

# 论近代以来中国司法解释概念的变迁

李相森

**内容提要** 近代以来,司法解释的内涵逐渐转变而远离其本初涵义:司法解释作为司法的附随活动转变为独立的解释权;司法解释主体由所有司法机关缩小为最高司法机关;司法解释形式由判例转变为抽象性的解释文件;司法解释的效力由相对效力转变为绝对的法律强制效力。由这种概念变迁所反映的权力化、立法化的中国式司法解释制度在某种意义上是一种创造,但却远离了司法解释的本旨,存在理论上的窒碍和实践中的种种弊端。完善当前司法解释制度的关键则在于处理好这种远离和创造之间的关系。

**关键词** 法律解释 司法解释 统一法律解释 概念史

李相森,南京审计大学法学院讲师 211815

当前学界对司法解释的定义不下数十种,可谓众说纷纭<sup>[1]</sup>。自概念史的角度观察,有关司法解释概念的认知分歧由来已久。作为法学概念的司法解释自清末引入中国,其内涵随着近代以来中国司法解释制度的发展而发生了转变,被赋予了新的甚至是与其原初涵义相背离的意义。将司法解释的概念放入历史长河中考察,探寻此一语词的原初内涵及其变迁,明晰近代以来中国司法解释概念发展演变的来龙去脉及深层原因,或许可以帮助我们更好地理解 and 定义作为学理概念的司法解释,并重新审视和改进当下我国的司法解释制度。

## 一、清末、民国时期司法解释的本初涵义

清末,司法解释这一语词随着日本法律著作翻译至中国而成为汉语法律专用词汇之一。民国法学论著及辞书中一直保留着司法解释最初引入时的涵义,即,司法解释是指各级司法机关及其人员适用法律时独立对法律作出的仅对特定案件具有相对效力的解释。

本文为作者主持的2018年国家社会科学基金青年项目“我国统一法律解释制度构建研究”(18CFX005)的阶段性成果。

[1]董皞在《司法解释论》一书中列举了8个二十世纪八九十年代关于司法解释的较有代表性的定义,加上其给出的定义,共9个。董皞:《司法解释论》,〔北京〕中国政法大学出版社1999年版,第5-7、22页。

### 1. 司法解释为司法官适用法律时独立作出

司法机关作为法律适用机关,“不得以法令不明及不完备或缺等因为口实,而拒绝其裁判。苟法令不明时,则从其解释,以究明其意义而应用之可也”<sup>[1]</sup>。司法机关解释法律有其必要性。司法机关的法律解释具体而言是司法官在审判过程中为适用法律于特定事件而解释法律。

首先,司法解释是所有司法机关审判人员共有的活动。不论司法机关的层级高低,其审判人员都有权因适用法律而作出法律解释。而且司法解释主体不仅包括普通司法机关之审判人员,还包括特别司法机关之审判人员,如“行政法院之评事,公务员惩戒委员会之委员,陆海空军军法会审之审判长、审判官,未设法院或司法处之各县地方之县长、承审员及兼事法官之县长等”<sup>[2]</sup>。

其次,司法解释是司法官作出判决之际,适用法律于特定案件时所作之解释。“实质意义的司法权就是解释法律适用于具体事实而为审判的权力。”<sup>[3]</sup>司法解释活动是与司法审判权的行使合一的,而非在审判之外别有一种法律解释活动;司法解释是司法权的当然内容,而非在司法权之外别有一种司法解释权;司法解释存在于特定案件的判决之中,依附于判决书而存在,而非别有一种司法解释文件。

最后,司法机关及其审判人员的法律解释具有独立性。司法解释的独立性体现为两个方面:一是外部独立,司法机关的法律解释活动不受立法、行政机关的干涉;二是内部独立,司法官独立解释而不受其他司法官解释的约束。司法解释的独立性来源于司法权的独立性:“法官独立的行使司法权,故(一)法院不求解释于立法者,得自为解释;(二)法院不受行政解释之羁束,得独立自为解释(但所谓独立自为解释,非不受立法的解释羁束之意);(三)法院不受他法院解释之羁束,各法院独立自为解释。”<sup>[4]</sup>

### 2. 司法解释由上诉法院以上诉审形式统一

承认各级司法机关审判人员皆可独立解释法律,则可能导致法律解释的混乱。为此,“近世之国,皆设上诉法院,以期解释之一致”<sup>[5]</sup>。于是,便有了上诉法院与下级法院在法律解释权限上的差异。各级法院法官可独立解释法律,但上诉法院有统一解释法律之职能。

