

论背离指导性案例及其限制

陆幸福

内容提要:背离指导性案例是指法官在审理类似案件时,本应参照指导性案例进行判决,但未予参照。背离指导性案例可分为内在和外在两种情形。在司法实践中,内在背离指导性案例或以社会公共利益为理由,或以不当解释指导性案例为途径;外在背离指导性案例所依据的则是“我国非判例法国家”的观念。背离指导性案例会造成多种不良后果。限制对指导性案例的背离可以采取三种途径:第一,构建以公共利益为由不参照指导性案例的具体标准并要求法官解释指导性案例的裁判要点不得脱离裁判理由,确立参照指导性案例的实体性规则;第二,构建飞跃上诉制度,任何一方当事人认为一审法院或二审法院背离指导性案例,均可上诉至最高人民法院,以确保其对相关案件的常规化审理;第三,在认识到司法实践中普通法系和大陆法系对待先例效力并无实质差别的基础上,澄清“我国非判例法国家”的观念。

关键词:背离指导性案例 司法裁判 先例 解释 飞跃上诉

陆幸福,西南政法大学行政法学院教授。

最高人民法院推出案例指导制度,意在统一司法裁判,更大程度实现类似案件类似处理。然而,虽然《关于案例指导工作的规定》明确规定,各级人民法院审判类似案例时应当参照相应的指导性案例,但审判实践中的真实状况却不容乐观。有学者的调研分析表明,当前我国法院参照指导性案例进行审判的案件并不多,甚至还存在一些“敌视”的态度。^[1] 具体而言,在司法实践中,法官以各种方式对待指导性案例:有人无视,有人参照,有人通过区别技术而不参照,也有人背离。与司法实践发展大致同步,学界兴起研究如何参照指导性案例的热潮。有学者探讨指导性案例的隐性参照,^[2] 有学者聚焦于区别技术。^[3] 就背离指导性案例而论,当前未见系统研究,部分学者有所涉及。有学者提出,指

[1] 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144页。

[2] 参见孙海波:《指导性案例的隐性适用及其矫正》,《环球法律评论》2018年第2期,第144-164页。

[3] 参见孙光宁:《区别技术在参照指导性案例之司法实践中的应用及其改进——以指导性案例第24号为分析对象》,《法学家》2019年第4期,第91-106页。

导性案例的引证可以分为支持性引证、区别性引证和背离性引证；^{〔4〕}有学者认为，针对背离指导性案例的情形，应当适时建立案例运作的“背离报告制度”；^{〔5〕}有学者研究普通法系中的背离先例并提出对指导性案例的启示意义。^{〔6〕}在当前情境中，尽管参照指导性案例的方法依然是核心问题，但若法官可随意背离指导性案例，则不仅“应当”参照指导案例落不到实处，最高人民法院期待通过指导性案例统一司法裁判的初衷也无法实现。因此，有必要对背离指导性案例的状况进行深入研究，为案例指导制度保驾护航。笔者分两次进行了筛选。第一次是2018年12月3日，在中国裁判文书网分别以“指导案例”和“指导性案例”为关键词进行检索，共得判决书1001份，从中筛选出明确背离指导性案例者。第二次是2020年8月12日，在中国裁判文书网分别以“指导案例”和“指导性案例”为关键词在法院裁判理由部分进行检索，共得判决书2113份，从中筛选出明确背离指导性案例者，对前次予以补充。本文首先确立背离指导性案例的概念和类别，随后对背离指导性案例的判决书进行分析，最后从实体、程序和理念三个层面提出针对性的解决办法。

一 背离指导性案例之概念确立与类别界分

背离指导性案例是一个新话题，而遵循先例原则在普通法系国家已经运行数百年，不乏研究背离先例的成果，不妨反思性地借鉴。在普通法系国家，背离先例通常被界定为，待决案件的关键事实与某先例的关键事实相类似，但法院却得出了一个与先例不同的判决。^{〔7〕}构成背离先例最重要的条件是先例的判决理由应该适用于待决案件，^{〔8〕}即先例和待决案件处理的是相同的法律问题，且先例已经解决了此问题，而法律问题的相同则可以被进一步明确为关键事实的相同（类似）。^{〔9〕}背离先例包括两种情形：一是明确推翻先例，即法院在得出其判决时，宣布先例不再是有效的法律因此不予遵循；^{〔10〕}二是隐秘推翻先例，即判决并不明确反对先例，而是通过限制解释等方式不遵循先例。^{〔11〕}有学者经过实证研究后得出结论：隐秘推翻先例不仅是当前美国最高法院（即罗伯茨法院）背离先例

〔4〕 参见张骥：《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104页。

〔5〕 参见刘峥：《司法裁判方法的新突破：指导性案例的定位和效力》，载姜启波主编《中国案例指导》（总第6辑），法律出版社2018年版，第417页。

〔6〕 参见孙海波：《普通法系法官背离先例的经验及其启示》，《法商研究》2020年第5期，第103-116页。

〔7〕 See Robert S. Summers and Svein Eng, Departures from Precedent, in D. Neil MacCormick and Robert S. Summers ed., *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Routledge, 2016, p. 521.

〔8〕 See Robert S. Summers and Svein Eng, Departures from Precedent, in D. Neil MacCormick and Robert S. Summers ed., *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Routledge, 2016, p. 520.

〔9〕 See Robert S. Summers and Svein Eng, Departures from Precedent, in D. Neil MacCormick and Robert S. Summers ed., *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Routledge, 2016, p. 521.

