

【刑法总论】

刑法法益：现代刑法的正当根基和规制边界

田宏杰

【摘要】刑法法益，既是对前置法和刑法承载的宪法价值秩序之社会经验事实(利益)进行价值发掘和规范承认的产物，又是对前置法和刑法按照宪法比例原则的要求对法益进行规范层级调整和比例分配保护的结果。刑事立法规制的正当根基和规范边界在于对刑法法益保护的形式正义、实质正义和分配正义规则的坚守，而刑事司法规制的教义学适用指引则在于对前置法定性与刑事法定量相统一原则的秉持。

【关键词】刑法法益；宪法秩序；比例原则；立法规制边界；司法适用规则

【作者简介】田宏杰，中国人民大学刑事法律科学研究中心教授、博士生导师。

【原文出处】《法商研究》(武汉)，2020.6.75～88

【基金项目】教育部人文社会科学重点研究基地重点项目(2009JJD820012&16JJD820017)。

虽然“任何法律体制的参与者都不能就基本原则达成一致”，^①但是法律是公意的正式表示。^②如何正确认识刑法的正当理性，看似一个普通的学术问题，而实是一个关系到现代刑事法治发展演进之正当根基与规制边界之确立的重大问题。鉴此，笔者不揣浅陋，拟以刑法法益为理论工具，通过对宪法指引下的法益形成机制以及由其决定的刑法正当根基的层层追问，展示笔者关于刑事立法规制的规范边界和刑事司法适用的解释规则的思考，以期对刑法现代化的推进和现代刑法学体系的建构有所助益。

一、刑法法益的生成机理：宪法指引与规范确认

(一)刑法法益含义的厘定

关于刑法法益的含义，学者们莫衷一是。德国学者哈斯默通过对法益概念发展史的回顾，将关于法益的理论分为“体系固有的法益说”与“体系批判的法益说”。前者以德国学者宾丁和霍尼希为代表，主张凡被立法者规定并保护以免遭侵害或者危险的利益就是法益。该种观点表明的是“内部的观点”，^③是由那些法律规则的内部接受者既不追问该

规则的正当性也不对此多加说明便将其接受为共同的行为标准，承认自己和他人皆有遵从适用的义务。后者以德国学者哈斯默和罗克辛为代表，认为法益是指“所有对于个人的自由发展，其基本权利的实现和建立在这种目标观念基础上的国家制度的功能运转所必要的现实存在或者目的设定”。^④该种观点表明的是“外部的观点”，是指那些法律规则的外部观察者，虽然观察到他人对该规则的接受，自己却并不承认立法者规定的利益就是当然的法益，而是坚持只有符合“道德善”^⑤的利益，才有资格成为刑法上的法益，只有对符合“道德善”的利益进行有效保护的刑法，才是具有正当性和权威性的刑法。

显然，“体系固有的法益说”过于注重法益的形式意义，以致成为立法目的的同义反复，不但不能恰当地阐明刑法的使命，相反，往往成为公权力恣意行使的信条学依据。毕竟，“对一个仅仅‘服从’规则的人而言，其面对规则的态度，是不需要包含任何批判成分的……他无须把他的服从行为看作‘对的’‘正确的’或‘有义务的’”。^⑥因而“体系固有的法益说”

既不能成为立法者背后的主权者,从而限制立法权的恣意,更不可能成为孕育滋养刑法正当性的源头活水。而“体系批判的法益说”强调法益的实质内涵,以外部观察者而非内部服从者的态度看待规则,不断挖掘和追问规则的制定和服从对于公民和社会生活发展的“正确”意义,否认立法者拥有不受任何限制的权力,“不仅能说明可罚性的根据,而且其主要作用是对可罚性加以限定”,因而被誉为“德国刑法学为欧洲法律文化所奉上的最为重要的馈赠之一”。^⑦

可是,作为一项最高的法律原则,体系批判的法益概念必然具有抽象性,那么,能否提供一种具体可行的标准,使法益概念的内涵和外延得以明确?为此,罗克辛提出了9条准则,以期降低对法益原则进行具体化的难度。^⑧虽然罗克辛声称,其所赞成的法益概念给界定可罚性提供了“完全可以使用的标准”,但是“事实上,所有普遍性的原则都需要通过公开讨论的方式来得到具体化。诸如民主或者人人平等法则之类的原则都具有高度的普遍性,所以我们可以对其展开完全不同的具体化,但没有任何一个理性的人由此得出结论认为,我们宁可不去援用这些原则”。^⑨尤其令人难以理解的是,既然个人的生命、健康法益是刑法保护的核心法益,那么对于环境法益这一涉及社会公众生命健康的社会法益,与罗克辛同样持“体系批判的法益说”的哈斯默,为什么坚持将其排除在刑法保护的 range 之外?^⑩因此,可以肯定的是,对于法益认定的具体化,罗克辛未能给出令人满意的说明,并且对其任何一个假设也都是可以争论的。

然而,立法者“被枭首”之后,谁是法益的确定者?一旦我们彻底放弃“体系固有的法益说”,不再认为立法者拥有评判选择法益的权力,从而形式地将“体系批判的法益说”推向极致,那么一个重要的问题就不可回避:没有规范的屏障,离开规则的疆域,谁是立法者背后最终的、最高的主权者?是著书立说、各执一端的专家学者,如象征性刑法论和积极

刑法观在法益内涵与刑法使命问题上的争论不休?还是众说纷纭、莫衷一是的普通大众?正如英国学者格雷在《法的本质与渊源》一书中所言:“不,正是任何对于成文或不成文法律的解释拥有绝对权威的人,才是所有法之意图与目的的给予者,而不是那个首先写下或说出它们的人。”^⑪果真如此,那么法益概念的含义不是由立法者确定的,而是由批判立法的法益概念的倡导者或者解释者可以随意建构证成的。这样,批判立法的法益概念在彻底否定立法者独立判断空间和独立评判意义的同时,也就从根本上否定了法治——法律之治,而滑向法治的反面——批判立法的法益概念倡导者的个人之治,从而毁灭了自由这一批判立法的法益概念致力捍卫的价值。这样一来,“体系批判的法益说”是否又陷入规则怀疑论的泥潭?

