

中青年法学文库

司法解释论

(修订版)

董 皞 著

中国政法大学出版社

D0
349(A)

中青年法学文库

司法解释论



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法解释论/董皞著. —北京:中国政法大学出版社,1999

ISBN 978 - 7 - 5620 - 1729 - 5

I. 司... II. 董... III. 法律 - 解释 - 理论研究 - 中国 IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 29568 号

书 名 司法解释论

出 版 人 李传敢

责任编辑 齐心

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

E-mail: zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

(010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787×960 16 开本 22 印张 390 千字

版 本 2007 年 8 月修订版 2007 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5620 - 1729 - 5/D · 1688

定 价 38.00 元

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

修订版序

8年时光弹指一挥间，慨叹华发早生，不觉已近耄耋之年，而董皦亦已是知天命之人了。遥忆当年，董皦的《司法解释论》初版问世时，正值九届全国人大二次会议将“依法治国、建设社会主义法治国家”载入宪法之年，我国的法治建设步入了快速发展的轨道。在这个承前启后的阶段，中青年法学文库丛书将董皦的这本著作收列其中，从而在承继了新中国老一辈法学家们研究成果的同时，又充分展示了新一代法律学人大胆思考、勇于创新、厚积薄发的学术激情。正因有了当年这批新的学术精英的探索，我国迈向依法治国的步伐才更加显得坚实而有力，通向法治的道路亦变得明朗与坦荡。

进入新千年的我们正处于一个社会剧变的时代，8年里，我们亲眼目睹了社会的变革与法治的进步，而事物的发展必然是一个否定之否定的过程，在今天瞬息万变的社会现实面前，重阅昨天引以为豪的著作时，我们似乎可以感觉到，那曾经崭新的书页已日渐泛黄。去年我与董皦见面时，与他谈及此感，希望他对自己8年前的作品，用现在的眼光重新作一番审视，或许有新的见地可以促成《司法解释论》的再版。对于我的建议，董皦欣然接受。起初我心存疑虑，恐其身兼要职，事务繁忙，难以分心；但又念及他甚明为学之道，加之处事严谨，治学勤奋，则复觉他必然能有所作为，不负时代的要求。

《司法解释论》这本书原是董皦的博士学位论文，我作为一个宪法学者，尤为欣赏其立论，不囿于司法解释属于法理学研究范畴的观点，转而从宪法学的角度对司法解释加以阐述，明确了司法解释的宪法地位；同时该书在体例上，大胆地把“司法解释之宪法地位”放在了第一章这样的显要位置，因而起到了开宗明义的效果，给人以眼前一亮的感觉。这次再

2 修订版序

版，董皞结合自己在司法实践中的亲身体会和对司法解释现实问题的思考，在初版框架结构的基础上，对原书中引用的资料进行了补充和更新，又紧跟法治发展的脉搏，对我国司法解释的新理论、新规定、新动态作了深入的阐明、分析和预测，并对我国司法解释的进一步完善提出了新的观点和建议。尤其应该指出：他在书中提出的在程序和技术上如何将我国判例解释纳入司法解释范畴的构想，解决了案例在中国司法判决中的地位这一困扰法学理论界与司法实务部门已久的问题。再版增补部分，洋洋洒洒十余万字，行文视角独特、立意新颖、论证充分，恰似清风拂面，使人耳目一新。

我与董皞的友谊始于1996年。是年末，我国著名宪法学家何华辉教授不幸逝世，此时，董皞尚在何先生门下攻读博士学位。我与何华辉乃莫逆之交，故人乘鹤西去，哀痛之余，深感遵从何华辉生前所嘱咐，完成他未竟之业，继续培养其学子，是我义不容辞的责任。董皞思维敏捷，长于思考，且有实务部门工作之经验积累，近年来笔耕不辍，时有文章见诸报刊，著述颇丰，今逢《司法解释论》再版问世，窃为董皞庆贺，此一喜也；再版书成之际，正值何先生逝世10周年，董皞于学术上又有建树，应可告慰挚友何先生之灵，此二喜也；我阅毕董皞再版的新书，觉得同初版相比，无疑地更具优质。联系到近年来法学论著的推出如雨后春笋，由此显示司法实践与法学研究相得益彰，可谓国之幸事，此三喜也。

