

# 最高人民法院司法解释效力研究

王 成<sup>\*</sup>

**摘 要** 立法机关授予最高人民法院制定司法解释的权力,但是却未明确司法解释的效力。最高人民法院司法解释效力不明确引发了大量问题。尤其是,最高人民法院的司法解释游离于法律体系之外,引发了法律规范适用的严重冲突。最高人民法院自己认定的“司法解释具有法律效力”,不具有任何法律适用上的意义。立法机关应当对司法解释的效力加以明确。最高人民法院应当主动约束自身制定司法解释的权力,严格遵守授权范围,只能就具体的法律条文加以解释。在法律出现需要解释但超出最高人民法院自身解释权限的情形时,应严格按照《立法法》第104条等有关规定处理。最高人民法院在授权范围内就具体法律条文作出的司法解释应当同该被解释的具体法律具有相同的效力。如此,司法解释就可以纳入法律体系之中,按照法律适用的一般规则确定其与其他规范的关系。

**关键词** 司法解释 法律效力 规范冲突

## 引 言

最高法院司法解释的效力问题主要涉及两个方面,其一是司法解释在我国法律规范体系中的效力定位,其二是司法解释与法律发生冲突时如何确定效力位阶。从目前的规定、理论与实践来看,司法解释的效力是不明确的,换言之,当司法解释与法律发生冲突时,无法根据规范冲突的一般规则加以解决。而这种情况又带来一系列严重的问题。本文以民事司法解释为讨论对象,文章论证及结论能否适用于刑事、行政及诉讼法司法解释,暂不妄下论断。

<sup>\*</sup> 北京大学法学院教授。

## 一、司法解释效力不明确引发的问题

### (一) 法律适用混乱

从1949年至今,最高法院出台了大量规范性文件。据统计,其数量远远多于全国人大及其常委会制定的法律。<sup>〔1〕</sup>当然,其中哪些文件属于司法解释,本身就是需要研究和讨论的。<sup>〔2〕</sup>最高法院究竟有多少司法解释,本身就是一笔糊涂账。对此,早有人提出,最高法院的司法解释“重制定、轻清理”的问题突出。<sup>〔3〕</sup>当然,也存在着不同的看法。<sup>〔4〕</sup>

整体而言,一部新法律出台后,根据已有规范相同事项、但未明文废止的法律制定的司法解释效力如何,基本上也是一笔糊涂账。例如,《物权法》实施后,解释《担保法》的法释[2000]44号司法解释效力如何?《侵权责任法》实施后,根据《民法通则》制定的法释[2001]7号、法释[2003]20号等司法解释效力究竟是怎样的?在司法实务中,如何适用似乎取决于法官个人的好恶,如数人侵权案件的裁判中,法官更习惯(或者更愿意)引用法释[2003]20号第3条,而不是引用《侵权责任法》第10条、第11条或者第12条等。

司法解释与法律之间的规范冲突问题,至少在以下几个方面有较突出的体现:

#### 1. 司法解释与其所解释的法律就同样事项作出了截然不同的规定

例如,《合同法》第51条规定,无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。对本条做反面推论,应当认为,无权处

〔1〕 抛开统计时间不同的因素,各种统计数字也不太统一。比如,尹艳丹的考察认为,“新中国成立以来最高人民法院发布、与最高人民检察院及其他部委联合发布的司法解释、司法解释性文件,包括解释、规定、批复、决定以及最高人民法院司法政策性文件、与审判工作密切相关的司法文件和最高人民法院各庭室就审判工作所作的答复、复函等共4800余件。与这个数字相比,截止到目前,包括现行宪法在内,全国人大及其常委会制定现行有效法律仅239件”。尹艳丹:“最高人民法院司法解释的法源地位”,《上海政法学院学报》2011年第6期。纪诚博士的考察是:“根据最高法院研究室编的《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(第一、二、三卷)》,据初步统计,从建国时开始计算,截止2004年年底,最高法院包括最高法院的庭室发布的各类司法解释、司法解释性文件及其他规范性文件共有2500余件,另有电话答复和庭函形式的文件约有600件左右。1997年至2005年最高法院发布的正式的司法解释(冠以‘法释’字样的司法解释)共有235件。”纪诚:“最高人民法院司法解释研究——对最高人民法院司法解释合理性的反思”,中国政法大学博士论文,指导教师舒国滢教授,完成日期2006年4月,页7。

〔2〕 “从各类司法解释全书来看,目前我们可以考察的自建国以来最高法院发布的各类所谓司法解释性的文件有数千件之多,究竟哪些文件是司法解释哪些文件不是司法解释,至少在最高法院于1985年《中华人民共和国最高人民法院公报》创刊之前并不容易区分,1997年《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》(法发[1997]15号)发布之后,最高法院的司法解释才有更加明确的判断标准。根据三卷《最高人民法院司法解释全集》的编辑说明,最高法院的文件可以大致分为三类:司法解释和司法解释性(规范)文件、最高法院研究室和各审判庭发布的电话答复、函复、个案批复以及《最高法院公报》刊载或最高法院向社会公布的典型案例和裁判文书。”纪诚,见前注〔1〕,页9。不单单司法解释如此,何谓法律解释,在我国似乎也是个问题。参见魏胜强:“如何解释法律”,《河南财经政法大学学报》2013年第3期。

〔3〕 参见罗书平:“中国司法解释的现状与法律思考”,《中国律师》2000年第7期。

〔4〕 参见黄松有:“司法解释权:理论逻辑与制度建构”,《中国法学》2005年第2期。

分人于履行期限届满前未取得处分权,权利人又不予追认的,合同应为无效。<sup>〔5〕</sup>对此,最高法院法释[2012]8号司法解释第3条则规定,“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持”。事实上是采取了合同有效的解释,而且,若“出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持”。法释[2012]8号是“根据《民法通则》、《合同法》、《物权法》、《民事诉讼法》”制定(该解释导言),但并未指出所解释的具体条文。上述规范对同一事项设置不同规则,显然会对利害关系人产生不同的影响。

## 2. 根据上位法做出的司法解释与下位法就同样事项作出了不同的规定

例如,最高法院法释[2001]7号司法解释第1条第2款规定,“违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益,受害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”。而《侵权责任法》第2条第2款民事权益列举中包括了隐私权。前者将隐私定位为一种利益,后者则将其定位为权利。按照通说,侵权法对权利和利益的保护门槛存在差异。法释[2001]7号第1条第2款规定对隐私的侵害需要以“违反社会公共利益、社会公德”作为前提,但对于第1条第1款列举的权利,则无需这样的条件。