“如果真是如此,有些人就会发出绝望的呐喊:我们怎么能够证明那些肯定是法律的宪法基本条款真的是法?另外一些人则坚持回答:法体系的根基处乃是一种属于‘不是法律’‘前法律’‘超越法律’或‘政治上的事实’的东西。这种混乱下的不安乃是一项明证,证明当前所用来描述任何法体系之最重要特征的范畴太过粗糙了。”^⑫因而可以明确地断言,这绝不是持“体系批判的法益说”者追寻的目标。相反,批判立法的法益概念的目标,是在限制立法者恣意的同时,实现其追求的终极使命,帮助立法者确立正当、具体的规则,有效地限制司法权的任意和刑罚权的滥用。因此,无论“体系批判的法益说”具有何种实质内容和表现形式,都必须满足自身设定的要求,即“一个合理的和具有适用性的决定标准能够帮助立法者,同时发展出一个外部的、检验(立法)决定正当性的标准”。^⑬这个标准就是法益的形成机制。

(二) 刑法法益的形成机制

关于法益的形成,日本学者关哲夫提出,某种生活利益要成为法益必须通过以下3重承认:首先是要通过保护性的“个人的承认”,即作为社会成员的个人承认或要求某社会利益应该通过刑法来保护,从

而获得“个人的要保护性”；其次是社会的承认，即社会多数成员承认该生活利益是社会生活中重要的存在，有必要通过刑法来保护它，从而获得“社会的要保护性”；最后是要保护性的“法的承认”，即必须被评价为值得通过刑法保护的存在而得以承认，从而获得“法的要保护性”。^⑩

笔者认为，这样的见解虽然具有“理论上的美”，但是其既在整体上割裂了刑法与其他部门法的规范关系，又抛弃了宪法在法益形成中的价值指引作用。刑法法益，既来自具体社会环境下的经验事实发现，又来自宪法指引下的比例原则在部门法规范结构和制裁配置中的分配展开，尤其是刑法最后手段性以及由此决定的刑法相对独立性的规范选择与立法建构。

1. 刑法法益的来源：经验事实

法益是法律保护的公民个人和人类社会生活的核心利益。法益含义的确定，不但不能脱离特定的社会生活条件和文化习俗环境，相反，被当作法益的事实其实是立法者基于一定的评价标准从社会经验事实中所作的选择和建构。立法者“不是在制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律，他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。如果一个立法者用自己的臆想来代替事情的本质，那么我们就应该责备他的极端任性。”^⑪

法益是前实证法的、先于法律规范而独立存在的经验事实。这些经验事实存在于个体需求和社会生活之中，并为社会大众普遍信赖，从而成为占据主导地位的社会核心文化价值和公众的普遍经验认知。虽然这些占据社会主导地位的文化价值和公众的普遍经验认知，并不能被立法者毫不犹豫地全盘承认接受，并转换确立为法体系下的法益予以调整保护，但是其是立法者进行价值评判以发掘法益、建构规则所必需的事实根据。因此，如果社会的核心文化价值和公众的普遍经验认知能够证明，那么自然环境不是人类社会生活和个体生存发展不可或缺的条件，动用法律制裁手段尤其是刑罚这一最为严

厉的国家制裁手段进行规制，也就不具有实质的正当性，破坏环境的行为也就不可能成为法规范尤其是刑法规范上的实质违法行为。或者，如果社会的核心文化价值和公众的普遍经验认知能够证明，恶劣自然环境的形成并非主要源于人类行为，因而任何法律规制都无力或难以从根本上遏阻自然环境的恶化，那么将自然环境确立为法体系中的法益，甚至升格确立为刑法法益，就是既不正当又全然无效的象征性刑法。然而，事实恰恰完全相反。

2. 刑法法益的评判：宪法价值

社会生活和经验事实虽然可以先在地独立于法律规范而存在，但是只有经由立法者的价值评判和规范建构，占据社会主导地位的人类生活利益和文化价值，才能成为法律调整和保护的法益。因此，利益作为法益的“前生”，是一个事实概念；而法益作为利益的“来世”，则是一个规范概念。“在一个成熟的法体系中，包含着一条承认规则，任何规则都要通过符合该承认规则所提供的判准，才能成为此法体系的一员。”^⑫而能够为立法者提供“利益”进阶为“法益”之价值评判准绳的立法者背后的主权者，则非宪法莫属。作为规范性社会认同的集中体现，宪法规定的价值秩序不仅为立法者的能动价值评判提供了可信的准绳和发挥的空间，而且是法益形成过程中立法者必须遵循的价值判断准则。

不过，“正如汉密尔顿注意到的，对某些权利的列举是危险的。要想做一个全面的个人权利的列举是不可能的。危险是，如果某些权利被列举出来了，将来的国会也许会主张列举和保护某些权利，而剥夺人们其他的权利”。^⑬所以，作为确定法益含义的价值评判标准，宪法规范的作用并不是肯定地、积极地从正面告诉立法者，哪些生活利益或者经验事实可以升格为法律保护的法益，进而为立法者提供肯定、直接、具体的规范，也不是将抽象的宪法规定具体化就可以确定法益，而是否定、消极地从反面警示立法者，并为立法者的自由价值评判设立一系列不可逾越的藩篱。在尊重个人自由、承认价值多元成

为世界各国宪法或基本法原则的今天,对某种特定的单纯的道德的维护,如对同性恋的禁止,无疑意味着对其他世俗道德的排斥和禁绝,显然有悖宪法或基本法所认同的价值秩序,而“单纯的道德”因为违反宪法或基本法的基本原则和价值秩序,自然也就丧失了升格为法益的资质和刑法法益的适格性,因而保护“单纯的道德”也就成为现代刑法不可能承担的任务。

实际上,宪法价值秩序不仅决定着法益值得保护性的有无,而且还影响着法益值得保护性的强弱。例如,在《中华人民共和国刑法修正案(八)》[以下简称《刑法修正案(八)》]出台以前,盗窃金融机构,数额特别巨大的,刑法规定“处无期徒刑或者死刑,并处没收财产”。在对“许霆案”的讨论中,这一规定的合理性在学界和实务部门产生了巨大的争议。有学者指出,现行刑法[指《刑法修正案(八)》]出台之前的刑法第264条对“盗窃金融机构,数额特别巨大的”犯罪行为设定了“无期徒刑或者死刑,并处没收财产”的量刑空间,这是根据法人所从事的业务领域(行业)而加重刑罚的条款,该条款无疑是对金融机构的财产给予了特别保护。虽然这种特别保护并不必然违反平等原则,但是立法者对盗窃金融机构的行为配置如此重的法定刑,甚至重于抢劫金融机构的法定刑,违反1982年《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第33条第2款的规定,从而应当归于无效。^⑧笔者对这一观点深表赞同,并且经过梳理发现,其实在实践中还有一些做法似乎亦与宪法平等原则相违背。例如,司法实务部门在办理“恶意透支”型信用卡诈骗案时,往往更注重对“经发卡银行催收后仍不归还”这一客观条件的审查,而忽视对持卡人“非法占有目的”的判断。^⑨这种做法往往在事实上导致对金融机构进行了特殊保护。因为欠他人的钱不还一般只是单纯的民事纠纷(恶意欠薪情况除外),而欠银行的钱却往往有构成犯罪之虞,公、检、法机关则因此变相地成为帮助银行催收借款的工具。正是基于此,2018年最高人民法院、最高人民

