

法益论的现代困境及其宪法化改造

姜涛

(华东政法大学,上海 201620)

摘要:法益论面临现代困境的根本原因在于不重视法益论的宪法根据。法益论的功能不仅在于回答什么是刑法保护的法益,更在于回答什么不是刑法保护的法益。这说明不能仅从本体论视角建构先法性法益,而是更加需要重视法益论的宪法根据,明晰法益论与宪法中关于公民基本权利关联的法理,从规范论视角建构与宪法融通的法益概念,使其在避免刑法从法益侵害向法益侵害危险退让、以价值理性取代目的理性、从“法治国家的基本权利保障”过渡到“社会国家的社会秩序形塑”上发挥重要作用。现代刑法强调犯罪设定或犯罪认定以保护法益为实质根据,这需把刑法所保护的法益与宪法中关于公民基本权利的规定关联起来,重视合宪性解释的实践。刑法不可以把属于公民基本权利的行为规定或解释为犯罪,这种合宪性解释是体系解释的应有之义。

关键词:法益侵害危险;比例原则;基本权利;与宪法融通的法益概念;体系解释

中图分类号:DF611 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2023.05.11 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



如何防止、限制刑罚权被滥用,既是刑法立法科学化的一项重要任务,也是刑法学理论努力探索但尚未取得有效进展的时代课题。法益论是刑法学家所建构的、被期待限制刑法立法不当扩张的理论。我国学界长期以来对法益论的讨论,更多局限于从逻辑上区分形式的法益概念与实质的法益概念,然后,基于这种定位讨论个罪之不法性与有责性判断的实质基准。这样的讨论缺乏从宪法视角定义法益,从而不能合理划定刑罚权的边界。在“重视宪法实施,维护宪法权威,推进合宪性审查”的背景下,捍卫宪法权威与重视宪法实施,是法律职业共同体的责任。为此,刑法理论需要立足于我国当前立法与司法实践的问题,分析法益论面临的现代困境,认识法益论的宪法根据及其释义学意义,重视宪法中公民基本权利的防御功能,提倡与发展与宪法融通的法益概念,以促进法益

收稿日期:2023-03-04

基金项目:国家社会科学基金重大项目“数字经济的刑事安全风险防范体系建构研究”(21&ZD209)

作者简介:姜涛(1976),男,河南南阳人,华东政法大学刑事法学院“经天学者”特聘教授,博士生导师,法学博士,中国法治现代化研究院特邀研究员。

论的发展与完善。

一、空洞、混淆与松动：法益论面临的现代困境

立足于个罪所保护的法益,使行为之不法与有责的判断达到值得处罚的程度,以实现良法善治,几乎成为实质解释论的基本方法。然而,这一分析工具在立法的积极态势与二元违法观的法治环境中却面临空洞、混淆与松动的现代困境。

(一)法益论自身的空洞带来的判断混淆

法益的内涵过于抽象^①,这是法益论在刑法立法上的困境。众所周知,法益论创立之初,正是自然法学派兴盛的时期,法益概念包含着价值判断,如毕恩鲍姆所言的民族共识、宾丁所说的立法者的价值判断。后续发展受实证主义法学思潮的影响,法益论沦为空洞无物的状态。后期随着新康德主义刑法学者的努力,法益论又被植入了价值判断的内容,丰富与发展了自然法学派的法益理论。当前我国学界提倡的法益论,不过是对李斯特所提倡的法益概念的确认,即把法益定义为法律所保护的个体利益或社会利益。

面对法益的空心化现象,德国否定和怀疑法益概念的论者认为:“法益是一种假的合法性,或者认为法益概念是内容空洞的或者对于‘正确解释’刑法并不重要的概念,从而否定法益概念限制刑法的界定功能。”^②因为法益概念难以被界定,这就使其具有一种无所不包的巨大涵盖能力,理论上任何东西都可以被定义为法益而上升为刑法的保护对象。学者对此的质疑集中于法益论的空洞,人的利益固然是界定法益的一种方法或标准,但“人的利益是什么”也是一个不甚清楚、难以界定的概念,随之带来概念的无限循环。

法益的空洞化正是法益论无效的原因。由于国家刑罚权的发动并不能从法益概念自身导出的原因,它会导致立法与司法远离法益论,而成为刑事政策选择。在立法上,立法者不是以法益论进行判断,而是以刑事政策上的社会危害性、处罚的必要性等为中心进行判断,即采取比较空泛、缺乏类型限制的社会危害性、处罚的必要性等概念,对入罪与出罪进行概括性判断,缺乏入罪与出罪判断的精细化与合理化,甚至可能把刑法发展成为社会控制的工具。在解释上,就刑法教义学的基石命题而言,法益论是犯罪论中的有力分析工具,就罪与非罪的区分而言,解释者对不法与有责的解释必须达到值得处罚的程度;就此罪与彼罪的区分来说,必须甄别个罪的保护法益,以免混淆重罪与轻罪的界限。此外,一罪与数罪的区分也涉及法益保护的同一性等理论。但是,法益论并未进入解释实践,这在抽象危险犯的解释实践中体现得最为明显。抽象危险犯通常被认为是对法益侵害危险的回应。预期伤害的严重危险性,是否足以成为将刑法适用范围扩大到这种遥远的、可能含糊

^① 参见[日]伊东研祐:《法益概念史研究》,秦一禾译,中国人民大学出版社2014年版,第4页。

^② [英]安德鲁·冯·赫尔希:《法益概念与“损害原则”》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第24卷),北京大学出版社2009年版,第188页。

不清的抽象危险行为的充分理由备受争议。^①例如,醉酒驾驶的危害会导致事故和伤害的危险增加,从而直接侵害人身安全的整体利益^②,由于这种危险仍是一种拟制的风险,故需要受到“不能安全驾驶”等限制,以把完全没有危险的情况排除。然而,就司法解释与司法实践而言,决定危险驾驶罪出罪范围的并不是法益,而是《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第13条中的“但书条款”。比如,最高人民法院于2017年5月1日出台的《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)》就有依据“但书”条款出罪的规定。^③

