

指导性案例运用的理据与要求 ——以指导性案例的功能为分析视角

宋菲

(华东政法大学研究生教育院, 上海, 200042)

摘要: 解决指导性案例“援引难”问题的关键在于明确其法源地位。指导性案例的“指导性”功能是该法源地位产生的基础, 并同时作为案例运用的理据。“指导性”功能是指导案例所具有的内部效能, 在实践中展现为清晰法律、补充法律和创设规则等三个方面。其中, 补充法律功能具有最广泛应用性, 其实质是通过法律解释来发掘裁判规则。在此功能指引下, 指导性案例运用必须满足区分“适用的规则”与“规则的适用”、结合案件产生背景提炼和运用裁判规则、突破“一案一释”以实现解释效力的普适性等要求。

关键词: 指导性案例; “指导性”功能; 裁判规则; 法律解释

中图分类号: D911.05

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2018)03-0034-08

经过几十年的法制建设, 我国社会主义法律体系日臻完善, 法学研究和法治实践的重心也逐渐由立法行为转向司法活动。此时, 如何有效地“统一法律适用标准”, 就成为当代司法者的时代使命。在此使命之下, 案例指导制度由于以实现“同案同判”为根本目标, 自然进入理论研究者 and 司法实践者的视野。自2010年该制度正式确立以来, 截至目前, 最高人民法院已陆续发布17批共92个典型案例, 内容也几近涉及所有部门法领域。从具体贯彻来看, 各级人民法院也均高度重视此项工作, 不仅深入研讨所公布的典型案例, 而且积极参与指导性案例的推选工作^①。然而, 与火热研究相对的是案例指导的实效远未达到制度初创时制定者的预估和愿景^[1], 这最明显体现为案例的运用性差。指导性案例发挥“指导性”功能的效果不佳, 存在严重的“援引难”问题^②。对此问题, 学界已有所关注, 并试图从多方面和多角度来探寻有效的解决路径。综合分析这些成果, 研究者们更倾向于从宏观制度或具体程序来探讨, 少了一些方法论基础上的可操作分析。这些探讨又不可跨越, 因为国家设立案例指导制度的初衷就是统一法律适用。体现到司法裁判中, 如果我们明确了指导性案例的法源地位并能掌握法官运用的具体方法, 绝大多数的“援引难”问题都将迎刃而解。在理论上, 该法源地位也不是当然获

得, 它以作为指导性案例运用理据的指导性案例功能为基础。因此, 能否基于当下司法实践, 把握指导性案例的功能, 分析其实现的方式与要求, 将成为案例指导制度从理论走向实践的重要路径。

一、运用指导性案例关键在于明确其法源地位

之所以说为解决指导性案例的“援引难”问题, 确立其法源地位是相对于从宏观制度或具体程序层面探讨其效力的最有效方式, 原因在于该法源地位直接具有方法论上的可操作性, 将“应当参照”的效力规定落地生根, 并赋予法官直接援引指导性案例进行裁判以理论正当性。此时, 如何准确认定法源就成为一个核心问题, 这涉及我们将指导性案例列入法源范畴是否合理。而且, 该法源地位的确立还不应是无源之水, 它以作为指导性案例运用理据的指导性案例功能为基础。

(一) 司法立场的法源界定为指导性案例作为法源提供理论支持

法律渊源简称法源。研究指导性案例的法源地位, 首先要明确其作为法律渊源的立场, 并在这个立场下理解法律渊源的含义。一般来说, 法律渊源有两种理

收稿日期: 2017-09-07; 修回日期: 2017-12-05

基金项目: 中国法学会青年调研项目“法律解释方法运用实证研究”(CLS(2017)Y09)

作者简介: 宋菲(1987—), 女, 山东菏泽人, 华东政法大学博士研究生, 法律方法研究院研究人员, 主要研究方向: 法律解释学, 联系邮箱: 1064405885@qq.com

