

中国司法解释的地位与功能

陈春龙

内容提要 作者依据法律解释理论结合亲身审判实践,将中国司法解释分为法院规范解释和法官裁量解释两种,并指出法官裁量解释的重要作用和被忽视的理论原因。此外,还就司法解释对立法宗意的确认与深化作了全面论述,对中国司法解释的发展与完善提出切实可行的建议。

关键词 司法解释 法院规范解释 法官裁量解释 立法原意 司法解释的发展

一、中国法律解释的体系

法律解释是对现行法律规范的含义和内容所作的理解和说明,其目的是准确把握立法原意,保证法律规范的正确施行。

在制定法律的时候,无论怎样审慎周详,字斟句酌,总难免在文义和语境上产生疑义;无论怎样总结概括社会矛盾的方方面面,在复杂多样的现实生活面前,总会出现疏漏不周,挂万漏一;无论怎样精雕细刻,科学圆满,也只能是立法以前社会状况的反映,或立足于过去对未来作出某些预测,法律的稳定性使之永远跟不上时代变化的步伐;加之现代生活节奏加快对法律规范需求的急剧膨胀,使得立法者难得保持从容、冷静的心态;制定得再完善的法律在适用时也必然会渗进适用者的主观意愿……因此,法律自诞生之日起,即诞生了与之形影相随的法律解释。法律解释是中国法律的重要渊源。

(一) 官方解释:立法解释、司法解释、行政解释

从与国家权力的关系看,可将中国法律解释分为两大类:官方解释与民间解释。官方解释亦称正式解释、法定解释、有权解释。它是由国家机关在其职权范围内对法律作出的解释,这种解释具有法律效力。依作出解释的机关不同,官方解释又可分为立法解释、司法解释、行政解释。

中国对官方解释一直十分重视。早在1949年9月通过的《中央人民政府组织法》中,即明确规定中央人民政府委员会有权制定并解释国家法律;1954年宪法、1975年宪法、1978年宪法和1982年宪法均就宪法和法律的解释作出规定。全国人大常委会还于1955年和1981年两次就法律解释问题作出专门决议,就法律解释的对象、主体、内容、权限划分、争议解决等方面作出明确规定,确立了中国官方法律解释体制的基本构架。与西方国家普遍认为法律解释主要指在具体案件的司法裁决过程中如何适用法律的认识不同,中国官方法律解释充分体现出人民代表大会制和民主集中制的政治要求,法律解释以最高权力机关常设机构的立法解释为中心,司法解释和行政解释处于从属地位。在此前提下,注意区分中央和地方,区分立法机关、司法机关和行政机关,司法机关中则又区分审判机关和检察机关,各个国家机关依法行使不同的法律解释权;在法律解释内容上,既包括对法律规范本身进一步明确界限或作出补充规定,也包括如何具体应用法律问题;在解决法律解释争议上,强调和突出立法机关全国人大常委会在法律解释活动中的主导地位。

(二) 民间解释:学理解释、任意解释

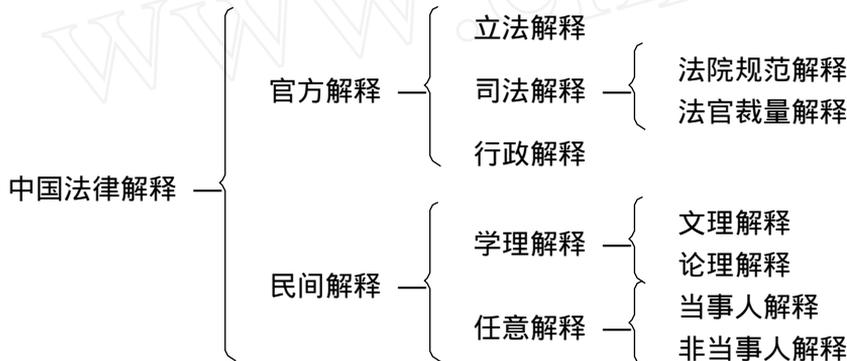
官方解释与民间解释是笔者使用的概念。中国其他学者一般将之称为正式解释与非正式解释,或法定解释与非法定解释。

与官方对法律的有权解释同时存在的,是民间法律解释。民间解释亦称非正式解释、非法定解释、无权解释。民间解释依解释主体的不同又可分为学理解释和任意解释。

就法律规范的文字和内容,依据法学理论对法律作出的阐释,称学理解释。此种解释是学者间的主张,不具有法律效力。但往往逻辑严密,论证充分,说服力强。虽不能如古罗马时期法学家的解释那样具有权威性,但对中国的立法和司法均产生积极影响,许多研究成果被吸收进立法、司法和法律解释之中。学理解释中就法律文字含义依照文法作出的解释,称文理解释;依照逻辑法则就法律整体与部分、此法律与彼法律间的内在联系进行解释,称论理解释。

