



中国有权刑法司法解释模式评判与重构

李洁

法律解释，一般是指对特定法律规定意义的说明。本文所说的有权法律解释，是指其解释具有法律效力的解释，以区别于不具有法律效力的对法律的解释，即学理解释。有权的法律解释可能分为立法解释与司法解释两类，由立法机关所作出的对法律的解释是立法解释，而司法机关所作出的对法律的解释属于司法解释。全面探讨法律解释是一篇文章所难于做到的，因而本文选取有权司法解释为文章的基本方向，以有权司法解释的模式为研究内容，以刑法司法解释为基本视角，同时侧重评判，兼顾对有权刑事司法解释模式的重构研究，故设定中国有权刑法司法解释模式评判与重构的文章题目。

一、中国有权刑法司法解释模式

(一) 解释模式：二元一级抽象式有权刑法司法解释

有权刑法司法解释，是指在司法中具有法律效力的解释，依据中国相关法律的规定，中国有权刑法司法解释的模式是二元、一级、抽象式的形式司法解释模式。

1. 二元：法院与检察院

依据我国《人民法院组织法》第33条规定：“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，进行解释。”《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》第2条规定：“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。凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。”依据上述规定，有权进行刑法司法解释的机关应该是人民法院与人民检察院。其所作出的司法解释是一般有效的，不但本机关要遵照执行，其他机关也必须遵照执行，而其他机关不具有司法解释的权利。

2. 一级：最高法院与最高检察院

依据上述法律的规定，法院与检察院的司法解释权并不是赋予全部的法院和检察院，而是只赋予最高法院与最高检察院（简称两高），两高之外的法院和检察院不是法定的刑法司法解释机关，无权对法律进行解释，或者说，其解释是不具有法律效力的。

3. 抽象式：准立法式的对立法规定的细化方式

抽象式，是对两高司法解释方法的概括，即两高所作出的司法解释，一般不是在裁判案件的过程中，通过判决理由的说明来表现司法者对法律的解释，而是通过发布专门的司法解释文件，或者通过对下级法院提出的在处理案件过程中对适用法律问题的请示进行批复的方式，对法律进行解释。因此，中国的有权刑法司法解释，在方式上是抽象式的解释方式。该种司法解释的特点是：其一，在适用的范围上，一般不针对具体案件的裁判，而是面向全部的刑法司法领域，即不是对案件的，而是对全部司法机关的，在司法解释发布之后，不管是哪个司法机关，对此问题均应依据司法解释来司法。其二，在解释方式上，一般不是对具体案件适用法律的解释，而是对法律所进行的细化性的规定；不是说理性质的，而是规定性质的。也正是因为如此，有人提出这种司法解释在一定程度上演变为“准立法”。其三，在解释的效力上，刑法司法解释具有司法机关一体遵行的效力，不能违反，如果不按司法解释的规定司法，其司法结果

就可以被认为是违法。其四，对司法解释进行解释的必要性。由于刑法司法解释是准立法性质的司法文件，是对“世”的，而不是对“事”的，是抽象的规定，而不是具体的说明，因而对司法解释的适用在相当多的情况下不能直接适用，而是需要对司法解释进行解释，以使具有抽象性质的解释规定能够适用于具体案件。

（二）法官是否是有权司法解释的主体

需要指出，在具体的刑法司法过程中，法官对法律的解释是大量存在的。一方面，两高的司法解释并非对所有的刑事立法规定均存在，有相当多的刑事立法内容并没有两高的司法解释，而立法的抽象性，使其适用的解释不可避免。另一方面，两高的司法解释由于具有准立法的性质，是对刑法立法规定的细化，而不是对法律条文与具体案件的适用关系方面的解释，因而，其抽象性质也就决定了对两高司法解释也具有解释的必要性。这两方面的原因，导致法官在具体进行刑事司法活动的过程中，对法律进行解释的必要性，或者说，虽然有两高的司法解释，也不能使刑法达到不存在解释就可以适用于具体案件的程度，导致法官在具体裁判案件的过程中，解释法律具有不可避免性。

那么，这是否意味着法官也是法定的有权刑法司法解释的主体呢？笔者认为，法官解释刑法的现象是存在的，而且是大量的，但不能由此导致法官具有刑法司法解释权的结论。这至少可以从以下两高方面得到说明。

1. 立法未规定法官作为司法解释的主体

如果立法不对司法解释的主体做明确规定，且将法律解释理解为“为了解决具体案件，必须获得作为大前提的法令规范。这种获得作为判决大前提的法律规范的作业，亦即广义的法律解释”的话，作为裁判者的法官，应该具有解释法律的权利，法官应该是当然的法律的解释者。这在一些国家是得到承认的，而且从法官的职责也应当得出这样的结论。但是，我国用法律的形式规定了司法解释的主体是最高人民法院与最高人民检察院，而没有规定法官是司法解释的主体。当然，对于立法的这种规定也可以做如下理解：法官是当然的解释法律的主体，但法院和检察院并不是当然的解释法律的主体，为了使法院与检察院解释法律主体的地位得到确认，而在法律上予以规定。但是，这样的可能并无相应的法律与制度或者习惯的支持。其一，我国没有哪个法律规定了法官是解释法律的主体。其二，我国也不存在支持法官解释法律的相应制度。就我国的司法制度来看，我国立法明确规定的是法院独立审判制度而不是法官独立审判制度，依据我国《刑事诉讼法》的规定，除轻微的刑事案件可以由一个法官独任审判以外，其他案件一般要由合议庭进行审理，重要的案件还要由法院的审判委员会讨论决定案件的处理。在这种情况下，就很难说我国法官可以有解释法律的权力。其三，我国不存在法官解释法律的习惯。在具有法治传统的国家，法官解释法律的权力可以认为是一种传统，解释法律被认为是法官的当然的权力。但我国并无这样的传统。在封建专制时代自不必说，就是1949年建立社会主义社会之后，直至文化大革命结束，由于特定的历史原因，我国并非法治国家，这从我国1979年刑法典中没有规定罪刑法定原则，却规定了类推制度就可以得到说明。在非法治国家，行政权高于司法权，法官的独立审判是不可想象的。在法官不具有独立审判权的国家，法官解释法律的当然权力同样是不可想象的。也正因为如此，有学者依据相关的法律规定提出“司法解释的主体只能是国家最高司法机关”，即最高人民法院与最高人民检察院。

