

论累积犯的法理

——以污染环境罪为中心

张志钢

内容提要:累积犯由德国学者库伦于20世纪80年代提出,其原型出自水污染犯罪,如今已拓展到对自然环境和人为制度等集体法益的保护。单独的累积危险行为不会产生法益侵害,也不具有法益侵害的具体危险或抽象危险,这使得累积犯突破了传统危险犯的结构而成为刑法最为极端的扩张形式。累积性侵害产生于大量行为真实的累积效应。累积犯并不必然违背罪责原则,但在责任自负原则下,累积犯的责任归属只能是个别性的。个别性责任归属的关键,在于确定累积危险行为。在立法上,累积犯采用标准化的行为模式,确切地说是诉诸行政性标准实现适度的犯罪化。累积犯集中于环境犯罪和经济犯罪领域,具有强烈的行政从属性,因而可视为现代刑法行政(法)化的重要表现。我国刑法中,既有自发地适用累积犯的有益实践,也存在不少亟待澄清的错误解读。

关键词:累积犯 危险犯 环境污染 累积效应 集体法益

张志钢,中国政法大学博士后研究人员。

所谓累积犯,是指单个行为基于事实上的原因,对于所保护的法益不能产生损害,但如果类似行为大量实施最终会导致法益侵害,因而有必要对该行为予以禁止。^[1] 累积犯

[1] 累积犯(Kummulationsdelikt)的概念由德国学者库伦于1986年首倡,并于1993年进一步完善。参见Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung, GA 1986, 389; Ders, Umweltstrafrecht-Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105, 1993, 679。中文文献中,对德文Kummulationsdelikte的译法并不统一。大多数学者译作累积犯,比如,[德]乌里希·齐白:《预防性刑法的发展》,王钢译,载[德]乌里希·齐白著:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版;庄乾龙:《论虚拟空间刑事法网之扩张与克制——以〈网络诽谤解释〉为背景的分析》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(总第38卷第2期),法律出版社2014年版;我国台湾地区的文献,如钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,元照出版有限公司2012年版。也有个别学者翻译为蓄积犯,例如,黎宏:《法益论的研究现状和展望》,《人民检察》2013年第7期。还有的翻译为累加犯,如熊琦:《刑法教义学视阈内外的贿赂犯罪法益——基于中德比较研究与跨学科视角的综合分析》,《法学评论》2015年第6期。本文遵从多数译法。

旨在说明为何要处罚那些孤立地看既不会侵害法益,也不会对法益造成具体危险和抽象危险的行为。^[2] 如所周知,抽象危险犯在例外的情形下可能无法益侵害的危险,这已使其正当性饱受质疑。^[3] 累积犯中的单个行为一般不具有法益侵害危险的构造,使得累积犯取代抽象危险犯成为法益保护最为极端的扩张形式。^[4]

在我国刑法学中,累积犯是一个既熟悉又陌生的概念。说熟悉,是因为累积犯的概念在近几年的文献中屡有出现;说陌生,是因为累积犯大多只是在讨论刑法扩张时作为典型示例被附带提及。这些附带性研究主要包括两个方面,一是基于危险犯的传统二分,或者将累积犯定位为具体的危险犯,^[5] 或者直接认为累积犯不属于危险犯范畴,不宜将其放入危险犯的内部分类;^[6] 二是对累积犯正当性存在疑虑。有学者认为处罚累积犯中的单独行为之“理论基础是脆弱的”,^[7] 也有学者认为累积犯属于集体责任,这与刑法中的责任自负原则无法共存。表现为,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维护集体法益,就必须放弃个人责任原则。^[8]

不过仅仅止于现象性的示例难以一窥累积犯的全貌,在此基础上的立场表态难免夸大累积犯与刑法传统原则的冲突,从而忽视或否定累积犯之于危险犯教义学的重要意义。在此背景下,对累积犯的应用也就难得要领。例如,有学者尽管从累积犯有违刑法中个人责任原则应限制适用出发,在实际运用中却反而将累积犯扩张到保护个人法益的诽谤罪,甚至把盗窃、敲诈勒索等罪名中数额累计相加的情形也当作累积犯的适例。^[9] 为澄清理论上对累积犯的误解,纠正实践中对累积犯的误用,系统研究累积犯的法理十分迫切和必要。

一 累积犯的提出与发展

(一) 累积犯的提出

1. 累积犯的原型

库伦(Kuhlen)于1986年以水污染犯罪为原型首倡累积犯的概念。^[10] 水污染犯罪规定在德国《刑法》第324条第1款中:“未经许可污染水域或对其品质作不利改变的,处5年以下自由刑或罚金。”^[11]

[2] 参见 Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung, GA 1986, 395, 401。

[3] 对抽象危险犯的质疑是,在行为客观上无法益侵害危险的情形,行为人只剩下单纯的不服从,这与刑法中责任原则相矛盾。

[4] 比如,黎宏教授即指出,抽象危险犯是“现行法益论体系下的极限类型”。参见黎宏:《法益论的研究现状和展望》,《人民检察》2013年第7期,第15页。

[5] 参见姚贝、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,第28页。

[6] 参见王永茜:《论现代刑法扩张的新手段——法益保护的提前化和刑事处罚的前置化》,《法学杂志》2013年第6期,第130页。

[7] 参见姚贝、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,第31页。

[8] 参见王永茜:《论现代刑法扩张的新手段——法益保护的提前化和刑事处罚的前置化》,《法学杂志》2013年第6期。

[9] 参见庄乾龙:《论虚拟空间刑事法网之扩张与克制——以〈网络诽谤解释〉为背景的分析》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(总第38卷第2期),法律出版社2014年版,第268页。

[10] 参见 Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung, GA 1986, 389, 389f。

[11] 《德国刑法典》(2002年修订),徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第160页。

