

刑事案例指导制度：价值、困境与完善

林 维*

摘 要 刑事案例指导制度对于司法公正公平的保障作用毋庸置疑,其良性发展也将极大地改变刑事司法的理念、刑法解释的格局。但目前的困境在于案例数量缺乏规模效应、裁判要旨缺乏指导意义、指导效力机制不明确、案例生成程序与裁判程序脱节,导致其效果不容乐观。因此,应当逐步建立两级指导案例生成机制,通过选择性提审、强化裁判援引效果、加强配套司法技术的训练等措施予以完善。

关键词 案例指导制度 价值 困境 完善

自2010年7月与11月最高人民检察院、最高人民法院先后发布《关于案例指导工作的规定》以来,至今已两年有余。在此期间,最高人民法院分四批发布指导案例,其中包含6个刑事指导案例;最高人民检察院分两批发布8个刑事指导案例。这意味着我国案例指导制度的初步确立,^[1]也因此需要我们在理论上对这一实践进行更为深入的理解和反思。本文主要基于上述样本,首先对刑事案例指导制度的价值进行论述,然后对刑事案例指导制度当前所面临的困境予以研究,并探讨其进一步的完善措施。当然,其中

* 中国青年政治学院法律系教授。本文系全国优秀博士论文作者支持项目(200905)及教育部“新世纪优秀人才支持计划”的研究成果。

[1] 大部分学者认为案例指导制度是在上述两个规定文件发布后才正式登上法治舞台。不过,最高人民法院研究室主任胡云腾则认为,应当把1985年视为中国特色案例指导制度的实际诞生之年。从1985年开始,《最高人民法院公报》开始刊登具有指导意义的案例。最高人民检察院研究室主任陈国庆似乎也隐约地主张这一观点,认为《最高人民检察院公报》自1989年创刊至今,发布了一百多个典型案例,发挥了重要作用,参见“两高研究室主任详谈‘中国特色案例指导制度’的构建”,载《法制日报》2011年1月5日。由于对案例指导制度的合宪性、合法性存在激烈争议,因此从避免争议、顺利推行的角度出发,将这一制度的起源往前追溯,并将以往的制度内容充实更新,当然不失为一种好办法。不过,最高人民法院副院长万鄂湘在2009年3月9日表示,“案例指导制度今年将提交审判委员会审议,如果通过将在全国推行”(载《京华时报》2009年3月11日),这意味着该制度仍然属于一个新制度。

所议难免涉及对案例指导制度的整体评价。

一、刑事案例指导制度的价值

2005年最高人民法院《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》指出:“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。”最高人民检察院则认为,检察案例制度的目的就是“正确理解和适用法律、维护国家法制统一和司法公正”,有利于“约束司法自由裁量权,同时有利于总结和推广司法经验和司法智慧”。〔2〕案例指导制度对于司法公正、公平的保障作用毋庸置疑,其更为深远的影响还在于,通过(刑事)案例指导制度的发展,将极大地改变刑事司法的理念。

(一)刑事案例指导制度将进一步促进刑事司法的格式化管理

“在罪刑法定主义下,成文法国家的判例是具体化了的刑法,成文的刑法是抽象了的判例”,忽视判例,“主观上是视野不完全,客观上是舍弃了全刑法的一部分”。〔3〕不过,案例制度的建设必须是在国家管理对司法格式化具有需求的情形下才有其可能,虽然普遍重视案例的规范标准的提供作用,但案例的制度化运用在不同时期具有不同的蕴涵,并不一定意味着刑事司法的格式化管理达到了怎样的程度。

在制定规范及其解释相对缺乏的情况下,对案例的重视来源于其一般性结论的提供和参考功能。1956年最高人民法院和司法部《1955年肃清反革命分子斗争审判工作的经验初步总结》指出,及时研究、总结处理案件的政策界限对各国家立法机关也可以提供重要的参考资料,各高级人民法院应该会同司法厅(局)就有关中心工作的刑民案件分类、分批选择典型案件,汇成案例汇编,及时指导工作。显然,在一个刑法规范极度匮乏的年代,如果不发挥案件在规范司法、统一标准中的作用,国家政策就无法落实。因此,1962年12月最高人民法院出台《关于人民法院工作若干问题的规定》,要求各级法院总结审判工作经验,选择案例,指导工作,认为在总结审判工作经验的基础上运用案例的形式指导审判工作,也是一种好的领导方法。确实,相对于立法和其他规范制定活动,案例指导作用的发挥是一种更经济、更直接的管理方式。

不过,上述文件虽然可以说是一定程度的判例创制、适用的萌芽,但这并不是对判例功能的自觉运用,而是处于规范匮乏背景下的不得已的举措。此后这一萌芽因素未能继续成长,案例指导型的体制也并未得到延续,其原因在于:对于一个新生的政权,一个基本的法律体系才是稳定的规范供给方式来源,而且也是管理规范化和正当性的外在依据,因此立法工作提到重要日程。而在文化大革命之后,司法对稳定和秩序的追求又被提到了一个新的高度,但此时审判经验的积累又无从谈起,以往的案例在整体上缺乏借鉴价值,司法人员的素质也无法担当起

〔2〕“最高检就开展案例指导工作的有关情况答记者问”,载《检察日报》2012年11月29日。

〔3〕蔡枢衡:《刑法学》,独立出版社1947年版,页124。转引自张文主编:《中国刑事司法制度与改革研究》,人民法院出版社2000年版,页532。

规则阐释的任务,因此规则制定任务又被提上日程。在一个并不太长的时间里法律体系被迅速建立,案例在整个立法体系中没有占据任何位置。在任务繁重的立法成为整个法制建设主导的背景下,管理者对于司法人员业务素质的养成乃至政治素质的把握,实际上始终存在着一种半信半疑的态度,因此更方便直接反映核心意志的立法者在话语上具有了相对司法者而言的前所未有的优越性,成为更为权威的规则制定和阐释主体,而司法者尤其是基层的司法者无非就是规范的执行者。正是这样的原因使得判例制度的萌芽不可能在此时成长。

考察反思这一段历史,我们会发现判例或者类似判例制度的正式化、合理化,其前提之一必定是法律的稳定性和可预见性成为民众所追求的法治的主要价值;反过来,代表这一趋势的刑事案例指导制度又强化了这些前提的内在正当性。法律及其具体运用而不是政策或者其他规则体系成为区别对错的真理标准,并且它试图将一切社会秩序纳入其规范范围中。在基本法律体系已经形成的前提下,案例对规范的解释、补充、细化甚至扩张作用才能得到重视。此时,对案例的重视才真正表现为一种自觉。

民众对权力运行的稳定性给予格外的重视,对于规则适用的统一产生特别关注,由此导致国家管理的规范性或者格式化被提到了前所未有的重要地位。在实践中,同案不同判、同法不同解的现象,导致当事人缺乏对裁判的合理预期,对司法的公信力产生负面影响,进而导致对国家管理的公正性的信任危机。建立案例指导制度,“最初的、直接的导因,就是这数年在人民法院的判决里面出现了比较多的同案不同判的情况。”〔4〕而案例指导制度使得法律规范不仅有了骨架,而且使不断更新的血液流淌其中。抽象的法律规范通过案例反复不断的澄清,最终具体化、精致化。通过案例指导法官的裁判活动,要求法官应当参照指导案例加以裁判,从而确保类似案件的类似处理,掌握司法尺度的统一,使得国家管理更加规范化。

