

钱卫清:律师使用指导性案例的实例分析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E9\\_92\\_B1\\_E5\\_8D\\_AB\\_E6\\_B8\\_85\\_\\_c122\\_485777.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_92_B1_E5_8D_AB_E6_B8_85__c122_485777.htm) --在司法解释与国外判例制度国际研讨会上的发言

首先非常感谢主办单位的邀请，很高兴能够有机会与各位领导、专家、学者学习交流这个重要的议题。我国虽然不是判例法国家，但是判例的重要价值是不容忽视的。我个人在法院系统工作了20年，曾先后在基层、中院、高院和最高院四级法院任职，到目前为止，又从事了7年的律师工作，经过不同的身份转换，应当说，从不同视角，从经验和教训两个方面感受到了法院判例的重要价值。下面我想从以下几个方面给各位介绍一下律师使用指导性案例处理案件的一些问题，首先谈一下指导性案例对律师业的价值，其次，简单介绍一下律师使用指导性案例的实践情况，接下来以我个人经办的实际案例详细讲述一下作为一个律师是如何使用指导性案例办案的，最后我想谈一点律师使用指导性案例过程中的困难和前景展望。

### 一、指导性案例对律师业的价值

指导性案例对律师业的影响和价值是全方位、多层次的。总体上看，指导性案例，起到了补充或者解释法律的作用，为律师办案提供有效的预期性指导。另外，更深层次的意义是，律师可以通过法院的个案推导出法官的一般性司法推理模式和思维过程，并基于此，塑造、修改、提高自身的法律思维模式和服务方式，由此可以实现律师与法官的有效互动，提高案件的处理效率和质量。

（一）通过指导性案例，可以了解法官判案思维，更有效地处理案件

根据分析法学的—般理论，立法者根本不可能有—关于未来可能产生

的各种情况的所有结合方式的知识，事实上，司法审判面对的是如此之多的个性和变异，司法发展从来都是以案例中蕴涵的司法智慧和司法经验的历史积累为基础。指导性案例就是展示法官司法智慧和司法经验的窗口，指导性案例一般都基本反映了法官对案例的判决推理过程，通过指导性案例，可以了解法官对于某一类法律问题如何进行思考和推理，这种思考和推理模式本身就具有一定的典型性和权威性，对于律师有效地处理相类似案件具有非常强的指导意义。（二）增强了类似案件的可预测性 推行判例指导制度，可以把相同或相似类型案件的事实认定、法律适用的问题以判例评析的形式固定化、公开化，有助于法官严格、审慎地行使法律赋予的自由裁量权，提高案件的可预测性。实践中，多数案件都普遍存在司法自由裁量的空间，对于法官可以自由裁量的问题，往往是律师心里最没有底的。推行指导性案例，可以在一定程度上给律师提供法官如何进行自由裁量的范本，这不但对于法官本身是一个很好的参照，更重要的是，增强了类似案件的可预测性。（三）对创新性作法的潜在支持 指导性还可以在法无明文规定的情况下为及时裁判新类型案件提供重要指导和根据。无庸讳言，我国目前的立法状况是非常滞后的，特别是很多民商事立法已经跟不上时代的发展需要，在这种立法缺位的特定环境下，实践又迫切需要某种司法支持，那么是否进行司法创新，如何进行司法创新，就是法官和律师必须共同面对的问题。一般来说，律师的创新积极性要高于法官，所以实践中经常存在律师说服法官进行某种司法创新，以弥补立法明显缺陷的例子，比如我们常见的各种准股东代表诉讼等。这个时候，指导性判例的作用就充分

显示出来了，如果律师可以找到一个最高院或者某一个省高院的案例，那么无疑对于说服法官进行司法创新，或者说简单一点，进行立案，就是十分有帮助的。

## 二、律师使用指导性案例的实践

（一）使用指导性案例是律师从业的惯常作法应当说，律师使用指导性案例办案是律师界一种惯常作法，虽然我国不是判例法国家，法院判决不具有判例效力，换句话说，法院不能引用先例判案，但是律师在从业过程中，遇到某一个比较模糊的问题或新类型案件，必然会习惯性地考察一下法院对此是否有相同或类似的判决。这是一种自然而然的思维方式，或者工作方式。

