

# 司法解释的合法性危机

## ——以《婚姻法解释(三)》为视角

陶婷

(华东政法大学法理学研究中心, 上海, 200063; 浙江传媒学院社会科学部, 杭州, 310018)

**摘要:** 当下中国, 司法解释的立法化倾向已非常明显, 由《婚姻法解释(三)》引发的争议即可见司法解释在目前存在的诸多问题: 如司法解释权力依据的不统一、解释权限的不明晰、法律解释方法的恣用等。要解决司法解释陷入的合法性危机, 就必须在立法上首先统一司法解释权的权力来源, 并在立法中规范权力行使的界限和程序, 将司法解释权限定在具体个案围绕法律文本的适用过程中, 最后在行使司法解释权时应围绕解释的目的慎用法律解释方法, 在坚持“尊重法律”的基础上, 首选语义解释, 对其他法律解释方法的采纳必须负担论证义务, 由此才能确保司法解释的合法性。

**关键词:** 司法解释; 婚姻法解释(三); 合法性; 司法解释的立法; 法律解释方法

**中图分类号:** D920.5

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2013)01-0137-05

2011年7月4日, 最高人民法院通过了《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《婚姻法解释(三)》), 并于2011年8月13日起正式施行。该解释的出台在社会上引起了轩然大波, 尤其是解释中关于婚后由父母出资为一方子女购买不动产的权属界定以及由婚前一方贷款所购买的不动产在离婚时的处理这两个问题所引起的关注与争议最大。本文试图由此争议出发探讨当前我国司法解释<sup>①</sup>面临的合法性危机。

### 一、对《婚姻法解释(三)》的质疑

《婚姻法解释(三)》第七条第一款规定: “婚后由一方父母出资为子女购买的不动产, 产权登记在出资人子女名下的, 可按照婚姻法第十八条第(三)项的规定, 视为只对自己子女一方的赠与, 该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。”即婚后由父母出资为一方子女购买的不动产归属自己子女。然而在2001年的《婚姻法》第十七条中规定: “夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产, 归夫妻共同所有: ……(四) 继承或赠与所得的财产, 但本法第十八条第三项规定的除外。”第十八条规定: “有下列情形之一的, 为夫妻

一方的财产: ……(三) 遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产。”由此可解释为, 若赠与中无特殊约定, 则婚后赠与所得财产应视为夫妻共同财产而非个人财产。2003年的《婚姻法解释(二)》第二十二条第二款也规定“当事人结婚后, 父母为双方购置房屋出资的, 该出资应当认定为对夫妻双方的赠与, 但父母明确表示赠与一方的除外。”即进一步认可婚后赠与财产的权利归属与《婚姻法》一致。由此可见, 《婚姻法解释(三)》与之前的《婚姻法》以及《婚姻法解释(二)》产生了明显的冲突: 相同情形, 但对财产的认定却截然不同。按照《婚姻法解释(三)》第十九条的规定“本解释施行后, 最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的, 以本解释为准”, 那么《婚姻法解释(二)》的第二十二条第二款被即时废止, 但是《婚姻法解释(三)》与《婚姻法》规定相冲突的事实仍然存在。就此, 问题在于司法解释是否有权突破法律的界限甚至改变法律? 这样的司法解释又是否合法有效?

再如《婚姻法解释(三)》第十条: “夫妻一方婚前签订不动产买卖合同, 以个人财产支付首付款并在银行贷款, 婚后用夫妻共同财产还贷, 不动产登记于首付款支付方名下的, 离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的, 人民法院可以判决

收稿日期: 2012-09-17; 修回日期: 2013-01-08

基金项目: 华东政法大学2011-2012年度研究生创新项目(20113001)

作者简介: 陶婷(1985-), 女, 浙江杭州人, 华东政法大学法理学博士研究生, 浙江传媒学院讲师, 主要研究方向: 法学理论, 传媒法。

该不动产归产权登记一方,尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分,离婚时应根据《婚姻法》第三十九条第一款规定的原则,由产权登记一方对另一方进行补偿。”关于夫妻一方在婚前贷款购买不动产在离婚时如何处理的情形在《婚姻法》以及之后的《婚姻法解释(一)》和《婚姻法解释(二)》都尚未涉及,那么该条解释突破性地对婚前按揭购买不动产的权属作出特殊规定是否又合法有效呢?

