

刑事法益理論的中國實踐理性批判

楊興培*

摘 要 從刑法規定中考察“法益理論”的歷史脈絡，可以發現“法益”一詞沒有什麼理論新意，它的理論功能不過是在步犯罪客體的後塵，換了一件“馬甲”而已。在刑事立法上法益理論沒有提出新的主觀性知識和保護性內容，引進一個法益名詞和法益概念，對於刑事立法而言並沒有顯得有多少必要。在法益名詞創造之前，刑事立法一直遵循著保護社會利益、保衛社會制度、保障社會秩序的價值原則進行；法益名詞創造之後，刑事立法也不過是這樣進行著，一點沒有發生什麼軌跡的變化。在刑事司法中，法益理論並沒有提供新的客觀性內容和規範性標準。在法治社會裏，堅持“持節守文”原則的價值應該要高於“止於至善”的隨時之宜。不然司法原則、法治底線一旦被輕視顛倒，如此欲想再度重建，必定會支付加倍的社會代價。

關鍵詞 法益 法益理論 刑事立法 刑事司法 實踐理性 反思批判

對於刑法學，因愛之深，故責之切。斟酌再三寫下這個標題，仍然不知會不會有拂“眾意”？但這卻是一個刑法學者的一些真實觀察，一些真心所言，一些真性追求。為了讓刑法學研究多一個可供借鑒觀察的角度，將一些已經觀察到的刑法學研究中的現象進行必要的反思與批評，應該說也是刑法學研究中的一個必要內容。畢竟，中國刑法學能有個正常的更好的繁榮發展，對於我們每一個熱心於刑法學研究的學人來說，也是與榮有焉耳。而刑法學一旦出現某些不正常的病理式繁榮，^[1]不但會影響到刑法實踐的品質與效果，而且對於我們每一個熱心於刑法學研究的人來說，同樣也是與羞有焉也。故仍執意為之。

一、從刑法規定中考察“法益理論”的歷史脈絡

我們這一代刑法學人大多是在上個世紀七十年代末八十年代初進入法律院校進行刑法理論的修養和刑法技術的訓練，當其時無論是在大學的課堂上和書本裏，還是在報刊雜誌上，都不知道“法益”為何物。即使是當時對中國刑法理論的啟蒙和研究起著較大影響作用的一些國外刑法學讀物，

* 楊興培，華東政法大學教授。

[1] 金澤剛在《刑法修正與法益多元化理論》中介紹，以法益為關鍵字的論文有10000多篇，公開出版的學位論文有8000多篇。參見金澤剛：《刑法修正與法益多元化理論》，載《東方法學》2023年第6期，第141頁。

例如前蘇聯特拉伊寧 1946 年的《犯罪構成的一般學說》（中國人民大學出版社 1953 年版）、日本西原春夫 1989 年的《刑法的根基與哲學》（上海三聯書店 1991 年版）、日本小野清一郎 1991 年中國版的《犯罪構成要件理論》（中國人民公安大學出版社 1991 年版）等都沒有出現“法益”的片言隻語；改革開放後早期的一些刑法教科書和學術專著，如高銘暄主編的 1982 年高等學校法學教材《刑法學》（法律出版社 1982 年版）、陳興良 1992 年的《刑法哲學》（中國政法大學出版社 1992 年版）、馮亞東 1996 年的《刑法的哲學與倫理學》^[2]（天地出版社 1996 年版）等著作文獻中也都沒有提到過“法益”這一專門名詞。

法國的歷史學家托克維爾曾經說道：“一些民族何以被一種似乎不可知的力量推向他們本身也未曾料到的結局，但是至今對事物一直缺乏這種研究。直到民族衰老的時候，人們才用分析的眼光去研究這個民族；而當民族終於想到回顧它的搖籃時期的時候，時間已把搖籃時期蒙上一層烏雲，而無知和傲慢又用一些離奇傳說把它包圍起來，使人看不到它的真面目。”^[3]其實很多事用不著非要等到民族衰老的時候再去回首認識它，人類也不是“密納法的貓頭鷹，一定要等黃昏才會起飛”。^[4]所以“當我們觀察人類的刑法文明所經歷的歷史發展過程時，能夠事先弄清楚一個刑法現象究竟來自於何方？對我們能夠獲得這一現象的價值所在以便使我們的思維方向不至於一開始就被淹沒在撲朔迷離的煙霧之中是大有益處的，甚至以此為路徑可以探索其最終又要去向哪里的方向。”^[5]這樣今天當我們要將“法益理論”作為分析討論的對象時，我們不得不先考察一下法益的起源以及它如何在中國刑法理論中從無到有，以至於從星星之火到現在已經是燎原一片的詭異現象。

現象是我們觀察事物、認識事物的一個嚮導。歷史是有記憶的，有時也是有記錄的。由於早期的中國刑法理論界不知“法益”為何物，所以關於某些刑法要保護什麼？犯罪到底侵犯了什麼（這些問題本來都不是問題）？我國刑法都已經明明白白加以明確規定予以了回答。《中華人民共和國刑法》（以下簡稱《刑法》）第一條規定：“為了懲罰犯罪，保護人民，根據憲法，結合我國同犯罪作鬥爭的具體經驗及實際情況，制定本法。”《中華人民共和國憲法》這一根本大法對我國確立的社會制度、人民群眾享有的社會利益和我國社會已經建立的並且必須要加以維護的社會秩序都作了明確規定。正因為如此，《刑法》第二條規定：“中華人民共和國刑法的任務，是用刑罰同一切犯罪行為作鬥爭，以保衛國家安全，保衛人民民主專政的政權和社會主義制度，保護國有財產和勞動群眾集體所有的財產，保護公民私人所有的財產，保護公民的人身權利、民主權利和其他權利，維護社會秩序、經濟秩序，保障社會主義建設事業的順利進行。”所以社會利益、社會制度和社會秩序既是刑法制定的根據所在，是它的出發點；也是它的目的所在，是它的歸宿點。然而傳統的社會主義刑法理論不但創造了一個全新的犯罪客體新概念，而且還特別喜歡用“犯罪客體”來進行刑法敘事。但由於“犯罪客體”有違哲學的基本原理，本身又沒有獨立的理論品格，充滿著無法自圓其說的重重矛盾，以至於在刑法中常常出現不斷變幻的現象，我們絲毫看不到這一理論歷史起點的正當性和邏輯起點的合理性，有的是隨著政治時勢的起伏變化而不斷變化和隨著刑事立法的不斷變動而法雲亦雲。即使隨手拈來，曾經的刑法規範關於犯罪現象的規定頗能說明問題之所在。

例如 1979 年《刑法》中貪污罪屬於分則第五章侵犯財產罪，很多人很自然而然地認定貪污罪侵害的犯罪客體和社會關係是社會主義公有財產的所有權；受賄罪屬於分則第八章瀆職罪，很多人就認定受賄罪侵害的犯罪客體和社會關係是國家機關的應有信譽和正常活動。然而，當 1997 年新《刑法》將貪污罪與賄賂罪合併後組成新的一類獨立犯罪類罪後，很多人又開始認為貪污罪與受賄罪侵害的犯罪客體和社會關係主要是國家工作人員的從政廉潔性，至於具體的文字表述多的已經使

[2] 該書後改名為《理性主義與刑法模式》，由中國政法大學出版社於 1999 年出版。

[3] [法]托克維爾：《論美國的民主（上）》，董良果譯，商務印書館 1991 年版，第 31 頁。

[4] 中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局：《馬克思恩格斯全集》第二十三卷，人民出版社 1972 年版，第 202 頁。

[5] 楊興培：《犯罪客體是一個巨大而空洞的價值符號》，載《中國刑事法雜誌》2006 年第 6 期，第 3 頁。

人眼花繚亂了，甚至有七、八種之多。^[6]其實今天的貪污罪、受賄罪的規定依然是昨天貪污罪、受賄罪的延續，其犯罪構成的主要要件並未發生什麼根本性的變化（當然其構成要件的某些要素如主體資格和數額不斷地在調整之中）。刑事立法只是在刑法規定的分類排列上稍有變化，犯罪侵害的犯罪客體和社會關係就立即出現了法變亦變的變形，這只能說明這種犯罪客體和社會關係的所謂理論絲毫不能體現也根本沒有其自己理論的獨立性品格。

