

司法解释的建构理念分析

——以商事司法解释为例

陈 甦^{*}

内容提要：在当前的司法解释形成过程中，存在一些值得注意的制度建构理念与方式，如过多地基于推理启动具体的司法解释形成过程，先创设“立法政策”然后顺此制定司法解释，试图通过司法解释实现社会利益一般调整却超越其本身的权限与能力等等。这些做法影响具体司法解释的制度生长趋向与内容选择，并导致司法解释的定位逾矩与功能紊乱。为完善司法解释形成机制以确保司法解释优化质量，须强调基于审判经验启动具体的司法解释的形成过程，以顺应立法政策作为具体司法解释的政策取向原则，以实现法律的技术完善作为具体司法解释的建构重心。

关键词：司法解释 法律文本 立法政策 商事司法解释

司法解释生长于法律文本。^{〔1〕}“在抽象解释中，……解释者与法律文本的关系应当是一种服从与被服从、描述与被描述的关系，它应该遵从作为解释对象的法律文本的权威，受解释对象的制约，负有忠实于解释对象的责任。”^{〔2〕}然而，司法解释的形成并不是法律文本的一种自然生长过程，或者说，居于司法审判机制中的法律文本应用转化过程，并不能自然而然地生成、衍化、结晶出司法解释。司法解释作为法律文本的一种延伸表达方式，解释者的解释动机、价值偏好、重点预设、方法选择和表述特点等，在很大程度上决定了一个司法解释何以特定的内容出现。司法解释的形成过程及其结果，不仅取决于法律文本的对象性设定，也取决于解释者的主体性设定。也就是说，在司法解释的形成机制中，同一法律文本因解释者的主体条件和主观选择的不同，可以衍生出不同的司法解释内容。因此，司法解释形成机制是解释者主导下的一个能动过程，探讨司法解释形成过程中的主体性因素，可以为进一步完善这一机制提供价值与方法上的更优选择。本文从司法解释形成过程的启动方式、司法解释与立法政策之间的关系以及司法解释内容设定上的目标取向等三个层次，解析当前司法解释建构理念方面的偏好，并尝试为司法解释形成机制的完善提供理论上的探索。

^{*} 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 本文中的“司法解释”，是指最高人民法院做出的具有一般法律效力的抽象司法解释。

〔2〕 张志铭：《法律解释》，载夏勇主编：《法理讲义》，北京大学出版社2010年版，第735页。

一、基于推理启动抑或基于经验启动

制定司法解释，是为了解决审判工作中具体应用法律的问题。但审判工作中仅有解决具体应用法律问题的客观需要，并不足以启动一个司法解释的形成过程，还须有为满足客观需要而启动司法解释形成过程的主观决定。从制度形成的表面形式上看，一个特定司法解释的形成过程始于“立项”。〔3〕制定司法解释的立项来源，包括最高人民法院审判委员会提出制定司法解释的要求，最高人民法院各审判业务部门提出制定司法解释的建议，各高级人民法院、解放军军事法院提出制定司法解释的建议或者对法律应用问题的请示，全国人大代表、全国政协委员提出制定司法解释的议案、提案，有关国家机关、社会团体或者其他组织以及公民提出制定司法解释的建议，以及最高人民法院认为需要制定司法解释的其他情形。〔4〕按照最高人民法院《关于司法解释工作的规定》（2007）第11条的规定，“最高人民法院审判委员会要求制定司法解释的，由研究室直接立项。对其他制定司法解释的立项来源，由研究室审查是否立项。”

制定司法解释的立项决定，在制度上是司法解释形成过程的起端，但立项决定能否做出，依赖于制定司法解释必要性的判断。制定司法解释的必要性判断与立项决定，构成了司法解释过程的启动机制。在制定司法解释的启动机制中，一个具体的司法解释制定工作应否立项的判断与决定，实质上是对已生效法律的应用性所做出的判断与决定，如法律文本是否完备周延，是否适于司法应用，是否宜于有效实施等。

对制定司法解释具有启动意义的判断与决定，依据其判断材料来源、形成方式特点与决定依据选择，可以划分为两类：一是基于推理启动司法解释的制定过程，简称“推理启动”；二是基于经验启动司法解释的制定过程，简称“经验启动”。前者是指，当一部具体法律生效后，通过对法律文本的分析，发现其中的模糊而不清晰、抽象而不可操作、简约而不周延、疏漏而成适用空白、错误而不能实施之处，并对这些文本局限可能造成的司法困扰进行评估，认为其足以严重影响法律的司法应用时，决定启动司法解释的制定过程。后者是指，当一部具体的法律生效后，通过对该法律在司法审判实践中应用状况的总结，在积累了大量与适用该法律有关的经验案例后，形成法律文本转化为法律秩序的实际司法过程是否顺畅得当的分析与判断，当认为法律文本转化为法律秩序的实际司法过程存在的障碍主要是法律文本局限造成的，决定启动司法解释的制定过程。

推理启动和经验启动都依赖于司法解释制定主体的法律文本判读和经验总结。但是，推理启动更侧重基于主体既有知识体系的文本判读，经验启动更侧重基于主体归纳经验过程的文本比对；推理启动更侧重立法前经验的归纳结果，经验启动更侧重立法后经验的归纳梳理。

需要说明的是：其一，基于推理启动抑或经验启动，并不是制定司法解释工作的制度起点，而是司法解释形成过程中解释者的思维逻辑起点，当然，这种思维逻辑起点的不同会产生相应的制度结果。其二，在司法解释的形成过程中，基于推理启动抑或经验启动，并不是截然分离、独自发挥作用的，而是相互融合、交替发挥作用的。其三，对于一个具体的司法解释，并不能将其完全归类于基于推理启动抑或经验启动，但从其文本内容的形成过程及其相关资料，可以推导判断出司法解释形成过程的主体思维偏好，即司法解释制定的参与者偏重推理抑或偏重经验来决定一个具体司法解释形成过程的启动。

〔3〕 最高人民法院《关于司法解释工作的规定》（2007）第9条规定：“制定司法解释，应当立项。”

〔4〕 参见最高人民法院《关于司法解释工作的规定》（2007）第10条。

以商事司法解释的形成过程为例,通过对一些重要商事司法解释形成时间与解释对象法律颁布时间的时间差比对,可以在某种程度上发现司法解释的推理启动与经验启动的消长趋势。

商事法律颁布与主要配套司法解释首次颁布的时间差〔5〕

商事法规	配套司法解释	颁布时间差
企业破产法(试行)(1986年12月2日通过)	关于贯彻执行《中华人民共和国企业破产法(试行)》若干问题的意见(1991年11月17日)	约5年
海商法(1992年11月7日通过)	关于海事法院拍卖被扣押船舶清偿债务的规定(1994年7月6日)	约1年9个月
票据法(1995年5月10日通过)	关于审理票据纠纷案件若干问题的规定(2000年11月14日)	约5年6个月
证券法(1998年12月29日通过)	关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定(2002年12月26日)	约4年
公司法(1999年12月25日修订)	关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定(2003年1月3日)	约3年
保险法(2002年10月28日修订)	关于审理海上保险纠纷案件若干问题的规定(2006年11月23日)	约3年
证券法(2004年8月28日修订)	关于对与证券交易所监管职能相关的诉讼案件管辖与受理问题的规定(2005年1月25日)	约5个月
证券法(2005年10月27日修订)	关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定(2007年6月11日)	约1年8个月
公司法(2005年10月27日修订)	关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(一)(2006年4月28日)	约6个月
企业破产法(2006年8月27日通过)	关于审理企业破产案件指定管理人的规定(2007年4月12日)	约8个月
保险法(2009年2月28日修订)	关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释(一)(2009年9月21日)	约7个月

从上表可见,在2004年以前,每一重要的商事单行法颁布后,与该法相关的首次司法解释的发布时间,大体上距离该商事法律颁布时间两年以上,最长达五年。例如,票据法1995年5月10日颁布,最高人民法院2000年2月24日出台《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》,其间历经五年多时间。企业破产法(试行)于1986年12月通过后,其规范结构与制度效能极不成熟,当时的法律体系与司法实践规范也不能为它的适用提供足够的补充规则,法院审理企业破产案件时亟需相关司法解释,但直至1991年11月17日最高人民法院颁布《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法(试行)〉若干问题的意见》,1992年7月14日最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》中,规定了“企业法人破产还债程序”,2002年7月18日最高人民法院才颁布了《关于审理企业破产案件若干问题的规定》。

