

刑法解释位阶的新表述

孙万怀

摘要 因刑法解释论错误构筑了分类一元化的场景，将解释方法、解释效力与解释立场混同，从而导致了方法论的循环。历史解释本身就是规范性解释及其纵深发展的路径，其事实上并未摆脱客观主义与主观主义纷争的窠臼。所谓的主观解释与客观解释与其说是一种方法，不如说是一种立场，因而不能将这两类标准混为一谈。如果坚持从目的性角度出发进行解释，则选择客观主义的角度显然更有利于提升位阶的效力意义，避免循环论证。所谓体系性的解释只是涵摄过程中的一种类比，其本身并不是一种解释的方法，因为类比只不过是每一个涵摄方法中的一个步骤。合宪性解释形式上目前仍被归结为一种方法，但应当可以转化为刑法目的性的最高的一种理解方式。因此，刑法的解释次序必然依托于法规范的位阶，避免解释成为一种没有基础标准的纯粹的“商谈”，这是解释位阶的基础。这就形成了一个规范理解的合规性、合刑性以及合宪性的阶梯。

关键词 刑法 解释 位阶 合宪性

作者孙万怀，华东政法大学教授（上海 200042）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2020)09-0095-15

一、问题之所在

在“让审理者裁判，让裁判者负责”的时代，裁判的说理必然成为一个重要的选项。尤其是逐步强调案例或判例的指导或参考作用之后，法学方法论的选择和适用无疑成为司法显学。而我们面临的现实是：一方面，刑事裁判因缺乏说理而一直被诟病，另一方面，刑法学界对于刑法解释的研究方兴未艾，但并未给实践带来足够的理论支撑。

从早期的刑法教科书沿袭至今，刑法解释一直被作为专章设置和讲解，这在法学的其他学科中并不常见。近些年来，关于刑法解释学方面的研究成果更是层出不穷，确实也促进了司法实践中案例分析的深入。但不可否认的是，有不少研究似乎热衷于精细化、技术化层面的问题解决，注重“问题”意识，但忽视了“主义”，对于解释的效力位阶的理解程式化，也导致一些理论似乎言之成理并且为实践提出了有力的支撑，但却因忽视了解释本身的正当性依据而似是而非，刑法的解释逐步奇技化，刑法的工具性弊病进一步蔓延。

“问题”主要来自三个角度的争论：一是以传统的文义解释为边界的思路，这种方法往往特别强调位阶。二是以目的解释优越性为思路，这种观点尽管否定位阶，但却认为，在解释结果存在冲突的时候，目的性解释具有至上性。^①这样的观点实质上并没有完全否定位阶的存在。三是完全否定位阶，即认为各种

^① 参见张明楷：《刑法学》，北京：法律出版社，2011年，第40页。

解释方法本身并不存在先后和高下之分,只是依赖于法官对于处罚结果的选择而论定。^①这些分歧一定程度上也可以说是刑法形式解释观与实质解释观争议的延续。^②

问题的症结可能是因为构筑了解释一元化的前提,将解释方法、解释效力与解释立场混同。“一个纯科学方向的解释,当然能使用每一种方法,且也应该这样做。当法律学者愿意时,能够拥有纯历史学家的立场时,他也能够得出截然不同的客观观点,探寻制定法文本可能的内容,并表明他融入和赋予了理性的、合目的的、现实的各种意义。然而,另一个问题是这个意义的内容,无论是历史的还是客观的,对于实践有多大的约束力。”^③只有将位阶与方法合理分割才有可能确定解释的约束力。

另一方面,关于刑法解释的合宪性问题已经逐步受到理论和实践的关注:一是作为一种对司法解释的合理性进行质疑的方法;二是在对刑事案件进行辩护时,强调指控的内容违宪也成为一种辩护手段。此时,不再局限于征询刑法概念,而是在宪法意义上探讨权力边界的设置问题。合宪性解释纳入刑法解释的视野实际上为位阶的厘定提供了一个新的维度。

需要注意的是,近年来宪法学者也开始以宪法学科为背景解读刑事规范的运用。^④尽管论及的观点和见解存在不同,但都拥有一个共同的出发点——“基本权利是笼罩一切法体系的客观价值秩序”^⑤。对于方法论的适用也必须回归于基本权利层面的分析,鉴于罪与罚涉及底线人权,回归本源无疑具有更为特殊的价值。

就刑法学研究本身而言,对于刑法规范运用的合宪性问题也有所涉猎,有从刑法哲学角度论述的,有从刑法基本原则角度展开的,也有以刑法个案为抓手的。^⑥但总体来看,大多数文章主要是提出了合宪性解释的合理性理由,在对于原则的必要性和重要性予以认可的同时,似乎更为专注立法层面以及教义学层面,对于刑法解释的标准、路径和判断合理性问题应对不足,在事实和规范之间的穿梭不够,对当前其他学科所出现的新的法律适用的评价关注阙如。

二、一个前置性的问题:刑法解释的位阶分歧与分类混同

刑法学研究开展论证合宪性解释甫始,多将合宪性解释作为一种刑法解释方法来对待,因此错误地构筑了解释分类一元化的前提,反而导致了解释方法论的混乱。刑法解释的方法论层面的争议——形式解释与实质解释——也与此不无干系。

当前刑法解释位阶体系的突出问题不在于该体系无法给法官提供指导,而在于方法无法达成一致。^⑦不同的解释方法往往会导致解释结论相去甚远,从而直接影响到刑事责任的认定。各种解释方法的权重是否相同?一种解释方法是否可以排斥另外一种解释方法的适用?不同的解释方法是否可以互相补充?解释方法之间是否存在着纵向的位阶关系?在这些问题厘清之前,恐怕很难清晰界定合宪性解释在刑法中的地位,遑论刑法解释的路径。

① 参见周光权:《刑法解释方法位阶性的质疑》,《法学研究》2014年第5期。

② 具体可参考陈兴良:《形式解释论的再宣示》,《中国法学》2010年第4期;张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期。

③ 卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,北京:法律出版社,2014年,第114页。

④ 如欧爱民:《聚众淫乱罪的合宪性分析——以制度性保障理论为视角》,《法商研究》2011年第1期;张翔、田伟:《“副教授聚众淫乱案”判决的合宪性分析》,《判解研究》2011年第2辑;尹培培:《“诽谤信息转发500次入刑”的合宪性评析》,《华东政法大学学报》2014年第4期。

⑤ 欧爱民:《聚众淫乱罪的合宪性分析——以制度性保障理论为视角》,《法商研究》2011年第1期。

⑥ 梁根林:《罪刑法定视野中的刑法合宪审查》,《法律科学》2004年第1期;陈鹏:《“有利溯及之例外”条款的合宪性限定解释——基于牛玉强案的思考》,《法学家》2012年第4期;蔡道通:《刑事法律的合宪性思考——一种审视民主的视角》,《环球法律评论》2006年第4期;姜涛:《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》,《法律科学》2013年第1期;时延安:《刑法规范的合宪性解释》,《国家检察官学院学报》2015年第1期。当然也有宪法学者从宪法角度对刑事个罪进行解读的文章,如前述张翔与欧爱民关于聚众淫乱罪评析的文章。

⑦ H. L. A. Hart, “American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream,” *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1983, pp.130-132.

