

类案适用的司法论证

杨知文*

内容提要：适用类案裁判需先通过类案检索寻找类案，然后进行类案适用的司法论证。类案适用的司法论证，包括类案的判定论证和适用过程论证两个阶段。以作为陈述的案件事实为案件相似性的判断标准，可将递进式同质论证确立为类案判定的论证模式。类案适用的过程论证，由基于类案的法律推理和类案推论的保证性论证构成。在前一环节，要在类比推理的基础上附加依据一般性规则的论证，确保类案适用过程具有正当性；在后一环节，可借助保证性论证的一般形式，解释法官在类案推理中对一般性规则的选择，通过作为保证性论证补充形式的差异重要性排除论证与重要相似性缺失论证，回应论辩中的相反意见。若案件之间的相似特征与差异特征的重要性相当，则可补充权衡性论证。类案适用及其司法论证凸显了制定法传统中司法案例的应有功能，为法律的统一实施提供并补充了重要机制。

关键词：类案检索 类案适用 司法论证 裁判要点 指导性案例

适用类案裁判是司法活动的一种重要形式，其在不同的法律传统中都扮演着一定的角色。近年来，在成文法制度下如何适用类案裁判，成为了我国法学界热切讨论的问题。特别是自最高人民法院提出和实行案例指导、类案检索等司法改革措施以来，学界已经形成了一些关于类案适用的方法理论。^[1]然而，如何在司法裁判中对类案适用进行论证，还是尚需解决的现实难题。从效果来看，传统法律实践中有关类案适用的法律方法，也能大体上为法官提供思维方向和技术指引，但这些方法不仅要分散、机械性较强，且没有真正切合成文法体制下类案适用的特定需求，导致法官适用类案裁判时的具体操作并不一致，为司法的说理论证带来了诸多现实困难。鉴于司法裁判是一种正当性证明的过程，说理论证是司法活动的内在要求，本文尝试从司法论证的角度对类案适用的方法论标准进行建构，以期对适用类案裁判提供理论参考。

* 华东政法大学科学研究院副研究员。

本文系国家社科基金一般项目“基于类案的法律适用及其方法研究”（21BFX165）的阶段性成果。

[1] 相关研究成果，参见冯文生：《审判案例指导中的“参照”问题研究》，《清华法学》2011年第3期，第90页以下；黄泽敏、张继成：《案例指导制度下的法律推理及其规则》，《法学研究》2013年第2期，第38页以下；曹志勋：《论指导性案例的“参照”效力及其裁判技术》，《比较法研究》2016年第6期，第111页以下；王彬：《案例指导制度下的法律论证》，《法制与社会发展》2017年第3期，第145页以下；孙海波：《案例指导制度下的类案参照方法论》，《现代法学》2020年第5期，第50页以下。

一、论题的必要限定

（一）成文法制度下的适用类案裁判

在以成文法为传统的法律体系下，司法判例通常并非正式的法律渊源，但适用类案裁判也是常有之事。成文法制度也强调既定判决对后续类似案件的影响意义，法官援引并适用类似案例进行裁判，也被视作实现和维护司法正义的必然要求。在古典时期，由于司法被视作立法的附庸，法官的职能被限于严格地适用制定法，司法判决只具有个案层面的拘束力，生效判决自然没有对待决案件发挥作用的空间。随着对制定法局限性的承认，以及对法官通过裁判活动发展规则的不信任感逐渐消失，成文法国家也开始重视生效判决的作用。从法律功能主义视角出发，只要承认前案判决对后案裁判具有或强或弱的约束力，均可认为确立了广义上的判例制度。^{〔2〕}因此，在一般意义上说，司法判例就是法院先前作出的判决，任何法院在个案中作出的既定判决都会形成裁判的实例，具有真实存在的事实属性。^{〔3〕}

既定判决的判例价值，即对司法裁判的参照或约束功用，既使得类案的意义得以展现，也使得适用类案裁判成为成文法制度下法官司法的重要途径或必要方式。法律实践早已表明，司法过程中经常会遇到不能直接适用法律的情形，甚至处理疑难案件才是司法的核心，^{〔4〕}法官不可避免地要借助对类案判决的援引和参照作出裁判。正如拉伦茨所指出的，“通过裁判理由的内容，法院的判决常常能超越其裁判的个案，产生间接影响”，如果法院的主张是正确的，那么它就将来发生的具有同样意义的法律问题而言就是一个典范，且法院在很大程度上常以最高审级法院的裁判先例为导向。^{〔5〕}适用类案裁判就是通过发现、援引和仿照类似案例（既定判决）的方式对待决案件进行处理，并获得相应判决结论的司法活动形式。

（二）类案适用的类型与类案的概念厘定

就我国的案例指导制度来说，各级人民法院在审理类似案件时对最高人民法院发布的指导性案例“应当参照”，^{〔6〕}正是类案适用的一种具体类型，理论界也把这种参照指导性案例的裁判视作对类案的司法适用。^{〔7〕}法官参照适用指导性案例对待决案件进行裁判，基本表现就是把指导性案例作为裁判理由加以援用，并在裁判文书的释法说理中予以表述。这真正体现了案例指导的意义和指导性案例的规范拘束力。不仅如此，既定判决作为司法活动的结果，都可能与后续裁判具有逻辑相关性，并在此基础上形成相关性判决，其自然具有可被后续类似案件的裁判自发适用的影响力。^{〔8〕}尤其是在类案检索机制的运作下，对不具有指导性案例身份的既定判决的司法适用越发规范，典型性案例、示范性案例乃至一般性案例，被作为类案参照适用的制度化趋势明显加强。^{〔9〕}实际上，无论指导性案例还是一般既定判决的裁判适用，都多

〔2〕 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。

〔3〕 参见张志铭：《司法判例制度构建的法理基础》，《清华法学》2013年第6期，第93页以下。

〔4〕 参见孙海波：《裁判对法律的背离与回归：疑难案件的裁判方法新论》，中国法制出版社2019年版，第30页以下。

〔5〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第539页。

〔6〕 参见《最高人民法院关于案例指导工作的规定》（法发〔2010〕51号）第7条。

〔7〕 参见刘作翔、徐景和：《案例指导制度中的案例适用问题》，《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2008年第2期，第45页以下；于同志：《论指导性案例的参照适用》，《人民司法》2013年第7期，第62页以下。

〔8〕 参见前引〔3〕，张志铭文，第94页。

〔9〕 为全面落实司法责任制，最高人民法院专门印发了《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》（法发〔2020〕24号），对法官在办案中进行类案检索的情形、范围、方法和结果要求等作出规定。该意见明确指出，类案的范围包括指导性案例、典型案例、参考性案例及其他裁判生效的案件。

以类案司法的方式存在于具体实践中。^[10]单纯的案例本身没有意义,既有案例能够作为司法判例的价值,就在于其能够作为类案塑造既定判决与后续案件裁判的关系。^[11]

