

主题研讨——案例指导制度的学理与运作

【编者按】案例指导制度是我国法制建设和司法改革的重要成就,它的确立对于提升司法品质、实现司法公正、推进法治具有深远的意义。为深化对案例指导制度的理论思考和研究,推进各领域案例指导制度的切实展开,我们特约请几位权威学者就相关问题展现他们的理论思考与实践关怀,相信对理论、制度与实践的发展会大有裨益。

制度构建与技术创新

——我国案例指导制度面临的挑战

王晨光

(清华大学 法学院,北京 100084)

摘要:“案例指导制度”在经历了多年的呼唤和酝酿之后,正式登上了我国法治舞台。但是它在实践中的延迟露面至少说明了这一新制度在理论准备上的不足,尤其是在技术操作层面上准备的不足。如果技术保障没有设计好或缺乏可行性,制度的前景也就令人担忧。加强对指导性案例的选择、编辑、适用和完善的程序设计,加强对相关技术保障体系的研究和开发,是案例指导制度在中国必然面临的现实问题。

关键词:案例 判例 成文法 判决根据 附带意见 区别技术 案例指导制度

中图分类号:D920.4

文献标识码:A

文章编号:1004-9428(2012)01-0003-10

随着《最高人民法院关于案例指导工作的规定》在2010年7月29日和《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(下称《规定》)在2010年11月26日的发布,“案例指导制度”在经历了多年的呼唤和酝酿之后,破茧而出,正式登上了我国法治舞台。“有评论认为,案例指导制度的出台,是中国法制建设和司法发展进程中的一个具有里程碑性质的突破,是中国司法改革的巨大成就;也有人评论说这是建立中国特色案例指导制度的重大举措。”^[1]对此,在法学和司法界也一直存在不同的意见,认为它与判例法无异,“脱离了中国实际”,“其合宪性和合法性都值得质疑”,并“质疑其是否能够行得通”。^[2]

尽管理论上有不同争论,但由于最高人民法院公布案例的做法久已有之^[3],沿袭实践的惯性,案例指导制度并无太大悬念地出台了。但作为一个新制度,隆重出台后一年之久^[4],才刚刚有四个指导性案例被发布。这种滞后固然有新制度有待准备和探索的客观困难,但迟迟未付诸运行,也从一个侧面说明:案例指导制度至少在一定程度上存在设计上的不足甚至是缺陷,其现实操作性亟待加强。本文无意在宏观理论上论述案例指导制度是否是判例法的中国版本或论证其性质、定位等理论问题,而是试图在

作者简介:王晨光,清华大学法学院教授。

[1] 《“两高”研究室主任详谈“中国特色案例指导制度”的构建》[N],《法制日报》,2011-01-05。

[2] 张庆旭:《“判例法”质疑》[J],《比较法研究》2002年第4期,第109-113页;李仕春:《案例指导制度的另一条思路——司法能动主义在中国的有限适用》[J],《中国法学》2009年第6期,第59-77页;王洪季:《案例指导制度的反思与探索》[EB/OL],2008年发表在北大法律信息网,引证号CLI.A.045076,网址:http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=45076。

[3] 黄晓云:《案例指导制度的历史沿革》[J],《中国审判》2011年第1期,第17页。

[4] 2011年12月20日最高人民法院首次公布了四个指导性案例,见《人民法院报》2011年12月21日,第1版。

操作和技术层面指出并回应这一制度在中国必然面临的现实问题。在一定意义上,新制度的成败依赖于保障其运行的技术手段和机制的设立及其可行性。

一、案例指导制度与成文法框架

我国当代法律体系一直采用成文法制度,把制定法规范视为惟一有效的法律渊源;最高人民法院公布的案例则是对现行制定法在具体案件和事例中的适用和解释,并以此指导审判实践。案例指导制度是试图在以往公布案例的基础上形成更为体系化案例制度的新措施。^[5]因此新的案例指导制度必然要明确和理顺制定法与新的案例指导制度之间的关系。在这一问题上,不同的观点都不否认这种关系的存在以及理顺这一关系的必要性。^[6]批评者的主要观点就是,我国的成文法制度可以接受对制定法进行解释和充实的案例,但不能接纳判例制度。而积极推动并参与案例指导制度设计的学者和法官也不否认我国成文法制度的基础性地位。他们认为:“建立案例指导制度,既非建立中国特有的一种司法制度,更非照搬西方国家的判例制度,它是我国司法机关在既有的制度框架下和现行的司法体制基础上所进行的一项体现中国特色并顺应世界两大法系相互融合发展大趋势的法律适用上的机制创新,在不影响制定法作为我国主要法律渊源的前提下,继承中国传统法律文化中的某些判例法因素,同时吸收和借鉴西方国家特别是大陆法系国家判例制度的一些具体做法。”^[7]

