

指导性案例适用失范的现状、成因及其出路

——以指导性案例 24 号的参照情况为分析视角

侯晓燕*

目次

一、引言	(三) 指导性案例的效力定位不准
二、指导性案例 24 号适用失范的表现	(四) 法官适用指导性案例的说理论证负担以及上诉风险
(一) 指导性案例适用失范的含义与情形	四、纠正指导性案例适用失范的流程
(二) 指导性案例适用失范的实践表征	(一) 运用人工智能构建多维案例索引方式
(三) 指导性案例适用失范的消极影响与实践隐患	(二) 考察关键事实
三、指导性案例适用失范的成因	(三) 运用区别技术权衡案件相同点和不同点的重要性程度
(一) 类比推理的形式正当性与实质合理性之间存在二元冲突	(四) 研读裁判理由为参照结论做定性分析
(二) 案件类似性判断的比较基点缺乏明确规定	五、结语

摘要 当待决案件与指导性案例构成类似时,法官应当参照指导性案例实现类案类判。但在司法实践中,出现了待决案件与指导性案例类似而法官没有参照指导性案例、法官扩展适用指导性案例、法官隐性参照指导性案例、法官对当事人提出的参照指导性案例的请求未置可否,以及法官否认指导性案例作为上诉或再审理由等五种典型的适用失范现象。指导性案例在司法实践中适用失范现象会带来一系列消极影响与实践隐患。欲改善法官参照适用指导性案例适用失范的现状,最重要的措施是构筑起新颖、多维、精细化的指导性案例参照流程,为法官适用指导性案例实现类案类判提供参照技术支持。

关键词 指导性案例 类案类判 区别技术 人工智能

* 山东大学(威海)法学院博士研究生。本文系国家社会科学基金重大研究专项项目“社会主义核心价值观背景下的案例指导研究”(项目编号:19VHJ004)的阶段性研究成果。

一、引言

随着法律沟通方式不断由根据抽象规范裁判的单一模式向依照“抽象规范+指导性案例”的双元模式演变和发展,诉诸法律规范、司法解释、行政法规及其指导性案例的司法混合治理方式成为顺应时代和历史发展的必然趋势。传统的司法治理模式在统一司法裁判的目标下逐渐暴露出诸多弊端,指导性案例这种新型司法治理模式应运而生,构成司法治理的“混合模式”。^{〔1〕} 最高人民法院发布的指导性案例承载着解决复杂疑难案件问题的优良裁判经验,可成为各地法官在审判实践中解释规范歧义、弥补法律漏洞以及探寻政策意图等重要的司法资源。^{〔2〕} 但是,由于现实案件具有复杂性以及缺乏指导性案例适用的技术方法等,最高人民法院若欲通过指导性案例实现类案类判,统一法律适用,还面临着多重困境。镶嵌在制定法与判例法之间具有中国特色的案例指导制度需要不断引发学界与实务界的反思,才能更好地促使案例指导式的司法治理模式在我国本土法治环境下顺利开展。

二、指导性案例 24 号适用失范的表现

(一) 指导性案例适用失范的含义与情形

根据最高人民法院发布的《关于案例指导工作的规定》以及《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》,指导性案例适用的根本要求是类案类判,统一法律适用,维护司法公正等。^{〔3〕} 换言之,为实现指导性案例的立法目的与价值追求,当待决案件与指导性案例构成类似时,法官应当参照援引指导性案例实现类案类判。然而,作为传统的制定法国家,我国理论界与实务界对何为类案尚未形成一致认知。在本文的语境下,类案指待决案件与指导性案例关键事实构成类似。即待决案件与指导性案例的关键事实构成类似是指导性案例适用的前提基础。

类案和类判是法官规范适用指导性案例裁判的双向要求。类判指当待决案件满足与指导性案例构成类案的前提时,法官在待决案件的裁判理由中参照并明示援引了相关指导性案例。具体言之:在与指导性案例构成类似的待决案件中,(1) 法官将指导性案例作为待决案件的裁判理由是指导性案例适用的效力定位;(2) 法官参照指导性案例裁判是指导性案例适用的正当结果;(3) 法官对指导性案例进行明示援引是指导性案例适用的标准形式。因此,当待决案件与指导性案例的关键事实构成类似,法官在待决案件的裁判理由中参照并明示援引指导性案例,是适用指导性案例实现类案类判的主要含义。

由此,对于违反上述适用指导性案例实现类案类判逻辑要求的情形皆属于指导性案例适用失范的含义与表现。概言之,指导性案例适用失范主要分为以下三种情形:第一,“异案类判”。即待决案件与指导性案例属于“异案”,法官在待决案件中明示或隐性参照指导性案例裁判的情形。“异案类判”是在不满足待决案件与指导性案例构成类案的前提条件下,仍参照指导性案例裁判。第二,“类案异判”。即虽然待决案件满足与指导性案例构成类案的前提条件,但法官在待决案件中背离指导性案例裁判,没有参照指导性案例作为裁判理由。由于“类案异判”不符合适用指导性