此类事例还很多。比如,最高法院法释[2001]33号司法解释第4条第1款第8项规定,医疗侵权案件要适用过错推定及因果关系推定。《侵权责任法》第7章中则规定了不同的过错推定,同时并未规定因果关系的推定。另外,最高法院法释[2003]20号司法解释中许多规定也都与《侵权责任法》存在不同。

法释[2001]7号司法解释由最高人民法院“根据《民法通则》等有关法律规定,结合审判实践经验”制定。由此可知,法释[2001]7号所解释的是《民法通则》,而法释[2001]33号、法释[2003]20号解释的分别是《民事诉讼法》及《民法通则》。《民法通则》和《民事诉讼法》由全国人大通过,《侵权责任法》则由全国人大常委会通过。根据《立法法》第96条第2项“下位法违反上位法的”,“由有关机关依照本法第97条规定的权限予以改变或者撤销”。《立法法》第97条第1项即规定“全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律”。可见,全国人大制定的法律,包括《民法通则》、《民事诉讼法》,是全国人大常委会制定的法律(包括《侵权责任法》)的上位法。根据《宪法》第62条关于全国人大以及第67条关于全国人大常委会职权的列举,也可以得出全国人大和全国人大常委会并非《立法法》第92条规定的同一机关的结论。

由此引发出一个问题:当最高法院依据上位法做出的司法解释与下位法发生冲突的时候,该如何确定其效力。这一问题(包括下一个问题)或许有其特殊性,即问题的存在有一个前提:全国人大与全国人大常委会不是《立法法》上的同一机关,二者制定的《民法通则》与《侵权责任法》属于上位法和下位法的关系。如果认为二者属于同一机关,则《民法通则》与《侵权责任法》的关系就可以根据新法优于旧法的关系加以解决,根据《民法通则》制定的司法解释与《侵权责

〔5〕 参见崔建远:“无权处分辩”,《法学研究》2003年第1期。

任法》的关系就可能简单些。但是也不尽然。《民法通则》与《侵权责任法》的关系固然属于旧法与新法的关系,根据《民法通则》制定的司法解释与《侵权责任法》的关系必然也属于旧法与新法的关系吗?

可见,无论将《民法通则》与《侵权责任法》的关系界定为上位法和下位法,还是界定为同一机关制定的法律,根据《民法通则》制定的司法解释与《侵权责任法》的关系都需要厘清。

### 3.后制定的上位法与依据先制定的下位法做出的司法解释之间的冲突

例如,《物权法》第202条规定,抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民法院不予保护。而最高法院法释[2000]44号司法解释第12条第2款规定,担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后,担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的,人民法院应当予以支持。《担保法》由全国人大常委会于1995年6月30日通过,《物权法》由全国人大于2007年3月16日通过,按照前述思路,后者为上位法、新法,前者为下位法、旧法。关于《担保法》和《物权法》的关系,《物权法》第178条规定,《担保法》与本法的规定不一致的,适用本法。但是,《物权法》与《担保法》的司法解释(即法释[2000]44号)之间的关系也能够根据第178条来确定吗?

与上述实例相似的例子不胜枚举,而且不限于合同法、侵权法、物权法,甚至不限于民法,刑法、行政法、诉讼法方面都存在大量这样的例子。因此,问题的症结在于:最高法院司法解释在我国法律体系中的效力究竟如何?

## (二)最高法院司法解释效力不明确造成的混乱

第一,仲裁机关在仲裁案件时是否适用司法解释,一定程度上完全取决于仲裁庭(尤其是首席仲裁员)的好恶。第二,司法解释对行政机关是否有约束力,基本上也是由行政机关自己来决定。比如,有行政机关就认为,司法解释是指由国家最高司法机关在适用法律过程中对具体应用法律问题所作的解释,对各级司法机关如何适用法律具有约束力。行政机关在办案时可以参考有关司法解释,但不宜直接适用司法解释。<sup>[6]</sup>

就现有文献来看,从不同角度研究最高法院司法解释的成果非常多,以此为研究对象的博士论文也有不少。不过,这些文献多是从立法论角度讨论最高法院司法解释的合

[6] 参见《国家工商行政管理总局关于行政机关可否直接适用司法解释问题的批复》(工商标字[2004]第14号)。当然,也有一些行政机关倾向于承认司法解释的拘束力。参见信息产业部《转发最高人民法院〈关于审理破坏公用电信设施刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的通知》(信部政[2005]18号)、国土资源部《关于认真学习和贯彻〈关于违反土地管理规定行为行政处罚暂行办法〉和〈关于审理破坏土地资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的通知》(国土资行发[2000]52号)、国家外汇管理局《关于转发和执行〈最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释〉的通知》(汇发[2001]6号)、国家税务总局《关于宣传贯彻〈最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的通知》(国税发[2002]125号)、国家旅游局《关于做好〈最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的解释〉宣传培训工作的通知》(旅办发[2010]162号)、国家广播电影电视总局《关于学习宣传贯彻〈最高人民法院关于审理破坏广播电视设施等刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的通知》。

宪性、合法性、合理性及其意义与价值,讨论最高法院能否造法等。<sup>〔7〕</sup> 这些讨论无疑具有重要意义,对本文的研究也极具启发性。但专门集中于解决最高法院司法解释与法律发生冲突时如何处理的文献,并不多见。以下先从实证角度考察最高法院制定司法解释的权力渊源、现行法关于司法解释效力的规定,继而考察现有学说观点,最后提出自己的看法。

## 二、最高法院制定司法解释的权力渊源

最高法院曾于1997年和2007年制定过两个关于司法解释的文件,分别名为《关于司法解释工作的若干规定》(法发[1997]15号)以及《关于司法解释工作的规定》(法发[2007]12号)。其中,前者被后者取代而失效。

法发[1997]15号第1条规定,为规范司法解释工作,根据《人民法院组织法》和《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》的有关规定,制定本规定。法发[2007]12号第1条则规定,为进一步规范和完善司法解释工作,根据《人民法院组织法》、《各级人民代表大会常务委员会监督法》和《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》等有关规定,制定本规定。由此可知,最高法院制定司法解释的权力渊源即为法发[2007]12号第1条列举的《人民法院组织法》、《各级人民代表大会常务委员会监督法》和《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》。那么,这些规范性文件中是否规定了最高法院司法解释的效力呢?以下分别加以考察。

