

主编 / 于志刚

2003

《刑法问题与争鸣》
编委会

刑法问题
与争鸣



第七辑
2003年

中国方正出版社

2003 年 第一輯

（总第 3 期）

刑法问题 与 争鸣

主编 于志刚

中
国
方
正
出
版
社

图书在版编目(CIP)数据

刑法问题与争鸣. 第7辑 / 于志刚主编. —北京: 中国方正出版社, 2002

ISBN 7-80107-579-X

I. 国… II. 于… III. 刑法-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 105272 号

刑法问题与争鸣

(第7辑)

于志刚 主编

责任编辑: 王相国

责任校对: 丁新丽

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 83085204 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: @fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京地质印刷厂

开 本: 787×960 毫米 1/16 开

印 张: 26.5

字 数: 376 千字

版 次: 2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-579-X

定价: 35.50 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

卷首语

中国素有“重刑轻民”、“以刑为主”的法文化传统,因此自古以来刑法理论丰富深厚。建国后,新中国刑法体系逐步健全、完善,刑法理论研究随之蓬勃发展。特别是二十世纪八十年代以来,刑法学界,“百花齐放,百家争鸣”,学界同仁携手共进,学术导致不断攀升,理论研究硕果累累,呈现一派繁荣景象:不仅研究视野日益拓展,而且引起争鸣的焦点、热点问题此起彼伏,从未间断。

时至今日,经过学界数十年的共同努力,中国的刑法学研究繁荣兴旺、成就斐然:刑法学体系逐步健全和完善,学术积淀日益广博深厚,刑法理论研究层次不断提高,刑法观念转换日渐显著,研究视野继续拓展,研究方向和研究方法趋向科学,学术交流与国际合作方兴未艾,学科建设和研究资源配置日趋合理,学术梯队的建立与后备人才的培养步入正轨。

理论研究层次的提高和研究触角的深入,也带来了一些值得关注的问题:一方面,纯学理性的研究,可能基于现实意义不大而难以公开发表,尤其是涉及细节问题的大容量成幅度的研究成果,更是如此;另一方面,在刑法学界名家辈出的情况下,“马太效应”更为明显,诸多刊物争相邀请和刊载已经进入良性循环的师长辈的文章墨宝,而作为“末学后进”的青年学者,只能悄悄地生存在学术的夹缝里,即使偶有思想火花,也只能束之高阁,或者变通形式,与名家合名而求得问世。

这本由青年学人组创的《刑法问题与争鸣》步入转型期,愿意以解决上述问题为己任:不仅能够并且希望接受和刊载具有学术“加深”或者“创新”价值的大容量大幅度文章,而且希望能够成为青年学人体现自己思维、刊登自己最新学术成果的首选刊物。

学术研究讲求厚积而薄发,愿有志于刑法学研究的青年同仁摒弃急躁情绪和急功近利思想,脚踏实地、一步一个脚印地为刑法学理论研究作出应有的贡献;同时,刑法理论的积淀与整体层次的提高,不是短时间能做到的,往往也不是一代人的事情,客观上更依赖于学术的延续,愿有志于刑法学研究的青年学人能够以“淡泊宁静”之心,长于思辨,填补诸多尚属空白的研究领域,作好属于年轻一代人应有的工作。

《刑法问题与争鸣》编辑部

一、刑法基础理论研究

编者按：

多年来，中国刑法理论研究中存在着“重总论、轻各论”的研究倾向，在总论的研究中，还内在性地存在着“重犯罪论、轻刑罚论”的研究倾向。这一点在刑法理论研究的宏观布局上是难以否定的。此次邀稿的过程中，编委会在收到稿件之后，再次意识到这个问题。虽然此次刊登的文章多数仍然属于研究犯罪论的论文，且均有一定的理论深度，但是希望能有更多的人来关注刑罚论的研究，从而真正推进我国刑法基础理论中刑罚论部分的研究，提高这一部分的理论层次和研究水平。愿更多学者尤其是年轻学者能关注并且身体力行地改变这一不均衡的研究现状和布局。

