

新刑法与法益侵害说

张明楷^x

内容提要: 本文的基本观点是: 刑法目的是保护法益、犯罪本质是侵犯法益。本文论述了法益侵害说及其与规范违反说的区别; 论证新刑法采取了法益侵害说以及法益侵害说的合理性; 剖析了有悖法益保护目的现象, 并提倡全面贯彻法益侵害说。

关键词: 新刑法 法益保护 法益侵害说

一、法益侵害说概述

从宏观角度来看, 国外刑法理论在两个问题上存在着法益侵害说与其他学说的争论。

首先, 关于犯罪的本质, 存在权利侵害说、法益侵害说、义务违反说与折衷说的争论。

权利侵害说以启蒙主义的人权思想为背景, 认为犯罪是侵害他人权利的行为, 故没有侵害权利的行为不是犯罪。权利侵害说的代表人物费尔巴哈(Feuerbach)提出该说主要基于以下几个方面的考虑: 第一, 天赋人权, 任何人都享有权利, 犯罪的本质正是侵害权利; 国家也有人格、享有权利, 对国家的犯罪也是对权利的侵害。第二, 法律与伦理有严格区别, 内心的恶意不是法律规制对象, 只有侵害权利的外部行为才是法律规制的对象。第三, 将犯罪限定为侵害权利的行为, 有利于限制国家权力的恣意, 保证刑法的安定性, 从而保障市民的自由。^{1 12} 该说在19世纪初期的刑法学中占统治地位。但是, 用权利的观念并不能完全说明实定法所规定的犯罪, 有些行为如警察犯(后来的行政犯)、宗教犯罪、风俗犯罪等并没有侵害权利, 但仍然被实定法规定为犯罪。于是, 权利侵害说被法益侵害说取代。

法益侵害说认为, 犯罪是对法所保护的利益或价值造成侵害或引起危险(威胁)。^{1 22} 这一观点最先由毕恩堡姆(Birnbaum)提出, 后来得到了李斯特(Liszt)等学者的继承与发展。李斯特指出: /法益是法所保护的利益, 所有的法益都是生活利益, 是个人的或者共同社会的利益; 产生这种利益的不是法秩序, 而是生活; 但法的保护使生活利益上升为法益。^{0 1 32} 犯罪便是侵

^x 本文作者系清华大学法学院教授。

^{1 12} 参见[日]伊东研佑:《法益概念史研究》, 成文堂1984年版, 第16页以下。

^{1 22} 本文以下的法益侵害、侵犯法益、侵犯合法权益等用语是在同等意义上使用, 均包括对法益的侵害与危险两种情况。

^{1 32} 转引自[日]大冢仁:《刑法概说(总论)》, 有斐阁1992年改订增补版, 第83页。

害由法所保护的生活利益的行为。由于法益侵害说可以说明各种具体犯罪的本质,故成为德国、日本等大陆法系国家刑法理论上的通说。

义务违反说认为,与其说犯罪的本质是侵害法益,不如说是违反义务。德国学者谢夫斯坦(Schaffstein)之所以提出这种学说,一方面是进入 20 世纪后,出现了由霍利希(Richard Honig)将法益理解为各个刑罚法规的立法目的见解,以及由休威英格(Erich Schwinge)将法益理解为刑法中的解释与概念构成的指标的观点;另一方面是在纳粹时代,国家主义得到强调,于是犯罪是对国家、社会共同体的危害,即使行为没有侵害法益,但违反了社会共同体所负有的义务、人伦的义务时,就是犯罪。

折衷说(法益侵害+ 义务违反)由日本的团藤重光提倡,得到了其弟子大冢仁等人的支持。该说认为,刑罚法规都是以个人的利益、国家及社会的利益为保护对象的,因此,可以将犯罪的核心理解为法益侵害,法益侵害说基本上是妥当的,对法益应理解为法所保护的利益。但是,刑罚法规并不只是根据对法益的侵害结果来规定犯罪,许多规定重视了法益侵害、威胁的样态。例如,盗窃罪、诈骗罪、侵占罪等,就对个人财产的侵害这一内容上说,都具有共同的特征,但由于侵害的样态不同,而属于不同类别的犯罪。因此,作为犯罪本质的法益侵害、威胁,包含了侵害的方法与种类等。进一步考虑,应当承认犯罪有违反义务的一面。例如,尽管侵害的法益完全相同,但在不纯正身分犯中,对身分犯的处罚重于非身分犯,如果无视身分者的义务违反,仅仅根据法益侵害这一点,则难以对此作正确说明。再如,业务上侵占罪的法定刑重于普通侵占罪,也是因为违反义务的程度不同。于是,犯罪的本质就是包含了侵害、威胁样态的法益侵害、威胁,同时也是对一定的法的义务的违反。¹⁴²

其次,关于违法性的实质,存在法益侵害说与规范违反说的争论。违法性可分为形式的违法性与实质的违法性。形式的违法性意指行为违反法规,这样理解显然没有错误,却没有说明违法性的实体,而且是同义反复,用违法来解释违法,人们不能不进一步追问: / 法规禁止什么允许什么? / 法规为什么禁止某种行为? 于是出现了实质的违法性论,它是用违反法规以外的实质根据来说明违法性的。

法益侵害说认为,违法性的实质是对法益的侵害或者威胁。例如,李斯特认为,实质的违法性是指行为/ 对社会有害(反社会的或非社会的)0、是/ 侵害社会的举动0、是/ 对法益的侵害或者威胁0。¹⁵² 麦茨格(Mezger)认为,违法性的实质是对生活利益的侵害或者危险。¹⁶² 泷川幸辰认为,违法性的实质是对/ 被害人利益0的侵害;¹⁷² 佐伯千仞说,违法性的实质是对国家、团体、个人的/ 生活利益(即法益)的侵害或者威胁。¹⁸² 前田雅英说:/ 国民的利益受到侵害是违法性的原点。因此,首先将违法行为定义为- 导致法益的侵害或者危险(一定程度以上的可能性)的行为。(法益侵害说)。法益是指应当由刑法来保护的利益。¹⁹²

规范违反说(也称法规违反说)则认为,违法性的实质是违反法规或者违反法秩序。

142 参见前引132,大冢仁书,第84页以下。

152 李斯特二元地把握违法性,他认为,形式的违法性是指违反国家规范即法秩序的命令、禁止,实质的违法性则是上述对法益的侵害与威胁(参见[日]木村静子:5违法与责任6,阿部纯二等编:5刑法基本讲座6第3卷,法学书院1994年版,第8页)。

