

刑法解释方法位阶性的质疑

周光权^{*}

内容提要：文义解释有诸多局限，需要其他解释方法来印证和检验，因此其并不具有优位性。客观目的解释的功能具有多面性，其仅在目的性缩限时具有绝对优先性，因此不能一概认为其有决定性；主观目的解释仅在提供不处罚的立法资料时具有特殊价值。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”；由于司法裁判必须考虑国民的认同感，且要接受后果考察，刑法适用就必须兼顾大量解释方法自身难以涵括的各种复杂因素。因此，如何立足于法条用语的通常含义，将犯罪论体系、规范保护目的、国民的规范认同、处罚必要性等内容一并考虑，并且坚持实践理性，选择对个案最为合适的解释方法，将实质解释的结论限定在特定时代能够接受的范围内，从而平衡好惩罚犯罪和保障人权的关系，是比刑法解释方法的位阶性更为重要的问题。

关键词：刑法解释方法 文义解释 目的解释 位阶性

一、问题的提出

18世纪末19世纪初，人们试图制定一部包罗万象、无需解释即可回答所有问题的刑法典。费尔巴哈拟定1813年巴伐利亚刑法典时，出于对法治国权力分立的考虑，禁止法官解释刑法典。他认为法官的工作就是将案件和法律文字进行比对，而不需要考虑法律的意义和精神。孟德斯鸠也早就描绘了法官作为制定法奴隶的情形，主张法官的判决无非就是制定法的精确复写。因此，法官需要的只是眼睛，法官本人仅是“宣告及说出法律的嘴巴而已”，是一种无意志的生物；法官的权力“在某种形式上等于零”。〔1〕但是，人们很快发

^{*} 清华大学法学院教授。

〔1〕 参见〔德〕阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2011年版，第60页。

现,既不存在完美无缺、没有歧义的制定法,也不能将法官视为宣读制定法的自动机器;法律适用离不开法官的创造性解释。刑法解释必须探究法条用语的含义,揭示其所描述的事实、表达的价值判断和应然观念。而讨论刑法解释,一个无法绕开的问题就是各种解释方法之间究竟有无位阶性。

在刑法学中,通常的观点认为:文义解释确定刑法解释的大致边界,司法上则应适度考虑立法者的意思,对此范围加以调整,就规范意旨给予提示;最终则依靠体系解释、目的解释,在前面已经划定的范围内确定规范意旨的内容。不少学者即从这一基点出发,论证刑法解释方法的位阶性。比如,陈兴良教授认为,应当承认各种解释方法之间存在一定的位阶关系,尽管它并非固定不变;如果这种位阶关系得不到遵循,则可能影响解释结论的合理性。〔2〕“在一般情况下,语义解释当然是应当优先考虑的,在语义是单一的、确定的情况下,不能进行超出语义可能范围的解释。但在语义非单一的、非确定的情况下,应根据立法沿革进行历史解释以符合立法精神。在这种背景下,沿革解释具有优于语义解释的效力。”〔3〕吴学斌则提出:“在各基本诠释方法之间确立一个大体的逻辑顺序,有利于清理司法实践对于构成要件诠释混乱的思维,使对构成要件的诠释朝着一个客观的、理性的、可操作的方向发展。”〔4〕再比如,苏彩霞教授主张,刑法解释应遵循文义解释→体系解释→历史解释→目的解释→合宪性解释的运用顺序;在可能文义的界限点上,文义因素绝对优先,在可能文义的界限内,目的解释则为解释之冠;解释刑法时应运用与遵循这种位阶关系。〔5〕程红则认为,刑法解释方法之间肯定存在一定的位阶关系,其表现为两个层面:一方面,刑法解释方法之间的“适用位阶”,应遵循“文理解释→体系解释→目的论解释”的序列。即首先进行文理解释,客观地认识刑法条文的语言意义;其次,联系相关法条的含义,进行体系解释;最后,在上述解释仍不能释疑时,才可以进行目的论解释。另一方面,刑法解释方法之间的“效力位阶”,仅存在于最终的目的论解释结论与文理解释结论发生冲突时;对此,应优先适用文理解释结论。但是,如果最终的目的论解释结论并未与之前的文理解释结论相冲突,那么,应该当然地选择最终的目的论解释结论,此时不存在效力上的位阶问题。〔6〕

在我国,除了上述明确肯定刑法解释方法位阶性的主张外,还有学者承认解释方法的“决定性”。例如,张明楷教授认为,刑法解释方法没有明确的位阶性,但目的解释具有决定性;在对一个法条可以作两种以上的解释结论时,只能采纳符合法条目的的解釋结论。同时,由于罪刑法定原则的存在,文义解释也具有决定性;即任何解释都不能超越法条用语的可能含义,即使解释结论符合刑法条文的目的,也不能被采纳。〔7〕这一同时肯定文义

〔2〕 参见陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第78页。

〔3〕 陈兴良:《判例刑法学》上册,中国人民大学出版社2008年版,第65页。

〔4〕 吴学斌:《刑法适用方法的基本准则》,中国人民公安大学出版社2008年版,第140页。

〔5〕 参见苏彩霞:《刑法解释方法的位阶与运用》,《中国法学》2008年第5期,第98页,第103页。

〔6〕 参见程红:《论刑法解释方法的位阶》,《法学》2011年第1期,第43页。

〔7〕 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第40页。值得注意的是,在更为详尽地讨论刑法解释方法位阶性的论著中,张明楷教授明确反对刑法解释方法或解释理由之间具有位阶性。参见张明楷:《刑法分则的解释原理》上,中国人民大学出版社2011年版,第50页。

解释和目的解释的决定性的观点，也可以说是一种承认刑法解释方法位阶性的主张。〔8〕

根据上述分析，似乎可以得出结论：在我国很多刑法学者看来，刑法解释方法存在一个位阶性的问题。但是，这一判断是否准确，是否有实际意义，是否符合司法的逻辑，却很值得研究。

本文的基本观点是：文义解释处于解释的起点位置，但这并不意味着文义解释是决定性的；目的解释在何种情况下是最高准则，不可一概而论；司法判断的高度复杂性决定了，在各种解释标准中，并没有一个“确定的次序”；〔9〕因此，所谓的刑法解释方法的位阶性并不存在，讨论位阶性的有无并无理论上的实益。但需要指出的是，否定和质疑刑法解释方法的位阶性本身不是目的，本文的真正意图在于揭示以下诸点：（1）与其讨论刑法解释方法的位阶，不如更多关注司法过程的复杂性，关注司法上实践理性的形成过程；（2）与其对刑法解释方法进行排序，不如细致地建构各种解释方法自身的运用规则；（3）与其关注解释方法的位阶性对实务的影响，不如更多地考察对刑法适用真正发生影响的构成要件、处罚必要性、法益保护、国民的规范意识等因素。

