

论指导性案例的法源 地位与参照方式

——从司法权核心功能与法系方法的融合出发

章 程*

目次

- | | |
|-----------------|-----------------|
| 一、问题的再出发 | (二) 指导性案例的法源性 |
| (一) 学界讨论的争点所在 | 三、“应当参照”的方法论 |
| (二) 学界讨论的到达点 | (一) 类比的参照方法 |
| (三) 什么是下一步的问题 | (二) 先归纳后演绎的参照方法 |
| 二、法源性的再认识 | (三) 未参照的效果及其问题 |
| (一) 作为规范论证起点的法源 | 四、结论 |

摘要 自最高人民法院确定推行案例指导制度以来,关于指导性案例正当性、法源地位和操作方法三个层面的讨论,一直未曾间断,但其逻辑关系一直未能得以厘清。究其原因,其一在于指导性案例制度在司法权功能体系中的定位仍不明确,其二在于对制定法传统的我国引入判例思维缺乏危机感,以致对指导性案例的法源地位定位不清,故参照方法亦模糊以对。因此本文主张应从司法权统一见解功能与法系方法的融合出发,厘清以上三个层面的关系,梳理出指导性案例在比较法上特殊的法源地位与操作方法。

关键词 指导性案例 法源 司法权 参照方式 法系融合

一、问题的再出发

(一) 学界讨论的争点所在

2010年最高人民法院推出案例指导制度以来,关于指导性案例制度的各类讨论,在实务界与

* 浙江大学民商法研究所讲师、法学博士。

学界一直连绵不绝。^{〔1〕}

归结这些在不同层面上的讨论,可以看到,学者的分歧大致在三个层面上展开——指导性案例的正当性、法源地位与参照方式。

问题的第一层面,是在我国现行体制下,指导性案例制度的正当性何在?迄今为止,大部分讨论集中于此一层面,对指导性案例制度是否具有足够正当性,学者之间分歧甚大。雷磊认为,指导性案例的正当性来自1981年全国人民代表大会授予最高人民法院法律解释权的规定,^{〔2〕}张骐则认为,指导性案例所具有的“正确的决定性判决理由”(实质正确性)和“经最高审判组织确定认可的程序”(形式正当性)安排才是其正当性的来源。^{〔3〕}与此相对,泮伟江则认为,指导性案例的正当性不能如前两位学者一样立足于立法中心的“命令说”,而必须立足于“同案同判”的司法构成性义务及健康的审级制度,才得以长久。^{〔4〕}

这也就衍生出问题的第二与第三层面,也即指导性案例不同的正当性基础,对指导性案例的法源地位有何种影响?法源地位的不同,又是否会影响到“应当参照”的具体操作方法?

上述几位学者对此的观点显然不同,雷磊比较模糊地定义了指导性案例是一种“准法源”,其“既不同于判例在普通法系中的法源地位,也不同于判例在民法法系中被作为非法源来对待的境遇,而是走的中间道路”,^{〔5〕}对法官在具体的审判过程中如何进行“参照”,则并没有作过多的讨论。与此相对,泮伟江明确认为指导性案例与法律、司法解释为不同性质的法源——前者通过先例式比对和推理实现同案同判效果,后者通过命令方式达到同案同判效果。由此,泮伟江主张采用英美法的技术,以比对式推理来适用指导性案例。^{〔6〕}虽然在正当性根据上与泮伟江分道扬镳——张骐认为指导性案例的实质正确性和形式正当性足以支持其成为“非正式法律渊源”^{〔7〕}——张骐在指导性案例的参照方法上也主张以英美法的方式为之。^{〔8〕}

由此可见,迄今为止的讨论,都认为第一层面的正当性论证与第二层面的法源论存在逻辑关联,第三层面的参照方式与前两个层面是否必然相关,则因学者而有不同。

(二) 学界讨论的到达点

1. 权威说的内在逻辑悖论

然而,第三层面的讨论是否与前两个层面必然相关,这一基本判断的不同,其实暗含着更大的

〔1〕 事实上从2005年最高人民法院颁布《人民法院第二个五年改革纲要》,提出建立案例指导制度以来,法学界就投以很大关注,2010年之前的讨论,可参见周佑勇:《作为过渡措施的案例指导制度——以“行政[2005]004号案例”为观察对象》,载《法学评论》2006年第3期;刘作翔、徐景和:《案例指导制度的理论基础》,载《法学研究》2006年第3期;刘作翔:《我国为什么要实行案例指导制度》,载《法律适用》2006年第8期;奚晓明:《建立以案件审理为中心的案例指导制度》,载《河北学刊》2007年第3期;张骐:《试论指导性案例的“指导性”》,载《法制与社会发展》2007年第6期;傅郁林:《建立判例制度的两个基础性问题——以民事司法的技术为视角》,载《华东政法大学学报》2009年第1期。

〔2〕 雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,载《中国法学》2015年第1期,第285页。

〔3〕 张骐:《再论指导性案例效力的性质与保证》,载《法制与社会发展》2013年第1期,第93页。

〔4〕 泮伟江:《论指导性案例的效力》,载《清华法学》2016年第1期。

〔5〕 参见前注〔2〕,雷磊文,第289页。

〔6〕 参见前注〔4〕,泮伟江文,第36页。另参见陈景辉:《同案同判:法律义务还是道德要求》,载《中国法学》2013年第3期。

〔7〕 参见前注〔1〕,张骐文,第42页以下。

〔8〕 张骐:《指导性案例中具有指导性部分的确定与适用》,载《法学》2008年第10期;《论类似案件的判断》,载《中外法学》2014年第2期;《再论类似案件的判断与指导性案例的使用》,载《法制与社会发展》2015年第5期。

