

規則如何提炼

中国刑事案例指导制度的实践

刘树德 喻海松 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

刑事法法官·律师·学生必读

規則如何提炼

中国刑事案例指导制度的实践

刘树德 喻海松 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

规则如何提炼:中国刑事案例指导制度的实践/刘树德,喻海松著. —北京:法律出版社,2006.8

ISBN 7-5036-6519-X

I. 规… II. ①刘…②喻… III. 行事诉讼—审判
—中国—参考资料 IV. D925.218.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 080326 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨扬孙慧

装帧设计/于佳

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京民族印刷厂

编辑统筹/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/A5
版本/2006年8月第1版

印张/24.75 字数/524千
印次/2006年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/yangyang@lawpress.com.cn

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6519-X/D·6236 定价:49.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

刘树德

又名邵新、辛劭。男,1970年10月生,湖南省新邵县人。1990~2000年于中国人民大学获得学士、硕士、博士学位;2001年9月~2003年6月进中国人民大学财政金融学院博士后流动站从事研究工作。2000年7月至今在最高人民法院刑一庭、刑二庭、研究室工作,2004年1月~2005年6月被借调至中央司法体制改革领导小组办公室工作。1994年通过律师资格考试;1996年通过注册会计师资格考试;2003年通过国家司法考试。2002年被聘为湖南大学副教授;2004年被聘为中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员;2006年被聘为广州大学教授。曾在《中国法学》、《法学研究》、《中外法学》、《法律科学》、《现代法学》、《法学评论》、《当代大学》、《刑事法评论》等刊物发表论文近40篇;出版学术专著《宪政维度的刑法新思考》、《罪状建构论》、《空白罪状》、《绑架罪案解》、《牵连犯辨正》等10余部;合著《保险法规监管》(孙运英等)、《在大案要案的背后》(苗有水)等30余部。

喻海松

男,1980年6月生,湖南省新邵县人。1999年9月入西北政法学院,2003年7月获法学学士学位;2003年9月入中国人民大学法学院,2005年7月获法学硕士学位;2005年9月至今,于中国人民大学法学院攻读法学博士学位。2003年通过国家司法考试。曾在《刑事法评论》、《中国刑事法杂志》等刊物上发表论文数篇。

序

陈兴良

刘树德、喻海松合著的《规则如何提炼——中国刑事案例指导制度的实践》一书即将出版，树德邀我为之作序。树德已经出版多部著作，我亦数次为其写序。此次出版关于从指导性案例中如何提炼规则的著作，也正好是我正在从事的研究，因而欣然应允撰序。

最高人民法院负有对全国各级法院的审判指导之功能，这种审判指导以何种形式实现，这是一个值得研究的问题。以往，最高人民法院通常是通过颁行司法解释的方式进行审判指导的。司法解释是规范性文件，因而颁行司法解释就是在创制规范性文件，具有立法的意蕴。我曾经将司法解释称为司法法，就是在这个意义上说的。当然，司法法是一种实然的描述，至于这种审判指导的形式是否合适，尚有待讨论。司法解释作为一种规范性文件，有其利亦必有其弊。司法解释之利在于司法解释具有广泛的适用性，能够提供一般性的规则。尤其是在我国法律规定较为抽象的情况下，司法解释以第二次立法的方式将法律规定进一步细则化，为法院审判提供了更为具体的法律规则。司法解释之弊在于它本身是抽象的，因而在具体适用中还需要解释，并且难免挂一漏万，无法周延。何况制定司法解释有严格的程序，这种程序虽然较之立法是简单的，但仍然不能及时地对审判实践中的问题作出及时的回应。在这种情况下，应当限制司法解释的作用，甚至也有学者提出以法官的个案解释替代规范性的司法解释。这种观点有一定道理，不过这里的个案解释我认为应当限于于最高人民法院认可的指导性案例，这种案例本身具有准判例的功能。从这个意义上说，在我国目前不可能取消司法解释的情况下，充分发挥权威性