上诉法院统一法律解释的方式是在上诉审中纠正下级法院判决中的不当法律解释。具体而言,“大理院认控告审判衙门之判决,为不适用法律或适用不当时,则废弃之,或自行审判,或将该事件发还于原审衙门。而原审衙门,对于上告审判衙门之法律上判断,必受其羁束。且大理院札付下级审判衙门之案件,下级审判衙门对于该案,不得违背该院法令上之意见,以防解释之冲突”<sup>[6]</sup>。

### 3. 司法解释仅具有相对效力

司法解释属于有权法律解释,但其效力是相对的、有限的。司法解释“仅对于其所裁判之一事件,使该事件之当事者服从而已,甚有制限者也。故除该事件外,不独他裁判所不能引为成例,即同一之裁判所同一之裁判官,其一时所下之解释,断无永久遵守之义务。虽他日所遇事件与该事件有同一之性质,然采用前之解释与否,亦听该裁判官之意”<sup>[7]</sup>。民国学者亦言:“凡法院皆能自为解释,不但无服从他法院解释之必要,即同一法院所下解释,其后亦无遵守之责。”<sup>[8]</sup>可见当时主流观点认为司法解释的效力仅及于特定案件,而无拘束此后同类案件之审判的效力。

但上诉法院对于法律所发表的意见实际上具有拘束下级审判机关之效力。“唯大理院以判决解释

[1][日]冈田朝太郎:《法学通论》,张孝移译,[东京]东京富山房、有斐阁1909年版,第30页。

[2][5][6]郝朝俊:《法学通论》,[上海]中华书局1919年版,第130页,第140页,第140页。

[3]陶汇曾:《中国司法制度》,[上海]商务印书馆1926年版,第2页。

[4]潘大道、李庭恺:《法学通论》,[上海]右文社1914年版,第211页。

[7]戢翼翬、章宗祥、马岛渡、宫地贯道编译:《新编法学通论》,1903年版,第38-39页。

[8]袁家斌:《论法律解释权(续)》,[北京]《越旭》1926年第6期。

时,对于本案有拘束下级法院之力,与其他解释异”<sup>[1]</sup>;“上告法院关于法律之点发表之意见,就于上诉事件羁束下级法院”<sup>[2]</sup>。但其效力仅是限于“本案”或“上诉事件”,而不能及于此后之其他案件,甚至对同类相似案件亦无必然之拘束效力。

#### 4. 司法解释不得变更成文法及违宪审查

司法官虽有权解释法律,但不能变更成文法,修正法律之权应掌诸立法机关。“解释究非立法,若以解释为名而更变成文法,不独乱立法、司法之别,且法律之威信必至坠地,反不若无法矣。”<sup>[3]</sup>

司法机关无权审查法律、命令是否违反宪法,“若夫法律、命令之为违宪法与否,裁判官无审判职权者,则更不待言矣”<sup>[4]</sup>。法律违反宪法与否应由立法机关决定,“纵令法律之内容,裁判官之意见认为违反宪法,而裁判所不得拒而不用。盖判决法律之违反宪法与否,此最高之解释权存于立法权之自身。裁判所不得以自己之解释而对抗之也”<sup>[5]</sup>。

## 二、国民政府时期司法解释涵义的转变

国民政府时期,学者对司法解释的认识有了显著变化,司法解释涵义发生转变,主要表现为:司法解释权力化、解释主体缩小,解释的形式扩大、效力扩张。

### 1. 司法解释的权力化及解释主体的缩小

学者以解释主体是否具有统一解释法令权而将司法解释区分为截然不同的两种:“司法解释者,司法机关所为之有权解释。此种解释可分为二种:其一为有统一解释法令权之司法机关所为之解释,其一为无此权限之司法机关所为之解释。”<sup>[6]</sup>司法解释已被视为一种独立权力,且权限大小有别。

统一解释法令权应当由最高司法机关执掌,“非一般法院与一般司法官,皆有此解释权,要存于一国之最高之裁判机关”<sup>[7]</sup>。最高司法机关的统一解释法律权被特别强调,甚至有学者将司法解释定义为:“具有统一法令解释权之机关依据职权所为之解释,及最高司法机关之判决例之关于法律解释者。”<sup>[8]</sup>原属于所有审判机关的司法解释权上移至最高司法机关,成为专属于最高司法机关的特权,地方各级法院被排除于司法解释主体之外,司法解释的主体在缩小。