〔10〕 See Margaret N. Kniffin, Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Action by United States Courts of Appeals, 51 *Fordham Law Review* 53, 53, note 1 (1982).

〔11〕 巴里·弗里德曼(Barry Friedman)创造了隐秘推翻这个术语。其含义是：缩小一个先例的适用范围就是一种推翻它的隐秘方式，而没有诚实地面对通常所要求的克服遵循先例原则所需要的高标准。See Richard M. Re, Narrowing Precedent in the Supreme Court, 114 *Columbia Law Review* 1861, 1864 (2014).

的方式,而且也是此前沃伦法院背离先例的方式。^[12] 不过,存在背离先例的例证,并不意味着法官可以随意为之。尽管遵循先例的原则不是一个需被盲目遵守的法律规则,^[13] 但遵循先例原则是普通法体系的根基,背离先例只能作为例外情况存在。^[14] 奥康纳(Sandra Day O'Connor)法官曾言:“尽管遵循先例不是宪法案例的刚性要求,但任何违背遵循先例原则的行为都需要特别的理由。”^[15]

在当前语境中,研究背离指导性案例需认真对待普通法系国家的理论,但也不能完全照搬。首先,我国指导性案例和先例的退出方式不同。若最高人民法院认为某个指导性案例不再合适,可以统一宣布废止。^[16] 而在普通法系,先例是各级法院先前的判决,不存在统一的退出程序,法官在某种条件下可以推翻特定先例。其次,面对指导性案例和先例,法院的权力有所不同。作为最高审判机关,我国的最高人民法院发布指导性案例,其他法院作应该服从相关的规定予以处理,无权推翻。而在普通法系,由于先例来源的广泛性,法院对部分先例拥有推翻的权力。在我国语境中,确立背离指导性案例的概念只能部分借鉴普通法系。因此,背离指导性案例是指,法官在审理与指导性案例相类似的案件时,本应参照指导性案例进行判决,但未予参照。具体而言,构成背离指导性案例需要符合以下条件:第一,待决案件与指导性案例是类似的。此处的“类似”指的是:待决案件的关键事实与指导性案例的关键事实相互之间的类似。此条件将关键事实相类似作为一个判断标准,排除了应用区别技术而不应用指导性案例的情形。第二,未参照指导性案例的裁判要点。裁判要点是指导性案例的裁判规则最主要的体现。法官审理类似案件,理应参照裁判要点,而背离则是法官在司法裁判中未参照裁判要点。一般情况下,背离将造成待决案件的判决结果与参照指导性案例进行裁判的结果不一致,但也存在与之相反的情形。在逻辑上,针对指导性案例,法官可以显性或隐性背离之。不同的是,显性背离是法官在裁判文书中明确援引指导性案例,但非因关键事实之不同而不参照指导性案例;而隐性背离是法官本应参照指导性案例,但在裁判文书中未提及指导性案例,且未参照指导性案例。为了保证研究的准确性和可行性,本文仅涉及显性背离指导性案例。

鉴于背离指导性案例和区别指导性案例容易产生混淆,有必要予以澄清。区别指导性案例是指法院通过区分某个指导性案例和待决案件的关键事实存在不同,而不参照指导性案例。^[17] 尽管从结果上看,背离指导性案例和区别指导性案例最后都不存在参照进行裁判的情形,但两者的成立条件不同。构成背离指导性案例的条件之一是待决案件的关键事实与指导性案例相类似,而区别指导性案例的构成条件则恰恰相反,是区分出待决

[12] See Barry Friedman, *The Wages of Stealth Overruling (With Particular Attention to Miranda v. Arizona)*, 99 *Georgetown Law Journal* 1, 4 (2010).

[13] See *Ozyck v. D' Atri*, 206 Conn. 473, 538 A. 2d 697 (1988).

[14] 参见高鸿钧等主编:《英美法原论》(上),北京大学出版社 2013 年版,第 207 页。

[15] *Arizona v. Rumsey*, 467 U. S. 203, 212 (2005).

[16] 2020 年 12 月 29 日,最高人民法院发布《关于部分指导性案例不再参照的通知》,决定 9 号、20 号指导性案例不再参照。

[17] 在普通法系国家,区别先例是指法院通过区分该先例和待决案件的实质性不同,进而得出结论认为先例不可完全适用或者完全不可适用。See Bryan A. Garner et al., *Law of Judicial Precedent*, Thomson West, 2016, p. 97.

案件的关键事实与指导性案例不同,两者判然有别。因此,区别指导性案例和背离指导性案例是两个不同的概念,不可混为一谈。

背离指导性案例分为内在和外在两种。内在背离是指法官基于除区别技术之外的其他内在理由不参照指导性案例。内在理由是处于法律推理之中的理由,它不否定指导性案例的效力,也不是立足于指导性案例与待决案件的事实区别,而是在法律推理中以具体理由否定对指导性案例的参照。外在背离是指法官以外在理由将指导性案例排除在法律推理过程之外,从而不予参照。外在理由是处于法律推理之外的理由,当前判决书表现出来的主要是宣称指导性案例没有效力。

二 背离指导性案例的判决书之分析

从筛选的结果看,背离指导性案例的判决书虽然数量不大,但已经具有了分析的意义。下文将从内在背离和外在背离两个类别分别剖析背离指导性案例的判决书,从中发现问题,为后续的解决方案提供基础。

