

确定先例规则的理论及其对适用指导性案例的启示

——基于对美国相关学说的分析

邓矜婷*

摘要:美国先后出现过多个确定先例规则的理论,但是均无法较好地确定先例规则。原因在于它们仅静态地关注先例的某些部分,而没有考虑动态的因素。应当在先例的适用过程中结合判决理由来确定先例规则。首先将先例的适用过程细化为包含五个步骤的类比—演绎过程,然后分别阐释如何结合判决理由来确定先例规则。根据该方法,判决理由可以对先例规则的确定和变化范围进行规范,确定先例规则顺应社会发展而变化的路径,进而动态地明确先例规则。根据该方法,在我国指导性案例的规则确定中,裁判理由在撰写时应明确其对裁判要点支持的理由及其重要性程度,而后案在解读时应根据不同点和对抗事实折射到裁判理由上的不同效果来确定指导性案例的规则。

关键词:指导性案例 先例规则 类比推理 判决理由

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2015.03.017

2010年11月底,最高人民法院发布了《关于案例指导工作的规定》,确立了指导性案例的预期作用、筛选标准和参考效力。2011年12月底至2015年4月,最高人民法院根据上述规定陆续发布了10批共52个指导性案例,标志着我国案例规则体系的正式构建和发展。虽然学术界对于案例规则体系构建和解读的研究已有多数,在这过程中涌现了很多研究成果,其中有不少是针对作为判例法传统国家的美国的研究。例如,在宏观制度层面上,美国判例法的形成过程、原因、背景、特点,^①理论基础及研究方法,^②与成文法以及司法解释的关系,^③优缺点分析,^④对英国判例法的继承与发展,^⑤以及判例法的运行机制等。^⑥在微观判例层面上,关于美国的判例法是怎样的规则体系,^⑦不同判例的效力,^⑧判例的具体构成,^⑨判例不同部分的区分和效力,^⑩判例适用与解释的原则、方法和技术,^⑪以及社会价值和生活经验等在先例规则的演变中的作用等。^⑫这些研究成果对于我们了解美国判例法提供了丰富的基础。并且,在如何确定和解读

* 中国人民大学讲师、美国密歇根大学法学博士

基金项目:教育部人文社会科学研究青年基金项目(14YJC820011)

① 参见麻帅:《论英美法系中遵循先例原则》,《商业文化》2010年第5期。

② 参见邓矜婷:《新法律现实主义的最新发展与启示》,《法学家》2014年第4期;何然:《司法判例制度论要》,《中外法学》2014年第1期;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;谢晖:《判例法与经验主义哲学》,《中国法学》2000年第3期。

③ 参见艾佳慧:《要“一刀切”的司法解释还是要类型化的判例制度》,《法学》2012年第1期;龚向和:《通过司法实现宪法社会权——对各国宪法判例的透视》,《法商研究》2005年第4期;沈敏荣:《从“微软”案看成文法与判例的关系》,《法商研究》2001年第2期。

④ 参见张骞:《判例法的比较研究》,《比较法研究》2002年第4期。

⑤ 参见骆群:《英美案例不同罚》,《学术探索》2010年第2期。

⑥ 参见郑重:《论美国判例法制度的运行——以历史进程为视角的考察》,《法律文化研究》2002年第20期。

⑦ 参见邓矜婷:《美国判例体系的构建经验——以居间合同为例》,《华东政法大学学报》2014年第2期。

⑧ 参见肖永平:《论英美法系国家判例法的查明和适用》,《中国法学》2006年第5期。

⑨ 参见朗贵梅:《美国联邦最高法院判例汇编制度及其启示》,《法律文献信息与研究》2008年第2期。

⑩ 参见关倩:《法官视角中的能动司法》,《法律科学》2012年第1期。

⑪ 参见余高能、代水平:《美国判例法的运作机制》,《西安电子科技大学学报》2007年第4期。

⑫ 参见郑重:《论美国判例法制度的运行——以历史进程为视角的考察》,《法律文化研究》2002年第20期。

先例规则的问题上,学术界也有一定程度的研究,^①但鲜有确定先例规则的系统理论。笔者在借鉴美国及我国学者已有的相关研究成果的基础上,希望进一步研究在确定先例规则中更具适用性的方法,并将其应用于我国的指导性案例,从而可以提供一种较好地确定和解读指导性案例规则的方法。

一、对美国确定先例规则的学说的分析

在美国判例法理论中,关于如何区分决定意见与附带意见从而确定先例规则这一问题上,^②有着比较丰富的讨论。然而国内学者对此并没有系统的介绍,而只是零星、泛泛地提及。^③美国的这些学说按照提出的先后顺序主要有必要理由说、规则性阐述说、事实结果说、关键事实说以及较新的三步骤说。以下详述之。

1. 必要理由说。该学说最早由格雷教授提出,指只有那些对得到判决结果是“必要”的法官的理由和观点才构成先例规则。^④可是格雷教授并没有具体给出什么样的理由才是必要的,也没有指出这种“必要”应该到什么程度。对此有学者指出:一方面,“必要”一词很模糊,难以确定,其指导意义很弱;另一方面,一些正确的判决尽管是基于错误的或不合理的理由或逻辑作出的,却很好地发展了当时的法律原则或理论,从而认为必要理由说不能用以确定先例规则。^⑤该学说之后的发展也是沿着如何确定“必要”的路线来展开的,但始终难以脱离“必要”本身的模糊性限制。

