

效力抑或效用：我国判例运用的功利取向

顾培东^{*}

摘要：在判例运用深度嵌入我国成文法体制的情势下，需要深入审视我国判例运用的功利取向。决定判例运用功利取向的根本因素在于秉持何种“判例观”，即究竟是将判例视为具有约束力的裁判规则还是将其认知为司法经验与智慧的智识载体，由此关系到我国判例运用所坚持的是效力取向还是效用取向。我国指导性案例制度的建构基本上以效力为取向。然而，判例运用的现实需求已然越出对效力的追求而更主要显示出对判例综合效用的汲取。因此，我国判例运用的功利取向应当是判例的效用，而不只是效力，主要体现为注重判例运用在完善司法规范体系、提升法律适用水平、增进审判监督管理效能、推动司法整体水平的均衡发展、提升司法对外部社会影响力等方面的整体功效。从提高判例运用的效用出发，应当着眼于推进权威判例数据库的建设、合理塑造判例运用方式以及加快判例运用制度的系统化建设。

关键词：判例运用 效用 效力 裁判规则 智识载体

进入 21 世纪后，我国法治进程中的一个重要现象抑或一项重要实践就是司法判例逐步受到重视并得到日益广泛的运用。近些年来，人民法院以及其他各主体在诉讼过程乃至社会生活中运用判例已成为一种常态。但是，深入观察当下我国判例运用的现状不难发现，受判例法思维的影响，无论是理论研究还是司法实践，对判例运用的认知仍然较多地局限于效力层面，潜隐抑或昭显着追求判例效力的功利取向。坚持这一取向，势必难以恰当理解并体现我国判例运用的价值和意义，并可能造成判例运用相关制度构建的偏误。

笔者认为，基于我国法治建设对判例资源的特殊需求，我国判例运用的功利取向不应仅仅局限于判例中裁判规则的效力约束功能，而应更多地着眼于判例智识属性和权威属性双重作用下判例运用效用的最大化。质言之，对判例中司法智识的汲取，是我国判例运用的主要意义和价值所在。秉持这样一种功利取向，不仅有助于突破既有判例认知视野的局限，而且有助于我国判例

^{*} 中南财经政法大学法学院教授、博士生导师

基金项目：最高人民法院司法案例研究课题(2021SFAL038)

运用功能的全面发挥。

一、两种“判例观”及其抉择

探讨我国判例运用的功利取向,根本问题在于区分两种不同的“判例观”:一种观念是判例是有约束力的裁判规则,另一种观念则是将判例视为司法经验与智慧的智识载体。秉持何种“判例观”,将直接影响对判例运用的功利取向。

(一)判例作为有约束力的裁判规则

将判例视为有约束力的裁判规则是判例(法)制度的关键属性,集中体现了判例法思维。判例法思维并非仅存于判例法国家,在包括我国在内的实行成文法体制的国家或地区亦有深刻的影响。从一般意义上讲,判例法思维主要体现在以下3个方面。

第一,立足于判例狭义上的法源属性,高度强调判例的约束性。“法源”是法理学认识判例的重要视角,也奠定了讨论判例问题的理论基础与分析框架。大体上,法源有狭义与广义之分。广义的法源是指所有“可以成为判例合法性基础”的材料,^①狭义的法源则指具有法定性与正式约束力的法律规范。在有关判例的学理研究中,多数学者采纳狭义的法源论,将判例的性质认定为具有正式约束力的规范依据。^②即便是采纳广义法源论的学者,也多对判例的法源属性作二元区分,如说服力法源与约束性法源,进而主张并强调判例应从说服力法源向约束性法源转化。^③

第二,赋予裁判规则以基础性地位。依据狭义的法源论,只有具备正式约束力的裁判才称得上是判例;并且,在很大程度上,并非判例中的所有内容都有遵照适用的效力,具有效力的仅是其中的裁判规则。“裁判规则”概念具有多重意涵:其一,裁判规则是指法官的裁判依据;^④其二,裁判规则是指法官在审判过程中应当遵循的程序性规则;^⑤其三,裁判规则是指司法判决中的个别规范。^⑥判例法思维中的裁判规则,仅仅是指前述“个别规范”,即从司法判决的结论中提炼出来的裁判标准与尺度。学界对“个别规范”也有多种解释,最具典型性的是德国学者沃尔夫冈·费肯杰提出的“个案规范”理论。该理论在判例的“准法律约束力”意义上看待裁判规则。^⑦

第三,遵循先例。判例法国家于19世纪形成了较为稳定的遵循先例原则,其实质是后发类似案件的审理与裁判受制于先前判例的法定约束。在判例法国家,判例所属的法院层级是法院作出遵循或不遵循特定判例的重要影响因素之一。^⑧成文法体制国家或地区的判例制度,基本上亦已形成遵循先例的司法习惯和传统。在法国,行政诉讼与审判中已承认判例的法律效力;^⑨

① 参见[美]E.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2017年版,第431页。

② 参见雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,《中国法学》2015年第1期。

③ 参见张志铭:《司法判例制度构建的法理基础》,《清华法学》2013年第6期。

④ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第132页。

⑤ 参见[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2005年版,第91~92页。

⑥ 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1995年版,第152~153页。

⑦ 参见吴从周:《试论判例作为民法第1条之习惯法》,《台大法学论丛》2010年第2期。

⑧ 参见[德]罗伯特·阿列克西、[德]拉尔夫·德莱尔:《德国法中的判例》,高尚译,《中国应用法学》2018年第2期。

⑨ 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第22页。

在德国,联邦宪法法院的判例具有正式约束力。^①

(二)判例作为司法经验与智慧的智识载体

由于判例是诉讼主体博弈与法院和法官案件审理的共同结果,内含着事实认定与法律适用的具体内容,同时,判例还不同程度地反映了司法案件审理的整个过程,因此,如果从更为本质的层面把握,那么单个判例是个案的司法经验、理性与智慧的载体,整体上的判例则蕴含了特定国家特定时期司法的总体性经验、理性与智慧。