(一) 内在背离指导性案例的判决书

基于对现有数据的分析,内在背离指导性案例包括两种情形:一种是基于不当解释指导性案例而不参照指导性案例;另一种是因为社会公共利益不参照指导性案例。

1. 不当解释指导性案例裁判要点的含义以背离指导性案例

尽管指导性案例比成文法的规定更为详细,但依然需要解释。有一种情形是法院按照文本应有含义的相反意思对指导性案例进行解释,从而拒绝参照指导性案例。李某利用未公开信息交易二审判判决书(下称“李某案”)便属此类。在该案中,法院查证了指导性案例61号的裁判要点,但随后认为,利用未公开信息交易罪的社会危害性明显小于内幕交易、泄露内幕信息罪,故前者“情节特别严重”的数额标准显然应当高于后者,虽然李某的证券交易成交额较高,但获利数额相对较小,比照最高人民法院发布的指导性案例和中国裁判文书网上查阅的该罪名的全部生效裁判文书,并结合案件的具体情节、李某的实际获利金额、退赃情况,李某的情形不属于“情节特别严重”。为什么说这是对指导性案例61号的不当解释?李某案的基本事实是:2009年10月至2012年2月间,李某利用未公开信息,使用其实际控制的“左某”证券账户,买入股票的金额共计8067万余元,卖出金额共计3841万余元,获利金额共计18万余元。同一期间,李某使用“谢某”证券账户,买入股票的金额共计1.8亿余元,卖出股票的金额共计9700余万元;使用“邱某生”证券账户,买入股票的金额共计2300余万元,卖出股票的金额共计900余万元。^[18]李某案与指导性案例61号的关键事实相类似,两案被告人均构成利用未公开信息交易罪,均利用未公开信息进行大额股票交易。

根据指导性案例61号的裁判要点,利用未公开信息交易罪和内幕交易、泄露内幕信

[18] 参见北京市高级人民法院(2017)京刑终153号刑事判决书。

息罪一样,都应有“情节严重”“情节特别严重”两种情形和两个量刑档次。该规定的内容十分明确,并不存在明显的灰色地带。同时,该指导案例的裁判理由指出,刑法规定利用未公开信息交易罪是参照内幕交易、泄露内幕信息罪的规定处罚,最高人民法院、最高人民检察院的相关司法解释将成交额 250 万元以上、获利 75 万元以上等情形认定为内幕交易、泄露内幕信息罪“情节特别严重”的标准,利用未公开信息交易罪也应遵循相同的标准。根据该裁判理由,李某案的证券交易成交额高达 4 亿元,远远超过了司法解释规定的“情节特别严重”的标准,理应参照指导性案例,但法院却认为利用未公开信息交易罪的社会危害性小于后者而不予参照。法院的判断违背了指导性案例的裁判要点,尤其是裁判理由。根据指导性案例的裁判理由,李某的行为属于“情节特别严重”的范畴,而法院通过建立一种与裁判理由相反的解释,将其行为判断为不属于“情节特别严重”。鉴于指导性案例是一个整体,裁判要点的解释应当与裁判理由相一致。因此,法院实质上通过不当解释裁判要点而背离了指导性案例。

2. 基于社会公共利益背离指导性案例

在李某针与青岛某置业有限公司、薛某明公司解散纠纷再审民事判决书(下称“李某针案”)中,法院认定李某针案与指导性案例 8 号存在类似,但却因社会公共利益而不予参照。指导性案例 8 号是对《中华人民共和国公司法》第 183 条的解释。根据该指导性案例的裁判要点,公司内部管理出现严重问题,已经陷入僵局的,结合法律和司法解释的相关规定,法院可以判决解散公司。该法院在判决书中明确承认李某针案和指导性案例 8 号都存在公司经营管理发生严重困难的情形。此判断清晰呈现了两案在关键事实上具有相似性。然而,法院话锋一转,认为,李某针案的房地产项目比指导性案例涉及的普通产品承担更大的社会责任,公司解散与否的判断需要将社会公共利益考虑进来。如果判决李某针案的公司解散,则房地产项目无法正常推进,众多房屋购买者的利益将受损,由此带来的上访将不利于社会稳定。^[19] 法院虽然提及两个公司经营类型不一样,但其用意并不在于表达不同事实,而是提出两个公司承担的责任不同,青岛某置业有限公司有更大的社会责任,其解散危害社会公共利益,因此不应参照指导性案例 8 号。而公司责任不同并不直接导致对指导性案例的不参照,危害社会公共利益才是根本。不过,此处的危害社会公共利益是一种推断,且有可商榷之处。根据判决书的描述,公司处于收益回收阶段,购房者的利益未必不能在公司清算中获得保障,反而是公司经营持续发生严重困难可能扩大亏损,使购房者利益进一步受损。因此,法院不是以事实作为案件的比较点并对两个案件进行区分,即并未通过区别技术而不参照指导性案例;相反,法院以一种推定的社会公共利益为由予以背离。

(二)外在背离指导性案例的判决书

司法实践中,某些案件以“我国并非判例法国家”为由不参照指导性案例。具体而言,该理由是:在大陆法系国家,先例不是法律渊源;中国是大陆法系国家,因此先前的判决不是法律渊源;指导性案例尽管由最高人民法院发布,但依旧是一种先前判决,不是法

