

论集体法益的刑法保护

王永茜

内容提要:现代刑法的发展使得法益概念既包括了个人法益,也包括了集体法益。随着社会价值的变化,集体法益获得了独立于个人法益的地位,二者之间不再仅仅是量的区别。理论上应继续维持统一的法益概念,重新梳理个人法益和集体法益的关系。在个人法益与集体法益发生冲突的场合,个人法益必须处于优先的保护地位。集体法益的重要性、集体法益的独特性和提前保护的有效性,决定了刑法对集体法益予以单独保护具有必要性。刑法必须对集体法益的保护范围设定限制性门槛,防止将不重大的、不真正的、不明确的、不符合比例原则的集体利益上升为刑法的保护对象。刑法采用何种犯罪构成来保护集体法益,关系到刑法的手段是否具有有效性和正当性。在保护集体法益的刑事处罚前置化的犯罪构成中,抽象危险犯是首选的犯罪类型。抽象危险犯的保护法益具有抽象性,但其法益侵害性是实际的、能够被证明的,可以通过被危险行为所影响或者改变的对象呈现出来或者被具体化;此外,通过法益概念的具体化和实质责任原则,也可以合理地解决保护法益的抽象化问题。

关键词:集体法益 个人法益 累积犯 危险犯

王永茜,清华大学法学院博士研究生。

引言

集体法益的刑法保护关系着现代刑法的未来走向:如果完全否认刑法对集体法益的保护,会导致刑法无力应对现代社会的风险;如果无限制地承认刑法对集体法益的保护,会使得刑法演变为防范未来风险的工具,法的人权保障机能被忽略,法的安定性被消解。同时,这个问题还关系着行为无价值论与结果无价值论的学派之争的理论深化:行为无价值论者认为,“为了使新的规范意识根植于社会,积极的一般预防论重视训练人们对规范的信赖,这一特征在刑事立法上体现为对所谓的‘普遍法益’的保护和抽象危险犯的扩张。”^{〔1〕}但在结果无价值论者看来,如果不对集体法益的刑法保护划定合理的范围,不对刑法的早期化介

〔1〕 姚贝、王拓:《法益保护前置化问题研究》,《中国刑事法杂志》2012年第1期。

人提出必要的限制,会造成刑法的刑事政策化及刑事处罚范围的过分扩大化,并最终侵害公民的自由权利。目前,我国刑法学界对此问题的研究并不够深入,虽有学者认识到“法益的范围蔓延至超个人法益”,^[2]也有学者认为“应当肯定超个人法益概念独立存在的价值”,^[3]但是,对于集体法益在法益概念中的地位、集体法益的保护必要性、集体法益的保护范围及其保护方式等重要问题,仍有待理论上展开深入研究。

一 集体法益理论的源起

随着科技的发展和社会风险的增大,各国刑事立法都呈现了扩张趋势,扩张的主要表现就是,刑事立法将特定风险领域的集体法益作为对个人法益保护的前阶,直接作为刑法的保护对象。一般而言,集体法益指的是全部的个人法益的集合,但其表述繁多,如全体法益、社会法益、超个人法益、普遍法益、公共法益、集体法益等,不一而足,因此,首先要厘清集体法益的概念。此外,刑事立法对于法益概念的扩张具有深刻的理论背景,同时也影响着个人法益与集体法益之间的关系,使其随着社会价值的变化而变化,这就在客观上需要对其重新认识。

(一)集体法益的概念厘清

从概念的内涵上看,刑法理论基本上是在同一意义上使用全体法益、社会法益、超个人法益、普遍法益、公共法益、集体法益等概念的。“不过,全体法益这个概念遭到了明确地反对,因为这个概念给人的感觉是,它可以延伸到任何具有违法性的地方或者情形中去。而且,与个人法益相比,全体法益在一个国家的文化中占据着更大的优势地位,也具有更大的确定性。”^[4]此外,社会法益、超个人法益这样的表述会给人以社会优先、超个人优先的语感。而普遍法益、公共法益这样的表述似乎又欠缺与个人法益的必要的关联性,如对地球生物本身的保护、对人类后代生活的保护(为了后代生活,不得破坏气候、消耗地球资源等)属于普遍法益、公共法益,但这关系到人类生活整体的利益,比各国现行刑法所保护的集体法益更具抽象化和模糊化,目前还没有哪个国家直接将其规定为刑法上的保护法益。

从使用的频率上看,超个人法益或者集体法益是在相关资料中出现得最为频繁的概念。尤其是“为了更准确地表达这个意义,也为了避免‘超个人’一词所带来的误会,近十年来德国学界有改称之为‘集体法益’(Kollektive Rechtsgüter),明确表示是众人集体享有,而非归属于什么玄妙的超个人主体。”^[5]因此,集体法益这个概念是目前国外刑法理论上比较通行的概念。但国外也有学者认为,“集体法益”这样的用语也会带来理解上的困扰,让人以为刑法保护的是某一个特定集体的利益,应使用“超个人法益”的概念,明确指代所有的个人、而非某一个特定集体的价值或利益。^[6]

超个人法益(Superindividual interests)或者集体法益(Collective interests)的用语可谓各

[2] 舒洪水、张晶:《近现代法益理论的发展及其功能化解读》,《中国刑事法杂志》2010年第9期。

[3] 王拓:《法益理论的危机与出路》,《西南科技大学学报(哲学社会科学版)》2011年第4期。

[4] Roland Hefendehl, “Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídico colectivos y delitos de peligro abstracto”, 4 *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 14, (2002).

[5] 钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,元照出版公司2012年版,第189页。

[6] See Mirentxu Corcoy Bidasolo, “Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales”, 30 *Revista Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas* 93, (2011).