是为序。

许崇德*

2007年5月于北京西郊时雨园

* 许崇德，男，1929年生，上海青浦人，中国人民大学法学院博士生导师，著名宪法学教授。曾任中国政治学会副会长，中国法学会理事，中国宪法学研究会副总干事、名誉会长，中国香港法律研究会副会长兼秘书长，中国社会科学院政治学研究所学术委员会委员，《中华人民共和国香港特别行政区基本法》起草委员会委员，全国人大香港特别行政区筹备委员会委员，《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》起草委员会委员，全国人大澳门特别行政区筹备委员会委员，全国人民代表大会内务司法委员会特约研究员，国务院发展研究中心港澳研究所学术委员会主任。

序

司法解释是法学研究中的一个重要课题，也是一国法律制度中的重要组成部分。在司法实践中，案件的事实和情节往往是纷繁复杂的，多数情形下，法律规范若不依立法精神加以阐述和说理，很难直接适用到具体案件中。因此，司法解释便成为法院（法官）行使司法权的一种重要手段；而在其对法律的解释过程中，许多法律规则便得以创设。有鉴于此，称司法解释为法学发展的动力和源泉之一亦不为过。这一点在西方国家，特别是普通法系国家表现得尤为突出；法律学者研究法律，很重要的方面，就是研究司法解释。当然，由于各国的法律传统和实践的不同，司法解释的地位和作用，亦有许多差别。但这并无碍于“法官造法”这一事实的存在。

我国的法学理论和司法实践中，司法解释被赋予了特定的含义。虽然到目前为止，我国的法学界对司法解释的概念尚未见统一的界定，但最高司法机关所从事的这项工作自新中国建国伊始就一直在进行着。先后形成的数百万的司法解释，作为我国的一种重要的法律渊源，在调整各种社会关系、保障社会主义现代化建设方面无疑发挥了巨大的作用。建国后的近30年中，司法解释实际上承担着将政策法律化的使命；党的十一届三中全会以后，司法解释又肩负着弥补立法工作的粗略和滞后的任务。应当说，最高司法机关的司法解释工作在一定程度上解决了司法机关在实际工作中无法可依的状况，以及由于法律规定过于原则而带来的难以适用的问题，因此一直得到法学界的高度评价和关注。但是我们也应看到，几十年来，我国的司法解释工作经历了不同的发展过程和阶段，其自身无论从主体还是到内容等多方面尚有不少需完善之处。对此，法学界正从不同层面对司法解释进行审视和研究，取得了相当的科研成果。董皞同志的论著《司法解释论》就是一部新近力作。

论文在学术上的价值，主要在于作者认定司法解释属宪法问题，具有

II 序

明确的宪法地位；从立法与司法关系的角度着手，探讨司法解释现象，视角新颖，构思别致。作者以中外审判实践经验为依托，运用法学、政治学、社会学等理论，从宏观上对司法解释问题展开了深入的研究，对司法解释概念的界定、功能的表述、成因的揭示、历史演进过程以及相关理论的评价等有着系统的阐释。作者对司法解释的体制、模式和方法的思考，对司法解释与法官素质相关联的阐述，以及对司法解释发展趋势的展望等，多具新意，有独到见解，并且言之成理，论之有据，体现了作者较强的科研能力。特别值得称道的是，作者长期从事审判工作，具有丰富的司法实践经验，他在对我国司法解释的现状进行深入审视和理性思考的基础上，从主体、形式和内容等方面，就如何完善我国的司法解释提出了一系列建议。这些建议对合理规范我国的司法解释工作，乃至对建设有中国特色的司法体制都具有重要的参考价值。

我国社会主义市场经济体制正处于逐步完善之中，与之相适应的社会主义市场经济法律体系的基本框架也已形成，而现行的司法体制还不同程度的带有计划时期的烙印。按照党的十五大精神推进司法体制改革，是建立和完善社会主义市场经济体制的必然要求，也是历史发展的必然趋势。司法解释的完善作为整个司法体制改革的一个方面可谓任重道远，有待于我们的共同努力。在此，我很荣幸地把董皞同志的这部论著推荐给大家，相信该书一定会给读者以收获和启迪。

