

指导性案例类型化基础上的“参照”解读

——以最高人民法院指导性案例为分析对象

瞿灵敏*

目次

- 一、现有关于“参照”的学说及其评析
- 二、指导性案例类型化基础上的“参照”解读
 - (一) 类型划分的标准选取与类型确定
 - (二) 最高人民法院前五批指导性案例类型化的实证分析
 - (三) 指导性案例类型化基础上的效力判断
- 三、指导性案例类型化的未来展望及“参照”的完善
- 四、结语

摘要 最高人民法院发布的指导性案例对处理类似案件的后案法官所具有的“参照力”是一个多维的概念,不应该对其作单一维度的解读,而应该在类型划分的基础上对其作多维的解读。法条重述型的指导性案例仅具有辅助说理的参考力;释法型指导性案例具有事实上的拘束力;造法型指导性案例具有了一定程度的规范拘束力。展望指导性案例的未来发展,法条重述型的指导性案例因不具备严格意义上的指导品格,未来宜将其归入《最高法院公报》的典型案件之中;造法型的指导性案例因为具有司法造法的色彩,在遴选时应该更加审慎,基层法院和中级法院所做出的生效裁判不宜被遴选为造法型指导性案例,最高人民法院也不应当享有入罪方面的刑事造法型指导性案例的生成权。

关键词 指导性案例 司法解释 参照 类型化 裁判规则

2010年最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》(以下简称《规定》)对构建中国特色的案例指导制度进行了较为全面的规定。其中第7条规定,“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院在审理类似案件时应当参照”,从而确立了指导性案例对处理类似案件的后案法官(以下简称“后案法官”)所具有的“参照力”。然而关于“参照”到底具有何种程度的拘束力,理论界和实

* 山东大学法学院 2015 级博士研究生。

务界莫衷一是。这一问题亟待解决,因为对“参照”作一个相对确定的解释对于实现案例指导制度所追求的统一法律适用和限制法官的自由裁量权至关重要。本文拟在评析现有关于“参照”的各种学说的基础上,从指导性案例的类型划分入手,对“参照”进行多维度的解读,以明确现有制度下“参照”所具有的多层次效力,最后反思现有指导性案例在类型上存在的问题,并提出案例指导制度未来的发展方向。

一、现有关于“参照”的学说及其评析

我国指导性案例在生成机制上走了一条不同于英美法系和德日等大陆法系国家先例或判例的生成路径。后者先例或判例的生成是通过司法诉讼,申言之,先例或判例的生成是通过诉讼过程中的审级区分实现的,案件在诉讼过程中通过当事人的上诉进入高级法院甚至最高法院,并最终由它们做出终局裁判,高级法院或最高法院基于诉讼审级形成的司法权威使得案例具有了对后案法官的规范拘束力或事实拘束力。我国法院所采取的四级法院两审终审制使得审级关系发生断裂,基层法院或中级法院受理的一审案件原则上不能通过正常的诉讼途径进入高级法院和最高法院,因而无法通过审级关系的司法等级权威形成类似英美法系的先例。有学者在论述我国指导性案例的生成时指出,指导性案例“主要依靠最高人民法院的司法外权力,采取不以司法等级权威为基础的案例选拔方式,没有遵循普遍的形式主义进路,没有严格依傍法院体系和审级制度”,〔1〕“两高的《规定》都在司法程序之外设立了独立的自下而上的行政遴选程序,只有通过最高司法机关的批准,司法效力已定的案例才能取得指导性案例的资格”。〔2〕生成路径的差异决定了我国指导性案例的“参照力”是一种区别于英美等判例法国家先例所具有的规范拘束力和德日等大陆法系国家判例所具有的事实拘束力〔3〕的另一种效力形态:“既不是‘法’的普遍效力,也不是‘判’的强制效力,而是区别于规范与命令的独特效力形态。”〔4〕

关于《规定》中要求各级法院在处理类似案件时的“应当参照”对后案法官是否具有一定的拘束力,存在肯定说、否定说和折中说三种观点。否定说认为,“指导性案例对各级人民法院将来案件的审理没有效力,当然也就没有拘束力,各级法院不得援引指导性案例直接进行判决”。〔5〕还有学者认为在成文法背景下,指导性案例是在个案中以特定事实为基础做出的终局裁判,该裁判在同一司法区域内对相同或相似的其他案件发生说服力,而非拘束力。〔6〕肯定说依据拘束力性质的差异,又分为了事实上的拘束力说、行政拘束力说和规范拘束力说。事实拘束力说认为,“先例式参照的效力是一种事实上的拘束力。这种拘束力表现为指导性案例不具有正式的法律效力,不属于正式的法律渊源,不能被裁判文书直接援引,但是司法系统内部协调统一的原则要求各级法院在审理相同或类似案件时,必须给予充分的注意并受到上级法院审判监督和本院审判管理的双重

〔1〕 宋晓:《判例生成与中国案例指导制度》,载《法学研究》2011年第4期。

〔2〕 秦宗文:《案例指导制度的特色、难题与前景》,载《法制与社会发展》2012年第1期。

〔3〕 一般认为德日的判例不是制度上的法源,但具有事实上的先例拘束力,是事实上的法源,后案法官在处理类似案件时,原则上必须遵循。在德国,有充足理由背离判例的,需要做成背离报告。详细论述请参见于佳佳:《日本判例的先例拘束力》,载《华东政法大学学报》2013年第3期。

〔4〕 冯文生:《审判案例指导中的“参照”问题研究》,载《清华法学》2011年第3期。

〔5〕 夏锦文、莫良元:《社会转型中案例指导制度的性质定位与价值维度》,载《法学》2009年第11期。

〔6〕 傅郁林:《建立判例制度的两个基础性问题——以民事司法的技术为视角》,载《华东政法大学学报》2009年第1期。

约束”。〔7〕行政拘束力说则认为,《规定》中的“参照不同于参考,参照是上级机关对下级的一种照此办理、照此执行的要求,具有行政命令的性质。从这个意义上看,参照本身就具有居高临下的行政拘束力”,〔8〕“其基础是以国家权力作为支撑的司法机关内部上下级的监督关系和行政指导关系”。〔9〕有人还从指导性案例生成方式上论证了指导性案例所具有的行政拘束力,认为指导性案例的遴选是最高法院司法外行政权的体现。规范性拘束力说或认为,指导性案例属于“司法解释的一种新形式,具有法律约束力”,〔10〕或认为,“未来指导案例的适用范围应该明确限制在一个比较小的法定范围内,但赋予规范拘束力”。〔11〕折中说则认为,指导性案例所具有的效力是一种具有制度支撑的说服力,它既不是单纯的说服力,也不是单纯的拘束力。〔12〕

