

中青年法学文库



# 法益初论

张明楷 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

# 法 益 初 论

张明楷 著

中国政法大学出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

法益初论/张明楷著. —北京:中国政法大学出版社,  
2000.5

ISBN 7-5620-1999-1

I. 法… II. 张… III. 法的理论-研究 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2000)第08913号

**策划编辑** 丁小宣

**出版发行** 中国政法大学出版社

**经 销** 全国各地新华书店

**承 印** 中国人民解放军第1201工厂

---

开本 850×1168 1/32 20.25 印张 560 千字

2000年5月第1版 2000年5月第1次印刷

ISBN 7-5620-1999-1/D·1959

印数:0001—4000册 定价:35.00元

---

**社址:**北京市海淀区西土城路25号

**邮编:**100088 电话:62229803 或 62228801

**声明:**1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

# 中青年法学文库

## 总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经

102/08

验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

# 目 录

总 序 .....	(I)
导 言 .....	(1)

## 第一编 法益史论

<b>第一章 法益概念的产生与确立</b> .....	(6)
一、权利侵害说及其缺陷 .....	(6)
二、财侵害说的产生 .....	(17)
三、黑格尔学派对法益概念形成的推动 .....	(22)
四、维也纳学说的展开 .....	(25)
五、法益概念的确立 .....	(29)
六、小结 .....	(49)
<b>第二章 二战前的法益论</b> .....	(52)
一、新康德主义影响下的法益概念精神化 .....	(52)
二、E. Beling 的规范说与 M. E. Mayer 的文化规范论 .....	(65)
三、义务违反说与共同体关系的法益概念 .....	(77)
四、E. Mezger 的法益概念 .....	(82)
五、H. Mayer 与 H. Welzel 的法益概念 .....	(84)
六、小结 .....	(94)
<b>第三章 二战后的法益论</b> .....	(96)
一、战后德国弗赖堡学派的法益概念 .....	(96)

二、战后德国的其他法益理论 .....	(107)
三、战后日本法益论 .....	(138)

## 第二编 法益本论

<b>第四章 法益的概念</b> .....	(158)
一、法益概念的分歧 .....	(158)
二、界定法益的原则 .....	(160)
三、本书的法益概念 .....	(167)
<b>第五章 法益的机能</b> .....	(196)
一、法益的刑事政策机能 .....	(196)
二、法益的违法性评价机能 .....	(203)
三、法益的解释论机能 .....	(216)
四、法益的分类机能 .....	(236)
五、法益的构成要件机能之否认 .....	(249)
<b>第六章 法益侵害说之提倡</b> .....	(269)
一、犯罪本质概述 .....	(269)
二、法益侵害说与国家任务 .....	(277)
三、法益侵害说与刑法正义 .....	(291)
四、法益侵害说与刑法机能 .....	(305)
五、法益侵害说与刑法立场 .....	(325)
六、法益侵害说与犯罪本质 .....	(329)
<b>第七章 法益侵害说之贯彻</b>	
一、概说 .....	(339)
二、犯罪的分类 .....	(342)
三、犯罪构成体系 .....	(355)
四、实行行为的规定性 .....	(358)

五、单位犯罪 .....	(364)
六、主观的超过要素 .....	(383)
七、排除犯罪的事由 .....	(409)
八、犯罪未遂 .....	(415)
九、共犯人的分类与处罚 .....	(432)
十、犯罪数额的计算 .....	(435)

### 第三编 法益各论

<b>第八章 非法侵入住宅罪的法益</b> .....	(442)
一、问题的提出 .....	(442)
二、德国的学说 .....	(443)
三、日本的学说与判例 .....	(465)
四、我国的学说 .....	(490)
五、本书的立场 .....	(493)
<b>第九章 侵犯财产罪的法益</b> .....	(503)
一、问题的提出 .....	(503)
二、本权说、占有说与中间说 .....	(504)
三、法律的财产说、经济的财产说与法律的·经济的 财产说 .....	(535)
四、英美判例与立法 .....	(567)
五、我国的学说与本书的立场 .....	(577)
<b>第十章 受贿罪的法益</b> .....	(612)
一、争论与焦点 .....	(612)
二、分析与评价 .....	(620)
三、本书的立场与观点 .....	(627)



