

憲法與刑法 ——從《澳門特別行政區基本法》的角度分析

Manuel da Costa Andrade

科英布拉大學法學院教授

一

本人希望藉此機會就憲法與刑法之間關係的若干重點問題作出探討。一方面，根據法治國的學說與經驗，以及葡國的憲政經驗進行探討，另一方面，則從《澳門特別行政區基本法》的角度加以分析。

首先應特別指出的是，在《葡萄牙共和國憲法》中，直接屬於刑法範疇的規定非常多，以至於屬於其它普通部門法的規定望塵莫及；此外，這些刑法規定明顯具有直接適用的屬性，因此，它們不但對立法權具有約束力，對法院亦具有同等的約束力。

《澳門特別行政區基本法》也大致如此。

上述規範於憲法之中的刑法涵蓋了刑事制度的兩大領域：實體刑法與刑事訴訟。

二

《葡萄牙共和國憲法》及《澳門特別行政區基本法》果斷地降低了普通法律立法者在勾勒刑事制度時所須面對的複雜性。不過，我們無法在此作極具系統性的詳盡分析，唯有以略見零散的方法探討部分核心問題。然而，我們仍可扼要論述《葡萄牙共和國憲法》及《澳門特別行政區基本法》為刑法的實質正當性與形式正當性劃定界限這一課題。

受時間限制，我們唯有優先選擇若干與刑法實質正當性有關的論



題，至於形式正當性的問題，在此不再贅述。事實上，我們相信這個選擇是合理的，因為，用以解決刑法形式正當性問題的方法是從多個世紀——自最終引發頒佈 1215 年《自由大憲章》的運動展開時起——的經驗、反思及努力爭取而得來的成果；今天，這些解決方法仍然是比較穩當的，其所依循的基本上有兩大原則：

第一是合法性原則（法無明文不為罪）。這一原則分別在《葡萄牙共和國憲法》及《澳門特別行政區基本法》的第 29 條均有明確規定。在任何情況下，合法性原則都應以重視其含義或必然後果的態度加以解讀（成文、嚴格、先定及確切的法律），當中最突出者莫如“不溯及既往”與“確定不變”的準則。

此外，尤應說明的是，《葡萄牙共和國憲法》將合法性的訴求及相應的保障制度延伸至“保安處分”。《葡萄牙共和國憲法》在規範刑罰不具溯往效力這個合法性原則的同一條文內規定：“*如之前之法律未定其前提，不得遭受任何保安處分*”（第 29 條第 1 款）。這一規定使人們對於因有需要遏止行為人的危害性而採取的保安處分的理解產生了深刻變化。按照對保安處分的範疇性及理念性描述，保安處分純粹以將來出現的危害性為依歸，嚴格來說，得實施保安處分而無須考慮之前的、在刑法上具重要性的事實，然而，這是現今憲法所不容許的。要令保安處分有意義並具有正當性，則必須兼備以下兩項要件：行為人的危害性在將來繼續存在；在過去作出了某一事實，而該事實被之前的法律定為實施保安處分的條件。如果詳加觀察，我們有理由相信《澳門特別行政區基本法》亦將合法性的訴求——按上述的意義及範圍——延伸至保安處分。

第二是法律保留原則。按照這一原則，犯罪及刑事制裁（刑罰及保安處分）的有關規定必須具有法律的崇高地位，在葡萄牙，必須是（共和國議會制定的）形式法律或政府根據議會給予的充分立法許可而制定的法令；在澳門，則必須是立法會按照《澳門特別行政區基本法》第 71 條的規定而制定的法律。

三

現在，讓我們回到實質正當性的問題上。首先，應清楚知道，按照法治國的學說，在新的“綜合刑法學”〔或如李斯特（LISZT）所採用

的德語表述：*gesamte Strafrechtswissenschaft*〕理論中，刑事政策必須介入的範圍應由憲法規定和分界。如果我們能肯定在刑法學的新構想當中，刑事政策相對於普通成文刑法來說占有一種關鍵性的跨體系地位，那麼，相對於由憲法構築的民主社會及由憲法確認的法治國模式而言，刑事政策就占有一種體系內的地位。

