

## 论刑法目的的相对性

周光权

**内容提要:**刑法目的究竟是保护法益还是维护规范的有效性,这一问题不能一般化地进行讨论,而应当置于特定时代背景和社会环境之下考虑。刑法目的具有相对性,可能在法益保护和规范维护之间转换。对于处在剧烈转型时期的当下中国社会而言,权利关系不清、规范有待建构、国民规范意识薄弱的现实决定了应当将刑法目的定位于对规范的维护。稳定规范是刑法的现实目的。在权利关系明确,国民的规范意识逐步形成,社会整体高度稳定之后,刑法目的可能从规范维护转向对法益的保护。刑法的法益保护目的就成为最终目的。

**关键词:**刑法目的 法益保护 稳定规范 语境

周光权,清华大学法学院教授。

### 一 序 说

任何人都会承认:绝不存在永不变化的时代和社会,也不存在永不变化的时代精神。如果这一前提成立,那自然可以说,不可能存在永不变化的制定和适用法律的目的。时代变化、社会转型都可能带来刑法目的的变化,这就是刑法目的的时代性、相对性。笔者的主要观点是:刑法目的存在“现实目的”和“最终目的”两个层次。稳定规范,确保规范的适用,是刑法的现实目的;保护法益则是刑法的最终目的。在权利不清、规范关系混乱、国民规范意识薄弱的时期,强调刑法的现实目的,更具有实际意义。在社会转型之后,社会整体高度稳定的情况下,刑法的目的转换为法益保护,法益保护目的就成为最终目的,由此实现刑法目的的转化。

对于刑法目的的研讨,过去一直停留在抽象地讨论究竟是保护法益还是维护规范的有效性上,研讨的重要性极其有限。对于刑法目的的定位,必须放到特定时代背景和社会环境之下考虑。刑法目的的一定是特定“语境”下的、变动中的、相对意义上的刑法目的。刑法目的的相对性意味着:随着社会条件的转变,刑法目的可能在法益保护和规范维护之间发生变化。某些国家法益侵害说占上风是刑法与时代背景相契合的结果,自有其合理性。转型中国社会的特殊性决定了当前的刑法目的,应当定位于对规范关系、规范有效性的维护。在经过相当长的时期后,刑法目的可能从规范维护转向对法益的保护。

### 二 将法益保护作为刑法目的的问题点

刑法目的和犯罪本质论有关,如果认为犯罪的本质是侵害法益,刑法的目的就是与侵害法益的行为斗争,从而保护法益。<sup>[1]</sup>将刑法目的定位于法益保护,在认定犯罪时,必须首先确认某种利益是否受

[1] 张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第27页。

刑法保护并被犯罪实际侵害;为判断法益侵害的有无,必须基于一般人的基准对行为的客观要素进行分析,至于行为者主观面的要素在此阶段无须考虑。坚持刑法目的是法益保护的人一般都赞成结果无价值论。法益保护说得到很多人赞同,但其本身并不是没有问题。

### (一) 法益保护在很多时候可能落空

法益保护目的在实践中可能落空,因为法益的含义从来都不清楚。“李斯特将法益定义为生命自身产生的‘人类的利益’,但也未能更清楚地说明,哪些利益应该受到刑法保护,哪些不能;可想而知,这是以人类的物质生活条件为依据的……尽管作出了种种努力,但是我们迄今为止都未能更清楚一点地澄清法益的概念……只有当涉及个体利益(生命、身体不受侵害,自由等)时,法益这个概念才有具体内容,若扩大到普遍法益(比如公共利益对于正确执行程序、宗教法秩序、证书的可靠性的要求),这一概念只表明了量刑时的基本思想。”〔2〕

