

# 论司法批复的解释论证功能及其局限

孙笑侠 褚国建

(浙江大学 光华法学院, 浙江 杭州 310008)

**[摘要]** 通过请示与批复程序、由两级法院共同裁判疑难案件是我国司法体制上的一大特色。在裁判论证的分工上,司法批复主要发挥明确法律疑义与创设裁判规则的功能;在裁判论证的方法上,司法批复的主文内容直接给出解释/证立的具体方案,并以审判委员会的集体权威担保决定内容的证明效力。司法批复有助于确保规范适用的内在统一性和政治正确性,但是对自身解释的可能限度与论证理由的具体展开缺少方法论上的自省和发展。完善现行司法批复制度可以从强化批复的说理内容入手,建议最高人民法院在公布批复的同时随卷附上请示案件的判决主文。

**[关键词]** 司法批复; 疑难案件; 解释论证

## On the Functions of Interpretational Argumentation of Judicial Official Reply and Its Limitations

Sun Xiaoxia Chu Guojian

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China)

**Abstract:** Joint judgment of difficult cases by courts at two levels through cases request system is one of the main features of China's judicial regime. For the division of judgment and argumentation, judicial reply plays an important role in clarifying doubtful points in laws and creating judgment rules. For the methodology of judgment and argumentation, the main body of judicial reply directly provides detailed interpretations/argumentations and guarantees the verification effect of the judgment rules via the leverage of the collective authority of judicial committee. Judicial reply helps to ensure the inner unity and political correctness of the criteria applied. However, it lacks methodological introspection on and development of possible scope of the interpretation for itself and the elaboration on the reasoning of its argumentation. Consummation of existing cases request system may start from consolidation of the argumentation of reply. The supreme court may enclose the main body of the court verdicts for the cases requesting for instructions while publicizing the official replies.

**Key words:** judicial reply; difficult cases; interpretational argumentation

**[收稿日期]** 2009-06-17

**[本刊网址·在线杂志]** <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

**[在线优先出版日期]** 2009-08-24

**[基金项目]** 教育部“211工程”重大资助项目“转型期法治的理论、制度与实证研究”

**[作者简介]** 1.孙笑侠,男,浙江大学光华法学院教授,博士生导师,主要从事法理学与公法理论等方面的研究; 2.褚国建,男,浙江大学光华法学院博士研究生,主要从事法学方法论和金融法律研究。

通过请示与批复程序、由两级法院共同裁判疑难案件是我国司法体制上的一大特色。具体程序是先由高级人民法院将手头疑难案件中的法律解释疑义部分以“请示”的行文呈请最高人民法院议决,最高人民法院(以下简称“最高法院”)在经过审判委员会内部讨论决定后,以“批复”形式将解释决定下达给提出请示的法院,并由后者依据解释作出具体裁判。一般认为,这种体制安排的最大优点就是将事实认定与法律解释作纵向分割,由最高法院集中行使司法解释权,从而确保规范适用的内在统一性和政治正确性。而反对这种体制的则认为法院内部的请示与答复凸显我国司法行政化的弊病,不利于各级法院独立行使审判权。上述两种观点虽有分歧,但都是从法院内部权力运作机制的宏观角度考察疑难案件的裁判问题,却忽视了司法批复的解释论证品格对于提升个案裁判的实际可接受度的应有作用。另一方面,法院的独立判断固然有助于从直觉上提升审判的公正性,但是唯有经过合理论证的法律判断才经得起权力意志和舆论公判的双重考验。因此,本文尝试从法学方法论的角度,考察最高法院近十年(1998—2008)来的司法批复在解释/论证方法上所呈现的整体面貌,同时以法律论证(legal argumentation)的一般标准来对它的合理性作出评价。

## 一、司法批复的结构与效力

我国司法上的批复主要是最高法院“对于高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示所作的答复”<sup>①</sup>,其内容主要由五个部分组成,格式编排上类似于信件:标题、编号、日期、抬头、主文。标题一般是“最高人民法院关于某某问题的批复”,主要表明批复所欲解决的法律问题性质;编号统一为“法释[x年]x号”,主要便于检索和引用,在我国,“解释”、“规定”与“批复”三种司法解释在编号上是统一连续的;日期统一为“x年x月x日最高人民法院审判委员会第x次会议通过,自x年x月x日起施行”,表明该批复的通过日期和生效日期;抬头部分表明答复对象;主文部分记载最高法院关于请示问题的具体答复,一般包括处理意见与解释理由两个部分。

