

# 民事、行政司法解释的溯及力

杨登峰<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**近几年，我国部分民事、行政司法解释仅适用于施行后新受理的案件，起诉的时间因此具有了特别重要的意义。这种模式不但极易引发法律规避行为，而且背离了法不溯及既往原则所追求的价值目标。司法解释具有“立法性”并不能成为其不溯及既往的充分理由。基于司法解释的本质、司法机关的职责及溯及力所具有的维护法的安定性的积极功能，司法解释应当溯及既往，但其溯及力应受被解释法的时间效力范围、裁判的既判力和旧司法解释效力范围的限制。

**关键词：**司法解释 溯及既往 有限性

---

法不溯及既往原则，意指新法不得适用于其施行前已终结的事实和法律关系。它是法的安定性和人民信赖利益的基本保障，因而也是现代法治原则不可或缺的重要内涵。2000年制订的《中华人民共和国立法法》第84条规定：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”这是我国首次在宪法性法律文件中规定不溯及既往原则，是法治建设迈出的重要一步。但是，该条文没有把法律解释列入其中。如此一来，司法解释是否可以溯及既往似乎成了一个未知数。建国以来，我国司法解释一直都具有溯及效力；如果以制定法为解释对象，一般与被解释法律同步发生效力。但自2001年以来，在刑事司法解释继续溯及既往的情况下，<sup>〔1〕</sup>民法、行政法领域出现了一种新的溯及力模式，呈现出向不溯及既往转变的趋势。遗憾的是，这种新模式存在诸多问题。

## 一、司法解释溯及力的新模式及其问题

上述司法解释溯及力的新模式，系指司法解释适用于施行后新受理案件的时间效力形态。值得强调的是，这种模式所关注的是“新受理”的而不是“新发生”的案件。

这种模式最早出现在2001年12月21日公布的《关于民事诉讼证据的若干规定》第83条中，表述极为繁琐、晦涩：“本规定自2002年4月1日起施行。2002年4月1日尚未审结的一审、二审

---

\* 浙江大学法学院宪法与行政法学博士研究生。

〔1〕《最高人民法院、最高人民检察院关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》（2001年12月17日起施行）第1条规定：“司法解释是最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题和最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的具有法律效力的解释，自发布或者规定之日起施行，效力适用于法律的施行期间。”此后，最高人民法院没有就刑法司法解释溯及力做出新规定。

和再审民事案件不适用本规定。本规定施行前已经审理终结的民事案件，当事人以违反本规定为由申请再审的，人民法院不予支持。本规定施行后审理的再审民事案件，人民法院依据《民事诉讼法》第184条的规定进行审理的，适用本规定。”2003年12月26日公布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》将这种模式表述为：本解释适用于施行后新受理的一审案件。<sup>〔2〕</sup>现在基本上沿用了这一方式。<sup>〔3〕</sup>这种新的溯及力模式不仅出现在实体性民事和行政司法解释中，程序性司法解释也有类似的应用。<sup>〔4〕</sup>还需要注意的是，这些司法解释大多自公布后一定时期施行。<sup>〔5〕</sup>

法的溯及力不外乎有溯及既往或不溯及既往两种形态。通说认为，溯及既往，系指法律适用于它生效以前所发生的事件和行为；反之，则为不溯及既往。<sup>〔6〕</sup>那么，“司法解释适用于施行后新受理的案件”是属于溯及既往还是属于不溯及既往呢？可以说，它既是溯及既往的，又是不溯及既往的：如果案件事实发生并起诉于司法解释施行之前，则司法解释不得适用于该事实，因而是溯及既往的；如果案件事实发生在司法解释施行之前，但起诉于司法解释施行之后，则司法解释可以适用于该事实，从而是溯及既往的。这便是此种溯及力新模式所以为“新”之处。

按照这种新的溯及力模式，溯及与否不仅取决于事实发生时间与法律规范施行时间的先后关系，而且更取决于诉讼的状态。在这种情况下，起诉的早晚成为对同一事实适用不同法律、作出不同判决的决定性因素。尤其是，当这种溯及力模式与“公布后特定日期施行”的施行模式相结合时，势必引发大量的法律规避行为：当事人如果发现新解释对自己不利时，就会在该解释公布后、施行前起诉以阻止其适用。此时，这种溯及力的创新模式就可能变成导致司法不公的“潘多拉盒子”。

更为严重的是，这种新模式偏离了法不溯及既往原则所追求的价值目标：人民信赖利益的保护。所谓信赖利益，系指人民在旧法律秩序下，基于对法律稳定性的信仰对经济生活作出安排并获取的利益。正当的信赖利益应当受到法律保护。如果法律发生变更后，新法适用于其施行前已发生的事件和行为，就会损害这种信赖利益。由此可见，信赖利益是否受到侵犯主要涉及案件事实发生时间与新法律规范施行时间的先后关系，与诉讼发生的时间无关。但是，这种新模式却以是否起诉作为是否适用的判断依据。其结果，人民的信赖利益或其他合法权益可能得不到有效的保护。