犯罪客体本体论：法益说及其基本分析

魏 东

犯罪客体问题是犯罪构成论乃至整个刑法理论中的一个基本问题，对犯罪客体问题的争论之多、分歧之大，在整个刑法理论中也是最突出的。犯罪客体本体论面临着尖锐复杂的理论挑战。诸如犯罪客体是否存在及其存在的意义，犯罪客体是否是犯罪构成的一个要件等问题本身就存在理论上的置疑；进而犯罪客体到底为何物，其性质与功能是什么等问题同样存在重大的理论分歧。对于这些重大理论问题的科学论证无疑是一项艰难的工作。笔者在此从犯罪客体存在论的立场出发，^①就法益客体理论及其存在的若干基本问题谈谈个人见解。

一、存在论者关于犯罪客体本体论的分歧

存在论者在同意犯罪客体是犯罪构成要件之一的共同立场之下，对于犯罪客体是什么的问题，存在大量的分歧意见，提出了众多不同的观点。

早期的资产阶级刑法理论认为犯罪客体是权利，其根据是费尔巴哈

^① 关于犯罪客体是否是犯罪构成要件的问题，笔者曾经坚持否定立场（见拙作《教唆犯构成论》，载高铭喧、赵秉志主编：《刑法论丛》第6卷，法律出版社2002年版第184页）。通过后来的研究和思考，笔者认为犯罪客体具有其独特的界分犯罪性质和结构功能，因而它应当成为犯罪构成中一个独立的要件。

关于“犯罪的本质是权利的侵害”的论断（权利说）；而资产阶级刑事古典学派则认为，犯罪客体是规定实行或禁止实行某种行为的法律规范（法律规范说）；资产阶级刑事社会学派认为，犯罪客体是犯罪行为所侵犯的法益（法益说），即法律所保护的利益和价值。^① 上述资产阶级刑法学有关犯罪客体理论的权利说、法律规范说、法益说中，法益说至今仍然为绝大多数资产阶级刑法学者所推崇。^② 有的西方学者以法益说为根据，进一步将犯罪客体区分为行为客体和保护客体，认为“行为的客体是行为所指向的有形的人或物；而保护的客体（法益）则是法律依据构成要件进行保护的利益或价值。例如妨害执行公务罪中的行为的客体是公务员，保护的客体（法益）却是公务本身”。^③

社会主义国家刑法学的犯罪客体理论，通说的观点是：犯罪客体是指刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系（社会主义社会关系说）。^④ 近年来直到现在，国内一些刑法学论著对该通说的观点提出了许多争鸣意见。其中比较具有代表性的争鸣意见主要有以下几种：^⑤

第一种意见，主张“社会关系说”。认为通说观点所主张的“社会主义社会关系说”在外延上过于狭窄，不当地排除了一些应当受我国法律保护的非社会主义社会关系，因而有所不当。

第二种意见，主张“社会关系与生产力说”。认为犯罪行为不仅侵犯了社会主义社会关系，而且还直接侵犯了生产力，因此，犯罪客体应

① 高铭暄主编：《刑法学原理》（第一卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 478—480 页。

② 高铭暄主编：《刑法学原理》（第一卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 478—480 页。

③ [日] 福田平、大冢仁：《日本刑法总论讲义》，第 47 页。

④ 高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社 1981 年版，第 106 页。

⑤ 高铭暄主编：《刑法学原理》（第一卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 480—485 页；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1991 年版，第 100—112 页；何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社 1995 年版，第 116 页；孙建国、汤留生主编：《新刑法原理与实务》，四川人民出版社 1997 年版，第 34—35 页；肖中华：《犯罪构成及其关系论》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 181—182 页。

是社会主义社会关系和生产力。

第三种意见，主张“社会关系与权益说”。认为犯罪客体是指犯罪行为所侵犯的社会主义社会关系和国家、集体、公民个人的权益。

第四种意见，主张“社会利益说”。认为犯罪客体是指刑法所保护的而为犯罪行为所侵害的社会主义社会利益。

第五种意见，主张“权益说”。认为权益是特殊的社会关系——法律关系的核心与实质，是犯罪直接指向的目标，刑法所保护的权益和刑法所保护的社会关系是统一而不可分割部分与整体的关系，犯罪是通过直接侵犯权益（客体）来侵害社会关系（实质）的，因此，犯罪客体应是我国刑法所保护的权益。

