

# 建构指导性案例群的内在机理与途径 ——对个案式指导性案例遴选机制的批判

张 顺

**摘 要:** 最高人民法院通过《关于案例指导工作的规定》这一司法解释,建构了一种个案式、行政化的遴选指导性案例的机制。个案式、行政化的遴选机制虽能保证所遴选的个案成为“超级指导性案例”,却严重违背指导性案例发挥作用的方式。要解决个案式、行政化遴选机制所可能引发的系列问题,就需要建构五个层次的指导性案例群,或者说“类型化的案例”。建构指导性案例群的内在机理,可以从形式推理、“例证”技术、类比推理、“试错”方法和诉讼构造等五个方面予以阐释。与此同时,为了建构指导性案例群,就有必要对指导性案例的生成机制、案件事实的裁剪技术、裁判要旨的归纳方法等配套制度进行相应的改革。

**关键词:** 指导性案例;案例群;遴选机制;法律方法

**作者简介:** 张顺,常州大学史良法学院讲师,博士。

**基金项目:** 国家社科基金重点项目“良法善治视域下法治与德治关系研究”(15AZX021);江苏省研究生创新工程项目“风险规制中的社会主义问题研究”。

**中图分类号:** DF821 **文献标识码:** A **Doi:** 10. 3969/j. issn. 2095-042X. 2016. 03. 005

## 一、研究的理论背景

自2010年最高人民法院通过并颁行《关于案例指导工作的规定》(以下简称《规定》)以来,截至2016年4月,最高人民法院已经先后发布11批指导性案例。从指导性案例的发布方式看,我国采取了个案式、行政化的遴选发布机制。行政化的遴选方式系由《规定》第3条予以确定“最高人民法院设立案例指导工作办公室,负责指导性案例的遴选、审查和报审工作。”显然,这是一种行政化的遴选审查机制,与英美法系、大陆法系判例的自然生成在机制上存在本质上的差别。这一理性建构的机制导致案例指导制度存在诸多被异化的危机,如“从指导法官适用法律变异为控制法官裁判行为;法官则从依法裁判变异为依上级意志裁判”<sup>[1]</sup>。除了行政化倾向外,现行案例指导制度最大的问题莫过于个案式、典型化的遴选标准。所谓“个案式”,就是所遴选的指导性案例都是经过严格筛选和加工的个案,删除了事实认定过程、控辩双方的论辩、程序性事项等内容,只保留了法院所认定的事实,以及个案裁判所依据的规则,从而使得指导性案例呈现出完美、典型、无可挑剔的特征。

自然,个案式、行政化的遴选机制可以保证所遴选的个案成为“超级指导性案例”<sup>[2]</sup>,从而保证所遴选的个案在法律适用、法律论证等方面都能绝对的正确。然而,最大的危险也正源于此:最高人民法院为了提升指导性案例的规范效力和权威性,对个案所适用或创制的规则作扩大化处理,从而使指导性案例与法律推理过程、案件事实之间的有机联系被割裂;法官也容易对指导性案例作过度的解读,甚至撇

开相应的实在法规范, 直接根据指导性案例“快餐式”地作出裁判<sup>[1]</sup>。要解决个案式、行政化遴选机制所可能引发的系列问题, 就需要从发生学角度废除行政化、个案式的遴选机制, 转而建构指导性案例群, 或者说“类型化的案例”<sup>[3]</sup>。在此, 笔者拟从形式推理、“例证”技术、类比推理、“试错”方法和诉讼构造等五个方面予以阐释。与此同时, 为了建构指导性案例群, 还有必要对指导性案例的生成机制、案件事实的裁剪技术、裁判要旨的归纳方法等配套制度进行相应的改革, 真正促使案例指导制度在审判实践中发挥切实的作用。

## 二、案例群的五個层次

在不同的法律传统之下, 经由法官判决所形成的案件类型, 称谓有所不同: 在英美法系, 一般称为“判例群”<sup>①</sup>; 而在大陆法系, 由于判决不具有公开的、明确的拘束力, 因而被称为“案例群”<sup>②</sup>。案例群不同于对案例所进行的汇编, 后者只是对某一时间段内具有创造性与拘束力的案例所进行的整理与编纂工作, 这些案例之间并不存在内在的逻辑关系; 前者则是法官针对某一特定类型的事实, 不断适用、反复适用被创制或被制定的规则, 从而使得裁判理由被重复表述并得以重述, 以顺应不断变化、包罗万象的个案事实。从发生学上看, 被创制的判例理由只具有个案意义上的拘束力, 即只拘束当前个案; 只是之后的法官不断将判决理由拓展适用于其他类似案例, 并逐渐使得判决理由表述更加准确、完备。根据判例群的产生方式和发展进路, 可以将判例群区分为以下五个层次:

