

刑法体系的合宪性调控

——以“李斯特鸿沟”为视角

张 翔*

内容提要：国家刑罚权的控制也是宪法学课题，有必要将刑法学理置于宪法教义学的观察之下。刑事政策与刑法体系的区隔（“李斯特鸿沟”）具有宪法意义。刑事政策并非外在于实证法，其应该以宪法为实质来源。刑事政策的宪法化有助于消除刑事政策的模糊性，缓和其对实证法体系的冲击，补强其批判立法的功能。应该构建具有宪法关联性、以基本权利为核心的法益概念，使其兼具解释和批判立法的功能。刑罚制度的政策性调整应当接受比例原则的审查。基于此，有关刑法修正案（九）中扰乱国家机关工作秩序罪的设立、严重贪污受贿犯罪可适用终身监禁等争议问题的刑法学分析，可以得到宪法教义学的补强与回应。可以说，两个学科共同承担着对刑法体系的合宪性调控任务。

关键词：罪刑法定 刑事政策 法益的宪法关联性 合宪性解释 比例原则

一、问题的提出

“原则上讲，所有刑法问题都可以从宪法角度来解释”。^{〔1〕}我国法学界对宏观上的刑法与宪法关系论述颇多，但此种论说以价值宣示为主，对刑事立法和司法的具体实践缺乏直接意义。在微观层面，对具体的刑法教义学争议问题，宪法学者已有涉足。^{〔2〕}在具体争议中进行个别权利的思考，是宪法学惯常的研究思路。这种研究是对刑法体系输出结果的合宪性判断，其对刑法一般原理脉络的把握往往不足，容易给刑法学者以无章法的“局外论事”的印象。宪法学界和刑法学界对对方学理体系和思考框架的隔膜，会造成在限制国

* 中国人民大学法学院教授。

本文写作受到国家万人计划青年拔尖人才项目的支持。

〔1〕 [德] 洛塔尔·库伦 《论刑法与宪法的关系》，蔡桂生译，《交大法学》2015年第2期，第158页。

〔2〕 例如白斌 《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；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期；白斌 《宪法价值视域中的涉户犯罪——基于法教义学的体系化重构》，《法学研究》2013年第6期；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；杜强强 《论宪法规范与刑法规范之诠释循环——以入户抢劫与住宅自由概念为例》，《法学家》2015年第2期；张千帆 《刑法适用应遵循宪法的基本精神——以“寻衅滋事”的司法解释为例》，《法学》2015年第4期。

家权力、保障人权的立宪主义目标上，难以形成合力。

笔者尝试，在中观层面，将刑法学的重要理论置于宪法教义学的观察之下，并在刑法规范与学理现状的基础上，思考国家刑罚权的界限问题；在尊重刑法学既有学理的前提下，探讨刑法体系的合宪性调控，并寻找刑法学和宪法学的沟通渠道，以形成整体法教义学的体系融贯。⁽³⁾一国的法律体系应当具有融贯性，而现代宪法构成法律体系的规范基础和价值基础，各部门法的规范与学理更有向宪法调整之必要。同时，宪法学也必须充分考量部门法固有体系的稳定性与科学性，并有选择地将部门法的成熟学理接受为宪法的具体化方案。这种“交互影响”下的调整⁽⁴⁾并不容易。例如，在德国，联邦宪法法院未能充分接受刑法学中成熟的法益保护理论，从而在“血亲相奸”案⁽⁵⁾的处理上引发了德国刑法学界的强烈不安。⁽⁶⁾对于中国法学体系的建构而言，接纳此种具有前瞻性的“整体法教义学”视角，在某种意义上也是一种后发优势的体现。这也是本文写作的重要考虑所在。

本文的研究以刑事政策与刑法体系的关系为切入点。一方面，刑事一体化、刑法教义学与刑事政策学的整合，是我国刑法学界的理论热点。另一方面，在我国刑法体系的发展中，刑事政策的影响越来越明显。例如，刑法修正案（九）的诸多内容具有强烈的刑事政策色彩，包括：死刑罪名的削减，刑罚执行制度的改革，加大对贪污贿赂犯罪的打击力度，增设有关恐怖活动、网络安全、扰乱国家机关工作秩序等方面的罪名，以及将民事行政违法行为纳入刑事制裁，等等。⁽⁷⁾同时，在刑法的适用中，基于特定政策性考量而对非法经营罪、寻衅滋事罪等“口袋罪”进行宽泛解释，也引发了公众的焦虑。对于这些，都有从宪法层面予以评价的必要性和紧迫性：应如何对刑事政策引导下的国家立法进行合宪性调控，应如何对待刑事司法中的政策因素和宪法因素，都是宪法教义学必须回答的问题。

本文尝试理解和评述刑法学者关于刑事政策与刑法体系一般关系的观点，探讨将刑事政策这一“法外因素”纳入宪法秩序，以控制刑事立法和刑事司法中可能出现的模糊和任意；通过法益内涵的宪法化、对刑罚权的比例原则审查等路径，探讨宪法教义学对刑法学的可能助力，并重点回应刑法修正案（九）中的两个具体争议问题：扰乱国家机关工作秩序罪的设立和严重贪污受贿犯罪可适用终身监禁。

二、“李斯特鸿沟”的宪法意义

刑事政策与刑法体系的关系是当下中国刑法学的重要议题，在相关讨论中，德国刑法学者罗克辛所概括的“李斯特鸿沟（Liszsche Trennung）”成为术语焦点。“李斯特鸿沟”是对刑事政策与刑法教义学区隔状态的描述。在一个学科内存在“鸿沟”是令人难以忍受

(3) 参见雷磊《融贯性与法律体系的建构——兼论当代中国法律体系的融贯化》，《法学家》2012年第2期。

(4) 此种融贯性有赖宪法规范与部门法规范之间的“诠释循环”和“相互动态调适”。杜强强指出：“一国法律秩序本是一个动态的规范体系，对法律的解释需要考虑到宪法的规定，而对宪法的解释岂能无视普通法律的规定？法律解释者负有义务将宪法与下位阶法律规范互为动态调整而维持法律体系的和谐。”前引〔2〕，杜强强文，第26页。

(5) BVerfGE 120, 224.

(6) 参见〔德〕克劳斯·罗克辛《对批判立法之法益概念的检视》，陈璇译，《法学评论》2015年第1期，第57页。

(7) 参见齐文远《修订刑法应避免过度犯罪化倾向》，《法商研究》2016年第3期。

的,从而各种“沟通”、“跨越”的努力就在所难免。⁽⁸⁾即使是认为跨越“李斯特鸿沟”是“一场误会”的学者,也同样主张“需要积极推动中国刑法学向刑法教义学转型,努力建构起一个可以接受刑事政策的引导但同时又能对刑事政策的考量进行有效约束的刑法体系”。⁽⁹⁾然而,在谋求贯通“李斯特鸿沟”的共识之下,却依然有必要追问:李斯特何以有意区隔刑事政策与刑法体系?刑法学者对此已有深入分析,但在笔者看来,“李斯特鸿沟”的存在有其宪法意义,对于当下中国而言,这一宪法意义仍然值得深思并坚持。

“李斯特鸿沟”的命题表述为“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”,⁽¹⁰⁾或“罪刑法定是刑事政策不可逾越的藩篱”。⁽¹¹⁾李斯特认为,对社会失范行为的刑法处理必须严格依据刑法的明文规定,受司法方法的严格限制,避免刑事政策的影响。然而,作为一名刑法学者,他的论证理由却是宪法性的。李斯特指出,与刑事政策取向于实现刑法的社会任务不同,刑法的司法意义在于“法律的平等适用和保障个体自由免受‘利维坦’的干涉”。⁽¹²⁾正是在此意义上,刑法要为叛逆的个人提供保护,刑法是“犯罪人的大宪章”。⁽¹³⁾而刑法学的任务就是“从纯法学技术的角度,依靠刑事立法,给犯罪和刑罚下一个定义,把刑法的具体规定,乃至刑法的每一个基本概念和基本原则发展成完整的体系”。⁽¹⁴⁾这就是刑法教义学的工作,其中刑事政策、价值判断被谨慎地予以限制。李斯特将此称为刑法的“法治—自由”机能,⁽¹⁵⁾彰显的正是其宪治功能:(1)在限制国家权力的层面,李斯特这样论证“法制确定了国家权力的界限;它规定了国家意志得以实现的范围,以及国家意志干预其他法律主体的意志和范围,比如要求其做什么,不做什么。它确保自由、自愿、禁止专断”。⁽¹⁶⁾拉德布鲁赫也指出:“(刑法)的目的不仅在于设立国家刑罚权力,同时也要限制这一权力,它不只是可罚性的源由,也是它的界限”。⁽¹⁷⁾(2)在保障人权的层面,李斯特指出“不得为了公共利益而无原则地牺牲个人自由。尽管保护个人自由因不同历史时期人们对国家和法的任务的认识不同而有所不同,但是,有一点是一致的,即在法制国家,只有当行为人的敌对思想以明文规定的行为表现出来,始可科处行为人刑罚。”⁽¹⁸⁾拉德布鲁赫也指出:“(刑法)不仅要面对犯罪人保护国家,也要面对国家保护犯罪人,不单面对犯罪人,也要面对检察官保护市民,成为公民反对司法专横和错误的大宪章”。⁽¹⁹⁾