上述观点均不乏合理之处,但是也都存在不足。虽然后案法官不得直接将指导性案例作为裁判依据进行援引,但这并不表示指导性案例对后案裁判没有影响,即便后案法官没有在判决书中援引指导性案例,但也可能会受到指导性案例的影响,只是这种影响因为隐性使用而未能在判决书中体现出来。事实上,不少后案法官会在裁判中对指导性案例进行说理引证,以增强判决的说理性。从功利的角度出发,后案法官为获得裁判的准确性和提高裁判效率,避免判决被上级法院撤销,也会在判决中考虑指导性案例,因此指导性案例至少具有增强说理的指导性。主张指导性案例具有事实上的拘束力的观点虽然认识到我国指导性案例不同于英美判例所具有的制度性法源地位,但是它忽略了两个方面的问题:一方面,指导性案例中部分案件仅仅是对法条的重复,其效力仅限于个案裁判,对后案仅具有增强说理的参考价值,并不具有事实上的拘束力;另一方面,指导性案例之中还有部分案例是法官在面对立法空白时,通过创设新的裁判规则或类推适用法律进行司法造法的结果,在正式的法律渊源填补该立法空白之前,该类案例所创制的裁判规范能够被直接作为裁判依据进行援引,因而有一定程度的规范拘束力。行政拘束力说看到司法外权力在我国指导性案例生成上所起的作用,但却忽视了指导性案例所具有的“参照力”并非完全来自最高法院的行政权威,指导性案例所具有的“参照力”根本上来源于“案例对法律解释和法律论证的内在合理性”,〔13〕或者说它的效力“主要不是靠命令产生的,而是来自它的合理性和说服力”。〔14〕规范拘束力说将我国的指导性案例等同于英美法系国家的判例,笼统地承认其制度性法源地位,这既与我国成文法国家的定位不符,也忽视了现实中不存在直接援引指导性案例进行判决的客观事实。而所谓具有制度支撑的说理性的折中说,只不过是事实拘束力说的另一种表述而已,就连该观点的提出者也认为,“称其为事实上的约束力未尝不可”。〔15〕

〔7〕 见前注〔4〕,冯文生文。

〔8〕 孙国祥:《从柔性参考到刚性参考的嬗变——以“两高”指导性案例拘束力的规定为视角》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2012年第3期。

〔9〕 见前注〔8〕,孙国祥文。

〔10〕 郎贵梅:《中国案例指导制度的若干基本理论问题研究》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2009年第2期。

〔11〕 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》,载《法学》2009年第6期。

〔12〕 参见张骞:《再论指导性案例效力的性质与保证》,载《法制与社会发展》2013年第1期。

〔13〕 李友根:《指导性案例为何没有约束力——以无名氏因交通肇事致死案件中原告资格为研究对象》,载《法制与社会发展》2010年第4期。作者在文中分析了《最高人民法院公报》刊登南京中院审理的一起无名氏因交通肇事致死,民政局以原告起诉被驳回的案例,而在该案发布后各地法院却在判决或调解中大量承认民政局的原告资格。

〔14〕 张千帆:《先例与理性——也为中国的司法判例制度辩护》,载《河南社会科学》2004年第2期。

〔15〕 见前注〔12〕,张骞文。

我们认为,《规定》中的“参照”一词是一个富有弹性的多维概念,不应该僵化地对其进行单一维度的解读,要探究“参照”一词在现有案例指导制度下的具体含义,应当从指导性案例的类型化入手,在不同类型的指导性案例的基础上分别分析其所具有的“参照力”,构建多维视野下强弱不同的“参照力”体系。

另外,关于“参照”还有一个问题需要交代,即本文所指的“参照”是指制度性参照,而不是非制度性参照。^[16] 指导性案例中,具有参照价值的部分是多元的,无论是裁判要旨、裁判规则、裁判理由、裁判结果,还是裁判所运用的法律思维和裁判方法,都对后案法官具有一定的参照价值。^[17] 依据参照的性质、对象和方式的不同,可以将参照分为制度性参照和非制度性参照。所谓制度性参照是指,法官基于制度的要求,对指导性案例中具有后案拘束力成分的参照;非制度性参照则是指,后案法官“基于前案法官的个人权威(如人格、品质和能力)而被说服”,^[18]从而参照前案中具有参考价值部分。两种参照性质不同,前者是制度性的要求,具有强制性,后者是法官个人的选择,具有任意性;两种参照的对象也不同,因为是制度性的要求,制度性参照不会因参照主体的不同而在对象上有所差别,因此其参照的对象只可能是具有相对确定性的裁判要旨、裁判规则、裁判理由和裁判结果,而在这些可能的对象中,最有可能的便是借由裁判要旨所表述的裁判规则。^[19] 非制度性参照具有任意性,不同的法官可能会选择不同的参照部分,因此其对象便主要是能够代表前案法官个人特色的裁判方法和法律思维;两种参照的方式也有差异,制度性参照的对象决定了这种参照是一种规则式的参照,即只能是全有或全无的参照,不能由法官选择部分参照;非制度性参照的对象是主观色彩很强的法律思维和裁判方法,因此是一种原则式参照,法官可以选择部分参照,也可以选择全部参照。很显然,本文所研究的参照是指导性案例对后案所具有的拘束力,属于制度性参照。

二、指导性案例类型化基础上的“参照”解读

现有关于指导性案例“参照力”的研究大多是从单一维度的角度入手,^[20]对“参照”进行笼统的解释,这就使得任何一种关于“参照”的解读都不能涵盖所有类型的指导性案例。因此从指导性案例的类型化入手,分析不同类型的指导性案例所具有的“参照力”比不区分类型的笼统讨论更可

