

指导性案例的参照效力与适用问题研究

郭明瑞 瞿灵敏

摘要：指导性案例中具有后案参照力的内容是多元而非一元的，不同内容所具有的后案参照效力并不相同，有制度性参照与非制度性参照之别。制度性参照的对象是体现为裁判要点的裁判规则，非制度性参照的对象是具有主观性的裁判方法、法律思维、事实认定和法律适用的方法等。制度性参照具有强制性，其参照方式是全有或全无的规则式的参照；非制度性参照不具有强制性，其参照方式是原则式的参照。裁判规则仅对类似案件的处理具有参照力。作为后案与指导性案例相似性判断标准的案件事实必须是经法庭审理认定的、经抽象处理的、与案件争点相关的必要事实。由最高人民法院统一提炼裁判要点具有合理性，但未来应赋予案件审理法官初步提取裁判要点的权力，而且裁判要点的提炼不宜超出案件的争点范围。

关键词：指导性案例；制度性参照；非制度性参照；裁判要点；相似性判断

中图分类号：D920.4 **文献标识码：**A **文章编号：**1003-854X(2016)02-0135-08

一、问题的提出

由于立法者的有限理性和表述法律规则的语言所具有的开放性结构，立法既无法为所有应当受法律调整的社会关系制定规则，也无法保证所制定的规则都能够准确地描述所适用的社会关系，因此成文法不可避免地存在法律规定完满性的缺失以及法律规则规定得过于原则、存在模糊和歧义的不足。这增加了审判实践中不同法官对具有相同或相似事实的案件作出不同甚至截然相反的判决的危险。而“同案不同判”的现象会破坏法律适用的统一性，损害司法的权威性和公信力。因此，为总结审判经验，统一法律适用，提高审判质量，维护司法公正”，2010年12月最高人民法院就开展案例指导工作”发布了《最高人民法院关于案例指导工作的规定》（以下简称《规定》）。

《规定》第7条规定，最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例应当参照。”从2011年12月20日发布第一批指导性案例至2015年10月，最高人民法院已经先后发布了十批共计52个指导性案例，这些指导性案例从类型上看，几乎涵盖了除宪法以外的所有部门法，而且指导性案例从来源上覆盖了从基层法院到最高人民

法院的生效判决，在审判程序上也涵盖了一审、二审、再审案件，这其中既有实体问题，也有程序问题。然而，对于如何理解“应当参照”指导性案例，指导性案例在对于后案的指导性上有何效力，理论与实务界有不同观点。归纳起来，主要有以下三种学说：一是事实拘束力说。这种观点认为，指导性案例不具有正式法律渊源的地位，不能作为后案法官处理类似案件的裁判依据，不具有规范拘束力，但指导性案例对类似案件的处理具有事实上的拘束力，后案法官应当参照指导性案例进行判决并在判决说理部分引用指导性案例以增强说理，否则没有正当理由拒不参照指导性案例的，将构成当事人上诉、申诉的理由，上级法院也可据此撤销判决。^①二是行政拘束力说。该观点认为，指导性案例在生成机制上并非是依靠审级控制的司法权运作的结果，而是最高人民法院依靠其作为所有法院的上级法院的行政权运作的结果，其所具有的是一种行政上的拘束力。^②三是规范拘束力说。这种观点认为，指导性案例属于最高人民法院通过个案行使法律解释权的产物，具有间接的授权依据，其已经成为司法裁判中附属的制度性权威并具有弱于制定法和司法解释的规范拘束力，可以作为法官处理类似案件的裁判依据。^③同时，最高人民法院应该扩大司法解释的范围，将指导性案例作为一种新的司

法解释并赋予其规范拘束力。^④

我们认为，指导性案例的效力形态应该是建构在其类型基础划分之上的多层次的、强弱有别的参照力体系。具体而言，可将指导性案例依据其对法律发展程度的不同划分为造法型、释法型和法规重述型指导性案例，三者分别对类似后案的处理具有弱的规范拘束力、事实上的拘束力和不具有拘束力但具有参考价值的不同效力形态。^⑤

按照《最高人民法院关于案例指导工作规定实施细则》（以下简称《细则》）第3条的规定，指导性案例在结构上包括了指导性案例的标题、关键词、裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果和裁判理由以及附注。与一般的判决书相比，指导性案例除对基本案情进行了剪裁之外，为了便于后案法官参照，还增加了案件编号、裁判要点，并将裁判结果和裁判理由的位置进行了调换。在指导性案例的这八个部分中，除案件标题、关键词外，其他部分均不能直接排除其具有参照力的可能性。可见，在一个指导性案例中，具有后案参照力的内容是多元而非一元的，这些具有后案参照力的内容不可能都具有相同的参照效力。因此，尽管上述根据指导性案例的类型划分来探讨指导性案例所具有的后案参照力形态，对于明晰《规定》第7条的“应当参照”的准确事实含义具有重要的参考价值，但除此之外，从指导性案例中具有后案参照力的不同内容对类似案件处理的效力差异上探讨指导性案例的参照效力，更能深入、精确地理解其后案参照力，更有助于司法实务中的“参照”。

