

## 刑法目的观转变简史

——以德国、日本刑法的祛伦理化为视角

丁慧敏

**内容提要:**刑法的目的是刑事立法与司法的界限,是刑法学最为基本的问题。自启蒙以来,德日刑法目的观的不断流变表明,刑法目的由其所处的时代精神决定。在蔑视人权、专制统治时代,强调刑法目的是维护国家道义、社会伦理;在提倡保护人权、重视宪法、实行法治的时代,强调刑法目的是保护宪法性法益。当前,德日两国刑法学界一般认为,刑法的目的是保护(宪法性)法益,在刑事立法和司法中,应将单纯违背社会伦理而没有任何外部侵害性的行为排除在犯罪之外。

**关键词:**刑法目的 犯罪本质 保护法益 维护社会伦理

丁慧敏,清华大学法学院。

“目的是全部法律的创造者。”<sup>〔1〕</sup>那么,刑法目的就是刑法规范的创造者,同时也是刑事立法与司法不可逾越的界限。刑法的目的是否维护社会伦理?<sup>〔2〕</sup>犯罪本质到底是法益侵害还是规范违反?法益如何界定以及规范背后到底是什么?自启蒙运动以来,大陆法系法学界就开始对这一系列刑法学的基本问题进行不辍的探讨。随着各国各时期时代精神的变化,刑法目的几经变迁。刑法目的确为时代精神所左右,这是不争的事实。正如曼海姆博士(H. Mannheim)所言,“刑法反映存在于文化基底的价值,可谓其时代文化的一面镜子。因此,如果价值发生了变化,刑法也随之发生变化。”<sup>〔3〕</sup>

### 一 从启蒙到二战的热议:刑法目的是否维护社会伦理的博弈

“将什么作为禁止对象,是由以什么为目的而禁止来决定的。”<sup>〔4〕</sup>刑法保护的便是犯罪

〔1〕 [德]耶林语,转引自[美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第109页。

〔2〕 “伦理”或者“社会伦理”本身可能具有多种含义,为了避免产生不必要的误会,本文副标题中的“祛伦理化”中的“伦理”,就是在“客观的绝对精神”、“国家就是伦理的源泉”、“个人必须服从伦理共同体”这个层面上使用的。

〔3〕 转引自张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2004年版,第12页。

〔4〕 张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第26页。

所侵犯的;有关刑法目的的学说,也同时在揭示犯罪的本质;关于犯罪本质是什么的学说,必然也是在回答刑法的目的是什么。因此,刑法的目的与犯罪的本质是一个问题的两个方面。

启蒙以来,大体而言,关于犯罪本质的探讨,主要存在法益侵害说与规范违反说。但必须指出的是,法益侵害说与规范违反说仅是表面的对立。从学说发展史上看,在刑法的目的是否维护社会伦理这个问题上,法益侵害说与规范违反说得出的结论并不是必然相反。质言之,法益侵害说也可能将刑法的目的定位为维护社会伦理,而规范违反说也可能持相反见解。所谓的“法益侵害说”与“规范违反说”,只是包裹着时代价值的糖纸,其内核随着时代的变化而变化。

启蒙运动之前,国家用刑法强制推行宗教与伦理,伦理规范无处不在,刑法几乎干涉个人生活的所有领域。受启蒙运动中天赋人权、社会契约论的影响,贝卡利亚在其《论犯罪与刑罚》这本不朽的小册子中提出“衡量犯罪的惟一和真正的标尺是对国家造成的损害”。<sup>[5]</sup>他进而主张将仅违背了道德但却没有造成社会损害的行为排除出犯罪。贝卡利亚之后,费尔巴哈为了确立刑事审判中的法治国思想,主张限制国家的刑罚权。其首先提出,犯罪的本质是对权利的侵害。从贝卡利亚到费尔巴哈这一时段,被德国刑法学界称为“早期自由时期”。<sup>[6]</sup>在这段时间里,刑法学界一般认为,刑法目的排斥社会伦理。