限制国家权力、保障人权正是现代宪法的核心精神。也正是在此宪法意义上,李斯特

(8) 例如劳东燕《罪刑规范的刑事政策分析——一个规范刑法学意义上的解读》,《中国法学》2011年第1期;劳东燕《刑事政策与刑法体系关系之考察》,《比较法研究》2012年第2期;劳东燕《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,《政法论坛》2012年第4期;陈兴良《刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通》,《中外法学》2013年第5期;杜宇《刑事政策与刑法的目的论解释》,《法学论坛》2013年第6期。

(9) 邹兵建《跨越李斯特鸿沟:一场误会》,《环球法律评论》2014年第2期,第123页。

(10) 转引自[德]克劳斯·罗克辛《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第3页。

(11) 前引[8],陈兴良文,第975页。

(12) 前引[10],罗克辛书,第4页。

(13) 同上。

(14) [德]李斯特《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,第3页。

(15) 前引[10],罗克辛书,第4页。

(16) 前引[14],李斯特书,第7页。

(17) [德]拉德布鲁赫《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第96页。

(18) 前引[14],李斯特书,第23页。

(19) 前引[17],拉德布鲁赫书,第96页。

认为罪刑法定原则本身就具有刑事政策功能。“只要我们在努力追求，对孤立的公民对抗国家权力恣意独裁的自由提供保护，只要我们还恪守罪刑法定原则，那么，按照科学的基本原则进行法律解释的严谨方法，也就同时贯彻了其高度的政策意义”。⁽²⁰⁾于此，罪刑法定“高度的政策意义”正是宪法性的法治原则和自由原则。在德国学者看来，起源于启蒙运动的罪刑法定原则是“维护自由的工具”，“在‘驯化至高无上的主权’这条唯一独特的欧洲之路上，罪刑法定原则就是它发起和保护的措施之一”。⁽²¹⁾罪刑法定最早在实定法上的规定就来自《人权宣言》等宪法性文件。可以说，现代立宪主义从来都以罪刑法定作为其最基本的内容，⁽²²⁾因为“罪刑法定原则的核心目的就是限制司法擅断，从而限制国家权力”。⁽²³⁾基于此，我们甚至可以认为，严格依据刑法进行的刑法教义学工作也具有宪治功能。这是因为，刑法教义学的体系越是严谨、细密，越是排除刑法之外的其他因素，越是为法官判案提供确定指引，就越能控制国家权力的恣意，越有利于保障自由。

我国刑法学者对罪刑法定原则的宪法意义有深刻理解。⁽²⁴⁾1997年刑法修改最终确立罪刑法定原则、取消类推，应该被看作是由刑法学者作为主要推动力而进行的一项宪治建设（作为罪刑法定上位原则的法治原则在宪法中的确立，反而是在略晚的1999年）。在此之后，刑法学界接受了“法律不是嘲笑的对象”的观念，⁽²⁵⁾刑法学术的重心从立法论转向解释论，刑法教义学开始走向繁荣，这都与具有宪治价值的罪刑法定原则的确立有直接关系。关于刑事政策与刑法体系关系的集中讨论，也是出现在这一宪治建设的背景之下。

理解“李斯特鸿沟”的宪法意义，归根到底要基于我国法治建设的现实。李斯特强调“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”，本质上是对形式法治的坚守。“毫无疑问，罪刑法定主义承担着法治国的边界坚守之任务。罪刑法定主义兼具实质理性与形式理性，旨在为实质正义的追求划定最低限度的形式正义之底线。”⁽²⁶⁾形式法治意味着：即使国家可以决定法律的内容，它也必须遵守这些由它制定的规则；国家对人民权利和自由的限制，必须有明确的法律依据。形式法治让人们预先了解到，国家在何种情况下将采取何种行动。这种规则是公开的和具有一般性的，并不考虑特定的时空与人的因素。这种形式一致性使得法治天然具有遏制公权力专横和保障个人自由的功能。中国的刑事法治仍然面临着古典自由主义的命题，也就是防止法外恣意、限制国家刑罚权的任意发动。⁽²⁷⁾所以，“真正的李斯特

(20) 转引自前引〔10〕，罗克辛书，第4页。

(21) [德]埃里克·希尔根多夫《德国刑法学——从传统到现代》，江溯、黄笑岩等译，北京大学出版社2015年版，第198页。

(22) 与此类似，近代民法确立的私法自治等原则也有宪法功能。参见易军《“法不禁止皆自由”的私法精义》，《中国社会科学》2014年第4期；石佳友《治理体系的完善与民法典的时代精神》，《法学研究》2016年第1期。

(23) 前引〔21〕，希尔根多夫书，第217页。

(24) 例如陈兴良《刑法的宪政基础》，载北京大学法学院编《法治和良知自由》，法律出版社2002年版；劳东燕《罪刑法定的宪政诉求》，《江苏社会科学》2004年第5期；梁根林《刑事政策：立场与范畴》，法律出版社2005年版，第180页以下；刘树德《宪政维度的刑法新思考》，北京大学出版社2005年版，第5页以下；赵秉志、王鹏祥《论我国宪法指导下刑法理念的更新》，《河北法学》2013年第4期。

(25) 参见张明楷《刑法格言的展开》，法律出版社1999年版，第1页。

(26) 前引〔8〕，杜宇文，第80页。

(27) 参见劳东燕《刑法解释中的形式论与实质论之争》，《法学研究》2013年第3期，第137页。

鸿沟，旨在坚守形式理性、恪守罪刑法定，不能也不应被跨越”。⁽²⁸⁾

我国宪法第5条第1款规定“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”从“社会主义法治国家”的表述来看，我国宪法中的法治原则具有实质法治的内涵，⁽²⁹⁾但对此条文的解释，还涉及对实质法治与形式法治关系的认识。“如果一个不纠缠伦理争议的、内容有限的、最低程度的形式法治都无法实现，实质法治的各种宏大价值诉求就更没有实现的机会。……在具体争议的解决层面，实质法治观使得法律判断承担了过多政治判断、社会判断和后果裁量的负担，不仅无法完成，还影响了法律判断的可预期性、处断一致性和稳定性，最终损害了法治”。⁽³⁰⁾尽管我国宪法的规定体现的是实质法治的内涵，但我们必须意识到形式法治具有更为基础的意义。正因为如此，我们必须认真对待“李斯特鸿沟”，重视其限制国家权力、保障人权的宪法意义，而应警惕轻言跨越这一“鸿沟”所可能导致的宪法风险。特别是，刑事政策总是指向“同犯罪进行的预防性斗争”，这与刑法体系取向“宽容地保护自由”是存在紧张关系的。⁽³¹⁾因此，尽管主张要在刑事政策与刑法体系之间架设桥梁，但陈兴良依然提醒道“罪刑法定原则在刑法中确立不久，尚未深入人心，李斯特体系还是具有现实意义的”。⁽³²⁾在我国，植根未深的罪刑法定原则还面临诸多挑战，包括刑法明确性的不足、“口袋罪”的存在、刑法解释的开放性，等等。⁽³³⁾此时，重视形式理性，谨慎对待政策性因素，是合乎立宪主义精神的妥当考虑。

认识到“李斯特鸿沟”的宪法意义，我们也就获得了从宪法角度重新观察的可能。尽管在刑法学者眼中，刑事政策与刑法可能是对立却需要沟通的，但从宪法教义学的角度看，二者都被笼罩在宪法之下，体现的是宪法的价值体系在不同阶段、不同层次对刑法秩序的影响。笔者认为，在此意义上，“李斯特鸿沟”的贯通也应当是宪法教义学助力下的法律技术操作。

三、刑事政策：超越实证法抑或基于宪法

(一) 刑事政策的“超实证法”形象

在罗克辛看来，李斯特体系不可避免地会导致体系正义与个案正义的冲突。李斯特强调实证主义的体系思维，谋求以一个完备、封闭的刑法规范体系（基于实证法的教义学体系），保证对一切细节（通过一定程度的抽象）的预先设定，使得刑事司法不再存在偶然和专断。此种体系思维对法治而言是必要的：以一套可靠的法律技术使法律追求的价值目标得以体系化地实现，为法律问题的解决提供普适模式，并让这些模式得以长期贯彻，从而达到稳定性与可预见性的法治目标，这正是法学必须承担的社会任务。然而，罗克辛担心，“教义学中这种体系化的精工细作是否会导致深奥的学理研究与实际收益之间产生脱节”。⁽³⁴⁾

(28) 前引〔9〕，邹兵建文，第123页。

(29) 宪法秩序中法治原则的内涵如何，对刑事政策与刑法体系的关系有直接影响。例如，罗克辛关于沟通刑事政策与刑法体系的努力，就将宪法上的“自由法治—社会法治”、行政法上的“干预行政—给付行政”的变迁作为背景。参见前引〔10〕，罗克辛书，第11页。

(30) 张翔《形式法治与法教义学》，《法学研究》2012年第6期，第7页。

(31) Vgl. Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil. 4. Aufl., 2006, S. 228.

