

指导性案例制度的运行思路再定位

毕潇潇

摘要：指导性案例制度旨在通过各级法院参照适用前案的方式，推进法律适用的统一。但该制度的运行存在效力不明确、供给量不足、适用范围不广等诸多问题。鉴于遵循先例以实现同案同判的运行机制与指导性案例以确保法律适用统一的运行机制具有相似性，通过分析判例法上遵循先例的运行条件，融入指导性案例的运行环境观察其运行效果，发现由于两者的法律适用逻辑存在根本性差异，指导性案例制度实现法律适用统一的效率性、稳定性、权威性和发展性等方面皆不尽如人意。指导性案例应当回归其指导示范价值而非硬性拘束，并围绕覆盖司法分歧和增加案例竞争，完善相应的遴选与退出机制。

关键词：指导性案例；遵循先例；同案同判；法律适用统一；运行机制

中图分类号：D925.1 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2024）02—0026—11

指导性案例制度作为中国一项重要的司法改革，旨在通过最高人民法院发布对审判和执行工作具有指导意义的案例，规范司法裁判和保障法律的准确适用。^①2010年，随着最高人民法院《关于案例指导工作的规定》（以下简称《规定》）的颁布，中国特色的案例指导制度正式确立，形成了以指导性案例为核心、其他案例为基础的案例指导体系，案例指导工作呈现出规范化、制度化的新发展趋势。^②2011年，首批指导性案例正式发布，标志着中国案例指导制度正式启动。为进一步推动和完善指导性案例制度的实施，2015年，最高人民法院制定并发布了《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》（以下简称《实施细则》），对指导性案例的效力、制定程序等问题予以明确和细化。截至2023年10月，最高人民法院共发布38批、共216件指导性案例。然而，根据《最高人民法院指导性案例2022年度司法应用报告》的统计数据（截至2022年12月31日），案例指导制度实施十余年来，仅有149例被应用，30%的案例从未被引用，虽然应用案例累计10343例，首次破万，但该数据与平均每年近2000万登记立案的案件规模^③相比，指导性案例实际发挥的指导作用并不显著。该运行现状的差强人意，需要从指导性案例制度的运行机制着手

基金项目：本文是国家社会科学基金项目“民法典人格权侵害禁令制度研究”（项目号：21BFX091）的阶段性成果。

作者简介：毕潇潇，女，法学博士，烟台大学法学院教授，烟台大学民事实体法与程序法交叉研究院执行院长，主要从事民法与民事诉讼法交叉研究。

① 王利明：《我国指导性案例制度若干问题研究》，《法学》2012年第1期。

② 陈兴良：《中国案例指导制度研究》，北京：北京大学出版社，2014年，第55页。

③ 2022年7月29日最高人民法院新闻发布会介绍党的十八大以来人民法院立案登记制改革成效，公布自2015年5月1日至2022年6月30日，全国法院累计登记立案13837.17万件，<https://t.ynet.cn/baijia/33134246.html>。

分析产生运行困境的原因，识别通过判例实现同案同判的运行条件，并结合指导性案例制度的运行现状分析该条件下实现法律适用统一的运行效果，进而更好地明晰指导性案例制度的运行思路和制度定位。

一、指导性案例制度的运行状况分析

（一）指导性案例制度的运行机制

最高法院根据案件的重要性、争议性和指导性等因素，确定具有典型意义的案例作为指导性案例，并要求各级人民法院在审理与指导性案例相类似的案件时，应当参照相关指导性案例的裁判要点。目前，对参照指导性案例进行裁判的运行机制尚存在不同的认识。一种观点认为，指导性案例是最高人民法院指导下级法院的审判工作、统一司法裁判尺度的工作机制，其运行机制在于适用法律而非创制法律。^①另一种观点将指导性案例视为司法解释，认为其是由最高人民法院发布的具有拘束力的判例，以行使司法解释权，其法律定位既是法律解释机制，也是司法造法机制。^②在司法实务界有较大影响力的观点认为，指导性案例制度属于司法运行规范机制，用以强化司法业务管理。^③而在学界更具有争议性的观点，是将指导性案例视为有中国特色的判例制度，性质上为“准判例”，未来应逐步完成案例指导制度向判例制度的转型。^④上述观点从司法实务和学理研究两个维度，对指导性案例运行机制予以分析和定位，虽各有合理之处，也存在不同问题。规范司法运行、强化司法业务管理是指导性案例制度的作用体现，而非运行的目标效果。至于指导性案例是否可以作为法律漏洞的填补方式，为未来立法和司法解释作出探索，是其运行所产生的有价值的“副产品”。而将其视为类似普通法上法官造法的判例，虽然两者统一法律适用的运行目的和效果十分相似，可以在运行条件方面予以借鉴，但毕竟与宪法框架和立法司法制度存在冲突，指导性案例和普通法中的判例难以完全等同。

从最高人民法院发布指导性案例的背景和目的来看，其运行机制是以要求下级法院在类案裁判时参照适用指导性案例而实现法律适用的统一，解决同案不同判的现实问题，本质上应属于一种法律适用的机制。无论将其视为司法运行规范、司法解释还是准判例，皆可被涵盖在法律适用的范畴中，指导性案例制度的运行机制应当是通过参照适用指导性案例而实现法律适用统一的法律适用机制，而非其他。

