

# 最高人民法院司法治理模式之反思

彭 宁\*

**摘要:**最高人民法院在参与公共政策和推行司法治理方面扮演着重要的角色,统一法律适用和树立司法权威成为司法改革的重要目标。司法解释、司法批复和司法案例分别形成了最高人民法院司法治理的“立法”模式、“行政”模式和“司法”模式。既有的三种司法治理模式在统一司法裁判的目标下逐渐暴露出诸多弊端,指导性案例这种新的司法治理模式应运而生,构成司法治理的“混合模式”。指导性案例这种治理模式的独特性不仅仅在于其兼具既往几种治理模式的优势,为解决“同案不同判”的司法实践难题提供制度性方案,更在于它向我们展示了最高人民法院司法治理所面临的现实挑战以及未来可能的发展方向。

**关键词:**最高人民法院 司法治理 统一裁判 指导性案例

全面推进依法治国将司法推向了深化改革的前线。一方面,法官员额制和司法责任制等新的改革举措纷纷亮相,全国各级人民法院正进入一个从结构到制度、从人员到管理的巨大调整期;另一方面,一些轰动全国的大案要案、冤假错案和影响性诉讼一再将法院推向舆论的风口浪尖,在新闻媒体和互联网快速发酵的作用下,全国各级人民法院的法官深刻感受到了外部因素的强大影响。同时,现代社会区别于传统社会的一个重要标志就是司法在制定公共政策和影响社会生活方面扮演越来越重要的角色,“一个野蛮的政治体制与一个文明的政治体制的真正区别在于,后者具有近乎自主运行的行政与司法机器,而前者依赖于具有非凡才智与洞察力的个人统治者的偶然出现”。<sup>①</sup>在某种意义上可以说,处于转型期的现代中国社会进入了一个“司法中心”的时代,司法不再单纯是“专政的工具”,也不再仅仅是“为经济建设保驾护航”,而是有了自主的意识和角色定位。

改革开放以后法治建设的重要任务就在于树立一个相对独立和具有权威的最高人民法院,它能够依法独立行使审判权,在坚持党的领导下担负起维护宪法法律尊严实现公平正义的重要使命。在这种背景之下,最高人民法院悄然成为影响国家经济、政治和社会生活的重要力量,司法开始超越原有的纠纷解决功能,而逐渐发展为一种独特的社会治理方式,所谓司法治理在中国更多地通过最高人民法院的一系列举措来实现。2011年开始发布的指导性案例就是一次带有机构自主色彩的制度创新,这种依托于司法案例但又不同于司法解释的新型指导方式作为整体司法改革的一部分,更明显地突出了最高人民法院进行司法治理的能动性。其实,在推行指导性案例之前,最高人民法院已经开始了司法治理的步伐,从一种宽泛的视角出发,司法解释、司法批复和典型案例都可以看作最高人民法院进行司法治理的方式。然而,指导性案例这种新型治理方式的出现重新引起我们对最高人民法院进行司法治理的手段和目标的反思:既有司法治理方式有哪些优势和不足?指导性案例这种新型治理方式“新”在哪里以及又带来哪些问题和挑

\* 北京大学法学院博士研究生

基金项目:国家社会科学基金项目(16ZDA068)

① R. Carlyle, A. Carlyle, A History of Medieval Political Theory in the West, Blackwood, 1962, p. 31.

战?由此更进一步,有必要对最高人民法院的功能定位和治理目标加以审视,以一种全局性视角对司法治理模式进行梳理和检讨。

## 一、既有司法治理模式之概观

司法不仅是纠纷双方当事人的裁判者,也是公共政策的参与者和政治上的行动者。已有学者对司法治理进行了深入分析,强调司法作为社会控制和国家治理的工具,像行政机关一样,法院也在执行国家公共政策,法院和法官都是政治性的机构和政治上的行动者。<sup>①</sup>司法在现代社会正以显而易见的方式参与国家政治和社会生活,所谓“司法能动主义”正是对法院广泛介入公共事务和经济社会生活的理论表达。

相比西方许多国家,中国司法所扮演的角色和发挥的功能是复杂和多层次的,最高人民法院历年的工作报告就见证了人民法院职能和工作任务的演变,从镇压反革命、打击犯罪和发挥无产阶级专政优势转变为改革开放后更加强调司法的多样化服务功能,如维护市场经济秩序、保障人权和维护改革发展大局等。<sup>②</sup>由此,不同时期的司法任务和目标就决定了最高人民法院参与社会治理的手段不同,根据其表现形式和权力性质的差异,这些手段可以概括为“立法”模式、“行政”模式和“司法”模式。

### (一)“立法”模式

从涉及司法解释<sup>③</sup>的授权规范来看,无论是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》《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》《人民法院组织法》,还是最高人民法院分别于1997年和2007年制定的关于司法解释的规定,最高人民法院解释法律的权力都只限于“审判工作具体应用法律、法令的问题”,只不过实际的情形是,很多司法解释根本就不是对个案中法律如何适用的问题所做的具体解释,而是异化为针对某一类问题的抽象解释。

本来,但凡谈到法律的适用,理解和解释就会紧随其后,从法哲学角度看,在理解文本含义出现困难的时候,解释就出现了,它通常在没有规则或惯例的问题上现身。<sup>④</sup>因此,从静态的法律条文到动态的法律适用必然有一个理解和解释的过程,法官基于审判权理所当然享有解释法律的权力。然而,最高人民法院对法律的解释却不局限于个案层面的具体解释,而是上升到具有普遍约束力的司法解释,这种由最高人民法院主导的规范形态事实上成为法律体系的重要组成部分。无论从规范数量还是实际效力来看,司法解释已然成为司法实践中不可或缺的裁判依据。

据统计,从新中国成立以来到2011年,最高人民法院单独或会同其他部门共同出台的司法解释和司法指导性文件共有3351件,其中属于司法解释和具有司法解释性质的文件就有1600件,在对这些司法解释进行集中清理时又废止的有715件,确定修改的有132件,继续维持效力的有753件。<sup>⑤</sup>其中很多司法解释直接对应相应法律进行逐条解释,俨然成为各种正式法律的“二传手”,以至于这种“副法”越来越多地挤占了法典的位置,“真正的主法反而失去了适用的市场”,司法解释这种“副法”却大行其道。<sup>⑥</sup>

不仅如此,这些数量庞大的司法解释像正式法律一样具有严格的程序要求和规范生成机制。从形式上看,司法解释虽然是对法律条文的细化,但仍然采用从个案中抽象出一般性条款的形式,整个司法解释

<sup>①</sup> 将法院的纠纷解决过程作为执行国家公共政策的一部分,这种看法的典型代表是美国政治法理学的倡导者马丁·夏皮罗教授。在他看来,法院和法官都是国家政权的一部分,同时又要扮演超然于双方当事人的中立者角色,这就会面临“政治逻辑”与“社会逻辑”的内在张力。See Martin Shapiro, *Law and Politics in Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence*, The Free Press of Glencoe, 1964, pp. 331—333. 这种司法的政治视角可以追溯到尼采、福柯以降的谱系学、知识考古学和权力治理术,在国内的法律社会学研究中引起了极大的关注。

<sup>②</sup> 关于最高人民法院司法功能和角色定位的转变,已有不少精辟的分析,参见时飞:《最高人民法院政治任务的变化——以1950—2007年最高人民法院工作报告为中心》,《开放时代》2008年第1期;郑智航:《调解兴衰与当代中国法院政治功能的变迁——以〈最高人民法院工作报告〉(1981年—2010年)为对象》,《法学论坛》2012年第4期;等等。

<sup>③</sup> 本文所称司法解释应做狭义上的理解,主要指最高人民法院就法律适用问题做出的条文化解释,它具有主动性、一般性、严格程序性和效力普遍性等特点。

<sup>④</sup> See Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2005, p. 15.