检察院《关于修改〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的决定》第1条明确规定,“经发卡银行两次有效催收后超过3个月仍不归还”和“非法占有目的”是两个独立的构成要件,需要分别进行判断。这样一来,对金融机构的保护和对普通债权人的保护适用平等的标准,从而较好地贯彻了1982年《宪法》第33条第2款所规定的平等原则。

3. 刑法法益的确立:规范承认

德国宪法法院在判决中指出,立法者为了实现国家赋予它的保护责任,在宪法上有义务动用刑法手段来确保人民有效的共同生活。但是,只有当刑法是共同生活保护的最后手段的时候,立法者动用刑罚才具有宪法上的正当性。^⑩这就是宪法比例原则对刑罚权发动的限制,也是刑法法益得以确立形成的部门法之间的规范分工和结构安排。在宪法价值秩序的指引下,对承载宪法基本价值的社会普遍的经验事实认知,或者占据社会主导地位的文化价值进行发掘、评价、选择,进而将其确立为法律保护的生活利益即法益,乃调整性规范的使命;而以责任和制裁的形式,对调整性规范确立的法益予以保护,则是保护性规范的任务。两者并行不悖,既是宪法基本价值在部门法中的分配展开和规范实现,又是部门法对宪法价值秩序的共同维护和一体保障。

其中,调整性规范仅存在于前置部门法中,以法律权利和法律义务的设定为内容,以假定和处理为形式;而保护性规范既存在于前置部门法中,又存在于保障部门法即刑事法中,以法律责任的设定为内容,以假定和制裁为形式。为便于区分,笔者将前置部门法中的保护性规范称为“法体系第一保护性规范”,刑事法中的保护性规范称为“法体系第二保护性规范”。这样,在结构上,前置部门法由调整性规范与法体系第一保护性规范共同组成,刑事保障法则由法体系第二保护性规范单独组成,此即刑法所谓“二次保护法”的由来。例如,对于证券市场信息披露管理秩序的法律调整,2019年修正的《中华人民

共和国证券法》(以下简称《证券法》)第78条通过对相关主体信息披露义务的设定,成为对证券市场信息披露管理秩序进行调整的法体系调整性规范;而对于违反2019年《证券法》第78条侵犯证券市场信息披露管理秩序的行为,不仅2019年《证券法》第197条设置了行政责任,而且1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第161条也进一步规定了刑事责任,从而对经由调整性规范即2019年《证券法》第78条调整的证券市场信息披露管理秩序提供严密的双重法律保护。其中,2019年《证券法》第197条是对证券市场信息披露管理秩序进行法体系第一次保护性调整的第一保护性规范,1997年《刑法》第161条则是对包括证券市场信息披露管理秩序在内的公司、企业信息披露管理秩序进行法体系第二次保护性调整的第二保护性规范,进而在对2019年《证券法》第197条这一法体系第一保护性规范进行力量救济和制裁补充的同时,成为法体系调整性规范的坚强后盾和终极保障。

秉持宪法的价值指引作用,经由法体系调整性规范从人类社会生活核心利益中选择确立的法益,是前置法上的法体系调整性法益,不仅以主体的合法行为为基础,而且以主体义务的完整履行和权利的正当行使得以实现。经由前置法中的法体系第一保护性规范,即前置法之法律责任条文,从法体系调整性法益中选择予以保护的法益,则进阶为法体系第一保护性法益。由于法律责任生效条件的实质,在于权利的不当行使和义务的不当履行即前置法上的不法行为,表面上是对法体系调整性规范的否定,其实是对调整性规范确立的法体系调整性法益的侵犯,因此,法体系第一保护性法益的形成,既是法体系第一保护性规范对法体系调整性法益进行第一次保护性调整的产物,又是前置法对法体系调整性法益进行第二次法律调整确认的依归,即通过前置法规定的法律责任的实现和法律制裁的发动,在实现对前置法上的不法行为否定的法体系调整性规范再次否定的同时,将被不法行为侵犯的法体系调整性

法益恢复到不法行为发生前的状态。这样,前置法上的法体系第一保护性法益虽然源于法体系调整性法益,但是在外延上又窄于法体系调整性法益。

这样一来,“对于规则的违反可能不存在任何集中地组织起来的惩罚体系,或者社会压力的形式可能只是广布的敌意或批评,而未达到身体上或实质上制裁的程度”。^④只有经由立法者依据宪法比例原则进行衡量比较,认为有必要以前置法上的法律责任的配备和发动,予以“否定之否定”的有效恢复和实现的重要的调整性法益,才能成为前置法上的法体系第一保护性法益。例如,2008年《中华人民共和国消防法》第5条规定:“任何单位和个人都有维护消防安全、保护消防设施、预防火灾、报告火警的义务。任何单位和成年人都有参加有组织的灭火工作的义务”。显然,该规定属于调整性规范,但该法第6章“法律责任”部分并未对违反第5条不履行参加有组织灭火工作义务的行为设置相应的制裁性行政责任。这表明该义务虽系法体系调整性法益之组成,但并未成为前置法上的法体系第一保护性法益,因而不可能进阶为刑法法益。

但是,民事责任也好,行政责任也罢,其责任实现方式的强度和严厉性终究有限,而刑法因其责任追究和制裁手段严厉,“在根本上与其说是一种特别法,还不如说是其他一切法律的制裁力量”。^⑤因而成为前置法之法体系第一保护性规范的后援和保障,对于立法者重点保护但被前置法上的不法行为破坏或者侵害程度严重,仅靠前置法中的法体系第一保护性规范的保护已难以有效恢复的重要的调整性法益,通过刑事责任的追究与刑事制裁的发动,对前置法中的法体系第一保护性规范予以强力增援,补充其保护力量之不足。此即刑法“二次保护法”及其作为所有部门法之保障法地位形成的关键。而作为法体系第二保护性规范的刑法,并非法体系第一保护性规范的替代,而是法体系第一保护性规范的补充与保障,只有在仅凭法体系第一保护性规范之力难以有效保障被严重侵犯的调整性法益恢复到被