具体而言，指导性案例制度可以在内部运行和外部运行两个方面，助力法律适用的统一。所谓内部运行，是指指导性案例在法院系统内部运行的机制。法官在审理案件时，通过参照与本案相类似的指导性案例，作出与指导性案例的精神原则和裁判要点相一致的判决，有助于统一法律适用的标准，提高司法公正和司法效率。而在法院系统外部的运行是指本案当事人可以根据指导性案例的裁判要点，预测本案法院的判决倾向，并对有可能出现的偏差及时提出异议。例如，当事人有权引述指导性案例作为控（诉）辩理由，并且要求法官说明参照或者不参照适用该指导性案例的理由。^⑤如此，不仅可以规范法官的裁判活动，也有助于强化裁判的说理论证，向当事人呈现裁判的公正性。指导性案例制度旨在通过其内部运行和外部运行，同时调动法院和诉讼主体关注指导性案例以充分发挥其示范指导作用，助力实现司法裁判的公正和统一。

① 陈树森：《我国案例指导制度研究》，上海：上海人民出版社，2017年，第26—27页。胡云腾：《关于〈案例指导工作的规定〉的理解与适用》，《人民司法》2011年第3期。

② 参见刘克毅：《法律解释抑或司法造法——论案例指导制度的法律定位》，《法学》2016年第5期。董峰、郝晓翔：《指导性案例在统一法律适用中的技术探讨》，《法学》2008年第11期。杨力：《中国案例指导运作研究》，《法律科学（西北政法大学学报）》2008年第6期。

③ 参见秦宗文：《案例指导制度的特色、难题与前景》，《法制与社会发展》2012年第1期。刘辰：《案例指导制度的价值定位与时代使命》，《人民检察》2019年第15期。

④ 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。张骥：《论中国案例指导制度向司法判例制度转型的必要性与正当性》，《比较法研究》2017年第5期。

⑤ 《最高人民法院〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第十一条：公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人引述指导性案例作为控（诉）辩理由的，案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由。

（二）指导性案例制度的运行困境

尽管指导性案例制度的运行目标是鲜明的，机制设置似乎也是合理的，但其运行效果并不理想也是现实存在的。无论是学界还是司法实务界，都将此种运行的困境归因为对指导性案例的效力定位不明确，认为指导性案例的效力问题是破解僵局的关键。^①最高人民法院在《规定》第七条和《实施细则》第九条，明确各级人民法院在审判类似案件时应当参照指导性案例。^②“应当参照”这四个字被视为最高人民法院对指导性案例的效力界定。然而，在理论层面上，此种效力是行政性的拘束力^③，还是事实上的拘束力^④，是法律规范上的拘束力^⑤，还是准法律规范上的拘束力^⑥，皆存在争议。而在司法实践中，法官在适用指导性案例时，对于何为“应当”，何为“参照”，“何时”应当参照，应当参照“什么”，也都存在认知模糊，以致无法准确和广泛地适用指导性案例。根据《规定》和《实施细则》的规范性表述，“应当参照”是最高司法机关以“规定”的行政式命令要求下级法院遵照执行，显然具有行政性的拘束力。而一旦后案法官依据指导性案例的裁判要点作出新的裁判，又使得指导性案例实际上具有了事实上的拘束力。“应当”意味着“必须”，是一种拘束效力的体现。^⑦而“参照”不同于“遵循”，并不是裁判依据，是一种参考效力的体现。^⑧那么“应当参照”究竟是拘束效力还是参考效力，抑或兼而有之？可见，正是“应当参照”此种概括性的表达，导致了指导性案例效力性质上认定的模糊性。

从案例的指导价值来看，每一个在前的生效判决都在不同程度上会对后案产生指导效力，只不过会因其裁判理由的说服力不同、与后案类似程度不同、所在审级不同，而有不同程度的指导效力。^⑨后案法官在裁判时，通过类案检索找到在前的类案判决，会根据本案情形和对类案法律观点的认同程度选择是否参照，这便是在先案例普遍意义上的指导价值。而如果在前的类案判决具有审级上的优势，后案法官为了避免裁判在上诉时被上级法院发回重审或者改判，便会主动参照上级法院作出的类案判决，从而使该在前的类案判决对本案产生了事实上的拘束力。原本在成文法国家，原则上能够约束法官的裁判行为的只能是法律规范，而非在先案例，所以法官选择不参照案例而直接适用法律规范，也不会影响裁判活动的进行。可一旦在先案例具有了审级上的优势，便会形成事实上的拘束力。这也说明，只要是上级法院作出的审判性的指导意见，无论是典型案例、指导性案例，还是会议纪要、答复批复，都将对下级法院的审判形成事实上的拘束力，助力于法律适用的统一。如此看来，指导性案例制度试图实现的、不同于其他审判指导方式的独特之处在于借鉴普通法中通过遵循先例以实现同案同判的范式，达到法律适用统一的效果。

鉴于此，笔者认为，指导性案例运行困境的根源或许并不在于对其效力的定位，而在于运行条件的

-
- ① 北京市人民检察院课题组：《指导性案例的应然效力与实现路径》，《中国检察官》2023年第8期。
- ② 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第七条：“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件时应当参照。”《最高人民法院关于〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第九条：“各级人民法院正在审理的案件，在基本案情和法律适用方面，与最高人民法院发布的指导性案例相类似的，应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判。”
- ③ 陈树森：《我国案例指导制度研究》，第15页。张骐：《中国司法先例与案例指导制度研究》，北京：北京大学出版社，2016年，第142页。
- ④ 于同志：《刑法案例指导：理论·制度·实践》，北京：中国人民公安大学出版社，2011年，第350页。泮伟江：《论指导性案例的效力》，《清华法学》2016年第1期。左卫民、陈明国主编：《中国特色案例指导制度研究》，北京：北京大学出版社，2014年，第143页。
- ⑤ 李学成：《指导性案例的法源意义与确认路径——以最高人民法院公布的私法性指导性案例为研究对象》，《北方法学》2014年第6期。
- ⑥ 雷磊：《指导性案例的法源地位再反思》，《中国法学》2015年第1期。
- ⑦ 胡云腾：《案例指导制度的构建意义深远》，《法制资讯》2013年第10期。
- ⑧ 《最高人民法院关于〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第十条：“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。”
- ⑨ 曹志勋：《论指导性案例的“参照”效力及其裁判技术——基于对已公布的42个民事指导性案例的实质分析》，《比较法研究》2016年第6期。

