

后民法典时代司法解释对立法的 因应及其制度完善

赵万一 石娟

(西南政法大学 重庆 401120)

摘要: 随着《中华人民共和国民法总则》的通过并正式施行,我国已正式步入以民法典作为规制基础的法典化治理时代。民法典的颁布不但会将散乱的民事单行立法进行系统化、体系化的重新设计,从而引起立法理念和立法技术的重大变革;而且会对相关司法解释的生成机制及其辐射内容产生重大影响,并有效消解司法解释对立法的扩张现象。本文关注的重点是:在民法典编纂过程中,司法解释能否有效嵌入相关的制度设计?能否通过精细化的规则设计有效消解司法解释的作用空间?在后民法典时代司法解释如何实现与现有法律的无缝对接?其基本思路是在明确司法解释的地位和权限,并在重新划定司法解释调整范围的基础上,通过进一步凸显指导性案例的作用,明确最高人民法院的司法解释权与法官的司法能动性之间的分工,减少法官对司法解释的过度依赖。同时通过完善司法解释的对象确立、启动、清理退出、保障和监督机制,以最大限度地消除现行司法解释中存在的僭越立法权问题和选择性抽象解释的问题。

关键词: 司法解释; 机制完善; 民法典编纂; 后民法典时代

中图分类号: DF51 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2018.04.03

虽然法学理论界一直对司法解释存在的正当性基础颇有非议,但详尽实用的司法解释在司法实践中却长期发挥着维系民事审判正常运行的规则补充的作用,这一方面源于传统立法比较粗疏的客观现实,另一方面则源于上级法院对下级法院强有

力的业务指导。从历史角度考察,我国司法机关通过司法解释指导具体审判活动的做法由来已久,其中1955年和1981年分别由全国人大常委会通过的《关于解释法律问题的决议》和《关于加强法律解释工作的决议》是最高人民法院早期获得司法解释工作授权的主要依据。1979年通过的《人民法院组织法》则从立法的角度赋予了最高人民法院制定抽象性司法解释的权限。2005年和2006年全国人大常委会分别通过了《司法解释备案审查工作程序》和《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》,强调最高人民法院出台司法解释必须接受全国人大及其常委会的监督,并对监督的内容和程

收稿日期: 2018-03-07

基金项目: 重庆市博士后特别资助项目“后民法典时代下司法解释机制研究”(Xm2017126)

作者简介: 赵万一(1963),男,山东巨野人,西南政法大学民商法学院教授,博士生导师,法学博士;石娟(1982),女,四川绵阳人,西南政法大学、重庆市人民检察院博士后研究员,法学博士。

序进行了详尽具体的规定。2007年颁布的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》进一步明确并规范了最高人民法院从事司法解释的工作职责和工作程序。2015年修订后的《中华人民共和国立法法》第104条^①则从立法权的角度对司法解释的规范和监督进行了专门规定。这一系列的法律和规范性文件构筑了以法定化的解释主体、特定化的解释内容和明确的法律效力为内容的独具特色的司法解释规章制度体系。据不完全统计,从1949年最高人民法院成立至2011年底,由最高人民法院单独或联合其他部门共同制定的司法解释和司法指导性文件共计3351件,其中司法解释和司法解释性质的文件共计1600件^[1]。而从2012年至今,最高人民法院发布了冠以“法释”为文号的司法解释共计134件^②,另有冠以“法发”等文号的司法解释若干。

一、前民法典时代的“司法解释之痛”

按照学界通说(狭义的)司法解释是最高人民法院、最高人民检察院根据法律的授权,对如何具体运用法律问题做出的具有普遍司法效力的规范性解释^[2]。本文主要研究对象限于最高人民法院出台的带有审判指导性质的司法解释。按照《立法法》对司法解释的法律定位,最高人民法院出台的司法解释就其本质来说应当是最高人民法院对立法机关已通过的法律如何在具体司法实践中得到统一有效的运用所作的解释说明。其主要作用在于厘清非明晰的法律规定可能带来的司法误差,或是将偏重于实体性的法律规定赋予其更富有操作性的程序性规定。就司法解释的实际运行情况来看,司法解释在指导审判工作,统一司法裁判尺度,完善司法政策,促进社会治理体系的完善等方面发挥了重要的作用,特别是在克服或减弱法律的不完备性及弥补现有立法制度的缺陷,以及增强法官审判能力及增强裁判说理能力等方面更是发挥了独特的作用,但由于目前的司法解释时有先行于法律作出裁判规则、扩大或限缩法律的适用条件或

适用范围等情况的发生,因此法学理论界不断有学者提出,改革现行司法解释制度甚至废止带有立法性质的抽象性司法解释^{[3][4]}。概括说来,目前的司法解释机制主要面临以下突出矛盾:

(一) 司法解释定位模糊,“司法造法”现象较为突出

司法解释受到非议最多的一点就是其日益突出的法律创设功能。从国家权力的架构模式来说,我国权力结构中的立法职能和司法职能被分别配属给不同的机构,从而形成立法机关和司法机关各司其职、相互制约的良性运行机制。由于立法具有较强的专业性和技术性,法律规范的表述方式也明显有别于其他文本和文体的表达要求,通常具有简约、规范、专业等特点,有时甚至难免有深奥、晦涩之嫌,因此对普通社会成员来说,仍有部分法律条文非经解释既无法准确理解其立法宗旨,也无法完全明了其适用范围和适用条件;对司法人员而言,仍有部分法律非经必要的讲解和阐释不能得到有效适用。我国在对法律解释的权力界定上持权力分别行使的理念,即由立法机关对立法中不明确的内容进行具有普遍性和抽象性的立法解释,由司法机关在个案审理过程中针对具体的法律适用作出具有一定法律适用意义的司法解释。因此,从理论上说具有抽象性质的立法解释属于立法权的一个重要组成部分,属于应由立法机关专享的权力。但实际运行的结果是,最高人民法院不但对个案的法律适用给出指导性意见(最典型的是发布“指导性

^① 《中华人民共和国立法法》第104条规定“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释,应当主要针对具体的法律条文,并符合立法的目的、原则和原意。遇有本法第45条第二款规定情况的,应当向全国人大常委会提出法律解释的要求或者提出制定、修改有关法律的议案。最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释,应当自公布之日起30日内报全国人大常委会备案。最高人民法院、最高人民检察院以外的审判机关和检察机关,不得作出具体应用法律的解释。”

^② 据统计最高人民法院公布的司法解释数据,冠以“法释”为文号的司法解释具体情况如下:2012年21件;2013年27件;2014年15件;2015年25件;2016年30件;2017年(至9月1日)16件。(参见:最高人民法院网[EB/OL].[2017-09-10].<http://www.court.gov.cn/fabu-gengduo-17.html>.)

