

民法案例群方法适用的中国模式

刘亚东

内容提要:民法案例群方法是民法学方法论中一种非常重要的法学方法,广泛适用于民法中的不确定法律概念以及概括条款。虽然此方法具有一定的普遍性,但其直接适用于我国仍存在两大理论障碍:一是作为比较基础的先前裁判在法源意义上的拘束力存疑;二是案例群所形成的替代性构成要件并不具备规范性。在我国的司法体制以及法源体系下,民法案例群方法适用的理论障碍可以通过两种进路来弥补:一是将先前裁判遴选为指导案例,以解决先前裁判的拘束力问题,同时依此形成的案例群也具备规范性;二是其他类似性的案例所形成的案例群演变为习惯法而取得规范性。民法案例群方法的具体展开可分两步:首先获取作为比较基础的法官法规则;其次通过类似性判断形成案例群,进而抽象为替代性构成要件。

关键词:案例群 先前裁判 替代性构成要件 指导案例 习惯法

刘亚东,首都经济贸易大学法学院讲师。

一 问题的提出

在民法中对于不确定法律概念或概括条款,通常的法律解释方法无法较好地解释相应概念或条款的内涵与外延,^[1]导致不确定法律概念、概括条款的适用经常出现裁判不一致的情形。对于这种情况,在比较法上尤其是在德国法上,一般使用案例群方法予以解决。案例群在民法中多被用于不确定法律概念以及概括条款。^[2]对于这类概念或规范的适用,理论上一般称之为具体化。^[3]具体化主要是要实现规范建构,^[4]通过具体化建

[1] Vgl. Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 9. Aufl. 2018, S. 62.

[2] 参见许政贤:《民法解释学方法论的不确定性——以概括条款具体化为例》,我国台湾地区《月旦民商法杂志》2015年第47期,第33页。

[3] Vgl. Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 136 f.

[4] Vgl. Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 21 f.

构出来的规范在案件出现之前不存在,而是基于案件本身所形成。^[5] 简言之,案例群是在待决案件与相关条款明确包含的案件之间,运用比较方法来构建。^[6] 我国民法学者在讨论诸如诚实信用、公序良俗等概括条款的具体化适用时,都无一例外地提及了案例群方法。^[7] 相较于法律解释、漏洞填补等传统法学方法,案例群方法在民法学方法论上,尤其是在法官面临两难选择、需要在不可公度的价值中进行选择以及面对与法律相关的道德模糊的情形时,其具有重要地位。^[8] 从这一意义上讲,民法案例群方法的适用属于“疑难案件”问题的范畴。^[9]

不过需要注意的是,我国民法学者虽然经常提及该方法,但是对于案例群方法的适用均停留于对相似案件的归纳总结上,例如有学者通过考察公序良俗在司法实践中的适用,归纳总结出适用的五大类案型;^[10] 有学者对合同法中的效力性强制性规定归纳总结出两个大类、五个小类;^[11] 有学者针对诚实信用的限制功能发展出四大类型。^[12] 比较遗憾的是,上述成果均未包含对案例群方法本身的体系性研究。同时,案例群方法几乎是一个能为各个部门法所共同使用的法学方法,^[13] 但总体上学界对此关注不多。在民法学界对于法学方法论的研究蔚然成风,以及《民法典》通过之后从立法论向解释论转变的双重背景下,对于案例群方法本身的研究更显示出比较重要的意义。

从以上背景出发,本文试图回溯一步,去反思更为前提性的问题:什么是案例群方法以及在中国法背景下案例群方法应如何适用。只有对案例群方法本身作出系统的理论阐述之后,才能更好地讨论案例群方法的具体适用问题。基于此,本文将遵循以下思路展开:首先揭示民法案例群方法适用于我国存在的理论障碍;其次从我国司法体制以及法源体系的角度来证成民法案例群方法在我国适用的可行性;最后阐述民法案例群方法适用的全步骤。目前最高人民法院正力推“类案检索”制度,在这一背景下,希望本文的工作可以为这一制度的细化与落实提供一定方法论上的支持。

二 民法案例群方法适用的基础问题

案例群方法是对有关规范明确所指的“基准案例”进行变种实验。^[14] 在规范适用的

[5] Vgl. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, S. 41 f.

[6] 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页以下。

[7] 参见陈聪富:《台湾民法诚信原则之实务发展》,我国台湾地区《月旦民商法杂志》2018年第62期,第13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225页。

[8] 参见陈景辉:《同案同判:法律义务还是道德要求》,《中国法学》2013年第3期,第49页。

[9] 关于疑难案件的详细阐述,参见孙海波:《疑难案件否定法治吗——依法裁判立场之重申》,《政治与法律》2017年第5期。

[10] 参见李岩:《公序良俗原则的司法乱象与本相——兼论公序良俗原则适用的类型化》,《法学》2015年第11期,第62-68页。

[11] 参见石一峰:《效力性强制性规定的类型化分析》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期,第91页。

[12] 参见李红玲:《功能视角下诚实信用原则司法适用的类型化》,《甘肃政法学院学报》2017年第1期,第130页。

[13] 如在刑法中的适用,参见马荣春:《刑法类型化思维:一种“基本的”刑法方法论》,《法治研究》2013年第12期;在知识产权领域也有一定讨论,参见卜元石:《重复诉讼禁止及其在知识产权民事纠纷中的应用——基本概念解析、重塑与案例群形成》,《法学研究》2017年第3期。

[14] [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108页。

过程中首先要确定个案,进一步形成案例群;之后出现新的待决个案与案例群进行比较。^[15] 案例群存在的意义,就在于通过形成一定数量的类案来逐渐形成对不确定法律概念或概括条款理解的共识,从而可以在实践中反复适用这一案例群,而无需在每一次适用该概念或规范时都重新开启对其内容的讨论。^[16] 因此在不确定法律概念以及概括条款适用的过程中必须存在经过检验且较为稳固的案例群。不过在民法法系背景下若要适用上述案例群方法,首先需要处理若干基础问题。

(一)基础问题一:先前裁判在法源意义上的拘束力问题

关于先前裁判是否具备法源意义上的拘束力,主要存在三种观点。^[17] 一是将普通法作为模型,认为先前裁判具备严格的拘束力;^[18] 二是先前裁判不具备任何形式的拘束力,^[19] 在法学上仅仅将先前裁判作为法律认识的来源;三是折衷观点,认为先前裁判具备推定的拘束力,这种观点认为在对先前裁判有疑问时,在进行论证的前提下可以偏离。^[20] 其中,第一种观点以及第三种观点对于案例群方法的适用不构成理论障碍,真正对案例群方法构成障碍的主要是第二种观点。就我国而言,却恰恰是第二种观点占据通说地位。^[21]