162 参见[日]木村龟二:5犯罪论的新构造(上)6,有斐阁1966年版,第230页;前引132,大冢仁书,第305页。

172 [日]泷川幸辰:5犯罪论序说6,有斐阁1947年版,第80页。

182 [日]佐伯千仞:5刑法讲义总论6,有斐阁1968年版,第170页。

192 [日]前田雅英:5刑法总论讲义6,东京大学出版会1994年第2版,第63页。

其先驱者宾丁(Binding)指出,犯罪不是违反刑罚法规,而是违反在论理上先行于刑罚法规的不成文规范(即作为刑罚法规前提的规范,如刑法中的禁止杀人规范,就是根据事先已经存在的不得杀人的不成文规范制定的)。宾丁的规范违反说,一方面将规范本身的内容实质化,另一方面从实质上把握违法性。¹¹⁰² 麦耶尔(MEIER Mayer)一方面受宾丁的规范论影响,同时又发展了宾丁的观点,认为违法是指/与国家承认的文化规范不相容的态度。¹¹¹² 日本的小野清一郎认为,违法性的实质是/违反国家的法秩序的精神、目的,对这种精神、目的的具体的规范性要求的背反。¹¹²² 团藤重光则指出,违法性/从实质上说,是对整体法秩序的违反,是对作为法秩序基础的社会伦理规范的违反。¹¹³² 在规范违反说看来,刑法规范的背后是社会伦理规范,所以违反刑法的实质是违反刑法背后的社会伦理规范。

本文打算将上述关于犯罪本质的争论与关于违法性实质的争论,归纳为对犯罪本质的争论进行讨论。从内容上说,现在没有人赞成权利侵害说与义务违反说,所以,前述关于犯罪本质的争论,主要是法益侵害说与折衷说的争论,而折衷说论者在违法性问题上一般采取规范违反说(如日本的团藤重光、大冢仁等)。而且前述有关犯罪本质的法益侵害说与有关违法性实质的法益侵害说,内容完全相同。从犯罪论体系上说,大陆法系国家刑法理论的通说认为,构成要件是违法类型,即符合构成要件的行为原则上具有违法性,因此,违法性的实质也是构成要件的实质,因而结局成为犯罪的本质。从论述方式来说,国外一些刑法学者,有时也将犯罪的本质与违法性的实质作为同一问题来论述。例如,有的学者在论述/犯罪的本质⁰时,介绍权利侵害说、法益侵害说、规范违反说与义务违反说;¹¹⁴² 有的学者在讨论/犯罪的实质⁰时,介绍法益侵害说与规范违反说。¹¹⁵² 从我国刑法理论的现状来说,一般认为社会危害性是犯罪的本质属性,而犯罪的社会危害性是指对合法权益的侵犯性,故社会危害性大体上相当于上述实质的违法性;在我国,违法性仅是形式的违法性,而违法性与社会危害性是统一的。因此,如果将上述关于犯罪的本质与违法性实质的不同观点纳入我国刑法理论来考虑,实际上就是关于社会危害性即犯罪本质的争论。我国没有人主张犯罪的本质是侵害权利或违反义务,而是一致肯定犯罪的本质属性是社会危害性,这便是侵害法益。另一方面,尽管没有人提倡规范违反说,但实际上在某些方面却留下了这一学说的痕迹。因此,笔者下面一方面将上述观点归纳为对犯罪本质问题的争论,另一方面仅在法益侵害说与规范违反说之间进行讨论。

上述关于犯罪本质以及违法性实质的争论,与新旧两派本身的对立没有直接关系。¹¹⁶² 旧派中既有采取法益侵害说的(如麦茨格、泷川幸辰),也有采取规范违反说的(如麦耶尔、小野清一郎);新派重视行为的反社会性和离开社会常规的脱轨性,尤其是在推进实质的违法性论方面作出了贡献。¹¹⁷² 例如,李斯特是德国的新派代表人物,他发展了法益侵害说;牧野英一是日

1102 参见前引1152,木村静子文,阿部纯二书,第7页。

1112 麦耶尔给文化规范所下的定义是:/文化规范是作为宗教的、风俗的命令与禁止,以及作为交易上、职业上的要求而规律个人的规范的总称。法律规范原则上是国家所承认的文化规范⁰(转引自[日]福田平:5行政刑法6,有斐阁1978年新版,第15页)。

1122 小野清一郎:5新订刑法讲义总论6,有斐阁1948年版,第119页。

1132 [日]团藤重光:5刑法纲要总论6,创文社1979年改订版,第170页。

1142 [日]大谷实:5刑法讲义总论6,成文堂1991年第3版,第97页以下。

1152 [日]木村光江:5刑法6,东京大学出版会1997年,第21页。

1162 参见[日]早稻田司法考试研究室:5刑法总论6,早稻经营出版社1990年版,第11页。

1172 参见[日]藤木英雄:5刑法上的学派对立:旧派和新派、客观主义和主观主义6,5法学译丛61980年第1期,第18页。

本的新派代表人物, 实际上推进了日本的法益侵害说。

法益侵害说与规范违反说虽然不涉及学派之争, 但也不只是单纯形式上的争论, 而是关涉到刑事立法、刑法理论与审判实践上的一些重大问题。

首先, 法益侵害说与规范违反说对刑罚处罚的界限与实质标准存在分歧。/ 在杀人、盗窃等场合, 显然在侵害法益的同时又违反了社会伦理, 故不管采取上述哪一种见解, 实际上几乎没有差异。¹¹⁸² 但是, 法益侵害说将国民利益受侵害视为违法性的原点,¹¹⁹² 因此, 只有行为侵害了法益时, 才能将这种行为规定为犯罪。行为的反社会伦理性, 并不直接成为刑罚处罚的根据。因此, 法益侵害说主张对通奸、成人间基于合意且秘密的同性恋等/ 没有被害人的犯罪⁰以及对吸食毒品等/ 自己是被害人的犯罪⁰实行非犯罪化, 因为这些行为虽然违反社会伦理, 却没有侵害任何法益。/ 但是, 法规范违反说的基础在于- 刑法是伦理、道德的最低限度. 的观念。即刑法处罚的只是违反伦理、道德的行为, 刑法的目的是维持形成道义秩序、道德规范。其结果, 法规范违反说无论如何都容易形成为: 与法益侵害完全分离但仅仅因为违反了- 伦理、- 道德 而受处罚, 这是必须注意的。两说的对立点在于, - 国民的具体生活利益没有受侵害的危险却违反伦理秩序的行为. 是否处罚的对象。从另一角度来考虑, - 伦理. 本身是否应当成为刑法上的法益。¹²⁰² 因此, 规范违反说坚持主张处罚上述没有被害人的犯罪与自己是被害人的犯罪。在这个问题上, 英国的史蒂芬(Stephen)与密尔(Mill)曾展开讨论, 后来, 德富林(Devlin)与哈特(Hart)之间展开了新的争论。德富林赞成史蒂芬的观点, 认为刑法有维持社会伦理的任务, 应当处罚反伦理的行为。与此相对, 哈特支持密尔的观点, 认为原则上只有在行为侵害了他人利益的情况下才能动用刑法。后来, 英国根据法益侵害说, 将一些没有被害人的犯罪与自己是被害人的犯罪实行了非犯罪化。¹²¹² / 德国也可以看到同样的对立。例如, 威尔采尔(Welzel)在其刑法教科书中说: - 刑法的任务在于保护基本的社会伦理的心情(行为)价值。与此相反, 制作刑法修正代替草案的年轻教授们, 批判- 刑法的伦理化., 认为- 刑法是为保护法益服务的。¹²²² 与此密切联系的是, 法益侵害说认为, 对法益的侵害具有程度差异, 只有当行为对法益的侵害达到一定程度时才能作为犯罪处理。而规范违反说认为, 犯罪的本质是对整体法秩序的背反, 或者对法秩序的精神、目的的违反, 于是只有违法与不违法的问题。而且, 由于违法是违反整体的法秩序, 而民法与刑法存在于同一法秩序之中, 故违反民法的行为在刑法上也属违法。这显然会扩大刑法上的违法范围, 进而扩大刑罚处罚范围。

