

本报讯（记者 唐亚南）7月28日至29日，由中国政法大学诉讼法学研究院、中国刑事司法法学研究会、中国政法大学刑事司法学院主办的中日韩“以审判为中心的诉讼制度改革”学术研讨会在京举行。本次研讨会旨在推动中日韩三国刑事司法理论与实践的交流，不断完善司法制度理论和实践，以取得长足发展。

研讨会共分为五个单元。第一单元主题为“审判中心主义”，与会人员分别

对“中国的审判中心主义”“庭审实质化的改革试点”等热点问题作了精辟的分析和解读。第二单元主题为“辩护制度”，与会人员围绕“中国的辩护制度与值班律师制度的发展”“认罪认罚从宽值班律师制度的功能定位”分别阐述了各自观点。第三单元主题为“非法证据排除制度”，与会人员围绕“中国刑事证据制度的转型”等主题各抒己见。第四单元主题为“刑事速裁程序与认罪认罚从宽制度”，与会人员分别对“中国的刑事速裁程序与认罪认罚从宽制度”等重点问题作了深入剖析。第五单元主题为“刑事诉讼中的热点问题”，与会人员分别以“中国刑事诉讼法的再修改”为主题作了精彩发言。

来自最高人民法院、最高人民检察院，全国人大常委会司法委员会、清华大学、中国人民大学、中国社会科学院、中国政法大学、华东政法大学、首尔国立大学、梨花女子大学等单位的专家学者出席会议。

理论周刊

2018年8月1日 星期三 第五版 《理论周刊》第403期 理论文化部主办



关于参照指导性案例的几个问题

□ 最高人民法院审判委员会专职委员 胡云腾

参照。之所以要做如此区分，就是为了保证案例指导制度的规范化和权威性，防止实践中司法人员及诉讼参与人把非指导性案例当作指导性案例来参照。

对“参照”的理解

如何把握案例指导制度中“参照”二字的含义，目前已有很多讨论，但由于案例指导制度建立不久，参照指导性案例的“参照”与参照法律法规的“参照”在内涵上是否相同，还需要进一步讨论。本文拟从3个层面进行分析，希望能够对理解“参照”有所启发。一是语词层面。“参照”首先是现代汉语的一个语词，对它的理解不能背离这个语词的基本含义。从语词意义上理解，参照有参考、比照的意思，这与司法人员和诉讼参与人办案时如何处理与指导性案例的关系非常契合：比如，司法人员和律师办案时要履行查询相关指导性案例的义务，不可忽略；又比如，司法人员和当事人及其他诉讼参与人要把握正在办理的案件与指导性案例进行比较，看看它们的性质和争议问题是否类似；再比如，假设正在办理的案件与指导性案例在性质和争点上相类似，那么就要比照指导性案例的做法进行处理，即指导性案例是怎么认定事实、适用法律的，待决的案件就应当参照指导性案例认定事实和适用法律。二是法律层面。“参照”作为法律法规和司法解释普遍使用的一个法律术语，除了原有的语词含义以外，又有特定的法律含义。同时，在不同的法律法规中，参照的具体情况也会有所不同。在案例指导制度的司法解释中，参照的法律含义就是“参考、比照”，而非“参考、按照”或者“参考、依照”。因为指导性案例毕竟不是法律法规，其是否具有独立的法律地位以及是否属于法律渊源尚无定论，从中提炼的裁判要点是否具有独立的规则效力，也需要进一步统一认识。笔者认为，指导性案例的裁判要点本质上属于对法律法规或者法律规范的一种解释，通常是对法律法规进行一定程度的细化、明确或补充，而不是修改或新规，故一般不能独立作为对裁判规则的规则或者准据，亦不能像对待法律那样使用“按照”或者“依照”。因此，这里的参照，只能理解为比照，不能理解为依照或者按照。三是实践层面。由于指导性案例的裁判要点包括但不限于明确裁判规则，还包括确立裁判方法、宣示价值理念等等，故在办案实践中如何把握，也要具体分析。笔者认为，指导性案例的裁判要点往往是裁判规则和司法价值的统一，所以不宜将其理解成纯粹的裁判规则。司法裁判是有灵魂和温度的，是天理国法人情或者说政治效果、法律效果和社会效果的有机统一，指导性案例更是鲜活生动充满价值蕴含的案例，是认定事实、适用法律或弘扬价值的模范案例，所以，法官通常要从价值与规则相统一的角度把握和参照指导性案例的裁判要点。