争点。

泮伟江认为三个层面的讨论逻辑上必然环环相扣，因此他认为先例式比对和推理的参照方式，根植于“同案同判”的司法构成性义务及健康的审级制度，因此他认为指导性案例制度只有法政策上的合理性，并无法理论上的合理性，长久来看，案例指导制度必须进行再改革。

而雷磊与张骥则倾向于“同情与理解”现行制度，比如张骥就认为只要在正当性来源上有“实质正确”和“形式正当”性，参照的方法论与正当性来源没有必然的联系，美国法的一套类比方法完全可以转接至此。问题在于，此处的“实质正确性”中存在着逻辑悖论，也就是说，原则上只要被最高人民法院审判委员会选为指导性案例，其就应有正当性，因为其已内涵“实质正确性”，换言之，在最高院发布之时，指导性案例已经是“法源”。但恐怕最高法院也很难保证，指导性案例的实质正确性，从发布之时就能完全确定。

这一点，相比一下美国法就可以更清楚。美国法上成为法源的只有先例性判决，而非所有的判决，而先例性判决的法源性，则是在不断地比对辨异中才最终确定的。^{〔9〕}也因此，美国法是在类比之中，才最终确定作为法源的先例，而我国法如先确定指导性案例为法源，然后再用辨异的技术去操作作为法源的指导性案例，个中吊诡之处，可说不言自明。

2. 审判权说的到达点

如果要化解这个吊诡的命题，第一条路，就是回到泮伟江所做的分析，承认这三个层面层层递进：指导性案例的正当性论证必然推出其法源地位，法源地位又必然推出其参照方式。但是否也如泮伟江所言，只有“同案同判”的司法构成性义务及健康的审级制度——换言之也即单纯审判权的行使——才能为指导性案例制度在法理论上证立？

只要放眼一下我国台湾地区，就可以发现，泮伟江的学说恐怕还有值得考虑的空间。我国台湾地区施行已久的判例制度，就并非仅基于“同案同判”与审级救济而生，台湾地区“最高法院”并非所有判决都是判例，判决被选为判例，完全是基于司法行政权而非审判权能的行使。^{〔10〕}当然，台湾地区学界对其独树一帜的判例编选制度也是褒贬不一，但是“若从不做选择而把每年上万件的终审法院判决都当成有拘束力的法源，事实上会使下级法院法官疲于奔命，纵使在有悠久判例传统的英美，从大多数案件也都会随着时间而自然遗忘来看，似可认为只要选择的观点客观合理，选择的主体确能代表终审法院的主流，即不能仅因为先例有所选择而当然违宪”^{〔11〕}。换言之，只要不再以司法行政权积极地创设抽象规范，而是以之辅佐审判权行使——同案同判、审级救济——来一同形成有拘束力的先例（具体规范），应该还不至于对这种司法行政权的行使过度消极。^{〔12〕}

那此处就再次回转到泮伟江提出的问题，如果没有基于审判权行使的同案同判、审级救济，而是最高人民法院选取下级法院判决作为指导性案例，那指导性案例的选取就不是以司法行政权来辅佐审判权，而不啻为完全的司法行政权行使。换言之，台湾地区判例制度之所以可以容忍司法

〔9〕 参见林喜芬：《美国法院遵循先例的运行机制及启示》，载《比较法研究》2015年第2期。

〔10〕 台湾地区判例制度的来龙去脉，可参见林孟皇：《台湾判例制度的起源、沿革、问题与改革方向》（上）（下），载《月旦法学杂志》2011年第7期、第8期；另参见台湾法学会民事法委员会、台湾大学法律学院民事法中心：《民事判例制度的过去、现在与未来》（会议综述），载《月旦裁判时报》2013年第10期。

〔11〕 苏永钦：《判例制度何去何从》，载苏永钦：《寻找新民法（增订版）》，北京大学出版社2014年版，第574页。

〔12〕 判例在台湾地区的另一个作用，在统一同一终审机关内的各庭意见，同样统一各庭意见的方式还有联席会议决议。目前台湾地区的司法改革拟开大法庭以取代判例制度，如若得以施行，施行已久的判例制度也许会走向历史终点。相关讨论，参见吴明轩：《民刑事大法庭取代判例制度的商榷》，载《月旦法学杂志》2013年第10期。

行政权的介入,本质上是因为司法行政权是在辅佐审判权,而非单纯的司法行政权行使就可以支撑起判例制度。因此,依泮伟江的逻辑,除非完善审级制度,否则单纯建筑在司法行政权上的案例指导制度前途渺茫。

3. 统一见解的到达点

化解以上问题的另一条出路,则是如雷磊所说,不把案例指导制度建筑在审判权行使上,而是认为其本质是最高人民法院司法解释的一部分,只不过采用了指导性案例的方式来进行。

众所周知,最高人民法院脱离具体案件的审判享有的抽象司法解释权,来自1981年《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》,后又重申于现行《立法法》。对于最高人民法院抽象司法解释权的本质,言人人殊,有观点认为其属于授权立法,有观点认为其属于抽象立法解释权的授权,而更多观点则认为其就是区别于抽象立法解释权的抽象司法解释权。