案例”)而且通过发布司法解释的方式对法律的适用条件和要求做出明确具体的规定。就实施效果来看,这些司法解释具有与类似于立法的法律效力,不仅对各级人民法院的裁判活动具有法律约束效力,甚至成为裁判案件时必须优先适用的依据。这实际上是将司法解释权上升为一种超越了单纯司法权范畴的准立法权性质的地位,其结果不但僭越了司法权的应有权力范围,而且造成对立法权的“蚕食”,以至于有学者将最高人民法院比喻为除全国人大及其常委会和国务院以外的“第三立法部门”^[5]。具体说来,司法解释对现有立法权的“蚕食”主要体现在以下两个方面:

一是司法解释的内容超越了司法活动的应有限度,变更了法律的适用条件和适用范围。从现有的司法解释具体内容设计来看,通常并不仅仅限于解决审判实践中的具体法律适用问题,而且还包括对“某些具体法律制度的适用条件、某一类案件的审理要求、某一类疑难问题的处理原则”等作出规定,其中不乏大量的具有权利创设和漏洞填补功能的立法解释类规定^[6]。从法律定位来看,根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》中关于“根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释,采用规定的形式”之规定,最高人民法院颁布的“规定”类的司法解释既可以是直接针对某一法律所作的系统全面的解释,也可以是根据立法精神和审判工作需要而针对多个甚至是不特定法律所做出的规定,其基本特点是都会出现大量超越法律文本的规范^[7]。典型的例子是2015年8月6日出台的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(简称“《民间借贷司法解释》”),由于该规定所针对的是民间借贷这样一种社会现象所作出的抽象性的规定,而不是针对《民法通则》《合同法》等原生性法律的某一个或某几个具体条文所进行的解释,因此该司法解释就其内容和效力而言无异于立法机关所制定的法律法规。就具体条文来看,该司法解释第10条的规定完全改变了国家基于金融管制目的长期实行的严格禁止非金融企业间进行融资活动的规定,允许企业间

根据生产经营需要进行资金拆借^①。其实质内容无异于国家金融政策的重大调整,因此自应属于国家立法和国家政策应予确定的内容。就其实施效果来看,第26条规定:保护民间借贷主体间高达24%—36%的借贷利率^②。由于该规定保护的利率严重偏离了正常市场经济活动所创造的社会财富的平均利润阈值,可能对实体经济造成严重损害。另外,该解释第24条所确立的淡化借贷合同与买卖合同之间区别的裁判规则也与《合同法》所确立的合同类别化规则设计明显不同^③。上述条文已完全脱离了《立法法》第104条所规定的司法解释“应当主要针对具体的法律条文,并符合立法的目的、原则和原意”这一基本要求,其释法方式均脱离了作为解释对象的法律文本,甚至脱离了法律文本所系统指向的法律调整框架和调整范围而进行了超越裁判要求的基础性规范设计,“司法解释立法化”的倾向非常明显。

二是因司法解释的数量过多,内容宽泛,因而严重挤压了法律的适用空间,甚至有架空和取代法律规定本身之嫌。现在几乎每一个重要的法律法

① 《民间借贷司法解释》第10条规定“法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同,除存在合同法第52条、本规定第14条(即“以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利,且借款人事先知道或者应当知道的。”——笔者注)规定的情形外,当事人主张民间借贷合同有效的,人民法院应予支持。”

② 《民间借贷司法解释》第26条规定“借贷双方约定的利率未超过年利率24%,出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的,人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%,超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的,人民法院应予支持。”

③ 《民间借贷司法解释》第24条规定“当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保,借款到期后借款人不能还款,出借人请求履行买卖合同的,人民法院应当按照民间借贷法律关系审理,并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的,人民法院裁定驳回起诉。按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后,借款人不履行生效判决确定的金钱债务,出借人可以申请拍卖买卖合同标的物,以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额,借款人或者出借人有权主张返还或补偿。”而根据我国《合同法》的规定,借贷合同和买卖合同是两种性质完全不同的合同,其法律效力应当进行分别考察,其适用规则也并不完全一样。在立法技术上借贷合同和买卖合同均采取专章的形式予以强调,分别规定在第9章和第12章之中。

规颁布之后,最高人民法院都要出台相应的司法解释以促成法律的有效实施。这些司法解释不但内容多样,而且条文数量众多,甚至远多于被解释的法律条文本身。例如,1986年颁布的《民法通则》只有156条,而《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称“《民法通则司法解释》”)就达200条之多,加上与《民法通则》适用相关的司法解释,如《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“《人身损害赔偿司法解释》”)、《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(简称“《精神损害赔偿司法解释》”)等,其总量已经数倍于《民法通则》本身;现行《婚姻法》共有51个条文,而关于《婚姻法》的司法解释已出台3个,条文已达82条。1999年出台的《合同法》共有428个条文,但在该法出台以后,仅冠以“规定”或“解释”为文号的相关司法解释已发布十余个,据粗略统计总条文已达到347条^①。即使是2005年才修订颁布的《公司法》,在短短12年内最高人民法院已先后出台司法解释4个,总条文达到86条。就其适用效果来看,这些司法解释并非单纯是指导审判机关审理案件的裁判性规范,而是包括了指导社会成员从事社会经济活动的行为规范。即使这些司法解释仅作为裁判的依据,由于社会主体特别是民事主体在进行行为选择时通常会以人民法院的裁判结果和裁判依据作为确立行为效果的依据,因此这些带有抽象性的司法解释事实上起到了行为规范的作用。面对如此繁杂、庞大的司法解释规范,无论是司法工作者还是普通社会成员都难免无所适从。实际上这种情况在许多国家的法治进程初期也曾出现过,但通常会随该国法律体系的完善而逐步得到解决。典型的如:在罗马法的早期曾存在过市民法与裁判官法并存的现象,这种规则多元现象虽然在一段时期内促进了罗马法法律体系的发展,但由于徒增法律适用上的不确定性,因此伴随《优士丁尼国法大

全》的制定,其规则多元状况便不复存在^[8]。

(二) 司法解释在指导法律统一适用上的效果并不十分明显

为了保证司法解释的广泛适用性和周延性,最高人民法院在制定司法解释过程中使用了大量模糊性的概念、概括性的术语和兜底性的条款。其结果不但偏离了司法解释的应有定位,从而使其丧失了抽象条文与个案事实之间应有的“中介”功能;而且进一步加剧了法律统一适用的困难。面对抽象、模糊的司法解释,承担具体审判业务的司法部门和司法人员对具体案件究竟适用哪些司法解释、或某一司法解释究竟适用于何种案情,经常出现误读、分歧和困惑。最为明显的例子是,由于《关于适用中华人民共和国〈合同法〉若干问题的解释(二)》对《合同法》第52条第五款^②所规定的合同效力的强制性规定区分为效力性强制规定和管理性强制规定,但并未对什么是效力性强制规定和管理性强制规定,以及法院应当依据什么标准和到底应当怎样区分一个具体的强制性规定究竟是效力性强制规定和管理性强制规定等问题做出详

① “北大法宝”收录的与《合同法》相关的具有司法解释性质文件共计448篇。本文仅粗略统计了冠以“规定”或“解释”文号的相关司法解释,主要有《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2015〕18号),计33条;《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2014〕3号),计26条;《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2012〕8号),计46条;《关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2010〕13号),计26条;《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕11号),计25条;《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号),计30条;《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2005〕5号),计28条;《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2004〕20号),计47条;《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2004〕14号),计28条;《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕7号),计28条;《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(法释〔1999〕19号),计30条。以上共计347条。

② 《合同法》第52条规定“有下列情形之一的,合同无效:……(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”根据该款的文义,任何违反法律、行政法规的强制性规定的行为都会导致合同无效。