有利弊,但二者基本上具有同一含义,指的都是法益概念中与个人法益相对的、却又具有关联性的那部分利益;都强调自身是全部的个人法益的集合、并以此与单个的或是部分的个人法益相区别;只是不同学者在使用时各有偏好。就本文而言,由于集体法益的用语可能带来的误解小于超个人法益,也便于我国与国外刑法理论进行对话,因此,本文主张使用集体法益的概念。并认为集体法益具有独立于个人法益的地位,只是不能以牺牲个人法益为代价来保护集体法益,这一点与我国学者所认为的超个人法益不具有独立地位的观点有所差别。

(二)集体法益独立的理论背景

从历史的角度看,个人法益与集体法益之间的关系一直在随着社会价值的变化而变化。大致而言,围绕着个人法益与集体法益之间的关系,主要是一元的法益学说(一元论)和二元法益学说(二元论)之间的争论。

根据一元论,刑法的核心任务是保护个人法益,个人高于国家和社会,所以个人法益高于集体法益,集体法益不具有独立地位。随着20世纪社会的发展,人们对于国家任务的认知也有所转变,不复停留在19世纪维护权利国家的立场上,而是更加注重国家对于社会事务的参与,尤其是20世纪80年代以来,随着刑事立法的扩张,个人法益与集体法益之间的关系也发生着变化,各国新增的刑事立法例表明,刑法对于法益的保护开始在一元的个人法益之外,兼顾重要的集体法益,集体法益的刑法保护已然成为不可否认的立法事实。在此基础上,理论上主张个人法益和集体法益都是刑法上需要保护的重要利益,这就是二元论。

二元论要求刑法在传统的个人法益之外兼顾对集体法益的保护,集体法益因此获得了与以往不同的独立地位。事实上,现代各国的刑事立法都在保护个人法益(人身、民主、财产等)的犯罪之外,规定了侵害集体法益(国家安全、公共安全、经济秩序、国防利益等)的犯罪,在这一点上,一元论和二元论并不存在分歧。一元论和二元论的分歧主要体现在个人法益与集体法益的地位上:因为坚持刑法以个人为起点,一元论坚持将集体法益作为个人法益的下位概念、个人法益的量的集合,但是,在分析个人财产法益与公共财产法益的关系时,将公共财产作为个人财产的量的集合或许可能成立;但在分析个人生命法益与公共生命法益的关系时,将公共的生命安全作为个人生命的量的集合就是不可能的了。因此,一旦社会价值开始重视国家安全等集体法益,个人法益与集体法益在理论上的地位就必然随之发生变化。在现代刑法上,个人法益与集体法益的地位变化主要表现在:集体法益开始具有独立于个人法益的地位,二者之间不再仅仅是量的区别。

(三)集体法益与个人法益的关系

现代刑法的发展使得法益概念既包括个人法益,也包括了集体法益。由此导致的问题是,如果要维持统一的法益概念,理论上就必须确定概念内部两种不同性质的法益之间的关系:是个人法益为了集体法益而存在,还是集体法益为了个人法益而存在;如果要构建二元的法益概念,理论上就必须明确:在所有的法益中,哪些法益是个人法益、哪些法益是集体法益,为此,理论上还要在传统的法益概念之外,为个人法益和集体法益创建与其各自相对应的上位概念,而且,二元的法益概念还必须进一步认可所有的集体性制度都具有“初始的”或者“原发的”独立性,“这样一来,就只有个别的集体法益是为了个人法益存在了。”〔7〕显然,二元的法益概念无法正确处理集体法益与个人法益之间的关系,因此,理论上最好的选

〔7〕 See Alejandro Kiss, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires: Ad-hoc, 2011, p. 217.

择是:继续维持统一的法益概念,并在此基础上确立集体法益和个人法益之间的关系。

在说明犯罪的保护法益时,理论上都认为集体法益要与个人法益相关联:有的集体法益是直接保护个人法益所需要的,有的集体法益是保护个人法益的中间法益,但是,仅仅承认集体法益与个人法益的关联性是不够的,至少对于说明集体法益的概念来说是不确切的,实际上,真正重要的并不是集体法益与个人法益之间具有关联性,而是在集体利益与个人利益发生冲突时,刑法应当对哪个利益进行优先保护的问题。

集体法益与个人法益有时会发生冲突。例如,自由是一项重要的个人法益,安全是一项重要的集体法益,但这二者有时会出现哪个优先的问题。例如,各国关于恐怖主义的犯罪都规定了刑事处罚的前置化措施,这些措施导致警察很可能基于认识错误侵害公民自由;如果要避免警察的认识错误,又必须进一步授予警察更多的公共权力(如允许警察对嫌疑人实施电子跟踪、监视、对电话或电子邮件进行记录和监控等),而这无疑意味着公民必须让渡更多的自由给国家。因此,刑法是优先保障安全还是优先保护公民的行动自由?立法者必须在这二者之间进行衡量,衡量的结果并不是要用公民的行动自由来否认刑法保障安全的目标,而是要确保刑事处罚不致于过分前置化,以致侵犯公民的行动自由。之所以用公民的行动自由来制约刑法保障安全的目的,是因为刑法保障安全的目的主要是出于功利主义的计算,很容易与个人权利发生冲突。公共的安全是全部个人利益的集合,功利主义者往往会认为,没有公共的安全就没有个人的自由,因此,在极端案件中,功利主义者会为了公共的安全而牺牲个人的自由。例如,德国在“9·11”袭击之后通过了《航空安全法案》(2005年生效),目的是为了预防对航空安全的袭击,尤其是劫机、破坏或者恐怖主义袭击等。根据该法案第14条第3款,假设飞行器被用作夺取公民生命的手段,而且根据当时的情况,将其击落是对抗这种威胁的唯一有效的防卫手段时,国防部有权下令将其击落。立法者之所以允许击落飞行器,主要是出于功利主义的考虑:以牺牲飞行器上特定的少数人的生命,来避免可能会造成的不特定的多数人的生命损害。德国联邦宪法法院判决宣告《航空安全法案》第14条第3款无效,主要理由是:人的生命和人格尊严享有同等的宪法保护,将机上人员视为武器的一部分,因此必须被作为行动对象看待的观点,从用语上掩盖了不再将犯罪的被害人当做人来看待的本质,认为个人在国家生死存亡时应为了整体利益而舍弃个人生命的观点也不能改变这一基本人权,因为航空袭击并非是以消灭国家存在为目的的犯罪,国家不能利用这一点来进行防卫。^[8]德国联邦宪法法院的判决明确表达了这样的立场:多数人的安全并不具有比少数人的生命和人格尊严更高的宪法地位。

