

# 判例自发性运用现象的生成与效应

顾培东\*

---

---

**内容提要：**司法实践中，各主体自发运用判例参照比附待诉、待决案件的现象，正在我国悄然而广泛地兴起。不同于案例指导制度，判例自发性运用现象有其自身的一系列特征。这种现象生成的外部因素在于裁判文书上网所形成的“互联网+”效应，而内在因素主要包括我国司法中规范资源的不足与缺失、司法自我认同与社会认同的广泛形成、诉讼特征的重要现实变化等。在这种自发性运用中，判例与待决案件情境的匹配性、诉讼主体运用判例的利己激励、主体在运用中的竞争与博弈、对案件处理合理性的趋从，能够有效地促进司法审判中法律适用水平的提高，尤其是能够有效地汇聚和运用人民法院整体智慧与经验，随机地解决各种疑难、复杂或新类型案件，并为人民法院的整体发展开辟新的路径。判例自发性运用现象对法学理论研究的转型与深化，对法律规范体系及法律规范生成机制的改善，亦能产生重要影响。

**关键词：**判例自发运用 裁判文书上网 案例指导制度 司法改革

---

---

## 引言

2010年11月最高人民法院《关于案例指导工作的规定》的出台，标志着案例对司法审判的指导作用在我国制度层面得以正式确立。案例指导制度实施以来，尽管理论界及实务界对其涉及的法理基础、案例类型、发布数量、选案程序、所选案例的恰当性以及案例指导的效力等问题存在某些争议，<sup>〔1〕</sup>但客观地看，这一制度仍然局部体现了“总结审判经

---

\* 四川大学法学院教授。

〔1〕 相关理论成果，参见宋晓：《判例生成与中国案例指导制度》，《法学研究》2011年第4期，第58页；张志铭：《司法判例制度构建的法理基础》，《清华法学》2013年第6期，第91页；陈兴良：《案例指导制度的规范考察》，《法学评论》2012年第3期，第117页；泮伟江：《论指导性案例的效力》，《清华法学》2016年第1期，第20页；秦宗文：《案例指导制度的特色、难题与前景》，《法制与社会发展》2012年第1期，第98页。案例指导制度正式施行前期的主要文献包括胡云腾、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页；孙谦：《建立刑事司法案例指导制度的探讨》，《中国法学》2010年第5期，第76页等。

验, 统一法律适用, 提高审判质量, 维护司法公正”〔2〕的初衷。

当理论界关注的目光尚在不断向案例指导制度移游聚集之时,〔3〕由裁判文书上网这一举措所引发的法官、检察官、律师乃至当事人等诉讼主体, 在追求最佳审判效果或诉讼利益最大化的作用下, 自发、主动运用判例来认知和评估待诉待决案件, 设计诉讼或审理思路, 论证诉讼或裁判主张, 强化与充实诉讼或裁判理由, 以及评价和衡量裁判结果的现象正悄然兴起, 并日益成为我国司法活动中的常态和普遍性实践。为便于表述, 本文将这种现象称为“判例自发性运用”,〔4〕藉以区别于案例指导制度下对案例的制度化运用。本文后述论证将表明, 判例自发性运用对我国司法已经、并将进一步产生深刻影响, 其积极意义远远溢出了裁判文书上网作为司法公开之举措的预期效应, 突破了依建构主义方式所形成的案例指导制度的某些局限, 更为有效地集中并运用全国各级法院的司法经验与智慧去随机解决各种疑难、复杂和新类型案件, 并使裁判尺度在更高水准的司法经验与智慧之上趋向统一, 藉此推动法律适用水平的全面提升, 也为人民法院的整体发展提供了一条新的路径。不仅如此, 判例自发性运用对我国法律规范体系及其形成机制的改善以及法学理论研究的转型与深化也将产生重要影响。在此意义上, 把经由裁判文书上网到判例自发性运用现象的生发与普及, 再到各种积极效应的产生这一过程, 概括为一场“悄悄的革命”并不为过。揭示这一过程并分析其中的相关机理, 应是学术理论研究的功能与职责所在。

## 一、判例自发性运用的基本特征

由于判例自发性运用现象尚未受到理论界的普遍关注, 其主要过程及内容亦未被系统揭示与描述, 有必要以案例指导制度的比较为视角, 对这一现象的基本特征进行提炼和分析。需要说明的是, “判例自发性运用”中的“判例”, 也包括在案例指导制度下所发布的指导性案例, 但当这部分案例被实际运用时, 其运用方式、效力等已不适于此处的相关分析, 故本节对判例自发性运用特征的描述, 不包括前述指导性案例。

### (一) 自发性运用的判例之范围

案例指导制度中所指案例是经特定程序筛选并经权威发布的五类案件。〔5〕迄至2017年11月15日, 最高人民法院发布了17批共92件指导性案例。理论界和实务界对指导性案例

〔2〕《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(法发〔2010〕51号)。

〔3〕最近的研究成果, 参见彭中礼:《司法判决中的指导性案例》,《中国法学》2017年第6期,第129页;程啸:《受害人特殊体质与损害赔偿责任的减轻——最高人民法院第24号指导性案例评析》,《法学研究》2018年第1期,第67页。

〔4〕本文中运用“判例”一词而非“案例”。判例与案例的重要区别在于,前者只能是经法院裁判后形成的“案例”,其意涵重在“判”;而“案例”的范围则宽泛得多,侦查、起诉环节办理的案件都可称之为“案例”。最高人民法院使用“案例指导制度”而不是“判例指导制度”,或许是为了避讳于英美法系判例制度。

〔5〕《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(法发〔2010〕51号)第2条:“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。”有学者以此为基础将指导性案例归纳为影响性案例、细则性案例、典型性案例、疑难性案例和新类型案例五种,参见前引〔1〕,陈兴良文,第117页。

制度的批评或讨论,不仅在于对某些案例所显示的裁判规则的合理性提出了探讨性意见,<sup>[6]</sup>更主要集中于对指导性案例数量稀少、应用性不强、类型不够全面、<sup>[7]</sup>遴选程序不尽妥当等缺失的批评。<sup>[8]</sup>与之不同的是,诉讼主体自发性运用的判例涵括了人民法院既往作出裁判的一切案例,亦即以人民法院裁判文书为载体的所有案例都可以纳入诉讼主体的运用范围。首先,这些判例没有任何程序化的遴选与认定,一经人民法院作出并公布,即可成为各类主体运用的对象。其次,作为运用的对象,这些判例没有法院区域上的差异,法院级别上的差异,甚至也没有初审与终审的差异。尽管发达地区法院、上级法院(尤其最高人民法院)、本院以及终审裁判所形成的判例往往更容易受到诉讼主体的重视,从而被更多地运用,但其他判例同样也会为不同主体根据其实际需要而运用。再次,案例指导制度下所发布的案例,为使其中的裁判规则具有更大的适用度和更强的参照性,往往对原有案例的某些事实或情节作不同程度的增改或删减,<sup>[9]</sup>而诉讼主体自发性运用的判例则未经任何雕琢和修饰,完全以原初形态及内容呈现(涉及隐私作技术处理的情形除外)。此外,由于这些判例对后续裁判并不当然产生法定约束力,因而也不以“典型性”作为其固有属性,在诉讼主体认为需要时,都可作为“判例”使用。

判例范围不同,使指导性案例与自发运用的判例在总量上显现出一粟与沧海之殊,而这种总量上的差异,使得人为筛选并经过剪裁的案例与纯粹以自然形态呈现的判例在实际影响力以及影响力的性质方面难以相提并论。

## (二) 自发性运用中判例影响力形成或产生的机理

在既没有判例法制度下“遵循先例”或“不违先例”原则的约束,又不具有案例指导制度中“应当参照”效力的情况下,自发性运用中判例的影响力缘何产生?无疑,保持法律适用的统一性、统一裁判尺度及坚持“同案同判”这一朴素原则,是贯穿于判例自发性运用过程之中的正当性理据。此外,上级法院对下级法院的权威性,也是判例发生作用的实际原因。然而,这些仍然不足以充分、全面地说明判例在自发性运用中影响力的形成或产生的深层机理。在此方面,需要揭示的主要有下述两点:

第一,从形式上看,既往判例喻示着司法对某种社会事实或某一问题的立场和态度。尽管现实社会中司法的实际权威性、公信力并不十分理想,但丝毫不妨碍人们把带有国徽

[6] 例如,有学者对7号指导性案例所援引规范程序依据提出质疑,参见郑金玉:《7号指导性案例规范依据和裁判理由评析》,《法制与社会发展》2014年第5期,第93页。对18号指导性案例中的“末位淘汰”的探讨,参见孙光宁:《“末位淘汰”的司法应对——以指导性案例18号为分析对象》,《法学家》2014年第4期,第99页;王天凡:《“不能胜任工作”与“末位淘汰”规则的规范分析——指导性案例第18号评析》,《清华法学》2016年第4期,第21页。对24号指导性案例中的“蛋壳脑袋”规则的反思,参见孙鹏:《“蛋壳脑袋”规则之反思与解构》,《中国法学》2017年第1期,第268页;前引[3],程啸文,第67页。对67号指导性案例的质疑,参见钱玉林:《分期付款股权转让合同的司法裁判——指导案例67号裁判规则质疑》,《环球法律评论》2017年第4期,第33页。

