

案例群方法的重构

雷槟硕

内容提要:案例群方法形成于概括条款的司法具体化实践。既有理论主张案例群方法通过类型化的方式,构造概括条款构成要件,实现概括条款的适用。但案例群方法并不独立创造式地构造概括条款的构成要件,其同概括条款司法具体化仅具有发生学关联,而不具有唯一对应性。作为一种二阶法律方法,案例群方法指向作为一阶法律方法的法律解释、法律漏洞填补方法、概括条款司法具体化,核心是归纳、固定一阶法律方法形成的规范方案,辅助待决案件法律规范涵摄案件事实,因而其适用范围应从概括条款拓展为所有法律适用。在案例指导和类案检索制度的背景下,案例群方法应定位为案例自发适用方法,通过案例链条证成规范方案,以明示援引规范归纳形成的规范方案,解决待决案件的法律规范涵摄问题。

关键词:案例群方法 规范归纳 规范方案 概括条款具体化 二阶法律方法

雷槟硕,上海财经大学法学院讲师。

一 问题的提出

概括条款(或称为一般条款)的适用是民商法学、经济法学领域的重点研究主题。概括条款的无法直接涵摄、价值有待补充等特征,^[1]导致法律适用者无法借助法律解释、法律漏洞填补等传统法律方法解决概括条款适用问题。为解决该方法论难题,理论界提出了名为“概括条款具体化”的理论方案。具体化方法最初源于公法领域,^[2]根据适用阶段不同,分为立法具体化、行政具体化与司法具体化。在司法领域,概括条款具体化发展为案件比较法与案例群方法(或称为案例类型方法)。案件比较法的核心是,待决案件法官借助同样面临概括条款适用问题的类似案例,获得概括条款的具体化参考;案例群方法延伸自案件比较法,强调案件比较基础上的系统性整理,通过类型化的方式,提炼“案例

[1] 参见刘亚东:《〈民法典〉概括条款的识别标准与类型构造》,《财经法学》2023年第1期,第77-79页。

[2] 参见[德]托马斯·M.J.默勒斯著:《法学方法论》(第四版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第413页。

类型规范”，解决概括条款适用问题。^{〔3〕} 借助案例群方法，民商法学、经济法学界产出了一系列概括条款具体化研究成果。^{〔4〕} 在推进特定概括条款研究与适用的同时，因部门法视阈限制，相关研究成果的方法论自觉存在不足，更多仅是在法教义层次处理特定概括条款具体适用问题，以及构造特定概括条款的部门法教义理论。基于前述不足，已有学者在方法论层次展开系统研究。^{〔5〕} 不过，相关系统研究提升方法论自觉的同时，受发生学路径影响，将案例群方法限缩于概括条款的方法论领域，未能充分挖掘案例群方法的理论宽度与深度。为更充分发挥案例群方法的作用，拓展法学方法论的疆域，本文将在总结现有案例群方法理论构造的基础上，重构案例群方法。主要着重于以下问题：一方面，改造案例群方法的领域、功能与方法；另一方面，在拓展案例群方法之后，结合我国的案例指导、类案检索制度，重构关于案例群方法的方法论。

二 案例群方法的理论构造

在既有理论中，案例群方法正是解决概括条款适用问题的方法论方案。案例群方法的理论构造包含三个方面，其对象为概括条款，功能为构造构成要件，核心为类型化。

（一）对象：概括条款

概括条款是指规范构造上包含规范性不确定法律概念、具备价值开放、内容过于抽象等特征，因无法通过法律解释、法律漏洞填补等方法处理，而需要由法律适用者进行主观评价的授权条款，^{〔6〕} 如《民法典》第 153 条第 2 款规定：违背公序良俗的民事法律行为无效。上述特征导致法官无法借助法律解释、法律漏洞填补解决概括条款适用问题，需要其他方法论方案。

其一，法律解释方法无法解决概括条款适用问题。在传统法律解释观中，法律规范文义是法律解释方法的边界；并且，法律适用与立法的分离要求法律适用者在法律规范文义范围内进行“认知性”作业，准确贯彻立法者设定的法律规范文义。^{〔7〕} 容易被忽视的是，此处的规范文义通常是指明确具体的规范文义。若不满足明确具体的要求，法律解释方法便不敷使用。明确具体表现在两个层面：规范层面（法律规范）与语言层面（法律条文）。在规范层面，法律规范表现为构成要件+法律后果的逻辑结构。^{〔8〕} 在具体的法律

〔3〕 参见[德]托马斯·M. J. 默勒斯著：《法学方法论》（第四版），杜志浩译，北京大学出版社 2022 年版，第 467-468 页。

〔4〕 参见杨峰：《商法概括条款的类型化适用》，《中国社会科学》2022 年第 2 期，第 43-62 页；蔡唱：《公序良俗在我国的司法适用研究》，《中国法学》2016 年第 6 期，第 255-256 页；郑友德、范长军：《反不正当竞争法一般条款具体化研究——兼论〈中华人民共和国反不正当竞争法〉的完善》，《法商研究》2005 年第 5 期，第 124-134 页；等等。

〔5〕 参见刘亚东：《民法概括条款适用的方法论》，《政治与法律》2019 年第 12 期，第 78-94 页；刘亚东：《民法案例群方法适用的中国模式》，《环球法律评论》2021 年第 1 期，第 101-116 页；等等。域外的案例群方法研究成果，参见[德]齐佩利乌斯著：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社 2009 年版，第 103-114 页；[德]托马斯·M. J. 默勒斯著：《法学方法论》（第四版），杜志浩译，北京大学出版社 2022 年版，第 466-478 页。

〔6〕 参见刘亚东：《民法概括条款适用的方法论》，《政治与法律》2019 年第 12 期，第 81-83 页。

〔7〕 参见[德]托马斯·M. J. 默勒斯著：《法学方法论》（第四版），杜志浩译，北京大学出版社 2022 年版，第 191-192 页。

〔8〕 参见[德]伯恩·魏德士著：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2013 年版，第 61 页。

适用场景中,法律适用者只需将待决案件事实归属于相应的构成要件,便可逻辑地推出相应法律后果。相反,“如果有任何一项条件不符合(或者如果存在一项例外事实构成),则相应的法律后果即不存在”。〔9〕在语言层面,法律规范、构成要件或法律后果都借助语言表述。并且,表述法律规范、构成要件或法律后果的语言是分类语句。〔10〕分类语句的特点是:一方面,行为主体可以用特定语词指称特定情事,表述特定构成要件;另一方面,分类语句具有归属能力,将特定情事归属于其中,或者归属于特定构成要件或法律后果。在此意义上,法律条文是法律规范的媒介,用于涵摄社会生活,以及主体间的交流。在法律规范或其构成要件、法律后果存在歧义等文义问题时,可以通过解释语言层面的条文,明确条文指称之法律规范或其构成要件、法律后果的具体所指。其中,“语言层面的条文”是法律解释的空间。法律解释方法无法解决概括条款适用问题的原因寓于解释语言层面。相较于具体条款,概括条款高度抽象,以至于无法确定语言层面的分类语句。并且,概括条款的价值开放性,使得语言层面的解释明确存在开放性,导致概括条款指称的法律规范无法被分解为具体明确的构成要件;〔11〕或者开放性特征使其分解而来的构成要件缺乏统一性、一致性,呈现出恣意性。因此,法律解释方法无力解决概括条款适用问题。