〔1〕 参见彭宁:《最高人民法院司法治理模式之反思》,载《法商研究》2019年第1期,第54页。

〔2〕 参见孙光宁:《区别技术在参照指导性案例之司法实践中的应用及其改进——以指导性案例第24号为分析对象》,载《法学家》2019年第4期,第94—98页。

〔3〕 最高人民法院《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第1条:“为了具体实施《最高人民法院关于案例指导工作的规定》,加强、规范和促进案例指导工作,充分发挥指导性案例对审判工作的指导作用,统一法律适用标准,维护司法公正,制定本实施细则。”

案例类判的结果要求,亦属于指导性案例适用失范的表现。除此之外,“类案异判”还可进一步细化为以下两种情形:一是法官在与指导性案例构成类案的案件中没有明示援引具体指导性案例,对指导性案例采取隐性援引的形式。这种情形虽然符合类案中参照指导性案例裁判的结果要求,但违背了在类案中明示援引指导性案例的形式要求。二是法官在与指导性案例构成类似的案件中既不参照又不援引指导性案例,完全漠视指导性案例的适用效力。法官的此种姿态违背了指导性案例规范适用的结果与形式要求,属于指导性案例适用失范比较严重的情形。第三,再审法官对指导性案例适用的情况持消极态度,放任“类案异判”或“异案类判”等也是指导性案例适用失范的情形。概言之,若法官在司法审判实践中适用指导性案例裁判但出现违背上述指导性案例适用前提、效力、结果及形式中的一种或几种皆属于指导性案例适用失范。

(二) 指导性案例适用失范的实践表征

自最高人民法院于2011年正式发布第一批指导性案例以来,诸多统计结果显示指导性案例24号成为在司法实践中被应用最多的案例,适用频率高达1567次。^{〔4〕} 本文选择北大法宝作为检索数据库来源对指导性案例24号在司法实践中适用失范的概况进行精细化分析。在北大法宝数据库中的司法案例目录下,选择指导性案例实证应用栏下的个案应用分析中的指导案例24号,截止到2019年3月10号显示有399份适用指导性案例24号的裁判文书。通过对这399份裁判文书进行分析,发现指导性案例24号在司法适用中存在诸多适用失范现象,“类案异判”或者“异案类判”等实践窘境昭然若揭。^{〔5〕} 具体情形如下所示。

1. 案件类似但法官背离指导性案例。根据最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条的规定,当待决案件与指导性案例构成类似时,法官应当参照指导性案例裁判。^{〔6〕} 但在司法实践中出现了待决案件与指导性案例24号构成类似而法官没有参照裁判的案件。据本文采集到的数据结果显示:在道路交通事故纠纷案件中,无过错的受害人患有疾病或者其他体质扩大损害结果的案件中提及指导性案例24号的共有266件。其中参照指导性案例24号的有110件,未参照的有24件,法官不予回应或者说明的有132件。而在法官未参照或者不予回应、说明的156个案件中,法院应当参照而未参照指导性案例24号的裁判文书有89件。由此可知,裁判文书中出现了大量待决案件与指导性案例类似但法官却背离指导性案例24号裁判的“类案异判”现象。

2. 法官扩展适用指导性案例。法官扩展适用指导性案例是指待决案件与指导性案例24号并不具备类似性但是法官却参照指导性案例24号裁判的情况。如前所述,案件不构成类似但法官参照指导性案例裁判的情形为“异案类判”,也属于指导性案例适用失范。在上述收集到的399份提及指导性案例24号的裁判文书中,法官对指导性案例24号进行扩展适用的案件共有133件。具体而言,扩展适用指导性案例24号主要有以下四种情形:一是待决案件与指导性案例的案由不同但法官参照指导性案例24号裁判。指导性案例24号的案由为民事侵权案件,但在参照指导性案例24号的裁判文书中出现案由为人格权纠纷,合同、无因管理、不当得利等物权纠纷以及公司

〔4〕 参见郭叶、孙妹:《最高人民法院指导性案例司法应用年度比较分析报告——以2011—2016年应用案例为研究对象》,载《中国案例法评论》2017年第1期,第136页;赵晓海、郭叶:《最高人民法院民商事指导性案例的司法应用研究》,载《法律适用》2017年第1期,第56页;郭叶、孙妹:《指导性案例应用大数据分析——最高人民法院指导性案例司法应用年度报告(2016)》,载《中国应用法学》2017年第4期,第49页;郭叶、孙妹:《最高人民法院指导性案例司法应用情况2017年度报告》,载《中国应用法学》2018年第3期,第117页;郭叶、孙妹:《最高人民法院指导性案例2020年度司法应用报告》,载《中国应用法学》2021年第5期,第122页。