(32) 前引〔8〕，陈兴良文，第1000页。

(33) 参见劳东燕《罪刑法定的明确性困境及其出路》，《法学研究》2004年第6期。

(34) 前引〔10〕，罗克辛书，第6页。

“若刑事政策的课题不能够或不允许进入教义学的方法中，那么从体系中得出的正确结论虽然是明确的和稳定的，但是却无法保证合乎事实的结果。”⁽³⁵⁾于此，法学的两种基本思维模式——体系主义和个案推论主义⁽³⁶⁾——的紧张也映射于刑法领域。在体系正义与个案正义之间，在保卫自由与保卫社会之间，刑法的思考接纳后果考量、实质价值考量就成为必要。因此，尽管罗克辛认为“主张放弃体系的想法是不严肃的”，但他也认为法律科学如果只考虑实证法律规则的概念分析和体系建构，把刑法的社会内涵和目的等刑事政策当作“不属于法律人探讨的事情”，⁽³⁷⁾是错误的。实证主义的体系思维会导致刑法学和刑事政策的对立“在教义学上是正确的东西，在刑事政策上却是错误的，或者在刑事政策上正确的东西，在教义学上却是错误的”。⁽³⁸⁾因此，“只有允许刑事政策的价值选择进入刑法体系中去，才是正确之道，因为只有这样，该价值选择的法律基础、明确性和可预见性、与体系之间的和谐，对细节的影响，才不会退到肇始于李斯特的形式—实证主义体系的结论那里。法律上的限制和合乎刑事政策的目的，这二者之间不应该互相冲突，而应该结合到一起”。⁽³⁹⁾据此，罗克辛谋求将刑事政策纳入刑法，形成体系性统一。

对于将刑事政策引入刑法教义学，中国刑法学界也有基本共识。黎宏认为“刑法的刑事政策化已经成为当今我国刑法学发展的大趋势”；“所谓‘刑法的刑事政策化’，就是在刑法的制定和适用过程中，考虑刑事政策，并将其作为刑法的评价标准、指引和导向。”⁽⁴⁰⁾劳东燕认为“将刑事政策引入刑法教义学的研究之中，代表着刑法理论发展的走向。将刑事政策弃之不顾的做法，已经难以获得基本的正当性，缺乏刑事政策这一媒介，不仅刑法与社会现实之间的联系通道会全面受阻，刑法教义学的发展也会由于缺乏价值导向上的指引而变得盲目。”⁽⁴¹⁾陈兴良认为，任何法律都不是完美无缺的，对于刑法规定的概然性与粗疏，有必要以刑事政策进行价值补充；特别是在刑法无法一一列举超法规的违法阻却事由的情况下，通过“目的性手段限缩”来限定处罚范围这种“罪刑法定原则限度内的刑事政策填补”是值得认同的。⁽⁴²⁾

值得注意的是，刑法学者眼中的刑事政策似乎具有某种“超实证法”形象。在前面引述的论证中，我们可以看到这样的表述：刑事政策“不属于法律人探讨的事情”、“超法规的违法阻却事由”、刑法“基本的正当性”、“价值导向”。劳东燕有这样的表述“在刑法解释中，为确保刑法规范的开放性，有必要赋予其合乎时代精神与现实需要的价值判断，包括引入超越实证法范围的价值判断。教义学本质上涉及的是价值判断的规范化问题，具有将价值判断问题转化为法解释技术问题的功能。在法教义学层面，基于罪刑法定的制约，

(35) 前引〔10〕，罗克辛书，第7页。

(36) 法学的思维模式可以分为体系主义和个案推论主义两种，后者也就是所谓“问题探讨法”(topische Methode)，是对体系思维的反思和补充。参见颜厥安《规范、论证与行动》，台湾元照出版公司2004年版，第13页以下；舒国滢《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式》，《法学研究》2005年第3期。

(37) 参见前引〔10〕，罗克辛书，第10页。

(38) 同上书，第14页。

(39) 同上书，第15页。

(40) 黎宏《论“刑法的刑事政策化”思想及其实现》，《清华大学学报》2004年第5期，第42页。

(41) 劳东燕《罪刑规范的刑事政策分析——一个规范刑法学意义上的解读》，《中国法学》2011年第1期，第127页。

(42) 参见前引〔8〕，陈兴良文，第1000页。

只有部分法外的价值判断能够实现向法内价值判断的转换。概括性条款与规范性构成要件要素充当着法教义学与法外价值判断之间的联结点，描述性构成要件要素也并非与法外的价值判断无涉。”⁽⁴³⁾不难看出，在劳东燕的眼中，刑事政策及其价值判断具有相对于实证法的外部性。⁽⁴⁴⁾卢建平认为“在宏观上，政策应优位于法律。不是指法律位阶，因为政策本身不是法律，所以不能置于法律效力之位阶体系的评价中”。⁽⁴⁵⁾这更是明确认为刑事政策是法外因素。

(二) 宪法作为刑事政策的实质来源

笔者发现，尽管罗克辛是相关讨论的重要来源，但在他那里刑事政策却不是超实证法的。罗克辛从犯罪论体系的改造来谋求“刑事政策和刑法之间的体系性统一”，他认为这一任务“也同样是我们的法律体系在各个领域所共同面对的任务”。⁽⁴⁶⁾他的思考显然并不局限于刑法，而是以整体法秩序为背景。关于犯罪论体系改造的具体方案，罗克辛有这样的论述“罪刑法定原则的前提、利益对立场合时社会进行调节的利益衡量和对于刑法之目的探求，就是我们所常见的各个犯罪类型的刑事政策之基础。这其中有两个部分，亦即构成要件理论和罪责理论，被解释成是刑法中特有的规则，而违法性领域，人们则要贯彻和履行整体法秩序的任务。按照这一原则，正当化事由可以产生于任何法律的领域，这样，刑法才和其他的法律领域相衔接，并形成统一的法秩序。”⁽⁴⁷⁾这里，罗克辛特别强调了违法性阶层的刑事政策考量，⁽⁴⁸⁾而此种考量是来自整体法秩序的。刑法“干预权是源自整个法的领域的”，“不受罪刑法定原则影响的其他法领域的发展变化可以在正当化事由方面直接影响到案件是否可罚，而并不需要刑法做出同步修改”。⁽⁴⁹⁾因此，不能一看到刑事政策，就将其认作法外因素。杜宇从刑法目的性解释的角度，分析了刑事政策对刑法教义学的影响。他认为“违法性阶层的政策性任务就在于：站在统一的法秩序之立场，对刑法与其他法域、一般社会领域间可能的价值冲突予以协调”。⁽⁵⁰⁾这里的“其他法域”当然意味着民法、行政法等为刑法的违法性判断提供标准，也意味着这些部门法为犯罪行为提供正当化事由。⁽⁵¹⁾

(43) 劳东燕《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》，《政法论坛》2012年第4期，第30页。

(44) 从最近的研究看，劳东燕开始更多地认识到刑事政策的宪法关联性。在最新的关于法益衡量的研究中，她认为“有必要引入法治国的基础利益这样的概念，并以宪法所确立的基本价值为中心来展开对其的理解”；“对具体的制度利益的解读，既要超脱于对当事各方现实法益的考量，又要以法治国的基础利益（尤其是宪法基本权利）所彰显的价值作为必要的指导”。劳东燕《法益衡量原则的法教义学检讨》，《中外法学》2016年第2期，第378页，第380页。

(45) 卢建平《刑事政策与刑法关系的应然追求》，《法学论坛》2007年第3期，第59页。

(46) 参见前引〔10〕，罗克辛书，第16页。

(47) 同上书，第22页。

(48) 实际上，在其他犯罪成立要件阶层也存在刑事政策考量。比如，就构成要件而言，其政策考量就是明确化，也就是要让构成要件的表述尽可能清楚，具有明确的行为指导功能。这一点体现的正是宪法层面的法律明确性原则（参见前引〔10〕，罗克辛书，第28页以下）。构成要件阶层的刑事政策考量，除了此一形式层面，也有学者认为，在此一阶层仍然可基于刑事政策而予以实质化（参见前引〔8〕，陈兴良文，第986页）。

(49) 前引〔10〕，罗克辛书，第39页。

(50) 前引〔8〕，杜宇文，第78页。

(51) 罗克辛指出，“绝大多数正当化根据都来自其他法领域”，“从刑法中产生出来的正当化根据却是很少的，并且通常还被其他法领域所采用”。前引〔31〕，Roxin书，第615页。

关照整体法秩序的政策性考量当然必须建基于宪法，因为宪法是一国法秩序的基础。德国联邦宪法法院指出，国家的法秩序必须是“在实质上和形式上都符合宪法的合宪法秩序（verfassungsmäßige Ordnung）”，这正是个人的“一般行为自由”之边界所在。⁽⁵²⁾ 刑事政策的宪法基础也为罗克辛所强调。他认为，如果学者和法官要运用刑事政策来解释刑法并予以体系化，所根据的不能是“学者或者法官自己关于刑法目的的观念”，如果可能，应当以“宪法层面能够得出的刑法目标为基础”。⁽⁵³⁾ 他还引用刑法学者梅瓦德的观点说“在刑事政策、宪法和刑法教义学之间，并不存在确定的界限”。⁽⁵⁴⁾ 我们应当认识到，刑事政策并不是超实证法的，而应当以宪法为基础。刑事政策取向于为刑法体系提供价值判断（在立法和司法两个层次），而宪法正是一个包含各种价值目标（包括个人自由、社会正义、共同体秩序、国家安全等）的价值体系，刑事政策的价值补充应当以宪法价值为实质来源。

