

最高人民法院冠名典型案例的功能分析

——以“一带一路”典型案例为样本

向 力*

摘要:处于政法体制之内和案例指导制度之外的冠名典型案例是最高人民法院典型治理术和供给裁判规范双重逻辑的产物,其功能预设重在执行公共政策而非供给裁判规范。基于功能分析范式的考察表明,冠名典型案例的正功能和显功能集中于象征性执行公共政策,但实际执行效果和向试验性执行转化的空间有限;其功能基础决定了供给裁判规范的正功能、负功能和显功能均微弱,而潜功能则有三重:多重典型化损害裁判规范的确定性、带动地方法院发布典型案例、成为指导性案例的备选库。最高人民法院对典型治理术的路径依赖和公共政策执行的激烈竞争导致冠名典型案例的功能固化,但司法文件、指导性案例均能部分替代其公共政策执行功能,且指导性案例在裁判规范的供给方面的功能替代正逐步增强。我们不可忽视司法场域那些缺乏制度基础的司法治理行为,它们自有其存续逻辑并对我国司法产生多重后果。

关键词:最高人民法院 典型案例 冠名典型案例 功能分析 “一带一路”

一、现象与问题

最高人民法院一直存在发布典型案例的做法。宽泛意义上的典型案例包括3类:(1)冠名典型案例,即直接冠以“XX典型案例”,如“海事审判典型案例”“生态环境保护典型案例”“涉互联网典型案例”等。晚近最高人民法院发布冠名典型案例的司法文件多达171项,案例已逾千例。^①(2)《最高人民法院公报》自1985年创办以来所载典型案例(以下简称《公报》案例),包括“裁判文书选登”和“案例”两类。(3)其他典型案例,即由最高人民法院各业务庭或下属单位编辑

* 山东大学法学院副教授

基金项目:山东省青岛市社会科学规划项目(QDSKL1901025),山东大学基本科研业务费资助(人文社科)青年团队项目(IFYT150023)

① 笔者在北大法宝“中央法规司法解释”数据库以“典型案例”进行标题检索,然后在“发布部门”中选择最高人民法院,检索结果显示共有171项。检索时间截至2021年1月15日。

出版的案例。其他典型案例从严格意义上讲并非最高人民法院发布,并不代表其立场。因此,狭义上的最高人民法院发布的典型案例仅包括冠名典型案例和《公报》案例两类。

《公报》案例在性质上更接近指导性案例。尤其是自2004年开始,其在结构上增加了“裁判摘要”,类型上从以复述法条为主转向以漏洞填补和法律解释为主。^①此种变化使得《公报》案例在实质上成为指导性案例的雏形。相形之下,冠名典型案例具有显著的目的性、工具性和时代性:其采取非连续的集中发布模式,直白的冠名彰显其发布主旨,且涌现于晚近十余年。冠名典型案例在性质上迥异于《公报》案例和指导性案例,数量已累计至千余例,并且其发布并未因案例指导制度的正式确立而停止或式微,反而与指导性案例、《公报》案例形成鼎立的遴选案例供给局面。这充分表明,冠名典型案例既是最高人民法院司法治理的一项重要工具,又是我国司法实践中一种无法回避的独特司法现象。

伴随法学实证研究的兴起和案例获取便利度的提升,案例研究在我国呈勃兴之势。奇怪的是,对典型案例与指导性案例的研究呈现巨大的反差,对后者的研究热度远胜于前者。有限的典型案例研究多属类案研究,少数为个案研究,鲜见对冠名典型案例这一独特司法现象的整体性研究。学界对冠名典型案例的忽略遮蔽了如下问题:缺乏案例制度支撑和约束的冠名典型案例对我国司法会产生哪些客观结果,其与指导性案例、《公报》案例的功能有何异同,其与司法解释、司法文件等司法治理工具存在何种互动,其在我国司法实践中是否会长期存在并发生某种程度的功能变异?这共同导向一个被忽略的重要司法理论问题:如何对处于政法体制之内和案例指导制度之外的冠名典型案例进行严肃的功能分析?

最高人民法院先后于2015年、2017年发布两批“一带一路”典型案例。相较于其他冠名典型案例,上述两批典型案例具有如下特点:其一,除具备冠名典型案例的惯常体例外,标题中新增了最高人民法院按语。这有助于更清晰地辨识此类案例的发布意图。其二,发布行为具有批次性。这有助于对典型案例的功能进行连续考察。其三,发布行为直接与“一带一路”倡议这一政策关联。这有助于更直接地考察典型案例与公共政策之间的关系。鉴此,“一带一路”典型案例适宜作为冠名典型案例功能分析的样本。本文以之为具体分析的对象。

本文在总体研究设计上坚持如下立场:其一,放弃先入为主地将冠名典型案例视为中国司法实践的一个问题,力图在事实层面把握其运行逻辑,揭示表象之下的功能全貌。其二,放弃功能预设。本文不盲从现有研究对冠名典型案例的案例指导功能预设,^②力图对其功能做实证考察。其三,将取自样本的研究结论推及于冠名典型案例总体时应格外谨慎。为此,本文采用替代解释,警惕测量偏误,同时与已有单样本研究进行比较等方法降低推论的不确定性。^③

二、冠名典型案例功能分析的进路

(一)功能分析的范式

① 参见李仕春:《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》,《法学》2009年第6期。

② 参见张忠民:《典型环境案例的案例指导功能之辩——以最高人民法院公布的23个典型环境案例为样本》,《法学》2015年第10期;王桂波:《论刑事典型案例的指南作用》,《中国刑事法杂志》2010年第12期。

③ 参见[美]加里·金、[美]罗伯特·基欧汉、[美]悉尼·维巴:《社会科学中的研究设计》,陈硕译,格致出版社、上海人民出版社2014年版,第203~206页。

功能分析导源于社会学的3大理论传统之一——功能主义,尽管该理论传统自20世纪80年代以来不再像从前那样广为流行,但其秉持的功能分析进路至今仍具有重要的意义。^①系统的功能分析范式由美国社会学家罗伯特·K.默顿提出。在默顿看来,“社会功能是可观察的客观结果,而非主观意向(目的、动机、目标)”,^②并提出如下功能分析范式:(1)功能分析的对象必须是某一标准化的(即模式化的和重复的)事项;(2)应建立多重后果和总后果的净差额概念,正功能是观察到的那些有助于一定系统调适的后果,负功能是观察到的那些削弱系统调适的后果,此外还存在非功能后果的可能性,即后果与所考察的系统完全不相关;(3)应区分主观目的与客观后果一致和不一致的情况,显功能是某一具体单元的那些有助于其调适并且是有意安排的客观后果,潜功能是指同一层次上的无意图的、未认识到的后果;(4)还需留意功能赖以实现的机制、功能的可能变异范围及功能受到的结构制约。^③