关于类案是否存在,理论上一直有争议。有学者认为,任何两个案件不可能在所有事实方面都相似,纠纷发生的时间和地点也都不一样,事实上不存在与待决案件类似的先例。^[12]这种观点否定了司法现实中会有类案。还有一类观点认为,哪些案件能够成为类案是无法断定的。例如,有学者指出,并没有什么客观标准可供人们判断案件之间的相似性;^[13]也有学者主张,并非所有具有法律意义的异同点都能被量化,所谓“类案”仍然只是“异案”。^[14]这类观点最终否定了类案的司法适用。实际上,类案及其判定标准与法律调整的普遍性和司法裁判的类型化实践紧密相关。法律对人们行为及社会关系的一般调整(反复适用),都是在类型化拟制的框架下完成的,因而“类案”概念不可或缺。单就司法场域来看,法官裁判是一种针对案件纠纷所反复进行的类型化的认知和实践活动,作为类型化裁判活动结果的司法判例,不仅构成一个个真实的事例,还因其具有类型化的性质,而必然与其后的裁判活动发生关联。^[15]即便自然意义或哲学层面上的“类案”并不存在,在规范调整的意义上,“类案”却是可以存在的,它是经由法官依照诉讼法、证据法规则和实体法规范等进行同等化处理的案件事实情况。^[16]在成文法制度下,类案其实就是立法者所预设的法律事实情况在司法现实中的反复成就。由此而论,类案不仅存在,而且应是一个可论辩、可证成的概念。

从以上可知,在成文法制度下,适用类案裁判需要满足一定的条件:(1)出现了不能直接适用制定法规范予以裁判的待决案件;(2)发现并判定相关类似案例的存在;(3)援引参照已被确认的类案的处理方式,能够恰当地对待决案件进行裁判。其中,条件(1)是适用类案裁判的前提性要求,条件(2)和(3)意味着,类案适用的主要任务在于对类案进行司法判定,并参照类案对待决案件作出判决。以下关于类案适用司法论证的讨论,将围绕这两方面的任务分阶段展开。

二、类案的司法判定论证

适用类案裁判需先通过类案检索寻找类案,然后进行类案适用的司法论证。由于判定待决案件与既有案例是否属于类案以及实现对类案的同等处理,是整个裁判工作的重点,适用类案裁判的正当性就建立在对前后两案作出属于类案的判定之基础上。一个裁判生效的案例与待决案件是否构成类案,无法直观把握,必须经过论证。类案的判定论证实质上关涉的是司法应当确立怎样的类案判断标准,并怎样借助这种标准对类案予以证成。

[10] 参见杨知文:《非指导性案例的“指导性”与案例指导制度的发展》,《清华法学》2021年第4期,第40页以下;顾培东:《判例自发性运用现象的生成与效应》,《法学研究》2018年第2期,第76页以下。

[11] 凯尔森也曾指出,即使一个判决没有被法律赋予作为先例的约束力,只要它被认为对随后类案的裁判有价值,就有机会被遵循。See Hans Kelsen, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, 1 *The International Law Quarterly* 153 (1947).

[12] 参见[美]理查德·瓦瑟斯特罗姆:《法官如何裁判》,孙海波译,中国法制出版社2016年版,第25页。

[13] See Cass R. Sunstein, *On Analogical Reasoning*, 106 *Harvard Law Review* 741 (1993).

[14] 参见周少华:《同案同判:一个虚构的法治神话》,《法学》2015年第11期,第135页。

[15] 参见前引[3],张志铭文,第94页。

[16] 参见刘树德:《刑事司法语境下的“同案同判”》,《中国法学》2011年第1期,第68页以下。

（一）类案判断标准的既有论说与本文观点

按照逻辑学的认识，如果两个事物之间已知的相似性特征越多，人们就越会预期它们在其他方面也存在相似性。^[17] 在法律领域，案件之间的可类比关系也要取决于相似性的确立。关于如何判断类案，我国学者提出了以下几种标准：（1）案件的争议问题相似。这种观点认为，在满足基本案情相似的前提下，要着重考虑两个案件在争议问题上是否相似。^[18] 该标准或许只能说明案件事实存在表面上的一致，并不能确保案件的实质相似以及被同等对待的正确性。（2）待决问题的法律定性相似。这种观点主张，在把基本案情相似作为一般条件的同时，还要将司法在案件处理中所要解决的问题的法律性质，作为判断案件相似与否的重要参考因素。^[19] 该标准或许忽略了争议焦点对案件法律定性的重要作用，可能造成法官对案件相似性的判断先入为主。（3）多个方面要素的相似。有学者认为，类似案件应具有基本事实类似、法律关系类似、争议点类似，以及所争议的法律问题相似等特点；^[20] 也有学者指出，类似案件要通过对案件事实的分析，明确当事人争议以及法院需要裁决的主要问题等进行遴选。^[21] 该类标准揭示了类案判断的复杂性，也反映出司法对类案的识别具有相对不确定性。（4）基于实质理由的判断。这种观点把裁判理由、规范目的、价值判断等具有实质意义的准则作为类案判定的最终依据，注重的是对案件相似性的实质衡量。^[22]

类案的判断标准不一而足，但无论哪种标准，都提示着类案判断要选择案件之间最有份量的因素进行比较。同时，越来越多的学者倾向于主张类案判断应采取形式比较与实质衡量、事实认知与规范评价相结合的综合标准。在既有研究的基础上，本文认为，有必要聚焦适用类案裁判的特性，从案件事实形成的法律方法论层面探讨类案判断的相应标准。适用类案裁判，是把待决案件与具有相似性的既定判决同等对待，特别是要把判决先例的司法处理运用到待决案件的裁判中去。从类案同判的角度理解，对待决案件施以与先例同样的司法处置，是类案适用的基本目标。要实现这种目标，法官必须清楚可能作为类案适用的判决先例的司法处理结论，以及影响这种司法处理结论作出的过程性因素。要判断待决案件与既有案例是否相似，首先必须知道既有案例（如指导性案例）“是什么样的案件（具有何种事实特征和法律特征）”。^[23]

形成案件事实是司法裁判的前提。从法律方法论上看，案件事实并非过去发生的事实本身，而是被裁判过程建构的事实。如果以案件事实为要素来对比案件之间的相似性，就要明确可被类比的案件事实在司法裁判中是怎样的一种事实。法律方法论原理认为，在判决的事实构成部分出现的“案件事实”是作为陈述的案件事实，这种案件事实是裁判者考量已知的事实及其在法律上的意义后形成的，其以“未经加工的案件事实”为出发点。要保证案件事实包含对法规范适用可能具有意义的实际事件的全部要素，必须专门确认“该案件事实实际上已经发生”，同时评价案件事实如何符合法定事实构成的特征，而这一过程，实际上包含着法律判断的作出。^[24] 就此而言，以作为陈述的案件事实为比较案件相似性的基准较为合理。

