

【法治建设】

指导性案例中的法律拟制及其规制

——从指导性案例41号切入

孙光宁

【摘要】指导性案例41号在裁判要点中以“视为”的方式提供了创新规则,并且没有在裁判理由部分提供实质理由,这是法律拟制的典型表现。指导性案例中的法律拟制为未来的立法修改积累经验,同时概括的抽象规则又能被后案反复参照,具有兼具立法与司法的独特属性和作用。但是,缺少明确支持理由也使得指导性案例中的法律拟制存在一定风险,需要进行有效规制。现有的指导性案例多以法律目的为主要规制方式,包括显性与隐性、肯定扩展与否定限缩等多种具体方式。要全面有效规制指导性案例中的法律拟制,需要遴选出符合法律目的的创新性案例,在正式文本中提供丰富全面的支持理由,并通过法官的参照适用进行反复检验。源于司法者的创造性能够经由指导性案例中的法律拟制传递到立法领域,在立法与司法的良性互动中推动法律与社会的共进。

【关键词】指导性案例;法律拟制;裁判要点;裁判理由;先例

【作者简介】孙光宁(1981-),男,山东枣庄人,山东大学(威海)法学院教授,法学博士,博士生导师,研究方向:司法理论(威海 264209)。

【原文出处】《河北法学》(石家庄),2021.8.32~47

【基金项目】本文系笔者主持的国家社科基金重大专项“社会主义核心价值观背景下的案例指导研究”(19VHJ004)阶段性成果之一。

自从2010年底的《关于案例指导工作的规定》出台以来,案例指导制度已经运行了将近十年,最高人民法院已经发布了一百余个指导性案例。虽然这一数量还不能充分满足审判实践的需要,但是,这些指导性案例已经涵盖了多个主要部门法,同时在类型和功能上也不断丰富。除了宣示特定法律条款或者司法政策之外,指导性案例还能够针对审判中的疑难问题提出细化规则(主要通过裁判要点实现),甚至能够对现有正式的法律规范进行进一步阐释或者补充,对将来的立法修订工作积累经验。其中值得注意的现象之一就是法律拟制。

在一般意义上,法律拟制是将两个本来不相同的事物、行为或者身份给予法律规范上的同等对待,主要通过“视为”这一关键词进行表达。法律拟制典

型地出现在立法领域之中,但是指导性案例也已经多次出现了法律拟制的情况,值得细致研判和探讨。本文以指导性案例41号为切入对象来分析指导性案例中存在的法律拟制,主要是基于以下考虑:(1)指导性案例41号在裁判要点部分直接明确了“视为”的规定,却没有给出相应的理由,比较充分地表现了法律拟制的决断性和虚拟性的特点;(2)其他指导性案例中还有很多利用“视为”来表达法律拟制的情况,对解决审判实践中的难题有着重要作用;(3)指导性案例既来源于、也作用于司法领域,同时又通过裁判要点为相关立法活动积累经验、为司法者提供创新规则,这种兼具立法和司法的属性在法律拟制方面有着独特的作用;(4)指导性案例中的法律拟制不能无限展开,需要特定的规制才能发挥其最优效果,已

有的指导性案例也对此有所提示。基于上述考虑,本文将首先分析指导性案例41号中的法律拟制,并揭示指导性案例中法律拟制的风险,然后总结其他指导性案例对法律拟制的规制方式,最终从案例指导制度运行环节的角度来全面明确指导性案例有效规制法律拟制的改进方向。

一、指导性案例41号中的法律拟制及其风险

指导性案例41号为行政诉讼案件,原告收到了被告衢州市国土资源局的《收回国有土地使用权通知》,该通知中仅仅提及了法律依据为《中华人民共和国土地管理法》及浙江省的有关规定,但是未写明所依据的具体条款,原告因此不服提起诉讼。该案给出的裁判理由认为,被告衢州市国土资源局在庭审中提供的各种衢州市发改委文件都无法证明其作出的《收回国有土地使用权通知》符合《土地管理法》第58条第1款规定。指导性案例41号的裁判要点是“行政机关作出具体行政行为时未引用具体法律条款,且在诉讼中不能证明该具体行政行为符合法律的具体规定,应当视为该具体行政行为没有法律依据,适用法律错误。”

从文义的角度来说,指导性案例41号中的具体行政行为并非绝对没有任何法律依据,只是没有写明所依据的具体条款,属于两可之间的情况。相比于更加模糊的表达(例如“根据法律规定”),《收回国有土地使用权通知》还专门提及了《土地管理法》等较为明确的法律依据。但是,本案法官仍然认为该具体行政行为没有法律依据,对被告的行为给予了否定评价。这一点得到了最高人民法院的肯定,并在裁判要点中给予明确。裁判要点是整个指导性案例正式文本的“点睛之笔”,根据《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第9条,法官在裁判文书中能够援引指导性案例的具体对象,只能是裁判要点。“因为指导性案例与判例的区别就在于有无明确的裁判要点,指导性案例所确立的裁判规则集中概括在裁判要点中,这也是我国案例指导制度的特色。”^①每一个指导性案例最初都是普通案例,在经过层层遴选成为指导性案例之后,裁判要点是最高人民法院在发布正式文本时专门进行概括和提炼的精华部分,在内容上提供了案例所体现的规则或者解决办法,

充分体现了最高人民法院的意图。

值得注意的是,从实际效果来看,指导性案例41号已经被很多类似案件所参照,真正发挥了案例指导制度推动法律统一适用的作用。根据北大法律信息网的统计,指导性案例41号的发布时间是2014年12月25日,其后间隔仅仅27天,就有裁判文书援引了该指导性案例,说明了该指导性案例的裁判要点非常符合审判实践的迫切需要。截止到2018年底,共有近50份裁判文书援引了指导性案例41号,虽然从绝对数量上无法与民商事案件的援引情况相比,但是,在行政类指导性案例中已经是非常突出的成绩了。而且,在指导性案例41号的适用实践中还出现了跨界使用的情况,该指导性案例被应用于不同案由的案件:指导性案例41号为土地/行政审批类案件,但是有一些土地/行政裁决类案件也使用了该指导性案例的裁判要点,因为这两类案由的案件均涉及对于法律、法规和规章的适用原则问题。^②对该指导性案例的裁判要点,也有部分案例进行了扩展适用。例如,在高州市分界镇学福村牛皮铺经济合作社等诉高州市人民政府等土地行政确权案中,核心争议是如何评价具体行政行为适用规章未到具体款项的情况。虽然指导性案例41号涉及的是行政行为未引用具体法律条款,而本案的情况是行政行为适用规章没有引用具体条文的款、项、目,二者不完全相同,但是总体上都属于适用法律、法规及规章错误,也就是在法律依据上存在问题,因而法官都给予了否定评价。^③从以上的援引情况来看,审理类似案件的很多法官认可并参照了指导性案例41号的裁判要点,实质上也就是贯彻了最高人民法院的意图。

