

指导案例的中国环境探讨

□ 王碧云

一、问题背景

我国法院体系之间讲求审判独立,上下级法院之间的关系也仅仅是指导和监督的关系,并非像诸如人民检察院上下级之间的关系是领导与被领导的关系,自然决定了上级法院不得随意干涉下级法院的审判活动,尤其是在当前社会主义法治理论发展下进行如火如荼的司法改革,司法独立中的审判独立就显得愈发重要(司法独立要求法院独立、法官个人独立)。最高法院监督指导的方式主要通过审理案件、制定司法解释或者规范性文件、发布指导性案例、召开审判业务会议、组织法官培训等形式来开展。那么在这种司法改革大背景之下,具体指导性案例在我国的效力和发展就是当务之急。

二、指导案例的国外环境

我国推行的指导性案例在某种意义上与民法法系的先例制度、普通法系国家的判例制度相类似。

民法法系国家有先例制度,先例制度在民法法系国家实质上属于其的一种非正式法律渊源,各级法院在审理案件中可以根据自己对案件的理解选择使用先例,在对产生的先例进行分析和判断,确定其应具有合理性和正当性下适用;普通法系国家有判例制度,在普通法系国家,众所周知的司法判例是其正式法律渊源之一,各级法院在遇到相似案件时应当适用司法判例没有选择的余地,但是在非属于本级法院的直接上级法院和与自己平级的法院所做的判例,各法院可以有自己的选择而不使用,在这种意义上,司法判例在普通法系国家中的效力地位就比较高了,类似于我们成文法国家的法律。相较之,

我国最高法院的指导案例在我国这样一个成文法国家的环境下似乎处于一个比较尴尬境地。

三、指导性案例在我国实践问题

在最高人民法院网上查阅到自2012年1月11日至2015年11月26日我国最高院一共发布了11批共56个指导案例,可见我国最高法在发布指导案例的谨慎程度,由此形成对比的是在学术层面,诸多学者均从自身角度标新立异的探讨指导性案例,可见学界对指导案例的关注程度和讨论热度之高。

我们最为关注的是指导案例在司法事件中的运用问题,指导案例在指导各级法院、法官在办案过程中是否起到其应有之义,达到起初所希望的实现“同案同判”的目标。《最高人民法院关于案例指导工作的规定》中的第七条规定:“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时应当参照。对于此处的‘参照适用’学术界在过往也是进行广泛而深刻的讨论。王利明教授把有关指导性案例效力的不同观点概括为说理功能说、参照功能说和指导功能说,并指出他赞同参照功能说,最高人民法院胡云腾法官和北京高院的于同志法官则认为指导性案例应当具有事实上的约束力。”

(一)指导案例缺乏正当性的来源

在我国立法机关是人民代表大会,而最高法具有解释法律的权利,对其在司法审判过程中遇到的法律适用问题进行解释。指导案例是各级法院在审判结束后层报最高院,最高院在对案件进行遴选后,加上自己的加工制作发布出来。没有立法机关对其进行来源正当化的赋予,仅在《最高人民法院关于案例

指导工作的规定》中,似乎最高院对于自己发布的指导案例进行合理正当性的自我肯定,所以只是指导案例的适用效力层级显得不是很强。指导案例在性质上不处于立法层次又不属于司法解释的层次,其效力不是很明晰。

(二)指导案例具有极强的行政色彩

在理论上以及结合当前司法改革的趋势,我国不断推进司法独立,但在指导案例上,最高院似乎在尽力做到审判一体化,当然其初衷是好的,是致力于提升各级法院的业务水平,防止冤假错案,尽量保证同案同判。但在发展中,最高院是在对各级法院层报的案例进行筛选后加入大量自己的加工之后,类似于行政政策一样发布进行推而广之。各级法院在具体案件的具体的司法实践中,迫于在当前司法改革法官终身制的境地下,以及上下级法院在实践中偏离指导监督关系的情景下,会难免在面对类似案件时遵照适用指导案例。

四、指导案例在我国当前环境发展应当具备的效力及建议

(一)指导案例在我国应当仅仅起到指导作用

1.从解释学角度看指导案例效力

在对法律及司法解释的角度上讲,文义解释应当是我们在解释学中应当首要采用的解释方法,即在仅仅从其字面可能拥有的含义上进行理解,若采用文义解释能够得到合理的解释结果,就不再采用论理解释,按照文义解释,指导的含义是指示教导、指点引导。我国是成文法国家,指导案例在我国应当是非正式渊源,我们给予司法判例以指导的地位,在我国法律体系之下显然是

合理的,若是给予其正式法律地位,似乎有点不合体系(当然也有学者主张司法判例与成文法国家并非水火不容)。我认为,采用文义解释能够得到较为合理的解释结论,故无须再采用论理解释。所以笔者认为指导案例在我国应当起到仅仅是指导下级法院审判工作的作用。

