

法益的体系性位置与功能

刘孝敏*

内容提要：法益的体系性位置可以从法益与实定法的关系、讨论法益问题的领域两个角度来分析。在不同领域内讨论的法益，有不同的概念选择，发挥不同的功能。犯罪立法概念中的法益只能是宪法性法益，其功能在于为刑事立法者提供适当的刑事政策标准。犯罪司法概念中的法益，在入罪判断时只能是后刑法法益，可以指导解释刑法规定的行为构成；在出罪判断时只能是宪法性法益，通过法益价值的衡量，对符合行为构成的行为进行正当化处理。

关键词：法益 犯罪概念 刑事政策标准

法益是刑法学理论中的基础性概念。虽然法益的概念是一个颇具争议的问题，^{〔1〕}但是，人们基本认同法益应当具有注释—运用功能、系统分类功能、系统的界定功能和刑事政策功能。^{〔2〕}需要注意的是，任何一种法益概念都难以同时满足上述功能性要求，从而使得法益的概念选择陷入困境。^{〔3〕}人们往往固守单一的法益概念，事实上，在不同理论范畴内讨论的法益，应当有不同的概念选择，发挥不同的功能。因此，对庞杂的法益理论进行体系性考察，系统梳理法益在刑法学理论体系中的位置与功能，对发展中国刑法学理论与实践有着重要的意义。

一、法益体系性位置的分析框架

法益的体系性位置可以从两个角度进行分析：一是法益与实定法（宪法或刑法）的关系，二是刑法学理论体系中讨论法益问题的领域。

第一个角度是法益与实定法的关系。虽然人们基本认同法益是“法”保护的利益，但是，如何

* 江西财经大学法学院讲师，北京大学法学院2005级刑法学博士研究生。

〔1〕 详细论述请参见〔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14页以下；张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第1页以下。

〔2〕 〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第77页。有学者认为，法益应当具有刑事政策机能、违法性评价机能、解释论机能和分类机能。参见前引〔1〕，张明楷书，第196页以下。也有学者认为，法益的功能可以分为立法功能和司法功能，其中立法功能包括系统分类功能、系统的界定功能和刑事政策功能，司法功能就是注释—运用功能。参见丁后盾：《刑法法益原理》，中国方正出版社2000年版，第105页以下。由上可见，学者们对法益功能的表述是相类似的。

〔3〕 参见〔日〕關哲夫：《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。相似论述可参见前引〔2〕，帕多瓦尼书，第80页。

理解法益中的“法”，存在诸多争议。“法”是指刑法，还是法的整体（一般以宪法为代表）；法益是位于“法”之前应当由“法”保护的应然范畴，还是已经在“法”规范保护范围内的实然范畴。这个方向上的争论最终形成法益概念的不同种类，具体来说，根据法益与实定法之间关系的不同，可以将法益概念分为先法性法益概念、宪法性法益概念和后刑法法益概念三大类。^{〔4〕}

后刑法法益概念认为，法益是通过刑法建构的，是刑法规范已经保护的范畴，从刑法规定的行为构成中可以发现法益概念。最初的法益概念正是在后刑法意义上提出的，^{〔5〕}法益是刑法规范的客体，在任何刑法规范中，均可以找到所需保护的法益，法益是实定刑法保护目标之下的一个附属概念。^{〔6〕}此后，基于新康德主义方法二元论提出的方法性法益概念，认为法益只是为“具体刑法条文的意义和目的”提供的一种概括性的思想方式，^{〔7〕}它必须根据刑罚法规来确定，要知道什么样的利益才属于法益，就必须学习现行法；离开现行法就不可能理解法益。^{〔8〕}后刑法法益概念强调实定刑法对利益的规范评价，如果没有实定刑法的承认，任何利益都不会成为法益。法益是实定刑法的目的，只有在实定刑法的范围内才有实际意义。

先法性法益概念强调，法益是一种先法范畴，立法者制定法律之前就有预先给定的法益存在。所有的法益，无论是个人的利益，还是整体的利益，都是生活利益，这些利益的存在并非法制的产物，而是社会本身的产物。法律只能发现它，而不能创造它。^{〔9〕}因此，人们不可能从各种法定行为构成中发现法益概念，而必须从前实定的领域中寻找法益的实质定义。^{〔10〕}先于实定法的法益蕴含着价值秩序，它本身就具有应受法律保护性这个特征，立法者将法益置于法规范保护范围内，只是对生活现实的一种描述。因此，法益不依赖于实定法而独立存在，从现实生活中可以发现并认识法益。

