

# 论司法解释的性质和效力位阶

苗 炎\*

**摘 要** 在法律上,司法解释被定性为效力低于法律的规范性文件,但其与法律以下各类型立法之间的效力位阶未得到明确,这既无法避免其与法律以下各类型立法之间的冲突,也没有为它们之间发生冲突时如何适用提供指引。最高人民法院将司法解释定性为作为补充性裁判依据的规范性法律文件;而在司法裁判中,当事人和法院关于司法解释性质和效力位阶的认知呈现明显的多元化。学者们在理论上对于司法解释性质与效力位阶的认识立场迥异,迄今并未得出逻辑融贯、符合实际的结论。司法解释在实质意义上就是制定法。综合考量其特殊性以及若干历史、现实等方面因素,司法解释的效力位阶应分情况而论:刑事司法解释的效力仅低于法律。其他司法解释与行政法规具有同等效力,二者规定不一致时,由全国人大常委会裁决。经济特区法规作出的变通规定优先于其他司法解释适用。经济特区法规与其他司法解释规定不一致且不能确定经济特区法规的规定是否构成对法律的变通规定时,由全国人大常委会裁决。

**关键词** 司法解释 效力位阶 裁判依据 制定法

## 引 言

司法解释〔1〕颇具特殊性:它并未被列入我国的法律体系,〔2〕却是堪比法律的重要裁判

\* 吉林大学理论法学研究中心副教授。本文系国家自然科学基金一般项目“法典化时代司法解释制度完善研究”(项目编号:22BFX152)的阶段性成果。

〔1〕 限于研究目的,本文研究的司法解释,限定于作为裁判依据的最高人民法院单独作出的司法解释、最高人民法院和最高人民检察院联合作出的司法解释。最高人民检察院单独作出的属于检察工作中具体适用法律问题的解释不能作为法院的裁判依据,其法律效力受到明显限制。

〔2〕 参见中华人民共和国国务院办公厅:“中国特色社会主义法律体系(2011年10月)”,载《人民日报》2011年10月28日,第14版。

依据,并由此对我国的法治建设产生广泛影响。与此同时,自司法解释制度确立以来,司法解释的性质和效力位阶始终没有在法律层面得到彻底明确,理论研究与司法实践中对此问题众说纷纭、莫衷一是,并由此引发各种争议和适用上的不统一。因此,详细梳理法律和最高人民法院(以下简称“最高法院”)关于司法解释的规定,分析司法裁判中当事人和法院关于司法解释与各类制定法发生冲突时应适用何者的立场,总结关于司法解释性质和效力位阶的各种理论观点并指出其中存在的问题,在此基础上,就司法解释的性质和效力位阶提出新的观点,对于厘清司法解释与既有各类制定法的关系、完善我国法律体系等,均具有重要的现实意义。

## 一、立法对司法解释性质和效力的界定:效力低于法律的规范性文件

无论是1955年《全国人民代表大会常务委员会关于解释法律问题的决议》(以下简称55年《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》(以下简称81年《决议》),还是《人民法院组织法》《立法法》,均未就司法解释的性质和效力问题作出明确规定。有学者因此认为,最高法院认定其自身作出的司法解释具有法律效力缺乏充足的法律依据,应由全国人大常委会予以纠正。<sup>〔3〕</sup>亦有学者认为,司法解释的“法源”属性是最高法院自己赋予的。<sup>〔4〕</sup>实际上,正如笔者在其他文章中分析过的,<sup>〔5〕</sup>就有关立法意图来看,司法解释显然是具有法律效力的。关于55年《决议》,1955年7月5日一届全国人大常委会第十九次会议通过的《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会的工作报告》在解释了该《决议》出台的原因、说明了其具体内容后,明确指出:“关于要求解释法律、法令问题的来信中,属于学术性或常识性的问题,因为在法律上并无约束力,决定交由中国科学院进行解释,或者交由人民日报社商同有关部门进行解释。”<sup>〔6〕</sup>由此可推知,自司法解释制度创设伊始,司法解释就被设定为有权解释,具有法律效力。在司法解释有无法律效力这一问题上,81年《决议》的立场与55年《决议》一致,并无变化。<sup>〔7〕</sup>因此,诸如司法解释不具有法律效力、司法解释的法律效力是由最高法院“自封”等观点,并不准确。

为了加强对司法解释制定工作的监督,《司法解释备案审查工作程序》《各级人民代表大会常务委员会监督法》(以下简称《监督法》)以及《法规、司法解释备案审查工作办法》(以下简称《工作办法》)<sup>〔8〕</sup>先后就司法解释备案审查问题作出明确规定。《监督法》首次在法律层面使

〔3〕 参见刘风景:“司法解释权限的界定和行使”,《中国法学》2016年第3期,第224页。

〔4〕 参见柳经纬:“当代中国私法进程中的民商事司法解释”,《法学家》2012年第2期,第87页。同样的观点参见雷磊:“重构‘法的渊源’范畴”,《中国社会科学》2021年第6期,第163页。

〔5〕 参见苗炎:“司法解释制度的法理反思与结构优化”,《法制与社会发展》2019年第2期,第96页。

〔6〕 彭真:“中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会的工作报告(一九五五年七月五日全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过)”,《山西政报》1955年第16期,第12页。

〔7〕 参见王汉斌:《关于加强法律解释工作等三个决定(草案)的说明》,载北大法宝官网, [http://fjlx.pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Gid=1090526708&Db=protocol](http://fjlx.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=1090526708&Db=protocol),最后访问日期:2023年3月1日。

〔8〕 该办法是由十三届全国人大常委会第四十四次委员长会议通过的工作文件,不属于法律,但作为全国人大常委会有关部门开展备案审查工作的具体制度依据,其重要性和影响力不言而喻。

用了“规范性文件备案审查”的概念,<sup>〔9〕</sup>其第五章就规范性文件的备案审查问题作出专门规定,并首次在法律层面将司法解释定性为规范性文件。这意味司法解释在法律层面被明确承认具有法律效力,因为备案审查制度针对的规范性文件,“指的是各级国家机关在其职权范围内按照一定程序制定,涉及不特定的公民、法人和其他组织的权利和义务,具有普遍约束力并可反复适用的文件”。<sup>〔10〕</sup>《监督法》同时规定,对司法解释的备案审查以法律为基准,其不得同法律抵触。<sup>〔11〕</sup>从有关立法释义书作出的解释来看,《监督法》规定的抵触指下位法与上位法之间的非正常关系,具体包括下位法的规定与上位法相反等5种情形。<sup>〔12〕</sup>由此可推知,司法解释的效力被设定为低于法律。但是,根据现行的备案审查制度,无法确定司法解释与行政法规、地方性法规、经济特区法规这些《立法法》规定的法律以下的不同类型立法<sup>〔13〕</sup>之间的效力位阶。首先,《监督法》就备案审查制度作出的规定不涉及前述法律以下的各类型立法,自然也就不涉及司法解释与它们之间的效力位阶问题。其次,现行的备案审查制度体系是一个“四系统、四层级”的体系。<sup>〔14〕</sup>在该体系中,只有全国人大常委会有权对司法解释进行备案审查。现行备案审查制度对法规、司法解释确立了四项审查标准:合宪性标准、政治性标准、合法性标准、适当性标准。<sup>〔15〕</sup>就合法性标准而言,对司法解释的备案审查并不涉及其是否与行政法规、地方性法规、经济特区法规这些同时由全国人大常委会进行备案审查的法规相冲突,只涉及其是否与《宪法》、法律抵触。换言之,在现行的备案审查制度下,司法解释的审查基准只包括《宪法》和法律。与此相对,对行政法规、地方性法规、经济特区法规的备案审查也不涉及其是否与司法解释相冲突。在这种情况下,备案审查制度实际上出现了“真空地带”:其预设功能并不包括发现和解决司法解释与行政法规等法律以下各类型立法的冲突问题,二者之间似乎成了平行线——互不以与对方冲突为自身效力被否定的条件。总之,与《立法法》对法律、行政法规、地方性法规之间的效力位阶作出明确规定形成鲜明对照,仅根据司法解释的效力低于法律,以及其与行政法规、地方性法规、经济特区法规均属于全国人大常委会备案审查的对象,并不能判定司法解释与行政法规、地方性法规、经济特区法规之间的效力位阶。在此种情况下,《立法法》、备案审查制度等既无法避免司法解释与行政法规等法律以下各类型立法之间发生冲突,也没有为司法解释与行政法规等法律以下各类型立法之间发生冲突时适用何者提供指引。