解：立法中心主义立场和司法中心主义立场。前者来源于苏联法学理论，并通过法律移植成为当前我国法学界理解法律渊源的主要进路。该立场认为法律渊源即法的表现形式，是一种“立法之法”。后者来源于英美法国家，该立场认为法律渊源是法官在多样性的规则(如法律、习惯、判例等)中寻找具有法律效力的正当依据的来源，是一种“司法之法”^[2]。两种立场理解差异的关键在于对法源之“法”的不同定位：在立法中心主义立场，法源之法指的是规范性的法律，强调法律的权力来源及效力等级。而在司法中心主义立场，法源之法指的是法官用于裁判案件的法律，强调裁判者“从哪里寻找法律依据，并据以作出判断”^[3]。当下，社会主义法制体系日臻完善，法学研究和司法实践的重心从立法活动转向司法裁判，立法论基础上的法源理解也越来越受到质疑。“只要法律明确规定在特定的条件下可以直接援引和遵守的、可以直接作为行为规范的规范类型就应该是法律渊源的形式”^[4]，此种理解又是具体裁判过程中的法官共识。也就是说，在当前我国的法律渊源理解上，理论界定和司法实践存在不同定位。这正是学界对习惯、原则等内容的法源地位莫衷一是的关键所在。

针对如上悖论，笔者认为立足司法立场来理解法源更具有可行性，在未来也将具有愈加重要的意义。这不仅因为裁判者一直“就这么干的”，更重要的是来源于苏联理论的法律渊源理解，将法律渊源与法律形式相混淆，没有认识到法律渊源作为拉丁语 *fons juris* 的译介，自罗马法以来就被作为法官解决纠纷的裁判依据，在西方几大法流派的诸多代表人物观点中，也一直置于司法立场来讨论^[5]。此时，指导性案例的法源地位问题就告别一直以来的是非争论，成为一个确定的陈述性命题。并且“应当参照”的效力规定也就跳出只是分析“应当”和“可以”的窠臼，从规范拘束力的角度来理解，即认为最高人民法院颁布指导性案例是依据其法律解释权具体应用法律的形式，是与司法解释相并列的一种解释法律的方法。通过司法解释可以解释应用法律，通过指导性案例同样可以解释应用法律，而且其功能同司法解释一样，都是一种自上而下的规则提供方式，只不过最高人民法院将指导性案例的效力定位为“应当参照”^[6]。基于此法源地位，指导性案例补充法律漏洞、缓解立法僵化的作用就能顺理成章地实现。因为在裁判中，单纯以司法解释形式为主的法律解释仍是“戴着镣铐的舞蹈”，为

了避免被贴上“违法裁判”的标签，面对疑难案件时，法官们更倾向于“明哲保身”式的消极解释。而借助指导性案例的形式和权威，裁判者就能消除心中的“疑虑”，在法律规定模糊之处大胆地援引案例以弥补形式规范之不足。

(二) 指导性案例的法源地位以其“指导性”功能为基础

赋予指导性案例以法源地位，除了具有法理上的正当性和司法实践需求之外，还必须具有案例指导制度本身的基础，以作为连接法理上之认定的桥梁，否则该法源地位仍是无源之水。具体到当下，该基础就是作为案例运用理据的指导性案例功能。对此我们可以从以下两点予以证成：

第一，具有一般性意义的指导性案例功能产生了“应当参照”的法源效力。对指导性案例的功能，学界存在三种主流观点^[7]：一是说理功能说；二是参照功能说；三是指导功能说。无论哪种定位，该功能都表现为对同类案件产生一定的法律效力。普通案件的生效裁判只发生一次法律效力，这种法律效力是即时性的，当双方当事人根据生效裁判实现了各自的权利义务后，法律效力就消失了。而指导性案例的法律效力则不同，它不仅具有如上一般性的案例影响，更重要的是还可以对之后类似案件的裁判产生“指导性”。这种效力如同法律规范的效力，具有一定的普遍性，并进而产生了“应当参照”的法源效力。也就是说，指导性案例的效力理性权威来源于指导性案例自身内部运作所具有的功能。案例“指导性”功能的实质在于辅助确立法源，表现为在法律规范适用上的规则创制，即“从指导性案例中提炼出来的案例指导规则本身就是一种比法律和司法解释更为具体的规则”^[8]。

第二，在功能主义视角下，指导性案例作为法源时的“应当”和“参照”规定并不冲突。一直以来，有关《最高人民法院关于案例指导工作的规定》中“应当参照”效力规定的讨论就从未停止，这也被公认为制约指导性案例现实运用的关键点^[9]。如果我们单纯从语义表达上来考虑，这种抵牾确实存在，但是我们也不应将此认为是最高人民法院所使用的“障眼法”，以期回避指导性案例的定性这一核心问题。当我们从功能主义视角分析时，这种冲突就豁然开朗，或者说压根就“不是个事儿”。因为“应当”是制度层面的定位，其目的是赋予指导性案例以制度性权威^[10]；而“参照”则是实效层面的定位，是从“指导性”功能实现