其二,法律漏洞填补方法无法解决概括条款适用问题。法律漏洞填补方法无法解决概括条款适用问题的原因主要有两点:一者,法律漏洞填补方法的前提与概括条款存在理念冲突。概括条款是立法者对法律适用者的“授权”。而法律漏洞填补方法以存在法律漏洞为前提,根据通说,法律漏洞是“违反立法计划的不圆满性”。〔12〕概括条款是立法“授权”条款意味着其并不违背立法计划;相反,概括条款的抽象性本身就是立法计划的一环。二者,法律漏洞填补方法与概括条款脱节。无论是类推适用,还是目的论扩张或目的论限缩,都要求存在能够用于法律漏洞填补的具体规范。类推适用需要借助形式正义原则以及与之类似的具体规范,目的论扩张或目的论限缩要求用于填补的规范目的,〔13〕但三种情形都要求存在能够开展法律适用活动的具体规范,作为法律适用的替代方法基点。概括条款既不存在类推适用所需具体规范,也因其抽象性而缺乏进行目的论扩张或限缩的规范目的,因而无法借用法律漏洞填补方法解决其适用难题。

法律解释方法与法律漏洞填补方法无法解决概括条款适用问题,催生了概括条款司法具体化的方法论需求。案例群方法正是在此前提下产生与形成的“司法具体化”方法。从发生学与指向对象的角度来看,案例群方法最初是关于概括条款的法学方法论工具。

(二)功能:构造构成要件

概括条款适用的核心难题是条款所用语言高度抽象,且价值开放,以至于无法通过法

〔9〕 [德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第47页。

〔10〕 See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 1994, p. 124.

〔11〕 为论述简便,在后文论证中,不再分别罗列法律规范、构成要件或法律后果,统一简便使用构成要件指称该问题。

〔12〕 参见杨仁寿著:《法学方法论》(第二版),中国政法大学出版社2013年版,第191页;舒国滢、王夏昊、雷磊著:《法学方法论》,中国政法大学出版社2018年版,第387页;[德]克劳斯-威廉·卡纳里斯著:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》,杨旭译,北京大学出版社2023年版,第2页;等等。

〔13〕 参见刘亚东:《民法概括条款适用的方法论》,《政治与法律》2019年第12期,第87-88页。

律解释方法或法律漏洞填补方法确定其构成要件。案例群方法能够构造涵摄待决案件事实的概括条款构成要件,以解决概括条款适用问题,帮助法官合理裁判待决案件。

案例群方法经由个案裁判创造式构造与案件比较法而形成构成要件。无论是案件比较法,还是案例群方法,都以关于特定概括条款的个案裁判为前提。首先,案例法官在个案裁判中创造性地构造概括条款的构成要件,使得案例吸引同样面对概括条款司法具体化问题的待决案件法官。其次,为适用概括条款,待决案件法官比较待决案件与在先案例。两案相似的,待决案件法官可以援引案例(主要是案例包含的构成要件),确保概括条款涵摄待决案件。最后,在纯粹的个案裁判中,法律适用者同样可以构造替代构成要件,而无需使用案件比较法。在构造构成要件这一问题上,案件比较法区别于个案裁判的关键是前者凝聚司法智慧。经由案件比较,不同个案裁判构造的概括条款替代构成要件得以相互对比,不断得到后续待决案件的检验,汇聚司法经验智慧,修正和完善替代构成要件。

案例群方法是案件比较法的延伸,案例群方法的核心(类型化)是案件比较法“进一步发展的当然结果”。^[14] 在概括条款案件的不断比较中,因概括条款足够抽象,相应的司法具体化并非只会形成一种案例类型。足够数量的案件表现出不同共性,分化形成关于不同共性的案例类型。概括条款分化出不同案例类型的原因是概括条款对评价的高度包容性,一方面,“它们使顾及个案的‘特殊情况’成为可能,也就是把个别正义意义上的适当性纳入考虑”;^[15] 另一方面,概括条款足够宽泛,能够容纳不同类型。质言之,个别正义经验形成的类型无法完全饱和地组成概括条款。因此,在司法具体化中,概括条款同个案特殊情况结合,形成特定个案裁判,足够数量的个案裁判呈现出程度不同的“家族相似性”,特定个案的说服力使其成为标志性裁判,不同个案不断自下而上地聚类。在聚类过程中,聚类于不同标志性裁判的案例类型形成不同的替代构成要件,尽管不同替代构成要件可以归属于概括条款,但替代构成要件间无法相互归类,保持案例类型间的距离,作为独立案例类型存在。各类案例类型的汇聚点是概括条款,构成关于概括条款的案例群。因此,案例群方案构成概括条款的司法具体化方案,建构不同的替代构成要件,促进概括条款适用的同时,通过凝聚司法智慧的方式提升(不同)替代构成要件的合理性程度,且案例类型可以借助案例链条与遵循数量而影响后续待决案件法官,产生法安定性力量。

(三)核心:类型化

案例群方法区别于法官个案裁判与案件比较法。案例群方法的核心是类型化,法官个案裁判的核心是论证,案件比较法的核心是类比。而且,作为案例群方法核心的类型化能够克服法官个案裁判和案件比较法的弊端。

首先,个案裁判构造的替代构成要件仅是针对案例形成的构成要件,无法跨越个案适

[14] [德]托马斯·M.J. 默勒斯著:《法学方法论》(第四版),杜志浩译,北京大学出版社 2022 年版,第 467 页。

[15] [德]克劳斯-威廉·卡纳里斯著:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》,杨旭译,北京大学出版社 2023 年版,第 14 页。

用。一方面,参考案例的待决案件法官无法直接将案例替代构成要件作为待决案件的构成要件。即使案例替代构成要件足够合理,能够说服待决案件法官自发参考,也无法回应替代构成要件源自案例事实,案例事实对案例具有专属性的指责。^[16]可能存在的反对意见是,若案例法官以相当抽象的语言表述事实、构造替代构成要件,可以借助抽象语言的广泛涵摄范围规避案例事实的专属性指责。如在著名的马克皮尔森诉别克汽车公司案^[17]中,为保证最终构造形成的裁判规则能够涵摄本案及被援引先例事实,卡多佐大法官选用了相当抽象的语词“事物”(thing)表述裁判规则,足以涵摄本案事实“汽车”(automobile)与先例事实,如托马斯诉温彻斯特案涉及误贴药品标签的“毒药”(poison)、^[18]斯塔特勒诉乔治雷公司案涉及“咖啡炉”(coffee urn),^[19]等等。对此反对意见的回应是,以相当抽象的语言表述或构造替代构成要件,可能过度抽离本案事实,不仅割裂替代构成要件同案例的关联,也容易导致个案裁判陷入恣意裁判的危险。即法官完全可以通过选用抽象层次不同的语词,以实现自身需要:需要能够涵摄案件事实的替代构成要件的,选取相当抽象的语词;反之,便选取相当具体的语词。但如此操作过于恣意,且不当提升了替代构成要件的地位,使其具备了“法律规范”的地位,有“造法”之嫌。另一方面,通过个案裁判形成概括条款的替代构成要件既作为概括条款的具体化方案,也作为个案裁判的个案规范,可能损及当事人诉权。^[20]无论是替代构成要件,还是个案规范,都形成于案例的个案裁判,是案例当事人或其代理人、法官等多方诉讼参与者共同作用的结果,包含——起码在程序意义上——案例当事人的意志。因此,案例裁判规范或替代构成要件能够约束案例当事人,这体现为自我约束。但待决案件当事人并未参与裁判规范或替代构成要件形成,无法通过自我约束证成裁判规范或替代构成要件约束的正当性。因此,个案裁判构造的替代构成要件缺乏跨越个案适用的正当性。

其次,概括条款的高度抽象性,导致某一个或某一些替代构成要件无法完全充实概括条款。如默勒斯教授(Thomas M. J. Möllers)总结了《德国民法典》第138条(背俗的法律行为)的案例群,将背俗的法律行为划分为防止严重损害对价原则、防止损害第三人等案例类型。^[21]不同案例类型共同构成概括条款“背俗的法律行为”的案例群。同时,这意味着某一个替代构成要件(如防止损害第三人)无法独自充实概括条款“背俗的法律行为”。这也是概括条款高度抽象性安排的目的所在,以充足的“不变”应对始终发展的社会生活“万变”。相反,若法律适用者为完全充实概括条款,在个案裁判中以较为抽象的方式构造构成要件,则存在两个困境:其一,过于抽象,无法实现概括条款司法具体化的目标;其二,过于抽象,脱离本案事实,因而很难合理涵摄待决案件事实。因此,尽管足够抽象的替代构成要件可充实构造概括条款,但因过于抽象而无法实现具体化的目标,无法在

[16] 参见杨力:《基于利益衡量的裁判规则之形成》,《法商研究》2012年第1期,第91-92页。

[17] MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N. Y. 382 (1916).