〔9〕 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《规范性文件备案审查理论与实务》,中国民主法制出版社2020年版,第15页。

〔10〕 同上注,第44页。

〔11〕 参见《监督法》第32—33条。

〔12〕 参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室、李飞、郑淑娜、武增编:《〈中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法〉释义及实用指南》,中国民主法制出版社2013年版,第102页。

〔13〕 《立法法》并未明确自治条例和单行条例、军事法规、军事规章的效力位阶,且这些类型立法的调整对象比较封闭。受论文主题和篇幅的限制,本文关于司法解释效力位阶的讨论不涉及这些类型的立法。此外,出于类似的理由,本文关于司法解释效力位阶的讨论亦不涉及监察法规。

〔14〕 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室,见前注〔9〕,第39—40页。

〔15〕 参见《工作办法》第36—39条;全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室,见前注〔9〕,第五章。

## 二、最高人民法院对司法解释性质和效力的界定:作为补充性裁判依据的规范性法律文件

作为法律规定唯一有权制定司法解释的法院,最高法院对司法解释的定性经历了一个变化的过程。上世纪八十年代,针对江苏省高级人民法院就法院制作法律文书应如何引用法律规范性文件问题的请示,《最高人民法院关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》(法[研]复[1986]31号)指出,最高法院提出的贯彻执行各种法律的意见以及批复等,各级法院应当贯彻执行,但不宜直接引用。1993年最高法院发布的《全国经济审判工作座谈会纪要》有所突破,其规定,在经济审判中,对于司法解释,各级法院必须遵照执行,“并可在法律文书中引用”。《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》(法发[1997]15号)首次在最高法院的文件中明确司法解释具有法律效力,并进一步规定,司法解释与有关法律一并作为裁判依据时,“应当在司法文书中援引”。其顺序是,先引用法律条款再引用司法解释条款。这意味着:第一,各种司法解释均可作为裁判依据。第二,各种司法解释必须与有关法律一并作为裁判依据。第三,作为裁判依据的司法解释必须在司法文书中被援引且必须在法律之后被援引。此后,《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2000]8号)第62条第1款的规定<sup>[16]</sup>意味着,在行政诉讼中,“法院在没有法律规定的情况下可以单独援引司法解释”。<sup>[17]</sup>《最高人民法院关于司法解释工作的规定》(法发[2007]12号)则将司法解释可以单独作为裁判依据在司法文书中援引从行政诉讼扩大到所有类型诉讼。《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释[2009]14号)(以下简称《规定》)将裁判依据限定于规范性法律文件,并将规范性法律文件的范围限定于法律(及法律解释)、行政法规(及行政法规解释)、地方性法规、自治条例和单行条例、规章、司法解释。相比于《规定》规定的其他规范性法律文件,司法解释的特殊性体现在:只有它不属于(广义的)法律。此外,一方面,除了法律及法律解释,司法解释是唯一在刑事、民事、行政裁判文书中均“应当引用”的规范性法律文件;另一方面,《规定》又规定,裁判文书“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2条)。《人民法院民事裁判文书制作规范》(法[2016]221号)重申了上述规定。<sup>[18]</sup>

由此可知,司法解释被最高法院定性为规范性法律文件、补充性裁判依据。这种补充性体现在:最高法院规定,司法解释只有在与法律、法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例这些其他“规范性法律文件”不冲突的情况下才能被援引。最高法院将司法解释定性为裁判依据,在一定程度上突破了立法对司法解释的定性:《监督法》虽然明确司法解释作为规范性文件具有法律效力,可以反复适用,但未明确其可以作为裁判依据,因为其规定的规范性文件并非只包括司法解释、行政法规、地方性法规,而且也包括不能作为裁判依据的县级以上地

[16] 人民法院审理行政案件,适用最高人民法院司法解释的,应当在裁判文书中援引。

[17] 梁风云:“新司法解释答疑(六)——关于审理的几个问题”,《行政法学研究》2001年第3期,第4页。

[18] 参见《人民法院民事裁判文书制作规范》第三部分“正文”中的“(七)裁判依据”部分。

方各级人大及其常委会的决议和决定、人民政府发布的决定和命令。<sup>〔19〕</sup>此外,最高人民检察院就检察工作中具体应用法律的问题作出的解释亦属于《监督法》规定的规范性文件,具有法律效力,人民检察院在起诉书等法律文书中可以援引,<sup>〔20〕</sup>但《规定》并不承认最高人民检察院单独作出的此种解释可以作为裁判依据。不过,最高法院将司法解释定性为裁判依据的做法,始终没有遭到最高国家权力机关的否定,已经具有难以改变的制度惯性,因而可以认为在事实上取得了“合法性”。

最高法院的上述立场因为没有明显违背关于司法解释问题的法律规定所以是“保险”的。首先,至少就现状而言,司法解释并没有被明确列入我国的法律体系。“规范性法律文件”并非实在法上的概念,原本是学理上的表述。最高法院在《规定》中通过使用这一概念,既将司法解释与(广义的)法律均定性为裁判依据(而非法律依据),又将它们作了区分(没有将司法解释直接界定为法律)。其次,《立法法》关于法律体系效力位阶的规定并不涉及司法解释,最高法院无法在实在法上找到确定司法解释在法律体系中的效力位阶的明确依据。而且,规定司法解释与行政法规、地方性法规等发生冲突时优先适用司法解释,也与法律的某些明文规定相悖。例如,《行政诉讼法》第63条规定,人民法院审理行政案件以法律和行政法规、地方性法规为依据。人民法院审理民族自治地方的行政案件,并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。据此,对于上述法定裁判依据,法院无权进行合法性审查,这些裁判依据在符合适用条件的案件中必须适用,司法解释无法与之对抗。

与此同时,最高法院关于司法解释效力位阶的规定,也存在明显问题。

首先,《规定》明确规定,与法律(包括法律解释)相冲突的司法解释不得作为裁判依据,这与备案审查制度的立场是一致的。此外,《规定》实际上在备案审查制度的基础上提高了司法解释的适用条件(即司法解释产生实效的条件):除了刑事裁判领域,<sup>〔21〕</sup>在民事、行政裁判等领域,司法解释只有在不与行政法规、地方性法规等“规范性法律文件”冲突的情况下才能被适用。换言之,最高法院在制定司法解释时虽然不以其是否与行政法规、地方性法规等“规范性法律文件”冲突作为审核标准,但这种冲突嗣后会导致司法解释不能被适用的后果。作为有权解释(正式解释),如果司法解释如最高法院有关人员认为的那样,是“法律的应有之义”,那么它就应当在全国范围内得到适用。而根据《规定》,除了刑事裁判领域,在民事、行政裁判等领域,如果某司法解释规定与行政法规、地方性法规等其他“规范性法律文件”发生冲突,则该司法解释规定会在特定个案甚至特定类型的案件中被排除适用。而其被排除适用的空间范围决定于与其冲突的“规范性法律文件”的适用范围:如果与该司法解释规定冲突的是某省级地方性法规,则该司法解释规定会在该省范围内被排除适用;如果与该司法解释规定冲突的是行政法规,则该司法解释规定会在全国范围内被排除适用。这种排除适用显然会在一定的空间范围内否定司法解释的实效,而在司法解释与行政法规冲突的情况下,其会在全国范围内被终止

〔19〕 参见《监督法》第5章。

〔20〕 参见《最高人民法院司法解释工作规定》第5条。

〔21〕 《规定》第3条规定,刑事裁判文书只能引用法律、法律解释、司法解释中的一种或几种作为裁判依据。

适用,产生与其被备案审查制度否定相同的后果,<sup>[22]</sup>等同于在根本上否定了相关司法解释的效力。<sup>[23]</sup>在这种情况下,被排除适用的(尤其是因与行政法规冲突而被排除适用的)司法解释存在的意义何在?

