

## 指导性案例的隐性适用及其矫正

孙海波

**内容提要:**在适用指导性案例的司法实践中,隐性适用的现象十分普遍并日益成为主流。唯有深入发掘其成因,才能真正理解这一特殊的实践活动形式。依靠“实用考量的主观动机”和“借用案例的行动方式”,隐性适用巧妙地在裁判过程中将案例遮蔽,从而规避了运用案例的说理负担。这种以实用目的为导向的案例适用活动在本质上是工具主义的,不仅有违案例指导制度的初衷,同时也与形式公正和法治背道而驰。指导性案例自身的特质决定其只能以一种看得见的方式被适用,而实现从隐性适用向明示适用的转变必然是一项系统而复杂的工程,需要在观念和制度方法上的双重努力,以最终真正实现法官在实践中想用、敢用和会用指导性案例。

**关键词:**指导性案例 隐性适用 明示适用 裁判说理 案例规避

孙海波,中国政法大学比较法学研究院讲师。

### 一 问题的提出

中共十八届四中全会提出“加强和规范司法解释和案例指导,统一法律适用标准”,案例指导也是推进“严格司法”政策的一项重要制度。<sup>[1]</sup> 伴随着指导性案例整体数量的不断增多和发布速度的逐渐加快,学界关注的重点也渐渐从“是否需要建立案例指导制度转到怎样充分发挥指导性案例在法治实践中的重要作用上来”。<sup>[2]</sup> 针对指导性案例的适用涌现出了各式各样贴着实证或经验标签的研究,<sup>[3]</sup> 并初步达成了基本共识,即中国法官在实践中已经开启了适用指导性案例的局面。但与此同时,我们也注意到一个

[1] 参见周强:《推进严格司法》,《人民司法》2014年11月14日第006版。

[2] 张骥:《发展案例指导制度需要处理好的三个关系》,《中国审判》2011年第10期,第85页。

[3] 这方面比较典型的包括向力:《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;秦宗文、严正华:《刑事案例指导运行实证研究》,《法制与社会发展》2015年第4期,第48-52页;石磊、刘松涛:《指导性案例参照情况的实证分析》,《人民司法》2015年第23期,第45页。

十分有趣的现象:一方面在实践中指导性案例的数量供不应求,<sup>[4]</sup>而另一方面法官在面对指导性案例时表现得畏首畏尾,怀着一种想用却不敢用或想用却不会用的复杂心态,更加倾向于选择以一种从形式上不为外界所察觉的隐性方式适用指导性案例。“指导性案例发布后是否被后案所援引,这是指导性案例落地生根的标志。”<sup>[5]</sup>明示适用或显性适用,既是案例指导制度的内在要求与目标,同时又是保障其健康发展的重要手段。然而出于各种原因,“隐性适用”在实践中十分盛行,甚至渐渐演变成了一种案例适用的“潜规则”。<sup>[6]</sup>有些法官即便事实上参考了指导性案例也不愿在判决书中明示,<sup>[7]</sup>而是设法掩盖或遮蔽这种适用行为,在判决书中并未直接提及指导性案例编号、标题、裁判要点等内容,但裁判结果却与指导性案例的精神一致。需要指出的是,一些学者所谈的“隐名的直接引用”(即在相关案件中虽未出现“指导性案例”的相关字眼,但却出现了“指导性案例”的裁判要点中的相关字眼)<sup>[8]</sup>实质上仍属于明示适用。

“隐性适用”的主体主要是法官或法院。因为基于特定的利益驱动,当事人或代理律师总是尽可能明确地提出并要求法官参照某个相关的指导性案例,对其而言并不存在所谓隐性适用的问题。同时也应区分,隐性适用与不予适用或拒绝适用也是不同的,后者是指在特定个案中排斥或拒绝对相关指导性案例的适用,前者在具体操作方式上虽然隐秘但实质上仍然肯定了指导性案例对特定个案的指导意义。在此意义上,笔者认为“偷用案例”或“借用案例”似乎更能准确地揭示出隐性适用的真谛。“偷用案例”是指法官暗地里参照指导性案例所体现的原则或精神进行裁判,却丝毫不从外部形式表现出来;而“借用案例”指的是借用指导性案例所蕴含的法律适用方案或争议裁决方案,案例充其量只是形成最终裁决结论的一个中介或跳板,裁判者一旦通过此种方式获得自己所追求的结论,便会立即跳过、搁置或丢弃案例。<sup>[9]</sup>

如此一来,隐性适用便背离了指导性案例在司法实践中应被明示适用的本意。通过遮蔽的手段过度地简化甚至抽空案例适用的复杂论证过程,必然会使案例指导制度统一法律适用标准和实现形式正义的预期理想落空。更为要命的是,这种不规范的案例适用方式会使法官陷入一种十分尴尬的境地:即裁判者明明是间接参照了指导性案例的某些

[4] 中国法官尽管对法条有一种天然的路径依赖,但实践中仍将案例作为一种“尽管不是主导,但留作备用”的非正式、非典型的裁判参照,对于案例的需求仍然是巨大的。参见杨会、何莉苹:《指导性案例供需关系的实证研究》,《法律适用》2014年第2期,第96-97页。

[5] 参见刘作翔:《让指导性案例走进司法活动》,《人民法院报》2016年1月1日第007版。

[6] 一份基于判决书进行的实证调研报告显示,在549例应用指导性案例中,其中隐性援引就高达351例。详情参见郭叶、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)》,《中国应用法学》2017年第4期,第48页。

[7] 参见吴君霞、秦宗文:《指导性案例适用方法研究》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2016年第2期,第144-145页。另外,四川省高级人民法院和四川大学联合课题组的调查也显示,“赞成在裁判文书、判后释疑、调解、庭审辩论等当事人能够知晓的场所或方式中引述案例的法官不足50%,特别是裁判文书中是否引用案例的问题,持肯定意见的比例不足20%。”参见四川省高级人民法院、四川大学联合课题组:《中国特色案例指导制度的发展与完善》,《中国法学》2013年第3期,第41-42页。

[8] 参见孙维飞:《隐名的指导案例——以“指导案例1号”为例的分析》,《清华法学》2016年第4期,第9页。

[9] 案例有时只是法官寻找法条的跳板,当遇到疑难案件找不到法条时,先找类似的案例,然后根据案例中所引用的法条再去找法条。参见杨会、何莉苹:《指导性案例供需关系的实证研究》,《法律适用》2014年第2期,第97页。

内容,却佯称裁决只是法律适用的当然结果而与案例无关。在此情形下法官便是进行“司法虚饰”的说谎者,<sup>[10]</sup>他没有将制作判决的真实过程客观地呈现出来,违背了诚信裁判的基本要求。同时,也未将裁决之形成所依据的材料、推理和论证的过程予以公开,这与公开说理的原则背道而驰。法官为何避开明示适用而选择以隐性的方式适用它呢?隐性适用会带来哪些问题?我们是否应当以及如何对其加以改造?

## 二 隐性适用的实践逻辑

整体而言,隐性通常并不具备可被观察的外在形式,更不用谈有何统一的适用方式了,但其作为一种普遍的司法活动在实践中仍遵循一定的逻辑。比方说以指导性案例 24 号(“荣宝英诉王阳、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案”)为例,该案的争议焦点在于“受害人自身的体质性因素是否可以作为减轻侵权人责任的理由”,在此之前实践中较为流行的做法是按照当事人病理因素对于损害结果的参与度来减轻侵权人责任。24 号确立新的裁判思路,即“不得将无过错受害人体质状况作为减轻侵权人责任的法定情形”。实践中受制于多种因素,法官在实质上认可指导性案例确立的基本规则,并且以此原则和精神来指导自己的裁判,但是在形式上却不以明确的方式运用指导性案例进行论证和说理。

具体而言,这主要表现为,在当事人及其代理人一方主动要求法院参照 24 号进行裁判的情形下,法官在案件的裁判过程(判决书主文)中对当事人一方的这一诉求并不进行直接的回应,既不表明将要参照还是拒绝参照。但是,在案件裁判结果上,法官拒绝按照参与度计算赔偿金的传统做法,同时将当事人的病理性因素排除出减轻侵权人责任的法定情形。<sup>[11]</sup>法官尽管在形式上并未直接明确适用,但是在裁判结果上却与 24 号的结果和裁判精神保持着高度的一致。笔者将这种裁判实践视为是隐性适用的一种典范。

“隐性适用的实践逻辑”大体上包含两个部分:从主观层面来看,它受制于“基于实用考量的主观动机”;而从客观行为方式来看,它采取了一种“借用案例的行动手段”,一旦在隐性的层面利用案例达到所追求的目的,当即便马上会搁置或丢弃案例。对于实践逻辑这一问题的分析不仅可以帮助我们认识隐性适用在实践中的具体运作逻辑,同时对于矫正隐性适用而言也极为重要。

### (一)“实用考量”的主观动机

出于各种考虑,法官在实践中不太情愿将适用指导性案例的过程向外界展示。尽管法官选择以隐性的、非明示的方式将指导性案例引入裁判过程,但其实质上却仍然“适用”了这些案例。从这个角度来看,对于指导性案例是否对眼前待决案件具有可能的指导性价值或意义,法官所持有的态度在整体上是积极的。因此,将分析重点集中在“适

[10] “司法虚饰”(judicial meretricious)通常意指掩盖判决据以作出的真正理由、设法将判决武装成是适用既有法律规则之结果的做法。Martin Shapiro, *Judges as Liars*, 17 *Harvard Journal Law & Public Policy*, 1994, p. 156.