### 2. 司法解释形式的变化

司法解释原本仅存在于司法判决中,“通常于判决中见之”<sup>[9]</sup>。但国民政府时期,学者一方面承认司法解释存在于判决之中,同时又强调司法解释的另一形式——解释例。“不论解释例或判决例,皆可谓之司法解释”<sup>[10]</sup>;“(司法解释)种类有二:其一为判决……其二为解释例……”<sup>[11]</sup>司法解释的形式有所扩展,既包括在传统的判例,又包括解释例这一新的司法解释形式。

解释例是质疑解释,与作为审判解释的判例在创制方式上不同。审判解释是本初意义上的司法

[1]袁家城:《论法律解释权(续)》,〔北京〕《越旭》1926年第6期。

[2]潘大道、李庭恺:《法学通论》,〔上海〕右文社1914年版,第211页。

[3]〔日〕矶谷幸次郎:《法学通论》,王国维译,〔上海〕金粟斋译书社1902年版,第47页。

[4]〔日〕织田万:《法学通论》,刘崇佑译,〔上海〕商务印书馆1907年版,第85页。

[5]金混澜编译:《国法学讲义》,〔上海〕商务印书馆1910年版,第284页。

[6]胡庆育:《法学通论》,〔上海〕太平洋书店1933年版,第103页。

[7]毛家骥:《法学通论》,〔南京〕中央陆军军官学校政治训练处1931年版,第75页。

[8]胡毓杰:《法学纲要》,〔北平〕胡毓杰1939年版,第30页。

[9]李景禧、刘子崧:《法学通论》,〔上海〕商务印书馆1935年版,第109页。

[10]朱贞白:《最新法学通论》,上海法政学社1934年版,第43页。

[11]周邦式:《法律学概要》,〔蓝田〕新中国书局1943年版,第112页。

解释：“审判解释者，法院因其审理案情，对于所依据之法律而加以阐明解释也。……仅得在判决案情援引法律时行使之。”<sup>[1]</sup>但此种司法解释是“适用法律于实际情形之必有经过，并非由于法律之有疑义也”。“当适用法律之际对于法律条文有疑义而不能自行决定时，或人民团体因遵守法律而有疑义时，则由何种机关解释之乎？”<sup>[2]</sup>于是在审判解释之外，又有所谓的质疑解释。“凡法律条文有疑义时，法院得因人民或各机关之询问予以答复。此种答复则成为法律，法院自身得受其拘束。”<sup>[3]</sup>但为解答法律疑问而解释法律是统一解释法令机关的专权，只有最高司法机关有权创制“解释例”。而无统一解释法令权的司法机关的解释“通常隐存于各级机关之判决书内，如最高法院以下之审判机关所为之判例及判决书是”<sup>[4]</sup>。

### 3. 司法解释效力的扩张

民国北京政府时期，学者普遍认为司法解释的效力是相对的，大理院在发布解释之初亦承认自身解释不能拘束各级审判厅，“解释法律固不能强令从同，即如本院对于呈请解释法令之件，就特定诉讼案件，亦不能拘束各级审判厅。诚如司法部言，审判独立，本无拘束之可言”<sup>[5]</sup>。但此后，学者开始认识到大理院解释的效力与一般法院解释不同，认为大理院运用统一法令解释权创制的解释具有拘束一切之效力<sup>[6]</sup>，“大理院以判决解释时，对于本案有拘束下级法院之力，与其它司法解释不同”<sup>[7]</sup>。

至国民政府时期，具有统一法律解释权的最高司法机关所创制的解释例被认为具有形同法律之效力，对全国司法机关及民众具有拘束力。学者对判例的效力虽有所争议，但多数学者认为最高法院判例对下级法院具有拘束力，持反对意见者亦承认判例事实上的拘束力。“以最高法院为司法机关之最高级，更有统一解释法令之权，故其所下之解释例，全国司法机关及人民皆受其拘束。即其所下之判决例，全国司法机关亦有遵从之义务。”<sup>[8]</sup>关于判例的效力，有学者认为“最高法院之判例，有拘束全国下级法院之效力”<sup>[9]</sup>；持反对意见者虽认为“自法律观点言，判决例实无拘束下级法院之效力；自理论言，亦不宜使判决例有拘束下级法院之效力；更自立法例言，大陆法系之国家，亦无以判决例拘束下级法院之先例”<sup>[10]</sup>，但亦承认判例事实上的拘束力，“然非谓下级法院推事事实上即可置判决例不顾。判决例事实上的效力，固亦不容忽视也”<sup>[11]</sup>。

