

魏胜强:谁来解释法律 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E9_AD_8F_E8_83_9C_E5_BC_BA__c122_486318.htm 【摘要】

在我国当前的法律解释体制中，立法机关、行政机关和司法机关都可以解释法律，带来了法律解释的混乱，引发了一系列的矛盾。无论是英美法系国家还是大陆法系国家，其法律解释权最终都掌握在司法机关和法官手中。我们可以借鉴它们的体制，结合我国国情，制定一部法律解释法来规范法律解释活动，明确赋予司法机关法律解释权，实现最高人民法院被动统一的法律解释与法官在个案中的法律解释的结合。法律解释是法理学中的一个重要研究领域。在我国法学界，由于研究方向和研究路径的不同，学者们对法律解释的认识表现出了极其明显的分歧。在这些分歧当中，有一个根本的问题就是应当由谁来解释法律，即法律解释权的归属问题。

一、对我国当前法律解释权配置的剖析

在几乎所有的法理学教科书中，都会有一章专门讲授法律方法，其中主要讲授法律解释。尽管这些教材对“法律解释”的定义有多种，但其基本含义都是对法律的意义所作的说明。教科书还把法律解释分为有权解释和无权解释，有权解释又分为立法解释、行政解释和司法解释，司法解释再分为审判解释和检察解释。对法律解释进行这种讲授的根据是我国现行的法律解释体制对法律解释权的划分。确立我国当前的法律解释体制并明确法律解释权归属的法律依据主要是1981年全国人大常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》（以下简称《决议》）。它对我国的法律解释权作了如下配置：1.凡关于法律、法令条文本

身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人大常委会进行解释或用法令加以规定；2.凡属于法院审判工作和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，两院解释如有原则分歧，报请全国人大常委会解释或决定；3.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；4.凡属于地方性法规条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由制定法规的省、自治区、直辖市人大常委会进行解释或作出规定，凡属于地方性法规如何具体应用的问题，由省、自治区、直辖市人民政府主管部门进行解释。这种规定直接把我国的法律解释权配置给了立法机关、行政机关和司法机关，相应地产生了立法解释、行政解释和司法解释三种分类。由于当时我国立法水平不高，且采取宜粗不宜细的原则，许多法律在产生之时就存在许多模糊和空缺，再加上社会生活纷繁复杂，导致必须对法律进行解释。在这种背景下，《决议》确立的法律解释体制对我国的法制建设确实起到了不可低估的积极作用。但是，它也带来了一系列的问题，其中最明显的是解释主体对法律解释权的滥用和不同主体所作解释之间的冲突。或许是为了解决这些问题，全国人大2000年通过的《立法法》规定：“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有下列情况之一的，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其含义的；（二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。”《立法法》试图把法律解释权收归全国人大常委会独有，但这种做法并没有也不可能改变我国立法解释、行政解释和司法解释三足鼎立的局面。

最高行政机关和最高司法机关在其日常工作中进行法律解释的现象还在继续，而且在法律的运行过程中确实会遇到各种各样的问题，不可能一遇到问题就报请全国人大常委会解释。在法律解释权的这种配置体制下，我国的法律解释出现的一系列问题集中地表现在以下几对矛盾上：（一）法的一解与多解的矛盾 法无二解是法律解释学中的一条基本原理，它旨在说明，尽管法律条文的含义在不同的语境下各不相同，尽管不同的主体对法律的理解也不相同，但对法律做出的具有效力的解释应当是唯一的。“在解释主体上，必须由法定身份（经过授权）的主体进行解释，否则，法律的权威性、法律意义的安全性便没有保障。” [1](P42) 在我国当前的解释体制中，立法机关、行政机关和司法机关都握有法律解释权，它们做出的解释都具有法律效力。按照解释学原理，只要有理解，理解便会不同，每当一部法律出台后，不同的解释主体往往会对它做出远远比法律本身繁琐的有权解释，进一步加剧了法律解释中一解与多解的矛盾。修订后的《刑事诉讼法》1997年实行后，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会于1998年1月19日共同发布了《关于 中华人民共和国刑事诉讼法 实施中若干问题的规定》，其第39条规定：“刑事诉讼法第一百五十四条规定，开庭的时候，审判长查明当事人是否到庭。根据上述规定，应当由审判长查明当事人是否到庭，不能规定由书记员查明。”紧接着，最高人民法院于1998年6月29日通过了《最高人民法院关于执行 中华人民共和国刑事诉讼法 若干问题的解释》，其第124条规定：“开庭审理前，书记员应当依次进行下列工作：（一）查明公

诉人、当事人、证人及其他诉讼参与人是否已经到庭；……

” 仅仅这两条法律解释就暴露出了以下问题：第一，解释主体过于泛滥，甚至混乱。最高人民法院等六机关的联合解释实在让人说不清是立法解释、行政解释还是司法解释。如果说最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部与所解释的法律有联系，还算得上是正当的解释主体的话，在业务上与解释的内容毫不相干的司法部、全国人大常委会法工委在这份解释中到底算是什么身份呢？尤其是全国人大常委会法工委作为法律解释的主体似乎于法无据。第二，最高人民法院等六机关对刑事诉讼法做出的第39条解释实际上是对法律条文的简单重复，没有任何意义。第三，最高人民法院等六机关对刑事诉讼法做出的第39条解释与最高人民法院独自对刑事诉讼法做出的第124条解释明显矛盾，让人无所适从。仅此一个简单的例子就足以说明我国当前法律解释权行使的混乱以及由此所导致的一解与多解的矛盾。这一矛盾直接带来法律适用的混乱，危及法律的严肃性和安定性。（二）

