



广西审判 实践与前沿

司法改革与刑事审判
(2015)

罗殿龙 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



广西审判 实践与前沿

司法改革与刑事审判

(2015)

罗殿龙 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

广西审判实践与前沿:司法改革与刑事审判. 2015 /
罗殿龙主编. — 北京:法律出版社,2016.6
ISBN 978-7-5118-9530-1

I. ①广… II. ①罗… III. ①法院—审判—工作—研
究—广西 IV. ①D926.22

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 109601 号

广西审判实践与前沿
——司法改革与刑事审判(2015)
罗殿龙 主编

编辑统筹 法商出版分社
策划编辑 薛 晗 慕雪丹
责任编辑 慕雪丹
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 36.75
字数 726 千
版本 2016 年 6 月第 1 版
印次 2016 年 6 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9530-1

定价:108.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 任：罗殿龙

委 员：蒋 浦 林金文 林秋慧 戴红兵 林玉棠 梁 梅
罗诗汉 丁 山 莫锦荣 何艳斌 梁炳扬 韦国超
汤贞荣 林 立 刘拥建 陈顺光 言 玲 梁 瑜
陆洪鸣 洪 彪 罗建勇 蒋太仁 骆金盛 罗秀文
梁 文 韦威助 吴中权 唐海波 苏建规 梁月奎
覃东学 欧阳小平 沈 洪 韦新荣 于 宁
韦伟强 佟海霞 李 轩 覃 宽

主 编：罗殿龙

执行主编：戴红兵 李 轩 覃东学

责任编辑：（以姓氏笔画为序）

王永明 邓国雄 李 娜 李雪菲 陈熙祿 邹尚忠
苏昱丞 贺利研 赵元松 梁雪梅 黄朵成 谢 佳
赖正直

序

全面依法治国是国家治理领域的一场广泛而深刻的革命,司法体制改革是这场革命的“重头戏”。广西作为全国第三批司法体制改革试点省区,积极稳妥开展改革试点工作,既是党中央交给的重大政治任务,也是全面推进广西法治建设、助推“两个建成”的关键举措。随着司法体制改革步入深水区,人民法院肩负的责任更加重大,任务更加艰巨。在新形势下,我区各级法院要按照党中央、最高人民法院的统一部署,在自治区党委坚强领导下,攻坚克难,开拓创新,积极、稳妥地推进司法体制改革试点工作。这项工作政策性强、敏感度高,是复杂的系统工程,要确保试点工作取得实效,离不开正确理论的引领和指导。唯有深入实际调查研究,探索总结司法规律,建言献策、谋篇布局、解疑释惑、消除顾虑,才能最大限度地凝聚改革共识,破解改革过程中遇到的各种难题。

刑事司法体制改革是司法体制改革的重要组成部分。刑事审判不仅关涉社会稳定和经济发展大局,而且关涉民生民瘼,事关人民群众切身利益。近年来,广西各级法院坚持宽严相济刑事政策,依法积极发挥刑事审判职能,严惩危害国家安全犯罪,积极参与反恐防暴斗争,切实维护国家安全和社会大局稳定;依法严厉打击杀人、抢劫、绑架等暴力犯罪,黑恶势力犯罪和盗抢骗、黄赌毒等犯罪,严重侵犯妇女儿童权益的犯罪,毒品犯罪等严重危害社会治安的犯罪,提升人民群众的安全感;依法严惩职务犯罪,既打“老虎”,又拍“苍蝇”,推动反腐败斗争深入开展;严厉打击危害食品安全犯罪,形成强大震慑,保障人民群众“舌尖上的安全”,得到社会各界的充分肯定。广西各级法院还积极探索刑事审判方式改革,以《刑事诉讼法》的修改和《刑法修正案(九)》的出台为契机,围绕以庭审为中心的改革方向,锐意进取,改革创新,努力破解制约刑事审判质量与效率的体制机制障碍,并坚持与实践相结合,大力开展理论研究工作,取得了一系列优秀研究成果,培养和造就了一批理论深厚、业务精湛的理论研究和司法实务人才,为促进司法公正、推动法治建设、服务广西经济社会发展大局作出了积极贡献。