2. 规则性阐述说。该学说由摩根教授提出,他认为先例规则是指法官在判决中抽象出的具有普适性的被应用到具体案件得出结果的规则性阐述,^⑥类似于我国指导性案例中的裁判要点。该学说的缺点是,当时很多判决并没有给出这样抽象的规则性阐述。即使在当今社会,对于法官来说,通过撰写这样的规则性阐述来表达先例规则也是很高的要求,并且即便是给出了规则性阐述,其也要么过于宽泛、要么过于狭窄,如果法院严格按照其来确定先例规则的话,那么将会得出明显不合理的判决结果。^⑦例如,在“雷克斯诉芬顿案”中,犯人肆意地将一块大石头扔进煤矿却砸死了矿里的一个人。法官在认定其犯了杀人罪时说到:“如果一个人的错误行为造成了另一人的死亡,并且这种行为不能通过其他理由得到正当化,那么这个死亡就不是事故而是杀人”。^⑧这个规则性阐述被认为过于宽泛,并在之后的“瑞吉纳诉富兰克林案”中体现出来。^⑨在本案中,犯人把一个属于装修厂看门人的箱子扔进大海,结果砸死了一个游泳者。该案的法官并没有按照之前法官过于宽泛的规则性阐述来确定先例的规则,而是对比事实,认为将属于别人的箱子扔进大海虽然是错误的,但是属于民事行为,不同于之前肆意将大石块扔进施工煤矿的错误,从而与“雷克斯诉芬顿案”区分,认为其不适用于该案。^⑩

3. 事实结果说。该学说由欧利芬特教授提出,是指先例规则的确定不在于法官判决的理由和观点而在于他对怎样的事实作出了怎样的判决,从而通过事实和结果来确定先例规则。^⑪欧利芬特教授论述到,既然理由和规则性阐述都可能不正确,那么我们就应该依靠它们来确定先例规则。他认为,在判决中有

① 参见余高能、代水平:《美国判例法的运作机制》,《西安电子科技大学学报》2007年第4期;郑重:《论美国判例法制度的运行——以历史进程为视角的考察》,《法律文化研究》2002年第20期;梁治平:《英国判例法》,《法律科学》1991年第1期。

② 决定意见对应的英文是 ratio,附带意见对应的英文是 dictum。

③ 参见王力:《美国判例法文献》,《法律文献信息与研究》1999年第1期。

④ See John Chipman Gray, *The Nature and the Sources of the Law* (2d ed.), Quid Pro Books, 2012, p. 261.

⑤ See Arthur L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2, 1930, pp. 162-164.

⑥ See Edmund Morris Morgan, *Introduction to the Study of Law*, Callaghan and Company, 1926, p. 109.

⑦ See Arthur L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2, 1930, p. 165.

⑧ *Rex v. Fenton*, 1 Lew. C. C. 179 (1830).

⑨ See *Regina v. Franklin*, 15 Cox C. C. 163 (1883).

⑩ 关于这个例子以及关于规则性阐述过于狭窄的例子, See Arthur L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2, 1930, pp. 165-168.

⑪ See Herman Oliphant, *A Return to Stare Decisis*, 14 *American Bar Association Journal* 71, 159 (1928).

个部分是恒定的,那就是事实,因此应该依据具体发生的事实和处理的结果来确定先例规则。^① 事实结果说似乎为大家提供了一条确定先例规则的捷径,即只需要有事实和结果就可以,也使得先例的编撰更加简便、有效率。可实际上,事实不是恒定的而是相关的,相同的一组事实在不同的人眼中并不相同,法官只是基于案件事实中的一部分他认为相关的事实来进行判决,而这些事实在其他人看来可能并不相关或不重要。^② 因此,仅有事实和结果不足以确定先例规则,后来的法官也无从确定应当以哪些事实为基础。

4. 关键事实说。该学说由古德哈特教授提出,旨在克服事实结果说的缺点,即法官应当以关键事实为基础来确定先例规则,通过关键性来指导后来法官确定哪些事实是重要的,哪些是不重要的。^③ 对于如何确定关键事实,他提出了以下方法:“所有有关具体的人物、地点、数量、时间和种类的事实,除非明确说明是重要的,否则都是不重要的;如果判决中没有有关法官意见的陈述,那么所有的事实都应当是重要的;如果存在有关法官意见的陈述,那么该陈述中载明的事实都是重要的,除非特别区分了重要与不重要的事实;所有法官明示或默示为重要的、基础的、相关的或关键的事实都是关键事实;所有法官明示或默示为不重要的、不相关的或不关键的事实都是非关键事实”。^④ 正如其所说的,不是事实有多重要,而是法官对事实的选择形成了先例规则,因此这种方法是发现并确定法官的选择为出发点的。但该方法受到了一部分学者的驳斥,主要集中在两方面:一是事实的不恒定性在于其可选择性,也在于其多层次抽象性,即就同一个事实可以有扩大或缩小的解释;^⑤ 二是仅以法官的选择来确定先例规则的方法过于专断。^⑥ 先例法官可以任意选择需要的事实来构建其要达到的规则。这种专断也被认为与法治的理念不符合,因为法官应当是发现和解释已有的普遍规则而不是创制法则。虽然先例构建了规则,但是这些规则不是法官任意创制的而是被发现的。^⑦ 另外,由于这种选择构成了规则,那么将这种选择阐述出来其实就是判例的规则性阐述,因此,关键事实说又还原为了规则性阐述说,也同样存在过宽或过窄的问题。^⑧