的角度分析不同案例可能产生的裁判影响。以在此过程中发挥作用的裁判规则为例,“参照”的对象是指导性案例及其确立的裁判规则,而指导性案例确立的裁判规则并不是抽象的法律规范,不能脱离案件本身所依托的具体语境而单独存在,但它确立的裁判规则具有解释法律、指导裁判的性质和作用,对类似案件的裁判产生指引效力就无可厚非,或者说至少完全可以用于裁判说理。

综上所述,不同于指导性案例所展现出来的“应当参照”效力,指导性案例的功能是这些典型案例的内部固有效能。它由指导性案例要素结构所决定,是一种内在于案例且较为稳定的机制,并作为指导性案例法源地位产生的理论基础。效力是案例作为法源的外在展现,存在于规范法学层面,而功能侧重内在实质,存在于社会法学层面,外在的法源效力必须以内在的功能为基础。在此之下,无论“应当参照”的效力规定还是“同案同判”的目标诉求,其根本都是实现所公布案例的“指导性”功能。

二、“指导性”功能的现实司法审视

在上面的讨论中,我们明确了“指导性”功能是指导案例作为法源的基础以及其运用的理据,接下来我们就需要厘清,这种“指导性”功能是如何在司法裁判中发挥作用的。比如,该“指导性”功能具体包括哪些方面?有什么样的外在体现?这些不同类型的功能是否也因某些原因而呈现出适用上的主次之分?该部分主要围绕这些内容,对案例的“指导性”功能进行现实司法审视,并指出功能实现的关键在于通过法律解释提供裁判规则。

(一)“指导性”功能的外在体现

国家发布指导性案例的初衷在于解决应用问题,因此我们对“指导性”功能的讨论也不应只停留在理论上,而是要切入具体司法实践进行考量。结合对“应当参照”效力范围的阐释,该“指导性”功能在司法实践中具有以下两方面体现:

首先,效力上的权威性。一直以来,我国司法中就存在参考典型案例进行裁判的做法,只不过案例指导制度的确立使得这些被参考案例的性质发生了根本性转变——不再是“选择示范”而是“必须参照”。也就是说,不同于当前各级司法机关所公布的诸多典型案例,通过此形式所公布的指导性案例具有适用上的

权威性。这种权威性包括两方面:一方面是制度权威。指导性案例的发布主体是最高人民法院,其发布是由最高审判组织确定认可的,自然具有制度上的强制力。结合我国上下级法院之间的监督与被监督关系,该“指导性”就混杂在权力力量中表现出来。尽管此制度权威可能会让人质疑最高人民法院脱离立法程序约束,对指导性案例进行“正当化”的自我证成。另一方面是理性权威。该理性权威主要体现在指导性案例的实质是完善立法,统一法律适用标准。面对这些典型案例,我们通过恰当处理法律效果与社会效果以及合理运用解释、论证、推理等方法,使得案例本身就是“正确的决定性判决理由”,因而产生强大的说服力。基于一种理性的评价,人们就会心悦诚服而不是仅仅屈从于制度带来的压力。

其次,作用上的辅助性。在成文法国家,推行案例指导制度首先遇到的难题就是如何处理制定法与指导性案例之间的关系。具体到我国,虽然案例裁判一直以来在司法实践中发挥作用,如历史上的“例”“比”“鉴”“史”等就是最好明证^[11]。但由于我国在清末改革中选择了大陆成文法体制,指导性案例只能处于“辅助”地位。理解此“辅助”含义时我们需要明确,“主”与“辅”并不是“主”与“副”。对于指导性案例的辅助性,有的学者认为表现在效力上的说服性和参考性,功能上的从属性,效力位阶上的次级性以及产生方法的有限性^[12]。这有一定道理但是未能深入“指导性”功能之本质进行分析。其实指导性案例的辅助性最根本的含义在于辅助确立法源。就是说,案例指导制度是对制定法的弥补,是在制定法缺乏,或者制定法不明确、有争议的情况下,通过确立案例的方式,来解决社会生活和司法实践中遇到的必须由司法来解决的问题,并为以后的类似案件审理提供指导性依据^[13]。这种定位不仅是“指导性”功能,更是司法实践真实现状的写照。

