

# 规范保护目的与构成要件解释

马寅翔\*

**摘要** 在当前刑法学研究中,规范保护目的一词至少涉及三个场域:指涉法益的规范保护目的、指涉过失犯结果归属原理的规范保护目的以及指涉构成要件适用范围规范保护目的。在对构成要件进行解释时,不乏观点将指涉法益的规范保护目的作为讨论重心,提倡一种以法益为中心的目的论解释,从而将指涉法益的规范保护目的与指涉构成要件适用范围的规范保护目的混为一谈,导致以法益的确定替代构成要件的解释,最终不当地为类推性的入罪化解释提供了学理支持。这种方法论的法益概念困囿于法律道德主义思维,存在着整体判断、循环论证、僭越立法等严重弊端,使法益概念本应具有的自由主义精神消失殆尽,并使刑法教义学丧失了批判品格。应抛弃指涉法益的规范保护目的所具有的入罪化解释功能,强调其在建构出罪化事由方面所具有的无法为比例原则所取代的作用,亦即应否认方法论的法益概念,提倡批判性的法益概念。

**关键词** 法益保护 目的解释 结果主义 比例原则 违法阻却事由

## 一、问题的提出

20世纪后期以来,无论是自然科学、人文科学还是社会科学,乃至艺术领域,解释都成为最重要的研究主题。在法律科学领域,“解释学转向”的重要性更是怎么估计也不过分。毋庸置疑,我们的时代是解释的时代。<sup>〔1〕</sup>在这股席卷全球的解释浪潮推动下,我国刑法理论也开始向教义学化迈进,解释论研究得以盛行。解释者们笃信,将有缺陷的法条解释得没有缺陷,正是个人能力与智慧的体现。<sup>〔2〕</sup>在这一催人奋进的解释信念感召下,刑法学人尤其是年轻

\* 华东政法大学刑事法学院副教授。

〔1〕 参见(美)丹尼斯·M·帕特森:《法律与真理》,陈锐译,中国法制出版社2007年版,第104页。

〔2〕 参见张明楷:《刑法格言的展开》(第3版),北京大学出版社2013年版,第8页。

学子纷纷投身研究刑法解释的行列,心中充满正义,目光不断往返于规范与事实之间,<sup>〔3〕</sup>以求通过自己的聪明才智,为新中国的刑法学建设留下浓墨重彩的一笔。在解释刑法条文的过程中,追问其规范保护目的,并以此为解释结论的正当性背书,俨然成为攻克刑法疑难问题的不二法门。规范保护目的一词由此成为倍受追捧的热门术语,频繁现身于各种刑法解释的文献之中。

在解释工作中,受利益法学派的影响,人们已经普遍承认,为了能够妥善解决某个法律问题,解释者就不得不去追问法律规定的目的。“目的是全部法律的创造者,没有某种源于实践动机的目的,就没有法律。”<sup>〔4〕</sup>受此启发,法律解释方法的目标即在于揭示法律规范的保护目的,为此,所有的法律解释均应围绕法律规范的保护目的来展开。尽管作为解释工具,规范保护目的这一术语可谓得心应手,但也正因如此,其同时也潜藏着被肆意滥用的危险。例如,在研究某类行为是否构成犯罪时,人们经常使用诸如“本罪的规范保护目的是”“根据本罪的规范保护目的”“符合本罪的规范保护目的”之类的表述。在这些场景中,刑法的规范保护目的通常只不过是刑法目的的全称,规范保护目的即为法益,两者实为一物二名。但是如果这么理解,下列论断就不免令人费解:“行为虽然违反了交通运输管理法规,也发生了结果,但倘若结果的发生超出了规范保护目的,就不能认定为本罪。”<sup>〔5〕</sup>既然行为违反了规范,也发生了侵害法益的结果,就应将这种行为以犯罪论处,否则刑法的法益保护目的就会落空。而其所说的“结果的发生超出了规范保护目的”,就更是令人疑惑——肇事结果的发生意味着出现了致人重伤、死亡或者公私财产遭受重大损失的情况,而这显然涉及交通肇事罪的保护法益,为何此时偏偏会有“超出了规范保护目的”这种看似充满矛盾的判断?这似乎又表明法益与规范保护目的各有所指。

由此可见,规范保护目的与法益究竟是一物二名还是各有所指,尚有待厘清。如果顾及还有注意义务规范的保护目的这一术语,则问题又会变得更为复杂。这三个有着重叠表述的词汇究竟所指为何、作用为何、边界为何,这些问题都亟需解答。否则,当人们借助规范保护目的来解释构成要件时,就是在运用一个模糊不定的术语对行为人进行生杀予夺。对此,有学者不无警醒地指出:“事实上只要我们对于规范之保护目的的探究,还没有能够呈现出一定的具体方法时,那么有关规范之保护目的的主张都不过是一种粗糙的神人同性理论的操作。规范因此将依循着人类的能力,而沉沦为目的或特定事务的形成。”<sup>〔6〕</sup>这种局面往往会从不区分语境而粗略地使用规范保护目的一词开始,进而可能导致概念的混用、思维的混乱乃至结论的失当。从我国当前的研究来看,这种可能已经不幸地变为现实。其最为负面的效应,便是导致对

〔3〕 参见张明楷:《刑法分则的解释原理(上)》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第1页,序说。

〔4〕 Rudolf Von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, 3. Aufl., 1893, Vorrede, S. VIII.

〔5〕 张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第719页。

〔6〕 (德)Ingeborg Puppe:“规范保护目的理论”,李圣杰译,载国际刑法学会台湾分会主编:《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99页。

构成要件所作的解释变得越来越主观恣意。对此,本文将通过勘定规范保护目的的重重使用语境指出:在解释构成要件时,过于倚重法益概念的人罪化指导功能、将法益保护视为刑法适用的充要条件、无法正视刑法的片段性特征,是造成上述现象的直接诱因;而其在方法论上囿于法律道德主义思维,大力推崇结果主义,则是引发上述做法的根本原因。在对法益的人罪化功能进行省思,主张应将其抛弃的基础上,本文将从正反两方面论证以下观点:应回归法益概念旨在保护个人自由发展的目标设定,正视其在出罪化解释工作中的重要作用,而该作用是带有浓厚功利主义色彩的比例原则难以替代的。

## 二、规范保护目的的多重意蕴

通过梳理有关文献可以发现,刑法学者在使用规范保护目的这个术语时,各自的语境并不完全一致,在当前的刑法学研究中,该术语至少指向三个内容迥异的场域,即指涉法益的规范保护目的、指涉过失犯结果归属原理的规范保护目的和指涉构成要件适用范围的规范保护目的。然而,在使用规范保护目的一词时,学者们并未重视上述使用场域的区别,而是较为随性,经常在各个场域之间任意切换,由此导致概念使用的混乱与解决方案的偏差。

### (一)指涉法益的规范保护目的

将规范保护目的等同于法益的见解,在我国刑法学界颇有市场。例如,有观点就认为,在解释刑法时应当聚焦于规范保护目的,否则就会背离刑法目的。而所谓刑法目的,即国家制定刑法想要追求的结果——保护法益,亦可称为刑法的规范保护目的。<sup>〔7〕</sup>德国刑法学者同样不乏这种理解。例如,在探讨盗窃罪的保护法益时,不少学者都会使用“规范目的”或“保护目的”这种表述。<sup>〔8〕</sup>在这些表述中,所谓规范目的、保护目的即为法益,因此构成要件的法益即为构成要件的目的。<sup>〔9〕</sup>以此为前提,在解释刑法条文时所真正聚焦的,实际上是隐藏于该条文背后的刑法规范所要保护的法益。

学者们之所以会持这种理解,根源于其对法益所具有的解释论功能的认同。所谓法益的解释论功能,是指法益具有作为犯罪构成要件解释目标的功能。由此出发,在解释犯罪构成要件时,必须以保护法益为指导,力求实现刑法的目的。这种根据保护法益及其内容解释刑法的方法,被认为是具有最高准则地位的目的论解释。<sup>〔10〕</sup>在这种理解中,围绕法益所展开的规范保护目的解释被悄然转换为目的论解释,法益由此具有了判断某一具体行为是否为刑法规范的保护目的所涵摄的功能。由于与目的论解释相勾连,此处的规范保护目的必然涉及应否考虑规范制定者的主观意图,由此形成了主观目的论解释与客观目的论解释之争,也为围绕如何

〔7〕 参见张苏:“以法益保护为目的的刑法解释论”,《政治与法律》2011年第4期,第96页。

〔8〕 Vgl. Roland Schmitz, in: MK—StGB, 3. Aufl., 2017, § 242 Rdn. 4; Urs Kindhäuser, Strafrecht BT II, 9. Aufl., 2017, § 2 Rdn. 4.