当今刑法理论中的法益论枝繁叶茂,无所不包。与理论界的热闹景象相比,法益论在刑法实践中却门庭冷落,这一理论并没有融入并指导刑法实践。就刑法立法来说,立法者需要判断对法益的侵害达到何种程度才需要犯罪化;对于解释者来说,要判断行为是否侵害个罪保护的法益及侵害的程度是否达到犯罪程度。这些都是难以操作的问题,也正是法益论空洞化面临的困境。就立法而言,我国刑法的犯罪化扩张态势明显,立法者重用抽象危险犯以预防和控制风险的立法意图便隐藏其中,法益论并没有发挥限制立法扩展的作用。就司法实践而言,近年来陆勇药品代购案、王力军收购玉米案、赵春华非法持有枪支案、于欢案等,都意味着法益论在司法实践中的崩溃。其中,在陆勇药品代购案中,陆勇被不起诉的理由是代购不属于销售,这是从文义解释而不是法益保护的真实性角度进行的论证;在王力军收购玉米案中,王力军被宣告无罪的理由是不具有刑罚处罚的必要性,是从比例原则而不是法益保护的必要性角度进行的论证;赵春华非法持有枪支案、于欢案在学界有人主张“无罪”的情况下,当事人被判定有罪,这不仅是刑法教义学没能进入司法实践的体现,而且也表明法益论在出罪机制上的困境,即缺乏一个可以操作的标准,难以成为法官出罪论证的理论支撑。

(二)法益论在刑民、刑行交叉案件上混淆

在预防与控制危及公共安全、市场经济秩序、社会管理秩序等行为上,我国实行刑法与行政法并轨制。刑民、刑行界分涉及我国既定性又定量的特殊制裁体系,如何合理解释这一特殊制裁体系,是法学理论中的重要命题。基于不同部门法的目的和价值取向的差异,“刑民交叉、行刑衔接”案件的妥当解决,需要法益论在场。然而,现有的法益论在此问题上的解释力不足。例如,尽管学界素来认同刑法保护的法益与行政法保护的法益不同,行政违法行为并非都属于刑事犯罪,但却由于没有弄清刑法与行政法保护法益的差异是什么,从而导致法益论在刑行交叉案件的处理上难以发挥作用。

在我国二元违法体系下,刑事不法与行政不法的界限并非互斥,而是存在量的差异与法域之间的冲突,这种量的差异标准是司法实践难题,且因刑法存在一定数量的抽象危险犯或行为犯而导致刑、行交叉现象。以生产、销售有毒、有害食品罪为例,《刑法》第144条规定:“在生产、销售的食物

^① See Andrew Ashworth & Lucia Zedner, *Prevention and Criminalization: Justifications and Limits*, 15 *New Criminal Law Review* 542, 542-547 (2012).

^② 参见[英]威廉姆·威尔逊:《刑法理论的核心问题》,谢望原、罗灿等译,中国人民大学出版社2015年版,第29页。

^③ “对于醉酒驾驶机动车的被告人,应当综合考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害以及认罪悔罪等情况,准确定罪量刑。对于情节显著轻微危害不大的,不予定罪处罚;犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。”

中掺入有毒、有害的非食品原料的,或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的,处五年以下有期徒刑,并处罚金。”《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第123条规定:“违反本法规定,有下列情形之一……(一)用非食品原料生产食品、在食品中添加食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康的物质,或者用回收食品作为原料生产食品,或者经营上述食品……”对比前述规定不难发现,两者都只有定性的要求,没有不法结果的定量要求,且不法行为相同。可见,《刑法》与《食品安全法》之间形成了法域冲突,刑事不法与行政不法之间界限模糊,陷入司法困境也就在所难免。

如果我们把法益简单定义为法律所保护的生活利益,但又不能将违法与犯罪进行区分,也没有明确何为刑法所保护的生活利益,何为行政法等其他法律所保护的生活利益,那这种定义就是有缺陷的,这也正是法益侵害说备受争议的地方。笔者认为,面对刑法上的抽象危险犯,往往不是刑、行交叉,而是刑、行竞合,法益论在两者的界分上难以发挥作用。德日学者提出的违法一元论、违法二元论、违法相对性论、质的差异论、量的差异论、质量差异论等学说也不能适用于我国,毕竟,我国刑法与德国、日本的刑法不同,德国、日本的刑法所规定的行为与其他法律所规定的行为之间是一种互斥关系,为刑法所规制的行为必然不为其他法律所包含,采取法益侵害说尚能把犯罪与违法等区别开来。可是,我国刑法多采取定性定量相结合的个罪认定标准,犯罪与违法被法律重复规定。比如,刑法中的盗窃罪与治安管理处罚法意义中的盗窃违法行为,在行为方式上并无太大区别,但在数额上呈现出阶梯关系,数额较大的盗窃行为才属于犯罪,达不到数额较大标准的盗窃行为则属于违法行为,因而单纯把法益界定为法律所保护的生活利益,则难以区分刑事不法与行政不法。

法益概念在入罪解释或犯罪化立法上具有推波助澜作用,但不是立法者或司法者在审查立法目的是否正当时可以援引的实质标准,解释者会基于自由裁量权对有争议的法律议论作出扩张性的犯罪设定与犯罪认定判断。以司法实践处理的“毒牛肉案件”为例,假如我国2012年因巴西疯牛病事件而禁止从巴西进口牛肉,2013年至2014年期间行为人违反这一规定仍从巴西大量进口牛肉,后来证明疯牛病事件对牛肉出口没有影响,我国2015年起允许从巴西进口牛肉,那么,这一行为是否属于“销售不符合安全标准的食品罪”?对于这类案件需要判断行为人销售的是否为不符合安全标准的牛肉,而不是单纯看有没有违反国家的禁令。如果行为人销售的是完全合格的、对人体没有危害的牛肉,则不能将其行为解释为犯罪,因为这些行为并不具有法益侵害的真实性。然而,理论层面成立并不意味着实践层面成立,由于法益论缺乏一个区分行政违法与刑事不法的标准,从而实践中将行政违法行为界定为刑事犯罪的情况时有发生,犯罪就成了一种单纯的不服从行政命令的行为。

(三)法益论在刑法保护早期化限制上有所松动

法益保护的早期化意味着具有法益侵害的危险时,刑法就介入其中,以避免法益侵害的出现。这不仅体现为立法者重用抽象危险犯的立法技术,而且体现为预备行为实行化、帮助行为正犯化等。例如,《刑法修正案(九)》增设的准备实施恐怖活动罪、帮助信息网络犯罪活动罪等。在这种刑法扩张的背后,隐藏着法益论在刑法立法中的困境。

尽管抽象危险犯、预备行为实行化、帮助行为正犯化等有助于合理预防与控制社会风险,有一

定的合理性,但这一立法选择亦有其必要限度,没有侵犯法益或者不具有侵犯法益危险的行为不能入罪处理。问题的关键在于,一旦涉及法益侵害的抽象危险,法益论通常难以为这一限度提供理论根据。以法益保护早期化为例,法益保护早期化是近年来刑法立法发展的“重头戏”,体现了源头治理的刑事政策理念,即把本属于其他犯罪的原因行为或手段行为予以犯罪化。在此情形下,意味着法益论发生了蜕变:即从法益侵害变成了法益危险。近年来,有些学者主张的积极刑法立法观不仅是对刑法的谦抑性的否定,也是对传统法益论的矫正,包括强化刑法的风险防控功能。这种矫正是法益论的功能自我改变的产物?还是对原有法益论的突破?对此,有学者指出:“法益原则或危害性原则的功能发生重大蜕变,从早先的消极排除功能,即没有法益侵害或没有社会危害就不应当入罪,蜕变为积极地证立犯罪的功能,即只要有法益侵害或社会危害就有必要做人罪化的处理。”^①