[18] Thomas v. Winchester, 6 N. Y. 397 (1852).

[19] Statler v. Ray Mfg. Co., 195 N. Y. 478, 88 N. E. 1063 (1909).

[20] 参见吴启宾等:《“民事判例制度的过去、现在和未来”座谈会会议综述》,我国台湾地区《月旦裁判时报》2013年第10期,第134页。

[21] 参见[德]托马斯·M. J. 默勒斯著:《法学方法论》(第四版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第467页。

未来的待决案件中发挥构成要件的作用。

最后,案例群方法克服上述个案裁判和案件比较法缺点的方法是类型化。理解案例群方法的类型化,应从概括条款与具体条款相比较的视角出发。具体条款通常以分类语句表达,分类语句的优势之一是,其与人们判断行为、事物或情形是否符合分类示例的能力相契合。^[22] 相较于具体条款,概括条款过于抽象,其语言范围对评价具有高度包容性,使得条款的评价能力具有非饱和性。评价能力的非饱和性是指,概括条款很难为具体分类语句内涵穷尽,其对新生事物保持相当程度的开放性。分类语句层次指称的事物很难充实概括条款所用语句指称事物的范围。相反,非饱和评价能力使得概括条款可不断以论题学方式发展新分类语句。论题学方式发展来的新分类语句是概括条款司法具体化的结果。在每一个具体个案裁判中,出于适用概括条款的需求,法律适用者均可以建构不同的替代构成要件。但个案性使得替代构成要件的跨越个案适用遭遇正当性难题。并且,无序的个案裁判会导致替代构成要件缺乏关联。对此,案件比较法可以奠定案例群方法提炼共性的基础,以共性为标准组织个案裁判,将个案裁判形成的替代构成要件有序且规范地整合或关联在一起。因标准的存在,关于共性因素的类型得以形成。相应的替代构成要件或个案规范因共性转化为案例类型规范。一方面,案例类型不饱和地组成案例群;另一方面,案例类型规范不饱和地组成概括条款。在案例形成案例类型、个案裁判规范形成案例类型规范的过程中,不仅概括条款得到具体化,个案裁判规则也通过归纳共性的方式获得跨越个案的能力——归纳共性具备可以接受的普遍性。^[23]

三 案例群方法的基础改造

在既有理论中,案例群方法导向概括条款司法具体化;但在逻辑上,概括条款司法具体化方法与案例群方法并非唯一对应。一方面,概括条款的司法具体化具有开放性,可以包含但不限于案例群方法。另一方面,案例群方法的方法论范围也不限于概括条款司法具体化,而是应予改造完善:在对象上,从概括条款拓展到整体法律适用;在功能上,从构造替代构成要件拓展到辅助涵摄;在方法上,从综合采用各种方法限缩为归纳。下文在必要处为区分改造前与改造后的案例群方法,将二者分别称为“原初版本”与“进阶版本”。

(一) 领域拓展:从概括条款到法律适用

已有案例群方法理论将案例群方法同概括条款司法具体化的发生学关联误解为唯一对应关系。为此,拓展案例群方法的方法论范围,需要廓清概括条款司法具体化与案例群方法的关系。

首先,司法具体化与案例群方法存在关联,但不等同。在案例群方法中,一个预设的前提是,司法具体化不同于法律解释方法、法律漏洞填补方法。^[24] 法律解释方法的内容

[22] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 1994, p. 124.

[23] 参见陈波著:《逻辑学十五讲》(第二版),北京大学出版社 2016 年版,第 185 页。

[24] 参见[德]罗尔夫·旺克著:《法律解释》(第六版),蒋毅、季红明译,北京大学出版社 2020 年版,第 87 页。

是(认知式)解释明确具体条款。司法具体化的内容是创造,此一点与法律漏洞填补方法类似。但与法律漏洞填补方法不同,司法具体化的对象——概括条款——不属于违反法律计划的不圆满性。而且,不同于法律解释方法、法律漏洞填补方法,司法具体化主要是对条款的全部要件进行法律适用作业;^[25]法律解释方法与法律漏洞填补方法主要针对争点或缺失的要件进行法律适用作业。在具体的法律适用作业过程中,法律解释方法以条款所用语言文义为必要限度,是依据法律的法发现;法律漏洞填补方法以类似条款或规范目的为参考点进行类推适用、目的论扩张或限缩,是法律之外的法发现,两者都存在法律适用作业所需的必要参考点;司法具体化完全依赖法律适用者构造,是自由的法发现,并无法律适用作业所需的参考点。^[26]案例群方法正是无参考点的法律适用作业。通过表格方式可将上述异同总结如下:

表 1 法律方法对照表

| 法律方法类型 | 内容 | 对象 | 参考点 | 发现方式 |
|--------|-------|---------|-----------|----------|
| 法律解释 | 认知式解释 | 部分要件 | 文义 | 依据法律的法发现 |
| 法律漏洞填补 | 创造式构造 | 部分或全部要件 | 类似条款或规范目的 | 法律之外的法发现 |
| 司法具体化 | 创造式构造 | 全部要件 | 无 | 自由的法发现 |

详细分析可以发现,案例群方法被错置了理论位置,被不当等同于司法具体化。司法具体化可能包含三个部分:个案裁判、案件比较法与案例群方法。其一,个案裁判负责创造式地构造替代构成要件。在概括条款个案裁判中,法官创造式地构造构成要件,解决概括条款适用问题。其二,在司法具体化方面,案件比较法具有两方面的价值:一是检验个案裁判创造式构造的替代构成要件的合理性;二是发现不同案件的共性事实,为案例群方法固定替代构成要件奠定基础。其三,案例群方法主要发挥检验、固定替代构成要件的作用。概括条款的个案裁判主要通过自由的法发现构造替代构成要件,但自由的法发现使得“创造式构造”存在裁判恣意风险。案件比较法固然可提供检验,但因其分散性特征,无法保证个案裁判构造的替代构成要件重复使用,以及获得足够司法经验智慧的检验。案例群方法的原初功能期待便是降低乃至规避司法具体化作业中“创造式构造”的裁判恣意风险,保证替代构成要件的合理性和稳定性。在进阶版本的案例群方法中,原初功能期待得到修正。案例群方法不仅“创造式构造”,归纳、提炼、总结形成案例类型规范,还试图将案例类型规范作为相对“固定”的替代构成要件,在未来的待决案件裁判中,直接作为替代构成要件,无需法官再次进行创造式构造。^[27]

无论是原初版本还是进阶版本的案例群方法,都不能独立创造式地构造替代构成要

[25] 在法律漏洞填补情形中,还涉及全部构成要件构造,这主要是指规整漏洞、领域漏洞。

[26] 参见[德]克劳斯-威廉·卡纳里斯著:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》,杨旭译,北京大学出版社2023年版,第7页脚注17、第11页脚注35、第14页脚注51、第21页脚注87。