〔5〕 参见向力:《从鲜见参照到常规参照——基于指导性案例参照情况的实证分析》,载《法商研究》2016年第5期,第97—98页。

〔6〕 最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条:“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时应当参照。”

证券、保险、票据等民商事纠纷的案件分别有 6、2、4 件。二是待决案件与指导性案例中受害人的体质类型不同,法官参照指导性案例 24 号裁判。指导性案例 24 号受害人的体质类型属于因年老而有骨质疏松的特殊体质,但是在参照指导性案例 24 号的裁判文书中出现受害人为病人的案件,共有 6 件。三是待决案件与指导性案例中受害人的过错不同,法官参照了指导性案例 24 号裁判。根据指导性案例 24 号的裁判要点,指导性案例 24 号中受害人具有特殊体质不属于法律上的过错。但经统计分析,参照指导性案例 24 号的裁判文书中受害人承担次要责任、同等责任、主要责任、无法确认责任、未提及责任的案件分别有 26、6、12、4、13 件。四是待决案件与指导性案例的具体侵权类型不同但法官参照指导性案例 24 号裁判。在参照指导性案例 24 号的 166 件民事侵权案件中,除了道路交通事故纠纷外,适用到违反安全保障义务纠纷、医疗损害责任纠纷、物件损害纠纷的案件分别有 1、5、1 件。比如“薛桂珍诉天津市安定医院违反安全保障义务责任纠纷案”中^{〔7〕},法院在认定被告人责任时,认为应当参照指导性案例 24 号,并最后得出本案中原告自身的体质状况对损害后果的影响不属于可以减轻侵权人责任法定情形的裁判结论。

3. 法官隐性参照指导性案例。法官隐性参照指导性案例是指待决案件的法官参照指导性案例中的裁判理念以及裁判结果,但并没有论证证明待决案件与指导性案例的类似性,甚至有关“指导性案例”的字样未在裁判文书中出现的情形。法官隐性参照指导性案例的方式违背了规范适用指导性案例“类判”中明示援引指导性案例的形式要求,也是指导性案例适用失范的表现。在法官提及适用指导性案例 24 号的 399 份裁判文书中,明示援引指导性案例的有 223 份,隐性参照的有 176 份。法官参照指导性案例但不援引指导性案例裁判的姿态易使相关指导性案例的身影在司法实践中逐渐被边缘化,甚至为法官滥用自由裁量权留下空间。比如在“姜魁诉陈辉、孙茜华等交通事故责任纠纷案”中^{〔8〕},法官认为原告自身的体质状况与事故造成的后果不构成法律上的因果关系,也就不存在减轻被告责任的法定事由。因此,判令被告应当对原告承担全部的赔偿责任。但是法官并没在裁判文书中提及该案是参照指导性案例 24 号得出的裁判结论。在法律条文对受害人的特殊体质状况尚无明确规定的情况下,法官没有参照指导性案例 24 号裁判而径行得出与指导性案例类似裁判结论的行为难免有造法和滥用自由裁量权之嫌。

4. 法院对当事人及律师等主动提出参照援引指导性案例的请求未置可否。根据最高人民法院《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第 11 条第 2 款的规定,其他诉讼参与人主动提出参照特定指导性案例时,法官应当对此进行回应并说明理由。^{〔9〕}法官对当事人或律师提出参照适用指导性案例未回应的姿态违反了《〈案例指导工作的规定〉实施细则》的规定,属于前述指导性案例适用失范的第三种典型情形。据本文的统计数据显示,原告、被告、上诉人、被上诉人、被申请人等主动提出参照指导性案例 24 号的案件分别有 42、8、83、73、12 件。该数据结果表明案件当事人及其律师等诉讼参与人为最大限度地维护自身权益以及赢得诉讼,更有动机主动提出参照相关指导性案例。但是,在上述当事人主动提出参照适用指导性案例的 218 件案件中,法官未回应当事人请求的案件高达 189 件。

5. 法官否认指导性案例作为再审、上诉理由。除了一审、二审程序中存在法官不规范参照援引指导性案例等问题,在再审程序中也出现高级人民法院否认将指导性案例适用情况作为再审理由的情形。比如在“古建康、河南中医学院第一附属医院医疗损害责任纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”

〔7〕 参见天津市河西区人民法院民事判决书,(2015)西民四初字第 1175 号。

〔8〕 参见大连市甘井子区人民法院民事判决书,(2015)甘民初字第 6977 号。

〔9〕 最高人民法院《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第 11 条第 2 款:“公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人引述指导性案例作为控(诉)辩理由的,案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由。”

中^[10],法院认为当事人所主张的二审法院未比附援引相关指导案例的再审理由不能成立。指导性案例在救济程序上的瑕疵使法官对待指导性案例的姿态以及法官不参照、扩展、隐性适用指导性案例的困境无法得到及时、有效的法律救济,可能会进一步加重指导性案例在实践中适用失范的程度。

