

2004

◎主编/游伟



华东
HuaDong

刑事司法评论
Criminal Justice Review

〔第七卷〕

【本卷要目】

无被害人犯罪与非犯罪化 王恩海

刑法总论中的争议问题研究 赵秉志

论推定与刑事证明责任 游伟 肖晚祥

刑事证人到庭的法律缺陷和认识误区 王幼璋

私分国有资产罪认定问题研究 孙国祥

刑事诉讼中的刑民交错现象及其法律规制 刘建国等

死刑的价值分析 邱兴隆

侵犯知识产权犯罪的数额问题研究 王新宇

法官如何正确行使刑法适用解释权

——寇平寻衅滋事案定性研究 张本勇 赵运锋等

郑恩宠为境外非法提供国家秘密案第二审刑事裁定书

上海市高级人民法院



法律出版社
LAW PRESS CHINA



独角兽工作室

装 幀 设 计

ISBN 7-5036-4744-2



9 787503 647444 >

ISBN 7-5036-4744-2/D · 4462

定价：25.00元

2004/

华东 刑事司法评论

HuaDong

Criminal Justice Review

〔第七卷〕

◎顾问/苏惠渔 赵秉志 陈兴良
张明楷 陈瑞华 龙宗智
郎 胜 姜 伟 熊选国
◎主编/游 伟



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

华东刑事司法评论.第7卷/游伟主编. —北京:法律出版社,
2004.8

ISBN 7-5036-4744-2

I. 华… II. 游… III. ①刑法—研究—中国②刑事诉讼法—
研究—中国 IV. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 056497 号

法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/11.25 字数/295 千

版本/2004 年 7 月第 1 版

印次/2004 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-4744-2/D·4462

定价:25.00 元

《公法》(第五卷) 要目

陈兴良 编 定价: 56.00元 法律出版社出版

刑事政策的价值目标	严 励
刑事司法政治化的背后	劳东燕
作为一项刑事政策运动的非犯罪化	梁根林
剖析与构建: 变某背景中的刑事诉讼程序	吴卫军 任永芳
没有陪审团就没有对抗制	易延友
刑事契约论	郭 明
游街示众: 一种治理方式的分析	刘 忠
警察权及其配置与运行	张 强
对警察刑事执法实践问题的实证分析	陈卫东 程 雷
刑事程序与刑罚效果关系实证分析	谢安平
关于财产刑执行情况的调查报告	课题主持人: 李振奇 杨 克 执笔人: 朱 平 康 瑛
刑事审前程序获得律师帮助权之实证研究 ——对北京市某区看守所200名在押人员的调查	侯晓焱 刘秀仿 张 翼 陈兴良 屈学武
婚内强奸行为之定性研究	何泽宏 庄 劲
从个案质疑到废弃经济犯罪死刑的法律思考	董玉庭
论刑法的间接渊源	[日]田宫裕著 戴 波 张立艳译
疑罪论	朱家贤
犯罪和死刑	
国际恐怖主义背景下的恐怖犯罪问题研究	

无被害人犯罪与非犯罪化

王恩海

刑法是规定犯罪、刑事责任与刑罚的法律,在这三者中,最为重要的是对犯罪的规定,一国刑法将何种行为规定为犯罪,要考虑各种因素,但现在一般认为,应当将一行为是否侵犯刑法所保护的法益作为确定该行为是否构成犯罪的依据。因此,通过立法规定或者法律解释来确定一个行为是否构成犯罪,应当将何种行为规定为犯罪即犯罪化是刑事政策的重要内容。

在刑事政策的研究中,与犯罪化相关联的是非犯罪化,所谓非犯罪化是指将迄今为止作为犯罪处罚的行为在刑法上不作为犯罪,不予以处罚,包括将历来作为犯罪进行处罚的行为改处罚款之类的行政处罚场合。如在德国,为了停止对轻微犯罪等科处刑罚,就将这些犯罪从刑法中予以删除,而作为违反秩序法的行为予以行政处罚,这也是非犯罪化的一种表现形式。非犯罪化,在第二次世界大战之后全面推行刑法改革的英国、美国、德国等欧美国家成为问题,它以价值多元化的宽容社会理念(自由社会)为背景,在20世纪50、60年代,认为以基督教的道德观念为基础的犯罪(如成人之间基于合意的同性恋行为、近亲相奸行为、堕胎行为等)都是无被害人犯罪(victimless crimes),主张将这些犯罪从刑法中删除。^①因此,无被害