二、文义解释不具有绝对优位性

（一）文义解释的局限性十分明显

在刑法解释上，运用得最多的是文义解释；通过这种解释方法探究法条用语的含义，是解释的起点。文义解释之所以重要，是因为具体案件事实能否被包摄到刑法概念之下并不清楚，需要对法条用语的含义进行阐释；解释无论如何不能逾越法条用语的可能含义。因此，理论上一般认为，文义解释具有优位性。但笔者认为，文义解释具有所谓优位性的情形极其有限，仅仅表现为：（1）在单独运用文义解释即可得出明确结论的情形中，文义解释的意义显而易见；（2）在目的解释和文义解释抵触时，文义解释的结论优先采用。其实，在实践中，真正成为问题的情形是：通过文义解释得出多种结论时，难以判断哪一种结论更合适；以及，难以判明目的解释是否真的与文义解释相抵触。此时，文义解释结论都需要其他解释方法来印证或反证，其自身的优位性并不存在。

就任何一个刑法概念的文义“辐射范围”而言，都存在所谓“肯定选项”（概念核心）、“中立选项”（概念外围）与“消极选项”（概念之外）之分（参见下页图1）。刑法解释就是要考虑待解释事项与法条用语本身所具有的意义（“肯定选项”）的“距离”和该事项的处罚必要性。应该说，对“消极选项”的判断相对容易（例如，没有任何法官会将私营企业的员工解释为国家工作人员，进而认定其构成贪污罪）。〔10〕但是，刑法解释上大量存在那些根据一般的概念界定或语言使用习惯，无法清楚地确认是否应该进入此概念范围的情形，即“中立选项”，〔11〕其范围却极广。这些情形是否能够被包摄到特定概念之下，从而将其与“肯定选项”同视，通常并不能仅从文义解释中得出肯定结论。对此，前田雅

〔8〕 相同的判断，参见前引〔6〕，程红文，第46页以下。

〔9〕 参见〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第95页。

〔10〕 这其实也是仅就通常的情形而言的。

〔11〕 参见〔德〕英格博格·普珀：《法学思维小课堂》，蔡圣伟译，北京大学出版社2011年版，第53页。

英教授指出：对于概念核心部分，原则上在肯定构成要件符合性的基础上，作为例外应考虑限定处罚的事项（包括限定性的合宪解释）；对于“中立选项”，应在正面考虑的基础上，根据保护法益的需要确定处罚必要性。^[12]也就是说，如何确定“中立选项”的最终归属，还需要考虑处罚的必要性这一因素。

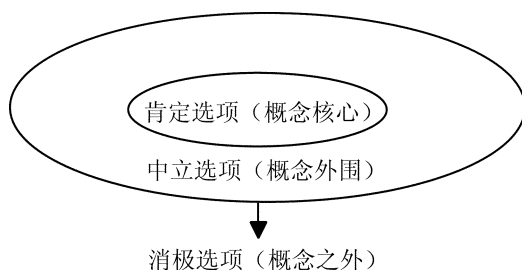


图 1

为消除“中立选项”最终归属上的不确定性，在文义解释过程中，通常要比较“中立选项”是否更加接近那些明显可以被包摄到法律之下的案例（即“肯定选项”），从而判断其属于“肯定选项”还是“否定选项”。但是，难题在于：有的案件比较极端、罕见，缺乏类似案例可以比较；此时，仅靠文义解释显然不能解决难题。例如，组织淫秽表演罪中的“表演”概念，通常指的是经过组织的多人在舞台上或其他特定场所，就其特殊技能进行展示；其形式特征通常是表演者、观看者都是多人。但被告人招募模特和摄影者，要求模特摆出各种暴露性器官的淫秽姿势供摄影者拍摄；这种模特和拍摄者“一对一”的情况应如何处理？如果这是国内第一起类似案件，就缺乏其他类似案例可以比较；文义解释方法的运用因此受到限制。当然，似乎也可以通过字典式理解，来认定其属于组织淫秽表演罪中的“表演”——向他人展示自己的过程——从而对组织者定组织淫秽表演罪。^[13]但是，如果考虑到该罪的规范目的是制裁妨害社会管理秩序的行为，在模特和拍摄者“一对一”的场合，行为极度私密，不会妨害社会管理秩序，那么，从文义解释角度得出的定罪结论就可能被推翻，先前似乎可以扩大解释为“肯定选项”的“中立选项”又不得不变为“消极选项”。这是因为规范的目的不一定能在文义中被认识，而必须用其他解释方法，即体系解释和历史解释，来检验文义解释。^[14]

（二）文义解释需要体系解释来印证

体系解释“是指将需要解释的法律条文与其他法律条文联系起来，按照逻辑规则，从该法律条文与其他法律条文的关系、该法律条文在所属法律文件中的地位、有关法律规范与法律制度的联系等方面入手，系统全面地分析该法律条文的含义和内容，以免孤立地、片面地理解该法律条文的含义。”^[15]体系解释是要将个别的法律观念放到整个法律秩序中去考察规范的内在关联，其包括四方面要求：（1）无矛盾的要求；（2）不赘言的要求（明

[12] 参见[日]前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2006年版，第79页。

[13] 参见徐世亮：《董志尧组织淫秽表演案》，载最高人民法院刑事审判庭编：《刑事司法指南》第85卷，法律出版社2009年版，第89页以下。

[14] 参见[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第328页。

[15] 葛洪义：《法律方法讲义》，中国人民大学出版社2009年版，第182页。

确规范的适用范围，避免使某些规范成为多余的规定)；(3) 完整性要求（通过解释排除法律漏洞)；(4) 体系秩序的要求（法律规定的编排都是有意义的）。^{〔16〕}刑法是对普通公民及司法人员的行为指示，其必须被体系性地理解，而不能有内在矛盾，如此才能得到一体遵守和执行。如果运用文义解释难以得出确定结论，或者其结论难以说服其他解释者，就会用到体系解释方法。这是因为每一个法律规范在目的上都与整个法律秩序有关，对法律条文不能作孤立的解释。

虽然体系解释的真正目的不是堵塞处罚漏洞，^{〔17〕}但在文义解释结论有争议时，在没有穷尽其他可能的解释方法时，不要轻易得出不能处罚的结论。此时，要尽量用体系解释方法去印证、检验文义解释的处罚结论，从而不放纵犯罪。例如，2003年《关于办理非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条明确规定：“本解释所称‘毒鼠强等禁用剧毒化学品’，是指国家明令禁止的毒鼠强、氟乙酰胺、氟乙酸钠、毒鼠硅、甘氟”。也就是说，国家明令禁止的这几种“禁用剧毒化学品”，属于刑法第125条第2款规定的“毒害性”物质。但问题在于，该条规定的毒害性物质如果是化学品时，是否仅仅局限于以上五类？

