

我国《刑法》第29条第2款的合宪性解释

何庆仁

【摘要】刑法领域内的合宪性解释已经成为刑法学与宪法学在新时代的共同追求,但是刑法学的关注尚停留于理念宣导,宪法学的关注则主要以分则具体问题为中心,刑法教义学本身很少接受合宪性检视。实际上,合宪性检视对刑法教义学的合理化与合法化均具有重要意义。我国《刑法》第29条第2款规定的教唆犯独立性与从属性之争,在教义学上陷入了多极对峙、自说自话或者将立法者作为挡箭牌的诸多困境。如果引入合宪性的价值视角重新审视围绕该款规定的各种解释结论,可以发现宪法中平等原则和比例原则的指导意义,有助于疏解流于智识之争的该学理僵局。刑法教义学应当自觉接受合宪性检视,贯彻宪法价值,以完善和发展自己的教义学知识体系。

【关键词】教唆犯独立性;教唆犯从属性;合宪性解释;平等原则;比例原则

【作者简介】何庆仁,中国社会科学院大学法学院教授、法学博士(北京 102488)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2021.8.85~96

【基金项目】本文系2019年度教育部人文社会科学研究一般项目“共同犯罪本质的规范理解研究”(项目编号:19YJA820014)的阶段成果。

素来以学派之争闻名的刑法教义学尽管内部观点林立、体系庞杂,却一直疏于以合宪性进行自我检视。无论是古典学派/实证学派抑或主观主义/客观主义这样传统的立场对立,还是四要件论/三阶层论、形式解释论/实质解释论、行为无价值论/结果无价值论等最新的学说分歧,学者们更多关注的是各自论证的理论自治性,以及对立观点可能存在的不自洽性,各自立场的合宪性与否很少成为考量的标准。随着宪法性价值和基本权教义学的发展,直接根据宪法塑造和批判刑法,已经成为宪法学对刑法学的召唤,^①也成为刑法教义学自我省思的重要方向。^②为此,本文选取教义学上争议极大的我国《刑法》第29条第2款为例,试图说明自外于合宪性检视而自由生长的刑法教义学已经不合时宜,刑法教义学应该是以宪法价值为导向的智识之辨。

一、陷入解释困境的我国《刑法》第29条第2款

我国《刑法》第29条第2款明文规定:“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或者减轻处罚。”关于何谓“被教唆的人没有犯被教唆的罪”,立法部门的解读认为,其包含两种情况:一种是教唆犯的教唆没有对被教唆人起到教唆的作用,被教唆人既没有实施被教唆的犯罪,也没有实施其他犯罪,教唆行为没有造成直接的犯罪后果;另一种是被教唆的人没有犯被教唆的罪,但因为被教唆而犯了其他的罪。^③学界的传统观点多认为其应包括如下四种情形:一是被教唆人拒绝了教唆犯的教唆;二是被教唆人当时接受了教唆,但随后又打消犯意,没有进行任何犯罪活动;三是被教唆人当时接受了教唆,但实际上他所犯的不是教唆犯所教唆的罪;四是教唆犯对被教唆人进行教唆时,被教唆人已有实

施该种犯罪的故意。^④无论何者,本款都被界定为独立于正犯的教唆犯。

尽管如此,很长一段时间之内,学界在论争该款之规范内涵时,却是跳脱独立性,在所谓的二重性说与从属性说之间产生分歧。^⑤其背后的原因也许在于,共犯独立性与共犯从属性的对立,是与罪刑法定原则和构成要件的定型机能联系在一起的。独立性说将所有与结果具有因果性的行为包括地视为共犯,模糊了刑法的边界,严重破坏法的安定性,实难容于现代刑法。于是,在立法规定与学理立场的摇摆之下,围绕本款形成了所谓的二重性说(即主张我国刑法中的教唆犯既有从属性的一面又有独立性的一面)与从属性说之对立。但是,二重性说似是而非,受到从属性说论者的猛烈批评。因为看上去调和了独立性说与从属性说的二重性说是不可思议的学说:“以行走方向作比喻,从属性说如同走向东方,而独立性说如同走向西方,一个人或者一辆车,不可能同时既向东方行走或者行驶,又向西方行走或者行驶。”^⑥“所谓的二重性说不仅未能很好地阐明我国刑法中教唆犯的属性,反而在教唆犯属性的迷思中渐行渐远,将我们导入一个更深的旋涡。”^⑦

从属性说的上述批评引起了二重性说的反思,陈兴良教授甚至提出“共犯二重性说的衰败”的命题,坦率地承认:“我现在的观点是认为,刑法关于教唆犯的规定是一个整体,只要具有独立性就不可能具有从属性。在这个意义上,二重性说确实难以成立。”^⑧让人意外的是,二重性说的衰败带来的却不是多数批判者意图中的从属性说之贯彻,反而似乎催化了独立性说的壮大。例如,陈兴良教授即囿于立法无奈地说:“我国《刑法》第29条第2款明文规定处罚教唆犯的未遂犯,即没有正犯的共犯,因而不存在实行从属性。换言之,从我国《刑法》第29条第2款规定不得不得出我国刑法采共犯独立性说的结论。”^⑨马克昌教授在回应张明楷教授的批判时也说:“笔者主张应根据我国刑法的规定论述教唆犯的性质,认为我国刑法规定的教唆犯,确实具有双重性,

但独立性是主要的。”^⑩

除了原本主张二重性说的学者在诸多批评之下转而主张独立性说,另有很多学者基于解释论与立法论的关系,认为虽然在立法论上有必要采取从属性说,但第29条第2款的规定如此明确,以至于在解释论上不得不采取独立性说。例如,张开骏博士认为,第29条第2款在文义上难以排除正犯未着手实行之情形,体现了独立性,这与我国刑法深受主观主义理论影响,刑罚处罚范围向来较大有关。若将该款限制于正犯着手的情形,将使本款与第23条的规定重复,成为多余的条款。“总而言之,在解释论上,《刑法》第29条立法体现了教唆犯的独立性,但在立法论上,本书赞同共犯的实行从属性说。”^⑪主张第29条第2款是共犯从属性说之例外的观点,^⑫实际上也承认了该款规定的是教唆犯的独立性,因其认为在我国现行立法例之下,没有将第29条第2款理解为共犯从属性的空间,所以才赋予独立性以例外的地位。最近开始受到关注的单一制理论也大抵持类似立场,如刘明祥教授以单一制为理论基础,认为教唆犯与正犯等原本就没有严格区分的必要,更没有所谓的从属性,由此导致的处罚失衡的问题,只能留待以后修法时加以解决。^⑬