2 | 规则如何提炼——中国刑事案例指导制度的实践

案例对审判活动的指导作用,我认为是势在必行的。对此,最高人民法院也是认可的。例如在《人民法院第二个五年改革纲要》中就明确规定:“规范和完善案例指导制度。最高人民法院要制定关于案例指导的规定,规范指导性案例的编选标准、公布方式、指导规则等。高级人民法院可以发布适用于本地区的参考案例,但所选案例不得与最高人民法院公布的指导性案例相抵触。”由此可见,最高人民法院已经将案例指导工作提上议事日程。强化案例指导工作,必须有一个平台。换言之,案例要有一个载体。以前的载体是《最高人民法院公报》,近年来最高人民法院的各业务庭又开辟了一些刊登指导性案例的渠道。《刑事审判参考》就是其中的一种。它由最高人民法院的刑事审判部门负责编辑,法律出版社出版。我亦添列顾问之列,其实并未做更多的工作。《刑事审判参考》刊登的案例,一般都具有权威性,是案例指导审判工作的重要体现。在2002年,我曾经应邀写过一篇评《刑事审判参考》的论文,“强化法院判例与司法解释功能——评《刑事审判参考》”,刊登在什么报纸(《法制日报》抑或《人民法院报》?)我记不清了。从网上搜索下来,其内容与本书有关,照录如下,也可看作是我的序的一部分:

在建设社会主义法治国家的过程中,大力推进刑事法治具有十分重要的意义,因为它关系到公民的生杀予夺。值得欣慰的是,1997年修订后的刑法明文确立了罪刑法定原则,为刑事法治的建设奠定了基础。当然,从立法上的罪刑法定到司法上的罪刑法定,存在一个转化与落实的问题。为了不使罪刑法定成为一句法律口号或者一条法律标语,我们尤其应当关注刑事审判。换言之,罪刑法定原则对刑事审判提出了更严、更高的要求。我认为,罪刑法定原则当然强调定罪量刑都应当严格地以法律规定为准绳,但罪刑法定原则并不否定司法的自主性与能动性,也不否定法官的自由裁量权,更不否定判例与解释在刑法适用中的补充作用。最近,我高兴地看到了最高人民法院刑事审判第一庭编辑出版的《刑事审判参考》(法律出版社),该书将以每年6期的进度长期出版。我相信,《刑事审判参考》的出版必将在规范刑事审判、强化判例功能,从而实现刑事法治方面起到积极的推动作用。

从已经出版的两期来看,《刑事审判参考》的内容主要可以分为两大部分:第一部分是案例,法律、法规、司法解释理解与适用,这是研究性内容;第二部分是法律、法规、司法解释和裁判文书,这是规范性文件的内容。法律、法规、司法解释和裁判文书等规范性文件的及时刊登,对于规范刑事审判当然具

有重要作用,尤其是选登那些具有全国性影响的重大案件的判决书,对于刑事审判工作具有示范效应。但就我本人而言,最感兴趣的还是第一部分内容,它不是对刑事审判资料的简单堆集,而是对案例与司法解释的分析与解说。无论是对司法实践还是对刑事法理论研究,都具有重要的指导意义与参考价值。