2.从条文看指导案例的效力

在笔者看来,《最高人民法院关于案例指导工作的规定》中的“参照适用”应该是仅仅是一种参照功能。例如,在我国行政法与行政诉讼法学中,地方规章和地方性法规在行政法上的意义就不同,其规定了适用地方性法规时应当“依据”适用,适用地方性规章时应当“参照”适用,在这里由于使用的用词不同,导致两个的地位不相同,地方性法规是在时间中必须遵照适用,而对于规章的态度就是可以选择适用。以至于在法理学中地方性规章不属于我国法律的渊源(既不属于正式渊源、亦不属于非正式渊源)。所以笔者认为在《最高人民法院关于案例指导工作的规定》中的“参照适用”仅仅是对国家司法工作者的指导作用,其在司法实践中根据案件情况选择适用,没有遵照适用的义务。

而在具体司法实践中,指导案例应有怎样的效力,法官在判案中应该依据自己的理解选择适用,还是遇到与最高院发布指导案例中事实情况相似的

情况是应该严格遵守适用是值得探讨的。

(二)指导案例在司法实践中效力的建议

自2012年1月11日至2015年11月26日我国最高院一共发布了十一批共五十六个指导案例,从司法实践中案例与指导案例的比例来看,我国最高院出台的指导案例是少之又少的。在最高院精心整理的基础上发布的案例中其似乎不是想仅仅在司法实践中起到所谓的让各下级法院选择适用、参考使用的效力,更多的是想要各个下级法院在遇到案情基本一致的疑难复杂案件后可以快、准地做出裁判,防止错判,也正是顺应当前司法改革中倡导的法官终身责任制,与其相一致,并且在近年来多地冤假错案问题层出不穷,在一定程度上限制法官的自由裁量权,保证司法公正。所以笔者建议指导案例在我国确实应该做实“指导”“参照适用”的作用。

当前司法改革主要围绕审判独立、法官责任终身制等方面,我认为,贯彻最高院的指导案例在实践中的参照作用是对司法改革的促进与推动作用,具体而言,最高院在发布指导案例时大可不必太过谨慎,并且不能对其赋予太多的行政化色彩即不应当在层报的案例进行遴选后加工,因为在行政化之后似乎在给予各地法院以强制适用的压力。

(上接第60页)

(三)建立公开透明的阳光决策机制,提高履行合作合同的透明度,从实现风险共担、利益共享、公共服务利益最大化的角度出发,加大PPP水利项目的宣传,最大范围向社会公开PPP水利项目合作开发的相关文件及决策交易过程,广泛征集对PPP项目运作的合理化建议,发动社会各方面力量对项目进行全方位的监督,努力减少PPP项目推广运行中可能产生的腐败、暗箱操作等问题。

(四)明确合作双方在PPP水利项目设计、建设、投资、融资、运营和维护过程中的责权利,提前做好PPP水利建设项目各种风险的评估工作,建立各类风险的预防和应急处理机制和公平合

理的风险分担机制,真正实现风险共担、利益共享。

(五)打破陈旧观念,积极推动PPP模式各项水利法规政策的落地和执行,在法治化框架下,合理解决政府与社会资本的平等合作问题,新生市场规律,充分发挥市场在资源配置中的决定作用,让社会资本有控制权,必要时采取政府补贴机制,切实激活社会资本的积极性。

(六)组建下政府主导的专业的PPP水利建设项目推进机构,统筹协调指导各方合作、操作模式、风险防范。根据职能和业务需要,尽快组织对相关职能部门工作人员开展PPP模式的学习培训,熟悉相关法律和业务知识,为在水利工程项目中引入PPP模式创造人的

反而在大量发布指导案例的境况下,各级法院具有选择、判断的余地,更好地起到指导作用,符合最高院进行对下级法院的审判业务指导的工作,提高各级法院的业务水平,实现同案同判的效果。

同时,各级法院在判案中遇到案情相类似的案件时,应当先进行个人的主观价值判断,判断类似案例在此案中适用的合理性,不能强行适用,在进行价值判断的基础之上适用部分相同的地方,不必全盘接受,因为毕竟没有两个案件是完全相同的。在最高院和各级法院的相互配合之下,发挥指导案例应有的作用,推进我国法治建设。

[基金项目 项目编号 201510731024 (校级项目编号 :DC2015098),项目名称 :《最高人民法院指导性案例在甘肃省的适用与分析》]

参考文献

[1]宋晓.判例生成与中国案例指导制度[J].法学研究,2011(4).

[2]王利明.我国案例指导制度若干问题研究[J].法学,2012(1).

[3]胡云腾,于同志.案例指导制度若干重大疑难争议问题研究[J].法学研究,2008(6).

[4]张骥.再论指导性案例效力的性质与保证[J].法制与社会发展,2013(1).

(作者单位:兰州理工大学法学院 2013级知识产权专业)

发展环境。不搞“一锤子买卖”,有选择的聘请各种专业技术咨询机构,为项目实施提供强有力的专业支持,保证PPP项目决策的科学性、可行性、延续性。

参考文献

[1]董辉.浅析PPP模式在宁阳县水利工程项目中的应用[J].水利建设与管理,2016,37(5):112-113.

[2]黄凤岗.论PPP模式在水利基础设施项目中的应用[J].科技创新与应用,2015,36(25):231-231.

[3]周鹏伟.论PPP模式在水利基础设施项目中的应用[J].河南科技,2015,31(21):178-179.

(作者单位:甘肃省水利水电勘测设计研究院)