回顾我国近代以来的司法审判历史,抽象司法解释权并非1981年以后我国最高人民法院所独有,我国民国时代的司法院及其前身大理院就有诸多“院解字”,至今适用于我国台湾地区的司法审判。^[13] 时至今日,我国台湾地区“司法院大法官会议”仍司统一解释法令的职能,“中央或地方机关,就其职权上适用法律或命令所持见解,或本机关或他机关适用同一法律或命令时所已表示之见解有异者”,即可声请“大法官”统一解释。^[14] 在民国早期审级制度不完备、法官素质不高、立法又不彰之时,抽象的统一解释起到统一裁判、提高司法质量的历史作用,而当此历史时期过去,统一解释的大部分功能被审级救济(以及终审法院不同庭之间的联席会议的决议、判例)所代替,但是无法以审级救济所涵盖者,如“最高法院”与“最高行政法院”如遇有法律见解不一,还是要“大法官”出面进行抽象的统一解释。^[15]

我国在民国时代以及至今我国台湾地区“大法官”的统一解释,和今日的司法解释一样,同为抽象解释,所不同之处在于,我国司法解释可以主动做出,而统一解释则只能被动地依声请做出,

就其被动性而言,后者应该更合乎司法权的本质。但如果考虑到我国的司法解释其实本质上就是在回应下级司法见解分歧之处,而且下级司法见解分歧可以以多种渠道反映至最高司法机关,那么解释是否依声请被动做出,其实差别就不是那么大。从以上的分析,可以看到,无论我国最高人民法院,还是民国时期的大理院、司法院,乃至今日我国台湾地区的司法机关,司法权的核心功能并不只有个案正义上的审判,除此之外其必须承担起以司法行政来配置资源的职能(比如上文所述台湾地区的判例编选制度、又如法官选任等),还要以法律续造(law-making)、统一见解(乃至司法违宪审查)等手段来承担起体系正义的功能(参见图1)。

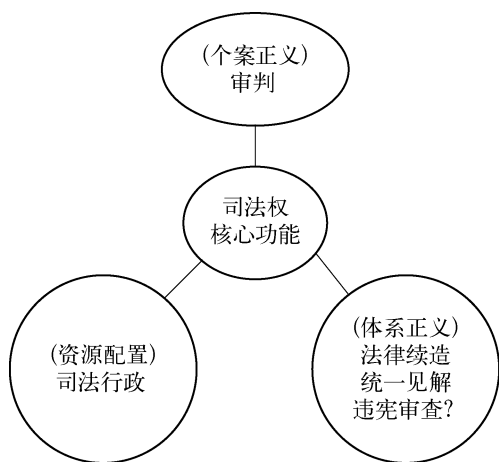


图1

也就是说,统一司法见解固然可以基于审级制度来达成,但是并非仅凭审级制度就能达成所有的见解统一,在审级制度无法奏效之处,以解释而非个案审判的方法来统一见解,应该是一国最

[13] 参见聂鑫:《民国司法院:近代最高司法机关的新范式》,载《中国社会科学》2007年第6期。

[14] 参见我国台湾地区“司法院大法官审理案件法”第7条第1款。

[15] 参见陈新民:《宪法学释论(修正七版)》,2011年自版,第789~793页。

高司法机关的职责所在。否则,在我国这样的单一制国家,四级二审的审级制度将会造成“立法全国统一,司法各地独立”的怪现象,改革审级制度当然是办法之一,但无论改革与否,必须承认审级制度和统一解释恒处于互补的地位,为维护一国法制统一、体系正义,统一解释必须补完审级制度的不足。而《最高人民法院关于案例指导工作的规定》开宗明义,说明了其“统一法律适用”的功能。

事实上,从1981年《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》中所采用的表述——“第五届全国人民代表大会第二次会议通过几个法律以来,各地、各部门不断提出一些法律问题要求解释。同时,在实际工作中,由于对某些法律条文的理解不一致,也影响了法律的正确实施”——可以看到,全国人大常委会之所以授予最高人民法院司法解释之权,也就是想要其行统一解释之权能。^[16]至于说统一解释要以何种方式来做出,是以“命令式”的抽象司法解释,还是以“比对式”的指导性案例,全国人大常委会显然未对最高人民法院做出任何限制。

(三) 什么是下一步的问题

1. 统一见解说的内核与下一步

如果要对司法权的核心功能——个案正义、体系正义、资源配置——及其实现手段有一个比较全面的认识的话,我们大概可以把迄今为止关于案例指导制度的主要三说作一个定位:泮伟江说认为案例指导制度的正当性根植于单纯的审判权行使(平等审判、审级救济),^[17]雷磊说认为正当性的来源在非审判的统一见解权行使,^[18]张骥说则定位不明,但从其对“形式正当性”的强调来看,似可归于司法行政权行使,三说各执一端,看到了司法权的不同功能与向度。

短时间内如果审级制度无法改善,泮伟江说的展开只能寄望于将来,而且泮说也过于忽视了审判外统一见解的司法权能;而偏向于司法行政权的张骥说,则很难说得清楚,指导性案例的“实质正确性”是从发布之时就有,还是在不断的司法辨异中才取得的;逻辑上既能契合司法权的核心功能,又能符合现行法框架解释论的,恐怕只有雷磊的“统一见解/司法解释”说,也只有立足统一见解的视角,才能正当化最高人民法院对指导性案例的“修”与“编”。

不过,雷磊反倒没有像另两说一样,对“应当参照”的方法论提出具体的见解,是否如其他两位作者所说,参照只有英美法的比对式一途?或者说,同为统一见解/司法解释权能的行使,指导性案例与司法解释有相同的法源地位,两者在个案审判的操作方式上,是否会有所不同?