宪法作为刑事政策的实质来源，首先意味着罪刑法定原则的确立。如前所述，罪刑法定原则本身就具有刑事政策功能，也就是宪法作为权利保障书的直接要求。同时，宪法又提供其他刑事政策基础，并由立法者在立法裁量的形成自由空间中进行调和，从而表现出形式法治的外观。在刑事司法中，刑事政策的考量应当表现为宪法价值对刑法解释和适用过程的实质影响。于此，在笔者看来，刑事政策和作为刑法体系核心的罪刑法定原则，就是宪法价值在刑法立法和司法不同层面的贯彻。刑事政策与刑法体系的一体化，不过是宪法之下整体法秩序中的矛盾调和和体系融贯。刑事政策与罪刑法定原则的冲突就表现为两种以上宪法价值的冲突，而罪刑法定原则所直接代表的自由价值在此种衡量中，应该更容易被赋予优先性。如果罪刑法定原则因其形式上的僵硬从而不利于自由价值的实现，那么，突破罪刑法定原则，回归更为根本的自由原则，对行为人的行为进行合宪的正当化，就具有充分的宪法教义学根据。即，当出现法治优位还是自由优位的判断问题时，形式价值应让位于实质价值。而当基于国家任务为保卫社会而科处刑罚时，刑法规范及其适用就直接表现为对个人权利的限制，此时就应当在基本权利教义学的层面予以合宪性审查。

（三）刑事政策宪法化的规范意义

以宪法作为刑事政策的实质来源，当然首先是一种取向于整体法秩序融贯性和正当性的价值主张，但在规范与技术层面，则还有更为具体的、对于刑法理论与规范体系的直接意义。

1. 改善刑事政策的抽象模糊形象。在刑法学的研究中，刑事政策的内涵总是表现为“宽严相济”、“整体社会意义之目的”、“与犯罪做斗争”等极为模糊的表达。罗克辛也曾指出：“如果评价的理由仅仅是出于法感情或者选择性的目标设定，而不是在法条的评价关系中找寻可论证的支撑的话，那么，这种评价的理由就是模糊和任意的，而且缺乏学术上的说服力”。⁽⁵⁵⁾ 因此，需要为刑事政策寻找“价值选择的法律基础”。⁽⁵⁶⁾ 将宪法作为刑事政策的实质来源，就可以运用具体的国家任务、国家基本制度以及基本权利保护等宪法内

(52) BVerfGE 6, 32 (32).

(53) 前引〔31〕，Roxin书，第229页。

(54) 同上。

(55) 前引〔10〕，罗克辛书，第14页。

(56) 同上书，第15页。

容，使刑事政策的内涵清晰化。这里，举刑法适用中的两个例子加以说明：

(1) 德国的“施密特—明镜周刊”案。⁽⁵⁷⁾德国联邦高等法院院长施密特针对明镜周刊对他的批评，攻击明镜周刊是下流刊物，是政论类刊物中的色情文学。明镜周刊提起侮辱罪的自诉，法院判决施密特构成侮辱罪。施密特因此提起宪法诉愿，并得到联邦宪法法院的支持。联邦宪法法院认为，此案涉及名誉与言论自由的冲突和衡量，如果名誉优先，则施密特构成侮辱罪；如果言论自由优先，则言论自由构成成立侮辱罪的阻却事由。宪法法院认为，言论自由具有公共利益取向，较之纯粹私人性的名誉具有优先性。本案中，施密特的言论与公共意见的形成具有密切联系，即使其侵害了明镜周刊的名誉，但由于出版物也负有维护公共利益的义务，所以施密特的言论因其与公共意见的形成的密切联系，就应当被正当化。

(2) 南京副教授聚众淫乱案。江苏省南京市秦淮区人民法院对南京某大学原副教授马某等人聚众淫乱案作出一审判决，22名被告人均以聚众淫乱罪被追究刑事责任。其中，马某被判处有期徒刑3年6个月。马某对公诉机关指控其犯聚众淫乱罪的基本事实不持异议，但认为自己有“宪法上的性自由”，认为成年人之间自愿参加性聚会不应构成犯罪。其辩护人辩称，马某主观上没有扰乱社会公共秩序的故意，客观上其参加的“换妻”或性聚会具有封闭性、隐蔽性、自愿性，不涉及公共生活和公共秩序，不构成聚众淫乱罪，不当以刑法处罚。⁽⁵⁸⁾

以上两个案件，如果以纯粹的刑法教义学视角观察，相关法院的有罪判决都无问题，但如果以宪法的视角观察，就都有侵犯基本权利之嫌。德国宪法法院在明镜周刊案中对言论自由功能的阐释，将民主国家所应护持的价值引入刑法体系，这实际上就是一种政策判断。这在教义学上，就是以宪法的基本权利作为阻却违法的正当化事由。在这两个案例中，我们会发现，刑事政策的模糊内涵借由宪法规范特别是基本权利规范的补充，得以明确化。宪法上的基本权利冲突、基本权利限制的合宪性等理论资源，恰可以被用来消除刑事政策论证过于抽象的弊端。

2. 缓和价值判断对实证法体系的冲击。将被视为法外因素的刑事政策内化为宪法之规范命令，有助于缓和表现为价值判断的刑事政策考量对刑法体系的冲击。如前所述，刑事政策往往被视为法外因素，因而才有与刑法体系贯通以实现刑事一体化的必要。然而，正如劳东燕所指出，“刑事政策往往成为某种偏离教义学常规做法的正当根据所在，即允许在特殊情形中，依据刑事政策上的理由来突破教义学规则。”⁽⁵⁹⁾这是难以令人接受的。主张沟通刑事政策和刑法体系的罗克辛也警告：“若允许通过刑事政策上的评价来打破教义学上的基本原则的话，那么这就要么会导致不平等地或者专横地适用法律——这样体系所具有的优点立马荡然无存，要么就找不到既依赖于任何体系的、可以直接进行评价的，又具有法安全性和可以对法律素材进行控制支配的案件问题的解决答案了。”⁽⁶⁰⁾但是，如果以整体法秩序（包括刑法秩序在内的合宪性秩序）或者整体法教义学（各部门法教义学的融贯整合）的视角来思考刑事政策，其对实证法体系正义的冲击就会缓和得多。这是因为，被引入刑法体系的并非某种超实证法的价值，更非诉诸虚无缥缈的法感的主观判断，而是有着

(57) BVerfGE 12, 113.

(58) 对此案的宪法学分析，参见前引〔2〕，张翔等文。

(59) 劳东燕：《刑事政策与刑法体系关系之考察》，《比较法研究》2012年第2期，第91页。

(60) 前引〔10〕，罗克辛书，第8页。

宪法基础，可借由宪法教义学得到论证的规范命令。尽管在罪刑法定原则的约束下，以此种宪法判断来入罪是不可接受的，但基于宪法因素作出出罪判断就具备了更有力的规范论证，而不会被当作恣意的价值判断。于此，形式正义与实质正义也得到了调和。

这一点，可以更为具体的视角进行分析。如前所述，陈兴良特别指出刑法不可能一一明文列举超法规的违法阻却事由，并以此作为刑法教义学应当引入刑事政策的论据，主张运用“目的手段限缩”来实现限制刑罚适用的目标。如果诉诸法学方法论，这一方案也完全可以得到宪法教义学的有力支持。这是因为“从价值取向的角度来观察法律，便必须取向于宪法”。⁽⁶¹⁾部门法解释所需的价值补充应当首先在宪法中寻找，而不能轻易超越实证法秩序而诉诸伦理观、政治哲学或者比较法。在现代法治中，宪法具有整个法秩序价值基础的性质。法律解释正如其他在宪法价值笼罩下的法律活动一样，都应当以宪法作为修正法秩序缺漏的规范来源。“法还包含其他来自合宪法秩序的意义整体，对法律可以发挥补正功能的规范；发现它，并将之实现于裁判中，这正是司法的任务”。⁽⁶²⁾因此，就刑法教义学操作而言，将宪法规范作为调控性、补充性因素纳入思考就是必要的。基于合宪性考量，甚至可进行“合宪性的法律续造”：“假使立法者追求的影响作用超越宪法容许的范围，可以将法律限缩解释至‘合宪的’范围。于此，立法者所选择的准则，在以宪法能维持的程度内，也被维持。此处涉及的不再是解释，毋宁是一种目的论的限缩。一种合宪的法的续造。”⁽⁶³⁾即，如果立法者制定的规范超越了宪法所能允许的边界，就可以依据宪法对法律进行限缩解释。这种限缩是以该法律外的目的考量（作为上位法的宪法）为基础的，因而是一种目的性限缩。其依据是居于上位法、最高法地位的，作为整个法秩序价值基础的宪法。这意味着，在一般情形下，应当尊重立法者对宪法的具体化，但如果立法者逾越宪法设定的边界而谋求某种抵触宪法的立法效果，就可以对该当法律规范进行限缩解释。⁽⁶⁴⁾

再比如，德国联邦宪法法院2004年关于辩护律师洗钱案的判决。⁽⁶⁵⁾根据德国刑法第261条第2款第1项的规定，接受通过洗钱而来的财物作为报酬，也应被认定为洗钱罪。有辩护律师接受通过洗钱得来的资金作为律师费，被作为洗钱罪来处理。但联邦宪法法院认为，在此案中应对德国刑法第261条进行合宪性解释。宪法法院认为，如果不考虑宪法因素，此案中辩护律师接受报酬的行为的确足以构成洗钱罪，但如果考虑到德国基本法第12条第1款关于职业自由的规定，就应考察刑法对辩护律师职业活动的干预必要性。如果对德国刑法第261条作宽泛解释，就会损害律师从事职业的自由，因此，为了使该条的适用不侵犯辩护律师的基本权利，就应对该条作合宪性限缩，即：律师只有在接受报酬的时间点，明确知悉该项资金来源于德国刑法第261条所列举的违法行为，辩护人接受报酬才构成洗钱罪。⁽⁶⁶⁾应该说，这种处理具有强烈的政策色彩，似乎具有超法规性，但如果从宪法的职业

(61) 黄茂荣《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第286页。

(62) [德]Larenz《法学方法论》，陈爱娥译，台湾五南图书出版公司1996年版，第279页。

(63) 同上书，第243页。

(64) 参见张翔《“近亲属证人免于强制出庭”之合宪性限缩》，《华东政法大学学报》2016年第1期，第66页。

(65) BVerfGE 110, 226.

