

法治思维与
法律方法文库

中国司法的经验与智慧

指导性案例中法律方法的运用实践

作为司法改革的重要制度创新之一，案例指导制度从酝酿到运行都备受关注。最高人民法院细致遴选的指导性案例，包含着非常丰富的法律方法的运用实践。法律方法具体包括法律解释、法律推理、法律论证、利益衡量和漏洞补充等。本书细致而全面地分析了以上各种法律方法在诸多指导性案例中的运用，充分展示了来自于中国司法实践的经验和智慧，有助于法官更加全面地了解指导性案例，进而在审判活动中更加积极地参照和适用指导性案例，发挥案例指导制度的实践意义和价值。

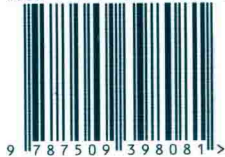


中国法制出版社
官方微信

上架建议

法学学术

ISBN 978-7-5093-9808-1



9 787509 398081 >

定价：65.00元

法治思维与法律方法文库

中国司法的 经验与智慧

指导性案例中法律方法的运用实践

EXPERIENCE AND WISDOM FROM CHINESE JUDICATURE

孙光宁◎著



国家社科基金“案例指导制度的实践经验与发展完善研究”
(18BFX056)研究成果

国家社科基金重大项目“新兴学科视野中的法律逻辑及其拓展研究”
(18ZDA034)

山东大学(威海)青年学者未来计划研究成果

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

图书在版编目 (CIP) 数据

中国司法的经验与智慧：指导性案例中法律方法的运用
实践 / 孙光宁著. —北京：中国法制出版社，2018. 10

(法治思维与法律方法文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9808 - 1

I. ①中… II. ①孙… III. ①案例 - 研究 - 中国②司法
制度 - 研究 - 中国 IV. ①D920.5②D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 221989 号

策划/责任编辑 陈 兴

封面设计 李 宁

中国司法的经验与智慧：指导性案例中法律方法的运用实践

ZHONGGUO SIFA DE JINGYAN YU ZHIHUI; ZHIDAOXING ANLI ZHONG FALÜ
FANGFA DE YUNYONG SHIJIAN

著者/孙光宁

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 毫米×1030 毫米 16 开

版次/2018 年 10 月第 1 版

印张/24.25 字数/321 千

2018 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9808 - 1

定价：65.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：010 - 66033393

传真：010 - 66080537

编辑部电话：010 - 66010405

邮购部电话：010 - 66033288

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010 - 66032926)

目 录



引言 法律方法：指导性案例在推进法律统一适用中的独特优势	
一、指导性案例研究与法律方法研究相结合的多重原因	002
二、指导性案例中的法律方法对推动法律统一适用的独特优势	009
三、指导性案例中的法律方法在推动法律统一适用方面的特点	013
第一章 指导性案例的基本类型及其法律方法	
第一节 抽象概念在指导性案例中的具体化方式	018
一、对“利用职务上的便利”的扩张解释	018
二、“公共财物”概念的内涵归纳与外延演绎	024
三、指导性案例将抽象概念具体化的可能隐忧	027
结语：司法者阐释抽象概念的背后	030
第二节 原则性规定在指导性案例中的细化方式	030
一、指导性案例8号对相关法律和司法解释的细化	031
二、指导性案例对原则性规定细化方式的意义与价值	035

三、指导性案例对原则性规定细化方式的缺陷及其消解	040
第三节 指导性案例对法律规则的扩展与变通	043
一、整合法律渊源：指导性案例判决理由之间的融贯关系	044
二、扩展规则界限：法典条文的实体续造	049
三、规避规则缺陷：适应社会需求的灵活变通	054
结语：在保守与能动之间的指导性案例	056

第二章 法律解释方法在指导性案例中的运用

第一节 论解释方法在指导性案例中的运用及其完善	060
一、目的解释的运用及其效果	061
二、体系解释的运用及其效果	075
三、历史解释的运用及其效果	078
四、综合运用解释方法的两种融贯效果	081
五、法律解释方法在指导性案例中运用的完善方向	083
结语：技术因素对制度运行的助推作用	089
第二节 指导性案例中法律规范边缘意义的解释方法	090
一、指导性案例6号对法律规范意义边缘的解释方式	090
二、文义解释：法律规范边缘意义的底限范围	094
三、论理解释：法律规范边缘意义的实质考量	098
结语：法律规范边缘意义的发轫效果	104
第三节 指导性案例中解释结果与实际效果的矛盾及其原因	105
一、指导性案例18号的裁判结论及其解释方式	106
二、指导性案例18号判决结论的扩展效果	112