[11] 比如(2015)甘民初字第 6977 号民事判决书,又如(2014)阳西法民初字第 1043 号民事判决书。

用”上,可以帮助我们更加准确地洞察该活动在实践中所遵循的逻辑。

严格来说隐性适用是一种不规范的案例适用方式,它违背了案例应当以公开的方式被适用的要求。由于缺乏公开地对案件相似性进行比对和论证,相应地在隐性适用中出现错误的可能性也较高,如此一来判决结果的正确性也将难以获得保证。即便如此,通过全盘考虑,法官仍然选择适用了相关的指导性案例,这背后隐含着这样一种实践逻辑:出于功利角度的考虑,适用指导性案例可能会给自己带来某种利益或好处。这里,笔者可以将这样一种行动逻辑称之为“好用”或“实用”。具体体现为:

第一,可以化解疑难案件的裁判困局。能够被作为典型加以公布的指导性案例,其来源特征表现为社会广泛关注、法律规定比较原则、具有典型性、疑难复杂或者新类型,因此具有较强的代表性。作为审判经验和智慧的凝结,它能够为一类案件的解决提供科学合理的指导,“如果指导性案例本身就是在填补法律漏洞的基础上作出的,则其裁判过程中所进行的漏洞确认、方法选择以及裁判依据的适用等,都将成为后来与之相似的案例在法律漏洞填补中参考和效仿的对象。”<sup>[12]</sup>比如说,对于关联公司利用人格混同逃避债务的情况,现有法律并未作出明确规制,指导性案例第15号将关联公司人格混同的情形并入《公司法》第20条第3款“法人人格否认制度”的框架之下,<sup>[13]</sup>等于变相地延展了该规则的内容,此后类似案件均可遵循此种思路解决,所以适用指导性案例可以让疑案裁判摆脱被动的僵局。

第二,保障判决的合法性和提高裁判效率。指导性案例彰显出一种解决思路的正确性。这里的正确性主要是指法律适用的正确性,具体来说包括推理过程(说理)的正确性和裁决结果的正确性。这种正确性能够获得双重的保证,即指导性案例本身具有的“正确的决定性判决理由”和“经最高审判组织确定认可的程序安排”。<sup>[14]</sup>前者是一种理性权威或实质权威,是一种经由“理由所产生的权威”,“民法法系国家在审理类似案件时之所以需要考虑先例,是因为法官被先例或判例中的法律推理的正确性或妥当性所说服,而并不是因为他负有遵照先例的法律义务。”<sup>[15]</sup>后者是一种制度权威或形式权威,这种权威发源于指导性案例产生的法定程序,即在法院系统内部一般须先经本院审判委员会通过,再进行层层把关并上报至最高人民法院。因此,一般而言,程序越加复杂意味着案例内容出现错误的概率就越低。

案例指导制度的重要功能之一是“统一法律适用”,实践中绝大多数法官也都将“统一法律适用标准,防止和减少‘同案不同判’”作为该制度的首要功能。<sup>[16]</sup>而在指导性案

[12] 参见姚辉:《民事指导性案例的方法论功能》,《国家检察官学院学报》2012年第1期,第16页。

[13] 关联公司人格混同,其中由个别公司承担所有关联公司的债务却无力清偿,又使其他关联公司逃避巨额债务,严重损害了债权人的利益。此种行为违背了法人制度设立的宗旨,违背了诚实信用原则,其行为本质和危害结果与《公司法》第20条第3款规定的情形相当,故参照《公司法》第20条第3款的规定,关联公司相互之间对外部债务承担连带责任。对此参见最高人民法院指导案例15号“徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案”。

[14] 参见胡云腾、罗东川、王艳彬、刘少阳:《统一裁判尺度,实现司法公正》,《中国审判》2011年第1期,第12页。

[15] 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,第93页。

[16] 四川省高级人民法院、四川大学联合课题组:《中国特色案例指导制度的发展与完善》,《中国法学》2013年第3期,第35页。

例的诸构成性内容中,裁判要点是发挥这一功能的重要载体,是从“指导性案例中抽象出来并指导类似案件审判的裁判规则”。<sup>[17]</sup> 对于某类案件所涉及的法律争点给出了统一的、确定的解释方案,下级法院在审理类似案件时应当参照。由于我国法官对于规则性内容有一种强烈的偏好,他们所偏重的并不是作为一个整体的指导性案例,而更希望看到的是其中以规则形式表达的内容。而裁判要点作为整个指导性案例的精华浓缩,其通常又以规则形式作为载体,可以为法官提供一种快餐式判决指南,<sup>[18]</sup>“通过适用这种已确立的准则来解决新案件可以节省成本和提高效率”。<sup>[19]</sup> 相反,如果允许在每一个案件中都重新开启对裁判要点的讨论,不但会加大论证和说理负担,而且容易造成同案不同判的结果。

以指导性案例 24 号为例,通过指出作为无过错方的受害人自身携带的特殊体质并不构成侵权法意义上的过错,其本质上是对《侵权责任法》第二十六条以及《道路交通安全法》第七十六条第一款第(二)项的解释,在某种意义上等于确立了一项解释性的裁判规则。在此之后的类似案件,如果仍沿用“参与度”裁判则势必会影响判决的合法性。相反,遵照或借鉴 24 号所确立的裁判思路,不仅可以保证判决合法、正确,而且可以减少论证负担和提高裁判效率,这对于隐性适用更是如此,因为它几乎可以完全抹去或隐藏案例论证的具体环节。

第三,转移相应的风险和责任。实践中,法官可能主动去检索、分析并进一步隐性适用相关指导性案例,目前来看这种情形并不是主流。更为常见的是,当事人一方主动提出某个指导性案例,并要求法院依照此案例中所确立的裁判规则来处理眼前案件,对此如果法院作出与指导性案例之内容、精神或原则相违背的判决,则当事人很可能以此为由提出上诉,而由于指导性案例产生于科层制的审级结构,<sup>[20]</sup> 所以原审判决在上诉审中极有可能被认定为错判,并进而会追究原审法官的责任。法官除非有足够的理由认为本案与指导性案例并不实质相似,否则至少会倾向于使裁判结果与指导性案例的精神或原则保持一致。在此意义上,可以说适用指导性案例,哪怕是以隐性的方式适用,至少会带来两个层面的实用性后果:其一是可以提高判决的可接受性,尤其是让案件利益攸关的当事人接受判决结果;其二法官能够从中获得安全感,避免自己的判决在上诉审中被推翻,并进一步规避一些不必要的风险和责任。

## (二)“借用案例”的行动逻辑

中国法官在实践中面对疑难案件时,第一选择往往并不是寻找指导性案例,而是通过其他替代性方法来解决,<sup>[21]</sup> 比如个案请示、司法批复、提交审判委员会或审判长联席会议

[17] 胡云腾:《关于案例指导制度的几个问题》,《光明日报》2014 年 1 月 29 日第 16 版。

[18] 参见吴英姿:《案例指导制度能走多远》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2011 年第 4 期,第 71 页。

[19] E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States*, 4<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2010, pp. 58 - 59.

[20] 指导性案例的生成具有极强的行政化色彩,受司法行政权(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)的影响。参见郑智航:《中国指导性案例生成的行政化逻辑》,《当代法学》2015 年第 4 期,第 125 页。

[21] 参见赵瑞罡、耿协阳:《指导性案例“适用难”的实证研究——以 261 份裁判文书为分析样本》,《法学杂志》2016 年第 3 期,第 120 页。

讨论等。<sup>[22]</sup> 即便如此,经过一番博弈、权衡或通盘考虑,比如说成功地通过指导性案例来说服领导,那么就可能为案例的适用争取到一定的空间,<sup>[23]</sup> 指导性案例对于破解疑难案件显然有着重要的作用。<sup>[24]</sup> 然而,从适用的方式来看,由于隐性适用简便易行、安全可靠,所以这一现象才能在实践中获得较大市场。进一步地,如果深入到隐性适用的内部,可以发现在这种适用方式的背后其实隐藏着一套独特的行动逻辑,笔者此处权且称之为“借用案例”的行动方式。