（二）律师实践中广泛存在参照法院判例进行诉讼策略安排的作法 律师处理案件，筹划诉讼策略，控制诉讼风险，实际上都是揣摩法官对于问题的判断而后进行的。因为我国的民事诉讼模式是法官为主导的，不是当事人主义的，所以律师进行诉讼策略的设计必然首先考虑地是法官将会如何判决这个案子，这个时候必然就会想到寻找相同或类似判决进行参照，然后安排合理的诉讼策略，从这个意义上讲，指导性判例就是巨人的肩膀，律师处理案例是站在巨人的肩膀上进行的。

（三）律师根据法院的判例构造新型的诉讼方式和策略 对于很多疑难或者新型的案例，一般传统的诉讼方式和策略往往无法很好地满足当事人的需要，那么就需要律师发挥主观能动性，构造新型的诉讼方式和策略，充分维护当事人的利益。但是律师不可能凭空捏造诉讼策略，那样的话，也无法得到法院的认可，律师的一般作法是，参照法院的判例，借鉴判例中的作法或者思维进行新型诉讼策略的构造。比如说2000年5月，最高法院就广东轻工业品进出口（集团）公司和香港TMT贸易有限公司

司TMT等商标的专用权引发纠纷做出首例商标信托案件后，律师实践中就出现了像“股东权信托诉讼”等类似的诉讼作法。可以说，指导性案例对于律师进行司法创新是至关重要的依据。

三、律师使用指导性案例的实例分析??寰岛雄鹰股东代表诉讼案

为了更详细地说明律师运用法院判例处理案子的过程，我举一个我自己代理的案子。这个案子是黑龙江高院一审判决的，可以说是我国第一个在司法判决中明确承认的股东代表诉讼。这个案子是黑龙江寰岛雄鹰实业有限公司、齐齐哈尔市证券有限公司董事会诉兴安证券有限责任公司、游彬股东权、损害公司权益纠纷案。

（一）案情

原告寰岛雄鹰所投资并控股的齐齐哈尔证券公司成立于1993年9月，1998年6月经齐齐哈尔市政府以市长办公会议纪要形式决定，为了使齐齐哈尔证券公司规范运作和在即将来临的整顿中保住齐齐哈尔证券公司，由公安部开办的寰岛集团入主齐齐哈尔证券公司，同时还决定将证券公司注册资本中不足的440万元股金配置给寰岛集团。与此同时，大庆市东丰经贸有限公司、大庆市南风汽车销售公司和大庆市江铃汽车销售处三家公司将所持的360万股份以2800万元的总价格转让给寰岛集团所控股的寰岛雄鹰公司，2000年8月，寰岛雄鹰公司补足了当初人行齐齐哈尔分行未到位440万元的出资（视为原始出资），使齐齐哈尔证券公司的实收资本（投入资本）达到了1000万元。至此，寰岛雄鹰公司先后向齐齐哈尔证券公司投入3240万元的股本金及其它费用共计5100万元，获得了证券公司1000万股份中的800万股份的持股（控股）权，北满特殊钢股份有限公司则持有齐齐哈尔证券公司剩下的200万股份。2000年寰岛雄鹰的股东寰岛集团和雄鹰集团所持有的该公

司的全部股权转让给两家民营企业，原属公安部的寰岛雄鹰正式变更为一家民营企业，从而齐市证券也成为民营资本间接控制的证券公司。2000年黑龙江省政府致函中国证监会，建议将黑龙江省证券公司、齐齐哈尔证券公司、牡丹江证券公司和黑龙江省证券登记公司合并重组为新的证券公司，中国证监会以证监函[2000]317号函原则上同意黑龙江省政府的提议。之后，省政府派员进驻齐齐哈尔证券公司，对公司业务进行监管，寰岛雄鹰公司基本丧失对齐齐哈尔证券公司的控制权和管理权。2001年3月，在未经齐齐哈尔证券公司的股东大会和董事会的批准与授权下，省政府派驻的经理人员游彬以公司代表的名义同黑龙江省证券公司等三家证券公司签订《兴安证券有限责任公司合并重组协议》，协议中不承认寰岛雄鹰公司对齐齐哈尔证券公司的持股权利，更违反事实和有关登记竟然宣称“原股东省国有资产管理委员会办公室持有齐齐哈尔证券公司大部分股份，用于弥补黑龙江省证券公司形成的亏损”。2001年11月20日中国证监会以证监机构字[2001]259号函作出批复，同意黑龙江省证券公司、牡丹江证券公司和黑龙江省证券登记公司三家证券公司合并重组并吸收其他出资共同组建兴安证券有限责任公司，兴安证券有限责任公司开业后，收购齐齐哈尔证券公司的证券类资产和证券营业部。之后，兴安证券有限责任公司组建。2002年11月，兴安证券有限责任公司未经寰岛雄鹰公司同意擅自将属于齐齐哈尔证券公司的证券类资产和4家证券营业部变更至本公司名下并领取了相关证照。至此，兴安证券有限公司在未支付对价的情况下，将一家民营企业绝对控股的证券公司予以侵占。同时齐齐哈尔证券公司的经理人员游彬，一味按照

