

【法学研究】

DOI: 10.15986/j.1008-7192.2015.04.015

从性质定位探讨案例指导制度

文华良

(四川外国语大学 社会科学部, 重庆 400031)

摘要:判例法是英美法系的主要法律渊源,而对于大陆法系来说制定法是他们的的主要渊源,他们的判例制度是补充,处在法律体系中的辅助地位。我国的案例指导制度与英美法系的判例法和大陆法系的判例制度都有差异。根据我国现有法律体制和指导性案例的形成特点,我国案例指导制度应定位为法律适用机制。据此定位,指导性案例不应具有法律约束力,而是具有监督上的和管理上的约束力。

关键词:案例指导;性质定位;效力

中图分类号: D 904.6

文献标志码: A

文章编号: 1008-7192(2015)04-0069-06

最高人民法院的《关于案例指导工作的规定》(以下简称《规定》),确立了具有中国特色的案例指导制度。这个文件的公布和实施,说明人民法院的案例指导工作逐渐规范化和制度化。但是,《规定》中简短的十条规定,内容过于简单和原则,相关措施和方法不够具体,指导案例指导制度的界定有待完善。特别是我国指导性案例的运作应如何定位,与英美法系国家和大陆法系国家的判例法(制度)有何不同?对于类似案件的审理,指导案例有什么样的效力?这种效力是指法律上约束力,还是对审判者的说服示范力?或者其他什么性质的效力?等等这些问题有待探讨。本文拟探讨指导性案例在运作中的性质定位,针对我国指导性案例的效力作进一步分析。

一、关于案例指导制度性质定位的主要观点

案例指导制度的性质定位,即是指导性案例运作在法律上的定位,而其法律定位,也就是指指导性案例在法律中的地位 and 效力,是不是一国法律体系中的法律渊源,有没有法律约束力的问题。当前理论界对案例指导制度的“性质定位”有较多的探讨,存在各种不同观点。总体来看,有以下几种主要的观点。

1. 判例论

持判例论观点的学者认为,我国指导性案例应

具有的“事实上的拘束力”,事实上与大陆法系国家判例有相同效力。大陆法系判例中形成的法律规则不仅对本案件有约束力,对未来其他法院所审理的类似案件也有约束了。即对法官目前和未来审判的案件具有一性的约束力^[1]。

基于我国的法制现状,此观点不甚妥当:首先,持判例论观点的学者认为,指导性案例具有一般约束力,这种制度的必然结果是法官造法。我国是制定法体制的国家,立法权与司法权明确区分,追求立法权的高度集中,并没有留给法院任何领域的确立新法律渊源的权限。案例指导制度明确赋予指导性案例的一般性约束力,是不合适的。其次,指导性案例与司法解释不同,这种案例的遴选和公布以及它包含的内容要受到《规定》标准的严格限制,同时最高法院公布的众多案例直接产生于下级法院的判决,这些案件的判决往往未考虑以后其他法院审判的援用和公共政策形成的需要,因此,属于立法上的问题更不能通过指导性案例的形式来解决。所以,指导性案例不能具有一般性的约束力,只能起到“指导”法官未来审理类似案件的作用。

2. 司法解释论

依据司法解释论学者的观点,指导性案例可以成为一种法律渊源,具有法律效力,可以作为一种新形式的最高人民法院司法解释。该论者认为,现行司法解释制度将案例指导方式纳入其中,还可以解决我国司法解释制度中存在的一些问题。指导性案例制度协助现行司法解释制度更好地发挥其作

收稿日期: 2015-04-05

基金项目: 2014 年度教育部人文社科研究西部和边疆地区规划基金项目“当事人诉讼费用转移机制研究”(14XJA820002)的研究成果

作者简介: 文华良 (1970-), 男, 四川外国语大学社会科学部副教授, 法学博士, 研究方向为民事诉讼法学和司法制度。E-mail: 438585195@qq.com

