

司法 前沿

褚红军 ← 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

本书立足审判工作实际，密切关注当前人民法院审判工作、司法改革以及国家法治建设中的重大理论和实践问题，研究解决司法实践中新型、疑难和特殊的法律问题，以刊载与审判工作实际紧密结合的理论研究、调查报告、案例研究成果为主要特色……

人民法院出版社

2010年第1辑(总第11辑)

褚红军 ◀ 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

司法 前沿

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法前沿: 2010 年. 第 1 辑: 总第 11 辑/褚红军主编. —北京: 人民法院出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0174 - 4

I. ①司… II. ①褚… III. ①司法 - 中国 - 丛刊 IV. ①D92 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 236167 号

司法前沿 (2010 年第 1 辑 · 总第 11 辑)

褚红军 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

责任编辑 陈燕华

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550583 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550551 67550558 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数 389 千字

印 张 21.375

版 次 2010 年 12 月第 1 版 2010 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0174 - 4

定 价 45.00 元

版权所有 侵权必究

《司法前沿》编辑委员会

主 任：褚红军

委 员：（按姓氏笔划为序）

弓建明	王春年	孙坚强	华俭学
刘一勤	刘 芸	刘 勇	朱竞艳
吴早春	陈荣庆	陈靖宇	陆志耘
邹建南	邹霞虹	张 晖	周 健
金 飏	金玮琳	郑 元	姚旭斌
周云霞	赵建聪	赵卫民	徐振华
凌 芝	袁 挺	蒋 飞	谢唯成
裴全华	蔡 毅	蔡 萍	

卷首语

由无锡市中级人民法院编辑的《司法前沿》系列出版物面世了，这是一件很有意义的事情。它体现了无锡中院顺应时代发展对法院工作提出的新要求，破解人民法院改革发展中的新问题，夯实人民法院工作的基础，提高人民法院整体司法能力的坚定决心和勇气。

党的十六届四中全会提出了构建社会主义和谐社会的崭新命题，这是我们党对中国特色社会主义事业认识的新发展，是当代中国经济社会发展的新的重大战略。人民法院作为国家机器的重要组成部分，在推进依法治国基本方略，建设社会主义法治国家，构建社会主义和谐社会的历史进程中，肩负着保障在全社会实现公平正义的神圣使命；人民法院通过审判职能的充分发挥，积极倡导诚信友爱的社会价值取向，维护和保证社会的安定有序，为建设一个权利受尊重、利益可保障、纠纷可化解、人民安居乐业，人与自然和谐相处的社会发挥着重要的职能作用。当前，伴随着我国改革开放的逐步深化和社会主义市场经济的不断发展，人民法院的审判领域不断拓展，审判工作日趋复杂，疑难案件层出不穷，法院面临前所未有的压力和挑战。人民群众日益增长的司法需求与司法功能相对滞后的矛盾日益突出。新形势下，人民法院要坚持“公正司法、一心为民”的指导方针，充分发挥审判职能作用，大力增强司法能力，不断提高司法水平，为改革、发展、稳定提供坚实的司法保障。无论是分析形势还是破解难题，无论是解决司法实践中的问题还是进行司法改革和理论的创新，都需要来自第一线法官的感悟、思考和研究。