## 导 言

上大学时(20多年前)得知刑法理论上有一个“法益”概念,也仅仅了解到它的基本含义是“法(律)所保护的利益或价值”,就凭感觉认定它比“刑法所保护的社会关系”之类的概念更有底蕴;在研究生学习阶段,曾昭琼先生为我们开设“欧陆日本刑法”课程,我从恩师那里得知刑法理论上有一个“法益侵害说”,也仅仅了解到它是关于违法性本质的一种观点,就对它产生了浓厚的兴趣。第一次去日本求学时(1989年至1990年)发现,不仅任何一本刑法著作后的“事项索引”中都有法益一词,而且还有不少有关法益的专论,由此了解到日本刑法理论中存在法益侵害说与规范违反说之争。但由于当时的主要精力集中在全面了解日本刑法理论与判例上,因此没有特意对法益展开研究。第二次去日本访问时(1995年至1996年)发现,规范违反说衰退,法益侵害说成为主流,于是深感法益是一个具有强大生命力的概念。于是我尽可能地收集有关法益的资料,<sup>[1]</sup>下决心撰写一部有关法益的著作。

我国现有的刑法理论中并不存在法益概念;如果要研究进而接受法益概念,就必须先为法益概念寻找一席之地;但寻找的结局是发现我国刑法理论体系的缺陷。我国刑法理论一直认为,犯罪的特征是社会危害性、刑事违法性与应受刑罚处罚性,同时认为社会危害性与刑事违法性都是主客观相统一的。但是,理论上似乎认为社

---

[1] 1996年回国后,东京都立大学法学部的前田雅英先生、当时正在日本同志社大学攻读博士学位的黎宏同仁(现为清华大学法学院副教授),为我提供了大量相关资料。在此,对他们表示真诚的谢意。

会危害性是一个不言自明的概念，因而没有对其内涵进行深入研究。<sup>〔1〕</sup>人们不能不思索：社会危害性到底是什么含义？刑事违法性也完全是一个形式的概念，人们只是说，刑事违法性是指行为违反刑法，这种同义反复的解释，根本没有回答违法性的实质。<sup>〔2〕</sup>于是产生了这样的问题：实质的违法性与社会危害性究竟是什么关系？<sup>〔3〕</sup>在我国，犯罪构成是认定犯罪的法律依据，它又是以犯罪概念尤其是以社会危害性为基础的。于是形成了这样的局面：只有当行为完全符合犯罪构成时，该行为才具有犯罪的社会危害性；犯罪构成是主客观统一的，社会危害性也必然是主客观统一的。然而，由多种因素构成的社会危害性概念，在适用过程中却暴露出偏差：人们凭感觉认定所谓社会危害性，出现了“行为符合犯罪构成但没有社会危害性”或者相反的观点与现象，<sup>〔4〕</sup>犯罪构成与社会危害性的关系仍然没有解决的问题。人们公认犯罪客体是犯罪构成要件，并认为它是刑法所保护而为犯罪所侵犯的（社会主义）社会关系，但由于“社会关系”概念的不确定性，导致犯罪客体在理论上没有发挥指导构成要件解释的功能，在实践中成为可有可无的概念；又由于行为对社会关系的侵犯与社会危害性的概念并无实质差异，故我们不得不怀疑：犯罪客体究竟是犯罪构成的要件，还是犯罪概念的内容？还有，犯罪构成中的客观要件与主观要件到底是为了说明什么？是说它们都（从不同角度）体现行为的社会危害性

---

〔1〕 我并不反对使用社会危害性的概念，只是希望人们（包括我在内）明确这一概念的特定含义。

〔2〕 人们习惯于批判西方刑法理论只讲法律形式而不讲犯罪本质，事实上却并非如此。仅凭他们有实质的违法性概念而我们没有，就可以说明这一问题。

〔3〕 有一次，日本学者问我，中国刑法理论对犯罪概念是如何认识的？我说，中国刑法理论认为，犯罪有三个特征，即社会危害性、刑事违法性与应受刑罚处罚性。日本学者大感不解：社会危害性与违法性应当是一个含义，为什么将其并列起来呢？