2. 错案追究制说明法官的司法解释实质无效

错案责任追究制度，试行于80年代末90年代初，截止1993年10月底，已有河南、河北、海南、甘肃、宁夏、天津、山东、湖南、江苏、江西等省、市、自治区在三级法院全面推开，现在已经在全国法院实行的制度。不仅如此，在一些地区，错案追究制也及与其他与刑事司法相关的机关即检察院、公安机关的一种因错案而追究办案者责任的制度。如果说，司法者因徇私舞弊、收受贿赂或者其他故意罔法的情形而受到追究，这是当然的事情，而且这可以说是世界通例，不能设想，司法者有随意出入人罪而不受追究的权利。但是，我国的错案追究制不是这种意义上的错案追究，而是指对错案的界定大多以二审、再审改判作为衡量的标准。下级机关的结论被上一级机关改变时，下级机关就属于错案。这样的错案追究制是在实质上否定了法官解释法律的权力。因为，权力，是“处于某种社会关系内的一员能够不顾抵制而实现其个人意志的可能性”因而权力行为是不应当被追究的。如果法官有司法解释权，只要其没有故意徇私枉法的事实，不管其解释的内容是否为其他法官所赞同，都是有法律效力的，只要依据这种解释所做的判决没有因上一级法院的改判而归于无效，其判决就具有法律效力。即使其判决被上一级法院改判而归于无效，这也只是认为不同的法官对法律的解释不同，同时在法院内部因不同审级的权力制约关系导致一审法官的解释被二审法官的解释所取代，而不能认为一审法官对法律的解释是错误的，当然也不能追究一审法官的错案责任，而且，不同的法官所裁判的相同类型的案件，生效判决所依据的对法律的解释也可以是不同的。

而在我国的错案追究制之下，只要下级法官对法律的解释被上一级的裁判所否定，对下级法院之法官

以错案进行追究本身，就意味着法官没有解释法律的权力。也正因为如此，在司法实务中，法官往往不是积极地以刑法的基本精神来解释法律，而是依赖最高人民法院的司法解释，如果没有司法解释，就有感到案件难于处理的可能。司法实务工作者的这种心态，说明了法官自己也不认为自己有解释法律的权力。

以上情况说明，在中国，法官是不具有解释法律的权力的。即使进行了解释，也会因为错案追究制而使这种解释实质上归于无效。

二、支撑中国有权刑法司法解释模式的基础

以上分析了中国有权刑法司法解释的模式是二元一级抽象式的模式。这种刑法司法解释的模式是独特的，与其他国家通行的刑法司法解释的模式具有不同的特征。那么，何以我国会形成这样的刑法司法解释的模式？笔者认为，这不是偶然的，而是具有与中国的法律、制度、理论之一致性。

（一）法律基础：立法对刑法司法解释的规定

形成我国有权刑法司法解释现有模式的基础首先是法律的规定，即法律明确规定了解释法律的机关。这种立法规定，就使现有有权刑法司法解释的模式之形成有了法律依据。在立法中，只规定最高人民法院与最高检察院是刑法司法解释的机关，而未规定其他机关有这样的权力，可以认为是在立法上排除了其他机关和个人解释法律的权力。而这种解释机关的规定，也就规定了刑法司法解释的抽象式的特征。因为最高检察院作为检察机关不具有裁判案件的职权，不可能在具体处理案件过程中解释法律是不言而喻的；最高法院一般情况下也不裁判具体案件，因而难于在裁判过程中体现出对法律的解释。因而这种司法解释权的行使，其最可能的方式就是通过发布具有“准立法”性质的司法解释，行使法律所规定的解释法律的权力。这种司法解释权的行使方式，一方面，具有效力范围大的特点，可以适用于所有的法院之法官对案件的裁判；另一方面，只有采取这样的司法解释的模式，才可以与法律规定的司法解释权力机关与对法律的解释具有统一性。如果不采取这样的司法解释的方式，就会出现有解释法律权力的机关不具有解释法律的机会，因为最高司法机关一般并不裁判具体案件，而具有裁判一般案件职责的其他法院与法官又不具有法定的司法解释的权力，使法律规定的司法解释权出现落空的局面。也就是说，立法规定的司法解释机关，已经就使中国有权刑法司法解释的模式不得不呈现现有的状态。

（二）制度基础：中国的司法体制

如果追问中国的立法为什么规定了这样的司法解释机关，其回答，应该说与中国的司法体制有直接关系。作为最直接的中国司法制度的内容，至少有以下两个方面：其一，将检察机关设定为法律监督机关。依据我国《人民检察院组织法》第一条规定：中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。而检察院行使的法律监督权应该属于司法权的范畴。也就是说，我国的司法机关不但有人民法院，也包括人民检察院。需要指出，从广义来看，作为控诉机关的人民检察院，具有司法机关的性质是可以理解的。但解释法律的机关，就不能是广义的司法机关，而是具有依据法律裁判案件权力的机关，即人民法院。但由于我国立法将法院与检察院设定为具有平行性质的两个司法机关，那么，在对平行机关的权力设置上，也就不得不具有平衡的性质。将刑法司法解释的权力赋予“两高”，当与这种权力设置具有密切关系。其二，法院独立审判的审判体制。依据我国《法院组织法》的规定，我国是采取法院独立审判制度，而不是法官独立审判（法院组织法第4条）。除轻微刑事案件可以由一名法官独任审判之外，其他案件均要求组成合议庭进行（法院组织法第10条）。作为审判组织，在法院还设立有审判委员会，审判委员会是法院的最高权力组织，重大案件由审判委员会决定案件的处理（法院组织法第11条），而审判委员会不是合议庭之上的又一个审级，而是一个审级内的法院的权力组织。在一级法院内，具体承办案件的合议庭的审理结果并不一定是案件的审判结果，如果是有必要由审判委员会讨论的案件，审判委员会有权改变合议庭的结论，作出判决。各个级别的审判机关均有审判委员会的组织。这种司法体制说明，我国不是法官独立审判而是法院独立审判，审判权不是赋予法官而是赋予法院的。

这样的司法体制，反映在司法解释权限的设定上，也只能是有审判权的机关即法院有司法解释权，而不是法官。也就是说，我国的司法体制，是支撑我国刑法司法解释体制的制度基础。在我国的司法体制之下，将司法解释权赋予法官是不现实的，因为法官虽然有裁判案件的权力，但这种权力并非是只受法律的制约而不受其他限制的权力，法官的裁判权只是法院裁判权的表现形式之一，其所作出的判决不经过上诉或抗诉的程序也可以在本法院内由审判委员会改变。这样的司法体制，说明将解释法律的权力赋予法官是不现实的。

三、中国有权刑法司法解释模式评判

以上简要分析了中国有权刑法司法解释模式的现状以及产生的基础。笔者认为，中国的有权司法解释

的模式是存在相当问题的。这可以从解释机关的设定、解释机关与人员的设定、解释方式三个方面进行分析。

（一）将检察机关设定为刑法司法解释机关具有不合理性

如前述，在我国，检察机关是法定的刑法司法解释机关。但如果从检察机关的性质、职能等方面进行分析，将检察机关设定为有权刑法司法解释机关不具有合理性。具体可以从以下方面得到说明。

