案例指导制度下的法律推理及其规则

黄泽敏　　张继成*

内容提要：与制定法传统下的法律推理不同，案例指导制度下的法律推理由法律规则、指导性案例、案件事实以及判决结论四个要素构成。在这种思维模式中，由于对待决案件与指导性案例作出是否同案的判断以及如何形成同判是整个法律推理的论证重点，判定两者是否属于相同案件以及如何作出相同判决的方法自然成为这种法律推理的核心方法。案例指导制度下法律推理的规则主要包括：基本参照规则、实现同案同判的认识规则、断定同案的判断规则、形成同判的约束规则、回归规则以及指导性案例选编的编写规则。上述推理形式和推理规则的系统作用是案例指导制度下法律推理得以正确进行的基础和保障。

关键词：案例指导制度　指导性案例　法律推理　同案判断方法　同判形成规则

与制定法传统不同，案例指导制度下的法律推理要求指导性案例必须成为作出有效判决必不可少的构成要素，原本只将法律规则、案件事实和判决结论作为构成要素的法律推理模式无法满足实行案例指导制度的司法实践的需要。由法律规则、指导性案例和案件事实为前提的法律推理如何能够获致一个有效的裁判结论？这种推理模式应当有哪些相应的特殊推理规则？没有对这些问题的思考和回答，案例指导制度的有效运行将是难以想象的。

案例指导制度是在制定法传统下借鉴判例法制度建立起来的，但又并非二者的简单叠加。由此，本文在构建案例指导制度下的推理模式和推理规则之前，首先提出以下两个满足条件：（1）不得违反制定法规则及其司法解释；（2）有利于促进法律得到统一适用，实现同案同判。条件1根源于我国主要属于成文法国家的基本现实，条件2则是根据构建案例指导制度的目的而提出的基本要求。

---

* 黄泽敏，中南财经政法大学法学院法理学硕士研究生；张继成，中南财经政法大学法学院教授。
写作过程中，张志铭教授、李瑜青教授、王晓副教授、李培峰副教授以及于龙刚同学对本文提出过批评性或建设性意见，在此表示感谢！

一、案例指导制度下的法律推理形式及其论证重点

（一）制定法传统下的法律推理形式及其论证重点

要准确刻画案例指导制度下的法律推理形式，首先应当对制定法传统下法律推理的论证形式、论证重点做一简要描述。制定法传统下的法律推理形式结构为：

大前提（完整的制定法规则）
小前提（案件事实）
———————————————
裁判结论

其逻辑表达式为（图式 1-1）：

（1）$\forall x$（$Tx \rightarrow OPx$）
（2）Ta
（3）OPa　　（1）（2）

大前提［$\forall x$（$Tx \rightarrow OPx$）］表示，对于任何一个案件事实 x，如果 x 符合法律构成要件［Tx］，那么，当事人就应当承担法律效果［OPx］。小前提［Ta］表示，特定当事人的行为事实符合法律构成要件。裁判结论［OPa］表示，特定当事人应当承担法律效果。

该推理模式表明，为了赋予特定当事人法效果［OPa］，证明特定案件事实符合构成要件［Ta］成为该法律推理的论证重点和关键。

对于简易案件而言，一般只需通过感知经验即可判断当事人的行为事实是否符合构成要件（Ta），进而获得一个具有正当性合理性的裁判结论。

例如：甲和乙两个人是一对情侣，但由于乙方父母强烈反对，乙多次向甲提出分手，但在甲的坚持下二人继续保持恋爱关系。某天下午，甲与乙谈及婚姻问题，因乙明确表示反对二人不可能在一起，甲痛感欲绝，遂拿起房间里的水果刀，朝乙颈部、胸腹部、背部连续捅刺，致乙失血性休克死亡。

根据上述推理形式，这个案件的推理结构可表达如下：

（1）故意杀人的，处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑（《刑法》第 230 条）；
（2）a 故意杀人；
（3）a 应被判处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。　　（1）（2）

在这个简易案件中，当事人的行为事实是否符合故意杀人罪的犯罪构成要件，只要对“甲拿起房间里的水果刀，朝其颈部、胸腹部、背部连续捅刺，致乙失血性休克死亡”这一陈述，根据人们的感知经验即可直接判断。之所以如此，是因为简易案件的案件事实恰好处于以概念形式表达的构成要件的核心范围之内。

但在疑难案件中，由于案件事实比较复杂，以概念形式表达的构成要件比较模糊，案件事实是否能够归属于构成要件［T］之下，无法通过感知经验进行直接判断。这时，特定案件的事实特征和法律特征可以通过一个新的复合谓词［M］加以描述，[1] 通过对这个复合谓词［M］的分析推论，也可将该案件事实恰好归属于构成要件［T］之下。这是

〔1〕 本文中 T、M、H 都为复合谓词，T 特指法律规则中法律构成要件的事实特征和法律特征，M 特指指导性（或疑难）案例的事实特征和法律特征，H 特指待决案件的事实特征和法律特征。

一个根本性判断，需要以推论的方式获得。[2] 以“任何车辆不得进入公园”为例。公交汽车当然属于车辆，因而适用该规则的规定。商品促销宣传车是否也属于车辆，就无法根据感知经验直接判断是否为规则所描述的车辆，但通过分析推论可以判断商品促销宣传车［Ma］也是车辆［Ta］。因而，如果这个疑难案件要适用该规则进行法律推理的话，就必须论证商品促销宣传车也属于该规则所描述的车辆。证明了单称命题（Ma→Ta）成立，根据“可普遍化”公理，[3] 也就证明了普遍命题（∀x（Mx→Tx））成立，即证明任何人在该条件下形成的案件事实都符合构成要件。

简易案件只是疑难案件的一种特殊形式，所以，上述疑难案件在制定法传统下法律推理的逻辑表达式应为（图式 1-2）：

（1）∀x（Tx→OPx）

（2）∀x（Mx→Tx）

（3）Ma

（4）OPa　　（1）（2）（3）

（二）案例指导制度下的法律推理形式及其论证重点

在案例指导制度之下，法官用来进行法律推理的前提除了完整的制定法规则和经证据证明了的案件事实外，还包括对应的指导性案例。因此，案例指导制度下法律推理的形式结构应为：

完整的制定法规则 + 指导性案例

案件事实

———————————

裁判结论

基于该论证的整体结构，从法律推理的角度来看，如何参照指导性案例的问题就变成了如何运用指导性案例进行法律推理的问题。

1．存在于指导性案例中的推理形式以及裁判要点的形成过程

究竟应该如何参照指导性案例进行法律推理，最高人民法院研究室负责人在《就案例指导制度答记者问》中作了简要答复。从该答复中可以抽取出两条参照规则。

R1.1：参照指导性案例主要是指参照指导性案例明确的裁判要点和裁判理由，不应依葫芦画瓢地参照裁判结果。

R1.2：参照指导性案例进行司法裁判的依据是法律和司法解释，同时指导性案例所确定的裁判要点必须作为裁判文书的说明理由加以引用。

根据参照规则 R1.2 可知，案例指导制度下法律推理的大前提中既包括完整的制定法规则（以及司法解释），也必须参照指导性案例所确定的裁判要点。其中，指导性案例中

〔2〕 在法条适用上，涵摄推论扮演着重要角色，但拉伦茨同时认为：“定义的过程以及涵摄推论的方式进行的逻辑推演不能不断持续，早晚总要作出根本性判断，后者不能再以推论的方式取得，而必须以（自己或他人的）感知为基础（感知判断），或者以——特别是来自社会的——经验为基础。……单单这点就足以让人怀疑，把形成小前提的过程称为‘涵摄’是否恰当，因其遮蔽了判断这个重要部分。”［德］卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2005 年版，第 153 页。

〔3〕 参见张继成：《从案件事实之“是”到当事人之“应当”》，《法学研究》2003 年第 1 期。

的裁判要点是作为判断待决案件事实是否符合制定法规则构成要件的说理依据出现。

在案例指导制度之下，怎样通过法律推理来获得一个合理的裁判结论？法律推理的论证形式与重点是否产生了相应的变化？要解决上述问题，首先必须了解指导性案例提供了怎样一种推理结构，在推理过程中，具有参照意义的裁判要点是如何形成（如何从已生效的法院判决的裁判理由中被抽取出来）的。这里以指导性案例3号为例，对存在于指导性案例中的法律推理结构及其裁判要点的形成过程进行分析。

由于指导性案例3号里的裁判要点、基本案情、裁判理由都是相互独立的，为了便于分析，我们只取裁判要点1和与其相应的基本案情、裁判理由以及关键词和相关法条，其他暂作省略。