笔者认为,如果主要支持二重性说的传统共同犯罪论,以及种种囿于立法无奈支持独立性说的观点,今后直白地采取独立性说,那么需要批评的就不是形式上的不可思议那么简单了,因为其所导致的将是整体刑法立场的倒退和刑法解释的混乱。共犯独立性说大体上是适应于近代学派之主观主义刑法思想的产物,着重于行为人的反社会性格,这与注重法益侵害的、客观主义的现代世界刑法思潮背道而驰。即便该说可以透过理论改造,摆脱主观主义和行为人刑法的束缚,即重视共犯行为自身的危险性,也无法弥平其与罪刑法定原则的分歧,可能导致任何与犯罪结果有因果关系之人皆有成为共犯之虞,对我国《刑法》第3条明确承认的罪刑法定原则将造成严重冲击。在解释论上,认为我国《刑法》第29

条第2款明示了共犯独立性,亦在共犯论、预备犯论以及身份犯论等领域存在一系列无法克服的难题,^⑭兹不赘言。

面对上述种种基本立场以及解释论上的困局,为了符合客观主义的当代刑法思潮和我国《刑法》第3条的罪刑法定原则之要求,进而消弭独立性说带来的诸多问题,学界也提出了若干致力于贯彻从属性说的解释方案。例如,有观点主张通过将《刑法》第29条第2款解释为针对广义教唆犯,即间接正犯的规定,消解所谓教唆犯独立性的根据;^⑮还有观点认为应当将“被教唆的人没有犯被教唆的罪”解释为“被教唆的人没有犯被教唆的既遂罪”,从而坚守实行从属性的立场等。^⑯实际上,将第29条第2款解释为从属性,从而合理缩小教唆犯的处罚范围以及减轻对教唆犯的处罚程度,是倾向于出罪化的限缩解释,这与改持独立性说的陈兴良教授一直力倡的形式刑法观并无冲突,即在有利于行为人时,是可以进行扩张或者限缩解释的。^⑰

由此,第29条第2款规定的究竟是教唆犯的从属性还是独立性,在我国刑法学界陷入困境,即除了主张单一制的少数学者之外,^⑱多数人都承认奠基于罪刑法定原则基础之上的共犯从属性更为合理,但在如何解读第29条第2款方面,却出现各说各话的局面。主张独立性说的学者认为,该款文义只能理解为独立性,由此造成的诸多不合理,只能寄望于立法者未来的修正。“刑法解释需合乎刑法规定,立法不明确之处才有解释的余地。立法不科学而导致的处刑不协调,难以通过解释论来解决。真要解决这个问题,只能从立法上考虑修改法律条款中的这两个规定。”^⑲而从属性论者则主张现在就可以就该款进行目的性限缩解释,以消弭独立性说导致的诸种不足。“在刑法解释论上,不对现有条文进行目的性缩限和体系解释,而动辄批评立法不当,在方法论上存在根本缺陷。因此,通说和刘明祥教授在法条规定原本没有矛盾时,不当理解《刑法》第29条第2款,人为制造法条之间的矛盾,过分扩大教唆

未遂的主张所带来的负面效果,在这里充分显示出来。”^⑳由于谁也说服不了谁,而且还有立法者可以作为挡箭牌,关于本款的教义学知识因而陷入僵局。笔者认为,当不同教义学方案之间的矛盾不可调和时,除了无奈僵持和近乎徒劳地静待修法之外,也许是时候在教义学领域内引入合宪性解释的视角了。

二、交汇于合宪性解释的刑法学与宪法学

作为广义的公法之一,刑法与宪法关系历来十分密切,我国《刑法》第1条明文规定:“为了惩罚犯罪,保护人民,根据宪法,结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况,制定本法。”在学理上,学者们也坦承“原则上讲,刑法的所有问题都有可能被转化为宪法问题并加以处理”^㉑;“刑法的规定及其解释,不能与宪法相抵触,否则便没有法律效力;刑事立法必须根据宪法所规定的立法权限和立法程序进行,否则就是违宪行为。”^㉒遗憾的是,在相当长的时期内,可能是由于违宪审查机制的缺位,宪法视角在刑法学领域内主要体现为一种象征性的口号,极少对刑法问题的解决产生具体影响。

一直到最近十余年,随着违宪审查制度日益受到重视,尤其是宪法学者开始建构宪法教义学,刑法学与宪法学的互动才日渐频繁,其中一个重要的推手即是所谓的合宪性解释。合宪性解释理论在我国宪法学界受德国影响较大,主要是指当某一规范存在多种解释可能性时,只能选择其中合宪的解释结论。只要有一种解释结论是合宪的,就不能宣告该规范违宪。合宪性解释实际上不是在解释规范,而是一种规范控制方式,其也无关乎解释的正确性,而是解释结论的合宪与否。^㉓由于我国并无类似于德国的宪法法院,也没有常态性的违宪审查机制,究竟能否引入德国法学中的合宪性解释之实践与理论,在宪法学界有一定的争议。相较于合宪性解释,基于宪法的解释因为可以提前介入对法条的理解,体系性地贯彻宪法价值,被一些宪法学者视为在我国适用宪法的有效方式,但也有学者持反对意见。^㉔

与宪法学界的谨慎相比,刑法学者似乎对合宪

性解释持相当开放的态度,时延安教授指出:“作为一种独立的刑法解释方法,合宪性解释要求将宪法规范运用到刑法解释当中,使通过解释得出的结论与宪法的规范含义相一致,避免与宪法规范相矛盾。”^⑤黄晓亮教授则认为:“刑法合宪性解释不同于传统法律解释论中的体系解释和目的解释,也不属于违宪审查制度的范畴,而是刑法体系或者目的之外,根据宪法条文包含的刑法规范或者背后的宪法价值,分析整体法律系统或者目的,对刑法条文作出解释。”^⑥苏永生教授主张:“合宪性解释是一种解释限度,而非具体的刑法解释方法,但对刑法解释方法构成了明显的制约。合宪性解释应当在所有的刑法解释方法中得到贯彻,因而与刑法解释方法之间不存在位阶关系。”^⑦

