

中国法学精萃系列丛书



中国刑法学精萃

(2004 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

D924.01
15
:2004

中国法学精萃系列丛书

中国刑法学精萃

(2004 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编

北方工业大学图书馆



00571035



高等教育出版社

内容提要

本书精选 2003 年度全国报刊上公开发表的有代表性的优秀刑法学论文编辑而成。主要包括：“论刑法的公众认同”、“犯罪轻重的量化分析”等，涵盖总论、犯罪论、刑罚论、罪刑各论四个方面。这些论文代表了 2003 年度我国刑法学的发展水平，可供法学专业高年级本科生、硕士研究生、博士研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法学精萃. (2004 年卷)/法苑精萃编辑委员会编.
—北京: 高等教育出版社, 2004.11
ISBN 7-04-015938-4

I. 中... II. 法... III. 刑法-法的理论-中国-文集 IV. D924.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 093234 号

策划编辑 梁代军 责任编辑 吴勇 封面设计 张楠
责任绘图 尹文军 版式设计 马静如 责任校对 王超
责任印制 陈伟光

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-64054588
社址	北京市西城区德外大街 4 号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网址	http://www.hep.edu.cn
总机	010-58581000		http://www.hep.com.cn

经销 新华书店北京发行所
印刷 涿州市星河印刷有限公司

开本	787×960 1/16	版次	2004 年 11 月第 1 版
印张	34.25	印次	2004 年 11 月第 1 次印刷
字数	640 000	定价	49.10 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题，请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号: 15938-00

法苑精萃编辑委员会

编委（按姓氏笔划排序）

- 王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师
王保树 清华大学法学院教授、博士生导师
王晨光 清华大学法学院院长、教授、博士生导师
王家福 中国社会科学院法学研究所终身研究员、博士生导师
公丕祥 江苏省高级人民法院院长，南京师范大学教授、博士生导师
付子堂 西南政法大学副校长、教授
石少侠 国家检察官学院院长，吉林大学法学院教授、博士生导师
田平安 西南政法大学教授、博士生导师
龙宗智 西南政法大学校长、教授、博士生导师
石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博士生导师
江 平 中国政法大学终身教授、博士生导师
孙宪忠 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师
朱景文 中国人民大学法学院教授、博士生导师
米 健 中国政法大学教授，《比较法研究》杂志主编
李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博士生导师
李 林 中国社会科学院研究员，《中国社会科学》杂志副主编
李昌道 复旦大学法学院院长、教授
张广兴 中国社会科学院法学研究所研究员，《法学研究》杂志社社长
张文显 吉林大学党委书记、教授、博士生导师
张晋藩 中国政法大学终身教授、博士生导师
邵建东 南京大学法学院院长、教授、博士生导师
吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博士生导师

- | | |
|-----|------------------------------------|
| 吴志攀 | 北京大学副校长、教授、博士生导师 |
| 何勤华 | 华东政法学院院长、教授、博士生导师 |
| 陈卫东 | 中国人民大学法学院教授、博士生导师 |
| 陈光中 | 中国政法大学终身教授、博士生导师 |
| 陈兴良 | 北京大学法学院副院长、教授、博士生导师 |
| 陈明华 | 西北政法学院院长、教授、博士生导师 |
| 周国钧 | 《中国法学》杂志主编 |
| 郑成良 | 上海交通大学法学院院长、教授、博士生导师 |
| 郑成思 | 中国社会科学院法学所研究员、博士生导师 |
| 贺卫方 | 北京大学教授、博士生导师,《中外法学》杂志主编 |
| 赵秉志 | 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师 |
| 胡建淼 | 浙江大学副校长、教授、博士生导师 |
| 郝铁川 | 中共上海市委宣传部副部长,华东政法学院教授、博士生导师 |
| 徐显明 | 中国政法大学校长、教授、博士生导师 |
| 高鸿钧 | 清华大学法学院教授、博士生导师 |
| 黄 进 | 武汉大学副校长、教授、博士生导师 |
| 崔建远 | 清华大学法学院教授、博士生导师 |
| 曹建明 | 最高人民法院常务副院长、教授、博士生导师 |
| 梁慧星 | 中国社会科学院法学研究所研究员,山东大学法学院院长、教授、博士生导师 |
| 曾令良 | 武汉大学法学院院长、教授、博士生导师 |
| 曾宪义 | 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师 |
| 霍存福 | 吉林大学法学院院长、教授、博士生导师 |

总主编 张文显

总策划 法苑精萃创作中心

法苑精萃编辑部

主任 王卫权

委员 (按姓氏拼音排序)