其次,从最高法院有关人员就《规定》规定的引用规则所作的解释来看,《规定》暗含了承认非刑事类司法解释的效力不但低于法律而且低于行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例之意。<sup>[24]</sup>根据《立法法》确立的法律适用规则,同位阶的法的规定不一致时,除了由适用者根据《立法法》的相关规定确定应当适用的法规定外,<sup>[25]</sup>其他情况下则由制定机关或法律规定的机关裁决。例如,《立法法》第94条第1款规定,法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人大常委会裁决。<sup>[26]</sup>在这种情况下,就法律对某事项的规定而言,无论是新的一般规定还是旧的特别规定,均未被预先规定绝对排除适用。与之不同,下位法与上位法抵触时则绝对适用上位法。<sup>[27]</sup>据此,如果不同法规范之间存在冲突时某法规范必然被排除适用,实际上意味着该法规范相对于与其冲突的法规范处于下位法的地位。关于《规定》规定的“规范性法律文件”引用规则,最高法院有关人员曾作出如下解释:在同一个案件中,裁判文书“引用的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例与司法解释冲突时,人民法院应当尊重立法权,优先适用法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例”。<sup>[28]</sup>据此可知,非刑事类司法解释不但是法律(及法律解释)的下位法,而且与行政法规、地方性法规等“规范性法律文件”之间也构成下位法与上位法的关系。在这种情况下,作为下位法的非刑事类司法解释,即便是针对后于行政法规等“规范性法律文件”施行的新法律作出的,符合备案审查制度的要求,属于对新法律的正确解释,“符合立法的目的、原则和原意”,但是,只要其与行政法规等“规范性法律文件”冲突(此时行政法规等“规范性法律文件”在一定意义上就是与“新法律”构成冲突),仍然会被排除适用,这显然不利于新法律的有效施行。

### 三、司法裁判中关于司法解释的性质和效力的多元化认知

最高法院虽然在《监督法》明确承认司法解释具有低于法律的效力的基础上,就司法解释

[22] “备案审查产生终止规范性文件实际效力的后果。”全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室,见前注[9],第5页。

[23] “整个法律秩序的实效是该法律秩序中每个单一规范具有效力的必要条件。”Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg, Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 119.

[24] 笔者之所以将该结论限定于非刑事类司法解释,是因为《规定》第3条明确规定,刑事裁判文书只能引用法律、法律解释、司法解释作为裁判依据。根据《立法法》的规定,法律解释与法律具有同等效力(参见《立法法》第50条)。

[25] 参见《立法法》第92条。

[26] 另可参见《立法法》第94条第2款、第95条。

[27] 参见《立法法》第87—89条。

[28] 吴兆祥:“《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》的理解与适用”,《人民司法·应用》2009年第23期,第32页。

的性质以及裁判文书引用司法解释作为裁判依据的条件和顺序等问题作出了规定,但从司法裁判的实际情况来看,对于司法解释的性质和效力位阶,当事人和法院的认知依然呈现明显的多元化。

### (一)当事人的认知

在诉讼中,当事人对司法解释的性质和效力位阶的认知呈现不同立场。有的当事人认为,司法解释与法律具有同效力,“是人民法院审理案件的直接依据”。<sup>[29]</sup>有的当事人认为,司法解释不能作为裁判依据。<sup>[30]</sup>有的当事人指出,基于《立法法》来考量,司法解释不是法律。<sup>[31]</sup>有的当事人否认司法解释具有法律效力。<sup>[32]</sup>有的当事人认为,司法解释“没有明确的法律位阶”。<sup>[33]</sup>有的当事人认为,司法解释的效力低于法律和行政法规。<sup>[34]</sup>

造成这种局面的根本原因在于:与《立法法》对法律、行政法规、地方性法规等各类型立法的性质和效力位阶作出明确规定形成鲜明对照,法律层面对司法解释性质的规定并不清楚,也没有明确司法解释与行政法规、地方性法规之间的效力位阶,这给当事人提供了出于维护自身利益的目的围绕司法解释的性质和效力位阶进行争辩的机会。

### (二)法院的认定

在审判中,法院对于当事人针对司法解释的性质和效力位阶提出的异议的处理方式主要有两种:有的予以明确回应,然后作出裁决;有的则不予明确回应,径直作出裁决。不同法院均认定司法解释具有法律效力,但对于司法解释效力位阶的认定存在差异。

相当数量的法院明确承认,司法解释的效力低于法律。在王某某、徐甲、徐乙与荆某、某某矿业集团公司生命权纠纷案中,一审法院宁夏回族自治区石嘴山市惠农区人民法院认为,司法解释的“效力位阶低于法律,在二者适用存在冲突的情况下,应优先适用国家法律的规定”。<sup>[35]</sup>有的法院不但在判决书中明确承认法律的效力高于司法解释,而且指出,“与法律相

[29] 杨波与辽宁上海城置业有限公司商品房预售合同纠纷、商品房销售合同纠纷案,辽宁省鞍山市中级人民法院民事判决书,(2020)辽03民终4号。

[30] 参见朱玲与苏州市人民政府登记纠纷案,最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申6759号。

[31] 参见滨海县正红农村小额贷款有限公司与李春、张兆才、汪勇执行纠纷案,江苏省滨海县人民法院执行裁定书,(2019)苏0922执异33号。类似的观点参见赵家旺等与鄂托克前旗农村信用合作联社等案外人执行异议纠纷案,内蒙古自治区鄂托克前旗人民法院民事判决书,(2017)内0623民初42号等。

[32] 参见霍邱县众兴集镇荣珍眼镜店与厦门雅瑞光学有限公司侵害商标权纠纷案,安徽省高级人民法院民事判决书,(2019)皖民终1043号。同样的观点参见孙建国与周大红公共道路妨碍通行损害责任纠纷案,山东省威海市中级人民法院民事裁定书,(2014)威民申字第124号;上海欧典建筑设计有限公司与绵阳市财政局行政监督纠纷案,四川省绵阳市中级人民法院行政裁定书,(2020)川07行终149号等。

[33] 安宁市社会保险局与王从秀劳动和社会保障行政给付纠纷案,昆明铁路运输中级法院行政判决书,(2018)云71行终25号。

[34] 参见东莞市凯雨五金机械有限公司与荣佳(惠州)医疗器械制造有限公司装饰装修合同纠纷案,广东省高级人民法院民事裁定书,(2017)粤民申8027号。同样的观点参见魏士花与淮安市淮阴区缫丝厂劳动争议案,江苏省淮安市中级人民法院民事裁定书,(2016)苏08民终3437号等。

[35] 宁夏回族自治区石嘴山市惠农区人民法院民事判决书,(2013)石惠民初字第446号。同样的明确认为司法解释的效力低于法律的裁判观点,参见王岗与大同市杏儿沟煤业有限责任公司劳动争议案,山西省高级人民法院民事裁定书,(2019)晋民申14号等。

抵触的司法解释的相应内容无效”。〔36〕

有的法院则没有对法律与司法解释何者的效力更高作出直接、明确的认定,而是基于不同立场对应优先适用何者作出判定。在曲砚光与于可闪海上、通海水域人身损害责任纠纷案中,一审法院青岛海事法院认为,对法律《侵权责任法》与司法解释《最高人民法院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《人身损害赔偿解释》),应优先适用新的规定即《侵权责任法》。〔37〕在唐山华云实业集团有限公司与唐山市古冶区国家税务局所有权确认纠纷案中,一审法院河北省唐山市古冶区人民法院则认为,《物权法》适用于该案。由于《物权法》规定,“其他相关法律对物权另有特别规定的,依照其规定”,“而《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》作为施行中的司法解释具有法律效力,因此该司法解释中对物权有特别规定的上述条款在本案中应优先适用,所以对原告以《物权法》中不动产物权登记生效的原则为依据的主张本院不予支持”。〔38〕古冶区人民法院显然是将司法解释视为法律,具体而言,是将司法解释视为《物权法》的特别法。

个别法院则认定司法解释与法律具有同效力。在上海豫园旅游商城物业管理有限公司等与陈先才等公司劳务合同纠纷案中,针对上海豫园公司、上海豫园南陵公司辩称《侵权责任法》的效力高于司法解释,应当优先适用,一审法院安徽省南陵县人民法院认为,司法解释具有法律效力,其与法律并无位阶之分。〔39〕在海南承海实业投资有限公司等与海口市人民政府登记纠纷案中,海南省高级人民法院认为,司法解释在“与法律规定不抵触的前提下,与法律具有同效力”。〔40〕

对于司法解释与行政法规、地方性法规之间的效力位阶,个别法院认定行政法规的效力高于司法解释,〔41〕多数法院则认定前者的效力高于后者。《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2012)(以下简称《解释》)第18条与行政法规《机动车交通事故责任强制保险条例》(2012)(以下简称《保险条例》)第22条之间的冲突〔42〕在司法实践中引发了诸多适用上的争议,不同法院采取了不同的适用策略。在任彦强与中国太平洋财产保险股份有限公司黑河中心支公司、柳艳丽机动车交通事故责任纠纷案中,一审法院黑龙江省嫩江县