法学界不乏宽泛意义上的功能分析,但较少采用社会学的功能分析范式进行的研究。缺乏功能分析范式指引的功能分析,既可能将客观后果与主观意向混同,又可能只看到正功能而忽视负功能,还可能仅关注显功能而忽略潜功能、非功能及功能替代。鉴此,对冠名典型案例进行严肃的功能分析就离不开功能分析范式的指引。基于默顿提出的功能分析范式,本文对冠名典型案例的功能分析采用多重后果视角。首先,分析冠名典型案例对司法系统调适可能具有的正功能、负功能和非功能;其次,关注其对司法系统调适的显功能和潜功能;最后,考察冠名典型案例功能赖以实现的基础和机制,其功能的可能变异范围和所受结构性制约。

(二)功能分析的基点

结构功能主义是一种系统理论,其往往把整体的系统和它的“需要”放在首位。^④循此逻辑,对观察对象多重功能的判断就需要考察其对一定系统的调适后果。因此,冠名典型案例功能分析的基点便在于廓清最高人民法院面临的系统调适要务。

作为社会的一个子系统,司法系统拥有其独特的基础立场,得以在系统开放的同时有可能保持自我指涉的封闭。而在功能分化的现代社会,司法系统的基础立场由其功能予以捍卫。^⑤在极端回应型意识形态视野中,司法永远意味着解决纠纷,而能动主义司法的最终目的则在于将国家政策贯彻到法官所审理的案件中。在现实中,更可能的是司法具有两幅面孔,不仅包括解决纠纷,而且还包括实施法律和国家政策,从而出现能动型司法与回应型司法某种程度的混合。^⑥据此,司法系统经由解决纠纷与实施法律、政策这两项功能获得其基础立场。最高人民法院围绕二者展开的对司法系统的调适,可区分为司法系统的内部调适以及与其他子系统关系的外部调适。

^① 参见[英]安东尼·吉登斯、[英]菲利普·萨顿:《社会学》,赵旭东、齐心、王兵等译,北京大学出版社2015年版,第16~18页。

^② [美]罗伯特·K.默顿:《社会理论和社会结构》,唐少杰、齐心等译,译林出版社2015年版,第113页。

^③ 参见[美]罗伯特·K.默顿:《社会理论和社会结构》,唐少杰、齐心等译,译林出版社2015年版,第151~170页。

^④ 参见[英]安东尼·吉登斯、[英]菲利普·萨顿:《社会学》,赵旭东、齐心、王兵等译,北京大学出版社2015年版,第75页。

^⑤ 参见[德]尼克拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海人民出版社2013年版,第425页。

^⑥ 参见[美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔:比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第100~121页。

1. 裁判规范供给功能

最高人民法院对司法系统的内部调适以其法定职能的履行为旨归。根据2018年《中华人民共和国民事诉讼法组织法》(以下简称《人民法院组织法》)第10、18、19条的规定,最高人民法院的法定职能有4:审判案件、监督地方法院、制定司法解释、发布指导性案例。除监督之责外,其他3项职能可归结为处理诉讼问题(向后看)和供给裁判规范(向前看)两个方面。^①其中,制定司法解释和发布指导性案例属于后者。

最高人民法院审判案件具有司法审判的惯常被动性、个案性和因审级限制导致的案件数量有限性,因而对司法系统整体调适的作用甚微,唯有供给裁判规范与内部调适紧密关联。最高人民法院监督比上级法院监督更能公开处罚枉法或错误裁判,但由于其与监督对象之间距离遥远,更难发现枉法或错误裁判,所要付出的额外信息成本更高,因此信息失真的可能性更大。^②在这种境况下,最高人民法院为实现依法公正司法的监督目标,向地方各级人民法院供给裁判规范可能是更为可行的监督之法。因此,最高人民法院对司法系统内部调适的要务在于供给裁判规范。

2. 公共政策的执行功能

司法系统与外部诸系统的关系在中国的政治语境下被形象地称为“块块”关系,即同级各个机关之间的关系。而“块块”管理的根本是同级各个机关接受同级党委而非同级政府党组的领导,亦即在同级机关中由同级党委负总责。^③在这种政法体制下,“党管干部原则”使得人民法院必须跟政治保持高度一致性,“政治正确”成为人民法院各项工作的一条重要标准,而人民法院为提升在整个政治序列的地位会对政治采取主动态度。^④进一步而言,中国的司法系统演化为一种政治科层制。其在运行逻辑上,强调司法的“治理化”,而非致力于实现严格意义上的规则之治,相关工作多围绕执政党的注意力与中心任务展开。^⑤党和国家的意志往往以公共政策的形式具体化,这使得最高人民法院调适与外部诸系统关系的重点在于如何把握党和国家的政策方针。因此,最高人民法院调适与外部诸系统关系的要务在于如何在司法系统执行公共政策。

(三)功能分析的切入点

1. 观察裁判规范供给功能的切入点:冠名典型案例与指导性案例、司法文件之间的关系

最高人民法院供给裁判规范的法定方式限于发布司法解释和指导性案例。鉴于冠名典型案例与指导性案例在本质上都是最高人民法院以甄选、剪辑的案例实施的司法治理,观察样本在供给“一带一路”裁判规范方面的客观后果,势必需要深入分析二者在体例、内容方面的异同及在功能方面的可能关联。此外,承载着政策与命令的司法文件一直是引领和驱动司法体系日常运行和改革发展以及治理各种司法问题的重要手段。^⑥司法文件往往是发布冠名典型案例的政策依据,而冠名典型案例的遴选乃至典型意义的提炼往往又与司法文件的特定内容呼应。这使得在观察冠名典型案例供给裁判规范的客观后果时还应考察其与司法文件的关系。就样本而言,则应着重考察其与《为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》[法发(2015)9号](以下