姜 洁 梁代军 宋 军

吴 勇 张 杰

序

当今是知识爆炸的时代,又是时间四分五裂的时代,这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾,求知的本性与短促的人生的矛盾,这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约,加上人生必要时间的支付,即使再充分利用时间,每人每天也只有24小时,因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种,即对爆炸的知识进行甄别、挑选,取其精华,弃其糟粕。众所周知,著作虽多,但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从,是人生的原则,自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华,读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华,读经典著作是纲举目张、事半功倍,恰似“与君一席谈,胜读十年书”,可以说,不读经典著作就谈不上真正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是,是全球大势和时代主题,也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国,法学日益成为一门显学,每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认,法治是时代精神精华的贯彻,法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华,只有精华才配称为法学,只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准:

一是思路新奇。学术的生命在于创新,学术的发展新新不已,学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的,学术是承先启后和不断推陈出新的,对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作,而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真,追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的,这就决定了学术思想必须深刻,不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在,也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中,最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华,而且是时代精神的超越,是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然,上述标准是很高的,也许身不能至,但心向往之。我们把它们作为行动的旗帜和追求的目标,并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说,我们希望达到以下目标:

一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章,铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展,以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础,了解把握研究动态是为教为研之始,本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多,每个考生在复习过程中,都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、经典性的文章仔细研读,极其烦难不便,本系列丛书恰能予以弥补,提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置,但我们没有火眼金睛,或许有时还有眼无珠,难免良莠不分,取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时,也虔诚地希望公众热情参与,把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许,我们也会敬请有关专家、学者进行评选,以求名至实归、不负众望。

张文显

目 录

第一部分 总 论

周光权	论刑法的公众认同	3
许发民	论刑法应然性研究的“合法性”——兼论刑法学研究范围及其方法	12
聂立泽	主客观相统一原则的生成与内涵	25
赵廷光	罪刑均衡论的兴衰与罪责刑均衡论的确立	35
周少华	罪刑法定在刑事司法中的命运——由一则案例引出的法律思考	48
赵秉志	陈志军 社会危害性与刑事违法性的矛盾及其解决	75
尤广辉	时延安 法律全球化中的刑法现代化——刑法现代化的一个问题	93
高铭暄	关于 2002 年三个最新的刑事立法解释	101

第二部分 犯 罪 论

康树华	两种经济体制下中国犯罪状况与治理	113
贾 宇	有组织犯罪之对策研究	128
宫志刚	现代化和犯罪问题的哲学范式研究	138
张宗亮	全球化背景下的网络犯罪及其控制对策	148
马 彪	对弱势群体中犯罪现象的观察与思考	160
陈兴良	作为犯罪构成要件的罪量要素——立足于中国刑法的探讨	173
张明楷	犯罪构成理论的课题	182
赵秉志	论犯罪构成要件的逻辑顺序	203
白建军	犯罪轻重的量化分析	216
齐文远	周 洋 社会危害性与刑事违法性关系新论	231
阮齐林	应然犯罪之构成与法定犯罪之构成——兼论犯罪构成理论风格的多元发展	243
刘梅湘	犯罪嫌疑人的确认	256
欧锦雄	不作为犯罪的行为性	267
聂立泽	肖 鹏 法益状态说——作为犯与不作为犯的区别标准新探	284

童伟华	李希慧	违法性认识在故意犯罪成立中的地位	292
刘艳红		过失犯的构成要件构造及其适用	303
魏 东		论作为犯罪客体的法益及其理论问题	316
林亚刚		继续犯的若干争议问题探讨	323
郭泽强	贾 彬	正当防卫制度之价值观念层面的思考	331
熊选国	牛克乾	试论单位犯罪的主体结构——“新复合主体论”之 提倡	339
黎 宏		单位犯罪的若干问题新探	349
王作富	庄 劲	共同犯罪与构成身份新论	362

第三部分 刑 罚 论

王世洲		现代刑罚目的理论与中国的选择	373
张小虎		报应主义与目的主义之对峙及调和	404
孙国祥		论非刑罚化的理论基础及其途径	412
牛振宇	蒋若薇	行刑权运行模式的理性选择	424
谢望原		略论赦免的刑事政策意义	433
李文燕	左坚卫	论我国缓刑适用制度的立法完善	443
于志刚		论累犯制度的立法完善	455
邱兴隆		死刑的效益之维	471

第四部分 罪 刑 各 论

李 洁		受贿罪法条解释与评析	485
田宏杰		信用证诈骗罪构成特征研究	507
刘树德		绑架罪罪数认定研究	517
侯国云		有关交通肇事罪的几个疑难问题	526
附录		2003 年度全国主要报刊刑法学论文索引	533