刑法学过去一直认为法益是现实的权利和利益,但随着新型犯罪的大量出现,无形的(精神的、人格的)利益不断出现,法益的形态会发生变化。虽然它们都应当得到刑法的保护,但是,当一种“利益”(中性词)是不是刑法上应该保护的法益、是此种法益还是彼种法益难以判断的时候,侵害或者威胁这种利益的行为达到何种程度才应当得到刑法的否定性评价就难以判定。我们很难找到一个所有人或者哪怕是绝大多数人所接受的观点来判定:人们所面对的哪些利益是特别重要的,是不容侵犯的,是必须通过刑法加以保护的。既然保护对象难以确定,刑法保护法益的目的就可能落空,刑法的社会功能就有捉襟见肘之虞。这是法益保护说必须面对的难题。对此,学者指出,现代社会生活日趋复杂,各种法益互为交错、相互冲突的现象已在所难免,如何衡量法益的优劣或价值的高低相当困难。因此,对犯罪的判断,除将法益侵害后果作为评价对象之外,行为的种类与手段,以及行为人的主观目的、动机等意思,在社会生活上是否妥当的行为无价值问题,也应当考虑在内,才较为妥当。〔3〕

### (二) 法益概念可能高度抽象化、精神化,保护法益实质上是在保护规范关系

坚持法益标准来衡量所有犯罪,有时难以奏效。对很多妨害社会管理秩序的犯罪,用法益保护说来解释刑法的规范目的,就存在难题。聚众淫乱罪、赌博罪等,都是出于维护社会关系和谐的考虑才在刑法上加以规定的。这些犯罪的本质是对社会规范关系、起码的社会伦理的违反。但是,法益保护说对此就必须解释为:这些犯罪侵害了社会法益,所以必须加以处罚。但对于社会法益的具体内容,大多以社会善良风俗、社会淳朴风尚搪塞!由此,必然将法益概念抽象化、精神化、空洞化,令人无从把握。〔4〕而社会善良风俗、社会淳朴风尚,实际上就是国民的规范意识、价值理念、道德观念的外化。所以,刑法规规定这些犯罪,与其说是保护抽象的、高度精神化的法益,不如说是保护规范关系。此外,按照法益保护说,对法益的抽象危险也有必要加以惩罚,但抽象危险犯立法的大量增加很难说有其合理性;同时,刑法规规定抽象危险犯已经不是在保护通常意义上的法益,因为连对法益的具体危险都不存在,而只有抽象威胁。抽象危险犯概念是难以把握的,它的存在与法益侵害说多少有些矛盾,因为此时刑法实际上保护的是一种相当抽象的社会规范关系,而不是在保护法益,实际上就是将法益概念高度抽象化、精神化。此时的法益概念和规范违反说中的规范概念几无二致。

### (三) 法益保护有时显得为时太晚

刑法保护过早,可能侵害人权,不当限制个人的行动自由。但如果刑法介入过晚,则会出现打击不力的弊端。随着社会生活的复杂化、多样化,如果刑法不发挥其积极作用,只等到法益侵害或者危险事

〔2〕 [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 30 页。

〔3〕 甘添贵:《刑法总论讲义》,台湾瑞兴公司 1992 年版,第 114 页。

〔4〕 例如,有人不得不把“法益”定义为“与人相联系的对象”。人们感到抓住了“法益”,但仔细一瞧,其实什么也没有抓到或者抓到了其他东西。人们可以坚持说“法益至少是有用的东西”,但一方面,由什么来评价有用? 每个人都可以根据自己的愉悦与否来评价? 一切有用的东西都要用刑法来保护? 一个被允许的危險行动,即使造成了损害法益的后果也不会受到刑法干预。在此,法益概念很可能是个无意义的概念。

实的发生才去实施消极救济,日常生活就无法进行。用法益侵害说惩罚犯罪,明显具有“马后炮”的味道。例如,对环境犯罪,一旦造成后果就难以挽回。如果也按照法益侵害说进行处理,就会不顾及人类的生活及其质量。所以,在惩罚环境犯罪、公害犯罪的实践方面,在法益保护观念指导下的传统刑法反应较为迟钝,在损害已成为既成事实的情况下,刑法才出面,其社会效果明显受到限制。所以,刑法当然要处罚造成实际损害的行为,也要预防冲破规范关系网络的行为,刑法的保护功能才能正常发挥。

