

# 民事指导性案例的方法论功能

姚 辉

按照一种较为形象的说法，如果把法律比作身体，那么，法学则是其神经；神经过于敏感，则会导致身体僵硬；神经过于迟钝，则会导致身体瘫软。这种比喻不仅是判例法国家的写照，也其实是法典法国家的实情。一个众所周知的现象就是，大陆法系多数成文法国家的民法典，往往都与其存量丰富的判例相配套而适用。至于侵权行为法之类因体系构造原因而显得高度抽象概括的规范，更是直接以判例法的形式而存在。然而在中国，判例之应然作用与地位，尚有待探讨。作为一个审慎而折中的制度选择，最高人民法院创设并开始实施的，是在两大法系中均不存在的“案例指导制度”。从最高人民法院2010年发布的《关于案例指导工作的规定》的精神来解读，案例指导制度中的指导性案例的含义非常丰富，具有参考、参照、示范、指引、启发、规范、监督等多重含义，需要逐步加以理解、探索和把握。本文仅从民事案件的特点出发，就民事领域的指导性案例可能具有的功能略作阐述。

一、法律解释

法律非经解释不得适用。法律解释构成法律适用的前提，此乃就二者关系的一般性判断。然而，这一判断却未穷尽对二者关系的认识，至少，忽略了法律适用所具有的诠释法律的功能。卡多佐就认为，法律应用本身同时也负担着“更深入地挖掘实在法的深层含义”的任务。司法实践的过程则进一步印证了其观点。在法官就案件进行审理的过程中，无论是对当事人请求权性质的认定；还是对裁判依据的选择，无不包含着其对法律规范含义的探索与解释。“法官审判案件、正确地理解法律并把它展现于裁判文书的过程，实际上就是一个法律解释的过程”从这个意义上讲，指导性案例本身也包含了法律解释的功能。而且，基于指导性案例自身的特质，其在法律适用的过程中具有某些更为优越的功能：

首先，指导性案例可以兼顾法律解释方法运用规则的内容。解释方法是法律解释的基础，表明了进行法律解释时可供选择的手段或路径。然而，就法律解释目的的达成而言，解释方法固然必要，却远未充分。理论研究对法律解释方法的不懈挖掘与探索，为法官解释法律的活动提供了丰富的分析工具，而法官在对工具选择与运用上的恣意，则有可能使法律解释偏离其既定的目标，走向制度的反面。实践中，借由不同的解释方法就同一规范做出相异甚至是相反解读的实例并不鲜见。这充分说明了解释方法本身的不自足性，必须配以相应的规则，对解释主体的解释方法的选择与运用过程加以必要规制。现有理论倾向于根据各种解释方法之不同品性，设计出相对完善的方法运用规则，以保障法律解释的正确进行。这一思路固然具有其相对合理性，但仍需指出的是，作为“以创造对具体事件妥当的法为目的的技术”，法律解释在对解释方法的选择与运用时，不可能无视作为法律适用对象的案件事实情况。司法实践中，法官往往是根据待决案件的实际而决定对法律解释方法的选择与运用的。法律解释也因此而更多地表现为一种个性化的实践。因而，试图构建一个放之四海而皆准的解释方法运用规则的理想是难切实际的。相形之下，寓居在指导性案例当中的案例解释方法就具有了独特的价值。与通常的解释方法不一样，案例中的解释是在情境中，即把案件放到当下与之相近的案件的语境中来理解讨论。这不仅是涵摄思维以及法律之间的比较，而且是案例之间的类推推论，所以显