〔4〕 例如，安乐死在当今中国肯定是违法的，符合故意杀人罪的构成要件，但有的司法机关认定安乐死行为情节显著轻微危害不大，因而宣告无罪。

呢，还是说它们分别回答的是不同问题？在我看来，之所以出现上述问题，其中的一个重要原因是我们不明确刑法目的，没有将刑法目的贯穿于整个刑法理论。

德国学者 H. Otto 指出，刑法就是一部“法益保护法”。〔1〕因此，“无法益保护，就无刑法，换言之：倘无法益受到侵害或危险，则无刑罚的必要性。”〔2〕这是因为，“不论在自然状态还是在国家状态之中，人都是按照自己本性的法则行事，着眼于自己的利益。”〔3〕国家是人民利益的保护者，国家一切活动的目的，都是为了保护和增进人民的利益。“用刑法来惩治人是为了防止犯罪，不是因为我们的憎恨犯人。”〔4〕用刑法来防止犯罪，是因为它侵害或威胁了法益，不是因为它违反了伦理道德。所以，刑法的目的是保护法益，犯罪的本质、违法性的实质就是侵害或威胁法益。刑事立法、刑法理论与司法实践都必须牢牢把握这一点。这是因为，“主要的问题并不是法律的起源，而是法律的目标。如果根本不知道道路会导向何方，我们就不可能智慧地选择路径。”〔5〕

我赞成并主张全面贯彻法益侵害说，从而实现刑法保护法益的目的，因此我反对规范违反说（法规范违反说或伦理秩序违反说），反对将维护伦理秩序作为刑法的目的，反对将伦理道德观念纳入刑事立法、刑法理论与刑事司法之中。〔6〕当然，伦理道德规范通常也与人们的利益相关，所以有些犯罪既侵犯了法益，也违反了伦理道德规范。但是，法益与伦理在内涵与外延上都有区别。人们常说

〔1〕 Vgl. H. Otto, Rechtsgutsbegriff und Deliktatbestand, in: Müller-Dietz, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1977, S. 1.

〔2〕 陈志龙：《法益与刑事立法》，台湾大学丛书编辑委员会 1992 年版，第 13 页。

〔3〕〔荷〕斯宾诺莎：《政治论》，商务印书馆 1999 年版，第 25 页。

〔4〕〔英〕罗素：《西方哲学史》下卷，商务印书馆 1976 年版，第 329 页。

〔5〕〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，商务印书馆 1998 年版，第 63 页。

〔6〕这当然不意味着我反对伦理道德规范本身，法与伦理属于不同的规范与秩序，各自起着不同的作用。

道德规范可能上升为法律规范（我也说过类似的话），我们也确实看到了这种立法例，但之所以能够上升为法律规范，并不是因为这种规范属于道德规范，而是因为这种规范的实现可以保护法益。基于上述基本观点，我认为，社会危害性就是指行为对法益的侵害或者威胁，就是违法性的实质；犯罪便是形式的违法性与实质的违法性的统一，对构成要件的解释必须以法益的侵害与威胁为核心；法益（犯罪客体）不是犯罪构成要件，而是犯罪概念的内容，是具有诸多重要机能的观念。

本书第一编回顾了法益学说史，故称为“法益史论”。由于外国资料与外语能力有限，所介绍的法益学说史料可谓沧海一粟。尽管如此，我们仍然可以大体了解法益概念的发展过程以及法益概念在不同的时期所面临的问题。了解国外的学说，有助于我们检讨自己的理论。<sup>〔1〕</sup>标题为“法益本论”的第二编，提出了法益概念的初步定义，论述了法益概念的主要机能，<sup>〔2〕</sup>倡导法益侵害说，并运用该学说剖析了刑法理论中的不妥当观点与司法实践中的不合理现象。期待读者发现：我国的刑法理论与司法实践中事实上存在法益侵害说的表现与反映；更期待读者明确：如果坚持法益侵害说，就会避免就事论事的争论，就会使许多问题迎刃而解。第三编论述了非法侵入住宅罪、侵犯财产罪与受贿罪的法益，<sup>〔3〕</sup>这些都是国外刑法分则理论研究的问题，故称为“法益各论”。一方面旨在说

---

〔1〕 不少人认为，在部门法学中，刑法学是一门最完善的学科。但我认为并非如此，我国的刑法学可能是“基本问题”最多的学科之一。

〔2〕 其中对法益（犯罪客体）是犯罪构成要件的观点提出了异议，意在使法益成为犯罪概念的内容。

〔3〕 选择非法侵入住宅罪，是因为我国刑法理论基本上没有讨论该罪的法益；选择侵犯财产罪，是想说明所谓的“财产所有权”说实际上存在诸多问题，确立侵犯财产罪的法益并非易事；选择受贿罪，是因为以往的“国家机关的正常管理活动说”与近来势不可挡的“廉洁性说”不明确，导致人们对受贿罪的构成要件出现了形形色色的理解和运用。