#### (四) 法益侵害说也可能带来价值观一元化的问题

法益保护说对规范维护说的批评通常是后者可能造成价值观单一化。平野龙一曾指出:刑罚是不得已的社会统治手段,未必是维持社会伦理的适当手段。特别在现代社会,伦理的正当性常常是相对的,对不同的价值观本身,社会应当宽容。法律只要保障具有不同价值观的人共存就行了,将维持国家的道义与社会伦理作为刑罚的任务,不仅是对刑法的过分要求,而且容易造成以法的名义强制向他人推行自己的价值观或自己所喜爱的“人应有的姿态”。〔5〕的确,现代社会提倡价值多元化,由国家出面以执行刑法的方式来强行推行一种道德观、价值观,似乎与现代社会的自由主义发展潮流相违背。但笔者认为,对规范维护说可能造成价值观单一化的批评并无道理。

一方面,如果说坚持规范维护说就会造成价值观单一化,那么,舍弃行为无价值论坚持法益侵害说仍然有同样的危险。人类生活的基本进程就是利益权衡的过程,法的制定和执行都必须考虑对利益的处理。刑法由人来制定,同时针对人,其作为人为的产物,必须融入人的价值观。脱离了对人的价值观的理解,刑法就不是属于人的刑法,而是一种与“人类形象”相背离的刑法。刑法要禁止某一行为,必须有其自身的理由。根据法益保护说,刑法惩罚个人就是因为行为对法益有所侵害。法益反映了价值观,在法益有冲突时,法官对刑事案件的无罪或有罪判决就是抑制一种价值观而张扬另一种价值观,作为判断标准的价值观自然就具有绝对性、单一性。另一方面,规范保护说认为刑法是社会伦理的“底线”。刑法并不一般地限制和惩罚个人违反伦理道德的行为,而只是惩罚严重冲击主流社会伦理观念的极个别行为。例如,“表达自由”是多数现代国家宪法中都确立的,是国家在社会中确立多元价值观的努力,公民依据宪法这一规定可以用各种方式凸显自己的存在价值。但表达自由并不是没有限制的,其中的“极端”部分,例如制造并传播淫秽物品、组织淫秽表演行为与刑法所试图确立并引导的“善良风俗”相违背,刑法必须出面干涉。在坚持罪刑法定主义和刑法谦抑主义的前提下,由刑法出面直接处理的行为数量是极其有限的,因此,说坚持规范维护说就一定导致价值观的单一化,并无道理。

#### (五) 法益保护说只看到现象,没有揭示刑法目的的实质

如果有必要承认“法益”概念,也要看到,刑法作为对法益的保护仅仅意味着:一个人只有体现在其利益中,在面临他人的攻击时才是受保护的。刑法不是笼统地保护被宣布为法益的利益,而是保护各种利益免受特定的攻击,并且只有关系到这种保护时,这些利益才会在法律的焦点上显现出来,成为法益。法律不是一堵放置在利益周围的保护墙,相反,法律是人的关系的结构。因此,刑法并不一般化地保护抽象的利益。利益永远是相对的利益,仅仅处于与另一个人的确定行为的联系之中。一个处于特定利益“漩涡”中的人,只有面临他人的现实攻击时才是法律上受保护的,此时的保护不是为了保护法益,而是“对利益的侵害不应该发生”这样一种期待。从刑法上看,这个利益仅仅表现为所有权人要求尊重他的权利,换句话说,这个利益的表现,不是外在的对象或者类似的东西,而是规范和有保障的期待。〔6〕由此,利益已经超脱地体现为规范,并且不会把与利益有关的其他人仅仅看作是特定利益的非所有权人,而是根据社会的规范联系,将其描述成一个有责任或者没有责任避免利益侵害的人。社会秩序不能单独地对利益进行定义,人的角色同时从最早就参加进来了。这样,自然就引出了规范违反说的命题。〔7〕任何关于犯罪实质的理论,包括法益侵害说,都与行为规范及其破坏有关。在笔者看来,刑法的