在2004年以后,每一重要的商事单行法颁布以后,几乎在一年之内与之配套的司法解释即已开始陆续出台。例如,公司法于2005年10月27日做重大修订,公司法司法解释(一)在六个月后就出台;保险法于2009年2月28日做重大修订之后,保险法司法解释(一)不到七个月就

〔5〕 由于涉及商事领域的司法解释形式不一、内容各异,笔者只对我国一些重要商事单行法颁行后的体系化配套司法解释的首次出台时间,进行简要统计分析。

出台；2006年8月27日破产法通过后，只过了八个月时间，有关破产法的司法解释就出台了。

重要商事单行法律颁布与相关司法解释首次出台的间隔越来越短，说明了一个制度建构方面的事实，即法院系统制定司法解释的主观能动性愈来愈强，对于司法解释的制定能力愈来愈强。司法解释的及时出台，对于有效理解法律、有效适用法律，当然具有一定的积极意义。但是，这也反映了一种倾向，即司法实践对于司法解释的渴求愈来愈强烈，以至每当一部新法律颁布后，似乎没有相关司法解释就不能有效适用法律。而为了满足这种渴求，不得不愈来愈快地提早制定新法律的相关司法解释。在重要商事单行法律颁布与相关司法解释首次出台的间隔越来越短的趋势中，通过推理启动司法解释制定过程的倾向也必然愈来愈强化。

在一部法律生效实施的短时期内，不可能出现足够的审判经验积累以至于必须启动司法解释的制定过程。通过社会活动形成经验，必须以一定的时间经过为必要条件。无论司法审判工作多么努力，也不可能在一部法律出台后短短几个月内就形成了启动司法解释制定过程所必要而充分的司法审判实践经验，尤其不可能形成“体系化的经验”，即既有经验的归纳形成了与司法解释的规范体系结构一一对应的经验基础，因为只有对生活事实进行长期观察与归纳，才会形成体系化的经验事实表述。而且，一个司法解释要通过立项研判、立项审批、条文起草、征求意见、颁布出台等多个阶段，一部新法律颁布几个月内就能出台一个系统性的司法解释，只能说明在这部法律刚一颁布甚至在颁布之前，就决定启动相关的司法解释制定过程。因此，相关司法解释的出台距离新法律的颁布时间越短，并且该司法解释的体系化程度越强，该司法解释的制定过程就越是基于推理启动。

当然，作为一个连续的社会组织活动过程，司法审判经验的形成与积累也具有连续性。在新法律颁布之前，也能形成与该法律某些条文内容相对应的审判经验。但是，以立法前经验启动司法解释的制定过程，仍然应当认定为以推理启动，立法前经验只是推理启动的论据材料。立法是一个经验利用的过程，包括对法律制定前司法审判实践经验的利用。一个有效的立法过程，应当是对立法前经验（包括立法前的司法经验）已经进行了有效而充分的利用。这或许是一个事实假定，但出于对现行法律的尊重与认可，原则上应当承认这种制度假定。因此，如果要以经验启动司法解释的制定过程，必须基于立法后新生成的经验。

其实，推理启动司法解释的形成过程，不仅是指运用推理方式决定一个司法解释制定工作的立项，同样也可以延伸指称一个具体特定的司法解释条文的形成过程，即一个具体司法解释条文设置与编写的思维过程。作为司法解释形成过程的思维特性，推理启动导致的思维惯性会贯穿司法解释形成过程的始终和方方面面。以推理启动司法解释的形成过程，往往成为司法解释遭人诟病的逻辑原因。

其一，以推理启动司法解释的形成过程，从制度上贬损或消解了立法的权威与智慧。“就司法解释而言，它应当以尊重法律为第一要务。”〔6〕一部新颁布的法律只经过短时间的适用，便以推理的方式认定其不能满足司法审判应用法律的需要，而只能以相关司法解释帮助其实施，立法者建构法条体系的能力、预设规范功能的能力、确定法律条款内容的能力以及对社会经验吸纳和处理的能力，就被及时出台的司法解释给“有效力”地消解掉了。其实，法律中存在的空白、模糊等，并不都是立法者的视野疏漏或能力欠缺造成的，对于一些立法时难以取舍的制度安排，法律保持一定的弹性以适应社会变动，有时是一种具有远见的立法智慧。那种迫不及待要用统一的司法解释去界定立法留下的模糊空间的行径，恰恰与立法的本意及司法适用的特性大相径庭。〔7〕

〔6〕 胡玉鸿：《尊重法律：司法解释的首要原则》，《华东政法大学学报》2010年第1期。

〔7〕 参见蒋集跃、杨永华：《司法解释的缺陷及其补救》，《法学》2003年第10期。

“在抽象解释的情况下，……解释者很容易以法律创制者的眼光看问题，从而使它在主观和客观上都不太会囿于法律文本的约束。”〔8〕在以推理启动司法解释的形成过程时，这种以法律创制者眼光看问题的倾向性，将会更为明显而强烈。

其二，以推理启动司法解释的形成过程，容易形成接续立法推理的思维惯性。通过对法律文本的判读便认定需要启动司法解释的制定，实际上是把法律文本的形成过程视为必须用司法解释接续的未竟事业。因此，司法解释的条文往往直接从法律条款延伸而来，并且这种延伸过程加入了司法解释制定者对法律文本的分析结论与处理措施。在实践中，绝大部分司法解释都不是在具体案件的审判过程中做出的，而是最高人民法院主动发布的（尽管也是为了满足审判实践的需要），〔9〕基于推理启动司法解释的生成，显然是一个重要的原因。“直接对某一法律所作的系统全面的解释。这类解释明显具有立法性质，因而最引人注目也最遭非议。”〔10〕以推理启动司法解释的形成过程，除了在实质上涉及司法解释者的权限问题，在形式上也因司法解释制定过程高度模仿法律制定过程，造成司法解释形成机制对立法过程的镜像拷贝。司法解释过程对立法过程的镜像拷贝，会扰动一个社会法律体系建构过程的清晰与顺畅，影响社会成员对法律建构机制的正确认知。

其三，以推理启动司法解释的形成过程，过于张扬司法解释制定者的制度建构能力，容易过早地限缩司法解释制定的经验基础与智力源泉。一部新法律颁布后，立法者、执法者、司法者、运用者以及研究者，均可对法律文本的本意进行判读，由此可以形成丰富的法律适用的经验积累和法律判读的智力集聚，并可构成制作更优司法解释的经验基础和智力源泉。以推理启动司法解释的形成过程，容易过早地形成制度定型，缩小司法解释制定过程中充分利用社会经验和学界智慧的空间。对于法律文本的判读，与社会其他领域相比，法院只有审判经验的优势，并不具有法律推理的优势。当一个具体的司法解释只有少数人负责起草时，通过推理生成司法解释便会产生来自他方的能力疑问。例如，为制定保险法的司法解释，最高人民法院研究室于2002年10月底，成立了由一个法官、一个教授、一个律师组成的保险法司法解释的起草三人组；2003年1月初，三人开始逐条起草新的保险法司法解释；2月下旬，草稿就初步完成，该草稿不仅大大有别于2002年9月提交讨论的版本，还基本明确了保险法司法解释的框架。〔11〕如此少的人在如此短的时间，就要起草出如此复杂的保险法司法解释文本，对于起草者以推理形成司法解释条文的能力，无疑是一个考验。

