

判例生成与中国案例指导制度

宋 晓^{*}

内容提要：依据法律功能主义，我国案例指导制度可纳入广义的判例制度之中。判例生成制度是判例制度的物质基础。我国指导性案例的生成，主要依赖最高人民法院的司法外权力，采取不以司法等级权威为基础的案例选拔方式，没有遵循普遍的形式主义进路，没有严格依傍法院体系和审级制度，其实效有待观察。最高人民法院和高级人民法院都应成为判例法院，并可遴选自己法院的案例为指导性案例，现行案例遴选标准大体符合判例遴选的一般原理。判例遴选制度对应的是有限援引制度，有限援引制度在成文法语境中并不会面临普通法语境中的正当性质疑，案例指导制度应允许法官直接援引指导性案例。案例指导制度的未来发展应与我国整体司法改革彼此深化、相互促进。

关键词：案例指导制度 判例制度 判例生成 判例遴选

一、引言

为追求“同案同判”的自然正义，促进法律适用的统一，各国创设之制度，只要承认前案判决对后案判决具有或强或弱的约束力，不管命名如何，从法律功能主义视角出发，均可广义称之为“判例制度”。〔1〕判例制度并不是内在于普通法系的，以其代表国家英国为例，直到19世纪才正式确立判例制度；〔2〕判例制度也不是外在于大陆法系的，以其代表国家法国、德国为例，如今事实上也采行判例制度。〔3〕最高人民法院在《人民法院第二个五年改革纲要（2004—

* 南京大学法学院副教授。

本文受南京大学985三期项目资助；江苏省法学会“司法案例研究的理论、方法及其运用”（SFH2010A15）课题成果。

〔1〕以法律功能主义视角阐述两大法系的判例制度，参见〔德〕茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，第377页以下。

〔2〕英国判例制度是随着法律适用的“宣告说”（the declaratory theory）在19世纪后半叶的衰落而发展起来的，对英国判例制度历史的简洁有力的描述，See Rupert Cross and J. W. Harris, *Precedent in English Law*, 4th ed., Oxford University Press, 1991, pp. 24—36.

〔3〕关于法国判例制度，参见〔法〕雅克·盖斯旦、吉勒·古博：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社2004年版，第二部分第二编“判例”，第369页以下；关于德国判例制度，参见前引〔1〕，茨威格特等书，第282页；最高人民法院课题组：《关于德国判例考察情况的报告》，《人民司法》2006年第7期。

2008)》中明确提出建立和完善案例指导制度,〔4〕相关问题自此成为我国司法实务界和学界的讨论热点。经过数年酝酿,最高人民法院于2010年底发布了《关于案例指导工作的规定》,〔5〕具有中国特色的判例制度发轫成行。然而,案例指导制度在中国只是一个开端,未来发展离不开实践检验和理论探索,本文从判例生成的角度来评判现有制度并探索其未来的发展方向。

各国判例制度均包含两部分内容,第一部分是判例制度的有形部分,即判例的生成制度,另一部分是判例制度的无形部分,即判例的拘束力制度。判例生成制度主要涉及判例公布的主体、种类和方式问题:哪些法院是判例法院,从而其案例才能成为判例?判例法院的全部案例都是判例,还是应从中遴选部分案例作为判例?如果遴选判例,依据何种遴选标准,由谁最终决定?判例公布是判决书的全文公布还是加工编辑之后公布?判例拘束力制度则主要涉及判例对同类案件的规范效力问题:如何判断两个案件实质相同?法官多大程度上受先例拘束,是严格遵循先例还是参照先例?判例拘束力源自何处,是判决书的原文措辞具有拘束力,还是判决结果具有拘束力,抑或是从判例中抽取和概括的判例规则具有拘束力?法官在何种条件下以及如何修正先例、推翻先例?

判例制度的两部分内容紧密相连,判例生成是判例拘束力的物质基础,而判例拘束力是判例生成的制度目的。两部分内容之间也存在中间地带,典型如判例援引问题。法官在判决案件时能否直接援引判例、如何援引判例,这既涉及有形的判例生成问题,也涉及无形的判例拘束力问题。相比之下,判例生成制度更多受制于一国的司法制度,而判例拘束力制度则更多受制于一国的法律渊源制度。鉴于我国判例制度处于创始阶段,判例生成作为判例制度有形的物质基础,较之判例拘束力问题,具有更强的基础意义,本文以判例生成制度为研究对象。

《关于案例指导工作的规定》的主旨在于规定更具基础意义的指导性案例的生成问题,只有第7条直接针对指导性案例的拘束力问题。依据《关于案例指导工作的规定》,现有指导性案例的生成制度可以概括为:各级人民法院,以及社会各界人士,可以向最高人民法院推荐指导性案例,最后由最高人民法院确定并统一发布。因此,我国指导性案例的生成大体上采用了“民主集中制”原则,各级人民法院和社会各界“民主”推荐,最高人民法院“集中”统一发布,这在其他大陆法系国家或英美法系国家的判例制度中并无同类。

当然,即使在风格鲜明和技艺娴熟的判例法国家,判例生成制度也不是一成不变的,也在反复矫正、发展和变迁之中。例如,美国的判例制度给人以成熟稳定的印象,但从20世纪70年代迄今,美国联邦法院系统的判例制度正经历一场重大变革,而这场重大变革就是围绕着判例生成制度展开的。1972年,美国司法会议督促联邦各巡回上诉法院提出和发展各自的“判决书有限公布计划”,遴选公布联邦上诉法院的判决书,作为有先例拘束力的判例,而之前联邦上诉法院绝大多数的判决书都经公布并有先例约束力,于是联邦巡回上诉法院纷纷发展了大同小异的判决书有限公布规则。〔6〕这场变革事关普通法的命运,引发的理论争议持续至今。中美法律传统虽不同,但同为广土众民、讼案频增的大国,美国判例制度的变革对中国建设案例指导制度极富启发意义。

〔4〕 最高人民法院于《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》第13条规定:“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件,规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等。”

〔5〕 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》法发〔2010〕51号(2010年11月26日)。

〔6〕 对20世纪70年代美国联邦上诉法院判例生成制度改革的历史描述, See W. L. Reynolds and W. M. Richman, *The Non-Precedential Precedent: Limited Publication and No-citation Rules in the United States Courts of Appeals*, 78 Col. L. Rev. 1167, 1168—1172 (1978)。

本文将案例指导制度纳入广义的判例制度之中,除了法律功能等同的原因之外,还特别考虑采用分析法学和比较法学的分析方法,以判例制度的抽象共性,去拷问我国案例指导制度的特殊个性,在此共性与个性相互的、往返的辩诘过程中,坚定地是我国案例指导制度之所是,非我国案例指导制度之所非,从而探寻案例指导制度未来稳健的发展道路。

二、判例生成与法院审级制度

在建构案例指导制度的讨论中,关于指导性案例的生成,我国学界分歧严重,曾有如下三种意见:第一种意见认为,只有最高人民法院才有资格和权力发布指导性案例,其它任何法院都无此资格和权力;^[7]第二种意见认为,最高人民法院和各高级人民法院都有资格和权力发布指导性案例,最高人民法院发布的指导性案件指导全国审判工作,高级人民法院发布的指导性案例指导辖区内的审判工作;^[8]第三种意见呼吁各级法院公开所有案件,让那些具有“内在指导力”、“裁判理由正当充分”的案件在广阔的“案例市场”的充分竞争中脱颖而出,成为指导性案例。^[9]

第三种意见首当其冲应受到批评。判例制度的逻辑起点是为了实现同案同判的形式正义,而不是追求个案审判的实质正义。“同案同判”不分地域差别,不论法院审级,只要前、后案是“同案”,就要求“同判”,这一过程导源不出个案的实质正义,因为即使实现了两案的“同案同判”,也不能保证它们在实质上就是正确的。不过,如果判例制度只满足于同案同判的形式构建,却无助于实现个案的实质正义,就远非完满。因此,各国判例制度普遍将同案同判的形式构建,与法院体系和审级制度相衔接,单向度要求下级法院的判决遵循上级法院的判决,赋予同案同判以特定含义。这其中隐含一个推定,即上级法院较之下级法院,更有能力实现个案的实质正义,尤其是最高法院,因其最高之司法权威,更不容置疑。当然,下级法院遵循上级法院,这仍然是一个形式主义标准。判例制度正是重叠了两个形式主义标准,采取形式主义进路,以追求形式正义为逻辑起点,同时尽可能间接实现个案的实质正义。