尽管在承认制定法的框架和基础地位问题上没有太大分歧,但是在指导性案例的功能和地位问题上,分歧依然存在。甚至最高人民检察院和最高人民法院的《关于案例指导工作的规定》对指导性案例的作用也有着不同的界定。最高人民检察院将其界定为“可以参照执行”,而最高人民法院则界定为“应当参照”。前者认为案例“是对个案的认可”,“不具有普遍拘束力”,“目的是发挥指导性案例灵活、简便、快捷地指导工作的作用,以弥补司法解释的局限”,“不能等同于法律条文或者司法解释条文直接作为法律依据援引”。^[8]而后者认为案例虽然“不具有真实的法律效力”,但是“具有事实上的拘束力”,“可以在判决中援引并将其作为判决的依据和理由”。^[9]两高对于“指导性案例”作用的不同理解,反映出在制定法框架下指导性案例的地位和作用的模糊。对此则需要从比较法、法制史和中国法制环境等多个角度进行梳理和分析。

(一)全球化浪潮席卷下,各国原本相互分立并行的法律制度之间必然发生千丝万缕的联系。日益增长的国际贸易、投资和融资等经济活动,应对跨境犯罪、环境污染、国际反恐的需要,以及种类繁多的国际纠纷解决机构的实践,不断冲击着原本封闭的各国法律制度,促使各国法律更为频繁的交流 and 融汇。判例法国家制定了大量的成文法,而成文法国家也在不同程度上借鉴了判例制度。两种法律体系相互的借鉴甚至融合已经成为现实。^[10]我国在这种背景下试图构建案例指导制度,不论我们如何说案例如何与判例不同,其中判例法制度的影响是显而易见的。在这个意义上讲,案例指导制度就是对判例

[5] 胡云腾、罗东川、王艳彬、刘少阳:《统一裁判尺度 实现司法公正》[J],《中国审判》2011年第1期,第10页。

[6] 除了一些学者(如前注中的张庆旭)认为案例指导制度就是判例法的翻版,从而坚决摒弃案例制度外,大家对案例在我国司法和法制实践中的现实作用,并没有完全不同的观点。

[7] 胡云腾、李同志:《案例指导制度若干重大疑难问题研究》[J],《中国法学》2008年第6期,第8页。

[8] 陈国庆:《检察机关案例指导制度的构建》[N],《法制日报》,2011-01-05(11)。

[9] 同前注[5],第12页。

[10] John Henry Merryman, "On the Convergence (and Divergence) of Civil Law and Common Law", 17 Stanford Journal of International Law, 1981, p. 373. 梅里曼教授认为:由于国际贸易、国际合作、国际组织、信息交流的增加,由于人类共同价值观的普及,通过统一立法、法律移植和相互借鉴等方式,法律融合的倾向显而易见;同时由于各国独特环境、文化传统、多元民主等因素,法律分立的倾向也同时存在。在这两种倾向的作用下,将有可能出现全球化的统一架构内多元性的法律体系。Rudolf Schlesinger, Hans Baade, Mirjan Damaska, Peter Herzog, "Comparative Law—Cases, Text, Materials", Foundation Press, 1991, p. 690. 施莱辛格等学者认为:“随着融合的进程,看上去各异的法律体系在很多领域中的认同已成为现实存在。”

法的某种形式的借鉴和吸收。因此案例指导制度也不可能完全抛开判例制度凭空创造。也就是说,在建构我国案例指导制度的过程中,应当大胆承认这一点,并进一步借鉴判例制度的具体技术和原理,至少是以其为参考。

(二)虽然成文法国家判例或案例制度必然受到判例法制度的影响,但是历史不可能简单地重复。英格兰判例法制度形成时期的历史环境(强大的外来军事政权和分封制、作为代表国王解决纠纷的法官和巡回审判、对当地习俗的认可和程序规则先于实体规则等社会环境)^[11]已不复存在。尤其是在已有成文法体系的国家中借鉴判例法制度,已然不可能再复制出一个完全一模一样的判例制度,而是不可避免地成为成文法制度中的一个起补充作用的构成部分。法国和德国的判例尽管有所不同,但其为制定法进行补充的作用和成文法制度中一个构成部分的地位则非常明显。我国的案例指导制度也不可能超越这个规律,而只能起到成文法的诠释和补充的作用,即案例的产生在于对制定法的适用、解释和完善的基础上。在这一意义上,现有制定法框架是案例指导制度赖以产生和生长的基础。在我国宪法和相关法律没有做出修改前,指导性案例不具有法律意义上的法律渊源,其拘束力缺乏我国宪政制度的法律支撑。而所谓的“事实拘束力”则依赖长期以来发布案例的现实做法和下级法院对最高法院权威的尊重。这似乎是在说“存在即为合理”。故“事实拘束力”的说法也缺乏法理和法律的支撑。在现行宪政制度下,惟一可以赋予指导性案例以法律效力的路径依赖只能是“司法解释”的机制。即便是最高法院成立了案例编辑工作办公室,它也不过是审判委员会的工作机构,而不可能取代审判委员会确定和发布指导性案例的法律地位。

(三)既然上文把我国的案例指导制度限定在一个非常狭窄的范围内,那它的存在还有必要吗?本文的回答是肯定的。其存在的必要性不仅在于上文所说的全球化带来的不同法系的融合,而更为重要的是,其必要性根植于现实社会的需要和司法运行的必然规律之中。