第一部分 总 论

论刑法的公众认同

周光权

(清华大学法学院)

〔摘要〕 保持刑法与市民感觉、国民规范意识之间的一致性,以保持刑法的亲合力,并使之获得公众对刑法的认同感,在我国是一个比较突出的问题。刑法理论在因果关系、不作为犯、违法论、故意、共犯、责任论等问题上都充分考虑了公众认同感问题。公众对刑法的认同包括对“生活利益的重要性”和“规范有效性”的认同两个方面。作者进一步指出,今后我国刑法理论与实践要更多地考虑公众认同,就必须注意三方面的问题:理论总体思路的调整;在具体问题上的理论创新和反思;鼓励市民介入刑事司法裁判过程。

当前,与犯罪有关联的两个现象需要我们重视:一是成文化的刑法规范越来越多。例如1997年修改刑法,制定了条文总数很多的刑法典,然后又在较短的时间内制定了多个刑法修正案,最高司法机关还先后颁布了多个司法解释,所以,对犯罪的判定活动越来越精密化;二是刑法学理论的系统化、体系化追求越来越强烈。随着德、日及英美刑法理论的引进,以及我们对中国传统刑法理论的反思和创新,刑法理论更加精致、抽象、复杂,对犯罪的解释活动越来越精巧化。

这些变化和趋势归结起来,其共同特征为:随着与刑法有关的力量和专家力量的日益膨胀,刑法的实务与理论都日益脱离公众,似乎成为普通公众看不懂的东西。问题是:实施犯罪的人是普通公众中的一员,对他的惩罚是否需要获得公众的认同?如何保持刑法与市民感觉或国民规范意识之间的一致性或张力,以保持刑法的亲合力,获得公众对刑法的认同感,使刑事司法活动不成为一个脱离群众的“异物”,在现在已经是一个比较突出的问题。在我看来,刑法长期以来被政权当局看作是可以任意调遣的工具,被民众视为专司生杀予夺的峻法,主流的观念极度强调刑法的有效性并往往把它绝对化,其实,这都是对刑法功能带有先见的“工具性”误读。所以,应当在民众中确立对刑法的认同感,从

而形成刑法有效的相对性观念,这是现代法治国家刑法之要义。刑法的公众认同表明社会对刑法的接受程度,强调以人权限制刑罚权。以往的刑法理论未对刑法有效性做出完整的理解。应当协调公众认同和刑法有效性的矛盾:即国家要把刑法作为促进长期利益的最佳方式,必须使刑法得到公众认同。

一、公众认同对刑法理论及制度的影响

对犯罪的认定,必须考虑一个社会的现实,也要考虑国民的规范意识或刑法认同感,以寻求结论的合理性。要求刑法的理论与实践充分考虑公众的认同感,就是要考虑进入刑事司法视野的“经验上通常的事实”:即考虑哪些判决结论或理论解释是一般国民可以接受的,符合一般国民的规范意识,从而肯定国民的经验、情理、感受的合理性,肯定生活利益的重要性。笔者认为,许多刑事司法中的实践做法或刑法理论解释是充分考虑了公众的刑法认同感的。下面,我列举部分问题说明:引进刑法的公众认同概念可以解决一些争议问题。

(一) 因果关系

实行行为和危害结果之间的因果联系如果不存在,就难以实现客观的归责,这是刑法理论中的一个重要原理。在因果关系上,主要有条件说和相当因果关系说的争论。条件说主张:在无 A 行为就无 B 结果的条件关系存在时,因果关系的成立就可以肯定。条件说在很多情况下都是有用的,但是有时适用条件说会导致一些解释不通的现象,所以相当因果关系理论也有特别多的人赞同。相当因果关系说以条件说为基础,主张由一定行为产生一定结果在“经验上”看是通常的,或者是具有相当性,一般公众可以接受的场合,因果关系就存在。所以,将因果关系的有无诉诸公众社会生活上的经验,考虑在通常情况下行为是否产生某种结果,从而将极其偶然的結果从客观归责中排除出去,使得归责的实现能够为一般人所认同。相当因果关系理论在解决一些特别复杂的案件时,能够充分发挥独特作用,在德国、日本的司法实践中都是通说。