对“参照”入法的数据分析

参照与参考、参阅等现代汉语语词的含义相近，指的都是处理一件事情或者作出一个决定时，要考虑、借鉴过往的做法和经验。所不同的是，参照的内涵更为明确，所以成为法律和司法解释广泛使用的法定用语，具有与参考或参阅不同的含义。笔者为此专门用“北大法宝”查阅了参照在法律法规和司法解释中的使用情况，得到的数据是，截止到2018年6月30日，条文中使用了“参照”字样的法律有213部，约占全部法律的80%，行政法规有1168部，监察法规有2部，司法解释有1032部，部门规章有18230部，团体规定有704部，行业规定有1709部，军事法规有108部。由此可见，“参照”二字已经成为法律、行政法规和司法解释的一个常用语词。

2010年11月26日最高人民法院发布的《关于案例指导工作的规定》第7条规定：“最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案件时应当参照。”这是最高人民法院首次对参照指导性案例提出明确要求，从而赋予参照以特定的含义。在此之前，一些法院包括最高人民法院发布的典型案例，往往用“参考案例”之名，要求法官办理类似案件时要注意参考这些案例；有的法院用“参阅案例”命名，要求法官办理类似案件时要注意参阅、阅悉这些案例；还有法院直接用“典型案例”来命名，意思是该案例很有典型意义，法官在审理类似案件时要学习、模仿或借鉴，等等。

需要说明的是，最高人民法院关于指导性案例的司法解释公布以后，有两个术语从此只能专门用于指导性案例，各级人民法院包括最高人民法院各业务部门都不能违规将其使用于其他案例之上：一是“指导性案例”这个术语，专指经最高人民法院审判委员会讨论通过，并以最高人民法院“公告”的形式发布的案例，其他案例一概不得称之为指导性案例或指导案例。二是“参照”这个术语，专指各级人民法院审判类似案件时参照最高人民法院发布的指导性案例，即参照指导性案例的裁判要点裁判案件。因此，参照用于指导性案例的专属性质，不得扩大用于指导性案例。如果法官在办理案件时发现本院、上级法院或者其他法院相关案例的裁判规则、裁判方法或者价值理念有参考、借鉴价值，可以叫参考，不得叫

对“应当参照”的理解

当年在起草和讨论关于案例指导制度的司法解释时，理论界和实务界对用

“参照”二字基本上没有什么分歧，但对于是使用“应当参照”还是使用“可以参照”则存在较大分歧。反对者认为，一旦司法解释明确写上应当参照，那就意味着法官审理类似案件时必须参照，如果不参照，当事人及其诉讼代理人就有权要求法官参照。如果法官拒绝参照，案件一旦被上级法院发回或者改判，就意味着法官要承担法律责任？同时，应当参照也就意味着指导性案例也是法官裁判的一个依据，那么这与英美法系的判例制度如何加以区别？会不会引发社会上产生法院造法的质疑？这些风险都值得考虑。另一方面，赞成司法解释写上应当参照的意见则认为，司法解释只有写上“应当参照”，建立案例指导制度才有意义，人们才会把指导性案例当回事，否则，无论是办案人员还是社会组织或者公民个人，都不会尊重指导性案例，建立案例指导制度就没有什么意义。同时，如果不写上应当参照或者只写上“可以参照”，那么就会出现法官在审理类似案件时可以参照，也可以不参照的随意性；或者出现有的法官参照，有的法官不参照的差异性，从而影响案例指导制度的严肃性和权威性。最后，写上应当参照，并不等于法院造法或者搞西方国家的判例制度，因为指导性案例毕竟是最高人民法院精心选定的极少数案例，指导的范围和要点也是最高人民法院审判委员会讨论决定的，故与西方国家的判例制度有本质区别，没有必要有这个方面的担忧。

经过反复研究斟酌，同时考虑到案例指导制度是重大的司法制度创新，在效力上不能太软，应当赋予一定的强制性和权威性，故最高人民法院审判委员会最终采纳了研究室讨论稿中“应当参照”的意见，而没有借鉴2010年7月30日最高人民法院、最高人民检察院发布的案例指导制度司法解释中“可以参照执行”的提法。案例指导制度建立以来的司法实践证明，应当参照已经得到理论界和实务界的一致认同，对于提高最高人民法院指导性案例的权威性和影响力，促进案例指导制度取得良好的法律效果和社会效果，发挥了重要作用。