[7] 参见赵晓海、郭叶:《最高人民法院民事指导性案例的司法应用研究》,《法律适用》2017年第1期,第56页;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,第96页;周翠:《民事指导性案例:质与量的考察》,《清华法学》2016年第4期,第50页。

[8] 参见前引[1],宋晓文,第58页;郑智航:《中国指导性案例生成的行政化逻辑——以最高人民法院发布的指导性案例为分析对象》,《当代法学》2015年第4期,第118页。

[9] 参见汤文平:《论指导性案例之文本剪辑——尤以指导案例1号为例》,《法制与社会发展》2013年第2期,第47页;朱芒:《论指导性案例的内容构成》,《中国社会科学》2017年第4期,第109页。

印章的裁判文书视为一种具有正当性的司法立场、司法认知或司法意志。许多情况下，律师或当事人往往还会把既往判例与待决事项构设为同一或不同法院在面对同一事实或同一问题时可能的矛盾和冲突，从而使个案的处理上升为更宏阔、更具普遍性、更具挑战意味的主题。这就使既有判例成为法院在处理待决案件时所无法迂回而必须面对、至少是不可轻易忽略的一个重要事实。<sup>〔10〕</sup>

第二，从内容上看，既往判例所蕴含的经验、理性对后续裁判具有不言而喻的启示和参考作用。既往判例除了其形式性意义外，对后续裁判更具影响力的是蕴含于其中的经验和理性。虽然律师、法官等各类主体在诉讼中往往具有不同的利益<sup>〔11〕</sup>或认识立场，但在探求待决事项的合理、公正解决方面仍然具有很强的趋同性。因此，对于相同或类似问题，既往判例无论是在认定事实、适用法律还是在分析与论证裁判理由以至最终裁决中所蕴含或体现出的经验、理性，都能够为诉讼各主体提供一定的启示或参照。特别是在复杂、疑难案件的处理中，这种启示与参照作用更为突出。当然，实践中，常常会出现不同诉讼主体运用彼此矛盾的判例以支持不同诉求或主张的情况，但即便如此，更富有经验与理性的判例仍然会显示出其相对的优势，更易成为待决事项认知和处理的示范。

判例自发性运用的作用机理或许产生于：判例——无论其出自哪一级、哪一个法院，当待决事项与其具有可比性时，会自然成为认知和处理待决事项的重要参照；如果需要作出与其不同的处置方式或主张相异的观点，相关主体必须持有更具说服力的理由，并且这种理由不应简单出自制度上的效力性依据。正是这种态势所形成的效应，赋予了判例的实际影响力。在判例法理论中，这一机理被称之为“法律比较正义”，即“法官们对既定法律案件类型的每一个个例给予相同的处理”，在个案处理结果的比较中彰显出法律的正义。<sup>〔12〕</sup>

### （三）诉讼主体自发性运用判例的动因

如果说案例指导制度下诉讼主体、尤其是法官对案例的运用主要出自刚性的制度要求，那么诉讼主体自发性运用判例的动因则在于对诉讼利益最大化或最佳审判效果的内在、自觉追求。在这种目标追求过程中，无论对何种主体，判例的作用都集中体现为两个方面：对己而言，判例是一种认知和思考的参照；对其他主体而言，判例又是一种论证或辩驳的理据。

从参照作用来看。近些年，伴随着社会生活的日益复杂，提交给法院的社会纠纷或其他案件也愈趋复杂；而大量的法律、法规及立法、司法解释不断推出，使得诉讼或审判对各主体的知识、经验或智慧需求越来越高，无论律师还是法官、检察官，个体能力的局限性也越来越明显和突出。在此情况下，从既往判例中寻找相同或类似问题的认知视角，借

〔10〕 有学者认为，法院对过往裁判的遵照是基于“对司法传统的尊重”。这种认识实际上是依据于普通法系实践所形成的判断，不一定能够反映我国司法的实际情况。我国司法裁判的形式影响力仍然产生于它作为对某种事实或行为的司法认知或司法立场。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46页。

〔11〕 通常认为法官在诉讼中是利益无涉者，但事实上，法官在每一个诉讼中也有自己基于职业角色而产生的特定利益。参见〔美〕李·爱泼斯坦、〔美〕威廉·M. 兰德斯、〔美〕理查德·A. 波斯纳：《法官如何行为——理性选择的理论和经验研究》，黄韬译，法律出版社2017年版，第5页以下，第266页以下，第353页以下。

〔12〕 〔美〕杰弗里·布兰德：《法治的界限：越法裁判的伦理》，娄曲允译，中国人民大学出版社2016年版，第256页。

鉴其诉讼或审理思路,甚而仿照其解决纠纷、裁判案件的具体方式,便成为诉讼主体追求和实现诉讼目标的一条便捷之径。相较于在复杂的事实情境与浩瀚的法律规范之间建构一种恰当联系来说,借助检索工具寻找已经形成的同类裁判,借鉴既往纠纷解决或案件处理方式,要简易得多。即便没有先例可循,或者各种判例提供的结论并不十分明确,甚至彼此矛盾,至少也能够了解到司法实践对于待决案件中相关问题的认识状态。

从理据作用来看。判例在形式上代表着一种司法立场和态度,在内容上可以显示其某种经验和理性。因而,各类诉讼主体都可以把判例作为其论证自己诉求和主张,或者辩驳他人诉求和主张的重要理据。在运用判例作为理据时,陈述者的语态常常是“司法实践中普遍认为”或“司法实践中的做法是”等等,藉以把判例从个别性司法实践上升为普遍性司法认知,从而增强判例运用的证明力或说服力。有所不同的是,律师或当事人往往会直接援引具体判例,而法官或检察官即便其观点缘自判例的启发或参考了某个或某些判例,但基于对成文法制度下形式效力的尊重,并不直接以具体判例作为形式理据,而是把理据蕴含在相关论证或裁判之中。

#### (四) 自发性运用中判例参照的内容

无论是追求“同案同判”的效果,还是实现“统一法律适用”的目标,案例指导制度的功能主要体现于法律适用之中,即以指导性案例显示在相同或类似的案件中适用什么样的法律及怎样适用法律,从而为后续司法审判提供参照。最高人民法院已发布的92个指导性案例中,裁判要点直接体现实体性法律适用的案件有47例,体现程序性法律适用的案件有15例,两者约占指导案例总数的67%;另有34例主要体现于对事实或行为性质的认定,约占指导案例总数的37%。这种对事实或行为性质的认定并不是证据意义上有关事实或行为真实性的认定,而是如何将特定行为或事实认定为法律法规中所指涉的行为、事实或情节,因而从本质上说,这种认定所显示的仍然是一种法律适用的方法。此外,还有4例既体现法律适用又体现事实或行为性质的认定。总体上说,指导性案例的参照意义主要还是体现于法律适用。

相对于指导性案件可参照的内容而言,在自发性运用过程中,判例为诉讼主体所提供的参照无疑要宽泛得多。一方面,这些判例是“自然”生成的,未经过事后加工或修饰,能够更为真实和全面地展示诉讼或审判的主要过程以及案件处理的具体方式,从而可供诉讼主体参考的内容十分丰满;另一方面,在实践中,诉讼主体希望从判例中得到的不仅是法律适用的方式,还包括诉求的选择和确定、诉讼思路的设计、诉讼基点的确立、争议焦点的分析与归纳、证据规则的运用、诉讼或裁判理由的叙述、论证或逻辑推理的方式乃至裁判文书的风格与文字表述技巧等方面。在判例自发性运用过程中,判例中一切能够为诉讼主体所用的因素都可以成为各主体的参照,判例中的一切“关键点”往往都能为诉讼主体所捕捉并运用。

#### (五) 判例自发性运用的性质

如果说案例指导制度体现着一种建构理性主义的努力,使指导性案例逐步成为我国法律渊源中除法律法规、法律解释以外的“第三种规则”,<sup>[13]</sup>那么判例自发性运用则显示着

[13] 参见前引〔1〕,陈兴良文,第117页。

法律在我国现实社会条件下的自然成长。

自然成长体现在三个方面：（1）这种运用不是缘于制度化的要求或组织化的倡导，而是基于诉讼主体追求诉讼或审判效果的自利化动机；甚至在这种现象大规模发生和存在的情况下，亦未能引起各方面的应有关注，因而也可以说，这种普遍性实践很大程度上产生于集体无意识的过程，具有很强的自发性。（2）由于运用过程中内含着诉讼主体之间的博弈和竞争，因而会自然形成一种优胜劣汰效应，即富有经验、理性或更具说服力、妥贴性的判例不仅会得到更多的运用，而且对诉讼或审判的实际效果也会更具有影响力。在此格局下，判例自发性运用必然伴随着司法经验与理性的自然进化。（3）虽然没有制度上的安排，但基于诉讼主体相互竞争与博弈的作用，在具体实践中，这种运用的过程以及在不同判例的实际参照作用等方面，仍然会形成一种自然秩序，并逐步发展成为一种司法惯习。或许正如波斯纳、库特和尤伦等所描述的那样：不同诉讼主体基于判例的持续互动会使得有效规则得以“浮现”。<sup>[14]</sup> 总体上说，判例自发性运用较为充分地体现着诉讼主体追求诉讼利益或审判效果最大化这只“看不见的手”的作用，由此显示并推动着我国法律自然成长的过程。