〔9〕 Vgl. Ingeborg Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl., 2019, S. 151.

〔10〕 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年版,第216页。

理解构成要件视角下的规范保护目的而产生的争论埋下了伏笔。

## (二)指涉过失犯结果归属原理的规范保护目的

在客观归属理论中,规范保护目的被频繁提及,其最初主要被用于讨论过失犯中的结果归属问题。在讨论交通过失犯时,我国学者即指出,每一个交通规则都是预防性规则,其目的在于通过规定特定措施来防止结果的发生,这种规则目的就是所谓的注意规范保护目的,它们是为了避免交通危害结果的发生而设立的。损害法益的结果是否由违反注意规范保护目的的行为所引起,是判断交通过失犯成立与否的重要标准。<sup>[11]</sup> 根据这种理解,虽然发生了损害法益的结果,且行为人也违反了特定的注意义务,但假如该结果并不能为该特定注意义务的规范保护目的所涵盖,则不应将结果归属至行为人的行为。

此种语境下的规范保护目的,是作为客观归属理论的下位判断规则,在不允许性风险的实现部分加以讨论的。例如,在德国曾经发生的“三位自行车骑手案”<sup>[12]</sup>中,尽管后面那位骑手违反了夜晚骑车必须打开照明设备的注意义务规范,但却不能将发生的事故归属给他不开照明的行为。这是因为,“就规范的保护目的而言,并不是为了让其他的道路使用者避免发生交通事故,或者是照明其他的道路使用者”。<sup>[13]</sup> 这里所说的规范保护目的与过失犯的注意义务规范紧密相连,因而也被称为注意义务规范的保护目的,其理论功能在于为过失犯的结果归属提供一种规范判断标准,即通过对隐藏在注意义务规范背后的调整目标进行探究,以求得对相互冲突的不同法益进行协调与平衡,并藉此判断,就某种侵害法益的结果而言,能否将其归属给违反了某种注意义务规范的行为人的行为。因此,这里的规范保护目的并不指涉规范制定者的主观意图,而是关乎如何界定注意义务规范的合理功能范围。<sup>[14]</sup> 在本文一开始所引用的“倘若结果的发生超出了规范保护目的,就不能认定为本罪”这句话中,其所说的规范保护目的,正是指涉过失犯结果归属原理的规范保护目的。

## (三)指涉构成要件适用范围的规范保护目的

构成要件规范的保护目的同属于客观归属理论的下位判断规则,其经常会与注意义务规范的保护目的一同被提及。出于对术语明确性的考虑,德国学者罗克辛对两者作了区分,并主张使用构成要件的适用范围一词替代构成要件规范的保护目的,从而避免与注意义务规范的保护目的相混淆。但是,他并未完全摒弃构成要件规范的保护目的这一表述,而是认为它可以在不至被误解的场合继续被使用。<sup>[15]</sup> 他强调指出,人们必须注意的是,在不允许的风险被实现的场合,涉及的始终是对允许的风险起限制作用的谨慎规范的保护目的,而与构成要件规范

[11] 参见刘艳红:“注意规范保护目的与交通过失犯的成立”,《法学研究》2010年第4期,第135页。

[12] 该案的基本案情为:某天夜里,两位骑手骑着没有照明的自行车前后同向而行。因为缺乏照明,前面那位骑手撞上了迎面骑来的第三位自行车骑手。如果后面那位骑手开了照明,这起事故本来是可以避免的。Vgl. Claus Roxin, Strafrecht AT, Band I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rdn. 84.

[13] Puppe, 见前注[6],第100页。

[14] 参见陈璇:“论过失犯中注意义务的规范保护目的”,《清华法学》2014年第1期,第43页。

[15] Vgl. Roxin (Fn. 12), § 11 Rdn. 184.

的保护目的无关。这些谨慎规范包括诸如照明的规定、咨询专业医生的义务等。与此相对,那些借助构成要件规范的保护目的排除归属的真正案例是,构成要件规范(如禁止杀人)原本就不包含某些举止方式和影响。由此,便可以将这些案例与那些通过注意规范保护目的排除归属的案例区分开来。在那些案例中,谨慎要求的保护目的并不包括已经出现的结果。<sup>[16]</sup>

有观点认为,罗克辛所说的那些不为构成要件规范所包含的举止方式和影响,“应与注意规范保护目的有关”。<sup>[17]</sup>之所以会出现这种不确切的理解,正是由于未能甄别规范保护目的一词的使用语境所致。罗克辛指出,一般而言,随着一种不属于允许性风险的危险得以实现,客观构成要件的归属即告达成。但在个别情况下,归属也可能由于以下原因而落空:构成要件的适用范围,或者说是构成要件规范(即禁止杀人、伤害、毁坏等)的保护目的,无法通过刑法条文规定的既有类型涵盖出现的结果,以致于构成要件必然无法阻止这类事件的发生。<sup>[18]</sup>而构成要件的保护目的包括了阻止特定种类结果的发生,这是成立客观归属的前提。<sup>[19]</sup>显然,就构成要件意义上的规范保护目的而言,其直接对应的应当是构成要件的适用范围,而非保护法益。正是在这一意义上,“法益是规范的保护对象,而非规范保护目的本身”。<sup>[20]</sup>按照这种理解,在特定情况下,即使法益受损,也会因为造成该结果的行为无法为构成要件的既有类型所涵摄,而不得将其作为犯罪行为来对待。

#### (四)混用示例与成因分析

综上所述,规范保护目的在不同语境下所指涉的对象大相径庭,所发挥的作用亦殊有不同。然而,在对个罪的构成要件进行解释时,不少学者却对这些语境不加甄别,经常在各个场域之间随意切换。例如,在讨论交通肇事罪中的“逃逸”问题时,有学者即认为,交通肇事罪的规范保护目的在于保护人身安全、财产安全和提高通行效率。在此规范保护目的下,肇事后逃避救助被害人、恢复正常交通通行或者赔偿损失等责任,均构成逃逸。“逃逸致人死亡”中的“人”,既包括原事故中被害人,也包括因为未及时恢复正常通行而引发的次生事故中的被害人。<sup>[21]</sup>在谈及交通肇事罪的规范保护目的时,该学者显然指的是指涉法益的规范保护目的。在论及何为逃逸以及逃逸致人死亡时,该学者使用了“在此规范保护目的下”的表述,表明其认为此时的规范保护目的仍是指涉法益的规范保护目的。但是,由于何为逃逸不仅涉及处罚问题,特定情况下更关乎交通肇事罪构成要件的解释问题,因而此时的规范保护目的实际上应指涉构成要件适用范围的规范保护目的。而对于因交通事故造成道路堵塞导致的次生事故,

[16] Vgl. Roxin (Fn. 12), § 11 Rdn. 87.

[17] 李波:“刑法中注意规范保护目的理论研究”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第33卷),北京大学出版社2013年版,第27页。

[18] Vgl. Roxin (Fn. 12), § 11 Rdn. 106.

[19] 参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国最高法院判例·刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社2012年版,第11页。

[20] 李波:“规范保护目的:概念解构与具体适用”,《法学》2018年第2期,第26页。

[21] 参见王烁:“规范保护目的下交通肇事罪中‘逃逸’的理解”,《东南法学》2015年第1期,第58、60页。

能否将其归属于肇事行为,则又需要对过失犯中注意义务规范的保护目的展开讨论。

由此可见,在该学者的论述中,指涉构成要件适用范围的规范保护目的与指涉过失犯结果归属原理的规范保护目的全部被不当地替换为指涉法益的规范保护目的,最终变成了以法益的确定替代构成要件的解释。换言之,这种思路实际上不是在解释构成要件是什么,而是在探究法益是什么。原本作为受保护对象的法益此时摇身一变,成为衡量构成要件这一保护手段范围宽窄的标尺。正是基于这种理解,将通行效率作为交通肇事罪的保护法益,并进而将逃避恢复正常交通通行或者赔偿损失认定为逃逸,此后再将次生事故中的被害人认定为交通肇事罪中的被害人,就显得顺理成章。至于交通肇事罪中所使用的事由一词的含义,也就不再像原本所应理解的那样,必须与初始的肇事行为直接相关。

