

案例指导制度的未来与司法治理能力

李红海*

摘要 案例指导制度已在司法实践中运行有时,并取得了一定成效,只是如何继续推进颇令人踌躇。“国家治理能力”概念的提出,为案例指导制度下一步的发展提供了新的思路:即指导性案例的“指导性”不应仅限于确立司法政策或解释法律,并由此指导法官同案同判;还应鼓励和引导法官参照指导性案例中的说理模式在疑难案件中进行判决书说理,并总结出相应的裁判要点以形成规则。这样一方面可以提高法官的司法水平和整体的司法治理能力,实现司法公正,另一方面也可以推进法律的发展。

关键词 案例指导制度 司法解释 制定法 判决书说理

自2005年最高人民法院二五改革纲要首次以官方文件形式提出要建立和完善案例指导制度以来,案例指导制度在步履蹒跚中已取得了不小的进展:2010年11月26日,最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》(以下简称《规定》),对案例指导制度进行了虽不算完备但却是总体上的构建;2015年5月13日,最高人民法院发布《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》(以下简称《细则》);截止2017年11月15日,最高法院先后发布了17批共92个指导性案例……〔1〕可以说,这一制度已经在实践中顺利运行了。〔2〕那么案例指导制度的实际效果如何呢?下一步的发展方向又当怎样?

另一方面,中国共产党十八届三中全会提出“推进国家治理体系和治理能力现代化”。而通过司法实现对国家和社会的治理是整个国家治理体系必不可少的部分,司法治理能力因此

* 北京大学法学院研究员。

〔1〕 本文只讨论最高人民法院的指导性案例,暂不涉及其它机构。

〔2〕 对案例指导制度历史建设的追溯,参见胡云腾、于同志:“案例指导制度若干重大疑难争议问题研究”,《法学研究》2008年第6期,第3-4页。

也是整个国家治理能力的体现,提高司法治理能力也就是在为提高国家治理能力作贡献。那么司法治理能力当如何提高呢?案例指导制度是否可以为提高司法治理能力有所贡献呢?

本文关注的问题是:案例指导制度发展到今天,下一步该如何发展?它可以为提高我国的司法治理能力有所贡献吗?这二者可否相结合?笔者认为,我们可以将提高司法治理能力和推进案例指导制度的发展相结合,具体就是通过调整案例指导制度的目标和宗旨,借助指导性案例来提高法官的司法能力。本文的核心观点是:案例指导制度的目标不应只是通过指导性案例来确立司法政策或解释法律,并让法官参照之作出裁判以求得司法统一;而要从提高法官司法能力的高度出发,使之成为疑难案件判决书说理的典范和样板,并鼓励法官遵从、模仿、学习之,以提高司法判决的理性化程度,提升司法公信力,提高我国的司法治理能力。

接下来本文将按照以下思路展开:首先考察指导性案例的应用情况和实际效果,指出其问题所在,分析其原因;然后反思“统一司法”之宗旨对案例指导制度发展的局限;接下来,本文将提出推进案例指导制度发展的新思路,即基于判决书说理这个中介,在案例指导制度和司法治理能力之间建立关联,并提出通过前者提升后者的具体方案,提供裁判文书和指导性案例的写作模板,详细阐述判决书说理及归纳裁判要点的方法。希望能够对推进案例指导制度的发展,提高法官个人司法能力、从而也就是为提高整体的司法治理能力作出贡献。

一、指导性案例应用情况考察:问题及原因

指导性案例的应用情况,^{〔3〕}大致可以根据以下两类材料进行考察、评估:一是法院的裁判文书,二是法官的亲身感受。就前者而言,如果指导性案例在判案过程中被法官、律师所提及和引用,并出现在判决书中(本文称之为“参照且援引”),那么我们就可以说它得到了应用——姑且不论它是被遵循还是被规避甚或被推翻(将来也许有可能)。对此,我们可以基于法院的裁判文书进行统计和分析。就后者而言,笔者指的是如下情形:律师和法官可能在庭审过程中提到或讨论过某些指导性案例,但因某些原因它们未能体现在裁判文书中,而实际上它们却实实在在地影响到了案件的裁判,只是我们无法从裁判文书中看到这一点而已(本文称之为“参照而不援引”)。对此种情况,大概只能通过访谈法官予以了解。

因此,要准确评估案例指导制度的实际效果其实并不容易,但要考察指导性案例的应用情况,目前还是有一些条件的。比如,就上述第一种情况而言,今天的大数据技术已使得前述对法院裁判文书进行统计和分析不再那么困难,而且实际上已有一些机构就此做了相关的工作。

〔3〕 本文此处使用了“应用”而非“援引”“参照”“引用”等表述,目的是想用一個更寬泛的詞語來涵蓋更為寬泛的情況。比如“應用”就可以涵蓋下文提到的“參照且援引”和“參照而不援引”兩種情況。實際上,這裡的“應用”是指指導性案例只要在司法過程中被訴訟參與者提到且發揮了一定作用(無論是正面還是反面)的情形,因此這實際上是一個相當寬鬆的標準。

只是上述第二种情况很难操作,因为它涉及到对法官的取样、法官是否愿意吐露实情等,有太多不可控的因素。基于此,本文对案例指导制度运行情况的分析将主要以第一类材料为主,即法院的裁判文书;然后再适当参考第二类材料。

(一)指导性案例应用情况概述:应用率不断提高,但总体援引率仍较低

我们这里使用了两种材料。一是四川省高级人民法院和四川大学联合课题组2013年的一项研究,其研究结果显示,下级法院法官对指导性案例使用的比例和频率非常低,“参照适用案例的仅占结案总数的0.58%,占判决结案总数的2.73%”;而这还是在上级要求推行适用案例的运动中取得的成果,如此即可推断出,平时的参照率可能更低。^[4]

第二种材料是北大法宝近些年来每年都发布的《最高人民法院指导性案例司法应用年度报告》,其于2018年3月15号发布的《最高人民法院指导性案例司法应用年度报告(2017)》(以下简称《2018年报告》)显示,^[5]

在依据发布的92例指导性案例中,已被应用于司法实践的指导性案例共有60例,尚未被应用的有32例,总占比分别为65%和35%。……应用案例共有1571例,……应用频率最高的是指导案例24号,高达399次。

从上述材料以及北大法宝历年的统计来看,我们发现两个特点。一是2014—2017年,应用案例(即在判决中参照援引指导性案例的案例)的数量呈现较快增长的态势,尤其是2017年,应用案例数量达到1571例,实现了应用历史上的突破。这说明法官们已开始对指导性案例越来越熟悉了,案例指导制度进入了稳步发展的阶段。二是总体援引率仍然较低。正如北大法宝2017年发布的报告指出的那样:^[6]

我国目前公布的案例数量多达3000万,^[7]但是指导性案例的应用案例仅有几百例(2018年的最新数据更新为1571例——引者注),可见指导性案例的应用情况不太理想,司法实践中很少有法官应用,即便有应用也主要集中在个别案例(主要是4个——引者注)上。

