

法秩序一致性与合宪性解释的实体性论证

姜 涛

内容提要:作为重要的解释方法,合宪性解释立基于法秩序一致性之考虑,主张刑法解释不抵牾宪法的精神与原则,从而揭示刑法实践中的各种宪法适用问题。构成要件明确性原则乃是界定合宪性解释范畴的理论分析工具,只有那种应当符合构成要件明确性原则而规范却不明确的领域,才有合宪性解释的空间。合宪性解释作为一种价值论证活动,必须立足于宪法性法益,为解释结论之证力提供最充分的理由,以确保刑法解释的整全合法性。而比例原则则以其目的正当性、手段必要性和法益权衡性,处理公民自由与他人权利、公民自由与社会秩序、国家公权与公民权利等之间的利益关系,构成合宪性解释的规则性证成。

关键词:比例原则 法秩序一致性 合宪性解释 构成要件明确性

姜涛,南京师范大学法学院教授。

刑法哲学与刑法教义学乃当前学界有关刑法学理论模型的基本认知。^{〔1〕}在刑法哲学层面,刑法学表面处理的乃是犯罪、刑罚与罪责的哲学基础,实际解决的是权力与自由之间的关系,这种关系处理影响到刑法教义学的论证规则:立法固然不是嘲笑的对象,但当刑法本身存在不明确性时,刑法解释则需要一种既立于宪法之架构,又本于刑法教义的论证进路,重视法秩序一致性对宪法性法益的逻辑设定,使刑法解释的结论与宪法的精神和意旨保持一致,这就把合宪性解释的重要性凸显出来。学界已经关注这一问题,宪法学者针对许霆案已经萌生出合宪性解释的自觉,尽管这种讨论是被基于专业槽的划分,而置放于违宪审查层面进行探讨的。^{〔2〕}刑法学者则在刑法解释的方法与位阶层面讨论合宪性解释,即把合宪性解释视为刑法解释方法的一种,并强调其在解释方法中具有最高

〔1〕 参见陈兴良:《刑法教义学方法论》,《法学研究》2005年第2期,第41页;张明楷著:《刑法学》,法律出版社2006年版,导言部分第2页。

〔2〕 参见白斌:《刑法的困境与宪法的解答——规范宪法学视野中的许霆案》,《法学研究》2009年第4期,第108-120页。

位阶。^[3]

然而,笔者不得不指出,刑法学界目前仍然对合宪性解释的深远意义缺乏充分的自觉认知,刑法教义学也缺乏对合宪性解释的知识模型建构,诸如何以重视合宪性解释?合宪性解释是什么?合宪性解释论证的价值先见是什么?合宪性解释论证的规则是什么?等等,这些问题并没有引起国内刑法学者的应有关注,以致于现阶段的刑法教义学也很难满足人权保障的迫切需要。

有鉴于此,本文试图以作为宪法价值的法秩序一致性为目标,说明合宪性解释的定义,以构成要件明确性原则划定合宪性解释的存在范畴,并分别立足于宪法性法益和比例原则,阐述合宪性解释的价值性论证与规则性证成问题,以期能从理论与实践、事实与规范、实然与应然等层面揭开合宪性解释的“面纱”。

一 刑法教义学应认真对待法秩序一致性

刑法教义学的基本前提是对现行刑法的坚定信奉,强调实定的刑法本身不是嘲笑的对象。^[4]但刑法作为部门法,必须以宪法为依据,同时,重视宪法实施,则又必然涉及刑法与宪法的关系问题。那么,如何从理论上打通两者的“任督二脉”,则是一个需要小心求证的命题。

因应社会的多样性发展,作为维系社会秩序、解决纷争、保障人权的法律制度,在不同的法领域亦随之走向多元化、细致化。然而,即使法官对于案件应个别予以裁判,仍不能自外于整体法秩序的观点而为判断,因为“在适用某个法律条文的同时,其实也就是在整体法秩序下的适用”。^[5]由此,在对刑法文本进行解释并得出妥当结论之时,保持法秩序一致性,亦是刑法解释学不得不面对的重要问题。换言之,刑法作为最严厉的法律,无论是犯罪认定抑或刑罚裁量都对公民基本权利影响甚大。法官在对个别案件裁判与适用法律时,必须为体系化的思考,注意整体法秩序的一致性。^[6]

这种法秩序一致性应如何确保呢?就实际案例而言,轰动全国的“许霆案”,曾引起了宪法学者对合宪性解释的讨论,一种声音颇具有代表性:“刑法教义学此时所面临的尴尬处境只有通过宪法教义学的介入才能够得以消解,即必须反思刑法第 264 条特殊加罚条款的合宪性问题。……争议条款违反了宪法平等权规范,应为无效。”^[7]很显然,这是从违宪审查意义上进行的论述,即抵触宪法平等权规范的刑法文本,应属无效。^[8]问题

[3] 比如梁根林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”的先后顺序。(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)苏彩霞教授指出:“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,这是刑法解释方法位阶的序列维度。”(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 97 页)

[4] 参见白斌:《法教义学:源流、特征及其功能》,《环球法律评论》2010 年第 3 期,第 5 页。

[5] 廖钰、张璇:《民刑交叉案件处理机制之探索——以统一法秩序的司法立场为视角》,《法律适用》2015 年第 1 期,第 38 页。

[6] 参见王容溥:《法秩序的一致性与可罚的违法性》,《东吴法律学报》2008 年第 20 卷第 2 期,第 73 页。

[7] 白斌:《刑法的困境与宪法的解答——规范宪法学视野中的许霆案》,《法学研究》2009 年第 4 期,第 108 页。

[8] 应该说,这种观点是有力,它直接导致了《刑法修正案(八)》对刑法第 264 条“盗窃罪”死刑条款的废除。

在于,在中国缺乏真正意义上的违宪审查机制的情况下,上述主张显得过于理想化,因为按照我国《宪法》规定,全国人民代表大会常务委员会虽然有解释宪法和法律的权限,同时也有权对刑法、民法等部门法律在全国人民代表大会闭会期间进行部分修改,但不属于违宪审查机构,难以使违宪审查意义上的合宪性解释成为现实。就此而言,必须寻找合宪性解释的刑法教义学分析路径。

众所周知,刑法与宪法都是以节制国家公权力的行使为重点,刑法约束国家刑罚权力的行使,宪法则约束包括刑罚在内的所有公权力。就此而言,刑法与宪法所追求的价值具有一致性,两者并不存在冲突。这对法教义学分析具有扩充意义。法教义学不仅强调立法的尊严,而且强调“现实问题的有解性”,不论一个案件是多么的疑难或富有争议,只要它是“法律的”,法律教义学就必须给出一个“唯一正确的”解答。^[9] 只是,正如有论者所言,宪法和刑法在以实定的阶层构造为前提之时,从法律效力的观点来看,具有位阶上的母子关系,宪法乃刑法制定与适用的根据,刑法的内容以及解释,必须遵循宪法的理念和宗旨,^[10] 以确保整全的合法性。台湾地区学者也指出,“所有的法规所形成的法秩序应该有其一贯性,并服膺宪法之规定及理念,因此一个法律必须由宪法的基本理念来检讨及补充”。^[11] 立足于这种法秩序一致性的考虑,法官在解释刑法条文时,尤其是入罪与出罪的解释中,必须慎重考虑宪法中有关公民基本权利与国家权力的规定,把宪法性法益与宪法意义上的比例原则纳入到刑法解释中,进行合宪性解释。