我国通常所说的案例,与国际上通行的判例,含义并不相同。在我看来,我国的案例实际上可以分为两部分:一部分是刑法理论工作者为研究的需要,从司法机关搜集的具有典型意义或者疑难性的司法实例,通过对这种复杂疑难案例进行法理上的分析,以充实刑法理论,解说刑事法律;另一部分是由权威司法机关,尤其是最高司法机关公布的,对于各级司法机关的刑事司法工作具有指导意义的案例。前一种案例没有法律上的影响力,后一种案例具有法律上的影响力,实际上具有判例的性质,至少可以称为“准判例”。在此,我没有使用法律上的拘束力一词,而是代之以“法律上的影响力”,主要是考虑到我国实行的是成文法,并且尚未正式建立判例制度这一现实状况。英美法系国家实行判例法,判例在刑事审判中的地位与作用是不言而喻的。大陆法系国家,尽管实行的是成文法,但同样十分重视判例的作用。判例虽然不被认为是正式的法的渊源,但对适用成文法具有重要的参考价值。我国虽然没有正式建立判例制度,但最高司法机关十分注重案例(在一定程度上就是判例)的作用。例如,《最高人民法院公报》每期都载有由最高人民法院批准,甚至经最高人民法院审判委员会讨论通过的案例,要求各级法院在审判工作中加以参考。由于《最高人民法院公报》篇幅有限,案例的裁判理由未加展开,因而难以满足司法实践的需要。在这种情况下,《刑事审判参考》以较大篇幅刊登这些案例(第1期7个,第2期9个,按序编号,两期已经刊登16个案例),可以说是开辟了一条《公报》以外的公布判例的正式渠道。尤其值得称道的是,案例除对案情和审理过程及其判决结果加以叙述以外,每个案例都提出了疑难问题,并在裁判理由中进行了深入分析,从而引申出一些对于刑事审判具有指导性的规则。例如第1期刊登的曹娅莎金融凭证诈骗案,在裁判理由中解决了单位犯罪行为与个人犯罪行为的区分标准问题。被告人曹娅莎虽然是海州实业有限公司经理,但进行金融凭证诈骗活动与该公司没有关系,尽管曹娅莎将部分赃款用于海州实业有限公司,应视为个人诈骗犯罪违法所得的使用。由此可见,单位犯罪必须是以单位名义实施,并为本单位牟利。如果虽以单位名义但为个人牟利,或者虽然单位获利但未以单位名义都不能构成单位犯罪。

我想,这样一些倾向性意见对于处理同类型的案件是具有指导意义的,它也在一定程度上起到了对法律进行解释的作用。

除案例部分以外,《刑事审判参考》关于法律、法规、司法解释理解与适用的内容也具有重要的参考价值。尤其是对司法解释的理解与适用,由于作者是这些司法解释的参与制定与讨论的人士,对于司法解释的制定意图、背景、精神把握最为准确,由其撰文论述司法解释的内容,对于各级司法机关正确地适用这些司法解释无疑具有指导意义。在我国的刑事审判工作中,司法解释发挥着很大的作用。尽管我国实行罪刑法定原则,但由于立法仍然失之粗疏,这就为司法解释留下了广阔的余地。就我个人的观点来说,我国当前的司法解释在一定意义上具有“司法法”的性质。因此,及时、正确地颁布司法解释,对于刑事法治的建设是极为重要的。《刑事审判参考》刊登的文章,对于司法解释的理解与适用是大有裨益的。例如第2期刊登的《关于对在执行死刑前发现重大情况需要改判的案件如何适用程序问题的批复》的理解与适用的文章中,对于核准死刑的判决、裁定何时生效的问题、适用何种程序改判的问题作了论述,列举了在司法解释讨论中的不同意见,或者司法实践中的不同意见,然后发表了个人见解。由于作者参与了司法解释的制定与讨论,因而其意见的参考价值是不言而喻的。

最后还应指出,《刑事审判参考》的出版,对于刑事法理论研究的发展也具有促进作用,必将受到理论界的高度重视和热烈欢迎。我始终认为,一个国家的法学理论水平是受这个国家的法治现状制约的。《刑事审判参考》的出版可以看作是我国刑事审判水平正在提高的一个征兆,并且为刑事法理论研究提供了大量实际素材(已经不是原始资料,而是经过理论加工的半成品),这就为刑事法理论的发展创造了条件。我们的理论应当贴近司法实践、立足于司法实践,惟此才有生命力。我们的理论又必须在司法实践的基础上进行更为深入的理论思考与理论升华,甚至上升到法哲学的高度,惟此才有创造力。因此,刑事法的实际工作者要与刑事法的理论工作者共同努力,发挥各自的优势,使我国的刑事审判和刑事法理论满足刑事法治建设的客观需要。

现在,刘树德和喻海松对《刑事审判参考》中的案例进行研究,写就本书,这是值得肯定的。本书侧重的是形成规则。通过判例形成规则,是我所最关切的,我认为本书是对《刑事审判参考》中刊登的案例的一种“深加工”,其重大意义不可小嘘。从2004年开始,我也在对《刑事审判参考》以及最高人民

法院其他载体发布的案例进行判例刑法学的研究,并且已经发表了20篇研究论文。规则当然在我的研究范围之内,但我更侧重的是对裁判理由的法理探讨。从文本刑法学到判例刑法学,这是一种研究路径的转折。我相信它必然对我国刑事法治的建设带来深远的影响。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2006年7月3日