判例自发性运用与案例指导制度及其运作的进一步比较如下表所示：

判例自发性运用与案例指导制度的比较

比较事项	判例自发性运用	案例指导制度
性质	法律自然成长的途径	建构理性主义进路
正当性来源	司法裁判的形式权威性以及诉讼主体对司法理性、经验及智慧的认同	最高人民法院选择并发布的权威性
呈现形态	未经删减、剪辑，保持裁判文书原初形态和内容	对原裁判文书适当增删、剪辑，新文本由裁判要点等部分组成
生成方式	各级人民法院作出并公开	最高人民法院制度化遴选、审核并发布
运用动因	诉讼主体自觉追求诉讼利益最大化或最佳审判效果	主要依靠最高人民法院运用制度化方式推动
参照内容	全面参考，个别取舍	主要参照法律适用
效力	事实上的参考	制度规定其应当参照
公布途径	中国裁判文书网以及其他商业性案例数据库	《最高人民法院公报》、《人民法院报》和最高人民法院网站
直接作用	启发诉讼主体，为其提供启示性参考或论证理据	在相关案件中统一法律适用标准，统一法律适用，规范自由裁量权
数量 (截至2018年1月)	中国裁判文书网上公布3800余万件	92件

[14] 参见[美]兰迪·T.西蒙斯：《政府为什么会失败》，张媛译，新华出版社2017年版，第189页以下。

## 二、判例自发性运用现象生成的外部因素

作为一种以理性思维为基础的社会实践,运用先前判例考量、评价抑或比附待诉或待决案件的现象,早在案例指导制度实施之前就已存在。案例指导制度的确立,进一步将这种现象纳入了制度化的轨道,从而为我国成文法体制下援例诉讼的常态化奠定了基础。然而,引发判例自发性运用在较短时间内悄无声息地蔓延为一种普遍性实践的最重要的事实因素,还在于最高人民法院有关裁判文书上网的举措。正是这一举措的“互联网+”效应为判例自发性运用提供了外部杠杆。

### (一) 作为司法公开举措的裁判文书上网

司法公开是我国司法着力追求的目标。随着互联网运用的普及,最高人民法院逐步把通过裁判文书上网作为司法公开的一项重要举措。从实际情况看,裁判文书上网经历了一个由有限认同、谨慎试行到刚性要求、强力推进的变化过程。

2009年最高人民法院《关于司法公开的六项规定》中明确提出:“除涉及国家秘密、未成年人犯罪、个人隐私以及其他不适宜公开的案件和调解结案的案件外,人民法院可以在互联网上公开发布。”这一规定虽然从制度上对裁判文书上网作出肯定,但限于当时的主客观条件,所持的立场仍然是有所保留的。该规定赋予各级法院对于裁判文书上网或不上网的选择权,又以但书方式规定,对“当事人提出异议并有正当理由的”,“人民法院可以决定不在互联网上公布”。在具体工作层面上,这项措施也主要是在最高人民法院先后确定的200个“司法公开示范法院”中实施,<sup>[15]</sup>并未在法院系统全面展开。

2013年开始,司法公开力度加大,裁判文书上网也成为法院系统刚性要求、强力推进的一项工作。2013年至2016年期间,最高人民法院密集出台了一系列规范性文件,<sup>[16]</sup>对裁判文书上网及其实际操作作出了具体规定。其核心内容有:(1)建立中国裁判文书网,作为全国法院公布裁判文书的统一平台,集中发布全国各级法院的裁判文书;(2)把裁判文书上网由法院的选择性权利变成对法院工作的刚性要求;(3)确立了“上网公布为原则,不上网公布为例外”的规则,将过去的“上网需经审批”改为“不上网需经审批”;(4)强调当事人实名公开,对部分可能涉及当事人隐私的裁判文书做必要的技术性处理,尽可能减少裁判文书不上网公布的范围;(5)上网裁判文书以原初形态呈现,与原本保持一致,原则上不得修改、更换和撤回。在这些制度出台的同时,最高人民法院通过多项措施推动这些制度的落实。截至2015年6月,裁判文书上网工作已实现了全国法院全覆盖、

[15] 2010年10月15日,最高人民法院发布《关于确定司法公开示范法院的决定》(法〔2010〕383号),决定北京市第一中级人民法院等100个法院为“司法公开示范法院”。2012年底扩大示范法院的范围,决定北京市东城区人民法院等100个法院为全国第二批“司法公开示范法院”。《司法公开示范法院标准》中对裁判文书上网公开予以明确规定。

[16] 相关规范性文件主要包括《最高人民法院关于切实履行司法为民大力加强公正司法不断提高司法公信力的若干意见》(法发〔2013〕9号)、《最高人民法院关于推进司法公开三大平台建设的若干意见》(法发〔2013〕13号)、《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》(法释〔2013〕26号)(法释〔2016〕19号)、2015年和2017年先后公布的两份《中国法院的司法公开》(白皮书)。

案件类型全覆盖和办案法官全覆盖。<sup>[17]</sup>

## （二）“互联网+”作用下载判文书上网的溢出效应

裁判文书上网是在司法公开的总体框架下作为其中一项重要举措而推出的，其本意和初衷主要是“为贯彻落实审判公开原则，……促进司法公正，提升司法公信力”。<sup>[18]</sup>就此而言，对这项举措并不具有十分明确的案例参照或示范功能的期待。然而，在“互联网+”的作用之下，由裁判文书上网所引发的诉讼主体对判例的自发性运用，远远超出了这一举措设计的预期，形成了巨大的溢出效应。

首先，裁判文书最富本质性的内涵是法院对某个案件、某个事项或某一问题的司法决定，受其约束的主要是诉讼主体，关注者也大多局限于诉讼主体。然而，裁判文书上网后，文书中所直接或间接包含的一切内容都成为一种全社会公知、共知讯息，成为全社会共享的一种智识资源，尤其是成为社会各主体在诉讼或非诉讼事务中运用的主要工具。“互联网+”的共享效用，由于裁判文书的上网而在司法裁判领域得到充分发挥和展示。一方面，“互联网+”把个别性司法决定客观上转化为社会普遍认知的规则。上网后的裁判文书，所体现的不再仅仅是法院针对特定主体的事实或行为而作出的具体的司法处置，而是向全社会昭示人民法院对待某一社会事实或相关问题的司法立场、司法认知和司法态度，由此也成为社会成员了解和辨识人民法院司法意旨的依据。网络传播过程中的自然筛选与过滤，能够将个案处理的方式凸显为相对明确、简要的司法规则，并逐渐成为普遍性的社会认知。另一方面，“互联网+”创造了平等享用资源的条件。裁判文书上网后，包括法院在内的各社会主体都可以根据自身的实际需要，无限制地利用裁判文书中一切能够利用的资源。这种运用穿透了不同地区、不同级别法院以及不同主体社会身份差异的壁垒，赋予了各主体平等、均衡享有和运用裁判信息资源的条件。

其次，裁判文书上网为诉讼主体寻找可参照、可比较的相关判例创造了极大的便利。之前，纵然诉讼主体有援例比附、借鉴参照既往裁判的愿望，但各主体寻找判例相对困难、占有判例非常有限，即便最高人民法院对司法裁判信息的占有也同样不充分，因而判例的参照作用很难得到有效发挥。裁判文书上网以及互联网搜索技术的运用，从根本上解决了判例搜寻的困境，各级法院的裁判文书几乎全部可以在网上查阅。通过搜索引擎输入关键词，可以轻松找到类似或相同判例。大数据技术的运用还能为判例细化分析提供有效的方式和手段，藉此能够对司法裁判的总体状况形成较为精确的判断，为判例的恰当运用提供更好的条件与基础。

从法院公布个案裁判结果到裁判文书成为社会共享资源，从法院单向度向社会展示其司法过程及结果到裁判文书被社会主体与法院双向利用，从向社会寻求对司法行为的监督和评判到裁判文书成为对后续司法行为的反制性约束，所有这些都是“互联网+”作用下裁判文书上网作为司法公开举措的溢出效应。如果说英国判例法制度的实质性发展得益于

[17] 在2016年8月30日的一次最高人民法院新闻发布会上，最高人民法院审判委员会专职委员刘学文如是表述。参见胡永平：《中国裁判文书网已经成为全球最大裁判文书公开平台》，[http://www.china.com.cn/legal/2016-08/30/content\\_39200412.htm](http://www.china.com.cn/legal/2016-08/30/content_39200412.htm)，2017年8月1日访问。