第一个层次是基于审级制度所形成的、针对某个特定案件所形成的案例群。从直观的意义上看, 某项诉愿被提交到法院后, 可能会经历一审、二审, 甚至发回重审、再审等多个阶段, 才会宣告诉讼程序的终结。与此同时, 法院也会在不同的审级上, 对同一法律问题发表完全相反甚至针锋相对的意见, 从而推翻一审、二审等所确立的判决理由和判决结果。但这并不意味着被推翻的判决就完全丧失了成为法律渊源的可能性。一方面, 后来的法官可能会重新认可在先判决所秉持的法律理由, 进而重新加以包装成为具有拘束力的法律规则(后案成为先例)。另一方面, 即使被推翻的判决之后并未获得其他法官的认可, 但是在法教义学的意义上, 在先判决仍然具有认知判决理由、寻找法律争点、寻找法律发展脉络的重要意义。

第二个层次是基于“提炼加工”所形成的、针对某一特定法律问题所形成的案例群。从发生学的角度看, 法官不可能在遇到新问题时, 就完全能够对案件所牵涉的法律问题作出成熟、细致、全面的分析和论述, 有时法官在阐述法律推理的过程中, 只是将某一论据作为支撑个案判决的法律理由之一, 甚至可能只是附随意见。之后的法官在遇到同类型的案件时, 逐步将这一论据作为支撑个案判决的法律规则看待, 并根据案件事实的变化而对原来的规则进行“提炼”和“微调”, 比如进一步明确法律规则的含义、明确规则的适用范围、明确与其他规则之间的差异, 从而得以在总结同类型案件的特点和差异的基础上, 对特定事实进行抽象化和类型化, 从而使得判决理由符合可普遍化(适用)的要求。由于这类案件群之间形成了线状的结构, 因而只有厘清其中的发展脉络, 才能理解某一可普遍化规则的意义, 并能对该项规则的发展趋势作出合理的推断。

第三个层次是基于类推(或者目的性扩张、后果主义论辩等)、扩张适用某一法律理由所形成的案例

① 参见[美]内奇尔:《法律推理研究与写作方法》, 王润贵、王林译, 知识产权出版社2003年版, 第155页; [美]戴维·格伯尔:《全球竞争: 法律、市场和全球化》, 陈若鸿译, 中国法制出版社2012年版, 第136页; 等等。

② 参见吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学》, 中国法制出版社2011年版, 第474页; [奥]赫尔穆特·考茨欧等主编:《针对大众媒体侵害人格权的保护: 各种制度与实践》, 匡敦校等译, 中国法制出版社2012年版, 第589页。

群。对于大量同类型的案件来说，先例所确立的规则在适用时不需要进行过多的论证，且不会产生争议。一旦后案的事实与先例所处理的事实之间存在“显著”的差异时，法官就需要权衡先例所确立的规则是否能“扩张性”地予以适用。例如，英国法上限制合同相对性效力的规则就是典型的例子。起初，在 *Donoghue v. Stevenson* 案中，法院认为在食品和饮料生产领域，生产商对产品责任负有合理的注意义务，因而生产商需要对消费者的损失承担直接的责任，从而限制了合同相对性效力的适用。此后，又通过 *Grant v. The Australian Knitting Mills* 案将规则的适用范围拓展至生活用品，通过 *Haseldine v. Daw* 案拓展适用于工业产品（有缺陷的电梯），等等<sup>[4]</sup>。正是通过这种循序渐进的方式，先例所确立的判决理由的适用范围被大大拓展。

第四个层次是基于“区别”技术所形成的、针对某一特定法律问题所形成的案例群。与类推相同，区别技术也是推动案例群发展的重要手段，主要体现在以下两个方面：一是进一步明确先例所确立的判决理由的适用范围，即“与先例的类比将法律规则适用的范围扩大不同，通过先例的区别，将先例中确定的法律规则或者对法律规则的解释限定在一定范围内，或者说进一步界定或者或限缩了先例的适用范围”<sup>[5]</sup>。换句话说，后案的法官通过区别技术，抑制先例所确定的法律规则的肆意扩张，从而在根本上维护类推适用方法的权威性。二是创造新的规则，以弥补法律漏洞。因为在个案中法官排除了适用先例的可能性，所以法官必须创制新的理由、法律规则来解决个案纠纷。在适用区分技术的场合，法官所创制的规则并不完全脱离于先例所确定的规则，而是提出一种反向的规则；随后，围绕这一规则也会形成一个案例群。因此法官在处理同类型案件时，这两类案件群都是需要加以斟酌的对象。