在环境刑法中,理论通说拒绝一元的个人法益论,也不接受纯粹的生态法益论,主张折中的生态——人类导向法益论。^[12] 这种法益观也呈现在立法理由中:“刑法中的环境保护不应仅仅局限于防止人类的生命和健康免受环境的威胁,也必须将那些人类生存的基本条件纳入保护,诸如作为人类生活空间之组成部分的水、空气、土壤,且肯定对生态利益的保护也是法益。”^[13] 在折中法益论下,一般认为水污染罪是实害犯。实际上,为了保护个体法益而将某个犯罪归类为抽象危险犯,与为了保护集体法益而将某一犯罪规定为实害犯,具有异曲同工之妙。具体到水污染犯罪,既可以从保护个人的生命、健康法益的角度将之解释成抽象危险犯,也可以从保护自然资源水域这一集体法益免受污染出发将之理解为实害犯。^[14]

实践中对“水污染”的认定,一方面,不要求“水”必须是整个水域,只要是一小片特定的水域就够了;另一方面,“污染”只要求排污行为导致水质的自然状态发生坏的变化或者影响水资源之客观利用可能性,即污水排放行为只要引起“水质变坏”就充分了。^[15] 这种做法使得破坏环境媒介而间接产生的个人法益之侵害危险,在确认污染行为之不法内涵时逐渐被边缘化。^[16] 从日常生活经验也不难发现,“水质变坏”通常不会对水资源的生态功能造成侵害,甚至连抽象危险的程度也不及。换句话说,在司法实践中,该当水污染犯罪构成要件的行为,通常就是那些对水资源之生态功能无危险的污水排放行为。这表明水污染犯罪在司法实践中已经突破了犯罪结构的传统三分(实害犯、具体危险犯、抽象危险犯)。于此库仑提出了一种新的犯罪结构类型:累积犯。

实际上,以累积性思维解释特定罪名并非肇始于库仑。德国刑法学者洛斯(Loos)早在1974年为乃师威尔采尔所撰写的祝寿论文中,就将贿赂罪视为“危险行为的累加有可能最终导致侵害”,以区别于我们通常所理解的抽象危险犯,即个别公务人员的单个犯罪行为尚不足以侵害行政机构的职能。不过,如果现实中政府机关经常发生腐败案件,对于行政机构的职能就会产生重大且可观的危险。^[17] 就此而言,贿赂犯罪与水污染犯罪在事理结构上是类似的,诚如库仑所言,将贿赂犯罪称作“大众危险犯”还是累积犯,只是用语不同而已。^[18]

2. 累积性侵害

与累积犯概念对应的是由美国刑法学者范伯格所提出的累积性侵害概念(accumula-

[12] 参见 Saliger, Umweltstrafrecht, 2012, S. 12ff.

[13] BT-Drs. 8/2382, 9f.

[14] 参见[德]乌尔里希·齐白:《全球性网络犯罪的管辖权》,周遵友译,载[德]乌尔里希·齐白著:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,第441页。

[15] 参见 OLG Frankfurt NJW 1987, 323 (324); OLG Koeln NJW 1988, 2119 (2120); Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung, GA 1986, 394, 399f; Schmitz, in: MK, 2. Aufl. 2014, Vor § 324 Rn. 28.

[16] 参见古承宗:《环境风险与环境刑法之保护法益》,《兴大法学》2015年11月,第222页。

[17] 参见 Loos, „Zum Rechtsgut“ der Bestechungsdelikte, in: FS-Welzel, 1974, S. 879 und 891f. 对此,库仑颇为无奈地指出,洛斯将贿赂犯罪称为“大众犯罪”,但没有人对贿赂犯罪的危险犯构造在法治国的层面提出质疑。参见 Kuhlen, Umweltstrafrecht-Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW105, 1993, 697, 722 Fn. 123. 在罗克辛那里,贿赂犯罪被视为抽象危险犯的类型之一。参见 Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2006, § 11, Rn. 160f.

[18] 参见 Kuhlen, Umweltstrafrecht-Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW105, 1993, 697, 722.

tive damage)。^[19] 累积性侵害是指由群体行为而引起的侵害,但群体中任何个人的行为自身不足以引起侵害。^[20] 以大气污染为例,如果一个城市只允许一辆汽车行驶,那么汽车尾气的排放对于大气的侵害不值一提;即使一百辆汽车会威胁空气质量,也不足以达到大气污染的临界值,但是介于微量尾气排放与数以百万计的汽车尾气排放之间,一定存在某个临界点。对于最后的累积性侵害后果而言,并非任何单独的个人行为所能造成。向河水中排放有害废物导致特定水域污染的情形,同样如此。

尽管累积犯概念产生于1986年,时间上稍晚于1984年提出的累积性损害概念。但从文献中无法看出前者受到后者的影响,即便在累积犯概念提出7年后的1993年,库伦也多作为补强论据才援引洛斯“大众危险犯”的概念。这说明对累积危险行为的处罚在世界各国的实践中已普遍存在,至少在20世纪80年代中期的环境犯罪领域即是如此,库伦以水污染犯罪为原型提出累积犯,范伯格认为累积性侵害的典型例子是空气污染和水污染。^[21] 一言以蔽之,累积犯与累积性侵害是面对相同问题而平行发展的在功能上相当的两个概念。

(二) 累积犯的拓展

对累积犯的适用范围做出实质性拓展的是德国刑法学者黑芬戴尔(Hefendehl)。他主张累积犯除了特别适用于生态法益的保护外,也适用于对制度信赖法益的保护。^[22] 对制度信赖法益的保护,多体现在经济刑法中,确切地说是经济生活制度的保护。^[23] 比如,伪造货币罪是为了保障货币的流通功能与公共信用,内幕交易罪所保护的法益是资本市场的正常运行。