2. 本文的构成

如果认为我国目前的案例指导制度必然定位于统一见解的司法权能,那么关于案例指导制度的正当性与指导性案例的法源地位,似乎不再是问题。但统一司法见解说仍非完备,至少在以下三个方面,统一见解说必须做出回答。

第一个问题,是案例指导应当如何选案,才能与统一见解的司法权本质相契合。比如指导性案例选择审级过低,是否会实质上架空可能的二审法院的判断,反而破坏既有的审级体制?要解决这个问题,还是必须回到法源论的讨论,即统一见解的司法权行使,形成的是何种法源?审级救济自然结果,是否会使得实质上的最高审级判决成为法源?这两种法源的本质为何,如何建构两者之间的冲突规则?

^[16] 我国台湾地区学者在论述“大法官”的统一解释职能时,在理由上也常用“维持法律安定性,统一国家法规范”的表述,参见前注^[15],陈新民书,第789页。

^[17] 前注^[4],泮伟江文,第36页。

^[18] 前注^[2],雷磊文,另参见雷磊:《法律论证中的权威与正确性——兼论我国指导性案例的效力》,载《法律科学》2014年第2期。

第二个问题,是如何对指导性案例的参照方法论进行建构。如果我国法上的指导性案例制度与比较法上的判例制度的正当性并不相同——前者是基于统一解释的司法权能,后者是基于审级制度的必然结果——那么,指导性案例的参照方法是不是也与判例的比对方法应有不同?进而言之,迄今为止的作者都参考的是英美法系的类比方法,是否有可能也参考大陆法系判例参照方法?两者之间取舍又有何种标准?

第三个问题,最高人民法院规定指导性案例“应当参照”,如果不去参照,效果为何?是否可能如日本、台湾地区的诉讼法一样,将判例违反作为诉讼法上当然的上诉理由?如果将指导性案例的正当性根植于司法解释(统一见解),则我国不参照的效果,是否与违反司法解释效果相同(法律适用错误)?是否或多大程度上允许附理由的不参照?

以上三方面,均是统一解释说展开过程中可能遇到的问题,下文的分析中,将一一进行处理。

二、法源性的再认识

(一) 作为规范论证起点的法源

1. 技术意义的规范性法源

在对指导性案例的法源性进行再认识之前,必须厘清的是对“法源”这一多义词的理解。法理学上对法源有几种理解,法律认识的渊源、法律形成的渊源、法律价值的渊源、法律技术意义上的法源。法律认识的渊源,比如说历代典章诏令、公私法律文书等;法律形成的渊源,则如一个社会的政经结构等;而法律价值上的渊源,则如正义、合目的性、法安定性,等等。^{〔19〕}

在法律技术上讨论法源,则是纯粹从规范角度出发,我们可将其定义为:法律论证在规范上的必然起点。所以在德国和日本等大陆法系国家,虽然实务界也都对判例极其重视,学界对于判例的法源性也论争颇多,但是比较统一的结论,还是规范上的法源只有制定法一种,也即所有的法律论证在规范上的必然起点,都要回到制定法。判决的正当性,也来自制定法,判例和其他判决,也许可以成为认识意义上的法源,但却无法成为法律论证的规范起点。同样,在成文法已颇具规模的美国,也只有以此定义来区分,定义判例是所有的法律论证在规范上的必然起点,才能看清其与大陆法系法源的区别所在。^{〔20〕}

2. 平等原则是否能推出规范性法源?

所以在传统大陆法系国家,判例对法官并无拘束力,因为其并非法律论证的必然逻辑起点,法官仅是基于宪法上的平等原则(我国《宪法》第33条:中华人民共和国公民在法律面前一律平等),做到同案同判。换言之,法官要遵循的就只有制定法和宪法(我国宪法第126条:人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉),只要在判决结果上遵循了宪法上的平等原则,并不必然要在法律论证过程中去参考判例。所谓“事实上的拘束力”,不过是因为审级制度的存在,下级审法院预见到如不遵循判例,将会被改判,所做的“自律”而已,规范上的“他律”则始终只有制定法。

但是此处洋伟江等学者会反驳,我国宪法第33条规定的“中华人民共和国公民在法律面前一

〔19〕 对不同法源功能的辨析,参见苏永钦:《试论判决的法源性》,载苏永钦:《民法经济法论文集》,1988年自版,第2~6页。

〔20〕 关于两大法系根本差别与法源之间的关系,参见苏永钦:《被低估的法系鸿沟》,载苏永钦:《寻找新民法(增订版)》,北京大学出版社2014年版,第577~582页。

律平等”应可以推导出,“同案同判”是司法的构成性义务,因此,判决先例可以成为规范上的法源。可以说,这种观点混淆了司法的构成性义务与规范上法源的逻辑层级,也就是说,宪法上的平等原则所能推出的,只是要在判决结果上保证公民接受平等的司法给付,如此司法的同案同判的构成性义务即可实现,并非说法律论证过程中就一定参考,更不是说要“比对式”地从判例或指导性案例开始法律论证。^{〔21〕}

因此,无论是大陆法系的判例还是我国的指导性案例,绝非作为规范论证起点的技术性法源。

(二) 指导性案例的法源性

1. 审级制度仅形成认识性法源

所以,除了制定法之外,法官基于“同案同判”而主动(基于信息搜索主动学习的需要)或被动(基于不被上级审改判的理由)去参考的相似先例判决,甚至学说见解,可以说都是“认识意义上的法源”,没有任何规范上的意义。也因此,审级制度所形成的统一见解效果,并不产生任何规范性法源。