笔者认为,刑法学界对所谓刑法的合宪性解释之理解,更多地停留于希望将宪法价值引入刑法解释的表态,与宪法学者所研究的合宪性解释并不完全一致。例如,合宪性解释在宪法层面仅为判断规范违宪与否的一个原则,未必是一种具体的解释方法,不提供具体的解释结论,而时延安教授与黄晓亮教授都倾向于将合宪性解释视为解释具体刑法条文的方法或原则之一,近似于目的解释的一种类型。合宪性解释也不是诸种刑法解释方法的组成要素,没有所谓应贯彻到诸刑法解释方法中的说法,因为合宪性解释是对各种解释结论合宪与否的外部选择,而不是解释结论本身。再如,合宪性解释与基于宪法的解释之间的区别,在刑法学者那里并未受到重视,更多时候是将二者混为一谈。事实上,刑法学者提倡的刑法条文的合宪性解释,主要指的是基于宪法的解释,即事前就将宪法价值引入刑法解释之中,以避免不合宪的解释结论,而不是决定某一条款是否违宪时遵循的合宪性解释原则。这可能与刑法学者也意识到我国并无针对刑法条文的违宪审查机制有关,于是只好退而求其次,从基于宪法的解释的角度,尽量弥合刑法与宪法之间潜在的分歧。

尽管存在以上问题,整体上仍然应当对合宪性

解释理念在刑法中的渗透表示肯定,毕竟“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。”^⑧可以说,正是借助于上述合宪性解释的视角,刑法学与宪法学的“相互融通”才得以迅速推进。其中,一个值得关注的现象是,刑法学者对合宪性解释的吸纳以抽象性的理念宣导为主,而宪法学者将合宪性解释推进至刑法领域的努力则多针对分则罪名中的具体问题。前者的表现除了上引时延安、黄晓亮和陈永生教授的观点,还有如张明楷教授针对宪法与刑法的解释循环的分析,以及张明楷教授和姜涛教授关于比例原则与刑法之关系的论述等。^⑨至于宪法学者对刑法分则具体问题的关注,则如张千帆教授关于寻衅滋事罪司法解释的批判性分析,杜强强教授针对入户犯罪的探讨,以及白斌教授对许霆案和涉入户犯罪的考察等,都从宪法的视角,对理解刑法分则中的相关具体问题作出了有益的尝试。^⑩

上述现象自有其合理的理由,刑法学对合宪性解释的接受还处于初步阶段,所以理念先行。宪法学则出于对刑法教义学理论体系的尊重,选择以具体问题切入。不过,由此导致的问题是,刑法教义学本身一直游离于合宪性的视野之外。这其实不仅是当前交汇于合宪性解释的我国刑法学与宪法学所面临的问题,而是有着相当的普遍性,即使在合宪性解释的理论与实践更为发达的德国,其宪法法院所作出的与刑法有关的判决也多集中于刑事政策、刑罚方式等方面,“相反,总论教义学则通常享有极大的自主性。”^⑪不同之处在于,德国刑法教义学经历了数百年的发展,受到宪法法院的约束也已有半个多世纪之久。而我国刑法教义学则刚起步不久,且一直游离于宪法之外,几乎没有在合宪性方面经受任何正式制约。

由此导致的后果是,一方面我国刑法教义学得以蓬勃发展,不仅有四要件与三阶层的体系分野,而

且在几乎所有的教义学理论方面也充满了不同教义学方案的竞争;另一方面上述发展也或多或少体现出一定的野蛮生长的倾向。笔者认为,作为刑法教义学的后发国家,在21世纪才逐步开始建立自己的教义学的中国刑法学理论,不应该是可以恣意挥洒想象力的智识之辨,而应该同时受到那些奠基于普遍共识的宪法性价值和基本原则的制约,我国《刑法》第29条第2款的解释自然也不例外。

三、我国《刑法》第29条第2款之解释的合宪性检视

合宪性解释要求在多种可能的解释框架中优先选择合宪的解释,最终体现体系解释的规范保全功能,或者按照基于宪法的解释,在解释法律时即引入宪法的基础决定,以实现宪法尤其是基本权利对普通法秩序的辐射效力,以在一般意义上通过法解释和法适用来实现的“法秩序的宪法化”。^③透过此种合宪性解释或者基于宪法的解释的视角,是否能为我国刑法中的教唆犯之属性这一教义学问题带来新的思考方向呢?对此可以从以下三个问题加以展开。

(一)该款规定的到底是何种性质的行为

如前所述,立法部门和传统观点均将“被教唆的人没有犯被教唆的罪”理解为被教唆的人没有着手实施被教唆的行为。依此理解,由于教唆行为是经由被教唆人间接侵犯法益的行为类型,被教唆人没有着手实施被教唆的行为,意味着包含教唆行为在内的整个行为亦未着手,则第29条第2款所规定者充其量仅为着手之前的预备性质的行为而已。关于此时的教唆行为仅属预备性质的行为这一点,主张独立性说的我国学者有充分的共识,即使是单独考察各参加者之行为的单一制论者,也不得不变通地或者实质化地将此类情况视为预备行为。^④其中又分为两种情况。一种认为仅当被教唆的人实施了犯罪预备的行为时,教唆犯才能论以犯罪预备;^⑤另一种认为即使被教唆者未实施任何行为,教唆行为本身也可以论以犯罪预备。^⑥对此,周光权教授批评指出,前者论以预备犯与独立性还是从属性没有关系,

因其是受预备犯法理影响的结果;后者则不能成立预备犯,不是刑法处罚的对象。^⑦张明楷教授则认为,只有当被教唆者实施了预备行为,教唆者才成立预备犯,从而希望在预备犯的场所也贯彻从属性理论。^⑧