其次, 法益侵害说强调刑法与伦理道德的分离, 因为在现代社会, 伦理价值观具有变易性, 什么伦理正确并不十分明确, 什么是/ 国家的法秩序的精神、目的⁰、什么是/ 作为法秩序基础的社会伦理规范⁰, 界限并不清晰。如果刑法与伦理没有分离, 那么, 就会造成刑法的不安定性, 从而有损国民的预测可能性。另一方面, 伦理价值具有多样性, 社会不仅应当宽容不同的价值观, 而且要尽量尊重个人观念上的差异。再者, 刑罚是一种重大痛苦, 其自身并非理想的而是不得已的社会统制手段, 将维持国家的道义与社会伦理作为刑法的任务, 不仅是对刑法的过份

¹¹⁸² [日]平野龙一:《刑法总论》16, 有斐阁 1972 年版, 第 44 页。

¹¹⁹² 法益侵害说并不是主张仅保护国民利益, 而不保护国家与社会利益, 而是认为, 国家利益与社会利益最终也是(为了)国民利益, 所以, 为了国民利益而保护国家、社会利益。

¹²⁰² 前引192, 前田雅英书, 第 63 页。

¹²¹² 参见拙著:《刑法的基础观念》, 中国检察出版社 1995 年版, 第 151 页以下。

¹²²² 前引1182, 平野龙一, 第 43 页。

要求,而且是在法的名义下强迫他人接受自己的价值观。¹²³²因此,刑法与伦理道德必须分离。规范违反说主张刑法与道德不可分离。这从前述麦耶尔、小野清一郎、团藤重光等人的论述就可以看得清清楚楚。这也是后期旧派与前期旧派的一个重大区别。即前期旧派将法律与伦理严格区分,后期旧派则将法律与伦理同等看待。

再次,法益侵害说常常主张结果无价值论,即在判断行为是否具有违法性时,最基本的是考虑行为是否侵害或者威胁了法益,没有侵害或者威胁法益的,即使行为人的内心再恶,行为本身严重违反社会伦理,也认为没有违法性。而规范违反说则往往强调行为无价值。因为违法性的实质是违反国家法秩序的精神、目的,违反作为法秩序基础的社会伦理规范,在违法判断上必然重视行为的反伦理性,而伦理主要/支配人们的内心生活与动机¹²⁴²,关注的是内在性,故行为是否违法取决于行为人内心的恶性与行为本身的反伦理性。

最后,在其他许多争论问题上,法益侵害说与规范违反说都会得出不同结论。例如,关于未遂犯(危险犯)与不可罚的不能犯的区分标准。持法益侵害说的人一般主张以科学法则为标准判断行为有无危险(所考虑的是行为客观上是否可能侵害法益);而持规范违反说的人通常主张以一般人的认识为标准判断有无危险(所考虑的是一般人是否认为有危险)。再如,对于偶然防卫致不法侵害者死亡的,持法益侵害说的人一般认为无罪(考虑结果的合法性);而持规范违反说的人通常认为成立杀人既遂(考虑行为的反伦理性)。¹²⁵²又如,对于伪证罪中的虚伪证明,持法益侵害说的人说,作出的证言违背客观事实时才是虚伪(考虑结果没有妨害司法);而持规范违反说的人则说,只要证言内容违反了证人的记忆就是虚伪(考虑行为主观上有恶意)。¹²⁶²如此等等,举不胜举。

那么,我国的新刑法采取了哪一种学说呢?

二、新刑法对法益侵害说的认同

在我看来,新刑法从许多方面认同了法益侵害说,¹²⁷²主要表现为:

第一,在修改刑法的讨论过程中不少人提出增设通奸罪、卖淫罪、乱伦罪等以违反社会伦理为内容的犯罪,但没有被新刑法采纳。也有人提出增设吸食毒品罪,同样不被新刑法所取。这足以说明新刑法没有以行为的反伦理性作为决定处罚范围的界限,因而没有采取规范违反说,而是采取了法益侵害说。从表面上看,新刑法增设了大量犯罪,可谓实行了大量的犯罪化,但大量的犯罪化不是采取规范违反说的结果,而是以其行为严重侵犯了合法权益为实质根据的。法益侵害说往往主张非犯罪化,但如前所述,那是针对没有被害人的犯罪与自己是被害人的犯罪等没有侵害法益的行为而言,故不能认为新刑法否认了法益侵害说。

第二,新刑法第2条规定:“中华人民共和国刑法的任务,是用刑罚同一切犯罪行为作斗争,以保卫国家安全,保卫人民民主专政的政权和社会主义制度,保护国有财产和劳动群众集

¹²³² 参见前引1182,平野龙一书,第43页以下;前引1192,前田雅英书,第6页以下。

¹²⁴² [美]E·博登海默:《法理学》(法哲学及其方法),邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第350页。

¹²⁵² 参见拙文:《新刑法与客观主义》,《法学研究》1997年第6期,第103页。

¹²⁶² 参见拙著:《未遂犯论》,法律出版社1997年版,第193页。

¹²⁷² 应当认为,旧刑法也认同了法益侵害说,下面列举之例,也包括旧刑法中已有的类似规定。但相比之下,新刑法对法益侵害说的认同更为明显。

体所有的财产,保护公民私人所有的财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业的顺利进行。¹²⁸²这说明,刑法的任务与目的是保护合法权益(法益),而不是对社会伦理规范或伦理秩序的保护。第 13 条规定:“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪。”¹²⁸³这表明,犯罪的本质是一定的社会危害性,而社会危害性的内容是对合法权益的侵犯。这两个规定从正反两个角度肯定了法益侵害说。