得更加细腻

。相对而言，利用指导性案例实现对法律解释的方法运用加以规制的思路则是较具实际意义的。自审判案例形成来看，其诞生于法官的案件裁判过程。如前所述，法官在案件裁判过程又不可避免地需要进行法律解释实践，亦即选择与运用恰当的法律解释方法对将适用于该案的法律规范加以解释和说明的作业。从这一意义上说，任一司法裁判中皆包含了法官法律解释方法选择与适用的经验。而当某一裁判获得最高司法机关的审查许可而成为指导性案例时，其所包含的法官选择和运用法律解释方法的经验的合理性与权威性便得到了肯定，进而可以对同一规范的适用或相似案例的法律解释方法的选择及使用产生一定的引导和规制作用。指导性案例对法律解释方法运用的规制不仅体现出了某种经验意义上的合理性，而且其根源于个案裁判的品质，会更多体现出对案件个性特征的关怀。

其次，较为合理地规范法官自由裁量权的行使

。在传统的成文法国家，法官对法律适用的自由裁量权，一直是个令人爱恨交加的概念。一方面，从沟通抽象规范与具体事实二者的角度出发，法官自由裁量权在法律适用中的合理性得到充分的肯认；另一方面，法官自由裁量权的扩张，又极有可能导致对现有法律体系的冲击，破坏已有法律制度的稳定性。从基本态度上讲，成文法各国更倾向于将赋予法官自由裁量权视为一种不得已而为之的选择。因而，在承认法官自由裁量权的同时，探讨如何对之加以有效的限制便成为法律适用中长期的疑难问题。从目前来看，法律对法官自由裁量权的控制主要是通过严格审判程序、强调基本原则限制以及推行审判公开等方式得以实现的。相较于上述方法，指导性案例制度对法官自由裁量权的规制则要显得精细许多。按照最高人民法院对于指导性案例的功能定位，其对法官自由裁量权的限制主要是通过所谓的“同案同判”机制实现的。根据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第7条，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例时应当参照。所谓“参照”指导性案例，其实际内涵不外乎两点：一是对审理过程的要求，要求法官在遇有与指导性案例相类似的案件时，尽可能地遵循指导性案例的审理思路，在对案件事实认定以及裁判依据的适用，尤其是对法律规范的选择、理解及适用上，尽可能体现出与指导性案例的一致性；二是对裁判结果的要求，即对于类似案件的判决与指导性案例的判决之间不应存在明显的差别。可见，指导性案例，实质上是以案例的方式，将裁判中与法律解释与适用有关的因素加以细化规定，进一步缩小法官的自由裁量适用的空间和幅度。当然，“同案同判”也并非绝对，法官亦可就类似案件作出与指导性案件截然不同的法律解释与选择，只是如此情形下，法官需要负担更为沉重的说明义务，以充分阐述其裁量的合理性。这一程度上也有助于促使法官谨慎行使其自由裁量权。此外，就“同案同判”而言，法官的首要任务在于对待决案件与指导性案例之间的同一性作出事实判断。而就对法官自由权的依赖程度而言，事实判断要远低于价值判断，因此，所留给法官的自由裁量的空间无疑也要狭小得多。

最后，弥补规范性司法解释的不足

。由最高国家司法机关对法律进行规范性解释的制度，形成于我国特定的历史背景之中，虽在长期的司法实践中发挥了巨大的作用，却也引发了不少的问题与争议。对其涉嫌“僭越”立法权的指责，便是众多针对规范性司法解释的非议中至为尖锐的一项。规范化的表现形态以及一般性的调整方式，使规范性的司法解释穿上了法律的外衣；最高人民法院在2007年颁布的《关于司法解释工作的规定》中直接宣示“最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力”的做法，更是使其沾染了法律的实际。有学者认为，尽管仍然被冠以“司法解释”之名

最高人民法院的这种抽象司法解释权其实无论在什么意义上都是一种“立法权”。

国家司法机关借由司法解释分享立法机关的立法权力，因其相悖于近代以来的民主政治理念，而颇受诟病。而指导性案例则完全可以避免上述问题的纷扰，其具体的案例式的表现形式使其在外观上与法律划清了界限，而“参照”的效力定位为则使其从实际上彻底撇清了与制定法之间的关系。有学者提出，只要判例解释坚持“依法”、“事后”和“具体”三条底线，就不会进入立法的独占领域。