这种行动逻辑和前述基于“实用考量”的动机在本质上都是功利性的,二者都受到特定实用性目的的激励或驱动。在个案裁判中,法官之所以选择以隐性的方式适用某个指导性案例,主要并不是因为在实质上被指导性案例的说理、推理或论证所说服,而是因为如此适用能够给自己带来直接或间接的利益,这就决定了以利益为导向、陈仓暗度式的隐性适用在本质上是一种权宜之计,是一种追求判决不被质疑、争议案件得到高效解决的策略之举。具体来说,这一行动逻辑包括三个层面的内容,即“试探性权衡和沟通”、“借用案例”和“搁置或摆脱案例”。总体而言,它所遵循的大致是一种“经由案例、依凭案例、超越案例”的路径。以下将分别简要阐述这一过程。

首先,隐性适用的一个前期工作是试探性地进行权衡和沟通。在具体个案中,是否需要适用指导性案例,很多时候是由多种复杂因素所决定的。要不要适用指导性案例有时候要先试探性地听取领导的意见,如果领导明确同意适用指导性案例,则以明示的方式适用相关案例就不成问题。相反,如果领导的意见与指导性案例的内容相冲突,办案人员很可能会直接以领导的意见来处理案件。<sup>[25]</sup> 此外,在领导不发表意见或默认的情况下,如果适用指导性案例能够有效化解裁判困局,那么办案法官会更倾向于选择隐性适用相关案例。与此同时,如果当事人强烈要求参照某个指导性案例,法官会权衡拒绝适用该案例可能会引发哪些后果,而明示适用除了增加论证负担还可能出现适用错误等结果,通过此种权衡与沟通,从而做出是明示适用还是隐性适用的决定。需要说明,在司法责任制改革要求“让审理者裁判,由裁判者负责”的背景下,可能会从形式上对于上述这种行动施加一些限制。但是在独立承担责任的重压之下,法官更不敢贸然直接适用指导性案例,他们仍会继续以各种方式进行试探性的权衡活动。

其次,针对性地甄选和借用案例,这是隐性适用的一个关键环节。在笔者看来,“借用案例”这个表述可以十分精准、形象地刻画隐性适用的真实过程。从主观上讲,这种借用是指法官并非出于对指导性案例的尊重或认可而遵守,而是为了促进或达成某些目的的实现,比如说,为了快速化解纠纷或减少裁判风险而隐性参照指导性案例;在客观上,也不同于普通法系法官通过对比前后两案的关键性事实以确定可供适用的先例规则,而是

[22] 对于正文中所列诸种方法的讨论,参见孙海波:《疑难案件裁判的中国特点:经验与实证》,《东方法学》2017年第4期,第55-60页。

[23] 秦宗文、严正华:《刑事案例指导运行实证研究》,《法制与社会发展》2015年第4期,第47页。

[24] 相关调研显示,实践中解决法律适用疑难问题的指导性案例援引频率较高。并且,从案例的类型来看,这些案例大都属于“弥补法律漏洞型”、“拓展法律、司法解释型”的案例。参见赵瑞罡、耿协阳:《指导性案例“适用难”的实证研究——以261份裁判文书为分析样本》,《法学杂志》2016年第3期,第117页。

[25] 秦宗文、严正华:《刑事案例指导运行实证研究》,《法制与社会发展》2015年第4期,第47页。

直接引用指导性案例中言之成理的内容。<sup>[26]</sup> 也就是说,避开在判决书中对指导性案例与眼前待决案件之间在关键事实上的相似性判断,甚至根本不提及相关指导性案例的名称、编号或裁判理由,而是直接“套用”该案例在裁判要点中所确立的裁判思路,并且在裁判结果上亦与其保持高度一致。

最后是“经由案例,超越案例”,其实就是“过河拆桥,甩开案例包袱”。在“借用案例”的环节中,通过直接套用指导性案例的裁判思路或结果获得一个大体相似的裁判结果,其实已基本达到隐性适用所要追求的目的。但在形式上,还需要做一些掩饰,即明明参照了指导性案例的相关内容,却非要将其遮蔽以免被外界所察知,进而使得案件的裁决被看做是一种直接适用法律的当然结果。在这一点上与司法虚饰理论不谋而合,即通过佯装或说谎的方式掩盖判决形成的真正过程。<sup>[27]</sup> 在此,指导性案例仅仅被当做一种跳板或工具,一旦实现目的马上就被抛弃或抽离,这不仅违背了案例适用的基本规则,而且会从根本上架空案例指导制度。同时,在较强功利性利益或目的的趋使下,硬生生地将指导性案例中的判决思路(以及结果)与案件事实、裁判理由剥离开来的做法,将会错失指导性案例中真正具有指导价值和意义的内容。

至此,笔者已全面揭示了隐性适用背后所依凭的实践逻辑。在隐性适用的场合,案例的某些要素虽然对于裁决结果的形成起到了一定的作用,但是在有形的司法场域里我们却看不到案例的身影。人们可能会问,实践逻辑所包含的两部分内容之间是一种怎样的关系?依笔者看来,“实用考量”的动机是行动的先导,是导致隐性适用的直接性诱因,并且相对于“借用案例”的行动而言具有逻辑先在性;相比之下,“借用案例”则是一种策略性的行为方式或手段,并不是一种常态的出于对指导性案例的尊重或服从而适用案例,而仅仅只是一种特定目的或利益驱动下的权宜之计。

### 三 隐性适用背后的原因

与隐性适用的实践形式相连,更进一步的问题是促使这一现象产生的实践动因有哪些?换言之,制约法官选择隐性适用的因素有哪些?当论及为何必须要遵循先例时,学者们曾提出过诸多理由,包括实现平等(做到类似案件类似处理)、促进确定性(使得法律连贯、一致)、体现尊重(尊重前辈法官的经验和智慧)、经济高效(减少案件诉讼量和提高司法效率)<sup>[28]</sup>以及保障信赖(不遵守先例将会挫败人们的信任并进而导致一种不正义)<sup>[29]</sup>等。同样地,指导性案例作为审判经验之凝结,其在中国也有类似的功能与价值,诸如具有解释法律、填补漏洞、补充价值以及创设规则等功能。<sup>[30]</sup>如果说在案例指导制度产生

[26] 杨会、何莉苹:《指导性案例供需关系的实证研究》,《法律适用》2014年第2期,第96-97页。

[27] Martin Shapiro, *Judges as Liars*, 17 *Harvard Journal Law & Public Policy*, 1994, pp. 155-156.

[28] E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States*, 4<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2010, pp. 58-59.

[29] Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, 1961, pp. 67-69.

[30] 参见姚辉:《民事指导性案例的方法论功能》,《国家检察官学院学报》2012年第1期。

之前法官不敢贸然引用案例尚可理解,那么在案例经由特定程序被确认为指导性案例之后仍得不到明示地适用则颇耐人寻味。如果我们将案例指导制度理解为一种司法能动的体现,<sup>[31]</sup>那么这里实际上突显了一个“能动又不能动”的悖论,“能动”要求法官在实践中积极地适用指导性案例,而实践中法官在运用指导性案例时却表现出了“不能动”的态度——谨小慎微、瞻前顾后、遮遮掩掩。

### (一) 受效力指向不明的羁绊

从形式上来看,指导性案例系基于权威的遴选和发布程序而产生;从实质内容上说,其说理和论证通常较普通案例更为充分、细致。这就决定了它更有资格进入司法过程,更有可能成为证立特定裁决的辅助性渊源。2010年最高人民法院《关于案例指导工作的规定》(以下简称《规定》)肯定了这一点,它要求“各级人民法院审判类似案例时应当参照最高人民法院发布的指导性案例”。这实际上等于赋予指导性案例一种介于普通案例与判例之间的特殊地位:与普通案例不同,指导性案例对于类似案件的审判实践具有“应当参照”的指导效力;与判例也不一样,它并不具有正式法律渊源的地位。一言以蔽之,指导性案例是一种既不同于普通案例又不同于判例的特殊存在。

普通案例在司法实践中一直发挥着重要的作用,在统一法律适用、防止司法擅断、填补法律漏洞以及解决疑难案件方面具有重要意义,以至于被学者称为“活着的法典”。<sup>[32]</sup>这一点在四川省高级人民法院和四川大学联合课题组的调研中也有所体现,该调研显示“93.7%的法官表示自己在办理案件时习惯查找、判断是否有类似的案例”。<sup>[33]</sup>照此逻辑,由于指导性案例相比于一般案例所具有的典型性或代表性,因此它对相似案件的裁判能够起到更大的指导性作用。故而在实践中法官也更易于积极、主动地在裁判中适用指导性案例。然而事实并非如此,一如前述,中国法官在指导性案例面前表现出了一种消极和被动的态度,这尤其体现在隐性适用上。

何以会这样?笔者认为一方面固然和法官们对指导性案例的了解不够相关。<sup>[34]</sup>另一方面部分指导性案例所存在的质量问题(比如漏列或错列关键词或相关法条、裁判要点过度抽象、个别裁判要点脱离裁判理由、部分裁判理由过于简略等)<sup>[35]</sup>在客观上也制约或阻碍着法官以明示的方式适用它们。除此之外,个别指导性案例之所以出现适用率低,