① 参见季卫东:《最高人民法院的角色及其演化》,《清华法学》2006年第1期。

② 参见李可:《法院内部监督问题研究》,《江苏社会科学》2014年第5期。

③ 参见侯猛:《当代中国政法体制的形成及意义》,《法学研究》2016年第6期。

④ 参见郑智航:《法院如何参与社会管理创新——以法院司法建议为分析对象》,《法商研究》2017年第2期。

⑤ 参见郭松:《司法文件的中国特色与实践考察》,《环球法律评论》2018年第4期。

⑥ 参见郭松:《司法文件的中国特色与实践考察》,《环球法律评论》2018年第4期。

简称《意见一》)的关系。

2. 观察公共政策执行功能的切入点: 试验性执行和象征性执行模式

观察样本执行“一带一路”倡议的客观后果须首先选定最高人民法院公共政策执行的分析工具。模糊和冲突是公共政策所内含的特性。^① 根据“模糊性”与“冲突性”的高低水平,公共政策的执行模式分为4类(详见表1)。^② “一带一路”倡议未设定沿线国司法合作的具体目标,也未对人民法院系统如何提供司法服务和保障提出要求,从此种意义上讲具有高度模糊性。尽管各类中央机关和沿线地方政府都认为该倡议与其紧密相关,但人民法院系统在司法审判领域面临的外部竞争很小,从此种意义上讲其政策冲突性低。据此,“一带一路”倡议在司法场域属于模糊性高而冲突性低的公共政策,理论上对应的执行模式为“试验性执行”。

事实上,最高人民法院针对“一带一路”倡议实施的行为具有显著的试验性。此种执行具有很高的辨识度,包括:发布执行该倡议的纲领性文件:即《意见一》和《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》[法发(2019)29号](以下简称《意见二》),组建涉“一带一路”审判机构和智库机构。

表1 政策执行的 Matland 分析模型

	冲突性低	冲突性高
模糊性低	行政性执行 (支配要素:资源)	政治性执行 (支配要素:权利)
模糊性高	试验性执行 (支配要素:情境条件)	象征性执行 (支配要素:联盟强度)

值得注意的是,在试验性执行之外,最高人民法院还实施了诸多其他涉“一带一路”行为,具体包括:制定相关司法解释,发布相关司法文件,参与相关国际关系。这些行为的共同点在于,都只是附带提及“一带一路”倡议而非针对实施。显然,它们属于对该倡议的象征性执行。因为象征性执行的目标是发挥一种象征或宣示的作用,如强调某种价值、重申既有目标。^③

综上所述,最高人民法院执行“一带一路”倡议时采取了谨慎进行试验性执行和频繁进行象征性执行的复合模式。本文基于此种执行模式观察样本执行该倡议的客观后果。

三、冠名典型案例的功能基础

冠名典型案例功能的发挥,既需形成一定数量规模的案例,又需此类案例在质量上可堪此重任,还需在技术上有助于功能实现。其中,数量规模反映在存量上,质量则决定于是否具备典型性以及何种典型性,技术层面则关乎体例的科学性。鉴此,下文将从样本的存量、体例、典型性3个维度考察样本功能发挥的数量基础、质量基础和技术基础。

① 参见[英]迈克·希尔、[荷]彼特·休普:《执行公共政策》,黄健荣等译,商务印书馆2011年版,第107页。

② See Richard E. Matland, Synthesizing the Implementation Literature: The Ambiguity—Conflict Model of Policy Implementation, 5 Journal of Public Administration Research and Theory, 160 (1995).

③ 参见胡业飞、崔杨杨:《模糊政策的政策执行研究——以中国社会化养老政策为例》,《公共管理学报》2015年第2期。

(一)功能的数量基础:冠名典型案例的存量

最高人民法院于2015年发布的第一批“一带一路”典型案例共有8例,分别是:“新加坡中华环保科技集团有限公司与大拇指环保科技集团(福建)有限公司股东出资纠纷案”(以下简称“I-1号案”),“德国蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司与中化国际(新加坡)有限公司国际货物买卖合同纠纷案”(以下简称“I-2号案”),“哈池曼海运公司与上海申福化工有限公司、日本德宝海运株式会社海上货物运输合同货损赔偿纠纷案”(以下简称“I-3号案”),“塞拉利昂籍‘LEDOR’轮遭阿尔巴尼亚船东基恩毕船务有限公司弃船所引发系列纠纷”(以下简称“I-4号案”),“朗力(武汉)注塑系统有限公司与天地国际运输代理(中国)有限公司武汉分公司航空货物运输合同纠纷案”(以下简称“I-5号案”),“浙江逸盛石化有限公司与卢森堡英威达技术有限公司申请确认仲裁条款效力案”(以下简称“I-6号案”),“江苏太湖锅炉股份有限公司与卡拉卡托工程有限公司、中国银行股份有限公司无锡分行保函欺诈纠纷案”(以下简称“I-7号案”),“波兰弗里古波尔股份有限公司申请承认和执行波兰共和国法院判决案”(以下简称“I-8号案”)。

最高人民法院于2017年发布的第二批“一带一路”典型案例共有10例,分别是:“中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行与广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷再审案”(以下简称“II-1号案”),“英属维尔京群岛万嘉融资咨询私人有限公司、马来西亚叶某某与中宇建材集团有限公司居间合同纠纷上诉案”(以下简称“II-2号案”),“栖霞市绿源果蔬有限公司与中国银行股份有限公司北京市分行信用证转让纠纷再审审查案”(以下简称“II-3号案”),“西门子国际贸易(上海)有限公司与上海黄金置地有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案”(以下简称“II-4号案”),“高尔集团股份有限公司申请承认和执行新加坡高等法院民事判决案”(以下简称“II-5号案”),“现代重工有限公司与中国工商银行股份有限公司浙江省分行独立保函索赔纠纷上诉案”(以下简称“II-6号案”),“山东华立投资有限公司与新加坡 LAURITZ KNUDSEN ELECTRIC CO.PTE.LTD.股权转让合同纠纷上诉案”(以下简称“II-7号案”),“大连市海洋与渔业局与昂迪玛海运有限公司、博利塔尼亚汽船保险协会海域污染损害赔偿纠纷再审审查案”(以下简称“II-8号案”),“徐州天业金属资源有限公司与圣克莱蒙特航运股份公司、东京产业株式会社海上货物运输合同纠纷再审审查案”(以下简称“II-9号案”),“A.P.穆勒—马士基有限公司与上海蝉联携运物流有限公司深圳分公司、上海蝉联携运物流有限公司海上货物运输合同集装箱超期使用费纠纷再审案”(以下简称“II-10号案”)。