〔36〕 广东原创动力文化传播有限公司与石家庄沃立森食品有限公司著作权权属、侵权纠纷案,上海市浦东新区人民法院民事判决书,(2020)沪0115民初50072号。

〔37〕 参见青岛海事法院民事判决书,(2018)鲁72民初207号。

〔38〕 河北省唐山市古冶区人民法院民事判决书,(2012)古民初字第834号。

〔39〕 参见安徽省芜湖市中级人民法院民事判决书,(2017)皖02民终2070号。同样的观点参见彭少万与朱晓军、程新志房屋租赁合同纠纷案,广东省中山市中级人民法院民事判决书,(2015)中中法民一终字第1262号。

〔40〕 海南省高级人民法院行政裁定书,(2016)琼行终438号。

〔41〕 参见杭州华诚建材科技有限公司与江苏南通二建集团有限公司建设工程分包合同纠纷案,河北省元氏县人民法院民事判决书,(2020)冀0132民初1277号。

〔42〕 《解释》第18条规定,当事人醉酒驾驶机动车发生交通事故,请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿的,人民法院应予支持。而《保险条例》第22条规定,驾驶人醉酒驾驶机动车发生交通事故的,保险公司在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内垫付抢救费用,并有权向致害人追偿;造成受害人的财产损失,保险公司不承担赔偿责任。

人民法院明确认为,《解释》的法律效力高于作为行政法规的《保险条例》,是上位法。<sup>[43]</sup> 在中国人民财产保险股份有限公司新乐支公司与刘海涛等机动车交通事故责任纠纷上诉案中,二审法院北京市第一中级人民法院则直接认定司法解释的效力与法律相同,进而指出:“司法解释与行政性法规发生冲突时,按照高位法优于低位法的原则,优先适用司法解释。人保新乐支公司上诉主张适用《机动车交通事故责任强制保险条例》的条款,显然缺乏法律依据,本院不予支持。”<sup>[44]</sup> 在钟研玉等与高正强等机动车交通事故责任纠纷案中,被告中华联合财险岳阳中心支公司辩称,《解释》不应当与行政法规《保险条例》抵触。对此,一审法院湖南省平江县人民法院并没有明确认定司法解释的效力高于行政法规,而是指出,《解释》后于《保险条例》颁布,故应优先适用该《解释》的规定,“对被告中华联合财险岳阳中心支公司的抗辩意见,本院不予支持”。<sup>[45]</sup> 针对司法解释与地方性法规间的效力位阶,在薛某与无锡市中旅信程旅游股份公司旅游合同纠纷上诉案中,二审法院江苏省无锡市中级人民法院明确指出,司法解释《人身损害赔偿解释》的效力高于地方性法规《江苏省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》,“应当优先适用”。<sup>[46]</sup>

由此看来,最高法院发布的《规定》并没有得到各级各地法院的普遍执行,当司法解释与行政法规、地方性法规冲突时,法院普遍更倾向于适用前者。法院的这种实践立场或许存在合理性,但这种立场不但缺乏明确的法律依据,而且容易引发当事人的异议。

#### 四、关于司法解释性质和效力问题的代表性观点及评析

综观来看,学者们在理论上对于司法解释性质与效力位阶的认识观点纷呈,立场迥异。

##### (一) 否认司法解释具有法律效力

个别学者否认司法解释属于我国的法律渊源、具有法律效力。<sup>[47]</sup> 高其才认为,最高法院自己规定司法解释具有法律效力的做法缺乏法律依据。“事实上,下级法院不遵守司法解释的并不少见;即使违反也没有法律上的处罚。”<sup>[48]</sup> 因此,他主张,“司法解释不具有法律效力,仅为指导性、参考性的意见,是一种集体性的学理解释”。<sup>[49]</sup> 如前所述,司法解释具有法律效力显然是有法律依据的,否认司法解释具有法律效力与立法规定以及司法实践的现状不符。

[43] 参见黑龙江省嫩江县人民法院民事判决书,(2019)黑 1121 民初 3210 号。同样的明确认为司法解释的效力高于行政法规的裁判观点,参见昭通市佳芳保洁有限责任公司与陶永美工伤保险待遇纠纷案,云南省昭通地区(市)中级人民法院民事判决书,(2021)云 06 民终 1453 号等。

[44] 北京市第一中级人民法院民事判决书,(2014)一中民终字第 09675 号。同样的观点参见英大泰和财产保险股份有限公司宝鸡中心支公司与惠超追偿权纠纷案,陕西省宝鸡市渭滨区人民法院民事判决书,(2017)陕 0302 民初 1749 号。

[45] 湖南省平江县人民法院民事判决书,(2017)湘 0626 民初 1726 号。

[46] 江苏省无锡市中级人民法院民事判决书,(2016)苏 02 民终 1375 号。同样的明确认为司法解释的效力高于地方性法规的裁判观点,参见古晓东与白山市浑江区七道江镇向阳村民委员会民间借贷纠纷案,吉林省白山市浑江区人民法院民事判决书,(2018)吉 0602 民初 695 号。

[47] 参见高其才:《法理学》,清华大学出版社 2015 年版,第 84—94 页。

[48] 同上注,第 356 页。

[49] 高其才,见前注[47],第 356 页。

## (二)将司法解释界定为当代我国法的认知渊源

雷磊曾将司法解释视为我国法的正式渊源,<sup>[50]</sup>并将其位列于地方性法规之后。<sup>[51]</sup>他又提出了新的观点,将法的渊源分为两类(效力渊源与认知渊源)。其中,效力渊源同时具有独立的效力来源和内容来源;<sup>[52]</sup>认知渊源具有内容来源上的独立性,但不具备独立的效力来源,不具有司法适用上的独立性。<sup>[53]</sup>他认为,“当代中国法的效力渊源严格说来只有立法行为及其产物制定法”。<sup>[54]</sup>司法解释“并不具备独立的效力来源”,只是认知渊源,在裁判文书中只能与被它解释的法律条款一起被引用。<sup>[55]</sup>雷磊的上述论断存在三方面问题:第一,他认为,81年《决议》《人民法院组织法》等法律规定最高法院享有解释法律的权力并不能使司法解释成为法的正式渊源(效力渊源),但他没有对此观点进行论证。第二,作为法律解释,司法解释在内容来源上显然不是独立的,而是受法律文本的约束,对法律文本具有依附性。第三,如前所述,在裁判文书中,司法解释事实上可以被单独引用。在司法实践中,司法解释在裁判文书中被单独引用的情况存在于各级法院的裁判文书中。<sup>[56]</sup>总之,雷磊的上述论断,与司法解释制度的现状不符。如果雷磊力图从应然层面论断,司法解释应当只是认知渊源,不当被单独引用,那么,他需要对此进行更为充分的论证。

## (三)承认司法解释具有法律效力但没有明确其效力位阶

此类观点包括几种具体形态。

首先,有观点认为,司法解释“对全国的审判工作有指导意义和效力,可以作为法院办案的依据”。<sup>[57]</sup>有的观点更为明确,认为司法解释作为具体应用解释,其效力范围应同审判权所能及的范围相同,只能约束下级审判机关,不能约束其他机关。<sup>[58]</sup>这两种观点均没有明确司法解释的效力位阶,后一种观点还存在逻辑问题,因为只要法院以司法解释作为裁判依据,那么,司法解释就必然不仅会约束审判机关,也会约束行政机关和检察机关,不仅会约束国家机关,也会约束社会组织和个人。

[50] 雷磊在相关研究中使用的表述为“法源”。他解释道,他所使用的“法源”这一表述对应的是“正式法源”“非正式法源”二分法中的“正式法源”。参见雷磊:“指导性案例法源地位再反思”,《中国法学》2015年第1期,第274页。

[51] 同上注,第289页。

[52] 参见雷磊,见前注[4],第156页。

[53] 参见雷磊,见前注[4],第156、158页。

[54] 雷磊,见前注[4],第162页。

[55] 参见雷磊,见前注[4],第164页。

[56] 例如王长云与湖南省邵阳市大祥区人民政府土地强制纠纷再审案,最高人民法院行政裁定书,(2019)最高法行申7894号;宁成群与石家庄市诚基房地产开发公司等建设工程施工合同纠纷再审案,河北省高级人民法院民事裁定书,(2017)冀民再212号;中投天元投资基金管理(北京)有限公司与中建七局第二建筑有限公司合同纠纷案,安徽省合肥市中级人民法院民事判决书,(2019)皖01民初2504号;衡水科航金属结构有限公司、天津予晟峰钢铁有限公司承揽合同纠纷案,河北省景县人民法院民事裁定书,(2020)冀1127民初1919号之二。