[19] 参见山东省高级人民法院(2015)鲁民再字第 5 号民事判决书。

律渊源,法院无需参照。佛山市中级人民法院有一系列租赁合同纠纷就属于以此理由背离指导性案例的情形,^[20]青岛某物业管理有限公司与姜某琛生命权、健康权、身体权纠纷二审民事判决书(下称“姜某琛案”)是另外一例。姜某琛在青岛某物业管理有限公司管理的小区乘坐电梯时,因电梯急速下降而致腰部扭伤。经鉴定,姜某琛的腰椎间盘突出构成十级伤残,但与该事故的关联性为20-25%,姜某琛应自行承担至少75%的医疗费。青岛某物业管理有限公司诉至法院,要求判令姜某琛返还其垫付的医疗费。姜某琛一审败诉,提起上诉,并提交了指导性案例24号。对比姜某琛案和指导性案例24号,相似之处在于:受害人因事故受到身体损害、受害人没有过错、受害人自身有身体缺陷、自身的身体缺陷对损害有参与度;不同之处在于:指导性案例24号是交通事故,而姜某琛案是电梯事故。由于交通事故和电梯事故都是受害人无法控制的机械性事故,二者虽有不同,但不构成根本区别。因此,姜某琛案和指导性案例24号相类似,法院应该予以参照。不过,法院认为,上诉人主张被上诉人应全额承担其花费的主要用于检查和治疗软组织挫伤等合理费用,于法无据,本院不予支持。我国非判例法国家,人民法院的审判以事实为根据,以法律为准绳,指导性案例对本案仅有参照性。^[21]法院在此并未明确否定姜某琛案和指导性案例24号的相似性,而是基于我国不是判例法国家的判断,拒绝参照指导性案例,此情形构成外在背离。需要说明的是,该法院此处所谓的参照并不是按照指导性案例的裁判要点进行说理乃至裁决,而是一种可有可无的参考。^[22]

三 如何限制法官对指导性案例的背离

背离指导性案例意味着法官以其自认为正确的理由,替代指导性案例提供的裁判规则。由于这种正确理由的范围无法限定,判决因此充满不确定性。判决结果的不确定性导致案例指导制度统一司法裁判的功能难以实现。^[23]司法裁判不统一,则类似案件类似处理的形式正义沦为空谈。而形式正义是建立司法道德权威的基石,司法权威因此受损。与此同时,背离指导性案例提高了诉讼的时间成本、加大了法官审理案件的难度,司法运作的总体成本也因此增加。上述问题都是因为指导性案例失去了对法官自由裁量权的约束所致。克服法官对指导性案例的不当背离,构建对法官自由裁量权的适当限制,需要多管齐下。

[20] 该系列有租赁合同纠纷二审判决书等共26份,均为广东省佛山市中级人民法院民事判决书,案号从(2018)粤06民终3973号至(2018)粤06民终3998号。

[21] 参见山东省青岛市中级人民法院(2014)青民五终字第1628号民事判决书。

[22] 所谓“参照”指导性案例,一般认为包括以下两点:一是对审理过程的要求,即要求法官在审理与指导性案例相类似的案件时,要以裁判要点为依据,遵循指导性案例的审理思路,在对案件事实认定、裁判依据、法律规范的选择与适用上,保持与指导性案例的一致性。二是对裁判结果的要求,即法官对于类似案件的判决与指导性案例的判决不应存在明显差别。参见郭锋:《指导性案例的价值、效力与适用》,载胡云腾主编《中国案例指导》(总第1辑),法律出版社2015年版,第347页。

[23] 在普通法系国家,先例是普通法获得可能的一致性、连续性、可预见性和确定性的手段。See Eva Steiner, *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer International Publishing Switzerland, 2015, p. 31.

(一) 参照规则之确立: 实体限制

尽管指导性案例所形成的裁判规则已经比较具体,但法官在审判时依然可能无合理根据而不参照。为了尽量避免此类背离的出现,增强司法审判的统一性,需构建参照指导性案例的实体性规则。

1. 确立以公共利益为由不参照指导性案例的具体标准

公共利益高于私人利益的逻辑是:公共利益代表多数人的利益,而多数人总是比单个人更为重要,公共利益因此优于私人利益。然而,此逻辑只讲了一半真理。公共利益固然重要,但如果没有个人,也就没有公共,作为公共的不特定的多数是由每一个单个的私人组成的,公共利益的计算必定以私人利益为基础。^[24] 因此,不能简单认为公共利益必然高于个人利益,需要着眼于利益本身的大小,具体情况具体分析。有论者从四个方面反思公共利益:第一,公共利益含糊不清,模棱两可;第二,人们在不同意义上使用这个词;第三,许多公共利益的概念实际上无法和更普遍的道德关切相区别;第四,很少有量化公众利益的努力,更没有完全成功的范例。^[25] 这些反思集中到一点就是公共利益的不确定性。另有学者提出,没有理由相信公共利益是公共生活的单一最高道德标准,我们经常面临这样的挑战:在权利、自由、平等、正义和公共利益等具有道德分量的相互竞争的规范中做出选择,或者在两者之间进行平衡。^[26] 照此观点,便不能将公共利益设置为最高标准而忽视其他规范。这种观点十分重要,因为在不少场合,只要公共利益一出,便所向披靡,公共利益因此可能成为一种被滥用的托词。综上,公共利益优于私人利益的命题面临三个挑战:公共利益并不必然高于私人利益、公共利益具有不确定性、公共利益不应是最高道德标准。

在前述以公共利益为依据而拒绝参照指导性案例的判决书中,公共利益的不确定性表现得淋漓尽致。法院将其所认为的公共利益表述为社会公众利益。而所谓社会公众利益在该案中有一项具体内容:购房客户的利益和社会稳定。乍看之下,这两项内容作为公共利益没有问题,其实不然。首先,客户的利益无法成为公共利益。人数多是公共利益的必要条件,但并不是充分条件。公共利益应是不特定多数人的利益,若所谓公共利益指向的是特定的人群,则其是该固定群体的利益,依然是少部分人的利益,并不必然高于个体的私人利益。其次,破坏社会稳定是一种推测,并不具有必然性。法院把这两种利益当做公共利益,实际上是将自身意愿投射到了公共利益这个内容不确定的概念之中。^[27] 在司法裁判中随意引入公共利益,容易侵害个人权利。法院若本应参照提供具体规则的指导

[24] 虽然人们可以有意义地谈论集体福利,但偏好只能是个人的属性。See Felix E. Oppenheim, *Self-Interest and Public Interest*, 3 *Political Theory* 259, 266 (1975).