[17] 参见陈金钊、熊明辉主编：《法律逻辑学》，中国人民大学出版社2015年版，第152页。

[18] 参见张骥：《论类似案件的判断》，《中外法学》2014年第2期，第528页以下。

[19] 参见张志铭：《中国法院案例指导制度价值功能之认知》，《学习与探索》2012年第3期，第67页。

[20] 参见王利明：《我国案例指导制度若干问题研究》，《法学》2012年第1期，第78页以下。

[21] 参见前引〔7〕，刘作翔等文，第47页以下。

[22] 参见孙海波：《重新发现“同案”：构建案件相似性的判断标准》，《中国法学》2020年第6期，第274页以下。

[23] 参见前引〔1〕，黄泽敏等文，第44页。

[24] 参见前引〔5〕，拉伦茨书，第353页以下。

以作为陈述的案件事实的相似性为标准判断能否构成类案,意味着法官在待决案件的裁判过程中,既要研判可能被适用的先例的判决内容,准确分析既定判决关于案件事实的形成进程及其结论,又要预判待决案件的案件事实将如何形成,并由此确证前后两案的案件事实陈述能否最终一致和同质。就作为陈述的案件事实的属性而言,“所有经过法律判断的案件事实都有类似的结构,它们都不是单纯的事实陈述,而是在何为法律上重要者的考量中,对事实所作的某种选择、解释及联结的结果”,作为实际发生的案件事实在某种程度上也都会包含某种足以引发法律问题的“要核”。^[25]这也更加说明,适用类案裁判,并不是始于法官对已经形成的案件事实情况进行处理,而是要在形成必须由其作出法律判断的案件事实之初就已开始。

(二) 类案判定的递进式同质论证

既然要根据作为陈述的案件事实判断案件之间的相似性,类案的司法判定论证,就可以围绕作为陈述的案件事实的形成过程获得建构。案件事实的查明及其法律归属评价,是对案件纠纷适用相关法律规范的前提。要对案件的相似性作出判定,就要对待决案件与既定判决进行关于案件事实形成过程的同质论证。只有对待决案件实行的案件事实认定论证,与既有案例判决中的案件事实认定论证具有一致性,才能断定两个案件属于类案。在司法实践中,法官就待决案件形成相应案件事实的活动,原本即被包含在整个案件的裁判过程中,以此为基础实施类案判断,并不会给整体的法律适用带来冗余。

对任何案件而言,法官形成作为陈述的案件事实,都需要经过分阶段的认定和论证,这是因为案件事实在司法裁判进程中会以不同形式呈现。案件事实都是发生在过去的生活事实,其最初是以当事人诉称、辩称,或检察机关指控、被告人及其辩护人辩称的纠纷事实形式被司法管辖。在此之后,查明案件事实的真实情况,是法官对案件施以法律评价的基础。以证据为基础,依循诉讼程序及相关证据法规则等证明和确认的案件事实真实情况,可被称为证据事实。在法律方法论层面,证据事实也是独立的一环,它决定了可适用的规范的范围。^[26]法官把已确定的证据事实向有关法律规范的调整范围归属,通过对证据事实进行法律上的评价和断定,形成一种获得了法律定性的案件事实,即要件事实。^[27]要件事实的产生,是将证据事实与法律规范构成要件所指陈的事实予以关联判断后的结果。也可以说,如果存在完全符合某一法律要件的具体事实,则应产生相对应的法律效果,就这种具体事实的性质而言,它就是要件事实。^[28]要件事实的形成意味着,相关法律调整所设定的法律事实已经浮现,一定的法律关系状况也随之可以界定,案件当事人的权利、义务及相关法律后果都具备了相应的事实根据。

从法官的角度看,形成要件事实并就其展开论证是裁判的中心工作,法院的存在就是为了裁决与法律制度有关的事实纠纷。^[29]从纠纷事实到证据事实,再由证据事实上升为要件事实,在法官的裁判思维以及语言、逻辑与制度规则的构建之下,作为陈述的案件事实最终得以形成。这并不是说,法官对案件事实的认定就是分阶段独立开展的,而是意味着,案件事实在司法活动中呈现为不同的阶段性形态,符合司法裁判考量案件事实的方法论特征。作为陈述的

[25] 前引〔5〕,拉伦茨书,第353页以下。

[26] 参见杨贝:《论案件事实的层次与建构》,《法制与社会发展》2019年第3期,第47页以下。

[27] 参见胡学军:《在“生活事实”与“法律要件”之间:证明责任分配对象的误识与回归》,《中国法学》2019年第2期,第249页以下。

[28] 参见〔日〕伊藤滋夫:《要件事实的基础:民事司法裁判结构》,许可等译,法律出版社2022年版,第6页。

[29] See Adrain A. S. Zuckerman, *Law, Fact or Justice*, 66 B. U. L. Rev. 487 (1986).

案件事实，凝结了司法过程对以纠纷争点为要素的案件事实在法律意义和归属关系上的判断，囊括了裁判者基于证据采信等对案件事实本身的选择和证明，容纳了对产生裁判结论而言所必需的完整事实基础。对类案的判断而言，一项判决要成为另一判决的先例，并不要求它们的事实绝对相同，一个先前的判例是否具有相关性，取决于如何描述出现在那个判例中的事实。^[30]所以，判定案件之间的相似性，所要对比的其实是从纠纷事实到证据事实再到要件事实的形成过程。^[31]

综上，可将递进式同质论证确立为司法判定类案的论证模式。这种模式要求，假如能够断定待决案件与既定判决的基本案情在纠纷事实方面具有同等性，同时，经有关证据证实的待决案件的真实情况，与既定判决中运用证据认定的案件事实具有同一性，且对待决案件事实的法律预判可能形成的要件事实，与既定判决中依照有关法律规范和该案事实确定的要件事实相符合，就可以判定待决案件与既定判决属于实质意义上的类案。递进式同质论证的论证要求及论述形式如下：

前提：如果待决案件 C_i 与既有案例 C_j 的案件事实存在递进相似性，则二者构成类案。

前提：既有案例 C_j 具有案件事实 $M (M^1, M^2, M^3)$ 。

前提：待决案件 C_i 的案件事实可以预判为 $S (S^1, S^2, S^3)$ 。

前提： C_i 与 C_j 的案件事实存在递进相似性，即 $S \subseteq M [(S^1 \cong M^1) (S^2 \cong M^2) (S^3 \cong M^3)]$ 。

结论：待决案件 C_i 与既有案例 C_j 构成类案 (S 与 M 相似)。

递进式同质论证，实际上也是从对基本案情的事实比较，递进到基于实质理由的考量，但其通过要求案件事实司法认定的逐步同质来保障案件之间的相关相似性，从而为案件后续司法处理的同等对待打下了基石。按照这种论证，不管结论多么显而易见，法官都应当先对每个层面的案件事实特征及其形成根据进行充分比较，以使待决案件与既有案例的相似性判定能够符合司法领域的说理要求。递进式同质论证，力求类案适用能在案件事实一致和融贯的层次上实现。借助这种论证而获得的类案判定，亦是阐明了待决案件与相关先例在相似性方面具有法律上的重要性，为基于类案的法律推理准备了相应的必要性前提。