[57] 《法理学》编写组编:《法理学》(第二版),人民出版社、高等教育出版社2020年版,第180页。

[58] 参见乔晓阳主编:《中华人民共和国立法法讲话》(修订版),中国民主法制出版社2008年版,第198页。

其次,一些关于我国法律渊源问题的分析将司法解释视为我国法的正式(或法定)渊源。此类观点除了没有明确司法解释的效力位阶,在界定其性质时也存在这样或那样的逻辑矛盾。

全国高等学校法学专业核心课程教材《法理学》(第五版)认为:“只有产生法的效力的法律文本或其他规范,才有可能成为法的渊源。”〔59〕在此基础上,该教材将法的渊源分为成文法(制定法)和不成文法(非制定法)两类,并将司法解释界定为当代中国法的正式渊源。〔60〕在该教材罗列的各种当代中国法的正式渊源中,只有司法解释不属于其界定的制定法;与此同时,司法解释也不属于其界定的不成文法(非制定法)。该教材也没有说明其界定当代中国法的正式渊源与非正式渊源的标准,因此实际上并没有给出其将司法解释界定为当代中国法的正式渊源的理据,并导致出现逻辑矛盾:如果法的渊源被分为成文法(制定法)和不成文法(非制定法)两类,那么既不属于成文法(制定法)也不属于不成文法(非制定法)的司法解释为何被界定为当代中国法的正式渊源?周安平将法律渊源划分为法定渊源(即“由法律规定的,法官必须适用的法律渊源”〔61〕)与酌定渊源,并将司法解释与制定法均视为法定渊源。〔62〕但他的分析同样存在逻辑矛盾:他一方面认为司法解释属于法定渊源,法定渊源与酌定渊源的主要区别之一即为前者是法律本身,后者是法律之外的因素;另一方面,他又认为司法解释本身不是法律。〔63〕

再次,另有一些法理学教材一方面认为法律渊源具有法律效力,能够作为裁判依据,并在此前提下未承认包括司法解释在内的法律解释在我国属于法律渊源,另一方面又在分析法律解释问题时承认司法解释属于正式解释(法定解释),具有法律效力。〔64〕那么,具有法律效力的司法解释为何不是法律渊源?

#### (四)认为司法解释具有固定的效力位阶

多数学者认为司法解释具有固定的法律效力,在此前提下,存在立场不同的若干学说。王成认为,目前我国关于司法解释效力的学说有三种:类型化说、效力低于法律说、效力等同于行政法规说。〔65〕笔者认为,该分类存在两方面问题:第一,效力低于法律与效力仅次于法律在逻辑上显然不同,因此,王成将效力仅次于法律说归入效力低于法律说的做法并不恰当。第二,被他界定为持效力等同于行政法规说的学者实际上主张的是效力仅低于法律说,〔66〕因此,他对效力等同于行政法规说的归纳属于误读。笔者将认为司法解释具有固定效力位阶的学说总结划分为五种:类型化说、效力低于法律说、效力仅低于法律说、效力等同于法律说、效

〔59〕 张文显主编:《法理学》(第五版),高等教育出版社2018年版,第87页。

〔60〕 同上注,第90页。

〔61〕 周安平:“法律渊源的司法主义界定”,《南大法学》2020年第4期,第39页。

〔62〕 同上注,第40—41页。

〔63〕 “司法解释和法律……两者作为法源的地位还是有区别的。司法解释的对象是法律,这就决定了司法解释依附于法律,司法解释只能对法律作补充和细化,但不能与法律相冲突。”周安平,见前注〔61〕,第41页。

〔64〕 参见舒国滢主编:《法理学导论》(第三版),北京大学出版社2019年版,第236页;舒国滢主编:《法理学》(第五版),中国人民大学出版社2019年版,第九、十章。

〔65〕 参见王成:“最高法院司法解释效力研究”,《中外法学》2016年第1期,第270—272页。

〔66〕 蒋德海认为,司法解释的效力来源于《宪法》和法律,其效力应高于行政法规。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,第56—57页。

力低于地方性法规说。这些学说大多没有对司法解释的性质进行分析,而是径直界定其效力位阶。前三种学说的主要内容,王成已经进行了总结,<sup>[67]</sup>笔者不再赘述。在本文中,笔者只对后两种学说的主要内容进行归纳。持效力等同于法律说的学者有的认为,司法解释具有准立法的性质:它不是立法,但是“在具有普遍拘束力的行为规则这一点上与法律相同,可以将它当做法律对待”。“司法解释具有的效力相当于法律的普遍效力。”<sup>[68]</sup>亦有持该说的学者认为,司法解释本质上就是一种授权性质的立法,其功能与效力范围与法律本身无异。<sup>[69]</sup>另外,如前所述,雷磊认为,在我国,除了制定法,司法解释也具有正式法律渊源地位,<sup>[70]</sup>他并将司法解释位列于《宪法》、法律、行政法规、地方性法规这些制定法之后。<sup>[71]</sup>

王成逐一指出了前三种学说存在的问题。笔者不再重复与他相同的观点,而只是表明与其不同的认识,并提出自己对效力等同于法律说、效力低于地方性法规说的批评。第一,持类型化说的学者主张,并非所有的司法解释均应具有法律效力,应当对司法解释的法律地位采取“五分法”,解释具体法律条文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。<sup>[72]</sup>该观点存在的问题并非王成认为的没有进一步说明司法解释在法律体系中的效力位阶,而是它显然与现行法律对于司法解释效力位阶的基本定位相悖且不具有正当化的条件。<sup>[73]</sup>第二,效力低于法律说<sup>[74]</sup>的立场过于模糊,没有明确司法解释与行政法规、地方性法规等的效力位阶。第三,效力仅低于法律说<sup>[75]</sup>虽然明确了司法解释的效力位阶,但其在没有明确司法解释性质的情况下径直认为司法解释的效力绝对高于行政法规、地方性法规等制定法,面临无法回避的理论难题:如果司法解释本身不是制定法,其效力如何能够一般性地高于行政法规、地方性法规等制定法?另外,绝对化地认定司法解释的效力仅低于法律并不妥当(见本文第五部分的详述)。第四,本文对于效力等同于法律说的批评,将在指出王成提出的观点存在的问题时一并进行。第五,雷磊关于司法解释效力位阶的观点实际上等同于前述最高法院关于司

[67] 参见王成,见前注[65],第270—272页。

[68] 梁慧星:《裁判的方法》(第2版),法律出版社2012年版,第90页。需要指出的是,主张类型化说的学者在对司法解释的效力进行分类的同时,认为解释具体法律条文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。笔者之所以将该观点与效力等于法律说列为不同的学说,其原因在于,效力等同于法律说并没有对司法解释进行类型区分,也没有将具有相当于法律的效力的司法解释限定于解释具体法律条文的司法解释。

[69] 参见聂友伦:“论司法解释的立法性质”,《华东政法大学学报》2020年第3期,第138、148页。

[70] 参见雷磊,见前注[50],第287页。

[71] 参见雷磊,见前注[50],第289页。需要指出的是,雷磊并没有解释,他为何将司法解释位列于制定法之后。

[72] 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,第180—181页。

[73] 需要说明的是,该学者提出此观点时,《监督法》尚未出台。

[74] 例如:“在执法和司法工作中,对法律还有具体运用解释和司法解释,这些解释仅限于如何运用和适用法律,其效力层次低于全国人大常委会的法律解释。”许安标、刘松山:《中华人民共和国宪法通释》,中国法制出版社2003年版,第198页。另可参见陈春龙:“中国司法解释的地位与功能”,《中国法学》2003年第1期,第25页。

[75] 参见周道鸾:“论司法解释及其规范化”,《中国法学》1994年第1期,第87页。

法解释效力位阶的规定,笔者认为二者存在同样的问题。

王成将其对司法解释效力位阶的分析限定于民事司法解释。他对类型化说进行了修正,进而主张:最高法院只能针对具体法律条文制定司法解释;只要司法解释不与被其解释的具体法律条文抵触,其就与被其解释的具体法律条文具有同效力。司法解释因此就可在法律体系中获得一席之地,其与其他规范间的冲突可根据《立法法》确定的规范冲突规则来解决。<sup>[76]</sup>