(二)“指导性”功能的具体分类

虽然同属“以案例指导裁判”的形式,但我国案例指导制度本质上不同于英美法国家的判例制度。在英美法国家,是通过案例直接创设规则,它们应然就具有法源的形式和效力;而我们是通过公布案例的形式,将其中所蕴含的裁判规则作为裁判依据运用到类似后案中,它们发挥的是“指导性”功能。具体到司法实践中,这种“指导性”功能展现为清晰法律、补充法律和创设规则等三个方面。

第一,清晰法律。该功能是指案例提供的“裁判

要点”在法律条文、司法解释中已经进行了明确的规定，并且适用该法律条文、司法解释时不会有任何的歧义、模糊。体现在众多案例中，它对应的是法条重述型案例。如指导案例7号，其裁判要点中确定的裁判规则在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第34条中已有明确规定；指导性案例9号确立的“有限责任公司股东和股份公司的控股股东和董事在公司吊销营业执照后负有清算义务”的裁判规则，在《公司法》中亦有直接成文表达。该案例仅仅是对法律条文的简单演绎，并没有深入“发现”或“解释”法律。这些指导性案例所适用的法律并不存在模糊、歧义，或者是存在模糊而司法解释已经对其作出了明确的细化。再如指导案例3号需要对“为他人谋取利益”进行解释，但相关的司法解释已经对此作出了解释，案例提供的“裁判要点”仅仅是对司法解释的简单重复，等等。

第二，补充法律。该功能是指面对法律语言表达的不足，在法律文义涵摄的范围内，充分挖掘其边缘含义。此功能对应的是法律阐释型案例，并多实现于不能直接将抽象的法律规范与具体的案件事实进行衔接时，通过多种法律方法“发现”案件背后隐藏的裁判规则。该功能要么是对意思模糊的法律文字进行明晰，如指导案例13号对“毒害性”物质进行解释，明确氰化钠是限用的剧毒化学品，属“毒害性”物质；要么是对抽象性、笼统性的法律术语进行具体阐述，如指导案例8号对“公司经营管理发生严重困难”进行具体化解释，从公司实质运行的角度进行考量，确定了公司管理方面存有的严重内部障碍属于“经营管理发生严重困难”的范畴；要么是根据法益在法律条文的射程内对法律漏洞进行目的性填补，如指导案例37号对“申请执行期间起算”进行目的性解释，确立了“涉外仲裁执行的申请，当事人申请法院强制执行的时效期间，应当自发现被申请人或者其财产在我国领域内之日起算”的裁判规则。这类指导性案例主要在于解决法律适用过程中，抽象法律规范与具体案件事实脱节而产生的疑难问题。通过法律解释来对抽象的、笼统的法律规范进行具体化、明确化，对法律条文的漏洞进行目的性的填补，从而实现法律规则与案件事实的结合。这些具体化、明确化的法律规则就是指导性案例生成的裁判规则，对以后解决类似案件法律适用难题具有指导功能。

第三，创设规则。不同于清晰法律和补充法律功

能，指导性案例的创设规则功能是指法官面对法律固有的不周延性和不得拒绝裁判现实，对法律条文进行超越性的法律续造活动。它对应规则创设型案例。不过在此需要指出的是，这里的法律续造活动本质上不同于“法官造法”，它虽然超越了现有的法律条文规定，但仍然在整体性的法律原则之内。例如指导案例2号突破“和解协议”只是存在于“执行中”的限制，将诉讼外协议也类推适用执行和解协议；指导案例15号面对我国并没有关于“公司人格混同”之规定的现实，参照股东滥用公司法人独立地位的规定从而对“公司人格混同”创造了裁判规则；再如指导案例58号确定了在老字号与注册商标权利冲突情形下的不正当竞争认定情形，以及老字号与注册商标平行使用的规则等。通常情况下，这些都被列为裁判中的疑难案例，而通过此创设规则功能，法官就避免了裁判时的尴尬处境，既能完成工作需求案结事了，又能将指导性案例切实运用到司法裁判中。