实务上，有人认为，构成毒害性物质的化学品，只能是上述司法解释所限定的五类禁用剧毒化学品，因为许多毒害性化学品无论是毒性，还是实际危害的发生，都远远低于这五类化学品；对于其他化学品，即使要定罪也必须设定更高的追究标准，而不能简单比照现有的司法解释。2005年浙江省高级人民法院就《关于非法制造、买卖、运输、储存液氯如何定罪处罚的请示》答复指出：“《中华人民共和国刑法》第一百二十五条第二款规定的非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪中的毒害性物质应为禁用毒害品。液氯虽列入了《剧毒化学品目录》（2002年版），但非国家明令禁止使用的剧毒化学品，故非法制造、买卖、运输、储存液氯不适用刑法第一百二十五条第二款，如果违反有关管理规定，在生产、储存、运输、使用液氯过程中发生重大事故，可按刑法第一百三十六条规定以危险物品肇事罪定罪处罚。”从合理运用刑法解释方法的角度评价，可以认为这一结论是不合适的。其实，从文义解释的角度，就应该可以判定液氯这种剧毒化学品具有明显的毒害性；既然被列入《剧毒化学品名录》，其就属于严格监管的对象，不应允许任意买卖。如对这一解释结论有疑问，完全可以结合体系解释进行印证。因为从体系解释的角度看，刑法第115、127、291条之一都使用了“毒害性”物质的概念，并且毒鼠强等之外的其他列入《剧毒化学品目录》的化学品也都包括在内，那么，有什么理由仅仅在第125条中对其范围加以限制？

其实，最高人民法院发布的指导案例13号“王召成等非法买卖、储存危险物质案”，并不认为刑法第125条规定所涵盖的毒害性化学品仅仅局限于毒鼠强等五种禁用剧毒化学品。该案例的裁判要旨认为，氰化钠虽不属于禁用剧毒化学品，但系列入危险化学品名录予以严格监督管理的限用剧毒化学品；其易致人中毒或者死亡，对人体、环境具有极大的毒害性和极度危险性，极易对环境和人的生命健康造成重大威胁和危害；因此，其属于毒害性物质，系刑法第125条第2款规定的“毒害性”物质。

〔16〕 参见前引〔11〕，普珀书，第56页。

〔17〕 由于刑法适用的片段性、谦抑性要求，刑法规定的无漏洞性只能是法律解释的次要目标。同上书，第64页。

需要指出的是,对于某些案件的处理,实务上如果仅仅采用文义解释方法,而不以体系解释或目的解释去反向检验文义解释的结论,就可能出现将文义解释变为“望文生义”,把办案子变成“查字典”的不当情形。例如,实务中,不少司法机关将以土地使用权转让为实质内容的股权转让行为,作为非法转让、倒卖土地使用权罪来处理,认为转让股权就是“买卖土地”。这种解释结论就是没有考虑基于体系解释的法秩序统一性原理,从而忽略了体系解释对文义解释的限制。首先,这种转让行为不违反民商事法律的相关规定。根据我国公司法第27条的规定,土地使用权是和知识产权等性质相同的“非货币财产”,其可以用于出资。如此,当然也就可以转让股权的方式转让土地使用权。公司法第71条规定,有限责任公司的股东之间,可以相互转让其全部或者部分股权。因此,以转让股权的方式转让土地使用权,完全符合我国公司法等相关法律的规定。对此,法律不应该禁止。其次,由于转让的仅仅是股权,土地使用权仍然登记在出让方名下,所以,从物权流转的角度分析,这一交易模式并没有真正实现土地使用权主体的变更,当然也就不存在违反土地流转等方面法律法规的可能。再次,房地产企业和非房地产企业大量存在包含土地使用权转让的股权转让情形,如果类似行为被作为犯罪追究,就会使股权转让极不安全和不可预期,从而严重损害市场交易秩序。最后,最高人民法院(2004)民一终字第68号判决、最高人民法院(2007)民二终字第219号判决、最高人民法院(2013)民一终字第138号判决,都认定以土地使用权转让为实质内容的股权转让交易模式合法有效;即使法院在查明股权转让的目的是转让土地使用权的情况下,也仍然按照民事诉讼程序以股权纠纷来处理。这也就是说,不能因为股权转让使转让方获得了土地使用权的升值利益,就作为犯罪来处理,从而否定民商事法律的基本法理。

(三) 文义解释要受目的解释的检验

在体系解释之外,文义解释的结论很多时候还要受目的解释的检验。换言之,对法条用语的扩张解释要符合规范目的。形式上符合文义,且与目的解释不相冲突的结论才是可以接受的。比如,我国刑法第133条之一规定的危险驾驶罪中的“道路”是否包括“乡间小道”?道路交通安全法第119条第1项规定:“‘道路’,是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方,包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。”按照该条文的核心意思(“肯定选项”),连乡村公路都算不上的乡间小道,似乎不应该属于公路。但其是否属于“中间选项”,从而将其解释到公路的范围内?此时,就需要考虑规范目的,即规范的客观意思——保护足以供车辆通行的场所内的行人的安全。如果考虑到这一点,凡是具有公共性、汽车能够通行的场所,就都是“道路”。这样,对于农村里具有一定规模、可以通行社会车辆的道路,即便属于乡间小道,也可以认定为危险驾驶罪中的“道路”。

需要指出的是,再明确的文义解释结论,也可能只是相对的,也应该视情况接受目的解释的检验。这里以对“信用卡”概念的解释为例进行分析。自从全国人大常委会2004年对“信用卡”的含义作解释之后,“信用卡”包括借记卡在内似乎是没有疑问的,很多司法人员也认为就“信用卡”只需作文义解释即可判案。但是,如果在某些特殊个案中,考虑目的解释的影响,则对“信用卡”仅作文义解释并不能妥善地处理案件。例如,被告人T被控在南方某市注册公司并申请多台POS机,后携带POS机到澳门,为参加赌博的中国公民刷借记卡套取港币现金。T先后为他人刷卡套现7千多万元(赚取的利润无法查实)。检

察机关以非法经营罪起诉 T。法院认为，T 的行为违反了《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第 5 条的规定，以及 2009 年《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条的规定，系使用销售点终端机具（POS 机）等方法，以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式，向信用卡持卡人直接支付现金，情节严重，构成非法经营罪；判决其有期徒刑 8 年。本案判决是否合理？这涉及对上述司法解释第 7 条中“信用卡”的理解。