又如原先 1979 年《刑法》中的非法持有、私藏槍支、彈藥罪被規定在分則第六章妨害社會管理秩序罪之中，其侵害的犯罪客體和社會關係被認為是社會管理秩序（有的表述為國家對槍支彈藥的管理活動）。而當 1979 年新《刑法》將此罪移植到分則第二章危害公共安全罪之後，很多人現在認為其侵害的犯罪客體和社會關係已經是社會的公共安全，當然其文字的表述都是依樣畫葫蘆似的現成手法（不過在 1997 年新《刑法》中，管制刀具也進入到了危害公共安全的視野）。其實 1997 年新《刑法》規定的非法持有、私藏槍支、彈藥的犯罪就其行為表現形式與其涉及的犯罪對象來說，與 1979 年《刑法》規定的行為形式與犯罪對象並沒有什麼根本的區別，刑事立法者只是在犯罪體例上做了一些技術上的微調，犯罪客體理論馬上作出反應，將其侵害的犯罪客體和社會關係立刻修改調整為社會的公共安全，這種犯罪客體和社會關係的變化修改對具體犯罪的認定會發生什麼影響作用呢？似乎看不出來。

再如原先 1979 年《刑法》將所有虛構事實、隱瞞真相，騙取他人公私財物的行為規定在一個詐騙犯罪之中，1997 年新《刑法》將原先一個綜合性、整體性的詐騙犯罪分解為多個具體的詐騙犯罪（其中金融詐騙犯罪就有八個之多），這樣原來只有一個犯罪客體和社會關係的詐騙犯罪，變成了現在被賦予了不同的犯罪客體和社會關係的不同的詐騙犯罪。但是就詐騙犯罪本身而言，行為人具有的非法佔有的主觀目的和虛構事實、隱瞞真相，非法佔有他人公私財物的客觀行為並沒有發生根本性的變化。說這種行為發生在金融運行領域和其涉及的犯罪對象是金融產品，這只是社會管理的分工領域有所差異，就其財產性質而言，依然是社會公私財產的應有內容，與行為應當構成侵害社會公私財產所有權利益的犯罪不發生衝突。試想，如果有一天刑事立法者再一次將所有詐騙類的犯罪重新整合成一個罪名（這並非沒有可能，在刑法理論和立法技術上沒有任何障礙），這會不會對我們今天的刑法實踐打擊詐騙類的犯罪發生根本性的衝擊？應該不會。

其實通過新刑法的修訂和補充修改規定的不斷進行，對某些犯罪的合併與分解，在分則體例的安排歸屬上的併入或移出還會不斷出現。人們都很清楚，這些犯罪的罪名沒有發生多大的變化，其犯罪構成要件基本上依然如故，司法實踐中對他們的認定也是依法而行、一如既往，但刑事立法一有變化，刑法理論上犯罪客體和社會關係馬上就發生變化，犯罪客體和社會關係就那麼容易隨著刑事立法的變化而變化？聯想到刑事立法在不斷的補充修改過程中，每每涉及到犯罪的增刪，犯罪客體理論就慌了神。當然到目前為止，犯罪只有增加而沒有減少，唯一一個被刪滅的嫖宿幼女罪罪名也僅僅是被合併到強姦罪之中。也正是這一罪名的變動，使得原來的嫖宿幼女罪被認為侵害的客體和社會關係是社會管理秩序和社會公序良俗，^[7]一下子便被認定為侵害的客體和社會關係已經是幼女的性的不可侵犯性；又比如醉酒駕車型的危險駕駛罪、高空拋物罪等一些輕微行為入刑的犯罪、環境食品藥品犯罪構成要件的内容稍有增加或變化，其客體理論就每每做足了文章，並根據所謂的法益侵害性這種理論將某些犯罪定位為危險犯、抽象危險犯、具體危險犯、准危險犯；並且外溢到行為無價值、結果無價值等一些外來理論；但不知道這些理論定位能給刑事司法實踐帶來了什麼？好像沒有。

[6] 有國家機關的應有形象，國家機關的正常活動，國家工作人員的正常活動，國家工作人員從政的廉潔性，國家工作人員從政的不可收買性，國家工作人員從政的自律性，最近的一種說法是：受賄犯罪的保護法益是公職的不可謀私性，參見勞東燕：《受賄犯罪的保護法益：公職的不可謀私性》，載《法學研究》2019年第5期，第118頁。

[7] 參見黎宏：《刑法學》，法律出版社2012年版，第900頁。

不過所有這些理論的歷史和現實都集中反映了一個顯見的問題，即犯罪客體理論實在經不住推敲和質疑，犯罪客體所涉及到的社會利益、社會制度和社會秩序在刑事立法層面本就是設立任何犯罪的一個根據，但它不是學者們空想理論學的一種犯罪客體的反映，而命名不嚴謹的犯罪客體名詞在刑事司法層面也不過是注釋刑法學的一種政治觀念、技術僵化的低級注釋體現。犯罪客體理論恰恰在這裏暴露出了它的隨意性，這就無法消除被人懷疑其理論成分的合理性和理論價值的真實性，以至於受到了刑法理論界的反思與批評而日益式微。^[8]正是在這樣的理論背景下，法益理論被一些刑法學者發現並用來尋求建立新的理論解釋體系而開始“粉墨”登場了。

在今天的刑法領域，法益一詞毋庸諱言已經大行其道了。說到刑法的任務時，本來刑法已有明文規定，但有人說是對法益的保護；^[9]說到犯罪的本質時，本來刑法也有明文規定，就是“一切危害……社會的行為，依照法律應當受刑罰處罰的，都是犯罪”，但有人說是對法益的侵害；^[10]說到何為危險犯，就有人說是以對法益侵害作為處罰根據的犯罪；^[11]說到行為負價值與結果負價值之爭時，就會被人提到結果負價值就在於對法益的侵害^[12]……一時間，法益一詞成了刑法理論與實踐的新寵。然而什麼是法益？在中國刑法領域，儘管學者從國外的理論園地裏引進已有一段時間了，但至今沒有一個較為一致的定義。其實這一個問題在“法益”一詞的誕生地德國本身也充滿著爭議。較為一般的說法是指法律上的利益。但什麼是法律上的利益？按照德國刑法學者李斯特的一般性觀點，認為：“法益就是合法的利益”，“所有的法益，無論是個人的利益，還是集體的利益，都是生活利益，這些利益的存在並非法制的產物，而是社會本身的產物。但是，法律的保護將生活利益上升為法益。”^[13]這說明法益就是法律要保護的社會利益。社會利益，無非就是對社會活動主體有益的權利和好處，其可以無所不包。試問：在一個國家的社會政治生活和社會日常生活中，還有什麼價值抽象不能為社會利益、社會制度和社會秩序所概括的呢？在一個國家裏邊，刑法當然也是法，刑法的立法目的當然就是要保護一定的社會利益，所以從法律實證的角度而言，“法益”這一新名詞並沒有帶來新的事實內容和知識信息。以至於在我國有學者乾脆說道：“所謂法益，是指由法律所確認和保護的利益和價值。”^[14]“作為犯罪客體的法益”，“犯罪客體必定是一種法益。”^[15]於是在轉了很大一個圈之後，在中國的刑法學界，法益就等於原先犯罪客體的觀點和理論成了一種時髦。但是從中國人習慣的語言文字上說，刑法上的法益就是刑法要保護的“法律要保護的利益”實在是拗口驚扭。刑法本身也是法，就是法。而在眾多文章著作中還出現了對法益的循環論證。以盜竊罪為例，諸如以下的說法比比皆是：刑法設立盜竊罪保護的客體是財產所有權；刑法設立盜竊罪就是保護法律上的合法所有權；刑法設立盜竊罪保護的法益就是法律上要保護的合法所有權；刑法保護的法益實質與侵財行為所“侵害”的法益實質的完整統一，構成了侵財罪的保護法益。^[16]關於盜竊罪的法益，還有很多更多的說法。但是在這裏，我們實在看不出，我們為什麼不直接說上一句話：刑事立法設立盜竊罪的目的就是為了保護財產所有權？為什麼非要在中間穿插一個多餘的

[8] 本人也參與了對犯罪客體理論的反思與批評，曾寫下了《犯罪構成原論》（中國檢察出版社2004年版，北京大學出版社2014年修訂版，2017年再版）、《犯罪客體的反思與批評》（法律出版社2009年版）。