此外，规范性解释的问题还体现为其抽象性品质难以与法律解释的要求相符。在法律技术上，规范性与抽象性形影相随，为了满足规范重复适用于不确定对象的需要，对纷繁的社会生活加以一定程度上的抽象则不可避免。虽然为了增强对审判的指导功能，司法解释已尽可能地将规范适用的条件及其内容规定得尽量具体实用，但仍无法改变其抽象性品质。甚至，规范性的司法解释在不断接近立法的同时，与个案的适用却似乎“渐行渐远”。而从法律解释旨在沟通抽象规范与具体事实的目的来看，抽象的规范性解释本身并没有完成、至少是没有完全完成法律解释的使命。许多解释规范在具体适用时，仍需要法官对之作出进一步的解释，而这种“对解释的解释”不但耗费了司法资源，同时也可能由于信息的多次衰减而出现对立法本意的偏离。

而指导性案例对法律的解释的本身便是案例，其解释功能不仅来源于具体案件的裁判过程，还以具

体案例的方式表现出来。案件形态使其更富具体性，可以为法官司法裁判所直接适用；而法律解释环节的减少，也更有助于实现裁判结果的确定和统一。

## 二、填补漏洞

法典化时期，在理性主义的感召下，民法典的制定者们曾将制定一部完美而无漏洞的法律作为其奋斗的目标。然而，法典自出台后，却在现实的一次次挑战中败下阵来。法律社会调整功能的有限性不仅宣告了法典万能理想的破灭，同时也将法律漏洞的概念带进了人们的视野。现如今，法律不可能没有漏洞已成为共识。习惯上，通常将法律漏洞表述为法律体系上违反计划之不圆满状态。

引致法律漏洞的原因既有立法者的主观局限，也有社会的客观变迁，不一而足。当法律漏洞出现时，如何填补漏洞则成为当务之急。尤其在司法裁判中，法官既不可以无法为由拒绝裁判，更无从期待立法者施以援手，纠纷解决的时限性，使法官不得不直面法律漏洞填补的问题。

依民事裁判的视角，所谓法律漏洞，不外是指案件裁判依据亦即司法三段论之大前提的缺失。而漏洞的填补，便是指导寻找裁判的依据的作业。一般意义上，法律漏洞填补方法的内涵大致可以分为两方面：一是寻找法外渊源以为裁判依据的方法。学者认为，可大别为三：其一，依习惯补充；其二，依法理补充；其三，依判例补充。

二是改造实证法规范并以之填补漏洞的方法，即所谓狭义的法律漏洞填补方法。通常包括类推适用、目的性限缩、目的性扩张以及反对解释等等。推崇判例法的学者倾向于将案例（或判例）视为填补漏洞时的裁判依据，并对之抱以极大的期望。然而，在我国严守成文法立场的语境下，案例，即使是指导性的案例，作为可资援引裁判的法律渊源地位仍难以得到肯定。其实，判例在法律漏洞填补中角色一向比较尴尬：在判例法国家，判例即意味法律，判例所至则漏洞不存；而在非判例法国家，判例不具法律渊源的地位，即便法律漏洞有案可循，亦无法援引而为裁判的依据。因此，指导性案例通常难以“候补”法律渊源的身份介入到具有法律漏洞的案件中，而成为填补漏洞的依据。