其四，以推理启动司法解释的形成过程，容易形成“体系化建构”的偏好。体系化的制度规范要依据一定的逻辑关系通过推理演绎而建构，司法解释形成过程通过推理启动时，容易产生建构体系化司法解释的动力与结果。如前所述，经验事实须经过较长时间才能积累出建构制度体系的素材，要在法律通过后短时间内建构司法解释的制度体系，只能依赖推理演绎的结果。在立法中，可以对实际生活尚未出现的行为予以规范，以实现法律规范体系的完备性和前瞻性。在对我国社会实际生活中尚未发生的行为进行规范时，立法者甚至可以借助域外经验预设“情形假定”，然后对假定的情形设定行为规范。在司法解释也强调体系化时，同样难免利用情形假定来弥补体系上缺失的节点。问题是，只有立法可以通过情形假定来建构法律规范，如果基于法律文本进行再描述的司法解释也可以通过情形假定建构法律规范，势必会模糊司法权与立法权的界限。而且，在司法解释体系化建构过程中，引入社会生活中尚未发生的情形假定越多，偏离立法本意的可能性就越大。

其五，通过推理形成司法解释的体系化建构，容易引起法律制度的体系化破损。司法解释体

〔8〕 前引〔2〕，张志铭文。

〔9〕 参见纪诚：《最高人民法院司法解释》，中国政法大学出版社2007年版，第159页。

〔10〕 张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社1999年版，第227页。

〔11〕 参见陈恩：《保险法司法解释争辩始末》，《21世纪经济报道》2003年12月19日。

系化常常会超出制定者的建构能力,在制定一个体系庞大的商事法律司法解释时,常常只能先分段分片建构一个一个“小体系”,以期最终组合成一个完整的大体系。例如,公司法于2005年做重大修订后,公司法司法解释(一)在2006年4月28日出台,公司法司法解释(二)在2008年5月5日出台,公司法司法解释(三)至2010年12月6日出台,但至今远未能形成与公司法体系结构整体匹配的司法解释。这种分段分片为一个法律文本建构司法解释体系的做法,导致作为司法解释对象的法律在适用上处于失衡状态。例如,公司法司法解释(一)有6条,内容是公司法颁布后有关立案和法律适用原则的规定;公司法司法解释(二)有24条,内容是有关公司解散和清算的规定;公司法司法解释(三)有29条,内容是有关公司设立、出资、股权确认等的规定。就其中一个具体的公司法司法解释而言,其出台无疑有助于在该司法解释所涵盖的公司法条文范围内有效应用公司法。但是就公司法的制度整体而言,这些分段分片建构的司法解释小体系,尚未组合形成可以涵盖整个公司法条文范围的大体系,只是在整个公司法条文的大体系上,间或楔入几个由司法解释构成的补丁状小体系,反倒使公司法整体上失去了立法时所建构的规范疏密状态,从而影响公司法的均衡实施。

其六,以推理启动司法解释的形成过程,容易造成因司法解释制定者欠缺经验而产生的漏洞。商事活动极为复杂,如果缺乏对商事活动的观察、对商业惯例的了解,以及对行业特点及其形成历史的考察,即使有再强的推理演绎能力,也不能真正理解商事法律的某些规定。基于推理启动司法解释的形成过程时,推理过程符合逻辑并不能解决大小前提的真实性或正确性,反倒会掩盖因经验欠缺所产生的虚假判读。例如,票据法司法解释第69条规定:“付款人或者代理付款人未能识别出伪造、变造的票据或者身份证件而错误付款,属于票据法第57条规定的‘重大过失’,给持票人造成损失的,应当依法承担民事责任。”票据伪造包括票据出票的伪造和票据背书的伪造,^[12]而依据票据法司法解释第69条的规定,付款人未能识别出背书伪造的票据而付款,也要承担民事责任。但是,付款人对票据背书人的签名是否真实并没有审查义务,这是票据使用的通行规则。^[13]可以认为,票据法司法解释第69条的规定,既不符合票据使用通行规则也不符合票据法第57条本意。究其原因,票据法司法解释的制定者显然并不充分了解票据使用的商事规则或商业惯例,也没有见过有关票据背书伪造的案例,否则不会犯这种票据法上的常识性错误。所以,对于社会经济活动的复杂性,其中各种情形以及蕴含的权利义务关系,绝非依赖推理所能充分想象。

在市场经济体制环境下,社会经济生活及运用其中的法律愈来愈呈现多样性、复杂性和易变性。在市场经济活动中,受利益驱动的经营者的总是千方百计创造出五花八门、样式繁多的商业方式获取利润,由利益驱动机制带来的整个商事活动及其规则的快速易变,客观上需要商事法律紧紧跟随急剧发展变化着的市场实践快速更新。“比较各种法律,现实对商法的要求更高,因而其修改也更为频繁。”^[14]商法紧贴实践与快速发展,要求商法必须有直接作用于市场实践的效力与能力。但是,部分司法审判人员由于对市场活动中的商业运营手段、经济关系结构以及市场运行机制缺乏充分了解,对审判实践中面临的大量陌生的商业活动及其法律结构无法予以清晰说明,因而期望在商法规范与商业规则之间存在一个类似“实施细则化”的司法解释。由此,司法解释的形成原因实际上来自两个方面,一是某些法律文本确实存在某种程度的缺陷;二是许多司法审判人员缺乏对法律条款直接判读应用的能力。就后一个原因而言,以“实施细则化”的司法解释进行改善,只是一个效果有限的制度措施,而且“实施细则化”的司法解释通常是基于法律文本

[12] 参见赵新华:《票据法》,人民法院出版社1999年版,第111页以下。

[13] 参见谢怀栻:《票据法概论》,法律出版社1990年版,第166页以下。

[14] 顾功耘主编:《商法教程》,上海人民出版社2001年版,第8页。

推理演绎的结果，因为这“是直接行使其想象中的‘立法权’，直接制定与法律配套的类似于‘实施条例’、‘实施细则’之类的‘意见’、‘解释’等系统性的规范性文件”。^{〔15〕}为既已生效的法律制定实施细则，限于存在较多行政许可或行业主管的商事法域，本质上是行政执法权限的细化分解与行使程序的明晰表述。由于商法体系的庞大，要在商法规范与商业规则之间构造“实施细则化”的司法解释，既权限不足，也力有不逮。要在庞大的商法体系和丰富的商业实践中充分发挥商事审判的效能，从根本上说，只能寄希望于通过长期司法实践来推进司法审判人员的能力提高与经验积累。

可见，从制度发生学的角度进行分析判断，以推理启动司法解释的形成过程所产生的弊端，是推理启动制度形成机制本身固有的缺陷造成的。只要以推理启动司法解释的形成过程，与其伴生的思维方式、制度理念、建构方法和能力条件，必然会导致以上所分析的弊端出现。但是，不主张以推理启动司法解释形成过程，并不是否定司法解释的必要性、重要性与有效性，而是主张应以经验启动司法解释的形成过程。在司法解释的形成机制中，只有以经验启动替代推理启动，才能在司法解释的形成过程中，恪守司法权分际，发挥法院审判经验优势，避免推理启动的诸多弊端，提升司法解释的建构质量。

经验启动司法解释的形成过程，固然有司法解释出台离法律颁布时间较远、体系化建构不易的缺点，却可以较好地保持司法解释的本性与效果。首先，审判经验的积累是基于法院固有职能的实践结果，法院在审判经验的收集与整理方面的优势是不可替代和普遍认可的。其次，审判经验的积累过程同时也是审判经验的选择应用过程。以商事司法解释的形成为例，在商事审判过程中，有的案件可以直接适用法律处理，有的案件可以运用商业惯例处理，只有处于这两类之外的案件处理经验，才有必要成为商事司法解释的形成基础。即使对于这一部分案例，仍然可以进行进一步选择：一是进行类别化处理；二是判断其是否反复发生并有一定量的积累；三是从案件处理结果中抽离出一般规则。再次，基于审判经验的积累与整理，不仅可以得出相关司法解释是否有必要制定的结论，也增强了司法解释内容的权威性和制定理由的说服力，把司法解释用以满足审判需要的“量”和有效应用法律的“质”有机地结合起来。