例如，要判定某待决案件与指导性案例“王志才故意杀人案”为类似案件，^[32]不仅要断定两案的基本案情都属于因婚恋矛盾激化引发的杀人案件，包括杀人手段残忍，被告人坦白悔罪、积极赔偿且平时表现好，以及被害人亲属不予谅解等纠纷事实相似，而且要明确两案中被证据证实的、关于被告人故意杀人及有关表现的各种事实情况具有一致性（证据事实相似），还要预判对待决案件的事实性与该指导性案例确定的“杀人行为属于刑法上的故意杀人，论罪应当判处死刑，但被告人的人身危险性小”“被告人的人身危险性小”“因被害人亲属要求严惩而需要化解社会矛盾”等相符合（要件事实相似）。只有对这些不同层面的案件事实的相似性进行递进式同质论证，才能确保应参照适用该指导性案例对待决案件作出裁判。

[30] See Frederick Schauer, *Precedent*, 39 Stan. L. Rev. 571 (1987).

[31] 在这个过程中，既有先例的指引作用已经开始展现，也是在这个意义上，指导性案例不仅是适用法律的范例，也是“在认定事实、解释法律和作出法律决定方面的典型事例”（参见前引 [19]，张志铭文，第 68 页），指导性案例所依附的案件事实、证据以及裁判的说理和案例的评析等，对待决案件的法律适用意义重大（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 13 页）。

[32] 参见指导案例 4 号“王志才故意杀人案”（2011 年 12 月 20 日发布）。

三、适用过程论证 I：基于类案的法律推理

从逻辑上讲，类案的司法适用表现为一种推理活动。适用类案裁判，就是把一个案件的处理方式及其结论，扩展运用到另一个案件的处理之中。就此而言，类比推理的结构当然适合于类案适用的过程论证。不过，类比推理的或然性，以及法律类比的评价性思考特征，使得类案适用的过程论证并不能满足于以“案件相似性”为条件的“以例推例”程式。类比推论的说服力，必须建立在更多的理性化要素的基础上。对于司法说理而言，这些要求就使类案适用的过程论证具有了多阶构成。

（一）类比推理与类案适用的推理论证

法律论证中对类比的运用与日常生活中对类比的运用，没有本质区别。^[33] 借由事物之间的相似性而作出的推理，是对类比推理的通常定义。作为间接推论的一种类型，类比推理是“由特殊到特殊”“由个别到个别”的推论，其前提须为“个别”命题或“特殊”命题。一般演绎三段论的大前提是“凡 M 是 P”，而类比推理的大前提则为“M 是 P”，无一“凡”字，意味着 M 是一个“个别”或“特殊”的事例。^[34] 把类比推理作为推论，沿袭了传统形式逻辑对推理的一般看法。也就是说，推理是由已知判断推导得出未知判断的思维活动，作为前提的已知判断与作为结论的未知判断之间，具有逻辑上的推导关系。从传统理论中的基础图式出发，类比推理的一般模式可被描述如下：^[35]

大前提：M 是 P。

小前提：S 与 M 相似。

结 论：S 是 P。

然而，在司法裁判中，这个图式并不一定能够直接用来表述适用类案裁判的司法论证过程。一般来看，这种推导结构可用于表明类案适用的总体裁判理念，即彰显“类似案件类似处理”的形式正义。特别是在类案的判定论证已然完成案件相似性确认的条件下，它能够表明，裁判的重心已转向如何依照既有先例对待决案件完成相应的结论获取。但是，这只是一种大而化之的论证模型，并不能详尽地展现基于类案的法律推理如何操作，把它径直运用于司法裁判说理显然过于草率。具体而言，其问题在于：（1）它并非一个确定有效的推论方式；（2）它无法体现出类案适用过程中被类比到待决案件中的既定判决的因素及其作用；（3）它未能揭示基于类案的法律推理的全貌，容易掩盖司法裁判所必需的其他相关论证要求及形式。问题（1）源于类比推理本身的局限性。类比推理所依赖的事物相似性关系，并不生成真正的推导关系，它不像涵摄关系那样可利用概念外延之间的包含与被包含关系实现归属，也不能像其他可以用二值命题演算来定义的逻辑基本关系那样被界定。^[36] 类比推理的理性化，通过其自身难以得到保障，它需要与其他形式的论述保持某种关联，法律的类比论证也同样如此。问

[33] 参见 [美] 弗里德里克·肖尔：《像法律人那样思考：法律推理新论》，雷磊译，中国法制出版社 2016 年版，第 102 页。

[34] 参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 194 页以下。

[35] 参见 [德] 乌尔里希·克卢格：《法律逻辑》，雷磊译，法律出版社 2016 年版，第 164 页。

[36] 基于同样的原因，古典逻辑将通常的类比推理宣告为错误推理。同上书，第 164 页，第 179 页。

题(2)(3)则提示,在类案适用的司法类比场合,还需明确根据案件相似性得出的待决案件结论是怎样的一种结论,即对待决案件适用与既定判决同样的处理时,这种同样处理指向的是司法依据的同样还是法律后果的同样。无论是前者还是后者,基于类案的法律推理都需要被充分扩展,类案适用的过程论证也必然要依赖更多的说理因素和论述形式的填充。

从类案同判的角度看,如果一个待决案件的案件事实与一个既有先例的案件事实被认为是相似的,那么就应该采纳与既有先例同样的判决,包括同样的法律认定以及相应的肯定或否定的法律后果。^[37]由于同样的法律认定已然被包含在案件相似性的司法判定之下,基于案件相似性的类比推理结论,就应主要指向案件的处理结论,即法律后果。如此,上述类比推理图式,其实仅宣示了这样一种关系:既有先例拥有案件事实M,且M被赋予了P的法律后果(大前提);待决案件拥有案件事实S,且S与既有先例的案件事实M相似(小前提);待决案件的案件事实S也可被赋予P的法律后果(结论)。这个论证不能反映基于类案的法律推理的实质和核心过程,直接将其当成类案适用的过程论证,在说服力上明显不足。