从早期自由时期结束到二战,德国经历了历史上的两大专制时代:普鲁士威廉皇帝或俾斯麦的君主专制和希特勒的纳粹专制,并制定了两大帝国宪法,但其宪法内容中并无公民权利的规定。期间,虽然在1848年法兰克福国民大会制定过德国民主宪法,以及1919年到1933年制定过魏玛民主宪法,但两个民主宪法却均胎死腹中,未行宪政之实。<sup>[7]</sup>在这样的背景下,早期自由时期有关刑法目的、犯罪本质所表现出来的自由主义被修正。毕恩巴姆(Birnbaum)于19世纪30年代从实证法的角度对权利侵害说进行了批判性的考察,进而提出“财”这一法益概念的雏形,认为犯罪的本质就是对“财”的侵犯。他立足刑法的实际规定,将宗教与伦理均认定为民族的财,因而必须受到刑法保护,这就使国家目的得以扩张。<sup>[8]</sup>法益与规范违反的概念均是由宾丁在其《规范论》(1872年)中正式提出。宾丁首先指出,犯罪并不是违背刑罚法规的行为,而是违背了刑罚法规之前所规定的行为规范的行。那么,犯罪的本质是对行为规范的违反,而国家制定该行为规范,就在于要禁止行为可能造成的状态与法的利益相矛盾。通过规范所维护的不应变更的状态就是法益。由于宾丁的法益就是实定法所维护的状态,故可以说,任何犯罪均侵害了法益。<sup>[9]</sup>

不难看出,法益在提出之初,可以说是一种反对自由主义的国家权威主义回潮,属于一种立足实证法分析的“后刑法法益”。<sup>[10]</sup>这样的法益并没有刑事政策的意义,无法限制刑罚权的任意发动,对于解释刑法的意义也十分有限。根据“后刑法法益”,只要刑法规定单纯

[5] [意]切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国方正出版社2004年版,第19页。

[6] 参见[德]许迺曼:《法益保护原则》,何赖杰译,载许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选集》,台北春风和煦学术基金2006年版,第233页。

[7] 参见赵进中:《“世界公民中路”——论德国民主权利发展的历史主线》,北京大学出版社2008年版,第46页;叶明:《德国宪政秩序》,台湾五南图书出版社2005年版,第4-10页。

[8] 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2004年版,第21页。

[9] 同上注,第29-33页。

[10] “后刑法法益”是指,从实证法的角度出发,强调实定的刑法的规范评价,得到实定刑法承认的,均为法益。故“后刑法法益”并没有指导刑事立法(刑事政策)的意义。参见刘孝敏:《法益的体系性位置与功能》,载《法学研究》2007年第1期。

违背社会伦理且未造成任何社会危害的行为是犯罪,那么,相关的行为也就侵害了刑法的法益。故在“后刑法法益”时代,只要将社会伦理认定为法益,即可以使刑法沦为维护社会伦理的工具。因此,在刑法学说史上,主张“后刑法法益”的学者,一般认为刑法的目的是保护社会伦理的。

扭转这种风气的是李斯特的法益概念。李斯特将法益定位为“抽象化的法律与伦理的界限概念”,认为法益是位于刑法之前的人的生活利益。正是通过这样的法益概念,李斯特将刑法中的犯罪与刑罚这两个最重要的范畴连接了起来——犯罪的本质(实质违法性)是侵害法益,而刑罚目的应从报应观念解放出来,使其转换到有目的意识的法益保护(特殊预防)。由于李斯特用法益概念指导刑事政策,并意欲通过法益概念对启蒙主义的社会危害概念进行批判性的保留,故其法益并非局限于实定法,而是前实定法的概念。<sup>[11]</sup> 即“先刑法法益”。<sup>[12]</sup> 囿于当时的德国既无民主宪法,也非民主国家,这就注定了其提出的法益概念不可能上升到“宪法性法益”。但是,李斯特法益概念的最大功绩却在于将维护社会伦理排除在刑法的目的之外,使得单纯违背伦理而不侵害法益的行为因不具备犯罪的本质而不构成犯罪。