法秩序一致性在于化解规范矛盾或达成共识,以得出法治意义上的“唯一正解”。问题在于,一方面,在利益法学、自由法学的视野中,法释义学就不能只是建立在法秩序无漏洞之预设的基础上,而蕴含着法律解释之主观能动的空间;另一方面,在法适用的传统下,法律解释仍需受到现代法治国家原则所确立的“法官活动受约束”之限制,这主要依据一个外在于主观意志的客观法秩序或目的来进行。也因此,目前学界的共识是,尽管现代刑法解释不能是法实证主义、概念法学的立场,但以往贴在自然法学派与实证法学派上的诸多标签正日渐褪色,法律解释需要返回到适度地接近规范主义,或者说需要带着(规范的)“镣铐”跳舞,但又不至于完全退到法律实证主义的那种立场。^[12]

在这种解释立场之下,虽然追求唯一正解成为刑法解释目标,但分歧却成为刑法解释的常态,正如法律论证大师阿尔尼奥所指出,“从其最简单的意义上,对话的出发点是,A和B就某个解释的问题发生分歧。这种分歧可能是语言上的,也可能是实质上的(或者二者都是)。当他们运用同样的语言表达来指示不同的事态或者就同一事态运用了不同的语言表达,即出现了语言上的分歧。如果这些人不顾所运用的用语,就由语言所转达的主题(事态)采取了不同看法时,这就是实质分歧(material disagreement)”。^[13] 这种分歧

[9] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2005年版,第142页。

[10] 参见[日]曾根威彦著:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第222页。

[11] 陈新民著:《法治国公法学原理与实践》(上),中国政法大学出版社2007年版,第435页。

[12] 参见韩大元、林来梵、郑磊:《宪法解释学与规范宪学对话》,《浙江学刊》2008年第2期,第136页。

[13] ULIS AARNIO, *The Rational as Reasonable, a Treatise on Legal Justification*, D. Reidel Publishing Company, 1987, pp. 108 - 109.

是由规范之间的矛盾或解释方法与立场的差异所导致的,规范之间的矛盾意味着在某个法律规范中,法律要件 T 的法律效果是 R,但在另一个法律规范,法律要件 T 的法律效果却是非 R,或者是,某个法律规定之法律要件 T 的法律效果同时是 R 与非 R。^[14] 而解释立场与方法的差异则意味着不同解释者的价值立场不同,并且依照一般的法律解释方法有多种解释可能。

如何平息这种分歧,并得出唯一正解。现代法律解释学方法论一直努力在探讨这一问题。有论者认为,这种由文本的不确定性所导致的刑法解释的分歧问题很难借由传统的文义、历史、体系解释的方法得到解决,甚至这种分歧本身可能就是不同的刑法解释方法运用的结果,^[15] 并且“对同一个解释对象,不同的解释者亦有不同看法和认识,即便同一解释者,也会因为时间和条件的变化而得出不同的结论”。^[16]

其实,法律规范的模糊往往需要其他规范来补充,相对于这种规范来说,其他可以补充其内容的规范就是一种客观的法秩序,比如,在美国《纽约时报》诉沙利文(New York Times Co. v. Sullivan)一案中,^[17] 布伦南大法官代表最高法院发表了宪法史上关于言论自由的经典判决意见,核心观点是:(1)此案不仅是普通法中的名誉侵权诉讼,而且关涉第一修正案的言论自由,因而应该进行合宪性解释;(2)一般民众对于公共事务的讨论应该“充满活力”,政府有义务倾听并理解民众的不同意见甚至是言语激烈的批评;(3)以诽谤罪压制公众的批评意见,必然会极大地限制言论自由的“自由空间”;(4)在举证责任上,除非控诉方能够拿出证据证明这种批评是出于“实际恶意”,否则,即不能以诽谤罪被追诉。^[18] 这是以司法权限制立法被滥用的典范,从而也在美国法律解释上确立了诽谤罪证明中“实际恶意”入罪标准。这就是合宪性解释,它作为部门法运用的解释方法,立足于比例原则,并以宪法性法益为“客观价值秩序”,不仅服务于人权保障,而且是直接约束公权力的“客观规范”或者“客观法”。^[19]

综上,法秩序一致性意味着刑法解释不仅要符合刑法文本的含义,而且不得抵牾宪法的精神与理念。当从法秩序一致性的角度判断,部门法的规定与宪法规定之间应该是一种体现与被体现的关系,把宪法理念与精神等纳入到刑法教义分析之中,重视司法适用意义上的合宪性解释。

[14] Canaris, Systemdenken und Systembegriff in Jurisprudenz, 1983, 2. Aufl., S. 122.

[15] 参见张翔:《祛魅与自足:政治理论对宪法解释的影响及其限度》,《政法论坛》2007年第4期,第31页。

[16] 舒洪水、贾宇:《刑法解释论纲》,《法律科学》2009年第5期,第25页。

[17] 案情大致是:1954年,美国联邦最高法院在布朗案中判决宣布,美国南方盛行的种族隔离制度违反美国宪法的平等保护原则。1960年3月29日,黑人民权领袖马丁·路德·金等四名牧师联合64名民权人士在《纽约时报》上整版发表题为《请倾听他们的呐喊》(Heed Their Rising Voices)的政治宣传广告,严厉抨击美国南方各级政府镇压民权示威的行为,其中特别谴责阿拉巴马州蒙哥马利市警方以“恐怖浪潮”对待非暴力示威群众的行为。而沙利文(L. B. Sullivan)是蒙哥马利市的民选市政专员,负责当地的警察局。沙利文向法庭控告马丁·路德·金等4名牧师和《纽约时报》严重损害了他作为警方首脑的名誉,主张四人构成诽谤罪,要求追究他们的刑事责任,并赔偿其50万美元的名誉损失费。参见任东来、白雪峰、陈伟著:《美国宪政历程》,中国法制出版社2004年版,第274页。

[18] New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254, 268, 270 (1964).

[19] [德]Robert Alexy:《作为主观权利与客观规范之基本权》,程明修译,《宪政时代》第24卷第4期,第83页。

二 合宪性解释的法释义学解答

在中国语境中,合宪性解释是什么呢?虽有不少论述,但却主要集中在宪法学界,并存在诸多混淆,仍有进一步明确的必要。

早期学者把合宪性解释隐含在宪法司法化之中,只是观点不同。一种观点认为,所谓“宪法司法化,就是指宪法可以像其他法律法规一样进入司法程序,直接作为裁判案件的法律依据,并且在裁判文书中加以援引”。^[20] 另一种观点则认为,宪法司法化隐含着两层不同的意义:违宪审查与司法判断,前者是指传统意义上的解决法律与宪法相冲突的违宪问题;而后者是指法院把宪法象普通法律一样作为司法判案的依据。^[21] 尽管上述学者的论域不同,但也具有共同点,即宪法司法化理论论证的重点是从宪法实施的角度,把宪法作为司法裁决的依据,以实现宪法由政治宣言到具体裁判规则的转变。