[9] 參見張明楷：《刑法學》，法律出版社2016年版上冊，第88頁。

[10] 同上註。

[11] 參見張明楷：《危險犯初探》，載馬俊駒主編：《清華法律評論》1998年第1輯，清華大學出版社1998年版，第118頁。

[12] 同上註，第118頁。

[13] [德]弗蘭茨·馮·李斯特：《德國刑法教科書》，徐久生譯，法律出版社2006年版，第6頁。

[14] 屈學武：《刑法總論》，中國社會科學出版社2015年版，第22頁。

[15] 黎宏：《刑法學》，法律出版社2012年版，第73頁；魏東：《論作為犯罪客體的法益及其理論問題》，載《政治與法律》2003年第4期，第31-35頁。

[16] 參見魏東：《論傳統侵財罪的保護法益——基於實質所有權說的法理闡釋》，載《法學評論》2017年第4期，第88-96頁。

“法益”之詞？的確，由於對法益沒有從基本的法哲學原理和刑事法原理的深度進行論證，只是以為從國外引進的都是“優良品種”，最後必然會回到膚淺的法益等於犯罪客體的窠臼中去。當然這裏也需要順便指出一下，放著刑法的明確規定不說。放著漢語習慣的遣詞造句的組詞規律不說，偏偏喜歡用佶屈聱牙的翻譯過來的國外表達方式來進行刑法理論的敘事言說，不知到底是怎樣的一種心態作祟？其實很多事只要承認常情、常理和常識，也是一種文化自信的表現。

據學者的考察，“Rechtsgüter”（法益）最早是在十九世紀三十年代由德國的比恩鮑姆（Bimbaum）第一個提出來。1834年，比恩鮑姆在其《論有關犯罪概念的權利侵害的必要性》一文中，對德國先前刑法觀念中存在的犯罪本質在於“權利侵害”說進行了批判性的考察，^[17]並以財產性犯罪為例，指出：犯罪侵害的對象是“財”（指財物，筆者注），但犯罪的本質是侵害或者威脅了應當由國家保護的“財”（指財產或財產所有權，筆者注）。^[18]儘管比恩鮑姆在這裏並沒有直接使用“法益”一詞，但他把國家保護的“財”描述為“應當由法規加以保護的財（財產或財產所有權）”。根據日本刑法學者考證，“法的財”與“法益”一詞的含義十分接近，基本相同。^[19]應當說，正是由於德意志民族崇尚的哲學思考，才能將一個對社會大眾而言司空見慣的“財”的現象，通過哲學思維的提煉，一分为二，將物質的存在對象稱之為“財物”，將財物背後的社會利益稱之為“財產權利”，由此犯罪的現象與本質的聯繫與區別得到了昭然揭示。這一理論創造進一步詮釋了在此之前一百多年蘇格蘭哲學家休謨關於價值來源於事實，但價值並不等於事實的“價值與事實二元論”的哲學原理。不過，德國比恩鮑姆所提出的這一理論與隨後1842年馬克思《關於林木盜竊法的辯論》^[20]一文中所提出的“林木與林木背後的所有權並不是一回事”是不謀而合的。而且馬克思還通過對林木盜竊法的思考，發現了刑事立法及一切立法活動的利益原則，維護林木所有者的利益成為法律制定的基本原則，林木所有者的利益成為左右整個國家機器的靈魂所在。在這裏馬克思所使用的“所有權利益”一詞最起碼比後來有人通過穿鑿附會創造的“法益”一詞來的更為鮮明準確。本來馬克思的語錄可以成為社會主義國家刑法制定的專有名詞，所以前蘇聯刑法學者就將反映所有權的社會利益作為犯罪客體裝進了犯罪構成要件之中。^[21]不過到了現在不知為什麼所有權利益、社會利益反而遠遠不如“法益”一詞來的這麼容易入人法眼？這也許就是“視盲區效應”的原理所致？^[22]也或許是學者們總希望能通過不斷地創造新名詞來促使法律獲得新生命，從而讓執法者更能夠獲得心靈的震撼和觸動，但好像又有點顧此失彼了。其實再往久遠的年代去考察和深裏去思考，這種思想觀念和法律意旨在中國古代也曾有過，商周時天子的信條就是：天下者，餘一人也。^[23]普天之下，莫非王土。^[24]土地本來就是客觀存在物，但它被認為荷載著帝王天子家利益的精神抽象。一次西漢年間廷尉張釋之為一刑事案件與漢文帝發生爭辯。當時有人盜竊了漢高祖劉邦廟堂神位前的玉環，案件交由廷尉張釋之治罪。按當時之律盜竊宗廟器物，罪當棄市（死刑）。可是文帝聞奏大怒，下旨說必須“滿門抄斬”。張釋之本是循吏一個，依法回奏：“本案將罪犯處死就足矣。今天，倘若因盜竊宗廟器物而滿門抄斬，那麼有朝一天有人盜取長陵一抔土，陛下又將如何

[17] 參見張明楷：《法益初論》，中國政法大學出版社2003年版，第14頁。

[18] 轉引自魏東：《論傳統侵財罪的保護法益——基於實質所有權說的法理闡釋》，載《法學評論》2017年第4期，第88-96頁。

[19] 同上註。

[20] 參見中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局，《馬克思恩格斯全集》第一卷，人民出版社1972年版，第240頁。

[21] 參見[蘇]A·A·皮昂特科夫斯基：《蘇聯刑法科學史》，曹子丹、張廣賢等譯，法律出版社1984年版，第45頁。

[22] 現代心理學上的一種現象，指一個人一開始心裏想到了什麼，又看到了什麼，隨後就一直惦記著這件事，滿眼就是這種事而排斥其他現象的存在。

[23] 參見劉澤華主編：《中國政治思想史》（先秦卷），浙江人民出版社1996年版，第10頁。

[24] 《詩經·小雅·北山》，北京出版社2006年版，第264頁。

處置判處更重的刑罰呢？”文帝聞奏醒悟，認為張釋之言之有理，只得同意張釋之所判。^[25]這裏的宗廟器物與一抔土不過是物質材料而已，和其他類似的物品在物理上無多大區別，但它們背後代表著帝王利益和王家的制度秩序。由此可見，將一定的物品和它們背後的社會利益有效的分離作為立法的根據，是人類源遠流長的一種法律觀念，殊途同歸。今天即使我們承認“法益”也可以作為一個法律理論的專用名詞，但它也沒有提供什麼新的思想觀念和法律理念，不過是說了一句太陽是從東方升起來的客觀現象。

中國社會自1949年進入新時代以後的半個多世紀，一開始就接觸到並接受了前蘇聯犯罪客體理論，並且有一種盲目的崇拜和全盤模仿，直到本世紀初，才發現在犯罪客體之前還有一個法益理論，有一種相見恨晚的感受。喜新厭舊是人類的天性，果不如此？其實“法益”理論在她的母國——德國，並沒有像中國一樣如此重視以致“瘋狂”，甚至還沒有像在中國一樣獲得多少認同。^[26]所以“法益”不過就如犯罪客體理論一樣用來反映刑法的價值所在——保護一定的社會利益、社會制度和社會秩序。所以直接把刑法保護內容的價值本質體現還原為社會利益、社會制度和社會秩序，最起碼在理論的敘事上更加容易直觀易懂，既不會走很多彎路，更不會南轅北轍。

有時想想有些現象簡直不可思議，一個沒有多少實際內容的法益名詞，起初連個像樣的概念定義還沒有，就會引起中國刑法學界如此追捧，事實上反映了有些刑法理論現象僅僅停留在理論的表面而未能進行深入的探究。三十年前，有位刑法學者曾就觀察到的某些刑法學現象不無感歎地說道：

“刑法學喧鬧了一個世紀，除了近距離地服務於實際生活的需要之外，在自身基本理論的建構方面究竟又有多少長足的進步呢？”^[27]三十年過去了，現在是否已經發生了根本性的變化還有待於觀察。

二、在刑事立法上法益理論沒有提出新的主觀性知識和保護性內容

刑事立法需要一定的理論指導，以此說明某種負價值的違法行為被規定為犯罪的必要性。而一種行為為什麼被認定具有負價值，應該是侵害了具有正價值的社會主流利益、社會制度和社會秩序。如何評價行為的社會危害性？如何確定具有正價值的主流社會利益、社會制度和社會秩序，都是刑法理論的應有任務。然而在這方面，法益理論既無所作為，又沒有提出新觀念、新理論和新內容。傳統的犯罪客體概念定義為，犯罪客體就是為刑法所保護的、而為犯罪所侵害的社會關係。由於客體本身應當是主體的對應物，是客觀的物體、是客觀的載體，而社會關係雖然是反映了客觀存在的對象關係，但主要屬於人類的一種精神聯繫，是人主觀的一種認知和確認的產物。所以，父母子女之間的血緣關係雖然是一種客觀的社會現象，但照樣可以通過發表聲明斷絕雙方之間的社會關係。夫妻之間的社會關係可以因結婚而建立，也可以因離婚而解除。正因為如此，客體理論作為犯罪構成的要件無論在歷史的起點上還是在邏輯的起點上都無法獲得理論的合理性支持，為它日後遭受到必然的擯棄留下了伏筆。但是客體理論所提及到的刑法為什麼要制定，必然是為了保護什麼為出發點，犯罪為什麼會受到刑罰處罰，必然是侵害了什麼為歸宿點的簡單道理卻沒有什麼多大錯誤。