前言

案例指导与司法解释的互动 ——最高人民法院承负法制统一宪法职能的视角

随着建设社会主义法治国家基本方略在宪法中的确立,如何使得法治目标、精神、内在要求落在切实的行动之中的问题,理论界开始了多维度、多层次的思考。在此,拟从最高人民法院承负法制统一宪法职能的视角,就如何建立案例指导制度与司法解释之间的互动机制谈些粗见。

一、最高法院的功能定位

世界各国实际发挥行使最高法院职能和作用的机构或名称有别,例如,美国联邦最高法院、英国上议院司法委员会、德国联邦宪法法院、法国宪法委员会、日本最高法院、印度最高法院、中国最高人民法院,等等,但总体上作为一个国家制度体系中居于司法体系最高位阶的法院,均具有两种基本功能,即政治性功能和司法性功能。各国最高法院的政治性功能存在明显差别。例如,在西方许多国家的宪政设计中,立法机关和司法机关之间一般保持一种双向的制约关系,即审判机关在依法行使审判权的同时,通过宪法赋予的违宪审查权对立法机关制定的法律的合宪性进行审查,从而形成司法机关和立法机关之间的双向制约关系。我国宪法并没有赋予最高人民法院的违宪审查权,最高人民法院无权对全国人大制定的基本法律和全国人大常委会制定的其他法律是否违宪进行审查,而是必须贯彻执行,因此,我国全国人大与最高人民法院之间是一种单向制约关系。“司法作为维持政治及社会体系的一个基本支

点发挥着正统性的再生产功能”,^①最高法院是一个国家的最高司法主体,享有司法终审权、统一司法权、最高司法权,发挥着纠纷解决和统一法制两方面的司法性功能。其中,纠纷解决功能,即一套定纷止争机制的功效及价值,旨在对个案进行公正的司法处理,实现对社会冲突和民间纠纷的最终解决的理想;法制统一功能,是指最高法院通过其特定的司法行为实现对一个国家内在的法律文化与法律精神及整体的司法理想的统一贯彻,其着眼点在于对一国占据核心地位的法文化精神和法律政策的高度尊崇。^②在比较法的意义上,各国最高法院在宪政体系中的权力定位和实际运作中的政治性和司法性职能发挥的程度与机制等是存在差别的。就我国最高人民法院而言,1982年《宪法》第三章“国家机构”第七节“人民法院和人民检察院”第一百二十三条规定:“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关”;第一百二十六条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”;第一百二十七条规定:“最高人民法院是最高审判机关。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,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作”;第一百二十八条规定:“最高人民法院对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。地方各级人民法院对产生它的国家权力机关负责”;第一百三十五条规定:“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律”;等等。这些条款就最高人民法院的性质和职能(“国家的审判机关”)、系统地位(“依照法律独立行使”、“对全国人大及其常委会负责”)、上下级法院关系(“监督审判工作”)等均作出了规定。1979年制定、1983年修改的《人民法院组织法》除重新规定上述有关宪法性条款之外,对最高人民法院的职权、任务等进一步作了规定,例如,第三条规定:“人民法院的任务是审判刑事案件和民事案件,并且通过审判活动,惩办一切犯罪分子,解决民事纠