不论这种新模式发生的原因何在，要解决所存在的问题，就需要明确：司法解释究竟应该溯及既往还是不溯及既往？而回答这个问题，须对决定司法解释溯及力的因素予以探讨。

## 二、决定法的溯及力的基本因素

我国总体上是一个以溯及既往为传统的国家。除汉、元两代外，基本上一直溯及既往地适用法

〔2〕该解释第36条规定：“本解释自2004年5月1日起施行。2004年5月1日后新受理的一审损害赔偿案件，适用本解释的规定。已经作出生效判决的人身损害赔偿案件依法再审的，不适用本解释的规定。在本解释公布施行之前已经生效施行的司法解释，其内容与本解释不一致的，以本解释为准。”

〔3〕如《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》（2005年9月1日施行）第27条规定：“本解释自2005年9月1日起施行。施行后受理的第一审案件，适用本解释的规定。施行前已经生效的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。”

〔4〕如2006年2月的《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》第21条规定：“本安排生效前提出的认可和执行请求，不适用本安排。”

〔5〕如2003年12月25日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释》（二）第29条规定：“本解释自2004年4月1日起施行。本解释施行后，人民法院新受理的一审婚姻家庭纠纷案件，适用本解释。”

〔6〕参见乔晓阳：《立法法讲话》，中国法制出版社2000年版，第294页。

律。<sup>[7]</sup>即便是在清末、民国时期，这一情形也未见转变。<sup>[8]</sup>建国后改革开放前，我国依旧延续这一传统，<sup>[9]</sup>直到1979年制定刑法时才规定了“从旧从轻”的不溯及适用规则。<sup>[10]</sup>所以，在我国的历史法律文献中，鲜有关于法不溯及既往原则的理论阐述。

西方社会自公元5世纪就在法律中规定不溯及既往原则了，<sup>[11]</sup>但在理论上进行阐述也比较晚。虽然古希腊的德莫斯蒂尼（Demosthenes）和古罗马的西塞罗（Cicero）极力反对法的溯及既往，<sup>[12]</sup>但并没有提出相关的理论。直到13世纪，圣托马斯·阿奎那（St. Thomas Aquinas）才对此在理论上作了阐述。他认为，法律要取得作为法律所具有的拘束力，就必须适用于为它所规范的人，而这种适用必须以法律公布从而使被规范者得以知晓为前提。所以，公布是法律获得效力不可或缺的条件。既然法律生效以公布为前提，而人们又不可能将今天制定的法律带回到昨天去公布，法律自然不应溯及既往。<sup>[13]</sup>

阿奎那的理论影响欧洲达五、六百年，直至18世纪，威廉·布莱克斯通（Sir William Blackstone）依然追随着他的思想。他说，一项法律一直保留在立法者的肚子里而没有向外公示以晓之天下，那么这个决定就永远不能成为真正的法律。向所欲约束的人们公布是法律的内在要求。制定法律，不能像Caligula那样，用最小的文字书写并束之高阁，以便有效地逮住违反他的法律的人。而溯及既往地制定法律比这更不合理。当一个行为完成后，立法者才宣布该行为是犯罪行为并对其施以惩罚时，当事人是不可能预见其行为的后果的，而任何不可防范的惩罚都必然是残酷的和不公平的。因此，“所有的法律都应当向未来发生效力，在施行之前必须予以公布。‘公布’这一要素包含在‘制定’一词本身中。”<sup>[14]</sup>

虽然布莱克斯通对问题的讨论较阿奎那有些许进步，但两人都是从法的公布和效力的关系角度来论述法不溯及既往原则的。按照这一理论，我国的司法解释只能在公布之后才能施行，不得溯及既往。然而，从“公布”的角度说明法不溯及既往原则，并不能对有些法律溯及既往的现象做出满

[7] 参见张晋藩、郭成伟主编：《中国法制通史》第五卷·宋，法律出版社1999年版，第524页；韩玉林主编：《中国法制通史》第六卷·元，法律出版社1999年版，第248页以下。

[8] 如光绪二十二年（1906年）颁布的《大理院审判编制法》第4条规定：“大理院自实行审判新章之日起，凡于本院审判厅、局，一概遵新章办理。”宣统二年十二月二十五日（1911年1月25日）颁布的《暂行新刑律》第1条规定：“本律于犯罪在本律颁行以后者，适用之。其颁行以前未经确定审判者，亦同；但颁行以前之法律不以为罪者，不在此限。”北洋军阀政府制定的《暂行新刑律》第1条规定：“本律于凡犯罪在本律颁行以后者，适用之。其颁行以前未经确定审判者，亦同；但颁行以前之法律不以为罪者，不在此限。”后来，1928年3月9日国民党政府颁布的《暂行反革命治罪法》第13条规定：“本法自公布日施行。其犯罪在本法公布以前未经确定审判者，亦依本法处断。”同年3月10日公布的《中华民国刑法》第1条规定：“行为之处罚，以行为时之法律有明文规定者为限。”第2条规定：“行为后法律有变更者，适用裁判时之法律；但裁判前之法律有利于行为者，适用最有利于行为人之法律。保安处分，适用裁判时之法律。处罚之裁判确定后未执行，或执行未完毕，而法律有变更不处罚其行为者，免其刑之执行。”