识别与分析。指导性案例不同于法律和司法解释等法律规范，不具备法律规则中假定条件、行为模式、法律后果等基本要素，即便赋予其法源地位或者法律效力，也不可能自动融入成文法适用的司法三段论框架中。对于法官而言，无论给案例穿上怎样的效力外衣，也不同于法律规范的适用方法和逻辑。指导性案例能否解释提炼出可被适用的法律规则，不仅是裁判技术的问题，更重要的是能否将法律规则赋予案例表达。如果答案是否定的，那么指导性案例只能回归到普遍意义上的指导效力，不会产生拘束效力。如果答案是肯定的，案例中所包含的法律规则，自然应当具有拘束效力。所以，与其在效力问题上纠缠，不如回归到案例本身在实现法律适用统一的运行机制中，究竟需要怎样的运行条件才会实现同案同判的运行效果。

二、以参照适用在先案例实现同案同判的运行条件

指导性案例制度以统一法律适用为预设目标，以下级法院参照适用指导性案例的方式，赋予指导性案例拘束力，以防止和减少同案不同判的现象，这与以遵循先例（*stare decisis*）实现同案同判的普通法在运行机制上十分类似。尽管判例制度与指导性案例制度在法律性质、制度环境上有重大差异，但若从运行条件保障运行机制、实现运行效果的视角，两者同理。

遵循先例的制度逻辑在于法官造法的普通法本质，只有通过后案遵循前案，同案获得同判，才可以使判例中所蕴含的法律规则（*legal rules*）得以适用，并以此实现法律适用的统一，确保普通法的稳定性、权威性和发展性。^①在普通法中，实现法律适用统一的核心路径便是以遵循先例实现“同案同判”。此种参照适用在先案例实现同案同判的运行条件主要包括以下几个方面：

（一）运行效率性条件：区分判例的拘束效力和参考效力

从判例来源上看，判例可以被分为有拘束效力的判例（*binding precedent*）和有参考效力（*persuasive precedent*）的判例，拘束效力是指后案的法官在裁判时必须遵循的判例，而法官对有参考效力的判例仅供参考而不必遵循，通常是指下级法院作出的判例和不在同一司法管辖区的上级、同级、下级法院作出的判例。^②以美国为例，美国联邦法院体系包含94个联邦司法管辖区的地区法院（*district courts*）、13个联邦巡回区上诉法院和由9位大法官组成的联邦最高法院。地区法院（初审法院）的法官在裁判案件时，需要遵循其所在巡回区的上诉法院和联邦最高法院作出的判例，同时也要遵循本地区法院在先作出的判例，但对于其他司法管辖区内的地区法院和巡回区上诉法院作出的判例不必遵循，而仅作参考。鉴于美国各州司法权与联邦司法权的各自独立性，联邦法院的判例对于州法院在审理涉及联邦问题的案件时，也仅具有参考效力，同样，州法院关于联邦问题的审理意见对联邦法院也仅具有参考效力，而非拘束效力。^③

从判例要素上看，普通法不仅将判例区分为拘束效力和参考效力，更是将此种区分细化到判例的各组成部分中。在判例要素中，仅是法官就争点问题所作的法律原则及理论的判决原理（*ratio decidendi*）部分，才对后案具有拘束效力（*binding authority*），而判例中的法官就该争点以外事项所附带发表的附随意见（*obiter dicta*），仅对嗣后的判例具有参考效力（*persuasive authority*）。^④同时，本案法官在适用判例时，将本案事实与判例事实相对照，仅需遵循判例中对必要事实（*necessary fact*）的判决原理，而对非必要事实（*unnecessary fact*）以及判例中的假设事实（*hypothetical fact*）的判决意见仅作参考。^⑤

此种同时涵盖判例来源和判例要素，并区分拘束效力和参考效力的机制，不仅有利于法官在复杂的司法管辖权体系、浩如烟海的判例和冗长复杂的判决意见中快速定位具有法律拘束力的判例和其中的法律规则，提高判例法运行效率，也便于法官灵活参考具有说服力的判例说理，在保证同案同判的法律适

① Douglas, W.O. (1949). *Stare Decisis*, *Columbia Law Review*, 49(6), 735-758.

② Glenn, H.P. (1987). *Persuasive Authority*, *McGill Law Journal*, 32(2), 261-298.

③ Salmond, J.W. (1924). *Jurisprudence (7th ed.)* London: Sweet & Maxwell, 145-167.

④ Lambert, Douglas, *Ratio Decidendi and Obiter Dicta* (1993). *Advocate (Vancouver Bar Association)*, 51, 689-700.