[27] 参见[德]托马斯·M.J.默勒斯著:《法学方法论》(第四版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第435、437页。

件,而是在个案裁判创造式构造、案件比较法的基础上,以归纳的方式塑造相对固定的替代构成要件。不可否认,案例群方法在概括条款适用中发挥重要作用:经由个案裁判创造式构造、案件比较法,替代构成要件过于分散且变化性强,案例群方法可形成相对固定的替代构成要件,强化概括条款的具体化,实现法律安定性、提升法律可预期性等目标。同时,案例群的“群”特征蕴含司法智慧,包含内容说服力以外的形式说服力。但个案裁判创造式构造(a_1)、案件比较法(a_2)、案例群方法(a_3),都可以是司法具体化的内容。三者的组合能够提升概括条款司法具体化的合理性程度,却不能因此得出结论,认为概括条款司法具体化=个案裁判创造式构造(a_1)+案件比较法(a_2)+案例群方法(a_3),抑或者概括条款司法具体化=案例群方法(a_3)。相反,概括条款司法具体化可以是个案裁判创造式构造(a_1)+案件比较法(a_2),甚至只是个案裁判创造式构造(a_1)。三种组合方案($a_1+a_2+a_3$ 、 a_1+a_2 、 a_1)在合理程度上逐级降低,而非相互排斥。后两种方案成立意味着,司法具体化不等同于案例群方法,并且案例群方法无法独立作为司法具体化方法。

其次,案例群方法具有超越作为概括条款司法具体化方法的作用。廓清案例群方法的作用后,可以确定案例群方法的核心功能:作为一种形式化工具,旨在提升替代构成要件的合理性与稳定性,实现法安定性与可预期性价值。因此,概括条款司法具体化并非案例群方法适用的唯一场景。以法律解释场景为例。在特定规范文义存在歧义的情形下,法律适用者需要对其进行法律解释,无论是采用文义解释方法,还是采用体系解释、目的解释方法,法律解释结果可能具有开放性,导致法官解释同一法律规范,裁判形成不同类型的案例。在此意义上,案例群方法可固定法律解释形成的不同规范方案,为未来待决案件法官提供参考方案。举例来说,《民法典》第 464 条第 2 款规定:“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用有关该身份关系的法律规定;没有规定的,可以根据其性质参照适用本编规定。”根据何种“性质”?如何“参照”?《民法典》第 464 条第 2 款并未明确规定。具体到裁判中,法官需要予以解释明确。在孙某某史某某等债权人撤销权纠纷案中,债权人(原告)认为债务人(被告)“为了逃避债务,在离婚协议中自愿放弃夫妻共同财产中自己单独所有的财产,被告史某某不当处分自己的财产,使得自己的财产不当减少后已无力偿还债务,该行为已经严重损害了原告债权的实现”,主张根据《民法典》第 538 条规定撤销债务人的行为(即离婚协议中的财产处置)。法院是否应支持原告撤销离婚协议中财产处置的主张,涉及《民法典》第 464 条第 2 款规定,即根据离婚协议的性质参照《民法典》第 538 条的规定。对此,法院判决认为“离婚协议是夫妻双方权衡利益、考量利弊后,围绕婚姻关系解除而形成的一个有机整体,涉及婚姻关系解除、子女抚养、财产分割等诸多内容,各项内容既相互独立,又相互依存,故离婚协议中的财产分割约定是否公平合理、是否属于为逃避债务转移财产,需结合协议内容整体把握”。^[28]即离婚协议诸项内容相互依存,需要结合协议其他内容把握是否应支持撤销协议某一内容,而不能将任一内容切割出来,孤立处理。基于此,法院作出不支持原告诉讼请求的裁判。除该案之外,早在

[28] 安徽省芜湖市镜湖区人民法院(2022)皖 0202 民初 7486 号民事判决书。

《民法典》出台之前便存在类似案件,如李某某诉王某某离婚后财产纠纷案、^[29] 阙某与阙某某合同纠纷案、^[30] 原告宋某诉被告宋某某赠与合同纠纷案^[31]等案例,都明确了离婚协议的整体性,在离婚协议参照《民法典》合同编或原来参照《合同法》的问题上,上述案例构成案例群。在此过程中,法官借助案例群方法,归纳、固定个案裁判形成的替代构成要件。法律漏洞填补场景亦是如此。

因此,案例群方法与法律解释方法、法律漏洞填补方法不同。法律解释方法、法律漏洞填补方法及概括条款司法具体化都是实质方法,致力于解决特定规范适用问题;案例群方法则是形式方法,致力于提升实质方法之结果的合理性,实现法的安定性与可预期性价值。^[32] 质言之,作为方法论,法律解释方法、法律漏洞填补方法及概括条款司法具体化是一阶法律方法,解决法律规范问题,规范法律适用的任意性;案例群方法是二阶法律方法,指向一阶法律方法之结果开放性带来的任意性外观,是方法论系统的自我观察、规范工具。

(二) 功能拓展:从构造要件到辅助涵摄

拓展案例群方法的领域后,破除概括条款司法具体化与案例群方法的唯一对应性,实质已隐晦地指出案例群方法的功能拓展,即从构造构成要件到辅助涵摄。

首先,概括条款司法具体化作业中,案例群方法的功能是归纳、固定替代构成要件。概括条款“并未给出可供法官涵摄的确定特征;确切地说,它仅仅为法官指明寻找判决所应遵循的方向,其他问题则交由法官自己决定……额外地要求法官作出个人评价”。^[33] 个人评价的内容是法官在个案裁判中构造替代构成要件,保证概括条款能涵摄待决案件事实。但概括条款司法具体化作业属于自由的法发现,依赖法官个人评价,呈现出相当程度的恣意外观。案例群方法的形式化功能限制个案裁判中的法官个人评价。在已决案件的意义上,法官个人评价具有相当程度的开放性。在案件比较的意义上,同已决案件具有相似性的待决案件受已决案件影响,受制于形式正义原理,应“类案同判”;相反,待决案件法官类案异判的,需要接受已决案件及裁判已决案件法律适用者的审视。再来到案例群方法中,相当数量的相似已决案件呈现出共性特征,给待决案件法官施加了两种压力。其一,职业共同体压力。“普遍的知识环境,以及反映和保护该环境的共同语言,对特异性(idiosyncrasy)施加了现实性的制约,对想象力施加了概念上的限制。正规法律教育及

[29] 参见北京市第二中级人民法院(2013)二中民终字第09734号民事判决书。

[30] 参见四川省南充市中级人民法院(2015)南中法民终字第602号民事判决书。

[31] 参见江苏省南京市江宁区人民法院(2017)苏0115民初18994号民事判决书。

[32] 论证至此,需要交代法安定性与可预期性的重要性,凸显案例群方法的必要性。一方面,人们需要通过稳定的预期安排自身的生活实践,但若需要随时调整自身预判,以配合其他主体的行为,会导致预期缺乏稳定性。为此,作为一种特定机制,法律为规范性预期提供担保。参见雷磊:《法社会学与规范问题的关联方式:力量与限度》,《中外法学》2021年第6期,第1413页。因此,安定性与可预期性是法律的内在价值,是具体制度、技术设置的重要理由。另一方面,案例群方法通过个案裁判归纳与案件比较法形成相对固定的替代构成要件,为因法律规范问题引发的预期不足问题提供补充方案,契合法律的内在价值。

[33] [德]克劳斯·威廉·卡纳里斯著:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》,杨旭译,北京大学出版社2023年版,第12页。