《司法前沿》的面世，有助于引起社会各界对基层司法状况和发

展的足够关注。众所周知,我国的法官人数和审判案件数,基层法院都占绝大多数,对整个审判体系起着基础和支撑作用。正如一位学者所言,中国最重大的案件也许都是由中级以上法院审理的,但是,与中国老百姓的日常生活最为密切的案件几乎都是由基层法院审理的。基层法院处于化解社会矛盾、维护社会稳定的最前沿,审判工作任务比较繁重,矛盾集中而直接,而且由于诸多因素的制约,它们在物质基础、司法环境、司法保障等方面面临的困难较多。面对这一现实,要扎实有效地做好基层法院的各项工作,就要求广大法官不仅要具备忠于人民、忠于法律、公正无私的司法品格,还要具有协调各方、争取理解、取得支持的司法智慧和综合能力。基层法院是司法的基础和代表,能否有效地发挥作用,直接影响司法制度的有序运转和司法功能的有效发挥。关注中国法治建设,通过司法实现全社会的公平和正义,立足点无疑应放在基层法院。这份专辑主要展示作为中国东部沿海经济较发达地区之一的无锡市两级法院立足审判职能、加强基层建设所作出的种种努力和探索,从而以点窥面,反映基层司法的发展状况,以期引起人们对基层司法工作的重视和研究的兴趣。

《司法前沿》的面世,有助于为学术界研究中国基层司法制度提供鲜活的素材。由于制度的分工,基层法院承担着大量的初审案件的审判任务,它们不得不每天面对大量的复杂事实争议及其相关的法律适用,这就决定了基层法院的制度创设、角色与功能定位、权力与结构安排、人员与机构设置及资源配置、运作的程序与理念等,不同于中级以上法院。要破解长期困扰基层法院审判工作正常运转的体制性和机制障碍,必须对这些问题进行深入的理论研究和实证分析。尽管近年来已有不少学者展开对我国基层司法制度的研究,并取得了一定成果,但由于实证材料的缺乏等原因,学界对基层司法制度的研究尚有待进一步深化。而《司法前沿》通过提供来自基层法院审判工作、队伍建设、法院改革的一幅幅生动图景,则可以为学术界深入研究中国基层司法制度提供一些有价值的实证素材。

《司法前沿》的面世,有助于为广大基层法官提供一个学习交流、共同提高的新平台、新园地。任何制度的实施和发展均有赖于制度实

践者的基本素养和技能。具备扎实的法学理论功底、拥有宽广的知识结构和视野，深刻把握中国社会变化对司法的新需求，是时代对中国法官司法能力提出的新要求。各级法院尤其是基层法院法官的司法能力的增强和司法水平的提高，需要进一步创新学习方法，在学习中增长才干，在学习中提高水平，不断提高法学理论水平，逐步养成良好的法律职业思维，提高解决司法实际问题的能力。

希望专辑的编辑者能够始终坚持以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，围绕“公正与效率”工作主题，立足审判工作实际，密切关注当前人民法院审判工作、司法改革以及国家法治建设中的重大理论和实践问题，研究解决司法实践中新型、疑难和特殊的法律问题，以刊载与审判工作实际紧密结合的理论研究、调查报告、案例研究成果为主要特色，以实现理论研究 with 审判工作的良性互动为目的，充分展示基层司法审判工作的新进展，法院改革的新举措，队伍建设的新风貌，司法管理的新方法，基层建设的新经验，使人们阅后能有所启发，有所收获。

衷心祝愿《司法前沿》越办越好。

公丕祥*

* 法学博士、江苏省高级人民法院院长。

目 录

专家特稿

- 刑事司法解释权层级垄断研究 林 维(2)
- 论要件审判九步法的审判管理价值 邹碧华(24)

特别策划:司法与民意沟通

- 司法与民意沟通工作机制的创新与完善研讨会综述 方海明(36)
- 冲突与契合:司法应对民意的理性思考 沈 君(41)
- 网络民意研究
- 兼谈对司法的影响 韩 锋(56)
- 试论司法裁判中的民意考量 周 科(67)
- 司法中的民意之维
- 以陈燕萍工作法为视角 陆晓燕(75)
- 民意与微观死刑适用的互动 徐竹芃(87)
- 疏离、缓冲抑或回应
- 以涉拆迁行政案件民意表达为视角 雷 遥(97)
- 司法裁判应如何回应民意
- 以裁判文书的制作为视角 王静静(107)
- 论民意与立法之互通路径
- 以习惯法的司法价值为视角 李 辉(115)

