

宪政视野中的中国刑法解释体制改革

黄奇中

(华侨大学法学院, 福建泉州, 362021)

摘要: 中国现行的刑法解释体制包括统一解释和法律适用解释两部分, 其中统一解释体制是一种多元并立、各国家职能部门“齐抓共管”的格局。从合宪性的角度来看, 只有全国人大常委会、最高人民法院的刑法解释符合宪法规定, 而最高人民检察院、国务院及其职能部门以及高级人民法院的刑法解释都属于违宪解释。而从宪政理念的角度来看, 全国人大常委会解释刑法是对人民主权原则的误读, 人大常委会不应成为刑法统一解释机关。最高法院统一解释刑法符合宪政原理, 但应坚持被动的、结合个案的释法模式。在具备司法(法官)独立制度的前提下, 应赋予法官以法律解释权。

关键词: 刑法解释权; 统一解释权; 法律适用解释权; 合宪性审查; 宪政

中图分类号: D921; D914

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2007)03-0273-07

每一个法规范均需要进行解释, 即使表达清楚的条文也需要解释^{[1](190)}。刑法亦不例外, 必经解释方得适用。刑法解释具有多义性, 如就刑法解释的对象来说, 就存在“刑法规范说”“刑法规定说”以及“刑法条文”说等^{[2](107)}。笔者赞成“刑法条文说”, 因此, 所谓刑法解释, 是指刑法解释主体对刑法条文含义的阐释和说明。根据解释主体的身份不同, 刑法解释可以分为立法解释、司法解释与学理解释, 立法解释与司法解释都是有权解释。在我国, 立法解释即全国人大常委会对刑法所做的解释; 司法解释, 狭义上仅指最高人民法院和最高人民检察院在各自工作中对刑法所做的解释, 广义上则还包括国务院职能部门以及各高级法院对刑法所做的解释以及有关联合解释, 而最广义上则还包括法律适用中法官对刑法的解释。上述立法解释和司法解释以及它们内部各解释主体间所做刑法解释的相互关系共同构成我国的刑法解释体制。从实践中的操作情况来看, 在该解释体制内, 除法官适用法律所做的解释外, 其他解释都具有规范性、抽象性特征, 一定意义上都与刑法具有同样的效力, 因而都是“立法”。于是就产生了这样的问题: 这些解释与刑法规定发生抵触怎么办? 这些解释相互发生冲突怎么办? 这样一种体制是否有利于实现刑法的机能^①? 由于判断、解决这些问题的最高标准是宪法乃至宪政的理念, 因此, 本文拟在分析我国刑法解释体制现状的基础上, 对该体制进行合宪性审查, 并进而以

宪政的理念对该体制进行拷问, 以探讨建立能够更好地实现刑法机能的我国刑法解释体制。

一、我国刑法解释体制的现状

如前所述, 我国刑法解释体制内的法律解释实际包括两大部分: 一部分是立法解释以及广义的司法解释, 这部分的刑法解释的主体是国家机关, 其解释从实际情况来看都具有规范性、抽象性特征, 因而具有准立法性质。这种解释, 如我国学者陈金钊所言, 实质是一种法律的统一解释。统一解释是立法的重要补充, 反映了法制统一原则的要求^{[3](10)}。另一部分是法官适用法律的解释, 我国法律对这一部分刑法解释并未明确规定^②, 但实际上仍然是有效解释(体现在判决上)。分清刑法解释的这两大部分有利于我们厘清讨论问题的语境——统一解释和法律适用解释是两种不同的解释——前者具有一定的“创法”性质, 而后者要求法官服从法律, 尤其是在刑法领域。

法制统一是建设法治国家的必要前提。从统一解释的角度来看, 我国的刑事法制统一局面并未形成。就刑法领域的情况来看, 我国刑法解释体制呈现多元并立、各国家职能部门齐抓共管的格局。从规范层面来看, 包括以下具体规定: ① 现行宪法(以及历部宪法)规定, 全国人大常委会有权解释法律(当然包括

收稿日期: 2007-01-08; 修回日期: 2007-02-08

基金项目: 国务院侨务办公室 2005 年度科研课题基金项目(05Q0002)