第五个层次是基于构成要件所形成的、针对某一类型法律问题所形成的案例群。整体而言，上述四个层次的案例群是为这一层次的案例群所服务的：构成要件是衔接“实然”与“应然”、“可能的生活事实”和“现实的生活事实”之间的桥梁，但是将两者对接需要经过不断的尝试（“目光的往返流转”），在不断推翻先例的基础上才得以形成<sup>[6]</sup>。当然，两大法系的发展进路会呈现出不同的特点：大陆法系的法官只会通过案例群妥善处置有争议的构成要件，即在法律规定的构成要件的基础上，删减、增补、压缩相应的构成要件；而英美法系的法官则是通过个案循序渐进地填充相应的构成要件。最终，针对某一类型的法律问题，法官可以从主体、时间、地点、主观状态、因果关系等层面对案例群进行解构，也可以从上述层面寻找个案裁判所需要的案例群，从而大大节省寻找法律的成本。当然，基于构成要件的案例群还有赖于法律共同体的系统的编纂，否则便会由于过于庞杂，发生识别、解释错误等方面的问题。

### 三、构建指导性案例群的内在机理

无论是被称为案例群还是判例群，都无法否认：无论是制定法传统还是判例法传统，法官在判决个案时，都需要借助类型化的案例群，或是辅助成文法的适用，或是强化类比推理的准确性。具体可以从以下五个方面论证指导性案例群构建的正当性与必要性。

#### （一）形式推理与案例群

人们一般认为，成文法的适用方法与判例法的适用技术之间存在着本质的不同，然而事实上，“这种不同至多是程度而不是种类上的”<sup>[7]</sup>。之所以如此，原因在于形式逻辑在适用时内含有经验主义的要素，即依赖于日常裁判的经验。这体现在两个层面：其一，形式推理的本质不是僵化的三段论逻辑，不是“按照证成、法律寻找、解释、规则适用、评价、阐述这样的思维路线运行的，而可能是从结论到前提的反向运动”<sup>[8]</sup>。法官思维的习惯其实是根据预设的结论（可能是多个），寻求相应的权威规则予以支撑（成文法和判例的优先性有所不同），进而依据相关标准在这些方案中选择最优方案。对于大陆法系的法官来



说,一旦出现规则空缺、规则悖反、规则冲突等情形时,法官就需要寻找成文法之外的正当理由(自然包括判例),来创制新的裁判规则或者消除规则与规则、规则与原则之间的冲突。质言之,案例群既是一种重要的法律渊源,也是大陆法系法官发展成文法的重要方式。

其二,法官对于成文法的认知和理解除了依赖于法教义学外,还端赖于日常司法所积累的经验。德国学者恩吉施认为,个案推理的过程实际上就是将案件事实涵摄于法律规范所拟定的构成要件之下,这一过程可以从两个维度进行描述:一方面是“生活事实所包含的个别概念隶属于事实构成概念之下”,另一方面是将“个案归入事实构成案件的经验性范围之内,即将个案包含进被制定事实构成预想和提及的案件种群之中”<sup>[9]</sup>。也就是说,在处理具体个案时,法官不是固化的个体,也不是自动售货机:法官所处理的每一个案件其实都是对于法官今后判决的一种约束,这种约束其实就是在审理简易案件的过程中所形成的。更为重要的是,法官把诸多典型的案件(案例群)与法律条文的“核心意义”建立起一种固定的、有机的联系。这种联系相比较于法教义学所能提供的意义解读而言,要更加具有现实性和饱满度。

## (二)“例证”、成文法与案例群

指导性案例可以为制定法的适用提供一种“例证”技术<sup>[10]</sup>,从而使法律规范的适用得以具体化、形象化。从立法技术看,为了使法律文本既简洁、明了,又能调整尽可能多的事项,成文法的规定较为原则和抽象,并有意无意地通过一般条款、不确定法律概念等方式为法律的发展预留空间。正是成文法的这一特点,亟需法教义学为法律适用提供技术保障:“为法规范的适用提供统一的、标准的概念和结构,从而为实践问题的解决提供确定性的指引。”<sup>[11]</sup>除了法教义学外,法官的日常司法实践也能为个案裁判提供经验和理论上的准备。正如拉伦兹所言:“毋庸置疑,法院对法律的完善与发展具有其决定性的影响力……法官在适用法律时,仅仅将法律视为一个固定不变的数据是不够的;法律不像一根折尺,法官只需用它来测定给定的事实。相反,法官在适用法律时,必须从需要裁判的具体案情以及该案情所提出的特殊问题出发,不断地对法律中包含的判断标准进行明确化、精确化和‘具体化’。这也就是说,法官在适用法律时,必须对法律进行解释;如果他发现法律‘有缺陷’,那么还必须予以补充。法官适用法律的过程,也就是他发展法律的过程。”<sup>[12]</sup><sup>14</sup>这样一种明确化、精确化和具体化的过程并不仅仅作用于规则冲突、规则模糊和规则悖反等场域,而是作用于整个成文法体系。