如果法益概念扩张是基于社会保护的思想,把法益的危险都称之为法益时,法益论自然得到坚持,但此类概念并无刑法教义学的价值。因此,更多学者表现出对法益论蜕变危机的担忧,如有学者指出:“现代社会逐渐进入后工业阶段,现代社会的风险所呈现出的诸多特征正潜移默化地影响和决定着刑法未来的方向。为了使刑法维系社会的功能最大化发挥作用,刑法通过对抽象危险犯类型的规制来防止特定危险实害化。这一做法的直接影响就是对传统上作为刑法基石的法益理论造成强烈冲击,致使法益概念逐渐抽象化、模糊化,使法益理论陷入了维系自身机能的困境。”^②为何会表现出这种担忧,其实还来自法益论本身。就形成法益论的困境而言,不仅是因为法益论是一个极为抽象的概念,并不能如自然法般亘古不变、绝对正确,而且法益论会受刑事政策的重大影响而不断变换身姿和不断调整自身的内涵,以适应刑法立法与刑事司法的变化,当法益论需要参与应对风险社会面对的挑战时,难以真正发挥限制刑罚权过度扩张的功能。

法益论所遭受的上述三重困境,正是当前刑法立法积极化与刑法解释扩张化的症结,这需要刑法理论提出合理的应对之策。

二、实质的法益概念:本体论困境与规范论改造

现代刑法理论认为刑法是内在体系与外在体系的统一,内在体系体现为刑法的价值追求,外在体系体现为刑法文本。保护法益作为刑法的价值追求,是分析、讨论刑法文本的分析工具。然而,法益论危机意味着上述问题无法直接从法益概念的演绎逻辑进行回答,可以考虑从社会视角与宪法视角予以回答。

(一) 违背民主立法原则:社会视角法益概念之理论困境

法益论在刑法教义学上只是一种解释刑法、反思刑法的理论工具,与其说法益论在现代刑法立法上失灵,不如说是建构法益论的刑法理论的失灵。

不难看出,各种试图描绘法益概念之实质内涵的努力,目的都在于为形形色色的犯罪寻找“最

^① 劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,载《法学评论》2017年第6期,第21页。

^② 舒洪水、张晶:《法益在现代刑法中的困境与发展——以德、日刑法的立法动态为视角》,载《政治与法律》2009年第7期,第103页。

小公分母”,即寻找一个隐藏在形式的犯罪概念背后且可以适用于所有犯罪的“常项”。^① 法益论就是刑法理论所建构的这种“常项”,法益论在形成与发展的过程中,法学家期待将其发展成为一种证立或反思犯罪的实质标准,期待能够为犯罪设定或犯罪认定提供高于刑法的合法性,以作为限制国家刑罚权扩张的分析工具,从而在犯罪认定与犯罪设定中发挥正当化机能。就犯罪认定而言,法益论对个罪之构成要件的包含范围及行为类型具有指导作用,解释者不能把没有法益侵害或侵害危险的行为解释为犯罪。就犯罪设定来说,如果立法者增加新罪却不能说明该罪的保护法益是什么及所保护法益有无价值,或者不能证明刑法是保护法益的最后手段,那么,这种犯罪设定就存在疑问,立法者应当废除这一犯罪。但是,在立法者废除这一犯罪之前,解释者应当立足于法益论的解释论机能,把符合该罪之构成要件的行为解释为无罪。

如何实现法益论的上述功能,就涉及法益概念问题。对此,学界素有形式的法益概念与实质的法益概念之区分,前者是指由立法者颁布的刑法条文中推导出带有法益建构性质的刑法法益,侵害刑法法益就应该受到处罚;后者强调法益概念应当提供规范的、体系批判性的标准,以用于衡量由立法者制定的刑法规范在建构法益时,需要各种前实证的、先于立法者存在的标准。鉴于形式的法益概念无法借助自己的力量去控制那些与其自我设定的任务相冲突的立法发展,因此,实质的法益概念在刑事政策、刑法立法、刑法解释学和犯罪学之间发挥着铰链般的作用。^②

尽管学界主张以实质的法益概念限制刑法的边界,然而,实质的法益概念中的“实质标准”是什么,这一关键问题本身并不明确。从学术史来看,主张实质的法益概念的学者多是立足于法益论的社会根据而主张先法性法益,在本体论上强调法益是一个与社会利益、公共政策等相关的概念。法益论的主张者多强调法益是法律所保护的利益,强调利益保护是法律的本质,从而主张实质的、前实证的法益。正如有学者指出:“实质的法益概念为刑法的保护对象提供了经验的、事实的基础,法益是作为人们的生活利益而成为保护对象的。”^③ 当法官在解释刑法时,社会利益等都是刑法上法益判断的来源。笔者认为,主张把社会利益作为法益来源,会面临民众的常识性判断与法律的专业性判断的冲突,包含着对立法者的不信任,也会违背现代民主立法原则。民主立法强调法律要反映公共意志。主张把社会利益作为法益唯一来源,这固然会发挥法益论的立法批判机能,但可能会僭越民主立法原则,事实上也难以真正进入法律实践。

首先,立足于社会利益的本体论判断或立足于公共政策的功能化判断并不能清晰回答法益是什么。正如有学者所指出:“如果将法益的适格性判断全然诉诸社会现实,则法益概念作为刑法正当性基础之命题将完全丧失意义,因为一个实证刑法规范的存在,必然有来自社会现实的因素,然而这些因素却未必符合理性刑法的标准,也就是说,试图将属于应然的规范性标准诉诸实然的社会现实,最终的结果即与主张‘存在即合理’没有差别,法益的批判能力也就完全被架空。”^④

① 参见[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2009年版,第84页。

② 参见[德]伊沃·阿佩尔:《通过刑法进行法益保护——以宪法为视角的评注》,马寅翔译,载赵秉志、宋英辉主编:《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2016年版,第53、57、51页。

③ 张明楷:《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,载《法学家》2021年第1期,第92页。