2016年,广西壮族自治区高级人民法院举办了以“司法体制改革与刑事法律适

用”为主题的第二十六届全区法院学术讨论会。提交研讨的论文中,既有对司法实践经验的总结与反思,也有对改革前沿问题的前瞻与探索,集中展示了广西法官勇于钻研真理的严谨、睿智、机敏的学术风采。为了进一步弘扬理论研究的风气,宣传推介广西法院的优秀研究成果,更好地推动改革、促进工作,广西高院决定将其中的一批优秀论文结集出版。在本书即将付梓之际,特致以热烈祝贺!希望广西各级法院再接再厉,认真总结经验,更加重视理论研究,更加重视培养研究型、复合型人才,提高理论研究水平,不断推出高水平、高质量的作品,努力为司法体制改革和人民法院审判事业的科学发展提供更加有力的智力支持。

是为序。

罗晓龙

目 录

Contents

司 法 改 革

错位·越位·失位·归位

——上下级法院关系中非正式制度常态化运行检视及规制 赵元松(3)

司法改革语境下审判管理的审视和完善 郑肖肖(15)

法官等级晋升去行政化之渐进性改革 韦 婷(27)

法官助理的角色定位与职业构想 李静思(37)

拨云睹日:司法体制改革中的法官助理制度新探索

——以基层人民法院的需求为视角 黄龙维(47)

论法律审与事实审分离陪审模式的构建

——以《人民陪审员制度改革试点工作实施办法》第 21~23 条为研究对象
..... 王 勳(58)

论人民陪审员的参审范围

——兼评《人民陪审员制度改革试点工作实施办法》第 12 条..... 郑 军(68)

冲突与融合:改革试点中的陪审员参审机制运行的实证研究 钟 凯 高翔宇(79)

陪审员与法官的博弈

——事实审与法律审分离的法经济学博弈理论解释 秦海彬(90)

人民陪审员职权分工机制探究:以事实问题与法律问题的区分为前提 黄华莹(101)

民事执行体制的双层化模式构建

——以解决“执行难”问题为出发点 胡景淦(111)

转型升级:立案登记制下人民法院立案机构的功能界定及其构建

..... 戴声长 姚 娟(121)

刑 法 理 论

庭审中心主义视域下法官理念的转向

——基于刑事诉讼中法官裁判过程与结果的实证考察 莫俊雅(135)

在庭审中实现“看得见”的正义

——直言言词原则在刑事诉讼审判阶段实施的信息化路径 柳 思(148)

“欲速而不达”:刑事审判中的直觉思维及其偏差控制

——以卡尼曼的直觉决策理论为切入点 胡映红(160)

刑事判决中公众共识的法理探析与安置

——以犯罪行为与行政不法行为的区分为视角 黄承万(169)

“民意干扰”抑或“民意监督”

——多重博弈语境下民意与刑事司法和谐互动之路 梁红灿(178)

论有效辩护范围清单的适用 罗欧阳(188)

刑事错案成因之检讨与纠正

——以结果导向裁判方法的偏差为切入点 卢 森 陈璐瑶(198)

刑事诉讼制度与证据

从漠视到尊重:论人权保障语境下我国刑事被告人速审权制度之构建 何 鹏(211)

公正效率何以得兼:论刑事速裁程序的完善 陆 洋(221)

程序的正义 还是成本的考量

——以法院为视角看刑事申诉异地审查制度的构建 杨盛承(232)

多因素耦合下刑事诉讼二审纠错功能的弱化及解决路径

——以广西法院刑事司法统计数据前后 10 年同比分析为切入点 成 靖(243)

官员职务犯罪案件异地审判制度化探讨

——以近 14 年来相关案件审判实证分析为视角 骆 健 黄艳芳(255)

轻微刑事案件快速办理机制有效运行的实证研究

——以 G 省(区)N 市 J 法院的数据为蓝本 赵慧玲(266)

共同犯罪案件审理模式的反思与求解

——以公正与效率的衡平为视角 王五洋(277)

博弈论视角下减刑假释审理改进问题研究 章 斯(288)

非法证据排除规则适用的实效性研究

——以 500 份刑事裁判文书为分析样本 陈志成(299)

从“审中审”到“独立审”的嬗变:论非法证据排除程序之弊端与重构

..... 潘志斌(310)

从被害人权利保障角度谈自诉案件家庭暴力认定的证据机制 李程玲 黄巍文(321)

架接理想与现实的桥梁:落实被害人当事人刑事诉讼主体地位路径探寻

..... 周传明(329)

量 刑 规 范

重视与建构:故意伤害罪量刑情节合理设置之管见

——以《刑法》第234条第2款为切入点 韦霄倩 李红恩(343)