[4] 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12页。

[5] 关于此报告的全文,请参看 <http://mp.weixin.qq.com/s/13ROxUJxXcD352IgJOdQLg>,最后访问日期:2018年3月16日。

[6] 关于此报告的全文,请参看 <http://weekly.pkulaw.cn/Admin/Content/Static/28a11fc9-3f22-4d24-a34d-88e1faea781e.html>,最后访问日期:2017年6月5日。

[7] 这里的“3000万”应该是北大法宝收录的案例总和,即包括了指导性案例出台之前的案例。在这个意义上,拿“549”和“3000万”对比是不合适的。但该机构2014年的统计表明:“在北大法宝包含260万(约从2011.1—2014.6左右——引者注)数据的司法案例库中,仅有数十篇(即使以100篇计比例也不足0.38%——引者注)数据涉及到指导性案例的应用。”这个较为准确的数字倒是可以佐证上述指导性案例应用率低的结论。

针对上述第二种情况,即法官实际参照了指导性案例,但却在司法文书中没有任何反映,笔者曾经访谈过一些法官,^{〔8〕}普遍的反映有三:一,在法官是否主动学习和参照的问题上,尽管法院会组织学习,但更多还是取决于法官个人的上进心;二,就对其判案的指导程度而言,指导性案例和其它类型的案例(如公报案例)并没有明显区别,更主要的还在于案例和手头案件的相关性,以及法官是否了解这些案例;三,与司法解释相比,法官更愿意使用司法解释而非指导性案例。这些反馈表明,即使考虑了第二种情况,也很难说会对指导性案例的引用率提高有多少贡献。

总之,从上述几种材料看,指导性案例的应用情况虽在不断见好,但援引率仍维持在较低水平上。这是为什么呢?我想可能存在以下几方面的原因。

(二)援引率低的原因分析

首先,指导性案例都是针对具体类型的案件的,而在司法实践中这些类型的案件可能并没有那么多,如此,这类指导性案例的应用率就会非常低。比如11号指导性案例涉及的是对土地使用权的贪污,而在司法实践中可能这种案件并不是很多,因此它的应用率就比较低:北大法宝2017年的报告显示,它只被援引过两次。更不用说还有32例至今仍未被援引过。

其次,在最高人民法院印发《细则》之前(2015年5月13日),法官并没有被强行要求在判决书中对参照指导性案例予以明示,《细则》出台后又要求指导性案例只能出现在裁判理由部分而不能作为裁判依据。如此,出于省事、避免不必要的错误或其它原因,法官就有可能实际上参照某指导性案例作出了裁判,但却根本不提及(更不用说援引了)该案例,而仍然只列明依据的是相关的制定法条文。另外,尽管《细则》要求法官必须在裁判理由部分对当事方关于应参照某指导性案例的法律意见作出回应,但实际上,如我们所知,法官在庭审过程中对当事方的法律意见予以回应、而这种回应又不出现在判决书中的情况并非不常见。

再次,很多法官可能并不熟悉或不习惯如何援引,而官方也未对如何参照予以明确指导或进行有效培训,这可能也是导致指导性案例引用率低的原因之一。无论是过去的中国传统还是后来的苏联和欧陆传统,都要求法官判案以明确的法律条文为依归,加之法学教育和法律思维对规则体系性的追求,使得法官习惯于拿现成的法条来判案,而不太习惯引用案例。对他们来说,案例虽然可能会有启发,但它所带来的规则方面的碎片化、零散化,给其固有的思维模式带来了极大困扰。因此,法官更多只是翻阅、参考案例,而并不太愿意在判决书中援引案例——这种情况不仅存在于下级法官,在高级法官的群体中同样存在。^{〔9〕}但笔者更愿意相信,这只是一个认识或观念、传统上的问题,是一个适应或习惯与否的问题,而非能力问题。

〔8〕 访谈对象包括北京市、山西省、重庆市、江苏省等地不同层级法院的法官;访谈时间较为分散,分布在过去5年内;访谈方式较为非正式而不刻意,有利于获取法官内心的真实感受和想法。

〔9〕 这是笔者在对某些高级法院法官的访谈中得到的印象。

(三) 总结：因希冀而“催生”问题

当然，指导性案例总体上应用率不高，并不意味着指导性案例没有发挥作用，更意味着案例指导制度没有实效；恰恰相反，我认为指导性案例（只要与手头案件相关）的指引性并不输给制定法法条和司法解释，法官、律师、学者在讨论案件时经常会提及先前类似的案例，这些案例的判决对他们处理手头的案件都有程度不同的帮助，这又如何不是“实际效果”呢？只是我们目前很难对这种实效进行量化统计而已。

实际上，案例指导制度的“问题”是基于我们对它的“定位”或“期望”而产生的。如果我们只是希望它起到统一司法的作用，那目前援引率低并不是多大问题。因为，一方面，多少才算高呢？另一方面，如统计显示的那样，随着时间的推移，援引率也在不断上升。我们只是觉得它好像并没有完全发挥其作用，而又不知该如何才能更好地发挥作用，这是一个心结！这个心结无疑源于我们对这项制度的期待，和对它未来发展方向的迷惘。基于此，笔者认为，我们必须回归司法本身，通过反思该制度设立的初衷和宗旨，结合司法作为社会治理方式的内在需求，来重新思考案例指导制度的未来。

二、反思：“统一司法”之宗旨对案例指导制度发展的局限

既然案例指导制度尚未充分发挥其效用，那我们就需要反思如何推进。笔者认为，这需要从当初案例指导制度设立的“宗旨”入手，因为可能正是这个宗旨限制了它进一步发展的想象空间。

(一) 作为案例指导制度宗旨的“统一司法”

谈及案例指导制度的宗旨，笔者认为其首要者即为“统一司法”。比如，《细则》第1条提到，“为了……充分发挥指导性案例对审判工作的指导作用，统一法律适用标准，维护司法公正，制定本实施细则。”这表明案例指导制度是要通过“指导”实现“司法统一”。此外，作为该制度的积极推动者，最高人民法院法官胡云腾曾表示：指导性案例是正确适用法律和司法政策，切实体现司法公正和司法高效……的案例，它实际上起到了解释、明确、细化相关法律的作用，具有明确、具体和弥补法律条文原则、模糊乃至疏漏方面的作用和启示、指引、示范和规范的功能，目的是为了实现在裁判尺度的统一和司法个案的公正。^{〔10〕}另外，各界也经常将案例指导制度的宗旨归纳为“同案同判”，而这只不过是统一司法的另一种表述而已。尽管官方的文件和各种表态也曾提到过案例指导制度的其它目的，比如实现司法公正等，但这些其它目的实际上可适用于跟司法改革有关的任何举措，因而不具有特别的针对性，没有进行专门考察的价值。

〔10〕 参见胡云腾等，见前注〔2〕，第10—13页。

(二)统一司法已有的体制性措施:上诉、司法解释与指导性案例

如果仅将案例指导制度的宗旨定位于“统一司法”,或单纯就是为了通过指导性案例确立司法政策或解释制定法条文以求实现司法统一,那么笔者看不出对该制度进行改进的必要性和紧迫性。原因在于,一方面,如前所述,尽管有时指导性案例未能在判决书中得到体现,但它实际上却起到了指导作用(即“参照而不援引”的情况),这意味着其统一司法的目的已经达到,那又何必在意其是否在判决书中得到了体现呢?