第一,这种“判例观”突破了约束性法源与非约束性法源的“二元法源模式”,为判例在更广泛意义上的运用奠定了基础。“二元法源模式”脱胎于判例法与成文法的界分,对两者的对立强调有余,而对两者关联的认识不足。在“智识载体”视角下,判例的约束性与非约束性并不是非此即彼的关系,而更多地体现出程度上的差异。判例作为说服力(非约束性)法源并非全无约束力,只是其约束力来自司法的权威性与司法理性本身。因此,对判例范围的界定,不再局限于狭义上正式约束力的司法裁判,而是泛指所有生效的裁判文书。

第二,这种“判例观”强调判例的整体价值。判例具备的整体价值是指判例中不仅仅包含裁判规则,还蕴含其他丰富的智识性信息。就单个判例而言,包括事实认定方式、证据采用方式、说理逻辑、文字的叙述和论证方式、裁判文书的结构、对非法律规范的选择性运用、对当事人不同观点的回应等;就整体判例而言,判例的效用价值则在于判例体现出的司法理念、司法立场、司法取向、司法动态、司法趋势、司法质量、司法效率等。

第三,这种“判例观”的实践形态主要体现于判例的自发性运用。判例运用兼具自发性与建构性。判例的自发性运用由司法场域内法院、法官、检察官、律师(及当事人)等主体的个体性、分散性的动机及行为所形塑。^②判例的建构性运用则由判例分类及其效力制度、类案强制检索与使用制度以及与此相关的适用分歧解决机制等制度集合共同构成。^③将判例视为司法经验与智慧的智识载体主要凸显的是判例的自发性运用面相。这种自发性主要体现在以下两个方面:一是判例(法)制度的形成以历史连续性为特征,不管一个规则是怎样被引入的,只有时间能够判断该规则能否成为判例制度的一部分。^④判例制度是司法与社会长期、深度互动的结果。作为承载社会经验与习惯的装置,判例体现了司法与国家及社会的高度契合。二是各主体运用判例主要基于其自利性动机,既体现出主体对判例中理性与正义的趋从,又体现出对利己性诉讼或审判效果的追求。正是追逐理性抑或利己性效果这只“看不见的手”,实质性地驱动着判例的运用。

须指出的是,判例作为司法经验与智慧的智识载体与其作为有约束力的个案规则并非决然对立的两种分类。纵观域外判例(法)制度,尤其是英美法系判例法制度的演变发展历程,不难发现前者构成后者的基础。以英国为例,早在法院审判活动记载尚未制度化前,律师以先例为依据,或是法官参考先例作出判决,就已成为皇家法院审判的特色。随着详细的法院记录与判决书的出版,这些以文字记载的判决内容,便形成日后新案件判断的标准。由于判决基础一致,逐渐

① 参见林孟皇:《转型正义与司法改革》,台湾地区元照出版有限公司 2015 年版,第 498 页。

② 参见顾培东:《判例自发性运用现象的生成与效应》,《法学研究》2018 年第 2 期。

③ 参见李振贤:《我国成文法体制下判例嵌入司法场域的机理》,《法学》2022 年第 1 期。

④ 参见[美]杰拉德·J.波斯纳:《普通法的哲学》,韦洪发等译,载[美]朱尔斯·科尔曼、[美]斯科特·夏皮罗主编:《牛津法理学与法哲学手册》,杜宴林、朱振、韦洪发等译,上海三联书店 2017 年版,第 656~657 页。

积累的判决假以时日便形成法律原则,逐渐成为统一各地习惯法分歧的基础;并且形成了通用于全国的“普通法”。^①从另一角度看,个案裁判规则同样是一种智识结晶,集中体现了判例中的司法经验与智慧;同理,个案裁判规则的约束力在一定程度上也源自其所蕴含的理性权威。

(三)两种“判例观”的抉择

两种“判例观”的抉择,甚至从更大范围看,特定国家或地区在特定时期是否运用判例、运用判例中的哪些要素或内容以及如何运用判例,本质上都产生于对特定国家或地区在特定时期的法治状态和实际需求的实用主义考量。具体而言,抉择与考量的因素主要包括以下4个方面:

第一,不同国家和地区对判例的总体需求。即便是在同样适用判例法制度的英美两国,基于需求的不一致,两国判例的运用也呈现出一定的差异。美国独立战争时期经历了法典化,这一法典化过程虽然未改变美国的判例法传统,但使得其更加重视成文法。近百年来,由于美国联邦政府和各州政府纷纷将许多普通法原则法典化,因此美国的普通法其实已并非纯粹的“判例法”,而是注入了大量成文法的混合体。^②相较于英国,美国的判例运用更须考虑其与制定法的融合,借此优化判例法和制定法的“配比”。成文法体制国家通常也重视判例的运用,但是因需求不同故侧重点也有所不同。德国通过判例的运用旨在维系民法典的初始外观和基本结构,同时通过创设新的法律概念,丰富民法典的时代内涵。^③日本法院系统则更多地吸收英美法系的判例制度,特别是借鉴了英美法系对判例理由中的法律判断所作的“主论”与“旁论”的区分,对判例的需求更多体现在通过判例运用开展“法创造”活动,以适应社会变化的需求。^④

第二,判例在不同部门法中的实际功用。在德国,由于宪法中关于基本权利以及其他宪法性原则部分的规定较为模糊,因此判例在宪法领域中发挥着决定性的作用;同时,劳动法中的许多主要规定也是由判例中的个案规范所组成,而在其他法律部门中,判例的作用则没有如此显著。^⑤在法国,行政法的重要原则几乎全由行政法院的判例产生。可以说,法国行政法是在判例尤其是最高行政法院的判例基础上发展起来的,并且在此过程中逐渐确立了行政法判例的权威性。^⑥这也相异于判例在其他法律部门中的地位。

第三,特定国家或地区特定时期的法治进程与法治化水平。与成熟法治国家或地区相比,后起法治国家或地区对判例运用的需求不只是期待一种有约束力的法源,而更主要是充分运用判例这种内生性司法资源以保障司法的有效运行。以我国台湾地区为例,早期的判例运用旨在解决司法实务中的法律规定的欠缺(补法)或审判者常犯错误(正法)的问题。后来判例制度的功能逐渐偏重于弥补法教义学的不足,进而实现司法行政对司法过程的控制和指导。近10余年来,通过司法行政造法方式生成的判例数量越来越少,由此产生的影响也逐渐弱化。

