



指导案例制度的功能及其限度

——以指导案例 8 号的引用情况为分析样本

张双根*

目次

- 一、引言
- 二、指导案例 8 号所欲解决的公司法问题及其思路
- 三、指导案例 8 号适用情况的实证分析
- 四、对指导案例制度及其运行机制的评析
- 五、结语

摘要 对指导案例制度的研究，目前应转入对单个指导案例实际运行情况进行追踪式的研究进路。本文是该研究转向的一个尝试，以指导案例 8 号为分析样本。对其引用情况的数据统计与分析表明，其引用状况较为“低劣”，远未实现最高院所预期的“指导功能”。以此为基础，本文对指导案例制度的功能予以反思，指出其限度所在，认为在实现“同案同判”的宏旨上，一方面对其不应抱持过高的预期，另一方面又有相当的可作为空间。

关键词 指导案例 引用 公司僵局 司法解散

* 北京大学法学院副教授，德国柏林洪堡大学法学博士。

本文展开实证调查的时间迄点，为 2015 年 12 月 11 日，所获得的统计数据也均以此时点为准，对其后新情况的实证调查未实时跟进，就此尚祈读者理解；不过，鉴于在本文主题范围内，并未出现立法与政策的新变化，因此本文所获得的实证统计数据结果，仍可说明当下的问题。北京大学法学院硕士研究生吴陶钧、杨秋宇等同学，在案例收集、图表制作、文献查找等方面贡献良多，特致谢意。

一、引言

最高人民法院所推行的指导案例制度，运作已五年有余。但是，已发布的各个指导案例，在嗣后各级法院类似案件的审判中，被引用的具体比例是多少、后案承办法官又是怎样“参照”与“引述”各相关指导案例的、哪些指导案例比较成功而又有哪一些指导案例存在不足、这五年来的总体变化趋势如何等等，对这些问题的实际状况，更或者说，就单个指导案例实际运行情况的数据与分析，到目前为止，最高院方面似乎并不掌握，理论界也鲜有专门的研究文献^{〔1〕}。这无疑是其制度研究方面的缺憾。^{〔2〕}

对制度运行情况进行追踪式的实证研究，其价值与意义，如同“立法后评估”。^{〔3〕}而对指导案例制度来说，这种“评估”工作的开展，又尤显迫切。这是因为，指导案例制度的核心问题，即指导案例本身是否具有法源地位，对后案法官能否以及如何发生约束，一直未得到澄清。这就是说，指导案例这一所谓的“制度创新”，实际上是在其自身效力未明、身份未定时，即被最高院主导、推行并实际操作开来。这本身就颇为吊诡，更何况竟能运作至现在。在五年之后，就指导案例制度，无论是主事者与赞同者，还是对其提出质疑者，此时若仍执着于抽象层面的规范分析，似乎已没有多少更具说服力的论证空间。更为有效且更具建设性的方法，是对各个指导案例之“指导”情况的实证分析，亦即大家凭数据说话，方能客观评价指导案例制度是否以及在多大程度上，已实现其制度设计的目的与初衷。

再者，揆诸指导案例制度的核心目标，即解决“同案不同判”顽疾，以保障并实现“同案同判”的司法正义，这一实证分析方法，无疑也具有其不可替代的意义。这是因为，嗣后出现的类似或相同案件，是否准诸前案（即指导案例）而做相同判决，唯就前后两案予以实证的“比对”，才能作出判断。而“同案同判”的司法正义，却并非指导案例这一新制度所独享的目标，而是全部的司法制度的永恒追求。这也意味着，即便没有指导案例制度这一“创新”，也丝毫无损于将“同案同判”高悬为价值目标。明乎此，则即便是最高院在2015年通过发布《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》（以下简称：法〔2015〕130号），^{〔4〕}明确表达了指导案例

〔1〕 针对全部指导案例的适用或应用情况，目前也已有不少研究机构或学者，定期或不定期地进行相应的统计，但因以全体指导案例为统计对象，故其分析与结论，也就流于浮泛，难以深入具体个案之“指导”情况，更难以窥知该个案对所在法律部门的意义。此类的统计，如参见北京大学法制信息中心等：“最高人民法院指导性案例司法应用年度报告（2015）”，载 <http://www.chinalawinfo.com/AdHtml/20151224/fulltext.html>，最后访问时间：2017年4月20日；郭叶、张洋：“最高人民法院指导性案例的司法应用——我国案例指导制度的实践与问题”，载易延友主编：《中国案例法评论》（2015年第1辑），法律出版社2015年版，第47~64页；最新的研究，亦有赵晓海、郭叶：“最高人民法院民商事指导性案例的司法应用研究”，《法律适用》2017年第1期，第56~64页。

〔2〕 特别指出此点者，如刘作翔：“中国案例指导制度的最新进展及其问题”，《东方法学》2015年第3期，第44页。

〔3〕 关于立法后评估的程序与意义，专著性文献，可参见汪全胜：《立法后评估研究》，人民出版社2012年版，第48~53页；袁曙宏主编：《立法后评估工作指南》，中国法制出版社2013年版，第5~7页。

〔4〕 参见该文件第10条：“各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的，应当将指导性案例作为裁判理由引述，但不作为裁判依据引用。”



不具有法源性效力的立场,但只要继续秉持“同案同判”的价值追求,那么检测前后案是否“同判”的不二法门,就仍是实证的比对与分析方法。^{〔5〕}因此,最高院的这一立场表达,不仅丝毫未减损实证研究的价值,分析指导案例引用情况的实证研究进路,更应构成今后关于指导性案例制度研究的方法转向。

准此背景,本文的研究,就是该方法转向的一个尝试。^{〔6〕}既然是尝试,本文暂选取一个指导案例作为分析对象,而且在一篇论文的体量内,实际上也无法完成对每一个已发布指导案例的追踪式实证分析。这是因为,某一指导案例在后案判决实践中能否得到所预期的妥适引用,不仅需考虑现有的指导案例机制是否富有成效,更取决于该案所欲解决的法律问题,在各法律部门或领域,是否确实具有典型意义或“指导”价值。而目前已发布的各指导案例的内容,涉及各个法律部门,涵盖民法、商法、刑法、行政法、宪法以及各相关程序法,蔚然一个“法律小百科”。面对如此庞杂的学科与内容,在目前的法律教育与专业训练背景下,实际上也无法期待在一篇论文乃至一部专著中,对全部的指导案例,予以“百科全书式”的研究。因此,切实可行的方法,是选取其中某一个(至多是涉及同一法律问题的某几个)指导案例,作为分析样本,剖析个案的引用情况,以收到解剖麻雀的功效。

本文所选取的剖析对象,是指导案例8号“林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案”。选取该案作为分析样本,原因有三:其一,此案为公司法领域的第一个指导性案例,发布于2012年4月9日,距今已逾四年,从而在时间跨度上,对后案判决之参照、引述等工作,有相对充裕的适应期,便于考察其在司法适用上的效果;其二,经初步检索,相较于公司法领域的其他三个指导案例,该号指导案例在后案适用上所呈现的数量,要大得多,^{〔7〕}从而能增强本文实证统计分析结论的客观性与合理性;其三,该号指导案例自身所引发的公司法理论问题,如下文所示,不仅具有法律适用或法教义学上的典型性,更是引发对现行公司法上司法解散制度进行整体性反思的契机,而其结果又可应用于对指导案例制度予以完善的思考上来。

本文在结构安排上,先简要交代指导案例8号所欲解决的公司法问题及其思路,指出其可能存在的问题(第二部分),然后以所选定的关键词与参数,就该号指导案例在后案判决中的实际适用情况,进行实证统计,并结合关于指导性案例的规范性文件,分析指导性案例工作机制在实际运行中所出现的问题(第三部分)。在论文第四部分,就指导案例8号的实际引用情况进行总括分析,就其所反映出的指导案例制度所存在的问题,探讨可能的成因。论文最后附以简短结语。

〔5〕 相关分析,可参见赵瑞罡、耿协阳:“指导性案例‘适用难’的实证研究——以261份裁判文书为分析样本”,《法学杂志》2016年第3期,第115页以下。

〔6〕 对第8号以外的其他的指导案例,也已有学者进行类似的实证研究,如孙维飞:“隐名的指导案例——以‘指导案例1号’为例的分析”,《清华法学》2016年第4期,第6~20页。但总体来说,这一研究方法仍处于“尝试”阶段。

〔7〕 笔者在“北大法宝”网站,采用相同或类似的时间段、关键词及搜索方法(其过程,见下述正文),初步检索后有关各指导案例的案件数如下:有关指导案例9号的有352个、有关10号的有348个、有关15号的有477个,而关于8号的案例,则约有990个。

二、指导案例8号所欲解决的公司法问题及其思路

指导案例8号所欲解决的法律问题，如其案由^[8]及关键词所示，乃公司法领域的公司解散纠纷，相关法条为《公司法》第182条^[9]，故有必要先行明了，以该条规定为规范基础的公司司法解散制度，在我国现行法上的要件构成与法律效果，以及所存在的问题。

（一）《公司法》第182条——以解决公司僵局为其规范目的

《公司法》于2005年10月修改时，始增设第182条规定，且其直接动因，在于解决公司“处于僵局状态”这一核心问题。^[10]而立法者解决公司僵局问题的思路，在于赋予股东主张公司解散之请求权，即通过该条规定，在《公司法》原有的自愿解散与行政强制解散之外，再增设公司司法强制解散的路径。^[11]此项司法解散请求权的构成要件，依第182条之文义，包括四项，即“公司经营管理发生严重困难”^[12]、“继续存续会使股东利益受到重大损失”、“通过其它途径不能解决”以及请求人须为“持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东”，其中前三项要件，又可视立法者对公司僵局之要件的概括。

另外，在全国人大法律委员会关于增加该条规定的汇报中，就公司僵局的要件或特征，除这三项要件外，尚有“公司经营严重困难，财务状况恶化，虽未达到破产界限，但……”^[13]之描述。之所以特别提及这一立法资料，乃由此可窥知，与英美的公司法不同，^[14]在中国立法者的规范图景中，公司僵局制度重点不在于解决公司的治理僵局，而是演变成为一种处理未达破产界限但“财务状况恶化”之困难公司的特别手段。公司“财务状况恶化”之反面，为公司处于正常或盈利状态；前者可导致公司被司法解散，那么顺其反面逻辑，后者则可阻却公司被解散。这一推断是否正确，就是指导案例8号所要应对的问题。