① [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第68页。

② 左卫民:“比较法视野中的最高法院——最高法院基本理论问题研究”,载左卫民等:《最高法院研究》,法律出版社2004年版,第3~6页。

纷,……”;第十三条规定:“死刑案件除由最高人民法院判决的以外,应当报请最高人民法院核准。……”;第十四条第二款规定:“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”;第三十二条规定:“最高人民法院审判下列案件:(一)法律、法令规定由它管辖的和它认为应当由自己审判的第一审案件;(二)对高级人民法院、专门人民法院判决和裁定的上诉案件和抗诉案件;(三)最高人民检察院按照审判监督程序提出的抗诉案件”;第三十三条规定:“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”;等等。1993年9月11日最高人民法院发布了《最高人民法院审判委员会工作规则》,明确了最高审判机关的最高审判组织的工作职权范围:(1)总结审判经验;(2)讨论、决定院长和院长委托的副院长提交的下列案件:本院审理的第一审、第二审案件;高级人民法院和解放军军事法院报请核准的类推案件;高级人民法院和解放军军事法院报请核准的死刑案件;本院依照审判监督程序决定再审或者提审的案件;最高人民检察院依照审判监督程序提出抗诉的案件;其他重大或者疑难的案件;(3)讨论、通过院长或副院长提请审议的司法解释草案;(4)讨论、决定《最高人民法院公报》刊登的司法解释和案例;(5)决定诉讼当事人及其法定代理人请求对本院院长担任审判长的回避问题;(6)讨论、通过助理审判员临时代行审判员职务;(7)讨论、决定有关审判工作的其他事项。这些规定也表明我国最高人民法院司法性功能呈现出有别于其他国家的特点,就纠纷解决功能而言,我国最高人民法院的纠纷解决主要针对死刑复核案件和重大民商事案件,而印度最高法院强调在纠纷解决中的初审功能,德国联邦法院主要发挥在刑、民案件上诉审中的纠纷解决功能,美国联邦最高法院的纠纷解决功能演化为对典型案件尤其是宪法性案件的解决;就统一法制功能而言,^①美国联邦最高法院采取判例拘束的方式,即通过判例制度及其遵循先例的司

① 依照我国宪法的规定,维护法制统一是所有国家机构的责任,由最高人民法院所拥有的权力性质所决定,其承担的只是统一法律适用的责任份额。傅郁林:“论最高法院的职能”,载《中外法学》2003年第5期。

4 | 规则如何提炼——中国刑事案例指导制度的实践

法习惯来实现法制统一,法国最高法院采取判决撤销的方式,即通过最高法院上诉审判权的行使对有悖于法制统一的下级法院作出具有终极裁判力的撤销裁判。^①我国最高人民法院则主要采取司法解释的方式,即通过制定司法解释及设定司法解释在整体司法实践中的普遍约束力的方式来实现法制统一,同时最高人民法院还通过对地方各级法院和专门法院的“审判监督”来确保法制统一,具体包括三个途径:一是审判监督程序,即主动或被动地对地方各级法院或专门法院已经生效的判决提起再审;二是通过审级,即对上诉到最高人民法院的案件进行审理,通过上诉案件的审理对下级法院的审判进行监督;三是通过指定管辖,即对某些不适宜由原具有管辖权的法院审判的案件,指定由其认为适宜审判的法院管辖。当然,在现行立法体制下,我国最高人民法院保障法制统一不具有终局性,国家法制的统一最终有待于立法机关自身法律本身的科学性和《立法法》规定的审查机制作用的充分发挥。

二、最高人民法院承负法制统一宪法职责的现实路径:以司法解释为主的多元制

现代法治国家奉行三权分立原则,立法机关行使立法权和司法机关行使司法权是常态。但是,随着司法的现代化,最高法院的司法立法权能日益得到激发。一是,最高法院通过对案件的审判履行法官“造法”的功能,从而实质上进行司法立法,英美法系的英国、美国等国家的先例拘束制度使得法官“造法”成为最高法院一种不折不扣的权力和事实,而对司法先例的严格遵循也成为一种司法“惯习”,^②大陆法系的法国、德国等国家也逐渐显示出增强的倾向。二是,最高法院通过“抽象司法行为”来制定程序规则、证据规则等,从而进行直接的司法立法。例如,美国国会《授权法》赋予最高法院制定诉讼程序、证据方面规则的权力,但明确要求联邦最高法院制定规则应经国会最终批准通过,而不能当然生效。日本宪法规定最高法院可以制定有关诉讼程序、律