审判解释与检察解释的矛盾 作为我国最高司法机关的最高人民法院和最高人民检察院都拥有法律解释权，这在《决议》中能找到法律依据。或许早就知道它们的解释会发生冲突，该决议还专门强调两院解释如有原则分歧，报请全国人大常委会解释或决定。显然，全国人大常委会赋予了最高人民法院和最高人民检察院同等的法律解释权，这不仅是对法无二解原理的违背，也使得人民检察院得以挑战人民法院的司法权威。我国的人民检察院是控诉和法律监督机关，其行使的检察权到底属于行政权还是司法权至今一直受到质疑，而最高人民检察院做出的检察解释居然可以对抗最高人民法院

做出的审判解释，有公诉权干扰司法权的嫌疑，这不仅在逻辑上讲不通，而且对司法公正也有隐患。从实践层面上看，虽然最高人民法院和最高人民检察院都握有法律解释权，但它们做出的解释只在本系统有效。人民法院在法律适用中对检察解释往往不予理睬，最多只是参考，而检察院又往往按照检察解释进行立案、侦察、起诉和抗诉，这就带来司法解释的混乱，同时也意味着在刑事诉讼中对当事人采用了不同的诉讼规则，必然会侵犯当事人的合法权利。不同机关对同一法律作不同的解释，背后可能隐藏着各自的部门利益。它们往往会从对自己有利的角度解释法律，进一步加剧部门之间的利益争夺，破坏法制的统一和司法公正。难怪《决议》专门规定审判解释与检察解释若有原则性分歧，报请全国人大常委会解释或决定。遗憾的是，审判解释和检察解释中出现的分歧往往不是也不大可能是原则性的，因为它们都是根据法律的基本原则和基本含义进行解释，在非原则性的细微之处才会有分歧，所以也很少分歧到需要报请全国人大常委会决定的地步。由此看来，全国人大常委会这个最高等级的法律解释主体对司法解释的混乱局面似乎也起不到多大的改善作用。同时，已经有人认识到，虽然最高人民法院和最高人民检察院皆拥有法律解释权，但二者的权力来源有所不同。最高人民法院获得法律解释权的法律依据是1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国人民法院组织法》，该法第33条规定：“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题，进行解释。”而同期颁布的《中华人民共和国人民检察院组织法》却没有赋予最高人民检察院司法解释权，倒是《决议》赋予了

最高人民法院法律解释权。从法律依据可以看出，最高人民法院的法律解释权来自于全国人大的直接法律授权，而最高人民法院的法律解释权来自于宪法赋予全国人大常委会法律解释权的一个转授权，这种转授并不具有法律依据。[2](P33?34) 而在学界，要求取消最高人民法院法律解释权的呼声早已有之。“这里的道理在于，法院是国家审判机关，是司法权的最主要部分，在案件审理上拥有最后的发言权，如果检察机关做出的解释法院也必须执行的话，便可能危及法院依法独立审判案件。”[1](P46) 检察院可以通过阐明法律的精神和应有之义说服法院。总的来说，最高人民法院握有法律解释权既缺乏法律依据，又在法律实践上行不通，在我国法治建设突飞猛进的今天，越来越显得不伦不类，与审判解释的矛盾日益突出。

（三）立法解释与立法的矛盾

全国人民代表大会于1982年通过的《宪法》在第67条明确赋予全国人大常委会解释法律的职权，于2000年通过的《立法法》又重申法律解释权属于全国人大常委会，并在第47条强调：“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。”这使得全国人大常委会作出的立法解释在我国的法律解释中处于显著地位。从法律的规定看，全国人大常委会垄断了法律解释权，而当其他机关作出的法律解释发生冲突难以适用时，最终又要由全国人大常委会作出解释或者规定，这在很大程度上维护了法制的统一。全国人大常委会也不时地根据社会发展对法律作出与时俱进的解释，弥补了法律的许多不足，在一定程度上克服了法律的缺陷，对法律的完善起着不可低估的作用。但是，建议取消立法解释的呼声由来已久，其理由归纳起来主要有两点。第一，根据哲学

解释学原理，作品一旦完成，作者便死去了，包括作者在内的任何人都成了读者，作品的意义应当由读者来阐发。就法律来说，法律文本的作者是立法机关，但法律文本一旦出台，就与立法者脱离了关系，包括立法者在内的所有主体都成了法律的读者，即使立法者作出解释也只能是以读者的身份进行的，其“立法解释”是不成立的。至于在法律解释中探究立法者原意的“主观说”更是无稽之谈，因为法律是公共意志的体现，立法者作为一个机关，是由多人组成的组织，其“原意”是不存在的。第二，按照三权分立的原则，立法机关的职责是向社会输出规则，当法律文本制定出来之后立法者的使命便完成了，对法律意义的说明只能由其它权力主体来完成。“立法机关创立法律后，不能经常地对法律文本进行解释，否则便会因破坏法律的稳定性而使法律失去生命。”[1](P44) 我们很赞同这两点理由，同时还认为，法律需要解释的原因主要是法律的抽象性概括性与现实生活的矛盾、法律用语的专业性和模糊性、法律的僵化性和漏洞等，而这些原因分析起来都属于法律适用过程中出现的问题，只有在法律适用中才会产生解释的需要，与立法机关的职权并无多大联系。以上三种理由都说明了法律解释是与立法机关不甚相干的活动，而由立法机关进行解释则会使人很难界定法律解释到底是法律解释还是新的法律文本。如果它是法律解释而不是法律文本，那么它对法官来说就不是必须适用的，因为司法机关是依法判案而不是依法律解释判案。如果它是新的法律文本而不是法律解释，那么它就是法律的组成部分，它的效力就应当与法律相同，而不仅仅是高于其它解释。立法者似乎想二者兼得，在《立法法》中明确宣布全国人大常