诚然,“刑法的任务在于保护法益,这在现代刑法思想中已不存在重大分歧”,<sup>[22]</sup>但是,这一任务的落实程度直接受刑法条文表述的制约,而非直接受构成要件的制约。在很大程度上,一个完整的构成要件是学理解释的成果,因而它并非解释的出发点,而是解释的到达点,其解释过程受罪刑法定原则的规制。因此,担保罪刑法定原则实现的,是解释之前的“法律条文”,而非解释之后的“构成要件”。对于罪刑法定原则的保障而言,构成要件的作用是间接的、部分性的。<sup>[23]</sup>根据罪刑法定原则的要求,对于法益的保护必须是有节制的,以克服将所有侵害法益的行为一律作为犯罪加以处罚的冲动。直接绕过刑法文本的用语,在保护法益的大旗下大肆谈论所谓的规范保护目的,并藉此对构成要件做利于解释结论的变更,这明显是对罪刑法定原则的反动。在确定构成要件的适用范围时,关注的重心始终应当是刑法条文所规定的既有类型,而不应求诸作为规范保护对象的法益。

根据目前的学说主张,在构成要件及其适用范围的确方面,指涉法益的规范保护目的发挥着目标性的宏观指导作用;指涉构成要件适用范围的规范保护目的在落实刑法保护法益任务的同时,还担负着贯彻罪刑法定原则的使命;而指涉过失犯结果归属原理的规范保护目的则属于最为狭义的一个范畴,旨在对过失犯构成要件中的结果归属提供一种规范判断标准,亦即为过失犯的构成要件适用范围划定界限。由此可见,这三种范畴虽各有侧重,却均围绕构成要件的解释问题而展开,并由此产生一定的关联。这也可以解释为何三者容易被错误混用。为避免混淆,更为可取的做法是将承载不同功能的规范保护目的用不同术语加以表达,即将指涉过失犯结果归属原理的规范保护目的定名为注意义务规范的保护目的,而将指涉法益的规范保护目的和指涉构成要件适用范围的规范保护目的直接称为法益保护和构成要件的适用范围。当然,在进行概念比较时,出于讨论的需要,本文在表述上暂不作此处理。

从功能定位来看,指涉过失犯结果归属原理的规范保护目的与指涉构成要件适用范围的规范保护目的均旨在限缩犯罪的成立范围,但指涉法益的规范保护目的却在实际操作中发挥

[22] (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,载赵秉志等主编:《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2017年版,第49页。

[23] 参见(日)松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2015年版,第36页。

着入罪化的功用。这意味着,一旦将规范保护目的与法益保护划上等号,肇始于概念混用的错误,最终将无可避免地导致刑法处罚范围的扩张。之所以会出现这种局面,概念的错用只是表面原因,深层原因则在于其背后的解释方法,即用关于法益的解释替代关于构成要件的解释。借助这种方式,人们对法益进行极具弹性的解释,以此绕开刑法条文用语对个罪构成要件所作的刚性限制,从而达到入罪化处理的目的。然而,这种入罪化的处理手法先是偷换了规范保护目的的概念,接着又偷换了解释对象,并不具有正当性。至于这种处理手法所借助的核心概念,即指涉法益的规范保护目的,在具体运用过程中也暴露出各种问题。本文接下来将结合学界的研究,对这些问题予以剖析,进而揭示招致这些问题的根源,并继而寻求应对之策。

### 三、指涉法益的规范保护目的的入罪化解释功能省思

如前所述,将规范保护目的(立法目的)与法益保护相提并论,并将法益视为指导构成要件解释一般原理的做法,在我国刑法学界颇为盛行。实际上,这种理解与德国刑法理论中的方法论的法益概念(又被称之为形式的法益概念、内在体系的法益概念)颇为相似。方法论的法益概念认为,凡是立法者认为值得保护并因而将其作为受保护的举止规范之对象的,都是法益。与此相反,批判立法性的法益概念(又被称之为实质的法益概念、批判体系的法益概念)则认为,只有特定的东西、能力或状态才是法益,它们除了满足方法论的法益概念所列条件以外,还必须满足其他一些条件,例如促进个体的自由发展。由此可见,方法论法益概念的功能在于将法定构成要件加以系统化,并充当着解释的工具,而批判立法性的法益概念则致力于在法益保护原则的语境下,为合法的刑事立法划定界限。<sup>[24]</sup>

除了强调立法者对于法益的认可以外,方法论的法益概念还特别指出这种认可必须通过法条背后的行为规范反映出来,因而其范畴并非漫无边际,而是受到实定法的限制。也就是说,解释论层面的法益概念属于一种后法益概念,其认为法益是通过刑法建构的,是刑法规范已经保护的范畴,从刑法规定的构成要件中可以发现法益概念。<sup>[25]</sup> 在其看来,只有经过法律确认并加以保护的利益,才属于法益。某种利益尽管能够满足主体的需要,但当其没有被法律所确认,因而不受法律保护时,则无论如何也不能将其称之为法益,亦即不存在前于实定法的法益概念。<sup>[26]</sup> 这种概念十分看重法益的解释论功能,认为在对构成要件进行解释时,必须以法条的保护法益为指导,而不能仅停留在法条的字面含义上。离开刑法的法益保护目的就不可能解释构成要件,不可能对构成要件符合性作出判断。也就是说,解释构成要件时,必须同

[24] 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,载赵秉志等主编:《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2017年版,第94—95页;(德)贝恩德·许迺曼:“法益保护原则——刑法构成要件及其解释之宪法界限之汇集点”,何赖杰译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不感献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑贺许迺曼教授六秩寿辰》,新学林出版股份有限公司2006年版,第229页。

[25] 参见刘孝敏:“法益的体系性位置与功能”,《法学研究》2007年第1期,第75页。

[26] 参见张明楷,见前注[5],第62—63页。

时考虑行为的违法性与有责性程度。一个行为侵害法益的程度越严重,则处罚的必要性就越高,肯定该行为具有构成要件符合性的可能性也就越大。<sup>[27]</sup>然而,将方法论的法益概念作为解释构成要件的指导原则,会导致整体判断、循环论证、僭越立法及丧失理念等弊端的出现,这背离了法益概念旨在保障个人自由与安全的目标设定,使教义学研究丧失了本应具有批判精神,自甘沦为权力的附庸。

### (一)解释方法上以整体判断取代阶层审查

按照目前通行的三阶层的考察方案,在判断一个行为是否构成犯罪时,必须将检验该行为是否符合构成要件作为起点,继而对违法性与有责性进行递进式检验。阶层性的犯罪论体系旨在确保解释结论的客观性与可检验性。“如果在检验刑事可罚性的时候不符合某个构成要件要素,则应马上中断检验过程并且确认基于该项法律规定的刑事可罚性并不存在。”<sup>[28]</sup>在检验构成要件符合性时,同时考虑行为的违法性和有责性的做法,实际上是在进行整体判断。根据这套整体论的方法,案件的定性并不是在分析调查各个要素的基础上决定的,而是将所有需要判断的要素作为一个整体,在掌握了它们的本质之后具体决定的。<sup>[29]</sup>如此一来,当认定某行为具有法益侵害的本质时,就会作出有罪的判断,否则会被认为有违个案的实质公正。在这一预设结论的指引下,对于构成要件的解释就明显带有入罪化的倾向。这种做法的极端表现是,在解释过程中绕开对于构成要件符合性的审查,认为只要行为侵害了法益,便总有方法将该行为解释为犯罪,以便对行为人发动刑事处罚。

例如,对于利用女性醉酒状态趁机发生性关系的行为,目前通行的观点认为,“是否由行为人本身造成妇女不知反抗或者无法反抗,不影响性交行为违背妇女意志的本质特征,从而也就不影响强奸罪的认定”。<sup>[30]</sup>但是,所谓的利用并非强奸罪意义上的手段行为,它根本就无行为性可言。同主动导致被害人无法反抗的行为相比,单纯的利用无法与它们保持同质性,这并不符合同类解释规则的基本要求,因而不属于强奸罪中的其他手段。对此,有观点认为,“以……为手段”的规定并不表明强奸罪必然具有复数行为,亦即对于强奸罪的成立而言,只要具有目的行为即可。该种观点还以刑法关于妨害公务罪等罪状的表述为例指出,当某些犯罪的成立要求特定的方法或手段时,这是对行为本身的要求,而不是对行为之外的其他要素的要求。<sup>[31]</sup>

然而,这种对比性的解释并不具有什么说服力。以妨害公务罪为例,暴力、胁迫等方法本身即为阻碍国家机关工作人员依法执行职务的实行行为,这些方法行为一旦实施,便可以起到阻碍执行职务的作用,因此其不存在手段行为与目的行为之分。与此不同,就强奸罪而言,立