与此同时,“例证”技术对于成文法的发展,看似无章可循,实则具有规律性。这种发展往往围绕主体(如当事人是否适格、是否具有行为能力和责任能力等)、地点(是否涉外、是否属于加重处罚的情节等)、时间(如诉讼时效等)、行为方式、因果关系、主观状态等构成要件展开。对此,我国台湾学者林立就有深刻认知:“由于语言文字不可避免的开放性结构,不论其所指的是经验事态或价值,都需要判断再加以界定。而这种判断是在一次又一次的面对案件中持续进行的历程。藉由一件又一件的案件被所谓‘包摄’(或被排除适用)到法律文字所描述的构成要件,我们才越来越清楚知道法律文字所指的、所规范的是什么。这个过程称之为‘具体化’,亦法律上的构成要件是在这一种历程中才不断自我清晰明确化。”<sup>[13]</sup>通过例证技术所形成的案例群,会呈现出一种网状结构,即案例之间环环相扣。基于“构成要件”的发展模式既有利于法官、律师和当事人在处理个案纠纷时方便地找到个案的法律争点,又有利于法律人依据判例要旨迅速查找与个案相类似的案例群。

## (三)类比推理与案例群

类比推理的适用一般可以分为三个阶段:一是将先前判例的事实与待决案件的事实进行类似性或者相同性的判断,从而确定与个案事实具有相似性的案例群;二是归纳案例群所蕴涵的法律规则;三是将法律规则适用于当下的案件。除了第三个阶段外,类比推理的前两个阶段都与案例群发生着千丝万缕的联系。法官进行类似性判断的目的,无非是为从先例中抽象出法律规则作准备,而抽象出的法律规则又

必须接受一致性、可普遍化和协调性的检验。换言之，法官所归纳的法律规则必须与其他法律制度、法律原则、法律理念相融贯，并保证其能适用于同类型的其他案件。因此，法官必须基于一定的脉络（如构成要件、历史溯源等），收集尽可能多的判例或者案例（借助判例数据库），并将待决个案的事实与所搜集的案例群进行比较，从而在此基础上确定与案件事实相关的两类判例群，即支持抗辩双方观点的案例群（律师也会提供）。基于此，法官才能回应诉争双方的诉求，并接受上级法院和法律共同体的监督。

归纳判例所蕴涵的法律规则的过程，也是对判例法进行解释的过程。“可能被视为‘判例’的法院裁判，同样需要解释。它们需要解释的程度，恐怕还高于法律。因为它们与案件事实紧密相关，因此，显现在裁判中的准则，其适用范围如何，能否适用于其他事例，将更滋疑义。”<sup>[12]232</sup>从某种意义上说，归纳的过程和解释的过程是同构的。与大陆法系法官注重文义解释、体系解释的方法不同，英美法系的法官在解释判例时更多地依赖于个案的解释方法：即探明先例所创制的法律规则与个案事实的关联，从而划定法律规则的适用范围及其界限；对先例的创制过程进行历史溯源，进而认知法官创设新规则的目的。在归纳和解释的过程中，法官尤其注重从三类判例中概括先例的裁判理由：一是与先例的案件事实类似而作相同处理的其他判例或案例；二是与先例的案件事实类似，却作区别处理的其他判例或案例；三是对先例的判决理由持异议意义的判例或案例。正因为如此，我们可以说，“一项普通法规则是若干判例的概括。”<sup>[14]</sup>

#### （四）“试错”方法与案例群

判例法之所以能成为英美法系中与成文法相抗衡的重要法律渊源，并为诸多大陆法系国家所借鉴，其自身必然具有独特的优势，其中最重要的原因无非源于判例法这种循序渐进的发展模式。在科学方法论上，判例法的这种发展轨迹深刻契合卡尔·波普尔所推崇的“试错”方法，即“一切理论都是常识，都是试验性的假说，它们是否成立都要经过检验；而一切实验的确认则不过是以批判精神进行试验的结果，为努力发现我们理论的错误而进行试验的结果。……最必要的是采取一种批判的态度，并且认识到做尝试和犯错误都是免不了的。他不仅必须学会预料到会出错，而且必须有意识地去寻找错误之所在。我们所有的人都有自认一贯正确的违反科学的弱点……”<sup>[15]</sup>卡尔·波普尔所崇尚的是一种经验主义与理性主义相互融合的方法论，即在人类有限理性和知识的支配下，通过“试错”方法逐渐积累经验，才能避免在将来犯更大的错误。