1. 先前裁判不具备严格的拘束力

我国理论界不承认先前裁判具有拘束力主要有两个原因。一是从法源理论上讲,承认先前裁判的拘束力与传统的法源理论相冲突;二是基于宪法的思考,先前裁判约束与成文法国家中立法活动的地位与作用会形成一定矛盾,与制定法约束的基本理念也有所冲突。

首先,将先前裁判归类为有拘束力的法律渊源与法律渊源的概念及功能不相容。所谓法源就是某种规范被承认为有拘束力所具备的正当理由,^[22] 一般被理解为由抽象的一般性规范所组成的体系,适用范围清楚明确。根据这个定义,就可以很清楚地认识到只有制定法以及习惯法可以被称之为有拘束力的法源。^[23] 先前裁判或者“法官法”通说上否定其具有法源的性质。^[24] 它本身不是法源,只是法律认识的来源,或者“习惯法的来源”。^[25] 此观点拒绝承认先前裁判具备任何形式的规范拘束力,认为其功能只在于正确解释和具体化规范。

[15] Vgl. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 73 ff.

[16] 参见孙海波:《类似案件应类似审判吗?》,《法制与社会发展》2019年第3期,第141页。

[17] 本文意义上的“先前裁判”,在普通法上被称为“先例”。

[18] Vgl. Fikentscher, Methoden des Rechts IV, 1977, S. 202 ff.

[19] Vgl. Lüke, Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen Zivilprozess, in: Kroeschell (Hrsg.), Recht und Verfahren, 1993, S. 83.

[20] 参见颜厥安著:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,第158页。

[21] 参见梁慧星著:《民法总论》(第五版),法律出版社2017年版,第28-29页。

[22] Vgl. Ross, Theorie der Rechtsquellen, 1929, S. 291 f.

[23] Vgl. Enneserus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959, S. 206.

[24] 参见[德]魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版,第108-109页。

[25] Vgl. Larenz, über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: Fasching/Kralik (Hrsg.), Festschrift für Hans Schima, 1969, S. 262.

其次,承认先前裁判的拘束力与成文法国家本身的传统不一致。根据我国《宪法》与《立法法》的规定,全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权,通过法律充分代表人民意志、充分体现权威性与正当性。人民法院必须对法律予以适用,决不能僭越立法者意志。这同时也是大陆法系国家的基本共识。例如根据德国联邦《基本法》第 20 条第 3 款,裁判要受到制定法和法的约束,司法者专司裁判。^[26] 因此,承认裁判的拘束力,尤其是着力于提出一般规则的裁判,会在一定程度上架空成文法的地位与作用。

2. 先前裁判的推定拘束力问题

比较法上有观点认为先前裁判具备“推定拘束力”。^[27] 这意味着使法官承担一个“额外的论证负担”,就是除非有足够且正当的理由,否则不能轻易地偏离先前裁判。^[28] 其理由有二:一方面是因为尊重已经作出裁判的法院的权威;另一方面,从法的安定性考量,先前裁判对于某一问题已经给出了明确答案,在没有提出令人信服的理由的情况下不应偏离先前裁判。^[29]

遵从已经作出的裁判或许可以确立其他法院及其法官的“自我约束感”,但是从我国法角度而言,上述关于“推定拘束力”的主张难以在一般意义上成立。我国各级法院的司法裁判均遵循“以事实为依据、以法律为准绳”这一裁判原则,即使最高人民法院《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》第 4 条明确规定了类案检索的情形,也仅能将检索到的先前裁判作为裁判说理的依据,而非强制遵循义务。一般认为,其他法院对某一种情形的先前裁判裁判结论并不能取代后来法院自身的论证,因为后续裁判是否能够正当化,应就裁判本身进行检验并以后来法官的单独评价为前提。如果后来的法官得出的裁判与先前裁判所确立的规则相同,那么这也不是受到先前裁判的拘束而作成的裁判,而是法官自行论证的结果,尽管二者在裁判结果是相同的。

不过,先前判决在拘束力问题上也不是没有例外。例如根据德国《宪法法院法》第 31 条第 1 款,联邦宪法法院的判决对于所有国家机关都具有拘束力,并且第 2 款还规定判决具有与成文法同等的效力。但也仅限于此;除了联邦宪法法院的判例对所有的国家机关均有拘束力之外,其他法院的判例都没有严格的约束力。^[30] 退一步讲,即使是承认先例具备推定的约束力,理论上的阐述也都针对的是最高法院的裁判案例,对于大量的级别较低法院的裁判案例是否具有法源意义上的拘束力,仍未可知。总之,案例群方法如若适用于我国,则应妥善处理先前裁判拘束力的问题。

(二) 基础问题二:案例群方法与规范目的的相关性问题

如果上文对于案例群方法的讨论是针对其成立的前提条件,那么此处所讨论的就是案例群方法本身。使用案例群方法需要解决的疑问还有其所形成的替代性构成要件的正

[26] Vgl. Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 154 ff.

[27] Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 258 f.

[28] Vgl. Müller, Richterrecht, 1986, S. 14.

[29] Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), S. 547.

[30] 参见[奥]阿列克西著:《德国法中判例》,高尚译,《中国应用法学》2018 年第 2 期,第 140 页。

当性问题。

案例群方法所形成的替代性构成要件是通过诸多类似个案裁判结论抽象而成。借助这种方法,具体的个案裁判与在文义上模糊不定的不确定法律概念或概括条款之间的鸿沟可以被弥合,从而便于传统涵摄方法的适用。从这个角度来讲,个案裁判并非从概括条款所推导而来,而是依据案例群方法所形成的替代性构成要件。如果能够证明待决的个案能够涵摄于替代性构成要件,就相当于这一个案属于不确定法律概念或概括条款的适用范围。

