

“法益理论”在步“犯罪客体”后尘

杨兴培

- “法益”至今还没有自己固定的定义，只能借用原先犯罪客体的内容，以至于在表述时若将两者调换一下，就会发现它们所要叙述的内容完全一致。
- “法益”理论只是用来解释立法根据的一种理论性表达和一种体现刑法价值的标记性符号。犯罪的本质在于刑事违法性，而不是“法益”。

编者按：

中国社会科学院法学研究所研究员、刑法研究室主任刘仁文教授在去年 12 月 27 日所写的文章《再返弗莱堡》中表示，“目前有的中国刑法学者主体意识不够，存在对域外知识的盲目推崇，甚至误读”，并且质疑了如今被我国诸多刑法学者所推崇的“法益理论”和“客观归责理论”在我国的适应性问题。

“法益”从字面上理解是法律所保护的利益。许多大陆法学者认为这是现代刑法的核心。在德、日等国，刑法以保护法益为其主要任务，已成为主流的见解。这种观点在我国也渐渐成为主流。故此，刘教授此说在刑法学界引发了一场不小的震动。若能引发百家争鸣的局面，将更有益于我国刑法学理论发展。本版自今日起将连续刊发多位知名刑法学者的文章，展现他们对于刑法原则本土适应性问题的观点。

现今中国，刑法学界传统的来自于前苏联的“犯罪客体”理论由于违反最基本的哲学原理，违反刑事立法与刑事司法是两个虽然有关联、但又有严格界分领域的常理，还违反了事物没有固定内涵就不是什么真正事物的常识，不过是一个“巨大”但却空洞的价值符号，因而埋下了必遭否定而被抛弃的结局。今天，除了极少数人依然坚持“苏式四要件犯罪构成”模型的教科书隔空犹唱旧时曲，叙述着犯罪客体的陈旧概念和僵化理论，很多的教科书在原有的客体位置上已经换上了“法益”一词，至于年青的一代在撰写论文和已发表的科研成果中，“法益”一词更是通行天下。

“法益”一词实为无本之木

中国社会自进入近现代以后，与诸多领域一样，由于缺乏自己的理论体系也必然缺失理论自信，丧失自己传统话语的中国刑法学少有创新之举，很多的刑法名词和理论现象都要到国外的“庄稼田”里去移植或者到国外的“生物圈”内去借种，这种严重缺乏中国刑法学主体意识的现象，言必称德日、下笔有英美的刑法学理论叙事，是中国当代刑法学史上的一个硬伤，“法益”一词同样也是这种刑法文化繁殖过程中的一种异化现象。

我们不妨做一个理论试验，在原来置放犯罪客体的位置上换上一个“法益”，或者在今天众多“法益”的位置上重新调包偷换上一个犯罪客体，看看整个文章所要表达的文意是否发生了根本性的变化？没有，一点儿没有。由此我们可以看出，昨天所说的犯罪的本质在于侵犯了一定的犯罪客体，今天转换成犯罪的本质是侵犯了一定的“法益”，其说词的文字符号变了，内容却依然如此。循着中国古代最基本的“循名责实”的哲学思维，我们看看这些概念想要说些什么。根据原先众多的刑法教科书所言，犯罪客体就是指被犯罪行为侵犯

的、而为刑法所保护的社会关系。尽管这一概念饱受争议，但它还是有自己固定的定义。然而当我们检查“法益”时，却失望地发现它至今还没有自己固定的定义，所以它除了拥有自己崭新的外表，只能借用原先犯罪客体的内容，以至于我们将两者调换一下，发现它们所要叙述的内容神奇地完全一致。为了近距离地服务于政治需要以致违背最基本的哲学原理而创造的客体一词，固然经不起理论的证伪和质疑。但“法益”一词又何能经受得起理论的证伪和质疑？“法益”概念和理论的兴起，正好反映了中国刑法学创新能力的枯竭和某些似是而非、换汤不换药的刑法学观念的僵化与保守。还没有解释“法益”一词应有的定义和内容，就说“法益”一词多么的重要不啻是无本之木、无源之水而已。没有说清楚什么是“法益”，就轻而易举地得出犯罪的本质就是侵犯“法益”，依然和犯罪的本质在于侵犯客体一样如出一辙，说了一句绝对的废话。