〔5〕 [日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第44页。

〔6〕 [德]雅科布斯:“刑法保护什么:法益还是规范适用?”,王世洲译,载《比较法研究》2004年第1期。

〔7〕 周光权:“论刑法中的规范违反说”,载《环球法律评论》2005年第2期。

目的是维护规范有效性,稳定规范,确保其不被损害。损害规范的行为,外在地表现为对特定利益造成损害的行为。刑法保护法益,只是现象,通过对侵害法益的行为进行惩罚,从而证明规范的有效,以促进国民认同和尊重规范,形成对法律的忠诚,防止规范网络被再次冲破,才是问题的实质。

#### (六) 法益保护说无法解释有法益侵害但刑法不惩罚的现象

法益保护说无法合理解释这样的问题:(1)在现代社会中,高速交通运输业的发达、大规模建筑工程的施工带来很多危险。如果严格按照法益保护说,对于这种对法益有侵害和危险的行为,刑法应当加以禁止。但是如果确认其违法性,社会生活总体上就会停滞。对于这类行为刑法为何不加以限制?规范违反说能够根据社会相当性理论给予说明:高速运输工具的使用或者重大工程的施工,虽然会发生法益侵害的后果,但其对社会生活是有意义的,行为从一般的社会通念出发具有相当性。换言之,刑法不能把所有的法益侵害行为都作为违法来禁止,而只能把超过一定程度的法益侵害作为违法来禁止。处于历史地形成的社会生活秩序范围内的社会相当行为,即使侵害了法益,也不违法。违法性的实质不是法益侵害,也不是形式的规范违反性,而是对整体的法秩序的违反。<sup>[8]</sup>刑法的目的就是要维护规范不被侵犯,而法益保护说就不能提供这样的解释。法益保护说只能说:这样的危险行为和其所产生的有益结果相比较,利大于弊,所以不具有违法性(法益衡量说)。但这样的比较和衡量既不尽,有时也缺乏说服力;同时,随着社会的不断发展,各种利益冲突更加频繁和复杂,具体违法性的判断变得越来越困难,所以法益衡量说有评价标准简单化之嫌。凡需特别判断的情势,大多是些非常态事件,其中法益冲突的情况又占大多数,简单地说某个法益比其他法益优越、重要,对法益进行排序,极其困难。即便这种排序能够进行,根据这种排序来判断行为是否具有违法性,在面对极端案件时也显得不是特别慎重。<sup>[9]</sup>(2)对交通规则有足够注意者驾车撞死他人的情形,从法益衡量说看,具体的行为(驾车撞人)现实地导致他人生命权丧失这一法益损害的后果发生,行为人应当受到处罚。但从规范维护说看,只要行为人是按照交通规则驾驶的,即使发生再重的法益侵害后果,行为人并未违反规范,行为也不具有违法性,对行为人也不能进行刑罚处罚(信赖原则)。<sup>[10]</sup>