[18] 《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》（法释〔2016〕19号）。

印刷术的发明及广泛运用,<sup>[19]</sup>那么判例在当下中国的广泛运用则得益于裁判文书上网,得益于“互联网+”的巨大能量与魅力。

### (三) 商业模式对判例自发性运用的推动

有关“互联网+”对判例自发性运用的杠杆作用,还需进一步提到商业模式在其中的助推功能。在裁判文书上网前,就有北大法宝等商业机构通过收集最高人民法院和一些地方法院的判例,把这些判例作为一种智识资源,连同法律、法规资讯一起,有偿提供给社会使用。但彼时由于缺乏充足、稳定的资源供给,这些机构能够提供的判例相对于实际存在的判例来说,只是九牛一毛。裁判文书上网,一方面全面打开了判例供给的渠道,为商业机构的利用提供了充分的可能;另一方面,判例也不再是稀缺资源,单纯依靠原始判例已无法获得商业利益。在此情况下,国内外一些商业机构便通过设计不同的判例利用方式,以满足消费者的各种需求。

从目前活跃于市场的天同码、威科先行法律信息库、北大法宝案例与裁判文书数据库、北大法意裁判文书库等商业化判例资源供给平台看,尽管各自的赢利模式、系统优势与劣势、适用对象以及市场影响有所不同,但其主要功能都集中于以下几方面:(1)提高使用的便捷性。一方面,通过设置简明、全面、多样的检索项为用户提供便捷的检索服务;另一方面,通过提炼裁判规则或裁判要旨,帮助使用者理解裁判的主要精神,便于使用者快速了解和阅读,减少和缩短使用者阅读裁判文书的程序。(2)增加运用的智能化。通过设置多向联想,将判例与法律、法规、司法解释、案例分析、法学理论相关研究成果互相链接,既可以通过判例查找相关法律、法规、司法解释及法学原理,又可以通过法律、法规或司法解释查找到相关判例,从而方便使用者对相关知识的系统了解。(3)提升运用的综合性。以判例的推介、了解及运用为中心,聚合多重资源,把线上与线下、网络载体与纸质版本、知识供给与律师的法律服务相结合,<sup>[20]</sup>充分发挥互联网的联接与扩展效应,使判例资源得到更充分、更全面的运用。

随着前述领域中互联网商业机构的不断增多以及新的商业运营模式的不断涌现,消费者需求与市场供给机制全面进入这一领域,商业机构的逐利动机与旺盛不衰的商业创新能力将会使判例应用系统的功能更为完善,使用更为便捷。在此意义上,商业机构及商业模式对判例运用的推动作用,值得付以更多的期待。

## 三、判例自发性运用现象生成的内在原因

“互联网+”作用下的裁判文书上网为判例自发性运用提供了客观条件,但判例自发性运用之所以成为一种普遍性现象,仍然有其内在原因。总体上说,这一现象的生发可归因于当代中国司法的现实需求与现实条件的变化。

### (一) 司法审判中规范资源的缺失与不足

虽然我国法律体系在2011年已经宣告形成,但现实地看,可适用的规范资源缺失与不

[19] See Benjamin Liebman & Tim Wu, *China's Network Justice*, 8 Chi. J. Int'l L. 257 (2007).

[20] 例如,案例检索平台“无讼”将裁判文书与“律师名片”相联接,通过裁判文书可以找到相应律师,既便于消费者选择有经验的律师,也为相关律师开拓业务提供方便。

足仍然是司法实践中面临的重要问题。规范资源的缺失与不足部分缘自成文法体制的固有局限：从法理学角度看，受立法的滞后性、法律规范表述的非确定性等因素影响，成文法体制下，司法对规范资源的需求与规范资源供给的短缺是一对永恒的矛盾。<sup>[21]</sup>而更重要的则在于：（1）我国处于社会转型过程之中，社会关系日益复杂，新型社会交往内容与形式亦不断出现，无论立法抑或司法解释都难以适应这样的发展和变化速度，而恰恰这些复杂、新型的社会关系是社会矛盾易发、多发的领域，由此使司法实践不断面临一些法律上无明确依据的问题。（2）由于我国立法讲究“宜粗不宜细”，因而法律适用特别倚重或依赖于司法解释，以至于不少司法解释已经超越司法权限而具有创制性质。立法中存在的一些缺失在司法解释中依然未能避免。不仅司法解释常常需要起草者通过“答记者问”、发布司法解释条文释义或者最高人民法院相关负责人发表文章等方式作进一步“解释”，而且司法解释之间互相矛盾以及在作出各种释义后仍然语焉不详的情况屡见不鲜。如何理解并适用司法解释，同样成为司法实践中常常面临的困窘。此外，某些司法解释制定时对社会实践的复杂性考虑不足，司法解释中规则确定所依据的事实背景较为简单，很多现实情况没有纳入到司法解释的视野之中，<sup>[22]</sup>最终要么是不公平适用，要么仍然是“无法可依”。（3）我国统一法律制度下法域过大与地区发展不平衡，以及社会成员分化突出、同质性较低所带来的法律适用中平等适用与差别性对待的关系，难以把握和处理。有些情况下简单适用法律或司法解释明显失之合理或公平，对于某些特殊情境下或对特殊主体相关问题的处理也缺少可适用的恰当规范。

司法审判中规范资源的缺失或不足自然会产生对判例参照的实际需求。一方面，包括各级法院在内的诉讼主体希望从上级法院、尤其是最高人民法院判例中寻求对相同或同类问题的认知及处理方式，藉以参照，由此导致最高人民法院不断向各级法院举荐案例，包括通过最高人民法院公报选登案例、出版案例汇编、阶段发布一些有影响的典型案例等。另一方面，以判例为载体的全国各地、各级法院对一些疑难、复杂或新类型案件在法律适用问题上的实践探索，自然会成为律师、检察官以及当事人等主体必不可少的参照依据。因此，规范资源的缺失与不足应是判例自发性运用现象生成的最主要原因。

## （二）司法审判经验与智慧的自我认同与社会认同的广泛形成

判例自发性运用现象的生成，与司法审判经验、智慧的自我认同和社会认同也有很大关系。我国司法建设恢复几十年来，特别是近年来，法院面对复杂的社会现实，以主动的姿态和能动的作为，通过各种探索性努力，最大限度地适应推动社会发展、维护社会公平公正的要求。除了最高人民法院不断出台各种司法解释以及建立案例指导制度弥补规范资源的缺失与不足外，各地、各级法院面对各种复杂、疑难及新类型案件，也从法律规范、法律原则、法律原理以及社会成员普遍性的公平正义观中，寻求认知、分析和处理这些案件的方式与依据。在此过程中，法院及审判人员有关司法审判与社会相适应并融合的理念

[21] 对成文法体制下规范资源的固有缺陷，英国学者彼得·斯坦等指出：“并没有什么法律规范能够总揽无遗甚至包括各种各样的、只是有可能产生的情况。人类的预见力还没有完善到可以可靠地预告一切可能产生的事这种程度，况且，人类所使用的语言也没有完善到可以绝对明确地表达一切立法意图的境界”。[英]彼得·斯坦、[英]约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1990年版，第4页。

[22] 泮伟江从法律的二值代码性这一视角论证该现象，认为“如果在（司法）决策过程发生前，相关的条件、标准与规范并没有事先被设置，则决策过程就无法应对情境的复杂性”。泮伟江：《法律的二值代码性与复杂性化约》，《环球法律评论》2017年第4期，第53页。

以及能动司法的意识在不断强化,处理复杂、疑难及新类型案件的经验与智慧也有了很大程度的积累和提升。

从现象上看,以既往判例为参照、从判例中寻求对待决案件及相关问题的启示,只是一个方式或方法问题,但实际上,它更主要渊源于法院对自身司法经验与智慧的认同与自信,其他诉讼主体自发运用判例也同样体现出社会对法院这种经验与智慧的认同。如果没有近几十年法院审判经验的大量积累以及体现这些经验的海量裁判文书的存在,普遍化的判例自发性运用是难以想象的。这种现象至少表明,我国司法经历了几十年探索与发展的今天,法院以及其他诉讼主体在面临复杂、疑难及新类型案件时,乃至在一般性案件或纠纷的处理和解决中,已经不再单纯地依赖立法环节提供充分、妥贴的规范资源,而会同时借助于既往的司法经验与智慧,并以这些经验和智慧弥补立法环节中的欠缺,强化法律规范适用的效果。在不尽恰切的意义上说,判例自发性运用现象喻示着我国法治建设的阶段性转化,即法治建设从以立法为中心已经或正在逐步转向以司法为中心。

### (三) 诉讼特征的重要现实变化

近些年,我国各类诉讼的特征呈现出一些重要的现实变化。这些变化从不同侧面形成了对判例自发性运用的客观需求。

首先,案件处理的复杂、疑难程度增大。理论界对“复杂、疑难案件”有过不少讨论,<sup>[23]</sup>但作为理论讨论对象的“难办”案件,远不及现实中“难办”案件的形态丰富。从近些年的情况来看,大量出现的复杂、疑难案件包括:(1)新型社会关系中所产生的新类型案件,如互联网平台交易及金融、证券、保险创新业务中出现的案件等。这些类型案件多数无专门性立法或相对应的立法依据,而相关司法解释要么相对滞后,要么失于粗疏,对于其中的某些现象或行为,应予扶持、肯定抑或应予限制、禁止,司法上难以作出判断。(2)大量政府行政行为渗透于社会转型过程中,导致很多案件中法律、政治、经济等不同性质问题交织于一体,仅仅从法律角度难以找到全面解决这类纷争的恰当方式。(3)各种违法犯罪行为裹杂在经济活动之中,既使行为的刑事或民事性质难以准确界分,又使两类案件的处理常常互为前提,加大了案件处理的难度。(4)社会成员参与复杂民商事交往、特别是新经济形态下经济活动的的能力仍然较为低下,民商事行为瑕疵与缺失极为普遍,由此给相应的司法评价带来很大困难。(5)经济交往中诚信的缺失以及民事欺诈、刑事诈骗不仅体现于合同的履行、义务责任的承担方面,同时又潜含在合同缔结、交易结构设计等前端环节,使得呈现于法院的证据表象事实与实际事实、当事人真实意思表示之间差异甚大,在很多情况下,法院难以对事实的真伪作出判断或认定。总体上说,近些年法院受理案件的复杂、疑难程度远甚于以往,其中最大特点又在于很多案件的事实或状态与法律法规以及法律解释中所设定的情境吻合度较低,呈非典型状况;<sup>[24]</sup>面对这些复杂、疑难案件,在法