三、司法应对“末位淘汰”的层次及其隐忧	117
结语：谨慎对待指导性案例的公共政策功能	124
第四节 指导性案例中保护弱者的法律解释倾向	126
一、保护弱者倾向在指导性案例中的操作与表现	126
二、指导性案例中存在保护弱者倾向的多种原因	134
三、保护弱者倾向在司法实践中的解释限度	139
结语：超越法律解释的工具属性	147
第五节 指导性案例对构建法律解释共同体的推动作用	148
一、法官与检察官的交涉：司法权力之间的交锋与制衡	148
二、法官与律师之间的交流：庭审质疑的回应与释明	153
三、指导性案例在推动法律解释共同体对话交流中的缺陷及其完善	158
结语：构建最低限度意义上的法律解释共同体	162
第三章 法律推理方法在指导性案例中的运用	
第一节 类比推理在指导性案例中的适用方式	166
一、指导性案例 6 号：类推在公法领域中的辅助适用	166
二、指导性案例 15 号：类推在私法领域中的主导适用	172
三、指导性案例 11 号：类推在刑事案件中的隐性适用	176
结语：类推结果的合法性保障	182

第二节 常识推理在指导性案例中的适用方式	183
一、常识推理在确定指导性案例 29 号判决中的 作用方式	183
二、作为“常识”的大数据时代对司法的多层次 冲击	190
三、司法应对大数据时代的主要策略	198
结语：司法的变与不变	203
第三节 多种法律推理方法在指导性案例中的融贯运作	205
一、演绎与归纳：判决形成的宏观架构与微观基础	205
二、类比推理：决定判决性质的核心步骤	209
三、设证推理：超越形式逻辑的实体考量	212

第四章 法律论证方法在指导性案例中的运用

第一节 指导性案例文本的论证策略	220
一、形式策略：相关司法文件的铺垫与具体行文的 裁剪	220
二、实质策略：多种权威资源的直接援引与间接借鉴	225
三、指导性案例论证策略中的主要缺陷与不足	229
第二节 “法律规定”：指导性案例裁判理由的论证 方式及其效果限度	235
一、“法律规定”在指导性案例裁判理由中存在的 原因及相关质疑	235
二、“法律规定”作为裁判理由的论证效果限度	242
三、提升“法律规定”论证效果的现实策略	248
第三节 图尔敏法律论证模型在指导性案例中的运用 及其限度	255

一、图尔敏论证模型的要素及其在指导性案例 23 号中的运用	255
二、图尔敏论证模型在指导性案例 23 号中运用的实体局限	259
三、图尔敏论证模型在指导性案例 23 号中运用的形式局限	262
结语：法律论证的理论模型与具体实践	265

第五章 利益衡量与漏洞补充方法在指导性案例中的运用

第一节 利益衡量在指导性案例中的体现及其定位	268
一、指导性案例 21 号中基于利益衡量的裁判结果指向	268
二、指导性案例 21 号中利益衡量导向下的裁判理由论证	276
三、利益衡量的多样存在及其具体适用方式	285
结语：利益衡量与司法者的方法论素质	292
第二节 指导性案例中的利益衡量结果及其证成	293
一、自由裁量：利益衡量存在的制度空间	294
二、同质比较：利益衡量结果的实体证成	297
三、两造对抗：利益衡量结果的程序证成	302
第三节 漏洞补充在指导性案例中的运作及其限度	306
一、法律漏洞在指导性案例 20 号中的发现与确认	307
二、漏洞补充方法在指导性案例 20 号中的具体运作	312
三、法律漏洞补充在指导性案例 20 号中的作用限度	316
结语：夹缝中突围的漏洞补充	323