用,实现法律适用中的解释作用,起到统一司法裁判的标准、促进法律在司法过程的准确适用^[2]。

笔者认为,第一,根据《人民法院组织法》第32条以及根据2007年《关于司法解释工作的规定》第6条,“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种形式是司法解释的运作方式,其中并没有指导性案例这样的形式。所以,指导性案例并非我国法律规定的司法解释的一种新形式。第二,《关于司法解释工作的规定》第27条“司法解释施行后,人民法院作为裁判依据的,应当在司法文书中援引”。说明司法解释和法律、行政法规等一样可以作为法律适用的依据但不包括指导性案例。司法解释在司法审判之中是具有法律拘束力的;第三,司法解释相对于法条而言,司法解释是对法律的具体化、明晰化,但司法解释仍是单纯从文字上阐述法条的含义,它是从法条到解释条款,对法条过渡到案件的链接作用是十分有限的。因此,司法解释往往不能遏制同案不同判的局面^[3]。第四,司法解释的主体不仅包括最高人民法院,也包括最高人民检察院。

司法解释本身就受到法学研究者的广泛批评。如果指导性案例定位为司法解释形式,会使司法权与立法权之间配置关系紧张。因此,主张把指导性案例赋予法律效力,作为法律渊源之一,不仅缺乏法律依据,而且与现阶段的司法制度相矛盾。所以当前将指导性案例制度纳入我国现行司法解释体制之中是不合适的。

3. 规范法律适用论

规范法律适用论主张,案例指导制度是对法律适用进行规范和调整的一项司法制度,它不是法律适用本身。之所以这样认为,是基于两点理由:第一,案例指导制度的法理依据是上级法院对下级法院的审级监督权,而不是审判权本身。第二,案例指导制度运作过程的核心内容是最高人民法院和高级人民法院遴选典型案例并将其公布,通过案件的典型性和最高人民法院的权威性而使指导性案例产生对下级人民法院将来审理的相关案件的指导性,并具有了规范法院法律适用活动作用,以期实现司法公正与效率的法治目标^[4]。该观点注重指导性案例具有规范法律适用,监督下级法院审判工作的功效,仅仅涉及了指导性案例中的部分内容,忽视了为后案法官在审理类似案件时提供指导性的作用。通过指导性案例制度的建立,为法官办案提供思维方式、法律发现、法律推理、法律解释、

法律论证和价值衡量等方面的指引。因此,该观点仅限监督和规范法律适用,明显有失偏颇。

二、案例指导制度应定位为适用法律机制

通过三种主要观点的分析,理论界关于指导性案例运作机制的定位,有其不完善和自治之处。笔者认为,案例指导制度应定位为适用法律机制,而不是创制法律。

法律适用机制是对案例指导制度的定位和功能概括。指导性案例是由最高人民法院发布,下级法院依据其公布案例所蕴含的裁判准则,遇到类似案件时可依“规”裁判。不管立法者考虑多么周全,采用多么好的立法技术,制定的法律都会留下漏洞和空白,也会产生边界模糊和内涵不确定之处,这些空间就需要司法来填补,即司法过程的法律运用和解释。如果立法者不能制定完备的法律,同时司法者在司法过程也仅机械地适用法律,不去发现规则,那么法律的安定性和司法的正义性将变成空中楼阁而无法实现。为了使这种情况尽量不出现,我们可以采取相应的两措施。其一,立法者充分利用各种立法技术,制定法律时采取诸如抽象的法律原则、一般条款、不确定法律概念、类型化法律概念等方式,尽可能地使法典的适用范围扩大;其二,司法实践中不得拒绝司法裁判,在缺乏相关法律明确规定时,变通严格依法律规则裁判的做法,通过运用和创立各种法律解释技术,适时运用依法律原则裁判^[5]。也就是在裁判者在案件的裁决过程中,可能缺失制定法规则的情形时,裁判者可以运用多种法律解释方式进行裁决,例如适用基本原则、交易习惯、一般条款等。如果这种情形下的某个案件具有某种典型性,则可以将这个案件的裁判程序固化,形成为指导性案例。也就是通过最高人民法院的甄选、识别、编纂,来确保这种指导性案例在法理上、内涵上的权威性,再通过最高法院正式渠道发布来保证指导性案例在形式上的权威性,即让指导性案例具有普遍的说服力和约束力。指导性案例借助最高法院的法律地位而在其他案中得以推广、应用,就可以成文法局限弥补和克服、总结审判经验,统一法律适用,提高审判质量,维护司法公正等功能^[6]。