(二)功能的质量基础:冠名典型案例的典型性

学界对案例的典型性见仁见智。除少数从抽象的法律效果和社会效果维度理解外,更多的是从裁判规范维度把握典型性的内涵,只不过有的侧重案例中法官援引法律规范的代表性,有的侧重案例中法官构造裁判规范的代表性。^①跳出追寻典型性内涵的窠臼转而从司法治理角度观察,不难发现冠名典型案例同时还是“抓典型”治理方式的产物。此种治理方式在传统社会表现为旌表制度,新中国成立后表现为国家通过树典型来开展各种运动和传播新的意识形态,其对国家整合和社会动员发挥了巨大的作用。^②千余例冠名典型案例正是最高人民法院在所冠名领域

^① 有学者对裁判规范类型的划分进行了探讨。参见谢晖:《民间法与裁判规范》,《法学研究》2011年第2期。

^② 参见李元珍:《典型治理:国家与社会的分离——基于领导联系点的分析》,《南京农业大学学报》(社会科学版)2015年第3期。

树立的司法审判典型。这表明冠名典型案例是典型治理术和供给裁判规范双重逻辑交织的产物,且存在3类典型性:第一类典型性是典型治理术下对冠名典型案例正面法律效果和社会效果的主观评价。^① 第二类典型性是冠名典型案例在援引法律规范形成裁判规范方面具有代表性。具有此类典型性的冠名典型案例有明确的法条可以遵循,案例与相应法条完整契合。第三类典型性是冠名典型案例在构造裁判规范方面具有代表性。具有此类典型性的冠名典型案例无法直接援引法律规范进行裁判,需要法官按照法律的精神和原则,构造适用于该案件的裁判规范。^② 下文将基于典型性的此种类型化对样本进行梳理(详见表2)。

表2 “一带一路”典型案例的典型性统计表

样 本	第一类典型性 ^③	第二类典型性	第三类典型性
“I-1 号案”	公正高效司法,平等保护中外投资者合法权益	无	确定外国投资者的司法管理人和清盘人的诸事项应适用外国投资者登记地法律
“I-2 号案”	准确适用国际条约,依法支持当事人选择准据法	援引《联合国国际货物销售合同公约》第1、25条	无
“I-3 号案”	完善海上货损赔偿规则,有效规范国际航运秩序	无	采用货物贬值率的计算方式认定涉案货物的赔偿额
“I-4 号案”	依法及时分配船舶拍卖款,保障海上丝绸之路畅通有序	无	无
“I-5 号案”	准确理解公约条款,明晰国际航空运输纠纷裁判规则	援引《统一国际航空运输某些规则的公约》第19、22、23条	无
“I-6 号案”	尊重当事人仲裁意愿,推动仲裁国际化	无	首次认可当事人约定由中国常设仲裁机构依据域外仲裁规则管理仲裁程序的条款效力,并明确该条款约定的是机构仲裁而非临时仲裁
“I-7 号案”	严格把握保函欺诈标准,维护国际金融秩序	无	在独立保函无法可依的情形下严格把握独立保函欺诈的认定标准
“I-8 号案”	切实履行司法协助协定,依法承认和执行外国民商事判决	无	无
“II-1 号案”	准确适用合同解释原则,明晰提单持有人的权利性质	无	确定提单持有人是否因受领提单的交付而取得物权及取得何种物权取决于合同约定

① 法律效果和社会效果是一种实证的结果,脱离实证分析谈这两种效果只能是一种关于效果的主观评价。参见陈金钊:《被社会效果所异化的法律效果及其克服——对两个效果统一论的反思》,《东方法学》2012年第6期。

② 参见谢晖:《民间法与裁判规范》,《法学研究》2011年第2期。

③ 出于统计的便利,本文对第一类典型性的概括限于冠名典型案例“引题”概括的法律效果和社会效果。需要指出的是,较之“典型意义”的内容,“引题”对冠名典型案例正面法律效果和社会效果的概括无疑是不全面的。

“II-2 号案”	尊重当事人意思自治,合理保护居间者的报酬请求权	援引《中华人民共和国合同法》第 426 条	无
“II-3 号案”	明确中介行过错赔偿责任,维护信用证交易安全	无	确定中介行负有准确通知信息的义务以及违反义务需承担相应的损害赔偿赔偿责任
“II-4 号案”	恪守《承认及执行外国仲裁裁决公约》裁决执行义务,营造自贸试验区优质法治环境	无	认可自贸试验区内外商独资企业之间的合同纠纷具有涉外性
“II-5 号案”	认定中新两国互惠关系,首次承认和执行新加坡法院的商事判决	援引《中华人民共和国民事诉讼法》第 282 条	无
“II-6 号案”	依约适用国际商会见索即付保函统一规则,保障独立保函交易秩序	援引《见索即付保函统一规则》第 2 条	无
“II-7 号案”	正确界定涉外股权转让合同性质,维护合资企业投资者权益	无	肯定股权投资估值调整协议的法律效力且该协议合意必须清晰地约定于合同中
“II-8 号案”	准确解释《1992 年国际油污损害民事责任公约》,明确排除公约规定赔偿范围之外的索赔	援引《1992 年国际油污损害民事责任公约》第 1 条第 6 项、第 3 条第 4 项	无
“II-9 号案”	合理填补《国际海运固体散装货物规则》空白,完善国际海事裁判规则	无	认定《国际海运固体散装货物规则》规定的 TML 系指整批货物的 TML 而非其中细小颗粒的 TML
“II-10 号案”	依法认定海运集装箱超期使用费,维护公平航运贸易秩序	援引《中华人民共和国海商法》第 257 条	无

表 2 表明,样本必备第一类典型性,这是典型治理术的必然要求。某一案例能入选冠名典型案例,发布者须首先做出其具有某种正面法律效果和社会效果的价值判断。表 2 显示,具有第二、第三类典型性的冠名典型案例分别为 7 例和 9 例。这表明在样本中绝大多数案例在形成裁判规范方面具有代表性,同时表明仅一半的案例在构造裁判规范方面具有代表性。

从严格意义上讲,只有具备第三类典型性的冠名典型案例才算真正供给了裁判规范。因为仅适用实证法而未创造新的裁判规范的司法裁决根本不构成判例,判例最重要的要素就是法律创制功能。^① 反观指导性案例,最高人民法院明确强调其法律创制功能,要求其“裁判要点”应在法律适用规则、裁判方法、司法理念等方面做出创新判断。^② 此外,样本必备第一类典型性而其

^① See Hans Kelsen, Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? 1 The International Law Quarterly, 153-154 (1947).