侵害以前的正常状态的情况下,才有济之以刑事责任的追究与刑事制裁的启动,以补充法体系第一保护性规范之责任追究和制裁力量不足的必要性,刑事法律保护在法体系中才有存在的意义与价值。

因此,我们应该谨记,作为具有终极性的正当性承认规则,体系批判的法益理论必须同时具有事实和规范或者说价值和规则两个面向。“如果我们只选择‘法律’或‘事实’其中之一作为标签,则我们就无法窥得全貌。”^③刑法法益,实乃前置部门法与保障刑事法,在宪法价值秩序和比例原则的指引下,对人类社会生活核心利益→前置部门法上的法体系调整性法益→前置部门法上的法体系第一保护性法益→刑法上的法体系第二保护性法益亦即刑法法益所作的不断进阶调整,是前置法调整性规范、前置法第一保护性规范和刑法第二保护性规范有序递进展开的规范评价筛选和法律承认保护。^④总之,刑法法益,既是前置法与刑法对于承载宪法价值秩序之社会经验事实的逐级规范承认的产物,又是前置法和刑法按照宪法比例原则层级展开的规范保护或制裁比例分配的结果。

二、刑事立法规制:形式理性规则与实质理性规则相结合

经对刑法法益生成机理的上述梳理,笔者认为,刑法法益的确立和保护标准,亦即刑事立法规制之正当边界和刑事司法规制之适用限度,其实在于对以下3个既循序渐进又有机联系的规则的恪守:其一,在形式上,刑法法益必须是前置法之调整性规范确立并为前置法之第一保护性规范保护的第一保护性法益;其二,在实质上,刑法法益必须是公民的个人法益以及实现公民自由发展必需的社会法益和国家法益;其三,在比例上,刑法法益必须是对其保护已经达到或者接近达到第一保护性规范之保护力量上限,而确有济之以刑法这一第二保护性规范力量增援和保障之必要性的第一保护性法益。其中,第一个规则决定刑法法益选择保护的形式正义或者说形式合理性,第二个规则决定刑法法益选择保护的

实质正义或者说实质合理性,第三个规则决定刑法法益选择保护的分配正义或者说制裁合比例。3个规则的有机结合,则成为形式正义、实质正义和分配正义在刑法规制中得以实现的坚实根基和有力保障。

(一)刑事立法规制的形式正义规则

刑法法益在调整性规范中的立法确立和第一保护性规范中的立法保护,乃是其为刑事立法选择、承认、保护从而得以成为刑法法益的必备前提。否则,对于未经前置法中的法体系调整性规范调整的社会生活利益,刑法如果直接予以保护,那么既是刑法在法体系中的规范越位,又是刑法对宪法价值秩序和宪法比例原则的背离,更是刑法对其保护法益使命的放弃。因为只有经过前置法调整性规范调整并承认确立的法律状态的法益,而不是前在于前置法规范性调整和承认的自然状态的社会生活利益,才是刑法保护的目标。

而一个虽为前置法中的调整性规范评价确立为法体系调整性法益,但未被前置法中的第一保护性规范纳入前置法之法律责任保护调整视野的法益,亦不存在进行刑事保护的必要性和可能性。这既是宪法比例原则的当然要求,又是刑法谦抑性的应然含义。因此,作为法体系第二保护性规范的刑法保护的设立和发动,还应以法体系第一保护性规范的保护为直接前提。由此决定,一个前置法上的一般不法行为,如果立法未为其配置相应的前置法上的法律责任,未将其设定为前置法“法律责任”即第一保护性规范制裁的不法行为,那么即使其违反调整性规范,侵犯法体系调整性法益,也不可能成为刑法规制的犯罪行为类型。

这正是见危不救行为历经刑法学界多年争论迄今仍未将其犯罪化的根本原因。由于见危救助目前既非前置民商法又非前置行政法之调整性规范确立的公民义务,因此自然没有通过刑事立法将见危不救行为入刑的可能性。即便在今后,见危救助成为前置民商法或前置行政法之调整性规范确立的义

务,但如果该义务的不履行并未成为前置法第一保护性规范,即前置法之法律责任条文禁止并予制裁的对象,那么也不会有通过刑法对其进行保护的必要性。

另一适例则是关于拒不支付劳动报酬罪的争论。有学者认为,恶意欠薪在本质上属于民法中的债务履行问题,应当优先适用其他社会调整手段来加以解决。立法者将恶意欠薪行为入刑,将使刑法成为代行政府管理职能的社会管理法、防范和治理严重社会危害行为的社会防治法、缺乏公众认同仅体现立法者意志的立法者的法,未穷尽其他措施即予以启动的最先保障法,以及难以有效执行的纸面上的法,从而建议对恶意欠薪的行为,可以通过赋予劳动行政部门更大的监督职权、建立薪酬保障制度、建立劳动者自力救济制度、实名企业注册登记制度来规制。^⑥但实际上,上述解决方案与将恶意欠薪行为纳入刑法规制并不矛盾。因为正是前置法对相关行为的规制,刑事立法才有介入的可能性;正是前置法的救济制裁手段已近上限,刑事立法才有介入的必要性。在2018年《中华人民共和国劳动法》第91条和2012年《中华人民共和国劳动合同法》第85条对拒不支付劳动报酬行为已明确规定法律责任,且已接近其制裁保护力量上限的情况下,刑法保护的立法设置不但不是对刑法谦抑性的违反,相反,是恪守刑法谦抑性的应有之举。不仅如此,拒不支付劳动报酬虽然源于民事违约行为,但是与纯粹的民事违约行为仍然有别。一方面,在绝大多数的劳资纠纷中,劳动者相对用人单位往往处于弱势地位,实有对其进行特殊保护的必要;另一方面,基于1982年《宪法》第1条的明确规定,劳动者的权益保障可谓是宪法上的头等大事,因而将恶意欠薪行为纳入刑事立法规制,实际上还具有宪法价值上的正当性。也正因如此,劳动法虽然脱胎于民商法,但是已发展成为社会法的主力,从而成为私法公法化的典型。

(二)刑事立法规制的实质正义规则

作为法体系第二保护性法益的刑法法益,必须

是与公民个人法益密切相关的法体系第一保护性法益。正如宪法是人民的大宪章,刑法可以说是犯罪人的大宪章一样。当然,这里的犯罪人,既包括已然 的犯罪人,也包括未然的犯罪人,即被害人和其他社会公众。故在内容上,刑法法益必须是世俗世界里的法益,纯粹宗教世界或者神法世界里不应有刑法法益的存在。从这种意义上讲,罗克辛关于法益内容不能精神化的主张是合理的,即“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”。^⑦