1. 案例指导制度定位的依据

(1) 大陆法系国家的法制模式影响着我国的

法律体系的建构。大陆法系法典编纂方式是我国借鉴和实行的主要立法模式。“一种理性的社会生活秩序的基础，或许可以通过一种全面的法律规则的新秩序予以有目的地奠定”^[7]。立法机关之所以独有立法权，是因为它代表了“人民意志”。大陆法系的立法者往往以“天赋人权”等自然法理念作为他们的立法基石，编纂系统的法典。立法者通过这些编纂的法典条文，赋予人们各种各样的权利。这些权利是人们从事社会活动，形成社会秩序的基础。政府其他部门的职责就是为人们实现这些权利，法机关和司法体系的职责，就是严格而忠实地实施制定的法律，不可以创造法律。

(2) 我国的政权组织形式是人民代表大会制。宪法和法院组织法对人民法院的功能有明确规定，人民法院是国家的审判机关。因此，最高人民法院任何职权行为都不能超出其职责和权力范围，当然也包括其公布的案例指导制度，也应该在这个范围之内，执行的是审判功能，实施的是法律适用行为，不能越界；我国的案例指导制度与西方的判例不能完全等同。在我国，对于法律的形式，宪法和立法法都做了明确规定，指导性案例显然不在其列，它不能作为法律的渊源。如果指导性案例具有法律约束力，那就是在我国立法法规定的范围外额外增加一种法律形式，这一点明显是不可行的。这种情况不能简单地通过修改立法法来获得正当性，因为它还对现有的宪法、宪政体制产生冲击。也不可能因此就对宪法、宪政体制作出调整。

我国人民代表大会、政府和法院等国家机构都是在宪法的明确规定下，分别履行各自的权力，如立法、行政、司法权，这些权力相对独立。人民法院在宪法赋力清单中，并没有包含“创造法律”的权力。自60年代以来，尽管最高人民法院开始了对各种类型的典型案例进行整理、公布的活动，其目的是有效指导下级人民法院的审判工作。不改变我国宪政体制的情况下，最高人民法院遴选和公布的指导性案例没有法律拘束力，不可能作为审判机关裁判其他案件的依据，仅仅只具有借鉴、参照、指导意义^[8]。

(3) 指导性案例运作机制定位为法律适用机制有其规范基础。2010年的《规定》是最高人民法院基于法律授权而制定，不能超越法律授权范围（《中华人民共和国法院组织法》第30条规定：“最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法

院的审判工作。”第33条规定：“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题进行解释。”1981年6月，第五届全国人民代表大会常务委员第十九次会议通过的《全国人民代表大会常务委员关于加强法律解释工作的决议》规定：“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。”）《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。”因此，在解决社会问题时，缺乏相关法律规定或者规定的内容不明确、引起争议时，可以通过确定指导性案例来对法律进行弥补，来应对那些必须由司法解决的社会生活和司法实践中遇到的问题，并为以后此类案件的审理提供一个指导性依据。它不是司法解释，不具有法律效力，更不是立法机关的“立法”形式。

2. 指导性案例的形成是适应法律的结果

成文法国家的法律体系中也存在判例制度，它主要是为了制定法的适应和解释而存在的，是在司法实践中制定法规则对具体个案适用的结果和具体化，或者说解释性适用。普通法国家的“先例”的“判决理由”是作为法律规则而具有约束力。指导性案例是与“先例”不同，它仅仅是适用法律的典型案例，是在认定事实、解释法律和作出法律决定方面的典型事例，包括执行领域的典型案例。