在指导性案例41号的裁判要点中,关键词之一就是“视为”,这是法律拟制存在的典型方式。在现有的主要民事法律规定中,“视为”一词表达出来的绝大多数含义都是法律拟制,其他含义(如法律推定和注意规定等)都属于极少数。^④虽然学者们对法律拟制的界定并不完全相同,但是,对法律拟制主要特征的概括是比较相似的,主要包括(1)将两种情况、行为或者身份给予法律规范上的等同对待;(2)这种法律规范上的等同对待可能与客观实际一致,也可能不一致;(3)给予以上等同对待时并未说明其中的理

由。其中,特征(3)带有明显的决断性因素,这就意味着法律拟制主要存在于立法领域之中。而指导性案例41号裁判理由中的“视为”也符合以上法律拟制的三个主要特征:面对着行政机关给出的粗糙、笼统和概括的法律依据,司法者将其与“没有法律依据”给予了相同对待,而且在该指导性案例的其他部分(尤其是裁判理由部分)却并没有为这一结论给予相应的解释说明。质言之,指导性案例41号实际上就是法律拟制的具体表现。

至于指导性案例41号的裁判要点是否正确,的确需要相应的支持理由。最高人民法院案例指导工作办公室对此给出的理由是:“未引用具体的条款,导致行政相对人无法从上述决定中获知明确具体的法律依据。这种情况,应当根据《行政诉讼法》第34条第1款条及相关司法解释的规定,将行政机关作出的决定视为没有法律依据,否则行政相对人的合法权益将在模糊的法律名义下无从得到保障。换句话说,行政机关对作出的行政行为所适用的法律依据,只笼统地提到有关规定,未引用具体法律条文的,不符合依法行政原则的要求,属于适用法律错误的一种情形。”^⑤其中关键的理由是保障行政相对人的程序权利,以满足依法行政原则的要求。从前述该裁判要点被多次援引的情况来看,审判实践中的法官也用实际行动肯定了以上拟制内容的正确性。裁判要点在实质上意义对现有的法律规范进行了细化、阐释,甚至是填补漏洞,都是指导性案例发挥作用的表现,由此可以将其类型划分为宣法型、释法型和造法型。^⑥同时,这种针对审判难题提供的抽象规则被司法实践所参照和遵循,也展现了指导性案例中的法律拟制具有立法拟制的特点。法律拟制在虚构一个事实的同时,也把这一事实纳入某法律适用范围之内,间接地扩大了该法律的适用范围,从而改变了法律本身。跟法律解释相比,法律拟制不是通过直接扩大法律的适用范围,而是将原来不适用于某法律的事实通过拟制纳入该法调整的范围之内。法律解释对法律的改变是公开和明示的,但法律拟制在改变法律方面则十分隐蔽,具有“隐性的”立法功能。^⑦这种功能在指导性案例中得到了比较明确的展示。同时,指导性案例的裁判要点归纳了整个

案件中的核心问题并提供了相应的解决方案,无论是在形式上还是在内容上都与抽象法规一般无二。根据《关于案例指导工作的规定》第7条和《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第9条,当出现类似案件时,法官应当参照指导性案例的裁判要点形成裁判结论;这实质上肯定了裁判要点具有与司法解释类似的、“准立法”的规范性性质。

当然,指导性案例毕竟是来源于司法实践的个案,发挥作用的领域也主要是在司法过程中。这就意味着指导性案例中的法律拟制兼具了立法拟制和司法拟制的特点。虽然很多学者对司法拟制的正当性提出了质疑,但是,司法拟制也的确存在于实践之中,而且有着重要作用,特别是通过积累判例推动法律发展的普通法之中。“由于拟制这种善意的错误,旧规则和新规则之间的鸿沟常常得以跨越。在此,令我们关注的是只要当目的的重要性居于支配地位就会有这种跨越。今天,拟制已经不大使用了;而一旦拟制被掩藏起来,司法活动的原动力也就被封闭了。”^⑧针对既有法律规范的疏漏和模糊,司法者在审判实践中创造性地运用规范,对规范的含义进行细化、明确、梳理和填补,在实质意义上推动着法律规范的发展,这一点与普通法的历史发展是非常相似的。“司法现象的拟制,主要是通过法官和当事人的合作,将一些随着社会的发展已经失去区别意义的对象在法律上同一,或是将一些本来未被区别的对象根据社会发展的需要加以区别。”^⑨这种司法拟制体现了司法者的创造性,使得法律规范能够与时俱进,也非常符合指导性案例的特点。

虽然指导性案例中的法律拟制有着重要实践价值,但是,相关的风险同样存在,也需要细致分析,首要的一点是法律拟制作为类推所带来的风险。类推是将基于相似点而将两种事物进行类似处理,这一点与法律拟制并没有不同,可以说,法律拟制本质上就是类推,只是缺少明确的相似点比较及其说明。“拟制的本质是一种类推:在一个已证明为重要的观点之下,对不同事物相同处理,或者我们也可以说,是在一个以某种关系为标准的相同性中(关系相同性,关系统一性),对不同事物相同处理。”^⑩法律拟制和法律类推的区别更多地在于主要适用领域的不同

同:前者侧重于立法领域,后者则是司法领域。^①而对于兼具立法和司法性质的指导性案例来说,法律拟制和法律类推的区别几乎可以忽略不计。“将法律拟制解释为法律类推,并不意味着法律稳定性的丧失,相反,此举将使法律拟制由不可置疑的技术性设定被还原为有迹可循的法律思维过程,从而有助于形成对法律拟制的有效评价机制,即运用法教义学体系中的法律原则、法学理论以及朴素正义观念对法律拟制本身进行正当性审视,以便确认该法律拟制是否具有合乎前述标准的实践性价值。”^②即便如此,类推本身就是依据类比推理或者类比解释给予类似对待,其中相似点的确定并没有绝对客观的标准,很大程度上依赖于法官的自由裁量,由此也为类推带来了可废止性和不确定性,从普通法中遵循先例、区别(distinguish)先例,甚至推翻先例的类比实践就可以看到这一点。由于没有对相似点进行明确阐释,具有类推性质的法律拟制就会带有更大的不确定性,相应的风险也就更大。从前文的论述中已经可以看到,对指导性案例41号已经出现了跨界使用的情况,虽然对于提升案例指导制度的影响来说值得肯定,但是却因缺乏有效的规制方式而存在着滥用的可能。