不过,刑法法益以公民个人法益为核心但并不局限于纯粹的、绝对的公民个人法益,凡与公民个人法益相关、为公民个人自由发展及其社会共同生活所必须之条件的社会法益、国家法益,应当并且实际上也是世界各国刑法选择承认并保护的法益。例如,知识产权虽然源自私权,但是其之所以具有财产权的属性,不是因为知识财产本身具有财产的属性,相反,知识财产的载体不过是符号而已。这些符号本身并不具有财产的属性,其财产属性的取得和财产价值的具备,是因为这些符号进入市场流通,在市场贸易秩序中因其与他人交易而占有市场份额,从而取得财产的属性,具有财产的价值。质言之,知识符号只有在贸易竞争秩序中,才能具有财产的属性 和价值,离开贸易环境,脱离竞争秩序,知识产权的载体或者说符号,虽然仍为权利人所有,但是只是符号而已,并没有财产的价值和属性。所以,知识产权犯罪侵犯的法益是复杂法益,既有知识产权私权,又有知识产权管理秩序,并且在我国和德国均是以知识产权管理秩序作为刑法保护的主要法益或者说主要客体,而这也正是《与贸易有关的知识产权协定》昭示的立场。

不过,在法益的含义和属性上,我们必须十分小心谨慎,以免将实质上的公民个人法益按形式划归到纯粹道德的范畴,进而有损刑法的法益保护使命。在美国、德国等国家普遍承认同性合法化的今天,德国联邦宪法法院对生活在不同家庭的成人

兄妹间的乱伦行为所作的有罪判决,多次受到学界的强烈质疑和猛烈批判。^②从表面看,乱伦与同性恋一样,似乎都只涉及性道德的问题,加之常常发生在私密空间,似应交由公民内在的道德法庭裁判,而不应由刑法妄加干涉,以维护道德尤其是性道德的纯洁。但问题在于,同性恋不会发生自然生育的问题,而乱伦事实上常常伴随着自然生育。^③生物上的近亲繁殖对后代健康的不利影响,已经为人类历史反复证明,并为生物医学进一步科学释明,而家庭身份关系(其实也是社会身份关系)的混乱,势必成为因乱伦而生育的后代终其一生都不能承受之重。如果说近亲繁殖与因乱伦而生育的后代的生物性紧密相关的话,那么婚姻家庭关系的混乱则必然与因乱伦而生育的后代的社会性密不可分。更何况,“几乎没有人会否认,父母把一个人带到世上,就应当让他受到教育,使他在一生中对人对己都能扮演好他的角色,这是父母的(或者按现在的法律和习惯说,父亲的)最神圣的义务之一”。^④而把孩子生出来却没有进行恰当的规划,既不能确保他作为生物人的身体健康,又不能给予他作为社会人的基本尊严、正常的家庭人身关系和财产继承关系,以及健康的而非歧视的社会教育成长环境,对那个不幸的因乱伦而生育的后代以及与之相关的人类生存繁衍和人类社会存续发展而言,难道不是一种灾难和侵犯?难道不会损及乱伦者以外的其他家庭成员,尤其是那个不幸的因乱伦而生育的后代的个人法益以及这些个人法益的集合,从而具有法体系上的法益侵害性?^⑤因此,绝不能把乱伦问题简单地等同于同性恋问题,更不能把乱伦问题从形式上理解为维护性道德的纯洁性和倡导社会风化的健康性的纯粹道德问题。

(三)刑事立法规制的分配正义规则

虽然非前置法上的第一保护性法益绝无成为刑法上的第二保护性法益即刑法法益的可能性,但是并非所有前置法上的第一保护性法益均能理所当然地成为刑法法益。同样,所有第一保护性规范即前置法“法律责任”条文规定的前置法不法行为,也并

非理所当然地都能成为刑法中的犯罪行为。只有单凭前置法第一保护性规范即“法律责任”条文制裁之力不能有效保护的重要的法体系第一保护性法益,才有动用刑法第二保护性规范予以补充增援的必要性和可能性。因此,不在前置法的第一保护性规范规制之列、不生前置法上的法律责任的一般不法行为,不能由刑事立法规定为刑法上的犯罪行为类型;未给前置法上的“法律责任”条文以第一保护性规范保护调整的单纯调整性法益,同样不能成为刑法承认并保护的對象即刑法法益。即便是前置法上的法体系第一保护性法益,如果前置法为其配置的法律制裁强度和制裁手段较轻,并未达到或者接近达到前置法之制裁力量上限,同样没有动用刑法进行第二次保护性调整并予刑事制裁的必要性。

以危险驾驶行为的犯罪化为例。按照2011年出台的《中华人民共和国道路交通安全法》的规定,危险驾驶行为包括无证驾驶、驾驶安全设施不全或者机件不符合技术标准等具有安全隐患的机动车等多种行为,但1997年《刑法》第133条之一规定的危险驾驶行为,却只包括在道路上驾驶机动车追逐竞驶、醉酒驾驶机动车、驾驶校车或客车严重超载或超速行驶、驾驶机动车违规运输危险化学品等行为。又如,2018年修正的《中华人民共和国食品安全法》第9章规定的“法律责任”的条文共有28条,但刑法中与食品安全犯罪相关的条文只有3条,即1997年《刑法》第143条规定的生产、销售不符合安全标准的食品罪,第144条规定的生产、销售有毒、有害食品罪,第408条之一规定的食品监管渎职罪。之所以如此,是因为包括民商法和行政法等法在内的前置法的调整性规范系公众的行为准则,其第一保护性规范中的法律责任设置是以行为样态为标准的,不同样态的行为配置不同的法律责任;而刑法因其使命在于保护法益,故刑事责任的设置以行为侵害的法益实质而非行为的样态为标准,这样致使不同的行为样态只要侵犯的是同一性质的刑法法益,那么在刑法上就均定型为同一犯罪构成或者同一罪状。