细的规定^① 因此在实践中造成不同法院对同一个法律条文究竟属于何种性质的强制性规定各自作出不同的理解 导致相似案件的判决结果明显存在差异 甚至出现不同审级的法院对同一个案件中合同效力及相关强制性规定的性质的认定截然不同的情形^②。

不仅如此 人民法院作出裁判时所援引的具体裁判依据会影响到法律与司法解释的具体实施效果。最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(法释〔2009〕14号)第2条规定 并列引用多个规范性文件法律文件的 引用顺序如下:法律及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例或者单行条例、司法解释。根据该规定, 人民法院在援引法源及找法的过程中 应将司法解释排在最后。但在规则多元并存的情形下 由于最高人民法院掌握着最终的司法决定权 下级法院出于避免被改判的心理 在法律依据的选择上往往会优先选择司法解释 只有在司法解释无具体规定的情况下才考虑直接适用法律。典型的如: 由于最高人民法院于2003年通过《人身损害赔偿司法解释》中对包括被抚养人生活费在内的侵权人身损害赔偿的标准和范围作出了非常明确具体的规定^③ 而其后通过的《侵权责任法》中关于人身损害赔偿项目中并未规定被抚养人生活费的赔偿问题 但在司法实践中由于上述司法解释明确具体、适用性强, 部分法院仍然会按照该司法解释的规定确定赔偿范围和赔偿数额 同时支持死亡赔偿金和被抚养人生活费的诉请。再如 根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的规定 具有特定人格纪念意义的物品可以要求精神损害赔偿 而在《侵权责任法》中则将精神损害赔偿限定为“人身权益损害的范围之内”。司法实践中对于具有人格纪念意义的物品能否支付精神损害赔偿金的问题的看法也大相径庭^④。又如,《侵权责任法》第4条明确规定了“侵权人因同一行为应当承担行政责任或刑事责任的,不影响依法承担侵权责任”。但在刑民交叉案件的实际处理中 因为《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(简称

“《刑事诉讼法司法解释》”)第138条、第155条的规定^⑤ 死亡赔偿金和精神损害赔偿金能否在刑事追诉后单独提起的民事诉讼中得到人民法院的支持 各地的做法也极不一致 有时同一法院的裁判

① 根据规范的司法解释要求 司法解释应当是在法律已明确将强制性规范区分为效力性强制规范和管理性强制规范的前提下 对司法实践中如何有效区分效力性强制规范和管理性强制规范给出具体的具有可操作性的标准 而不是对立法条文的具体适用范围进行限缩性解释。

② 较为典型的案例如“甘肃省中国青年旅行社与林嘉锋、陈国良房屋买卖合同纠纷案”。该案中的一审判决认为《中华人民共和国企业国有资产法》第55条关于国有资产转让应当依法进行评估的规定为效力性强制性规定 而非管理性规定 案涉的《房地产买卖合同》因违反了《合同法》第52条所规定的效力性强制性规范的要求 因此应当被认定为无效。二审法院维持了一审判决。最高人民法院通过对该案的再审 作出[2014]民提字第216号民事判决。判决书认定: 由于《国有资产评估管理办法》等属于规范内部程序的管理性规定 而非效力性强制性规定 因此案涉《房地产买卖合同》并未违反《合同法》第52条的规定 该合同合法有效。

③ 《人身损害赔偿司法解释》对人身损害赔偿的范围、标准等进行了全面详细的规定 具有较大的司法指导意义。第28条有关被抚养人生活费的计算标准 “被抚养人生活费根据抚养人丧失劳动能力程度 按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被抚养人为未成年人的 计算至18周岁; 被抚养人无劳动能力又无其他生活来源的 计算20年。但60周岁以上的 年龄每增加一岁减少1年; 75周岁以上的 按5年计算。”

④ 《精神损害赔偿司法解释》第4条的规定 “具有人格象征意义的特定纪念物品 因侵权行为而永久性灭失或者毁损 物品所有人以侵权为由 向人民法院起诉请求赔偿精神损害的 人民法院应当依法予以受理。”《侵权责任法》第22条的规定 “侵害他人人身权益 造成他人严重精神损害的 被侵权人可以请求精神损害赔偿。”有人主张应根据侵权责任的限定 对人身权益以外的人格象征意义的特定纪念物品 不再支持精神损害赔偿的诉请; 有人主张应适用仍然有效的《精神损害赔偿司法解释》 可以支持人格象征意义的特定纪念物品的精神损害的诉请。

⑤ 《刑事诉讼法司法解释》第138条第二款规定 “因受到犯罪侵犯 提起附带民事诉讼或者单独提起民事诉讼要求赔偿精神损失的 人民法院不予受理。”; 第155条前两款规定 “对附带民事诉讼作出判决 应当根据犯罪行为造成的物质损失 结合案件具体情况 确定被告人应当赔偿的数额。犯罪行为造成被害人人身损害的 应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支付的合理费用 以及因误工减少的收入。造成被害人残疾的 还应当赔偿残疾生活辅助具费等费用; 造成被害人死亡的 还应当赔偿丧葬费等费用。”在刑民交叉案件中 不少判决根据该《司法解释》第155条没有列举死亡赔偿金 残疾赔偿金 在故意杀人、伤害案刑事追诉后的单独的民事判决中 适用司法解释而非侵权责任法 不支持被害人及其近亲属提出的死亡赔偿金、残疾赔偿金及精神损害赔偿金的诉请。(参见: 杨兴鲜. “王青玉诉夏瑞易等生命权纠纷案”三次审理的判决书。)

结果也不尽相同。

(三) 司法解释的固化规则不利于法官的司法能动性的充分发挥

所谓审判是在当事人对既存的或已发生的社会关系发生争议后,由司法机关代表国家对争议事实做出判断和处理的过程,其主要目的是将法律予以激活,以充分发挥其对社会关系的调整作用。因此,审判的过程既是对已发纠纷所进行的事实重构和逻辑推演过程,也是对法律条文的理解和复制过程。由于所有的审判行为都必须通过具体审判人员的释法活动才能完成,而这些释法活动的前提是审判人员查明相关事实和理解法律。在司法解释的表述方式如同成文法律且不能实现审判规则无限供给的情况下,法官仍需对个案进行具体的法律适用解释,充分发挥其司法能动性。司法能动性的最重要表现就是司法者在个案中依照自由裁量权能动地评判证据、认定事实,并能动地解释和适用法律。由于现行审判中解释法律的机关与具体适用法律的人员被人为地区分为不同群体,而掌握司法解释权的机关又对具体承担审判业务的人员构成指导关系甚至领导关系,从而严重压抑了下级法院司法能动性的发挥,出现了审判法官“坐等”司法解释或通过向上级请示的方式使审级制度出现虚置。而如果法官过于依赖固定规则和定量规范的约束,就会存在机械司法和惰性司法的弊端^[9]。下级法院法官特别是基层法院的法官囿于解释能力的孱弱大都会采取循规蹈矩的立场,很难做出富有个性化的判决,这也成为有人质疑我国法官审判水平的诱因之一。

(四) 司法解释的程序不够完善,社会认同度有待提升

从程序上看,最高司法机关司法解释的启动、制定和论证都缺乏像立法程序那样的公开和透明性,其制定主体是相对独立、封闭的审判委员会,整个制定过程大都是在法院的封闭系统内完成的。尽管最高人民法院在起草司法解释的时候必定进