[23] 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页;陈坤:《疑难案件、司法判决与实质权衡》,《法律科学》2012年第1期,第3页;任彦君:《刑事疑难案件中结果导向思维的运用》,《法学评论》2012年第2期,第148页。

[24] 泮伟江认为,由于“案件事实细节过于具体,因此根本就无法被普遍化,因此也就根本不可能事先作为标准而被设置在司法决策的程序之中”,因而他主张通过法律结构的复杂性而吸收环境的复杂性(参见前引[22],泮伟江文,第53页)。然而,这种方式本质上是回避或规避案件事实的复杂性,所以并不是一种恰当的选择。

律、法规以及法律解释不能提供足够依据的情况下，诉讼主体不得不把目光投向全国各级法院的类似判例，从其他法院的既有探索中寻求参照。

其次，诉讼和审理趋向于精细化。形成这种趋势的原因与前述案件的复杂性普遍增大相关，也与诉讼主体参与诉讼的能力与水平整体提升有很大关系。诉讼或审理的精细化体现于：（1）更加重视对法条意旨的理解，更加严格地把握拟适用法条对具体事实的对应性和适用性；（2）更加注重案件具体事实中细微情节的影响，也更加注重证据证明力的充分性和可靠性；（3）更为全面、综合地考量案件所关涉的各种因素，而不仅仅局限于案件的主要法律关系，也不满足于就事论事。诉讼或审判的精细化趋势加大了对判例运用的需求。相对法条而言，判例所蕴含或显示的信息更为详尽和丰富，能够为诉讼主体提供更多的参考。从某种意义上说，一个好的判例能够带给人们经验或智慧性启示，往往正体现于对案件细节的准确把握、对法律条文的精细理解以及对案件关涉因素的全面把握之上。

再次，诉讼过程中的博弈及制约性明显强化。诉讼主体间的博弈和制约关系是诉讼的固有特征，但近些年在一系列因素的影响下，现实中这种博弈和制约关系明显趋于强化。这些因素主要有：（1）诉讼结果对当事人的利害关系愈趋深重。与市场经济条件下主体的外部社会交往不断深化相关，提交给法院的社会纠纷不仅争议标的额越来越大，而且发生争议的环节也涵盖了主体社会交往的整个过程，以至于很多案件的胜败，直接关系到当事人的生死存亡。在此情况下，法庭不能不成为当事人殊死较量、格斗拼杀的战场。（2）案件复杂和疑难程度的提高、司法生态不尽完善以及部分司法人员职业操守或业务水准方面的缺失等，共同造就了诉讼结果的某种不确定性，当事人的诉讼风险在一些不正常因素的影响下被进一步放大，这也成为诉讼主体竭力博弈的重要动因。（3）律师业的快速发展以及法律服务市场有效需求的增加，使得律师在各类诉讼中的参与率不断提高。律师对诉讼、尤其是民事诉讼的广泛参与，提升了当事人博弈的能力。在律师参与的情况下，诉讼博弈不仅存在于当事人之间，还转化和体现于律师之间，由此不仅增加了诉讼博弈的强度，还在很大程度上加大了诉讼博弈的复杂性。（4）近些年法院对执行工作的重视，执行力度的加大，特别是对失信惩戒的加强，使得法院的裁判文书不再是一张“白条”，一些当事人不得不改变轻漫审判及裁判结果的态度，而把重心投向对诉讼过程博弈的参与。（5）司法责任制的实行，强化了法官、检察官在司法活动中个人责任的约束，促使司法人员更为审慎地对待自己的司法行为，法官、检察官与其他诉讼主体之间以及法官与检察官之间也形成了一定的博弈和制约关系，从而增加了诉讼过程整体的对抗性。诉讼博弈和制约强化进一步引发诉讼主体对博弈和制约工具的寻求，判例成为各主体的工具性选择。对于各诉讼主体来说，判例即“战例”，无论是作为认知参照还是作为论证理据，判例都能够从不同角度为各主体提供重要的博弈工具。

#### （四）案例指导制度的启示

虽然判例自发性运用与案例指导制度具有重要差异，但不能否定的是，判例自发性运用现象的生发与案例指导制度的实施仍然具有重要联系，正是案例指导制度的实施，为判例自发性运用提供了引导和启示。

在案例指导制度与诉讼主体自发性运用判例之间，还存在着另一种介于两者之间的判例运用方式，这就是最高人民法院分管领导或业务庭负责主编或选编并出版各种案例汇编，

以及各地中级人民法院不定期发布本院审理的一些典型案例。这些案例虽然没有指导案例“应当参照”的效力，但实际上也具有不同程度的影响力和参照效力。判例的这种运用方式早于案例指导制度存在，在案例指导制度实施后，则更为普遍。从最高人民法院到地方法院，通过不定期发布典型案例，向社会显示法院对某些问题的司法立场及裁判规则，并藉以统一辖区内法院裁判尺度的做法，已经趋于常态化和制度化。<sup>[25]</sup>这或多或少弥补了指导性案例数量较少、涉及面不广的缺失，也进一步提升了判例在司法审判中的影响作用。判例的这种运用方式既可以看作是一种“准案例指导制度”，也可以看成是判例自发性运用的特殊形态。

案例指导制度为诉讼主体自发运用判例提供的启示是显而易见的。它把判例正式引入司法实践的具体运用之中，社会各方由此而知晓判例也不同程度地对司法具有指导和示范效力，从而引导诉讼主体在法律法规及法律解释之外寻求“第三种规则”，以此作为认知和处理相关问题的规范依据。如果没有案例指导制度提供这样的示范以及造就这样的态势，判例的作用也不会为社会所普遍认知，更不会为诉讼主体所重视并广泛运用。

#### 四、判例自发性运用的主要效应

对判例自发性运用的效应的认识，在原理上始终应把握四个基本点：其一，自发性运用的判例是各级人民法院公布的全部判例，资源极为广泛，判例与待决案件之间情境的匹配概率很高；其二，判例自发性运用源自诉讼主体追求诉讼利益最大化或最佳审判效果的作用，具有极强的动力激励；其三，判例运用过程中内含各主体的充分竞争与博弈，而在资源相同、信息对称的条件下，这种竞争与博弈又会推动判例依照“优胜劣汰”的规则而被恰当运用；其四，尽管诉讼主体会基于自利性动机运用判例，并且也存在着不少对相同问题作不同裁判的判例，但各诉讼主体对案件的合理处理仍然有较大的趋从性，因而富有理性和经验的判例具有更强的参照优势。这四个基本点决定了判例自发性运用的效应，既不同于判例法体制下判例运用的效果，也不同于指导性案例制度下判例运用的实际作用。正是缘于这样的判断，无论判例自发性运用现象在当下已经形成的影响如何，从逻辑上推断，这种现象在我国司法实践中进一步普及，必将引发我国司法审判领域的深刻变化，由此推动和实现我国司法审判的革命性进步。

##### （一）推助我国司法审判中法律适用水平的全面提升

司法的基本功能是把法律适用到具体案件之中，因此法律适用水平在很大程度上体现着司法的实际成效。近十年来，我国司法实践中较多强调保持法律适用的统一性。“统一裁判尺度”“规范自由裁量权”、实现“同案同判”“类案同判”等，都是基于法律适用统一性的要求而提出的。然而，从实际情况看，一方面，实现“统一性”的效果尚不尽人意，“同案异判”以至彼此矛盾的判决不仅大量出现于地方各级法院，即便在最高人民法院的裁判中，也屡见不鲜。<sup>[26]</sup>客观地说，在各法院裁判信息资源并不互通的情况下，裁判尺度的

[25] 例如，最高人民法院2017年先后公布了知识产权、海事、侵犯公民个人信息、环境资源等多个类型的“十大典型案例”。江苏、上海、四川、云南、河南等地方高院2017年也陆续公布了本地区不同类型的“十大典型案例”。

[26] 参见朱兰春：《法官如何裁判：最高人民法院民事审判要旨与思维》，中国法制出版社2017年版。该书在各个部分列举、分析了大量最高人民法院公报案例之间自相矛盾的情形。