### (一)《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》

1981年《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》第2条前段规定,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。同时值得注意的是第1条的规定:凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的,由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。<sup>〔8〕</sup> 实际上,早在1955年,全国人民代表大会常务委员会就做出过《关于解释法律问题的决议》。此决议规定:一、凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的,由全国人民代表大会常务委员会分别进行解释或用法令加以规定。二、凡关于审判过程中如何具体应用法律、法令的问题,由最高人民

〔7〕 比如,贺日开:“司法解释权能的复位与宪法的实施”,《中国法学》2004年第3期;马莉莉:《民事司法解释研究》,人民法院出版社2012年版。

〔8〕 很多学者对全国人大常委会有无权力再授权最高法院进行司法解释提出了质疑。比如,周旺生教授认为,该决议关于最高司法机关、国务院及其主管部门有解释法律的职权的规定,属于超越全国人大常委会职权范围的规定,因而都存在合法性乃至合宪性的问题。参见周旺生:“中国现行法律解释制度研究”,《现代法学》2003年第2期。关于此决议中所谓“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题”以及“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的”之间的关系,参见张志铭:“关于中国法律解释体制的思考”,《中国社会科学》1997年第2期。

法院审判委员会进行解释。<sup>〔9〕</sup>

## (二)《各级人民代表大会常务委员会监督法》

《各级人民代表大会常务委员会监督法》(2007年1月1日施行)第31条规定,最高人民法院作出的属于审判工作中具体应用法律的解释,应当自公布之日起三十日内报全国人民代表大会常务委员会备案。

## (三)《人民法院组织法》

《人民法院组织法》(2006年修订)第32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。<sup>〔10〕</sup>

## (四)小结

从上述规定可以看出,规范最高法院制定司法解释的权力渊源的法律性文件尽管有三个,但是,2006年修订的《人民法院组织法》与2007年实施的《各级人民代表大会常务委员会监督法》的规定均是沿袭1981年《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》第2条的表述,没有任何突破。<sup>〔11〕</sup>因此,最高法院的司法解释权最终来源还是全国人大常委会这一授权性决议。

如何理解决议第2条中所谓“审判工作中具体应用法律、法令的问题”与第1条中所谓“凡法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定”的关系,需要认真反思。本文认为,对于这两条的并列,可以理解为是全国人大常委会在对最高法院进行授权的同时,也对最高法院进行司法解释的权力附加了某种限制。最高法院无疑注意到了此种限制。法发[1997]15号第2条和法发[2007]12号第2条都规定:人民法院在审判工作中具体应用法律的问题,由最高人民法院作出司法解释。但是,最高法院所做的司法解释能否经得住此种限制的检验,需要大大打个问号。甚至2015年3月15日修改后的《立法法》第104条对司法解释作出更加明确的限定后,最高法院依然于2015年6月1日又作出了法释[2015]12号司法解释。此情此景,似乎已经无法用揣着明白装糊涂来解释了。

〔9〕 “然而,我们目前并未发现最高法院当时直至1986年为止有任何类似于1997年最高人民法院《关于司法解释工作的若干规定》这样对‘司法解释’作出规定的文件,也没有发现最高法院发布的司法解释性文件中有任何对‘司法解释’这个问题作出论述的文件。同时,在我们目前所看到的最高法院工作报告中,也直到1984年时任院长的郑天翔所作的最髙法院工作报告中才提到‘司法解释’,而且还是一笔带过。而这已经是全国人大常委会第二次对司法解释问题作出决议之后三年了。直到1987年,最高法院才在其发布的一个司法解释中提到司法解释的问题,而且是以‘〔1987〕民他字第10号’文号发布的。从1955年第一次全国人大常委会作出司法解释工作的决议至1997年最高法院出台第一个对司法解释进行规范的文件,历时四十余年。”纪诚,见前注〔1〕,页31—32。如此看来,司法解释似乎经历了一个从丑小鸭变成白天鹅的故事。近年来司法解释大有井喷之势,最高法院积极进行司法解释的动力究竟何在?值得思考。

〔10〕 这一规定自1979年《人民法院组织法》第33条开始就有规定。此后经过1983年、1986年及2006年三次修订,该条文均无变动,只是在2006年修订时序号由第33条变成了第32条。

〔11〕 正如上一个脚注表明的,由于1979年《人民法院组织法》第33条就有现行《人民法院组织法》第32条的内容,因此,《人民法院组织法》的规定是否是沿袭了1981年决议的内容就值得质疑。但是,1981年决议来自1955年的决议,故而,至少从时间的角度,《人民法院组织法》的内容应当可以追溯到全国人大常委会的决议。

需要强调的是,全国人大常委会尽管给予了最高法院进行司法解释的权力,但是,并没有明确此种司法解释究竟具有何种效力。前引《各级人民代表大会常务委员会监督法》以及《人民法院组织法》相关条文对此也只字未提。相反,《各级人民代表大会常务委员会监督法》第32条及33条却规定了司法解释不能同法律抵触以及如果抵触的处理程序。可见,从授权最高法院制定司法解释的规范性文件中,无法看出最高法院司法解释的效力究竟如何。因此,最高法院司法解释的效力,自其源头开始就处于不明确的状态。最高法院司法解释效力不明确引发的各种问题,这笔账似乎也不能仅仅记在最高法院身上。

### 三、最高法院自身对司法解释效力的认知

最高法院自己对待司法解释效力的态度,也经历了一个变化过程。

第一,最高法院法(研)复[1986]31号批复认为,最高人民法院提出的贯彻执行各种法律的意见以及批复等,应当贯彻执行,但也不宜直接引用。之后,又多次变迁,经历了“不宜在裁判文书中写明→可以在裁判文书中写明→可以在裁判文书中引用→与法律一并作为裁判依据时,应当在裁判文书中引用→在某类案件中独立作为裁判依据时,应当在裁判文书中引用→独立作为裁判依据时,应当在裁判文书中引用→作为规范性法律文件,应当在裁判文书中引用”的过程。<sup>[12]</sup>最高法院法释[2009]14号司法解释第2条规定,并列引用多个规范性法律文件的,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。

第二,法发[1997]15号第4条、法发[2007]12号第5条规定,最高人民法院发布的司法解释,具有法律效力。对此,有学者认为,法律本身具有法律效力是毋庸置疑的,但是具有法律效力的载体形式却不限于法律,种类繁多。比如依法成立的合同、结婚证书、政府批文等。所以“司法解释具有法律效力”的规定,并未给出司法解释所应具有的、区别于其他的唯一品质。没有回答“司法解释是什么”这个问题。<sup>[13]</sup>笔者认为,最高法院的这种说法,一定是将司法解释与法律相提并论,而不是认为司法解释与合同、结婚证书等具有同样的属性。不过,“司法解释具有法律效力”能否理解为:司法解释具有与被解释法律同样的效力?而这是《立法法》确定的立法解释以及行政机关对行政法规及规章做出相应解释时确定效力的基本规则。最高法院为何不采用同样的措辞呢?