对司法解释没有明确如何参照指导性案例的解说

前述司法解释有一个遗憾，就是没有明确规定法官在审理类似案件时如何参照指导性案例，也没有写裁判文书，是否能够援引指导性案例。具体说，法官在制作裁判文书时能不能引用指导性案例的裁判要点？如果能够引用，是作为说理的依据引用还是作为裁判的依据引用呢？是与法律条文一起引用还是与法律条文分开引用呢？反过来说，如果不能引用，那么如何让公众相信指导性案例被参照了呢？又如何评价法官参照或者没有参照指导性案例呢？由于这些问题都没有明确，导致该问题至今悬而未决说法不一。笔者认为，现在已经到了把这个问题说清楚的时候了，笔者亲身经历了这个司法解释的起草和讨论，似有责任把当时的情形说一。

司法解释没有明确写上如何参照指导性案例，不等于没有考虑过这个问题。

实际上，在起草该司法解释的过程中已经反复讨论过这个问题，当时起草起草的稿子明确写上的，但由于案例指导制度刚刚创建，人们对如何参照指导性案例还不是太明确，笔者记得报送最高人民法院审判委员会讨论的稿子上写的是“可以作为裁判说理的依据引用”，即不能作为裁判的依据引用，法官的依据只能是法律，不能是案例，目的是避免有人批评我国开始实行案例法的担忧。

笔者当时持赞同写上的观点，主要考虑是：有利于规范指导性案例的参照应用，加强对参照指导性案例这项要求的指导，从而更好地发挥指导性案例的作用。而不赞同写上的意见认为，这个问题不好写且有点敏感，弄得不好会引发误解或者质疑。比如对于是否可以引用和如何引用指导性案例问题，思想就无法统一，不仅法院内部认识不统一，立法机关、学术界的认识也不统一。按照惯例，对于认识不统一的问题，司法解释一般要采取放一放、搁置争议的方式，待将来认识明确、思想统一后才予规定，不作强行规定。关于案例指导制度的司法解释没有明确写上如何参照，也是出于这方面的考虑。

关于如何参照指导性案例的意见建议

形成共识需要时间，科学决策需要经验。经过多年的实践检验，充分说明中央关于建立中国特色案例指导制度是正确而富有远见的。案例指导制度符合中国国情，理论界和实务界对此普遍肯定高度认同，如果说还有什么意见的话，就是越来越多的让人感到最高人民法院发布的指导性案例数量偏少，这项制度的作用还远远没有发挥出来，甚至觉得像放了一个“哑炮”。有的专家和律师特别希望最高人民法院明确解决如何参照指导性案例这个瓶颈问题。因此，有必要在人民法院组织法重新修订之际，对如何参照最高人民法院的典型案例加以明确，以充分发挥指导性案例在保证公正司法、统一法律适用中的作用。借此机会，笔者想抛砖引玉，谈几点意见和建议。

一是建议人民法院组织法的修改稿明确规定指导性案例具有参照的效力，而不仅仅具有参考的价值。前已指出，在现有的法律法规和司法解释文件中，参照已经成为一个广泛使用的法律术语，此次修订人民法院组织法，应当坚持惯例做法，明确写上各级人民法院在审判类似案件时，应当参照最高人民法院发布的相关指导性案例，从而赋予指导性案例辅助法律适用的效力。只有这样，才能充分发挥指导性案例的规范、指导和引领作用，建立案例指导制度才更有意义。

二是通过司法解释明确如何具体参照指导性案例。此前，由于司法解释没有写明如何参照指导性案例，导致在实践中如何参照指导性案例做法不一，有的裁判文书不敢写参照了指导性案例，有的法官不知道如何参照指导性案例，导致社会上有人简单地把法官是否在裁判文书中引用了指导性案例的裁判要点，作为评判指导性案例是否被参照的唯一标准，结果便出现了司法大数据显

示的指导性案例在实践中很少被参照的尴尬。最高人民法院关于案例指导制度的司法解释已经出台8年，在全面依法治国新时代，尤其是实行司法责任制以后，法院的审判权分散行使了，为了统一法律适用，保证公正司法，实现同案同判，更有必要修改这个司法解释，对法官如何参照司法解释作出具体指引。