[9] 1951年2月21日公布施行的《惩治反革命条例》第18条规定：“本条例施行以前的反革命罪犯，亦适用本条例之规定。”1952年4月21日公布施行的《惩治贪污条例》虽然在条文中没有作这方面的规定，但彭真同志所作的关于这个条例草案的说明中明确提出：“这个条例，对于过去犯本条例之罪的，是要加以追究的。追究的时限，应自中华人民共和国成立之日，即1949年10月1日算起。但对其中贪污或盗窃情节严重恶劣或民愤甚大者，可追查到各地大城市和省城解放之日。在中华人民共和国成立以后解放的地方，应自解放之日算起。”

[10] 但此后还制定过两个溯及既往型的刑事法律：一是1982年3月8日制订的《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》；二是1983年9月2日制订的《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》。

[11] 狄奥多西斯皇帝于440年为东罗马帝国颁布的一部法律规定：“新法只适用于所有后来实施的法律行为，而不适用于过去的法律行为。”

[12] 公元前353年，德莫斯蒂尼称溯及既往的法律为“最无耻的和最令人反感的法律”。公元前74年，古罗马共和国晚期的思想家西塞罗在其著名的《立法学》中表示，在民事法律中不得有溯及既往的规定，但在刑法中，如涉及了所谓的绝对的犯罪行为，则不妨溯及既往。

[13] See Laura Ricciardi and Michael B. W. Sinclair, *Retrospective Civil Legislation*, 27 U. Tol. L. Rev. 301, 328 (1996).

[14] From Dan Troy, *Retrospective Legislation*, The AEI Press, 1998. p.26.

意的说明；因为，法不溯及既往原则不是绝对原则，有些法律，如“有利”法律、程序法等，反而以溯及既往为原则。<sup>[15]</sup>另外，立法者基于公共利益的考虑制定溯及既往的法律也是常见的事，而这些法律也是需要通过公布才能获取效力的。由于这一理论的不圆满性，进入19世纪之后，人们开始从“既得权”保护的角度来论证法的溯及力。

“既得权”理论因其核心概念“既得权”而得名。德国历史法学派的领军人萨维尼在《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》一书中系统地阐述了这一理论。围绕法的溯及力与“既得权”之间的关系，萨维尼提出了两个相辅相成的原则：“新法不应溯及既往；新法不得影响既得权。”<sup>[16]</sup>其基本逻辑是：既得权利不可侵犯，所以新法不应溯及既往。美国也于19世纪初运用既得权理论来阐述法的溯及力问题。在1814年的福音传播会诉惠勒（Society for the Propagation of the Gospel v. Wheeler）案中，<sup>[17]</sup>斯托里大法官（Justice Story）认为：如果一项法律，（1）“剥夺或者损害了根据现行法律所取得的既得权利”，或者（2）“针对过去的交易或者行为创设新义务，施加新责任，或者取消其行为能力、资格”，则该法律就属于“溯及既往”并因此无效。<sup>[18]</sup>

可以看出，按照既得权理论，既得权是否受到侵犯成为法律是否可以溯及既往的关键。如果新法溯及既往会侵犯既得权，则不能允许；反之，溯及既往则无妨。

“既得权”理论盛行于整个19世纪，甚至在20世纪也具有很大的影响力，波及英国、法国和日本等国家。不过，在20世纪中后期，这一理论得到了法的安定性原则和信赖利益保护原则的修正和补强。

法的安定性原则和信赖利益保护原则最先是由德国人提出的。在法西斯主义统治时期，德国完全抛弃了法不溯及既往原则，甚至也废弃了《威玛宪法》所确立的罪刑法定原则，法的溯及既往达到了登峰造极的地步。战后，拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）首先开始了对法西斯主义法哲学的反思和批判。他在1946年发表的《法律上的不法与超法律的法》一文中认为，一个法治国家的司法应该符合合法性、正义性及法律安定性三个条件。<sup>[19]</sup>这一论述，第一次把法的安定性作为法治国家概念的要素之一予以强调，并把德国基本法的治国概念从形式意义推向实质意义，为重新构建法的溯及力理论迈出了重要一步。随后，德国学者在法的安定性原则的基础上进一步将信赖利益保护原则上升为公法原则并将其与法的安定性原则结合起来。<sup>[20]</sup>如著名的德国学者舒菲利茨（Schulze-Fielitz）提出，法的安定性原则包含三个子原则：（1）法的明确性原则，即法律规范的内容必须清楚地界定权利、义务的范围，便于适用者确定行为的界限；（2）法的明白性原则，即法律规范的行文必须明白、单纯，不会含糊不清，便于适用者理解；（3）法的信赖利益保护原则，即人们基于以往法律所获得的利益，应该获得维持。<sup>[21]</sup>其中，法的信赖利益保护原则是法的明确性原则、明白性原则的进一步推衍。法律一旦符合明确和明白两个原则，人们便可预见自己的行为后果，基于此种预见所获取的利益就应当保护。要保护信赖利益，法律就不得溯及既往。由此，法的安定性原则和信赖利益保护原则就成为法不溯及既往原则新的理论渊源，最直接的是信赖利益保护原则。

[15] 参见胡建森、杨登峰：《有利法律溯及原则及其适用中的若干问题》，《北京大学学报》人文哲社版2006年第6期。

[16] [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，法律出版社1999年版，第202页。

[17] 22 F. Cas. 756 (C. C. D. N. H. 1814) (No. 13, 156).