关键词：刑事　受贿罪　“合办”公司受贿

裁判要点：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，并与请托人以“合办”公司的名义获取“利润”，没有实际出资和参与经营管理的，以受贿论处。

相关法条：《中华人民共和国刑法》第385条（第383条、第386条——笔者加引）

基本案情：

2003年8、9月间，被告人潘玉梅、陈宁分别利用担任江苏省南京市栖霞区迈皋桥街道工委书记、迈皋桥办事处主任的职务便利，为南京某房地产开发有限公司总经理陈某在迈皋桥创业园区低价获取100亩土地等提供了帮助，并于9月3日分别以其亲属名义与陈某共同注册成立南京多贺工贸有限责任公司（简称多贺公司），以“开发”上述土地。潘玉梅、陈宁既未实际出资，也未参与该公司经营管理。2004年6月，陈某以多贺公司的名义将该公司及其土地转让给南京某体育用品有限公司，潘玉梅、陈宁以参与利润分配名义，分别收受陈某给予的480万元。2007年3月，陈宁因潘玉梅被调查，在美国出差期间安排其驾驶员退给陈某80万元。案发后，潘玉梅、陈宁所得赃款及赃款收益均被依法追缴。

裁判理由：

法院生效裁判认为，关于被告人潘玉梅、陈宁及其辩护人提出二被告人与陈某共同开办多贺公司开发土地获取“利润”480万元不应认定为受贿的辩护意见。经查，潘玉梅时任迈皋桥街道工委书记，陈宁时任迈皋桥街道办事处主任，对迈皋桥创业园区的招商工作、土地转让负有领导或协调职责，二人分别利用各自职务便利，为陈某低价取得创业园区的土地等提供了帮助，属于利用职务上的便利为他人谋取利益；在此期间，潘玉梅、陈宁与陈某商议合作成立多贺公司用于开发上述土地，公司注册资金全部来源于陈某，潘玉梅、陈宁既未实际出资，也未参与公司的经营管理。因此，潘玉梅、陈宁利用职务便利为陈某谋取利益，以与陈某合办公司开发该土地的名义而分别获取的480万元，并非所谓的公司利润，而是利用职务便利使陈某低价获取土地并转卖后获利的一部分，体现了受贿罪权钱交易的本质，属于以合办公司为名的变相受贿，应以受贿论处。

在该案例中，构成其法律推理的大前提的法律规则包括刑法第385条第1款、第383条、第386条。其中刑法第385条第1款规定了受贿罪的构成要件，第383条、第386条规定了相应的法效果（这两条规定也是作出判决结论必须引用的，故笔者在上述案例“相关法条”中加引了这两个法条）。小前提则由相应的经证据证明了的案件事实。

该案例的论证重点是证明认定的案件事实是否符合刑法第385 条第1 款规定的受贿罪构成要件。根据列出的基本案情和裁判理由可知，“潘玉梅时任迈皋桥街道工委书记，陈宁时任迈皋桥街道办事处主任，对迈皋桥创业园区的招商工作、土地转让负有领导或协调职责”这段陈述符合“国家工作人员利用职务上的便利”这一构成要件要素，但要判定潘玉梅、陈宁构成受贿罪，还必须进一步证明他们有为他人谋取利益、收受他人财物的要素。该指导性案例的裁判理由中认为：“公司注册资金全部来源于陈某，潘玉梅、陈宁既未实际出资，也未参与公司的经营管理。因此，潘玉梅、陈宁利用职务便利为陈某谋取利益，以与陈某合办公司开发该土地的名义而分别获取的480 万元，并非所谓的公司利润，而是利用职务便利使陈某低价获取土地并转卖后获利的一部分，体现了受贿罪权钱交易的本质，属于以合办公司为名的变相受贿”。这段陈述与前段陈述证明了潘玉梅、陈宁的行为符合“国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益、收受他人财物的”这一犯罪构成要件。据此，足以证明俩人犯受贿罪成立。

从上引案例的基本内容可以看出，裁判理由是已经生效的判决书中本身就有的，而裁判要点是从裁判理由中抽取出来，是附加在指导性案例中的内容。因此，这里就存在一个从裁判理由中抽取裁判要点的思维过程，即从特定的案件事实中抽象出这种事实类型的事实特征和法律特征的过程。案例中，抽取出的裁判理由［Ma→Ta］的主要内容是：潘玉梅、陈宁利用职务上的便利，为陈某低价取得创业园区的土地等提供了帮助，他们对与陈某“合办”的公司既没有实际出资也没有参与经营管理，因此，潘玉梅、陈宁分别从陈某处获取480 万元，并非所谓的公司“利润”，而是利用职务便利使陈某低价获取土地并转卖后获利的一部分，体现了受贿罪权钱交易的本质，属于收取他人财物的行为。这样，根据“可普遍化性”公理，经过“去个体化”的抽象思维活动（即将特定当事人潘玉梅、陈宁概括为国家工作人员，将陈某概括为请托人），就可以从裁判理由［Ma→Ta］概括出裁判要点［即 $\forall x$（Mx→Tx）］：对于任何国家工作人员，如果与请托人以“合办”公司的名义获取“利润”，没有实际出资和参与经营管理的，构成收受他人财物。这就是裁判要点所表达的完整内容。

从逻辑结构上来说，指导性案例中的推理形式与疑难案件中的推理形式完全一样。之所以会出现两者的推理形式完全一样的情况，是由于指导性案例在性质上也属于疑难案件，也不能仅仅根据感知经验判断直接将案件事实归属于法律构成要件［T］之下，都必须经过一个新的复合谓词［M］将案件事实归属于构成要件之下［即 $\forall x$（Mx→Tx）］。

两者的区别也是十分明显的。虽然它们的推理中都有前提（2），但指导性案例中的前提（2）是由最高人民法院从生效判决书中的裁判理由中抽取出来的，是裁判要点。由最高人民法院颁布的指导性案件中的裁判要点、裁判理由、基本案情、裁判结果都对审理与指导性案例具有相似性的待决案件的法官具有拘束力，要求他们应当参照；而疑难案件中的前提（2）是由审理该疑难案件的法官作出的，由于疑难案件及其判决结论对待决案件不具有拘束力，审理待决案件的法官即使认为正在审理的待决案件与疑难案件具有很强的相似性，也可完全不理会疑难案件中的裁判要点而直接对待决案件作出自己的判决。

既然前提（2）是指导性案例的裁判要点，它表明裁判要点的性质是对特定类型的案件事实属于法律构成要件的解释、说明，这就要求法官在案例指导制度下进行法律推理

时，必须参照指导性案例的裁判要点，对待决案例中所形成的案件事实是否符合裁判要点（即证明待决案件事实能否归属于构成要件）作出分析判断。如果审理待决案件的法官认定两者符合，就应作出与指导性案例相同的判决结论。若不符合，根据规则R1.2，法官的推理模式就必须回归疑难案件的推理（思维）模式中去，寻找其他标准来判定能否将待决案例中认定的案件事实归属到相关法律规则所描述的构成要件之下。

当然，根据规则 R1.2，裁判要点虽不构成最终的裁判依据，却可以成为论证待决案例事实符合法律规则构成要件的一个必须参照的有效理由。

2．参照指导性案例进行法律推理时的形式结构

从对存在于指导性案例中的推理结构的分析讨论中，我们了解到裁判要点是如何从裁判理由中抽取出来的。但是，只要参照了指导性案例中的裁判要点和裁判理由，就可以保障对待决案件作出一个具有合法性合理性的裁判结论吗？指导性案例中的基本案情、裁判结果对获得一个具有合法性合理性的裁判结论毫无用处吗？答案当然是否定的。仅仅参照指导性案例中的裁判要点和裁判理由而不顾及指导性案例中的基本案情和裁判结果的做法从直觉上不符合参照指导性案例进行审判的观念，也将与基本参照规则 R1.3 发生冲突。基本参照规则 R1.3 抽取自《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第 7 条。

R1.3：各级人民法院审判类似案例时应当参照最高人民法院发布的指导性案例。

根据规则 R1.3 可知，若要参照指导性案例进行审判，必须先得保证待决案例与指导性案例相类似，即要求待决案件在事实特征与法律特征上与指导性案例相似。既然要判断待决案例与指导性案例是否相类似，就应当把待决案件与指导性案例进行全面比较，这样基本参照规则 R1.1 便首先应当修正为如下表达。