“试错”这种方法论优势在判例法的发展过程中得到了充分的体现。普通法传统崇尚经验主义，承认人的有限理性和人的知识的局限性，在这方面即使受过良好法学教育的法官也不能幸免；在有限理性和有限知识的作用下，法官不可避免地会在个案裁决中犯错。但是这种错误原则上并不会受到强烈的批判，更不会因此使得法官的职位被剥夺或被弹劾。因为个案的错误只会牵涉到个案的当事人，并不会如成文法那样影响不特定的人的预期和利益，后案的法官完全可以通过区别、推翻先例等技术重塑法律规则。对此，我国学者也有清晰的认识：“先例作为经验，又不可避免地具有局限性，是一种基于选择和判断的‘不完善的知识’，在判例法制度实践中，推翻先例的情况也不时有发生。”<sup>[16]</sup>正是由于判例制度的这一独特优势，法律体系的柔性稳定得以维系，法律将不再动辄需要制定、修改和废除了，相应的立法成本也就大大降低了。经过“试错”以及长时间的经验积累，待判例制度对同一类型的新问题、新情况形成成熟的、稳妥的解决方法之后，特别是形成逻辑化、类型化的案例群后，立法机关就可以将司法经验立法化（法律重述的过程），从而实现判例法与制定法之间的良性互动。

#### （五）诉讼构造与案例群

无论是平等主体之间的民事诉讼，还是不平等主体之间的刑事诉讼和行政诉讼，在诉讼构造上，都要保证争讼双方拥有等量的“武器”。“武器”上的平等体现在两个方面：一是法律必须赋予当事人平等

的诉讼权利进行“攻击”和“防御”，此为“静态的平等”；二是法官必须保证当事人双方平等地行使诉讼权利，此为“动态的平等”。这种“静态的平等”和“动态的平等”，既要体现在案件事实的举证和质证上，也要表现在法律规范的选择上。正如美国学者列维所指出的那样，“那么法律的论坛所要求的是什么呢？它所要求的是展示彼此对抗的例证。法院必须要看到对抗性的例证，然后讼争双方及相关社会的利益才能得到保护。……在此意义上，可以说不仅法院并且诉争方也参与了法的创制，而律师实际上也能超越了他所代表的诉争方的利益。”<sup>[17]</sup>对于律师来说，寻找对抗性的例证也就成为是否能赢得诉讼的关键。更为重要的是，如果律师参与到对抗性案例的遴选中来，法官就可以节省搜集案例群的成本。

我国学者较为注重保障当事人在举证和质证上的武器平等，而忽视了法律适用上的武器对等。原因在于，传统意义上我国是制定法占绝对主导地位的国家，在大量纷繁复杂的制定法面前，诉争双方一般都能找到支撑自己立场的法律条文，因而也就能保证武器对等。一旦引入案例指导制度，这种法律适用上的平等状态就很容易被打破。普通法经过数百年的发展，法官通过类比、区别等法律技术的运用，已然将普通法发展成为一套逻辑严密的类型化、网状结构的案例群。诉争双方都可以从大量的判决中寻找符合自身利益诉求的论据和理由。以此对照我国的案例指导制度，受制于行政化、个案化的遴选方式，一方面类型化的案例群难以形成，特别是无法塑造“对抗性的例证”，另一方面也会对当事人的武器对等产生消极的影响：一旦一方当事人获得指导性案例的支持，另一方当事人由于无法获得对抗性指导性案例的佐证，在法律适用的抗辩中就会陷入被动。

#### 四、案例群的构建与我国案例指导制度的改革

##### (一) 案例群与生成机制

从普通法的发展历史看，要形成权威性、逻辑性、网状结构的类型化的案例群，在短时间内，单纯依靠某个法院、某一层级法院的努力都是不现实的。普通法的发展轨迹表明，判例法的发展既有赖于法官对法律方法（类比、区别等）的娴熟运用，更端赖于法官的理性克制，即只针对当前的个案作出分析和判断，而不奢求对同类型的所有案件具有拘束力。现实生活总是不断地涌现出新的法律问题和法律冲突，法官在处理这些问题时需要游走于事实与规范之间，从而以现有的法律智慧、有限的社会知识去应对纷繁复杂的诉争。与英美法系国家几百年的历史积淀不同，我国开始正式推行案例指导制度不过短短数年时间，虽然之前也以公报的形式（包括《最高人民法院公报》以及各层级法院的公报）公布了一大批的指导性案例，但是由于最高人民法院对这些案例的功能一直保持缄默，因而并未产生多大的实践意义<sup>[18]</sup>。