[25] See Barry Bozeman, *Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism*, Georgetown University Press, 2007, p. 84.

[26] See William A. Galston, *An Old Debate Renewed: The Politics of the Public Interest*, 136 *Daedalus (On the Public Interest)* 10, 18-19 (2007).

[27] 像公共利益这样模糊的概念,不需要定义,只需要吸收。学者可以随心所欲地把他认为合适的内容或意义投射进去。无论他自己特定的知识取向是什么,他都可以因此将他个人对公共利益的理解融入到他的作品中。See Frank J. Sorauf, *The Public Interest Reconsidered*, 19 *The Journal of Politics* 616, 618 (1957).

性案例,却弃而不用,必须给出非常充分的理由。因为按照规则进行审判本身就是一项非常重要的公共利益,这涉及到所有的人,毕竟任何人都有可能卷入纠纷而到法院参加诉讼。^[28]当然,公共利益也不能被简单否定。不过,只有当调用它的人在实际应用时清楚地意识到其局限性,并坦率承认没有任何规范类别能够克服现实世界中行为的经验不确定性和道德风险时,它才会有用。^[29]具体而言,涉及指导性案例的参照时,公共利益的应用需遵循以下限制:

第一,所涉公共利益必须具有压倒性的重要性。公共利益在实践中有各种表现形式,并非所有的公共利益都重要到高于私人利益的地步。若公共利益可以轻易否定私人利益,则个人生命权和财产权等处于不安全状态,社会稳定的基石遭到破坏。因此,需要为公共利益高于私人利益设立标准。此标准不能是只要公共利益大于私人利益即可,而是需要公共利益具有压倒性的重要性,即该利益大到如果不顾及,就会产生重大损失。在司法裁判中,法院以公共利益为名否定对指导性案例的参照,同样需要该公共利益具有压倒性的重要性。因为指导性案例是最高人民法院精选而发布作为审判之参照的标准,某些个人利益在其中已通过明确规则予以保障,当事人也由此形成了自己的信赖利益。法院唯有在迫不得已的情况下,才可不予参照。

第二,所涉私人利益必须与公共利益可以比较。事物之间的比较有其前提,即它们之间存在共同的价值评价标准。^[30]例如,公共财产和私人财产可以比较,因为财产是二者的上位概念,即共同价值评判标准,二者因此可以通过财产数额之多少进行比较。如果事物相互之间没有共同的上位标准,便不可比较,例如生命权和公共财产无法比较。因此,当指导性案例确立的规则因为公共利益而被否定时,司法裁判所保障的公共利益必须可以和该规则既定保护的私人利益相比较。若二者不可比较,则公共利益没有理由压倒私人利益,因为二者没有轻重之分,既然无轻重之分,一种利益便不能凌驾于另一种之上。

2. 解释指导性案例的裁判要点不得脱离裁判理由

在法律适用中,解释法律规则不可或缺。凯尔森指出,所有要被实现的规范都存在解释问题。^[31]作为在司法中应用的指导性案例也离不开法官的解释。法官参照的是指导性案例的裁判要点,而裁判要点在被提炼出来之后便具有了一定的独立性。虽然裁判要点相对于一般的成文法规则更为明确具体,但依然呈现出不确定性,此为语言的开放性和实际状况的不可预估性所决定。如何解释裁判要点便成为参照指导性案例必须面对的问题。从原理上看,解释既非完全的自由裁量,亦非完全的机械行为,它是介于读者和文本之间的动态相互作用。^[32]就裁判要点的解释而言,读者是法官,文本是裁判要点。法官

[28] See Walter Lippmann, *The Phantom Public*, Transaction Publishers, 1993, p. 94.

[29] William A. Galston, An Old Debate Renewed: The Politics of the Public Interest, 136 *Daedalus (On the Public Interest)* 10, 19 (2007).

[30] See Mark Tushnet, An Essay on Rights, 62 *Texas Law Review* 1363, 1373 (1983 - 1984).

[31] 参见[奥]汉斯·凯尔森著:《论法律解释理论》,李鑫译,载陈金钊、谢晖主编《法律方法》(第七卷),山东人民出版社2008年版,第133页。

[32] See Owen M. Fiss, Objectivity and Interpretation, 34 *Stanford Law Review* 739, 739 (1982).

对裁判要点的解释必须受到合理约束,否则,法官就是在不受限制地立法,而非解释。^[33] 如何合理限制法官对裁判要点的解释?