二、指导性案例中具有参照力内容的识别

依《规定》第7条要求，各级人民法院在审理类似案件时应当参照最高人民法院发布的指导性案例。但《规定》并未明确法官应当参照指导性案例中的哪一部分或哪些部分内容，而具体的个案处理中，法官不可能笼统地宣称自己是在参照指导性案例处理待决案件，他必须让人知道他所参照的指导性案例中的具体内容。最高人民法院的相关负责人提出：“参照就是参考、遵照的意思，即法官在审判案件时，处理不相类似案件时，可以参考指导性案例所运用的裁判方法、裁判规则、法律思维、司法理念和法治精神。处理与指导性案例类似案件时，要遵照指导性案例的裁判尺度和裁判标准”。^⑥但裁判方法、裁判规则、法律思维、司法理念和法

治精神并不直接体现在指导性案例的文本之中，而裁判尺度和裁判标准又过于笼统。有课题组通过对可能接触案例指导制度的实务人群进行的问卷调查显示，裁判要点、裁判理由、裁判结果、裁判方法和法律思维都被认为是指导性案例中可能具有参照价值的内容，大部分的受访者都认为裁判要点和裁判结果具有参照价值。^⑦由此不难看出，指导性案例中具有参照力的内容是多元而非一元的。

但是，在具体到指导性案例中什么内容具有后案参照力上，则有案例本身说与特定内容说两种主张。前者认为，指导性案例中具有后案参照力的部分不仅包括裁判规则，也包括指导性案例本身，参照的对象和范围可以确定为指导性案例及其裁判规则，即案例和裁判规则的综合体。而裁判规则主要是从案例中所提炼的法律适用解释性规则、法律规范补充性规则或者关于事实认定和法律适用等裁判方法。”^⑧后者主张，具有后案参照力的是指导性案例中特定的内容。此说并未将指导性案例本身作为具有后案参照力的内容，但在具体什么特定内容具有参照力上，又主要有两种不同的观点：

一种观点认为，指导性案例中具有后案参照力的部分只有裁判要点或裁判要旨。如周佑勇认为，只有在判决理由部分中能宣示新的法律原则或规则的，才能成为判例，而实践中推行指导性案例时在案例之首所增加的“案例指导原则”正是这样的内容。^⑨李友根认为，只有由最高人民法院从生效判决对法律争点的阐释中所甄别、筛选并在裁判摘要中予以体现的裁判要点才具有拘束力或指导力，而未被裁判摘要确认的，则只是该案件中审理法院的立场，并不代表最高法院的立场，不具有后案参照力。^⑩最高人民法院在《细则》第9条也规定：“各级人民法院正在审理的案件，在基本案情和法律适用方面，与最高人民法院发布的指导性案例类似的，应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判”。但也有学者对此持否定态度。冯文生就认为：指导性案例“先例式参照的效力内容仅限于生效裁判文书所记载的争讼点及其裁判理由和裁判结果，而不是从中抽取的裁判规范”，“那种试图从先前判决中抽取裁判规范，用于作为解决待决案件争点的‘参照’对象的努力，不过是把抽象的司法解释从条文的‘批发’转为了案例的‘零售’，忽略了‘例’在指导性案例中所具有的本质特征”。^⑪宋晓提出，“裁判摘要中高度抽象的判例规则，完全脱离了案件事实的约束，我们既不知道它们是从何处开端的，也不知道它们是在何处结束的，我们无从

考察它们对未来案件的支配范围或效力范围”。^⑫ 另一种观点则认为，指导性案例中具有后案参照力的部分并不限于，甚至主要不是裁判要点或裁判要旨，还存在其它具有后案参照力的内容。如张骥便将指导性案例中具有后案参照力的内容分为判决书中具有后案参照力的部分和判决书之外具有后案参照力的部分。其中，判决理由、法律说理、对案件事实的认定或判决结果是判决书中可能具有后案参照力的部分；裁判要点则是判决书之外具有参照力的部分。^⑬ 杨力认为，中国指导性案例的拘束力载体应当具有双重性，既有案例指导规则，也包括案例本身的决定性判决理由。^⑭