⑤ 潘维大、刘文琦编著：《英美法导读》，北京：法律出版社，2000年，第58页。

用统一性的同时兼具自由裁量的灵活性。值得注意的是,判例的效力并不是被赋予的,而是由其与后案的关系决定的。^①同样一个判例,对来自不同司法管辖区、不同审级、不同关联程度的案例,将具有不同的效力。如此“各花入各眼”的机制设计,虽然在某种程度上与严格遵循先例实现同案同判的法理有所出入,但维护了判例制度的有效运行。

(二) 运行稳定性条件:区分判例的纵向拘束效力和横向拘束效力

法官对于有拘束效力的判例予以遵循时,存在纵向遵循和横向遵循两种遵循路径。判例的纵向遵循(vertical stare decisis)是下级法院对上级法院判例的遵循。判例的横向遵循(horizontal stare decisis)是指法院对本院之前作出的判例的遵循。法官应当对同一司法管辖区内的上级法院作出的判例和本法院在前作出的判例予以遵循。前者被称为判例的纵向拘束力(verticality),以法院的审级为基础;后者被称为判例的横向拘束力(horizontal),以同一法院作出判决的时间先后为依据。此两种拘束力试图通过“纵横交织”以实现严密无缝,既是遵循先例原则的最重要体现,也是维系判例法的统一性、稳定性和可预测性并由此而实现现代法治的基石。

纵向遵循是以普通法体系中法院层级的设立和组织机构为前提。通常,由于上诉法院对被上诉案件拥有裁判权,下级法院在初审时会主动避免与上级法院判例的冲突和不一致,而上级法院在判决时基于对下级法院判决的审视和纠偏职能而无需遵守下级法院的判决。此种下级法院对上级法院判决的遵循,上级法院无需参照下级法院的判决,以此确保法律适用的一致性和连贯性,是司法审级划分的应有之义,现代法治国家并没有本质上的区别。而遵循先例原则中的判例拘束效力,更重要的并不是体现在审级基础上的遵循,而是在法官独立审判基础上对同一法院在先案例的遵循,即横向遵循。即便是同级别的法官,只要是本法院法官在先作出的判例,原则上都应当遵循,横向遵循通过在司法等级的特定级别上建立可靠的先例体系,实现涉及同一司法管辖区内同级法院所作判决的一致性。如果说纵向遵循是司法审级划分的自然产物,横向遵循才是普通法以遵循先例实现同案同判的精髓和核心,为普通法所独有。

(三) 运行权威性条件:法官的专业性和独立性

判例具有普遍意义上的权威性是后案对其予以遵循的前提,此种权威性不仅来源于法律体系的认可,更来自法官进行独立审判的专业性和权威性。由于普通法是法官造法,所以对法官的独立性和专业性要求普遍较高。法官的独立性体现在其应仅根据案件中提出的法律和事实作出判决,不受到外部压力的影响,无论是政治的、社会的还是经济的。

法官的专业性不仅体现在其法专业的教育背景,更重要的是要求其具有广泛的法律培训和经验。美国法官的遴选标准较为严格,不仅应当拥有法律博士学位,具有以其法律专业知识理解复杂的法律问题和正确应用法律的专业能力,更重要的是绝大多数法官在任职之前,已经从事了相当长一段时间的法律实务工作,积累了大量的法律实务经验。由于判例制度需要在创新和稳定之间取得平衡,若法官规模过大、各自为政,就可能导致判例在创立和适用上的不一致。坚持选拔优秀法律精英担任法官的体制,形成一个高度自治、具备专业素养的法官团体,有助于维护判例制度的稳定和法律适用的统一。

在普通法国家的法治传统中,法官被认为是正义的化身,因此也被要求遵守很高的道德标准,在法庭内外应以正直、公平和公正的态度行事,恪守道德原则。这也使其具有较高的社会威望。法官在创立判例法的过程中树立起的崇高社会地位,不仅为其个人赢得了社会的尊重,同时也推动了判例法制度的巩固与不断发展。同时,由于法官享有任期保障以免遭任意撤职,并兼有藐视法庭罪的独断权,有利于其更好地专注于审判,并在经验积累中不断提升审判的专业性。上述因素都使得法官作出的判例往往经得起专业的审视和民众的认可,具有相当高的权威性。

^① Corkery, J. F. (Eds.) (1988). *The Study of Law*, Adelaide: Hyde Park Press, 124-138.

（四）运行发展性条件：辩异、解释和超越的司法技术

无论是纵向遵循还是横向遵循，遵循先例既不要求绝对地遵循，也不要求法院必须推翻错误的先例。^①正如布兰代斯（Brandeis）大法官所说的那样，遵循先例原则不是“不可阻挡的命令”。^②换言之，法院没有义务遵循它认为存在错误的先例。但由于遵循先例是确保普通法法律适用统一的基石，法官会尽量避免采用推翻先例的做法，其不予遵循的方式更多表现为采用司法辩异（Distinguishing）技术，区分当前案件与之前的先例案件在哪些方面存在差异，此种差异可能涉及案件的事实、法律问题或其他相关因素。法院通过强调这些差异来解释为什么先前的判例不适用，从而在特定情况下创造出新的法律原则或裁决。司法辩异技术既尊重先例效力不轻易置喙或推翻，同时又使得新的法律规则在判例中获得发展。

普通法中具有法律拘束力的其实并不是先例本身，而是先例中被正确解释或者被正确具体化的规范。^③或者说，只有包含了某种法律规则的判决，才能够成为判例。因而，后案法官解释先例中的法律规则，是遵循先例的前提。此种解释法律规则的司法技艺，需要法官和律师在实务经验的积累中逐步习得，并没有明确方法和标准。在普通法的发展历史中，也经历了从古典理论到现实主义的发展历程，其间也出现了以古德哈特、麦考密克、斯通等为代表的学说观点。^④概括来讲，法律规则应当存在于判例中的判决理由而非附随意见中，是判决理由中作出本案裁决所依据的原则和规则。但其实并不是每个判例中都有关于法律原则和规则的明确阐述，更多情形下，是后案法官在遵循先例的过程中，对判例中的法律原则和规则不断进行解释、说理和完善。^⑤从这个意义上讲，与其说是某个静态的判例创制了法律规则，不如说遵循先例的动态过程逐步“型塑”了该判例中的法律规则，以此使得这些真正具有法律拘束力的法律规则保持生命力。