作为我国司法解释的三种形式之一,批复的主要特点在于它与个案裁判的紧密关联性:它既是最高法院就个案疑难问题作出的答复,其内容又直接成为下级法院裁判案件的依据,形成了一种由两级法院共同审理疑难案件的司法体制。最高法院最新规定,批复的效力等同于全国人大及其常委会制定的法律,但是在方法论上笔者认为它仍只能被视为一种裁判规则。换句话说,司法批复尽管被我国各级法院在裁判文书中普遍引用,在个案裁判过程中事实上具有与法律相同的效力,但它并不具有一般性的规范约束力。这主要有以下两方面的原因:(1)最高人民法院的司法解释权主要来自于人大常委会的法律授权,而不是宪法的直接规定。我国1982年《宪法》第67条第4款与2002年的《立法法》第42条均只明确规定全国人大常委会享有法律解释权,并未规定最高人民法院的司法解释权,后者来自1979年《人民法院组织法》第33条以及1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第2条的特别授权<sup>②</sup>,可惜这两项法律均未对司法解释的效力问题作出规定。同时,作为我国立法领域一般准据法的《立法法》对此问题也没有明确规定。但是从《立法法》与《监督法》均要求法院的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。(2)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。不

<sup>①</sup> 参见最高人民法院《关于司法解释工作的若干规定》(法发[1997]15号)第1条。

<sup>②</sup> 我国《人民法院组织法》规定:“最高人民法院对于审判过程中如何具体应用法律、法令问题,进行解释。”全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》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。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。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民检察院进行解释。”

同法源的效力等级问题涉及立法权的内部配置,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进行规定。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。

## 二、司法批复的法律论证功能

### (一) 总体态势

作为裁判规则的批复不同于最高法院的抽象解释(包括“规定”与“解释”两种)。前者系最高法院针对个案疑难问题作出的答复,是一种典型的司法行为;后者则是最高法院针对法律适用的一般问题作出的具体规定,具有总结各级法院审判经验和准立法的特点。自 1999 年最高人民法院推行《人民法院改革五年纲要》以来,司法解释的总体规模与数量均呈现上升势头<sup>①</sup>,但是批复在整个司法解释中的比重却呈逐渐下降趋势(见图 1),表明地方各级法院在独立解决审判疑难问题上的能力有所增强<sup>②</sup>。同时,批复的内容仍主要集中在民法、刑法与诉讼法三个领域,其中民法类 24 个、刑法类 20 个、诉讼法类 41 个,三类相加约占历年批复总数的 97.8%。

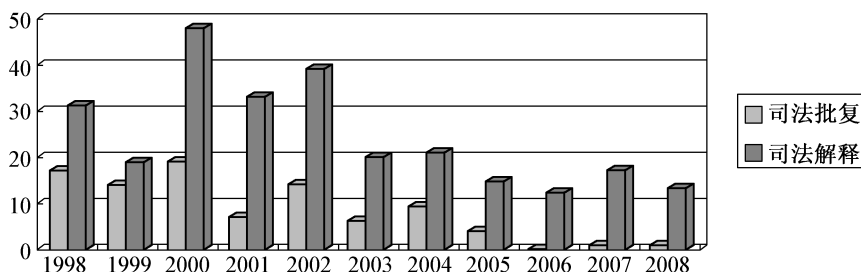


图 1 1998—2008 年司法批复占所有司法解释比重的演变

就批复的类型而言,可以区分为个别答复、合并答复与一般答复三种类型。个别答复是最高法院就一个法院的请示进行的答复;合并答复是最高法院就几个法院的请示在一个批复中一并回答;一般答复则是最高法院就某一问题向全国各级法院进行答复。就三者的比例而言,个别答复占绝对主导地位,在近十年的 86 个<sup>③</sup>批复中有个别批复 73 个,合并批复 2 个,一般批复 11 个<sup>④</sup>,显示了

① 比如在第一个五年计划(1999—2004)中,共制定司法解释 170 件,比前五年增长近两倍。第二个五年计划(2004—2009)截至 2008 年底已制定 78 件司法解释,有关婚姻法、合同法、担保法、侵权法、知识产权法、公司法、劳动法、刑法、诉讼法等重要领域均颁布了大部头的司法解释。

