OF COMMERCIAL  
DIRECTIVE CASES

陈 洁 主编

COMMERCIAL  
DIRECTIVE CASES

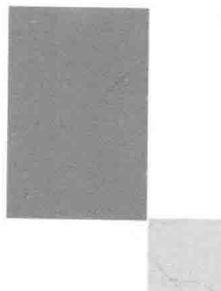


社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

陈 洁 主编

# 商事指导性案例的 司法适用

JUDICIAL APPLICATION  
OF COMMERCIAL  
DIRECTIVE CASES



## 图书在版编目(CIP)数据

商事指导性案例的司法适用 / 陈洁主编. -- 北京:  
社会科学文献出版社, 2017. 10  
ISBN 978 - 7 - 5201 - 1524 - 7

I. ①商… II. ①陈… III. ①商法 - 法律适用 - 中国  
IV. ①D923. 990. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 244499 号

## 商事指导性案例的司法适用

---

主 编 / 陈 洁

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 李 晨 郭瑞萍

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社(010) 59367156

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: [www.ssap.com.cn](http://www.ssap.com.cn)

发 行 / 市场营销中心(010) 59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 18.25 字 数: 316 千字

版 次 / 2017 年 10 月第 1 版 2017 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 1524 - 7

定 价 / 79.00 元

---

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心(010-59367028)联系

 版权所有 翻印必究

# 目 录

指导性案例的规范性及其发展方向	
——以涉商事指导性案例为例 .....	邹海林 / 001
商事指导性案例制度构建的几个理论问题 .....	范 健 丁凤玲 / 026
指导性案例发展的判例制解释路径 .....	王 涌 / 053
关联公司间法人人格否认规则的适用机理	
——兼评最高人民法院指导案例第 15 号 .....	陈 洁 / 060
分期付款股权转让合同的司法裁判	
——指导性案例第 67 号裁判规则质疑 .....	钱玉林 / 074
商事指导性案例裁判要点焉能脱离原案标新立异?	
——最高法院指导性案例第 67 号评析 .....	吴建斌 / 091
论商事指导性案例的法源地位及适用顺位	
——兼及我国商法渊源的立法构想 .....	王建文 / 111
商事指导性案例中规则续造推理的规范性 .....	曹兴权 / 132
论案例指导制度的功能定位与遴选标准 .....	缪因知 / 147
“在建商品房买卖型担保”的法律性质和效力分析	
——基于《最高人民法院公报》案例的考察 .....	叶俊鑫 郑 彧 / 154
指导性案例第 67 号的“创新”与证伪 .....	肖 雄 / 167
指导性案例的政策引导功能 .....	王绍喜 / 189
论指导性案例制度预设功能的实现机制 .....	张 彬 / 202
商事指导性案例“裁判理由”的规范化 .....	鲁小江 / 215
风险投资中领售权条款应用的法律分析 .....	张鹏飞 / 230
附录 “商事指导性案例的规范化”学术研讨会 .....	260

# 指导性案例的规范性及其发展方向

## ——以涉商事指导性案例为例

邹海林\*

**【内容摘要】** 指导性案例在我国被称为法律解释之一种方式，规范性为指导性案例的立命之本。因为成文法制度的限制，指导性案例总体上不构成我国私法的法源，作为中国特色的释法工具，其对各级法院审理类似案件具有参照效用。指导性案例的体例、目的、示范性以及参照均围绕其规范性而展开；为全面落实指导性案例的目的和本旨，有必要将指导性案例的规范性转型为司法解释的一种形式，并继续发挥指导性案例的参照效用，以切实推进指导性案例制度在我国的成长。

**【关键词】** 指导性案例 裁判要点 裁判规范 参照 司法解释

### 一 指导性案例的规范性及其现状

指导性案例的规范性，是指以指导性案例的形式解释法律规范以形成可供各级法院在审理类似案件时援引的裁判规范。指导性案例的规范性，既是我国建立和发展案例指导制度、统一司法裁判尺度的起点，也是我国案例指导制度发挥最优效用机制的归宿。

指导性案例是我国案例指导制度实践“案例释法”的组成部分。早在20世纪50年代，最高人民法院就开始用案例指导审判工作。自1985年开始，《最高人民法院公报》启动了刊发各类典型案例的机制，供各级法院在审理案件活动中参考借鉴；至2011年底，《最高人民法院公报》共发布834件案例，其中“裁判文书选登”栏目发布案例241件，“案例”栏目发布案例593件。<sup>①</sup> 20世