5. 三步骤说。关键事实说并没有得到广泛的认同,因此美国法官仍然继续撰写详细的裁判理由来论述如何通过现有的相关法则与案件事实的结合来得到判决结果。之后又出现了新的理论来确定与事实结果有怎样关系的规则性阐述和判决理由会构成先例规则,其中较新、较有影响的是由艾博拉莫维茨和斯特恩斯教授提出的三步骤说。该学说主要是指通过以下三个步骤来确定先例规则:一是法官实际上作出了决定的;二是基于案件的事实而作出的;三是通向判决结果的。^⑨ 三步骤说尝试以事实结果为基础结合判决理由和规则性阐述来确定先例规则,比之前的学说更加明确,但是仍存在不明确的地方。首先,“实际上作出了决定”含义模糊,是指法官在判决中明确考虑了的问题,不论当事人是否就这个问题要求法院审理,还是仅指当事人提出来要求法院审理的问题,这一点并不清楚,且法官在判决中的肯定或否定性陈述其实都可能被看做“实际作出了决定”的;其次,这些陈述即使满足了这三个条件仍然可能会是错误的,如欧利芬特教授对摩根教授的必要理由说的批判一样。再次,“通向判决结果”的含义更加模糊,有时一些陈述即使是反向的,也可能有反作用,因此怎样的“通向判决结果”的作用才算合格仍然不明确。

回顾美国关于确定先例规则的理论,我们可以看到仅单独以判决理由、规则性阐述或者事实结果都不足以确定先例规则。不结合判决结果无从确定怎样的理由是必要的;不结合理由和结果无从确定如何才是正确地理解规则性阐述以及哪些规则性阐述才是规则的一部分;不结合判决理由无从确定哪些事实才是关键事实以及事实的哪些特性才是关键的。事实上,美国近期发展的三步骤说也是在强调将规则性阐

① See Herman Oliphant, A Return to Stare Decisis, 14 American Bar Association Journal 71, 159 (1928).

② See Arthur L. Goodhart, Determining the Ratio Decidendi of a Case, The Yale Law Journal, Vol. 40, No. 2, 1930, p. 169.

③ See Arthur L. Goodhart, Determining the Ratio Decidendi of a Case, The Yale Law Journal, Vol. 40, No. 2, 1930, p. 169.

④ Arthur L. Goodhart, Determining the Ratio Decidendi of a Case, The Yale Law Journal, Vol. 40, No. 2, 1930, pp. 182-183.

⑤ See Herman Oliphant, A Return to Stare Decisis, 14 American Bar Association Journal 71, 169 (1928).

⑥ See Julius Stone, The Ratio of the Ratio Decidendi, 22 Modern Law Review 597, 603 (1959).

⑦ See Jeremy Waldron, Stare Decisis and the Rule of Law: a Layered Approach, 111 Michigan Law Review 1, 3-14 (2012).

⑧ See Michael Abramowicz & Maxwell Stearns, Defining Dicta, 57 Stanford Law Review 953, 1054 (2005).

⑨ See Michael Abramowicz & Maxwell Stearns, Defining Dicta, 57 Stanford Law Review 953, 1045-1065 (2005).

述、判决理由和事实结果结合起来确定先例规则。“基于案件事实”和“实际上作出了决定”都强调事实结果在确定先例规则过程中应起到的基础性作用；而“通向判决结果的”则强调判决理由中所形成的能够导出最终结果的链条上的各种决定都应当构成先例规则的一部分；而最终导出的规则性阐述自然是先例规则的主要部分。但是，如前段所述，三步骤说仍然存在不明确的地方，而这些不明确的地方无法通过先例自身来明确，并且不管先例法官如何明确哪些事实是关键，哪些理由是必要的，哪些规则性阐述是实际作出的，这在不同的后案法官那里都可能得到不同的解读，而先例中所饱含的丰富信息和语言使得这种可解读的空间更大。但是这些信息如果不能被有机地结合起来并约束后案法官的解读，那么将会带来更大的解读空间甚至是更肆意的裁量。如果能对此加以约束，那么就能得到更具有灵活性且更能适应社会变化同时又更具有约束力的判例法。因此，先例规则通过静态先例自身难以很好地明确，应当结合后案的解读和适用来进一步明确。正如沃尔德伦教授所论述的，没有后案的适用就没有先例的规则。^① 因此，笔者提出在先例的适用过程中结合判决理由来确定先例规则的方法。以下详述之。

二、先例的适用过程及步骤

(一)先例的适用过程是基于类比的演绎过程

国内不少学者将先例的适用过程归纳为先例推理和类比推理的过程。^② 先例推理类似于演绎推理，即与成文法规则的适用一样，将先例的规则通过三段论的演绎过程，适用到之后类似的案件中，进而得到与先例类似的结果。类比推理则是通过比较后案与先例的异同而使类似的事实得到类似的判决。类比推理往往用以区分后案与先例，如果发现后案与先例不同，那么先例便无法适用，使后案的判决不需要受到先例规则的约束，从而得到与先例不同的判决。虽然国内既有的研究没有明确指出，但是往往认为如果后案要适用先例，那么会运用演绎推理；如果后案不适用先例，那么会与先例相区分，运用的是类比推理。^③ 当然，在创设先例规则时，还会运用到归纳推理的方法，即如果后案不适用任一先例或既有法则，那么后案往往会结合归纳推理的方法来创设新的规则。^④ 不过，这一方法在适用先例时往往不会用到。