我们认为，指导性案例中具有后案参照力的部分只能是具有一定规范性的内容的部分，单纯陈述案件事实的部分对后案的处理不可能具有参照力。此外，裁判结果作为判决书的主文，是发生既判力的部分，对后案的处理也不会有参照力。虽然案例指导制度的直接动因就是要解决实践中同案不同判的问题，但所谓的同案同判并非指相同案件事实的两个案件在裁判结果上要实现一致，而是指对于类似案件法官应给予相同或者相似的法律评价。这种法律评价主要是通过适用相同的裁判规则来实现的，而不是体现在裁判结果的内容上，追求同案同判，应该是指类似案件适用相同的裁判规则，而不是简单追求裁判结果相同；是裁判方法的内在一致性，而非裁判结果的外在相同性”。^⑮ 对于与指导性案例属于类似案件的待决案件，只要适用与指导性案例相同的裁判规则，判决结果的相似性会是一个自然导向的结果，并不需要后案法官参照指导性案例的裁判结果进行裁判。而否认裁判要点具有后案参照力的观点主要是认为裁判要点脱离指导性案例的个案事实，一旦将其作为具有后案参照力的内容，将导致裁判要点具有超越个案事实的规范拘束力，从而与指导性案例规范法官自由裁量权的初衷相悖。实际上，指导性案例的裁判要点不包含具体案件事实，其表现出法规范的特征并不使其具有脱离个案事实的规范拘束力。因为指导性案例裁判要点适用的前提是后案与指导性案例属于类似案件，在审理后案的法官确定参照裁判要点进行判决时，必然是已经经过了相似性的比对，确定后案与指导性案例具有相同的案件事实。由于指导性案例的判决理由除了提炼裁判要点的材料来源外，还包含了法官的判决方法、裁判思路以及法律适用的方法，因此判决理由也属于具有后案参照力的内容。

指导性案例中具有后案参照力的内容是多元

的，而非一元的，这其中直接来自于指导性案例文本的内容，如从裁判理由中提取的，通过裁判要点所表述的裁判规则和指导性案例的判决理由，也有蕴含在整个判决书中的法官在判决案件时所运用的裁判方法、法律思维、事实认定和法律适用的方法等。但是，这些具有参照力的内容对后案所具有的参照效力并不相同，大致可分为制度性参照与非制度性参照。制度性参照是指法官在处理与指导性案例类似案件时，基于制度性的要求必须参照指导性案例中的某些内容进行裁判。它对于法官而言是一种强制性的法律义务，除非法官使用区别技术表明后案与指导性案例不属于类似案件，或者后案法官认为指导性案例所确立的裁判规则是错误的并层报最高人民法院决定，否则法官必须参照该部分进行裁判。非制度性参照是指后案法官在审理案件时，可以自愿选择是否以及在多大程度上参照指导性案例中具有后案参照力的部分进行裁判。它是法官自愿选择的结果，对其不具有强制性。

三、制度性参照与非制度性参照的差异

正确识别指导性案例中的制度性参照与非制度性参照的内容，明确二者在适用方式和范围上的差异，准确适用指导性案例具有参照力的内容，无论是对于指导性案例效力的理论研究还是对于指导性案例“参照”效力的落实，都有重要意义。

1. 制度性参照与非制度性参照的参照内容不同

制度性参照和非制度性参照对处理与指导性案例类似案件的后案法官所具有的强制力的不同决定了它们的参照内容也必然不同。

由于制度性参照构成法官强制性的法律义务，因此其参照对象不会因为后案法官的不同而具有差异，而且制度性参照的内容在效力上应该具有事实或者法律上的拘束力，而不仅仅是一种说服力。也就是说，制度性参照的对象对于后案而言必须构成一种权威性的裁判理由。而在指导性案例具有后案参照力的内容之中，只有裁判要点具备这种权威性。裁判要点的这种权威性首先来自于制定法的权威性。裁判要点表述的是从指导性案例中所提炼的裁判规则，这些规则是对制定法的正确解释，它们要么是对法律规定过于原则之处的具体化，要么是对法律规定模糊、有歧义的地方所作出的符合立法目的的正确理解，要么是对法律规定存在漏洞的地方所进行的漏洞填补。此外，裁判要点的权威性还

来自于生成裁判要点的主体所具有的权威性。裁判要点是由最高人民法院所总结并经最高人民法院审判委员会确认，代表了最高人民法院对相关问题的态度。根据《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》和《中华人民共和国法院组织法》第32条的规定，最高人民法院及其审判委员会有在审判工作中对具体应用法律的解释权。但上述法律只规定了最高人民法院行使法律解释权的范围，并未限制法律解释权的具体方式。这种解释权的行使方式不仅包括发布抽象的司法解释，也包括通过指导性案例形成裁判规则。因此，指导性案例裁判要点可以看作是最高人民法院及其审判委员会在个案中行使法律解释权的产物，而且这些裁判规则被以裁判要点的形式置于指导性案例之首，对于任何参照它的后案法官而言都是客观存在的。也正因为如此，最高人民法院《细则》第9条明确规定，处理类似案件的后案法官必须参照指导性案例的裁判要点进行裁判。