以经验启动司法解释的形成过程，还需要把握一定的外在表现方式。其一，每当一部新法律颁布后，除非不得不及时制定程序规则方面的司法解释外，一般在三五年之内不要制定相关司法解释，以便收集整理足够的用以制定司法解释的经验资料，充实司法解释制定的审判经验基础。其二，每一条司法解释都应以实际案件的处理经验为基础，不应对法院系统未曾处理过的事项做司法解释。先验的“类事解释”应当是立法机关独有的权限，放弃前瞻性的司法解释并不损害其权威性和应用性。其三，为便于司法解释的学习、检索与应用，以经验启动的司法解释文本也要进行系统化编纂，但可以采取“活页化”的条文体系编纂结构，以便在保持某部法律的司法解释大结构相对稳定的前提下，随时插入新近形成的司法解释条款。

二、创设“立法政策”抑或顺应立法政策

国家政策决定法律的基本内容，但国家政策须经立法政策过滤整合后，通过立法技术手段转化为法律规范，也就是说，立法政策是国家的大政方针转化为法律规范的中间环节。立法者在建构法律时，针对特定的社会领域或社会活动，设定法律的宗旨、功能、措施与机制，其间体现着立法政策（如价值取向、利益倾向、手段偏好、规制策略等）的贯彻与实施。立法政策决定了司

〔15〕 袁明圣：《司法解释“立法化”现象探微》，《法商研究》2003年第2期。

法解释的价值取向和基本内容,司法解释应受立法政策的指导或制约。司法解释作为应用法律的一种制度措施,其形成过程及其结果,自应遵从法律并顺应法律文本所蕴含或体现的立法政策。可以说,顺应立法政策,是司法解释遵从立法本意的另一种表述。

充分而准确地掌握立法政策,有助于正确理解法律、有效实施法律以及恰当弥补法律漏洞。以公司法上的公司设立制度为例,1993年12月29日通过公司法时,我国在法律上确立社会主义市场经济体制刚刚九个月,由于市场规则体系简陋、市场主体信用度不高,因而对设立公司采取偏重管制的立法政策。2005年修订公司法时,我国市场经济已经有了巨大的发展,法律对公司的规制方式与经验也进一步成熟,因而对设立公司采取了放松管制、鼓励设立的立法政策。^{〔16〕}在适用公司法的审判实践中,包括制定有关设立公司的司法解释,应当充分体现公司法立法政策的演变,反映公司法现代化和自由化的发展趋势。否则,相关司法解释的制定就不会建立在充分准确理解公司法本意的基础上,就可能出现拘泥于字面而不能把握实质的情形。

法律解释具有价值取向性。“所谓价值取向性,谓法律解释并非形式逻辑的操作,而是一种价值判断;但此种价值判断并非脱离法律的独立的价值判断,而是以已经成为法律之基础的内在价值判断为其依据。”^{〔17〕} 司法解释概莫能外,亦有价值取向性。但是,基于司法解释的本质与特性,司法解释的价值取向应与立法政策的价值取向相一致,并应呈现顺应立法政策的态势,即以立法政策的价值取向为司法解释的价值取向。然而,从商事司法解释的制定实践来看,却存在超越立法政策而独自形成司法政策并体现于具体司法解释的情形,即在司法解释制定过程中,创设相当于立法政策的司法政策。司法解释创设“立法政策”的依据,往往不是既有的法律文本,而是既有法律文本未能明晰涵括的“大政方针”,如中央文件精神、国家宏观政策甚至社会舆论大势等。虽然,我国的每一个社会组织层级,都应当在自己的工作中贯彻大政方针,但是就司法解释的制定而言,其中体现的大政方针应当经过立法政策的“过滤”,否则易于产生司法解释偏离法律本意的倾向。

2008年5月四川省汶川发生强烈地震后,个别地方高级人民法院在其管辖范围内,采取了特殊的处理涉及灾区案件的司法政策。例如江苏省高级人民法院决定,对灾区当事人提起诉讼的,要快立、快审、快执;对以灾区当事人为被告的,尽可能动员起诉人以暂不诉讼等方式支援灾区抗震救灾工作。^{〔18〕} 再如重庆市高级人民法院规定,以灾区人员和企事业单位为原告的诉讼,均应及时立案受理并依法快审、快执、快结,不得拖延;以灾区人员和企事业单位等为被告或被执行人的诉讼和执行案件,一律暂缓受理,并暂缓采取查封、扣押、冻结等强制措施;已经受理但尚未审结或执行完毕的,一律中止审理和执行。^{〔19〕} 从这些规定的主观意图和实际效果来看,显然是对这些地方高级人民法院管辖范围内案件当事人利益关系做了重大的一般性调整。从法律作为行为规范的角度来看,“立法者之所以对不同的行为采取不同的立法政策,核心原因还是对各种社会利益进行取舍的结果”。^{〔20〕} 法院对管辖范围内案件当事人利益关系做重大的一般性调整,属于具有立法政策性质的司法政策。虽然地方高级人民法院的司法政策性规定并未被认可为司法解释,^{〔21〕} 但上述例子中的做法,呈现出在法院的一般规则中创设“立法政策”的思维定势,而

〔16〕 参见周友苏:《新公司法论》,法律出版社2006年版,第111页。

〔17〕 梁慧星:《法解释方法论的基本问题》,《中外法学》1993年第1期。

〔18〕 参见丁国锋:《江苏省高院紧急通知:要求妥善处理涉及地震灾区案件》,《法制日报》2008年5月28日。

〔19〕 参见秦力文:《重庆高院出台应急司法政策妥善处理涉灾区案件,告灾区人和企业的案件一律暂缓受理》,《法制日报》2008年5月29日。

〔20〕 汤唯、雷振斌:《论立法政策取向与利益衡量》,《法学论坛》2006年第3期。

〔21〕 参见前引〔10〕,张志铭书,第22页以下。

且这种思维定势不是没有动力原型和范本参照的。

先创设“立法政策”然后制定相应司法解释条款，在司法解释的形成实践中也有典型例子。2004年10月26日制定的《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第6条规定：“对被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋，人民法院可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。”当时的最高人民法院领导对此特别做了说明：“对于申请执行人享有抵押权的房屋能否执行，讨论时争议较大。有人认为，申请执行人享有抵押权的房屋，即使是被执行人及其所扶养家属必须居住的，也可以执行。因为在这种情况下，债权的发生以设定抵押为条件，被执行人也非常清楚不能清偿债务的后果，为了公平保护申请执行人的利益，对设定抵押的房屋可以执行。而且此事关系到我国住房按揭市场的发展，从长远来看，如果设定抵押的房屋不能执行，必将导致各金融机构不再发放住房贷款，严重影响住房按揭市场的发展，最终损害广大消费者的利益。但《查封规定》最终没有采纳这种观点，主要考虑到在社会保障制度还不完善的情况下，必须保护被执行人及其所扶养家属的生存权，即使房屋已经设定抵押，只要属被执行人及其所扶养家属必须居住的，也不得执行。”^{〔22〕}然而，仅仅一年后，最高人民法院又通过了《关于人民法院执行设定抵押的房屋的规定》，其第1条规定：“对于被执行人所有的已经依法设定抵押的房屋，人民法院可以查封，并可以根据抵押权人的申请，依法拍卖、变卖或者抵债。”对此，最高人民法院某部门负责人出面说明：原先的“执行查封财产的规定”出台后，“引起了较大反响。有人认为，从长远来看，如果设定抵押的房屋不能执行，不利于维护银行房贷债权，增加了银行的经营风险，将影响商业银行的住房消费信贷业务，不利于住房按揭市场的发展，同时不利于社会诚信体系的建立与房地产业的健康发展”，所以最高人民法院广泛听取和征求了各方面意见，并结合人民法院执行工作的实践经验，制定了“执行抵押房屋的规定”。^{〔23〕}可见，反对“设定抵押房屋不予执行”的观点还是那个观点，只是这次被采纳而成为“执行抵押房屋的规定”得以颁布的理由之一。司法解释的制定者最终以“执行抵押房屋的规定”修正了“执行查封财产的规定”，并不是原先反对“设定抵押房屋不予执行”的主张在理由上更充分，而是因为经济运行机制的反应结果以及这种结果具有不能人为抵抗的力量，终于被法院意识到。