近来,我国宪法学者指出,“合宪性解释存在两个层面:在违宪审查中的合宪性解释和在普通司法中的合宪性解释。前者是指在违宪审查中,对法律做合宪的解释。而后者则指在普通司法活动中,法官按照宪法的精神去解释法律,使得法律之含义与宪法相一致”。^[22] 也有学者指出,“所谓合宪性解释,是指我国各级人民法院在对个案裁判所适用的法律进行解释时,当将宪法原则和精神纳入考量范围”。^[23] 而刑法学者指出,“当其他解释方法得出结论时,合宪性解释起筛选和检验作用:(1)一切解释结论不得超出刑法用语可能文义的范围,超出可能文义范围的解释违反了法治国原则,因而是不合宪的;(2)某种解释结论虽然在刑法用语可能文义之内,如若与宪法基本精神相冲突,也是不合宪的”。^[24]

笔者认为,上述合宪性解释的理解基本存在正向理解与反向理解两个维度,正向理解是把合宪性解释理解为把宪法的精神与意旨纳入普通司法裁决的过程,通过目的解释或体系解释得出一种合乎宪法的解释结论;反向理解乃是主张抵牾宪法精神与意旨的刑法规定无效,因而是一种违宪审查意义上的合宪性解释。在我国还不具备建立宪法法院进行违宪审查的时代背景下,审判机关和法官并无违宪审查的权力,通过违宪审查方式进行合宪性解释并不具有可行性。更何况,即使在违宪审查制度至为发达的美国,最高法院也主要是基于法院自身权威的考虑,为避免法院陷入复杂的政治问题难以作出裁决,或即使作出裁决也难以执行,从而使自己陷入尴尬境地,而奉行政治问题不可诉原则。^[25] 因此,本文意义上的合宪性解释仅是一种正向理解。

[20] 蔡定剑:《中国宪法司法化路径探索》,《法学研究》2009年第5期,第11页;黄松有:《宪法司法化及其意义》,《人民法院报》2001年8月13日B01版。

[21] 参见强世功:《宪法司法化的悖论——兼论法学家在推动宪政中的困境》,《中国社会科学》2003年第2期,第18-28页;蔡定剑:《中国宪法司法化路径探索》,《法学研究》2009年第5期,第11页。

[22] 张翔:《合宪性解释的两个面向——答蔡琳博士》,《浙江社会科学》2009年第10期,第60页。

[23] 黄卉:《合宪性解释及其理论检讨》,《中国法学》2014年第1期,第285页。

[24] 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105页。

[25] 参见蔡定剑:《中国宪法司法化路径探索》,《法学研究》2005年第5期,第121页。

就此而言,合宪性解释与违宪审查不同,它仅指在普通司法中的合宪性解释,即解释者在解释刑法文本时,应该使解释结论符合宪法的精神与意旨。这种意义上的合宪性解释主要是通过体系解释与目的解释来实现刑法文本的含义与宪法之精神、意旨是否相符。其中,体系解释意味着从法秩序一致性的视角,抹平刑法文本中与宪法相抵触的规范之棱角,使刑法解释的结论符合宪法文本的精神与意旨;而目的解释意味着从宪法规范之客观目的或立法原意出发去进行解释,以期能在发现规范内容的过程中,调整下位规范与上位规范的互动关系及贯彻同位阶规范之价值判断”。^[26] 因此,进行合宪性解释必然涉及对宪法文本的理解,即解释者在判断其他法律文本是否合宪或作出符合宪法文本精神与意旨的解释时,必然会以解释者对宪法文本及其意义的理解去进行解释,这就会使宪法解释的结论成为合宪性解释的衡量标准。

问题还在于,合宪性解释如何具体指导刑法教义学,尤其是当刑法条文与宪法性价值冲突时如何进行合宪性解释? 总体而言,司法适用意义上的合宪性解释包含如下三个逻辑相关的组成部分:(1)启动合宪性解释就表明解释结论之间存在矛盾。如果对违宪与合宪具有多种结论,就意味着有多种解释的可能。这是由规范之间的矛盾或解释方法与立场的差异所导致的,而解释立场与方法的差异则意味着不同解释者的价值立场不同,并且依照一般的法律解释方法有多种解释可能,个别的可能符合宪法意旨,而其他的则违背宪法意旨,这就需要选择一种符合宪法意旨的解释。(2)合宪性解释是普通法院的法官在具体案件审理过程中立足于宪法的精神与意旨,通过体系解释、目的解释等解释方法做出符合宪政理念的考量,将宪法的价值融合于整个部门法的适用之中。这就要求以公民的基本权利为“客观价值秩序”,或者说解释的基准,并重视宪法中的宪法性法益、人权原则、比例原则等对刑法条文之规范意义的制约意义,法官在解释刑法条文之规范含义与意义时,不得与宪法的价值与规则抵触。(3)当不同的解释结论发生冲突之时,刑法教义学应该把合宪性解释作为化解不同解释结论之间冲突的最终“裁决”标准,强化合宪性解释的最高性或终极性,这就形成了“文义解释——体系解释——历史解释——目的解释——合宪性解释”的解释位阶。^[27] 在这一解释位阶中,合宪性解释不但充当刑法解释标准之外的标准,而且把宪法的精神与理念融入到刑法解释之中,使宪法实施成为了现实。

合宪性解释的规范意义,正如我国台湾学者所归纳:(1)解释规则,指宪法相关规定应在法律解释时直接发生一定的影响,也就是在法律解释时,直接将其作为体系解释或者目的解释的一项规则;(2)冲突规则,指在数种可能的法律解释中应优先选择与宪法内容相符者。也就是说当法律解释出现多种解释可能性时,在相互冲突的几种解释中选择与宪法相一致的解释结论;(3)保全规则,指当法律有违宪疑虑而有数种解释可能性时,应选择“不违宪”的解释。也就是出于尊重立法的考虑,尽可能不把法律解释为违宪。如果对法律有几种解释,应选择认定其合宪,而避免对法律的违宪宣告,在这种意义上,合宪性解

[26] 蔡琳:《合宪性解释及其解释规则——兼与张翔博士商榷》,《浙江社会科学》2009 年第 10 期,第 56 页。

[27] 参见冀洋、王立强:《宪法对刑事司法的实体性控制——合宪性解释的方法论引入》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2013 年第 2 期,第 29 页。

释是对法律的“保全”。^[28]

上述三个层次的核心是:合宪性解释是解释者带有对宪法的理解而解释部门法规范,以满足宪法性法益保护的需要,并符合比例原则的要求。其中,解析规则是把宪法直接作为具体部门法解释时确定规范内涵的独立法源,冲突规则则是把宪法规范作为一种衡量标准,当部门法解释内部出现冲突时,把宪法规范作为选择正确解释结论的标准,而保全规则不过是一种合宪性解释的具体方式,其本质仍是一种符合宪法精神与意旨的立法解释。比如,将村委会中的特定人员解释为《刑法》第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员”,这从合宪性解释上说就是违宪的,因为村委会、居委会中从事某些公务的人员能否构成贪污、受贿罪的主体,首先应该受到刑法有关“国家工作人员”的形式规制,其次,还受到宪法中有关国家机关规定的形式制约。^[29]从这两个方面来看,我们都很难把村委会、居委会中从事某些公务的人员归类到“国家工作人员”的范畴。

不可否认,普通司法过程中的合宪性解释可能遭受的最大质疑是:与专业的宪法法院等违宪审查机构相比,普通法院或法官在法律背后公共政策的洞识、利益平衡的把握等方面阙如,在法律适用中进行合宪性解释无异于代为行使立法的职权。这些问题的确存在,但是,问题的存在,并不能否定合宪性解释的意义:

其一,宪法也是法律,也有法律实施与法律解释问题,对此,马歇尔大法官的观点颇具说服力,他认为,“宪法是根本法,但它首先是普通法,而解释和适用法律是法院的职权。如果法律违背了宪法,法院必须在冲突的规则中确定何者支配案件的判决。这是司法责任的根本所在。因此,法院有权解释宪法”。^[30]

其二,司法适用中的合宪性解释具有重要功能,并符合中国国情。司法适用中的合宪性解释立足于法治国原则以避免公权力侵犯私权利,并确保法秩序的一致性。对此,韩大元教授的观点颇具代表性,即“条文中的宪法向现实宪法的转化主要是通过宪法解释活动来实现的,当某种宪法条文与社会现实发生联系时就产生对条文的内容进行解释的必要性。特别是,当宪法规范与宪法现实发生冲突时宪法解释制度功能显得更为重要”。^[31]但如何实现这一功能,并使合宪性解释成为法官敢操作、也确实有效的解释方法,则必须结合中国国情进行改造,而不能完全因循国外的理论或实践。

其三,法官在刑法解释中使刑法文本的含义符合宪法的精神与意旨,乃是一种可行的路径,德国学者指出,“在根据法律目的进行解释时,法官总是将宪法的价值判断放在首位(符合宪法的解释),他虽然不得任意改变刑法规定的意思,但他必须尝试在法律规定的范围内与宪法规范保持一致”。^[32]在真正的违宪审查制度缺位的当下,法官能够以合宪性解释为法治国原则的实现尽绵薄之力,这何尝不是一种有益的制度选择。

[28] 参见苏永钦著:《合宪性控制的理论与实际》,月旦出版社1994年版,第84页;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3期,第112页。

[29] 参见齐文远、周详:《论刑法解释的基本原则》,《中国法学》2004年第2期,第122页。

[30] 转引自蔡定剑:《中国宪法司法化路径探索》,《法学研究》2005年第5期,第118页。

[31] 韩大元:《论宪法解释程序中的合宪性推定原则》,《政法论坛》2003年第2期,第3-4页。

[32] 转引自张翔:《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3期,第115页。

就此而言,作为重要的刑法实质解释方法,合宪性解释立基于法秩序一致性的考量,当刑法文本的规定与宪法相抵触时,主张刑法解释不与宪法的精神与原则发生冲突,即借助宪法教义学分析确保解释结论在符合刑法文义的同时,又能满足保护宪法性法益和比例原则的要求,从而揭示刑法实践中的各种宪法适用问题。

三 构成要件明确性原则与合宪性解释的范畴划分

哪些案件在规范适用中应该运用合宪性解释,进而这种区分的标准是什么,这是合宪性解释适用的首要问题。

罪刑法定作为现代刑法的基本原则,其基本要求之一就是明确性,即刑法文本尤其是刑法分则文本对具体个罪之构成要件的描述要达到明确性的要求,避免模糊的规范语言,其目的在于以成文的刑法规范限制司法恣意的空间。这就是刑法意义上构成要件的明确性原则。法谚“法律不明确,等于无法律”,就是从这种意义上说的。藉由构成要件中的明确规范,才能向一般国民公示,而使个人的行为具有可预测性,以发挥刑法的指引作用,同时也可以利用文义的明确表达限制法官的恣意解释。然而,由于语言本身的模糊性,同时立法者也经常使用规范性或价值判断性的文字表述,而使刑法解释不可避免;另一方面,如果立法过于空泛(比如,刑法文本中的“猥亵”等),而造成法官在适用中无法运用于具体个案时,则不符合构成要件的明确性原则。

何为构成要件明确性,国内学者并没有关注,国外学者的论述及有关国家和地区的制度实践对我们具有启发意义。法国学者主张构成要件的明确性“表示这样一种基本要求:规定犯罪的法条必须清楚明确,使人能够了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象”。^[33]我国台湾地区司法实践也明确了这一标准,并有所发展,司法院大法官释字第432号解释提出的审查标准为:立法者使用抽象概念者,“苟其意义非难以理解,且为受规范者所得预见,并可经由司法审查加以确认,即不得谓与前揭原则相违”。其后,释字第521号解释,亦采取上述标准。但释字第594号指出,“如法律规定之意义,自立法目的与法体系整体关联性观点非难以理解,且个案事实是否属于法律所欲规范之对象,为一般受规范者所得预见,并可经由司法审查加以认定及判断者,即无违反法律明确性原则”。此外,释字第690号也指出,“法律明确性之要求,非仅指法律文义具体详尽之体例而言,立法者于立法定制时,仍得衡酌法律所规范生活事实之复杂性及适用于个案之妥当性,从立法上适当运用不确定法律概念而为相应之规定。如法律规定之意义,自立法目的与法体系整体关联性观点非难以理解,且个案事实是否属于法律所欲规范之对象,为一般受规范者所得预见,并可经由司法审查加以认定及判断者,即无违反法律明确性原则”。^[34]可

[33] [意大利]杜里奥·帕多瓦尼著:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第24页。

[34] 参见台湾“司法院”令大法官释字第432号(1997年)、第521号(2001年)、第594号(2005年)和690号(2011年),资料来源于台湾“司法院”网站,网址:<http://www.judicial.gov.tw/>,访问日期:2014年8月15日。

见,大法官对构成要件的确切性采用的是综合性审查标准,即构成要件确切性是要求刑法规范不仅要能够为民众理解或依据社会通识加以甄别,为被规范的对象所能预见,而且可以经由司法审查加以确认。

应当说,重视构成要件的确切性原则,并且,在司法实践中确立构成要件确切性的审查标准,都是有根据的。毕竟,罪刑法定原则已经成为一项立法与司法原则,构成要件确切性原则作为罪刑法定原则题中应有之义,应当在立法与司法实践中予以贯彻落实。然而,在一个复杂多变的时代,期待立法者扮演“事前诸葛亮”来满足绝对意义上的法律确切性之要求,无异于一种对法律确切性之重要性寄予厚望的幻觉,正如赫伯特·哈特所指出,任何法律体系都具有这样的两面性:“确定的核心”与“疑问的伴影”。^[35] 在这种情况下,如果某一规范之明确内涵,可以通过司法解释或判例予以明确,则并不违背构成要件确切性原则。比如,德国宪法法院在审查旧刑法第360条第1项第11款对“胡作非为”的处罚规定是否违反构成要件确切性原则时指出,该刑法规定是德国刑法传统上的一部分,经数十年的司法案例积累,其概念已经足够精确。1851年《普鲁士刑法》第340条第9款已有相同规定,帝国法院在1880年4月27日的一项判决明确指出,并非任何对公共秩序与第三人权利的干扰,都构成“胡作非为”。1898年6月14日的判决则将“胡作非为”定义为一种重大不适当行为,直接滋扰或危害不特定之大众,同时表现出对公共秩序外部存续之损害或危害。此一限缩性解释,仍为当今一般人所公认、接受。^[36] 这种以司法判例方式明确刑法规范的含义,以避免刑法条文被宣告无效的方式,对我国具有借鉴意义。作为前提,中国虽然没有真正意义上的违宪审查制度,但并不意味着不需要合宪性解释,尤其是在十八届四中全会更加强调宪法实施与监督的时代背景下,如何以宪法中公民基本权利的规定,通过限缩解释的方法,压缩一些不明确条款所涉犯罪的犯罪圈,乃是我们要补的功课。