1. 检察机关解释法律无实质根据

检察机关作为刑法司法解释机关是法律规定的，存在着作为刑法司法解释机关的法律依据。但是，依据我国相关法律的规定，检察机关的职权是侦查（部分案件）、批捕、起诉、法律监督等方面，应该说，检察机关的以上职权，并不能为检察机关的刑法司法解释权提供实质的根据。

刑法司法解释，是就刑法的适用所进行的解释，也就是说，是对法律的蕴涵进行的解释，以便将抽象的法律适用于具体的案件事实。而这种解释的目的，是为了说明行为人的行为是否符合法律的规定，以决定是否应该对某具体的事实认定为符合法律的规定，以便对行为人进行的裁判。也就是说，对刑法的解释是为了进行司法裁判，以决定行为人的罪与非罪、此罪与彼罪、重罪与轻罪等实体事项。如果依据责任与权力统一的原则，这样的权力应该由具有裁判权的机关来行使。因为依据我国的司法体制，法院是审判机关，只有法院才有权对刑事案件行使裁判权，其他机关不具有这样的权力。同时依据权力与责任统一的原则，具有司法裁判权的法院，也要对其错误的裁判承担责任。如果依据这样的原则，就只能由具有裁判权的机关来解释法律。我们不能设想，不具有裁判权的机关具有解释法律的权力，而对于裁判的错误要由裁判者承担责任，这种权力与责任不对等的状况不具有公正性。同时，一般说来，法律解释是对法律规范的含义以及所使用的概念、术语、定义等所作的说明，也就是将具体的案件适用于抽象的法律之判断过程，不具有裁判权的机关解释法律，想要对法律进行中肯的、有针对性的解释是困难的，赋予其司法解释权也就难于具有实质的根据。

2. 为控诉机关与被告方不对等

检察机关的重要职能之一，是在刑事诉讼中作为公诉人，代表国家行使控诉权。如果赋予检察机关刑法司法解释的权力，作为控诉机关，其与被告方的不对等是显而易见的。在刑事诉讼中，基本的诉讼模式是检察机关代表国家作为原告人，或称控诉人，控诉作为相对方的被告人一方，控诉人与被告人作为刑事诉讼中相互对立的双方进行诉讼，由法院居中裁判的诉讼结构。在这样的诉讼结构中，作为居中裁判的法院具有解释法律的权力是合理的，因为法院是裁判者，由裁判者对规则进行解释具有公正性。而作为控诉方的检察机关，处于一方当事人的地位。如果诉讼中允许一方当事人具有解释法律的权力，而他方当事人不具有解释法律的权力，其地位的不对等是显而易见的。而在不平等的诉讼结构中，想有公平的裁判，是困难的。正如竞技比赛中，不但裁判有解释规则的权力，而且参与竞技的双方中还有一方具有解释规则的权力，而另一方则不具有这样的权力一样不公平。如果检察机关的法律解释与裁判机关的法律解释具有同等的效力，在对某个法律规定法院没有司法解释而检察院有司法解释的情况下，法院的裁判者也要依据检察院的司法解释裁判案件，裁判者也就不具有居中裁判的性质，而是与控诉方合作，共同对付被告一方。在这种诉讼模式下，其公平何在？这种诉讼模式，也就使司法公正的追求化为乌有。如果要达到对等，或者同时赋予被告方，即被告人以及作为其代理人的律师也具有法律解释的权力。可是这样一来，参与刑事诉讼的三方，即原告方、被告方、裁判方均具有解释法律的权力，若其解释的结论不同（这种情况应该是常态的），各执己见，诉讼岂非成了儿戏；如果将不同主体的解释之间划分出不同的效力，低效力的解释又有什么意义呢。

3. 为监督机关与被监督者不对等

依据我国《人民检察院法》的规定，检察机关还具有法律监督的职能。依据法律的规定，这种法律监督的对象，包含了整个刑事诉讼的过程以及执行过程是否合法，也就是说，不但作为刑事诉讼当事人的被告方，而且作为裁判方的法院，也受到检察机关的监督。在这种情况下，作为刑事诉讼的当事人双方，一方有监督裁判者与对方当事人的权力，而裁判者与对方当事人只具有接受监督的义务，这种关系的不对等也是显而易见的。当一方当事人同时又是法律监督者的时候，这意味着当事人双方地位的不对等，在不对等的双方所进行的诉讼，在形式上就是不公正的。在不具有形式公正的情况下，实质公正并非不可能，但不公正的可能性也并非偶然。当然，作为出庭支持公诉的检察官并非同时具有在本法庭进行法律监督的职责。但是，公诉与法律监督毕竟是同一检察机关的职权，作为被监督者的法院，对检察机关所作出的司法解释，由于所处的地位，是否也可能容让几分呢？在这种不对等的情况下，作为同样是被监督者的被告一方，其权力如何得到有效保护也就不无问题。

（二）解释级别与人员设定的不合理性

1. 裁判权与司法解释权的分离：裁量大量案件的下级法院无司法解释权

一般说来，司法对立法的解释来源于立法的原则或者抽象性。制订一部不需要解释的刑法典曾经是大陆法系国家的追求。大陆法系在资产阶级革命后，展开了一场规模宏大的法律编纂运动，制定了一系列具有数以万计条文的法典，意图使法官无权解释法律。当这样的设想失败之后，刑法的适用需要解释在世界范围内已经成了现实。而立法之所以不能不需要解释，就是由于法律规定抽象与现实发生之案件的具体、复杂。法律不得不抽象，是由于立法客体对立法者的制约、立法者的局限性、法律载体的局限性等原因导致的。在立法上列举现实中可能发生的全部事件是人力所不及的，不仅立法者难于在立法当时预见法律制订后可能发生的情况，就是立法当时已经存在或者可能发生的情况，立法者将其列举无遗也是办不到的，这就是人的能力的限制。为了制订法具有必要的张力，法律的解释就不可避免。如果司法解释确实来源于立法能力的限制，那么，就是为了使具体发生的案件适用于具体的法条而需要解释。依据此前提，顺理成章的结论就是实体案件的裁判者具有解释法律的必要和可能。而依据我国的司法解释模式，具体案件的裁判者不具有解释法律的权力，而具有解释法律权力的最高人民法院和最高人民检察院或者不具有裁判权，如最高人民检察院，或者极少裁判具体案件，如最高人民法院，而且，即使最高人民法院裁判的案件，其裁判一般也不是司法解释的来源，即最高人民法院所作的司法解释一般并不是就自己所裁判的案件而作出的解释，虽然也有针对具体案件进行司法解释的情况，如以“批复”的形式所作的司法解释就可能是针对个案作出，但大多数的司法解释是不针对具体案件而作出的。这样，就产生了司法解释权与裁判权的分离，即裁判大量案件的各级法院不具有司法解释权，而具有司法解释权的最高人民法院又很少裁判案件，导致了案件的裁判权与司法解释权的分离。