何谓“信用卡”，原本就有广义和狭义之分。广义的信用卡包含借记卡，狭义的信用卡则仅指可以透支的电子支付卡。上述全国人大常委会关于“信用卡”的解释，采用了广义概念。但是，这不意味着“信用卡”在所有的条文、所有的犯罪情形中，都只有一种含义，都仅指广义的信用卡。其实，全国人大常委会的立法解释只是提示，为了周延地保护金融机构、持卡人的利益，需要对“信用卡”作扩大解释。但是，在利用借记卡客观上不能实施某种特定犯罪时，此时的“信用卡”只能是狭义的信用卡。例如，刑法第 196 条规定的信用卡诈骗罪中，恶意透支的行为可以构成该罪。显然，此情形下的“信用卡”，仅指狭义的信用卡。因为使用不具有透支功能的借记卡，事实上无法透支，不可能实现行为人恶意透支的犯罪意图，也不会侵害银行的利益。同样，《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条规定的利用 POS 机为信用卡套现中的“信用卡”，也应该仅指狭义的信用卡，而不包括借记卡。因此，利用 POS 机为借记卡套现的，不构成非法经营罪。如此区分的主要理由在于：一方面，根据目的解释方法，只有在持卡人用具有透支功能的电子支付卡在 POS 机上套现、透支时，金融机构的资金才存在不被归还的风险，行为也才会违反规范的保护目的。如果持卡人用其借记卡在行为人的 POS 机上刷卡，则不会给银行带来资金安全风险。因为其无论在哪里刷卡，都是消费其本人事前存入借记卡的资金，而不会对银行造成法益侵害。另一方面，根据体系解释方法，对司法解释不同条款的规定必须作协调理解。上述司法解释第 7 条第 3 款规定：“持卡人以非法占有为目的，采用上述方式（利用 POS 机套现——引者注）恶意透支，应当追究刑事责任的，依照刑法第一百九十六条的规定，以信用卡诈骗罪定罪处罚。”这说明，该司法解释规定的打击重点是利用 POS 机为（狭义的）信用卡的持有人套现，从而使其恶意透支意图得逞的人。换言之，刑法对利用 POS 机为（狭义的）信用卡的持有人套现的人和恶意透支者都要定罪，只不过各自的罪名不同。因此，将该司法解释第 7 条第 1 款、第 3 款联系起来看，刑法相关条文的规范目的究竟是什么就非常清楚了。

这样说来，文义解释并不具有决定性，其有存在价值但没有终极价值。“刑法学者的主导观点认为，可能的语言使用习惯是解释的界限。……但是，可能的语言习惯只是一个非常弱的解释界限。”〔18〕文义解释的优先性仅仅在文义解释是解释的起点的意义上存在，但这样的结论无助于疑难问题的解决。“认为文义解释是解释的起点，与其说是强调文义解释的重要地位，还不如说是承认文义解释之不足。文义解释也仅仅是起点而已。”〔19〕

〔18〕〔德〕阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社 2002 年版，第 385 页以下。

〔19〕陈金钊主编：《法律方法论》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 113 页。

三、目的解释只在相对意义上具有优位性

在实务上,的确应该根据规范保护目的、具体情境来权衡各种解释理由,形成具体的协调规则,以限制法官恣意解释。但是,这并不意味着目的解释始终绝对地具有优位性。

(一) 主观解释也是目的解释的一部分,其显然不具有优位性

1. 主观的目的解释的概念辩驳

学界一般认为,主观(历史)解释、客观解释是文义解释、体系解释、目的解释之外的解释方法。对此,德国学者普珀教授提出不同观点:主观解释、客观解释都不过是“在上述三种解释方法中所要运用的决定标准”,因此存在“历史的文义解释”(历史上的立法者在何种意义上使用了某个特定概念)、“客观的文义解释”(法律概念的当下意义)、“主观的体系解释”(法律漏洞与历史上的立法者的意思相抵触,才算得上真正有漏洞)、“客观的体系解释”(特定案件不能同其他在法律中有明确规定的案件得到相同处理,且结论明显不公时,才有法律漏洞)、“主观的目的解释”和“客观的目的解释”等方法的对立。^[20]因此,不能将主观解释排斥在目的解释之外。

主观的目的解释有其自身的存在逻辑:法律由人创造,其背后隐含了立法者的意向、价值追求以及对于事物的考量;法律解释要“受法律的约束”,这不仅仅是受文字的约束,也受立法当时立法者的评价以及意向的约束。“当特别要揭示立法者所设想到的目的时,目的与历史解释就关联在一起”。^[21]在进行目的解释时,不能完全绕开主观的目的解释。“法律解释的最终目标只能是:探求法律在今日法秩序的标准意义(其今日的规范性意义),而只有同时考虑历史上的立法者的规定意向及其具体的规范想法,而不是完全忽视它,如此才能确定法律在法秩序上的标准意义。”^[22]

不可否认,在今天存在主观的目的解释和客观的目的解释相互接近的现象:在解释时考虑立法者的意思,但不是立法当时立法者的意思,而是“今日的、真正的、不单纯想象的立法者的意思,该立法者同意这个应该是对未来开放的法律,能够继续适用”;也就是取决于“想象的立法者客观化的意思,如同今日人们若将系争案件提出予立法者,立法者将所为的判断一样”。^[23]这样,主观解释和客观解释就不是非此即彼的关系,而是包容、并存的关系。

2. 主观的目的解释并不处在解释方法的最高位阶

主观解释也是目的解释,但其显然不是决定性的解释方法,不能将其绝对化。一方面,如果在解释时一定要考虑几十年前立法者的意思,会造成法律的僵化。在文义解释与历史解释发生矛盾时,不应一概以历史解释为优先;尤其在历史解释不利于实现刑法保护法益的目的时,更是如此。^[24]按照这种逻辑,对于行为人遗弃非家庭成员的行为,将主观的历

[20] 参见前引[11],普珀书,第67页。

[21] 前引[9],恩吉施书,第94页。

[22] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第199页。

[23] 前引[1],考夫曼书,第111页。

[24] 参见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第155页。

史解释方法置于最高位阶，从而认为行为人不构成遗弃罪，就可能是不正确的。^[25]另一方面，法律会随着时代的发展而发展自身固有的实效性，就一些立法者当初完全没有考虑到问题提供解决方案，而这可能会超越立法者最初的意图。因此，在刑法解释上，不应该仅仅寻找立法本意，而应该探寻规范本身的意义与目的。

其实，所谓主观目的解释的立法者意思，如果一定要说其具有决定性，也只能在其作为反面的、限制处罚的资料出现时才存在。例如，在投机倒把罪已经被废除的情况下，如果再要对相应行为定罪，就不能不考虑新的立法已经认定类似行为合法的立法者意思。因此，主观解释在作为不定罪的理由出现时，其作用是决定性的。考虑到类似情形并不多见，对于主观的目的解释，就应该是这样的态度：不应过于强调这种目的解释方法的价值，其仅仅是理解规范的“有价值的协助资料”。^[26]