第六种意见，主张“犯罪对象说”。认为犯罪客体就是指刑法所保护的而为危害行为所指向或影响的对象（人、物、行为）。

第七种意见，主张“法益说”。认为犯罪客体是指被犯罪行为所侵害的、由我国刑法所保护的法益。并且，法益的侵害，揭示了犯罪行为的实质危害，在解释论上意义重大。

二、法益犯罪客体之存在根据

笔者认为犯罪客体必定是一种法益。所谓犯罪客体，是指被危害行为所侵害的、由我国刑法所保护的法益。所谓法益，是指由法律所确认和保护的利益和价值。例如，我国宪法所确认和保护的人民民主专政的政权和社会主义制度、公民的基本权利和义务等价值和利益，我国民法、经济法、行政法等基本法律以及其他法律法规所确认和保护的利益与价值，都是我国法律所确认和保护的法益。需要予以特别说明的是，我国宪法以及其他法律法规所确认和保护的一些“非社会主义性质”的因素，如私营经济在法律规定的范围内存在和发展，按照“一国两制”原则统一祖国后存在于香港等地的“资本主义”的经济关系和政治关系等，仍然属于我国社会主义法益整体的有机组成部分，亦即仍然可以成为犯罪客体。

笔者认为，法益说的立场具有更大的合理性。其根据是：

（一）法益说深刻揭示了犯罪之所害的实质。在基本语义上，“客

体”是指与主体相对的一种存在。其哲学含义是指主体以外的客观事物，是主体认识和实践的对象。^① 在刑法学领域，犯罪客体是指“犯罪指向”，或者指“承受犯罪行为的目标”或“犯罪作用之目标”。^② 从物理作用的视角来分析，犯罪客体的含义应当是犯罪在物理作用意义上所直接指向的目标，也就是我国现行刑法学理论上通说观点所界定的犯罪对象——即犯罪行为所指向的具体的物或人，或者犯罪分子对之施加某种影响的具体的物或人。^③ 从价值作用的视角来分析，犯罪客体的含义就应当是犯罪在价值判断上所实质指向的目标——在本质上就应当是法益。因此，当我们研究作为犯罪价值判断意义上的犯罪客体的含义时，理所当然应当将犯罪客体界定为“法益”，而不是“社会关系”。显然，在价值判断上或者说在实质意义上犯罪是侵害我国社会主义法益的行为，因而可以判断出犯罪具有严重的社会危害性——法益作为犯罪客体，就准确而深刻地揭示了犯罪的实质。就我国而言，不但社会主义社会关系，而且一些虽属非社会主义社会关系但依法受我国法律保护的社会关系，同样是我国社会主义法益，同样受包括刑法在内的法律保护，因而可以成为犯罪客体。可见，在犯罪客体理论问题上，法益说显得更加具体、贴切、专业化。

（二）法益说在理论逻辑上无懈可击。通说观点所主张的社会关系说在逻辑上犯了“外延过窄”的错误，因为，根据我国法律规定，某些非社会主义社会关系在我国是应当受到我国法律保护的，这些受到我国法律保护的非社会主义社会关系当然不能被排除在我国刑法的保护对象之外。而“社会关系说”则犯了“外延过宽”的错误，比如，许多非社会主义社会关系在我国就可能不受法律保护（即不能成为我国法律体制下的法益），当然也不受刑法保护，从而也不能成为犯罪客体。而法益说表明，某种价值或者利益，比如婚姻关系，一旦受法律保护，即表现

① 《现代汉语词典》，商务印书馆 1978 年版，第 636 页。

② 吴雪松：《犯罪客体再思辨》，载薛瑞麟主编：《法大刑法学研究文集》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 17 页。

③ 高铭喧主编：《刑法学原理》（第一卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 498—501 页。

为我国社会主义法益，从而当然可以成为犯罪客体，这在逻辑上是十分合理的。

（三）法益说切合了现代民主政治和人权观念的新发展。法制健全，严格执法，依法办事，法律面前人人平等，保护公民合法权益，维护法治秩序，是现代民主法治社会的重要理念。而犯罪侵害法益，总是与侵害民主法治秩序和人权等相联系，因此，将法益作为犯罪客体具有重要现实意义。