李斯特之后,两次世界大战之间的德国,经历了《凡尔赛和约》的屈辱和经济危机的打击,魏玛时期的无政府状态和之后取而代之的纳粹统治,使整个德国民族主义思潮高涨。在这样的背景之下,对刑法目的与犯罪本质的探讨,无论是法益侵害说还是规范违反说,无不强调德国的民族特质和维护德国社会的伦理。可以说,在这段时间内,两说在刑法目的与犯罪本质的观点上,并无实质区别。有的学者为了将刑法的目的、犯罪的本质与民族精神挂钩,并没有在刑法目的与犯罪本质的层面对法益进行探讨。例如,德国学者霍尼克(R. Honing)与施文格(E. Schwinge)将刑法目的定位为保护“共同体的价值”,而法益仅具有对犯罪构成要件的解释机能。德国学者赫尔穆特·迈耶(H. Mayer)认为刑法的直接机能不是保护法益,而是维护民族的良好风俗习惯,对各种法益的保护就是为了达到该目的。同时,即使认为刑法的目的是保护法益的学者,如沃尔夫(Erik Wolf),也将法益定义为“依赖于社会伦理价值所形成的文化财。”犯罪就是“对民族共同体利益的侵害”。又如,威尔泽尔(Welzel)一面在论述刑法的任务时指出,“刑法的任务在于通过保护基本的社会伦理的行为价值来保护法益”,一面又承认没有法益侵害性的行为“由于行为本身在社会伦理上不纯洁而值得非难”。<sup>[13]</sup>

而两次世界大战期间,将犯罪的本质认定为规范违反的观点盛行。继承宾丁规范违反说的学说构造,贝林(E. Beling)与迈耶(M. E. Mayer)为首的规范违反说的提倡者,均认为刑法首先为行为规范,而犯罪的本质就是对该行为规范的违反。贝林主张行为规范来源于“国家的一般规范意思”;迈耶认为,行为规范来源于“国家承认的文化规范”。而所谓的“文化规范”,实质上就是道德、宗教、习俗等。<sup>[14]</sup> 将这一切推向高潮的是基尔学派的义务违反

[11] 参见[德]费兰茨·冯·李斯特、埃贝哈德·施密特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第201-202页。

[12] “先刑法法益”不依赖于实定法而独立存在是在现实生活中可以发现并认识的生活利益。具有限定刑事立法(刑事政策)和刑事司法的作用。参见刘孝敏:《法益的体系性位置与功能》。

[13] 以上各学者的观点均转引自张明楷:《法益初论》,第55-58、第60-63、第85及第93页。

[14] 以上观点均转引自[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第23-25页。

说。随着纳粹统治在德国的确立,基尔学派作为信奉纳粹思想的刑法学派,认为维护民族价值是刑法最重要的任务,刑法必须维护其民族从祖先那里作为遗产而继承下来的风俗,以免将来丧失其人种的基体,进而要求刑法要全面的伦理化,法与伦理没有界限。<sup>[15]</sup>

从“早期自由时期”将刑法的目的、犯罪的本质与伦理峻别开始,到二战时期又将刑法目的、犯罪本质重新回归于伦理,可以看出,在民主尚未成型,法治尚未建立时期,刑法目的、犯罪的本质尚不可能脱离社会伦理。

## 二 二战以后刑法目的进一步探讨:刑法目的祛伦理化

二战以后的十年间,由威尔泽尔提出的以目的行为论为基础的行为无价值的犯罪论体系在德国大获全胜。<sup>[16]</sup> 20世纪50年代,该体系传入日本,但行为无价值论在日本的境遇并不像德国一般顺利,至今仍然遭到很多日本学者的抵制。可以说,在德国刑法学界,行为无价值已经完成一统;而在日本,行为无价值与结果无价值却进行了长达半个世纪的拉锯战。

必须澄清的是,行为无价值与结果无价值的争议,并不是在刑法目的与犯罪本质层面的分歧。并不是所有的行为无价值者均主张刑法的目的是维护社会伦理;也并不是所有的结果无价值者均反对将社会伦理的维护纳入刑法的目的。二者并非一一对应。<sup>[17]</sup> 行为无价值与结果无价值的根本分歧就在于犯罪的故意、过失是否主观的不法要素——行为无价值者持肯定态度,而结果无价值者持相反见解。行为无价值理论提出之前,主张结果无价值的学者同样可能认为刑法的目的是维护以社会伦理为基础的规范。<sup>[18]</sup> 行为无价值论的提出,主要是将“不法被进一步的主观化,相反,对于罪责来说,却意味着逐渐地非主观化和规范化”。<sup>[19]</sup> 二战初期,德日两国行为无价值的主张者均强调刑法目的是维护社会伦理,而随着两国宪法的不断施行,民主的不断深化,当今德日,行为无价值与结果无价值者均反对刑法的伦理化。