本文赞同德国联邦宪法法院的这一立场,在个人的生命权与国家的安全保障发生冲突时,实际上应赋予个人的生命权以更高的地位,否则就无法保证其与国家安全保障的平衡。因此,理论上对于集体法益概念的发展,一方面是要建立集体法益与个人法益的内在关联性;另一方面就是要设立刑法对集体法益保护的界限,尤其是,要恰当地维护个人法益与集体法益的平衡关系,不能以牺牲个人法益为代价来保护集体法益。当然,承认集体法益具有独立于个人法益的地位,并不代表集体法益具有“初始的”或者“原发的”独立性。在个人法益与集体法益发生冲突的场合,个人法益必须处于优先的保护地位,易言之,无论如何,理论上也不能更加看重集体法益。

[8] Zum Judgment of 15 February 2006 - 1 BvR 357/05, Authorization to shoot down aircraft in the Aviation Security Act void.

二 集体法益保护的必要性及其特征

传统的法益概念强调对个人法益(如个人的生命、财产)的保护,法益的内容一般具有客观性和明确性;而现代刑法扩张保护的往往是集体法益(如公共安全、健康),法益的内容一般具有抽象性和模糊性。立法者这种功能化的做法使得传统的法益概念遭遇了前所未有的危机,从而引发了刑法理论对于法益概念的质疑,甚至出现了完全抛弃法益概念、否认集体法益具有保护必要性的看法。因此,刑法对集体法益的保护是否具有必要性就成了理论上不可回避的基本问题。

(一) 集体法益的重要性

集体法益对于社会生活来说具有重要性,因而需要刑法单独加以保护。实际上,刑法上一直存在着无法直接还原成个人法益,但对于社会的存在和发展具有重要意义,因而需要刑法加以保护的共同利益,对于社会生活来说,这些共同法益本来就具有重要性,不过在一元的法益学说下,因其服务于个人利益的关系,这些共同法益往往被认为不具有独立的重要性。例如,在国家和个人的关系上,国家的安全是集体法益,保障国家的安全是为了让公民更好的生活在其中,因此,保障国家的安全以往被认为仅服务于公民个人的安全目的,不具有独立的重要性。“9·11”袭击向世界证明了国家安全的独立的重要性,使人们认识到,在传统的危害国家安全犯罪之外,还存在着以消灭国家存在为目的的其他犯罪,在这样的犯罪面前,如果不对国家主体的安全予以必要的保护,那么一旦没有国家主体的安全这一集体法益,个人法益将栖身何处?因此,在以消灭国家为目的的恐怖主义袭击发生时,国家应该被授予正当防卫权,亦即,假设恐怖分子挟持飞行器对国家进行袭击,国家应有权将飞行器击落。

风险社会理论使得集体法益独立的重要性更加凸显。一方面,新兴的风险领域(核风险、克隆技术、新兴工业生产的污染、食品安全、信息安全等)出现,构成了现代社会生活的秩序或者基础;另一方面,一旦这些秩序或者基础受到破坏,最终必然会在将来侵害个人法益。在这样的社会背景下,新近各国的刑事立法(包括刑法典、经济刑法、行政刑法等附属刑法)都扩大了刑法对于集体法益的保护。例如,各国都在采取新的制裁措施来对抗恐怖主义袭击,而且,“在环境、公共健康、市场和有组织犯罪等领域,刑法的扩张亦即新型犯罪的创设,非常明显地表明犯罪化的刑事政策比去罪化的刑事政策用得更多。”^[9]现代刑法之所以创设新型犯罪来保护集体法益,正是因为这些领域的集体法益所具有的重要性已经为人们所认识。此外,有些新兴的风险领域的集体法益所具有的重要也在逐渐为人们所认识。例如,2011年日本福岛核电站因为地震和海啸引发的“核泄漏”事故,大范围地泄露了对公共人体健康和环境产生影响的放射性物质。此类事故反映出来的核安全等问题,必将推动将来各国在这方面保护集体法益的刑事立法。我国目前尚未有关于保护核安全的刑事立法,但核安全等问题同样是我国和平发展和利用核能所不可回避的问题,因此,关于核安全的刑事立法将会是未来的一个发展方向。

[9] Mariela Machado, “La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos y su Relación con los Delitos de Peligro”, 01 *Pensamiento penal* 9 (2010).

否认集体法益的刑法保护会导致刑法无力应对现代社会的风险。诚然,如果理论上不承认集体法益的概念,就既可以避免法益概念的模糊性问题,也可以回避集体法益与个人法益孰先孰后的争议,但这种假设并不能成立。随着社会价值的变化,集体法益与个人法益的关系也发生了变化:虽然集体法益仍然是全部的个人法益的集合,集体法益的保护必要性仍然要从集体法益与个人法益的关联性上去寻找,但集体法益已经具有了独立于个人法益的重要地位,这一点已经彻底改变了个人法益在上,集体法益次之的阶层关系。在这样的社会和理论背景下,如果仍然否认集体法益的概念,否认集体法益的保护必要性,是不利于法益的刑法保护的。例如,各国都处罚妨害司法的犯罪,公正的司法制度是集体法益,公民的自由、财产是个人法益,保护公民的自由、财产是立法者设置妨害司法犯罪的最终目的,但维护公正的司法制度也具有单独保护的必要性,道理很简单:如果不保护公正的司法制度这一集体法益,我们拿什么来保证公民的自由、财产不受侵犯?以伪证罪为例,立法者设置伪证罪是为了保证个案正义,但首先是为了保障公正的司法制度。因此,行为人意图陷害他人而故意违背自己的内心记忆向司法机关进行案情陈述的,即便所述事实恰巧与客观事实一致、行为人没有实现陷害他人的意图(未损害个案的公正),但从法益侵害的角度来看,行为人的虚假陈述行为已然误导了司法实践、妨害了公正的司法制度(已损害司法体系的公正性),构成伪证罪。