① 左卫民:“比较法视野中的最高法院——最高法院基本理论问题研究”,载左卫民等:《最高法院研究》,法律出版社2004年版,第7页。

② [法]布迪厄、[美]华康德:《实践与反思——反思社会学导论》,李猛、李康译,中央编译出版社1998年版,第157~186页。

师、法院内部规章以及司法事务处理等事项的规则,并不需要先向国会提交文本经批准后生效,而是由最高法院根据实际需要自行确定生效时间。在我国现行宪政框架下,^①我国最高人民法院进行司法解释只能根据全国人大常委会的授权,就立法机关所制定的某一具体法律条文,进行更为全面细致的阐释和说明,不能在法无规定的情况下直接创制法律规范。从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》的立法原意来看,全国人大常委会授予最高人民法院司法解释权的初衷也是在于统一法律的解释和适用。但从实践看,最高人民法院司法解释,已由原来单纯地、就事论事地解释某一具体的法律条文,向越来越经常性地对法律文本进行系统性甚至是整体性解释的方向拓展。其性质也已不再属于对法律条款的文字含义和文字表达的技术性阐释,而是逐步扩大到整个法律文本,最后演变成脱离原有的法律文本甚至文件系统所指向的法律调整框架和调整范围,直接创制某类案件裁判应当适用的规范,进而呈现出十分突出的一般性和抽象性的特点。^②特别是,近年来,最高人民法院通过司法解释的实践,逐渐将行政审查(如2000年《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第一条)、宪法司法化(如2001年《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应当承担民事责任的批复》)以及公共政策的形成(如2003年《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》)等诸领域也纳入司法解释的视域,从而大大扩充了最高人民法院司法

① 我国有学者主张,借鉴美国、日本的立法经验,全国人大常委会可以特别法的形式赋予最高人民法院规则制定权,明确其对诉讼程序、证据规则、法院内部事务等立法未加规定的事项制定相应的规则。同时允许最高人民法院在必要时授权下级法院制定适用于其管辖范围内的具体规则。对于规则的制定、修改、废止、通过的主体和程序立法应当予以明确,包括规则的制定应规范征求社会意见,规则的通过应以最高人民法院审判委员会的名义作出,规则制定后应向全国人大常委会备案,全国人大常委会有权进行审查并撤销与立法相违背的规则等。牛振宇:“最高法院规则制定权研究:比较与借鉴——以美、日两国最高法院为解析对象”,载左卫民等:《最高法院研究》,法律出版社2004年版,第164页。

② 王琬:“司法解释的制定、适用及其改革之思考”,载《人民司法》1998年第5期。

解释的范围。^①

实现一国法制统一是最高法院的重要司法功能之一。最高法院实现法制统一的方式可分为两类：一是以个案纠纷解决方式实现法制统一；二是以个案纠纷解决以外的其他形式即非个案形式实现法制统一。在我国，最高人民法院更多的是采用以非个案形式影响下级法院的审判活动，具体包括：（1）最高法院将国家政策具体运用到司法领域形成司法政策来影响。司法政策是最高人民法院根据国家的政策，结合法院工作实际制定的工作方针、工作重点及一个时期的审判工作方向，是国家政策在司法领域的具体体现。例如，1951年9月，政务院发布《关于检查婚姻法执法情况的指示》，同年11月，最高人民法院、司法部发布了《关于检查司法干部思想作风及对于干涉婚姻自由杀害妇女的犯罪行为开展群众性司法斗争的指示》；最高人民法院在党的十五届四中全会和中央经济工作会议召开后发布《关于充分发挥审判职能作用为经济发展提供司法保障和法律服务的意见》。（2）最高法院制定“政策性解释”规范性文件来影响。例如，1956年10月17日最高人民法院发布了《各级人民法院民事案件审判程序总结》和《各级人民法院刑事案件审判程序总结》。（3）最高人民法院利用针对个案的“批复”、“函”来影响。例如，2000年9月28日最高人民法院通过了《关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复》。（4）最高人民法院通过制定脱离具体案件的全面、系统、抽象的司法解释来影响。例如，1998年6月29日最高人民法院通过了《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干

① 肖卫卫：“最高法院司法解释的逻辑及影响——兼论司法解释的功能与合法性问题”，载左卫民等：《最高法院研究》，法律出版社2004年版，第336页。

问题的解释》。^①最高人民法院的司法解释权来源于全国人大的授权。除了全国人大及其常委会行使最高立法权和最高监督权撤销最高人民法院的司法解释外,最高人民法院司法解释具有普遍适用性的强制性,下级法院在审判中必须执行,适用时应当在司法文书中援引。(5)最高人民法院通过院领导讲话来影响。例如2003年8月23日肖扬院长在全国高级法院院长座谈会发表的《全面落实司法为民的思想和要求,扎扎实实为人民群众办实事》。(6)最高人民法院通过公布会议纪要来影响。例如1999年6月7日最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发了《办理骗汇、逃汇犯罪案件联系会议纪要》。