^① 参见[美]杰拉德·J.波斯纳:《普通法的哲学》,韦洪发译,载[美]朱尔斯·科尔曼、[美]斯科特·夏皮罗主编:《牛津法理学与法哲学手册》,杜宴林、朱振、韦洪发等译,上海三联书店2017年版,第671页。

^② 参见王泽鉴主编:《英美法导论》,北京大学出版社2012年版,第1~24页。

^③ 参见何家弘主编:《外国司法判例制度》,中国法制出版社2014年版,第283页。

^④ 参见[日]田中成明:《现代社会与审判——民事诉讼的地位和作用》,郝振江译,北京大学出版社2016年版,第231页。

^⑤ 参见[德]罗伯特·阿列克西、[德]拉尔夫·德莱尔:《德国法中的判例》,高尚译,《中国应用法学》2018年第2期。

^⑥ 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第21页。

第四,法教义学的发达程度及其对判例功能的替代。在很大程度上,判例与法教义学之间存在着功能替代或重叠的关系。尽管判例在德国、法国等欧陆成文法国家得到不同程度的运用,但是由于这些国家不仅法律体系相对完整或完善,而且法教义学十分发达和强盛,因此,弥补法律规范在适用中的缺失,除前述某些特殊法律领域外,往往并不过多依赖于判例的运用,而主要借助于法教义学的贡献。法教义学“精确与逻辑的体系所焕发的客观理性,仍足以填补抽象条文与现实生活之间的差距”。^①

从总体上说,在两种“判例观”的抉择中,更值得重视的是判例的智识性效用价值,而不是仅仅关注判例的约束性效力。在我国,特定国情下的法治发展对判例具有复合性需求。这体现于不仅需要通过判例为法律规范体系供给规范资源,对制定法予以补充和续造,而且需要通过“司法创造”活动,缓释法域过大条件下法律一般性规定与适用中具体事实特异性之间的张力,还要适应急遽的社会变化,保障司法对社会的有效回应。不仅如此,现阶段我国法教义学研究尚处于起步阶段,这就意味着我国至少在相当长时期内不可能期待以法教义学替代司法对于判例的需求。因此,我国的判例运用应当汲取全部判例中所蕴含的司法经验与智慧,通过多种途径使其辐射到司法过程中,从而提高司法的整体水平,同时也使社会各主体在判例所昭示的司法立场中获得对社会事实、社会行为以及与之相关的法律规范更为具体、更为明确的认知。

二、我国判例运用的效力视角与效用视角

(一)效力视角下的判例运用

效力视角下的判例运用追求的是判例运用的正式规范供给功能,可概括为判例运用的规范维度。从这一视角看,判例运用的基础以及终极目标是将判例作为正式的“个案规范”加以运用,即通过立法正式赋予判例法定的约束力;与此相应,判例中仅有裁判规则具有价值,其他判例构成内容或部分只是“沉没成本”。在我国,明确体现判例运用效力视角的制度形态是指导性案例制度。《最高人民法院关于案例指导工作的规定》和《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》(以下简称《细则》)规定了指导性案例制度的基本内容。2018年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)首次从立法层面确立了指导性案例制度。该法第18条第2款明确规定:“最高人民法院可以发布指导性案例。”第37条第2款规定:“……发布指导性案例,可以由审判委员会专业委员会会议讨论通过。”这些规定表明,指导性案例制度已经在法律层面和最高司法权威层面获得了正当性,即获得了法定的效力。然而,这种法定效力的性质应当如何进一步精确界定以及其在效力位阶上与立法和司法解释的关系究竟怎样,依然存在很大的理论探讨空间。原因主要在于两个方面:一是根据《细则》第10条的规定,指导性案例仅作为裁判理由引述,而不可作为裁判依据引用;二是2018年修订的《民事诉讼法》虽然赋予最高人民法院发布指导性案例的权力,但是并未明示指导性案例约束性效力的地位。理论界及实务界对指导性案例的效力存在下述观点。

^① 苏永钦:《司法造法几样情——从两大法系的法官造法看两岸的司法行政造法》,载王洪亮、田士永、张双根等主编:《中德私法研究(17):司法造法与法学方法》,北京大学出版社2018年版,第11~12页。

第一,指导性案例具有事实上(非正式)的约束力。^① 指导性案例的效力涉及适用中的一系列问题,包括在裁判文书中是作为裁判理由还是作为裁判依据予以援引、违背指导性案例的裁判能否被撤销或发回重审,以及应当适用而没有适用指导性案例的裁判是否构成当事人上诉、申诉以及撤销原判的法定事由等。有学者基于指导性案例制度运行的实效性,认为应当将指导性案例的效力定位为“事实上的指导”,而不是法律上的强制约束力。这种事实上的“指导”效力,既强于一般意义上的参考,又不具有英美判例法中“遵循先例”式的规范性拘束力。所谓事实上的约束力,是指本级和下级法院“必须”充分注意并顾及,如明显背离并造成裁判不公,将面临司法管理和案件质量评查方面负面评价的风险,案件也将依照法定程序被撤销、改判或者被再审改判等。^②

第二,指导性案例具有法律上(制度上、正式)的约束力。有学者认为,由于事实上约束力的底层逻辑是判例所立基的审级制度约束力,难以准确反映指导性案例的制度属性,因此应当直接承认指导性案例法律上的约束力。^③ 也有学者认为指导性案例制度的设立是为了解决判案中法律适用不确定的问题,实际上与司法解释的功能类似,最简便的解决方案是最高人民法院自行扩充司法解释的类型,将指导性案例作为司法解释的一种,^④因而具备法律上的正式约束力。

第三,指导性案例具有制度性约束力。持这种观点的学者认为,指导性案例的约束力有事实上的约束力与法律上的约束力两种解释,而两种解释都不足以反映指导性案例的特质。更具中国特色之处在于指导性案例的行政性生成机制,亦即指导性案例产生于最高司法机构的遴选及发布,其运用也是一种制度化要求,因此,这类案例的约束力根植于制度性渊源。^⑤