笔者认为,对于第二种情况,即被教唆人实施了预备行为的场合,在预备行为具有可罚性时,教唆犯当然也成立预备犯,且其背后的法理与共犯从属性并非无关。我国《刑法》第22条之规定,看似对预备行为都可以处罚,实际上应在罪刑法定的原则下进行限缩理解,^⑨我国的刑事司法实践也非常理性地克制着对预备行为的处罚,以至于其处罚范围和分则模式其实大致相当。^⑩那么,处罚预备犯的教唆犯,就和处罚被分则独立化了的预备罪的教唆犯实质上是一样的,是以共同犯罪形式表现出来的预备犯之处罚。而第一种情况,即被教唆人未实施任何预备行为的场合,教唆犯本身的行为就属于为犯罪准备工具和制造条件的预备行为。“教唆犯是通过教唆他人犯罪以实现本人的犯罪目的,教唆犯对被教唆的人实施教唆行为同为了犯罪而寻找共同犯罪人,在本质上没有差别,而寻找共同犯罪人恰好是犯罪预备的一种表现。”^⑪而且,教唆行为及其故意是一种确定了被教唆之不法的主要维度的挑唆行为,有明确的犯罪指向和行为,不同于单纯的犯意表达。那么,在被教唆人未实施任何预备行为时,教唆行为自身就已经足以成立预备行为,在有处罚必要时,应单独论以预备犯,^⑫而未必是完全不可罚的,只是此时的处罚与以共同犯罪为前提的从属性还是独立性不再相关。

无论何者,在持独立性说的各种观点看来,本款之规定系对预备性质行为的规制当属无疑。相反,从属性说的主张则透过种种解释论上的努力明确指出,“被教唆的人没有犯被教唆的罪”仅限于正犯已经着手实行情形,即该款规定的不是预备性质的行为,而是对已经进展至实行阶段之共同犯罪人的处罚规定。

(二)对该款行为的处罚是否违反宪法中的比例原则和平等原则

如果明确了独立性说理解之下第29条第2款规制的是预备犯性质的教唆行为,接下来的问题是,立法者为其配置的处刑原则是否合适。现行刑法为其规定的处刑原则是“可以从轻或者减轻处罚”,明显与“可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”的未遂犯处刑原则相同,而较预备犯的处刑原则“可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚”更为严厉。^④事实上,在1979年《刑法》制订过程中,曾经对本款规定的是预备犯之处罚还是未遂犯之处罚有过反复。第30稿草案曾将之前各稿中的“如果被教唆的人,没有实行被教唆的罪,对于教唆犯可以减轻处罚或者免除处罚”改为“如果被教唆的人,没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻、减轻或者免除处罚”,在第37稿才进一步改为“如果被教唆的人,没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或者减轻处罚。”至于反复的理由,据高铭暄教授介绍,是由于起草者一开始认为被教唆的人没有实施被教唆的罪,教唆犯相当于犯罪预备,所以要按照预备犯处罚;但也有起草者认为,此时教唆犯仍相当于犯罪未遂,应以未遂犯的处罚原则论处。第30稿规定“可以从轻、减轻或者免除处罚”相当于预备犯;而第37稿规定“可以从轻或者减轻处罚”则相当于未遂犯。^⑤

由此可见,在独立性说的理解之下,性质上仅相当于预备犯的行为被配置的却是相当于未遂犯的处罚原则,于是出现了违反宪法中的平等原则与比例原则的问题。首先,平等原则要求同样的行为同样处罚(同等对待之要求),不同的行为不同处罚(差别对待之要求),第29条第2款明显有违该原则的要求。一方面,对预备行为处以未遂犯的刑罚,显然是对预备犯与未遂犯两种不同情况的同样处理,以及对同样是预备行为的教唆行为与其他预备行为的不同处理。另一方面,以未遂犯的原则处罚预备犯,将在实质上导致了各种轻重失衡的不公平现象。例如,被教唆人仅实施了预备行为时,被教唆人被处以

预备犯,而教唆人却被处以未遂犯。再如,“被教唆的人连犯罪预备行为也没有实施时,也要适用《刑法》第29条第2款处罚教唆犯。这意味着对教唆犯最多只能减轻处罚而不能免除处罚,但被教唆人如果单独实施犯罪预备行为,按照《刑法》第22条的规定,可以免除处罚。由此出现的奇怪现象是,对直接面对法益的单独预备犯的处罚,比必须通过被教唆人才能(间接)针对法益的教唆预备犯的处罚要轻。”^⑥

其次,比例原则一般有妥当性(手段的合目的性)、必要性(最小侵害原则)和狭义的比例原则(利益衡量)三方面的要求。^⑦第29条第2款对预备行为处以未遂之刑,目的是更好地同此类预备行为作斗争,提高刑罚似乎有助于此一目的之实现,所以未必有违妥当性之要求。但在必要性和狭义比例原则方面,则不无疑虑。就必要性而言,为了实现目的而简单粗暴地大幅提高此类行为的处罚力度,所采取的明显不是侵害最小的最后手段。如前所述,虽然总则规定预备犯原则上都要处罚,实际上却只有极小部分预备行为进入处罚的范围,那么将本款行为依预备犯的处罚原则进行处罚并使其实际上接受处罚,就仍然可以实现立法者希望特殊对待此类预备行为的目的,而不是直接以未遂犯之刑相威慑。至于狭义的比例原则,其强调对犯罪行为的处罚应当合乎比例,避免轻重失衡以产生不公正的现象,而根据上文对平等原则的分析可知,对预备性质的教唆行为处以未遂之刑,无论从哪方面看都已经轻重失衡了。

当然,平等原则和比例原则并不是没有价值判断的空间,如果整体上有利于实质正义的实现,立法者做出一定的调整也是有可能的,毕竟刑法典中的拟制规定不在少数。那么,拟制性地对预备行为处以未遂之刑是否有实质理由呢?对此,独立性论者提出的比较常见的理由是,教唆行为是一种较为严重的预备行为,有处罚必要,否则可能放纵被教唆人未着手时的教唆犯,留下处罚的漏洞。^⑧蔡桂生博士则借鉴德国刑法第30条,指出我国刑法关于预备犯的