## 三、民国时期司法解释涵义转变的因由

语词有其形成、变迁的生命历程，由一定的社会政治、经济条件、思想观念、历史文化传统等因素所决定，并反映了社会的发展变迁。近代中国司法解释涵义的转变是与当时司法解释实践密切相关的，是对近代中国司法解释制度的反映。这种认知转变在文本上主要发生在国民政府时期，但近代中国司法解释制度的转变早在清末已埋下伏笔，至民国北京政府时期完成。司法解释概念变迁的背后是特定社会历史条件下法制运行之现实需要、传统法律解释实践以及特定政治文化观念的影响。

[1][3]丘汉平：《法学通论》，〔上海〕商务印书馆1937年版，第57页。

[2]陈顾远编：《立法要旨》，中国国民党中央执行委员会训练委员会编印1942年版，第68页。中国第二历史档案馆，全宗号：七一—(4)—656。

[4]胡庆育：《法学通论》，〔上海〕太平洋书店1933年版，第103页。

[5]《大理院咨复司法部解释法令非司法行政衙门所能限制文》，〔北京〕《政府公报》1913年6月7日第390号。

[6]刘恩荣：《论大理院之解释与其判例》，〔北京〕《法律评论（合刊）》1924年第32—37期。

[7]夏勤、郁崑编纂：《法学通论》，〔北京〕朝阳大学出版社1919年版，第49页。

[8]朱贞白：《最新法学通论》，上海法政学社1934年版，第43页。

[9]江庸：《最高法院限制报章杂志刊载判例》，〔北京〕《法律评论》1933年第8期。

[10][11]张远谋：《论判决例之效力》，〔北京〕《法律评论》1934年第11期。

### 1. 司法解释被视为一种权力并集中行使的因由

首先,基层司法人员法律专业素质普遍不高,地方各级审判机关无力充分行使法律解释权,遇有超出能力的案件便请示上级法院,结果法律解释权上移而集中于最高司法机关手中。民国北京政府时期,基层法院人员法学知识浅薄,加之县长兼理司法,实际担任审判的承审员法律修养不足,“因而每每以快邮代电假设案例,将所遭受法律上之疑难,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,无形中成为法律解释”<sup>[1]</sup>。这种状况至国民政府时期并未有根本性改观。国民政府初期,县长兼理司法仍然比较普遍。至1935年,县长兼理司法的县占全国总县数的4/5以上。至1937年,全国(东北4省除外)1790个县中,县长兼理司法者仍有856县,占总数的47.8%<sup>[2]</sup>。

其次,受传统中国官方垄断法律解释权的影响。封建专制时代,君主居于帝国权力金字塔的顶点,是王朝最高权力的专有者。律典的制定、更改、废止一决于上,律典解释权亦由官方垄断。清代最高法律解释权集中于君主一人,官方法律解释最主要的两种形式——笺注律典、增补条例,都需要经过君主的批准。清末改革官制,为适应立宪分权的要求,将法律解释权从君主身上剥离,但还得由合格的替代者掌握这一权力。结果,在此种将解释法律作为一种权力赋予最高权力者执掌的历史惯性影响下,法律解释权被赋予最高司法机关集中统一行使。

最后,传统中国“大一统”政治观念的支撑。三代“王有天下”的观念是“大一统”之滥觞。《春秋公羊传》中出现“大一统”这一名词,一统的概念形成。秦始皇统一天下,实行“海内为郡县,政令由一统”的政治制度,“大一统”观念转变为现实<sup>[3]</sup>。政令统一是“大一统”观念的内容之一,要求立法的统一,自然也要求法律解释的统一。诚如学者所言:“从秦始皇统一中国以后,中国的历史就开始了统一的中央集权制,这种传统的延续,在中国几千年的封建社会发展过程中,已根植于中国老百姓的灵魂深处,单一制的国家,统一的法制是中国人的必然选择。单一的国家形式和统一的法制要求:立法要统一,法律解释也必须统一。”<sup>[4]</sup>在由传统向近代的转型过程中,清王朝表面上改革官制,仿行宪政,实质上仍在强调皇权永固和中央集权,强调法制统一、内外一律,法权归于朝廷。最终确立了统一解释法令事务专由大理院办理的制度<sup>[5]</sup>。因此,近代中国司法解释制度自诞生之时即打上了统一集权思想的烙印,表现出解释权力集中、解释内容统一的特征。