这种分离导致的可能后果是，司法解释很难是针对具体的案件事实作出的，而只能是针对一类事实作出的抽象解释，而抽象的解释是否可以解决具体案件的法律适用问题仍然是存在疑问的（此问题容后详述）。

2. 裁判者与解释者的分离：裁判者不具有司法解释权

如果说司法解释的需要是由于抽象的法律适用于具体的案件导致司法解释的不可避免，那么，我国的司法解释模式的设置，是否能达到解释的初衷就不无疑问。因为依据我国的司法解释模式，具有具体案件之裁判权的法官是不具有司法解释权的，因而裁判者在具体裁判案件的时候，就只能有两种选择：一是按照法律与“两高”的司法解释，将具体案件事实套用法律或解释的规定，若不具有直接套用的可能性，就依照稳妥的原则，就低不就高裁判案件，放任这种做法所可能导致的违背公正结果的出现。二是依据自己对法律的解释，追求尽可能公正地裁判案件，而忍受可能出现的受到错案追究这种不利于自己的后果。因而法官如果创造性地解释法律，就有可能与具有司法解释权的机关之看法不一致，这种不一致最起码在抽象的司法解释与具体案件事实之间具有存在的必然性，例如，甲（在将盗窃的成罪数额起点确定为1000元的地区）一次入室盗窃盗得财物价值500元，一次扒窃200元。由于盗窃总额不足1000元，盗窃次数不足3次，依据最高人民法院的司法解释，本行为不构成犯罪。但是如果与一次扒窃1000元相比，其行为的社会危害性明显比后者要大。在依据最高人民法院的司法解释将其认定为非罪与具体案件的裁判者依据法条的精神将其裁判为构成犯罪两者之间，其结果是确定的：无权者失败。

以上情况说明，在我国的司法解释模式之下，其后果是裁判者与解释者的分离，裁判者不具有司法解释权。而司法者不具有司法解释权的后果，一方面导致案件的裁判有失去实质合理性的可能，违背立法原意；另一方面，导致司法者难于具有依据裁判的需要不断提高业务素质，提高裁判质量的内在动力。因为现行的司法解释模式不要求具体的裁判者将自己当作一个独立的裁判者，而是一个照章办事的办事员，只要不违规，就不会犯错误，即使事后证明其裁判是错误的，也不是办案者的错案而是司法解释机关的责任。在这样的司法解释体制之下，法律的张力难于体现，司法者的能力难于最大限度发挥，司法公正的追求难于全面实现，我国的司法水平提高也失去了相当的内在动力。

3. 权力与责任的分离：无人对法律的解释错误负责任

权力如果失去了制约，就有被滥用的危险，而制约权力的应该是责任。但在中国的司法解释模式之下，其权力与责任恰恰是分离的：最高法院与最高检察院具有司法解释权，但由于其一般不裁判具体案件，不会存在错案的责任；各下级法院的法官具有裁判案件的权力，但由于其不具有司法解释权，其裁判案件所依据的司法解释是“两高”制订的，具体的裁判者对之只具有遵照执行的义务而无评判或者修改的权力，因而，只要是依照司法解释裁判案件，无论其结果是否在形式上或者实质上符合立法规定或者是否符合立法意图，裁判结果是否合理，具体的司法者可以在所不问。于是形成这样的局面：“两高”作为司法解释者对法律负责任，而具体的司法者只对“两高”负责任，即对上级负责任。那么，谁对案件的裁

判负责任呢？如果司法解释是不周延的，依据该司法解释所裁判的案件而导致裁判结果违背立法精神或意图时，对于裁判者来说，是无责任的，因为各级法院的裁判者，无论是初审还是二审或者再审，只具有执行司法解释的义务，而无评判司法解释的权力，其不对法律负责，只对司法解释负责；而解释者不是个人，而是最高法院或最高检察院，一般的司法解释是在审判委员会或者检察委员会上通过的，其司法解释除自己进行变更外，就只有全国人大常委会可以用立法解释的形式使“两高”的司法解释归于无效。在这种情况下，由于解释者是机关而不是个人，当然不能要求最高法院或者最高检察院负责任，因而就无人对不当的解释负责任。即由于解释者与裁判者的分离，对于法律得不到正确执行的状况是没有责任存在的。如果权力是不受责任制约的，其解释权的行使是否能够保有必要的审慎是值得怀疑的。

4. 检察机关与法院均有司法解释权：解释冲突发生的可能性

依据我国的法律规定，司法解释权是赋予最高人民法院和最高人民检察院两个机关。由于两个机关的职能不同，也由于不同机关的构成人员对具体法条的理解不同，两高的司法解释不同甚至存在冲突的可能性是存在的。在近年来的司法解释中，这种冲突也确实存在过。例如，在1997年刑法生效之后，两高分别作出了关于罪名的司法解释，但两高司法解释在罪名确定上却存在着不同，最明显的是对刑法第397条第2款的规定，最高人民法院未将其解释为独立的罪名，而最高人民检察院将其解释为独立的罪名即徇私舞弊罪，出现了解释上的冲突。两种有权司法解释均具有法律效力，均要求被执行，其结果是难于设想的，而且这种冲突也表明了法律解释的不严肃。