委会作出的法律解释同法律具有同等效力，这就使立法解释等同于法律。可是根据《立法法》的规定，全国人大常委会作出法律解释的程序要比全国人民代表大会及其常务委员会的立法程序简单得多。同样效力的法律（包括原法律文本和立法解释），以及同一机关制定的法律（如果该法律文本由全国人大常委会制定），却仅仅因为名称分别为法律和法律解释，而适用了相差甚远的程序，在法律逻辑上讲不通，带来了立法解释和法律的矛盾。通过以上三种矛盾的分析可以看出，我国当前法律解释权的配置方式尽管起过积极作用，但其弊端是非常明显的，其所带来的矛盾也难以解决，已经难以适应我国当前法制的发展和社会的进步。因此，对我国法律解释权的配置进行改革非常必要。那么，改革的出路在哪里呢？到底应当由谁来解释法律呢？我们不妨把目光投向其它国家和地区，看看它们那里是谁解释法律的吧。

二、其它国家和地区法律解释权的配置

（一）英美法系国家法律解释权的配置

在英美法系国家，法律解释权被奉为法官的当然职权。英美法系一个重要的特点在于判例是正式法源，而判例的形成往往是法官根据法律的精神和原则以及公平正义观念作出的判决。这种司法模式一方面说明了英美法系国家的很多法律本身只是原则性的规定，对行为、事件的详细规定和对法官在司法过程中的限制较少，另一方面也说明法官在适用法律上有很大的自由裁量权和法律解释权。在英美法系的法学理论看来，法官在适用法律的过程中必然要对法律进行解释，这种解释只能由法官而不是其他机关或人员进行，法律解释权是司法权的一个组成部分，法官拥有法律解释权是毋庸置疑的。即使是强调国家制定法的分析法学派，也承

认为在某些情况下法律无法提供解决问题的明确答案，法官只能行使自由裁量权进行判决。自由裁量权的行使使法官不仅要对案件事实作出解释，而且还要对法律规则和规则所依据的原则作出解释。美国现实主义法学家格雷甚至认为，法律规则并不是预先存在的，并不是由法律适用者所发现的，而是由其解释制定的。白纸黑字的规则最终需要法律适用者的解释，因为不论是制定法还是判例法都是制定者的一种表达而已，他们制定出来是为了让法律适用者解释并让其来决定这种表达的含义。[3](P67) 格雷突出强调了法律适用者的法律解释权，在他看来真正的法律不是立法者制定的法律，而是法官所作的解释，法官对法律的解释即使错误也是有效的。英美法系法官的法律解释权不仅得到了法学理论界的认可，而且得到了法律制度的保障。在英国，判例法一直占主导地位，近代以来开始的立法活动虽然在一定程度上提高了制定法的地位，但制定法仍然无力与判例法相抗衡，而这些制定法也往往被法官解释来为传统的普通法服务。“法官们……通过行使法律的解释权，令法律顺从于它们与立法意图背道而驰的法律主张。……他们坚信，一些原理是立法所不能创制的，创制的法规只能是不折不扣地再次确认和宣告这些原理，而不能有丝毫创新。……他们坚持认为，必须对任何试图改变普通法的议会必须对全部改变之处进行严格解释，必须限制议会创制的特殊明确规定的适用。”[4](P74) 深受英国法律传统影响的美国一直承认法院和法官的法律解释权，在著名的“马伯里诉麦迪逊”案中，马歇尔大法官的判决又进一步明确了这一点，并且宣告了联邦司法机关在解释宪法上具有至上性。在美国，法官享有法律解释权的原因在于：一

是维护分权制度的需要。法院既不负责立法，又不负责行政，因而是限制其它政府机关的最为适宜的机关。二是法官的解释具有非政治性。法官不具有立法和行政角色，且受一系列制度的限制，致使其在解释中以政治官员不具有的方式评估稳定性和连续性。[5](P124?125) 英美法系法律发展史上许多影响深远的疑难案件的判决都是法官根据法律的精神和公平正义观念进行解释的结果，这些判决在使它们的法律制度不断地随着社会的发展而具有新的时代内涵的同时，也给法官带来了崇高的社会声望。美国法学家梅利曼对此做了描述：“生活在普通法系国家中的人们，对于法官是熟悉的。在我们看来，法官是有修养的人，甚至有着父亲般的慈严。普通法系国家中有许多伟大的名字属于法官：科克（Coke）、曼斯菲尔德（Mansfield）、马歇尔（Marshall）、斯托里（Story）、霍姆斯（Holmes）、布兰代斯（Brandeis）、卡多佐（Cardozo）。普通法系的最初创建、形成和发展，正是出自他们的贡献。”[6](P34) 应当很明确的一点是，法官们获得的巨大成就和崇高声望，是同他们握有巨大的法律解释权分不开的。

（二）大陆法系国家法律解释权的配置 大陆法系国家法官的作用与英美法系国家有着天渊之别，这一点梅利曼也做了描述：“大陆法系审判过程所呈现出来的画面是一种典型的机械式活动的操作图。法官酷似一种专业书记官，除了很特殊的案件外，他出席法庭仅是为解决各种争讼事实，从现存的各种规定中寻觅显而易见的法律后果。他的作用也仅仅在于找到这个正确的法律条款，把条款与事实联系起来，从法律条款与事实的结合中会自动产生解决办法，法官赋予其法律意义。于是，整个审判过程被框于学究式的形式逻辑”