鉴于第182条中所称的公司经营管理发生“严重困难”乃不确定概念，为便于司法实务的

[8] 须注意者，并非所有的指导案例的案由，均能对应或反映该指导案例的争议法律问题，如指导案例9号所列表案由为“买卖合同纠纷”，但该案核心法律问题，却为公司清算义务人范围及其责任之认定（就此可参见李清池：“公司清算义务人民事责任辨析——兼评最高人民法院指导案例9号”，《北大法律评论》2014年第1辑，第53页）。此一“名实不符”，显然也是将来指导案例制度甚或最高院民事案件案由制度的应改进之处。

[9] 2005年修订版为第183条，2013年修正版为第182条。下文若无特指，所引《公司法》条文均为2013年修正版条文。

[10] 相关论述可参见耿利航：“有限责任公司股东困境和司法解散制度——美国法的经验和对中国的启示”，《政法论坛》2010年第5期，第136~137页；张学文：《有限责任公司股东压迫问题研究》，法律出版社2011年版，第140~143页。

[11] 参见甘培忠：《企业与公司法学》，北京大学出版社2014年第7版，第436~437页。

[12] 在修订过程的第二次审议稿中，该要件之表述尚为“公司经营发生严重困难”，后经学者建议，增加“管理”二字；就此参见同上，第437页。

[13] 参见2005年8月23日第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议上《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国公司法（修订草案）〉修改情况的汇报》之第12项；同年10月25日之“第三次审议稿”修改意见报告中，就该条之增加，基本未有进一步的修改。资料来源，见《全国人民代表大会常务委员会公报》2005年第7期，第581、584~585页。

[14] 英美公司僵局的特点与类型，可参见鲍为民：“美国法上的公司僵局处理制度及其启示”，《法商研究》2005年第3期，第130~136页。



操作, 最高法院遂于《公司法解释(二)》(法释[2008]6号)之第1条第1款, 以量化方式来界定公司僵局的表现形式: 在所谓“股东僵局”情形, 量化为“持续两年以上”(该款第1、2项); 在所谓“董事僵局”情形, 量化为另一不确定概念“长期[冲突]”(第3项); 此外又以该款第4项作为兜底条款。^[15]不特此也, 该条第2款还自其反面, 以列举方式规定三类不构成司法解散的事由。

上述为指导案例8号发布前的立法状态。而在理论方面, 对公司僵局制度的研究, 大多仍局限于对域外法尤其是英美法的介述层面。^[16]即使在《公司法》第182条与《公司法解释(二)》出台以后, 大多的公司法著作, 也很少有系统深入研究, 尤其缺乏对公司僵局表现形态的类型化研究, 因此就公司僵局问题上的疑难点, 也难以形成通说或较成熟的理论供给。

如以指导案例8号之主题及其所引发问题为视角来予以考察, 则其前的学理研究状况, 可概括如下: 第一, “经营状况良好”的公司是否不适用司法解散, 乃至“经营管理困难”是否应构成公司司法解散之要件, 已有若干学者提出质疑;^[17]第二, 虽强调司法解散之“终极手段”或“最后手段”性质, 但就如何穷尽其他救济途径, 或者说对司法解散与其他救济途径间的关系又语焉不详; 第三, 若干学者已注意到公司司法解散与公司清算间的衔接问题。^[18]

(二) 指导案例8号的裁判理由与裁判要点

指导案例8号的基本案情, 此处不赘。^[19]该案最后判决涉诉的凯莱公司予以解散, 其裁判理由有三点: 第一, 凯莱公司两名股东(即原告林方清与第三人戴小明)各占50%的股权结构、公司章程关于股东会决议通过程序的规定、已持续四年未召开股东会的事实等等, 均表明凯莱公司的内部机制已无法正常运行、无法对公司的经营作出决策, 从而即使尚未处于亏损状况, 也不能改变该公司的经营管理已发生严重困难的事实。第二, 由于凯莱公司的内部运营机制早已失灵, 林方清的股东权、监事权长期处于无法行使的状态, 其投资凯莱公司的目的无法实现, 利益受到重大损失, 且凯莱公司的僵局通过其他途径长期无法解决。两审法院也基于慎用司法手段强制解散公司的考虑, 积极进行调解, 但均未成功。第三, 原告林方清持有凯莱公司50%的股份, 符合提起公司解散诉讼的股东须持有公司10%以上股份的条件。

在本案事实、裁判理由与裁判结果的基础上, 最高法院案例指导办公室提炼出具有—般性规

[15] 有学者认为, 《公司法解释(二)》第1条第1款前三项, 均未提及“会使股东利益受到重大损失”要件, 背离了《公司法》第182条关于公司司法解散的要件规定, 是司法解释权对立法权的“僭越”; 参见张学博: “公司僵局制度研究——最高人民法院指导案例8号评释”, 《上海政法学院学报》2013年第5期, 第52~53页。不过, 这一指责虽有其解释论上的依据, 但是否符合公司僵局法理, 仍不无讨论余地。

[16] 介述英美法或以英美法作比较研究的, 如前注[14], 鲍为民文, 第130~136页; 参见前注[10], 耿利航文, 第130~140页。

[17] 如吴民许: “论公司司法解散的适用条件”, 《人民司法》2007年第23期, 第73~74页; 刘诗聪: “我国公司司法解散制度的适用条件——对新修订的《公司法》第一百八十三条的分析与界定”, 《金融法苑》2008年总第75辑, 第51~53页。

[18] 如李曙光: “新《公司法》中破解‘公司僵局’制度安排的探讨”, 《武汉理工大学学报(社会科学版)》2006年第3期, 第314页; 张艳、马强: “法院判决解散公司相关问题研究——公司法第183条适用引发问题之探讨”, 《法律适用》2008年第9期, 第61页。

[19] 指导案例8号的原案为“(2010)苏商终字第0043号”; 另外, 在作为指导案例发布前, 该案审判法官史留芳还曾将其编写为一则实务案例, 发表于《人民法院报》2011年6月2日, 第005版。彼此对照, 可见案例指导办公室在何处做了“裁剪”。

范特征的裁判要点，也就是对以后相同或类似案件“具有指导意义的重要裁判规则、理念或方法”。^[20] 该案所归纳出的裁判要点，在形式上虽仅有一个，^[21] 但在实质内容上，实可拆解为两项：第一，判断“公司经营管理是否发生严重困难”，应对公司组织机构的运行状态进行综合分析。第二，公司虽处于盈利状态，但其股东会机制长期失灵，内部管理有严重障碍，已陷入僵局状态，可以认定为公司经营管理发生严重困难。

（三）对指导案例8号的初步评析

评析指导案例8号，可从两个方面进行，即一方面自公司法理论角度来评析该案所欲解决的公司法问题及其思路，另一方面由该案来观察指导案例的工作机制。

1. 自公司法理论角度

第一，该案中的凯莱公司，为两股东各占50%股权之结构的有限责任公司，该公司所形成的僵局，属于典型的表决权均等僵局。^[22] 司法强制解散，恰是应对典型公司僵局的手段，故就裁剪后的案件事实来看，该案的判决结果应能成立。^[23]

第二，该指导案例所提炼的第一项裁判要点，在于就“公司经营管理是否发生严重困难”的判断，应采取“综合分析”的标准或方法。这一裁判规则表面看起来仅具有方法论上的指示意义，不具有实际的操作价值，但实则深具妙用，意义无限，其运用是否得当，端赖个案中办案法官的公司法素养与综合分析能力。

第三，被学界视为真正具有“指导意义”，从而成为该指导案例之亮点者，乃其第二项裁判要点，即公司之处于盈利状态，不能成为认定公司经营管理发生严重困难的阻却或排除事由。如本文后述，揆诸公司僵局的基本原理，这一见解无疑是正确的。^[24] 而在法学方法论上，该指导案例对公司盈利因素的分析，基本上仍在于对“公司经营管理发生严重困难”这一不确定表述的解释，从而仍属于法律解释的作业范畴，尚不构成法律漏洞填补式的司法造法行为。故在指导案例之类型上，属于“法律规定比较原则的”^[25] 解释型指导案例。^[26]

2. 对指导案例工作机制的考察

以8号指导案例作为个案来考察最高院的指导案例制度及其工作机制，则有如下三点值得

[20] 最高法院《关于编写报送指导性案例体例的意见》（法研〔2012〕2号）之“三、关于‘裁判要点’”。

[21] 按照法研〔2012〕2号“三、关于‘裁判要点’”，“有两个以上裁判要点的，按照裁判要点的重要性或者逻辑关系用阿拉伯数字顺序号分段标示”。而指导案例8号的裁判要点，仅有一个自然段。

[22] 关于公司僵局的表现形式与类型，可参见前注〔14〕，鲍为民文，第131页；前注〔17〕，刘诗聪文，第53页；梁上上：“公司僵局案的法律困境与路径选择——以新旧公司法对公司僵局的规范为中心展开”，《浙江社会科学》2006年第2期，第68~69页。

[23] 亦参见前注〔15〕，张学博文，第52页以下。

[24] 参见蒋大兴：“‘好公司’为什么要判决解散——最高人民法院指导案例8号评析”，《北大法律评论》2014年第1辑，第24页以下。不过亦有学者对此提出质疑，如吴建斌：“公司纠纷指导案例的效力定位”，《法学》2015年第6期，第60页。如何正确理解该项裁判要点，详见下文论述。

[25] 参见法发〔2010〕51号第2条关于“指导性案例”所需具备的条件（其中第2项）。须注意的是，法〔2015〕130号第2条，对此又另作表述。

[26] 类似看法，参见孙光宁：“指导性案例对原则性规定的细化方式——以指导性案例8号为例”，《法律方法（第17卷）》，山东人民出版社2015年版，第189~191页。在理论上，有学者将现有各指导案例，区分为三个类型，即直接适用型、解释型与漏洞填补型；参见雷磊：“指导性案例法源地位再反思”，《中国法学》2015年第1期，第280页。