（三）实现“指导性”功能关键在于通过法律解释提供裁判规则

虽然在理论上，清晰法律、补充法律和创设规则同属“指导性”功能的具体运用类型，但是在司法实践中，三者并不具有或者说不应当具有同等的适用强度，补充法律功能相对其他二者具有最强的运用性，并包括解释法律和填补漏洞两种形式。这不仅体现在法官所援引案件的数量上，援引补充法律功能类案件以指导后案裁判相对其他二者占有绝对比例优势^[14]，更体现在“指导性”功能发挥实效的方式——提供裁判规则上。清晰法律功能由于仅仅是对已有法律规范的再次重申，因此该功能在指引后案裁判上的作用非常有限，只是为事实认定提供参考。这一类指导性案例在“指导”类似案件时，仅仅具有弱的“参照力”或不发挥“参照力”效果，因而对司法实践的意义不大。相比清晰法律功能，创设规则功能在指引后案裁判上所发挥的作用则过于“恣意”。因为我国《立法法》明文规定，只有立法机关才能创设规则，其他部门均无此权限。如果我们放任指导性案例发挥创设规则的功能，司法者很容易打着“法律续造”的旗号行“法官造法”之实。这样就混淆了案例指导制度与西方判例制度的界限，也是应该明令禁止的。相比之下，补充法律功能借助多种法律方法的运用，以既有法律规范作为解释或推理的逻辑起点。虽说生成裁判规则也具有创造性，但这种创造性并非立法层面上的“法官造法”，更倾向于发现法律，实质是发现解释法律规范

的方法与规则。

通过如上对比分析我们就可以认为,发挥指导案例的“指导性”功能最主要的就是通过补充法律功能来提供裁判规则,其实质就是运用法律方法进行法律解释的过程。此过程中,所提炼出来的裁判规则本质上就是法官进行法律解释所遵循的规则要求。这些具体的法律解释规则已经由指导性案例进行了详细的论证推理,其本身代表着正确性和合理性,因此对后案具有“指导性”功能就无可厚非。正如有学者在分析此类裁判规则效力时指出的:“如新创立的裁判规则为嗣后的法官们所维持,因此在法律生活中被遵守的话,那么该新造的裁判规则即获得了普遍化的法律效力,即事实上成为一条明确的法律规范,并可直接适用于与当前案件相似的案件,而无须再引用在证立过程中所引用的其他支持规则。”^[15]通常,这些解释的规则和要求都蕴含在指导性案例的裁判要旨中,需要裁判者主动地提炼和运用。

三、功能指引下的指导性案例运用要求

在如上部分,我们通过分析司法实践中指导案例“指导性”功能的具体类型,得出实现“指导性”功能的核心在于通过法律解释提供裁判规则。接下来就要进入这种解释过程,探究法官如何通过这些典型案例得出裁判规则并将之运用到后案中。结合指导性案例运用“确定同案”和“实现同判”两个阶段,我们可以将此解释的要求归纳如下。

(一) 解释的前提是区分“适用的规则”与“规则的适用”

尽管对案例效力的不同理解构成两大法系判例制度的巨大差异,正如麦考密克教授在《解释性判例:比较研究》中指出的,“诚然,两大法系之间存在着根本的差异,而且某些深层差异与其对判例的适用和态度不无关系”^[16]。但是,这也绝非不可跨越的鸿沟,诸多国家都在两种判例制度的融合上做过有效尝试。自20世纪50年代以来,我国最高人民法院就开始发布典型案例以指导人民法院的审判工作,只不过当下的指导性案例发布将此制度推向极致。在基本完成立法任务以后,法学研究和教育的重点必然要转向法律适用和解释方面,这就要求挖掘和发展出法律适用和解释的技术规范。而研究案例(判例),就是将法律的

适用与作为其前提的成文法规范结合成一个整体,从而在理解所谓法的概念时,不仅着眼于成文的法规范,而且更应注重其适用部分。那些由法官在判决理由部分展现出来的对成文法的判断及其判断的逻辑方式,也构成法规范本身,成为成文法规范中“活”的部分。此时,我们就可以将蕴含在疑难或典型案例中的法官解释标准等内容进行抽象、归纳和概括,进而在理论的高度上进行探讨。此种方式并非简单的案例分析,而是在特定司法价值引导下,阐释规则含义、爬梳适用规则、探寻解释和推理方法,因此也被称之为案例(判例)解释。区别于个案分析,此种解释方式从功能论视角出发,分析和发现中国法体系中客观存在的与判例具有同样“指导性”功能的案例,并以此为基础发现和整理出具有事实上拘束力的“中国判例”^[17]。学术界已经将这种“判例建设”的研究方法称为“从实务中发现和提炼判例”的判例形成(或“判例发现”)方法^[18]。这也可视为我国在裁判方式和司法规律上的有益探索。