省政府的指使办事，无视公司法的规定与公司股东权利，违背法律与事实地代表公司在《兴安证券有限责任公司合并重组协议》中对公司的股权进行确认与处分，在未经公司股东会和董事会的批准授权并获得收购方相应补偿的情况下默许并配合兴安证券有限责任公司的有关变更登记行为，其行为严重侵犯了作为公司股东的寰岛雄鹰公司的合法权益。（二）救济困境 应当说这种案例中的情形在实践中比比皆是，特别是在上市公司中，问题更加严重。但是，实践中这种案子往往从一开始就陷入困境。主要因为：1、立法规定滞后 由于我国公司法司法救济功能不强，提及诉讼的仅有公司法第111条，对于股东代表诉讼，董事、经理赔偿诉讼等重要的类型都没有明确的规定，在这种情况下，实际上就导致很多公司诉讼，特别是像本案这样的疑难公司诉讼，经常陷入立法空白而无法寻求司法救济。2、诉讼主体确定困难 本案的直接受害者是齐齐哈尔证券公司，是公司的资产被零作价合并到其他公司，但是实际受害者是股东。（1）从原告上确定上，由公司自身提起诉讼最为直接，但由于公司已经为游彬所控制，公章等都被其掌握，而游彬又是代表政府一方的利益，所以此路不通。那么最后只剩下一条路，就是以股东的名义直接提起诉讼，这就构成了所谓的股东代表诉讼。可是股东代表诉讼在公司法上没有规定。此外，本案齐齐哈尔证券公司在作为原告存在障碍的情况下，作为公司董事会能否作为主体以原告身份同股东作为共同原告？也缺乏法律依据。如公司作为本案被告又非侵权主体；作为第三人也与原被告的主张没有法律上第三人地位。（2）被告的确定。由于中国的特殊法律环境，我们明知政府和国资管理部门对侵

权事实的造成负有责任，但是政府并非直接侵权人，而且以政府作为被告显然是不明智的选择。再次，寰岛雄鹰起诉游斌，就构成股东对公司管理层的赔偿诉讼，公司法也没有明确的依据。而且追究游彬的责任，考虑到个人的财产有限，实际上意义也不大。

### 3、诉讼策略与主张的确定困难

如果按照公司合并重组协议确认无效返还财产之诉，则作为合同一方当事人的齐齐哈尔证券公司的公章被代表被告的游彬掌控。无法提起诉讼；而且寰岛雄鹰并非合同当事人，非适格合同主体，无诉权。如果按照一般财产侵权去做的话，可以说被告兴安证券侵害了寰岛雄鹰的一般财产权，但这需要证明侵权的四个要件，同样是难上加难。如果选择股东代表诉讼，则一般法院判决的赔偿会直接判给公司，而不是股东，这样股东的权益同样得不到实际保护。而且，这一主张提起的诉讼在立案上就困难重重。

### （三）运用先例筹划科学诉讼策略

这个时候我们就充分发挥了法院判例的作用，开始根据本案的情况，筹划股东代表诉讼策略。首先，我们开始查询、选择案例。我们找了包括广东高院做出的首例上市公司股东代表诉讼案新都酒店案，江苏高院民二庭做出的类似案例，上海高院做出的类似股东代表诉讼案等多个案例，来考察法院对此类案件的态度和做法。其次，研究查询到的判例。应当说，要找到一模一样的案例基本是不可能的，我们参考案例，不过是考察其中法院对类似案例的司法态度和推理方式，以及运用法律的情况。所以利用指导性案例处理案件，一个核心的环节就是研究判例。再次，以判例为支持，说服法官立案。应当说，在目前的法律环境下，法院对股东代表诉讼仍然持否定态度，如果不能有效地说服法官，法院立案的可