另一方面,我们已经有不少其它统一司法的途径了,比如上诉和由最高法院发布司法解释,案例指导制度只是这两种机制之外新增加的补充选项,对此补充选项我们有必要予以苛求(即为什么非要推动其进一步发展呢)吗?实际上,如果说上诉是一种事后(判决已作出,通过上诉纠正其适用法律之不当以统一司法)机制、司法解释是一种事中(对下级法院的请示予以批复)和事前(对制定法条文进行解释)机制的话,那么指导性案例就完全是一种事前的统一司法的机制——因为它是事先针对某种类型的案件确立样板和规则(即裁判要点),供后来的法官参照、模仿。与司法解释相比,指导性案例因为包含原案事实而显得更为生动和鲜活,因此本应更容易理解和适用才对;但在司法实践中,由于参照时需要就前后两案事实进行对照和类比,而法官可能又不熟悉如何将此在判决书中予以表述,因此有法官反映,相比之下,他们更喜欢使用司法解释而不是指导性案例。^[11]

再者,在笔者看来,指导性案例和司法解释并无本质区别,因为它们的本质都是借助于最高法院的权威来确立规则:或者通过最高法院的权威确立一种司法政策(如盗窃罪中数额较大的标准),或者是对制定法条文的含义予以统一和明确(解释法律)。但无论是哪一种,它们最终都体现为了真正的规则;而法官判案所参照的,本质上就是由此所确立的这种规则。

(三)统一司法:使案例指导制度泯然燕雀而不能志若鸿鹄

因此,如果案例指导制度仅仅是为了统一司法,那在我们已经拥有上诉和司法解释等机制的前提下,还有必要对之进行太多的改进吗?况且,作为统一司法的一种途径,案例指导制度已经发挥了自己的作用。尽管可能出现“参照而不援引”的情况,但在这种情况下统一司法的目的也已实质达到,又何必在意它是否在裁判文书中被提及呢?尤其是当法官并不特别习惯或熟悉如何援引指导性案例时,他实际参照了而在文书中未予显示,要比对之进行培训以使之熟悉如何援引成本更低,但实际效果却是一样的,或所欲之目的皆已达到。那为什么还需要改进这项制度呢?更不用说有的法官会觉得司法解释比指导性案例还更好使!

但,笔者认为,制度的设计者一定是有更大、更宏伟、更崇高的目标,一定不会满足于案例指导制度目前的状况,而是希望将之推向深入。而要发展之,在笔者看来,就必须突破原有的宗旨,以追求更高的目标。那什么目标合适呢?我认为和国家提出的提升司法治理能力的愿

[11] 这是笔者在与基层法官会谈时听到的声音。

景相结合,就是一个较好的选择。

三、突破发展瓶颈的新思路:以提升司法治理能力为目标

(一)国家治理能力—司法治理能力—法官司法能力—判决书说理

中国共产党十八届三中全会提出“推进国家治理体系和治理能力现代化”。司法乃实现国家治理的基本途径之一,因此“司法治理能力”应是国家治理能力的应有之义,也是后者必不可少的组成部分,是国家通过司法实现社会治理之能力的总称。虽然迄今尚无官方文献对此进行定义,对如何提高司法治理能力亦未提出任何指向性的引导,但笔者认为,司法治理能力的提高,必定应该是在尊重司法规律基础上的体制建设和司法人员业务能力建设双管齐下。前者可归入司法改革乃至整个政体改革的范畴,主题所限,本文不予讨论;后者涉及如何提升法官个人司法能力的问题,是本文要讨论的主题。正是在这个意义上,本文将法官的司法能力归入国家司法治理能力的范畴,后者包含但绝不限于前者。

法官的司法能力有很多衡量指标,但大略可以分为两种情况:一是解决或摆平问题的能力,这多适用于以解决问题为主要目标的基层司法,^[12]它更多需要的是社会生活经验而不必然是对法律的适用,因此本文也不准备讨论这种“司法能力”;二是通过适用法律,通过判决书说理,通过理性的论证从法律上证成自己的法律意见,以达到解决纠纷之目的的能力,多(但未总是)适用于上级法院或上诉审,这是本文着重要讨论的主题。

因此,本文所谓的司法能力,主要是指法官通过判决书说理,使自己的判决得以理性化、正当化,或曰以理服人、解决纷争的能力,是国家整体司法治理能力的重要面向。为什么需要这样的能力?简言之,这是由司法的特点决定的。正如约翰·劳斯爵士(Sir John Laws)指出的那样,与立法不同,司法缺乏民主(选举)的基础,因此基本上只能依靠其判断的公正性和合理性来获取正当性及社会的认可。^[13]而从社会的角度看,民众也需要一个理性、公正的裁断者,需要一种具有公信力的司法。

如果司法治理能力的关键是法官通过判决书说理将自己的裁决理性化、正当化的能力,那么判决书说理就成为了司法治理能力及法官个人司法能力的关键。如此,本节欲在司法治理能力与案例指导制度之间建立关联的问题即可转化为:案例指导制度能否有助于法官判决书说理水平的提高?答案是肯定的。不过如前所述,如果仅仅将指导性案例定位于确立司法政

[12] 参见苏力:“农村基层法院的纠纷解决与规则之治”,《北大法律评论》1999年第1期,第80—99页。另外,作为英美基层法官的治安法官,其能力也可以归入这里的分类。

[13] See Sir J. Laws, “Wednesbury”, in C. Forsyth and I. Hare (eds), *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade*, Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 190.

策或解释法律,并要求法官参照之作出判决,那发布指导性案例只相当于多了一种不同形式的司法解释而已,法官依然是消极、被动的,依然只能等待规则确立或明确后再依照之作出裁决,这与目前的情况没有本质区别,他们实际上仍然无法利用自身亲历案件事实的优势参与到为案件形成更具体、更适合之规则的过程中来,也就无法为法律以及司法的发展作出贡献。但要理解这一点,就必须理解判决书说理的关键何在。

(二)判决书说理的关键:为案件找到或形成适合的规则^[14]

笔者认为,判决书说理的关键在于,基于案件的关键事实找到适合于本案的规范依据。在笔者看来,任何司法过程(包括普通法),在其最后阶段都是一个三段论的演绎推理,^[15]因为任何对纷争的裁断,都必须弄清事实真相(三段论演绎推理的小前提),找到规范依据(大前提),无论欧陆法、普通法还是其它法律传统,概莫能外;而如果搞清了大前提和小前提,得出最后的决定就是水到渠成。因此判决书说理的重点和难点,其实在寻找大前提和小前提这两个阶段,而非最后得出结论的阶段。