上述3个规则的并行不悖和统一实现,不仅确保了刑法以合乎宪法比例原则要求的手段和强度,给予承载宪法基本价值的刑法法益以有力的最终保障,从而实现刑法的法益保护使命,而且决定了刑事立法的规范生成机理和刑事司法的规范适用机制,实乃刑法基于宪法价值秩序下的自身规范定位和规范机能,对前置法之法益确立、保护,经由以下两个环节进行的再次选择和建构:(1)刑法法益类型和具有相应法益侵害实质的犯罪行为类型的选择建构,由此形成刑法上的罪状和刑事立法的犯罪圈,并划定刑事立法的正当规范边界。法体系第一保护性法益和前置法上的不法行为类型,经此则分为两类:一类是止步于前置法之第一保护性规范保护的、纯粹的第一保护性法益和纯粹的前置法不法行为类型,另一类则是前置法之第一保护性规范和刑事法第二保护性规范共同保护的法体系第二保护性法益或者说刑法法益,以及兼具前置法和刑事法双重违法性的刑事犯罪行为类型。(2)刑事追诉标准的选取。对于侵犯已被刑法选取调整确立为刑法法益的法体系第二保护性法益,并在构成要件上契合刑法对于犯罪行为类型的第一次选取即罪状的行为,并不意味着刑事司法就有实际动用刑罚权的必要性。能否实际动用刑罚权,还必须经过刑法的第二次选取,即刑事追诉标准的确立。我国刑法的第二次选取,具体交由1997年《刑法》总则第13条“但书”、第37条免于刑事处罚或适用非刑罚处理方法,以及1997年《刑法》分则关于“情节严重”“情节恶劣”的规定共同规制,以指导司法解释和刑事判例对犯罪追诉门槛之立法要求在司法实践中的具体落实。

笔者经过多年的研究和实践检验认为,犯罪立法规制和司法认定机制的规范机理,在于前置法定性与刑事法定量的统一。^⑩如果说前置法定性为刑法的第一次定量选择的话,即刑法法益的刑事立法确立和犯罪行为的刑事立法定型划定了不可逾越的规范边界,从而成为刑罚权之立法发动应当遵循的原则,那么刑法的第二次定量选取,即刑事追诉标准

的立法抽象要求和司法具体设定,则为刑罚权之司法适用确立了具体的规范标准和操作尺度。从这种意义上讲,以保护法益为使命的刑法,是在保护法益的质上次生于前置法、在保护法益的量上独立于前置法的保障性部门法。

三、刑事司法规制:前置法定性与刑事法定量相统一

虽然法律的生命在于解释,但是正如意大利学者艾柯所言:“不能随心所欲地使用敞开的文本,而只能随文本所欲;敞开的文本无论有多么‘敞开’,也不可能任意读解”,^⑪否则就是“过度诠释”。^⑫那么,如何摆脱法律形式主义的窠臼,让刑法从“死”的规范正义文本变成“活”的司法正义现实,同时既防止刑事司法适用对刑事立法文本的过度诠释进而僭越刑事立法,又避免过度的学理论争而陷入刑法适用的无所适从?作为刑法法益形成机制的产物和确定刑法规制正当边界的规则,前置法定性与刑事法定量的统一在刑事司法实践中又应当如何具体适用,才能成为一个既合法律及法理,又能简便有效运用的司法认定规则或者法律适用指引,以从根本上解决在当下已经出现并且在未来可能遇见的刑事司法解释中的疑难问题?

笔者认为,一方面,刑事犯罪的违法实质在于其对刑法保障的前置法确立并保护的法益之侵害,因而不具有前置法不法性的行为,绝无构成刑事犯罪的可能性,此即“前置法定性”之意;另一方面,具有前置法不法性的行为并不理所当然地就具有刑事违法性进而成为刑法上的犯罪。只有当其不仅具有法益侵害实质,而且符合刑法为保护法益而禁止的犯罪行为之定型即犯罪构成,并达到刑事犯罪的追诉标准,才能论之以刑法上的犯罪,此即“刑事法定量”之意。

因而刑法的适用和解释,首先要尊重刑法,随刑法文本所欲;其次要超越刑法。不过,这种超越不是随解释者所欲的漫无边际,而是有其明确的规范边界的。这个边界就是前置法的规定,即随前置法规

范文本所欲。具体而言,就是前置法定性与刑事法定量相统一的犯罪规范机理在司法实践中的具体适用,必须坚守法秩序统一的宪法基本价值要求并处理好部门法之间的结构性、功能性、比例性规范关系,遵循以下进路渐次展开:(1)按照刑法的基本原理,立足于刑法条文用语的文义进行行为定性的形式解释,从而实现刑事司法适用解释的形式正义。毕竟,刑法文本意义的首要依据在于刑法文本自身。(2)延伸至该刑法条文致力于保障的前置民商法或前置行政法确立的调整性法益和第一保护性法益的本质、前置法之法体系第一保护性规范即“法律责任”规制的不法行为类型、配置的法律制裁方式及其制裁强度综合考量,对行为侵害的法益实质进行法体系的实质解释,以消除因对刑法文本意义的孤立解释而将不具有侵害法益实质的行为认定为刑法上的违法行为,从而实现刑事司法适用解释的实质正义。(3)按照行为侵害法益的程度和刑事制裁的必要性,依据1997年《刑法》第13条“但书”和刑法分则具体条文的罪量要求,进行行为定量解释,确定行为入罪的追诉标准,从而实现刑事司法适用解释的分配正义。^③

以虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的理解适用为例。1997年《刑法》第205条规定,虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的,构成虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪。这里的问题在于,如果行为人主观上并没有骗取出口退税、抵扣税款的目的,只是为了申请贷款、发行上市而虚增业绩,甚至仅仅是为了在对外谈判中显示公司的经济实力,而故意虚开增值税专用发票、用于出口退税、抵扣税款的其他发票的,是否也应以该罪定罪量刑?对此,刑法学界聚讼纷纭,^④司法判决亦莫衷一是,^⑤以致有学者建议,取消“虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪”和“虚开发票罪”。^⑥可见,对于1997年《刑法》第205条规定的适用,不仅解释结论因解释者而异,而且令人沮丧