注意:

第一,与原案判决(约27页)相比,所发布的指导案例8号(仅两页不到),在篇幅上已大为“裁剪”,以致于有学者对此提出非议^[27]——对此本文后述再做分析。

第二,如上所述,指导案例8号的一个亮点,在于界定“公司处于盈利状态”对认定公司经营管理发生严重困难的意义。在原终审判决中,“公司处于盈利状态”一语,始见于裁判理由中,并不见于所认定的事实;在其事实认定中,仅有“凯莱公司目前经营正常,业绩良好”一语,可认为是在表达同一个意思。不过有意思的是,在最高院最后所发布的指导案例8号文本中,无论是事实认定还是裁判理由,均未出现“公司处于盈利状态”,仅在被告辩称中出现表示同义的“公司运营状态良好”;在事实认定部分,仅出现“凯莱公司目前经营尚正常”。一为“尚正常”,另一为“状态良好”或“处于盈利状态”,区别一目了然,而最高院在其裁判要点中,何以径直得出“公司虽处于盈利状态”,实有待说明。裁判要点本是“整个指导性案例要点的概要表述”,是对案件事实与裁判理由的“提炼和概括”^[28],尤其在关键性概念或表述的使用上,应严格取源于案件事实与裁判理由,否则不仅影响指导案例本案的说理性,更有损对后案判决的“指导”价值。此点看似微瑕,然事关指导案例工作的严肃性,不可不辨。

第三,指导案例8号发布后,又有两项事实值得提及:其一,该指导案例发布后的第20天,最高院又做出一项与该案纠纷有关的裁定,即“(2012)民申字第336号”,裁定驳回凯莱公司与第三人戴小明不服原(2010)苏商终字第0043号判决的再审申请,且其驳回理由,原封不动地照搬指导案例8号的裁判理由。其二,原案以及指导案例均以判决公司解散来结案,但经调查,涉诉之凯莱公司,竟然仍存在至今,林方清与戴小明这两个股东原封不动,公司仍经营如常;^[29]换言之,凯莱公司虽有被“解”的动作,但并无“散”(亦即公司消灭)的结果出现,实际上处于一种“解而不散”的奇怪状态。

如果说前一项事实的存在,不免令人怀疑“荣晋”为指导性案例的原案判决,是否真的属于“案结事了”的具有“社会效果良好”^[30]的案例,那么后一项事实所昭示的,就不单单是该案自身的社会效果问题,而是关涉该案判决自身的正确性疑问,甚至会引发指导性案例制度“是否能经得起历史的检验”的追问了。^[31]究竟如何,不妨先考察指导案例8号发布后的适用情况。

[27] 如前注[24],吴建斌文,第58~60页;该文不仅对比原案判决,更不遗余力地调查出原案判决书之外的若干事实,如僵局双方林方清与戴小明本系夫妻关系等。另外,就目前整个指导案例之编写体例与基本格式,包括其中的裁剪与加工等,均提出批评者,如前注[2],刘作翔文,第45~46页。

[28] 语见最高院《关于编写报送指导性案例例的意见》(法研[2012]2号)之“三、关于‘裁判要点’”。

[29] 据“全国企业信用信息公示系统(江苏)”,载http://www.jsqsj.gov.cn:58888/ecipplatform/inner_ci/ci_queryCorpInfor_gsRelease.jsp#,最后访问时间:2016年1月28日;常熟市凯莱实业有限公司,2002年1月8日成立,法定代表人戴小明,核准日期为2005年5月24日,登记状态为在业;公司股东为戴小明和林方清,各占50%的股份;其中戴小明认缴出资109万元,2010年7月27日实缴出资109万元;林方清实缴出资109万元;未曾出现公司变更情况。另外,有研究者“通过有关途径向案件当事人及其代理律师进行调查”,亦确证此信息;参见前注[24],吴建斌文,第60页。

[30] 语见法[2015]130号第2条关于作为指导性案例的“遴选”标准:“指导性案例应当是裁判已经发生法律效力,认定事实清楚,适用法律正确,裁判说理充分,法律效果和社会效果良好,对审理类似案件具有普遍指导意义的案例。”

[31] 有此质疑者,如前注[24],吴建斌文,第60页。

三、指导案例8号适用情况的实证分析

首先需要交代的是：实证的统计与分析，其结果之可信，取决于对统计样本的穷尽。但面对偌大的中国法院系统，单凭作者个人之力，显难穷尽之功，故本文所谓的实证分析，严格来说，仅是随机性的抽样统计与分析，遗珠之憾在所难免。

（一）分析样本之来源与确定步骤

1. 总样本的来源

本文案例样本，以“北大法宝”（<http://www.pkulaw.cn/Case/>）所收录案例为限。在该网站中，我们以“公司经营管理发生严重困难”（即第182条的法条原文）为关键词，选择“全文”、“精确”、“通篇”之匹配方式，同时将时间段限定为2012.4.9~2015.12.11，^[32]共搜索到590个案例。然后又在该网站中，直接以案由为筛选对象，选择“民事>与公司、证券、保险、票据等有关的民事纠纷>与公司有关的纠纷>公司解散纠纷”，限定同样的时间段，共得990个案例。在这990个案例中，再以“公司经营管理发生严重困难”为关键词来予以筛选，共得546个案例。经核对，该546个案例全部包含在上述第一步骤中的590个案例中；同时，鉴于指导案例8号以判决方式结案，为统计之周全计，在剩余444个案例中，又剥离出以判决形式结案的案例，共88个。如此，得出总的案例取样范围为 $590 + 88 = 678$ 个案例。^[33]

2. 样本范围的进一步限定

就总的案例取样范围，我们又采取三个步骤对其予以逐步限定。第一步，先以“经营管理”为关键词，查看该关键词在各判决书中所处位置的相关内容，同时考察各判决书“本院认为”部分的内容。如此一一考察的目的，在于与指导案例8号的裁判要点进行初步的对比，并以其与指导案例8号裁判要点的相关性为标准，按照该相关性之依次递减，区分出初步的四大类，即：A类，大体雷同（与裁判要点表述大体一致），共56个；B类，类似（对“公司经营管理发生严重困难”进行具体分析），共81个；C类，相关（提及“公司经营管理发生严重困难”或粗略分析），共379个；D类，不相关，共162个。如此可将D类162个案例排除出去。

第二步，再对上述B类与C类共460个案例（即 $81 + 379$ ），以是否涉及“盈利与否”的讨论为准，来进一步限定。其方法是，以“盈利”为关键词，检索B、C类案例得到99个案例。

第三步，就此99个案例，再加上A类56个案例，我们对其一一进行核查，发现其中有42个案例，实际上并未讨论盈利要件，从而也可以将其剔除出去。这样，既属于“司法解散”纠纷，同时又满足对“盈利与否”要素之讨论的，共有113个案例（即99加上56，再减去42）。借用最高院所使用的表述，这113个案例，也就是指导案例8号的“类似案件”^[34]。

3. 分析样本范围的最终确定

框定“类似案件”的范围后，确定分析样本范围的最后一步，就是再次回到指导案例8号，以对指导案例8号引用与否为标准，划分这113个案例。且此处的“引用”，不限定其引用方

[32] 2012年4月9日为指导案例8号之发布时间；2015年12月11日为本文案例搜索工作的开展时间。

[33] 所有678个案例均储存为PDF格式（以便利于在电脑中进行检索），同时以“审结日期”为序，对其予以编号。

[34] 参见法发[2010]51号第7条；法[2015]130号第9、10条。



式,而是涵盖我们所能想象到的各种引用方式与可能(对“引用方式”的统计与分析,详下述)。如此,该113个案例,又大别为:未引用类的,共80个;引用类的,共33个。作为本文最终分析对象的案例样本,即为此类存在引用指导案例8号情况的33个案例。

33对比113,这是我们初步得到的,指导案例8号发布后“类似案件”对其的引用比例,不足三成——一个不很乐观的“引用率”。不过,这只是一个大概,而非精确的数字,因为一方面“分母”中作为基数的部分,也就是未成为“分子”的80个案例中,可能存在本就与指导案例8号无关,从而应从分母中扣减的情形;另一方面在其“分子”中,也就是33个案例样本中,尚未考虑各案具体引用情况是否符合标准,即尚未经过本文下述的“去伪”步骤,从而同样存在予以扣减的可能。

(二) 33个案例样本对指导案例8号适用情况的数据分析

在33个案例分析样本确定后,对数据的分析仍基于两大视角,一是指导案例工作机制视角(主要以法[2015]130号所规定的引用机制为参照标准),二是所透视或折射的公司法理论视角。具体来说:第一,以法[2015]130号第9、10、11条为准,考察各案是如何引用的,或者说其引用方式如何?第二,以第11条为准,考察是哪一主体(法官,或者案件当事人)来进行引用的?第三,再以第11条第2款为准,考察在案件当事人主动引用时,法官又是如何回应的?第四,再以第9条为准,结合各案的判决结果,考察是否存在“类似案件却不同判”,即是否在判决结果上与指导案例8号相左?第五,继续以第9条之“裁判要点”规定为准,结合指导案例8号裁判要点中所提出的“盈利状况”,考察在各案中公司盈利状况与解散判决结果间的关系;第六,受指导案例8号中涉诉公司即凯莱公司至目前仍经营如常的启示,特考察33个案例中各家涉诉公司的现状,看看是否也发生“类似故事”。

这六项问题视角,前三项为纯粹的指导案例工作机制上的实证调查,最后一项又为纯粹的公司法课题,而第四、五项则兼而有之,跨越两边。

1. 引用方式的分析

在这33个案例样本中:

- a. 仅提及关键词“指导案例”或“指导案例第8号”的,共有7个;
- b. 仅与指导案例第8号裁判要点一致的,有1个;
- c. 既提及关键词“指导案例第8号”,又与裁判要点一致的,有1个;
- d. 仅与指导案例第8号之裁判理由一致的,共有15个;
- e. 其他(与裁判理由不完全一致,与裁判要点也不完全一致,或同时包含裁判理由和裁判要点的一部分),共有9个。