中国作为一个幅员广阔、人口众多的大国,其最大的一个特点就是广泛存在的社会发展的不平衡性。中国社会的急剧转型进一步加剧了这种不平衡性。处身于这样一个地大人多、发展极不平衡的国度,司法必须承认这些差异和不平衡状况,统一的成文法在适用中也就产生了不统一的结果。社会不平衡性带来的司法判决的差异性显然会对国家法制统一带来挑战。民众对于“同案不同判”的现象也深恶痛绝。为了统一司法,保证国家法制的统一,解决“同案不同判”带来的社会批评,案例指导制度也就应运而生。^[12]其合理性和必然性就存在于我国社会现实的巨大差异性和发展的不平衡性与统一制定法体系之间的冲突之中。

从司法工作的性质和特点看,法官在适用法律的过程中需要把抽象的法律规范与具体的案件事实相结合,而案件事实的千变万化则必然要求法官按照案件具体情节对相同的法律规范做出最符合案件事实的恰如其分的解释,因此法官必然具有一定的自由裁量权。自由裁量权和法律的统一性是一对矛盾。没有自由裁量权就没有司法的活力和生命力;没有节制或规范的自由裁量权又往往会突破法律的框架。案例指导制度的功能在于通过案例的指引节制和规范自由裁量权。在这一意义上,案例指导制度的出台也是司法本身规律(自由裁量权与严格依法审判之间必然存在的张力)的要求。

尽管上文提到案例指导制度是为了维护法制统一和消除“同案不同判”现象而出台,但是本文认为应当对“同案不同判”进行认真深入的分析,不能仅仅因为同样的案件得到不同的判决就认为其必然存在错误。在司法实践中,法律是统一的,但绝对意义上的“同案”则是一个虚构。世界上没有完全相同的两个人或两件事,一个人不能两次把脚放进同一条水流。如果“同案”也存在不同的事实区别,“同

[11] Edward L. Glaeser and Andrei Shleifer, "Legal Origins", Harvard Institute of Economic Research, April 2001, 下载自 <http://post.economics.harvard.edu/hier/2001papers/2001list.html>。

[12] 《最高人民法院案例指导工作的规定》的目的之一是“促进法律的统一公正实施”;《最高人民法院关于案例指导工作的规定》也说是为了“统一法律适用”。

案”得到不同的判决并非“不是异常现象”，也“没有破坏了法制的统一性”。^[13] 如果案例指导制度的目的是消除这一意义上的“同案不同判”，恐怕这就会过于天真或理想化。但是，除了因为社会不平衡性引起的、合理合法的“同案不同判”之外，“同案不同判”还可以是指由于法官内在素质的原因造成的因为判决理由、分析方法、思维过程等方面的不同造成不同判决的情况。而这种“同案不同判”则是应当防止的。案例指导制度并非要强行地统一所有相同案件的判决内容，而是为了统一判决所依赖的判决理由的形成方式、分析方法和法律思维模式。也只有在这个意义上，“参照”也才具有实际意义。

此外，案例指导制度对于解决制定法适用中“同案不同判”的现象是否有正向作用呢？其实也不尽然。案例不见得都会发挥整合或规范统一的作用，因为案例为其后的法官提供了更多事实和分析上的细节，而这些细节有可能造成更多彼此区别的可能，而非彼此重合的可能。这种可能性将在后文中进一步阐明。

二、指导性案例的来源与效力范围

如前所述，案例制度不论是具有指导性还是先例性，都必然受到普通法判例制度的影响。尽管对案例指导制度有不同见解，这一点已成为多数人的共识。因此在分析我国案例指导制度时，借鉴和比较普通法的判例制度将具有启迪意义。

普通法判例制度的核心在于遵循先例。先例是指对以后的案件具有约束力的判决。遵循先例是指制定判决的法院及其下级法院在处理相同事例和问题时对该判决的遵循。判例的法律效力范围仅仅限于作出该判例的法院和同一个地区的下级法院；能够制定判例的法院则都是上诉法院，最基层的法院并没有制作判例的权限。

我国案例指导制度在案例产生的审级和管辖区域范围的来源上并没有具体规定，而是采取由最高人民法院公布的方式产生。最高法院公布的案例可以来自全国任何一个审级的任何一个法院，而且最高法院鼓励方方面面向法院提交或推荐案例。^[14] 这就首先涉及谁有权制定案例的问题，即哪一级法院才有制作案例的权限。按照现行《规定》，每一级法院（也包括每个法院）都有权推荐案例。这就意味着下级法院（甚至基层法院）的判决都有可能被最高法院采用和公布，从而成为可以约束全国任何法院的指导性案例。这就会进一步引发指导性案例效力范围的两个相关问题。一是它在审级上的效力问题，即下级法院的判决能否约束上级法院的问题。二是案例在管辖区域上的效力，即甘肃高级法院的判决是否能够约束北京高级法院的问题。如果判决是一个中级或基层法院作出的，一旦这个判决被最高法院选中并公布，即成为指导性案例，它不仅对作出判决的法院及其下级法院，而且对上级法院甚至最高法院，对其他地区的下级、同级和上级法院都具有指导性和“事实拘束力”。这种把审级和管辖区域的范围都打破的局面将会对指导性案例的体系带来不小的冲击，也与普通法的判例制度形成了较为鲜明的反差。