为了说明累积犯的运作模式,黑芬戴尔将心理学、生物学等学科中的阈值概念引入刑法。在污染环境犯罪中,“因为环境破坏往往是由小型污染累积而成,单一的污染规模相较于环境媒介的广袤和自净能力而言,通常小到可以忽视,因此既无实害亦无危险,然而若同类行为被大量从事,超过某程度之后便会突然爆发灾情”。^[24] 这里的“某种程度”即指累积犯的阈值或临界点。

此外,在对制度信赖的保护中,阈值将信赖法益简单地切分为信赖与不信赖。如果公众对制度信赖,就会将行为决策或行为模式交由制度来决定。虽然我们有时不免会对制度失望,但是如果尚未累积至绝望即失去“信赖”的程度,并不影响行为决策与行为模式的选择。就此而言,信赖的多或少对阈值而言并无意义。面对生活的多变性,人们只要判

[19] 参见[美]范伯格著:《刑法的道德界限——对他人的损害》(第一卷),方泉译,商务印书馆2013年版,第255页以下。累积性损害大多被作为危害原则崩溃的例证,参见杨春然著:《刑法的边界研究》,中国人民公安大学出版社2013年版,第58-59页;劳东燕著:《风险社会中的刑法——社会转型与刑法理论的变迁》,北京大学出版社2015年版,第259页;Steward, Harms, Wrongs and Set-backs in Feinberg's Moral Limits of the Criminal Law, in *5 Buffalo Criminal Law Review*, 2001, pp. 54-55;认为属于侵害性原则范围内的观点,参见 A. Kernohan, Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm, in *Social Theory and Practice*, vol. 19, no. 1, 1993, p. 51。

[20] 参见 A. Kernohan, Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm, in *Social Theory and Practice*, vol. 19, no. 1, 1993, p. 52。

[21] 参见[美]范伯格著:《刑法的道德界限——对他人的损害》(第一卷),方泉译,商务印书馆2013年版,第255页。

[22] 参见 Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, 2002, S. 124ff。

[23] 参见 Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2014, Rn. 141。

[24] 钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,元照出版有限公司2012年版,第251页。

断是否达到临界值,就能决定行为模式。由信赖的这种特性也可知,侵犯制度信赖的犯罪多是累积犯。^[25]

以伪造货币罪为例,孤立地看,假币制造或流通的行为通常会对个人的财产利益产生侵害,但不会影响公众对货币公共信用的信赖。如果将国家的货币发行量比作一个大的蓄水池,假币的制造和流通犹如往蓄水池中排放污水。我国目前货币投放量已超过百万亿元,即便伪造货币数量高达数百万甚至上千万,也很难撼动对货币支付功能与公共信用的信赖,遑论对整个经济有效运行的侵害。但如果不禁止这类行为,这些微量危险行为的大量出现,就会影响货币的流通功能以及公众对货币公共信用的信赖。

二 累积犯的结构与意义

(一) 累积犯的特殊结构

1. 突破了传统危险犯的结构

众所周知,根据犯罪行为对构成要件所保护法益的影响,犯罪结构通常被划分为实害犯、具体危险犯与抽象危险犯三种类型。^[26] 在规范的意义,行为与法益之间的关联性从实害犯经具体危险犯到抽象危险犯也越来越松弛。在普通的抽象危险犯中,该当构成要件的行为通常具有法益侵害的危险性。而在累积犯的构造中,该当构成要件的行为通常不具有法益侵害的危险——单独的行为与法益侵害间的关联甚至连抽象的危险也不需要。^[27] 如此,在累积犯的构造中,行为与法益侵害之间的关联在累积犯中成为多余的了。换句话说,累积犯已经突破了危险犯的传统构造。

在实害犯、具体危险犯、抽象危险犯概念的传统三分中,具体危险犯的结构与实害犯类似,其行为不法与实害犯相同。在结果不法方面,具体危险犯要求法益陷入具体的危险状态,至于危险状态是否转化成实害则取决于运气。就此而言,具体危险犯对结果不法的要求要远远高于未遂犯,处罚未遂犯的正当性并不存在疑问。^[28] 在刑法理论中,具体危险犯也被称作危险结果犯,与实害结果犯相对应。

相较于实害犯要求法益侵害的结果、具体危险犯要求法益侵害的危险结果,抽象危险犯不需要结果不法。因而抽象危险犯的处罚根据只能诉诸行为不法。易言之,行为不法成为国家刑罚权介入的唯一正当根据。这就对抽象危险犯的行为方式提出了较高的要求。^[29] 抽象危险犯该当构成要件行为具有典型性危险,行为人一旦实施该当构成要件的行为,多

[25] 参见钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,元照出版有限公司2012年版,第265页。

[26] 参见 Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 11, Rn. 147。

[27] 参见 Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung, GA 1986, 395, 395ff。

[28] 参见 Frisch, Rechtsgut, Recht, Deliktstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsguttheorie, 2003, S. 233; 关于未遂犯和具体危险犯的详细区分,参见张志钢:《“未遂犯是危险犯”命题否定论》,《当代法学》2016年第6期,第47-51页。

[29] 比如,许迺曼即要求对抽象危险犯进行四个步骤的审查:(1)从实用性角度出发确实需要进行有效的法益保护;(2)不得当干涉行为人正当的自由权利;(3)符合明确性原则;(4)符合比例性原则。参见唐莱:《舒纳曼教授的学术演讲介绍》,《法学家》2000年第3期,第127页;[德]许迺曼:《批判的德国刑法思潮》,许玉秀、陈志辉合编:《不疑不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选集》,新学林出版股份有限公司2006年版,第74-75页。

意味着对该行为的后续发展失去控制——即制造了风险。

累积犯与抽象危险犯的差别不在于规范层面,而在于事实层面。具体而言,在规范的层面,两者都不要求行为与法益侵害的危险之间存在现实性的因果关系,即在规范的层面均为立法者所拟制的危险,因而两者都内含个案中行为人的行为对于所保护的法益没有危险的情形。不过在事实层面,无法益侵害危险的情形却呈现出截然相反的态势:于抽象危险犯是例外,于累积犯则是常态。