最高人民法院在现有体制条件下通过一系列限定性的措施力求为指导性案例的效力提供保障。首先,所遴选的判例具有典型性。一是从案例类别看,指导性案例通常是新类型案件,或者是涉及新的或疑难复杂法律问题的案件。二是从案件适用的法律规则看,指导性案例主要解决无法可依或者比较原则需要进行法律解释,抑或存在法律漏洞需要依据法律规定填补,以及存在法律冲突需要厘清的问题。三是从案件的效果看,指导性案例应当实现法律效果与社会效果的统一。^⑥ 其次,具有严格的选编程序,包括发现、审查、推荐、层报、讨论确定和公布程序。^⑦ 最后,对初始裁判文书进行必要改编,以体现指导性案例超越个案而创造一般性裁判规则的取向。

(二)效用视角下的判例运用

效用视角下的判例运用注重的是判例运用的综合性功能,除规范再生产外,主要是指统一裁判尺度和推动司法经验与智慧的共享。效用视角下的判例运用关注的并非判例的规范属性,而是其智识属性和权威属性。^⑧ 体现判例运用效用视角的实践形态是示范性案例的运用与一般性

① 参见胡云腾、于同志:《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》,《法学研究》2008年第6期。

② 参见胡云腾、于同志:《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》,《法学研究》2008年第6期。

③ 参见曹志勋:《论指导性案例的“参照”效力及其裁判技术——基于对已公布的42个民事指导性案例的实质分析》,《比较法研究》2016年第6期。

④ 参见陆幸福:《最高人民法院指导性案例法律解释效力之证成》,《法学》2014年第9期。

⑤ 参见张骐:《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。

⑥ 参见李少平:《关于案例指导制度运行机制的几点思考》,《法律适用》2011年第10期。

⑦ 参见刘克毅:《论人民法院指导性案例形成机制》,《法律科学》(西北政法大学学报)2018年第6期。

⑧ 参见李振贤:《我国成文法体制下判例嵌入司法场域的机理》,《法学》2022年第1期。

判例的运用。

1. 示范性案例的运用

示范性案例以各高级人民法院遴选的判例为主,也包括最高人民法院公报判例以及典型判例等具有较高认同基础的案例。示范性案例制度基本上遵循或效仿指导性案例制度的逻辑与方式而构建,但并无立法上的授权,因此不具有法律上的约束力,主要依靠司法权威而得以运转。由于我国法域广且区域间法治发展情况的差异性较大,调适和平衡全国法律适用的统一性与区域间司法尺度的差异性两者之间的张力,成为高级人民法院的重要职能或功能。也正因如此,高级人民法院借助示范性案例,发挥其在本区域内统一法律适用及裁判尺度以及推动司法水平提升的功能。具体来说,高级人民法院通过设计判例遴选制度、设置判例遴选机构、规范判例遴选程序、完善判例发布模式、明确判例强制检索方式、明确相关激励与约束措施等赋予并强化示范性案例制度的合法性及权威。2019 年 2 月,最高人民法院发布的《人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》提出“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”。2020 年 9 月,《最高人民法院关于完善统一法律适用标准工作机制的意见》重申“各高级人民法院可以通过发布办案指导文件和参考性案例等方式总结审判经验、统一裁判标准”。这些规定中的“参考性案例”实质上就是示范性案例。基于这些规定,示范性案例也获得了一定的权威性。

2. 一般性判例的运用

一般性判例泛指各地各级人民法院作出的生效裁判。与指导性案例、示范性案例相较,一般性判例非经遴选、改编,其运用亦非基于法院层级的效力,因而最具本质化地体现了判例的司法智慧与经验属性。在一般性判例中凡有助于支持裁判结论、增强裁判结论可接受性、能够提供各种启示的一切因素,包括判例所蕴含的法理、事理、情理、文理等,都是司法智识的体现。对律师等诉讼参与人而言,这些判例的运用实践形态是从海量的裁判中选择出相关判例,为寻找相关法条、设计审理或诉讼思路、建构裁判或诉讼理由、了解相关问题的普遍性司法见解以及预测或评估待决案件的裁判结果提供帮助,以拓展对案件的认知视野,甚至以相关判例作为证成自己主张的依据,从而在诉讼中取得更为主动的地位。对于法官来说,即便没有强制检索制度的要求,在某些疑难案件的审理中,也会自觉地从众多判例中寻求启示,借以形成审理或裁判的思路。

(三)判例运用效用对效力的涵括与吸纳

效用与效力并非处于同一维度,效用的范围广泛,在外延上可涵括效力;效力与效用的比较与区分,在很大程度上只是为了强化人们对判例运用功利取向的辨识,避免判例运用的偏颇。具而言之,判例效用对效力的涵括与吸纳关系体现为以下 3 个方面。

第一,效力取向具有局限性。在我国判例运用的制度化进程中,由于无法赋予指导性案例与法律规范同等的地位,因此阻断了其向具有正式拘束力的判例制度发展的进路。因为后者要求判例在宪制上具有法定约束力,可以作为裁判的依据在裁判文书中援引。质言之,在我国成文法体制下,指导性案例至多可以获得一种(相对于制定法而言)“不完全效力”,它既不具备法律资格,拘束力也只能得到司法体制的有限支持,其效力需要间接地依附于制定法。这表明判例赋权赋效的“天花板”是有一定限度的。

第二,判例运用的效用取向涵摄、吸纳和整合了判例运用的效力取向,且只有判例运用效用发挥的常态化才能形成真正的效力。单纯地建构某一种判例运用制度并不必然促成良性的判例运用秩序的形成,必须以判例运用的效用为基础。事实上,正是在判例被广泛运用且形成重要影

响的情势下,以指导性案例制度为代表的判例制度化运用才有了建构的基础并得以全方位、系统地展开。同理,指导性案例效力的形成也会进一步助推其他判例运用效用的提升与扩展。

第三,由判例的智识、规范、权威3个维度叠加而催生的判例在运用中的动态转化关系与机制,可以概括为判例所蕴含的司法智识性信息在泛在信息、裁判规则、(准)法律规范3种形态之间持续转化。首先,泛在的司法智识性信息在各主体互动与沟通中被广泛运用,其功能溢出个案范畴,影响后案的审判以及相应的社会交往活动;其次,经由法院体制性运作的赋权,司法智识性信息在提炼后可以被确定为高度抽象的裁判规则;最后,裁判规则有可能进一步经过立法或司法解释程序成为正式法律规范。在这种转化过程中,每一个环节都是相对独立的,判例所呈现的每一种形态都蕴含着与其他形态实质性差异的内在张力与潜在联系。