^② 参见胡云腾、吴光侠:《〈关于编写报送指导性案例体例的意见〉的理解与适用》,《人民司法》2012 年第 9 期。

中仅部分案例具有第二、第三类典型性表明,典型治理术才是冠名典型案例发布的主导逻辑。^①

(三)功能的技术基础:冠名典型案例的体例

样本在体例上包括“编号”“标题”“基本案情”“裁判结果”“典型意义”5部分。相较于指导性案例,其多了“典型意义”,缺乏“关键词”“裁判要点”“相关法条”“裁判理由”4部分。对此,有必要考察所缺部分在指导性案例中的功能设定。指导性案例列出关键词是为了有利于检索和查询,列出裁判要点和相关法条是为了有利于参照适用。裁判理由则是裁判要点的来源和基础,是联系基本案情和裁判结果的纽带。^②由此可见,上述4部分是供给裁判规范所需的核心要素。样本在体例上的此种缺失似乎表明,其功能设定并不在于供给裁判规范。

值得注意的是,样本和指导性案例体例上的共同部分在实质内容上仍然存在如下重要差异:其一,样本编号不及指导性案例严谨统一。后者采用阿拉伯数字连续编号,前者首批采用“案例+阿拉伯数字”方式,第二批采用“案例+中文数字”方式。此种编号方式不利于案例的检索与查询。其二,指导性案例采取单一式标题,样本采用复合式标题,使用“引题”(最高人民法院按语)交代冠名典型案例的意义,然后根据案涉主体和案件领域拟定主题。其三,指导性案例的“基本案情”固定为3部分:原告(上诉人)诉称内容及诉讼请求、被告(被上诉人)辩称内容、人民法院经审理查明内容,样本的“基本案情”无固定模式。其四,指导性案例的裁判结果是对母本案例所有审级裁判文书裁判结果的汇集,样本的裁判结果内容驳杂,除母本案例的最终裁判结果外,还包括母本案例所经审级概述、人民法院裁判理由的概括,以及宣判后人民法院的后续行为。

四、冠名典型案例的功能区分

(一)冠名典型案例的正功能和负功能

1. 冠名典型案例的正功能

冠名典型案例的正功能是有助于供给司法裁判规范和执行公共政策的客观后果。

冠名典型案例既无“裁判要点”,又无“裁判理由”,似乎无法直接为类似案件提供裁判规范。然而,裁判规范也有可能蕴藏于冠名典型案例的其他组成部分。事实上,绝大多数冠名典型案例的“裁判结果”都包含对裁判理由的表述。在样本中,仅有“1-4号案”的“裁判结果”未包括裁判理由。部分冠名典型案例“裁判结果”的内容在很大程度上等同于“裁判要点”。同时,表2亦表明,18例冠名典型案例中的16例在形成裁判规范方面具有代表性。因此,冠名典型案例事实上具备供给裁判规范的现实基础。

问题是,下级人民法院是否会从冠名典型案例中提取裁判规范?对此,本文通过统计样本被诉辩审三方在类似案件中直接援引的情况作粗略考察。检索表明,仅有1例冠名典型案例被直

^① 这并非样本的特殊性,有学者对最高人民法院发布的23例环境保护典型案例的分析亦表明,其典型性(意指第一类典型性)有余而代表性(意指第二、第三类典型性)不足。参见张忠民:《典型环境案例的案例指导功能之辩——以最高人民法院公布的23个典型环境案例为样本》,《法学》2015年第10期。

^② 参见胡云腾、吴光侠:《〈关于编写报送指导性案例体例的意见〉的理解与适用》,《人民司法》2012年第9期。

接援引。^①此外,在“刘某与陶某等申请承认和执行外国法院民事判决案”^②中,武汉市中级人民法院在援引《意见一》第6条的同时,并未援引适用互惠原则承认新加坡判决的“II-5号案”。^③而在另外3例案件中,案件当事人援引了“I-1号案”对应的母本案例而非该冠名典型案例,其中,2014年的两案均审结于该冠名典型案例发布之前。^④上述境况表明,样本在当前的司法实践中并未明显有助于供给“一带一路”裁判规范。因此,冠名典型案例并非指导性案例的“仿制品”,而其案例指导功能也并非功能预设者所期待的那样。

最高人民法院有针对性地发布“一带一路”典型案例与前述试验性执行的外在特征高度吻合。然而,在样本中仅有一半案例在构造裁判规范方面具有代表性,同时其供给裁判规范的功能微弱,这与试验性执行的内在机理相悖。这提醒我们,不能想当然地将之归为试验性执行。事实上,样本是最高人民法院典型治理术在执行“一带一路”倡议中的体现,其标题所揭示的第一类典型性体现了对《意见一》的简单操作化贯彻。相较于制定有针对性的司法解释和司法文件,遴选尘埃落定的案例积极宣示执行公共政策的态度,无疑是一种几乎不具有任何风险的象征性执行方式。据此,样本对最高人民法院象征性地执行“一带一路”倡议具有显著的正功能。

2. 冠名典型案例的负功能

冠名典型案例的负功能是削弱供给裁判规范和执行公共政策的客观后果。不论是将裁判规范视为法律规范,还是法律规范的具体化,抑或法官创制的意欲普遍化的规范,其内容都应具有确定性。^⑤如果冠名典型案例的运行有损规范的确定性,那么必然对供给裁判规范产生负功能。从该角度观察,我们发现样本存在显著的多重典型化现象,即同一母本案例被作为不同类型的典型案例发布。^⑥此种多重典型化对裁判规范确定性的损害体现在如下两个方面。

其一,多重典型化导致裁判规范要点不统一。以“I-1号案”的母本案例为例,“I-1号案”的“裁判结果”与《公报》2014年第8期所载该案的“裁判摘要”一致。二者都针对两个方面:一是我国外商投资企业与其外国投资者之间事项的法律适用,以及外国投资者的司法管理人和清算人的民事权利能力、民事行为能力等事项的法律适用;二是公司法定代表人变更登记的效力。然而,《人民司法·案例》2015年第4期所载该案的“裁判要旨”仅有上述第二个方面的内容。

其二,多重典型化导致裁判规范同一要点的内涵存在较大的差异。“I-3号案”的裁判要点在于,适用《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)第55条确定海运货物损害赔偿额时,

^① 笔者在北大法宝司法案例数据库、中国裁判文书网对18例“一带一路”典型案例的标题进行全文检索,检索日期截至2021年1月16日,结果显示仅有“II-1号案”在最高人民法院(2019)最高法民申1584号民事裁定书、最高人民法院(2019)最高法民申1654号民事裁定书中被诉讼当事人援引。