既然案例指导制度功能的发挥受制于案例群的构建，那么如何有效、稳妥地构建类型化的案例群就成为我国司法实务界的一大挑战。对于案例群的构建，现有实践给出了三种路径：一是在审级制度和法律共同体的共同作用下，通过试错技术与例证技术，循序渐进地推进案例群的构建；二是直接适用国外法院的判例，美国、法国、德国和瑞士等国都有适用国外法院判例的实践<sup>[19]</sup>；三是由最高层次的法院统一遴选优秀的、典型的个案，在裁剪和修正的基础上统一予以公布。显然，第二、第三种路径都不是一种成熟的建构模式：一方面，外国法院的判例对于本国的法官、律师和当事人来说都相当陌生，也就无法保证法律武器上的对等，因而美国等国家的法院也仅仅在极个别的领域（人权保障、损害赔偿）里援引外国判例。另一方面，以行政化的方式统一遴选案例群，容易颠覆审级关系，使司法辖区的界限不复存在；并且，“如果最高人民法院过于谨慎，所发布的指导性案例的数量和种类过少，对全国审判的指导意义就微乎其微。”<sup>[20]</sup>更为严重的潜在威胁是，遴选判例演变成成为地方法院的“政绩”，成为考核法官业务



能力的指标，从而损害日常司法的本源意义。因此，回归案例群的最自然、最普通的生成模式，是我国建构案例群的最佳方式，即针对日常司法实践中每一个真实的案例，法官运用娴熟的法律方法处理个案，逐步地、稳妥地、充分论证地推动案例群的构建，从而摆脱“大跃进式”以及行政化的推进模式。除此之外，改革我国目前的审级制度，由三审终审取代两审终审，使得更多的案件有机会被上诉到最高人民法院，从而通过上诉审维护法律适用和解释的权威性和统一性，也为案例群的建构提供了可能性。

## （二）案例群与案件事实

关于指导性案例的指导方式，学界也多有分歧，争论的焦点集中在指导性案例所处理的案件事实是否具有说服力或者约束力上，还是说指导性案例的指导性主要体现在案例所提炼出的法律规则，以及法官具体的推理过程。例如，就有学者主张：“一般情况下，指导性案例中具有指导性、一般性的部分，是判决中所确立的法律观点或对有关问题的法律解决方案以及对该观点或该方案的法律论证。”<sup>[21]</sup>如果说案件事实对于法官今后的裁判没有多大的指导意义，那么在最高人民法院所公布的指导性案例中，就没有必要详细介绍案件事实，只需要简要介绍法院所认定的案件的基本事实即可。显然，最高人民法院基本秉持了这样一条思路。从公布的十多个指导性案例来看，最高人民法院已然放弃了之前《最高人民法院公报》全文公布案例的做法，只是简单地公布了法院所认定的事实，对于当事人之间的举证、质证过程，特别是举证责任、个别证据的证明力等关键性问题，基本上没有公布。也就是说，这些被公布的指导性案例其实是被“阉割”的案例。

最高人民法院之所以对指导性案例进行阉割，与指导性案例的功能定位有关。虽然在《规定》中，最高人民法院对于指导性案例的功能有明确的阐释，即“总结审判经验、统一法律适用、提高审判质量、维护司法公正”。然而内在的追求是，最高人民法院实际上将指导性案例视为司法解释的一种补充或者佐证，即为了解决司法解释适用过程中所遇到的问题，选择性地遴选几个典型的个案，以此对个案审判提供指导或约束。最高人民法院暗含的逻辑前提便是，只要遇到同类型的个案，法官只需要“依葫芦画瓢”式地作出判决即可。这一功能定位在现阶段公布的指导性案例中得到充分的体现。例如，“王志才故意杀人案”（指导性案例4）和“李飞故意杀人案”（指导性案例12）即是为《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》等司法解释作备注。“潘玉梅、陈宁受贿案”（指导性案例3）所确认的规则与《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第3条第2款的内容相同。由于案例指导工作办公室是根据规则遴选案例，那么对不相关的事实和推理过程进行裁剪也就有了所谓的正当性。