各类引用方式的占比,如图1所示。

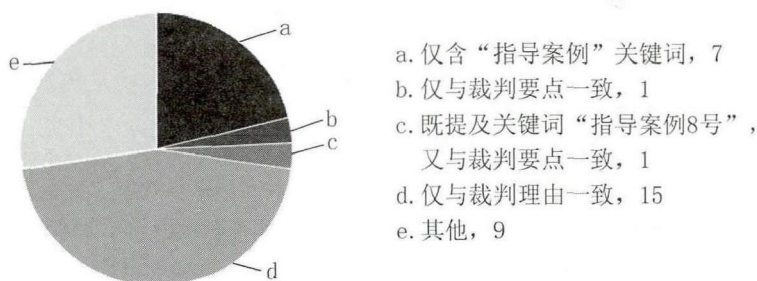


图1 引用方式分类图

对照最高院法〔2015〕130号第11条第1款所确立的对指导案例之引述标准，即后案法官在引述时，“应在裁判理由部分引述指导性案例的编号和裁判要点”，则完全符合其标准的，也就是c类引用方式，仅1个案例^{〔35〕}——比例之低，几可忽略！

尤值指出者，在这33个案例样本中，有5个案例，乃法〔2015〕130号文印发（即2015年5月13日）之后所做出的判决，其中有4个属于“法官主动引用”类型（见下述），^{〔36〕}但其对指导案例8号的引用，无一符合最高院所规定的引述标准。

2. 引用的主体

从引用主体角度来考察对指导案例8号的引用情况，则所得统计结果，如表1所示。

表1 各类案例中当事人和法官引用情况：数量和比例

类别 引用人	a. 仅含关键词“指导案例8号”或“指导案例”		b. 仅与裁判要点一致	c. 既提及关键词“指导案例8号”又与裁判要点一致	d. 与裁判理由一致	e. 其他	合计
	指导案例8号	指导案例					
当事人	3	4	0	1	1	0	9
占比/%	100	100	0	100	6.7	0	27.3
法官	0	0	1	0	14	9	24
占比/%	0	0	100	0	93.3	100	72.7

由此表可见，33个案例中，有24个案例为“法官主动引用型”，余下的9个案例则属于当事人对指导案例8号的引用。虽然当事人引用型只占27.3%，但这一比例仍导致有必要对前述引用率结论进行修正。这是因为，按照最高院的思路，指导案例的功能，在于后案法官的参照与引述，故而，只有后案法官的引用，才能称得上对指导案例的真正引用。准此而论，指导案例8号在嗣后类似案件中的真实引用率，即须由前述略近三成的比例，修正为： $(24/113 =)$ 21%——越发不乐观的比例。

再结合引用方式，则此表也同样清晰地显示出，相较于案件当事人，案件承办法官在引用时，几乎无一明确指明“指导案例”或“指导案例第8号”的字样，也就是均不符合最高院所规定的引述标准。

3. 当事人引用情形法官的回应情况

而在由当事人引用指导案例8号的9个案例中，法官的回应情况，则如表2所示。

由表2可见，在当事人为支持其诉讼主张而援引指导案例8号时，至少在本文所取样调查的范围内，法官作出回应的，仅有1例，^{〔37〕}故总体上来看，法官对此反应迟钝，只引起“些许反

〔35〕 即（2014）川民申字第1145号判决。若进一步考察该判决书，则该案只能勉强符合法〔2015〕130号第11条第1款对法官的引述标准要求，因为在该案中，主动引用指导案例8号的，乃一方当事人（即该案被申请人在答辩意见中，既提及“指导案例8号”，又引述其裁判要点），而该案承办法官只是在裁判理由中“被动引用”关键词“指导案例8号”，同时引述指导案例8号的裁判理由。——也正因为这一情况，在下述表1的统计中，也就未将该案计算入“法官引用型”。

〔36〕 这4个案例分别为：（2015）邯市民三终字第00362号、（2015）邯市民三终字第358号、（2015）三中民终字第09213号、（2015）启商初字第0487号。而剩余的1个属于“当事人引用”类型的，为：（2015）通中商终字第0313号。

〔37〕 该案为（2014）川民申字第1145号判决。



表 2 当事人引用的指导案例中法官回应情况：数量和比例

类别 引用人	a. 含关键词“指导案例 8 号”或“指导案例”		c. 既提及关键词“指导案例 8 号”又与裁判要点一致	d. 与裁判理由一致	合计
	指导案例 8 号	指导案例			
当事人引用	3	4	1	1	9
法官回应	0	0	1	0	0
法官回应占比/%	0	0	100	0	10

应”。再进一步，这 9 个案例及其判决，有 8 个是于法 [2015] 130 号文印发之前作出，于其之后作出的，也仅 1 个。但可惜的是，这唯一的 1 个，并不是那有反应的 1 个；换言之，在这唯一的 1 个中，法官竟不理睬最高院所下发的规定，对当事人之引用指导案例 8 号，仍视若无睹，毫无反应。^[38]

即便是不考虑指导案例制度的“指导效力”，仅根据一般性的说理义务原则，^[39] 法官在裁判时，针对当事人所提出理由与主张，也应负有说理与回应的法定义务。而我们法官如此无动于衷的不作为态度，也更应是对此项法定基本义务的违反。鉴此不乐观的事实状况，法 [2015] 130 号第 11 条第 2 款所确立的规则，即“公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人引述指导性案例作为控（诉）辩理由的，案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由”，在可见之将来，能否激起我们办案法官的“更多反应”，仍不免令人持怀疑与保留态度。

4. 判决结果情况的分布

这 33 个案例，均以判决方式结案。其判决结果，在强制公司解散与否间取舍，即要么强制解散，要么判决不解散（驳回解散之诉求）。其中判决解散的，共有 28 个案例；判决不解散的，有 5 个，仅占总数的 15%。如图 2 所示。

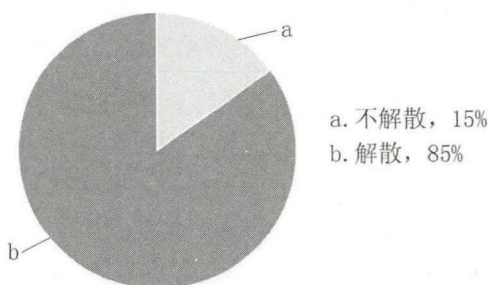


图 2 判决结果分布

[38] 法官未回应的判决，发生于法 [2015] 130 号文印发之前的 7 个分别为：（2012）修民二初字第 314 号、（2014）惠中法民二终字第 79 号、（2014）桐民商初字第 00018 号、（2014）安中民一终字第 1590 号、（2014）宁商终字第 516 号、（2013）成民终字第 1185 号、（2013）甘民二终字第 04 号。唯一一个发生于其后的判决，为：（2015）通中商终字第 0313 号。

[39] 关于法官的说理义务，可参见胡云腾：“论裁判文书的说理”，《法律适用》2009 年第 3 期，第 48 页；张卫平：“说理与裁判的智慧”，《人民法院报》2001 年 9 月 7 日，第 003 版；王申：“法官的理性与说理的判决”，《政治与法律》2011 年第 12 期，第 86~96 页；林园合：“法官的说理难题：如何确保判决具有正当性”，《法律方法》（第 11 卷），山东人民出版社 2011 年版，第 205 页。

28 份解散判决中，共有 23 份是法官直接引用指导案例 8 号，来支持其判决结论。但更令研究者感兴趣的，则是数量不多的相反判决，即以“不解散”为其判决结果的另外 5 份，因为判决结果的相反，更能引发何以“同〔类似〕案不同判”的好奇与追问，也就更具启示价值。然而，更深入考察这 5 份不解散判决，^{〔40〕} 其结果颇令人失望：

第一，这 5 份判决中，有 4 份判决属于当事人引用型，但遗憾的是，各承办法官均未对其予以回应。就指导案例的“参照”效力，虽然在学界极富争议，但按照大多数学者之正确的看法，该“参照”效力至少应体现为，法官在不遵循指导性案例而作出判决时，也就是作出与指导案例相反之判决时，应负有特别的说理义务。^{〔41〕} 准此以观，则在这 4 份判决中，各后案法官连个回应都没有，遑论其特别说理义务的履行了！

第二，在唯一一份由法官主动援引指导案例 8 号来对其不解散判决进行裁判说理的判决中，^{〔42〕} 除引述方式不符合〔2015〕130 号第 11 条第 1 款所确立之引述标准外，该案所引用的，并非指导案例 8 号中具有新意的第二项裁判要点（即公司之盈利状态要素），而是其第一项裁判要点，即援引所谓的“综合分析”标准，以驳回原告解散公司的诉讼请求。

第三，再回到是否存在“同〔类似〕案不同判”的追问，则在笔者看来，这 5 个案件中，至少“（2014）惠中法民二终字第 79 号”的案件事实与争议问题，与指导案例 8 号具有如下“类似性”^{〔43〕}：①二涉诉公司均为两股东结构；②公司股权结构相近，即在指导案例 8 号中为 50%:50%，在（2014）惠中法民二终字第 79 号中为 38.5%:61.5%，均不存在一股独大或绝对控制股东的情况；③公司治理结构类似；④公司经营状况良好，且业务单纯，即指导案例 8 号中的涉诉公司主要从事房屋出租并招商，^{〔44〕} 而（2014）惠中法民二终字第 79 号中的涉诉公司除股权投资外，未从事其他经营活动；⑤两股东间均已存在矛盾，导致股东会等公司内部治理机构不能正常运行。仅基于这五项类似性要素即可判断，该案在结果上不应相异于指导案例 8 号，也就是应得出判决解散的结果；更何况，该案另外还存在一项足以导致有限责任公司内部股东间信任基础丧失的事实，即一股东对另一股东存在诬告犯罪的嫌疑。^{〔45〕} 由此似乎可认为该案结果已构成一项错误判决，进而违反“同案同判”的司法原则。

但是，这一结论下得似乎又有些仓促，因为假如不解散判决是错误的，且为公司某股东所

〔40〕 这 5 份不解散判决，分别为：（2014）呼商终字第 00012 号、（2014）惠中法民二终字第 79 号、（2014）宁商终字第 516 号、（2013）青民二初字第 00001 号、（2013）成民终字第 1185 号。