\* 邹海林，法学博士，中国社会科学院法学研究所研究员。

① 参见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》，《中国法学》2013年第3期，第35页。

纪90年代开始,最高人民法院的审判业务部门组织力量,编辑出版案例类审判参考丛书。可见,案例指导在我国司法实务中是具有自己的历史的。1999年,最高人民法院制定《人民法院五年改革纲要》,提出要编选典型案例,供下级法院审理类似案件时参考。2005年,《人民法院第二个五年改革纲要》正式提出要建立和完善案例指导制度。由此,案例指导制度被定位于我国司法改革的重要措施之一。2010年11月26日,最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》,明确以指导性案例的形式落实案例指导制度,指导性案例经案例指导工作办公室遴选、审查和编辑,报经最高人民法院审判委员会讨论决定,由最高人民法院以公告的形式统一发布在《最高人民法院公报》、最高人民法院网站和《人民法院报》上;各级法院审判类似案件时,应当参照指导性案例。同年,最高人民法院规定,高级人民法院可以发布参考性案例,对辖区内各级法院和专门法院的审判业务工作进行指导。<sup>①</sup>2015年4月27日,最高人民法院发布《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》,对指导性案例的选择范围、体例、遴选、报审、发布以及指导性案例的参照方式等做了进一步的明确。“最高人民法院发布的指导性案例,是解释法律的一种方式,也是法律适用的一种方式,还是指导全国法院工作的重要方式……指导性案例,不仅不同于以往任何单位和部门发布的案例,也与最高人民法院以往发布或刊发的各类案例不同。”<sup>②</sup>除最高人民法院发布的指导性案例之外,经由最高人民法院和高级人民法院发布的具有示范、引导、参考作用的其他案例,均不属于指导性案例,也不得使用指导性案例的名称。

2011年12月,最高人民法院发布第一批指导性案例;截至2017年3月,最高人民法院共发布了16批共计87件指导性案例。其中,民事案例55件,占63.22%;行政案例14件,占16.09%;刑事案例15件,占17.24%;国家赔偿案例3件,占3.45%。在已经发布的民事指导性案例中,涉知识产权案例19件,占已发布的指导性案例总数的21.83%;而涉商事指导性案例仅有9件,包括涉公司关系的案例4件、破产1件、保险赔偿件3件以及海事纠纷1件。<sup>③</sup>

① 参见最高人民法院《关于规范上下级人民法院审判业务关系的若干意见》(2010年)第9条。

② 胡云腾:《关于案例指导制度的几个问题》,《光明日报》2014年1月19日,第16版。

③ 具体而言,包括指导性案例第8号(公司僵局解散案)、第10号(董事会决议撤销案)、第15号(公司人格混同案)、第25号(保险代位权的请求权基础案)、第31号(船舶碰撞案)、第52号(海上货物运输保险案)、第67号(股权转让纠纷案)、第73号(破产别除权案)、第74号(保险代位权案)。

以指导性案例落实案例指导制度已经实施了6年有余，最高人民法院发布的涉商事指导性案例仅有9件，这与最高人民法院同期发布的商事司法解释对应的解释条文相比，完全不在一个数量级上。再者，自2009年以来，我国各级法院每年受理的民事案件数量都在600万件以上，到2015年突破了千万件：2009年，643.6万件；2010年，671.5万件；2011年，722.7万件；2012年，794万件；2013年，844.2万件；2014年，906.8万件；2015年，1009.8万件。若与我国近年来各级法院受理的民事案件数量相比，涉商事指导性案例的存在几乎可以忽略不计。如此稀少的涉商事指导性案例，在审判实务中是否能够有效地发挥着指导各级法院审理类似案件的参照效用，更难以评估。<sup>①</sup>

指导性案例的规范性是我国案例指导制度形成和发展的价值中枢。目前，指导性案例的规范性处于何种状态，将来如何发展，均有待于做进一步的分析研究。本文将围绕指导性案例的规范性，从指导性案例的体例范式、目的、示范性和参照等不同角度做些探讨，以期能对我国指导性案例的成长有所帮助。

## 二 指导性案例的体例范式

就指导性案例而言，不论其为影响性案例、细则性案例、典型性案例、疑难性案例还是新类型案例，<sup>②</sup>按照最高人民法院的要求，指导性案例的体例结构由标题、关键词、裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果、裁判理由以及包括生效裁判审判人员姓名的附注组成。<sup>③</sup>指导性案例限于“裁判已经发生法律效力，认定事实清楚，适用法律正确，裁判说理充分，法律效果和社会效果良好，对审理类似案件具有普遍指导意义的案例”<sup>④</sup>，但其体例和内

① 有学者对此表达了疑虑：案例指导制度的标志不是以指导性案例的发布为标志，而是应当以已发布的指导性案例在后案的审判中被实际援引为标志，哪怕有一个指导性案例被实际援引，也算是这个制度的真正落地和实现。但在中国偌大的法院系统中，有无指导性案例被援引不得而知，在可能的网络信息搜索中还看不到，询问最权威的最高人民法院的法官们，也是语焉不详。参见刘作翔《中国案例指导制度的最新进展及其问题》，《东方法学》2015年第3期，第44页。