[18] Wheeler, 22 F. Cas. at 767.

[19] [德] G·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第232页以下。

[20] 在德国，信赖利益概念最初是一个私法概念。1861年，德国法学家耶林（Rudolf von Jhering）在其主编的《耶林法学年报》第4卷上发表的题为《契约无效或不成立之损害赔偿》一文中，划时代地提出了缔约过程中的信赖利益保护问题。有人认为，一战后，德国行政法中也开始使用信赖利益概念，但尚有争论。

[21] 参见陈新民：《德国公法学基础理论》下册，山东人民出版社2001年版，第547页以下。

按照信赖利益保护理论,法律之所以不得溯及既往,就在于法律溯及既往会侵犯信赖利益。反过来讲,如果法律溯及既往而无侵犯信赖利益之虞,法律溯及既往就并非不可。从信赖利益与既得权利两个概念之间的关系看,信赖利益保护理论较“既得权”保护理论给人民提供了更广泛的保护。

信赖利益保护原则提出之后,在日本、法国、我国台湾地区,甚至英美国家都有很大影响。这些国家和地区,或者完全以信赖利益保护原则,或者将之与既得权理论结合在一起作为法不溯及既往原则的理论依据。受大陆法的影响,我国法学界基本上也是从信赖利益保护的角度来阐述这一问题的。<sup>[22]</sup> 信赖利益保护原则源自法治原则及其内在的法安定性原则,我国要实现依法治国,自然就要坚持这一原则。它不仅应当约束民事行为、行政行为,也应当约束立法行为。如此一来,信赖利益是否受到侵害也就成为决定我国法律是否可以溯及既往的决定性因素,即:如果新法影响信赖利益,则不得溯及既往;反之,如果不影响信赖利益,就没有反对溯及既往的特别理由。如果基于其它因素的考虑溯及既往更恰当的话,则以溯及既往为宜。就我国司法解释而言,也应当按照这一理论来决定其溯及力。

那么,我国司法解释溯及既往会不会影响信赖利益? 如果不会,有没有其它支持司法解释溯及既往的因素呢?

### 三、司法解释的创新性与创新度

近年来,国内对司法解释溯及力的探讨主要集中在刑法学界,民事和行政法学界则很少有人问津。因此,要了解国内对司法解释溯及力的看法,只能借助于刑法学界的研究成果。

主张司法解释溯及既往者认为:“刑法司法解释是依据刑法条文,对刑法规范的内容所作的理解和阐释,其目的是为了统一刑事法律的执行,而不是创制新的行为规范去约束人们的行为。”因此,“刑法司法解释自应不具有独立于刑法之外的单独的时间效力。”<sup>[23]</sup> 主张限制司法解释溯及力的学者认为:“首先,解释在某种特定的意义上就是再创造,通过这种再创造,或者使原来含混不清的地方得以澄清,或者使原来没有包含的内容包含进去。……其次,有些司法解释其实是另一种形式的立法活动,它通过对原条文作出扩大解释,既可以补充有关立法内容,又可维持条文的稳定,因而不失为一种完善刑法典的方式。”<sup>[24]</sup> 可以看出,两种观点的根本差别在于对司法解释是否具有创新性持对立的看法。在他们看来,司法解释是否具有创新性是决定司法解释是否可以溯及既往的关键。

刑法学界所争论的创新性或者“立法性”问题在民事和行政司法解释领域同样存在。现代法律解释学认为,但凡司法解释,不免要澄清法律歧义,排除法律冲突,补充法律漏洞,从而存在着创新的空间,特别是补充法律漏洞的解释。因此,主张司法解释具有创新性,是一种“准立法”活动,是正确的。刑事司法解释和民事、行政司法解释在解释方法上并没有本质的区别,只是由于刑法遵循罪刑法定主义原则,不允许填补法律漏洞,刑事司法解释“创新”的空间或“立法”的空间

[22] 应该承认,我国学界目前尚无关于法不溯及既往原则理论依据的论述,但一些应用型文章一般都从信赖利益保护的角度思考这一问题。另外,在行政法中,关于信赖利益保护已有法律上的规定,如行政许可法第8条规定:“公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。”所以,信赖利益保护原则已经是我国的一项公法原则。

[23] 游伟、鲁义珍:《刑事司法解释效力探讨》,《法学研究》1994年第6期。

[24] 刘仁文:《关于刑法解释的时间效力问题》,《法学杂志》2003年第1期。另参见刘宪权:《我国刑事司法解释时间效力的再思考》,《法学》2002年第2期;张军:《试论刑事司法解释的时间效力》,《中国法学》1999年第2期。

要比民法、行政法等小得多。如果刑事司法解释存在创新的空间,则民事和行政司法解释的创新性和立法性就没有什么疑义。

将司法解释是否具有创新性作为研究其溯及力的关键也是恰当的。如果司法解释具有创新性,这种创新型的解释溯及既往就可能影响当事人的信赖利益;因为,解释的新规定有可能超出当事人的预期。

但是,在承认司法解释的创新性或所谓的“立法性”并将此作为决定其溯及力的关键因素的同时,还需要追问:司法解释的创新程度应该有多大,这种创新是否可以达至变更法律的程度从而使人们无法预期?