### 三 当下中国的刑法目的是维护规范

社会中充斥着杂乱繁多的机构和熙熙攘攘的人群,他们都靠规范有效地维系着,个人成为规范这张网上的一个“结”,社会并不如我们想象中那么杂乱无章。同时,个人因为在规范关系中经营其社会生活,其存在才是有意义的。遵守规范意味着个人可以被社会所接纳。刑法需要保护规范,来确保社会生活的有序;保护个人生活的安宁,才能由此间接地达到保护法益的目的。触犯刑法可能导致惩罚权力的产生,意味着社会规范网络被冲破,对个人的刑罚驱逐由此开始。刑法必须保护社会规范的网络不被冲破,同时要在规范网络受到破坏时进行修复。由于人们的生活直接或者间接地是由规范所塑造的,<sup>[11]</sup>所以,对犯罪本质的解释,也必须从规范违反说入手:犯罪通过对个别化的生活秩序的伤害,破坏了存在于社会中的规范联系,使整个社会陷入现实的以及未来可估算的危险。因此,犯罪是对隐藏于生活利益背后的法规范、社会同一性以及公众规范认同感的公然侵犯,而不仅仅是对法益本身的侵害。<sup>[12]</sup>由于犯罪的本质是规范违反而不是法益侵害,刑法的目的就不应当是保护法益,而是保障规范的有效性,维持社会基本的伦理秩序。因此,韦尔策尔认为:“在一般公众的意识中稳固地树立规范,作为所谓的‘积极性一般预防’,毫无疑问也属于刑法的任务。”<sup>[13]</sup>

[8] [日] 福田平:《刑法总论》,有斐阁 1990 年版,第 134 页。

[9] [日] 藤木英雄:《刑法讲义总论》,弘文堂 1975 年版,第 77 页。

[10] 周光权:“行为无价值论之提倡”,《比较法研究》2003 年第 5 期。

[11] Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, Elizabeth King and Martin Albrow 译, Routledge & Kegan Paul (1985), p. 1.

[12] [日] 团藤重光:《刑法纲要总论》(第 3 版),创文社 1990 年版,第 14 页。

[13] 转引自[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 25 页。

### (一)对刑法目的的界定,必须考虑公众的规范认同

刑法的生命力来自特定社会中的公众对于规范的共识和认同。刑法目的也必须保护规范,维护公众对于规范的认同。犯罪是对重要规范的损害,通过破坏规范,犯罪侵害了由规范直接维系的集体情感。刑法的存在很大程度上是因为其能够得到公众的认同。对此,涂尔干指出:“既然各种规范都统统刻在了人们的意识里,因此所有人都会懂得它们并觉得它们是合情合理的。就一般情况而言,这至少是符合事实的。如果一个成人对这些基本的规范一无所知,并且拒绝承认它的权威,那么这种无知和不服从就会被人们毫不犹豫地当成是一种病态的征兆。如果某种刑法尽管遭到了拒认但还能幸运地存活下去,这只是因为与此同时还存在着某些例外情况,这当然是反常的——它不可能长久地存在下去。”<sup>[14]</sup>公众认同的刑法规范在很大程度上和社会道德规范有关,但同时又超越道德规范。这里的规范,由文化传统、主流价值观、社会道德规范所组成。社会发展过程中会不断产生新的利益,确定新的规范关系,并逐步得到公众认同。刑法通过直接保护规范关系,肯定某种主流的价值观,来间接地保护法益。

过去通常认为,坚持行为无价值论,考虑规范违反会扩大处罚范围。但是,将刑法目的定位于法益保护,也可能不当地扩大处罚范围。某些有客观的法益损害的行为,按照法益保护说可能被认定为犯罪行为,但按照规范维护说显然不能以犯罪处理。所以,对犯罪的评价,考虑行为的规范破坏性是比较重要的;对刑法目的,坚持规范维护说也自有其道理。对此,雅科布斯以故意杀人为例加以说明:向他人捅刀子、敲打、射击都意味着“杀害”,修造建筑物却不采取必要防火措施也意味着杀害。但是,销售酒料、对恐怖分子展开刑事程序、打开某一根据法律规定所设立的通道、生产符合规定的汽车都并不意味着杀害。因此,可预见地引起某一结果并非绝对地要在法律上对该结果负责;并非所有能够避免的东西都在法律上必须被避免。刑法要惩罚的是在法律上与某一结果相联系的人,只是那些实施了某一行动而侵害了他人的权利、根据社会的前后关联即规范联系要对行为后果负责的人。这些主体的行动才意味着权利侵害,才是犯罪行为。<sup>[15]</sup>根据规范理论,犯罪就应该如此界定:实施某一行为,侵害他人权利,根据社会中存在的规范关联性,认为是造成了损害的行为。这样的犯罪概念,不是要否定法益的重要性,而是强调刑法只有达到反规范的程度时才能实施惩罚。对刑法目的的讨论,也应该在这一基点上展开。