④ 林倍伸:《论妨害公务罪:以法治国家中的公务概念为核心》,元照图书出版公司2017年版,第85页。

其次,《刑法》分则个罪中的法益类型繁多,要区分本体性判断与规范性判断的界限并不容易,这是一个专业性极强的解释活动。以高度抽象的名誉权与人格权为例,即使作为价值面存在的名誉权、人格权,也与人的利益损害有关,如果名誉权受到侵害,则往往导致受害人生活、生存能力的降低,但这并没有因果法则上的客观必然性。正因为如此,当前法律问题的判断,固然不能脱离国情民意及民众的可预测性,但主要还是一个规范性判断。把社会利益或公共政策作为法益来源,固然对刑法立法的后果主义论辩具有意义,但从解释论上并无助于真正进入法律实践。

再次,此种意义上的实质的法益概念,固然建构了个罪的构成要件与保护法益之间的形式与实质关系,但并没有明确回答个罪的保护法益当依据什么标准确定,或者说尽管有所考虑,主要仍局限于形式的法益概念与实质的法益概念的讨论来展开,仅具有方法论意义。同时,由于缺乏这一实质,导致刑法理论界对“个罪之保护法益是什么”问题的讨论,往往是一种“甲说、乙说、丙说、丁说……”的争论状态,难以达成共识,也难以最终成为司法行动指南。

最后,刑法学者也意识到,如果贸然提出一个超实证法的法益概念,依此就能够动辄推翻经过民主立法程序所产生的实证刑法,不仅使刑法的安全性不保,而且似乎有违民主立法原则。对此,有学者指出:“实质的法益概念并不违反民主主义,反而符合民主主义的实质要求。”^①理由主要有二:一是“对公民基本权利的干预必须具有正当性,否则就违反了民主的本质”^②;二是“批判立法的法益概念源于宪法的相关规定,对刑法立法起到宪法性质的指导与规制作用”^③。笔者认为,实质的法益概念是否违背民主立法原则,关键取决于实质的法益概念如何定义,民主立法原则与“对公民基本权利的干预必须具有正当性”是两个不同范畴的概念,前者把法律视为一种公共意志的体现,后者把法律视为正义的化身,属于公共意志的体现未必代表法律正义,这正是需要对法律进行合宪性审查的理由。相反,如果从宪法上寻找实质的法益概念的根据,则涉及上位法与下位法的位阶关系,并不违背民主立法原则。

(二) 宪法化改造:宪法视角法益概念之理论突破

法益概念的成功或许是由于它是一个空泛的概念,立法者或解释者凭借这个分析工具有自由发挥的空间,使法益成为一个“变色龙”的概念。但是,这并不正确。那么,以何种外在的视角对法益论进行改造才能实现法益论的“涅槃重生”呢?对此,学界也已经意识到,并付诸了努力。只是传统与最新理论破解方案也存在不少疑问,有必要对其再次进行审视。

早期学者把法益论区分为先法性法益、刑法法益与宪法性法益,认为“犯罪立法概念中的法益只能是宪法性法益,其功能在于为刑法立法者提供适当的刑事政策标准”^④。论者同时强调:“宪法性法益概念以宪法规定为基础,以其为核心要素的犯罪立法概念可以为刑法立法者提供一种界限清晰的评价标准。刑法立法者无须从浩瀚的生活现实中寻找法益,他们只需要根据宪法的规定,运

① 张明楷:《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,载《法学家》2021年第1期,第80页。

② 张明楷:《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,载《法学家》2021年第1期,第95页。

③ 张明楷:《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,载《法学家》2021年第1期,第89页。

④ 刘孝敏:《法益的体系性位置与功能》,载《法学研究》2007年第1期,第74页。

用宪法的原则将某些法益纳入刑法的保护范围内。”^①很显然,论者是借助于宪法性法益来矫正先宪法性法益之不足,以为刑法立法的正当性提供宪法依据。

刑法理论提出的最新方案是强化法益概念的宪法根据,并建构比例原则与法益保护之间的关系。这一方案首先认为实质的法益概念具有宪法根据,认为“实质的法益概念本身不可能具有强制性,但由于这一概念由来源于宪法,所以,应当对刑法立法起到宪法性质的规制作用”^②。同时,论者还主张:“在制定犯罪化的条文时,不能简单地因为某种行为具有严重的法益侵害性,就直接按照案件事实进行描述使之成为犯罪,而是要像比例原则所要求的那样,进行逐项审查与递进判断,形成精确的刑法立法。”^③

无论是早期理论观点抑或近来的最新方案,都指出法益概念需要从宪法上推导,但是,两者并无深刻诠释法益概念与宪法关联的基本法理。早期理论观点只是提出了宪法性法益的概念,以从类别上区分于先宪法性法益、刑法法益,但并无论证其如何进入刑法立法实践。相比而言,从理论上架构比例原则与法益保护之间的关系结构,是对早期理论观点的发展,但是,这一最新理论方案并不存在完整的可操作性,甚至存在一些误解。

首先,尽管有论者主张把比例原则补充法益保护原则,即刑法立法应在坚持法益保护原则的前提下运用比例原则的审查方法,但整体上仍是拒绝架构刑法与宪法之间的复杂关联,只是把比例原则作为法益论的分析工具,并没有把宪法上公民基本权利与犯罪化立法、法益论之间的关系建构起来。

其次,这一观点存在逻辑倒置,即把比例原则作为法益保护原则的补充标准。比例原则主要是立法原则,是运用宪法上公民基本权利与法益之间的内在关联,去判断和确定刑法干预公民基本权利的限度,从而明确刑法的宪法边界,防止刑法的不当干预,而不能反过来把比例原则作为界定法益保护原则的补充。正如德国学者所指出:“法益概念不仅具有刑事政策上的意义,而且还会对立法者产生约束力。即合比例性原则是判定某一规定是否合宪的决定性标准,而该原则的内容需要通过法益概念来得到具体化。”^④

最后,法益论作为一种理论学说,主要是为了回答“犯罪本质是什么”,是对“刑法保护什么”的一种新诠释,也是对以往刑法理论的一种超越。但是,具体到个罪的认定与归责来说,则属于一个“大而空”的概念,无法对刑事不法与行政不法的界限予以明确,而所谓刑法的任务是保护特别重要的法益或维护共同生活的基本价值,往往会成为一种象征性口号。就此而言,把比例原则作为法益概念判断的方法具有合理性,但并没有提供一个合理的方案,即没有回答宪法上公民基本权利与刑法上犯罪认定的具体规则是什么。这使立法者与解释者在面对“法益”这一抽象概念时,往往难以理解其宪法实践究竟是什么。同时,又因为宪法与刑法的作用处于不同的平面,宪法规范的对象是国家,而刑法规范的对象是人民,当运用宪法上规范国家的规范去规范人民时,立法者具有一定的

① 刘孝敏:《法益的体系性位置与功能》,载《法学研究》2007年第1期,第79页。

② 张明楷:《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,载《法学家》2021年第1期,第89页。