从我国现行的法律制度来看,解释的创新程度是有限的,司法机关无权经由司法解释变更法律的规定。《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》第32条对此作了明确的规定:“国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,最高人民法院、最高人民检察院之间认为对方作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求,由常务委员会工作机构送有关专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关专门委员会进行审查、提出意见。”第33条规定:“全国人民代表大会法律委员会和有关专门委员会经审查认为最高人民法院或者最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触,而最高人民法院或者最高人民检察院不予修改或者废止的,可以提出要求最高人民法院或者最高人民检察院予以修改、废止的议案,或者提出由全国人民代表大会常务委员会作出法律解释的议案,由委员长会议决定提请常务委员会审议。”可见,经由司法解释修改法律是为监督法所不允许的。

禁止司法解释变更法律是我国宪法上人民主权原则和民主原则的基本要求。国家的权力属于人民,也只属于人民。人民通过选举自己的代表组成人民代表大会,再由人民代表大会以制定法律的方式来表达意志和行使权力。人民代表大会制定法律须遵循民主集中制原则,并按严格的法定程序进行,以保证立法的民主性、科学性和公正性。司法机关适用法律、解释法律的过程,首先是忠实地执行人民意志的过程。如果允许司法解释变更法律规定,则法律的权威性将荡然无存,人民主权原则和民主原则也会受到破坏。这不仅是我国人民代表大会制度的要求,也是西方国家“三权分立”制度的要求。论到司法解释的创新性,应该说判例法国家的法官拥有更大的创新空间,但即便是这些国家,依然承认司法解释创新的有限性。如布莱克斯通认为:法官“不是受委托宣示一个新法律,而是对旧法律予以维持和阐释”。<sup>[25]</sup>

既然司法解释的创新性并不能达至变更法律的程度,则创新型司法解释的内容也应该在当事人预期的范围之内,或者说当事人应当有所预期也能够有所预期。此时,司法解释溯及既往就不会影响当事人的信赖利益。万一司法机关借司法解释之名,行修改法律之实,当事人可以依据监督法第32条的规定寻求法律救济。在这种情况下,创新性就不能成为反对司法解释溯及既往的充分理由。自然,仅凭这一点,也不足以成为主张司法解释溯及既往的充分理由。要决定司法解释是溯及既往还是不溯及既往,还需要看其它因素的影响。

[25] 转引自 Richard H. Fallon, Jr. and Danniell J. Meltzer, *New Law, Non-retroactivity, and Constitutional Remedies*, 1104 Harv. L. Rev. 1733, 1739 (1991).

#### 四、促使司法解释溯及既往的积极因素

三个因素足以使我们倾向于主张司法解释溯及既往：

首先，这是司法解释的本质属性所致。我国司法解释采用“批复”、“解释”和“规定”三种形式。<sup>[26]</sup>其中，除了“批复”具有个案解释的特征外，“解释”和“规定”类司法解释均属于一般的、抽象的解释，这和判例法国家在个案中解释法律的形式不同。但是，单纯以形式上的“立法性”特征作为主张不溯及既往的理由并不充分。早在古罗马时期，查士丁尼就赋予对法律整体进行解释的《法学阶梯》和《学说汇纂》追溯效力。<sup>[27]</sup>现代西方国家，除了司法机关外，立法机关也对法律进行解释，或者制定解释性法律，这些立法解释或者解释性法律和我国的立法解释以及司法机关作出的“解释”、“规定”类司法解释相同，都是一般的、抽象的，但这些一般的、抽象的解释都是溯及既往的。<sup>[28]</sup>人们之所以自古以来赋予法律解释以溯及力，根本的原因在于，法律解释是对如何正确理解和执行法律的具体规定，其内容是法律的已有或应有之义，因而不具有独立的法律地位，应该具有被解释法律的法律效力。在时间上，应当回溯至被解释法律施行之日发生作用。

其次，这是司法机关的职责要求。司法机关的职责是适用法律裁决案件。如果对特定案件，制定法规定得清楚明白，法官就可以采用三段论的推理方式将法律规范涵摄于已经认定的事实从而得出法律结论。但是，如果制定法的规定模糊不清，引发歧义，或者有所不周，法官怎么办？他们是否可以因此拒绝裁判？