更重要的是,两个规定本身都应当属于两个规定界定的司法解释的范畴,由司法解释自己认定自己具有法律效力,是否妥当,本身就值得推敲。有学者质疑,最高法院以“司法解释”的形式规定司法解释的效力本身就存在合宪性问题。<sup>[14]</sup>不同法源的效力等级问题涉及立法权

[12] 参见刘晓宏:“最高人民法院司法解释权力、程序、文件研究”,吉林大学博士论文,指导教师黄文艺教授,完成日期2012年6月,页88。

[13] 参见曹士兵:“最高人民法院裁判、司法解释的法律地位”,《中国法学》2006年第3期。

[14] 参见孙笑侠、褚国建:“论司法批复的解释论证功能及其局限”,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2009年第6期。

的内部配置,属于国家权力的组织问题,一般应由宪法调整,我国则是放在《立法法》中加以规定。最高法院作为一个司法机关并没有权力对法源的效力层级问题作出规定。由此可知,从我国目前实定法的规定及宪法理论来看,司法解释并非是一种具有普遍拘束力的行为规范,而是一种有事实效力的裁判规则。

因此,最高法院认为自己的司法解释具有法律效力,但是具有何种法律效力,在全部规范体系中位置如何,仅仅从“司法解释具有法律效力的规定”中无法得出结论。《立法法》第50条规定,全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。比较一下,“具有法律效力”与“同法律具有同等效力”,后者的含义是明确的、确定的;前者的含义则是模糊的、不确定的。难道最高法院在制定两个规定时,没有意识到这个问题?

同样值得注意的是,法发[2007]12号第27条规定,司法解释施行后,人民法院作为裁判依据的,应当在司法文书中援引。人民法院同时引用法律和司法解释作为裁判依据的,应当先援引法律,后援引司法解释。本条应当是在呼应司法解释具有法律效力的规定。这一规定能否看作是最高法院对司法解释效力位阶的一种态度:即司法解释的效力低于法律?条文中所谓同时引用法律和司法解释作为裁判依据的,既可能包括被解释的法律条文和解释该条文的司法解释同时援引的情况,也可能包括法律条文和司法解释无关但同时援引的情况。如果属于前者,司法解释当然应当后于其解释的具体法律条文;如果属于后者,则是否意味着,在一般意义上,司法解释的效力要低于各种法律?

最高法院法释[2009]14号司法解释第2条的规定似乎佐证了上述结论,即最高法院似乎认为司法解释的位阶不仅要低于狭义的法律,同时还要低于国务院和地方权力机关制定的广义的法律。如此看来,最高法院对司法解释的效力如何的看法,至少不是那么有底气。所谓理直气壮,理不直则气不壮。最高法院气不壮,归根到底还在于理不直。

#### 四、司法解释的效力:文献综述

我国目前关于司法解释效力的学说,主要有如下几种:

##### (一)类型化说

类型化说认为,司法解释的效力可以采用类型化的方法来认定。<sup>[15]</sup>对具体法律条文进

[15] 参见曹士兵,见前注[13]。根据不同的标准,不同学者对司法解释进行了不同的类型化。比如,沈岗教授将司法解释分为具体司法解释和抽象司法解释,参见沈岗:“司法解释的‘民主化’和最高法院的政治功能”,《中国社会科学》2008年第1期。张志铭教授认为司法解释可以分为四种类型,参见张志铭:“中国的法律解释体制”,载梁治平编:《法律解释问题》,法律出版社1998年,页169-170。纪诚博士则将其分为五种类型,但其分类与本文所引曹士兵博士的五分法又有不同。纪诚,见前注[1],页34-37。尹伊君、陈金钊认为,司法解释分为规范性和推导性两大类,其中后者又可以分为修改型解释、补充型解释和创制型解释。参见尹伊君、陈金钊:“司法解释论析——关于传统司法解释理论的三点思考”,《政法论坛》1994年第1期。刘晓宏博士将司法解释分为释法型、改法型以及造法型三种。参见刘晓宏,见前注[12]。季长龙博士在其博士论文中提出了自己的分类方法。参见季长龙:“规范性司法解释的法源地位研究”,中国人民大学博士论文,指导教师孙国华教授,完成日期2008年5月。

行解释的司法解释,因有立法机关的授权而具有等同于法律的地位。为法院内部“审判工作需要”而制定的司法解释,相当于最高人民法院颁发的“部门规章”,各级法院必须遵照执行。对解释当事人的意思表示(比如合同各方当事人的真实意图)、认定事实进行指导的司法解释因其解释的对象不是法律,可视为最高人民法院为各级法院提供的办案方法、规则,供各级法院在审判中参考,以提高司法能力。根据司法实践的需要,没有法律、法令为依据的“立法性”司法解释,如符合习惯法的内部、外部条件的,则形成我国以司法解释为载体的习惯法,具有法律效力。其他没有法律、法令为依据且不符合习惯法形成条件的司法解释,应视为司法政策,仅在一定时期内指导法院的司法活动。