王成的主张建立在如下认识前提之上:法律本身存在效力位阶即上位法与下位法之分。他指出,在全国人大制定的法律如《民法通则》与全国人大常委会制定的法律如《侵权责任法》中,前者是上位法,后者是下位法。根据《宪法》关于全国人大和全国人大常委会职权的规定,也可以得出二者并非《立法法》第92条规定的同一机关的结论。<sup>[77]</sup>基于此认识,他认为,因司法解释效力不明确引发的问题包括:根据上位法作出的司法解释与下位法就同样事项作出了不同的规定,以及后制定的上位法与依据先制定的下位法作出的司法解释之间存在冲突。在这种情况下,如果最高法院只能针对具体的法律条文制定司法解释,那么被司法解释所解释的法律就必然能够被识别出来,在此基础上,确认司法解释与被其解释的具体法律条文具有同效力,就为依据被司法解释所解释的法律的效力位阶确定司法解释的效力位阶提供了条件。根据上位法作出的司法解释的效力等同于该上位法意味着,下位法不得同该司法解释相抵触。如此,根据《民法通则》某条规定作出的司法解释的效力要高于《侵权责任法》。<sup>[78]</sup>

暂且不论王成对《立法法》针对司法解释的规制存在误读(因为此问题与本文的主题没有直接关联),他关于司法解释效力位阶的观点存在如下问题:

第一,认为法律本身存在上位法与下位法之分的观点并不成立。理由如下:首先,全国人大和全国人大常委会虽然存在职权上的分工,但二者并非不同机关,后者不是一个独立于前者的单独的最高国家权力机关,而“是全国人大的常设机关,是最高国家权力机关的重要组成部分”。<sup>[79]</sup>其次,“在单一制国家,国家立法权只有一个”。<sup>[80]</sup>根据现行《宪法》的规定,<sup>[81]</sup>全国人大及其常委会行使的立法权均为国家立法权,二者在性质上不存在区分。再次,作为我国最早使用“上位法”“下位法”概念的法律,《立法法》本身虽然未对这两个概念作出解释,但从有关立法释义书所作的解释来看,这两个概念是被用来区分效力等级即效力位阶的。具体而言:效力等级高的,是上位法;效力等级低的,是下位法。根据《立法法》的规定,法律是上位法,行政法规、地方性法规和规章都是下位法。<sup>[82]</sup>换言之,虽然法律被明确划分为基本法律和非基

[76] 参见王成,见前注[65],第278页。

[77] 参见王成,见前注[65],第265页。

[78] 参见王成,见前注[65],第278页。

[79] 《全国人大常委会与全国人大是什么关系?》,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/rdgl/rdzd/2000-11/30/content\_8650.htm,最后访问日期:2023年3月1日。“常委会是全国人大的常设机关,也是最高国家权力机关。”许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第819页。

[80] 全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2015年版,第34页。

[81] 参见《宪法》第58条。

[82] 参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室,见前注[80],第299页。

本法律，<sup>〔83〕</sup>但这种区分只是为了强调基本法律制定权的特殊重要性，即基本法律只能由全国人大制定，全国人大常委会只能对全国人大制定的基本法律进行修改。除此之外，法律之间包括基本法律与非基本法律之间并无效力位阶上的差异，无论是《宪法》还是《立法法》，均没有对法律本身进行上位法与下位法的界分。在此种情况下，只存在司法解释与法律的抵触，不存在王成所谓根据上位法作出的司法解释与下位法的冲突、后制定的上位法与依据先制定的下位法作出的司法解释的冲突。

第二，王成认为，司法解释应当与被其解释的具体法律条文具有同等效力这一观点虽然没有明确的法律根据，但可从《监督法》和《立法法》的相关规定中推论而出。他指出，《监督法》第32、33条规定司法解释不得同法律规定相抵触，但未明确司法解释不能同什么样的法律抵触。他认为，其中的“法律规定”，不应指所有法律规定，而应当被限缩解释为被司法解释所解释的具体法律条文。只要司法解释对具体法律条文的解释符合法律规定，其就因此与被其解释的具体法律条文具有同等效力。<sup>〔84〕</sup>然而，他的观点实际上根本无法从《监督法》和《立法法》的相关规定中推论而出。根据《监督法》规定司法解释不能与法律抵触，显然并不能从逻辑上得出司法解释与被其解释的法律具有同等效力这个结论，因为如前所述，《监督法》规定的“抵触”，意指下位法与上位法之间的非正常关系，<sup>〔85〕</sup>这也就意味着司法解释的效力绝对低于法律，并无例外情况存在。《监督法》第32、33条也并非如他认为的那样，未明确司法解释不能同什么样的法律抵触，这条规定的本意显然是要求司法解释不得同任何法律抵触。他之所以认为《监督法》第32、33条未明确司法解释不能同什么样的法律抵触，实际上是因为他先在地认为司法解释只应针对具体法律条文进行，且法律本身存在上位法与下位法之分，如此似乎存在循环论证之嫌。总之，王成并未对其主张的观点（司法解释应与被其解释的具体法律条文具有同等效力）进行实质意义上的论证。

#### （五）主张不预先固定司法解释的效力位阶

薛军认为，试图将司法解释纳入到既有制定法的框架体系中，在既有的制定法效力位阶体系中为其定位，注定不可能获得成功。<sup>〔86〕</sup>他的理由包括：首先，作为司法机关的最高法院并不享有立法权，因此不可能，也不应该将其创造的规范纳入到制定法体系中。<sup>〔87〕</sup>其次，如果把司法解释纳入到既有的制定法效力位阶体系中，那么它就必然要受到制定法适用规则（如上位法优于下位法、特别法优于普通法、新法优于旧法等）的约束，但要确定它在上位法/下位法、普通法/特别法、新法/旧法中的定位显然极其困难。<sup>〔88〕</sup>第三，不少司法解释构成对民事基本法的实质性修改，而这种修改具有发展和完善法律的功能，如果坚持用上位法/下位法的关系来处理法律与司法解释的关系，则这类司法解释显然会被认定为无效，而这将导致司法解释失

〔83〕 “‘基本法律’一词第一次出现在1981年12月7日杨尚昆同志向五届全国人大第四次会议作的常委会工作报告中。”韩大元、刘松山：“宪法文本中‘基本法律’的实证分析”，《法学》2003年第4期，第3页。

〔84〕 参见王成，见前注〔65〕，第277—278页。

〔85〕 参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室等，见前注〔12〕，第102页。

〔86〕 参见薛军：“民法典编纂与法官‘造法’：罗马法的经验与启示”，《法学杂志》2015年第6期，第29页。

〔87〕 同上注。

〔88〕 参见薛军，见前注〔86〕，第29页。

去发展和完善法律的功能,而这恰恰是它最主要的价值之所在。<sup>〔89〕</sup>他进而认为,司法解释应被作为一个独立的规范体系,独立于制定法,与制定法构成一种互补和完善的关系。在选择适用的规范时,应当以何种规范适用于具体的案件能够产生最佳的法律与社会效果为标准,而不应遵循形式性的规范效力等级标准。<sup>〔90〕</sup>他主张,不应预先固定司法解释与法律间的效力位阶,而应根据案件的具体情况决定是适用法律还是适用司法解释。司法解释与法律在适用上构成竞争关系,与法律规定不一致的司法解释并不必然无效。如此,司法解释与法律间的关系,类似于罗纳德·德沃金(Ronald Myles Dworkin)所说的法律原则间的关系。在具体案件中,适用司法解释能够产生最佳的法律与社会效果,构成在该案件中适用它而不适用法律的排他性理由(exclusionary reasons)。

薛军的观点存在如下问题:第一,法律的效力仅次于《宪法》的地位是由《宪法》明确的。这意味着,就我国的法律体系而言,法律规定本身被认为在《宪法》之下构成一种权威性理由和排他性理由,在裁判实践中具有排除法官个人判断的作用。就《宪法》以及根据《宪法》制定的《立法法》关于法律体系效力位阶的规定来看,法律的效力高于行政法规等其他类型立法的根本原因在于,它是由最高国家权力机关制定的,而不是因为它被法官认为在具体案件中适用能够产生最佳的法律与社会效果。以产生最佳的法律与社会效果作为判断在具体案件中适用法律还是司法解释的标准的做法纵然可能更具有实践理性,但这等于将法律与司法解释置于选择关系,也就等于将二者置于同等级地位,从而否定了《监督法》等明确的法律相较于司法解释具有效力上也即适用上的绝对优先性。第二,如果将法律与司法解释置于选择关系,那么在具体案件中是依据法律还是依据司法解释作出判决的判断权显然将由审理具体案件的法官掌握。在这种情况下,如果没有完善的制度保证法官准确行使这种判断权,那么,依据司法解释作出判决未必能够产生最佳的法律与社会效果,反而会给法官随意否定法律的适用提供制度通道,依法裁判准则受到损害。第三,对于最高法院而言,这种选择机制显然会构成一种激励机制:激励其制定更多与法律冲突的司法解释。但是,即便最高法院基于发展和完善法律的目的如此做,也必然会导致在更大范围内架空法律的后果。问题在于:在一个制定法传统悠久的国家,这种以削弱法律本身的权威性为代价的发展和完善法律的方式,果真是当下发展和完善法律的适当选择吗?