^② 参见湖北省武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中民商外初字第00026号民事裁定书。

^③ “II-5号案”的发布时间是2017年5月15日,“刘某与陶某等申请承认和执行外国法院民事判决案”的审结日期是2017年6月30日,从理论上讲,“II-5号案”完全在该案能够参照的时间范围内。

^④ 参见广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终12398号民事判决书,福建省厦门市中级人民法院(2014)厦行终字第107号行政判决书,山西省高级人民法院(2014)晋民终字第285号民事裁定书。

^⑤ 参见张其山:《裁判规范的创立原则》,《政治与法律》2009年第10期。

^⑥ 例如,“I-1号案”的母本案例另现身于《最高人民法院公报》2014年第8期和《人民司法·案例》2015年第4期;“I-3号案”的母本案例又出现在《最高人民法院公报》2016年第2期;而“I-4号案”的母本案例又被发布于《最高人民法院公报》2014年第10期,且被归为“人民法院保障民生冠名典型案例之三”;“I-6号案”的母本案例则出现在《人民司法·案例》2014年第18期。

如果采用货物受损前后实际价值的差额进行计算,就应使用货物贬损率计算方法。当同一母本案例被作为《公报》案例发布时,其“裁判摘要”仅明确《海商法》第55条不包括市价损失,并未提供排除市价损失的货物贬损率计算方法,而这恰是“1-3号案”在“裁判结果”中陈述的要点。

前已述及,样本对最高人民法院象征性地执行“一带一路”倡议具有显著的正功能。作为一种仪式化策略,似乎难以产生负功能。然而,从其运行现状依然可以观察到如下负功能:第一,最高人民法院未持续发布“一带一路”典型案例表明最高人民法院执行该倡议不太积极或缺乏连续性。样本迄今仅于2015、2017年发布了两批案例,并未在其他年份连续发布。第二,多重典型化现象表明冠名典型案例的第一类典型意义或许是多元的,但更有可能是审时度势主观建构的。这无疑淡化了与执行该倡议的实际关联度。

(二)冠名典型案例的显功能和潜功能

显功能与潜功能之间的区分是为了避免研究中常常出现的对社会行为的自觉动机与其客观效果之间的粗心混淆。^① 冠名典型案例的显功能是那些有助于司法系统调适并且是有意安排的客观后果,潜功能是无意图的、未认识到的对司法系统调适的客观后果。冠名典型案例对司法系统调适的客观后果已在正负功能的分析中进行了梳理,此处需详加分析的是发布冠名典型案例的主观意图,而其蕴藏于由司法文件承载的政策和命令之中。鉴此,我们从最高人民法院发布的司法文件入手探寻其主观意图。

对最高人民法院迄今发布的含有“典型案例”字眼的386份司法文件的梳理表明,其发布冠名典型案例的主观意图包括如下7个方面:执行公共政策、进行法治宣传教育、进行案例指导、展示工作成就、进行业务培训、共享系统内部资源、提高司法透明度。^② 事实上,这7种意图不可能在每一批冠名典型案例中都具备,往往视情形具有其中之一或之几。就样本而论,《意见一》似乎表明其主观意图仅在于进行案例指导。但从其冠名中不难看出,执行公共政策的主观意图不言而喻。此外,发布冠名典型案例也意在展示其服务和保障“一带一路”建设工作的成就。^③ 将上述主观意图与冠名典型案例对司法系统调适的客观后果相对照发现,冠名典型案例的显功能集中于执行公共政策,而在供给裁判规范方面的显功能微弱。

此外,样本尚存在一些最高人民法院无意图或未认识到的潜功能。首先,冠名典型案例的多重典型化损害案例指导功能。多重典型化现象使得冠名典型案例提供的裁判规范不确定、不统一、不完整。这容易导致最高人民法院旨在加强案例指导、规范自由裁量和统一法律适用的目的落空,在没能解决问题的同时又制造新的问题。其次,冠名典型案例发布行为带动了地方人民法院的类似行为。^④ 这一功能并非样本独有,如最高人民法院发布知识产权典型案例亦带动了地

① 参见[美]罗伯特·K.默顿:《社会理论和社会结构》,唐少杰、齐心等译,译林出版社2015年版,第167页。

② 对司法文件的检索方法如下:在北大法宝“法律法规”数据库以“典型案例”为检索词进行全文检索,然后在发布部门中选择最高人民法院查阅检索结果。检索日期截至2021年1月16日。

③ 参见刘婧:《最高人民法院服务和保障“一带一路”建设工作综述》,http://www.court.gov.cn/zixun-xianqing-17052.html,2020-10-27。

④ 例如,天津市高级人民法院于2018年发布《天津法院服务保障“一带一路”建设状况白皮书》,通报了15个涉及“一带一路”建设的冠名典型案例。参见张晓敏:《天津发布服务保障“一带一路”建设白皮书》,《人民法院报》2018年1月22日。上海市高级人民法院于2018年发布《上海法院服务保障“一带一路”建设典型案例》。参见兰天鸣:《上海发布涉“一带一路”建设典型案例》,《人民法院报》2018年10月11日。

方各级人民法院发布冠名典型案例的热潮。^① 此项潜功能的具体后果存在多种可能性。最后, 冠名典型案例成为指导性案例的备选库。最高人民法院已着手从样本中遴选指导性案例。在 2019 年发布的第 21 批指导性案例中, “指导案例第 107 号”和“指导案例第 111 号”即为前述“I—2 号案”和“II—1 号案”。此种转换更有利于“一带一路”裁判规范的供给。

五、冠名典型案例的功能反思

功能分析还要求对实现指定功能的那些社会机制予以具体而详细的说明, 同时还需认识到在某一社会结构中实现所指定功能的事项面临互相依存和随之而来的结构制约。^② 而对功能论社会学理论的反思性研究则提醒我们, 社会系统的结构性特征兼具促动性和约束性。^③ 冠名典型案例身处政法体制和中国特色案例供给制度的双重社会结构之中, 同时典型治理机制和裁判规范运行机制构成其运行的双重社会机制。鉴此, 本文对冠名典型案例的功能反思立足于上述双重社会结构和社会机制对其功能的制约与促动, 具体从以下 3 个维度展开。