5. 检察机关作为有权司法解释机关的处境：尴尬

如果从检察机关作为刑法司法解释机关为检察机关所带领的处境来看，可以说，检察机关所具有的这种解释法律的权力，实际上并未一概带来检察机关地位的上升，而是有时会为检察机关带来处境的尴尬。仍以关于罪名的司法解释为例。当适用刑法第397条第2款的时候，各级检察机关依据最高人民检察院关于罪名的司法解释，以徇私舞弊罪起诉，而法院则依据最高人民法院的司法解释以滥用职权罪定罪，检察院所确定的罪名不为法院接受。在这种情况下，检察院只有两种可能的处理方式：一是默认自己的司法解释实质无效；二是以抗诉的形式一直到由最高人民检察院向最高人民法院就罪名问题提起抗诉，最后由作为中国权力机关的人大常委会依职权进行裁量，其结论是确定对刑法第397条第2款是否应当确定独立罪名，即裁量两高的司法解释哪个是有效的。第一种方式是默认检察机关的司法解释权低于审判机关的司法解释权，而这种默认与我国《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》确认的司法解释权限是不统一的；第二种方式的结果可能是由权力机关认定检察机关的司法解释权在与裁判相关的领域低于法院，也是在实质上使检察机关的司法解释权的地位下降或者实质上无效。也许也可以这样解决，即检察机关的司法解释尽量不涉及与裁判相关的法律。可是，在刑事实体法中，有哪些问题是只涉及控诉而不涉及裁判的事项？以具体犯罪的立案标准为例，决定是否立案，一般是公安机关与检察机关的权力，而公安机关无司法解释权，由具有司法解释权的检察机关作出司法解释应该是合适的。但是，如果法院掌握的定罪标准与立案标准不一致，其结论会如何？如果法院的定罪标准高于检察院的立案标准，其结果可能是检察机关起诉后，法院宣判无罪，导致检察院的立案标准实质上失去效力；如果是检察院的立案标准高于法院的定罪标准，依据我国《刑事诉讼法》第170条的规定，被害人有权证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。该条规定表明，即使没有检察机关的起诉，法院也有权决定立案审理，仍然是导致检察机关的司法解释实质上失去法律效力。也就是说，无论是哪种情况，检察机关的司法解释权带给检察机关的，不仅有权力的荣耀，还有尴尬与无奈。

也许是为了解决这个问题，经常出现的是最高人民检察院与最高人民法院联合发布司法解释的情况，这种方式解决了检察机关的尴尬问题，对这样的司法解释法院与检察院一体遵行是没有问题的。但却产生了另一个问题：检察院是以何种职权发布司法解释？如果作为监督者，监督者与被监督者共同发布司法解释，监督还如何进行？如果是以控诉者的身份与法院一起发布司法解释，就意味着原告与裁判者共同发布司法解释，裁判者与原告联手，如何与被告的权利达到平衡？也是在我国现行有权司法解释模式之下不得不面对的问题。

（三）解释之抽象方式的不合理性

就我国有权刑法司法解释的方式来看，其抽象的解释方式的不合理性也是明显的，至少可以指出以下几个方面。

1. 立法机关的难题在司法机关同样存在

如前述在世界范围的刑法立法史上，意图制订一部不需要解释的刑法典曾经是立法者的追求，而且也曾将这种追求付诸实施，但这种追求并未得到实现，到现在为止世界上尚未发现不需要解释的刑法典。如

果我们不评论制订一部不需要解释的刑法典所体现的对法院或者法官的不信任的观念是否合适，仅就其可能性来说，这种追求也是不可能实现的。对于实现这种追求的障碍最少可以列举出三个方面的理由：一是预后困难。法律的制订不是为了处理法律制订前的事件，如果按照刑法不溯及既往的原则，法律制订之前的行为是不能用新的法律来规制的，法律是为了适用于之后可能发生的行为制订的。虽然事物的发展有其规律，社会生活具有延续性，但立法要将现实尚不存在而其后可能发生的应当用刑法规制的行为用细密的列举方式规定无遗是难于做到的。二是立法遗漏。立法者是人，作为人也必然具有人的局限。作为认识论来说，我们可以说世界是可以认识的，没有不可认识之物，但这样的认识是以人类的历史延续为前提的，而作为一个时代、一个人或者人的群体来说，其认识是有限的。这种有限性就导致作为立法者的人或人群所立之法必然具有存在漏洞、缺陷或不周延的可能性。三是语言限制。人的语言能力不是无限的，词不达意的情况决不限于语言低能者，因此如何用语言在立法中表现立法意图将是更困难的事情，“世界上的事物比用来描述它们的语词多得多”。以上三个方面的理由导致立法者无法制订出一部不需要解释的刑法典。

那么，如果由最高司法机关作出准立法形式的司法解释，是否可以达到解释的意图，实现解释的功能呢？笔者认为结论是否定的，因为立法机关的难题在司法机关同样存在。由于我国的有权司法解释一般不是就具体案件的处理所进行的解释，而是对立法机关所立之法进行细化，而这种细化的司法解释仍然具有抽象性，只是其抽象程度比立法低些，于是立法机关所存在的问题在司法解释时同样存在：预后困难、解释遗漏、语言限制。这些问题一方面导致对最高司法机关之司法解释再进行解释的必要性，这种必要性导致法官解释法律的不可避免，即立法未赋予法官解释法律的权力，但没有这种解释法官就难于处理案件，于是只好解释法律；另一方面导致有权司法解释难于达到解释的功能：难于依此处理复杂的具体案件。如果依据司法解释难于处理具体案件，其司法解释的价值何在是值得深思的。

2. 违法解释存在的可能性

依据《中华人民共和国立法法》的规定，立法权只能由立法机关即全国人民代表大会和其常务委员会行使，司法机关所进行的解释不能违背法律的规定，否则司法解释无效。但是，由于我国的有权司法解释是抽象式的解释，具有“准立法”的性质，司法解释一经制订，就对司法机关发生法律效力，各级司法机关必须遵照执行。同时，正是由于由最高司法机关所进行的解释的普遍适用性，也就不可能对这样的司法解释是否合理具有来自司法机关、司法人员的监督。依据《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》的规定，对司法解释是否合法所能够监督的只能是立法机关，而立法机关是否有暇对大量的司法解释进行审查是存在疑问的，于是司法解释的违法就存在现实的可能性。事实上，这种司法解释违法的实例是存在的。例如，最高人民法院2000年11月10日通过的《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第二款规定：“交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处。”而依据刑法对交通肇事罪的规定以及理论界的通论观点，交通肇事罪是过失犯罪，而依据刑法第25条的规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”“二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”该条规定说明，共同犯罪以共同故意的存在作为成立的必要条件。而交通肇事后逃逸，只是交通肇事罪的法定加重处罚情节，而不是独立的罪名，作为公认为过失犯罪的交通肇事罪，不可能存在共同犯罪。而最高法院的司法解释明确规定交通肇事罪可以成立共同犯罪，其司法解释的违法性是明显的。而这种司法解释的违法性之所以能够存在并得到延续，就是由于我国有权刑法司法解释的准立法性导致的。

3. 违背公正解释存在的可能性

如果说，由于我国刑事司法解释的准立法性可能导致司法解释的违法性，但毕竟这种违法的解释是个别存在的，那么，违背公正解释的可能性就更加明显。如前述，从能力上来说，司法机关并不强于立法机关，立法机关做不到的事司法机关同样做不到。就以对犯罪成立或者法定的加重、减轻犯罪之成立条件来说，立法机关无法进行具体规定的情况下，由最高司法机关以司法解释的形式进行规定可以达到一般的公正吗？笔者认为值得研究。以前面提到分盗窃罪为例，显然，其行为的综合社会危害性大，但由于不符合司法解释规定的列举择一式的成罪标准，会出现综合危害性大却不构成犯罪的非公正。类似这样的司法解释导致的实质处理案件的非公正决不是个别现象。这种司法解释的非公正明显的，而这种非正在我国现行的有权司法解释体制之下是不可避免的。