(三) 指导性案例适用失范的消极影响与实践隐患

在缺乏成熟、明确的指导性案例参照适用相关规定的现实背景之下,法官对指导性案例的不规范适用会对案例指导制度产生多种弊端和不利影响。首先,在与指导性案例构成类似的待决案件中,法官背离指导性案例裁判不仅违背类案类判原则导致法律适用错误而且还弱化了指导性案例的效力,无法充分发挥指导性案例的制度功能与实践价值。其次,法官恣意在类似案件中背离指导性案例作裁判属于漠视指导性案例效力的行为,长此以往,司法实务界消极对待指导性案例的姿态将会严重阻碍案例指导制度的顺利运行。再次,法官扩展适用指导性案例的情况易滋长法官适用指导性案例滥用自由裁量权现象。世界上不存在相同的两片树叶,先后案件在法律后果、介入因素、盖然性程度等方面存在各式各样的差异。法官扩展适用指导性案例实质上违背了待决案件与指导性案例构成类案的前提。若法官不遵循待决案件与指导性案例构成“类案”的前提,滥用自由裁量权在与指导性案例不构成类似的待决案件中扩展适用指导性案例,那么这与最高人民法院发布指导性案例实现类案类判及统一法律适用的初衷背道而驰,违反了案例指导的预设目的。最后,法官对当事人及律师主动提出参照援引指导性案例的请求持未置可否的姿态会严重削弱各方当事人及律师主动提及指导性案例的积极性,从而降低指导性案例在司法实践中的适用率等。

三、指导性案例适用失范的成因

指导性案例是最高人民法院通过释明模糊规范、澄清规范歧义、填补法律漏洞等形成的代表性疑难复杂案件,最高人民法院发布指导性案例的主要目的是为后案法官提供应对和处理类似复杂案件的裁判经验,保障实现类案类判以维护公平正义。但是,如上所述,指导性案例在司法实践中遭遇诸多适用失范的困境,其实践效果与制度预设目的出现不小落差。究其原因,概括如下。

(一) 类比推理的形式正当性与实质合理性之间存在二元冲突

类比推理是法官判断待决案件与指导性案例是否具备类似性以及是否应当参照指导性案例裁判的主要法律推理方法。而类比推理方法只能从形式上判断案件是否构成类似以及是否应当参照指导性案例裁判。案件是否真正属于类案往往需要法官考量法律原则、法的价值、立法目的、裁判效果、社会背景、政策、道德、乡规民约等实质理由做综合判断。“类似事件如果有类比的余地,则常常不只因其类似,而是相同的政策或法律效果的考量。”^[11]申言之,待决案件与指导性案例在形式上的类似性也可能遮蔽实质不同性。相关指导性案例在待决案件的适用中仅具有初显优越性,是否应当参照指导性案例裁判还需要法官探究案件关涉的深层法律原则、立法目的、价值倾向等实质性理由。但由于类比推理无法兼顾到实质理由,在案件类似性判断中也就无法消解形式正当性与实质合理性之间出现的偏差,可能导致适用指导性案例“异案类判”的失范情形。^[12]

[10] 参见河南省高级人民法院民事裁定书,(2016)豫民申 2511 号。

[11] 黄维幸:《现代法学方法新论》,三民书局出版社 2014 年版,第 117 页。

[12] 孙斯坦提出类比推理的五个步骤:“(1) 某种事实模式 A(即‘源’案例)有某些特征:我们可以把这些特征称作 X,Y 和 Z;(2) 事实模式 B(即‘目标’案例)有特征 X,Y 和 P,或者 X,Y,Z 和 P;(3) A 在法律中是以某种方式处理的;(4) 在思考 A,B 及其之间关系的过程中建立或发现了一些能够解释为什么那样处理 A 的原则;(5) 因为 B 和 A 具有共同之处,B 也应当得到同样处理。这为同一原则所涵盖。”根据第(4)(5)个步骤,意味着证成案件各自背后支持的原则是判断是否为类案的根本理由。参见[美]凯恩·R. 孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,法律出版社 2004 年版,第 77 页。

比如,司法实践中可能出现一起侵权案件中受害人具有特殊体质扩大损害结果的案件,但是该案中受害人的特殊体质是由受害人酗酒、吸毒等自身过错所致。待决案件的法官运用类比推理方法将该案与指导性案例 24 号进行比较可得出案件构成类似的判断。而如果不探究指导性案例 24 号旨在保护无过错特殊体质受害人的裁判精神、理念等,忽略该案中受害人特殊体质存在的自身过错,僵化地参照指导性案例 24 号作裁判,实质上违背了指导性案例维护公平正义的原则。

