



关于法益成为犯罪客体的思考（下）

魏 东

（二）法益理论之价值观

1. 法益的价值构造

法益本身是一个价值评判的概念^[35]。在刑法意义上，法益是为犯罪所侵害而为刑法所保护的价值或利益，在西方犯罪论上一般称其为保护客体，因而法益概念在刑法中具有重要意义。为了能深刻理解法益内涵，理论界普遍认为有必要从一般意义上分析法益的价值构造。在法益的价值构造问题上，理论界已有这样一种共识，即一般可以将法益分为公法益与私法益两种，或者将法益分为国家法益、社会法益、个人法益三种^[36]。此外，也有学者将法益划分为专属法益与非专属法益^[37]、有形法益与无形法益^[38]，还有学者提出了宪法法益的概念。

（1）公法益与私法益。公法益又称“整体法益”，是相对于私法益而言的，包括国家法益和社会法益。私法益，即个人法益。可见，公法益与私法益的划分，实际上是在国家法益、社会法益、个人法益三分法的基础所进行的再组合。

（2）国家法益、社会法益与个人法益。三分法是以法益主体为标准的分类法，这种分类法被认为是“妥当的”，并且认为在西方理论界“三分说成为一般说法”^[39]。所谓国家法益，指以在法律上被人格化的国家作为主体的法益，包括国家存在的安全、政府统治机构的确保、人民行使政权的保障、公共秩序的维持、司法权不受干扰等。国家法益是国家根本利益之所在，对国家法益的侵害，将直接危及国家的安全和政权的稳固。因而确保国家法益安全，具有重要意义^[40]。所谓社会法益，指以在法律上被人格化的社会整体为主体的法益，包括社会共同生活的安全、公共信用的交易安全、伦理秩序和善良风俗、婚姻家庭制度的安全、公共卫生与健康等。可见，社会法益是一种公共利益，与国家法益、个人法益既有区别更有联系：就社会法益与国家法益的关系而言，维护社会秩序是国家的重要职能之一，没有稳定的社会秩序就不会有稳定的国家统治，因为国家统治建立在社会秩序的基础之上；就社会法益与个人法益的关系而论，社会法益能还原成个人法益^[41]。所谓个人法益，指自然人所拥有的、并由刑法加以保护的生活利益，包括生命、身体与健康、个人自由、名誉与信用、财产等法益。对个人法益予以刑法保护，亦即对侵害个人法益的不法行为从社会意义上评价为犯罪，是人们对犯罪价值认识深化的结果，它经历了一个漫长的过程^[42]。

（3）专属法益与非专属法益。所谓专属法益，指个人法益中不能转让、不能代替的人身法益，包括个人生命、身体健康、人身自由、名誉等。所谓非专属法益，又称一般法益，是指财产方面的法益，其特点是与人身权利无关，可以自由买卖、转让或者放弃。

（4）有形法益与无形法益。所谓有形法益，又称形式法益，指能够反映客观的有形事物的

法益，其特点是通过能够看得见、摸得着、被实际感知的人或物，来体现法律所保护的的价值或利益，如身体、财产等。所谓无形法益，又称实质法益或非物质法益，是指不能被感知的非物质利益，如自由、名誉、人格、尊严等^[43]。

(5)宪法法益。这一概念是由意大利刑法学者在探讨犯罪本质的过程中提出来的。从历史渊源而论，可以说近现代刑法学的主要流派都滥觞于意大利，而每一流派的创立都与对犯罪本质的探索息息相关。就现实而论，由于意大利战后违宪审查制度的确立，任何与宪法规定不合的刑法规范都可能被判违宪而失去效力，更是迫使意大利的刑法学者们不得不思考犯罪的实质与宪法所维护的利益之间的关系，以致后来“出现了在法律制度内部，即根据宪法维护的基本价值，来界定犯罪本质的倾向”。例如，意大利刑法学者曼多瓦尼(Mandovani)根据意大利宪法，给犯罪下了一个实质与形式相结合的定义^[44]，并且“将犯罪的实质归结为严重侵犯宪法维护的价值”^[45]。很明显，所谓宪法法益，就是指宪法所维护的价值(或利益)。