宪法性法益概念将法益置于宪法之后、刑法之前。法益是“在以个人及其自由发展为目标进行建设的社会整体制度范围之内，有益于个人及其自由发展的，或者是有益于这个制度本身功能的一种现实或者目标设定。”^{〔11〕}宪法性法益概念从法治国的基本要求出发，从宪法中寻找法益的内容。法益位于刑法之前，但不是位于宪法之前，宪法的原则和任务是对刑事立法者评价权力的限制，对利益的规范评价应当在宪法的框架下进行。宪法性法益不是规范主义的概念，不依存于实定刑法，但它是规范性的、动态的，是“在符合宪法的目的设定的范围内，向历史的变化和经验性知识进步的开放的。”^{〔12〕}因此，宪法性法益概念认为，法益不是由刑法来建构的，它应当在宪法的框架内进行讨论。

第二个角度是刑法学理论体系中讨论法益问题的领域。在这一点上，人们基本达成了共识，法益问题一直都是在犯罪概念层次上进行讨论的。^{〔13〕}但是，犯罪概念有两种分类模式，应当采用哪

〔4〕从法益的内容是客观事实层面，还是抽象价值层面这个角度，也可以形成不同种类的法益概念。但是，由于本文的重点是讨论法益的体系性位置，而不是法益的内容，因此，法益内容这个方向上的研究，本文将不予特别关注。当然，这两个方向并非毫无关联，事实上，法益的体系性位置有时会影响到法益内容的涵括范围，后文将有相关论述。

〔5〕虽然毕尔巴姆（Birnbäum）曾经提出法保护的“利益”（Gut）的概念，但是，明确提出法益概念的是宾丁（Binding）。参见〔德〕冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论1——犯罪论》，杨荫译，法律出版社2006年版，第29页。

〔6〕参见前引〔2〕，丁后盾书，第16页以下。

〔7〕参见前引〔1〕，罗克辛书，第14页。

〔8〕参见前引〔1〕，张明楷书，第58页。

〔9〕参见〔德〕弗兰茨·冯·李斯特、埃贝哈德·施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第4、202页。

〔10〕参见前引〔1〕，张明楷书，第121页。

〔11〕参见前引〔1〕，罗克辛书，第15页。相似论述可参见前引〔5〕，施特拉腾韦特等书，第34页以下；前引〔2〕，帕多瓦尼书，第81页以下；前引〔1〕，张明楷书，第167页。

〔12〕参见前引〔1〕，罗克辛书，第16页。

〔13〕同上书，第15页；前引〔1〕，张明楷书，第157页。

种模式更为适当,是值得探讨的。

一是将犯罪概念区分为形式概念与实质概念。前者主要是对犯罪作一种形式上的解说,其典型表述方式有:犯罪,就其形式来看,是指实现犯罪构成、应当受刑法处罚的作为和不作为;^[14]犯罪是法秩序以刑罚作为制裁手段的人的行为。^[15]而犯罪的实质概念在刑法学理论体系中的位置也存在着争论。有学者认为,实质的犯罪概念试图寻找一个隐藏在刑事制裁措施背后的、可适用于所有犯罪的“常项”。任何概念,只要不能科学地概括法律规定的所有犯罪,就不是犯罪的实质概念。^[16]按照这种观点,实质的犯罪概念是位于刑法典之后的,它仅具有解释实然犯罪规定的概念性功能。也有学者认为,由于“形式的犯罪概念没有说明,立法者可以对何种行为以刑罚相威胁,由此产生了实质的犯罪概念问题,它是位于刑法典之前的,是为立法者提供刑事政策方面的标准的,为的是解决立法者可以惩罚什么和应当让什么不受刑事惩罚的问题。”^[17]按照这种观点,实质的犯罪概念并非对实定刑法的描述,而是与实定刑法相分离的一种批判性范畴。由此可见,犯罪的实质概念位于刑法典之前还是之后仍然存在着争论,从而使得实质概念与形式概念的区分在体系性位置上的差异处于一种不确定的状态。

二是将犯罪概念区分为立法概念与司法概念,前者是指具有严重的社会危害性、应当由刑法规定为犯罪、适用刑罚予以处罚的行为;后者是指符合刑法规定的构成条件、应当适用刑罚予以处罚的行为。^[18]按照这种分类模式,立法概念位于刑法典之前,解决立法者应当将何种行为规定为犯罪的问题;司法概念位于刑法典之后,目的是指导司法者如何对刑法已经规定的犯罪行为进行惩罚。和前一种分类模式相比,立法概念与司法概念的区分更加侧重于体系性位置这个视角,两者在体系性位置上的差异也更加确定和显著,因此,从本文的目的出发,笔者将采用立法概念与司法概念这种分类模式。

法益体系性位置的分析框架由上述两部分构成,而这两部分内容是紧密相关的。具体而言,由于立法概念与司法概念在刑法学理论体系中的位置并不相同,因此,在犯罪的立法概念和司法概念中讨论的法益就有着不同的概念选择,发挥不同的功能。