（二）客观目的解释的功能具有多面性，不能一概认为其具有决定性

客观的目的解释主张，不应该考察立法者的意图，而是要分析法律自身的意图，寻求大多数人所认同的观念，而这种观念可能恰好和文义解释的结论相一致。因此，在客观目的解释仅仅是佐证文义解释正确性的资料的情形下，客观目的解释独立决定处罚的意义并不存在。

在法条用语可能的含义范围较窄时，不能仅根据客观目的解释的结论扩大处罚范围；此时，目的解释同样受制于文义解释。“可能之语义的界限也即是解释的界限……法律解释的任务只能是，在特定法律语词的语义空间之内，选择那些就使用了该法律语词的特定法条而言可最恰当地赋予该法律语词的涵义。”^[27]例如，被告人K将他人饲养的名贵小鸟从笼子中放走。对此，德国的少数说从目的解释出发，认为对所有权人所有物的用途、目的的任何损害都是“毁坏”，从而得出K成立故意毁坏财物罪的结论。^[28]通说则站在文义解释的角度，认为并不存在被告人K对财物本身的直接或间接“毁坏”作用力，其仅仅实施了纯粹的不受刑罚处罚的使财物“脱离主人占有”的行为。^[29]这也就是说，法条用语的文义是解释的界限，即便根据目的解释能够实现处罚，但如果法条用语的通常含义无法过度扩张，则解释结论是不可接受的；在这种场合，目的解释的意义和功能都极其有限。因此，如果考虑到罪刑法定原则的约束，就必须肯定：目的解释所得出的结论，最后仍然必须与法条的“字面含义”保持一致，必须以特殊方式“表现在”制定法中。例如，深更半夜打恶意电话，这无论基于何种目的也不能被解释为非法“侵入”住宅。此时，只要考虑法条用语可能含义的约束，目的解释的结论是什么就不重要，其决定性意义也并不存在。

在法条用语可能的含义范围过宽时，客观目的解释往往被用来限制构成要件的适用范围。即，如果具体个案被清楚地包摄到法条文义之下，但目的性衡量的结果却是反对将该

[25] 更何况，在1997年刑法已经调整了遗弃罪的保护法益之后，原本应该在处理案件时考虑1997年修订刑法时立法者的意思，却反而优先考虑旧刑法遗弃罪的立法者意思（即保护家庭成员），这会使刑法的修订变得没有意义，其在方法论上也是成问题的。

[26] 参见前引[22]，拉伦茨书，第220页。

[27] [德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第66页以下。

[28] 日本的通说及司法实践都毫无争议地赞成这种观点。参见[日]西田典之：《日本刑法各论》，王昭武等译，法律出版社2013年版，第148页。

[29] 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第27页以下。

法条适用于此案,则法律适用的范围就可能通过所谓“目的性限缩”而被限制,从而使其不再涵盖这个案件;“除此之外,在不同的解释方法之间便没有其他抽象的优先原则”。^[30]而“人们一旦通过目的性限缩解开了某个构成要件的文义,基于公平与法安定性的利益,就必须贯彻遵循这样的目的性限缩,而不可以又随意地在某个地方停下来。”^[31]应该说,在这种情况下,目的解释似乎具有决定性。

由此可见,这种作为“优先原则”而存在的目的性限缩才是有意义的。但是,在哪些情形下能够通过目的性限缩,将行为排除在构成要件之外,也不是一件容易判断的事情。例如,乙为复仇持刀杀死了3名无辜者,作案后逃往外地;多年后,乙与妻子甲取得了联系,甲找到丈夫的住处并一起租房居住;两人以卖鱼为生,对外则以虚构的姓名相称,一起共同生活,直到十多年后乙被警方抓获归案;期间两人生有一女儿。本案中甲该如何处理?一种意见认为,甲的行为构成窝藏罪。因为甲明知丈夫行凶杀人后被公安机关追捕,却在得知丈夫下落后,不及时报告公安机关,反而与其隐姓埋名共同生活多年,其应构成窝藏罪。另一种意见则认为,甲的行为不构成犯罪,仅仅是知情不举。对此,笔者认为,从文义解释的角度看,甲的行为是窝藏本犯;不能仅仅因为对甲定罪可能不合适,而对文义解释结论进行目的性限缩,对“窝藏”的解释还是应该维持其文义。但是,可以在免责(缺乏期待可能性)的意义上认为甲没有责任,而最终不对其定罪。这说明,对文义解释而言,具有决定性、优位性的客观目的解释(目的性缩限)的适用范围,也是极其有限的。

除了上述目的解释自身价值不明的问题,目的解释和体系解释的关系也难以理清。“每一个法律规范,当它们大部分承担着与其他规范一道实现具体的目的,最终补充其他规范这一任务时,在意义上关系到整个法律程序,它们主要是目的性的,所以,体系解释很少可以与目的解释分开。它作为体系解释很大程度上同时又是目的解释。”^[32]如果肯定目的解释处在最高位阶,在一定意义上就等于承认体系解释也处于最高位阶。如果再肯定多数学者所认可的文义解释处于最高位阶的观点,最后就可能得出所有解释方法都处于最高位阶的结论,这会使得关于解释方法位阶性问题的说法没有任何实际意义。

总之,“对于解释方法的优先顺位,虽然通常认为目的解释比文理解释或者论理的、体系的解释更为优先,但是,一般的序列关系是不存在的。”^[33]

四、司法实务上对解释方法的选择完全可能“各取所需”

西方法学理论对各种解释方法之间是否存在绝对的先后次序,一直没有共识。认为文义解释优先者有之,认为目的解释最为重要者有之,也有人认为文义解释、历史解释比其他解释方法更具优位性。对此,阿列克西认为,各种不同形式的解释的分量,必须根据权衡轻重的规则来确定,而无一定之序。^[34]

[30] 参见前引[11],普珀书,第78页。

[31] 同上书,第71页。

[32] 前引[9],恩吉施书,第92页。

[33] [日]井田良:《讲义刑法学总论》,有斐阁2008年版,第53页。

[34] 参见[德]阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第309页。

征诸西方的法学方法论研究，似乎可以得出一定的解释方法适用顺序：首先考虑法条用语的文义；再考察与其他条文的前后关系，避免对相同事理在不同条文中作差别过大的理解；最后，如果在进行文义解释和体系解释之后，仍然难以明确法条用语的含义，就应该采用目的解释方法。因此，抽象地说，在多数情况下，目的解释的确是所有解释方法的核心。我国学者曾主张，解释刑法时应遵循文义解释→体系解释→历史解释→目的解释→合宪性解释的先后顺序。^[35]拉伦茨也认为：“字义可以划定规定可能的解释界限，因此应该由此开始解释的工作；由此自然很快会趋向——该规定与其他规定之间的——意义脉络。而惟有基于对规整目的的认识，才能理解前述意义脉络。”^[36]但是，解释方法的适用通常有顺序可循，并不意味着各种解释方法之间就一定存在位阶性。拉伦茨主张不同解释方法之间存在关联性，但这并不意味着他承认各种解释方法之间存在固定的位阶关系，更不是说目的解释具有至高无上的地位。