四

因此，憲法亦確定並提出——強制規定——一系列價值或利益，這些價值或利益能組成一個在刑法上受保護的法益系統，亦因而成為普通法律立法者制定設定罪狀的規定時應予考慮的實質目的論概念，目的是使賓丁（BINDING）所說的“法益精萃”（*Güterkapital*）必須與憲定的價值結構有一種實質疊合的關係。這是一種隱含著刑法基本原則〔我們幾乎可以肯定是凱爾森（KELSEN）所闡釋的 *Grundnorm*（基礎規範）〕的論述，亦是憲法強制規定的一項原則。按照這個原則，在一個世俗化及多元化的社會（即不屈從於先驗及封閉的宗教、形而上學、道德主義或意識形態世界觀等力量的社會）中，刑法僅具有介入保護人或該社會基本法益的正當性。這直接體現於任何純粹以不道德為名義而懲處人的行為的、設定罪狀的刑事法律的不正當性（一種透過違憲性制裁機制予以打擊的不正當性）。很少見到像莫理斯（NORVAL MORRIS）及霍金斯（GORDON HAWKINS）這兩位美國學者的精闢見解：“至少對刑法而言，只要某人在過程之中沒有直接侵害他人或他人的財產，他就有‘穿起自己的衣服走進地獄’的不可剝奪的權利。”

五

其次，刑事化程序的範疇及基本原則亦由憲法規定。受德國學者及法院的影響，刑法學家習慣以刑法尊嚴（*Strafwuerdigkeit*）以及刑法保障的需要或刑罰需要（*Strafbeduerftigkeit*）等名義來闡釋刑事化程序。

刑法尊嚴確保了憲定戒律的效力，這個戒律就是：唯具有崇高尊嚴的法益方應受刑法保護。又或從另一角度來說，對法益的侵害必須屬於構成危害社會的特定及不可容忍的情況時，方可按法律實施刑事制裁。

在這個方面，刑法保障的需要表達了刑法的補充性原則或“最後手

段”原則。因此，只有當刑法的介入能有效保護法益，且有必要被認為恰當時，才應訴諸刑法；只有當不可能以較寬鬆的限制自由的手段達至保護法益的目標時，刑法的介入才被視為必要的。此外，上述原則的結合投射到了刑法的零星性或非持續性。

六

尚應清楚知道的是，今天，刑法尊嚴及刑法保障的需要——以及體現這兩個概念的各項原則：社會危害性、適度、補充性、零星性——在大多數法律體系中，尤其在葡國的法律體系中，成為了普通法律立法者在制定設定罪狀的法律時必須遵守的憲定命令。

對此，《葡萄牙共和國憲法》第18條第2款作出了明確規定：“*只有在憲法有明文規定之情況，法律方得限制權利、自由及保障，該等限制應局限於為維護憲法保護之其他權利或利益所必要之範圍內*”。因此，公然違反有關規定的法律，將不能逃過違憲性的審查及制裁。

今天，假如出現一項違背補充性原則的、以訂定刑事不法行為及刑事制裁的手段解決社會危害性問題的刑事法律，但又被認定能以較寬容的手段達至相同目的，例如民事制裁、行政處分、違反秩序而實施的處分等等，那麼，這項刑事法律的違憲性質似乎已不容置疑。

在《澳門特別行政區基本法》中，似乎亦看不出有其他不同的解決方法，該法第40條同樣明確規定了必要原則及適度原則。

七

在上述內容中，已暗含了對憲法與普通刑法之間關係的其中一個較複雜問題的答案。具體而言，是要知道所謂憲定的刑事化命令或憲定的刑事化義務（德國學者及法院的表述為 *Verfassungspenalierungsgebote*）存在與否。

當然，我們知道，在憲法性法律中——無論從國內法或從比較法的角度而言——總有某些關於刑事化的形式或明文規定，即存在一些強制普通法律立法者懲處在特定領域發生的不法行為的憲法規定。在葡萄牙，這些規定就曾經發生在損害國家經濟的罪行方面，現在仍繼續發生在政治職位據位人可觸犯的責任罪（《葡萄牙共和國憲法》第117條第