从最高人民法院刚刚公布的四个指导性案例看，其中有两个（民事）是由中级法院作出的，另外两个（涉及死刑的刑事案件）是由高级法院作出的；其中有一个（民事）案件是在推翻基层法院判决的基础上，由中级法院作出新的不同判决的案例；其他三个案件都是由中级法院或高级法院维持下级初审判决的案件。这是否意味着会开创一个先例，即所有指导性案例都会源自至少中级法院以上的上级法院呢？如果是这样，审级和管辖范围上带来的冲击将会相对小些。

[13] 余双魁：《慎下“同案不同判”的评判》[N]，《检察日报》，2011-05-10；王洪季：《案例指导制度的反思与探索》[EB/OL]，2008年发表在北大法律信息网，引证号 CLJ. A. 045076，网址：http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=45076。

[14] 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第4条规定，不仅最高和高级人民法院可以推荐指导性案例，“中级人民法院、基层人民法院对本院已经发生法律效力裁判，认为符合本规定第二条规定的，经本院审判委员会讨论决定，层报高级人民法院，建议向最高人民法院案例指导工作办公室推荐。”第5条还规定其他任何人都可以向作出判决的法院进行推荐。

下级和其他地区法院制定的案例怎么会对上级和其他地区法院产生拘束力呢？如果一个基层法院制作了几个被最高法院选中的案例，恐怕其上级法院就很难对其今后的类似案件的判决有效地行使上诉审或再审权了。管辖地域范围的突破也将会给不同地域的上级法院带来不小的困惑。前些年出现的河南中原区基层法院创立判例制度的尝试^[15]，如果仅仅是在其法院内部对以后的案件具有拘束力，还不失为是一个十分有意义的创新；但是如果其判决成为指导性案例，恐怕就会形成因审级颠倒而造成的混乱了。

普通法中判例的拘束力源自判例制作法院的上级地位。我国案例指导制度中案例的拘束力则来自最高法院通过筛选、确定、编辑和公布这些案例的过程所赋予它的效力。下级法院的案例经过了最高法院的点化，就可以被视为最高法院制作的案例的性质，就具有了普遍的指导性（事实效力），从而可以适用到全国。这虽然说得通，但毕竟这些案例是下级或其他地区法院制作的，其效力来源的基础并没有被根本改变；而且每个案例中的地方性元素也不可能通过最高法院的点化就具有对上级法院或对其他地区法院的约束力。点化主要是指最高法院对案例的加工（编辑、提炼、概括等工作）。如果加工成分不大，那么就会出现前面所讲的案例的管辖效力问题。如果加工在案例中占有较大的分量（比如概括该案例中的精髓），这个案例可能会具有最高法院赋予的新的意义，因而可以对全国所有法院具有拘束力。但是，如果是这样，最高法院不可能对案件的具体事实太感兴趣，而是对案例所反映出来的问题和法律适用问题感兴趣，因此其加工部分很可能是有关在某种特定情况下如何适用法律的问题。如果是这种情况，最高法院何不利用现有制定司法解释的机制直接制定成文性解释呢？脱离了丰富变化的案件事实及其能动的分析诠释，类似成文规定式的案例指导又有多大意义呢？

从前述刚刚公布的四个案例看，这些案例显然都经过了加工（至少是精简提炼），篇幅比原来的判决书显然短了很多，并加上了“关键词”、“判决要点”、“相关法条”、“基本事实”、“判决结果”和“判决理由”的标题。^[16] 进行加工的最高法院案例指导工作办公室的法官对原始案卷材料进行了大量分析和综合，从中提炼出上述内容。^[17] 如果进一步分析，这些栏目中的“关键词”是根据案件性质所作的案件类型的标明，这在判决书中一般都会明确写出；“相关法条”也会在判决书中明确列举。指导性案例在这些方面不用做什么加工。“基本事实”和“判决结果”两项则是在原判决书的基础上提炼而形成的简写本。最高法院可以发挥的作用也很有限，不过是一般编辑的删减编纂工作。况且删减后的事实和判决结果也不会有更丰富的内容，反而是非常清晰简单的事实。其实，删减的事实能够给读者（其他法官和律师）提供法律分析的空间反而更小了。在指导性案例中起重要作用的部分应该是“判决要点”和“判决理由”部分。“判决要点”是最高法院从原判决书中提炼而形成的主要法律问题以及对这些问题的法律定性和规则适用解释。在其中三个案例中，“判决要点”都比较短，点出案件带来的法律问题，然后给予扼要的法律解答。^[18] 后面相应地“判决理由”也相应的比较短，不过是对前述要点稍微展开进行的分析。而第四个案例的“判决要点”则根据案件的情况，列出了四点。^[19] 其后的“判决理由”则分别对前述四项要点结合具体案件事实（经过提炼的事实）给予进一步的阐释。

[15] 戚庚生、郁云、曹媛媛、黄晓云：《案例指导，不约而同的探索》[J]，《中国审判》2011年第1期，第18页。

[16] 见《人民法院报》2011年12月21日第4版。

[17] “最高人民法院案例指导工作办公室选择指导性案例时，不仅要看某一份裁判文书，而且要看一审、二审乃至全案的相关文书或材料，了解裁判的法律与社会效果。”见《用好活指导性案例 努力实现司法公正——最高人民法院研究室负责人就案例指导制度答记者问》[N]，《人民法院报》，2011-12-21(3)。