行一定范围内的调研并征求相关部门的意见,但其起草、制定和出台程序毕竟不如立法程序那样严谨,能够参与的人员多限于法院内部,具体承办人员可能更多考虑的是法院的审判需求而非社会主体的利益诉求,且可能受制于信息或知识相对欠缺,所制定的司法解释易引发社会公众的质疑。例如,《人身损害赔偿司法解释》的制定者由于没有考虑到不同的社会成员在同一人身损害赔偿事件中所获赔偿的差异可能引起强烈的司法感官对比,因而导致社会舆论对“同命不同判”结果的司法公正性的怀疑,甚至影响到对民事主体平等这一民法基本原则的怀疑,直到《侵权责任法》第17条^①做出专门规定才平息了这一质疑。再如,因《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(简称“《婚姻法司法解释(二)》”)第24条对夫妻债务承担方式和承担范围所作的司法解释曾引起理论界和社会大众的质疑,有公民甚至专门上书最高人民法院,指出该条司法解释“有悖于我国《婚姻法》的立法宗旨……为司法权力寻租利益提供了可能”,并建议撤销该条的司法解释。虽然最高人民法院以答复的方式拒绝了这一建议^②,但仍通过新的司法解释的方式数次对该条作出补充性规定^③。由于《婚姻法司法解释(三)》规定在婚后获赠房屋、婚前购房等情形,未在《不动产权证书》上登记的配偶在离婚时对共同居住的不动产不

^① 《侵权责任法》第17条规定“因同一侵权行为造成多人死亡的,可以以相同数额确定死亡赔偿金。”

^② 最高人民法院官网于2016年3月17日发布《关于“撤销婚姻法司法解释(二)第24条的建议”的答复》。

^③ 参见最高人民法院2017年2月28日公布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)的补充规定》;最高人民法院还同时下发了《最高人民法院关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》,要求各级法院正确适用最高人民法院对婚姻法司法解释(二)作出的补充规定,在家事审判工作中正确处理夫妻债务,依法保护夫妻双方和债权人合法权益,维护交易安全,推进诚信体系建设促进经济发展和和谐社会建设;2018年1月8日又发布了《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》。

享有分割请求权^①,因此这一规则对现有的夫妻居住关系和产权关系带来很大冲击。很多结婚多年的夫妻纷纷要求在房屋产权证上添加上自己的名字引发某种混乱。不仅如此,司法解释的通过方式和通过程序也颇多受到非议。以新近最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(四)》为例,2016年12月5日最高人民法院审判委员会第1702次会议审议并原则通过了这一司法解释,经过半年多的完善之后于2017年8月25日以法释(2017)16号的名义予以通过。从程序方面来说,至少有几个问题值得探讨:1. 最高人民法院审判委员会的审议对象是什么?是司法解释的具体条文还是结构、原则、目的等内容?2. 什么是“原则通过”?“原则通过”与其他通过的区别是什么?“原则通过”所针对的是所有的内容还是有争议的内容?“原则通过”时是否意味着所有的内容都有待确定还是某些条文已经固化?3. “原则通过”的内容和最后发布的内容有哪些不一致的地方?是否有增删的条文?谁有权对内容不一致的地方或增删的条文做出最终决定?最高人民法院能否授权法院业务部门对审判委员会“原则通过”的内容进行自由裁量?4. 对于“原则通过”的司法解释在正式通过之前是否还需要通过审判委员会通过一定程序重新予以确认?

二、民法典编纂中有关司法解释的争议及其立法回应

我国民法典的制定由于具有后发优势,因此可以通过对其他国家成功经验的借鉴制定出能够引领世界发展趋势的代表性民法典。但由于立法定位的某些偏差,导致以《民法总则》为先导的民法典舍本逐末现象较为严重^②,个别法条内容“食洋不化”问题突出^{[10][11]}。即过于注重比较法的移植和对其他法例的借鉴,而对时代新问题、新情况和我国特有的社会环境、司法问题研究则明显不足。特别是在民法典编纂中,对目前业已存在的规模庞大的司法解释规范态度不明,定位不清。其结果不但没有很好延续基于既有的司法解释所形成的审判

传统和审判秩序,也没有给出明确的司法解释替代方案。如果说在《民法总则》中对司法解释与《民法典》立法的关系还可以采取回避态度的话,那么在带有具体制度编纂性质的民法典分则中是无论如何也绕不开与司法解释的关系问题。虽然在分则的编纂中现在主流的观点认为《民法典》制定应当积极借鉴既有司法解释的成果,尽量将成熟的规则吸纳入《民法典》中,但对司法解释的未来规划,至今仍没有达成基本共识。有的观点主张在民法典分则中应全面吸收合理有效的司法解释入典,以达到消解庞大的司法解释群的目的;有的观点仍主

① 依据《中华人民共和国婚姻法若干问题的解释(三)》的基本精神,产权登记是判别不动产权利归属的唯一依据,夫妻人身关系的存在和共同生活甚至共同出资的事实都丝毫不能变更这一规则。这方面的典型规定如第7条“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产,产权登记在出资人子女名下的,可按照婚姻法第十八条第(三)项的规定,视为只对自己子女一方的赠与,该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。由双方父母出资购买的不动产,产权登记在一方子女名下的,该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有,但当事人另有约定的除外。”第10条:“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同,以个人财产支付首付款并在银行贷款,婚后用夫妻共同财产还贷,不动产登记于首付款支付方名下的,离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的,人民法院可以判决该不动产归产权登记一方,尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分,离婚时应根据《婚姻法》第39条第一款规定的原则,由产权登记一方对另一方进行补偿。”

② 这方面最明显的例子是《民法总则》中有关营利性法人的规定很多都是直接照搬自《公司法》中的规范内容。典型的如《民法总则》第83条中有关营利法人出资人不得滥用权利的规定和法人不得滥用独立人格的规定,即“营利法人的出资人不得滥用出资人权利损害法人或者其他出资人的利益。滥用出资人权利给法人或者其他出资人造成损失的,应当依法承担民事责任。营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人的债权人利益。滥用法人独立地位和出资人有限责任,逃避债务,严重损害法人的债权人利益的,应当对法人债务承担连带责任。”这一规定几乎照搬了我国《公司法》第20条“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”另外《民法总则》第86条中有关营利法人社会责任的规定“营利法人从事经营活动,应当遵守商业道德,维护交易安全,接受政府和社会的监督,承担社会责任。”也直接来源于我国《公司法》第5条的规定。这实际上是将应由特别法规定的具体市场交易要求上升为带有普适性的民事主体的基本要求。

张应尽量维持司法解释法外运行的现状,以充分发挥审判对成文法的补充作用;还有观点认为应实现民法法律规范与司法解释共存的局面,直接将“司法解释”或“习惯”作为裁判的法源,从而明确司法解释在裁判中的法源地位。