(二)刑事案例指导制度使得民众对法律适用的监督更为直观和方便

过于抽象的法律规范乃至同样抽象的司法解释规范往往存在着被无限解释的可能,因而实际上仍然存在着较大的灵活性,使得普通民众对于法律稳定性的把握和预期仍有落空的可能。此外,由于缺乏法律解释技巧乃至对于法律理论的掌握,一般民众无从知晓从抽象的一般性规范到具体的个案结论之间的过程。因此,即使了解刑法规范,也无法运用刑法规范论证自身诉求的合理性。

而案例指导制度具有比司法解释更灵活、更易理解的特点。在指导性案例中,抽象规范与具体结论之间的过程在形式上被极大地简化,“法官只要确定待决案件与指导性案例的事实存在相似性,就可以参照指导性案例中的判决,这意味着法官的法律适用过程可以适当简化,这尤其体现在大前提的寻找、大小前提的连接以及法官的论证义务方面。”〔5〕对于法官如此,对于民众更是如此,指导性案例这一方法论上的减负功能,使得相似事实与相似结论建立起一种一目了然的具体连接关系。此时,恰恰是寻找或者发现案件事实的不相似性需要更高超的能

〔4〕 刘作翔:“我国为什么要实行案例指导制度”,《法律适用》2006年第8期。

〔5〕 王利明:“我国案例指导制度若干问题研究”,《法学》2012年第1期。

力和论证技巧,而民众对于案件事实之间的相似性反而具有更为朴素的把握。考虑到民众对于事实相似性的判断能力总是显著地超越对于法律规范特定性适用的论证能力,这就意味着民众无须考虑其中繁琐的法律论证过程,在假定指导性案例结论的正确性前提下,就可以根据待决案件与指导性案件的事实相似性,运用这一“法律等式”,直观感性地去找到待决案件的结论,因为民众可以知其然而无需知其所以然。

显然,法律规范与具体事实的关联或者固定搭配,使得法律更加容易被民众所理解和接受,司法的民主性或者群众性显著增强。民众能够更为方便直观地监督法律规范的公正适用,因此司法自由裁量的限制、监督运用不仅能够通过复审制度加以实现,而且能够通过公众尤其是利益相关人员具体比对案件事实来实现,从而实现法律知识的简略普及以及对司法的有力监督。

(三)刑事案例指导制度提升了基层司法活动的经验价值

最高人民法院对社会的影响直接受到作出决策的法官的知识、能力和地位的制约。现行刑事司法体制的整体倾向之一表现为:刑法知识的传输是自上而下的强制性灌输方式,基层司法机构总体上仅仅是简单的规范接受者及执行者,而不是知识和经验的提供者。基层司法审判经验并未得到体系化、制度化的重视。但是,“如果法官的各种知识储备不足,那么就不可能建立一个正确的司法制度安排,因此,知识问题就成为最高人民法院能否发挥有效作用的核心。”〔6〕最高人民法院法官的整体素质固然可能高于下级尤其是基层法院,但是就具体个体而言,最高人民法院法官在知识体系、教育背景、智力程度等问题上未必全都超越下级法院的法官。〔7〕从司法知识的职业来源看,最高司法机构工作人员固然可以通过基层调研、层级上报等方式获得司法经验的积累,但是,“通过最高人民法院自身不可能完成对知识的收集,因此需要一种不断交流和获得知识的途径(这种途径必须完全开放)。”〔8〕由于较少办理具体案件,相对于不断涌现、层出不穷的疑难问题数量,最高司法机构工作人员的经验获得同样存在相对匮乏的问题。最高司法机构目前的知识获得途径,“表现为真实案件的间隔者对真实案件的实践者的管理和审查,案件实践者真实感受到的重要性、实践需要性被降低。”〔9〕因此,即使是最高人民检察院也不得不在1999年《检察工作五年工作规划》中承认司法解释与检察工作实践不相适应这一问题。

案例指导制度虽仍然沿袭了以往司法解释的层报制度,最高司法机构对案件进行遴选、审

〔6〕 侯猛:《中国最高人民法院研究——以司法的影响力切入》,法律出版社2007年版,页91。

〔7〕 实际上,虽然存在地区差异等问题,但总体上随着法学教育的进一步普及化、司法资格的严格准入,最高司法机构的人员基于学历差异而产生的所谓智力优势将会逐渐趋于不明显,下级司法机构工作人员仍然因为审级问题而对代表最高司法机构行使权力的人员予以尊重,但最高人民法院法官个人的知识水准不可能像以往那样备受一般性地仰望,最高司法机构的工作人员也不可能像以往那样自以为真理在握而高高在上、盛气凌人。

〔8〕 侯猛,见前注〔6〕,页97。

〔9〕 林维:《刑法解释的权力分析》,中国人民公安大学出版社2006年版,页151。

查、归纳,但是其案件来源、裁判结论、推理过程基本上仍然保留了基层司法机构的成果,这无疑意味着对基层司法工作的重视和肯定,意味着知识积累体系化、制度性地增加了一种从下至上的传输途径,基层司法经验的积累具有了超越地域范围和管辖层级的含义。显然,这样一种制度能够调动各级司法机构的积极性,形成以一个最高司法机构为核心、数量庞大的基层司法机构组成的金字塔形的司法知识生成体系以及规范提供体系。

另外,基层司法机构的参与同样缓解了由于司法解释的制作过于缓慢而导致的案件办理困难。司法解释制作的层报和遴选制度要求问题的积累达到需要最高司法机构加以解决的程度,往往需要某一问题在实践中已经备受关注或者带有一定的普遍性,最好一个解释能够批量解决某一领域的问题,同时司法解释的制作过程本身又需要漫长的时间,^[10]因此司法的需求往往难以得到及时满足。由于指导案例来自基层司法中的海量案例,可以用来解决一个完全崭新的问题,甚至是一个极小的司法问题,而无须等到问题的积累,因此规范提供的过程显著缩短,有的间隔仅半年,其时效性明显增强,^[11]从而为解决当前转型时期层出不穷的新类型司法问题提供快速反应的经验。

不过,案例指导制度反过来也逼迫基层司法活动的质量必须得以提高,司法文书的说理性必须得到加强,否则指导性案例的来源就会枯竭。

(四) 刑事案例指导制度将改变刑事司法解释的整体格局

大规模的立法任务一旦完成,规则体系基本具备,国家治理的主要任务就不再是轰轰烈烈的立法工作而是更为日常的司法适用工作,司法者的经验就成为重要财富,变成一种可以利用的知识性资源和权威,因此,司法解释性活动就发展成为法律发挥社会治理功能的日常性重要手段。问题在于,以往的司法解释体制忽略了案例的规范提供功能,批量生产抽象司法解释文件。由于法律本身的抽象性,基层刑事司法活动虽然基本上仍然坚持罪刑法定,但实际上司法解释成为极为重要的“法律渊源”,因而出现所谓的“司法法”。案例不仅未能成为规范的来源,而且在具体案件的处理上,法官完全不愿发挥司法能动性,不愿充分发掘解释能力,而是过度依赖司法解释的出台。解释结论来源的单一化导致实践的大量问题无法得到适时的解决。实