类型化说具有启发性,尤其是从解释论的角度认定只有对于具体法律的解释因有立法机关的授权而具有等同于法律的地位的观点,值得赞同。但也有几点值得商榷。首先,关于具体法律的解释因有立法机关的授权而具有等同于法律的地位的观点,没有进一步说明该类司法解释在法律体系中的位阶,因此,对于如何处理法律规范之间的冲突,仍有进一步明确的必要。其次,类型化说认为,没有法律、法令为依据的“立法性”司法解释,如符合习惯法的内部、外部条件的,则形成我国以司法解释为载体的习惯法,具有法律效力。问题是,我国现行法律体系中并没有习惯法的位置。从立法论而言,此观点具有启发性。但是,将其认定为习惯法,无法得到实在法的支持,尤其是无法确定其在法律体系中的位阶,无助于处理法律规范的冲突。再次,类型化说认为,为法院内部“审判工作需要”而制定的司法解释,相当于最高人民法院颁发的“部门规章”,各级法院必须遵照执行。问题是,根据《宪法》第127条以及《人民法院组织法》第16条,最高法院与下级法院之间是监督关系,与《宪法》第110条第2款规定的行政机关的上下级领导关系完全不同。故而,最高法院制定的内部规定,要求下级法院遵守,也会显得底气不足,有违法之虞。

## (二)效力低于法律说

效力低于法律说,又有不同的主张。有学者认为,司法解释的效力,一是不得与宪法和法律的总体精神相违背;二是低于法律和基本法律。这是司法解释作为我国正式法律渊源的两个基本前提条件。<sup>[16]</sup>另有学者认为,司法解释具有普遍的司法效力。即司法解释一经作出并予以公布,便具有仅次于法律的效力。这也是司法解释的基本特征之一。<sup>[17]</sup>还有学者认为,从《立法法》与《各级人民代表大会常务委员会监督法》均要求司法解释必须向常委会备案并接受审查来看,司法解释的效力应当是低于法律的。<sup>[18]</sup>

就笔者检索的文献来看,持此观点者均未展开详细论证,故而结论如何得出不得而知。司法解释效力低于法律,此处法律的范围如何理解?如果认为司法解释的效力低于所有法律,则依据上位法做出的司法解释也就低于包括下位法在内的所有法律,就会使得上位法本身的效力可能也会受到下位法的影响。比如,根据《民法通则》具体法律条文做出的司法解释,原本是

[16] 参见尹伊君等,见前注[15]。

[17] 参见周道鸾:“论司法解释及其规范化”,《中国法学》1994年第1期。

[18] 参见孙笑侠、褚国建,见前注[14]。

在解释《民法通则》某条规定是什么意思,如果与《侵权责任法》相抵触,该司法解释的效力该怎么确定?如果该司法解释因为抵触而被修改或者废除,那么该司法解释据以做出的《民法通则》条文的意思必然也会受到《侵权责任法》的影响。这岂不成了下位法的效力高于上位法?

假设如最高法院法释[2009]14号司法解释第2条规定中推论的,司法解释的位阶不仅要低于狭义的法律,同时要低于行政法规、地方性法规、自治条例或者单行条例,那么即使是解释基本法律的司法解释,甚至无法与地方性法规相对抗,而它本身又在说该条基本法律是什么意思。这反过来是否也意味着,地方性法规甚至可能否定基本法律的意思。总之,泛泛地说司法解释效力低于法律,无法解决规范冲突的问题。

### (三)效力等同于行政法规说

这种观点认为,根据《各级人民代表大会常务委员会监督法》第32条的规定,最高法院司法解释的效力仅低于“法律”。要确定司法解释在规范性法律文件中的效力位阶,至为关键的一个问题就是分析其与行政法规的适用关系。最高法院的司法解释与行政法规处于同一效力位阶。原因在于:首先,这与我国现行立法和法律解释体制相符。其次,将司法解释与行政法规视为处于同一效力位阶的规范性法律文件,并不必然构成对行政立法权的僭越。<sup>[19]</sup>

此说的问题在于,司法解释是在解释法律的意思,如果司法解释效力与行政法规处于同一效力,那么司法解释与其解释的法律是什么关系呢?

### (四)小结

上述各说都在讨论司法解释本身是否有效力;但是都没有讨论,或者没有充分讨论,司法解释在法律体系中的效力冲突问题。因此,关于司法解释的效力位阶问题,仍需要进一步思考。在现行法对司法解释的效力未有明确规定,学说也远未形成明确、一致共识的情况下,除了前述类型化的处理外,可能的解释不外还有以下几种。

其一,故意采取模糊策略。模糊策略也是一种选择,有时候还是一种生存之道。比如,某些国家的核武政策就是采取模糊策略。很多要留给后人解决的问题,采取的也是模糊策略。最高法院司法解释是否故意采取模糊策略,或者尽管不是故意,但事实上采取了模糊策略,值得思考。今后是否依然要采取此种策略,也值得讨论。

其二,随制定机关来确定效力。随制定机关确定规范的效力,是《立法法》中规范效力确定的基本方式。但是,司法解释能否以制定机关来确定其效力?首先,最高法院在我国国家机关权力体系中究竟处于何种地位,不太容易确定。其次,最高法院是司法机关,逻辑上当然没有立法权限。最高法院制定的司法解释自然也无法列入《立法法》确定的规范体系的排序中。故而,随制定机关确定司法解释的效力,存在障碍。

其三,随被解释的具体法律条文确定效力。随被解释的具体法律条文来确定解释的效力,是《立法法》第50条规定的立法解释效力的确定方式,也是其他各种有权解释效力的确定方式。比如,2001年国务院制定的《行政法规制定程序条例》第31条第3款规定,行政法规的解释与行政法规具有同等效力。同年国务院公布的《规章制定程序条例》第33条第4款规定,规

[19] 参见蒋德海:“司法解释和行政法规的法律效力应规范化”,《社会科学》2003年第4期。

章的解释同规章具有同等的效力。

## 五、最高法院司法解释效力的确定

本文认为,司法解释的效力应当随其解释的具体法律条文来确定。但是,这一结论需要满足一定的前提和条件。

### (一)最高法院司法解释的效力必须明确,模糊策略不可取

就现状而言,最高法院司法解释游离于整个法律体系之外,司法解释造成了严重的法律适用的冲突。由于司法解释的数量越来越多,这种冲突日益严重。其根源,就在于司法解释效力的模糊。从最高法院的角度,如果立法不能确定司法解释的效力,模糊策略或许是个不错的选择。模糊策略固然有其可取之处。但是,“(尤其是)最近几年来,立法机关的民事立法活动与最高人民法院的司法解释活动,按照各自的节奏展开,二者形成奇特的‘交叉舞步’,导致极端复杂的规范叠加现象。”<sup>[20]</sup>正如本文开始例举的规范冲突现象所表现的,长此以往,其负面影响会越来越严重。从依法治国角度,从全民规则意识培养角度,从规则权威、法院权威尤其是最高法院权威考虑,司法解释的效力必须明确。揣着明白装糊涂,实在不可取。

