



南开大学法学院
学术文存

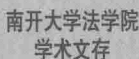
案例指导与法律方法

Anli Zhidao Yu Falu Fangfa

王 彬◇著



人 民 出 版 社



案例指导与法律方法

王 彬◇著

10	0.01
20	0.02
30	0.03
40	0.04
50	0.05
60	0.06
70	0.07
80	0.08
90	0.09
100	0.10
110	0.11
120	0.12
130	0.13
140	0.14
150	0.15
160	0.16
170	0.17
180	0.18
190	0.19
200	0.20
210	0.21
220	0.22
230	0.23
240	0.24
250	0.25
260	0.26
270	0.27
280	0.28
290	0.29
300	0.30
310	0.31
320	0.32
330	0.33
340	0.34
350	0.35
360	0.36
370	0.37
380	0.38
390	0.39
400	0.40
410	0.41
420	0.42
430	0.43
440	0.44
450	0.45
460	0.46
470	0.47
480	0.48
490	0.49
500	0.50
510	0.51
520	0.52
530	0.53
540	0.54
550	0.55
560	0.56
570	0.57
580	0.58
590	0.59
600	0.60
610	0.61
620	0.62
630	0.63
640	0.64
650	0.65
660	0.66
670	0.67
680	0.68
690	0.69
700	0.70
710	0.71
720	0.72
730	0.73
740	0.74
750	0.75
760	0.76
770	0.77
780	0.78
790	0.79
800	0.80
810	0.81
820	0.82
830	0.83
840	0.84
850	0.85
860	0.86
870	0.87
880	0.88
890	0.89
900	0.90
910	0.91
920	0.92
930	0.93
940	0.94
950	0.95
960	0.96
970	0.97
980	0.98
990	0.99
1000	1.00

人民出版社

责任编辑:姜冬红

图书在版编目(CIP)数据

案例指导与法律方法/王彬 著. —北京:人民出版社,2018.3

ISBN 978-7-01-018462-3

I. ①案… II. ①王… III. ①案例-中国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 263122 号

案例指导与法律方法

ANLI ZHIDAO YU FALÜ FANGFA

王彬 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

涿州市星河印刷有限公司印刷 新华书店经销

2018 年 3 月第 1 版 2018 年 3 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:8.625

字数:190 千字

ISBN 978-7-01-018462-3 定价:25.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042



Anli Zhidao Yu Falü Fangfa

前 言

法学作为一门关于理解和解释的学问,始终离不开对“如何达至共同理解”这一根本性问题的回答,因此,不论在何种法律制度或法律传统下,法律方法都是一门研究“法律人如何思考”的应用型学科。但是,近年来,法律方法论却被发展成为一门脱离制度语境的思辨玄虚之学,这导致法律方法难以发挥指导法官裁判实践的本有功能。尤其是,随着我国确立案例指导制度以来,法官如何在案例指导制度背景下展开法律推理、进行法律思维,已经成为一个本土性的法律方法问题。正是在这一理论指向和问题意识之下,本书以案例指导制度背景下的法律方法作为论题,希冀能够解决法官如何适用指导性案例这一现实性问题,并为当下中国法律方法论理论研究提供一定的“知识增量”。

本书由导论、正文五章及结论等部分组成。本书旨在研究指导性案例的创制技术和适用方法,具体来说,最高法院如何确定指导性案例,指导性案例中哪些部分具有指导性,法官怎样运用指导性案例审判待判案件等,这些都是本书所要解决的基本问题。在这一问题意识下,本书的研究思路为:

在导论部分,从对中国法律方法论研究的反思出发,分析了目前中国法律方法论研究脱离本土实际、缺乏知识自主的状况,并对案例指导制度背景下法律方法研究的理论价值和实践意义进行了

深度剖析。通过对当下判例制度和判例方法研究现状的反思,确立了本书的研究目标,即对“指导性案例的创制技术和适用方法”进行微观论证。在研究立场和研究方法上,本书立足中国社会转型和制度建构的本土实际,立足描述性的研究立场,通过实证分析的研究路径去发现问题;立足规范性的研究立场,通过规范分析的研究方法去寻求对策,力图沟通社科法学和法律教义学,探索法学研究的“第三条道路”。

第一章从判例的概念研究作为切入点,系统梳理了关于判例制作和适用的域外经验,对不同法系判例制度的历史背景、运作机制、创制方法和适用技术进行了系统总结,从中寻找当下中国案例指导制度建构和运行中可以借鉴的域外经验。对普通法系语境下法官“遵循先例”的区别技术、规避技术和推翻先例的说理技术进行系统分析,并对大陆法系制定法语境下的判例制度进行考察,研究了大陆法系国家判例制作和成文法适用之间在方法论上的差异和相互关系,从而为中国案例指导制度的运行提供可以借鉴的经验。