(一) “消解说”及其理论评析

“消解说”主张尽量地吸收现有司法解释,改变司法解释在法典外大量存在的现状。持该见解的学者主张,必须通过民法典编纂,将到目前为止已经颁布的司法解释进行系统的整理、清理,对合理部分,应该吸纳到民法典的文本之中,使之成为正式的法律;而对于不合理的部分,以及重复的内容,则应予废止^[12]。当普遍性司法解释废止后,通过“以例代释”,即以判例替代普遍性司法解释的方式补充裁判规则。该说的主要目的在于取消普遍性司法解释。其主要思路是,制定民法典时,把司法解释的既有规定统一吸纳收编,通过精细化的立法使普遍性的司法解释逐渐隐退,而将民法典编成后的相关法条漏洞的填补工作交由最高人民法院的案例制度来实现。这是法律一元、立法至上理念的路径选择。然而,由于这次民法典编纂并非全新地制定,不可能编制出数量庞大,事无巨细的法典,并考量当前的立法习惯、司法趋势和社会环境,“消解说”在我国当下是难度最大的。

(二) “吸收说”及其理论评析

“吸收说”根据我国的立法现状和司法实践,主张尽量地吸收部分司法解释规则,同时保留那些无法吸收的司法解释。该说主张最高人民法院是民法典的编纂者之一,应在民法典的编纂过程中尽量将制度性规范编制到民法典中去,否则将面临着不作为的风险。最高人民法院当然乐于见到部分司法解释的内容作为司法成果被转化、被法典所吸收。但目前为止,我国民法典的编纂者为了追求逻辑严密、价值自治,以及受立法机关的法律制定偏好的惯性影响,不会将司法解释中过多的操作性、解释性的规范大量纳入法典中,所以民法典消化司法解释内容的数量注定是极其有限的。例如,有学者建议在编纂合同法编时应尽可能地吸收合同法

司法解释中的一些成熟的法律规则,如预约合同、情势变更规则、格式条款的法律规制、合同的保全等,将其纳入合同法编中^[13]。而剩余的数量巨大的与合同法相关的司法解释的规定,绝大部分无法纳入法典的视野。“吸收说”对于无法纳入民法典的司法解释及规则,持有的态度是维持其法外运行的现状。该说注重我国司法实践经验的转换和利用,并认可司法解释的形式和作用空间。

(三) “法源说”及其理论评析

“法源说”主张,司法解释应当成为处理民事纠纷的法源,包括作为正式法源和在实践中事实上发挥法源作用两种方式。

1. “正式法源说” 鉴于司法解释在裁判中的实际作用,中国法学会的《民法总则专家建议稿》第九条的法律渊源明确将司法解释纳入法源,建议条文为“处理民事纠纷,应当依照法律及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释。”但从《民法总则》第10条^①的规定来看,立法机关并未采纳此种主张,放弃了明确将司法解释纳入正式法源的建议。

2. “事实法源说” 《民法总则》没有将司法解释确定为单独类型的正式法源,同时司法解释也没有被纳入“法律”法源的外延,但这并不意味着司法解释不会以“习惯”法源作为接入口成为间接的法源或直接成为事实上的法源。以“习惯”法源作为接入口的解释方式旨在维护《民法总则》规定的权威性,以便不在法典所确立的正式法源外塑造新的法源类型。但将司法解释视为裁判习惯法从而将其接入“习惯”^②法源的路径,存在以下问题:一是由于司法机关的规范性文件毕竟不同于民间习惯(法)^{[14][15]},解释上存在的周折和困难;二是如果将大规模的司法解释全部视为习惯,将冲击习惯作为

^① 《民法总则》第10条“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”

^② 习惯是活的法律。哈耶克认为,习惯是自然生长的秩序。梁治平对习惯法的界定为:习惯法是一套地方性规范,它是在乡民长期的生活与劳作过程中逐渐形成。高其才提出,习惯法是独立于国家制定法之外,依据某种社会权威和社会组织,具有一定的强制性的行为规范的总和。

补充性法源的定位;三是习惯的适用需要考察是否违背公序良俗,这与司法解释具有直接约束力相悖。比较而言,直接将司法解释作为事实上的法源便于操作,也更符合实际。《刑法》《刑事诉讼法》《民事诉讼法》外,司法解释呈广泛存在的事实状态并发挥着重要的法源作用便可见一斑。“事实法源说”的正当性基础在于“法律”法源和“习惯”法源不足以解决法源的完备性的问题。1804年《法国民法典》第4条之“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”的规定确定了法官不得拒绝裁判之规则。如何对待法官不得拒绝裁判和明确法律依据不足的问题,瑞士民法典编纂诉诸的法源为惯例、习惯、法理或法官经过实践所确立的学理等,此点可资借鉴。我国《民法总则》仅确立了法律和习惯两项法源,习惯是补充法源。无论一项法律什么时候被提出来考虑,人们都没有能力预见到实际生活中可能出现的多种多样的情况。即使人们有这种预见能力,也不可能将没有任何歧义的措辞都涵摄进去。萨维尼重视法律的国民性和时代性,他在《论立法与法学的当代使命》中写道,法律将随着社会发展进步,绝不因制定而产生^[16]。这意味着,编纂民法典并不代表着法律规则停止生成和完善。即便我国编纂的民法典非常出色,体系特别完善,基础性制度规则无所遗缺,仍然会存在法律的漏洞或规则不足的问题。而习惯作为唯一的正式补充法源,依赖于客观事实被认可和被调查发现^[17],对法源的补充量和规模不大。基于上述分析可以看出,该观点基于司法解释在长期司法实践中的作用惯性,主张司法解释在民法典时代扮演非正式的法源角色。但该意见同时主张,司法解释的内容和方法应进行较大地调整,民法典主要规定制度性问题,司法解释规定法律适用等技术性规范并以立法为限,不得与法律的具体规定相抵触。

(四)《民法总则》对司法解释的回应

《民法总则》并未将司法解释确立为正式法源,编纂具体条文时,有限地吸收了相关司法解释的部分基础性的制度规定。其中,由司法解释所确立的

很小的一部分法律规则成为民法总则的组成内容。比如,《民法总则》在吸收了《民法通则司法解释》第68条、第69条、第72条的相关规定的基础上确立了欺诈、胁迫和显失公平等制度;还在吸收了最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条关于“效力性强制规定”的基础上制定法律行为无效的规则。也要注意,与《民法总则》相关的大量司法解释规则并未被民法总则所吸收。可以说,《民法总则》编纂过程中,司法解释被视为可以为其所用的立法资源,但编纂主体并未全面地考量法典颁布后其与司法解释的关系、司法解释如何维护民法典的权威以及相关司法解释应作出哪些应有的改变。

由此可见,民法典编纂中,司法解释中极为有限的制度性规定将被吸收为民法典一部分的做法,无助于治愈“司法解释之痛”这一根本问题。无论是采取“吸收说”还是“事实法源说”均无法在民法典编纂过程中完成对司法解释的规制,此一问题将成为后民法典时代必须面临和解决的重大课题。

三、司法解释在后民法典时代的作用定位及其制度设计要求

(一) 司法解释在后民法典时代的基本定位

在后民法典时代,司法解释仍将广泛存在。如此判断的依据主要源于以下两方面:

首先是源于此次民法典编纂的基本指导思想和立法特点。全国人民代表大会常务委员会副秘书长李建国于2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上所作的关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明,提出编纂民法典不是制定全新的民事法律,而是对现行的民事法律规范进行科学整理;也不是简单的法律汇编,而是对已经不适应现实情况的规定进行修改完善,对经济社会生活中出现的新情况、新问题作出有针对性的新规定。由此可见,此次民法典编纂并非是制定一个全新的法律,而是对既有法律的整理、完善和升级。也正因为如此,《民法总则》颁布后被有些学者