(66) Vgl. Lothar Kühlen, Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 52ff. 关于该案的中文介绍，参见[德]斯特凡·科里奥特《对法律的合宪性解释：正当的解释规则抑或对立法者的不当监护？》，田伟译，《华东政法学院学报》2016年第3期，第11页。

自由条款出发，这种限缩处理就是宪法笼罩下法秩序内的操作，从而缓和了政策性判断对实证法体系的冲击。

3. 补强刑事政策的指导立法功能

刑事政策首要的功能在于指导立法，而宪法正是部门法立法的基础。在前宪法时代，我们可以将刑事立法的指导原则归于超越实证法体系的刑事政策，甚至归于政治哲学和启蒙思想。但是，在现代宪法产生之后，这些前宪法因素必须向着宪法的方向进行调整。因此，在落实依宪治国的目标下，刑事政策不应交由立法者自由裁量；相反，立法者的刑事政策判断必须受到宪法的约束。特别是，宪法的基本权利被看作是“客观价值秩序”而辐射一切法领域，刑事立法者因此负有“保护义务”，有义务通过刑法规范的制定和修改，保护基本权利免受侵害。此种“刑事立法者的宪法上的保护义务”⁽⁶⁷⁾就应当是刑事政策的直接来源。刑事政策指导立法的功能与宪法作为立法的基础，在此意义上是直接契合的。

(四) 部门法的宪法化

宪法作为刑事政策的实质来源，还涉及部门法的宪法化。在许多国家，刑法、民法等对法律体系具有发生学奠基意义并塑造了法律文化传统的重要法典，往往制定于现行有效的宪法之前（如法国民法典之于法国1958年宪法，德国民法典、刑法典之于1949年基本法），并各自形成了相对独立的规范与学理体系。各部门法学科在价值、伦理层面的根本性思考也经常超越法律体系本身，而诉诸哲学、宗教等层面。但是，在宪法被最终确立了根本法、最高法的地位之后，特别是借由现代违宪审查制度而被赋予了辐射整个法律体系的程序机制后，许多原本属于法体系外的讨论，就转而表现为宪法秩序下的讨论。也就是说，“刑法（‘法学—哲学的’）问题，被转移成了宪法（‘实定法的’）问题”，“以前属于法学—哲学的内容因而处于体系之外的学说讨论，今天进入到民主法律秩序之内，从而演变成了体系之内的问题，乃至成了实定法上的问题。”⁽⁶⁸⁾在宪法规范的约束下，各部门法固有的规范和学理体系向着宪法的方向进行调整，这是现代法治的基本要求。刑事政策受到宪法的调控，从而被视为宪法下实证法内的因素，就是此种部门法宪法化的体现之一。

关于部门法的宪法化，二战后意大利以宪法为价值基础形成刑事政策，进而根本性地调整刑法体系的做法，具有典范意义。意大利1930年刑法是一部法西斯时代的刑法，但其在二战后并未被废除。1948年，意大利制定新宪法，在新宪法自由民主价值的笼罩下，意大利的刑法体系进行了从立法到司法的多层次调整，包括对刑法的个别修补、宪法法院的运作，在刑法的司法适用中以宪法精神消除专制色彩，变革刑法学的理论学说，等等。⁽⁶⁹⁾最终，意大利1930年刑法中的法西斯因素被彻底清除，刑法脱胎换骨，变得合乎自由民主的宪法秩序。宪法在刑法体系和刑事政策之间，在刑法的规范性和正当性之间架设了桥梁，完成了刑法秩序的合宪性调整，也根本性地完成了刑法体系合乎正义目标的价值再造。此种经验不应被中国法学界忽视。

(67) Vgl. Klaus Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1990, S. 44ff.

(68) 前引〔1〕，库伦文，第158页。

(69) 参见陈忠林《关于我国刑法学界对意大利现行刑法的几点误解》，《中外法学》1997年第5期，第101页；〔意〕杜里奥·帕多瓦尼《意大利刑法学原理》，陈忠林译评，中国人民大学出版社2004年版，第7页。

四、贯通“李斯特鸿沟”：宪法关联的法益概念与比例原则

在宪法教义学的助力下贯通“李斯特鸿沟”，意味着对众多刑法基础理论的新思考，其路径和连结点则是全方位、多层次的。罗克辛的方案是对犯罪论体系进行全面改造，而宪法考量在其中具有重要地位。在刑罚论层面，具有政策意味的刑罚目的正当性论证、刑罚种类的调整、量刑制度的改革等问题，同样应当在合宪性（特别是人权保障）因素的调控下展开。此外，基本权利对整个法律体系的辐射作用、法律的合宪性解释、比例原则等宪法原理，也必将对刑法体系的构成、刑法解释理论、刑法的谦抑性和最后手段性等刑法基础理论产生影响。由此不难看出，在宪法的笼罩下反思、重构刑法的学理体系，是一项极为宏大而细节丰富精微的工程。

接下来，笔者尝试针对刑法修正案（九）中两个富于政策色彩的争议问题——扰乱国家机关工作秩序罪的设立和严重贪污受贿犯罪可以适用终身监禁——进行宪法层面的分析。这两项分析的基本预设分别是：法益概念应具有宪法关联性；刑罚的目的和手段应具有合比例性。笔者希望借此说明合宪性调控在实现刑事政策与刑法体系沟通方面的功能，并回应和补强刑法学者对相关问题的分析论证。

（一）扰乱国家机关工作秩序罪的设立与法益的宪法关联性

刑法修正案（九）增设了扰乱国家机关工作秩序罪。车浩从法益的批判立法功能出发分析认为，解决或回应涉及公民个人自由及其发展事项的“缠访”、“闹访”行为，本来就是国家机关工作秩序的一部分，“如果将其评价为对‘国家机关工作秩序’的‘扰乱’，则意味着将本应属于该秩序的一部分内容抽离出来，使之成为与国家机关的工作相脱离、相对立的东西，但这也抽空了国家机关存在和受到保护的理由和基础，使得国家机关变为一个由建筑物、人和权力编织而成的怪物。”⁽⁷⁰⁾进而，他认为，扰乱国家机关工作秩序罪的设立“难以经受住批判性法益概念的检验”。⁽⁷¹⁾车浩的分析涉及法益理论的两个根本性问题：法益从何而来以及法益的功能。这两个问题都与宪法密切相关。

现代刑法机能理论大多认为，刑法是法益保护法。⁽⁷²⁾按照我国法益保护论的重要倡导者张明楷的概括，关于法益概念的首要分歧在于：“法益是前实定法的概念还是实定法的概念？即在实定法将法益作为保护客体之前，是否已经存在法益或法益的内容？”⁽⁷³⁾这个分歧也会影响到对法益功能的认识，从而直接关涉“李斯特鸿沟”问题。也就是说，法益概念究竟是只具有刑法体系内的构成要件解释、违法性评价等法解释功能，还是也兼具超越刑法体系批判立法的刑事政策功能。在笔者看来，将法益概念与宪法直接关联，对于使其

(70) 车浩《刑事立法的法教义学反思——基于〈刑法修正案（九）〉的分析》，《法学》2015年第10期，第5页。

(71) 同上文，第6页。

(72) 法益侵害说和规范违反说虽然是关于犯罪本质的两种理论，但二者与刑法的机能有着紧密关联。张明楷指出，法益侵害说的价值观是自由主义的，而规范违反说具有更多全体主义或者社会连带主义因素（参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2003年版，第274页）。那么，在我国宪法明确规定社会主义原则，却又容纳尊重和保障人权的自由理念的价值观决定下，对于犯罪的本质以及我国刑法的机能应如何理解？对此，本文虽然接受法益保护说，但仍认为此问题有在我国宪法之下重新思考的必要。

(73) 前引〔72〕，张明楷书，第158页。

兼具法解释与批判立法功能具有重要意义，而这也将有助于“李斯特鸿沟”的贯通。

法益保护说是基于对权利侵害说的批判和反思而出现的。权利侵害说是近代启蒙思想的社会契约论、自然权利观和法治主义的产物，其核心精神是让刑法摆脱宗教和伦理的束缚，严格区分合法性和合道德性，拒绝将仅仅是违反宗教戒律和伦理规范的行为作为犯罪来处理。法益保护说将法益作为犯罪与刑罚之间的连接点，就是认为只有侵害了法律所保护的利益的行为才是犯罪。其基本思想是“刑法只能保护具体的法益，而不允许保护政治或者道德信仰，宗教教义和信条，世界观的意识形态或者纯粹的感情”。⁽⁷⁴⁾在控制国家的刑罚权这一宪治目标上，法益保护说与权利侵害说并无二致。然而，法益保护说永远无法回避一个问题：法益从何而来？在刑法学斩断了刑法与宗教、伦理、意识形态、政治的纠缠之后，刑法所保护的法益是否就只服从于刑事立法者的决断？有学者认为，“应纯粹以刑法的观点来界定法益。即法益概念只能限定在刑法范围内，而不能基于政治学或经济学上的考虑来处理法益概念”。⁽⁷⁵⁾按照这一观点，法益概念就是一个纯粹实定（刑）法下的概念。然而，这种认识显然存在宪法正当性上的疑虑：如果法益概念是一个纯粹刑法的概念，由刑事立法者决断，那么，在实现形式上的民主主义和法治主义之外，宪法所保障的其他价值，特别是人权价值，就有可能遭受立法者的威胁。换言之，立法者对法益内涵不受限制的形成自由，使刑法有可能逾越宪法的价值决定。因此，对于法益概念，有在宪法基础上重新思考的必要。