此外，中国有部分学者在学术论著中提出了“刑法法益的概念”^[46]。由此可否说，各部门法都可以提出相应的“部门法益”概念，如“民法法益”、“经济法法益”、“诉讼法法益”等。这是一个值得斟酌的问题。再有，与“全球化”趋势、联合国强化干预、“普遍管辖”等相关，在法益的价值构造与划分上，是否存在一种“普遍法益”或者“整体法益”、“全人类法益”、“全球法益”、“世界法益”？这也是一个值得思考和研究的问题。例如，国际条约、国际公约中达成共识的价值或利益，是不是“普遍法益”？再例如，联合国对伊拉克的制裁，对科索沃冲突的介入，对柬埔寨大选的监督等等，可以说都对传统国际法理论中“国家内政神圣不可干预”、“国家主权”等原则提出了新的挑战，其正当化的根据是否因为存在“普遍法益”(如人类秩序、民主权利)？可见，在法益的价值构造上，还有拓展的空间。

2. 法益的价值取向

(1)刑法的价值定位：价值中立。关于刑法的价值问题，我国刑法学者一般从两种意义上进行探讨和阐释：一种是应然的刑法价值，如将刑法哲学追求的价值目标归结为公正、谦抑和人道三种。另一种是实然的刑法价值，如根据刑法具有保护机能和保障机能的应然价值内容，分析并阐明我国1979年刑法的价值定位是社会保护优先，而1997年刑法的功能选择是突出权利保障等实然刑法的价值取向^[47]。然而，在我们看来，刑法的价值定位应该是符合理性要求的最佳的价值整合状态，即便是存在严重的价值冲突——这种冲突的根源当然是社会冲突，也应该如此。因为，就刑法价值而言，其评判的视角可以是多棱的，对公正、自由和秩序等刑法所追求的价值目标的肯定，以及对保护机能和保障机能等刑法价值的机能性认识，都蕴含着真知灼见；但这些价值目标内容和机能性冲突需要理性化的重新整合，以使其呈现出一种最佳的价值整合状态——我们称之为价值定位。而这种价值定位之所以必须是理性的，是因为它既要全面(但并不彻底)实现各种价值目标内容，又要综合协调各种价值目标相互之间的矛盾关系，从而实现整体价值目标的最大化。这种理性的法律价值定位应该是法律价值中立。

所谓法律价值中立，是与价值非中立或者价值倾斜性相对立的价值定位，即指法律不倾向于任何个人、集团、党派、阶级的价值好恶，而是忠实地表达社会所有主体的共同价值需求，是对矛盾着的主体需求以共存为原则所作的共同化的抽象^[48]。现代法律的价值定位之所以必须是中立的，这是由现代法律的本质特征所决定的。现代法律作为社会主体共同需求的规范化，是现代社会中一种最普通、最基本、最高的社会规则；现代法律作为政治社会与市民社会为了平衡矛盾、减少摩擦而订立的“契约”，作为用以协调社会关系，平衡社会利益、社会价值和社会行为冲突的社会规则，是立法者以正义为界而对主体需求及其行为所定的宽容规则，是社会据以限制国家权力和国家据以管理社会的基本规则，也是以主体自觉自

愿的法律意识确保，并以国家强制力为后盾，通过义务的履行以实现权利的社会规范。总之，现代法律是反映社会正义的价值中立的社会规则^[49]。因此，刑法作为现代法律体系中的基本法律，其价值定位必然遵循并充分反映和体现现代法律价值定位的一般规律，这就是价值中立。我们认为，这种刑法价值中立，其题中之义应当包括以下三方面的基本内容：一是公正和功利的有机和谐，而不是只强调其一而不顾其他；二是保护机能与保障机能的合理兼顾，而不是顾此失彼或者重此轻彼；三是工具主义和目的主义的理性统一，而不是只注重世俗实用的工具主义。