作者简介: 黄奇中(1969-), 男, 江西吉安人, 华侨大学法学院讲师, 武汉大学 2006 级博士研究生, 主要研究方向: 刑法学。

刑法)。② 1981年全国人大常委会第19次会议通过的《关于加强法律解释工作的决议》(以下简称《决议》)有关法律解释主体包括四项原则性规定:第一,凡关于法律、法令条文本身需进一步明确界限或做补充规定的,由全国人大常委会进行解释或用法令加以规定;第二,凡属于法院审判工作或检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题,分别由最高人民法院和最高人民检察院进行解释,两院解释如有分歧,报请全国人大常委会解释或决定;第三,不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题,由国务院及主管部门进行解释;……。③ 《人民法院组织法》(包括1979年版及1983年修订版)规定,最高人民法院对于在审判工作中如何具体应用法律、法令的问题有权进行解释。④ 2000年通过的《立法法》第42条规定:全国人大常委会有权解释法律。解释的范围包括:第一,法律的规定需进一步明确具体含义的;第二,法律制定后出现新情况,需明确适用法律依据的。该法第43条则规定,国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院、全国人大常委会各专门委员会有权向全国人大常委会提出解释法律的要求。而从实际操作层面来看,除了上述部门各自依职权解释刑法外,其形式、主体更为广泛。如“两高”的联合解释,“两高”与国务院职能部门(如司法部、民政部、林业局、海关总署等)的联合解释(如1999年最高人民法院和公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》),国务院职能部门的独立解释或联合解释(前者如公安部[1999]4号批复对刑法第201条的“应纳税额”的解释以及[2000]30号通知对妨害国边境犯罪立案标准的规定;后者如2001年5月国家林业局、公安部联合发布《关于森林和陆生动物刑事案件管辖及立案标准》)。此外,实践中最高人民法院还授权各高级人民法院对部分犯罪涉及犯罪数额问题自行做出解释,这也应视为有实效的刑法解释的一种。如1997年11月4日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第3条第2款规定“各省、自治区、直辖市高级人民法院可根据本地区经济发展状况,并考虑社会治安状况,在前款规定的数额幅度内,分别确定本地区执行的‘数额较大’、‘数额巨大’、‘数额特别巨大’的标准”。据此,各高级法院都根据本地区的实际情况对盗窃罪的数额做出了规定。从以上情况来看,规范层面的我国刑法统一解释是由立法机关(全国人大常委会)主导的,但操作层面则主要是“两高”的解释,尤其是最高人民法院的解释起主导作用。

从法律适用解释的角度看,由于存在上述众多的“统一解释”,法官需要解释的法律文本实际上就是复

数的,这无疑增加了法官审理案件的难度和司法成本,而且容易导致同案不同处理的情形出现,影响司法公正^⑤。

上述刑法解释体制存在的问题是,如此众多的“统一解释”是否真正统一?如何统一?又如何使法律适用解释做到统一?其最高衡量标准无疑是宪法,为此,有必要对其进行合宪性考查。

二、 现有刑法解释体制的合宪(法)性考查^④

上述有关刑法解释体制的规定有符合宪法规定的,也有与宪法抵触的,有的则是相互之间有矛盾,以下做一具体分析。

(1) 全国人大常委会的刑法解释权,对此,《宪法》《立法法》都做出了明确的规定,其合宪性没有任何问题。

(2) 关于最高人民法院的刑法解释权,《人民法院组织法》与《决议》均做出了规定,而《宪法》和《立法法》则未做规定。那么,该如何理解这种不同规定呢?根据宪法第67条第4项的规定,全国人大常委会有权解释法律,此处的释法权从性质上来看应是立法权的延伸,是立法性质的释法权;而有关法律赋予最高人民法院的法律解释权是司法性质的权力,是司法解释。如果这种理解正确的话,那么就不难理解在《立法法》中为什么不规定最高法院的法律解释权。从这个意义上来看,《人民法院组织法》和《决议》赋予最高法院以法律解释权并不违宪^⑥。当然,在没有法律明文规定的情况下,由最高人民法院授权高级法院解释刑法则超出了《宪法》以及《人民法院组织法》的规定,应视为违宪。

(3) 问题最大的是最高人民检察院的刑法解释权。首先,与《人民法院组织法》同时颁布(1979年)和同时修订(1983年)的《人民检察院组织法》均未规定检察机关可以解释法律,《宪法》《立法法》也未规定,其法律解释权的惟一法律依据是《决议》,也就是说,全国人大常委会通过《决议》的形式扩大了刑法解释权主体的范围。其次,从《决议》与《人民检察院组织法》和《立法法》的关系来看,其法律位阶低于后二者,如果其规定与后二者相冲突,则应视为无效。最后,从宪法对检察机关性质、职权的规定来看,检察机关既不是立法机关,也不是裁判机关,而是法律监督机关。尽管对“法律监督”的性质尚存有疑问(如是行政权还是一种独立性质的权力?),但有