辑的三段论式之中。” [6](P36) 产生这种局面的原因在于，大陆法系国家的司法传统来源于罗马，因而在谁来解释法律的问题上，我们也需要从罗马时期考察。任何一个时代的任何法律都需要被解释，都需要确定由谁来解释，罗马时期也不例外。在罗马法形成时期，没有职业法官和正规的法院，因此，在公元前4世纪末，解释的任务由祭司的僧侣（pontifice）团担任，在此之后则由世俗的法学家担任。这些法学家是精通法律的政治家，他们把解释当成是对公共生活的贡献。一方面他们建造了伟大的法学论著大厦并且承担着当时的法学教育工作，另一方面他们又在所有问题上影响着法律实践。他们告诉裁判官如何拟定自己的告示，并且如何在具体案件中提供救济手段；他们指导审判员如何庭审并且如何就案件作出裁决；他们帮助个人起草文书和实施其它法律行为，帮助他们在裁判官或者审判员面前进行诉讼。然而他们是顾问而不是具体的实践者。 [7](P29) 罗马的法官在法律活动中并不是重要人物。帝政时期以前，他们仅是根据裁判官（praetor）所提供的程式主持争讼的解决。法官并不谙熟法律，权力也受到限制，为了征求法律意见，他们转向法学家求教。到了帝政时期，判决争讼的权力越来越多地落到执政官手里，这一时期法官没有固有的立法权。 [6](P35) 在资产阶级处于上升时期，由于启蒙思想家分权理论的影响，大陆法系国家在法律解释问题上走向了极端。“分权理论的极端化，导致了对法院解释法律这一作用的否定，而要求法院把有关法律解释的问题都提交给立法机关加以解决，由立法机关提供权威性的解释，用以指导引领法官。通过这种方法，矫正法律缺陷，杜绝法官造法，防止司法专横对国家安全造成

威胁。对大陆法系的教条者而言，唯有立法者所作的权威性解释才是可以允许的解释。” [6](P39) 这在法国表现得最为明显。究其原因，一是因为法国的司法权在革命前掌握在封建贵族手里，法官成为革命的对象。“法官们是法国大革命最激烈的反对者，而很快大革命的断头台上就砍落了不计其数的他们无比高贵的头颅。” [8](P169) 革命后，资产阶级为了打击封建势力而故意削弱法官的权力。二是因为资产阶级奉三权分立理论为金科玉律，把司法活动看成是法官对法律进行机械僵化地重复适用的行为，法官仅仅是宣布法律的喉舌，严禁法官造法。三是因为大陆法系国家坚持理性主义的思维倾向，认为人的理性能认识到和解决一切问题，法律就是书写的理性，没有任何疏漏，能够解决一切纠纷，无需对法律进行解释。四是因为当时的民法典反映了经济关系的要求，符合资产阶级的利益需要，法官对法典进行解释会危及法典的安定性。在德国，普鲁士于18世纪末在腓特烈大帝的主持下通过了一部长达一万七千余条的对各类具体细微的事情列出详尽细致的解决办法的民法典，目的在于为法官提供各种完备的办案依据，防止法官立法和解释法律。如果法官遇到疑难案件，须将问题提交到专设的“法规委员会”。这样，大陆法系国家的法律解释权就完全掌握在立法机关手里了。“法官的形象就是立法者所设计和建造的机械操作者，法官本身的作用也是机械性的。大陆法系中的伟大人物并不出于法官（我们有谁知道大陆法系法官的名字呢？），而是那些立法者，如查士丁尼、拿破仑和法学家如盖尤斯（Gaius）、巴尔多鲁（Bartolus）、伊纳留（Irnarius）、曼西尼（Mancini）、多莫特（Domat）、波蒂埃（Pothier）、萨维

尼以及一大批19至20世纪欧洲和拉丁美洲的法学家。

” [6](P37) 但是大陆法系禁止法官解释的一切努力都无济于事。立法机关事实上无力应对这些极其琐碎的解释活动，而法官对于复杂的案件又不得不进行法律解释。就连腓特烈的法典、“法规委员会”和对法官释法的禁止，也以失败而告终。为了解决这一矛盾，立法机关被迫考虑承认法官的法律解释权，并对其进行了限制。于是法国实行了“上诉制度”，立法机关设立了上诉法院，它是有别于普通法院而类似立法机构的组织。上诉法院不能对它本身所审理的案件中涉及的法律问题作出权威性的解释，但能够撤销依据对法律的错误解释所作出的司法判决并将案件发回原审法院重审。经过一个逐步的也是必然的发展过程，上诉法院不仅可以指出司法判决是错误的，而且可以对法律作出正确的解释。这样，上诉法院逐步演变为司法机关，并成为普通法院系统中具有最高地位的法院。法国实行“上诉制度”之后，德国实行了“复审制”制度。当时法官释法已经得到欧洲法律思想的公开接受，德国创设了一个最高法院，它不仅有权审查下级法院的判决，撤销错误判决，作出正确的指示，而且还可以对错判的案件进行“复审”。[6](P40?41) “从主张只有立法机关可以行使法律解释权和严格分权原则，到立法性法院的出现，再到有权审查和纠正下级法院错误的法律解释的法院产生这样一个过程，必然伴随着对普通法院法律解释权的逐步承认。” [6](P42) 经历了一番曲折的过程之后，不管是否得到法律的公开承认，大陆法系的法官在事实上最终掌握了法律解释权。