二、法益与犯罪的立法概念

犯罪的立法概念位于刑法典之前,为刑事立法者提供一种刑事政策标准,在立法过程中确立罪与非罪的界限。历史上,人们曾经运用道德、社会规范、伦理秩序等概念来确立这种刑事政策标准,但是,受自然法运动带来的实质化思潮的影响,以及人们对各种不同理论的反思与检讨,法益作为犯罪立法概念的核心要素得到普遍的认可。需要探讨的是,在犯罪的立法概念领域内,应当如何选择法益的概念,才能为刑事立法者提供一种合理的思维框架和理论模式。

[14] 参见前引[9],李斯特等书,第167页。

[15] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第64页。

[16] 参见前引[2],帕多瓦尼书,第72页。日本刑法学者一般不讨论犯罪的实质概念,他们认为,在刑法学理论体系中,不应当讨论实质的犯罪概念。在刑法上,只应把被科以刑罚的东西认为是犯罪,即只存在形式的犯罪概念。参见[日]大冢仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第89页以下。但是,这并不意味着日本刑法学者不探求犯罪的实质意义,他们一般都在实质违法性领域内进行讨论,并根据法益侵害说与规范违反说,形成结果无价值与行为无价值的长久论争。参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第85页以下。但是,由于实质违法性判断是犯罪论体系中位于行为构成符合性之后的一个阶段,因此,按照罪刑法定原则,对犯罪实质意义的追求只能在现行的实定刑法框架内展开。

[17] 参见前引[1],罗克辛书,第12页。相似论述可参见前引[15],耶赛克等书,第64页以下;前引[5],施特拉腾韦特等书,第27页以下。

[18] 王世洲:《中国刑法理论中犯罪概念的双重结构与功能》,《法学研究》1998年第5期。

用后刑法法益来定义犯罪的立法概念，虽然可以最大限度地概括实定刑法中犯罪的共性，但是，这种理论模式的缺陷也是很明显的，可以从两个方面来说明：

其一是体系性位置上的错位。后刑法法益依存于刑法的规定，它位于刑法规范之后，用这样一个刑法后的概念来说明刑法前的范畴，会出现逻辑错误。而且，由于后刑法法益与刑法规范的内容在本质上是同一的，因此，用后刑法法益概念概括犯罪的共性，在逻辑上容易出现规范主义的循环论证，换言之，犯罪的共同特征就在于它们都是实定刑法中规定的犯罪。

其二是功能上的缺失。后刑法法益概念是一种法实证性范畴，它的界限来源于刑法的规定，没有得到刑法规范确认的任何利益或价值目标都不是法益，因此，用后刑法法益概念说明犯罪的立法概念，完全没有刑事政策意义，没有为刑事立法者提供任何可用的标准，当然也无法限制刑事立法权的扩张与膨胀。最典型的例子就是方法性法益概念。“用方法性法益概念来说明隐藏在犯罪背后的某种共性，完全没有刑事政策意义，是对实体犯罪概念（相当于本文所指的犯罪立法概念——笔者注）的一种牺牲，因为立法者自然会在每一个条款中追寻某种目的，所以当然就会有一个法益存在。”^{〔19〕}这种形式主义的提法无法对立法起到限制、约束的作用，可能导致刑罚处罚范围的扩大和失当，极端的结论是，专横的刑法规范保护的也是法益。

因此，用后刑法法益来界定犯罪的立法概念，将使其仅仅具有概念性功能，难以有效完成指导刑事立法、为刑事立法者提供刑事政策标准的理论任务，因而并非一种理性的选择。

先法性法益成为犯罪立法概念的核心要素，有其特定的思想基础和历史背景。

首先是哲学思潮的影响。哲学现象学从上个世纪中叶开始影响刑法学界，按照现象学本体论的立场，价值原本就存在于客观现实之中，在生活秩序中即存在着规则，从生活秩序中可以导出法秩序，导出规范。在立法者、法官和法学者架构概念之前，有一个已经成形、有意义内涵的真实世界，概念形成只是对已成形的存在现实加以描述而已。^{〔20〕}因此，将某些行为规定为犯罪的原因可以直接从先于实定法而存在的法益概念中寻求。

其次是对刑法学理论任务的深刻反思。在启蒙思想家的倡导下，刑事立法权应当交给国会，而刑法学理论体系无需证明犯罪规定的正当性。但是，这种理想主义的提法被“二战”中的法治崩溃状况无情地击碎了。“二战”后，人们开始反思刑法学的理论任务，提出刑法正当性的概念，并主张用先法性法益概念这个本体性范畴来证明犯罪规定的正当性。

再次是刑事立法实践的迫切需求。“二战”后，鉴于“二战”期间刑事立法权的扩张与膨胀，人们开始思考应当如何限制和约束刑事立法者的权力，并提出应当用先法性法益概念来划分刑事可罚性界限，刑法仅仅应当保护确定的预先规定的利益，从这个观点出发，人们提出了两个限制刑事可罚性的重要要求——“刑法排除单纯的违反道德行为、刑法排除违反秩序行为。”^{〔21〕}