一点是毋庸置疑的，即赋予检察机关以法律解释权一方面损害了司法公正^⑥，另一方面则分割了审判权，违背了法无二解的法制统一原则。从上述意义来看，最高人民检察院享有刑法解释权是违法、违宪的。

(4) 关于国务院及其职能部门的刑法解释权问题，基本上来说都是于法无据的。之所以说是“基本上”，是因为现行实践中有关部门的解释权的依据似乎可以从上述《决议》内容的“第三”项中找到，即“不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题，由国务院及主管部门进行解释”。主张国务院及其职能部门可以享有刑法解释权者认为，这里的“其他法律、法令如何具体应用的问题”并不是指刑法（包括刑事诉讼法）之外的法律如何应用的问题，而是指审判、检察工作环节之外的其他工作环节（如公安机关侦查工作环节）如何具体应用的问题。而且，主张者还认为，既然检察机关不是法律裁判者可以享有刑法解释权，为什么公安机关作为侦查机关就不可以享有刑法解释权？正是循着这一逻辑，公安部等职能部门便堂而皇之地行使着刑法解释权。客观地说，该逻辑并非完全不通。但是，考虑到其行政机关的性质，国务院及其职能部门对刑法做出的解释其违宪性应该说是显而易见的。

(5) 从法官适用法律的解释来看，宪法和法律均未做出明确规定，换言之，宪法和法律未授予承办案件的法官以独立的法律解释权。因此，如果提出法官具有独立的法律解释权的观点，也是与现行宪法、法律不相符的。

根据上述分析，在现行宪法的立场下，只有全国人大常委会和最高人民法院的刑法解释权符合宪法规定，而最高检察机关、国务院及其职能部门以及高级法院的刑法统一解释权都是违法、违宪的，承办案件法官的独立的刑法解释权也是没有宪法、法律根据的。

我国目前这种“齐抓共管”的刑法统一解释体制导致的直接结果就是刑法规范的不统一。造成这种法制不统一局面的原因是多方面的，主要包括：首先，我国的法律解释体制建立在传统解释学的主观解释论的基础之上。根据主观解释论，刑法解释的目标是探寻和阐明立法者在制定刑法时的主观意思，为了达到该目标，解释者应排除任何偏见，设身处地地从立法者的立场来进行解释。该理论是西方19~20世纪初法律解释的主流观点，其主要代表人物包括施莱尔马赫和狄尔泰^[4](79-80)]。根据该理论，解释者应该而且能够将存在于刑法中的立法者的原意阐释出来，从而保持与立法者的一致。但是，传统法律解释学的客观论告诉我们，解释者要寻求立法者的原意是不可能的，法

律解释的目标是揭示存在于法律中的客观意旨。而以伽达默尔为代表的哲学解释学则彻底颠覆了传统解释学，使解释学发生了从“方法论”到“本体论”的转向。根据伽达默尔的哲学解释学：法律文本的原意是死去的意义，要发现它是不可能的；成见（前见、偏见）是理解的基础，理解具有历史性；理解是作者和读者的“视界融合”的过程^[5]。这样，法律解释便完全成了解释者主观臆断的结果，法律解释的客观性便完全被消解。哲学解释学忽视法律的规范性质，消解法律解释的客观性固然不可取，但其有关理解的“前见”及“视界融合”的观点却有可取之处，而传统解释学的客观论是当今西方法律解释的主流观点，所有这一切，我国的主流观点均未顾及，因而其理论基础便有先天不足之处。

其次，从制度层面来看，违宪审查制度的不完善乃至实际上的虚置乃是最重要原因。众所周知，我国宪法只是笼统地规定全国人大监督宪法的实施，全国人大有权改变或撤销全国人大常委会不适当的决定（宪法第62条），全国人大常委会有权撤销国务院制定的与宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令（宪法第67条），但对于如何启动审查程序，具体由谁来审查以及如何审查等都未做出规定。即使是随后制定的《立法法》对此也没有做出具体的规定。因此，实践中很难启动违宪审查机制，由此导致各国家职能部门各自解释的格局。制度层面的另一原因是，刑事诉讼中的公、检、法流水作业的纵向诉讼构造^⑦强化了上述刑法解释体制。根据我国刑事诉讼法的规定，公、检、法三机关在刑事诉讼中分工负责、互相配合、互相制约，这种诉讼法中地位平等的理念，一定程度上会影响对相关法律的理解，结局是公安、检察两家要求与法院共享刑法解释权。