R1.1.1：参照指导性案例不仅是指参照指导性案例明确的裁判要点和裁判理由，还要参照指导性案例的基本案情和裁判结果。

也就是说，指导性案例中的裁判要点、裁判理由、基本案情、裁判结果中的每一个都只能是参照指导性案例对待决案件作出正确判决的必要条件，而不是充分条件。

于是，根据基本参照规则 R1.1.1、R1.2、R1.3，参照指导性案例进行司法审判的法律推理过程和推理形式就应当得到修正。修正后的法律推理过程可以简要表述为：对待决案件事实［Hb］与指导性案件事实［Ma］经过往返穿梭式的比较、分析，若待决案件中的主要相关事实特征和法律特征与指导性案例相类似［即 $\forall x(Hx \rightarrow Msinx)$］，就应当同时根据法律和相应的司法解释［$\forall x(Tx \rightarrow OPx)$］，并参照指导性案例的裁判理由、裁判要点［$\forall x(Mx \rightarrow Tx)$］和裁判结果［OPa］，依据“相似案件相似处理”的法律原则［$\forall x((Mx \vee Msinx) \rightarrow (Tx \wedge OPx))$］，对待决案件中的当事人作出与指导性案例相似的司法裁判［OPb］。笔者将案例指导制度下法律推理的形式结构刻画为图式（1-3）。

（1）$\forall x(Tx \rightarrow OPx)$

（2）$\forall x(Mx \rightarrow Tx)$

（3）$\forall x((Mx \vee Msinx) \rightarrow (Tx \wedge OPx))$

（4）$\forall x(Hx \rightarrow Msinx)$

（5）Hb

（6）OPb　　（1）（2）（3）（4）（5）

其中，前提（1）是作为裁判根据的法律规则和司法解释，前提（2）是从指导性案例中抽取出来的裁判要点，它表明裁判要点是对法律规则中构成要件的进一步解释。前提（3）是“类似案件类似处理”这一法律原则的形式化表达：对于任何一个指导性案例以及与指导性案例相同或相似的案件［（Mx∨Msinx）］，应当认定它们都符合法律规则或法律解释中的法律构成要件，并赋予它们相同的法律效果［Tx∧OPx］。由推理图式（1-3）可知，前提（1）、（2）、（3）已在案例指导制度中作为已证明的前提而被预先确立。这样，为待决案件当事人赋予法效果［OPb］，前提（4）就必须得到证立。证明待决案例事实与指导性案例事实类似［Hx→Msinx］就成为案例指导制度下法律推理的论证重点。

3．上述推理形式图式（1-3）应当作为案例指导制度下法律推理的标准形式

推理图式（1-3）告诉我们，在参照指导性案例进行法律推理的过程中，不仅要直接参照指导性案件中的裁判要点和裁判理由，而且要参照指导性案件中的基本案情和裁判结果，然后依据有关法律规则、法律解释以及类似案件相同处理的法律原则，才可能做出一个兼具合法性和合理性的裁判结论。因此，上述推理形式（图式 1-3）应当作为案例指导制度下法律推理的标准形式而得以确立。在这个基本前提下，作为论证重点的同案判断和实现同案同判目的的同判形成就相应地进入我们的眼帘。

二、断定同案和形成同判的认识论条件

“同案同判”是一个复合概念，它由断定待决案件与指导性案例是否属于“同案”这一认识活动和对待决案件作出与指导性案件“同判”（相似或相同判决结论）这一实践活动两个部分构成。要判断待决案件与指导性案例是否相同或相似，首先必须知道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）；要对待决案件作出与指导性案例相同或相似的判决结论，首先必须知道指导性案例中的判决结论是什么，影响作出这个判决结论的因素有哪些。如果连指导性案例的事实特征、法律特征是什么都不知道，或者连指导性案例的判决结果以及它的制约因素都不知道，那么作出待决案件与指导性案件是否相同、判决结论是否相同的结论就是难以想象的。

指导性案例中裁判要点、裁判理由的存在是判定待决案件与指导性案件是否同案的认识条件，指导性案例中裁判结果的存在是判定待决案件的判决结论与指导性案例中的判决结论是否同判的认识论条件。后文构建的同案判断规则和同判形成规则都是依托于这些认识条件建构而来的。

（一）指导性案例中裁判要点、裁判理由的存在是断定同案的认识论条件

中国目前实行的案例指导制度是同世界两大法系逐渐融合的大趋向分不开的，[4] 它本身就是对判例法制度的借鉴和吸收。

遵循先例原则是英美判例法制度的核心和基础。适用遵循先例原则，所适用的并不是所有先例或某些先例本身，而主要是由先例所体现、确立的规则。正如世界上不存在两片完全相同的树叶，世界上也绝不可能存在两个完全相同的案件。正是先例所确立的规

〔4〕 刘作翔、徐景和：《案例指导制度的理论基础》，《法学研究》2006 年第 3 期。

则的存在使得判定作为初始案件的先例与待决案件是否属于同案成为可能。这些规则就是判断先例案件与待决案件是否相同的识别标志。

以马克皮尔森诉别克汽车公司案（判决于1916年）为例。“原告马克皮尔森新买了一辆别克车，在使用过程中突然散架，他也受了伤。这辆车的一个轮子所使用的木头不合格，车散架正是因为车轮的辐条碎了。车是由别克汽车公司制造的，厂家卖给了一个经销商，经销商把车卖给了马克皮尔森。但是，这个车轮不是由别克汽车公司制造的，而是由别克公司从另外一个制造商那儿买来的。然而，有证据证明：如果别克汽车公司进行了合理的检查，那么就完全可以发现这个缺陷。”〔5〕该案最终选择“托马斯诉温彻斯特案”（判决于1852年）作为先例。案中被告温彻斯特是药品制造商，“被告在一个装颠茄——一种毒药——的坛子上贴了——蒲公英——一种药品——的标签。原告托马斯买下了这坛东西，结果闹出一场大病”。托马斯诉温彻斯特案确立了这样一条法律规则：过失制造商对直接购买者承担责任。正是由于这条规则的存在，纽约州法院才认为两个案件属于相似案件：药品“蒲公英”（实际上是毒药“颠茄”）和汽车都是产品，别克汽车公司和温彻斯特都是产品的制造商，他们的行为都有过失，马克皮尔森和托马斯都是购买者，他们都购买了被告生产的产品，被告（温彻斯特和别克汽车公司）的过失都使原告的生命处于紧急的危险之中。既然温彻斯特因自己的过错行为对原告托马斯产生的伤害承担责任，别克汽车公司也应当为自己的过错对马克皮尔森造成的伤害承担责任。很难想象，如果没有先例法院确立的先例规则的存在，审理马克皮尔森诉别克汽车公司案的法院能够认为该案与托马斯诉温彻斯特案属于同案。所以，在判例法制度下，“当法院进行先例推理时，通常是以一条已宣告的规则为起点，这条规则看似可以直接适用手头上的案件”。〔6〕可以说，由先例案件所确立的规则是识别先例案件和待决案件是否属于同案的认识论条件。

规则都是由概念构成的，构成规则的概念内涵越少，外延越大；内涵越多，外延越小。概念内涵的多少决定了同案范围的大小。例如，如果将规则“过失制造商对直接购买者承担责任”中的“过失制造商”概括为内涵更少的“制造商”，将“直接购买者”概括为内涵更少的“购买者”，那么无论是过失制造商还是非过失制造商，也无论是对直接购买者还是对间接购买者造成伤害的案件都可能成为相同的案子。因此，在判例法制度中，“决定法院（审理先例案件并确立先例规则的法院）”在确定表述什么样的法律规则时会具有不确定性，“因为案件中每一重要事实都可以在不同的概括层次上进行表述，而每个概括层次都会产生出一项不同的规则，所以无法设计出一套机械的规则来确定先例法院到底想在什么样的概括层次上进行表述”。〔7〕不过，这种不确定性并不影响判例法制度的同案同判，因为规则的概括层次一旦确定，什么是同案、什么不是同案也就随之确定。