(二) 案件类似性判断的比较基点缺乏明确规定

如前文所述,待决案件与指导性案例的关键事实构成类似可判断案件属于类案。然而,在最高人民法院编撰的指导性案例裁判要点中并没有列明关键事实清单。待决案件的法官要行使自由裁量权判断何为关键事实及筛选关键事实要素。法官对关键事实的不同认识和选择会直接影响案件是否属于类案的判断。进言之,由于目前缺乏对判断指导性案例与待决案件比较点——关键事实的明确规定,法官通常会根据个人主观价值倾向识别与选取关键事实。而具有不同专业背景及价值偏好的法官往往选择的关键事实不同。法官根据不同的关键事实判断比较案件类似性,也会得出不同的类似性判断结论。这增加了案件构成类似但法官认为不构成类似以及案件不构成类似但法官认为类似的指导性案例适用失范的概率。

(三) 指导性案例的效力定位不准

如前所述,虽然《关于案例指导工作的规定》第 7 条对指导性案例课以“应当参照”的效力,但普遍认为该表述缺乏逻辑上的自治性。指导性案例是否属于正式的法律渊源以及是否具有法律上的拘束力尚无法在理论和实务界达成共识。^[13]立法语言对指导性案例效力模棱两可的表述弱化了案例指导制度在实践中的权威和效力,从而为法官在与指导性案例构成类似的待决案件中选择参照或不参照指导性案例提供了可左可右的解释空间。当法官认为指导性案例对其有利时,会选择参照指导性案例,反之亦然。^[14]案例指导制度缺失对指导性案例效力的明确定位,加剧了指导性案例在司法实践中适用失范的境况。^[15]

(四) 法官适用指导性案例的说理论证负担以及上诉风险

根据目前最高人民法院《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第 10 条的规定,指导性案例中的裁判要点在待决案件中可成为裁判理由的组成部分,并且在指导性案例具有实质拘束力的情况下,法官需要在裁判理由中解释指导性案例裁判要点的抽象法律意义,以论证其可得适用于当下案件裁决的合法性、正当性、可接受性等。^[16]但是,在案多人少的审判压力下,法官在待决案件中对指导性案例的推理、论证等行为不可避免地加重了判案的负担。“由于案例适用本身是一项复杂的活动,与依照成文法规则的推理相比,基于案例所进行的司法推理的说理负担更为严苛和繁重。因为一旦将指导性案例引入裁判过程,接下来无论是决定适用还是拒绝适用指导性案例,都必须提出相应的理由加以论证。”^[17]此外,由于指导性案例裁判要点的抽象性与概括性,后案法官需要对裁判要点的规范意义进行解释。而当事人与法官对指导性案例裁判要点所做的理解与解释出现分歧或当事人认为法官解释指导性案例裁判要点意义错误时还会成为其提起上诉的理由。因而,基于以上各种动机和利益考量,司法实践中出现法官在待决案件中选择隐性参照指导性案例适用失范的现状也不足为怪。

[13] 参见刘作翔:《“法源”的误用——关于法律渊源的理性思考》,载《法律科学》2019 年第 3 期,第 11 页。

[14] 参见谢晖:《“应当参照”否议》,载《现代法学》2014 年第 2 期,第 59 页。

[15] 参见泮伟江:《论指导性案例的效力》,载《清华法学》2016 年第 1 期,第 21 页。

[16] 最高人民法院《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第 10 条:“各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的,应当将指导性案例作为裁判理由引述,但不作为裁判依据引用。”

[17] 孙海波:《指导性案例的隐性适用及其矫正》,载《环球法律评论》2018 年第 2 期,第 153 页。

四、纠正指导性案例适用失范的流程

在指导性案例适用的技术流程中,一方面,引入区别技术考量、权衡案件背后的实质理由,可防范类比推理方法无法兼顾到案件构成类似的实质合理性要素;另一方面,确立关键事实作为比较案件类似性的基点,有助于提高类案判断的准确性。建立健全指导性案例适用的技术流程不仅可提高法官适用指导性案例的积极性,间接强化指导性案例的法律效力,而且对改变法官不愿适用指导性案例裁判的姿态具有重要意义。具体流程可分为以下四个环节。