(二) 不作为犯中作为义务的实质判断需要借助于一般国民的规范意识

不作为犯中的作为义务,我们通常的理解是作形式上的判断。包括:(1) 法律要求的义务;(2) 职务、业务所要求的义务;(3) 先行行为产生的义务;(4) 法律行为(如合同行为)引起的义务等。这样的解释可能最为符合形式意义上的罪刑法定主义,但是,有的情况下用其处理案件会带来实质的不合理,所以,在司法实践中出现了扩大解释作为义务的倾向。例如司法机关对丈夫发现妻子上吊自杀不予救助、恋人中的男方见女友自杀不予理会的案件,法院都判故意杀人罪。但是,在这种情况下,作为义务的来源是什么,难以从形式的侧面进行解释。

从公众的刑法认同感来考虑,只要存在着与作为价值相同的不作为,就应该



给予处理。不作为是以违反作为义务为前提的,但只有在事关特别重要的法益的时候,才命令国民履行一定的作为义务。因此,只有在应当保护的法益重大、且具有发生法益侵害结果的高度盖然性时,才能设定不作为犯罪。为此,对作为义务进行实质考察,或许就是必要的。日本学者前田雅英指出,法令、契约、事务管理、惯习、条理(特别是先行行为)都只是作为义务的形式根据,作为义务的实质内容包括:(1) 行为人是否处于可能控制既存的危险性的地位;(2) 防止结果发生是否容易;(3) 是否存在其他可能防止结果发生的人;(4) 基于是否给予发生结果的危险以重大原因等情况,根据各犯罪类型,确定作为义务的界限;(5) 根据法令、契约,考虑行为人与被害人的关系。^① 这样,对不作为犯的认定范围可能较广,但是考虑了公众一般认同的刑法理念,其结论也就是可以接受的。

(三) 被害人承诺的伤害

在违法论问题上,刑法更应该考虑公众认同问题,德国学者威尔泽尔所提出的“社会相当性”理论,在我看来就是回应了这一要求。虽然社会相当性理论在今天承受很多批判,但是,其合理部分的存在仍然是不可否认的。对违法阻却事由的判断,也必须考虑刑法的公众认同问题。被害人承诺是阻却违法事由之一,但是,是不是所有的承诺都有效,需要考虑一般人的认识。例如,赌博过程中,一方承诺在自己赌输后,他人可以砍自己手指;为骗保险金,承诺他人伤害自己,这样的承诺是否有效,就必须考虑公众的刑法认同。按照一般人的常识(市民感觉),得承诺的伤害是否成立犯罪,要考虑受伤轻重,因为被害人有权处分私权的权利;同时要考虑与承诺伤害有关的事由是否在情理上可以谅解。所有,对类似案件的处理方案是一种综合平衡的结果:故意伤害罪侵害的法益是他人生理机能的健全,对基于被害人承诺伤害的行为在重伤的场合,应成立故意伤害罪;对造成轻伤的,如果行为严重违反公序良俗,也应认为成立故意伤害罪。那么,以骗取保险金为目的,行为人与被害人勾结,对被害人实施轻伤害的,构成伤害罪,因为其动机恶劣。又如赌博,虽然只是砍伤了小手指,但是由于赌博本身违反伦理,也应判处有期徒刑。这样的结论是符合公众的刑法认同感的。

(四) 紧急避险与期待可能性

在以牺牲他人生命保护自己生命的场合,按目前的主流观点是成立犯罪,因为避险超过限度,所以刑法上不允许类似行为,其主要考虑是生命价值高于一切,应该绝对给予保护。^② 但这一观点貌似合理,其实值得商榷。因为避险行为即使从伦理上考虑不妥当,具有违法性,也应当根据国民的规范意识,承认阻却个人责任,即由于欠缺期待可能性,使得行为人不具有非难可能性,免除其罪责,

① [日]前田雅英:《刑法总论讲义》第3版,东京大学出版会1998年版,第138页。

② 高铭喧主编:《刑法学原理》第2卷,中国人民大学出版社1993年版,第247页。

从而使刑法获得公众认同感。^① 在其他可能适用期待可能性的场合,都必须考虑刑法的公众认同感。例如,对收取数额较大假币后为避免自己损失而使用的,应该判轻刑;在饥渴且濒临死亡时入室偷窃价值较大的食物,可以宣告无罪;犯人指使他人窝藏、包庇自己的,都不成立窝藏、包庇罪的共犯。