〔41〕 参见陈兴良：“案例指导制度的规范考察”，《法学评论》2012 年第 3 期，第 122～123 页；王利明：“我国案例指导制度若干问题研究”，《法学》2012 年第 1 期，第 76～77 页；张骥：“再论指导性案例效力的性质与保证”，《法制与社会发展》2013 年第 1 期，第 102、104 页；张志铭：“司法判例制度构建的法理基础”，《清华法学》2013 年第 6 期，第 103～104 页；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，第 10～11、23～24 页。

〔42〕 该判决为：（2013）青民二初字第 00001 号。

〔43〕 关于类似案件判断的详细探讨，可参见张骥：“论类似案件的判断”，《中外法学》2014 年第 2 期，第 520～543 页。

〔44〕 注意，此项事实见于原“（2010）苏商终字第 0043 号”判决书。

〔45〕 关于有限责任公司股东彼此间人合性与信任关系的特征及其重要性，可参见彭冰：“理解有限公司中的股东压迫问题——最高人民法院指导案例 10 号评析”，《北大法律评论》2014 年第 1 辑，第 88 页以下。至于一股东对其他股东实施诬陷或类似行为，令他方股东遭受刑事调查，导致股东信任基础丧失，这一情形虽然不属于典型的公司僵局形态，但与公司司法解散制度仍极具关联，属于广义的股东退出机制下的议题。



不能接受,那么该公司就不大可能照原样得以继续经营,而本文的后续调查却又显示,本案的涉诉公司却仍原封不动地存续至今!这似乎又是一个“悖论”,且其中所蕴含的,不仅关乎指导案例制度运行机制的有效性与否问题,更指向公司司法解散制度的复杂性。

5. 对涉诉公司诉讼时盈利情况的考察

按照指导案例8号新确立的裁判规则,公司在诉讼时即使仍处于盈利状态,也并不表示其经营管理不存在严重困难,亦即公司盈利状态并不排除对其经营管理已发生严重困难的认定。前文已指出,这是指导案例8号真正具有“指导意义”的亮点所在。那么这项新的裁判规则对嗣后类似案件的判决会产生什么样的影响呢?要回答这一问题,对涉诉公司在诉讼时盈利状况的考察,无疑就成为实证调查分析的重点。不过,限于调查手段,本文只能以这33个案例样本的判决书文本作为分析依据与对象,剖析其中所包含的公司盈利状况的相关信息。

首先,考察涉诉公司的盈利情况。指导案例8号的表述仅为“公司处于盈利状况”,但为更细致地考察各种不同的公司经营状况对公司解散判决的影响,在参考并借鉴其他学者研究经验的基础上,^[46]我们将涉诉公司的状况,进一步区分为:公司正常营业、公司未开业、公司停业、公司重大亏损;若判决书未提及、未讨论进而未显示涉诉公司之经营状况的,则均归入“公司营业情况不明”这一类别。其结果如图3。

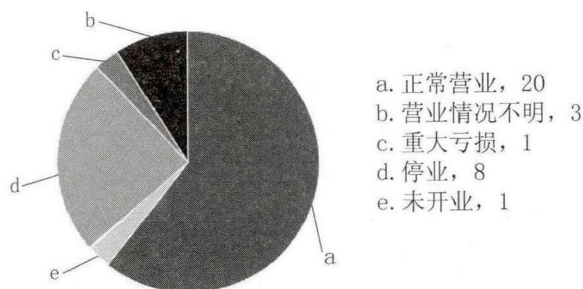


图3 公司诉讼时的营业状况

其次,在此基础上,进一步分析涉诉公司状况与判决结果间的关系,所得如图4。

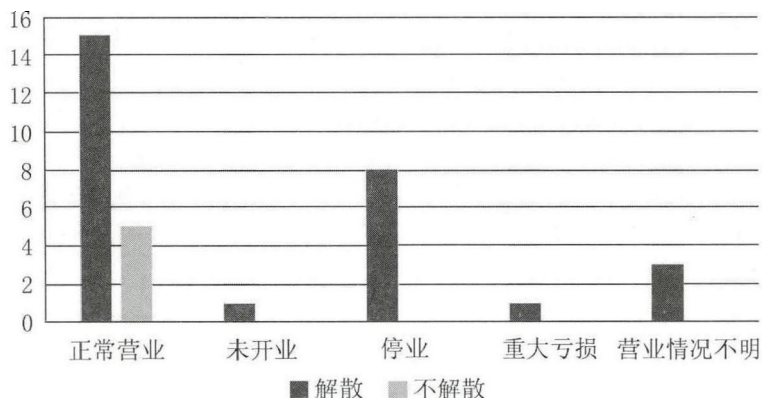


图4 公司营业状况与判决结果间的关系

[46] 参见前注[24], 蒋大兴文, 第7~9页; 亦参见前注[10], 张学文书, 第149页以下。

由上图可见：第一，在本文样本范围内，非“正常营业”之外的13家涉诉公司，无论其经营状态是未开业、停业、重大亏损，还是属于“营业情况不明”，无一例外，全部被法院判决解散；第二，在属于正常营业范围内的20家涉诉公司中，竟也有多达15家的公司，很不幸地被判决解散，比例高达75%。

将这一数据结果，与先前的同类研究结论^[47]进行对比，则可发现一个意想不到的现象：先前研究得出的观感是，“在中国法院的解散诉讼中，对于正常营业的公司，法院多倾向于做不解散判决（仅14%的比例——本文注），而对于非正常营业的公司，法院作出解散判决的可能性远高于不解散判决[高达90%——本文注]”^[48]；而按照本文的统计结果，在指导案例8号发布后，相较于对非正常营业公司的做法，中国法院对于正常营业的公司，其态度似乎已发生了根本性转变，即正常营业公司被判决解散的比例，由此前的14%，短短几年，已急剧提升至75%[！]^[49]

须知，公司之司法强制解散，最后的结果，是导致涉诉公司之“死亡”（即经过清算并注销登记），其威力之猛之烈，不得不让人警惕地将其视为应对公司纠纷的最后手段。^[50]如果说对于大多数的非正常营业公司，司法果断地强制其解散，不仅不违反经验常识，在法理上也尚在可接受范围之内^[51]，那么针对正常营业的所谓“好公司”^[52]，又何必如此高频率地动用这一“利器”？

更耐人寻味的是，这一现象，恰又发生在指导案例8号第二项裁判要点确立之后。这自然会引引起并非无端的猜疑：指导案例8号新确立的这一裁判规则，后案法官是否存在误读，^[53]从而有矫枉过正之嫌呢？而要破除这一猜疑，其最恰当的分析思路，无疑就是将这15家处于正常经营的公司材料找来，一一评析其事实与纠纷成因，然后做出实质判断并决疑，这15家法院的

[47] 参见前注[24]，蒋大兴文，第8页：在该研究所收集的261份判决样本中，“在正常营业的93家公司中，被法院判决解散的仅有13家，占比14%；而在非正常营业的168家公司中，被法院判决解散的有152家，占比90%”。

[48] 参见前注[24]，蒋大兴文，第8页。

[49] 须承认，因搜索关键词、取样的时间范围（上引蒋大兴文，未明确交待所调查案例样本的时间范围，而据其研究时间及成文时间，其所调查的案例，与本文所搜集的案例样本，可能存在小部分的重合）、研究意旨设定等方面所存在的差异，这两个比例数据，原则上不具有真实度上的绝对可比性。但现有研究确实缺乏这方面可资对比的数据，故以蒋文数据作为比对对象，实无奈之举。不过，比对结果虽非绝对的客观数据，但至少已直观地反映出前后变化的幅度，从而已能说明本文所欲揭示之问题。就此特为说明，希免却读者就比对数据来源方面不必要的误解与质疑。

[50] 此几为学理通识，如前注[11]，甘培忠书，第397~398页（该书视司法强制解散公司为“最后应对手段”、“利器”）；前注[10]，耿利航文，第134~135页（该文在评述公司司法强制解散作为股东困境解决方式时，称其过于“激烈”）。另外，最高院案例指导工作办公室在“指导案例8号《林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案》的理解与参照”，《人民司法》2012年第15期，第61页，（执笔人为陈龙业）文末，也同样强调：“通过股东申请人民法院解散公司的做法……，必须慎重”（着重标记为本文所加）。

[51] 至少自前述所引的有关《公司法》第182条的立法资料来看，我国立法者引入司法解释制度的一个重要目的，就是为了解决未达破产界限但“财务状况恶化”之困难公司的“死亡”问题。

[52] “好公司”这一表述，源于蒋大兴文：“‘好公司’为什么要判决解散——最高人民法院指导案例8号评析”，《北大法律评论》2014年第1辑，第1页以下。

[53] 如前注[24]，吴建斌文，第60页，即表示这一担心。

解散判决是否正确,这15家公司是否“命该如此”。本文的有限篇幅,显然无法全面施展这一分析思路,所以只能采取功效相同或相近但更为经济的检验方法。前已提及,指导案例8号之原案终审判决生效后,被判决解散的凯莱公司,仍原封不动地存在至今且经营如常。受此事实的启示,我们也不妨调查一下这涉诉的33家公司在目前的现状,^[54]看看是否存在“解而不散”或者相反的情况。毋庸讳言,这是一个讨巧的方法,而且无论其调查结果如何呈现,均不能有效说明乃至证明各案判决的对错。不过,只要这种调查的结果,能足以引起对司法解散制度的反思,那么各后案判决是否对错,也就不是问题的关键了。究竟如何,且看下一步的数据分析。

6. 涉诉公司之现状调查

对33家涉诉公司目前的现状,我们的调查依据,是“全国企业信用信息公示系统”,^[55]即在该网站系统中,以涉诉公司名称、股东姓名或名称等来进行搜索,并以搜索所得信息为准来判断各公司的现状。搜索结果是,在这33家公司中:有22家公司不仅存在,且股东情况也未发生变化^[56];6家公司虽存在,但股东已发生变化;余下的仅有5家公司,系统显示其已不存在。各类情况的占比,如图5所示。

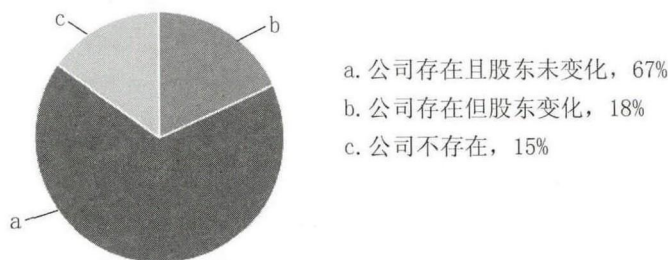


图5 涉诉公司之现状

33家涉诉公司中,竟然有高达85%的公司(合计28家),目前仍然合法地存在着,仅15%的公司已不存在。这绝对是一个令人错愕的数据,完全超乎本文研究之初的想象。这至少已初步说明,指导案例8号中被判决解散的凯莱公司仍“解而不散”,并非个案或特例,而是一组现象中的一个分子了。

另一方面,上文关于该33份判决结果的数据统计,解散判决与不解散判决的比例,竟也是85%:15%。比例是如此惊人的巧合,所指的竟又是完全逆向的结果,其反讽意味之十足,已无待笔者之秃笔了!