罗豪才*

1998年8月

* 罗豪才，1934年3月生，福建安溪人，著名行政法学教授，致公党中央主席，全国政协副主席，中国法学会副会长。毕业于北京大学法律系，第八届全国政协常务委员，第九届、第十届全国政协副主席，中国人权研究会会长。曾任北京大学副校长，北京市侨联主席，中国侨联副主席，北京市人大常委会委员，致公党中央副主席，中国法学会副会长，全国政协副主席秘书长，最高人民法院副院长，中国和平统一促进会会长。

序 言

司法解释是横跨立法权与司法权，在行政诉讼制度产生以后又涉及行政权的我国法律体系中极为重要的组成部分，它直接影响着依法治国方略的实施。司法解释在我国虽早已实际存在并发挥着相当的作用，但迄今在理论上仍疏于研究。各界对司法解释的理解和评论很不相同。随着我国法制实践的进展和司法作用的扩大，司法解释的地位和作用正在提高和增强。因此，研究司法解释，正确认识和理解司法解释与立法、行政之间的关系，是实践提出的迫切要求。董皞的《司法解释论》正是在这种历史背景下，适应时代需要而问世的。它填补了我国法学研究中的一项空白，是我国第一部系统、全面而又深刻地论述司法解释的专著。其实践意义自不待言。

该书从司法解释之基本含义与宪法地位着手，追本溯源，寻求司法解释之成因，研究司法解释之演进，中外比较，阐述司法解释之理论，剖析司法解释之模式，进而探求司法解释与其他法律解释，司法解释与法律适用，司法解释与判例之关系，最后以预测司法解释之发展趋势为结语，洋洋洒洒，几及司法解释之一切方面，自成完整体系。

该书以中国司法解释为出发点和归结点，力图对我国实践中涉及司法解释现象都作出理论评述；以解决中国司法解释中存在的问题为著述目标，每有所论，则务求深意。如作者通过对法律适用过程中的局限性以及立法与法律适用的分离和法官不得拒绝审判案例的职责的分析，形成了司法解释产生的必然性的观点；通过对司法解释究竟是一种权利还是手段的论述形成了司法解释只是一种手段的观点，并且认为中国司法解释应为一

2 序 言

元多级体制，司法解释的对象应包括事实和法律两方面等等，新观点、新理念俯拾即是，皆道人所未道，实为作者创造性劳动之成果。总之，董皞此书将对我国之司法解释产生积极影响，这是确定无疑的。

面对董皞这本几十万字的专著，不禁感慨万千。董皞做法院领导工作已数年，任重事杂，然而又生性活跃，社会活动不少，但竟以3年业余时间，攻成博士学位。写此鸿篇巨著时，真是夜以继日，几乎将所有夜间与假日休息时间，全部用于钻研与写作。杜门不得，逃至他室，寒窗苦研如此，原以为早已解董皞之干练、明敏，至此又深感其毅力之惊人；不仅如此，通读全书，觉其思路缜密、开掘深刻、立论新颖，清新之气扑面而来。至此，又深为其严谨、灵性而赞叹。有此精神，何事不成！后生可畏，后生可喜。我期待董皞更大的成功！

应松年*

1998年8月于北京魏公桥畔

* 应松年，1936年11月生，浙江宁波人，著名行政法学教授，中国法学会行政法学研究会会长。1960年毕业于华东政法学院，国家行政学院法学部主任、教授，中国政法大学兼职教授，第十届全国人大代表，北京市第十届、第十一届人大代表。曾任中国政法大学研究生院行政法硕士生导师组组长、博士生导师，中国法制研究所所长，内务司法委员会委员。多年担任中国法学会行政法研究会副会长兼秘书长、兼任中国行政管理学会、中国监察会、中国卫生法学会副会长等职。享受国务院颁发的政府特殊津贴。