这一点可以通过日常类比推理的例子来说明。从通常的类比观念看,类比推理依赖于事物的相似性判断这个关键性支点,但类比推理结论的可靠程度,又取决于事物之间已知的共有属性(相似性)与被推出的属性之间的固有联系。例如,有人找到一种野生果实酸刺子,发现它与玉米一样都含有糖、酸和淀粉,由于想到玉米可以酿酒,就认为酸刺子也可以酿酒。^[38]这个类比结论的得出,是以对酸刺子与玉米具有相似性(都含有糖、酸和淀粉)的判定为前提的。但是,该结论正确与否,取决于两种果实的相似性因素(糖、酸和淀粉)与被推出的相似性(可以酿酒)之间的联系能否成立。这就意味着,类比推理中关于事物相似性判断的前提,并不是推理结论恰当的保障。只有附加新的条件或前提,才能使推理结论有效。类比推理具有说服力的关键,不在于对事物之间具有相似性的判断方面,而在于一个关于“已知相似性与待证相似性存在相关性”的一般性条件。^[39]就本例来说,正是“含有糖、酸和淀粉成分的果实可以酿酒”这个一般原因,决定了“酸刺子也可以酿酒”结论的可靠性。

司法裁判中的类比推理,必然也要围绕案件相似性与个案结论之间的固有联系,增加具有一般性的规则论证。例如,在一个因大风造成护路树倒塌而砸死行人的案件中,由于找不到有关护路树的法律规定,法官参照适用一个因公共设施上搁置物倒塌而致人死亡的生效判决对该案作出裁判,要求公路管理人和公共设施的管理人一样,承担死者的丧葬费及其抚养家属的生活费。^[40]从类比推理角度看,虽然裁判结果是以对两个案件事实存在相似性的判断为前提的,但能够让裁判结果具有根本正当性的条件在于一个一般性规则,即公共设施上的搁置物、悬挂物或其他类似物发生倒塌造成他人损害的,管理人应当承担民事责任。与其说待决案件基于案件事实的相似性分享了既有先例的裁判结果,不如说是两个案件共享着一个通用的一般性规则,而后者才是确保类比推理结论具有正当性的一般性前提。^[41]就类案适用的裁判来说,

[37] 参见前引[3],张志铭文,第108页。

[38] 参见雍琦:《法律逻辑学》,法律出版社2004年版,第286页。

[39] 参见陈景辉:《实践理由与法律推理》,北京大学出版社2012年版,第232页以下。

[40] 参见雷磊:《类比法律论证——以德国学说为出发点》,中国政法大学出版社2011年版,第194页。

[41] 沃尔顿认为,真正让类比论证具有说服力的,是“两种情形整体如何结合在一起使得我们能够想到第一种情形,然后自然转到与其相类似的第二种情形”;在类比法律论证中,“连接两种案件的基础、规则或原则正是判断两种相似案件的比较结果的重要因素”。参见[加]道格拉斯·沃尔顿:《法律论证与证据》,梁庆寅等译,中国政法大学出版社2010年版,第37页以下。

既有先例的判决显然为这种一般性前提的寻找提供了指示。这种一般性前提，正是先例判决推理所立基的、可被普遍化的裁判规则。作为类比推理大前提的既有先例的判决结论，是依据相应的法律规范得出的结果，而作为待决案件裁判结论的判断，则是既有先例的裁判规则被一般化适用到新的类似案件情形的结果。这个由既有先例的裁判规则容纳了新的类似案件情形（待决案件事实）而形成的一般化规则，就是支持对待决案件作出与既有先例同样判决结果的固有联系。基于类案的法律推理（论证）可以表述为如下形式：

前提：既有先例 C_j 的裁判规则为 $R [(x) (Tx \rightarrow Px)]$ ，且案件事实 $M \in T$ ，所以 M 是 P 。

前提：待决案件 C_i 的案件事实 S 与 M 相似 ($S \cong M$)。

前提：既有先例 C_j 的裁判规则可被一般化为 $R' [(x) (Tx \vee Tsimx \rightarrow Px)]$ 。

前提： $S \in Tsim$ 。

结论： S 是 P 。

（二）判决先例中裁判要点的论证作用

类比推理中的一般性规则，在整个类案适用的过程论证中起到了真正的决定性作用。如果不能从既有先例的裁判规则和待决案件的类似情形中抽象出这样的一般性规则，无论两个案件之间存在多大程度的相似性，都不能充分论证类比结果的有效性和正当性。正是在这个意义上，适用类案裁判，其实就是把既有先例判决中的裁判规则，在案件相似性判断的启动下，扩展适用到对待决案件的处理之中。就以既有先例的裁判规则为线索确定一般性规则而言，在成文法体制下的司法判例制度中，判决先例的裁判要点的作用就被凸显出来。

通常来看，制定法规范自然构成个案判决的裁判规则。但是，在司法过程中，经由案件事实关联而对制定法进行解释和适用所生成的抽象裁判规则，具有特殊的功能。在不同类型的司法判例制度下，这种抽象裁判规则往往被赋予不同的涵义，并具有不同的表现形式。成文法国家倾向于在判例的体例中刊载被称为裁判要点的规则。^[42] 比较法的研究表明，大陆法系的裁判要点通常体现为对案件判决中裁判理由的总结或归纳，其对法院判决的根本法律思想作出了简洁抽象的说明，常常被当作独立精炼的规则对待，并且常在法律实务中像制定法规则那样被加以使用。^[43] 在我国，裁判要点是指导性案例的重心所在。它是法官在案件裁判过程中，就法律适用规则、裁判方法、司法理念等方面问题给出的创新性判断及解决方案，可被视为对案件争议焦点涉及的法律问题进行评析后形成的“先例规则”，是裁判类似案件时应当参照适用的样板和标准。^[44] 从类案适用的过程论证来看，正是裁判要点，为寻求既定判决的裁判规则，乃至类案处理的一般性规则，提供了直接的依据。

当法官能够依据裁判要点在既定判决的司法论证中找到可一般化到待决案件事实的通用规则时，基于案件相似性的推论就会变得清晰有效。裁判要点使既有先例可以生成一般性规则的意义一目了然，它把生效判决中特有的可被参照适用的部分凝练出来，使之成为具有一般性的准则，从而使生效判决能够对同类案件的裁判产生普遍的指引价值。特别是在参照指导性案例的情形下，裁判要点作为对相关法律条文的解释和适用，具有一般行为规则的形态，而指导性

[42] 对于这种做法，人们褒贬不一。拉伦茨曾指出，将类似法条形式的指导意见（即裁判要点）置于裁判之前是非常危险的，这些指导意见自身也在很大程度上需要被解释。参见前引〔5〕，拉伦茨书，第452页。

[43] 参见〔德〕茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，中国法制出版社2017年版，第474页。

[44] 参见于同志：《案例指导研究：理论与应用》，法律出版社2018年版，第150页以下。

案例的指导作用，就是借由裁判要点所承载的规范内容来实现的。^[45]所以，在适用类案裁判时，先例裁判要点使得司法类比推理易于满足正当化所依赖的相关性条件，它就以可被普遍适用的一般性规则的形式 $[(x) (Tx \vee Tsimx \rightarrow Px)]$ ，为待决案件获得与既有先例同样的判决结论，提供了有效的论证理由。^[46]