而在判例被认为存在严重错误，或者社会变革或法律理解的演变要求对其进行修改时，法官在某些情况下有权超越（Overruling）先前的判例，推翻或废除该判例。尽管没有统一的司法超越标准，但在以下几种情况下的判例可能是错误的：一是忽略早先的权威判例而做出的先例；二是推理错误或错误解释先前判例的判例；三是判例中法律原则已不能适应当下社会发展；四是判例存在矛盾或者异议较多；五是临时作出而之后并未被保留的判例等。^⑥概括而言，当判例不能够反映当下的社会、经济或其他情势，或是判例错误地阐释法律或错误地解释了以前的判例时，法官有权进行司法超越，对判例予以推翻或者废除。

由此可见，法官对判例进行区分、解释和超越的司法技术，一方面能够帮助法官在司法实践中行使灵活的判断力，以适应社会和法律的变化，同时也有助于在维护法治和法律稳定性之间找到平衡，以确保司法体系的公正和一致性。另一方面，上述司法技术的运用，使得遵循先例的运行具有发展性，即能够使判例制度随着时代的发展和人们对于法律价值认知的变化而不断发展。

综上所述，普通法中遵循先例实现同案同判的运行条件，主要围绕实现运行机制的效率性、稳定性、权威性、发展性展开，以确保法律适用统一。

三、以指导性案例制度实现法律适用统一的运行效果

鉴于遵循先例制度与指导性案例制度在运行机制上都属于法律适用机制，运行目的都是为了实现同案同判，那么遵循先例运行机制中对判例法的效率性、稳定性、权威性和发展性保障，同样也应是通

① Peter Wesley-Smith (1987). *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*, Oxford: Clarendon Press, 87.

② *Caroline Products Co. v. Levinson*, 302 U.S. 319 (1938).

③ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，北京：商务印书馆，2020年，第540页。

④ [美]E.博登海默著，邓正来译：《法理学：法律哲学与法律方法》，北京：中国政法大学出版社，1999年，第548页。

⑤ Karl N.Llewellyn (2012). *The Bramble Bush*, New York: Oceana Publications, 66.

⑥ Michael. F. Rutter (1989). *The Applicable Law in Singapore and Malaysia: A Guide to Reception, Precedent and the Sources of Law in the Republic of Singapore and the Federation of Malaysia*, Singapore: Malayan Journal Pte Ltd., 29.

指导性案例以实现同案同判的制度性目标。但是,由于普通法与成文法在法律规则产生来源、制度基础、发展方式、效力和载体等多方面的区别,遵循先例以实现同案同判的运行条件并不能直接借鉴,需具体分析目前类似替代方案对当下指导性案例制度的运行效果。

(一) 以指导性案例实现法律适用统一的效率性分析

遵循先例通过区分判例的拘束效力和参考效力以实现同案同判的效率,指导性案例尽管没有明确其具有拘束效力还是参考效力,但因为指导性案例仅有 216 例,并不存在普通法中海量判例、范本难寻的现实问题,也就不需要通过区分判例来源的效力而提升法律适用的效率。但是区分判例要素中仅判决理由具有拘束效力,而附随意见只有参考效力,以便后案法官提炼法律规则适用本案并获得法律适用统一的效率命题,两者仍然是相同的。那么,指导性案例是否需要类似的区分,赋予案例中的不同内容以不同效力,以实现比仅有法律和司法解释更便捷高效且统一的法律适用效果呢?

以参照适用第 24 号指导案例的某交通事故责任纠纷案为例予以分析。^① 本案中,二审被上诉人辩称:答辩人辛某 1 的陈旧性损伤已经转化为个人特殊体质,其个人体质对于损害发生或扩大并不构成法律意义上的过错。根据《最高人民法院公报》2014 年第 8 期指导案例 24 号的裁判理由:“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。”故在本案中不应因答辩人自身体质考虑损伤参与度减轻保险公司的责任。

通过抽象提炼,第 24 号指导性案例中能够对后案产生指导价值的规则是“受害人自身具有先天性疾病等特殊体质,以致发生交通事故后损害扩大的”,不认定为“受害人过错”。依据的是民法典第 1173 条和《道路交通安全法》第 76 条第 1 款第 2 项的规定,即“受害人过错是机动车交通事故责任的减责事由”。对待决案件的承办法官而言,需要判断本案受害人是否属于先天性疾病或与其类似的特殊体质,并且判断交通事故损害扩大是否由该特殊体质造成,进而决定是否参照适用指导性案例。从表面上看,指导意见清晰,如与本案情形近似参照适用该指导性案例作出本案判决更为便捷。但事实上,对于本案法官而言,判断本案中的“陈旧性损伤”是否属于指导性案例中的“先天性疾病”或“类似特殊体质”,远比判断是否属于受害人过错更为复杂。因为过错是主观要件,而受害人体质是客观情况,通常不会将不能改变的客观情况理解为主观过错,依据过错判断更为简便。如果不参照该指导案例,仅从是否构成受害人过错着手分析,依然可以得出妥当的法律适用结论。正是因为本案法院“应当参照”指导性案例制度的规定,无论是诉讼主体还是法官,都要对指导性案例是否适用本案作出分析,当事人要举证说明,法官要推理论证,从某种程度上使得诉讼更加复杂化,并不比准确解释适用法律和司法解释更有效率地实现法律适用的统一。另外,严格属于指导性案例中因受害人“先天性疾病”或“类似特殊体质”导致交通事故损害扩大情形的案例并不多见,该指导性案例可被参照适用的案件本就有限,这也是参照引用指导性案例的案件数量不多和近 30% 的指导性案例处于“休眠状态”等运行效率不佳的现实原因。