构成要件确切性原则对刑法解释具有区辨意义:即符合刑法确切性原则的刑法规范,乃属于刑法解释的范畴,包括立足于宪法性法益进行合宪性解释,不符合刑法确切性原则的刑法规范,乃属于立法修正或违宪审查的范畴,不可以进行合宪性解释。问题在于:刑罚越严重,立法者对构成要件就必须作更为明确的规定,但如果过于强调刑法之确切性要求,亦有过于僵化、琐碎,无法因应情势变迁的风险。那么,何种程度的确切性是绝对罪刑法定原则所包含,可以通过刑法解释予以明确的,以及何种程度的确切性是绝对罪刑法定原则所反对,必须通过违宪审查制度予以宣告无效的,或必须通过刑法修正案予以修正的。

这在刑法解释论上具有重要意义:一方面,对于符合相对罪刑法定原则要求的不确切性,法官可以综合运用文义解释、体系解释和目的解释等予以明确,以解决具体个案的刑法适用问题;另一方面,对于超出相对罪刑法定原则要求的不确切性,法官并不能通过类

[35] 参见姜涛:《后果考察与刑法目的解释》,《政法论坛》2014年第4期,第99页。

[36] 转引自许宗力:《论法律明确性之审查:从司法院大法官相关解释谈起》,载《台大法学论丛》2012年第41卷第4期,第1698页。

推解释等法续造方式予以明确,只能交由违宪审查机构进行违宪审查,或通过立法者以修正案方式予以明确或废除。在没有违宪审查制度的当下,刑法学家必须正确区分两者之间的界限,并给出不同的解释结论或处理结果,而不能混同适用,以至于给出违背法治国原则的解释结论。

不无遗憾的是,长期以来,学者们往往把构成要件的确切性原则视为刑法文本建构的基本原则,而没有将其纳入宪法学的视域,使这一原则与合宪性解释联系在一起。有论者就指出,“如果多一分法律规定与适用的明确性,就会少一分法官个人的主观意识、政治倾向、个人因素等对犯罪和刑罚的影响。除此之外,法律的内容越确定,才越有可能在保证公民有可能了解刑法规定真实内容的基础上,保障司法的平等,保障公民在刑事诉讼中的一系列合法权利的行使”。^[37] 问题在于,如果把构成要件的确切性原则作为刑法文本建构的基本原则,其约束力是十分有限的,因为其属于刑法文本内部的关系,而不涉及刑法与宪法之间的关系,这将会削弱宪法对刑法的制约力量。

刑法构成要件的确切性原则不仅是一个刑法问题,更是一个政治与社会问题,它处理的其实是国家权力与个体自由之间的界限,因而与宪法具有复杂勾连。一般认为,“法律明确性之要求,非仅指法律文义具体详尽之体例而言,立法者于立法定制时,仍得衡酌法律所规范生活事实的复杂性及适用于个案的妥当性,从立法上适当运用不确定法律概念或概括条款而为相应的规定”,“且其意义非难以理解,且为受规范者所得预见,并可经由司法审查加以确认”。^[38] 台湾地区“司法院”释字第 636 号也指出,基于法治国家原则限制人民权利的法律规定,必须清楚明确,让人民预先就能够知道,行为后在法律上会产生如何的效果,也让执法者有明确的标准可依,以保障规范目的的实现。^[39]

构成要件明确性原则乃在于限制司法权的恣意。在现代法治原则之下,立法是司法不可逾越的边界,通过这种以权制权的方式,预防权力拥有者利用权力变质、腐败。如果刑法中充斥着不明确条款,则会使法官无所适从,甚至利用所谓的自由裁量权为个人谋取利益。这将使刑法适用的难度增加,刑法适用的信度与效度下降。这种功能正如林子仪大法官所指出,“基于法治原则,宪法第二十三条法律保留原则之法律,应符合法律明确原则,以确保法律具有预先告知之要件,使受规范者对法律有预见可能性,同时亦可维护法律之安定性,并防止执法者恣意曲解法律而有执法不公之滥权情形,此亦为正当法律程序所要求”。^[40]

当然,构成要件明确性原则,只是从刑法的确定性角度,立足于“限制国家权力、保障公民自由”的法治理念,而对合宪性解释进行的形式论证。那么,对合宪性解释进行实质论证的根据是什么,这就涉及到了宪法性法益与合宪性解释的价值性论证、比例原则与合宪性解释的规则性证成问题。

[37] 陈忠林著:《意大利刑法纲要》,中国人民大学出版社 1999 年版,第 25-26 页。

[38] 参见张明楷:《刑事立法的发展方向》,《中国法学》2006 年第 3 期,第 32 页;王立志:《隐私权刑法保护之困境及因应》,《法学》2009 年第 8 期,第 111 页。

[39] 参见台湾“司法院”编:《守护宪法 60 年》,冠顺印刷事业有限公司 2008 年版,第 26 页。

[40] 我国台湾地区“司法院”林子仪大法官:《释字第 617 号解释不同意见书》。

四 宪法性法益与合宪性解释的价值性论证

从法学方法论上分析,法官活动之存在必须以提前预设法官活动的“依据”为前提。那么,法官只能做法律的“传声筒”,如“自动售货机”般输出法律,还是可以将宪法的精神与意旨融入到刑法规范适用中,以创设出新的法规范。这乃是刑法解释本质认识中法适用与法创造的分歧。

不难看出,法适用的主张乃是法律实证主义的基本观点,它是建立在法律无漏洞的基本假设之上的。法律实证主义认为,应当区别“实然法”和“应然法”,着重分析实在法的结构和概念,作为最重要分析活动之一的法律解释只是将抽象的法规范运用于具体个案的活动,法律解释不受解释者个人意志的影响,它是一种单纯的对法规范进行的认识或阐释活动,并根据逻辑推理来确定可适用的法。然而,随着社会转型时期社会生活的日趋复杂化以及价值判断的多元化,法实证主义假设的“法无漏洞”,在司法实践中总是遭遇难题,因为就算是再完备的立法,也不可能超前性地为未来生活中发生的具体案件预设处理决定。

也因此,在利益法学及其后发生的自由法运动中,法实证主义主张的“法律无漏洞”之预设受到了批判,法律解释不再被视为是逻辑涵摄下的法适用,而是在从抽象到具体的法适用过程中“填补法律漏洞”,或者说,“不是逻辑优先,而是生活的价值居首”。^[41]法官自由裁量重新被赋予新的使命,法官以其自由裁量权承担起法律漏洞补充的重任,而不是像自动售货机一样被动地形成裁决,重视法律解释中的实用主义。这是一种法学方法论的革命。

问题是,这个“生活的价值”是什么?笔者认为,只能是宪法性法益,即“在以个人及其自由发展为目标进行建设的社会整体制度范围之内,有益于个人及其自由发展的,或者是有益于这个制度本身功能的一种现实或者目标设定”。^[42]即刑法所保护的法益均来自于其他法律尤其是宪法所保护的利益,也就是说,刑法的不法与有责判断必须受到其他法律的限制。^[43]从这个角度,刑法的从属性是建立在刑法前秩序之上的,并且这种保护源自于其他法领域,尤其是宪法的保护,刑法解释必须考虑到宪法性法益。也因此,台湾地区学者许玉秀曾特别指出,“刑法所保护人民经营社会生活所需要的利益,必然是宪法认为必须予以保障的利益”。^[44]