② 参见陈兴良《案例指导制度的规范考察》，《法学评论》2012年第3期，第120~121页。

③ 参见最高人民法院《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第3条。

④ 最高人民法院《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第2条。

容，并非原生效裁判文书的体例，内容也不会完全相同。准确地说，指导性案例是对原生效裁判文书经“演绎”后形成的案例编辑作品，是以裁判规范的表达为中心的、供各级法院审理类似案件参照的示范性案例。

原生效裁判是司法产品，对当事人产生个案的既判力，不具有形成规范并示范其他类似案件裁判的效用。指导性案例是最高人民法院“加工”或“演绎”原生效裁判形成的编辑作品，虽然在基本案情、裁判结果和裁判理由部分与原生效裁判相同或者近似，但其特有的裁判要点和相关法条的逻辑排序，使其成为名副其实的“释法”工具，并开始脱离原生效裁判而对其他相似案件产生类似裁判的示范效用。“指导性案例所确定的裁判要点，是从指导性案例中抽象出来并指导类似案件审判的裁判规则，全国法院在审判类似案件时都应当参照，同时可以作为裁判文书的说理依据加以引用。而其他案例均没有这样的效力，也不得在裁判文书中加以引用。”<sup>①</sup> 指导性案例之所以能够发挥指导各级法院审理类似案件的作用，关键是其体例和内容上的裁判要点，裁判要点如同条文范式的司法解释，可供各级法院审理类似案件反复使用。例如，指导性案例第67号的裁判要点为：“有限责任公司的股权分期支付转让款中发生股权受让人延迟或者拒付等违约情形，股权转让人要求解除双方签订的股权转让合同的，不适用《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第167条关于分期付款买卖中出卖人在买受人未支付到期价款的金额达到合同全部价款的1/5时即可解除合同的规定。”裁判要点是指导性案例的规范性表征，其实质为最高人民法院认可原生效裁判解释法律或补充法律漏洞的作用并由此而形成的裁判规范，以此为各级法院审理类似案件预设了裁判标准。

指导性案例“在一定程度上可以脱离具体案件而存在，因而具有对个案的超越性”<sup>②</sup>，并以此成就了裁判要点被各级法院审理类似案件时援引（参照）的裁判规范价值。有学者对指导性案例的裁判要点不以为然，认为其与指导性案例的案件事实只有间接的关联，脱离案件事实的裁判要点仍只是对某个法律条文或者术语的“静止性”理解，对个案的指导效能必将有限。<sup>③</sup> 这里应当注意的是，裁判要点虽表现为裁判规范，但其不是孤立存在的，其仅在依托于指导性案例的基本案情和裁判理由的基础上，才有存在的意义。

① 胡云腾：《关于案例指导制度的几个问题》，《光明日报》2014年1月19日，第16版。

② 陈兴良：《案例指导制度的规范考察》，《法学评论》2012年第3期，第123页。

③ 参见刘树德《最高人民法院司法规则的供给模式》，《清华法学》2015年第4期，第85页。



指导性案例与案件事实之间并非只有间接的关联。指导性案例没有必要像原生效裁判那样，在法律文本的适用与具体案件事实之间建立直接的关联关系。缺乏直接的关联，原生效裁判就不可能产生个案的约束力；指导性案例不需要有个案的约束力，并不表明其与案件事实就没有直接的关联。最高人民法院设立的案例指导机构以原生效裁判为基础，针对具体的案件事实、根据法律规范的内在精神或基本原则和法律规范的预设价值，凭借自己的生活经验、常识以及道德感悟和对案件的裁判结果和裁判理由的理解，提炼并归纳裁判要点，从而形成了以规范性为本旨的指导性案例。因此，指导性案例的存在基础就是原生效裁判认定的法律事实（基本案情），裁判要点的形成和裁判理由的表述均与原生效裁判认定的具体案件事实有直接的关系，如果没有这些案件事实的连接，压根儿就无法形成指导性案例。这是指导性案例区别于最高人民法院的司法解释（如“意见”、“批复”和“规定”）的显著特点。在法律解释的意义上，指导性案例在法律文本与案件事实之间必须建立起直接的关联，裁判要点以具体的案件事实为导向，法官不能脱离具体的案件事实来讨论、认识或者适用指导性案例表达的裁判要点，这相应地限定了指导性案例在类似案件的裁判中被参照或援引的场景或空间。“对规则的解释并不是司法活动的重点，其重点在于对待决案件与判决的案件在事实上是否具有类似性进行正确判断：如果类似，则可以适用先例规则。如果不相类似，则不能适用先例规则。在案件事实类似性的判断中，更多的是采用类比推理方法。在我国实行案例指导制度以后，对案件事实的类似性的争议及其裁判，将会成为司法活动的重要内容，它直接决定着指导性案例的适用范围。”<sup>①</sup> 相对于那些与案件事实没有关联的司法解释文本，指导性案例“具有及时性、灵活性、针对性强、易于把握的特点。用已决案例指导待决类似案件的裁判。可以在‘抽象到具体’的法律适用中，增加一个‘具体到具体’的参照，有助于缩短办案时间，提高司法效率”<sup>②</sup>。指导性案例表达的裁判要点与案件事实有直接的关联，这就要求各级法院在援引或参照指导性案例的裁判要点时，应当先确定待决案件的基本案情是否与指导性案例的基本案情相同或类似。在指导各级法院裁判类似案件方面，指导性案例无疑是法律解释方法的一个巨大进步。