统一始终是一种难以实现的愿望。另一方面，“统一”并不是我国法律适用问题的全部，甚至不是法律适用中实质性问题所在。就地区发展差异较大、社会成员同质化程度较低的中国国情而言，法律适用形式上的“统一”，可能会带来实际上的不平等和不公正。<sup>[27]</sup>法律适用除了应保持其基本的统一性外，还应强调适用的准确性（与立法的真实意旨保持一致）以及实效性（能够更好地解决纠纷或处置案件），两者可以合称为“恰当性”。

相较于法条而言，判例最大的特点及优势在于它富有情境性。<sup>[28]</sup>判例展示了法律条文在具体情境的实际运用，由此而成为“活的法律”“真实的法律”。判例的情境性特征对于增强法律适用恰当性的意义在于：（1）判例所显示的法律适用的“统一”，更可能是真实的统一。由于判例中“锚定”了诸多具体情节或事实等，因而法律适用中可参照因素更多，同类或相同案件在法律适用上的同一程度更容易得到辩识，对判例的运用在很大程度上能够消除法律适用中“形式上统一而实质上不统一”的问题。（2）准确适用法律的前提是对法律条文的准确理解，每一个判例都代表了不同法院对于法律条文的具体理解，当某些判例显示出的某种理解更具有普遍性、更能代表司法乃至社会共识时，这种理解也有理由被认定为更贴近立法的意旨。（3）判例不仅分别提供了解决某一问题的相同或不同的方案，还具体展示了在适用同一法律的过程中不同方案所考量的多方面因素，从而为待决案件中法律的实效化适用提供了选择性参照。

判例自发性运用的这些效用在案例指导制度中同样存在。不同的是，指导性案例数量较少，情境的匹配度也相应较低，这就决定了其示范参照的范围及影响十分有限；指导性案例在获得确定的效力的同时，也丧失了运用过程中竞争性的比较和筛选，失却了各主体选择性运用的空间。相比之下，判例的自发性运用对法律适用恰当性的总体贡献更大。

## （二）汇聚并有效运用人民法院整体经验与智慧

判例自发性运用的最直接效应，还在于它使人民法院整体经验与智慧得以汇聚并有效运用。当判例成为一种共享资源时，判例中所蕴含的各地及各级法院的经验与智慧则成为后续解决纠纷和处理案件的重要参照或依据。

在自发性运用过程中，判例所蕴含的经验与智慧，其参照和借鉴意义体现在三个层面：（1）优者示范效应。就一般情况而言，适用法律恰当、事实认定方式可靠、论证推理严谨、说理充分的优秀判例，往往更有可能为诉讼主体、尤其是法官所重视和选择，对同类或相

[27] 对同案同判这一原则，理论上争议较大。参见前引〔1〕，泮伟江文，第20页以下；前引〔10〕，陈景辉文，第46页以下；白建军：《同案同判的宪政意义及其实证研究》，《中国法学》2003年第3期，第10页；陈杭平：《论“同案不同判”的产生与识别》，《当代法学》2012年第5期，第26页以下。实际上，学者们争论的核心仍然在于什么是“同案”之“同”。很多在法律要素或法定情节上的“同”，并不等于真实的“同”，因为很多影响案件处理公正性的因素或情节常常并不包含在法律条文乃至法条解释之中；同时，相同事实或情节在不同情境中可能产生的后果并不相同。

[28] 对情境的理解至少包括以下三个层次：第一，情境是指具体案件中的事实和细节；第二，情境是指某种更具一般性的情境类型；第三，情境经由抽象而成为裁判依据甚至法律规则，换言之，规则依然具有情境性。从判例中总结出情境类型是有意义的，既可以剥离冗余的细节，又可以避免由于太过抽象而将规则架空的情形。另外，除了从客观角度理解情境，还可以将其界定为一种情景感。拓展开来，依托判例还可以研究动态的情境，即法官、律师、检察官、当事人等行动者经由互动型塑的情境。有关情境的理解及理论分析，参见〔美〕卡尔·N·卢埃林：《普通法传统》，陈绪纲等译，中国政法大学出版社2002年版，第142页以下，第312页以下；〔英〕安东尼·吉登斯：《社会的构成：结构化理论纲要》，李康等译，生活·读书·新知三联书店1998年版，第205页以下。

似的待决案件的处理更有可能产生较好的示范作用。(2) 先行者示范效应。某些新类型案件, 甚至某些传统类型案件, 一些法院过去不曾处理过, 缺少审理经验, 而这些案件在其他法院已有过审理经历, 积累了经验。对此类情况, 先行者的相应判例无疑也具有很强的示范效应。(3) 区域性示范效应。某些案件的发生与特定地区的特定因素相关, 因而相应地区的法院对这些案件的处理有较为成熟的经验, 由此形成的判例能够为其他地区偶发同类案件的相关诉讼或审理提供好的示范。

关于判例自发性运用现象在汇聚并运用人民法院经验与智慧的效应, 还需关注可借鉴和运用的经验与智慧的整体性以及借鉴和运用的适当性。由于自发性运用不受判例范围的限制, 全国各地、各级法院的判例都可作为审理或诉讼的实际参照, 即使是基层法院创造的判例, 对上级法院乃至最高人民法院也可能具有启示作用, 因而在既往判例中所蕴积的人民法院的整体经验与智慧都能够被吸收和利用。自发性运用过程中诉讼主体的利己性动机和各主体之间的充分博弈, 如同市场在资源配置过程中的作用一样, 能够把相应的审判经验与智慧从既往判例中发掘出来, 并恰如其分地运用到相关案件的处理之中, 特别是主体之间的博弈有助于从判例中筛选出最有利于案件解决的适当方式, 因而较之制度化的刚性参照要求来说, 自发性运用过程中的博弈竞争更有利于人民法院经验与智慧的恰当运用。

### (三) 改变并改善诉讼主体的思维和行为方式及诉讼运行的轨迹

以某种先在的案件处理方式示范或引导, 与通过认知事实、寻找法律理据并依此建构一种案件处理方式, 这两者的思维及实践逻辑是有重要区别的。<sup>[29]</sup> 当判例的运用嵌入诉讼中后, 包括法官在内的各诉讼主体的诉讼思维和行为方式以及诉讼运行的轨迹也会发生实际变化, 这种变化能够带来诉讼成本的降低及诉讼效益的增加。

首先, 在判例被广泛运用的条件下, 诉讼主体可以把判例作为认知案件的参照。判例是对既往同类案件处理的样本, 裁判文书通常都能够把先前案件结构化、条理化、清晰化地展示出来, 从而能够有效引导诉讼主体从待决案件纷乱的事实中把握实质性要素, 从诸多可能涉及的法条中找到最贴近的依据, 从多种可能的解决方案中找到相对合理的选择。这不仅为诉讼主体把握案件的实质、了解各方当事人可能争议的焦点、明确案件所涉及的法律规定以及对其不同理解提供了认知参照, 而且对案件处理的走向也能形成初步或基本的判断, 进而为设计诉讼或审理思路提供重要借藉。在待决案件能够从相关判例中获得参照的情况下, 诉讼主体的思维会自觉地依照判例所提供的各种信息而形成对待决案件较为全面或清晰的认知。无论既往判例的处理结果对诉讼主体来说是否有利, 或是否符合诉讼主体、特别是法官的认识, 通过既往裁判文书的指引而认识待决案件, 无疑会减少由待决案件复杂性所带来的诉讼主体在认知或理解上的困难, 缩短认知和理解的过程。

其次, 判例的运用在一定程度上会改变诉讼运行轨迹。在判例广泛运用的情况下, 不仅诉讼主体会把参与诉讼的精力投向于查找、分析和比对判例之上, 也会把以判例证明自己的诉求或辩驳对方主张的方式贯彻在整个诉讼过程之中, 这就使判例的参照性或判例中所显示的裁判规则对待决案件的适用性成为诉讼的焦点, 至少成为审理中难以回避的问题,

[29] 通常认为, 成文法的适用所运用的是归纳式思维, 而判例法的适用所运用的是演绎式思维。这种区别在判例自发性运用中也会有明显体现。

在“讲事实”“讲法律”的同时，增加了“讲判例”的因素或环节。在此过程中，既包含着对判例形式效力的争辩，也包含着对判例与待决案件相同或相似性的争辩，还包含着对判例中某些裁判规则合法性、合理性的争议。虽然判例的适用性尚不足以成为诉讼或审理的运行所围绕的轴心，但判例运用的嵌入必定会使诉讼运行的轨迹发生一定程度的变化。

再次，判例的运用对纠纷解决或处理案件的方式也有不言而喻的影响。对于法官来说，判例提供了示范性方案，法官的思维可以更多地集中于判例裁判结果的合理性以及待决案件与判例事实之间的异同比较。在裁判结果的合理性和案件事实的相同度得到肯定后，法官可以直接借用判例中的裁判结果及理由，还可以援引判例劝说相关诉讼主体当事人撤诉或者调解。对当事人或其他诉讼主体来说，由于判例能够为其恰当评估诉讼结果提供参照，因而可以根据判例调整诉讼预期。即使在多个判例提供的裁判结果不相一致的情况下，诉讼主体也能够不同判例中进行比较，并据此权衡自己的诉求与主张，进而理性地选择自己的诉讼行为。判例对引导当事人自觉服判亦会起到重要作用。