[18] 如最高法院首批公布的案例之一，“吴梅诉四川省眉山西城纸业有限公司买卖合同纠纷案”的法律要点为：“民事案件二审期间，双方当事人达成和解协议，人民法院准许撤回上诉的，该和解协议未经人民法院依法制作调解书，属于诉讼外达成的协议。一方当事人不履行和解协议，另一方当事人申请执行一审判决的，人民法院应予支持。”该案法律要点首先点明“不履行二审期间达成的和解协议，是否可以执行一审判决的问题”，然后给予“法院应予支持”的结论。

[19] 该案为“潘玉梅、陈宁受贿案”，其中分别涉及四项以合办公司为名收受利润、明知他人托办事务而收取财物、明知他人托办而低价购买财物和他人受审查后退还财物等情况是否构成受贿罪的问题。这些要点分别用序号标出。

现在采取的案例体例,显然是先由案例指导工作办公室的法官对案例进行编辑加工,然后报审判委员会审查、批准后发布。可以说,负责对案例进行加工的是案例指导办公室的法官来操作,然后由审判委员会集体讨论通过。在对原来判决书进行编辑加工的过程中,是否会有“六经注我”,由着注释者(非原案审理者)任意发挥的余地呢?这不仅是需要高度重视的法理问题,而且也是亟需研究和制定的法律程序和实际操作问题。更为值得关注的问题是,“判决要点”所采用的形式是典型制定法的条文形式;那么它们是否值得用案例形式来发布呢?是否现有的司法解释的机制就完全可以应对这些条文适用的问题呢?总之,指导性案例的实际功效还不明显,其存在的独特功能和价值也尚未显现,有待今后的实践进一步证明。

三、先例原则的运作与案例指导制度

遵循先例(*stare decisis*)^[20]是普通法最为主要的司法原则,是整个庞杂的判例体系建构的基础。但是判例的形成并非仅仅是仅仅依赖一个先例对单个案件进行简单判决的结果。熟悉判例法的学者和律师都非常清楚,每一个判决中所引用的先例不可能是一个,而是数个甚至更多。众多相类似的先例被放在一起进行比较、分析和综合,最终形成新的判例;新的判例对于其后的案件而言又起到先例的作用。“要想知道‘法律是什么’,我们需要把相关的案件集合在一起,即‘整合’(synthesize)它们。整合的过程是判例法运行中最为重要的环节。一个人为了不同的目的来整合判决:……确定的是,每一次他都在论证法律是什么。”^[21]在这一意义上,遵循先例的原则不仅是法律规定的原则,而且是法律制度赖以存在和发展的内在规律的必然;先例产生的基础不仅存在法律规定的层面上,而且存在于法律内在的规律和法律与社会互动的社会存在层面上。

我国案例指导制度尚未有明确的案例形成程序和技术规范。按照现行《规定》,最高法院公布的指导性案例基本上是根据下级法院的一个判决形成的。或许在实践中,最高法院会有意寻找具有普遍性的某一类案件,并从该类案件中寻找典型案件。但由于我国法院判决中不会引用以往的案例(至少现在不会),且也不会引用数个案例,因此最终被选作具有指导性的案例不会是在众多案件的基础上综合而成的案例,而是基于单个案件基础上的典型案例。如果没有众多案件的比较和综合,所公布的案例也就有先天不足的特点,难以具备较为深入和广泛的法律和社会基础。这样形成的案例也往往带有以例说法和释法的单向度特点,不会形成体系化的指导性案例体系,因此对其后案件的适用性(参考性)也会大为降低。

普通法国家的法官虽然是判例法形成的制作者(其正式的官方说法是“发现法律”,而非“制定法律”^[22]),但他们在制作判例的过程中则采用极为“审慎的态度”,即上级法院一般不会在它所遇到的第一个案件中就做出新的判决,而是在大多数情况下对新的现象采用观望的态度,利用下级法院作为实验室,在类似的事例积累多了,情况也更为清楚的时候才做出具有判例性的判决。^[23]例如,美国著名的具有里程碑意义的“布朗诉教育局”案件并非一个孤立的单个案件,而是在“民权组织”不断发动的众多案件所形成的浪潮的冲击下,在众多同类已经发生或正在发生的案件的基础上,最后由联邦最高法院作出

[20] 其拉丁文的原意为“因循已决之事”。它是指“先例原理”,“根据这一原理,在面对出现同样问题的诉讼案件时,法院有必要遵循以往的司法判决。”Black's Law Dictionary, Seventh Edition, West Group, 1999, p. 1414.

[21] Jane Ginsburg, Introduction to Law and Legal Reasoning, Foundation Press, 2004, p. 158.