刑法应该“中立地”对公正和功利给予关注和平衡，并且力求使两者处于一种理性和谐的整合状态。我国著名刑法学者储槐植教授指出，公正和功利是人类的社会活动一直追求的两种价值，二者的结合是终极目标；要功利又要公正，这是国家被迫的选择^[50]。关于功利，在我们看来主要有两项基本内容：一项是从个人角度看，功利意味着自由；另一项是就国家角度而言，功利意味着秩序。因此，公正和功利的平衡，主要指公正、自由和秩序的理性和谐。古希腊亚里士多德讲：“要使得事物合于正义，须有毫无偏私的权衡；法律恰恰是这样——一个中道的权衡。”^[51]刑法如何进行这种“中道的权衡”？我们认为，首先，刑法公正要无害于刑法功利（自由和秩序）。刑法若是公正的，则它必然是在不损害社会整体利益的前提下充分有效地赋予和保护了公民自由。美国学者甚至认为，在一个正义的社会里，基本的自由被看成是理所当然的^[52]。因此，从实证主义角度讲，刑法的公正价值要求国家及其代表者在刑事立法和司法的整个过程中始终给予公民自由以极大关怀，赋予并尊重公民的自由权利，不得非法限制和剥夺、侵蚀公民自由。另一方面，如果公民无限制地扩大甚至滥用自己的自由权利而损害他人或者整个社会的权利，那么就会造成“过限的”自由损害公正价值的“不和谐”状态，因而公正对公民自由有制约的必要，但这种制约又必须以正义的法律所规定的范围为限。可见，刑法公正对公民自由是既给予充分保护又予以正当合法的制约，体现了刑法价值中立。同时，刑法公正对于社会秩序而言，既有制约也有依赖。托夫勒认为，世界上既存的秩序有两种，即“社会必要秩序”和“剩余秩序”，其中后者是专为当权者谋利益的滥用秩序，它无益于社会^[53]。因而，刑法所保护之秩序，应该是“社会必要秩序”，并摒弃“剩余秩序”，以秩序的最小化去换取公民自由权利的最大化^[54]。惟其如此，才符合刑法公正的要求。与此相适应，保护“社会必要秩序”的刑法，通过规范公民行为，惩治违法犯罪，才能保障公正的实现。

其实，就功利本身而言，自由与秩序两者之间也是一种辩证统一的关系，也需要刑法予以不偏不倚的“中道的权衡”。“自由就是没有拘束，有多种抉择，不受固定的行为进程的限制”^[55]，但“这自由的第一步实际是要求法治”^[56]或者“一定程度的普遍限制”，这种限制就是法律^[57]。这里的“普遍限制”和“法治”，正是在“秩序”意义上而言的。这些基本思想，反映在刑法价值上可以归结为两层意思^[58]：一则秩序是自由的保障，刑法通过对侵害公民自由行为的禁止，维持一定秩序，确保公民自由的实现；二则自由以秩序为限，因为“政治上自由的个人仍必须服从规定其自由的法律上的约束”^[59]。亦即刑法既是对公民自由的保护，同时也为公民自由范围划定了一条最后界限。

其次，刑法功利也要求力求无损于公正。这种公正突出地体现在如下的命题之中：刑法必须“中立地”兼顾好保护机能和保障机能，促使两种机能协调和谐。刑法两种机能的冲突，在本质上与刑法公正和功利价值的冲突是具有同一性的，因此，总的来说，刑法对这种冲突的解决，仍然必须进行“中道的权衡”，而不应该是厚此薄彼式的选择。但有学者指出，国家意志在本性上是功利性的，因而不可能在国家活动中形成功利与公正不偏不倚的对等局面；因此，功利优先，兼顾公正，这是刑法的功利与公正相结合的可能实现的惟一最佳方案^[60]。还有学者认为，“刑法两大机能时常发生冲突……在权利保障机能和社会保护机能不能同时得到实现的情形下，恰当地安排它们的次序与确定它们的重要性便是十分必要和无