（四）法益具有其特殊的机能。一般认为，法益的机能主要有三个方面：一是法益是犯罪构成要件的基础。法益本身不但是一切犯罪构成的必要条件，而且是解释其他犯罪构成要件和解释立法意图的基础。刑法分则所规定的每一种犯罪，都有其特定的法益作为保护客体；在具体的犯罪构成中，无论是客观方面的构成要件要素还是主观方面的构成要件要素，都与法益密切相关。二是法益是建立刑法分则体系的基本依据。各国刑法分则都是根据对法益的性质和地位的认识，来构筑刑法分则的罪刑结构。三是法益是区分具体犯罪类型的基本标准。^① 因此可以说，法益说正逐渐成为现代文明国家刑法理论的通说，逐渐占据主导地位。

（五）法益说完全切合我国刑事立法和司法实践。我国现行刑事立法实践表明，许多犯罪不宜将其客体归结为“社会关系”，但是完全可以将其归结为“法益”。例如，我国刑法规定的强奸罪，其客体是妇女性的不可侵犯的权利这一法益，理解起来十分简便、准确、贴切；但如果将犯罪客体理解为一种社会关系，则需要从“妇女的性”到“妇女”本身再到作为社会关系的“主体”等一系列过程，既烦琐、牵强又无必要。

三、法益理论本体论上存在的挑战与悖论

法益是整个法哲学的基本范畴之一，尤其是刑法哲学上的一个基本

^① 马克昌、杨春洗、吕继贵主编：《刑法学全书》，上海科学技术文献出版社1993年版，第617—618页。

问题。所以，尽管法益概念的正式提出，迄今为止仅有 100 余年的历史，但近现代的法学家一般都对法益问题倾注了极大关切。19 世纪初，出于限定被扩张的犯罪概念的意思，启蒙思想家费尔巴哈提出了“犯罪的本质是权利的侵害”的论断（权利侵害说）。但是，一般都认为费氏的论断并没有把握犯罪本质的全部，例如，“在犯罪中也包含着很多难以明确说是权利侵害的部分”，^① 如有关宗教和伦理秩序、虐待动物的犯罪以及无被害人的犯罪，等等。因而权利侵害说有加以发展的必要。1834 年，贝尔鲍姆（Birnbaum 1792—1872）提出“侵害社会所保障的财（Gut）或者使其蒙受危险者是犯罪”，正式以法益侵害论的思想代替权利侵害说。贝尔鲍姆认为，犯罪所侵害之财，包括生命、名誉、人格的自由、财产、宗教的伦理观念全体。^② 19 世纪后半叶，法益侵害说在实证主义思想的影响下，得到李斯特等著名学者的支持，成为德意志的通说，并在刑法学说中占据重要的地位。^③ 进入 20 世纪后，法益概念又出现新的发展，即霍尼希（Richard Honig, 1890—1981）和休委格（Erich Schwinge, 1903—）等学者提出了“法益概念精神化”问题，认为“法益应该（被）看成是刑罚规定中所包含的立法目的这种观念性的东西”（霍尼希），或者“法益是刑法解释和概念构成上的指标”（休委格）。^④ 晚近时期，德国刑法学界对于法益理论的讨论焦点有所转移，将“法益”当作“体系固有的方法概念”，由此来界定刑法领域的范围，并称“法益”也是一种“批判的评价标准”，因而实质上是用实在意义上的法益来指导刑事立法和刑事司法。^⑤ 而意大利最新的观点认为，应

① [日] 大冢仁：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 4 页。

② 丁泽芸：《刑法法益学说论略》，载《刑事法学要论》，法律出版社 1998 年版。

③ [日] 大冢仁：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 4 页；[日] 木村龟二：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周译，上海翻译出版公司 1991 年版，第 100—101 页；杨春洗、苗生明：《论刑法法益》，载《北京大学学报》1996 年第 6 期。

④ [日] 大冢仁：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版第 4 页；[日] 木村龟二：《刑法学词典》，顾尚荣、郑树周译，上海翻译出版公司 1991 年版；第 100—101 页。杨春洗、苗生明《论刑法法益》，载《北京大学学报》1996 年第 6 期。