对小前提的确定,基本上是一个运用证据(必要时会涉及到对证据规则的解释)的问题;最关键的是对大前提的确定。一个案件究竟应该适用什么样的规范,取决于本案的关键事实,但案件事实都是具体、鲜活、未经剪裁因而是有棱角的。另一方面,所拟适用之规则(一般为制定法规则)中也包含事实,因为一般法律规则的基本结构都是“事实”+“法律后果”。^[16]那么,司法过程的核心其实就是将规则中的“事实”涵盖案件“事实”的过程。但规则之“事实”多数却是概括、抽象的,具有一般性,并且可能经过了法律技术的打磨因而方方正正的,这与案件事实的不规则形成了鲜明对比。这就好比说,每个人的脚(案件事实)并非完全相同,而工厂生产出来的鞋子(制定法规则)却是一个模子。那么,我们可否直接用制定法规则中方方正正的“事实”来涵盖具体个案中棱角突出的“事实”呢?或者说可否将制定法规则直接作为个案的大前提进行演绎推理并得出结论呢?再换言之,能否用同一个模子的鞋子(就某个尺码而言)套到所有的脚(包括一只有六个脚趾头的脚)上呢?

当然,鞋子也是基于人脚的形状生产出来的,因此对于大部分人的脚可能是适合的,或至少没有太大问题。同理,制定法规则多数也是基于人类社会的经验针对某一类行为设立的,因此对于大多数此类行为来说可能也是适合的、没有太大问题的——我们把这样的案件称为例行案件。例行案件因为在关键事实方面与制定法规则的“事实”基本(如果不是完全的话)吻合,因此直接用后者来涵盖前者并不会产生太大问题,也很少会引起非议——就如同一只正常的

[14] 在判决书说理的问题上,本文的讨论仅限于疑难案件。

[15] (澳)道格拉斯·费歇尔:“法律规则的结构是如何影响司法推理的”,李双丽译,载易继明主编:《私法》第9辑第1卷(总第17卷),华中科技大学出版社2011年,第153—172页。

[16] 最典型的是刑法规则,如《刑法》第335条:医务人员由于严重不负责任,造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的(事实),处三年以下有期徒刑或者拘役(法律后果)。

脚穿一只常规的鞋子不会有太多不适一样。但并非所有的案件都是例行案件,因为并非所有的(应该说几乎没有)案件都是“依照”制定法规则所设定的“事实”模式发生的,而更经常是按照想法、需求各异之行为人的意志发生的,就如同并不是所有的脚都是常规脚一样。那么在这种情况下,我们还能直接适用这个规则吗?或者说此时直接适用这个制定法规则是公平的吗?我们可以把那只常规的鞋子直接套到这只非常规的脚上吗?套上去它会舒服吗?如果不舒服或根本套不上,我们是把脚上不合适的部分砍掉、再把鞋子套上去呢,还是根据这只脚的情况单独给它做一只适合于它的鞋子呢?

笔者把后面这种非常规的案件称为疑难案件——它主要是适用法律困难而并非必然是解决问题有多棘手,所以它并不总是和苏力的“难办案件”相重合。^[17]如同给非常规的脚穿鞋子一样,在处理疑难案件时,我们是通过剪裁案件事实使之去“迎合”制定法规则之“事实”呢,还是应该为它形成或订制适合于它的、独特的规则呢?为了展示这其中的问题,请看下面的例子。比如《刑法》第264条,只使用了“盗窃”两个字来表示我们所熟悉的一类行为,而实际生活中的“盗窃”却是千变万化、形态各异的。我们当然可以用“秘密窃取”(如相应司法解释^[18]所曾描述的那样)来总括所有这些千差万别之盗窃行为的共同特征,但在碰到“许霆案”、“何鹏案”这样的案件时,又当如何用“秘密”二字来涵盖许霆尤其是何鹏的行为呢?或者,如果非要适用盗窃罪,那是否需要为“秘密”形成一个不同于常规盗窃案的解释(因而有可能是一个新的规则)呢?

在笔者看来,在这样的疑难案件中,直接适用制定法规则(此处即《刑法》第264条)甚至是司法解释,实际上是忽视了案件事实的特殊性(比如是银行自身错误导致何鹏帐户多出了钱,而非何鹏利用系统漏洞恶意从其它帐户转入自己帐户并提取的),它使法官必须对案件的特殊事实(即前文所谓棱角)进行“剪裁”方能使之基本符合制定法规则的要求,而这与“削足适履”又有何异呢?笔者认为,出于公平计,法官不应对案件的事实进行有倾向性的剪裁,^[19]不应该削足适履,而应基于案件事实本身为之形成适合于它的专门规则——就如同为一只非常规的脚专门订制一只适合于它的鞋子一样。而实际上,普通法法官就是这样做的!^[20]

[17] 参见苏力:“法条主义、民意与难办案件”,《中外法学》2009年第1期,第93—111页。

[18] 《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[1998]4号,已失效——引者注)第1条根据刑法第264条的规定,以非法占有为目的,秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃公私财物的行为,构成盗窃罪。

[19] 事实上,在某些案件中可能不是剪裁而是过分强调了不必要的事实或情节,因此笔者在另一篇文章中使用了“剪辑”一词,这可能更为准确。

[20] 普通法法官在司法过程中需要基于案件事实,结合相应的制定法、先例中的裁判理由或其它规范,为本案形成适合的规则(即判例中的判决理由),而非简单直接地适用制定法或先例,此即所谓“法官造法”之要义。参见(英)鲁伯特·克罗斯、J.W.哈里斯:《英国法中的先例》,苗文龙译,北京大学出版社2011年版,第33—44页;G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford: Clarendon Press, 1986, pp. 7—11.

比如在“许霆案”中，“盗窃”也许因此可以解释为：非出于自身原因导致本人帐户可以支取并不存在于自己账户内的大额款项，当事人恶意支取的行为。这是基于许霆案的特殊事实、为许霆的行为所形成的有针对性的、更为具体因此也应更为公平的解释，即使是许霆案判决的反对者们可能也会承认这种解释的合理性。当然，对多数人来说，这只是一个法律解释（基于许霆案之事实，针对刑法盗窃罪条文尤其是针对“盗窃”一词）；但如果配之以适当的刑罚（比如n年有期徒刑），它是不是就构成了一个规则呢？一个可能更适合于许霆案因此对许霆可能更公平的规则呢？

非出于自身原因导致本人帐户可以支取并不存在于自己账户内的大额款项，当事人恶意支取且拒不返还的，判处n年以下有期徒刑。

而这个更具体的规则就等同于指导性案例中的裁判要点！它是法官司法过程中适用法律、解释法律之后的成果，是法律解释之后对解释之成果的刻意归纳和总结，也是本文所核心讨论的、特别希望法官能够进行这种总结的东西。