^① [日]大谷实著:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第6页,注释2。

人犯罪是非犯罪化的主要类型。

我国有的学者认为,犯罪学研究无被害人犯罪和刑法将某些无被害人犯罪规定为犯罪,其意义在于:第一,保护社会利益的需要。事实上,真正无被害人的犯罪是不存在的。所谓无被害人的犯罪,如卖淫、吸毒、赌博等,实际上均对社会构成了危害,所以,应当将其规定为犯罪予以处罚。第二,维系社会道德的需要。社会是一个信念共同体,每个人都是社会整体的一部分,社会应当贯彻共同的道德准则。人类历史已经表明,当社会没有共同的道德准则时就会趋于解体,而道德信念的松懈往往是社会解体的第一步。第三,犯罪预防的需要。无被害人犯罪不仅本身具有社会危害性,而且还往往诱发其他犯罪发生。预防和惩罚无被害人犯罪,不仅可以遏制其他严重犯罪的发生,而且对于无被害人犯罪者本身也是不无裨益的。^①由此可见,是否将刑法规定的无被害人犯罪非犯罪化,在理论上存在一定的争议,为此,我们必须研究无被害人犯罪的概念、特征、理论基础等问题,在此基础上,本文讨论我国刑法规定的无被害人犯罪。

一、无被害人犯罪的基本特征

非犯罪化纳入人们的视野,引起大家的关注,始于二战结束之后,其中影响最大的是英国于1957年通过的《关于同性恋和卖淫的沃尔夫登委员会报告》,该委员会建议通过一项立法,允许21岁以上的男子间自愿的私下实施同性恋行为。1958年,德夫林勋爵对这种看法提出了批评,他认为,社会是一个各种观念的集合,镇压邪恶与镇压颠覆没有什么两样,都是法律的任务,他并不认为一切与整个社会所持的道德相违背的信仰都会危及社会的生存。著名学者哈特和罗纳德·德沃金都对德夫林的观点提出了批评。这场争论最后以德夫林的失败而告终。之后,各国基于沃尔夫登委员会的思路,对刑法典进行了改革,例如,英国于1967年通过《性犯罪法》,该法确认21

^① 张远煌著:《犯罪学原理》,法律出版社2001年版,第116页。

岁以上的男子之间私下自愿发生的同性恋行为是合法的。1967年英国还通过了《堕胎罪法》，根据该法，如果妊娠是由一个已经注册的开业医生予以终止，并由这样的开业医生善意提出意见，则不构成堕胎罪，这实际上是使堕胎自由化。^①德国将过去一直加以处罚的所谓非自然的猥亵行为等予以非犯罪化。^②之后，非犯罪化这一问题逐渐引起了大家的重视。20世纪60年代后，美国掀起了一场法律改革运动，该运动导致了刑法调整某些日常行为作用的削减，所涉及的法律首先是那些与公共道德调整有关的法律，是制裁卖淫、堕胎、同性恋、酗酒和流浪的法律。在这场法律改革中提出的观点是，只要不伤害另一个人，该人行为的自由就不应受到刑法的干涉。^③

在这股非犯罪化的浪潮中，美国学者埃德温·舒尔于1965年提出了无被害人犯罪这一概念，按照他的观点，某些罪行是被害人和犯罪人双方都同意并且自愿交换的行为，如吸毒者与贩毒者之间、赌徒与赌场老板之间、卖淫者与嫖娼者之间等等。上述行为的“被害人”并不认为自己是被害人，与此相反，他们认为自己是利益交换者，是在利益平等的前提下所做的交易，交易双方两相情愿，甚至都是交易的受益者，并不存在谁是被害人的问题。^④