⑤ 丁泽芸：《刑法法益学说论略》，载《刑事法学要论》，法律出版社 1998 年版，第 278—291 页。

该“把犯罪理解为侵害具有宪法意义的法益”的行为。^① 这些看法和思考，在一定程度上使法益概念得到深化和拓展。但作为通说的法益概念，仍然可以概括为：法益是指根据法律所保护的价值（或利益）。^② 并且在刑法理论中，现在的法益概念通常是作为保护的客体理解，被用于实体的法益概念的意义中；而且通说认为，犯罪的本质是法益的侵害。^③ 为便于叙述，我们在本文中将法益概念、法益侵害说等内容统称为“法益理论”。

然而，一个不容回避的事实是，法益理论历来都面临着诸多挑战与悖论。例如，法益的概念在西方法学家各自理论中的含义并非一致。在宾丁的思想里，法益是实定法禁止侵害或威胁、依刑法规范加以保护的财（Gut），但宾丁对于构成法益之财并没有提出具体的限定标准，并且他是将法益的概念作为实定法的保护目标之下的一个附属概念，即先有“刑法规范”，再有“刑法规范所保护之法益”。因此，宾丁所称之“法益”，在概念上充其量也只能称为“法条益”，这种法益没有独立性。^④ 米歇尔·马克斯（Michael Marx）则提出人文主义法益观，在法益的内容里增加了与人的联系，认为所谓法益，是一些标的物，对人而言，能供其自我实现；“侵害的客体”是指对于“人”而言，他的处分性遭到侵害，而非指客体性的标的物本身的侵害；法益与人有关，但又存在于人的主观外界实际之中，因而并非所有的“侵害的客体”都可以上升到法益，对于与（社会）个人法益无关的“保护客体”或称“侵害客体”，不存在“法益质”，不得任意“刑罚化”而运用刑法进行干预，

① [意] 杜里奥·帕多瓦尼著、陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 81 页。

② [日] 木村龟二：《刑法学词典》，第 100—101 页；[日] 大冢仁：《犯罪论的基本问题》，第 4—7 页。

③ [日] 木村龟二：《刑法学词典》，第 100—101 页；[日] 大冢仁：《犯罪论的基本问题》，第 4—7 页。

④ 参见丁泽芸：《刑法法益学说论略》，载《刑事法学要论》，法律出版社 1998 年版，第 278—291 页。

即便是“国家利益”也是如此。^① 蓝波主张“图式的”法益学说，试图以文化人类学与法律的关系来构筑法益理论。蓝波“图式的”法益理论由以下四个命题所形成：(1) 法益，系以文化价值为基础；(2) 文化价值，系以个别的需要为基础；(3) 如果个别的需要合乎社会优性者，则得为文化价值；(4) 文化价值，如果对其存在具有法律保护必要的信赖者，则得以提升为法益。^② 因此，蓝波的法益理论表现为三层结构体系，即个别需要、文化价值和法益，其中个别需要是整个体系的基础；任何法律必须建立于文化的基础之上，因而法律所保护的法益来源于人类的文化价值判断，文化价值又来源于个别需要的判断。^③ 威尔泽尔坚持目的行为论法益观，强调行为无价值优于结果无价值，以行为无价值构成违法论的中心，重视社会伦理的性质，认为所谓刑法法益，是指基于违反规范的态度而被侵害者。可见，威尔泽尔关于刑法法益的学说，既有强调犯罪行为伦理价值评判的一面，又有强调犯罪行为的社会（个人）价值评判的一面，主张存在“无侵害法益的犯罪”，极大地动摇了法益概念在犯罪论中的地位。^④ 黑尔伯特·耶各认为，法益具有“前实定”的性质，是一种思想可掌握的“价值类属”；不但如此，法益还必须具有恒常的、不变的性质，并且可以客观地描述才能成立，而变化的价值及其规定不能提升为法益。^⑤

对于“法益是什么”的问题固然存在上述分歧，但这远不是问题的全部。在法益理论面临的诸多挑战中，还有一个问题极具代表性，这就是：犯罪的本质是不是法益的侵害？对此问题给予直接或间接的否定回答者并不在少数。