第六章 部门法指导性案例的特点与重点

第一节 司法政策在刑事指导性案例中的体现与影响	328
一、司法政策在指导性案例4号和12号中的适用	328
二、指导性案例4号和12号在适用司法政策上的 主要缺陷	333
三、指导性案例适用司法政策的完善措施	336
第二节 诚信原则在民事指导性案例中的适用方式	340
一、诚信原则在民事指导性案例中的基础适用方式： 判定行为及其后果的性质	341
二、诚信原则在民事指导性案例中的辅助运用方式： 考察主体身份和纠纷过程	346
三、法律原则在指导性案例中运用的启示与借鉴	350
结语：司法改革背景下的法律原则适用	355
第三节 行政法指导性案例对司法审查范围的扩张与 限缩	357
一、行政法指导性案例对司法审查范围扩展与限 缩的表现	357
二、行政法指导性案例对司法审查范围调整的价 值与隐忧	364
三、通过行政法指导性案例调整司法审查范围的 有效运作	371
结语：最高人民法院与地方法院在案例指导中的 配合	378

引 言

法律方法：

指导性案例在推进法律统一

适用中的独特优势

一、指导性案例研究与法律方法研究相结合的多重原因

在法治进程中，法律统一适用具有十分重要的实践意义和价值。十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确：“推进严格司法……加强和规范司法解释和案例指导，统一法律适用标准。”这为案例指导制度确定了基本定位和整体方向。最高人民法院院长周强指出：“案例指导制度是最高人民法院根据中央关于司法改革的决策部署，为总结审判经验、加强监督指导、统一法律适用、提高审判质量、维护司法公正而建立的一项具有中国特色的司法制度。”在2010年《关于案例指导工作的规定》之后，最高人民法院陆续发布了多批几十个指导性案例，每一批指导性案例的发布，都会引起司法实践部门和法学理论研究者的重视，进而出现了不少以指导性案例为主题的研究成果。

关于统一法律适用，我国相关研究成果可以概括为以下几个方面。

(1) 统一法律适用的重要意义。法律实施的核心在于统一适用，是法治的基本原则与核心内容，具有重要的政治意义、社会意义和法治意义。

(2) 统一法律适用面临的困难。主要表现在新型案件带来的冲击、法律规范不明晰以及内部的冲突、个案差异的存在、司法政策的影响、地区与审级的不同、自由裁量权的不规范、裁判结果评判标准的不一致等诸多方面。在司法过

程中的具体表现包括缺少裁判依据的发现机制、裁判结论的论证机制和自由裁量权的调控机制等。(3) 实现统一法律适用的机制，程序类机制包括上诉、审判监督、死刑核准等，组织类机制包括审委会、合议庭、法官会议等，此外还需要加强法官的专业化和基层法院组织建设。其中，案例指导是最主要的机制之一。

所有的指导性案例都带有一定的疑难色彩，针对的都是司法实践中遇到的各种难题。这种难题的出现会成为统一法律适用的巨大障碍，因为面对疑难案件，法官们会从不同的角度出发得出不同的结论，从而造成法律适用不够统一的情况。而所有的指导性案例中都包含着法律适用方法的运用，二者的结合具有非常重要的理论和实践意义。

法律方法的研究在学术领域中也被称为法律方法论或者法学方法论，或者法律适用方法。本书主要采用法律方法论的名称。从 20 世纪 90 年代开始，法律方法论中最为传统的分支——法律解释（学）开始在国内法理学研究中受到关注，出现了相当数量的研究成果。由法律解释到法律论证，再到其他法律方法论的分支（如利益衡量和漏洞补充等），整个法律方法论在法学研究中的地位不断上升。学者越来越意识到法律如何操作和适用之研究的重要性，我国的法学正在经历从宏大叙事到微观论证的研究转换。以立法为中心的研究视角正在逐渐被以司法为中心的研究所超越。返回“法的形而下”，形成法理学的实践品格，成为我国法学研究的一种重要进路。近些年来关注于具体操作层面的法律方法论研究也在这种背景下得以逐渐兴起。

进入 21 世纪，法律方法论逐渐成为国内法学研究中的“显学”。法律方法论研究论文呈逐年明显增长的趋势。以“法律方法”或“法学方法”为题名的专著或译著基本上都是在这个时期出版的。如果说，20 世纪国内法律方法论研究还主要局限于对法律解释的研究上，那么，21 世纪以来，国内学界逐渐有了“法律方法论”研究的明确意识。随着越来越多的学者和法官开始关注和研究法律方法及其中的基本理论问题，法律方法论的学科意识开始觉醒。我国学界推出了大批法律方法论研究译著、专著