自从提出这一概念后，无被害人犯罪就成为非犯罪化的重要组成部分，对一些国家的刑事立法产生了影响，有的国家按照这一理论将某些行为进行了非犯罪化处理，但在理论上仍然存在一定的争议。迄今为止，学者之间就无被害人犯罪的概念并没有形成统一的观点。目前主要有以下几种观点：第一种观点认为无被害人犯罪是指专为保护宗教或道德，而同个人的生活利益无关的犯罪；第二种观点认为

① 陈兴良著：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社1998年版，第396—399页。

② [日]大塚仁著：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第14页。

③ 梁根林：《论犯罪化及其限制》，载高铭喧、赵秉志主编：《新中国刑法学五十年》（中），中国方正出版社2000年版，第1456—1457页。

④ 许永强著：《刑事法治视野中的被害人》，中国检察出版社2003年版，第8页。

无被害人犯罪是不对法益产生侵害或者危险的犯罪,换句话说,就是保护法益不明确的犯罪;^①第三种观点认为无被害人犯罪是指没有直接被害人或者被害人不明显的犯罪。^②上述概念从不同的角度对无被害人犯罪进行定义,第一个概念指明了无被害人犯罪的主要内容,即为了保护宗教或道德,但其缺陷是没有指明行为人实施行为时的主观心态。第二个概念指明了无被害人犯罪的本质,即没有侵害或者威胁刑法所保护的法益,但它也没有指明行为人实施行为时的主观心态。第三个概念仅仅从表面现象出发,以有无被害人为标准对这一概念作出了文字意义上的解释,其缺陷同样很明显。

无被害人犯罪从其本质来看,没有对刑法所保护的法益造成侵害或者威胁;从其内容来看,大多是对宗教和道德的犯罪;从其主观方面来看,通常是出于人的本性而实施相关犯罪的。因此,我们可以尝试给无被害人犯罪下一个定义:无被害人犯罪是指违反宗教或者道德,没有对刑法所保护的特定的法益产生侵害或者威胁,出于人的本性而实施的行为。它主要包括没有被害人和被害人是自己的两种情况。这是从刑法学的角度而言的。如果从犯罪学的角度看,笔者认为,所谓无被害人犯罪是指基于当事人的合意而自愿实施的行为,即使该行为属于犯罪,当事人也不会向有关机关告发。

无被害人犯罪具有如下主要特征:

第一,从主观方面来看,涉及无被害人犯罪行为的所有人都是自愿的,而不是被强迫的,因此,这些行为并不侵害他人。从传统道德的角度看,这些行为中的“被害人”通常是行为人本人。

第二,从客观方面来看,绝大多数这类犯罪涉及一些被禁止的物品或者服务,而参与者出于人的本性,希望得到这些东西,如赌博、酗酒、卖淫等行为。

① [日]大谷实著:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第89—90页。

② 李贵方:《西方国家关于无被害人犯罪问题的争论》,载《外国法学研究》1989年第2期。

第三,从危害结果来看,这些犯罪的社会危害性非常小,这是无被害人犯罪与有被害人犯罪的最为本质的区别,因为这些行为没有具体的被害人,因此社会危害性缺乏可以体现的明确载体,比之有被害人犯罪的社会危害性要小。

第四,从诉讼结构来看,这类犯罪除了警察(即国家的代表)外,一般没有积极主动的控诉人,因此,在我国刑事诉讼法已经确定被害人是当事人的情况下,在诉讼结构上与有被害人的犯罪有着明显的不同。

从理论和实践中看,下列几种犯罪属于我们所讲的无被害人犯罪:酗酒、赌博、传播淫秽物品、亵渎神灵;成年人之间相互同意的性行为,如重婚、通奸、鸡奸、乱伦、卖淫、同性恋;吸食麻醉品(毒品);堕胎等。根据无被害人犯罪的观点,应当将这些行为非犯罪化,或者将其视为合法行为,或者将其视为违法行为给以行政处罚而不是予以刑罚处罚。