### (一) 战后德国刑法目的观转变为保护法益

随着战后德国《基本法》的制定,整个社会的民主化进程加快,虽然德国刑法学界继承了威尔泽尔将故意放入不法的做法,但却并没有继承威尔泽尔将刑法定位为维护伦理秩序的刑法目的观。<sup>[20]</sup> 当前,德国主流学者罗克辛、许迺曼等,均主张刑法的目的是保护法益。罗克辛指出,“刑法没有贯彻一种特定的宗教或者意识形态这样的任务,刑法的任务应当是保护公民享有有一种有保障的和平的共同生活,享有能够与这个目标相一致的最大限度的人身自由……因此,刑法的任务是保护法益。”<sup>[21]</sup> 许迺曼认为,“一旦刑法释义学放弃以法益保护原则作为它的基础——作为限制立法者恣意的基础,并因而在诠释时作为最高准则的基础,刑法释义学即再也不能成为一门独立的科学。”他因而主张将法益保护原则定位为刑法

[15] 参见张明楷:《法益初论》,第77-78页。

[16] 参见[德]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123页。

[17] 参见[日]真锅毅:《行为无价值与结果无价值》,载中山敬一、西原春夫等编:《现代刑法讲座 违法与责任》,成文堂1979年版,第24页注5;又见余振华:《深思刑法 刑法深思》,元照出版社2005年版,第18页。

[18] 参见[德]恩施特·贝林:《构成要件理论》,王安异译,中国人民公安大学出版社2006年版,第22页。

[19] 参见[德]罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),第123页。

[20] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第77及第135-152页。

[21] [德]罗克辛:《德国犯罪原理的发展与现代趋势》,王世洲译,载《法学家》2007年第1期。

中“正义观念的最坚硬核心”。<sup>[22]</sup>

战后所提倡的“法益”与战前并不相同。如上所述，“后刑法法益”实质上并没有将社会伦理的维护排除在刑法目的之外；而李斯特的“前刑法法益”虽然有通过刑事政策将单纯违背伦理的行为出罪的作用，但却由于时代的局限，失之过泛，不可把握。而当下德国刑法学界所主张的“法益”，是一种“宪法性法益”，要求根据德国《基本法》中规定的个人自由，对国家的刑罚权进行限定。虽然德国刑法学界对法益的具体内容并没有达成一致，但从那些不属于法益这一排除法的角度来看，学界一致认为，单纯违反道德的行为侵害的不是法益。上个世纪60年代，正是基于这一点共识，德国刑法学界一般认为，成年人一人或者多人相互同意，而在没有任何强迫的情况下秘密实施的性行为（包括同性恋、兽奸等），由于没有侵害任何法益，不应入罪。

虽然当下，在德国刑法学界，主张刑法的目的是保护法益的观点是主流，但也不乏其他学说。例如，冈特·施特拉滕韦特（Günter Stratenwerth）认为，犯罪的本质是“违法行为威胁到了社会规范”，并认为“刑法应该保护的‘社会规范的基本价值’是社会道德规范”。<sup>[23]</sup>耶塞克认为，“刑法通过国家强制最终确保法秩序的不可破坏性。”<sup>[24]</sup>而约翰内斯·维塞尔斯（J. Wessels）更是直接指出，“刑法上规定的禁止与要求，实际上也是一些伦理上的责任和义务。”<sup>[25]</sup>但是，当今德国，即使上述主张认为刑法的目的是维护社会伦理、社会秩序、社会规范，也不是战前传统权威主义观点的复辟，其均认为德国《基本法》是限制刑法处罚的界限。所谓的社会规范的基本价值就是《基本法》的价值；社会秩序是《基本法》所确立的“自由、民主的基本秩序”；社会伦理秩序也是指《基本法》所蕴含的社会伦理价值。当论及如何将“社会规范的基本价值”、“社会秩序”、“社会伦理”具体化时，却又不约而同的委身于法益。<sup>[26]</sup>虽然从表面上看，这与战前主张刑法的目的是保护社会伦理的观点并无不同，但是，战后学者所谓的“社会伦理”却不是本文开篇指出的国家主义、权威主义的伦理，而是强调保护人权、以宪政秩序为基础的伦理。可以认为，这些观点与认为刑法的目的是保护宪法性法益的观点都是反对权威主义，强调保护人权的。