第三,新刑法对某些具体犯罪所属类别的调整,也突出了以保护法益为核心,因而突出了犯罪的本质是侵害法益。例如,虐待被监管人罪与私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪,旧刑法将它们规定在渎职罪一章中,实际上强调的是这种行为违反了监管人员与邮政工作人员的职责义务。而新刑法将它们纳入到侵犯公民人身权利民主权利一章中,说明这两个罪的本质分别是对公民人身权利的侵犯与对公民民主权利的侵犯,清楚地表明新刑法认同了法益侵害说。¹²⁸²

第四,新刑法第 140 条将“关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定”中的违法所得数额修改为销售金额(还有几个条文也是如此)。从形式上说,这样修改是因为司法解释上的差异,¹²⁹²导致了执法上的混乱:“以非法的实际收入计算-违法所得。实际上等于给那些违法犯罪分子-开工资”,而且在实践中也难以操作和适用。¹³⁰²但我认为,实质原因是,将违法所得数额规定为犯罪构成要件(特别是在违法所得数额与行为所造成的损害数额之间不一致的情况下),容易使人们认为犯罪的本质就是违反伦理规范(行为人以不法手段获得利益),然而,在违法所得数额与销售金额之间,更能体现或说明生产、销售伪劣商品等破坏市场经济秩序罪的社会危害性程度的,显然是后者而不是前者。因为即使行为人花费重大成本生产、销售伪劣产品,结果获取的利益很小甚至没有获取利益,其行为也破坏了平等竞争的市场经济秩序。销售金额多法益侵害性便重,销售金额少法益侵害性便轻;在某种意义上,我们也可以说违法所得数额多法益侵害性便重,但决不能说违法所得数额少法益侵害性便小。因此,将违法所得数额修改为销售金额,实际上具体地肯定了犯罪的本质是侵害法益。刑法第 140 条所规定的销售金额标准没有差别地适用于自然人与单位,也说明采取了法益侵害说。因为不管是自然人还是单位,其销售伪劣产品的金额达到 5 万元时,尽管行为人得到的利益数额会有很大差距,但这种行为对市场经济秩序的破坏,对消费者权益的侵犯却没有改变。如果认为犯罪的本质是违反社会伦理,那么,对单位生产、销售伪劣产品的,或者不处罚(因为不是为了个人的私利,不具有反伦理性),或者规定较高的数额,但刑法并没有作出这样的规定。不难看出,其他类似条文对单位主体与自然主体规定相同的犯罪数额标准,其精神也在于强调犯罪的本质是对合法权益的侵犯。

¹²⁸² 新刑法将伪证罪从侵犯公民人身权利民主权利罪一章中调整到第六章妨害社会管理秩序罪中的妨害司法罪,是因为伪证罪在某些情况下并没有侵犯他人权利,因而其实质在于有妨害司法公正的危险,仍然是对法益侵害说的肯定。

¹²⁹² 参见最高人民法院 1995 年 1 月 16 日关于适用《关于惩治侵犯著作权犯罪的决定》若干问题的解释;最高人民法院 1995 年 7 月 6 日关于审理生产销售伪劣产品刑事案件如何认定“违法所得数额”的批复;最高人民检察院 1993 年 12 月 1 日关于假冒注册商标犯罪立案标准的规定。

¹³⁰² 敬大力主编:《刑法修订要论》,法律出版社 1997 年版,第 155 页。

第五,新刑法为了使具体犯罪的构成要件进一步明确,对新增加的犯罪以及旧刑法中已有的部分犯罪,突出了犯罪结果的规定(有的是在/情节严重0之前突出了犯罪结果的规定)。例如,第288条增设的扰乱无线电通讯管理秩序罪,要求/干扰无线电通讯正常进行,造成严重后果0;第221条规定的损害商业信誉、商品声誉罪,要求/给他人造成重大损失或者有其他严重情节0;第223条规定的串通投标罪,要求/损害招标人或者其他投标人利益,情节严重0。类似这样的规定,都说明新刑法所重视的是行为对合法权益的侵犯,而不是对伦理道德秩序的违反。

新刑法对法益侵害说的认同,值得称赞。

首先,以法益侵害说为根据确定刑法的处罚范围与界限,可以使处罚范围适当、使处罚界限明确。如前所述,规范违反说认为犯罪的本质是行为违反作为法秩序基础的社会伦理规范,容易形成凡是违反伦理的行为都作为犯罪处理的倾向;而且,社会伦理规范的范围总是广于法律规范的范围,因此,以行为违反社会伦理规范作为犯罪实质标准的规范违反说,容易扩大刑法处罚范围。与此相反,法益侵害说必然导致限制刑法处罚范围。因为根据法益侵害说,即使行为人具有主观恶性,或者没有侵害、威胁法益的行为表现出行为人的主观恶性时,刑事立法上也不得将其规定为犯罪,审判实践上也不得将其作为犯罪处理。这正好控制了处罚范围。我国刑法历来实行惩办与宽大相结合的刑事政策,力求控制处罚范围。显然,采取法益侵害说符合我国的基本刑事政策。德国、日本学者常常批判规范违反说扩大处罚范围的一面。但我认为,规范违反说在某些情况下也有不当缩小处罚范围的一面。如后所述,某些行为本身严重侵害了法益,但由于其行为的反伦理性不明显(如行为人出于善良动机,不是为了私利等等)而不当犯罪处理。另一方面,由于现代社会的伦理价值观具有变易性、多样性,社会伦理规范具有不成文性,故规范违反说往往使刑法的处罚界限不明确。而法益侵害说以行为是否严重侵犯了法益为标准,刑事立法在确定犯罪的范围时、刑事司法在认定犯罪时,不是考虑(至少不是主要考虑)某种行为是否违反没有明确界限的社会伦理,而是考察是否严重侵犯了法益,法益又是成文法律明文规定需要保护的利益,这便使处罚界限明确。

其次,采取法益侵害说有利于同时发挥刑法的法益保护机能与自由保障机能。刑法的法益保护机能与自由保障机能常常表现出对立的局面。越是强调保护法益的机能,越容易损害自由保障机能;反之,越是强调自由保障机能,越不利于法益保护。规范违反说以行为违反社会伦理规范为根据确定处罚范围。一方面,这对于法益保护并没有多大的意义,另一方面也过于限制公民的自由。但坚持法益侵害说,则可以尽量使刑法的上述两个机能同时得以充分发挥:行为侵害或者威胁了法益,是适用刑法的根据,这本身就是以保护法益为目标的;另一方面,法益是法所保护的利益,公民可以通过成文法事先知道什么利益受法律保护,从而知道侵犯这种利益的行为是违法行为,公民的预测可能性增强了。公民的自由依赖于对行为性质及其结果的预测可能性,预测可能性的增强意味着自由的扩大:只要不侵犯法律所保护的利益,便不受法律的干预;公民可以具有自己的伦理价值观念,可以在成文法律允许的范围内实施任何行为,这便保障了公民的自由。¹³¹²