### 2. 独特司法解释形式“解释例”的渊源

解释例的出现与明清时期以条例解释、补充法律的实践密切相关。民国学者即将解释例与明清的条例相接引,“明清两代于律之外皆有条例以补充其不足……昔所谓条例者,今日乃成为解释例”<sup>[6]</sup>。明清时期,条例是律文之外的重要规范形式。例文附于律条之后,与律文合编,统称为“律例”<sup>[7]</sup>。被编

[1]韩忠谟:《司法程序与法律演进之关系》,载刁荣华主编:《法律之演进与适用》,[台北]汉林出版社1977年版,第2页。

[2]张仁善:《司法腐败与社会失控》,[北京]社会科学文献出版社2005年版,第15、18页。

[3]刘泽华主编:《中国传统政治哲学与社会整合》,[北京]中国社会科学出版社2000年版,第112-114页。

[4]董皞:《司法解释论》,[北京]中国政法大学出版社1999年版,第15页。

[5]清末宣统元年《法院编制法》第35条规定:“大理院卿有统一解释法令必应处置之权,但不得指挥审判官所掌理各案件之审判”。清末立法者因日本司法省有权解释法令,往往与裁判所解释意见不一,徒增歧义纷争,故将法令解释权统一归属于大理院。参见沈宝昌:《法院编制法释义》,[北京]顺天时报馆出版,第66页。

[6]芮沐:《司法院解释例之检讨》,[南京]《中华法学杂志》1937年第5-6期。

[7]律例合编的体例源自明万历十三年(1585年)《大明会典》中《大明律》“以条例各附本律之下”的编纂形式。参见郑秦:《清代法律制度研究》,[北京]中国政法大学出版社2000年版,第24页。

入律典中的条例便成了法条。当然条例也可以不与律典合编而以单行本形式公布<sup>[1]</sup>。

明清条例有的直接是皇帝的谕旨,还有的来自于判例。司法机关审理疑难案件,律典未能赅载,需超越律文以决断或涉及对法令的解释,则有司上奏,群臣集议,共同酌定,奏准通行。清代“刑部遇有疑似难决之案,各该司意主义驳,先详具说帖呈堂,如堂上官以司议为是,由司再拟稿尾(复外省之语曰稿尾),分别奏咨施行。若堂上官于司议犹有所疑,批交律例馆详核”<sup>[2]</sup>。这些由刑部司员拟定的疑难案件处理意见,奏咨施行,增补入律,即是条例。

民国解释例在创制方式及编纂体例上都与明清条例相似。解释例是最高司法机关接受有关法律抽象疑问的解释请求,由特定人员拟稿作出解答,并由最高司法机关长官核定或集体决议而产生的。这与清代刑部处理疑难法律问题的方式具有相似性,都遵循“请示—指示”“提问—解答”的运行模式。由最高司法机关编纂的单行解释例要旨汇览摘取解释文件中具有抽象规范意义的核心字句,按法典的条文章节顺序排列,俨然是法律的附注本。

### 3. 司法解释获得“形同法律”效力的原因

民国司法解释获得法律效力,承担起立法功能,与当时法律不备的社会现实有关。民初,国会作为正式立法机关时开时闭,不能充分承担起立法任务,而由临时性的替代机关立法或由中央及地方行政机关根据行政需要制定法令。但各种条例、法令疑义罅漏之处甚多,需要司法机关在适用时加以解释、补充、修正。大理院的司法解释由此获得了“立法”契机,“以司法之职而兼立法之事。”<sup>[3]</sup>正如民国学者所言:“我国自改革以还,祸变蝉联,讫无宁岁。关于民商诸法,迁延泊今,尚无成文之法典堪资援引。即刑法亦系沿用前清之成规,每因时世迁移而不适于用。当夫诉讼问题发生,执法者类据大理院之判例而解决之。”<sup>[4]</sup>“基层审判厅之推事亦认识到,“当此一切法律未备时代,大理院之法律解释尤足以补助一切适用之不足。故大理院解释法律文件,吾辈法曹所宜奉为圭臬者也”<sup>[5]</sup>。

国民政府时期一系列成文法典先后公布,各种法规、条例、细则纷纷出台,法律体系渐趋完备。但制定法的增多并没有让司法解释的立法性稍减。相反,由于法令滋多,且与社会事实不相适合,法令疑义相应增多,请求解释者日众,更加依赖上级机关的解释指导。司法院解释以及最高法院判例仍是各级法院裁判的重要规范依据。司法院定期汇编刊行《司法院解释汇编》,最高法院先后两次编辑《最高法院判例要旨》,以供各级司法机关参照援用。直至民国晚期,判例和解释例仍在地方法院审判中发挥着重要作用。例如,西安地方法院强调审判人员对判例和解释例要定期、认真地加以研讨,以便娴熟应用<sup>[6]</sup>。