## 二、司法解释的合法性危机

《婚姻法解释(三)》在我国有权解释中归属司法解释,而司法解释的性质即法律解释。按照拉伦茨在《法学方法论》中的论述,“解释乃是一种媒介行为,借此,解释者将他认为有疑义文字的意义,变得可以理解”<sup>[1](193)</sup>。故解释应该是立足于法律文本,在适用的过程中当适用者对规范产生怀疑时才做的一项工作,且司法解释不应主动出台具有普遍效力的抽象性解释。而我国当下的司法解释却有着僭越立法、超越法律文本的“准立法”之嫌,从其庞大的数量及适用范围上来看,司法解释都是司法实务界最重要的“法律依据”。而这一现象却并非是完全合理的,当前司法解释承载的立法化倾向已使得自身陷入合法性危机。

### 1. 权力依据的不统一

我国法律对司法解释的权力归属作出明文规定的主要是1979年的《人民法院组织法》以及1981年的《关于加强法律解释工作的决议》,前者规定“最高人民法院对于在审判过程中如何具体适用法律、法令的问题,进行法律解释的权利(第三十三条)”,而后者规定“凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释(第二条)”。但在2000年的《立法法》中规定法律解释权仅属于全国人民代表大会常务委员会(第四十二条)。<sup>②</sup> 最高人民法院只有可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求的权利。且我国现行宪法第六十七条规定:“全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:……;(四)解释法律;……。”可见,我国法律解释的主体在立法上尚未得到统一。不管是按照《立法法》的规定新法应优于旧法<sup>③</sup>,还是主张宪法至上原则,最高人民法院的司法解释权在此都存在依据上的不明确。如果因此否认最高人民法院拥有司法解释权,那么讨论司法解释的其他问题也就没有了任何的意义。

但事实上在我国司法实践领域,司法解释的大量

存在为其提供了实质上的支持,“从实用角度而言,此种具有中国特色的司法解释,有其存在的合理性和必要性”<sup>[2]</sup>,也正是因为最高法院的众多司法解释才使得判决有了“法律依据”。而且学理上一般也都认可司法解释是一种有权解释。孙笑侠教授也认为“最高人民法院的司法解释权力在今天并没有产生什么副作用……问题的关键不在于法院是否应当享有较自由的解释权,而是在于如何促使司法解释的理性化”。<sup>[3](236)</sup> 但笔者认为,这种现实的国情或特色并不能证立司法解释的合法性,要给予现行司法解释以合法性,必须先解决权力依据的不统一问题,此乃司法解释合法性面临的第一个困境。

### 2. 权限范围的不明确

我国的司法解释从理论上来说正是“国家最高司法机关在适用法律、法规的过程中,对如何具体适用法律、法规的问题所作的解释”<sup>[4](193)</sup>。按照《人民法院组织法》规定“最高人民法院对于在审判过程中如何具体适用法律、法令的问题,进行法律解释的权利”(第三十三条),以及《关于加强法律解释工作的决议》规定“凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释”(第二条),可见司法解释的权限局限于“审判中具体适用法律、法令的问题”。再看最高院发布的《最高人民法院关于司法解释工作的决定》第六条<sup>④</sup>,依据此条规定,最高院行使司法解释权的范围为:①对具体应用的某一法律或案件应适用何法律作出解释;②对审判中需要制定的规范、意见作出解释;③对下级法院或特别法院在审判工作中具体应用法律问题作出解释;④对修改、废止司法解释作出再解释。即最高法院既可以针对某一法律问题作出具体解释,也可以针对某一法律作出抽象性解释,甚至只要是“审判需要制定的规范、意见”都可作出解释。

由此看来,最高人民法院在现实的法律解释中权限极大。但这一权限是最高人民法院自己赋予自己的,并不能由此证明司法解释的合法性,更高位阶的法律并未明确授予司法解释的权限范围。笔者认为司法解释若要取得合法性,则必须在立法中明确权力的界限,司法解释是否只要在审判中遇到了具体适用法律的问题就可启动?到底哪些问题可归属于适用法律、法令的问题?如《婚姻法解释(三)》第十条是否可专门规定婚前按揭购买不动产的权属问题?另外第七条对婚后由父母出资为一方子女购买不动产的权属界定是否属于“适用法律的问题”也值得商榷。

### 3. 适用方法的不确定

最高人民法院在就《婚姻法解释(三)》答记者问

中对有关条款的出台做了解释。例如记者问第十条的规定时，最高法院的解释<sup>[5]</sup>中蕴含了多种解释方法，如语义解释：该房产实际是婚前个人财产（婚前个人支付首付及还贷部分）与婚后共同财产（婚后双方共同还贷部分）的混合体；系统解释：不动产物权登记的立法目的在于维护交易安全、保护善意第三人的利益，而离婚诉讼中按揭房屋的分割只在夫妻之间进行，并不存在与善意第三人的利益冲突；目的解释：如果仅仅机械地按照房屋产权证书取得的时间作为划分按揭房屋属于婚前个人财产或婚后夫妻共同财产的标准，则可能出现对一方显失公平的情况；跨类型的意图解释：离婚时处理的主导原则应当是既要保护个人婚前财产的权益，也要公平分割婚后共同共有部分的财产权益，同时还不能损害债权人银行的利益。<sup>⑤</sup>