三、我国判例运用的主要效用

提出我国判例运用的功利取向应注重其效用而不仅仅是效力,就意味着所运用的判例不仅是指导性案例,而且还包括其他类型的判例;对判例的借鉴或参考、参照也不限于裁判规则,还包括蕴含于判例之中的一切司法经验与智慧。判例运用的效用涉及法治实践的方方面面。

(一)完善司法规范体系

从效用角度把握指导性案例在完善法律规范体系方面的意义,主要是指,指导性案例制度历史性地为我国成文法体制提供了一种新的规范类型,且这种规范类型能够成为衔接海量判例资源与法律规范体系的端口和节点,从而为司法规范的生产和再生产提供宽幅的资源供给通道。

相较于其他司法规范,指导性案例制度还具有特别的优势。作为规范性资源以及“个案规范”,判例具备情境性特征,不受限于规范性法律条文所需的整全性要求,可以呈现疑难、复杂、新类型案件中的新情况和新问题,从而能够在很大程度上应对法律规范与社会现实不匹配的问题,并且能够为抽象的法律规范体系提供重要的补充。不仅如此,而且相较于抽象性规范形态的集中批量生产方式,指导性案例的规范生产方式则是“零售”式的,^①这种“零售”方式有助于提升规范供给的灵活性与适时性。

从司法运作实践层面看,判例(不限于指导性案例)运用的规范性功能可概括为“找法”“明法”“释法”“统法”“补法”“正法”6大项:“找法”是指依托判例的情境性与具体性特征,快捷、准确地实现案件事实与法律规范的对应和匹配;“明法”是指通过判例明示和凸显法律规则的基本精神与立场;“释法”是指通过判例阐释法律规则特定要件的内涵;“统法”是指通过判例统一法律规则的理解与适用,统一法院和法官的裁判尺度,合理限制裁量权力与空间;“补法”是指通过判例填补法律漏洞与空白;“正法”是指通过判例适度矫正法律规范的偏误。^②

(二)提升法律适用水平

第一,判例运用有助于提升司法审判中法律适用的统一性。裁判文书上网使“类案异判”问

^① 参见苏永钦:《司法造法几样情——从两大法系的法官造法看两岸的司法行政造法》,载王洪亮、田士永、张双根等主编:《中德私法研究(17):司法造法与法学方法》,北京大学出版社2018年版,第26~27页。

^② 参见顾培东、李振贤:《当前我国判例运用若干问题的思考》,《四川大学学报》(哲学社会科学版)2020年第2期。

题得以充分显露,“类案异判”形成的主要原因在于常规统一法律适用机制的效用不足以及法教义学在统一法律适用方面功能的欠缺。在裁判文书上网前,矛盾裁判并非不存在,但由于信息不对称,各方面的认知并不充分,因此即便最高人民法院也无从全面掌握。而在裁判文书上网后,通过运用关键词搜索等技术,很容易使类似案件的不同裁判得以显现并处于异同的审视与比较之下。彼此矛盾的裁判分别秉持并显示出对同一问题的不同规则和由此而形成的不同的司法立场。毫无疑问,矛盾裁判的大量存在对于以司法整体性为基本伦理、以统一法律适用为重要司法原则的人民法院来说,公信力的损伤是无法低估的,同时对社会成员的是非认知以及社会行为的引导也会带来很多偏误。正因如此,各级人民法院近些年都把消除矛盾裁判、统一法律适用作为司法管理或司法改革的重要主题。解决方案的重心则在于判例运用,亦即通过遴选示范性案例,包括在相互矛盾的裁判中比较出相对恰当的裁判,明确更具合法性及合理性的裁判规则,通过优质裁判去除劣质裁判的影响,进而逐步减少以致消除矛盾裁判。

第二,判例运用有助于提升司法审判中法律适用的恰当性。实现法律适用的统一性固然十分重要,然而“统一”并不是我国法律适用问题的全部,甚至不是法律适用中实质性问题之所在。一方面,法律适用在形式上、表面上的“统一”反而可能会带来实际上的不平等和不公正;另一方面,法律适用除了应保持其基本的统一的“外观正义”外,还应强调适用的准确性(即与立法的真实意旨保持一致)以及实效性(即能够更好地解决纠纷或处置案件)。因此,“恰当性”一词或许更能表达我国司法审判中法律适用的理想境况。首先,判例所显示的法律适用的“统一”,抑或在判例约束下形成的法律适用的“统一”,更可能是真实的统一。由于判例“锚定”了诸多具体的情节或事实,因而在法律适用中可供参照的因素更多,同类或相同案件在法律适用上的统一程度更容易得到辨识,因此,对判例的运用在很大程度上能够消除法律适用中“形式上统一而实质上不统一”的问题。其次,准确适用法律的前提是对法律条文的准确理解,每一个判例都代表了不同的人民法院对于法律条文的具体理解,当某一或某些判例显示出的某种理解更具有普遍性、更能代表司法乃至社会共识时,这种理解有理由被认定为更贴近立法的意旨。即使不同判例显示出对同一法律条文的不同理解,但诉讼主体对合理性趋从和追求的总体趋势也会使得对法律条文准确理解的判例更有可能得到肯定并参照。最后,判例不仅分别提供了解决某一问题的相同或不同的方案,而且具体展示了在适用同一法律的过程中不同方案所考量的多方面因素,从而为待决案件中法律的有效适用提供了选择性参照。^①

(三)作为审判监督管理的路径依赖

在司法责任制实施后,院庭长对裁判文书的审核或审批权被取消,决定裁判的权力大部分下移至法官或合议庭。按照司法责任制的要求,院庭长在一般情况下无权主动过问独任法官或合议庭的办案过程。但是,司法责任制又要求法院管理层对案件审理实施“全面、全员、全程监督”,并且在整体本位的法院建构与运行模式下,法院以及院庭长事实上需要对法官或合议庭的审判行为尤其是对所作出的裁判承担多种责任。在这种情况下,判例运用即成为法院管理层实施审判监督管理的重要选择。法院管理层通过认可并向法官或合议庭推荐一些包括本院裁判在内的判例,为其提供裁判思路,并依据这些判例评价裁判行为,借以保证审判质量、提高审判水平,尤其是避免裁判混乱现象,由此也使得判例运用成为人民法院监督管理的一种路径依赖。