任意解释指普通中国公民依据自己的理解和感悟,从各自利益和角度出发,对法律作出的认知、评价和解释。此种解释不具有任何效力,但能造成社会舆论,形成民意或“民愤”。在某种情况下,对立法和司法亦能产生影响。从是否涉及法律纠纷角度看,任意解释又可分为当事人解释和非当事人解释。由于切身利益局限,对同一项法律规定,某一案件的当事人和非当事人能作出完全不同的评判和结论。中国公民整体文化素质和法律素质的现状,决定任意解释尚处于一种亟待提高的形态。

综上所述,中国法律解释的体系可用下图表示:



二、中国司法解释的两种形式:法院规范解释与法官裁量解释

(一) 中国司法解释的特点

司法解释来源于制定法本身的局限,是立法与司法权力分立的产物。中国的司法解释是中国法律解释的组成部分,在整个法律解释体系中占有十分重要的地位。同国外不少国家的司法解释相比,具有自己的特点:

第一,中国司法解释是最高国家权力机关全国人民代表大会及其常委会通过宪法和法律授予司法机关解释权形成的,属于“授权性”解释。它与“主权性”的立法解释相比,在内容、效力、方式上具有很大不同。内容上,立法解释可以在法律涉及的所有领域作出解释。司法解释只能在忠实于立法本意前提下,依据授权就司法领域涉及的审判、检察业务中如何具体适用法律的问题作出解释;效力上,司法解释低于立法解释,不得与立法解释相冲突;方式上,立法解释可以实施细则等法规形式作出,司法解释则以批复、意见、解答等形式作出。第二,尽管立法解释在性质、地位上优越于司法解释,但从作出解释的数量和在社会生活中所起作用看,司法解释数量众多,干预社会直接,显得更加重要。第三,依据现行司法体制,中国目前有权作出司法解释的主体有两个:最高人民法院和最高人民检察院。由它们分别行使审判业务和检察业务的司法解释权。由于审判业务涉及法律的范围和对法律解释的需求远远大于检察业务,考虑到国际法律界对司法解释的通行理解,本文研究的司法解释专指审判领域的解释。该领域

参见郭华成:《法律解释比较研究》,中国人民大学出版社1993年版,第127页。

司法解释的形式,笔者认为,有法院规范解释和法官裁量解释两种。

(二)法院规范解释

法院规范解释,指依据法律授权的最高人民法院在审判工作中就适用法律普遍存在的问题作出的抽象性、规范性解释。此种解释的特点是:

1) 作出司法解释的主体,必须是宪法和法律授权的中国最高审判机关——最高人民法院的最高审判组织审判委员会。尽管提出、草拟司法解释内容的单位,可以是最高法院内设的某一或某几个审判业务庭,如刑事审判庭、民事审判庭、行政审判庭、审判监督庭、立案庭、执行办公室、赔偿办公室、研究室等,但最终必须经过最高法院审判委员会全体会议讨论通过,才能成为对司法具有普遍约束力的法院规范解释。

2) 此种解释与普通法系国家法官不得脱离具体案件对法律进行抽象解释不同,也与大陆法系一些国家法官至多只能充当具体案件立法者的规定各异,而是中国最高审判组织在充分调查研究和审判实践基础上,针对法律实施中提出的大量问题和下级请示作出的抽象性解释。这些解释一般以贯彻或实施某一法律的意见、规定、办法或解释的形式出现。

在目前中国的司法解释中,最高法院的规范解释起着与法律同等重要的作用,是中国法院和法官每天办案的直接依据。从适用角度看,此种具有中国特色的司法解释,有其存在的合理性和必要性。但从传统法律解释理论上,此种不针对具体案件的抽象司法解释,引起一些中国法学家的批评:“我国现阶段的抽象司法解释,虽有解释之名却无解释之实。这些司法解释一般是以贯彻和实施某一法律的意见、规定或办法的面目出现,只在解释案的题目中引用了原法律(即被解释法律)的名称,在具体的解释内容中既看不到原法律的条文,也不明确被解释的法律用语,而是不顾文本另搞一套。似乎解释对象就是作为法律文本的全部内容,分不清哪些是‘解释’,哪些是‘补漏’,哪些是‘创制’。这种抽象司法解释引来种种非议可以说是必然的,而且也是理所当然的。随着立法和司法解释的不断完善,这种不针对具体条文和用语的抽象司法‘解释’应当逐步向有针对性的具体解释过渡。”