总之，判例运用的嵌入，对诉讼主体的思维与方式，对诉讼主要环节、特别是庭审过程及内容都会带来或多或少的变化。总体上看，这些影响能够起到推动诉讼主体共识的形成、减少诉讼成本、提高诉讼实效的作用。

#### （四）与司法改革后新的审判运行机制形成了重要契合

司法改革后的审判运行机制，强化了独任法官、合议庭的权力，相应取消了院、庭长对案件的审核或审批环节。从落实审判责任制的角度看，这些改革举措是必需的，但从另一角度看，这些举措也一定程度上减少了审判资源对单个案件办案过程的投入，无论是对一线法官办案的有效监督、对裁判质量的必要把关（特别是统一本院的裁判尺度），还是对一线办案法官的指导帮助，都成为新的审判运行机制下面临的现实问题，以至于对一线法官“放权”与“限权”成为司法改革措施落实过程中始终难以真正摆脱的“怪圈”。这些在“放权”与“限权”的悖论中难以解决的问题，通过判例的广泛运用却能够在一定程度上得到化解。

首先，判例的广泛运用所带来的“反制”效应能够对独任法官或合议庭形成有效的约束。在判例广泛运用的条件下，自然会形成“以法院（裁判）约束法院（裁判）”的反制效应。这种反制性约束体现于三个方面：（1）既往判例所形成的裁判规则成为独任法官或合议庭处理待决案件无法忽略的因素，即便法官不予考虑，相关诉讼主体也会突出强调。（2）在判例被广泛关注、评价并可能被具体运用的情况下，裁判对于个案处理的结果固然重要，而由裁判所体现出的裁判规则却显得更为突出。于此境况，任何法官都不能不审慎地对待自己将要作出的裁判，不能不审视自己的裁判行为向全社会显示什么样的司法立场，释放什么样的司法信号。在“拿判例说事”成为司法实践中的一种常态实践时，法官将会受制于一种无形的压力和约束；由裁判文书公开所创设的社会监督，也会由一般性公共监督进一步生成诉讼主体在利益动机趋动下的特殊监督，而后者的监督力度无疑更强。（3）通过判例的检索还可以直接实现统一本院裁判尺度的效果。《最高人民法院司法责任制实施意见（试行）》中，明确要求“承办法官在审理案件时，应当依托办案平台、档案系统、中国裁判文书网、法信、智审等，对最高人民法院已经审结或正在审理的类案与关联案进行全面

检索,制作检索报告”,并根据不同情况作相应处置。在此制度的约束下,完全能够达到统一本院裁判尺度的效果。

其次,判例的广泛运用能够为一线办案法官提供较好的资源性支撑。判例辅助审判的工作方式与司法责任制下的审判权力配置及运行具有很高的匹配度:(1)对于独任法官或合议庭来说,办理绝大多数案件,如果需要,都可以从判例中找到参照。基于判例资源的丰富性,全国各级法院的判例中所蕴含的经验与智慧能够为一线法官提供业务上的支持。(2)对于无判例可循或其他难以借鉴既往判例的复杂、疑难或新类型案件,根据司法责任制的相关规定,合议庭可将案件提交专业法官会议或审委会讨论,借助于集体的智慧解决相应问题。<sup>[30]</sup>也就是说,在判例示范作用缺失的情况下,仍然有其他补救机制。(3)法官助理的配置为承办法官查找可参照和借鉴的判例提供了条件。这三个方面的匹配基本能够消除一线法官独立办案过程中业务上失助的现象。

无论是判例的反制性约束作用,抑或判例所提供的资源支撑作用,都为新的审判运行机制提供了有利的条件。司法责任制借助这些条件更易实行或落实,判例的广泛运用与改革后的新的司法运行机制之间存在一定契合度。表面上看,这种契合具有某种偶然性,但实际上两者具有深层联系,共同体现着近些年我国司法改革的重要成果,也共同反映出我国司法发展的某种必然趋势。

#### (五) 为人民法院整体发展开辟新的路径

判例的自发性运用,司法审判中对判例作用的重视,将会为人民法院的整体发展开辟出一条新的路径。

首先,判例的广泛运用有助于缩小法院之间司法水平的差距。与我国社会发展不平衡相关或相同,法院之间、尤其是不同地区法院之间的司法水平也存在着不同程度的差距。近些年缩小这种差距的现实努力,主要集中于加强不发达地区法院人、财、物的投入,但由于这种差距的形成根源于多种主客观因素,并非有限的人、财、物投入所能够短期内消除或明显缩小。判例的广泛运用则为这种差距的缩小提供了一条捷径。法院之间水平的差距并不在于一般案件的处理,而主要体现在疑难、复杂或新类型案件处理上。判例作为司法的最终产品,凝结着司法过程的全部努力,体现着司法的实际水准。重视判例的作用,意味着通过优质化的最终产品的示范和引导,相应弱化部分法院在某些类型案件司法产品生成能力及水平上的缺失,以最终产品质量的相同或近似,弥补法院间实际司法水平和能力上的差距。由此,不仅可以提升人民法院司法产品的整体质量,也能带动发展相对落后的法院司法水平的快速提升。

其次,判例的广泛运用能够造就法院之间、法官之间良性竞争的格局。判例的广泛运用,意味着全国各地及各级法院在裁判文书的联结下形成前所未有的交集,为法院及法官个体在法院系统内的识别提供了更多可能,也增加了法院或法官创造优质判例的动力。无论是基于法律适用的恰当性,还是基于事实认定的准确性,抑或论证说理的充分性,乃至裁判文书表述的清晰度及流畅性,高质量的裁判文书势必会在不同区域、甚至在全国范围

[30] 参见《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》(法发〔2015〕13号)。

内得到推崇并被广泛参照和运用，而低质量、特别是裁判规则存在重大偏误的案例则会受到更多的负面评价。这意味着，判例中的一切优缺点都会在运用过程中被揭示，并且在传播中被进一步放大。在此情况下，创造优质判例、尤其是避免自己作出的裁判为同行所鄙弃或贬责，则成为各个法院及法官个体的自觉追求，由此自然会造就出法院或法官之间潜在的竞争格局。不难想象，随着判例更为广泛地运用，将会不断生成一批知名度较高的优质裁判文书，能够不断推出优质裁判文书的明星法院或明星法官，<sup>[31]</sup>从而使法院系统内部的竞争活力得以激发。

再次，判例的广泛运用可以促进司法审判与社会生活的进一步融合。司法审判与社会生活的融合，不仅是提升司法社会贡献度的必要保证，也是维护司法公信力的重要基础。在判例广泛运用的情况下，法院或法官无论是对判例参照作用的重视，还是对自身裁判示范作用的考量，都会有助于促进这种融合。相对于简单适用法条来说，判例运用中更注重：（1）案件形成的社会背景以及相关的社会性因素；（2）案件所直接关联的实体社会关系以及这种关系在现实社会生活中的状态、实践逻辑与机理；（3）社会公众对于相关现象、行为或问题的一般性认识，即常情、常识与常理；（4）阶段社会发展的总体要求以及普遍性社会思潮。这些因素通常在法律条文中并没有明确表达，但对于案件处理的恰当性，特别是对于人们的司法认知与认同具有重要影响。更深刻地看，对判例作用的重视与发挥，有助于理性的实用主义司法取向和司法进路的形成，而理性的实用主义必定会成为司法审判与社会生活融合的观念性保障。

判例的广泛运用，还将倒逼各级人民法院对发展与建设的思路和重心作出适当调校。这主要包括：（1）适应并把握判例广泛运用的现实态势与发展趋势，在思想意识上高度重视判例对审判实践的影响，加强对判例运用的规律、特征的研究，正视并全面适应审判实践中判例广泛运用这一现实，特别是正确应对并利用好律师、当事人等通过运用判例所造就的“以法院（裁判）逼法院（裁判）”的反制机制。（2）加强对各类型判例裁判规则或裁判要点的提炼归纳工作，更好地发挥判例的正确引导作用。（3）适时把一些好的判例转换为指导性案例，同时针对实践中存在较多矛盾的判例，及时发布恰当的指导性案例以消除相关矛盾。（4）培养并强化司法审判人员的判例思维。确立重视判例的意识，学会寻找判例、分析研判判例并参照和运用判例的方式方法，形成借助判例办案的基本习惯，把运用判例思维和能力的培养作为提升司法审判人员业务素质的重要途径。（5）围绕判例运用的要求加强法院的智能化建设。根据法院审判工作的特点与需求，开发判例运用软件系统，并以判例资源为基础，探索开发智能化的办案辅助系统；运用大数据分析工具与方法，不间断地对各地、各级法院判例进行分析，全面了解和掌握司法审判的总体趋向和动态，掌握不同地区、不同级别法院以及不同性质或类型案件的审判实践的真实状况。（6）在深入总结各地经验的基础上，针对判例自发性运用常态化、普遍化的现实，制定必要的判例运

[31] 通常认为，英美法系的法官个体会受到更多重视，大陆法系法官则不具备这样的优势，原因在于在英美法系判例法制度下，法官个体有更强的辨识度。但随着判例在我国司法实践中的广泛运用，法官个体的识别度也会有所提高。参见 [美] 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社 2004 年版，第 34 页以下。