[31] 参见李仕春:《案例指导制度的另一条思路:司法能动主义在中国的有限适用》,《法学》2009年第6期。

[32] 参见蒋惠岭:《认真对待作为“动态法典”的案例》,《人民法院报》2008年5月14日第5版。

[33] 四川省高级人民法院、四川大学联合课题组:《中国特色案例指导制度的发展与完善》,《中国法学》2013年第3期,第37、41页。

[34] 有学者对两高的《规定》做了一项调查,发现近一半的法官并不知道有案例指导制度,因此也就不知道指导性案例究竟为何物。即便是在知道此一制度的法官中间,真正非常了解这一制度的也是少之甚少(非常了解的仅占7%,65%表示比较了解)。参见秦宗文、严正华:《刑事案例指导运行实证研究》,《法制与社会发展》2015年第4期,第44页。

[35] 参见郭佳琳著:《指导性案例的识别与使用——从最高人民法院发布16个指导性案例的缺陷切入》,载贺荣主编:《公正司法与行政法实施问题研究》(下册),人民法院出版社2014年版,第1005-1007页。

是由案例本身的附加功能(比如政治功能或政策功能)强于指导功能所致。<sup>[36]</sup> 以上诸端可以看做是造成指导性案例适用率低的基本因素,它们使得法官在决定是否适用指导性案例的问题上举棋不定。而对于隐性适用的产生,很大程度上根源于指导性案例的效力性质不明,亦即对于“应当参照”应做何解释存在争议。如果说指导性案例像普通法系中的先例那样具有法律上的拘束力,法官在裁判过程中不仅必须遵循,而且必须以明示的方式来展示为何以及如何遵循或不遵循,那么也就不存在隐性适用的问题了。

然而,问题恰恰就出现在:如果指导性案例的效力不是一种法律上的拘束力,那么它又会是什么?王利明教授将有关指导性案例之效力的各种观点归纳为“说理功能说”(效力性质上的说服力取决于其说理的正确性和论证的妥当性)、“参照功能说”(审理类似案件时要参照指导性案例的裁判尺度和裁判标准)以及“指导功能说”(法官应按指导性案例进行判决,否则可以成为二审改判的理由)。<sup>[37]</sup> 说理功能说强调说理,这与一般案例无异。而指导功能的主张较强,等于赋予指导性案例以直接的法源地位。参照功能说认为指导性案例的效力应介于无拘束力和法律上的拘束力之间,从性质上讲是一种事实上的约束力,它是“指导性案例本身具有的正确的决定性判决理由和经最高审判组织确定认可的程序安排,共同构成了指导性案例在司法运用中的说服力和指导作用,其拘束力是内在的、事实上的作用,而不能直接作为裁判依据适用。”<sup>[38]</sup>

事实上的拘束力,首先并不等同于“必须参照”,它并不要求法官必须断然性地参照相关的指导性案例,因此排除了将指导性案例作为一种正式法源的可能;其次它也不等同于“可以参照”,“如果允许法官自由决定是否援引或参照相关指导性案例,那么案例指导制度将形同虚设”。<sup>[39]</sup> 除此之外,这种事实上的拘束力应该是什么样的?它对法官所提出的具体要求又是什么?正如某些学者所敏锐地意识到的那样,事实拘束力的问题在于,“仅从否定的角度排除了指导性案例的法律规范、法律渊源属性,但没有从肯定的角度揭示案例参照的内容及其性质,难以理解和操作。”<sup>[40]</sup> 尽管人们可以达成这样一种事实拘束力的共识,但是分歧依旧是存在的,事实上的拘束力由于未能对法官在实践中的参照方式提出明确的要求,结果导致他们在面对指导性案例时仍不敢轻举妄动,出于多种考虑宁愿选择不适用或隐性适用。

## (二) 逃避司法论证负担

影响法官选择隐性适用方式的第二个原因,是其想逃避适用案例可能带来的论证负担。司法裁判本身是一个说理的活动,其不仅要提供理由对裁判结果加以证成,而且还要对整个司法推理的全过程负有提供理由加以说明的义务。由于案例适用本身是一项复杂

[36] 参见赖江林、李丽丽:《类案识别:指导性案例适用技术的检视与完善——基于最高人民法院 52 件指导性案例适用现状的实证分析》,载贺荣主编:《尊重司法规律与刑事法律适用研究》(上册),人民法院出版社 2016 年版,第 389 页。

[37] 参见王利明:《我国案例指导制度若干问题研究》,《法学》2012 年第 1 期,第 76 页。

[38] 胡云腾、罗东川、王艳彬、刘少阳:《〈关于案例指导制度的规定〉的理解与适用》,《人民司法》2011 年第 3 期,第 36 页。

[39] 王利明:《我国案例指导制度若干问题研究》,《法学》2012 年第 1 期,第 76 页。

[40] 冯文生:《审判案例指导中的“参照”问题研究》,《清华法学》2011 年第 3 期,第 93 页。

的活动,与依照成文法规则的推理相比,基于案例所进行的司法推理的说理负担更为严苛和繁重。因为一旦将指导性案例引入裁判过程,接下来无论是决定适用还是拒绝适用指导性案例,都必须提出相应的理由加以论证。尤其是在某些法官惰于思考问题的思维之下,本着多一事不如少一事的心态,便不太可能选择明示适用的方式。

依照诚信裁判理论,法官在判决书中不仅应充分说理,而且还应如实地向外界披露判决据以形成的真正理由。<sup>[41]</sup> 长久以来判决不说理问题一直为学界所诟病。造成这一现象的原因归纳起来主要有:一是腐败(“法官枉法裁判,不敢进行说理”),二是无能(“法官素质不高,没有能力说理”),三是缺管(“缺乏督促措施,法官不愿下功夫说理”),四是体制(“现行司法制度的原因”)。<sup>[42]</sup> 笔者认为我们可以把这些理由分为三类:(1)“懒得说”,法官懒于独立思考问题,<sup>[43]</sup> 这种思维上的惰性使得法官不重视说理,也不愿下功夫对案例的运用进行推理和论证;(2)“想说却又不知该如何说”,相应地如欲提高判决说理质量就要努力提高法官的理论素养,增强理性思维和论辩的能力;(3)“想说却不敢说”,出于体制或其它原因,法官不敢说太多。言多必有失,说多了怕露馅或惹祸上身。以上这三类理由,都会或多或少诱使法官选择隐性的方式适用指导性案例。

2015年《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》(下文简称《实施细则》)规定,只能在裁判文书的裁判理由部分引述指导性案例的相关内容,这就意味着指导性案例在裁判过程中能够出现的地方只能是裁判理由部分,很显然其作用也主要是对相关裁判推论的理由进行强化或削弱。在此意义上,参照指导性案例进行裁判,实际上就是在裁判理由部分运用指导性案例进行说理。从积极的方面来说,如欲在个案裁判中参照某个指导性案例,法官主要负有两个方面的论证义务:其一,需要提出理由证明眼前待决案件与指导性案例在实质上是相似的;其二,在完成前一项工作的基础上,需要进一步论证指导性案例中的论理内容能够与待决案件所欲得出结论之间形成一种支撑。显然,这较之于适用成文法推理,大大地增加了法官的论证负担。

从消极的方面来看,无论是当事人一方所提供的指导性案例,还是法官主动提出的相关指导性案例,如果想要做出拒绝参照或者偏离这些案例的决定,法官便负有一种较强的论证义务。《人民法院第四个五年改革纲要(2014-2018)》提出要建立和完善裁判文书说理的刚性约束机制和激励机制,显然法官对于裁判过程中所被提出的一切指导性案例均负有回应的义务。如果拒绝参考或适用相关的指导性案例,就必须提出充分的理由来支持这个决定,此即规避指导性案例的论证义务。

### (三)法官不谙熟适用案例的方法

除了以上两点原因外,法官在适用案例方面的能力,或者说法官不谙熟适用案例的方法,在一定程度上也制约着法官选择隐性适用的方式。一个完整的指导性案例包括标题、

[41] Mathilde Cohen, *Giving Reasons: Why and How Public Institutions Justify Their Decisions*, Proquest, Umi Dissertation Publishing, 2011.

[42] 参见凌斌:《法官如何说理:中国经验与普遍原理》,《中国法学》2015年第5期,第100-101页。

[43] John Henry Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3<sup>rd</sup> edition, Stanford University Press, 2007, p. 47.