由此,决定累积犯立法的诸因素中重要的是行为的大数量而不再是个别行为的侵害程度,而相当程度的典型性危险却是设立抽象危险犯在事实层面或统计学意义上的核心要求。相应地,该当抽象危险犯构成要件的行为不需要结合其他因素通常就具备了行为不法,而单个累积危险行为需要结合他人的行为才可能产生侵害。正如库伦所特别指出,在传统或普通的抽象危险犯中,单独的行为即足以产生抽象的侵害,但累积犯的内涵是:如果不禁止这类行为,我们就有足够的理由相信在现实中存在着大量这类行为实施的危险。^[30]

2. 事实基础在于“真实的累积效应”

不少累积犯的反对者认为,所谓类似行为的大量实施最终会导致法益侵害,其背后的逻辑无非是“假如人人如此行事,结果会怎样”。最常见的例证是:午夜时分一个人在大街上吹口哨的影响微不足道,但当所有人都在大街上吹口哨,噪音就是无法容忍的,这时候难道需要动用刑罚处罚那些在大街上吹口哨的人么。^[31]

毋庸置疑,无论在理论上还是在实践中,处罚深夜在大街上吹口哨的行为都是异常荒谬的。不过,“假如人人如此行事,结果会怎样”的思维,错误地把“类似行为大量实施最终会导致法益侵害”仅仅视为是纯粹的逻辑推理,而没有看到累积犯也考虑到现实生活中对他人行为的预测。处在后工业时期的当代立法者,有充分的理由相信,污水排放行为要比在大街上吹口哨的行为更为普遍。近年来环境灾难频频发生,时时警醒我们累积性损害随时可能出现。而深夜在大街上吹口哨的例子完全不同,即便不禁止此类行为,无聊至斯者也当寥寥无几,因而也就没有禁止此类行为的必要。

在累积犯的构造中,如果不禁止特定行为,就会对他人实施类似的行为具有现实性影响,对立法者设定累积犯具有决定性作用。这种现实性影响,通常被称作“真实的累积效应”。“真实的累积效应”在功能上是累积危险行为与结果之间欠缺侵害性因果关系的等价物或实质替代物。^[32]比如,在伪造货币罪中,“弄来昂贵的设备和材料之后,通常不会只印一张就结束,而是大量伪造或变造,最终当作诈欺的工具使用,且因为货币的流通性,不限地点、时间与对象。若是伪造货币的被害人,也有可能将收到的伪币再流通出去;伪币不会只被使用一次,也不会只有一个被害人。因此,可以认定伪造货币行为,对于货币信赖(的丧失)而言有真实累积的可能性,处罚伪造货币的行为也能有效避免累积效应的发生……”^[33]

[30] 参见 Kühlen, Umweltstrafrecht-Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW105, 1993, 697, 716f. Fn. 93。

[31] 本例证的初始来源:Samson, zitiert nach Perron, ZStW 99, 1987, S. 663。

[32] 参见 Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, 2002, S. 182。

[33] 钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,元照出版有限公司2012年版,第274页。

反过来,如果缺乏“真实的累积效应”,就没有将此类行为犯罪化的必要性。范伯格也持相同看法,他指出,“要是人人都这么做(如以拳头解决纠纷)”的假定,最直接的反驳就是,“即使法律允许,也不是‘人人’都会以这种方式解决问题。事实上,我们可以想象最合法无害的行为,如走到邻近的杂货店买东西,如果所有人都去这家商店买东西,那里势必会陷入一片混乱。因此,用这个理由反对该行为的实施是很不充分的,尤其当我们可以合理地确信不仅不是‘人人’,甚至不是很多人会这么做,就更不能以此为理由将这一行为犯罪化了。”^[34]

(二) 累积犯的体系意义

1. 体系定位

累积犯是一个发展中的概念,即便是这一概念的提出者库伦,在不同时期对累积犯的定位也不尽相同。在第一个阶段,库伦于1986年提出累积犯伊始,颇为果断地将累积犯视为独立于抽象危险犯的犯罪类型,即“累积犯不是抽象危险犯”。^[35]但到了1993年库伦对“累积犯不是抽象危险犯”的表述已经弱化,他指出,并非一定要将《刑法》第324条称作累积犯,将其称作“特殊类型的抽象危险犯”亦无不可,^[36]此为第二阶段。到了2015年即第三阶段,库伦则明确指出德国《刑法》第324条的水污染犯罪,同第306条a加重纵火罪一样,“不仅是结果犯,也是抽象危险犯”。^[37]

库伦于不同时期的不同表述,是否意味着其观点的重要转变呢?答案是否定的。事实上,把累积犯看作与抽象危险犯对应的独立犯罪类型,还是将其视为抽象危险犯的子类型,取决于我们如何定义抽象危险犯。如果从抽象危险犯的反面定义——该当构成要件的行为,既不需要法益侵害,也不需要法益侵害的具体危险——来看,通常不具有或仅具有微小法益侵害危险的行为当然属于抽象危险犯。如果从抽象危险犯的正面描述,以抽象危险犯该当构成要件的行为具有典型性危险出发,累积犯因通常是那些不具有或仅具有微量法益侵害危险的行为,它与抽象危险犯就是对立的。

如果我们将反面定义的抽象危险犯称为广义的抽象危险犯,将正面描述的抽象危险犯,也即我们所通常理解的传统意义上的抽象危险犯,称为狭义的抽象危险犯。^[38]那么,累积犯在犯罪结构类型中的定位,就可用下表表示。