再次，从观念层面来看，我国刑法解释体制实际上受到以下观念的影响和制约：①事实上没有对制定法的迷信，法律解释为法律实施和法律发展所必需；②把法律解释单列为一种权力，相对独立于法律制定权和法律实施权或决定权；③按照国家机关的职能划分，将法律解释权分别划归相关的职能部门实际行使；④由高层立法机关和法律实施机关执掌法律解释权，最大限度地使法律实施成为机械适用法律的过程^[6]。

最后，是现实的需要。由于全国人大常委会难以肩负刑法解释的职能^⑧，而现实中又确实存在大量需要解释的法律问题，尤其是审判机关，由于不能借口法律规定不明确而拒绝裁判，所以必须解释刑法，而最高法院采取的抽象性、规范性的解释模式和解释者的偏见决定了解释结果往往与法律规定有出入。对此，

我们应一分为二地看待：一方面，公、检、法的刑法解释客观上确实具有弥补法律不足、满足现实的迫切需要的功效，这也是它们的解释虽可能越权但却具有实效的主要原因；另一方面，不能认为存在的就是合理的，从宪政、法治的要求来看，这一格局是不利于国家法制的统一、不利于建设社会主义和谐法治国家的，因而必须进行改革。

三、宪政视野中的中国刑法解释体制的建构

在论及我国的刑法解释体制改革时，有论者提出了不同的建设性方案，如有的提出应树立法官的绝对权威，建立法官释法的体制^{[7](90-91)}；有的则认为公、检、法等部门解释刑法都违宪，应加强全国人大常委会的法律解释工作^{[8](106)}；有的甚至建议在全国人大常委会内部成立专门机构解释法律^{[9](47)}；有的则提出了较具妥协性的方案，认为目前应建立从法院释法到法官释法的过渡性体制^{[10](52)}。如前所述，不管采取何种方案，需先将法律解释分为两类：即统一解释和法律适用解释。就统一解释来看，主要应探讨的问题是：在我国是否需要统一解释？如果需要，确立什么样的统一解释才符合宪政、法治理念？就法律适用解释来看，主要需解决的问题是：法律上是否有明确授权法官解释法律的必要？法律适用解释在法律解释中的地位如何？一国法律体系内部是否协调统一主要是看有关法律、法规是否与宪法协调统一，但这是建立在宪法本身协调统一的前提下的。由于笔者认为我国宪法规定的法律解释体制本身就不合理，所以主要从是否符合宪政理念的角度（即应然的角度）来探讨如何建立我国的刑法解释体制。

（一）宪政及其支撑理念

要给宪政下一定义并非一件容易的事，但宪政离不开民主、法治、人权却是共识。我国有学者认为，宪政是以宪法为前提，以民主政治为核心，以法治为基石，以人权保障为目的的政治形态或政治过程^[11]。因此，支撑宪政的基本理念（内涵）就是民主、法治和自由人权^⑥。其中民主，即多数人的统治，解决的是统治的合法性问题。但宪政并非仅仅是民主政治，多数人的统治，如果没有限制，往往导向“多数人的暴政”，因此，民主必须以法治作支撑。法治也是个具有多义性的概念，但其核心内容包括两方面：一方面通过法律的形式授予政府权力并限制其权力^⑦（其中分权制衡是授权和限权的主要方面），另一方面以实质合理

性的精神保护少数人的权益。当然，民主也好，法治也罢，二者虽然是宪政的重要价值诉求，但从终极意义上而言，二者都只是促进公民个人自由和保障人权的手段，即保障自由人权才是宪政的目标。罪刑法定原则是上述宪政理念在刑法领域的集中体现。

（二）重构刑法统一解释体制

首先需强调的是，由国家机关统一对法律进行解释是有其必要性的。一方面它是完善法律的重要手段；另一方面，它具有“定分止争”的重要作用，否则，关于某些法律的争论会无休止地进行下去，这不利于法律权威的形成。因此，这里需要探讨的主要是建立一种什么样的刑法统一解释体制的问题。