第二章对指导性案例的效力问题从实证研究和理论分析两个层面进行了系统论证。首先,通过实证研究对案例指导制度的历史发展与运行情况进行初步考察,从实然的角度对当前案例指导制度在法律方法论上的运用情况进行客观描述,总结案例指导制度运行的经验与不足,并进一步考察指导性案例效力不足的原因;指出这根本上源于制度惯性造成的新制度对旧制度的路径依赖,从而使案例指导制度的运作受行政化逻辑的制约,指导性案例的适用受成文法思维的影响,同时也由于缺乏相应的制度激励。其次,运用法律论证理论对指导性案例在应然意义上的效力进行分析,论证了指导性案例效力不足的理论根源在于法律渊源的二分

法。法律渊源的二分法影响了学界关于指导性案例的效力定位,在指导性案例的效力问题上,存在事实拘束力与法律拘束力的二元划分,但是,这并不符合域外的判例实践。在理论上,判例的效力问题并非是有无的问题,而是程度的问题。指导性案例的效力强度来自于法律论证的权威理由和实质理由,来自于具体法律论证中权威性论证和正确性论证的关系。最后,为增强指导性案例的效力寻找具体对策。即要确立指导性案例的效力,必须通过正当程序确立指导性案例的制度性权威,通过裁判说理增强指导性案例的智识性权威,并通过法官评价制度的改革建立案例指导的制度激励。

第三章对指导性案例的生成与纂辑进行了研究。首先,对判例生成的理论范式进行了总结。在知识论的意义上,判例是法律秩序不断进化的产物,同时,又是一个在个案中进行知识建构的过程;在功能论的意义上,判例的生成既在于实现同案同判,又在于实现个案正义,从而存在形式主义与实质主义的分歧。判例生成的理论范式为确立中国案例指导的实践逻辑提供理想类型意义上的参照。其次,对指导性案例的遴选标准和纂辑方法进行了反思。立足当下中国的制度语境,通过对指导性案例的实证研究,研究指导性案例的创制方法,说明指导性案例的类型与功能,指导性案例的载体与构成,指导性案例确定的形式标准与实质标准,进而说明指导性案例在法律效力上的“指导性”“权威性”“合法性”与“辅助性”的逻辑关联。根据指导性案例解释法律和发展法律的功能定位,根据事实与规范的关系来界定指导性案例的遴选标准,从而将指导性案例分为法律解释型、效力补强型、冲突消解型、法律续造型和空白填补型。最后,基于对判例生成理论范式和实践逻辑的考察,通过对当下指导性案例的遴选标准和纂辑方法的反思,指

出案例指导制度应当成为法典理性的发展机制和法官经验的转化机制,应当按照司法权的运作逻辑生成指导性案例,从而实现一般正义与个案正义的统一。

第四章运用司法哲学的基本原理,研究案例指导制度背景下的裁判思维。成文法背景下的案例指导既包括了通过遵循先例解释法律,又包括通过案例创新续造法律,这在裁判思维上体现了法条主义与后果主义的内在紧张。法条主义的审判采取一种先解释后演绎的“顺推”模式,而后果主义的审判则采取先对后果进行预测再评价的“逆推”模式。法条主义的审判以存在唯一的法律解释结论和价值共识为前提。在疑难案件的裁决中,这种裁判思维遭遇法律解释的难题和价值衡量的困境;后果主义作为一种结果导向的法律思维,区别于现实主义的价值司法和目的论的法律论证,须经受可预测性、可行性和可欲性的批判性检验才能成立。要实现司法裁判法律效果与社会效果的统一,不能将两种裁判思维绝对对立,需要将两者结合起来。裁判思维的对立在法官角色上则体现了司法克制主义与司法能动主义的对立关系,本章深入论证了案例指导背景下法条主义、后果主义的适用场域及内在关系,结合中国的宪制框架研究案例指导制度下的法官角色,论证案例指导背景下司法克制主义和司法能动主义的内在关联,从而论证这一制度在司法哲学意义上的正当性。

第五章运用法律方法论的基本原理,研究了指导性案例的适用技术。在法律方法论一般原理的观照下,研究指导性案例的法律适用模式以及法律推理的逻辑构造,运用案例指导的实证材料,结合指导性案例的载体与构成,论证运用指导性案例实现“同案同判”的适用规则,规避指导性案例从而实现“异案异判”的规避规则,增强指导性案例适用的规范性,进而提高指导性案例在司法