4. 解释的效力范围导致不公正的扩散性

应该说，司法解释的非正在任何国家的司法解释中都是不可避免的，因为解释者对法律的解释是个体（法官解释法律的模式下）或者法定机构（在我国的司法解释的模式下）对法条的解释，而无论是个体

还是机构都不可避免具局限性。但是，在解释者为个体的模式下，其解释只对当案有效，其不公正的范围只限于个案；而我国的司法解释模式之下，司法解释具有全部司法机关一体遵行的效力，这种效力范围就导致不公正的扩散性，只要司法解释不公正，全国的司法机关依据该司法解释所处理的案件均具有不公正的可能性。

以上情况说明，抽象式的司法解释模式，因其不具有解释所应当具有的适用于具体案件的性质，其解释的结果具有违法、不公正、不合理的可能性，于是就存在着选择：我国是坚持这种解释模式而放任这种解释的不利结果，还是改变我国的有权司法解释的模式，力图尽可能地实现解释的公正？笔者认为，选择后者，是理智的。如果我们了解一下其他国家的有权司法解释模式，对我国的选择也许是有益的。由于资料所限，笔者在这里只列举几个国家的司法解释模式。在日本，解释法律是法官的权力，法官在裁判具体案件的过程中，确定抽象的法条所具有的意义，以将抽象的立法规定适用于具体的案件事实。在美国，案件的裁判是法官的职权，法官制作的判例不仅可以对成文法进行解释，而且可以创制法律规则，即法官造法，解释法律当然是法官的权力。正如有学者指出的，在大多数西方国家，司法解释就是法官对制定法的解释，这是明白无误的，尽管在他们的法律里可能找不到一贯司法解释或法官解释的字眼，但这似乎成了一个不言自明的事情。也就是说，象我国这样的具有准立法性质的司法解释很难在其他国家找到先例。而一些法制传统比较悠久或者有一定代表性的国家，尚未发现类似我国的有权司法解释的模式。这种现象我们难于理解作为一种巧合，应该是有其内在的规律的。

还需要指出，我国的司法人员的素质情况，不足以作为支持我国现在有权司法解释模式的充分依据。不可否认，由于历史的原因，我国司法人员的素质不高，难于完全适应现代司法对法官的要求。但是，问题的关键在于如何选择。不给法官司法解释权，自然可以限制法官由于素质不高所可能导致的误判，但也同时限制了法官努力提高自己的业务素质的主动性，使法官安于现状；如果将司法解释的权力赋予法官，在与其相配套的司法体制之下，会促使法官努力提高自己的业务素质，在司法过程中，造就合格的法官。不能设想，在不给法官司法解释权的司法模式下，期待法官去精通法律，对不同的案件进行不同的解释，使法律的内涵得到最大限度的揭示，使法律保持必要的张力，法官只要了解司法解释就可以了，至于法律意蕴的挖掘，是最高司法机关的权力。

四、我国刑法司法解释模式改变的前提

以上的论述意在说明，我国的有权刑法司法解释模式不具有合理性。而不合理的制度就需要改变。但是，我国的刑法司法解释模式又是与我国的司法体制以及与其相关的一系列制度相适应的。因此，为了使我国的刑事司法解释模式走向合理，简单地变革刑法司法解释体制是不现实的。因此，研究我国刑法司法解释改变的前提，是重构我国刑法司法解释体制的前提。笔者认为，为了使我国的有权刑法司法解释体制有可能改变，以下前提是不可缺少的。

（一）制度调整：确定只有法院是具有司法解释权的司法机关

司法机关，应该是指运用法律的机关。应该说，不仅是法院，检察院、公安机关也在依据法律的规定在处理刑事案件的过程中发挥自己的作用，因而从广义来说，它们都可以称作司法机关，在我国，广义的司法机关也确实包含着公检法机关。但是，如果从运用法律来裁判刑事案件的角度来界定具有刑法司法解释权的司法机关，就应该仅指具有裁判权的机关，依据我国法律的规定，只有人民法院才具有裁判刑事案件的权力。如果从这个角度来思考问题，只有人民法院才有可能对刑法作司法解释。在我国，之所以以立法的形式规定法院与检察院均有刑法司法解释的权力，应该与我国以立法的形式将法院与检察院均规定为司法机关有密切关系。其实，在我国的刑法司法解释问题上，不仅法院与检察院，就是作为行政机关的公安机关也具有一定的解释法律的权力，因为我国的一些刑法司法解释以最高人民法院、最高人民检察院和公安部的名义联合发布的事实，就可以说明这个问题。这样的司法解释的现状，说明我国在司法机关与解释法律机关的确定问题上，其依据是不够明确的。为了能够在体制上解决这个问题，将司法机关与刑法解释机关分别规定，不是将司法解释权不加分别地赋予司法机关，才有可能在有权刑法司法解释机关的设定上达到合理的要求。

（二）审判模式：确立法官独立审判的模式

如前述，我国法律规定的审判模式是法院独立审判而不是法官独立审判。如果保持将审判权赋予法院而不是法官的司法体制，有权司法解释就只能由法院进行而不可能也不应该由法官进行。因为法官虽然可以审理、裁判案件，但这种对案件的审理或裁判却不具有权威，完全有可能被法院的权力机构即审判委员会改变，使法官的裁判归于无效。在这种审判模式之下，将审判权赋予法官是不可思议的，一方面，法官不是法定的独立审判的主体，只有法院才是独立审判的主体，也就是说，我国法律是将审判权赋予法院而

不是法官的；另一方面，在这种审判模式之下，法官即使解释法律，其结果也是无效的。如果要將刑法司法解釋權賦予法官，首先需要改變審判方式，即將法院獨立審判改為法官獨立審判，只有在这种審判模式之下，法官解釋法律的權力才是真正有意義的。

需要指出，在法院獨立審判的模式之下，對案件進行審理也是由法官進行的，作為法院有權機構的審判委員會，一般也是由法官組成的，因此，審判委員會對案件的決定也不是由非法官的其他人作出的。但是，審判委員會並不審理案件，不審理案件者有權對案件作最終的裁決，而具體審判案件者卻無這種權力。其實法官解釋法律是不可避免的，法官只要裁判案件就必須解釋法律，因為法官無法象韋伯時代和他之前的人們所設想的那樣，象一個自動售貨機，投入法條和事實，而產出司法判決。這種審理與裁判分離的做法在一定程度上消解了權力與責任的統一：有權在本審級內裁判案件的最終決定者是一個機構，一個機構是無法對錯案承擔責任的；而具體審理案件的法官並不是案件的最終裁判者，當然也不應當對案件的裁判錯誤承擔責任。於是，中國現有審判模式，限制了法官的權力，也消解了法官的責任，事實上無人需要對錯誤的判決承擔責任，也就無法用制度促使法官增強能力與責任感。