由于最高法院的司法解释事实上起到了立法的作用,根据宪法第58条,我国的国家立法权在全国人大及其常委会,故而应当由全国人大及其常委会对司法解释的效力问题进一步加以明确。明确最高法院司法解释的效力,首先需要明确最高法院进行司法解释的权力来源。目前的权力基础,难谓扎实,故而一直被人诟病,也成了司法解释效力的软肋。<sup>[21]</sup>

有学者提出,可以通过由全国人大常委会一事一授的方式由最高法院制定立法性司法解释,使立法性司法解释获得合法性。<sup>[22]</sup>也有学者认为,有些法律对最高法院进行司法解释给予了明确的授权。比如,《企业破产法》第22条规定,指定管理人和确定管理人报酬的办法,由最高法院制定。这就是法律对最高法院制定司法解释的授权。为此,2007年最高法院先后制定通过《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》、《关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》、《关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》,关于适用《企业破产法》的司法解释起草工作也已经展开。<sup>[23]</sup>

笔者认为,《企业破产法》第22条从反面证明:在法律没有类似规定的时候,最高法院应当没有权力制定有关办法,否则法律这样的规定就是多余的。而且,第22条只是授权最高法院

[20] “没有人清楚究竟在什么问题上,《侵权责任法》废除了最高人民法院先前在侵权法领域颁布的司法解释中的哪些具体规定。也没有人清楚,那些《侵权责任法》对其保持沉默,而先前的司法解释已经明确涉及的问题,究竟应该理解为保留了先前的规定,还是废止了先前的规定。”本刊编辑部:“中国民法学科发展评价(2010—2011)”,《中外法学》2013年第1期。

[21] 提出质疑的文献很多,比如周旺生,见前注[8]。更加细致的批评,比如纪诚,见前注[1]。肯定的文献也不少,比如刘晓宏,见前注[12]。

[22] 参见李仕春:“案例指导制度的另一条思路”,《法学》2009年第6期。

[23] 参见吕芳:“中国法院10年(2000—2010年)法律适用问题探讨”,《法学》2011年第7期。

制定指定管理人和确定管理人报酬的办法。最高法院不能因为第22条取得就《企业破产法》制定其他司法解释的权力。

## (二) 限定最高法院制定司法解释的权力范围

自1981年《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》开始,到《人民法院组织法》、《各级人民代表大会常务委员会监督法》,再到2015年的《立法法》第104条,都要求最高法院只能就“法院在审判工作中具体应用法律的问题”进行解释。“凡关于法律、法令条文本需要进一步明确界限或作补充规定的”,“由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定”。

对“在审判工作中如何具体应用法律”的理解,就是在确定现行体制下最高法院司法解释权力的范围。对此,存在不同的看法。比如,有观点认为这一规定意味着以下事项都应当由最高法院进行司法解释:第一,程序法的适用问题;第二,实体法的适用问题;第三,法律法规的统一解释。<sup>[24]</sup>另有观点认为,司法解释只能以现行法律规定的内容为解释对象。这里讲的“现行法律”,指全部法律规范,既包括法典,也包括单行法律。<sup>[25]</sup>

笔者认为,对“在审判工作中具体应用法律的问题”进行解释时,需要遵守法律解释的规则。即使是最高法院对法律进行解释,同样不能不遵守法律解释规则。如果此处不遵守规则,当然无法指望其就其他法律进行解释时能够遵守规则。更重要的是,最高法院不遵守规则,如何能够要求他人遵守规则?权威在很大程度上来源于自我约束,来源于有限性。最高法院模范地遵守法律,有助于树立最高法院的权威。如果有权者不加以自我约束,就会引发别人的约束。

《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》第2条前段的“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题”与第1条“凡关于法律、法令条文本需要进一步明确界限或作补充规定”究竟是何种关系,的确不容易区分。不过,笔者认为,对最高法院司法解释权力范围的解释,除需要遵守文义解释规则外,还需遵守体系解释规则及目的解释规则。

《宪法》第67条规定,全国人大常委会行使解释宪法和法律的职权。《立法法》第45条规定:法律解释权属于全国人大常委会。法律有以下情况之一的,由全国人大常委会解释:①法律的规定需要进一步明确具体含义的;②法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。从体系解释的角度出发,上述规定,应当与最高法院只能就“法院在审判工作中具体应用法律的问题”进行解释的限制相互呼应。故而,理解和解释最高法院司法解释的权限时,必须从《宪法》和《立法法》规定的角度展开。

从法律限制最高法院司法解释权力的目的考量,虽然法院造法是审判过程的必然并且也未必可怕,但最高法院作出司法解释的主动性及其突破法律规则字面含义的做法却

[24] 参见蒋惠岭:“论司法解释的程序”,《行政法学研究》1995年第2期。

[25] 参见周道鸾,见前注[17]。

损害了法律的安定性和确定性,并背离了司法权的根本属性。<sup>[26]</sup> 尽管法发[2007]12号“史无前例地明文确立了任何公民和组织皆可推动司法解释立项的机制,以及就涉及人民群众切身利益或者重大疑难问题的司法解释向社会公开征求意见的机制”,通过司法解释的“民主化”增加了其司法解释的形式及实质合理性。<sup>[27]</sup> 但这种程序无论如何不能与立法机关的立法程序相提并论,无法保障其过程的公开透明与民主性,因而纵使认为其抽象司法解释权虽然得到立法机关的默许,也因为其违背民主原则而不具有实质合法性。也正因为这样,最高人民法院在对一些重大问题制定司法解释的时候,容易受到相关利益集团的影响与左右,无法保证其作为审判机关的中立性。<sup>[28]</sup> 与之形成对照的是,《立法法》第50条之所以明确地规定“全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力”,是因为《立法法》第46条到第49条规定了严格的法律解释的程序。这种解释程序与立法程序基本无异,故立法解释才同法律具有同等效力。

基于上述文义、体系及目的考量,笔者认为,最高法院在行使其对“在审判工作中具体应用法律的问题”进行解释的权力时,应当自我约束,从严解释其权力范围。所谓从严解释,会体现在很多方面,如有学者提出最高法院进行司法解释时应结合个案进行具体解释。<sup>[29]</sup> 笔者认为,从严解释至少意味着:最高法院只能够就具体的法律条文进行司法解释。