（1）立法机关释法是对人民主权原则的误读，全国人大常委会不应享有法律解释权。如前所述，我国现行的刑法统一解释体制固然与其采取的解释学的主观论的理论基础有关，而从宪政的角度看，则其与对人民主权原则的某种误读也有重要关系。众所周知，我国宪法第1条确立了人民主权原则。为了实现人民主权（宪政的民主方面），人民通过自己选出（直接或者间接）的代表组成国家权力机关来具体行使以立法权为主的国家主权，并由权力机关选出的代表组成其他国家职能机构，分别履行其他的国家主权，如行政权、审判权、检察权等（宪政的分权方面）。这样一种国家机构的组织框架，以往常被解读为议行合一的体制，认为在我国人大是全权机关，与其他机关不存在分权，其他机关服从和从属于人大。这实际上是以“人大主权”^⑧替代人民主权，是对人民主权的误读。在这样一种思想支配下，派生出“有权制定法律，就有权解释法律”^⑨的法律解释观念，即认为由立法机关解释法律是由人民主权原则决定的。事实上，代议机关的意志并不等于人民的意志，代议机关意志的表现形式是法律，而人民的意志表现形式是宪法^[12]，因而“人大主权”不可能等同于人民主权。在我国各国家机关之间同样存在分权，各机关间也存在一定程度的制约，只不过不如西方国家在三权分立的情况下那么明显^⑩^{[13](52-54)}。从我国的最高权力机关与最高审判机关的关系来看，全国人大及其常委会立法方面的职权就是制定法律（规则），而最高人民法院的职权则是适用法律（规则）。如前所述，如果认为全国人大常委会的法律解释权是一种立法权，那么在立法权之外另规定解释权就没有意义。而如果认为法律解释权和立法权是两种不同性质的权力，由于主观解释论并不能保证使解释与立法一致（客观解释论更不可能与立法原意一致），因而只要其解释具有抽象、普遍的性质，其实质仍然是一种立法，以这样一种立法替代全国人大

的立法显然与人民主权原则不符，也与权力机关的内部职权分工不符。

(2) 最高法院应成为刑法统一解释的主体，但应改变释法的模式。从宪政理念来看，由最高法院统一解释法律是世界上大多数国家的通常做法。这是由法律统一解释权的性质决定的——即该权力属于司法权的范畴，而不属于立法活动，因此，合理界定立法权和司法权的性质成为关键。立法权是一种主动的权力，只要在宪法和立法法的授权范围内，立法者都可以主动创设法律，而司法权是一种被动的权力，只有在公民、法人等启动程序后，统一解释法律的活动才能进行。否则，解释权就可能侵蚀立法权^{[3](169)}。详言之，司法权本质是一种裁判权，其范围的确定必须紧紧围绕是否有个人基本权益需要司法救济和司法保障，以及是否有某种国家权力（尤其是行政权力）需要司法审查和控制这两项标准来进行。离开了这两点，司法权的介入就可能在很大程度上是奢侈和多余的^[14]。由此观之，由于立法权是一种主动的、具有扩张性的权力，由全国人大常委会解释刑法不利于保障公民的自由权利。而由最高人民法院作为刑法统一解释的机关，一方面有利于对立法权形成一定的制约，从而有利于保障公民的自由权利；另一方面，最高人民法院在行使刑法统一解释权时必须谨守司法权的裁判性质，否则就会造成侵犯立法权乃至侵犯公民权利自由的结局。我国现行的司法解释经常侵犯立法权，就是由于最高法院超越司法权的裁判性质造成的。根据1997年6月23日最高人民法院颁布的《关于司法解释工作的若干规定》（同年7月1日生效），司法解释的形式有“解释”“规定”和“批复”三种^⑭。其中，对于如何运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做出的规定采用“解释”的形式，有关审判工作的规范、意见采用“规定”的形式，对于高级法院、军事法院就审判工作中具体运用法律问题的请示所做的答复采用“批复”形式。涉及到刑法解释主要采用“解释”和“批复”两种形式。无论是“解释”还是“批复”，基本上都是抽象性、规范性的刑法解释，而不是针对个案中具体适用法律的解释。这种抽象性、规范性的刑法解释，由于具有普遍的效力，是裁判时必须援引的规范性根据，符合法的规范性、普遍性、强制性的特征，因而实质上是一种变相的立法，这当然有违宪政的民主和分权原理。此外，最高法院的这种规范性司法解释由于对各级法院均具有强制性的规范效力，所以不但侵犯立法权，同时还侵