我国刑法学界在接受法益保护说时，已经意识到了法益概念的宪法关联性。张明楷将“法益必须与宪法相关联”作为界定法益概念的五项原则之一，认为针对什么样的利益可以上升为法益，“立法者的选择必须具有宪法的根据”。据此，他给出的法益概念是“法益是指根据宪法的基本原则，由法所保护的、客观上受到侵害或者威胁的人的生活利益。这是一般性的法益概念，其中由刑法所保护的人的生活利益，则是刑法上的法益”。⁽⁷⁶⁾但是，随后张明楷对法益概念的具体论证却有可商榷之处：（1）在具体的法益概念讨论中并没有太多回溯到宪法。例如，对我国刑法中非法侵入住宅罪保护法益的分析，并未援引我国宪法第39条及相关学理（当然，在介绍日本相关讨论时有涉及日本刑法学者依据宪法条款所作的研究）。⁽⁷⁷⁾在白斌看来，包括张明楷在内的中国刑法学者都未能充分理解宪法上住宅自由的独立价值，而错误地将非法侵入住宅罪的法益看作是“依附于住宅权利人的人身、财产、生命等其他更为重要的人格利益”。⁽⁷⁸⁾（2）张明楷认为“立法者的选择必须符合人民群众的意志……可见，所谓法益与宪法相关联，实际上指法益与民主主义相关联”。⁽⁷⁹⁾这种认识似乎是将法益看作民主多数决的产物，是刑事立法者基于民意而作出的判断。若确乎如此，则宪法协调民主与自由两项价值的紧张关系，在多数决原则下保护少数的理念，

(74) [德] 克劳斯·罗克信《刑法的任务不是法益保护吗？》，樊文译，载陈兴良主编《刑事法评论》第19卷，北京大学出版社2003年版，第147页。因不同译者的翻译不同，“罗克辛”、“罗克信”实为同一人的不同译名。本文除引用外，统一用“罗克辛”的译名。

(75) 此为台湾学者陈志龙的观点，转引自前引〔72〕，张明楷书，第160页。

(76) 同上书，第167页。

(77) 同上书，第490页以下。

(78) 白斌《宪法价值视域中的涉户犯罪——基于法教义学的体系化重构》，《法学研究》2013年第6期，第134页。

(79) 前引〔72〕，张明楷书，第167页。

就未能得到贯彻：如果法益的确立仍然只是基于民主主义的立法者决断，人权保障的宪法精义于此就未能体现。(3) 如果将法益仍然交给民主来决断，那么法益依然只是立法形成的结果，依然只是纯粹实定（刑）法下的概念，也就仍然不具备法益在刑事政策层面的批判立法功能。

笔者认为，法益的宪法关联性应该被理解为宪法对法益内容的控制。这既包括对立法者的法益形成自由设定宪法边界，也包含教义学层面对法益内容的合宪性解释。宪法对立法者的法益形成自由的控制，不仅是就立法程序而言，而且是就其实质内容而言。“一个现代的立法者，即便他在民主性上是合法的，也不容许因其不喜欢某种事物而因此予以刑罚威胁”；“立法者的纯粹心愿和喜好”无法提供刑法的合法性，能够提供此种合法性的只能是宪法。(80) 主张贯通“李斯特鸿沟”的罗克辛也是当代德国法益保护论的重要倡导者，他的法益概念完全是宪法性的。罗克辛认为，“对于安全、自由的、保障所有个人人权和公民权的社会生活所必要的，或者对于建立在此目标上的国家制度的运转所必要的现实存在或者目的设定就是法益”。(81) 罗克辛特别指出，这个法益概念是“人的”法益概念，完全是围绕个体权利的。

“个人的自由发展”这一法益概念的核心，来自德国基本法第2条第1款“人人享有人格自由发展的权利，只要其不侵害他人权利，不违反合宪性秩序与道德法则”；其价值基础是德国基本法第1条第1款的“人性尊严不受侵犯”。罗克辛认为：“刑法规范只能遵循保障公民在维护人权前提下和平自由的共处目的”，一切围绕人权；刑法保护的法益虽然不限于个人法益，而是包括公共利益在内，“但是只有在最终服务于个体国民时，这种公众法益才是合法的”，(82) 而国家制度（司法制度、货币和税收制度、廉洁的政府）之所以能够被作为法益内容，也在于其保障个人有尊严的、合于人权标准的和平生活。“从这种法益理论出发，我们可以推导出一个至关重要的、对自由起着捍卫作用的结论，即如果罪刑规定既不是为了保护个人的自由发展，也不是为了保护实现个人自由发展的社会条件（例如正常的司法和国家行政），那么该规定就不具有合法性”。(83) 据此，他指出了诸多与权利保护原则的要求不一致的刑法规范，并认为“恣意的、纯粹由意识形态发动的或者违反基本权利的刑法并不保护法益”，法益“多数要直接回溯到宪法”。(84)

在刑法学上确立以宪法规范为基础的法益概念，可以促进刑事政策与刑法体系的贯通。具有宪法关联性的法益概念，可以使法益概念恢复其实质的批判立法功能。(85) 一个具有批判立法功能的法益概念，应当与宪法确立的价值秩序建立勾连。(86) “毫无疑问，对立法者产生约束性限制作用的，不可能是教授们的观点，而只能是宪法”。(87) 即立法者要受到宪

(80) 参见前引〔74〕，罗克信文，第147页。

(81) 同上文，第152页。

(82) 同上。

(83) 前引〔6〕，罗克辛文，第55页。

(84) 参见前引〔31〕，Roxin书，第18页。

(85) Vgl. Armin Englaender, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht, ZSTW 2015.

(86) Vgl. Ivo Appel, Rechtsguterschutz durch Strafrecht? Anmerkung aus verfassungsrechtlicher Sicht, KritV 1999, S. 278 (293).

(87) 前引〔6〕，罗克辛文，第57页。

法的约束，其在确立法益内容时，应当意识到法益的内核是基本权利；完全没有基本权利内容的，或者完全不服务于基本权利保护目标的所谓利益，不应被确立为刑法的法益。当然，这里还有以下几个宪法问题需要考虑：首先，刑法在保护以基本权利为内核的法益时，有可能对公民的基本权利作出限制，这在宪法上表现为基本权利的冲突，立法者于此必须作出衡量。其次，在确定和保护法益方面，立法者不再具有绝对的独断权，而要受到宪法的约束，但宪法于此也留给立法者一定的形成自由。刑事立法过程也是宪法规制下的政治过程，但宪法对于政治而言只是一种“框架秩序”，其在为政治设定边界的同时，依然为政治保留了广阔的功能空间。立法机关基于对社会事实的评估，仍然有权决定制定怎样的规范。⁽⁸⁸⁾ 宪法作为框架秩序而存在，只是给出消极的边界，而不直接形成刑法规范本身。刑事立法通过确定和保护法益来具体化对宪法上基本权利的保障，立法者具体化宪法的优先权应当受到尊重。“确定具体的保护方式和范围是立法者的任务，宪法将保护义务视为目的，却不提供具体的保护方案”。⁽⁸⁹⁾ 最后，即使法益以基本权利为核心，对刑法中法益的解释也仍然主要是刑法学的任务，但刑法解释要时刻回溯至宪法，进行合宪性考量。换言之，刑事立法确立的具有宪法关联性的法益，仍然需要刑法教义学的进一步形成，宪法在法益的具体解释中只是一个调控性因素。但无论如何，合宪性解释的要求已不可被刑法解释所忽略。

概括言之，借由一个具有宪法关联性、兼具法律解释和立法批判功能的法益概念，刑事政策与刑法体系的区隔得以贯通。因此，刑法对宪法的具体化，也是刑事立法者基于宪法而确定法益的过程。对刑法的合宪性解释使刑事政策和刑法教义学，都被笼罩在宪法教义学的框架之下。

基于以上判断，让我们再回到设立扰乱国家机关工作秩序罪的刑事政策和刑法教义学争议。车浩强调以批判性法益概念来对刑事立法进行教义学反思，这正是试图在刑事政策和刑法体系之间架设桥梁，他的论证于此也可以得到宪法教义学的补强。车浩特别强调国家机关的存在以公民个人的自由发展为目的，他所接受的正是前述罗克辛的宪法性法益概念。从宪法的角度看，国家机关的存在本身并不是目的，人民作为国家主权者的权力行使和作为基本权利主体的权利保障才是目的。我国宪法第2条第1款、第2款规定“中华人民共和国的一切权力属于人民”；“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”。第3条第3款规定“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生，对它负责，受它监督”。这些条款都充分说明设立国家机关的目的是保证人民权力的行使。我国宪法第2条第3款“人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务”的规定，更是说明“国家机关秩序”的本质就是人民管理国家事务。与此密切相关的宪法第35条规定的公民的言论、出版、集会、结社、游行、示威等自由和第41条规定的批评、建议、申诉、控告、检举等权利，都是人民参与国家事务的途径和形式，而扰乱国家机关工作秩序罪所制裁的行为，在宪法教义学上

(88) Vgl. Christian Starck, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und Politischen Proze?, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd II, 2001, S. 7f.