二、无被害人犯罪的理论基础

在二战后兴起的非犯罪化浪潮对各国的刑事立法和司法均产生了深远影响,其中的无被害人犯罪更是引起了大家的关注,无被害人犯罪之所以成为非犯罪化的重要组成部分,是因为其理论基础与非犯罪化存在一定的共通之处。概括而言,两者共同的理论基础主要体现在下列几个方面:

(一)法益保护思想

法益,简单地讲,就是法律所保护的利益,刑法上的法益是指国家以刑法加以保护的社会生活利益。把法益保护作为刑法最重要的任务,源自法国大革命之后自由主义和个人主义的国家思想。在这之前,刑法最主要的功能是充当统治者维护其政权并统治人民的工具。刑法的重要任务,在于保护法益不被非法破坏,刑法分则所确定的各种构成要件,是为达到法益保护的目的。“自本世纪之七十年代以后,刑法上对于法益概念之探讨,又迈进新阶段,特别是战后各国

均从事刑法改革工作,更使法益概念之探讨,具有刑事立法之实际价值,并把法益概念之重点移至刑法政策之领域,而作为研讨订立新条款或修改旧条款之重要依据。换言之,即在刑事立法上,对于某一种社会之生活利益是否应以刑法手段加以保护,莫不以法益概念作为参与决定之依据。”^① 根据法益主体的不同,我们可以将法益分为三类:(1)个人法益,是指由自然人所拥有,并由刑法加以保证之重要之生活利益,主要有:身体、健康、个人自由、名誉、信用和财产;(2)社会法益,是指以社会整体作为法律人格者所拥有之社会共同生活之公共利益,主要有:社会共同生活之安全;公共信用与交易安全;婚姻与家庭制度之安全和公共卫生与健康等;(3)国家法益,是指以国家作为法律人格者所拥有之公法益,主要有:国家存立之安全;政府统治机能之确保;人民行使政权之保障;公共秩序之维持和司法权不受干扰。^②

刑法的目的是保护法益、还是禁止人们获得利益?犯罪的本质是侵犯法益、还是犯罪人获得利益?在定罪与量刑时,是注重犯罪行为所侵犯的法益、还是注重犯罪人所获得的利益?^③ 法益侵害说注重前者,而在理论上对于这些问题的回答还有与法益侵害说相对的理论,这就是规范违反说。

规范违反说在理论上也称为法规范违反说。该说认为,不管行为是否侵害或者威胁了法益,只要行为违反了社会伦理道德,该行为就具有违法性。与法益侵害说相比,规范违反说重视对伦理秩序的维持,重视行为人是否获得了利益。

这两种观点具有根本的不同,主要体现在下列几点:

第一,两者的违法标准不同。法益侵害说认为,违法性的实质是

① 林山田著:《刑法特论》,台湾三民书局印行,第4页。

② 林山田著:《刑法特论》,台湾三民书局印行,第8—9页,对此种分类(三元论)理论上有不同的看法,除此之外,还有二元论和一元论两种观点,具体可参见张明楷著:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第239—242页。

③ 张明楷著:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第341页。

对法益的侵害或者威胁。佐伯千仞认为,违法是与客观现实的法律秩序发生的矛盾,是对法律所保护法益的侵害或者威胁。^① 只有行为侵害或者威胁了法益,才可能具有实质的违法性,即行为是否具有违法性,是根据法益是否受到侵害或者威胁来评价的。规范违反说认为,违法性的实质是违反法规范或者违反法秩序。是否具有违法性,是根据行为本身是否违反伦理来决定的。团藤重光认为,违法性是指违反整体法秩序,从实质上说是违反作为法秩序基底的社会伦理规范或文化规范;社会伦理规范或文化规范一方面扎根于人性,另一方面又具有社会的相对性。^②