（三）我国台湾地区法律解释权的配置 台湾地区的司法制度在很大程度上受到大陆法系的影响，同时又产生在“

五权宪法”体制之下，因而呈现出独特的方式。台湾地区“最高司法机关”司法院内部设有大法官会议，由十五名大法官组成，专职行使法律解释权，不但可以解释、说明一般法律的含义，还拥有解释宪法和审查政党违宪案件的权力，而不行使除政党违宪案件以外的其它具体案件的审判权，也不裁决除法律解释、政党违宪案件以外的其它法律纠纷。下级法院无权解释宪法，但在个案审理上可以对法律文本进行解释。在解释程序上，大法官会议解释法律时遵循“不告不理”的原则。它不能主动解释法律，只能在下级法院、有关机关及其当事人向大法官会议提出解释请求并且附具理由时，才能启动大法官会议的解释程序。同时，并非所有的请求都能启动法律解释，大法官会议可以以理由不成立而不予解释。在解释效力上，大法官会议对宪法、法律、法令所作的解释在所有的法律解释中效力是最高的，也是终局性的。除修宪程序以及大法官会议重新解释或予以废止外，任何其它机关、团体均不能影响其效力。[9](P79?81)（四）小结通过以上考察，归纳两大法系法律解释权的流变和我国台湾地区法律解释权配置的现状，可以看出，在谁来解释法律的问题上，它们呈现出以下共同点：第一，法律解释权属于司法权，由司法机关掌握，立法机关和行政机关不能解释法律。在英美法系国家，法官一开始就握有法律解释权，法官对法律进行解释是天经地义的。时至今日，法官解释法律无论是在理论层面、制度层面还是在实践中，都得到了充分的认可和保障。在大陆法系国家，虽然法律解释权一度被立法机关掌握，但最终又转到司法机关手中。司法权是司法机关具体应用法律处理案件的权力。如果法律解释权不是由司法机关来行

使，那么它在案件审理过程中对法律的解释就无法适用于案件，更无法约束当事人和产生法律效力，它的司法权就无法行使。尽管立法机关、行政机关在一定意义上也可以对法律进行解释，但这种解释只能是不具有法律效力的解释，或者称其为无权解释，至少不是终局解释，只有司法机关的解释才是终局性的解释。第二，司法机关不主动解释法律。英美法系的法律解释是法官在具体适用法律过程中作出的，这种解释当然是法官在当事人启动诉讼程序后出于审判案件的需要作出的，而不是在法律颁布后主动作出解释再适用于具体案件，其解释的被动性毋庸置疑。大陆法系的情况也大致相同。无论是法国的上诉制度还是德国的复审制度，实际上都是在下级法院诉请解释成文法，或者是下级法院作出的审判（实际上是解释）受到质疑时，才被动地作出具有权威性的终局解释。台湾大法官会议也只有应“声请”才能启动法律解释程序。所有这些表明，司法机关只能被动地进行解释，因为法律解释权属于司法权，而司法权的一个重要特征就是被动行使。如果司法机关可以主动解释法律的话，则很难区别于立法活动，而且它的法律解释活动不管名称上怎么叫，实际上已经是立法了，这是对“三权分立”原则和立法权的侵犯，最终会导致司法专横和法官独裁。第三，法官在个案审理中行使法律解释权。英美法系的法官行使针对个案的法律解释权不言自明，大陆法系的法官最终也向英美法系靠拢了。法国和德国防止法律解释权落入审判法官之手的努力最终都没有阻止法官来解释法律，随着司法实践的发展，人们已经认识到法律解释必然要成为法官的日常工作。而且判例在大陆法系的地位日益明显。“作为案件辩护人或代理人而

准备出庭的律师，总是把活动重点放在对大量判例的研究上，并在辩论中加以引证。法官判决案件也常常参照判例。不管革命思想对判例的作用如何评价，在事实上大陆法系法院在审判实践中对于判例的态度同美国的法院没有多大区别。

” [6](P47) 判例是法官作出的，是法官在个案中解释法律的结果。这说明法官在个案中的解释已经得到了大陆法系国家的认可。“现代社会中大陆法系法官的地位得到提高，其法律解释权甚至通过判例造法的权力得到加强。” [5](P134) 台湾地区的情形也差不多。“台湾地区司法院大法官会议享有的对‘宪法、法令’等的解释权，本身并不排除下级法院在处理当前个案时对法律文本的解释，而且这种解释因判例制度在实际上的被采用而具有一定的约束力。” [9](P79) 法官在个案中拥有法律解释权是法律适用的必然要求。法律适用是法官将案件事实与相关法律结合在一起的过程，这种结合不是机械地、简单地对号入座，它包含着价值判断、利益衡量、法意理解、事实分析等诸多活动，法官进行这些活动的过程必然是解释法律的过程，立法机关剥夺法官在个案中的法律解释权显然是违反这一规律的，也是徒劳无功的。

三、对我国法律解释权配置的初步设想 他山之石，可以攻玉。其它国家和地区法律解释权的配置对我们有很大的启发，我们可以借鉴吸收，用以克服我国当前法律解释体制中的诸多弊端。我们应当从我国实际情况出发，把我国的法律解释权配置得符合科学和法治的要求，充分实现法律解释的功能。基于此，参照其它国家和地区法律解释权的配置状况，我们在我国应当由谁来解释法律的问题上谈一些设想。（一）制定法律解释法，统一规范法律解释活动 如前文所言，我国的法律解