挑选法律人担任司法、行政官员之过程不可避免的保守性,进一步增强了向心力压力(centripetal pressure)。”^[34]其二,信赖保护压力。表现出共性特征的相当数量案例,会促使民众形成信赖。更正案例的,或作出不同于既有案例裁判的,可能“损及民众的信赖”。^[35]为此,法官作出改变时,需要考量信赖保护压力引发的风险。具有一定稳定性的固定替代构成要件既实现了概括条款司法具体化的适用目标,还最大限度约束了个案裁判创造式构造构成要件的恣意性。

其次,拓展范围后的案例群方法的功能从构造要件拓展为辅助涵摄。将案例群方法功能定位为辅助涵摄,可能面临一种质疑,即案例群方法辅助涵摄是否矮化了案例群方法的功能。该种质疑的预设前提是,辅助涵摄意味着案例群方法形成的规范方案无法作为大前提或其组成部分,只能帮助理解大前提。对此质疑的回应是,辅助涵摄是对案例群方法的功能定位,并未矮化案例群方法的功能。根据前述论证,案例群方法是一种二阶法律方法,并不直接形成规范方案。形成规范方案的部分是一阶法律方法(法律解释、法律漏洞填补、概括条款司法具体化)。形成规范方案后,案例群方法可以固定规范方案,提升规范方案的合理性与稳定性,实现法的安定性与可预期性价值。再者,经由案例群方法固定的规范方案并不具有独立地位。相关规范方案是法官运用一阶法律方法的结果。运用一阶法律方法意味着待决案件适用之法律规范或其构成要件存在疑义、漏洞,或者是概括条款,但这并不意味着运用一阶与二阶法律方法形成和固定的规范方案能够独立作为大前提,涵摄待决案件事实。反之,法官仍需将规范方案置于“辅助”位置——无论是法律解释形成的解释规范方案,还是法律漏洞填补、概括条款司法具体化形成的构造构成要件。稍有不同的是,案例群方法的功用同开放性呈正相关关系:开放性越强的场景,案例群方法越能发挥其提升法安定性、可预期性的形式功能。

(三)方法限缩:从综合到归纳

案例群方法的适用范围拓展以案例群方法的准确定位为前提。案例群方法的准确定位是以个案裁判、案件比较法为基础,但不同于个案裁判与案件比较法。由此引发的理论后果是,个案裁判、案件比较法被排除在案例群方法之外。

首先,在个案裁判中,法官可以综合运用法律解释、法律漏洞填补、概括条款司法具体化等方法。诚如前文所述,一方面,概括条款司法具体化并不唯一对应于案例群方法,因而不能将自由的法发现等同于案例群方法;另一方面,案例群方法与个案裁判存在阶段性区分,以至于无法将个案裁判综合使用的法律方法归属于案例群方法。阶段性区分包含两个方面:其一,在概括条款司法具体化中,个案裁判、案件比较法与案例群方法属于互不归属的独立阶段,因而不能等同;其二,在方法论定位方面,案例群方法是二阶法律方法,区别于法律解释、法律漏洞填补、概括条款司法具体化等一阶法律方法,因而不能将法律解释等一阶法律方法归属案例群方法。因此,个案裁判与法律解释、法律漏洞填补、概括

[34] [美] 罗纳德·德沃金著:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店 2016 年版,第 73 页。

[35] [德] 托马斯·M. J. 默勒斯著:《法学方法论》(第四版),杜志浩译,北京大学出版社 2022 年版,第 467 页。

条款司法具体化同案例群方法是关联性关系而非归属性关系,不能将个案裁判综合使用的法律方法归属于案例群方法。

其次,案件比较法核心是类比,其构成案例群方法的基础,但不等同于案例群方法。案件比较法的内容是比较待决案件与案例事实,与类推适用不同,类推适用是在规范层次进行比较。“类推适用,系就法律未规定之事项比附援引与其性质相类似之规定,以为适用。”^[36]如《民法典》第763条规定:“应收账款债权人与债务人虚构应收账款作为转让标的,与保理人订立保理合同的,应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人,但是保理人明知虚构的除外。”立法者试图通过该条规定解决虚构应收账款骗取保理融资问题。^[37]在篇章结构上,立法者将该条规定于第三编第二分编第二节第十六章保理合同。但虚构应收账款并不限于保理合同,同样存在于其他债权让与活动中。^[38]规制其他债权让与活动中的虚构债权让与,同规制虚构应收账款骗取保理融资具有相同的目的,即保护通谋虚伪表示情形下的善意第三人。^[39]一方面,该法律目的证成第763条的文义范围过窄,限于保理合同,但信赖保护之基本理念要求保护通谋虚伪表示情形中的善意第三人,因而未纳入第763条范围的其他债权让与进入法律漏洞范畴;另一方面,其他债权让与情形与保理合同第763条具有法律目的上的相似性,基于形式正义的要求,应类推适用第763条。综上,类推适用主要在规范层次进行。但案件比较法比较的内容是待决案件与案例的事实。案件比较中的待决案件与案例事实并非生活或证据意义上的事实,而是认识论意义上的案件事实(规范命题),^[40]并非法律规范。呈现为规范命题的待决案件与案例事实,内含的规范意义使法律适用者判断两者是否在认识论意义上相似。相似地,共同的规范命题以相互印证的方式强化个案裁判创造性构造构成要件的正当性;同时,经由比较确定待决案件与案例的共性事实,奠定案例群方法归纳的基础。也即,案例群方法归纳的内容是案件比较法通过比较获得的共性事实。因此,案件比较法构成案例群方法的基础,但其核心内容——类比——并不归属于案例群方法。

最后,案例群方法的核心是归纳。在法律解释、法律漏洞填补、概括条款司法具体化等情形中,法官裁判特定待决案件(转化为已决案件或案例),构成未来待决案件的参照点。对后续类似待决案件而言,因案例对特定问题的合理处理具有内容上的说服力,促使待决案件法官参照案例裁判待决案件。但待决案件法官参照案例应以待决案件与案例构成类似案件为前提。一方面,法源结构使得法官不能直接以案例为大前提,涵摄待决案件;另一方面,案例与待决案件的性质、体裁意味着案例与待决案件是个殊化的,应采用类比推理方式予以适用。待决案件与案例相似的,待决案件法官参照案例,合理、有效裁判待决案件。并且,在成文法国家,待决案件法官参照案例实质上是参照案例包含的裁判规

[36] 杨仁寿著:《法学方法论》(第二版),中国政法大学出版社2013年版,第194页。

[37] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义(中)》,法律出版社2020年版,第1407页。

[38] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义(中)》,法律出版社2020年版,第1407页。

[39] 参见施鸿鹏:《通谋虚伪表示基础上对抗规则的教义学展开》,《东方法学》2022年第1期,第154-155页。

[40] 参见雷槟硕:《如何认定案件事实相似?》,《南大法学》2022年第6期,第75-77页。

则,即前述法律解释方法、法律漏洞填补方法等法律方法形成的规范方案。待决案件法官参照案例裁判规则,在解决待决案件类似问题的同时,除案例对裁判规则的论证说理外,也以相互印证的方式证成规范方案的正当性,形成关于特定规范方案的“遵循先例”实践。同时,相互印证的参照意味着待决案件与案例将相应的规范方案作为共性因素,构成案例群方法的基础。在积累了相当数量的待决案件裁判后,共性因素使得相当数量的案例呈现为关于相应规范方案的案例群。自发的案例群尚不构成案例群方法;自觉的案例群方法在归纳共性的基础上,吸收自发案例群的司法智慧因素与构造形成之规范方案的合理性,形成相对固定的替代构成要件。