[10] 例如2002年下半年最高人民法院即开始对知识产权刑法保护问题和有关审判情况进行全面调研,并于2003年5月完成了《知识产权刑法保护有关问题的调研报告》,同年最高人民法院、最高人民检察院研究室即着手起草司法解释稿,但直到2004年12月8日才公布两高《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,参见“正确贯彻司法解释、大力保护知识产权”,载《人民法院报》2004年12月24日。

[11] 例如最高人民法院指导案例4号(王志才故意杀人案),山东省高级人民法院于2011年5月3日作出终审判决,12月20日最高人民法院即予发布;即便是基层人民法院作出的生效判决,例如最高人民法院指导案例13号(王召成等非法买卖、储存危险物质案),浙江绍兴市越城区人民法院于2012年3月31日作出一审判决,最高人民法院2013年1月31日即予发布。同样,最高人民检察院检例第1号(施某等17人聚众斗殴案),福建石狮市人民检察院于2010年4月28日作出不起诉决定,2010年12月31日最高人民检察院即予印发;检例第6号(罗甲、罗乙、朱某、罗丙滥用职权案),2012年4月18日广州黄埔区人民法院一审判决,2012年10月31日最高人民检察院即予印发。

际上,只要一个司法制度下存在可以推翻下级法院判决的上诉审制度,就存在判例的潜在因素。其中最重要的原因就是法律制度的核心,即对合理的确定性和可预见性的需要,同样案件同样对待这种公正的基本要求,以及相互关联但有所区别的以下考虑:正义不仅应该伸张,而且已经伸张。^{〔12〕} 正是因为遵循先例对司法自由裁量的滥用具有一定的温和的约束效果,因此“坚守高级法院创立的先例是法官内在化的司法游戏规则之一”,^{〔13〕}“否则下级法院的判决就必然在上级审时被撤销,有敢于反抗上级审勇气之人,实属罕见”。^{〔14〕} 因此,发挥案例的规范作用将使得解释结论来源的多元化,显然有助于法律适用稳定性的提高。

案例指导制度的出现意味着:首先,解释性活动的内容和方式增加。将判例因素导入现行刑事司法解释体制之中,适当借鉴案例在解决问题的广泛性、灵活性、即时性上的优势,突破刑事司法解释的范畴,极大丰富解释材料的来源,改变抽象解释文件在解释依据中的比例结构。我们可以期待,如果指导性案例大量发布,司法解释的制作压力将会急剧缓和,甚至司法解释性文件会大幅度减少。尤其是案例指导制度的普遍化可能导致个案请示批复类型的解释活动的减少。批复本身作为一种责任转嫁渠道,违背了各级法院独立审判的原则,使得审级制度形同虚设。而案例指导制度能够增加规范的提供数量,使得疑难案件的处理需求得到一定程度的满足,从而减少报送请示的潜在动力。其次,解释结论的具体性和即时性增强,使得解释结论更加适应千变万化的实践,保证司法的顺畅。再次,这一制度将促进法官个体解释能力的培养提高,强化法官对案例的甄别处理能力,加强法官裁判文书的说理,并逐步实现由抽象性司法解释文件向具体解释活动、由法院解释向法官解释的转型。最后,作为一种有效的解释活动,指导性案例的结论往往是司法解释的重要来源和事实依据。^{〔15〕} 通过对指导性案例中带有普遍性的突出问题加以总结提炼,制作司法解释,这是加强完善司法解释的一个重要内容。

二、刑事案例指导制度的困境

但是,上述效果的取得必定是一个缓慢而艰苦的过程。就目前的情况而言,案例指导制度远未达到其原本所希冀的目标,其固有问题在发展过程中逐渐暴露。如果不加以注意,案例指导制度必定青黄不接,直至形存实亡。

(一)案件数量未规模化,直接影响其影响的广度

迄今为止,最高人民法院分四批发布6例指导案例(其中第二批不包含刑事指导案例),最

〔12〕 (美)格伦顿等:《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社1993年版,页84。

〔13〕 Frank Cross, "Appellate Court Adherence to Precedent", 2 *Journal of Empirical Legal Studies* 369 (2005), 转引自(美)理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,中国政法大学出版社2009年版,页42。

〔14〕 (日)大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,页126。

〔15〕 在制作具体解释过程中,例如1993年全国人大常委会《关于惩治生产销售伪劣商品犯罪的决定》出台,最高人民法院积极酝酿准备相关司法解释,开了几次会专门研究这一解释,但是各省人民法院没有案件,因此没有经验,无法提供一个可供参考的司法标准,因此只好搁置解释。参见张军等:《刑法纵横谈》,法律出版社2003年版,页39。由此可见案例在司法解释制作过程中的作用。

高人民检察院分2批共印发8个指导性案例。虽然不能认为这些案例没有解决任何问题,但是,考虑到司法机关的年办案数量以及基层司法机构期待解决的海量问题,这样一个数字微小到完全可以忽略不计。虽然必须考虑到这一制度尚在起步阶段,其发展需要一个过程,不过考虑到自1983年至1988年,最高人民法院先后以正式文件形式发布293个案例,甚至从2004年《最高人民法院公报》改革至2007年,就发布了243件案例,而目前最高人民法院两年间仅发布6件刑事指导案例,即使加上最高人民检察院也只有14件指导案例,说明这一制度目前的影响极为有限。解释制度是否能够发挥常态作用,其规范提供的数量是决定性因素之一。只有量化的规模才可能制度性地发挥影响,因为数量决定了其影响的广度和深度。案例数量过少使得人们期待落空,对全国司法工作的指导意义微乎其微,无疑将使这一制度的重要性大打折扣。

按照最高人民法院、最高人民检察院分别颁布的《关于案例指导工作的规定》,案例选送、推荐的范围包括各级司法机构所办理的案件,而推荐主体均广泛至“人大代表、政协委员、专家学者、律师,以及其他关心人民法院审判、执行工作的社会各界人士”或者“人大代表、政协委员、专家学者等社会各界人士”,并不存在任何限制,而其中的推荐—审查—报审—讨论—发布程序也并不一定特别拖沓(例如前述指导案例中,有的在判决生效后半年即予发布),那么是什么限制了指导案例的“批发”呢?可能的原因之一在于案例来源因素:案例数量目前不够广泛,基层司法机构报送推荐的积极性不高,选择余地过窄;基层司法机构的裁判质量过低,虽然选送案件具有典型性,但是其裁判过程、裁判文书不具有参考性或者指导性。以最高人民法院首批4个指导案例为例,其案例来源系各高级人民法院和最高人民法院审判业务部门推荐的一百多个案例,但即使是经过高级法院和最高人民法院审判业务部门选送的案例,也只有4个案件被选用,这一方面当然说明了案例指导制度实施过程中的谨慎,另一方面也反映了案件质量的低下以及指导意义的缺乏。最高人民法院的规定也指出,对此前已经发布的对全国法院审判、执行工作具有指导意义的案例进行清理编纂后,作为指导性案例发布。虽然可以通过这样一种转换实现案件的增量,但是原有的案例究竟有多少具有转换的价值和现实意义,令人怀疑。从程序上,这样的转换应当比遴选更为方便,但现实是目前发布的案例没有一个是通过转换而来,因此对于通过这种方式实现案件增量也无法给予过大的期待。