第二,两者的价值观不同。法益侵害说的价值观表现为,立足于个人主义及自由主义的观点,认为世界是以人为基础而存在的,人的存在本身即是目的;为了个人的生存与发展,就必须尽可能少地限制个人自由,对国家权力尽可能多地进行限制;代表国家权威与规制的刑法,也应当限制处罚范围。因为刑法并非目的而是手段,刑法不能处罚单纯违反伦理而没有侵害法益的人,伦理秩序的维持应依靠刑法以外的其他社会机制。规范违反说的价值观表现为,虽然没有表明反个人主义和自由主义的立场,甚至相当程度地主张个人主义和自由主义,但因为其偏重“义务(行为人的义务)”概念、“社会伦理(规范)”概念,故其基本价值观实质上有倾向于全体主义与社会连带思想之嫌。因为社会伦理等概念,毕竟只有在全体主义及社会连带思想下才容易被人接受。而且由于重视社会伦理等概念,便容易要求国家介入社会伦理生活,即存在违反社会伦理行为时,国家应尽可能介入刑法,以维护社会伦理秩序。基于这种观念,规范违反说认为刑法是伦理的一部分。^③

① 李海东主编:《日本刑事法学者(上)》,中国法律出版社·日本成文堂 1995 年版,第 203 页。

② 李海东主编:《日本刑事法学者(上)》,中国法律出版社·日本成文堂 1995 年版,第 230 页。

③ 张明楷著:《法益初论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 274 页。

第三,两者所主张的处罚范围不一致。杀人、伤害、盗窃、强奸等行为在侵害法益的同时又违反了社会伦理,所以不管采取哪一种见解,结论几乎没有差别。但对于通奸、成人间基于合意且秘密的同性恋、吸食毒品、卖淫等没有被害人的犯罪,法益侵害说在确定一个行为是否构成犯罪时,仅仅以该行为是否侵犯法益为标准,并不考虑该行为是否违反了社会伦理,因此,法益侵害说认为这些行为不能构成犯罪。但是,规范违反说认为刑法处罚的只是违反伦理、道德的行为,刑法的目的是维持道义秩序、道德规范。因此,规范违反说坚持主张将上述行为作为犯罪来追究刑事责任。总之,法益侵害说强调刑法与伦理道德相分离,规范违反说主张刑法与伦理道德不可分离。

第四,法益侵害说主张结果无价值,在判断行为是否具有违法性、行为是否属于违法阻却事由时,首先考虑行为是否侵害或者威胁了法益,如果一个行为没有侵害或者威胁法益,即使行为人的内心再恶,行为本身对社会伦理秩序的违反再严重,也没有违法性。相反,规范违反说主张行为无价值,在违法性判断上重视行为的反伦理性,行为是否违反刑法,取决于行为人内心的恶性与行为本身的反伦理性。

从上面的论述可以看出,对犯罪实质违法性认识的不同,直接导致了对无被害人犯罪认识的不同,坚持法益侵害说的学者认为存在无被害人犯罪,他们之所以主张存在无被害人犯罪,是因为这些行为没有侵犯或者威胁刑法所保护的利益。坚持规范违反说的学者则认为,不存在无被害人犯罪,因为这些行为违反了社会伦理道德,所以具有违法性。但不可否认的是,法益侵害说占据着主导地位,^①笔者亦主张法益侵害说,主要理由如下:

^① 对这一问题的详细论述,可参见甘添贵:《犯罪除罪化与刑事政策》,载《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,台湾五南图书出版公司1998年版,第625页;〔日〕大塚仁著:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社2000年版,第7页;林山田著:《刑法特论》,台湾三民书局印行,第2页。

第一,坚持法益侵害说有利于我国的社会主义法治建设。“依法治国”作为治国方略已经写入我国的宪法,既然是依法治国,就必须用法律来治理国家,而不是用其他手段。法益侵害说和规范违反说的主要区别在于对伦理道德的态度。如果坚持规范违反说,以伦理道德作为我们确定一个行为是否违法的标准,则容易使法律权威因为考虑行为是否合乎道德而受到削弱。法律和道德同为调整人们行为的规范,在一定意义上,两者是统一的,但在有些情况下,两者可能会出现不协调的现象,出现“合法不合情”或者“合情不合法”的现象,对此,我们必须坚持一个原则,那就是必须以法律作为我们行动的准则。^①