除了由类推性质带来的风险之外,指导性案例中法律拟制的风险还有一些其他来源。例如,司法过程本身就是一个释法说理的过程,任何结论的形成都必须伴随着相应的理由支撑,这一点与有着民主基础的立法活动有着明显区别,公开心证就是司法过程说理性的典型表述。而指导性案例中的法律拟制却存在着没有给出明确理由支持的情况,例如指导性案例41号。这种说明理由缺失的情况与司法过程的性质并不相符,很可能会增加法官的独断性甚至任意性。再者,对于指导性案例的受众来说,面对着没有说明理由的指导性案例,他们会难以有效理解指导性案例,只能是孤立地、甚至机械地理解裁判要点,最终结论的可靠性都存疑。这种理解上的偏差也会严重影响后续的参照适用环节,无论是类案法官还是当事人,都难以确定待决案件是否与使用法律拟制的指导性案例之间足够相似。

进而言之,缺少了提供明确理由的指导性案例,

也难以作为立法积累有效经验。由于指导性案例具有零敲碎打的特点,能够聚焦于特定的具体审判难题,因此,指导性案例经常能够为后续的抽象规定提供经验积累。例如,指导性案例26号和101号所确立的裁判要点,都已经被修订后的《政府信息公开条例》所吸收。^③指导性案例3号裁判要点2包含的“视为承诺‘为他人谋取利益’”也被后来的《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适用法律若干问题的解释》第13条所吸收。^④正是需要特定理由的说明,才能在司法实践中检验相应裁判要点的效果,成为立法前的准备工作,而指导性案例中的纯粹司法拟制就无法实现以上效果。

二、现有指导性案例中对法律拟制的规制方式

既然不附带理由说明的法律拟制会带来一定风险,那么,就应当探索相应的规制方式来降低其中的风险。可能对指导性案例中的法律拟制起到规制作用的方式有很多,例如法官在具体案件中进行“移情”,将自己置于立法者的位置来获得准确认知,进而准确适用法律拟制。“法官在面对案件关联的事物命名是‘视为’规范语句中的‘视’的宾语指向的命名时,也应让自身的视域向立法者的视域靠拢,和立法者使用同样的视域迁移方式转换命名。”^⑤面对法律拟制的风险,更为有效的方式是通过法律目的进行规制。“法定拟制是一种表达工具,其既可以实现指示参照的作用,也可以用来作限制或说明。该当的指示参照及限制之意义及范围如何,必须由各该意义脉络及法律的目的来探求,并加以限制,以上说明亦适用于案件事实‘溯及效力’的拟制。”^⑥由于法律拟制总是带有一定创造性的因素,多数情况下是将原本不同的事物给予同等对待,在指导性案例中的相应操作也需要结合特定的法律目的才能获得正当性和认可,这一规制方式也得到了现有指导性案例的印证。当然,这里的法律目的是从广义而言的,可以扩展到特定的法律原则、法律精神、法理甚至是事物的本质、社会发展规律等等。对于法律目的如何规制现有指导性案例中的法律拟制,可以基于部门法的划分展开细致分析。

(一)刑事法指导性案例

刑事司法中特别强调刑法目的的指引和规制作

用,基于此的目的解释方法甚至被认为与文义解释方法有着同等重要的地位。“一个正确的解释必须永远同时根据法律的字面文义和法律的目的来进行,仅仅满足其中的一个标准是不够的。”^⑩在需要进行法律拟制的场合,以法律目的为检验标准可以对将要发生的法律效果进行预测,进而确定法律拟制的正当性。这是法律目的规制法律拟制的重要方式,越是能够产生符合法律目的的积极效果,法律拟制就越是能够被认可和接受。从法律规则和法律目的的关系来说,后者统御和引领前者。当法律规则由于滞后等局限而无法保证法律目的时,通过法律拟制扩展法律规则的范围就成为实现法律目的的重要方式。这一点在具有创造性的指导性案例中也有不少例证。

例如,指导性案例3号的裁判要点2认为:“国家工作人员明知他人有请托事项而收受其财物,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。”在裁判理由部分给出的相应说明是:“承诺‘为他人谋取利益’,可以从为他人谋取利益的明示或默示的意思表示予以认定。”换言之,明知有请托事项而收受财物是一种默示的意思表示,在行贿者与受贿者之间存在着共通的、“尽在不言中”的意思交流与合意。典型的“为他人谋取利益”的承诺是以明示为主要方式的,默示则不典型,在司法实践中也有一定争议。指导性案例3号裁判要点中的“视为”则将默示的意思表示也纳入“为他人谋取利益”的承诺方式之中,在没有变动既定法律规范文字的情况下,扩展了其外延,是法律拟制的表现。在更深层次上也有法律目的的支持。最高人民法院案例指导工作办公室认为该指导性案例的意义在于及时、有效地依法查处手段翻新、花样百出的新类型受贿犯罪案件,有利于依法从严惩处腐败犯罪,同时教育和警示国家工作人员廉洁自律、遵纪守法,提高拒腐防变、掉入受贿犯罪泥潭的警惕性和自觉性。^⑪质言之,指导性案例3号的深层目的在于揭示受贿犯罪的权钱交易本质,维护国家公职人员的廉洁,这一目的则是通过扩大“为他人谋取利益”的承诺方式来增强和实现的,这也反映了刑法中法律拟制的特点。

由于刑罚的严厉、刑法谦抑和罪刑法定原则的存在,刑法条文的修改都是慎之又慎的,在出现刑法条文与社会发展的龃龉时,法律拟制就成为重要的缓解方式。除了指导性案例3号以明示的“视为”进行法律拟制之外,还有个别刑事法指导性案例以隐性的方式在进行着法律拟制,例如指导性案例106号的裁判要点就认为“以营利为目的,通过邀请人员加入微信群,利用微信群进行控制管理,以抢红包方式进行赌博,在一段时间内持续组织赌博活动的行为,属于《刑法》第303条第2款规定的‘开设赌场’。”该案例是将特定的微信群“视为”赌场,与传统意义上具有现实属性的赌场并不相同。认定该罪名的直接理由是此类微信群的组织性、开放性和经营性,“建群的目的非常明确,就是组织人员前来赌博,相当于为参赌人员提供了一个相对固定的场所。”^⑫从指导性案例106号出台所追求的深层目的来看,针对近年来利用微信群抢红包的方式开设赌场的案件屡见不鲜、危害严重的情况,最高人民法院意在“指导司法机关依法办理类似案件,教育引导社会公众遵纪守法,同时促进完善网络管理。”^⑬在以上目的的引导之下,赌场的范围扩展到特定的微信群,也体现了法律拟制具有类推性质的一面。