司法前沿研究

- 共同共有财产的处分对策研究 郑 元 黄永进(126)
- 论抵押权的追及力 蔡利娜(136)

- 债权保护在公司合并中的理论与实践 吕杰明(150)
- 机动车一方损失承担问题探析 王旭东 吴洲平(160)
- 论我国公司机会规则存在的问题及完善 吕华伟(172)
- 司法建议服务经济转型的对策与机制研究 李 勉 王 刚(185)
- 人理抑或入法
- 案件请示制度实践探微与废除重整研究 李青春(191)

探索与争鸣

能动:司法的解构与回归

- 基层法院对能动司法的解读和实践 王春年(204)
- 辩诉交易制度之中国命运 朱杰焰(212)
- 视频分享网站版权侵权问题研究 姚依哲(224)
- 法治视阈下的司法民主化与职业化 杨晓敏(242)
- 司法功能的变迁与再认识 沈 超 陈津波 陈志超(253)
- 国际商事仲裁中仲裁地的确定 杨 曦(262)

重点调研课题

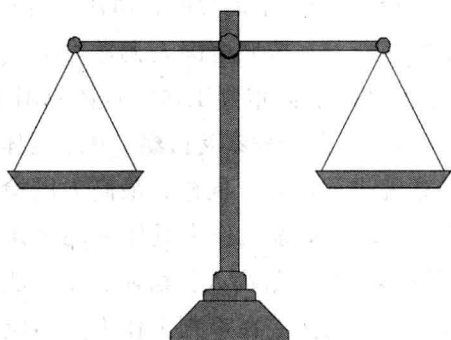
- 行政诉讼诉前协调机制研究 无锡市中级人民法院行政庭课题组(274)
- 国际金融危机背景下外贸风险司法应对策略研究
- 无锡法院关于我市外贸纠纷案件的
- 调研报告 无锡市中级人民法院知识产权庭课题组(292)

案例研究

建筑物共有部分收益的归属及合理分配

- 无锡市春江花园业主委员会诉上海陆家嘴物业管理有限公司
- 无锡分公司等物业管理纠纷案 虞静珠 杨琦东(322)

专家特稿



刑事司法解释权层级垄断研究

林 维*

刑事司法解释权力的图谱大致地可以描绘成纵横交叉的两种图像：在横向方面，首先表现为最高人民法院和最高人民检察院的权力分配和斗争；在纵向上，一方面表现司法机关和立法机关之间的权力分配，而另一方面，更为重要的，在其内部表现为各级司法机关之间的解释权力分布，更微观地考察，则又有法院解释或者法官解释的问题。而这一切，都围绕着刑事司法解释权的主体而展开。本文主要围绕人民法院内部的解释权力分配而展开论述。

一、刑事司法解释权层级垄断的构架和成因

二元解释主体形式是刑事司法解释权在横向上的分配，而在纵向上，解释权力至少在理论上却一直被高度的垄断着。按照全国人大常委会《关于加强解释工作的决议》第2条规定，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。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。同样，最高人民检察院《司法解释工作暂行规定》第2条规定，对检察工作中具体应用法律的问题，由最高人民检察院解释，具有法律效力。《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》第2条也同样规定，人民法院在审判工作中具体应用法律的问题，由最高人民法院做出司法解释。按照上述规定，下级检察机关和审判机关均无权制作司法解释。把解释法律作为一种权力活动，就意味着可能会同其他权力领域一样，形成一定程度的垄断和控制观念，并且形成向上的逐步集中。但是层级的高度集中在法律解释体制中具有特殊性。既然权