就法律漏洞的填补而言，指导性案例的贡献主要在于漏洞填补方法的指引上。首先，指导性案例对法律漏洞填补的功能广泛地体现在其法律解释功能的发挥上。“只要解释足以回答的问题，那么法律就远离漏洞”；通常认为，为了防止法官的恣意、尊重立法目的，法律漏洞的填补需以漏洞存在为前提，而法律存在漏洞的判断却须以在穷尽狭义的法律解释方法后方才能做出。在对法律规范的诸多解释中，形成于个案裁判的指导性案例所包含的解释又是至为具体和精细。因而，在进行漏洞填补前，结合指导性案例对相关法律规范的解释，对是否确实存在法律漏洞做出准确判断，无疑是十分必要的。同时，大多数法律漏洞的方法如类推适用、反对解释、目的性扩张和目的性限缩等都须建立在对法律规范的精准理解和解释基础之上，而这正是指导性案例见长的地方。其次，指导性案例对法律漏洞的填补贡献还集中体现在对类似案件中漏洞填补的指导上。如果指导性案例本身就是填补法律漏洞的基础上作出的，则其裁判过程中所进行的漏洞确认、方法选择以及裁判依据的适用等，都将为成为后来与之相似的案例在法律漏洞填补中参考和效仿的对象。从这个意义上讲，指导性案例虽不能作为裁判直接的根据，但却指引了法律漏洞填补的过程，成为了法官在法律漏洞填补中的实际依据。相应的指导性案例形成后，法律漏洞虽然在规范形式上依然存在，但对于司法裁判官而言，已无法对其法律适用造成太大的困扰。法官无需过多地探究法律漏洞填补的问题，只需参照指导性案例进行裁判即可。

在某些情形下，社会的发展可能完全超乎法律预料，继而出现了法律未及调整的领域。当这些领域内的纠纷诉至法院时，法官便需要面对法律漏洞填补的问题。而由于欠缺所谓“法的计划”的指导，法律漏洞填补则显得复杂的得多。通常认为，此般情形的漏洞填补，主要依靠裁判法官的法续造活动，拉伦茨称之为超越法律的法的续造。超越法律的法的续造很大程度上依赖于法官的主观能动，因而，对自由裁量权的限制便显得较为严峻。拉氏认为，可以通过要求法官必须依法律性的考量说明其根据的方法对之加以一定的限制，主要包括结合交易的必要性、事物的本质以及法的伦理性原则等方面的考量。

笔者认为，对超越法律的法的续造的监督而言，指导性案例的作用无疑将会是有效的。在案例指导制度下，法官的法外续造首先需要受到类似案例中法官法外续造经验的限制，而即便未产生类似的指导性案件，基于法外续造这一相似性，其也要受到其他具有法外续内容的指导性案例的约束。

不难发现，指导性案例对法律漏洞的填补具有明显的便宜性特点。即一方面，利用指导性案例可以较为便捷地实现法律漏洞的填补，另一方面，这样的法律漏洞填补方式仅是一种权宜之策而非长久之计。指导性案例在法律漏洞填补上的便捷性是有目共睹的。就裁判实践而言，指导性案例为待审案件的法律漏洞填补提

供了较为精细的方法，尤其是对与之类似案件的法律漏洞填补，更是提供了一套完整、具体并已经实践检验的漏洞填补方法指引，帮助法官迅速完成法律漏洞的填补工作，提高审判的效率；从规则的生成来讲，相较于了法律或规范性的司法解释的制定而言，指导性案例的形成则要简便得多，能够更及时地实现法律漏洞的填补。虽然，指导性案例在法律漏洞有着极为不俗的表现，但是，无论是出于对自身体系完善追求还是基于提供更为明确的行为指引的考虑，成文法都无期限地容忍这种违反计划之不圆满状态存在，其将选择适当时机，或通过立法或通过法律修改的方式，将法律漏洞纳入法律调整范围，进而结束指导性案例就该法律漏洞进行填补的使命。而在规范制定的过程中，指导性案例推动与经验指导作用同样是不可忽视的。

三、价值补充

与得单纯地依逻辑推论即可进行适用操作的确定性概念不同，在民法典中同时也存在着一些不确定的法律概念。不确定概念基于其开放性或封闭性程度之不同，又可分为开放式不确定概念和封闭式不确定概念。不确定概念与规范性概念中的类型式概念以及一般条款具有共同特征，即在适用到具体案件时，须经评价地补充。也正是基于此类概念的大量存在，民法典才存在所谓法内漏洞。此类概念也因此具有一项基本特色，即须于个案中，依价值判断予以具体化，所以又被称为须具体化或须价值补充的概念。该类概念的机能就在于使法律运用灵活，顾及个案，适应社会发展，并引进变迁中的伦理观念，使法律能与时俱进，实践其规范功能。