### (二)当前中国的现实需要与刑法目的

在社会平和、生活秩序井然、规范的有效性不成问题的时代,规范已经成为行为的指导原则,遵守规范是个人生活的一部分,公众一般倾向于认为维护合法权益更为重要。根据这种理念所建立的刑法任务就是维护法益。但是,在社会剧烈转型、各种权利关系并不明确、公众的规范信赖感不强、规范经常被动摇的时期,必须特别强调规范有效性,需要动用刑法来证明,违反规范的行为是不值一提的,刑法目的就是稳定规范、证实规范的效力。

#### 1. 以日本为范例的分析

日本刑法在二战后就经历了漫长的运用刑法维护规范的过程,规范违反说成为解释犯罪本质的主流学说。对此,美国有学者指出,为了有效控制犯罪,日本付出了很大努力,通过共同体成员对规范违反者的干预,使罪犯在道德上得到更新。一旦个体愿意重新做人,就欢迎他回到正常的社会生活中来。而这一切,是通过所谓的“重感羞耻”的方法实现的:共同体通过羞辱那些违反团体规范的人来反对违规现象,让异常之人对其行为感到羞耻,从而防止他们形成自己独特的有罪过的亚文化。正因为对规范重要性的坚持,日本的犯罪率长期比其他发达国家要低得多,这样的效果是通过迫使那些不轨之人遵守社会规范来实现的。<sup>[16]</sup>

将刑法目的定位于法益保护,在财产罪上就会坚持所有权及其他本权说。如果认为刑法的目的是维护规范,在财产罪上就会坚持占有权说,即存在事实上的财产占有关系(规范关系),就应当给予保

[14] [法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版,第37页。

[15] [德]雅科布斯:“刑法教义学中的规范化理论”,《现代刑事法治问题探索》(第1卷),法律出版社2004年版,第86页。

[16] John Braithwaite, *Crime and Reintegration*, Cambridge University Press 1989, p. 25.

护,至于占有是否合法在所不问。<sup>[17]</sup> 日本战前大审院的判例采取本权说,战后最高裁判所则有接近占有说的倾向,产生了从法益侵害说到规范违反说的转向。因为当时日本的社会经济秩序、财产权利关系非常混乱,趁机获取财产上不法利益的犯罪激增。为了有效保护个人财产,对与所有关系相分离的财物的占有、持有本身暂时予以保护,以恢复财产的秩序是必要的。后来,在复杂多样的现代社会经济生活中,所有者自己不占有财物,让他人占有利用财物,以发挥财物的最大效用的现象增多,财物的占有本身的经济价值逐渐增大,财物的占有究竟是基于何种权利,往往又不容易准确判断,所以,刑法对财物的占有、持有本身予以保护,对维护正常的财产秩序很有必要。但 20 世纪 60 年代中期以来,日本的财产犯罪状况发生了根本改变,发案率达到了百年来的最低水准,再继续采取扩大处罚范围的占有说就不太合适了。因此,现在又有许多学者对占有说提出批判,主张返回到原来的本权说。对此,学者指出:日本战后近代学派的主观主义刑法学的影响逐渐减弱,在客观主义刑法学内部,受韦尔策尔目的行为论影响的行为无价值论逐渐兴起,而进入 20 世纪 60 年代后,与行为无价值论相对立的结果无价值论逐渐展开。<sup>[18]</sup> 所以,刑法观念必须和时代要求相合拍,这是一个需要慎重对待的问题。