3) 此种司法解释的形式和程序,随着中国民主与法治程度的提高日益走向规范。虽然早在1954年《人民法院组织法》对司法解释的主体作了明确规定,但在长达数十年的时期内,大多数司法解释不予公布,仅由审判人员内部掌握。司法解释的名称众多,格式不一,没有生效或失效时间,缺少制定和发布的程序。1985年,《中华人民共和国最高人民法院公报》公开发布,提高了司法解释的公开程度。1997年6月23日,最高人民法院制定了《关于司法解释工作的若干规定》,使中国司法解释的制定和发布走上了规范化轨道。该《规定》明确:司法解释的制定必须经最高法院审判委员会讨论通过,并须经过立项、备案、起草、论证、修改、通过和发布几个阶段;司法解释的名称分为“解释”、“规定”、“批复”三种:“解释”是对如何适用法律、或某一类案件如何适用该法律的抽象性规定。“规定”是对审判业务本身的开展作出规范。“批复”则是对高级法院就审判工作中如何具体应用法律问题的请示作出的答复;司法解释的效力,以公开发布的日期为生效时间,在颁布新的法律,或在原法律修改、废止,或制定了新的司法解释后失去法律效力。当司法解释与有关法律规定一并作为法院判决或裁定的依据时,应当在法律文书中援引。司法解释的清理和编纂由最高人民法院审判委员会负责。为适应中国加入世界贸易组织后新形势的需要,最高人民法院针对新中国成立以来已经发布的7600多个司法解释和规范性文件,分期分批地进行清理和废止,同时抓紧制定了一批新的司法解释,如专利法、著作权法、商标法的司法解释。最高人民检察院亦宣布对其建国以来单独制发或与有关部门联合制发的140件司法解释和规范性文件予

将司法解释分为法院规范解释和法官裁量解释,是笔者观点。中国有的学者将之分为最高司法机关的法定解释与一审法院在适用法律过程中的适用解释(见郭华成:《法律解释比较研究》,中国人民大学出版社1993年版,第127页),或抽象解释与具体解释(见董皞:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版,第15页)。

董皞:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版,第16页。

以废止。

4) 依据法律规定,法院规范解释只能由最高人民法院作出。但是,由于中国各地区经济、社会、民族情况差别较大,最高法院人力有限,只能就省一级高级法院提出的司法问题作出答复,不能照顾到全国各中级和基层法院。因此,最高人民法院经常在作出的司法解释中,授权各高级法院结合各省、市、自治区实际情况,可就某些问题在一定幅度内作出具体规定,在该高级法院所辖区域内施行,这些规定亦构成中国法院规范解释的组成部分。

(三) 法官裁量解释

在中国的司法解释体系中,由法律授权的司法解释只有上述法院规范解释一种。但在司法实践中,还同时存在另一种法律未明确授权的司法解释,即普通审判人员将一般法律规定和法院规范解释适用于具体案件时所进行的解释。笔者称之为法官裁量解释。其特点是:

1) 法官裁量解释与法院规范解释带有的抽象性、普遍性不同,它由摆在法官案头的一件件具体个案引起,具有不解释即不能工作的被动性。又因每一次解释只能适用于每一个案不能适用于其他个案而带有个别性;2) 解释的目的在于确定哪一条法律规范和法院规范解释适用于该个案及如何适用于该个案;适用该个案以后,与以前办理过的同类个案是否遵循同一原则,给以后可能出现的同类个案的审判将带来何种影响;3) 此种解释来自每一位法官本人对法律规定和法院规范解释的认知、理解和熟练程度,是法官行使自由裁量权的集中体现;4) 此种解释虽然未经法律明确授权,但在司法实践中却具有无可争辩的法律效力。其效力表现在生效的判决书、裁定书等法律文书和执行后产生的社会效果上;5) 从解释的数量和效果看,中国的法官裁量解释与西方国家的司法解释大致相同。不同的是,由于中国实行的不是法官独立审判,而是法院独立审判,基层、中级、高级、最高四级法院的审判委员会是同级法院最高审判机构,重大案件和疑难案件的判决权不在法官而在审判委员会,因之,法官对某一案件的裁量解释,最终还应受到审判委员会的制约。但受到制约的案件仅属重大或疑难,数量不多,而且审判委员会由法院各审判业务庭资深法官组成,审判委员会对具体个案的认定和解释,亦可视作扩大意义上的法官裁量解释;6) 此种解释的具体进行有两种思路:一是先解释法律,再将解释结果与案件事实相联系;二是先区分事实,再将区分的事实与法律相联系。