從人類社會的發展史而言，到底是先有刑法還是先有犯罪？可能像一個先有雞還是先有蛋的歷

[25] “長陵”是高祖的陵墓，“一抔[póu]土”，意即一捧土。載於《史記》的張釋之所說的那句話，原文是：“假愚民取長陵一抔土，陛下何以加其法乎？”意思是：“假使無知之徒挖了高祖墳上的土，你還有什麼更重的刑法呢？”但在封建時代，張釋之縱有敢辯敢頂的膽量，也不便對皇帝直說“挖高祖墳”這樣的話，所以只能說得委婉一點：“取長陵一抔土”。參見司馬遷：《史記·張釋之馮唐傳》，中華書局2006年版，第594頁。

[26] 2017年12月27日，《法制日報》發表了中國社會科學院刑法學者劉仁文的文章《重返弗萊堡》，介紹了“法益”理論在她的母國——德國，沒有像中國一樣如此重視以致“瘋狂”，甚至還沒有像在中國一樣獲得多少認同，從而使他成了那個說出“皇帝沒穿新衣的”孩子。參見劉仁文：《重返弗萊堡》，載《法制日報》2017年12月27日，第9版。

[27] 馮亞東：《刑法的哲學與倫理學》，天地出版社1996年版，第115頁。

史之謎有待歷史學家去探討。但就人類的刑法史而言，必定是先有刑法而後有犯罪。然而刑法憑什麼而制定？於是刑法的本質是什麼就被視為是一個刑法學上的真問題。一部刑法的制定，肯定存在著危害社會的行為，其立法者的主觀目的必定是為了保護什麼並且有著需要保護的社會利益。如果說一部刑法規定著犯罪與刑罰，犯罪與刑罰就是一部刑法的正反面。刑罰正面代表著一種社會制度、社會秩序，以此維護著一定的社會利益。那麼犯罪就是反面，代表著危害這種社會利益、社會制度和社會秩序，因此國家權力的掌控者便以刑罰懲罰犯罪人。中國刑法史學者蔡樞衡在其《中國刑法史》一書中也說道：“有社會生活，便會有社會制度。社會制度是對立的統一，也是一種肯定。有肯定，便會有否定，否定是統一的破裂。既有否定，便會有否定的否定。否定的否定是對立統一破裂後的再統一，也是社會制度的重新肯定和高次發展。”^[28]“刑罰是為正確運用刑法、預防犯罪的法規，也是統治者的意志和利益的表現。當然，統治者的意志和利益不僅表現為刑法，同時還表現在政治體制、經濟和社會制度、安寧秩序以及私人合法利益諸方面。統治者為了維護自己的利益和意志，對於積極違法行為加以禁止；對於消極違法行為則命其依法行事。有人否定這類命令或禁止，便成為犯罪。處罰犯罪，這種否定的否定亦即命令和禁止的再肯定。刑法的意義和作用在於通過懲罰犯罪來預防再犯，藉以維護和鞏固表現統治者意志和利益的政治體制、經濟和社會制度、安寧秩序以及私人合法利益。先有禁止和命令，然後才有犯罪。有了犯罪，然後才有刑罰。有了刑罰，然後才有刑法。刑法是犯罪概念屬性（犯罪構成要件）、刑罰體系、罪刑聯繫以及有關運用刑罰的政策方針的具體表現和反映。”^[29]由此可見，刑法的制定與一定的社會利益、社會制度和社會秩序緊密相關。然而問題是刑法是如何制定的？危害社會如何理解？又如何定義？

今天，當我們考察一個國家、一個社會時，會發現在一個整體國家領域中到處存在著不同的個體、不同的階級、不同的階層、不同的組織、不同的集團、不同的黨派、他們都有著自身相對獨立的利益。當個體的社會成員、個別的社會團體與整體的社會利益存在矛盾衝突的時候，就必然會存在不滿既定社會規則、社會秩序的觀念與違反這些社會規則、社會秩序的行為，這樣就有了一個代表社會整體利益觀察和評價某一具體行為價值所在的要求。為了社會利益的分配和有效享用，一定的社會制度、社會秩序就成了國家權力的掌控者、管理者和社會主流文化認可的一種管控選擇。少數人想從自身的利益出發，“通過行為所追求的利益一旦與多數人的利益嚴重衝突時，則這種行為最終就可能被多數人以國家和法律的名義強加上‘社會危害性’的屬性並受到制裁——社會危害性應該說就是從這裏產生出來的。”^[30]於是犯罪也就產生了。說到底，犯罪就是一個國家內有人為了追求自己的利益而對整體社會利益和既定社會制度、社會秩序的損害。民主時代，人民乃天下之主人，人民的利益就是最大的社會利益，社會利益不過就是大多數人共用的利益，所以刑法就會大聲說道：其立法目的就是為了保護人民，打擊犯罪，維護既定的社會利益、社會制度和社會秩序。人類結成了社會，就有了社會利益。有了社會利益，就會有一個利益維護和分配的問題；如何進行分配，就有一個規則問題。儘管人類初始之時，曾經存在過“弱肉強食”的無序現象，但我們寧願把它看成是自然界動物圈內的“物競天擇、適者生存”規律的反映。但人類進入社會形態以後，無論是人類早期的習慣規範、道德意識、良心約束，還是中期的宗法制度、等級制度或者晚近時期的契約精神、法律制度、社會規範，無不處處體現人類總想通過形成一定的社會秩序，來保證社會利益的有序分配和有效享用。在某種意義上說，國家就是順應這種要求而產生的。刑事立法者就是國家為了保護既存的社會利益、社會秩序才制定刑法規定犯罪的；刑事立法者是被保護社會利益的需要推動著去制定刑法規範的，是憑社會利益的內容來設立犯罪構成的。

但刑法的制定又是一個複雜的過程，國與國之間因國情不同會有所不同。日本著名的刑法學者

[28] 蔡樞衡：《中國刑法史》，廣西人民出版社1982年版，第1頁。

[29] 同上註，第3頁。

[30] 馮亞東：《刑法的哲學與倫理學》，天地出版社1996年版，第31頁。

西原春夫是一個認可馬克思主義的刑法學者，但他畢竟生活在有議會制的國家。西原春夫教授在考察作為議會制國家的日本如何制定刑法後介紹到：“刑法形式上是在國會上通過並制定的，但實際上未必是全體議員的一致贊成。法律案的通過，原則上需要出席總人數不得少於 1/3、超過半數的贊成票。”^[31] 刑法的制定，“政黨的統一方針對於議員的投贊成票或反對票，大都又是一種有力的原動力。然而，政黨的基本方針未必是獨立形成的。此外，應考慮到來自外界的影響力。外界影響力中比較典型的是：首先有新聞媒介的社會輿論；其次有壓力團體；第三是政治捐款。”^[32] 由此可以看出，刑法制定背後的社會利益如何保護是一個各種利益集團進行博弈、協商、平衡的結果。西原春夫教授特別看重社會輿論作為主要的民意來源，“第一種新聞媒介反映出來的社會輿論集中表現了因某種非法行為受害的國民和居民要求予以處罰的情緒。這種要求予以處罰的情緒達到某種程度，而國家對此卻置之不理，國民就會對政治不信任，遵紀守法的精神就會鬆懈，有時還會行使自我救濟的實力。因此，政府須注意社會的導向，如果對此視而不見，就等於是政治上的自殺。可以想像，新聞媒介對受害狀況及國民呼聲的報導，是促進刑法法規的立案和立法的重要的原動力。”^[33] 所以，在這種場合，刑法保護的社會利益本應該是大多數人主流民意認可的一種社會利益，但不可否認的是第二種壓力團體也就是利益集團越來越受到重視，^[34] “至於第三種政治捐款，問題頗多。不可否認，從事政治活動就需要充足的資金。這種事情不管來源於何處，往往會造成各種政治活動和國家基本政策的扭曲，具有很大的危險性。”^[35] 當然不可否認的是在這些地方，政治的不正常現象比比皆是，由此可以看出，簡單地以刑法規定的社會利益作為法益來進行描述，也會掩蓋其中的利益保護的複雜性。所以在西原春夫的著作中，有利益博弈的描述，卻沒有法益的名稱符號，因為社會利益已經清楚地反映了刑事立法的台前台後的各種真相。當然學者作為一種聲音是站在什麼利益集團的立場上進行發聲的，在很多地方並沒有被提及，但是作為一種聲音或者一種輿論現象倒是需要被關注的。