关键词、裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果、裁判理由七个方面的内容,到底这其中哪一个部分对于后来类似案件具有指导性效力,在 2015 年《实施细则》颁布之前一直是个有争议的问题,对此有三种代表性的观点:“结果模式”主张判决的具体结果对于后来案件具有约束力;相比之下,“理由模式”则声称后案法官并不受先前案件裁决规则的约束,而是受到其推理或说理的约束;除此之外,“规则模式”认为指导性案例中真正具有指导性或约束力的部分应当是其中所蕴含的规则,或者采取规则形式所表述的内容。<sup>[44]</sup> 由于法官拿捏不准到底以上何种部分具有指导性效力,因此不敢贸然公开对其加以参照或援引,这便为隐性适用制造了存在的空间。

然而,这种争议随着《实施细则》的出台,在一定程度上得到了解决。它明确规定只能在裁判文书中援引指导性案例的裁判要点,即置于指导性案例之首、在内容表述上类似于规则的那个东西。但是,问题仍然存在:其一,是否意味着裁判要点以外的其它内容均不具有指导性效力,因此难以进入到裁判的过程?其二,如果我们承认后案法官只能援引裁判要点加以裁判,那么以何种方法来援引裁判要点?其三,在确定援引裁判要点之前,如何去证明待决案件与指导性案例之间存在或不存在实质相似性?对于这三个问题的回答又将我们重新拉回前文曾涉及的一个内容,即中国法官在使用案例进行推理方面能力是较为有限的。由于能力方面的原因,即便是指明法官应引述裁判要点进行裁判,但是与其相关的一系列方法论上的操作仍面临重重困难。

案例适用活动需要立基于一套以类比推理为中心内容的归纳思维,而我国的法官更青睐法条式的演绎推理。即便是裁判要点虽然采取了规则的表述形式,但其本身毕竟不是法律规则,这就决定了后案法官不能将其作为裁决根据直接引用。由于对如何参照案例缺少可操作性规定,导致“长期沉浸于制定法和司法解释环境中的法官们,对于指导性案例及其适用的陌生是相当根深蒂固的。”<sup>[45]</sup> 出于能力、知识和思维方法上的限制,不少法官陷入了一种主观上想用但客观上却不会使用指导性案例的尴尬处境。当同时面对成文法规则与案例时,他们会下意识地移步前者,这恰恰印证了克茨的论断:“民法法系国家的法官只有将脚下的小船停泊在制定法的港湾时才会有安全感。”<sup>[46]</sup> 如此一来,当法官不确定应如何适用指导性案例时,他们要么干脆选择回避案例,要么选择以隐性的方式来适用案例,由此可以不必将那些适用案例的复杂过程展示出来。

对于这里所讨论的“能力论”,其实隐含着一个基本预设:即法官不选择以明示的方式适用案例是因为法官不谙熟类推思维,不懂得如何在判决书中围绕案例的比较展开说理和论证。依此逻辑,反过来如果法官通过学习和培训掌握了适用案例的归纳思维,那么他就能像普通法系国家中的同行那样以明示的方式适用案例。然而,这一推论显然有些单纯和乐观,真实的情况要比这复杂得多。具体来说,法官之所以不以明示的方式将指导

[44] 参见孙海波:《论指导性案例使用的特点与难点》,载高鸿钧主编:《中国比较法学》,中国政法大学出版社 2016 年版,第 329 - 332 页。

[45] 孙光宁:《反思指导性案例的援引方式——以〈〈关于案例指导工作的规定〉实施细则〉为分析对象》,《法制与社会发展》2016 年第 4 期,第 91 页。

[46] Hein Kötz, Taking Civil Codes Less Seriously, 50 *The Modern Law Review*, 1987, pp. 1 - 15.

性案例的适用过程及细节展示于众,主要是出于规避风险或责任的考虑。复杂的案例适用过程,任何一个细节出现问题或稍有操作不当便很容易出现错误,法官贸然公开地适用案例,很可能导致“好心办坏事”的结果,而错案错判又会进一步牵引出司法责任。由此,本着“不求有功、但求无过”的心理,法官通常就更不太愿意公开援引指导性案例了。

## 四 隐性适用的缺陷及矫正方向

诚然,隐性适用是一种对于指导性案例的不规范的适用方式,<sup>[47]</sup>但其在本质上仍然属于广义的适用指导性案例的活动,相比那些本该适用指导性案例而拒绝适用的做法确实有一定的可取之处。尽管如此,这种非规范性适用方式所带来的问题或产生的消极影响也不小,我们不得不对其进行矫正。

### (一) 隐性适用存在的问题

首先,它仅仅将指导性案例当做是达到某些目的的工具或手段,只注重案例的形式而不关心其内在的实质,因此本质上是一种工具化的案例适用观。甚至在某些案件中,“先有领导意见,后找案例佐证,案例成为论证领导意见合理性的工具,失去了参阅案例的本来意义。案例适用的工具化倾向侵蚀了指导性案例适用的生态基础。”<sup>[48]</sup>指导性案例的约束力不仅产生于特定程序的安排,而且也与其在实质层面的推理与说理的质量密不可分,这就决定了“应当参照”意味着“应当以一种明示的方式参照”,并尽可能将案例适用的全过程以外界能够知晓的方式展示出来。显然,工具化的隐性适用暗度陈仓,违背了案例以开放性、明示化适用的基本要求,也背离了案例指导制度的初衷。

其次,遮蔽案例适用的过程和事实,指导性案例与待决案件之间事实的比对、相似性判断、运用案例进行说理等活动均被掩饰,使这种活动无法接受法律共同体的监督。在此逻辑之下,案例的适用不是基于理性的论证,而成为了法官基于感性判断等主观性因素所作出的任意选择,“这种带有‘机会主义’倾向的案例适用方式实际上偏离了成文法传统中经由‘逻辑推理’形成‘有原则的判决’路径。”<sup>[49]</sup>这种任意性的适用方式构成了对指导性案例的滥用,极易造成同案不同判的结果,进而影响法律的统一适用。除此之外,案例适用本是一个复杂的论证过程,对操作步骤有着特定的要求,人为地抽空这些中间环节,将案例适用真空化会助长法官的惰性,甚至还会造成错判、误判。

隐性适用是司法虚饰的一种表现,从根本上背离了诚信裁判的基本要求。司法虚饰主张判决书中所展示的判决理由并非判决据以做出的真正原因,实质上只不过是粉饰判决的一种工具,<sup>[50]</sup>真正起决定作用的理由被有意隐藏或遮蔽掉了。隐性适用所因循的逻辑大体相同,被适用的案例在一定程度上对案件的结果起着重要的甚至决定性的作用,法

[47] 对于指导性案例之误用与滥用的讨论,可以参见孙海波:《论指导性案例的使用与滥用——一种经验主义视角的考察》,载舒国滢主编:《法学方法论论丛》(第3辑),中国法制出版社2015年版,第223-241页。

[48] 秦宗文、严正华:《刑事案例指导运行实证研究》,《法制与社会发展》2015年第4期,第51页。

[49] 参见杨会、何莉苹:《指导性案例供需关系的实证研究》,《法律适用》2014年第2期,第97页。

[50] 参见杨贝:《论判决理由与判决原因的分离——对司法虚饰论的批判》,《清华法学》2016年第2期,第37-52页。

官通过遮蔽案例而佯称裁决只是适用成文法规则的结果。与之相对,诚信裁判不仅认为法官有责任为判决提供相应的理由,<sup>[51]</sup>而且还应向外界如实地披露案件据以做出的真正原因或理由。<sup>[52]</sup>由此观之,法官以隐性的方式适用案例,却不如实地将这些对裁决结果起重要意义的法律理由予以披露,不仅是走向了诚信裁判的对立面——恶信裁判,而且也与法治的要求背道而驰。<sup>[53]</sup>

## (二) 隐性适用的矫正方向

### 1. 案例适用模式的阶段论之辨

在案例指导制度的初创阶段,对于司法实践中应以何种方式适用案例,确实是一个不断摸索的过程。由此,到底是该选择明示适用的方式,还是隐性适用的方式更适宜,确实是一个具有争议的问题。在诸多主张中,有一种观点认为可以“分阶段地”来适用指导性案例,理由是在案例指导制度运作的初期,案例本身不具有正式法律渊源的地位,在效力上会受到一定的限制。加上法官适用案例的能力相对较低,因此应当以宽容的态度容许分阶段地、采取不同的模式来援引案例。<sup>[54]</sup>换言之,根据具体的情况坚持“两步走”的战略,具体来说又有两种不同的选择:其一,“先明示后隐性”,即在该制度运作的前期阶段,应严格贯彻明示适用,待制度完善和条件发展成熟可以有条件地允许隐性适用;其二,“先隐性后明示”,认为初级阶段应大力推广隐性适用,后期则可以着力提倡明示适用。

我们首先来检讨“先隐性后明示”这个主张。一是参照和引用是两种不同的司法活动,“参照可以引用也可以不引用,只要类似案件的裁判参照了指导性案例的精神,符合指导性案例的裁判要点要求,不必非在裁判文书中引用某个指导性案例。”<sup>[55]</sup>依此逻辑,裁判文书中看不到指导性案例并不意味着法官没有参照,参照不必非得明确的方式引用;二是由于技术上的原因不能证明明确适用案例不出现错误时,“使用了指导案例中的裁判要点却不指明其出处,对法官减少其判决被质疑的机会是会起正面作用的”。<sup>[56]</sup>为了避免陷入争议或危险,而竭力提倡以隐性的方式推进案例的适用。总体而言,认为在案例指导制度刚刚建立、效力地位严重受限、技术和方法尚不成熟、法官专业素养参差不齐的情况下适宜隐性适用,待制度完善和条件成熟方可再引入明示适用。

再来看“先明示后隐性”。更确切地说,在案例制度建立之初对指导性案例的适用必须采取明示的方式,这是“应当参照”的原本和真实含义,“如果指导性案例不能被法官在裁判文书中引用,法官就可以不理睬指导性案例,当事人、律师以及检察官也会觉得它对当下的案件没有意义而不予重视,这样只会导致指导性案例如同目前一些法院发布的

[51] Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 41.