在中国法官司法实践中,由于已经有了国家法律规定和最高法院或高级法院的规范解释,绝大多数法官办案时均先认定和分析案件事实,然后再将区分的事实与法律规定和规范解释相联系,予以定罪量刑。从表面上看,似乎不需要自己对法律作出解释。因之,误认为司法裁判即是将法律适用于具体事实的过程,“以事实为根据,以法律为准绳”成为中国法官的准则,而轻视、忽略了法官本人在每一个案中实际进行的裁量解释的地位和作用。

三、中国司法解释对立法原意的确认与深化

(一) 遵循“普通意义”

司法解释是法院和法官对法律条文意思的理解和说明。此处的“法律”指成文法;“理解”指法官对法律条文意思的认知和把握;“说明”则是对理解结果的外在表示,如抽象性、规范性的司法解释文本和判决、裁定等生效法律文书。司法解释中的解释者与法律的关系,是一种服从和被服从、描述和被描述的关系,他必须服从解释对象的权威,“受解释对象的制约,负有忠实于解释对象的责任。”

中国社会主义法律体系受前苏联和大陆法系影响较深,中国司法解释亦带有大陆法系法院和法官无权立法的传统。数十年来,中国的法院和法官被视为法律的简单执行者。在被奉为经典的“有法可

有中国学者称之为具体解释。见张志铭:《法律解释》,载《法理学》,经济科学出版社2000年版,第551页;董祥:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版,第15页。

张志铭:《法律解释》,载《法理学》,经济科学出版社2000年版,第553页。

依‘有法必依、执法必严、违法必究’的法制口号中,“有法可依”是立法机关的任务,“有法必依”是司法机关的职责。法律是唯一享有立法权的立法机关制定的,一丝不苟地执行立法机关制定的法律,是司法机关的神圣使命。中国法官审理案件时,首先从案件中分析、提取和认定与法律关联的事实,然后从法律中寻找合适条文并依自己认知进行解释,最后把自己认为最合适的法律适用于事实。法官的任务即单纯地依此程序作出判决,依照确定的原则解释和适用法律,不能引用司法判例,自由裁量的余地不大。走进中国法院的大门,迎面屏风上书写的是中国法律界权威、前立法机关首脑彭真书写的“严肃执法”四个大字。其“严肃”之程度恰如二百年前意大利法学家贝卡利亚在其《犯罪与刑罚》一书中所描述:“刑事案件中的法官无权解释刑法,因为他们不是立法者。”不能把恪守刑事法规字句而可能引起的混乱同由于法官解释法规所引起的混乱相提并论。法典一经生效,就应当按字面意义去遵守。法官的唯一任务是判定某一行为是否合乎成文法。”贝卡利亚关于按法典“字面意义”司法的观点,即是按照法律用语字面上表现出的“普通意义”理解和执行法律。

法律是确立人们权利与义务的行为规范。它所使用的语言文字不仅不同于言谈口语,也不同于文学作品等其他类型的书面用语。“它必须适用规范的立法语言,追求表意上的平实、直接、严谨和准确,而不能运用比喻、夸张、拟人等修辞手法,不能运用感叹号、问号、引号、省略号等标点符号,不能追求个别化的独特语言风格;它所针对的是法律主体的外部行为,而不能在内心刻画、感情描述上比高低;它的形成不能无拘无束,而必然要受到人们关于立法活动的各种‘预设’的制约,如立法者应该使用规范的普通语词或专门语词。”

中国法院和法官为了表示对法律的尊重和对立法机关的服从,一般均从法律词语的“普通意义”上去理解。使用语法解释、逻辑解释,有时结合历史解释等手段来确认和把握法律的意义。既然立法时是从“普通意义”上选用词语,对其进行解释时也必须取其通俗易懂、约定俗成、普遍常用的含义,即英美法系中该词语在权威工具书中的第一层次的含义。

遵循“普通意义”对法律词语进行解释,对司法工作具有决定意义,否则,即可能引起混乱。遵循“普通意义”对法律词语进行解释时,对该词语的含义在同一部法律中必须作同一解释,在相关其他法律中出现时,亦应作出同一解释。遵循“普通意义”对法律进行解释时,并不排斥法律采用的专门用语、科技术语、法律术语按其特定含义作出解释。如专利法中所指的“发明”、“实用新型”、“外观设计”等均应按其实施细则规定的特定意义予以解释;海洋环境保护法中所指“油类”、“油性混合物”、“排放”、“倾倒”、“渔业水域”、“海洋环境污染损害”等,均应按该法第45条规定的含义进行解释。