[16] 关于指导性案例的制度性参照和非制度性参照,是一个比较复杂的问题,笔者已经另行撰文论述,在此只表述大致结论不做展开论证。

[17] 关于指导性案例中哪些部分具有参考价值,学者观点不一,但几乎都承认指导性案例中具有参考价值的部分是多元的。张骥就认为,裁判理由、法律说理、对案件事实的认定或裁判结果都可以具有指导性。参见张骥:《指导性案例中具有指导性部分的确定与适用》,载《法学》2008年第10期;冯文生则认为判决书中所记载的诉讼争点以及其裁判理由和裁判结果具有参照效力。参见前注[4],冯文生文。另有学者通过实证分析表明,指导性案例中裁判要旨、裁判规则、裁判理由、裁判方法和法律思维等众多成分都被认为是具有参考价值的。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完善》,载《中国法学》2013年第3期。

[18] 见前注[6],傅郁林文。

[19] 这是因为在判决理由、裁判要旨和裁判规则之间,裁判要旨是从判决理由中抽取出来的,而裁判规则又是借由裁判要旨所表述的,至于裁判结果,则不用刻意去参照,只要在相同案件事实的基础上选择相同的裁判规则,裁判结果就会成为司法过程的自然结果。因此制度性参照的对象最有可能是裁判规则。

[20] 就笔者所见仅个别学者开始探寻“参照”的多维含义,如王亚新教授从后案与指导性案例的相似度入手,考察其所具有的不同“参照”力,依据“最相类似”“部分类似”等类似程度不同,“参照”也可以在“适用”“部分适用”和“排他式的参照”等不同方式之间选择。参见王亚新:《一审判决效力与二审诉讼外的和解协议——最高人民法院公布的2号指导案例评析》,载《法学研究》2012年第4期。另有人从类型化基础上解读指导性案例对后案的效力,参见资琳:《法治中国语境下指导性案例的分类适用》,载《法制与社会发展》2013年第5期。

能揭示“参照”所具有的准确含义。

(一) 类型划分的标准选取与类型确定

类型划分是在类型基础上研究指导性案例“参照力”的前提,因此选择恰当的类型划分标准便显得尤为重要。这一标准必须满足三个要求:其一,能够涵盖所有的分类对象。每一个指导性案例都能够被归入依据该标准所划分的类型之中;其二,避免将同一对象归入不同的类型之中。每一个指导性案例都只能被归入其中一个类型之中;其三,类型划分和效力判断存在关联性。对指导性案例进行分类的目的是要在类型划分的基础上探讨不同类型案例的后案拘束力,因此类型的划分必须服务于效力的判断,这就要求在类型和效力之间建立关联性。

目前学界尚无人对最高人民法院的指导性案例进行系统的类型化研究,极个别学者在其论著中对以前的公报案例进行了简单的类型化处理。^[21] 湖南省高院研究室的邓志伟法官等在研究中将公报案例分为复述性案例、解释性案例和填补性案例;^[22] 陈兴良教授在其文章中对“两高”发布的第一批指导性案例进行了类型化处理,将其分为规则创制型、政策宣示型和工作指导型案例;^[23] 有学者将其分为示法型、释法型和造法型指导案例;^[24] 有学者对最高人民法院发布的前四批指导性案例分为漏洞填补型、法律解释型和权限宣告型;^[25] 有学者依据指导性案例的典型性体现将其区分为事实认定型和法律适用型指导性案例;^[26] 还有学者以公报案例中的民事案例为分析对象,将其划分为新颖性案例、重大影响案例、疑难案件和普通案件。^[27]

我们认为,现有关于指导性案例的类型划分,大多不能满足上述类型划分标准的要求。以新颖性案例、重大影响案例、疑难案件和普通案件的分类为例,就可能存在同一个指导性案例同时满足了新颖性、重大影响性和疑难性中两个或者两个以上的条件,而同时被归属于不同的类型之中。此外,这种类型划分也未能体现类型和效力之间的关联性。

本文选择将指导性案例对法规范的适用方式作为类型划分的标准。申言之,依据指导性案例是对法条直接的引用还是对法条进行了具体化或在法条文意射程范围内进行了解释,抑或是对法规范作了漏洞的填补还是超越法律的法续造,对指导性案例进行分类。依据这一标准,我们将最高人民法院发布的前五批指导性案例划分为法条重述型、释法型和造法型指导性案例。具体来讲,我们将仅仅是对法律条文、司法解释的直接引用而未对法规范进行解释的指导性案例称为法条重述型指导性案例;将对法条进行解释、具体化或者是在法条的文意范围内进行漏洞填补的指导性案例称为释法型指导性案例;将对法条进行超越法律的法续造的指导性案例称为造法型指导

[21] 本文类型化的对象是2010年最高人民法院公布《关于案例指导的规定》后所发布的共五批22个指导性案例,不包括1985年以来《最高人民法院公报》所刊登的其他典型案例。以前的诸多讨论指导性案例的文章均是以公报案例为研究对象,严格意义上讲二者无论是在生成方式和拘束力上都存在不小的差别,这也导致了对指导性案例拘束力的研究出现了对象上的偏差。本文研究的指导性案例仅指这五批指导性案例,不包括公报的典型案例。

[22] 参见邓志伟、陈健:《指导性案例裁判要旨的价值及其实现——以最高人民法院公报案例为研究对象》,载《法律适用》2009年第6期。

[23] 参见陈兴良:《案例指导制度的规范考察》,载《法学评论》2012年第3期。

[24] 参见马俊彦:《论我国法制发展中的实验主义进路》,载《2013年全国博士生论坛(法学)获奖论文集》,第31~46页。

[25] 见前注[20],资琳文。

[26] 参见王利明:《我国案例指导制度若干问题研究》,载《法学》2012年第1期。

[27] 房文翠:《我国司法经验整体化的实践与反思——以〈最高人民法院公报〉中的民事案例为对象》,载《当代法学》2013年第6期。我们认为这种划分标准与《规定》第2条确立的指导性案件的遴选标准大致相同,但对于解读“参照”的含义并无多大实际意义。

性案例。^[28]

我们认为,这一标准的选取和划分的结果都较好地满足了前面所提出的三项要求:第一,该标准能够覆盖每一个指导性案例。对于任何一个指导性案例,其法律适用方式只可能是,要么单纯地引用既有规范而不对规范本身进行解释,要么是对其所适用的规范中抽象、模糊的规定进行解释,使得案件事实能够被涵摄于规范之下,要么是在待决案件事实缺少法律规范时,通过新的裁判规则的创制或既有规范的类推适用进行造法;第二,在该标准下,每一个指导性案例只可能被归入其中一种类型。单纯重复既有规范、对既有规范进行解释和通过造法填补立法空白是顺次递进的关系,某一指导性案例只要符合靠后的条件,便不再属于前面的类型;第三,法条重述型、释法型和造法型的类型划分,每一种类型都对应着一种特定的效力形态,对此后文将详细论述。