但旨在司法统一见解的指导性案例,显然不只是单纯“认识意义上的法源”,最高人民法院规定“应当参照”,说明其至少应该在裁判过程中,发挥某种技术性的意义,而且是否遵循“技术规程”进行参照,会产生规范上的效果。只是“应当参照”的强度也许不像宪法上的“依法审判”那么高,换言之,前者还存在不去参照的可能,后者则无法不“依法审判”^{〔22〕}。

2. 指导性案例作为辅助型规范性法源

问题的关键在于,对一般的“认识性法源”应当在“何时”赋予其“何种”规范性,也就是如何选择指导性案例的问题。比如,最高人民法院是否应该选取杭州市中级人民法院的案件作为指导性案例,使得浙江省高级人民法院乃至其他省高级人民法院在日后裁判类似案例时,都反而要“屈尊”依下级审立场来判决?如果上级审要“屈尊”,是否可能违反审级救济?——如此案未被选入指导性案例,下次一审在杭州市中院判决类似案件之时,浙江省高院就可能改判,如此案被选入指导性案例,浙江省高院下次就“应当参照”。

然而必须注意的是,入选的指导性案例,多多少少都有所改动,也就是说,指导性案例里融入了最高人民法院的法律见解在其中,即使未有改动,未改动本身也代表了最高院的法律见解。所以,“指导性案例”本身并非代表被选法院的立场,而是代表最高院自身的立场,因此,上述问题本身是个伪问题。^{〔23〕}真正需要去考虑的并非审判法院级别问题,反而是最高院该在“何时”选取指导性案例,如果为了补全审级救济的统一见解,则无论是司法解释还是指导性案例,都必须等下级审出现显著的见解不一致之时,最高院才应当出手。

那同为统一见解之需,最高院的司法解释与指导性案例在法源上究竟有何区别?前者基于其抽象性格,其实与法律相差已无多,但毕竟其是对法律的解释,而且如遇与新法抵触则解释越权无

〔21〕 包括平等原则在内的宪法上基本权在诉讼上的实现,可参见魏大晓:《诉讼基本权在民事诉讼法之实现》,载《月旦法学杂志》2004年第2期。

〔22〕 当然,如果借重菲肯切尔的“个案规范”理论,认为仅有可直接适用于个案的“个案规范”才是严格有拘束力(必然适用)的,法源只是在法律探获(Rechtsgewinnung)过程中有其意义的话,那么制定法与判例、指导性案例乃至所有在案的判决一样并无二致,均是无拘束力的法源。参见[德]菲肯切尔:《判决先例在德国私法中的意义》,苏永钦译,载苏永钦:《民法经济法论文集》,台北三民书局1988年版,第61~63页。

〔23〕 很多学者在此一方面批判最高人民法院的指导性案例并非行使审判权的结果,另一方面又批判最高人民法院对指导性案例的选取和剪裁,无法反映真实的司法状态,本质上都是因为其将指导性案例与“判例”的地位相等同,认为只有行使审判权产出判例才能反映司法权的本质,其实如果从司法权中,补充性的统一见解权能来看,最高院在不行使审判权基础上对指导性案例的选取和剪裁,反而倒没有问题。

效,所以理论上法律才是唯一的论证起点,司法解释应该只是“辅助型的规范性法源”。而指导性案例的定位也类似,同样代表最高院统一法律见解的立场,尽管是“应当参照”,但在个案审判时,据以裁判的依据仍然是指导性案例背后的(含有特定解释内容的)法律,所以原则上指导性案例也是“辅助型的规范性法源”。两者之间的区别,仅仅在于前者对于法律的解释已经较为明确,而后者则还要从指导性案例里面抽取而已。

三、“应当参照”的方法论

(一) 类比的参照方法

1. 转接对象的体系定位

迄今为止,学者对指导性案例参照方法的讨论,都集中于美国式的比对式,上文中即已说明,张骐与泮伟江对此都有相关见解。

但上文已经分析,美国式的比对、辨异技术,本身是在探寻与证成作为判决先例的“法源”,如果已经认为指导性案例本身就是辅助型的规范性法源,那比对与辨异最多只能作为一种技术的转用。因为美国判例法上的“法源”,是“黏着于”具体事实的法,而并不是像大陆法系中作为抽象规范的制定法。所以如果全套移植美国法的方法,比来辨去,即使辨出来了这种具体“法”,怎么定位其与抽象制定法之间的关系,反而会成为问题。因此,如果把美国法的方法移植过来找“法源”,而不是在用“法源”,那无异于自毁大陆法系的制定法长城。^[24]

2. 方法论上的陷阱

如何以美国法的方法去用“法源”,包括张骐在内,已有很多作者的论述可作参考,此处不赘。^[25] 这里需要说明的只有两点,其一,通过比对与辨异的方法找出来的,乃是黏着于具体事实的法律见解,其本身仅为对制定法(法源)的解释,并非独立的法源。因此,在说明“参照”与否的理由之时,固然可以用以上方法进行论证,但在书写正式的判决理由时,还是必须回到对制定法的解释,也即在大前提部分说明适用的法条及对法条的抽象解释,在小前提部分说明符合法条构成要件的决定性事实,最后以三段论的方式推导出裁判的结论。