。与基本原则一样，不确定概念所带来的问题，乃是此类概念的司法适用中立法及司法、法官与法律的关系，即价值补充的性。质为何？换句话说，是法律漏洞或法律解释问题。对此，学说上的见解并不一致。应该说，需要评价性地予以补充的法律概念和一般条款的存在，固然有个案衡平及引进法外价值的功能，但根本缘由在人类囿于自身的认识能力，于规范设计时尚不能避免挂一漏万，从而寻求开放性概念的结果。所以，这种由开放性概念引起的不圆满状态，亦属于法律漏洞，只是法律已明文授权法院补充这种“漏洞”而已，与一般法律漏洞之区别在于该类漏洞属于“授权补充漏洞”或“法内漏洞”。

通常认为，法律解释说的价值补充原则为应尽可能在文义范围内进行解释衡量。而法内漏洞说的价值补充，须适用存在于社会上可以探知认识之客观伦理秩序、价值、规范及公平正义之原则，不能动用个人主观的法律感情。

结合案例指导制度而言，首先，不确定概念在指导性案例中实现了具体化。通常认为，不确定概念是法律对社会生活高度抽象的结果，以高度抽象为代价，换取其对社会变迁的较强适应能力。而抽象又以摒弃对象个性为能事，抽象程度越高，摒弃的个性便越多，抽象性高达一定程度时，便可能导致指称不确定的结果，形成了“一切以时间地点为转移”的概念品性。因而，所谓不确定概念的具体化，实际上是对抽象化的逆向操作。即将被抽象化摒除的某些个性补充回来。既然概念是对社会生活的抽象，那么对概念个性的补充（或称价值补充）的主要源泉也应来自社会生活，而结合具体化以适用于个案为目的的特征，其最直接的价值补充应当来源于案件事实。通说认为，不确定概念的具体化，需要结合特定案件的事实进行判断。通过

将具体案件事实导入不确定概念中，使得其原本流动、模糊的概念内涵，在“特定的时间、地点”下得以最终确定。指导性案例本身即是一个具体的案例，同样包含了丰富的事实因素，故可堪当不确定性概念价值补充的重任。不确定概念可借由指导性案例中包含的具体案件事实实现概念的具体化。这不仅为人们提供了一个更为全面和深刻地认识不确定概念内涵的机会，同时还为不确定概念在其他案件尤其是与指导性案件相类似案件中的具体化提供了可资借鉴的思路，有助于在这些案件审判中不确定性概念价值补充的实现。值得注意的是，最高人民法院《关于案例指导工作的规定》将“法律规定比较原则的”作为指导性案例遴选的条件之一，也透露出其希望的借助指导性案例，不断推动不确定概

念走向具体化的制度设计意图。

其次，指导性案例包含了类型化的思维。类型化是在对不确定概念进行价值补充时的常用手法。通过对生活事实或典型案例的分析，归纳出若干类型，从而将不确定概念和一般条款具体化，使不确定概念和一般条款具有可适用性和可操作性，以弥补其难以具体适用的不足。

通过对其选取条件的考察，我们不难发现指导性案例中所包含的类型化思维。根据最高人民法院《

关于案例指导工作的规定》的规定，能够获得指导性资格的案例必须符合“具有典型性的”的要求。而所谓典型性，其实蕴含了类型化的思维，是在对案例进行分类的基础上，选取出各类案例中最能反映该类型案件特征的一个作为其代表。在这样的类型化思路下，各类型案例的共同特征，并不是通过归纳并以抽象形式表现出来，而是通过典型案例的所具有的特征得以彰显，此时类型特征与典型案例的特征达到了较高度度的相似甚至统一。亦即在案例指导制度中，指导性案例虽然仅表现为一个个案，但其实际上却作为某一类型案件的代表，较大程度上反映出该类型案例的共有特征。在对待审案件进行类型涵摄时，则仅需将之与各类似的指导性案例进行对比，以相似性程度确定的类型归属，并一定程度上参照指导性案例而对案件中的不确定概念进行价值补充即可。就司法裁判而言，以典型案例所作的案件类型化对不确定概念的价值补充，无疑更具直接和便利性。