首先,法官应确立追寻裁判要点之原意的意识。有论者认为,语词并不约束解释者,相反,解释者赋予语词以含义。^[34] 但是,法官在脱离立法者原意和法律语词本身的情况下解释和适用法律,将被指责为“篡权者”;从结果上看,这样将彻底破坏法律的确定性和可预期性,使法治的价值丧失殆尽。^[35] 具体到解释裁判要点的场景中,指导性案例必定有其自身的意图,法官解释裁判要点时,唯有围绕该意图,才不至于得出不可预测的开放性解释。惟其如此,案例指导制度统一司法裁判的功能才不致落空。虽然原意解释会出现僵化或者削足适履的问题,但该解释方式是保持裁判要点确定性的最佳方式。

其次,法官应依据裁判理由确定裁判要点的含义。裁判要点不是孤立的规则,它以案情为事实基础,以裁判理由为论证依托。其中,裁判理由是确立判决基本理据的部分,法官在其中说理,以便论证出裁判要点。因此,无裁判理由则无裁判要点,裁判理由是理解裁判要点具体内容的关键所在。就裁判要点而言,其最佳解释的相关内容已经存在于裁判理由之中,无需到他处寻觅。若法官反其道而行之,绕开裁判理由另找解释依据,则裁判要点便成为孤岛。在此情境中,法官对裁判要点的解释势必信马由缰,不可约束。因此,寻求裁判要点的原意必须回到裁判理由,惟其如此,才能形成对裁判要点的正确解释。

尽管上述对背离指导性案例之限制有其针对性,但尚有未解难题。其中最关键的是:法官可能以其他理由背离指导性案例而突破上述限制。在裁判过程中使用的背离理由无法事先确定,学理上对此亦无法穷尽。因此,不可仅依赖实体内容的限制,尚需从程序着手,使此类案件最终回到维护案例指导制度的法院手中。为实现此目的,构建涉背离指导性案例诉讼的飞跃上诉制度不失为一种明智选择。

(二) 建立涉背离指导性案例诉讼的飞跃上诉制度:程序之改进

我国采取四级法院制和两审终审制,按照案件受理的现行标准,首先,大多数案件分布在基层人民法院和中级人民法院之间,其次是中级人民法院和高级人民法院之间,在高级人民法院起诉并向最高人民法院上诉的案件相对较少,最高人民法院直接受理的更少。由于绝大部分案件的终审在地方法院,即便地方法院背离指导性案例,当事人亦难以经由上诉向最高人民法院寻求救济。因此,虽然最高人民法院建立了案例指导制度,但却无法有效掌控该制度的实际运作状况。要破解此难题,使最高人民法院方便接触此类案件,尚需构建一种特别的飞跃上诉制度。

飞跃上诉制度在大陆法系和普通法系都存在。在大陆法系,德国《民事诉讼法》第 566 条规定,对于州法院的第一审终局判决,可以越过控诉审,直接提起上告,但越过控诉审需经对方当事人同意。日本《民事诉讼法》第 281 条、第 311 条规定,当事人达成共同提

[33] 参见[奥]汉斯·凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 152 页。

[34] See Frank H. Easterbrook, Legal Interpretation and the Power of the Judiciary, 7 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 87, 87 (1984).

[35] 参见张志铭:《法律解释概念探微》,《法学研究》1998 年第 5 期,第 48 页。

起上告而不提起控诉的协议,对地方法院的判决,可以直接向最高法院提起上告;对简易法院的判决,可以直接向高等法院提起上告。在普通法系,1969年英国《司法行政法》(*The Administration of Justice Act*)第12条至第16条规定了飞跃上诉(leapfrog appeal)制度,根据某些条件,可以从英格兰和威尔士的高等法院(或地区法院)或北爱尔兰高等法院直接向最高法院提起上诉。^[36]美国的飞跃上诉(direct appeal)在20世纪早期比较常见,但目前飞跃上诉到美国最高法院的案件数量已经大为下降。^[37]美国在州层面也有飞跃上诉制度,例如佛罗里达巡回法院判处死刑的案件可以越过中级上诉法院而直接上诉到佛罗里达最高法院。^[38]不过,需要注意的是,上述几个国家都是三审终审制,而我国是两审终审制。构建我国飞跃上诉制度应与这些国家有所区别。

我国已经在知识产权诉讼中建立了飞跃上诉制度。最高人民法院知识产权法庭可以直接审理中级人民法院和知识产权法院关于知识产权纠纷的上诉案件。最高人民法院巡回法庭正在探索飞跃上诉制度,即允许当事人在一定条件下,越过上诉审法院直接向更高级别的法院提起上诉。^[39]因此,飞跃上诉制度已经具备了一定的经验积累。

本文构建飞跃上诉制度的目的是为了最高人民法院以上诉法院的身份,审查各级法院涉嫌背离指导性案例的判决,以便有效约束地方法院。^[40]具体制度设计如下:第一,任何一方当事人认为一审法院或二审法院背离指导性案例,均可上诉至最高人民法院;但一审阶段已飞跃上诉的除外。第二,最高人民法院成立飞跃上诉审查庭,审查原审判决是否属于背离指导性案例的情形;若属于,则转入相关审判庭,进入正常上诉审程序或者指定其他法院审理,若不属于,则驳回飞跃上诉。第三,飞跃上诉被驳回的,若是一审案件,当事人可按照普通程序向上级法院上诉;若是二审案件,诉讼程序终结。此制度设计需要进一步说明。首先,允许当事人任何一方自行飞跃上诉是因为:背离指导性案例的判决,往往有一方已经因此获利,如果需要双方同意才能飞跃上诉,那么大量案件会因为获益一方当事人不同意而无法上诉,飞跃上诉制度可能形同虚设。其次,由于我国每年案件数量巨大,涉及指导性案例的案件虽然占比不大,但绝对数量不少,因此,最高人民法院有必要建立专门部门先行审查,以便排除并未背离指导性案例的诉讼,减少由最高人民法院审判的案件数量。再次,由于飞跃上诉可能被驳回,如果当事人因此不能按照一般程序上诉,