(二)来源案例的裁判程序和指导性案例的确认程序分离,使得基层司法机构缺乏推荐案例的体制性动力

但是,也并不一定是基层司法机构缺乏具有潜在指导性的案件。问题的另一面在于:基层司法机构的办案质量在很大程度上决定了指导性案例的生成,但由于这样一种制度是正式诉讼程序以外的副产品,即在发生效力的裁判中,通过自身的诉讼程序之外的“业余”程序加以确认,而非通过审级程序自动生成,因此作为指导案例基础的裁判生成程序和指导案例的确认程序完全分离。原初案件的裁判者通常不会以制作指导性案例的态度进行裁判活动,因此虽然某一问题具有潜在指导性,但是具体承办法官完全缺乏“远见卓识”,把这一案件办成了一个糊涂案,或者并未凸显其中的争点问题,失去指导价值。

另外,必须考虑到,正是因为原初裁判程序和指导性案例生成程序的分离,指导性案例的报送范围限制了基层司法机构的积极性,甚至可能使其产生畏难情绪而缺乏报送最具价值的案例的动力。最高人民法院确定推荐的指导性案例应当符合以下条件:社会广泛关注的;法律规定比较原则的;具有典型的、疑难复杂或者新类型的;其他具有指导作用的案例。最高人民检察院确定选送的案例应当符合以下条件:涉及的法律适用问题在现行法律规定中比较原则、不够明确具体的案件;可能多发的新类型案件或者容易发生执法偏差的案件;群众反映强烈、社会关注的热点案件;在法律适用上具有指导意义的其他案件。问题在于,符合上述条件的案件恰恰就是下级法院通常认为的法律问题疑难的案件或者政策把握复杂的案件,下级法院所要争取的是尽可能不受关注地妥善解决这些案件,而不是让社会尤其是上级法院更加关注而因此使自身的裁判不得不接受更为严格和挑剔的审查和考验。甚至,“有的基层法院对某些典型案件的裁判说理并不自信,往往对一些具有指导价值的案件藏着掖着,而拒绝报送。”^[16]尤其是,即便认为法官都负有发展法律的义务,但是较高法院的司法判决,尤其是最高人民法院的司法判决,对实体法的发展意义重大,^[17]因而“判例制度和各级法院发展法律的职能相对应,发展法律职能强的法院才应是判例法院,发展法律职能弱的法院则不应称为判例法院。”^[18]

在现行体制下,基层司法机构的作用或者自我承担的使命是解决纠纷而非制定政策,后者是最高人民法院的任务。试想,基层法官在“化解矛盾、胜败皆服”理念甚至息事宁人的观念指导下所作出的裁判结论,如何能够成为明确界定法律性质的指导性案例?因此,基层法官缺乏写作一个具有“里程碑意义”的判决的动力,更缺乏指导其他法院的宏大抱负,而案例指导制度又恰恰企图从一份朴素的判决中归纳出精致的要旨,这使得最高司法机构面临一种拔苗助长的尴尬境地。因此,除非下级法院存在某种案件报送的激励制度或者对自己的案件抱持足够的信心,否则并不见得愿意选送那些往往更具潜在指导性但争议过大的案件,因为指导性案例的确认程序几乎等同于复审程序。就像有的法官所描述的那样:

谨慎没有什么不对,但在行政化的遴选机制下,谨慎往往表明遴选机关缺乏敢于担当的勇气,一些真正引起社会关注的案件,能澄清法律模糊或者填补、解决我国法律空白的典型案例,因为涉及敏感话题,往往会被筛选掉,无法上升为指导性案例。这也正是第一批遴选的指导案例为何不痛不痒、缺乏真正指导性的原因。^[19]

[16] 吴越:“中国‘判例’构建中的法院角色和法官作用”,《法学论坛》2012年第5期。

[17] 参见(德)罗伯特·霍恩等:《德国商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,页66。

[18] 宋晓:“判例生成与中国案例指导制度”,《法学研究》2011年第4期。

[19] 欧阳明程:“从案例到判例之路—从判例制度的视角看我国案例指导制度之局限”,《山东审判》2012年第5期。

（三）裁判要点缺乏指导性，案例的指导功能几近消亡

指导性案例的规则提供既要对其他案件的裁判产生指导功能，同时这一指导功能所具有的解释性质同抽象司法解释文件的影响又不能重叠。但仅仅以最高司法机构目前所发布的14例刑事指导性案例为考察样本，可以说这一目标的实现极为困难。

现有的14例指导案例，大体上可以分为以下类型：

第一种，其裁判要点或要旨同现有司法解释重复，因此没有发布的必要。例如最高人民法院指导案例3号（潘玉梅、陈宁受贿案），裁判要点1为国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，并与请托人以“合办”公司的名义获取利润，没有实际出资和参与经营管理的，以受贿论处。这一要点在2007年两高《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第3条第2款中即已存在。裁判要点2为国家工作人员明知他人有请托事项而收受其财物的，视为承诺“为他人谋取利益”，是否已实际为他人谋取利益或谋取到利益，不影响受贿的认定。在2003年最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》第2条中有相同规定。裁判要点3为国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以明显低于市场的价格向请托人购买房屋等物品的，以受贿论处，受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算。该要点在2007年两高《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第1条第1、2款中有相同规定。裁判要点4为国家工作人员收受财物后，因与其受贿有关联的人、事被查处，为掩饰犯罪而退还的，不影响认定受贿罪。这一要点在上述意见第9条第2款中有完全相同的表述。显然，上述裁判要点不但没有超越既有的司法解释内容，甚至连对既有解释的深入阐释都谈不上。更何况上述结论在司法实践中并非疑难问题，当初解释的必要性就不大，现在重复指导更无意义。

第二种，其裁判要点或要旨在实务上并非疑难，因此并不存在解释的必要性。最高人民法院指导案例13号（王召成等非法买卖、储存危险物质案）的要点包括：国家严格监督管理的氰化钠等剧毒化学品，易致人中毒或者死亡，对人体、环境具有极大的毒害性和危险性，属于刑法第125条第2款规定的“毒害性”物质；“非法买卖”毒害性物质，是指违反法律和国家主管部门规定，未经有关主管部门批准许可，擅自购买或者出售毒害性物质的行为，并不需要兼有买进和卖出的行为。案例14号（董某某、宋某某抢劫案）要点为：对判处管制或者宣告缓刑的未成年被告人，可以根据其犯罪的具体情况以及禁止事项与所犯罪行的关联程度，对其适用“禁止令”，对于未成年人因上网诱发犯罪的，可以禁止其在一定期限内进入网吧等特定场所。上述结论其实在实务上没有争议或者少有争议，学理上更是一个常识问题，完全没有必要发布指导案例。

第三种，几乎没有提出任何实质性的法律适用结论，因此无法真正产生指导意义。这一点在最高人民检察院的指导案例中表现尤为突出。例如最高人民检察院检例第1号（施某等17人聚众斗殴案）要旨为：“检察机关办理群体性事件引发的犯罪案件，要从促进社会矛盾化解的角度，深入了解案件背后的各种复杂因素，依法慎重处理，积极参与调处矛盾纠纷，以促进社会和谐，实现法律效果和社会效果的有机统一。”检例第2号（忻

某绑架案)要旨为:“对于死刑案件的抗诉,要正确把握适用死刑的条件,严格证明标准,依法履行刑事审判法律监督职责。”检例第3号的要旨更是简略到“司法工作人员收受贿赂,对不符合减刑、假释、暂予监外执行条件的罪犯,给予减刑、假释或者暂予监外执行的,应根据案件的具体情况,依法追究刑事责任。”