[22] 美国联邦第九上诉法院 Kozinsky 法官在 Hart v. Massanari 案(2001)判决中说:普通法法官历来认为他们“不过是在以前判决的帮助下‘发现’法律”;现在他们“开始相信,法官制定而非发现法律”。摘自“Introduction to Law and Legal Reasoning”,同前注[21], p. 145, 147.《牛津法律大辞典》,光明日报出版社 1988 年版,第 708 页。

[23] 在中国人民大学法学院于 2011 年 9 月 23 日召开的“司法判例制度研讨会”上,美国辛辛那提大学法学院教授 Mark Godsey 介绍:美国联邦最高法院在受理案件时会进行挑选。对于尚把握不准的案件,它会不予受理,让下级法院先行处理,也就是让下级法院先行“试验”,等问题清楚了,它再受理该案件。

了推翻 1896 年该院在普莱西诉佛格森案 (*Plessy v. Ferguson*) 中所提出的“隔离就是平等”的原则,确立了具有里程碑意义的在教育领域废除种族隔离的新判例。在该案件判决中,仅仅为了分析普莱西案所提出的“隔离但平等”的原则并不适用于公共教育领域,该院就举出了普莱西案以后出现的六个判决,以论证该原则不适用于公共教育领域,提出了隔离教育“具有固有的不平等性”(inherently unequal)。^[24]在这一判决中,联邦最高法院也充分认识到了该判决在现实社会中落实的艰巨性,明确提出要以“全面审慎的进度”(all deliberate speed)来推进该判例。

我国案例指导制度下的案例虽然没有制定新的规则和原则的功能,但也应当是针对某种类型的案件、具有一定高度和广度的涵盖性或抽象指导意义的典型案例。而要使这一案例具有广泛的指导意义,就需要具有一定“审慎”观察和“实验性”的过程。现行《规定》提出的直接由最高法院挑选下级法院案例的方法,似乎多少是“撞大运”式的筛选过程;如此办理,即便是选上而成为案例,也难以从单个案例中发现法律规则和原则的发展轨迹,该案例的普遍指导意义恐怕也会大打折扣。

还需要注意的是,普通法体系中的判例并非是一成不变的规则,而是随着社会的发展在不断变化、与时俱进的活的规范体系。判例所提出的规则或原则的变化是一个更为棘手和复杂的问题。上述布朗案有关“平等”原则的变化就是很好的例证。

我国案例指导制度不仅要关注案例的制定,同时也要对案例的发展变化以及案例的修改和退出给予充分关注,以使得所公布的案例也具有与时俱进的制度轨道和技术保障。根据现有的法律规定,案例仅具有参考价值或“事实拘束力”,其发展变化必然要依据法律的修改和发展而变化,也就是说其变化主要依据制定法的修改和发展而变化。如果制定法的规则改变了,基于这一规则而公布的案例也就应该被废止了。这种废止是否需要通过明确的程序作出呢?如果不明确废止,恐怕会出现指导性案例与现行法律规范打架的问题。此外,指导性案例的修改和废止还可能发生在制定法不变的情况下,最高法院自行完善和修改已公布的案例。这种修改和完善的权力具有法律根据,其具体形式可以通过最高法院发布新的案例、编纂案例汇编或公开撤销的方式来进行。其程序和形式,乃至相关的技术和理论,仍需要进一步设计和构建。

与此相关的还有一个推动普通法判例演变决定因素的问题。普通法判例制定的规则和原则的变化并非法律内在逻辑的推动,而是由于社会生活的变动而产生的法律演变。这一问题并非本文所要解决的问题。但需要指出的是,法院在建立和完善指导性案例体系的过程中,需要把眼界打开,不仅考虑法律的内在逻辑和规范,而且要具有对社会的宏观和科学的把握。最高人民法院和最高人民检察院自然对此也一定会有更深入的考虑和规划。如果案例指导制度能够在其制度的内在规律层面和社会现实运作层面上找到其存在的基础,其法律基础的确立则是较为容易解决的问题。

四、发现和确认案例中法律规则的技术

当前围绕案例指导制度的讨论多为案例性质、功能及存在与否的讨论。其实,一项制度的建构还需要探讨其技术操作和保障体系的问题。在制度存废讨论没有定论的情况下,其技术规范体系的设计和可行性就更为关键。

普通法判例制度除了有上述判例的效力渊源和运行问题外,如何从判决书洋洋洒洒的长篇大论中发掘并确认(to ascertain)法律规则和原则的技术也至关重要。作为先例的判决书中哪些部分才是具有法律约束力的规则和原则呢?区别判决中的“附带意见”(一般性论述)与“判决根据”(关键性论述)的

[24] *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954).

技术至关重要。“附带意见”(obita dicta 或 dictum^[25])是在得出判决意见过程中的论述,有些虽然类似格言警句,但并非判决的核心和关键问题之所在,因此也就不是其后案件所要遵循的规则或原则。“判决根据”(ratio decidendi、ratio 或 holding^[26])则是判决书中对于核心法律问题的回答和解释,是该判决的基础,因此对于其后的类似案件都具有法律约束力。普通法制度对于判决中“附带意见”和“判决根据”的区分,是判例制度的核心技术。如何抽象出和确定案例中具有法律约束力的“规则”,必然是一个极其棘手的“技术活”。