[41] [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167页。

[42] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第15页;刘孝敏:《论法益侵害说与规范违反说之争》,《法学论坛》2005年第1期,第85页。

[43] 参见许玉秀:《水污染防治法的制裁构造》,载许玉秀:《主观与客观之间》,春风煦日论坛—刑事法丛书系列1997年版,第485页;林雍昇:《实质的刑法公务员概念——兼论职务犯罪之保护法益及不法内涵》,《律师杂志》2006年第316期,第72页。

[44] 许玉秀:《刑法规范的违宪审查标准》,苏俊雄教授七秩华诞祝寿论文集编辑委员会编:《民主、人权、正义:苏俊雄教授七秩华诞祝寿论文集》,元照出版公司2005年版,第402页。

宪法作为整体法秩序的一环,乃是现代法律解释中的重要客观法秩序,合宪性解释随之也被理解为,法官在解释刑法规范的含义时,必须与宪法的精神与意旨(尤其是宪法有关公民基本权利的规定保持一致),不可以恣意为之或在司法中贯彻“恶法亦法”,以避免法官“与魔鬼勾兑”的乱象。尽管,宪法也有少量明确具体的规范,但必须具有一定的开放性和不确定性,其多数规范属于所谓的“框架性秩序”,如《德国基本法》第 1 条第 1 款中所谓的“人的尊严”、中国《宪法》第 5 条规定的:“国家维护社会主义法制的统一和尊严”等。

因此,宪法规范往往首先表现为社会政治意义上的规范,而不是严格司法技术意义上的规范,宪法文本留出了太多的想象空间。但这并不能排除宪法规范是对国家基本法律秩序作出的根本性规定,是一种约束政治和公权力行使的规范和标准。^[45] 这使合宪性解释成为一种典型的法创造活动。

如前所述,追求唯一正解是刑法解释的目标,但分歧却成为了解释的常态。如何化解这种分歧,刑法学界往往诉诸于目的论解释。比如,有论者指出,“任何解释方法都或多或少包含了目的论解释。……在采用文理解释、历史解释、体系解释等方法不能得出唯一解释结论时,必须由目的论解释来最终决定”。^[46] 也有学者因此而强调目的论解释的终局性,比如,国内学者指出,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。^[47] 问题在于,目的论解释的标准是什么? 这不仅存在着主观目的与客观目的、立法目的与司法目的、整体目的与具体目的、明确目的与隐含目的等分歧,而且目的本身就存在着明显的主观化倾向,容易陷入“婆说婆有理、公说公有理”的纷争。以刑法学中争论的“生命权始于何时”为例,学者们的观点差异就很大,正如布莱克门所归纳的,“古希腊的斯多葛学派、犹太教和多数清教徒认为,生命始于出生;普通法认为,生命始于胎动;科学家有受精说、出生说或体外存活说等不同看法;天主教则认为,生命始于受孕”。^[48]

当一种解释发生分歧需要衡量标准时,这就需要另外的标准予以权衡,以约束它的“自命不凡”。这个在目的论解释中的其他标准就是宪法性法益,宪法性法益立足于法秩序的一致性,联结刑法与宪法规范,并构成了刑法目的论解释或化解冲突的标准。其实,在各国合宪性解释实践中,无论是对先例的突破,抑或对基本权利的创设,都使合宪性解释突破原旨主义的约束,^[49] 而开辟有创造性的合宪性解释途径。举例来说,《美国宪法》并没有提到隐私权,更没有把妇女堕胎的权利归类到隐私权的范畴,随之而来的问题是,

[45] 参见刘飞:《宪法解释的规则综合模式与结果取向——以德国联邦宪法法院为中心的宪法解释方法考察》,载《中国法学》2011年第2期,第77页。

[46] 张明楷:《刑法目的论纲》,《环球法律评论》2008年第1期,第21页。

[47] 参见陈兴良主编:《刑法方法论》,清华大学出版社2006年版,第187-205页;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。

[48] 方流芳:《罗伊判例:关于司法和政治分界的争辩——堕胎和美国宪法第14修正案的司法解释》,《比较法研究》1998年第2期,第7页。

[49] 学界最经常被援引作为原旨主义经典定义的是保罗·布瑞斯特的定义,即原旨主义是指应依据制宪者的意图或者宪法条文的含义来解释法律。参见张翔:《美国宪法解释理论中的原旨主义》,《山东社会科学》2005年第7期,第18-20页。

女性能否享有对其腹中胎儿说“不”的权利？同时，《宪法第十四修正案》所确立的未经正当程序而不可剥夺的个人自由是否包括妇女堕胎的自由，也并不明确。但在“罗伊诉韦德案”（*Roe v. Wade*）的司法判决中，^[50]却立足于第九修正案确认的“人民保留的权利”，把堕胎归入隐私权的范畴，并视之为公民的个人自由，^[51]因此，堪称为躲在“合宪性解释”面纱之下的“静悄悄的革命”。^[52]

在重视合宪性解释的国家，这种静悄悄的革命在司法实践中较为常见。比如，日本现行《劳动组合法》第1条第2款规定：“工会的团体协商，或其他的行为系为达成前项所揭之目的而为正当者，则适用《刑法》（明治40年法律第45号）第35条的规定。但在任何情况下，暴力的行使均不得解释成为正当的集体争议。”问题是，轻微干扰企业活动的暴力是否构成刑法上的暴行罪、强迫罪呢？对此，日本实务界普遍认为，罢工等集体争议如果对企业正常经营和管理秩序仅造成轻微的干扰，而并不涉及暴力，则不具有刑事违法性，属于行使《宪法》规定的团结权范畴。比如，昭和46年京都地院4号刑事判决书称：“表面上符合集体暴行罪的构成要件的行为，其实是基于行使宪法第28条所规定的集体团结权的行为，其目的正当，在手段上也无特别的恶劣性和粗暴性，应属于欠缺可罚的违法性。”同年，日本福冈地院第2号刑事判决称，为达到罢工的目的而在企业工作区域内示威游行，应当属于宪法所保障的团体权和集体争议权的行使，属于正当的集体争议。^[53]笔者认为，在解释刑法条文时，重视宪法有关公民基本权利的规定，当公民基本权利与刑法入罪的条文冲突时，法官立足于宪法性法益对入罪的标准作出限制解释，这是合宪性解释的题中之义，应该引起重视。

总之，刑法解释固然以法官为主体，但其不仅受制于法律文本规范语言的表达，而且取决于法律文本中隐性存在的规范保护目的，需要纳入宪法有关公民基本权利的范畴进行整体考量。因此，法官解释并不能恣意为之，而是要尊重宪法性法益。这就是在法律文本之外合宪性解释存在的价值所在。当然，这种价值性存在，会在实际操作中隐藏在比例原则的外衣下，从而使合宪性解释成为一种具有操作规则的方法。