设定抵押的房屋可否作为法院执行标的，涉及抵押权人和抵押房屋所有人的重大利益。对此制定一般性的利益关系处理规则，涉及社会经济繁荣、行业发展和人民生活稳定，只能由立法政策决定其间的利益倾向与取舍。但是在上面的例子中，对于设定抵押的住宅房屋不能作为执行标的，显然没有明确的立法政策作为依据，而是司法解释的制定者自作主张。在制定“执行查封财产的规定”时，对于主张设定抵押的房屋可以执行的观点，司法解释的制定者没有采纳；在制定“执行抵押房屋的规定”时，对于主张设定抵押的房屋可以执行的同样观点，司法解释的制定者却予以采纳。对于同一事项只经过一年就做出两个截然相反的司法解释，其原因不是既有立法政策发生了变化，而是司法解释制定者对同一观点的采纳或不采纳，即司法解释者的政策选择发生了变化。可见，在设定抵押的房屋可否执行的司法解释形成过程中，存在明显的先创设“立法政策”再形成司法解释的做法。

在司法解释形成过程中创设“立法政策”，会出现超出法院政策建构能力的情形。法院在以司法政策替代立法政策来调控社会利益关系时，相关社会管理经验的缺乏往往是其政策失当的主要原因。以涉及地震灾区案件的特殊规定为例，法院以为，地震爆发而致房倒屋塌，地震灾区的当事人势必受到重大的并且在短时期内难以恢复的经济损失，因此必须通过限制其债权人的利益

〔22〕《就最新司法解释（关于民事执行）答记者问》，《人民法院报》2004年11月15日。

〔23〕《既要实现债权，又要保护被执行人的生存权，寻求申请执行人和被执行人利益的合理平衡——最高法院执行办负责人就执行抵押房屋的规定答记者问》，《人民法院报》2005年12月21日。

来保障地震灾区当事人的权益。其实,这一情形假定是不周延的。地震导致的财产损失主要是动产或不动产损失,但在市场经济迅速发展的今天,人们拥有财产的构成具有多样性和复杂性,远不限于动产或不动产。比如,某个灾区当事人的财产主要是金融资产或知识产权,地震对此类财产的破坏性相对较小甚至全无破坏性。即使灾区当事人的主要财产是动产或不动产,但由于置业地域选择的自由性,某个当事人的住所地在地震灾区,其拥有的主要动产或不动产却可以在国内其他地区甚至在国外。可见,地震对灾区当事人财产的损害或者对其经济状况的影响,存在巨大的程度差异。通过司法政策对灾区当事人和非灾区当事人利益做一般性的重大倾斜调整,很可能是在缺乏实际经验基础上的闭门造车。

以司法政策替代立法政策时存在经验欠缺的情形,甚至在法院本职事务范围内亦可能出现。例如“执行抵押房屋的规定”第2条规定:“人民法院对已经依法设定抵押的被执行人及其所扶养家属居住的房屋,在裁定拍卖、变卖或者抵债后,应当给予被执行人六个月的宽限期。在此期限内,被执行人应当主动腾空房屋,人民法院不得强制被执行人及其所扶养家属迁出该房屋。”这一宽限期规定的前提假定是,在房屋抵押权人通过法院执行其抵押权时,有执行能力的被执行人应当“腾空房屋”。这一前提假定同样是不周延的。在抵押权行使时应当经过清算,设定抵押的房屋经过折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分要归属于设定抵押的房屋所有人。例如,设定抵押的房屋所有人欠贷一百万元,该房屋变价款为三百万元,该房屋所有人偿债后尚余二百万元。可见,设定抵押的房屋所有人并不因其房屋所有权被强制执行而必然一贫如洗,其仍有可能用债务清算余款自行租房居住,包括租用自己正在居住的但所有权已经不属于自己的房屋。因此,在抵押的房屋因抵押权行使而被处分时,完全可以用“化所有为租赁”的方式解决原房屋所有者的居住问题,这样可以保障设定抵押的房屋原所有者的生活稳定,尽量避免“腾空房屋”的极端情形出现。因此可以说,在制定“执行抵押房屋的规定”这一司法解释时,尽管结合了人民法院执行工作的实践经验,但对实践经验的收集与整理仍很不充分,比如缺乏“化所有为租赁”的案件处理经验。这也进一步说明,以经验启动司法解释是非常重要的。

更为重要的是,以司法政策替代立法政策,或者先创设“立法政策”再制定司法解释,往往会在社会运行机制上造成障碍。例如,对地震灾区当事人给予特殊利益倾斜,损害了地震灾区之外当事人的利益,因此他们就会减少在地震灾区的投资,避免与地震灾区当事人之间的交易,其实际结果可能是,对地震灾区当事人给予利益倾斜的司法政策恶化了灾区的投资环境和交易安全。本意是照顾地震灾区当事人利益的司法政策,可能并不被地震灾区政府与人民所欢迎。四川省领导就曾率队到实行地震灾区当事人利益倾斜政策的法院所在省份招商引资,表示“汶川特大地震虽然给四川造成巨大损失,但四川的投资环境没有根本性变化”,并承诺“将以优惠的政策、优质的服务、优越的环境,为江苏企业来川投资创造良好的条件”。^{〔24〕}可见,一方面是地震灾区政府欲以优惠政策吸引投资,另一方面是个别外地法院自作主张在恶化地震灾区的投资环境。造成两者之间反差巨大的原因,就是法院对社会经济运行机制缺乏深刻了解。再以“执行查封财产的规定”的司法解释实施效果为例,“该规定出台后,各地银行为了维护自己的房贷权益,纷纷采取措施提高房贷门槛,致使许多原本可以获得银行住房贷款的人无法贷款买房,最终损害了广大消费者的利益”。^{〔25〕}显而易见,如果失去对经济运行机制全面而深入的把握,轻易而为地在司法解释过程中创设“立法政策”,难以避免出现适得其反的结果。

当然,在立法政策的制定与实施过程中,也会在某种程度上存在经验不充分的问题。任何社

〔24〕 胡敏、李秋怡:《李成云率队赴江苏开展致谢和投资促进活动》,《四川日报》2008年10月8日。

〔25〕 前引〔23〕。

会进行法制建设而确定立法政策时,都要承担认识论上和方法论上的错误代价,但是,这种立法政策失误的代价应当只由立法机关承担和弥补。有学者认为,“司法解释的‘立法化’或‘泛立法化’现象已经成为我国司法解释的一个基本特征和普遍趋势”,^[26]并且这种实际上在进行“二次立法”的司法解释情形,与司法活动的客观规律是不相符合的。^[27]如果在司法解释的制定过程中,自告奋勇地在立法政策层面试新并推广、试错并纠正,将会扰乱一个社会的立法政策制定、实施与修正机制。从这个意义上说,将某些司法解释视为“二次立法”,并不在于其形式上采取了与法律相同的条款体系,甚至也并不在于采取了推理启动的形成机制,而在于司法解释制定过程中对“立法政策”的自主创设。

在司法解释形成机制中,出现先创设“立法政策”而后再制定司法解释的情形,其主要原因在于司法解释制定者对立法精神的扩张性理解,以及对立法精神把握上的自我循环判断。《关于司法解释工作的规定》第3条规定:“司法解释应当根据法律和有关立法精神,结合审判工作实际需要制定。”其中的“立法精神”究竟蕴含于何处并如何识别,该规定并未予以释明。对于立法精神的寻求与把握,可以从立法本意、立法宗旨和立法理念三个层面展开。该条将“法律”和“有关立法精神”并列,显然其“立法精神”不包括具体法律条文字面所蕴含的规范目的、价值选择、功能设定依据和机制建构原理,而应当指法律条文字面意义涵盖范围以外的立法精神,主要是蕴含于立法宗旨和立法理念中的立法精神。不管法律如何复杂与专业,其立法精神应当是可以被识别和解读的,尤其是作为司法解释形成依据的立法精神,应当是法律共同体可以共同领会和普遍接受的。对于一部法律的立法理念,不同的人可以有不同的认知与选择,但作为司法解释形成依据的立法精神,即使体现在法律条文字面意思之外,也仍然要有法定的文本根据,如从该法律的立法规划、立法草案说明和相关立法解释中寻求。否则,所谓的“立法精神”,就成了没有法律文本根据的自由度很高的应然性解读,成为对立法或者立法机关的可能态度的自我揣度。如果这样把握“立法精神”,在司法解释的形成机制中,必然会频频出现创设“立法政策”的情形。