犯了各级法院独立审判的权力，使得最高法院正蜕变为非审判性质的机构^[15]。由此可见，在确立最高法院作为刑法统一解释的机关的同时，还必须明确解释的程序与权限。总的来说，只有当作为案件当事人的公民、法人等通过上诉等程序提出法律解释的要求后，最高法院才能启动统一解释的程序，最高法院不能主动解释法律。当然，这并非意味着最高法院要针对每个具体问题进行解释，其解释的对象应该是那些带有普遍性的问题，否则，最高法院将穷于应付法律解释工作。最高法院通过这种程序和限制做出的刑法统一解释具有规范效力，各级法院应予遵守。

即便有上述限制，最高法院的法律解释工作仍然会非常繁重，因此，在考虑赋予最高法院刑法统一解释权的同时，有必要建立我国的刑法判例制度。对此，笔者的初步设想是：刑法判例只能由最高法院选择有代表性的个案来做出，这种判例应不具有强制的法律效力。这种设想可能遭到的质疑是：没有强制效力的判例制度有何意义？笔者认为有意义。在我国，上级法院可以监督下级法院的法律适用情况，最高法院可以监督各级法院的法律适用情况，这样，下级法院为了自己的裁判不被上级法院否决，势必要认真研究最高法院的判例，以最大可能与其保持一致。在刑法统一解释权外辅之以刑法判例制度，有利于缓解最高法院的法律解释工作任务，也有利于最高法院指导下级法院的审判工作。

（三）赋予法官适用法律的解释权

如前所述，在我国尚没有法律明确赋予法官以法律解释权，法官解释法律的权力只是学理界对司法实践现实状况的一种概括。相比之下，西方资本主义国家尽管在解释法律的权限上有所区别，但赋予法官以法律解释权则是共同的，而这是有深刻理论基础的。从宪政的角度来看，这是三权分立、司法（法官）独立、自由人权等宪政理念的必然要求；从解释学的角度来看，其理论根据在于^{[3](170)}：第一，法律应用就是法律解释。在伽达默尔的眼中，理解、解释和应用是三位一体的过程，理解、解释法律必须应用法律。第二，对法官所拥有的法律解释权，我们必须予以重视。传统的法治理论把法官设计成法律的机械适用者，这种理论虽能保障法律意义的安定性，但却不符合司法过程中的实际情况。法官不是法律规范的奴隶。第三，共性的法律规则与个性案件不会自动地结合。在司法实践中应用法律离不开法官等法律人的理解和解释。当然，从法律发展的角度来看，越多人参与解释法律，越有利于法律的发展。事实上，针对实践中的每个案

件,不止法官在解释法律,检察官、律师、当事人甚至关注案件的普通公民也都在解释法律,那为什么独独要授予法官以解释权呢?首先,法律解释不等于法律解释权,“承认解释主体的普遍性,并不是承认所有机关和个人的解释都是具有法律约束力的解释。”^[16]其次,人类要解决纠纷,就必须有一权威存在,这也就是法院(法官)存在的理由。因此,我国的有关法律应明确赋予承办案件的法官以独立的法律适用解释权。这种解释权仅对个案有效,不具有普遍效力。但针对个案而言,一旦形成便具有独断性(通过上诉等程序推翻例外)。

我国之所以不明确赋予法官以法律解释权,其原因尽管复杂,但主要在于我国缺乏司法(法官)独立的宪政制度。由于法官不是独立的办案主体,自然不能享有独立的法律解释权,这一点从判决书不盖法院的印章便无效就可看出。根据我国的诉讼法规定,法院审理案件的基本组织形式是合议庭,独任审判只在少数情况下适用(当然,现在法院有扩大独任审判的趋势)。当案件是重大、复杂、疑难案件时,则由审判委员会讨论决定如何处理。实践中,有很大一部分案件都是审判委员会决定的。而且,法院断案还要受形势、政策的影响,其表现形式往往是要受党委、政府、政法委的决策影响(这种影响既可能来自当地,也可能来自上级)。在审判委员会内部,具体谁说了算也不一定,可能是院长、副院长或者庭长、副庭长,也有可能是汇报案件的审判长,这取决于案件的实际情况,以及体制内外权力博弈的结果。不管案件最终按照谁的意愿了结,实际上却找不到法律解释的终极承担者,即中国法律解释者始终是以“无面目法官”的形象出现的^[17]。

那么,要具备什么样的条件才能赋予法官以独立的法律解释权呢?笔者认为,关键就是要确立我国的司法(法官)独立制度。当然,这里并非是要照抄照搬西方的司法独立制度。从宪法层面来看,现行宪法第126条的规定“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人干涉”给人的印象是执政党、权力机关、检察机关等可以任意干涉法院审判,因此,应恢复1954年宪法的规定,即“人民法院独立行使审判权,只服从法律。”这里的“服从法律”包括服从处理案件的程序法和实体法,以及宪法规定的服从党的领导、接受权力机关的监督和检察机关的法律监督。党的领导主要体现在政治上的领导和选拔推荐优秀的法院领导干部上,而不能直接干预办案。接受权力机关的监督不应包括个案监督。从法院组织法、诉讼法的层面而言,要赋予具体承办案件