上述表达容易让人认为演绎推理与类比推理在先例的适用过程中是独立分离存在的，但实际上并非这样。这两种推理是不可分割、相互联系的。这种联系体现在先例适用的整个过程中。首先，在运用演绎推理前需要通过类比来确定后案与先例是否类似，以确定先例规则能否适用于后案。一般的三段论的演绎推理过程是：1. 大前提： $X \rightarrow A$ ；2. 小前提： $x \in X$ ；3. 则有结论： $x \rightarrow A$ 。^⑤ 而在先例的演绎推理中，判断 $x \in X$ 是否存在有时不是通过后案是否满足先例规则性阐述的构成要件而是通过类比后案与先例是否类似来确定的。在确定是类似时再适用先例规则得到类似判决。这种情况往往在先例规则性阐述的构成要件不明确时出现。此时就形成了基于类比而演绎的三段论，即如果 X （先例事实） $\rightarrow A$ （先例结果）， Y （后案事实） $\approx X$ ，那么 $Y \rightarrow B$ （后案结果）， $B \approx A$ （即后案结果应类似于先例结果）。其次，运用类比推理来检验演绎推理的结论，修正被演绎的先例规则。当先例的规则性阐述明确给出时，或者能够从先例中明确解读出其构成要件或关键事实时，后案法官会直接根据该规则性阐述来判断后案是否满足其适用条件，是否具有其规定的关键事实，从而直接通过该规则的演绎推理而得到判决。但是在此之后必然会运用类比推理来检验所得到的结论是否符合同案同判的要求。这是因为，判例法的根本特点在于其是具有事实结果的规则，该规则是否得到正确适用的直接体现是类似案件是否得到类似判决。规则性阐述的产生也是基于先例的事实结果，是先例规则的暂时表现形式，其不能代表完全的先例规则，需要不断地进行修正。这与成文法不同，成文法规则没有事实结果，它仅以法规阐述来表现，检验成文法规则也只能通过法规阐述、立法意图

① See Jeremy Waldron, *Stare Decisis and the Rule of Law: a Layered Approach*, 111 *Michigan Law Review* 1, 21-26 (2012).

② 参见余高能、代水平：《美国判例法的运作机制》，《西安电子科技大学学报》2007年第4期。

③ 参见张健一：《普通法类比推理过程》，《法律方法》2012年第1期。

④ 参见李安：《归纳法在判例主义法律推理中的有效性及论证》，《法律科学》2007年第2期。

⑤ 参见孙海波：《告别司法三段论》，《法制与社会发展》2013年第4期。

和法律体系等来进行。因此在判例法中,如果通过类比推理得到的是明显不一致的结论,那么原先被演绎的先例规则和演绎的过程就都需要得到审查,如果这种不一致无法被消除,那么至少应该对这种不一致的结论给出合理的解释,并修正之前所确立的先例规则。再次,在初步判断是否需要运用类比推理与先例相区分时需要用到演绎推理。类比,即比较异同,必须在一定的衡量标准下才能进行。因此,需要先从先例中得到初步的规则性阐述或关键事实,然后根据该规则性阐述判断后案是否满足其构成要件,或者是否具有规定的关键事实,从而初步确定后案与先例是否类似,以及在哪些方面存在不同从而确定是否需要运用类比进一步加以区分。如果根据该规则性阐述推出后案与先例相类似,但是在演绎后得到的结论明显不当,那么就需要运用类比推理进一步确定如何判决。因此,先例规则是在后案法官的这些推理及其相互作用的过程中被进一步解读、修正而得到明确的,而不是仅由先例自身静态地明确的,也不是仅通过某单个推理过程明确的。先例在后案的适用过程不是仅有演绎或类比推理,而是两种推理相结合,主导的是基于类比的演绎过程。

(二)先例适用过程的五个步骤

1. 比较后案与先例的异同。在不同的比较标准下得出的两个案件的异同可能会有差异。当比较标准十分粗略时,只能得到明显的相同点和不同点,而更具体的不同点会被忽略;当比较标准相对明确时,更具体的不同点会被观察到。因此,在初步比较异同时,先要确立量度的标准。此时,往往是以初步确定的先例规则或可能适用的其他既有的法则作为标准来进行比较的。这时的先例规则往往根据先例的情况通过上述介绍的各种理论进行初步确定。例如,在一些情况下,先例会以规则性阐述较为完整明确地确立先例规则,那么这种规则性阐述就可以被作为初步确定的先例规则;相反,如果先例中没有明确确立规则性阐述,但是以明确的方式确定了关键事实,那么可以以这些关键事实来初步构建先例规则;有时,先例明确给出了判决本案所依据的必要理由,这其实是变相地以规则性阐述确立了先例规则,那么这种必要理由可以作为初步的先例规则,之所以称之为初步的先例规则,是因为它会在接下来的步骤中被进一步予以解读和修正,从而最终确定并用以判决后案。然后,依据初步确立的先例规则来比较异同,看后案是否具有符合先例规则适用前提和结果的事实,或者是否具有先例确定的关键事实;后案中符合的、具有的那些地方就是与先例的相同点,而不符合、不具有的那些地方就是与先例的不同点。

2. 分析不同点是否可以被消除。照理说,先例规则中确定的关键事实都应当是必要且有意义的,因此后案与之不同的事实当然会形成有意义的不同点,这种不同点应当不能被消除。然而实际中往往会出现可以被消除的不同点。原因是此处所依据的先例规则是初步被确立的,是粗糙的、待解读和修正的,这样的先例规则往往要么将某些非关键事实包括在其规则性阐述中,要么没有明确关键事实的含义和内容,要么规则性阐述的前提和结果的意义不明,从而使得某些表面上看似不同的地方经过分析后被化解。因此,这一步骤主要就是明确根据上述理论初步确立起的先例规则的某些不准确或者不明确的地方,从而消除某些没有意义的不同点。

3. 评价有意义的不同点所具有的突破先例约束的力量。当某个不同点的存在无法化解而且是必要的、有意义的时,这个不同点就有可能导致后案与先例实质意义上的不同,致使后案不受先例的约束,得到与先例不同的判决。某个有意义的不同点也可能不足以突破先例的约束而仍然得不到不同的判决,因而扩大了先例的适用范围,但也可能足以突破先例的约束而得出不同的判决,从而限制先例的适用范围。这些不同点所具有的突破先例约束的力量所能造成的后案与先例的不同,均需要进一步的分析。