然而,不确定法律概念与概括条款本身的意义即在于所蕴含的一般法律思想或一般法律原则,并针对这些内容赋予某些固定的法律效果。而一般法律思想或一般法律原则的内容通常并无固定答案,这也就导致对于不确定法律概念以及概括条款所包含的伦理道德概念是什么,同样无法给出准确的答案。因此基于案例群方法所形成的替代性构成要件与不确定法律概念以及概括条款中所蕴含的一般法律思想,并不一定存在准确的对应关系,有时甚至可能存在错位。例如在德国民法中,某些案例群一开始被认为是《德国民法典》第138条“善良风俗”^[31]的具体化,然而随着《德国民法典》第242条“诚实信用”^[32]适用范围的不断扩展,后来这些案例群又被认为是第242条的具体化。如果案例群是真的基于不确定法律概念或概括条款的具体化而来,那么这种规范适用的转变是不可能的。^[33]从方法的角度来讲,案例群并非形成于不确定法律概念或概括条款的具体化,而是诸多类似个案裁判结论的归纳,而后安置于不确定法律概念或概括条款之下将其体系化。^[34]

但是本文认为,案例群方法与规范目的是否相关这一问题并非真正的理论障碍,因为无论是不确定法律概念还是概括条款,二者均向外开放且需要价值补充。尤其是概括条款更被称为是个人主义与集体主义、形式正义与实质正义、法官拘束与法官自由等三对私法上的基本矛盾冲突的反映,^[35]要适用案例群方法的规范本身存在多种而非单一确定的规范目的。因此所谓的案例群方法与规范目的的相关性问题,不应成为适用案例群方法的阻碍。

(三) 基础问题三:案例群方法的规范性问题

案例群方法的另外一个理论障碍是,案例群所形成的替代性构成要件是否具备规范性。案例群的形成首先是基于已经裁判确定的法官法规则,之后的其他案例与之进行类似性比较,进而抽象为替代性构成要件。仔细审视便可发现,案例群方法所形成的替代性构成要件仅仅是对于不确定法律概念以及概括条款适用在统计学意义上的归纳,这样的经验归纳正确地阐明了在裁判中不确定法律概念以及概括条款的实际适用情况,但是却

[31] 《德国民法典》第138条第1款:违反善良风俗的法律行为无效。

[32] 《德国民法典》第242条:债务人负有义务照顾交易习惯,以诚实信用所要求的方式履行给付。

[33] Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), S. 538.

[34] Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), S. 537.

[35] Vgl. Auer, Materialisierung Flexibilisierung Richterfreiheit, 2005, S. 10 ff., 46 ff., 64 ff.

无法说明作出此等裁判的正当性理由。^[36] 质言之,案例群方法准确地阐明了不确定法律概念或概括条款在实务中适用的“实然情形”,但是并没有对其适用的“应然情形”作出任何说明。通过经验归纳所得出的替代性构成要件若要在裁判时作为裁判依据适用,就必须克服这种实然与应然之间的鸿沟。从这个角度讲,案例群方法本身并不能满足其自身设定的要求。

综上,案例群方法的构造模式若要在方法论上成功适用,必须要解决先前裁判是否具备拘束力以及案例群是否具备规范性这两大理论障碍。如果这两大理论障碍能够为我国的法律体系所恰当处理,那么案例群方法就可以为我国《民法典》中大量不确定法律概念以及概括条款的适用提供方法论上的指导。

三 民法案例群方法在我国的适用进路

先前裁判是否具有法源意义上的拘束力以及案例群方法形成的替代性构成要件是否具有规范性,必须置于我国既有的法源体系中来考察。我国的实证法源体系既包括《民法典》第 10 条所规定的“法律和习惯”二位阶法源体系,同时也包括最高人民法院 2010 年《关于案例指导工作的规定》、2015 年《关于案例指导工作的规定实施细则》、2020 年《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》。对于不确定法律概念以及概括条款所裁判的案例,大多数属于《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》第 2 条第 2 款所规定的“缺乏明确裁判规则或者尚未形成统一裁判规则的”的范畴。这些案件如果能够被遴选为指导案例,那么该案例便具有拘束力,后续与之具有类似性的案例所形成的替代性构成要件也就具有拘束力。如果未被遴选为指导案例,仅仅是普通案例,则类似性案例归纳所形成的替代性构成要件只有演变为习惯法,方能具备规范拘束力。通过这两种进路,关于案例群方法“实然与应然”不可通约这一核心批评就可破解,^[37]如此案例群方法所形成的替代性构成要件也就可以直接为法官裁判所适用。

(一) 进路一:被遴选为指导案例

基于法官不得拒绝裁判的原则,在理论上我国的四级法院均有依据解释不确定法律概念以及适用概括条款作出个案裁判的可能性。根据《关于案例指导工作的规定》第 4 条以及《关于案例指导工作的规定实施细则》第 4 条的规定,我国四个层级法院所作出的个案裁判均有可能被最高人民法院遴选为指导案例。但是,指导案例究竟是否具有法源地位,法理学界存在诸多争议。《关于案例指导工作的规定》第 7 条明确规定,对于指导案例,各级人民法院审判类似案件时应当参照。如何解释此处“应当”的含义,是问题的关键。本文认为应将指导案例置于“法源的双重构造论”这一理论之下,对“应当参照”四字进行分析。如此,则可见指导案例具有“准法源”的地位。

“法源的双层构造论”包括法源性质论与法源分量论。前者决定某事物是否具备法

[36] Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), S. 538.

[37] 参见[德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2003 年版,第 216 - 217 页。

源的地位,解决的是定性问题;后者决定某事物法源地位的高低或者说在法源谱系中的位置,解决的是定量问题。首先从法源性质论上分三个层面来分析“应当”的内涵。一是功能正当性,指导性案例的任务并非仅在于定分止争,同时也具有创设规范的特征;二是规范正当性,根据《人民法院组织法》第32条、《关于案例指导工作的规定》第6条,最高人民法院及其审判委员会具备确定和发布指导性案例的规范基础,获得了制定法的间接授权,其制度性权威的地位获得了认可;三是实践正当性,即指导案例与最高人民法院的司法解释一样具有“试行立法”的功能。其次从法源分量论上来分析“参照”的内涵。已有学者分别分析了指导案例社会发展的背景变迁、存在时间长短、是否代表整体趋势、是否遭受学界的批评、法律制度的变迁等等因素,认为可以基于形式理由以及实质理由对于指导案例进行偏离,指出指导案例并非绝对的权威性案例,是附属于制定法的制度性权威,具有弱规范拘束力。^[38]

