

Study on Cases Guidance System
Theories and Applications

于同志 著

案例指导研究： 理论与应用

案例指导制度的构建，是当代中国司法改革和法治发展的重要成果，对司法实践和法学研究，均颇具意义和影响。本书在深入分析该制度的历史渊源、价值内涵、法律属性、理论依据和运作机理的基础上，从指导性案例的生成机制、传输机制与运行保障机制三方面，提出了案例指导制度建设的具体方案及其未来发展的方向与路径，并结合实例，详细解析了指导性案例制作及适用的方法与技术等，以为司法实务操作提供指引。

法律出版社 | LAW PRESS

Study on Cases Guidance System
Theories and Applications

于同志 著

案例指导研究： 理论与应用

图书在版编目(CIP)数据

案例指导研究：理论与应用 / 于同志著. -- 北京：
法律出版社，2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1930 - 2

I. ①案… II. ①于… III. ①案例—中国 IV.
①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 013460 号

案例指导研究:理论与应用
ANLI ZHIDAO YANJIU:
LILUN YU YINGYONG

于同志 著

策划编辑 李 群
责任编辑 李 群 李 璐
装帧设计 汪奇峰

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 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 19.75
字数 310 千
版本 2018 年 4 月第 1 版
印次 2018 年 4 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/010-63939792

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/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1930-2

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

案例指导，既是一门知识，也是一门技艺，需要我们的目光在事实、法律、价值之间，不断地进行寻觅、往返。

■ 我们为什么要重视司法案例(代序) ■

案例是法治的“试金石”。一个国家或地区越重视法治,就会越重视案例和案例研究。在深入推进全面依法治国的今天,案例获得了大放异彩的机会,我们也迎来了历史上案例研究的最好时期。随着案例对社会生活和法治建设的影响越来越大,对案例的关注、研究理应更加投入、更为深入。

—

案例是什么?对整个诉讼活动而言,案例是其终极成果,它记录案件诉讼过程、公开裁判理由、宣告处理结果,既解决当事人之间的纠纷,也确立引领社会公众的规则。对法院而言,案例展示审判工作质量、宣示公正司法形象,是法院的名片、对外的门脸、立院的基石。一个法院办案的水平如何、质量高低,只要看看其输出的案例便知。对法官而言,案例凝结了其法律素养、价值取向、文字水平,甚至工作态度、责任心、公道心等,既是法官的脸谱、立业的根基,也是其声望的支撑、价值的源泉。所以,笔者常想,如果一名法官在百年后还能够被后人记起,那一定是因为一个个署着他或她名字的司法案例。

当然,重视案例还有更为深远的意义。案例是尺子。尊重以前的案例,能够让我们对同等情形一视同仁、同案同判,实现法律适用的统一。

案例是经验。它凝结着前辈的司法知识和智慧。尊重案例就是尊重经验,也在学习和传承司法经验。无论是对当下个案裁判而言,还是对整个司法长远发展而言,这都是十分重要和必要的。

案例是规则。它既可以约束法官自身肆意妄为,也可以有效抵御外界不当干预,从而为法官提供职业的“避风港”。

案例是方法。成文法体系下,法官判案的基本思路是“三部曲”:首先查明案件事实,其次寻找法律规范,最后根据案件事实和法律规范作出裁判。姑且不论复杂案件找法过程的“艰辛”,即便是简单案件按照上述思路裁判案件也不无繁琐。如果有案例可供借鉴和遵循,则审理过程大大简化,直接参照其裁判即可,这无疑会明显提升审判效率。

案例是说服力。具有指导性的案例是经过长期实践检验的裁判,如同大浪淘沙后留在河床上的金子。遵循这些案例就是尊重权威,自然也会借助其权威性,提升当下裁判的说服力。

案例是捷径。案例是法治的基本单位,内涵十分丰富,比如静态的立法文本和动态的司法要素、实体性的规则和程序性的规范、字面上的法条和观念中的法律等,几乎包含了关于法的所有信息。所以,学习、研究法律就不能跳过案例。台湾地区著名法学家王泽鉴说:“法律人的学习依赖于训练而非记忆”“实例是学习法律最好的方法”。对此,笔者颇为感同身受。记得2007年到中国人民大学读博士时,笔者给自己定了一个目标——解读一百个典型案例,博士毕业前夕目标基本完成,就将这些案例研究成果汇总出版了三本书。这件事情做完后,发现自己对法律的理解和应用能力明显增强了。不仅如此,正是对司法案例的持续关注,笔者还得以在《法学研究》《法学》《法学杂志》等核心刊物上发表了一系列文章。所以,笔者在多个不同场合宣扬,研习司法案例是提升法律素养、锤炼业务能力、积累科研成果的捷径。