<sup>⑤</sup> 参见周强主编:《最高人民法院司法解释汇编(1949—2013)》,人民法院出版社2015年版,“序言”第2页。

<sup>⑥</sup> 参见邓修明:《论我国司法解释模式的重塑》,《社会科学研究》2007年第1期。

制定过程需要经历立项、起草与报送、讨论、发布、施行与备案等一系列步骤。从内容上来看,很多司法解释并不停留在如何具体适用某条法律规范的问题上,而是开始创制抽象性规则,以至于“改变法律的某些意义,在法律之外为公民设置某些权利或者义务,增设或者削减人民法院的某些职权”。<sup>①</sup> 司法解释立法化的倾向凸显,尽管没有冠之以正式法律的称呼。

最高人民法院以司法解释这种准立法的方式行使司法权并非偶然,其中既有全国人民代表大会及其常务委员会授权不明的因素,也有深刻的历史原因,“一是立法规定之粗疏,二是法官能力之不足,三是判例制度之缺位”。<sup>②</sup> 放到社会治理的视野下,司法解释其实是最高人民法院作为国家政权的一部分参与公共政策和影响社会生活的重要手段。这一点尤其反映在近些年司法解释的政策导向和目的转向之上,如2013年最高人民法院和最高人民检察院联合公安部和司法部发布的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》就是“为了顺应民众的呼声,而不是以解决应用刑法的具体问题为目的”。<sup>③</sup> 由此,司法解释就被置于“目的—手段”的理性计算之中,从而成为最高人民法院主动出击回应社会问题的政策工具。从发布时间和效力存续上看,司法解释与不同时期的国家政策具有高度一致性,司法解释的出台、修改和废止主要受到当时公共政策调整的影响。

这种司法治理的“立法模式”具有显而易见的好处,它可以使最高人民法院作为中国司法的最高代表广泛地介入社会生活当中,从而最大限度地发挥司法的社会治理功能,相比立法的原则性和滞后性,这种带有强烈政策导向的司法解释能够产生更加直接的法律规范,更具灵活性和弹性,更能适应社会生活。

与此同时,司法解释在很大程度上放大了司法权的权限范围,起到了突出最高人民法院在国家治理体系中话语权的作用。事实上,最高人民法院自身对司法解释的理解与当初全国人民代表大会常务委员会的授权是有出入的,而正是在这种“扩大解释”之下,最高人民法院的司法解释逐渐演变成为脱离具体案件的抽象解释,形成了对法官具有普遍约束力的一般性规范。并且,几乎在每部法律背后最高人民法院都出台了相应的司法解释,“由于没有与全国人民代表大会常务委员会的宪法性规定产生直接冲突,最高人民法院的‘意见’在法律的解释和实施方面产生了巨大的影响”。<sup>④</sup> 在普通法官看来,司法解释是就每一类问题的集中解释,通常是对正式法律的具体化,这对于法官而言具有非常强的可操作性,法官可以直接将司法解释的规定适用到具体案件中,对于绝大多数案件来说,司法解释都提供了明确和具体的解决方案。

## (二)“行政”模式

按照2007年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》,广义上的司法解释包括“解释”“规定”“批复”和“决定”四类,除了“决定”是修改和废止先前司法解释的技术性手段之外,前两种都属于抽象性司法解释,是一种“通过解释形成具有普遍法律效力的一般解释性规定”的解释类型,而“批复”则是一种具体的司法解释,这是一种“在具体个案的司法裁判中与法律适用相联系的一种活动,其目的是通过解释把法律适用于具体的个案事实”。<sup>⑤</sup> 尽管都是为了解决“审判工作中具体应用法律和法令问题”,司法批复却明显不同于司法解释,它一般只针对个案的适用疑难进行具体解答,而不是抽象的条文列举,更重要的是在运行机制上存在明显不同。

司法批复通常与案件请示制度紧密联系在一起,批复或答复的前提是各省级人民法院和军事法院就个案法律适用问题的请示。相比其他方式,司法批复以法院等级结构为前提,容易造成上下级法院之间形成类似行政机关的隶属关系,批复、答复等术语本身就带有强烈的行政色彩,因此,这种下级法院请示最高人民法院答复的制度安排很大程度上就是司法采取了行政的手段。中国的最高人民法院与行政机关广泛

① 魏胜强:《司法解释的错位与回归——以法律解释权的配置为切入点》,《法律科学》2010年第3期。

② 陈兴良:《司法解释功过之议》,《法学》2003年第8期。

③ 张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,《清华法学》2014年第1期。关于司法解释沦为广义司法政策的一部分,已经有不少学者进行了深入的分析。参见宋亚辉:《公共政策如何进入裁判过程——以最高人民法院的司法解释为例》,《法商研究》2009年第6期;刘思萱:《论政策回应型司法解释》,《法学评论》2013年第1期。

④ Pitman B. Potter, *China's Legal System*, Polity Press, 2013, p. 70.

⑤ 张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1999年版,第21~22页。

分享了共同的治理手段和治理目标,由此催生了司法治理的“行政模式”。

从司法批复的发展历程来看,在新中国成立初期法制断层的特殊年代,批复这种非正式的规范性文件扮演了至关重要的社会治理功能。最高人民法院通过司法批复的形式配合镇压反革命、土地改革和打击犯罪的政策需要,以巩固国家政权和人民当家做主的地位,因此,当时司法批复就成为新中国成立初期最重要的法律形式,既弥补了立法空白,又扮演着解释制定法的角色。<sup>①</sup>

然而,随着各项立法的纷纷出台,法律体系开始走向完善和细致化,加上司法解释在某种意义上扮演了制定法实施细则的角色,司法批复的作用逐渐减弱,其数量呈明显递减的趋势。在2002年到2012年的十年间,批复在四种广义司法解释形式中的比重不断下降,最高人民法院在2002年公布了14个正式的批复,2003年有6个,到了2010年只有4个,所占比重从36%下降到20%。<sup>②</sup> 尽管如此,司法批复并没有减少到消亡的地步,并且最高人民法院也没有取消司法批复的意图。

实际上,为了解决司法批复过于随意和混乱的问题,在2007年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》中一并对司法批复这种广义的司法解释进行了规范化处理,它同司法解释一道也要经过严格的程序。问题在于,司法批复被纳入正式轨道之后还有答复制度,这种更少程序限制和更加灵活的制度形式在司法批复逐年减少之后替代了原来司法批复的功能,并且在司法实践中,司法批复和司法答复在制作主体和实际功能上高度同一,并没有实质性区别。<sup>③</sup> 也就是说,尽管不同时期形式和名称各异,司法批复作为一种以行政方式进行司法治理的制度形态普遍存在于司法实践之中。

显然,这种行政模式不像狭义的司法解释一样针对某类问题进行抽象的条文化解释,而是与特定案件捆绑在一起,具有“一案一请示,一案一批复”的特点。<sup>④</sup> 以行政诉讼批复为例,在135个批复之中有28件批复涉及法律概念如何理解的请示,另有107件涉及案件具体适用的请示,分别占20.7%和79.3%,其中一审和二审请示的案件几乎各占一半。<sup>⑤</sup> 无论涉及某个概念的理解还是具体规范的适用,由于司法批复直接与个案挂钩,这种司法治理有时就能带来显而易见的个案正义和立竿见影的社会效果,<sup>⑥</sup> 并且还能在以后类似案件的审理确定可参照的裁判规范。