内容摘要

司法解释是司法权的重要组成部分，是行使司法权不可或缺的手段。世界上绝大多数国家的宪法对司法解释从不同角度或层面给予了充分肯定，司法解释的宪法地位已为各国宪政实践所证实。确定司法解释的宪法地位，对于正确认识司法权，理顺司法解释体制，合理运用司法解释，以达到正确适用法律，实现立法者意志的目的都具有重要的意义。

司法者解释法律是立法与司法权力分立的结果，司法解释的产生和需要是由于成文法的局限性所致。〔法律是过去或现在的立法者根据当时的情况制定的适用于未来社会的行为规范，因而带有一定程度上的预测性质。社会的复杂性和多变性，使得立法者既不可能制定出包罗万象的法律，也不可能使法律成为适应千变万化社会的万能法。〕成文法的局限性主要表现为：①一般规则对个别案件之局限性——缺乏平衡性；②有限规则对无限客体之局限性——缺乏周延性；③模糊规则对确定事项之局限性——缺乏明确性；④稳定规则对发展事物之局限性——缺乏应变性；⑤刻板规则对丰富内涵之局限性——缺乏灵活性。成文法的这些局限性是由立法客体对立法者的制约、立法者本身认识的局限性和作为法律载体的语言的局限性所决定的。〔立法的意义在于法律的适用，但成文法的局限性只有在法律适用过程中才能显现出来。由于立法者与法律适用的分离，以及法官不得拒绝审判案件的职责，必然将法律适用过程中解决成文法局限性的任务推到法官面前，法官不是立法者，解决成文法局限性的杀手铜只能是司法解释。〕

司法解释的发展无论是大陆法系还是普通法系都曾经经历了一个曲折的

2 内容摘要

过程，以大陆法系尤甚。其发展历程围绕着两条主线进行：一是法官释法是否意味着司法权对立法权的侵犯，集中表现在是否允许法官解释法律的问题上；二是面对法律的模糊和漏洞，释法者追寻立法者的原意是否可能，立法者的原意不能适应已经变化了的社会现状时又该如何，集中在法律解释的目标是采用主观标准还是客观标准的问题上。从古罗马开始，法官释法的足迹是沿着一条被禁止——被限制——有限创制的道路前进的，“在今天的西方世界，立法与司法之间的明确界限已经模糊”。〔1〕法律解释的目标也在经历了以探求立法者原意的主观解释论和探求客观存在的法律目的的客观解释论之间此消彼长的反复较量之后，客观解释论取得了优势，现今仍占据通说地位。有关司法解释的各种理论在解释学、法解释学不断发展的基础上也逐步走向发展和完善。

司法解释作为法律解释的一种与其他法律解释相比有着自己的特殊性，对司法解释进行再分类，深入研究各类司法解释的特点具有十分重要的理论和现实意义。司法解释究竟系一种手段抑或一种权力是一个有争议的问题。在中国，法律解释特别是具有拘束力的解释一向被看做是一种权力，因而出现了有关法律解释的这样或那样的决定，对谁可以作为解释者，可以作哪一方面的解释都作了明确具体规定，由此形成了有着中国特色的法律解释体制，包括司法解释的体制和模式。中国现行司法解释体制可以称之为二元一级的司法解释体制，即最高人民法院和最高人民检察院两个职能不同的最高机关才有解释权的司法解释体制。我们无法否认这一现实，但作为行使侦查、公诉职能的检察机关也拥有司法解释权，且这种解释对审判机关也具有拘束力，岂不是公诉机关的法律文件成了审判的依据？同时，我国的司法解释主体排除了最高人民法院以下的各级法院和法官的司法解释权，这与法官在适用法律过程中事实上不可避免地解释法律的实际情况明显不符。司法解释的主体不是法院更不只是最高法院，而是

〔1〕徐国栋著：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社1992年版，第362页。

裁判案件的审判组织和法官。只有代之以一元多级的司法解释体制，才能保证我国司法解释体制的真实性与合理性。但当我们认真审视法律适用过程中的司法解释时却发现，司法解释并不表现为一种权力，而是法官实现法律适用目的的手段。从这个角度看，并不存在什么事实上的司法解释体制问题，研究司法解释体制仅仅是着眼于中国立法关于司法解释的规定而已。