② 实际上,当时设计现行司法解释体制的初衷,除了强调上下级法院间的层级关系之外,一个重要的因素是基层法院法官的法律素养偏低,无力解决一些疑难问题。参见纪城《最高人民法院司法解释:一个初步的考察》,(北京)中国政法大学出版社 2007 年版,第 286 页。

③ 该统计数值是以“法释”文号发布的批复文件数量计算得出的,并未包括以“法发”文号发布的批复文件,后者虽在文件标题上亦有“批复”二字,但主要是解决司法行政事务的规定,1998—2008 年共有 6 件“法发”文号批复。

④ 这 73 个个别批复涉及全国 26 个省区直辖市的高级人民法院以及中国人民解放军军事法院,其中答复次数最多的是四川省高级人民法院(共 8 次),其次是山东省高级人民法院和广东省高级人民法院(各 7 次),第三是湖北省高级人民法院和云南省高级人民法院(各 5 次),批复 3 次的高级人民法院包括北京、河南、浙江、吉林、陕西、上海,批复 2 次的高级人民法院有安徽、山西、河北、甘肃、江苏、重庆、广西,批复 1 次的高级人民法院有湖南、黑龙江、西藏、江西、天津、辽宁、内蒙古、新疆、中国人民解放军军事法院。这 2 个合并批复即法释[1999]4 号与法释[2004]4 号。这 11 个一般批复包括法释[1998]17 号、法释[1999]1 号、法释[2000]23 号、法释[2000]34 号、法释[2002]10 号、法释[2002]11 号、法释[2004]32 号、法释[2004]7 号、法释[2005]7 号、法释[2005]12 号、法释[2007]7 号。

批复具有个案针对性。即使是一般批复仍是最高法院就个案问题作出的答复,不同于就某些问题或某一方面的问题发布的抽象司法解释。

## (二) 司法批复的解释论证功能

### 1. 司法判断的发现与证立

司法权作为一种判断权主要是通过解释活动来实现的。传统的司法理论出于对司法活动之法适用性格的功能设定<sup>[1]</sup>以及方法论上的实证主义立场,认为法律解释主要是一种对既定案件事实和法律规范的认知、推论活动,进而使司法解释在本质上与科学认知并无不同,否认法官在解释过程中应进行价值判断。与之相对的是,现代法学方法论则基本上已将法官价值判断或评价活动视为不可避免的前提共识,并将研究的重心转入寻找使法官在个案中所作的价值判断正当化或合理化的法律证立(legal justification)领域<sup>[2]10</sup>,以区别于以法律发现为重心的传统法学方法论研究。本文基本采纳国际法学界的这种共识,将我国司法解释区分为发现层面和证立层面来加以分析。

司法解释的发现层面主要是为获得法律判断(即法官的个案判决)服务的,它既包括简易案件中的认知性活动,也包括疑难案件中的评价性活动。在简易案件中,由于事实清楚、规范明确,法官一般不需要进行价值评价就能获得法律判断,因此,简易案件中的法律发现可称之为“找法(finding a law)”操作;而在疑难案件中,由于法律语言的不确定性,法官往往需要在多种解释可能之间进行取舍,同时由于法律制度的不完善(可能存在漏洞或错误),法官也必须在当事人的不同主张之间选择最符合法律精神的判决,无论是规则冲突时的规范取舍还是规则空白或错误时的规范创设,法官都代替立法者建构了一条新的个案规范,因此,疑难案件中的法律发现均可称之为“造法(constructing a law)”操作。同时,司法解释的发现活动不同于科学发现活动,这主要体现在三个层面:(1) 司法解释认知的操作流程乃是循环性的,因此它的两个具体环节(认识具体案件事实在法律上的抽象意义以及认识法律规范在个案中的具体意义)是同时发生的,恩吉施曾将之形象地描述为“事实与规范之间的目光流转”<sup>[3]25</sup>;而科学认知基本上遵循现象归纳→科学假设→实验验证→理论描述的单线性操作。(2) 司法认知的论证结构无法单纯依据逻辑方法达成,而是要诉诸商谈、修辞等实践推理方法,而科学认知的证立主要依据逻辑演绎和经验归纳方法。(3) 司法认知的目的主要在于评价法官之裁判行动与现行法律之间的规范关联,而科学认知的主要目的在于描述事物间的因果关系。