案例是纽带。2017年5月3日,习近平总书记在视察中国政法大学时指出:“要打破高校与社会之间的体制壁垒,将实际工作部门的优质实践教学资源引进高校,加强法学教育、法学研究工作者和法治实际工作者之间的交流”。案例作为法律与实践结合的产物,其本身所蕴含的法治信息,所提出的前沿命题,往往成为法学研究创新和理论发展的重要源泉,理论界关于案例的逻辑推理和法律诠释又能够为审判工作提供新的思路和视角,所以,案例是联结法院与法学院的绝佳纽带。

案例是“时代的记录者”“当代中国的百科全书”。人们常说,人民法院审理的案件是“经济社会发展的‘晴雨表’、社情民意的‘风向标’”。现在全国法院每年审执各类案件已达两千万之多,搭建的“中国裁判文书网”至今已累计发布各类裁判文书四千万余份。每每想到这些,特别是每次打开“中国裁判文书网”,笔者总觉得是在翻开一部“当代中国史”,它不仅比野史更客观,也比正史更鲜活。所以从这个角度讲,我们每一名司法人员,其实都是在用倾注其心血的案例,参与、创造并记录这个伟大的时代。

此外,司法案例还是“中国法学兴盛的关键”。2016年5月17日,习近平总书记在哲学社会科学工作座谈会上发表讲话指出:“我们的哲学社会科学有没有中国特色,归根到底要看有没有主体性、原创性。跟在别人后面亦步亦趋,不仅难以形成中国特色哲学社会科学,而且解决不了我国的实际问题。”我们的法学如何拥有“主体性、原创性”,笔者认为,最为根本的就是转向本土、转向实际,应在广阔的当代中国法治实践中找寻理论创新的因子。坦率地说,现在不少法学领域的研究更多是“拿来”,有的甚至直接照搬照抄国外。一味如此,则永难翻身。所以,我们应当认真思考中国法学研究的转向问题,应当多关注本土实践,尤其是司法案例,这也是我们无与伦比的优势。想想每年我们可以产出两千多万个司法案例,且新型、疑难问题比比皆是,对法学研究来说,这是多么可观、难得的一个“富矿”。所以,笔者甚至认为,如果中国的法学研究有一天能够以华丽身姿立于世界学术之林,让别人侧目、点赞,将会是从对本土实际案例的研究开始。

二

如何研究司法案例,笔者认为,应当抓住一个关键,关注两大领域,聚焦三个环节,此可谓案例研究的“一二三”。

1. 抓住一个关键

这个关键,就是具有重要法治建设意义的个案。这些个案往往具有完善乃至创建规则、推动法治进步的重要价值,它们如同晴朗夜空中最为耀眼的星星。研究这些个案,可以使案例本身的法治意义最大化。比如,我们研

究聂树斌案,就会对疑罪从无、证据裁判、正当程序等法治原则有更为深刻的理解和认同;研究于欢案,就会对法、情、理的关系和正当防卫制度如何适用等有更为深入、准确的认识。胡云腾大法官说:“如果说法治社会是一条大路,那么案例就是公民和法人长途跋涉的脚印,对案例的研究就是追寻指引前行的启迪”。^①可见,个案研究的意义非常重大。笔者也查阅了国外的一些资料,发现很多法学大家都非常重视研究个案,一些重要理论也是基于对个案的研究生发开来的。所以,开展研究工作首先必须扭转对案例的轻视与忽视。

开展个案研究,我们可以“就事论事”,既可通过对个案在事实认定、证据裁判、程序运用、法律适用等方面的研究,提炼有价值的裁判规则以指导后案的审理,也可通过研究案件办理上的有关背景因素,挖掘可资借鉴的司法方法。我们也可以把个案放在类案中研究,借助信息时代的大数据技术,来考量个案处理上的正当性,并藉此获取对类似问题的解决方案。我们还可以把个案置于社会大环境中,从法社会学角度对案件展开多角度的研究,以获取更为全面的法治信息,等等。