三是对裁判文书能否引用和如何引用指导性案例的裁判要点加以明确。参照指导性案例最重要的体现是，指导性案例能否被裁判文书引用以及裁判文书如何引用。如果不能引用，规定参照就无意义；如果不规定如何引用，必然会出现乱参照的现象。因此，需要司法解释对如何参照作出表态。我的看法是，要通过司法解释明确规定：指导性案例的裁判要点像司法解释一样可以在裁判文书中引用，引用的顺序可以放在引用法律、行政法规和司法解释之后。比如，某人民法院审结一起国家工作人员受贿案件，其裁判文书在引用刑法和司法解释相关条文后，认为有必要参照指导性案例3的，就可以这样表述：“依照《中华人民共和国刑法》第三百八十五条，最高人民法院最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件若干问题的解释第一条，参照最高人民法院第3号指导性案例，判决如下……”

四是从理论上解决指导性案例裁判要点的法律定位问题。司法解释明确规定裁判文书可以引用指导性案例的裁判要点之后，还有一个问题需要解决。即指导性案例的裁判要点是作为裁判依据引用还是作为说理依据引用？多年以前，在对有关案例指导制度司法解释的解读文字中，笔者曾经讲过指导性案例的裁判要点可以作为裁判说理依据引用，不宜作为裁判依

据引用，当时的主要考虑是，如果说指导性案例的裁判要点可以作为裁判依据引用，容易产生把指导性案例当作类似于英美法系国家判例的误解。现在看来，这个观点不甚全面，跟不上实践发展了。因为，指导性案例是最高人民法院审判委员会讨论确定的，其裁判要点是最高人民法院委员会总结出来的审判经验和裁判规则，可以视为与司法解释具有相似的效力。因此，在司法实践中，指导性案例的裁判要点既可以作为说理的依据引用，也可以作为裁判的依据引用。

总之，参照、运用好指导性案例，促进实现习近平总书记提出的“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的重要指示，贯彻、落实好党的十八届四中全会决定提出的“加强、规范司法解释和案例指导，统一法律适用标准”的改革要求，必须大胆解放思想，深入认识司法案例的法治价值。建设中国特色社会主义法治国家，迫切需要指导性案例大显身手，用好指导性案例这一优质司法资源，司法体制改革特别是司法责任制改革亟须指导性案例提供支撑，员额制法官办案需要指导性案例指导和辅助，统一法律适用和司法裁判尺度需要指导性案例这个重要手段，人民群众信访、学法、用法需要指导性案例这个活生生的教材。最高人民法院全力助推的案例文书上网公开，已经为指导性案例生成、利用提供了绝好的条件。适时完善立法和司法解释，为各级人民法院参照指导性案例提供正确指引，既是顺应实践发展的刚性需求，亦是保证公正司法不可或缺的配套机制。

责任编辑 唐亚南
电子邮箱 llzk@rmfyb.cn

“纪念改革开放40周年·理念”征文启事

2018年，中国迎来改革开放40周年。40年来，在中国共产党的坚强领导下，中国特色社会主义进入了新时代。为纪念改革开放40周年，人民日报新闻传媒总社将组织开展“纪念改革开放40周年·理念”征文活动。

四、投稿方式
此次征文活动以Word文档的形式提供电子版，发送至llzk@rmfyb.cn，邮件标题请注明“纪念改革开放40周年·理念”，来稿请注明作者姓名、工作单位、联系方式。
五、联系方式
联系人：唐亚南 何艳芳
联系电话：010-67550748，010-67550962

人民日报新闻传媒总社
2018年7月25日

法治视点

全力抓好主责主业 进一步开创法院工作新局面

□ 廖伟忠

升级、服务乡村振兴战略、做好经略海洋大文章，提供有力的司法保障和司法服务。要围绕和谐稳定精准发力，积极参与社会治理创新，充分发挥依法惩治刑事犯罪、促进矛盾多元化解、弘扬社会主义核心价值观等“五项职能”，提高人民群众安全感。要围绕服务民生精准发力，坚持以人民为中心的发展思想，持续关注人民群众司法需求变化，落实“四心工作法”，展现司法人文关怀精神，打造诉讼服务升级版。要围绕办案质效精准发力，人民法院完不成执法办案任务，一切成绩都是空谈，所有努力都会化为泡影。要以前所未有的紧迫感，切实加大结案力度，实现审判执行工作的良性发展。

二、要强化攻坚克难意识，确保基本解决执行难

党的十八届四中全会提出要“切实解决执行难，依法保障胜诉当事人及时实现权益”。今年3月29日，最高人民法院出台了决胜“基本解决执行难”总攻号角。执行难是长期以来人民群众诟病的痛点，“基本解决执行难”对树立公正司法形象、维护法治社会有着重要意义。