欧洲大陆国家长期以来遵循着一项法律原则，即“禁止拒绝裁判”原则，有人也译为“禁止法的沉默”原则。<sup>[29]</sup>该原则规定：法院有义务对其管辖范围内的待决案件作出裁判，不论法律规定清楚与否，也不论法律有无规定；任何情况下，法官都无权拒绝裁判。比如，法国民法典第4条规定：“法官借口没有制定法或制定法不明确不完备而拒绝受理案件，得以拒绝审判罪追究之。”1907年瑞士民法典第1条第2、3款规定：“如无相应的法律规定，法官应根据习惯法；如无习惯法，则依据他作为立法者可能制定的规则进行裁判。”要遵循“禁止拒绝裁判”原则，法官就必须拥有两项职权：一是在法律允许的范围“创新”地解释法律；二是赋予“创新”的法律解释以溯及既往的效力。

“禁止拒绝裁判”原则与法治原则和分权原则一脉相承。按照法治原则，一切属于法领域的纠纷，都应当按照法律程序解决，也必须得到及时解决；按照分权原则，法律纠纷必须最终由法院解决。我国社会主义的法治原则与资本主义的法治原则有着本质的区别，但法律纠纷按照法律程序解决，这也是我国社会主义法治原则的基本要求。另外，虽然我国奉行人民代表大会制度，但依然承认人民代表大会制度下的职能分工，法院所承担的职责与其他欧美国家有诸多相同之处：它依然是提供法律救济的最后的、最终的机构，它没有理由将寻求法律救济者推出自己的大门。所以，我国也应该遵循“禁止拒绝裁判”原则。而法院要遵循“禁止拒绝裁判”原则，就必须承认法官解释法

[26] 这是1997年6月23日最高人民法院《关于司法解释工作的若干规定》做出的分类。《若干规定》第9条规定：“司法解释的形式分为‘解释’、‘规定’、‘批复’三种。对于如何应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何适用法律所作的规定，采用‘解释’的形式。根据审判工作需要，对于审判工作提出的规范、意见，采用‘规定’的形式。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，采用‘批复’的形式。”

[27] 前引[16]，萨维尼书，第200页。

[28] 现代美国、德国和法国等都承认立法机关制定的解释性法律或作出的法律解释具有溯及力。参见前引[21]，陈新民书，第563、578页；[法]雅克·盖斯旦丁、吉勒·古博：《法国民法总论》，陈鹏、张丽娟等译，法律出版社2004年版，第355页以下。

[29] “禁止拒绝裁判”原则，目前的学术讨论和司法实践主要局限于民事审判领域。在刑事领域，由于严格的“罪刑法定”原则，这一原则被禁用。德国和我国台湾学者对行政法漏洞问题已给予一定的注意，并有著述。

律和填补法律漏洞的可能性,也必须承认司法解释具有溯及既往的效力。我们不能设想,如果法律的规定有所不清或有所不周,而对其作出的司法解释又不允许溯及既往地适用时,法官对手头的案件该作何处理,是否意味着法官必须用不同于司法解释的其他“解释”去裁判案件?

这里有必要提一下所谓的“空白追溯”问题。所谓“空白追溯”,系指如果新法制定前对有关事项法律没有规定,则法律适用机关可以参考新法的规定对该事项予以处理。<sup>[30]</sup> 此类司法解释例比比皆是。如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定》(一)第2条规定:“因公司法实施前有关民事行为或者事件发生纠纷起诉到人民法院的,如当时的法律法规和司法解释没有明确规定时,可参照适用公司法的有关规定。”既然司法机关可以赋予立法机关制定的新法以“空白追溯”的效力,何以不能赋予自己制定的“司法解释”以“空白追溯”的效力?

最后值得一提的是,赋予司法解释溯及既往的效力有利于维护法的安定性。乍看之下,这一提法甚为荒谬。因为溯及既往本身就是由于扩大了新法的时间效力范围而害及法的安定性的,怎么可能反而有利于法的安定性呢?其实不然。这一结论得自美国司法解释一段不溯及既往史的启示。

英美国家的司法解释包容在司法判例中,而其判例一直都具有溯及既往的效力。霍姆斯法官(Holmes, J.)曾总结说:“据我所知,在这个国家,没有什么权威说……,判决应当仅为未来制定法律。司法判决已经被溯及适用了近一千年。”<sup>[31]</sup> 但是,到了上世纪60年代中期,美国司法判例的效力开始向不溯及转变。这种转变通过1965年的Linkletter v. Walker案、<sup>[32]</sup> 1967年的Johnson v. New Jersey案<sup>[33]</sup> 以及1971年的Chevron Oil Co. v. Huson案<sup>[34]</sup> 的判决完成。法院认为,不论是民事案件还是刑事案件,也不论是对终审的还是正在审理的案件,司法判决都不具有溯及既往的效力。不过,美国司法判例不溯及既往的历史没有持续多长时间。22年后,通过1987年的Griffith v. Kentucky案、<sup>[35]</sup> 1991年的James B. Beam Distilling Co. V. Georgia案<sup>[36]</sup> 和1993年的Harper v. Virginia Department of Taxation案<sup>[37]</sup> 的判决,刑事和民事判决的溯及力得以恢复。此时,美国联邦最高法院又振振有词地说:“宪法没有改变溯及适用的基本规则,该基本规则已经对司法判决约束了近一千年。……当这个法院将一个涉及联邦法律的规则适用于审理中案件的当事人时,这个规则就受联邦法律的约束,必须对所有审理中案件和事件赋予溯及效力,不用考虑这些事件是在该规则宣布之前还是之后发生的。”<sup>[38]</sup>

经历这段历史变迁之后,美国人对这段历史提出两个问题:第一,为什么在60年代司法判例转向不溯及既往?第二,为什么不溯及既往的历史仅仅持续了20多年,又回归到溯及既往?