① 陈兴良：《案例指导制度的规范考察》，《法学评论》2012年第3期，第122页。

② 周强：《充分发挥案例指导作用促进法律统一正确实施》，载胡云腾《中国案例指导》（总第1辑），法律出版社，2015，第3页。

指导性案例的示范性直接源自其裁判要点、案件事实和裁判理由，而尤以裁判理由为重。裁判理由是裁判要点和案件事实结合的枢纽。“指导性案例的功能在于指导与统一判例，其核心部分就在于说理，故案情部分应简要精当，理由部分应当翔实充分，言之有理，持之有故。”<sup>①</sup> 裁判理由部分应当更加细致而全面地展现整个裁判结果形成的过程与依据，尤其要对具体案件所采用的法律解释方法的运用过程和解释结论予以详细的展开。客观地讲，最高人民法院发布的涉商事指导性案例在说理部分还是相当努力的，而且进步也是明显的；裁判理由部分已经渗透了大量的最高人民法院认可的法律解释方法。有批评者认为我国目前的指导性案例几乎不重视说理，<sup>②</sup> 这一现象确实一定程度上存在着，还有待改进。例如，指导性案例第 67 号对于股权转让合同的解除不适用《合同法》第 167 条的规定，裁判理由分别从《合同法》第 167 条之文义和立法目的进行说明，并结合案件具体事实（如有继续履行的愿望、行为、能够履行、当事人约定“永不反悔”等），借用诚实信用原则的落实和保障交易安全的理念，说明股权转让合同不应解除，从而排除了《合同法》第 167 条在本案中的适用。但该指导性案例的说理部分对于当事人意思表示的解释还有所欠缺，这使得其排除《合同法》第 167 条适用于股权转让合同的裁判要点的说服力比较勉强。再者，该指导性案例的裁判要点主要是补充法律漏洞，但其裁判理由并不足以支持其超出案件类型范围而表达的裁判要点。<sup>③</sup>

指导性案例的裁判理由，不是为了证明裁判结果的正确，而是为了证明对应于相关案件事实的裁判要点的正确性，以增强裁判要点的说明力使其被法官职业群体普遍接受。除与案件事实相结合的部分外，裁判理由更应当偏重于法律解释的技术完善层面：如通过目的解释，使法律文本内容更为清晰、准确地反映立法宗旨或立法精神；在遵循法律本意的前提下，

① 参见周翠《民事指导性案例：质与量的考察》，《清华法学》2016年第4期，第62页。

② 参见房文翠、任敏《指导性案例评释——以最高人民法院发布的9批指导性案例为研究对象》，《法律适用》2015年第8期，第62页及以下。

③ 法官在进行对法律漏洞的补充时应当考虑的因素是多元化的，以指导性案例补充法律漏洞应当特别注意将裁判要点限定于特定案件类型的范围内，不宜做出可能造成法律文本的适用范围不确定的扩张或限缩。指导性案例第67号的裁判要点所称的“股权受让人延迟或者拒付等违约情形”，不仅超出了原生效裁判的案件类型（受让人迟延）范围，而且将“受让人拒付”也包括在内，明显不符合《合同法》第167条的规范目的。受让人拒付分期付款的转让价金，属于严重违反诚实信用原则的行为，理应受《合同法》第167条的约束。