4. 分析评价新对抗的事实。在分析评价完不同点后,应当考虑后案中是否出现了对抗先例的新事实,使得其他先例或既有法则能够得到适用以对抗该先例。这种事实有可能就是通过上述理论初步确立的先例规则的适用前提或者关键事实,也有可能是其他先例或既有法则的构成要件,使得后案初步满足其他先例或既有法则的适用条件,与前先例发生对抗。值得注意的是,这里的其他先例或法则与前先例发生的对抗应当是不同于在前先例确立时发生的对抗,即发生对抗的是不同的其他先例与法则或者相同的其他先例或法则的不同方面。对抗应当不同的原因在于先例约束的根本特点是相同的情况应当相同处理,

因此在前先例规则确立时已经对同样的对抗经过了适当的分析、判断和处理,在后案中遇到同样的对抗时也应作出同样的判断,而不需要也不应当作再次分析。^①如果在后案中出现了产生新对抗的事实,那么该对抗就有可能导致适用其他先例或法则,而原本可以在该后案中适用的先例规则不能适用,因此该事实就可能影响先例规则的适用范围,导致对初步确立的先例规则的突破和修正,形成与先例有意义的差别。继而需要对这些事实进一步进行分析,评价其具有的突破先例的力量。

5. 综合考虑。确定被作为初步衡量标准的初步确立的先例规则能否适用于后案,或者能否在修正后适用于该后案。此时初步确立的先例规则很可能已经在消除某些无意义的不同点时被修正过,因此现在的综合考虑是在此基础上看是否需要再次修正。这里主要考虑以下内容:一方面,不同点对先例规则的突破力有多强;另一方面,对抗事实所带来的其他规则的碰撞力有多强。经过综合考虑,初步确立的先例规则再次得到修正,同案最终得到确定,异案得到区分,然后如果能适用,就根据修正后的先例规则经过演绎推理判决后案。

三、在适用过程中结合判决理由确定先例规则

值得注意的是,这里虽然重点讨论的是判决理由部分对确定先例规则的意义,但是实际上先例的各部门都对规则的确定发挥着作用,只是判决理由的作用尤其显著。不过与美国学者的必要理由说不同,笔者在本文所指的是结合后案的适用动态地明确先例规则。另外,由于我国主要是成文法,因此关于演绎推理的讨论较为丰富,但是对于类比推理或基于类比的演绎推理,特别是先例与后案如何区分,国内鲜有系统的研究。^②其实,先例规则的确定过程就是确定先例能否适用于该后案或者与该后案相区分的过程。因此,下文对先例规则如何确定的阐释也体现了对先例与后案如何区分的阐释。

(一)比较异同为判决理由的介入作铺垫

在第一步的比较异同后,我们并不能直接得出“相同案件得到相同判决,不同案件得到不同判决”的结论。一是因为这里仅以初步确立的先例规则为标准来比较,但这个先例规则可能被进一步解读和修正,而根据修正后的标准会得到不同的异同点;二是因为先例规则本身会发展变化,有一定的包容性,使某些略有不同的案件仍然受到先例的约束从而得到相同的判决,所以要看后案与先例是否足够不同以致能够突破先例的约束。^③三是因为先例的约束并不绝对,某个先例的约束就更不是绝对的了,所以某些相同的案件可能因为其他先例或法则的约束强于该先例的约束而适用其他先例或法则,从而得到与该先例相异的判决。可以说,初步相同的案件不一定就能得到相同的判决。在初步比较异同后要进一步确定怎样的不同点才是不可消除的有意义的不同点;怎样的不同点才具有足以突破先例的同案同判的约束力并导致不同的判决结果,反之则仍然受到先例的约束;或者,其他先例或法则对该后案的约束怎样,是否足以对抗先例的约束,从而限制先例规则的适用范围。而判决理由可以为回答这些问题提供重要的信息和指导。虽然第一步没有结合判决理由,但是为之后判决理由的介入留出了空间。

(二)通过判决理由判断不同点是否可以被消除

分析不同点是否可以被消除时需要通过解读初步确立的先例规则来进行。这种解读有时通过结合先例的判决理由来明确规则性阐述或关键事实的内容,有时则通过对规则性阐述或关键事实的文字进行解释来进行,这里主要对前者进行讨论。要解决这个问题,首先要理解判决理由的意义。判决理由是先例规则之所以被确立的原因,是其存在的价值,是支撑先例规则的背后理由。^④先例之所以如此规定就是为了

^① 至于在后案突破先例约束后,先例中对某一对抗的判断和处理对于后案中同样对抗的约束力这一问题,有很多学者都有研究,不过多是从确立先例规则的角度来进行的。影响约束力的因素多认为包括该对抗与所立先例的关系,该对抗的判断所依据的原则和逻辑推理,等等。

^② 关于先例的类比推理,国内的研究认识到其是用于比较先例与后案之间的异同,但对于怎样比较、如何认定不同点、如何评价异同等没能进一步展开。参见朗贵梅:《美国联邦最高法院判例汇编制度及其启示》,《法律文献信息与研究》2008年第2期。

^③ 参见张骥:《判例法的比较研究》,《比较法研究》2002年第4期。

^④ 参见肖永平:《论英美法系国家判例法的查明和适用》,《中国法学》2006年第5期。

实现先例载明的判决理由。^①而与先例类似的后案也应基于类似的理由得到与先例类似的判决,因此,如果后案的不同点会导出先例判决理由的不同效果,使后案按照先例判决失去判决理由的支持,那么后案就不再受到先例的约束;反之,如果后案的不同点不会导出先例判决理由的不同效果,即先例的判决理由在后案中仍然存在,那么该不同点就不会造成先例与后案的实质性不同,可以被消除。因此,判决理由可以用来检验不同点是否有意义进而排除掉无意义的不同点。假设先例中仅指明一个判决理由,如果某个不同点不会造成该判决理由上的不同效果,那么后案与先例就存在相同的判决理由,从而要求相同的判决,那么这个不同点就不会导致不同的判决结果,因此这个不同点就是无意义的不同点,不会造成后案与先例的实质不同。现实中先例往往指明多个判决理由,如果某个不同点不会造成任一个判决理由上的不同效果,那么依据同样的逻辑,这个不同点也是无意义的,不会产生实质性影响,可以被判决理由消除。