第四种,提出了具有一定指导价值的裁判要点或者要旨,但是这些观点仍可商榷。例如最高人民法院指导案例4号(王志才故意杀人案)、12号(李飞故意杀人案)均明确特定条件下可以判处被告人死缓,同时决定限制减刑。在案例4号中“被告人犯罪手段残忍,论罪应当判处死刑,但被告人具有坦白悔罪、积极赔偿等从轻处罚情节,同时被害人亲属要求严惩的”,可以依法判处死缓同时决定限制减刑,以及案例12号的裁判理由中所表述的“被害人不予谅解”等,^[20]说明在适用死缓同时限制减刑过程中,被害人因素起到了决定性作用,^[21]虽然这一判断是否合理使得商榷,但至少它提出了审判的指导原则。

指导案例不能提出有意义的指导意见,因而起不到任何指导作用,这其实并非新问题。以往公报案例同样充斥着大量复述法律规定、简单注释的案例。对1985—2002年《最高人民法院公报》刊登的126个刑事案例的统计表明,其中“规则型”即案例的裁判对争议的学理解释作出了选择的仅为10例;而“新闻型”即该案例属于因被告人身份特殊等原因而具有新闻价值,不具有或较少具有刑法学学术研究价值,但不排除有其他例如犯罪学、政治学等价值的有9个;其余均为“阐释型”,但阐释型实际上并不或者极少关注法律适用中存在争议的疑难问题,更多地仅仅是一种以案说法式的例示。而且,阐释型案例中有很多仍然应当归入新闻型案件,例如管志诚受贿、贪污案,徐中和、范干朝受贿、贪污、挪用公款案及梅直方等诈骗、伪造公文、印章案等。^[22]又如,以2004—2007年公报全部案例为例,复述法律规定者占38%,解释法律规定者占49%,填补法律漏洞者占13%。^[23]因而上述案例在整体上对规则适用的指导意义明显不足,根本无法起到供给规则的作用。最高人民法院挑选这些案件更多是起到了一种宣

[20] 上述案件中均存在死缓限制减刑的溯及适用,对此存在着争议。上述两案均由相应高院在2011年5月3日作出判决,在案例4号的“小结”中指出该案用来确认限制减刑制度可以适用于2011年4月30日之前的犯罪行为这一意图,实际上并无必要,因为2011年4月25日最高人民法院《关于刑法修正案(八)时间效力问题的解释》即明确规定判处死缓同时决定限制减刑的规定具有溯及力。因此,这一指导意见同司法解释亦存重复。针对限制减刑的溯及力问题所提出的质疑,笔者将另文针对前述司法解释而展开,当然不应也无需针对这些具体指导性案例,因为后者也是完全按照司法解释而进行,在实证意义上并无违法之嫌。

[21] 必须注意的是,对4号案例,最高人民法院以“(2010)刑三复22651920号刑事裁定”不核准死刑,发回重审;对12号案例,最高人民法院以“(2010)刑五复66820039号刑事裁定”不核准死刑,发回重审。从文号上判断,此时规定限制减刑的《刑法修正案(八)》尚未公布,更未生效(该修正案于2011年2月25日公布,5月1日施行)。显然,最高人民法院不核准死刑,在当时就意味着高级法院最多只能判处死缓,而不可能同时限制减刑,主要由于被害人家属情绪问题,加上审理期间因素,到新法生效后又溯及此案加以裁定。

[22] 参见刘树德:《阅读公报》,人民法院出版社2004年版,页8—23。

[23] 迟日大:“法律适用统一的障碍及其破解途径——一个关于建立中国特色案例指导制度的话题”,《河北法学》2011年第3期。

传作用,说明法院作为国家管理机器在整个国家管理、政策执行过程中的作用和地位。单纯从这一点上讲,《最高人民法院公报》的案例是完全失败的,至少完全没有达到“对一些重大复杂的刑事案件统一量刑标准,对一些新出现的刑事案件的定罪量刑提供范例”的目的。

因此,要使判例性制度发挥作用,必须将案件限定在那些揭示法律适用疑难问题的类型化案件上,通过对这些疑难案件(疑难案件未必是大要案件,因而必须强调案件的规则型而非新闻型)中所产生的适用歧义,来具体细微地解释刑法规范中的矛盾含糊,从而认可确立一般性的适用规则加以普遍推广。晚近最高人民法院也适当地注意到了这一问题,在案件的选择上能够相应地考虑案件适用问题本身的疑难程度和典型程度,从而决定是否刊登。但一些争议敏感尖锐、具有界分作用的案例却不能入选,导致指导案例的结论往往都四平八稳,了无新意。同时,制度功能定位含糊不清,大量案例过于关注案件的政策宣示甚至宣传功能。前述最高司法机构的大量案例均是为了表明自身的政治正确,回应公众对腐败、死刑等热点问题的关切。但是,“案例或典型案例及其相关信息的传播效果,并不等同于指导性案例及其相关信息的传播效果,司法机关应当以恰当方式回应或参与公共议题,但是回应公共议题不是现实指导性案例的基本功能。”^[24]最高司法机关更不应将目的在于统一法律适用的案例指导制度作为宣传工具,而抹灭了其指导功能。

(四)指导性案例效力实现机制不明确,导致其作用难以有效展开

对于指导性案例的效力,最高人民法院规定各级人民法院审判类似案件时应当参照,而最高人民检察院则规定各级人民检察院在办理同类案件、处理同类问题时,可以参照执行。“应当参照”和“可以参照”这两种区别的措辞已经表明,即使在最高司法机构内部对这一问题也存有争议和疑虑。问题在于:

首先,两者含义并不明确,有的认为“参照”就是参考、遵照,即法官在审判时处理不相类似的案件时,可以参考指导性案例所运用的裁判方法、裁判规则、法律思维、司法理念和法制精神;处理与其相类似案件时要遵照、遵循指导性案例的裁判尺度和裁判标准。而最高人民检察院则认为参照执行意味着一般情况下要遵照执行,如不执行应当说明理由,报经检察长或者检察委员会决定。^[25]问题在于如何认定案件的类似性?在适用案例过程中,法官必定要把指导性案例事实和当前审理案件进行比较,为论证先例对当前案件不具有约束力或不适用,法官应当证明两者的差异,这一区别技术是指导性案例制度的前提,但是案例指导制度恰恰没有对于区别技术给予关注。最高人民法院有关人员指出:“要切实把握类似案件标准,类似案件不仅指案情类似,更重要的是指争议焦点类似,如果案情类似,但当事人诉讼争议的焦点不类似,

[24] 黄京平:“刑事指导案例中的公共议题刍议”,《国家检察官学院学报》2012年第1期。

[25] 见前注[1]。作为最高人民法院起草这一文件的研究室的主任,对这一问题的理解理应最权威、最明确,但也不得不指出这些疑问属于不明确的问题,其观点纯粹是个人理解,可见这一问题即使在规定的起草部门也没有正解。

则不得参照。”^[26]或者认为,类似案件包括行为类似案件、性质类似案件、争议类似案件,这里的类似不仅指结果类似、数额类似、某一情节类似,如果其他影响定罪量刑的重要情节并不相同,就不能算是类似案件。^[27]无论如何,这一问题仍然处于一团迷雾之中,而“我国法官队伍中了解并能够熟练运用区别技术的人显然不多”。^[28]因此,从案例指导制度未来发展的需求看,这一问题必须要逐步澄清,法官的区别技术能力也必须予以重点规范和完善。