我国学者从位阶的角度来分析解释方法的地位,看似有助于解释方法的规格化,但实质上反而导致了方法论的莫衷一是。“刑法解释是以刑法的目的为主导,探求刑法规范法律意义的一个思维过程,由于不同的解释方法立足于不同的价值基础,具有不同的功能,如果任由解释者随意选择解释方法,势必会得出五花八门的解释结论,而这种状况终将影响刑法安定与正义价值目标的实现。”^①实际上,即使一定程度的共识,也并不意味着对结果的共识。在许多时候,不同的定位甚或成为不同刑法解释观的分水岭和立场的标榜。因为达成一致位阶的认识只是形式而不是实质,位阶一旦徒具形式,就不是真正意义上的位阶。

就解释的路径而言,传统的看法是:刑法作为规范,文义解释是入口,付之于体系解释、历史解释和目的解释(这里并没有提及合宪性解释的方法)。但是,对于其中的地位而言,则存在不同看法。有观点认为,目的解释居于核心地位(这与张明楷教授的观点类似)^②。后来的一些日本学者基本上也延续了顺序而不是位阶这一思路展开。^③然而,这里的所谓的地位只具有描述性意味。真正的位阶表述还是要到法学方法论中去寻求。“‘一项规范的效力基础’——即人们之所以遵守一项规范的根据——只能是‘一项其他规范的效力’。由此,人们把高位阶的规范作为低位阶规范的效力基础。行政法规的效力基础为法律。法律效力的基础为国家宪法。然而这一诉诸高位阶的规范并非无穷无尽。凯尔森认为其重点是一项作为前提存在的基本规范:人们应当按照宪法要求行事。”^④

我国刑法学界在相当长的一段时期内,缺少对解释路径和解释规范冲突的深入研究。在今天看来,传统教科书的归纳无疑是简单化和程式化的。简单化主要表现为在文理解释和论理解释中裹足不前。程式化表现为基于罪刑法定原则等同于罪从法定而确立了以文理解释明确性优先的规则,在含义不明确的时候,确立了论理解释优先的方法。然而,文理解释与论理解释的分类只是对解释特征的一种分类,对于确定解释路径没有任何意义,该如何限缩和扩展并没有给出也无法给出起码的理由。罪从法定只是确立了法律的稳定性特征,无法满足目的性要求。

近些年来,随着不断对其他理论的学习和借鉴,解释路径的理论逐步被中国刑法学者所接受。^⑤并且将合宪性解释纳入解释位阶的范畴。总体而言,刑法解释位阶的确立过程可以体现为一个不断细化的过程:

文义→目的

文义→体系→目的

文义→历史→体系→目的

文义→历史→体系→目的→合宪性

其中对于“文义→目的”的推进关系本身似乎并无多少争议,但是一旦将其表述为一定的位阶关系,孰先孰后、孰轻孰重的争议便不可避免了。

问题主要表现为以下几个方面:

① 程红:《论刑法解释方法的位阶》,《法学》2011年第1期。

② Joachim Rahlf, *Die Rangfolge der klass juristische Interpretationsmittel in der strafrechtswissenschaftlichen Auslegungslehre*, in: Eike Von Savigny u.a., *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, Verlag C.H.Beck, Muechen, 1976, S.22-23. 苏彩霞:《刑法解释方法的位阶与运用》,《中国法学》2008年第5期。

③ 日本对于刑法解释方法的考察也经历了一个不断填充的过程。在早期,松尾浩也教授认为,解释方法的顺序是从文理解释走向目的论解释。(参见松尾浩也:《研究会·刑事法における解释》,『ゾユリスト増刊』《法の解释》,日本,有斐阁,1972年)后来,伊东研祐教授则提倡“文理解释→体系解释→目的论解释”的顺序。(伊东研祐:《刑法の解释》,阿部纯二等编:《刑法基本讲座》第1卷,日本,法学书院,1992年)晚近一段时间,内田文昭教授则又有所区别,认为刑法解释的顺序是“文理解释→论理解释→目的论解释”,极大扩充了文义与目的之间的方法。参见内田文昭:《刑法I(总论)》,日本,青林书院,1997年。

④ 齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,北京:法律出版社,2009年,第10页。

⑤ 如陈兴良教授认为刑法解释方法总的位阶关系是:文义解释→逻辑解释→体系解释→历史解释→比较解释→目的论解释。也有学者开始重视合宪性解释的方法,并且将其作为最高的程序。如梁根林教授就认为刑法解释应当依照文义解释→体系解释→历史解释→目的解释→合宪性解释的顺序进行。其中合宪性解释属于最高位阶。

其一，历史解释本身就是合宪性解释及其纵深发展的路径，而不是位阶。其事实上并未摆脱客观主义与主观主义解释立场的窠臼。

如果我们将历史解释放置于宪法发展的主要争论中，历史解释的特征便开始清晰起来。历史解释很大程度上与原旨主义有着千丝万缕的联系。“原旨主义是指在解释宪法的时候应当依照宪法制定者意图或条文的含义。”^①原旨主义在解释宪法的时候具有两个方面的要求，其一是宪法制定者的基本意图，其二是宪法条文的基本含义。但是此处有一系列问题需要阐明：一是，二者之间的关系表现为宪法制定者意图优先，在意图不明的时候条文的含义作为补充，否则原旨主义与文本主义将没有实质性的区别；二是，对于“条文的含义”应当如何理解。原旨主义所强调的条文含义是一种条文确立之初的含义（original meaning），而不是宪法解释者依据现时的理解所做出的理解（current meaning）^②，也就是说，对于文义的理解也必须回到立法原初的文义环境中去。

原旨主义一直受到质疑尤其是受到法官阶层的诘难。波斯纳在一份判决中就明确断言：“法官既没被训练过也没有闲暇去负责任地研究历史或对历史争议进行适格的决断。”^③在理论中对原旨主义最常见的反驳是从哲学解释学的角度出发，认为原旨主义的解释观似是而非。主要理由不外乎以下几个方面：一是，宪法制定者的意图是不明确的。因为立法是针对普遍情形，而解释是针对具体情形，立法者不可能针对具体情形做出理解。二是，立法者的意图是合力的结果，不可能只是某个机构、团体甚或个人意志的体现。三是，法律是稳定的，现实是发展的，立法者不可能最初给出所有的答案。四是，如波斯纳所言，解释者不可能具有无限广博的历史知识，回到大量的故纸堆中寻找答案。

再解释论者认为，唯有停滞的社会才会维持不变，“法律的正当程序”“残酷而不寻常的惩罚”这些规定都需要经验填充。^④为此，布伦南法官认为司法者的裁决必然带有时代性的要求，因此必然与最初的宗旨渐行渐远：“当代的法官只能作为一个 20 世纪的美国人去解读宪法。我们可以将目光投向制宪时代的历史和宪法的解释史，但是我们所面对的问题却是：宪法的语言在我们的时代是什么意思？”^⑤

然而，原旨主义绝非一无是处，也有一些法官固守这一宗旨。一个主要的推崇理由就是限制法官对宪法的任意性理解，认为文本的意义随着时代经验变迁的说法是一个常见的错误。防止法官将自己的偏好过多渗透到司法裁量过程中（尽管原旨主义的初衷是否能够达到同样值得怀疑），防止法官以主观道德观来否定客观的法律内涵。所以从这个角度出发，原旨主义并非就是一个具体的解释方法问题。“意图论和文本论的共同之处在于，反对一种脱离或者超越宪法文本的解释进路。”^⑥

由此，在考量刑法解释方法的时候，原旨主义给我们的启示就是：解释的过程就是一个基于法律文本规范进而寻找法的基本精神的过程。对于历史的理解则贯穿于规范 and 精神的探究。从这个意义上说，历史解释根本不是一个独立的解释方法，更不应该是解释的一个位阶。正如原旨主义解释作为宪法解释的“显学”一样，历史解释包含了解释方法诸多要素，涵摄了对文义本身以及对刑法的体系性、目的性如何理解的过程。原旨主义给我们的另一个启示是，所有的目的性解释都必须建立在基本的文本基础之上，反对超越文本所进行的解释，只不过这里的文本不仅仅是指具体的某个刑法规范，而且还包括体系性的整个刑法文本乃至宪法文本。

进而争议的核心似乎演变为主观解释和客观解释的纷争。对此，尽管理论中一些观点认为，客观解释与主观解释是一种新的解释方法，但正如德国学者英格博格·普珀所言，这只是“在上述三种解释方法中

① Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U.L.REV., 1980, p. 204.

② 此种分类，可参见 Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 38.

③ *Velasquez v. Frapwell*, 160 F.3d 389, 393.

④ *Board of Regent of State Colls v. Roth*, 408 U.S. 564, 571 (1972).