[27] 参见张明楷:“实质解释论的再提倡”,《中国法学》2010年第4期,第51页。

[28] (德)埃里克·希尔根多夫:《德国大学刑法案例辅导(新生卷)》,黄笑岩译,北京大学出版社2019年版,第14页。

[29] 参见(美)理查德·A.波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第179页。

[30] 陈兴良主编:《刑法各论精释(上)》,人民法院出版社2015年版,第141页。

[31] 参见张明楷,见前注[3],第506—507页。



法用语明确使用的表述是“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女”，如果认为特定手段是对行为本身的要求，则恰恰可以说明暴力、胁迫或者其他手段是强奸罪中的独立实行行为。显然，仅有这些行为是不可能完成强奸的，此外还必须存在作为目的行为的性交行为。也就是说，在立法关于强奸罪的表述中，手段行为与目的行为被明确区隔开来。将妨害公务罪等罪名与强奸罪作比较，试图以此证立强奸罪也可以是单行为犯的做法，明显属于对立法用语的无视。上引观点之所以将利用醉酒状态实施性交的行为以强奸罪论处，正是运用了整体判断的方法，刻意强调强奸行为违背女性意志的本质特征，并以此为由，通过解释规避了立法用语对于手段行为的要求。尽管这种做法可以对法益进行较为周密的保护，却无视了构成要件的定型化要求，突破了罪刑法定原则的底线。<sup>〔32〕</sup>

不难看出，整体判断是一种以追求所谓的实质正义为导向的思考模式，该模式使得解释工作变成了解释者“量体裁衣”的过程，尺寸大小全由其把握。这在有利于发挥个人聪明才智的同时，也潜藏着根据个人好恶率性而为的隐忧。在这方面并非巧合的是，纳粹时期的刑法便痴迷于追求所谓的实质公正。在只能通过整体把握来理解的实质公正面前，法律稳定和个人权利变得一文不值。<sup>〔33〕</sup> 这足以警醒世人，如若整体性地追求所谓的实质公正，将可能招致怎样的恶果。

## （二）解释逻辑上进行互为因果的循环论证

承上所述，在进行犯罪认定时，持整体判断立场的解释者会忽视构成要件的定型化要求，将所有注意力全都放在法益身上。一方面，当存在法益侵害时，这些解释者总是竭力将导致该结果的行为作为犯罪处理。例如，由于我国《刑法》第 276 条在规定破坏生产经营罪时，使用了“毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法”的表述，根据同类解释规则，其他方法的行为对象必须是实体物，这导致无法将破坏电商平台经营的行为作为该罪处理。对此，持整体判断论的学者认为，对于同类解释规则应当从目的主义角度进行理解，即不应关心词义相似与否，而应关注行为是否能够对法益造成相同损害。<sup>〔34〕</sup> 由于破坏电商平台正常经营的行为同样会使经营者利益受损，存在着实质的法益侵害，相关的行为当然可以被作为破坏生产经营罪加以处罚。这种理解彻底放弃了行为的定型化要求，构成要件不再属于犯罪认定的指导形象，其所具有的罪刑法定原则功能荡然无存。另一方面，当现有关于个罪保护法益的理解无法为有罪结论提供助力时，解释者便索性创造一个新的法益，并藉由这个法益对构成要件进行重新解读，以此获得其在解释之前就已经作出的有罪结论。上文提及的利用法益解释交通肇事逃逸的例子，便是这种做法的典型体现。由于解释者希望将因逃逸而间接引发的次生事故也作为犯罪

〔32〕 鉴于这种做法存在重大问题，日本和我国台湾地区分别规定了准强奸罪和趁机性交罪，从而通过立法解决了利用型性交的处罚问题。

〔33〕 参见(德)英戈·穆勒：《恐怖的法官——纳粹时期的司法》，王勇译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 68 页。

〔34〕 参见高艳东：“破坏生产经营罪包括妨害业务行为”，《预防青少年犯罪研究》2016 年第 2 期，第 21 页。

处理,便创造性地提出通行效率也属于该罪的保护法益,进而以肇事者不履行保障通行效率义务为由,将在次生事故中死亡的被害人也认定为逃逸致人死亡中的人,最终成功地推导出有罪的结论。<sup>[35]</sup>

事实上,并没有哪种法益是刑法先天所要保护或者不保护的,就具体问题而言,经常是经过解释之后,我们才知道个别刑法规定是要保护什么,而不是我们先知道个别刑法规定是要保护什么,然后再据以解释个别刑法规定的处罚范围。由此可见,个别刑法规定保护什么与个别刑法的解释,实为同一问题。当人们以刑法目的作为解释工作的要务时,而刑法目的正好也取决于解释的结论。这意味着,以保护法益作为解释刑法的依据,只不过是一种循环论证。<sup>[36]</sup>通过耍弄这套把戏,解释者在探求个罪的保护法益时,经常声称是在追寻刑法规范的客观保护目的,但实际上,他们通过客观目的解释所挖出来的,只不过是事先埋下去的东西,因而无非是一种更为隐秘的解释者的主观解释。

### (三)解释立场上以解释之名行修法之实

“为了实现刑法的正义,必须尽量减少乃至避免漏洞。”<sup>[37]</sup>基于这种理解,解释者总是希望通过解释将所有侵害法益的行为全部入罪。例如,有观点认为,破坏架空索道比破坏地面电车所造成的公共危险可能更严重,既然电车是以电为驱动力的公共交通工具,而架空索道作为缆车,也同样以电为驱动力,并起着公共交通工具的作用,因此架空索道即为刑法意义上的电车,破坏架空索道的行为因而构成破坏交通工具罪。<sup>[38]</sup>按照这种解释逻辑,电车不再属于一个特定的指物名词,而是公共交通工具的一种集合概念。这在极力扩张电车这一概念外延的同时,也导致其内涵模糊不清。照此理解,高铁、地铁都会变成电车,这从根本上损害了明确性原则的要求。

实际上,对于法条的解释并非越能填补漏洞越好。为追求个案实质正义而置法律用语于不可知的状态,会从根本上动摇刑法的安定性。作为解释者,应当清醒地认识到,“漏洞百出与不圆满性是刑法的禀性。那种认为立法与解释必须保证天衣无缝与完美无瑕的观点,是根本错误的。它既不具有法律政策的正确性,也不具有作为科学解释方法的正确性”。<sup>[39]</sup>对于那些在实质上侵害了法益的行为,当缺乏刑法的明文规定时,不能以具有处罚必要性为由进行入罪化的解释,这是罪刑法定的应有之意,也是实行该原则的必要代价。<sup>[40]</sup>

[35] 参见王烁,见前注[21],第58、60页。

[36] 参见黄荣坚:《基础刑法学(上)》(第3版),中国人民大学出版社2009年版,第19页;(德)贝恩德·许迺曼:“刑事不法之体系:以法益概念与被害者学作为总则体系与分则体系间的桥梁”,王玉全、钟豪峰、张姿倩译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑贺许迺曼教授六秩寿辰》,新学林出版股份有限公司2006年版,第204页。

[37] 张明楷,见前注[3],第218页。

[38] 参见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第179页。

[39] Karl Peters, Beschränkung der Tatbestände im Besonderen Teil, ZStW 77 (1965), S. 475.

[40] 参见陈兴良:“形式解释论的再宣示”,《中国法学》2010年第4期,第35页。

与此相反,“如果在处罚的必要性很大的场合,允许超越‘可能的文意’进行处罚,这无疑是对罪刑法定原则的自由保障机能的放弃”,<sup>[41]</sup>是以处罚的必要性替代了处罚的可能性,实质上是能否处罚的司法问题置换为应否处罚的立法问题。这种问题场域的不当转换,会导致构成要件所承载的限制入罪功能化为乌有,也将抹平司法与立法之间的界限,不过是以解释之名行修法之实,这是对立法权限的僭越,由此得出的结论根本不是扩张解释,而是类推适用。当这种结论为法官所接受时,司法权与立法权实则合而为一,公民个人的生命和自由至此便只能匍匐在专断者的权力之下。<sup>[42]</sup>

#### (四)解释理念上对自由主义精神的放弃

方法论的法益概念将法益理解为法律目的,但仅凭法律目的的限定并不能作为任何法益的根据,因为它只能说明立法者希望什么,却不能揭示立法者根据这种希望所作的规定是否合理,因而无法确保个人的自由发展与基本权利的实现。<sup>[43]</sup>就此而言,方法论的法益概念以不加甄别地服从现行立法为其趣旨,以助推刑法规定的全面贯彻为其志业。凭借规范保护目的这个术语,赞同方法论法益概念的解释者在法益和目的论解释之间架起了一座桥梁,如此便可在对法益的理解与对构成要件的解释之间自由穿梭。这在大开解释的方便之门时,也暗含着背离严格解释规则、滑入类推解释深渊、损害法适用的统一性与法的安定性等诸多危险,<sup>[44]</sup>法益保护原则对立法的批判功能被毫无原则地放弃,使教义学研究丧失自主性,只能依附于立法而生。