总则立法模式,使得处罚时点可以提前,第29条第2款是一种修改了构成要件论的特殊的未遂形式。^④朱道华博士认为,教唆犯的属性取决于对犯罪预备行为的立法技术,我国刑法第22条对预备犯采取了非独立预备犯的模式,如果对教唆这种犯罪预备行为再采取独立预备犯的立法模式,即承认教唆犯从属性,会造成立法体系的不协调。^⑤

笔者认为,独立性说提出的上述理由并不充分。第一种最常见的理由可以说明教唆行为有处罚必要,却未能说明为什么要对预备行为处以未遂犯的刑罚,况且我国《刑法》第22条已经规定了对预备犯的处罚,若独立教唆行为本身真有处罚必要,也没有另订条款的必要,更不用说该条款有违反比例原则与平等原则的疑虑了。蔡桂生博士以德国《刑法》第30条为借鉴同样无助于说明对预备行为处以未遂犯之刑的根据。德国《刑法》第30条的确是对未遂教唆的独立处罚,且明文规定要依未遂的规定处罚,但这是因为德国刑法总则没有关于预备犯的处罚规定,分则中的预备罪名又非常少,故不得不表述为依未遂的规定处罚。重要的是,该条款仅针对重罪而言,且其中段明文指出,未遂教唆在处以未遂之刑的同时必须减轻处罚,从而使其处罚的范围受到限缩,也明显轻于未遂犯,并不存在我国《刑法》第29条第2款导致的将预备行为与未遂犯同等处罚的违宪嫌疑。蔡桂生博士力图将本款解释为一种特殊的未遂形式,表明他也认识到为了洗脱违宪疑虑,决不能认为本条规定的是预备行为,但所谓的特殊,究其实质不过是将一部分预备行为冠以未遂之名而已,违宪之嫌疑反而欲盖弥彰。朱道华博士从我国对预备犯的总则规定模式出发,认为教唆犯再采取从属性说有自相矛盾之虞,这明显是一种误解,因为从属性主要指实行从属性,与预备犯的立法模式并无必然关联。

其实,独立性说主张者也清楚,对预备行为处以未遂之刑是不合理的,其勉强提出的辩解并不足以回答来自比例原则和平等原则的质疑,所以他们才

同时在立法论上建议或者修改该款的处刑原则,或者将该款的处罚范围限定于重罪等。现在的问题是,面对违宪之虞,刑法只有被动地等待修法这一途径吗?

(三)是否可以通过解释使该款规定合乎宪法

面对来自更高位阶的宪法原则的质疑,在论理上难以自圆其说时,静待立法者的修正无疑是途径之一。例如,台湾地区的旧“刑法”曾经规定:“被教唆人虽未至犯罪,教唆犯仍以未遂犯论。”其精神与独立性说所理解的我国《刑法》第29条第2款完全一致,只是台湾地区旧“刑法”的规定更为明确,不仅明确指出被教唆人必须未至犯罪,而且明言是以未遂犯论,而我国《刑法》第29条第2款规定的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”至少字面上可以有更多的解释空间,“可以从轻或者减轻处罚”也只是在法效果上与未遂犯一致。在如此明确的规定之下,台湾地区学者虽多有指摘,但也只能无奈地承认了独立性,^⑥及至2005年其“刑法”修正时删除该款,才最终彻底贯彻了共犯从属性。如果我国的立法者也能对《刑法》第29条第2款予以改正,如同台湾地区“刑法”一样更明确地落实共犯从属性,自然是值得期待之举。

在此之前,在暂时还没有违宪审查机制可以宣告某一刑法条款无效的我国,是不是就只能如同持独立性说的学者指出的那样只能等待,笔者不以为然。第29条第2款的用语“被教唆的人没有犯被教唆的罪”其实远比原台湾地区“刑法”的规定模糊,无论是依文义解释、体系解释以及目的解释,都有不同于独立性说的解释方案可供选择。之所以会得出违反平等原则和比例原则的解释结论,完全是因为“被教唆的人没有犯被教唆的罪”被独立性说学者理所当然地视为对预备行为的规定。相反,如果如同从属性论学者所主张的那样,“被教唆的人没有犯被教唆的罪”系指对以实行从属性为前提的教唆行为之规定,即对其的处罚以被教唆者的着手为前提,处罚该类教唆犯就是对未遂行为处以未遂之刑,所谓违

宪之虞则根本不存在。

因此,如果在合宪性的视野下审查第29条第2款的各种解释方案,首先要指出的是,无论是依合宪性解释还是基于宪法的解释之理解,独立性说都不是可选择之结论。依合宪性解释,倘若第29条第2款面临违宪审查以至于要判断其是否有效时,独立性说基于前述说明违反了比例原则和平等原则,故属于违宪的解释结论;而致力于得出从属性说之结论的其他解释方案的存在,可以避免违反比例原则和平等原则的后果。那么,只要在各种可行的解释方案中有一种是符合宪法的,就可以采而行之,而不能说第29条第2款违宪。依基于宪法的解释,更要在一开始就将第29条第2款朝符合宪法价值的方向解释,以避免得出违宪的解释结论。而独立性说将“被教唆的人没有犯被教唆的罪”理解为未遂教唆的情形,致使预备行为被处以未遂犯的刑罚,虽然在语义上有充分的空间,却明显不是一种基于宪法的解释结论。相反,主张从属性说的各种方案,则在意识到独立性说的违宪疑虑后,在语义上作出各种文章,以实现未遂行为才处以未遂犯之刑的合理局面,先不论其可行性,至少在精神上是一种典型的基于宪法的解释。因此,综合而言,独立性说(包括各种二重性说以及例外说)在合宪性的视野下都是应予放弃的解释方案。

其次,合宪性解释或者基于宪法的解释终归是一种解释,解释就难免有自己的极限。当没有解释空间时,仍然只能如同独立性说主张的那样,纵使承认其违宪,在尚无刑法违宪审查机制的我国,也仅能期待立法者的修正。一般认为,合宪性解释有两条边界:规范的文义范围与立法者的明确意图。在文义范围内不可能实现合宪性解释时,以及立法者的意图足够明确时,不可逾越文义可能性的边界,更不能推翻立法者的意图,强行解释,否则就是对立法权的侵夺。^⑨笔者认为,这两条边界在从属性说的解释方案中都没有被突破。第一,无论是将“被教唆的人没有犯被教唆的罪”解释为间接正犯之情形,还是将