不过,此解释方法的运用必须要解决一个核心问题——明确区分“适用的规则”与“规则的适用”。这也是在浩如烟海的法律条文中,总结、提炼解释规则和解释标准的第一步。通常意义上,前者重心在“规则”,强调立法层面上的体系完备。它本质上仍是权力机关所制定的法律规范,只不过是司法运用中来讨论;而后者重在“适用”,强调司法层面上的裁判规范。它本质上则是区别于立法规则的司法规则,是对法条解释标准、司法裁判经验以及司法规律等内容进行的成文化表述,也就是“指导性”功能所实现的具体内容。其实,把具体裁判中所形成的法律适用规则进行系统化、体系化整理,进而通过司法机关予以发布以至通过立法机关进行立法,这在很多国家已经成为一种普遍的现象^[19]。只不过,受制于我国长期以来所形成的立法体制影响,此“规则的适用”虽然一直存在于司法裁判中,却未被明文赋予其效力。也正是认识到这一问题,最高司法机关及时通过推行案例指导制度,以弥补成文法体制之不足。

(二) 结合案例产生背景提炼裁判要旨中的裁判规则

在前面“指导性”功能的司法检视中我们分析到,指导性案例的补充法律功能具有最广泛运用性,其实质是通过法律解释挖掘蕴含在案例中的裁判规则。但是在具体操作中,这项工作却并不那么容易。迫于所

公布案例必须符合特定的形式和结构要求，无论是具体案情还是裁判要旨都被最大可能地进行了精简。同时，为了体现裁判的“规范性”，还极力摒弃案件中涉及法官主观价值评判的内容或者将其限定到一个可以容忍的“限度”之内，以使之符合既有法律条文要求。由于必须要进行一种抽象性的表达，指导案例中的裁判要旨就难免具有如下缺点：省略了基本的案件事实，或只是简单说明，而不提供判决所依据的理由。这就自然降低或减少了指导性案例中案件事实的生动鲜活。甚至还有更为激进的观点认为，“裁判摘要中高度抽象的判例规则，由于完全脱离了案件事实的约束，因而就不可避免地会凝固为机械和僵化的规则，再也没有机会在未来的系列案件中完成自我发展，个案与个案之间本有机会建立的有机联系就被无情地斩断了”^[20]。事实也确实如此。现实裁判中只有很少的案件才会中规中矩，裁判者也并不生活在价值真空中。国家政策、道德习俗、法院规定甚至个人利益等“法律外因素”都可能影响法官的裁判。相对于教科书式的裁判，司法者如何在法律效果与社会效果之间抉择与权衡，对后案具有更强的“指导性”才是真正有价值的裁判规则。因此，在挖掘和理解这些蕴含在裁判要旨中的裁判规则时，我们不能进行孤立地分析，而是必须充分结合案件产生的时代和社会背景。

也就是说，该要求主要针对将裁判要旨作为解释依据时所产生的形式性和模糊性。其实，这种对裁判要旨的反思无非是想强调：在“同案”的判定上，我们不能仅仅凭借法律关系的相似性，还必须对案件事实予以足够关注，否则，它可能无法回应社会价值变动产生的需求。因为任何一个判例都有产生的背景，类似案例产生背景还可能前后会差别很大。例如，在征地拆迁案的裁判上，因党的十八大报告提出“改革征地制度，提高农民在土地增值收益中的分配比例”就构成重要的关联因素。同理，在离婚诉讼类案件的裁判上，从《婚姻法》颁布到如今司法解释(三)的发布则经历了更多的变化，而且每一次都直接成为案件裁判的语境。特别是在指导性案例 18 号、23 号、25 号、40 号等涉及消费者和劳动者权益的案件裁判中，更是直接体现了此价值倾向性。在此方面，最为典型的的就是最近成都高新区人民法院裁判的“鱼刺案”^⑤。该案虽未列为指导性案例，但是它所折射出来的裁判理念却不容忽视：在当下诸多此类“吃大户”裁判非议不断的背景下，为什么法官还会铤而走险选择此种

裁判结果？其中的关键原因正是案件背后的东西：即充分保障劳动者权益和维护社会和谐的目的与要求并没有改变，甚至越来越得以强调。如果我们只是局限于裁判要旨的文字表述，则很难读出和把握上述内容。因此，案例产生的背景因素必须纳入关联框架并作实质性思考就成为提炼裁判要旨中裁判规则的必然要求。