再次,采取法益侵害说有利于合理区分刑法与道德。法律与道德的关系,一直是法哲学上

¹³¹² 参见前引1212,拙著,第120页以下。

争论的问题。但无论如何,法律关注外在性、道德关注内在性的区别是应当肯定的。¹³²²对法律(尤其是刑法)与道德进行这样的区分,可以防止法律干预公民生活的各个角落;可以维持/犯罪是行为0的命题,从而将犯罪限定在人的行为之内,不致使思想也构成犯罪;可以使犯罪的范围更为明确;可以使罪刑法定原则得以贯彻实现。而要肯定刑法与道德的区别,就必须采取法益侵害说,将犯罪的本质限定在侵害法益。如果采取规范违反说,则必然否认刑法与道德的严格区分,从而导致上述混淆法律与道德的不良后果。

又次,采取法益侵害说有利于正确评价行为的社会危害性。如前所述,大陆法系国家刑法理论上所说的实质的违法性大体上相当于我们所说的社会危害性。在我国,犯罪构成是社会危害性的法律标志,正确评价行为的社会危害性对于刑事立法与司法起着重要作用。从刑事立法上看,立法者不是根据法律而是根据法律外的因素评价社会危害性;从刑事司法上看,司法人员根据法律规定评价社会危害性。但是,刑法规定了多种多样的影响社会危害性的因素,因此,如何评价社会危害性,关键取决于哪些因素影响行为的社会危害性以及各种因素对社会危害性的影响程度。坚持法益侵害说,意味着法益的价值(重要性)、侵害的程度以及危险的程度对社会危害性起着首要的影响作用,而行为人的主观恶性,则对社会危害性起次要的影响作用。进行这样的评价,也有利于控制刑法的处罚范围与处罚程度。例如,对于意欲使用砒霜杀人而实际使用了健身药品,意欲杀害他人而实际上对方已经死亡的,由于行为本身没有侵害合法权益的危险,故应认定为无罪,¹³³²而不能仅仅根据行为人的主观恶性认定为犯罪。再如,对于偶然防卫与意欲犯强奸罪却实际上奸淫自己妻子的行为,充其量只能认定为犯罪未遂,而不能仅仅根据行为人的主观内容认定为犯罪既遂。

最后,坚持法益侵害说有利于正确理解和适用刑法规范。由于刑法的任务与目的是保护法益,犯罪的本质是侵害法益,因此,坚持法益侵害说,有利于我们在把握了刑法精神与犯罪本质的前提下理解和适用所有的刑法条文。这正是我国刑法理论与司法实践的方向。

三、刑法理论与司法实践的方向

我国刑法理论没有将违法性分为形式的违法性与实质的违法性,在犯罪特征中所讨论的违法性,只是形式的违法性,所以,理论上没有形成法益侵害说与规范违反说的争论。但我认为,这只是表面现象,因为法益侵害说与规范违反说争论的实质在于法律是否保护伦理的问题,而这一点在刑法理论与司法实践上不可能没有反映。我认为,规范违反说在我国主要表现为自觉或者不自觉地认为犯罪的本质在于犯罪人获得利益,意味着主要考虑行为人主观上想得到和客观上已得到不属于自己所有或应有的东西,即主要考虑行为人自私自利的一面,这正是从行为违反了社会伦理规范角度而言。或许有人会问,既然理论上没有任何人主张规范违反说,怎么会有规范违反说的反映呢?这是因为,规范违反说将法律与伦理同等看待,重视行为对社会伦理规范的违反;而我国的历史传统就是将法律与伦理同等看待,这种传统不可能不影响人们对犯罪本质的看法。¹³⁴²

¹³²² 参见前引1242,博登海默书,第350页以下。

¹³³² 参见拙著:《刑法学》6,上册,法律出版社1997年版,第356页以下。

¹³⁴² 下面尽量将规范违反说的表现表述为/犯罪本质是犯罪人获得利益0的观点。

/ 有利益的地方就有犯人0 (Ubi commodum, ibi auctor.) 的格言, 字面含义相当明确, 但是我们至少可以从两个侧面进行理解: 一方面, 犯罪人都是为了取得利益而犯罪;¹³⁵² 另一方面, 犯罪行为都侵犯了他人利益。在通常情况下, 犯罪人获得利益与被害人损失利益是等同的, 但在不少情况下, 二者却不完全一致, 即在犯罪人事实上没有获得利益的情况下, 被害人的利益却受到了侵害。于是, 视角应当放在何处仍然是刑法理论与司法实践面临的重要问题: 刑法的目的是保护合法权益(保护法益)、还是禁止犯罪人获得利益(保护伦理秩序)? 犯罪的本质侵犯合法权益(侵害法益)、还是犯罪人获得利益(违反规范)? 在定罪与量刑时, 是注重犯罪行为所侵犯的利益、还是注重犯罪人所获得的利益?

既然新刑法肯定了刑法的任务与目的是保护法益、犯罪的本质是侵害法益,¹³⁶² 采取了法益侵害说, 那么, 犯罪人主观上对利益的追求、客观上所获得的利益, 以及其他违反社会伦理规范的表现, 就不是重要问题。即定罪与量刑, 从根本上考虑的是行为对法益的侵犯程度, 而不是行为人是否获得利益以及获得利益的多少。或许有人认为, 有的刑法条文规定了某些犯罪的成立要求行为人主观上出于追求利益的目的, 客观上已经获得一定利益, 这说明还是要考虑犯罪人主观上对利益的追求与客观上所获得的利益。但是, 我认为, 刑法作出这些规定, 或者是为了使构成要件所反映的对法益的侵犯性达到犯罪程度, 或者是为了区分此罪与彼罪。例如, 高利转贷罪, 刑法要求行为人主观上/ 以转贷牟利为目的0, 客观上, / 违法所得数额较大0。这是因为, 一方面, 如果主观上不是/ 以转贷牟利为目的0, 客观上就不可能实施套取金融机构信贷资金高利转贷他人的行为, 也就不可能侵犯金融秩序。另一方面, 如果客观上不是/ 违法所得数额较大0, 就表明对金融秩序的侵犯性没有达到犯罪程度。因为在本罪中, 违法所得数额要么说明行为人转贷资金多, 要么说明转贷利率高, 因而直接与行为的危害性成正比。¹³⁷² 所以, 作出上述规定仍然是为了保护金融秩序。再如, 刑法规定, 集资诈骗罪必须出于非法占有的目的。如果不作出这样的规定, 该罪与非法吸收公众存款罪就难以区分。集资诈骗罪之所以重于非法吸收存款罪, 从表面上看是因为, 前者的行为人出于非法占有的目的, 而後者的行为人没有该目的; 但实质上是因为, 就对金融秩序的破坏而言, 前者重于后者; 就对财产的侵犯而言, 前者是永久性地侵害了他人财产, 后者只是暂时地侵害了他人财产。所以, 前者对法益的侵害重于后者。显然, 即使在某些情况下刑法对行为人主观上追求利益的目的与结果作出了要求, 我们也要领会其背后的实质是对法益侵犯性的要求。但是, 刑法理论与司法实践在这方面出现了偏差, 下面联系几例进行讨论。