(二)集体法益的独特性

现代刑法上的集体法益以对秩序本身的保护或对秩序的信赖感的保护为基础,具有独特的性质,有必要对其特别地加以单独保护。有学者指出,个人法益与集体法益最关键的差别就在于,“集体法益具有的不可分割性及其根源上的特殊性。”^[10] 本文认为,正是由于集体法益具有这种根源上的特殊性,决定了刑法对集体法益予以单独保护的必要性。就目前刑法理论对于集体法益的界定而言,其主要特征如下:^[11]

第一,使用上的包容性。集体法益是所有个人的利益的集合(公共利益或者共同利益),因此,集体法益具有使用上的包容性,任何个人都得以使用、无人能除外。例如,环境犯罪的法益是全体个人的生活利益。每个人都生活在社会的环境之中,都必须遵守保护环境的规定。如果刑法规定的某项法益不具有这种使用上的包容性,就不能被认定为集体法益。例如,关于毒品犯罪的保护法益就存在争议。一般认为,毒品犯罪侵害的是公共健康,所以需要对其进行刑法规制。但黑芬德尔(Hefendehl)教授认为,集体法益是社会所有个人的共同利益,如果认为毒品犯罪的法益是集体法益,就应该进一步证明其所侵害的是比多数个人更多的所有人的健康(而不仅仅是在数量上的多数),因此,“某些个人自我决定过一种‘有害的’生活方式,并不能说明刑法对此干预的正当性。”^[12]

[10] Soto Susana Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna* (Granada: Editorial Comares, S. L., 2003), p. 194.

[11] See Roland Hefendehl, “Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídico colectivos y delitos de peligro abstracto”. 台湾学者钟宏彬在详细分析了法学上和经济学上的要求的基础上指出:“结合刑法学者的规范性说法,与经济学上较偏事实描述的公共财属性,综合出集体法益的三个特征即为:(1)非排他性;(2)非敌对性;(3)不可分配性。”(钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,第194页)这三个特征与本文的说法是一致的,只是本文的翻译用语稍有不同。

[12] See Roland Hefendehl, “Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídico colectivos y delitos de peligro abstracto”.

第二,消耗上的非竞争性。财产之类的个人法益具有消耗上的竞争性,亦即,公民甲的财产如果被公民乙“消耗”了,公民甲的财产权就受到了侵犯,公民乙的行为应按照其“消耗”的方式构成相应的犯罪。但是集体法益与此不同,具有消耗上的非竞争性。例如,国家安全是一项集体法益,因为国家安全可以同时供全部的个人互不冲突地享用。国民 A 在享受国家安全,同时国民 B 也在享受国家安全,A 的享受并不侵犯 B 的享受。因此,如果刑法规定的某项法益不具有这种消耗上的非竞争性,就不能被认定为集体法益。

第三,不可分配性。每个国民都能享受到“整份”的国家安全,但国家安全不能分配给具体的公民 A 或者 B(不可分配性),也不能分割成不同的份额(不可分割性)。可以说,集体法益是一种多少有些概念性的法益,无论在事实上、还是在法律上,都不能将其机械分割或者将其中的份额分配给单个的个人。因此,社会中的每一个个人都可以享有集体法益,但集体法益却不能整体地或者部分地与社会的某一个单个的个人发生直接的联系。无论是国家的安全、社会的金融秩序、货币体系、还是公共的司法秩序,社会中的每一个个人都在同等程度上、完整地享有这样的集体法益。

(三)提前保护的有效性

最后,提前保护的有效性决定了刑法对集体法益的保护必要性。对于法益的保护来说,越是提前保护,就越是有效的保护。从集体法益与个人法益之间的关联性来看,虽然对于集体法益的侵害并不直接危及具体的个人法益,但是对于集体法益的损害最终会在将来危及个人法益。正是在这个意义上,刑法不必等到对于个人法益的侵害或者具体的危险结果实际发生之前就动用刑罚进行干预,这就是法益保护的提前化。

法益保护的提前化主要表现在,刑事立法将特定领域的集体法益作为对个人法益保护的前阶,直接将其作为刑法的保护对象。例如,为保障公共健康和生命安全,《最高人民法院和最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第九条规定,将在食用农产品种植、养殖、销售、运输、贮存等过程中,使用禁用农药、兽药等禁用物质或者其他有毒、有害物质的行为,适用生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。^[13] 生产、销售有毒、有害食品罪的保护法益是公众的健康和安全,显然,保护公众的健康和生命安全是为了保护公民“个人”的身体健康和生命安全,本条司法解释就是在生产、销售行为对公民“个人”的身体健康和生命安全造成危害之前,就实行提前地保护,这种做法无疑会加大刑法对公众健康和生命安全的保护力度,具有有效性。

三 集体法益的保护范围

刑法对集体法益的保护范围关系到刑法的保护目的能否实现:如果保护范围太小,刑法对集体法益的保护就不充分;如果保护范围太大,刑法对集体法益的保护就不正当。有学者认为,“基于现代刑法的立场,无法回避的事实是,一切想要与法益概念接轨的主张将被描述为超个人法益形式,即放弃了个体主义为基础的法益概念,否则就必须放弃以法益概念为核心的刑法体系。具体而言,就刑法所新归入的保护利益,如果无法还原为个人法益,通常

[13] 2013年4月28日最高人民法院审判委员会第1576次会议、2013年4月28日最高人民检察院第十二届检察委员会第5次会议通过,法释[2013]12号司法解释。

就视为超个人法益,如环境犯罪、生态犯罪等。”^[14]这是对集体法益保护范围太大的批评,通过以下路径来合理限定集体法益的保护范围可以避免这样的批评。总之,刑法必须对集体法益的保护设定限制性的门槛,防止将不重大的、不真正的、不明确的、或是不符合比例原则的集体利益上升为刑法的保护对象。

(一)具有价值上的重大性

就保护法益而言,最简单的方式就是“一刀切”,将所有的生活利益全部规定为刑法的保护对象,但这会导致刑法的处罚范围没有限制。事实上,刑法并非对所有的集体法益都予以保护,谦抑的法益保护原则要求,只有对重大法益的侵犯才是对刑法所保护的法益的侵犯,才能将其犯罪化,而一项法益是否具有重大性,是价值的衡量问题。