司法解释的证立层面主要是为证明法律判断之合法性或正确性服务的。就现代司法解释活动而言,其核心乃是法律判断的证明或法律证立。所谓法律证立,简单地说就是提出理由以证立法律判断的正确性<sup>[4]35</sup>。与科学证立不同的是:(1) 法律论证的论据只能从法律规范体系中寻找,包括权威论证和单纯的实践论证(authority reasons and pure practical argumentation)两种主要形式<sup>[5]18</sup>,因此主要是一种体系化论证;而科学论证的论据则不受此限制,一切可以证立科学命题的经验性证据和理论性证据均可被引述。(2) 法律论证的对象主要为规范命题,涉及人们应采取何种行动的判断;而科学论证的对象主要为陈述命题,涉及事物间因果关系的判断。(3) 法律论证的目标主要在于诠释规范命题的正确性或合理性(rightness),也就是使规范的承受者出于一种合理的理由接受规范要求,也即哈贝马斯所说的规范之合理可接受性。但在法律确定的情况下,对规范正确性的证明被简化为一种规范真实性的证明,论证者只需说明法律判断所依据的规范前提在现实法上真实存在即满足论证要求,此时司法论证的权威所仰仗的乃是立法者的民主权威;但在法律不确定或不完善的情形下,法官的判断无法获得立法的直接支持,

因此必须就判断内容的合理可接受性进行论证<sup>①</sup>。而科学论证的目标主要在于说明陈述命题的真实性(truthfulness),也就是证明该命题与实在(reality)是符合的(符合论真理观)。(4)法律论证下的正确乃是相对特定法律体系、特定案件事实而言是正确的,因此其效力范围具有地域性与情境性;而科学论证的真实则更具有普遍有效性,世界各地的科学家在进行科学研究时往往能遵循统一的证明标准。

## 2. 司法批复的两种论证功能

司法批复作为一种法律判断的个案解释形式,其论证功能也可以从发现和证立两个层面加以说明,但区分标准和操作方法则与西方有很大不同(见表 1):

表 1 司法批复的两种论证功能

司法论证	司法批复	解释对象	论证负担	论证理由
法律发现	疑义解释	法律概念	以下级法院为主	立法规则
法律证立	替代裁判	构成要件	以最高法院为主	集体决定

在法官独立审判的西方语境里,法律发现过程中的核心操作就是寻找可资援用的法条并明确其个案意义,法律证立的关键在于说明法律判断与法律规范的关联性,两项工作均由法官独立完成<sup>[6]209</sup>。但是在我国的司法批复过程中,法条寻找操作一般已由下级法院完成,最高法院的工作重点在于明确下级法院在法条理解上的疑义,因此可以说司法批复发挥作用的主要方式就是通过疑义解释。下级法院之所以需要就法律疑义寻求最高法院的帮助,一方面固然可从解释权限配置的角度去理解,因为我国的司法解释权只属于最高法院,下级法院应当就疑义问题向最高法院请示;但是更合情理的解,我们认为是下级法院在该如何解释争议条文拿捏不准时,希望通过最高法院的介入来获得一种理论上的支持或责任负担上的连带效应,以降低日后被舆论审判或错案追究的可能风险。这也就解释了为什么会存在一些案件事实、法律适用并不复杂但社会影响却十分强烈的案件也会被不断上报的奇怪现象。

司法批复的论证功能则更加隐蔽,单从解释行文我们很难发现最高法院在疑义解释过程中实际上已作出自己的法律判断并给出了合理的理由。但是我们可以通过进一步区分司法批复的类型来展现司法批复的论证操作。按照解释对象和论证操作的不同,司法批复可以区分为针对法条内之法律概念的批复以及针对法条内之构成要件的批复两类。前者的解释操作主要围绕有争议的法律概念展开,以法律概念的字面含义为中心,即使是对概念外延的扩张解释亦绝少涉及对个案判断的具体建议,因而法律判断的重心与论证责任仍在下级法院,其论证以结合了批复上的概念解释内容的立法规则作为理由,最高法院批复的主要功能在于法律发现。后者的解释操作主要围绕法条内的构成要件部分展开,重心在于答复下级法院请示所涉及的个案事实能否被疑义法条的构成要件所涵摄,此时最高法院实际上是在代替下级法院作法律判断,论证的责任已发生相应转移,最高法院通过审判委员会的集体决策所建构的裁判规则将直接作为下级法院的证立理由,批复的功能此时以证立为主。