(三)通过判决理由确定不同点的突破先例约束的力量

当只存在一个判决理由时,有意义的不同点会造成后案在该判决理由上的不同于先例的效果,使得后案依据先例判决的唯一理由不存在,此时的不同点便具有极强的突破先例约束的力量。当存在多个判决理由时,较简单的情况是某个不同点仅造成一个判决理由的不同效果,而在其他判决理由上的效果则与先例一致。此时,该不同点导致仅有一个判决理由不支持与先例的相同判决,而其他理由仍是支持的。因此,该不同点的突破力量取决于该判决理由对于先例规则的重要性。

艾森伯格认为先例规则确立的理由可以分为三大类:规则的、法律体系的和社会的理由。^②规则的理由来自之前存在的规则通过类比或演绎推理在该后案中适用该先例规则以确保规则稳定性的要求。法律体系的理由来自之前存在的既有法则的体系一致性的要求。^③社会的理由来自当下的社会价值、习惯、政策等要求。这三大类理由对所立规则的重要性没有绝对的位阶,受到诸多因素的影响,需要在具体的案件中不断进行平衡较量。^④这些因素包括:所立规则对于实现某判决理由的意义,某判决理由对于当下社会的作用和价值,某判决理由本身是否具有宪法性或根本性的意义,等等。这些因素综合在一起共同决定某判决理由对于所立先例规则的重要性。为了简化研究,这里仅将这种重要性区分为必要的和不必要的理由。必要的理由是指对于所立规则的成立是必需的,缺少这个理由就不需要或者不应当确立该规则了;不必要的理由是指对于所立规则的成立虽然构成理由,但不是必要的,是可以被替代的,缺之不会导致该规则不应当被确立。

因此,当某个不同点造成多个判决理由中的一个的不同效果时,如果该理由是所立规则的必要理由,那么该不同点会使得该必要理由不存在,从而使得该规则在后案中适用的必要理由不存在,以此来看,这种不同点的突破力量是很强的。但是如果该理由只是可被替代的理由,那么该理由的不存在就不会导致该规则不应当被确立,而其他理由的相同效果可以替代该理由的不同效果,从而仍可能使先例规则在后案中得到适用,那么该不同点就具有较弱的突破力量。当有多个有意义的不同点时,就需要综合考虑这些不同点结合在一起所产生的突破力量。如果它们结合在一起可以否定所有的判决理由,那么就可以否定先例适用的所有理由,构成极强的突破力量;如果它们结合在一起可以否定先例的必要的判决理由,那么它们就否定了先例在后案中适用的必要理由,也构成极强的突破力量;如果它们一起仅否定个别不必要的理由,而其他理由仍然支持先例的适用,那么就不足以否定先例的适用,具有较弱的突破力量。

(四)通过判决理由评价新对抗事实的突破先例约束的力量

在分析不同点之后,要对新对抗事实进行分析评价。这些事实之所以具有突破先例的力量是因为它们能够使其他先例规则或法则适用于该后案。^⑤这样能得到不同于前例规则要求的结果而与前例发

① 参见朗贵梅:《美国联邦最高法院判例汇编制度及其启示》,《法律文献信息与研究》2008年第2期。

② 参见[美]迈尔文·艾隆·艾森伯格:《普通法的本质》,张曙光译,法律出版社2004年版,第1-3页。

③ 参见[美]迈尔文·艾隆·艾森伯格:《普通法的本质》,张曙光译,法律出版社2004年版,第21-45页。

④ 参见[美]迈尔文·艾隆·艾森伯格:《普通法的本质》,张曙光译,法律出版社2004年版,第62-66页。

⑤ 参见邓聆婷:《美国判例体系的构建经验——以居间合同为例》,《华东政法大学学报》2014年第2期。

生对抗,产生突破前例约束的力量。因此这种事实的突破力量取决于其代表的其他先例规则或法则。基于其他先例规则的突破力量应当包括两方面,一是其他先例规则对类似后案的先例性约束力,二是其他先例规则本身的价值所具有的力量。第一种力量的性质与前例对该后案的先例约束的性质相同。因为新对抗事实的存在使得该后案既满足前例也满足其他先例,从而不仅受到前例的约束,而且受到其他先例的约束,所以评价这些事实的这种力量的方法与前述评价与前例有意义的不同点的突破力量一样,也是通过这些事实所折射到的其他先例判决理由上的效果程度以及相应的判决理由对其他先例的重要性来确定的。但与之不同,新对抗事实的这种突破力量是其对其他先例突破力量的反面,即对其他先例的突破力量就越强,其对前例的突破力量就越弱;其对其他先例的突破力量越弱,其对前例的突破力量就越强。第二种力量是其他规则本身的力量,取决于其背后所支撑的判决理由的价值,而之前艾森伯格的结论同样可以用来分析和评价这些判决理由。^① 因此先例规则之间的碰撞取决于它们背后的判决理由之间的碰撞,而这种碰撞的结果也受到多种因素的影响,这些因素同样地包括所立规则对于实现某判决理由的意义、某判决理由对于当下社会的作用和价值、某判决理由本身是否具有宪法性或根本性的意义等。基于此,在评价新对抗事实的突破力量时,应当同时考虑其受其他先例规则的约束力和其所代表的其他规则判决理由的价值。当新对抗事实不会造成其他先例规则重要判决理由的不同效果时,其受到较强的其他先例规则的约束,对前例具有较强的突破力;当其对应的其他先例规则的重要判决理由价值重大且受该对抗事实影响重大时,其对前例的突破力较强。