## 四、1949年之后司法解释涵义的进一步行变

1949年之后,我国法学界对司法解释仍然存在着两种不同的认知。司法解释在保留其清末、民国时期的本初涵义的同时,进一步发生行变。行变后的司法解释概念是对深受苏联法制影响的我国现行司法解释制度的反映,也是近代中国司法解释涵义转变演化的一种延续。

[1]如康熙时有单行的《刑部现行则例》。乾隆五年之后,定期修例,单独刊印《续纂条例》。这些《续纂条例》“分开可以与律例各自单独成书,合起来可以把续纂各条分装在相关律例各条之末”。参见郑秦:《清代法律制度研究》,〔北京〕中国政法大学出版社2000年版,第57页。

[2]沈家本:《刑案汇览三编序》,沈家本《历代刑法考·寄谕文存》,〔北京〕中华书局1985年版,第2224页。

[3]大理院编辑处:《大理院判例要旨汇览》(第一卷·序),〔北京〕大理院收发所1926年版。

[4]夏勤:《论判例》,《国立北京大学社会科学季刊》1925年第2期。

[5]曹凤箫:《读大理院解释法律文件书后》,〔杭州〕《司法月报》1916年第3期。

[6]侯欣一:《创制、运行与变异:民国时期西安地方法院研究》,〔北京〕商务印书馆2017年版,第169-170页。

## 1. 两种涵义不同的司法解释

20世纪50年代,我国翻译自苏联的法学教科书将司法解释阐释为:“司法解释是法院在审理具体的司法案件时,把这一法律适用于该案件时所作的法律解释。在法院的民事和刑事判决中即包含有司法解释。司法解释仅对其所审理的该项案件有强制力。”<sup>[1]</sup>有关法律辞典亦将司法解释定义为:“司法上的法律解释就是法院的民、刑事判决中所包含的阐释。它只对于这一解释所针对的具体案件有拘束力。”<sup>[2]</sup>此种关于司法解释的定义与清末、民国本初意义上的司法解释是一致的,一直存在于我国法学理论中<sup>[3]</sup>。

与此同时,存在一种更为普遍的对司法解释的认识,即认为司法解释是最高司法机关在适用法律法规过程中对如何具体应用法律法规问题所做的具有普遍效力的解释。在法学辞书、教材中都有此种关于司法解释的定义和认识:“司法解释是指国家最高审判机关和最高检察机关就在审判和检察过程中应用法律的问题所作的、具有法律效力的说明”<sup>[4]</sup>;“司法解释是指国家最高司法机关在适用法律、法规的过程中,对如何具体应用法律、法规的问题所做的解释”<sup>[5]</sup>。学者在论著中也对司法解释有类似的表述:“所谓司法解释,是指我国最高司法机关根据法律赋予的职权,在实施法律过程中,对如何具体运用法律问题作出的具有普遍司法效力的解释。”<sup>[6]</sup>

此种司法解释概念与其本初内涵相比,发生了很大变化:第一,司法解释的创制权力专属于包括最高人民法院和最高人民检察院在内的最高司法机关,普通司法机关则被完全排除在司法解释的主体之外,“地方各级人民法院在审判过程无权对适用法律、法令问题作出解释,审判人员在审理案件及其在所作的判决书中对法律条文的理解和解释,都不能称之为司法解释”,“地方各级人民检察院无权解释法律”<sup>[7]</sup>。第二,司法解释的形式多样,往往以“解释”“规定”“批复”“决定”“规则”“意见”等为名,但大多数属于不针对具体个案的抽象解释,而是具有立法性质的规范性文件,作为司法解释本原形式的判例则被排除在外<sup>[8]</sup>。第三,司法解释获得了普遍的法律强制力,而不再是相对的事实拘束力。2006年最高人民检察院发布的《最高人民检察院司法解释工作规定》第5条规定,“最高人民检察院制定并发布的司法解释具有法律效力”;2007年最高人民法院发布的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第5条规定,“最高人民法院发布的司法解释,具有法律效力”。

## 2. 司法解释涵义衍变背后的因由

后一种司法解释概念是对我国现行司法解释制度的直接反映。我国当前司法解释制度的直接渊源可追溯至建国初期有关最高人民法院法律解释权的规定。1955年全国人大常委会通过的《关于解释法律问题的决议》(本决议已于1981年6月失效,以下简称“1955年《决议》”)规定,“凡关于审判过