需要特别说明的是,本文在研究路径上与资琳所发表的《法治中国语境下指导性案例的分类适用》(以下简称“资文”)一文存在相似之处,即都是先对指导性案例进行类型划分,然后分别讨论不同类型的指导性案例所具有的效力。但是,本文和资文无论是在类型划分的标准选取、案例类型的具体划分,还是在指导性案例的效力判断上都存在很大的差异。

第一,类型划分的依据和结果不同。资文选取了指导性案例在我国法治建设中的作用和功能作为案件类型划分的标准,在此基础上将最高人民法院发布的前四批指导性案例划分为漏洞补充型、法律解释型和权限宣告型指导性案例;^[29] 本文则以指导性案例对法规范的适用方式,将最高人民法院公布的前五批指导性案例划分为法条重述型、释法型和造法型指导性案例。正如前文所述的那样,建立在类型化基础上的指导性案例效力研究的关键在于选择恰当的类型划分标准,而这一标准应该满足三个要求:涵盖所有的分类对象,避免将同一对象划分到不同的类型之下和类型与效力之间存在关联性,对此前文已经详细论述,限于篇幅,笔者不再赘述。

据此反观,资文所选取的标准至少存在如下问题:其一,容易将同一案件归入不同的类型。以权限宣告型指导性案例为例,资文在论述权限宣告型指导性案例时说道:“权限宣告型的指导性案例比较特殊,它是经过对法律规则本身的解释或者对法律漏洞的补充进而在对具体法律案件做出判决的基础上,附有权限宣告内涵和作用。”^[30] 很显然从资文的论述中我们发现,权限宣告型的指导性案例包含了法律解释型和漏洞填补型的指导性案例;其二,未能在案件类型和案件效力之间建立联系。划分类型的目的是为了研究案件的效力,因此类型划分只是手段,手段必须服务于目的。正如资文自己所说的那样,权限宣告型指导性案例的意义“不在于其如何适用,而毋宁是对法治根本准则的进一步宣扬”,^[31] 也就是说权限宣告型指导性案例的分类对于确定指导性案例的效力形态并无多大价值,其效力还得依靠别的分类方式判断。

第二,效力形态的判断结果不同。资文一方面认为符合实质法治要求,依据公平、正义原则进行补漏的漏洞填补型指导性案例应该具有正式渊源的法律效力;另一方面又认为我国不是判例法国家,所以漏洞补充的指导性案例续造了法律,并且经过了最高人民法院确认发布,必然具有事实上的拘束力。^[32] 也就是说在资文看来,漏洞补充型指导性案例在我国具有的是事实上的拘束力,

^[28] 依据拉伦茨的观点,所谓超越法律的法续造也不等于法官可以恣意造法,它仍然在整体法秩序的基本原则范围内。参见拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第256页。因此我们认为造法型的指导性案例虽然可能进行了超越法律的法续造,在形式上有可能违反了司法权的界限,构成对立法权的僭越,但就实质而言,它仍然在法秩序的基本原则之内,符合实质法治的要求。

^[29] 参见前注[20],资琳文。

^[30] 引自前注[20],资琳文。

^[31] 参见前注[20],资琳文。

^[32] 参见前注[20],资琳文。

这与本文后面将要论述的造法型指导性案例所具有的一定程度的规范拘束力大为不同。在法律解释型指导性案例的效力判断上,资文一方面认为,它“不能当然地成为后案法官裁判案件的直接依据,不具有‘应当遵循’的约束力,仅供后案法官参考和借鉴”,但另一方面又主张,“法官们出于‘错案追究制’的压力,基于个人升迁等各种因素的影响,此类指导性案例会具有事实上的拘束力”。虽然在最终结论的判断上资文与本文都认为此类指导性案例具有事实上的拘束力,但资文将其具有的事实上的拘束力归因于错案追究制和法官个人的选择,误读了指导性案例所具有的后案拘束力的效力来源。更为重要的是,依据资文的判断,我们似乎可以得出以下结论:无论是漏洞填补型指导性案例还是法律解释型指导性案例所具有的都是事实上的拘束力,加上权限宣告型指导性案例并不解决案例的效力形态问题,因此资文最终并未能实现依据类型划分来判断指导性案例效力的目的,反而走向了一个既有研究的老路,即从整体上认定所有类型的指导性案例具有相同的效力形态。

(二) 最高人民法院前五批指导性案例类型化的实证分析

依据选定的标准,我们对最高法院从2011年以来发布的五批指导性案例进行了类型划分,得到以下表格。^[33]

案件编号	终审法院	类型归属	判断理由	所属部门法	备注
1	上海二中院	释法型	对居间合同中禁止“跳单”条款效力的解释;对“跳单”是否构成违约的解释。	民商法	其解释的对象并非法律而是当事人达成的合同。 ^[34]
2	眉山中院	造法型	对一方不履行二审期间达成的诉讼外协议,一方请求执行一审判决一方主张不予执行的处理。	诉讼法	第207条第2款中的和解协议原本仅指执行和解协议,本案是对207条第2款的类推适用。 ^[35]
3	江苏高院	法条重述型	对有关新型受贿罪中“收受他人财物”和“为他人谋取利益”的界定。	刑法	对《关于办理受贿案件适用法律若干问题的意见》第3条第2款;《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》第2条;《办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第1条、第2条、第9条第2款重复。
4	山东高院	法条重述型	因恋爱、婚姻纠纷而杀人,虽手段残忍但积极赔偿,表示忏悔且无前科的可不判死缓且限制减刑。	刑法	落实限制死刑的刑事政策,并无对法规范的解释。

[33] 最高法院目前发布的指导性案例共计五批22例,表格中只分析了21例,其中一例属于海商法案件,一审归属于海事法院管辖,不涉及对普通法院“参照”的解读,故笔者未对其进行分析。此外本文的分类重在类型化方法,至于个别进行漏洞填补的案例是属于造法型还是解释型,需要严格分析其裁判是否超出了法条文意的射程范围,本身是一件极其艰难的任务,笔者可能力有未逮,所作划分不一定十分准确。再有,任何一个案件的裁判,法官都必须对法规范进行解释,从这个意义上说没有所谓的法条重述指导性案例,但我们认为释法型指导性案例的解释应该是对条文进行了法释义学意义上的解释,与运用日常生活经验对法条进行的理解不同。