1971年,美国联邦最高法院法官哈兰(Harlan)分析说,起初,不溯及既往原则博得两种完全

[30] 参见孔祥俊:《法律规范冲突的选择适用与漏洞填补》,人民法院出版社2004年版,第329页。

[31] 霍姆斯法官在Kuhn v. Fairmont C.案中发表的不同意见。Kuhn v. Fairmont C. 215 U. S. 349, 372 (1910).

[32] Linkletter v. Walker, 381 U. S. 618 (1965).

[33] Johnson v. New Jersey, 384 U. S. 719 (1966).

[34] Chevron Oil Co. v. Huson, 404 U. S. 97, (1971).

[35] Griffith v. Kentucky, 479 U. S. 314 (1987). 在这个案件中,法院所考虑的问题是, Batson v. Kentucky 476 U. S. 79 (1986) 案阐明的规则是否“可以适用于 Batson 案判决前州和联邦法院中尚处于直接审查阶段或者尚未终审的案件”。

[36] James B. Beam Distilling Co. V. Georgia, 501 U. S. 529 (1991). Beam 案涉及的问题是法院对 Bacchus Imports, Ltd. V. Dias, 468 U. S. 263 (1984) 案的判决——该判决宣布夏威夷征收的酒类进口税是违宪的——是否可以溯及适用于几乎完全相同的乔治州的立法。美国联邦最高法院认为, Bacchus 案的规则应当溯及地适用于当时尚在法院诉讼的当事人。See Georgia, 501 U. S. at 544.

[37] Harper v. Virginia Department of Taxation, 509 U. S. 86 (1993). 在这个案中,法院考虑的是他们对 Davis v. Michigan Department of Treasury, 489 U. S. 803 (1989) 案所作的判决是否溯及适用的问题。多数意见认为:“这个法院将联邦法律规则溯及适用于正在审理案件的当事人,就意味着要求每一个法院赋予该判决以溯及力。” See Harper, 509 U. S. at 90.

[38] Harper, 509 U. S. at 97.

不同的拥护者的忠心：首先是把不溯及原则视为一种技巧的法官。“该技巧为他们提供了进行一种长期期待的改革的动力，没有这种技术，该项改革难以在实践中发挥效力。”〔39〕比如，对于法院来说，如果预知制订米兰达规则不会为大量的以前没有按照该规则判刑的囚犯打开监狱的大门，制定该规则就会容易许多。其次是把不溯及既往原则视为避免损害的法官。当他们对适用的某些法律规则没有把握，或者对司法判决改变法律的节奏和效果表示不安时，不溯及既往可以作为减小可能发生的不当损害的手段。〔40〕在司法判例溯及既往的效力恢复后的1993年，斯卡利亚（Scalia）法官对司法判决不溯及既往的根源再次作了经典性总结：“司法判决不溯及既往是司法能动主义的婢女，判例法的天然敌人。它也是法律现实主义发展到高峰时的产物，总体上是作为‘法官造法的技术’被促进和改进的，更具体地说，它是作为更加容易地推翻先例的手段而出现的。”〔41〕

这就是说，美国人之所以一度将司法判例推向不溯及既往的轨道，主要是为了把人们从遵循先例的束缚中解放出来，以降低推翻先例的成本，使法院得以和立法机关一样自由地行为。这反映出，对于法院或法官而言，不溯及既往具有怂恿法官篡改或修改法律的功能和作用；反过来讲，溯及既往反而具有抑制法官篡改或改变法律的功能和作用。

这是因为，如果司法解释的创新程度超出了人民的合理预期并且溯及既往，就会侵害人民的信赖利益；如果信赖利益受到侵犯，人民就会对溯及既往型司法解释提出反对意见。在这种情况下，司法解释者只能有两种选择：要么溯及既往但降低创新的程度；要么提高创新的程度但不溯及既往。二者只能选择其一。因此，当司法解释溯及既往时，反而有助于维护法的安定性。正如美国学者所言：“如果正确地坚持判例法原理的话，像信赖利益这类重要的因素在决定改变法律的判决时是必须考虑的和已经考虑进去的因素。这些因素不能推到以后的案件中去考虑。换句话说，所提出的一个法律规则，如果它特别的新奇以至于会严重地损害一个或者多个当事人的正当信赖利益，并因此应当不溯及地适用，那么，这个规则就应当简单地作为一个不好的法律对待，甚至可以不把它看作为法律规则。”〔42〕还有学者说得更为简洁：“如果法院坚定地相信将被推翻的判决是不正确的，那他就应当准备好推翻先例的新判决必须溯及既往；否则的话，就说明他的自信力尚不足以证明推翻先例的正当性。”〔43〕