(五) 综合评断,修正初步确立的先例规则

通过上述判决理由对不同点的消除、不同点所具有的突破力量以及新对抗事实的突破力量的影响在综合考虑中修正了初步确立的先例规则,最终确定了先例规则。具体说来,可以分为四种情况:

1. 当不同点较弱时,先例的约束力量就较强。如果此时其他规则的碰撞力也较弱的话,先例就能够约束该后案,通过该后案明确原先先例适用的模糊地带,扩大先例的适用范围,因而修正初步确立的先例规则。究其原因,可能是不同点引起的判决理由上的不同效果程度较轻,或者支撑该先例的重要判决理由价值优于其他规则的非重要价值,或者新对抗事实引起的其他规则判决理由上的不同效果程度较重。

2. 当不同点较强时,先例的约束力量就较弱。如果此时其他规则的碰撞力也较强的话,先例就不能约束该后案,通过该后案明确原先先例适用的模糊地带,缩小了先例的适用范围,因而修正初步确立的先例规则。究其原因,可能是不同点引起的判决理由上的不同效果程度较重,或者支撑该先例的非重要判决理由价值次于其他规则的重要价值,或者新对抗事实引起的其他规则判决理由上的不同效果程度较轻。

3. 当不同点较弱时,先例的约束力就较强。如果此时其他规则的碰撞力较强的话,该后案就较集中体现了先例与其他规则的碰撞。如果碰撞后,先例完全获胜,那么其他规则原先明确的适用地带被抢占;如果先例完全失败,那么先例原先明确的适用地带被抢占;如果介于两者之间,则各自被修正一部分。因此碰撞会同时修正先例和其他规则。以先例完全失败为例,导致其他规则胜出的那些对抗事实可能被作为初步确立的前例规则的遗漏的前提,或者是隐含的适用前提,或者是经对抗而新增的适用前提。究其原因,可能是不同点引起的判决理由上的不同效果程度较轻且新对抗事实引起的其他规则判决理由上的不同效果程度较重,或者支撑该先例的重要判决理由价值次于其他规则的重要价值。

4. 当不同点较强时,先例的约束力就较弱。如果此时其他规则的碰撞力较弱的话,那么该后案就较集中地体现了先例自身的变化。如果先例仍能约束该后案,那么原先明显不能被先例适用的地带就变成可以适用的,从而修正前例,扩大其适用范围。如果先例不能约束该后案,那么原先先例适用的模糊地带被明确为不能被适用的,从而修正了前例,缩小其适用范围。究其原因,可能是不同点引起的判决理由上的不同效果程度较重,或者其对应的判决理由的价值变得更加重要。

在以上四种情况中,无论是因为“支撑该先例的重要判决理由价值优于其他规则的非重要价值”,“支

^① 参见[美]迈克尔·艾森伯格:《普通法的本质》,张曙光译,法律出版社2004年版,第1—3页。

撑该先例的非重要判决理由价值次于其他规则的重要价值”，还是“支撑该先例的重要判决理由价值次于其他规则的重要价值”，抑或是“其对应的判决理由的价值变得更加重要”，都反映了社会价值的变化，也是先例规则顺应社会发展而变化的重要方式和重要体现。

四、在适用过程中结合判决理由确定先例规则的理论对适用指导性案例的启示

虽然我国建立的是案例指导制度而非普通法的判例制度，但是两种制度均是通过具体的判决根据同案同判的原理来约束后案的判决，^①只不过在普通法中具有约束力的是判例，而在我国则是指导性案例。虽然判例的约束力来源和地位与指导性案例的约束力来源和地位不同，但是二者均对相同后案有着事实上的要求得到相同判决的约束力。^②在这种意义上，指导性案例也可以说是前文所称先例的一种。指导性案例也要研究如何从具体的判决中确定该判决的规则，如何确定后案是同案或异案，以及如何解读和适用指导性案例的规则。我国在建立案例指导制度时明确具有效力部分是指导性案例的裁判要点部分，但是这同样存在规则性阐述说的缺点，需要结合裁判理由予以明确。^③因此前文论述的在先例适用过程中结合判决理由确定先例规则的理论可以同样适用于指导性案例规则的确定和解读。

首先，前文经分析总结得到的“仅有事实结果或者判决理由或者规则性阐述不足以明确判决规则”的结论应同样适用于我国的指导性案例。在指导性案例的各部分中，裁判要点以规则性的语言总结指导性案例的规则，相当于前文所指的规则性阐述部分。裁判理由是支撑指导性案例判决结果和裁判要点的理由，是指导性案例之所以如此裁决的原因，相当于前文所指的判决理由部分。基本案情和裁判结果则是简述主要的案件事实和判决结果，是最高人民法院在编纂指导性案例时认为对本案的裁决所必要了解的或者有重要意义的事实及结果，因而经过了一定的选择，相当于前文所指的关键事实。根据前文的结论，指导性案例规则的确定应当结合各部分来进行，而非单靠裁判要点或裁判理由或事实结果或关键事实就可以做到，需要动态地在后案对指导性案例的适用过程中结合各部分尤其是裁判理由来进行。仅有裁判要点无法准确把握指导性案例规则的构成要件和适用范围；仅有基本案情和裁判结果无法确定哪些事实是关键的以及事实的哪些特征是关键。