^① 参见顾培东:《判例自发性运用现象的生成与效应》,《法学研究》2018年第2期。

概言之,判例运用的制度化在得到人民法院审判运行机制支撑与规制的同时,其本身亦嵌入人民法院的审判运行机制中,成为审判监督与管理的重要工具和手段。这主要体现在以下3个方面:(1)在以事中的指导以及事后矫正为主的基础上增加了事前引导。传统的审判监督管理机制主要依赖于事中和事后的矫正,具有滞后性和被动性,特别是事后的书面评查和数据通报等措施更多地体现了后期倒查,未能形成对司法案件审理与裁判的全过程管控。判例的运用可以在此基础上增加事前引导方式和机制,即通过优质判例的示范效应,约束和引导法官的个别性、分散化裁判决策权的行使,从而缓释或纾解法官、合议庭的审判权与院庭长的监督管理权之间的张力。(2)在个案监管的基础上增加类案指引。一直以来,个案监管是审判监管的重点,司法改革强化了判例的运用,引入了类案指引机制,从而能够在很大程度上解决类案异判问题。目前,类案强制检索报告机制已在全国范围内探索施行,承办法官和审判团队可以依托判例数据库和判例检索系统,掌握类似案件的裁判尺度,从而提高法律适用的统一程度。同时,审判委员会和专业法官会议的职能也日益侧重于总结类案中具有普遍性和规律性的法律适用问题,通过把握类案的裁判标准实现审判监督。(3)来自外部的社会监督实效化。以往的审判监督机制不太强调来自司法外部的社会监督,主要是因为这种监督方式易于失之虚化。而通过司法公开(判例亦是司法公开的主要内容),外部社会能够接触到裁判文书这一司法的最终产品,从而获得了监督的前提条件。特别是律师群体还能够将判例作为“以法院‘制约’法院”的工具,学者群体则将判例作为研究和评价司法的重要媒介或对象。所有这些,都有助于司法外部监督的实效化。

(四)推动司法整体水平的均衡发展

首先,判例的广泛运用有助于缩小人民法院之间司法水平的差距。与我国社会发展不平衡相关,不同层级人民法院、不同地区人民法院之间的司法水平存在不同程度的差距。近些年缩小这种差距的现实努力主要集中在加强不发达地区人民法院人、财、物的投入上,但这种差距的形成源自多种主客观因素,并非有限的人、财、物投入所能够在短期内消除或明显缩小的。判例的广泛运用则为这种差距的缩小提供了一条捷径。其原理在于,判例作为司法的最终产品,凝结着司法过程的全部努力,体现着司法的实际水准,因此,重视判例的作用意味着通过优质化的最终产品的示范和引导,相应弥补某些人民法院在司法产品生成能力上的缺失,以最终产品质量的相同或近似缩短人民法院间实际司法水平和能力的差距,由此不仅可以提升人民法院司法产品的整体质量,而且也能带动发展相对落后的人民法院的司法水平能够得到快速提升。

其次,判例的广泛运用有助于形成法院系统内部、法官个体之间良性的竞争格局和态势。适用法律准确、裁判结果恰当、裁判理由合理、充分体现司法经验与智慧的判例不仅能够为后进者所参照、效仿,而且也是法官致力于追求的榜样与目标。随着法院系统越来越重视案例指导工作,全国各地、各级人民法院采取和完善内部考核等激励机制以鼓励、引导法官创制“精品案例”,进而逐渐形成人民法院之间、法官之间以创制优质判例为目标的良性竞争机制。在此格局下,既能将人民法院和法官的工作聚焦于案件审判,推动案件裁判质量的提升,又可以加快司法经验和智慧的萃取与结晶的进程。不仅如此,通过竞争,作出优质判决的法官、人民法院有可能脱颖而出,产生“明星效应”,由此进一步形成一种“市场性”的全新激励机制。

(五)提升司法对外部社会的影响力

首先,通过判例运用能够提升普法效能。在我国法治发展的进程中,以判例为媒介与形式的法律宣传是普法机制的重要内容。普法的载体大致可区分为法律文本与法治案例,后者的重点

又是司法判例。在已经形成的成熟法治宣传制度和机制中,“以案说法”一直是成效显著的举措,通过判例进行普法已经成为法治化进程中的一种路径依赖。这一路径依赖之所以能够形成,关键是因为判例更贴合法律普及的信息传播特点。社会公众接收法律(法治)信息的途径主要是大众传媒,要求法律(法治)信息具有简明性、清晰性、具体性、吸引力、可理解(乃至可共情)以及契合社会经验与大众感受等特质。判例作为“事实上的法律”“活的法律”或“行动中的法律”,用之于普法资源或素材,更能体现法律规范的精神,显示司法的基本立场,推动社会公众对法律的具体而特定化认知。不仅如此,而且在判例中蕴含的情境性司法信息亦有助于社会公众对个人行为的成本与收益作出理性计算和衡量,从而对社会成员的行为形成积极引导。

其次,判例运用能够更有效地发挥多元纠纷解决机制的作用。将判例引入非诉纠纷解决机制,在很大程度上间接地使调解等非司法手段获得了一定的司法色彩。一方面,在非诉纠纷解决过程中,判例所显示的司法立场能够为纠纷是非判断以及纠纷处置方式提供认知依据,从而促使当事人作出审慎的选择;另一方面,判例在非诉纠纷解决方式中的运用,有助于提升纠纷解决的法治化水平。此外,判例在解纷过程中的运用还能进一步拓展和延伸司法的权威和影响力。

最后,通过判例运用能够推进“全民守法”目标的实现。“全民守法”是建设法治国家的重要目标。从实践层面看,公众守法的状态深受意识、能力以及条件和环境等多重因素的影响与塑造。^①与司法审判和执行的威慑力相联系,判例在社会生活中的运用无疑能够对公众主动遵守法律的意愿和能力产生重要的影响。一方面,判例中蕴含的法理、情理和事理有助于增强公众对法律的认同,强化公众守法的内在义务感;另一方面,判例经由普法与广泛引入纠纷解决等途径,有助于增强公众运用法律和遵守法律的综合能力。