关于集体法益的价值衡量,在欧洲大陆的刑法上有两种可能的路径:一是将集体法益作为一个整体,来衡量其对社会制度的重要性。二是根据集体法益对具体的个人可能造成的损害这一反射效果,来衡量集体法益对社会制度的重要性。采用第一种方法的是权威主义国家的做法,将集体法益置于个人法益之上;与之相反,自由国家更倾向于采取第二种方式。亦即,只有在集体法益对个人的生活产生重大影响的时候,刑法对集体法益的保护才具有正当性。“这样做的原因很清楚:在自由国家,个人不应该为社会服务;恰恰相反,社会应该为个人服务。”^[15]第一种路径过分强调集体至上,会导致国家的刑罚权过度扩张,从而侵害个人利益;只有采取第二种路径,立足于刑法的自由保障机能,对国家的刑罚权进行限制,才是正确地衡量集体法益是否重大的方法。

关于集体法益的价值衡量,还存在着两种对立的理论主张。社会功能理论主张,为了有效地保护集体法益,应将刑法的防卫线前置,扩大刑法的处罚范围,使传统刑法转变为“风险刑法”或者“安全刑法”。^[16]根据这一理论,立法者应将社会秩序的维持、国家的政治、经济、环境等的安全置于个人法益之上,如果某些法益对于集体的保存、发展具有重要意义,就应将其规定为刑法保护的對象。然而,即便认为风险社会是刑法需要应对的真实社会场景,这种理论在刑法中发展的结果也是令人担心的。刑法不是“危险防治法”,不能将所有的集体法益都纳入刑法的保护范围;同时,这一理论可能会冲破刑法的最后手段性和最小化原则的限制,不具有可取性。法治国理论则认为,刑法虽然是维护国家安全、控制社会秩序最为便宜的手段,但是,刑法在保护集体利益的同时,也对实施了犯罪的个人构成了最大的威胁,因此刑法的运用需要受到制约。“事实上,对于那些涉嫌犯罪或者被起诉犯罪的个人来说,刑法对其个人的公民权利构成了最大的潜在威胁。相应地,社会在运用刑法控制和减少犯罪的同时,必须将刑法置于法治国原则之下,对公民权利给予充分的保护,对刑法的干预进行限制。”^[17]法治国理论符合刑法的最小化原则,具有合理性;而且,法治国理论强调刑法对集体法益的保护范围要受个人法益的制约,与本文所主张的实现集体法益保护与个人法益

[14] 舒洪水、张晶:《近现代法益理论的发展及其功能化解读》,第18页。

[15] Santiago Mir Puig, “Legal Goods Protected by the Law and Legal Goods Protected by the Criminal Law as Limits to the State’s Power to Criminalize Conduct”, 11 *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 415 (2008).

[16] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《安全刑法:风险社会的刑法危险》,《马克思主义与现实》2005年第03期。我国学者一般在同一意义上使用“安全刑法”与“风险刑法”。

[17] A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan, and G. J. Virgo, *Simester and Sullivan’s Criminal Law Theory and Doctrine (Fourth Edition)* (London: Oxford and Portland, Oregon, 2010), p. 21.

保护的平衡在基本观念上可谓不谋而合。

(二) 排除不真正的集体利益

集体法益的刑法保护是扩张处罚事由,因此理论上一直强调对集体法益的保护范围进行限制性的扩张。例如,国外有学者强调,要区分“真正的”集体法益与“集体主义残留的”集体法益:真正的集体法益是为了个人法益而存在的,纯粹是为了集体利益而存在的集体法益是集体主义的残留。^[18] 正是因为有些集体利益可能是集体主义的残留,所以如何将不真正的集体利益排除在刑法的保护范围之外,就成了重要问题。黑芬德尔教授主张从法益对人类的价值面着手,接着从产生功能的真实条件也就是存在面,充分构建出一个法益。^[19] 没有必要为集体法益的保护范围特地发展出一套复杂的理论体系,集体法益的保护范围是由其性质决定的,如前所述,集体法益从根源上就具有三个独特的性质,因此,不符合这三个性质要求的集体利益不是集体法益,这是划定刑法对集体法益的保护范围的实质性标准,借此可以排除不真正的集体利益。集体法益的这三个性质体现了个人与社会生活体系的参与互动,社会体系能为个人所利用,个人可以参与到社会体系中,这种参与互动值得刑法的保护。例如,市场的经济秩序需要具有公平性,对于任何参与到其中的个人而言,这种公平性都是重要的集体法益。

(三) 具备必要的明确性

与个人法益相比,集体法益缺乏明确性,难以具体地确定被侵害的对象、范围和程度。因此,如果采取社会功能理论会无限扩大集体法益的范围,很容易将无法确定为个人法益的事项全部纳入刑法的保护范围,这一点已经受到了理论上的批评。反过来,如果集体法益具备必要的明确性,这一问题就会迎刃而解。西班牙刑法学教授米勒·布依格(Mir Puig)认为:“如果说社会功能是刑法的一般保护目标,那么,在这种社会功能中与之相互作用、参与的、特定的个人法益,就为其提供了必备的明确性,是值得刑法保护的具体目标。”^[20] 这是通过个人法益来为集体法益提供“必备的明确性”的做法。当然,这种做法并不意味着集体法益必须还原为个人法益,而只是强调集体法益与个人法益之间必须具有“实质性”的关联,符合“一般”与“个别”的关系。本文认为,这种做法透过个人法益来关联性地确定集体法益的对象、范围和程度,具有一定的合理性。如果透过这种明确性的要求,依然无法确定被损害的集体法益对象,则对于这种“无被害人”的犯罪,刑法应对其实行除罪化。在这个意义上,集体法益的保护范围也要从其与个人法益的关系中去寻找,一旦受到侵害,就会对特定的个人法益造成侵害的集体法益,是值得刑法保护的;与之相反,与个人法益的关联太过遥远的集体法益,不能成为刑法上的保护对象。

(四) 符合比例原则

为了不过分扩大刑法对集体法益的保护,集体法益的范围还应受比例原则的制约。比例原则起源于19世纪初的德国警察法,现在已经渗透到刑法中,成为限制刑法处罚范围的

[18] See Carbonell Mateu, Juan Carlos, Breve reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos, en J. Boix Reig (dir.), *Intereses difusos y Derecho penal*, *Guadernos de Derecho judicial*, XXXVI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 17 - 19.