与先例规则构成了识别先例案件与待决案件是否属于同案的认识论根据相似，指导性

〔5〕 案例摘自［美］迈克尔·艾隆·伯森伯格：《普通法的本质》，张曙光等译，法律出版社2004年版，第81页以下。

〔6〕 同上书，第86页。

〔7〕 同上书，第75页以下。

案例中存在的裁判要点、裁判理由就是判定待决案件与指导性案件是否属于同案的认识论条件。指导性案件之所以能够成为待决案件的参照案件，是因为它解决了前人没有遇到或没有解决过的诉讼难题。其裁判理由之所以能够成为识别待决案件与之是否同案的认识论依据，是因为裁判理由“是在特定程序中当事人和法官通过对话形成的具有合法性的见解”，它“展现了当事人与法官为共同解答诉讼争点而进行的思考和交涉商谈活动，并为某个诉讼争点的确定与解决提供了内在理据，才使得先例具备了可理解、可量度、可再现、可检验、可把控的基础，而成为案例参照的立足点和着眼点”。[8] 裁判要点之所以能够成为识别待决案件与指导性案件是否同案的认识论条件，是因为“从最高法院公布的第一批四个指导性案例来看，它们都含有‘裁判要点’作为对相关法律条文的解释适用，都具有作为一般行为规则的形态和含义，其中所包含的规则适用条件、具体行为模式和相关法律后果等规范逻辑要素，很容易被识别。由于指导性案例的‘裁判要点’对以后的裁判具有指引作用，所以将其承载的规范内容称为‘裁判规则’当属恰如其分”。[9] 从已经公布的 12 个指导性案例可以看出，裁判要点都是从裁判理由中抽象出来的，以准规则形式［$\forall x$（$Mx \rightarrow Tx$）］出现的裁判要点（它是对制定法规范中法律构成要件的具体化）构成了判断待决案件与指导性案例是否同案的认识论依据或识别标志。

（二）指导性案例中裁判结果的存在是断定同判的认识论条件

既然判断待决案件与指导性案例是否属于同案的认识论依据是从指导性案件中抽象出来的裁判要点，根据“相（似）同案件相同（似）处理”的法律原则，指导性案例中的裁判结果［OPa］就顺理成章地成为判断待决案件的裁判结果［OPb］与其是否属于同判的认识论依据。

在制定法传统中，构成法效果的法律规则有两种形式：一种是单一性规定，如刑法第 74、81 条规定：对于累犯，不适用缓刑、不适用假释。在整个法律规则体系中，这种规则的数量较少。另一种是选择性规定，如刑法第 133 条规定，“违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或拘役。”刑法 336 条规定，“非法行医罪情节严重的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或单处罚金。”在整个法律规则体系中，绝大多数处罚规定属于选择性规定。

裁判实践中，“同案不同判”的司法乱象主要出现在第二种场合。选择性规定为承审法官赋予了较大的自由裁量权和空间。例如同样犯有交通肇事罪，致河南省登封市公安局长任长霞去世的司机王学军被河南省新密市法院判处有期徒刑一年，而碾死他人的四川省万源市委常委、宣传部长程亚超被四川省宣汉县法院判处有期徒刑一年，缓刑一年。[10] 两个判决都符合刑法第 133 条“违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或拘役”的规定，程亚超的犯罪情节明显比王学军的犯罪情节更为严重，但他却比王学军承担更轻的法律责任。这两个案件属于典型的同案不同判。

〔8〕 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。
〔9〕 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》2010 年第 3 期。
〔10〕 案例摘自前引〔4〕，刘作翔等文。

正因为如此，指导性案例中的裁判结果及其影响裁判结果的相关制约因素就理所当然地成为判断待决案件的判决结果与指导性案件的裁判结果是否属于同判的认识论依据。

裁判要点是断定待决案件与指导性案例是否同案的认识论条件，裁判结果及其制约因素是断定待决案件与指导性案例的裁判结果是否属于同判的认识论条件。要想案例指导制度下的法律推理具有“实现同案同判，保证法律统一适用”的功能，首先必须知道指导性案件的事实特征和法律特征是什么，必须知道指导性案例的判决结果及其制约因素有哪些。要进行这种认识活动，必须遵循以下认识规则。

R2.1：裁判要点和裁判结果的存在是保障实现同案同判的认识论条件。

R2.1.1：作为判断待决案例与指导性案例是否属于同案的认识论依据是以规则形式出现的裁判要点。

R2.1.2：作为判断待决案例的裁判结果与指导性案例的裁判结果是否属于同判的认识论依据是指导性案件中的裁判结果及其制约因素。

三、案例指导制度下的同案判断方法

由于推理图式（1-3）中的前提（1）、（2）、（3）是作为已经被证明成立的前提而确立，所以根据图式（1-3）进行法律推理的关键就在于如何判断待决案例与指导性案例相同。因此，判断待决案件与指导性案例是否属于同案的判断方法就成为案例指导制度下法律推理的论证重点。

（一）对现有理论上同案判断方法的整体反思

1. 现有同案判断方法所面临的两个问题

目前，学界所讨论的如何判断同案的方法基本上可统归于“分支法”。分支法要求同案这个节点之下划分出更多的节点。例如，在同案节点之下划分为“案件性质上的定性分析”和“案件情节上的定量分析”两个节点；在“案件性质上的定性分析”节点之下又分为“两个案件的事实在整体上是不是涉及相同的法律问题”和“是不是属于同样法律性质的案件”两个节点。[11] 每个节点都会面对是否相同的问题，如“案件性质上的定性分析”会面对“案件性质是否相同”的问题，而“案件情节的定量分析”则会面对“案件情节是否相同”的问题。只有当下一层级的所有节点获得了满足，上一层级的节点才会获得满足。这种做法对于细化“相互比较”的内容而言确实颇有裨益。虽然学者们提出的各种理论观点之间由于缺乏统一的划分标准和评价标准，[12] 一时无法断定孰优孰劣，但是现有分支法的同案判定方法在整体上面临以下两个问题。

〔11〕 前引〔9〕，张志铭文。

〔12〕 例如，张琪教授将“同案”这个第一层级的节点下分至“构成要件”等第二层级的节点，在有些情况下又将“构成要件”这个第二层级的节点再下分为“诉讼标的”、“损害结果及其过错情节”、“当事人的意思表示”和“法律目的及当事人行为的目的”等第三层级的分节点。参见张琪：《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。还有学者将同案这个第一层级的节点下分为“事实要点”和“法律要点”两个第二层级的节点，再在两个节点之下进行进一步划分。参见郝方昉：《同案同判与案件区别技术——以“所有权人非法取回被扣押之财产的行为定性”为例》，《人民司法》2011 年第 19 期。

（1）现有分支法不能彻底解决是否相同的同质问题

在逻辑上来说，如果将分支法作为同案的判断方法，那么每个上一层级节点的满足都依赖于其下一层级节点之满足，这就要求对每个层级的节点又下分为更低层级的节点，如此往复以致无穷。这在实务中是行不通的，从而要求在理论构建时必须给出一个最低层级的节点。即便如此，在不能继续下分节点的前提下，分支法对于如何解决这一层级是否相同的问题似乎并没有一个明确的说法。如果将“案件情节上的定量分析”理解为最低层级中的一个节点，那么它所面临的是否相同的问题就是“两个案件在具体情节上是否可以视为相同”。为了解决该问题，张志铭教授给出的具体操作方式是：（A）以择定的指导性案例为基点，与待决案件在具体案情上进行比较，列出事实情节上的相同点和不同点；（B）结合具体的场合，针对所涉及的法律问题，比较确定相同点和不同点的相对重要性，并作出相同案件还是不同案件的判断。[13] 然而，步骤（B）中比较相同点和不同点的重要性需要依赖于步骤（A）中相同点和不同点的获取，但是怎么判断情节上的相同与不同呢？这是步骤（A）所面临的是否相同的问题。所以需要提出一个判断是否相同的方法，以便克服上述要求每个层次的节点必须无限下分的逻辑困境。

（2）现有分支法无法突出裁判要点作为同案判断方法认识根据的作用

对于判断待决案件与指导性案例是否相同的认识活动而言，对每个节点的判断都需要一个认识上的判断根据。单纯的分支法容易忽略将裁判要点作为判断指导性案例与待决案件是否同案的认识根据，进而容易忽视依照认识根据进行判断所需要采纳之方法步骤。现有的分支法理论基本上可以撇开裁判要点对待决案例的案情与指导性案例的案情进行直接比较，这样就无法确定待比较的案件事实应当在哪一个层级的节点上视为相同。例如，“最高法院公布的第一个指导性案例，[14] 其案件事实整体涉及的法律问题就可以定位于房屋买卖居间合同实践中的‘跳单’行为是否违约的问题，也可以定位于买卖居间合同、甚至更高层级的居间合同实践中的‘跳单’行为是否违约的问题。具体认定哪个层级类别，无法一概而论”，需要留待裁判者的自由裁量。[15] 笔者认为，既然该指导性案例已经将节点定位于房屋买卖居间合同，裁判者在作出是否应当参照指导性案例进行司法裁判时，就应当受到该裁判要点的约束。如果对于待决案件与指导性案例是否属于同案的判断不受制于该裁判要点，关于待决案件与指导性案例是否属于相同案件的判断就无法得到有效制约，容易使得裁判者获得随意扩张或限缩裁判要点的权限。这种做法恰恰正是满足条件 1 和 2 所极力反对的。