在犯罪的立法概念中强调，刑事立法者只能将侵害先法性法益的行为规定为犯罪，这种理论模式的优点在于：

第一，先法性法益概念和犯罪的立法概念都属于刑法规范之前的范畴，因此，用先法性法益来定义犯罪的立法概念，不会发生体系性错位，在逻辑上能够自圆其说。

第二，在法治废墟上重建法治社会的过程中，用先法性法益来证明犯罪规定的正当性，容易获得人们的支持。国家在刑法上将某些行为规定为犯罪，是因为它具有先天存在的法益侵害性，以此来影响人们的思想观念，力求取得人们对刑法规定的认同。

第三，以先法性法益为核心要素的犯罪立法概念，可以限制刑事立法者的权力。在立法者制定

〔19〕 参见前引〔1〕，罗克辛书，第14页。

〔20〕 参见许玉秀：《犯罪阶层体系方法论探源》，台湾《政大法学评论》第60期。

〔21〕 参见前引〔1〕，罗克辛书，第12页以下。

法律之前,就已经存在法益,法益是一种经验实在,可以客观地描述,因此,刑事立法者只能将侵害法益的行为规定为犯罪,法益保护是创设刑法规范的惟一理由,只有在法益保护的前提下,才有行为的非难性和应罚性,没有明确的、具体的法益存在,就没有刑事处罚的必要性。先法性法益概念对刑事立法权的限制主要表现在,可以用来排除单纯违背性道德、性风俗行为的犯罪性。性道德、性风俗是随历史变迁而变动的规范秩序,它们都不是客观实在,因而都不是法益。由此,近亲相奸、同性恋等行为因为没有侵害法益,故不宜规定在刑法中予以刑事制裁。^[22]

可以看出,用先法性法益来规定犯罪的立法概念,具有鲜明的时代特征。随着社会的发展,人们法治意识的不断提升,以及对权利保护的不断追求,人们逐渐展开对先法性法益概念的功能性反思。

先法性法益概念虽然可以排除一些没有侵害法益行为的刑事违法性,但是,由于它本身是不完整和不明确的,因此,并不能为刑事立法者提供一种可用的、适当的刑事政策标准,难以保证刑法保护范围的完整性和确定性。

第一,先法性法益概念并不能完整概括应当由刑法保护的利益范围。先法性法益概念位于法律之前,对于立法者而言,法益是预先给定的。问题在于,有些利益(例如人的生命、财产等)是在法律制定之前就已经存在的,但是,有些利益(例如税收制度、货币体系等)是通过立法来创设的,它们显然应当位于实定法之后。而现代法治社会要求刑法对这两种利益都应当进行保护,因此,完全用先法性法益概念来指导刑事立法,将使刑法的范围过于狭窄,无法实现对利益的完整保护。此外,先法性法益概念的不完整性还表现在,其不具有规范性,不能及时根据社会发展的要求调整其涵盖范围,将应当由刑法保护的利益纳入概念范围内。例如,性风俗和性道德的法益性就不是恒常不变的,^[23] 社会对刑法提出的新的权利保护要求也难以获得支持。坚持这种思维模式的最终结果必然是,承认存在没有侵害法益的犯罪,从而事实上放弃了用法益来定义犯罪立法概念的追求。^[24]

第二,先法性法益概念并没有提供确定刑法保护范围的明确界限。先法性法益先于实定法而存在,虽然其本身具有应受“法”保护性这个特征,但是,一种生活利益是否“应当受法律保护”,并不存在规范性的评价标准。那么,先法性法益是如何进入刑法规范的,人们是如何发现并选择将侵害某种法益的行为规定为犯罪?社会的现实当然不存在引申出法律的应然规则,否则就形成了康德所批评的“从存在导出当为”的错误论断。因此,哪些利益“应当受法律保护”,以及哪些利益可以进入刑法保护范围,都需要经过立法者的价值判断,而论者又不赞成将宪法规定作为价值选择的基准,^[25] 结果只能将权力都交给刑事立法者,刑事立法者可以自由决定哪些利益应当受刑法保护,并将侵害这些利益的行为犯罪化,而他们做出这些决定的限制只来源于其自身的政治倾向和价值偏好。正是在这个意义上,有学者认为,从法益概念中不可能推导出任何刑事政策问题,^[26] 犯罪概念对立法者提供的仅仅是“榜样的功能”。因此,一个不具有明确界限的先法性法益概念无法保证刑法保护范围的确定性,其对刑事立法权的限制也变得名存实亡。^[27]

[22] 参见前引[1],张明楷书,第108页以下。

[23] 具体论述可参见[德]G·雅各布斯:《刑法保护什么:法益还是规范适用》,王世洲译,《比较法研究》2004年第1期。

[24] 这一点,可以从威尔策尔(Welzel)的论断中发现。威尔策尔虽然支持先法性法益概念,但是最终却没有将其作为犯罪立法概念的核心要素,承认存在没有侵害法益的犯罪。参见前引[1],张明楷书,第91页。