法国家的法官职责是依法判案，不能够创设法律，即使是在解决纠纷的过程中，法院面对新的情况不可避免地创制法律规则，其创制模式是对个案的法律解释，基于立法精神和法律原则，不能超出眼前需要解决纠纷的必要限度。法官在审理案件时首先是适用法律、法规或司法解释等权威性规定，如果存在法律空白或含义模糊的情况，法官会探寻法律原则的精神或立法者的立法原意。如果没有法律原则，就以法律的精神作为依法的解释，这个法律的精神不是法理学上的法律理念，而是在实体法和程序法中可以提炼出和抽象出的法律精神^[9]。法官通过层层递进的方式找到判案的依据，最终得出判决的结果。但该见解主要以解决目前的法律纠纷为目的，法官在阐述判决理由时并没有想过要承担发展法律体系的责任，因而也不会站在立法者的角度考虑包括公共政策、社会情势等在内的复杂问题。再者，法官的判案思路习惯于三段论式的演绎推理方式，寻找法律、法规、司法解释等正式法律渊源和习惯、道德、政策等非正式法律渊源的相关

规定等大前提,适用于具体的案件事实小前提,最后得出相应的法律结论。因此,指导性案例的形成,不是法官造法,而是适应法律的结果。

《规定》开宗明义,说明案例指导制度的宗旨在于“总结审判经验,统一法律适用,提高审判质量,维护司法公正”,可以说清晰地提示了从适用法律的典型性、示范性事例的角度来定位指导性案例的性质。

3. 我国指导性案例制度不同于域外判例制度

(1) 与英美法系国家判例法的不同。我国是借鉴大陆法国家而形成一个典型的成文法国家,有众多的制定法,形成我国一个较为完备的法律体系。在宪法的统率下,全国人民代表大会及其常委会制定的其他法律是我们整个国家的重要法律渊源。我国案例指导制度无疑是借鉴英美法系国家中判例法的运作方式,但不是直接移植英美国家的判例法。案例指导制度与判例法是两个完全不同的两个概念。我国的案例指导制度中,指导性案例具有选择性,具有典型性的以往案件,经过最高人民的法院的公布,才能成为指导性案例,作为指导法官审理案件或者为其提供参考,法官在审理类似事实的案件时,应当参照已公布的相关案例进行裁判,包括在适用法律和裁量幅度上等方面。

我国的案例指导制度不同于英美国家的判例制度。一方面,指导性案例的产生程序不同于判例法的“判例”产生程序。我国的指导性案例,可以由各级人民法院推荐典型性案例,最高人民法院再进行遴选、识别、审查和公布。这些案例必须经过一定的环节和程序才使其具有“指导性”。在英美法系国家,判例的产生不必经过遴选和公布的程序,最高法院也没有义务和职责公布判例,判例的产生是司法过程的必然结果。由此,就结果来说,英美法系国家任何法院的判决原则上都可成为先例;在程序上,也不需要特别的环节来审查和认可判例的效力,只要案件的判决由法院作出,就具有了成为判例的资格。另一方面,在法律效力上,案例指导制度中的“案例”区别于判例法中的“判例”。在英美法系中,法官在审理案件过程中具有创制规则的作用,法官创立的判例中保含的法律原则或规则,具有法律上的约束力或说服力,对其他法院(本法院)以后的审判具有规范作用^[10]。英美法系中“遵循先例”是其司法制度中非常重要的原则。而对案例指导制度来说,典型的指导案例的判决仅仅只对

这个案件中当事人发生法律效力。典型案例的裁判准则将为法官判决类似案件提供参考,但是对其后案件的审理并不具备法律效力,只具有一定的事实约束力。

(2) 不同于大陆法系国家的判例“辅助法”。

大陆法系的判例制度与英美法系的判例法不同,他们的判例仅仅是次级的或者辅助的法律渊源。但大陆法系的判例毕竟还是“法律渊源”,在以后其他类似案件的判决中可以直接援引,对法官的裁判进行论证。可以在后来的判决中直接援引,以论证裁判。我国的案例指导制度与大陆法系的判例制度有些类似但仍然存在差异。依据我国的法律理念和司法实践,只有法律渊源,才能在案件的裁判中援引,以作为裁判的依据。在我国,也有学者主张,指导性案例可以在判决书中援引,其前提是依照相关法律的规定,在判决中起到辅助性的论证作用。实际上,我国的指导性案例,并不具有法律渊源意义。建立案例指导制度的目的是为法官的判决提供借鉴和参考,强调的是判决中论证说理部分是怎样适用法律,能够引用的只是“说理部分”,而不是简单地表明根据“某某案例”,并且也仅仅是“引用”,而非“援引”^[11]。