“被教唆的人没有犯被教唆的罪”限缩解释为没有犯被教唆的既遂罪,都是在文义范围内的目的性限缩,没有突破规范的文义范围。第二,第29条第2款的立法意图其实并不明确。虽然如前所述,立法部门的工作人员将其解读为未遂教唆,但是,该解读也是立法之后的解读,并不是立法前的决议资料等,无法确证这就是毫无争议的立法意图;且该解读形式上并非立法解释或者立法报告等正式文件,性质上仍然是一种学理解释,只不过解释主体参与乃至主持过立法工作而已。更重要的是,立法意图并不是立法者的主观意图甚至动机,而应当是体现于立法用语之中的可通过足够资料界定的立法意图;当欠缺充分的立法资料时,立法意图就应该根据其客观意义予以确定。^⑩就此而言,第29条第2款的立法意图无疑展露得不够充分,并不能足够清晰地被识别,只能在文义范围内透过其所配置的等同于未遂犯的处罚原则判定其意图。这并不是在指责立法者的工作绩效不彰,毋宁说该现象其实是立法工作的常态,也是刑法条文需要解释的主要原因之所在。此时宪法中的比例原则和平等原则等就有了客观框定立法意图的用武之地。

因此,在合宪性的视野下,无论是文义范围还是立法意图,第29条第2款都有合宪性解释或者基于宪法的解释空间。那么,关于本条款的理解,就既不能采取违宪的独立性说,也不必被宣告为违宪而无效,更无需等待未来的立法修正。相反,只要采取从属性说的解释结论,就可以无障碍地实现第29条第2款的合宪化。

四、余论:刑法教义学合宪性解释的理念之辩

共犯独立性与从属性之争是共犯教义学的核心议题之一,合宪性解释为迄今为止围绕该议题的探讨带来的新气象表明,刑法教义学的合宪性检视具有重要意义。合宪性检视不仅可以为相关教义学问题开辟新的解释方向,而且可以为刑法教义学提供更为坚实的合法性基础。对于刑法教义学的研究而言,更自觉地贯彻合宪性的理念应当成为其不二之

选。为此,有必要厘清在刑法教义学中贯彻合宪性解释理念的若干疑虑。

首先,我国没有像德国一样设立专门的宪法法院,也尚未建立起针对刑法条款的行之有效的违宪审查机制,这并不是拒绝在刑法领域推行合宪性解释的理由。姑且不论在宪法学界以及立法机关的强烈关注和推动下,我国的违宪审查机制已经逐步开始成形,有无宪法法院和违宪审查机制也不是在理念上提倡和贯彻刑法教义学合宪化的实质障碍。刑法教义学的合宪化是在法治建设推进至新时代后的必然召唤,也是刑法教义学不断完善和发展的新阶段。有宪法法院和完善的违宪审查机制固然可以更好地促进部门法的合宪化,即使没有宪法法院和违宪审查机制,如果法治发展到一定程度,合宪也应当是部门法的自我要求。对于部门法的研究者而言,符合宪法价值才能为相关研究奠定更为坚实的合法性基础;对于部门法的适用者而言,保证自己适用法律的结果不违背宪法价值的要求也是应有之义。

实际上,在设立了宪法法院的德国,也并不是只有宪法法院才可以进行合宪性解释,其他专门法院也是负有合宪性审查职能的,只不过宪法法院的判决具有终局性而已。在多种合宪性解释之间的抉择方面,专门法院甚至发挥着比宪法法院更重要的作用,即宪法法院只能决定某一解释是否违宪,其他专门法院则会在具体的审判中根据目的解释原理决定采用哪一种合宪的解释结论。^⑤我国各级法院在审理案件,尤其是争议案件的过程中,难免也会遇到是否违宪的问题,此时遵循向合宪的方向选择法律适用解释方案的原则,将起到事实上的合宪性解释的功能。这不仅有利于保障整体法秩序的统一性,也是部门法教义学合宪化的良好示范和研究素材;部门法教义学合宪化反过来当然也会为审判实务提供更好的知识给养和智力支持。所以,虽然没有宪法法院和完备的违宪审查机制对我国部门法的合宪化有一定影响,但实务和学理之间在合宪化方面的良好竞合关系在我国仍然是存在的,刑法教义学合宪

化的相关前提并未缺位。

其次,合宪性不是刑法教义学门前随时准备破门踏户的野蛮人,不会对刑法教义学造成强烈冲击。原本自成一体的刑法教义学突然要纳入合宪性的视角,有很多理由让人担忧这是否可能破坏刑法教义学的安定性甚至质疑其必要性。例如,作为部门法的母法,宪法具有最高的法律效力,宪法价值具有最高的指导力,如果接受来自宪法层面的意见时,刑法教义学是否毫无招架之力?法官适用和解释法律时,若以合宪性为指导原则,部门法的教义学知识是否可以弃之不顾?笔者认为,这些担忧过于夸大了宪法与部门法的紧张关系,部门法教义学问题的宪法表述并非要以宪法教义学取代部门法教义学,而是借助提升位阶赋予该问题以更高的效力,同时当在特殊情况下需要借助宪法视角才能得出合理结论时,为部门法教义学提供了新的出路。以刑法中的罪刑法定原则为例,“将刑法原则纳入宪法,并不意味着要取代迄今为止对刑法基本原则的解释、论证,而只是要对这种解释、论证加以补充。因此,不管各国现行宪法如何规定,刑法科学仍然维持着其哲学视角以及国际视角。”^⑥连将刑法的基本原则纳入宪法都没有改变其本来面貌,没有明文纳入宪法中的其他教义学知识更加没有理由担心接受合宪性检视会对自己造成多大的影响。