其次，前文的理论进一步阐释了如何结合各部分特别是判决理由来明确先例的规则。在我国的现实应用中，则是如何结合指导性案例的裁判理由来明确指导性案例的规则。具体而言，先将指导性案例在后案的适用过程中细化为包含五个步骤的基于类比的演绎过程，然后在这些步骤中具体分析如何结合裁判理由来最终确定适用于后案的指导性案例的规则。

1. 以初步确立的指导性案例规则为基准比较异同。由于指导性案例统一地都具有裁判要点部分，并且最高人民法院明确该部分是代表指导性案例的有约束力的规则，^④因此不同于普通法中判例需要通过其他方法确立初步先例规则，我国指导性案例中的初步规则就是其裁判要点。值得注意的是，这里的裁判要点是初步确立的有待修正的指导性案例规则，并不是说裁判要点是可以被修正的。这显然有违最高人民法院指出的指导性案例具有对后案的约束力的要求，而是指对裁判要点意义的把握和解读是有待明确的，特别是在裁判要点的文字表义不明确时。因此，首先以初步确立的裁判要点的含义为基准，比较后案与指导性案例的异同。

2. 通过分析不同点在裁判理由上的效果以及裁判理由本身的重要性，消除无意义的不同点，评价有意义的不同点对指导性案例的突破力。这提醒我们，(1)在撰写指导性案例的裁判理由时应当注意：一要体现其对裁判要点的支撑，即哪些理由环环相扣导出最终的裁判要点；二要体现出若干理由的重要性层

^① 参见牛克乾：《中国特色指导性案例制度的实然定位与应然方向》，《人民司法(应用)》2015年第5期。

^② 参见陆幸福：《最高人民法院指导性案例法律效力之证成》，《法学》2014年第9期；雷磊：《指导性案例法源地位再反思》，《中国法学》2015年第1期。

^③ 参见郭琳佳：《参照指导性案例的技术和方法》，《人民司法(应用)》2014年第17期。

^④ 参见郭琳佳：《参照指导性案例的技术和方法》，《人民司法(应用)》2014年第17期。

次,即这些理由中哪些是必要的,哪些是重要的但可替代的,哪些是附带的;三要分析是否存在与这些理由相对抗的其他理由,即有哪些理由不支持裁判要点的规则,这些理由为何不足以对抗那些支持的理由。

(2)在结合裁判理由把握裁判要点的含义时,要注意分析裁判要点的陈述的以下几方面问题:一是哪些陈述代表了环环相扣导出裁判要点的裁判理由;二是这些理由的重要性顺序怎样,哪些是必要的;三是哪些陈述代表了不支持裁判要点的理由,它们不足以对抗那些支持性理由的原因是什么。如此,在分析不同点时,就可以根据其造成的支持裁判要点的裁判理由的不同效果来判断该不同点是否具有意义,所具有的突破力有多强。

3. 确定能使其他规则适用的对抗事实,再根据裁判理由分析对抗事实的突破力。这里的其他规则在美国多指其他也可能适用的判例,因为在普通法制度下作为先例的判例的数量繁多,涉及范围既广又深且多有重叠。^①但是指导性案例制度目前仅有 52 个,范围实难重叠。不过,如果把最高人民法院公布的其他案例也算进来,如审判要览和公报案例,那就有可能出现重叠。由于我国是成文法国家,有大量的成文法形式的法则,包括法律、法规、规章和司法解释等,因此这里的其他规则在我国多指其他可能适用于本案的成文法形式的法则。当重叠的是其他指导性案例时,同样都是具有约束力的先例,其法律效力的位阶一样,因此与普通法制度中重叠的是其他先例一样,进行对对抗事实及理由的分析。而当重叠的是其他成文法形式的法则时,其法律位阶与指导性案例就不一定相同,有些还带有争议,此时就与普通法下的先例之间的重叠不一样,不能直接进行对对抗事实及理由的分析。^②如果与其他指导性案例重叠,同样地也要分析哪些事实使得其他指导性案例可以适用,这些事实基于怎样的裁判理由使得其他指导性案例能够适用,这些事实或其他事实基于怎样的裁判理由要求前指导性案例的适用等。

4. 综合考虑,并依上述步骤的分析修正初步确立的指导性案例规则,也即初步确立的裁判要点的含义。如此,裁判理由就能够为指导性案例规则的确定提供指导,并且使指导性案例顺应社会价值的发展而变化,平衡稳定性、可预测性与灵活性。^③

五、结语

本文基于对美国确定先例规则的学说的分析,针对如何确定和解读先例规则提出了在先例适用过程中结合判决理由来确定方法,并将其应用于我国指导性案例,为指导性案例规则的确定和解读提出建议。需要指出的是,通过考虑不同点和对抗事实在判决理由上的效果来确定先例是否约束后案的方法与利用目的解释来确定成文法条的意义有类似之处。二者都认为法律是为了实现其目的被制定出来的,因此应当按照能实现其目的的路径进行解读,以法律目的(判决理由)能否实现为指导来确定法律(先例)的意义。但是,先例的判决理由往往有多个,且对抗事实的出现还会带来其他先例的碰撞,而不同点对不同的判决理由还可能造成不同的效果,因此,如何比较和综合评价这些不同的效果,如何区分不同的判决理由的重要性程度,如何类型化这些不同点,如何确定消除、限制或是保留这些不同点,以达致确定先例规则的解读,还需要更详细、具体的研究。

责任编辑 王虹霞

^① 参见肖永平:《论英美法系国家判例法的查明和适用》,《中国法学》2006 年第 5 期。

^② 参见张骥:《判例法的比较研究》,《比较法研究》2002 年第 4 期。

^③ 参见牛克乾:《中国特色指导性案例制度的实然定位与应然方向》,《人民司法(应用)》2015 年第 5 期。