2．对现有同案判断方法的批判性吸收

尽管存在上述问题，分支法的思维形式仍值得肯定。如果将分支法视为先划分后满足的自下而上的思维过程，那么还需要一种自上而下的思维过程作为它的互补形式。它直接将认识上的判断根据（裁判要点）作为与同案并行的节点，之后每个节点的下分依

〔13〕 前引〔9〕，张志铭文。

〔14〕 该指导性案例的裁判要点的内容为“房屋买卖居间合同中关于禁止买方利用中介公司提供的房源信息却绕开中介公司与卖方签订房屋买卖合同的约定合法有效。但是，当卖方将同一房屋通过多个中介公司挂牌出售时，买方通过其他公众可以获知的正当途径获得相同房源信息的，买方有权选择报价低、服务好的中介公司促成房屋买卖合同成立，其行为并没有利用先前与之签约中介公司的房源信息，故不构成违约”。

〔15〕 前引〔9〕，张志铭文。

赖于该节点是否被满足，比如将“任何车辆不得进入公园”的规则作为最初的判断节点，如果通过感知经验无法判断待决案例的事实是否符合该规则的描述，那么可将该整体节点再划分为“车辆”和“公园”两个节点，其中“车辆”的节点面对的是否相同的问题是“待决案例中的车辆与指导性案例中的车辆是否可视为相同的车辆”，而“公园”的节点则面对“待决案例中车辆所驶入的地点与指导性案例中车辆所驶入的地点是否属于同样的地点”的问题。同时，再将感知经验判断作为满足的标准，以此防止节点的无限下分。这种思维模式下所有节点的满足将不必然得出同案的结论，只有同时通过最终标准的检验才能作出最终定论。因此，完整的同案判断方法将由“初步判断”和“最终标准”两部分构成，而分支法将贯穿于初步判断之中，作为一种细分比较内容的手段存在。

需要强调的是，如果理论界能对节点的划分做出一个统一的定论，那么对于同案的判断将大有裨益。本文同案判断的方法并非对于当下分支法某种具体理论的否定，恰恰是对其进行重要的补充。只有将两者有机结合起来才能构成同案判断的有效方法。这种完整的方法在判断的方式上毋宁是自上而下和自下而上的来回穿梭。

（二）断定同案的初步判断

1．裁判要点作为初步判断的依据以及与判例法裁判规则的区别

在判例法中，一条用来判断待决案例与先例是否相同的规则存在于先例的判决理由中。“判例之所以为法，是以其在判决的理由部分中所宣示的法律原则或法律规则为基准的。换言之，判例在裁判中所宣示的理由已具备法律规则或原则的规范性指引的特征与要求。”〔16〕鲁伯特·克劳斯在研究英国司法判例时对“判决理由”给出了以下定义：案件的判决理由，是指法官明确或隐蔽地表达出的为得出判决结论所必需的任何规则，亦即他采用的推理链条；它在案件中足以用来解决当事人间的论争，对于这些论证来说，法官必须提出一项裁判规则来证明判决结论。〔17〕这样一条已由先例宣告的法律规则或原则并不一定是待决案例的最终裁判规则，它只是“看似可以直接适用手头上的案件”，〔18〕真正用来裁判当前案件的裁判规则由决定法院作出。而从先例的判决理由中所蕴含的规则到最终可适用待决案例的裁判规则的转换过程正是判例法制度下法律推理的实质与核心部分。一般而言，这样的转换过程并不明显，两种规则往往重叠在一起。“按照遵循先例的原则，先例中的规则要么必须被遵循，要么从表面上看理应被遵循，这也是法院的等级制度安排和需要。”〔19〕除非先例所宣告的规则仅部分适用或彻底被推翻，这种重合才可能分离，进而两种规则之间的这种发展转变过程就可以显现出来。通常，适用判例法规则的一种惯常方式是，“如果一项规则能够用拘束性先例的权威用语加以明晰，或者已经在先例中用清楚的用语表达过了，那么，只要当下案件的有效事实与规则相适应，它就可以直接按照明确含义来适用”。〔20〕

对指导性案例的裁判要点而言，基于制定法传统的制度要求，即便裁判要点不作为最

〔16〕 胡云腾主编：《最高人民法院指导性案例参照与适用》，最高人民法院案例指导工作办公室主编，人民法院出版社 2012 年版，第 188 页。

〔17〕 参见［英］尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社 2006 年版，第 209 页。

〔18〕 前引〔5〕，伯森伯格书，第 112 页。

〔19〕 前引〔17〕，麦考密克书，第 210 页。

〔20〕 同上书，第 213 页。

终审判依据，各级法院也不应具有对裁判要点在审理过程中做出限缩或扩张的权限。裁判要点要么全部适用，要么全部不适用，否则便违背满足条件 1。所以，以准规则形式出现的裁判要点，不仅是判断待决案例与指导性案例是否相同的认识论根据，而且在其全部适用的情况下，也是作出最终裁判的规范根据。这种方式固然不同于判例法制度下的遵循先例原则，但作为判断待决案例与指导性案例是否相同的初始根据，以及作为两种制度下法律推理的出发点，应当没有区别。

2．初步判断的三个规则

裁判要点作为初始判断依据意味着，即使待决案例事实符合裁判要点的描述，也未必与指导性案例完全相同，因而也就未必适用该裁判要点，否则推理图式（1-2）就足以反映整个参照指导性案例的法律推理过程。但反过来，若要参照指导性案例的裁判要点进行司法审判，待决案例事实必须符合裁判要点的描述，即待决案例的案件事实必须能归属于描述裁判要点的语词之下。满足这种要求的做法并非是在适用裁判要点本身，而是对待决案例与指导性案例事实特征和法律特征是否相同的初步判断，因而也就是判断推理形式中前提（4）是否成立的一个具体操作方法。既然判断的第一步是类型归属的判断方式，据此先提出初步判断的三个规则。

R3.1：若通过感知经验可以直接判断待决案例的案件事实符合裁判要点描述，那么由此进入后续决定规则。

R3.2：若通过感知经验无法直接判定待决案例的案件事实是否符合裁判要点的描述，那么由此也应当进入后续的决定规则。

R4.1：若通过感知经验可以直接判断待决案例的案件事实不符合裁判要点之描述，那么法律推理的论证重点就转入为将待决案件事实归属于法律规则或司法解释中所确立的法律构成要件寻找其他依据［即转入到推理图式（1-2）中的 $\forall x\ (Mx \rightarrow Tx)$］。

规则 R4.1 是一个当然规定，制定法传统要求一旦能直接判断待决案例不符合裁判要点就无须再参照指导性案例。在这种情况下，法律推理就必须回归至疑难案件的推理模式和思维方法。因此，应当将规则 R4.1 作为规避适用指导性案例的回归规则来确立。

3．初步判断的获得方式是感知经验判断

上述三个规则的共同之处在于，它们都将感知经验判断作为判定待决案件与指导性案例是否属于同案的初步判断方式。

感知经验判断，包括以感知为基础的判断和以社会经验为基础的判断两个部分。当一条法律规则通过一定的语词表现出来时，其相应的语词就会指称与其对应的事物与事件，有些事实可以通过判断者自己的感觉和知觉，或者以告知此事之人的感觉和知觉来判断。比如身体的伤害，某人的出生与死亡，物的大小、重量、外观等，即属于以感知为基础的判断，这种判断依赖于观念形象与感觉、知觉的直接对应。一旦判断者取得特定的感觉、知觉，就会形成相应的观念形象，然后通过直接描述该观念形象的语词表达出来便形成该当判断。比如通过视觉观察一种颜色，在大脑中形成红色的观念形象，于是便使用“红色”一词去直接描述这种颜色的感知印象。那么当形成“这是红色”的判断时，就是一个以感知为基础的判断。此种判断建立的是感知与语词直接对应的关系。

“然而，法律的构成要件不只包含通过感知就可以确证的事实，部分构成要件也指涉一些以特定方式来理解的事实，特别是人的行为以及意思表示。”〔21〕这部分的直接判断就依赖判断者所享有的普遍社会经验。我们将这种判断方法称之为以社会经验为基础的判断。例如，在商店看见一个人向另一个人递出一张钞票，接受钞票的人将一箱啤酒拿给该递出钞票的人。据此，我们可以做出“这两个人的行为是买卖行为”的法律判断，这种判断是以社会经验为基础的判断。