[34] 有学者持类似观点,认为“1号指导性案例的目的并非确立一个规范而在于确定一个事实”。参见蔡琳:《案例指导制度之“指导”三论》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2012年第4期。尽管如此我们认为在这三种类型中还是应该将其划入释法型指导性案例,这样做也并非完全没有道理,因为依据《法国民法典》的规定,依法缔结的合同在当事人之间具有法律的效力,如此,合同对于当事人而言也不失为“法”。

[35] 参见王亚新:《一审判决效力与二审诉讼外的和解协议——最高人民法院公布的2号指导案例评析》,载《法学研究》2012年第4期。

(续表)

案件编号	终审法院	类型归属	判断理由	所属部门法	备注
5	金湾区法院	释法型	对政府规章违法设定处罚和许可的,行政诉讼中不予适用。	行政法	一定程度上进行了“司法审查”。
6	成都中院	释法型	“没收财产”属于《行政处罚法》第42条“等”字包含的范围,应该使用该条。	行政法	将“没收财产”解释成该条“等”的范围,对“等”进行了具体化。 ^[36]
7	最高院	造法型	收到民事抗诉状时,纠纷已经解决,当事人申请撤诉的处理。	诉讼法	对立法漏洞进行的填补。
8	苏州中院	释法型	公司处在盈利状态但股东会机制失灵,长期无法形成有效决议,属于经营管理出现重大困难,可以依法解散。	民商法	对《公司法》第183条和《公司法司法解释二》第1条“经营管理出现重大困难”的目的解释。
9	松江区法院	法条重述型	有限责任公司股东和股份公司的控股股东和董事在公司吊销营业执照后负有清算义务。	民商法	对公司法相关法条的演绎,并无解释。
10	上海二中院	释法型	公司决议的撤销之诉,法院对决议内容只作形式审查,不作实质审查。	民商法	对“决议内容违反公司章程”的解释。
11	浙江高院	释法型	职务便利包括行为人自身的职务以及利用有隶属关系的其他国家工作人员的职务。土地使用权具有财产性利益,属于“公共财物”。	刑法	对贪污罪中“利用职务之便”和“公共财物”的解释。
12	黑龙江高院	法条重述型	同4号指导性案例。	刑法	同4号指导性案例。
13	越城区法院	法条重述型	认定剧毒化学药品属于“毒害物质”,“买卖”无须兼有两种行为。	刑法	对相关法条的直接引用,剧毒化学药品属于“毒害物质”和选择性罪名无须有全部行为并不需要解释。
14	新华区法院	法条重述型	对因迷恋网络犯罪被判处缓刑的未成年人犯罪人适用“禁止令”。	刑法	对《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁令有关问题的规定(试行)》第4条第1项的重述。
15	徐州中院	释法型	关联公司人员、业务、财物混同,严重损害债权人利益的,构成人格混同。	民商法	对“人格混同”这一抽象概念的具体化。
17	北京二中院	释法型	为家庭生活需要而购买汽车属于《消费者权益保护法》中的“消费”,构成欺诈的,适用双倍赔偿。	民商法	对“为生活消费需要”和“欺诈”的解释。
18	滨江区法院	释法型	用人单位内部的末位淘汰制考核结果不是“不能胜任工作”的充分条件,单位不得以此单方解除劳动合同。	民商法	对《劳动合同法》第39条、第40条单位法定解除劳动合同的解释。

^[36] 有学者也认为“在指导性案例6号中,法官就利用了广义兜底条款的特性,在法律规范意义的边缘地带填充了新的实体内容,而在形式上并没有完全违背法律规范的文义,毕竟‘等’字为司法者提供了开阔的论证和补充空间”。孙光宁:《法规范的意义边缘及其解释方法——以指导性案例6号为例》,载《法制与社会发展》2013年第4期。

(续表)

案件编号	终审法院	类型归属	判断理由	所属部门法	备注
19	上海二中院	法条重述型	出借车牌号或容忍他人套用自己的车牌号,属于交通事故侵权责任的共同侵权行为。	民商法	《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第5条。
20	最高院	造法型	专利申请人临时保护期内的权利不包括禁止他人后续使用的权利。先用权包括后续使用的权利。	民商法	对关于临时保护期内申请人的权利范围和先用权的范围进行了立法漏洞的填补。
21	呼和浩特中院	释法型	违法建造行为不属于行政法规、规章中免征行政事业性收费的对象。	行政法	对建筑物免受行政事业性收费对象的目的解释。
22	滁州中院	释法型	政府对其下属机关的批复属于内部行政行为,不具有可诉性,但相关部门直接将批复进行实施,属于内部行政行为的外化,构成具体行政行为,具有可诉性。	行政法	对具体行政行为的解释。

通过上表我们可以看出,属于法条重述的指导性案例7例,释法型指导性案例共11例,造法型指导性案例3例。总的看来,释法型指导性案例在数量上最多,造法型指导性案例较少,法条重述指导性案例占据相当比重。这一定程度上也体现了最高法院对“司法造法”所持的谨慎态度。值得注意的是,造法型指导性案例中有一例是中级法院审结,其余2例造法型指导性案例均是由最高法院审结的,并且刑事法律领域未出现造法型指导性案例。

(三) 指导性案例类型化基础上的效力判断

法条重述的指导案例,如13号,仅仅是在正确认定案件事实的基础上援引了正确的法律规范而使得判决具有典型性。该案中的氯化钠作为剧毒化学品,属于“毒害物质”并不需要对“毒害物质”进行解释,至于涉及有关“买卖”等选择性罪名,法律并不要求同时具备“买”和“卖”的行为已经是法律常识,更无解释的必要。又如4号和12号指导性案例,其判决完全是落实限制死刑的刑事政策,关于量刑的指导性案例,本身很难对后案产生拘束力,更多的仅仅是一种参考价值。法条重述指导性案例其所适用的法律条文本身并不存在模糊之处,或者并无立法漏洞需要填补,抑或是所适用的法律规范本身虽有模糊之处或者存在立法漏洞,但在处理该案件时,并不需要对法律规范进行解释或漏洞的填补。此类案件更多地体现在其事实认定和法律适用的正确性,对法律发展几乎没有理论上的贡献,因此其所具有的“参照力”主要是给后案法官在审理类似案件时提供一个事实认定的参考。此时《规定》中的“参照”更多的是参考、借鉴的意思,即为后案法官处理类似案件提供一个可以参考的范例。因此后案法官可以借鉴其在事实认定上的方式和思维,但是并无必须遵循的义务,此类指导性案例所具有的是弱的“参照力”——仅具有参考作用。