⑤ William J. Brennan, *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, Tex. L. J. 127 (1986), 转引自张宇飞：《从意图论到文本论：原旨主义宪法解释的基本维度》，《岳麓法学评论》2012年第7卷。

⑥ 张宇飞：《从意图论到文本论：原旨主义宪法解释的基本维度》，《岳麓法学评论》2012年第7卷。

所要运用的决定标准”^①。笔者认为，所谓的主观解释与客观解释分类有重要意义，但必须强调的是：其一，这种分类实质上不是解释方法的一种对立，而是立场或者说价值观的一种差异。诚如不同的刑事法官因为具有不同的价值立场而对刑罚期限存在着不同宣告。其次，因为是一种立场所以也可以理解为解释的另外一种分类方法，不能将两类体系乃至一些概念混为一谈（诸如将文义、目的乃至体系都分为主客观两面），否则最终会导致诠释学的困境——立法者是否已经预想到了以后可能出现的问题（尽管可能无法预见到一些具体技术出现）？其三，这种分类体系可能延伸的结论是：“在刑法解释的商谈、试错过程中，方法的采用有‘各取所需’的特点，采用何种解释方法取决于对处罚必要性的判断；解释是一种结果，通常是在结论确定之后再选择解释方法，为法官定罪与否提供‘事后注脚’。”^②于是，解释的问题似乎演变为类似于哈贝马斯的商谈理论。这仍然是似是而非的。案件的审理和规范的适用固然存在商谈和试错，这是因为需要在事实和规范之间不断往复，这是一个确定规范过程，但是在规范确定之后或者商谈完成之后仍然存在着规范效力的待定。有时甚至商谈的过程本身也是一个确定规范效力的过程。试图通过商谈取消位阶或取消效力最终结果只能是——解释学演变为法官确定案件时应当考虑哪些因素的问题，进而导致刑法解释进入神秘主义领域。其四，这种分类仍然会给我们很大的启示：对于文本的理解首先立足于文本或原意本身，但这只是基础，也是法律文本的起点所在。一个文本的意义需要在时代的发展中去寻找，当然也包括从时代发展中更高位阶的立法中去寻找。这本身就带有客观主义特征。至于客观主义解释方法所存在的隐患，更多的是可能通过程序的制约以及体系性学说的形成和认可来防止。

其二，合宪性解释对刑法解释位阶确定的意蕴。在我国，尽管对刑法解释的方法存在着较大的争议，但在解释方法之间存在着位阶这一点上，似乎并不存在多少分歧。当然这只是一个地域性的研究结论。在德国，就存在明显的不同意见。肯定说与中国的情形类似，即尽管存在具体方法上的差异，但是都认可位阶的稳定性关系，认可不同解释方法之间有大致的次序。否定说则认为，刑法解释的各种方法只是在不同条件下或不同环境中的使用问题，而不是位阶的高下关系。萨维尼一开始就否认位阶的存在，根据萨维尼的解释论，“在语法解释中，解释者重构由立法者适用的语言规则；在解释的逻辑要素中，应重构法律的思维；在解释的历史要素中，应由解释者介绍法律如果预设法律状态中；在解释的体系要素中，法律制度和法律规范的内在关联当发挥作用。”^③也就是说，规范判断实际上是各种方法从不同角度综合考量的结果，不存在排他和高下的关系。埃塞尔（J.Esser）也认为：“指望人们能够在‘解释步骤的先后顺序中’编出一个分层目录（Stufenkatalog）注定是要失败的。”^④

目前我国关于解释方法论上位阶存在的合理性理由主要是：（1）解释的方法存在着先后的思维顺序。^⑤（2）确保解释结论的稳定性和一致性。^⑥显然对位阶的确定寄予了很高的期望。而现实是，即使在承认刑法解释存在位阶的学者那里也不否认顺序和位阶的差别。于是，顺序、位阶和效力之间的关系开始变得凌乱。尤其是方法相互冲突时，应当如何选择如歧路亡羊。

从最终的结果来看，几乎所有的结论都将解释的惯性顺序理解为解释的位阶。从实然角度来看，上述的归纳方法只是解决了位阶存在的前提性问题，而无法解决刑法的稳定性问题。因为按照顺序，文义的解释绝对是一个出发点，但是在将其作为效力看待的时候，会陷入一个自相矛盾的境地，因为最终还是要回

① 英格博格·普珀：《法学思维小课堂》，蔡胜伟译，北京：北京大学出版社，2011年，第67页。

② 参见周光权：《刑法解释方法位阶性的质疑》，《法学研究》2014年第5期。

③ 阿尔图·考夫曼：《当代法哲学与法律理论导论》，郑永流译，北京：法律出版社，2017年，第381页。

④ Joachim Rahlf, Die Rangfolge der klass, 转引自苏彩霞：《刑法解释方法的位阶与运用》，《中国法学》2008年第5期。

⑤ 有观点认为：“解释者均将语义解释的方法作为首选，可以说这样选择符合人们认识事物的思维逻辑。但是当语义解释不能释疑时，解释者便会寻求其他的解释方法，尽管不同的解释者在语义解释后寻求的解释方法不尽相同，但至少可以说明解释者已经对自己采用的解释方法在先后序列上存在一个思维定势。”程红：《论刑法解释方法的位阶》，《法学》2011年第1期。

⑥ “不承认解释方法的位阶性，认为时而此方法重要时而彼方法重要，无法在多种解释结论中给我们提供一个令人信服的选择标准，其结果往往可能导致根据解释者的口味和爱好来选择解释结论，进而影响刑法的安定性。”苏彩霞：《刑法解释方法的位阶与运用》，《中国法学》2008年第5期。

归文义。“起点→终点→起点”的循环无疑导致位阶作用的弱化，人们不禁会问，文义解释是最低位阶还是最高位阶？

为了化解这一矛盾，“可能的文义”便被提出：“可能的文义是刑法解释的界限，超出可能文义范围的解释是不允许的。”^①文义成了所有解释的紧箍咒，或者说所有的解释方法都是为可能的文义的合理解释而出现的。解释的位阶实际上不仅没有得到澄清，而且“文义”本身也失去了确定性，从而陷入主观主义解释方法窠臼。

当然，学者们所探讨的位阶未必完全与位阶的实质性内容无关，譬如，前文归纳的刑法解释方法中，有学者将合宪性解释作为一种解释的方法并且作为最终的位阶存在，就颇有见地。“无论表现方式如何不同，这些宪法性规定规范与要求都足以构成对刑事立法进行合宪解释与审查的宪法依据。刑法合宪解释与合宪审查，必须超于罪刑规范的文本及其使用解释的狭隘视野。”^②其不仅赋予了合宪性解释的最高属性甚至赋予了必要时宣告刑法文本无效的能量，无论我们是否赞同其最后结论，合宪性解释作为一种典型的具有位阶性的解释防范的存在是毋庸置疑的。只不过，将合宪性解释方法杂糅于其他的以顺序为罗列方式的程式中，可能会导致问题进一步成为戈尔迪之结。

不过，合宪性解释的提出毕竟为我们重新寻找解释位阶的依据提供了一个很好的思维引入。规范判断首先无疑源自规范语法，对于语义的遵循是基本起点，但是法律漏洞必然存在或者不合目的条款必然存在，任何的判断必然是从规范到目的的过程，或者说就是从文理到论理的过程。在解释任何一个规范的时候，都涉及各种方法的使用，但这与效力无关。解释的位阶是肯定存在的，但不是从“方法”的角度来建构。思维的顺序与效力之间没有因果性。

三、刑法解释以效力为基础的位阶进路：合规范性、合刑性与合宪性

法律规范来源于基础规范。基础规范是凯尔森纯粹法学的一个核心理念，为规范秩序有效性之理由。规范的效力往往是基于另外一个规范而无法直接在事实中寻找答案。基础规范是宪法有效性的依据，一个法治体系的所有其他规范直接从宪法获得效力有效性，也间接从基础规范中获得效力。在凯尔森看来：“决定另一个规范的创造的那个规范是高级规范（superior norm），根据这种调整而被创造出来的规范是低级规范（inferior norm）。法律秩序，尤其是国家作为它的人格化的法律秩序，因而就不是一个相互对等的、如同在同一平面上并立的诸规范的体系，而是一个不同级的诸规范的等级体系。这些规范的统一体是由这样的事实构成的：一个规范（较低的那个规范）的创造为另一个规范（较高的那个规范）所决定，后者的创造又为一个更高的规范所决定，而这一 regressus（回归）以一个最高的规范即基础规范为终点，这一规范，作为整个法律秩序的效力的最高理由，就构成了这一法律秩序的统一体。”^③法律规范之间显然存在位阶，而刑法的二次违法性与相对违法性的争议也间接印证了解释的效力意义。