在我国司法裁判的法源体系问题上,近年来比较具有共识性的观点是,指导案例劣后于法律、行政法规、地方性法规以及司法解释,但是又区别于其他各类型形式的案例,如公报案例以及典型案例等等形式。指导案例所得出的个案规则对于类似案例具有指导意义。^[39] 如果个案判决中包含的规则被遴选为指导案例,则这一规则由于其“准法源”的地位而具有了法定的拘束力,从而实现了规范性的突破。如此,则后续与此类似的案件必须参照此案例所形成的规则,逐渐形成稳定的案例群,并最终有可能通过立法形成法典中的制度类型。

(二) 进路二:演变为习惯法

虽然上述进路可以保证案例群的规范性,但是也应该看到,通过个案裁判所得出的先前裁判规则被遴选为指导案例不仅程序较为复杂,而且数量较少。不确定法律概念以及概括条款适用的大多数情形还是停留在基层法院以及中级法院。然而,这类法院所作出的裁判,在我国的司法体制下几乎不认为具备任何规范拘束力,因此有赖于学者在数量庞大的案例中,按照相似性原则运用案例群方法抽象出替代性构成要件。^[40] 学者所抽象出的案例类型要达到规范性的要求,《民法典》第10条所规定的“习惯”是一个重要的通道。

1. 习惯法的空洞化趋势

习惯法是在一个共同体内以重复实践的方式,所形成的既有普遍性和规范性,同时又具备法律效果的法。^[41] 一般认为习惯法的构成需要满足两个要素:一是长时间与多年惯行的事实,也就是不断地被运用的事实;二是形成法律确信,或者说共同体内一般人的法律确信。^[42] 在制定法欠缺的时代,习惯法有重要的时代意义。但随着国家立法的发展,

[38] 参见雷磊:《指导性案例法源地位的再反思》,《中国法学》2015年第1期,第273页以下。

[39] 参见胡云腾、吴光侠:《指导性案例的体例与编写》,《人民法院报》2012年4月11日。

[40] 在类案研究方面,比如有的学者以“祭奠利益”为例,对于大量的案例进行考察,基于裁判结论相同的案例形成类案。参见孙维飞:《祭奠纠纷的类案研究》,《交大法学》2012年第1期。

[41] Vgl. Ennesserus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959, S. 261.

[42] 参见王泽鉴著:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第57页。

绝大部分的生活关系大量法典化而取得其规范效力与依据,习惯法的意义与重要性必然退缩。习惯法填补法律与修正法律的功能,也逐渐弱化。如在德国,自德国帝国法院时代以来,几乎不再有以习惯法作为依据的判决。^[43]“习惯法”作为制定法或成文法以外的第二大法源,似乎已经丧失了其现代意义。

2. 习惯法的现代含义:法官法

“今日的习惯法大部分是在所谓最高法院向来之判决见解的外衣下,透过法院的习惯成为法官法而产生,很少是由人们产生的”;“实际上,原始意义的习惯法在今日几乎并未发挥很大的作用,今日在实务上具有重大意义的是借所谓的判例而创造出来的法官法”。^[44]因此,到底有无习惯法存在以及习惯法的内容为何,最后都是法院来决定。也正如魏德士(Bernd Rüthers)所言,今日的习惯法实际上就只是一种固定的法院惯例。^[45]菲肯彻(Wolfgang Fikentscher)也认为,在制定法、习惯法与法官法三大法源之中,习惯法已经失去其作为劣后于制定法的第二大法源的地位,而只是不断以相同形式出现的判决的总和而已;剩下的第一及第三顺位法源即制定法与法官法,才是能够不断创新的法律规范。^[46]

就我国而言,法院尤其是基层以及中级法院,其主要任务在于解决争议而非规则形成。因此法院随时都可能偏离甚至修正之前或别的法院关于某一问题的裁判见解。这同时也是不确定法律概念以及概括条款开放性的表现。但是,这未必就意味着这些法院的裁判无法形成统一的裁判见解而发展为习惯法。因为各级法院一贯之裁判见解,也可能在人们的生活实践中被广为接受而演变为一般法律制度,进而成为习惯法而被遵守。例如,德国在裁判中逐渐形成的缔约过失责任、一般人格权、交易安全保障义务或者基于合同或先合同关系所产生的照管或忠实义务等等,在其被法典化之前基本上均可以被视为是一种习惯法。^[47]

在我国,将作为法院向来之裁判见解认定为“习惯法”,进而使其具有“规范上之拘束力”,^[48]可以在制定法上找到规范依据。我国《民法典》第 10 条规定,处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。这确立了“法律—习惯”的两位阶法源体系,^[49]这里的习惯理论一般被认为是习惯法。^[50]鉴于习惯法空洞化以及判例法化的趋势,《民法典》第 10 条所规定的“习惯”必须在“法官法”中寻找其存

[43] 参见雷磊:《习惯作为法源?——以〈民法总则〉第 10 条为出发点》,《环球法律评论》2019 年第 4 期,第 59-61 页。

[44] 参见吴从周著:《法源理论与诉讼经济》,我国台湾地区元照出版有限公司 2013 年版,第 34-35 页。

[45] 参见[德]魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 106 页。

[46] Vgl. Fikentscher, Methoden des Rechts IV, 1977, S. 222 f.

[47] 参见[德]拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 303 页。

[48] “法院向来之判决见解”也称之为“持续性判例”,是指一个法律问题为不同的法院、长期以相同的方式所裁决。参见王洪亮:《德国的判例编撰制度》,来源于中国诉讼法律网,http://www.procedurallaw.cn/zh/node/4587,最近访问日期[2020-05-26]。

[49] 参见于飞:《民法法源的缺失与补充》,《法学研究》2018 年第 1 期,第 36 页。

[50] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》(上),人民法院出版社 2020 年版,第 86 页;王利明主编:《中华人民共和国民法总则详解》(上册),中国法制出版社 2017 年版,第 53 页以下;龙卫球、刘保玉主编:《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》,中国法制出版社 2017 年版,第 39 页以下。

在空间。因此,若将我国司法实践中由基层法院、中级法院甚至高级法院所作成的具有高度相似性的判决认定为“习惯法”,也具备一定规范基础。另外,最高人民法院在其公报上刊载大量案例、针对典型案例的出版物如《人民法院案例选》《中国审判案例要览》以及特别是“中国裁判文书网”的建设运行等等,也为类似案例群的形成提供了基础。在后民法典时代,《民法典》第10条的习惯法在我国的司法适用必将形成某种“判例法化”。习惯法中“法的确信”这一内在因素将由本文所理解的“法院的惯常实践”所取代。基层以及中级人民法院针对不确定法律概念以及概括条款的大量案例,通过组成足够稳定的案例群而形成替代性构成要件或者法律制度,对民事主体的法律行为形成拘束,足以成为我国《民法典》第10条意义上的“习惯法”而具有规范效力。当然,如果适用不确定法律概念以及概括条款所得出的某案例能够被遴选为指导案例,则以此为基础所形成的案例群更可以成为习惯法,自不待言。