为能更准确地揭示各判决结果与涉诉公司现状间的对比关系,本文又进一步制作如图6与表3。

[54] 展开此项调研的另一启示,来自美国学者 J. A. C. Hetherington 与 Michael Dooley 的研究(氏文: *Illiquidity and Exploitation: A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem*, *Virginia Law Review*, 63 (1977), pp. 30~31)。对此研究的介绍,可参见前注[10],张学文书,第160页;前注[24],蒋大兴文,第39~40页。

[55] 网址为: <http://gsxt.saic.gov.cn/>, 最后访问时间:2016年1月14日。

[56] 其中(2014)辽阳民二终字第25号判决书,原股东和现股东并不一致,据本文推测,可能由于判决书笔误所致。

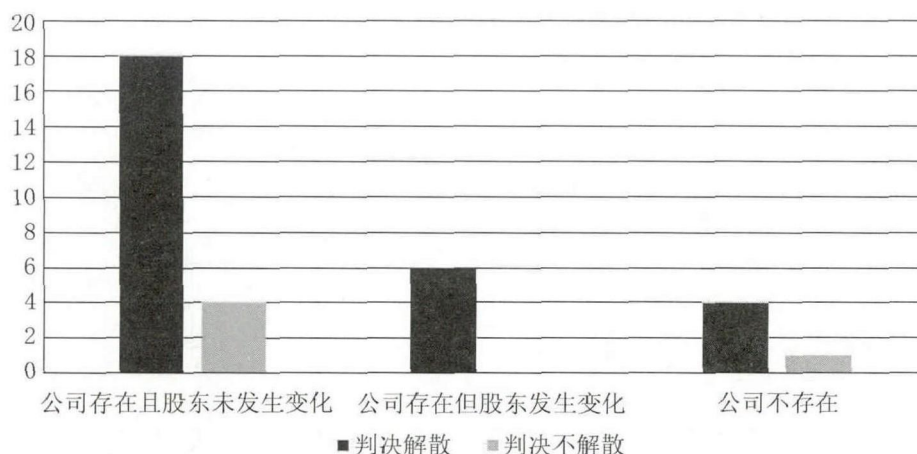


图6 涉诉公司现状与法院判决结果间的柱状关系图

表3 涉诉公司现状与法院判决间的关系：数量与比例

涉诉公司现状		判决解散		判决不解散	
		数量	占比	数量	占比
公司不存在		4	14%	1	20%
公司存在	股东变化	6	22%	0	0%
	股东未变化	18	64%	4	80%
合计		28	100%	5	100%

由这两个图表可得：第一，在28份解散判决中，至目前仅4家涉诉公司被真正地“解散掉”，即已不存在^{〔57〕}，仅占14%；而余下多达86%的公司，至少在公司主体资格，也就是公司“生命”上，丝毫未受解散判决之既判力的影响。第二，在判决不解散的5家公司中，虽然有4家仍存在，但也有1家已寿终正寝^{〔58〕}——比例虽然有点低，但至少也已说明，公司之是否存续，似乎不可能一劳永逸地取决于法院所作出的解散或不解散的判决结果。

在理论上让人感到“要命”的，仍然是法院判决其解散，而公司“生命”却安然无恙的现象。就此不妨再结合上一小标题的数据，考察一下公司诉讼时营业状况、判决结果与公司现状间的关系，如下述表4所示。

表4清楚地显示出：第一，在诉讼时其经营处于正常状态但仍被法院判决解散的15家公司

〔57〕 鉴于有公司被判决解散而仍能继续存在的这一事实背景，这4家已不存在之公司，是否确因“解散判决”而进入清算程序并经注销登记而最终“不存在”，实属未知之数；而“全国企业信用信息公示系统”也并不记载公司何时、依据什么予以注销登记的信息，故对这4家公司的处理，本文只好从权，均将其纳入因“解散判决”而导致其不存在的范围，以避免不必要的细节处理与推论风险。

〔58〕 这家公司“不存在”的真正原因，同样难以调查。



表 4 公司诉讼时营业状况、判决结果、公司现状间的关系

类 别 营业 状 况	判 决 结 果	公 司 目 前 现 状
正常营业: 20	判决解散: 15 (75%)	仍存在: 13 (87%)
		已不存在: 2 (13%)
	判决不解散: 5 (15%)	仍存在: 4 (80%)
		已不存在: 1 (20%)
非正常营业: 13	判决解散: 13 (100%)	仍存在: 11 (85%)
		已不存在: 2 (15%)
	判决不解散: 0	0

中, 仅 2 家公司已不存在, 而其余的 13 家公司, 目前均仍继续存在, 占比达 87%。^[59] 回到上一小标题下所提出的疑问, 即在指导案例 8 号确立公司盈利状况之于认定公司经营管理困难之关系的裁判规则后, 后案法官是否存在误读乃至矫枉过正之嫌。这一 87% 的数据, 虽不能直接证明, 但至少应可加深这一猜疑。第二, 非“正常营业”之外且被法院一概判决解散的 13 家公司中, 同样仅 2 家公司已不存在, 其余的 11 家公司均仍继续存在, 占比也已达 85%;^[60] 更有进者, 非“正常营业”在本文上述统计中, 包括了未开业、停业、重大亏损与“营业情况不明”四种情况, 而公司已不存在的这 2 家, 均落入“营业情况不明”^[61], 亦即真正属于“非正常营业”(即未开业、停业、重大亏损)且均被法院判决解散的所谓的“坏公司”, 竟都存活至今, 存活率达 100%——一个更令人大跌眼镜的数据结果! 如果说前一组数据只是加深对后案法官误读新裁判规则的猜疑, 那么这后一组数据所能说明的, 与后案法官解读规则的专业能力之间, 无论如何也扯不上关系了。

再进一步, 综合考察表 3 与表 4 的数据, 则会得出更令人诧异的印象: 即使取其最低比例, 则至少也有高达 80% 的涉诉公司决定其继续存在的, 既不是公司涉诉时营业是否正常的状况, 也不是法院最后令其解散或不解散的判决。^[62] 法院判决其解散, 并不能真的要了其性命; 而法

[59] 涉诉公司仍存在的 13 个判决分别为: (2012) 修民二初字第 314 号、(2014) 浙温商终字第 1934 号、(2014) 曲中民终字第 1209 号、(2014) 阳西法民初字第 88-1 号、(2014) 廊民二终字第 728 号、(2014) 皇民三初字第 402 号、(2014) 市商初字第 55 号、(2014) 三中民终字第 10967 号、(2014) 泰中商终字第 0186 号、(2014) 桐民商初字第 00018 号、(2014) 辽阳民二终字第 25 号、(2013) 渝高法民申字第 00494 号、(2013) 甘民二终字第 04 号。涉诉公司已不存在的 2 个判决分别为: (2015) 邯市民三终字第 00362 号、(2012) 云高民再终字第 121 号。

[60] 涉诉公司仍存在的 11 个判决分别为: (2015) 邯市民三终字第 358 号、(2015) 通中商终字第 0313 号、(2015) 三中民终字第 09213 号、(2015) 启商初字第 0487 号、(2014) 大民三终字第 761 号、(2014) 内商终字第 00028 号、(2014) 安民一终字第 1590 号、(2014) 川民申字第 1145 号、(2014) 沪二中民四(商) 终字第 S453 号、(2014) 闵民终字第 201 号、(2013) 鄂恩施民初字第 02634 号。涉诉公司已不存在的 2 个判决分别为: (2014) 石民初字第 3970 号、(2014) 新中民二终字第 226 号。

[61] “营业情况不明”这 3 家公司, 分别为: (2014) 石民初字第 3970 号、(2014) 新中民二终字第 226 号、(2014) 川民申字第 1145 号; 其中公司已不存在的, 为前两者。

[62] 令人感兴趣的是, 美国学者 J. A. C. Hetherington 与 Michael Dooley, 参见前注 [54]。就法院判决对公司是否继续营业之影响的实证调查结果, 与本文实证分析结论, 竟具有惊人的相似性!