案例的“内在指导力”,抑或“裁判理由正当充分”,都直接指向案件结果或法律论证的实质正义,是一种实质主义标准,因而,第三种观点试图直接采取实质主义进路来构建判例制度,以同时实现形式正义和实质正义。然而,这种浪漫的观点最终不仅不能实现实质正义,还将毁损作为判例制度逻辑起点的形式正义。依据实质主义标准,法院应遵循那些实现实质正义的案件判决,但哪些判决实现了实质正义,理想上固然可以讨论,现实中却无定论,最后的结果必然是法官各取所需,形式一致性荡然无存。实质主义进路如果继续发展,想必会进一步明确含糊的实质主义标准,提出诸如在海量的公开的判决中,法官援引最多的案件判决成为指导性案例,或学者给予最高评价的案件判决成为指导性案例等,最后还是不可避免地回到形式主义进路。可见,实质主义标准根本无法成为判例制度的基础。

[7] 这种观点在学界最为普遍,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;张榕:《通过有限判例制度实现正义——兼评我国案例指导制度的局限性》,《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2009年第5期。

[8] 参见北京市高级人民法院课题组:《关于完善案例指导制度的调研报告》,《人民司法》2007年第19期。该调查组甚至认为,除了最高人民法院和高级人民法院可以成为指导性案例的发布主体之外,较大的市的中级人民法院也可以成为发布主体。张琪教授也主张高级人民法院应当成为指导性案例的确定机关,参见张琪:《试论指导性案例的“指导性”》,《法制与社会发展》2007年第6期。

[9] “指导性案例的约束力应来源于该案例的内在指导力,即裁判理由的正当充分与被广泛认可。这就需要将该案例的选择建立在案例市场和法学理论的充分竞争基础上。”李友根:《指导性案例为何没有约束力——以无名氏因交通肇事致死案件中的原告资格为研究对象》,《法制与社会发展》2010年第4期。

《关于案例指导工作的规定》在很大程度上摆脱了实质主义进路，并没有纵容法官去自由参照那些他们认为实现了实质正义的案件判决，但仍然鼓励法院之外的社会各界人士向最高人民法院推荐指导性案例。这可能是希望凝聚社会各界的共识，以便最高人民法院发布的指导性案例获得社会各界对其实质正义的认同。最高人民法院对社会各界的实质主义标准拥有最终取舍的权力，这看似大体上还是服从了形式主义进路，但其中表现的对形式主义进路的偏离，还可能表明其对形式主义进路所最终依赖的司法权威缺乏自信。判例制度引入司法外的实质主义标准，反而会削弱司法权威，毁损判例制度的基础。一国最高法院的所有判决，原本不能成为判例，而是经过特别推荐才成为判例，这简直颠覆了最高法院之最高司法权威。

较之第三种观点，第一种观点和第二种观点都以法院审级制度为基础，取形式主义进路。判例制度要求上级法院的判决拘束下级法院，但是哪些“上级法院”拘束哪些“下级法院”，仍然需要进一步探讨，第一种观点和第二种观点的分歧正在于此。不过，两种观点大多基于一种简单的经验判断，鲜有结合中国的法院审级制度给出充分的理论论证，没有进一步回答：为什么只有最高人民法院，或是最高人民法院和高级人民法院，才有权发布指导性案例？为什么基层人民法院和中级人民法院无权发布指导性案例？

为促进审判指导，我国曾经发展出一些判例生成制度的“雏形”，其中最有影响力的实践是《最高人民法院公报》（下文简称《公报》）的案例公布。《公报》所公布的案例分为两种：一为“裁判文书选登”，全文选登最高人民法院做出的判决书、裁定书；二为“案例”，摘编各级地方法院做出的判决书、裁定书。20世纪90年代迄今，最高人民法院下属单位或业务庭也先后编辑出版了多种案例书刊。此外，先后还有20多个高级人民法院积极开展案例指导制度的实践。例如，江苏省高级人民法院仿效最高人民法院，出版《江苏省高级人民法院公报》月刊，每期发布“参阅案例”，用以指导省内审判实践。少数中级人民法院和基层人民法院，例如郑州市中级人民法院和郑州市中原区人民法院，也尝试建构案例指导制度，发布典型性案例。^{〔10〕}

从最高人民法院到基层人民法院，曾经都尝试在各自辖区内发布指导性案例，这似乎是一个无序混乱的局面，催生了诸多疑问，例如：上级法院除了遴选公布自己法院的案例为指导性案例之外，是否可以不受限制地遴选公布辖区内下级法院的案例为指导性案例？基层人民法院是否可以自由地公布自己法院的案例为指导性案例，甚至可以公布上级法院的案例为指导性案例？《关于案例指导工作的规定》暂时中止了上述疑问，规定只有最高人民法院才有权最终发布指导性案例。但是，为何只有最高人民法院才是指导性案例唯一的发布主体，其正当性何在？对此问题的审视，离不开法院审级构成的基本原理以及我国审级制度的现实。

几乎没有两个国家的法院体系是完全相同的，但在法院审级制度的设计上，各国一般都努力区分初审法院、上诉法院和最高法院。初审法院享有初审管辖权，负责案件初审；上诉法院负责对初审法院做出的判决进行复查；最高法院是一国的最高司法机关。^{〔11〕}三种类型的法院共同构成了金字塔型的法院体系，居于塔顶的是最高法院，居中的是上诉法院，处于塔基的是初审法院。与此三级法院体系相对应，各种不同的诉讼模式殊途同归，共同走向三级审理结构的审级体系。^{〔12〕}任何等级的法院，兼具两种基本职能，第一是解决个案纠纷，第二是解释、澄清和发展法律。前者主要服务于私人目的，后者主要服务于公共目的。然而，两种职能是同步进行的，是一个硬币的两个方面，发展法律并非独立进行，而是通过解决纠纷来实现的。

〔10〕 对中国案例指导制度的实践发展的梳理，同时可以参见前引〔7〕，李仕春文。

〔11〕 对三种法院的类型划分和职能定位，参见〔美〕亨利·J.亚伯拉罕：《司法的过程》，泮伟江等译，北京大学出版社2009年版，第109页以下。

〔12〕 参见傅郁林：《审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析》，《中国社会科学》2002年第4期。

不同等级的法院，职能重心有很大差别。初审法院的重心在于解决纠纷，发展法律不是其主要目的；最高法院的目的在于发展法律，解决纠纷不是其工作的出发点；上诉法院夹在中间，其解决纠纷的功能弱于上诉法院强于最高法院，而其发展法律的功能强于初审法院弱于最高法院，所面临的角色冲突高于其它两者。^{〔13〕}在大陆法系国家，对于法院发展法律的功能曾有过怀疑，但如今都普遍认为法官负有发展法律的义务，较高法院的司法判决，尤其是最高法院的司法判决，对实体法的发展意义重大。^{〔14〕}判例制度是有关法律适用的司法制度，和各级法院发展法律的职能相对应，发展法律职能强的法院才应成为判例法院，而发展法律职能弱的法院则不应成为判例法院。依据法院体系和审级制度的一般模式，各国发展出比较近似的判例制度：最高法院的判决辐射全国，对全国下级法院均有约束力；上诉法院遵循最高法院的判决；初审法院遵循上诉法院和最高法院的判决。^{〔15〕}