能性是很小的。因为，毕竟在非判例法国家，在法律无明文规定的情况下，法官进行司法创新是存在很大风险的。这个时候又要发挥先例的作用，如果法院看到其他同级法院，当然最好是最高院，作出过类似判例，有过这种做法，那么他的顾虑就会消除，就可能勇敢地迈出司法创新的步伐，进行立案。应当说，我们这一步的成功，很大程度上是依赖于法院既有的判例。最后，争取法院支持我们的主张，并在原有判例的基础上进行创新。到这个阶段，先例仍然具有很重要的作用，律师要善于利用先例说服法官支持自己的主张。应当说，在这个案子我们做的是较为成功的。第一，该案应属国内首例涉案标的巨大的股东代表诉讼，确认了公司经理和外部侵权人共同承担民事赔偿责任。第二，直接判令侵权人赔偿股东的经济损失，在理论上有所突破。国外股东代表诉讼承担责任的方式一般由侵权人赔偿公司的损失从而达到保护股东权益的目的。而本案的特殊之处在于公司已被侵权人控制，如判侵权人赔偿公司损失则不能有效保护股东权利。这是一个重要的司法创新。第三，判决书说法理透彻，在充分运用股东代表诉讼法理的基础上，表明法院主张正义，维护股东权益的原则立场。对此，黑龙江高院在一审判决书中明确写道：“当公司利益受到侵害，公司又因故不能正确维护自己权益和股东权益时，公司股东可以以自己的名义提起诉讼，主张自己的权利或为公司主张权利。”所以这个案例被称为中国首例司法判决明确认可的股东代表诉讼。在代理这个案子的时候，我们并不是完全依靠原有案例，毫无创建的，相反，律师的创新和法官的创新有机的结合，在创造性地使用相关指导案例中制造良好的司法产品。我们相信这个

判例也会对以后进行的类似股东代表诉讼的公司诉讼提供有价值的参考。（四）运用指导性案例办案的体会 通过运用指导性案例办理寰岛雄鹰一案，我个人对于律师如何运用指导性案例，应当说很有体会，其中主要有几点：1、案例研究是运用指导性案例办案的前提和中心环节 我刚才也讲过，在中国目前的法律环境下，法院的既有判例是律师处理案子的参照，而且我们不能指望找到一个与待处理案件完全相同的案例。相反，真实的实践一般是要考察多个案例，并进行整理，看看近似案例中对某一个法律问题是如何认定的，这样综合起来才能获得自己所需要了解的答案。所以，运用指导性案例办案，其前提和核心是案例研究，必须对已有的案例进行综合研究，才能真正挖掘出它们的价值。2、运用指导性案例办案应当善于创新 律师运用指导性案例办案，不能搞成依赖既有案例办案，相反，在参照、利用指导性案例的过程中，应当勇于、善于创新，吸取既有案例中可以为自已所用的东西，同时，根据所办理的案件事实，在原有的基础上进行创新，这样才能不断超越、积累，真正发挥先例的指导性作用。3、与法官进行有效沟通是运用指导性案例办案的保证 判例作为具体审判活动的终极产品，应由法官和律师共同来生产产生。当然，律师运用指导性案例办案，最终能否取得成功，关键还是看法官，决定性因素还是法官。律师在办理案件过程中，切记要避免以先例压法官，要求法官按照最高院或者高院的判例进行类似判决，因为我们毕竟不是判例法国家。相反，律师应当积极与法官进行沟通，利用先例说服法官，与法官进行有效沟通可以说是运用指导性案例办案的保证。四、律师运用指导性案例存在的问题与前景 上面