再次，结合指导性案例，有望增强文义对不确定概念的解释力。一般认为，不确定概念无法通过文义解释的方式而达成具体化。但文义解释却有助于在一定程度上确定出不确定概念的大致范围和大致内涵。从此意义上讲，文义解释可以对不确定概念起到一定程度的价值补充作用，而且在一定范围内，文义解释得对不确定概念的阐述越充分和精确，其所在起到的价值补充作用就越明显。但语言本身所具有的抽象、模糊性等特点，使之往往难以自足地对不确定概念进行清晰的表达。而在指导性案例中，法官对不确定概念进行价值补充的实践，则为文义解释提供了较为直接和完整的不确定概念的参照物。例如，人们或许永远也无法仅凭文义说清楚何为“显失公平”，但结合有关显失公平的案件，则可以表达得形象而生动。参照指导性案例，可以较大程度上克服文义解释的语言弊端，更为完整和全面地反映不确定概念的特点，提高其对不确定性概念内涵和外延的确定性程度。为价值补充提供便利。近年来，最高人民法院公报在对指导性案例进行公告的基础上，还着重进行要旨和摘要的提炼，这一做法对推动不确定概念的价值补充而言无疑具有积极意义。

最后需强调的是，指导性案例并没有免除法官的说理义务。有学者指出，“法官将不确定的法律概念具体化，并非为同类案件确定一个具体的标准，而是应CASE&nbsp;BY&nbsp;CASE，随各个具体案件，依照法律的精神、立法目的，针对社会的情形和需要予以具体化，以求实质的公平与妥当。因此，法官于具体化时，须将理由述说明确，而且切莫引用他例以为判断之基准。”而指导性案例的功能主要是以“同案同判”的方式实现的，因而容易出现上述所提及的不说理由、“引用他例以为判断之基准”的情形。不过笔者认为，借用指导性案例作为不确定概念的价值补充的方式，并不必然会出现上述滥用裁量权的问题。首先，要求法官说明理由的目的主要即在于防止法官自由裁量的滥用。而且，实行案例指导制度并未意味着法官的裁判不需理由，指导性案例仅是为法官提供了裁判思路和裁判结果上的指引而已，仅仅具有“参照”价值。法官在参照指导性案例进行裁判时，仍需要参照指导性案例的裁判思路和方法，进行裁判说理。其次，要求不得“引用他例以为判断之基准”，还意在维护不确定概念“顾及个案”的品质，担心在指导性案例“同案同判”的机制下，不顾本案特点直接套用指导性案件敷衍了事。但是，“同案同判”作为案例指导制度的价值表述，并非是机械化地要求类似案件都必须相同结果的判决，而是仅是为后者提供裁判思路上的参照、指引而已，是裁判的方法、思路相似，而非“为同类案件确定一个具体的标准”，法官在价值补充时仍需要进行独立的判断。只是有了指导性判例的指引，其可以更准确地掌握价值补充的标准和方法而已。

#### 四、利益衡量

法律是为解决社会现实中发生的纷争而作出的基准，成为其对象的纷争无论何种意义上都是利益的对立与冲突。而在利益或价值相互冲突、彼此对立时进行取舍抉择的基本方法是利益衡量。利益衡量是法学方法论上的一个十分重要的概念和方法。“权利也好，原则也罢，其界限不能一次确定，而毋宁多少是开放的、具流动性的，彼此就特别容易发生冲突。冲突发生，为重建法律和平状态，或者一种权利必须向另一种权利（或有关的利益）让步，或者两者在某一程度上必须各自让步。于此，司法裁判根据它在具体情况下赋予各该法益的重要性，来从事权利或法益的衡量。”因此，利益衡量也被拉伦茨称为“个案中之法益衡量”。