表:累积犯的体系定位

犯罪结构类型				
实害犯	危险犯			
	具体危险犯	(广义的)抽象危险犯		
		(狭义或传统的)抽象危险犯	累积犯	其他类型

[34] [美]范伯格著:《刑法的道德界限——对他人的损害》(第一卷),方泉译,商务印书馆2013年版,第253页。

[35] 参见Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung, GA 1986, 395, 395ff。

[36] 参见Kuhlen, Umweltstrafrecht-Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105, 1993, 697, 716f. Fn. 93。

[37] 参见[德]Kuhlen:《全球风险社会中的食品安全刑法》,许恒达译,《高大法学论丛》2015年第2期,第181页。

[38] 类似的看法,参见王皇玉:《论危险犯》,《月旦法学杂志》2008年第159期,第235、239页。

2. 累积犯之于危险犯体系的意义

如上所述,我们说累积犯突破危险犯的传统构造,所指的是传统意义上(狭义上)的抽象危险犯。抽象危险犯的反面定义尽管在形式逻辑上是周延的,也可以将累积犯涵括在内,但反面排除的方式存在两方面的弊端:一是其本身暗含着以结果不法为本位的思维,即抽象危险犯不具有结果不法,它既不需要法益侵害的结果,也不需要法益侵害的危险结果;二是抹杀了广义上抽象危险犯内部的差异及其在教义学上的意义。

可以说,这种以结果实害犯为逻辑起点的思维,有意无意地造成了刑法理论对抽象危险犯的漠视乃至敌意态度。这从危险犯在刑法理论中由“继子”到“宠儿”的身份转换就不难发现。具体而言,抽象危险犯在刑法中的一般发展历程,通常是立法先行,司法实践紧随其后,末了才是刑法理论的反应。对此,德国学者许迺曼曾感慨道:“……从传统结果犯转变成抽象危险犯……只能够赞叹立法者利用立法机制,一开始在没有任何刑法学术的引导之下,即发展出抽象危险犯。”^[39]只是随着抽象危险犯在立法和司法中的狂飙突进,理论研究无法继续局限于纯粹逻辑性的推导,而需要转向实践操作层面的归纳。在归纳中,逐渐认识到抽象危险犯内部并非整齐划一,而只有“维特根斯坦意义上的家族相似性”^[40]。上述黑芬戴尔以累积犯作为保护信赖法益的犯罪类型,在一定程度上即打破了对抽象危险犯的封闭性认识,使我们意识到,传统意义上的抽象危险犯,并非保护集体法益的唯一类型,因而危险犯应进一步类型化。^[41]

在抽象危险犯类型化的方向上,德国刑法学者沃勒斯(Wohlers)分别将具体危险性犯、累积犯与预备犯作为风险制造的三种类型。^[42]尽管这三种类型均非沃勒斯所首创,^[43]但他从犯罪结构的角度为危险犯的系统化做出了突破性贡献。除此之外,还有德国刑法

[39] [德]许迺曼:《批判德国刑法学思潮》,载许玉秀、陈志辉合编:《不疑不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选集》,新学林出版股份有限公司2006年版,第73页。

[40] Won-Ha Ahn, Zur Dogmatik abstrakter Gefährdungsdelikte, 1995, S. 131.

[41] 参见 Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, 2002, S. 168ff.

[42] 参见 Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts usw, 2000, S. 305ff.

[43] 这三种犯罪类型中,除累积犯由库伦首倡外,具体危险性犯(konkrete Gefährlichkeitsdelikte)由德国刑法学者希尔施(Hirsch)提出。在希尔施那里,具体危险性犯是与抽象危险性犯(abstrakte Gefährlichkeitsdelikte)相对应的犯罪类型。希尔施认为,通行的观点将危险犯(Gefährdungsdelikte)二分为具体危险犯(konkrete Gefährdungsdelikte)和抽象危险犯(abstrakte Gefährdungsdelikte),并不准确。因为 Gefährdung 本身就意味着特定法益陷入了具体的危险状态,也即该术语固有“具体”之属性,当我们使用 Gefährdungsdelikt 时,原本就是指“具体”危险犯,因而也就不存在所谓的抽象危险犯(abstrakte Gefährdungsdelikte)。其实,与(“具体”)危险犯(Gefährdungsdelikt)对应的犯罪类型是危险性犯(Gefährlichkeitsdelikte)。所谓“危险性犯”,是指行为本身具有危险属性一类的犯罪。在危险性犯犯罪类型下,可进一步区分为具体危险性犯与抽象危险性犯。详细论述参见 Hirsch, Gefahr und Gefährlichkeit, in: Arthur Kaufmann-FS, 1993, S. 545ff;有关中文介绍,也可参见蔡慧芳:《从危险理论论不能安全驾驶罪》,台湾大学2000年博士论文,第19-20页。希尔施的上述区分为齐尚和沃勒斯部分吸收,因而不应将文中的具体危险性犯、抽象危险性犯简单等同于具体危险犯、抽象危险犯。至于这里的预备犯,并非那些处于犯罪预备阶段的行为,而是后继犯。在后继犯中行为的潜在危险在于该行为的结果与他人的犯罪目标实现之间的关联性。比如,德国《刑法》第111条的煽动他人实施犯罪活动罪。我国《刑法修正案(九)》通过第120条之三增设的宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪,也属于后继犯。详细的说明,参见[德]乌尔里希·齐白:《预防性刑法的发展》,王钢译,载[德]乌尔里希·齐白著:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,第211-212页。

学者齐尚(Zieschang)关于抽象危险性犯、具体危险性犯、潜在危险犯、具体危险犯的分类,^[44]以及罗克辛和许迺曼师徒将抽象危险犯进一步区分为传统的抽象危险犯、以交通领域为代表的大众行为、具有“精神化中介性法益”的犯罪以及抽象的适格犯,^[45]等等。事实上,无论这些研究是否肯认累积犯,都无一例外需要处理累积犯问题。^[46]这就足以表明累积犯对传统危险犯体系的冲击和影响。