① 参见丁泽芸：《刑法法益学说论略》，载《刑事法学要论》，法律出版社 1998 年版，第 278—291 页。

② 陈志龙：《法益与刑事立法》，台湾大学法学丛书编辑委员会编辑，第 19 页。

③ 参见丁泽芸：《刑法法益学说论略》，载《刑事法学要论》，法律出版社 1998 年版，第 278—291 页。

④ 参见丁泽芸：《刑法法益学说论略》，载《刑事法学要论》，法律出版社 1998 年版，第 278—291 页。

⑤ 参见丁泽芸：《刑法法益学说论略》，载《刑事法学要论》，法律出版社 1998 年版，第 278—291 页。

意大利学派的代表人物加罗法洛于 1885 年出版其代表作《犯罪学》一书，探讨了犯罪的本质问题。加罗法洛是以自然犯罪观为其犯罪论的基础和核心的，提出了与法定犯罪概念相对应的自然犯罪概念，认为“自然犯罪是实质性的，真正的犯罪行为，从而也是犯罪学惟一的研究对象”，^① 犯罪就在于其行为侵犯了全人类中具有同一性的某种情感，即触犯了人类利他情绪中怜悯和正直这两种最基本的道德情绪的行为。^② 显然，加罗法洛认为，犯罪的本质不是法益的侵害，而是对“人类最基本的道德情绪”的触犯。接下来是宾丁的“规范论”思想，对犯罪的本质提出了新的见解。宾丁认为：“无论过去或现在，人们都将犯罪的本质视为破坏和平、法及规范。犯人的称呼也因此而来，于是乎犯罪人违反法规、犯法，或者他不适应法规、蔑视法等，不仅古希腊罗马人这样想，在现代的各民族中也普遍能看到这种情况”。^③ 因此，在宾丁看来，犯罪的本质在于蔑视法规范的要求，亦即违反法规范性，^④ 或者准确地说，是对保护法益的刑法规范的违反性；但宾丁认为，犯罪的本质也不宜直接归结为法益的侵害。

在日本，作为日本刑法学新派中最具代表性的人物牧野英一教授，提出了“犯罪并不是侵害法益，而是恶性的表现”的命题，^⑤ 继而又将其主观主义的犯罪理论发展为“以犯罪是犯人反社会性的征表为核心，因而被称之为征表主义”。^⑥ 申言之，牧野英一认为犯罪的本质是“犯罪人的反社会性”，而不是法益的侵害。与牧野英一教授在观点上相近但又稍有区别的，是日本另一位新派代表人物宫本英修博士。宫本认

① 转引自谢勇：《犯罪学研究导论》，湖南人民出版社 1992 年版，第 163 页。

② 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社 1996 年版，第 159—161 页。

③ 竹田直平：《法规范及其违反》，有斐阁 1961 年版，第 73—74 页。

④ 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社 1996 年版，第 208 页。

⑤ [日] 中山研一：《刑法的基本思想》，姜伟等译，国际文化出版公司 1988 年版，第 16 页。

⑥ 转引自马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社 1996 年版，第 250 页。

为,“犯罪是犯罪人违反规范的性情的征表;”^①但同时他又进一步指出:“犯罪一方面是对法益的侵害或威胁。然而法益不是单纯的利益,而是法律上的价值。法律上的价值的根源,不外乎是事实上的价值。所以,有事实上的价值,常常能认为有法律上的价值。与事实上的价值相抵触的场合,法在其可能的程度内调和之,只能在适合于调和的形式的范围内,称之为法益。因而对法益的侵害和威胁,也不能离开法律规范来考虑。因为这样,犯罪是对法益的侵害或威胁,毕竟不外乎说犯罪的特质存在于违法。而所谓违法,换言之,是对规范的不关心态度。这样的态度毕竟是行为者的性情的流露,我称此为规范的危险性(不关心),而且认为是行为者的反规范的性情(反规范性)。此危险性与自然行为者的事实的危险性有不同的特质,其危险性在于基于违法这一点。总之,犯罪是犯罪人各自具有的一定程度的反规范性的征表。”^②可见,宫本所说的实质的犯罪,是指由于对法益造成侵害或构成威胁,违反了法律秩序,表现出反规范性的性情,因而应受到处罚。^③据此,我们可以将宫本的观点概括为:犯罪的本质是包含法益侵害或威胁的反规范性的征表。这种观点或多或少又与宾丁的看法相类似。在日本,小野清一郎是日本刑法学派旧派阵营中的中坚,但他对犯罪的本质的认识并不同于传统的通说观点。小野认为,犯罪是违反道义的行为;在犯罪论领域,小野清一郎的基本立场是:犯罪不仅是侵害国家的危险性的行为,实质上,也是国民道义不允许的行为,即是反道义、反文化的行为。^④为了论证犯罪的本质,小野还进一步阐述了违法的本质。在违法性的问题上,小野反对传统的客观主义把违法的本质视为侵害或威胁法益的主张,他认为违法的本质所违反的客观道义,与其说是社会危害性或违反公序良俗,莫如说是违反“国家的条理”或“文化规范”,这种观点被称之为伦理违法性论。^⑤可以认为,小野对犯罪的本质的看法是,犯罪