[52] Scott Altman, *Beyond Candor*, 89 *Michigan Law Review*, 1990, pp. 296 - 297; John W. McCormac, *Reason Comes Before Decision*, 55 *Ohio State Law Journal*, 1994, p. 166.

[53] Mathilda Cohen and Mathilde Cohen, *The Rule of Law as the Rule of Reasons*, 96 *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2010, pp. 1 - 16.

[54] 参见袁白薇:《案例指导制度之微观运作——以待决案件的适用进路为视角》,载万鄂湘主编:《建设公平社会与刑事法律适用问题研究》,人民法院出版社 2012 年版,第 77 - 78 页。

[55] 胡云腾:《如何做好案例指导的选编与适用工作》,《中国审判》2011 年第 9 期,第 85 页。

[56] 孙维飞:《隐名的指导案例——以“指导案例 1 号”为例的分析》,《清华法学》2016 年第 4 期,第 18 页。

典型案例一样,仅仅是形式上的指导,并无实质性的意义。”<sup>[57]</sup>对于新生制度而言,出现问题并不可怕,可怕的在于有意地去遮蔽问题,或者采取鸵鸟政策人为地回避问题。明示适用本身就是一种试错性的活动,相比之下它更容易展示或暴露案例适用中可能遇到的问题。确实,完全放弃或排除隐性适用也是不可能的,在特定的情形下它有自身存在的价值,比如说隐性适用可以对抗领导的行政干预。但是应注意,隐性适用对操作环境有很高的要求,它要以法治为基本前提、以法官的高素养和法律共同体的自律为重要保障。故而,待案例指导制度发展到一定阶段,各方面的客观条件较为成熟之时,隐性适用可以发挥一定的补充性功能。

从这个角度讲,阶段论的提出有其合理的一面。但是深入到阶段论的内部,在面临两种不同的选择模式之时,我们要保持清醒的头脑,严格地检视这两种模式何者更能切合案例制度的目的。相比之下,笔者更倾向于支持第二种论点,即在当下应严格地推行明示适用的方式,严格地限定和压缩隐性适用的空间。

## 2. 明示适用的价值

以明示的方式适用案例,可以以开放性的姿态接受法律共同体的监督,从而形成法学理论家、法律实务者(法官、检察官、律师)以及社会共同的良性互动与沟通。“只有以当事人、法律职业共同体乃至社会公众看得见的方式展示先例式参照的过程和内容,才能使审判权的行使得到深入的监督,才能使法律专家得以准确的评价,才能使当事人背离良知和法律的行为得到抑制,才能使社会公众得到理性的引导,也才能使生活共同体得以重建和拓展。”<sup>[58]</sup>通过此种监督,一来可以让案例以一种看得见的方式被适用,从而有效地制约法官对裁量权的滥用,二来能够及时、有效地发现问题和解决问题。

明示适用反对仅仅将指导性案例当做是谋求特定目的的工具或手段,它要求裁判者要深入到案例的内部去发现真正具有内在价值的东西。这种明示适用的要求与现代法治,尤其是与形式法治内在地联系在一起,它偏重程序和规则对思维决策的影响,<sup>[59]</sup>要求以明确和透明的方式来执行和适用既有的法律标准,从而确保法律适用的明确性、一致性、稳定性和可预期性。<sup>[60]</sup>法官在做出决定时必须提供相应的理由,这也是法治的核心要求之一。一如我们所看到的,与隐性适用相比,明示适用能够把指导性案例当做是一种类型的法律理由,并将这种理由在裁判过程中的适用以外界可以察知的方式展示出来,不仅为判决的“合法性”提供妥适的论证,而且有助于促使指导性案例能够被连贯、一致、可预期地适用于今后类似的案件中,推动案例适用回归到一种符合法治的、常态的运作模式。

明示适用还有促进裁判说理的价值。由于指导性案例并不具有正式法源的地位,因此它不能够作为裁判根据加以援引。在待决案件中,其最合适的出场位置是裁判说理部分,案例的援用可以为特定法律的理解或适用提供支撑性理由。对于是否必须以明示的

[57] 于同志:《论指导性案例的参照适用》,《人民司法》2013年第7期,第64页。

[58] 冯文生:《审判案例指导中的“参照”问题研究》,《清华法学》2011年第3期,第104页。

[59] 参见陈金钊:《对形式法治的辩解与坚守》,《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2013年第2期,第7页。

[60] 参见张翔:《形式法治与法教义学》,《法学研究》2012年第6期,第8页。

方式在裁判说理部分引述指导性案例,《规定》给出了肯定性的答复,认为“应当明确引述”符合审判公开、透明的要求,也便于人民群众监督。<sup>[61]</sup> 适用指导性案例和适用成文法一样,都是一种运用法律理由进行论辩的过程,包括明确地对案件重要事实进行提炼和比对、对前后两案是否实质相似的判断等内容进行论证。尤其是,“如果有当事人在诉讼中明确要求法院参照某个指导性案例,那么,法官在裁判文书的说理部分就必须回应是否应当参照并说明理由。”<sup>[62]</sup> 明示适用所施加的以公开、明确的方式利用案例进行推理和论证义务,能够提高裁判文书的说理性,也可以增加司法的公信力,在根本上有利于人们更好地接受判决。

## 五 从隐性适用迈向明示适用的路径

指导性案例只有在司法实践中被具体适用,其生命力才能从根本上被激活。通过这种具有特殊身份的案例指导司法裁判,可以激发处理当前案件的灵感、增强对处理结果的信心、为说服同事或领导提供有力论据、有效化解外部压力等。<sup>[63]</sup> 上文笔者已经论证,在现阶段我们必须对隐性适用方式加以改造,使隐性适用全面转向明示适用,这是实现案例指导制度走向正轨的一个重要保障。然而,要做到这一点并非易事,可以说是一项复杂的系统工程,除了端正对指导性案例的态度之外,还需要在制度上做出一些改进,比如引入一些制裁性及激励性举措,一方面积极引导法官主动、规范地以明示的方式适用指导性案例,另一方面对于那些以隐性的方式非规范地适用指导性案例的行为设定一些责任负担,从而逐步实现隐性适用到明示适用的过渡和转换。

### (一) 摒弃工具论的错误观点

指导性案例的效力性质不明(即“应当参照”所指向的到底是什么?)在一定程度上诱使法官选择隐性适用。如某些学者所揭示的那样,“因为指导性案例没有法律效力,法官据此认为他们可以选择性地参考”,<sup>[64]</sup> 通过其自身的内容来影响后案法官的裁判过程,但却并不在裁判说理中留下蛛丝马迹。<sup>[65]</sup> 笔者认为,隐性适用所依凭的这种效力观是有问题的。从语义上看,“应当”不同于“可以”,它所引导的规范模式属于强行性法律规范,属于法律义务的范畴,相关主体必须履行而不得随意放弃。<sup>[66]</sup> 虽然指导性案例在我国并不具备正式的法源地位,但是下级人民法院在审理类似案件时如无充分理由不得有意偏离或规避相关的指导性案例。这种独特的效力并不是来自于法律制度的直接规定,而是基于一系列相对于法律制度的“事实因素”的保障所形成的,这种事实性因素包括逻辑、伦

[61] 郭锋、吴光侠、李兵:《〈〈关于案例指导工作的规定〉实施细则〉的理解与适用》,《人民司法》2015 年第 17 期,第 35 页。

[62] 胡云腾:《如何做好案例指导的选编与适用工作》,《中国审判》2011 年第 9 期,第 85 页。

[63] 参见秦宗文、严正华:《刑事案例指导运行实证研究》,《法制与社会发展》2015 年第 4 期,第 10 页。

[64] 陆幸福:《最高人民法院指导性案例法律效力之证成》,《法学》2014 年第 9 期,第 98 页。

[65] 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证分析》,《比较法研究》2016 年第 6 期,第 112 页。

[66] 参见谢晖:《“应当参照”否议》,《现代法学》2014 年第 2 期,第 55-57 页。

理、智识、利益和诉讼制度运作等的综合效应。<sup>[67]</sup> 故而,“应当参照”不仅意味着必须参照,而且还要求法官必须以明示的方式进行参照。

与效力观紧密相连的一个问题,是人们对指导性案例秉持一种怎样的态度。无疑,指导性案例这个事物既具有内在价值又具有外在价值。所谓“内在价值”也可以称为自有价值或目的价值,是指事物本身所具有的、不依赖于其它事物或价值的存在而存在的价值;而“外在价值”(extrinsic value)也称工具性价值,是非独立存在的、服务于其它事物或目的的一种手段。<sup>[68]</sup> 在此意义上,笔者认为实现形式正义(即同案同判)是其终极性目的、内在价值或目的性价值,而巧妙地规避风险、提高裁判效率等则是一种工具性的价值。隐性适用犯了本末倒置的错误,“借用或套用”的行动逻辑过分强调和重视指导性案例的工具性价值,而忽视了案例本身所蕴含的更为重要的内在价值。因此,改造隐性适用,除了端正对指导性案例效力性质的态度之外,还应从根本上摒弃工具主义的案例适用观。通过信奉、尊重和认可指导性案例的内在价值,启发法官以明示的方式适用案例进行推理和论证。