释主体过于泛滥，它们的解释权限、解释的效力等存在各种各样的矛盾。造成这一局面固然有我们对法律解释的认识不足、我国法制发展水平相对落后等诸多的原因，但我国没有一部统一的法律对法律解释活动进行专门的规范也是一个非常重要的原因。现行有效的涉及法律解释的规范性文件中，除《决议》外，还有《宪法》（全国人大1982年通过）、《立法法》（全国人大2000年通过）、《人民法院组织法》（全国人大1979年通过，全国人大常委会1983年修订）、《关于行政法规解释权限和程序问题的通知》（国务院办公厅1993年发布）、《最高人民检察院司法解释工作暂行规定》（最高人民检察院1996年通过）、《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》（最高人民法院1997年通过）等。从制定主体看，这些规范性文件有立法机关制定的，也有行政机关制定的，还有司法机关制定的。从层次性和效力等级看，这些规范性文件既有根本法，也有普通法，还有法律解释和其它性质的规范性文件，效力等级不一。从内容看，这些规范性文件并不协调，用语也不统一。这些规范性文件似乎从不同角度和层面完善了我国的法律解释体，实际上则是我国法律解释体制混乱的一个根源。因为它们不仅加剧了各部门在法律解释活动中“各自为政”的局面，严重违背法无二解的原理，而且在为不同主体所拥有的法律解释权制造“法律根据”。为了消除这种局面，我们需要制定统一的法律解释法。制定法律解释法是规范法律解释活动的现实需要。我们需要用立法手段配置法律解释权，规范法律解释活动，维护法制的统一。制定专门的法律解释法，在一些国家和地区的实践中已经成为现实。它将涉及一国法律制度的基本原

则和法律术语的含义统一化和规范化，有利于构造一个体系完整、结构严密的法律解释体制。《牛津法律指南》一书认为，英国制定的《解释法》（Interpretation Act），于1837、1889、1978年数度进行修改，即英国解释法至少制定于1837年以前。Reed Dickerson著《Legislative Drafting》及G. G. Thornton著《Legislative Draftion》均认为1850年制定的著名的Broughams Act是现代解释法的先驱。1954年北爱尔兰制定《解释法》，加拿大制定1967?68年《解释法》。美国也有解释法。香港制定有《诠释和一般条款条例》。1983年，联邦秘书处（The Commenwealth Secretariat）公布了一个模范解释法案（a model Interpretation bill）。1984年，西澳大利亚（Western Australia）颁布了一个相似于上述规范的《解释法》。[10] 我们可以参照这些国家和地区的解釋法，结合我国法律解释的现状及其存在的弊端，制定专门的法律解释法，明确法律解释权的主体、法律解释的原则、方法、效力等问题，建立协调、完备、统一的法律解释体制。制定法律解释法也是社会主义法治建设的客观需要。法治社会要求国家机关的一切权力的运行都必须有法律依据，且其行使不得超出法律规定的限度。《宪法》、《立法法》、《决议》等涉及到的关于法律解释的规定虽然可以算作是有关机关行使法律解释权的法律依据，但这种体制的弊端前文已经述及，跟不上法治建设的要求了。而国务院办公厅、最高人民法院、最高人民检察院通过的法律解释规则显然不能成为其行使法律解释权的依据和准则，也不能成为要求其它组织和有关人员尊重和遵守其法律解释的凭据。必须由具有较高层次法律效力的规范性文件作出明确的统一的授权，法律解释权主体的

解释才是合法有效的，才能得到认可和尊重。而这种规范性文件不管叫什么名称，其实质上只能是法律解释法。那些制定专门法律解释法的国家和地区也是法治发展水平比较高的国家和地区。在我国当前加强法治建设的大背景下，通过制定法律解释法加强法律解释工作已经成为一种客观需要。（二）明确赋予司法机关法律解释权 法律解释是对法律的意义所作的说明，只有在法律的意义不明确时才能产生，但法律只有在同具体的案件事实相结合时才会暴露其僵化性、模糊性、不周延性等缺点。所以，法律只有在适用过程中，在被应用于具体案件时才需要解释。全国人大常委会作为我国的立法机关，其任务是向社会输出规则。它所输出的规则应当是明确的、肯定的、没有模糊性的规则，否则它就不会使之成为法律。尽管法律必定会有缺陷，但在立法机关看来它应当是完美的，它的缺陷是在实施过程中逐步暴露的，在法律产生那一刻不可能被发现。因此，全国人大常委会作为立法机关而非法律实施机关，从理论上说不可能发现法律的缺陷和进行法律解释活动。即使法律在适用中暴露的缺陷反馈到全国人大常委会，由全国人大常委会进行说明，这种说明也只能是新的立法或者补充性立法，而不能被认为是立法机关的解释。这样看来，我国由全国人大常委会解释法律是不妥的，我们应当取消立法解释。法律制定出来就要被执行。各种行政执法机关是执行法律的主体，它们具体应用法律的时候必然会发现法律的各种缺陷，因而也需要对法律进行解释，这也是我国法律解释体制中出现行政解释的原因。由于我国立法水平相对较低，而我国当前又处在巨大的社会变革时期，制定的法律往往跟不上社会发展的需要，法律解释任务

显得很重要。在所有的法律当中，行政法占相当大的比重，它们的缺陷需要行政主体在执法过程中去发现，并且通过行政解释进行完善。另一方面，如果我们不承认行政机关的法律解释权，当行政主体和行政相对人在行政管理活动中出现对行政法的不同理解时，将会使行政主体难以完成其管理任务。以上这些理由说明，行政解释的存在是理所当然的，行政机关应当享有法律解释权。事实上这种认识是站不住脚的，理由有三点：其一，行政机关行使的是行政权，是按照法律规定去分配社会资源和管理社会公共事务。如果它享有法律解释权，则可能会从对自己有利的角度去解释法律和行使权力，就难以保证其执法的公正性。其二，行政机关的行政行为是依法受监督的，不仅要受到公民和权力机关的监督，更要受到司法机关的监督。当公民对行政机关的行政行为不服而申请法律救济时，一般会引起司法审查。如果行政机关享有法律解释权，会使司法机关的监督无法进行，导致行政权的专横。“如果以行政解释为核心，不仅会违反行政法治的原理，也会使行政机关借助最终的行政法律解释权而失去法律约束。”[11](P10)其三，在行政管理过程中，行政权的行使具有单方意志性和效力先定性。行政主体与行政相对人对法律的理解发生分歧时，即使行政主体不享有法律解释权，也能保障行政管理活动正常进行。以上三点说明，行政主体享有法律解释权存在很大弊端，而剥夺行政主体的法律解释权则不会影响行政主体正常的管理活动。如果行政机关解释的是它自己制定的要求下级机关或者公民遵照执行的行政法规、行政规章，这种解释在一定意义上是可以成立的，但这种解释权是非常有限的。“行政解释权只应存在于行政法