综上,在我国司法制度以及民法法源的体系之下,案例群方法所面临的两大理论障碍均可以在理论上予以证成。接下来的问题便是案例群方法如何在我国民法上进行展开。

(三) 两种进路的适用举例

由于我国《民法典》刚刚实施,各个不确定概念以及概括条款尚处于发展之中,因此下文只是试举两例来说明案例群的具体进路和形成过程,涉及案例群发展更为全面的过程尚需要大量的司法实践来才能系统体察。

1. 遴选为指导案例的情形

我国《民法典》第132条规定,民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益;这一条文具有概括条款的属性。^[51]此处以权利滥用的一种案例群“欠缺正当利益之知识产权行使”为例来对此方法进行展示。^[52]

第一步是先前裁判的获取。在“欠缺正当利益之知识产权行使”这类权利滥用中,可以找到最高人民法院2017年发布的第16批指导案例第82号:“王碎永诉深圳歌力思服饰股份有限公司、杭州银泰世纪百货有限公司侵害商标权纠纷案”。通过此指导案例可以获取的裁判要旨为:“任何违背法律目的和精神,以损害他人正当权益为目的,恶意取得并行使权利、扰乱市场正当竞争秩序的行为均属于权利滥用,其相关权利主张不应得到法律的保护和支持。”^[53]可以提炼出的先前裁判规则是权利人以损害他人为目的,恶意取得并行使权利。

第二步进行类似性判断,形成案例群。比较点为行使权利是否存在恶意,是否具有法定或约定的依据。按照此比较点可以发现,针对类似情形,无论是之前还是之后法院的裁判规则均与指导案例所提出的法官法规则相同,^[54]有的甚至直接援引该指导判例的裁判

[51] 参见钱玉林:《禁止权利滥用的法理分析》,《现代法学》2002年第1期,第57页。

[52] 权利滥用可以具体化为多种案例群,具体参见史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第718-732页。

[53] 参见王碎永诉深圳歌力思服饰股份有限公司、杭州银泰世纪百货有限公司侵害商标权纠纷案,最高人民法院(2014)民提字第24号民事判决书。

[54] 参见最高人民法院(2015)民提字第49号民事判决书;最高人民法院(2018)民再380号判决书;最高人民法院(2018)民再388号民事判决书;浙江省高级人民法院(2018)浙民终37号民事判决书。

规则作为依据。^[55] 这种类型的案例广泛地遍及商标、专利以及著作权等知识产权领域,属于恶意提起知识产权诉讼这种典型的知识产权滥用行为,形成的案例群可称为“欠缺正当利益之知识产权行使”。

这一案例群的替代性构成要件可以总结为:首先,行为人提起诉讼行使权利无事实或者法律依据;其次,行为人提起诉讼主观上具有恶意;最后,行为人恶意提起诉讼给他人造成了损失,且损失与行为人恶意提起诉讼具有因果关系。之后法院在遇到此类案件时,就无须再次论证什么是权利滥用这一规定,而是直接将待决案件涵摄入这里的替代性构成要件,便可直接作出裁判。

2. 演变为“习惯法”的情形

《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;这一条文是民法中最为典型的概括条款之一。此条款在比较法上也是案例群方法适用的典范。比如在德国,司法实践对于此条款发展出了极其丰富的案例群,其中“违反性道德以及家庭秩序”就是非常典型的一类。^[56] 这对于我国《民法典》第 153 条第 2 款的适用具有非常重要的借鉴意义。事实证明,我国司法实务在适用此条款时也逐渐发展出了与之类似的案例群,在此就以“违反性道德而为的赠与”这一案例群为例,来展示法官法向习惯法演变的过程。

首先是确定个案。“泸州遗赠案”被称为我国善良风俗条款适用的第一案。^[57] 本案的基本案件事实为丈夫向其配偶以外的第三者遗赠财产,核心争议在于私人的财产处分自由与宪法以及婚姻法所规定的一夫一妻制的婚姻制度之间的矛盾。一审以及二审法院均判决丈夫的遗赠行为无效。基于此,可以得出的个案裁判规则可以总结为“违反性道德而为的赠与无效”,属于前文提及的先前裁判。需要注意的是此案的两审法院为基层法院以及中级法院,因此这里的裁判规则并不具备拘束力。

其次,进行类似性判定,形成案例群。观察其他地域、其他层级的法院对于此问题的裁判,相关案例均具有较高相似性:^[58] 其案件事实均为丈夫向其配偶以外的第三者遗赠或赠与财产,基本案件事实均与“泸州遗赠案”的案件事实相似;在案件的核心争议点上,也均为当事人的财产处分自由与婚姻制度之间的冲突。综合上文关于类似性的判定方法,可以看出这些案件与“泸州遗赠案”属于类似案件。上述案例中,不同地方的法院在面对此类案件时均判定此类遗赠或赠与合同为无效合同。作出如上裁判的法院既有基层法院、也有中级法院,其判决都不具有拘束力。通过对上述所有案例归纳总结,可以形成的替代性构成要件为“违反性道德而为的赠与合同无效”,具体的规范可以表述为对于影响家庭关系的第三者实施的赠与合同无效。

[55] 北京知识产权法院(2017)京 73 民终 2052 号判决书。

[56] Vgl. MünchKomm/Armbrüster, 6. Aufl. 2012, BGB § 138, Rn. 40 - 128.