释法型的指导案例,要么是对法律规范中意思模糊的文字进行了解释,如14号,对《消费者权益保护法》中的“生活消费”进行了解释,认为家庭购买汽车,属于“为了生活消费”;要么是对规范中比较抽象、概括的术语进行了具体化,如6号,对法条中的“等”进行具体化,认为“没收财产”具有和“责令停产、吊销许可证或营业执照、较大数额的罚款”相同的性质,因而需要告知当事人有要求举行听证的权利。“6号指导性案例中的法官,没有否定修改法律,而是在法律规定抽象、留有余

地的情况下,对法律进行的解释。”^[37]这类指导性案例之所以典型在于它解决了法律适用中的难题,对法规中抽象、模糊的规定进行了具体化、明确化,对条文的漏洞进行了在法律内合目的性的填补,因而对类案的处理具有了指导价值。指导性案例中所进行的法律解释经过最高人民法院的公布就体现了最高法院对这种解释的确认,实际上代表了最高法院对类案处理的态度。因此后案法官在审理类似案件时,原则上应当受到指导性案例对法规解释的约束。如果无充足理由背离指导性案例对法规所进行的解释,将构成上诉、再审或撤销的法定事由,法官个人也将面临法院审判管理的问责。也就是说,此类指导案例对类案的处理不仅仅具有辅助说理的功能,还对法官有了一种事实上的拘束力。

造法型的指导性案例,如2号指导性案例。该案中一审判决支持了原告吴梅的全部诉讼请求,二审过程中双方当事人自愿达成协议,西城纸业公司同意还款,吴梅放弃利息,协议达成后上诉人经法院准许撤回上诉。后西城纸业公司不履行协议内容,吴梅向一审法院申请执行一审生效判决,西城纸业却向眉山中院申请执行监督,要求不予执行一审判决,二审法院复函支持了执行一审判决。王亚新教授认为,本案所依据的《民事诉讼法》第207条第2款规定的和解协议,从体系上解释应属执行和解协议。而本案双方所达成协议并不在执行中而是在二审过程中,因此不属于第207条第2款中的和解协议。裁判要旨中称其为诉讼外和解协议,但却使其适用了第207条的有关规定,因此属于对第207条第2款的类推适用。^[38]而将既有规范进行类推适用本身就属于造法的表现,只不过它与进行新规则创制的显性造法相比,属于隐性的造法。

此类案件在本质上带有了司法造法的色彩。当法院面临的问题出现立法空白时,法庭又不得以没有法律依据为由拒绝裁判。由于立法面临复杂的利益博弈和冗长的程序,使得由立法机关进行临时立法不可能实现,此时法院要妥当处理,就需要进行“司法造法”工作。这种造法既包括直接进行符合体系的规范创制,也包括对既有法规的类推适用。当然受罪刑法定的制约,在刑事司法领域生成造法型指导性案例时应该特别慎重。之所以说这类案例属于造法型的指导案例而非释法型的指导性案例,是因为法律解释必须要有解释的对象,当立法出现空白时,所进行的“解释”是没有对象的解释,此时的解释“立法性强,解释性弱”^[39]。因此当立法出现空白时无论是为解决新问题创设规范还是将现有规范类推适用于新问题,其本质都不是在解释法律而是在进行“司法造法”。

对于造法型的指导性案例,因为其进行的是对立法空白的填补,所以其创设的裁判规则本质上和最高法院的“立法性司法解释”存在高度的相似性,它“不过是把司法解释从条文‘批发’转为案例‘零售’”,^[40]和其所依据的形式要件不同罢了。^[41]因此我们认为,造法型的指导性案例所确立的裁判规则具有“准立法性司法解释”的地位。在最高司法机关出台正式的司法解释或立法机关进行相应的立法之前,造法型指导案例所确立的裁判规则对后案法官具有一定程度的规范拘束力。这种规范拘束力是一种强于事实性拘束力而弱于法律、司法解释等正式法源效力的一种拘束力:其强于事实上的拘束力表现在后案法官可以直接将其裁判规则作为判决依据援引;其弱于正

[37] 王霄艳:《论指导性案例的“应当参照”——以最高人民法院指导案例6号为例》,载《太原师范学院学报(社会科学版)》2013年第4期。

[38] 参见前注[35],王亚新文。

[39] 曹士兵:《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》,载《中国法学》2006年第3期。

[40] 见前注[4],冯文生文。

[41] 最高人民法院的司法解释是在全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》授权下,依据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》所确立的程序制定的,而造法型指导性案例中的规制是法官在个案裁判中创设的。

式法源拘束力表现在正式法源的规范拘束力是不受任何条件限制的普遍拘束力,而造法型指导性案例所确立的裁判规则的规范拘束力是建立在后案与指导性案例具有相同重要事实基础上的规范拘束力,它是一种有条件的、弱化了了的规范拘束力。当然,造法型指导性案例所确立的裁判规则应该作为司法解释和立法的重要材料渊源,在适当的时候将其转化为正式的法律渊源。

三、指导性案例类型化的未来 展望及“参照”的完善

建立在指导性案例类型化基础上的“参照”解读,虽然建构起了对《规定》中“参照”含义的多层次解读,避免了对“参照”进行单一维度解读造成过分弱化或过分强化指导性案例效力而走向两个极端的现象,对于法官在个案裁判中正确地对待不同类型的指导性案例具有重要的参考价值。然而我们也发现,在这种类型化的区分之下,严格意义上的指导性案例只有释法型的指导性案例,法条重述和造法型指导性案例本质上都不具备指导性案例应有的品格:它们要么因为指导性不足而起不到指导性案例应该具有的价值;要么因为其具有的“准立法性司法解释”品质而超越了指导性案例所应有的指导性。因此我们认为,应该对现有类型之下的指导性案例进行完善,构建真正具有指导性案例品格的案例指导制度。

