

# 比较法在司法解释中的运用

## 一、 司法解释在中国法律体系中的地位及作用

司法解释权是中国最高司法机关的审判权的重要内容，它是中国法律制度中比较特殊的一种设计。中国最高人民法院审判委员会可以就审判工作中的法律适用问题进行解释，此种解释即称为司法解释。司法解释在中国近二十多年的司法实践中发挥着重要的作用，是人民法院审理案件解决纷争的重要法律依据。

### 1、 成文法传统与司法解释

中国属于成文法国家，法律具体化为抽象的一般化的法律规范。成文法传统下，有其三方面之不足：一是法不能尽。再多的立法均不能涵盖社会生活之全部，视为有法律之漏洞。漏洞之补充，可以立法，可以立法解释，亦可以司法解释。中国法制的建设主要集中在改革开放以来的二十多年，法律体系正在完善，但缺漏之处还很多。其间的大量民事纠纷的解决，就是靠司法解释来完成的。二是法不适变。法律相对稳定，而生活变化不止。法律不适应生活之处日日常存。此种差异亦需通过一定方法解决。司法解释亦为可行之法。中国改革是全方位的改革，社会各方面的变化快速而且彻底，法律在制定后三五年内就被纳入“修订”之立法计划的情况很多。这说明，改革中的社会所呈现的不稳定性，导致法律的适变性很差。司法解释通过法律适用的

环节可以对此进行适当的补救。三是法不自明。成文法的抽象和一般化，文字易生多义，加之各人从不能角度，站在不同立场看待和理解法律，因而，“仁者见仁，智者见智”，“横看成岭侧成峰”，保证法律的统一性和严肃性就成为法律适用的重大课题，司法解释就是其中有效的方法之一。我认为，司法解释权的存在是中国法律传统的必然要求，更是当今中国司法体制下的内要要求。

## 2、司法解释的地位与功能

最高人民法院的司法解释权，在指导法院审判实践的价值更为突出，这是司法解释权存在的最为直接的原因。一司法解释是解决下级法院审判工作法律适用困难的有效方法。高级人民法院对特定法律适用问题产生较大争议，不能作出决定时，可以向最高人民法院请示，最高法院认为该问题具有普通指导意义的，会通过制定司法解释予以解答，不仅对请示法院而且对其他法院同样具有法律效力。二司法解释能有效地维护法律适用的统一。当各地法院对法律条文理解不一致，相同或者相似的案件裁判结果完全不同或者相差太远时，将严重破坏法制的统一和严肃性。最高法院的司法解释在很大程度上都能够统一司法标准，保证相同或者相似的案件按照统一的标准裁判，确保司法统一。三是司法解释能够有效维护司法公正。司法解释与法律一样都是公开发布的。因此，案件的当事人能够清楚地获知并对案件裁判形成合理预期。法官的自由裁量权因司法解释而被严格限制，法官裁判的随意性可以有效避免。这样，裁判结果与当事人的预期在更大程度上能够一致或者接近一致，法律的公正将实现为当事人内心确认

的公正。四是司法解释为成熟的立法积累经验、准备条件。立法机关之所以明确授权最高人民法院可以制定相关司法解释，一个很重要的原因就是，立法条件还不成熟的情况下，可以先通过司法解释对纠纷进行处理，待一段实践后，总结经验，修正错误，确保了立法质量，避免法律的“朝令夕改”。

### 3、司法解释与立法解释的比较

中国的法律解释存在司法解释和立法解释两种形式，这不同一般国家的法律解释权单一主体行使的模式，尤其区别于香港地区关于解释法律只能由法院进行的通常观念。如 2005 年中国全国人大常委会对香港基本法的解释，正是由于体制的不同，才导致发生争议。立法解释在中国是立法机关对法律进行的解释，是立法权的一部分。司法解释是司法机关在办理案件过程中对如何适用法律所作的解释。但司法解释和立法解释在解释的对象及范围上向来不够清楚。特别是一些司法解释是法律明确授权最高人民法院就某一立法中应当解决的事项制定的，如破产法明确授权最高人民法院对破产管理人及其收费问题制定司法解释。还有一些在立法过程中立法机关明确提出由最高人民法院制定司法解释，虽未在法律上有明确授权，实际上也是立法机关

## 二、比较法在司法解释中的作用

### 1、司法解释制定中比较法的运用

当法律需要解释而且必须解释时，除遵循法律解释的一般方法外，中国的法官（不仅仅是最高人民法院的法官）更习惯于查看外国

法的规定。法律在体现其本土化的同时，更体现出其世界范围内的相互借鉴性。中国立法者制定法律时，认真研究国外的法律制度已经成为必须的前置程序。同样，为适用法律而对法律进行解释时，认真研究国外的相近的法律规则，也已经成为司法解释的重要方法。在近年最高人民法院起草的司法解释的说明中，如果外国或者国际条约有相同或者相近的法律规定，必须会被起草者引入以证明其司法解释条文的正确性或者其可行性。但正如不存在完全相同的案件一样，任何两个国家在相同事物也会存在着差异性，国外法包括国际法的研究在司法解释制定过程中更被强调为一种方法而非制度的移植。当然，这一论段不适用于为适用国际法而制定的司法解释的情况。