可见,在成文法体系中,即便为指导性案例制度设置有效区分指导性案例中有拘束效力内容的运行条件,也并不比直接准确适用法律规则更为便捷高效。原因在于普通法和成文法的法律来源不同。以遵循先例实现同案同判的运行机制中,后案法官要遵循的并不是有拘束力的判例本身,而是判例中的法律原则和规则。^② 只有抽象的法律规则,才具有经过解释推理并运用到后案中的可能性。指导性案例中并不会创制抽象的法律规则,例如第 24 号指导案例中“将受害人过错作为机动车交通事故责任的减责事由”本就是法律规则,并非指导性案例所创制。指导性案例更多地是对适用法律规则进行解释并推理的裁判过程进行规范,例如第 24 号指导案例中将“受害人特殊体质”排除在“受害人过错”范围之外。而此种对裁判过程的规范表达,是典型案例和指导性案例都具有的普遍意义上的指导价值体现,不同于通过遵

① 中国人民财产保险股份有限公司天水市分公司与辛某 1、张某 1、周某 2 机动车交通事故责任纠纷二审民事判决书,(2020)甘 05 民终 584 号。

② [德]H. 科殷:《法哲学》,林荣远译,北京:华夏出版社,2002 年,第 205 页。

循先例而实现同案同判的运行效果。

（二）以指导性案例实现法律适用统一的稳定性分析

在判例法的体制下，遵循先例原则通过纵向遵循和横向遵循的方式实现“同案同判”，这是维护判例法稳定性的最重要的机制。而在成文法的体制下，指导性案例是通过解决法律适用和司法解释适用分歧并统一认识的方式，减少同案不同判，维护法律运行的稳定性。例如，通过指导性案例进一步解释和说明法律和司法解释有关规定的具体含义，或者在法律和司法解释没有明确规定时，通过指导性案例中裁判理由的解释作出相应的补充等。按照此种逻辑，指导性案例的数量应当与法律适用的分歧密切相关，即分歧越多，指导性案例的数量也应越多，分歧越少，数量也越少。如此看来，比照普通法中判例数量和国内立案总数而指摘指导性案例供给数量不足的批评并不客观。^①

既然指导性案例是要通过统一法律适用的分歧而减少同案不同判，那么指导性案例的形成机制应当围绕法律适用中的分歧展开，而非其他。但是根据《规定》第二条，指导性案例主要包括社会广泛关注的、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以及其他具有指导作用的案例。这就使得大量的指导性案例并不包含澄清某个法律适用分歧的内容。以第38批公益诉讼指导性案例为例，第212号指导性案例明确非法采砂造成流域生态环境损害应当赔偿；第213号指导性案例明确生态环境侵权人采取增殖放流方式恢复水生生物资源、修复水域生态环境的应当采取何种修复措施等；第214号指导性案例明确港口码头经营企业应采取及时治理建设设施以避免污染环境，相关治理费用可以作为共益债务由债务人财产随时清偿；第215号指导性案例明确公司股东滥用公司法人独立地位、股东有限责任导致公司侵害环境的，应当承担连带责任；第216号指导性案例明确且污染者不能处置污染环境的危险废物的，由危险废物所在地的生态环境主管部门代为处置等。上述指导性案例满足相应社会关注度、新类型或者典型性标准，而被遴选为指导性案例，但都不是重点针对适用法律中的分歧，而是结合某个具体案例解释适用法律规则。此种解释适用法律的裁判过程性规范，既非创制法律规则，又非弥合法律适用分歧，显然难以充分发挥其被后案参照以实现同案同判的价值和维护法治运行的稳定性。

（三）以指导性案例实现法律适用统一的权威性分析

判例的权威性来自普通法法律体系的认可以及法官的专业性和独立性，而指导性案例是由最高司法机关发布并要求下级法院应当参照，也具有法律适用统一上的权威性。但是两者又存在诸多不同，主要体现在：

第一，权威性的来源不同。判例的权威性是在法官造法的过程中自然形成的，源自法律本身的权威性，遵循先例就是适用法律。指导性案例的权威来自最高司法机关的认定，既不是通过上诉审和再审的审级优势确定，也不是通过创制法律而具有法律上的权威性。

第二，权威性的表现不同。判例的权威性是在被后案不断遵循、持续解释发展完善的过程中被加强的，也会随着司法辩异、不被引用而逐渐减弱，更会因为被推翻而不再具有权威性。指导性案例的权威性表现为下级法院应当参照并引用，并不会因为其是否被实际参照以及参照频次而影响其权威性，只有被最高人民法院宣布不再参照该指导性案例时，其权威性才随之消失，仅保留其作为生效裁判的效力。

第三，权威性的实现方式不同。判例的权威性通过后案法官裁判时遵循先例而实现，是在初审、上诉审等法律程序中实现的。而指导性案例通过行政化的方式所确定下级法院应当参照的义务，无法转化为法律义务，其权威性也就无法通过法律程序予以实现。

通过比较发现，指导性案例制度虽是一种法律适用的运行机制，但其权威性的来源、表现和实现方式，都具有鲜明的行政性而非法律适用性。既然其权威并非来自创制法律或者司法审级，如果后案法官依据实体法和程序法，在法律适用的过程中严格按照司法三段论的范式作出裁判，即便因疏忽未能参照指导