另外，是否可以用我國的法官素質不夠高來說明我國司法院獨立審判而不是法官獨立審判模式的現實合理性？筆者認為難於得到這種說明。應該承認，由於歷史的原因，我國司法人員的素質還有待於提高，我國遠未達到裁判者具有專門家水平的程度。但是，問題在於，由於我國的司法制度遷就現有司法人員的能力現狀，使不具有專門法律素養的人員可以在現有的司法制度之下進行低水平的司法裁判，而受過專門法律素養訓練的人員因為司法機關人員編制滿員而缺少進入法曹的機會，這不是我國缺少合格的法官的問題，而是我國缺少選擇合格人才進入法曹，而使不合格人員調換適合工作的機制問題。在我國，與一些發達國家相比，法官的人口比遠遠超過一些發達國家，例如，日本的人口是1億2千餘萬，法官人數是3000人，而我國的人口為12億多，為日本人口的10倍多，而我國的法官人數至少是日本法官數的50倍以上，已經是奢侈司法，而我國近些年通過在校學習、在職學習所培養的大批具有學士、碩士、博士學位的法律專門人才，如果均得到有效使用，是否不足以支撐我國司法體制的改革要求？由於缺乏相關的統計資料，難於得出結論，但若根據大致的估計，法律專門人才的欠缺，不應該是制約我國審判模式改革的瓶頸。

（三）消解限制：取消錯案追究制

前面已經提到錯案追究制對法官解釋法律的制約，為了使法官具有解釋法律的權力，錯案追究制應予廢止。因為，錯案追究制的设计雖然具有良好的意圖，但其至少存在以下方面的不合理性。其一，引導司法人員去揣摩下一個程序之辦案人員的想法而不是儘可能合理地解釋法律。在我國的兩審終審制下，一審法官的判決具有因上訴或抗訴而被二審改判的可能性。本來，這種改判的存在就說明了對法律解釋不同是一個現實。但是，如果被改判就意味着一審的錯案，就要對一審的法官以一定的形式進行錯案追究，這種制度對法官的引導就是如何使自己的判決不被改變，在這種情況下，一審法官揣摩二審法官的可能意見有時就會比將注意力集中在對法律的合理解釋來得重要，這種制度的指引，應該不是我國的立法以及刑事司法制度的追求，但由於錯案追究制的存在，這樣的情況已經是存在的現實。

其二，使公檢法不同司法機關之間和法院不同審級之間的互相制約的關係變成了互相溝通的關係，使相關的制度設計難以發揮作用。在我國的制度設計上，無論是公檢法機關之間，還是法院的不同審級之間，均具有互相制約的機能，以體現權力制衡的理念。但是，在錯案追究制度之下，公檢法機關為了自己不出錯案，已經出現了這樣的情況：公安機關為了使自己的逮捕提請不被駁回，形成錯案，就有可能事前與批准逮捕的檢察機關溝通，能夠批准逮捕的就報捕，不能批准逮捕的就不報捕；檢察機關作為公訴機關為了使自己在訴訟中不敗訴，避免形成錯案，就可能事先與法官溝通，能夠定罪判刑的就起訴，難於定罪判刑的就不起訴；一審法院為了避免其判決被二審改判，也就有可能事先與上級法院溝通，摸到了二審的傾向性為可以定罪時就定罪，難於定罪時一審就不定罪。這樣一來，司法機關為了不出錯案，就可能在訴訟過程中，違背我國公檢法機關互相制約的制度設計，使該制度設計所體現的以程序公正達到實質公正的思想或者追求大打折扣甚至化為烏有。這樣的情況現狀已經不只是一種可能性，公檢法機關在不同的訴訟階段互相溝通，或者下級審的法官與上級審的法官直接或變相溝通的情況已經不是個別情況。導致這種狀況的原因應該說是多方面的，但錯案追究制在其中起到了相當的作用。

其三，不允許犯錯誤的思路不符合人的認識規律。應該說明，從法律結果的角度來說，如果公安機關的申請逮捕被檢察院的批捕機關駁回，公安機關的報捕是錯的；如果檢察機關公訴的案件被宣告無罪，檢察機關的公訴是錯的；如果一審判決被二審改判，一審的判決是錯的。但是，如果不存在貪贓枉法或者玩忽職守、濫用職權的情況，不同機關的或不同審級的人員依據自己對法律的理解，作出自己的對案件的判斷，即使這種判斷不被可以對其制約的機關所接受，那麼，對於這種判斷必須承擔失敗的結果。但如果因

此要求失败的一方承担责任，则缺少实质的依据。一方面，失败的一方是法律上的失败，并不一定意味着事实上的错误；另一方面，在不同的诉讼阶段中，受诉讼方式的影响，对事实的认识程度也是不同的，例如，在侦查阶段对事实的认识，一般是单方面的认识，而在审判阶段是在控辩双方的对抗下对事实的认识，其认识程度当然会有区别。这样，在前一个诉讼阶段的结论被后一个诉讼结果所推翻或修正，应该是正常的认识过程。对于正常的认识过程中的某一段的认识追究责任，就是不允许在认识过程中犯错误，而任何真理，都是在不断的试错中被发现的，任何事实，都是在不断的排除假象的过程中被确认的，失败是成功之母，假象是真实的先导，要求人的认识在认识之初就毫无错误，是无视人的认识能力与认识规律。我国设定一系列的诉讼程序，是为了追究诉讼参与者的认识错误的责任而设立的呢，还是为了实现公正的司法，尽量避免可能出现的错误设定的呢？前者是以人只要依照法律办事就不会出现错误为前提，而这样的前提不符合认识规律；后者是承认人的认识之局限，通过多重的诉讼程序，在制约中发现公正的处理方式。如何选择，其结论是不言而喻的。

五、中国有权刑法司法解释模式重构

以上的分析说明，我国现在的有权刑法司法解释模式，是存在问题的，不适应法制国家对法律正常运行的需要，应予改变。而改变的方向，笔者认为，应该设立“一元个体判例式”刑法司法解释的模式；司法解释就是法官就个案作出的解释而只对当案有效；对个案解释的借鉴形成的司法常例可以达成全国范围内的司法平衡。