法律类比推理其实包括了归纳与演绎的过程。在普通法制度下，“先例原则意味着讼事将依据从过去的司法经验中归纳出来的原则来裁判”，^[47]法官要对待决案件进行裁判，必须先归纳出有关先例中的“判决理由”。“判决理由”就是既有先例中具有约束力的内容，是案件事实同某种先在的规则、原则等规范相结合而成的裁判依据。由于它表达的是一般性的原理，遵循先例也就是以这种理由为依据，推导出对待决案件的解决办法。^[48]在成文法制度下，法官适用类案裁判时，在论证上也常常因循了同样的路径。判决先例中的裁判要点，为适用类案的司法论证准备了进行一般化推论的大前提。裁判要点的性质，既是从案例判决理由中专门抽取的关于制定法规范的解释，也是关于某类案件事实适用法律情况的一般性阐述。裁判要点构成了司法说理论证的正当理由，法官在适用类案的过程中应该予以参照。

四、适用过程论证Ⅱ：类案推论的保证性论证

通过附加基于一般性规则的推论，类案的适用过程论证获得了实现正当化的必要条件。一般性规则在一定程度上充当了类比推理保证规则的角色，它保证了待决案件与既有先例从属于一个共同场域，并以此重构了适用类案裁判过程中原本不应该被隐藏的至关重要的论证环节。一般性规则揭示了类比推理活动蕴含着的对一定保证性理由的诉求，保证性论证应成为正当化的类案适用过程中另一个重要组成部分。

（一）保证性论证的一般形式

保证性论证就是通过具有相关性和正当性的理由规则，证成基于类案的法律推理过程。在通常情况下，由先例裁判规则扩展出的一般性规则承担了这种论证功能，但较为复杂或疑难的类案适用，还需要更进一步的保证性论证的支持。在适用类案的裁判中，保证性论证的作用在于，对法官发现或构建的、已作为一般性理由使用的裁判规则所立基的制度性依据予以阐明，从而为案件的相似性判断和由此而为之的司法类比推论确定更具保证性的处断依据。

以“亚当斯诉新泽西汽船公司案”（简称“亚当斯案”）为例。该案中，在汽船客舱里住宿的旅客，因为钱财被偷，要求汽船公司承担责任。该案有两个不同的先例，这两个先例都有可能被适用。在“旅馆案”中，旅馆的老板对住宿客人的贵重物品被窃承担了严格责任，在“火车卧铺车厢案”中，铁路公司对旅客在火车卧铺车厢里丢失贵重物品不承担责任。法院最后裁定“亚当斯案”应当适用“旅馆案”的规则而不是“火车卧铺车厢案”的规则，亦即认

[45] 参见前引〔3〕，张志铭文，第106页。

[46] 实际上，就适用类案裁判的整个过程来讲，裁判要点在判定待决案件与既有先例是否构成类案时就发挥了论证作用，既有先例的裁判要点，可以为法官对待决案件与既有先例在案件事实法律定性等方面的相似性判断提供依据。参见前引〔1〕，黄泽敏等文，第46页。

[47] [美] 罗斯科·庞德：《普通法的精神》，唐前宏等译，法律出版社2018年版，第127页。

[48] 列维把先例原则在法律推理中的运用过程（即例推法）分为三步：先识别两个案件之间的相似性，再归纳出一个案件中内含的法律规则，然后把该法律规则适用到第二个案件。See Edward Hirsch Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, 15 U. Chi. L. Rev. 501 (1948).

为旅馆老板的严格责任与汽船公司所应承担责任的性质具有相似性。法官指出,汽船经营人与乘客的关系同旅馆老板与客人的关系,在本质上没有区别,对这两种关系应适用相同的公共政策考虑,相应的责任规则也应该是相同的。在这里,法院用公共政策的论点解释了“旅馆案”所适用的规则,然后通过类比将其应用于“亚当斯案”。^[49]上述推论涉及的问题,表面上是设有客舱的汽船究竟与旅馆更相似,还是与火车卧铺车厢更相似,实则是要比较根据哪一先例确定的一般性规则,对本案的类比推理更具有保证性。

为类比推理构造出保证性论证,目的是为法官在司法类比过程中确立的一般性规则提供一种证明形式,使法官对一般性规则的运用,建立在一种更具正当性的理由基础之上。布鲁尔就此区分出了类比推理的类比保证规则与类比保证理由。其中,前者“规定了已知共享的比较项目的特征与推断的特征之间的逻辑关系”,而后者是支持前者的理由,它说明了“在法律的眼光中或为了论证的目的,为什么类比保证规则所阐明的那些特征之间的逻辑关系确实存在,或者应该存在”。^[50]这种区分提示了,在裁判过程中用于保证案件类比相关性的一般性规则,往往也需要被论证。类比保证理由就是这种论证诉诸的依据,类比保证理由的寻求,就是使一般性规则获得合理性的途径,即“当它有助于证实法官所采纳的规则是他能够采纳的最佳规则时,类比论证就是成功的”。^[51]在类案适用的场合,借助对类比保证理由的考量,对案件裁判所必需的一般性规则的论证,构成了类案推论保证性论证的核心内容。针对类比保证理由的运用,可借用阿列克西的目的论解释的基本论述形式,将类案推论的保证性论证型构如下:^[52]

前提:某种原因或事态应当被要求(OZ)。

前提:不确立某个规则就不能够使这种要求得到实现($\neg R' \rightarrow \neg Z$)。

结论:某个规则应当被确立(OR')。

这种论证形式所表达的是,若某种理由能够用来解释或证明法官对类比推论的一般性规则的选择,则应该把这种理由作为类比保证理由提出来。这里还需要解决的问题是,哪些理由可以被作为类比保证理由提出。包括司法类比推理在内的法律推理,本质上是一种实践推理。如果说法律推理是根据某种一般标准才能达成的推理,正是作为行动理由的实践理由,决定了法律推理的一般标准以及推论结论的理性化程度。因此,法律领域类比推理的理性化,就是借助实践理由本身所拥有的正当性来落实的,而法律标准就是这种实践理由。^[53]在“亚当斯案”中,法院基于公共政策的理由,论证了旅馆经营者对其客人的损失应当承担责任的规则,应当扩大适用到汽船公司与其乘客的责任关系中。这种公共政策要求店主在这类情形中应该“高

[49] See Lloyd L. Weinreb, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*, New York: Cambridge University Press, 2016, pp. 16 - 18.

[50] See Scott Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, 109 Harv. L. Rev. 923 (1996).