也因此,如采用此种方式,中国的法官比美国的司法者必然要去多做的一步——同时更是指导性案例的编选者所需要确保的——是辨析指导性案例中具体法律解释与适用法条的正确对应关系。司法者一旦经过论证认为应当参照,但又认为指导性案例中的具体法律解释却并非正确对应其中所引的法条,其可以决定仅“参照”具体法律解释部分,对法条与具体法律解释之间的对应关系,继续进行“辨异”,附理由说明为何不适用指导性案例中的法条。此种情况,在判例法系的美国不可能存在,但在以制定法为唯一独立型规范性法源的大陆法系国家,却存在逻辑上的可能,换言之,这几乎是嫁接两大法系方法论的必然结果,指导性案例的编选者与适用者不得不防。^[26]

其二,决定性事实对决定性事实、法律见解对法律见解的比对与辨异,其本身的逻辑基础乃是

[24] 我国台湾地区判例制度行之有年,最早仅录“判决要旨”,相当于抽象的司法解释,因为是抽象规范,作为三段论法的大前提,并没有对大陆法系的方法论产生什么冲击。反而倒是最近判例制度完善,对事实与法律论都不加剪裁之后,习于三段论者的司法者至今没有一套完整方法论去操作判例。参见前注[11],苏永钦文。

[25] 参见前注[8],张骐文。

[26] 我国的司法解释,也经常不知在解释哪一条的情形,如2015年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第26条第2款前段规定“借贷双方约定的利率超过年利率36%,超过部分的利息约定无效”,其看似在解释《合同法》第52条,但超过36%对应第52条哪一款,有何理由无效,其间似乎找不到任何的逻辑关系。

基于经验的类比思维，并非大陆法系传统三段论式的、以抽象的正确法为前提的演绎推理。这当然不是说，在美国法中就不存在先归纳（为抽象规范）后演绎，乃至设证等推理方式，只是在赋予判决理由的规范性论证中，其思维方式必然是类比。也就像德国法虽存在各种推理方式，但赋予判决理由的规范性论证必然是演绎推理一样，规范性论证的逻辑，乃是由两大法系的不同法源所决定的。进而言之，法源与规范性论证方式的不同，也导致法学教育与法律人才培养的不同，以德国法为代表的大陆法系国家，因其注重三段论式的演绎论证，所以重于纯规范的教义学训练，法官律师等实务法律人的培养，也以学院化的规范教义学为重；而美国的训练则同样重视具体规范背后的事实，法学教育、法学研究、实务法律人的培养亦侧重事实科学，使得美国的法官比大陆法系的法官更有能力去掌握和理解规范背后的事实——这样的区别甚至一直延伸到司法制度，如诉讼上当事人主义与职权主义的区别，等等。^[27]

这里当然不是要刻意去强调两大法系的区别，但归于大陆法系的我国法官，无论在法学教育还是司法制度上，恐怕都很难说有足够的进行类比思维的训练与资源。对于“黏着于具体事实的法律见解”，法官怎样以类比思维的方式去事实对事实，结论对结论，应该不是朝夕之事。这恐怕也是为何同为大陆法系的日本，尽管如此受到美国法方法论的影响，却始终没有能够在司法判决与法学教育中将美国法的方法论引入的深层原因。

（二）先归纳后演绎的参照方法

1. 日本法上的判例参照方法

日本法在战前就受美国法的强烈影响，侧重判例研究，强调从判例中抽取先例性规范，并就此先例性规范划定射程。仅就民法侵权部分而论，日本法延亘战前战后繁荣的判例研究，使得日本的法典在相当程度上被架空，侵权法几乎是判例法的天下，最高裁判所判例对法官具有事实上的高度拘束力。^[28]

但是无论如何，日本作为以制定法为唯一法源的国家，必须处理具有规范上拘束力的制定法与高度事实上拘束力的判例之间的关系。因此，日本的判例参照方法，并非如美国的类比推理，而是“先归纳后演绎”，简单地说，就是从判例中归纳出抽象于具体事实的先例性规范，再将此先例性规范对应于制定法的具体法条的解释论中。换言之，日本法上从判例中抽象出来的先例性规范，可以被认为是具体化的制定法，但仍然抽象于特定事实。

也因此，日本法的判决书在援引先例时，不需要似美国法般做事实对事实、法律论对法律论这样的类比，法官在援引之时在脑中都已有“先例性规范＝具体化的制定法”的存在，在进行简单的援引之后，就可以判断系争案件是否在先例性规范的射程之内，最后以先例性规范所对应的制定法为据，做出判决。^[29]

也就是说，日本的司法者在进行个案裁判之时，特定射程的先例性规范已经抽取好，此时已不需要对判例进行辨异，只需要判断此先例性规范的要件是否吻合，个案的关键性事实是否在射程之内，就可判断是否能演绎出裁判结论。这是司法者实际的思考过程，而形式上的法律论证，则仍是以先例性规范所对应的制定法为大前提，展开三段论的推理。

[27] 参见前注[20]，苏永钦文。

[28] 参见于佳佳：《日本判例的拘束力》，载《华东政法大学学报》2013年第3期；解亘：《日本的判例制度》，载黄卉等编：《大陆法系判例：制度·方法——判例研读沙龙I》，清华大学出版社2013年版，第24～27页。