对立法精神的扩张性解读有两种情形:一是有文本依据的扩张性解读;二是没有文本依据的扩张性解读。司法解释制定实践中存在创设“立法政策”的情形,主要缘于没有文本依据的扩张性解读。在前述有关抵押房屋可否执行的司法解释例子中,有关设定抵押的住宅房屋不能执行的立法精神,自始至终都不存在,我们为此找不到任何法律文本依据,也找不到立法机关公开而明确的表态。没有明确文本依据和立法精神作为依据的司法解释,只能是制定者在对立法精神扩张性领悟下自主创设“立法政策”依据。最高人民法院有关证券民事赔偿司法解释的相继出台,也是一个典型例子。我国证券市场建立之初,侵害投资者利益的证券欺诈行为甚为猖獗,受害者无法通过民事诉讼保障权益。最高人民法院在2001年9月21日颁布了《关于涉证券民事赔偿案件暂不予受理的通知》,以“目前立法及司法条件的局限”为由,要求全国各地法院暂时不要受理证券欺诈民事赔偿案件。^[28]此被视为最高人民法院的“不作为”,饱受社会各界非议。^[29]显然,这一司法解释是没有立法精神依据的,因为即使立法阙如,也不会有要求法院暂不受理的立法精神;即或有“暂不立法”的立法精神,也不会有“暂不受理”的立法精神。三个月后,最高人民

[26] 前引[15],袁明圣文。

[27] 陈兴良:《司法解释功过之议》,《法学》2003年第8期。

[28] 其中规定:内幕交易、欺诈、操纵市场等行为“损害了证券市场的公正,侵害了投资者的合法权益,也影响了资本市场的安全和健康发展,应该逐步规范。……但受目前立法及司法条件的局限,尚不具备受理及审理这类案件的条件。经研究,对上述行为引起的民事赔偿案件,暂不予受理”。这一司法解释对投资者权益的认知结果和处置方式是矛盾的:既然法院已经能够判断这些行为侵害了投资者的“合法权益”,必然知道是“合”的什么“法”的权益;既然投资者权益的合法根据存在,通过审判维护投资者合法权益的法律依据也就存在。

[29] 关于学者对该“通知”的批评,参见前引[9],纪诚书,第229页以下。

法院又发布了《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》，同意受理证券市场上因虚假陈述引发的民事赔偿纠纷案件。这进一步说明，《关于涉证券民事赔偿案件暂不予受理的通知》确实没有立法精神作为依据，因为我们没有证据也不能想像，在这三个月里发生了相关立法精神的变化。但即使是《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》以及其后发布的《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》，仍然规定了受理相关案件的前置程序，明显不符合民事诉讼法关于起诉和受理的规定及相关立法精神。

司法解释既然要以法律文本为依据，阐释法律文本蕴含的立法本意，就必须顺应法律文本据以形成的立法政策。顺应立法政策，是司法解释的应有境界，既可阐发只靠形式逻辑推演所不能彰显的立法本意，也可防止司法解释恣意行文而使其主旨溢出法律本意之外。在司法解释形成过程中，要做到顺应立法政策，就应当坚持从立法本意衍生司法解释，也就是要从法律文本及其据以形成的立法精神中，寻求立法政策的准确内容。在这一方面，要特别强调从制度依据层面把握和阐释立法精神。司法解释制定者对立法精神的掌握，不是基于学术观点的归纳选择，也不是基于审判经验的自我认知，而应是基于法律或者立法机关相关文本内容的体现和阐发。例如，保险法司法解释（一）出台时，最高人民法院某部门负责人就强调：“司法解释贯彻了加强对投保人和被保险人利益保护的立法精神”。^{〔30〕} 保险法司法解释形成中对立法精神的这一把握，就有立法机关的相关文本依据。例如，保险法修订草案“进一步明确保险活动当事人的权利、义务，加强对被保险人利益的保护”；^{〔31〕} “保险法的修订，应当针对实践中存在的主要问题，进一步加强投保人、被保险人合法权益的保护”。^{〔32〕} 因此，保险法修订体现了加强投保人和被保险人利益保护的立法精神，既可从修订后保险法条文的分析中得出相应结论，也可从立法机关的保险法修订草案的相关报告中看到清晰阐述。据此立法精神制定的司法解释，才能够准确贯彻法律本意和立法精神。

立法政策对于司法实践活动具有直接的指导作用，尤其是在法律条文存有某种程度的缺欠时，更能彰显立法政策的指导作用。在英美法系国家，法律政策在侵权法上因果关系判断中起到的作用就是典型例证。在我国，审理证券民事赔偿案件时对因果关系的判断标准中，也渗透着法律政策考量的因素。^{〔33〕} 准确而充分地把握立法政策，顺应立法政策的内容与趋向，有助于司法解释形成机制及其运作结果的不断完备。特别是在商事立法领域，由于市场上商事活动的复杂性和多变性，导致商事立法即使快速变动也难以全面及时地跟上市场实践的发展，进而导致商事案件审理中遇到法无明文规定的情形也比较多。因此，把握商事立法政策，是弥补商事法律疏漏的重要手段；顺应商事立法政策，是制定更为适当的商事司法解释的重要手段。但是，商事法律中疏漏的形成原因、认识过程和弥补手段都是复杂的，不是仅仅掌握了商事立法政策就能简要处理的。诸如，有的商事法律疏漏确实存在，而立法机关当时未能发现；有的商事法律疏漏在立法时已被发现，但在立法政策上一时难以取舍；有的似乎是商事法律疏漏，但立法之后的社会发展证明其不是疏漏。因此，在形成相关司法解释时，有必要进行深入的法律疏漏分析和立法政策分析，其中特别要有充分的司法实践经验证明，从司法实践经验中析出立法政策的本意、趋向与适当性，再由此形成司法解释的应有内容。以这种机制形成司法解释，可能会慢一点，但会好一点。

〔30〕《民二庭负责人就〈保险法〉司法解释（一）答记者问》，最高人民法院网站 http://www.court.gov.cn/spyw/mssp/201006/t20100630_6540.htm，2012年1月1日访问。

〔31〕吴定富在第十一届全国人大常委会第四次会议上做的《关于〈中华人民共和国保险法（修订草案）〉的说明》。

〔32〕孙安民在第十一届全国人大常委会第七次会议上做的《关于〈中华人民共和国保险法（修订草案）〉审议结果的报告》。

〔33〕参见陈洁：《证券欺诈侵权损害赔偿研究》，北京大学出版社2002年版，第48页以下。

三、偏重利益调整抑或偏重技术完善

在司法解释的形成过程中,进行规范建构不可避免地存在目的与方法上的偏好,偏重利益调整还是偏重技术完善,便是较为突出的目的与方法上的偏好选择。所谓“偏重利益调整”,是指在制定司法解释时,把该司法解释适用对象之间的利益关系调整作为主要目的,并为此目的建构相应的利益调整机制。所谓“偏重技术完善”,是指在制定司法解释时,把法律文本所体现的规范内容在法律技术上更为完善作为主要目的,并为此目的通过法律技术手段进一步明晰、充实、延展法律条文的内容,完备法律规范的实施机制,以更为准确充分地体现立法本意。

当然,在司法解释形成过程中,进行适用范围内的利益调整和法律文本的技术完善,总是交织在一起的,因为利益调整总是要通过法律技术手段实现,法律文本在技术上的完善也总是要引起利益调整机制本身的调整。或者说,司法解释在对适用对象之间利益关系进行调整时,可以同时作为司法解释对象的法律文本进行技术完善;司法解释在对法律文本进行技术完善时,也可以同时对法律适用对象之间的利益关系进行调整。但是在某些情形中,这种司法解释形成目的与方法上的偏好选择确实存在。例如,“执行查封财产的规定”、“执行抵押房屋的规定”制定的主要目的,是调整住宅房屋抵押权人和抵押房屋所有人之间的利益关系,在该司法解释形成过程中偏重利益调整。公司法司法解释(一)、保险法司法解释(一)等,主要是确定公司法、保险法实施前后纠纷案件的法律适用规则,在该司法解释形成过程中偏重技术完善。公司法司法解释(二)、公司法司法解释(三)更强调提高公司法的可操作性,其间既有利益调整方面的规定,也有技术完善方面的规定,但后者占有更大的比重。