失衡与矫正:量刑规范化的制度逻辑与完善路径

——以N市Y区法院的实践为分析样本 伍茵茵(354)

以偏看全:缓刑的量刑规范化检视

——以桂、滇、黔三省(区)结合部盗窃案件审理为视角 潘冠霖(365)

降低刑事责任年龄的必要性与可行性分析 陈 惠(377)

脱保后投案行为自首定性问题研究 姚 莉 覃 甜(386)

罪 名 个 论

毒品犯罪案件特情侦查相关证据的认定 赖正直(397)

论我国非法入境犯罪刑事政策的缺陷与革新

——以广西边境地区法院刑事裁判的实证分析为视角 刘茂盛(407)

“谋取不正当利益”是去是留

——兼论行贿罪的逻辑逆向排除设置 林 伟(417)

论食品监管渎职罪因果关系及其司法运用 罗 钰(427)

刍议设立盗挖国家重点保护植物罪和盗挖非国家重点保护植物罪

——以“大树进城”乱象刑法规制为切入点 成 靖(437)

盗窃类犯罪转化为抢劫罪问题研究

——从一起盗伐林木者打伤护林员案件说起 蒙巧玲(450)

内外重修:解拒执入罪困境 杨 波 苏灵艳(461)

司法透视:滥伐林木之立法转向

——以某基层法院97份判决书为样本 覃日凤(471)

罪量要素视野下的贪污罪非数额情节认定标准探析 范 俐(483)

从系统的观点看扰乱法庭秩序罪规定的完善和发展 覃福晓(492)

特殊犯罪主体与刑罚

未成年人犯罪累犯适用排除性问题研究 况任成(505)

论未成年人品格证据在刑事审判中的收集和运用 谢 斌(515)

以爱之名:对我国未成年人犯罪记录封存制度的破与立 覃媛媛(526)

直面缺失:刍议未确定监护人的精神病人犯罪后潜在监护人的担责问题

..... 石晓志(536)

拒绝“空判”:让罚金实现从“纸上”到“账上”的回归

——基于 G 省 P 县法院罚金执行实践的样本考察 韦欣伶(546)

在尴尬中反思

——探析法院监外执行保证制度及新构想 段书凡(557)

背离与回归:暂予监外执行制度运行的实务探析 李红恩 韦霄倩(568)

司法改革



错位·越位·失位·归位

——上下级法院关系中非正式制度 常态化运行检视及规制

广西壮族自治区高级人民法院 赵元松

内容提要:

上下级法院关系中存在上诉审、再审等正式制度关系,同时也存在诸如个案请示、内部意见函、案件内审、改判发回重审沟通协调机制、案例指导、审判指导意见等非正式制度关系。非正式制度是指法律并无明文规定,但在司法工作中自觉不自觉遵守或必须遵守的习惯或惯例以及与这种习惯、惯例相伴随的观念。审判业务上的非正式制度关系按照业务内容可以分为审级监督、审级指导和审判管理三部分。本文重点研究审判业务上的非正式制度。本文首先对上下级法院之间非正式制度的概念内涵、特征和主要内容进行解析。在第二部分,对上下级法院之间非正式制度从审级监督、审级指导、案例指导等角度进行分析,并对非正式制度的效用从正反两个方面进行解剖。在第三部分,从社会制度发展、法院面临的内外压力等方面对上下级法院之间非正式制度产生和发展的原因进行探析。在第四部分,根据非正式制度的利弊提出或改造、或改进、或摒弃、或加强等规制非正式制度的对策。

制度学语境下的“非常态的常态化”是指在社会发展过程中,一些本是临时性的、非正式的制度、措施演变成为常态性的、与正式制度并行甚至取代了正式制度的新制度。个案请示等非正式制度是上下级法院关系中“隐蔽却又真实存在的关系”,其常态化运行对审判权在上下级法院之间的运行有着深刻的影响,是上下级法院关系行政化的重要根源。理论的逻辑并不完全等同于实践的逻辑,^{〔1〕}“权力的真正意义不在于文本的规定而应当是在微观层面,在权力运作的末梢,只有在那里,才能真正了解权力是如何实现的”。^{〔2〕}考察上下级法院之间的非正式制度关系可以深入窥探湮没在日常视野背后真