[29] 有关先例抽取的办法，可参见前注文，另可参见大村敦司·道垣内弘人·森田弘樹·山本敬三著「民法研究ハンドブック」（有斐閣、2000年）頁324—336。

2. 先归纳后演绎的保障

日本法之所以在司法过程之中能跳脱类比推理,将判例参照方式改造成“先归纳后演绎”,将其嫁接于演绎推理中心的大陆法体系之中,可以说有诸多促成的因素。

首先,司法与法学的良性互动功不可没。判例本身虽由司法者做出,但从判例中抽取先例性规范并划定射程的工作,则主要由学界来完成。其中,判例中所涵的先例性规范一般学界均无疑议,只要其法律论先于其他判决,即可成为先例性规范。而射程也即适用范围的稳定,则必须经过学界一段时间的论辩才能最终成就,而且,严格来说,先例性规范的射程只有“稳定”之日,并无“确定”之期,因为判例带有具体事实,并非抽象规范,因此恒可能对事实与规范的对应关系有不同认识,只要论证有力,射程就可能被重新定位。也就是说,美国法上由法官来进行的类比辨异的工作,在日本法上基本由学者来完成,学者通过法学论辩抽象出“不动的先例性规范+变动的射程”,一方面使得判例永远不至于成为脱离事实的抽象规范,另一方面使得特定时点上有较为稳定的抽象规范供司法者进行演绎推理。而司法者在这一互动中也非完全被动,其通过对特定射程学说的理解与选择,实现判例法理在个案中的适用,回馈学界,最终让有说服力射程的学说稳定下来。^[30]

除此之外,仅就最高裁判所层面而言,由于最高裁判所采美制,裁判官仅有十五人,又不像德国一样细分不同法院系统,因此收案能力与所出判决远低于德国,判决的分歧也低于德国(日本仅有分庭产生的分歧,并无德制的不同系统最高法院所生的分歧),使得不论从数量和立场而言,学者都更易进行整理,这也是司法和法学可以产生良性互动的原因之一。^[31]

相比直承美国式的类比思维,“先归纳后演绎”的参照模式,显然与大陆法系更为贴合,从判例这一活法中“先归纳”的部分,基本由学界来完成,法官只要完成选择归纳结果和演绎部分,无论是就法学教育、法官素养、司法体制来说,都不必做大的变动。最重要者在于,“先归纳后演绎”并未撼动传统的大陆法系司法方法论。

因此,在指导性案例的参照方法论上,也许我国不应过分集中关注于美国的类比思维,而更应当参考同为大陆法系国家的日本,强调司法与法学的互动,如此不但避免诸多方法论上的陷阱,也不必担心强调类比思维所带来的体系性冲击。

(三) 未参照的效果及其问题

1. 诉讼法上的消极效果与法源地位

《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第7条规定了指导性案例“各级人民法院审判类似案例时应当参照”,但对未参照的法律效果,则并未有其他相关规定。在日本与我国台湾地区的诉讼法上,都有把“判决违背判例”作为当然的上诉理由,^[32]我国未来是否需要规定类似上诉条款(乃至再审条款),一旦规定,是否可能对指导性案例的法源地位及其操作方法产生影响,是下一步要考虑的问题。

首先,诉讼法上的当然上诉理由,是否可以支持判例或指导性案例成为独立型规范性法源,这点应当先予澄清。一般讲诉讼法上的上诉理由,无非是事实认定错误、法律适用错误或违反法定程序等几种,如果从制定法唯一法源的角度来看,不予参照判例违反或指导性案例违反,无论如何也不可能成为“法律适用错误”,更不可能成为其他两种上诉理由。

^[30] 判例的形成,有赖于司法和法学互动的法律家共同体的分析,可参见前注[29],大村敦司等书,第319~322页。

^[31] 有关日本最高裁判所的地位及其对法学方法论的影响,参见章程:《日台民法学坛过眼录》,载《北航法律评论》2015年第1期。

^[32] 参见前注[10],林孟皇文;前注[28],于佳佳文。

同归于大陆法系的日本与我国台湾地区仍将其归于上诉理由之列,当然不是不清楚以上的道理。此处最需要澄清的是,诉讼法上的上诉理由,其实不是要终局性的“事实认定错误、法律适用错误或违反法定程序”,否则就不用二审判定。判决违反判例或指导性案例,准确地说是可以作为“法律适用错误”的有效证凭,也即一旦判决违反判例或指导性案例,则有极大的发生法律适用错误之嫌。换言之,诉讼法有其自身独立的价值判断,例如举证经济、诉讼经济的考量,不应该因此就倒果为因,把判例或指导性案例定位成独立型规范性法源。因此,是否如日本和我国台湾地区,对“未参照指导性案例”给予诉讼法上的相应效果,均不会改变指导性案例本身的法源性质。^[33]

2. 指导性案例与判例的操作异同

其实,如果从指导性案例“辅助型规范性法源”地位来看,“未参照指导性案例”,严格来说其中存在五种情况:第一种是不通过参照的方式,但适用了相应法条的特定解释论,这种情况判决结果相同,当事人无必要上诉;第二种情况则是因为没有参照,所以没有就特定事实适用相应法条的特定解释论;第三种情况是当事的司法者参照了指导性案例,但是最后认为就特定事实不同,故不适用相应法条的特定解释论;第四种情况是司法者认为特定的事实相同,但不应适用相应法条的特定解释论;最后一种情况上文曾提到,是司法者认为特定事实相同,也应适用特定解释论,但此解释论并非对应指导性案例中的法条。