## 2. 当下中国社会的特殊性与刑法的规范维护

社会学家认为,在 20 世纪 90 年代中期以来,中国社会正在发生某种断裂。断裂的真正含义是,社会制度框架已经不能容纳这些破碎的部分,没有办法把它们连为一体了,而在断裂的基础上又形成了一种以强力和不公正为特征的社会结构。由此导致公众的信任缺失。实际上是国民对规范和秩序的信任出现问题,社会生活就会处于混乱的状态。“信任结构解体之后出现的不是规则的建立,而是以强凌弱格局的出现……社会会处于一种完全没有信任结构的状态,这时候人们就需要建立规则。在普遍不信任的基础上建立的新规则,可能会有利于形成一种普遍性的信任结构的建立。”<sup>[19]</sup> 在公众对规范信任感不高的社会结构之下,适用刑法要达到的目的可能有其特殊性:建立规范,确保规范有效;在规范受到破坏时,处罚犯罪,重拾国民对规范的信心。

特别是在当前的中国社会,确立国民的法规范意识,通过刑法稳定和维护规范,在刑法领域提倡行为无价值论,对建设法治国家更具有特殊价值。随着市场经济的发展,竞争加剧,人口流动加快,生活条件发生变化,生活压力增大,生存意识、价值观念乃至整个社会思潮都在剧烈变化,在这种情况下,传统价值观念崩溃,是非善恶基础动摇,哪些行为可能是犯罪、哪些不是犯罪的社会普通意识可能受到冲击,出现违法性“空洞化”现象。仅仅在法益侵害发生后动用刑法,往往于事无补。为了防止特定历史时期犯罪现象的蔓延,在刑法规范保护目的指导下,应当采取两方面的措施:一是为防止人们通常的法规范意识的退化,对自然犯罪尽可能地在刑法典中做出规定,以扩大犯罪圈,实现“自然犯”的法定化。另一方面,在犯罪的实质评价过程中,贯彻行为无价值论,以此来培植国民的法规范意识。

中国现在所面临的各种社会问题和德国、日本目前的问题并不相同。由于“一个社会的法律的全部合法性最终必须而且只能基于这个社会的认可,而不是任何外国的做法或抽象的原则”,<sup>[20]</sup> 所以,那种认为法益侵害说在今天的大陆法系国家占主导地位,中国也就应当采取法益侵害说的观点值得商榷。因为中国素来不缺少刑法,但缺少刑事法领域的法治传统,国民经常性地将刑法直接等同于令人恐怖的生杀予夺,一般不愿意主动去认识规范,信赖规范、遵守规范就更是难以谈起。<sup>[21]</sup> 由于缺乏规范意识和法情感,刑法的存在根基就经常性地会发生动摇,因为“只有培养了对法的理解之后,法才有能力获得普遍性”。<sup>[22]</sup> 在未来中国能够依据规范确立各种利益归属的情况下,再采用法益保护说,就是情理之中

[17] 刑法保护财产占有的事实,但此时的占有权不是民法意义上的权利,而是财产不得任意流转的规范关系。

[18] [日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社 2005 年版,第 85 页。

[19] 孙立平:《转型与断裂——改革以来中国社会结构的变迁》,清华大学出版社 2004 年版,第 120 页。

[20] 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社 2004 年版,第 298 页。

[21] 对此,只需看看大城市繁华路口汽车、自行车、摩托车、三轮车和行人争先恐后抢行的混乱局面,以及司机呵斥行人“不要命”,行人指责司机“为富不仁”的戏剧性场景,就可以大致了解中国当下国民的规范意识水准以及对规范的认同程度。

[22] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬等译,商务印书馆 1961 年版,第 220 页。