法条重述的指导性案例并未对法规范的解释和发展产生实质性的影响,而仅仅是在正确认定事实的基础上恰当地选择了法律规范进行判决,因此其对后案法官仅具备参考价值而没有拘束力。从本质上讲,法条重述的指导性案例所具有的指导性并非《规定》所期望的指导性,它对于统一法律适用、限制法官自由裁量权并不具有多大作用,其对后案所具备的指导性与《最高人民法院公报》刊登的典型性案件并无实质差别。诚如有学者对公报案例所评述的那样,这些案例只是为了延伸个案作用而进行的探索和尝试,只能给审判人员提供一个学习的素材和参考的依据。^[42] 指导性案例应当具有法律解释的内容,但法条重述型指导性案例只是单纯变相重复和引述原文的规定,不具有指导性案例应有的品格。^[43] 又考虑到,指导性案例在遴选程序上的复杂性和严肃性,本着成本收益的分析,我们认为,未来不宜将法条重述的案件遴选为指导性案例进行公布。如果法院认为属于法条重述的个案裁判具有很强的典型性,完全可以将其作为典型案件在《最高人民法院公报》上进行公报。这样做的好处在于,一方面它可以纯化“参照”的效力,使得每一个指导性案例对后案法官都有一定程度的拘束力;另一方面,又可保留它所具备的参考价值。

造法型指导性案例具有超越一般指导性案例所具备的事实上拘束力的规范拘束力。释法型指导性案例对后案法官具有事实上的拘束力,但本身并不能作为裁判依据被直接援引,一般只在判决理由部分援引具有相同重要事实的指导性案例进行说理论证。而造法性指导型案例因为其面对的是立法空白和不能在法律范围内进行填补的立法漏洞,其所创设的裁判规则就有一定程度的立法色彩,在性质上具有“准立法性司法解释”的地位。因此,后案法官在没有相关正式法源时,可以直接作为裁判依据进行援引,其所具有的“参照”效力是一种建立在相同重要事实基础上的规范拘束力。

因为造法型指导性案例所具有的这种规范拘束力,因此有学者主张应当将其升格为司法解

[42] 参见刘金娟:《法院适用指导性案例规则研究》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2012年第4期。

[43] 胡云腾、吴光侠:《指导性案例的体例与编写》,载《人民法院报》2012年4月11日,第8版。

释,而不应该停留在指导性案例的效力位阶上,“这时的指导性案例应该作为司法解释的新类型,赋予其规范拘束力”。〔44〕但我们认为,造法型的指导性案例虽然因创设了具有“准立法性司法解释”性质的裁判规则而具有了一定程度的规范拘束力,但它与作为正式法源的司法解释还是存在明显差别的。司法解释主要是针对类案做出的具有普遍拘束力的解释,它以类案为规制对象,具有与法律相同的拘束力;而造法型指导性案例创设的裁判规则是以个案为基础的,其所具有的规范拘束力以后案具有相同的重要事实为条件,是一种有条件的、受限制的、弱化了了的规范拘束力。显然造法型指导性案例创设的裁判规则并不具有同正式法源同等的规范拘束力。

也许有人会认为最高人民法院的司法解释也不完全就是针对类案的,批复就是针对个案的。我们认为造法型指导性案例和最高人民法院针对个案以“批复”形式所作的司法解释也不一样。依据最高人民法院2007年发布的《关于司法解释工作的规定》第6条第3款的规定,“对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释,采用‘批复’的形式”。可见批复虽然是针对个案做出的,但此时个案尚处于审理过程中,因此批复在产生时间上实际上是先于个案裁判的。也就是说,所请示的案件的裁判是依据批复做出的,是先有批复后有裁判。此时批复表面上是针对个案做出的,但它并非由个案裁判所创设。“批复可能是针对该案本身,也可能是针对某一类案件,可能是针对某一法律问题,也可能是针对某一类问题”,“批复实质上并不是以该案为基础对法律适用问题进行的解释”,〔45〕因此其所具有的是针对类案的普遍拘束力。而造法型指导性案例则不同,由其创设的具有规范拘束力的裁判规则是在个案裁判生效后从中抽取出来的,是先有裁判后有裁判规则,因此其规范拘束力必须依赖个案的裁判事实,是一种建立在相同的重要事实基础上的规范拘束力。也就是说造法型指导性案例是司法行为,而个案批复虽以“司法解释”为名,却具有立法性质。〔46〕

当然我们也承认,造法型指导性案例所具有的超越一般指导性案例效力的规范拘束力品格,与作为制度性法律渊源的立法和司法解释存在密切的联系。但我们认为这种联系尚不足以说服我们将造法型指导性案例升格为制度性法律渊源,其所具有的规范拘束力还不足以和制度性法律渊源所具有的普遍性、无条件的规范拘束力相提并论。但造法型指导性案例所具备的这种超越一般指导性案例的品格应该得到尊重:这种尊重一方面表现在,我们赋予造法型指导性案例更强的“参照力”,它可以具有有条件的、弱化了了的规范拘束力,在案件的重要事实相同而立法和司法解释尚未对相关立法漏洞和立法空白进行填补时,法官可以直接援引造法型指导性案例创设的裁判规则进行判案;另一方面,这种尊重还体现在,承认造法型指导性案例作为立法和司法解释重要的材料渊源,在制定法律和相关法律解释的时候合理地吸收造法型指导案例所确立的裁判规则,适时地将其纳入立法和司法解释之中。

既然造法型指导性案例尚不足以升格为制度性的法律渊源,那就只能将其继续作为指导性案例对待,但由于其具有的超越一般指导性案例的规范拘束力品格,我们又必须更为审慎地对待此类指导性案例。我们认为这种审慎除了体现在上述两方面的尊重外,还表现在造法型指导性案例的遴选上。造法型指导性案例除了解决个案纠纷外,更多的被赋予了发展法律的使命。而任何法院同样负担着解决个案纠纷和法律发展的使命,只不过后者在判例法国家表现更为突出,但不能