进一步细化延展法律条文内容，扩张或者限缩法律条文的字面含义，以增强法律条文表述的准确度，减少法律的理解偏差和实施弹性；通过司法审判经验的积累与整理，发现立法中脱离现实或不符合现实的纰漏，并利用法律技术弥补法律漏洞。<sup>①</sup> 裁判理由部分不仅具有推导出裁判要点的方法论价值，其更为重要的意义还在于展现了最高人民法院对原生效裁判认定事实（包括对事实文本的法律解释）、解释法律的方法运用与价值判断，以及对法律事实与法律规范结合的技术的承认。在这里，我们必须假定：指导性案例是最高人民法院以其“固有的公共理性”和“良好的司法技艺”编辑生成的、受到各级法院的法官职业群体高度认同的案例。<sup>②</sup> 这是极具中国特色的指导性案例，不具有任何裁判的效力，却以裁判要点和裁判理由来反映最高人民法院对某项法律规范在具体案件类型场景下的解释和适用的立场。在此意义上，抽象讨论指导性案例是否具有法律的拘束力似乎没有多少价值，指导性案例充其量只是最高人民法院承认指导性案例所表达的裁判规范（裁判要点）的理论证书。<sup>③</sup>

指导性案例不是对原生效裁判的简单重述。有学者提出，指导性案例的文本是剪辑原生效裁判形成的，其经文本剪辑后更具有规范性色彩，与原生效裁判相比必定产生种种差异；指导性案例的剪辑文本应当为原生效裁判的“缩写”，以不失真为原则，剪辑无论如何，就像法律解释至少要尊重原意剪

① 参见陈甦《司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例》，《法学研究》2012年第2期，第18页。

② 针对最高人民法院发布的第一批指导性案例，6成以上的调查对象认为第一批指导性案例的裁判要点及裁判理由具有指导价值，88.86%的调查对象认为应当引用裁判要点或裁判理由，其中，被调查的人民陪审员及律师认为应当引用“裁判要旨或裁判规则”的分别占51.62%及45.7%。参见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》，《中国法学》2013年第3期，第42页。

③ 因此，指导性案例生成的原生效裁判是否是由下级人民法院做出的，对于指导性案例的参照效用是没有影响的，指导性案例的参照效用源自指导性案例自身的规范性，与原生效裁判的审级效力无关。但有不少学者都将二者联系在一起。例如有观点认为，“下级法院审理的案件经过最高人民法院发布之后便作为比审理该案之法院的级别更高之法院的‘指导’，这种带有‘上级遵从下级’意味的案例指导制度似乎有违司法判例制度的原理”。参见何然《司法判例制度论要》，《中外法学》2014年第1期，第256页。还有观点认为，指导性案例应全部来自最高人民法院的裁判，宜对司法解释（不含批复类司法解释）和指导性案例的解释对象、效力范围、功能定位等做出合理的界分，最大限度地发挥各自的积极作用；指导性案例适用于法院对司法实践中遇到的法律问题尚未有充分经验，但需要做出临时性、政策性处理的情形。参见刘树德《最高人民法院司法规则的供给模式》，《清华法学》2015年第4期，第91页。

辑不能变成对原文本的“修正”，尤其不能修正原生效裁判的判决主文征引的法律条文、增减原生效裁判的判决理由以及修正原生效裁判的法律事实和判决结果。指导性案例的发布文本仅为剪辑文本，原裁判文书全文并不公开，且即便通过其他渠道予以公开，是否仍属指导性案例也不无疑问。<sup>①</sup>这恐怕是对指导性案例的误读，指导性案例以原生效裁判为基础，但不是原生效裁判的“简写本”，也不是没有创作成分的剪辑，否则，最高人民法院也没有必要费那么大的劲儿专门发布指导性案例，其按照以前《最高人民法院公报》刊登案例的方式就可以实施案例指导。指导性案例是最高人民法院在原生效裁判（基层法院的判决也包括在内）基础上的再创作，以形成裁判规范为目的和实现指导性案例的规范性为本旨，故其绝非对原生效裁判的缩写或复制，原生效裁判也不是指导性案例的组成部分，指导性案例是凝聚着最高人民法院的裁判立场、理念、精神和智慧的案例产品或法律解释论证书。<sup>②</sup>除原生效裁判认定的法律事实和裁判结果外，在裁判要点、相关法条以及裁判理由方面，最高人民法院在编辑指导性案例时均可以不受原生效裁判的限制。应当注意到，最高人民法院发布的9件涉商事指导性案例，在裁判要点、相关法条以及裁判理由方面对原生效裁判或多或少都有程度不同的修正。未经最高人民法院编辑的生效裁判文书，不论其裁判质量有多高，都不会自动成为指导性案例。现在的问题不是指导性案例可否对原生效裁判进行修正的问题，而是应当如何修正或者修正的水平是否有技术含量的问题。例如，指导性案例第15号的裁判要点显然不在《公司法》第20条第3款的文义之内，裁判理由应当如何表述意义重大，但该案例的裁判理由的表述与原生效裁判基本相同，未体现出指导性案例应有的技术含量。而相关法条同时引用《民法通则》第4条和《公司法》第20条第3款，不免让人疑惑：如果裁判要点为对《公司法》第20条第3款的漏洞的补充，则应当直接适用《公司法》第20条第3款，《民法通则》第4条则不能成为法院裁判的依据；如果裁判要点不是对《公司法》第20条第3款漏洞的补充，《公司法》第20条第3款则与本案