非制度性参照是后案法官自愿选择的结果，不同的法官在审理同一个与指导性案例类似的案件或参照同一个指导性案例时，可以选择不同的内容作为参照。法官之所以作这样的选择，既可能是基于前案法官的个人权威（如人格、品质或能力）所产生的人格说服力^⑩，也有可能是基于案件判决在裁判方法上所体现出来的说服力。这也就决定了非制度性参照的内容不可能是如裁判规则那样具有后案拘束力的内容，因为对于具有后案拘束力内容的参照是不允许法官自由选择的。因此，非制度性参照的内容只能是指导性案例裁判要点之外的那些具有主观性的裁判方法、法律思维、事实认定和法律适用的方法等。

2. 制度性参照与非制度性参照的参照方式不同

如上所述，制度性参照的对象是具有后案拘束力的裁判要点，非制度性参照的对象是仅具有说服力的主观性的裁判方法、法律思维、事实认定和法律适用方式。由于裁判要点具有抽象的法规范的特征，其内容所表达的是具体的裁判规则，对裁判要点的参照具有和规则相似的适用方式。而裁判方法、法律思维、事实认定和法律适用的方法不具有规范性特征，没有自己的构成要件，因而对这些内容的参照具有与法律原则类似的适用方式。因此，可以说制度性参照是一种规则式的参照，而非制度性参照则是一种原则式的参照。

德沃金认为存在着另一种与规则截然不同的法

律规范，那就是法律原则。各种法律原则和各种法律之间的差别，是一种逻辑的差别”^⑪，这种逻辑差别主要体现在三个方面，即二者在适用方式上的差别，是否具有重要性面向的差别，以及规则冲突与原则冲突解决方式上的差别，而后两个差别都属于第一个差别的必然延伸。具体而言，规则在适用时，是完全有效或者完全无效的，假如提出一条规则所规定的事实，那么或者是这条规则是有效的，在这种情况下，必须接受该规则所提供的解决方案，或者该规则是无效的，这种情况下，该规则对裁判不发生任何作用”。^⑫规则这种以全有或全无形式的适用主要是由于规则具有明确的构成要件，只有当一条规则的所有构成要件都确定地满足时，该条规则才能够被适用于具体的个案。而原则“甚至不包含非实施不可的条件”，“它只是说明关于主张某种方针的理由，但不要求必须作出特定的决定”。^⑬也就是说原则并不具有类似于规则的构成要件，因此原则并不能为法官提供确定性的指引，它只给出了导向某一方向的一个理由，但这并不是一个充分的理由，所以原则的适用方式是权衡，即在为决定提供理由的众多原则之中，法官只能通过探寻、比较它们的分量来决定各自的实现程度。

规则和原则在适用方式上的差异，决定了属于规则式参照的制度性参照和属于原则式参照的非制度性参照也应当遵循规则和原则各自的适用方式。对于制度性参照而言，由于其参照对象是从指导性案例中所提炼的裁判要点，而裁判要点所表述的主要是指导性案例所确立的裁判规则^⑭，因此处理类似案件的后案法官在参照裁判要点进行裁判时必须以规则适用的全有或全无的方式进行，不能够有所损益，即便裁判要点的内容本身不构成一项裁判规则，那也必然属于法律规则的一部分，对法律规则部分的适用只能是在法律规则的适用中体现。而对于非制度性参照而言，其参照对象是指导性案例裁判过程中所使用的裁判方法、法律思维、事实认定或法律适用方法以及裁判所体现的法治精神，这些内容并不具有明确的适用条件，对其参照属于原则式的参照，即后案法官可以在个案中自由决定是否适用以及在多大程度上适用。

3. 制度性参照与非制度性参照适用案件范围的差异

制度性参照与非制度性参照所具有的参照内容和参照方式的不同还决定了二者在适用案件的范围上也存在差异。制度性参照决定了参照指导性案例的后案必须与指导性案例属于类似案件，而非制度

性参照并不要求。胡云腾认为，“法官在审判案件时，处理不相类似的案件时，可以参考指导性案例所运用的裁判方法、裁判规则、法律思维、司法理念和法治精神。处理与指导性案例相类似案件时，要遵照、遵循指导性案例的裁判尺度和裁判标准”。^②在他看来，指导性案例所具有的参照力并不限于与指导性案例相似的案件，只不过在与指导性案例相似和不相似的案件之间，指导性案例所具有的参照力是不同的。这主要是通过参照对象的不同体现出来的：相似的后案除应当参照裁判尺度和裁判标准外，还可以参考裁判方法、法律思维、司法理念和法治精神，而不相似的后案只能参考指导性案例的裁判方法、法律思维、司法理念和法治精神。