[25] 参见前引[1],张明楷书,第111页。

[26] 参见前引[15],耶赛克等书,第316页。

[27] 中国刑法理论中的社会危害性概念在这一点上与先法性法益意义上的法益侵害性非常相似。虽然中国刑法理论一直认为,立法者应当将具有严重社会危害性的行为规定为犯罪,但是,对于什么是具有严重社会危害性的行为,缺乏明确的判断标准,理论上争论不止。通说认为,严重的社会危害性是由刑法典通过总则第13条和分则的行为构成来确定的,从而形成“刑事立法标准由实定刑法来确定”的循环论证。

先法性法益概念本身具有的不完整性和不明确性,不仅使其难以真正限制刑事立法权,而且无法有效证明刑法规定的正当性。以这样一个不完整和不明确的本体性法益概念来证明刑法的正当性,一方面将使犯罪在形式上与一种先于法律而客观存在的社会现实相联系,容易使犯罪在理论上成为一个可以脱离法律而存在的永恒主题,不符合历史发展规律;另一方面,用一个本身模糊并难以把握的概念来说明犯罪规定的正当性,难以保证刑法打击的完整性和精确性,不符合现代法治社会的基本要求。因此,用先法性法益概念来证明刑法的正当性,并不是一个理性的选择。

总之,用先法性法益来界定犯罪的立法概念,在特定的历史环境中,曾经发挥过积极的作用。但是,随着社会的进步,人们权利意识的增强,这种本体性法益概念已经完成其历史使命,应当让位于一种更合理的法益概念。

用一种位于刑法之前、宪法之后的宪法性法益概念来定义犯罪的立法概念,是对传统理论进行深刻反思的结果。宪法性法益概念没有将刑法的保护范围与客观现实直接相联系,而是设定体现全体国民意志的宪法这个中介。从客观现实进入刑法的保护范围在理论上就要经历两个阶段,即从客观现实进入宪法,再从宪法进入刑法。法益对确定犯罪立法概念的意义,只是体现在为刑事立法者提供了选择范围,而这个范围是各个部门法共享的,换言之,法益是由整体法共同保护的,它并没有说明刑法与其它部门法之间的界限。^[28]这种理论模式具有如下特点:

其一,宪法性法益位于刑法之前、宪法之后,用它来定义犯罪的立法概念,不仅在体系性位置上保证了适当性,而且避免了规范主义的循环论证与本体主义的“从存在导出当为”的谬误。宪法性法益不同于后刑法法益,它位于刑法规范之前,为刑事立法者创设刑法规范提供可供选择的范围,因此,相对于实定刑法而言,它是一个批判性范畴。同时,宪法性法益不同于先法性法益,它是位于宪法之后的,是宪法制定者对生活现实进行价值判断的结果,因此,刑法规则并不是直接从生活现实中推导出来的,它经历了人的两次价值判断,是刑事立法者在宪法框架内进行理性评价的结果。

其二,由于宪法是一国的基本法,对利益的保护是最完整的,用宪法性法益概念来定义犯罪的立法概念,可以确保刑法保护范围的完整性。在现代社会中,宪法不仅保护了生命、自由、财产等国民个人生存与发展必需的条件,而且设置了保障国民个人生存与发展的国家公共制度,例如,货币制度、税收制度等。因此,宪法性法益概念“包含了已经被法事先发现的状态以及同样由法才能创设的遵守规范的义务,也就是说,这个概念并不把自己局限在第一种选择可能性上”。^[29]而且,宪法性法益概念是规范性的,可以根据社会发展的要求,修正法秩序保护的範圍,为刑事立法者提供一种动态的、开放的选择范围,实现刑法对利益的完整保护。

其三,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事立法者提供一种界限清晰的评价标准。刑事立法者无需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,运用宪法的原则将某些法益纳入刑法的保护范围内。宪法规范为刑事立法者的选择设定了明确的界限,他们不能用刑罚来制裁侵害宪法性法益之外的利益的行为。从宪法性法益概念出发,可以推导出一系列具体的、可用的刑事政策标准:专横的刑罚威胁保护的不是法益,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,而秩序违反行为侵害的则是法益等等。^[30]

[28] 这一点,可以用来反驳这样的批评:意大利刑法学家安德里惹曾巧妙地借用宾丁曾经说过的“故意不履行合同(这种民事侵权行为),危害的程度肯定大于偷一个苹果或带一条无牙的狗在街上散步(等犯罪行为)”来说明不可能将法益侵害作为划分一般违法行为和犯罪行为的标准。参见前引[2],帕多瓦尼书,译者序,第9页。宪法性法益概念并没有将是否侵害法益作为区分犯罪行为和一般违法行为的标准。