要敢于动真碰硬啃下“硬骨头”，全面筛查未结案件，抓住典型，以点带面，充分发挥运用刑罚手段打击犯罪的威慑作用，营造生效裁判必须履行的社会氛围。要下大力气打通“中梗阻”，积极推进网络司法拍卖，提高财产处置效率，对有财产案件快速执行到位，依法保护当事人的合法权益。要以执行信息化为抓手，彻底摸清底数，对工作进展和存在问题心中有数，保证执行过程公开透明，规范执行行为，促进高效结案。要发挥合力重拳出击，与相关部门联合惩戒失信“老赖”，挤压“老赖”的生存空间，打破部门间信息壁垒，实现信息共享，切实解决找人难、找钱难。

三、要强化改革担当意识，确保司法责任制改革落地见效

司法责任制改革是我们全面深化司法体制改革必须牢牢牵住的“牛鼻子”，对提高审判质量、效率和司法公信力具有决定性作用。要以求真务实、真抓实干的作风，以勇于担当、攻坚克难的精神，认真贯彻落实中央决策部署，有重点、有步骤、有秩序抓好司法体制改革的推进和落实工作。要以是否有利于推进

案质效，是否有利于促进公正司法为检验标准，加强改革效果评估，及时研究解决改革推进中的矛盾和问题，确保改革精准对接实践所需。要加强跟踪问效，盯住关键环节，强化改革督察，对钉钉子精神抓好落实，确保改革举措落地生根、取得实效。当前，法官职业保障取得重大进展，司法责任制改革基本完成，我们还要推行新型审判权运行模式，把“谁审判谁负责”要求落到实处，科学运行审判团队，严格落实办案责任。深化司法体制改革，决不只是通过选任产生员额法官、提高员额法官待遇，关键在于把司法责任制落实到位，把案件质效提档升级，让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

四、要强化防范风险意识，确保不出风险问题

防范化解重大风险，是党的十九大确定的决胜全面建成小康社会“三大攻坚战”之一，是当前各级各部门的重要政治任务。要牢固树立底线思维，强化责任担当，落实防范措施，确保不出任何风险问题。在思想上要再提高，坚决克服与我无关、松解麻痹、敷衍应付等心

态，切实增强风险防范意识，居安思危，未雨绸缪，警钟长鸣。在机制措施上要加强，服务保障金融市场安全运行，建立风险研判、应急预案制度，做好预测、预警、预防工作，彻底消除安全隐患。在责任落实上要强化，细化任务分工，加强工作督导。要依法惩治金融犯罪，重点审理非法吸收公众存款、集资诈骗、骗取贷款犯罪，打击恶意逃废银行债务行为。要妥善化解金融纠纷，正确认定合同效力，依法限制高利贷行为，规范民间资本健康运行。对涉及融资担保、小额贷款、典当行业的案件，加大调解力度，慎用强制措施。要妥善处理企业破产案件中金融纠纷，充分发挥破产重整制度对挽救危困企业、实现企业再生和保障持续发展的作用，最大限度地保障金融债权。

五、要强化从严治党意识，以党建带队建促审判

全面从严治党，是以习近平总书记为核心的党中央在党的建设方面提出的总体思路和战略部署，是加快实现“四个全面”战略目标的核心、前提

和保障。党的建设是确保法院工作正确政治方向、确保司法公正的关键，同时，全面从严治党是对法院党建工作提出的新要求，对破解当前经济社会转型期法院面临的诸多难题，有着重要的指导意义。要深刻把握全面从严治党的核心要义，把严的标准落实到思想建设、组织建设、作风建设、反腐倡廉建设等各个方面，把严的要求传递到人民法院每一个党组织、每一名党员，把严的举措体现在管党治党的全过程和司法审判的各个环节，做到真管真严、敢管敢严、长管长严。要结合司法责任制改革，认真查找在落实全面从严治党、加强廉政风险防控、改进纪律作风等方面存在的突出问题，同步开展整改工作，切实做到真管真严、敢管敢严、长管长严，确保队伍不出问题。要把全面从严治党要求落实到审判执行工作中，提升审判管理水平，提高审判工作质效，不断满足人民群众日益增长的多元司法需求。

新时代做好法院各项工作，任务艰巨、责任重大、使命光荣。我们要深入学习贯彻习近平总书记新时代中国特色社会主义思想，牢牢把“四个意识”的目标定位，把握精神、鼓足干劲，恪尽职守、扎实工作，推动法院工作迈上新台阶、实现新发展！（作者系山东省东营市中级人民法院院长）