[57] 参见四川省泸州市中级人民法院(2001)泸民 1 终字第 621 号民事判决书。

[58] 本文在此仅作不完全列举:江苏省启东市人民法院(2007)启民初字第 0594 号民事判决书;江苏省无锡市中级人民法院(2013)锡民终字第 0453 号民事裁定书;福建省高级人民法院(2015)闽民终字第 587 号民事判决书;安徽省阜阳市中级人民法院(2017)皖 12 民终 3453 号民事判决书。

最后,形成习惯法。上述案例群形成的替代性构成要件可以称之为法院的持续性裁判,或者称之为法院向来之裁判见解。这一固定的结论完全符合我国《民法典》第10条所规定的“习惯”。以后遇到类似的案件用三段论的方法,将案件事实直接涵摄入该习惯法中的“替代性构成要件”之中即可,不必在每次遇到类似案件时重新对公序良俗条款进行新的论证。

四 民法案例群的具体形成与适用限制

根据《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》第1条的规定,类案是指与待决案件在基本事实、争议焦点、法律适用问题等方面具有相似性,且已经人民法院裁判生效的案件。但是,该条文只是概括性地提出了判断案件类似性的抽象比较点,并未作出进一步细致的规定。实践中对此不存在明确的标准,在理论上也缺乏这方面的讨论。^[59]退一步讲,即使这些标准对于判断类似性是准确的,但这对于案例群方法来说也仅仅是其中的一步。案例群方法还涉及如何获取先前裁判、如何形成替代性构成要件等问题。下文将描述案例群方法的形成过程,并结合我国的司法实践进行讨论。

(一) 作为比较基础的先前裁判

任何一个案例群的形成均是以数量不等的先前裁判为基础,先前裁判的这种作用介于不确定法律概念及概括条款和其他的具体个案之间,称之为先前裁判的媒介功能。^[60]案例群方法适用的第一个环节就是获取作为比较基础的先前裁判。先前裁判也可以称为指标性案例,^[61]开创性判决,^[62]其并非普通法意义上具有拘束力的先例,而是在司法裁判活动中对于先前裁判案例的一种称呼。其突出特征是以回应实践中提出的某种新问题为目的而由法官进行具体化所得出,^[63]是案件的主审法官从多种法源中通过理解、总结、提炼和内化的一种规则。^[64]亦即,先前裁判本质上属于创设性裁判,^[65]是法官法规则。^[66]通过上述方式所形成的法官法规则就构成了可以作为比较基础的相关先前裁判。^[67]

1. 先前裁判的表现形式

如果针对不确定法律概念或概括条款尚未出现案例群,或者之前形成的案例群中没有一个案例群与待决案例相关,则法官必须针对被适用的不确定概念或概括条款进行个案裁判。^[68]这里所形成的个案裁判就是对未决问题首次进行原则性裁判或对已经作出

[59] 参见孙海波:《重新发现同案:构建案件类似性的判断标准》,《中国法学》2020年第6期,第280页。

[60] Vgl. Schlüchter, *Mittlerfunktion der Präjudizien: Eine rechtsvergleichende Studie*, 1986, S. 124.

[61] 参见许政贤:《定型化契约条款内容控制的问题导向论证》,我国台湾地区《东吴法律学报》2013年第2期,第79页。

[62] 参见高尚著:《德国判例使用方法研究》,法律出版社2019年版,第189页。

[63] 根据判例发挥的功能不同,可以将判例区分为两种,一种是个案规范型规则;一种是持续性判例裁判规则。具体参见高尚著:《德国判例使用方法研究》,法律出版社2019年版,第48页。

[64] 参见高尚著:《德国判例使用方法研究》,中国法制出版社2019年版,第130页。

[65] 参见李敏:《论民事裁判中的法官造法》,《中国社会科学院研究生院学报》2018年第1期,第100页。

[66] 参见蒋惠岭:《认真对待作为“动态法典”的案例》,《人民法院报》2005年8月1日B1版。

[67] Vgl. Ohly, *Generalklausel und Richterrecht*, AcP 201 (2001), S. 39.

[68] Vgl. Kamanabrou, *Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln*, AcP 202 (2002), S. 675.

裁判的类似问题作出新的评价的判决,^[69]以此作为不确定法律概念或概括条款具体化的基础案例。

2. 先前裁判的获取方法

由于没有明确的法律规范可供涵摄适用,但同时裁判又不能沦为法官个人的决断,就需要法官在各种观点、原则之间进行权衡。^[70]为了正当化权衡过程,法律论证理论就成了获取基础案例的最优选择。法律论证理论认为法官的裁判并非对法律的单纯适用,也不是法官任意的权衡行为,而是一种可以“理性证立”的决定。^[71]在此法官会透过法律论证程序正当化自己的权衡过程;为了证实这一点并使其可验证,法官必须披露其使用的评价标准。^[72]

3. 先前裁判的内容来源

不确定法律概念与概括条款一样,均必须回溯到自身以外的各种评价标准,并要求法官在个案中对各评价标准进行衡量。^[73]对于不确定法律概念,可以借助其他法律规范运用体系解释的方法获得其具体含义。例如《德国民法典》第 276 条第 1 款第 2 句“交易上必要的注意”的含义,就可以回溯到现行法律或标准上的要求,这些规则可以准确地界定该行为是否符合“交易上必要的注意”。^[74]概括条款的具体化适用,从来源上可以进一步区分“法律内”“法律外”以及“法官自我评价”三大类。^[75]所谓法律内的来源就是制定法,特别是宪法及其价值;所谓法律外的来源就是公认的法伦理以及社会伦理原则规范;法官的自我评价主要是来源于概括条款的委托或授权理论,即概括条款的内容是授权法官进行法律续造,法官以“所有公平正义思考者的法感或正义感为依据进行自我评价”。^[76]不同的评价标准之间遵循不同的适用顺序:首先应该遵循宪法制度和制定法体系的法内标准,包括列举明确的规则或基本原则的特殊表达形式,^[77]以及已确立的案例群或过去已形成的具体化案例,^[78]其次才是法伦理、交易习惯等法律外的诸评价标准,最后为法官的自我评价。^[79]通过上述方法和内容,法官就可以对不确定法律概念或概括条款的清晰化作出尝试。

(二)从相关先前裁判到案例群的形成

从相关先前裁判到案例群的形成,第一步就是进行类似性判定。相关案例作为法官

[69] 参见[德]魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 110 页。

[70] 关于权衡的具体步骤,参见 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2017, S. 380 f.

[71] 参见[德]诺伊曼著:《法律论证学》,张青波译,法律出版社 2014 年版,第 2 页。

[72] Vgl. Wank, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1978, S. 146.

[73] Vgl. Haubelt, *Die Konkretisierung von Generalklauseln*, 1978, S. 8.

[74] Vgl. Kamanabrou, *Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln*, AcP 202 (2002), S. 675.

[75] Vgl. Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, 2005, S. 145 ff.