<sup>①</sup> 法实证主义提出,司法论证主要在于求证规范之真实性,只不过这种真实乃是“在一法体系里为真的法规命题”。这种观点在简易案件中是能够成立的,因为此时司法者只要通过找到真实存在的规范并确定其意义就可以获得一个安定的判决,但此时规范的正确性问题不是不存在,而是立法与司法的功能分离使得司法者可以直接以经过立法者论证而具初步正确性的规范作为裁判依据;但在疑难案件中,由于规范不确定或不完善,法律规范的正确性理由是空缺的或有疑问的,因此司法者必须同时提出理由证明规范之正确性。总之,法官的裁判过程必须以规范命题之正确性作为其操作的前提或目标。相关讨论可参见颜厥安《规范、论证与行动》,(台北)元照出版公司 2004 年版,第 23 页。

下面试以具体实例来说明上述两种批复类型的不同论证操作。针对法条内之法律概念的批复,可举法释[1998]18号、法释[2000]1号、法释[2000]10号、[2001]17号、法释[2002]10号,其解释对象分别为《刑法》第49条上之“审判的时候怀孕的妇女”、《刑事诉讼法》第213条第1款之“交付执行的人民法院”、《刑法》上之“金融机构工作人员”、“国家工作人员”以及“易燃易爆设备”概念。就司法批复所采用的一般解释方法,主要以文义解释和体系解释为主,上述五例则主要为目的解释。比如法释[1998]18号对“审判的时候怀孕的妇女”的解释,最高法院的扩张解释认为“怀孕”不仅包括一般医学上所说的受精卵结合着床且处于母体内正常发育的情形,还包括“怀孕妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产后,又因同一事实被起诉、交付审判的”自然流产情形;法释[2000]10号和法释[2002]10号则属于限缩解释的情形,前者将“农村合作基金会从业人员”(除具有金融机构现职工作人员身份的以外)排除出“金融机构工作人员”范围,后者则将“易燃易爆设备”限定为“正在使用的油田输油管道属于刑法规定的易燃易爆设备”。但是即使在上述例子中,最高法院均只在答复概念之疑义,并未创设法律上所无的新概念或者对个案判决本身提供意见,因此主要发挥的是一种以法律发现为主的疑义解释功能,我们称之为狭义的疑义解释功能。

针对法条内之构成要件的批复,可举法释[1999]12号、法释[2000]22号以及法释[2001]11号。法释[1999]12号系将个案事实上的“村民小组组长利用职务便利非法占有公共财产行为”涵摄入《刑法》第271条第1款“公司、企业或者其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有”;法释[2000]22号则针对个案事实将《刑法》第272条第1款之“挪用本单位资金归个人使用或者借贷他人”的构成要件解释为“公司、企业或者其他单位的非国家工作人员,利用职业上的便利,挪用本单位资金归本人或者其他自然人使用,或者挪用人以个人名义将所挪用的资金借给其他自然人和单位,构成犯罪的”。两个批复实际上均已将法律规范之构成要件具体化,留给下级法院的裁判空间仅在量刑部分。法释[2001]11号则更为特殊,围绕《刑法》第225条第4项在非法传销案件中的适用问题进行解释,该批复竟援引国务院针对同类问题的通知日期作为追诉起点,对发生在该日期之前的传销行为即不作追究,明显具有造法的性质。总之,无论是具体化已有规则的找法操作抑或创设新规则的造法操作,依据“谁作出判断谁负责证明”的规则,批复均在发挥一种证立下级法院裁判的功能。

### 三、司法批复的论证局限

司法批复的论证合理性缺陷主要包括两个方面:首先是解释过程缺少对法律的尊重,对解释的自身界限认知不足,司法解释仍然是对法律的解释,必须依法进行,不能毫无理由地超越法律的界限;其次是论证结论的得出缺少一个具体的推论过程,或者说理由的给出过程尚未展开。

#### 1. 司法批复的解释界限失范

司法批复作为一种司法解释,性质上属于说明法律意义的司法行为,因此必须以“事实为依据,以法律为准绳”。但实际上司法批复的运作并没有严守这种关于解释界限的规定,主要表现在三个层面:(1)司法批复主要系针对下级法院提出的法律解释疑义所作的答复,请示与批复的内容亦主要以争议条文为主,但是解释既然主要为回答个案裁判问题而设,离开个案事实就无法准确地确定法条的具体意义。割裂个案事实与法律适用的司法批复至少在直观上无法给人一种“以事实为依据”的印象。(2)司法批复上存在着少数针对同一条文的解释内容进行再度解释的操作,比如法释[1998]3号、法释[1998]5号、法释[2004]34号。简言之,司法批复中之再度解释不是针对法律条文的解释,而是针对批复内容的解释,包括废止已有司法解释之效力、消除已有解释间之冲突、修正已有解释之意义三种类型。此时批复已不是以法律为依据的合法解释,相反仅仅是一种规避法