但是感知经验判断也有临界点，对它做一个精确的定义似乎不大可能，每个概念都有其清晰之处和模糊之处。在模糊地带，有些人可能认为一些事情可以通过感知经验进行直接判断，而其他人则认为需要通过相应的论证来间接地断定。法官作为在法律推理过程中运用感知经验判断的主体，具有不同于案件当事人的特定的法律感知和法律经验。因此，在一些特定事情上，法官可以通过感知经验做出直接的法律判断，而当事人则可能需要给予必要的说明和论证才能接受。为了防止法官在一些必须经由论证才可下断定之处假借感知经验判断之名而妄下断言，必须提出感知经验判断的限制规则。

R3.3：通过感知经验所形成的直接判断应当是案件双方当事人所能达成的一致判断。

4．初步判断下的分支法和案例比较点的确定

（1）分支法在初步判断中的运用

要在整体上通过感知经验直接判断待决案例的案件事实与裁判要点之间的关系实属不易，因为裁判要点很少会是由一个简单命题所构成的规则。在绝大多数情况下，裁判要点是一个由复合命题构成的复杂规则，因此分支法就显得比较重要。分支式思维将作为整体节点的裁判要点下分为几个并行的节点。若通过感知经验的判断得出案件事实分别符合各节点之描述，各节点就被满足而无需再下分，进而就形成规则 R3.1 所指涉之情形。若至少有一个以上的节点通过感知经验无法判断是否被满足，就对该节点进行划分，要是该节点之下不能再划分出可通过感知经验进行直接判断之节点，就符合规则R3.2之表述。规则 R4.1 表明至少有一个以上的节点可以通过感知经验直接判断无法被满足。因此，只要通过感知经验的判断可断定节点被满足或不被满足，节点就无需再下分。只有通过感知经验的判断无法直接断定节点是否被满足时，才存有继续下分的可能。例如，将前述指导性案例 3 号的裁判要点作为一个最初的整体节点，其下可划分为“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益”、“与请托人以合办公司的名义获取利润”与“没有实际出资和参与经营管理”三个分节点。如果通过感知经验判断发现待决案例事实符合三个节点的描述，那么各个节点都被满足而无需下分。但如果其中“与请托人以合办公司的名义获取利润”的节点无法通过感知经验来直接判断是否被满足，那么该节点应当再分为“请托人”、“以合办公司的名义”和“获取利润”三个节点。要是这三个节点之中至少还有一个无法通过感知经验来判断是否被满足，并且该节点之下又不能再划分出可通过感知经验进行直接判断之节点，譬如“请托人”节点，那么除非对“请托人”做出一个明确定义，再将定义的各个部分作为认识上的判断根据进行划分，否则“请托人”节点就是一个在认识上不可再分之节点。在不可再分节点之处应当进行具体案情比

〔21〕 前引〔2〕，拉伦茨书，第 165 页以下。

较，并采纳最终标准进行判断。如果可通过感知经验直接判断“没有实际出资和参与经营管理”的节点不被满足，比如存在待决案例的当事人用自己合法的收入直接出资的事实，那么在此之上的上一层级节点就无法被满足，从而必须依照规则R4.1对待决案例进行处理。

需要指出的是，对裁判要点进行分支划分，只要将其作为认识上的判断根据，采取分支法下的何种具体划分理论就是仁者见仁智者见智的事了。本文主要采用的是构成规则的概念划分。

（2）初步判断过程中案例比较点的确定

案例事实的比较点是由指导性案例案情中抽取归纳并构成裁判要点的概念所指陈的事物。

上述类似“请托人”概念如果是从指导性案例的具体案情中抽取归纳出来的，审理待决案例的法官就没有对其做出事先定义的权限。要是裁判法官可以事先做出解释从而将待决案例事实归属于该解释含义之下，这就与适用制定法裁判的方式无异。因而，他只能在“请托人”的识别要点之下对待决案例有关“请托人”的事物与指导性案例有关“请托人”的事物进行比较，从而决定是否做出等同处理。不过，裁判要点中类似“请托人”的概念是否能再划分节点，取决于是否由权威的法律规则或司法解释作出规定。例如对“国家工作人员”这个节点，刑法第93条做了明确定义，就可以根据该定义作为判断根据而对“国家工作人员”节点做出下分。但这样的概念取自原有法律规则的构成要件，对它就应当按照制定法传统下的方式进行处理，不存在最终标准的评价，它所指称的事物并非案例事实的比较点。所以，必须在构成裁判要点的概念之中区分清楚哪些是归纳抽取自指导性案例案情，哪些是原有法律规则或司法解释所固有的构成概念。

最后，由于简易裁判要点的整体式判断和复杂裁判要点的分支式判断都可以被三个规则所容纳，假定构成裁判要点的概念都抽取自指导性案例的基本案情，感知经验判断规则 R3.1、R3.2 和回归规则 R4.1 就可以作为标准规则被确立，而之后的最终标准也将依标准式进行提炼。

（三）同案判断的最终标准

1. 同案判断的最终标准是实质理由论证

（1）实质理由论证及其必要性

由于裁判要点既非法律亦非司法解释，所以在指导性案例中，当把待决案件事实按照裁判要点来处理时，裁判要点本身不能给予这种处理以权威性和正当性，它需要裁判理由来提供正当性的基础。裁判理由是“论证裁判要点正当性的法律科学依据，裁判要点能否立得起来，能否说服别人去参照，需要裁判理由的支持”。[22] 如果裁判理由不存在，而对裁判理由的反驳被证明是成立的，那么从裁判理由中抽取出来的裁判要点就不应当被其他待决案例参照适用，甚至会被下一个指导性案例彻底推翻。所以，要将待决案例按照裁判要点做出与指导性案例相同的处理，就必须获得裁判理由的有效支持。这就意味着，裁判理由本身会在判定待决案件与指导性案例是否属于同案的标准中，成为论证

〔22〕 前引〔16〕，胡云腾主编书，第 164 页。

待决案例与指导性案例是否相同的实质理由。只有是否同案的判断过程获得实质理由的有效支持，才能最终做出是否同案的判断。我们将由实质理由导向最终断定同案的过程，称为实质理由论证。

（2）规则 R3.1 下实质理由的论述形式和决定规则

当符合 R3.1 描述之情形，在比对待决案例与指导性案例的案情时，只有当待决案例既符合裁判要点之描述，又不被实质理由论证所否定，才能最终断定待决案例与指导性案例相同。实质理由的论述形式（L.1）：

（1）D→OZ
（2）－OZ
（3）－D　　（1）（2）

大前提［D→OZ］表示，要将待决案件按照裁判要点做出与指导性案例相同的处理，就必须符合实质理由。小前提［－OZ］表示，这种做法不符合实质理由，这种做法没有正当性、合理性。结论［－D］表示，我们不能将待决案件按照裁判要点做出与指导性案例相同的处理。

其中，证明上述做法不符合实质理由［－OZ］是这个推理链条的重点。由此可以总结得出在同案判断规则 R3.1 下的决定规则 R3.1.1 和回归规则 R4.2。

R3.1.1：若待决案例符合同案判断规则 R3.1，那么由此进入实质理由论证。只要不存在实质理由论述形式（L.1）所述之情形，即可判定待决案例与指导性案例相同。

R4.2：若待决案例符合实质理由论述形式（L.1）之标准，那么该案件应回归至疑难案件的推理模式和思维过程中去（理由同 R4.1）。

例如，在指导性案例 2 号中，根据“双方约定和诚实信用原则”得出裁判要点：“民事案件二审期间，双方当事人达成和解协议，人民法院准许撤回上诉的，该和解协议未经人民法院依法制作调解书，属于诉讼外达成的协议。一方当事人不履行和解协议，另一方当事人申请执行一审判决的，人民法院应予支持。”如果遇到“一审原告部分胜诉（如一审判决被告西城纸业给付原告吴梅 100 万元），原告上诉，双方达成诉讼外和解协议（约定西城纸业给付吴梅 150 万元），原审原告撤回上诉后，原审被告不履行和解协议”，[23] 虽然该情形符合裁判要点之描述，但若将其按照裁判要点做出与指导性案例 2 号相同的处理，违背双方约定和诚实信用原则的一方当事人反而可以因其不诚信的行为获利。采取此等处理的做法不符合双方约定和诚实信用的原则［即－OZ，不符合实质理由］，所以不能将此情形按照裁判要点进行同等处理［即－D］。

（3）同案判断规则 R3.2 下实质理由论证的论述形式和决定规则

如果无法通过感知经验直接判断待决案例的案件事实是否符合裁判要点的描述，且将待决案例的案件事实按照裁判要点做出与指导性案例相同对待的处理符合实质理由，就应当这么做。例如，将商品促销宣传车依照规则“任何车辆不得进入公园”中的车辆来处理，那么就需要通过实质理由的论证。只要证明这样处理符合实质理由，就算首先无