在宪法强调保护人权、实施民主宪政、刑法目的观发生大逆转的时代背景下，德国的刑事立法对此也做出了反应。先有必要重温一下德国修改刑法之前的一个小插曲。德国《基本法》第2条第1款规定，“道德准则”可以限制公民的个人自由。这样的规定是否意味着单纯违反伦理道德而没有社会危害的行为也能够入罪？德国旧刑法第175条规定了男子间同性恋犯罪，战后初期，德国联邦宪法法院在对该条进行违宪审查时，正是以基本法的该条款为据，判决认为刑法将男子间的同性恋规定为犯罪并未违宪。但是联邦宪法法院的判决没有得到大多数刑法学者的赞成，刑法学界一般认为，并不能据此将仅是违背伦理道德而无

[22] [德]许迺曼：《刑法不法之体系：以法益概念与被害人学作为总则体系与分则体系间的桥梁》，王玉全、钟豪峰译，载许玉秀、陈志辉编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选集》，台北春风和煦学术基金2006年版，第204-205页。

[23] [德]冈特·施特拉滕韦特：《刑法总论I——犯罪总论》，杨萌译，法律出版社2004年版，第27-28页。

[24] [德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第2页。

[25] [德]约翰内斯·维塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌柯译，法律出版社2008年版，第6页。

[26] 参见[德]冈特·施特拉滕韦特：《刑法总论I——犯罪总论》，第31页；[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，第2页；[德]约翰内斯·维塞尔斯：《德国刑法总论》，第5页。

社会危害的行为入罪。罗克辛教授的观点较为委婉而务实,他认为,对道德的保护不是法治国家的任务,国家应当保护和确认少数人的不同观点,因此,必须将德国《基本法》第2条第1款中的“道德准则”解释在避免发生危害社会结果的限度内。<sup>[27]</sup> 而许迺曼教授直指《基本法》的规定不当,“当联邦宪法法院只是一再重复以《基本法》第2条第1项来检验刑法时,事实上等于联邦宪法法院借着判决的这两句话——整个图书馆变成废纸——枪杀了所有的刑法历史学家。《基本法》第2条第1项事实上扩展了刑事立法者的裁量自由空间,因而搅乱了从启蒙时代开始的现代法治国的整部历史。”<sup>[28]</sup> 学界的这种呼声最终导致了该罪的废除:针对1962年的新刑法草案中仍然保留了通奸罪、男子间同性恋犯罪、兽奸等犯罪,1966年,以十四位中青年学者为首,提出了以要求废止上述犯罪等为主要内容的“选择性草案”。1973年,选择性草案的上述要求得到了立法的肯定,德国刑法典中的上述各罪最终被废除,同时,也将德国《刑法》分则第13章“有伤风化的重罪与轻罪”的标题,改成今天的“侵犯性自决权罪”。<sup>[29]</sup>

由上可知,二战后,在犯罪论体系上经历了结果无价值到行为无价值的蜕变之后,德国的刑法目的观不仅没有趋向权威主义、国家主义,却彰显出了《基本法》的民主自由价值。虽然德国学界对刑法目的的表达不尽相同,但从本质来讲,又都是在沿着《基本法》对刑罚权限制的思路迈进。而“法益”这一刑法学说史上最宝贵的遗产,就无疑成为了“建筑一座确立犯罪成立与否的桥墩”。<sup>[30]</sup>