司法权的实现手段是法律适用，实现法律适用的重要手段便是司法解释。司法解释是具有主观能动性的法官在面对实际案件时，根据案件的具体事实进行法律选择和就所选择适用的法律进行的理解和说明。对于司法解释来说法律和事实二者缺一不可，司法解释不仅包含了对法律的理解，而且包括了对事实的分析，司法解释的对象既有法律也有事实。司法解释是法律和事实的结合剂。在中国作为手段的司法解释无论在形式上还是内容上都有亟待完善的方面，特别是最高法院公布的案例应当作为司法解释的一种特殊形式，司法解释的形式应当更加严肃和规范，司法解释的内容应当更加详尽，更具说理性。

司法解释有着悠久的发展历史，更有着强劲的生命力。随着社会生活的飞速变化，司法解释的性质、目标 and 作用也在不断地发展，人们对司法解释的认识也会更加深刻，司法解释在法治社会中的作用也将日益突出。

ABSTRACT

Judicial interpretation is a vital part of judicial power, which is also an indispensable means to assume judicial power. Majorities of constitutions in the world have granted plenty positive attitude to judicial interpretation from varies of angels or phases. And constitutions' practice of many states has proved the constitutive status of judicial interpretation. To ascertain the constitutive status of judicial interpretation will have progressive significant on correctly comprehending judicial power and judicial interpretation system as well as reasonably using judicial interpretation to realize the purpose of legislator's will by means of applying to law correctly.

Law interpretation by judicial organs is the result of the separation of legislation and judicial power. And the cause of judicial interpretation's birth and being needed is the limitations of written law. As law is a series of action rules made by now or before legislators in accordance with original circumstance for applying to future society, law has a nature of forecasting in some degree. Complicate and changeable society limits the legislators neither to make out all-embraced law nor to make out universal law. The limitations of written law manifest as follows:

1. general rules to individual case - lacking of balance
2. limited rules to unlimited objects - lacking of distribution.
3. ambiguous rules to ascertained items - lacking of clarity.
4. steady rules to developing items - lacking of change.
5. mechanical rules to rich meaning - lacking of flexibility.

The above - stated limitations of written law are determined by the limitation of legis-

2 ABSTRACT

relative objects to legislators and the limitations of legislators themselves and language as law carrier. The significance of legislation lies in applying to law, but the limitations of written law only appear in the course of applying to law. As the separation of legislator and applying to law as well as the duty of judge never refusing judicial work, the task of solving the limitations of written law is put in front of a judge during applying to law inevitably. As a judge is not a legislator, his secret weapon to solve the limitations of written law is only by way of judicial interpretation.

The development of judicial interpretation whether in mainland law system or in common law system has experienced a winding course. Especially in mainland law system, its developing experience rounds about two main courses: One is whether a judge to interpret law means to infringe the legislative power, which focuses on whether to permit judge to interpret law; The other is whether the interpreter can seek the original meaning of legislator in front of ambiguous law and loopholes of law and how to solve them when the original meaning of legislator can't be adapted to changed society, which focuses on whether the aim of law interpretation to adopt subjective standard or objective standard. From the beginning of ancient Rome, the footmarks of judge to interpret law traced along a forbidden — restrictive — limited making road. "Nowadays in the western world, the clear boundary between legislation and judiciary becomes ambiguous."^[1] After experienced struggling repeatedly between subjective interpretation theory which to probe into the original meaning and objective interpretation theory which to probe into the purpose of law objective existed, the objective interpretation theory in the aim of law interpretation occupied dominant position and still in gen-

[1] Xu Guo Dong, Interpretation of Fundamental principles of civil law, P362. Chinese Political and law University Press, 1992.

eral status in nowadays . Theories relating to judicial interpretation have been developed and perfected gradually on the base of the development of interpretation theory and law interpretation theory.