(一) 运用人工智能构建多维案例索引方式

获得与待决案件类似的指导性案例是实现指导性案例参照适用的首要环节。但是指导性案例与待决案件之间在案由、事实、裁判理由、法律适用等方面存在一种或者几种要素构成类似或者不类似的可能。因而,法官在寻找相关类似指导性案例时,通常会耗费相当多的时间和精力比对案件间的所有要素。甚至还可能出现因检索的繁杂性导致法官没有检索出相关指导性案例的情形。而在新一轮科技革命浪潮席卷全球的背景下,法官可通过案件的关键词、案由、法律行为、因果关系等要素,依托人工智能检索平台发现或接受人工智能推送的类似相关指导性案例,实现检索相关类似指导性案例的智能化、便捷化、高效化等。换言之,人工智能为法官检索并发现相关指导性案例提供了新的技术手段,运用人工智能不仅可提高法官检索相关类似指导性案例的效率而且还有助于提高指导性案例参照适用的准确率等。具体而言,构成案例中的主体、客体、行为、法律关系等关键要素可作为数据标签在人工智能系统中形成一套算法编程,为法官在审判实践中检索并发现相关指导性案例提供多维且全面的索引系统。此外,随着人工智能系统的不断发展,可由原先法官主动运用人工智能检索类似指导性案例转向被动接受人工智能自动推送类似指导性案例的模式。“人工智能系统在识别与提取待决案件具体情节的基础上,从已结构化与标签化的大型案件数据库中找寻最为类似的案例,而后自动推送给法官,为其呈现具有参考价值的裁判思路与评价标准。”^{〔18〕}2019年3月12日,周强在十三届全国人大二次会议第三次全体会议上强调上线“类案智能推送”“法信智答版”等系统,建设智能语音云平台,为法官办案提供智能辅助。^{〔19〕}利用人工智能发现相关类似指导性案例或者其他案例是顺应司法实践发展的必然趋势,对实现类案类判将发挥越来越重要的作用。人工智能中的类案检索功能及其类案推送系统为全面推进参照指导性案例裁判发挥更大效应提供了重要的科技手段。^{〔20〕}

(二) 考察关键事实

如前所述,关键事实兼具事实与法律双重属性,是案件中的主要争议问题之所在,对判断案件是否为类案具有实质意义,可成为法官运用类比推理判断案件类似性的比较基点。考察关键事实可保障案件类似性结论符合高度盖然类似性的标准,削减法官个人的价值倾向、知识背景、专业素养等在比较案件类似性中的消极影响。

比如,指导性案例C中关键事实由X、Y、Z、P要素构成,得出S的解决方案。即C: X、Y、Z、P→S。当待决案件C1中关键事实的主要要素由X1、Y1、Z1、P1、H等组成时,与指导性案例C比

〔18〕 高鲁嘉:《人工智能时代我国司法智慧化的机遇、挑战及发展路径》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期,第117页。

〔19〕 参见秦云:《周强:全面建设智慧法院》,载人民政协网,http://www.rmzxb.com.cn/c/2019-03-12/2308845.shtml。

〔20〕 参见冯姣、胡铭:《智慧司法:实现司法公正的新路径及其局限》,载《浙江社会科学》2018年第6期,第67—68页。

较,C1中多出H要素。当待决案件C2由X2、Y2、Z2等关键要素组成时,与指导性案例C比较,C2中少了P要素。当待决案件C3中的关键事实要素由X3、Y3、Z3、O组成时,与指导性案例C比较,C3与C中存在O与P要素相异的情况。因待决案件C1中的X1、Y1、Z1、P1与指导性案例C中的关键事实或要素X、Y、Z、P都构成类似,可初步判断待决案件C1与指导性案例C具备法律意义上的类似性,案件C1应当得出与S类似或者相同的结论,即C1: $X1、Y1、Z1、P1、H \approx X、Y、Z、P \rightarrow S$ 。值得注意的是,在确认指导性案例C与C1之间是否具备类似性时,需要确保C1中的H要素不足以产生排除S的法律效果,即H要素在案件中的重要性程度要弱于其他几个要素。否则,C1与C便不构成类似。判断C2是否应当参照指导性案例C裁判时,因C2与C相比缺少关键事实要素P,可判断C2与C不具备类似性,法官不应在C2中参照C作裁判。判断C3是否应当参照指导性案例裁判,则需要法官权衡要素O与P的不同点与案件其他相同点的重要性程度再做判断。而法官权衡案件相同点和不同点的重要性程度时,可运用区别技术判断案件是否构成类似。

(三) 运用区别技术权衡案件相同点和不同点的重要性程度

区别技术是法官判断相关指导性案例是否对当下案件具有支配力、拘束力的一种实践技艺理性。“案例区别技术与类比推理之间有着紧密的内在联系,案例区别技术与类比推理共同构成一个完整的案例指导制度法律推理方法。”^[21]比如,若将指导性案例24号视为“源”案例C,法官可通过区别技术判断“目标”案例C3是否与“源”案例C属于类案。法官根据案件的案由、受害人过错、因果关系、受害人体质状况等形成了“源”案例C中的裁判结论。即案由、受害人过错、因果关系、受害人体质状况四个关键性要素构成“源”案例C中的关键事实。当关键事实成为案件间的不同点时,即案件的关键事实不类似时,案件一般为“异案”。但是,当法官确认表面上不类似的关键事实在性质、特征、属性等方面构成实质性相同或类似时,也可将两个或多个案件视为类案。