律的权力决断,不仅有损于立法的权威,亦有害于解释本身的确定性和可预期性<sup>①</sup>。(3)司法批复上的解释系针对有争议的法条疑义的解释,不免需要针对法律不确定部分进行价值判断,但是司法批复中很难找到疑义解释的特殊处理方法以及围绕价值判断的理由论证。就已有的批复解释脉络来观察,主要还是采用文义解释,直接对条文的个别概念和整体意义给出答案;即使在作出超出字面意义的扩展或限缩解释,最高法院的解释方案也不对解释对象的规范体系地位和立法目的作深入探讨。比如属于扩展解释的法释[1998]18号,将怀孕妇女在羁押期间内自然流产的情形纳入“审判的时候怀孕妇女”的概念外延,但是法院并没有说明这种突破普通语词含义的解释内容与法律原文存在何种关联。又如属于限缩解释的法释[2000]10号和法释[2002]10号,分别将“金融机构工作人员”与“易燃易爆设备”的概念外延加以缩小,但是同样没有给出理由说明何以在奉行“罪刑法定”的原则下法院有权改变立法文字的一般理解。

司法批复缺少对自身解释界限的认知,脱离个案事实进行解释、规避法律进行解释以及超越法条范围进行解释,其原因就是对司法权力的说理式运作特性缺少重视。司法解释之所以必须说明理由,主要是因为司法的功能在于适用法律,法官必须依法审判。换句话说,法院在作出判决时必须受到法律规定的拘束,否则就会产生裁判恣意。反映在解释规则上,传统上要求法官的解释用语不得超出法律条文的字面范围;即使在碰到疑难案件,法律的字面含义不足以作出公正的个案裁判,需要法官进行扩展或限缩解释甚至创设规则时,法官也必须探讨规范的立法目的,尽可能从立法者的理解脉络和价值取向来说明解释与立法精神的关联性。只有当遵循法律的字面含义与立法者的规范精神对个案裁判带来显而易见的不公正时,法院才可以根据自己的意志作出合理的解释。我国最高法院在拟定司法批复方案时,似乎过分强调立法和司法均是执行国家权力的共性,以为法院的单纯决定即存在权威性,而忽视人大与法院在功能上的差别所带来的不同操作规则和论证原理。立法的正当性立足于立法成员的人民性及立法过程的民主性,而司法的正当性则主要依据判决结果与法律规定的符合性,因而只具有间接的民主正当性。因此,司法解释如果不能证明自身内容与法律规定的一致性(无论是字面上还是精神上),个案裁判就失去合法依据。

## 2. 司法批复的推理缺失

司法批复的裁判证明功能主要体现在上级法院径直就个案的判决问题作出答复,法律解释的操作反而退居其次。这种代替下级裁判的作为不仅体现在实体问题的法律适用上,同时也包括对诉讼程序甚至个案事实的认定问题。据笔者的不完全统计,最高法院就诉讼程序进行批复的例子近十年来有13件<sup>②</sup>,占全部批复总量(按86件计算)的15%左右,其中又以对起诉事项是否予以受理、如何管辖等问题最为常见。比如法释[1998]19号是最高人民法院关于第二审法院裁定按自动撤回上诉处理的案件第一审法院能否再审问题所作的批复,答复结果为不能适用再审;法释[1998]22号是最高人民法院关于人民法院不予受理人民检察院单独就诉讼费负担裁定提出抗诉问题的批复,答复河南省高级人民法院的结果是没有法律依据,人民法院不予受理;法释[2004]5号是最高人民法院关于破产清算组在履行职责过程中违约或侵权等民事纠纷案件诉讼管辖问题的批复,答复湖北省高级人民法院的结果是上述情况发生在破产程序终结之前的,由受理破产案件的人民法院管辖,在破产程序中一并处理。最高法院针对个案事实问题进行裁判的例子可举法释[2000]16号,在该批复中,最高法院裁决:人民检察院对人民法院提出的暂缓执行建议没有法律依据。