## (二) 惩戒性举措与激励性举措并重

案例指导制度在实践中运行状况不佳的一个重要原因,在于缺乏相应的惩戒性与激励性举措。《规定》仅仅笼统地要求“各级人民法院审判类似案例时应当参照”,但既未指明违背该规定将会承担何种责任,亦未辅之以任何激励性的措施,前者无疑会助长法官适用指导性案例的随意性,而后者则会打消其主动、规范性适用的积极性。想要变隐性适用为明示适用,就需要在具体的制度上引入这两种新的变量要素,从积极和消极两个方面来分别加以引导。

确实,在错案追究等司法责任制压力下,有些法官会下意识地形成一种“多一事不如少一事”、“不求有功但求无过”的习惯性心理,加上普遍面临“案多人少”的问题,明确援引指导性案例势必会增加其论证负担。<sup>[69]</sup> 由此,法官在指导性案例面前表现出了一种“集体性的消极态度”。站在责任的对立面,着眼于激励性措施的制度设计是一种思路。最高人民法院也意识到了这一点,所以在《实施细则》中笼统地规定了一条(第14条)激励性措施,即“各级人民法院对于案例指导工作中做出突出成绩的单位和个人,应当依照《法官法》等规定给予奖励。”

对于何为“做出突出成绩”,最高人民法院相关负责人认为这可能表现为“法官所承办的案件被总结、提炼,变成指导性案例指导全国法院对类似案件的裁判”。<sup>[70]</sup> 需指出的是,这仍然主要是从生产而非适用指导性案例的角度来谈的。笔者认为这里的“做出突出成绩”可能包括:在适用指导性案例时对既有法律的理解和适用有进一步的推进,对既有指导性案例的缺陷予以补正,或者适用指导性案例而生产的裁判进一步被遴选为指导

[67] 冯文生:《审判案例指导中的“参照”问题研究》,《清华法学》2011年第3期,第95页。

[68] 参见陈真著:《当代西方规范伦理学》,南京师范大学出版社2006年版,第15页。

[69] 参见孙光宁:《案例指导的激励方式:从推荐到适用》,《东方法学》2016年第3期,第92页。

[70] 郭锋、吴光侠、李兵:《〈〈关于案例指导工作的规定〉实施细则〉的理解与适用》,《人民司法》2015年第17期,第35页。

性案例等。此外,也有人主张应将指导性案例的适用情况与法官的业绩考核挂钩。<sup>[71]</sup>然而需要注意,正向激励固然重要,但其仍然主要是在一种实用性目的的导向下运行的。过度推崇或者依赖此种手段,容易出现法官为了片面、功利地追求指导性案例的适用率,而生搬硬套、陈仓暗度。

我们现在转向对负面制约的讨论,如果相关主体错误地适用或不适用指导性案例,即本应适用相关指导性案例而未适用,适用了某个不相关的指导性案例,在适用相关指导性案例的过程中出现方式或手段的错误,在这几种情形下法官是否需要以及应承担何种不利的法律后果呢?这其实涉及的是法官责任的问题。当然,责任的具体形态可能是多种多样的,小到降薪大到停职处分等。这里笔者比较关心的一个问题是,一旦出现上述几种情形,能否构成当事人提起上诉或申诉的一个充分理由?这是一个比较具有争议的问题。

目前学界的主流意见倾向于支持肯定说,认为对属于错误地适用或不适用指导性案例的情形当事人可以依法提起上诉或申诉,法院可以依法进行改判或发回重审。其理由有很多,比如认为“违背指导性案例的裁判,本质上是违背了指导性案例所适用的法律规定、司法解释所反映的法理精神、裁判要点。”<sup>[72]</sup>甚至江苏省高级人民法院在《关于加强案例指导工作的意见》中也做了类似的规定:“上级法院在审理案件过程中,发现下级法院的裁判违反了相关指导性案例所依据的法律、法规或司法解释规定的,应当依法予以改判或者发回重审。”问题在于,违背指导性案例裁判是否一定构成法律适用错误呢?对此,需要针对不同情况具体分析。

第一,“违背指导性案例”与“违背指导性案例所依据的法律、法规或司法解释规定的”是否一回事?从字面上理解,“违背”是指“违反”、“背离”、“相反”或“不一致”;违背指导性案例包括违背指导性案例的裁判要点、关键事实的认定、裁判说理的基本思路以及裁判结果,其情形颇为复杂,而违背指导性案例所依据的法律、法规或司法解释的规定实质是违背法律而非违背指导性案例,严格来讲这二者并不等同。所以不能因为后案法官在裁判中违背了指导性案例所依据的法律而断然认定其行为属于法律适用错误。

第二,“违背指导性案例”是否一定是不正当的?答案是否定的。首先,指导性案例自身并非绝对完美,有些指导性案例存在先天不足,在产生之时就存在着一些可能的错误或瑕疵,所以违背本身有瑕疵的指导性案例恰恰是正当的。其次,有学者主张如果就指导性案例涉及的实质性相似问题采取不同的法律见解,并且对此并未给予充分的理由,那么可以成为当事人提起上诉的理由。<sup>[73]</sup>言外之意,如果法官对于指导性案例的背离是基于正当的根据并且做出了充分论证,那么此种“违背”便是正当的。

第三,退一步而言,即便是后案法官错误地适用或不适用某个指导性案例,认为“这

[71] 参见四川省高级人民法院课题组:《指导性案例的应用障碍及克服——四川法院案例应用试点工作的初步分析》,《法律适用》2012年第5期,第68页。

[72] 参见胡云腾主编:《中国案例指导》,法律出版社2015年版,第294页。

[73] 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证分析》,《比较法研究》2016年第6期,第129页。

可构成当事人提起上诉或申诉理由”的观点仍然难以成立。理由在于,诉讼法对于当事人上诉或申诉的情形已做出明确规定,而这些规定均为正式意义的、强的规范性理由,只有它们才有可能启动上诉或申诉。如王利明教授所指出的,“由于法律对上诉和再审的程序已经做出了明确的规定,并没有把这一理由作为再审的原因,所以在有关诉讼法律没有进行相应修订之前,还不能将未参照指导性案例作为进行上诉和再审的启动原因。”<sup>[74]</sup>

总体而言,激励性措施的正向引导和惩戒性措施的反向制约,对于规范实践中法官适用指导性案例的活动是必要且有益的。在具体的制度设计方面,应避免过度适用,注意区别对待。过度运用激励性措施可能会造就一种“虚假繁荣的景观”,而过度依赖惩戒性手段则会让法官在面对指导性案例时表现得更加小心谨慎、畏首畏尾。应区别对待,针对不同的适用行为给予不同种类的激励或惩戒,坚持比例原则,做到奖罚得当、均衡。此外,在法律作出正式修改之前,给违背指导性案例的适用行为配置以提起上诉或申诉的救济,将面临合法性质疑,因此须慎之又慎。

### (三) 运用案例进行推理和论证

中国法官习惯于成文法的演绎性方式,而不谙熟运用案例进行推理的归纳和类比思维,<sup>[75]</sup>这确实是造成隐性适用普遍盛行的一个重要原因,努力在案例运行的技术和方法上做出改进是现实可行的。的确,案例在裁判过程中的运用主要依赖于一种类比推理的思维,是一个从特殊到一般再到特殊的过程。具体来说,就是从特殊的指导性案例中抽象和归纳出一个具有一般性的裁判规则(通常以裁判要点的形式体现),然后再将该规则适用于眼前个案的裁判中去。

运用案例进行推理的首要环节,“就是要发现和确证先例案件与待决案件之间的相似性”,<sup>[76]</sup>相似性的判断主要依赖于案件的争议焦点与关键事实,这就需要确认:首先,案件的争议焦点属于同一类型,也可以说他们属于同一种具体的法律关系<sup>[77]</sup>或者具体案由是相同的;其次,识别指导性案例与待决案件之间事实上的相同点与不同点。因为对案件事实既可以提炼得很简要,也可以提炼得很冗繁;既可以按照不同程度的一般性来提取,也可以按照详略不等的细节来描述。<sup>[78]</sup>如果某个事实报道出了相关法律规则的特定内容,那么该事实就是一种重要事实,<sup>[79]</sup>在确认关键事实之后,需要从中进一步拣选出相同点和不同点,具体来说是要发现两案之间“相关的相同点”和“相关的不同点”,因为“并

[74] 王利明:《我国案例指导制度若干问题研究》,《法学》2012年第1期,第77页。

[75] 参见赵瑞罡、耿协阳:《指导性案例“适用难”的实证研究——以261份裁判文书为分析样本》,《法学杂志》2016年第3期,第117页。

[76] Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, University of Chicago Press, 1949, p. 1.