[51] [英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威:法律与道德论文集》,朱峰译,法律出版社2005年版,第176页。

[52] 在阿列克西的法律论证理论中,目的论解释所涉及的目的,是作为应然要求的事态(OZ),如果某种解释(R')是达到这种事态的一个手段,这种解释就是必要的(OR')。这意味着,维护或实现一定目的,就是证立某种解释的理由。参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,商务印书馆2020年版,第303页以下。

[53] 参见前引[39],陈景辉书,第244页以下。

度负责”，原因是，“双方的特殊关系”造成了欺诈的可能和“掠夺的危险”等。^[54]显然，这种基于公共政策的法律理由，是促使法官完成这场类比的真正行动理由。

哪些原因可以成为法律上的实践理由，并可作为类比保证理由被引入类案推论的保证性论证，这是一个与法律制度的传统及其法源结构密切相关的问题。至少在成文法制度下，不是所有的与法律有关的要素都可被作为法源使用。这也就决定了，并非所有的规则、原则或法律实践性根据，都可以被引入司法论证并成为赋予一般性规则以正当性的行动理由。通常来讲，作为成文法体系组成要素的制定法规范是正式的法律渊源，其不仅是最为有效的法律形态，也是既定法律秩序内最有效的行动理由。在制定法存在规范空缺时，根据既有法律指示的附条件的规则填补，应该被准许和认可，^[55]然后则可以考虑引入能够获得法律正当性支持的其他社会规范。总体而言，“当法律存在漏洞时，法律规则的缺失并不意味着裁判规则的确立可以脱离法律体系的束缚，从而将任一社会规则适用于个案司法。司法裁判的可预期性以及裁判规则的合法性诉求，要求被引入之规则至少在最低限度上能被现有的法律体系所容纳”。^[56]

就案例指导制度来说，法官参照适用指导性案例对待决案件进行裁判，就是把指导性案例的裁判要点，扩展适用到待决案件的事实中去。裁判要点发挥了一般性规则的作用，而裁判理由是裁判要点的来源和基础，充分阐明了案例的指导价值和裁判背后的道理，起到了对裁判要点进行解释和证成的作用。从裁判理由的功能看，它有可能成为类比保证理由。^[57]不过，指导性案例是法官解释、适用法律而非创造法律的结果，阐释和论证裁判要点的裁判理由，也是把相关制定法条文适用到具体案件事实的说理，因而，裁判要点更多是关于法律文本实际含义的解释和阐明，既有相关法律规范和司法解释更适宜被视为司法论证的类比保证理由。

（二）保证性论证的补充形式

保证性论证，保证了适用类案裁判并非法官任意挑选裁判规则的结果。一旦附加了具有法律上依据的行动理由，法律类比推理就可算得上是完整的论证。但是，司法说理仍然面临着可能需要回应的问题：为什么已适用先例与待决案件的差异性没有被重视，难道这些差异不会成为反对类比的理由吗？同时，当面对两个或多个存在冲突的先例时，法官也要对不适用某个案例的决定予以论证。在司法实践中，这两类问题非常具有现实性。在当事人及其律师的视野中，特别是在有些案例原本是由对立双方律师提出的情况下，法官理应回答上述问题。

在类案适用的过程论证中，为使司法说理能够回应上述问题，有必要明确相应的论证要求及其方法。相较于对已进行的类比推论实施的保证性论证，此处需要的论证可称为保证性论证的补充形式。这种论证的作用在于，以反向补充论述的叙事，消解对已进行的类比过程的质疑。对应于可能的论证需求，这种论证又分为两种类型：（1）差异重要性排除论证，即证立已适用先例与待决案件的差异在重要性方面已被考虑，并且认为应该排除这种差异；（2）重要相似性缺失论证，即证立未适用的案例与待决案件在必需的重要相似性方面有所缺失，因而不被适用。这两类论证在类案判定时即已涉及，现将其作为独立的论证形态提出来，是由于在类案判定甚至类比推论业已作出的情况下，法官仍需要回应来自相反意见的论辩。

[54] 参见前引〔49〕，Weinreb书，第17页。

[55] 例如，我国民法典第10条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”

[56] 黄泽敏：《法律漏洞填补的司法论证》，《法学研究》2020年第6期，第71页。

[57] 参见前引〔18〕，张骥文，第542页。

1. 差异重要性的排除论证

任何两个案件必然既有相似之处也有不同之处,能够主张二者类似的前提就是,相关相似性在分量上超过了任何相关差异性。^[58]在一般的类比理论中,排除事物差异性对类比的影响,是保证类比推理可靠性的方式,而事物差异性对类比的影响,取决于差异性相较于相似性的重要程度。在法律领域,有时案件之间的差异性确实明显,但从法律调整的意义来看,这些差异的重要性需要被排除。例如,人们很容易认为石油、天然气等自然资源与野兔、鹿等野生动物千差万别,但从财产法上看,那些差别相较于它们在产权问题上可被作为类似物(流动资产)对待而言,并不具有重要性。^[59]再以指导案例24号的适用为例,^[60]很多司法判决没有因该案例事实中的“受害人是行人”与“受害人为摩托车驾驶人”、“受害人为轿车司机”等存在差异,或该案例事实中的“交通事故”与“医疗损害事故”、“违反安保义务责任事故”、“教育机构责任事故”、“海上人身损害事故”等有所不同,而拒绝参照援引该案例,^[61]其原因就在于,这些差异并不重要,并不影响对案件的相似性事项进行类比。

简单地说,差异重要性的排除论证,在目标上是要识别并阐明案件之间的差异性在重要程度上并未超过其相似性。波斯纳指出,关注差异而不是类似,其结果是限制规则,而不是扩展规则。^[62]在这里,对差异的主张意味着,按照先例可被适用的那种一般性规则遭遇到了挑战,如果案件的差异性特征占据了上风,先例适用就必须被阻止。因而,差异重要性排除论证需要解决的一个主要问题就是,如何就一定的正当理由或一般性规则的适用,论述案件的差异性特征对相似性特征不构成影响。差异重要性的排除论证可以总结为如下形式:

前提:待决案件 C_i 与既有先例 C_j 相似 (C_i 的案件事实 S 与 C_j 的案件事实 M 都有 a 、 b 、 c 等特征), 应适用规则 R' 。

前提: S 与 M 还存在差异性 (S 有 d 等特征, M 有 e 等特征)。

前提: d 、 e 等特征并不影响待决案件 C_i 与既有先例 C_j 适用规则 R' 。

结论: d 、 e 等特征相对于待决案件 C_i 与既有先例 C_j 的相似性来说无关紧要, 应予排除。

2. 重要相似性的缺失论证

重要相似性的缺失论证主要运用于解决“竞争性类比”问题。要拒绝适用某个既定判决,通过判定该案例与待决案件并非类案即可实现,或者以差异重要性不能排除为由予以拒绝。此时,尽管既定判决与待决案件存在某些方面的相似性特征,但当它们的差异性特征成为比较的重心时,不遵循既定判决就是恰当的。在出现待决案件与多个既定判决的“竞争性类比”时,排除适用某个(些)判决的原因更多地体现在,与已确定的先例适用论证相比,这个(些)判决与待决案件在相似性问题上恰好缺失了可支持类比的重要相似性。