事实也是如此。如上所述,我国宪法学者对刑法学的关注主要集中于分则中的具体问题之上,极少切入刑法教义学的核心领域,这不能不说体现了宪法学者对部门法教义学知识的充分尊重。即使是在对分则具体问题的关注中,宪法学者也相当有分寸,并未试图以宪法的分析来替代刑法的分析。例如,张千帆教授曾经严厉批评寻衅滋事罪的司法解释,但最后也承认,“归根结底,刑法和宪法并不矛盾;二者的目的都是为了防止一切形式的不当暴力,保证中国社会在和平理性、自由宽容的环境下得到善治。”^⑦杜强强教授曾经主张:“宪法的价值理念通过合宪性解释的途径得以注入部门法的实践,从而

使后者能更好地履行对基本权利的保护义务”,^⑤不过其同时也认为:“合宪性解释必须尊重刑法释义学上的既有命题”。^⑥白斌副教授曾要求“刑法教义学就特定刑法规范开展解释时,不应局限于从刑法文本与规范框架中寻找依据,也应重视从宪法教义学的高度,着眼于从宪法规范与基本价值的层面为刑法解释寻找理论资源,而不应对后者完全视而不见,甚或作出有违立宪主义精神的判断”,^⑦但其也明白指出了宪法教义学的补充性,即仅在疑难案件中宪法教义学才需要在场,且不是在所有疑难案件中都需要在场。^⑧凡此种种都表明,在新的时代背景之下,随着合宪性检视的叩门声越来越急促,刑法教义学不能故步自封,也完全没有必要患得患失。

再次,合宪性检视不是万能药方,刑法教义学的发展仍然有待于刑法学自身的不断努力和完善。毋庸讳言,合宪性检视引入刑法教义学将产生一系列鲶鱼效应,对于引导刑法教义学的发展方向具有重要作用。例如,因为与罪刑法定原则精神不符,共犯独立性说就必须被放弃,无论其建构的教义学体系如何精巧;单一制如果在解释第29条第2款时得出的结论有违宪之虞,^⑨就必须回头重新调适自己的理论体系,以得出合宪的结论等。^⑩需要强调的是,合宪性与否不是对某个构成要件要素或者某一用语本身之解释的检视,而是对包含该要素或用语的规范整体合宪与否的审查,因此,“在解释系争要素时不得不将规范适用的后果也考虑在内”。^⑪例如,也许仅就“被教唆的人没有犯被教唆的罪”本身而言,只要在文义范围内,很难说哪一解释是违宪的,但考虑到立法者为其配置的相当于未遂犯的法律后果,何种解释违宪,何种不违宪就不言自明了。

尽管如此,希望合宪性检视能一劳永逸地解决刑法教义学中的重大疑难问题是不现实的,“因为直到今天,刑法科学在多数情况下并不是从实定、现行的宪法——比如《德国基本法》——中推导出刑法科学的基本原则和体系,而是独立地发展出这些东西”。^⑫某种程度上,合宪性视角的切入不是使刑法教

义学变得更容易,而是更复杂,如何将宪法价值融入刑法教义学将是今后刑法学研究的重要挑战之一。以近年来刑法学界关注颇多的比例原则为例,刑法当然必须接受比例原则的检视,问题是,比例原则并不能替代刑法学中的法益保护原则以及相关的教义学构造,“将比例原则引入刑事法领域时,必须避免简单的话语转换或者机械的套用现象。”^⑬我国刑法教义学的合宪化之路刚刚起步,可以想见未来的道路并非一片坦途。

感谢我的同事柳建龙副教授解答我关于合宪性解释的若干疑惑,并赠以大量德文文献,当然文责自负。

注释:

①参见张翔:《刑法体系的合宪性调控》,载《法学研究》2016年第4期。

②参见赵秉志、宋英辉主编:《当代德国刑事法研究》(2016年第1卷),法律出版社2017年版,第3页以下。

③参见郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2009年版,第34-35页。

④参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第八版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第179页。

⑤采取二重性说的有伍柳村:《试论教唆犯的二重性》,载《法学研究》1982年第1期;马克昌:《论教唆犯》,载《法律学习与研究》1987年第5期;陈兴良:《刑法适用总论》(上卷),法律出版社1999年版,第464页以下;赵秉志、魏东:《论教唆犯的未遂》,载《法学家》1999年第3期;赵秉志主编:《犯罪总论问题探索》,法律出版社2003年版,第544页以下;魏东:《教唆犯研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第89页以下;陈世伟:《论共犯的二重性》,中国检察出版社2008年版,第58页以下等。支持从属性说的有张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第305页以下;陈子平:《论共犯之独立性与从属性》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第21卷),北京大学出版社2007年版,第1页以下;张明楷:《论教唆犯的性质》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第21卷),北京大学出版社2007年版,第76页以下;何庆仁:《我国刑法中教唆犯的两涵

义》，载《法学研究》2004年第5期等。

⑥张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第331页。

⑦何庆仁：《我国刑法中教唆犯的两涵义》，载《法学研究》2004年第5期。

⑧陈兴良：《走向共犯的教义学》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第25卷），北京大学出版社2009年版，第447页。

⑨陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2010年版，第652页。

⑩马克昌：《共同犯罪理论中若干争议问题》，载《华中科技大学学报·社会科学版》2004年第1期。

⑪张开骏：《共犯从属性研究》，法律出版社2015年版，第163页。

⑫参见王昭武：《教唆犯从属性说之坚持与展开》，载赵秉志主编：《刑法论丛》（第15卷），法律出版社2008年版，第63页以下；蔡桂生：《〈刑法〉第29条第2款的法理分析》，载《法学家》2014年第1期。

⑬参见刘明祥：《“被教唆的人没有犯被教唆之罪”之解释》，载《法学研究》2011年第1期。

⑭参见黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第515页。

⑮参见前注⑦，何庆仁文。

⑯参见张明楷：《论教唆犯的性质》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第21卷），北京大学出版社2007年版，第88页以下。张明楷教授的这一方案也得到了黎宏教授（参见黎宏：《刑法总论问题思考》（第二版），中国人民大学出版社2016年版，第453页）、周光权教授（参见周光权：《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解》，载《法学研究》2013年第4期）和江溯副教授（参见江溯：《犯罪参与体系研究》，中国人民公安大学出版社2010年版，第296页）等学者的赞同。

⑰参见陈兴良：《走向学派之争的刑法学》，载《法学研究》2010年第1期。

⑱即使是单一制论者，也有学者主张应当将第29条第2款限缩解释为正犯着手实施了被教唆之罪但未得逞的场合，因为教唆行为本身并不具有法益侵害的现实危险性。参见江溯：《超越共犯独立性与共犯从属性之争》，载《苏州大学学报：法学版》2014年第2期。

⑲蔡桂生：《〈刑法〉第29条第2款的法理分析》，载《法学家》2014年第1期。

⑳周光权：《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解》，载《法学研究》2013年第4期。

㉑张明楷：《宪法与刑法的循环解释》，载《法学评论》2019年第1期。

㉒同前注④，高铭暄、马克昌主编书，第17页。

㉓ Vgl. Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986, S. 13.