〔1〕 [法]布迪厄:《实践感》,蒋梓骅译,译林出版社2003年版,第22~29页。

〔2〕 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第39页。

实的司法过程,可以为司法改革提供一种新的比较现实的思路,避免将司法过程的所有问题都简单地归因于制度设计层面上的缺漏,进而简单地参照司法原则或国际标准进行意识形态化的批评及提出脱离实际的对策。喻中教授提出关注要“司法过程的另一面”^{〔1〕},上下级法院关系研究,也需要从理论走向现实,发现真实现象。本文试图进行探索。

一、内涵与范畴:上下级法院间非正式制度关系解析

制度分析法是政治学和法学领域常用的研究方法。诺斯认为制度包括正式与非正式两个方面。^{〔2〕}正式制度是人们以正式方式确定的各种制度安排并且由专门组织进行监督和用强制力保证实施,如成文法律、规章和程序等。非正式制度是相对正式制度的概念,是指在社会发展中逐步形成并得到认可遵守的规则,如价值信念、风俗习惯等。

(一)内涵:上下级法院之间非正式制度关系概念

参考制度经济学研究方法,本文依照是否有法律正式规定的标准,将上下级法院之间关系分为正式制度关系和非正式制度关系,这不完全等同于制度经济学对正式制度与非正式制度的区分。正式制度是指法律明确规定的司法组织与程序,非正式制度则是指法律并无明文规定,在司法实践逐渐形成并被遵守的司法惯例。^{〔3〕}非正式制度的表现形式可能为具文的内部规定,也可能是约定俗称的司法惯例。

上下级法院之间的非正式制度关系具有鲜明的特征:一是不具有正式的法律渊源。从形成机制上来看,这些制度并不是根据成文法律的规定,许多是在法院工作中自发生长起来的制度需要。二是一种相对隐性的、看不见的规则。相对于正式制度,从表现形式上看,比较隐蔽,缺乏向社会公开的公示程序,一般只在系统内部流传。三是具有依附性,需要依附在正式制度上,而不能脱离正式制度独立地起作用。四是具有实际效用性。从效用上来看,非正式制度在司法实践中能够解决实际问题,有时甚至比正式制度更管用。五是失范性。非正式制度在许多时候绕过或侵犯了法律确定了程序价值,而诉讼基本特点是其规范性。

(二)范畴:上下级法院之间非正式制度关系主要内容

根据宪法、法院组织法、诉讼法的规定,上下级法院之间的关系只是审级监督关系,其他在司法实践中存在的但没有法律规定的如以“督促、协调、指导、沟通”为特征的“非程序性的其他监督指导途径”,均为非正式性制度安排。

上下级法院之间非正式制度关系可以分为审判业务上的非正式制度关系和司法行政管理上的非正式制度关系。本文重点研究前者。审判业务上的非正式制度关系按照

〔1〕 喻中:《司法过程的庭外干预——城里法官的乡下老父亲干预司法的过程分析》,载《当代中国研究》2005年第1期。

〔2〕 [美]诺斯:《新制度经济学及其发展》,载《经济社会体制比较》2002年第5期,第9页。

〔3〕 对于司法中非正式制度,学者采用如“司法潜规则”、“法外程序”、“隐程序”等名称,涵盖的范围也不尽相同。具体参见陈涛:《刑事诉讼语境中的“潜规则”研究》,载《工会论坛》2012年第4期;谢佑平:《法内程序与法外程序——我国司法改革的盲点与误区》,载《学术研究》2003年第4期;王超:《论隐程序》,载《中国刑事法杂志》2002年第1期。

业务内容可以分为审级监督、审级指导和审判管理三部分。审级监督方面具体有发回重审内部意见函,发回重审、改判协调沟通机制。审判管理包括审判质量与效率评估、个案督办、催办跟踪制度、重大事项报告等制度。审务督察、政务督查和司法巡查总体上也可归属于审判管理的范畴。审级指导方面则包括:(1)上级法院通过制定审判指导意见、发布会议纪要、各类通知文件、官方讲话或答记者问、出版官方刊物等方式制定审判标准原则。(2)发布典型案例、指导性案例(参考性案例)。(3)个案请示制度。(4)案件内核(内审)制度。(5)对当前及今后一段时期工作通过下发文件、召开综合性或专门会议进行部署、安排。(6)通过开展专题调查研究、开展业务培训、通过上下级审判业务部门对口交流等方式指导审判工作。