四、提升判例运用效用的途径

当下我国的判例运用仍处于实践探索阶段,这一时期可称为判例运用的基础建设期。针对在制度层面和具体运用层面面临的问题,需要从一些关键环节入手着力提升判例运用的效用。

(一)判例数据库的建设

“用什么”是判例运用面临的首要问题。在大数据时代,该问题主要表征为判例数据库的建设与运用。相对于以印刷品为载体的判例文本,以互联网为载体的电子数据库的问题更为凸显且复杂,主要表现为判例数据库庞杂,尤其是权威性的判例数据库(平台)尚未形成。

中国裁判文书网是官方判例数据库,以其判例数据资源为基础,分别形成了法院系统内部的判例数据库和商业性法律服务的外部判例数据库两大体系或类型。就前者而言,各人民法院之间尚存在一定程度的数据壁垒;完整的判例数据往往只存在于各地各级人民法院内部,与其他人民法院之间无法完全共享判例数据。这也意味着存在若干以单个人民法院或不同层级司法辖区为单位的判例数据库。就后者而言,目前存在很多商业性判例数据库。^②众多商业性判例数据库虽然丰富了受众的选择,但是因过于庞杂反而造成判例数据库运用上的“选择困难症”。并且,

^① 参见李娜:《守法社会的建设:内涵、机理与路径探讨》,《法学家》2018年第5期。

^② 主要有阿尔法(Alpha)法律智能操作系统数据库、北大法宝数据库、法信数据库、威科先行数据库、聚法案例数据库、把手案例数据库、无讼数据库,等等。

重复建库导致资源浪费太大,判例选择以及裁判规则提炼的水平也无法保证,检索与运用亦不方便。近几年,最高人民法院和部分高、中级人民法院致力于建设和完善判例数据库,法学研究机构以及其他社会主体的判例数据库也不断推出,但高质量的判例仍较难发现,裁判规则提炼的质量参差不齐,遴选的渠道与机制也失于杂乱。在此种情况下,判例数据库的权威性难以保障。

针对前述问题,有必要建设具有较高权威性的判例数据库。判例数据库是我国司法领域智能化发展的重要信息基础设施。判例数据库的建设目标应是将判例的智识信息予以数据化和标准化,从而实现判例信息的整体性运用。^①一方面,判例数据库建设应实现判例自身的智识转化。借助信息挖掘、语义分析等现代技术,将判例中涉及的证据审查认定规则、法律裁判尺度、法律适用标准等智识提取出来,^②以供判例运用主体研判分析。另一方面,判例数据库建设应以判例智识为中心实现多源异构智识的融合。判例是司法经验与智慧的集中呈现,但其智识的运用需要法律规范、法学理论、生活习惯等各种智识的共同作用,判例数据库构建应在实现判例自身智识转化的基础上,将各种智识进行汇集与融合,从而构建以判例为中心的综合性法律智识库。

进一步看,判例数据库的建设还应当注意以下3个方面:一是区分裁判文书公开数据库与司法系统内部检索数据库。前者的目的在于实现司法公开,后者的目的在于为法官供给判例资源。近几年,裁判文书公开确实带来了一些问题和困扰,但并不能因此否定裁判文书公开的重大价值。^③解决方案在于区分前述两种数据库,亦即所有不宜向社会公众公开的裁判文书可不上传裁判文书公开数据库,但应纳入司法系统内部的判例数据库供法官参考。二是采用“一个系统、两级建库”的体制。“一个系统”是指最高人民法院只保留一个系统,把这项工作归于一个部门,以便于统一推进和管理;“两级建库”是指除最高人民法院外,各省级人民法院也可通过选编本地判例形成省内判例数据库。三是采取一体化组织的机制,既要有明确的责任主体,负责判例库的规划、建设和运行,也要有相应的主体负责制定判例处理、信息抽取、信息交换的规范和标准。通过前述举措保障判例数据库建设在主体、程序、标准等方面的权威性。

(二)判例运用方式的塑造

充分发挥和汲取判例的效用,必须塑造合理的判例运用方式,包括准确识别和提炼裁判规则、恰当实施强制检索、援引判例、妥善处理相互矛盾的判例等。目前,对于这些问题均未达成应有的共识,也未形成一致的做法。判例运用方式的不合理之处主要体现在两个方面:(1)判例中裁判规则的识别与提炼问题。在判例运用中,准确提炼裁判规则是保证“类案同判”的重要前提,但在裁判规则的提炼与适用中存在一些突出问题。首先是关注面较窄,往往仅注意到作为裁判主要依据的规则,而忽略案例中并非作为主要依据但对裁判结果具有实质性影响的其他规则;其次,提炼的裁判规则比较粗略、较为笼统,适用借鉴意义不大;最后,规则的提炼不够准确,既有未能真正把握裁判实质精神的问题,也有语言表达不够精准的问题。因此,如何更好地提炼裁判规则仍然需要进一步探索。其二,判例的权威位阶问题。判例的权威来源与属性呈现出多元化的

^① 参见李鑫:《从信息化呈现到体系性构建:判例运用视角下判例检索系统的建设与发展》,《四川大学学报》(哲学社会科学版)2020年第2期。

^② 参见高翔:《人工智能民事司法应用的法律知识图谱构建——以要件事实型民事裁判论为基础》,《法制与社会发展》2018年第6期;朱福勇、高帆:《审判案件事实要素智能抽取探究》,《理论月刊》2021年第6期;刘明伟、艾中良、刘忠麟等:《面向裁判文书的司法知识抽取方法》,《信息技术》2021年第6期;等等。

^③ 参见李广德:《裁判文书上网制度的价值取向及其法理反思》,《法商研究》2022年第2期。

态势,立法层面的赋权、司法系统的体制性权力派生以及司法理性与经验的嵌入等诸多权威要素交织在一起,造成不同判例的权威位阶关系不清晰、不明确,既导致各主体面对多种多样的判例不知该如何选择,又使得不同地域、不同层级人民法院或者同一层级人民法院间的判例相互抵牾时难以取舍。这些情况表明,提升判例运用的效用,应当塑造合理的判例运用方式。