## 五、司法解释的性质和效力位阶的应然定位

### (一) 司法解释的性质:实质意义上的制定法

确定司法解释效力位阶的前提,是根据法律渊源理论澄清司法解释的性质,否则将导致对于司法解释效力位阶的讨论缺乏必要的逻辑基础,因为法律渊源的类型在一定程度上影响对其效力位阶的认定。无论是《监督法》等将司法解释界定为规范性文件,还是最高法院将司法解释界定为规范性法律文件,均没有在法律渊源理论的框架内界定司法解释的性质。通说将

〔89〕 参见薛军,见前注〔86〕,第29页。

〔90〕 参见薛军,见前注〔86〕,第30页。

裁判依据意义上的法律渊源的主要类型划分为制定法、判例法和习惯。在我国,《宪法》《立法法》对各类型制定法间的效力位阶作出了一般性的规定,但其无法一般性地规定习惯的效力位阶。因为虽然习惯在特定情况下可优先于制定法而适用,<sup>[91]</sup>但无论是优先于制定法而适用,还是填补制定法漏洞,<sup>[92]</sup>只有当相关立法作出特别规定时,习惯才会获得裁判依据地位。当习惯被用于填补制定法漏洞时,无法认定其效力高于制定法;当某些习惯因为立法上的特别规定获得优先于制定法而适用的地位时,也无法因此一般性地认定习惯的效力必然高于制定法。如果司法解释就性质而言属于习惯,那么就无法一般性地确定其效力位阶;不过,司法解释显然不是习惯。首先,它不是社会“自生自发的产物”,而是最高司法机关“有意识地主动制定”的。其次,与习惯作为裁判依据的主要作用在于填补制定法漏洞不同,作为法律解释<sup>[93]</sup>的一种,司法解释的作用并非填补法律漏洞,其“内容必须符合法律规定和有关立法精神”。<sup>[94]</sup>再次,习惯作为法律渊源只限于私法领域,而不及于公法领域尤其是刑法领域;而在我国,司法解释作为刑事裁判依据的做法已存在多年,成为“制度性实践”。最后,某个习惯是否可以作为裁判依据从而具有法律效力的判断权由审理案件的法官掌握。就此而言,某个习惯是否具有法律效力不是被预先固定的,而是需要“具体情况具体分析”;而司法解释是否具有法律效力是被预先固定的,不属于法官裁量的事项。

司法解释是最高人民法院行使司法解释权的结果,其性质决定于司法解释权的性质。权力的性质有的决定于设立该权力的法律对其的定性,有的决定于其实际的行使方式。司法解释权的性质无法根据55年《决议》、79年《人民法院组织法》、81年《决议》等法律的相关规定确定。在此种情况下,就需要考察最高人民法院实际行使司法解释权的方式。长久以来,法律层面缺乏对司法解释权的详细规定,两个《决议》以及《人民法院组织法》《立法法》等除了规定最高人民法院对审判工作中具体应用法律的问题进行解释以外,并未就何谓审判工作、何谓具体应用法律的问题、何谓解释等予以明确界定,司法解释权的具体行使方式很大程度上是最高人民法院自行“摸索”的结果。

从实际情况看,司法解释除了不是习惯,其显然也不是判例法,它并非最高司法机关在其对个案的判决中作出的。与在一些国家法官不得脱离其所审判的个案解释法律不同,我国的司法解释具有明显的特殊性和抽象性:除了批复外,解释、规定、规则等其他形式的司法解释均是最高法院针对法律作出的一般性解释,不针对个案进行,采用法律规范的逻辑结构和表述方式,其形式与法律本身无异。此外,与某些国家的最高法院作出的法律解释不具有普遍约束力不同,<sup>[95]</sup>

[91] 例如,我国《民法典》第814条规定:“客运合同自承运人向旅客出具客票时成立,但是当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。”

[92] 例如,我国《民法典》第10条规定:“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。”《瑞士民法典》第1条规定:“如本法没有相应的规定,法官应依习惯法进行裁判。”《瑞士民法典》,于海涌、赵希旋译,法律出版社2016年版,第68页。

[93] 此处所谓“法律解释”不是指《立法法》规定的法律解释,《立法法》规定的法律解释特指全国人大常委会就全国人大及其常委会制定的法律即“狭义的”法律作出的解释,而是指广义的法律解释。

[94] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用(上)》,人民法院出版社2020年版,第89页。

[95] 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,第56页。

在我国,司法解释具有普遍法律效力,可以作为裁判依据如法律一样被反复适用。

“就作为一种职能的立法而言,我们恐怕只能将其理解为一般法律规范的创造。”<sup>[96]</sup>虽然最高法院在某些场合明确表示其不享有立法权,<sup>[97]</sup>但就其实际制定司法解释的方式和司法解释具有普遍法律效力、能够作为裁判依据之性质而言,司法解释实质上就是制定法。

上述最高法院实际制定司法解释的方式,在理论上引发了一些争议,主要的反对意见认为,最高法院作为司法机关,并不享有立法权,其应当以其审理的个案为基础解释法律,不应将司法解释“立法化”;但迄今为止,上述最高法院实际“立法化”的制定司法解释方式以及司法解释的实际功能,并未招致最高国家权力机关的否定,并不违背以“有件必备、有备必审、有错必纠”为基本原则的备案审查制度,因此显然可以被认为在事实上取得了“合法性”。在法律(如《民法通则》《行政诉讼法》《民法典》)尤其是《刑法》从未明确规定司法解释能够作为裁判依据,而司法解释在最高法院主导下在各类诉讼中作为裁判依据的做法长久沿袭且并未招致最高国家权力机关反对的情况下,认为这意味着最高国家权力机关实质上承认司法解释的裁判依据和制定法地位,比主张最高国家权力机关在反对司法解释具有普遍法律效力、能够作为裁判依据的同时却对最高法院的越权行为视而不见、不予干预,显然更为合理。我们不应教条地固守司法机关只能适用法律而决不能制定法律的僵化观念,因为“在政治现实中,绝不会出现下述情况:一个国家法律秩序的所有一般规范均必须专门由被称为立法者的一个机关来创造。在任何一个现代国家的法律秩序中,法院和行政机关都没有被排除在创造一般法律规范之外(即被排除在立法之外)”。<sup>[98]</sup>无论是从历史上看还是就现实而言,最高司法机关拥有立法权性质的(实质意义上的)规范制定权均不鲜见。

## (二) 司法解释的效力位阶

明确了司法解释的制定法性质,仅使在法律体系内一般性地确定司法解释与行政法规、地方性法规等之间的效力位阶具备了一定的逻辑前提,并不能由此得出关于司法解释效力位阶的具体结论和理由。

“相同的职能被分配给不同的机关,这些机关的存在和不同的命名,只有根据历史性的理由才能被解释。”<sup>[99]</sup>类似地,效力位阶并非一个纯粹的规范逻辑问题,而是涉及历史的、政治的、现实的等各种因素,同一法律体系内不同类型立法之间的效力位阶并非必然基于相同的理由。例如,我国《宪法》《立法法》规定的立法机关不仅包括国家权力机关,也包括国家行政机关。最高国家行政机关(国务院)与地方国家权力机关(地方人大)之间不存在领导与被领导的关系,但行政法规的效力高于地方性法规。对此,全国人大常委会法工委有关工作人员给出了若干理由,其中包括,行政法规在全国范围内施行,而地方性法规只在一定行政区域内施行。<sup>[100]</sup>然而,同样在全国范围内施行的部门规章,其效力却与只在一定行政区域内施行的地

[96] Kelsen, *supra* note 23, p. 270.