判例制度正是通过金字塔型的法院体系和审级制度才得以建构的。金字塔型的法院结构，可以确保一个法律体系中所有案件的法律适用，最后都可以由下至上地统一于顶部的最高法院。最高法院在判例体系中是九九归一之处，统一法律适用和发展法律的职责最为重大，作为一国法律体系的“守护神”，它自然是判例法院。初审法院发展法律的职能低，不是判例法院，只需严格遵循上级法院的判决。夹在中间的上诉法院，虽然普遍享有判例法院的地位，但其角色冲突使涉及上诉法院的具体判例制度更为复杂。为了法律的确定性与稳定性，各国判例制度通常要求初审法院严格遵循上诉法院和最高法院的判决，上诉法院严格遵循最高法院的判决。但为避免法律趋于机械和僵固，促其因应社会的发展变迁，各国判例制度普遍赋予最高法院以改变法律政策的权力，因此最高法院无需遵循自己的先例，而上诉法院一般却需遵循自己的先例。法律的一大奥妙在于“变”与“不变”的辩证之中，^{〔16〕}在判例制度中，最高法院正处于“变”的位置，而初审法院和上诉法院正处于“不变”的位置。

至于处于同一等级的上诉法院，彼此的判决是不应具有先例拘束力的。两案实质相同，两个上诉法院的判决却不同，看似违背“同案同判”的自然正义，其实不然。如果最高法院积极受理其中一个上诉法院的案件的上诉，并做出自己的判决，那么两个上诉法院的不同判决就在最高法院层面得到了统一。如果最高法院依据通行的上诉裁量权，拒绝受理任何一个上诉法院的案件的上诉，那就表明最高法院意识到，当前无法轻易判定哪个判决更合乎正义和社会需要，或是两个判决从不同侧面满足了当前社会需要和正义标准，何者最终胜出将取决于社会实践的进一步发展，因而最高法院无需急于统一两种不同的判决，不如放任两个判决的判例规则自由发展。

以上就审级制度和判例制度的合并分析，阐明了判例生成的一般模式，以此为参照，可以有效分析我国法院体系和审级制度对于建构案例指导制度的影响。我国目前的法院体系是四级法院，审级制度是两审终审，再审制度作为例外处于补充地位。再审制度吸收了三审制度的一些因素，形式上向三审制度迈出了一步。但是，在一般的三审制度中，各审级法院之间，特别是三审终审法院和下级法院之间，有基于事实审和法律审的职能划分，有双向的制约关系，而再审的上一级法院对原审法院只是纯粹的权力凌驾，无双向制约关系可言。因而，再审制度的本质并非三

〔13〕 参见 [英] J. A. 乔罗威茨：《民事诉讼程序研究》，吴泽勇译，中国政法大学出版社 2008 年版，第 268 页。

〔14〕 参见 [德] 罗伯特·霍恩等：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 66 页。

〔15〕 参见前引〔2〕，Rupert Cross 等书，第 6 页。当然，这主要是基于英国模式的概括。相比普通法系国家，大陆法系国家可能更加重视最高法院的判例法院的地位，而相对降低上诉法院的判例法院的地位，但上诉法院作为高级别法院，享有判例法院的地位在大陆法系国家也是很普遍的。

〔16〕 关于法律的稳定必要性与变化必要性之间的关系，参见 [美] 罗斯科·庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社 2002 年版，第 2 页。

审制度，^{〔17〕}而是更多基于上下级的权力等级，对终审判决做出的“拨乱反正”。因此，我们的分析将更多基于法定的两审终审制度。

仅仅从四级法院的体系看，我国法院体系似乎构成了一个等级森严的金字塔型结构，最高人民法院居于塔顶，基层人民法院居于塔基。不过，若结合两审终审制来分析，我国的法院体系其实是分散而不是完整的体系。两审终审制将我国法院体系分割为三组金字塔，分别是：基层人民法院——中级人民法院、中级人民法院——高级人民法院、高级人民法院——最高人民法院。高级人民法院对基层法院尚且没有司法辐射力，更何况最高人民法院。同时，受理上诉案件的法院，即使是最高人民法院，也不区分事实审与法律审，因而在职能上很难严格分出初审法院、上诉法院和最高法院。最高人民法院一般只是部分标的额极高的案件的上诉法院，^{〔18〕}而不是“俯瞰全国”的最高法院，与一般原理中的最高法院不可相提并论。即使将再审制度视为三审制度，多组金字塔并存的分散结构也不会因之实质性地改变。

我国现行法院体系与行政体系一一对应，甚至可以说是行政体系的产物。但行政体系可以实现垂直领导，法院体系却因其分散结构而无法形成垂直贯穿的一元体系。如果依据现行多元分散的法院体系和两审终审制构建案例指导制度，最高人民法院、高级人民法院和中级人民法院，作为各自金字塔顶端的终审法院都应有权发布指导性案例，并且每个法院为了免于判决过多受到上级法院的发回重审或改判，才会有动力去接受自身所属的那个金字塔的上级法院的指导性案例的约束。例如，基层人民法院才会有动力去接受中级人民法院的指导性案例的约束，即使将再审纳入进来，至多也只会去接受高级人民法院的指导性案例的约束，而不会有动力去接受最高人民法院的指导性案例的约束。于是，三组并列的金字塔型法院体系，对应的就将是三组并列的案例指导体系，而在全国范围内追求法律统一适用的制度梦想就破灭了。因此，依循我国多元分散的法院体系，根本无法建构一元的案例指导制度。

《关于案例指导工作的规定》或许意识到现行法院体系和审级制度对于构建一元的案例指导制度的阻碍作用，只在最高法院垄断指导性案例的发布这一点上保留了审级意识，而在其他方面一概抛开了现行法院体系和审级制度。据此，各级法院不论审级，所审理的案例都有资格成为指导性案例，但即使是最高人民法院审理的案例，也不能自动成为指导性案例，而必须经过推荐程序。由最高人民法院统一发布指导性案例，表面看似形成一元的案例指导制度，但是这种表面的一元也因现行审级制度而实质上趋于破裂，因为只要地方各级人民法院审理的案件不能上诉到最高人民法院，地方各级人民法院就没有动力去参照最高人民法院发布的指导性案例，地方判决即使明显违背指导性案例，也没有机会通过上诉审得到最高人民法院的纠正。^{〔19〕}因此，最高人民法院并不能运用其终审权力，来确保地方各级人民法院统一参照指导性案例。

中国广土众民，诉讼纠纷层出不穷，仅在推荐的基础上由最高人民法院统一发布指导性案例，指导性案例的数量和种类是否能满足全国法院审判参照的需要，是十分令人怀疑的。如果最高人民法院过于谨慎，所发布的指导性案例的数量和种类过少，对全国审判的指导意义就微乎其微。如果各方积极推荐，最高人民法院放任通过，那么指导性案例的品质恐怕要良莠不齐了。其

〔17〕 参见前引〔12〕，傅郁林文。

〔18〕 在我国司法实践中，高级人民法院一审民事案件大多以诉讼标的额达到一定数额为管辖起点，最高人民法院和高级人民法院只在极少数情况下提审下级法院管辖的一审案件。

〔19〕 有法官针对局部地区审判实践中参考《公报》案例的情形进行初步调查发现，约有51.4%的法官参考过《公报》案例，11.4%的法官未想到参考《公报》案例，参见袁秀挺：《我国案例指导制度的实践运作及其评价——以〈最高人民法院公报〉中的知识产权案例为对象》，《法商研究》2009年第2期。在全国范围内，从各种经验来看，法官参考《公报》案例的比重很有可能更低。

他各国判例制度，均是一国司法体系整体有机运作的产物，唯独我国的案例指导制度，是最高人民法院在审判之外的“业余”时间来运作的，人力和资源有限，其成效和前景就难以乐观。如果中国是成文法的小国，说不定可以由最高人民法院独家提供指导性案例，但中国幅员如此之广，地区差异如此之大，游离于司法之外的案例指导制度，又如何能兼顾中国的地区差异？而要兼顾中国的地区差异，就应该重视许多高级人民法院在过去数年中推动案例指导制度的实践，使各高级人民法院在各自辖区内发挥重要的案例指导作用。