二、背离与倒挂:上下级法院之间非正式制度常态化运行审视

上级法院因其宪法地位具有影响下级法院案件判决天然的司法权威。这种影响力是正当并且也是必需的,无论何种制度设计,都不可能消除这种影响力。但我国的上级法院对下级法院有着超出正常范围的影响力,这种影响力并不是基于正式的制度安排,主要是有非正式制度的存在并以常态化运行。上级法院的权力在实际行使的过程中,已经偏离了正常的制度规范边界。

(一)错位:审级监督正式制度的虚化与非正式制度的强化

在正式司法制度设计中,上级法院对下级法院司法审判工作监督程序为上诉审或再审,具体手段包括改判、发回重审、指定管辖、指令再审、提审、死刑的复核与核准等,其中最主要为改判与发回重审。从改判与发回重审的实践来看,存在发回重审标准内容不明确、上级法院对案件的判断存在随意性等问题。同时,为了避免因发回重审、改判案件的数量多而导致的原审法院/法官的不满、抵制或反弹,上级法院会加强与下级法院的沟通协调,通过在审判程序环节的连接点填充组织管理的润滑剂,使发回重审、改判制度不那么棱角突出,以达到发回重审、改判制度的实践性均衡。客观上讲,建立发改、指令再审案件沟通机制有利于构建良好的上下级法院关系,也可以规范上级法院滥用发回重审、改判的权力。但该机制并不属于法律体系的客观构成部分,运行逻辑是行政管理而非司法程序,在决定发回重审抑或改判时深受行政管理机制的制约和驱动,是否改判或发回重审会因协商而定,而不是严格按照法律的规定。这使上级法院对下级法院的制度性审判监督在一定程度上发生虚化,尽管有关改判、发回重审的具体规定尚在诉讼法规范的直线上,但因行政性手段的采用,已在价值上偏离了正常的轨道。

非正式审级监督,是指上级法院采取未在诉讼法中有明确规定的具有行政管理色彩的督促、管理方法、方式来加强对下级法院的司法审判行为进行审级监督的行为,也有学者称之为“非程序性审级监督”^{〔1〕}。非正式审级监督核心是审判管理,包括:(1)审判质

〔1〕 贺卫方:《中国司法管理制度的两个问题》,载《中国社会科学》1997年第6期,第128页;蒋敏:《协调与指导:上下级人民法院非程序性审判监督关系》,载《审判管理理论与实务论坛论文选编》2009年。

效考核。借鉴企业“目标管理”办法,法院建立了审判质效评估考核机制。上级法院根据设定的具体指标对下级法院各项审判业务进行评估考核。尽管最高法院一再重申审判质效评估目的是对案件质量进行整体评判与分析,而不是作为“成绩单”排名,但实践中存在或明或暗的排名机制,各地法院也有与同区域同级法院竞争司法绩效较好排名的冲动。(2)宏观监测和评估。借助数字化和信息化技术构建的审判管理统一平台,上级法院可以实时监测下级法院审判效率、审判质量等各项指标的运行情况,动态监督审判流程运行状况。(3)裁判文书案件质量评查。上级法院通过随机抽查、专项督查、重点评查等方式,对下级法院裁判文书进行全方位评查。(4)重大事项报告制度。一般来说,辖区内各级法院在立案、审判、执行工作中遇到的重大案件,队伍管理、机关管理等工作中重要事项都必须要及时向上级法院报告。(5)审务督察、政务督查和司法巡查。上述五种不同监督方式都是采取行政化的手段来强化上级法院对下级法院的监督职能。

上级法院对下级法院的审判管理职权并没有法定渊源,其权力来源于上级法院基于社会政治文化传统所拥有的超然地位。通过以审判绩效考核为核心的非正式审级监督制度的构建,上级法院即使不掌握下级法院的人员、经费管理权限,也有了有效和有利的监督手段。上级法院通过考评科目的设置,考评指标的设计和考评分值的安排,直接指挥下级法院未来的工作重心和努力方向。正式制度的弱化催生了审判管理等非正式制度的诞生,而审判管理的现实有力功效强化了自身的地位,这反过来更加弱化正式制度。

(二)越位:审级指导非正式制度的功能倒挂

宪法和法院组织法并未赋予上级法院的对下指导之职。但我国法院成立时起,上级法院一直通过多种形式在对下级法院进行指导。按照司法基本原理,上级法院对下级法院的指导应主要体现在上级法院的终审判决对下级法院的示范作用上。但在实践中,上级法院主要是依靠制定司法解释(限最高法院)或者规范性文件、个案请示、发回重审内部意见函、案件内审、召开工作(审判业务)会议、组织法官培训等形式对下进行审判业务指导。