就我国刑事司法实践来说,在指导性案例出现之前主要通过司法解释来实现法律拟制,刑法的目的则主要通过特定的刑事政策来具体体现。法律拟制的假定性特征能够通过贯彻刑事政策而弥补刑法中的漏洞;结合具有政策导向性特征的法律拟制,立法机关可以将相关的刑事政策转化为法律,司法机关也会把相关的刑事政策转化为司法解释。^⑭在案例指导制度创设之后,指导性案例也同样可以承担贯彻刑事政策的角色,同时特定时期的司法政策也是指导性案例寻求法律目的的重要方向。^⑮具体到指导性案例3号来说,随着法治进程的深入,社会公众对国家公职人员的廉洁性提出了更高的要求,这也成为刑事政策的重要内容,借助于法律拟制来扩大职务犯罪行为的认定范围,就成为贯彻以上政策的方式之一。“刑法中的拟制需从刑法对重大法益保护的目出发,该种法益保护目的的实质正当性要件不仅是源于一定的社会宽容态度所决定的法益保

护的显著补充性要求,同时是因为需要同等保护具有共同或者相似法益,更是强制且排他性地适用这种法益保护规则的要求。”^②当指导性案例3号的裁判要点被类似案件不断参照适用时,将会有更多以默示方式为他人谋取利益的承诺被认定为受贿行为,进而降低了受贿罪的人罪标准,更有利于实现该罪名以及相应的刑事政策所追求的目的。

(二)民商事指导性案例

与刑事法治严格遵守罪刑法定原则、明确反对类推不同,民商事案件尊重当事人的意思自治,允许特定类推的存在,这就给了带有类推性质的法律拟制以更大的运作空间。为了降低由此带来的决策风险和不确定性,民商事案件中的法律拟制就更需要结合特定的法律目的进行规制,这一点也能够从现有的指导性案例中得到启示。

例如指导性案例29号的裁判要点1认为:“对于企业长期、广泛对外使用,具有一定市场知名度、为相关公众所知悉,已实际具有商号作用的企业名称简称,可以视为企业名称予以保护。”该案裁判理由中涉及的《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第6条第1款只是保护“企业名称”及其中的“字号”,并没有将企业名称简称包含在内。但是,基于广泛使用、被公众熟悉的共性,企业名称简称也可以被纳入《反不正当竞争法》所保护的企业名称或其字号之中,这种“视为”的规定已经超越了现有司法解释的规定,但是却能够对企业的商誉权给予更加全面的保护。最高人民法院案例指导办公室对此案的解读也认为:“这不仅符合防止混淆,制止不正当竞争的现实需要,而且符合保护企业名称权(名称的含义包括全称和简称)的立法精神,也与有关司法解释保护公众知悉字号的规定协调一致。”^③与之类似,指导性案例83号也是对具体法律概念进行了明确,具体来说是针对《侵权责任法》第36条第2款中的“通知”。该案的裁判理由描述了不少条件,凡是符合这些条件的“即应视为有效通知”。对于网络服务提供者(电商平台)中如何界定“通知”,并没有准确规定,司法实践中一直存在不少争议。指导性案例83号直接归纳了“通知”的有效要件,具有很高的指导价值。^④最高人民法院发布

该指导性案例的目的,也是引导创新商业模式健康有序发展,激活电子商务知识产权的自我净化机制,特别是考虑权利人维权通知的效力等因素,优先选择对于各方利益有最大容忍度和包容度的规则。^⑤这种对“通知”概念的拟制,是在尊重当事人意思自治的基础上,最大限度平衡各方利益,进而推动民商事活动的顺利展开,这也非常符合民商事法律的基本目标。

除了以上以肯定方式进行法律拟制之外,还有部分指导性案例以否定的方式对特定概念的范围进行了限缩,比较典型的就是指导性案例107号。该案例将“只要买方经过合理努力就能使用货物或转售货物”排除在《联合国国际货物销售合同公约》规定的根本违约情形之外。这是综合考虑了主客观要件之后形成的稳妥结论,尤其重视了客观要件。针对国内企业在国际贸易中常见思维的偏差,以及地方法院对《联合国国际货物销售合同公约》中根本违约制度不熟悉,将该案件遴选为指导性案例的直接目的就是明确国际货物买卖合同纠纷适用法律以及认定根本违约的标准。^⑥从更为宏观的角度来说,以指导性案例107号为代表的涉及一带一路建设的指导性案例,遴选和适用的深层目的是为了为一带一路建设提供司法服务和保障,不断增强中国对国际商事规则的话语权,提高中国司法的国际地位。^⑦从这个意义上来说,指导性案例中的法律拟制同时包括了肯定和否定两种方式,都是在民商法基本目的的指引下对特定法律概念的范围进行了调整,在没有改变法律规范文字的情况下使之更好地满足了处理案件的现实需要。

(三)行政法指导性案例

刑事司法和民商事司法在实体法和程序法方面都比较完善,但是,行政领域还缺少完备独立的行政程序法典,而现实中很多具体行政行为都存在着违反程序正义的情况,使得很多行政诉讼案件面临着不少审理难题。指导性案例就能够在这个方面发挥作用,尤其是在行政程序法典缺位的背景下,行政法指导性案例经常通过法律拟制的方式灵活运用现有的程序性规定。本文第一部分分析的指导性案例41号对具体法律条款依据的强调,实质上也是对行政