例一: 刑法理论上一般将犯罪分为形式犯与实质犯, 通常认为, 所谓形式犯, 是指只要求实施构成要件行为, 而不要求对法益造成侵害或者威胁的犯罪; 所谓结果犯, 是指构成要件以对法益造成侵害或者威胁为内容的犯罪。在这种观点看来, 刑法规定禁止形式犯就是为了禁止形式犯, 或者说, 禁止形式犯是因为行为人的单纯不服从, 或者是因为该行为违反社会伦理规范, 除此之外没有保护法益的目的。这就奇怪了! 人们不禁要问: 难道只是因为立法者对形式犯看不顺眼才规定禁止它的吗? 答案显然是否定的。如果我们意识到刑法的目的是保护法

¹³⁵² 这只是就故意犯罪而言。过失犯罪人不一定是为了获得利益, 但其行为肯定侵害了法益。

¹³⁶² 将刑法第2条与第13条进行比较对照, 可以发现刑法的目的与犯罪的本质正相对: 犯罪的本质是侵害法益, 刑法的目的是保护法益。

¹³⁷² 如果仅规定转贷资金数额较大, 则可能导致对那些虽然转贷资金数额较大利率不高因而危害不大的行为也以犯罪论处。

益,意识到刑法分则的所有条文都有其保护的法益,意识到符合犯罪构成要件的行为都是对法益的侵害或者威胁,那么,所有的犯罪都是实质犯,形式犯没有存在的余地。事实上,人们所说的一些形式犯,对法益也具有侵犯性,只不过实质犯所侵犯的是特定的法益,而形式犯所侵犯的是不特定的法益。¹³⁸²

与此相联系的是,刑法理论上有一种观点认为,刑事犯(自然犯)与行政犯(法定犯)的区别在于:刑事犯侵害或者威胁了法益,而行政犯只是单纯地不服从法律;换言之,侵害犯与危险犯就是刑事犯,单纯的不服从犯就是行政犯。¹³⁹²可是,法律为什么规定纯粹的不服从犯呢?这种规定的意义何在呢?这是上述观点无法回答的问题。有法律格言说,/法律不寻求空虚和无益0(Quod vanum et inutile est, lex non requirit.),/法律不强制任何人实施无益或者无用的行为0(Lex neminem cogit ad vana seu inutilia peragenda)。事实上,/国家不是单纯为了强制国民服从去命令、禁止某种行为,而是为了实现具有法的事态、关系或者阻止无价值的事态去命令、禁止某种行为。因此,认为行政犯是单纯的不服从犯或单纯行政上的义务违反的见解,是不正确的。因为行政法规也不是仅仅为了单纯强制国民服从而对国民发布命令、禁止,而是为了维持、实现行政主体认为有价值的事态、关系才发布命令、禁止,国家对这种有价值的事态的关系(利益)是一种法益。因此,行政犯也包含法益的侵害、威胁,而不缺乏实质的违法0。¹⁴⁰²由此可见,尽管自然犯与法定犯的区分标准还值得研究,但可以肯定上述观点是不妥当的,因为该观点导致国家可以随意禁止公民的行为,导致法律的无目的性。

由此进一步得出的结论是,如果不采取法益侵害说,在某些情况下就会扩大刑罚处罚范围。因为如果认为刑法的目的不是保护法益,那么,在法益没有受到侵犯的情况下,也可能动用刑法;如果认为犯罪的本质是犯罪人获得了利益,那么,在行为人并没有侵犯法益却获得了利益的情况下,有些人可能基于嫉妒心理而将其认定为犯罪,从而使行为人丧失其获得的利益。在前些年,科技人员利用业余时间为企业服务而获取报酬的行为,也被认定为犯罪。在企业不仅没有损失利益而且获得了更大利益、科技人员职务行为的不可收买性没有受到侵犯的情况下,认定行为人的行为构成犯罪的实质根据就是行为人获得了利益;如果心目中有犯罪的本质是侵犯法益的观念,那么,就不可能将这种行为认定为犯罪。现在这种现象已经不存在了,但在其他方面是否仍然存在类似情况呢?

例二:对于许多犯罪,刑法并没有规定以非法占有为目的或以营利为目的,而人们却偏要加上非法占有目的或者营利目的。例如,伪造货币罪,刑法一直没有规定特定目的,但有人认为伪造货币罪以营利为目的。¹⁴¹²但在刑法没有规定营利目的的情况下,作出这种要求并不合理。因为伪造货币的行为严重地侵犯了货币的公共信用与国家的货币发行权,对金融秩序是一种重大破坏,而这种危害不取决于行为人主观上是否具有营利目的。所以,认为伪造货币罪必须出于营利目的,就是从行为的反伦理性、从行为人获取利益的角度来考虑问题。如果认为刑法的目的是保护法益、犯罪的本质是侵犯法益,就不会要求伪造货币罪出于营利目的。¹⁴²²

1382 参见前引1332,拙著,第89页。

1392 该观点最先由德国学者宾丁提出,后来得到了不少学者的赞同。

1402 前引1112,福田平书,第36页。

1412 参见周振想:5刑法学教程6,中国人民公安大学出版社1997年版,第394页。

1422 如前所述,我们也不要认为,刑法分则条文关于以非法占有为目的、以营利为目的的规定,都忽视了犯罪本质与刑法目的。

或许有人认为,在司法实践中,伪造货币罪的行为人主观上都是出于营利目的,因此,可以作出上述要求。但这是事实问题,而不是法律的规定,不能将事实的一般情形强加在法律规定上;再者,即使过去或现在伪造货币的行为人主观上都是为了营利,但我们不能排除将来可能出现不以营利为目的的伪造货币的行为。

与此相联系的是,有些行为严重侵犯了法益,根据刑法规定已经构成犯罪,但常常由于行为人主观上出于/善良0动机,而不以犯罪论处。例如,在以往一段时间存在这样的观点与做法:行为人实施刑讯逼供行为时,如果出于尽快结案等良好动机,则不以犯罪论处;只有当行为人出于报复等卑鄙动机时,才认定为犯罪。对这种观点作进一步分析就会发现,它考虑行为人的主观上是利他动机还是利己动机,出于利他动机实施行为时,由于行为人没有获取私利的意图,不具有反伦理性,所以无罪;出于利己动机时,则是自私自利的表现,所以有罪。显然,它没有站在被害人角度考虑问题,没有从保护法益的角度得出结论,而是从伦理道德方面考虑行为人的动机。如果坚持法侵害说,就会发现出于良好动机的刑讯逼供也是犯罪行为。因为不管刑讯逼供的行为人主观上出于何种动机,被害人的人身权利受到的侵犯没有改变。根据上面的分析,我们可以得出以下结论:在刑法没有规定动机是犯罪构成要件的情况下,¹⁴³² 动机的内容不影响定罪,即使是善良的动机也不例外。