的是,不同解释结论的理论前提和论证逻辑居然是相同的,亦即基于相同的理论前提和分析思路得出的结论迥然有异,并且谁也说服不了谁。

这显然不是现代刑事法治追求的目标。实际上,按照前置法定性与刑事法定量相统一的刑法规范原理和适用解释规则进行处理,上述纷争可迎刃而解。1997年《刑法》第205条的规定致力于保障的前置法乃是规制税款抵扣、出口退税的税法,而不是规制发票印制、开具行为的发票管理法律、法规。因为2019年《中华人民共和国发票管理办法》(以下简称《发票管理办法》)第37条对于虚开发票的行为进行了规制:“虚开发票的,由税务机关没收违法所得;虚开金额在1万元以下的,可以并处5万元以下的罚款;虚开金额超过1万元的,并处5万元以上50万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”至于虚开的发票是具有税款抵退功能的增值税专用发票等特殊发票,还是不具有这些功能的普通发票,2019年《发票管理办法》不仅同等处罚,而且对虚开发票行为配置的行政处罚,远远轻于动辄处以骗取税款1倍以上5倍以下罚款的骗取税款抵退行为的行政处罚。^⑦由此不难看出,1997年《刑法》第205条规定的虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票行为的不法实质和侵害法益的实质,乃在于侵害了国家税款抵退制度和用于抵退税款的国家财产所有权,而非禁止虚开发票的发票管理秩序。行为人主观上没有骗取国家抵退税款的目的,而是出于其他目的故意虚开增值税专用发票、用于出口退税、抵扣税款的其他发票,客观上也没有将虚开的增值税专用发票、用于出口退税、抵扣税款的其他发票实际用于办理税款抵退的,实际上并未侵害国家税款抵退制度和国家财产所有权,既不具有规制税款抵退的前置税法不法性,又不存在被税务部门依据规制税款抵退的前置税法进行行政责任追究的可能性,更不可能产生以此不法性作为必备前提的虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的刑事违法性,当然不应以虚开增值税专

用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪论处。

1997年《刑法》第205条规定的虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪实系目的犯。行为人故意虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票,必须在主观上具有骗取国家税款的目的,才具备该罪的罪质。如果行为人故意虚开增值税专用发票、用于出口退税、抵扣税款的其他发票不是为了骗税,而是为了逃避履行纳税义务,因其违反的前置法是2015年《税收征收管理法》第63条的规定,故应根据1997年《刑法》第201条规定的逃税罪定性;如果行为人故意虚开增值税专用发票、用于出口退税、抵扣税款的其他发票,意在假报出口骗取国家出口退税,因其违反的前置法是2005年《出口货物退(免)税管理办法(试行)》,那么应根据1997年《刑法》第204条规定的骗取出口退税罪论处。

在此,还有一个与之相关的重要问题:如果行为人故意虚开增值税专用发票、用于出口退税、抵扣税款的其他发票,既不是为了骗税,也不是为了逃税,而是出于虚增业绩等与税收征管无关的其他目的,或者行为人的目的究竟为何因缺乏证据无法排除合理怀疑而存疑的,又应怎样认定处理?在1997年《刑法》第205条之一已经明确将第205条规定的增值税专用发票以及其他具有出口退税、抵扣税款功能的发票,一概排除在虚开发票罪的犯罪对象以外的情况下,虚开普通发票尚且可以构成虚开发票罪,而不以骗税或者逃税为目的的虚开增值税专用发票、用于出口退税、抵扣税款的其他发票的行为,既不能以虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪或者逃税罪定性,又不能以虚开发票罪论处,而只能在刑法上做无罪处理,是否罪责刑显失均衡,从而产生不应有的刑法处罚漏洞?较之前一问题,这一问题在解释论层面引发的学术争议和司法困惑更多。

其实,这是因孤立地适用刑法解释而陷入的困境。如前所述,2019年《发票管理办法》除对增值税

专用发票的印制有特别规定以外,对于虚开的发票,无论是第22条关于发票内涵的界定还是第37条关于行政处罚的规定,并不区分发票的种类,而是一律同等认定、同等处罚。之所以如此,是因为即便是增值税专用发票、用于出口退税、抵扣税款的其他发票,能否实际实现抵扣税款、出口退税目标,不仅需要满足诸多条件,而且需要视具体情况做具体认定。仅在客观上,就既要受开票人、受票人的纳税身份是否系一般纳税人限制,又要受实际经营业务是否属于法定的可以抵扣税款、出口退税的业务限制,还要受抵退申报时间等限制,致使在增值税专用发票中,有的虽然从形式上看是增值税专用发票,但是实际上完全不具备税款抵退功能;有的虽然具有税款抵退功能,但是如果逾期未予申办税款抵扣,按照国家税务总局《关于废止逾期增值税扣税凭证一律不得抵扣规定的公告》的规定,同样按普通发票对待,而不能进行税款抵退。因此,形式上的增值税专用发票、用于出口退税、抵扣税款的其他发票,实际上应按其实际用途,分别以普通发票与特殊发票对待。正如兼具收藏功能和货币功能的奥运纪念金币,如果行为人因急用,将面额仅100元,但在收藏品市场上已被炒到1000元的纪念币,用于支付医疗费,医院只能按普通货币100元而不是收藏品1000元计价。同理,既然实际用于税款抵退的特殊发票的虚开,乃系税法规制的不法行为,那么2019年《发票管理办法》规制的虚开发票行为,无论发票形式如何,只要实际用途是作为普通发票,就应不加区别地同等对待。因此,1997年《刑法》第205条之一规定的“本法第205条规定以外的其他发票”,其实包括两类普通发票:一类是形式上就是普通发票的发票,另一类则是形式上是增值税专用发票或者其他可以用于抵退税款的特殊发票,但或者囿于客观条件不能,或者囿于行为人主观无意,实际上按照普通发票使用的增值税专用发票、可以用于抵扣税款、出口退税的其他发票。因此,不以骗税、逃税等为目的,或者目的存疑的故意虚开增值税专用发票、用于出口退税、

抵扣税款的其他发票的行为,由其侵害的法益实质系发票管理秩序所决定,按照1997年《刑法》第205条之一规定的虚开发票行为定性处罚是恰当的。

四、结语

正是由于对人类社会存续发展的基本价值和核心利益的尊重和守护,宪法的价值秩序和部门法的层级结构才得以形成,进而决定刑法与其前置法之间的部门法规范关系,实乃宪法基本价值秩序在部门法中的具体展开和层级实现:一是将承载宪法基本价值的社会生活利益经前置法确立为法益,并由前置法和刑法共同保护,贯穿其中的主线是法益保护原则;二是依照比例原则的要求,形成保护法益的前置法和刑法的层级责任体系,以及侵害法益的制裁比例配置。因此,前置法定性与刑事法定量的统一以及刑事立法定性和刑事司法定量的统一,既是包括民事犯与行政犯在内的所有刑事犯罪的形成机制和刑法适用解释应遵循的规则,又是对刑法与其前置法在规制犯罪上的定性从属性与定量独立性关系的揭示与反映。