① [日]《宫本英修著作集》(第二卷),成文堂1985年版,第152页。

② [日]《宫本英修著作集》(第二卷),成文堂1985年版,第163—164页。

③ 马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第271页。

④ 参见马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版1996年版,第278页。

⑤ 参见马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版1996年版,第278页。

的本质是反道义、反文化（规范）。

此外，当代意大利著名刑法学家、激进的社会防卫论代表人物菲利普·格拉马蒂卡（Filipo Gramatica, 1901—1979），在论述其社会防卫思想时声称，他不赞成传统的“犯罪”概念，而主张用“反社会性”概念取而代之。而所谓反社会性，是指“对不遵守法律规范者在法律上的一种称呼；”^① 其判断根据采纯主观主义立场，即以行为人的反社会人格为根据。^② 其犯罪本质观，也不同于法益侵害说。更值得提及的是，德国纳粹时代刑法学者夏弗斯塔因（Friedrich Schaffstein, 1905—）提出义务违反说的观点，认为犯罪的本质不是法益侵害，而是义务的违反。^③

最近在中国刚翻译出版的德国著名的“机能主义刑法学”学者、波恩大学法哲学教授格吕恩特·雅科布斯（Gunther Jakobs）所著《行为、责任、刑法—机能性描述》一书（冯军译，中国政法大学出版社1997年10月版），也很值得引起我们的注意。在该书中，作者明确提出，犯罪的本质不是法益侵害，而是规范否认。因为，社会是由人们有秩序的交往构成的规范性世界，只有当规范支配着人们的交往时，也就是说，只有当规范成为人们行动的标准性解释模式时，社会才是真实的，社会这一形态就意味着规范联系，正是规范使人和社会变得可以把握，可以理解。因此，刑法的机能不是保障法益，而是保障规范的有效性。刑罚的机能不是保障犯罪人在将来不再犯罪，而是证实人们对规范有效性的依赖是正确的，错误的是犯罪人。刑法用刑罚否定犯罪，促成人们对规范的承认和忠诚。^④

上述简单的列举与分析，足以令人眼花缭乱，甚至给人一种无所适从的感觉。孰是孰非？我们不能简单地下结论。但我们认为，传统的、通说的法益概念、法益侵害说的基本观点具有相对的合理性。问题在

① [日] 森下忠泽：《社会防卫原理》，成文堂1980年版，第67页。

② 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第315页。

③ [日] 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社1993年版，第6页。

④ [德] 格吕恩特·雅科布斯：《行为、责任、刑法—机能性描述》，冯军译，中国政法大学出版社1997年10月版，扉页“内容提要”。

于：我们应该如何夯实法益理论的“地基”，充实法益理论的内容，并适时发展法益理论，迎接理论的、实践的挑战？

四、法益理论之价值观

（一）法益的价值构造

法益本身是一个价值评判的概念。^① 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。^② 此外，也有学者将法益划分为专属法益与非属法益^③、有形法益与无形法益^④，还有学者提出了宪法性法益的概念^⑤。

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上所进行的再组合。

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”。^⑥ 所谓国家法益，指以在法律上被人格化的国

① 陈兴良：《刑法的人性基础》，中国方正出版社1996年版，第347页。

② [日]木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周译，上海翻译出版公司1991年版，第100—101页。

③ [日]木村龟二主编：《刑法学词典》顾肖荣、郑树周译，上海翻译出版公司1991年版，第100—101页。

④ 马克昌等主编：《刑法学全书》，上海科学技术出版社1996年版，第607页。

⑤ 意大利刑法学界最近有一种观点，就是把犯罪理解为侵害具有宪法意义的法益。参见[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83页。

⑥ [日]木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周译，上海翻译出版公司1991年版，第101页。