① 参见汤文平《论指导性案例之文本剪辑》，《法制与社会发展》2013年第2期，第50-54页。

② 还有人认为，我国应当重建指导性案例的判决结构，“为了实现指导性案例承担的指导功能，未来的指导性案例宜采‘判决文风’，先述明结论，再论证理由，判决结果置于基本案情之前。”但其讨论的主要内容还是指导性案例的原生效裁判的判决结构应当如何重建的问题，似与指导性案例的形成没有多大关系，这表明作者将指导性案例与原生效裁判等同视之。参见周翠《民事指导性案例：质与量的考察》，《清华法学》2016年第4期，第50-66页。

的裁判无关,《民法通则》第4条应当作为裁判的依据,如果是这样,指导性案例则应当有更充分的说理。

各级法院做出的具有社会影响力的生效裁判供给不足,会影响指导性案例的生成,但其不应当是主要原因;对于那些裁判质量不是很高的生效判决,若其具有形成指导性案例的规范性的基础,仍可以经最高人民法院“加工”成为指导性案例。有观点提出,通过充分运用现有诉讼法有关上级法院提审下级法院有管辖权案件的规定,最高人民法院才可能终审具有指导意义的案件,并使判决按照现有程序转为指导性案例,也就是说由最高人民法院及其巡回法庭亲自审理案件和做成指导性裁判。<sup>①</sup> 这些观点本身已经在模糊指导性案例与个案裁判的界限,这应当引起我们的警觉。民商事个案裁判的判决书的质量“高或低”、适用法律“对或错”的问题,可以通过其他途径,比如“批复”等司法解释、提审或者再审案件的方式解决。就是说,不能为了形成指导性案例而刻意通过审判程序去做成指导性案例。指导性案例已非原生效裁判,自身也不构成裁判,仅是最高人民法院编辑生效裁判、以实现案例的规范性为本旨的案例作品,充其量是最高人民法院的学理解释,其没有天然的拘束力。在这个意义上,我们就不能以个案裁判(原生效裁判)的水准或质量来定性指导性案例。指导性案例代表最高人民法院的学术水准,不受原生效裁判的裁判文书的水准或质量的限制。相对于原生效裁判,指导性案例已经不再具有裁判的效力,但因其裁判要点的规范属性、裁判理由的法律解释和逻辑推理,使其对其他类似案件的裁判更加具有示范性。

### 三 指导性案例的目的性

发布指导性案例的主要目的在于统一裁判尺度。统一裁判尺度对于个案裁判、司法解释以及指导性案例应当是同一个性质的问题,故指导性案例的规范性在统一裁判尺度的问题上,与个案裁判和司法解释所面对的问题相同而不应当存在差异。“指导性案例,从其性质上看是解释法律的一种形式,更准确地说,是解释宪法性法律以外的国家法律的一种形式……实际上起到了

<sup>①</sup> 参见刘树德《最高人民法院司法规则的供给模式》,《清华法学》2015年第4期,第91页;周翠:《民事指导性案例:质与量的考察》,《清华法学》2016年第4期,第65页。

解释、明确、细化相关法律的作用。在此需要明确的是，指导性案例所具有的明确、具体和弥补法律条文原则、模糊乃至疏漏方面的作用，不是造法而是释法的作用。”<sup>①</sup>

对于指导性案例的目的性而言，在统一裁判尺度的问题上，其与个案裁判和司法解释的目的又有所不同，即实现统一裁判尺度的方式问题将不可避免地会附加一个目的：应当有针对性地统一裁判尺度，即以案例形式解释法律规范、实现指导性案例的规范性与具体案件事实的结合。指导性案例正是因为有此目的，在个案解释法律和条文范式的法律解释之间，其才得以生存和发展。笔者以为，指导性案例的规范性应当围绕以下目的展开。

第一，落实法律的原则性规定。在商事审判领域，统一裁判尺度的问题比比皆是，不胜枚举，其中以对法律的原则性规定的解释和适用，最为显要。对于商事法律的原则性规定，最高人民法院虽可以条文范式的司法解释应对原则性规定的裁判尺度或法律解释问题，但商事法律规范的原则性规定的落实，不是一个单纯的学术或理论问题，而是商事审判实践的经验积累问题，条文范式的司法解释往往会处于迟滞的状态。在此情形下，指导性案例因为处于解释法律的原则性规定的最前沿，应当是落实法律的原则性规定的最佳工具。有学者认为，指导性案例适用于法院对司法实践中遇到的法律问题尚未有充分经验，但需要做出临时性、政策性处理的情形。<sup>②</sup> 例如，我国2005年修订后的《公司法》引入公司法人格否认规则。《公司法》第20条第3款对公司法人格否认只做了原则性的规定，这不仅对我国公司法人格否认理论的成长提出了一系列的问题，而且成为摆在我国司法实务者面前的一道鲜有人尝试的难题。滥用公司法人格在我国具有普遍性和严重性，但如何适用《公司法》第20条第3款，原本就不是一个认识问题，更多的是一个实践问题。落实公司法人格否认的原则性规定，核心问题就是要有供法官裁判的实践标准。实务上，虽有部分法官开始了小心翼翼的尝试，但多数司法实务者还在等待最高法院的司法解释。在此过程中，案例指导是较为适宜并有助于完善公司法人格否认规则的妥当方式。<sup>③</sup> 再者，公司法人格否认规则本来就是