## (二)战后日本学界也逐渐达成共识:保护法益是刑法的目的

二战前,日本刑法学一直是在照搬欧陆刑法学理论的基础上进行小修小补,在刑法目的观上,与德国并无大异。战后,日本在盟军的监督下,制定了新宪法,像德国一样,日本也由此走上了民主化道路。但战后初期,刑法并没有随着宪法的变化而重新制定,关于刑法的目的观,也没有即刻迎合新的民主宪法而有大的变化。<sup>[31]</sup> 在这段时间,日本刑法学界有关行为无价值与结果无价值的争论其实就是一场刑法目的观的论战。

在战前就活跃在刑法学界的小野博士和其弟子团藤重光博士,仍然主张刑法的目的是维护国家道义和社会伦理价值。<sup>[32]</sup> 上个世纪50年代,威尔泽尔的行为无价值理论传入日本,由于威尔泽尔的刑法目的观与团藤博士的主张一致,故当时主张行为无价值论的学者均认为刑法的目的是维护社会伦理。

与此相对,上个世纪60年代末,以平野龙一为首的结果无价值论者,立足于新宪法所倡导的价值观,对来源于战前的旧刑法目的观展开了批判。平野指出,“在我国,战后价值观发生了大的转变。对此若用一句话概括,就是从天皇具有绝对的神圣地位、国家具有超越个人的自身目的这样的价值观,转换为国家以个人的生存和幸福为最高目的的价值观。从国家主义转换为个人主义,将天皇主权的旧宪法改成正面提出基本人权、国民主权的宪法,明显的表现了这一点。而价值观的转变,当然必须反映到刑法。但是,果真反映了现实

[27] 参见[德]罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),第21-22页。

[28] [德]许迺曼:《法益保护原则》,第243页。

[29] 参见[德]罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),第13页。

[30] 沃勒斯(Wohlens)之语,转引自[德]许迺曼:《法益保护原则》,第232页。

[31] 参见[日]大谷实、前田雅英:《エキダイトイテイング刑法総論》,有斐阁1999年版,第3页。

[32] 虽然团藤重光博士也认为刑法有法益保护和人权保障的机能,但是,却将刑法的任务首先定位为社会伦理的维护,而以上两种机能受制于社会伦理。参见[日]团藤重光:《刑法綱要総論》,创文社1988年版,第14页。

吗?答案却不是肯定的。”<sup>[33]</sup>平野先剖析了旧刑法目的观的逻辑,“毫无疑问,即使刑法的目的是保护个人的生命、身体、自由、财产,也并不是说刑法与伦理毫无关系。如果杀人、盗窃等伦理上的恶行与每个人的意识背离的话,即使处罚也并不会有效果。在这个限度内,刑法与伦理是重合的,并具有协同的作用。但是,强调刑法伦理性的人们,认为刑法的目的是伦理的实现,认为对杀人、盗窃予以处罚,并不是为了保护个人,只是为了实现伦理而已。因此,伦理上的恶行,仅因为其是恶的,就能使刑罚权的行使正当化。”<sup>[34]</sup>对这样的刑法观,平野批评道,“即使客观的一元的伦理是存在的,对此通过刑法来强制实行适当与否仍然是一个需要考虑的问题。社会中并不是必须存在一个不能没有的、否则社会就无法存续的共通的伦理。伦理原本被认为是客观的、普遍适用的,但是,只要是多少受过批评哲学洗礼的人,就必须承认价值判断是相对的。现代社会是多元价值并存的时代,相互容忍的多个伦理共存可以说是其特色。从大的方面来说,资本主义、共产主义和平共存。基督教和佛教、天主教和新教之间的宗教战争,时至今日已经成为了遥远的历史。”“仅是因为行为的反伦理性就对其处罚的话,就很可能将自己的喜好强加给他人。这就会对作为近代社会‘共通的價值’的个人自由造成侵害。所谓个人自由,就是只要不妨害他人,即使他人并不喜欢,也仍能自由行事。而以国家的名义来决定什么在伦理上正确的话,必然导致国家就是伦理的源泉这样的国家主义的思想。”<sup>[35]</sup>平野的以上看法是鞭辟入里的。战后,小野博士等提倡的国家道义、社会伦理的出发点,实际上与他们在战前的主张并没有大的出入——仍然立足于国家主义而非公民个人权利。甚至可以说,这样的刑法目的观与新宪法提倡的反对国家主义、强调保护个人人权的自由主义价值观是背道而驰的。而以平野博士为首的结果无价值论者摒弃了这一旧观点,主张刑法的目的是保护法益,这是与日本战后的时代精神相吻合的。由于学者们强调新宪法对刑法中的法益的范围具有限制作用,故此处的法益,也是“宪法性法益”。