[19] 钟宏彬根据黑芬德尔教授的观点绘制了“集体法益的体系与构造”图表,解剖了价值面与存在面的集体法益构造,参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,第206页。

[20] Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal* (Barcelona, 1976), p. 138.

一个基本原则。西班牙刑法学者罗德里格斯(Rodríguez)明确指出:“在刑罚的运用上,应维持其与受侵害法益类别的关系,并符合重要的比例性原则。”^[21]比例原则对集体法益范围的限制表现在:凡是能用其他法律有效解决的问题,就不再动用刑法,避免刑法成为“社会管理法”、“危害防治法”或“最先保障法”。^[22]即便对重要的、真正的、与个人法益具有实质关联性的集体法益的侵犯,刑法也不应该是对其进行“最先”干预的手段,而是应该在比例原则的指导下,实现其与治安管理、行政处罚法等其他法律法规的协调。只有必须动用刑法才能有效保护的集体法益,才能上升成为刑法上的集体法益,这是比例原则的当然要求。

四 集体法益的保护方式

刑法采用何种犯罪构成来保护集体法益,关系到刑法的手段是否具有有效性和正当性。一方面,集体法益的性质决定了其一旦被侵害,后果就会特别严重、而且一般不具有可恢复性,因此,实害犯和具体危险犯等经典的犯罪构造通常都不是合适的保护集体法益的方式,为了有效地保护集体法益,立法者往往规定刑事处罚前置化的犯罪类型。另一方面,保护集体法益是法益保护提前化的要求,立法者采取刑事处罚前置化的犯罪类型来保护集体法益是出于实际的需要,但前置化的犯罪类型很容易过分扩大刑法的处罚范围,因此,即便是有效的保护集体法益的方式,也必须经得住正当性的检验。

(一) 保护集体法益的犯罪类型

集体法益是对个人法益的提前化保护,与此相对应,要在行为对个人法益造成损害的前阶就进行处罚,立法者需要采用刑事处罚前置化的构造,在行为对法益造成侵害之前就提前满足刑事可罚性的要求。在理论上,立法者可以采取(实质)预备犯、累积犯和抽象危险犯等犯罪类型,甚至,由于提供了比抽象危险犯更加前置的保护,用预备犯或者累积犯来保护集体法益可能更具有效性,但有效性并非唯一的判断标准,刑事处罚过分前置化的做法往往不具有处罚上的正当性。

1. 预备犯

除犯罪形态意义上的预备犯外,现代刑法采取了新的立法方式,在刑法分则将预备行为作为独立的构成要件并设置独立的罚则,从而确立了预备犯的实质可罚性,这种刑法分则独立规定的预备犯是刑事处罚前置化的犯罪类型,是刑法分则对于预备犯的例外处罚规定,也称实质预备犯。预备犯是保护集体法益的有效地犯罪类型,但由于从犯罪行为的预备、着手到完成,所经过的是一个个不同的“时点”,要从刑事立法上就确立出刑罚处罚的不同时点,从而据此确定刑事可罚性的界限,并不具有准确性;再加上预备行为不具有类型化的限定性,因此,刑事立法无法确立统一的预备行为的认定标准;而且,对于刑事可罚性的扩张而言,预备犯比抽象危险犯更容易导致对刑法的过分扩张。例如,根据英国2006年通过的《反恐法案》,凡是赞扬恐怖主义、散发恐怖主义宣传品、接受或提供进行恐怖活动的训练、为恐怖行动进行策划的行为都属于非法。^[23]同样的立法趋势在其他国家也陆续出现,关于恐怖

[21] Raúl Carnevali Rodríguez, “Algunas Reflexiones en Relacion a la Proteccion Penal de Los Bienes Juridicos Supraindividuales”, 27 *Revista Chilena de Derecho* 137, (2000).

[22] 刘艳红:《当下中国刑事立法应当如何谦抑?》,《环球法律评论》2012年第2期。

[23] The Terrorism Act 2006, www.legislation.gov.uk. 英联邦立法文件官方网站,访问时间2013年5月31日。

主义的刑事立法表明了新的预备犯形式的出现,对于这种新形式的预备犯,刑法理论有时难以说明其法益侵害性。因此,预备犯并非保护集体法益“理想”的犯罪类型。

2. 累积犯

累积犯也称蓄积犯,最初是由学者在环境犯罪中创设出来的犯罪类型,指的是每一个行为单独来看都不能对环境法益造成现实的或者直接的损害,但是这些行为累积起来最终会导致环境法益损害的犯罪。从成立上看,累积犯的概念更加着眼于刑法对于未来犯罪的预防,因为其处罚的行为,在行为当时尚未产生危害法益的危险。从性质上看,累积犯指的是连抽象危险的程度都达不到的危险类型,是抽象危险的前阶。^[24] 如果认为刑法应维持个人责任原则,累积犯的概念就没有存在的余地;如果认为刑法要运用累积犯的构造来保护集体法益,就必须放弃个人责任原则,最终,刑法将会由行为规范转变成组织规范;个人责任也随之转变为集体责任,而这是不可能被接受的。当然,累积犯的概念有无存在的必要在理论上存在着激烈的争论,累积犯的处罚是否具有正当化根据仍然需要进一步确立和证成;但可以肯定的是,如果将累积犯的概念扩大适用,将会彻底颠覆现代刑法的犯罪构成体系。