由此进一步延伸考虑的结论是,如果没有刑法的目的是保护法益、犯罪的本质是侵犯法益的观念,在某些情况下就会缩小处罚范围。因为在许多情况下,行为严重侵犯了法益,而行为人可能没有获取利益,甚至没有牟利的目的;如果要等到行为人获取了利益才以犯罪论处,那么,许多犯罪行为就不能受到制裁,法益也不能得到充分保护。

例三:在司法实践中,经常出现这样的现象,对一些单位集体实施的犯罪行为,以行为人是是否中饱私囊为标准,来确定是否以犯罪论处。例如,甲国有企业,经领导共同研究决定后盗窃乙国有企业的财产。对此,一些司法机关的做法是,如果将盗窃的财产全部归甲国有企业所有,一般不以犯罪论处;如果其中有入中饱私囊,则将中饱私囊者的行为认定为盗窃罪。最高人民法院、最高人民检察院1985年7月18日5关于当前办理经济犯罪案中具体应用法律的若干问题的解答(试行)6也曾规定:/国家机关、团体、企业事业单位和集体经济组织收受贿赂的问题,要根据不同情况,区别对待:对单位主管人员和直接责任人员借机中饱私囊,情节严重的,除没收全部受贿财物外,应对主管人员和直接责任人员追究其受贿罪的刑事责任。,,其主管人员和直接责任人员没有中饱私囊的,由主管部门没收该单位的不正当收入,并酌情对其主管人员和直接责任人员给予行政处分。0但是,从犯罪主体上说,在刑法没有规定单位可以构成犯罪主体的情况下,即使是单位集体实施的,也应该追究主管人员和直接责任人员的刑事责任(只是不能追究单位的刑事责任),不能以刑法规定的主体是自然人而实际上的主体是单位为由,而否认行为人的责任。从犯罪本质来说,就盗窃财产而言,不管盗窃主体是自然人还是单位,也不管实施盗窃行为的本人是否获得了利益,其行为对他人或其他单位财产的永久性剥夺没有改变,即行为对他人财产的侵犯性,并不取决于盗窃的主体是自然人还是单位人,也不取决于行为人是否获得了利益;在某些情况下,单位实施的盗窃行为对他人财产的侵犯可能更

¹⁴³² 一方面,刑法分则的某些条文将情节恶劣、情节严重规定为犯罪成立要件,其中的情节便包含了犯罪动机。即动机卑鄙时可能被认定为情节恶劣或情节严重,故动机也可能成为符合犯罪构成要件的事实。对此应视为刑法有明文规定的情况。另一方面,由于有人认为刑法分则条文规定的以营利为目的等实际上是犯罪动机,所以加上这一限制。

严重。对受贿罪而言,在单位受贿的情况下,不管个人实际上是否取得了贿赂,其对职务行为的不可收买性的侵犯没有改变。因此,如果站在法益侵害说的立场,就不会将行为人是否中饱私囊作为区分罪与非罪的标准。而上述做法恰恰是只重视了行为的反伦理性,只考虑行为人是否得到了利益,却忽视行为对法益的侵犯性。

后来,最高人民法院、最高人民检察院作出了具有实质性变化的司法解释。例如,最高人民法院、最高人民检察院1989年3月15日关于当前处理企业事业单位、机关、团体投机倒把犯罪案件的规定⁶指出:“企业事业单位、机关、团体违反国家有关法律、法规,以及国务院有关规定和政策,进行投机倒把活动,为本单位牟取非法利益,数额特别巨大,并且手段恶劣,严重破坏社会主义经济秩序或者严重危害国家、集体和人民群众利益的,除按照行政法规予以处罚外,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法追究刑事责任。”⁰又如,最高人民检察院1996年1月23日关于单位盗窃行为如何处理问题的批复⁶指出:“单位组织实施盗窃,获取财物归单位所有,数额巨大、影响恶劣的,应对其直接负责的主管人员和其他主要的直接责任人员按盗窃罪依法批捕、起诉。”⁰再如,最高人民法院1996年12月5日关于审理诈骗案件应用法律的若干问题的解释⁶指出:“单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员以单位名义实施诈骗行为,诈骗所得归单位所有,数额在5万至10万元以上的,应当依照刑法第一百五十一条的规定追究上述人员的刑事责任;数额在20万至30万元以上的,依照刑法第一百五十二条的规定追究上述人员的刑事责任。”⁰这几个解释不再以行为人是否中饱私囊来区分罪与非罪,重视了行为对法益的侵犯性质。但是,还没有完全摆脱规范违反说的束缚,因为它对单位投机倒把、单位盗窃与单位诈骗构成犯罪作出了比自然人犯相同罪更高的要求。¹⁴⁴²然而,不管是单位投机倒把还是个人投机倒把,对经济秩序的破坏程度没有改变(当然是就旧刑法时代而言);不管是单位盗窃、诈骗还是个人盗窃、诈骗,被害人的财产损害程度没有改变。如果坚持法益侵害说,则不应有上述区别规定。

需要由此展开讨论的一个问题是,在某一犯罪的主体既可以是单位也可以是自然人而构成要件相同的情况下(如刑法分则第三章第一节的生产、销售伪劣商品罪),能否像上述几个司法解释那样,就构成要件因单位与自然人的区别作出不同的解释?我想得出否定结论。一方面,刑法规定的是同一构成要件,不能因为主体不同而对构成要件作出不同解释。¹⁴⁵²另一方面,不管是单位还是自然人,在实施相同犯罪行为时,对法益的侵犯程度是相同的。

例四:对一些具体犯罪的既遂标准不考虑法益何时受到损害,而只是考虑行为人何时获取利益。关于犯罪既遂与未遂的区分,在刑法理论上存在很大争议,这是正常的。但关于一些具体犯罪的既遂与未遂的区分,持同一观点的学者往往得出了不一致的结论。例如,强奸罪的既遂标准是插入说,而不采取泄欲说。我以为这是采取法益侵害说的当然结论,也是相当正确的,因为只要行为人的性器官插入被害妇女的性器官,就使被害妇女的性的不可侵犯的权利受到了实际侵害,而不管行为人是否满足了性欲。显然,对强奸罪既遂与未遂的区分采取插入说,就重视了保护法益的刑法目的与侵犯法益的犯罪本质。但是,刑法理论就盗窃罪的既遂与