评价为“继受《民法通则》精准,但创新不足”^[18]。可以预见,在后续的民法典编纂中,作为民法典主体部分的《物权法》《合同法》《侵权责任法》的原有体例和主要法条内容将会被大部分保留,而《婚姻法》《继承法》的内容因法律制定的年代久远,虽然可能会对它们进行较大修订,但其基本体例和主要内容仍将在很大程度上受制于既有的立法例。因此从总体上说,这次民法典的编纂既不会对既有的立法体例产生重大影响,也不会对既有的司法实践带来颠覆性的变革,司法解释仍是指导司法活动的重要规范性文件。

其次是源于民法典既有的非完备性特质。法律特别是法典的不完备性是成文法的固有缺陷之一,并且法律的不完备性与技术的发展和关系的变化紧密相关,技术和社会变化越快,所催生的新型社会关系就越多,法律调整的难度就越大。特别是在第四次工业革命时代,由于新技术的广泛采用,新型的民商事关系大量涌现,传统民商事调整方法会面临强烈的冲击。而法典化的规则对这些内容的规定可能是原则性的,甚至可能因无法预见未来不确定的事实而无法对新出现的社会关系作出必要的法律回应。尤其是伴随网络的普遍运用和网络技术的提档升级,我国已步入以大数据开发、分析和运用为主的网络时代。在这一时代,一方面由网络所创建的虚拟社会已成为传统社会的必要补充和整个社会的重要组成部分,网络生活已成为一种重要的社会生活方式;另一方面,大数据运用也给包括隐私权在内的民事权利保护提出了严峻的挑战。例如,以数据为载体的信息构成了公民隐私的重要内容,并从传统隐私权衍生出了“网络隐私权”;在传统财产之外出现了以个人信息财产、网络财产、虚拟财产为代表的新型权利客体。对这些新型权利及其客体很难在民法典中制定出完善的制度,即使勉强制定出来也可能无法适应社会的现实需要。因此,即使在民法典编纂完成之后,仍需借助司法解释对司法实践中出现的新的法律问题作出解释、完善和指导。

(二) 倍受争议民法典时代司法解释制度的设计目标和要求

要维护民法典的权威,并消除“司法解释之痛”,首先需要明确司法解释的地位和权限,消除当前倍受争议的僭越立法权问题和选择性抽象解释问题。在维持现有立法解释制度的同时,通过进一步凸显指导性案例制度的作用,减少法官对司法解释的依赖,以重新划分普遍性司法解释调整的范围。

1. 尽可能明确司法解释与立法解释的界限

司法解释应当尊重立法者的权威,不涉足法律及立法解释的事项。一是划清立法解释与司法解释的边界。司法解释不能超出自身职能范围作出解释,创制法律规则是立法机关而非司法机关的事务^[19]。《立法法》对法律解释和司法解释的对象分别进行了规定。《立法法》第45条规定“法律的规定需要进一步明确具体含义的,法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的,应由行使法律解释权的全国人民代表大会常务委员会解释。”而司法解释是以需要就法律具体应用问题进行解释为前提,且通常以具体的适用对象或案件作为载体,因此司法解释不得僭越法律与立法解释的对象范围,且不能改变法律的规定或与法律规定相冲突。当最高人民法院发现需要进行法律解释的,应当向全国人大常委会提出法律解释的要求或提出制定、修改有关法律的议案。需要注意的是,为避免法律解释与司法解释相混淆,可将《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第5条之规定——“最高人民法院发布的司法解释,具有法律效力”修改为“最高人民法院发布的司法解释,对各级人民法院具有普遍适用的效力”。二是在划清司法解释与立法解释界限的前提下,对于二者之间的边缘问题,应当尽可能进行立法解释。这是因为,司法解释不仅有权限制,而且制释主体在各自司法活动中对所适用法律的理解难免有局限性,需要相对超脱的立法机关对其进行及时、准确的立法解释^[20]。

2. 尽可能区分司法解释与指导性案例的调整

界域

随着各国法治文明的发展,大陆法系与英美法系在法律渊源上呈现出相互融合互补的趋势。大陆法系国家尽管没有明确采纳遵循先例的判例法原则,但判例在解释和补充法律规定以及指导法官办案方面发挥着越来越重要的作用。例如,在1990年至1995年期间,德国联邦法院的判决被引用的比例为97.02%^[17]³⁴。在民商法领域,新类型案件此起彼伏,在法所不及之处,适用创制性司法规范是必要而且可行的。王利明教授主张,应当使大量的司法解释通过指导性案例表现出来^[21]。司法解释的主要价值和功能需“让渡”给指导性案例。即将现行创制性司法解释的内容,在来不及进行立法解释的情形下,为减少判决的不确定性和不统一性,可以考虑由指导性案例对这类新问题、新内容进行规范。2010年最高人民法院出台了《关于案例指导工作的规定》(法发〔2010〕51号),标志着案例指导制度正式确立。要让指导性案例发挥更大的作用,需进一步提高指导性案例的效力,拓宽其发布的载体和渠道。再者,随着最高人民法院“法信”平台^①等司法裁判大数据的广泛推广以及人工智能日新月异的发展,指导性案例对同类案件的审判将起到越来越大的作用。对于新问题、新情况进行规制的指导性案例积累到一定程度后,待裁判规则成熟时,最高人民法院可以报请全国人大或常委会立法或进行立法解释。

3. 尽可能明确最高人民法院的司法解释权与法官的司法能动性之间的关系与分工

“解释无诠释流于空洞,诠释无解释走向盲目。”^[22] 裁判过程需要法官创造性地司法,法官不是生产判决的“自动贩卖机”。法官具有独立的审判权,在每一案件中都应当享有裁量解释权^[23]。最高人民法院的司法解释权不应成为禁止法官审理案件时解释和阐述法律的理由。一般的法律规范或抽象的司法解释重在法律的广泛适用,很难兼顾案件的个性。法官在个案中拥有对法律意义的最终发言权^[24]。法官通过行使法律解释权不仅可以

消除成文法固有的矛盾和缺陷,使之能与案件事实相结合,而且可以在审判过程中发挥自己的才智,通过遵守法律的精神而不是生搬硬套法律的字面意义的方式作出正义的判决。随着对法官的学术训练的要求越来越严格,员额制法官制度亦已全面推行,赋予法官更大的司法能动性的条件也基本成熟。当前很多司法解释中的常识性规定,是对相关法条非必要性演绎推理,这些内容应交还法官能动地司法完成。须注意的是,在立法解释、司法解释、案例指导已发挥制度补给功能的情形下,不宜再赋予法官个体法律续造权。正如丹宁所言:“一个法官绝不可以改变法律织物的编织材料,但是他可以,也应该把褶皱熨平^[25]。”对于法官对于法律条文及司法解释的理解和适用,应尽可能地体现论证过程,加强论证及裁判的说理性。