与论文。^{〔1〕}实务部门的法律家立足于司法实践，也推出了一些法律方法论研究成果。

法律方法论在国内法学研究中的兴起，归根于其顺应了法治建设的实际需要。虽然，法学研究可以重视“形而上”的内容。但是，经世致用却是法学研究更为重要的部分，能够持续获得广泛关注的研究领域，大多都是能够满足实践需要的。在中国特色法律体系已经形成的背景下，如何将法律规范贯彻于实践之中，成为理论界与实务界共同关注的内容，而司法领域则是重中之重，这也是法律方法论研究的核心领域。可以说，法律方法的兴起和受到重视，是实践法治、贯彻法治、落实法治的需要。

在中国法治实践和理论发展过程中，来自西方的理论资源如何适应中国的语境，一直是一个重要却难以解决的课题，法律方法论的研究也不例外。二者结合的过程不是非此即彼，也不是一蹴而就，而是短期此消彼长、长期共生相济的。某些节点的出现能够推动西方理论与中国实践的结合，指导性案例就属于这种情况。换言之，对指导性案例的研究很可能是法律方法论寻求突破、与中国法治实践相结合的重要方式。从法律方法论的视角研究指导性案例有着十分重要的意义和价值，这一结论至少可以得到以下理由的支持。

第一，法律方法论的研究已经具备相当的基础，为研究指导性案例提供了理论前提和分析工具。从20世纪90年代以法律解释为开端，法律方法论的研究经过了二十多年的时间。从最初大规模的引介和翻译外国作品，到现在特别强调中国司法问题的成果；从当初法律解释的一枝独秀，到法律论证、法律推理、利益衡量和漏洞补充的百花齐放，法律方法论研究的成果已经非常丰富，也出现了不少与中国司法实践相结合的观点和成果。此外，从学科建设的角度来说，法律方法论又发展出法律解释学、法律逻辑学、法律修辞学和法律语言学等分支，使其理论体系更加全面和完善。整体理论上的丰富和完善，为微观上对特定案件进行

〔1〕 对相关研究的详细学术梳理，请参见陈金钊、焦宝乾等：《中国法律方法论研究报告》，北京大学出版社2012年版；孙光宁等：《中国法律方法论研究报告（2011—2016）》，知识产权出版社2017年版。

细致分析提供了多种分析工具和视角，比较典型的是法律解释的诸多方法，包括文义解释、历史解释、目的解释、体系解释、社会学解释等，法律论证又包括逻辑方法、对话方法和修辞方法等。这些操作性较强的法律方法能够使得对案件的分析更加深入和透彻，使得最终的裁判结论具有坚实的根据和理由。

第二，每个指导性案例中都包含运用法律方法的典型实践，具有非常丰富的方法论因素。任何司法案件的审判过程，实质上都必须运用到法律方法，只是其中复杂和精密的程度有所不同。多数简单案件仅仅使用一种或者两种法律方法就能够形成判决结论。而指导性案例是从司法实践中遴选出来的优秀案例，体现了主审法官对法律规范的理解和对案件事实的认定，凝结了司法实践中的经验和智慧，其实质是法律方法的适用。从本书后续具体章节中可以看到，某一种法律方法能够体现在多个指导性案例之中，而某些指导性案例又综合运用了多种法律方法。可以说，指导性案例中体现了非常多的运用法律方法的因素，二者有着高度的内在契合。

第三，指导性案例具有正式效力，能够推动法律方法在司法实践中的认知和认可。根据最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条：“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。”这里的“应当参照”就是官方确定的指导性案例的正式效力。虽然对于如何准确界定“应当参照”，在学界中还存有一定争议，但是，可以肯定的是，指导性案例具有正式效力，是重要的非正式法律渊源之一。在司法实践中，指导性案例并不能够成为直接的裁判依据，至少也可以作为说理的裁判理由。如果司法实践中出现了直接参照指导性案例的案件，那么其中所包含的方法论因素就能够得以体现，通过后案法官的参照行为而对某一类案件的审判发挥推动作用。而且，指导性案例的正式效力能够使其成为满足形式要件（判决应有明确的法律依据）的正当理由，这种推广法律方法的方式比单纯依靠学术界的呼唤更为直接有效。