如同上级机关对下级机关的批示一样,司法批复这种治理方式让最高人民法院能够及时“出场”以填补法律漏洞和回应社会需求,在具体个案中彰显最高人民法院的权威,客观上可能起到统一各地裁判的效果。此外,对于下级法官来说,就拿不准的案件请示上级法院和最高人民法院也是规避风险 and 责任的稳妥做法,尤其是在当下中国法官职业保险付之阙如的情况下,<sup>⑦</sup> 以最高人民法院的观点和意见来裁决疑难或难办案件通常就是一种趋利避害的理性选择。

### (三)“司法”模式

在司法解释和司法批复之外,最高人民法院还通过司法案例的方式来指导下级法院的审判工作。有学者将新中国成立以后中国案例制度的历史发展进程归纳为初创时期、发展时期和成型时期,并指出无论哪个时期,案例都受到不同程度的重视。<sup>⑧</sup> 早在1962年《关于人民法院工作若干问题的规定》就提到,要

① 参见汪世荣:《司法解释批复四题》,《法律科学》2000年第4期。当时,批复有助于上下级法院交流经验,避免错误和提高审判工作水平,尤其对于重大复杂问题,“一定要事前请示事后报告”。参见彭真:《论新中国的政法工作》,中央文献出版社1992年版,第390页。

② 参见刘风景、温子涛:《批复类司法解释的走向》,《人民司法》2014年第3期。

③ 参见侯学宾:《司法批复衰落的制度竞争逻辑》,《法商研究》2016年第3期。实际上,不少学者在分析司法批复制度时,并不区分批复与答复,参见沈岿:《司法解释的“民主化”和最高人民法院的政治功能》,《中国社会科学》2008年第1期。因此,笔者在分析司法批复这种治理形式时包含了司法答复。

④ 参见侯学宾:《司法批复衰落的制度竞争逻辑》,《法商研究》2016年第3期。

⑤ 参见梁风云:《最高人民法院行政诉讼批复答复解释与应用》(法律适用卷),中国法制出版社2011年版,第226页。

⑥ 参见吴中玉:《一条司法批复救了一家人》,《人民法院报》2003年11月23日。

⑦ 在我国,从宏观到微观的法官正式职业保障制度是匮乏的,现有的调审结合和审判委员会集体决策等制度尽管起到了非正式职业保障的作用,却牺牲了司法的确定性。参见张洪涛:《中国法院压力之消解——一种法律组织学解读》,《法学家》2014年第1期。笔者曾在北京进行过实证调研,其中一位资深法官表示他办理的经济犯罪案件之所以很多能成为“铁案”,就是因为有在疑问的地方提前向高级人民法院或最高人民法院的相关法官进行请示。

⑧ 参见左卫民、陈明国主编:《中国特色案例指导制度研究》,北京大学出版社2014年版,第30~37页。

重视对案例的探索和实践;《人民法院五年改革纲要》指出由最高人民法院审判委员会讨论并通过典型案例以供下级法院参考;《人民法院第二个五年改革纲要》正式提出要“建立和完善案例指导制度”;直到2010年,《最高人民法院关于案例指导工作的规定》正式出台。换言之,最高人民法院一直都比较重视以案例的形式统一裁判标准和推动法治建设。

从参照以往案例指导当下法官裁判这一精神实质来看,古今中外概莫能外。受历史发展和社会环境的差异的影响,英美国家的法官形成了遵循先例的司法传统,脱胎于司法判决的先例就是正式的裁判依据;而在德日等典型的大陆法系国家,司法判例制度在司法实践中具有事实上的约束力。对于我国而言,早在秦汉时期就有案例的身影出现,如秦代的“廷行事”和汉代的“决事比”,发展到后来更是形成了比较成熟的比附援引制度,并与“定罪引律令”一道成为传统帝制中国法治的两面。<sup>①</sup> 在民国时期,大理院判例成为当时应对“无法可依”混乱状况的重要手段,它为探索制定法与判例法的融合提供了宝贵的司法经验。与之类似,新中国成立前后通过下发典型案例指导不同地区法官裁判的做法在当时起到了很大的作用,极大缓解了立法不足和法官素质不高的状况,在某种意义上我国的案例指导制度就直接来自新中国成立初期对案例工作的重视。

案例成为最高人民法院司法治理的重要手段,很大原因在于案例既是司法活动的必然产品,一切法律法规和抽象准则都借由案例走向具体化,这一过程“本身均构成其他——依评价观点而论——同类案件的判断标准。这正是使‘先例’具有重大意义的原因之一”。<sup>②</sup> 同时,这也是人民法院赢得信任和建立合法性认同的根本途径,它能够将最高人民法院的治理目标广泛弥散在法官的日常审判之中。因此,通过案例的司法治理就形成了典型的“司法模式”,作为司法理所当然就具有的属性,它使司法权像毛细血管一样延伸到社会的各个领域。

## 二、既有司法治理模式之不足

从司法治理的角度来看,司法解释、司法批复和典型案例这三种司法治理模式在不同的历史时期曾经为最高人民法院所分别倚重。例如,在新中国成立初期,司法批复和发布典型案例的方式就比较常见,而在立法技术粗疏和法官素质有待提升的情况下,司法解释就开始大行其道,成为指导法官裁判案件的主要法律渊源。然而,这些既有的司法治理模式对于最高人民法院而言并非得心应手,在司法改革持续深化的背景下,它们在实践中产生的弊端已经越来越明显,不仅难以符合司法规律,而且由于跟最高人民法院统一司法裁判的目标渐行渐远,既有的治理模式也无力释放出更具建设性的制度价值。

### (一)既有司法治理模式之具体弊端

#### 1. 司法解释的合法性与合理性质疑

以司法解释参与和推行公共政策的方式存在诸多弊端。首先面临的是合法性质疑,这种名为“解释”实为“立法”的做法存在僭越全国人民代表大会及其常务委员会立法权的嫌疑,司法权异化为某种立法权,尽管由于“现已存在的法律具有必然的不完善性和频繁出现的模棱两可性”,司法有必要对现行法律进行扩充和补充,但这种扩充是由法官在审理案件中的“造法”而实现的,不仅因为“司法机关不是专为造法之目的而设立的机关”,而且在于这是现行各种法律渊源不能给法官以指导时的“一种最后手段”。<sup>③</sup> 如果最高人民法院频繁使用这种“最后手段”以至于成为司法权的日常运行方式,那么公民的权利和自由将面临被侵犯的危险,“如果解释的权力不受限制,那么我们将任由一种司法寡头进行摆布……没有任何民主观念可言”。<sup>④</sup>

其次,大量的司法解释内容或者直接违背了现行法律的规定或者自相矛盾,从而给司法实践造成混

① 参见李启成、李贵连:《帝制法治的两面——“断罪引律令”与比附援引制度的思想》,《清华法学》2012年第6期。

② [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第93页。

③ 参见[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第431~432页。

④ Paul G. Kauper, The Supreme Court and the Rule of Law, 59 Michigan Law Review, 541 (1961).