(二) 确认“立法原意”

判断、识别、确认立法原意,依据对立法原意的适当理解,以保持与立法原意一致的方式,对法律规定进行解释,在世界各国的司法解释实践中获得普遍承认和适用,所有国家的司法机关都把实现立法原意作为最高的价值取向和司法目标。

但是,什么是“立法原意”?应该从何种角度、以何种标准来理解和把握立法原意?几百年来在理论和实践中存在各种错综复杂的争论:有的认为立法原意是立法者在制定法律时的意图和目的;有的认为立法原意是法律条文自身表现出的意思;有的认为法律条文自身意思取决于解释者的理解,所以,实际上是解释者的意思。各种观点均有所据,众说纷纭,莫衷一是。我们认为,立法原意应是统治阶级通过立法者在法律条文中体现出的意思、愿望、要求和目的。立法者的意图、法律条文的含义和解释者的理解,通常情况下是一致的。“承认这种一致性,也就是承认在社会法律生活中基于人的自然和社会(或文化)共性进行成功的书面表达和交流的可能性。没有这种表达和交流的可能性,法治和法律的效用就

彭真(1902—1995),第一、二、三、五届全国人民代表大会常务委员会副委员长,第六届全国人民代表大会常务委员会委员长。

张志铭:“法律解释”,载《法理学》,经济科学出版社2000年12月第1版,第559页、559页、562页。

同,第559页、562页。

无从谈起。”当然,并不排除在特殊情况下,处理疑难法律问题时的不一致的情况。在立法和司法分立的架构下,作为执法者的法院和法官,其职责就是将法律适用于具体个案,以实现立法者的意图,因为“对法规的理解不应按法官们认为最好的见解,而应按照实际上通过法律的立法者们的意图。”

分析和确认立法原意,首先应从法律的自身内容,如序言、总则、条款、甚至标点符号中去探求。宪法和某些基本法律一般在正文之前载有序言或类似序言的表述,以概括指明制定该法的理由、动机或目的。这些内容是确认立法原意,特别是制定该法时的原意,具有重要意义。总则或称总纲、基本原则、一般规定,它是在一部法律中对全法具有统率性、纲领性的部分,包括立法目的、立法根据、法律原则、法律效力、法律适用等内容。在以成文法为主要形式的大陆法系国家,总则是一部法律不可或缺的组成部分。它既能使一部法律结构完整、内容和谐、体系统一、严谨科学,又能方便司法机关了解和掌握该法的立法原意。例如,法国民法典和德国民法典均设有总则,内容包括:人、物,法的公布,法的效力,法的行为,法的适用等。中国的基本法律,如刑法、民法通则、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法和其他重要法律,如公司法、合同法、国家赔偿法等等,均没有总则部分。

在法律众多条款中,大部分是实体性条款,但也有一些带有目的性、解释性的非实体性条款。其中的目的性条款,对于法官了解立法原意有直接帮助自不待言。就是解释性条款,“不仅对于理解专门术语等具有指导作用,对于确定立法意图也有独到功效。尤其在一些科技法规中,解释性条款可以揭示法律调整的范围、意图、方向,显示出立法目的和调整动机等,对于确认立法意图更显得重要。”

标点符号是现代书面文字不可缺少的有机组成部分。在书面表述的法律规范中,标点符号的独特语法功能和作用亦相当突出,使用正确与否,对法官能否正确理解立法意图关系甚大。中国在起草第一部宪法即1954年宪法时,曾专门组织语法专家对宪法的语法结构和标点符号进行审查,以确保立法原意正确表达。

在中国的法律解释中,了解立法原意,除了主要从法律自身内容探求外,经过立法机关同意的有关该法的说明、报告也是重要方面。这些说明、报告往往载有该法的立法背景、起草经过、争议问题、解决方案、处理分寸等,对于明确立法意图,领会立法宗旨,正确执行法律具有重要作用。例如《国家赔偿法》第35条规定:“本法自1995年1月1日起施行”,并未在条文中明确规定不溯及既往,而由立法机关负责人在关于国家赔偿法的草案的说明中指出:“本法自施行之日起生效,不溯及既往。本法生效前发生的国家赔偿问题,仍然依照过去的办法处理,本法生效后发生的需要国家赔偿的适用本法。”