（三）指导性案例：形成规则的样板、判决书说理的典范与法官司法能力的见证

到此为止，我们得出了判决书说理（司法治理能力的集中体现）的关键是为疑难案件找到适合于它的专门规则这个结论。^{〔21〕}这与案例指导制度有什么关系呢？有！如前所述，指导性案例中的裁判要点，实际上就是法官（最终还是由最高法院来把关和加工）针对本案的特定问题而为这个案件形成的适合于它的专门规则，是为这只非常规的脚专门订制的专用鞋子。为此，我们可以再举一个例子。如前文提到过的指导案例11号（杨延虎等贪污案）的两个裁判要点，实际上是基于该案的特定事实而形成的、与《刑法》第382条（贪污罪）“利用职务上的便利”和“公共财物”两个术语（“事实”）相关的规则。它们看上去像是司法解释，但如果将之“代回到”原来的《刑法》条文中，其规则的特征就一目了然了：

在各级国家权力机关、行政机关、司法机关和军事机关中从事公务的人员（国家工作人员），利用本人职务上主管、管理公共财物的职务便利，或者利用职务上有隶属关系的其他国家工作人员的职务便利（利用职务之便），侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有具有财产权益性质之标的（公共财物）者，构成贪污罪。

其中两处斜体标注的地方，分别为本案的两个裁判要点。与《刑法》第382条相比，这个规则（尽管略显冗长）是不是更适合于“杨延虎案”呢？因此，单就形成裁判要点而言，指导性案例可以看作或改造为判决书说理的典范，不仅因为其对法律的适用和解释较为准确、精当，更因为它将这种解释的成果总结为了（尽管可能是由最高人民法院代为）可以表述的规则，还因为它所形成的这种规则对该案来说更具体、更有针对性，因而也更有说服力、更公平，而公平、公

〔21〕 顺便说一句——但却并非不重要，笔者并不认为法官需要在每一个案件中都长篇大论地说理，而仅以疑难案件为限；例行案件基本上不需要那样的说理。

正和令人信服的司法正是我们追求的目标!

既然判决书说理(因而也是司法治理能力)的关键是为疑难案件找到更适合的规则,而指导性案例就是包含这种规则的样板,那么我们自然可以在此二者间建立关联,使指导性案例成为如何为手头案件形成适合之规则的样板,为我国法官司法能力的提高作出贡献。

四、推进案例指导制度发展的建议方案

基于以上讨论,笔者认为我们可以在案例指导制度的发展和司法治理能力的提高之间搭起一座沟通的桥梁,让前者为后者服务。为此,笔者提出以下建议。

一,调整案例指导制度的目的和宗旨,在统一司法之外,加上提高司法治理能力的表述。例如可表述为,案例指导制度的目的在于“通过指导性案例统一司法,提升司法治理能力,实现司法公正”。

二,提供判决书或指导性案例的写作模板(具体见后),允许所有法官在他认为有价值的案件中,按指导性案例的模板要求来撰写判决书。这样一方面可以使更多的法官参与到案例指导制度中来,调动其积极性,凝聚司法智慧,扩大指导性案例的范围和数量,对法官提高自身司法水平会构成正面刺激。另一方面,模板的存在将会大大减轻最高人民法院的编辑压力,使之不必如先前那样要对整个判决书进行重新编辑、整合,而只需把重点放在对案件的实质审查上即可。同时也为法官模仿优秀判决书或指导性案例提供了可能,使之逐渐学会自己撰写符合要求的判决书或指导性案例,使其判决书只需经形式审查即可发布为指导性案例。

三,建立顺畅的通道,使拟申报为指导性案例的判决书能够迅速达至最高法院。比如可以利用现在的互联网技术,在最高法院系统内专门设立一个平台,供法官上传自己的判决书。为了保证其真实可靠性,可以采用实名制、判决书文字版和扫描版同时上传、必须包含判决书编号等基本信息以及其它相关措施。不再需要经过中级法院、高级法院层层上报,而是直接到达最高法院,由最高法院组织专人处理。

四,由最高法院建立适当、高效的审核机制,对上传的判决书进行实名制审核、修改、编辑,亦可发回原法官要求其进行相应修改,使之符合指导性案例的要求,然后予以发布。最高法院可以委托国内相关法律专家对上报判决书进行实名制审核。实名制的目的在于增强审核人的责任心和荣誉感。

五,鼓励法官模仿指导性案例进行说理,并在必要时总结出适合于本案的独特的规则,即裁判要点。但如目前的情况一样,此裁判要点不是司法解释,更不是立法,而是裁判理由的一部分,不具有一般性。在经过最高法院的认可后,可对后来类似案件的裁决起到参考、参照作用。

新方案和原有案例指导制度最大的差别在于:

一,将扩大指导性案例的来源范围,最大可能地吸收所有法官的经验和智慧。

二,将制作指导性案例的责任重心通过提供模板的方式从最高法院转移到了法官个人,并通过体制性的手段引导、鼓励法官就有价值的案件制作指导性案例,这将增加法官的荣誉感和责任心,以一种无形的方式迫使或引导、激励其提高自己的司法水平。

三,其结果有可能是,法官将从被动变为主动,法官不仅是指导性案例的参照者和受益者(因为参照别人的智慧而受益),而且也会成为指导性案例的生产者和司法智慧的贡献者,从而使司法的经验和智慧能够最大程度地得到总结、表述和分享,形成正循环,这对法官界乃至整个法律界司法水平和司法治理能力的提高将会大有裨益。

四、经过对判决书说理的精心锤炼,尤其是对裁判要点的总结,法官的本能、直觉和经验等粗糙的东西,将不断被升华为可以广为传播甚至是绵延后世的规则和智慧,优秀的法官将在这个过程中脱颖而出,如果这种优秀能够得到体制的确认和激励,无疑将会使司法获得巨大的公信力,通过司法实现对社会的治理将不期而至。

总结上述建议,大致可分为两个方面:一是案例指导制度的目的和宗旨的调整,这是一个策略或政策选择的问题,其必要性、重要性前文已有论证,不再赘述;二是案例指导制度的具体建设问题,关于此问题中的相关机制建设,如裁判文书上传、文书审核等,上文已有相关思路和建议,亦不再赘述。接下来,本文将重点讨论其中的两个问题:一是指导性案例的模板,二是如何进行判决书说理的问题。

五、建议方案要点一:指导性案例的模板推荐

目前,指导性案例已有统一的格式,包括案号、案名、关键词、裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果、裁判理由。它是最高法院由专人在原裁判文书基础上进行编辑和重新整合后形成的,虽然清晰,但无疑增加了最高法院的工作量,也不利于调动普通法官的积极性和扩大指导性案例的范围。

笔者的建议是,如果我们能为法官提供一个新的指导性案例的模板,并要求其依此模板撰写裁判文书,那么法官完成文书之时,即为指导性案例基本定稿之日。如此,可以有两方面的好处:一是大大降低最高法院的工作量,为扩大指导性案例的范围和数量创造条件;二是激发法官的荣誉感,有利于促使其自觉提高自身的司法水平。当然,是否申报,取决于当值法官自己;申报后最终可否成为指导性案例,由最高法院把关;最高法院在审核时可以对其进行必要的编辑,以使之更为完善。