[36] See A Guide to Bringing a Case to The Supreme Court, <https://www.supremecourt.uk/docs/a-guide-to-bringing-a-case-to-the-supreme-court.pdf>,最近访问时间[2022-04-30]。

[37] 在20世纪初,美国国会通过了一系列法律,允许在特定案件中从联邦地区法院直接向美国最高法院提起上诉。在有争议的法律领域,如《谢尔曼反托拉斯法》的执行或申请禁令阻止州和联邦行政机构的行动,国会要求最初的诉讼程序由一个由三名地区法官组成的小组进行。国会允许这些案件的当事人绕过巡回上诉法院,直接向最高法院寻求复审。根据1937年《司法法》的规定,如果联邦地区法院在以美国、其机构或其官员为一方当事人的民事诉讼中裁定国会的行为违宪,则当事人可直接上诉到美国最高法院。See Supreme Court of the United States: Jurisdiction, <https://www.fjc.gov/history/courts/supreme-court-united-states-jurisdiction>,最近访问时间[2022-04-30]。

[38] See Mary Piccard Vance & Ann M. Piccard, Direct Appeal Jurisdiction of Florida's District Courts of Appeal, 33 *Stetson Law Review* 153, 154 (2003).

[39] 参见郭锐川:《最高法巡回法庭探索“飞跃上诉制度”》,《南方都市报》2016年1月30日第SA13版。

[40] 对司法行为为最明显的约束是上级法院撤销判决的可能性。See Richard S. Higgins, Paul H. Rubin, Judicial Discretion, 9 *The Journal of Legal Studies* 129, 129 (1980).

则飞跃上诉风险过大,造成当事人不愿意选择的局面,因此,在飞跃上诉被驳回之后,应该赋予当事人针对原先一审的上诉权。最后,此制度设计确实有拉长上诉时间和增加诉讼数量的弊端,但是为了司法裁判的统一性和最高人民法院的权威,适当容忍时间成本是明智的选择。

(三) 拨开“我国非判例法国家”的迷雾:观念之澄清

法官认可指导性案例的效力是指导性案例得以参照的关键条件之一。与行政执法的令行禁止不同,法官判案具有较大的裁量权。如果法官不认可指导性案例,那么他们便可在司法裁判中以各种方式不予参照。而“我国非判例法国家”的观念已然成为法官认可指导性案例效力的一个障碍。需要从根本上扭转这种观念,为指导性案例的落实奠定理念基础。我国法理学教科书对大陆法系和普通法系的介绍,虽然涉及两大法系的融合,但更多是比较二者的不同。法官囿于学习背景限制,在内心中可能形成一种普通法系和大陆法系相区别的确信,尤其认为先例唯有在普通法系才有效力,在大陆法系没有效力。而自清末以来,我国法律改革确实更多借鉴大陆法系国家,因此,很容易形成“我国非判例法国家”的印象。既然“我国非判例法国家”,则先前判决对后案没有效力,指导性案例作为先前判决之一种也是如此。这就是“我国非判例法国家”成为外在背离指导性案例之根据的原因所在。实际上,“我国非判例法国家”这一观念,是误解大陆法系相关情形的结果。

第一,大陆法系典型国家最高法院的先例至少具有事实上的效力。我国法律的现代化受德国和日本的影响最大,而这两国又是典型的大陆法系国家,探究其先例的效力在当下中国最具说服力。根据德国宪法法院法的规定,德国宪法法院的先例具有法律效力。而德国其他最高法院的先例在实践中具有事实上的效力。据权威学者统计的数据,德国各最高法院公开出版的判决书援引先例的比例在 95% 以上。^[41] 此外,德国法官有时会超越解释成文法而通过宣布判例法将未经调整的法律领域结合进法律体系。^[42] 在日本,法官大多数情况下会遵循最高法院的先例,而最高法院通常会遵循自己的先例;尽管先例不具有法律上的效力,但具有事实上的效力。^[43] 因此,无论是在德国还是在日本,各最高法院的先例或有法律效力或有事实上的效力。

第二,普通法系和大陆法系对待先例并无实质性差别。根据梅利曼的总结,大陆法系的传统观念确实是任何法院都不受其他法院判决的约束,不过,大陆法系虽然没有遵循先例的正式原则,法官的活动却受到先例的影响。他敏锐地提出,那些设想在大陆法系中司法权力毫无用处,在普通法系中法官又只能死死地按先例办案,并将这两个方面作为两大法系各自特点而加以比较的人,显然对两大法系的实际情况都作了夸张。他明确指出,众

[41] See Robert Alexy, Ralf Dreier, Precedent in the Federal Republic of Germany, in D. Neil MacCormick & Robert S. Summers ed., *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Routledge, 2016, p. 23.

[42] See Thomas Lundmark, *Charting the Divide between Common and Civil Law*, Oxford University Press, 2012, p. 316.

[43] See Shigenori Matsui, Constitutional Precedents in Japan: A Comment on the Role of Precedent, 88 *Washington University Law Review* 1669, 1669 (2011).