比如,在“目标”案例C3中,当O和P分别表示C3与“源”案例C在案由或受害人过错这两个关键事实存在差异时,法官可清晰地区别“目标”案例C3与“源”案例C不具备类似性。但是,当O与P指代受害人的特殊体质状况或因果关系相异时,诸多观点对“目标”案例C3是否与“源”案例C具备类似性存在分歧。法官适用指导性案例24号裁判时,应当支持“损害参与度理论”还是“蛋壳脑袋理论”,充满了争议。^[22]这也是导致司法实践中出现了超过一半以上(在本次统计数据中占比约为57%)应当参照“源”指导性案例24号C而未参照情形的原因之一。“在受害人特殊体质与侵权行为竞合引发巨大损害时,要么认定侵权行为与损害之间具备完整的因果关系并使加害人承担全部的损害赔偿赔偿责任,要么彻底否定侵权行为与损害之间的因果关系,将损害完全归结为受害人特殊体质之影响,从而使受害人独自负担损失,这样的认识不仅过于武断和偏激,而且也与事实严重不符。”^[23]

笔者认为,一方面,法官可运用区别技术判断受害人的身体情况是否符合“特殊体质”的法律意义。当“目标”案例C3中的O要素与“源”指导性案例C中的P要素表示受害人的特殊体质状况相异时,由于特殊体质并非简单等同于疾病,也并非医学上的术语,目前也缺乏对“特殊体质”的明文规定,导致不同的法官对“特殊体质”可能存在不同的理解、解释。换言之,法官对“特殊体质”法律意义的不同认知会影响其对“目标”案例C3与“源”案例C类似性判断的准确性、恰当性等。“目标”案例C3中若出现受害人因具有血友病、成骨不全或者先天性心脏病等扩大损害结果的特殊体质,虽然“目标”案例C3中受害人的特殊体质类型与“源”案例C中受害人的特殊体质具体类

[21] 孟祥磊、徐平：《论类比推理在案例指导制度中的适用》，载《法律适用》2015年第8期，第98页。

[22] 美国侵权法第二次重述中对“蛋壳脑袋”的规则做出界定：尽管对于被侵权人的身体状况既不知道也不应当知道，对于作为理性人的行为本应预见到的其行为所造成的损害更严重的损害，过失行为人对该损害承担责任。See Restatement (Second) of Torts, § 461, 1965.

[23] 孙鹏：《受害人特殊体质对侵权责任之影响》，载《法学》2012年第12期，第72页。

型相异,关键事实存在形式上的不同,但是基于保护公民的生命、健康权原则以及维护公平正义等法的价值目标或实质性理由,受害人“特殊体质”作为案件间的关键不同点在具体类型、成因等方面的不同点不足以消解它们在法律意义上的实质类似性。在此种情形下,法官可判断“目标”案例C3与“源”案例C中相同点的重要性程度高于不同点的重要性程度。C3与C构成“类案”。而对于因受害人故意酗酒、吸毒等而具有特殊体质导致损害结果扩大的案件,受害人对形成自身特殊体质有主动放弃生命健康权的过错。此种形式上的特殊体质与“源”指导性案例24号中受害人的特殊体质不具有法律意义上的类似性,法官在审判实践中,应当裁判受害人对自己的过错承担一定的责任,以维护实质正义。

另一方面,法官可运用区别技术判断因果关系是否具备法律意义上的类似性。当“目标”案例C3中的O要素与“源”案例C中的P要素表示两个案件中加害人的加害行为与损害后果间的具体因果关系不同时,根据“源”案例C的基本案情可知,“源”案例C中加害人的加害行为单独足以构成侵害生命健康权的后果。虽然受害人的特殊体质扩大了损害结果,但是加害人的加害行为与受害人的特殊体质状况属于累积因果关系。如果“目标”案例C3中O要素表示加害人的加害行为单独不构成法律上的侵权行为或产生损害后果,而是因受害人的特殊体质介入后扩大损害后果的,那么,由此可知,在“目标”案例C3中,加害人的加害行为与受害人的特殊体质构成共同因果关系。此种情形虽然不能免除侵权人的侵权责任,但是要根据假设原因的进程适当减轻侵权人的损害赔偿赔偿责任。^[24]因累积因果关系与共同因果关系存在实质上的不同,法官便可判断“目标”案例C3与“源”案例C不具备类似性,不构成法律意义上的“类案”,法官不能在“目标”案例C3中直接参照“源”案例C作裁判。

值得注意的是,在特定的争讼背景下,当出现适用指导性案例将违背情理或者显失公正的情况时,无论是出于纠偏还是补救正义的考虑,异常情况异常对待、创设一个例外或者背离先例的做法也将被赋予正当化理由。英美普通法系国家的法官通过运用区别技术在后案中不断发展先例所形成的普通法与衡平法并存的司法格局值得我国的法官借鉴以完善我国的案例指导制度。