¹⁴⁴² 个人投机倒把不要求数额特别巨大与手段恶劣,单位投机倒把则必须如此;个人盗窃只要数额较大,单位盗窃要求数额巨大;个人诈骗只要达到2000元,单位诈骗要5万元以上。

¹⁴⁵² 由此可见,将犯罪构成分为自然人犯罪构成与单位犯罪构成,显然有误。因为犯罪构成是就犯罪而言(如走私淫秽物品罪的犯罪构成、偷税罪的犯罪构成等等),而不是就主体而言。在刑法规定了犯罪主体既可以是自然人也可以是单位的情况下,实际上只是在主体方面规定了选择要件,而犯罪构成本身并不是因主体不同而不同。

未遂区分标准,则采取了控制说或者是失控加控制说,即只有当行为人控制了所盗财物时(控制说)或者被害人失控并且行为人控制了所盗财物时(失控加控制说),才是既遂。¹⁴⁶²这两种观点的实质,是从被害人是否获得了利益的角度考虑,而不是从犯罪的本质来考虑的,诚然,盗窃罪的主观要件包含以不法所有为目的,但是,这样要求是为了与毁坏财产罪以及盗用行为相区别,盗窃罪的本质在于行为侵犯财产,而不在于行为人获得财产,因此,盗窃罪的既遂与未遂的区分标准基本上应是失控说,只有当被害人是否对财物失去控制不明确而能肯定行为人控制了财物时,才采取控制说。

被害人的失控与行为人的控制通常是统一的,被害人的失控意味着行为人的控制,但二者也存在不统一的情况,即被害人失去了控制,但行为人却没有控制财物,对此应根据失控说认定为盗窃既遂。因为刑法以保护法益为目的,既遂与未遂的区别到底是社会危害性的区别,但社会危害性的区别不在于行为人是否控制了财物,而在于被害人是否丧失了对财物的控制,因此,即使行为人没有控制财物,但只要被害人丧失了对财物的控制,也成立盗窃既遂,没有理由以未遂论处。例如,行为人以不法所有为目的,从火车上将他人财物扔到偏僻的轨道旁,打算下车后再捡回该财物。不管行为人事后是否捡回了该财物,被害人的财产被永久性剥夺,当然应当认定为既遂。如果认定为未遂,则意味着不承认被害人的财产受到了实际侵害,这是违背事实的。另一方面,在有些情况下,被害人是否丧失了对财物的控制,可能还难以认定,但只要能认定行为人控制了财物,也应认定为盗窃既遂。例如,住在雇主家里的行为人,盗窃了雇主家2万元现金,藏在雇主家的大玉米缸里,打算第二天乘机拿走。由于雇主及时报案,公安人员当天迅速破获了案件。我们难以认定被害人丧失了对2万元现金的控制,但行为人确实已经控制了这2万元现金。因此,也应认定为盗窃既遂。

由此看来,不管人们对既遂与未遂的区分采取什么观点,对具体犯罪区分既遂与未遂时,要以行为是否侵害了法益为实质标准,而不能以行为人是否获利为标准。我认为,作为犯罪未遂基本特征之一的犯罪未得逞,是指行为人所追求的、行为性质所决定的危害结果没有发生。加上后一限制,就是为了使行为人所追求的0目的限定在法益受到侵害的范围内,而不是漫无边际地考虑行为人的主观目的。¹⁴⁷²在盗窃罪中,行为人的主观目的是不法所有他人财物,但行为性质决定了危害结果是被害人丧失了对财物的控制。因此,如果坚持法益侵害说,那么原则上应采取失控说。

例五:在以往的法律以及司法实践中,处理共同犯罪的案件时,往往过于注重共犯人的分赃数额即获得利益的多少,而轻视共犯行为对合法权益的侵犯程度。例如,5关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定6第2条第2款规定:“两人以上共同贪污的,按照个人所得数额及其在犯罪中的作用,分别处罚。”再如,最高人民法院、最高人民检察院1985年7月8日5关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答(试行)6指出:“对两人以上共同贪污的,按照个人所得数额及其在犯罪中的地位和作用,分别处罚。”

诚然,在通常情况下,共同犯罪中行为人的分赃数额与其在共同犯罪中的地位与作用是大体相当的,即在共同犯罪中起主要作用的,往往分赃数额就多;在共同犯罪中起次要作用的,常常分赃数额就少。但即使如此,根据法益侵害说,也应从行为人在共同犯罪中所起的作用来考

¹⁴⁶² 参见高铭喧主编:《中国刑法学》6,中国人民大学出版社1989年版,第517页。

¹⁴⁷² 参见前引1332,拙著,第257页。

虑, 因为所谓在共同犯罪所起的作用, 实质上是指行为人在共同犯罪中对法益的侵犯程度。况且, 在不少情况下, 行为人所起的作用与分赃数额并不相应。例如, 某甲即将结婚, 但因为没有钱而苦恼, 其好友某乙得知后, 便多次主动劝说甲: / 想办法弄一点0。意思是盗窃一点, 但某甲多次拒绝。最后, 某乙对某甲说: / 这样吧, 我去弄, 只要你在门外望望风就可以了。0某甲便同意了。某乙在某丙家盗窃了 8000 多元现金后, 一出门就全部交给了某甲, 自己分文未得。如果主要考虑分赃数额, 显然对某甲应从重处罚, 对某乙应从轻处罚。但是, 如果坚持法益侵害说, 从刑法目的和犯罪本质来考虑, 就会发现, 在本案中, 起主要作用的是某乙而非某甲, 不能因为某甲得到了全部赃款而对之从重处罚。不难发现, 以分赃数额多少来决定处罚程度, 是相当不科学的。

由此看来, 刑法理论与司法实践中还存在许多与法益侵害说不相适应的观点与做法, 需要我们努力克服和纠正。显而易见, 仅仅从总体上认识到犯罪的本质是社会危害性还不够, 还必须进一步明确社会危害性就是对法益的侵犯性, 更进一步将该观点贯彻到刑法的各个角落。¹⁴⁸²

Abstract: This article mainly suggests that the aim of criminal law is protecting legal interests while the essence of crime is violating legal interests. The article expounds the implication of the theory of violating legal interests and differentiates this theory with the theory of violating norms. And the author explores the rationality of the theory of violating legal interests, then demonstrates that the Criminal Law of China(1997) have adopted this theory. Further more, the author analyses the phenomena which ignore the aim of protecting legal interests. Thus, the author advocates that it is necessary to apply the theory of violating legal interests comprehensively.

¹⁴⁸² 前些年, 人们热衷于讨论市场经济下刑法观念的转变, 非常可取。遗憾的是, 人们只是抽象地谈谈而已, 而没有将其贯彻于具体问题之中。