可避免的”^[61]。论者甚至以我国刑事立法为实例，认为我国1979年刑法的价值定位是社会保护优先，而1997年刑法的功能选择是突出权利保障，在修订后的刑法中，权利保障的刑法价值被突出到一个极其显要的位置上^[62]。但是，这些看法似有不妥。何谓刑法两种机能“不能同时”得到实现？何谓“恰当的”次序与重要性？这些疑问，无法在论者的叙述中找到令人满意的答案。我们认为，刑法价值中立的根本要求，反映在刑法机能性认识上，就是必须理性地兼顾刑法两种机能，实现刑法两种机能协调和谐的最佳整合状态。这种最佳整合状态既是可能的，也是必要的。刑法保护机能与保障机能是一种相互制约、相互协调和对立统一的关系，从刑法价值中立的立场出发，刑法两种机能同等重要，而且都必须同时得到实现。我们不能只重保护机能，忽视保障机能。要不然，法西斯主义、专制主义就仍然有理论支撑，最终结果恐怕是“国将不国”，“人将不仁”，整个社会自身难保。我们也不能只重保障机能而削弱保护机能，否则，整个社会将陷入灾难性的混乱之中，秩序无有，公理不存，人权和自由又从何谈起？所以，刑法两种机能有如鸟之两翼、车之两轮，缺一不可，同等重要。就我国1979年刑法与1997年刑法而言，我们不能简单地认为，前者的价值定位是社会优先，后者的价值定位是突出权利保障；而应该看到，两部刑法在实现刑法价值中立的“程度上”有比较明显的差异。1979年刑法不但保障机能受到压抑(如规定了类推制度、刑法过度模糊等内容)，而且保护机能的弘扬也不充分(如其后颁行20余个单行刑法所规定的犯罪以及其他尚未犯罪化的大量严重危害行为等，在1979年刑法中都没有规定，而且也无法运用“类推制度”予以解决)，当然，相比较而言，1979年刑法对保障功能的压抑更为突出。1997年刑法则明显前进了一大步，保护机能和保障机能都同时得到了强调，并且都在较大程度上得到体现，但仍然远不是完美无缺的。例如，刑法有些条文的规定还不够明确，尤其是在刑法分则罪名设置上未能实现一罪名一法条，等等，使刑法的明确性受到责难，而这是与体现保障机能的罪刑法定原则旨趣不相容的；但另一方面，例如刑法对“特殊防卫权”的限定不严、对部分罪刑关系规定不科学等，都潜存一种对良好社会秩序的不利影响。当然，刑法两种机能的充分实现和协调和谐，只是一种价值定位的理想状态，在现实生活中难免存在差距。但我们不能因此否认，刑法“应该”中立地兼顾好两种机能。

(2)法益的价值取向：与法——刑法的价值取向的同一性。如前所述，法的价值取向是价值中立，那么，合逻辑的结论应该是，作为法所保护的价值或利益的法益，其价值取向也必然充分体现和张扬法本身的价值取向——法益整体的价值中立。由此，我们也可以说，在刑法意义上，刑法所保护的客体——法益——在整体价值取向上也是价值中立，法益的价值取向与法——刑法的价值取向具有同一性。

法益价值中立(即法益整体价值中立)的基本含义是指，法益是法通过合乎公平正义的、毫无偏私的、中道的权衡，从而使法所保护的价值或利益在整体上成为全社会所有主体的共同价值需求。法益价值中立必须得到经常一贯的强调。例如，公法益与私法益之间，或者国家法益、社会法益与个人法益之间，总的来说是一种对立统一的关系，它们相互之间有矛盾，但也有统一和协调，这就存在一个法益的最佳整合状态问题，亦即我们所强调的法益价值中立。假如法益价值中立被破坏，那就可能出现片面强调一种法益而忽视另一种法益的情况，其效果必定是不理想的，甚至会造成严重后果。例如，如果片面强调国家法益而削弱社会法益与个人法益，其结果正如片面强调秩序而忽视自由与公正一样，必然是灾难性的；反之亦然。最近的一段时间，我国法学界正在热烈进行公法优位还是私法优位的讨论^[63]。这种讨论是有深远意义的，尤其对于启发人们的思维，正确认识法律价值中立和法益价值中立，实现法律价值观的更新与转变，将产生深刻的影响。从讨论的观点看，有主张私法优位论的，也有坚持公法优论的，各执一辞^[64]。有学者认为，19世纪末20世纪初，工业革命又推出了一种新的有别于公法和私法的法律类别——社会法。如果说公法主要是有关国家(权力)的