〔44〕 见前注〔11〕,李仕春文。

〔45〕 傅郁林:《司法职能分层目标下的高层法院职能转型——以民事再审理别管辖裁量权的行使为契机》,载《清华法学》2009年第5期。

〔46〕 参见傅郁林:《大陆法系判例制度及其借鉴意义》,载《华东政法大学学报》2009年第1期。

因此否定大陆法系的高等法院,特别是最高法院,在法律发展上的作用。因此,我们认为造法型的指导性案例的生效判决应该形成于高级法院或最高法院,基层法院和中级法院的生效裁判一般不宜被遴选为造法型的指导性案件。而《规定》第4条规定了最高人民法院可以遴选各级人民法院的生效裁判作为指导性案例,高级人民法院也可向最高法院推荐辖区内的生效裁判,中级和基层法院也可以向最高院层报自己的生效裁判。也就是说,理论上基层法院和中级法院的生效裁判可能被遴选为造法型的指导性案例。^[47]我们认为,鉴于造法型指导性案例所具有的一定程度的规范拘束力的品格和基层法院和中级法院解决个案纠纷的主要使命,以后最高法院不宜再将基层法院或中级法院的生效裁判遴选为造法型指导性案例。

此外,鉴于刑法领域适用罪刑法定的原则,“在成文法语境下,刑事指导案例作为公法性指导案例具有不同于私法性指导案例的形成和运行机制,其原创性和能动性都是有限度的”。^[48]有学者据此认为“在刑事领域,裁判要点一旦超出了法律规定的內容,就违反了罪刑法定原则。因此在刑法领域,最高人民法院没有‘法律生成’、法律制定的权力”。^[49]但也有学者认为,“最高人民法院应当改变发布规范性、抽象性释文的习惯做法,探索通过直接制作和间接确认刑事判例的双重路径进行刑法的适用解释,实现司法解释的判例化”。^[50]该学者进一步指出,原则上通过解释刑法规则的含义弥补刑法规则可能存在的不足甚至漏洞的主体并不限于最高人民法院的法官,但考虑到我国的法官素质与司法环境,目前尚不可能赋予所有法官通过解释刑法创制刑事判例的权利,现阶段刑事判例的创制权应归属最高人民法院。^[51]

我们认为,地方法院原则上不得生成刑事造法型指导性案例,但这并不当然意味着最高法院也无此项权力。对于最高人民法院有无刑事造法型指导性案例的生成权,不能简单地肯定或者否定,而应该区别对待。具体来讲:在入罪问题上,应该坚持罪刑法定的形式侧面,^[52]不允许最高人民法院通过造法型指导性案例将缺少刑法规定,而在实质上值得科处刑罚的行为认定为犯罪;在出罪问题上,则应该坚持罪刑法定的实质侧面,允许对刑法规定为犯罪,但不必要处罚的行为作出罪处理。罪刑法定原则旨在保护公民免受不可预见的刑罚暴力的伤害,因此,肯定最高法院生成入罪的刑事造法型案例有违罪刑法定,但最高人民法院通过造法型指导性案例创制新的裁判规则,对一些行为作出罪处理,并不违反罪刑法定原则的旨趣。此外,造法型指导性案例还包括对既有规范的类推适用。那么最高人民法院能否通过类推适用既有刑法规范生成造法型指导性案例呢?一般认为,我国在1997年的《刑法》修订中已经废除了旧《刑法》中的类推适用,因此类推适用违反罪刑法定的要求。但也有学者主张,类推解释与罪刑法定在内在价值上并不存在根本的冲突,在将保护社会法益作为刑法首要任务的刑法中,承认类推甚至是必要的。^[53]我们并不完全赞同该种观点,但是它至少说明类推解释并非罪刑法定的天敌,这一点从罪刑法定原则起源于判例

[47] 2号指导性案例即属于这种情形。

[48] 陈增宝:《新型受贿的裁判尺度与社会指引——指导性案例3号〈潘玉梅、陈宁受贿案〉评析》,载《浙江社会科学》2013年第1期。

[49] 周光全:《刑事案例指导制度:难题与前景》,载《中外法学》2013年第3期。

[50] 梁根林:《罪刑法定视域中的刑法适用解释》,载《中国法学》2004年第3期。

[51] 参见前注[50],梁根林文。

[52] 关于罪刑法定原则形式侧面和实质侧面的详细论述,参见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第68页。

[53] 参见陈忠林:《从外在形式到内在实质的追求——罪刑法定原则蕴涵的价值冲突与我国应有的立法选择》,载《现代法学》1997年第1期。

法的英国 1215 年的《大宪章》就可以证明，因为在判例法国家类推是一种最常见的判例适用方式。还有学者认为，当最高司法机关面对新出现的，法无明文规定的犯罪行为时，可以通过对现有法律条文的扩大解释和类推适用，制作判例，作为以后处理类似案件的根据。^{〔54〕}实际上，罪刑法定并不排斥一切类推解释，对于有利于被告的类推就并不违反罪刑法定原则。因此，当出现了立法规整漏洞的新问题时，最高人民法院类推适用既有刑法规范，从而得出有利于被告人的处理结果也并不违反罪刑法定。

将不具备指导性案例指导资格的法条重述指导性案例放回到《最高人民法院公报》中作为典型案例公布，^{〔55〕}将造法型指导性案例的生成权收归高级法院和最高法院，同时否定最高法院在入罪方面的造法型指导性案例生成权，是对指导性案例类型化的重要完善。此种类型化完善后的指导性案例的“参照”也更符其制度初衷。

四、结 语

案例指导制度成功的关键在于发挥指导性案例在个案裁判中的指导作用，这也是指导性案例的生命力所在。要实现这一目的，就必须明确指导性案例对后案法官所具有的效力形态。遗憾的是，当前最高人民法院发布的指导性案例所具有的后案效力并不明确，因此其实践效果也值得怀疑。选择恰当的标准，对指导性案例进行类型划分，在此基础上讨论不同类型的指导性案例所具有的效力，是研究指导性案例效力的一种思路，本文正是对这种研究思路的一种尝试。相信随着研究的不断深入，必然能够找到一个更为恰当的标准，对指导性案例作更为精准的类型划分，并最终解决指导性案例的效力难题。

（责任编辑：宾凯）

〔54〕 参见张文：《刑法学研究中的几个热点问题》，载《法学研究》1997年第5期。

〔55〕 笔者将当前的法条重述指导性案例排除在未来的指导性案例之外，而将造法型指导性案例保留其中的做法也间接地得到了一些学者观点的印证，如陈兴良教授即认为：“无论哪一类型的指导性案例，都应当以创制规则为中心，否则只具有示范意义而不会具有指导意义。”参见陈兴良：《案例指导制度的规范考察》，载《法学评论》2012年第3期。从这个意义上讲法条重述的指导性案例不具备规则创制的功能，自然不具有指导性案例品格，而造法型指导性案例则创制了新的裁判规则，因此属于指导性案例的组成部分。