### (三)只能就具体的法律条文进行司法解释,解释应符合立法的目的、原则和原意

2015年《立法法》修订,在第104条中首次出现了关于司法解释的规定。第104条第1款对司法解释提出三方面的限定。首先,司法解释应当主要针对具体的法律条文。其次,司法解释应当符合立法的目的、原则和原意。再次,遇有法律的规定需要进一步明确具体含义以及法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的,应当向全国人大常委会提出要求或者议案。

笔者看来,《立法法》第104条第1款提出的三方面限定对于约束最高法院司法解释的权力,同时树立司法解释的权威,具有重要意义。第104条第1款为解决司法解释的效力问题提供了宪法层面的支撑。另一方面,司法解释应当针对具体的法律条文,也是逻辑的必然。既然,最高法院只能够就“法院在审判工作中具体应用法律的问题”进行解释。“凡关于法律、法

[26] 参见纪诚,见前注[1],页87。

[27] 参见沈岷,见前注[15]。“最高人民法院司法解释的过程是严谨的,司法解释的工作是谨慎的,一个法律适用中的疑难问题变成司法解释,必须经过对审判经验的总结、征求相关部门和行业的意见以及征询立法机关意见等过程,期间,还要征求法学专家的意见,甚至通过媒体(网络)广泛征求社会意见,最后,由最高人民法院最高裁判机构——审判委员会讨论通过。在严谨和专业程度上,与最高人民法院裁判相比,司法解释无论在广度上还是在深度上都有过之而无不及。”曹士兵,见前注[13]。

[28] 参见金振豹:“论最高人民法院的抽象司法解释权”,《比较法研究》2010年第2期。比如,民商事司法解释在溯及力方面的混乱局面,就会让人对其合理性产生怀疑。参见张新宝、王伟国:“最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨”,《法律科学》2010年第6期。怀疑最高法院司法解释受特定利益主体影响的,参见陈林林、许杨勇:“司法解释立法化问题三论”,《浙江社会科学》2010年第6期。

[29] 参见沈岷,见前注[15]。

令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的”，是“由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定”的事情。那么，最高法院只能够就具体的法律条文在审判工作中如何具体应用的问题进行解释，而不能泛泛地说，“根据什么什么法，制定本解释”。

值得注意的是，《立法法》第104条第1款要求，司法解释“应当主要针对具体的法律条文”，即“针对具体的法律条文”之前有“主要”的限制，似乎对针对具体的法律条文的要求留了一个口子。这是否是意味着司法解释也可以有不针对具体条文的情况？笔者无法揣测如此措辞的目的。但是，笔者认为，为司法解释的权威考虑，最高法院应当主动限制自己的权力。司法解释应当符合立法的目的、原则和原意。这要求司法解释不能对法律构成实质的修改，否则就超越了司法解释的权力。

同时也应当看到，第104条的三方面限定只不过是以往规定的重复而已，不能算是新的限定。因此可以按照这些限定的要求检讨已有的司法解释。在这一过程中，会发现符合要求的例子，也会发现不符合要求的例子。当然，后者更多。

符合要求的例子如《合同法》第114条第2款规定，约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。对此，法释[2009]5号司法解释第29条第2款规定，当事人约定的违约金超过造成损失的30%的，一般可以认定为合同法第114条第2款规定的“过分高于造成的损失”。关于违约金超过损失的30%属于明显过高的规定，属于典型的司法解释，因为它是在解释《合同法》第114条第2款。<sup>[30]</sup>又如法释[2012]19号司法解释第14条规定，“道路交通安全法第76条规定的‘人身伤亡’，是指机动车发生交通事故侵害被侵权人的生命权、健康权等人身权益所造成的损害，包括侵权责任法第16条和第22规定的各项损害。”“道路交通安全法第76条规定的‘财产损失’，是指因机动车发生交通事故侵害被侵权人的财产权益所造成的损失。”本条是在解释《道路交通安全法》第76条，属于最高法院司法解释的权力范围。

不符合要求的例子如法释[2009]5号司法解释第26条规定，合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。本条规定的问题在于：首先，它不是在解释任何具体的法律条文。其次，立法者在合同法制定过程中，曾多次讨论到情势变更原则。《全国人大法律委员会关于合同法草案审议结果的报告》提到：情势变更制度“是一个很复杂的问题。在《合同法》起草过程中，就有不同意见。这次大会审议，不少代表提出，根据现有的经验，对情势变更难以作出科学的界定，而且和商业风险的界限也难以划清，执行时更难以操作，实际上只有在非常特殊的情况下才能适用情势变更制度，现

[30] 当然，也许有反对意见会说，这样的解释实际上是属于“关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限”的范畴。也许这正是问题的复杂性所在。从这样的意义上而言，最高法院司法解释的权力范围非常有进一步明确之必要。

在在合同法中作出规定条件尚不成熟。法律委员会经过反复研究,建议对此不作规定,因此,合同法没有对情势变更原则作出规定”。无论这一结论是否值得赞同,它都表明立法者当时考虑到了情势变更而有意不加以规定。在此情况下,法释[2009]5号第26条的规定,还能否被称为司法解释,非常值得斟酌。

尤其需要批评的是,《立法法》第104条2个多月前刚刚明确三方面限定、尤其是要求司法解释只能针对具体的法律条文,2015年6月3日实施的法释[2015]12号司法解释开篇依旧是“为正确审理环境侵权责任纠纷案件,根据《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国环境保护法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定,结合审判实践,制定本解释”,解释中许多条文并未有具体的被解释的法律条文。

将最高法院司法解释的权力限定为只能够对具体的法律条文进行解释,还可以产生倒逼机制,使立法精细化,提升立法水平。假设,最高法院只就审判工作中具体应用法律的问题进行司法解释,那么司法解释的数量会大大减少,相应地“法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的”问题会大大增加。根据《立法法》第45条、第46条以及第104条第1款,最高法院可以向全国人大常委会提出法律议案或者法律解释要求,由全国人大常委会依法行使其立法权或者法律解释权。