判例生成制度离不开一国的法院体系和审级制度，要想摆脱法院体系和审级制度来创建判例制度，最后将很难成功。因此，完善我国案例指导制度，应相应地改革现有审级制度，因为审级制度是形成金字塔型的一元法院体系的关键。理想前景是建立三审制度，第三审法院只进行法律审。最高人民法院应强化其司法职能而弱化其发布抽象司法解释的立法职能，除了裁量接受以中级人民法院为初审法院的三审上诉，对于涉及宪法基本权利的案件，也可以裁量接受以基层人民法院为初审法院的三审上诉。如此，最高法院的判决才能真正对全国法院具有辐射力，才能真正成为金字塔顶的最高司法权威之“最高法院”。案例指导制度所需的配套司法改革的重心，正是最高人民法院自身的改革。

当我国审级制度转变为四级法院三审制，最高人民法院的司法权辐射全国时，才能真正建成相对完善的案例指导制度，最大限度地实现全国法律适用的统一。此时，只有最高人民法院和高级人民法院才能成为终审法院，最高人民法院维护全国法律适用的统一，而高级人民法院维护辖区内的法律适用的统一。相应地，只有最高人民法院和高级人民法院才能成为判例法院，才能公布自己审理的案例为指导性案例，而中级人民法院和基层人民法院均非判例法院，所审理的案例不能成为指导性案例，更无权发布指导性案例。最高人民法院的指导性案例指导全国审判，高级人民法院的指导性案例指导辖区内审判；当不违反成文法和最高人民法院的指导性案例时，高级人民法院的指导性案例可以适当顾及地域差异。

三、判例遴选及其标准与方式

上文结合法院体系和审级制度的探讨，意在阐明哪些法院的案例可以成为判例，以及哪些法院可以公布判例。循此逻辑展开，判例生成制度中接下来的两个重要问题是：是否判例法院所审理的所有案例都是判例，抑或由判例法院遴选公布其部分案例甚至是少部分案例为判例？判例法院是否可以遴选公布下级非判例法院审理的案例为判例？这两个问题可以合并为判例遴选问题，前者是各国判例制度中普遍面临的问题，后者是我国案例指导制度的独具特色的问题。

上级法院遴选公布下级法院的判决，以之指导下级法院的审判工作，是我国司法实践中长期形成的独特现象。最高人民法院通过其权威法定刊物《公报》，已经形成遴选公布下级法院案例的惯例。以2009年全年《公报》为例，在“裁判文书选登”一栏共公布最高人民法院做出的判决书或裁定书18份，而遴选公布地方各级法院的判决书或裁定书共19份，两者数量相当；在所公布的地方法院判决中，既有高级人民法院的判决，也有中级人民法院和基层人民法院的判决，涵盖刑事、民事和行政三大类。^{〔20〕}近年，一些高级人民法院，典型如北京市高级人民法院、江苏省高级人民法院，也效仿最高人民法院，通过特定形式遴选公布辖区内下级法院的判决，以之指导辖区内的审判工作。^{〔21〕}《关于案例指导工作的规定》继续沿袭这一思路，规定最高人民法院

〔20〕 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2009年卷，人民法院出版社2010年版。

〔21〕 北京市高级人民法院编辑出版《北京法院指导案例》，江苏省高级人民法院编辑出版《江苏省高级人民法院公报》。

在各级法院和社会各界人士推荐的基础上，遴选公布全国各级法院的案例为指导性案例，但高级人民法院不再有权遴选公布辖区内下级法院的案例为指导性案例。在其他各国判例制度中，先例一般就是最高法院或上诉法院自己做出的判决，而不可能遴选公布下级法院的案例为判例。我国发展出如此独特的判例生成制度，内因是什么，正当性何在？

在我国两审终审的审级制度下，最高人民法院充其量只是名义上的最高法院，而非实质意义上的最高法院。基层人民法院或中级人民法院受理的初审案件，即使有超出个案价值的重大法律意义，最高人民法院一般也没有机会亲自审理，因而失去了通过这些个案来澄清和发展相关法律的机会。当最高人民法院发现各地人民法院对个案法律问题的澄清和发展，完全符合最高人民法院自己的法律观点，说出了最高人民法院想说而没有机会说出的“心声”，而这些个案判决中的法律观点因审级低而无法超越个案和超越地区之限制时，最高人民法院遴选公布这些案件为全国性的指导性案例，使之具有超越个案和超越地区的法律价值，并借此在全国范围内澄清和发展相关法律，推动全国法律适用的统一性。这或许就是最高人民法院遴选公布地方各级法院判决的内因所在。

最高人民法院遴选公布地方法院案例为指导性案例，以之弥补现行审级制度对其在判例制度中应有职能的限制，虽不乏正当性，却也面临数种制度风险：第一，当最高人民法院遴选审级较低的法院例如基层人民法院的案例为指导性案例时，全国各高级人民法院和各中级人民法院均应俯首参照，审级关系被颠覆了，司法辖区界限不复存在了；第二，当最高人民法院遴选公布地方法院的案例为指导性案例时，并非是通过审判行为对地方法院的判决进行肯定和维护，而是行使司法外权力对地方法院的判决进行评价，等于将最高法院的司法外意志强加给地方法院，违背了各级法院均应独立审判的基本原理；第三，最高人民法院与地方法院尤其是基层法院之间，在解决纠纷或发展法律两方面存在职能的区分，当最高人民法院遴选基层人民法院的案例为指导性案例时，无异于要求基层人民法院承担起最高人民法院发展法律适用、维护全国法律统一适用的职能，这势必让本已“案多人少”的基层法院不堪重负，削弱基层法院解决纠纷的基本职能。^[22]

最高法院最使人尊敬之处，在于能将高超成熟的司法技艺与发展法律的宏大抱负完美地结合在一起，推动法律发展的同时又谨守司法的界限。当最高人民法院遴选发布下级法院的案例为指导性案例时，其中所展现的并非是司法技艺和法律发展的完美融合，而是一种超越司法的近乎任意和武断的权力施展，其本质和最高人民法院发布抽象司法解释的行为是一致的，都是一种以司法外的方式来统一法律适用和发展法律的方法，无非是司法解释更为抽象，而遴选发布的指导性案例相对具体而已。学界对于最高人民法院制定抽象司法解释的合宪性批评以及其他批评，几乎同样可以用来批评最高人民法院遴选发布地方法院案例为指导性案例的做法。^[23]至于高级人民法院效仿最高人民法院，制定“司法解释”和遴选发布“指导性案例”的做法，也是以司法外的方式确立自己在本辖区内的政策话语权和规则制定权。^[24]

我国案例指导制度的完善方向，应是最高人民法院和高级人民法院专注于个案的司法审判，并以自己的个案判决约束下级法院的判决，以此促进全国法律适用的统一和法律发展，建立起司法主导的一元金字塔型的案例指导制度。如果现有审级制度不改，最高人民法院和高级人民法院

[22] 美国学者夏皮罗指出，初审法院与“同意的审判模式”最为接近，即应帮助当事人对诉讼纠纷的解决达成和解，而不应追求强制性的法律审判：“当代法院被卷入到一场持久性的危机之中，因为他们已经沿着法律和机构的路线走得太远以至于似乎背离了经过同意的审判模式，而这一模式为法院提供了具有本质意义的社会逻辑。”[美] 马丁·夏皮罗：《法院：比较法上和政治学上的分析》，张生、李彤译，中国政法大学出版社2005年版，第12页。

[23] 对最高人民法院抽象司法解释权的批评，例如，参见金振豹：《论最高人民法院的抽象司法解释权》，《比较法研究》2010年第2期。

[24] 参见前引[7]，李仕春文。

的司法力量有限,为建立案例指导制度,难免借助司法外权力遴选发布下级法院的案例为指导性案例。从已有实践和《关于案例指导工作的规定》来看,最高人民法院和各高级人民法院似乎热衷于发展司法外权力而不自觉,如此建立的必然是权力主导而非司法主导的案例指导制度。权力主导的案例指导制度,与现行司法解释制度,都是司法外的政策制定行为,只不过前者或许能部分替代后者的功能,从而抑制最高人民法院发布抽象司法解释的欲望。当然,权力指导的案例指导制度虽然应受批评,但较之抽象司法解释更接近司法的本质,相对来说也是一种进步。^[25]