四、指导性案例中具有后案参照力内容的适用

由于制度性参照内容的适用是规则式的，而非制度性参照内容的适用是原则式的，这就导致制度性参照的内容在个案中的适用是一种显性的适用，而非制度性参照内容在个案中的适用是一种隐性的适用，且非制度性参照的适用不以后案与指导性案例属于类似案件为限。对于不以类似案件为限且属于隐性参照的非制度性参照的适用主要属于法学方法论上的问题，在此不具体展开。而具有后案参照力内容的适用主要是裁判要点的适用问题。在裁判要点的适用上，主要须解决以下问题：

1. 待决案件与指导性案例的类似性判断

裁判要点的参照属于具有强制性的制度性参照，在参照方式上属于规则式的参照，其适用必须以待决案件与指导性案例属于类似案件为前提。这也是后案裁判参照裁判要点进行裁判，以实现同案同判的前提条件。

尽管对于“类似案例”有不同表述，但其应属于在外延和内涵上相同的同一概念，至于何者表述更为精确，则各有其理。如张骥认为应该使用“类似案件类似审判”来替代容易发生歧义的“同案同判”，因为“同案同判”在语义上给人以案件“相同”的联想，而实践中两个案子完全相同的情形极少。^③而张志铭认为应该使用“同样案件”而非“同类案件”，“同样”虽然不是意指绝对的“同一”，重心却在同而不在异；而“同类”或“类似”则说的是“同”，意指实为“异”。^④不过“相同”也罢，“类似”也好，其本质都是讲两个案件因为具有某种共性而具有了应该接受同等法律评价的资

格，此处的关键不在于用语的选择，而在于如何寻找判断这种资格的标准。

关于相似性的判断标准，实践中存在不同的看法。前述课题组的调查显示，多数受访者主张制定专门的案例相似性对比规则，但关于相似性的判断标准上却存在较大的差异：超过七成的人认为应该将争议焦点作为相似性的判断标准，超过六成的人选择将裁判规则、基本事实作为相似性的判断标准，还有接近六成的人选择了法律适用的相似性，超过三成的人选择了案由相同，极少数人认为相似性的判断是一个主观性的过程。^⑤相似性的判断不仅困扰着实务界，学界在理论上也未能就相似性的判断达成共识。如孙海龙法官认为，后案与指导性案例相似性的判断标准是案由相同，法律关系属于同一种类，案件事实及争议焦点相同。^⑥董皞、贺晓翊两位法官认为，同案的判断标准是两个案件具有相似的必要事实，而必要事实是指那些对案件的实体处理有着举足轻重作用的事实。^⑦张志铭则认为同案的判断需要从性质上的定性分析和情节上的定量分析两个方面进行，同案的判断标准是待决案件的事实与指导性案例的事实在整体性质上涉及相同的法律问题，以及待决案件与指导性案例在案件情节上具有“拟制”的相同。^⑧而张骥则认为，案件类似性的判断需要以法律为基础，并运用类比推理的方法，而法律，不是具体的法律规则而是法律秩序或作为整体的法律。^⑨

在判例法国家，只有当先前的判例与待决案件相同时，才构成待决案件的一个先例。我国的案例指导制度虽不同于普通法系的先例制度，但这并不妨碍我们学习判例法系法官是如何判断待决案件与先例属于相似案件的。根据判例法的理论，两个案件只有直接相关，即涉及相同的法律原则和相似的事实时，以前的判例才能被视为同当下案件相同，从而构成当下案例的先例并产生拘束力”。^⑩而判断当前案件与先例是否达到直接相关的程度主要考虑四个方面：第一，先例与当下案件的争点是否相同；第二，解决争点对于当前案件的处理是必要的；第三，先前判例中的重要事实也出现在当下的案件中；第四，当下案件中没有被认为是重要事实的其他事实。^⑪可见，判例法国家在判断待决案件与先前判例是否具有相似性时主要考察它们之间是否具有相同的必要性争点和重要事实。

实际上，在案件事实的相似性是判断案件相似性的一个重要标准上，是没有争议的。至于案由、争议焦点的相似性都可以由案件事实的相似性所涵

盖，并无单独讨论的必要。只不过大家对于哪一部分事实可以作为相似性的判断标准存在不同看法，所有才有了必要事实说、基本事实说、重要事实说等多种不同的观点。^③但作为案件相似性判断的事实必须满足以下几个条件：

首先，判断案件相似性的事实必须是经法院认定的事实，当事人主张的事实未经法院认定不得作为案件相似性的判断标准。在判例制度中，用来识别案件的标志是裁判理由部分的‘事实’——其相对于事实构成分布的当事人主张而言是‘事实认定’，相对于裁判主文部分的判决结果而言是‘事实依据’”。^④当事人所提出的事实中可能有不准确的，甚至虚假的事实，其只有经过法庭审判过程中的事实认定才能作为案件相似性的判断标准。