机关在程序方面提供了更高的要求。这种总体倾向在其他行政法指导性案例中也有所表现。

例如,在原《政府信息公开条例》对网络申请起算日的规定并不明确的情况下,指导性案例26号明确“系统确认申请提交成功的日期应当视为行政机关收到政府信息公开申请之日。”该案中,行政机关对超过法定期限给出回复的理由是内部数据转移和处理需要一定时间,这一理由被司法者所否定。最高人民法院遴选该案例的直接目的是为了“促进行政机关加强内部管理衔接,提高政府信息公开的工作效率,监督行政机关依法行政,及时、充分地保护行政相对人的知情权。”^②如果说指导性案例26号中的法律拟制是针对模糊的程序规定,那么指导性案例38号则是直接创立了新的规则。该案是曾经引起社会广泛关注的田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案,其裁判要点3确定:“高等学校对因违反校规、校纪的受教育者作出影响其基本权利的决定时,应当允许其申辩并在决定作出后及时送达,否则视为违反法定程序。”值得注意的是,无论是当初的主审法官,还是后来将该案选人最高人民法院公报的编辑,虽然都肯定了最终的裁判结果,却也都没有对违反何种程序规定给出明确法律依据。^③而最高人民法院在编辑该指导性案例的正式文本时专门新增了“从正当程序原则出发”的表述,虽然同样没有给出明确的程序法依据,却提供了“正当程序原则”作为整个案件的引导指向。与之类似,指导性案例59号在裁判理由中对纠纷中行政机关的确认行为给予了定性,认为“一旦消防设施被消防机构评定为合格,那就视为消防机构在事实上确认了消防工程质量合格,行政相关人也将受到该行为的拘束。”质言之,指导性案例59号充分肯定了先前的行政确认对行政机关的过程性约束作用,也是正当程序原则的具体体现。

除了以上传统类型的案件,环境法和知识产权法都属于新领域案件,其法律规范需要不断应对由科技发展带来的新问题,经常显现出比较宏观、概括、模糊或者滞后的情况,就更需要通过法律拟制的方式进行与时俱进的补充和扩展。就环境法指导性案例来说,指导性案例127号针对了《中华人民共和

国海洋环境保护法》第94条关于“海洋环境污染损害”的定义,将没有相关排污标准或者符合国家或者地方排污标准但仍然造成损害的行为,都认定为污染行为。这种范围界定虽然名义上保守了《中华人民共和国海洋环境保护法》第94条的文义,实质上却否定了以往司法实践将符合排污标准的行为排除在侵权行为之外的做法。这种实质意义上扩展解释的背后目的,是为了将造成海洋环境损害的更多行为纳入追究责任的范围,进而有效保护海洋环境。与之类似,指导性案例131号在裁判理由部分将企业事业单位和其他生产经营者超过污染物排放标准或者重点污染物排放总量控制指标排放污染物的行为,视为是具有损害社会公共利益重大风险的行为。进而,该案法官根据《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》和《民事诉讼法》等有关规定,认定原告具有起诉资格。这一案件中的法律拟制明确了严重污染行为属于损害社会公共利益重大风险的行为,直接目的是扩大相关社会组织提起环保公益诉讼的资格,更深层的目的是将更多污染行为纳入环保诉讼的司法审查,进而推动环保事业的发展和环境质量的提升与改进。与以上环境法指导性案例类似,知识产权法指导性案例也有不少适用了法律拟制,主要体现在指导性案例20号(裁判要点)、81号(裁判理由)和114号(裁判要点)之中,同样包括肯定和否定两种主要方式。

从以上的分析可以看到,法律拟制实际上广泛存在于指导性案例之中,而且每一个指导性案例运用法律拟制也都有相应的法律目的作为引导和规制。从横向比较的角度来说,不同部门法指导性案例在进行法律拟制时也有着不同特点:刑事法指导性案例进行法律拟制的情况较少,而且多借助于隐性方式;民商事指导性案例中存在着较大的自由裁量空间,其中的法律拟制在数量和范围上都占据明显优势;行政法指导性案例则侧重于针对程序规则方面的缺陷进行法律拟制;而新兴的环境法与知识产权法指导性案例也非常重视通过法律拟制形成新规则。以上指导性案例运用法律拟制的方式也是多样的,既包括显性和隐性,也包括肯定扩展和否定限

缩。虽然具体方式灵活,但是,所有法律拟制都是建立在对法律目的理解的基础上实现的,能够为解决以后类似案件提供直接的规则或者思路。

三、指导性案例规制法律拟制的改进方向

由于带有独断性和虚拟性的特点,法律拟制主要发生在立法领域之中,而司法中的法律拟制则存在着相当的不确定性,并不能大规模运用。法律拟制本身并不会产生不正当性,但是如果法律拟制没有遵循特定的设置规则和要求,就会在特定具体的法律拟制规定中出现问题,比如在刑事法律中就会出现背离刑法机能、加剧重刑主义倾向、罪刑失衡以及引起司法实践混乱等等。^⑧指导性案例作为司法探索的成果,能够为立法活动中的法律拟制积累经验。虽然现有的指导性案例已经存在了不少法律拟制的情况,但是,这些法律拟制在总体上表现出零散和疏漏等缺陷,也需要受到包括法律目的在内的多种规制。要更好地运用法律拟制,指导性案例还有很多需要继续改进和完善的方向,可以根据案例指导的运行环节分为以下几个方面。

(一)遴选环节的改进:以法律目的为标准确定具有创新规则的案件

立法领域中的法律拟制虽然具有决断性,但是这种性质仅仅是形式上的。如果要保证立法质量符合社会发展的规律和社会公众的需求,立法拟制是不能够任意进行的,必须受到法律目的的规制。作为立法之前的司法探索,最高人民法院也应当以法律目的为依据,尽可能寻找那些能够充分有效体现法律目的的案件,并将其遴选为指导性案例。当然,从终极意义上来说,所有司法案件中都需要运用法律规则形成裁判结果,也都体现了特定的法律目的。而指导性案例的特殊之处就在于能够针对法律规则出现模糊、空白或者矛盾的情况,基于法律目的提供创新规则或者解决思路。这就意味着最高人民法院发布的指导性案例并不是普通案例,必然带有一定的创新性或者创造性,能够灵活地对待案件中涉及的抽象规则。与司法实践广泛接受的司法解释相比,指导性案例被接受、认可和适用的程度还比较低;在案例指导制度的起步阶段,还是应当注意与司法解释的错位发展。司法解释的特点是系统全面,

但是其“准立法”的属性也同样会显示出滞后性和抽象性^⑨,而指导性案例的特点则是集中突破具体审判难题,而提供具有创新性的规则就是这一特点的充分体现。相比于转型时期复杂的社会形势,现有的法律规范面对丰富多样的矛盾纠纷,还是会在特定案件中显示出自身的缺陷和不足,也给审判实务带来难题。指导性案例就是帮助解决这一难题的重要资源。《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第13条也将指导性案例作为除法律法规和司法解释之外的首要论据材料。简而言之,指导性案例能否提供创新规则,决定了其受到审判实践认可的程度。