从几种解释方法中，我们可以看到不同的解释方法都是为了各自的目的服务。例如语义解释是为了维护法律安定性和尊重立法者的意图；目的解释强调的是结果的公正；体系解释注重法律制度的一致性和协调性；历史解释则更注重历史的变迁给法律带来的影响等。所以对不同法律解释方法的采纳就意味着对法律不同倾向的判断。如波斯纳所言“解释是一个含混的、总体的甚至是没有边界的概念”，“解释是一个变色龙。”<sup>[6]</sup>而我国司法解释权限的不明确也导致对法律解释方法的恣意运用，故此也放纵了司法解释的泛立法化倾向。

鉴于以上三个原因，《婚姻法解释（三）》的“准立法”性质使得其在司法实践中引发了诸多争议。由于法律解释的本质是对法律的再说明，因此法律解释的适用具有溯及力，其适用时间追溯到所解释之法生效之时。虽然法律一般遵循不溯及既往的原则，但法律解释在此却有着极强的溯及力。故从各地纷纷出现的“第一案”来看，由于《婚姻法解释（三）》的适用致使原本在婚姻中有着一半房屋所有权的一方“净身出户”<sup>[7,8]</sup>。由此可见，倘若法律解释没有遵循其“解释法律”之本意，超越解释的权限范围，滥用解释方法，则是对法治的极大危害，由此也势必使得司法解释的合法性问题陷入困境。

### 三、司法解释合法性危机的出路

#### 1. 统一司法解释权的法律依据

2007年最高人民法院发布了《关于司法解释工作的规定》，在该《规定》中进一步明确“人民法院在审判工作中具体应用法律的问题，由最高人民法院作出

司法解释（第二条）”。且规定“最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力（第五条）”。应该说最高人民法院这一规定的合法性是存在问题的，因为现行《宪法》和《立法法》中明确只有全国人大常委会具有解释法律的权力。倘若要使得司法解释具有合法性，就必须首先在立法上予以明确，统一《宪法》《立法法》《人民法院组织法》以及《关于加强法律解释工作的决议》的规定，而不是最高人民法院自己赋予自己解释的权限以及效力。

此外，《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第九条还规定了最高人民法院制定司法解释的立项来源<sup>⑥</sup>，即哪些部门可启动司法解释的立项，但是司法解释的制定程序由最高人民法院自己规定也欠妥当。而且倘若谁都有权提出司法解释的要求，那么这一权力不免得到滥用，从而造成解释体系的紊乱，甚至有可能纵容司法腐败。故在现行法律体系中，应首先统一司法解释的权力归属问题，继而明确权力的启动程序以及效力问题。

#### 2. 明确司法解释的权限范围

孔祥俊曾指出“司法解释至少针对下列事项：一是澄清法律规范的涵义；二是解决法律解释上的分歧；三是弥补法律规范的不足与漏洞；四是在成文法无规定而又必须作出裁判时，进行适当的补充规定。”<sup>[9](183)</sup>如按此理解，司法解释的权限不仅在于解释法律，还具有法律内和法律外的“造法”功能，如此，司法解释的“立法化”倾向则是当然。立法中对司法解释界限的不明确也造成了司法解释权滥用的现象。

法律过程学派的代表人物亨利·哈特和阿尔贝特·塞克斯指出：司法解释的基本职责，是决定与待决案件相关的法律条文究竟提供了什么样的指示。<sup>[10]</sup>因此司法解释从本源上来讲，其合法性必须依托于法律文本。立法机关是民选机构，在制定法律时必须发挥民主特点，考虑法律的实质效果，但对于司法来说，如果超越了法律文本和具体案件而主动去解释，则是超出了司法解释的权限范围从而进入立法领域。司法只需对法律负责，也只有在具体适用法律的过程中由于具体案情的需要才能被动启动司法解释。所以要解决司法解释的合法性危机，还必须正视司法解释的界限问题，在立法中明确最高人民法院只能针对具体个案适用法律、法令的问题作出解释，不得行使立法职权。另外，也有必要设立监督机制，对于越权制定的司法解释必须予以废止或宣布无效。这就使得司法必须将目光放到个案中，由于个案的法律适用问题出现疑问时才能被动地启动司法解释，而且司法解释的内容必须在法律文本之内而不得超越文本。