(五) 刑罚目的

要使刑罚有效果,在今天就不能完全排斥目的刑论,但同时应当从目的刑论的要求出发来接纳报应观念,从而超越报应和功利的简单对立。^② 在现代社会,如果离开公众的道德观念与规范意识,刑罚就不能发挥机能;刑罚要达到预防犯罪、增进国民福祉、维护社会秩序等目的,就必须推进公众的规范意识;刑罚要达到一定目的时,该目的必须是公众认可的目的;违反国民“正义感”的刑罚制度会导致社会不安定。国民的正义感包括罪刑均衡的观念及对具有非难可能性的行为才科处刑罚的观念;“报应”概念应该在这个意义上使用。报应概念的必要性在于,单纯的目的刑论可能导致处罚程度过于严厉,即为了达到特定目的而不惜使用过重的刑罚,“报应”观念可以成为划定刑罚上限的基准。但报应当以公众的规范意识为基准,使用科学方法使之具体化;科处刑罚时,一方面要以一般预防与犯人再社会化为必要限度,另一方面要以罪刑均衡为限制。

(六) 对故意的认定

故意是对犯罪的认识,需认识构成事实与非难可能性。一般人认为是犯罪的场合,行为人即使相信不是犯罪,但他认识到一般人会认为该行为是犯罪时,亦应追究刑事责任。因为非难可能性是扎根于公众规范意识的实质的非难可能性,即非难可能性的内容只要一般公众认可就可以了,而不要求所有人完全认识;如果一般人认为实施该行为应被追究故意责任,则行为人在实施该行为时也应该被追究刑事责任。

故意的成立,涉及“知”、“意”两个方面。知是主要的,而“意欲”、“动机”等意志要素作为一种附随因素,只具有左右“责任的量”的机能。所以,在故意与过失的区分的各种理论(希望说、认识说、容认说与盖然性说)中,虽然中国刑法学的通说是容任说,^③但是笔者认为盖然性说是妥当的。认识到结果发生的可能性小时,是过失,反之是故意。这是充分考虑了“知”的因素,因为在公众看来,知的层面容易判断,可以防止法官将个人偏见、评价方法的不妥当性带入故意认定中。

^① 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第122页。

^② 陈兴良、周光权:《超越报应主义与功利主义:忠诚理论》,载《北大法律评论》第1卷第1辑,第110页。

^③ 张明楷:《刑法学》(上),法律出版社1997年版,第194页。



（七）共犯

共犯中,共犯处罚的理由,成立条件、共犯人的责任等,都考虑了回应公众的刑法认同感这一问题,尤其是共同正犯中部分实行全部责任原理,更是考虑了这一要求。虽然不是共犯,但是有的国家刑法特别规定按共犯处理,也是考虑了公众认同。例如按一般的共犯原则,伤害行为的同时犯只对自己的行为产生的结果负责,对伤害行为的共同正犯才实行“部分实行全部责任”原则。但日本刑法第207条规定,二人以上共同实行伤害行为,谁的伤害行为暴力程度高,谁的行为导致伤害结果严重都无法查明时,即使行为人之间不存在共犯关系,也按共犯处理。这主要考虑到在同时伤害的场合,因果关系的证明较为困难,所以从实务的角度要求被告承担证明因果关系不存在的责任,不能立证则推定为共犯的意思联络存在。^① 这样的规定,虽然较为奇特,但是应该是能够得到公众认同的。

二、刑法公众认同的基本内容

公众的刑法认同包括对“生活利益的重要性”和“规范有效性”的认同两个方面,其最终表现为结局合理、对行为过程的妥当评价两点上。结局合理在刑法上表现为:对一些特别重要的法益,事实上或最终必须得到保护,人们愿意看到正义得到伸张,邪恶得到惩治的结果。对行为过程的妥当评价在刑法上表现为:评价犯罪必须考虑过程性因素,即行为人行为实施过程本身(样态、手段、动机等)是否符合国民一般的规范理念或道德观念,不符合规范要求的行为极容易被宣告为犯罪。从这两个层面看,刑法的公众认同感既重视对合法权益的维护,又肯定规范的重要性,只不过在不同历史时期侧重点有所不同。在社会平和、生活秩序井然、规范的价值被高扬的时代,遵守规范是个人生活的一部分,规范有效性已经不成问题,公众一般倾向于认为维护合法权益更为重要。根据这种公众认同理念所建立的刑法学总体上应该是强调法益保护的,即结果无价值的,例如,在财产罪保护法益问题上就会坚持所有权及其他本权说。反之,在社会剧烈转型、各种权利关系不明确、公众的规范信赖感不强的时期,规范有效性必须给予特别强调,这就是规范违反说或者行为无价值论的基本主张,例如,在财产罪保护法益问题上,就会坚持占有权说,即存在事实上的财产占有关系,就应当给予保护,至于占有是否合法在所不问。在当代资本主义国家,对规范的信任危机已经渡过,社会有序化局面已经形成,法益保护说占主流,公众的刑法认同实现

^① [日]中山研一:《概说刑法Ⅱ》,日本成文堂1991年版,第34页。