审判中的权威性。参照指导性案例可以被理解为通过适用指导性案例进行规范性命题的证成,这既包括对指导性案例与待决案件相关相似性的逻辑判断,也包括对指导性案例与待决案件决定相似性的实质论证。这一法律论证过程为对指导性案例各构成要素的整体性参照,以裁判要点作为认识起点,以事实比对作为关键环节,以实质理由的确定与权衡作为决定要素。在指导性案例的构成要素中,只有裁判要点具备在判决理由中进行援引的资格,裁判要点之所以可被援引,在于通过案例指导制度所赋予它的权威性进行外部保障,以支持裁判要点的实质理由的说服力作为内在理据。

在结论部分,沿着案例指导制度背景下的法律方法研究,对于“同案同判”这一法哲学命题进行了深刻反思,揭示了“同案同判”的理论陷阱,论证了“类案类判”在知识论上的正当性。本书指出,“同案同判”命题其实隐藏着形式主义的平等观、绝对主义的法律观和机械主义的司法观等错误观念;案例指导制度的正当性在于实现“类案类判”,即类似案件类似判断,这既说明法官的能动司法具有正当性,同时又说明通过逻辑规则和判断标准约束法官自由裁量的必要性。

近年来,随着案例指导制度的确立,关于案例指导制度研究的文献可谓汗牛充栋,本书作为案例指导制度背景下法律方法的系统研究,也必须回答“什么是你的贡献”这一问题。其实,早在多年前,苏力先生就曾经向中国法学界追问这一问题,我相信这对于苏力先生一直倡导的社科法学而言,这个问题的回答应当不太困难。因为,社科法学一直秉持实证性的研究立场,这能够让研究者保持开放性的学术视野和本土性的研究面向,从而能够发现中国本土性的问题。正是在这个意义上,苏力先生倡导法学研究的本

土化,即法学研究必须具有中国问题意识,这正是社科法学研究的优势所在。对于规范法学或者法律教义学而言,因这一学科以“既定的法律秩序”作为思考的前提,导致研究者往往秉持保守性的思维方式。正是在这个意义上,谢晖先生曾经在其一篇文章中叹息“规范法学创新何以如此艰难”。但是,在笔者看来,法律教义学思维的保守性并不意味着法律教义学或规范法学研究不存在创新性,更不能妨碍法律教义学研究以中国本土性问题作为研究面向,而案例指导制度下的法律方法研究正是在此意义上进行理论创新的一次尝试。对于“苏力问题”,我想作出如下回答:

首先,本书是案例指导制度运行机制确立前提下的研究,案例指导制度的价值功能、运行机制的研究已经为本书的研究做好理论铺垫,法律方法论的基本原理为本书的研究提供了理论基础,而对指导性案例创制技术和适用方法的理论分析和实证研究,使本书具有鲜明的中国问题意识,这正是本书的主要知识贡献。

其次,本书立足于转型社会的时代背景,以转型社会为背景构建案例指导的法律方法论是本书的研究特色。指导性案例的创制和适用是为缓解社会变动性和法律安定性之间的矛盾关系,通过指导性案例的创制和适用发展和丰富法律规范、发挥公共政策功能以适应社会转型,这是本书的基本论题。如何通过适用指导性案例实现“依法裁判”维护法律的权威性,同时实现“正确裁判”维护个案的正当性,这是本书的基本理论框架。

再次,法律方法的运用必须结合特定的制度背景而展开,案例指导制度下的法律方法研究不是纯粹的法律教义学研究,必须结合特定的制度背景运用社会科学的知识对法官的裁判思维和司法行为进行实证研究,这需要运用多个学科的知识和方法,因此,本书的研究具有跨学科的性质。在研究中如何突破传统法律方法论

的法律教义学框架,如何实现法律解释学和法律社会学的有效结合,如何在各种话语体系间建立有效沟通,本书在跨学科的意义作出了有成效的探索。

复次,本书并未采取传统法律方法论研究的知识论立场,并非意在建立法律方法论的知识体系和理论框架,而是采取针对具体司法问题的对策论立场,为案例指导制度的运行提供相应法律方法。在对策论的立场下,本书通过对案例指导制度的运行进行实证考察和理论分析,对指导性案例的存在类型、构成要件、选取标准、创制方法、适用技术进行具体研究,为指导性案例的制作与适用提供方法论上的具体对策,这是本书的另一研究特色。