同樣作為社會利益都要受到法律保護，但是在英美國家的法律中並沒有什麼法益的特定概念。一次，原美國聯邦貿易委員會（FTC）亞太地區事務負責人 Allison Lefrak^[36] 應邀來中國上海進行數據法律保護的專題講座。^[37] 介紹數據方面的侵權違法犯罪涉及到了數據權利、數據利益和數據權益，但就是沒有提到數據法益的法律概念。詢問下面參會的數據方面的各路精英們，他們回答從來沒聽說有數據法益的概念。聯想到在德國，刑法學者也不一定認可法益的概念。所以，法益作為一種理論現象，既沒有提供什麼主觀性的知識內容用來進行理論指導，又沒有提供新的客觀行為、科學數據、事實材料可以用來進行規範法律設計。在那次講座上，Allison Lefrak 還提到通過了數據權益的保護理念與數據制度的規範設立，就可以評價數據違法與數據犯罪。違法與犯罪，只是行為的社會危害性量的增加，並沒有發生質的變化，沒有法益概念的介入，一點不影響對彼此行為性質的認定。創造出一個法益名詞和法益概念，並沒有顯得有多少必要。在法益名詞創造之前，刑事立法、刑事司法一直這樣進行的；法益名詞創造之後，刑事立法、刑事司法也不過是這樣進行著，一點沒有發生什麼軌跡的變化。

我國全國人大是刑法的制定機關，我國刑法的制定被確認為是一個全體人民意志的體現，是一個全過程民主的反映，是一個反復協商的過程，所以刑法保護的社會利益具有其廣泛性，社會制

[31] [日]西原春夫：《刑法的根基與哲學》，顧肖榮等譯，上海三聯書店1991年版，第3頁。

[32] 同上註，第4頁。

[33] 同上註。

[34] 同上註。

[35] 同上註，第5頁。

[36] Allison Lefrak，女，原美國聯邦貿易委員會（FTC）亞太地區事務負責人，現就職於中國企業抖音集團的控股公司Tiktok，常駐華盛頓。

[37] 時間是2019年9月28日，地點是上海環球港凱悅大酒店。

度具備其剛強性，社會秩序強調其穩定性。不過，在刑法制定過程中，畢竟存在著不同的社會利益主體，有著不同的立法訴求，主張法益是社會利益和個人利益高度結合的理論觀點是在為哪個利益主體進行敘事言說在很多場合是語焉不詳的。其實在我國，《刑法》作為一部公法，公民個人的利益完全被吸收在社會利益的內容之中，比如我國《刑法》中公民自訴犯罪少之又少，充分說明了即使犯罪在某種現象上是屬於侵犯個人利益的行為表現，但一旦放到刑法中，依然被認為是侵犯了法律規定的某一整體社會利益，比如殺人犯罪、搶劫犯罪、盜竊犯罪，看起來好像是對個人權益的侵犯，但法律規定不准私了，不准以個人的意志轉移為轉移。所以在刑法這一公法之中，沒有個人的所謂“法益”在。當然社會利益、社會制度和社會秩序，畢竟是刑事立法根據的本體所在，像一個人的身體一樣，春夏秋冬不會發生多大的變化。而暑往寒來，不斷變換衣服，只是外表而已。而現有的法益理論不過是對刑事立法的結果進行演繹和解說，而不是刑事立法的理論指導和發起動力（即所謂的原動力——西原春夫語），既不能對社會利益保護過程做一個說明，又不能提供對刑事立法的理論指導。

對於刑法立法來說，社會利益、社會制度和社會秩序是一種精神的產物、價值的象徵，儘管它們必須有一定的物質載體才能被人認知和認可，但它們自身並不是物質的。因此它們不可能成為具有物質性質的犯罪行為的指向對象，因而不可能成為刑法的規範內容。所以說刑法的本質在於保護一定的社會利益，也僅僅體現了刑法的價值取向。也許從歷史的發展過程來看，誰制定刑法就維護對誰有利的利益、對誰有利的秩序，對誰有利的制度，這裏有一個無論是歷史老人還是時代新人都心知肚明、心照不宣的現象。所以刑事立法說到底實際上是作為國家管理者和掌控者的一種政治安排。在刑事立法過程中，還存在著各種利益集團的相互博弈、相互妥協，透過這種政治安排、相互博弈和相互妥協，就可以進一步看清楚刑法到底要保護什麼樣的社會利益。進而言之，即使沒有法益理論也不會改變刑事立法根據的任何一種成分。今天很多的刑法理論開始將犯罪客體修改變換成“法益”，但在很大程度上依然被人視為同一事物，甚至是同一內容，同一概念，只是“將犯罪客體在總體上界說為一種法益，既直觀易解也避免歧義”，^[38]所以“應以法益概念取代社會關係”。^[39]刑事立法保護一定的社會利益、社會制度和社會秩序是刑事立法的本質所在，對這些社會利益、社會制度和社會秩序再用什麼詞彙去描述，既沒有必要，也不過是給他們再穿一件華麗的衣服或者變換一件馬甲而已，給出一個叫作法益的名號，他們之間僅僅是語言文字的表述不同，“法益理論不過是在步客體理論的後塵”，^[40]其中的吊詭依然如此。由此我們可以看出，說到底“法益”不過是在評價一種行為是否應當構成犯罪過程中應當要依據的一種價值觀念，它本身不是一種事實，因而它也不可能是一種規範內容，“法益”要表達的只是一種無紙化的社會利益與一種精神化的制度秩序。儘管它們必須有一定的物質載體才能被人認識和認可，但它們自身並不是物質的。進而言之，即使沒有法益理論也不會改變刑事立法根據的任何一種成分。

在我國的刑法學界，自從“法益”概念被發現之後，好像給中國刑法學注入了新鮮的血液，一波又一波的理論波浪迅速湧起。有學者認為在刑事立法時要遵循法益比例原則；有學者認為在刑事立法時要遵循法益平衡原則；有學者認為法益理論已經對我國刑法修正起到了指導作用，有學者認為通過法益理論可以發現盜竊罪的保護法益不是財產所有權而是財產支配權，也有學者認為是財產的佔有權……學者們根據法益這一新詞彙，的確已經創造出了很多新的詞彙，提出很多新的理論觀念和理論觀點，不知這是否也算豐富了刑法學的研究。然而，法益作為一種精神的產物，是無形的，不能量化的，是很難進行比例分割的，法益本身又不能進行理論平衡。這種比例原則和理論平衡遠遠不如議會制國家在刑事立法時通過投票比例來的清晰無誤或者在全過程民主的國家裏通過溝通、協商來的更為合理。很多學者在什麼是法益的根本性問題還沒有弄清楚時，就開始給法益進

[38] 馮亞東、胡東飛、鄧君韜：《中國犯罪構成體系完善研究》，法律出版社2010年版，第182頁。

[39] 同上註，第180頁。

[40] 楊興培：《法益理論是在步犯罪客體的後塵》，載《上海法治報》2018年1月10日，第6版。

行類型化分類：比如公法益與私法益、有形法益與無形法益、國際法益與國內法益、專屬法益與非專屬法益、社會法益與個人法益、集體法益和個體法益、人身法益與財產法益、雙重法益與多元法益，單一法益與混合法益……但是凡此種種法益的劃分想要起到什麼樣的理論指導作用？都是語焉不詳的。一個受賄罪的保護法益竟引發了多少篇長篇大論的文章而卻不能說清楚為什麼此罪要有數額的明文規定？

著名經濟學者吳敬璠曾撰文批評中國經濟學界一些學者熱衷於不斷創造和翻炒新名詞，什麼框架、重構、供給側、需求側等等，過一段時間就出現一堆新詞兒，但問題還在那擺著。^[41]而我們不得不說，刑法學界同樣也存在著熱衷於引進和翻炒各種新名詞、新概念的現象，而這些新名詞徒有其表，沒有新內容，有時連最基本的定義都沒有。^[42]為此有刑法學者面對刑法理論某些不著邊際的現象不無敏感和尖銳地指出：“人們之所以尋找理論，其主要的用意並不在於遷就並說明現實，而在於為未來繪製模式——將社會導入良好的方向；更何況人們設定法律總是向前看的——建立未然行為之規範。現實中人們就是那樣以世代相襲的方式生活著，如果不是為了過得更好些，要那些狗屁理論何用？”^[43]話似尖銳，但可謂是一針見血。