（一）在刑法解释的商谈和试错过程中，解释方法的采用具有灵活性

1. 刑法解释是一个商谈、反复试错的过程

在处理疑难案件时，不可能立即直接找到法条用语的可能含义，因此，“特别需要通过法律商谈来检验解释结论的性质”。^[37]“只有当支持法律解释的论辩以理性的方式进行且最后结论为法律共同体所接受时，法律解释的证立才是正确的。合理的要求依附于论辩程序。”^[38]而在法律解释的商谈过程中，不同解释主体的立场不同，其所选择的解释方法也必然不同。例如，控方可能直接选择法律的规范目的等作为支撑解释结论的理由，以顺利实现指控；辩方则可能以立法者的意思有变化，不再对某种行为进行处罚为由，选择立法史料、体系解释等来支撑解释结论。因此，选择何种解释方法，完全取决于解释者基于何种解释立场。在控辩双方的刑法解释有分歧时，法官需要做出选择。而法官的解释也可能根据其解释“前见”，直接运用某种解释方法得出定罪或不定罪的结论，而不是严格按照文义解释→体系解释→历史解释→目的解释的顺序进行。“各种解释方法之间，除了文义解释之外，本身就没有一定的顺序，之所以形成不同的意见在很大程度上是由于各个学者从不同的角度予以观察的结果。”^[39]

刑法解释不仅是一个商谈的过程，也是一个反复试错的过程，而不是单向度地从文义解释出发抵达目的解释的思维过程。解释刑法时通常可能按照文义解释→体系解释→历史解释→目的解释的逻辑顺序推演，但是，在发现根据目的解释得出的结论明显不妥当，不能被国民接受时，又要返回文义解释，对法条用语进行限制，进行解释的“反向制约”，在反复试错中取得共识。^[40]因此，各种解释方法之间的关系错综复杂，难以进行简单的概括

[35] 参见梁根林：《罪刑法定视域中的刑法适用解释》，《中国法学》2004年第3期，第128页。

[36] 前引〔22〕，拉伦茨书，第221页。

[37] 冯军：《论刑法解释的边界和路径——以扩张解释与类推适用的区分为中心》，《法学家》2012年第1期，第73页。

[38] [荷]伊芙琳·T·菲特丽斯：《法律论证原理》，张其山等译，商务印书馆2005年版，第130页以下。

[39] 前引〔19〕，陈金钊主编书，第149页。

[40] 因此，从文义解释出发，经体系解释之后，最终到达目的解释的顺序，最多只能算是法律适用中“初始的排序模式”（参见张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社1999年版，第174页）。但是，这种排序模式一旦遇到需要刑法解释方法大显身手的疑难案件，就没有了实质意义。

和归纳；不同解释方法各有优劣，不存在哪一种解释方法完全优于其他方法的情形，也没有任何一种解释结论能够完全排除另外一种解释结论。^{〔41〕}

2. 解释方法之间存在竞争关系

“在各项解释论据相互抵触的情况下，在它们之间并不存在某种为理性所要求的严格的优先次序。”^{〔42〕}解释方法之间存在竞争关系，其论证、结论都必须充分展开，接受挑战。对此，有学者指出，事实上各种解释方法都应该处于“竞争状态”，文义解释、论理解释、比较法解释等都应该运用，此后才能权衡各种解释的合理性；这样便避免了忽视一些解决问题的潜在方法。^{〔43〕}

3. 解释方法在不同案件中被视情形灵活选择

在实务上，一旦案件事实只能对应于规范的“模糊地带”，选择何种解释方法可能并无一定之规；某种解释方法可能被优先尝试、适用，也可能多种解释方法并用。一方面，在对法条用语的含义有大致、初步的判断之后，有人可能马上考察规范的客观目的；有人可能立即寻找规范之间的相互关系；有人则注重探寻立法含义、立法资料，试图从中寻找蛛丝马迹。总之，对解释方法不是按照所谓的位阶顺序进行选择，而是根据需要“直奔主题”、灵活应对，选择某种解释方法，从而得出案件处理结论。另一方面，如果考虑到“一旦有人适用一部法典的一个条文，他就是在适用整个法典”，^{〔44〕}那么，解释方法在很多人看来就一定不是单一的，不仅要考虑法秩序统一性原理，规范意旨、规范保护目的等也必须一并考虑。即，必须把不同的方法统一起来，解释才能奏效。“有时是这种解释的地位突出，有时则是另一种解释，只有综合考虑各种因素的这个方向不能变。”^{〔45〕}所以，解释方法的采用即使不能由解释者随心所欲地进行操作，但也具有相对的灵活性。拉伦茨对此的说法是，当不同解释方法得出的结论相互冲突时，“个案中应该采用解释结果最清楚的那种解释方法”；如果相互冲突的解释方法在具体个案中都可得出一样清楚、单义的结果，法官就必须在其中做出选择。^{〔46〕}

总之，承认某种解释方法具有优位性是一个似是而非的说法。如果一定要确定某种解释方法的优位性，或许就只能极其抽象地认为文义解释最为重要，因为它是解释的出发点，也是解释的边界。但前已述及，这样的说法无助于解决任何实务上的难题。

（二）采用何种解释方法取决于对处罚必要性的判断

“在具体个案中，当数个解释方法分别导出对立的结论时，为了决定应采哪一种解释，方法论长久以来都在努力试着订出各种解释方法间的抽象顺位，但是并没有成功……对于具体个案中判决的发现来说，这些解释方法仅具次要的意义。依此，法律适用者是先根据

〔41〕 参见温登平：《刑法解释方法位阶关系否定论》，载陈金钊主编：《法律方法》第13卷，山东人民出版社2013年版，第366页。

〔42〕 前引〔27〕，齐佩利乌斯书，第89页。

〔43〕 参见余煜刚：《可能与限度——比较法在司法裁判中的运用》，载谢进杰主编：《中山大学法律评论》第11卷第1辑，广西师范大学出版社2013年版，第115页。

〔44〕 法哲学家施塔姆勒语。转引自前引〔9〕，恩吉施书，第73页。

〔45〕 前引〔14〕，魏德士书，第314页。

〔46〕 对此，拉伦茨称其为“具体位阶的可决定性”（但这丝毫不意味着他肯定抽象的解释方法的位阶性）。参见前引〔22〕，拉伦茨书，第221页。

他的前理解及可信度衡量决定正确的结论，然后再回过头来寻找能够证成这个结论的解释方法。”〔47〕这样说来，很多刑法规定的解释都是解释者或明或暗地有了倾向性意见之后，再回过头寻找解释方法，论证该结论的正确性。此时，使用何种解释方法，就受制于解释者的“前理解”或预判。