坦率地讲,我国刑法学目前在危险犯的问题上,大体上仍旧停留在危险犯中具体危险犯与抽象危险犯传统二分的阶段。可喜的是,面对立法和司法实践的需要,已有学者开始尝试以第三种独立的危险犯类型——适格犯或者准抽象危险犯——来解释相关罪名,并试图打破危险犯的这种传统二分。^[47]不过需要注意的是,适格犯或准抽象危险犯仍旧脱胎于抽象—具体危险犯,该称谓本身即说明了,这种危险犯类型仍处在危险犯传统二分的光谱中。^[48]至于将累积犯视为“具体危险犯”或“抽象危险犯之前阶”的观点,除了定位错误之外,也依然是危险犯传统二分语境下的表述,自然无从认识到累积犯在教义学层面之于(广义上)抽象危险犯体系化的重要意义。因此,为凸显累积犯之于广义上抽象危险犯体系发展的意义,如无特别说明,下文中的抽象危险犯均指狭义的或传统意义上的抽象危险犯。同时,为行文方便,下文也统一将该当累积犯构成要件的行为统称为“累积危险行为”。^[49]

三 累积犯的责任归属

(一)整体归责有悖于罪责自负原则

累积犯通常关涉到巨型风险的管理。巨型风险管理旨在实现未来的法益保护,它着眼于系统性地预防未来的侵害。单独行为之于体系性的未来侵害,并不充分(甚至也不必),行为与结果之间的关联被潜在的危险性关联所替代。^[50]因此,在规范意义上累积性构成要件中所预设的结果由两部分组成:一方面是单独行为所引起的结果,另一方面与大量类似的(他人)行为关联的部分结果。尽管结果的二分在逻辑上显而易见,但是在面对具体的现实问题时,我们既无法弄清楚法益侵害的累积数量在何时是充分的即多大数量的行为(于何时何地)会产生法益侵害,也不清楚应该依据何种标准确定临界

[44] 参见 Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 197ff, besonders S. 205。

[45] 参见 Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 11, Rn. 153ff。

[46] 从以上不同的分类也可间接发现,危险犯尤其是抽象危险犯的类型化和体系化尚未形成比较统一的意见,正如罗克辛所说,危险犯的研究尚未获得最后的结论性意见。参见 Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 11, Rn. 146。

[47] 参见李川:《适格犯的特征与机能初探——兼论危险犯第三类型的发展谱系》,《政法论坛》2014年第5期;陈洪兵:《准抽象危险犯概念之提倡》,《法学研究》2015年第5期;从德国刑法学的角度对“第三类危险犯”的系统梳理,参见黄礼登:《危险犯的第三类型探析》,载熊谋林主编:《光华法学》(第十辑),法律出版社2016年版,第97页以下。

[48] 参见 Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 11, Rn. 162f; Saliger, Umweltstrafrecht, 2012, S. 24。也参见张志钢:《摆荡于激进与保守之间:论扩张中的污染环境罪的困境及其出路》,《政治与法律》2016年第8期,第86-87页。

[49] “累积危险行为”的表述,参见郭智安:《累积危险行为于构成要件上的意义》,台湾大学2014年硕士毕业论文。

[50] 参见 Kim Sanyun, Kumulation und potenziale in der strafrechtlichen Risikoregulierung, 《龍谷法学》2014年第4号。

性条件。

如果基于便宜性的考虑对这两部分结果不加区分,也即将整体性结果直接归属给众多行为中的某个个别行为,单独的累积危险行为与系统性的法益侵害之间的关联就只能建立在他人(大量)行为的基础上。这种整体性的结果归责模式无非是要行为人为他人的行为负责,但这是有悖于责任自负原则的。^[51]与此同时,如果累积犯危险行为人需要对与他人共同引起的整体结果负责,也会造成与刑法中共同犯罪“部分实行,全部责任”的矛盾。共同犯罪的成立以犯意联络为前提,但这在累积犯中是缺乏的。单独累积性行为,无法影响他人的行为,也无法控制他人的行为,如在污染环境犯罪中,各个污染者行为往往彼此独立且相互区隔。因此,在累积犯中,单独的累积性行为只能也只需要为自身的行为和过错负刑事责任。^[52]

至于累积犯必然导致为第三人负责或者集体责任的疑虑,在此可以进一步澄清。以污染环境犯罪为例。不可否认,污染者被处罚是因为其他人同时也在实施类似的行为,但是污染者是因为自己的行为而不是因为他人的行为才会被处罚,他人实施相同的行为只是污染者实施该行为的背景而已。污染者会被处以刑罚,是因为他所实施的行为属于大量累积会导致累积性侵害之列,是在预防累积性侵害视角下将之纳入刑事制裁范围的。^[53]此外,认为累积犯属于集体责任的观点,也大多主张微量法益侵害行为应该纳入秩序违反法的领域并给予秩序罚(或行政罚)。^[54]但应当注意到,罪责原则也适用于秩序违反行为,秩序罚(行政罚)同样禁止行为人为第三人的行为承担责任。^[55]所以,该观点是无法贯彻到底的。

(二)个别归责的前提在于确定累积危险行为

在责任自负原则下,累积犯只能是个别性归责,也即将微量的个别结果归属于那些如果大量实施就会在事实上产生巨型风险的个别行为。但这会即刻陷入另一困境:在以“大数量”起决定性作用的前提下,我们无法弄清楚何种累积性行为应具有构成要件该当性。^[56]

按照库伦的看法,在累积犯的构造中,结果的确定和最低限度问题取决于大量污染行为所导致的水质变化会侵害水之生态功能。但库伦自己也坦诚,如果没有特定的禁止水污染的行为规范,究竟多大数量的行为会最终损害水源之生态功能是不明确的,也无从确定何时不太严重的污染会累积而成严重的污染。即便对累积危险行为的确定是可行的,也难免会虚置最低限度条款的限制并进而导致过度犯罪化。^[57]因为单独累积危险行为