2018 年元旦期间，法制日报发表了北京刑法学者刘仁文的文章《再返弗莱堡》，指出了“法益”理论在她的母国——德国，没有像中国一样如此重视以致“疯狂”，甚至还像在中国一样获得多少认同，从而使他成了说出那个“皇帝没穿新衣”的孩子。这是笔者在 2015 年 9 月《法学》杂志上发表了那篇花了近一年时间写成的《中国刑法领域“法益理论”的反思与批评》后又一个被人关注的响亮声音。

从刑法学学术史的角度而言，当我们认真研究“法益”时就会发现，这一词意虽由德国人创造，但作为汉语一词的“法益”最早却是由日本学者从德语的 Rechtsgüter 一词中通过翻译成“准汉语”转化过来的，这样可以认定“法益”一词的形式与内容都是一种“舶来品”。根据循名责实的一般性思维，从语言学的角度，给这种概念名词下一个应有的定义是人们进行思维交流和学术讨论的基础。然而即使在德国刑法学上，何为“法益”依然是一个语焉不详的概念现象。中国刑法领域的“法益”理论是在传统的犯罪客体日益遭受到质疑以致日益式微的背景下被一些刑法学者发现的，是在传统的犯罪客体理论无法解释刑法规范的情形下一些学者为了寻求新的理论依据而开始登堂入室的。“法益”不过就如犯罪客体理论一样用来反映刑法的价值所在——保护一定的社会利益、社会制度和社会秩序。所以直接把刑法保护内容的价值本质体现还原为社会利益、社会制度和社会秩序，最起码在理论的叙事上既不要多走很多弯路，更不会南辕北辙。

犯罪的本质无关“法益”

其实“法益”一词根本没有刑法理论意义上的理论传承，以致于在中国上个世纪八九十年代以前，中国的刑法学者与刑法理论还不知“法益”为何物，但也不妨碍和影响到当时对所有犯罪的认定和处罚。但如果将“法益”一词拓展开来直接翻译为法律上的利益或法律保护的利益，在汉

字意思表述上将使人容易明白得多。望文生义毕竟是中国文字的特点、循名责实也是中国人的习惯思维。难道我们就不能对外国引进的名词概念稍作中国本土化的改造，直接命名为社会利益吗？当然社会利益、社会制度和社会秩序是一种价值的象征、精神的产物，尽管它们必须有一定的物质载体才能被人认可和认识，但它们自身并不是物质的。因此他们不可能成为具有物质性质的犯罪行为的指向对象，不可能成为刑法的内容。所以说刑法的本质在于保护一定的社会利益，也仅仅体现了刑法的价值所在，在司法实践中对行为是否具有刑事违法性的评价中，对社会利益、社会制度和社会秩序，多说几句不能增加什么，少说几句也不会影响到刑法的规范评价。进而言之，“法益”理论只是用来解释立法根据的一种理论性表达和一种体现刑法价值的标记性符号，它并没有提供新的知识信息和理论价值。一种行为能不能构成犯罪并不在于有没有所谓的“法益”，而在于行为是否符合在罪刑法定主义牵引下的某一具体的犯罪构成。

刑法的本质所在并非就是犯罪的本质所在。刑法的价值本质在于保护社会利益，保护一定的社会利益、社会制度和社会秩序不受社会危害性行为的侵害，这是引导刑事立法者设定犯罪的原动力，刑事违法性就此产生。而犯罪的本质在于刑事违法性，刑事违法性表明了 in 司法实践中对犯罪的规范评价根源于行为对刑法规定形式和规定内容的违反上，或者说符合了刑法的禁止性规定。所以犯罪行为与其他危害社会的有害行为在侵害社会利益、社会制度和社会秩序方面，其本质是一致的。但犯罪之所以成为犯罪，因为它触犯了刑法的禁止性规定，具有了刑事违法性。

《刑法修正案（八）》出台之前，醉酒驾车就有了对社会公共安全的危害性，但并不会构成犯罪，无刑事违法性使然。《刑法修正案（八）》增设了醉酒驾车的危险驾驶罪之后，并非是醉酒驾车的行为性质变了，也非侵害的什么社会利益、社会制度、社会秩序的性质变了，而是具有了刑事违法性使然。贪污受贿犯罪的人罪数额原先是五千元人民币，《刑法修正案（九）》修改了贪污犯罪的人罪条款，司法解释将贪污受贿的人罪数额标准提高到三万元。并非贪污犯罪的行为性质变了，侵害的社会利益、社会制度、社会秩序的性质变了，或者说犯罪客体、侵害的”法益”变了，而是刑事违法性的标准发生了变化。为什么如此简单明了的犯罪本质问题，至今仍然有太多的人在这里打转。当然要问到刑法凭什么将某种行为纳入到刑法领域来，当然是社会危害性。但是刑法的本质和犯罪的本质是有层次之分的，他们并不是一回事。正像孩子是爸爸妈妈生的，爸爸是爷爷奶奶生的，但不能说孩子就是爷爷奶奶生的一样。所以，当前人对犯罪的认识 and 解释并没违反某一事物其固有的、不变的、普适的本质时，后人就不应当换汤不换药频繁地创造各种新名词，徒增理论泡沫和理论负担。