上个世纪六七十年代,这场围绕刑法目的展开的争论,最终使得结果无价值论的刑法目的观成为支配性的主流观点。<sup>[36]</sup>时至今日,结果无价值论者均与平野提出的刑法目的观无二。值得注意的是,自上个世纪70年代,即使是行为无价值论者,也开始逐渐放弃刑法目的是维护社会伦理的观点。即使大多数行为无价值论者仍然认为刑法是行为规范,违法的实质就是对该规范的违反,但均认为该规范是法益保护规范,其并非来源于社会伦理,同时,也将刑法的目的定位为保护法益。例如,团藤重光的学生福田平教授可谓是典型的行为无价值论者,但在论及犯罪的本质(实质违法性)时,指出“所谓的违法,就是对作为评价规范的法的违反,即法所认可的状态的变更以及法所非难的状态的惹起,违法的实质应为对法益的侵害或者威胁。”<sup>[37]</sup>又如,川端博教授为当代日本著名的行为无价值论者,其在教科书中,明确否定了刑法的目的是维护社会伦理的观点,认为刑法的目的是保护法益,当行为并没有造成法益侵害或危险时,即使该行为违反了社会伦理,也不能将其认定为刑法

[33] [日]平野龙一:《刑法の基礎》,东京大学出版社1966年版,第95页。

[34] 同上注,第102页。

[35] 同上注,第109-111页。

[36] 参见[日]大谷实、前田雅英:《エキダテイニング刑法総論》,第8页。

[37] 参见[日]福田平:《刑法総論》,有斐阁2004年版,第142页。

上的违法行为。<sup>[38]</sup>再如,作为新兴的行为无价值的代表人物,井田良教授主张刑法的任务就是保护法益,不存在不保护法益的犯罪。法益的具体内容必须根据宪法确定,单纯道德、伦理、价值观并不是法益。<sup>[39]</sup>针对人们认为行为无价值将主观意思归为不法要素、会造成不法的伦理判断这一点,井田良教授进一步澄清,“从行为无价值论的立场出发,刑法作用于每个人的行为意思,从而通过使其放弃违法行为的行动意思来防止法益侵害和法益侵害的危险。在这个意义上,故意是违法行为不可欠缺的要素。”<sup>[40]</sup>如山口厚教授所言,当今日本的行为无价值与结果无价值论,“两种立场共同排斥道德主义,都将保护法益作为刑法的任务”。<sup>[41]</sup>

早在学界对刑法目的观激辩之前,1947年日本的立法机关为了迎合新宪法提倡的自由民主价值,就已经对旧的刑法典进行了整体的修改。主要删除的内容是:对皇室的犯罪、通敌罪与通奸罪;而且加重了对公务员滥用职权罪、暴行罪、胁迫罪的法定刑,放宽了缓刑的条件等。<sup>[42]</sup>在之后全面修改刑法的过程中,刑法目的观的转变更加显而易见。1956年,日本为了制定新刑法而成立了“刑法改正准备会”,该准备会由以小野清一郎为首的坚持刑法目的是维护国家道义、社会伦理的学者把持。1961年,准备会公布了拟好的“改正刑法准备草案”。实际上,这一所谓的“改正刑法准备草案”是以天皇时代修改刑法的草案为基础的,只不过后者由于战争而被迫中断。但是,就是这样一部准备草案,居然在经过法务大臣的咨询、审议之后,于1974年以《改正刑法草案》而公布。针对这部草案中所反映的国家主义(国家法益的优先性,扩大了公民抵抗国家的犯罪而轻视侵犯了公民人权的犯罪)、伦理主义(对某些风俗犯罪没有进行非犯罪化,如草案复活了已经于1947年废止的通奸罪)、治安主义(对于常习累犯采取不定期刑、治安处分、死刑的存续、重刑化)等,日本律师协会等社团以及市民自发的展开了各种形式的反对运动。结果,日本战后的这一次全面修改刑法的立法活动最终失败。<sup>[43]</sup>在此之后,另一个摒弃伦理主义的典型事例是在1995年,日本立法机关基于权利的平等保护原则,删除了刑法典中有关杀害、伤害、遗弃、拘禁尊亲属等加重处罚的规定。<sup>[44]</sup>