第二,坚持法益侵害说有利于树立法律的权威。我国是一个有着漫长封建传统的国家,我国法律的起源是古代的“礼”,而“礼源于祭祀”,由此可见,我国古代的刑法和道德有着密切的联系,“当时所仗以维持社会秩序者,为本于人类良知的道德观念,所以违反道德者,即受制裁,不合道德的行为,亦即不生效果的行为,道德和法律,合而为一。”^②另外,中国长期实行宗法制度,在宗法制度下,国家官职的高低根据血缘关系的亲疏进行分配,要求人们遵从“三纲五常”。清末修律时,“法理派”和“礼教派”的争论已经说明了道德在我国至高无上的地位,这一传统一直延续到现在,从某种意义上讲,规范违反说和当时“礼教派”的观点是很相似的。如果坚持规范违反说,以是否违反伦理道德来确定行为是否构成犯罪,则有损法律的权威,不利于我国的法治建设。相反,坚持法益侵害说,则有利于树立全体公民的法律意识,增加法律的权威,有利于我国的法治建设。

第三,坚持法益侵害说有利于实现刑法的正义。任何法律必须

① 近几年宪法学界关于“良性违宪”的讨论,已经说明认清这个问题的重要性。主张“良性违宪”的学者主要从行为是否合乎道德的角度来考虑的,而反对“良性违宪”的学者则主要从维护法律权威的角度来考虑的。在我国宪法刚刚确立“依法治国,建设社会主义国家”方略的情况下,如果允许“良性违宪”,会动摇我们初步建立的法律权威。

② 转引自张明楷著:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第286页。

体现正义,但对于什么是正义这一重要的问题,在理论上一直没有统一的标准。柏拉图在其《理想国》中提出了一个有关正义共和国的学说,他认为,正义存在于社会有机体各个部分间的和谐关系之中,每个公民必须在其所属的地位上尽自己的义务,做与其本性最相适合的事情。^① 西塞罗认为,正义是“使每个人获得其应得的东西的人类精神取向。”^② 在一个正义的法律制度所必须予以考虑的人的需要中,自由占有一个显要的位置,整个法律和正义的哲学就是以自由观念为核心而建构起来的。^③ 为正义而斗争,在许多情形下都是为了消除一种法律上的或为习惯所赞同的不平等而展开的,因为这种不平等安排既没有事实上的基础也缺乏理性。^④ 由此可见,正义与理性、平等、自由等概念有着密切的联系。

刑法作为法的重要组成部分,首先要考虑是在立法领域保障最大正义的实现。在法理学界一直有“恶法亦法”和“恶法非法”的争论,这里所谓的“恶法”,主要是指法律规定的内容和伦理道德存在着冲突。规范违反说的论者据此提出,如果坚持规范违反说可以有效地避免“恶法亦法”和“恶法非法”的争论,他们认为,严格区分法律与道德,离开道德来制定法律容易造成“恶法亦法”的现象,因此,在制定法律时,必须考虑道德的要求,以避免法律和道德的脱节。我们认为,这仅仅是人们的一种美好愿望,在实践中,是难以达到这一目标的。其主要原因是:首先,道德具有变动性,一个社会中道德的内容是不断变动的,而法律的基本原则是稳定性,因此,坚持法律和道德

① [美]E·博登海默著:《法理学法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第253页。

② [美]E·博登海默著:《法理学法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第264页。

③ [美]E·博登海默著:《法理学法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第278—279页。