乱。最高人民法院对《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国合同法》和《中华人民共和国侵权责任法》等基本民事法律的条文解释就同样的事项作出了截然相反的规定,也没有顾及下位法不得与上位法相冲突的立法法基本原则。<sup>①</sup>实际上,由于具体制定司法解释的庭室和法官有差异,因此不同时期发布的司法解释经常存在明显的冲突。

最后,由于缺乏正当的程序和足够的知识信息储备,司法解释很容易沦为少数利益集团绑架民意谋取自身特权的工具。之前保险法司法解释的出台背后就受到利益集团的深刻影响,“由于不是完全竞争的产物,最高法院直接与少数利益集团合作,往往会损害另一部分人的利益,并不能达到效益的最优或者次优”。<sup>②</sup>尽管最高人民法院试图通过公开征求意见等开放姿态来增强司法解释的民意基础和弥补法官自身知识和信息储备的不足,这种简短的程序构造,却非但没有使其解决“强势利益集团或政府部门的影响等颇受关注的问题”,反而“留下了向民意无限倾斜的印象”,从而更难摆脱民意影响做出成熟和理智的决策。<sup>③</sup>从某种意义上看,司法解释其实是压缩了法官的审判解释空间并将法律如何适用的解释权集中到最高人民法院手中,司法治理的主体从个体法官转移到了最高人民法院。

各级法官似乎自觉或不自觉地接受了来自最高人民法院的指导,从行动者的角度看,法官不仅被镶嵌在体制结构之中,也被作为机构而存在的最高人民法院持续不断地塑造着其与角色相符合的行动者身份和动机。久而久之,法官在审判中广泛运用各种广义上的司法解释就成为某种“存在即合理”的既成事实,而这在某种意义上就是法治姗姗来迟的病灶所在,“从当代中国的现实来看,秩序原理的主要特征是事实比规范优先,互惠比权利优先,造成这种事态的原因与其说是人们都不知法不守法,毋宁说是都按照自己对公正的理解或偏好,并且借助国家权力的广泛影响来随便解释规则、按照功利的目标来操作条文,各有自己的是非尺度,一切取决于特殊主义的交换性信任”。<sup>④</sup>正因如此,从全面深化改革和尊重司法规律的角度看,司法解释这种治理手段势必遭遇正当性和合理性的重重拷问。

## 2. 司法批复违背司法逻辑

司法批复行为历来饱受学者诟病,<sup>⑤</sup>它不仅在程序上明显违背现代司法审判独立的基本原理,超越审级结构,间接剥夺了当事人的诉讼权利,也因为最高人民法院缺乏所请示案件的全面信息而极易出现实际效果的事与愿违和自相矛盾。从根本上说,司法批复是以行政逻辑代替了司法逻辑,片面追求实质结果的行政思维代替了注重正当程序的司法思维。尽管最高人民法院近年来一直在规范对案件请示制度的管理,司法批复成为被改革的对象,有统计表明,从1997年到2015年,最高人民法院发布的司法批复只有118件,不仅在绝对数量上而且在与司法解释的对比方面都呈现大幅下降的趋势,司法批复制度出现了功能衰落的迹象。<sup>⑥</sup>但是,变相或间接的案件请示依然以大量非正式的形式存在,在目前法院之间等级制结构没有发生根本改变的情况下,事先得知上级法院乃至最高人民法院对口庭室相关法官的倾向性意见对于主审法官来说都是法官阅历的重要体现,由此就可以最大限度避免被改判和被撤销的风险。实际上,正式或非正式的案件请示很容易裹挟各种司法恣意、偏见或私利,造成具体的司法不公和司法腐败;更重要的是,这种以行政手段进行司法治理的模式其实是滋生司法行政化和司法地方化的温床,而这与最高人民法院的改革初衷是相违背的。

## 3. 司法案例的无序化和分散化

从案例来源来看,最高人民法院发布的司法案例既有最高人民法院自身做出的判决书和裁定书,也有

① 参见王成:《最高法院司法解释效力研究》,《中外法学》2016年第1期。

② 侯猛:《中国最高人民法院研究——以司法的影响力切入》,法律出版社2007年版,第101页。

③ 参见沈岩:《司法解释的“民主化”和最高人民法院的政治功能》,《中国社会科学》2008年第1期。

④ 季卫东:《法治中国》,中信出版社2015年版,第82页。

⑤ 对司法批复的批评声音从未间断,参见景汉朝、卢子娟:《经济审判方式改革若干问题研究》,《法学研究》1997年第5期;汪世荣:《司法解释批复四题》,《法律科学》2000年第4期;孙笑侠、褚国建:《论司法批复的解释论证功能及局限》,《浙江大学学报》(人文社科版)2009年第6期;侯学宾:《司法批复衰落的制度竞争逻辑》,《法商研究》2016年第3期;等等。

⑥ 参见侯学宾:《司法批复衰落的制度竞争逻辑》,《法商研究》2016年第3期。

下级法院做出的生效裁判。以最高人民法院为发布主体的司法案例主要包括以下几种:首先是最高人民法院办公厅集中制作的公报案例,从1985年开始《最高人民法院公报》每期都会刊登司法案例,包括“裁判文书选登”和“案例”两部分,前者主要是最高人民法院自己做出的判决书和裁定书,后者则是地方各级法院的裁判文书;并且《最高人民法院公报》从2004年改为月刊发行之后每一期的司法案例开头都会附上简短的裁判摘要,以便于法官使用。其次是最高人民法院各业务庭室和职能部门主编的参考案例和典型案例,如最高人民法院刑一庭和刑二庭主编的《刑事审判参考》、行政庭主编的《行政执法与行政审判》,除了裁判文书之外,这些典型案例背后一般会有相关法律法规的解读和实务释疑等案例评析的部分,以充分挖掘案例的参考价值。最后是最高人民法院下属研究机构整理出版的汇编案例,最典型的的就是中国应用法学研究所选编的《人民法院案例选》与国家法官法院和中国人民大学合编的《中国审判案例要览》,此外,在最高人民法院主管主办的报刊上也会发布一些司法案例,如《人民法院报》《法律适用》《人民司法》都开辟了案例的专版、专刊和专栏。但是,目前案例的发布和使用情况都比较混乱,各种案例类型名目繁多,主体和层次不一,一方面造成实践中的法官无所适从,难以找到需要的案例;另一方面由于缺乏统一的编选标准,对于那些准备参考案例的法官来说,他们就会倾向于选择支持法官前见的案例,在这种意义上,案例起到的作用只是印证法官先入为主的判断,统一法律适用和规范法官裁量权的作用就被削弱了。

尽管中国一直不乏使用案例指导法官审判的司法实践,这种案例实践很大程度上却仍然停留在“只可意会不可言传”的个体化经验之上,不仅其他法官难以学习和模仿,经验难以复制,加上审判经验的高度人身依附性,这种经验在不同法官之间也难以引起共鸣,而且这种没有成熟的职业共同体支撑的实践智慧很难形成自发的司法秩序。因此,多少有些难以理解的现象就出现了,一方面中国法院的案例资源是非常丰富的,全国这么多法院和法官无时无刻不在酝酿着数量庞大的判决书,从最高人民法院到下级法院持续不断地在发布各种典型案例、参考案例和示范性案例;但另一方面法官对案例的使用效率又是非常低的,尽管他们很多人都强调案例是有价值的,但这种价值有点像中医问诊或者参禅悟道一般或隐或现、或明或暗。对于迫切希望深化改革的最高人民法院来说,这种现状亟待改变。

## (二)既有各种司法治理模式之根本不足

最高人民法院位居司法权结构的顶端,管辖着全国31个高级人民法院、409个中级人民法院和3177个基层人民法院,<sup>①</sup>加上我国各地经济发展水平和风俗习惯差别巨大,如何保证对法律的一致理解和司法裁判的相对统一乃是最高人民法院进行司法治理的最大问题。