其次,指导性案例是否以及如何援引? 最高人民检察院相关人员的态度是,案例“不具有普遍拘束力”,各级检察机关可以作为法律文书说理的参考,但不能等同于法律条文或司法解释条文直接作为法律依据援引。^[29]最高人民法院相关人员的态度是考虑到指导性案例是最高人民法院审委会讨论决定的,具有解释法律、指导裁判的性质和作用,因此至少可以作为裁判说理来引用,并认为案例虽然“不具有真实的法律效力,但是具有事实上的拘束力”。^[30]这一问题不明确,指导案例就完全没有强制效力,难以真正左右司法。例如各级法院从未直接援引过《最高人民法院公报》案例,法官对其重视的程度非常有限,事实上尚未严格遵循,甚至弃置一旁,我行我素。^[31]

最后,应参照而未参照的后果是什么? 即使区别技术的运用能够甄别类似案件,最高人民法院相关人员认为,应当参照而未参照的,必须有能够令人信服的理由,否则既不参照又不说明理由,导致裁判与指导性案例大相径庭显失公正的,当事人有权提出上诉和申诉。同样有学者认为,由于法律对上诉和再审的程序已经做出明确规定,并没有把这一理由作为再审原因,所以不能将未参照指导性案例作为上诉和再审的启动原因。^[32]

三、刑事案例指导制度的完善

案例指导制度在概念上刻意与“判例”概念保持距离,最初的担忧是因为“判例”的含

[26] “用好用活指导性案例、努力实现司法公正:最高人民法院研究室负责人就案例指导制度答记者问”,载《人民法院报》2011年12月21日。

[27] 见前注[1],胡云腾主任也不得不承认这个问题比较复杂,需要深入研究。

[28] 王晨光:“制度构建与技术创新——我国案例指导制度面临的挑战”,《国家检察官学院学报》2012年第1期。

[29] 陈国庆:“检察机关案例指导制度的构建”,载《法制日报》2011年1月5日。

[30] 胡云腾、罗东川、王艳彬、刘少阳:“统一裁判制度、实现司法公正”,《中国审判》2011年第1期。

[31] 参见李友根:“指导性案例为何没有拘束力——以无名氏因交通肇事致死案中的原告资格为研究对象”,《法制与社会发展》2010年第4期。类似的经验例如四川法院系统的试点工作表明,在重点选出的137个公报案例、101个《案例指导》案例共计238个案例作为试点适用的参照对象,截止2012年1月15日,试点法院共结案13099起,其中仅94件参照适用案例进行裁判,适用率仅为0.72%,参见四川省高级人民法院课题组:“指导性案例的应用障碍及克服——四川法院案例应用试点工作的初步分析”,《法律适用》2012年第5期。与本文主题有关的另一数据是:在参照适用案例的94起案件中,民事案件占97.87%,而刑事案件仅1起。

[32] 参见王利明,见前注[5],页77。

义容易导致在司法中造成误解。加上英美法系国家的判例法与我国的基本政治制度不符,使用“判例”或“判例法”容易产生歧义,所以选择“案例指导制度”比较符合我国现实国情。^[33]但实际上,1956年全国司法审判工作会议已经使用过判例概念,指出“要注重编纂典型判例,经审定后发给各级法院比照援引。”实际上,一个良性的刑事司法解释制度首先要求我们建立判例制度或者类似判例的体制,^[34]而最高人民法院相关负责人也指出:“我国案例指导制度的最高发展阶段,就是要建立起具有中国特色的判例制度。”^[35]不过,通过先例来阐释法律是一个缓慢渐进的事业,因为它是一种个案的、演进的过程。^[36]

因此,核心的问题就是:如何在当下已经确立的案例指导制度的框架下完善并推动这一制度的前进,从而加强刑事司法体制中判例因素的影响?

(一)允许省级法院制作指导性案例,加强事先遴选、提审工作

1.允许高级法院制作指导性案例

对于指导案例的制作主体,大体上分为如下四种观点:第一种观点认为,只有最高人民法院才有资格和权力发布指导性案例,其他任何法院都不具备资格。^[37]第二种观点则主张两级法院(最高人民法院和各高级人民法院)均有资格和权力发布,最高人民法院的指导性案件指导全国审判工作,高级人民法院的指导辖区内的审判工作。^[38]第三种观点认为应当建立三级指导性案例的发布制度。^[39]第四种观点则更激进地主张,通过案例市场的开放、充分的竞争,使得那些具有内在指导力、裁判理由正当充分的案件自然地发展成为指导性案例。^[40]

目前两高规定显然采纳了第一种观点,仅允许最高司法机构作为单一层级二元主体的指导性案例发布者存在。^[41]为此,2010年12月最高人民法院发布《关于规范上下级人民法院

[33] 参见胡云腾、于同志:“案例指导制度若干重大疑难争议问题研究”,《法学研究》2008年第6期。

[34] 参见林维,见前注[9],页465。

[35] 参见高领:“指导意在规范——构建中国案例指导制度研讨会综述”,载《人民法院报》2011年1月7日。

[36] 参见(英)约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱峰译,中国政法大学出版社2005年版,页170。

[37] 例如李仕春:“案例指导制度的另一条思路——司法能动主义在中国的有限适用”,《法学》2009年第6期。

[38] 参见林维,见前注[9],页469。另参见张琪:“试论指导性案例的‘指导性’”,《法制与社会发展》2007年第6期。

[39] 参见北京市高级人民法院课题组:“关于完善案例指导制度的调研报告”,《人民司法》2007年第19期。该报告建议较大的市的中级人民法院也可以成为发布主体。

[40] 参见李友根,见前注[31],页86。

[41] 不过,有学者认为,最高人民法院所颁布的指导性案例包含了裁判规则,而最高人民检察院所颁布的指导性案例提供的不是裁判规则,而是工作指导规则。参见陈兴良:“案例指导制度的法理考察”,《法制与社会发展》2012年第3期。

审判业务关系的若干意见》第9条规定,高级人民法院,可以通过发布参考性案例对辖区内各级人民法院和专门人民法院的审判业务工作进行指导,即高级人民法院可以发布具有典型或者指导意义的参考性案例,但不得称之为指导案例或者指导性案例,且不得在裁判文书中引用。^[42]至于基层人民法院可以编选典型案例材料供法官学习研究借鉴。

不过,这样的做法实际上采取了一种掩耳盗铃的做法,即在形式上保证了指导性案例制度这一名称的专属性,而实质上又为下级法院尤其是高级法院保留了在本辖区内发布指导性案例的权力。^[43]虽然是否能够在判决中加以援引,对法官所产生的约束力确有不同,但法官对于所谓指导性案例的“参照性”的确定本来就缺乏坚定明确且易于甄别的理解,而且在类似案件的区分过程中,一个稍有能力法官可能轻易找到所谓的“实质性”差异,以便回避指导性案例的拘束。而且,在基层法官心目中,由于审级的直接关联,有时在能够找到一个基本的理由而使正在审理的案件区别于最高人民法院的指导性案件时,他甚至可能更倾向于直接引述上级法院的参考性判决而非最高人民法院的指导性案例,因为审级制度决定了该直接上级法院对案件的看法可能更具有约束力。更何况,只要法官信赖并内心确信某一参考性案例的要旨,究竟是直接引用还是说理引述,其实只不过是形式的区分而无涉其影响作用的真正发挥。实际上,类似文件发布多次并未能完全消除类似的做法。这样的思路显然违背了在审级划分体制下,每一层级的司法权力必定意味着在自己辖区内的案件裁决权,而裁决权必定包含着对明文规范的确含义以外的事项的决定权和解释权。仍然需要指出的是,只要存在上下级的复审关系,上级司法机构和下级司法机构之间就存在指导与服从的关系。权力的本性在于其总会为自己找到一个合适的途径,以便实现其之所以被称为权力的内在属性,无论这一特殊的途径被冠之以何种名称。对于实际效力的发挥而言,叫判例还是指导性案例,或者叫指导性案例还是参考性案例,并无多大意义。