〔23〕 王亚新：《一审判决效力与二审中的诉讼外和解协议——最高人民法院公布的 2 号指导性案例评析》，《法学研究》2012 年第 4 期。

法通过感知经验直接判断待决案例是否符合裁判要点的描述，也应当将待决案例与指导性案例做相同的对待。该实质理由的论述形式（L.2）可以表述为：

（1）S→OZ
（2）S
（3）OZ　　（1）（2）

大前提［S→OZ］表示，如果将待决案件按照裁判要点做出与指导性案例相同对待的做法符合实质理由，具有正当性和合理性，那么就应当做出与指导性案例相同对待的处理。小前提［S］表示，将待决案例按照裁判要点做出与指导性案例相同对待的做法符合实质理由，具有正当性和合理性。结论［OZ］表示，就应当这么处理。

根据上述论证形式可以提炼出，在规则 R3.2 情形下的决定规则 R3.2.1 和与之相对应的回归规则 R4.3。

R3.2.1：若待决案例符合同案判断规则 R3.2，那么由此进入实质理由论证。只要符合实质理由论述形式（L.2）之情形，即可判定待决案例与指导性案例相同。

R4.3：若待决案例不符合实质理由论述形式（L.2）之情形，那么该案件应回归至疑难案件的推理模式和思维过程中去。（理由同 R4.1）。

需要强调的是，由于参照指导性案例的行为本身说明原来作为裁判依据的法律规则发生了适用疑难的情形，如果要判断当下疑难情形是否适用于该法律规则，就必须给出充分的论证与说明，尽管无法提供百分之百的确实性，但只有所有的司法裁判都建立在理性论证的基础上，其所得的裁判结论才是科学的、可接受的。因而，作为处理依据的裁判要点在被参照时应当在裁判文书中作出说明论证并加以引用，而不是如基本参照规则 R1.2 所说的可以作为裁判文书的说明理由加以引用。由此，基本参照规则 R1.2 就必须修正为 R1.2.1。

R1.2.1：参照指导性案例进行司法裁判的依据是法律和司法解释，同时指导性案例所确定的裁判要点在被参照时应当在裁判文书中作出说明论证并加以引用。

（4）实质理由论证的案情依赖性

也许存在一种可能的反驳意见：根据规则 R3.1 和 R3.2 下的最终标准，在审理待决案例时，所需最多的只不过是指导性案例的裁判要点以及证立裁判要点的裁判理由，对案情的依赖度不高，甚至可以根本无视案情的比对来作出裁判，进而这种做法实则与制定法传统下的司法审判无异。这种意见是错误的，它忽视了裁判要点的一个重要性质：裁判要点是从指导性案例的案情中抽取出来的，裁判要点的成立对案情的依赖度很高。

由于案件事实拥有数量不限的事实特征，而裁判要点又只是从这些特征中概括抽象出来的，待决案例就可能同时具有支持裁判要点和否定裁判要点的事实特征，这就意味着“案例可能支持规则，但它也可能拥有瓦解规则的手段”。[24] 假设规则“任何车辆不得进入公园”抽取自一位不守规则的商品促销宣传车进入公园的基本案情。如果将该种情况视为指导性案例的基本案情，而“车辆不得驶入公园”作为裁判要点 W，并且设定案情特征 E_1 为具有危险性，E_2 为产生噪音和污染，E_3 为具有商品宣传，那么就可同时设定主

〔24〕［德］罗伯特·阿列克西：《法：作为理性的制度化》，雷磊译，中国法制出版社 2012 年版，第 217 页。

张 $E_1 \wedge E_2 \wedge E_3 \rightarrow W$ 成立。现在有一个待决案例，一辆计划生育宣传车进入公园是否参照该裁判要点。由于待决案例中的计划生育宣传车与指导性案例中的商品促销宣传汽车共同分享特征 E_1 和 E_2，但它具有特征 F_1（计划生育宣传），因此，由事实特征 $E_1 \wedge E_3 \wedge F_1$ 所构成的计划生育宣传车这一案件事实是否可与商品促销宣传车作为相同事物进行处理，是否可以参照裁判要点处理，就在于支持主张背后的实质理由之间的竞争。所以，案情、裁判要点、实质理由就内在地相互关联着，案件的比较是一种联合了这三种向度的论证结构。

在实质理由论证中，将待决案例按照裁判要点做出与指导性案例相同的处理，实际意指的是将待决案例与指导性案例的案件事实作为同类事实对待。裁判要点的形成过程无非是将个体案件事实中的有限特征 E 归纳抽象至一个事实类型的过程。但是由于待决案例事实可能具有适用裁判要点的案件事实特征 E，也可能同时具有规避适用或推翻裁判要点的事实特征 F，如果将待决案例事实参照裁判要点进行处理，就意味着由事实特征 E 和 F 所构成的待决案例事实就被归属于裁判要点所刻画的事实类型。不过，又因为裁判要点由实质理由进行证立，这种归属过程就必须同时符合实质理由的支持。一旦获得支持，由事实特征 E 和 F 构成的待决案例就和指导性案例构成相同。支持与瓦解适用裁判要点的这种辩证活动说明，在案情比较时所使用的裁判要点和对裁判要点参照适用时的实质理由论证具有案情依赖性。因此，实质理由论证不仅是针对整体意义上的待决案例所提出的论证活动，也是比较待决案例的具体案情特征与指导性案例的案情特征是否相同的判断方式。

2．采纳最终标准所需要的两个编写规则

如果将实质理由论证作为判断待决案件与指导性案例是否属于同案的最终判断标准的必要组成部分，那么针对现有指导性案例的编写状况必须提出两个编写规则。只有在这两个编写规则要求下编写指导性案例，所提出的最终标准才可能得到有效实施。

（1）第一个编写规则及其裁判理由的类型结构

实质理由就是在裁判理由中给出了证明裁判要点能够成立的理由。以现今公布的 12 个指导性案例裁判要点的内容来看，基本上可以将裁判理由分为给出实质理由（指导性案例 2 号、3 号、4 号、5 号、6 号、7 号、10 号）和未给出实质理由（指导性案例 1 号、8 号、9 号、11 号和 12 号）两个类型。本文主张今后在编写指导性案例时都应给出证明裁判要点能够成立的实质理由。给出裁判要点实质理由的内部论证结构可表述为如下形式（L. 3）：[25]

$$\begin{array}{c} G \rightarrow C \\ \uparrow \\ W \\ \uparrow \\ B \end{array}$$

〔25〕 结构类似于图尔敏模式，参见 Stephen Toulmin, Richard Rieke, Allan Janik, *An Introduction to Reasoning*, 2nd edition, New York: Macmillan Publishing Company, 1984.

其中，W 表示裁判要点，G→C 表示指导性案例的案件事实 G 按照裁判要点 W 处理成 C，B 为证明裁判要点成立的实质理由。

根据现在裁判理由的编写状况可提出第一个编写规则。

RR1.1：裁判理由中必须给出证明裁判要点成立的实质理由。

另外，从论证结构中可知，如果裁判要点不成立，那么与指导性案例相同的待决案例事实也同样不能依照裁判要点而被处理成 C。裁判要点在下述四种情形之下不再成立。

（I）实质理由不再支持裁判要点（随着时代价值观念的变迁，实质理由与裁判要点之间的支持关系可能被削弱或被彻底推翻）。

（II）裁判要点与制定法规则形成冲突（依据规则 R1.2.1，裁判要点无法对抗制定法规则）。

（III）裁判要点与法律基本原则形成冲突。

（IV）不同指导性案例的裁判要点之间形成冲突。

裁判要点在性质上虽是对法律规则的解释，但是就算对同一条规则的解释在理论上也存在对立的可能。因而在此附加提出一个回归规则。

R4.4：若存在裁判要点不成立（I、II、III、IV）四种情形之一，那么该案件应回归至疑难案件的推理模式和思维过程中去。

（2）第二个编写规则

实质理由的论证对案情具有很强的依赖性，由于描述指导性案例案情的概念的内涵多于描述裁判要点的复合谓词 M 的内涵，描述裁判要点的复合谓词 M 属于描述案情的属概念。所以在编写指导性案例时，作为描述裁判要点的概念应当是描述指导性案例案情的属概念。但是，指导性案例中裁判要点中的概念又必须比法律规则中的概念低一个层次，即裁判要点中出现的概念是法律规则出现的语词的种概念。如果法律构成要件指称的对象范围是清楚明确的，就能将待决案件事实直接归属于该构成要件之下，这时，对待决案件运用简单案件的法律推理就可以了。之所以没有运用这种推理形式，说明该指导性案件属于疑难案件。从指导性案例中抽取出来的裁判要点是对法律规则中构成要件的进一步说明或细化，所以，指导性案例中的裁判要点概念只能是法律规则中出现的概念的种概念。只有这样，裁判要点才既能起到对法律规则中法律构成要件进一步解释的作用，又能将待决案件归属于该裁判要点之下（进而将待决案件事实归属于法律构成要件之下）。由此可提出第二个关于编写指导性案例的基本规则。