### 3. 围绕解释目标慎用法律解释方法

在解释之际,法院必须尊重立法机关作为首要的政策决定者的地位,并遵循一定的、有位阶差异的解释方法和解释准则。<sup>[11]</sup>虽然目前为止对于解释的目标(主观论和客观论)以及解释方法的种类和位阶尚无统一一定论,但是我们仍然不能放弃在司法解释中寻求相对确定的法律解释方法。

首先,由于不同的法律解释方法可以为不同的解释目的服务,而解释的目的又具有主观性,所以在讨论司法解释方法之前,我们首先要明确的就是司法解释的目标。司法解释作为与法律适用相联系的一项活动,主要的目的是通过解释将法律适用于具体的个案事实。所以司法解释最根本的原则就是要合乎法律的规定和基本精神,“法院或法官在进行法律解释的时候,必须将‘尊重法律’作为一个基本的原则”<sup>[10]</sup>。即司法解释的首要原则应该是合法性。基于合法性原则,司法解释必须依照法律明确规定的有关法律解释的权限划分以及解释的程序进行,充当的是“阐释”而非“创造”的角色。例如《婚姻法解释(三)》第七条的规定就明显超出了司法解释的权限范围,其合法性理应受到质疑。根据这一原则,司法解释中首要采用的解释方法必然是语义解释。法律解释的基本含义也是对法律文本含义的理解或认定。只有当语义解释出现困境,例如模糊、歧义、空白、冲突等情形,而鉴于司法本身是必须作出判断的活动,此时才可当然考虑语义之外的解释方法。

其次,在明确法律解释的目标和原则之后,为慎用法律解释方法需要相对确定各类解释方法的位阶。拉伦茨给出的序列是:字义是解释的出发点;其次是探求某用语或某语句在法律中的意义脉络;若字义及意义脉络仍导致多种解释,才采纳历史的目的论解释;最后是求助于客观的目的论标准。<sup>[1](219-221)</sup>按照麦考米克(MacCormick)和萨默斯(Summers)的解释模式则是:“第一,如果语义论点的解释条件得以满足,它就应该优先于其他解释论点的考虑而被运用;第二,只有首先考察语义论点的解释结果,并且有某种理由对此结果的合理性表示怀疑,才能进而考虑系统论点;第三,只有在考察了语义论点和系统论点的解释结果之后,才能进而考虑目的-评价论点;第四,跨类型的意图论点,诉诸于意图论点(主观意图的论点或客观意图的论点)应该采取与其他某种解释论点累计的形式,或者确认解释论点的上述初始排序,或者显示背离它的特殊理由。”<sup>[12](174-175)</sup>此种解释模式得到了各国法律解释实践的广泛认同,而且和拉伦茨给出的序列也有相似,在语义解释无法满足后,接下来要采纳的解释

方法就是系统解释,即拉伦茨所说的意义脉络,在法律体系内,解释必须维持一致性。所以,《婚姻法解释(三)》第七条的规定与《婚姻法》第十七条规定冲突,则没有遵循体系解释方法。在司法解释过程中相对确定解释方法的位阶,有助于限制司法解释权的扩大化倾向。一般来说,语义解释是司法解释过程中首要当然适用的解释方法,对该种方法的采纳无需再进一步说明。但是一旦脱离语义解释而采纳其他解释方法时,从操作层面看,必须负担一种论证义务,只有存在足够充分且正当的理由,比语义解释更具有优先性时才能适用该解释方法。

最后,如王泽鉴教授认为:“法律解释的目的固在解释客观化的法律意旨,但是法律意旨的探求仍应斟酌立法者具体的规范意思、价值判断及利益衡量,不能完全排除立法者意思于不顾。在此意义上,法律解释实乃属结合客观意旨和主观意思,致力于实践正义的一种过程。”<sup>[13](219)</sup>虽然拉伦茨以及 MacCormick 和 Summers 都给出了一个解释方法的序列,但是其中仍然潜藏着诸多不确定的因素,在具体的操作实践中,往往同时采纳了多种解释方法。解释从最终来看的确就是一个判断,尤其对司法而言,司法权本身就是一个判断权,司法解释就是为了更好地服务司法判决的产出。但是不能由此就说司法不关切文字的含义,司法解释为了得出有说服力的法律理由还是必须回到法律文本,从语义出发,由此才能使得司法解释以及司法判决具有合法性。例如一些实用主义法学家“也会实用主义地运用法条主义的修辞,因为这会使判决更少争议”<sup>[14]</sup>。