的贯彻执行中。如果行政机关与行政相对人之间发生纠纷，进入了诉讼领域，按照法治原则行政机关就不能再对法律进行解释，而应由法院或者说审案法官来确定法律的意义。

” [2](P46) 因此，从终极意义上说，行政机关不能拥有法律解释权，我们应当取消具有法律效力的行政解释。既然立法机关和行政机关都不能解释法律，那么法律解释权只能配置给司法机关了。在我们所考察的国家和地区中，无论是大陆法系还是英美法系，其法律解释权最终皆由司法机关所掌握，也证实了这一点。司法机关来行使法律解释权的原因在于：第一，法律解释权是司法权的组成部分。司法是法律在具体案件中的适用，而适用本身必然包含着对法律的理解和解释。理解、解释和应用是三位一体的过程，司法主体在对法律缺乏理解和解释的情况下适用法律是难以想像的。“司法机关在适用法律时必然要对法律进行理解和说明，在法律适用过程中法官对法律的解释具有法律的约束力，并不是因为法官有法律解释这样一种权力，而是因为司法机关所拥有的司法权使然。” [13](P54) 第二，所有的法律纠纷只能由司法机关作出最终裁决，此前的其它任何裁决都可以被司法裁决所推翻。如果司法机关不拥有法律解释权，将危及到司法裁决的终局性。第三，司法机关作出的解释比其它任何机关作出的解释都更公正。立法机关和行政机关的职权使它们能够能动地分配社会资源和谋求自身的利益，它们进行法律解释时很难保证其解释活动不是围绕着自身的利益进行。而司法机关只能被动地处理各种与自身利益无关的纠纷，在司法过程中独立于当事人和案件利益之外，处于居中裁判地位，无法通过解释谋求自身利益，其作出的解释往往更加客观和公正

，更能赢得社会和当事人的认同。也有人认为由司法机关来解释法律跟法官的素质有关。“法官是法律问题的专家，一般具有较高的法律思维和判断能力，在对行政法解释中处于超然的地位，因此他们的解释会更客观、合理，社会的接受度会更高。”[11](P10)我国许多学者呼吁由司法机关来解释法律，或许也是出于以上几点的考虑。必须明确的是，我们主张由司法机关掌握法律解释权，实际上是主张由审判机关而绝非检察机关来解释法律。检察机关在进行法律监督的过程中，尽管也确实需要理解、解释和应用法律，但这种权力属于行政权的范畴。检察院同法院分享法律解释权或者享有同等的法律解释权是不可思议的，学者们提出取消检察解释的主张应当得到支持。（三）实现统一解释与个案解释的并存 法律解释权应当由司法机关行使，但具体应当由哪些或者哪个主体来行使呢？我国的现状是，由最高人民法院作出司法解释，对全国的法院系统具有普遍约束力。但最高人民法院的法律解释活动本身就是比较混乱的，既有审判委员会作出的解释，也有研究室、各业务庭作出的意见、批复、通知、函等。为了规范自身的解释活动，最高人民法院于1997年6月发布了《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》。根据该规定，自1997年7月1日起，我国司法解释的形式分为解释、规定、批复三种，司法解释须经最高人民法院审判委员会讨论通过，以在《人民法院报》上公开发布的日期为生效日期。最高人民法院此举虽然在一定意义上起到了规范其法律解释活动的作用，但在法律上是站不住脚的。对最高人民法院司法解释的种种弊端，学者们也提出了很多批评，而批评得最强烈的是司法解释权侵犯了立法权。“最高人民法

院就法院审判工作中具体应用法律的问题所作的解释，很少直接用于它自己的审判过程中，更多的是指导下级法院的审判活动，它对下级人民法院的审判活动有普遍的约束力，它具有明显的立法特征。” [14](P99) 事实上许多法律制定出来之后最高人民法院都会发布一个关于适用该法律的意见或者规定，即对该法律进行司法解释，解释的条文甚至远远多于法律条文本本身。最高人民法院不仅主动地进行抽象的法律解释，而且在《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》中强调它制定并发布的司法解释具有法律效力，俨然是行使立法权。同时，最高人民法院常常事无巨细地对许多简洁明确的法律条文进行重复性的批复，还表现得乐此不疲，“几乎把我国的法官的理解能力假定为小学生水平，简直令人诧异！” [15](P53) 这样做的结果，一方面使下级法院遇到问题层层上报，侵犯了下级法院司法权的独立性，甚至培养了下级法院的惰性，另一方面变相地侵犯了公民的上诉权和申诉权，使上诉制度和申诉制度流于形式。针对当前我国司法解释体制的弊端，学者们从不同角度提出了解决意见。如有人提出让包含了宪法解释的司法解释权回归到各级法院的司法权中，使宪法进入诉讼，当公民的宪法权利受到侵犯而起诉时，法院不得以目前尚无具体的法律规定为由拒绝审判，并建立宪事诉讼制度，审查法律适用中被怀疑违宪的法律。 [16](P11?13) 还有人提出奉行权利本位，重申“法不禁止即自由”的原则；加强权力制约，全国人大及其常委会从着重对个案的监督转向对司法解释权行使的监督；注重知识积累，最高人民法院的司法解释应当与具体案件结合起来，通过判例具体阐释法律。 [14](P101?102) 这些提法都很有道理，但