凯尔森之所以预设基础规范，是因为他认为基础规范是解释法律体系统一性和规范性的一个有效手段。无论是自然法学派还是社会法学派，与实证主义的最大不同在于，都是在实在法规范之外寻找法的合法性或效力性的理由。但是，如果每个法律规范直接依据道德性或者社会生活的实在性来决定，必然会导致规范确定性的丧失和体系的崩溃。所以，基础规范是最初的道德性、正义性所在，但具体的法律规范的效力理由应当是依照位阶依次追溯的过程，一个特别法的规范与道德性和效果无直接关联。“一个法律秩序的基础规范则规定一个人应当像宪法的‘缔造者’和由宪法——直接地或间接地——授权（委托）的那些人所命令的那样来行为。”^④宪法的位阶也只是一个位阶，无论是母法论，还是依据论、不冲突论，都

① 苏彩霞：《刑法解释方法的位阶与运用》，《中国法学》2008年第5期。

② 梁根林：《罪刑法定视域中的刑法适用解释》，《中国法学》2004年第3期。

③ 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，北京，中国大百科全书出版社，1996年，第141页。

④ 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第131页。

不能以高级规范取代低级规范的存在。在拉伦茨看来,宪法所规定原则和基本权利很大程度上是作为标准的“界限的功能”而存在的,而不是作为“指导思想的作用”存在的。因为,合理建构法秩序的核心就是一个“权属体系”。^①“不管是司法行为、行政行为或私法行为,也需要法律授权,各权属的位序与这些权属所确立的规范之间的位序是相对应的。”^②位阶的存在成为解决规范冲突的唯一依据。

茨威格特在论及法律判断时,曾指责法律解释的缺陷在于没有找到“确定的秩序”(Gesicherte Rangordnung),而这种等级结构形成了法律效力理由,进而说明了法律创设的基本依据。我国《立法法》第78—82条从法律层级性监督角度和合法性理由角度对法律规范之间的有效性做出了规定,尽管没有明确性的位阶等级划分。但一般认为,结合《宪法》《民族区域自治法》《地方组织法》以及其他基本法律的规定可以确定法律规范之间位阶关系:(1)宪法处于位阶的顶端,其他的一些法律法规都要唯其马首是瞻,不得抵触;(2)法律高于行政法规、地方性法规;(3)从制定主体来说也存在位阶之分;(4)从制定时间来说新法效力优于旧法效力。这在刑法规范判断时尤其是对前置规范适用效力的判断时尤为重要。

刑事法与其说是部门法,不如说是一切法律的最终制裁力量,是宪法的保障。从这个意义上说,宪法是所有的依据,刑法是所有的保障。二者都具有普遍性,相互之间有天然的亲和力,其中的位阶同样分外明显。上述的合法性理由以及效力性理由决定刑法解释过程中所遵循的基本规矩,这一指引既是一部法律的立身之本,同时也确立了行为规范与法规范以及不同法规范使用之间发生冲突时的解决方法,即法律的位阶决定刑法解释的位阶。

所谓的解释本质上就是一个合法性(正当性)的问题。这里的合法性无非就是一个概念的合规范性、合刑性以及合宪性,对任何一个概念的解释必须同时遵循这一次序。合规范性主要包括了文义本身的确定性,合刑性主要是指解释必须符合刑法的基本目的性,合宪性则是合法性的本体和基础。

(一) 有效性的形式前提:合规范性

刑法规范首先是一个法规范,必须具有法规范的基本性质,尊重法律文本的基本内涵是其基本要义。法律解释的有效性究竟是以作者中心论为基础,还是以读者中心论为基础抑或是以文本中心论为基础?这是一个长期以来争论不休的问题。在作者中心论看来,司法合理性的依据是从“作者意图”去发掘文本的内涵。从形式上说,法官的角色并非是创制,而是进行权威性的解释,但就客观结果而言,揣测作者意图的结果必然会导致法官冲破文本概念的基本束缚,甚至因为变相沦落为读者中心论而导致法官一定程度的任意性解释。前文关于历史解释的评判中对此已有充分论证。相对于作者中心论,读者中心论形式上呈现为一种主观主义的观点。“对文本和由此而来的制定法的理解总是由确定的前见所影响,不仅仅待解决的问题,而且应解释的文本也是以前见来着手的。即使是解释者、研究法律者并未注意到这一点,他也总是不可避免地受到确定的前见的引导。”^③毫无疑问,解释者都存在“确定的前见”,这种解释方法的极端化结果就是“文本一出,作者即死”。

不仅如此,这种解释观的结果还对文本本身的确定性提出了挑战,否认了法规范应当具有的确定性含义以及法律本身所蕴含的内在价值。这种争论导致法律解释进入一个两难困境。唯一的解决方法是根据不同的解释效力寻找不同的解决方法。在不同的阶段确定不同的规范特征。譬如,对于侵占罪中“代为保管”一词的理解,必须回溯于其属于一个民法意义上的规范还是日常生活中的规范,或者说何种情形下,刑法规范的理解从属于民法规范。再譬如,作为行政犯,刑法的解释应该回归于前置法规范,只不过在合刑性的环节才做出独立考察。

笔者认为,以规范为中心在刑法解释中主要表现以下两个方面:其一,刑法的解释首先应从文本本身的确定性出发,这表现为法律的形式有效性;其次,要求刑法的解释必须遵循文本的内在有效性,否定了

^① 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆,2004年,第361页。

^② 齐佩利乌斯:《法学方法论》,第5页。

^③ 托马斯·维腾贝格尔:《法律方法论之晚近发展》,张青波译,《法哲学与社会学论丛》2005年卷。

文本的有效性则法律的规范就失去了存在的基本意义。否定了实质有效性则法律规范就脱离了“基础规范”，法律的正当性就受到质疑。

以上可以在许多方面得到印证。依照朗·富勒的理论，法规范具有内在道德和外道德，必须在程序上符合程序自然法和实体自然法，而法规范的程序性价值即法的内在道德无疑对外在道德具有确认和证明作用。因此，法律程序性道德的八项原则基本上可以视同为确立法律文本有效性的标准，如对规范理解的普遍适用性、公开性、非溯及既往、协调性、稳定性，等等。^①譬如，法律的解释涉及到了法律规范的协调性的问题。这实际上就是一种大家共同认可的形式有效性的表征，在许多时候被表述为体系性解释的方法。此外，程序规范性的原则也涉及实质有效性的问题，譬如第 6 项的“可为人遵守”原则。当一个法律“规定人们无法做到的义务，实现不可能实现的事情”时，对于规范的解释就要从法律的有效性实质角度出发。

（二）特殊价值依据：合刑法的目的性

由于法律文本的解释形式有效性的问题在合规范性方面已经解决，所以刑法解释的合刑性问题主要涉及刑法解释的合目的性问题。具体至少包括以下几个方面：

从深层次看，罪刑法定原则作为刑法基础原则，也是刑法对于违法行为相对独立性判断的依据。刑法的“规则取向”远远超过了“后果取向”（伍尔弗里德·诺依曼语），如果突破规则和原则的束缚，为了追寻后果等价性而重新理解刑法文本可能的含义，将会造成与刑法的目的性要求南辕北辙。但是，“‘根据那个古老的著名原则：如果废除了一个法律的意义，法律本身就被废除了。’应更多地依赖于制定法的目的和根据，而不是其语词意义。”^②存疑有利于被告从来就不应是虚幻的标签，而是刑罚人道性的彰显。刑法的人道性与法定性是灵与肉的关系。如果刑法的解释超越了人道性的标准，则其正当性就会丧失。没有法律意义的存在，法律仅仅作为命令，人道性将无法得到根本的显现。所以人道性和法定性构成了对国家权力控制的两重标准。以此防止司法积极主义出现恣意的结果。

合刑性的要求还依据于刑法本身的特殊利益。刑法的法益具有独特的价值，至少其与行政法的法益保护存在着重要差别。而这在刑法文本中很多时候没有直接表达和体现。譬如，“在公共交通工具上抢劫”条款中的“公共交通工具”一词，在合规范性中尽管可以找到明确标准，但是在刑法中作为加功的法益考量，还必须虑及对公共安全危害的可能性，因此，对于词语作出限缩性的理解成为必然。对于“冒充军警抢劫”的条款也必须通过合刑性解释才能解决关于真军警实施抢劫所引发的著名争论。再譬如，对于非法经营罪中非法经营行为的理解，如果考虑刑法的加功法益，同样必须对行为作出高于行政违法的具有刑法抽象危险性的解释。