分析和确认立法原意,是一项严肃、慎重的科学行为,必须采用科学的方法和手段才能实现。这些方法和手段通常有:搜集立法资料,运用逻辑推理,采用类推、比附、扩大、缩小解释的方法等等。关于搜集和运用立法资料确认立法意图的问题,不同的国家有不同的作法。如美国法官非常重视国会议员在某一法案的辩论中阐述的该法案的立法意图;而英国为保证法官尽力从法律规定本身领会立法意图,禁止法院动用议会立法资料。因为法律起草“是一个漫长复杂的过程,在这个过程中,代表各种利益、愿望的观点互相交锋、折衷、妥协,最终的结果才确认在法律文本之中”,从历史立法资料中确认立法意图具有复杂性和不确定性。中华人民共和国建国时间不长,主要的立法工作均在实行改革开放后的二十几年中进行。虽然立法时也有各种不同观点的对立和争论,但在中国的政治、经济结构下,尚未形成代表不同阶级、阶层利益的各种集团。在共产党一党领导和民主集中制原则指导下进行的立法全过程,一般均能准确反映中国立法者的立法原意。搜集和运用立法资料以确定立法意图,是中国法院和法官作出司法解释时经常采用的方法。

张志铭:《法律解释》,载《法理学》,经济科学出版社2000年版,第559页、562页。

[美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第280页。

郭华成:《法律解释比较研究》,中国人民大学出版社1993年版,第137页。

胡康生:《关于〈中华人民共和国国家赔偿法(草案)〉的说明》。

董华:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版,第106页。

形式逻辑的基本规律要求在探寻立法原意过程中,必须依据确切而充足的事实,科学命题,合理判断对法律词语的理解,必须意义明确、排除歧义、异处同义、前后一致;中国刑法原先规定,当法律规定不明确、不具体时,可以依据一般规定进行类推。但自1997年修订刑法取消类推后,类推作为司法解释时探求立法原意的作用亦大为减少;对法律用语的扩大或缩小解释,则仍是追求立法原意的实用作法。如2001年修改后的婚姻法第21条规定:“父母对子女有抚养教育义务;子女对父母有赡养扶助的义务。”此处的“子女”应作缩小解释。前者应理解为“未成年的或不能独立生活的子女”;后者应理解为“成年的并具有劳动能力的子女”。如果不这样作出司法解释,则违背了婚姻法的立法原意。

(三)深化“立法原意”

确认“立法原意”,是司法解释必须遵循的基本原则。但是,仅仅局限于此,在某些情形下,仍不能达到遵从“立法原意”的目的。因为制定得再完备的法律,也永远不可能涵盖社会关系的方方面面。总会存在立法的漏洞和空隙;而且,成文法的滞后性,使法律永远落后于社会本身的发展。“法律必须稳定,但又不能静止不变。因此,所有的法律思想都力图使有关对稳定性的需要和变化的需要这种互相冲突的要求协调起来。”协调的主要办法即是对“立法原意”的深化。

法律条文对社会生活的规范只能是概括的,典型的。立法者不可能把社会生活出现的任何一件个别事例原封不动、毫无遗漏地写进法律。他只能从某一类型的、具有一定普遍性的事例中,抽象出典型场合、典型条件予以规范。其挂一漏万、模糊不清,在所难免。面对此种情况下的法官,除了依据自己对立法原意的理解和发展作出司法解释之外,别无出路。此种情况,对于处在发展中阶段的中国更是常见。二十年来,由于“改革开放”的需要,中国以前无古人的速度制定了大量的法律法规。又同样因为改革的变动性,使其许多法律、法规不可避免地带有原则性强、操作性差的通病。如1991年颁布的《民事诉讼法》对证据的规定只有12条,基本上均是原则性规定,很难具体操作,无法真正解决审判实践中的证据问题。2001年,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》对证明要求,证明标准,举证时限,证人作证,举证责任的含义,举证责任的分配,当事人对于已不利证据的承认,法院调查取证,非证据的判断标准等作出具体规范,于2002年4月1日起全国施行。这是中国第一个针对民事诉讼证据作出的司法解释。对于解决中国司法实践中长期存在的一些当事人利用证据搞突然袭击,拖延诉讼,损害对方当事人合法权益;法官仅凭经验分配举证责任,裁量权过大容易滋生腐败等问题的遏制,进一步实现民事审判的公正与效率,必将起到积极作用。