[77] 这里的法律关系类似,并不是说基本法律关系相似,比如说都是合同法律关系,而是指具体的法律关系相类似,比如说都属于房屋租赁合同纠纷。参见王利明:《我国案例指导制度若干问题研究》,《法学》2012年第1期,第78页。

[78] See Geoffrey Marshall, What is Binding in a Precedent, in D. Neil MacCormic and Robert S. Summers eds. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 504.

[79] See Richard B. Cappalli, *The American Common Law Method*, Transnational Publishers Inc, 1997, p. 24.

非所有的相同点都是相关的,也并非所有的不同点都是相关的。”<sup>[80]</sup> 最后一步,比较相同点和不同点到底何者更为重要,从而决定是否参照相关指导性案例进行裁判。

经过论证一旦决定参照某个相关的指导性案例,就应当在后案的判决说理部分加以适用,这一点不同于普通法系中的遵循先例。由于先例所具有的正式渊源地位,决定了从先例中所抽取的先例规则或原则可以直接被后案援引为裁判根据,而指导性案例“不能在裁判文书中作为法律依据直接援引,只能作为裁判理由来引述,即在待审案件论证说理时,结合个案事实,融入裁判说理部分的表述中加以援引。”<sup>[81]</sup> 故而,适用指导性案例势必意味着要用案例为法律的适用和裁决结果的论证提供理由,人民法院《四五改革纲要》提出要完善裁判文书说理的刚性约束机制和激励机制,并将说理水平作为法官业绩评价和晋升的重要因素。在此种要求之下,法官一方面要坚持明示适用,唯有如此才能发挥其作为一种制度化的方法在实现形式公正与形式法治方面的作用;另一方面,要坚持以诚信原则规范自己的案例适用活动,应当在裁判说理部分如实地向外界展示案例适用的全部过程,让公众真正理解案例是如何在法律适用中发挥作用的。

#### (四) 建立案例规避的论证制度

法律的存在和发展也会经历一个不断推陈出新的过程,那些相互冲突的、过时的以及有悖于法律价值的内容会通过法律修改或废止的方式退出历史舞台,判例(案例)必然也面临着同样的命运。广义的退出机制既包括对指导性案例的清理和废止,也包括对指导性案例的规避。这里我们主要关注对指导性案例的规避,即在特定的情形下法官可以正当地偏离指导性案例,并且无需承担任何不利法律后果。但是须注意,如果法官对于这种偏离并无充分的理由或根据,或者未能以明示的方式对此种偏离进行充分地论证,那么这种偏离行为就是不正当的。

普通法系中先例具有正式的法律渊源地位,对于先例的偏离本身意味着对于法律的偏离,偏离的理由可以有:先例与眼前案件不相关或实质上不相似、先例自身存在瑕疵或错误(比如先例存在“清晰而又严重的错误”<sup>[82]</sup>、先例根据(ratio)模糊而无法适用、先例与法律的基本原则相冲突、先例已被制定法所推翻<sup>[83]</sup>)等。大陆法系国家也有类似的制度设计,比如德国就确立了偏离判例的报告制度。当德国下级法院法官在裁判当前案件时,如果意欲偏离另一审判庭或者高级法院的先前判决,则负有将争议向最高法院审判庭提交的义务(Vorlegungspflicht 或 Vorlagepflicht)<sup>[84]</sup>。笔者认为在规范我国法官对于指导性案例适用的问题上,亦可借鉴以上做法,探索建立一种对于指导性案例偏离的论证制度,

[80] Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009, p. 94.

[81] 胡云腾:《如何做好案例指导的选编与适用工作》,《中国审判》2011年第9期,第85页。

[82] 在普通法系中,“清晰而又严重的错误”(clear and serious wrong)通常能够构成法官区分或者规避某个先例的充分理由。Richard A. Wasserstrom. *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford University Press, 1961, pp. 42-45.

[83] 参见李浩:《英国判例法与判例规避》,《比较法研究》1995年第1期,第95页。

[84] 参见高尚:《论德国判例的偏离报告制度》,《法律适用》2017年第2期,第29-30页。

这一制度的核心在于对偏离行为之正当性的论证。

从积极的层面来看,法官对于指导性案例的适用并不是任意的,需要满足一定的前提条件,亦即需要论证指导性案例与眼前待决案件之间存在实质上的相似性,否则适用指导性案例将失去可能。而从消极的层面上讲,法官对于指导性案例的规避或区分必须基于充分的理由,即须论证指导性案例基于某种原因不适宜适用于眼前案件。无论哪一种情况,均表明指导性案例的适用或规避都无法脱离论证,而论证必然要以公开和明示的方式在判决说理部分展示,由此案例的适用或规避也当然不宜以隐性或默示的方式进行。

对于是否需要规避某个指导性案例,在不同的情形下法官论证义务的强弱有些不同。这主要存在两种情形:其一,在当事人提出并要求法官适用某个指导性案例的情形下,法官负有一种较强的回应和论证义务,尤其是拒绝适用相关指导性案例时一定要明确说明理由。然而实践中法官对于当事人所提出的指导性案例往往采取置之不理的态度,对此《实施细则》第十一条设定了一种“强制回应义务”,对于当事人引述指导性案例作为控(诉)辩理由的,案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由。其二,法官主动去寻找、辨识相关指导性案例,并做出适用或拒绝适用的决定。此种情形下法官的论证义务相对没有那么强,除了依靠法官的自觉、自律和职业敏锐感之外,还需要当事人、整个法律共同体以及社会公众的监督。

对于在何种情形下可以偏离指导性案例,无外乎下列几种情形:(1)指导性案例与待决案件是不相似的。前后两案之间在实质上相似,是适用指导性案例进行裁判的基本前提。如果通过论证发现待决案件与指导性案例在关键事实与法律争点方面并不相似,便可正当地偏离指导性案例。(2)指导性案例存在先天不足。比如遗漏了原审案件中的关键性事实,或者法律适用存在错误,又或裁判要点提取方面存在瑕疵,直接适用此种指导性案例也许会做出拙劣的判决。(3)指导性案例的内容和精神与法律的基本原则相冲突。比如如果一个刑事指导性案例通过类推或扩大解释的方式创造了一个新的罪名,那么这在根本上就违背了罪刑法定原则,参照这种指导性案例所做出的判决必然是不合法的。(4)其它一些理由。比如学者所提到的,指导性案例所确立的裁判要点(规则)模糊不清,或数个指导性案例之间彼此冲突,或指导性案例的裁判要点(规则)被制定法所吸收。<sup>[85]</sup>此外,《实施细则》还规定了两种情形,即“与新的法律、行政法规或者司法解释相冲突的”和“为新的指导性案例所取代”。

总之,尽管隐性适用在特定的情形下可以发挥一定的价值,但是它对操作环境有着极高的要求,需要法官拥有较高的专业素质、较强的职业自律意识以及法律共同体的有力监督。目前来看这些条件很难得到满足,所以全面提倡明示适用对于案例指导制度的健康运行至关重要。案例的适用需要观念和方法的共同推动,由于案例不会开口说话,也不会贴上标签或自己裁剪好等着我们,这就需要法官在观念和态度上具有较强的发现、尊重、认可和适用案例的意识。从方法上看,它的运作依赖于一种归纳和演绎相结合的推理思

[85] 参见于同志:《论指导性案例的参照适用》,《人民司法》2013年第7期,第64页。

维,依循一个从特殊到一般再到特殊的过程。当然,还有赖于整个法律共同体的努力,通过法官、律师、检察官以及学者的不断沟通和对话,促进人们对于是否适用以及如何规范适用指导性案例形成共识。

[本文为最高人民法院 2017 年度司法案例研究课题“指导性案例司法适用的现状与前景”和国家社会科学基金重大项目“构建中国特色案例制度的综合系统研究”(16ZDA068)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] In the judicial practice of applying guiding cases, there is a phenomenon called implicit application, which is very popular and increasingly becoming a mainstream. Only by digging deep into its underlying reasons, can we truly understand this particular form of practice. Based on the “subjective motivation of practical considerations” and the “model of actions of borrowing cases”, it deftly hides the guiding cases in the judicial adjudication, thus avoiding the burden of giving reasons for the application of guiding cases. This case-application practice, which is pragmatic purposes-oriented and instrumentalist in nature, not only deviates from the original purpose of the case guidance system, but also runs counter to formal justice and the rule of law. The characteristics of guiding cases determine that they can only be applied in visible forms. However, the transition from the implicit application to explicit application is inevitably a systematic and complicated project. In implementation of this project, efforts need to be made at both the ideological and the institutional levels to ensure that judges have the will, the courage, and the ability to apply guiding cases.

---

---

(责任编辑:支振锋)