现实的情形是,地方政府尤其是经济发达地区的政府具有强烈的“自我立法”的冲动,他们积极向中央争取自主权,其中就包括谋求对司法的地方控制。但是,如果发达的东部地区和欠发达的中西部地区对于某类法律问题可以自行决定司法解决方案,那么司法就会走向地方化,司法的统一性将不复存在,而除了司法行政化之外,司法的地方化正是新时期以来中国司法改革所需要解决的首要任务。<sup>②</sup>首先受到司法地方化影响的是司法的公信力和最高人民法院的权威,各地裁判结果的悬殊势必激化社会矛盾,成为制造群体性事件和暴力抗法的诱因,基本的形式正义和平等观念将会受到极大损害。从长远来看,司法权威的软弱最终会危及大一统国家的政治基础,给国家统一和民族团结带来持久的隐患,而中国共产党从革命到建设的经验表明,统一和稳定是做好所有其他一切事情的前提,“中国的问题,压倒一切的是需要稳定。没有稳定的环境什么都搞不成,已经取得的成果也会失掉”。<sup>③</sup>对于中国的最高人民法院而言,所有司法功能的发挥都只能建立在统一法律适用的基础之上,现行体制不允许法官和地方对同一问题有不同的做法,更不允许有对法律的不同理解。

为了保证这一点,最高人民法院就要在审判职能之外从事大量的审判管理和审判监督的工作,这也就

<sup>①</sup> 参见张伟刚:《全国四级法院微博体系建成》,《人民法院报》2014年第12月5日。

<sup>②</sup> See Zou Keyuan, Judicial Reform in China: Recent Developments and Future Prospects, 36 The International Lawyer, 1061 (2002).

<sup>③</sup> 《邓小平文选》(第三卷),人民出版社1993年版,第284页。

不难理解为何中国的最高人民法院法官人数远远超过英美等国家的大法官人数,中国的法院是作为机构整体独立于外界,而非法官的个人独立。“同案不同判”的问题也许对于美国的法官来说就是一个伪命题,因为他们的法官实在有太多的理由和方式作出不同的判决,而他们的司法体制和民众观念也学会了接受不同的判决,但对中国的法院来说,“同案同判”占据着至关重要的地位,不仅具有维护团结稳定和社会和谐的政治意涵,也牵连着普通民众对司法公正和社会正义的敏感神经。

从近几年全国各级法院的舆论处境来看,既有的治理模式在确保“同案同判”的统一化目标上显然力有未逮,甚至存在背道而驰的问题。以行政逻辑取代司法逻辑的司法批复行为极易造成司法判决的不连续性和地方化,进而给最高人民法院造成更大的政治压力。同时,最高人民法院的政治官僚体制和人民司法传统使得中国的司法治理迥异于其他国家的司法治理,法院的等级结构和法官的科层化要求下级法院的判决与上级法院保持一致,上下级法院之间拥有各种正式和非正式的手段以形成法律适用统一化的激励和奖惩机制,这就意味着短期内纯粹的“司法”模式与科层制的司法管理体制是格格不入的,难以完成裁判统一化的任务。从人民主权在司法领域的延伸来看,人民法院的审判工作要与党和人民的意志始终保持高度一致,“立法”模式这种以解释之名行立法之实的治理方式公然威胁着人民意志和立法意志的同一性,使得最高人民法院的公共政策推行始终难逃合法性质疑。对此,随着最高人民法院更加广泛地介入社会生活,司法解释、司法批复和司法案例在现有的治理体系中的缺陷越来越多地暴露出来,最高人民法院需要在适当的时机找到一种更加有效的司法治理方式。

### 三、指导性案例作为一种新的“混合”治理模式及其挑战

随着依法治国的全面推进,最高人民法院既有事实上的能力和自由,也有新时期法治话语的有利时机来最大限度地寻求司法治理的权力空间,指导性案例的出现就是最高人民法院改革司法和回应时代的一次新的制度探索。并且,这种探索随后就在党中央的决策层面得到确认,中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议正式提出要“加强和规范司法解释和案例指导”,这无疑就更加增强了最高人民法院以指导性案例为契机寻求新的治理模式的信心和动力。在吸取以往治理模式的经验和不足的同时,指导性案例这种新型治理模式还必须直面自身所面临的问题和挑战,进而为最高人民法院司法治理的未来可行路径指明发展方向。

#### (一) 指导性案例何以成为一种司法治理模式

当我们从司法治理的延长线上来重新审视指导性案例的出台,就会发现,这是一项最高人民法院为了统一司法裁判而刻意为之的新举措,最高人民法院打算以指导性案例这种新形式博采众长、扬长避短,继承和保留以往治理模式的长处同时避免或限制它们各自的缺陷和弊端。因此,指导性案例这种新的司法治理模式就不同于以往的司法解释、司法批复和司法案例,但同时又兼具立法、行政和司法三种权力属性的特点,不妨将其称为司法治理的“混合模式”。

其一,指导性案例建立在司法案例的基础上,所有被挑选出来的案例均为各级法院的生效判决或裁定。从形式上看,指导性案例的各个部分均取材于真实案例,按照“裁判要点”“相关法条”“基本案情”“裁判结果”和“裁判理由”的格式编排,很显然,这是一种“法律规范+基本事实=判决结果”的裁判风格,正如德国社会学家韦伯所描绘的法官像一台自动售货机一样,“将当事人的诉讼要求和诉讼费一起塞进机器,然后根据从法典中推演出来的理由进行诊断”。<sup>①</sup>从来源上看,指导性案例借鉴了最高人民法院以及各地法院以案例指导审判实践的先前经验。在指导性案例出台之前,很多地方的法院先试先行积极探索各地的案例制度,像成都市中级人民法院实施的“示范性案例制度”、郑州市中原区人民法院试行的“先例判决制度”以及天津市高级人民法院推行的“判例指导制度”。从作用机制上看,指导性案例与其他案例一样都是以个案中提炼出来的裁判规范指导后案,“发生先例拘束力的不是有既判力的个案裁判,而是法院在判

<sup>①</sup> [德] 马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第355页。



决理由中对某法律问题所提的答复,该问题于当下待判个案又以同一方式发生”。<sup>①</sup> 案例中的裁判规范或者说针对某一类问题的规范性解决方案不能狭隘地理解为裁判要旨和裁判理由,判决书中的基本案情、法院对事实的认定和判决结果都可能构成有用的部分,事实上,无论是指导性案例还是其他案例,它们的作用都是“指导和参考而不是依据”,因此,法官的依据始终只能是现有的法律条文,“法官是依法判案而不是依(案)例判案”。<sup>②</sup> 从功能和目标来看,指导性案例构成案例指导制度的新的生长点,它同各种类型的案例一道都服务于约束法官裁量权和统一裁判标准的司法目标。我国是一个统一的多民族国家,如何在地域差异和经济发展水平悬殊的条件下维持相对统一的司法是最高人民法院推行所有重大改革必须要考虑的事情,因此包括指导性案例在内的案例指导制度在某种意义上就是为了解决同案不同判的问题,重在横向的司法统一而不是法律的稳定性。<sup>③</sup> 因此,作为传统的制定法国家,指导性案例的定位就只是一种法律适用机制,而不能是西方的判例法。