正是由于批判精神的丧失,在面对层出不穷的“现象立法”“情绪性立法”<sup>[45]</sup>时,刑法理论大多不是慎重反思这种立法模式的不足,进而思考如何从教义学层面进行限制性回应,而是基本上照单全收,忙于从这些规定中提炼缺乏现实基础的观念性法益,使法益变得越来越精神化。以贪污罪为例,现行理论通说认为,该罪侵害的法益除了公共财产的所有权以外,还包括国家工作人员的职务廉洁性,但是,单纯对职务廉洁性的违反并不会在现实世界中产生相应的客观侵害结果,它实质上只不过是国家工作人员在履职过程中必须遵守的行为规范,而根本不属于可以通过行为被侵害的实际利益,亦即职务廉洁性并非适格的法益。<sup>[46]</sup>为了解释贪污罪法定刑配置的特殊性而将职务廉洁性炮制成法益的做法,会导致法益概念变得日趋精神化,使违法的本质由法益侵害倒向规范违反。概言之,由于方法论的法益概念缺乏批判性,它注定只能作为维护国家刑权力的理论注脚,发挥一点可有可无的粉饰作用。事实上,法益概念的安

[41] 松原芳博,见前注[23],第24页。

[42] 参见(法)孟德斯鸠:《论法的精神(上册)》,张雁深译,商务印书馆1995年版,第156页。

[43] 参见(德)克劳斯·罗克辛:“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2006年版,第152—153页。

[44] 参见劳东燕:“刑法中目的解释的方法论反思”,《政法论坛》2014年第3期,第82—85页。

[45] 车浩:“刑事立法的法教义学反思”,《法学》2015年第10期,第15页;刘宪权:“刑事立法应力戒情绪”,《法学评论》2016年第1期,第86—87页。

[46] 参见马春晓:“廉洁性不是贪污贿赂犯罪的法益”,《政治与法律》2018年第2期,第54页。

身立命之本,始终在于限缩刑法适用、确保个人自由。丧失自由主义理念的法益概念将如提线木偶一般,沦为任人摆布的玩具,其存在的正当性因而存疑。

### (五)入罪化功能的成因与克服

方法论的法益概念之所以能在我国刑法学界大行其道,根本原因在于法律道德主义思维的盛行。这种思维关注实质正义,擅长将法律问题道德化,喜欢用“合乎正义”这种说法为结论的妥当性背书。在认定犯罪时,受这种思维影响的解释者会有意无意地从“恶有恶报”的道德观念(因果报应观念)出发,认为凡是实施了侵害法益之恶的人(因),均应接受刑罚的恶报(果),将“犯罪是什么”的实然问题与“犯罪应当是什么”的应然问题等而视之,并通过所谓的目的解释方法,使道德成为判断行为是否构成犯罪的内在终极标准。这必然引发结果主义式的审查,进而出现唯结果论的倾向。也就是说,其过于关注犯罪的本质特征,即严重的法益侵害性,强调凡是具有严重法益侵害性的行为均必须被评价为犯罪,认为只有这样的解释结论才是合乎正义的良善之论。为此,解释者就要通过目的解释突破立法用语的限制,使法益侵害性在事实上成为认定犯罪的唯一条件。这种见解忽略了“法益保护原则对于刑法的适用而言,只是一个必要而非充分条件”,<sup>[47]</sup>以致将犯罪成立的必要条件与充要条件混为一谈,放弃了刑事违法性对于犯罪认定的重要限制作用,使罪刑法定原则化为泡影。

对此,张明楷切中肯綮地指出:“强调目的解释往往只是强调刑法的法益保护目的。事实上,使解释结论符合法益保护目的,也是导致人们作出类推解释的重要原因。所以,只能在罪刑法定原则的前提下,实现刑法的法益保护目的。”<sup>[48]</sup>鉴于构成要件具有贯彻罪刑法定原则的功能,在入罪解释时,就必须将关注的重点由法益转向构成要件的适用范围。这是因为,在一个法律体系中,自然意义上的利益如果想要成为法益,就必须经由立法被转换为受法律规范所保护的利益。这一转换过程并不是随意的,而至少是受到刑事政策和技术因素的制约。其中,刑事政策的考虑指的是某种利益是否值得并需要刑法加以保护。而从技术因素来看,刑法规范的表现形式并非“侵害某利益的,处……”,而是“实施了某行为的,处……”。如此一来,对于法益的保护就仅限于通过对那些为刑法所禁止的特定行为科处刑罚来实现。如果法益侵害是由刑法并没有事先规定的某种行为所招致的,则无法唤起刑法的保护。

这意味着,对于“刑法的任务在于保护法益”这一教义而言,其核心是不完整的。<sup>[49]</sup>基于“犯罪是行为”的现代刑法学认知,同时由于罪刑法定所派生的明确性原则的要求,刑法条文在技术上采取了通过明确规定行为类型的方式来保护法益。由于这种立法模式天然带有不周延性,导致对法益的保护明显呈现出一种不完整性,刑法理论将此种现象称之为刑法的片段性。从这个角度而言,刑法并非全面禁止一切对法益的损害,而是强调:立法者基于宪法上的价值

[47] 许迺曼,见前注[36],第204页。

[48] 张明楷,见前注[38],第5页,前言。

[49] Vgl. Heinz Koriath, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, GA 1999, S. 563.

选择,只认定某些特定的举止方式是极其有害的。因此,我们必须容忍保护漏洞的存在。<sup>[50]</sup>与之相对,如果采用“侵害某利益的,处……”这种立法技术,固然可以实现对可欲利益的全面保护,但人类文明的发展史已经反复证明,这种做法只会助长刑罚权的肆虐,最终导向暴政。就此而言,现行的立法模式实际上也仅是两害相权取其轻的理性选择。鉴于此,在进行入罪判断时,我们必须克服法律道德主义思维的不利影响,正确树立刑法只具有片段性的观念。

由于刑法保护的片段性,尽管某些行为确实侵害了法益,有值得处罚的必要,但倘若这些行为无法为构成要件的适用范围所囊括,就不应当对其加以处罚。在这方面,方法论的法益概念误读了指涉法益的规范保护目的,将其与指涉构成要件适用范围的规范保护目的混为一谈,这不得不说是—场解释论上的灾难。为此,应摒弃方法论法益概念的入罪化解释功能,明确惟有构成要件才有此作用。当然,我们仍然可以继续坚持使用指涉法益的规范保护目的—词,只不过应当注重发挥其所具有的出罪化解释功能。换言之,本文并非彻底否认法益概念的解释功能,而是只认可其在出罪化方面的指导作用,亦即本文赞同的是批判立法性的法益概念。

## 四、指涉法益的规范保护目的的出罪化解释功能诠释

### (一)批判立法性法益概念具有不可替代性

在限制刑法适用方面,批判立法性的法益概念被寄予厚望。有支持者甚至认为,在方法论上,一旦刑法教义学放弃以法益保护原则作为限制刑事立法与司法的基础,它就再也不能成为—门独立的科学。<sup>[51]</sup>然而即便是在批判立法性法益概念发源地的德国,也一直不乏学者对其大加指责。自上个世纪八十年代以来,德国刑事立法者—反除罪化改革的做法,在环境犯罪、信息犯罪等所谓的“现代刑法”领域中,开始普遍实行犯罪化与刑罚前置化的操作。<sup>[52]</sup>面对刑法不断扩张的趋势,批判立法性的法益概念并没有如预期般发挥限制作用,对其批判之声有加无已,这一概念遭遇到前所未有的生存危机。

正是注意到上述状况,国内学者近来也开始认为,法益保护原则对立法的批判功能只能借助宪法才能实现,其只不过是宪法的“传声筒”,在刑法目的正当性的检验中并不具有独立意义和不可替代性,而仅具有标签意义。由于法益可以被比例原则中的目的正当性所包括,且比例原则系宪法原则,有着比法益保护原则更为丰富的内涵,因此完全可以用比例原则取代法益概念。<sup>[53]</sup>尽管对于围绕法益保护原则构建的学术体系而言,这种见解的破坏力是巨大的,但它

[50] 参见(德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第24页。

[51] 参见许迺曼,见前注[36],第204页。

[52] 参见马春晓:“法益理论的流变与脉络”,载方小敏主编:《中德法学论坛》(第14辑·下卷),法律出版社2018年版,第115页。

[53] 参见冀洋:“法益保护原则:立法批判功能的证伪”,《政治与法律》2019年第10期,第119、121页;陈璇:“法益概念与刑事立法正当性检验”,《比较法研究》2020年第3期,第71—72页。