的法官以真正的断案权,也就是说要重新厘清法院内部的审判组织构造。最主要的是裁撤审判委员会,将断案权赋予合议庭;同时,法院院长、庭长只有参与审判才有断案权,其职权与其他法官一样。由此可能会导致以下问题:如法院低水平的裁判上升、法官个人难以抵挡外来的压力与干扰以及精英司法与大众的脱离等。对低水平裁判问题可以通过提高法官任职资格和审案资格“门槛”的措施来解决,而其他问题则应通过加强舆论宣传、营造良好的法治氛围等措施逐步解决^①。

四、结语

从当今倡言刑事司法体制改革而莫衷一是的情形来看,站在宪政的高度,从刑法解释体制的角度入手,或许是值得思考的一个维度。从现有的刑法统一解释体制来看,最高检察机关、国务院及其职能部门以及高级法院解释刑法都是违宪的。而从改革的角度来看,赋予全国人大常委会以刑法统一解释权不符合宪政理念,刑法统一解释权应由最高人民法院行使,但应改变释法模式,即应由主动释法而改为结合个案被动释法。在确立司法(法官)独立制度的前提下,应赋予法官以刑法适用解释权。这样一来,法律解释权便被最高法院和办案法官垄断,会否因此而形成新的专制?笔者认为,这种担心并非多余,但也不是束手无策的。一方面,在我国尚有权力机关和检察机关监督制度的制约;而另一方面,法律解释学上的一些新的研究成果可作为我们的指导思想。如德国学者哈贝马斯的“沟通协商”理论便是可资借鉴的理论资源;而我国学者季卫东的观点则更有启发意义:“在复杂化的现代社会中,法律解释必须在程序、议论、合意等‘函三为一’的多元结构中来把握。用法治国家原理以及程序性条件来限制法官的专断,用议论以及对话性论证来实现理想意义上的合意,通过各种论据之间的整合性和序列性来协调主观和客观的关系并限制合意的无限反复,……。”^[18]简单来说,就是以程序和议论为双轨的法律解释学来限制法官的专断和恣意。由此可以断言,这样一种改革,会造成一定的冲击,但不会伤筋动骨。

注释:

① 大陆法系刑法理论一般认为刑法的机能包括行为规制、法益保护和自由保障三项。参见张明楷著:《外国刑法纲要》,清华大

学出版社1999年版,第6~7页。笔者基本赞成该观点。

- ② 法律之所以未规定法官的法律解释权,主要是由于我国没有西方式的司法独立、法官独立制度,因此一般不将法官适用法律时对法律的解释视为一种权力。
- ③ 实践中,在针对同一问题有多个法律解释的情况下,承办案件的法官虽多是按照最高法院的解释处理,但也不可避免受到其他解释的制约。如在最高检察院有“追诉标准”的解释的情况下,法官是不太可能超出该标准定罪处罚的。
- ④ 此处的合宪(法)性考查是在广义上使用的,既包括合宪性审查,也包括合法性审查,且仅指法律规范层面的考查,至于该规定是否合理、是否符合宪政的一般理念留待第三部分进一步分析。
- ⑤ 我们有时说最高法院的司法解释违宪,那是因为最高法院没有区分这两种不同性质的法律解释权,所制作的司法解释具有“立法”的性质,侵犯了立法权,因而是违宪的。对此,后文有进一步分析。
- ⑥ 这好比检察机关既是竞赛者,又是竞赛规则的揭示者,其不公正性是显而易见的。
- ⑦ 纵向诉讼构造是就刑事诉讼中侦查、起诉和审判三方的关系提出的一个概念。在西方国家,一般是以裁判为中心的诉讼构造,其特点是诉讼围绕裁判展开,侦查、起诉要受到裁判的较多制约;而我国实行的则是一种侦查、起诉、审判处于平等地位的流水作业式的诉讼构造,其特点是侦查、审判活动很少受到裁判的制约。对此,可参见陈瑞华著:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2001年版,第225~241页。
- ⑧ 全国人大常委会每两个月才开一次全会,由此决定了它不可能肩负起大量的法律解释工作的任务。但这并不是借口,关键在于合理划分全国人大常委会与全国人大以及全国人大常委会内设机构的职责。
- ⑨ 陈兴良教授在《刑法的宪政基础》一文采取了类似的观点,参见陈兴良:《刑事法评论》第11卷,中国政法大学出版社2002年版,第127~129页。而蔡道通教授则认为支撑宪政的理念包括民主、共和、人权和权力。其中民主与共和是从“多数人”和“少数人”关系的角度来确立宪政的基本原则的,而人权则是从国家权力和公民权利的关系角度确立宪政的基本内核。参见蔡道通著:《刑事法治:理论诠释与实践求证》,法律出版社2004年版,第68~92页。笔者认为,法治有形式与实质两个侧面,形式的侧面要求政府依法而行,侧重限权的意蕴;实质的侧面要求实质合理性,侧重保障少数人的权益。因此,法治实质上是包含共和和权力的宪政内涵的。
- ⑩ 传统法治强调管得越少的政府越好,而集中体现了现代法治精神的《德里宣言》认为,不仅要为制止行政权的滥用提供法律保障,而且要使政府能够有效地维护法律秩序,借以保证人们具有充分的社会和经济生活条件。
- ⑪ “人大主权”的概念并非笔者的杜撰,我国有学者使用过,只是笔者一时找不到其出处,这里姑且用之。
- ⑫ “有权制定法律,就有权解释法律”的观念与法律解释中的“主观解释说”或“立法原意说”立场有关,其理由是立法的原意只有立法者自己最清楚,因此,立法者最有资格解释法律。但是,如果把法律解释作为与立法有别的活动,那么该命题并不