在我国案例指导制度的酝酿过程中,对于判例生成,学界讨论集中于最高人民法院和高级人民法院遴选公布下级法院案例的问题,很少触及最高人民法院和高级人民法院是否应全部公布自己的案例为指导性案例。从理论上说,最高法院作为权威最高之司法机构,肩负统一法律适用与发展法律的主要使命,审理的每个案件都可以推定为具有重大的法律意义,因而每个判决都应公布为先例,而不应存在判例遴选问题。现实中,美国联邦最高法院每年大约实体裁决200个左右案件,其中90个左右撰写了司法意见,^[26]发布之日就上网公开,并延后全文公布于其官方案例报告即《美国报告》(United States Reports)。^[27]依据1947年法律,法国最高司法法院应在官方法律公报上公布所有判决,但1967年的法律改革授权各庭庭长遴选公布判决,最后实践中高达80%的判决没有公布。^[28]

最高人民法院每年审理多少案件,撰写多少判决书或裁定书,数量不详,每年《公报》全文公布的最高人民法院的判决书或裁定书数量很少,估计只占很小的比例。最高人民法院在组织结构上可能更加类似于法国最高司法法院,法官数量较多,分成数个审判庭,审判权力由此分散。这与美国联邦最高法院适成相反,法官数量少,共同组成一个庭,审判权力集中。如果仅从判例制度的角度评价两种最高法院的组织模式,美国模式显然更优。正如法国学者对法国最高法院的批评:审判权力分散容易导致各审判庭之间各自为政,所作判决容易冲突,判例意见过于频繁变动,这损害了最高司法机构的信誉。^[29]最高人民法院审理案件由三位法官组成合议庭,不管案件在法律上有多重要或有多大的争议,都不可能像法国最高法院或德国最高法院那样,由三位以上法官甚至跨庭组成大审判庭进行审理并发布判决,^[30]因而相比之下我国最高法院的审判权力更为分散。

当最高法院审判权力分散时,审判案件的数量相对更多,判决之间的不协调和不一致的风险相对更大。为了降低判决冲突的风险,避免风格不一甚至判决质量的高低不齐,维护最高法院的声誉和法律适用的统一性,客观上就不能贸然公布所有的判决作为全国判例,而只应在严格审查之后遴选其中的一部分。因此,如果最高人民法院继续维持现有的内部组织结构,组庭方式保持不变,就难以要求其公布每一个案例为指导性案例,而只能由其遴选部分案例为指导性案例。然而,尽管制度现实允许最高人民法院自我遴选指导性案例,但是社会仍然有权要求它在官方公报上扩大案例全文公布的比例,^[31]并期待它更多地负起以个案司法来维护法律适用的统一和发展

[25] 关于案例指导制度与抽象司法解释之间的关系,参见宋晓:《裁判摘要的性质追问》,《法学》2010年第2期。

[26] 参见前引[11],亚伯拉罕书,第213页。

[27] 参见[美]莫里斯·L.科恩、肯特·C.奥尔森:《法律检索》(影印本),法律出版社2004年版,第53页。在今日美国联邦最高法院的官方网站中,所有司法意见或命令几乎都是实时公布的。

[28] 参见前引[3],盖斯旦等书,第407页。

[29] 同上书,第387页。

[30] 同上书,第405页。

[31] 这里是从判例生成的角度论述法院判决是否应公布为判例的问题,并不涉及法院判决的司法公开问题。恰恰相反,各级法院的判决依据审判公开原理都是应该向社会公众公开的,尤其在那些司法权威不足、司法信赖度不高的国家,各级法院的判决书公开就更为必要。

法律的神圣使命。

依据判例生成制度的一般原理，上诉法院的判决一般也具有判例地位，而上诉法院是否应遴选其判例问题，相关争议较之最高法院有过之而无不及。以美国为例，在美国联邦法院系统中，联邦最高法院需全文公布其所有判决，联邦初审法院一般不需要公布其判决，而联邦上诉法院应全部公布还是遴选公布其判决，在过去30年争执不下。20世纪70年代之后，各联邦上诉法院纷纷制定判决书有限公布规则之后，如今超过四分之三的判决书是未公布的，公布的判决才有先例约束力，而未公布的判决没有先例约束力。^{〔32〕}在我国法院体系中，虽没有严格的初审法院——上诉法院——最高法院的等级构成，但与上诉法院性质最接近的，或者说为形成一元法院体系而应向着上诉法院的性质迈进的，便是高级人民法院。如果可以将高级人民法院的职能定位于上诉法院，那么高级人民法院应全部公开抑或遴选发布其案例为指导性案例问题，最终将取决于上诉法院的机构性质及其在判例体系中的地位。

依据上诉法院的一般原理，上诉法院面临解决纠纷与发展法律这两种职能的角色冲突，部分判决可能相对偏重于解决纠纷，只具个案意义，而另一部分判决可能相对偏重于发展法律，具有超越个案的判例价值，因而需要遴选公布后者作为判例。在过去数十年的司法实践中，各国上诉法院的受案量普遍猛增，案多人少，负荷过重。^{〔33〕}例如，从1960年到2007年，美国上诉法院的受案数量增大了15倍。^{〔34〕}我国司法统计表明，近年我国法院受案量也是猛增，2007年修改民事诉讼法放宽了再审条件之后，再审案件数量攀升，多由高级人民法院和最高人民法院受理，因而我国整个法院系统，包括高级人民法院，同样面临案多人少的司法负荷。

为减低司法负荷，上诉法院只好遴选公布部分判决为判例。如果上诉法院坚持公布其全部判决为判例，因其数量之巨，很难实现判例之间的协调性、一致性和连贯性。与此同时，上诉法院的法官承受讼累，没有饱满精力斟酌所有判决的判决理由，没有充分时间打磨所有判决的判决文书，所作判决作为先例之价值必然大打折扣，这对判例制度的发展来说是致命的。如果上诉法院只需遴选公布部分判决为判例，法官就可以将时间精力集中于那些将会成为判例的判决文书的写作，充实其法律观点的分析和推理；而对于其余案例，法官在判决文书中就可简化案件事实陈述和法律推理，只需更多关注结果本身。美国上诉法院遴选公布判决的实践表明，那些公布为先例的判决书，对比那些没有公布为先例的判决书，打磨程度和认真程度存在很大的差别。^{〔35〕}

上诉法院如公布其全部判决为判例，那么判决连绵积累，假以时日，数量将极其庞大。在信息化时代，固然可以通过电子存储方式减少纸面出版，但是面对庞大的判例系统，法官、律师和当事人都需投入无穷量的研究精力，这将是任何一个社会的难以承受之重。浩如烟海的判例系统，也许只适合部分法律史学家做皓首穷经的研究，但法治的本质是一种社会实践，社会实践就不能过多从理想出发，而必须兼顾现实条件和行动效率。正是基于上述种种现实原因，美国有法官直言不讳地说道：联邦上诉法院遴选公布判例，最主要的理由就是“一种效率的正当性”。^{〔36〕}司法效率是任何国家的判例制度都无法回避的衡量因素，中国的案例指导制度也将如此，因此可以肯定，高级人民法院如能公布其案例为指导性案例，也将会采取遴选方式。既然最高人民法院面临遴选的现实，高级人民法院理论上也可遴选，因而接下来的关键问题就是：案例遴选的具体

〔32〕 E. S. Weisgerber, *Unpublished Opinions: A Convenient Means to an Unconstitutional End*, 97 Geo. L. J. 621, 622 (2009).

〔33〕 参见前引〔13〕，乔罗威茨书，第265页以下。

〔34〕 参见前引〔32〕，Weisgerber文，第626页。

〔35〕 同上文，第623页。

〔36〕 See D. J. Boggs and B. P. Brooks, *Unpublished Opinions and the Nature of Precedent*, 4 Green Bag 2d 17, 19 (2000).