RR1.2：作为描述裁判要点的概念在抽象程度上要高于作为表述基本案情的概念，但必须低于法律规则中出现的语词的抽象程度。

四、同判形成规则及规避参照指导性案例的四种情形

（一）同判形成规则

法律规则中关于法律效果的规定（规则后件 OPx）既有选择性规定也有单一性规定。在司法实践中，如果规则后件是单一性规定，一般不会出现同案不同判的结果，而如果

规则后件是选择性规定，就常常会出现裁判结果参差不齐的状况。

前文已经证明指导性案例的裁判结果是形成同判的认识前提，为了保证同案同判这一制度目标的实现，一旦判定待决案例与指导性案例相同，那对待决案件作出相同处理就成为法理逻辑的必需。因此，在案例指导制度下为了保障相同案件获得相同判决，就必须参照指导性案例的裁判结果及其制约裁判结果的相关因素。这样，根据认识规则 R2.2.2，之前的基本参照规则 R1.1.1 应相应地修正为：

R1.1.2：参照指导性案例不仅是指参照指导性案例明确的裁判要点和裁判理由，还要参照指导性案例的基本案情、裁判结果及其制约裁判结果的相关因素。

如果不遵循基本参照规则 R1.1.2，同案不同判的现象就无法利用案例指导制度从根本上得到有效控制。前述“交通肇事案”、“受虐妇女杀夫案”等典型案件的判决情况就很明显地反映出当前同案不同判的混乱状况。[26] 尽管这些案件的判决结果都没有超出法律规则关于法效果规定的范围，但在认为它们属于相同案件的情况下，却做出了不同的审判结果。所以修正后的基本参照规则 R1.1.2 是参照指导性案例时所必须遵守的规则。

另外，在待决案件与指导性案例之间不仅可能存在定罪情节的差异，还可能存在量刑情节的差异，因此在参照指导性案例的裁判结果作出裁判结论时，应当符合以下最低限度的判决约束规则。该约束规则作为基本参照规则 R1.1.2 的扩展式可表述如下：

R5.1：若待决案例的量刑情节比指导性案例的量刑情节更重，那么在参照指导性案例的情况下对该待决案例的判决结果至少不能比指导性案例中的判决结果更轻；反之亦然。

（二）规避参照指导性案例的四种情形

并非所有的指导性案例都可以得到参照适用，一旦符合规避的情形出现，指导性案例就应当处于被规避的状态之下。关于哪些情形应当规避指导性案例，前文已经通过回归规则的形式表达出来。这里将其重新整理如下。

（1）通过感知经验可以直接判断待决案例的案件事实不符合裁判要点之描述，规避参照指导性案例。

（2）待决案例符合实质理由论述形式（L.1）之情形，规避参照指导性案例。

（3）待决案例不符合实质理由论述形式（L.2）之情形，规避参照指导性案例。

（4）存在裁判要点不再成立（I、II、III、IV）的四种情形之一，规避适用指导性案例。

（1）、（2）、（3）是在同案判断过程中由于发现待决案例与指导性案例不相同而规避参照指导性案例，（4）则是由于指导性案例自身存有的问题而引发的规避情形。

对于那些既没有明确法律规则可供直接援用又没有相应的指导性案例适用于待决案件，基于法官不得拒绝裁判的义务，创设新的指导性案件就成为必然。由于如何创设一个新的指导性案例是另一个重大理论问题，本文不再赘述。

〔26〕 参见徐昕：《迈向司法统一的案例制度》，《学习与探索》2009 年第 5 期。

五、案例指导制度下的法律推理规则体系

以上所述推理规则是根据行文需要分散提出，我们可根据规则类型将规则体系化。

1. 基本参照规则

（R1.1.2）：参照指导性案例不仅是指参照指导性案例明确的裁判要点和裁判理由，还要参照指导性案例的基本案情，同时也应当参照指导性案例的裁判结果。

（R1.2.1）：司法裁判的依据是法律和司法解释，指导性案例所确定的裁判要点在被参照时应当在裁判文书中作出说明论证并加以引用。

（R1.3）：各级人民法院审判类似案例时应当参照最高人民法院发布的指导性案例。

2. 同案同判的认识规则

（R2.1）：裁判要点和裁判结果的存在是保障实现同案同判的认识论条件。

（R2.1.1）：作为判断待决案例与指导性案例是否属于同案的认识论依据是以规则形式出现的裁判要点。

（R2.1.2）：作为判断待决案例的裁判结果与指导性案例的裁判结果是否属于同判的认识论依据是指导性案件中的裁判结果及其制约因素。

3. 断定同案的判断规则

（R3.1）：若通过感知经验可以直接判断待决案例的案件事实符合裁判要点描述，那么由此进入决定规则 R3.1.1。

（R3.1.1）：只要不存在实质理由论述形式（L.1）所述之情形，即可判定待决案例与指导性案例相同。

（R3.2）：若通过感知经验无法直接判定待决案例的案件事实是否符合裁判要点的描述，那么由此应当进入最终的决定规则 R3.2.1。

（R3.2.1）：只要符合实质理由论述形式（L.2）之情形，即可判定待决案例与指导性案例相同。

但上述情形中，规则 R3.1 和规则 R3.2 的运用应受限于规则 R3.3。

（R3.3）：通过感知经验所形成的直接判断应当是案件双方当事人所能达成的一致判断。

4. 回归规则

（R4.1）：若通过感知经验可以直接判断待决案例的案件事实不符合裁判要点之描述，那么法律推理的论证重点就转入将待决案件事实归属于法律规则或司法解释中所确立的法律构成要件寻找其他依据，即回归至疑难案件的推理模式和思维过程中去。

（R4.2）：若待决案例符合实质理由论述形式（L.1）之标准，那么该案件应回归至疑难案件的推理模式和思维过程中去。

（R4.3）：若待决案例不符合实质理由论述形式（L.2）之情形，那么该案件应回归至疑难案件的推理模式和思维过程中去。

（R4.4）：若存在裁判要点不成立（I、II、III、IV）四种情形之一，那么该案件应回归至疑难案件的推理模式和思维过程中去。

5．形成同判的判决约束规则

（R5.1）：若待决案例的量刑情节比指导性案例来得重，那么在参照指导性案例的情况下对该待决案例的判决结果至少不能比指导性案例本身的判决结果更轻；反之亦然。

最后需要说明的是，制度规则的建构远非笔者所能独立完成的，[27] 它需要法律职业共同体的长期共同努力。

Abstract: The legal reasoning of the case guidance system is the effective way to treat the similar case equally. It not only reflects the particular form of judging thought in the case guidance system, but also takes the way of deciding the similar case as the most important method of legal reasoning. Different from the model of the traditional legal reasoning, the legal reasoning of the case guidance system consists of four parts, that is, the legal rule, the guiding case, the legal fact and the conclusion of judgment. In this model, whether the pending case is similar to the guiding case and how to make a similar judgment to the similar case are the main points to be demonstrated, thus the method to decide the similar case and to make the similar judgment is the key point in the legal argument.

Rules of legal reasoning of the case guidance system should be established to guarantee that the similar case get the similar judgment, which include the foundational referential rule, the epistemological rule to realize "similar case, similar judgment", the rule to decide whether the pending case is similar to the guiding cases, the binding rule to form the similar judgment, the regression rule, and the editorial rule of the guiding cases. As a matter of course, without such a theory of legal reasoning, the operation of the case guidance system is impossible. The system function of the above forms and rules of reasoning is the foundation and safeguard of the correct legal reasoning under the case guidance system.

Key Words: case guidance system, guiding case, legal reasoning, method of judging the similar case, rule of forming the similar judgment

〔27〕 本文所说的制度规则包括以下两个方面的内容：（1）指导性案例中抽取出来的次级裁判规则。它是对制定法规范中法律构成要件的具体化；其作用在于保证判决结论的正当性和合理性；其数量将随着指导性案例的增加而不断增加。这种规则也可能会被正文中所列举的Ⅰ、Ⅱ、Ⅲ、Ⅳ四种情形所推翻。（2）案例指导制度下的法律推理的规则。这种规则的作用在于保证法律推理的有效性和一致性，数量很少，一旦确立很难被推翻，具有普遍有效性。这两种规则对案例指导制度来说都是必不可少的。