④ [美]E·博登海默著:《法理学法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第291页。

的完全一致性是不可能的;其次,道德与道德之间有时会发生冲突。例如,按照一般的道德理念,杀害一个人是绝对禁止的。但是,另外也存在着这样一种道德观念:社会的最高价值是民族的利益、尊严和国家的安全。根据这一观念,每一个人都应当为了民族的利益、尊严和国家的安全而在战场上杀害他人,如此相矛盾的理念在法律中不可能得到统一,也不可能得到合理的解释;再次,道德标准并不确定。试举两例说明,例一,在妻子和母亲都遇到危险,而丈夫只能挽救其中一人生命时,丈夫应当救妻子还是母亲?对于这个问题,会出现两种截然不同的答案;例二,《读者》杂志曾经刊登的一个问题:甲(女)和乙(男)是一对恋人,两人隔河而居,两人约定,轮流到对方的住处约会。一日,逢甲到乙处,这时山洪暴发,桥被冲垮,乙求船夫丙(男)搭其过河,丙则向乙提出非分要求,乙为遵守与甲之间的诺言并急于和甲见面而答应。丙送甲过河后,乙得知详情而抛弃甲,恰逢丁(男)路过,得知甲的遭遇,同情甲而娶其为妻。问甲乙丙丁四人中哪一个最好,哪一个最坏?相信答案也会有所不同。对于如此常见的问题尚且会出现不同的看法,那么道德标准是否能够统一就不言自明了。

由此可见,规范违反说在许多方面都具有不确定性,不利于司法实践,也与我国“依法治国”的目标相去甚远,不足为取,应当采取与我国国情相适应的法益侵害说。

既然我们主张法益侵害说,那么无被害人犯罪就有了一个理论基础,我们之所以将这些行为称为无被害人犯罪,主要原因在于这些行为没有对刑法所保护的法益造成侵害或者威胁,虽然有些行为与我们所讲的伦理道德并不符合。

(二)刑法的谦抑思想

刑法的谦抑性,是指立法者应当以最小的支出——甚至不用刑罚(而用其他刑罚代替措施),获取最大的社会效益——有效地预防和控制犯罪,刑法的谦抑性具有限制机能,它包括刑法的紧缩性、刑

法的补充性和刑法的经济性三部分。^①

第一,刑法的紧缩性。刑法的紧缩性是指刑法在社会生活中应当尽量减少适用范围,我们可以从下面两个方面来认识。

首先,马克思主义认为,法律是统治阶级的统治工具,是体现统治阶级意志的,刑法也不例外。法的基本作用是规制公民的行为,在国家权威在何种范围内限制个人自由这一问题上,我们可以根据国家对越轨行为和犯罪行为的态度作一简单的分类。第一种模式是专制国家模式,它虽然区分了越轨和犯罪行为,但对越轨行为和犯罪行为的反应基本相同,都以国家性为主导;第二种模式是自主社会模式,这里仍然能看到犯罪与越轨的区别,在这种模式下,国家衰微,市民社会对犯罪现象承担起了责任,但在方式上仍然仿效国家,这种模式代表了自主管理的思想;第三种模式是自由社会国家模式,在这种模式下,犯罪由国家来干预,而越轨行为则交给市民社会;第四种模式是极权国家模式,这种模式对犯罪和越轨行为不加区分,使国家对整个犯罪的反应几乎是不间断的;第五种模式是自由社会模式,在这种模式下,市民社会不一定取代日渐衰微的国家,但它单独处理全部犯罪现象,它对犯罪和越轨不加区分,使所有不合规范的行为几乎不间断地处于别人的注意之下。^②

在专制国家模式和极权国家模式下,国家的力量空前强大,它忽视社会的力量,一旦出现犯罪或者越轨行为,都由国家来解决,尤其是在极权国家模式下,它根本不区别犯罪行为和越轨行为。因此,刑法的力量空前强大,它的触角伸向社会生活的方方面面,刑法的权威无处不在,而刑法对犯罪行为和越轨行为的处罚方法是强制力极强的刑罚。长此以往,不仅会大大降低刑法的权威,还在社会上形成一种国家仅重视刑法而忽视其他法律、措施的观念。在自主社会模式

^① 陈兴良著:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,第353—390页。

^② 参见[法]米海依尔·戴尔玛斯——马蒂著:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第51—57页。