最后,本书以指导性案例为中心展开法律方法研究,并不以构建法律方法的理论体系为目的,与传统法律方法论研究存在不同的研究旨趣和研究路径。本书通过有效的收集、统计、分析相关数据,通过实证研究把握指导性案例的案件类型和法律方法的运用模式,对案例指导制度下的法律方法进行动态研究和实证研究,立足于审判经验发展中国化的法律方法论,力图实现中国法律方法论研究的知识自主和理论创新。

目 录

导 论	(1)
第一章 判例的概念	(14)
一、功能主义:一种概念研究的方法论	(15)
二、法律发展:英美法系语境下的判例法	(17)
三、法律续造:大陆法系语境下的判例	(22)
四、缘实正名:中国古代法语境下的成案	(26)
五、知实制名:当下中国案例指导制度辨正	(30)
第二章 指导性案例的效力	(41)
一、指导性案例的效力难题:表达与实践的背离	(41)
二、指导性案例效力缺失成因:路径依赖与思维惯性	(54)
三、指导性案例效力学说批判:二元思维的迷思与超越	(60)
四、指导性案例的效力来源:基于裁判理由的分析	(72)
五、指导性案例效力困境的解决:正当程序、法律共识与制度激励	(77)

第三章 指导性案例的生成与纂辑	(84)
一、指导性案例生成的理论进路	(85)
二、指导性案例生成的实践逻辑	(97)
三、指导性案例的遴选标准	(111)
四、指导性案例的纂辑方法	(125)
第四章 案例指导与裁判思维	(151)
一、从两则相似案例引入	(152)
二、法条主义:规则导向的案例指导	(155)
三、后果主义:后果导向的案例指导	(173)
四、先例遵循与案例创新:两种裁判思维的关系	(190)
第五章 案例指导与法律论证	(195)
一、案例指导制度下的法律论证结构:以图尔敏论证 图式为中心	(195)
二、同案判断的内部证成:相关相似性的逻辑判断 ...	(201)
三、同案判断的外部证成:决定相似性的实质论证 ...	(207)
四、同案参照的附条件援引:判决理由的推定排他性 ...	(221)
结 论	(233)
附录一	(240)
附录二	(243)
参考文献	(246)
后 记	(262)

导 论

一、问题意识:制度转型中的法律方法研究

随着社会主义法律体系的初步形成,我国的法治建设已经逐步进入一个“后立法”的时代,法律如何有效运行,如何通过法律实现社会正义,已经成为当下法治建设的核心问题。在这一时代背景下,法学界的学术视野正在从“纸面中的法”转向“行动中的法”,法律在个案中的适用问题、法律在社会上的运行问题越来越得到学者的青睐与关注,法学研究正在发生从立法中心主义向司法中心主义的转向。国内方兴未艾的法律方法论研究以实现个案正义为问题导向,关注案件中的法律适用技术,体现了法学研究的这一转向。在我国目前社会主义法律体系初步形成的前提下,寄希望于通过整体修改法律达成分配正义和交换正义已不现实,而增加司法机关特别是法院的解纷能力则是一个相对较为现实的选择,因此法学研究的转向可谓恰逢其时。通过提升法院裁判技术,增强判决说理,从而提升法院司法能力,正是我国法律方法论研究的重要面向。^①立足司法中心主义的研究立场,致力于在司法层

① 关于该学科的称谓,学术界存在一定分歧,有人称法学方法论,亦有人称法律方法论。所谓的混乱源自知识谱系的庞杂,德国法学界习惯称“法学方法论”,因为该学科既以法律解释、法律续造等法律适用方法为研究

面实现个案正义,在案例指导制度语境下展开法律方法论研究,注重指导性案例在法律适用中的功能,围绕案例指导制度展开关于法律规范的解释和适用研究,这是本书的基本问题意识。

当前,案例指导制度在中国已经基本确立,对案例指导制度价值呼唤和运作机制的研究基本上已经尘埃落定,为法院部门提供指导性案例的创制技术和适用方法是当下案例指导制度研究的当务之急。在案例指导制度的建构和运行过程中,关于指导性案例的效力问题在理论界和实务界仍存在很大困惑。在这一研究背景下,本书通过为案例指导制度提供法律方法论保障,从而在裁判思维内部增强法律适用的约束力,通过为实务界提供指导性案例的创制技术和适用方法,提高指导性案例创制和适用的规范性进而提高指导性案例的权威性,从而解决指导性案例在效力问题上的理论困惑,这是本书的基本任务。