用规则,防止或避免自发性运用过程中出现某种偏失。应当强调的是,相关规则的总体取向应在于鼓励和支持判例的竞争性运用,而不应窒息判例运用的活力,保持自发性运用、自利化竞争、自然形成影响力等特征。

#### (六) 推动法学理论研究的转型与深入

在过去较长时期中,我国法学理论对判例的研究缺少应有的重视。判例研究在我国法学理论界未能形成气候,与我国法学理论研究的阶段性特征相关,<sup>[32]</sup>也与裁判文书上网前研究者所掌握的判例资源有限、判例的作用不受重视,以及判例运用不广泛的状况直接相关。裁判文书上网以及与之相伴的判例的自发性运用,不仅从根本上改善了法学理论界判例研究的条件,也进一步增强了司法实践对判例研究的实际需求,构成了对我国法学理论研究转型与深入的有力推动。

近几年,我国法学理论界对判例的研究除了集中于对案例指导制度的讨论外,<sup>[33]</sup>主要体现为运用大数据工具对裁判文书进行某些类型性分析,<sup>[34]</sup>以及对某些个案裁判规则的合理性进行分析。从这一领域研究的现实条件与需求来看,研究的内容或对象应有更大的拓展:(1)从对个别裁判规则合理性的研究进一步拓展到司法审判中法律适用总体水平的研究;(2)从对司法裁判内容的研究进一步深入到对司法行为、司法审判规律的研究;(3)从对案件及裁判的研究进一步延伸到对案件生成机制及相关社会背景的研究;(4)从对司法中法律规则适用特点的研究进一步扩大到对我国法律规范结构及其完善的研究;(5)从对个案裁判考量因素的研究上升到对司法与社会互动关系的研究;(6)从对裁判文书的一般性分析细化到对不同地区、不同法院、不同法官司法水平、风格、特征的研究;(7)从对判例本身的研究扩展到对判例运用的规律特征、效果的研究。总之,判例的广泛运用,为法学理论开辟了广阔的空间,无论是法理学、司法理论抑或各部门法学,都可以在判例研究这一新的理论领域中找到自己的研究对象,从而把法学理论的重心从一般性理论阐释与传播,切实地转到对中国法治具体实践的分析与研究之上。与此相应,法学理论研究的各种方法也由此获得充分运用的空间,不仅实证研究或社科法学研究方法的运用有了前所未有的条件与基础,法教义学或法解释学方法也能在判例研究中获取新的活力与生机。

#### (七) 改善我国法律规范结构及其生成机制

案例指导制度的实施,事实上已经把判例引入我国法律规范结构之中。判例的自发性

[32] 由于过去几十年我国法治处于创建阶段,法学理论研究的主要任务仍然在于传播和普及法律的基本原理。有关法学理论研究转型的进一步论述,参见顾培东:《法学研究中问题意识的问题化思考》,《探索与争鸣》2017年第4期,第46页。

[33] 通过对案例指导制度正式建立后的2011年到2017年6月发表在CLSCI(中国法学核心期刊评价来源期刊)15种期刊上的关于判例制度研究的统计显示,研究判例制度的文章共有42篇,其中直接研究案例指导制度的文章有34篇,其余8篇文章中间接探讨案例指导制度的有6篇。

[34] 参见易延友:《非法证据排除规则的中国范式——基于1459个刑事案例的分析》,《中国社会科学》2016年第1期,第140页;陈思融:《论行政诉讼补救判决的适用——基于104份行政裁判文书的统计分析》,《中国法学》2015年第2期,第234页;王天玉:《劳动者集体行动治理的司法逻辑——基于2008-2014年已公开的308件罢工案件判决》,《法制与社会发展》2015年第2期,第178页;黄启辉:《行政诉讼一审审判状况研究——基于对40家法院2767份裁判文书的统计分析》,《清华法学》2013年第4期,第73页;朱春华:《行政诉讼二审审判状况研究——基于对8家法院3980份裁判文书的统计分析》,《清华法学》2013年第4期,第86页。

运用,使得判例在我国法律规范结构中的地位进一步强化。虽然指导性案例以外的判例并不具有强制参照适用的效力,但其在广泛运用过程中所具有的实际作用,或者说诉讼主体自发参照与比附判例所产生的客观效果,在很大程度上影响甚而支配着司法活动以及相关的司法决定,使我们有足够的理由认为,判例已经现实地成为继法律法规、法律解释等成文法律规范以外司法适用中的一种规范。由于判例运用的功能主要体现于强化成文法律规范的适用效果、提高成文法律规范适用的恰当性以及弥补成文法律规范的缺漏或疏失,判例的自发性运用对我国司法适用中的法律规范结构无疑具有重要的改善作用。

判例自发性运用对我国法律规范的生成机制也会形成影响。通过自发性运用过程,能够筛选出一批又一批经典、优质的判例,这些判例为指导性案例提供了可靠的供给渠道,可以大大加快指导性案例的发布进程,不仅快速拓展指导性案例的数量与范围,也在一定程度上避免了依靠少数人遴选所可能造成的偏失。同时,由于指导性案例中相当一部分成熟的裁判规则可以充实或调校司法解释的内容,因此指导性案例的扩充又将为司法解释工作创造良好的基础。所有这些,对我国立法、特别是法律法规的完善都会是有力的推动和促进。由之,我们能够看到我国法律规范结构一种新的生成机制:判例自发性运用——指导性案例增加——司法解释工作推进——法律法规的完善。这种路径也将成为当代中国法治的一个重要特色。

## 结 语

自12世纪英国创造了普通法、走上与欧洲大陆不同的道路以来,<sup>[35]</sup>以“法官造法”为基础的判例法体制与以立法机构立法为基础的成文法体制之间孰优孰劣,就一直是各方争论的话题,但在争论的同时,实行判例法的国家从来不缺成文法,而实行成文法的国家也逐步引入判例制度。美国学者梅利曼在总结大陆法系与英美法系相汇交融的趋势时,把判例和成文法在不同法系国家中彼此吸收和运用视为相汇与交融的主要内容及表征。<sup>[36]</sup>从当代各国实际情况看,大陆法系国家引入判例制度的现象更为明显,这或许是因为,“法律是为司法审判所承认和执行的一般规则。但是,法律是建立在抽象思维和忽视在事态中各种次要因素基础上的一般规则,这一事实使得它们在实施中变得机械。机械主义受制于性质上的束缚呆板行事,而不能根据具体情况需要作出变通”。<sup>[37]</sup>就此而言,成文法国家对判例运用具有不可避免的刚性需求。

当然,中国判例自发性运用现象与判例制度的简单引入具有重要区别。这种运用并不具有判例制度下判例的拘束力,自然也不意味着“法官造法”“遵循先例”等判例法体制中的原则得到承认。不过,它对诉讼主体的诉讼行为乃至审判结果又能产生不同程度的实际影响,特别是在判例的范围和影响力不尽确定的情况下,各主体利己性动机的激励、竞争性选用以及对案件处理合理性的趋从,能够把判例资源恰当地配置到不同案件的处理过程

[35] 参见[比]R. C. 范·卡内冈:《英国普通法的诞生》,李红海译,商务印书馆2017年版,第135页以下。

[36] 参见前引[31],梅利曼文,第158页以下。

[37] [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社2010年版,第11页。

和处理案件的不同环节之中，最终使判例得到最广泛、最合理的运用。

判例的这种运用方式及其效应是互联网技术以及司法公开结合的时代产物。虽然限于资料的欠缺，我们对英美判例法国家及法、德等大陆法系国家在互联网条件下判例的实际影响力尚缺少足够的了解，但可以肯定，互联网条件下判例的运用，无论对于成文法制度还是对于判例法制度来说，都是一个重大的挑战与创新机遇。“只有那些以某种具体的和妥切的方式将刚性与灵活性完美结合在一起的法律制度，才是真正伟大的法律制度”，<sup>[38]</sup>在此意义上，互联网条件下判例的自发性运用或许正是我们朝着理想法律制度目标迈进的一种“具体和妥切的方式”。

---

---

**Abstract:** An unnoticed phenomenon is currently emerging in judicial practice in China: all participants of litigation are spontaneously evaluating pending cases by making reference to precedents. In sharp contrast to the case guidance system, spontaneous application of precedents has its unique characteristics. The phenomenon is externally caused by the “Internet +” reform, which requires courts to publish their judgments on the website “China Judgments Online”, and internally driven by the insufficiency of rules and norms, the extensive formation of judicial self-identification and social identification, and the change of important features of litigation. In this process of spontaneous application, the connection between the precedent and the case to be adjudged, the self-motivation of, and the competition and game-playing between, litigants in the application of precedents, and the legitimacy of the handling of cases could effectively improve the quality of application of law in judicial practice. In particular, it could give full play to the wisdom and experience of the court system in the trial of difficult and complex cases. Moreover, the phenomenon of spontaneous application has also significant influence on the transformation and deepening of the research on legal theories and the improvement of legal norms and the mechanisms for their generation. Finally, it could also enable China to benefit from the advantages of case law while maintaining the basic civil law system, which, in terms of development trend, is for sure to bring about a profound revolution in the judiciary system.

**Key Words:** spontaneous application of precedents, publishing judgments online, case guidance system, judicial reform

---

---

[38] [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第423页。