例如，被告人甲喜欢赌博，便经常纠集乙丙丁一起打麻将赌钱。但是，甲所在地对赌博犯罪的打击力度大，甲等四人便每天换一个茶馆、咖啡厅或餐厅等场所赌博，每次赌博的场所都由甲寻找，并通知其他三人。案发后，查明四人参与赌博数十次，输赢的资金以百万元计。对甲究竟是定赌博罪，还是开设赌场罪？如果司法人员主张，对甲定赌博罪即可实现罪刑相适应，则可能主要从文义解释的角度，认定甲系“纠集多人”进行赌博，符合“聚众赌博”的特征，并最终停留于文义解释方法的运用，从而实现定罪。但是，如果认为对甲定赌博罪可能轻纵了犯罪，就会进一步运用体系解释的方法（协调赌博罪和开设赌场罪的关系），兼采客观的目的解释（从规范目的看，禁止开设赌场就是要杜绝为他人赌博提供场所，从源头上杜绝赌博行为），甚至考虑主观的目的解释（寻找当初刑法规定开设赌场罪的理由），在综合运用多种解释方法后得出结论。比如，如果考虑规范目的，就可以认为开设赌场罪中的“赌场”，不要求是固定场所，每次变化的赌博场所也是赌场；由于数十次赌博都由甲寻找场所，即便是“打一枪换一个地方”，甲也是为他人赌博提供场所，因此属于“开设赌场”。针对这种主要按照目的解释定罪的指控，被告人如果进行辩解，就不必固守“文义解释→体系解释→历史解释→目的解释”的位阶顺序，而可直接从目的解释切入。比如，从规范目的看，开设赌场罪的行为特征比赌博罪所应具备的行为特征可能更多一些，例如，需要开设行为具有营业犯的性质，随时可以为不特定多数人参与赌博提供条件。但在本案中，甲寻找赌博场所不是为了给不特定多数人提供赌博场所，而是为了满足包括自己在内的特定多人赌博的需要，其并不具有营业犯的特征；所以，甲只能构成赌博罪。

因此，“解释是一种结果。通常是在结果早已确定之后，才选择解释的方法。所谓的解释方法只不过是文本的补充的事后的注脚而已。”〔48〕虽然这种现象会被视为“司法实践中普遍性的方法原则的丧失”，但不可否认，先根据处罚必要性得出预设的定罪结论，再相对“随机地”、灵活地寻找解释方法的现象，在司法实务上客观、大量存在；判决的“调适性结果”在很大程度上左右着解释方法的选择，而这样做在刑法适用方法论上既难以避免也无可厚非。对此，学者指出：刑法解释方法必须为解释的合理性目的服务；“我们并不能将解释的位阶性提高到居于司法合理性之上的规则权威。因为，司法并非单纯的规则之治，刑法解释的目的也并非追求单纯的规则完美。”〔49〕

这样说来，司法过程的复杂性远远超过赞成刑法解释方法位阶性的学者的想象，其根本不是列表式的简单排序就能够解决的。在处理具体案件时，法官获得的不同信息、先例、逻辑、关于社会福祉的考虑等“所有这些成分被投入到法院的锅炉中”，酿造出司法判决

〔47〕 前引〔11〕，普珀书，第78页以下。

〔48〕 前引〔14〕，魏德士书，第315页。

〔49〕 周德金：《刑法解释方法位阶性之质疑与思考》，载赵秉志主编：《刑法评论》第17卷，法律出版社2010年版，第94页。

“这种奇怪的化合物”。^[50] 极其复杂的司法过程实际上在为可接受的答案提供解释途径，使规范具体化，而处罚必要性的考虑、确保裁判结论被认可的需要调控着规范的具体化。因此，采用何种解释方法，不仅仅通过文本解释、立法目的来确定，还要根据调控的“需要”来确定。“对解释后果日增的思考业已指明，规范的具体化不仅仅是解释。必须以此为出发点，即在日常实践中，其他的经验也作为‘相关规范’进入到具体化过程中。法官把他自己内化的社会规范带到了解释过程中。”^[51]

（三）解释结论要接受社会的检验，为此必须考虑解释方法以外的因素

1. 刑法解释要考虑国民的认同程度

对同一概念可以作多种理解时，不同的解释者可能采用不同的结论；这种差异的存在，在很多情况下，不是解释方法自身所决定的，而与刑事政策考虑有关，更与国民是否可能接受这样的结论有关。例如，同样是偷电的行为，德国法院根据有体性说主张电力不是财物，但同时期的日本法院则从管理可能性说出发，判定偷电构成盗窃罪。对同一个对象，在都规定了盗窃罪的德国和日本，法条用语可能的含义应该大致相同才对，但德、日的理解却有天壤之别，这不是文义解释自身所能解释的。法条用语可能的含义的边界究竟在哪里，在很多时候都是很模糊的，其本身就是试探性寻找的结果。对此，学者指出，判决偷电行为无罪的德国式刑法解释，在日本不能“生根开花”有很多原因，其中很重要的一点是，德国式的刑法解释方法“未必能够得到一般国民的支持”。^[52]

实务中，在运用一定的解释方法之外，必须考虑国民接受可能性的案例可以说比比皆是。例如，甲、乙共同开设卖淫场所，约定由甲提供场所，乙实际经营，年终二人对半分。到年底，乙隐瞒全年收入500万元的事实，告诉甲只挣了200万元；甲信以为真，分得100万元。对本案，可以按照经济的财产说，认定乙构成诈骗罪。理由是甲原本有分得250万元的可能性，但因为被欺骗而丧失了这种可能性。这是按照目的解释得出的结论，而且考虑了规范具体的、隐藏在条文背后的目的。^[53] 如果单纯从体系解释（特别是刑法与民法的关系）的角度，并不能得出乙侵害法益的结论，因为民法否定甲、乙就不法所得进行分配之约定的效力；肯定甲的权利不利于对不法所得的追缴；对乙定诈骗罪，意味着甲可能有返还请求权，这样就会给违反公序良俗的行为提供保护。但是，如果考虑到对“盗亦有道”、“江湖道义”的维护，处罚乙就“并非取决于受骗者是否值得保护，而是重在行骗者的行为是否应受非难”，^[54] 则乙的行为具有处罚必要性，对乙定诈骗罪就是合适的。而采用这种定罪逻辑，取决于法院对社会中现实存在的财产占有、支配、处分关系的广泛认可，对保护规范关系而不是财产权持肯定态度。这样，刑法解释就和民法上对财产权关系如何界定没有关系。此外，这还取决于国民对这种结论是否认同。