最高人民法院通过以制定司法解释为主的多元机制作用的发挥,明显促进了法制的统一。但是,因受现行司法体制、地方保护主义、法官自身主观因素等多种原因的影响,最高人民法院在促进法制统一,例如“同案同判”方面尚有改善的余地。

三、最高人民法院承负法制统一职责的未来路径:案例指导与司法解释并存的二元制

从世界范围来看,除英美法系国家实行典型的判例法和先例制度外,民法法系国家也开始引进并创造自己的判例制度。正如日本学者指出,“大陆虽然确实没有先例拘束的原则,但实际上,无论是法国还是德国,下级法院都遵从上级法院的判例,否则,下级法院作出的判决就必然在上级审时被撤销”;^②德国学者也指出,“在大陆上,制定法的优先地位和把判决看作技术性的自动

① 1997年最高人民法院发布了《关于司法解释工作的若干规定》将司法解释的形式规定为“解释、规定、批复”。“解释”是指如何应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何适用法律所做的规定,例如2001年5月16日最高人民法院通过了《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》;“规定”是指对审判工作提出的规范、意见,例如2000年12月19日最高人民法院通过了《关于适用财产刑若干问题的规定》;“批复”是对于高级法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示所做的答复,例如2000年7月27日最高人民法院通过了《关于如何理解刑法第二百七十二规定的“挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人”问题的批复》。

② 转引自张骖:“判例法的比较研究——兼论中国建立判例法的意义、制度基础与操作”,载《比较法研究》2002年第4期。

制作的谬见正在衰退,人们确信制定法不过是一种可以广泛解释的概括性的基本观点的表现,并且确信法院实务以持续的判例形态成为一种独立的法源”。^①在德国,“在1990~1995年,联邦宪法法院的判决中引用判例的比例是97.02%;1992~1995年联邦财政税务法院公布的判决中有99.29%引用先例……”,^②并建立了背离判例报告制度,即“当法院要背离判例另行判决时,必须向上级法院报告”。在俄罗斯,判例的地位和作用以及判例与法的发展的关系在人们的认识中变化较大,表现为由被彻底否定到获得肯定,由作用的“地下”状态走向“公开”的过程;很多学者并认为,只有法院能够依据宪法、法律和公认的人权观念创造判例法规范条件下,俄罗斯法才能发展到较高的阶段,因此,国家立法应当明确授权法院在自己的判决中正式援引俄罗斯联邦最高法院就具体案件的判决来理解和说明法律,作为做出判决的法律根据。^③在我国台湾地区,裁判一经被确定为判例后,则对各级法院均具有法律拘束力,法官必须遵照判例判案,即使有确有理由之异议,也必须经过“变更判例会议”实施。^④

关于“判例与中国”的问题,近年来再次成为学界和实务部门的关注点。经过检阅文献可发现,主流的观点是应建立符合中国国情的判例制度,只是具体方案有别。有学者主张,认真研究、借鉴普通法系国家判例法的法律精神和思维方法,同时认真研究、借鉴民法法系国家的判例制度的操作模式,正确认识、充分利用中国现有的法律制度资源并加以发展,建立中国的判例法制度,即在以制定法为主要法律渊源的前提下,由最高法院形成非正式法律渊源的判例;最高法院和其他法院根据“同案同判”的原则受这些判例的约束并且

① 转引自张骐:“判例法的比较研究——兼论中国建立判例法的意义、制度基础与操作”,载《比较法研究》2002年第4期。

② 陈卫东、李训虎:“先例判决制度 判例制度 司法改革”,载《法律适用》2003年第1~2期。

③ 杨亚非:“判例与俄罗斯法的发展”,载《法制与社会发展研究》2000年第1期。

④ 杨鹏慧:“论对我国台湾地区判例制度的借鉴”,载《政治与法律》2000年第2期。