③ 张明楷:《法益保护与比例原则》,载《中国社会科学》2017年第7期,第100页。

④ [德]克劳斯·罗克辛:《对批判立法之法益概念的检视》,陈璇译,载《法学评论》2015年第1期,第53页。

形成自由,因而宪法上的保护法益与刑法上的保护法益难以一一对应,反而是两者的位阶关系更加具有意义。

本文旨在建构与融通宪法的法益概念,其理论预设是:如要实现法益界定刑法的功能,法益就不能只是一种单纯思维或概念上的存在,而是要与宪法上公民基本权利相连接,以回答什么不是刑法保护的法益。如欲约束立法者,法益就不能单纯从刑法规范层面去寻找,因为它会形成循环论证,而是需要从宪法规定的公民基本权利导出,寻求一个外在的、实质的、规范的和更有约束力的衡量标准。

三、与宪法融通的法益概念之提倡

明确法益概念与基本权利的关联的法理,是思考走出法益概念之现代困境的理论前提,也是建构与宪法融通的法益概念的关键。法益具有宪法根据,法益必须与基本权利连结,才能发挥限制刑罚权扩张的约束力,这具有不可替代的重要功能。

(一)与宪法融通的法益概念:法益必须与基本权利连结

刑法上的法益,是刑法所保护的社会生活利益。所谓社会生活利益,就是人民社会生活所必须拥有的资源。任何犯罪在实质上都侵犯了宪法所保护的公民基本权利或维护的制度或价值。刑法所保护的人民社会生活所需要的利益,必定是宪法认为必须予以保障的利益,如果不是宪法所认可的必要生活利益,那么,宪法不可能准许刑法以剥夺人的生命权及人身自由权的方式加以保护。因此,法益具有宪法关联性。

现行刑法中各种犯罪类型所标示的法益,包括生命、身体、自由、财产、秘密、名誉、公共安全、市场经济制度及其功能、国家机构的有效运作等,都可以在宪法上找到对应的法益。例如,刑法上对生命及身体法益的保护,来自宪法对生存权的保障;对身体自由的保护,来自宪法对人身自由乃至迁徙自由的保障;对财产权的保护,来自宪法对财产权、工作权的保障;对秘密和名誉的保护,来自宪法对隐私权和人性尊严的保障;对胎儿的保护,也就是对孕育中、成长中生命的保护,来自宪法对生存权的保障,对生存权的保障不是从已经生存才开始,不只是避免生命不能存续,而是必须从创造生命开始,对创造生命的保障,就是支持孕育中的生命有成形的权利(反映生命价值的绝对性)。又如,危害公共安全罪所侵害的法益,无非是对公民的生命、健康、财产等复合法益的多重侵害,多数人或不特定人的生命、健康、财产等多种单个法益,构成了“公共安全”这一复合法益的实质内涵,刑法惩治危害公共安全罪所保护的法益,均和宪法上公民个体的基本权利相连结。

司法实践中的不少问题与此相关。比如,能否把因维护合法权利而采取轻微暴力上访的行为排除在扰乱国家机关工作秩序罪之外?能否把公民行使科研自由的行为适当地排除在非法植入基因编辑、克隆胚胎罪之外?笔者认为,如欲正确回答这些问题,则必须把法益纳入宪法上公民基本权利的判断范畴,宪法上公民基本权利就是判断有无值得刑法保护法益的实质标准。在立法不科学或不明确之时,当公民行使基本权利的行为与刑法规定个罪具有某种契合时,刑法理论需要以公民基本权利为依据,对刑法中的犯罪标准作出一种实质判断,对个罪的不法与有责作出妥当解释。

在这一过程中,宪法上公民基本权利是法益的实质来源,反过来,刑法规范之保护法益的审查,最终就是宪法上公民基本权利的审查。

宪法上公民基本权利除作为刑法的宪法依据而对立法者被动约束外,其实也会主动约束立法者。立法者需要遵守宪法上公民基本权利。笔者认为,与宪法融通的法益概念可以提供立法者理性讨论的宪法根据,有助于强化对刑法立法的适宜性、必要性等的论证。为此,国外学者希望宪法和刑法之间能够建立一种约束关系,以期能够发展出刑法保护法益的“负面清单”,推动形成一个更人道、更道德、更健全的实体刑法。^① 例如,罗克辛教授开出的法益的负面清单,如“纯粹的思想性目标设定所保护的不是法益”“纯粹违反道德行为所侵害的不是法益”等^②具有启发意义。一直以来,我们主张刑法是权利保障法,宪法上公民基本权利应受到刑法保护,刑法中的非法拘禁罪、强迫劳动罪等与此有关。这是一种正向保护,即以刑法保障公民基本权利不受国家、社会组织与公民的侵害,以免出现保护不足问题。相反,借助于法益论反思刑法立法上的过度犯罪化或不当重刑化,则是一种反向保护,以免出现刑法保护的过度问题。可见,法益论与宪法上公民基本权利的关系涉及积极与消极两个面向。

从积极面向看,刑法的目的在于保护法益,这就与公民基本权利相关,如果刑法对法益保护不足,那么就是对宪法上公民基本权利的保障不力。宪法明确规定和保护公民基本权利,这不仅为权利人享有权利所带来的利益提供了一个确切的范围,而且为其他主体不能侵害该权利提供了一个清晰的警戒线。^③ 行为规范所限制的是各种自由权,如《刑法》第232条是“不得剥夺他人生命权”、第236条是“不得妨害他人的性自主权”、第238条是“不得限制他人的人身自由权”等。制裁规范则主要限制人身自由及财产权,亦可能剥夺人身自由及生命权。当行为人受宪法保障的基本权利受到限制或被剥夺时,宪法可以容忍而不出面干涉,必定是因为这种对基本权利的限制或剥夺,可以为宪法带来相同或更高位阶的利益。那么,究竟通过宪法保护所能获得的利益是什么?笔者认为,无非是公民基本权利能够获得充分保障,并建构宪法与刑法之间的功能秩序。申言之,如果刑法规范所要保护的利益与宪法所要保护的利益相同,宪法自然不会否决刑法规范的目的正当性;相反,如果刑法所要保护的利益与宪法所要保护的利益不同,如对金融机构给予特别保护,或者将行使言论自由的行为界定为诽谤罪等,则宪法自然会否决刑法规范的目的正当性。亦即刑法规范所欲保护的法益,必须与宪法上公民基本权利连结,并由此获得最终的正当性基础。

从消极面向分析,无论是行为规范还是制裁规范,刑罚规范都会限制公民的行为自由。如果刑法上存在过度犯罪化或不当重刑化,则会严重侵犯公民的自由。基本权利在刑法教义学分析中的作用,主要不是表达“什么是法益”证立问题,而是“什么不是法益”证成问题。法益论的最大约束力,来自法益的价值层面,这种价值层面不可以任意为之,它受制于宪法上公民基本权利的规定。尽管,公民基本权利与法益之间并非等同概念,但宪法上有关公民基本权利的保护问题,在交给刑法立法者与司法者填空的同时,宪法有关基本权利的规定基本上为刑法立法者拟定了标准答案,立

^① See Louis D. Bilionis, *Process, the Constitution, and Substantive Criminal Law*, 96 Michigan Law Review 1269, 1270 (1998).