世界两大法系逐渐融合,在这种大的发展趋势下,我国法律的发展也应顺应这种潮流,同时也体现中国特色。在我国整体法律框架不变的情况下,我国案例指导制度,不会也不能影响我国制定法为主的法律体系。案例指导制度是在司法审判工作中借鉴判例法的一些具体做法,发挥判例法的优势,在我国现有法律制度中体现指导性案例的灵活性、补充性和示范性作用,它仍是一种法律适用活动,而不是一种“法官造法”活动^[12]。

三、指导性案例的效力

1. 指导性案例不应具有法律约束力

在我国,全国人民代表大会及其常务委员会是法律的创制主体,是我国的最高权力机关,能够代表人民的意志,其立法权限具有正当性和合法性。与全国人大相比,最高人民法院不具有立法主体的政治基础;不像制定法的创制者全国人民代表大会及其常务委员会那样能够代表人民意志,具有政治合法性基础;另一方面,与全国人大相比,遴选和公布指导性案例的机关(最高人民法院)的权力层级较低,涉及的范围有限,致使指导性案例的权威

性（实质效力）具有易变性、地方性、针对性等特征。而我国的法律体系及法律实施与普通法系和大陆法系都有较大的差异。案例指导制度的建立不仅期待其克服成文法在立法层面上的缺陷，还助力于司法层面上司法公信力建设、科学合理纠纷解决机制的构建，甚至于法治传统的形成等问题。

我国法律传统比较注重对实质公正的追求，忽略和轻视形式公正。案例指导制度的目标更倾向于形式公正，即司法统一的追求，这一点与普通民众的认知有一定差异。法官在审理案件的判决中写明处理该案件参照了某指导性案例，对案件判决的这种论证的说服力不强，更好的方式也许是对案件具体处理的理由给予合情合理的充分阐述。案例指导制度不仅仅在于对“司法统一”价值的追求，而应该对案例指导制度的功能进行合理界定。我们一方面应承认司法统一的价值并予以追求，另一方面也要认识到案例指导对司法统一的追求应是适度的，应平衡法律适用的普遍性和灵活性，以实现案件的公正处理为目标，而不宜以限制司法人员自由裁量权，形式上统一司法为取向^[13]。因此，应立足于我们的实际情况，指导性案例不应具有法律约束力，而是指导和应参照的效力。

2. 指导性案例具有监督和管理上的约束力

根据《人民法院组织法》和《民事诉讼法》规定，最高人民法院和上级人民法院对下级人民法院具有监督的职能。最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院，上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权提审或者指令下级人民法院再审。各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实或者在适用法律上确有错误，必须提交审判委员会处理。

依据各级人民法院的职责，法院的审判监督关系主要体现在两方面：第一，是对初审案件的改判权。上级人民法院审理下级法院初审案件，发现原审裁判违法或不适当，可以依法改判；第二，是对裁判生效的案件提起再审权。上级人民法院发现下级人民法院的生效裁判违反法律、法规规定，有权提起审判监督程序。任何法院都不愿意自己已经审判的案件被改判或提起再审，因为改判率是很多法院考核法官的一个重要指标，同时也否定了原审

法官的对法律或事实的判断，对法官的法律专业素养和能力也是一个否定性评价。因此，下级法院尽可能与上级法院的意见保持一致。最高人民法院所公布的指导性案例，是经过其遴选、审查的典型案，其判决具有一定代表性和合理性，最高人民法院认同和支持对该案的处理结果。当然，因为我国上述上下审判监督关系，指导性案例的裁判必然也得到原审裁判法院的上级法院支持。基于上述理由，指导性案例必然会对下级法院审判工作形成约束力，从而指导下级法院以后对类似案件的裁判。

没有新的法律颁布实施和对原有法律的修改的情况，法院审理类似案件的后案法官应该遵循指导性案例的判决，除非有十分充足的理由，否则，上级人民法院或者本院审判委员会可以启动监督程序予以更正。

我国法院内部管理制度也是指导性案例产生约束力的一个重要原因。我国各级人民法院内部存在对法官业绩的考核制度，由于没有规范适用指导性案例而导致的案件上诉、发回重审、改判、再审等，其案件数量和比例的高低直接关系到人民法院本身和案件承办法官的切实利益。对法官的考核制度，也能增强指导性案例的约束力。