[1]苏联科学院法权研究院:《马克思列宁主义关于国家与法权理论教程》,中国人民大学马列主义关于国家与法权理论教研室译,[上海]华东政法学院教务处1953年翻印版,第525页。

[2][苏]П.И.库德利雅夫采夫主编:《苏联法律辞典》第三分册《国家和法的理论部分》,中国人民大学国家与法的理论教研室等译,[北京]法律出版社1957年版,第122页。

[3]例如,陈金钊在《法制及其意义》一书中将司法解释定义为:“司法解释是司法机关或法官在适用法律过程中对各种形式的法律渊源所作的解释”。陈金钊:《法制及其意义》,[西安]西北大学出版社1994年版,第105页。

[4]江平主编:《中国司法大辞典》,[长春]吉林人民出版社1991年版,第6页。

[5]张文显主编:《法理学》,[北京]高等教育出版社2003年版,第323页。

[6]周道鸾主编:《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集》,[北京]人民法院出版社1994年版,代序第1页。

[7]刘升平:《谈谈法律解释》,[北京]《法学杂志》1981年第5期,第34页。

[8]2010年以来,我国初步建立了具有判例法因素的案例指导制度。虽然指导性案例涉及对法律的解释,但案例指导制度是与司法解释制度并列的独立制度,指导性案例也不是司法解释的法定形式。

程中如何具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院审判委员会进行解释”,授予最高人民法院审判委员会以法律解释权。1979年通过的《人民法院组织法》(1983年、1986年、2006年修订)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年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》(以下简称“1981年《决议》”)亦规定:“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。”最高人民法院获得法律解释权甚早,且得到了普遍承认。由此,最高法院承担起最主要的、经常的法律解释任务,发布了数以千计的法律解释文件。

最高人民检察院司法解释权的获得相对较晚,直至“1981年《决议》”才规定:“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”。在此之前,并无关于检察解释的任何规定。“1981年《决议》”赋予最高人民检察院司法解释权,其背后的逻辑是:最高人民检察院是与最高人民法院并列的最高司法机关,都是法律法规适用机关,既然赋予最高人民法院以解释审判工作中具体应用法律法令问题的权力,则检察工作中具体应用法律法令的问题应由最高人民检察院解释。

“1981年《决议》”实际上是继承了“1955年《决议》”对法律解释权的配置原则,即将法律解释的内容区分为“法律法规条文本身”的问题及“法律法规具体应用”的问题,而由不同的主体分工解释。因而,追溯我国司法解释体制的形成则应回到“1954年《决议》”,应当追问建国初期的法律解释权配置原则是如何形成的,为何要赋予最高人民法院以司法解释权。

我国当前法律解释制度受苏联模式所影响<sup>[1]</sup>。根据1936年《苏联宪法》第49条的规定,苏联最高苏维埃主席团有权解释苏联现行法律<sup>[2]</sup>。同时,苏联联邦最高法院享有司法解释权。苏联在1922年颁布《法院组织新条例》,建立起新的法院体系。1924年,苏联联邦最高法院成立,“对于邦员共和国最高法院有解释全联邦法律之权”<sup>[3]</sup>。联邦最高法院的职务由院长、高级会议、民刑事法庭、军事法庭执行。其中,高级会议“应各共和国最高法院的请求,或应联邦最高法院的请求,或各个共和国最高法院检察官的提议时,有解释法令的职权。就是由它自己自动地颁发解释例,亦为法律所许可。此外,如由联邦中执委会(新宪法改为最高委员会)主席团命令,或由联邦人民委员会的请求,高级会议亦应从事于法令的解释”<sup>[4]</sup>。根据《苏联法院组织法》第75条的规定,苏联最高法院全体会议可发布领导性指示。这些领导性指示中的司法上的解释对整个一类的类似案件都有必须执行的法律效力,对审判机关具有拘束力<sup>[5]</sup>。在建国初期向苏联“一边倒”、全面学习移植苏联法制的大背景下,苏联这种由最高法院统一审判领域法律解释的制度无疑为我国最高人民法院获得法律解释权提供了模范样本和强有力的根据。

巧合的是,民国时期的统一法律解释制度与苏联司法解释制度具有相似之处。民国法学家杨兆龙在强调中国司法机关通过最高法院作出解释在世界范围内其他国家并无相应制度的同时,指出苏联除外<sup>[6]</sup>。深受苏联影响的当前司法解释制度也就与民国司法解释制度具有了某种相似性。加之,中