法律，私法主要是有关个人(权利)的法律的话，那么社会法则是有关社会的法律(平衡权力与权利)。如果说现代法律均应是中立的话，那么社会法则是在法律体系内部的中立，即针对公法和私法各自调节公权和私权的特征，在两者之间设立中立的制约规则，这种规则就是社会法。因此，社会法在现代法律体系中的平衡地位又可概括为中立地位。这是一种动态的中立，即当权力扩张时，以社会法制约公法及公权力；当权利泛滥时，以社会法限制私法及私权利。可见，在法制现代化过程中，不但需要明确的公法、私法、社会法的分工，而且需要恰当地解决三者间的关系，这种关系的基本点是：私法基础及自治、公法优位及干预、社会法综合及平衡^[65]。但在我们看来，公法优位论与私法优位论都是与法律价值中立的命题相悖的。公法固然主要是调整非平权的“管理与被管理”或“监控与被监控”为特征的社会关系的法律，私法是用来调整平权的以相互协作为特征的社会关系的法律，但是，公法和私法所保护的利益价值仍然应该是立体的、全方位的，其价值取向仍然是价值中立，不应该是私法优位，也不应该是公法优位。从法律价值取向的合目的性角度来看，在公法、私法、社会法的划分中，或许居于“中立地位”的社会法优位更有说服力。可以说，法律价值中立与法益价值中立，犹如以法律理性为中心所形成的坐标，实在法律都可以在坐标中找到自己的位置，只是不同的法律距离法律理性的中心的远近不同而已。

一般而言，政治国家都格外强调政治国家的利益，体现在价值取向上就是重心倾斜——以保护国家利益为重点，但是，即使是蒙昧落后的奴隶制国家或者专制残暴的封建制国家，法及其所保护的利益都顽强地表现出一种趋向中立的特性，突出地反映在法必须保护一定的社会整体利益和社会成员利益，而不是一边倒地、排他地保护政治国家利益。理由很简单，正如恩格斯所言：“政治统治到处都是以执行某种社会职能为基础的，而政治统治只有在它进行了它的这种社会职能才能继续下去。”^[66]恩格斯在这里强调的是，政治职能必然要体现出社会职能的某些特征。反映在法上，无论是愚昧的立法或者科学的立法，也无论是政治立法或者市民立法，法及其所保护的利益都必然反映价值中立的内在规定性；区别只在于：有的是正面的、较为充分的反映，因而具有科学性和生命力；而有的则是反面的、曲折的反映，因而具有反动性，缺乏生命力。当然，这种评价必须以历史唯物主义的态度来进行，特别是要考虑到人类对自然和社会的认识规律是一个循序渐进的过程。人类对法律的认识与实践，不仅是一个漫长的过程，更是一个由蒙昧的自然王国走向理性的自由王国的过程。

(参考文献)

[1][2][8]高铭暄主编。刑法学原理(第1卷)[M]。北京：中国人民大学出版社，1993。478-480，498-501。

[3](日)福田平，大冢仁。日本刑法总论讲义[M]47。

[4]高铭暄主编。刑法学[M]。北京：法律出版社，1981。106。

[5]高铭暄主编。刑法学原理(第1卷)[M]。北京：中国人民大学出版社，1993。480-485；马克昌主编。犯罪通论[M]。武汉：武汉大学出版社，1991。100-112；何秉松主编。刑法教科书[M]。北京：中国法制出版社，1995。116；孙建国，汤留生主编。新刑法原理与实务[M]。成都：四川人民出版社，1997。34-35；肖中华。犯罪构成及其关系论[M]。北京：中国人民大学出版社，2000。181-182。

[6]现代汉语词典[Z]。上海：商务印书馆，1978。636。

[7]吴雪松。犯罪客体再思辨[C]，薛瑞麟主编。法大刑法学研究文集[A]。北京：中国政法大学出版社，2002。17。

[9][39][40][41][42][43]马克昌，杨春洗，吕继贵主编。刑法学全书[M]。上海：上海科学技术文献出版社，1993。617-618，607，618，617。