(89) 陈征 《第二次堕胎判决》，载张翔主编 《德国宪法案例选释第一辑：基本权利总论》，法律出版社2012年版，第167页。

就可能构成对这些基本权利的行使。如果刑法设定的“国家机关工作秩序”法益完全走向了这些基本权利的对立面,不仅难以经受批判性法益概念的检验,也难以通过合宪性审查。

但是,既然这一条款已经明列于刑法,基于形式法治的要求,法院就不能拒绝适用。此时,对该条文进行合乎宪法的限缩解释就是必要的。也就是说,刑法教义学应该对该条文进行合宪性解释,使该条文保护的法益被进一步限定,从而避免对公民基本权利的过度限制。可以辐射这一条文的宪法规范,除了前述我国宪法第2条、第3条、第35条和第41条,还应该包括第27条第2款“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持,经常保持同人民的密切联系,倾听人民的意见和建议,接受人民的监督,努力为人民服务。”“为人民服务”的表述,甚至在措辞上都与前述车浩的“国家机关的存在服务于个人发展”的主张相契合,刑法教义学的论证于此得到了宪法教义学的补强。此外,刑法教义学在解释“多次扰乱国家机关工作秩序,经行政处罚后仍不改正,造成严重后果”的成立要件时,也应在宪法第35条、第41条的价值笼罩之下,严格进行比例原则的衡量,慎用刑罚这一最后手段。

基于上述分析,我们不难看出,“国家机关工作秩序”这一刑事立法所确定的法益,在获得了与宪法的关联后,同时具备了刑事政策功能和刑法解释功能。由此可见,合宪性既存在于对刑事立法的评价中,也存在于对刑法规范的解释中,是实现刑事一体化的重要路径。

(二) 终身监禁的比例原则审查

刑法修正案(九)中另一富于刑事政策色彩的内容是加大对腐败犯罪的惩处力度。《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)的说明》中的如下表述,充分体现了强烈的政策性考量:“随着反腐败斗争的深入,需要进一步完善刑法的相关规定,为惩腐肃贪提供法律支持”;“按照党的十八届三中全会对加强反腐败工作,完善惩治腐败法律规定的要求,加大惩处腐败犯罪力度”。在此政策目标下,对贪污贿赂犯罪的相关条款进行了修改。其中,关于终身监禁的规定引发了较多争议。按照刑法修正案(九)的规定,因重特大贪污受贿犯罪被判处死缓的犯罪分子,依法减为无期徒刑后,“终身监禁,不得减刑、假释”。车浩认为这种彻底剥夺犯罪人自由的“真无期徒刑”可能超过了罪责边界,存在罪刑相适应上的疑问;同时,贪腐分子即使出狱,由于其仕途已经终结,基本没有再犯贪污受贿犯罪的可能;实践中,这类罪犯通过减刑、假释而导致实际服刑期过短的问题,主要是狱政腐败问题,与刑罚本身无关;切断这些没有人身危险性的犯罪分子重归社会的道路,不符合刑罚的“再社会化”目的。⁽⁹⁰⁾车浩的上述质疑仍然是从刑法教义学的角度,对刑事政策引导下的刑事立法进行批评。这里,还有必要对终身监禁这一刑罚制度上的重大变革进行合宪性分析。

此次设置终身监禁在宪法上的问题,不仅在于其立法程序上的瑕疵,⁽⁹¹⁾以及基于我国宪法第33条“公民在法律面前一律平等”的规定而对其刑罚适用平等性的质疑,更重要的是:作为与死刑一样根本性地剥夺犯罪人人身权利的刑罚,其对公民人身自由等基本权利的限制是否具有合宪性。在此问题上,德国的终身自由刑案具有参考价值。⁽⁹²⁾德国刑法第

(90) 前引〔70〕,车浩文,第8页。

(91) 有关终身监禁的规定是在刑法修正案(九)(草案)三审时才增加的内容,其是否符合立法法规定的“三次审议后再交付表决”的规定,存在疑问。

(92) BVerfGE 45,187.

211 条规定“谋杀者处终身自由刑”。对终身自由刑的合宪性质疑主要在于：长期监禁可能导致人格改变，因此侵犯德国基本法第 1 条对“人性尊严”的保障；终身自由刑完全剥夺了犯罪人的人身自由，而按照德国基本法第 19 条第 2 款“本质内容保障”的学理，对基本权利的限制不能使基本权利被彻底掏空而名存实亡。⁽⁹³⁾但德国宪法法院经过审查认为，终身自由刑并不违宪。针对终身自由刑导致人格改变从而侵害人性尊严的观点，宪法法院认为其并没有经验科学上的可靠证据，因而不接受。而对于终身自由刑侵犯人身自由“本质内容”的质疑，宪法法院认为，由于假释制度的存在，使得犯罪人无论如何还有可能重获自由，所以，只要完善和落实假释制度，终身自由刑就不会根本性地否定和掏空人身自由。⁽⁹⁴⁾这意味着，终身自由刑获得合宪性评价是以存在适用假释的可能性为前提的。相比之下，刑法修正案（九）中的终身监禁恰恰是在取消了减刑、假释的可能性后才达成的。可以认为，德国的终身监禁是相对的，而我国的终身监禁将是绝对的。那么，这种根本性地剥夺公民人身自由的刑罚是否合宪？

对公民基本权利的剥夺，要接受比例原则的审查。比例原则是对公权力行为的目的与手段进行衡量，也就是在所欲实现的目的与所造成的损害之间进行衡量，不能为了某个目的而付出过分的、不合比例的代价。比例原则要求以温和而必要的手段去实现正当目的，以实现利益的均衡和总体的最大化。这一原则起源于 19 世纪后期的普鲁士警察法，最初的目的是防止警察权力扩张的危险，后来逐步成为大陆法系国家宪法、行政法的基础性原理，并且其影响领域不断扩张。此种扩张不仅表现为其对英美法系目的手段衡量的学理和实践产生的影响，也表现为其对传统公法以外法律部门产生的影响。⁽⁹⁵⁾比例原则之所以具有如此广阔的适用性，在于其针对人类行为中无处不在的“权衡”进行了高度理性化的处理和精巧细密的思考路径设计。马克斯·韦伯指出：“谁若根据目的、手段和附带后果来作为他行为的取向，而且同时既把手段与目的，也把目的与附带后果，以及最后把各种可能的目的相比较，做出合乎理性的权衡，这就是合乎目的理性的行为”。⁽⁹⁶⁾比例原则就是此种目的理性的凝结。在纪海龙看来，比例原则还是经济学成本收益分析的另一种表达，并且可以沟通事实判断与价值判断，因而具有普适性。⁽⁹⁷⁾

刑法也被作为广义上的公法来看待，因而以约束公权力为目标的比例原则，当然也对以控制国家刑罚权为目标的刑法具有适用性。毫无疑问，刑罚权是国家干预公民自由的公权力谱系中最为严厉的，因而对其进行的比例原则论证也应当最为严格。比例原则对刑法的一般性要求是，针对某种可能侵害法益的行为，如果使用民事手段、行政制裁等即足以抗制，就不应动用刑罚手段。换言之，针对某种法益，只有在其他手段都无法达到保护目的时，刑罚手段才应当被考虑。“过度禁止”是比例原则的基本要求，刑罚权作为最严厉的国家权力当然也应受到比例原则的约束。实际上，刑法学的一些固有理念，例如刑法的谦

(93) Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 25. Aufl., 2009, S. 73f.

(94) 参见李忠夏《终身自由刑案》，载前引〔89〕，张翔主编书，第 184 页以下。

(95) 近期我国学者对比例原则在私法领域的适用有所探讨，参见郑晓剑《比例原则在民法上的适用及展开》，《中国法学》2016 年第 2 期；纪海龙《比例原则在私法中的普适性及其例证》，《政法论坛》2016 年第 3 期。

(96) [德] 马克斯·韦伯《经济与社会》上卷，林荣远译，商务印书馆 1987 年版，第 57 页。

(97) 参见前引〔95〕，纪海龙文，第 96 页以下。

抑性、辅助性等等，⁽⁹⁸⁾就是从合比例性的角度将刑法视为国家权力规制社会、干预公民自由的“最后手段”。在此意义上，比例原则对于刑法也具有适用性，不仅约束刑事政策指导下的刑事立法，也约束刑法体系内的解释与适用；比例原则的思考是贯通刑事政策和刑法体系的调控性因素，其作为宪法原则渗透于一体化刑法思维的各个层面。

比例原则有着非常精细严密的思考框架，涵括了人类进行合乎理性的权衡所应考虑的各种因素，并以步骤化、可操作化的方式呈现出来。就限制基本权利的法律而言，比例原则的分析框架大致有以下审查步骤：(1) 该限制性法律是为了追求正当目的。(2) 限制的手段必须具有适当性。这要求，法律采用的限制性手段必须是能够促成其所追求的目的的。(3) 限制的手段必须是必要的。适当的手段可能有多种，必要性原则要求必须选择最温和的手段，也就是给被限制对象带来的干预最少，带来的负担最小。(4) 狭义比例原则。这是指要将被立法者设为目标的利益，与基本权利主体所受的损害进行衡量，如果后者大于前者，则不应采取此限制措施。