三、在刑事司法中法益理論沒有提供新的客觀性內容和規範性標準

在事實清楚、證據確鑿的基礎上，引經據典、嚴格依法辦事的過程中，是否還需要通過法益尋找出法律條文背後的立法精神？由於“蘇式四要件”犯罪構成模式將犯罪客體視為必要的要件，並且是第一要件，因此只有而且必須要分析出犯罪侵害的“犯罪客體”和“社會關係”，才算解釋了犯罪的本質所在，才可以正確認定犯罪進行量刑的理論所在。這一問題和現象，今天“幸”與不幸的很自然地被延伸到法益身上。今天隨便打開一篇宏文巨作或者各種刑法研討會的記錄，都會看到很多作者們和參會者對法益這一立法根據和立法精神情有獨鍾和深刻領悟，對“法益”這一立法精神有著巨細不等的周詳刻畫。

仔細想來，刑法理論研究不外乎是為刑事立法提供理論參考，為刑事司法提供理論指導，為刑事守法提供理論宣傳。當人們要討論刑事立法的時候，涉及到為什麼要立？要保護什麼樣的社會利益、社會制度和社會秩序？當然是題中之義。當人們要討論刑事司法的時候，怎麼引經據典，如何解讀白紙黑字的法律條文，做到嚴格地依法定罪量刑，當然都要在法律規範之內尋找依據。然而，由於受“天人合一”的觀念影響，更由於經歷了幾千年高度集中的中央集權體制的影響和束縛，古代中國的立法、行政與司法是高度融為一體的，這種法文化的的精神遺存和傳承毫無疑問是源遠流長、根深蒂固的。到了近現代，這三個領域逐漸被有效地界分開來，中國也是在自覺和不自覺之中走上了這一道路。在今天的憲法體制下，全國人大是一個最高權力機關，也是立法機關，而各級人民法院、人民檢察院就是司法機關。在國家的法制層面，兩者多少有點涇渭分明，人大組成成員不得擔任法官、檢察官，而法官和檢察官不能擔任人大代表。然而在中國今天的刑法學研究領域，卻經常出現將刑事立法領域和刑事司法領域兩者有意無意地攪合在一起來進行理論研究和理論演繹的，過去是犯罪客體理論，今天是法益理論成了這兩個相對獨立領域進行連接的一座“橋樑”，而且還引領著刑法學不斷地為兩者的“融合”進行“增光添彩、錦上添花”，儼然已成為中國刑法學研究一道耀眼的風景線。

從現代法治意義的強調權力制衡角度上說，刑事立法與刑事司法由於各自所處的立場、承載的

[41] http://blog.sina.com.cn/s/blog_4b712d230102w67n.html，2017年12月28日訪問。

[42] 參見楊興培：《刑法學：諸多名詞概念亟待斟酌》，載《法治研究》2018年第2期，第51-64頁。

[43] 馮亞東：《刑法的哲學與倫理學》，天地出版社1996年版，第51頁。

任務以及發揮功能的不同，必然有所不同並需要作出必要的界分。立法是立法機關為保護社會絕大多數成員所認可的社會利益、社會制度和社會秩序通過制定法律予以保護的活動；而司法活動則是司法機關嚴格執行法律的活動。正如二千多年前古希臘亞里士多德所說的：“法治應該包含兩重含義：已成立的法律獲得普遍的服從，而大家所服從的法律又應該是本身制定得良好的法律。”^[44]儘管立法與司法之間有著千絲萬縷的聯繫，兩者都以追求並實現法治為終極目標，但在實現過程中卻有著截然不同的階段性目標和邏輯要求。刑事立法解決的是什麼樣的行為具有社會危害性應當被規定為犯罪，而刑事司法解決的是犯罪成立與否以及行為人如何承擔刑事責任的問題。司法活動是司法機關將法律規範運用於具體案例的過程，這個過程就是司法機關及其工作人員尋找法律內涵的過程。司法活動應當在法律規範所能包含的意義範圍內進行，而不能隨意突破法律，這一點在刑事司法中體現尤甚，也是罪刑法定主義的基本要求。刑事立法可以“無中生有”，而刑事司法只能“有中找有”。在刑事司法實踐中，執法者根據刑法規範規定和根據語言文字的既有含義展開活動，運用邏輯思維和經驗知識的方法分析得出犯罪構成的基本要件。此時，犯罪構成就成為執法者用以判斷犯罪的標準或規格，此時不再需要尋求某些行為之所以成為犯罪的緣由，而在於嚴格遵守和不折不扣地執行法律規定，在刑事司法層面上必須遵循“惡法亦法”的司法原則，即“在犯罪構成的司法適用的技術層面，即使犯罪構成規定的不盡人意，對於法官來說，寧可錯在法律，而不能錯在執法的‘我’”。^[45]因此，客觀上由於刑法規定中已經對社會利益、社會制度和社會秩序的內容有了具體、直接的表述，沒有必要再對所謂的刑事立法時的立法精神再進行所謂的進一步解讀。所有的立法精神，譬如法律制定時的各種動議，各利益主體間之間的溝通、協商和平衡，立法者關於法律制定時的說明，隨著法律的制定通過，都轉化為白紙黑字固定在法律的文本之中後而退出了人們的視野，至此被人受到關注只能是法律文本的本身。其背後的法理緣由是由於刑事立法的理論是宏觀的、複雜的，而刑事司法的實踐是微觀的、直觀的；刑事立法的根據是抽象的、法律文本的內容是概括的，而刑事司法的根據是具體的、法律文本的內容是通過司法工作人員自己的知識和經驗來挖掘的。在刑法領域中，刑事立法與刑事司法的兩者關係就如在建築領域中設計師與施工者兩者間的關係一樣。在建築領域中，一幢大樓如何選址、如何設計，其基礎要求是什麼，其結構要件是什麼，一切都在設計師的視野和思考之中。建築設計的每一步、建築結構的每一處，都要求設計師具有充足的理論依據，都離不開設計師的精心論證。建築設計方案已定，對於施工者而言，其任務就是嚴格按照圖紙精心施工，進行一磚一瓦的堆砌，以實現建築設計的既定要求。建築設計的根據和理由已不是施工行為本身的內容。刑事立法猶如建築設計，一種行為為什麼被規定為犯罪，其根據和理由是什麼，不能不作出說明。刑事司法猶如建築施工，一種行為為什麼被認定為犯罪，只需要說明已有的事實材料（包括主觀罪過的心理事實和客觀表現的行為事實）是否已經符合刑法的實在規定。至於這種實在規定背後的立法根據和理由已用不著司法工作者越俎代庖地再加以論證和說明。這也正像在綠茵場上，裁判員只要根據已經制定出來的裁判規則進行立時立刻的下判即可，沒有必要再去分析探究這種裁判規定是怎樣制定出來的一樣。

然而把法益理論引進刑事司法實踐過程中，使得刑事立法的應有功能和刑事司法的應有功能被混為一談。本來由刑事立法需要論證和說明一種行為為什麼被規定為犯罪的根據，在刑事司法中又被不厭其煩地由司法人員再三論證和說明。其實在刑事立法過程中，一種行為具有了社會危害性，才被納入刑事違法性的選擇之中，這是某種行為為什麼被規定為犯罪的一種價值評價，它反映了犯罪設定過程中的立法功能。而在一定罪過支配下的危害行為已經具有了刑事違法性，具有刑事違法性的行為必定具有“社會危害性”，這是行為被認定為犯罪後的一種規範評價，它反映了犯罪認定