标准是什么？由谁公布？

判例制度是司法权运作的产物，判例遴选标准不宜由立法机关制定。为维护判例法院彼此间的独立性，判例遴选标准也不宜由最高法院统一制定。或许正是缘于此，美国联邦上诉法院的判例遴选标准由各个上诉法院自己制定，而上诉法院咨询委员会则统一拟定了示范性的《司法意见公布标准》。^{〔37〕}各上诉法院的遴选公布规则不尽相同，大致有两种模式。一种模式拟定了概括的、宽泛的标准，例如，第一巡回上诉法院规定：“我们的标准，宽泛而言，取决于地区法院、未来的当事人以及我们自己是否有更多的有益的机会去阅读和援引这份司法意见”，^{〔38〕}言下之意，就是取决于该份司法意见在未来是否有更多机会成为被征引的先例。其余上诉法院则效仿《司法意见公布标准》，拟定了相对具体详细的遴选标准：“（a）司法意见确立了一项新的法律规则，或改变了现有法律规则；（b）司法意见涉及持续有公共利益的法律问题；（c）司法意见批评了现有法律；（d）司法意见解决了权威之间的明显冲突。”^{〔39〕}

无论是概括的标准，还是具体的标准，两者在本质精神上是一致的，都希望公布的判决具有超越个案的、普遍的法律意义，简单说就是应具有先例价值。两者相比较，概括的标准毕竟过于空洞，不如具体标准易于实际操作。但什么是具有先例价值的标准，也是不能穷尽的，甚至不能机械地加以类型化，具体标准本身也应该保留足够的弹性。判例制度较之成文法制度，其优点很大程度上正在于其因应社会变迁的灵活性和弹性。《关于案例指导工作的规定》也拟定了指导性案例的遴选标准，第2条规定：“本规定所称指导性案例，是指裁判已经发生法律效力，并符合以下条件的案例：（一）社会广泛关注的；（二）法律规定比较原则的；（三）具有典型性的；（四）疑难复杂或者新类型的；（五）其他具有指导作用的案例。”由此可见，我国也拟定了具体的但同时也有很大弹性的遴选标准，符合判例遴选的基本要求。除“社会广泛关注的”这一反映群众路线的标准之外，其余标准大体注重指导性案例超越个案的判例价值，即对于解释、澄清和发展法律的作用，非常接近美国联邦上诉法院通行的判例遴选标准。

一个案件是否符合判例遴选标准而公布成为判例，这应由个案法官决定，还是由个案法官所在的法院统一认定？在美国联邦上诉法院判例遴选的实践中，各上诉法院虽制定了判例遴选标准，但个案是否应公布成为判例，则由个案法官在撰写司法意见时决定。^{〔40〕}这既是为了尊重法官独立，也是为了实现判例遴选的现实目的，即提高司法效率。如果在法官完成判决意见的撰写之后，再由法院决定是否公开成为判例，那么法官就不知该以何种方式来撰写司法意见了，就无法将时间精力更多赋予那些将成为先例的司法意见。相比之下，我国现行案例指导制度的目的是要以外在力量从各级法院中“选拔”指导性案例，个案法官自然没有决定权。如果我国法院审判权力过于分散的现状维持不变，确实不宜由个案法官或合议庭决定指导性案例的遴选，因为这将无法实现指导性案例之间的一致性和连贯性。但是，为了降低法院的司法负荷和提高司法效率，至少可以赋予法官或合议庭以初步决定权，这样法官就可预先将时间精力更多分流给指导性案例的文书写作。

四、判例援引及有限援引的正当性

一国的判例生成制度若采取遴选方式，则判例遴选公布之后，对相关法院就具有判例意义上

〔37〕 参见前引〔6〕，Reynolds等文，第1171页。

〔38〕 Plan for the Publication of Opinions, 1st Cir. R. app. B. 同上文，第1176页。

〔39〕 Stands for Publication of Judicial Opinions by the Advisory Council on Appellate Justice. 同上文，第1176页。

〔40〕 依据绝大多数美国联邦上诉法院的“判决书有限公布规则”，判决书是否公开，由审理案件的合议庭的多数决定。同上文，第1178页。

的拘束力，尽管不同国家对拘束力有不同定义。^{〔41〕}判例具有拘束力的形式表现是，法官在判决书中直接援引判例，作为判决说理或论证的组成部分。也就是说，判例拘束力是以判例援引为其形式表现的。一国判例制度如拒绝直接援引的形式表现，是否还可以称其为某种形式的判例制度？我国正面临此问。《关于案例指导工作的规定》第7条规定：“最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。”此处只是提及参照，未提及援引，表明最高人民法院对于是否允许法官在裁判文书中直接援引指导性案例还犹豫不决。当然，最高人民法院也没有明文拒绝直接援引，因此该问题还留待于未来的实践发展。^{〔42〕}

从表面上看，法官遵循先例，似乎只要实质上遵循先例中的判例规则，未必一定要直接援引先例。在普通法系国家，法官遵循先例时需直接援引，不仅仅是在实质上适用先例中的判例规则，而且是在宣告判决所依据的权威渊源，如果只依据判例规则而没有说明其渊源，就不能说明法官是在依法裁判。相比之下，在大陆法系国家，成文法是最主要的法律渊源，判例规则常常是成文法规则的解释或续造之结果，是一种次要渊源甚至辅助性渊源，^{〔43〕}法官判决时即使需要在实质上遵循次要渊源对主要渊源的特定解释，似乎也只需说明主要渊源，而无需说明次要渊源。大陆法系的法官在判决时虽然仔细研究过相关判例，而且实际上依据相关判例形成判决结论，但只要将相关判例的信息隐去，就会给人以这样的印象：“他们一挥动从大前提到小前提这根魔杖，判决就从制定法的条文中蹦出来了”。^{〔44〕}

确实，在大陆法系国家，到处弥漫着形式上无需援引先例而实质上遵循了先例的观点。这种观点似是而非，终难成立。任何形式的判例制度，都致力于实现同案同判的自然正义，以形式主义为基本特征。当法官对乙案的判决号称遵循了甲案的判决，但判决书中从未援引甲案，这种形式的缺乏何以让公众信服法官确实遵循了甲案的判决？况且，无论在普通法系还是大陆法系国家，主流观点都认为遵循先例其实是遵循先例中的判例规则，^{〔45〕}而甲案判决的判例规则是需要乙案的法官加以概括和抽取的，乙案的法官如不援引甲案，就谈不上对甲案判例规则的概括和抽取。乙案法官即使宣称背后概括和抽取了甲案的判例规则并加以遵从，但判例规则是否抽取得当，是否解释适用得当，这一切因缺乏形式援引，都无法加以验证。

没有形式上的遵循先例，最终就不可能有实质上的遵循先例，我国的司法经验足以证实这点。《公报》所载案例虽具有极高的权威性，但因为各级法院从未直接援引过《公报》案例，所以事实上常未严格遵循，甚至弃置一旁，我行我素；^{〔46〕}又因我国缺乏金字塔型的一元法院体系，审级关系断裂，地方法院违反《公报》案例的判决，并无机会得到最高人民法院的纠正，因而缺

〔41〕 两大法系在判例生成方面的趋近程度要远远大于判例拘束力方面。事实上，各国判例制度的差别，特别是两大法系之间的差别，主要是由于判例拘束力理论的不同。一般来说，大陆法系对判例拘束力的认可程度低于普通法系，但只是程度之不同而不是有无之差别。我国用案例指导制度来命名判例制度，表明我国大体上采取大陆法系的判例制度模式，而非英美法系的判例制度模式。

〔42〕 最高人民法院研究室主任胡云腾教授认为：“裁判文书是否能够引用指导性案例作为裁判依据，《关于案例指导工作的规定》没有明确……我个人的看法是，考虑到指导性案例是最高人民法院审判委员会讨论决定的，具有解释法律、指导裁判的性质和作用。因此，至少可以作为裁判说理来引用。”蒋安杰：“‘两高’研究室主任谈谈“中国特色案例指导制度”的构建》，《法制日报》2011年1月5日。

〔43〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2005年版，第300页以下。

〔44〕 前引〔1〕，茨威格特等书，第384页。

〔45〕 在大陆法系国家，普遍的观点是：“有拘束力的不是判例本身，而是在其中被正确理解或具体化的规范。”前引〔43〕，拉伦茨书，第301页。在普通法系，对判例规则的概括和抽取方法的详细介绍，See R. B. Cappalli, *The American Common Law Method*, Transnational Publishers, 1996, pp. 24-27.