2. 刑法解释要接受后果考察

在所有的解释方法中，客观的目的解释被采用的机率很高。但其确定的目的是否妥当，

[50] 参见[美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第2页。

[51] 前引[18]，考夫曼等主编书，第384页。

[52] 参见郑泽善：《刑法总论争议问题比较研究I》，人民出版社2008年版，第41页。

[53] 参见前引[15]，葛洪义书，第183页。

[54] 参见前引[11]，普珀书，第73页。

需要接受规范内和规范外的检验。这种检验从形式上看与如何理解构成要件的保护目的（法益）有关，从实质上看和社会观念有关。因此，解释要接受刑法教义学之外的检验，这就不仅仅是解释方法位阶性和解释自治性的问题了。

不同的解释方法会附带产生不同的后果，无论解释者是否意识到这一点。这些后果的存在会反向制约解释者，使其在解释方法的选择上有所顾忌、有所偏好。因此，刑法解释接受规范外的检验，主要是接受后果考察。这当然可能导致解释方法的位阶性不复存在或者丧失意义。

对于后果考察在案件处理中的意义，考夫曼曾经指出，后果取向的法律解释在现代论证理论中扮演一个显著的角色，是传统解决规则以外的一个同样重要的方法。^[55] 在这一点上，我国实务中的适例是：甲为强奸而对被害人使用暴力，在被害人提出可以给钱而放弃强奸行为时，放过了被害人的，是否可以被解释为刑法第 24 条所规定的“自动”放弃犯罪？对于这种没有悔改，但“单纯放弃”的行为，如果认为可以成立中止，显然不是依照法条文义所作的解释，而是一个目的解释：中止未遂减免刑罚的意义在于保护被害人，使其免受行为人更进一步的侵害。但是，如果考虑到这种解释的负面社会效果，就可能转而否定这种缺乏规范意识觉醒、“单纯放弃”的行为也具有中止自动性的结论。因为在某些案件中，引起 A 构成要件结果只是实现 B 犯罪目的的手段，如果在此场合承认中止，会使刑罚效果以及对被害人的保护效果都大打折扣。例如，为抢劫而杀人的，或者为骗保而杀人的，如果肯定只要“单纯放弃”犯罪就成立中止，行为人就会考虑：如果我成功地把被害人杀死了，就“天遂人愿”且不会有目击证人；即便没有杀死，只要我能够在一定时段停下来，不再实施杀害，就可以成立中止。那么，行为人无论是继续实施杀害还是停下来，都会从事实上或者法律上“得利”；对中止自动性的上述解释，在这些场合就会带来负面效果。因此，对于中止犯，“即便行为人是‘能犯而不欲’，如果该意思并不足以值得奖励、无助于取得一般预防的效果，或者其主观态度所体现的责任减少，尚不足以值得减免其刑，就没有必要谓之为具有任意性。”^[56]

这样说来，在案件处理过程中，司法上要考虑的因素远比刑法解释方法要多得多。“几种解释的论证并没有合理的位阶次序，而且因为除了传统的这四种论证之外，实际上还有更多的论证：如正义、衡平、结果取向、日常用语、专门规范、规范的起源、判例，使得事情变得更加困难。法官在方法的选择上能否任凭他们自己的喜爱？当我们考虑到解释论证间没有位阶的这个问题来分析法院判决时，我们必须肯定这点。”^[57] 对此，我国学者说得更为直接：“刑事裁判的形成需要判断、需要考虑判决的社会效果和社会接受性，这是解释方法本身所不能胜任的，也是为刑法解释方法位阶关系论所忽视的。所谓刑法解释方法的位阶关系，只是一种关于解释方法的大致的排序，不具有可操作性，至多具有借鉴意义。”^[58]

总而言之，赞同刑法解释方法之间存在位阶顺序的主张既不准确，也没有实际意义。“对于文字意义的理解，即使学理上有所谓文义解释、系统解释、沿革解释、目的解释以及

[55] 参见前引〔1〕，考夫曼书，第 63 页。

[56] 王昭武：《论中止犯的性质及其对成立要件的制约》，《清华法学》2013 年第 5 期，第 83 页。

[57] 前引〔1〕，考夫曼书，第 67 页。

[58] 前引〔41〕，温登平文，第 366 页以下。

合宪解释等等基本解释方法，但是经验告诉我们，这些解释方法本来就没有一定的效力顺序，因此也没有办法保障一个所谓的正确看法出现。”^[59]也就是说，“方法不能保证人获得真理，方法并未给人提供一条通向真理的康庄大道，相反，真理困扰着具有方法的人”。^[60]对于刑法学者而言，远比刑法解释方法的位阶性更为要紧的问题可能是：如何立足于法条用语的通常含义，将犯罪论体系、规范保护目的、国民的规范认同、处罚必要性等内容加以通盘考虑，突显司法的实践理性，选择对个案而言最为合适的解释方法，将实质解释的结论限定在特定时代能够接受的范围内，通过解释法律展示刑事政策和“司法的智慧”，^[61]从而切实平衡惩罚犯罪和保障人权的关系。

Abstract: In the eyes of most Chinese scholars, criminal law interpretation methods are hierarchical to some extent. This specious view, however, is not only of very limited practical significance, but also contradictory to judicial logic. The fact that textual interpretation is at the starting point of interpretation does not mean that it is a decisive interpretation method. Textual interpretation has a multitude of limitations, requiring verification and validation by systematic interpretation and teleological interpretation. Systematic interpretation can hardly be separated from teleological interpretation. The functions of objective teleological interpretation are multifaceted; it should have priority only when teleological contraction is applied, and it should not be considered as always being decisive. Subjective interpretation constitutes a part of teleological interpretation, and it brings in a special value only in terms of providing legislative materials of impunity. In the process of trial and error as well as that of consultation of criminal law interpretation, various interpretation methods should be applied “as it requires”, that is, the decision on which method should be applied depends on the judgment on the necessity of penalty, and the choice of interpretation method is an outcome of the judgment previously made, providing an ex post facto footnote to the judges’ decision on criminality. It is more meaningful to focus on the complexity of judicial process and the formation process of judicial practical logic than to explore the hierarchy of criminal law interpretation methods, to meticulously construct various application rules of interpretation methods than to rank those different methods, and to study factors that really affect the application criminal law.

Key Words: interpretation method of criminal law, textual interpretation, teleological interpretation, hierarchy

[59] 黄荣坚：《基础刑法学》上，台湾元照出版有限公司2012年版，第108页。

[60] 严平：《走向解释学的真理——伽达默尔哲学述评》，东方出版社1998年版，第4页。

[61] “在一定程度上，法律解释体现了司法的智慧……法律解释，从其根本看来不是一种解释，而是一种策略。”桑本谦：《法律解释的困境》，《法学研究》2004年第5期，第11页。