明我国刑法分则理论对许多犯罪所确定的犯罪客体大有商榷的余地，因而需要对具体犯罪的法益进行探讨，另一方面旨在说明法益概念对构成要件的解释具有重大指导作用。

我并不是一位谦虚的学人，但由于对法益的研究才刚刚起步，所以，我将书名由原定的《法益概念研究》更改为《法益初论》。

# 第一编 法益史论

## 第一章 法益概念的产生与确立

### 一、权利侵害说及其缺陷

受启蒙思想家们的天赋人权等观念的支配，由费尔巴哈（A. Feuerbach）<sup>〔1〕</sup> 提倡的权利侵害说在 18 世纪末至 19 世纪初期占据了通说地位。

18 世纪末至 19 世纪前半期的刑法理论，完全由旧派统治。这一时期的旧派刑法理论，可以说是否定封建刑法的理论。一般认为，封建刑法具有以下四个特点：一是干涉性，即刑法干涉到个人生活的所有领域，包括个人的私生活；二是恣意性，即对何种行为处以何种刑罚，事前并无法律的明文规定，主要由法官进行自由裁量；三是身份性，即同样的行为由于行为人的身份不同，可以决定处罚的有无与处罚的轻重；四是残酷性，即刑罚方法大部分是死刑与身体刑，并且行刑方法十分残忍。<sup>〔2〕</sup> 显然，前三个特点都与法律没有关系，而与伦理、宗教相分离有着密切关系：古代“罪”的

---

〔1〕 凡是有固定译名的外国学者，本书使用固定译名；凡是没有固定译名的外国学者，本书使用其本来姓名，不译作汉语。

〔2〕 〔日〕平野龙一：《刑法总论 I》，有斐阁 1972 年版，第 5 页。

观念与神秘的、宗教的污秽相联系，是许多民族共同的现象；摩西十诫、日本德圣太子十七条宪法就是法律与伦理的结合；法国大革命前的封建王朝，是国王、地主与僧侣相结合进行统治的时代，在法律的名义下强制推行宗教与伦理。由于伦理规范无处不有、无处不在，所以，刑法干涉个人生活的所有领域。在古代社会，由于文化水准相对低下，社会关系比较简单，既无制定完整法律的能力，也无制定完整法律的必要，导致犯罪与刑罚在事前并无法律的明文规定，作为人类良知的伦理观念成为维护社会秩序的有效规范，所以，宗教戒律、伦理规范也就成为定罪处罚的根据。封建伦理极力维护身份关系，于是身份性成为封建刑法的重要特点。基于上述特点，封建社会将宗教犯罪、风俗犯罪视为最严重的犯罪。

尊重个人价值与自由的启蒙思想，与将违反宗教戒律、伦理规范的行为作为犯罪处理并科处刑罚的传统思想格格不入。启蒙思想家们倾力使犯罪与刑罚摆脱宗教与伦理的色彩。启蒙主义的刑事政策改革运动，首先批判了封建刑罚的残酷性，要求刑罚的人道化；其次要求严格区分法律与伦理，否定违反宗教戒律、伦理规范的犯罪类型。

在明确区分法律与伦理的思想家中，托马休斯（Thomasius）与康德（Kant）是最著名的。托马休斯在其《自然法与国际法的基础》一书中，论述了法律与伦理的区别，认为伦理仅与人的良心、意志的内部过程有关，其使命是促使内部的和平；法律统制对他人的关系，与行为的外部过程有关，给共同生活秩序提供基础。托马休斯在确定法的权力领域时，将行为分为三种态度：一是内部感到羞耻的态度，二是外部不适当的态度，三是妨害外部治安的态度，

只有第三种类型才是不法的行为。<sup>〔1〕</sup>康德在《道德形而上学》一书中的论述并不比托马休斯的论述多，但以更彻底的形式论述了二者的区别。他严格区分了合法性与伦理性，与动机无关而符合法则时具有合法性，服从法则的义务理念同时也是行为的动机时才具有伦理性；法律关注行为的外部，伦理关注人的内心。道德的内在与法律的外在性，导致了法律不介入人的内心的原理。<sup>〔2〕</sup>