首先,应当在“类案同判”上达成共识。类案之“类”不仅仅是指同类案由之“类”,更是指待决案件与判例在影响或决定裁判结果的关键节点上的类似之“类”,而关键节点既可能是事实认定(真实性认定、事实性质认定)问题,亦可能是法律适用问题(程序法律适用、实体法律适用,法律规定、法律原则或理念适用);同时,类似的事实既可能是案件的基本(主要)事实,也可能是与主要法律关系或案件性质关联不大的细微情节。无论类似或相同点是什么,对类案之“类”的把握,根本点都在于其“类似部分”整体或部分地决定或影响着裁判结果。

其次,应凸显示范性案例的权威。(1)示范性案例虽然不具有与指导性案例相同的地位,但是应列入“强制检索、应当参考”范围,无特殊理由或原因,类似案件应借鉴或参照示范性案例裁判。(2)是否参照示范性案例裁判,可以成为人民法院是否经历内部监督程序的决定事项。对于参照示范性案例裁判的案件,原则上由独任法官或合议庭径行决定,不再经历内部监督程序;对于应当参照而未参照的案件,须经相应内部监督程序审查,并依相关程序决定案件的裁判结果。

(三)判例运用制度的建构

迄至现今,我国判例运用制度的系统化建设进展仍然较为缓慢。首先,在指导性案例制度方面,最高人民法院发布的指导性案例数量有限,增速尚不尽人意,相对于司法实践对裁判规则的需求而言,难以充分发挥其实质性作用。其次,在示范性案例制度方面,示范性案例在整个判例运用体系中的地位未得到明确肯定,示范性案例缺乏必要的权威性。在《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》第4条规定的类案检索顺位中,示范性案例的位阶低于最高人民法院生效的一般性案件,与高级人民法院其他生效裁判无异。这样的定位体现不出示范性案例更高的可靠性和更大的参考价值。同时,示范性案例的遴选、加工、检索以及相应的激励与约束机制也存在不同程度的问题。最后,一般性判例运用规则的建构与完善还未得到重视,特别是既有的规则简单地秉持“择上而从”的理念,显然失之偏颇;与之相关的类案强制检索制度欠缺相应的配套措施。为此,判例制度的系统化建设需要加快推进。

第一,指导性、示范性案例制度的进一步完善。一是完善指导性、示范性案例的来源保障机制。应当将指导性案例与示范性案例的推荐编写纳入各级人民法院与法官的考核指标,各级人民法院应建立定期通报制度,由上级人民法院定期通报下级人民法院对候选指导性案例与示范性案例的报送及采用情况,并纳入绩效考评,以激发法官群体的主观能动性。二是健全指导性、示范性案例运用的启动机制。应当建立以当事人及其代理人提供为主、由法官发现为辅的启动机制。三是引入指导性、示范性案例的辩论机制。指导性案例与示范性案例只有经过辩论程序,才能作为法官裁判案件的参照因素。指导性案例与示范性案例的参照不能成为审判突袭的手段,也不能成为法官垄断性的权力,而是要将其作为诉辩审三方在诉讼程序中展开对话、扩大共识、缩小分歧的见解整合机制。四是强化指导性、示范性案例运用的引用与说理机制。法官在适用指导性案例与示范性案例审理类似案件的裁决文书中,应当表明所运用的案例,并对当事人、律师、检察官对于指导性案例或示范性案例的意见予以必要的回应。除裁判要旨外,其他具有可参照性的部分也可以成为引用的部分。法官应在裁判文书中就在审案件与指导性案例或示范性

案例的相似性是否达到“参照适用”的程度、相似点或相异点是否为关键性事实、参照或不参照指导性案例或示范性案例的理由等进行阐述,以强化裁判文书的事实认定、法律分析以及推理过程的说理性。五是确立违反指导性、示范性案例的约束机制。违反指导性案例或示范性案例处理待审案件,且没有充分理由的,可以作为二审或者再审改判、发回重审的事由。^①

第二,对于一般性判例的运用亦应予以充分保障,以拓展司法经验与智慧传播、共享的广度和深度:一是提升裁判文书上网的比率与及时性,二是增加裁判文书的构成要素,三是提高裁判文书叙述质量及类案检索准确度,四是建立优质判例生成的激励机制。与指导性案例制度、示范性案例制度类似,各级人民法院尤应重视构建和完善从一般性判例中评选优质判例的制度,将评选结果与法官业绩及晋升建立一定的关联,从而调适并优化法官的激励考核机制和标准,形成良好的导向和评价氛围。

从总体上说,我国判例运用秩序尚未完全形成,应秉持“判例作为司法经验与智慧的智识载体”的“判例观”,以判例的效用为功利取向,深入研究判例运用实践,特别是相关制度构建与完善,探索并把握具有中国特色的判例运用规律,实现我国判例运用的规范化、广泛化、合理化、常态化,从而在我国成文法基本体制不变的前提下发挥判例优势,助力全面依法治国方略的实现。

Abstract: As the judicial precedent application has been deeply embedded in China's statutory law system, it is necessary to scrutinize the utilitarian orientation of it. The fundamental factor that determines the utilitarian orientation lies in the "jurisprudence view", that is, whether to regard judicial precedents as binding adjudication rules or to recognize them as intellectual carriers of judicial experience and wisdom. Corresponding to this are respectively the validity orientation and the utility orientation. The construction of guiding—case system of China is essentially oriented by validity. However, the realistic demand for the precedent application has gone beyond the pursuit of validity, and mainly shows the absorption of the comprehensive utility of precedent. Therefore, the utilitarian orientation of the precedent application in our country should be utility, not just validity, which should primarily be exemplified in the focus on the overall effectiveness of the precedent application, such as perfecting the system of judicial norms, enhancing the level of the application of law, increasing the efficiency of trial supervision management, promoting the balanced development of the whole level of justice, expanding the judicial influence on society. In order to improve the utility of the precedent application, we should aim at building of authoritative case database, shaping the way of precedent application reasonably and speeding up the systematic construction of precedent application system.

Key Words: precedent application, utility, validity, adjudication rule, intellectual carrier

责任编辑 王虹霞

^① 参见陈树森:《指导性案例司法应用的程序建构》,载胡云腾主编:《新时代的案例研究与案例法学研究》(第1辑),法律出版社2020年版,第3~12页。