第四，指导性案例来源于中国司法的实践，是扬弃法律方法论的本土资源。根据《关于案例指导工作的规定》第4条和第5条，能够推荐指导

性案例的主体包括最高人民法院、高级人民法院、中级和基层人民法院（通过层级上报）以及社会相关人士。无论采取何种推荐模式，指导性案例都是中国司法实践中已经发生法律效力案件。可以说，指导性案例都是源自司法实践的真实典型案例。如果说法学理论还可以直接从西方学说中引入并深受其影响的话，那么，源自中国司法实践的案件却不会受到西方法学理论的左右，而是按照自身特定的规律发生和发展。从这个意义上说，指导性案例是中国法律方法论研究的优秀本土资源，能够成为对西方法律方法论进行批判和吸收的资料和依据。这一点也是从法律方法论研究指导性案例最为重要的理由。

第五，目前已经公布的指导性案例已经呈现出越来越多的类型，能够更加丰富地展现法律方法的实践运用。与司法实践直接相关的指导性案例包括最高人民法院所发布的和最高人民检察院所发布的。相比而言，最高人民检察院所发布的指导性案例主要是刑事案件，而最高人民法院所发布的指导性案例则涵盖了多个主要的部门法。从最初传统的民事案件、刑事案件，再到后来的商事案件，甚至包括知识产权案件、劳动法案件和海商案件。最高人民法院所发布的指导性案例，在数量上连续攀升，更在涉及的部门法领域中呈现出多种样态。案件数量和类型上的多样，为从法律方法论的视角展开分析提供了重要的前提。虽然具体的法律方法非常多，但是，并非都能够同一类型的案件中适用。例如，遵守罪刑法定原则的刑事案件，强调文义解释方法，认为应当从刑法规范的一般含义来解读；民事案件中，法官拥有更多的自由裁量权，能够使得利益衡量和漏洞补充等方法有用武之地。在本书后续的章节中，有很多借助于多种法律方法对同一指导性案例进行分析的内容，可以更加细致地展示以上特点。

第六，指导性案例具有统一的正式文本，为法律方法论的细致分析提供了优质素材。根据《关于案例指导工作的规定》第6条：“指导性案例，统一在《最高人民法院公报》、最高人民法院网站、《人民法院报》上以公告的形式发布。”这就意味着，每一个指导性案例都有统一的正式文本。从法学流派的角度而言，法律方法论总体上属于规范法学，带有明显的教义

学属性，强调从正式法律规范出发来处理案件。具有统一正式文本的指导性案例，在这个意义上成为法律方法论研究的优秀素材。在很多受到社会舆论关注的案件中，法律方法论也能够发挥作用，但是，统一文本的缺乏使得对案件的解读往往呈现出“公说公有理，婆说婆有理”的情况，因为案件信息的提供者大多是带有特定倾向的大众媒体，甚至是网络传闻。换言之，虽然很多社会热点案例也可以从法律方法论的角度进行细致分析，但是，在基础文本上的不统一，对于精细化运作的法律方法论来说，会大大影响分析的准确性。

第七，指导性案例由最高人民法院发布，其中的方法论因素能够借助于司法系统得以推广。与英美法系的判例不同，指导性案例是由最高人民法院遴选和发布，并在地方各级法院中被参照。这一整体的运作方式带有明显的行政化色彩。虽然这一运作方式也受到了学者们的指摘，但是，在一定程度上却有助于指导性案例的迅速推广。在每次发布某一批指导性案例的时候，最高人民法院总会下达特定的“通知”，详细说明每一个指导性案例所追求的目标和效果。这就意味着，每个指导性案例都包含着最高人民法院的特定意图。通过地方法院参照指导性案例，最高人民法院的这些意图就会贯彻到司法实践之中，从而有利于实现法律的统一适用。同样在这个过程中，各种法律方法的实践运用也会被认知和认可，最终有利于提升各级法院司法实践中方法论因素的运用程度。

第八，指导性案例有前期铺垫，其中法律方法的运用容易被地方法院所接受。在案例指导制度出台之前，最高人民法院就经常在其公报中发布多个典型案例，并出版相关的案例汇编。这些都是地方法院研习的重要材料，虽然并不具有如指导性案例那样的正式效力。而且，很多地方法院，尤其是一些高级人民法院，早已开始汇编在本省审判实践中发挥效力的指导性案例，也成为本辖区内法院学习的材料。这样，即使通行全国的指导性案例是由最高人民法院所发布的，也并不会导致地方法院措手不及。地方法院早已在研习公报案例或者本省内的指导案例中初步领略了法律方法运用的实践。