2. 关注两大领域

两大领域,一个是案例的制度化运用,另一个是案例的自发性运用。前一个即是“案例指导制度”。这几年对案例的制度化研究,几乎都围绕案例指导制度展开。2010年案例指导制度正式建立以来,虽然最高司法机关发布的指导性案例还不够多,但是该制度的“溢出效应”已充分显现出来。

一是奠定观念基础。案例指导制度的实施,引领大家都来关注案例、研究案例,由此在法律共同体乃至全社会内逐步形成了一种“共识”,司法案例很重要,我们虽然是成文法国家,但也可以建立和推行具有中国特色的案例制度。

二是做了理论准备。围绕案例指导实践,我们成立了专门的案例研究机构、出了一批案例理论研究成果,通过开展全面、深入的研究,逐渐厘清一

^① 胡云腾:《案例是什么》,载《法律适用》2017年第6期,第3页。

些认识误区,初步探索形成了具有中国特色的案例研究理论体系。

三是进行人才储备。案例的运用是一门技术,需要诉讼参与主体掌握案例的比对、识别,规则的提炼和运用等方法、技术。通过建立和推行案例指导制度,我们在一定程度上培养了司法人员的案例意识和实际操作能力。

当然,更为重要的是,随着案例指导制度的深入推进,“案例的自发性运用”初步形成,这也是当前案例研究应予重点关注的领域之一。

近些年,随着互联网信息技术的迅猛发展,我们快速进入了互联网+时代。借助信息化手段,我们迎来了历史上最大限度的司法公开,标志之一是裁判文书的大规模网上公布。现在最高人民法院搭建的“中国裁判文书网”已累计发布各类裁判文书4千万份,同时随着大数据技术的运用,很多公司也加入到对案例的商业开发行列中,由此带来“案例发现和检索”的极大便捷。一方面,在诉讼利益最大化的内在驱动下,无论是司法人员还是律师、当事人都逐渐重视以往判决,以从中寻求支持。笔者工作体会是,现在新型、疑难案件不断增多,办案时从现行法律、司法解释中有时找不到答案,所以查阅以往的类似判决,就成了工作中的“惯常”;另一方面,近年来最高人民法院也在大力推行类案检索制度,要求法官判案要注意与类案保持一致。在多个因素的作用下,“案例的自发性运用”已渐成气候。

不同于案例指导制度采用立法模式生成规则,案例的自发性运用强调的是法律规则的自然生成;不同于案例指导制度由最高司法机关确认和保障其权威性,案例的自发性运用是司法理性、经验及智慧本身在起作用;不同于指导性案例发挥作用主要靠“裁判要点”,案例的自发性运用中可以对案例进行全面的参考、取舍,等等。这些决定了案例的自发性运用具有更多的合理性。当然,尤为引人注目的是,案例的自发性运用,我们可以在数千万个案例中寻求支持,这相较于区区几十个指导性案例而言,其作用和意义,是不言而喻的。所以,对于“案例的自发性运用”现象,我们应当予以关注、肯定、引导和大力的推动,这也应是当前及下一阶段案例研究及实际工作的重点和关键。

3. 聚焦三个环节

案例研究的三个环节,是指案例的生成、传输和运用。第一,要研究一

个具有指导性或参照价值的案例是如何形成的。我们既可以从案件本身入手研究,也可以从裁判主体切入分析,还可以从裁判文书的制作角度展开。这里应特别重视裁判规则的提炼和生成。对指导性案例而言,裁判规则是最高司法机关编写机构完成的;对于其他具有参照价值的案例,其裁判规则需要后案法官和检察官、律师、当事人在案例运用中主动发掘、提炼。其中有不少方法论的东西值得研究。

第二,要研究具有指导性或参照价值的案例是如何向社会传导,为公众熟知的。对于指导性案例来说,这不是问题,我们已建立一整套的案例发布机制。但对于案例的自发性运用来说,需要好好研究案例的传导问题。除了进一步推进裁判文书网上发布平台建设外,还应引导商业公司积极参与对司法案例的开发,共同打造更为高效、便捷的案例检索和发现渠道。需要提及的是,学者也可以通过遴选、编写案例书籍,建立属于自己品牌的案例汇编体系。据了解,在不少国家或地区,学者汇编判例书籍也是一个重要的传播渠道。有的学者用毕生精力收集、研究判例,形成自己的品牌,吸引人们借鉴和参照其汇编的案例。学者不仅可以籍此收获声望,也可以通过出版稿酬获得经济利益。