3. 抽象危险犯

鉴于预备犯和累积犯在犯罪构成上都具有难以解决的问题,抽象危险犯就成了立法者首选的集体法益的保护方式。哈森默(Hassemer)教授认为,现代刑法用来扩张处罚范围的手段主要有两个:“一是扩张保护集体法益;二是抽象危险犯成了刑法典首选的犯罪类型。”^[25] 事实上,抽象危险犯并不是立法者创设出来的全新的保护方式,在公共领域的刑事立法中,抽象危险犯一直都是立法者习惯采用的犯罪构造,例如,放火罪的法益是公共安全,各国关于放火罪的刑法规定中都包含有抽象危险犯的条款。只是在现代社会,各国刑法运用抽象危险犯来保护集体法益的情形更加多见,抽象危险犯在控制社会风险方面的作用更加明显,抽象危险犯与集体法益的手段、目的关系更加明确而已。例如,在污染环境的犯罪、危害公共健康的犯罪或者危害道路交通安全的犯罪等公共领域,各国刑法基本上都规定了抽象危险犯。我国刑法近年来的几个修正案也通过增加抽象危险犯的规定进而保护集体法益。因此,周光权教授明确指出:“在现代社会,群体法益极其重要,抽象危险犯概念就是保护群体法益的工具。”^[26]

(二) 保护集体法益的抽象化问题及其解决

集体法益是对于个人法益的提前保护,抽象危险犯是对于集体法益的前置保护方式,显而易见,在抽象危险犯的犯罪化上存在着“两重的”前置化。如此的处罚前置化,必然会产生新的问题。日本学者関哲夫指出:“现代的刑事立法中对于抽象的危险犯的处罚,具有通过对侵害和危及部分系统的平和来保护保全系统整体或者系统整体的顺利地运行的构造,

[24] 我国有学者认为,“从理论上来说,蓄积犯是一种具体的危险犯,只有当蓄积的危险达到具体危险的程度时,方可以予以处罚。”但同时又认为,“在累积的危险(作为危险源的污染等)之排除(不仅在技术上而且从费用上)不可能或极其困难的情况下,从预防的观点出发,便产生了处罚危险性程度低的个别行为。”(姚贝、王拓:《法益保护前置化问题研究》)这种观点有自相矛盾之处,如果承认累积犯是一种具体危险犯,就应该不处罚危险性程度低的行为;而认为应该处罚危险性程度低的行为,就意味着该等行为并未达到具体危险的程度。因此,认为累积犯是抽象危险犯的前阶更为合适。

[25] See Winfried Hassemer, “Rasgos y crisis del Derecho Penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, Fasc./Mes 1, (1992).

[26] 周光权:《论刑法学中的规范违反说》,《环球法律评论》2005年第2期。

可以说是处罚对于系统整体的普遍的法益来说的抽象的危险。由此,在这里就产生了保护法益的抽象化和危险的抽象化这两重的抽象化。”^[27]“危险的抽象化”这一批评并非适用于所有的抽象危险犯,只有在少量以集体法益为保护对象的抽象危险犯中才可能存在这一问题,但这一问题可以通过个人法益与集体法益的关联关系加以解决。“保护法益的抽象化”这一批评,在理论上至少有以下三种方案可以解决。

1. 法益侵害的具体化

首先,刑法的保护对象与犯罪行为侵害的行为对象是两个不同的概念。行为对象总是有其物质性的、外在的客体指向,但是法益更注重价值的、评价的侧面,法益概念的客观性和明确性并不意味着法益必须像行为对象那样具有物质性的外在客体。所以,抽象危险犯的行为对象可能具有抽象性和模糊性,但其保护对象必须符合法益概念的客观性和明确性,太过抽象的保护对象不是法益。法益概念中既包含了物质性的保护对象,也包含了精神化的保护对象(例如个人的名誉、自由、恐惧感等),这些保护对象都具有某种意义上的具体性,因此,法益概念完全可以将公共信用、货币的真实性、环境、安全等集体法益(例如信赖、健康、安全等精神化的保护对象)包括进来。当然,个别的集体法益是否具有法益概念的这种具体性还存在着理论争议,例如,对于所谓的国民健康,立法者往往将保护公共健康作为国家禁止毒品等犯罪的立法理由。但是,罗克辛(Roxin)教授认为,国民健康是个“虚构的”保护对象,只是用来掩盖刑法保护的是国家多个个体成员而已,但是,这些多个个体成员的健康只有在其实实施故意的自伤行为时才能被犯罪化。^[28]

抽象危险行为对保护法益的侵害并不意味着要造成物质性的损害结果,只要行为对保护法益造成了实际的影响或者改变即可。行为对象与保护法益性质不同,尽管二者有时在内容上或形式上会存在“同一性”,但对行为对象的侵害与对保护法益的侵害并不具有逻辑上的一致性,事实上,“二者之间的联系仅在于,对于行为对象的侵害和对于法益的影响——在没有明确的结果要素情况下——都必须具有实际的、能够被证明的损害。对于行为对象来说,这种实际的损害是指明确的、或者明显的实害或者损害,但是对于法益的损害可以扩张到扰乱。”^[29]因此,如果这种“实际的损害”是物质性的,而且行为对象在性质上也是保护对象,那么对行为对象的侵害与对保护法益的侵害就是一致的。但是,抽象危险犯的保护法益是抽象化的,不具有物质性的行为对象,因此,抽象危险犯的法益侵害通常是实际的、能够被证明的,但却不是物质性的。之所以能够被证明,是因为这种法益侵害可以通过被影响或者改变的对象呈现出来或者“具体化”,“例如,就侵害名誉、自由或者恐惧感的犯罪而言,可以通过人的身体、住所或者其他对应的物质存在或者文件表现出来。对于集体法益的侵害也是同样,对公共安全、公共健康或者环境的侵害,可以通过火、毒品或者其他自然现象(例如土地,水和空气)呈现出法益被影响或者改变的状态。”^[30]所以,通过法益侵害的具体化,可以将抽象危险犯的保护法益“具体化”。

[27] [日] 関哲夫:《现代社会中法益论的课题》,赵秉志主编:《刑法论丛》(第12卷),王充译,法律出版社2007年版,第348页。

[28] See Carl Constantin Lauterwein, *The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, Ashgate Publishing Company 2010, p. 16.

[29] Tatiana Vargas Pinto, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Editorial Aranzadi, SA, 2007, p. 91.

[30] Tatiana Vargas Pinto, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, p. 92.