[51] 参见 Anastasopoulou, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, S. 179。

[52] 参见 Kuhlen, Umweltstrafrecht-Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105, 1993, 697, 718f。

[53] 参见 A. Kernohan, Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm, in *Social Theory and Practice*, vol. 19, no. 1, 1993, pp. 69-70。

[54] 参见 Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, 1991, S. 147。

[55] 参见 Bohnert, KKOWiG, Einl. Rdn. 116; Zitiert Kuhlen, Umweltstrafrecht-Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105, 1993, 697, S. 718 Fn. 107。

[56] 参见 Zieschang, Die Gefährungsdelikte, 1998, S. 197ff, besonders S. 244f。

[57] 参见 Saliger, Umweltstrafrecht, 2012, S. 112。

不具有法益侵害的危险或仅具有微量的法益侵害。^[58] 大约在这个意义上,许迺曼指出环境犯罪领域对处理微罪的讨论是过度的。这是因为在财产犯罪中总是会反复出现但影响不大的案件,但我们从不会借此就去质疑处罚财产犯罪的正当性,因而那些轻微侵害生态法益的行为,完全可以像在通常情形下处理轻微犯罪的方式处理即可。^[59]

问题是,这种将作为累积犯之典型的环境犯罪理解成广义上的财产犯罪的做法,恰恰忽略了累积犯的使命旨在解决因累积性侵害效应所产生的归属难题。尽管我们知道严重的环境污染是因为大量的排污行为经长时间累积而成,但却无从知晓或无法确切知晓某一特定行为对环境的具体作用方式。同时,基于环境资源之公共利用可能性,对环境的侵害是由大量的不同且彼此独立的污染者之行为引起的,因而缺乏传统犯罪中单调的线性因果关系。这就意味着,我们无法从规范的角度将这种整体性风险或系统性的法益侵害公平地回溯至每一个行为人。

此外,基于实用性与公平性的考虑,也不应只处罚某个越过阈值的行为——压倒骆驼的最后一根稻草。首先我们很难在事实上证明是哪一特定气体排放行为致使大气污染物的浓度达到或超过阈值。即便可以确证也同样存在归责难题,即其他人也在同时排放有害气体,而且不见得就比越过阈值的行为排放量小,只是因为其社会影响小(未达到阈值)而未能引起关注。如果仅仅处罚达到阈值的行为人,就会引起强烈的、愤愤不平的替罪羊心理:大家都如此,有的人甚至比我更过分,为什么偏偏只有我被惩罚。^[60]

对此,范伯格指出,引发公共利益累积性侵害的行为通常具有以下五个方面的特征:(1)达到公共利益侵害阈值需要众人的行为而且是持续性的“贡献”;(2)单个行为的贡献量,是参差不齐的;(3)若非最终将侵害推至阈值,单独的贡献是“无害的”;(4)如若达到阈值,就会侵害公共利益;(5)绝大多数(具有污染贡献的)行为,从其他角度看可能对社会是有益的,如果一概绝对禁止,对社会整体是得不偿失的。就大气污染来说,立法者只需将排放控制在累积性侵害阈值以下即可,对社会有价值的排放行为尽可能不予禁止。因此,对于累积性侵害问题行之有效的解决之道,并非像反对杀人或入室盗窃的规则那样模式化(只需单一的刑事禁令)即可,毋宁需要设立精致的规范制度,即由授权的相应部门通过准许、撤回或吊销许可进行管理,以规则推进公平和效率。在此,刑法的作用是保障性的,以补充性的刑事制裁为后盾,为这种专断性命令的执行保驾护航。^[61]

刑法这种保驾护航的角色,最为鲜明地体现在环境犯罪中“直接罚模式”与“间接罚模式”的规定上。所谓间接罚模式,是指如果违反行政规制的标准即向其发出改善的命

[58] 正是在这个意义上,英美刑法中不少学者认为,累积性侵害超越了侵害性原则。根据侵害性原则,如果没有证据表明行为人的行为导致侵害后果发生或者实质意义上提高了侵害发生的危险,就不存在处罚的基础。参见 Peter Alldrige, *The Moral Limits of the Crime of Money Laundering*, 5 *Buff. Crim. L. Rev.*, 279, 2001, p. 317。即便如此,在英美刑法中均不否认处罚累积危险行为之正当性。

[59] 参见[德]许迺曼:《法益保护原则——刑法构成要件及其解释之宪法界限值汇集点》,载许玉秀、陈志辉合编:《不疑不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选集》,新学林出版股份有限公司2006年版,第247页。

[60] 参见[美]范伯格著:《刑法的道德界限——对他人的损害》(第一卷),方泉译,商务印书馆2013年版,第256页。

[61] 参见 Feinberg, *Environmental Pollution & the Threshold of Harm*, in *the Hastings Center Report*, vol. 14, no. 3, 1984, p. 30;也可参见[美]范伯格著:《刑法的道德界限——对他人的损害》(第一卷),方泉译,商务印书馆2013年版,第256-257页。

令,在持续给予改善命令的情况下即予以刑罚处罚。比如,我国台湾地区“饮用水管理条例”第15条规定:“对于在水源区污染水质经制止而不理者,处一年有期徒刑、拘役或五百元以下罚金。”与“间接罚方式”相对应的“直接罚方式”则是指,若违反行政规制即直接处以刑罚。在日本的环境法律、法规(如《大气污染防治法》、《水质污染防治法》)中设定相应的排放标准,对故意或过失实施超标排放的企事业单位及其直接责任者,执法机关可以不经法院审判直接对其处以相应的拘役或者罚金。^[62]