[76] Vgl. Bydliński, *Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln*, in: Behrends (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft: Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, 1990, S. 203; Habertumpf, *Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des BGH*, 1975, S. 18 - 19.

[77] Vgl. Schünemann, *Generalklausel und Regelbeispiele*, JZ 2005, S. 271, 273.

[78] Vgl. Riesenhuber, *Rechtsvergleichung als Methode der Rechtsfindung?* AcP 218 (2018), S. 707.

[79] Vgl. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1983, S. 72, 79 ff.

法的产物,可以根据不同的标准对其进行分类;如果在评价上可作等同处理,便可以组合成为一个案例集群。^[80] 通常认为,案例群能够通过比较的方法来形成,也就是说一方面要体系化已经形成的判例,另一方面通过剥离相关的案件事实进而凝练出相关的评价标准来形成案例群。^[81] 案例群的目的就是从要点上相互类似的数个判决的总和中提炼出一个可一般化的法律命题。

类似性判断的方法可以区分为两大类。一种是民法法系基于规则的类推,另一种是普通法系基于先例的类比。^[82] 本文仅涉及在可能的先前裁判与待决案件之间进行相似性判断,^[83] 更加类似于普通法系基于先例的类比。但是,案例群方法所适用的类比仅仅是类比推理,它与一般理解的先例拘束尚存在不同。这也正是案例群方法本身所具有的独特性。先例拘束被称为遵循先例原则,^[84] 据此,先例具有权威地位,能够强制性地约束法官,阻止其作出其当下更倾向的判决。先例拘束强调的是其约束性,即法官在某事上没有选择余地。而案例群方法的类比推理者有权对各个作为类比源的候选案件进行广泛选择。^[85] 在类似性判定时,首先必须确定与案件事实紧密相关的先前裁判的裁判理由,然后将待决案件与该先前裁判进行比较,决定是否可以将先前裁判的评价转移到待决案件。仅在这两种案件事实基本吻合的情况下,才可转移适用先前裁判的裁判理由。法官在此有三种选择:如果认为两个案件在评价上具有可比性,则可以适用先前裁判;若认为在评价上存在差异,在适用上可以区别于先前裁判或推翻先前裁判。^[86]

多数德国学者在谈及此问题时也认为,案例比较时一方面要确定被比较的案例群之间的一致性因素,另一方面要确定这些案例之间的不同之处,秉持实质上相同的案例同等对待、实质上不同的案例不同对待的原则进行权衡比较。^[87] 它是一种从特殊到特殊的推理。在比较标准的选定上,多主张适用类推中对于类似性判定的方法,只不过一般的类推适用发生在法律层面,而案例类推则发生在事实层面。^[88] 在对待决案件进行类似性判断时,必须将先前裁判的裁判理由以及所包含的基本案件作为一个整体来看待。^[89] 根据恩吉斯的表述,在规范涵摄适用时,需要规范与案件事实之间的视域流转;^[90] 这可以转用到先前裁判适用,即在先前裁判的裁判理由与所包含的案件事实与待决案件之间进

[80] 参见孙海波:《同案同判——并非虚构的法治神话》,《法学家》2019年第5期,第151页。

[81] Vgl. MünchKomm/Schubert, 6. Aufl. 2012, BGB, § 242, Rn. 47.

[82] [德]卡特娅·朗恩布赫:《欧洲法中的类比推理》,雷磊译,载郑永流主编《法哲学与法社会学论丛》2010年第1卷,第24-31页。

[83] 参见黄泽敏:《指导性案例裁判要点的判决理由地位》,载舒国滢主编《法理—法哲学、法学方法论与人工智能》2018年第2期,第244页。

[84] 具有拘束力的仅仅是裁判理由(ratio decidendi),是指法官在个案审判中对法律作出的适用解释,对后来的类似案件具有法律拘束力;而附带意见(obiter dictum)对以后的判决可能会有影响,因而它不是一个有拘束力但却是有说服力的判决先例。

[85] 参见[美]肖尔著:《像法律人那样思考:法律推理新论》,雷磊译,中国政法大学出版社2016年版,第98-100页。

[86] Vgl. Langenbacher, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 68 ff.

[87] [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106页。

[88] Vgl. Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 166.

[89] Vgl. Ohly, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), S. 41 f.

[90] Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 15.

行视域流转。

综上所述,在类似性判断这一问题上,两大法系学者的观点趋于一致。本文也认为在类似性判定上,可借鉴上述标准。在对先前裁判类推适用时,不能仅仅适用先前裁判所确立的法官法规则,同时还需要顾及作为先前裁判基础的案件事实;既要做到形式上的相似,又要保证实质评价上的类似。^[91]只有在案件事实和实质上的价值评价二者都类似的情况下,才能称之为先前裁判的适用。总之,关于比较点的类似性判断并非基于纯粹的逻辑比较,而是权力运用和理性认知等多种因素共同起作用的结果,两个案件是否类似的比较过程中往往包含了“选择”的成分,^[92]例如案件的关键事实、法律关系、争议点、所争议的法律问题等。^[93]

从相关先前裁判到案例群形成的第二步就是案例群形塑。通过上述过程,司法判例特别是最高法院的司法判例可以通过不断的确认和区分,逐步巩固为典型的案件类型,这些案例类型在准确性、规范理由和实际适用方面几乎与法定的构成要件没有什么不同。案例群的目的就是为法官适用不确定法律概念以及概括条款创建指导性的集群,^[94]进而产生类构成要件的一般化法律命题。也就是说,案例群通常会取代不确定法律概念以及概括条款所缺乏的构成要件特征,由此也被认为具有一种准规范制定功能。^[95]与个案相分离的案例群会被当作不确定法律概念以及概括条款的替代性构成要件或中间结论,^[96]最终要判决的个案无需归入不确定概念和概括条款之下进行价值评价,而是涵摄于案例群方法所形成的替代性构成要件特征之下,^[97]案例群方法最终取代个案比较。^[98]

通过此种方式,不确定法律概念以及概括条款可以按照传统法学方法论的涵摄程序进行适用,法官裁判的空间则被尽可能缩小。通过案例群所形成的替代性构成要件忽视纯粹的个性化因素,可以多次重复适用于新的案件事实。比如在德国民法上,对于判断毛皮大衣、比赛用的自行车、游泳池、工作室等损害时是否属于“作为财产损害的物的使用可能性丧失”这一不确定法律概念时,就用到了这种方法。^[99]

此外需要说明的是,上述案例群形成的过程是关于案例群方法的一般构造模式,并不意味着任何一个案例群都会面临如上的步骤。有的案例群所形成的构成要件较为稳定,甚至可能形成较为固定的类型而被立法者吸收为民法典中的具体制度,如《德国民法典》中的情势变更条款、保护义务条款等等。

(三) 案例群的适用及其限制

必须要注意的是,通过比较方法所形成的案例群并非终局固定,在不同的情形下可能

[91] 参见钱炜江:《论民事司法中的类推适用》,《法制与社会发展》2016年第5期,第68页;屈茂辉:《类推适用的私法价值与司法适用》,《法学研究》2005年第1期,第13-14页。

[92] 参见高尚:《司法类案的判断标准及其运用》,《法律科学》2020年第1期,第27页。

[93] 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日第2版。

[94] Vgl. Haubelt, Die Konkretisierung von Generalklauseln, 1978, S. 100 ff.