这里有两个可能的疑问。有人可能会担心我们现在的法官是否具有直接撰写指导性案例的水平。对此,笔者认为,一,俗语道:不让小牛耕地,它怎么会耕地呢?如果不鼓励法官直接撰写指导性案例,他可能就永远不会撰写。随着我国法官素质的不断提高,我们应该相信,经过磨炼,法官一定能够写出思路清晰、理性、客观公正的裁判文书。这也是法官个人和整个法官群体成长

所必须经历的过程。二,笔者并未建议在所有的案件中都长篇大论地说理并总结裁判要点,而是限于法官认为有价值的案件——多为疑难案件。如此,法官就不会有太大的压力。

还有人可能会问,需要扩展指导性案例的数量和范围吗?笔者认为,我们显然不需要普通法那样卷帙浩繁的判例报告,因为与普通法不同,我们的法律规则已在制定法中得到了一定程度的表述,我们现在需要的只是将这些规则和具体案件相结合并为案件形成更具体的规则,而这需要以特定类型案件的出现为前提。因此,我们只需要按照案件的类型制作即可,而且每个类型有一个或少数几个指导性案例就可以解决问题。但就目前来看,已发布之指导性案例的范围和数量都不是很多,较之于司法实践的需要远远无法满足。比如,某些案件在最高法院看来可能并不难判决,甚至对下级法院法官来说也不难,但可能说理会比较麻烦,此时如果有指导性案例的帮助,就可以帮助当值法官形成思路。再者,我们在指导性案例之外还有公报案例等多个系列,它们也在指导下级法官司法过程中发挥着作用,将所有这些不同的系列合并为一个统一的指导性案例体系不仅必要而且可行。最后,由最高法院把关,笔者相信指导性案例的数量会被维持在一个合理的范围内而不会泛滥。

(一)普通裁判文书模板

关于指导性案例的模板,笔者建议将之与一般裁判文书的格式相统一,即指导性案例基本采用常规的裁判文书格式(进行适当调整)即可,而不必另搞一套。为此,我们需要对现有的裁判文书模板或格式进行必要的调整。具体来说,普通裁判文书的格式建议如下:

①案号

②基本案情(1、包括当事人的基本信息、案件发生的时间地点过程结果等详情、本案已经过的程序(如果有的话);2、当事人的诉讼请求;3、如当事方对案件事实的认定有异议,也需在此予以回应)

③案件争点

④法官针对争点提出的法律意见

⑤法官对自己法律意见的正面论证(包括事实依据和规范依据)

⑥法官对当事方法律意见的回应(包括赞同,但主要是从事实和规范两方面进行的批驳)

⑦最终的判决

⑧附件一:证据列表

⑨附件二:总结裁判要点(即本案应予适用的更为具体的规则)——除非必要

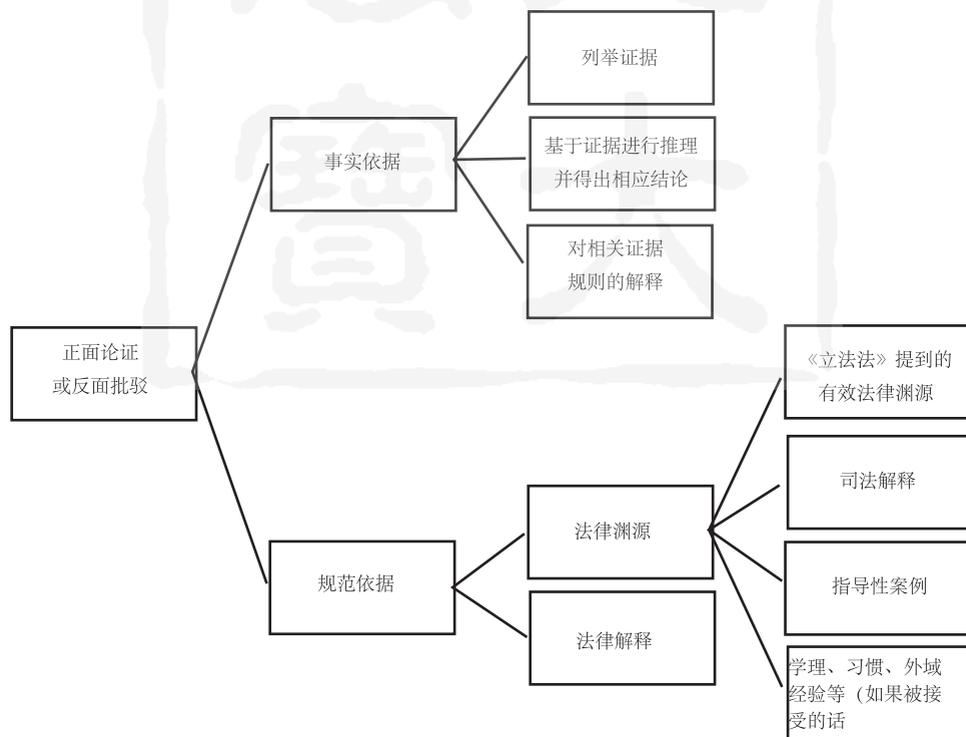
可以看出,以上建议的裁判文书格式基本上依循了原先最高法院提供的模板,但也进行了必要的调整,主要体现在这几方面:^[22]

[22] 笔者已有现成的、基本按照此模板完成的判决书实例,请参看普通法研究所新浪网博客:http://blog.sina.com.cn/s/blog_5d8117fe0102wwlb.html,最后访问日期:2018年3月22日。

一,将对案件事实的描述,从原来的“原告诉称”“被告辩称”以及“法庭查明”三部分,合并简化为“基本案情”,不再分别列举当事双方对事实的陈述以及法官最后查明的事实。这样可以避免原来三方相关内容的重复,缩减文书篇幅。

二,要求法官必须明确提炼出案件的争点。争点是双方争执的核心问题在法律上的反映,只有争点搞清了,双方才能紧紧围绕争点展开有效争辩,法庭辩论才是有效率的。有经验的法官能够敏锐地察觉案件的争点,并引导双方围绕此争点展开争辩。

三,要求法官针对争点明确提出自己的法律意见,并予以论证。所谓法律意见,就是针对上述争点所提出的答案或意见、观点、立场。比如针对许霆的行为是否构成盗窃罪这样的争点,可以提出如下法律意见:许霆的行为构成了盗窃罪。但最重要的是对此法律意见的论证,这也是判决书说理的核心。笔者认为,这可以分为两个方面:一是正面的立论;二是反面的、对当事方法律意见的反驳和回应。无论是哪一种,其论证的思路和逻辑大致都是一样的,即为了证明自己的观点或者反驳别人的观点,都需要相应的事实依据和规范依据。事实依据主要是证据问题,以及基于证据进行的推理,必要时会涉及对证据规则的解释。规范依据则包括法律渊源和法律解释两个方面,其中法律渊源是看提出的规范依据是否属于真实有效的实在法规则,而法律解释则包括对这些法律规范之含义的解释。整个论证过程的结构请参见下面的流程图:



四,要求法官必须对当事方的异议进行回应,至少是列出此种异议——无论是涉及对事实的认定(在基本案情部分完成),还是对法律的解释。律师不仅协助法官找到案件的事实真相

和所应适用的规则,而且也见证和监督了整个司法过程。如果法官无须对律师的异议予以回应,则庭审的过程就可能沦为法官的一言堂,律师的意见就可能根本不会被听取,整个案件的审判就很难说是理性和公正的。其另外一个后果是,如有不服,当事人也无法针对法官的意见提出上诉,因为这相当于你被敌人击倒在地,却不知道敌人在哪里,又如何针对敌人进行有效回击呢?更为严重的是,如果律师的异议未出现在裁判文书中,当事人就有可能质疑律师的水平,认为律师没有提出应该提出的法律意见,这对律师来说是非常不公平的。因此,在裁判文书中列明律师的异议并对其予以回应是非常必要的。

(二)指导性案例的模板

以上是对一般裁判文书格式的建议模板,当然,如果是例行案件,其说理论证并不需要长篇大论,但上述基本的条目还是应该有的。如果要作为指导性案例上报最高法院,则可以对上述模板略作修改,采用下面的模板:

①关键词

②裁判要点

③案号

④基本案情(1、包括当事人简况、案件发生的时间地点过程结果等详情、本案已经过的程序(如果有的话);2、当事人的诉讼请求;3、如当事方对案件事实的认定有异议,也需在此予以回应)

⑤案件争点

⑥法官针对争点提出的法律意见

⑦法官对自己法律意见的正面论证(包括事实依据和规范依据)

⑧法官对当事方法律意见的回应(包括赞同,但主要是从事实和规范两方面进行的批驳)

⑨最终的判决

⑩附件:证据列表——非必要

与前文提供的一般裁判文书模板相比,这个指导性案例的模板增加了关键词一项,以方便检索;并和裁判要点一起作为正文之外的内容放在了最前面,以便于读者直达要害。当事人的基本信息修改为“简况”,以免泄露个人隐私;证据列表修改为非必要选项。看得出,这和前面推荐的一般案件的裁判文书模板差别不大,体现了上文提到的“裁判文书完成之时,即指导性案例基本成型之日”的思路。换言之,此处推荐的指导性案例的模板,除前置了裁判要点和设置了关键词外,基本上保留了判决书的原文。这样做的好处有二:一是读者能更清楚地了解案件全貌,因此更好地理解裁判要点;二是可以降低指导性案例的制作成本。

六、建议方案要点二:判决书说理与裁判要点的总结

判决书说理的关键,是要在案件的关键事实和拟适用的规范之间建立令人信服的关联。

至于为什么基于案件的这些关键事实就会跟此规则而不是彼规则建立关联,即为什么法官在看到案件事实后就大致知道该适用这个法条而不是那个,笔者认为这是一个经验和直觉的问题,也是对相关法律知识熟知并反复运用后的自然结果,就如同我们看到孩子发热头痛打喷嚏就会想到可能是感冒一样。这样的直觉或本能人人都有,更不用说法律专业人士了。但真正重要的并不是这种直觉本身——它只是一个起点;而是在这种直觉反复试错后对其最终选择的证成,这一点对专业人士来说尤为重要,因为这个论证的过程才是判决理性化的集中体现,是司法获得公信力的基本前提。

(一) 论证的核心路径:在案件事实和法条事实之间提取公因式

那么,该如何论证案件的关键事实和拟适用之规范之间存在关联呢?笔者认为,这需要在案件事实和规范所包含之事实之间找到共同的因素,即要在这二者间提取“公因式”。如前所述,一个典型的规则,其结构是“事实+法律后果”。而规则中的“事实”与个案的事实存在诸多不同:前者因为作为规则所必需的普遍性而不得使用内涵少外延广的语词(专业术语),这些术语是基于无数个案之事实而提炼出来的共相,因而必定是概括的、抽象的和经过打磨因此是方方正正的;后者则完全是具体的、有棱角的和不规则的,不会依法律之规定去形成自己的形状。二者之关系犹如柏拉图彼岸世界之“理念”之于此岸世界之万事万物,法官的责任就是在这二者间建立关联,并论证此种关联的合理性。

而要论证这二者间存在合理的关联,就必须找到它们之间的共性,提取其公因式。比如,在11号指导案例“杨延虎贪污案”中,在其它构成要件不存在争议的情况下,问题集中在“利用职务之便”和“公共财物”这两个方面——篇幅所限,此处只讨论后一个问题。《刑法》条文中使用的是“公共财物”这个表达一定事实的术语,而该案相对应的客观事实是“土地使用权”,那么这两者间存在关联吗?该指导性案例在说理过程中就提取了它们二者的公因式,即财产性利益,认为无论是法条中的“公共财物”还是案件中的“土地使用权”,本质上的都属于财产性利益,而“公共财物”是属概念,“土地使用权”是种概念,因此前者可以涵盖后者,或后者可以归入前者,杨延虎的行为因此也就构成了贪污罪。或者换一个说法,法官为“公共财物”(准确来说是“财物”)找到了一个衡量标准,即凡财物必须具备财产性利益之特征;再拿此标准来衡量“土地使用权”,发现它具备此特征,因此可以将之纳入“公共财物”的范畴。类似此种为某法律术语确立衡量标准,并以此标准来对案件之关键事实进行评定的例子,在普通法的判例中比比皆是。^[23]

换个角度看,法条中所使用的术语还是过于宽泛了,通过提取公因式或确立标准,法官可

[23] 这在普通法中侵权法的历史上尤为明显,比如对于“过错责任”就有一系列的判例在不同历史时期为之确立了各种不同的衡量标准。具体可参见 John Cooke, *Law of Tort*, 9th edition, Harlow: Pearson Education, 2009, pp. 39-66.

以将法条中的“事实”和案件中的事实建立关联,使法条的针对性(相对于手头的案件,实际上就是本案的特殊事实)得以凸显,它也就更适合于本案了。简言之,法条术语(公共财物)和案件事实(土地使用权)之间需要通过法律解释来找到某种沟通的中介,这样才不至于给局外人以突兀感,而判决的合理性就是在这个过程中得到体现的。如下图:



而如果没有“财产性权益”这个中介,直接将法律条文适用于案件事实,则可能会因为人们对“公共财物”的固有认识(仅指有体物?)而对其可否涵摄“土地使用权”产生质疑,从而对判决产生质疑。

(二)如何为案件形成更具体的规则

在法条和案件事实之间提取了公因式(或确立衡量标准)后,其间的关联性也就得以彰显,法条就可以适用于这个案件了,所谓的判决书说理或论证就基本上完成了;接下来就是依据法条得出判决结果——欧陆和我国的司法传统基本上就是这样的。但在普通法中,法官却还要在说理后继续将上述解释和说理的成果归纳为一个规则(即使当值法官没有归纳,后来的法官或律师在引用时也会归纳),即所谓判例法中的“判决理由”。正是这个看似“多余”的(归纳)环节,构成了普通法和欧陆法律传统最为本质的区别,也是普通法被诟病为“法官法”的原因所在。如果要对应于我们的指导性案例,其实就是对裁判要点的总结,这实际上是在解释法律(寻找并提取公因式)的基础上,进一步将解释的成果凝练为一个规则性的命题。