制定审判指导文件是上级法院非常重要的指导方式,主体包括最高法院、高级法院、中级法院,形式包括解释、规定、意见、会议纪要、法律适用问答、通知等。除了正式制发的司法文件,上级法院的官方讲话或答记者问,编纂的各类官方出版物,都具有一定的指导功能。各类审判指导文件数量庞大,涉及审判工作的方方面面,对下级法院的审判工作具有重大的影响。审判指导意见(最高法院司法解释除外)表面上不具有对下强制性的法律效力,但这些司法文件代表上级法院的主流意见,下级法院被要求“参照执行”或者“结合审判工作实际,遵照执行”。一旦下级法院未能遵照行事,很有可能要承受案件被改判或发回重审乃至追究错案责任的后果。审判指导文件的存在是在明示规定之外又演绎出了一套看不见却实际发挥重要作用的力量或准则。正是在实践中效果的

显著,虽然地方各级法院制定的审判指导意见无论是从宪法制度设计上,还是在最高法院的规定中,都缺乏合法权利来源,^[1]但这并未能阻止各地法院制发各种审判指导意见,这已经成为各级法院工作中的一种常态。

除去一般、普遍意义上的指导,上级法院还会主动或被动直接对个案裁判进行具体指导,个案请示、发回重审内部意见函与案件内审是最常见的方式。上级法院针对个案请示的答复在理论上并不具备法定效力(最高法院作出的具备司法解释性质的“批复”除外),但上级法院的答复往往代表其官方观点或主流观点,预示未来二审或再审判决可能结果。为了规避将来被发回重审、改判的风险,下级法院往往依照上级法院的答复进行裁判。不少地方法院出台相关规定,明确要求必须遵照上级法院的答复,甚至有法院将上级法院的回函直接作为裁判依据。^[2]在被动指导个案的同时,上级法院也会对部分特殊案件进行主动指导,要求下级法院在受理、审理、裁判前将有关情况上报上级法院进行先行审查,这就是案件内审制度。另外,出于对外部司法环境的考虑,^[3]上级法院在裁定书中对发回重审的理由只进行概括叙述,而在内部函中明确指导意见。上级法院的内部意见函对一审法院具有很强的现实约束力,下级法院一般都会遵守执行。^[4]

这些审级指导方式并没有明确的法律渊源,也不是预先设计的结果,都是长期存在的经验事实逐渐固化为司法惯例,是司法运作非正式制度“沉积化”和“结晶化”的产物。上级法院通过非案件审判的方式对下级法院进行指导,不是对法院的审判特点、规律的依循,而完全是用行政化方式来实现对下级法院审判工作的控制,与行政系统中上级对下级的指导方式无论是形式上还是实质上都无区别。上级法院对个案的指导意见直接实质性地影响下级法院裁判的结果,从一定意义上讲甚至超越了很多“正式制度”。这里,规范与事实恰恰相反,呈现出倒挂。

(三)失位:案例指导的尴尬角色

发布案例是上级法院指导下级法院审判工作的重要方式,并且地位会越来越重要。主要形式有最高法院发布的指导性案例、高级法院发布的参考性案例和各级法院发布的典型案例。从2011年至2015年5月,最高法院共公布10批52个指导性案例。高级法院可依据《关于规范上下级人民法院审判业务关系的若干意见》发布参考性案例。各级法院都可以发布典型案例,最高法院经常在《最高人民法院公报》、《人民法院案例选》、《中国审判案例要览》、《人民司法》、《人民法院报》及最高法院各业务审判庭主编的“指

[1] 《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》、《最高人民法院关于地方各级法院不应制定司法解释性文件的批复》、《全国人民代表大会常务委员会关于解释法律问题的决议》、《最高人民法院、最高人民检察院关于地方人民法院、人民检察院不得制定司法解释性质文件的通知》(法发[2012]2号)等。

[2] 刘万永:《山西省永济、运城两级法院——省高院回函成了判案依据》,载《中国青年报》2007年1月24日。

[3] 吴庆宝:《当前民事案件发回重审应注意的几个问题》,载天涯论坛:<http://bbs.tianya.cn/post-law-526592-1.shtml>。

[4] 《张民院长强调正确处理上级法院内部函件问题》,载鄂尔多斯法院网:<http://eedszy.chinacourt.org/article/2013/01/id/shtml>。