贝卡里亚（Beccaria）在其《论犯罪与刑罚》一书中试图将法律与宗教、伦理相分离。他在卷首的《致读者》中写道：“神学家的任务是根据行为内在的善或恶来确定正义与非正义的界限。公法学家的任务是确定政治上的正义与非正义的关系，即行为对社会的利弊关系。”这事实上肯定了宗教的内在与法律的外在性。他还说：“任何想以他的批评为我增添荣耀的人，起码不应该把我的原则看成是对道德或宗教的危害。”<sup>〔3〕</sup>这也反过来说明贝卡里亚已将法律与宗教、伦理作了严格区分。

费尔巴哈确立了刑事审判中的法治国思想，主张对国家的刑罚权进行限制，限制的手段或方法有三个方面：第一是通过法律的限制，这便是法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚的罪刑法定原则；第二是通过行为进行限制，科处刑罚应以行为为标准而不能以行为人为标准，据此保障法的安定性，保障个人的自由；第三是通过法律与伦理的区别进行限制，犯罪不是违反伦理而是违反法律，立法者应当尊重良心的自由，法律不是伦理的审判者。作为刑法学家，费尔巴哈的最大功绩在于将罪刑法定主义思想、法律与伦

---

〔1〕〔日〕甲斐克则：“K. Amelung 著《法益保护与社会的保护》（一）”，载《九大法学》1983年第45号，第219页。K. Amelung 是德国近来研究法益论的权威学者，甲斐克则的本文非常全面地介绍了 K. Amelung 所著的《法益保护与社会的保护》一书。该书第一部分论述了法益理论产生的过程；第二部分论述了19世纪至现在的德国刑法理论中的法益概念；第三部分论述了社会损害论。

〔2〕〔日〕团藤重光：《法学的基础》，有斐阁1996年版，第10页以下。

〔3〕〔意〕贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第4页。



理严格区别的思想纳入到刑法理论体系中。<sup>〔1〕</sup>

为了贯彻上述思想，费尔巴哈提出了权利侵害说。权利侵害说的基本内容是，犯罪的本质是对他人权利的侵害，国家也具有人格、享有权利。刑法的任务便是保护权利。费尔巴哈指出，复仇与刑罚，虽然都是以犯罪为根据而科处痛苦，但必须严格区分。复仇是为了自我满足而限制他人自由，不具有法的目的；与此相反，刑罚是为了保障法而科处痛苦。因此，为了确定刑罚的概念，必须使之与国家的目的和国家的权利相结合，探明科处刑罚的权力。国家的目的在于保护全体市民的相互的自由，换言之，保障各人可以完全行使自己的权利，保护各人的权利不受侵害，是国家的目的，所以，侵害权利是对市民结合的本质与目的的背反。<sup>〔2〕</sup>国家对侵害权利的现象必须采取预防性措施，其最好的手段是针对侵害权利的行为，以法律宣告刑罚；违反法规、侵害权利的行为就是犯罪。费尔巴哈指出：“犯罪是由刑罚法规规定的、侵害他人权利的行为。”<sup>〔3〕</sup>费尔巴哈进一步将犯罪分为对国家的犯罪（Staatsverbrechen）与对个人的犯罪（Privatverbrechen），前者是直接侵害国家权利的犯罪，后者是直接侵害市民权利的犯罪；对个人的犯罪与所有的人都有关系，而且是常见的犯罪，因而最具有重要性，立法时应将对个人的犯罪置于对国家的犯罪之前。“费尔巴哈将犯罪理解为对权利的侵害，意味着从实质上限定中世纪以来所扩张的、含混的犯罪概念；提倡权利侵害说与强调罪刑法定主义相并列，其意义在于，针对国家权力的恣意与刑法的不安定性，保护市民个人的自由。在这个意义上说，费尔巴哈的权利侵害说，是启蒙

〔1〕〔日〕木村龟二：“费尔巴哈”，载木村龟二编：《刑法学入门》，有斐阁1957年版，第50页以下。

〔2〕〔日〕庄子邦雄：《近代刑法思想史序说——费尔巴哈与刑法思想的近代化》，有斐阁1983年版，第26页以下。

〔3〕转引自〔日〕内藤谦：“刑法中的法益概念的历史的展开（一）”，载《东京都立大学法学会杂志》1966年第6卷第2号，第234页。