院判决其不解散，也不能保证其长生不老。一言以蔽之，至少在本文实证调查范围内，公司最终命运如何，并非绝对听命于法院一纸判决的安排。对涉诉公司来说，法院作出的解散判决书，并不是“死亡通知书”，甚至连“病危通知书”都够不上！

实证分析所获得的观感或初步结论，一旦演变至此，那么上述对后案法官误读新裁判规则的猜疑与担心，也都成为不必要而可以省却了，因为这一结果，已无关乎判决内容的对与错，无关乎解散判决的正确与否。那么，问题究竟出在哪里呢？如何来解释这一现象呢？对这些疑问的思考与回答，已属于公司法领域的课题，至少与指导案例制度不再具有直接的关联了。

（三）小结

上述六个视角的数据统计，呈现出指导案例 8 号在后案判决中引用情况的实态，也揭示出所存在的方方面面的问题。至此已基本完成解剖麻雀的工作。而如何看待这些实证数据，揭示其背后的意义，则是下文的任务。

四、对指导案例制度及其运行机制的评析

本部分的评析，先概括上述实证统计在指导案例 8 号这一个案中的说明价值，然后以此为基础，在可能的限度内，上升至对指导案例制度整体的反思，以便对其制度功能予以再认识，最后探讨在其制度运行机制上有无完善的空间。

（一）指导案例 8 号实证分析数据的个案意义

上文实证调查的每一步骤中，在进行实态描述的同时，已夹杂有一定程度的分析，因而也已显示出其片段式的意义。对其予以总结，那么这些实证分析数据结论在指导案例 8 号中的个案意义与说明价值，又可概括为两个方面：

1. 极不乐观的引用现状

引用情况是本文实证调查的核心工作。就指导案例 8 号，嗣后类似案件的适用或引述情况，总的来说，可概括为三点：①其引用率不足三成，仅 20% 多一点；②在引用方式上，绝大部分案件均不符合最高法院法〔2015〕130 号第 11 条第 1 款所制定的标准；③在当事人引用情形，承办法官作出回应的极为少见。其中，第一点所反映的，是后案引用之数量上的状况；后两点则针对其引用的质量状况。

毫不夸张地说，这是个令人极其失望的数据：引用状况极为“（量）低（质）劣”！令人遗憾的是，这一关于 8 号指导案例引用状况的个案数据，也印证于为数不多的关于其他指导案例的同类实证研究结论。^{〔63〕}虽然目前不能掌握全部指导案例的数据，但仅凭对目前司法现状的公众体认与观感，也可由木见林，能大体推测出指导案例的整体引用情况。^{〔64〕}更为重要的是，这一关于个案的数据，已足以引起下述的反思了。

〔63〕 参见前注〔6〕，孙维飞文，第 10 页以下。针对其他号指导案例进行类似的实证研究，据笔者阅读所及，尚未有发现。

〔64〕 另外，此前个别省级法院所推行的指导性案例试点工作，其结果也可佐证本文的推测；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与完善”，《中国法学》2013 年第 3 期，第 37 页以下。



2. 颇为吊诡的“同案同判”约束现象

在8号指导案例确立公司盈利状态不阻却公司构成经营管理严重困难的裁判规则之后,涉诉公司尤其是营业正常的公司,被判决解散的比例,呈大幅上升趋势。虽然无法确认,但仍难免让人产生这二者间存在因果关系的联想,进而担心这一裁判规则是否有误导作用。不过在另一方面,被判决解散的公司绝大部分仍存活至今,处于“解而不散”状态的事实,似乎又能打消掉这种担心与疑虑。这样的一环续一环,彼此相生相克的局面,恐怕是8号指导案例发布者始料未及的。

这一吊诡现象,也使得如下的追问,即8号指导案例对嗣后类似案件是否实现“同案同判”的约束,丧失其实质性意义。因为后案无论是判决解散还是判决不解散,在绝大部分情形下,并不能影响涉诉公司的实际存续。这一问题的根源在于公司司法解散制度本身,故不能以此来苛责指导案例制度;即便退一步来指责说,这一吊诡现象恰因8号指导案例而起,那么由此所应反思的,也仅是指导案例的遴选与发布机制,与“同案同判”的制度期待,并无直接关系。

准此而言,本文就“同案同判”这一效果与目标的实证考察,看似劳而无功,但这并不表明本文所采取的实证分析方法的无效。揭示出这一吊诡现象,实际上也是实证分析方法的一个效果。只是这一不期而遇的结果,因是专属于公司法领域的特殊问题,对这一问题的深入剖析,也就难以涵盖于本文主题之内。

(二) 由个案而至一般:对指导案例制度的反思与功能再认识

由8号指导案例的个案的实证分析结论,上升至对指导案例制度一般的观察,则在本文限度内,可提炼出如下两点:

1. “低劣”引用现状的成因与反思

如果说法律的生命在于经验,那么对最高院所推行的指导性案例制度来说,其生命则在于后案的“引用”^[65]。质言之,指导性案例制度的真正运行与落地生根,关键不在于最高院各项规范性文件的发布,而在于所发布指导案例之实际地被后案判决所援引或引述。^[66]而本文之所以采用实证调研方法,也正是基于这一信念。另一方面,实证调查之统计数据所反映的,恰是在嗣后类似案件中,承办法官对指导案例的认知状况、理解与运用的水平,在一定程度上反映出后案法官关注相应指导案例的客观条件与主观意愿,乃至承担一线司法审判任务之法官整体的法律素养与训练。唯有如此,才能较为客观地判断,某指导案例及其所抽象出的裁判要点,是否以及在何种程度上为一线审判实务所接纳,进而焕发出其规范性的生命力。

但遗憾的是,在指导案例8号中,近八成比例的后案承办法官对其只字不提,甚至在当事人已有引用时,也鲜有回应。这一“(量)低(质)劣”的引用现状,至少已表明,指导案例制度的运行现状,并不令人满意。那么,是什么原因导致后案法官没有(不能或不愿)引用以及规范引用已有的指导案例呢?

成因的探寻,其最有效的方法,仍在于实证的调查与分析。具体到本文,也就是对33个样本案例的各承办法官,采取问卷或访谈形式,进行直接调查,探究其在审理案件并形成判决理由时内在的心理活动、外在的工作条件与机制等等,然后予以综合分析。但遗憾的是,如此的

[65] 类似说法可参见巢志雄:“案例的生命在于引证”,《电子知识产权》2015年第8期,第34页。

[66] 相同观点,可参见前注[2],刘作翔文,第44页。

田野调查工作，本文作者这样的个体研究者着实无力承担。^[67]因此，本文只好从权，仅止于规范分析，也就是着眼于规范文本，分析法官引用指导案例的制度性条件，推测其可能的障碍。

按照制度或规范的运行逻辑，影响或决定办案法官是否应该（或必须）、是否愿意（或积极主动）引用相关指导案例来予以判案，所涉及的制度性因素，由外至内，大体有三个方面的因素，即指导案例的效力地位、引用或不引用时的奖惩机制、制度自身在技术设计上是否具有合用性。技术设计问题在下文处理，这里先谈前两个略带外在性的因素。

（1）指导案例的效力地位问题

效力地位问题之所以重要，其内在逻辑在于，一项制度或法律规范若不具有适用效力，对其适用者不能形成立法上的拘束力，自然也就难以期望适用者对其高频率、高质量地进行“引用”。按照这一逻辑，指导案例制度似乎自始就注定是一项难能成功的制度尝试：如果说在刚运行的几年里，因其主事者最高院的态度暧昧而影响下级法院的引用积极性，那么随着法[2015]130号文件的发布，最高院自己否定指导案例之法源性效力后，更难期待下级法院有提高引用率的动力。

或许是执着于这样的逻辑的力量，学界关于指导案例效力地位的争议，并未因法[2015]130号文件的发布而平息，仍有不少学者仍孜孜于证立指导案例具有法源效力或类似地位，^[68]甚至主张建立类似英美法系的判例法制度。^[69]赋予指导案例以法源效力的研究取向，固然可在实证法上免却对其制度正当性的质疑，但能否彻底解决所有的问题，仍有疑问。姑且不说这一研究进路所遭遇的难以克服的宪政与司法体制上的障碍，也不考虑判例法体制是否适合当下实际的司法土壤，^[70]单自能否提升其“引证率”的角度看，其愿景也不容乐观，至少不会有立竿见影的效果，因为现实远比逻辑为复杂。

我们不妨以实证法规范来做一个不很恰当的类比。实证法规范对法官的约束效力，想来不会有人提出怀疑。但是，某一实证法规范（如本文所涉及的《公司法》第182条），在相关案例与判决中得到有效援引的比例是多少？虽然我们并不掌握这样的分析数据，也鲜有这样的研究路径，但笔者个人的一件真实经历，倒颇能说明问题：2010年笔者曾到中西部地区的若干基层法院讲授《物权法》的适用问题，却吃惊地发现，尽管《物权法》实施已三年多时间，也尽管

[67] 以嗣后类似案件的各承办法官为调查对象，这样有针对性的实证调查方法，也未见于现有的研究文献。现有研究虽有采用以法官为被调查主体的问卷调查的方法，但多着眼于指导案例的一般性制度，即着眼于全体所有的指导案例，未专门针对某一指导案例，故就指导案例的“（量）低（质）劣”引用现状，或者所谓的“隐性使用指导性案例”（张骐教授语）或“隐名的指导案例”（孙维飞教授语）现象，虽能获得一定的实证观察，但其分析结论，仍不等于进而不能替代以各承办法官为对象的追踪式调查——也因为此，本文仅期待嗣后的研究能弥补这一缺陷。相关文献可参见杨会、何莉苹：“指导性案例供需关系的实证研究”，《法律适用》2014年第2期，第96~100页；张晶、何家弘：“法律适用之难与判例制度之善”，《法律适用》2014年第6期，第13页以下；张骐：“再论类似案件的判断与指导性案例的使用——以当代中国法官对指导性案例的使用经验为契口”，《法制与社会发展》2015年第5期，第138页以下；前注[6]，孙维飞文，第17~18页。

[68] 如前注[26]，雷磊文，第272~290页（主张“准法源”说）；泮伟江：“论指导性案例的效力”，《清华法学》2016年第1期，第20~37页（认为“司法先例具有天然正当的法源地位”）。

[69] 如王涌：“判例制是司法改革的‘蝴蝶之翅’”，《财经》（2015年12月14日），对指导性案例制度持质疑态度，主张最高院可在此基础上，“进一步推进，走向判例制”。

[70] 就此亦参前注[2]，刘作翔文，第40~41页。



法官大多知道已有《物权法》，但在这几个基层法院里，遇到物权纠纷的案件时，判案时却仍依据1986年《民法通则》的相关规定——这也就是说，已生效三年多的《物权法》，在这些基层法院里，丝毫未得到适用！^[71]《物权法》这样的大法尚且如此，对指导案例来说，即便被赋予法源地位，又能如何呢？更何况各个指导案例所归纳出的裁判规范，在内容上又是如此的五花八门！

因此，在指导案例制度已运行数年后，虽然不能径以“存在即合理”来为其正当性背书，但至少在探究其并不令人满意的引用现状的原因方面，将其擢升至法源地位的努力，已非对症良药。