[29] 参见前引[1],罗克辛书,第15页。

[30] 同上书,第15页以下。

可以看出, 宪法性法益是完整的、具有明确界限的概念, 用它来定义犯罪的立法概念, 可以为立法者确定刑事可罚性的界限提供可用的政策性标准。但是, 宪法性法益概念并不能证明刑法的正当性, 这是由辅助性法益保护原则所决定的。

刑法辅助性保护法益的原则, 是指刑法应当作为法益保护最后予以考虑的手段, 因为刑法在国家对公民权利的所有规范中是最严厉的一种, 所以, 只有在比较轻缓的手段不能充分保证效果的情况下, 才允许适用刑法。刑法当然是一种保护法益的机制, 但是, 在法律内部, 除了犯罪化外, 保护法益的机制至少还有两种主要方法——民事责任(侵权法和合同法等)和行政规制(行政许可和行政处罚等)。宪法性法益概念为刑事立法者以及其它法律制定者同时提供了明确的选择范围, 立法者在确定何种法益应当进入刑法保护范围时, 会考虑到诸多因素, 例如, 刑法能否有效地保护这些法益, 刑法对这些法益的保护是否不可替代, 即是否存在一种刑法外手段也可以成功实现对这些法益的保护, 并且代价更低。对这些问题的思考当然应当在刑法学理论体系内展开,^[31] 宪法性法益仍然是前刑法概念, 位于刑法学理论体系之外, 它并不能证明刑法规定的正当性。因此, “犯罪是对法益的侵害或威胁”这个命题的意义仅仅在于, 没有法益侵害发生的情况下刑罚权不得介入, 而不在于刑法因为保护了法益就获得其自身的正当性。^[32]

综上, 在犯罪的立法概念领域内, 用规范性的宪法性法益概念来替代本体性的先法性法益作为其核心要素, 由于能更有效完成其为刑事立法者提供政策性标准、在刑事立法阶段确立罪与非罪界限的理论任务而成为现代各国刑法理论发展的趋势。用刑法理论体系外的先刑法法益(包括先法性法益和宪法性法益)来证明刑法正当性的它证明模式逐渐失去其理论地位, 人们开始尝试运用体系内要素(例如刑罚目的等)来证明刑法正当性的自证明模式。

三、法益与犯罪的司法概念

犯罪的司法概念位于实定刑法之后, 指导司法机关根据刑法的规定对某些行为进行惩罚。司法机关在判断一个行为是否构成犯罪时, 通常是从入罪与出罪两个方面考虑的。^[33] 那么, 在犯罪的司法概念中, 法益应当如何进行概念选择, 发挥哪些功能, 值得探讨。

入罪判断是确定行为是否符合刑法分则规定的行为构成的过程, 而行为构成是根据一个或多个法益来制定的, 法益是行为构成形成的基石, 因此, 行为符合行为构成就意味着行为侵害了刑法所保护的法益。显然, 行为构成是刑法规定的, 位于刑法典之后, 因此, 用于指导入罪判断的法益只能是后刑法法益, 是被立法者通过价值判断纳入刑法保护范围内的利益, 一个行为应受刑事处罚不可能像一些民事法律后果那样, 可以在没有明确固定的行为构成的情况下, 从一般的法律原则中推导出来。^[34] 任何先刑法法益(包括先法性法益和宪法性法益)都不能成为入罪判断的基础, 否则, 不仅出现体系上的逻辑错位, 而且不符合罪刑法定原则的要求。因为在任何情况下, 无论是“自然的”不法行为, 还是“人定的”不法行为, 也不论广义的社会秩序先于法律存在, 还是由法律规定

[31] 人们一般都用刑罚目的这个体系内范畴来证明刑法的正当性。参见前引[1], 罗克辛书, 第36页。

[32] [德] 汉斯·海因里希·耶赛克:《为德国刑法典序》, 载《德国刑法典》, 徐久生译, 中国法制出版社2000年版, 第2页。

[33] 入罪判断涉及刑法分则规定的行为构成和总则规定的教唆、帮助等行为方式, 一般来说, 总则性犯罪(例如帮助犯、教唆犯)是以实行行为符合分则规定的行为构成为前提的, 从这个意义上说, 入罪判断的基本标准是刑法分则规定的行为构成。大陆法系国家的出罪判断涉及正当化事由和免责事由。中国的出罪事由并没有体系化, 一般认为, 出罪包括正当防卫、紧急避险等排除犯罪构成的情形, 值得注意的是, 中国刑法第13条“但书”的规定, 是一种独特的出罪机制。尽管人们可以将入罪判断与出罪判断两个方面进行逻辑整合, 形成各具特色的犯罪论体系, 但是, 从入罪与出罪两个角度来判断行为是否构成犯罪, 应当得到普遍的承认。

[34] 参见前引[1], 罗克辛书, 第119页。

产生,都只有在法律条文对反社会的行为有明确规定并予惩处时,才会有犯罪现象。^[35]用先刑法法益指导入罪,容易为司法机关超越刑法规定将行为入罪提供理论根据,使刑事类推成为可能,不利于法治社会的建设。因此,指导入罪判断的法益只能是后刑法法益,这是罪刑法定的必然要求。