有观点认为我国立法一直有宜粗不宜细的倾向,由此也导致了司法解释扩张的空间。<sup>[31]</sup>一个极端的例子就是,《民事诉讼法》一共才284条,最高法院的司法解释却有552条!问题是,为何司法解释就可以详细,而立法却不能呢?<sup>[32]</sup>立法宜粗不宜细的要求是邓小平在1978年针对改革开放开始当时的社会环境提出的。经过几十年的发展,立法是否还要继续宜粗不宜细,值得斟酌。<sup>[33]</sup>当司法解释回归其本位后,现实中又存在着规范的需求,除了全国人大常委会积极履职外,也可以倒逼中国的立法精细化,提升立法的水平。这样中国的法律体系才有可能真正建立起来。

#### (四) 司法解释应当与其解释的具体法律条文同一效力

笔者认为,在满足上述条件后,最高法院司法解释应当与其解释的具体法律条文具有同一效力。这一结论没有明确的法律根据,但是,可以从《各级人民代表大会常务委员会监督法》第32条、第33条以及《立法法》第104条中推论而出。第32条以及第33条规定的主要内容是,

[31] 参见陈兴良:“司法解释功过之议”,《法学》2003年第8期。对宜粗不宜细立法政策的批评及其与司法解释之间关系的讨论,还可以参见苗炎、叶立周:“全国人大常委会立法政策反思——以立法修改背景下的司法解释为例的分析”,《法制与社会发展》2012年第6期。

[32] 参见李仕春,见前注[22]。李仕春教授在文中还讨论了全国人大常委会不愿意进行立法解释的原因。

[33] 邓小平的原话是:“现在立法的工作量很大,人力很不够,因此法律条文开始可以粗一点,逐步完善。有的法规地方可以先试搞,然后经过总结提高,制定全国通行的法律。修改补充法律,成熟一条就修改补充一条,不要等待‘成套设备’。总之,有比没有好,快搞比慢搞好。”邓小平:“解放思想,实事求是,团结一致向前看”,载《邓小平文选(第2卷)》,人民出版社1994年版,页147。

最高法院“作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触”时,全国人大常委会加以审查的权力、程序和处理结果。依此,国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会,其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民,都可以因认为司法解释同法律相抵触而要求或者建议全国人大常委会进行审查。常委会有权要求最高法院修改、废止,或者直接修改、废止同法律相抵触的司法解释。

由此可见,根据第32条、第33条,司法解释不能同法律规定相抵触。但第32条、第33条并未明确司法解释不能同什么样的法律相抵触。需要思考的是:首先,此处所谓的“法律”该如何解释? 司法解释是否不能同任何法律相抵触? 其次,司法解释是否具有法律效力? 再次,如果有的话,司法解释具有何种效力?

司法解释只是解释具体法律条文,只是对审判工作中该法律如何应用做出的解释。故司法不能同法律相冲突。当然,是否冲突本身也是需要解释的问题。但是,这是否意味着,解释法律的司法解释不能同法律冲突,仅仅是指司法解释不能同被解释的那个具体法律条文(《立法法》第104条)冲突,而不是指不能同所有的法律相冲突。换言之,在司法解释同被解释的那个具体法律条文不冲突,符合其目的、原则和原意的情况下,其就具有法律效力,而且同被解释的具体法律条文具有同样的效力,因此,如果被解释的法律条文属于上位法,解释该条文的司法解释也就应当按照该上位法确定效力。故而,解释上位法的司法解释的效力要高于下位法。

由此或许可以得出一个一般性的结论:即司法解释的效力由被解释的具体法律条文的效力来决定。第32条、第33条中所谓“最高人民法院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的”,其中的“法律规定”,不是指所有的法律规定,而应当限缩解释为被司法解释所解释的那个具体法律规定。

如果上述推论成立,就可以有如下结论:司法解释只能针对具体的法律条文进行解释;司法解释与其所解释的具体法律条文具有同一效力。这样,司法解释就可以纳入整个法律体系之中,根据《立法法》确定的规范冲突规则来解决司法解释与其他规范之间的冲突问题。这一结论可以解决既存的关于司法解释的各种问题。比如,不是针对具体的法律条文作出的司法解释,因其无所依托而均不再具有效力。尤其是,立法者在立法当时有意不加以规定的事项,司法解释就不能加以规定。《合同法》制定的时候,有意不规定情势变更,法释[2009]5号第26条也就不再具有效力。

再如,根据上位法作出的司法解释,其效力等同于该上位法。这意味着,下位法不得同该司法解释相抵触。根据《民法通则》某条规定做出的解释,其效力要高于《侵权责任法》,如果认为二者的关系属于上位法和下位法的话。如果认为《民法通则》与《侵权责任法》属于同一机关制定的旧法与新法,则解释《民法通则》具体法律条文的司法解释与《侵权责任法》同样构成旧法与新法的关系,二者冲突时,应当按照新法优于旧法的规则适用。同样,根据《侵权责任法》某条法律条文作出的司法解释,其效力要高于行政法规。

除此以外,第32条、第33条还暗含着另一层深意:即司法解释是具有普遍拘束力的。否则,为何还要设专门的程序对其进行审查呢? 当司法解释与其解释的具体法律条文同一效力

时,其普遍约束力就不再是问题了。司法解释与其解释的具体法律条文一样,不仅仅只约束法院,对仲裁机关、行政机关乃至整个社会同样具有拘束力。

## 六、结 论

在立法论上,最高法院制定司法解释的权力及限制、尤其是司法解释的效力应当由立法机关以立法形式加以明确。在解释论上,最高法院应当自我约束进行司法解释的权力。最高法院只能够就“法院在审判工作中具体应用法律的问题”进行解释;最高法院只能够就具体的法律条文进行解释,并须符合立法的目的、原则和原意。在此前提之下,司法解释应当与其解释的具体法律条文同一效力。

**Abstract:** Although the Supreme People's Court is authorized by the legislation to make statutory judicial interpretations, the authority of such interpretations is by far unclear, which has caused many problems. In reality, such interpretations are outside the formal hierarchy of legal norms, which has led to serious conflicts in the process of law applications. The Supreme People's Court maintains that statutory judicial interpretations have legal effect. But such conclusion is meaningless. This paper recommends that the legislature should clarify the level of authority of statutory judicial interpretations on one hand; on the other hand, the Supreme People's Court should confine itself to execute its power of interpretation. As long as they are within the scope of authorization, such interpretations of specific provisions of law have the same legal effect as the enacted law itself. In this way, the judicial interpretations are absorbed into the hierarchy of laws and the legal system, its relationship with other norms can be determined by the general rule of the application of law.

**Key Words:** Judicial Interpretation Legal Effect; Norms Conflict

(责任编辑:许德风)