第三,要研究具有指导性的案例的实际运用问题。讨论案例指导制度,最终仍是为了应用。指导性案例的具体适用过程中,有很多的方法、技术、技巧值得研究,如案例的识别技术、案情的比对技术、裁判规则归纳和提炼的方法、案例的援引模式、不良案例避开适用的技巧以及价值判断、利益衡量的具体方法,等等。

三

重视案例,既要发现案例、研究案例,更要应用案例。从国外判例制度的实践看,案例的运用,既是一门知识,也是一门技艺,需要我们的目光在事实、法律、价值之间不断地进行寻觅、往返。

1. 关注案情

一是做好案情相似性的比对。案例运用,首先要找到与当下待决案件

最为接近的案例。一个案件的事实往往是多方面的,不能全部都拿来比对,需要比对的是“根据法律确定案件事实性质的关键点或争议点”,卡尔·拉伦茨称之为“构成要件事实”,在英美判例法称为“必要事实”。其他的非关键、非必要的事实可以不论。案情比对的基本思路是,关键事实完全吻合,且关键事实以外的其他事实的不一致不足以否定或推翻关键事实的一致。满足这两个要求,就可认为案情是相似的。二是不能仅盯着案例规则(裁判要点),如果这样无异于把指导性案例等同于司法解释,这是不利于案例指导制度发展的。案例规则固然重要,但是案例事实及相关裁判理由也很重要,不能顾此失彼。在案例运用方面,此立场应当牢固坚持,否则对案例指导制度发展而言,无异于釜底抽薪。

2. 关注规则

司法判决不产生法律但会形成裁判规则,裁判规则是通过案例的裁判结论所确立的具有法律性质的规则,它是案例的“灵魂所在”。裁判规则体现着法官在具体案件中对法律适用、裁判方法、司法理念等方面的问题的判断,进而可以为其他法院或法官审理类似案件提供具有指导意义的法律解决方案,所以,裁判规则十分重要。但相较于立法规范,司法案例形成的裁判规则,其失误率会更高,对此要有清醒认识。当发现案例规则存在缺陷时,应当设法避开对该案例的参照。在这方面英美判例法中有较为成熟的做法,主要体现在案例的识别与规避上,可资借鉴。事实上,运用案例本身就包含两层含义:一是对认为正确、恰当的案例而予以参照;二是对认为存在缺陷的案例而避开参照。

3. 关注价值

寻找一个可资参照的案例,有时也是一件富有挑战性的工作,需要法官综合考虑案件的必要事实及其体现的法律关系、案件背后的诉讼目的、判案理由、当时的社会环境、判决的社会效果、案例的基本方向、对事实的评析、最新的学术研究成果、相关法律规定等诸多因素,尤其要关注法律的基本精神、立法目的和预设价值。有时选择参照或避开某个案例,往往是特定的价值观念主导的结果。进行价值衡量的目的就在于,确保运用案例进行法律

推理的实质合理性,落实待决案件法律适用及裁判结果的正当性。

4. 关注实践

目前最高人民法院分 17 批次共发布指导性案例 92 个,数量还不够多。审判实践对指导性案例的适用也不容乐观。这与其数量较少有直接关系。事实上,如果我们编发的指导性案例不够多,案例指导的价值必然会大打折扣。推进案例工作,必须整合资源,畅通渠道,积极发动一线法官参与案例推选、生成工作,营造出法官“庭上审判案件,庭下研究案例”的局面,并积极借助现代信息技术,构建案例生成的大格局。

总之,我们要更加重视司法案例,大力开展案例研究,进一步推进案例制度完善。既要研究个案,也要研究类案以及案例基础理论;既要研究案例指导制度,也要研究案例的自发性运用;既要研究案例运用过程中可能面临的制度性难题,也要研究案例识别、比对、援引等方面的技术性问题;既要坚持运用案例分析等传统方法研究问题,也要积极借助大数据、人工智能等现代信息技术开展研究;既要立足于我国司法实践进行案例制度研究,也要放眼域外、积极借鉴国外判例制度研究成果,等等。我们的目标应是,努力打造出具有中国特色和国际视野的案例制度和案例理论体系。