* 中国青年政治学院法律系教授，博士。本文受教育部新世纪优秀人才支持计划资助支持。

力存在层级，必然会有权力的纵向分配，但是刑法解释体制却严格禁止分权。

刑法司法解释权层级垄断的形成很复杂。

首先，这样一种所谓的一级解释体制充分反映了权力观念的绝对化。如有的学者认为，以授权形式的司法解释权的行使反映了立法机关对立法权的控制。通过让最高司法机关行使司法解释权，对不明确的问题进一步以最高司法权的形式加以明确，缩小和限制地方各级司法机关司法权的行使，限制非授权性司法解释的适用空间，实际上就是将立法权以变相的形式交由司法机关行使，从而国家立法机关以授权形式将立法权紧紧掌握在国家立法机关和最高司法机关手中，防止了立法权受到自由裁量权的侵入^①。一般的论述并没有错，但是应当更为复杂地看到，立法权的这种掌控必须建立在立法对于司法具有监督制度的前提下，而立法机关除了备案审查以及裁断性的立法解释以外，迄今为止并没有对司法权建立有效的监督和控制体制，因而认为这样的刑事司法解释层级垄断是出于立法权的控制，并不切合实际。当然从客观上讲，集中司法解释权的主体，对于以后立法机关对于司法的控制，提供了一种更为简便易行的权力运作机制，否则要让立法机关监督众多层次上的司法解释主体，的确是一件难事。例如在裁断性的刑事立法解释体制下，监督对象的分散化必然导致这种裁断性监督的困难，导致提请立法解释的过程由于层级过多，程序繁琐复杂，可能会使得刑事立法解释难以真正对刑事司法解释起到监督作用。

因而，刑事司法解释体制的层次垄断更多的是形成了国家司法权的集中和垄断，意图使法官在具体案件中的刑法适用，在最大限度上地成为一种机械、单纯地应用刑法规定和刑事司法解释的过程，进而在另外一种意义上区分了规范制定职能和规范实施职能（就犹如立法解释制度意图区分一般性解释和适用性解释一样）。最高检察机关和审判机构掌握了所有的解释权力，抹杀了地方司法机构乃至法官个人的刑法解释余地，使得刑法解释成为最高司法机关的解释，而不是所有司法机关甚至法官个人的解释。从权力—知识角度而言，最高司法机关企图以所掌握的司法权的至上性来垄断知识的产生源泉，形成自身知识的至上性，反过来又维护其权力的至上性。有的学

^① 刘艳红：《观念误区与适用障碍——新刑法施行以来司法解释总置评》，载陈兴良主编：《中国刑事司法解释检讨》，中国检察出版社2003年版，第85页。

者对此提出了相反的意见,认为最高人民法院对司法解释权的垄断会导致其不合理解释在全国得到贯彻,严重影响刑法的严肃性和刑事司法的科学合理性。因为地方人民法院必须执行最高人民法院即使是错误的司法解释^①。但是这一问题的症结并不在解释权的垄断,而在于复审制以及最高人民法院在审判中的最高权威。即使没有解释权的垄断,最高人民法院也仍然可以通过种种灵活的手段对下级法院的判决进行修改,即便在判例国家中,最高法院不颁布规范性司法解释文件,但是其判例却也仍然必须得到遵守,即便是错误的判例。对于最高人民法院而言,在审级权威的意义上或者在权力的实际约束力上,并不存在所谓的错误判决或者判决要旨,也自然不存在所谓的错误的解释^②。

从权力运作角度看,集权的刑法解释体制更有利于规范的统一制定,并且能够更集中、快速、有效地推广中央的政策(我仍然强调刑法适用的治理效果在整个国家治理中的重要作用),使得中央的政策能够全面地在刑事司法中得到体现。国土面积的广大、传统社会中信息交流的困难以及地方差异性的巨大使得政府管理和政策推广的成本极为高昂,因而对于中国而言,中央集权历来是中央政府的优先选择,也是中国政治管理的传统,刑事司法解释权的层级垄断无非就是这一观念在刑事司法中的集中体现。这种中央集权的观念充分说明了最高司法机关对于法官裁量权和地方对于司法的影响的警惕。无论存在着怎样的分权和集权的有关宪政的讨论,毫无疑问的是,保证中央的权威(尤其是党中央的领导)恰恰仍然是政治改革的核心之一,只有在政令能够统一贯彻实施的前提下,强化地方的特色以及地方分权才能够得以展开。机构改革的动向也同样是要加强权力的高效运行。