利益衡量自20世纪90年代由日本介绍进来以后，在理论研究层面和司法实践层面均取得了长足的发展，其适用法域也从最初的民法绵延至刑法、行政法、民事诉讼法、证据法等领域，成为了法院应对疑难复杂案件的流行解决之道甚或不二法门。但利益衡量绝非任何时候均有其适用，而是有着自己严格的适用范围。为避免利益衡量的滥用，有学者从整个法律制度的协调视角出发，提出“法外空间”不应进行利益衡量，应在妥当的法律制度中进行利益衡量，应在同一法律关系中进行利益衡量，妥当的文义存在于法律制度中，选择妥当的法律规范作为衡量的依据，法律救济不能的案件不进行利益衡量

”等限

制

。笔者想进一步强调的是，利益衡量的本质是对成文法规则的一种超越，是以牺牲法的安定性为代价，不得已而跨过法律规则，直接进入背后的利益评判，其主观性尤烈，因此“只有在一切其它它发展方法都不能奏效，而又不能从立法者那里期待得到及时的补救措施时，超越法律的法律发展才是允许的”。

在法有明文规定，但适用该规定将导致显失公平结果，换言之，在法的适用出现与立法宗旨背离的情形，法的安定性与实现正义之间发生冲突时，利益衡量于此将发挥“纠错”功能。但在面临仅仅轻微损伤到正义的法规时，法官仍应首先尊重法的安定性，只有“当一条法律其违反正义的程度已达到不可忍受的程度”，适用之将带来立即巨大的不正义时，则法律的安定性应让位给正义。

这是一种极其特殊的情形，其实现的最佳载体和表现方式，当属民事指导性案例。

## 五、创设规则

司法在通过判例产生法律规则方面的作用，正如联邦德国最高法院早在1966年指出的一样：“对法律人来说，毫无疑问的是，在任何时代，现实的法都是制定法和法官法的混合体。值得讨论的不是是否存在法官法，而只是其分量和尺度而已。”同样，前联邦德国最高法院院长霍伊辛格在离职致辞中说过，“作为法官，我们并不想僭取立法权，但是我们也深切地意识到，于此界限内，仍有宽广的空间提供法官作有创意的裁判、共同参与法秩序的形式。”

当然，指导性案例创设规则的功能应属例外，主要存在于法律漏洞填补和法律规定的细化上。创设司法规则的案件面临的是法律漏洞或空白，往往需通过直接适用法律原则而寻求个案的解决，或是在对现有规则加以阐释的基础上而予适用，因而可从这类案件出发，总结裁判方法或提炼新的规则，以指导其后的实践。研究发现，在很多场合，这种“规则”常被以后修订或制定的法律所吸收。如著名的“死亡博客案”，就是先通过司法实践确立提示规则之后，再将该案例创设的规则纳入2009年通过的侵权责任法之中

。而另一个著名的案件即“武汉市煤气表散件购销合同纠纷案”，也确认了因情事变更解除合同的判旨，

事实上成为“后来主张制定有关情事变更”的法律条文或司法解释的渊源之一。

根据最高人民法院《关于案例指导工作的规定》的规定，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例时应当参照。这一规定首先表明我国的指导性案例确实对其他案件的审判具有某种程度的拘束力，同时也说明，这一拘束力本身并非具有作为裁判依据的功能。指导性案例的拘束力性质，决定了其所创设的应当为裁判性的规则，一般不可以直接援引作为裁判的依据。但由于裁判在社会生活中的特殊地位，这些规则仍然产生了行为规范的作用，实际上约束着人们的行为并可以在经立法确认后正式上升为法律规范。