由于“附带意见”和“判决理由”在判决书中往往没有明确地标明,因此二者具有相当大的模糊性,对二者的区分也就更具挑战性。更令人困惑的是,一项长期被认为是“附带意见”的论述,在新的案件中有可能成为“判决根据”;反之亦然。对于作出判决的法官而言,可能这不是什么问题。但恰恰由于一项判决已成为先例,对先例的甄别和适用是由其他法官进行的。因此又会出现“六经注我”(适用者通过先例阐释其自身见解)的现象。先例原则并没有十分的确定性把握,而是需要其他人(适用先例的法官和律师)的理解和诠释。这种不断展开的判例演变,德沃金用“不同年代的人延续编写的故事”的比喻来形容,同时要求法律执业者具有历史的眼光,不仅要遵循先例向后看,而且要关注现实向周围看,更要“放眼未来”向前看。^[27]

我国指导性案例也会遇到同样的问题,即在一个公布的案例中,哪些话和论述是具有参考价值(“事实拘束力”)的部分(“判决根据”),而其他部分则是无关紧要的叙述(“附带意见”)呢?这个工作是由案例指导办公室的法官通过编选加工来注明呢?还是由最高法院审判委员会来确定?亦或是任由将要适用该案例的法官个人来决定?由审判委员会从事这项工作最具法律上的合法性和权威性,但考虑到该委员会的实际工作状况,其可行性不是很高。如果由案例指导办公室来承担这一任务,虽然从操作层面较为可行,但其工作权限和效力都会产生疑问。首批公布的指导性案例采用的是具体编辑案例的法官和审判委员会合作的方式,因此结合了两个方面的长处,也避免了可能的法律缺陷。除了最高法院确认判决根据的工作外,由于案例的最终使用者是以后面对同类型案件的其他法官,他们肯定会拥有一定的判断案例中哪些部分具有指导意义的决定权;而因其自身司法经验和水平的不同,面临案件的不同(虽然是同类案件,其差异性也必然存在),对案例解读的不同,关注的问题侧重点不同,他们的选择将会对案例的实际效果产生极大的影响;其结果恐怕会在某些领域中产生同一案例不同解读和适用的局面。当然我们希望不会出现那样五彩缤纷、百花齐放的结果,但这种希望的实现不在于我们主观上如何想象,而在于我们能否未雨绸缪,设计和建立相对完善的案例解读和适用的具体制度和技术手段。

从现在首批公布的案例看,这个问题似乎已经得到解决。公布的指导性案例中最为重要的“判决要点”和“判决理由”已经被最高法院明确提炼出来,大大方便了法官在司法实践中参考和适用案例。但是这并不能说明这个问题已经被完全解决。首先一个问题是,这种提炼是反映了原案的真实情况,还是负责编辑法官本人的汇总和提炼?其次是其他法官在适用该案例时是否还有进一步解读的空间?如首次公布指导性案例中的“潘玉梅、陈宁受贿案”有四个要点,其中第二项“判决要点”是“明知他人有请托事项而收受其财物”应被认定为受贿。在随后的“判决理由”中,法院认为:只要承诺“为他人谋取利益”,就构成受贿;而承诺“为他人谋取利益”,可以从为他人谋取利益的明示或默示的意思表示予以认定。在进一步的论述中,法院认为:被告人“明知他人有请托事项而收受其财物,应视为承诺为他人谋取利益,至于是否已实际为他人谋取利益或谋取到利益,只是受贿的情节问题,不影响受贿的认定。”此处法院并没有清楚地表明何为“默示的意思表示”,也没有提供进一步的事实来说明默示意思表示与请

[25] 根据 Black's Law Dictionary 的解释,该拉丁文的词义是“顺便谈论的意见”。它是指“在形成司法意见的过程中作出的司法评述,而它不是案件判决的必要部分,因而不具有先例性质。”

[26] 根据 Black's Law Dictionary 的解释,该拉丁文的词义是“判决的理由”。它是指“形成法院判决的基础性原则或法律规则”,“如果该法律规则不存在,案件的判决将会不同。”

[27] Dworkin, "Law's Empire", Harvard University Press, 1988, p. 225.

托行为或事项之间是否要具有因果关系。如果请托人提出请托事项与提供财物的行为不在同一个时间和地点,受托人主观上并没有意识到二者之间的关系,是否收受财物就构成了“默示意思表示”呢?由于原判决的事实并没有在发布的指导性案例中完全披露,读者显然无法得知原判案件中的进一步事实情况;而案例编辑的法官由于某种原因没有在“判决要点”和“判决理由”中详细论述默示意思表示与收受财物之间的关系问题,这个问题就会成为其后其他法官在适用该案例时自由发挥的空间。而且由于指导性案例所给定的事实有限,法官的自由发挥还缺少了普通法系中区分“附带意见”和“判决根据”,确认法律规则的乐趣和挑战,难免流于凭空想象或学理论证。

在普通法体系中,区别“附带意见”和“判决根据”有哪些标准呢?一般认为,确认“判决根据”有两个步骤,“首先,需要确定案件中法官认定的所有事实;其次,需要确定哪些事实被法官认定为是具有决定意义的事实。”^[28]这就带来了下一节要论述的判例中的事实问题。