五 比例原则与合宪性解释的规则性证成

刑法的目的是保护法益，既保护公民的合法权益不受犯罪的侵害，也保护公民的自由

[50] 案件的情况是：1969年，一位化名为杰内·罗伊的妇女在律师的帮助下向德克萨斯州限制堕胎的法令提出了挑战。该法令规定，除非因为维护孕妇的生命，州内一律禁止妇女实施堕胎手术，否则即为犯罪行为。罗伊主张，这一法令剥夺了她在妊娠中的选择权，并侵犯了《宪法第十四修正案》保障的“隐私权”。1973年1月22日，最高法院以6:3的多数意见裁定：德克萨斯州刑法关于堕胎犯罪的规定过于模糊，限制了妇女的选择权，侵犯了第十四修正案的正当程序条款所保护的自由。参见方流芳：《罗伊判例：关于司法和政治分界的争辩——堕胎和美国宪法第14修正案的司法解释》，《比较法研究》1998年第1期，第1-8页。

[51] 参见[美]伯纳德·施瓦茨著：《美国最高法院史》，毕洪海等译，中国政法大学出版社2005年版，第379-386页。

[52] 参见沈岷：《司法解释担负政治使命？》，《南风窗》2007年第18期，第18页。

[53] 参见姜涛：《集体劳资争议与聚众扰乱社会秩序罪的关系》，《环球法律评论》2012年第5期，第108-112页；姜涛：《集体劳资争议的刑事责任研究——以日本〈劳动组合法〉第1条第2款为中心》，《浙江社会科学》2011年第10期，第83-84页；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，第107页。

权免受国家刑罚权的侵害。^[54] 如何实现这一目标,则需要把比例原则作为刑法解释的边界,对构成要件的解释不能停留在法条的字面含义上,必须以保护法益为指导,使行为的违法性与有责性达到值得科处刑罚的程度。^[55] 当刑法条文可能包含了不值得科处刑罚行为的时候,借助于宪法意义上的比例原则,将单纯符合刑法文字但实质上不值得处以刑罚的行为排除在犯罪之外。^[56]

比例原则涉及国家权力与公民权利之间的关系,全面推进法治国家建设的关键是保障个人自由和限制国家权力,并正确处理两者之间的关系。在这种关系处理中,比例原则以其具体性、规范性和目的性的特点,已发展成为公法领域中一项帝王原则。比例原则把比较的因素限定为公权力和基本权,把衡平性作为目的,从而延展出了适当性、必要性与法益均衡性的比较基准。其中,适当性是欲达成目的与实现目的所采用手段之间的对称关系;必要性是指当存在多种实现目的的手段时,以何种标准来选择的问题;而法益均衡性则表明,当国家公共利益和公民个人自由发生冲突时,应如何权衡的问题。^[57] 那么,司法机关到底是如何将比例原则运用于合宪性解释的,这主要涉及四个基本范畴的规则性证成。

其一,个人自由与他人自由之间的关系。从宪法上分析,个人自由的行使必须尊重他人权利、社会公益等,这体现了比例原则的适当性。以诽谤罪为例,这一罪名是否属于言论自由的范畴,而给予司法意义上的除罪化呢? 台湾地区大法官释字第 509 号解释指出,言论自由是民众的基本权利,“宪法”第 11 条有明文保障,国家应该给予最大限度的维护,才能让国民实现自我、沟通意见、追求真理以及监督各种政治与社会活动。在保障言论自由之同时,为了兼顾对个人名誉、隐私及公共利益的保护,可以依照言论传播的模式,用法律对言论自由进行合理的限制。“刑法”第 310 条诽谤罪的制订,就是为了保障个人的利益免受他人侵害,有其必要性,符合“宪法”第 23 条规定的意旨。因此,“刑法”第 310 条第 3 项的规定符合“宪法”保障言论自由的意旨。不难看出,本号解释是针对刑法教义学上诽谤罪是否合宪的解释,个人的名誉权固然受宪法保护,但言论自由、新闻自由也是受宪法保障的权利,大法官在解释中确认,言论自由应在必要的限度内,可以依据法律给予相应的限制,以保障他人的名誉、隐私与公共利益。此外,本号解释也指出,诽谤罪的构成要件应该采用严格的认定标准,如能证明言论是真实的,或依照所提出的证据可以认定行为人有相当的理由确认言论内容为真实时,就不成立诽谤罪。^[58]

其二,公民自由与社会秩序之间的关系。公民自由与社会秩序之间的关系如何处理?

[54] 参见张明楷著:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 34 - 35 页;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 104 页。

[55] 参见张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010 年第 4 期,第 49 页。

[56] 参见张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010 年第 4 期,第 50 页;陈兴良:《形式解释论的再宣示》,《中国法学》2010 年第 4 期,第 28 页;王昭振:《刑法解释立场之疑问:知识谱系及其法治局限——一种法学方法论上的初步探讨》,《环球法律评论》2010 年第 5 期,第 12 页。

[57] 参见姜涛:《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,第 100 - 101 页;姜涛:《集体劳动争议中警察权介入的刑法问题》,《法学》2012 年第 6 期,第 83 页。

[58] 参见台湾司法院编:《守护宪法 60 年》,冠顺印刷事业有限公司 2008 年版,第 61 - 63 页。

这是刑法中的一个难题。刑法往往打着维持秩序的名义干涉公民自由,更凸显出比例原则的必要性。这在聚众淫乱罪中得以集中体现。自马饶海“换妻案”以来,聚众淫乱罪之存废引起了激烈争论。笔者曾立足于刑法学分析指出,“聚众淫乱罪是典型的‘秩序维持论’的产物,该行为因被扣上有伤社会风化的‘帽子’而被刑法管制。随着‘权利保障论’的异军突起,聚众淫乱罪必将走向消亡。但是聚众淫乱罪在中国目前还有一定的‘市场’基础,在聚众淫乱行为的去罪化上,应走一条‘先淡出,再退出’的路线。而‘淡出’表明,为了避免无根据的道德审判,应该理性定位刑法的范围:处罚组织者而不处罚参加者;处罚公开者而不处罚秘密者;处罚再犯者而不处罚初犯者”。^[59]其实,关于处罚公开者而不处罚秘密者的进一步理由是:如果立足于宪法的精神与理念分析,只要公民从事的行为没有伤害到其他公民的合法权益,也没有损坏国家与社会利益,这种行为就是公民自由的范畴。那么,多人基于相互同意而以不公开方式实施的性行为,与社会风化和秩序无关,更没有侵犯到其他公民的自由,将其定位为聚众淫乱罪,乃是一种不考虑公民基本权利的司法解释结论。当然,在没有违宪审查的我国,任何刑法条文都会进入司法,就都需要合宪性解释,对于那些有违宪之嫌的条款,合宪性解释尽管存在一定的障碍,但在日益重视法官独立的时代,法官应该立足于宪法中公民基本权利的规定,强化一种出罪解释,逐步使聚众淫乱罪成为“死亡”条款,最终借助于刑法教义学分析对立法的“倒逼”,即这种入罪的司法,违背刑法谦抑原则、比例原则、人权原则或效益原则等,促成立法者彻底废除聚众淫乱罪,从而走出一条不同于西方违宪审查制度的中国道路。