3款)方面。而《巴西聯邦共和國憲法》的規定則更為廣泛，它不但直接將許多行為列為犯罪，甚至規定出可科處的刑罰種類，並就不受時效限制、共同犯罪等問題作出規範（見該法第5條）。

然而，上述內容不是我們要重點探討的問題。我們想知道的是，假如憲法規定或承認某一法益的崇高地位及尊嚴，是否就直接將動用刑事制裁以保護該法益的責任加諸普通法律立法者身上呢？

几

這一問題在關於自願中斷懷孕的行為方面備受爭議，它曾對德國憲法法院這個重要的權威機關的司法見解產生震動及疑惑。憲法規定了人的生命不可侵犯，甚至設想將這一不可侵犯性的明文規定延伸至受孕一刻，這是否意味著要強制普通法律立法者運用刑事制裁以保護子宮內的生命？

答案必然清晰而且絕對是否定的。扼要而言，憲法規定人的生命的尊嚴，僅提供了刑事化的其中一個前提：刑法尊嚴。這個前提僅確保所謂刑事化的消極正當性，即如欠缺這種正當性，則足以排除刑事化的正當性，但這種正當性的出現卻並不足以促使進行刑事化。換言之，它並不等於同屬不可捨棄的積極正當性，它只可由刑法保障的需要予以確保。

刑法尊嚴這個前提成立了，接著便須知道：

第一，刑法是否為防止具有社會危害性之惡行（如墮胎）的恰當手段。又或反過來說，刑法在有關領域是否真正無害，意即不論刑法有否介入，惡行仍會繼續存在，只是當刑法介入時，惡行便轉移到不法的地下世界而已。假如真是這樣的話，不但不能解決問題，更會使刑法可能產生明顯受醫學理論影響的效果：惡行一旦轉到不法世界，將引致出現敲詐、勒索、暴力、剝削等行為的庇護所。一切都置於刑法屏風背後，最終，正如舒爾（EDWIN SCHUR）在其1965年的名著《沒有受害者的犯罪》一書中所說明的一樣，刑法（面對適法活動的競逐時）成為其本擬防止的惡行的紙製防護壁壘。

第二，儘管刑法是恰當手段，但它是否同時又是必要手段，意即再也沒有同樣恰當但對限制自由而言較為寬鬆的手段。

九

刑法的積極正當性絕對取決於上述問題的答案。然而，這個答案不屬立憲者力所能及的範圍。事實上，這主要是屬於經驗主義犯罪學範疇的問題：越軌行為現象學的調查研究、因果關係原因論的解釋、可供選擇的預防性手段，等等。這一切都是普通法律立法者才有條件進行的工作，並據此而決定是否將有關行為刑事化，換言之，這一切都不是立憲者理應嘗試的工作。

十

《葡萄牙共和國憲法》及《澳門特別行政區基本法》背後的世界觀與彼等展示及揭露的規範系統，最終反射到傳統上稱為“刑罰的目的”此一問題上。如果詳加觀察，可知亦是由《葡萄牙共和國憲法》及《澳門特別行政區基本法》建議甚至規定所謂經核查確認的標準。這可從兩個基本命題加以分析：一方面，須突出罪過的單方性原則，另一方面，規定預防為刑罰的目的。

（一）罪過的單方性原則包含了兩個原則或規條，均明確獲得憲法的共鳴。

首先，規定罪過作為不可抹煞的刑罰前提及不可逾越的刑罰限度，即無罪過則無刑罰，在任何情況下，刑罰均不得超越罪過的程度。正如在其他方面亦須突顯一樣，這種對罪過的要求與一個根本的人類學真理相符，並直接在憲法層面獲得迴響。在一種非常近似的規範方式下，對罪過的要求按上述的意義及範圍體現於以人格尊嚴為根基的規定，既見諸《葡萄牙共和國憲法》（第1條），亦見諸《澳門特別行政區基本法》。按照《澳門特別行政區基本法》（第30條）的規定，“人格尊嚴不受侵犯”。事實上，這亦是我們的學者（以迪亞斯(FIGUEIREDO DIAS)為首）及法院的共同見解，他們都認為無罪過而施刑罰，與人格尊嚴的崇高地位絕不相符。此外，還應清楚知道，假如按上述意義及範圍設定的罪過原則得到遵守，便足以維護罪過在自由與保障方面的價值，也就是作為刑罰限度的罪過的最重要作用之一，因此，它亦是一個不可攻克的堡壘，以抵禦那些操控刑法來為明顯或不太明顯的暴政服務的意圖。這些暴政卻裝扮成一種崇高的醫療式懲治思想——正如基特雷