^① 刘克毅：《论指导性案例的效力及其体系化》，《法治现代化研究》2017年第5期。

性案例，承办法官也不会面临不参照指导性案例而承担改判风险。上述问题都使得指导性案例的权威性受到影响，根源在于指导性案例运行机制的法律适用逻辑与案例权威性的行政化设定之间，存在冲突和矛盾。

（四）以指导性案例实现法律适用统一的发展性分析

判例法中辩异、解释和超越的司法技术，使得遵循先例原则在实现同案同判的同时，也能随着社会的发展实现突破与发展，既维护了法律适用的统一，又赋予判例法不断发展的生命力。近年来，围绕借鉴判例法上的司法辩异等裁判技术用以完善指导性案例适用中判断案件相似性等问题，学界展开了广泛而深入的研究，意在从技术层面上解决指导性案例的适用困境。^①但其实，即便不采用判例法的裁判技术，成文法的法官区分此案与彼案是否类案的技术也是十分成熟的，只不过并不是通过甄别判决理由和附随意见和区分事实要素的方式，而是围绕特定法律关系的构成要件，确认关键事实和争点问题。无论是成文法还是判例法，都有各自成熟的裁判技术确保法官裁判活动的顺利进行。指导性案例的参照适用方法，与判例法存在本质上的不同。指导性案例经过最高人民法院的编纂，其裁判理由和裁判要点皆十分明确，无需法官通过判例法上的裁判技术去寻找判决理由中承载的法律规则；而判断指导性案例是否与本案相似，只需要对照两案的要件事实即可，也无需判例法上的要素区别和类比推理技术。

需要澄清的是，在判例法中，司法辩异、解释和超越的裁判技术，最核心的功能并不在于遵循先例，而在于“不遵循先例”。如果后案法官在裁判时，产生了与判例不同的看法，为了减少或避免与遵循先例原则的冲突，便会选择通过辩异技术说明本案与判例存在差异而不予遵循，或者通过解释判例加入新的见解以丰富判例规则，甚至在可以认定判例错误的情况下，推翻先例。^②而此种在确保同案同判的同时又具有相当发展性的技术，在指导性案例制度的运行中是缺失的。目前的指导性案例制度，下级法院只能选择参照或者不予参照，或许其参照和不予参照的理由中，包含了不同意见或者新的认识，但也不会对后案或者对指导性案例本身产生互动性影响。能够宣布指导性案例不再具有指导性的，只能是最高人民法院，而不会是某一级法院或某个承办法官。如果认为指导性案例应当具有类似司法解释或者准判例的法律地位，那么目前的运行机制是无法使指导性案例中的规则获得发展性的。以前文参照第24号指导性案例的案件为例，如果交通事故责任纠纷案的法官认为，应当将本案中“陈旧性损伤导致的伤残”，认定为指导性案例中的“先天性疾病等特殊体质”，并且予以参照。那么，假设后案再次出现陈旧性损伤导致的伤残时，法官是否可以作出不属于“先天性疾病等特殊体质”的认定而不予参照？如果不可以，那么在先参照指导性案例的案件的优先地位无从解释；如果可以，则在适用指导性案例的情形下又出现了新的同案不同判。这便是指导性案例制度在法律适用的问题上难以具有发展性的突出表现。

四、指导性案例制度的再定位

通过分析判例制度与指导性案例制度在实现同案同判的运行效果上的差异，可以发现即便为指导性案例设置了类似判例制度中的运行条件，也难以实现较好的运行效果。虽然两者的运行机制皆为旨在实现法律适用统一的法律适用机制，但由于判例法和成文法中对于法律规范的适用方法和逻辑不同，使得两种案例制度的运行效果存在显著差异。解决这一问题，应从以下几个方面重新认识指导性案例制度的定位。

（一）重新认识指导性案例制度的运行逻辑

一直以来，人们习惯于将“同案不同判”视为破坏法律适用统一的重要表现，进而认为判例法上遵

① 参见雷槟硕：《判例区分技术运用考察与借鉴》，《华东政法大学学报》2020年第2期。孙光宁：《区别技术在参照指导性案例之司法实践中的应用及其改进——以指导性案例第24号为分析对象》，《法学家》2019年第4期。曹志勋：《论指导性案例的“参照”效力及其裁判技术——基于对已公布的42个民事指导性案例的实质分析》。

② O'Brien, David M., Jobim, Marco Felix (2018). Precedent, *Direitos Fundamentais & Justica*, 38, 35-46.

循先例以实现“同案同判”的运行机制可供借鉴。更有学者认为指导性案例应当视为“准判例”，并提出积极寻求判例制度与成文法的融合，共同发挥两者在法律适用统一的积极作用。然而，通过对遵循先例制度运行机制进行深入剖析，同案同判是判例法得以运行的内在要求，只有通过后案遵循先例，使得同案获得同判，才能够实现法律适用的统一，否则蕴含在判例中的法律原理和规则将无法持续稳定地得以适用和发展。换言之，在判例法中，同案同判等同于法律适用的统一。但是，这一命题在成文法语境中并不自然成立，原因在于判例法与成文法的法律适用逻辑存在根本差异。