从前述对相应指导性案例的分析可以看到,法律拟制是指导性案例体现创新性的一种具体方式。法官通过对涉案规则的灵活处理实现了案件事实与法律规范的对接,进而形成了裁判结果,也为后来的类似案件提供了参照规则。所有的法律规范都来源于并且体现法律原则,因而,法律原则也能够成为检验和指导法官具体适用法律规则的标准。众多法律原则也体现了各种法律目的。要减少指导性案例的法律拟制中可能存在的任意或失当,就需要以法律目的为标准从源头上进行规制,也就是要在遴选环节开始就注意法律目的的引领和评价功能。从全国范围来看,在审判实践中体现创新规则的案件也很多,但是创新的程度和方向是否会对现有的法律规则产生冲击,也需要基于法律目的进行判断。

当然,由于法律拟制本质上是一种类推,而类推的核心问题——相似点的确定在很大程度上也依赖于自由裁量,也带有不确定性,单纯依靠法律目的还不足以全面规制。从方法论的角度来说,除了使用目的解释方法之外,还需要运用其他解释方法,例如历史解释、体系解释、比较解释甚至是社会学解释方法等等。当众多法律解释方法的运用能够形成比较一致的结论时,这一结论就是比较可靠可信的,也能够保证法律拟制的正当性。

(二)编辑环节的改进:正式文本中提供详细的裁判理由

立法中的法律拟制无需提供过多理由,法律的抽象文本直接确定了具体规则,这也是法教义学属

性的显性体现。但是,司法裁判结果的形成必然伴随着相应的裁判理由,否则无法得到当事人、其他法律职业群体以及社会公众的认可与接受。特别是对于处理疑难问题的指导性案例来说,在正式文本中提供全面详细的裁判理由能够提升法官对指导性案例的认知和了解,后案法官才能在出现类似案件时给予准确定性,并基于指导性案例形成裁判结果。从长远的角度来说,长期深入理解指导性案例能够提高法官的业务素质和能力,进而提升整个司法过程的质量。结合前述与司法解释的错位发展来看,指导性案例的裁判要点提供了抽象的规则,这一点与司法解释在形式上和实质上都非常类似;而指导性案例的独有特征,就在于能够结合案件事实提供相应的理由及其论证。这也从宏观定位上决定了指导性案例的正式文本必须提供详细的裁判理由。

具体到法律拟制问题来说,前述分析的指导性案例及其拟制规则背后的目的规制,多数并没有直接出现在正式文本之中,而是由最高人民法院案例指导工作委员会在《人民司法》和《中国案例指导》等刊物上提供的背景性资料所揭示。这种正式文本中裁判理由论证不足的情况会产生至少两个方面的消极影响。一方面,在审判领域中,对于多数从事审判实务工作的法官来说,正式文本是其了解指导性案例的最直接和最主要的渠道,尤其是裁判理由部分。裁判理由部分的说理“应当达到准确、精当、透彻的要求,与叙述的基本案情前后照应,逻辑严密,并紧密结合指导性案例的社会背景,有较强的思想性和说服力,确保法律和社会效果的统一和良好。”^⑧过于简单、缺少细致论证的正式文本,不仅无法有效支持法律拟制的结果,也会增加当事人(主要是败诉方)对指导性案例及其拟制规则的质疑,进而影响后案裁判结果的可接受性。另一方面,由于指导性案例兼具为立法修改积累经验的意义,其正式文中裁判理由的论证不足也会影响这种积累的质量,立法者难以准确了解法律规范的特定缺陷如何被司法者化解,也难以将司法者的有效化解转化为将来立法修改的具体措施或者方向。因此,从提升指导性案例中法律拟制的长效角度来看,在正式文本中提供丰富细致的裁判理由是大势所趋。

在明确了裁判理由对法律拟制的意义之后,需要继续探究的问题是如何才能在指导性案例的正式文本中论证相应理由。目前多数指导性案例的正式文本(主要是裁判理由部分)都是以案件生效判决的文书为基础进行加工的。这种编辑方式有利于保持案件的基本原貌,使得读者能够了解案件的整体情况,但是,同时也存在着一定风险,因为生效判决裁判文书的质量在很大程度上影响着日后指导性案例正式文本的质量。如果最初生效判决裁判文书的质量较高,那么形成指导性案例正式文本也非常方便,其中相应的裁判理由论述也比较全面。这方面比较成功的案例有不少。例如指导性案例61号(马乐案)在裁判理由部分从刑法的立法目的、法条的文意和援引法定刑的立法技术等方面对核心争议进行了论证;指导性案例78号(3Q大战案)则是引入了假定垄断者测试(HMT)等多种分析工具辅助界定相关市场及其中的垄断地位;指导性案例113号(乔丹商标案)从五个方面梳理的整个案件的争议,并在概括相应要件的基础上提出了国外自然人在中国境内姓名权的保护问题。这些指导性案例都针对疑难问题出题了具有创造性的规则,带有明显的法律拟制色彩,同时又辅之以丰富的论证理由,实现了法律效果和社会效果的统一。

相反,如果最初生效判决裁判文书的质量不高,或者提供的裁判理由非常有限,那么不利于在指导性案例的正式文本中全面论述相应的理由,就会对法律拟制产生以上所论述到的两方面的消极影响。这方面的例证是指导性案例97号(王力军收购玉米案),该案件的文本中对如何判断刑事违法性、社会危害性、刑事处罚必要性等问题几乎没有论述,直接形成了裁判结果。这使得意图通过研习此案认知如何判断相关问题的读者难有切实收获。本文第二部分所分析的多数指导性案例在裁判理由部分都不够丰富和具体,对于法律拟制来说尤其如此。造成这一情况的原因,一方面与遴选过程有关:每一个指导性案例在遴选成功之前都是普通案件,法官未必重视裁判文书的写作问题。只有在社会比较关注的特定案件中才会进行充分论述,其他多数案件裁判文书的论述都比较简略,这也是由目前裁判文书写作

整体情况不理想的一个缩影。另一方面,由于法律拟制总是存在着一定的创新性,在进行裁判理由的论述时,可供使用的论证资源有些捉襟见肘,法官在撰写相应的裁判文书时,出于言多必失的考虑,不愿意提供丰富的理由。