那,是否有必要要求我们的法官像普通法法官那样,或像我们的指导性案例那样,在他认为有价值的判决中总结裁判要点呢?笔者认为有必要,个中缘由前文(三·2)已有解释,这里再简单总结一下。最主要是因为,很多制定法条文因其抽象性而只能作为判案的指引却并不适合作判案的直接依据,因此我们需要为案件找到或总结出更适合于它的规则,而法官解释法律也是为了这个目的,那为什么不多走一步,将解释后的成果予以总结呢?其次,这有利于提高法官对规则的表述水平,^[24]有助于法官司法智慧和司法经验的凝练和积淀,规则的细化有利于推进法律的发展。^[25] 复次,通过司法形成更具体规则的做法实际上早已存在,如最高法

[24] 从当下的司法解释和指导性案例的裁判要点来看,尽管出自最高法院,但其中有一些仍然弥漫着武断的意志,缺乏理性之精神;有一些在表述上仍有可提高之余地。

[25] 罗马法学家在授课时并不拘泥于案件事实本身,而是可以设想出其它情节,并为此种新的事实形成新的规则,这也是他们推动罗马法发展的途径之一。

院依据全国人大常委会的授权发布司法解释,为指导性案例归纳裁判要点等。笔者虽建议下级法官在其认为有价值的判决中总结裁判要点,却同时强调需要得到最高人民法院的确认,因此无论从形式还是实质,都具有合理性。又次,对裁判要点的总结只出现在裁判理由部分,而不作为法律依据加以援引,这就保全了我们的体制和传统,而不至于被误认为是“法官造法”。最后,法律的发展主要源于鲜活的社会生活,而司法是处理社会矛盾最为集中的地方,因此通过司法汲取社会纠纷解决的经验,可以成为立法的重要补充,丰富和推进法律的发展。

那么,如何为案件形成更具体的规则呢?我觉得目前至少有两条思路可供参考。一是上文提到的通过在法条和案件事实之间提取公因式,将此公因式作为要点形成规则。这适用于有法条可依但法条又过于抽象的情况,具体例子见前文(三·3)。

二是以基本原则为指引,将案件事实适度抽象而形成规则,这适用于没有法条可依的情况。对此,我举一个普通法的判例予以说明。在著名的多诺霍诉史蒂文森案(Donohue v. Stevenson, [1932] AC 52)中,^[26]如果适用普通法原有的买者自负原则会很不公平(原告无法得到救济),阿特金勋爵于是就借鉴并扩展了基督教的邻人原则,认为生产商应该为其产品所可能影响到的任何人(生产商的“邻人”)尽注意义务。但如此宽泛的原则是需要限定条件并形成规则才能直接适用的,否则就成了扣大帽子;因此在最后形成的判决理由中,阿特金勋爵提出了三个条件对邻人原则进行限定,其中的第二个条件就是基于“盛放姜啤酒的杯子是不透明的,因此在绝大部分啤酒被倒出来之前消费者是不可能看见其中有腐烂的蜗牛”这一案件事实而形成的,具体表述为:“制造商对其产品的包装使得最终消费者在消费完之前不可能进行合理的中途检视”。^[27]这就是以基本原则为引导,基于案件事实又不停留于案件事实,是对案件事实进行适度抽象和提升而形成规则的典型例子。

当然,如何为案件形成更具体的规则必定还有其它的思路和方法,但它一定不可能脱离案件事实本身,也不可能没有在先的方向性指引(基本原则或法条),从这个意义上说,后者更像是法官形成规则时的参考资料。此外,这也意味着形成规则并非易事,它需要法官对社会基本原则和法律精神的精深理解,对法律条文及其背后立法者原意的谙熟和洞悉,对案件事实的高度敏感,是对法官业务水平的极大挑战。但另一方面,如果有指导性案例作为如此行事的典范,如果法官可以甚至被要求必须在其认为有价值的判决中归纳裁判要点,相信经过努力,法官们会不断提高自己的水平,并总结出完美的法律规则。到那时,笔者通过指导性案例提高法

[26] 关于此案详情,参见 R. F. V. Heuston, “Donoghue v. Stevenson in Retrospect”, *Modern Law Review*, Vol. 20, Issue 1, January 1957, pp. 1-24.

[27] 本案的判决理由如下:“意在使其商品到达最终消费者的生产商(条件一),如果其包装使得消费者在最终消费之前无合理之可能对该商品进行中途检视(条件二);且该生产商知晓,如果在准备或包装商品时不尽合理注意就会给最终消费者的人身或财产造成损害(条件三),那么它就对此负有合理注意的义务。”参见(英)鲁伯特·克罗斯等,见前注[20],第60页。本文在引用时对译文略有修改。

官个人司法能力,提高我国整体司法治理能力的愿望可能就实现了,案例指导制度也有了自己理想的发展方向。

七、结 论

案例指导制度的推出,是司法体制改革的一项重大成就,一定意义上也是司法发展的必然趋势。由于多种原因,这项制度还未充分发挥其效用,时至今日,更有陷入发展瓶颈之虞。如何将这一符合司法发展趋势的制度推向深入,是值得深入思考的问题。

对此,笔者的提议是,一要遵循司法的基本规律,研究通过案例(而非立法)来体现法律规则和引导法官司法的具体机制。在这方面,英美判例法有着非常成熟的经验,而且多体现为技术性、机制性的东西而与意识形态、价值观无涉,深入研究并借鉴之而非执着于传统中国以及欧陆这些并不以判例之运用为特长的体制,是理性和高效的选择,就如同提高足球水平要向巴西、意大利而非美国、澳大利亚学习一样。

二是要与当下提高国家治理能力的吁求相结合,为提高我国的司法治理能力作出贡献。在笔者看来,推进案例指导制度的发展和提高国家司法治理能力是可以结合在一起的,它们的交集就是要求法官以指导性案例为榜样,在疑难案件中进行必要的说理,并将说理的成果总结为可以借鉴、参照和传承的法律规则。可以说,本文的全部努力都在于阐明上述思路,并为落实这一思路进行具体的建构和设计,提供指导性案例的模板和总结裁判要点的方法,希望能够对推进案例指导制度和提升我国的司法治理能力有所助益!

Abstract: The guiding cases system has been running for several years and has got some achievements, but it is not clear how it can improve. The concept of “ability of state governance” provides a new approach for this. This article holds that “guiding” does not only mean to direct judges to make similar decision with their predecessors, it also means to provide a model for judges about how to develop legal reasoning in their judgments. Therefore, it is possible and also necessary to connect the writing of judgment with the advancement of the guiding cases system. Only by requiring judges to develop full legal reasoning in judgments and even to form more concrete rules for instant cases like guiding cases judges did, can the capacity of the whole judiciary be improved.

Key Words: Institution of Guiding cases; Judicial Interpretation; Statutes; Reasoning in Judgments

(责任编辑:章永乐)