Judicial interpretation as one method of law interpretations has its special characteristic compared with other law interpretation , so it has vital significant in theory and practice to re - classify judicial interpretation and to further study the characteristics of judicial interpretation. It is a controversy issue whether judicial interpretation is a means or a power. In China, law interpretation especially interpretation with having binding force is always regarded as a power, therefore, there appear decisions relating to law interpretation required who to interpret and what to interpret clearly and forms law interpretation system with Chinese characteristics including of systems and modes of judicial interpretation. The current system of judicial interpretation in China may be called "Double Units and One Grade", namely, only the Supreme court and the supreme procuratorate whose duties are different have power to interpret law. We can never deny the fact that, procurator organs when conducting reconnaissance and instituting public prosecution also assumes judicial interpretation power, which has binding force to judicial organs. Does it mean the law of public procurator constitutes the basis of trial? Meanwhile, the subjects of judicial interpretation in China have excluded lower courts and judges from the power of judicial interpretation except supreme court , which is completely inconsistency with the practice that judge unavoidably interprets law when applying to law in practice. The subjects of judicial interpretation should not be lower courts or the supreme court , but be judicial organs and judges . Only in place of the judicial interpretation system by the system of "One Unit and Many Grade" can assure the reality and reasonableness of judicial interpretation system of China . But when screening carefully the judicial interpretation in the course of applying to law , we find out that , judicial interpreta-

4 ABSTRACT

tion is not manifested as a kind of power , but a means for the judge to realize the aim of applying to law . From this angle , there is not the issue of judicial interpretation system in fact. When studying judicial interpretation system , we only focus on the requirements relating to judicial interpretation in legislation of China.

The means to realize judicial power is to apply to law , and the vital means to realize applying to law is by judicial interpretation . Judicial interpretation means that a conscious dynamic judge when applying to law in front of a detailed case conducts comprehension and explanation to selected law in accordance with detailed facts of a case. Law and facts to judicial interpretation are inseparable. Judicial interpretation not only includes comprehension of law but also analysis of facts. The objects of judicial interpretation include law and facts. Judicial interpretation is the connecting point of law and facts. In China , judicial interpretation needs to perfect both in its form and in its meaning , especially the cases published by the supreme court as a special form of judicial interpretation , whose form should be more strict and standard and whose meaning should be more concrete and reasonable.

Judicial interpretation with long history has strong life. With the rapid change of society , the nature and aim and role of judicial interpretation have been developed. People will comprehend judicial interpretation more deeply. The role of judicial interpretation in law - governed society will be more outstanding.

引 言

在从事审判工作过程中，时常会遇到对法律的理解问题，不时被法律的解释问题所困扰，而我每每在思考司法解释问题时都会产生一种写作冲动，但每次冲动也都只是一瞬而已，其原因无外乎是勤于动脑而懒于动手。在三年的在职博士生涯中，使我有机会在接受法学继续教育的同时，能够对这一问题在更高更深的层次上进一步思考。在不得不考虑博士毕业论文时，才终于迫于压力将这种写作冲动变为行动，否则即便这些不成熟的想法也只能是胎死腹中了。本论文选题及写作大致基于如下考虑：

一、选题之意图

1. 长期从事审判实践对司法解释问题感受颇深，对国外司法制度之研究使本人对司法解释问题产生一些想法，深感对这一问题的研究具有必要性和紧迫性。
2. 国内外学者对以司法解释为主要内容的法律解释问题的研究尚有不尽人意之处。
3. 在中国，因社会发展需要而作用日渐突出的司法解释与解释的无序状态，亟需国家根本法作为司法制度问题予以确认和规范。司法解释问题亦应作为司法制度的重要内容提到宪法学的日程上来。

二、选题方向

1. 之所以对本选题提出研究方向问题，是由于它涉及到对司法解释所属学科的认识。传统的观点是将司法解释当做纯法理学或法解释学问题，更有人将司法解释仅看做是法律解释方法，故而在宪法学领域对司法解释问题研究甚少，抑或将其排除在宪法学研究领域之外。
2. 司法解释虽涉及到法解释的方法问题，但这不是首要问题。司法解释的首要问题是立法和司法的关系问题，一个国家的司法制度和司法机关在国家机构中的地位及其与其他国家机关的关系问题。这正是宪法学研究的范畴。