〔46〕 李友根教授对“无名氏因交通肇事致死案件中的原告资格”系列案件的研究就表明了这一点。参见前引〔9〕，李友根文。

乏激励机制去主动遵循公报案例。同理,依据《关于案例指导工作的规定》,最高人民法院固然可以高效率地、积极地遴选指导性案例,扩大指导性案例的规模,但只要缺乏直接援引的形式要求,就没有乐观理由相信地方各级法院会一改以往的态度,去认真研究和“参照”最高人民法院所发布的指导性案例。

最高人民法院遴选发布的指导性案例,如不辅之以直接援引的形式要求,就难望成为任何先例意义上的“指导性案例”,而终将沦落为相关法律问题的一种学说观点。法官即使“参照”这些指导性案例,也就是参考内中阐明的学说,即使有对学说的尊敬之意,也难有对先例的敬畏之心。对于指导性案例,更难以期望形成相对统一的解释,因为法官在参照之时,将出于个案目的的自由采择,而无被拘束之压力。这些无法直接援引的指导性案例,对于司法的意义甚至还不如对于学界的意义,因为面对数量渐趋庞大的指导性案例,学界可以方便地检讨和总结其中的法学观点,借此纠正以往因缺乏个案实证研究的空洞学理,丰富法教义学。

如果《关于案例指导工作的规定》并不反对法官直接援引指导性案例,那么如同在美国判例制度中所展开的,与判例遴选相对应的有限援引制度——只可援引遴选公布的案例,并承认其判例拘束力,而不能援引其它未被遴选公布的案例,并拒绝承认其判例拘束力——可能会面临三项正当性质疑:第一,依据判例遴选和有限援引制度,判例法院预先决定部分案例的先例地位,是否意味着超出了司法边界而进入了立法领地?^[47]第二,依据有限援引制度,未被遴选公布的案例几乎没有机会进入公众视野,法官审理这些案件时,是否会降低司法责任心,是否会滥用法官权力而随意造法,是否会不认真区别前案而武断适用本不该适用的先例规则?^[48]第三,依据有限援引制度,那些未被遴选公布的案例将没有机会在未来判决中“现身”,意味着从此退出法律的发展过程,而只有少数被遴选公布的案例才有机会在未来判决中“现身”,才能参与法律的发展过程,法律的体系化发展是否会因此而受阻?^[49]

有限援引制度的批评者认为,只允许援引具有先例地位的案例,而不允许援引其余不具有先例地位的案例,无异于宣布部分案件的裁判规则是法律,而其余案件的裁判规则不是法律,如此作为实际上是在预先立法,超越了司法界限。而且,判例法与成文法不同,成文法是面向未来的,即制定规则以支配未来发生的事实,而判例法是回溯过去的,即裁判当下纠纷应遵循过去同类案例的判决。前案判决能否成为先例,最后取决于后案法官,当后案法官发现后案与前案实质相同时,才援引和适用前案的判例规则,此时前案才成为先例。只有经过时间的考验,经过前后案的对比衔接,才有判例可言,如今后案还没有产生,却去宣布前案具有先例效力,岂不是违背了判例法的基本原则而倒向了成文法的怀抱?^[50]

法院在裁判纠纷的同时也在发展法律,两者是融为一体的。判断法院行为是否超出司法界限,关键是观察法院是否在个案审理之外来发展法律。例如,最高人民法院发布抽象司法解释,便是个案审理之外的行为,可以认定为超越了司法界限。当判例法院遴选公布部分案例为判例时,并没有改变自己在这些案例中已经阐明的法律观点,因而没有超越案例本身来发展法律。因此,最高人民法院以及应当是判例法院的高级人民法院,遴选公布自己审理的部分案例为指导性案例,也不应受到超越司法界限的指责。但是,最高人民法院没有参与下级法院的个案审理,却认定下级法院的个案为指导性案例,这并不能就此将下级法院审理的个案转变为最高人民法院审

[47] 参见前引 [36], Boggs 等文, 第 18 页。

[48] See K. Shuldberg, *Digital Influence: Technology and Unpublished Opinions in the Federal Courts of Appeals*, 85 Cal. L. Rev. 541, 567 (1997).

[49] 前引 [32], Weisgerber 文, 第 638 页以下。

[50] 同上文, 第 645 页。

理的个案，因而是在个案审理之外发展法律的行为，无疑超越了司法界限。^[51]

判例遴选制度的现实目的是为了司法效率，对应的自然是有限援引制度，如果同时允许援引未被遴选公布的案例，法官就不能无顾忌地将更多时间和精力分流给遴选公布的案例，司法效率难以提高。判例遴选和有限援引制度，就是为了否定未被遴选公布的案例的先例地位，但不是预先无条件地认定遴选公布的案例就是判例。如果未来所有后案的法官都没有援引遴选公布的案例，那么这些案例就永远成不了真正意义上的判例。因此，即使这些案例预先被遴选为判例，其意义也不能等同于成文法——一旦制定就应无条件适用的法律。当然，法院预先区分先例性案件和非先例性案件，公开言明不同案件的造法程度，只允许有限援引，这无异于在高调宣布司法的造法功能，较之以往法院隐藏造法功能的保守时代，确实容易引发“超越司法”的嫌疑。

有限援引制度究竟是否会降低法官在未被遴选公布案件中的责任心？自从美国上诉法院实行判例遴选和有限援引制度以来，美国学界始终存此担忧。如果案例指导制度能提升法官对个案是否成为指导性案例的决定权，我国也可能引发此类担忧。一旦案件判决将会公布为先例，法官在判决书写作上的认真程度和精力耗费，将是其他案例无法比拟的，美国上诉法院的现实就是如此。但是，在过去30年中，较之以往时代，美国联邦上诉法院的司法公正并没有受到更多的质疑，^[52]这说明判例遴选和有限援引制度降低法官责任心的担忧并没有成为普遍现实。当案件已被决定不具有判例地位时，法官只在判决书写作环节可以简化事实陈述和法律认证过程，而其余司法过程并不会因之改变。

对于未被遴选公布的案例，当上诉法院简化其判决书写作时，其实是将自己降至初审法院的地位；相反，对于遴选公布的案例，当上诉法院认真打磨、反复论证其判决书时，其实是向着最高法院的方向迈进了。这两种情形的并存再次反映了上诉法院的角色冲突，而不一定关乎司法责任心。在我国，指导性案例遴选制度对司法责任心的影响，远不及司法公开制度。我国判决书公开等司法公开程度较低，社会公众无从对司法进行监督，^[53]又加之终审级别过低，案件普遍缺乏三审的监督，这些才是社会公众对司法责任心普遍怀疑的根源所在。如果我国判决书公开等司法公开能在不久的将来获得实质性突破，法官对于个案能否成为指导性案例有更大的决定权，那么正如美国过去30年的实践所表明的，指导性案例的遴选和有限援引制度很可能只会造成两种风格迥异的判决书——非指导性判决书简略短小，指导性判决书相对详实周密，而不至于削弱法官的司法责任心。

最后，判例遴选和有限援引制度是否会阻遏法律体系的发展？对于普通法系来说，判例方法是基本的裁判方法，法律体系的形成主要依赖于判例制度。依据普通法的传统原理，任何案例都是判例，进入普通法的发展进程之中，或者被后案遵循，或者被后案推翻，或者被后案局部修正，但不能被剥夺参与法律发展的机会。^[54]任何一个案例都提供了普通法的一种发展可能，如其顺应时代需求，则可能成长为一个顽强有生命力的先例，被广泛援引遵循，如时过境迁而不

[51] “能否对原裁判文书的说理进行加工等，都需要进一步明确。”前引〔42〕，蒋安杰文。这种认为必要时可以修改指导性案例的判决书，使之说理更充分、更具有内在指导性的观点，也是以实质主义进路为基础的，是一种不尊重司法权的表现，而修改本身也是一种司法外行为。

[52] 对于美国联邦上诉法院遴选公布判例的大约30年的实践中是否存在偏见、是否存在影响司法公正等问题的实证研究，See D. J. Merritt and J. J. Brudney, *Stalking Secret Law: What Predicts Publication in the United States Courts of Appeals*, 54 Vand. L. Rev. 71 (2001).