成文法的法律适用逻辑是通过解析法律关系中的构成要件，从案件中提取要件事实并与之函摄，而形成法律适用的结论。如此，正确判断法律关系、解析构成要件、提取要件事实，经过符合法律逻辑的推论，便会得出妥当且正确的适用结论，按照此要求运行的司法裁判便会在整体上实现法律适用的统一，并不以后案是否参照前案的同案同判为标准。成文法语境中，法律适用统一不等同于“同案同判”。因此，指导性案例制度应当在符合成文法的法律适用逻辑的基础上予以运行，使其能够针对存在司法裁判分歧的问题，完整展现规范适用法律的裁判过程，以发挥模范适用法律的指导价值，而不是仿照同案同判的运行机制要求类案参照。

（二）指导性案例应回归其指导示范价值

指导性案例的形成机制和运行机制都具有鲜明的行政色彩，最高司法机关对指导性案例予以认定和推行，并要求下级法院参照适用，无疑是最为高效并具有相当拘束力的运行模式。^①然而，司法裁判的过程毕竟是适用法律的过程，以行政指令的方式要求参照适用，使得指导性案例在效力上出现了行政机制和法律机制的混同。即违反行政指令承担的是行政责任，而非法律责任，只有适用法律或者事实认定错误，才会承担相应法律上责任。

鉴于指导性案例的法律适用逻辑，不应使其承担创制法律规则的使命，否则将不利于法律的稳定性、权威性和发展性。而在“应当参照”的问题上，如前文分析，既然待决案件的裁判可以基于法律的理解直接做出，仍要求法官必须参照指导性案例并说明参照或者不予参照的理由，使得诉讼主体的证明过程和法官的裁判过程变得更为复杂，不利于裁判的效率。同时，当若干类似的待决案件对同一个指导性案例有不同理解时，法官对是否参照作出不同的决定时，会形成新的法律适用不统一的问题。

因此，指导性案例的制度定位，应当回归到其作为模范裁判的指导示范价值上来，是否需要参照以及如何参照交由待决案件的法官自由裁量。基于最高司法行政机关的发布，指导性案例对下级司法机关自然具有示范性的指导价值，甚至事实上的拘束力，但其拘束效力并不应作为制度运行所追求的目标，进而也不必为此种效力的实现额外设置运行机制。

（三）完善指导性案例的遴选与退出机制

充分发挥指导性案例制度的指导示范价值的前提是要遴选更多优秀的指导性案例。由于出台指导性案例的必要性主要体现在，通过指导性案例统一法院在适用法律和司法解释中出现分歧时的认识。所以，在遴选标准方面，应当在《规定》第二条所规定的五大类指导案例的基础上，进一步限定为存在司法适用分歧的案件，以此优中选优、发挥示范效应，才能更好地解决法律适用不统一的现实问题。在形成机制方面，目前指导性案例的形成机制是一元化和多层次筛选的。^②采取民主集中制的方式，由地方法院进行案例申报，社会各界推荐，学术界在一定层面上参与，最终由最高人民法院统一遴选和发布。但此种指导性案例的形成机制，并非基于审级程序由最高人民法院通过判决的方式产生，而是行政化的推选，从而导致指导性案例未经案例市场的竞争，难以获得法律职业共同体的普遍认可。建议指导性案例的遴选摆脱行政化的内部操作运行传统，组建包含资深法官、律师和学者在内的专家库，通过专家评审的方

① 关于指导性案例制度的行政化机制，参见王彬：《指导性案例的效力困境及其解决》，《河南大学学报（社会科学版）》2017年第4期。

② 刘克毅：《论人民法院指导性案例形成机制》，《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第6期。

式确定，确保指导性案例说理充分，并将司法实践与蕴含具有法律价值的理论问题相结合。

指导性案例既然是根据法律适用的实践情形产生的，也必然存在着指导性案例不能发挥其应有作用的情形，在此种情形下设立指导性案例退出机制就很有必要。正是基于此目的，2021年最高人民法院发出《关于部分指导性案例不再参照的通知》（法〔2020〕343号）《通知》指出，为保证国家法律统一正确适用，根据《中华人民共和国民法典》等有关法律规定和审判实际，经最高人民法院审判委员会讨论决定，9号、20号指导性案例不再参照。但该指导性案例的裁判以及参照该指导性案例作出的裁判仍然有效，毕竟推翻已经生效的裁判必须有法定的程序，例如通过再审程序予以推翻。

应当注意的是，最高人民法院虽然发布了某些原来作为指导性案例今后不再作为指导性案例的通知，但并未公开指导性案例退出的程序。这也许是最高法院认为退出程序属于内部程序没有公开的必要。但是，既然指导性案例具有对外的约束力，那么其产生程序和退出程序都应该予以公开，并且需要说明从指导性案例中退出的原因。

Re-orientation of the Operational Route of the Guiding Case System

BI Xiao-xiao

(School of Law, Yantai University, Yantai, 264000)

Abstract: The guiding case system aims to promote the unity of legal application through the reference to previous cases by all courts at all levels. However, the operation of the system is plagued by numerous issues such as unclear effectiveness, inadequate supply, and limited application scope. Given the similarities between the operating mechanism of following precedents to achieve consistent judgment and guiding cases to ensure the uniformity of application of law. By analyzing the operating conditions of following precedents in case law and observing its effects within the operating environment of guiding cases, it is found that there are fundamental differences in the logic of legal application between the two methods. therefore, efficiency, stability, authority, and development of the guiding case system in achieving unified application of law are not satisfactory. Guiding cases should return to their value as guiding demonstrations rather than binding force, and should focus on covering judicial disputes and increasing case competition while improving corresponding selection and withdrawal mechanisms.

Keywords: Guiding Case, Stare Decisis, Same Case Same Judgment, Unified Legal Application, Operational Mechanism

[责任编辑：陈慧妮、赵蔚平]