综上所述,案例群方法脱胎和立基于个案裁判与案件比较法,与二者具有密切的关联性 or 亲缘性,但不同于个案裁判与案件比较法,案例群方法侧重于归纳。

四 案例群方法的方法论重构

廓清案例群方法的范围、功能与方法后,为切实推进案例群方法的适用,需要结合我国的案例指导与类案检索制度,在方法论层次对其进行重构。

(一) 融入“案例市场”

《人民法院组织法》第 18 条第 2 款、第 37 条第 2 款与最高人民法院《关于案例指导工作的规定》《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》(下称“《类案检索意见》”)等一系列规定构成了我国的案例指导制度与类案检索制度。根据一系列规范性文件规定案例性质和案例适用方式的不同,可以将我国的案例制度分为两种类型:形式功能为主,以统一法律适用为目标的案例指导制度,本文称“案例计划”;实质功能为主,以提供待决案件所需规范方案为目标的案例自发适用,本文称“案例市场”。

在“案例计划”中,案例的主要功能是解决类案异判问题。类案异判可能损及司法与法律的公平性外观,导致公众质疑司法与法律。作为法律内在价值的形式正义要求“同者同之,异者异之”,基于此,作为法律系统子系统的司法系统需要解决类案同判问题。司法解释与指导性案例都具有统一法律适用的功能。司法解释、指导性案例统一法律适用的方式具有一致性,即提供特定法律规范的补充方案,并将该补充方案作为权威方案,通过要求法官依照或参照的方式排除适用该规范方案之外的其他方案,进而实现特定法律规范统一适用的目标。具体到“案例计划”中,统一法律适用也以待决案件法官参照的方式进行,但待决案件参照指导性案例的原因是司法行政力量。^[41] 即面对整体司法制度运行层面的类案异判问题,最高人民法院以司法管理的方式要求法官参照指导性案例,实现延伸自形式正义价值、回应社会需求的司法政策目标。

在“案例市场”中,案例的主要功能是提供待决案件所需的规范方案。从司法裁判的主体视角出发,不同法官并不是均质地具备相同的司法能力,能够解决待决案件的法律规

[41] 参见郑智航:《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,第 125-127 页。

范问题。面对特定法律规范问题,原初案例^[42]的法官以依据法律的法发现、法律外的法发现或自由的法发现的方式解决该问题。并且,该案法官以足够说服未来待决案件法官的合理性裁判待决案件,^[43]形成特定法律规范问题的规范方案。在未来的待决案件中,待决案件法官在判断待决案件与原初案例相似的前提下,援引案例(主要是案例包含的规范方案)辅助涵摄。因此,在“案例市场”中,法官援引案例的原因是案例内含的说服力力量。原初案例既是前述个案裁判,亦构成具有形成类型意义上的标志性案例,如前述李某某诉王某某离婚后财产纠纷案,尽管不是关于该问题的第一例案例,却因其标志性裁判被选为最高人民法院婚姻家庭纠纷典型案例。作为个案裁判,原初案例以其内容吸引待决案件法官自发援引,构成案件比较法的基础;作为形成类型意义上的标志性案例,原初案例在案件比较法的基础上,与类似案例构成特定类型的案例群。

不可否认,“案例计划”中的案例通常具有“案例市场”中原初案例的特征——内容合理性。第15号、24号指导性案例被广泛参照,而其他指导性案例的参照情况不尽如人意,^[44]表明促使法官参照指导性案例的主要原因并非司法行政力量。无论是第15号、24号指导性案例,还是其他指导性案例,司法行政力量都要求待决案件法官在待决案件与指导性案例相似的前提下参照指导性案例。但参照情况差异表明,司法行政力量以外的因素引发了参照情况差异。在不参照指导性案例不会引发不利法律后果(负面压力)的前提下,内在合理性(正面引力)构成待决案件法官自发参照的动力。相应地,具备足够合理性的指导性案例,能够吸引待决案件法官参照;不具备足够合理性的指导性案例,且在无不利法律后果的前提下,待决案件法官便可不参照。这意味着,案例群方法更适合建立在“案例市场”上。案例群方法更强调吸收司法经验智慧,借助自发适用解决法律规范问题。因此,结合当前的案例制度背景,明确案例群方法在当前案例制度中的准确定位,才能有效推动案例群方法的适用与发展。

(二) 归纳规范方案

改造后的案例群方法范围从概括条款司法具体化扩展到法律适用,功能从构造要件转化为辅助涵摄。作为核心的归纳方法并未发生变化,但需在归纳的视野内区分经验归纳与规范归纳,进而重构案例群方法中的归纳。

首先,应区分两种归纳:因果意义上的归纳与规范意义上的归纳。因果意义上的归纳是指经验意义上的归纳,通过收集一定数量的个体对象,总结个体对象的共性特征,最终获得指称个体对象或个体对象群的普遍共性特征。但因果/经验归纳存在不可避免的短板。虽然基于实操性需求,人们能够接受经验归纳的普遍性,但仍需直面经验归纳的两个缺陷:有限经验无法证成普遍论断;^[45]过去的经验无法指涉未来,“在过去是永恒的并不

[42] 此处的原初案例并非时间意义上的原初案例,而是影响力意义上的原初案例。默勒斯教授称之为“原则性判决”,参见[德]托马斯·M.J.默勒斯著:《法学方法论(第四版)》,杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第446页。并非所有前期裁判形成的案例都会转化为此处的原初案例,因为并非所有前期裁判都具有足够的合理性,促使法官援引。诸多早期案例需要在内容上展开竞争,凭借内容合理性吸引待决案件法官援引。

[43] 参见杨知文:《非指导性案例的“指导性”与案例指导制度的发展》,《清华法学》2021年第4期,第45页。

[44] 参见郭叶、孙妹:《最高人民法院指导性案例2022年度司法应用报告》,《中国应用法学》2023年第4期,第184页。

[45] 参见卢晖临、李雪:《如何走出个案——从个案研究到拓展研究》,《中国社会科学》2007年第1期,第126页。

意味着它将来也会是永恒的”。^[46] 规范归纳本质上以经验归纳为基础,但进行了超越。一方面,规范归纳需要总结必要数量的个体对象,通过经验归纳的方式总结出共性特征。另一方面,从共性特征到普遍指称并未采取经验归纳的方式,而是采取规范赋予的方式。规范赋予实质是指“归结”,普遍性指称并非因果地关联于共性特征,而是被归结于共性特征:“如果有 A 应当有 B,即便 B 或许事实上并没有出现。”^[47] 即规范归纳形成的归结关系允许例外存在,^[48] 或者说,例外存在并不能推翻归纳归结关系。规范归纳的归结关系常态化运行通常需要满足两个条件:其一,足够的群体心理确信与惯习;其二,权威性支持。缺乏足够的群体心理确信与惯习意味着缺失归纳基础——广泛的社会认同(至少是法律职业共同体内部的认同)^[49],如此则无所谓归纳;缺乏权威性支持意味着规范归纳仅具有次安定性。案例群方法中的归纳即规范归纳。案例群方法固定的规范方案得到足够的法律职业群体心理确信,并表现为“遵循先例”的惯习实践。但缺乏权威性支持,会导致案例群方法形成仅具有次安定性的规范方案。尽管“个案判决的数量越多,也就越能对判决的正确性作出推定”,^[50] 只是足够多数量的个案判决“阐明了……实务中适用的‘实然情形’,但是并没有对其适用的‘应然情形’作出任何说明”。^[51] 这因而也论证了后述案例链条论证的必要性,即可以通过案例链条论证,明确权威性支持所在,证成规范归纳的正当性。