这样的刑法教义和规范关系,不仅推动利益经由前置法和刑事法的层级调整成为刑法上的法益,从而为刑事立法的正当性、刑事司法的正当性及其适用边界奠定道德的根基,划定规范的边界,而且使得现代刑事法治文明得以建立。正是从这种意义上讲,刑法不仅必须始终秉持法益保护原则,满足比例原则的要求,以动态实现刑事立法扩张和刑事司法限缩的统一,而且应当理性地调整其与部门法的层级保护结构和制裁比例分配,通过法秩序统一下的保护刑法法益的各部门法合力,科学地应对犯罪尤其是行政犯的挑战。唯此,刑法才能从传统走向现代,进而构建共建共治的现代刑事治理体系。

注释:

①[美]孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,法律出版社2004年版,第229页。

②参见[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第39页。

③参见[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年第3版,第161页。

④[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2007年版,第152页。

⑤笔者在本文中所说的“道德善”,是指道德正当性。正如英国学者威尔逊所言:“对于那些想要了解现今和潜在的刑法范畴的人来说,更有兴趣探讨的对象,与其说是揭示犯罪的独有特征,还不如说是阐明支配刑法禁止规范创立的规则。是否存在任何原则来决定什么行为应该被规定为犯罪,什么行为不应该被规定为犯罪?如果存在的话,就可能建构某种判断标准来衡量刑法禁止类型的道德正当性、各罪的构成要素,也许还有由于实体法规则的规定模糊或矛盾而需要的解释方法。”[英]威廉姆·威尔逊:《刑法理论的核心问题》,谢望原、罗灿、王波译,中国人民大学出版社2015年版,第19~20页。

⑥[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年第3版,第176~177页。

⑦[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。如果未做特别说明,本文所说的法益,均在此意义即体系批判的法益概念下展开。

⑧罗克辛提出,纯粹在意识形态上所启动的或者违反基本权利和人权的刑法规范所保护的并不是法益;单纯的法律目的的限定不能作为任何法益的根据;单纯的违反道德不能满足刑法规定的合法化;违反人类自身的尊严不是法益损害;感情的保护只是在感情受到威胁的情况下才能看作是法益保护;有意的自我损害及这种损害的促成和支持不能使刑罚威胁合法化;象征性刑法规定不是服务于法益保护;禁忌也不是法益;不可把握的抽象保护客体也不能认作法益。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2007年版,第152~156页。

⑨[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。

⑩参见徐凯:《抽象危险犯正当性问题研究——以德国法为视角》,中国政法大学出版社2014年版,第126页。

⑪转引自[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年第3版,第207页。

⑫[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版

社2018年第3版,第172页。

⑬Hassemer, in: NK, Vorbem 1 Rdn. 261. 转引自徐凯:《抽象危险犯正当性问题研究——以德国法为视角》,中国政法大学出版社2014年版,第119页。

⑭参见[日]关哲夫:《法益概念与多元的保护法益论》,王充译,《吉林大学社会科学学报》2006年第3期。

⑮《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年版,第183页。

⑯[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年第3版,第170页。

⑰[美]约翰·艾兹摩尔:《美国宪法的基督教背景——开国先父的信仰和选择》,李婉玲、牛玥、杨光译,中央编译出版社2011年版,第325页。

⑱参见白斌:《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。

⑲参见田宏杰:《恶意透支型信用卡诈骗案实证分析》,《法学杂志》2018年第12期。

⑳参见徐凯:《抽象危险犯正当性问题研究——以德国法为视角》,中国政法大学出版社2014年版,第135页。

㉑[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年第3版,第143页。

㉒[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1962年版,第63页。

㉓[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年第3版,第172页。

㉔参见田宏杰:《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》,《法学家》2013年第3期。

㉕参见刘艳红:《当下中国刑事立法应当如何谦抑?——以恶意欠薪行为入罪为例之批判性分析》,《环球法律评论》2012年第2期。

㉖[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2007年版,第147页。

㉗参见[德]京特·雅各布斯:《保护法益?——论刑法的合法性》,赵书鸿译,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30页。

㉘虽然鲜见,但仍然可以想见的是乱伦行为同样会在同性之间发生。笔者认为,在现代自由主义的视野下,同性乱伦行为实质上与同性恋行为无异,属于关于同性恋讨论所涵摄

的下位问题。而学界和本文所研究的乱伦行为,仍限于社会大众意识和约定话语系统里通常所说的异性乱伦行为。

㉙[英]约翰·斯图亚特·密尔:《论自由》,赵伯英译,陕西出版集团、陕西人民出版社2009年版,第81页。

㉚需要明确的是,具有法益侵害性的行为未必一定会构成犯罪,因为还需要满足有责性和可罚性的要求。

㉛参见田宏杰:《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》,《法学家》2013年第3期;田宏杰:《知识转型与教义坚守:行政刑法几个基本问题研究》,《政法论坛》2018年第6期。

㉜转引自杨慧林:《意义——当代神学的公共性问题》,北京大学出版社2013年版,第139页。

㉝参见[意]安贝托·艾柯等:《诠释与过度诠释》,王宇根译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第50页。

㉞参见田宏杰:《立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开》,《中国法学》2020年第1期。

㉟参见黄晓文:《虚开发票罪司法适用若干问题探析》,《中国检察官》2013年第1期;周铭川:《论虚开增值税专用发票罪的抽象危险犯本质——兼与陈兴良教授和张明楷教授商榷》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2020年第1期。

㊱参见《周正毅一审被判处有期徒刑16年》,《上海证券报》2007年12月1日;《刘汉原罪:虚开增值税专用发票骗取国开行等46亿元贷款》,《第一财经日报》2014年2月2日;山东省泰州市中级人民法院(2015)泰中刑二终字第00150号刑事判决书;最高人民法院(2016)最高法刑核51732773号刑事裁定书;等等。

㊲有论者指出,虚开发票犯罪的这些疑难与分歧,既无法通过刑法解释方法予以解决,也无法在立法技术方面予以完善,因为产生问题的根源在于重复性设置罪名而导致的虚妄冲突,因而取消虚开发票犯罪既不会造成刑法惩治上的空白与漏洞,又可消解适用上的疑难与分歧。参见王佩芬:《论虚开发票犯罪的刑事立法误区——建议取消我国刑法第205条与第205条之一》,《政法与法律》2014年第12期。

㊳2015年《中华人民共和国税收征收管理法》第66条规定:“以假报出口或者其他欺骗手段,骗取国家出口退税款的,由税务机关追缴其骗取的退税款,并处骗取税款1倍以上5倍以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”“对骗取国家出口退税款的,税务机关可以在规定期间内停止为其办理出口退税。”