我也注意到，比较法在解释法律时的运用，与法律的性质有密切关系。通常更深植于本国传统的与人身、家庭婚姻关系方面，解释者更倾向于以本国的传统习惯和通常观念对法律进行解释。对于商事领域的法律，解释者更倾向于以国际上通常的交易法则和习惯作为解释的依据。但这种比较法的在司法解释中的运用只存在重要性的差异，而不存在根本性的对立。比如在制定关于诉讼调解的司法解释时，尽管可以说调解发源于中国，但我们仍然研究了其他一些国家包括欧洲的调解方面的法律，甚至和解制度规定，将有益之规则予以吸引，如调解保密原则就是这次司法解释起草时重点研究的问题。

在研究和借鉴国外法则时，相近法传统的国家之间似乎更为容易一些。我们在制定司法解释时，更喜欢查看成文法国家的法典，特别是德国、法国、瑞士等国家法律。或许正是由于中国也是成文法国家，

在法官思维方式和法律的兼容性上，中国与上述国家更接近一些。当然，并非说我们在制定司法解释时不重视英美法国家的法律制度的研究和借鉴，即使这样，我们还是更愿意查看它们的制定法，而不太情愿去研究其零散繁多的判例。事实上，这一倾向也在发生改变，我们正在研究建立中国的指导性案例（guiding case）制度，希望能够在一定程度上改变完全依靠类似于法律条文的方法来解释法律，增加以判决指导案件审理的方法。但如果认为中国要建立判例制度，那将会是一场严重的误会。因为在研究时，我们首先想到的是到德国这样的成文法国家进行考察。

## 2、司法解释制度的改革

适用法律必然首先要对法律进行解释，即法官释法，这是审理案件时法官必须要做的一项重要工作。如何保证法官对法律解释的统一性，是每个国家的司法权行使过程中要解决的重大问题。在中国就是我刚才所谈到的，是通过由最高司法机关制定司法解释的方法来解决的。在中国台湾地区也有类似的司法解释制度。在英美法传统下，或许判例制度本身就能够起到同样的作用。在欧洲成文法国家下，既无中国式的司法解释制度，也没有形成完整的判例法。除其法律体系更加完善，法律规定更为详尽以外，更多的是依靠判决公开制度和案件审理程序予以保障的。在德国，除宪法法院的判决具有法律效力外，普通法院和其他专门法院的判决均不具有法律效力。但多数案件的判决是公开的，如在其联邦最高法院，每年都要结集出版最高法院民事和刑事判决集，以供以后相近案件审理的法官为参考。虽然此类判决

不对其他法官不具有任何法定的约束力，但一方面依靠上诉制度使上级法院的判决能够得到下级法院法官充分重视，另一方面依靠判决本身的说服力得到下级法院法官的尊重。先前判决能够充分地在案件审理过程得到重视和使用，以支持法官对法律的解释，这种建立在判决公开基础上的作法，确实在统一法律解释方面发挥着重要的作用。在德国联邦最高法院，如果一个审判庭要作出与其他审判庭先前判决不一致的判决，就须成立大审判庭来审理该案件。德国法院追求对法律解释的统一性的作法，与中国通过司法解释统一法律解释一样，其价值基础仍然是司法统一优先而非法官自由裁量优先。这在瑞典、波兰等国家也大致相同。

中国最高人民法院正在研究建立指导性案例制度正是基于法律解释统一性方法的多样性考虑而对现行司法解释制度进行改革的重要方面。尽管在法院内部已经充分认识到以案例的方式指导审判统一法律适用的积极作用，但如何构建这项制度仍有较大的争议。我个人认为，以成文法传统为基础，可以借鉴欧洲成文法国家的作法，建立以公开判决为基础，以审级关系为约束，以判决内在说服力保障的，以指导性（参考性）为目的的案例指导制度，是当前中国最为可取的选择。当然，主张从判决中抽象出法律规则并赋予其法律效力，所附案例仅作为对法律规则的形象说明的案例指导制度的观点也有很强的认同感，因为这种模式更接近现在司法解释，当然我个人认为与现有司法解释没有任何不同。最终会建立起何种案例指导制度，还有待于进一步研究论证。但我想指出的是，司法解释制度改革中我们也充

分重视并运用了比较法的方法。从 2002 年开始，为做好这项工作，已经认真研究了欧洲大陆法代表性国家、英国、美国、日本等多个国家和地区的判例和司法运用机制。

作为结论，中国司法工作包括司法解释中，比较法的方法已经运用得非常充分，这得益于中国自改革开放以来越来越多的学者走出国门的开放性法律研究和学习以及翻译工作，他们提供了较高水平的翻译和比较法研究成果。但我们更期待，国内的比较法的研究能够适应这种现实的需要，特别是中外学者、法官之间面对面的交流和研讨变得更为经常，研讨的问题更加具体有针对性。相信，这对交流各方都会有收获，至少会有启发意义。