<sup>①</sup> 当然,因为社会变迁导致批复内容过时的情形另当别论,但即使是最高法院为避免已有解释与社会现实脱节而进行解释,理论上应采用法律整理的方式而不应在司法批复中解决此类问题。有关司法批复再解释的详细讨论,可参见褚国建《司法再解释及其正当性批判浅析》,载《经济与法》2009年第5期,第74页。

<sup>②</sup> 它们是法释[1998]19号、法释[1998]22号、法释[1999]6号、法释[2000]17号、法释[2000]25号、法释[2000]46号、法释[2002]17号、法释[2002]19号、法释[2002]20号、法释[2004]5号、法释[2004]6号、法释[2004]9号、法释[2005]7号。

值得注意的是,司法批复脱离其疑义解释的主旨定位,偏向代替裁判的边缘地带的操作在现行裁判体制之下仍可被视为一种向下级法院提供裁判依据的合法行动。但是从裁判论证的合理化要求来看,当下级法院将审判疑难问题“打包上传”至最高法院时,后者实际上将所有关于法律评价的论证责任揽于一身,它不仅要作出集体决策,而且更重要的是必须给出推论的依据和理由。从整体上看,最高法院的论证操作可分三种形式:(1)大部分情况下是以制定法作为法律推论的理由。但它一般只是指出解释所依据的具体条文规定,而不对其内容作细致的具体化解释,或者是直接根据审判委员会的表决结果决定是否将个案事实涵摄入构成要件<sup>①</sup>,因而可说是诉诸权威决断而非法律论证来填补法律构成要件与个案事实间的评价缝隙问题。也有少部分的解释仅指出所依据的乃是法律条文的“相关规定”或“有关精神”,甚至根本不指出具体条文<sup>②</sup>。(2)许多情况下以最高法院的司法解释作为裁判的理由。但就这种法律论证理由的给出而言,又有两种不同的表现情形:第一种是法院同时援引制定法与司法解释作为裁判的依据和理由,在这种情况下,司法解释实际上具有一种强化制定法之论证力的功能;第二种则是法院直接援引司法解释来作为自己裁判的依据,最为典型的例子就是齐玉苓案,山东省高级人民法院直接以最高人民法院的法释[2001]25号批复作为本案判决的核心理由。但第二种操作的疑问之处在于,最高法院的决定尽管在法院内部具有很高的权威,但这种权威毕竟只是一种以行政上的级别体现出来的审判委员会的集体人格权威而已,它并不具备由人民代表经由审议过程制定出的法律所具有的制度性权威。最高法院的解释作为一种论证理由仍然必须进行实践论证,而法律作为一种决定性的理由则可直接援引作为裁判理由<sup>[7]5</sup>。(3)个别情况下以行政政策作为裁判的理由。最为典型的是法释[2001]11号,在该批复中,最高法院将1998年4月18日国务院《关于禁止传销经营活动的通知》作为将非法传销行为认定为刑法上之非法经营罪的认定起点,指出“对于1998年4月18日国务院《关于禁止传销经营活动的通知》发布以后,仍然从事传销或者变相传销活动,扰乱市场秩序,情节严重的,应当依照《刑法》第225条第4项的规定,以非法经营罪定罪处罚”。其实这样的决定是极不妥当的,因为根据我国刑法上的罪刑法定原则以及立法法上的法律保留原则,有关犯罪的认定只能依据全国人大及其常委会制定的法律来认定,现在以国务院的一个通知作为认定起点,显然是不恰当的;同时就法院的责任而言,其本身的职能就在于通过司法审查来控制行政权力的形式,而不是执行行政权力的决定,现在以政策作为裁判理由乃是最高法院的一种角色错位。

#### 四、结论与建议

法院的决定,不论其来自最高法院审判委员会还是基层法院独任审判法官,只有当它与现行法

① 比如法释[2000]5号就是典型的例子,该批复为最高人民法院关于对受委托管理、经营国有财产人员挪用国有资金行为如何定罪问题向江苏省高级人民法院所作的答复。在答复中最高人民法院认为:对于受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托,管理、经营国有财产的非国家工作人员,利用职务上的便利,挪用国有资金归个人使用构成犯罪的,应当依照《刑法》第272条第1款的规定定罪处罚。其解释内容几乎是对《刑法》第272条第1款的原文摘录,这样的解释在批复中较为常见。