对于指导性案例的事实部分进行裁剪，会引发诸多的弊端：其一，社会生活本身就是多元化的，用被裁剪过的案件事实应付无穷变化的社会现实，会导致指导性案例的指导性严重下降。美国学者列维就深刻指出：“如果先例原则真的就是这样，那么我们又会不安地看到法则其实是可以因案而异、因案而定的，而法则的这种变化却又恰恰正是法律不可或缺动态品质。这种变化之所以发生，原因于一项法则的适用范围及其含义，在确定何种事实系与该项法则所由诞生的事实具备相似性之前是我们所无由加以判断的。”<sup>[17]</sup>也就是说，判例所确立的规则的解释与适用需要依据个案特征进行调整，无法形成固定的适用模式。其二，法官的推理是围绕个案事实展开的，如果要对事实部分进行裁剪，就同样要对推理过程进行裁剪，甚至对之前的推理进行全面重构。经此裁剪和修正，指导性案例全然已经不是各个审级法官智慧的体现，而只是最高人民法院法官的个人（或案例指导工作办公室）的见解。因此，指导性案例的事实部分在公布时应当尽量避免裁剪，以忠实于案件事实为最大的原则。

## （三）判例群与判决要旨（裁判要点）

无论是大陆法系还是英美法系国家在判例汇编和在公报、期刊和数据库上发表判决书时，都会在判决书前加上判决要旨，我国也不能例外（即裁判要点）。然后两大法系在判决要旨的编纂的理念和方式上

却存在着显著的差异:英美法系国家撰写裁判摘要的目的,是为了节省法科学生、律师、法官等职业法律人寻找判例的时间成本,引导法律人迅速、快捷找到与待决案件相关的案例群,从而为个案的解决提供法律渊源;而在大陆法系国家,判决要旨和个案事实严重分离,形式上接近严格的规则,在实践中也常被当作抽象的成文法规则看待<sup>[22]</sup>。从我国现公布的指导性案例来看,最高人民法院编纂裁判要点的理念和方式基本延续了大陆法系国家的风格,即“为便于查阅和引用,指导性案例的制作格式必须规范统一。除对每个案例进行统一编号,附有裁判文书外,还应对每个案例进行提炼,形成反映一定裁判规则的‘裁判摘要’或‘裁判要旨’。这些‘摘要’或‘要旨’,是从具体案件中抽象出来的规则,对审判实践具有指导价值,也是案例的精华所在。”<sup>[23]</sup>

大陆法系国家将判例制度的中心依托于判决要旨的做法,其内在的逻辑还是将判例制度作为一种次要的法律渊源予以看待,甚至是将其视为制定法的“备胎”;因而,法官也就可以直接援引判例要旨(法律规则)作出裁判,从而规避适用判例制度本身的正当性问题。然而,这样一种做法也有不可忽视的缺点:其一,在编纂判决要旨时,法官的判决理由往往被错误地解读,甚至被带入编纂者个人的偏见、意识形态等内容。编纂判决要旨的编辑不是处理个案的法官本人,而是由学者、数据库的编辑人员、其他法官等案外人员负责撰写。“法官在判决书中往往会谈论许多内容,包括有些偶然的片段、附带的声明,这些内容对案件判决的做出并没有直接的影响,但是很可能被混入到判决要旨中。”<sup>[24]</sup>其二,无法发挥判例本身所具有的“教义学”功能。法官在处理个案时,其司法经验和司法智慧,既体现在创制新的法律规则、法律理由上,更体现在如何认定个案事实、如何将案件事实与法律规则相衔接、如何处理举证责任等问题上。这些处理个案的司法智慧同样对后案的法官具有指导意义;法官也只有在整理案例群的基础上,才能真正还原法律规则发展的来龙去脉,才能使得后案的判决也成为法律规则发展史上的重要一环。其三,判决要旨(裁判要点)被异化为司法解释的另一种形式,从而损害司法权的中立性。即便我们承认司法解释化的裁判要旨具有正当性,也不能将指导性案例作为对司法解释的一种“例证”,而扭曲指导性案例本身的价值。当然,笔者在此并不是反对判决要旨的编纂,只是强调判决要旨的编纂是为案例群的适用而服务的,是为法官依据个案事实寻找案例群服务的。因此,法律人在编纂判决要旨时,除了要介绍案件的背景、事实、裁决结果外,还需要概括本案的法律要点,以及围绕这些法律要点法官所建构的法律理由:既包括裁判理由、附随意见,还包括异议意见等。