五、事实区别的技术

案例或判例都基于不同的案件事实,因此案件事实的差异对于案例/判例的适用具有重要意义。这就是说,案例/判例是否适用于当前面对的案件,取决于案例/判例中的事实与面对案件的事实是否相同。同案同判,不同案则不同判。同案与否在于案件事实在多大程度上具有相似性。因此在适用案例时,法官必然要把案例/判例与所审理的案件进行比较,以便找出二者在事实、程序和法律上相同或不同之处。为了论证先例对当前案件不具有约束力或不适用,法官必须要证明二者之间的差异。这就是普通法所说的“区别技术”(distinguish)^[29],而区别技术又是整个案例/判例制度的前提条件。例如前述美国布朗案件中就花了很大的精力来区别该案事实与普莱西案的事实,认为普莱西案(论述的是在交通工具中的隔离问题)和其后的几个判例都没有论述“公共教育领域中的隔离”问题,而布朗案则涉及这一问题,因此作为先例的普莱西案与正在审理的布朗案不是同一类案件,普莱西案的“判决根据”也就不能适应到布朗案。

案例指导制度似乎并没有在如何区别不同案例的问题上给予太多关注。客观讲,现在尚没有几个指导性案例,所以区别技术尚未显示其重要性。但是,在公布的案例数量增多后,区别不同案例之间的差异就会凸显其重要作用。例如,前面所谈的“潘玉梅、陈宁受贿案”规定以默示方式收取请托人的财物构成受贿罪。假定随着案件数量的增加,出现了进一步解释什么是“默示方式收取请托人财物”或默示意思表示与请托表示之间是否要有因果关系的案例,那这个新案例的事实与“潘玉梅案”的事实就要加以区分。在区别上述事实的基础上,法官才能够确定哪一个案例应当是可适用的案例。

除了区别不同的案例以确定其适用效力外,法官还需要比较案例与当前处理的案件之间的相同性。如果为了论证某一个案例不适用于当前所受理的案件,区别技术就成为主要手段。最高人民法院已经认识到了这一点。在解释案例指导制度的谈话中,有关负责人指出:“要切实把握‘类似案件’标准。类似案件不仅指案情类似,更重要的是指争议焦点类似。如果案情类似,但当事人诉讼争议的焦点不类似,……则不得参照上述指导性案例。”^[30]由于首批公布的指导性案例都较为简单,其案件事实的描述并不充分,更谈不上详细,因此事实区别好像很难深入展开,故而对诉讼争议焦点就成为最主要的区别素材。而什么是“争议焦点”则没有明确的规定。本文认为它主要包括案件中事实和法律争议的焦点,主要体现在公布的指导性案例中的“判决要点”和“判决理由”之中。前面已经说过,这两部分都是由最

[28] Black's Law Dictionary, p. 1269.

[29] Black's Law Dictionary, p. 486.

[30] 《用好活用指导性案例 努力实现司法公正——最高人民法院研究室负责人就案例指导制度答记者问》[N],《人民法院报》,2011-12-21(3)。

高人民法院提炼和编辑的部分,而且事实情况并不详细,因此可能比较容易区别案例与所审案件之间的差异,从而限制指导性案例的适用范围和效力。

此外,“类似”或“不类似”也是一个较为模糊的提法。显然我们也不可能把“类似”与否进行量化处理,用百分比的方式衡量。仍以布朗案为例,种族隔离是否平等显然是一个争议焦点,普莱西案件的焦点也是隔离是否平等。争议焦点类似,这两个案件是否类似呢?如果类似,普莱西案中“隔离即平等”的原则不就必须适用了吗?如果从普莱西案所涉及的平等与公共教育无关,而布朗案中的隔离则与公共教育相关的角度看,这两个案件则“不类似”,从而普莱西案的判决根据就不能适用于布朗案。也就是说,类似与否,在很大程度上是可以人为地灵活把握的。

我国法官队伍中了解并能够熟练运用这种区别技术的人显然不多。因此,从案例指导制度未来发展的需求看,这种区别技术显然会对这一制度的发展起到重要作用,因此亟待建立、规范和完善。

六、没有结论的结语

案例指导制度是在全球化背景下我国司法改革提出的一个重要举措。但是这一举措的创新性,尤其是其现实必要性,尚未显示出来,其理论上的论证也有待进一步深化。如果它出台的目的是为了“同案同判”,减少自由裁量权,统一司法,那它很可能在某些领域看到相反的结果,即案例不仅没有带来统一司法,反而会带来更为多样化的案例解读和适用局面。如果构建该制度是为了开辟一条新的发挥司法能动性的制度通道和新的形式,那它与现有司法解释的区别并未体现出来。现在首批公布的四个案例的作用似乎完全可以通过原有的司法解释的方式来实现。在这一意义上,案例指导制度的合理性、合法性和现实必要性还需要进一步论证。

制度的成功在很大程度上依赖其现实操作性,依赖完善、科学、可行的程序安排和技术保障体系的存在。本文在与普通法系的判例制度进行比较的基础上,指出案例指导制度在程序、操作技术层面上的缺憾,呼吁加强对指导性案例的选择、编辑、适用和完善的程序设计和建构,加强对相关技术保障体系的研究和开发。基于我国司法队伍知识结构和素质的现状,有必要结合上述程序、制度和技术体系的设计对法官等司法职业群体进行深入的培训。

(责任编辑:赵丹)