后刑法法益可以用于指导解释刑法分则规定的行为构成,这个理论功能可以通过两种途径实现:

其一,法益可以帮助解释行为构成的含义。行为构成“显示列举无遗的犯罪类型的轮廓,”^[36]立法者将现实中的行为类型化,形成刑法分则规定的各种行为构成。但是,由于语言与现实生活的差距始终存在,刑法语言难以准确概括现实生活中的各种行为,因此,行为构成的含义并不总是非常清楚、明确的。事实上,一个刑法条文规定的含义,总是首先通过法官的解释,才会在确定无疑的意义上“被确定”。^[37]而法官的解释显然不能是任意的,此时,后刑法法益可以帮助法官解释行为构成。既然法益是刑法规范的目的,那么对行为构成内容的解释自然要遵循规范时所期望保护的法益来进行。应当注意的是,在一个价值多元的社会中,规范的目的并不总是可以清楚地确定的,而“当没有充分考虑到立法者仅仅是针对确定的攻击类型来保护大多数法益时,根据受保护的法益进行的解释甚至会导致错误。”^[38]因此,用法益来解释行为构成必须受制于刑法文本所表现出的字面含义。

其二,通过法益的解释排除行为构成。^[39]刑法中的行为构成是以保护法益为目的的,但是,形式上符合行为构成的行为是否都侵害了刑法保护的法益,不无疑问。实质解释论者一般认为,应当通过对构成要件的实质解释将某些轻微的、社会一般容忍的行为排除出行为构成。^[40]法益是实现实质解释的重要手段,例如,给邮递员小礼物并没有危害到公众对公务人员正直性的信任,下微不足道的赌注并不会导致赌博的狂热,这两种情况都因为没有达到一定的程度而没有损害法益,从而应当排除行为构成。^[41]需要注意,这两种行为是因为没有侵害法益而不符合行为构成,而不是因为侵害法益没有达到一定的强度而排除。因此,通过法益解释来排除行为构成的标准是法益侵害的性质而不是法益侵害的强度。^[42]

总之,在入罪判断过程中,发挥解释行为构成功能的只能是后刑法法益,司法机关只能运用刑法明确保护的法益来指导刑事司法,这是罪刑法定原则必然的逻辑结论。但是,罪刑法定原则并不要求司法机关在出罪判断过程中也只能以后刑法法益为基础。

法益的出罪功能主要体现在用法益的冲突与衡量来解释正当化事由。以法益侵害说为基础的论者,倾向于用法益衡量说和优越利益说来解释正当化问题。法益衡量说认为,在有数个法益互相冲突的场合,价值较低的法益必须向价值较高的法益让步,因此,在出罪判断上,法益的价值衡量起着决定性的作用。优越利益说认为,虽然法益的价值衡量是排除行为违法性的中心要素,但是,不

[35] 参见[法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第9页。

[36] 参见马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版,第112页。

[37] 参见前引[1],罗克辛书,第85页。

[38] 同上书,第14页。

[39] 排除行为构成并不是出罪,本文的出罪是指符合行为构成的行为,由于具备某些原因,而不构成犯罪的情形。

[40] 此观点来源于威尔策尔提出的“社会恰当性”理论,他的基本想法是,“在历史中形成的共同生活的社会道德制度内部活动”的各种行为,就是“社会恰当的”,从来就不会隶属于一个行为构成。今天,人们把它看成排除行为构成的情况、正当化的根据,甚至是免责的根据。参见前引[1],罗克辛书,第192页以下。

[41] 但是,有些行为形式上符合行为构成就已经侵害了法益,例如,小额盗窃能够毫不令人怀疑地就满足了行为构成,因为在盗窃轻微物品时,财产权和保管权已经受到了侵害。参见前引[1],罗克辛书,第194页以下。

[42] 有学者认为,对构成要件进行实质的解释,意味着使符合犯罪构成的行为具有应当追究刑事责任程度的社会危害性。参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第128页。论者在这里强调的显然是社会危害性的强度而不是性质,因而,与本文的观点并不相同。

能仅仅根据法益的一般价值顺序来决定行为是否正当,除了法益衡量之外,在个别具体场合,也必须考虑当时的所有事情,也就是概括性地进行法益的比较衡量。^[43]事实上,两种学说的基本原理是相同的,要认定符合行为构成的行为是正当的,该行为必须是保护了更优越的利益,被保护的法益的保护必要性要大于被侵害的法益的保护必要性。换言之,如果为了保护一个受到较高评价的法益而侵害一个受到较低评价的法益,那么,法益侵害的违法性就应当被排除。

显然,在出罪判断过程中,被侵害的法益只能是后刑法法益,但是,被保护的法益是否一定是后刑法法益呢?这个问题事实上可以转换成:正当化事由是否只限于刑法的规定?