## 五、结语

从上述分析不难发现,在我国案例指导制度的构建过程中,引发忧虑和争议的不是指导性案例的引导方式、发布主体等具体操作性的事项,而是指导性案例的功能定位问题,即案例指导制度的价值与作用:如何协调指导性案例与制定法、司法解释的关系;如何在建构案例指导制度的同时免受“法官造法”的指责。受制于上述的定位困境,我国的案件指导制度呈现出一种“三不像”的局面。一是不同于传统中华法系的判例制度:指导性案例尚未取得相应的法律地位(辅助地位);指导性案例也没有被系统地编纂(即编例),只是以行政化方式加以遴选。二是不同于大陆法系国家的判例制度,即指导性案例并未取得事实上的约束力,对各级法院的法官的指导力极其有限;最高人民法院也没有通过审级制度,推动案例群的建构。三是不同于英美法系国家的判例制度:一方面法官的能动作用受到抑制,另一方面判例所确认的法律规则被司法解释化,反而成为司法解释的一种补充。



参考文献：

- [1] 吴英姿. 谨防案例指导制度可能的“瓶颈”[J]. 法学, 2011 (9): 49.
- [2] 格哈特. 先例的力量 [M]. 杨飞, 译. 北京: 中国法制出版社, 2013: 251-279.
- [3] 齐佩利乌斯. 法学方法论 [M]. 金振豹, 译. 北京: 法律出版社, 2009: 104.
- [4] 罗伯特·克罗斯, 哈里斯. 英国法中的先例 [M]. 4 版. 苗文龙, 译. 北京: 北京大学出版社, 2011: 209.
- [5] 葛洪义. 法律方法论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 151.
- [6] 考夫曼. 类推与“事物本质”——兼论类型理论 [M]. 吴从周, 译, 颜厥安, 审校. 台北: 学林文化事业有限公司, 1999: 93.
- [7] 麦考密克. 法律推理与法律理论 [M]. 姜峰, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 208.
- [8] 张保生. 法律推理中的法律理由和正当理由 [J]. 法学研究, 2006 (6): 86.
- [9] 雷磊. 类比法律论证 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011: 25-26.
- [10] 斯蒂芬·布雷耶. 积极自由——美国宪法的民主解释论 [M]. 田雷, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2011: 104.
- [11] 张翔. 形式法治与法教义学 [J]. 法学研究, 2012 (6): 8.
- [12] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论: 上册 [M]. 王晓晔, 译. 北京: 法律出版社, 2003.
- [13] 林立. 法学方法论与德沃金 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 79.
- [14] 伯顿. 法律和法律推理导论 [M]. 张志铭, 解兴权, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 74.
- [15] 波普尔. 历史决定论的贫困 [M]. 杜汝楫, 邱仁宗, 译. 上海: 上海人民出版社, 2009: 70.
- [16] 赵娟. 案例指导制度的合法性评析 [J]. 江苏社会科学, 2011 (6): 146.
- [17] 列维. 法律推理引论 [M]. 庄重, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [18] 李友根. 指导性案例为何没有约束力 [J]. 法制与社会发展, 2010 (4): 86-96.
- [19] 朱景文. 比较法导论 [M]. 2 版. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 70.
- [20] 宋晓. 判例生成与中国案例指导制度 [J]. 法学研究, 2011 (4): 63.
- [21] 张琪. 试论指导性案例的“指导性”[J]. 法制与社会发展, 2007 (6): 46.
- [22] 宋晓. 裁判摘要的性质追问 [J]. 法学, 2010 (2): 87-96.
- [23] 毛立新. 论我国案例指导制度的建立 [J]. 北京人民警察学院学报, 2009 (5): 6.
- [24] 薛军. 意大利的判例制度 [J]. 华政政法大学学报, 2009 (1): 87.

## Internal Mechanism and Means of Constructing Case Group

### —A Critique of Individual Mechanism to Select Guiding Cases

Zhang Shun

**Abstract:** Through promulgating the judicial interpretation *Provisions on the Work of Case Guidance*, the Supreme People's Court has constructed an administrative and individual mechanism to select guiding cases. Although making sure the selected cases are “super guiding cases”, the mechanism seriously violates the way of guiding cases to play a role. In order to deal with these problems, five levels of guiding case group need to be constructed. The reasons for constructing of guiding case group can be explained from the perspectives of formal reason, the technology of example illustration, trial and error, analogical reasoning and proceeding structure. For the sake of guiding case group, generative mechanism of guiding cases, cutting technology of case facts and inductive method of abbreviation of adjudication need to be re-formed.

**Key words:** guiding cases; case group; selected mechanism; legal methodology

(收稿日期: 2016-03-12; 责任编辑: 朱世龙)