[95] Vgl. Müller, Richterrecht, 1986, S. 29.

[96] Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), S. 527.

[97] 参见吴从周:《当代德国法上具体化之理念及其方法》,我国台湾地区《万国法律》2001年第117卷,第103页。

[98] Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), S. 535.

[99] Vgl. Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, S. 321.

存在不同的适用方式。一般来讲案例群共有如下四种适用情形：

一是直接适用案例群。如果先前裁判的案例已经产生了相对固定的案例群，则可以直接检视是否新的待决案例能够涵摄于这种案例群之下。若可以，那么对于新的案件裁判，法官就可以直接采用案例群的结论并且缩短论证的过程。

二是扩展或限缩案例群的适用范围。将新的待决案件与案例群已经形成的替代性构成要件进行比较，可能使案件群限缩或扩展。案件群的形成是以先前裁判的案例作为基础，而新的待决案例可能包含此前已经裁判案件未曾包含的新的因素，这些新的因素可能导致案例群结论的延伸或限缩。^[100]

三是直接改变案例群。新的待决案件还可能会改变某一案例群结论。^[101]理论上认为基于法律安定性和平等对待原则的考虑，一定程度上的案例群拘束是合理的；因为针对新案例，法官在面对若干合理解决方案可供选择时，案例群结论的连续性应该优先于法官的自我评价。^[102]然而，基于先前裁判所形成的案例群结论不应当具备绝对的拘束力，它既不应该成为修正既有案例群结论的绊脚石，也更不应该成为不确定法律概念或概括条款对价值变迁保持灵活性的障碍。^[103]案例群结论仅具有有限的拘束力，法官可以基于新的案件情形重新评价该案例群，某案例群结论也可能会随之被否定。

四是不适用某一案例群。对某一不确定法律概念或概括条款来讲，即使将所有的相关案例进行归纳总结进行最精确的说明，最终在内容上也还是无法全面地反映该规范的内涵，穷尽的案例群体系是不可能的。相反，在任何时候都可能发现超出案例群而存在的新的待决案件。如果新的待决案件与案例群的结论毫无关系，则必须适用上文所介绍的先前案例的裁判方法。通过此方法所得出的法官法规则将成为新的指标性案例或开创性判决，以此为基础形成新的案例群。

综上，在法律体系内，无论是不确定法律概念还是概括条款，均是立法者创设的自由空间，其功能在于缓和法典刚性的规范体系，为个案正义创造规范依据。而案例群方法所形成的替代性构成要件既保证了法律适用的安定性，同时在个别情况下又不失灵活性，为不确定法律概念与概括条款功能的发挥提供了良好的机制。

五 结 论

法学方法论是民法规范的适用理论。法学方法论的核心，就在于探究法律问题的推理方式，在成文法体系国家，着眼点就是探讨法律规范的适用方法。在大规模地借鉴比较法上的制度过后，后民法典时代，更为重要的是方法的借鉴。传统民法学方法论的重心多聚焦于民法典中法律规则的法律解释、法律漏洞填补等法学方法，呈现出的是一种内部视角；对于民法典中大量的不确定法律概念和概括条款这类转介规范的适用方法探讨较少，

[100] Vgl. Kamanabrou, Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP 202 (2002), S. 674.

[101] 参见许德峰：《论法教义学与价值判断——以民法方法为重点》，《中外法学》2018年第2期，第174页。

[102] Vgl. Bydlinski, Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, S. 152.

[103] Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 254, S. 256.

甚至对其应该适用的案例群方法论本身尚未有充分的问题意识。

民法案例群方法作为比较法上发展较为成熟的一种方法论,广泛地适用于民法典中的不确定法律概念以及概括条款。但是此方法论若直接为我国司法实务所借鉴存在一定的理论障碍,本文立足于我国的民法法源以及司法制度的实际情况来解决这一问题,提出了案例群方法适用的两条进路,即指导案例的路径和习惯法的路径。希望本文对于案例群方法的研究能够发掘出我国民法学方法论上一个新的问题点,并为进一步推动司法裁判树立方法论自觉尽绵薄之力。

在民法方法论的研究过程中应坚持多维视角,除了要研究既有规则的法律适用之外,更应该兼顾外部视角,认真对待适用于不确定法律概念、概括条款的案例群方法,这同样是民法学方法论的重要组成部分。前者对于法律规则的系统研究,可以称之为纯粹法教义学的研究;后者对于案例群方法的研究可以称之为民法哲学的嵌入方法研究,因为案例群方法的适用过程就是各种法典外价值融入民法典的过程。

[本文为作者主持的 2020 年度北京市社会科学基金青年项目“民法典概括条款的识别与适用”(20FXC021)的研究成果。]

[**Abstract**] The case group method of civil law is a very important legal method in the methodology of civil law, which is widely applied to the uncertain legal concepts and general clauses in civil law. However, there are two theoretical obstacles to the application of this method in China: one is that the binding force of precedents as the basis of comparison is doubtful in the sense of source of law; the other is that the alternative elements formed by case groups are not normative. In China's judicial system and source of law system, theoretical obstacles to the application of civil law case group method can be overcome by two approaches: one is selecting precedents as guiding cases to solve the problem with the binding force of precedents, so that the case group thus formed becomes normative; the other is enabling the case group formed by other similar cases to evolve into customary law and thus become normative. The concrete development of civil law case group method can be divided into two steps: firstly, to obtain the rules of judge law as the basis of comparison; secondly, to form a case group through similarity judgment, and then to abstract the alternative elements.

(责任编辑:余佳楠)