的事情。规范以及规范意识的缺乏,使利益关系的确立变得不可能,法益保护自然无从谈起,此时讨论结果无价值论意义上的刑法目的就显得文不对题。

只有坚持规范违反说,国民才会逐步承认:因为犯罪行为扰乱了刑法上保障规范合法性的期待,所以成了一种需要排除的东西。换言之,刑法最终要保护法益,但要达到这一目标,必须先考虑我们是否缺乏通往这一目标的桥梁,如果没有合理的渠道达到刑法目标,就必须先搭建“基础”。确立规范、培养国民的规范意识,对反规范行为进行惩处,就是最终实现法益保护目标的基本步骤。在这种前提下,刑法的目的就不是法益保护,而是使被规范所确定的秩序稳定化。刑法的适用表征着对事实的调查、行为动机的确定、责任和刑罚之间关联性的判断等。刑罚表明了对有缺陷的行为的态度:必须普遍地把这种行动作为一种不值一提、不可再次经历的行动选择来看待。

#### 四 结语:未来社会的刑法目的转换

妥当的刑法理论既要重视对合法权益的维护,又必须肯定规范的重要性,只不过在不同历史时期侧重点有所不同。因此,法益保护说和规范维护说哪个更适合中国的实际情况,不是单凭刑法学理论就可以简单判断的,刑法立场始终和一个国家的社会发展状况、法治发展水平、国民规范意识休戚相关,把结果无价值论嫁接到处于转型期、规范缺乏的社会,并不使人信服。相反,认为当下的刑法的目的是维护规范,刑法目的在将来社会是保护法益,刑法目的可能随时代变换而转变的观点,才是一种务实的态度。<sup>[23]</sup> 笔者的观点是,当前中国的刑法目的就是规范有效性的维护,通过这种维护来间接地达到保护法益的目标。

最后,有两点需要特别说明:(1)认为刑法目的是稳定和维护规范,并不是要彻底抛弃法益这一概念,而是要摆正法益概念在犯罪认定过程中的地位和作用,不要高估法益在刑法学中的功能。梅耶曾经中肯地指出:“犯罪是侵犯法益,但另外还难以忍受地侵害了伦理秩序。”<sup>[24]</sup> 在根据行为无价值论评价行为性质、确定刑法目的时,法益概念是重要的判断素材。(2)如果认为当下中国刑法的目的是维护和稳定规范,那么,在刑罚的正当根据问题上,就应该承认积极的一般预防理论,即,“预防”的目的不是预防现实的或者潜在的犯罪人以后犯罪,而是要稳定社会的规范,维持社会规范的一体性。这种意义上的“预防”接近于认为要用刑罚来否定“作为法的否定的犯罪”这种黑格尔式的“报应”,但是,这不是绝对的刑罚论。刑罚的正当化根据已经不是报应本身,而在于维持社会的规范一体性,以确保公众对于规范的信赖,促进刑法的公众认同,由此才能确立刑法目的和刑罚目的、刑罚正当根据之间的一致性。

---

[Abstract] The question of whether the objective of criminal law is to protect legal interests or to uphold the effectiveness of norms cannot be discussed in a general way but should be considered against specific background of time and social environment. The objective of criminal law is relative, and may shift between the protection of legal interests and upholding of norms. In Chinese society, which is undergoing a drastic transformation, the vagueness of the relationship of rights, the incomplete norm system and the lack of citizen's awareness of norms have determined that the criminal law should aim at the upholding of norms. To stabilize norms is the realistic objective of the criminal law. The objective of criminal law may change from the upholding norms to the protection of legal interests when the relations between various rights have been clarified, the citizens' consciousness of norms gradually raised, and a high stabilization of society as a whole has been achieved. The protection of legal interests becomes the ultimate objective of criminal law.

---

(责任编辑:王雪梅)

[23] 和我的观点不同,雅科布斯教授似乎坚定地认为刑法的目的在任何时候都只能是维护规范的有效性。参见[德]雅科布斯:“刑法保护什么:法益还是规范适用?”,王世洲译,载《比较法研究》2004年第1期。

[24] 转引自[德]卡尔·恩吉斯:《法律思维导论》,郑永流译,中国政法大学出版社2004年版,第120页。