[53] 最高人民法院近年也在发布文件推动司法公开，例如，最高人民法院2009年印发《关于司法公开的六项规定》和《关于人民法院接受新闻媒体舆论监督的若干规定》的通知，2010年印发《关于确定司法公开示范法院的决定》的通知。这些文件均未强制性地要求公开司法文书，现实中包括最高法院自身在内的判决书公开一直难以尽如人意。

[54] 参见前引〔36〕，Boggs等文，第18页。

再顺应时代需求,则可能逐步被修正乃至被推翻,仅成普通法发展的一种历史见证。普通法恍如没有外力作用的大自然,每时每刻都在经历着诞生、发展和衰亡,在此自然发展的过程中形成了因应社会存在的法律体系。然而,依据有限援引制度,只有少部分案例才能进入普通法的自然进化过程。虽说遴选公布的案例更具先例价值,对法律体系的形成具有真正意义,但未被遴选公布的大量案例中,也可能隐藏着重大先例价值的判决,判例法院或因主观武断而疏忽了它们,或因时代局限不能充分预见它们对于未来时代的先例价值,普通法的众多发展可能因此就被扼杀在遴选时刻了。^[55]

即使未被遴选公布的案例没有先例价值,如果不被允许援引,也不利于普通法的自然进化。当一个案件判决只是简单的、机械地遵循先例,表面上没有先例价值,但如果被允许援引,将强化它所遵循的先例的重要性,或者会以一种比它所遵循的先例更容易理解的方式,重新阐述了其中蕴含的先例规则。^[56]将一切表面上没有先例价值的案例排除出可援引的范围,那些被援引的先例就像是一个个初次出现的、孤零零的存在,普通法自然形成的法律体系在一定程度上就受到了扭曲。因此,在美国判例遴选和有限援引制度实施大约30年之后,2006年《联邦上诉法院程序规则》保留了判例遴选制度,抛弃了有限援引制度。联邦上诉法院未经遴选公布的案例同样可以援引,这意味着开放它们参与普通法的自然进化过程。^[57]判例遴选的现实需要与传统普通法的自然进化观念之间终于形成了妥协。

普通法国家的有限援引制度确实不利于传统普通法的体系发展,^[58]而指导性案例遴选制度所对应的有限援引是否也不利于我国法律的体系化发展呢?案例指导制度是在我国成文法世界展开的判例制度,有别于普通法世界的判例制度。普通法国家主要依赖判例法以形成法律体系,但我国主要依赖成文法以形成法律体系。无论案例指导制度在多大程度上借鉴普通法系的判例制度,指导性案例本质上只能是我国成文法的辅助渊源,是对我国成文法的解释性发展和漏洞填补。这就决定了我国的案例指导制度,并不像普通法系的判例制度那样,背负体系发展的重任。在我国,每个指导性案例相对于其它指导性案例,都可以是独立的存在,理论上并无彼此传承的历史关联可言,虽然它们共同寄身于同一个成文法体系的屋檐之下。因此,我国的案例指导制度完全可以正当地建立在案例遴选和有限援引的基础之上。

五、结 语

追求同案同判的自然正义,维护法律适用的统一,这是任何一国判例制度孜孜以求的目标,中国案例指导制度也不例外。判例生成是判例制度的物质基础,各国普遍采取形式主义进路,依傍法院体系和审级制度,依赖法院权威或法官权威,以生成判例。反观我国,指导性案例的生

[55] 对未遴选公布案例的潜在的先例价值的分析,参见前引[48],Shulberg文,第551页以下。

[56] 参见前引[6],Reynolds等文,第1190页。

[57] 《联邦上诉法院程序规则》32.1.:援引司法判决(a)允许援引。法院不可限制或禁止援引下列联邦司法意见、命令、判决或其他书面判决:(i)被标明诸如“未公布”、“不为公布”、“无先例效力”、“非先例”等;(ii)2007年1月1日之后签发。《联邦上诉法院程序规则》尽管授权援引未公布判决,但对未公布判决的先例拘束力问题不置一词,意味着延续过去实践,不承认它们的先例效力。

[58] 发展法律体系的目的是要对社会问题给出全面的回答,无论大陆法系国家,还是英美法系国家,都致力于此,只是大陆法系更加注重以抽象的、概念化的方法发展其法律体系,正如法国学者勒内·达维所指出的:“今天英国法律的系统程度已经与大陆法不相上下,如果系统性尚有欠缺的话,那是因为英国法律家对此缺乏兴趣,他们一向习惯于非系统化的法律汇编……”。[法]勒内·达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,潘华仿等译,清华大学出版社2002年版,第34页。

成，不以法院体系和审级制度为依傍，不区分判例法院和非判例法院，不以直接援引为形式要求，而受实质主义进路影响，鼓励各级法院和社会各界人士，从全国各级法院审理的海量案例中，“举贤荐能”，最后由最高人民法院垄断指导性案例的遴选发布。最高人民法院以司法外权力而非自身的司法权威来推动案例指导制度，与过去数十年以司法外权力来发布抽象司法解释的实践一脉相承。

判例制度与整个司法制度，进而与整个法律制度，紧密衔接，互为决定。中国案例指导制度却有意疏离法院体系、审级制度、法官职业化或法官独立等一系列司法制度，避免与之发生实质关联。案例指导制度的创建者或许意识到，如要依傍法院体系、审级制度等司法制度构建更为理想的案例指导制度，必然牵一发而动全身，反而要以整个司法制度的改革为先导，因而只好绕开整个司法制度的改革问题而单独推进案例指导制度。然而，不寻求整个司法制度的配套衔接，只进行单兵突进的制度设计，最后实效如何，难以令人乐观。但无论如何，中国案例指导制度一经诞生，就会谋求自我发展和自我完善，或许将撬动更多令人鼓舞的司法改革之砖石。

Abstract: From the perspective of functionalism, the case-guiding system in China may be classified into the system of precedent in a broad sense. The formation and selection of our guiding cases mainly depend on the extra-judicial power of the Supreme People's Court, which are not rested on the judicial hierarchy and do not follow the approach of the general formalism. In order to promote the case-guiding system, the trial instance jurisdiction should be reformed accordingly, and the judicial function of the Supreme People's Court should be strengthened, while the legislative function reduced.

The Supreme People's Court and the Superior People's Court should have the power to select and set guiding cases from those decided by themselves. The standard of selecting guiding cases should be specific and flexible rather than general. A judge or the panel of judges who preside over the case should be granted the preliminary power to select guiding cases, so the case-load will be decreased, the efficiency will be promoted, and judges will be able to spend more time and efforts to write the opinions of guiding cases. It is impossible for a precedent to be followed virtually without being followed formally. Our case-guiding system should allow judges to cite guiding cases directly in their opinions, because without the formal requirement of direct citation, those guiding cases published by the Supreme People's Court will never be accepted as guiding ones in the sense of precedents.

The system of precedent is closely connected with and mutually decided by the whole judicial system, even the whole legal system. The case-guiding system in China, however, intentionally distances itself from a series of judicial system, such as the court system, the trial instance jurisdiction, the professionalization and independence of judges, so the actual effect of guiding cases could be doubted. The perfection of the case-guiding system in China should be joined with the judicial reform, and both the system and the reform will be promoted mutually and reciprocally.

Key Words: case-guiding system, system of precedent, formation of precedent, selection of precedent