在日本刑事司法实践中,也逐渐践行刑法的目的是保护法益的理念,开始摒除基于伦理的价值判断。例如,日本曾经发生过一起为了报复泄愤而强迫他人拍裸体照片的案件。对于被告人是否应当构成强制猥亵罪,一波几折。根据以往的学说和判例,只有为了兴奋、刺激或者满足性欲而实施强制猥亵行为的,才能构成强制猥亵罪。根据旧有的判例与学说,1970年1月29日,日本最高法院认为,拍裸照行为不构成强制猥亵罪,理由就是行为人不具有寻求刺激、兴奋或者满足个人性欲的内心倾向。这一判决遭到了当时结果无价值论者的反对。他们指出,强制猥亵罪的法益是被害人的性自由,即使不是出于寻求刺激、兴奋或者满足个人性欲的内心倾向,行为人也完全可以侵害被害人受保护的法益。后来的判例采

[38] 参见[日]川端博:《刑法総論講義》,成文堂2005年版,第36页。

[39] 参见[日]井田良:《講義刑法学·総論》,有斐阁2008年版,第15-22页。

[40] 同上注,第84页

[41] [日]山口厚:《日本刑法中的行为无价值结果无价值》,金光旭译,载《中外法学》2008年第4期。

[42] 参见张明楷:《日本刑法典》,法律出版社2006年版,前言第2页。

[43] 参见浅田和茂:《刑法総論》,成文堂2007年版,第40-41页。

[44] 参见张明楷:《日本刑法典》,前言第2页。



纳了学者的这一主张,否定了最高法院的上述观点。<sup>[45]</sup>显然,判断行为是否构成犯罪,应该立足于行为是否侵害法益以及是否具有侵害法益的危险,而不需要考虑行为人内心是否符合伦理的要求。

通过以上对德日刑法学关于刑法目的、犯罪本质的观点的梳理,可以认为,当今两国,不论是主张犯罪的本质是法益侵害还是规范违反,也不论在犯罪论上是采结果无价值还是行为无价值,均强调保护人权的宪法价值对刑法目的的限制,从而摒弃了二战之前旧的刑法目的观。宪法性法益与二战以前的“后刑法法益”最大的不同就在于强调宪法对法益的限制作用,将单纯的社会伦理观念排除出法益的范畴。

实际上,新的刑法目的观的功绩不仅仅在于将单纯违背社会伦理而没有对他人及社会造成外部侵害的行为在刑事立法或司法中出罪。更重要的是,这种刑法目的观的出发点是为了保护人权而根据宪法对国家刑罚权进行限制,是一种具有民主精神的刑法目的观。在这一点上,与旧的刑法目的观立足于国家对公民权利限制的国家主义或者权威主义是截然不同的。刑法目的观是刑法的根基,不同的刑法目的观往往导致刑事立法、司法的很多方面会有所不同,有关通奸罪等性风俗的犯罪只是其中较为典型的一例而已,并不是全部。

---

[Abstract] Serving as the bound for criminal legislation and justice, purpose of criminal law is the most fundamental issue in science of criminal law. Since the Enlightenment, the ever changing conception of purpose of criminal law in Germany and Japan indicates that purpose of criminal law is determined by spirit of the times. In times of autocracy when human rights were disregarded, safeguard for national morality and social ethics were emphasized as purpose of criminal law; whereas in times protection of human rights are promoted, constitution is given priority and rule of law is practiced, protection of constitutional legal interests is stressed as purpose of criminal law. Currently, scholars of criminal law in both countries hold that purpose of criminal law lies in the protection of constitutional legal interests, and in criminal legislation and justice, no act without external harms to society, even if it goes against social ethics and moral principle, should be criminalized.

---

(责任编辑:王雪梅)

[45] 参见平野龙一:《犯罪论の諸問題》(下),有斐阁1982年版,第307-308页。