在刑法中还涉及责任主义对法定主义的限定解释的问题。责任主义被作为与法定主义并列的现代刑法的原则，近些年越来越在刑法解释论领域得到重视。其是犯罪构成中“有责性”论证的重要基础，对文本的规范性也存在着重新理解的可能。鉴于“责任主义应当解释为宪法上的原则”^③，此处不再赘述。

立法与司法各守其位、各司其职。罪刑法定原则作为司法遵循立法的逻辑延伸，必然要求坚持法律专属主义，这在一定意义上是恪守形式解释的刑法立场。所以，中国许多学者坚持倡扬形式理性优于、先于（而非取代）实质理性，由此展开了形式解释与实质解释的争论。但问题核心在于，罪刑法定主义是否能等同于法律专属主义？是否要符合更高的目的性的需求？

（三）本体性的要求：刑法解释的合宪性

从刑法角度来看，所谓合宪性解释的意义在于适用规范冲突时，作为帮助确定刑法规范解释结果的最后结论。

所谓合宪性解释，主要是针对一个法律规范基于不同的解释方法存在着不同解释结论的可能，其中一

① 具体内容可参考富勒：《法律的道德性》，郑戈译，北京，商务印书馆，2005年。

② 卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，北京，法律出版社，2014年，第97页。

③ 张明楷：《责任论的基本问题》，《比较法研究》2018年第3期。

些解释可能存在着违宪的结果，一些解释可能存在着合宪的结果，则应当选择符合宪法规定和精神的解释结果。合宪性解释的地位显然存在一定的共识。这尽管是从传统的位阶角度出发，但实际上已经涉及解释的终局性和权威性的问题，尤其是合宪性解释的宪法地位的问题，只不过在归类时遇到了麻烦。于是有学者认为：“合宪性解释属于法律解释，自然应纳入法学方法论框架加以考量。然而应当将其看作独立于传统的文意、系统、历史和目的解释之外的解释方法，还是应当将其归入系统解释或目的解释中一种或两者兼属，此类本体论问题有其理论价值。”^①

之所以产生这些问题，除了对宪法司法化讨论的争议之外，很大一部分原因仍然是因为解释方法与位阶勾连在一起。真正的以解释效力作为位阶的标准恰恰注定了合宪性解释不再是一种简单的法学方法论问题，而是一个独立于各种解释之外的一种终极性的解释规则。对此，宪法学者们已经开始注意到这样的问题。^②这样一种强制性的效力不是一个解释方法的范畴所能够涵摄的。笔者认为，如果说这种认可基本权利条款具有普遍效力的理解放置于某些部门法中可能会存在一些不同的回音，但在刑法的适用过程中，当丝毫不用怀疑犯罪嫌疑人、被告人的基本权利遭受来自公权力的压迫时，适用基本权利条款抗制公权力的压力是必须的，因此，将合宪性解释从目前普遍认为的一种最终的方法进化解理解为刑法的正当性（合法性）的基本依据无疑十分重要。从宪法层面解释刑法规范的正当性显然也是司法体系成熟的尺度（实际上司法中以宪法基本权利论证刑法适用正当性与否的事例已经屡见不鲜）。这与宪法学者弘扬合宪性解释的路径显然是不谋而合的。

拉伦茨认为，合宪性解释是“依字义及脉络关系可能的多数解释中，应优先选择符合宪法原则、因此得以维持的规范解释。”^③合宪性解释在刑法中的适用不仅仅是因为宪法中对宪法效力的规定，而且也是刑法的基本要求，因为我国《刑法》第1条开宗明义规定：“根据宪法……制定本法。”不难想见，刑法的制定依据是宪法规定，刑法的解释合理性依据自然也来自宪法的规定。如果说许多解释方法只是路径，合宪法目的性解释则是结果合法性的最终依据。

合宪性为刑法的适用提供了终极性的结论。在刑法规定违反法的安定性的时候，宪法的规定为刑事案件的最终解决提供了一个终极性的解释性依据。在一些国家刑事案件的裁决过程中，其不仅解释了刑法规范适用的合理性与合法性，而且对一些明确却过度的规定进行修复，甚至可能对宪法本身的发展具有促进作用和互动作用。在美国晚近出现的肯尼迪诉路易斯安那州的肯尼迪强奸案裁决^④就十分典型。州法院最初的判决依据规范并参考了其他5个州关于强奸罪类似的法律规定，同时考虑被害人属于未成年人，认为判处死刑是合理的，这就是合法性以及合刑性解释的基本思路。而上诉人曾试图从合宪性的角度避免被执行死刑的命运。其基本依据是《宪法》第八修正案。该案的结果也非常值得深思。最高法院给出的结论是：对于强奸罪适用死刑是一个有失均衡并且是异乎寻常的处罚（disproportionate and excessive punishment），因此违背了第八修正案的规定。^⑤主要依据是：（1）死刑是否残忍，整体认识是不确定的，但是第八修正案同时禁止过度的刑罚，对于强奸罪适用死刑有过度之嫌。（2）数据表明当时只有乔治亚州法院曾经批准过对强奸罪适用死刑。事实上，从1973年之后，90%的强奸行为最终都没有被判处死刑。此外，对于幼童的性侵犯也只有两个州的法律可以适用死刑。^⑥正是基于比例原则的思路，最高法院认为，死刑针对的是最为严重的犯罪，与犯罪后果相比应该也具有均衡性。强奸罪相对于谋杀行为，并没有造成对生命的

① 黄卉：《合宪性解释及其理论检讨》，《中国法学》2014年第1期。

② 比如有观点认为：“合宪性解释已经从最初的法律解释方法转化成了法官的宪法义务，转化剂是权利双重理论。”张翔：《两种宪法案件——从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》，《中国法学》2008年第4期。

③ 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，第221页。

④ 在该案中，上诉人肯尼迪（Patrick Kennedy）因强奸其8岁的养女而被指控为加重型强奸行为（aggravated rape）的被告。经过路易斯安那州的陪审团审理之后，依据该州批准的强奸12岁以下儿童处以死刑的法案的明确规定，肯尼迪被判处死刑。Kennedy v. Louisiana (No. 07-343) 957 So. 2d 757.

⑤ Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977) 433 U.S. 584. pp. 591-600.

⑥ Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977) 433 U.S. 584. pp. 593-597.

剥夺,因此尽管其十分严重,但使用死刑仍然是过度的。^①(3)秉承了客观主义的解释思路,认为宪法第八修正案的内容应符合时代理念,应该以“成熟社会演化水平的标准”(the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society)来重新审视。^②

换一种角度来说,适用死刑的问题已不完全是一个合宪法目的性解释的问题,而是一个标准如何被严格限缩在加重情节方面的问题(当然也可以说是合宪性解决之后又回到了合刑性领域)。即使在多数没有废除死刑的地区,死刑也基本上被限定在最严重的并且与剥夺他人生命有关的一级谋杀等犯罪,其中起到确定性标准作用的案例是 2002 年瑞鹰诉亚利桑那州案,美国联邦最高法院再次明确:“如果要判处死刑,陪审团必须要找到至少一个超越合理怀疑死刑适用资格的合适要素。”^③这与中国刑法中关于死刑的限制思路异曲同工。只不过在中国的刑事司法实践中更换了一种方式防止死刑的过度性。

我国的死刑废止实际上是从司法限制死刑的适用展开的。而且一开始就直面故意杀人罪这一最为敏感的领域,从 1999 年开始,无论是最高人民法院会议纪要还是后来的条文化的刑事政策,都对因为婚姻家庭纠纷及其被害人有过错的案件提出一个均衡性的标准,以此防止死刑(立即执行)的过度适用。问题在于,我国的死刑的适用因为没有嵌入合宪法目的性解释的方法,未能从宪法依据角度来寻找依据,而只是一种从应然性的角度和观念性的角度来做支撑,这实际上并不牢靠。因为其没有宪法的保护,往往很难获得制度的免疫,往往面临着来自政策变化甚至突发事件的冲击。此外,因为缺乏法律位阶的演绎,导致一些成果往往是零散的,很难体系化,对后续的发展难以提供有力的支持,或者说难以形成一个不断自洽的体系。这些桎梏和缺陷已经在近些年所出现的死刑案例纷争的过程中有所暴露。