尚不足以瓦解整个法益概念体系。

一方面,较之于比例原则中的目的,法益概念所追求的目的更具有正当性。宪法理论一般认为,比例原则的教义学结构包括四个要素,即目的正当性、手段适当性、手段必要性以及手段的狭义合比例性。其中,手段三要素的基准点在于目的正当性,即国家行为所追求的是合法目的。需要注意的是,尽管立法者应当在宪法框架内确定其行为目的,但该目的确定却是由立法者自主决定的。<sup>[54]</sup>然而,在确定某种目的是否具有正当性时,立法者考量的主要是该目的能否实现社会整体利益的最大化。这种做法的问题在于,它将目的正当性与社会利益最大化相挂钩,容易导致在具体判断过程中以手段替代目的进行审查。由于与目的相契合,凡是能够促进利益最大化的手段,都会被认为是正当的。这一判断过程考量的实际上并非目的,而是手段,目的本身的正当性并未得到检视。

事实上,将利益最大化作为追求目标,同样属于一种结果主义式的理解。它会无视为了追求利益最大化而被牺牲之人的利益。换言之,结果主义容许甚至要求个人为了他人而被工具化。<sup>[55]</sup>然而,在一个将正义视为首要价值的社会制度中,每个人都拥有一种基于正义的不可侵犯性,即使是社会整体利益也不得凌驾其上。从正义的角度而言,为了他人享有更大的利益而剥夺某些人的自由,这种做法是难以被正当化的。在一个公平的社会里,由正义所保障的个人自由不会向社会利益权衡让步。<sup>[56]</sup>就此而言,当引入保障个人自由这一置身于比例原则之外的标准时,比例原则中的目的根本经受不住正当性的检验。

与此相反,纵然不能说法益概念从其诞生之初就旨在保障个人自由,但认为批判立法性法益概念致力于此的见解却并无疑义。罗克辛就此指出,批判立法性的法益概念是否以及在多大程度上可以追溯至启蒙时代的刑法或者19世纪的法益理论,这并不重要。关键在于,它现在已经接受了运用自由主义为刑法划定界限的任务。话虽如此,其历史起源仍可以从启蒙时代的社会契约论中推导出来,即只有在必要限度内,公民才会将刑罚权让渡给国家。该限度可以确保公民拥有和平、自由且可以保障其个人权利的共同生活。<sup>[57]</sup>正是站在自由主义的立场上,罗克辛进一步指出,刑法的任务是,在由宪法所保障的基本权利得以被维护的前提下,确保公民能够自由而和平地共同生活在一起。人们将这一任务称之为法益保护。如此一来,法益概念在定位上,就应当旨在为个人的自由发展及其基本权利的充分实现而服务。<sup>[58]</sup>简言之,法益概念的作用在于,在刑法面前捍卫个人自由。由此出发,“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

[54] Vgl. Bernd Grzeszick, in: Theodor Maunz/Günter Dürig—GG, 90. EL., 2020, § 20 Rdn. 110 ff.

[55] 参见(德)Luis Greco:“正当防卫与比例原则”,钟宏彬译,《月旦法学杂志》2019年第291期,第14页。

[56] See John Rawls, *A Theory of Justice*, Belknap: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, pp. 3—4.

[57] Vgl. Claus Roxin, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, FS—Haseimer, 2010, S. 577 f.

[58] Vgl. Roxin (Fn. 12), § 2 Rdn. 7.

政),那么该规定就不具有合法性”。〔59〕可见,由于旨在保障个人自由,批判立法性的法益概念所追求的目的可以坦然接受正义理念的检验,较之于比例原则所追求的目的,其明显更具有正当性,并因而可以作为检验刑事立法妥当与否的标准。在我国《宪法》第33条规定的“国家尊重和保障人权”中,人们也可以找到这一检验标准的宪法依据。

另一方面,在解释论层面,相对于比例原则,法益概念更适宜用来限制刑罚权。有德国学者认为,在刑法领域,为了限制国家刑罚权,人们制定了各种标准,这些标准可被理解为比例原则在刑法中的特定表现形式。在这些标准中,最为重要的是被归入法治国原则的责任原则。根据该原则,每项刑罚均以被判刑者负有罪责为前提。其预设了立法者能够妥当地使构成要件与法律后果相协调。此外,比例原则还可能要求对构成要件要素进行缩小解释。〔60〕然而,鉴于比例原则奉行的是一种结果主义思维,认为罪责原则是比例原则在刑法中的表现的见解未必妥当。

根据社会契约论的理解,自由权是个人与生俱来的权利,它不会因为他人的强制而丧失,而只能通过个人的自由决定而失却。在刑法领域,只有当个人自己招致了罪责时,他的自由权才能被剥夺。也就是说,罪责原则属于一种尊重个人权利领域完整性的法律原则,其价值取向迥异于奉行结果主义、追求社会利益最大化的比例原则。〔61〕尽管罪责原则的确具有限制刑罚的功能,在这一点上,其有着和比例原则同样的表现,但鉴于二者的思维底色截然不同,前者的限制作用实际上与后者并无关联。同理,在对构成要件要素进行缩小解释时,发挥作用的同样是旨在维护个人自由的法益保护原则。由于与结果主义有着千丝万缕的联系,比例原则恐怕终究也难以摆脱方法论法益概念的命运,作为入罪化的解释工具而被肆意使用。这显然与其限制刑罚适用的目标设定背道而驰。这表明,至少从解释论层面来看,比例原则本身难以充当恰当的解釋工具。事实上,即使在否定批判立法性法益概念的学者那里,也承认法益概念在解释论层面仍然是一种普遍的解釋标准。〔62〕

受各种原动力的影响,我国当前的刑事立法出现了“社会治理的过度刑法化”〔63〕现象。从实然角度来看,无论是法益保护原则抑或是比例原则,都难言对这种现象起到了切实的限制作用。然而,这并不能成为否认二者理论价值的理由。实际上,在立法者面前,作为知识分子的理论研究者,其使命即在于说真话,这么做的目标主要是规划一种更好的事物状态。即便这些目标是理想主义式的、经常无法实现的,也不应以逃避的方式决定不予采用,而是应当将其

〔59〕 (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55页。

〔60〕 Vgl. Grzeszick (Fn. 54), § 20 Rdn. 124.

〔61〕 Vgl. Luis Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 658; Greco, 见前注〔55〕,第15页。

〔62〕 参见冀洋,见前注〔53〕,第121页。

〔63〕 王强军:“社会治理过度刑法化的隐忧”,《当代法学》2019年第10期,第7页。

作为共同理想予以追求,以期获得回响。<sup>〔64〕</sup>基于这种理解,批判立法性的法益概念作为一种追求自由理念的概念工具,是不应轻易予以放弃的。

由此可见,从目的追求的正当性与作为解释手段的妥当性来看,致力于保障个人自由的批判性法益概念都更值得坚守。在解释论层面,其作用具有不可替代性。以此为前提,在比例原则指导下选择保障个人自由的恰当手段,也并非不可行。当然,这是以保持目的与手段相分离并且目的始终高于手段为前提的,以防止重蹈比例原则以手段僭越目的的覆辙。之所以作这种强调,是因为基于比例原则所运用的手段总是带有一定的强制色彩。虽然强制可能会带来较大的收益,但是它的直接后果几乎总是要造成一定的损失,因而具有无可避免的恶。而自由则被认为是一种积极的善,它的作用是发展个人智力和性格的品质,这是促进社会进步的重要手段。<sup>〔65〕</sup>因此,必须尽可能地保障强制手段的节制性,以防止不当侵夺个人自由。正是鉴于人们将保障自由的使命赋予了批判立法性的法益概念,不能因为它在实践中遭受冷遇就弃之如敝履,而是应当设法使其发挥应有的作用。为此,应深挖其在解释论层面对于限缩刑法适用所具有的指导意义。换言之,应树立其在认定出罪事由方面所具有的指导形象。

## (二)作为认定出罪事由指导原理的法益概念

批判立法性法益概念主要被刑法学者用来针砭刑事立法的利弊,并据此提出改进方案,其目的在于对刑法的禁止内容加以控制,以抵抗对公民的个人自由进行非必要的限制。尽管批判立法性法益概念最初面向的是刑事立法,但它同样也可以被用于限制个罪构成要件的适用范围,从而在刑事司法层面防止公民的个人自由受到不当侵夺。这意味着,在涉及法律解释时,通过发挥自身的批判作用,法益同样也可以将自由观念贯彻到解释结论中。<sup>〔66〕</sup>也就是说,既然批判立法性法益概念关注的是如何保障个人自由,而这一任务又不可能止步于立法层面,那么研究者就没有理由不在解释论层面形成接力,生成一套可以保障个人自由的理论体系,用以引导司法实务部门妥善适用立法规定。由于这种理解增加了司法面向,为了确保涵盖范围的全面性,本文在保留批判立法性法益概念的自由主义精神的同时,将其改称为批判性的法益概念。在刑法适用层面,其作用主要是通过指导出罪事由的发掘来实现的,此即批判性法益概念的出罪化解释功能。