所周知,大陆法系法院也使用案例,而普通法系法院也选择性地援引先例,甚至也推翻自己过去的判决。^[44] 梅利曼的观点恰到好处地揭示了两大法系在先例方面被误解的状况。另有论者提出,在某些情况下,在大陆法系中,某个判决具有与制定法一样的权威,而在普通法系,单个判决的先例价值经常很大程度就是嘴上功夫,两大法系之间的区别主要存在于操作技术和法律哲学。^[45] 因此,尽管两大法系在理论上对待先例确实不一样,大陆法系先例的范围也小于普通法系,但先例在两大法系都被作为某种裁判依据对待。

第三,普通法系和大陆法系对待先例的趋同有其合理根据。虽然不同的法系各有发展轨迹,但法律适用的功能并无不同,都旨在形成相对统一的司法裁判,以实现形式正义。法院体系产出两种类型的服务,一是解决争议——确定某个规则是否被违反;另一个是形成规则——创造作为争议解决过程副产品的法律规则。^[46] 其中形成规则的服务其实就是产生先例,为今后类似的争议建立规则。在实践中,先例作为一种必要的渊源,与法院内部所需的约束有关。“除非我们希望无政府主义在联邦法院体系内部盛行,否则本法院的先例必须被下级联邦法院遵循,无论那些法院认为先例有多大的误导性。”^[47] 正是由于司法的性质和先例的独特作用,普通法系和大陆法系在对待先例层面趋向于融合。

综上所述,在先例的效力问题上,普通法系和大陆法系并无实质性差别,此情形既符合两大法系的实际情况,又与当前的发展趋势相一致。因“我国非判例法国家”的观念而否定指导性案例的效力,建立在对大陆法系先例的地位和作用误判的基础上,缺乏正当根据。法官对指导性案例效力的判断亦应以我国当前的规范和实践需要为基础,而非受某种观念的左右。

作为一种新的制度设计,案例指导制度在司法实践中真正确立并非易事。背离指导性案例对案例指导制度造成一定冲击。通过确立背离指导性案例的概念和类别,并以此为理论框架进行类型化分析,背离指导性案例的具体状况得以清晰呈现。确立参照指导性案例的实体限制性规则,可防范法官从实体内容切入背离指导性案例;在程序上构建涉背离指导性案例的案件之飞跃上诉制度,可使最高人民法院直接受理相关案件,避免被架空;澄清“我国非判例法国家”的观念则可消解外在背离指导性案例的理念根基。面对我国当前复杂的司法局面,案例指导制度注定要在曲折中前行,研究背离指导性案例可为该制度的有效推进提供一定的理论支持。

[本文为作者主持的2020年度国家社会科学基金西部项目“类案同判机制研究”(20XFX001)的研究成果。]

[44] 参见[美]约翰·亨利·梅利曼著:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第47-48页。

[45] See Helen Silving, “Stare Decisis” in the Civil and in the Common Law, in Helen Silving & W. S. Hein ed., *Sources of Law*, William S. Hein & Co., Inc., 1968, p. 86.

[46] See William M. Landes & Richard A. Posner, Adjudication as a Private Good, 8 *The Journal of Legal Studies* 235, 236 (1979).

[47] *Hutto v. Davis*, 454 U. S. 370, 375 (1982).

[**Abstract**] The introduction of the case guidance system of the Supreme People's Court was aimed at unifying judicial adjudication and realizing the treatment of similar cases alike to a greater extent. However, although the Provisions on Case Guidance clearly stipulate that people's courts at all levels should refer to corresponding guiding cases when trying similar cases, there are situations in judicial practice in which local courts depart from guiding cases in the trial of similar cases. Departure from guiding cases of the Supreme People's Court means that judges should follow a guiding case when they try cases similar to the guiding case, but decided not to do so. It can be divided into two types: internal departure and external departure. In current judicial practice, the former may be based on social and public interests, or take the approach of a distorted interpretation of the guiding case, while the latter is based on the idea that "China is a non-precedent setting country." Departure from guiding cases may lead to many adverse consequences, including harming formal justice, raising the time cost of litigation, and increasing the difficulty for judges to hear cases. It can be constrained in the following three ways. First, to establish substantive rules for following guiding cases. In the case of departing from the guiding case on the grounds of public interest, the specific criteria of not following the guiding case on the grounds of public interest should be constructed, that is, the public interest involved must be of overwhelming importance, and the private interest involved must be comparable with the public interest. With respect to departure due to improper interpretation of guiding cases, the judge is required to explain the key points of guiding cases based on the reasons of judgment. Second, to construct a leap appeal system for litigation related to guiding cases. Even if a local court departs from the guiding case, it is difficult for the parties concerned to seek relief from the Supreme People's Court through appeal because the court of the final instance in the vast majority of cases is a local court. Therefore, although the Supreme People's Court has established the case guidance system, it cannot effectively control the actual operation of the system. In order to solve this problem and make it convenient for the Supreme People's Court to access such cases, it is necessary to construct a special leap appeal system, whereby either party who thinks that the first-instance court or the second-instance court departs from the guiding case can directly appeal to the Supreme People's Court, so as to ensure its regular hearing of relevant cases. Third, to clarify the crux of the negation of the validity of guiding cases on the grounds that "China is a non-precedent setting country" by pointing out that this argument is based on the misjudgment of the status and role of precedents in the continental law system. In fact, precedents of the supreme courts have at least *de facto* validity in typical continental law countries such as Germany and Japan, while there is no substantial difference in the role of precedents in judicial practice between the common law system and the civil law system. Because of the nature of justice and the unique role of precedents, the common law system and the continental law system tend to treat precedents in a similar way.

(责任编辑:田 夫)