其二,对于指导性案例,法官负有应当查询、应当回应和应当参照的强制性义务,指导性案例的这种约束力介于法律义务与道德义务之间,具有某种“准立法”的效果。尽管指导性案例采取的也是案例的形式,它与一般的司法案例却存在根本的不同,很大原因在于指导性案例被赋予了最高人民法院的意志成分,经过最高人民法院大幅度剪辑和深度加工之后的指导性案例具有独立于原来案例的功能和意义。如果指导性案例是被理解和解释的文本,那么最高人民法院就是解释者,一方面,案例的价值一直是有待发掘的,“对于作品意义的理解,或者说,作品的意义构成物,永远具有一种不断向未来开放的结构”。<sup>④</sup> 在普通案例中就有成为指导性案例的潜在介质。另一方面,从普通案例到指导性案例的飞跃靠的是最高人民法院的创造性理解,因为“理解就不只是一种复制的行为,而始终是一种创造性的行为”,尽管这并不一定意味着“更好的理解”,但只要是一般有所理解,就“总是以不同的方式在理解”。<sup>⑤</sup> 也就是说,最高人民法院挑选、加工和制作指导性案例的理解和解释过程其实也是一个生成意义和产生“新作品”的过程,指导性案例具有原来案例所没有的内容和意义,在“指导案例5号”中,最高人民法院在提炼裁判要点时增加了原来案例中没有的“地方性法规也不得设立盐业转运证”的内容就是明显的例证。对于指导性案例的约束力而言,虽然从形式上看指导性案例并没有采取司法解释的条文化表述,没有明显的立法化倾向,但是在遇到类似案例出现时法官有一种应当参照的规范性义务,不仅因为法官需要恪守形式正义的法治原则,而且在于它试图在上下级法院和不同法官之间制造一种相互配合和相互协调的合作惯习,这种惯习在产生预期和回应需求的同时,也为法官的行动提供了独立于行为常规性和道德正当性的理由,由此产生了指导性案例的约束性力量和规范品格。<sup>⑥</sup> 因而,为了确保指导性案例的规范性和强约束性,最高人民法院不断在法律许可或默许的范围内给各级法院施加压力,如要求回避指导性案例的法官说明令人信服的理由、在审理类似案件时制作类案检索报告等。

其三,指导性案例的产生动力和运行机制基本上由行政逻辑主导,上下级法院的科层制结构和等级化的审判管理便利了最高人民法院对指导性案例的操控。迄今为止,在已公布的所有指导性案例中,最高人民法院自己做出的判决不多,大多来自于下级法院,其中由中级人民法院和基层人民法院做出的判决几乎占了全部指导性案例的一半左右。在中国目前司法权威不足和法官威信不高的现状下,一份基层人民法院的判决要上升到某种类似于立法的地位,将会面临社会的巨大不信任,尤其是相比于高层级的法院,基层人民法院通常具有更少的社会信任度和更不充足的财政预算,由此也意味着这些法官更有可能被引诱参与利益生产活动,如任意收取诉讼费和选择高费用的案件,更有可能受到政府干扰,更有可能利用改革

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第301页。

② 张骞:《指导性案例中具有指导性部分的确定与适用》,《法学》2008年第10期。

③ 参见秦宗文:《案例指导制度的特色、难题与前景》,《法制与社会发展》2012年第1期。

④ 洪汉鼎主编:《理解与解释——诠释学经典文选》,东方出版社2006年版,“编者引言”第19页。

⑤ 参见[德]伽达默尔:《诠释学I:真理与方法》,洪汉鼎译,商务印书馆2016年版,第420页。

⑥ See Gerald J. Postema, Coordination and Convention at the Foundations of Law, 11 The Journal of Legal Studies, 176-178 (1982).

最大化寻租的机会。<sup>①</sup> 为了解决这一问题,最高人民法院就必须为出自基层人民法院的指导性案例进行权力背书,一种不需要太高成本而又能很快生效的方式当然是借助行政管理的手段。另外,因为指导性案例的初衷就是解决同案不同判的难题,而同案不同判只有对于担负着统一法律适用这种政治目标的最高人民法院才是一件紧迫任务。换言之,对于指导性案例而言,最高人民法院具有强大的权力冲动以完成这一目标,而凭借最高人民法院自身裁判的说理和示范这一纯粹的司法逻辑却过于缓慢,更有效的方式莫过于从全国各地遴选出一批符合最高人民法院意旨的案例,然后加以推广。因此,我们看到,指导性案例背后是一种由上至下的行政化运作,它依靠的是强大的司法外的行政权力,“特别是最高人民法院居于一种地位上的优势而形成的纵向管理权”。<sup>②</sup> 最高人民法院通过下发通知的方式要求各地高级人民法院推荐备选案例,各级审判委员会对挑选出来的案例层层把关,最后汇总到最高人民法院,只有那些经过最高人民法院重新加工和最后确认的案例才能成为指导性案例。很明显的是,指导性案例这种理性建构的色彩与最高人民法院的行政作风是分不开的,它以最高人民法院的监督管理职能为依托弥补了最高人民法院审判职能的不足,法院系统内部的两套分别用来处理两类不同问题的制度在实践中出现了界限模糊,而没有实现司法制度中的应有分工。<sup>③</sup> 实际上,指导性案例的运作只不过再次印证了最高人民法院不仅仅是最高的审判机关,更是全国各级法院的大家长。

## (二)“混合”模式的现实困境

从司法治理的角度看,指导性案例综合了立法、行政和司法三种治理方式,形成一种新的治理模式。由于同时带有之前三种模式的各自特点,因此这种“混合”模式就会看上去“很美”,它既有司法治理的“立法”模式那种普遍效力和强约束力,同时避免了司法侵夺立法权的嫌疑,又有司法治理的“行政”模式那种简便有效,同时能够保持指导性案例之间的相对统一性,还有司法治理的“司法”模式那种“以案说法”的优势,但又能短时间内推动案例制度的大跃进。因此,单从制度构建方面来说,指导性案例确实不失为一项具有中国特色的制度创新,在指导性案例产生之初,无论是从事实务工作的法官,还是从事理论研究的学者,很多都对指导性案例赞誉有加,《最高人民法院关于案例指导工作的规定》的发布“令案例指导工作进入一个新的阶段,这对于进一步促进法制统一,提升司法公信力,推动司法公开,具有十分重要的意义”。<sup>④</sup> 对于我国这个具有深厚成文法传统的国家来说,指导性案例无疑是“社会主义法律体系形成之后一项重要的司法制度创新”,充分展示了我国法官的法律智慧。<sup>⑤</sup> 然而,指导性案例的实践效果令这种司法治理的“混合”模式前景堪忧,在法官审理案件依旧如故的现状下,指导性案例的司法治理很大程度上成了最高人民法院的一厢情愿和“孤军奋战”。<sup>⑥</sup> 至少从实效来看,司法治理的这种“混合”模式并没有显示出更大的优势,相反基层的法官可能更乐于或者习惯于接受最高人民法院发布的司法解释、司法批复和司法案例。

也许美国法学家波斯纳对“美国法官其实都是实用主义者”<sup>⑦</sup>的论断不无道理,面对堆积如山的案件和日复一日流水线般的工作,法官尤其是基层法官最迫切的需求其实就是将手头上的案件“对付过去”,做出一份合乎情理的判决,大部分法官都不是追求某种符合制度设计的理想法官。因而,可以说指导性案例这种治理模式目前没有内化为法官主观信念和日常行为的一部分,也就是说,我国的法官尤其是基层法院的法官还没有使用指导性案例进行法律推理和做出判决的习惯,我国法官长期以来形成的这种成文法习惯或多或少具有某种惯习的色彩,它像“无形的法”一样同样具有规范性,约束着法官的日常推理和审判。

① See Yuhua Wang, *Court Funding and Judicial Corruption in China*, 69 *The China Journal*, 47 (2013).