坚持批判性的法益概念并不意味着要求刑法放弃保护法益的任务。事实上,该任务已然通过刑法的罪刑规定得以贯彻。一旦某类行为通过一种立法用语被明确规定于刑法之中,它就升格为一种法定的罪行,为该罪行所侵犯的法益即获得了刑法的保护,此后解释者所能做的,便只有根据立法用语发展出一套更具明确性的构成要件,并谨慎甄别一个人实施的某种行

〔64〕 参见(美)爱德华·W.萨义德:《知识分子论》,单德兴译,生活·读书·新知三联书店2002年版,第84—85页。

〔65〕 参见(美)乔尔·范伯格:《自由、权利与社会正义——现代社会哲学》,王守昌、戴栩译,贵州出版集团、贵州人民出版社1998年版,第20页。

〔66〕 参见许迺曼,见前注〔24〕,第229页。



为是否与法定的罪行类型相匹配,亦即判断该行为能否为构成要件的适用范围所涵盖。也就是说,在判断一个行为是否具有可罚性时,首要考虑的只能是刑法的既有规定,而非该行为是否侵害了法益。当然,这并不意味着法益概念不能被作为确立出罪事由的指导原理来运用。既然法益受到侵害是犯罪得以成立的必要条件,那么对于由构成要件符合性与违法性组成的不法阶层而言,当凭借某种事由可以确证相应法益未受侵害时,该事由完全可以被作为不法阻却事由来对待,用以排除犯罪的成立。

具体而言,在构成要件层面,批判性的法益概念可以用来限缩构成要件的适用范围,将形式上符合立法用语,具有构成要件要素外形,但却不能体现法益侵害性的要素排除在外。例如,根据《刑法》第91条第2款的规定,如果行为人窃回处于特定单位占有之下的本人财物,则在形式上就属于非法取得公共财物。有观点就此认为,民法上的所有权人不当取回本人财物的行为,破坏了相应单位对于财物的占有,具有财产犯罪的构成要件符合性。<sup>[67]</sup>然而,该款的立法目的并非为了单独对占有提供保护,而是通过把私人财产拟制为公共财产,将国家工作人员非法取得此类财产的行为以贪污罪论处,从而对个人财产进行更为强力的保护。也就是说,该款所保护的法益依然是公民个人的财产权利,而并非占有。<sup>[68]</sup>虽然取回行为在形式上会破坏他人的占有,但从实质层面来看,当这种破坏并不会直接侵害他人的财产权利,即并不存在实质的违法性时,<sup>[69]</sup>就没有理由将其作为财产犯罪处罚,否则财产犯罪就会沦为单纯保护财产秩序而非财产权益的犯罪。<sup>[70]</sup>为避免这一点,财产犯罪中的财物就必须是他人之物,本人财物并非适格对象。如此一来,财物为本人所有就成为阻却财产犯罪构成要件符合性的事由。可见,在限缩构成要件适用范围、确保公民个人自由免受不当剥夺方面,批判性的法益概念的确可以打开一个新的面向。

在违法性层面,人们还可以将那些虽然无法排除构成要件符合性,但却并不具备法益侵害性的行为,最终以实质违法性阙如为由予以出罪。由于旨在限缩刑法的适用范围,可以说,在通过说明犯罪的实质特别是违法性的实质,阐释排除违法性的一般原理方面,批判性的法益概念原本就具有这方面的意义。<sup>[71]</sup>例如,根据《刑法》第238条第3款的规定,当行为人为索债而非法拘禁债务人时,仅以非法拘禁罪论处。此种情况下,刑法仅处罚非法主张权利的手段行为,即拘禁行为,而不处罚目的行为,即取得债务人财物的行为。然而,行为人取得的财物归债务人所有,通过非法拘禁迫使债务人交付财物的行为,排除了债务人自主处分个人财产的自由,侵害了其财产权,从形式上看也给债务人造成了财产损失,将取财行为作为犯罪处理似乎并无不可。刑法之所以没有这么规定,是因为立法者认为,虽然行为人的取财行为使债务人的

[67] 参见付立庆:“论刑法介入财产权保护时的考量要点”,《中国法学》2011年第6期,第137页。

[68] 参见马寅翔:“侵吞不法原因给付物的处理观念之辨正”,《苏州大学学报(法学版)》2016年第4期,第104—107页。

[69] 参见车浩:“占有不是财产犯罪的法益”,《法律科学》2015年第3期,第126—127页。

[70] 参见徐凌波:“论财产犯的主观目的”,《中外法学》2016年第3期,第739页。

[71] 参见(日)曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第6页。

财产总量减少,但如果债务人主动履行债务,他的财产总量同样也会减少,这意味着行为人所招致的状态并没有在整体上恶化债务人的财产状况,没有给债务人造成实质的财产损失,因而不具备实质的法益侵害性。因此,即便行为人为主张债权而使用了法律所不允许的手段,也仍然可以排除行为在财产犯罪层面的违法性。<sup>[72]</sup> 这意味着,行为人享有债权可以成为阻却财产犯罪实质违法性的事由。<sup>[73]</sup> 可见,在违法性层面,法益概念还可以起到阻却违法成立、限缩刑法适用的作用。

目前,“面对无法停止的犯罪化趋势,刑法中法定的出罪事由相对供应不足”,<sup>[74]</sup>而理论界所能提供的超法规出罪事由也屈指可数。出罪事由过少的现实,导致公民个人难以与庞大的人罪之网相抗衡,其合法权益难以得到有效保障。在此背景下,强调批判性法益概念的出罪化功能就具有重要的现实意义。上述示例表明,在批判性法益概念的指引下,解释者可以有效挖掘蕴于其中的不法阻却事由。无论是对于构成要件要素的排除,还是对于违法性的消解,旨在保障个人自由权利的法益概念均蕴含着巨大潜能,其可以在一定程度上弥补出罪事由过少的缺憾。

### (三)相关质疑的理论澄清

对于批判性法益概念的上述作用,有学者提出了反驳,认为法益概念在犯罪论体系中并不具备独立的评价功能,强调批判性法益概念的立法批判功能,会从根本上模糊立法与司法的界限,混淆现实中的规范目的和理念上的规范目的,最终破坏法秩序的安定性。因此,只能坚持方法论的法益概念对于构成要件解释的指导功能,而不应承认其具有违法阻却事由的功能。<sup>[75]</sup> 然而,这种批判是根本站不住脚的。

首先,法益作为认定违法阻却事由的指导原理,是无法通过围绕违法性阻却的基本原理而产生的争论来否认的。在违法阻却事由是否存在统一原理方面,存在着二元论与多元论之争。一元论试图将正当化事由归结为一种无所不包的具有高度抽象性的指导思想,而多元论则试图通过保护原则、法确证原则等多个指导原则来使正当化事由得以具体化。这些原则表明的是,在法律文本存在各种可能性的情况下,应当根据哪些标准来解决法益冲突的问题。<sup>[76]</sup> 由此可见,无论是一元论还是多元论,其背后所要解决的核心问题都是一致的,即如何合理地解决各种利益之间的冲突与平衡。如果认为刑法的目的在于保护法益,就不应否认法益在该问题上所具有的指导作用。可以说,尽管各种具体的违法阻却事由会有更为直接的适用范围,但它们和法益原则之间并不必然存在冲突,毋宁说,它们是在法益原则指导下对相关问题的具体

[72] 参见于改之:“自力实现债权行为的刑法教义学分析”,《政治与法律》2017年第11期,第96页; Wilfried Küper, BT, 7. Aufl., 2008, S. 111.

[73] 在德国,这一结论是处于通说地位的实质财产秩序说的主张。Vgl. Thomas Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht-BT, 12. Aufl., 2013, S. 111 ff.

[74] 孙国祥:“民法免责事由与刑法出罪事由的互动关系研究”,《现代法学》2020年第4期,第156页。

[75] 参见高巍:“刑法教义学视野下法益原则的畛域”,《法学》2018年第4期,第234-245页。

[76] Vgl. Roxin (Fn. 12), § 14 Rdn. 39 ff.