针对本文要讨论的，因重特大贪污受贿犯罪被判处死缓的犯罪分子，依法减为无期徒刑后“终身监禁，不得减刑、假释”的刑罚制度，也应进行比例原则的审查，探究其是否是合乎宪法的刑罚权行使。

比例原则首先要求国家行为的目的必须具有正当性，在这里就意味着刑罚的目的应当具有正当性。我国刑法学界大体接受报应和预防综合统一的刑罚目的理论。预防功能又可以分为一般预防和特殊预防，前者是指预防社会上的一般人实施犯罪，而后者是预防犯罪人再次犯罪。从我国宪法第28条的国家“维护社会秩序”、“惩办和改造犯罪分子”等表述看，这些刑罚目的都具有宪法上的正当性。⁽⁹⁹⁾但是，就具体的刑罚措施而言，还要与刑罚目的进行“手段—目的”衡量。确定终身监禁是否合宪，需要逐层分析其是否符合适当性原则、必要性原则等要求。

首先需要考察的是：终身监禁这一刑罚手段是否具有适当性，也就是说，终身监禁是能够实现刑罚目的。显然，终身监禁能够实现报应和一般预防的刑罚目的。同时，由于终身监禁使犯罪人永远与社会隔离，杜绝了其重新犯罪，特别是重新犯贪污受贿犯罪的可能，所以其也具有特殊预防的效果。⁽¹⁰⁰⁾因此，终身监禁能够通过适当性原则的审查。但是，终身监禁在必要性原则审查的层次，却存在明显问题。贪污受贿犯罪是职务犯罪，按照我国公务员法第24条的规定，“曾因犯罪受过刑事处罚的”人不得被录用为公务员，其他国有企业、事业单位等也同样不录用有犯罪记录的人。这意味着，犯贪污受贿犯罪的人只要受过刑事处罚，就再也没有重获公职的可能，也就没有重新犯贪污受贿犯罪的可能。也就是说，即使对贪污受贿罪犯予以减刑、假释，由于其已经被“消除再犯条件”，⁽¹⁰¹⁾也完全可以实现对犯罪人的特殊预防。必要性原则要求，在多个能实现目的的手段之中，选择最为温和的手段。不能减刑、假释的终身监禁是一个非常严厉的手段，是对犯罪人人身

(98) 参见前引〔21〕，希尔根多夫书，第28页。

(99) 陈征通过“从宪法角度进行筛选与整合”，认为刑罚的剥夺、惩罚、改造、感化、教育、威慑等功能都是我国宪法第51条所认可的刑罚目的。参见陈征《从宪法视角探讨死刑制度的存废》，《华东政法大学学报》2016年第1期，第83页。

(100) 参见张明楷《刑法学》，法律出版社2011年版，第460页。

(101) 同上书，第464页。

自由的彻底剥夺，排除了其重返社会的可能性。而允许减刑和假释，就依然保留了犯罪人重获自由、重返社会的可能性。在特殊预防的效果上，二者没有明显差异，但在刑罚的严厉性上，不能减刑、假释的终身监禁显然更严厉。由于在同样能够达到目的的手段中，立法者选择了更为严厉的手段而非最温和的手段，所以这一做法无法通过必要性原则的审查。

刑法作为“犯罪人的大宪章”，在剥夺个人自由时必须极为慎重。从宪法的角度看，对根本性剥夺个人自由的刑罚的合比例性审查，甚至可以回溯到人民主权、社会契约等立宪主义的基本原理。“根据社会契约的思想理念，只是为了达到自由与和平的共同生活必要的时候，并且这种生活在程度上只是不能通过其他更轻的手段达到时，作为国家权力所有者的公民才把如此之多的刑法干预权转让给了立法者。这种理念的思想背景是，国家的干预权和公民的自由必须达到平衡，这种平衡提供个人尽可能必要的国家保护，同时又给予尽可能多的个人自由。”⁽¹⁰²⁾ 刑法修正案（九）强化对腐败犯罪的惩处，目的是加大对公职行为廉洁性的保护力度，其政策考虑的出发点是完全正确的，其最终取向于实现公民个人自由所必需的廉洁的国家公务秩序，从法益的宪法关联性角度也完全可以获得正当性评价。但是，目的的正当性并不能轻易“圣洁化”一切严厉手段。⁽¹⁰³⁾ 在终身监禁的问题上，刑法学从刑罚目的角度进行的反思，同样也应当建基于立宪主义和宪法教义学的基本原理。

结语：未竟的课题

前文以“李斯特鸿沟”为切入点，探讨了在宪法教义学的辐射下，刑事政策与刑法体系的价值沟通与体系融贯，并以刑法修正案（九）中的两个争议问题为例，探讨了宪法关联的法益概念和刑罚的比例原则审查等课题。关于“李斯特鸿沟”的贯通和刑法体系的合宪性调控，还有诸多未竟的课题，试列举如下几点：

1. 形式解释论、实质解释论与合宪性解释。形式解释论与实质解释论之争的关键，是构成要件解释是否以及在多大程度上应当受到刑事政策价值判断的影响。⁽¹⁰⁴⁾ 如果刑法解释本身应贯彻合宪性解释的要求，此种分歧将会呈现何种面貌？

2. “风险刑法”与国家任务。风险预防是现代国家公共政策的重要考量。在风险社会的背景下，人们倾向于赋予国家更多的预防任务。然而，国家任务的增加就意味着国家干预个人自由的能力的增强，“预防性控制突破法律所允许的干预范围，为国家侵入私人领地打开入口”。⁽¹⁰⁵⁾ 风险预防在宪法层面就意味着，更为严峻的国家权力扩张压力。是否应该让人民拥有“冒险的自由”，而反对预防刑法、安全刑法的主张？对于反恐、环境、高科技等新领域的刑法扩张，如何用比例原则保证其应有的谦抑性？⁽¹⁰⁶⁾

3. 构成要件的明确性与立法机关的裁量权。罪刑法定原则要求构成要件应当明确，以给予法官清楚的指引，保证判决的可预期性。这也是宪法上的法律明确性原则的直接要求。

⁽¹⁰²⁾ 前引〔74〕，罗克信文，第150页。

⁽¹⁰³⁾ 参见〔德〕马克斯·韦伯《学术与政治》，钱永祥译，广西师范大学出版社2004年版，第262页。

⁽¹⁰⁴⁾ 参见前引〔27〕，劳东燕文，第125页。

⁽¹⁰⁵⁾ 〔德〕迪特尔·格林《宪法视野下的预防问题》，载刘刚编译《风险规制：德国的理论与实践》，法律出版社2012年版，第122页。

⁽¹⁰⁶⁾ 参见前引〔21〕，希尔根多夫书，第32页。

然而，立法机关又必然拥有一定程度的裁量自由。在此种紧张关系中，针对不同类型的犯罪，刑事立法者的裁量空间究竟应有何差异？

以上所列并不完全，而只是刑法总论层面的宪法问题，在刑法各论层面，还有更多具体的宪法问题。实现对国家刑罚权的有效控制，是刑法和宪法两个学科的共同目标。这在机制上依然有赖于违宪审查制度的完善和运行，在学术上则有赖于宪法学和刑法学的相互融通。特别是，这项任务表现为法秩序的整合与融贯，对于中国法学而言，这仍然是一个新的课题。对于此一新课题，我们一时还无法摆脱比较法研究的影响。但无论如何，法学必须围绕本国的法秩序和法律实践而展开。在中国的法律体系和制度现实下，刑法学者和宪法学者应当相向而行，协力完成刑法体系的合宪性调控。

Abstract: The control of the state power of criminal punishment is also a subject of constitutional law study. Therefore, it is necessary to put the criminal law doctrine under the scrutiny by constitutional law dogmatics. This article focuses on the relationship between criminal policies and the criminal legal system. On the one hand, the separation between the two (the Liszt Divide) is of constitutional significance: it restricts state power and protects human rights. It represents, in essence, the adherence to the rule of law in its formal sense. On the other hand, criminal policies are not necessarily outside the positive legal system; rather, they should draw their essence from the constitution. The constitutionalization of criminal policies reduces their vagueness, eases their impact on the positive legal system, and reinforces their function of criticizing the legislation. It is necessary to construct a conception of legal interest, which is related to the constitution and revolves around fundamental rights, to perform the function of interpreting and criticizing the criminal law. The adjustments of the penal system through policies should be subjected to review based on the principle of proportionality. In this way, the analysis by the criminal law doctrine of the controversies resulting from the Ninth Amendment to the Criminal Law, such as those concerning the establishment of the crime of disrupting the work order of a state organ and the application of life imprisonment to the crime of corruption, can be reinforced and responded to by the constitutional law dogmatics. Many criminal law issues, such as the interpretation of the constitutionality of criminal law, the relationship between risk criminal law and missions of the state, and the clarity of criminal law and legislators' room of discretion, need to be solve through the communication between constitutional and criminal legal doctrines. These two disciplines jointly perform the task of ensuring the constitutionality of criminal law.

Key Words: *nulla poena sine lege*, criminal policy, relevance of legal interests to the constitution, interpretation of the constitutionality of statute, principle of proportionality