经过复杂程序制定出的法律必须是稳定的,但社会却在发展,生活之树常青。“应该说法律最贴近生活和社会结合最紧密的时候,就是它被刚刚制定的时候,即是此时的法律也不能完全涵盖社会生活的一切。当法律适用者将法律运用于具体案件时,才会发现适用法律的结果不是立法者当初所设想、所追求的结果,或者立法者根本对面对的案件毫无预料,或者立法者的表述无法被准确把握,或者立法者早期制定的法律已不能适应变化的生活。凡此种种足以使现行法律无言以对,这时只有通过司法解释来解脱法律的这种窘迫和尴尬。”

是否承认法官可以修补法律漏洞,可以顺应时代发展深化“立法原意”,在法律解释理论上经历了从严格解释走向自由解释的过程。在此过程中,法国法学家若尼和德国法学家耶林、赫克、艾尔利希等人的理论发挥了有力的影响。他们认为,法律的目的是为了维护社会和公共利益,当法律随着时代发展违反社会利益时,法官应作出补救性解释。法律对于维护社会秩序非常重要,法官根据社会要求自主地解释法律,与执行法律相比,同等重要。1804年法国民法典第4条赋予法官对法律作出补充性解释的正式权力。该条规定:“裁判官如以法律无规定或规定不明确、不完备为理由,不进行审判的,以拒绝审判论罪。”该法典的主要起草人波塔利斯解释说:“裁判官面对很多法律没有规定的事项是必然的。在这种场合,应

庞德:《法律史解释》,曹玉堂等译,华夏出版社1987年版,第1页。

董华:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版,第23页。

该允许裁判官在根据正义、良知和睿智光辉补充法律的权能。”自此以后,瑞士、奥地利、意大利、荷兰、土耳其、泰国的民法典均相继作出类似规定,为法官修补法律漏洞、深化立法原意提供了法律依据。

四、中国司法解释的发展与完善

(一) 提升判例的地位和作用

正如中国社会处于社会主义初级阶段一样,中国的司法解释亦处在一个比较初始的、急需发展和完善的阶段。笔者以为,提升判例在司法解释中的地位和作用,是完善的途径之一。

判例在英美法系国家是一种主要的法律渊源。“遵循先例”原则,要求在某一判决中包含的法律规则,对以后该法院或下级法院的同类案件具有约束力。使得相似案件的处理结果具有可比性,避免对同一法律条文作出跨度很大的理解,导致判决结果差异悬殊。“遵循先例”原则要求法官掌握“区别技术”,法官必须从判例中正确合理地抽象出其中包含的规则,必须尽可能多地确认本案与判例的相同点,以使该项规则适用本案具有很强的说服力。判例在大陆法系国家不具有法律上的地位,在判决中不得引用。但大多数法官实际上是尊重先例的。这不仅表现在与同行们讨论疑难案件时作为根据的引用上,更表现在对上级法院判例的尊重上。制定法的局限性可以判例作出某种弥补,下级法院的判决在上诉时被改判的可能性,更增加了法官对上级法院判例的关注程度。

中国是有着悠久历史的成文法国家,而判例在中国法制史上同样起着重要作用。从公元前16世纪的殷商开始,即有比照同类罪行进行处罚的先例。历经西周、春秋的发展,至汉代更有儒家名流董仲舒编制出《春秋折狱》案例16篇332例,以后的宋、元、明、清、中华民国历朝历代皆十分重视判例的作用。中华人民共和国成立后,司法机关在审判实践中也一直在执行法律和政策的同时,适当援引判例,以保证判决的连续性。自1985年起,中国最高审判机关——最高人民法院开始以公报形式正式发布案例,开创了案例在新中国司法实践的新时期。截止2001年底,《最高人民法院公报》共刊登案例366个,涉及刑事、民事、行政、海事、国家赔偿等各个方面。近十余年来,除最高法院以《公报》形式正式发布的案例外,一些地方法院、大专院校、科研院所和个人均以各种形式编纂出版了各种案例,如按年代结集出版的《中国审判案例要览》和《人民法院案例选》、《上海法院案例选》等等。