基于以上三点理由，我国的司法解释应该以溯及既往为效力原则。

## 五、司法解释溯及既往的限度

前面的讨论证明了一个结论：司法解释应该溯及既往，其溯及期限以被解释法律施行之日为限。剩余的问题是，这种溯及力是否还应该受到其他限制？这主要涉及两个问题：第一，如果司法解释施行时，对司法解释施行前发生的事实已经做出终审裁决，是否可以按照司法解释再审？第二，如果司法机关对法律做出过两次以上的司法解释，如何处理新、旧司法解释的关系，是否可以不考虑旧司法解释的效力而使新司法解释回溯至被解释法律施行之日发生效力？

第一个问题涉及的是，司法解释的溯及力和裁判的既判力谁具有优先地位？我国司法解释始终如一的做法是，承认裁决的既判力优于解释的溯及力，即不得以判决的个案解释不同于司法解释为由推翻已经生效的裁决。即便是本文所论及的新模式也是如此。如2003年最高人民法院《关于审

〔39〕 Mackey v. United States, 401 U. S. 667, 676 (1971).

〔40〕 参见前引〔25〕, Richard H. Fallon, Jr. and Daniel J. Meltzer 文。

〔41〕 Harpe v. Virginia Department of Taxation, 509 U. S. 86, 105-06 (1993).

〔42〕 Bradley Scott Shannon, *The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions*, 26 Harv. J. L. & Pub. Policy 811, 833-34 (2003).

〔43〕 Candler S. Rogers, *Perspectives on Prospective Overruling*, 36 UMKC L. Rev. 35, 52-53 (1968).

理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第36条规定：“本解释自2004年5月1日起施行。2004年5月1日后新受理的一审损害赔偿案件，适用本解释的规定。已经作出生效判决的人身损害赔偿案件依法再审的，不适用本解释的规定。”这在其他承认司法解释溯及力的国家也是如此。<sup>[44]</sup> 司法解释溯及既往以不违反法的安定性和信赖利益保护原则为前提，而维护裁判的既判力也是法的安定性原则的一项基本要求，如果溯及力优于既判力，则势必在一定程度上动摇法的安定性，这种强势的溯及力就缺乏正当性基础。另外，我国法治建设尚处于起步阶段，司法裁决的权威亟待提升。如果承认司法解释的溯及力优于既判力，可能会引起大量的裁决被推翻，从而给司法裁决的权威性带来负面影响。因此，至少在目前，承认既判力优于溯及力是合理的。

对第二个问题，我国刑事司法解释有明确的规定。《最高人民法院、最高人民检察院关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》第3条规定：“对于新的司法解释实施前发生的行为，行为时已有相关司法解释，依照行为时的司法解释办理，但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释。”如果新、旧司法解释对同一法律作出不同解释，并不意味着旧的法律解释必然是错误的。从法律解释方法论的角度看，在不同的历史时期对同一法律条文作出不同的解释是正常的。这种变化是顺应时代变迁的需要进行客观解释的必然。在这种情形下，旧解释所构建的社会秩序的安定性和人民基于旧解释所获得的信赖利益依然应当维护。因此，刑事司法解释所确立的这种效力限制模式是合理的，在民事和行政司法解释中也应当适用。

由上可见，我们在承认司法解释的溯及既往效力的同时，也应该承认其溯及既往效力的有限性，即其溯及力不得超越被解释法的时间效力范围，不得超越裁判的既判力，也不得无视旧司法解释的时间效力。而这一切又进一步说明，我国民事、行政司法解释溯及力的新模式是不妥当的，应该和刑事司法解释保持统一的溯及力模式。

---

**Abstract:** In recent years, parts of civil and administrative judicial interpretations are only allowed to be applied to litigations after the interpretations come into effect, so the time of the litigation becomes especially concerned. This application mode of judicial interpretations not only causes purposeful actions to avoid the legal prescription, but also deviates from the goal of anti-retroactivity principle. The law-making feature of judicial interpretations is not a satisfying reason for its non-retroactivity. According to the nature of judicial interpretations, the duty of judiciary and the positive function of the retroactivity in maintaining the stability of law, judicial interpretations should be retroactive, which should be constrained by temporal effect of the interpreted law, the effect of decision and old judicial interpretation.

**Keywords:** judicial interpretation, retroactivity, limitation

---

[44] 如美国，在 *Teague v. Lane*, 489 U. S. 288 (1989) 案中，联邦最高法院认为，刑事被告一般不能以终审判决后的刑事解释作为发动间接审查程序的理由，除非新规则包含在既定的自由概念之中，或者新规则是实现“基本公正不可缺少的”，没有这些新规则，准确裁判的可能性会大打折扣。由于这两个例外条件非常严格，以至于事实上禁止了对于终审案件的溯及力。如果涉及人身自由的刑事司法解释不得损及既判力，则民事和行政解释就更没有理由了。