2. 法益概念的具体化

理论上一直试图将抽象的法益概念具体化,以便继续维持传统的法益概念。哈森默教授提出了“法益概念的具体化”观点。^[31]他认为,对于每一种犯罪类型项下发生的每一起案件,都需找到、并具体说明其所保护的是何种法益。法益指向的是现实世界的客体,这其中既包含了有形的利益,也包含了无形的利益。对于无形的利益,刑法采用的是不需要结果发生即可成立犯罪的构成要件,至于这种危险究竟是具体危险还是抽象危险,并不重要,但是,要将个人参与社会体系的可能性在法益中加以具体体现。亦即,如果国家组织的存在不是为了保证个人的自由发展,那么刑法就应该将对于国家组织的保护排除在外。这样可以排除那些表面上符合法益概念、实际上不是集体法益的利益。例如,哈森默认为,刑法上关于毒品犯罪的规定,表面上看保护的是公共健康,但将侵犯这种法益的行为犯罪化实际上是一种家长主义的作风,没有考虑到那些没有参与其中的个人。哈森默反对将公共健康作为集体法益加以保护,这一点与罗克辛的观点一致,但是,单纯以家长主义作风为由来否认毒品犯罪的合理化,并不具有充分的合理性,因为在刑法理论上,适当的家长主义是被认可的犯罪化根据。“法益概念的具体化”具有一定的可借鉴性,如果对于立法上规定的某项犯罪无法说明其保护的法益,那么对这种行为的犯罪化就是不合理的,通过这种具体的说明可以解决法益概念的抽象化问题。

3. 法益概念的再具体化

法益概念并非解决所有刑法问题的“万灵丹”,除了通过对法益侵害进行具体化和对法益概念进行具体化之外,理论上仍然可以通过责任原则来实现刑罚上的限缩。阿根廷刑法学者基斯(Kiss)提出了“通过实质责任原则将法益概念再具体化”的观点。^[32]他认为,法益概念在现代刑法上的扩张牵涉到是否具有正当性的问题,但是,法益概念自身无法阐明这种正当性,对于集体法益的保护使得法益概念呈现出抽象性,从实质不法的角度来看,抽象危险犯也面临着是否符合实质不法概念的类似问题,为了解决这一问题,应确立“实质不法”的概念以及“实质责任”的概念,立法者在规定抽象危险犯的犯罪构成时,就要包含能够支持抽象危险行为的危险性的不法要素,这种不法要素必须要在具体案件中存在于抽象危险犯的犯罪构成中,通过这种方式,对于抽象危险行为的具体危险性的要求就成了“最好的”限制典型的危险行为构成抽象危险犯的方式,与之相对应,行为人对于犯罪构成中规定的不法要素必须要有认识(责任要素),这样以来,通过实质责任原则的适当限制,法益概念就实现了“再具体化”。“实质责任”概念对于我国刑法理论来说是个新鲜的名词,但是这个名词的意义对于我国刑法理论并不陌生,例如,张明楷教授就在实质意义上使用“责任”的概念,主张将实质意义上的责任作为犯罪论的支柱与基本要素,反对将刑事责任作为犯罪与刑罚的中介或者纽带。^[33]本文赞同对责任概念采取实质的理解,在责任原则中,如果不采取实质的责任概念,将导致责任原则无法发挥限制刑事处罚权的作用;而且,实质责任概念可以与实质不法概念相呼应,从客观上和主观上反向地解决法益概念的抽象化问题。

[31] See Roland Hefendehl, “Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídico colectivos y delitos de peligro abstracto”.

[32] See Alejandro Kiss, *El delito de peligro abstracto*, pp. 226 - 230.

[33] 参见张明楷:《以违法与责任为支柱构建犯罪论体系》,《现代法学》2009年第6期。

结 论

集体法益的刑法保护是不可否认的立法事实,理论上应承认集体法益在法益概念中的独立地位。集体法益具有的不可分割性及其根源上的特殊性,决定了刑法对集体法益进行单独保护的必要性,但是,承认集体法益具有独立于个人法益的地位,并不意味着集体法益可以高于个人法益。理论上对于集体法益概念的发展,一方面是要建立集体法益与个人法益的内在关联性;另一方面是要设立刑法对集体法益的保护界限。如果集体法益的存在不是为了保证个人的自由发展,那么刑法就应该将其排除在保护范围之外;只有必须动用刑法才能有效保护的法益,才能上升成为刑法上的集体法益。在保护方式上,立法者可以采用抽象危险犯的构造对集体法益进行保护,但对那些仅仅具有抽象危险的、离实害或者具体危险还很遥远的行为实行犯罪化,必须充分体现行为与保护法益的关联性;此外,在确定抽象危险犯的保护法益时,还要将个人参与社会体系的可能性在法益中加以具体体现,否则,抽象危险犯的处罚就不具有正当化根据。

[**Abstract**] The development of modern criminal law expands the concept of legal interests to include individual legal interests as well as collective legal interests. With the changes of social values, the collective legal interests have gained a position which is independent of individual legal interests. The differences between these two kinds of legal interests are not only regarding the quantities. The criminal law theory should maintain the universal concept of legal interests and rebuild the relationship between individual legal interests and collective legal interests. Whereas collective legal interests conflict with the individual legal interests, but the latter should be put in priority. The importance and the unique of collective legal interests, and its effectiveness of the pre-protection determine the necessity of the protection under criminal law. The criminal law legislation should limit the protection scope of the collective legal interests in case that the unimportant, untrue, unclear or unfit legal interests within the principle of proportionality in the criminal law would be included. The legislator adopting what kind of criminal models to protect collective legal interests determines the effectiveness and the appropriation of such protection. Among all the pre-interventional constitutional of crime models, the abstract endangerment offense is the first choice to protect collective legal interests. Although the legal interests protected by the abstract endangerment offenses are abstract, the harms made to such legal interests are real and true, which can be demonstrated or materialized by the changes or the modifications to the objects of the conduct. Otherwise, by the materialization of the legal interests or the Substantial responsibility principle, the abstract issue of the protection of legal interests can be reasonably resolved.

(责任编辑:王雪梅)