4. 司法解释在审判行为中的功能定位

通过上述三个“尽可能”的努力,笔者希望明确立法解释、指导性案例、法官解释权与最高人民法院抽象性司法解释权的职责分工。下面以破坏生态案件^②与无过错责任中因环境污染致人损害的案件之间的关系为例,说明司法解释与立法(立法解释)、指导性案例、法官解释权之间的合理权限分工关系:(1)如将破坏生态的案件单独确立为一种适用于无过错原则的特殊案件类型(事项),那么这就涉及到对无过错责任原则适用范围的问题,此为法律或立法解释权限范围内的事项,应由立法机关通过立法解释或补充规定的方式加以确定。(2)如果认为破坏生态的案件应该涵盖在环境污染致

^① 据最高人民法院有关负责人介绍,2016年3月,“法信”作为我国首个法律知识和案例大数据融合服务平台,在最高人民法院上线试运行。该平台旨在为法官提供一站式专业知识解决方案、类案剖析同案智推服务,并向社会大众提供法律规范和裁判规则参考。

^② 《环境保护法》第64条将环境侵权分为污染环境 and 破坏生态两类。生态损害是指自然环境中的生态要素因人类行为或产业活动被污染、破坏,使生态环境遭受不可逆转的功能性损害,破坏了生命体的生存状态和演化进程,从而导致生态系统失衡甚至物种消亡。根据生态破坏的特性,环境法学界主张生态侵权不宜包含在环境侵权责任中。

人损害案件中,属于环境污染致人损害案件的一种,那么破坏生态案件就不是单独的无过错原则事项,而仅是环境污染致人损害案件的子事项。此内容可以由最高人民法院以指导性案例的方式先行予以确定,以后再提请立法机关通过立法或立法解释的方式上升为法律规则。也就是说,最高人民法院只能通过案例指导的方式,指导下级法院将现有的法律框架内的因环境污染致人损害的相关法律规定(扩大)适用到破坏生态的案件中。而不能通过司法解释的方式拓展无过错责任原则的适用事项范围,即将破坏生态案件上升为一种单独的无过错原则适用事项,也不能通过司法解释的方式将破坏生态案件规定为环境污染致人损害案件的子事项^①,并赋予其具有普遍性的适用效力。(3) 最高人民法院能够通过抽象司法解释对破坏生态的案件进行解释的内容应当是:破坏生态案件的立案标准、具体赔偿标准、责任限额等内容,旨在解决人民法院在此类案件的审理中因法律已规定事项的不明确而可能引起的同案不同判问题以及程序性问题。(4) 法官作为审理破坏生态案件的裁判者,其主要职权是根据自己对法律的理解判断破坏生态的个案究竟是哪一个类型的侵权纠纷,并对具体的法律适用提供个案的解释。

四、后民法典时代司法解释的制度完善路径

充分发挥司法解释作用须以完备的司法解释制度设计为条件。根据我国的司法审判实践经验和现实需求,可以考虑从以下几个方面对司法解释制度予以完善。

(一) 明确抽象性司法解释对象的确定机制

由上文分析可以看出,通过合理界定司法解释与相关协同机制的功能分工界限,司法解释的作用空间将会受到必要压缩,其作用界域将主要限定在两个方面:一是对诉讼过程中涉及到的具体程序性规定进行归纳和细化,以方便审判机关正确适用程序;二是对不明确或容易引起争议的实体性法律规

范的具体理解应用作出解释和说明,以帮助审判人员正确理解法律的本义和立法宗旨。前者是基于司法作为一种规范化和程式化的实践活动,人民法院作为最熟悉程序需求的操作机关,最高人民法院有权对司法活动的各项程式性要求制定操作规范。以现行《民事诉讼法》为例,虽然该法律的条文多达284条,但仍不能满足具体的民事审理要求。因此在《民事诉讼法》颁布后,最高人民法院颁布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》,该意见共包含有552个条文,其数量约为《民事诉讼法》的两倍。根据最高人民法院的权威解释,该解释的重要目的是为了确保《民事诉讼法》得以正确、统一、严格、有效实施。从技术层面来说,则是因为许多审判规则和要求既无必要也很难写进《民事诉讼法》的具体条文之中。这也从一个侧面反映出即使在法律非常完备的情况下,最高人民法院仍有细化具体诉讼规则的必要性。后者则是基于强化立法解释权,明确指导性案例、个案解释权界限之后,司法解释作用范围的自然限缩。实体性法律规范的司法解释的内容,参照《立法法》第104条的规定,应当是对审判工作中具体应用实体性法律的解释。就如何理解“对法律的具体应用作出解释”,存在两种具代表性的观点。第一种观点认为应当从严解释,即必须以法律条文的具体规定为前提,以条文的字面含义为限制,司法解释在此基础上作出合乎法律文字表述意义的解释^{[26][27]}。第二种观点主张以法律具体规定为前提,但可以适当地超出文本本身,在解释时以探求法律规定的立法本意为限制作出解释^[28]。两者的共同要求在于司法解释不能背离法律条文或置法律条文于不顾。在后民法典时代,全面性、体系化的司法解释就显得不合时宜了,司法解释不应完全脱离法律条款而

^① 2015年6月3日起施行的《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第18条规定“本解释适用于审理因污染环境、破坏生态造成损害的民事案件。”该司法解释根据环境保护法的规定,将破坏生态案件视为环境侵权案件的一个子项目。

追求自身体系过分地完整。

(二) 完善司法解释的启动机制和争议机制

应改变当前的司法解释在启动及程序上的随意性,进一步明确规定司法解释来源、程序和争议解决等制度。一是司法解释的主体必须依法独立行使解释权,其他任何行政机关、社会团体以及地方司法机关均无权单独和参与制定、发布司法解释。二是严格控制非程序性司法解释的立项来源。最高人民法院应主要以司法工作中遇到的具体应用法律问题为立项来源。另外,即便法律中存在一定空白、模糊之处,需要统一裁判规则,制释机关也应等到新的司法经验生成后方可立项,而不是法律刚一颁布就立项配套的司法解释^[29]。

出现意见不一致的情况时到底是由司法解释还是立法解释或指导性案例调整,解决方式上可以考虑通过以下原则解决争议。首先,对法律没有涉及的问题,根据“先有法律,再有司法解释”的要求,由指导性案例进行实践规范,再提请立法机关法律化,此时司法解释的方式要先行“冻结”。其次,对于法律已有规定但需要司法解释进一步明确的,但对解释内容有争议的,最高人民法院可以确立内部的争议解决机构协调争议,同时提请人大监督等外部争议解决机制来获取共识。

(三) 重视司法解释的清理退出机制

法律如果更新或修改,制释机关应当依据新的法律规定,及时对已有司法解释进行清理。从1994年至今,最高人民法院先后共对11批200余个司法解释予以废止,所清理的数量仅为所制定数量的十分之一,以致被诟病为“不重视清理工作”。要改变这种状态,一是在民法典施行后,非常有必要集中对“过时的”或已被法律所吸收的司法解释进行全面的大清理。如果不能清晰地界定民法典中的规则与此前民事领域数量庞大的司法解释中具体规则的关系,那将是一种难以忍受的混乱和不确定性^{[7]51}。根据李建国副委员长所做的关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明,由于《民法通则》规定的合同、所有权及其他财产权、民事责任等