[44] 這裏我們僅僅對前半句進行法理上的分析使用，後半句我們已經在前面進行了闡述。

[45] 楊興培：《犯罪構成的三個層面分析》，載《法學》2005年第5期，第54-59頁。至於司法實踐中也需要體現人文關懷則另當別論。

過程中的司法功能。有人酒量很大，千杯不醉，萬杯不倒。某夜喝多不醉，動作依舊規範，但酒精含量少說也是 200mg/100cc 血液。因離家不遠，不想把車留在外面，代駕一時又叫不到，但因為怕警察，於是先進行觀察，發現路上既沒行人，也沒車輛經過，更沒警察值崗，便開車上路，然而半路被巡警逮個正著。此時在司法過程中，根本不需要考慮是否具備法益侵害性、是否屬於由法益侵害性而成立的抽象危險犯、或者是否符合結果負價值說。在此類案件中，只要行為具備了刑事違法性，就必定具有社會危害性，其行為符合了負價值說（不去討論如何量刑或如何進行司法處理），其行為構成醉酒駕車的犯罪毫無疑問，立法上的法益理論有何用？危險犯的理論有何用？結果負價值說有何用？以危害社會利益、社會制度和社會秩序為內容的所謂刑事立法精神，可以成為刑事立法設立犯罪的根據，但一旦通過白紙黑字落實到具體的規範條文之中，精神已經變成了“物質內容”，從而也不需要也不可能再成為刑事司法認定犯罪的依據。法益理論把“立法精神、法益侵害性、危險犯理論”納入到犯罪構成或者刑事司法實踐中來，這就意味要求刑事司法在認定每一個犯罪時，還要糾纏那些說不清道不明的精神現象，實在是有點為難司法實踐了。更何況在刑法理論上要說清楚什麼是以法益侵害為基礎的危險犯，恐怕也只能是意味而不能言說的。撰寫本文時，正好看到某地審理一起某企業高管涉及私藏五支 BB 槍是否構成非法持有槍支犯罪的案件，控審辯三方都為本案是否屬於危險犯特別是抽象的危險犯而展開觀點和理論交鋒。其實本案的焦點在於 BB 槍是否屬於國家管控的範圍？行為人主觀上是否存在明知？這與槍支犯罪是否屬於危險犯沒什麼關係，更與所謂的法益侵害性問題沒什麼關係。^[46]至於說到是抽象的危險犯而不是具體的危險犯，更是一種背離基本哲學原理的一種隨意之說。抽象的危險犯與具體的危險犯不是一類犯罪的兩種並列的犯罪現象，正像抽象的馬與具體的白馬黑馬並不是兩匹馬一樣的道理。同時我們還需要指出，刑事立法設立某一種犯罪，它並不都以社會現實生活中已存在這種行為事實為前提，它只是預示性地向社會成員宣佈刑法將禁止這種行為的實施。當社會生活中一旦出現這種行為，通過司法實踐的嚴格依法認定與懲罰，實際上就已實現了刑事立法的保護目的。所以，刑事司法的功能主要體現在認定某種行為是否符合刑法的規定，而無須回答某種行為為什麼被規定為犯罪，侵犯了什麼法益的問題。行為不具有刑事違法性，其社會危害性再大，也已在刑事立法的容忍範圍之內，如賣淫、嫖娼、通姦、吸毒等等。行為已具有刑事違法性，比如醉酒駕車（即使沒有造成什麼實際損害，有些地方醉酒駕車只是將汽車移出停車場或者因代駕不負責任把車停在家的馬路對面，行為人只好自己開車回家被查獲。當然這種現象現在有所好轉），或者哪怕是某些過失行為，仍然要依法懲處。因此在刑事司法實踐中，當我們認定一個行為是否應當、為什麼應當構成犯罪，其實一個很簡單的理由，那就是行為符合了刑事違法性的規定。法益理論非要試圖通過法益侵害來揭示一種行為為什麼構成犯罪，無非是要刑事司法轉換為刑事立法重新論證犯罪的立法根據。這不但混淆了刑事立法者和刑事司法者不同的功能，而且也是司法成本浪費的一個重要原因。

而借助於法益理論，對犯罪的認定作所謂實質性的評價，也是法益理論的重要表現，但這是一種很不理性的司法現象。已經是很長一段時間了，所謂刑事司法要講究實質評價和實質判斷的理論觀點和司法現象很是喧鬧熱烈。但何為實質？很多理論觀點又是語焉不詳。在現實生活中，所謂的實質評價往往成為位勢優越者的自信表現。的確，刑法中的形式與實質之爭由來已久，但在哲學語境中，形式與實質具有二種範疇的相互關係。一種是形式與實質的邏輯關係，即形式與內容必須高度一致，內容一旦超出原有的形式範圍，就不是原來形式規定的內容，必須通過指事定名的要求，另外給出新的形式名稱，以再次達到形式與內容的高度一致，重塑兩者之間的關係。在這一點上，根據罪刑法定的“帝王原則”，對罪刑法定下的犯罪內容的挖掘，不能超出犯罪罪名形式和犯罪構

[46] 湖南瀟湘晨報2024-08-05報導：2024年8月2日下午，遼寧省丹東市振安區人民法院審理的某藥企高管王先生持有五支BB槍涉嫌非法持有槍支罪一案。王先生告訴記者因收藏有5支BB槍，一審法院判他犯非法持有槍支罪，免予刑事處罰，他對判決不服，已提起上訴。

成規定的範圍，不然就是違背了罪刑法定原則。另一種是形式與實質的辯證關係^[47]，即形式與內容可以辯證地分析對待。雖然形式做了一定的外在框架規範，但內容可以根據主觀需要的價值分析，可以適當地、實事求是地、辯證地認定與形式的對應關係。“從哲學上說，這是一種自我否定，是違背邏輯關係基本原理的，其結果是陷入否定的惡循環、惡無限之中。恰當的處理形式與實質的方法是把它們的關係視為形式通過實質實現自己否定自己、即高級否定低級的過程”。^[48]即實質的內容一旦超出原有的形式範圍，形式就是自己否定自己，另外再建立起一種新的形式與內容的關係，以便重新回到形式與內容的邏輯關係上來。在刑法上這就是一種新的立法活動了。由此我們可以得出結論，在刑事司法實踐過程中，我們需要的是第一種形式與實質的關係，即堅守罪刑法定原則下的形式與內容的邏輯關係，堅守刑事違法性才是行為入罪的剛性標準。這是講法的道理所在，也是講“理”的道理所在。難怪乎，自從亞里士多德以來的二千多年來，寫就《形式邏輯》的書籍和文章可謂浩如煙海，汗牛充棟，但就是找不出來一本或一篇有關實質邏輯的書籍與文章來的緣由吧。也沒人敢寫、願寫這樣的書或這樣的文章，除非有人願意公開宣稱他就是不講理的。

刑事司法在罪刑法定原則的牽引和約束下，到底是嚴守刑事違法性的法律規範形式，做到嚴格依法辦事，不越雷池一步；還是信奉實事求是，具體問題具體分析的觀念，通過對社會危害性及法益侵害性的價值評價或者說實質評價，進行曲法行事的處置，是兩種完全不同的刑事司法理念。其實關於規範和價值的關係，兩者孰先孰後、孰主孰次、孰優孰劣的問題上，在中國古代就有過激烈的爭論，這就是中國古代刑事司法的“持節守文”和“至於至善”的觀念之爭。在中國古代，刑事司法以執法公正為第一要務還是以維護家天下根基為第一選擇，一直是古代刑文化一個有爭議的命題。從商鞅變法以來到秦漢期間確立的以“持節守文”為表現形式的司法機制，時時受到以鞏固家天下治世需要，因而執法應當“隨時之宜”為藉口的挑戰和掣肘。雖然中國古代歷朝歷代都有律法頒佈施行，但廢法、壞法、曲法之舉時有發生。西晉一朝發生過一次有關司法活動應當堅持“持節守文”的形式要求，還是應當追求“至於至善”的情理要求的大爭論。主張應當堅持“至善”情理要求的一方認為：“律者，幽理之奧，不可以一體守也。”“夫刑者，司理之官，”“夫律者，當慎其變，審其理，”^[49]所以司法應當堅持情理至上，“化略以循常”、“隨時以盡情”。如果一體守法反而忽視了幽奧之理，難以達到“至善”境界。但是主張應當堅持“持節守文”形式要求的一方認為：法者，“乃人君所與天下共也！”^[50]這也是西漢直吏廷尉張釋之主張的“法者，天子所與天下公共也，今法如此而更之，是法不信於民也”觀點的再現。這種觀點認為，雖然天下事由千變萬化，千形百態，然立法時皆已考慮已予應對。“看人設教”、“隨時之宜”是一個立法原則，在刑事立法時當然要面面俱到，加以照顧。然而法律一旦成立，則應上下一體遵行，天子也不例外，“當與天下共也”，這與亞里士多德“已成立的法律必須得到普遍地服從”的理論一脈相承。所以司法活動必須“循文如令”。如果司法活動也是“議事以制”，則法律的權威蕩然無存了。儘管在這場司法要務的爭論中，“形式守文主義”在理論上占了上風，其理論的說理性無懈可擊，但在實踐中“情理至善主義”時常出沒於司法機關的上下，在維護家國穩定、弘揚個案正義的宏大敘事中似乎更勝一籌而為當時統治者所青睞，形成了一種經常性的短視衝動。^[51]這就是中國古代法治一直依附於政治的重要原因所在。今天我們是否應該進行一下必要的反思與批評。