例如,1988年,邓小平就强调中央要有权威,强调地方政府不能搞“你有政策,我有对策”,不能搞违背中央政策的“对策”;1989年,邓小平又强调党中央的权威必须加强,而各地诸侯太多,议而不决,决而不行,各自为政^③。如何处理和平衡地方和中央的关系实际上也一直是宪政意义上

① 陈兴良主编:《刑事司法研究——情节·判例·解释·裁量》,中国方正出版社1996年版,第395页。

② 这并非否认我们可以对最高人民法院的解释可以就其学术意义上的正确错误进行判断,也并不否认最高人民法院自身或者其他机构例如立法机构通过一定程序对其判决或解释进行一定的纠正。

③ 《邓小平文选》(第三卷),人民出版社1993年版,第277、319页。

的重大问题。政治管理的地方化反映在司法中,就是司法的地方化。所谓司法的地方化是指司法权在实际运行过程中受地方党政机关的控制和干扰,司法机关没有独立的权利和地位。司法地方化的表现之一就是司法受当地地方利益的干扰,形成地方保护主义,司法机关在司法适用过程中不是以全国性的法律以及依据全国性法律制定的地方性法规作为司法的标准,而是以地方长官的意志和地方利益作为司法裁判的依据,造成了司法适用在全国范围内的不统一,违背了法律面前人人平等这一宪法原则,法制的统一遭到破坏,法律的尊严被亵渎,法院的公正形象遭到毁损,司法的权威就不复存在。司法的地方化一直是我们的司法实践中的一个难题,如前所述,在最高人民法院多年的工作报告中,都表达了对这种利用法律适用实现地方保护的批评和关切。因而刑事司法解释权层级垄断的打破同刑事司法的地方化忧虑之间也存在着内在的紧张。如果在刑法适用过程中,打破解释权的层级垄断,允许地方司法机构对全国性法律进行解释,势必造成地方化倾向的加重,加剧由于对同一问题的理解不同所造成的刑法适用混乱,而刑法适用的不统一、结论的混乱可能会造成比其他法律适用的不一致更为严重的后果,无论是对于国家刑事政策的贯彻和国家治理的实现,还是对于个体公民权利的维护。

其次,我们在一个更为现实的意义上考察解释权层级垄断的原因,即下级法院是否真的具有了解释刑法的能力?以我们不可避免要讨论到的案件请示和批复制度为例,按照有的学者的说法,这是我国独特的制度,也是清末变法的附产品。“民国变法,下级法院人员法学智识浅薄,各地方初级审判,从县知事到法院仓促间均不足以应付裕如,尤其是过渡时期,县长兼理司法,借重承审员担任实际审判,修养更是不够。因而每每以快邮代电假设案例,将所遭法律上之疑问,呈请核示而送到上级法院请求解释。北京大理院为应下级法院审判需要,遂发表其意见,无形中就成为法律解释。一直到16年政府奠都南京,最高法院及司法院相继成立还是如此。”^①显然,分权需要多种前提,不同层级主体的知识能力是其中一个重要的条件,否则可能由于对刑事政策的把握不同,对于刑法规范的理解不同,当下所处环境和利益场景的不同等等,都可能影响刑法的解释结论。由于层级不同,知识水平不同,可能出现刑法解释在区域上的完全相异,导致整个刑事司法在一个统

^① 韩忠谟:《司法程序与法律演进之关系》,载台湾《法学论集》,转引自张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1999年版,第225页。