但是,这并不意味着合宪性的要求在我国司法实践中不被关注。除了理论研究之外,就政策层面而言,十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出:“完善全国人大及其常委会宪法监督制度,健全宪法解释程序机制。加强备案审查制度和能力建设,把所有规范性文件纳入备案审查范围,依法撤销和纠正违宪违法的规范性文件。”十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出:“要进一步健全宪法实施监督机制和程序,把全面贯彻实施宪法提高到一个新水平。”但其在司法中呈现出两种样态,如 2016 年 8 月 1 日施行的《人民法院民事裁判文书制作规范》中“裁判依据”部分明确提出宪法不得引用作为裁判依据,而地方法院则存在着对宪法规范的非解释性适用和解释性适用的情形。其中以解释性适用更具有现实意义。譬如,“顾建兵、吴陈新等与南通市商务局不履行法定职责案”的判决书中明确指出:“我国宪法规定,公民享有广泛的权利,包括公民批评权、建议权、控告权、检举权等权利。举报权利是对检举权、控告权的进一步发展,是公民依法向有关专门机关检举揭发违纪、违法或犯罪行为的权利。检举、举报人的权利包括选择受理机关的权利、决定是否实名举报的权利、获得保护的权利、查询结果和申请复议的权利,等等。因此,检举、举报权利实际上是一种民主监督权利……并非一种实体法意义上的权利。”总体而言,虽然地方法院适用合宪性解释比较积极,但是仍然不免显得简陋和零散,在刑事案件中合宪性解释适用的成效也不明显甚至更为谨慎,在刑事司法环节如何“保障宪法实施”仍然任重而道远。

四、合宪法目的性要求对于刑法适用的引导

宪法性的法律文本规定了公民享有的首要的、根本的、具有决定性意义的权利。基于刑法视域所界定的合宪性的目的性解释具有以下特征:(1)合宪性解释是一种基于法律位阶而形成的解释,其核心在于追求基本权利的保障,外在表达为法律的安定和统一,与通常所言的四大解释方法——文义、历史、体系、目的方法——并非并列的关系,而是两种不同的分类,因此,合宪性解释同样也会涉及到规范的找寻。

① Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977) 433 U.S. 584. pp. 597-598.

② Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977) 433 U.S. 584. pp. 591-592.

③ Ring v. Arizona, 536 U.S. at 584, 597.

(2) 合宪性解释是一种对刑法的适用所进行的解释,抑或可以说是一种宪法的具体适用途径,并不能等同于德国违宪审查判决等合宪性概念。其基本职能在于强调基本权利在刑法中的公认性和基础性。(3) 其根本的宗旨在于解释刑法而不是对宪法进行解释。宪法一些预设的前提在刑法角度来看是先验的,尽管可能会因为宪法规定空缺性而导致形成对宪法实质性的解释。(4) 解释的不当至多归结为对于判决的影响,而不归结为对法官的责任。

在刑事领域,合宪性解释的价值首先表现为两个方面:一是合理界定解释的边界,为刑法的解释提供一种终极性的结论。二是证明解释本身的合宪性。此时宪法的参照文本以及对宪法的解释就显得十分重要。这两个方面重要性归因于宪法与基本权利的关系。“罪刑法定原则时至今日,仍然能够作为刑事立法和刑法解释学的指导原理而长盛不衰、蒸蒸日上,主要是因为民主主义、自由主义之类的形式原理之上,还有更高层次普遍原理即‘实质的保障人权的原理’做支撑。”^① 具体来说,基本权利具有以下特征:

1. 宪法性权利往往表现为个体性和公共性的一种结合。权利无疑都具有个体性,但是许多个体性的权利天然与公共性联系在一起。因此,在一个要求公共决策透明的社会,个体的权利与公共利益的实现有着密切的关系,甚至具有公共属性。^② 然而这只是针对权利的两面性而言的,每项权利的针对性显然存在着较大区别。譬如,检举权与其说是私权,毋宁说是一种公权——满足了对公权力的一种监督。由此,在刑法介入对类似敲诈勒索等行为的认定时,犯罪对象的权力属性与权利属性的不同势必会对行为构罪产生实质性的影响。

2. 宪法性权利的设定并非在于其权利的基本性。对于一般的个体权利,当权力和社会能够居中评价的时候,权利任何一方的力量相对较为均衡,往往就不构成宪法性权利。成为宪法性权利往往是因为权利本身的柔弱性和易被侵犯性。当犯罪嫌疑人处于公权力的囹圄中时,即使有来自律师的帮助,但是并没有改变不平衡性。所以在解释的时候,基于利益平衡评判就是正解。譬如在我国《刑事诉讼法》中,包含有“可以”一词的条文占全部条文总数的近40%。但是,这并不意味着对于该词只能做出同样的解释,应当将主体的权利特征和权力特征区别对待。

3. 宪法性的权利具有绝对性。这里的绝对性可以表达为:其一,这些权利是不可谈判和让渡的,不能通过多数决的方式来解决,也不能通过政治权衡的方式予以剥夺;其二,绝对性并不意味着权利不会受到限制。只是这种限制必须是明确的并且是个别性的,而不是针对整个权利本身而言的,并且这种限制本身就应该受到限制。在刑事程序中这一点表达得更为显著。^③

在规范的解释适用过程中,经常遇到的就是责任主义与法定主义如何调处的问题,而这直接涉及宪法规范的运用。

我国《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这被命名为罪责刑相一致原则。但是长期以来事件关注的是罪刑之间的均衡关系,对于责任的问题并没有予以充分的论证。事实上,“无责任则无刑罚”是一个古老而重要的原则。由此,归责问题、有责性问题被特别强调。“联邦德国宪法法院1966年10月25日的判决指出:对刑法上的不法行为的刑罚以及对其他

① 日本学者美浓部达吉认为:“就私人所有的权利方面看来,单一的权利已可一面对抗其他一般私人,同时又可对抗国家;当其为对其他一般私人的权利时,具有私权的性质;而当其为对国家的权利时,却具有公权的性质。”曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,北京:法律出版社,2005年,第12页。

② 美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,北京:中国政法大学出版社,2003年,第158—159页。

③ 这一点上,欧洲人权法院 Handyside 案件的判决最为显著:“表达自由构成民主社会的根基之一,构成社会进步和每个人的发展的基本条件之一。它受制于第10条第二款,不仅适用于人们乐于接受或视为无关紧要的‘信息’或‘观念’,而且适用于那些冒犯、惊扰国家或任何人群的‘信息’或‘观念’。这是多元、容忍和思想开放的要求,没有这些就没有‘民主社会’。这意味着,在这一方面加置的所有‘形式’‘条件’‘限制’或‘刑罚’,都必须与所追求的合法目的适成比例。”在 Castells 案的判决中,欧洲人权法院又认为表达自由对于不同派别具有特殊价值,因而指出:“在民主制度中,政府的行为或使命必须密切关注的不仅是立法和司法机构,而且还有新闻出版界和公众舆论。还有,政府所占有的支配地位,使得它在诉诸刑事程序时必须表现出节制,特别是在可以利用其他手段回应反对者或新闻出版界的不适当攻击和批评时,尤其如此。”转引张志铭:《欧洲人权法院判例法中的表达自由》,《外国法译评》2000年第4期。

不法行为的类似刑罚的制裁等一切刑罚均以存在责任为前提的原则，具有宪法的价值。该原则在作为基本法的本质原则之一的法治国原理中可以找到根据；法的安定性与实质的正义也是法治国原理的内容；此外，正义的理念要求构成要件与法律效果之间具有实质的适合关系。……刑罚、秩序罚对行为人的违法行为进行非难。这种刑法上的非难以具有非难可能性为前提。如果不是这样，刑罚便成为对行为人不承担责任的事实的一种报应，这与法治国原理不一致。因此，对没有责任的行为人的举止进行刑法的威慑或者类似刑法的威慑违反了法治国原理，侵害了行为人所享有的基本法第 2 条第 1 款的基本权。”^① 一个行为构成犯罪首先需要满足构成的形式要件，但是满足形式要件并不意味着一定予以入罪或者予以刑罚处罚，因为刑法规范所预设的是普遍情形，更多考量的是秩序整齐性，而法律的具体适用则是针对特定行为和特定个人，于是就会产生特定的个人权利乃至尊严与整体的法律命令的冲突，责任就成为一个重要的论证依据。而这基本上需要从宪法对个人的尊重的条款来寻找依据。