(KITTRIE) 的 “*The Right to be Different : Deviance and Enforced Therapy*” (1971)，又或其他作品如伯吉斯 (BURGESS) 的 “發條橙” (*A Clockwork Orange*) 或薩斯 (TH. SZASZ) 的 “*The Manufacture of Madness*” (1970) 所揭示的——但卻打著由欠缺正當性的政客所操控的治安 (law and order) 旗號。

其次，放棄爭取將罪過作為量刑準則，而取報應理論。這種放棄並非完全由具有認識論本質的困惑所造成（極難證明“自由的自願仲裁”），相反，主要原因是與純粹具有報應意義的刑罰的正當性之間的鬥爭。這是因為將刑罰視為絕對價值的理解（本身可作解釋，其本來也就是）在一個世俗化及多元化社會中，在一個不含任何宗教、道德、形而上或意識形態一元論的社會中不再具有意義，而這正是《澳門特別行政區基本法》第 34 條所指的社會模式。

（二）刑罰作為一種由不完美的人組成的不完美的社會的痛苦需要，它再沒有脫離自康德 (KANT) 所說的目的的莊嚴，刑罰就只有為預防而服務的意義。只有預防才能作為刑罰的目的。

十一

除指出以預防作為刑罰的唯一正當目的之外，《葡萄牙共和國憲法》亦清楚地將再社會化的特別預防放於首要位置。再者，可以說《葡萄牙共和國憲法》將再社會化改造成國家的命令或義務，這至少是葡國較權威的司法見解及學說的理解。此外，這種理解亦受到德國憲法學說及司法見解的影響，尤其是在聯邦憲法法院於七十年代作出了關於“勒巴赫軍人兇殺案” (*Soldatenmord von Lebach*) 的著名合議庭裁判之後。在該判決所陳述的理由中可以看到：“從憲法觀點而言，再社會化這一需求符合一個舉揚人格尊嚴作為價值秩序的指路明燈且自覺受社會法治國原則約束的社會的自我表現。作為源自人格尊嚴並預先獲得保障的基本權利的擁有者，被判罪者必須有服刑後再次融入社會的機會。對不法份子而言，再社會化的權利源於基本法第 2 條第 1 款並配合第 1 條的規定而確保的基本權利。對社會而言，是社會法治國原則要求國家關懷及照顧那些基於本身的懦弱、過錯、欠缺能力或處於低下社會階層而無法在個人方面或在社會上得到發展的人”。

簡言之，今天已有共識的理解是：當罪過成為法治國的自由在形式

尺度上的要求，再社會化則直接植根於該法治國的社會實質層面。這是一個在《澳門特別行政區基本法》中清晰得無需描繪的層面。最佳佐證有第39條的一般規定——居民有享受社會福利的權利——以及其他一系列的規定（第103條及續後條文），這些規定是關於干預主義及經濟、衛生、文化、環境等方面的社會責任。

十二

尚應清楚知道的是，在我們已扼要陳述的憲法標準下，再社會化是一項市民（不法份子）的權利、國家的義務，而非一項國家的權利。國家有義務締造真正的再社會化機會，並將之提供予不法份子，然而，國家不能強制規定再社會化。違法的市民永遠有令自己與眾不同的不可限縮的權利，這是一項對抗強迫悔悟與刑法規定及支持該等規定的價值的無奈的改變及內化。正如佈雷克特（BRECHT）的闡釋一樣，不法份子只要沒有真得去打劫銀行，他總是可以大聲疾呼：“與擁有銀行的罪行比較，打劫銀行的罪行又算得上甚麼呢？”