① 胡云腾：《人民法院案例指导制度的构建》，[http://www.legaldaily.com.cn/zbk/content/2011-01/30/content\\_2463590.htm?node=25496](http://www.legaldaily.com.cn/zbk/content/2011-01/30/content_2463590.htm?node=25496)，最后访问日期：2017年4月20日。

② 参见刘树德《最高人民法院司法规则的供给模式》，《清华法学》2015年第4期，第91页。

③ 参见朱慈蕴《公司法人格否认：从法条跃入实践》，《清华法学》2007年第2期，第111~125页。

一个个案适用的规则，我国《公司法》第20条第3款以原则性规定的方式予以借鉴，如果再以脱离具体案件事实的司法解释将之具体化，估计是一个不大可能完成的任务，以指导性案例来解释《公司法》第20条第3款，或许是一个非常合适的选择。最高人民法院2013年1月31日发布的指导性案例第15号“公司法人格混同案”，无疑成为解释和适用《公司法》第20条第3款的一次比较成功的尝试。裁判要点认为，“关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，关联公司相互之间对外部债务承担连带责任”。应当注意的是，指导性案例第15号可以说是受社会关注的、法律规定比较原则的新类型案例，但仅以“关联企业人格混同”情形下的法律适用为相应的裁判要点并进行了解释，这没有也不可能压缩《公司法》第20条第3款的进一步解释空间。对此，我们期待着在这个事项上有更多类型的指导性案例出现。

第二，解释法律规范的不确定文义。对于商事法律规范中的不确定文义，相对于法律的原则性规定，借助指导性案例“释法”，难度会相应降低。通过发布指导性案例，可以有效调节法律的抽象规范和个案的具体事实之间的距离，对指导性案例的裁判要点的归纳、裁判理由的充分表达，有助于实现对法律规范中的不确定文义的固化，明确法律规范在特定案件类型下的具体裁判标准。指导性案例第10号“董事会决议撤销案”，就《公司法》第22条第2款规定之董事会决议撤销的法定事由——“决议内容违反公司章程”进行解释，其裁判要点认为，董事会决议“解聘总经理职务的决议所依据的事实是否属实，理由是否成立”不属于撤销董事会决议的事由。指导性案例第74号“保险代位权案”即属此列。保险代位权源自《保险法》第60条第1款，但该条款中“第三者对保险标的的损害”的文义不甚清晰，是否仅限于第三者对保险标的因为侵权造成的损害，不无争议，有解释明确其文义的必要。该指导性案例旨在确认财产损失保险的第三人因为违约行为造成保险标的的损害，是否包括在“第三者对保险标的的损害”之内。该指导性案例的裁判要点认为：“因第三者的违约行为给被保险人的保险标的造成损害的，可以认定为属于《中华人民共和国保险法》第60条第1款规定的‘第三者对保险标的的损害’的情形。保险人由此依法向第三者行使代位求偿权的，人民法院应予支持。”值得注意的是，该指导性案例所称第三者的违约行为系承运人的违约行为，且保险标的的损害系由承运人的行为所造成，是否可以扩展而包括运输合同以外的违约行为，仍有解释的空间。

第三，补充法律规范的漏洞。指导性案例第67号“股权转让纠纷案”，

涉及股权买方违反分期支付股权转让款的约定时可否适用《合同法》第167条的问题。该案例的案件类型较为特殊，以股权作为分期付款买卖合同的标的，但买方在合同订立后未按照约定支付第2期股权转让价款，其法律事实与《合同法》第167条所规定的解除合同之条件基本相符。但裁判要点明示：“有限责任公司的股权分期支付转让款中发生股权受让人延迟或者拒付等违约情形，股权转让人要求解除双方签订的股权转让合同的，不适用《中华人民共和国合同法》第167条关于分期付款买卖中出卖人在买受人未支付到期价款的金额达到合同全部价款的1/5时即可解除合同的规定。”这是以指导性案例填补法律漏洞的积极举措，将原本不应当包括在《合同法》第167条中的案件类型排除于该条的适用之外，符合诚实信用原则，有利于维护股权交易的安全，平衡争议当事人的利益。<sup>①</sup>对于存在漏洞的法律文本，不同法院的法官可能会基于其知识结构、价值判断、经验积累和释法能力等方面的不同而做出不同的理解，容易出现“同案不同判”的现象。通过指导性案例可以示范法官进行法律漏洞填补时如何行使自由裁量权，使法官在处理类似案件时采用指导性案例表达的裁判规范，从而在相当程度上避免或减少“同案不同判”的现象。