[10][16][17][33](日)大冢仁。犯罪论的基本问题[M]。北京：中国政法大学出版社，1993。4，4-7，6。

[11][14][18][19][21][22][23]丁泽芸。刑法法益学说论略[C]。刑事法学要论[A]。北京：法律出版社，1998。278-291。

[12][13](日)大冢仁。犯罪论的基本问题[M]。北京：中国政法大学出版社，1993。4；(日)木村龟二，顾肖荣，郑树周译。刑法学词典[Z]。上海翻译出版公司，1991。100-101；杨春洗，苗生明。论刑法法益[J]。北京大学学报，1996，(6)。

[15](意)杜里奥·帕多瓦尼，陈忠林译。意大利刑法学原理[M]。北京：法律出版社，1998。81。

[20]陈志龙。法益与刑事立法[M]。台北：台湾大学法学丛书编辑委员会编辑，1987。

[24]谢勇。犯罪学研究导论[M]。长沙：湖南人民出版社，1992。163。

[25][27][29][30][32]马克昌主编。近代西方刑法学说史略[M]。北京：中国检察出版社，1996。159-161，208，271，278，315。

[26]竹田直平。法规范及其违反[M]。有斐阁，1961。73-74。

[28](日)中山研一，姜伟等译。刑法的基本思想[M]。北京：国际文化出版公司，1988。16。

[31](日)森下忠泽。社会防卫原理[M]。成文堂，1980。67。

[34](德)格吕恩特·雅科布斯，冯军译。行为、责任、刑法——机能性描述[M]。北京：中国政法大学出版社，1997。扉页。

[35]陈兴良。刑法的人性基础[M]。北京：中国方正出版社，1996。347。

[36][37][38](日)本村龟二主编。刑法学词典[Z]。上海：上海翻译出版公司，1991。100-101。

[44][45](意)杜里奥·帕多瓦尼。意大利刑法学原理[M]。“译者序”第8-9页。

[46]杨春洗，苗生明。论刑法法益[J]。北京大学学报，1996，(6)；丁泽芸。刑法法益学说论略学[C]。刑事法学要论[A]。北京：法律出版社，1998。278-291。

[47][61][62]陈兴良，周光权。困惑中的超越与超越中的困惑——从价值观角度和立法技术层面的思考[C]。陈兴良主编。刑事汪评论(第2卷)[A]。北京：中国政法大学出版社，1998。1-103。，1-103。

[48][49][63][64][65]谢晖。价值重建与规范选择[M]。济南：山东人民出版社，1998。34-39，274，274-288。

[50]储槐植。刑事一体化与关系刑法论[M]。北京大学出版社，1997。258。

[51](古希腊)亚里士多德(吴寿彭译)。政治学[M]。上海：商务印书馆，1965。169。

[52](美)约翰·罗尔斯，何怀容等译。正义论[M]。北京：中国社会科学出版社，1988。25。

[53](美)阿尔温·托夫勒，刘江等译。权力的转移[M]。北京：中共中央党校出版社，1991。486-489。

[54][58][60]谢望原。刑罚价值关系论[J]。法学家，1998，(3)。

[55][59](美)里奇拉克，许泽民等译。发现自由意志与个人责任[M]。贵阳：贵州人民出版社，1994。8。

[56](苏)G·G·阿列克谢耶夫，黄良平译。法的一般理论[M]。北京：法律出版社，1988。9。

[57](英)霍布豪斯，朱曾汶译。自由主义[M]。上海：商务印书馆，1996。9。

[66]马克思恩格斯全集(第29卷)[C]。1183。

（作者系四川大学法学院教授，北师大刑科院兼职研究员，本文原载《铁道警官高等专科学校学报》第2003年第1期）

更新日期：2007-4-3

阅读次数：352

上篇文章：以人权保障为视角看犯罪构成

下篇文章：关于法益成为犯罪客体的思考（下）

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号