一适用区内的不统一，而这样的不统一会造成是否有罪、轻罪还是重罪的差异，这样的差异将实质上损害刑法适用的公正性和平等性。

体制内构成人员的素质问题从来就是影响体制形成和改革的重要因素，因而《人民法院五年改革纲要》就将法官的整体素质问题列为法院面临的第二大问题，在检察机关甚至有过之而无不及。考虑到在20世纪90年代之前司法机关人员的整体素质和人员构成，我们完全应该理解当时采用层级垄断的刑法解释体制的现实必然性和合理性。很多学者批评将下级法官的素质作为论证刑事司法解释权层级垄断的合理性的牵强，但是我们必须看到，下级法院或者法官的素质的确成为影响司法体制改革的一个重要因素，同时更要考虑到刑事司法解释权层级垄断的形成和发展过程中，这一因素的决定性影响，至少在当时成为这一层级垄断的合理理由。例如在1985年，全国拥有大专学历以上的法官不过几千人，大量涌入的多数人几乎没有受过任何专业法律教育，甚至有的人不知法律为何物，他们大多是复员转业军人、其他机关干部、学校教育和非法律专业的大中专学生^①。1997年全国法院人数为29.2万名，但是截至1996年底，各大法学院系为法院定向培养的博士、硕士研究生仅328人，还培养了1220名高级法官及其后备人才，选派出国进修人员70多人^②，1994年全国法院干部中具有大专以上学历毕（结）业总数是14.8万多人，但是统计同样显示，截至1995年底，法院干部中有11万多人是从法院系统的业余大学、夜大学获得法律大专文凭的^③。也就是说相当的人都是在职以后通过法院系统的业余培训获得学历的。检察机关人员素质情况同样不容乐观，1990年全国检察干警大专以上学历的人员有5.68万多人，其中本科生只有5382人，到1995年底，大专以上学历干部有11万多人，但仍然只占人员总数的58.3%^④。学历教育仅仅是影响司法能力的因素之一，但是也是一个较为重要的因素之一，尤其在当时的环境下，司法经验同学历教育之间根本无法相提并论，因而层级垄断的解释权对于整体上维护司法的统一性，起到了不可忽视的作用。

即便在最近一段时期，无论是审判机关还是检察机关，其人员素质和构

① 蔡定剑：《历史与变革——新中国法制建设的历程》，中国政法大学出版社1999年版，第188页。

② 《中国法律年鉴1997》，第169、1060页。

③ 《法制日报》1998年6月10日。

④ 《中国法律年鉴1996》。

成都具有了长足的发展,但是这种发展是否能够在全国范围内被称为本质性的,同样存在问题,而司法实践经验的积累是一个更为缓慢和滞后的过程,这样的积累至少在理论上又跟不上因为经济和社会转型导致的现实生活和案件对法官的要求,法学院系的教育及其更新对于刑事司法更是处于拖延状态,更何况地方司法机关的人员素质的提升未必有我们所想像的那样之快,并能够同法学院系学生的输出成正比。实践中,法院系统很难吸引和留住优秀法学院毕业生已经是一个相当长期的问题,并且统一司法考试成了一个逆向的选择机制,由于种种广义的成本收益考虑,法学院尤其是一流的法学院的优秀毕业生除非不得已,一般都拒绝进入法院系统^①,这样的问题不仅出现在基层法院,在各级地方法院中都存在着,例如湖北省高级人民法院^②、河北省高级人民法院^③等等也都出现了人才不足的现象,在其他经济相对落后的省市这一情况可能更为严重。这一现象加上社会生活的复杂化、案件疑难程度提高等原因,而加剧了司法机关的人才危机。2003年的最高人民法院工作报告也指出,一些法官素质不高,不能胜任高度专业化的审判工作,办案水平低;2004年最高人民法院工作报告又指出,法官的思想水平和业务水平还不能完全适应新形势的需要,办案质量和效率需要进一步提高;一些法官素质不高,能进不能出,青黄不接,人才断层的状况没有得到明显改善。当然,这样的情况也会影响到最高司法机构,但是考虑到人员的上层流动以及地域集中,这一影响可能会相对较弱。而且,出于对法官当前素质状况的不乐观考虑,层级垄断下统一确定的标准结论,虽然未必正确,但相对于混乱的地方标准(其中可能会有一个正确的解释结论,如果我们能够以一个科学的标准发现这个正确结论的话),仍然利大于弊,或者说,在这个时候,一个相对正义下的秩序远比一个无秩序的完美正义更重要。