^② [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2006年版,第15页。

^③ 参见张开泽:《法益性权利:权利认识新视域》,载《法制与社会发展》2007年第2期,第133页。

法者与司法者并不可以恣意为之。这是在重视合宪性审查的背景下,必须要强化的一种刑事法治理念。笔者认为,法益并不是一个纯刑法的概念,必定与宪法上公民基本权利存在关联。因此,对于法益概念,有在宪法基础上重新思考的必要。“法益的宪法关联性”应该被理解为宪法对于法益内容的控制,或者法益应当依据宪法上公民基本权利予以确定。^①

(二)与融通宪法的法益概念的制度功能

与融通宪法的法益概念能够在避免刑法从法益侵害向法益侵害危险退让、以价值理性取代目的理性上发挥作用。

1. 避免刑法从法益侵害退让到法益危险

从法益侵害到法益危险的退让,是否意味着法益论在风险社会时代快速变化的立法面前已经无效?法益是可能被侵害且可能被保护的有价值状态,法益侵害的抽象危险意味着以牺牲他人的具体自由去换取大众的抽象安全。如此定义法益,通常会导致刑法中抽象危险犯的增加,而抽象危险犯又意味着刑法预防关口前移,从而带来刑法保护的早期化、抽象化现象。

法益是对刑法立法者具有实定约束力的特殊的刑法概念^②,法益有物质性法益与评价性法益之分,前者是以物质形态存在的,如人的生命、健康与财产等,可以进行客观判断;后者是立足于价值判断的观念性存在,如公共安全等,多以集体法益方式存在,且存在阻挡层法益与保护层法益之间的复杂关联^③,没有客观的、可以衡量的标准。随着转型时期国家任务的改变,集体法益保护成为近年来刑法立法的重点。集体法益包括公共法益与国家法益,公共法益在于保证特定区域或特定领域中公民的权利与自由,国家法益是全体公民享有权利与自由的制度性资产。集体法益具有抽象性、虚拟性、对象不特定性、范围广泛性等特点,与个体法益具有完全不同的内涵。刑法对集体法益的保护呈现出扩大化趋势,不仅保护集体法益的范围增加,把越来越多与公共安全、社会公共利益相关的法益列入刑法,而且保护的标准也由法益侵害到法益侵害的危险转变,从而导致抽象危险犯的大量增加。立法者重用抽象危险犯在于提早构筑刑法的安全防线,其蕴含的基本逻辑是抓早抓小,避免违法犯罪的破窗效应。但与此同时,仍应关注其限度问题。

从宪法视角分析,刑法对集体法益保护的界限,也是体现刑法之社会功能变迁的维度,必须还原为个体权利与自由才具有保护的意義。多数人的安全并不必然比个体的自由更重要,集体法益的范围需要合理划定,不能把本属于个体法益的情况包括在内。刑法对公共安全的保护代表国家赋予民众的一项集体利益,如果缺乏对集体利益与个体权利之间关系的法理思考,则会导致以社会本位取代权利本位,所谓立法的积极就会成为一种立法风险,可能会导致“犯罪圈越大、安全圈越小”的悖论。个体法益与集体法益是对法益类型的基本划分,前者是个体所享有而为他人排除侵害的法益,后者为大众、集体共同体等享有且具有重要社会功能的法益。立法本身并没有保护的利益,或立法本身保护的利益与宪法上公民基本权利有冲突,或者立法者所保护的集体法益与个体自由之间有冲突,这些问题在法实证主义时代并无人追问,因为其所追求的形式法治理性要求立法被

^① 参见张翔:《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》,载《法学研究》2016年第4期,第41页。

^② 参见[日]伊东研祐:《法益概念史研究》,秦一禾译,中国人民大学出版社2014年版,第325页。

^③ 参见蓝学友:《规制抽象危险犯的新路径:双层法益与比例原则的融合》,载《法学研究》2019年第6期,第134页。

信赖,而法官只是法律的守护人。但是,这种无人问津的格局随着合宪性审查制度的建构而被打破,法益论本是一个说明何为刑事不法内涵、有无达到刑法不法程度的概念。没有合理边界的集体法益,会产生过度干预自由的风险,刑法理论需要借助宪法上公民基本权利,分类型建构集体法益与个体法益之间的还原关系,以明确集体法益存在的正当性根据。正因为如此,张明楷教授特别指出:“不能分解成或者还原为个人法益的所谓公法益,不是刑法保护的法益。”^①

2. 避免刑法的工具理性取代目的理性

刑法立法追求科学化、民主化,并给理性的立法者设定了实质的法益标准。一般而言,强调工具理性与安全价值,在社会政治、经济等发展的初期比较容易为立法者所接受;强调目的理性与自由价值,在社会政治、经济等发展的高级阶段容易为立法者所采纳。在社会政治、经济等发展的高级阶段,人们已经从重视社会安全转向自由保障,因而更依赖目的理性去实现人权保障的规范价值。

目的理性是结果论的价值判断,如果被工具理性取代,则刑法保护的法益可能会被无限扩大。面对这样的刑法风险,法益论最重要的是要确立权利保障的思维,即从自由保障理念出发,以防止刑法纯粹以预防为导向,从而导致模糊刑法之界限的危险,譬如,刑法中的犯罪构成要件渗透着的预防思想,甚至有可能出现犯罪认定范式的彻底颠覆。^②因此,笔者主张,融通宪法的法益概念除强调刑法解释学的功能外,还要发挥约束立法者的功能。例如,立足于宪法上的自由权,公民基本权利在宪法上具有双重属性:一是国家对公民基本权利的保障义务,由此推导出对他人侵犯公民基本权利的惩罚;二是公民基本权利对国家刑罚权的限制,以免刑罚权无限扩大。由此可以推导出基本权利的防御功能,并非所有宪法所保障的基本权利受到侵害,都必须施以刑罚制裁,还需要进行正确的法益衡量,以免出现过度犯罪化或重刑化。

3. 避免刑法从“法治国家的基本权利保障”过渡到“社会国家的社会秩序形塑”