司法审判实践活动本质上是一种利益调整机制,是法院根据立法调整现实中发生的具体利益纠纷,使其符合立法所确定的利益关系模型。如果法律本意极为明晰,法官自应严格按照法律规定调整进入诉讼程序中的利益纠纷。但是,法律本意并不总是清晰无疑而不存在解释空间,而且案件事实本身也并不总是严丝合缝地符合立法时的情形假定,因此,法官有必要在自由裁量权的范围内自主地调整利益关系。司法实践中对利益关系的调整,是在立法确定的利益格局框架下进行的。一般认为,以立法机制调整利益关系,是指“通过立法,确认各利益主体的合法利益,防范未然的利益冲突”;以司法机制调整利益关系,是指“通过公正司法,控制违法利益,平衡合法利益,处理已然的利益冲突”。^{〔34〕}然而,当司法解释具有“事前解释”的目的与功效,其调整利益关系时已不限于处理已然的利益冲突,对于未然的利益冲突亦有预先调整的功能。具有预先调整利益关系功能的司法解释,更像是社会利益关系的立法调整机制的自然延伸。

同样是在司法实践活动中调整利益关系,在个案中的利益调整和在司法解释中的利益调整,在形成机制和实际效果上是大为不同的:(1) 个案中的利益调整是法官在审理具体案件中,对当事人之间的利益关系进行具体个别的调整。司法解释中的利益调整是在司法解释形成过程中,对从类案或类事中抽象出来的利益关系进行一般性的调整。(2) 个案中的利益调整弹性较大,在类似的案件中,不同法官调整利益关系的价值取向、方法选择有所不同,利益调整的结果也可能有所不同,体现了法律文本内容转化为现实秩序过程中的实施弹性。司法解释中的利益调整弹性较小,因为司法解释是对类案或类事设定统一的利益调整规则,法官适用司法解释的自由裁量余地缩小,从而缩减了法律文本内容转化为现实秩序过程中的实施弹性幅度。(3) 个案中的利益调整对立法调整形成的利益格局影响较小,因为在通常情况下,个案的审理结果即使有示范效应,对

〔34〕 杨炼:《立法过程中的利益衡量研究》,法律出版社2010年版,第29页。

社会利益格局的影响仍是微弱的、间接的。司法解释中的利益调整则对立法调整形成的利益格局影响较大。司法解释具有一般性调整利益关系的功能,通过司法解释的适用机制可以实现对社会领域某个方面利益格局的整体调整。(4) 个案中的利益调整是在具体案件的审理中,对已然发生的利益冲突进行调整。司法解释中的利益调整则具有预先调整利益关系的功能,是对社会领域某个方面利益关系的应然性调整。

正因如此,同是在司法实践中调整利益关系,司法解释中调整利益关系的自由度应当小于个案中调整利益关系的自由度。在司法解释形成过程中设定利益调整机制,应当特别审慎、特别精当。在个案中调整利益关系,应当以法律文本内容为调整尺度,法官利益衡量的原则、方法与结果不能违背立法本意,那么在司法解释中做利益调整,就更应当以立法本意为标准与界限,不能超出立法本意所赋予的可供司法解释调整的利益格局与制度空间。如果在司法解释形成过程中偏重利益调整,就应特别注意避免预设利益倾向立场,避免利益调整上的先入为主。

在司法解释形成机制中预设利益倾向立场,容易导致社会经济生活中利益关系的失衡,打破立法确定的社会利益关系格局。例如,《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》就以强化开发商责任、维护买受人利益为宗旨之一。当时最高人民法院领导在说明制定“商品房买卖司法解释”的重要动因时指出,“随着房地产业的迅猛发展和住房制度改革的深化,同时由于我国的不动产立法还不完善,市场机制也不健全,商品房交易行为很不规范,特别是一些房地产开发企业严重违反诚实信用原则,有的制作虚假广告,设立定金圈套,甚至一房多售,利用商品房买卖合同欺诈买受人,有的商品房面积严重缩水,有的商品房则存在严重质量问题,这都严重损害了买受人的合法权益”。〔35〕在这种利益倾向立场预设的前提下,利益调整的结果难免失衡。例如,“商品房买卖司法解释”规定,由于出卖人的原因未能使买受人如期取得房产证时,出卖人要按照已付购房款总额,参照中国人民银行规定的逾期贷款利息标准向买受人承担赔偿责任。该条规定明显过于加重了开发商的责任。其一,因出卖人原因没有如期办理房产证有两种情形,一是没交付房屋也没办证,二是交付了房屋但没办证。出卖人在这两种情形中的违约程度大不相同,但该司法解释规定的违约责任却并无区别。其二,在交付了房屋但没办证的情形中,依据该条规定,买受人可以一边居住使用房屋,一边向出卖人索取相当于已付房款总额的逾期利息。在因出卖人原因不能如期办理房产证的情况下,聪明的买受人大可不必急于办证,更不必急于提起诉讼,只要出卖人没有破产之虞,其拖延办证的时间越长,买受人获得的高额罚息就越多。民事诉讼只是救济手段,而不是当事人的获利手段,如果通过诉讼策略选择就可以进行营利,必定是制度设计存在着重大缺陷。

在司法解释预设利益倾向立场的情况下,容易出现利益调整结果与利益调整目标相反的后果。例如,“商品房买卖司法解释”第2条规定,“出卖人未取得商品房预售许可证明,与买受人订立的商品房预售合同,应当认定无效”。该条看起来是对作为出卖人的开发商的责任约束,其实在房价普遍高涨的时期,该条反倒被开发商频频利用,因为其未取得商品房预售许可证而销售房屋导致合同无效时,即使开发商为此承担了一些赔偿责任,但基于合同无效而收回曾预售的房屋后,仍可以从高涨的市场房价中获得更多利益。再如,“小产权房”买卖并无销售许可证,但在实践中,并无多少“小产权房”业主以没有销售许可证为由主张合同无效而退房,相反,可能更多的“小产权房”买受人期望其房屋买卖合同是有效的。市场运行规则具有复杂性,市场运行结果具有不确定性,对市场活动利益关系的调整机制极为复杂,稍有不慎,利益调整目标就会被市场反应扭转到相反方向。所以,对商法范畴的利益调整,不依靠立法难以有效实现。

〔35〕《人民法院报》2003年5月7日。

在司法解释形成过程中偏重利益调整,易于导致预设利益倾向立场;而预设利益倾向立场,则易于导致司法解释的利益调整结果超出立法设定的范围。这不仅是一个制度形成逻辑的推论,也被司法解释形成过程中所发生的事实所证明,即司法解释的形成过程已经成为不同利益集团博弈的场合。在立法调整利益关系具有严格的确定性时,不同利益集团会将其博弈场合限定在立法过程中,而不会无谓地向司法解释形成过程投入博弈成本。如果司法解释没有预设利益倾向立场,司法解释的利益调整结果不会超出立法所设定的范围,不同的利益集团就不必积极介入司法解释形成过程以进行利益博弈。

在当前制定司法解释的工作实际中,经常会出现这样一种情形:只要一个商事司法解释涉及某个行业或某个市场领域时,与这个行业或市场领域有关的利益集团都以各种方式介入其中,积极表达其利益诉求,以期能够将其利益诉求体现于正在形成的司法解释中。例如,在2002年上半年,最高人民法院曾委托四川省高级人民法院,提交过一份保险法司法解释征求意见稿,但保险业内“意见很大”。同年9月,由保监会主办、中国再保险公司承办了“保险法司法解释座谈会”,与会者包括保监会法规部负责人,以及原人保公司、中国人寿、友邦保险和东京海上保险等中、外资保险公司法律事务部门的负责人。座谈会讨论了最高人民法院研究室民事处修改后的保险法司法解释,原人保公司还提交了一份20多页的反馈意见稿。^{〔36〕}保险行业之所以对保险法司法解释草案“意见很大”,想必是该司法解释草案做了不利于保险行业的利益调整选择。如果保险法司法解释能够严格遵循保险法的立法本意,不在保险法立法本意之外再做利益调整,那么,保险行业的利益诉求就应当直接向立法机关反映,而不应指望在司法解释形成过程中出现利益调整变更。