具体内容并未体现在《民法总则》中,还需要在编纂民法典各分编时作进一步统筹,因此在《民法总则》通过后由于暂不废止具有“小民法典”之称的《民法通则》,由此也将出现《民法总则》与《民法通则》两法并行的局面。但这并不意味着《民法通则司法解释》也将在2020年《民法通则》废止前一直有效。当前,《民法通则》规定的民事基本制度和一般性规则绝大多数已被《民法总则》所吸收,《民法通则司法解释》中那些经实践证明科学合理并行之有效的制度也都体现在《民法总则》和其他单行民事法规中。因此最高人民法院应尽快废止这一司法解释,同时对《民法通则》中那些仍然有适用空间的制度进行梳理,对确有存在必要的制度通过制定新的司法解释的方式予以确认和修正,并对双法并行局面下的具体法律适用规则和要求做出相应解释^①。二是确保司法解释始终处于动态管理状态,实行司法解释及时清理和年度清理制度,建立规范的退出机制。

(四) 优化司法解释质量的保障机制

进一步提升司法解释质量,应规范司法解释的调研、论证、起草、征求意见、修改、讨论决定等环节。第一,通过多种方式增强司法解释的透明度、民主性和科学性,确保司法解释的质量。第二,加强司法解释组织协调机构建设,统一由其负责司法解释的立项、审核、备案、汇报、清理等工作。在司法解释和指导性案例的人力资源的投入和任务分配上,最高人民法院均应当予以重新评估规划。还要改变当前最高人民法院各审判业务庭各自负责主办的工作模式,由具有固定人员的协调机构统一指挥,既发挥各业务庭的专业优势,又确保司法解释有专门的机构负责调研、论证、起草、征求意见、修改和讨论活动的管理。

(五) 完善司法解释的监督机制

^① 目前,最高人民法院仅有民一庭对《民法总则》与《民法通则》有关诉讼时效的规定适用规则解答。(参见:杜万华.民事审判指导与参考2017年第4辑(总第72辑)[M].北京:人民法院出版社2018.)

普遍性司法解释实际上具有“准立法”的性质,因此应当纳入全国人大的立法监督范围。除了保留向全国人大常委会备案的监督方式外,还可考虑在全国人民代表大会常务委员会的法制工作机构设立专门的司法解释审查部门,对司法解释中越权、违反法律、与法律相冲突的规则行使改变或撤销的权力。最高人民法院应定期向常委会及其工作机构报告司法解释的制定情况和运行情况、汇报年度清理计划。还应当开放提请撤销司法解释的主体,允许有关主体依照一定的程序,向监督机构提出部分或全部撤销某司法解释的请求。

结语

民法典实施之后,民事司法解释必然面临全面的清理、与法律的衔接、调整作用定位和完善机制等一系列亟待解决的重大问题。完善司法解释是一项系统工程,既涉及到法院的职责确定以及与其他部门如何工作协调,亦涉及到立法和司法体制如何合理布局。就世界范围内考察,并无统一的司法解释方式。我国司法解释应以科学、合理、明晰、实用为目标,构筑既能满足司法实践的现实需求,又能助推法治实现的良好运行机制。■

参考文献:

- [1]郭峰.最高人民法院发布《最高人民法院司法解释汇编(1949-2013)》[EB/OL].(2015-04-08)[2016-12-09].最高人民法院网:<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14059.html>.
- [2]刘风景.司法解释权限的界定和行使[J].中国法学,2016(3):208.
- [3]刘成.最高人民法院司法解释效力研究[J].中外法学,2016(1):263.
- [4]郭辉,史景轩.最高人民法院司法解释权的异化及反思[J].河北学刊,2013(3):166.
- [5]袁明圣.司法解释立法化现象探微[J].法商研究,2003(2):3.

- [6]胡岩.司法解释的前生后世[J].政法论坛,2015(5):44.
- [7]张志铭.法律解释操作分析[M].北京:中国政法大学出版社,1999:227.
- [8]薛军.民法典编纂如何对待司法解释[J].中国法律评论,2015(4):50.
- [9]张勇.规范性司法解释在法律体系实施中的责任和使命[J].法学,2011(8):27.
- [10]赵万一.中国民法典制定的应然与实然[J].中国政法大学学报,2013(1):49-60.
- [11]赵万一.中国究竟需要一部什么样的民法典——兼谈民法典中如何处理与商法的关系[J].现代法学,2015(6):41-58.
- [12]薛军.中国民法典编纂:观念、愿景与思路[J].中国法学,2015(4):57.
- [13]王利明.民法分则合同编立法研究[J].中国法学,2017(2):25.
- [14]梁治平.清代习惯法:社会与国家[M].北京:中国政法大学出版社,1996:1.
- [15]高其才.中国习惯法论[M].北京:中国法制出版社,2008:3.
- [16][德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼.论立法与科学的当代使命[M].许章润,译.北京:中国法制出版社,2001:27.
- [17]陈寒非.民法典编纂中的民事习惯:从事实到规范的转化[J].民间法,18:145.
- [18]江平.民法典评议[J].浙江工商大学学报,2017(3):51.
- [19]莫于川.大陆行政法的解释方法、解释制度及其局限性——以司法解释运行中的突出问题为检讨重点[J].法学教育研究,10:249.
- [20]胡伟新.中国司法解释制度的发展与完善[J].法律适用,2014(12):33.
- [21]王利明.法律解释学导论——以民法为视角[M].北京:法律出版社,2009:191.
- [22]郑永流.出释入造——法律诠释学及其与法律解释学的关系[J].法学研究,2002(3):25.
- [23]陈春龙.中国司法解释的地位和功能[J].中国法学,2003(1):27.

- [24]陈金钊. 法治与法律方法[M]. 山东: 山东人民出版社, 2003: 246.
- [25][英]丹宁. 法律的训诫[M]. 杨百揆,等,译. 北京: 法律出版社, 1999: 13.
- [26]梁慧星. 民法解释学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1995: 243.
- [27]王泽鉴. 法律思维与民法方法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 220.
- [28]杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 139.
- [29]陈甦. 司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例[J]. 法学研究, 2012(2): 6.

On the Responses to Civil Law Legislation and System Perfection of Judicial Interpretation in the Post-Civil Code Era

ZHAO Wan-yi, SHI Juan

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: As the Fifth Session of the Twelfth National People's Congress passed the General Principles of Civil Law of the People's Republic of China on March 15, 2017, China has officially entered the era of Civil Code. The promulgation of the Civil Code will not only systematically redesign the scattered legislation, which will lead to significant changes in the legislative concept and legislative technology, but also will have a significant impact on the mechanism of the relevant judicial interpretation and its content. The focuses of this paper are: whether judicial interpretation can be effectively embedded in Civil Code compilation? Is it possible to effectively limit the role of judicial interpretation through better designed rules? How does the judicial interpretation achieve a seamless connection with the Civil Code in post-Civil Code era? The basic idea is to clarify the status and authority of the judicial interpretation, to re-divide the scope of the universal interpretation of the adjustment, to highlight the role of the guiding case system, to clarify the power between Supreme Court's judicial interpretation and the judge and to reduce the judge's dependence on judicial interpretation. Meanwhile, it is important to minimize the problem of unauthorized legislative and selective interpretation through the improvement of the object establishment mechanism, starting mechanism, clean-up mechanism, security mechanism and supervision mechanism.

Key Words: judicial interpretation; mechanism improvement; Civil Code compilation; the era of post-Civil Code

本文责任编辑: 林士平