(三) 突破“一案一释”来实现解释效力的普适性

在运用指导性案例时，我们还需要厘清主要进行的案例解释与案例分析中解释方法运用的区别。由于案例分析是一种演绎性的研究，即从一种宏观性理论、原理出发去推理演绎一个具体问题。因此，此过程中所运用的解释方法是一种“一案一释”，即主要目的是解决某一个单独问题。而案例解释则是从个案到一般的一种概括性、归纳性的研究，主张从判例中提炼出一般性的规则。此时，该解释活动就自然具有在同类案件裁判上的普适性。虽然截至当前，该种解释还未被严格纳入法律解释的“方法清单”，但董皞教授对司法解释和判例解释的探讨^[21]，以及行政法领域章剑生教授试图建构的“个案—规范”解释方法都做出了积极探索^[22]。此解释要求直接来源于判决的普遍化属性。如果我们认为一个特定的、针对某个案件争议适用指导性案例的判决是正当的，它就应当在所有基本具备该争议的后案裁判中正当适用，亦即满足类似案件类似处理、一视同仁的正义要求。从当下我国司法实践来看，裁判者迫于繁重的案件压力和自我保护意识，也通常是这么做的。

具体到最高人民法院公布的 92 个指导性案例，此情形主要体现在如下案例：即案件比较简单、所应适用的法律规范也比较明确，然而却产生着与案情明显不对等的“示范性意义”。这些案例多是针对《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第 2 条之第 1 款“社会广泛关注的”和第 3 款“具有典型性的”标准来遴选的。比如，指导性案例 14 号对未成年人犯罪“禁止令”适用及指导性案例 23 号对消费者权益保护所体现出的人文关怀，指导性案例 24 号对交通事故中机动车责任认定、指导性案例 27 号对当今计算机时代经常出现“利用信息网络”犯罪及指导性案例 32 号对危险驾驶行为等“从严处罚”的裁判思路，以及指导性案例 33 号、34 号和 35 号民事裁判执行中轻视程序性规定所造成的“执行难”问题等。这些简单案例所折射出的指导性意义在于：最高人民法院发布指导性案

例也许并不仅仅是为法官裁判提供具体的个案参考“技巧”,或许也有意强调存在于裁判思路中的普适性解释方法或思维规范。尽管有观点认为,今后我国法律体系的完善在很大程度上不妨归结为技术重构,即立法技术、解释技术、行政技术以及法庭技术的实实在在的改良。与此相应,推动法解释学发展便是大势所趋,中国也正在迎来一个“解释者的时代”^[23]。但是,我们也要注意,这种理解主要立足于解决纠纷的实践需求。法律解释作为一种方法,虽然面向司法实践却并非实践本身,而主要侧重运用何种规则来理解和阐释法律,进而摆脱各种繁杂琐碎解释技术的束缚,进入简约的规则性思维领域。在此意义上,通过指导性案例运用突破“一案一释”来实现解释效力的普适性就成为一项重要实践。

四、结语

从现实裁判中指导性案例运用的“援引难”问题出发,我们借助其“应当参照”之效力分析,得出解决援引难题的关键在于确认指导性案例的法源地位。指导性案例既不是立法机关制定的成文法,也不是最高司法机关的“准司法解释”,而是存在于法律渊源司法定位上的一种法源形式。它以指导性案例所内在具有的“指导性”功能为基础。该“指导性”功能作为指导性案例运用的理据,在司法实践中具体包括清晰法律、补充法律和创设规则等三方面的展现。三者之中,补充法律功能具有最广泛的应用性,其实质正是通过法律解释活动提供一种可以应用于后案的裁判规则。而为了规范此解释活动,裁判者还必须满足特定的要求,其中最重要的有区分“适用的规则”与“规则的适用”、结合案例产生背景提炼裁判要旨中的裁判规则,以及突破“一案一释”来实现解释效力的普适性。总而言之,当我们从功能主义视角出发来审视指导性案例时,有关其效力的探讨就走出了“艾希豪森困境”,不仅通过统一法律适用标准实现同案同判,而且还应然具有完善立法的价值。

注释:

① 类似于之前的《最高人民法院公报》案例编选,近几年来,指导性案例编选也被越来越多的人民法院研究室列为重要任务之一,并在奖励或考核等方面制定较为优厚的激励措施。该项工作主要集中于精选疑难典型或反映时代发展的案例,整理裁