根据立法权与司法权的性质区别与功能划分,可以推定出一个司法解释制度形成的应有规则,即在司法解释的形成过程中,司法解释的制定者根本就不应收集、听取不同利益集团的利益诉求。如果利益集团的利益诉求与立法本意相一致,则不需要听取,因为司法解释只需进一步延伸阐释立法本意就可以了;如果利益集团的利益诉求与立法本意不一致,当然也不能听取,否则司法解释就是在变更立法本意。收集、听取不同利益集团的利益诉求,并且经过利益衡量与措施选择后固化为法律条文,这是立法机关的独享权力或独有职责。在司法解释形成过程中听取并选择采纳不同利益集团的利益诉求,表面上看是司法解释尊重民意的具体体现,实质上是以一种具有“自己立法自己审判”性质的“预先一般审判”方式调整社会一般利益关系,不仅蕴含着司法解释偏离立法本意的风险,甚至根本就是准备偏离立法本意的预设措施。一个司法解释是否为“二次立法”,其实不在于形式上是否条文化、体系化或实施细则化,而在于形成过程中是否听取和采纳了不同利益集团的利益诉求。只要司法解释形成过程伴行不同利益集团的利益博弈过程,司法解释的制定者就在发挥立法者的利益调整功能。所以,在司法解释的形成过程中,应偏注从技术完善的目标与角度进行利益调整,使司法解释中的利益调整能够在立法本意设定的范围或幅度内,保持为法律专业性的司法活动。

在司法解释的形成过程中,应当偏重于法律文本的技术完善,即利用法律技术手段使现有法律的规范内容清晰、利益处置得当、调整功能有效、实施机制顺畅,以便于司法审判实践中充分地应用法律。在对法律文本做技术完善时,不可避免地也要进行利益调整,但是,应把利益调整只作为技术完善措施的一个具体方面,利益调整只是进行技术完善的一个自然结果。如此把握偏重技术完善前提下的利益调整,可以在制度形成机制中有这些一些效果:(1)避免因偏重利益调整所引发的预设利益倾向立场现象,有助于维护司法解释形成过程的中立性和专业性,防止

〔36〕 参见前引〔11〕,陈恳文。

出现打破立法所确定利益格局的制度建构偏差。(2)在制定司法解释时,尽量不做脱离立法本意或缺乏法律文本支持的利益调整方案,确保司法解释的利益调整立场与方法能够契合立法本意。(3)在司法解释的形成过程中,制定者应当既不介入利益集团的利益博弈,也不允许利益集团的利益博弈介入,既要防止司法解释的内容超出立法本意,也要防止司法解释形成过程复制立法过程。

在以偏重技术完善为目标和方法选择的前提下,司法解释在对利益进行调整时应把握必要的限制与克制。其一,进行利益调整必须是具体的技术完善方案中的必要内容,也就是在该项司法解释涉及的范围内,如果不进行利益调整,该项司法解释就不可能充分有效地阐发立法本意,或者就不可能达到有效应用法律的效果。其二,凡是能通过程序利益调整方式达到的目的,就不要再通过实体利益调整去达到同样的目的。例如,为在公司法司法解释中恰当体现保护小股东利益的立法本意,完全可以通过在股东诉讼环节为小股东起诉设定适当难易程度的方式来实现。其三,在必须进行实体利益调整的场合,司法解释应当尽量限缩利益调整的可能幅度。司法解释中的利益调整幅度过大,就会使司法解释成为利益博弈的场所。各个利益集团越是急于参与司法解释的形成过程,就越是表明司法解释修改法律既定利益格局的可能性越大。

除了进行利益调整,在司法解释形成过程中需要偏重技术完善的方面还很多,值得司法解释形成过程中予以尽量实现。诸如:(1)通过目的解释,使法律文本内容更为清晰准确地反映立法宗旨或立法精神。(2)在遵循法律本意的前提下,进一步细化延展法律条文内容,扩张或限缩条文字面含义,以增强法律条文表述的准确度,减少法律的理解偏差和实施弹性。(3)充实与完善法律规范的实施机制,建立与之相配套的程序规范,提高法律的可操作性。(4)通过司法审判经验的积累与整理,发现立法中脱离现实或不能满足现实的纰漏,并利用法律技术弥补法律漏洞。

综上所述,尽管司法解释的内容在根本上是客观现实的反映,但却是以司法解释制定者的规范建构行为作为反映中介的,司法解释制定者的判断与决策,实际构成了具体司法解释的建构启动与生长方向的控制力量。因此,在司法解释的形成机制中,应根据人民法院的角色定位和司法解释的应有功能,确立解释者建构司法解释时应有的逻辑起点、价值取向和方法选择,即应基于审判经验启动具体司法解释的形成过程,以顺应立法政策作为具体司法解释的政策取向原则,以实现法律的技术完善作为具体司法解释的建构重心,从而使司法解释能够准确反映客观实际并发挥其应有功能。

Abstract: In current judicial interpretation making process, there exists some thoughts and methods of system construction we should pay attention to. Firstly, the initiation of making a specific judicial interpretation may be based on inference or on experiences. Nowadays, the former becomes the main decisive basis in the formation of judicial interpretation, which is the logic reason of the judicial interpretation having shortcomings and being criticized. Only when the initiation on inference is replaced by the initiation on experiences in the formation of judicial interpretation, can the people's courts exert their advantages in judicial experiences and elevate the constructing quality of judicial interpretation.

Secondly, according to the nature and traits of judicial interpretation, the value—orientation of judicial interpretation should accord with that of the legislative policy, but in the practices of the commercial law judicial interpretations, judicial policy is formed independent of the legislative policy and embodied in the specific judicial interpretations. The creation of policy in the forming

process of judicial interpretation not only exceeds the capacity of courts but also hurdles the normal operation of social mechanisms.

Thirdly, from the perspective of constructing method, the forming process of judicial interpretation may have different preferences for the method of interest adjustment or for the method of technological perfection. If particular stress is paid on interest adjustment, a standpoint of interest inclination is easy to be settled beforehand, which will easily lead to the result of the interest adjustment of the judicial interpretation exceeding the scope set by legislation. Thus judicial interpretation should lay particular stress on the technological perfection of legal text, that is, to provide the existing law with clear normal content, proper interest disposal, and effective regulating function and applicative mechanism.

To perfect the forming mechanism and insure the quality of judicial interpretation, the initiation of its forming process should be based on judicial experiences, its policy orientation should accord with the legislative policy, and its construction should pay more attention to the technological perfection of law.

Key Words: judicial interpretation, legal text, legislative policy, commercial law judicial interpretation

《法学研究》编辑部招聘启事

《法学研究》是中国社会科学院法学研究所主办的学术性、理论性法学期刊。为建立和维护一支高水准的编辑队伍,《法学研究》编辑部现招聘商法、中国法制史编辑各一名。条件如下:

1. 法学本科,具有研究生学历,硕士及以上学位,研究方向为商法、中国法制史。
2. 具有良好的道德水准,不怕吃苦,乐于奉献,严谨求实,具有团队合作精神,坚守学术规范,自觉抵制社会不良风气。
3. 具有良好的汉语文字功底和外语水平。具有开阔的知识视野,能在较短时间内把握相关领域的研究动态。具有基本的学术鉴赏力、学术判断力与学术敏感性。
4. 擅于沟通,能够与作者、读者建立良好的关系。

有意应聘者请于2012年4月15日前将个人简历(附联系方式)、硕士及以上学位论文(初稿)寄至法学研究编辑部,以便尽快安排面试。邮寄地址:北京市东城区沙滩北街15号,邮编:100720,联系电话:010-64035471。