法治国家是以自由为基础的建构,个人自由是法治国家建构的出发点与最终归宿。社会国家是以社会福利、社会安全为基础的建构,追求社会保护的價值秩序。随着风险社会命题的提出,风险刑法、积极刑法立法观、预防性刑法、安全刑法等成为不少学者的主张,立法的积极、犯罪化扩张、刑法保护早期化、刑法保护抽象化、刑法保护膨胀化等也开始出现,这就存在以“社会国家的社会秩序形塑”取代“法治国家的基本权利保障”的隐忧。

控制与预防风险固然重要,但不能因此导致刑罚积极主义,这反而带来刑法风险。如何预防这种刑法风险,立足于权利本位论的法益论必不可少,这一概念不是主张秩序维护必须让位于基本权利保护的观点,而是强调在追求秩序维护目标的同时不能忽视基本权利保护。众所周知,社会契约论建构的是“自由、权利、权利侵害、社会损害”的法益论,其兼有限制国家权力与证立国家权力正当的功能,社会契约论维护个体自由,这是最终目的,为此需要他人尊重个体自由,国家设立的目的在于保障个体自由免受他人侵害,如果他人侵害个体自由,则意味着权利遭受侵害,造成社会损害,

^① 张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,载《中国法学》2017年第4期,第37页。

^② 参见储陈城:《刑法修正的趋势与约束机制的演变》,载《青少年犯罪问题》2021年第2期,第8页。

此类行为便具有刑罚处罚的基础。18世纪末至19世纪初,社会契约论的没落,带来法益侵害说对权利侵害说的取代,法益论的支持者毕恩鲍姆从实证法角度批判权利侵害说,以法益侵害取代权利侵害。李斯特在法益论上的最大贡献是提出了实质违法论,实质违法论具有填补法律漏洞的功能,即对法益的实害或危险行为,只有在它抵触追求着共同生活目标的法秩序时,才是实质违法的。与宪法融通的法益概念强调刑法需要追寻法益保护与自由保障的最佳平衡点,当刑法保护法益的范围泛滥时,自然是对宪法上基本权利的伤害。法益论的功能并不在于回答刑法的保护法益是什么,而在于与宪法上公民的基本权利关联而形成融通宪法的法益概念,以开出刑法保护法益的“负面清单”,告诉立法者哪些法益不应当属于刑法保护的對象,以避免立法者的价值判断仅建立在“安全保障”的基础上,这有助于避免刑法从“法治国家的基本权利保障”过渡到“社会国家的社会秩序形塑”。

四、与宪法融通的法益概念的实践:基本权利的视角

与宪法融通的法益概念之释义学意义的核心命题是:区分哪些是刑法保护的法益,哪些不是,从而确立刑法之保护法益的负面清单。其中,借助宪法上公民基本权利来重塑实质的法益概念,刑法不可以把属于公民基本权利的行为规定或解释为犯罪,并把合宪性解释定位为体系解释至为关键。

(一)借助宪法上公民基本权利来重塑实质的法益概念

宪法上公民基本权利是刑法保护的客体,而不是限制的对象。法益论始终把人的自由、人类共同生活条件作为刑法规范体系运作的最终目标。为此,法益论不仅在于通过对法益类型的归纳证成刑法的正当性,而且在于通过对法益本质的思考,明确法益的负面清单,典型如罗克辛所言的专横的刑罚威胁保护的不是法益、单纯不道德的行为所侵害的不是法益、纯粹的思想性目标设定保护的不是法益^①,从而实现限制刑罚权扩张的目的。但问题在于,确立法益之负面清单的根据是什么,罗克辛本人并无明示。笔者认为,法益与公民基本权利之间存在关联,宪法借助于公民基本权利回答什么是法益的负面清单,以为立法者进行合宪性立法提供依据。

依据宪法需要提倡一种什么样的法益概念,是形式的法益概念抑或实质的法益概念?只有成功解决这一问题,法益保护原则才能成为宪法对刑法立法有所限制的力量。法益在于界定刑法任务的边界,形式的法益论只具有诠释实证法的价值,或者说只有分则分类的功能,无法实现这一功能,因为立法者给什么标准它就用什么标准来诠释,但没有能力来说明犯罪的不法应该是什么,也没有能力给刑法立法者设定边界,比如,对抽象危险犯领域内大量出现的刑法的前置化或者象征性的立法,法益概念并没有能够证明对此具有限制功能。^②其理由正如德国学者所指出:“概念的建构关乎合目的性的问题。形式的法益概念充当着法定构成要件的系统化及其解释的工具,而实质法

^① 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第15-16页。

^② 参见[德]尹沃·阿佩尔:《通过刑法进行法益保护——以宪法为视角的评注》,马寅翔译,载赵秉志、宋英辉主编:《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2016年版,第57页。

益概念的目的则在于,在法益保护原则的语境下,为合法的刑法立法划定界限。”^①实质的法益概念为更多的学者所坚持。还有德国学者指出,如果批判立法的法益理论要想成为一种超越个人观点的表达,它就必须回到宪法那里,实质的法益概念只能从宪法中推导出来,且需要法益保护原则与宪法上的禁止过剩配合得“天衣无缝”。^②

笔者认为,主张实质的法益概念与宪法之关联的观点具有说服力:首先,具有规范支撑。我国《刑法》第1条明确规定,刑法必须依据宪法制定,刑法也只有在与宪法的价值判断一致时才是正当的,具体而言,刑法必须满足保障公民基本权利的要求。其次,具有价值上连贯的一致性。刑法与宪法的任务都在于保护人民,既包括直接保护人的生命、健康、财产等,也包括直接保护环境安全、生物安全等而间接保护人的生命、健康、财产等,且两者的保护方式都约束国家权力的不当扩张。最后,具有批判立法功能的并不是法益概念本身,而是这一概念背后所关联的衡量标准,其中,最具约束力的是宪法上公民的基本权利,它会甄别“什么情况是宪法上不允许而约束立法者的”,这需要借助宪法上公民基本权利的规定,过滤出不值得刑法保护的法益,并正确划定刑罚与行政处罚等之间的合理边界。这里的“法益”被理解为:在保障基本权利的情况下,为了(公民)在国家之中自由安宁地共同生活提供所需前提的客观存在。如果行为没有对这种共同生活造成重大伤害,并非明显危害社会,就不该受到刑罚处罚。^③