3. 指导性案例具有外部监督约束力

最高人民法院遴选和确立的指导性案例，通过《人民法院公报》、最高人民法院网站和《人民法院报》等法定平台对外公布。指导性案例不同法律的抽象和原则，它既有案件事实又有法律适用，裁量的范围和数额明确，社会大众容易理解和参考。通过法定的指导性案例公布平台，社会大众、新闻媒体都可以查阅和了解指导性案例的内容。指导性案例对外公布且因其案件事实和法律适用相结合的内容，使其具有公开性、可预测性和可比性，能有效阻止案件审理的“暗箱操作”、“法外断案”等情况的出现，从而以普通民众“看到见的方式”实现司法公正。指导性案例作为参照物发挥其论证“说服”效果，提高裁判的可接受性，赢得社会公众对恰当判决的尊重和认可，促进服判息诉。同案同判是司法公信力最直观、最有力的表现。

指导性案例制度使法律的适用更加公开和透明，社会大众更容易理解法律的实现。案件当事人、社会普通群众、新闻媒体和其他社会组织，凭借公布的指导性案例，可以监督、评判法官审理相同和类似案件合理性和公正性。上述因素，为指导性案

例对后案法官产生实际效力,构建了外在基础^[14]。指导性案例的效力主要来源于指导性案例所具有的解决法律问题的创造性、合理性、合法性、典型性以及权威性本身的品质,使其能够得到后案法官的广泛认可,受到其他法官的支持。在以后的司法实践中,内心认可和支持指导性案例的法官,必然自愿接受指导性案例的引导。

参 考 文 献

- [1] 张骥. 判例法的比较研究:兼论中国建立判例法的基础与操作[J]. 比较法研究,2002(4):79-94.
- [2] 王利明. 我国案例指导制度若干问题研究法学[J]. 法学,2012(1):71-80.
- [3] 王仲兴,孙未非. 我国司法解释制度改革路径探析[J]. 吉首大学学报:社会科学版,2009(3):75-80.
- [4] 夏锦文,莫良元. 社会转型中案例指导制度的性质定位与价值维度[J]. 法学,2009(11):131-139.
- [5] 资琳. 法治中国语境下指导性案例的分类适用[J]. 法制与社会发展,2013(5):45-47.
- [6] 郜永昌,刘克毅. 论案例指导制度的法律定位[J]. 法律科学,2008(4):135-141.
- [7] (德)K·茨威格特,H·克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典,译.北京:法律出版社,2003:133.
- [8] 周道鸾. 中国案例制度的历史发展[J]. 法律适用,2004(5):2-8.
- [9] 刘作翔. 案例指导制度的定位及相关问题[J]. 苏州大学学报,2011(4):54-56.
- [10] 沈宗灵. 比较法研究[M]. 北京:北京大学出版社,1998:256.
- [11] 张亚东. 关于案例指导制度的再思考[J]. 法律适用,2008(8):34-37.
- [12] 刘作翔. 我国为什么要实行案例指导制度[J]. 法律适用,2006(8):5-8.
- [13] 秦宗文. 案例指导制度的特色、难题与前景[J]. 法制与社会发展,2012(1):98-110.
- [14] 孙建林. 论最高人民法院指导性案例制度[D]. 北京:中国政法大学,2011:21.

The Problems and Countermeasures of Geothermal Energy Legislation in Tibet Autonomous Region

WEN Hua-liang

(Ministry of Social Sciences,Sichuan International Studies University,Chongqing 401120,China)

Abstract: The Case Law is the main source of the Common Law system, while the Civil Law system stems from the Positive Law and retains the case system supplementary and auxiliary in the jurisprudence. Unlike the Case Law of the Common Law System nor the Case System of the Civil Law system, Chinese Case Guidance System is defined as the legal applicable mechanism according to the current law system of China and the developed characteristics of the guiding cases. In this case, the guiding cases are expected to have the constraining power of administration and supervision rather than the constraining power of laws.

Key words: case guidance system; orientation of nature; validity

【编辑 吴晓利】