落实。同样以上引学者所讨论的危险驾驶罪为例,虽然在立法之初,不乏学者认为其属于抽象危险犯,然而鉴于酒驾一律入刑的做法有着诸多不合理之处,最高人民法院在2017年5月1日开始试行的《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)》中明确规定,对于醉酒案件,“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”等情况进行具体判断,将那些形式上符合醉驾认定标准的行为,以实质上并未严重危及公共安全为由,亦即以欠缺实质的法益侵害性或者说实质的违法性为由,排除在危险驾驶罪的处罚范围之外。醉酒型危险驾驶罪由此被我国最高司法机关明确界定为具体危险犯。这一转变的背后,恰恰可以体现出法益概念的指导作用。

其次,批判立法性的法益概念并不会导致解释者以立法者自居,也不会混淆立法与司法的界限。既然刑法的任务在于保护法益,即在于保护公民个人的自由发展以及保护为此所必需的社会条件,那么,当立法者所作的罪刑规定与该任务相悖时,从保护法益的角度来看,这种规定就缺乏正当性,表明刑罚的边界被不当扩大。在此种情况下,刑法学者不应一味地臣服在立法者的脚下,通过刑法教义学知识为不当的立法规定背书,而是应当勇于肩负起批判立法的使命,将法教义学作为理性的批判武器,从而从根本上推动立法水平的提高和法治的进步,<sup>[77]</sup>以防止国家“以预防为借口,肆意扩展国家刑罚权,使得侵害刑法沦为危险刑法、并最终沦为意思刑法”。<sup>[78]</sup>为此,在我国刑事立法活动日趋频繁的背景下,利用修订刑法的契机,通过专家意见等方式向立法者谏言,不失为一种具有可行性的举措。而当出现不当立法后,刑法学者固然无法以该规范属不当立法为由直接否认其法律效力,但完全可以通过向有关机构表达诉求来呼吁限缩此类规定的适用。例如,尽管在2008年2月26日的一份判决中,德国联邦宪法法院认为乱伦罪的规定并不违宪,然而该判决却遭到了德国刑法学者的一致反对。虽然这可以被认为是批判性的法益概念遭遇了一次失败,却并不能藉此全盘否定批判性法益概念的价值。对此,罗克辛通过列举具体案例,向人们展示了在很多情况下,该概念也得到了不止是德国立法者的认可。<sup>[79]</sup>由此可见,利用批判立法性的法益概念抵制不当立法,并通过有关途径表达反对意见与合理诉求,并不会导致混淆立法与司法的界限。虽然就我国情况而言,并不存在类似德国联邦宪法法院的机构,但是,通过具有我国特色的司法解释制度限缩立法的不当适用,同样不失为一种可行的举措。由于此类解释旨在限缩罪刑规定的适用,实质上是在保护公民的个人自由,贯彻刑法保护法益的任务,因而并不违背罪刑法定原则,不属于对立法权的僭越。

最后,将法益概念作为出罪化事由加以运用,并不会破坏法的安定性和公民的预测可能性。从法益的发展历史来看,其终归与限定刑罚边界、确保个人自由与发展密切相关,因此它

[77] 参见车浩:《刑法教义的本土形塑》,法律出版社2017年版,第6页,出版说明。

[78] 黎宏:“法益论的研究现状和展望”,《人民检察》2013年第7期,第15页。

[79] 参见罗克辛,见前注[59],第57—58页。

强调刑法只能被谦抑、例外地加以使用。<sup>〔80〕</sup>就此而言,法的安定性和公民的预测可能性,实际上与法益概念的诉求具有一定的重合性。法的安定性和公民的预测可能性是罪刑法定原则的体现,但由于国家也完全有可能通过制定恶法,以罪刑法定原则之名在刑法之内“依法追究”公民的刑事责任,<sup>〔81〕</sup>因此必须通过更高的原则来限制立法权的不当行使,这是法治国家的应有之意。虽然直接来看,立法者只需将其所欲惩罚的行为事先规定在刑法当中即可,但罪刑法定原则也要求刑法内容的适正性,即刑法法规所设置的犯罪行为必须不能违背宪法保障人权的规定,必须具有处罚的必要性和合理性,犯罪与刑罚必须保持均衡,因为罪刑法定原则自其诞生之日起,目的即在于防止国家机关借刑法之名,运用漫无边界的权力不当地干涉公民的自由。<sup>〔82〕</sup>在确保处罚的必要性和合理性方面,法益理论完全可以发挥其效用。也就是说,在保障公民个人自由这一点上,法益概念与罪刑法定原则有着共通之处。虽然为了避免入罪的恣意性,法的安定性和预测可能性强调构成要件的内容应当具有确定性,其基本取向是封闭的,但是就出罪事由而言,由于其追求的是在合理范围内保障公民的个人自由,其基本取向是开放的。可见,在法益保护原则指导下创设新型出罪化事由的做法,因为与保障公民个人自由的诉求相契合,并不存在破坏法的安定性和公民预测可能性一说。

综上所述,通过将指涉法益的规范保护目的作为出罪化解释的指导原则,人们得以发展出各种正当化事由,在彼此冲突的利益之间寻找到一种衡平之道。这在理论层面并不存在什么观念障碍,在实践层面也并不缺乏可操作性。就此而言,“批判立法性的法益思想之理念长存”!<sup>〔83〕</sup>

## 五、小结

在探究规范保护目的与构成要件解释之间的关系时,由于未能明确区隔规范保护目的所指涉的三重语境,导致在讨论具体问题时,以往的研究经常会在不同语境之间随意跳跃。这种语境的混用导致了思维的混乱与结论的失当。在对构成要件进行解释时,这种混用先是将规范保护目的等同于指涉法益的规范保护目的,进而将指涉构成要件适用范围的规范保护目的混同为指涉法益的规范保护目的,然后借助其中的“目的”一词,顺理成章地提及目的论解释。接下来,在强调目的论解释的绝对主导地位以后,又从保护法益这一刑法任务出发,将讨论的重心放在了法后的法益(即法条益)的探求上,以此遮蔽了关于构成要件的讨论,使原本趋于封闭的构成要件因为法益的引入而门户大开,最终使得入罪化的解释得以畅通无阻。通过娴熟地运用偷换概念、整体判断与循环论证等技法,方法论的法益概念彻底丧失了批判立法、确保

〔80〕 参见(德)埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯等译,北京大学出版社2015年版,第232页。

〔81〕 参见车浩,见前注〔77〕,第121页。

〔82〕 参见陈家林:《外国刑法理论的思潮与流变》,中国人民公安大学出版社2017年版,第80—81页。

〔83〕 Roxin (Fn. 57), S. 573.

个人自由的功能,模糊了立法与司法的界限,以扩张解释之名行类推适用之实,因而应当明确加以抛弃。与此相反,利用法益的开放性特征,将批判性的法益概念作为一般性的指导原则,在同样呈开放性的违法性阶层中寻求多样化的出罪化事由,并不会导致混淆立法与司法的界限。通过教义学层面的努力,它可以部分地限制立法权的恣意行使,落实法治国的要求。批判性的法益概念同样旨在维护公民的个人自由与基本权利,使其免遭国家刑权力的不当侵夺,这与罪刑法定原则所强调的法的安定性和预测可能性并不矛盾,是更为值得提倡的一种法益概念。

**Abstract:** In the existing literature of criminal law, the term of the purpose of normative protection involves three fields: the purpose of normative protection referring to legal interest, the purpose of normative protection referring to the principle of the attribution of the result of negligent crime, and the purpose of normative protection referring to the scope of application of the constituent elements. When interpreting the constituent elements, there are so many scholars that regard the purpose of normative protection that refers to legal interest as the focus of discussion, promote a teleological interpretation centered on legal interest, and take the normative protection referring legal interest as the purpose of normative protection referring to the scope of application of the constituent elements. It will lead to the result that the determination of legal interest replaces the interpretation of the constituent elements, which ultimately improperly provides academic support for the analogy interpretation. This kind of methodical concept of legal interest subjects to the thought of legal moralism, which results in serious drawbacks, such as holistic judgment, circular argumentation, unlawful exercise of criminal legislative power, and loss of the spirit of liberalism. Those drawbacks make the concept of legal interest lose its original liberal spirit, and also make the dogmatic of criminal law lose its character of critical spirit. It should abandon the criminalized interpretation function of the purpose of normative protection referring to legal interest, and emphasize its role in finding justifiable reasons instead, that is, it should deny the methodical concept of legal interest and advocate the legal-critical concept of legal interest.

**Key Words:** Protection of Legal Interest; Teleological Explanation; Consequentialism; Proportionality Principle; Justifiable Reason

(责任编辑:车 浩)