现有案例指导制度的问题在于其行政化的倾向过于浓厚,尤其是案件遴选、确认、发布主体单一,只能由最高司法机构负责,由此造成:其一,事实上,限于最高人民法院的审理数量,指导性案例可能大多来源于基层司法机构,如果想要完整通透地了解案件而作出是否确认为指导性案例的决定,决不能仅仅局限于阅读报送的材料和司法文书,必须投入与复审类似甚至更多的精力,包括阅读完整的案卷。而行政化的管理体制实际上排除了通过诉讼本身产生指导性案例的可能,由此造成制度运行成本过大、周期拖沓、效率过低,指导性案例提供的数量过少,缺乏规模效应。其二,虽然能够在更大范围内回应司法需求,但是由于最高司法机构自身过于强调政治正确性,稳妥有余、指导不足,因此可能忽略了地方司法机构的办案需求,无法照

[42] 例如重庆市高级人民法院于2011年9月出台《关于加强参考性案例工作的意见》,规定对相关案例及其裁判规则均不能作为裁判依据直接引用,但可以在裁判说理部分引述,参见“重庆高院出台意见加强参考性案例指导工作”,载《法制日报》2011年9月30日。

[43] 与此异曲同工的是,2012年1月18日两高《关于地方人民法院、人民检察院不得制定司法解释性质文件的通知》规定,地方人民法院、人民检察院一律不得制定在本辖区普遍适用的、涉及具体应用法律问题的“指导意见”、“规定”等司法解释性文件,制定的其他规范性文件不得在法律文书中援引。

顾地方性司法问题。

理论上,市级司法机构乃至更为基层的司法机构也能够在本辖区内发挥一定程度的案例指引功能,而之所以确立最高司法机构和省级司法机构两级的案例指导制度,是因为既要考虑到法制的统一性,也要考虑到中央与省之间分权治理在司法上的功效。现实的情况是,由于审级限制,绝大部分案件至多到高级法院即止步不前,最高人民法院不可能运用其终审权力来确保地方法院绝对统一地参照指导性案例,因此只能通过审判监督程序进行事后复查。这样莫不如有限地放权于高级法院,后者有权也能有效地接纳并处理大部分的重大疑难案件,同时在不违背法律和最高人民法院指导案例的前提下,实现省级辖区的司法统一和平衡。同时,建立省级司法机构指导性案例的审核和监督体制,确保其合法性和正当性。反过来,如果允许更为基层的司法机构也制定指导性案例,确实可能造成案例标准不统一、案例结论的不统一、地区差异过大、审查纠正的成本过大、案例不典型、案例搜集汇编成本过高等问题。同时,法院级别过低,其判决要旨的审定、解释的合理性、约束力范围等问题上都可能遭受非议。

总之,不能依赖案例指导制度中的行政色彩替代甚至排除审级制度本身在司法统一上的重要作用。现行体制主要的担忧仍然是各级地方发展不平衡、地方保护主义犹存、司法人员素质参差不齐等,害怕出现指导性案例之间的矛盾冲突,由此引发更大的混乱。^[44]但这些问题均非案例指导制度本身的问题,地方判决中的冲突差异原本就存在。关键在于一旦发现问题能够机制性地解决,例如应该要求各高级法院的指导性案例报请最高人民法院备案审查,确保其权威性、规范性、正当性和相对统一性,促使法律适用标准的相对一致。总之,建立和完善案例指导制度不可能单纯依靠最高司法机关,必须充分发挥各级司法机构的积极性、主动性和创造性。

2. 加强事前遴选,选择办案

事后遴选的问题在于如果审理过程粗糙,即便某一案件争议问题的解决具有指导性,最高人民法院也很难将其上升为指导性案例,除非在发布过程中过度增加自己的评判,但这显然有违目前体制下指导性案例仍然应当尊重下级裁判结论、推理过程的原则。最高司法机构只能对原有案件的裁判予以编撰、提炼,而不能脱离或凌驾于原判决添油加醋。因此,最高人民法院和各高级法院应当充分发挥政策制定和导向功能,有意识地在自身正在办理的案件中加以事前选择,在确定其案件类型符合指导性案件的前提条件后精心办理,为其成为指导性案例奠定基础,在符合条件的前提下直接将专门办理的案件裁判作为指导性案例发布。

3. 选择性地对下级法院的案件予以提审,发挥审级制度在指导性案例增量上的作用

有的重大疑难案件虽具有指导性功能,但局限于审级可能不能由最高人民法院直接审理,完全可能在基层法院就被消化或者协调掉,最高人民法院可以依法通过提审方式加以审理,尤其在涉及重大公共政策调整、公共利益的确立等问题时,通过此种方式可以促进政策的及时调整、澄清司法立场,从而发挥最高人民法院的政治功能。最高人民法院并不适合作为初审法院

[44] 参见周道鸾:“中国案例制度的历史发展”,《法律适用》2004年第5期。

审查事实,而更应该挑选那些具有普遍意义的、涉及重大法律适用问题的案件。当然,最高人民法院应当极为谨慎地使用这一权力,对于时机尚未成熟、尚未形成理性意见的争议,最高人民法院明智的做法就是采取观望的立场,对新的敏感问题不发表意见,以免影响判例的稳定性。^[45]

4. 加强指导性案例的自然生成,强调判例影响的多元化

案例指导制度的行政化色彩使得指导性案例的产生完全通过行政化的审查方式逐级上报而产生,割裂了指导案例生成机制和审判程序之间天然的联系。短期而言,最高司法机构主导的生成机制能够快速启动,可能迅速发挥指导性案例的作用。但是,为了实现法律适用的统一,发挥判例的指引作用,更应该注意案例指导性的形成必须紧密结合审级制度,最高司法机构不可能如此完美全能,能够独揽指导性案例的生成,替代其他机构尤其是各级司法机构内生的、上下级法院之间天然存在的判例指导因素。内生性、自发性的秩序建构可能更为缓慢,但更符合司法活动的本性。因此,最高司法机构应当做到如下三点:

首先,应当强化上下级法院之间的审级制度,重视通过加强具体裁判的解释适用形成具有事实拘束力的判决,通过诉讼程序确立裁判指导性,鼓励结合案件的实际审理,在各级法院自身所办理的案件中发现提炼指导性意见,努力提升基层法官的法律解释动力和解释能力,形成小规模的一致共识,逐步扩大影响范围。

其次,重视其他主体尤其是学术机构及其成员、律师团体等社会参与力量在指导性案例生成方面的作用和影响,对于学术研究中反复讨论甚至已有定论的热点、疑难案件,适当注意吸收其结论,承认非正式主体发现、提炼指导性案例的能力和正当性,建立起最高人民法院和其他社会参与主体之间的融通机制,鼓励学界编辑出版研究指导性案例的著作,对指导性案例、典型案例进行介绍、评析、归类 and 索引,形成在正式制度以外的判例解说体制。同时,逐步地通过强调案例本身所产生的说服功能,使指导性案例得到充分认可和尊重,进而强化法官自觉参照的意愿。