其三,国家权力与公民权利之间的关系。在法治意义上,限制国家权力,保障公民自由,成为公法基本的价值诉求,体现了比例原则的法益均衡性。随着我国经济转轨、社会转型的加快,公私之间、官民之间的紧张日益加剧,以致引发诸多经济性停工、怠工、罢工事件,这些罢工事件都与刑法中的妨害公务罪与聚众扰乱社会秩序罪之间具有一定的关联性。在美国,劳动者的罢工等集体劳资争议属于宪法规定的自由范畴。1940年在颂奚尔诉阿拉巴马州一案(Thornhill v. State of Alabama)中,联邦最高法院认为劳动者的纠察行为系为劳资争议的实现散布言论,系美国宪法修正案第一条及十四条言论自由保障的范围,在争议中,如若侵犯治安秩序、财产权或隐私权的危险并非急迫的,就不属于州法第3448条所规定之轻罪的范围。^[60]1973年在伊门斯一案(United State v. Enmons)中,美国联邦最高法院认为个别劳动者在劳资争议中所实施的轻微纠察侵害,并非福布斯刑罚令(Hobbs Act)起诉的对象。而1981年在松德生案(United State v. Thordarsons)中,也认定劳动者在劳资争议中发生的轻微伤害行为,不是刑法的调整对象。^[61]这对于分析罢工与妨害公务罪、聚众扰乱社会秩序罪之间的关系具有重要的启发意义,即应该立足于宪法中劳动者的权利规定,运用合宪性解释方法,对妨害公务罪与聚众扰乱秩序罪作出限制性解释。

[59] 姜涛:《刑法中的聚众淫乱罪该向何处去》,《法学》2010年第6期,第3页。

[60] See David P. Twomey, *Labor and Employment Law*, Stanford, Connecticut: Cengage Learning, 1989, pp. 210-211.

[61] See Donald R. Gitto, *Strike Violence: the NLRB's Reluctance to Wield it's Board Remedial Power*, 150 *Fodhem L. Rev* (1982), pp. 1396-1397.

其四,人权保障与刑罚强度之间的关系。死刑的存在与宪法规范上的人权保障或人性尊严是相抵触的。在宪法秩序下,我们有必要从保护人格尊严的角度来审视刑罚的目的和价值。生命必须被尊重,所以死刑并不是最好的刑罚制度,而能够为死刑废除提供解释根据的乃是宪法意义上的人性尊严或人权保障。因为国家权力的发动不能只求功利或实效,而是要从宪法规定的人性尊严或人权原则出发,禁止残忍与异常的刑罚,以在塑造犯罪治理空间的同时,体现现代刑罚文明。生命权的保障应该随着时代的进步而进步,与之对应,死刑制度也应该在合宪性解释的框架下得到有效规制。在立法还保留死刑的情况下,如何从解释论上正确把握死刑的适用条件,是合宪性解释中的重要议题。这大致涉及两个方面的问题:一是《刑法》第 48 条中的“罪行极其严重的犯罪分子”、“不是必须立即执行的”应该如何解释?二是《刑法》第 50 条规定的“如果故意犯罪,查证属实的,由最高人民法院核准,执行死刑”。这里的“故意犯罪”如何解释?就第一个问题而言,立足于宪法中对基本人权的保障,应该把司法意义上的死刑实质废除作为死刑案件解释的基本立场,只对罪大恶极的暴力型犯罪有限制地适用死刑。许多论者已经意识到,在司法上尽量减少死刑执行甚至废除死刑是一种可行的刑事政策选择,这不仅有限地发挥刑罚的威慑效应,也体现了对人性尊严的尊重。就第二个问题而言,由于《刑法》第 50 条的规定,在死缓考验期间,如果故意犯罪,查证属实的……。那么,这里的“故意犯罪”有无轻重之分?它是犯罪预备、未遂、中止抑或既遂?这都是典型的刑法解释问题,也是学界一直争论不休的问题。笔者认为,死缓因故意犯罪而被撤销,是一种“生死两重天”的结局,必须立足于宪法意义上的人权原则对死缓撤销的标准进行限制解释,同时,解释的效果应该达到“非特别严重故意犯罪,死缓不得撤销”的结果,从而在实质上把死缓作为死刑适用上原则性的必经程序,而把死缓因故意犯罪而被撤销作为一种例外现象。

六 余 论

合宪性解释是一种寻求法秩序一致性的解释方法,只有那些以某种具体和贴切的方式将宪法与刑法完美结合在一起的刑法解释,才可以被称之为“解释之冠”。尽管,我国尚没有真正建立符合中国国情的违宪审查制度,但并不意味着宪法对刑法的制约只具有口号意义。相反,立足于法秩序一致性,刑法解释必须处于法规范体系之中,与宪法规范相结合进行,强化合宪性解释,要求适用者必须对刑法规范进行符合宪法精义的解释,在刑法解释中遵循宪政意义下以权利限制权力的理论逻辑,并不得违反宪法的规定、原则和精神,尤其是这种解释不得侵犯宪法规定的公民基本权利,以彰显刑法的自由保障机能:一方面,在刑法规范与宪法规范发生冲突之时,应该通过刑法解释,使刑法文本的内涵符合宪法的精神与意旨;另一方面,在不同的刑法解释结论发生冲突或竞合之时,应该选择一种更加符合宪法规范的刑法解释。在人权保障程度不高但又着力倡扬人权保障的未来中国,合宪性解释必将大有用武之地,它可以在法律解释的体系解释、目的解释以及法外续造中应用。此处,宪法还可提供解释者理论讨论的根据,并“逼迫”其小心求证。

在当前法律体制和宪法、司法情状之下,合宪性解释在司法中是否真正能很好地得以

进行,这可能是本文遭受到的最大危机。在笔者看来,即使中国没有西方意义上的违宪审查制度,也不能因为制度上的差异而否定合宪性解释的意义。不可否认,在建立违宪审查制度的国家和地区,合宪性解释主要在违宪审查中运用。但是,我们应认识到,合宪性解释仅是一种解释方法,服务于我们需要达成的目的,即正确处理宪法与刑法等部门法之间的关系,维护宪法的权威,从而使部门法的规定顺应时代发展需要。作为方法,我们可以在违宪审查中运用,也可以在法官处理具体案件中运用。事实上,这种不同的选择并没有优劣之分。在十八届四中全会之后,不仅如何加强宪法实施成为重要的法治议题,而且强化法官独立与提高法官素质,也成为未来法治建设的重要保障,这就为合宪性解释的运用奠定了法治与组织基础。在法律全球化的时代,法学理论发展要面向未来。这种法教义分析必须在刑法与宪法的“关系网络”中,勇担“保障公民权利、限制国家权力”的重任。既如此,合宪性解释就是不可避免的。

[本文受“江苏高校优势学科建设工程资助项目”(PAPD)和国家社科基金项目“刑事政策制约刑法解释的理论建构与制度实践研究”(项目编号:13CFX045)资助。]

[**Abstract**] As an important method of interpretation based on the consideration of legal order consistency, constitutional interpretation insists that the interpretation of criminal law should not go against the principle and spirit of constitution, thus revealing various problems in the application of the constitution in criminal practice. The principle of definiteness of constitutive requirements is a tool of theoretical analysis used to define the category of constitutional interpretation. It has a space for application only in areas in which indefinite norms exist and the principle of definiteness of constitutive requirements should be complied. As a value demonstration activity, constitutional interpretation must be based on the legal interests of constitution and offer the best reasons to support the probative force of interpretative conclusions, so as to ensure the legality of criminal interpretation. And the principle of proportionality, by dealing with the interest relationships between civil liberty and the rights of others, between civil liberty and social order, and between state power and human rights in accordance with the standards of legitimacy of objective, necessity of the measures, and balance of legal interests, constitutes the regulatory justification of constitutional interpretation.

(责任编辑:王雪梅)