[97] 例如:“我国是成文法国家,……法院、法官只有司法权而无立法权。”最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组,见前注[94],第88页。

[98] Kelsen, *supra* note 23, p. 270.

[99] Kelsen, *supra* note 23, p. 275.

[100] 参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室,见前注[80],第285页。

方政府规章相同。全国人大常委会法工委有关工作人员对此的解释则是,虽然国务院部门与地方政府的相应部门之间存在指导或领导关系,但在行政关系上,国务院部门与地方政府均受国务院领导,它们之间没有领导与被领导关系。<sup>〔101〕</sup>

综合考量司法解释的特殊性以及其它若干历史的、现实的等因素,司法解释的效力位阶应当分情况而论:刑事司法解释的效力仅低于法律。其他司法解释与行政法规具有同等效力,二者的规定不一致时,由全国人大常委会裁决。经济特区法规作出的变通规定优先于其他司法解释适用。经济特区法规与其他司法解释规定不一致且不能确定经济特区法规的规定是否构成对法律的变通规定时,由全国人大常委会裁决。

如此主张的理由如下:

首先,刑事司法解释的效力之所以仅低于法律是因为:一方面,所有司法解释的效力均低于法律;另一方面,刑事司法解释的重要性不言而喻:“在当下的我国,如果没有司法解释,下级司法机关几乎不会办案。”<sup>〔102〕</sup>刑事司法解释在我国已经被公认为刑事裁判依据,而行政法规、地方性法规不具有这样的性质。

其次,其他司法解释的效力等同于行政法规的理由在于:

第一,司法解释与行政法规本质上都是对法律的适用。司法解释作为对法律的解释属于对法律的适用自不待言,虽然并非所有的行政法规均为执行法律的规定而制定,但就《宪法》规定的国务院行政管理职权的事项制定的行政法规,由于同样被规定效力低于法律,不得与法律抵触,所以法律成为衡量其是否具有效力、能否适用的标准,在此意义上,此类行政法规依然“适用”了法律,因为“一个低级规范是否符合一个高级规范问题的决定,意味着高级规范的适用”。<sup>〔103〕</sup>

第二,有关立法规定的司法解释的对象限于(狭义的)法律,不包括行政法规、地方性法规,司法解释的作用是保障(狭义的)法律正确实施。如果司法解释的效力被设定低于行政法规甚至低于地方性法规,那么后者就会成为衡量其是否合法的标准,这等于在法律外增加了其需要遵守的标准。如果行政法规、地方性法规本身存在与法律抵触等问题而司法解释对之又必须予以遵守,那么势必影响司法解释对法律解释的准确性,进而影响其合法性。

第三,从根本上讲,效力位阶解决的是不同类型立法发生冲突时适用何者的问题,不是用来反映不同类型立法的制定机关之间的权力等级关系。在我国,法律体系的效力位阶并非完全基于各类型立法的制定机关的权力等级确定,部分类型立法的制定机关之间并不存在权力等级关系,而是决定于多种因素。司法解释由最高法院制定并不构成其效力不能高于地方性法规的逻辑障碍,其效力高于地方性法规,也不等于最高法院与地方人大之间存在领导与被领导的关系。

第四,2015年《立法法》赋予所有设区的市地方性法规制定权后,截至2020年8月,共有

〔101〕 参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室,见前注〔80〕,第289—290页。

〔102〕 张明楷:“简评近年来的刑事司法解释”,《清华法学》2014年第1期,第26页。

〔103〕 Kelsen, *supra* note 23, p. 154.

354 个地方人大拥有地方性法规制定权。<sup>[104]</sup> 在此情况下,如果将司法解释的效力设定低于地方性法规,那么将导致最高法院制定司法解释时进行合法性审查的负担过重。

第五,最高法院作为我国的最高审判机关,承担着在全国范围内统一法律适用的责任,制定并施行司法解释是其履行该责任的最重要手段。如果司法解释只能在与地方性法规不抵触的情况下作为裁判依据,那就意味着其适用受到具体地域内地方性法规的决定性影响,这势必导致司法解释在全国范围内无法被统一适用。

最后再来分析其他司法解释与经济特区法规之间的关系。《立法法》明确规定,经济特区法规根据授权对法律等作出的变通规定,在经济特区范围内具有优先适用的效力(参见《立法法》第 90 条第 2 款)。该类变通规定因此优先于其他司法解释适用。另外,《立法法》第 95 条第 2 款规定,根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人大常委会裁决。有的立法释义书认为,《立法法》第 95 条第 2 款规定的根据授权制定的法规同时包括根据授权制定的行政法规和经济特区法规;<sup>[105]</sup>但笔者认为,该款规定的根据授权制定的法规应仅包括经济特区法规。这是因为,该款针对的是根据授权制定的法规与法律规定不一致且不能确定如何适用时如何处理的问题,其针对的不是不能确定根据授权制定的法规与法律规定是否一致时如何处理的问题。而国务院虽然可以根据全国人大及其常委会的授权制定行政法规,但此类行政法规应当就《立法法》第 8 条规定的事项中尚未制定法律的部分事项制定。从逻辑上看,只要不违反授权规定,此类行政法规就不会与法律规定不一致。换言之,此类行政法规一旦与法律规定不一致,就意味着其针对法律已经规范的事项作出了规定,违反了相关授权规定,此时必然应当适用法律,不存在“不能确定如何适用”的情况。而经济特区法规可以根据授权对法律作变通规定,当其与法律规定不一致时,并不必然意味其违反授权规定。《立法法》第 95 条第 2 款实际上是针对第 90 条第 2 款进行的补充规定:当规范适用者虽然确定经济特区法规与法律规定不一致但无法确定此种不一致是否意味经济特区法规违反授权规定因此无法确定适用何者时,应当由全国人大常委会裁决。因此,由于经济特区法规具有特殊性,当其他司法解释与经济特区法规规定不一致时,不应以司法解释而应以法律作为衡量标准决定适用何者。如果能够确定经济特区法规的规定构成对法律的变通规定,则适用该规定;如果不能确定经济特区法规的规定是否构成对法律的变通规定,则应由全国人大常委会裁决。

## 六、结 语

司法解释制度产生和发展于具有我国特色的法治国情之下。司法解释在统一法律适用等方面发挥了重要作用,却在制度层面长期游离于法律体系之外。司法解释的性质和效力位阶在法律上的不明确引发的诸种问题亟需理论上的澄清和制度上的回应。对司法解释性质的分析,需要以法律渊源理论为基础展开;确定司法解释的效力位阶,不是一个纯粹的规范逻辑问

[104] 参见姜法氏:“赋予设区的市地方立法权五周年:为地方改革和经济社会发展提供法治保障”,《中国人大》2020 年第 22 期,第 35 页。

[105] 参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室,见前注[80],第 297 页。

题,而应从我国法律体系效力位阶的现状出发,综合考量历史的、现实的等各种因素。有必要在《立法法》上明确司法解释的性质和效力位阶,为司法解释制度的良性运行提供充分的制度保障。

---

**Abstract:** Judicial interpretation is considered as normative documents with lower validity than the statutes. However, the validity hierarchy between judicial interpretation and the various types of rules under statutes has not been clarified, which can neither avoid the conflict between judicial interpretation and the various types of rules under statutes, nor provide guidance on how to apply in case of the conflict between them. The Supreme People's Court defines judicial interpretation as normative legal documents as supplementary judgment bases. In judicial adjudication, the positions of the parties and the courts about the nature and validity hierarchy of judicial interpretation are obviously diverse. In theory scholars have different viewpoints on the nature and validity hierarchy of judicial interpretation and have not reached a logically coherent and realistic conclusion so far. Judicial interpretation is statute in essence. Considering its particularity and several other historical and realistic factors, the validity hierarchy of judicial interpretation should be divided into different situations: the validity of criminal judicial interpretation is only lower than the national law. Other judicial interpretations and administrative regulations have the same validity. If the two provisions are inconsistent, the Standing Committee of the National People's Congress shall make a decision. The adaptive provisions made by regulations of special economic zones shall prevail over other judicial interpretations. If there is any discrepancy between regulations of special economic zones and provisions of other judicial interpretations and it is uncertain whether the provisions of the regulations of special economic zones are implementing provisions to the statutes, the Standing Committee of the National People's Congress shall make a decision.

**Key Words:** Judicial Interpretation; Validity Hierarchy; Judgment Basis; Statute

---

(责任编辑: 阎天)