其次,案例群方法中的规范归纳具有转化为法律规范或为立法提供支持的可能性。从本质上说,案例群方法是关于法教义学的方法。“作为知识的法教义学与法学方法论的关系其实十分清楚,那就是,法学方法论的所谓‘法学’(Rechtswissenschaft)指的就是法教义学。”^[52] 作为法学方法论内容之一的案例群方法便是关于法教义学的方法论。只是,案例群方法在法教义学关联的意义上发挥“归纳”的作用。若法律适用作业即“法教义学”作业,那么案例群方法通过总结法教义学发展的“成果”(规范方案),为法律规范问题提供补充,“作为‘法外材料’与相关制定法术语和条款配合使用”,^[53] 实现法律规范的有效适用;并且,规范归纳形成的规范方案足够合理的,也可为立法所吸纳,转化为法律规范,获得权威性支持,以获得稳定性与排他性。

最后,具体的(案例群方法)归纳应以案例链条的方式呈现。规范归纳获得规范方案的普遍性仰赖足够的群体心理确信与惯习。这意味着,在论证意义上,主张适用规范方案

[46] [英]凯利·E. 豪威尔著:《方法论哲学导论》,宋尚玮译,科学出版社 2019 年版,第 40 页。

[47] [奥]汉斯·凯尔森著:《纯粹法学说》(第二版),雷磊译,法律出版社 2021 年版,第 100 页。

[48] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 484 页。

[49] 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,第 85 页。

[50] [德]托马斯·M. J. 默勒著:《法学方法论》(第四版),杜志浩译,北京大学出版社 2022 年版,第 469 页。

[51] 刘亚东:《民法案例群方法适用的中国模式》,《环球法律评论》2021 年第 1 期,第 106 页。基于此,该文作者主张考虑两种规范路径:被遴选为指导性案例,或演变为习惯法。基于本文正文论证,本文支持第二种路径:“法官法”意义上的习惯法,或本文所主张的案例市场中的案例遵循实践。所不同者,本文主张案例群方法固定的规范方案具有“权威性”,而非“规范性”。原因是,促使经验归纳向规范归纳跃迁的力量是“权威”。若基于立法实现跃迁,得益于制度性权威;若基于司法实现跃迁,则得益于说服力权威。

[52] 雷磊:《法教义学:关于十组问题的思考》,《社会科学研究》2021 年第 2 期,第 11 页。

[53] 雷磊:《法教义学能为立法贡献什么?》,《现代法学》2018 年第 2 期,第 34 页。

需要证成该规范方案具有足够的群体心理确信与惯习。但在心理学与法学分离的视角下,群体心理确信并非法学关注的重点,也很难为外界探知。相反,通过论证“遵循先例”实践,可以证明存在关于案例群方法的群体惯习,间接证成群体心理确信。在特定法律规范存在法律适用问题时,原初案例形成关于该法律规范的规范方案,因该规范方案的合理性,后续待决案件援引该案例;并且,后续援引并非单数线性形式,而是复数交叉形式。设若原初案例为 C_0 , 最初援引该案的待决案件为 C_1 , 后续援引待决案件为 C_2 、 C_3 、 C_4 、 C_5 …… C_n 。无论是 C_1 , 还是 C_2 、 C_3 、 C_4 、 C_5 …… C_n , 援引 C_0 都需要比较两案的相似性。判断结论为相似的, 两案构成相似案件。足够数量的相似案件呈现出共性特征, 构成关于规范方案 r_1 的案例群。在这一援引过程中, 不仅存在 C_n 援引 C_0 , 还存在 C_3 援引 C_2 、 C_m 援引 C_g 等交叉援引的可能。这是因为 C_0 的非完善性与规范方案的发展。设若在裁判实践发展过程中, 存在特定案例 C_n , 完善或修正了 C_0 中的规范方案, 引导案例群走向不同方向: 新规范方案 r_1' 。基于此, 可以将 C_n 称为标志性或节点性案例。如在离婚协议参照原《合同法》问题上, 程某与王某离婚后财产纠纷案不仅秉持了前述李某诉王某离婚后财产纠纷案中将离婚协议作为一个整体对待的精神, 还创造性地指出: “离婚协议中的数个行为均为身份法律行为, 他们在效力上具有关联性……包括形成行为和附随行为两类……离婚时的财产分割协议虽然以财产关系为内容, 但其在效力上具有特殊性, 即附随于形成行为而发生效力, 附随行为即使符合了民事法律行为的一般生效要件, 但如果‘离婚’这一形成行为不生效, 财产分割协议也不能生效。”^[54] 该判决书对形成行为与附随行为的区分及其关系的论证影响了后续案件, 如戚某某与李某甲离婚后财产纠纷案,^[55] 余某 1、余某 2 离婚后财产纠纷案,^[56] 马某、张某 2 等债权人撤销权纠纷案,^[57] 等等。基于此, 可将李某诉王某离婚后财产纠纷案称为原初案例 C_0 , 将程某与王某离婚后财产纠纷案称为标志性案例 C_n 。一方面, 就最终形成的关于 r_1' 的案例群而言, 存在案例链条, 交叉援引的案例链条证明群体惯习的外观; 另一方面, 证成案例群方法归纳形成的规范方案。当然, 在案例链条中还可能存在特定案例 C_j , 在其同 C_0 或 C_2 、 C_3 、 C_4 、 C_5 …… C_n 的案件比较中明确自身的不同, 以区分技术的方式区别于已有案例链条。 C_j 也可被称为标志性或节点性案例。只是, C_n 是遵循型节点性案例, C_j 是区分型节点性案例。并且, C_j 区分规范方案的同时, 还建构性地构造了新的规范方案 r_2 。如著名的马克皮尔森诉别克汽车公司案,^[58] 在该案中, 卡多佐大法官修订了托马斯诉温彻斯特案^[59] 等先例的裁判理由, 重构了“危险”概念, 将危险概念的核心从本质危险 (inherently dangerous) 转向紧急危险 (imminent danger), 再转向预期危险 (excepted dangerous),^[60] 构造了以马克皮尔森诉别克汽车公司案为区分型节点性案例的案例群。在后续待决案件裁判中, 援引

[54] 北京市第三中级人民法院 (2015) 三中民终字 13780 号民事判决书。

[55] 参见吉林省九台市人民法院 (2014) 九民初字第 154 号民事判决书。

[56] 参见福建省泉州市中级人民法院 (2019) 闽 05 民终 2715 号民事判决书。

[57] 参见江苏省徐州市中级人民法院 (2024) 苏 03 民终 342 号民事判决书。

[58] MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N. Y. 382 (1916).

[59] Thomas v. Winchester, 6 N. Y. 397 (1852).

[60] 参见 [美] 艾德华·H. 列维著:《法律推理引论》, 庄重译, 中国政法大学出版社 2002 年版, 第 19-51 页。

C_j 的案例形成新的案例链条以及关于 r_2 的案例群,更加精细地解决法律规范问题。

(三) 案例群方法形成之规范方案应用

法官通过案例群方法,针对特定法律规范问题形成规范方案。形成规范方案的目的是应用,应用规范方案应遵循如下要求:

首先,待决案件法官应明示援引规范方案。明示援引所针对的是隐性援引。隐性援引案例群方法所形成之规范方案是多种因素综合作用的结果。即使不考虑创造性构造的规范方案本身可能蕴含着错误,进而引发援引规范方案造成裁判错误的风险,也必须看到案例群方法形成之规范方案效力不明、论证负担重、适用方法不成熟等问题。^[61] 不过,存在多种风险并不意味着法官必然会反对或拒绝援引规范方案。禁止法官拒绝裁判义务,以及案例群方法形成之规范方案在内容上的说服力,合力促使法官援引规范方案。只是,法官可能会选择隐性援引的方式,在借用规范方案提供的法律规范补充方案的同时,规避援引规范方案的风险。但隐性援引具有无法克服的短板。其一,掩饰规范方案形成的规范归纳过程,削弱了规范方案经由规范归纳获得的说服力。其二,规范方案适用存在相应前提,即待决案件与案例链条中的案例构成相似案件,因而具备将共性因素(规范方案)适用于待决案件的正当性。隐性援引忽略了案件比较过程,可能造成“异案类判”,错误适用规范方案。其三,受第二点影响,在认识到规范方案仅具有次安定性的前提下,隐性援引、错误适用规范方案会损及案例链条意义上的规范归纳进程,既不利于司法经验智慧的持续集中,也不利于未来待决案件法官检视案例链条,更可能“污染”案例链条,损及规范方案的合理性。针对上述问题,应明确要求法官明示援引案例群方法形成之规范方案。