(一) 冠名典型案例的功能固化

1. 公共政策执行的激烈竞争促使冠名典型案例被作为常规执行工具

重大公共政策的执行往往就是一个政治行为。中国的公共政策执行发生在党和国家相互“嵌入”的独特结构和政治生态中。^④ 为了彰显政治正确和提升在政治序列的地位, 国家各部委均从其专业立场将本职工作与“一带一路”倡议关联, 先后发布了逾千份涉“一带一路”工作文件。^⑤ 最高人民法院执行该倡议所面临的激烈外部竞争可见一斑。为此, 最高人民法院特别需要将其工作与“一带一路”关联从而彰显其执行公共政策的积极态度。鉴于冠名典型案例象征性执行公共政策的显著正功能, 最高人民法院势必将其作为常规执行工具。发布冠名典型案例因此成为最高人民法院体制化的思维方式, 对应着其体制性的利益。^⑥ 此外, 最高人民法院对司法裁判社会效果的追求从未止步, 只不过表达方式由此前的抽象概念表达转为采用冠名典型案例进行更生动的呈现。^⑦ 此种转变进一步固化了冠名典型案例的公共政策执行功能, 这也部分地解释了为何其涌现于晚近 10 余年。

2. 最高人民法院对典型治理术的路径依赖促使冠名典型案例长期存在

就司法治理模式而言, 冠名典型案例属于传统意义上的“司法”模式。^⑧ 司法治理具有日常

① 参见《中国法院知识产权司法保护状况(2010 年)》[法(2011)154 号]。

② 参见[美]罗伯特·K.默顿:《社会理论和社会结构》,唐少杰、齐心等译,译林出版社 2015 年版,第 154~155 页。

③ 参见[英]安东尼·吉登斯:《社会的构成:结构化理论纲要》,李康、李猛译,中国人民大学出版社 2016 年版,第 154 页。

④ 参见贺东航、孔繁斌:《公共政策执行的中国经验》,《中国社会科学》2011 年第 5 期。

⑤ 在北大法宝“法律法规”数据库以“一带一路”为关键词进行全文检索,结果显示包含“一带一路”的部门规范性文件数和部门工作文件数分别高达 360 件和 813 件。检索日期截至 2021 年 1 月 16 日。

⑥ 参见[美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔:比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 25 页。

⑦ 参见宋亚辉:《追求裁判的社会效果:1983—2012》,《法学研究》2017 年第 5 期。

⑧ 参见彭宁:《最高人民法院司法治理模式之反思》,《法商研究》2019 年第 1 期。

事务性和应急性特征,在新的治理路径充分成熟、完善之前,最高人民法院必须时刻面对不断涌现的各类问题并加以解决,这就决定了其在摸索、实践新路径的同时,必定会对已经娴熟运用的传统治理技术产生一定程度的路径依赖。^① 冠名典型案例正是最高人民法院自成立以来所惯用的典型治理技术的产物,在更好的替代方法成熟之前,其必然会被持续地使用。值得指出的是,行动连续性是通过再生产本身加以保证的。^② 上述因素虽然促成冠名典型案例功能的固化,但固化的水平和规模最终取决于最高人民法院再生产冠名典型案例的连续行动。

(二)冠名典型案例的功能限度

1. 冠名典型案例供给裁判规范的限度

尽管当前冠名典型案例供给裁判规范的功能微弱,但并不排除此项功能在今后增强的可能性。因此,此处旨在考察其供给裁判规范的可能空间,具体考察影响裁判规范数量、质量及援引便利性的诸因素。(1)冠名典型案例的存量颇为有限。样本仅有 18 例。如此稀少的存量和有限的案件领域分布显然无法满足“一带一路”法律纠纷解决对裁判规范的巨大现实需求。(2)具有第三类典型性的冠名典型案例严重不足。具有第三类典型性的 9 例冠名典型案例在构造裁判规范方面具有表 2 所示的创新性。这正是疑难案件所需要的裁判规范指引,代表了通过案例供给裁判规范的质量和水平。但其数量仅占冠名典型案例总数的一半,严重限制了供给裁判规范功能的发挥。(3)冠名典型案例的“用户友好性”水平极低。冠名典型案例在体例构造上所缺部分恰恰是案例便于检索、查询进而参照适用的核心要素。此外,其不严谨的编号、复合式标题、驳杂的基本案情陈述和裁判结果进一步降低了“用户友好性”水平。(4)冠名典型案例成为指导性案例备选库这一事实本身亦表明其裁判规范供给功能是何等的微弱。同时,上述因素也限制了冠名典型案例向指导性案例转化的空间。

2. 冠名典型案例执行公共政策的限度

其一,样本执行“一带一路”倡议的实际效果极为有限。政策执行是执行者将政策观念形态的内容转化为实际效果,从而实现既定政策目标的动态过程。^③ 通常认为,象征性执行发挥一种象征作用,走完政策执行流程本身就意味着象征性执行行动的成功。^④ 此种形式化、程式化的执行本身无助于在实质意义上为“一带一路”争端解决提供司法服务和保障,其实际效果取决于冠名典型案例与司法裁判的实际关联度。而前述分析表明,其裁判规范供给功能微弱,实际执行效果极为有限。其二,冠名典型案例由象征性执行向试验性执行转化的空间有限。公共政策执行方式的转化对发布冠名典型案例而言,意味着应切实强化裁判规范的供给功能。为此,需对其体例和典型性进行大刀阔斧的改革,而改革的现实参照物不外乎指导性案例。问题在于,当冠名典型案例与指导性案例几无二致时,前者自然也就丧失存在的必要性。而对冠名典型案例功能固化的分析表明,最高人民法院缺乏从象征性执行转向试验性执行的内在动力。

(三)冠名典型案例的功能替代

① 参见陈洪杰:《运动式治理中的法院功能嬗变(下)》,《交大法学》2015 年第 1 期。

② 参见赵旭东:《连续的插曲与插曲的连续——吉登斯对一般功能论关于社会变迁看法的批判》,《江海学刊》2012 年第 4 期。

③ 参见陈振明:《政策科学》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 260 页。

④ 参见胡业飞、崔杨杨:《模糊政策的政策执行研究——以中国社会化养老政策为例》,《公共管理学报》2015 年第 2 期。

“功能替代”将我们的注意力集中于实现某一功能需求的事项的可能变异范围上,解除了存在与必然的同一性。正如同样的事项具有多重功能,同样的功能也可由不同的事项以各种方式来实现。功能上的需求是为特殊的社会结构所允许,而非这一结构的决定因素。换言之,在实现着所谈论的功能的结构中留有变异的范围,功能对等或者功能替代客观存在。^① 基于此,此处重点分析冠名典型案例的功能对等物和功能替代的限度。