② 比如法释[1999]7号,最高人民法院关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题答复河北省高级人民法院时指出:对前述问题,根据《民法通则》第4条、第90条规定的精神,应当视为对原债务的重新确认,该债权债务关系应受法律保护。而法释[2000]21号与法释[2000]38号则根本未指出任何解释依据,就直接认定“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,并与请托人事先约定,在其离退休后收受请托人财物,构成犯罪的,以受贿罪处罚”以及“购买人使用分期付款购买的车辆从事运输因交通事故造成他人财产损失,保留车辆所有权的出卖方不应承担民事责任”,其实后两种类型均是我国法律上未明文规定的法律漏洞情形,法官本应在进行此类操作时承担更大的论证责任。



律的字面意义相一致、立法目的(精神)相融贯且前后决定之间无矛盾时,才能说具有法律论证上的合法性与合理性。我国的司法批复制度虽然属于法定的司法解释形式,但是由于其具有高度的个案关联性,理应被视为一种两级法院共同裁判疑难案件的法律评价和法律证立活动,必须符合法律论证的基本要求。但是现行的司法批复操作,一方面缺乏对自身解释性质和解释界限的反思与节制;司法解释作为一种司法行为,虽然与人大立法同属国家权力的运作,但却是从属性和补充性的,“司法造法”应当严守宪法与法律规定的界限。另一方面,以司法行政化的惯性思维理解司法解释的权威基础,忽视法律论证的正当化功能;判决的权威、解释的权威最终只能依靠它与法律的关联程度来彰显,通过法律论证的推理操作来落实。审判委员会集体决策的权威是人格性,而非制度性,只能在裁判系统内部借助司法强制力加以贯彻,却无法获得全体社会成员的理性认同。综上所述,现行批复制度的方法论缺陷是显而易见的。

因此,从法律论证的角度而言,改进现行司法批复制度的关键在于强化其说理论证内容。就目前而言,可有两种具体方法供采用:第一种方法是扩充现行司法批复的篇幅内容,由最高法院负责对其提供的疑义解释或裁判规则进行法律论证。采用这种方法的优点是更加符合“谁解释谁论证”的论证负担规则,论证的权威性和科学性相对较高,可促使最高法院更加审慎地行使批复职权;缺点是最高法院的工作负担太重,批复与其他解释形式或典型案例公布制度的区分弱化,对下级法院的裁判干预过重。第二种方法是将请示案件的裁判主文附于批复文之后,这种方法的优点是对现行批复机制的影响较小。虽然该方法解释论证的重心仍在下级法院,但裁判主文的公布将有助于推动两级法院的业务沟通,提升论证的个案结合度与推理逻辑性。第二种方法的主要难点在于如何避免两级法院在判决之后重整论证文案,使原本应当随法律程序的推进、审判的进展而逐步深入的司法论证操作流于形式,变成“事后诸葛”。笔者认为,采行第二种方法是现阶段的最佳选择。

#### [参 考 文 献]

- [1] 黄舒芃:《宪法解释的“法适用”性格:从德国公法学对“法适用”与“法定制”的区分探讨联邦宪法法院解释活动的本质》,《政法法学评论》2004年第81期,第51-109页。[S.P.Huwang, "The Constitutional Interpretation as Law Application: The Constitutional Interpretation of the Federal Constitutional Court of Germany in Light of the Development of the Methodology of Legal Science," *Chengchi Law Review*, No.81 (2004), pp.51-109.]
- [2] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆,2002年。[K.Larenz, *Legal Methodology*, trans.by Ai-Er Chen, Beijing: The Commercial Press, 2002.]
- [3] [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,北京:法律出版社,2005年。[K.Engisch, *Introduction to Legal Thinking*, trans. by Zheng Yongliu, Beijing: Law Press, 2005.]
- [4] 颜厥安:《法、理性与论证——Robert Alexy的法论证理论》,《政法法学评论》1994年第52期,第33-50页。[C.A.Yen, "Law, Reason and Argumentation: Robert Alexy's Legal Theory of Argumentation," *Chengchi Law Review*, No.52(1994), pp.33-50.]
- [5] N.MacCormick, "Argumentation and Interpretation in Law," *Ratio Juris*, Vol.6, No.1(1993), pp.16-29.
- [6] [英]尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,北京:法律出版社,2005年。[N.MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, trans.by Jiang Feng, Beijing: Law Press, 2005.]
- [7] [英]约瑟夫·拉兹:《自由的道德》,曹海军译,长春:吉林人民出版社,2006年。[J.Raz, *The Morality of Freedom*, tans. by Cao Haijun, Changchun: Jilin People's Publishing House, 2006.]