为了充分发挥法律拟制的作用,最高人民法院需要在指导性案例的文本中进行更加全面详细的论述,不仅要结合生效裁判文书,更要增加相关的背景性资料,突显其所希望在指导性案例中贯彻的意图和目的,进而对法律拟制进行规制。但是,现有指导性案例具备此种属性的例证过少,最高人民法院还是应当在这个方面进行更加细致的编辑工作,必要时可以吸收专家参与其中,尤其是案例指导工作专家委员会委员。同时吸收原审判决的主审法官参与正式文本的写作,也有助于全面提升指导性案例的文本质量。对于报送指导性案例的高级人民法院来说,尝试提前培育备选指导性案例也是一种有益的选择:通过及时发现本辖区内具有创新意义的待决案件,精心构思和撰写裁判文书,不仅能够提高被遴选为正式指导性案例的可能性,更可以为将来的文本编辑奠定良好基础。

(三)适用环节的改进:通过参照类案检验法律拟制的结论

指导性案例中的法律拟制体现了司法者对相关法律规范不足展开的探索,虽然经过了深思熟虑,但是未必都能够获得成功结论。由此《(关于案例指导工作的规定)实施细则》在第12条规定了指导性案例的退出机制,当与新出现的抽象规则相冲突,或者出现了新的指导性案例时,原有的指导性案例就不再具有指导作用。换言之,指导性案例中法律拟制的成功探索会被抽象立法所吸收,而不合时宜的法律拟制则必须让位于后来出现的新抽象规则。例如,前文提及的指导性案例101号,其裁判要点就被新修订的《政府信息公开条例》完全吸收,但是,同样针对政府信息公开问题,指导性案例26号的裁判要点就没有直接照搬到新修订的《政府信息公开条例之中》。对于该案件处理的核心问题——政府信息公开网络申请的起算点,前者的裁判要点确定为“系统确认申请提交成功的日期”,而后者在第31条第3款

确定为“双方确认之日”。两相比较,修订后的《政府信息公开条例》吸收了指导性案例26号的主旨,但却更加稳妥和周全,能顾及该案没有涉及的、没有网络系统自动回复的情况。由此,在出现了新抽象规则的情况下,指导性案例26号也完成了自己的历史使命,不再具有指导作用。质言之,在指导性案例进行法律拟制的探索基础上,立法者还需要吸收其他方面的经验,在进行综合考虑之后,对指导性案例法律拟制的结果进行补充、完善、扩展或者修正。

除了以上立法层面的检验之外,司法层面对指导性案例法律拟制的检验,主要依靠法官的参照适用情况来实现。由于指导性案例中的法律拟制更多地体现司法属性,所以,考察这种“用脚投票”的效果应当成为检验指导性案例中法律拟制的主要方式。案例指导的现有规定,并没有关于法官使用指导性案例的责任条款,这种付诸阙如的情况意味着法官基本上可以自由选择是否以及参照哪一个指导性案例。此时,指导性案例自身的质量就成为决定其被参照适用的关键因素。具体到法律拟制来说,越是能够解决审判疑难问题的指导性案例,就越会受到法官的欢迎,其被参照适用的概率和频率也会越高。从现有的数据统计来看,指导性案例24号是被援引次数最多的。^④该案针对的是受害者的特殊体质能否纳入加害者责任承担范围的问题。这一问题被学理上概括为“蛋壳脑袋理论”,该问题涉及的具体样态非常丰富,有诸多严重分歧的理论观点都能够成立,因此,《侵权责任法》和相关司法解释都没有直接细致的规定。^⑤面对着这种法律空白的情况,指导性案例24号直接确定受害者的特殊体质不能够成为减轻加害者侵权责任的法定理由。在该指导性案例的裁判理由部分,法官也并没有对此给出实质意义的理由,只是从形式的角度排除了受害者特殊体质对侵权范围的影响。虽然没有使用“视为”这一表述,但实际上,指导性案例24号直接给出结论却没有理由说明的方式,也是一种隐性的法律拟制。该指导性案例的高频引用情况说明其法律拟制的结论受到了审判实践的肯定和认可,但是同样值得注意的是,指导性案例24号为交通事故案件,而审判实践中已经有部分案件将该指导性案例的拟制结论扩展到

其他类型的案件,例如医疗侵权案件。^⑨此外,本文第一部分也曾论及指导性案例41号的扩展适用情况。这种对法律拟制结论的扩展使用效果如何,还有待于审判实践的继续检验。

从普通法国家的历史经验来看,在先例中形成的法律拟制,总是要经过较长时间的司法检验才能够成为正式的法律规则。那些能够顺应历史发展和法律发展方向的拟制结论,都是由后案法官的不断参照而得以肯定和延续的。他们将规制法律拟制的总体方式——法律目的进行与时俱进的具体化,使得符合法律目的的拟制结论得到保留。“法律拟制将明知为不同者等同视之是有强烈的立法目的的,这个目的就是为了实现法律的正义价值。”^⑩对于仍然处于初级阶段的案例指导制度来说,以上较长时间积累的条件现在还不具备。更多司法案件援引指导性案例作为裁判理由,指导性案例中的法律拟制就越是会经受更多检验,那些不合时宜的拟制结论就会受到更多规制,经过规制后的拟制结论也就更加牢固可靠。虽然有部分指导性案例的拟制结论开始显现出值得肯定的迹象,但是,要使得法律拟制在指导性案例中得到持续发展,不仅有赖于案例指导制度自身的完善,还依赖于法官整体运用指导性案例的意识提升,甚至是整个司法的持续进步。

结语:指导性案例中法律拟制的创造性

从抽象结果的角度而言,法律规范本身就是拟制的结果。“法律规范是一种假定、拟制的规范。而一般意义上法律拟制要想在司法执法中实现,就需要通过对法律的发现、解释、论证重新加以界定。”^⑪在实践层面上存在的法律拟制,多是对既有法律规范的扩展与延伸。先例和指导性案例中的法律拟制属于司法领域的探索,在此类经验积累之后,立法者选择其中合理的部分进行吸收,形成新的规范;新的法律规范同样会逐渐与社会形势产生齟齬,出现滞后和僵化,又需要更新的法律拟制进行调和与探索。在司法与立法如此往复循环的过程中,成功的法律拟制来源于司法者的创造性。虽然这种创造性植根于社会的发展,但是,经由具备实践理性和智慧的司法者及时发现和概括,并在个案中进行有效探索,仍然是非常必要的,现有指导性案例中的法律拟

制已经初步显现出了以上特点。随着案例指导制度的不断完善,指导性案例在数量和质量上的不断提升,法律拟制的情况也将更加频繁和丰富,能够更有效地将司法者的创造性传递到立法领域,实现司法与立法的良性互动,进而有利于推动整体法治进程的深入发展。

注释:

①郭锋等:《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》的理解与适用,载《人民司法·应用》2015年第17期,第34页。