（一）解释模式：一元个体判决式解释模式

1. 一元：只有法院具有解释刑法的权力。前面已经说明，只有法院是具有裁判权的司法机关，刑法的解释是对刑法具体规范的应用，是让具体的案件事实符合法律规定的法律规范，这样的权力只有法院拥有才是正常的。既然立法者无法制订出一部不需要解释的刑法典，刑法就需要解释，而解释的目的就是要使具体的案件情况符合刑法条文的抽象规定，这样的工作只能是法院来作。

2. 个体：只有法院中法官具有司法解释的权力。这是指法院解释刑法的权力不是由作为一个机关的法院行使，而是由作为具体案件裁判者的法官行使。要使抽象的法条适用于具体的刑事案件，抽象的解释难于担当此任，只能是具体问题具体分析，而这种具体分析，不具有案件处理职责的法院是难于胜任的，法院可以做到的是制订比法条具体一些的抽象解释，即法条规定的细化，但细化的法条也并不能一概适用于具体的案件，因而个体的解释只能是法官的解释。

3. 判决式：以刑事判决中的判决理由说明解释的内容。刑法解释是对刑法条文的解释，而解释具有分析说明之意，而对法条的分析或说明，是难于用对法条细化的方式进行的，一方面，对法条细化式的解释，难于具有分析说明的功能，只是硬性的规定，不符合解释的要求；另一方面，解释是对法条语言文字依据立法精神的解释，而这样的解释离开具体的适用该法条事实是难于说清的。因而，解释是针对具体事例的解释，是对具体案件如何应用以及为什么应用某法条进行判决的分析说明，这样的分析说明也就只能在具体的刑事判决中出现，这种在判决中以判决理由的形式对法条的解释，是具体的，符合解释的要求，同时要求这样的司法解释，也是以制度的形式要求法官提高业务素质，增强责任心的具体方式。在这种解释模式之下，对法条的解释是每一个法官（具有裁判权）的自然权力，而解释的方式就必须是说理的，这种解释以判决的形式出现是符合解释的基本要求的。

（二）解释效力：司法解释是法官就个案作出的解释而只对当案有效

与我国现在司法解释的效力不同，如果说我国现在的有权刑法司法解释的效力是全国司法机关一体通行的话，一元、个体、判决式的司法解释之效力就只是对当案有效，而对其他法官的判决不具有法律效力。这种解释的效力使解释只是对法律的解释，而且是法官对法律的解释，而不是具有一体遵行效力的具有准立法形式的解释。这种解释的效力之特点，一方面是还解释以真正解释的性质，不再使之成为立法；另一方面，也是还解释以具体性，即分析说明为什么将具体的案件事实适用于相关的法律以及如何适用。其实，无论何种罪名，只要作为一个统一的罪名，其必然具有内在的规定性，这种规定性的内涵之确定，一般说来，依据立法意图是可以有较为统一的把握的，而且这种把握一般说来，只要不是特殊的情形，也并不是困难的；但对于这种规定性的外延来说，不通过具体事件的分析，是难于进行的，因而在判决中针对具体事件的分析解释其适用具体法条的理由，应该成为解释法律的基本形式。

同时需要指出，对法律的解释以个体判决式的方式进行，由于是充分说理的，也就容易得到对方的理解或提出反对的理由，使我国现今正致力进行的抗辩式的庭审模式在法律的适用上也具有意义。这种模式的实施，对法官提出了更高的要求，因而判决理由的说明，就使法官必须要给判决一个能够让人信服的理由，如果其判决理由是难于服人的，就给检察机关的抗诉和被告人的上诉提供了理由，因而说明法官难于

胜任裁判的工作。这种解释法律所带来的附随效果，也会促使法官不断提高自己的业务素质。

（三）解释效果：对个案解释的借鉴形成司法常例

以上说明一元个体判决式的司法解释模式之解释的效力之及与当案而不具有统一的效力。但这并不是说明这样的解释对其他案件的裁判是绝对没有作用，毋宁说，这种作用是相当明显的。由于法官说作出的司法解释是有理由说明的，如果其说明可以服人，当然也就可以被其他的法官所接受；如果是不充分服人的，可以由其他法官进行修正，反过来这种修正也可以促使原判决的法官修正自己对法律的解释，达到理越辩越明的效果。如果司法对法条适用都是附理由的，法官之间以及其他诉讼参与人就会对法律的解释达成共识或者形成争议，诉讼过程的进行，也就成为辨别法律意蕴的过程。理是越辩越明的，法律的蕴涵就会在诉讼过程中对法律的解释越来越明确、具体，并为人们所了解和接受。同时，对法律解释的接受，会使个体的解释为其他法官接受而形成司法常例，即对于某种合理的解释为其他法官接受后，其他法官对同类案件进行同样的裁判，从而形成常例。这种司法常例的形成，也就会促使一国之内司法的统一。

当然，在个体判决式司法解释模式之下，法院，尤其是最高法院与高等法院，并非在司法解释方面无作为余地，恰恰相反，如果法院选择部分有价值的判决予以公布，形成判例，其对司法机关的指导作用是不言而喻的。当然，这样的判例并不是法律，也不是法官必须遵行的准法律，对法官来说，它只是一种参考，但由于法院的选编，已经在一定意义上表明了选编法院的立场或倾向性，法官如果没有充分的可以反驳判例之理由又不赞同判例的解释，就有可能在二审中承担败诉的后果；如果法官有充分的理由反驳判例，就是刑法解释的发展，是对法律的更合理的适用，达到用法律解释提升法律价值的效果。在这种解释法律的过程中，一方面是将抽象的法律用解释将其具体化，并尽可能在不违反法治原则的情况下通过解释使法律达到合理的效果；同时，如果在解释法律的过程中已经用尽了法律可能的意蕴，仍然不能使法律达到合理的效果，就说明立法的规定是存在不周延的，这样的解释的充分进行，也就具有为法律的修订提供参考的作用。

总之，一元个体判决式的刑法司法解释模式，符合解释的意义，有利于解释的合理，可以促使法官提高自己的法律素质，便于国民对法官判决理由的了解和对法律的了解，使诉讼过程不但是认定事实中控辩双方发挥作用的场所，也在解释法律过程中有发挥自己见解的余地（在控辩双方的辩论过程中，其各自的观点对法官也是有影响的），从而提高诉讼的质量，还可以为尽可能用足法律，并在此过程中发现法律的不周延，从而为法律的完善提供素材。基于此，笔者认为我国的刑法司法解释模式应予改变，将二元一级抽象式刑法司法解释模式改变为一元个体判决式的解释模式。

（作者系吉林大学法学院教授、法学博士、博士生导师）

更新日期：2006-7-13

阅读次数：551

上篇文章：最高人民法院一项司法解释刍议

下篇文章：“刑法立法解释”解读

 打印 |  关闭

 TOP