中国最高审判机关以《公报》形式正式发布案例,开创了新中国司法实践的新阶段,其意义十分重大:《公报》发布的案例具有权威性。“《公报》发布的案例,是经最高法院审判委员会反复推敲、字斟句酌,从众多案件中精选出来的。每个案例都有详细的事实、判决理由和结果,蕴含了深刻的法律意义。它既不同于用作法制宣传的一般案例,也不同于学者们为说明某种观点而编撰出来的教学案例。它具有典型性、真实性、公正性和权威性特点,是最高人民法院指导地方各级人民法院审判工作的重要工具,也是海内外人士研究中华人民共和国法律的珍贵资料。”《公报》发布的案例尽管不具有约束力,但对全国法院和法官起着一种重要的指导作用。前最高人民法院院长郑天翔1988年4月1日在第七届全国人民代表大会第一次会议上作的工作报告中指出:《公报》刊登的案例,“主要是对一些重大的、复杂的刑事案件统一量刑标准;对一些新出现的刑事案件的定罪量刑提供范例;对审理一些在改革开放中新出现的民事、经济案件提供范例。”最高人民法院在〈1990〉68号通知中明确指出:最高人民法院公报是最高人民法院的正式公开文件,是全国审判人员必备的业务资料。《公报》上刊登的文件、司法解释、案例等,在公布前均经审判委员会再次审议订正。因此,它对搞好审判工作,提高办案水平,具有权威性的指导作用。《公报》上发布的案例对在司法实践中发现的立法漏洞起着修补作用,对法律法规的含混之处起着具体明确的作用,对各级法院案件的裁决起着导向作用,对国家立法的修改与完善起着推动作用。

随着最高法院《公报》对案例的正式发布,引发了中国法学界对西方法律制度中判例法研究的极大

[法]勒内·维达:《当代世界主要法系》,漆竹生译,上海译文出版社,第138页。

《最高人民法院公报》编辑部:《中华人民共和国最高人民法院公报全集》出版说明,1995年6月30日。

兴趣;判例在中国司法解释中实际所起的作用,愈来愈受到人们重视。对于受大陆法系影响较深、以成文法为主的中国说来,如何结合中国具体实际,科学合理地引进判例制度,逐步提升判例的地位和作用,是摆在中国司法工作者面前的重要任务。

(二) 解释主体从二元向一元转变

中国司法解释目前存在的主要问题之一,是如何协调有权作出司法解释的两个司法机关之间的关系。发源于前苏联的中国现行司法体制与许多国家不同,除自上而下设立四级(最高、高级、中级、基层)审判机关外,还与此相对应,自上而下并行设立四级检察机关。二者均由同级人民代表大会选举产生,对其负责并报告工作。人民法院行使审判权,人民检察院除行使公诉权外还拥有对包括审判活动在内的法律监督权。

在司法解释方面,1955年6月,第一届全国人大常委会《关于解释法律问题的决议》规定,只有最高人民法院审判委员会有权就审判过程中具体适用法律、法令的问题进行解释。但在1981年6月,第五届全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》,增加最高人民法院对检察工作中具体适用法律、法令问题进行解释的规定。这样,中国有权作出司法解释的主体由一个增加到两个。尽管该决议同时规定,如果两个主体对司法解释的问题达不成一致,可报请全国人大常委会决定。但由于立法机关任务繁忙,事实上不可能就经常发生的刑事诉讼过程中的许多具体分歧及时作出统一的立法解释,造成中国司法实践中存在审判机关与检察机关不相协调的尴尬局面。

关于检察机关能否作为司法解释的主体,中国法学界不少专家学者提出了不同看法:从性质上看,不能认为行使公诉权和侦查权的检察机关是一个司法机关;从职能上看,在审判活动中充当公诉人角色的检察机关同时拥有对整个审判活动是否合法的监督权,混淆角色定位;从法理上看,作为刑事诉讼一方参与审判活动的检察机关同时有权对审判规则作出司法解释,既当运动员又当裁判员,于法理不合;从实践看,司法解释的二元主体常使二个机关互相扯皮,影响工作效率,妨害法制统一,有损司法权威。尽管法律规定最高审判机关和最高检察机关均有权发布司法解释,但事实上,每个机关的司法解释只在本系统具有拘束力,若要取得统一的拘束力,往往采用最高人民法院和最高人民检察院联合发布司法解释的办法。但有时两机关对同一法律问题并不能达成共识,便会出现各行其是发布解释的情况。对于有些法律问题,一家未发布司法解释,而另一家却单独发布司法解释。对于最高检察院单独发布的司法解释,人民法院或者置之不理,或者仅作参考。

笔者认为,此种混乱状况在中国已经加入WTO的今天,必须尽快结束。中国司法解释的主体,应尽快从二元向一元转变。

Abstract: The author classifies China's judicial interpretation into normal and discretionary interpretation according to his judicial experience and legal interpretation theory. He points out the important function of the latter kind and the theoretic cause of its under-emphasis. Besides, he also makes an overall study into the judicial interpretation's importance in deciding and deepening of legislative meaning, and proposes a practical suggestion in promoting the development of China's judicial interpretation.

〔作者单位:中国社会科学院法学所〕
〔责任编辑:李小明〕

参见董峰:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版,第198、199页及附注。

同。