其次，判断案件相似性的事实是具有法律意义的抽象事实而非具体的生活事实。诉讼中当事人所提供的事实大多是未经抽象处理的生活事实，这些事实千差万别，不能直接作为案件相似性的判断标准。比如说在两起知假买假的案件中，甲案原告购买的是冰箱，乙案原告购买的是服装，这两案中购买产品的差异就属于具体事实的差异，不能因为这种具体事实的差异而否认两个案件的相似性。虽然两案中原告购买的具体商品不同，但都属于消费者权益保护法或者产品质量法上的商品或产品，案件事实都是销售者向消费者销售假货，且消费者对产品属于假货是明知的。只有经过这样抽象处理的事实才能作为案件相似性的判断标准。有学者否认案件事实作为相似性的判断标准，并举出两个英国的案例为证：一个是由于姜汁啤酒瓶内进入死蜗牛而致原告受到伤害，另一个是由于生产商疏忽而使用过量的硫磺进入内衣裤商品而导致购买者饱受皮炎折磨。他认为从作为重要事实之一的产品上讲，一个是饮料，一个是衣物，两个案件不相似，但从生产者因疏忽导致缺陷产品致人损害这一点上看，两个案件是相似的，而且英国法院确实也是这么认定的。^⑤实际上，在这两个案例中作为案件相似性判断标准的事实，并不是饮料和衣物这一具体的生活事实，而是他所说的生产者因过失导致缺陷产品致人损害这一抽象的法律事实。

最后，作为案件相似性判断的事实必须是必要事实而非其他事实。必要事实是指对案件的裁判具有实质性影响的事实，这些事实既包括实体事实，也包括程序事实，但通常是实体事实。必要事实影响案件的法律适用，必要事实的变化了，法官适用的法律也可能随之变化，裁判结果也会受到影响。

非属于必要事实，即便是经法院认定的、抽象的法律事实，也不能作为案件相似性的判断标准。例如，在因侵权行为导致权利人具有人格象征意义的物品永久性灭失的两个案件中，一个案件原告只要求被告赔偿其财产损失，而另一个案件原告除要求财产损失外，还提出了精神损害赔偿。显然，两个案件中被损坏的物品都属于具有人格纪念意义的物品的事实就属于法院认定的且具有法律意义的抽象事实，但对于未要求精神损害赔偿的案件而言，它并不属于必要事实，因此就不能将其作为案件相似性的判断标准。

需要指出的是，在后案与指导性案例的相似性判断中，后案属于待决案件，自然无从知晓其裁判规则或裁判结果；而在研究中对发生效力的两案进行相似性判断中，参与比对的案件均属于已决案件，其相似性比对的标准除案件事实之外，尚可从其法律适用、裁判结果入手进行相似性的比对。因此，法律适用、裁判规则以及裁判结果的相似性不宜作为后案与指导性案例相似性判断的标准。

对后案与指导性案例进行相似性判断，其目的就是要使得后案适用指导性案例判决所使用的法律并参照指导性案例的裁判要点进行判决，藉此实现类似案件类似处理，防止同案异判的发生。只有在完成相似性的比对，确认后案与指导性案例属于相似案件之后才能够后案的审理中适用与指导性案例裁判相同的法律或参照指导性案例确立的裁判规则。而只有在具有相同的重要事实且适用相同的法律规则的前提下，才能导出相似的裁判结果。因此，法律适用、裁判规则以及裁判结果的相似性属于待决案件与指导性案例相似性判断的结果，而非相似性判断的标准，主张将法律适用、裁判规则以及裁判结果的相似性这一案件相似性判断的结果作为相似性判断的标准，在逻辑上属于倒果为因。

2. 指导性案例裁判要点的生成

裁判要点的内容既可能是指导性案例在对制定法进行解释、具体化或者漏洞填补时所形成的裁判规则，也有可能是对指导性案例所适用的法律中不确定概念的价值补充。它是指导性案例中具有后案拘束力的部分，后案法官在处理类似案件时，应当参照指导性案例的裁判要点进行判决。但理论上对于裁判要点的生成有不同的观点，并主要集中在以下三个问题上：