本书之所以致力于从法律方法论层面为解决指导性案例的效力难题寻求因应之道,是因为指导性案例效力问题的解决不能单纯依靠制度渠道,指导性案例的权威性不能单纯依赖于发布主体的权威性和程序的正当性,还必须依靠案例指导制度下法律方法运用的规范性和统一性。通过对指导性案例创制技术和适用方法的研究,增强案例指导制度背景下司法裁判的说理性,增强指导性案例以及同类案例在裁判结论上的合法性、合理性与可接受性,使

重心,同时反思法律适用背后所体现的法概念论等法哲学问题,故称为“法学方法论”。但是,在中国,该称谓容易与“法学研究方法”混同,从而混淆了“法学方法论”司法定向的旨趣与立场。本书将此学科统称为“法律方法论”,既体现此学科的法律教义学属性,突出其为“法官裁判技术”之意,并与“法学研究方法”相区别。关于该学科称谓的讨论,参见林来梵、郑磊:《关于“法律学方法论”——为了一个概念的辨说》,《法学》2004年第2期。

指导性案例从“指导性”走向“权威性”,从而实现司法权威和法律权威的提高,这是本书努力达至的实践效果。

当前,通过创制指导性案例规范法院部门的裁判工作,是最高法院适应社会转型、进行能动司法的制度性策略,案例指导制度的建构与运行在司法能动主义的理论维度上具有正当性,但是,该制度又面临着来自司法克制主义者“法官造法”或“法院造法”的理论质疑,这在裁判思维上体现为实用主义和法条主义的理论较量。本书通过致力于指导性案例创制与适用方法的研究,为案例指导制度的运行提供方法论的保障,通过司法方法增强案例指导制度运行的内在约束,从而在理论上回应法条主义和司法克制主义对案例指导制度的质疑,为案例指导制度下的能动主义司法进行理论上的辩护,在实践上为协调指导性案例适用与制定法解释的紧张关系提供方法论上的指导,这是本书希冀实现的理论目标。

二、研究现状:从体系导向到问题导向

法律方法论研究是近年来国内新兴的交叉学科,以司法过程中的法律适用方法为研究旨趣,成为提升国内法理学研究水平的重要学术增长点。目前,国内法律方法论的学科体系已经初步形成,法律发现、法律解释、利益衡量、法律推理、法律论证、漏洞补充等法律方法论的一般理论发展已经相对成熟,关于法律方法论一般理论的译著、专著与教材相对比较丰富。但是,近年来国内法律方法论的研究主要是对西方理论的评介,缺乏对中国问题的真正关切,因而存在纯哲学化、思辨化的研究倾向,背离了该学科关注法律适用、解决实际问题的研究宗旨,这使应当扎根于案例、服务于司法的法律方法研究成为学者“想象的异邦”。这表现为法律

方法论研究与部门法研究缺乏有效对话,法律方法论在部门法领域中的转化不够;法律方法论研究脱离于具体的制度语境和社会语境,对中国当下的司法实践关注不够;法律方法论研究立足于解释学、语言学、逻辑学等哲学学术资源,却脱离于具体案例,运用法律方法解说案例或者从案例中提炼法律方法的研究不够充分。

目前学界对该研究现状已经展开了较为深刻的反思,这些反思从宏观上总结了我国的法治需求和法律方法论的研究教训,但是仅局限于对法律方法论研究的学理批判,局限于对法律方法论理论自足性的解构性反思,并且具有“方法论虚无主义”的理论倾向,并未真正立足中国的司法实践展开具体研究。事实上,法律方法论的研究应立足于中国社会转型的社会背景和司法改革的制度语境,才能实现法律方法论在具体司法境遇下的中国化,为提升当前法院的司法能力作出应有的理论贡献,立足于案例指导制度语境下的法律方法论研究正是在“法律方法本土化”这一方向上的理论努力。

自1986年开始,随着中国法学研究的深化和法制建设步伐的不断推进,判例制度研究在中国法学界不断深入。最高人民法院早在《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》(以下简称《纲要》)中就明确提出了关于建立和完善案例指导制度的改革构想,该《纲要》要求充分发挥指导性案例在统一法律适用标准方面的作用,这意味着中国的案例指导制度从应然意义上的理论论证阶段进入到实然意义上的实施和运作阶段。2010年11月,最高人民法院正式出台了《关于案例指导工作的规定》,明确了指导性案例的发布主体、发布程序和法律效力。2015年,最高人民法院颁布《案例指导制度实施细则》,这意味着案例指导制度已经初步成型。在制度建构已经初步完成的时代背景下,判例研究应当从