在权利和权力的协调过程中，比例原则也成为近乎共识的宪法性原则。这为合宪性解释的运用在刑法中的体现提供了一个很好的方法论。“把比例原则作为罪刑关系配置的基本原则，刑事立法应该考虑刑法上的可罚的违法性，在刑法解释中强化合目的之法律解释方法。”^② 但如果只是将合宪性作为解释一个标准来加以认定。则只是提供了一个方向，关键是设定路径。具体而言：

（一）刑法适用的适当性

在刑事领域，适当性的要求是符合刑法基本精神的必然结论，因为其所追求的合目的性已经演化成为一种对权利的尊重和权力自身的约束。以例为证，在《刑事审判参考》第 43 期公布的“叶文言、叶文语等盗窃案”[第 339 号]中，最高人民法院给出的裁判理由是：“本人所有的财物在他人合法占有、控制期间，能够成为自己盗窃的对象。”但是，其同时又认为，能够成为对象并不意味着实践中符合了秘密窃取的行为特征的都一定认定为盗窃罪。犯罪人认定不仅仅依据客观行为，还要结合主观目的和主观心态来考量。“如果行为人秘密窃取他人保管之下的本人财物，只是为了与他人开个玩笑或逃避处罚，或者不愿将自己的财物继续置于他人占有、控制之下，并无借此索赔之意的，因其主观上没有非法占有的故意，不以盗窃罪论处。”^③

问题直接被归结为刑法基本原理中本权说与占有权说之争，其核心内容则是私有财产的权属与公共秩序、公共政策之间的比例关系。该案例作为最高人民法院参考性案例，以盗窃罪结案代表了实践理性，理论中维护管理秩序的呼声似乎更高。其实这种将私人权属与管理秩序权力的对立是不妥当的，理由在于：其一，行政机关所扣押的物品毫无疑问属于公民的合法财产，其特定的状态只是为了实现诸如罚款缴纳的义务、事故处理的便捷以及证据的固定等等，并不能构成公民财产的合法性以及所有权的贬损。如果说以前更为强调公共管理权的至上性，则在宪法尊重财产条款修正之后，司法权在运用或解释过程中应当遵循比例的协调和妥当性的要求。相较于修宪以前的规定，新的规定显然完全可以概括为一种权力“限制之限制”。其二，这里还存在着一个合目的性的问题。在许多情形下，行政部门依法扣押物品只是辅助于行政措施的顺利进行，至于其财产属性改变则并非权力所渴望，也就是说国家只是具有形式上的占有状态，而不实现占有各种可期待的结果。其三，行政相对人即便秘密取得被扣押的物品，行政机关的行政行为并没有受到本质影响，其并没有直接丧失财产性的利益，其同样可以保证一系列行政处罚的做出。其四，实质上，这并非是一宗私有权属与公共管理之间的比例权衡问题，而是一个妨害公共管理的行为与公共管理的正当性之间比例问题，就像行为人秘密取回被司法机关扣押的物证是妨害司法活动的行为而不是盗窃行为一样。其五，根据《刑法》第 91 条第 2 款规定，国家机关管理中的私人个人财产，应当按照公共财产对待。对此条规定，显然从合宪性角度理解必然存着“限制之限制”。即该条是对私人财产的一种限制（或

① 张明楷：《责任论的基本问题》，《比较法研究》2018 年第 3 期。

② 姜涛：《追寻理性的罪刑模式：把比例原则植入刑法理论》，《法律科学》2013 年第 1 期。

③ 《叶文言、叶文语等盗窃案 [第 339 号]——窃取被交通管理部门扣押的自己所有的车辆后进行索赔的行为如何定性》，《刑事审判参考》2005 年第 2 辑，北京：法律出版社，2005 年。

者说是例外),但结合宪法比例原则的妥当性要求来看,所谓的“公共财产”只是对财产所有人之外而做的限制(或者新的例外)。这里所言的“管理、使用或者运输”,都有占有的含义,如果由国家或者集体占有之私人财产完全以公共财产论,那么由他人占有之财物以他人财物论,亦在情理、法理之中。“以公共财产论”或“以他人财物论”是针对所有权人以外的人而言的,并未改变财物的权属,意在强调占有人对该财物的保管责任。因为财产处于公共管理过程中,所以相对于所有人以外的人而言,无论是管理行为还是责任承担,属于公共财产是毋庸置疑的。但是对于所有人而言,仅因为管理、使用、运输等关系而将其视为公共财产显然不合适。因此从妥当性原则角度而言,该案以此作为裁判理由是站不住脚的。其六,虽不构成对公共管理直接侵犯但有实施后续欺骗行为的,应当依照诈骗罪论处。从这一意义上而言,该案的辩护意见并非“与法律和事实不符”。

(二) 解释合目的性的实现

所谓合目的性可以理解为国家对公民基本权利进行限制的时候,必须基于合宪、合刑的目的。换句话说,如果刑法适用或者对于刑法规范的解释不合目的而对公民权利进行损害就违背了目的正当性。近年来,我国刑法学界对于刑法解释方法的争论方兴未艾,尤其是形成所谓的形式解释与实质解释的纷争之后,将解释方法的研讨更是引入了曲径,其中最为引起纠结的莫过于目的性考察。

目的性的问题贯穿法理,而且争议往往以刑法为范例展开。但合目的性似乎又是一个非常有弹性的乾坤袋。刑法解释的目的性的界定开始于不同目的的比例分配——如何解决维护公共秩序的目的与保障被告人基本权利之间的平衡,最终落实为如何通过规范目的形成对目的性解释的制约,也构成了形式解释与实质解释的根本性分歧。^①多种目的冲突解决既有赖于刑法原则的坚守,更需要合宪性的解释伸出援手,合宪性的比例为刑法解释的合目的性提供了一种决定性的标准。

近些年来的众多的刑法司法解释呈现出一个趋势,即整体防卫的意识明显增强。不仅司法解释面临这样的问题,在具体案件处理时也有此端倪。尽管《宪法》第51条规定的实际上就是比例原则的类似体现^②,但基本权利应当如何认定?损害的方式和程度应当如何理解?责任的追究方式应当如何确定?譬如,性自主权是否等属于基本性的权利就有不同声音,但从刑法意义上来说,成年人性自主权本身的存在是无法否定的,因为刑法对单纯的自主性行为在一般情形下并不进行规制。问题的关键在于损害的方式如何界定以及限制的理由是否充分?如果承认权利的存在,那么延续的问题是,是否有必要加以限制和如何限制?显然,依照宪法规定,在主张个人权利的时候,只有在触及到其他正当利益以及合法权利的时候,才具有可限制性,才可能涉及到刑法制裁。

于是,实践中许多司法解释和相关案件的认定都涉及一个公共管理权限的边界问题。譬如,聚众淫乱罪的法益在于公共秩序的损害这一点上早已形成共识。对于私下的并未干涉他人的聚众性的性行为来说,由于并未侵犯他人的自由和不具有公共性,所以不宜认定构成对公共秩序的破坏。但是在刑法学研究中,固有的结论通常认为,对公共秩序的破坏实质上就是对公共生活规则的违犯。公共生活并非简单表述为公共秩序,关键在于其核心内容:首先是基于安全和尊严的考虑。其次是对针对公共场所秩序的规范遵守,这是公共秩序的主体内容。其三是间接构成秩序规则的一种善良习俗或者风化观念。这是一种生活交往规则,分歧就出在这里。

如果因为个别的交往规则与普遍性的交往规则不同,而将其认定为构成刑法秩序损害,则成为一个合宪性的问题。秩序由交往规则构成,但并非交往规则都成为一种秩序,尤其是刑法秩序。刑法对性自主权的限制在于对成为秩序的规则的保护,而不在于对普遍性规则的保护。从比例原则角度出发,笔者认为:首先,普遍性交往规则只是长期以来所形成的人们之间交往的规则,其表现为一种人们之间关系的处理方