（2）对引用的奖惩机制

在法〔2015〕130号文件中，最高院一方面自我否定指导案例之法源效力，以有别于在司法解释制度上的所作所为，^[72]表现出相当的克制与谦抑，但在另一方面却通过法院系统内部的司法行政管理途径，^[73]试图激起各级法官正确引用指导案例的积极性。^[74]这一做法是否符合严格意义上的司法独立原则，暂可不论，但至少又会给中国司法增添一项新特色。至于能否在事实上改变指导案例低劣引用率的局面，仍有待该号文件发布后的实证研究。不过，就本文范围内所涉及的这33个案例，检索各法院可公开的工作简报或总结类的新闻稿，笔者并未发现一例因对指导案例8号未引用或引用不规范而发生的惩戒事例。再考虑到目前法院系统所承受的“案多人少”的窘迫现实，^[75]即使有有关个人业绩考评的奖惩措施，但对大多数法官来说，能迅速且准确无误地引用相关指导案例，确实是件心有余而力不足的奢望。

2. 对指导案例制度功能的再认识

虽然有上述的分析，但也不能因此悲观地认为，目前所推行的指导案例制度，经实践检验，已属一项失败的、因而应当“叫停”的举措。对指导案例的评价，关键仍在于其制度功能的定位。

在最高院自己明确否认其法源属性后，指导案例的地位与功能，在本文看来，几与理论学说相当。二者的区别仅在于，理论学说只呈现于教科书或理论文献中，在目前的裁判文书中，尚不得其门而入；反之，凭借有形的制度体系及其一定程度的保障力，指导案例（主要是其裁判要点）可以堂而皇之地进入后案判决，为其裁判结果提供相应的裁判理由。而后案裁判在其裁判理由部分，引述指导案例来为其裁判结果说理，不仅不存在现行司法体制上的制度障碍，而且在学理上，也不会遭遇到质疑。准此而言，指导案例对后案裁判的约束力极其有限，最高院着眼于法院系统内部的奖励机制，来激励指导案例的引用，实属无奈之举。

〔71〕 笔者一再询问与追问其原因，才有法官腼腆地回答：不知道该怎么用《物权法》！因为绝大部分办案法官并没有直接接受《物权法》“培训”的机会，上级法院或其他机构组织的《物权法》培训班，分配给各个基层法院的名额很有限，一般由主管副院长与民庭庭长享受，大多数法官只能从这些接受过培训的院长、庭长的报告里学习《物权法》，其效果也就可想而知了。

〔72〕 对最高院司法解释体制的系统阐述，可参见董皞：《司法解释论》，中国政法大学出版社2007年修订版，第163页以下、第295页以下；新近论证其法源地位之正当性者，如前注〔26〕，雷磊文，第284~286页。

〔73〕 具体见法〔2015〕130号第14条：“各级人民法院对于案例指导工作中做出突出成绩的单位和个人，应当依照《中华人民共和国法官法》等规定给予奖励。”

〔74〕 关于指导案例指导下法官的说理义务，尤其是其中司法行政管理的定位，最新研究可参见曹志勋：“论指导性案例的‘参照’效力及其裁判技术——基于对已公布的42个民事指导性案例的实质分析”，《比较法研究》2016年第6期，第128页以下。

〔75〕 相关问题参见江苏省高级人民法院民三庭课题组：“怎样解决案多人少的矛盾？——以A中院民三庭K法官为调研样本”，《法律适用》2015年第6期，第26~32页。

一旦将指导案例的功能定位于后案裁判的裁判说理，那么对指导案例制度的评价，实际上也就归结为一个制度成本与收益的衡量问题，即最高院是否值得如此大力气地推行这一制度？对这一问题的回答，已超出本文的能力。本文更愿意指出的是指导案例制度所能带来的积极意义：第一，对审判第一线的法官来说，附有“故事情节”的指导案例，有助于训练其案件比对能力，^{〔76〕}也有助于其提高“找法”的水平；第二，有利于培养学理研究中偏重于实务关注的风气，进而借助于案例研习与教学，得以训练与推广法教义学方法；第三，一旦理论与实务并流，案例与学说合力，久而久之，也就有利于法律问题中学理通说的养成。

这几点咸认认同的积极意义，不限于眼前，也不限于将来的某一时，而是伴随法治进程的始终，是法治过程中永不能放弃的追求。只要承认这些积极意义，那么指导案例的做法就值得肯定。至于推行指导案例制度所高举的“同案同判”这一法治大旗，恰是任一司法制度所追求的一项终极价值，其实现不仅需要调动所有的司法元素，更需要司法外各元素的配合，各种元素协同用力，始有其成；而指导案例制度只是其中一个新近添加的元素，岂能一肩独担！故而，即使目前指导案例在后案裁判引述上的统计数据不很乐观，也不必过于苛求。须知，法治说穿了，就是一种社会态度与习惯，其养成，岂在朝夕之间！

（三）完善指导案例运行机制的思考

只有秉持平和的心态、自制且理性的思考，那么上述不很乐观的统计数据，才能化为进取的动力与努力的方向。探究指导案例在嗣后类似案件中难以有效引用的原因，固然是提出解决方案的前提性工作，但是如上所述，一一调查后案法官不引用或不正确引用指导案例8号的原因，这样的田野调查工作，非本文所能承载。不过可以肯定的是，基于对司法现状之极久的体认，其根源应牵涉整个的司法系统与制度，断非在于某一孤立的制度或事实。^{〔77〕}也因为这一局限，下述仅基于分析样本的特点，并结合学界已有的讨论，提出几点文本意义上的思考：

第一，虽然时有主张指导案例发布权下放至各地高院乃至中级法院的声音，但鉴于各级法院工作能力的现状，本文略持保守态度，仍倾向于由最高院掌握统一发布权。至于就各地上报、遴选后的原案，最高院（之“案例指导办公室”）须实施“裁剪”，并配以固定格式的做法，也常引起质疑，^{〔78〕}且确有可议之处。窃以为，与其施以笨拙“裁剪”，不如直接发布原案，由案例指导办公室经特别工作流程后，为其添加“裁判要点”；同时不回避原案裁判所存在的问题，一一指出如法条引用不当、裁判理由说理不充分或须调整逻辑等，使后案裁判法官能知其得失，进而又可起到改进并规范裁判文书写作的功能，可谓一举几得。

第二，裁判要点是指导案例构成的核心部分，在外形上具有一般性规范的特征，旨在陈述一项所涉法律部门的法律命题或学说。而一项法律命题或学说，尤其是在通过案例方式来提出

〔76〕 借助于电子数据处理与检索技术的发展，对类似案例（包括各指导案例）的查找与比对，会愈发便捷。这固然会有助于法官更快捷地来判案，却也存在使其急于体系化地法教义学精细训练，满足于法学知识的碎片化。这一现象，即使在法官之法教义学训练极富传统与严格的德国，业已引起其学者的关注；对此参见〔德〕施蒂尔纳：“德国民法学及方法论——对中国法学的一剂良药？”，黎立译，载《中德法学论坛》第12辑，法律出版社2015年版，第39页。

〔77〕 在这方面，已有学者针对特定区域内（即天津市）基层法院法官展开问卷调查，探究指导案例在基层“遇冷”的原因，其分析与讨论，极具阅读价值；参见前注〔67〕，杨会、何莉苹文，第96~100页。

〔78〕 对此亦有批评者，如前注〔2〕，刘作翔文，第45页。



或确立时,往往需要后续更多类似判决的重复、检验、支持乃至否定,以形成一贯的司法实务立场,方能固定为成说或成规。这也意味着,就某一法律主题,已发布的指导案例,并不排斥嗣后同主题或类似主题之指导案例的继续发布。就本文所处理的指导案例8号而言,尤需如此,因为该案所确立的两项裁判要点,其在法教义学上的意义,均需要通过嗣后各不同类型案例的补给,才能在后续的类型化工作中体现出来。

第三,指导案例在功能上类似于学说,且在“同案同判”法治目标的实现上,须与其他法治元素的通力协作,其中尤赖于学理界的反馈、批评、响应。然而,就本文之指导案例8号,学界的回应很有限,除若干论文外,嗣后出版的公司法教科书,能提及该号案例者,寥寥可数,且也只是提及,并无深论。^[79]但是,恰如本文分析所示,相较于指导案例制度运行机制之实证检验的贡献,指导案例8号提供给公司法中公司司法解散制度的反思意义,要更为深远与重要,甚至有可能会引发对现行司法解散制度的重构。

本文深信,在明确其不具有法源地位后,指导案例对后案裁判的影响或者“参照”力,更多地取决于其本身在裁判说理与结论上的说服力。^[80]而这种说服力恰恰需要理论上的回应,需要学界去进一步阐发裁判文书因其格式而未能展开的说理细节,揭示其中可能隐存的理解偏差。唯有如此,指导案例的内在说服力与影响力才会扩大,才会提高在后案裁判中的“引证率”;也唯有如此,“法学通说”才有形成的可能;^[81]进而,水到渠成时,由此上升为习惯法乃至成文立法,亦非不可期也。

五、结 语

诚如文初交代,本文所采取的追踪式研究,是关于指导性案例制度研究的一个转型尝试。本文的尝试,至少已较真实且完整地呈现出指导案例8号在嗣后类似案件中的引用实况,并引发对公司法领域以及指导案例制度自身的较切合实际的思考。尽管本文的立场与结论仅限于对指导案例8号的引用情况,不能推至对其他指导案例的考察,但仍期待对其他各指导案例的后续同类研究的跟进,以印证或砥砺本文所尝试的实证研究方法,进而获得对整个指导案例制度更真切的观察。

[责任编辑:程啸]

[79] 以笔者检索,提及指导案例8号者,仅王军:《中国公司法》,高等教育出版社2015年版,第472~475页;时建中主编:《公司法原理精解、案例与运用》,中国法制出版社2012年第2版,第661~664页;胡晓静:《公司法专题研究:文本·判例·问题》,华中科技大学出版社2013年版,第272~273页。

[80] 参见前注[74],曹志勋文,第111页以下。

[81] 参见黄卉:《法学通说与法学方法——基于法条主义的立场》,中国法制出版社2015年版,第2页以下、第78~79页。