(四) 研读裁判理由为参照结论做定性分析

我国的司法语境下,通常认为关键事实是由法官等人员根据指导性案例裁判要点中确立的裁判规范离析出的具有法律意义的事实要素集合。关键事实要素及其特征成为法官衡量、比对案件类似性的基准。但是由于指导性案例中并没有列举出明确的关键事实要素,法官面对具体繁杂的司法实践,修正、微调作为评判案件类似性的关键事实要素基准方能赋予指导性案例在司法实践中以生命力,消减指导性案例与个案利益之间的碰撞与冲突,避免参照指导性案例落入结果主义以及工具主义的泥淖。而法官通过研读裁判理由,可以再次审视指导性案例中的关键事实要素是否都具有实效意义,及时发现因情景变更所导致的由关键事实变成不具有实质意义的非关键事实的情形,并对案件之间的相同点和不同点及其重要性程度做出修正等。“除了一些初看就知道类似的案件外,许多案件是要借助对指导性案例裁判理由的研读才能确定待决案件与指导性案例是否类似的。”^[25]指导性案例中的裁判理由是法官将概括性的规范条文涵摄到特定案件事实,并考虑个案实际情况分析论证案件法律适用的主要场域,包括法官、诉讼两造在事实认定、案由嵌

^[24] 比如,某学校安排学生从二楼将课桌搬运至一楼,搬运过程中一学生的右脚碰到上桌角后致下肢瘫痪。经查,该学生原患有胸段脊髓血管畸形,下肢瘫痪乃外力诱发畸形血管出血所致。本案中学校安排学生搬桌椅的行为不构成侵权行为,学生的生命健康权受损是因其自身碰到书桌并具有特殊体质造成的,不应认定学校对此承担侵权责任。参见上海市第一中级人民法院民事判决书,(2005)沪一中民一(民)终字第2063号。

^[25] 张骐:《再论类似案件的判断与指导性案例的使用——以当代中国法官对指导性案例的使用经验为契口》,载《法制与社会发展》2015年第5期,第141页。

入、法律关系确认等方面所进行的一系列交涉、对抗等商谈活动。通过这些商谈活动,可再现、还原、展示据以得出案件裁判结论的主要情景,为待决案件的法官把握、获悉形成指导性案例中裁判结论的关键事实要素提供了可能性。“先例式参照表达的正确位置在裁判理由,在那里确定与评判诉讼争点。”^{〔26〕}比附援引指导性案例来裁判,本质是法律适用的一种方式,待决案件的法官在类比关键事实、理解、解释先例中具有拘束力的规范以论证参照指导性案例的合法性、合理性、可接受性时,裁判理由既可以成为消除和确认指导性案例中关键事实抑或非关键事实要素的重要理据基础,又可以消解法官面对具体个案在适用指导性案例裁判过程中所出现的类比推理形式正当性与实质合理性之间的冲突,最大限度保障实现类案案件类似裁判。

五、结 语

从指导性案例引领实现类案类判角度来看,目前仍存在诸多制度与实践难题。欲改善指导性案例适用失范现象需要优化司法环境,打通各项司法制度之间的鸿沟并实现通力合作,完善参照援引指导性案例的奖惩机制,强化指导性案例的效力,增加指导性案例的数量等多方面的努力。但是上述举措对切实改善指导性案例背景下出现的指导性案例适用失范现象见效甚微。设计特定的指导性案例适用技术对规范法官参照指导性案例的方式,纠正适用指导性案例引发的适用失范现象等具备现实必要性以及可行性。值得注意的是,指导性案例参照适用技术或流程不是一成不变适用指导性案例裁判的模具。实现指导性案例准确适用维护司法公正,统一法律适用等目标,要求法官认真对待每一个案件,兼顾形式与实质正义,实现类似案件类似裁判。

Abstract A judge shall make similar cases similar to referees by referring to the guiding cases when the pending case is similar to the guiding case. However, five typical application irregularities appear in judicial practice, such as: a pending case is similar to the guiding case but the judge does not refer to the guiding case; judges expand the application scope of guiding cases; judges implicitly refer to the guiding cases; judges are noncommittal in the party's request for referring to a guiding case; judges deny the guiding cases as the ground for appeal or retrial. At the same time, the guiding cases may bring a series of negative effects and hidden practical dangers. There are multiple reasons for the abnormal application of instructional cases. To solve the problem of the improper application of guiding cases by the judge, on the one hand, it is necessary to build a new, multi-dimensional, and refined reference process for the guiding cases; on the other hand, it is necessary to establish an application mode of guiding cases.

Keywords Guiding Cases, Distinguishing Techniques, Key Facts, Artificial Intelligence

(责任编辑: 宾凯)

〔26〕 冯文生:《审判案例指导中的“参照”问题研究》,载《清华法学》2011年第3期,第104页。