第四，对事实文本的法律解释。“在私法领域，意思自治原则使得当事人交易的意思表示，在形式上已经具备了法律解释的‘文本’的价值，在内容上也具有替代法律解释对象——私法规范法律文本的功效。私法规范的法律文本具有私法属性，其主体构成为任意性规范，当事人的意思自治具有取代私法规范法律文本的效力，在发生争议时，私法规范的文本解释相当程度上将转化为对当事人意思表示的解释，案件事实（事实文本）俨然成为法律解释的主要方面，当事人的意思表示的有无、以言辞所表达的当事人的意图、当事人所用言辞以及意思表示的目的或效果等，将成为法官适用法律裁断争议的主要依据。”<sup>②</sup>指导性案例第52号“海上货物运输保险案”是一件涉及保险合同约定的“外来原因”之解释纠纷案，同时涉及如何适用《保险法》第30条规定的保险合同解释规则这一问题。裁判要点认为，海上货物运输保险合同中的“一切险”，除包括平安险和水渍险的各项责任外，还包括被保险货物在运输途中由于外来原因所致的全部或部分损失。在被保险人不存在故意或者过失的情况下，由于相关保险合同中除外责任条款所列明情形之外的

① 以指导性案例补充法律规范的漏洞，应当慎之又慎，参见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》，《中国法学》2013年第3期，第42页。

② 邹海林：《私法规范文本解释之价值判断》，《环球法律评论》2013年第5期，第44页。



其他原因，造成被保险货物损失的，可以认定属于导致被保险货物损失的“外来原因”，保险人应当承担运输途中由该外来原因所致的一切损失。实际上，指导性案例第52号确立了一项规则：保险合同约定未明确排除的危险，保险人应当承担保险责任，除非该危险可归责于被保险人的故意或者过失。该规则是以指导性案例解释保险合同的约定之方式固定下来的。“法律解释之价值判断围绕具体的案件事实以及与具体的案件事实直接相关的法律文本展开。在私法领域，对事实文本予以解释并赋予其法律上的意义，要比解释相应的私法规范的法律文本更有价值。”<sup>①</sup> 该指导性案例的原生效裁判发生在20世纪90年代，但对于我国目前各级法院审理保险合同项下的保险责任范围解释的案件还是极具指导意义的。

第五，具有形成裁判规范的其他价值判断情形。有些生效裁判虽然不会产生很大的社会影响，但至少在法律解释的路径上，不是简单重复既有的私法规范的文义，而是将之与具体的新类型案件的具体法律事实相结合。例如，指导性案例第73号“破产别除权案”<sup>②</sup>的裁判要点认为，“符合《中华人民共和国破产法》第18条规定的情形，建设工程施工合同视为解除的，承包人行使优先受偿权的期限应自合同解除之日起计算”。该指导性案例旨在确认建设工程价款的优先受偿权应当在何时开始行使。对于在建工程，最高人民法院“全国民事审判工作会议纪要”精神提出：因发包人的原因，合同解除或终止履行时已经超出合同约定的竣工日期的，承包人行使优先受偿权的期限自合同解除之日起计算；而指导性案例的具体案件事实为发包人破产时合同并没有解除，且工程停工并已经超出了竣工日期。指导性案例的裁判要点将《企业破产法》第18条与具体案件事实对接，明确：建设工程发包人破产时承包人的优先受偿权自合同解除之日起算，属于对新类型案件的法律解释。相比较于安徽省高级人民法院的参考性案例第16号，该参考性案例的裁判要点仅重述了原生效判决中最高人民法院“全国民事审判工作会议纪要”的精神，相关法条亦未表明《企业破产法》第18条的适用；指导性案例第73号针对进入破产程序的在建工程的合同解除，裁判要点更加突出，较为契合原生效裁判的意旨，而且与发包人进入破产程序的具体法律事实和法律适用相结合，对各级法院审理类似案件所产生的指导意义更直观、更有示范效用。

① 邹海林：《私法规范文本解释之价值判断》，《环球法律评论》2013年第5期，第40页。

② 该指导性案例原为安徽省高级人民法院发布的参考性案例第16号，参见颜茂昆主编《中国案例指导》（总第2辑），法律出版社，2015，第329~331页。