其一，裁判要点是否应由后案法官提取？从最高人民法院发布的指导性案例来看，裁判要点是作为指导性案例的构成部分随指导性案例一起公布

的，也就是说裁判要点并非是由后案法官所提取的。有学者提出批评意见，认为由于在普通法方法中，概括和抽取裁判规则的，既非作出先例判决的法官本人，也非编写案例摘要的案例编纂者，而是未来探究此判例规则是否适用于在审案件的法官”^④，而由编写者或者其他第三人抽取裁判规则，由于无法进行案件事实的比对，无法预计判例规则将使用于未来何种案件，这种裁判规则的抽取方法与抽象的立法并无差别，将最终丧失指导性案例的价值。^⑤我们不赞同这种意见，将裁判要点的生成权交给后案法官并不可取。指导性案例的目的在于实现同案同判，规范法官的自由裁量权。一旦将裁判规则的生成权交到后案法官手中，意味着后案法官将自己从指导性案例中提取裁判规则并适用于待决案件，此时后案法官完全可以依据后案的需求抽取裁判规范，这并不能保证由后案法官所抽取的裁判规则是指导性案例所创设。而且也很难保证参照同一指导性案例的后案法官能够从指导性案例中抽取相同的裁判规则，一旦他们从指导性案例中抽取的裁判规则不同，势必导致参照同一个指导性案例进行审理的多个案件因为适用了不同的裁判规则而导致裁判结果的不同。同时，由后案法官抽取裁判规则意味着后案法官将为自己创造裁判规则，这无异于让后案法官既当裁判者又当运动员。

其二，裁判规则是否可在遴选过程中加工而成？目前最高人民法院发布的指导性案例的裁判要点都是案例指导工作室加工并经最高人民法院审判委员会确认的产物。^⑥有学者并不认同这种加工行为，认为应该保持判决意见的“原汁原味”，而不应对其“改编”。^⑦从事物的生成逻辑上讲，裁判规则既然是由指导性案例的生效裁判所确立，那么它必定在裁判发生效力时就已经客观存在，无论裁判案件的法官是否抽取，他们都是裁判规则事实上的缔造者。但实践中，一个判决要从一份普通的生效裁判成为指导性案例，无论是通过何种遴选途径，都免不了被加工，而这其中最重要的就是提炼裁判要点。由最高人民法院统一提炼裁判要点有其合理性。我国四级法院、两审终审的科层结构和审级制度，导致大量的案件并不能够通过正常的审判程序到达高级法院或最高法院，因而大部分的指导性案例实质上是从基层法院和中级法院的生效裁判中遴选出来的，考虑到法官理论水平的参差不齐，由最高人民法院统一提炼裁判要点有利于裁判要点在理论和技术上的科学性。同时，案例指导工作室提炼的裁判要点经最高人民法院审判委员会确

认，也提高了其效力。因为最高人民法院审判委员会根据《中华人民共和国法院组织法》等相关规定的授权和自身总结审判经验、讨论重大疑难案件的功能地位，其所行使的权力属于司法权而非行政权，从而弥补了指导性案例生成机制上依靠的是行政性质的遴选而非司法性质的审级控制的不足，使得裁判要点所具有的拘束力获得了正当性的依据。但事后加工的裁判要点毕竟脱离了案件审理的具体情境，难免与生效裁判所确立的裁判规则有所出入，未来可授权生效判决的法官提炼一个初步的裁判要点，因此最高人民法院应该最大限度地尊重由生效裁判法官所提取的裁判要点。

其三，裁判要点的提炼范围能否超出生效判决所归纳的争点范围？指导性案例的裁判要点是从生效判决的裁判理由中提炼出来的具有后案拘束力的部分，但并非裁判理由中的所有法律判断都是判例。^⑧在英美法中，针对案件争点所作的判决理由被称之主论，而针对争点以外的问题发表的判决意见被称之为旁论，英美国家主流观点认为只有主论中的法律判断才构成具有先例拘束力的部分。^⑨日本判例制度在裁判规则的抽取上借鉴了英美法主论与旁论的做法，但学界和实务界对裁判规则能否从旁论中抽取存在不同看法，学说上认为只有对案件争点进行法律评价的主论才能够成为裁判规则的来源，而不包含争点的旁论，无论判决理由中有多少旁征博引，只要与该案件的具体问题没有直接联系，或超过具体问题所涉及的范围，就停留在学说的价值，不能构成判决内容，不能成为判例”。但实务中最高裁判所往往并不严格区分主论与旁论，一些判例规则也产生于判决理由的旁论中，而且被其它判决所援引。^⑩通过对前述最高人民法院已经发布的52个指导性案例裁判要点与裁判理由和基本案情的考察，尚未发现最高人民法院存在超出案件争点提炼裁判要点的行为。这与我国法院的判决理由未形成主论和旁论的区分有关，我国法院的判决理由均是对案件争点进行法律评价而不过问与争点无关的问题，严格从裁判理由中提炼的裁判要点也不会超出案件的争点范围。我们认为，将裁判要点的提炼限定在案件争点范围之内是有必要的，因为指导性案例的裁判规则仍然建立在个案事实的基础之上，它不具备超越事实情境的规范拘束力。超出案件争点范围所进行的规则创制，已经不是来源于指导性案例的裁判规则，而是在指导性案例掩盖下的抽象“立法”，与最高人民法院发布抽象的司法解释并无分别。但司法解释所具有的是普