[1] 张志铭:《法律解释学》,〔北京〕中国人民大学出版社2015年版,第192页。

[2] 苏联科学院法权研究院:《马克思列宁主义关于国家与法权理论教程》,中国人民大学马列主义关于国家与法权理论教研室译,〔上海〕华东政法学院教务处1953年翻印,第524页。

[3] 陆丰:《苏联司法制度》,〔重庆〕大东书局1945年版,第69页。

[4] 吴清友:《苏联法制》,〔长沙〕商务印书馆1938年版,第204、207、209页。

[5] [苏] П. И. 库德利雅夫采夫主编:《苏联法律辞典》第三分册《国家和法的理论部分》,中国人民大学国家与法的理论教研室等译,〔北京〕法律出版社1957年版,第122页。

[6] 杨兆龙:《中国司法制度之现状及问题研究——与外国主要国家相关制度之比较》,载艾永明、陆锦璧编:《杨兆龙法学文集》,〔北京〕法律出版社2005年版,第41页。



国近百年来的法制现代化是一个的过程。1949年之后我国司法解释制度在构建之初同样面临着与清末、民国时期法律不备、基层司法人员素质不高等相似的法制条件,所立基的社会土壤仍然深受中国传统政治文化的浸染,也就难免带有与民国司法解释制度相近的特性。可以说,我国现行司法解释制度某种程度上延续了自清末以来近代中国司法解释权力化、解释权力集中化及司法解释立法化的趋势。反映此种司法解释制度的司法解释概念也就在近代以来中国司法解释概念转变的基础上进一步衍变,而与其本初内涵愈加远离。

## 结 语

近代以来,由西方及日本引入中国的司法解释的概念发生了转变,远离了其本初内涵:司法解释由一种司法附随活动演变为独立的解释权;司法解释的主体由所有司法机关缩小为最高司法机关;司法解释形式由判例转变为抽象的立法性司法解释文件;司法解释的效力由相对效力转变为绝对的法律强制效力。涵义转变后的司法解释是对独具特色的中国本土司法解释制度的反映。换言之,近代以来中国的司法解释制度变迁决定了司法解释涵义的转变。因而,近代以来的中国司法解释制度实际上远离了司法解释的本初内涵和意旨。

远离司法解释本初涵义的近代中国司法解释制度存在一系列问题:地方各级审判机关在法律解释上消极被动,基层法官遇有疑难动辄请示,唯最高司法机关是从;取消了审级设立的意义,疑难案件不待上诉便先请示最高审判机关的意见,实际上是以最高审判机关指挥、替代下级法院审判,使得上诉机关法律审的功能被架空;司法解释机关僭越立法机关,司法解释异化为法律规定,与解释法律以阐明律意、使抽象律文具体化的原意相背,而且抽象性解释的含义或不能被适用者准确认知和了解,需要进行再解释,从而陷入“解释一再解释一再解释的解释”的无限解释中。

当然,远离了司法解释初衷和本旨的中国司法解释制度,在某种意义上亦是一种创造。它因应于近代中国社会法律不备、司法人员素质普遍不高的现实情况,满足了司法的规范需求,一定程度上提高了司法质量和效率,传播了先进的法律观念,促进了近代中国法制的现代化,具有其特定历史条件下的现实合理性。但在特定历史条件消失之后,这种远离或创造如何寻得理论上的正当性,避免在现实运作中因理论窒碍而产生弊端,并继续发挥其合理性便成了问题。因此,如何缓解近代以来中国司法解释制度的创造性与远离司法解释本意、本旨之间的张力甚至是冲突,是改进、完善我国当前司法解释制度的关键。

近代以来中国司法解释概念及制度的变迁说明,照搬西方司法解释理论和制度并不能适应特定历史条件下的社会需要,无法解决中国的现实问题。回归本初的司法解释理论,模仿西方司法解释制度,并非解决当前我国司法解释制度中诸种问题的良方。但其强调法律解释论证说理的解釋性、统一解释建立在承认各级司法机关独立法律解释基础之上、尊重先例的传统等是符合法制运行逻辑、具有普遍性的理念或做法。而近代中国司法解释制度的解释权集中、以解释代行立法、以解释指挥审判、剥夺地方各级司法机关解释权的种种不合理现象,在当前司法解释体制中仍能窥见其影子,是需要我们清醒对待、合理处置的遗产。

[责任编辑:钱继秋]