### 注释:

- ① 本文的司法解释仅考虑由最高人民法院做出的审判解释,暂不讨论最高人民检察院出台的检察解释。
- ② 2000年《立法法》第四十二条规定:法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有以下情况之一的,由全国人民代表大会常务委员会解释:(一)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(二)法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。第四十三条规定:国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。第四十七条规定:全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。
- ③ 2000年《立法法》第八十三条规定:同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。
- ④ 司法解释的形式分为“解释”“规定”“批复”和“决定”四种。对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某

一类问题如何应用法律制定的司法解释，采用“解释”的形式。根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释，采用“规定”的形式。对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释，采用“批复”的形式。修改或者废止司法解释，采用“决定”的形式。

- ⑤ 关于此四类解释论点：语义论点—系统论点—目的评价论点—跨类型的意图论点的分类参见张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社，1998，第174页；在麦考密克和萨默斯主编的《制定法解释比较研究》一书中，编者根据英国、美国、法国等9个国家的学者关于本国高等法院在裁判过程中解释制定法实践的报告指出，各国都广泛依靠、利用了四种类型的解释论点，即语义论点（普通含义论点、专门含义论点），系统论点（上下文和谐的论点、判例论点、类比论点、逻辑-概念论点、一般法律原则的论点、历史论点），目的评价论点（目的论点、实体理由的论点）和跨类型的意图论点（意图论点）。
- ⑥ 最高人民法院制定司法解释的立项来源：（一）最高人民法院审判委员会提出制定司法解释的要求；（二）最高人民法院各审判业务部门提出制定司法解释的建议；（三）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；（四）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；（五）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；（六）最高人民法院认为需要制定司法解释的其他情形。基层人民法院和中级人民法院认为需要制定司法解释的，应当层报高级人民法院，由高级人民法院审查决定是否向最高人民法院提出制定司法解释的建议或者对法律应用问题进行请示。

#### 参考文献：

- [1] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，北京：商务印书馆，2005。
- [2] 陈春龙：《中国司法解释的地位和功能》，《中国法学》，2003(1)：24-32。
- [3] 孙笑侠：《法的现象与观念》，山东：山东人民出版社，2001。
- [4] 葛洪义：《法律方法讲义》，北京：中国人民大学出版社，2009。
- [5] 婚姻法司法解释（三）卷记者问[EB/OL]。http://www.court.gov.cn/spyw/mssp/201109/t20110929\_165805.htm, 2011-09-29。
- [6] 黄松有：《司法解释权：理论逻辑与制度建构》，《中国法学》，2005(2)：3-14。
- [7] 新婚姻法南京第一案：妻子恐失一半房，丈夫出轨[EB/OL]。http://news.sohu.com/20110818/n316679370.shtml, 2011-08-18。
- [8] 聚焦各地“婚姻法新解释第一案”[EB/OL]。http://law.cyol.com/content/2011-09/01/content\_4849292.htm, 2011-09-01。
- [9] 孔祥俊：《法律解释方法与判例研究：法律解释·法律适用·裁判风格》，北京：人民法院出版社，2004。
- [10] 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(1)：98-106。
- [11] 陈林林，许杨勇：《司法解释立法化问题三论》，《浙江社会科学》，2010(6)：33-38。
- [12] 张志铭：《法律解释操作分析》，北京：中国政法大学出版社，1998。
- [13] 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，北京：中国政法大学出版社，2001：219。
- [14] 苏力：《经验地理解法官的思维和行为——波斯纳〈法官如何思考〉译后》，《北方法学》，2009(1)：106-113。

## Legitimacy crisis of judicial interpretation: based on The Third Interpretation of Marriage Law

TAO Ting

(Jurisprudence Research Center, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200063, China;  
Department of Social Sciences, Zhejiang University of Media and Communications, Hangzhou 310018, China)

**Abstract:** It is visible that judicial interpretation tends to be legislation in China. There are many problems of judicial interpretation after The Third Interpretation of Marriage Law issues: such as the judicial interpretation power is based on the disunity, the interpretation of the privilege is not clear, the unbridled use of legal interpretation methods. In order to solve the legitimacy crisis of judicial interpretation, we have to unify the power of judicial interpretation, clear the boundary and procedure of that power, and limit the power of judicial interpretation in specific cases by applying text of law. Finally, in the exercise of judicial interpretation the methods should be around the purpose of interpretation, on the basis of respect of the law, of which the first choice must be the text interpretation. Other methods of legal interpretation must bear the obligation of the argument, which can ensure the legitimacy of judicial interpretation.

**Key Words:** judicial interpretation; The Third Interpretation of Marriage Law; legitimacy; legislation of judicial interpretation; legal interpretation methods

[编辑：苏慧]