遍的规范拘束力，而指导性案例的裁判规则的后案拘束力是建立在相同的案件事实基础上的，从争点之外提炼裁判要点无疑是将与案件争点无关的抽象规则硬塞入指导性案例之中，可能导致后案适用与其事实并无关系的裁判规则。

五、结论

指导性案例的效力问题是指导性案例实施过程中的关键问题，最高人民法院“应当参照”的效力定位不仅引发了理论上的争议，也使得实践中各级法院在面对指导性案例时无所适从。理论上试图用单一效力形态来囊括所有指导性案例效力既不现实也不科学。不同类型的指导性案例不可能具有相同的效力形态，因此根据指导性案例的类型划分，明确不同类型的指导性案例具有不同的效力形态，从而建构起指导性案例所具有的强弱不同的参照力体系对于准确理解“应当参照”具有重要意义。

注释：

①⑥②① 参见蒋安杰：《最高人民法院研究室主任胡云腾——人民法院案例指导制度的构建》，《法制资讯》2011年第1期。

② 孙国祥：《从柔性参考到刚性参考的嬗变——以“两高”指导性案例拘束力的规定为视角》，《南京大学学报》（哲学·人文科学·社会科学）2012年第3期。

③ 雷磊：《指导性案例的法源性地位再反思》，《中国法学》2015年第1期。

④ 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。

⑤ 参见瞿灵敏：《指导下案例类型化基础上的“参照”解读——以最高人民法院指导性案例为分析对象》，《交大法学》2015年第3期。

⑦②③ 四川省高级人民法院、四川大学联合课题组：《中国特色的案例指导制度的发展与完善》，《中国法学》2013年第3期。

⑧⑭⑲ 孙海龙、吴雨亭：《指导案例的功能、效力及其制度实现》，《人民司法（应用）》2012年第13期。

⑨ 参见周佑勇：《作为过度措施的案例指导制度》，《法学论坛》2006年第3期。

⑩ 李友根：《解读指导性案例的约束力范围》，《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2011年第4期。

⑪ 冯文生：《审判案例指导制度中的“参照”研究》，《清华法学》2011年第3期。

⑫⑳ 宋晓：《裁判要旨的性质追问》，《法学》2010年第2期。

⑬ 张骥：《指导性案例中具有指导性部分的确定与适用》，《法学》2008年第10期。

⑭ 杨力：《中国指导性案例运作研究》，《法律科学》2008年第6期。

⑮⑳ 参见傅郁林：《建立判例制度的两个基础性问题——以民事司法的技术为视角》，《华东政法大学学报》2009年第1期。

⑯⑰⑱ [美] 罗纳德·德沃金：《论规则的模式——略论法律规则与原则、政策的法律效力，批判实证主义》，潘汉典译，《环球法律评论》1982年第1期。

⑲ 并非所有的裁判要点在内容上都构成裁判规则，有的裁判要点是对法律规则中的要件或概念进行解释或具体化，如第32号指导性案例的裁判要点就主要是对我国《刑法》第133条中的“追逐竞驶”、“情节严重”所作的解释和具体化，并不直接构成一条裁判规则，但《刑法》第133条所确立的裁判规则必须结合此处的裁判要点才能适用。

㉑ 参见张骥：《论类似案件应当类似审判》，《环球法律评论》2014年第3期。

㉒⑳ 参见张志铭：《中国法院指导性案例制度价值功能之认识》，《学习与探索》2012年第3期。

㉓ 董皞、贺晓翊：《指导性案例在统一法律适用中的技术探讨》，《法学》2008年第11期。

㉔⑳ 张骥：《论类似案件的额判断》，《中外法学》2014年第2期。

㉕⑲ 梁迎修：《判例法的逻辑——兼论我国案例指导制度的建构》，载葛洪义主编：《法律方法与法律思维》第4辑，法律出版社2007年版，第146、146—147页。

㉖ 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。

㉗ 参见 Richard B. Cappalli, The America Common Law Method, Transnational Publisher, 1996, p.26.转引自宋晓：《裁判要旨的性质追问》，《法学》2010年第2期。

㉘ 参见徐隽：《指导性案例是怎样选出来的》，《人民日报》2015年1月28日。

㉙ 何家弘：《完善司法判例制度是法治国家建设的需要》，《法制与社会发展》2015年第1期。

㉚⑲ 于佳佳：《日本判例的先例约束力》，《华东政法大学学报》2013年第3期。

㉛ 普通法判例中的主论和旁论在学说上又被称之为具有拘束力的判决理由和仅具有说服力的附带意见。参见董皞主编：《中国判例解释构建之路》，中国政法大学出版社2009年版，第164页。

作者简介：郭明瑞，男，1947年生，山东招远人，山东大学人文社科一级教授、博士生导师，山东济南，250100；瞿灵敏，男，1988年生，湖北利川人，山东大学法学院博士研究生，山东济南250100。

（责任编辑 李涛）