刑法明文规定的正当化事由范围过于狭窄,难以合理实现对符合行为构成行为的出罪处理。刑法典中一般只规定正当防卫、紧急避险、被害人同意、正当业务行为等典型的正当化事由,^[44]但是,刑法学上所承认的正当化事由并不仅限于这些,司法实践也不可能仅根据刑法中规定的正当化事由进行出罪处理。因此,迄今为止,很少有学者支持将正当化事由的范围限定在刑法典的明文规定,超刑法的正当化事由得到普遍的承认。

超出刑法规定承认正当化事由并不违反罪刑法定原则。“没有刑法就没有犯罪”这个原理仅仅意味着,没有刑法的明文规定不能进行入罪处理,而出罪处理并不受制于“刑法明文规定”;换言之,将符合行为构成的行为进行正当化处理并不需要严格遵守“刑法明文规定”这个要求。承认超刑法的正当化事由,只是对刑事可罚性的限制而不是扩大,并不妨碍刑罚法规的保障机能,因而,符合罪刑法定原则的要求。

因此,剩下的问题就是,是否应当承认超法规的正当化事由?早期的刑法学者对此一般都持肯定观点,“因为合法化事由在成文法中只得到极不全面的探讨,以致于合法判决的做出,在很大程度上不得不借助于在成文法以外来考虑合法和不法的实体内容如何”。^[45]而且,从根本上看,作为允许规范的源泉,除了制定法以外,还应当考虑到国际法、习惯法以及社会的最高价值观所指向的超实定法。^[46]承认超法规的正当化事由,在法律制度尚不发达的国家和时代无可厚非,但是,其缺陷也很明显。超法规的正当化事由缺少规范性界限,其范围是不确定的,用它来进行出罪处理虽然不违反罪刑法定原则,但是,仅基于利益衡量的一般原理来考虑行为的正当化,将使刑法理论体系的严密性受到冲击,可能会危及法安全,甚至导致腐败现象。而且,现代各国的法律涉及社会生活的方方面面,对利益的保护渐趋完整和细致。在这种情况下,人们没有必要继续承认超法规的正当化事由。因此,正当化事由应当仅限于法律的规定,换言之,正当化事由应当来源于全部法律制度,^[47]以此最大可能地保证理论体系的严密性。

由此可见,在出罪判断过程中的法益衡量,是将行为侵害的后刑法法益与保护的宪法性法益进行价值权衡,确定是否将符合行为构成的行为进行正当化处理。

四、结 论

通过以上的分析,可以得出几点简短的结论:

第一,单一的法益概念无法完整地完法益所应当承担的理论任务和实践任务,复合的法益概念是理性构建刑法学理论体系的当然选择,具体包括先法性法益概念、宪法性法益概念和后刑法法益概念。

[43] 参见前引[16],曾根威彦书,第96页。

[44] 中国刑法典规定的正当化事由范围更狭窄,只有正当防卫和紧急避险两种。

[45] 参见前引[9],李斯特等书,第202页以下。

[46] 参见前引[15],耶赛克等书,第393页。

[47] 参见前引[1],罗克辛书,第136页。

第二，法益的概念选择、讨论领域和功能紧密相关，在不同领域内讨论的法益有不同的概念选择，发挥不同的功能。

第三，犯罪立法概念中的法益，只能是宪法性法益，其主要功能在于为刑事立法者提供一种刑事政策标准；用后刑法法益作为犯罪立法概念的核心要素，不仅是一种体系性错位，而且完全没有刑事政策意义；先法性法益由于其本身固有的不完整性和不明确性，而无法为刑事立法者提供可用的、适当的刑事政策标准。

第四，法益在刑法学理论体系中，并不承担证明刑法正当性的理论任务，这个任务一般是由刑罚目的等体系内范畴来完成的。

第五，犯罪司法概念中的法益，在入罪判断过程中只能是后刑法法益，其功能在于指导解释刑法规定的行为构成；在出罪判断过程中的最优选择是宪法性法益概念，通过法益价值的衡量，对符合行为构成的行为进行正当化处理，换言之，正当化事由应当来源于全部法律制度。

Abstract: The systematic position of legal interests may be analyzed in two aspects, one of which is the relation between legal interests and positive law, the other is the field where the legal interests are discussed. The concept of legal interests in different contexts would be a different one, which plays different function. The legal interests in legislative stage can only be the concept of the constitutionally legal interests, whose function is to provide appropriate criterion of criminal policy for law-makers. In the field of judicial stage, the concept of legal interests is only the one according to the criminal code and will guide the interpretation of the definition of a crime stipulated in the criminal law, so that the inculcation can be completed, while the concept of the constitutionally legal interests will justify an action, though the definition of a crime is fulfilled, after weighing the conflict values of legal interests.

Key words: legal interests, concept of crime, criterion of criminal policy