具有认识上的合理性:第一,立法原意以及从立法者那里寻找立法原意,实际上并不像人们想象的那样可靠。第二,更为重要的是,尽管必须肯定立法原意在法律解释中的重要作用,但是,在一般情况下,不应该超越法律条文本身所能容纳的限度去确定立法原意。参见张志铭著:《法律解释操作分析》,法律出版社2004年版,第249~251页。当然,其归根结底还是受上述错误的“人大主权”思想的影响。

- ⑬ 三权分立是指国家权力由不同的部门分别执掌立法权、行政权和审判权,三种权力互相制约、平衡,典型如美国的情形。我国也存在分权,但只能权力机关监督其他机关,其他机关不能制约权力机关,但在其他机关之间仍有制约,如公、检、法之间。
- ⑭ 在该规定颁布之前,司法解释的形式多种多样,除规定的三种外,还有“通知”“答复”“意见”等。
- ⑮ 这里的“解决”只是缓解、改善的意思,因为法官水平的高低是相对的,而办案时的压力与干扰也总是存在的,所以不可能彻底“解决”。

参考文献:

- [1] 耶塞克. 德国刑法教科书(总论)[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001: 190.
- [2] 张小虎. 对刑法解释的反思[J]. 北京师范大学学报(社科版), 2003, (3): 106~113.
- [3] 陈金钊. 法律解释学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2006.
- [4] 沈琪. 寻求刑法解释的客观性[J]. 枣庄师范专科学校学报, 2004, (5): 79~83.
- [5] 梁彗星. 民法解释学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 125~132.
- [6] 张志铭. 法律解释操作分析[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 231~234.
- [7] 吴丙新. 刑法解释的基本思想及主体[J]. 现代法学, 2001, (3): 86~91.
- [8] 郑厚勇. 论我国刑法解释的主体问题[J]. 江汉论坛, 2003, (5): 104~106.
- [9] 李金玉. 论我国刑法解释问题[J]. 福建公安高等专科学校学报, 2006, (3): 46~51.
- [10] 刘晓莉. 刑法解释的主体[J]. 吉林大学社会科学学报, 2003, (2): 47~52.
- [11] 周叶中. 宪法学[M]. 北京: 北京大学、高等教育出版社, 2001: 177.
- [12] 李忠. 宪法监督论[M]. 北京: 社会文献出版社, 2002: 251.
- [13] 童之伟. “议行合一”说不宜继续沿用[J]. 法学研究, 2000, (6): 48~57.
- [14] 陈瑞华. 司法权的性质[J]. 法学研究, 2000, (5): 30~58.
- [15] 陈兴良. 刑事司法研究——情节·判例·解释·裁量[M]. 北京: 中国方正出版社, 2000: 373~375.
- [16] 胡玉鸿. 法律原理与技术[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 294.

(下转第310页)