其次,待决案件法官应明示规范归纳规范方案的过程。规范方案的正当性立足于规范归纳。在待决案件中援引规范方案,缺乏法源所具备的规范性。作为法律规范问题的解决方案,规范方案的规范性主要由规范方案的内容合理性与规范归纳的形式性组成。因此,待决案件法官不仅需要明示援引规范方案,还需明示规范归纳的过程。明示规范归纳的过程既能交代规范方案的内容,进而表明规范方案的合理性:“对裁判链条的援用并不能取代论证说明”,援引链条中的原初案例和/或节点性案例,“必须真的包含了实质性的论证,对它的援引才有说服力”;^[62] 也能交代规范方案的形成过程,以案例链条的方式展示规范方案的形式合理性。尤其需要交代的是原初案例与节点性案例,原初案例与节点性案例对塑造和理解规范方案具有决定性作用。并且,明示规范归纳方案的过程,实际也交代了规范方案同法律规范问题的关联性,实现了法律规范对案件事实的涵摄。因此,通过案例链条呈现规范方案,不仅不会削弱规范方案,反而会强化规范方案的论证。尤其在案例指导制度与类案检索制度的背景下,《类案检索意见》等规范性文件要求检索、参照类案,为基于案例链条形成的规范方案提供权威性支持。并且,在司法实践中,基于诉讼利益考量,特定案例形成的裁判规则会吸引当事人、代理人自发援引,如在叶某某岳某等赠与合同纠纷案中,被告明确指出“最高人民法院公布的婚姻家庭纠纷典型案例——

[61] 参见孙海波:《指导性案例的隐性适用及其矫正》,《环球法律评论》2018年第2期,第150-155页。

[62] [德]托马斯·M.J.默勒斯著:《法学方法论》(第四版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第447页。

(2013)二中民终字第 09734 号民事判决书确认了前述观点”,^[63]以支持己方抗辩。再如在杨某、王某 2 离婚后财产纠纷案中,被上诉人万某 2 明确要求法官参照 2015 年 12 月 4 日最高人民法院公布的于某某诉高某某婚后财产纠纷典型案例,即参照北京市东城区人民法院(2013)东民初字第 02551 号民事判决书、北京市第二中级人民法院(2013)二中民终字第 09734 号判决书,^[64]支持己方抗辩。而《类案检索意见》第 10 条以及 2024 年《人民法院案例库建设运行工作规程》第 21 条第 2 款都要求法院“应当在裁判文书说理中予以回应”。在延伸的意义上,明示规范归纳的过程进一步强化了案例链条的连贯性与强度,亦可能发展与完善规范方案。

最后,待决案件法官应将规范方案用于辅助涵摄。从个案裁判中形成,经由案件比较法,通过案例群方法相对固定下来的规范方案,最终仍需回归个案裁判。在待决案件的个案裁判中,援引规范方案应定位在辅助涵摄,规范方案应定位在补充特定法律规范。补充意味着并非取代。在个案裁判中,待决案件法官需以法律规范为基础性大前提。因存在文义、要件缺失问题,法律规范无法涵摄待决案件事实的,规范方案应予以解释明确与补充,与基础性大前提组成完整的大前提,保证待决案件的顺利、合理涵摄。需要注意的是,待决案件法官需要妥善调适辅助涵摄与明示规范归纳规范方案。一方面,待决案件法官应在裁判文书的恰当位置指出法律规范问题,以及论证归纳形成规范方案的过程与结论。另一方面,在论证归纳形成规范方案的过程中,调适规范方案的案件事实抽象过程与待决案件事实,保证规范方案所处理的案件事实与待决案件事实在相同的抽象层次表达。调适的过程便是建立规范方案同待决案件事实的规范联系,同时,论证规范方案桥接案件事实与法律规范,使得基础性大前提——法律规范——能够同规范方案组成完整大前提,在最终裁判的意义上涵摄待决案件事实。

五 结 语

案例群方法同概括条款具体化仅有发生学上的关联,不具备唯一对应性。案例群方法在概括条款具体化中的效用表明,应拓展案例群方法的范围与功能,在法律适用意义上辅助涵摄。但案例群方法不同于个案裁判与案件比较法,不应将个案裁判与案件比较法不当归入案例群方法。相反,应限缩案例群方法的方法核心,即通过归纳形成规范方案。在此基础上,应重构案例群方法,可在案例指导与类案检索制度的背景下,明确案例群方法的定位,通过自发适用案例形成案例链条,证成规范方案的正当性。同时,在司法裁判意义上,应明示援引案例群方法形成的规范方案,在实现法律规范涵摄待决案件的同时,强化规范方案的正当性。

[本文为作者主持的 2023 年度国家社会科学基金青年项目“类案裁判方法及其改进研究”(23CFX079)的研究成果。]

[63] 海南省海口市美兰区人民法院(2022)琼 0108 民初 4287 号民事判决书。

[64] 参见贵州省贵阳市中级人民法院(2020)黔 01 民终 9694 号民事判决书。

Reconstruction of the Case Group Method

[**Abstract**] The case group method is developed from the practice of judicial concretization of general clauses. Existing theoretical claims, the inability of general clauses to directly encompass the related practices, and the need to supplement their values make it difficult for legal practitioners to solve the problems in the application of general clauses through traditional legal methods such as legal interpretation and closing legal loopholes. In judicial concretization of general clauses, the case group method constructs the constituent elements of general clauses through typification, thereby realizing their application. However, this proposition improperly equates the case group method with judicial concretization of general clauses, thus limiting the methodological function and space of the method. Judicial concretization of general clauses is based on the creative construction of alternative constitutive elements in individual case judgments and can include the case comparison method and the case group method. In judicial concretization of general clauses, the creative construction of substitute elements in individual case judgments is accompanied by the risk of arbitrary judgments; the case comparison method tests the rationality of alternative constitutive elements while discovering common facts in different cases and laying the foundation for fixing alternative constitutive elements for the case group method; and the case group method plays a role in inducing and fixing alternative elements, and can overcome the weakness of the dispersion of the case comparison method. Therefore, there is only a causal relationship but no unique correspondence between the case group method and judicial concretization of general clauses. The case group method can go beyond the specific method of judicial concretization of general clauses and is a second-order legal method mainly based on formal functions. As a self-observation and normative tool of the methodological system and guided by the values of legal stability and predictability, it standardizes first-order legal methods such as legal interpretation, legal loophole-closing methods, and the method of judicial concretization of general clauses, thereby enhancing the rationality and stability of the results of the application of first-order legal methods. The core of the case group method is to summarize and fix the normative scheme formed by first-order legal methods and to assist the legal norms of pending cases in encompassing the facts of the case, thereby expanding the scope of application from the application of general clauses to the application of all legal norms. In the context of case guidance and similar case retrieval system, the case group method should be positioned as a spontaneous application method of cases, which proves normative solutions through case chains, explicitly cites normative solutions formed through normative induction, solves the legal normative inclusion problems of pending cases, and achieves law-based and reasonable judgments.

(责任编辑:余佳楠)