判焦点,并形成书面材料向上级司法部门推送。

- ② 当前,有关此“援引难”问题的最权威分析是由北大法制信息中心、北大法律信息网(北大法宝)指导性案例研究组通过大数据方式所统计并发布的《最高人民法院指导性案例司法应用年度报告》,自2015年以来已发布3年。该报告将“援引难”问题归纳为三个方面:第一,整体运用频率较低;第二,法官隐形援引情况较重;第三,援引质量不高。并围绕这三个方面,又选择不同部门法、不同地域和不同层级法院为标准,对各自的援引情况进行了实证分析。
- ③ 该案基本案情如下:某中学教师唐某参加学校组织的考试监考工作,午餐期间由于吃饭匆忙被鱼刺卡喉造成伤害,住院75天花费6万余元。出院后唐某要求认定工伤,但人社局以“吃鱼跟工作无关”为由不予认定。后经法院审理认为,工作期间吃工作餐,和上厕所一样是生理需求,不能因个人过错而否定对工伤的认定。

参考文献:

- [1] 秦宗文,严正华. 刑事案例指导运行实证研究[J]. 法制与社会发展, 2015(4): 41-57.
- [2] 彭中礼. 法律渊源论[M]. 北京: 方志出版社, 2014: 24-25.
- [3] 陈金钊. 法律方法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007: 85.
- [4] 刘作翔. 习惯作为一种特殊条件下的法律渊源及其在司法中的适用[C]//张仁善. 南京大学法律评论: 秋季卷. 北京: 法律出版社, 2009: 297.
- [5] 罗斯科·庞德. 法理学[M]. 廖德宇, 译. 北京: 法律出版社, 2007: 426-428.
- [6] 雷磊. 指导性案例法源地位再反思[J]. 中国法学, 2015(1): 272-290.
- [7] 王利明. 我国案例指导制度若干问题研究[J]. 法学, 2012(1): 71-80.
- [8] 陈兴良. 我国案例指导制度功能之考察[J]. 法商研究, 2012(2): 13-19.
- [9] 张志铭. 对中国建立案例指导制度的基本认识[J]. 法制资讯, 2011(1): 86-87.
- [10] 泮伟江. 论指导性案例的效力[J]. 清华法学, 2016(1): 20-37.
- [11] 汪世荣. 中国古代的判例研究: 一个学术史的考察[J]. 中国法学, 2006(1): 82-86.
- [12] 张骥, 胡兴东, 布斯特. 中国司法先例与案例指导制度研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 42-45.
- [13] 刘作翔. 案例指导制度的定位及相关问题[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2011(4): 54-56.
- [14] 郭叶, 孙妹. 指导性案例应用大数据分析——最高人民法院指导性案例司法应用年度报告(2016)[J]. 中国应用法学, 2017(4): 40-62.
- [15] 张其山. 司法三段论的结构[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010: 110.
- [16] Neil macCormick. Interpreting Precedents — a Comparative Study[M]. Dartmouth: Dartmouth Publishing, Company Limited 1997: 12.
- [17] 如朱芒. 行政诉讼中判例的客观作用——以两个案件的判决

- 为例的分析[J]. 华东政法大学学报, 2009(1): 106-114. 327-364.
- [18] 王亚新. 判例研究中新的视角及方法探究[J]. 昆明理工大学学报(社会科学版), 2011(1): 28-33. [22] 黄卉, 章剑生. 判例研究及其方法——基于第七期“判例研读沙龙”的评论性综述[J]. 华东政法大学学报, 2011(3): 89-95.
- [19] 赵钢, 王杏飞. 论民事司法权中的司法规则创制权[J]. 中国法学, 2011(3): 21-30. [23] 季卫东. 法律解释学大有发展[J]. 东方法学, 2011(3): 127-128.
- [20] 宋晓. 裁判摘要的性质追问[J]. 法学, 2010(2): 87-96.
- [21] 董皞. 司法解释论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999:

The rationale and requirements of the guiding case application: The function of a guiding case as an analytical perspective

SONG Fei

(Graduate School of Education, East China University of
Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: The key to solving the problem of “citing difficulty” in guiding cases is to clarify the legal status. The “guiding” function of a guiding case is the foundation of the generation of the legal status, and at the same time is also the rationale for the guiding case application. The “guiding” function is the internal effectiveness of guiding the case, which is in practice shown in such three aspects as clarifying law, supplementing law and stipulating rules. Among them, its supplementary legal function has the most extensive application, whose essence is to explore the rules of referees through legal interpretation. Under the guidance of this function, the application of guiding cases must meet the requirements of distinguishing “applicable rules” and “rules application”, combining the background of the case to refine and apply case rules, and breaking through “one case and one interpretation” to achieve universality of interpretation effectiveness.

Key Words: guiding cases; “guiding” function; referee rules; legal interpretation

[编辑: 苏慧]