最后,案例指导制度不仅要关注案例的生成,同时也要注意案例的适当性和有效性,以保证所公布的案例能够适应法律的发展和社会观念的变迁。指导性案例所援引的法律规范发生变化、最高人民法院的解释立场及其结论发生变化、社会政策的变迁,都可能导致原有指导性案例已经不再具有参照作用和拘束力,最高人民法院应当提前制定有关完善、修订、废止的程序规定,通过编纂案例汇编、公开撤销等方式进行。事实上,考虑到法律变动的速度和频率,以及政策的把握和解释立场的摇摆,在可以预计的时间里就应当要求这一体制已经准备妥当。

(三) 强化指导性案例中司法技术的配套运用

案例指导制度包含了一系列相辅相成的司法技术,脱离这些在实务上极为重要的司法技术,案例指导制度将会带来灾难性的后果,导致司法适用更为混乱。

[45] 参见(德)K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,页187。

1. 正确理解指导性案例中抽象要点和具体裁判之间的关联

指导性案例与司法解释在形式上的最大不同在于：前者总是基于特定事实而展开，并围绕具体事实进行论述，最终得出裁判结论，并形成抽象的案例要旨；后者则完全缺乏上述思考过程，只有抽象解释结论。因此，与事实和裁判相关联的特性正是指导性案例得以发挥独特作用的特殊之处，也是其困扰之处。在普通法判例制度中，区别判决中的附带意见与判决根据的技术至关重要。与此不同，案例指导制度中已经明确指出裁判要点或者要旨，而指导性案例中具有参照作用的又仅仅是裁判要点或者要旨，这一点毋庸置疑，因此消除了法官在实务上予以参照适用的最大障碍。但是，既然与司法解释不同，指导性案例中还存在具体事实和推理论证过程，法官不可能不结合具体裁判事实讨论裁判要点适用的条件性和有限性。此时，要点的提炼是否紧密结合了案例原有的完整事实，具体事实的设定是否影响到裁判要旨的适用可能，均可能产生困惑，而这仍然存在大量的自由空间。

例如最高人民法院指导案例4号(王志才故意杀人案)裁判要点中提到“被告人具有积极赔偿等从轻处罚情节，同时被害人亲属要求严惩的”，但在基本案情介绍中却提到“未与被害人亲属达成赔偿协议”，而在裁判理由中又提到“被害人亲属不予谅解”，小结中称为“被害方反映强烈”；而在案例12号(李飞故意杀人案)中，类似的事实在裁判要点中表述为“积极赔偿的”，在基本案情中表述为“李飞的母亲梁某某代为赔偿被害人亲属4万元”，在裁判理由中表述为“代为赔偿被害方经济损失……被害人亲属不予谅解”。这几种事实描述之间存在差异，如何界定其中关联、划清其中界限，对于法官而言，是一个艰巨的任务。

同样，案例12号的裁判理由中指出“虽系累犯，但此前所犯盗窃罪的情节较轻，综合考虑上述情节，可以对李飞酌情从宽处罚，对其可不判处死刑立即执行。同时，鉴于其故意杀人手段残忍，又系累犯……”。显然，累犯这一情节既有从严处罚的一面，也有从宽处罚的一面，但裁判要点仅指出被告人“且系累犯，论罪应当判处死刑”、“且系累犯”的表述是作为从严处罚的情节，其中并没有提及累犯中较轻的前科从宽处罚的一面在决定量刑中的作用。

因此，在指导性案例的参照适用过程中，既要受到抽象裁判要点的拘束，但不能完全地为裁判要点所限，应当结合基本案情的描述和裁判理由的详尽展开，结合案情深入透彻地理解要点，尤其是要理解裁判理由的论证过程。

2. 灵活运用事实区别的技术

尤其随着案件的增加以及在实务上参照可能的提升，这一问题会迅速成为无法回避的难题。不得不承认，类似性的判断标准只能抽象地讨论而无法准确描述，大致上可以包括案件基本事实类似、案件争议点类似、案件所争议的法律问题类似等。法官必须谨慎对待类似性的判断，同样也必须充分论证两个貌似类似的案件之间的差异性问题。“一方面，从积极方面进行类似性比较，考察其参照的可能性，涉及的法律事实越具体，就越有可能参照适用先前的案例；另一方面是从消极方面进行类似性比较，差异性越大，参照的可能性就越小。”〔46〕不过，无论

〔46〕 王利明，见前注〔5〕，页79。

是类似性还是差异性都应当是实质性的,即足以影响法律的选择适用。有时候考察其中的差异性问题,还需要考虑到在基本案情介绍中所没有提及的隐性事实,例如在案例12号中仍然需要考虑到被告人和被害人之间的家庭背景和经济条件等因素。

只有能够熟练掌握并灵活运用案例指导制度相关的各项司法技术,这一制度才可能焕发持久的生命力,因此案例指导制度的推广并不仅仅取决于其本身的制度性规定,同时确实取决于法官整体素质的提高,否则这一制度就无法延续性地存在。

(四) 强化指导性案例的裁判援引,确立指导效力

指导性案例实际作用的发挥取决于其效力及援引的方式。与最高司法机构的态度不同的是,地方高级法院希望指导性案例的效力越高越好,例如某高院负责人认为,如果案例指导可以比照而不是参照执行,意义就更大些,^[47]也有高院领导认为,全国人大应尽快通过立法赋予指导性案例法律强制力。^[48]这当然是因为具体办案的法院并不希望在执行过程中产生如此激烈的争议而影响其案件质量,因此希望界限能够清楚明了。必须承认,案例指导制度在目前体制内不可能取得同司法解释完全相同的法律地位。不过,既然裁判要点已经归纳提炼为抽象的规则,尽管同具体裁判和事实相关联,也应该在原则上承认其拘束力。

这一拘束力体现在:首先,法官可以直接援引指导性案例,有的学者担心这一做法可能引起审级秩序的紊乱(例如可能出现高级法院援引县法院作出的指导性案例)。这样的担心完全没有必要,因为产生效力的是其中的结论和事实,而不是审级因素。实际上,在现行案例指导制度中,在技术上完全可以隐去审判机关、被告人名称等细节,也不会影响其结论和参照价值,不过仅仅从考虑到案件的完整性角度才应当将其保留。其次,法官应当主动考虑指导性案例中的裁判要点,在法官没有考虑到而当事人一方(例如被告人或其辩护人)提出应当参照该指导性案例时,法官必须在裁判文书中予以说明是否适用及其理由。强化指导性案例的效力,必须通过对法官施加更为严格的论证说理义务,否则其执行仍然会落空。最后,在上诉审过程中,虽然最终裁判的依据仍然是法律及其司法解释,包括在审判监督程序中,没有适用指导性案例并不一定意味着能够启动再审程序,但是如果当事人一方对初审裁判中法官适用指导性案例的结论及其理由提出异议,上级法院必须对该上诉理由加以释明。

(责任编辑:江 溯)

[47] 唐仲江:“案例指导制度有助于确保司法制度统一”,载《法制日报》2011年1月5日。

[48] 邓新建:“立法赋予最高法指导性案例法律强制力”,载《法制日报》2011年5月5日。