公民基本权利涉及公民与国家、他人和国家之间的关系,其中,就公民基本权利与国家之间的关系而言,基本权利同时具有“主观权利”和“客观规范”双重含义。基本权利结合了多重层面的意义,是主观权利和政治共同体客观秩序的基本元素,后者作为客观原则,是延伸基本权利的出发点,并将实现基本权利的义务加诸国家,可以直接由其导出国家的保护义务。例如,《意大利刑法典》第51条规定:“行使权利或者履行由法律规范或公共权力机关的合法命令赋予的义务,排除可罚性。”这里的权利一般当作广义的解释,即这种“权利”应该包括主体在特定情况中可以合法实施的任何行为,而行使权利可以排除犯罪的根据在于,刑法规范不能具有与权利根本对立的矛盾,法律认为行使法律承认的权利,优先于其他受刑法保护的利益。^④由基本权利的基本属性及其效力所决定,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基本权利的规定,把公民基本权利与入罪设定纳入刑法解释中,强化一种符合宪法意旨与精神的解释,这种解释不能侵犯宪法规定的公民基本权利^⑤,刑法不可以把属于公民基本权利的行为规定或解释为犯罪,从而把宪法与刑法这两个不同法律体系之间的“母子关系”架设起来。

通过借助宪法上的基本权利来重塑实质的法益概念并不是不可行。法益论的功能在于回答国

^① 参见[德]阿敏·英格兰德:《通过宪法振兴实质的法益理论?》,马寅翔译,载赵秉志、宋英辉主编:《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2016年版,第95页。

^② 参见[德]阿敏·英格兰德:《通过宪法振兴实质的法益理论?》,马寅翔译,载赵秉志、宋英辉主编:《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2016年版,第98-99页。

^③ 参见[德]克劳斯·罗克信:《德国〈基本法〉60周年(第三篇)——从刑法角度看60年〈基本法〉》,陈晰译,载赵秉志、宋英辉主编:《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2016年版,第134页。

^④ 参见[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2009年版,第165-167页。

^⑤ 参见姜涛:《法秩序一致性与合宪性解释的实体性论证》,载《环球法律评论》2015年第2期,第156页。

家刑罚权的根据与边界,刑法保护的法益是什么,必须从宪法上公民的基本权利等去寻找,以避免把与公民基本权利相距较远的利益被认定为刑法法益。思考法益论的现代困境及其原因,并明确法益论与宪法上基本权利的关联,法益概念的界定也就有了宪法边界,刑法上的合宪性解释也就有了根基,而法益论则为这种刑法合宪性解释提供了清晰而透彻的理论指南。

(二)合宪性解释是体系解释的应有之义

长期以来,我们一般把体系解释定位在刑法总论与刑法分论条款之间、刑法不同条文之间及同一条文的不同条款之间,并没有关注宪法与刑法之间的体系性关系建构,从而剥离了宪法与刑法之间根本法与部门法之间的关系,这就造成了刑法解释论证中的“顾此失彼”现象。

笔者认为,上述体系解释属于狭义的体系解释的命题。其实,体系解释也包括运用宪法中有关基本权利的条款进行合宪性解释,以合理定义刑法中有关犯罪的入罪标准,这是广义的体系解释的范畴。实践表明,公民在行使基本权利的过程中,其行使手段可能具有刑事违法性,同时,公民基本权利也有可能直接与刑法中的犯罪冲突,如劳动者的罢工与刑法中的聚众扰乱社会秩序罪之间就形成了冲突。

把广义的体系解释运用在刑法教义学分析之中,这对于正确实施宪法与合理划定犯罪边界具有十分重要的意义,也有助于把握刑事不法性的实质内涵。这主要是因为,各种刑法规范以符合宪法的方式来实现,如此一来,刑法的惩罚规范在形式上得以合法化。如前所述,基本权利具有防御功能,可以预防国家刑罚权的不当扩张:一方面,它具有反思立法的功能,刑法立法如把安全置于比自由更高的位阶;另一方面,刑法解释也不能把属于公民基本权利的行为解释为犯罪,这是体系解释的应有之义。

法益往往需要从宪法上关于公民基本权利的规定寻找正当性根据,公民基本权利确有助于回答“什么不是刑法保护的法益”,强调刑法不可以把属于公民基本权利的行为纳入犯罪圈或解释为犯罪。刑法有关犯罪、量刑的规定及解释,均不得侵犯公民基本权利。重视基本权利对犯罪认定的制约,需要运用合宪性解释的方法,把宪法有关公民基本权利的规定纳入刑法教义学的范畴。这也是体系解释的应有之义。

五、结语

法益论是十分宝贵的学术资源,是刑法立法与刑法解释中犯罪论证的内涵基础,值得学界为之持续探索。文明社会的特征是一切都是可控的、可计算的,而这种刑法控制又必须是文明的、人道的,法益概念是实现刑法之文明控制的关键。法益论的进化是一个不断追求完善的“借助于法益概念检视刑法立法”或“借助法益概念合理解释个罪之构成要件”的标准的漫长过程。从与宪法融通的法益概念来看,增进他人利益并不是权利的本质,国家法律也不能承认权利具有增进他人利益的属性。同理,法益也不具有基于道德保护而改善人民的属性,即基于刑法规定而要求民众为增进自己或他人的利益而为某种行为,并将这种行为所关联的利益解释为法益。离开了与宪法融通的法益概念,我们就很难理解法益论的立法批判机能,刑法立法也可能为了追求一般预防的效果而罚及

无辜或轻罪重罚,我们也很难从法治层面理解法官扩张或限缩个罪之构成要件的内在根据是什么,从而导致法官在定罪中的宽严失序或任意解释。■

The Modern Dilemma of the Theory of Legal Interests and Its Constitutional Transformation

JIANG Tao

(East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Abstract: The fundamental reason that the theory of legal interest is facing the modern dilemma is that it does not pay attention to the constitutional basis of the theory of legal interest. The function of the theory of legal interest is not only to answer what is the legal interest of criminal law protection, but more importantly to answer what is not the legal interest of criminal law protection. This should not only be constructed from the perspective of ontology, but should pay more attention to the constitutional basis of the theory of legal interests, clarify the jurisprudence related to the basic rights of citizens in the Constitution, and construct the concept of legal interests integrated with the Constitution from the perspective of normative theory. Thus, it plays an important role in avoiding criminal law from infringement of legal interests to compromise of legal interests, replacing purpose rationality with value rationality, and transitioning from “protection of basic rights in the rule of law state” to “shaping of social order in the social state”. Modern criminal law emphasizes that the establishment or identification of crime is based on the interests of the protection law, which needs to associate the legal interests protected by the criminal law with the provisions of the basic rights of citizens in the constitution, and attaches importance to the practice of constitutional interpretation, criminal law can not prescribe or interpret acts belonging to the basic rights of citizens as crimes, and such constitutional interpretation is the due meaning of the system interpretation.

Key words: the risk of infringement of legal interest; the principle of proportionality; fundamental right; the concept of legal interests integrated with the Constitution; the system interpretation

青年学术编辑:张永强