^① 有学者就认为:“目的论的扩张解释和类推解释在推理形式上并没有本质的差别。”“由于类推解释、反对解释仅仅是一种解释方法而已,重要的是通过解释得出结论的正确性(妥当性)。”阿部纯二:《刑法の解释》,中山研一等编:《现代刑法讲座(第1卷)》,成文堂,1977年,第114—116页、第118—119页。

^② 该条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”

式,有序性只是相对而言的,且不能等同于秩序性。其二,即使对一些普遍性交往规则的违背而引发了对秩序的侵犯,这种秩序本身并不必然表现为法秩序或者并不必然表现为刑法秩序。其三,即使构成了对刑法秩序的违反,也只有形成了一种公共性的损害性时才构罪。公共性可能经常表现为成员的数量,但是成员的数量与公共性并不具有因果关系,我们不能说两人之间的婚外性行为就不属于公共秩序下的恶行,而三人之间的性行为就属于公共秩序下的恶行。其四,单纯将成员数量作为法秩序的标准,势必导致将一些违背治安管理处罚法的私密性行为认定为犯罪。其五,风化退出刑法保护领域而日益成为一种道德性领域的观念形成,对刑法目的的理解本身会产生潜移默化的影响。

(三) 解释的均衡性与罪责刑关系的均衡性

就刑法的解释方法而言,共识性的四种解释方法其实不足以也不能自然促成法律正当性目的的实现。尤其在法律文义比较明确的情形下,多种解释方法的纷争反而导致分歧出现,甚至有“将清水搅浑”之嫌。^①同时,任何一种解释方法被固定到更高的位阶,在个别情形下都会导致解释的偏离或过度,从而导致结果均衡性的丧失。

文义解释具有基准的意义。依照字面理解,保证法律的适用忠实依照法律的文义无疑是罪刑法定原则最为基本的要求,只有遵循了文义,法律的存在才具有意义。但是就刑法层面而言,问题似乎并不那么简单。规范的文义十分明确并不意味着公正的自然实现。刑法作为一种实在法,条文的明确性与合目的性并存的情形并非没有例外,明确的条款甚至与上位法抵牾的情形也并不罕见,尤其是条文的规定可能是明确的但却过度的时候,进行合宪性的理解便显得十分重要。譬如,关于未成年人犯罪最高刑的问题,根据司法解释的界定,不满 18 周岁的犯罪嫌疑人最高可以判处无期徒刑,这意味着《刑法》第 17 条与第 49 条形成了重叠规范。第 49 条实际上是一个死刑废止的问题,而第 17 条是一个量刑情节的问题。死刑的废止并不意味着体现了具体定罪时的从宽情节。如同在废除死刑的法域中,我们不能说对罪犯判处终身监禁属于从轻处罚的情节适用。从这个意义上来说,结合刑法的特殊价值,符合比例原则的目的性解释对于均衡的实现是十分重要的。“而从根本上讲,其他的解释方法只不过是人们接近法律意思的特殊途径。”^②目的性的内容必须有限定,结合了刑法特殊性价值的比例原则无疑为防止目的性解释的过度 and 恣意提供了很好的戒律。

在刑法领域,均衡原则除了用来防止解释方法因恣意而违反实质平等原则之外,在罪与刑领域,均衡也是一个日久弥新的话题,需要审视的是,近期出现了一种异化性的均衡观。均衡原则被一些学者提到了高于法定原则的高度。^③这实际上是“后果主义”与“规则主义”在刑法领域的新表述,追根溯源是法哲学中理性假设与实证哲学的分歧延伸。该观念给现实带来的后果在于,罪与罚的平衡演化为罚与罪的平衡,定罪和量刑的因果关系反转。尤其是在一段时间内实质解释观成为所谓司法商谈的主导型思维的氛围下,造成对合目的性理解的曲解,更造成对合宪性的轻视。

以刑罚为中心看起来似乎是为了实现均衡,但实际上未必能够达到目的,而且其往往预示着通过特别个案的裁量推翻整体的公正标准。根据比例原则,定罪过程就是一个在法益主义与规范主义之间寻找平衡的过程,是一个公权力与个体权利达成平衡的过程。立法可以强调刑罚反制,而以刑罚为核心反推的罪名司法能动打破了这一平衡,将朴素的规范主义作为定罪的主要依据,忽视了法益保护的确定性。由此这也打破了权力与权利的平衡关系,成为解释方法目的性解释的滥觞。对于均衡的承认,必须是以防止权利或权力行使的恣意为标准,由此,在满足了法益被规范所重压的情形下,正如罪刑法定原则走向相对化一

① 如《刑法》第 263 条第 6 项关于“冒充”军警抢劫属于加重情节。实质解释的结论鉴于刑法没有规定具有真实身份的军警抢劫可以加重处罚,故根据目的性诉由将具有军警身份的人涵摄进“冒充”的射程。但延续的问题是这导致了冒充军人招摇撞骗罪中“冒充”的理解陷入困境,从而不得不寻找新的方法来补漏。

② 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京:中国法制出版社,2001年,第193页。

③ 如陈忠林:《刑法解释的基本原则》、陈自强:《合理性原则是刑法解释的根本原则》,四川大学刑事政策研究中心编印:《刑法解释暨刑辩学术研讨会论文集》,重庆,2014年7月,第23-27、128-132页。

样，秉持了有利于被告原则的量刑均衡是刑法的底线要求。除此之外，均衡性思考至多只能是法官在解释罪名的时候参酌的依据之一，不具有对抗刑法规范解释的能力。这既是比例原则隐含的倾向，同时也和罪刑法定原则的消极性相适应。

五、结语：新表述与传统的目的解释、体系解释、文意解释等方法的关系

传统的解释位阶并非真的表现出位阶关系，所以容易迷失在效力的循环论证中。文义应该被界定在合法规范的范围内，只是通过理性共识以及前置规范明确词语的含义。在更高的层次则是结合刑法特定的法益保护来寻找刑法的目的性，进而寻找合宪性的满足。刑法的具体适用无非是对规范目的的探究，局限在教义学的范围内不可能自然获得准确的答案，从宪法的原则和规范中寻找路径和结论是正确的道路。从这个意义上说，合刑性与合宪性都是一种规范的合目的性需求。合宪性不仅是解释的一个方法论，而且应该是一个最高效力位阶。对于合宪性的重视既是法治发展的终极性的目标，同时也有利于厘清刑法适用过程中各种方法的纷争，使得法官的判断与宪法目的和价值保持一致。如果进一步分析会发现，客观主义与主观主义的理念分歧是法官内在的立场选择，如果坚持从目的性角度出发进行解释，则选择客观主义的角度显然更有利于提升位阶的效力意义，避免解释的循环论证。这种选择在效力框定的前提下，可以达到很大程度的共识；其二，所谓体系性的解释只是解释涵摄过程中的一种类比，其本身并不是一个解释的方法，因为类比只不过是每一个涵摄方法中的一个步骤；其三，合宪性解释作为最高目标，尚需在解释意义上加以进一步细化，但是目前至少可以通过转化为刑法目的性的方式，对以比例原则为基础形成的责任主义的解释观念进行深入分析和实践，从而逐步将法官的填补法律漏洞功能具体化。

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

A New Expression of Position Interpreting Criminal Law

SUN Wanhui

Abstract: The theory of interpreting criminal law stays at the scene of constructing a categorical monism, and mixes method, efficacy and standpoint in interpretation, thus resulting in a circulation of methodology. The historical interpretation in itself is a route of normative interpretation and its deep-going, and in fact it does not get rid of the method of objectivism or subjectivism. The so-called subjective or objective interpretation is rather a standpoint than a method, and two different norms must not be mixed together. If it is to adhere interpreting from the point of purpose, choosing objectivism is obviously beneficial to heighten the efficacy significance of position, and to avoiding a circulating proofing. The so-called systematic interpretation is an analogy in the process of containing and assimilating, and it is not a method of interpretation in itself, for it is only a step in every containing and assimilating. The interpreting form conforming to constitution is now still summed up as a method, but it ought to be transformed into a highest way of understanding the purpose of criminal law. Hence the order of interpreting criminal law must rely on the position of legal norms, avoid to become a sheer “consultation” without basic norms, and this is the foundation for interpreting position. In this way, the ladder is formed by conforming to norms, criminal codes and constitution of normative understanding.

Key words: criminal law, interpret, position, conform to constitution