仍然以“亚当斯案”为例,法院在论述为何“旅馆案”应作为先例适用的同时,也解释

[58] 参见前引[33], 肖尔书, 第107页。

[59] 参见[美]理查德·波斯纳:《法理学问题》, 苏力译, 中国政法大学出版社2002年版, 第113页。

[60] 参见指导案例24号“荣宝英诉王阳、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案”(2014年1月26日发布)。该案裁判要点为: 交通事故的受害人没有过错, 其体质状况对损害后果的影响不属于可以减轻侵权人责任的法定情形。

[61] 参见孙光宁:《司法实践需要何种指导性案例——以指导性案例24号为分析对象》, 《法律科学》2018年第4期, 第165页。

[62] 参见[美]理查德·波斯纳:《超越法律》, 苏力译, 北京大学出版社2016年版, 第456页。

了为什么“火车卧铺车厢案”与该案没有相关性。法院增加了在旅馆房间与汽船客舱之间类比时所支持的政策理由，指出乘客无权且不会期望火车开放式卧铺像旅馆房间或汽船密封客舱一样，能被安全上锁并防止窃贼，铁路公司不像旅店老板和汽船公司那样，可能对客人进行欺诈诱惑或掠夺，乘客也不会在火车卧铺车厢留放贵重物品且让自己放松警惕。^[63]对此，布鲁尔分析认为，该案不适用“火车卧铺车厢案”的论述，其实是借用一个规则来完成的，而这个规则是在判定旅馆房间与汽船客舱更类似的过程中构建的。该规则既作为类比保证规则又作为非类比保证规则发挥作用，它作为后者，确保了“火车卧铺车厢案”与其他两案在共享特征和推断特征方面不存在相关相似性。^[64]回到本文主题并承接之前论述，可以把重要相似性的缺失论证构造为如下形式：

前提：待决案件 C_i 与既有先例 C_j 相似（ C_i 的案件事实 S 与 C_j 的案件事实 M 都有 a 、 b 、 c 等特征），应适用规则 R' 。

前提：只有当案件事实有 a 、 b 、 c 等特征时才能适用规则 R' 。

前提：案例 C_k 的案件事实 N 缺失 a 、 b 、 c 等特征。

结论：案例 C_k 不与待决案件 C_i （包括先例 C_j ）相似，应不予适用。

这方面的论证实实际上也表明，不仅类似案件的类似处理需要得到证成，不类似的案件不予类似处理，也得要求司法说理给出论证。凭借这种论证，我们不仅会更清楚为什么待决案件应当像被选中的裁判先例那样判决，也会知道为什么有些貌似同类的案例不能被参照，尽管它有时是作为检验性方法被隐性运用的。

类案的认定、适用推理及其保证性论述，可能还会遭遇如下情况：待决案件与既有案例的相似特征与差异特征均有一定程度的重要性。由于差异特征的重要性确实明显，或者这两方面的特征势均力敌，以至于通过上述差异重要性的排除论证，或重要相似性的缺失论证，均不能有效完成对比。为保证类案适用的正当性，以及司法裁判说理的充分性和可论辩性，可再补充一个权衡性论证要求：针对类案判定和适用中出现的有关案件之间相似特征与差异特征重要性相当的争论，应当根据需要进行基于一定理由的权衡论证。

结 语

在司法说理论证的要求下，为适用类案进行裁判，应围绕着类案的判定、类案的推理以及类案的保证等，确立体系化的证立规则和论证形式。虽然适用类案裁判主要出现在不能直接适用制定法的场合，但从类案适用的司法论证过程看，保证法律的统一实施，无疑是在制定法语境下开展类案适用活动的重要追求。在成文法制度下，司法不能直接适用制定法的原因，大体上可以归结为制定法规范需要解释或存在法律漏洞。^[65]就前者而言，基于类案的推理，体现了对法律进行解释的诉求。对待决案件和既有先例共同适用的一般性规则的论证，要求既有先例的裁判规则能够扩展运用到待决案件的类似情形中去，而既有先例的裁判规则，要么来自对

[63] 参见前引 [49]，Weinreb 书，第 17 页以下。

[64] 参见前引 [50]，Brewer 文，第 1015 页以下。

[65] 实践中，不能直接适用制定法的原因还包括存在法条之间的竞合、存在合法与合理的冲突等，这两种情况也主要涉及对制定法规范进行解释的问题。

制定法的解释,或者本身就是制定法的规范。这是一种典型的法律解释的场景。不仅如此,在通过保证性论证对一般性规则进行证立时,被作为实践理由的法律理由,自然也多是出自制定法本身的规定。就后者而言,援引先例一直被视为法律漏洞填补的重要方式,类案适用的司法论证,也应是法官通过先例填补法律漏洞所需求的证立方法。在对由先例所确立的一般性规则进行基于实践理由的论证时,尽管可引入的理由并非只是相关的制定法规定,但符合制定法的规定,是法律之外的其他社会规则能被作为实践理由引入论证的前提条件。^[66]

类案适用彰显了成文法制度下司法案例对统一法律实施的重要作用。综观我国的案例指导制度,要求指导性案例应当被参照,其实也是以制定法的解释与适用为指向,为相关法律的统一适用设定了具有规范性的保障机制。其中,指导性案例被作为解释与适用法律的典范,是供类似案件仿照的法律适用模板;根据指导性案例与待决案件的事实类比所确立的一般性规则,表明了待决案件事实可被归于指导性案例所依据的法律规范调整的意义;指导性案例的裁判要点,则直接发挥了一般性规则的作用。就此而言,案例指导制度正是把类案适用及其裁判说理从制度上加以规范化定型,并以专门选编指导性案例的方式赋予既定判决以一种正式的形态,以使其发挥统一法律实施的功能。这或许就是案例指导制度,以及与之相关的类案检索制度的重大意义所在。

Abstract: To apply similar cases in judgment, a judge should first search for similar cases through similar case retrieval, and then carry out the judicial argumentation on the application of similar cases, which consists of two stages, i. e., identification argumentation on similar cases and process argumentation on the application of similar cases. By taking “case facts as statements” as the judgment standard of case similarity, the progressive homogeneous argumentation can be established as the argumentation mode of identification of similar cases. The process argumentation on the application of similar cases consists of legal reasoning based on similar cases and guaranteed argumentation on similar cases inference. For the former, the argumentation according to general rules should be added to analogical reasoning so that the application process of similar cases can be justified. For the latter, the general form of guaranteed argumentation can be used to explain the reasons why a judge chooses the general rules in reasoning, while the exclusion argumentation on important differences and the absence argumentation on important similarity, as supplementary forms of guaranteed argumentation, can be adopted to respond to the opposite opinions in the argument. If the importance of similarities and that of differences between cases are equivalent, the trade-off argumentation can be used as a supplement. The application of similar cases and its judicial argumentation highlight the due function of judicial cases in the tradition of statutory law and provide and supplement important mechanisms for the unified implementation of law.

Key Words: similar case retrieval, application of similar cases, judicial argumentation, key points of judgment, guiding case

[66] 相关论述,参见前引[56],黄泽敏文,第70页以下。