目 录

导 论	1
一、问题的提出	1
二、研究的意义	3
三、研究的现状	4
四、研究的思路	6
五、研究的方法	7
六、内容与框架	9
第一章 中国案例指导概述	12
第一节 案例指导的历史演进	12
一、古代及民国时期	12
二、新民主主义革命时期	15
三、中华人民共和国成立以来	17
第二节 案例指导的概念界定	22
一、案例指导制度的概念	23
二、指导性案例的概念	28
三、相关概念比较分析	31
第三节 案例指导的运作机理	40
一、法理基础：实践理性	40
二、思想基础：先例观念	43

三、物质基础:类型事实	46
四、运作载体:判决文本	48
五、运行保障:审级制度	50
第二章 案例指导的基础与价值	54
第一节 案例指导的法理基础	54
一、法的确定性与不确定性	54
二、两大法系的借鉴与融合	58
三、法律解释的困境与变通	63
第二节 案例指导的现实基础	66
一、立法层面的制度依据	67
二、司法层面的配套机制	68
三、人民法院的实践探索	70
第三节 案例指导的预期价值	73
一、案例指导的一般价值	74
二、案例指导的特殊价值	81
第三章 案例指导的性质与定位	92
第一节 司法统一与案例指导	92
一、司法统一的实践悖论	92
二、司法规制与案例指导	101
第二节 案例指导的法律定位	104
一、作为司法管理手段的案例指导	104
二、作为法律解释机制的案例指导	112
第三节 案例指导与立法体制	116
一、法律规则体系下的案例指导	116
二、案例指导的法律障碍与克服	123
第四节 案例指导与司法能动	127

一、司法能动主义下的案例指导	127
二、案例指导的司法边界与规制	133
第四章 案例指导运行机制的构建	137
第一节 案例指导的生成机制	138
一、指导性案例的遴选标准	139
二、指导性案例的发现机制	142
三、指导性案例的审查机制	146
四、指导性案例的编写制作	148
第二节 案例指导的传输机制	170
一、指导性案例的发布主体	171
二、指导性案例的公布平台	173
三、指导性案例的汇编整理	174
第三节 案例指导的保障机制	181
一、指导性案例参照的理解	182
二、域外判例拘束力的形成	184
三、指导性案例的效力实现	192
第五章 指导性案例适用与技术	198
第一节 两大法系判例的适用与技术	198
一、英美法系判例的适用	198
二、大陆法系判例的适用	202
第二节 指导性案例适用具体情形	206
一、疑难案件及其形成原因	208
二、疑难案件与指导性案例	210
第三节 指导性案例的寻找与选择	212
一、案情相似的识别判断	212
二、情势权衡原则的运用	215

第四节 指导性案例的参照与排除	219
一、指导性案例的参照适用	219
二、指导性案例的排除适用	228
第五节 指导性案例适用现状与完善	232
一、案例适用的现状调查	232
二、制度运行障碍与克服	235
 结语 案例指导制度的未来走向与路径	 239
 参考文献	 243
 附录一 有关规范性文件	 257
最高人民法院关于案例指导工作的规定	257
《最高人民法院关于案例指导工作的规定》实施细则	258
最高人民检察院关于案例指导工作的规定	261
公安部关于建立案例指导制度有关问题的通知	263
 附录二 指导性案例汇编	 266
最高人民法院指导性案例	266
最高人民检察院指导性案例	290
 后 记	 300

导 论

自改革开放以来,我国政治、经济、文化以及社会生活诸领域均发生了巨大而深刻的变化,其标志之一是,随着社会主义市场经济的逐步发展和依法治国方略的稳步推进,“法治”日益成为国家治理和社会管理的基本形式。特别是在中国特色社会主义法律体系形成后,经济社会发展已跨入基本法律相对稳定存在的时期,国家治理和社会管理过程对司法的仰赖空前加重。但司法内部自生性资源却相对不足,司法提供的公共产品尚不能满足社会的需要,司法解决纠纷的能力与转型社会的司法需求之间存在一定矛盾,司法在公正、效率、权威等方面面临着诸多挑战。英国学者梅因曾指出:“社会的需要和社会的意见常常是或多或少地走在法律的前面,我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处,但是永远的趋势是要把这缺口重新打开,因为法律是稳定的,而我们所谈到的社会是进步的。”^①应运而生的案例指导制度,既是我们缓解司法现实矛盾的一项特殊司法制度,也是当代中国司法制度对社会转型作出的理性回应。

一、问题的提出

党的十八大报告指出:法治是治国理政的基本方式,要加快建设社会主义法治国家。案例指导机制的出现也是法治运作的内在规律使然。综观域

^① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版,第15页。