在对法律解释权的调整上还不够，不利于从根本上解决问题，而且操作起来也不容易。我们认为，如果我们对我国的法律解释权作出调整，由最高人民法院被动地行使统一的法律解释权，由判案法官行使在个案中的法律解释权，或许对克服我国当前法律解释体制中的各种弊端会起到更好的作用。最高人民法院行使统一的法律解释权在我国具有明显的现实意义。毕竟我国的立法水平还不高，许多法律在适用过程中显得千疮百孔，最高人民法院的司法解释可以在很大程度上弥补这些缺陷，为进一步的立法作铺垫。同时，只要有理解，理解便会不同。在法律解释问题上，很多分歧都需要一个权威的结论，否则法律的适用将难以进行。正如陈金钊先生所言，“由机关对法律统一来进行解释是有其必要性的。这是完善法律的重要手段，也对解决在法律意义问题上的纠纷有重要作用。不然的话，关于某些法律的许多争论就会无休止地进行下去，这不利于法律权威的形成。”[12](P46) 我们这里所主张的最高人民法院的统一解释是一种新的法律解释体制，可以参照台湾地区“司法院”大法官会议的解释制度，在最高人民法院内部设置专门的法律解释机构（或者由审判委员会）专职行使法律解释权，但它不能像现在的体制那样主动解释法律，而是应申请被动地解释法律。当有关申请人的请求符合某些条件时它就依照法定程序作出解释，否则予以驳回。关于申请解释的主体、申请的条件、解释的程序等，由法律解释法作出明确规定。这样的话，最高人民法院法律解释机构既可以完成正常的法律解释活动，又不会构成对立法权的侵犯，因为立法权是主动行使的权力，而法律解释权是被动行使的权力。最高人民法院法律解释机构到底可

以解释哪些机关制定的法律，它作出的解释在我国诸多层次的法律体系当中处于什么样的法律地位，怎样对它的法律解释活动进行监督等问题，可以根据我国的现实情况作进一步的研究。但必须确定的是，最高人民法院统一的法律解释至少要对法院的审判活动具有普遍的约束力，否则这种解释的意义便不存在了。同时，这种统一解释是在法定情形下被动进行的，也就不会侵犯下级法院及法官正常的司法权，维护了各级法院司法的独立性。法官在司法过程中行使对个案的法律解释权，尽管在我国的法律解释体制上尚未获得认可，但在理论界已经不是什么新鲜的主张了。法官在审理个案中解释法律是司法活动的规律决定的，法官将抽象的法律规定同具体的案件事实相结合的过程是一个对法律的理解、解释和应用的过程，他不可能作为宣告法律的喉舌机械地适用法律。当法律出现了模糊和空缺时，法官不能因为法律不明确而拒绝审判，他必须根据法律的精神和原则，根据公平正义观念构建针对个案的审判规范，“在这些空缺地带的一些限制之内，在先例和传统的诸多限制之内，会有一些自由选择，使这种选择活动打上了创造性的印记”。[17](P71)法官这种创造性的司法活动使他的法律解释行为显得更为明显，霍姆斯的“法律的生命不是逻辑，而是经验”的名言说的正是这个道理。不承认法官对法律的解释权，等于剥夺了法官的智慧，也剥夺了法律的生命力和法院的司法权。当然，我们主张的法官的法律解释权仅仅是指他在个案审理中的解释权，对其它案件不能有强行约束力，但其合法合理公正的解释可能会影响到其它案件。那么，承认法官在个案中的法律解释权会不会导致法官专断呢？一般来说不会，因为最高法院

法律解释机构的统一解释对法官的解释是一个很大的限制，同时法官的解释活动还会受到当事人和法律职业共同体的监督，以及上诉、申诉制度的制约。在具体操作上我们还可以作进一步的探讨和研究，但法律上承认法官在个案中的法律解释权势在必行。【注释】作者单位：郑州大学法学院。

- [1] 陈金钊．法律解释的哲理[M].济南：山东人民出版社，1999. [2] 杨曙光．法律解释解释主体评析[J].烟台教育学院学报，2004,(1): 33?34. [3] 刘星．法律是什么[M].北京：中国政法大学出版社，1998. [4] [美] 庞德．普通法的精神[M].唐前宏，等．北京：法律出版社，2001. [5] 孔祥俊．法律解释方法与判例研究[M].北京：人民法院出版社，2004. [6] [美] 梅利曼．大陆法系[M].顾培东，禄正平．北京：法律出版社，2004. [7] [英] 尼古拉斯．罗马法概论[M].黄风．北京：法律出版社，2004. [8] [意] 莫诺?卡佩莱蒂．比较法视野中的司法程序[M].徐昕，王奕．北京：清华大学出版社，2005. [9] 吴萍，蒙柳．海峡两岸司法解释之比较[J].甘肃政法学院学报，2005,(3):79?81. [10] 莫纪宏．论宪法解释（二）[O/L]. <http://www.chinalawedu.com/news/2004?5/14/1610092521.htm>. [11] 黄竹胜．行政法解释的主体制度初探[J].广西师范大学学报，2005,(4):10. [12] 陈金钊．论法律解释权的构成要素[J].政治与法律，2004,(1): 46. [13] 董?．论法律适用中的法律解释权[J].法商研究，1998(6): 54. [14] 刘风景．权力本位：司法解释权运行状况之分析[J].中国青年政治学院学报，2005,(1): 99. [15] 陈兴良．司法解释功过之议[J].法学，2003,(8): 53. [16] 贺日开．司法解释权能的复位与宪法的实施[J].中国法学，2004,(3) :11?13. [17] [美] 卡多佐．司法过程的性质[M].苏

力．北京：商务印书馆，1998. 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com