刑法的本質在於保護社會利益和犯罪的本質在於觸犯了刑事違法性並不是同一回事。犯罪之所以成為犯罪，因為它觸犯了刑法的禁止性規定，具有了刑事違法性。所以《刑法修正案（八）》出台之前，醉酒駕車就有了對社會公共安全的危害性，不是沒有社會利益不需要保護，而在於法律

[47] 作者本人理解為這實際上是現象與本質的關係。

[48] 夏立安、錢煒江：《論法律的形式與實質》，載《浙江大學學報》2012年第5期，第99-110頁。

[49] 《晉書·刑法志》，見《歷代刑法志》，群眾出版社1988年版，第51頁。

[50] 司馬遷：《史記·張釋之馮唐傳》，中華書局2006年版，第594頁。

[51] 參見周永坤：《〈晉書·刑法志〉中司法形式主義之辯》，載《華東政法大學學報》2017年第6期，第149頁。

並沒有規定其為犯罪，因此不具有刑事違法性。即使具有再大的社會危害性，也不能進行規範評價認定為犯罪。《刑法修正案（八）》增設了醉酒駕車的危險駕駛罪之後，並非是醉酒駕車的行為性質變了，也非侵害的什麼社會利益、社會制度、社會秩序的性質變了，或者有了什麼法益了，而是由於具有了刑事違法性使然。《刑法修正案（九）》之前，貪污受賄犯罪的入罪數額是五千元人民幣，《刑法修正案（九）》之後是三萬元。^[52]並非貪賄犯罪的行為性質變了，侵害的社會利益、社會制度、社會秩序的性質變了，或者說犯罪客體、侵害的“法益”變了，而是刑事違法性的標準發生了變化。進而言之，能不能構成犯罪不在於有沒有所謂的“法益”，而在於行為是否符合在罪刑法定主義牽引下的某一具體的犯罪構成，即具備了刑事違法性的規範評價。坦率說直到今天，筆者對貪污賄賂犯罪的客體或者保護法益到底是什麼的各種文章爭論（少說也有七、八種之爭），一直對它們的理論價值到底體現在什麼地方持一種懷疑態度。

中國社會目前仍然處在法治建設的起步發展階段，其法治的社會根基還不十分堅固。在這個關鍵時期，到底首先是堅持嚴格依法辦事，以致在全體社會成員中間、特別是執法人員中間養成一種“持節守文”、法律高於天的法律觀念，不斷提高法律規範的權威性、有效性和統一性，還是曲取對社會危害性及法益侵害性作實事求是、具體問題具體分析的執法機會主義、執法實用主義的觀念？實在是中國進行法治建設過程中無法回避的重大路徑選擇。我們寧可在堅守法治的前提下，通過先立法修改的活動來改善執法環境，決不可先曲法變通尋求一時一地一案的所謂“執法正義”。不然，有了曲法的第一步，就很難守住第二步第三步。舉例來說，中國人民解放軍三軍儀仗隊挺拔、威武、英俊，婦孺皆知，其入選要求之高，要求內外兼修可想而知，其遴選的外在標準之一是身高須 1.80 米以上，內在綜合文化、聰慧達人、氣質高雅缺一不可。如果有兩人一起候選，一人滿 1.80 米，一個 1.79 米。就綜合素質全面考量，1.79 米者遠遠優越於 1.80 米者。遵循規範優於價值的原則，我們只能選用 1.80 米者。如果遵循價值優於規範的原則，則應當要選用 1.79 米者。但問題是，一旦選擇 1.79 米者，後面另有 1.78 米、1.77 米、1.76 米的更優秀者在排隊候選，一旦喪失堅守規範的底線，規範本身就不復存在了。而很多所謂優秀的價值評價本身只能意會不能言傳，即沒有規範性可言。法益理論就是一種價值評價的理論，它沒有也不可能提供任何規範性的客觀標準，有的是因人而異、因事而異、因時而異、因地而異、因情而異……所以即使在招收儀仗隊員的過程中，除非先進行規範的修改，將 1.79 米者，1.78 米、1.77 米、1.76 米者納入遴選範圍作為候選者，然後才有擇優錄取的空間。所以堅持“規範在前、價值在後”的司法原則，讓價值評價在時時、處處、每個案件中依附於規範評價而不是相反，依然是我們需要反復強調和必須堅持的司法原則和法治底線。比如在貪賄犯罪中^[53]，有人貪賄 30000 元而節儉依舊，案發後贓款如數追回收繳。而另有人貪賄 29000 元而吃喝嫖賭將贓款揮霍一空，案發後已無贓款追繳。能否可以認為 30000 元者不構成犯罪，而 29000 元者可以構成犯罪。可否？不可以。何謂？規範使然，刑事違法性使然，法治原則使然。

結語

在人類的社會發展過程中，自然科學的發展日新月異，一日千里。而社會科學的發展，則是鵝行鴨步，緩慢前行。所以，中國社會幾千年歷史，雖然僅有兩次文化繁榮時期^[54]，但其中所提出的各種人文命題至今依然影響著我們後人。社會人文科學領域，遠沒有像自然科學那樣時時有新的

[52] 我們知道，貪賄犯罪的數額變化屬於司法解釋的產物，這裏把它看成是一種“准立法”的現象，也算是“立法定性、司法定量”的中國特色的法治反映。

[53] 當下在刑事立法中，即使是數額犯罪，也常常伴有情節的規定，這裏為了辯理的需要，對於情節暫放一邊不論。

[54] 是指春秋時代的“百花齊放、百家爭鳴”時期和民國時代“新文化”時期。

發明創造，時時有新的發現。由於受一段曲折歷史的影響，中國刑法學的發展極不正常。很多的的基本概念都來自前蘇聯或其他一些外部區域，這是中國刑法學的短板和無奈。但在中國刑法學的研究方面我們也要學會穿越歷史與現實的幽暗歲月，要有應該的謹慎態度，重建中國刑法學的自信。在對待法益理論的問題上，在進行學術構建和學術論證過程中不能只看重外部關照而沒有內在邏輯思考，對“法益理論”現在這種無限擴張的思維模式的無意義性，我們後來者已經發現其不足就需要也有責任加以溫情提醒和及時指出，殊不知“法益理論”實在經不起規範的評價和理論的質疑。我們完全可以想像受時代和歷史的局限，我們這一代學者生涯在早年剛起步的時候，都會有很多思考不周之處，對很多現象基於一時一地、一國一郡的立場給予了歷史性的褒揚，由此產生一種歷史的誤讀和誤解是可以理解的。如果說在中國刑法學重建的初期，由於特定的時空限定和落後觀念的影響而不能建立起周全的評價機制，以至於只能基於當時歷史的條件給予了一定的學術寬容。然而今天我國的刑法學已經發展到了一個比較成熟的新階段，我們有必要也有責任對一些既沒有理論的合理性、也沒有邏輯的嚴謹性、更沒有價值的有效性的所謂“熱點問題”進行理性的批評作一個階段性的了結。

Abstract: Examining the historical trajectory of the “legal interest theory” through criminal law provisions reveals that the term “legal interest” lacks theoretical novelty. Its theoretical function merely follows in the footsteps of the “object of crime”, amounting to little more than a change in terminology (“changing its vesture”). In criminal legislation, the legal interest theory has failed to introduce any new subjective knowledge or protective content. Introducing the term and concept of “legal interest” has proven largely unnecessary for criminal legislation. Before the creation of the term “legal interest”, criminal legislation consistently operated on the principles of protecting social interests, defending social institutions, and maintaining social order. After its introduction, criminal legislation continues unchanged, showing no shift in its fundamental trajectory. In criminal justice, the legal interest theory provides no new objective content or normative standards. In a society governed by the rule of law, upholding the principle of “strict adherence to legal text” holds greater value than the flexible pursuit of “expedient perfection”. If judicial principles and the bottom line of the rule of law are disregarded or inverted, the social cost of rebuilding them will inevitably be paid at a multiplied rate.

Key words: Legal Interest; Legal Interest Theory; Criminal Legislation; Criminal Justice; Practical Rationality; Reflection and Critique

（責任編輯：張竹成）