（作者系华东政法大学教授、博士生导师）



《东方法学》精华推荐

创刊十周年纪念特刊

(2018 年第 1 期 总第 61 期)

主办单位：上海市法学会
上海人民出版社

【新时代法治】

论规制公权力与强化法治监督体系建设

作者：沈国明（上海交通大学凯原法学院讲席教授，博士生导师）

摘要：形成严密的法治监督体系，是基于执政的深刻经验教训所提出的法治体系建设任务。如何通过有效监督来规制公权力，使其既能够在法律框架内得以有效行使，而又不被滥用，则是当前和今后我国国家治理现代化的核心命题。在规范和控制行政权力方面，有利的条件和环境正在形成。尽管如此，我们还需要清醒地看到，公权力和私权利的冲突和平衡问题依然是依法治国和国家治理现代化的重大理论和实践问题。因此，在这种背景下，亟须提高各级领导干部增强运用法治思维和法治方式的能力，以便为深化改革、推动发展、解决矛盾和维护稳定提供坚强的组织保障；强化法治监督体系的有效实现方式，需要改进现有公权力的考核机制，发挥好各种纠偏机制的功能，充分发挥法治监督体系的整体效应。

【理论前沿】

当代中国犯罪化的基本方向与步骤

——以《刑法修正案（九）》为主要视角

作者：赵秉志（北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师）

摘要：刑法立法应当与社会发展的总体水平和违法犯罪的状况相适应。《刑法修正案（九）》基于社会治理的现实需要，采取增设新的犯罪、扩充犯罪构成要件和取消对多个犯罪的免除处罚规定等方式，积极地进行了犯罪化立法。综合我国社会发展的总体目标、社会文明的发展程度和刑法立法水平的提升程度，未来我国刑法立法应当继续坚持适度犯罪化的方向。在我国建成富强、民主、文明、和谐、美丽的社会主义现代化国家之前，我国刑法立法总体上需要坚持以犯罪化为主的立法策略。之后，我国刑法立法的犯罪化之路将可能发生转向，走向以立法稳定和立法逐步非犯罪化为主的发展方向。

【学术专论】

诚信价值观融入信用立法研究

作者：吴弘（华东政法大学经济法学院教授、博士生导师）

摘要：P2P 诚信不仅是道德问题，也是法律问题，诚信价值观理应成为法律价值内涵。诚信与法治是相辅相成的关系，诚信是基础，法治是保障。建设良好的市场信用体系，关键是建立完整规范的信用制度，将信用行为纳入制度管理体系。我国目前尚无一部完整的规范信用活动的法律，信用规范零散分布在诚实信用原则、债权制度、产权制度、信用信息的收集和利用制度等相应立法中。对此，应加以专门立法，以诚信价值观指导信用立法的制度设计；确定信用信息采集、加工、查询、利用的最大诚信规则；构建信用激励与信用约束的诚信奖惩规则；此外，关于信用文化与信用环境建设，关于信用的修复等，也都要按诚信价值观的要求制定法律规则。

【智慧法治】

人工智能时代的司法权之变

作者：季卫东（上海交通大学凯原法学院教授，博士生导师）

内容摘要：人工智能反过来超越人类智能扮演上帝角色的奇点正在逼近，在这种背景下，中国司法系统获得了某种后发优势，借助信息技术、互联网、大数据、云计算以及人工智能提高办案效率和透明度，使审理流程发生了广泛而深刻的质变和突变。这对现代法治的制度安排提出了严峻的挑战。在现阶段对法律专家系统软件的设计和运用应该持一种慎之又慎的态度，尤其是在电脑量刑方面更不可急于求成，也没有必要完全排除法官的心证和裁量。司法权的终局性注定了要通过辩论的优胜劣汰机制选择出一个正确的最终解决方案。在这样的现代法治体制面前，大数据、云计算、信息技术、人工智能都只是实现合法正义的辅助手段，切不可本末倒置，这是我们始终应该铭记的一条基本原则。