1. 指导性案例和《公报》案例对裁判规范供给功能的可能替代

指导性案例和《公报》案例分别通过“裁判要点”和“裁判摘要”直接供给裁判规范。同时,《人民法院组织法》第18条的规定和相关司法文件为前者提供了制度支持。《公报》案例尽管缺乏此种制度支持,但其权威高于冠名典型案例。因此,从理论上讲,指导性案例和《公报》案例均可在供给裁判规范方面完全替代冠名典型案例。在实践中,最高人民法院对发挥案例指导功能的案例载体的态度一直摇摆不定。但最高人民法院在2019年发布的《人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》[法发(2019)8号]中论及案例指导功能时,仅提出完善案例指导制度,建立高级人民法院审判指导文件和参考性案例的备案机制,并未提及冠名典型案例。就现状而言,指导性案例和《公报》案例对冠名典型案例的功能替代尚不足。在现有指导性案例中,仅有51号、52号、107号、108号、109号、110号、112号涉及“一带一路”沿线国当事人。2013年(“一带一路”倡议提出元年)至2019年间发布的所有《公报》案例中仅有3例涉及“一带一路”沿线国当事人。^② 前已述及,在第21批指导性案例中,已出现冠名典型案例向指导性案例的转化。这意味着,指导性案例对冠名典型案例的功能替代效果正逐步增强。

2. 其他公共政策执行工具对公共政策执行功能的可能替代

冠名典型案例并非最高人民法院执行“一带一路”倡议的唯一工具,最高人民法院还通过发布司法解释、司法文件,设立国际商事法庭和智库机构,开展司法外交等多种方式执行该倡议。其中,发布司法解释和司法文件(《意见一》《意见二》除外)皆属象征性执行;大多数涉“一带一路”司法外交行为仅有限关联该倡议,同属象征性执行;而设立“一带一路”审判机构和智库机构则属于试验性执行。因此,冠名典型案例执行“一带一路”倡议的功能对等物仅包括司法解释、司法文件和司法外交。

从理论上讲,功能对等物彼此之间可进行功能替代,但在现实中是否以及在多大程度上能进行功能替代则取决于对等物的自身特点和所受到的结构性制约。司法解释的制定要通过立项研判、立项审批、条文起草、征求意见、颁布出台等多个阶段。^③ 其制定难度和成本显著高于制定司法文件和发布冠名典型案例。同时,其还需以审判工作中存在需要解释的法律规范为前提。上述因素叠加使得司法解释在功能上替代冠名典型案例的可能性渺茫。司法外交与冠名典型案例运行的场域和机制显著不同,二者更现实的关系应为互补而非替代。司法文件一直是驱动我国

^① 参见[美]罗伯特·K.默顿:《社会理论和社会结构》,唐少杰、齐心等译,译林出版社2015年版,第126~127页。

^② 参见“捷跑电子科技有限公司诉青岛海信进出口有限公司国际货物买卖合同纠纷案”,《最高人民法院公报》2013年第11期;“大拇指环保科技集团(福建)有限公司与中华环保科技集团有限公司股东出资纠纷案”,《最高人民法院公报》2014年第8期;“中化国际(新加坡)有限公司与蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案”,《最高人民法院公报》2015年第8期。

^③ 参见陈甦:《司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例》,《法学研究》2012年第2期。

司法体系日常运行、发展以及治理各种司法问题的重要手段。尽管其形成过程逐步从无序性向有序性转变,形式理性化程度不断提升,实体内容更趋专业化和实质性,但其制定难度和成本仍远低于司法解释。此外,司法文件具有组织控制、信息沟通、利益表达、意识形态转换和规则创设等多种功能。^①因此,司法文件最有可能在功能上替代冠名典型案例。但考虑到二者之间的紧密互动和冠名典型案例的功能固化,只会是部分替代而非整体取代。

值得注意的是,指导性案例亦具有公共政策执行功能。指导性案例在样本案件选择和基本事实、裁判理由及裁判要点的归纳提炼上,都体现着最高人民法院司法政策的宏观指向与微观立场,因而在稳定法律预期、适度调整立法政策、强调社会效果和兼顾道德建设等方面都具有政策引导功能。^②事实上,第21批指导性案例就旨在为“一带一路”建设提供司法服务和保障。^③因此,指导性案例亦可部分地替代冠名典型案例的公共政策执行功能。只不过它受制于案例指导制度,不能像冠名典型案例这般便利地进行象征性执行,而主要在于试验性执行。

六、结 论

冠名典型案例身处政法体制之内和案例指导制度之外,是最高人民法院典型治理术和供给裁判规范双重逻辑交织的产物,其功能预设重在执行公共政策而非供给裁判规范。基于案例指导功能预设分析冠名典型案例的功能无异于南辕北辙,唯有借助社会学的功能分析范式,方能观察到其多重司法后果。样本的正功能和显功能集中于象征性执行“一带一路”倡议,但执行效果和向试验性执行转化的空间均有限,且存在一定的负功能。样本供给裁判规范的正功能、显功能和负功能均微弱,且样本具有一系列潜功能。最高人民法院对典型治理术的路径依赖和公共政策执行的激烈竞争导致冠名典型案例的功能固化;司法文件和指导性案例会部分替代其公共政策执行功能;指导性案例和《公报》案例对其供给裁判规范的功能替代尚不足,但正逐步增强。对样本的功能区分和功能反思结论在总体上也适用于其他冠名典型案例,因为它们的功能预设、功能基础、运行机制方面均具有同构性。唯应注意的是,视政策执行场域和纠纷领域的不同而存在程度上的差别。

对冠名典型案例的功能分析表明,其实然功能多数是我们始料未及的。同时,其与司法解释、指导性案例、司法文件等的功能互动也远比我们预想的复杂。未来,我们应就指导性案例、《公报》案例、司法文件等如何在供给裁判规范和执行公共政策方面对冠名典型案例进行积极的功能替代作出贡献。最后,本项研究还提醒我们,不可忽视司法场域那些缺乏正式制度支撑和约束的司法治理行为,它们深嵌于政法体制之中,自有其存续逻辑并对我国司法产生多重后果。

责任编辑 王虹霞

^① 参见郭松:《司法文件的中国特色与实践考察》,《环球法律评论》2018年第4期。

^② 参见王绍喜:《指导性案例的政策引导功能》,《华东政法大学学报》2018年第5期。

^③ 参见栲机:《加强涉外案例指导 为一带一路建设提供司法保障》,《中国对外贸易》2019年第4期。