我们看到，指导性案例对于律师处理案件确实具有很大价值。但是律师在运用指导性案例过程中也存在很多困难。（一）公布的指导性案例未系统化 我国法院系统虽然很早就着手构建指导性判例系统，最高院定期发布典型判例，各省市高院也发布了很多典型案例。但是到目前为之，可以说指导性案例体系仍然尚处于起步阶段，换句话说，没有一个系统化的判例体系可供律师参考。律师在处理案件时，如果需要找法院的判例参考，需要花费很大的精力通过各种手段寻找，而且很多情况下，并不能找到类似案例，更不要说相同的案例，这种现状下，律师成功运用指导性案例处理问题成了一种偶然现象，运气好的话能够找到判例，运气不好就只好放弃这种作法。（二）案例层次不清，作用不明 现在指导性案例发布的不少，但是层次不清，作用不明。有的案例是最高院通过公报形式发布的，有的则是通过书籍、网站、报刊等各种形式发布的。最高院对于已经发布的判例的效力，又没有一个明确的意见和态度。所以我们就很难搞清，哪些案例是用来指导审判的，哪些是仅仅用来学习的，效力层次很不明确，这样也给律师利用指导性案例办案带来很大困难。（三）已经发布的判例过于简单，提供的信息量有限 我国法院判决普遍缺少详尽的“说明理由”部分，判决书往往只提供事实和结论，不说明法官推理和判决的理由，而这恰恰又是律师所迫切需要的。因为之所以指导性判例对律师处理案件价值重大，就在于它可以向律师展示法官推理和思维的过程，为律师提供参照。如果判决书少了这一块，那就等于是没有肉的骨头，作用甚微。目前法院已经发布的指导性判例基本上都存在过于简单的问题，特别是缺少说明理由部分，

这对律师运用指导性判例制造了很大障碍。（四）新型案例公布不及时 从现在最高院和各地高院发布的判例来看，一个共同的问题就是新型案例发布不及时。已经发布的案例多是实践中最为常见的典型诉讼，比如债务纠纷等等，实际上对于这些案例法院怎么处理，已经是非常定型化的，公布不公布差别不大。我们真正需要的是对新问题，新案件的司法处理案例，而这种案例恰恰是公布最不及时。这样判例支持司法创新的功能就无法实现。（五）法官观念保守，尊重先例的意识不强 由于我国不是判例法国家，不存在法官造法的司法运作方式，因此，法官本身对于判例的尊重是有限的，法官本身参照指导性判例判案的意识不强，虽然由于错案追究制的存在，下级法院法官在一定程度上会考虑上级法院法官做出的相同和类似判决，但是多数情况下，法官还是依照他们自己对法条的理解处理案件，在存在自由裁量余地等情况下，实践中律师根据指导性判例建立起来的预期往往会落空，这也是律师运用指导性判例中存在的突出问题。不过，我相信，指导性案例制度在中国司法实践中发展空间是很大的，随着指导性案例逐步的制度化，相信指导性案例将会发挥越来越重要的作用。应当说，指导性案例是司法智慧的一种积累，其中蕴涵了包括法官、律师等各个诉讼角色贡献的司法精华，可以说，海量的司法判例是一座待开发的金矿。构建具有我国特色的指导性判例制度体系，应当是推进司法改革，实现司法公正和效率的旷世伟业，应当以最高院为中心，充分发挥各级法官、律师、学者等各方面的力量，共同构建系统化的指导性判例系统，为法官判案、律师办案提供更好的指导。总体来看，构建指导性判例体系，或者说，律

师运用指导性判例处理案件，符合律师从业的一般规律，是未来律师实践发展的必然趋势。随着最高院和各省高院大力推进指导性判例制度，相信未来指导性案例必然能够更好地指导律师界的工作。（作者简介：钱卫清。现任北京大成律师事务所高级合伙人。1999年从事律师工作，曾任北京德恒律师事务所全球合伙人、诉讼部主任。钱律师先后就读于华东政法学院、厦门大学研究生院、国家法官学院。现任中国法学会会员、中华全国律师协会民事业务委员会委员，中国社会科学院法学所硕士生导师。被授予北京市优秀律师。钱律师在我国四级法院工作二十余年，先后从事刑事、民事、经济审判工作，担任过基层法院庭长、副院长、高级法院民庭、经济庭副庭长、高级法官等。先后发表法学80余篇，出版法学专著8部，其中关于诉讼一般规律的论著有《反败为胜??诉讼成功策略》、《败诉论》、《公司诉讼》、《打赢官司??如何防范诉讼风险》）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)