② 郑智航:《中国指导性案例生成的行政化逻辑——以最高人民法院发布的指导性案例为分析对象》,《当代法学》2015年第4期。

③ 参见苏力:《论法院的审判职能与行政管理》,《中外法学》1999年第5期。

④ 胡云腾等:《统一裁判尺度 实现司法公正》,《中国审判》2011年第1期。

⑤ 参见王利明:《成文法传统中的创新——怎么看案例指导制度》,《人民法院报》2012年2月20日。

⑥ 指导性案例的实际参照情况实在堪忧,有学者通过检索中国裁判文书网和北大法宝两大数据库展开统计分析,发现64个指导性案例中只有19个在122起案件中被“实际参照”,指导性案例呈现出了一种“鲜见参照”的状况。参见向力:《从鲜见参照到常规参照:基于指导性案例参照情况的实证分析》,《法商研究》2016年第5期。

⑦ [美]波斯纳:《超越法律》,苏力译,北京大学出版社2016年版,第354页。

正如法国社会学家布迪厄所言：“所谓惯习，就是知觉、评价和行动的图式构成的系统，它具有一定的稳定性，又可以置换，它来自于社会制度，又寄居在身体之中（或者说生物性的个体里），”法官的这种惯习是在司法场域中形成的，这种场域“是客观关系的系统，它也是社会制度的产物，但体现在事物中，或体现在具有类似于物理对象那样的现实性的机制中”。<sup>①</sup> 就这种惯习与场域的关系而言，二者是相互依存的，场域型塑了惯习，惯习赋予场域以意义。与此同时，指导性案例自身的内在缺陷以及外在司法结构的限制也让司法治理的这种“混合”模式在实践中大打折扣。一方面，在现行的司法体制中，指导性案例的性质、效力和适用似乎处于一种说不清也道不明的模糊状态，不仅最高人民法院自身一直没有给出一个清楚和权威的界定，而且学术界对指导性案例的这些问题也没有定论。<sup>②</sup> 不仅如此，某些指导性案例在“指导性”方面大有疑问，甚至有法律适用和推理方法不当误导法官的嫌疑。<sup>③</sup> 另一方面，现行的审判结构并不利于指导性案例的运作，严格区分事实与法律的“事理结构”严重束缚了指导性案例发挥法官说理功能的空间，尤其是在司法责任制大力推行的背景下，法官更加难以畅所欲言。

### （三）最高人民法院进行司法治理的挑战

指导性案例集中反映了我国法院在运用案例指导审判和展示法官实践经验上的制度创新，但是，作为司法治理的新模式，它仍然没有像最高人民法院期许的那样实现统一化裁判的目标，指导性案例的设想与实效出现了背离。因此，从指导性案例这种新的治理模式来看，最高人民法院在推行司法治理时需要处理好以下4个层面的问题，这些问题既涉及指导性案例能否真正落实到司法实践中，让法官适应并接受这种新的治理模式，也关系到最高人民法院推行司法治理的方式、途径和力量来源，从而很大程度上决定了中国司法治理的最终走向。

第一是立法理性与司法理性的协调问题。在中国，立法占据整个法律体系的主导地位，作为人民主权“在场”标志的全国人民代表大会及其常务委员会不仅代表了最高国家权力，也宣示了立法意志的至高无上性，这种立法理性决定了所有与法律有关的活动都是围绕立法来展开的，“法学阐释要去努力探究的意志，是立法者的意志，即仅在法律中体现的国家意志”。<sup>④</sup> 很显然，包括指导性案例在内的司法治理模式代表的是一种来自司法实践的法官智慧，它们是千千万万法官审判经验的结晶，相比于立法的一日千里，这种潜移默化的司法理性通常是非常缓慢的，总是在法律的空隙处立法。由于在功能目标和思维方式方面存在，因此立法理性与司法理性之间如何分工和相互配合就是最高人民法院进行司法治理需要解决的理论前提。

第二是上下级法院之间的“两个积极性”问题。无论哪种治理模式，它的最终落实都不是最高人民法院一家说了算，它需要全国各级法院及其法官的通力配合和共同参与。事实上，尽管同为法院和法官，都是行使司法权，最高人民法院和基层法院的工作方式和思维习惯却存在天壤之别，最高人民法院进行的一些司法改革可能在基层法院看来就显得不切实际和纸上谈兵。在司法治理的当代背景下，最高人民法院必须能够设身处地了解基层法院和法官的真实想法和需求，否则像指导性案例这样的美好许诺就将会化为泡影。

第三是依法裁判与法官裁量权的平衡问题。无论在何时遇到何种案件，法官都不得拒绝裁判，并且法官的任务总是“发现体现在一般——抽象性的‘法律规范’中并由法律渊源学说定义的有效法”，<sup>⑤</sup> 依法

① [法]布迪厄、[美]华康德：《实践与反思——反思社会学导引》，李猛、李康译，中央编译出版社1998年版，第172页。

② 在指导性案例出台之初，最高人民法院和最高人民检察院各自的说法并不统一，时任最高人民法院研究室主任胡云腾认为案例指导制度属于司法解释的一种形式，而最高人民检察院认为指导性案例是不同于司法解释的一种独立的工作指导方式。参见陈兴良主编：《中国案例指导制度研究》，北京大学出版社2014年版，第109页。学界对指导性案例的性质和约束力问题更是观点纷呈，难有定论。代表性文献，参见周道鸾：《中国案例指导制度若干问题研究》，《中国法律》2010年第1期；刘作翔：《案例指导制度的定位及相关问题》，《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2011年第4期；张骥：《再论指导性案例效力的性质与保证》，《法制与社会发展》2013年第1期；等等。

③ 参见吴建斌：《公司纠纷指导性案例的效力定位》，《法学》2015年第6期；邹兵建：《论贪污罪中的“利用职务上的便利”——以指导性案例11号为切入点的反思》，《政治与法律》2016年第11期。

④ [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健译，法律出版社2012年版，第198页。

⑤ [德]魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2012年版，第285页。

裁判可以说是法官的当然义务,但是法官对法律的服从是“思想上的服从,而不是字面上的服从”。<sup>①</sup>尤其是在运用类似案例做出裁判的场合,如何选择重要事实和构成要件,就取决于法官对哪些相同点具有法律评价上的本质重要性而哪些差异点可以忽略不计的判断。<sup>②</sup>既然法官的裁量权不可避免,司法要完成治理任务就必须既能确保法官的独立性,又能保证法官依然是在法律及法的范围内做出裁判。

第四是推行司法治理的职能分化和知识分工问题。现在的司法体制和法院结构在不同程度上束缚了指导性案例这种新的治理模式的运行,很大的问题在于中国没有真正的上诉法院,各级法院的职能和任务高度同质化,“事实审”与“法律审”的严格区分被“事实认定清楚,法律适用准确”这一抽象话语的“正确性”所淹没,由此,所有法官的精力都耗费在案件事实的丛林之中,而“分工的意义在于,个体从事的活动种类减少,因而从事某类活动的频率提高,与之相关的一类知识积累加快”。<sup>③</sup>无论是上下级法院之间,还是法学学术与法律实务之间,围绕指导性案例这种治理模式而建立起来的知识分工仍然是有待完成的任务。

指导性案例所面临的现实困境和诸多挑战引发我们对最高人民法院推行这种混合司法治理模式未来走向的深刻反思。一方面,最高人民法院急于通过指导性案例在短时间内促成公正、高效和权威的司法制度,另一方面实践中指导性案例的使用确实不尽如人意。为此,如何让指导性案例走得更远和更好并实现最高人民法院所期许的价值目标就是我们关注这种新的指导模式的决定性因素。