㉔关于宪法学界对于合宪性解释以及基于宪法的解释的争论，参见张翔：《两种宪法案件：从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》，载《中国法学》2008年第3期；张翔：《合宪性解释的两个面向》，载《浙江社会科学》2009年第10期；谢维雁：《论合宪性解释不是宪法的司法适用方式》，载《中国法学》2009年第6期；柳建龙：《合宪性解释原则的本相与争论》，载《清华法学》2011年第1期；王书成：《论合宪性解释方法》，载《法学研究》2012年第5期；黄卉：《合宪性解释及其理论检讨》，载《中国法学》2014年第1期；王锴：《合宪性解释之反思》，载《法学家》2015年第1期等。

㉕时延安：《刑法规范的合宪性解释》，载《国家检察官学院学报》2015年第1期。

㉖黄晓亮：《刑法合宪性解释界定的另条路径》，载《国家检察官学院学报》2015年第5期。

㉗苏永生：《刑法合宪性解释的意义重构与关系重建》，载《现代法学》2015年第3期。

㉘同前注①，张翔文。

㉙参见张明楷：《宪法与刑法的循环解释》，载《法学评论》2019年第1期；张明楷：《法益保护与比例原则》，载《中国社会科学》2017年第7期；姜涛：《追寻理性的罪刑模式：把比例原则植入刑法理论》，载《法律科学》2013年第1期。

㉚参见张千帆：《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》，载《法学》2015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》，载《法学家》2015年第2期；杜强强：《入户犯罪、牵连犯处断与比例原则——兼论合宪性解释对刑法释义学的尊重》，载《首都师范大学学报》2016年第1期；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》，载《法学研究》2009年第4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》，载《法学研究》2013年第6期。

㉛Tiedmann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 59.

⑫参见[德]科里奥特:《对法律的合宪性解释:正当的解释规则抑或对立立法者的不当监护?》,田伟译,载《华东政法大学学报》2016年第3期。合宪性解释与基于宪法的解释的关系在宪法学界存有分歧,不过鉴于我国尚无宣告刑法条款违宪的具体机制,近似于德国宪法法院理解意义上的合宪性解释并不存在,反而是基于宪法的解释在适用刑法时大有可为,所以本文未严格区分二者。

⑬参见刘明祥:《再释“被教唆的人没有犯被教唆的罪”》,载《法学》2014年第12期。

⑭参见吴振兴:《论教唆犯》,吉林人民出版社1986年版,第148页;马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第556页等。

⑮参见魏东:《教唆犯研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第233页。

⑯参见前注⑭,周光权文。

⑰参见张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第408页。

⑱参见郑延谱:《预备犯处罚界限论》,载《中国法学》2014年第4期。

⑲梁根林:《预备犯普遍处罚原则的困境与突围》,载《中国法学》2011年第2期。

⑳魏克家:《试论教唆犯的几个问题》,载北京市法学会编:《刑法学论文集》1983年版,第144页。

㉑类似的观点参见赵微:《论共同犯罪“意思联络”的客观预备性》,载《武汉大学学报:哲学社会科学版》2007年第6期。

㉒虽然未遂犯与预备犯的处罚原则中多了“比照既遂犯”的用语,但一般认为分则的法定刑是以既遂犯为标准的,所以第29条第2款规定的处罚原则与未遂犯的处罚原则实际上是一样的。

㉓参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第34页。

㉔同前注⑭,周光权文。

㉕参见陈新民:《德国公法学基础理论》,法律出版社2010年版,第415页以下。

㉖参见刘明祥:《论我国刑法不采取共犯从属性说及利

弊》,载《中国法学》2015年第2期。

㉗参见前注⑭,蔡桂生文。

㉘参见朱道华:《教唆犯二重性说的逻辑困境及其反思》,载《法律科学》2012年第6期。

㉙即使如此,仍然有台湾地区学者认为,这样的规定在本质上根本就不是共犯(教唆犯)的规定,而是针对法益侵害预备阶段的处罚规定之刑罚扩张事由,不是从属性的例外而是未遂处罚的例外,从而维护教唆犯的从属性原则。参见许泽天:《共犯之处罚基础与从属性》,载《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,五南图书出版公司(台北)1998年版,第87页以下。

㉚参见前注⑭,科里奥特文。

㉛ Vgl. Rieger, Grenzen verfassungskonformer Auslegung, NVwZ 2003, S. 21 f.

㉜ Vgl. Roth, Die verfassungsgerichtliche Überprüfung verfassungskonformer Auslegung im Wege abstrakter Normenkontrolle, NVwZ 1998, S. 566 f.

㉝[德]洛塔尔·库伦:《论刑法与宪法的关系》,蔡桂生译,载《交大法学》2015年第2期。

㉞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》,载《法学》2015年第4期。

㉟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》,载《法学家》2015年第2期。

㊱杜强强:《入户犯罪、牵连犯处断与比例原则——兼论合宪性解释对刑法释义学的尊重》,载《首都师范大学学报》2016年第1期。

㊲参见前注⑭,白斌文。

㊳参见前注⑭,白斌文。

㊴参见前注⑭,刘明祥文。

㊵参见前注⑭,江湖文。

㊶ Lüdemann, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, S. 30.

㊷同前注⑭,洛塔尔·库伦文。

㊸张明楷:《法益保护与比例原则》,载《中国社会科学》2017年第7期。