②参见北大法律信息网:《最高人民法院指导性案例司法应用研究报告》(第二版),北京大学出版社2019年版,第154-155页。

③参见国家法官学院案例开发研究中心:《中国法院2017年度案例·行政纠纷》,中国法制出版社2017年版,第123页。

④参见张海燕:《“推定”和“视为”之语词解读?——以我国现行民事法律规范为样本》,载《法制与社会发展》2012年第3期,第112页。

⑤最高人民法院案例指导工作办公室:《〈宣懿成等18人诉浙江省衢州市国土资源局收回国有土地使用权案〉的理解与参照——行政机关作出具体行政行为为未引用具体法律条款,且在诉讼中不能证明符合法律的具体规定,视为没有法律依据》,载《人民司法·案例》2016年第20期,第32页。

⑥参见资琳:《指导性案例同质化处理的困境及突破》,载《法学》2017年第1期,第144页。

⑦参见李培锋:《英美司法方法释义》,知识产权出版社2018年版,第113页。

⑧[美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2000年版,第72页。

⑨卢鹏:《法律拟制正名》,载《比较法研究》2005年第1期,第140页。

⑩[德]考夫曼:《类推与事物本质》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第59页。

⑪参见李凤梅:《法律拟制与法律类推:以刑法规范为视角》,载《法学杂志》2006年第1期,第140页。

⑫谢潇:《法律拟制的哲学基础》,载《法制与社会发展》2018年第1期,第110页。

⑬参见孙光宁:《指导性案例对完善政府信息公开的探索及其优势》,载《行政论坛》2020年第2期,第125页。

⑭参见孙跃:《指导性案例与抽象司法解释的互动及其完善》,载《法学家》2020年第2期,第107页。

⑮余地:《论法律的命名修辞——以“视为”规范为视角》,载《学术前沿》2019年第10期(上),第110页。

⑯[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第143-144页。

⑰[德]罗克辛:《德国刑法学》,王世洲译,法律出版社2005年版,第86页。

⑮参见最高人民法院案例指导工作办公室：《指导案例3号〈潘玉梅、陈宁受贿案〉的理解与参照》，载《人民司法·应用》2012年第7期，第36页。

⑯韩骏等：《以微信抢红包形式进行网络赌博的定性》，载《人民司法·案例》2017年第20期，第29页。

⑰孙航：《依法严惩网络犯罪最高人民法院发布第20批指导性案例》，载《人民法院报》2018年12月26日，第1版。

⑱参见刘宪权、李振林：《论刑法中法律拟制的法理基础》，载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2014年第4期，第82-83页。

⑲参见孙光宁：《目的解释方法在指导性案例中的适用方式》，载《政治与法律》2014年第8期，第148页。

⑳郑超：《论法律拟制思维在刑法中的重要性》，载《西南政法大学学报》2011年第6期，第25页。

㉑最高人民法院案例指导工作办公室：《〈天津中国青年旅行社诉天津国青国际旅行社擅自使用他人企业名称纠纷案〉的理解与参照——有商号作用的企业名称简称应视为企业名称》，载《人民司法·案例》2015年第12期，第31页。

㉒参见武善学：《论电商平台专利侵权中有效通知的法律要件——兼评最高人民法院第83号指导案例》，载《知识产权》2018年第1期，第59页。

㉓参见应向健等：《指导案例83号〈威海嘉易烤生活电器有限公司诉永康市金仕德工贸有限公司、浙江天猫网络有限公司侵害发明专利权纠纷案〉的理解与参照——网络服务网提供者未对权利人有效投诉即使采取合理措施的应当承担相应的侵权责任》，载姜启波主编：《中国案例指导》(第6辑)，法律出版社2017年版，第231-232页。

㉔参见蔡高强、唐曼婷：《国际货物买卖合同根本违约的认定——蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司与中化国际(新

加坡)公司国际货物买卖合同纠纷案评述》，载《法律适用》2019年第14期，第46-48页。

㉕参见栾杭：《加强涉外案例指导为一带一路建设提供司法保障》，载《中国对外贸易》2019年第4期，第38页。

㉖最高人民法院案例指导工作办公室：《指导案例26号〈李健雄诉广东省交通运输厅政府信息公开案〉的理解与参照——行政机关内部处理程序不能成为信息公开延期理由》，载《人民司法·案例》2015年第12期，第16页。

㉗参见何海波：《司法判决中的正当程序原则》，载《法学研究》2009年第1期，第132页。

㉘参见李振林：《对刑法中法律拟制正当性质疑之辨析》，载《法学杂志》2015年第6期，第85-88页。

㉙参见黄金兰：《我国司法解释的合法性困境及其应对建议》，载《法商研究》2020年第3期，第145页。

㉚胡云腾、吴光侠：《〈关于编写报送指导性案例体例的意见〉的理解与适用》，载《人民司法·应用》2012年第9期，第33页。

㉛参见郭叶、孙妹：《最高人民法院指导性案例2018年度司法应用报告》，载《中国应用法学》2019年第3期，第156页。

㉜参见程啸：《受害人特殊体质与损害赔偿责任的减轻——最高人民法院第24号指导案例评析》，载《法学研究》2018年第1期，第67页。

㉝参见孙光宁：《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》，载《法学家》2019年第4期，第100页。

㉞吴学斌：《我国刑法分则中的注意规定与法定拟制》，载《法商研究》2004年第5期，第55页。

㉟陈金钊：《批判性法理思维的逻辑规制》，载《法学》2019年第8期，第52页。

Legal Fiction in Guiding Cases and its Regulation:

Based on the Analysis of Guiding Case No.41

Sun Guangning

Abstract: Guiding case No.41 has supplied the innovative rule in the name of "treated as", and offered no interpretation, which is the typical form of legal fiction. The legal fiction in the guiding cases can accumulated some experience for legislation, and it can be referenced by in the similar case in the future. It's the unique characteristic of legislation and judicature in the legal fiction of guiding cases. However, the lack of supportive reasoning will lead to some risks in the legal section of guiding cases, which means some regulations are needed. The main approach of regulation in the guiding cases nowadays is the purpose of law, which can be divided into different detailed approaches. To give a comprehensive regulation on the legal fiction of guiding cases, we need to select the innovative cases corresponding with proper purpose of law, offer various reasons in the text of guiding cases, and test the legal fiction through the references of judges. The innovation of for judges can be passed into legislation through the legal fiction in guiding cases, which means the law and society can be both improved by the active interaction between legislation and judicature.

Key words: guiding cases; legal fiction; judgement point; judgement reason; precedent