首先,最高人民法院推行指导性案例的治理角色应该主要体现在制度的启动、激励和规范层面,而不应事无巨细地保持“在场”。对于指导性案例而言,以往那种依靠法官自觉的分散化和碎片化的案例实践可能是不够的,需要最高人民法院选择适当的时机搭建起制度性框架,正如有学者所言,“如果没有一个硬性的制度性建构,下级法院可能很难自觉地执行上级法院的判决,”最高人民法院主动推行指导性案例就是“建立一个自上而下的判例框架”。<sup>④</sup>这种源自司法理性的规则形成机制区别于立法的规则创制功能,它以裁判规则为纽带将事实与规范连接起来,从而补充立法理性的不足。

其次,凭借法院系统的科层制运作,最高人民法院始终具有激励和规范下级法院使用指导性案例的能力,比如对推送和适用指导性案例的法院和法官进行奖励,规范法官的说理依据和裁判理由,以此确保法官在遇到任何类型的案件时都能依法裁判。但对于法官是否必须在穷尽检索所有类案之后才能做出裁判则不宜规定过死,而应交给法官个人进行判断。司法作为一门裁判的艺术,需要法官在特定情形下基于内心良知做出具体的裁量。

再次,以司法大数据为契机培育不同地区不同法院和法官相互参照案例的实践土壤。指导性案例既有赖于最高人民法院的积极推动,在智慧法院的建设浪潮中鼓励和指导下级法院使用案例进行裁判,同时更需要下级法院的积极配合和参与,而且从根本上说指导性案例的持久生命力建立在法官的日常审判实践之上,因为这种新的治理模式将不局限于单个的指导性案例,而旨在于构建中国自己的判例制度,张骥教授指出,现有的案例指导制度应该向司法判例制度转型。<sup>⑤</sup>随着司法大数据时代的到来,法官搜索并参照其他地区和同等级别法院裁判的现象越来越多,相比于以前请示上级法院的做法,法官现在更愿意上网查询类似案件的新闻报道、案例评析和专家观点。<sup>⑥</sup>这种自发的平行参照将对裁判文书的撰写和说理提出更高的要求,需要上级法院从繁复的事实丛林中解脱出来,专注于法律问题的研判,由此,最高人民法院作为最终上诉法院的角色定位将逐渐凸显出来。

最后,在法官与学者、理论与实务之间进行充分的互动和对话,释放知识分工的巨大优势。学者基于

① [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第385页。

② 参见林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版,第75页。

③ 朱锡庆:《知识笔记》,中信出版社2011年版,第34页。

④ 参见黄卉主编:《大陆法系判例:制度·方法——判例研读沙龙》,清华大学出版社2013年版,第46页。

⑤ 参见张骥:《论案例指导制度向司法判例制度转型的必要性与正当性》,《比较法研究》2017年第5期。

⑥ 国外有学者指出,这种案例参照实践将酝酿中国司法改革的重要机遇,它以某种先例的非正式类型推动中国法官职业认同的发展,成为法官抵御法院内外各种干扰因素的“借口”,最终增强整个司法的独立性。See Benjamin L. Liebman, China's Courts: Restricted Reform, 191 The China Quarterly, 631—638 (2007).

体系化思维和理论素养,在帮助法官提炼指导性案例的裁判要旨方面能够发挥不可替代的作用;同时,在如何参照指导性案例和如何进行类似性判断等具体操作层面,法官迫切希望看到学术研究的建设性成果。很多时候司法实践已经走到了学者的前面,如四川省成都市中级人民法院利用司法大数据平台发展出一套类案比对技术并进行裁判偏离度比对测试,河北省原阳县人民法院探索类似案件当事人听审机制。这些来自司法一线的经验智慧需要学者及时加以捕捉,并从中提炼概括出具有一般性的规律和认识,从而让指导性案例这项治理实践真正成为惠及更多法官和当事人的司法事业。

因此,从司法治理的宏观视角来看,指导性案例所代表的“混合”模式有可能探索出一条超越既有模式并且回应现实问题的可行之路,其中最高人民法院扮演着最初启动者和制度创建者的角色,而治理目标的最终实现更多地依赖于广大法官自下而上的实践积累;当然,学者的参与也是必不可少的,由此形成的这种理性建构和自发演进相结合的司法治理模式才有可能彰显中国司法的特色。

#### 四、结语

自进入“司法中心”的时代以来,最高人民法院在参与公共政策和推行司法治理方面扮演了更加重要的角色,统一法律适用和树立司法权威成为司法改革的重要目标。在指导性案例之前,司法解释、司法批复和司法案例都曾作为最高人民法院司法治理的重要手段,在长时间的司法实践中逐渐形成了中国司法治理的独特模式,尽管各自弊端重重,最高人民法院或者受到体制约束或者由于惯性使然并没有彻底废弃这些治理手段。然而,这并不意味着最高人民法院对既有治理模式的缺陷无动于衷,实际上,最高人民法院在探索新模式的同时,也在对既有的治理模式进行重新审查。对于司法解释这种“立法”模式,谋求与全国人民代表大会及其常务委员会的“谅解”就是最高人民法院一直以来的努力方向,2015年《中华人民共和国立法法》的修改似乎就表明了这一迹象;对于司法治理的“行政”模式,最高人民法院从2007年以来一直在规范和限缩司法批复的数量和空间,并将正式的批复行为纳入严格程序的监控之下,但如何应对实践中各种“变相”的批复行为仍然是一个难题;而对于浩如烟海的司法案例,最高人民法院显得心有余而力不足,如何充分挖掘这些案例的价值并使之转化为法官裁判的参考资源就成为制约最高人民法院更加深入地参与政治和社会生活的重要因素。无论如何,最高人民法院在不同的阶段总会以某种方式广泛介入政治和社会生活,参与公共政策的形成,追求司法治理的效果,在统一裁判尺度和提升法官素质的同时,也力图回应社会问题和整合社会价值。

尽管从比较的视角出发,中国的各级法院是“重政治化和轻司法化”的,但传统的政法体制正在经历实质性的转变,司法能动主义的观念在不同时期最高人民法院循环往复的改革中完全可以带来不一样的东西,虽然它没有能力塑造“纯粹的政治”,也不能解决政治僵局,但中国的最高人民法院仍然是正在产生影响的有活力的行动主体。<sup>①</sup>指导性案例无疑就反映了最高人民法院正在成为积极影响公共政策形成和参与社会治理的重要政治主体,这种融合了“立法”“行政”和“司法”模式各自优势的新型治理模式旨在实现最高人民法院统一法律适用的政治功能。如何应对指导性案例的实践困境带来的诸多挑战就成为最高人民法院能否成功推行这种混合治理模式的关键,近年来司法实践中兴起的类案裁判机制在某种程度上就指示出指导性案例的未来发展方向,以制度建构为契机走向类案参照的自然演进,这也意味着最高人民法院的司法治理将更多地依赖整体司法结构和权力关系的演变,在漫长的时间和实践的考验中,需要妥善平衡各种利益和视角的冲突,进而彰显司法有效回应社会的方式和力量。

责任编辑 王虹霞

<sup>①</sup> See Shumei Hou, Ronald Keith, China's Supreme Court within the "Political—legal System", in Bjorn Dressel ed., *The Judicialization of Politics in Asia*, Routledge, 2012, pp. 179—180.