在分层权力结构中,简化或者压缩层次会带来效率的提高(例如目前省管县的改革),权力向上层的流动和集中也会带来效率的提高,而且两

^① 苏力:《基层法院法官专业化问题——现状、成因与出路》,载《比较法研究》2000年第2期。

^② 该院在某一年份好不容易招了一个博士、三个硕士,结果两个没来报到,因为他们找到了比法官更好的职业,参见张文显等主编:《司法改革报告:法律职业共同体研究》,法律出版社2003年版,第129页。

^③ 景汉朝:《冷遇未必是件坏事儿》,载《法制日报》2000年6月19日。

者都带来权力行使的标准化以及政策普及的迅速化,也更有利于对权力行使的监督及其效率,而这对于一个庞大的政治管理机构而言是首要的选择。这是刑事司法解释权层级垄断的核心出发点^①。最高人民法院《关于司法解释工作的若干规定》第16条规定,最高人民法院对地方各级人民法院和专门人民法院在审判工作中应用司法解释的情况实行监督,上级人民法院对下级人民法院在审判工作中应用司法解释的情况实行监督。这一规定同样说明了刑事司法解释权力的垄断对于刑事司法的监督具有重要意义。

通过对这一体制的现实考察,我们就能够相对理性地认识到,这样一种体制的建立,也仍然有着它内在的合理性和必然性,除非它的这种内在必然性已经发生了实质性的改变,或者我们能够通过其他制度的构建,来确保其弊端的减少,否则这样一种层级垄断的体制并没有消灭的必要和可能。有的学者主张对这种解释体制上的积极效果和各种弊端之间进行平衡,即否定最高司法解释在法律上的约束力,使其成为地方法院法官在解释刑法时具有重要参考价值的权威材料,并且认为最好的方法应该是最高人民法院不再颁布专门的司法解释,而推行挑选和颁发不具有约束力的刑事判例的刑法解释格局^②。这样的观点是令人难以想像的。在任何一个司法制度中,必然存在着具体复审程序以外的司法层级控制体制,即对下级法院的权力控制(虽然在现代司法体制中,上下级法院的关系从来就不应该是领导和被领导的关系),除通过审判程序对下级法院的判决进行纠正以外,必须通过预先明确规则的方式对下级法院的审判进行指导和明确,这样的方式或者是通过判例制度,或者通过司法解释制度,或者即便没有上述两者,也必然通过复审程序的经验积累和反复,形成事实上的规则明确或者判例因素,产生对下级法院的约束。如果只能通过复审程序,甚至连事实上的判例拘束因素都不承认的话,将会造成司法的极度混乱,最终对类似问题,可能会造成完全迥异的

① 在讨论检察解释的存废问题上,检察机关的工作人员也正确地指出,通过司法解释指导检察工作,是最高人民检察院指导地方检察工作、规范检察工作,确保司法公正的重要方式,没有对执行法律的领导,就不能保证最高人民检察院行使对全国检察机关的领导权,司法解释成为保证检察工作正常进行的必要条件,参见陈国庆:“最高人民检察院司法解释权应当保留”,载《中国律师》2000年第7期。而在最高人民法院的工作报告中,刑事司法解释的制作也被认为是最高人民法院对地方法院的审判工作进行指导的重要方式。

② 陈兴良主编:《刑事司法研究——情节·判例·解释·裁量》,中国方正出版社1996年版,第395页。