指导性案例与判例一样,都有统一见解的功能,但其“特定事实—特定解释论—相应法条”三者之间的对应关系都并非绝对,上述第三种情况,是司法者基于特定事实的辨异,而第四和第五种情况,则应属于司法者有意对指导性案例所含法律见解的变更。

无论是基于审级制度形成的判例,还是非基于审判权统一见解的指导性案例,对于上述第二和第三种情形的操作,应当没有什么不同,不附任何理由的不援引参照,当然应认定为“应参照未参照”,而基于对特定事实的辨异而决定不采其中法律见解,如果辨异成功,则其即属于“不必参照”的个案。对于第四第五种情形,司法者对特定法律解释论提出变更,或对特定解释论与法条之间的对应关系提出质疑,却在判例与指导性案例之间有极大的差别。质言之,在判例的情形,下级审的司法者做出的法律见解变更若果有意义,其仍有可能得到上级审的支持,最后甚至变更判例,因为判例的形成本身是个案裁判过程。但在指导性案例,由于《最高人民法院关于案例指导工作的规定》中并没有指导性案例变更或废止的制度,即使一审司法者的法律见解变更有其意义,甚至二审也认为应支持其见解,最终也只能沦至“应参照而未参照”的窘境。

换言之,因为判例乃是基于审级制度自动形成的,所以恒有其应时而动,自动调试的空间,而最高院主动发布指导性案例则否,另一方面,具象的指导性案例很难又像抽象司法解释一样,因为抵触新法而自动失效。^[34] 如果最高院不能应时而动,斟酌下级审意见自行废止变更,“应参照而

^[33] 此亦为日本通说,即诉讼法上的规定不影响判例作为事实上法源的地位,参见前注[28],于佳佳文。

^[34] 从体系上来讲,比较法上的判例与我国指导性案例的另一个差别,在于对其的规范性控制,也即其中的一般性法律见解是否可以成为违宪审查对象。在德国法上有裁判宪法诉愿,不但判例,终审法院的判决都有可能成为违宪审查的对象,台湾地区法上判例可以成为违宪审查的对象。而在采取分散审查的美国或日本,因为法官均能解释宪法,判例中所表达的宪法与法律见解亦无一般拘束力,所以无所谓判例中的法律见解作为抽象规范违宪的问题。如果是司法解释,全国人大常委会认为其违法违宪,完全可以以立法解释或新立法否定其效力,但指导性案例是具体规范,抽象的立法解释或新立法是否可能否定其效力,相当有疑问。因此,我国指导性案例一方面没有设置明确的变更、清理的规范,使得下位的有力法律见解没有冲破指导性案例法律见解的可能,另一方面,没有从上位法的角度,对其中的一般性法律见解进行规范性控制,很有可能造就指导性案例在法秩序上的“独立王国”,疑虑甚大。

未参照”的帽子可能会扣到很多优秀下级审法官身上,反而侵蚀了自下而上的司法理性。

四、结 论

自2010年案例指导制度确立以来,关于指导性案例正当性、法源地位和操作方法这三个层面的讨论,一直未曾间断。然而从整个学界的讨论来看,这三个层面的讨论仍处于跨法系的“多点接枝”的状态,究其原因,正如本文分析所示,其一在于指导性案例制度在司法权功能体系中的定位仍不明确,其二在于对制定法传统的我国引入判例思维缺乏危机感,以致对指导性案例的法源地位定位不清,故参照方法亦模糊以对。

因此,要厘清其中的逻辑关联,首先必须回归司法权的三大核心功能体系,将指导性案例制度的功能定位为非基于审判的统一司法见解,此点上我国与两大法系的判例制度均有根本的不同。

其次,必须立足于我国大陆法系的制定法法源传统,从大陆法系方法论的角度准确地将指导性案例定位为辅助制定法的规范性法源,与其他单纯认识性法源相区别。而指导性案例的参照方式,则不仅要考虑其法源地位、正当性基础,并且要兼顾大陆法系的既有法学教育及司法体制,以最小限度的成本在方法上接合既有的体系思维与判例思维。未尽之处,整理简表如下,以资比较:

类型 特质	英 美 先 例	日 本 判 例	指导性案例	台湾地区判例
发动方式	搜集比对发现	个案释法	主动选录	主动选录
产生程序	审判决定	审判决定	行政决定	经选录的裁判
正当权源	审判权	审判权	司法行政权	司法行政权
个案事实	结合	结合	结合	结合
生产主体	偏重终审	终审法院	不限终审	终审法院
公布方式	法院认定	法院认定	正式公布	正式公布
司法功能	抽象统一见解	示范导正	抽象统一见解	示范导正
法源地位	规范性法源	认识性法源	辅助型规范性法源	认识性法源
规范效力	不绝对拘束	事实拘束力	参照效力	不绝对拘束
适用方法	辨异	先例性规范抽取+适用范围	先例性规范抽取+适用范围	尚无统一方法
支撑体系	法官单独辨异	学者抽取法官选择适用	学者抽取法官选择适用	学者与法官合作模式不明朗

本文对于以上观点的论证,是否成功仍有待检验,但笔者深信,对于中国法上案例指导制度正当性的讨论,只有放到更广阔的比较司法学的范畴去讨论,才不至于被审级救济的单一理念所拘束,也不致被拘囿于“英美判例”的模式,指导性案例的法源地位和操作方法,也只有放到法系融合方法论的角度去讨论,才会折射出其宏大的方法论价值与细微的技术意义。很希望本文的用心,能够让有志的同志们体会得到。

(责任编辑:钟浩南)