库伦也持类似看法。他主张累积犯中该当构成要件的行为可链接至行政法上所规定的标准,也即由行政机关划定容许风险的边界。^[63] 诚如范伯格所指出的那样:“当法律希望禁止一个累积性损害,如污染,它就必须清楚地知道如何描述损害公共利益的那个行为,而且他能够禁止的也仅是那个行为。……若无法说清楚该由哪些行为对损害负责,就无法在立法之前决定哪些行为因其损害后果而应被禁止。”^[64] 因而累积犯的关键在于累积危险行为的设定,而确定累积危险行为需要诉诸行政性标准。这便对累积犯的立法提出了特殊的要求。

四 累积犯的立法模式与边界

(一) 累积犯的立法模式

如上所述,累积犯属于(广义的)抽象危险犯。(广义的)抽象危险犯不具有“结果不法”因而其处罚根据只能诉诸“行为不法”。这使得(广义的)抽象危险犯范畴中的各种类型具有了立法上的共同点:立法者专断性地设立标准化行为模式。具体表现为以下几个方面:(1)无法期待行为人能够控制结果不发生的复杂领域,如法庭证人无法自行决定其证言的重要性。在纵火的情形,也无法依赖个人判断或控制损害的后果;(2)大众行为参与者的行为决断,取决于其他参与者的行为,只有标准化的行为模式才有可能使参与者做出相似的决定,如公共交通领域;(3)孤立地看微量风险行为通过累积即可引起较大的风险,鉴于累积性侵害可能在任何时候发生,因此这些微量危险行为也属于应避免的标准化行为,如往河里倾倒汽油,一两次没事,但若是很多次的累加,最终就会导致河流的污染。^[65] 在这些领域中,违反标准化的行为模式本身即意味着逾越被法所容许的风险。简言之,规范的逾越即意味着(成立不容许的)危险。

在前两种(即放火、交通领域)传统抽象危险犯中,该当构成要件的类型化行为在统计学意义上具有典型的危险性。以醉驾行为为例,在现实生活中单独的醉驾行为本身即可能导致他人生命、健康或者重大财产法益侵害,因而无需借助于他人行为即可单独建构

[62] 直接罚的方式属于刑法还是行政法范畴,在日本刑法中尚存争议。因为,从处罚程序来看类似于行政处罚,但拘役和罚金却属于刑罚种类,故有“似刑非行”之谓。参见冷罗生著:《日本公害诉讼理论与案例评析》,商务印书馆2005年版,第357-358页。如下文指出,直接罚模式是刑法行政(法)化最为极端的表现。

[63] 参见Kuhlen, Umweltstrafrecht-Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW105, 1993, 697, 717f.

[64] [美]范伯格著:《刑法的道德界限——对他人的损害》(第一卷),方泉译,商务印书馆2013年版,第251页。

[65] 参见Jakobs, Strafrecht AT 2. Aufl., 1993, 6. Abschn. Rn. 86a.

行为不法。在这些犯罪中,无论是从时间上还是在事理上,行为与法益侵害都存在直接的关联,因而可称之为直接的危险犯。而累积危险行为的特殊性在于,在累积至门槛以前,边际利益侵害是微小的、甚至不会造成任何侵害。^[66]换句话说,这些微量的危险需要长期积累方可能产生(统计学意义上)法益的侵害或危险。所以,累积危险行为的危险是潜在的。在这个意义上,累积犯是间接的危险犯。

累积犯在事实层面的上述特殊性,对立法者设计累积危险行为提出了更高的要求。一方面,立法者要注意到累积危险行为是仅具有微量风险制造的行为,它“并不是以禁止足以导致损害的风险为规范内容,而只是禁止一种微量风险创造,这种微量风险只有和与行为人无沟通可能性之他人的微量风险贡献累加,才会成为有侵害适格的风险”。^[67]另一方面,如上文所述,累积犯并非是要绝对地禁止所有可能具有累积性危险的行为。以污染环境犯罪为例,环境刑法并非致力于绝对的环境保护,也绝非是要禁止一切污染环境的行为。实践中环境保护的目标要谦抑得多,它只是根据特定的目标设定界分允许的环境污染行为和不允许的环境污染行为。^[68]

在实践层面能够满足这两方面要求的行之有效的方法,只能是将累积危险行为的设定委之于行政标准。事实上与累积犯集中于环境犯罪和经济犯罪领域相一致,累积犯大都具有强烈的行政从属性。这是因为行政标准的设定既可以确保法秩序的统一性,同时基于环境和经济领域的专业性和动态性,也适宜授权行政机关适时灵活做出处理。

于此,有学者将累积犯视为“刑法行政(法)化”,由仅仅处理那些个别性过往行为所造成侵害的刑法,转变为应对未来巨型风险的惩罚性之行政法。具体而言,随着后现代社会交通、税收、环境、麻醉品等领域中大批量行为方式的出现,现代刑法不仅吸收行政法的思维方式,而且转向传统上由行政法所管理的部分领域,成为广义上行政法的组成部分。在这些领域中,对于刑法来说越来越重要的是行为的大数量,而不是单个行为的侵害程度。^[69]

(二) 累积犯的边界

从刑法扩张角度来看,累积犯超越传统的抽象危险犯,成为刑法扩张的极端形式。传统抽象危险犯与秩序违反行为之间是流动性的,处在抽象危险犯扩张延长线上的累积犯与秩序违反行为之间的区分就更加困难。最极端的情形体现为日本刑法中直罚制“似刑非行”的规定:两者的标准压根就是重合的!^[70]从这个角度来看,累积犯既关涉行政处罚(或秩序罚)与刑罚的分界问题,也涉及刑法扩张的边界问题。

所以,在以“大量行为”“真实的累积性效应”证明累积犯正当性的基础上,累积犯也应兼顾刑法的最后手段性与合比例性原则。基于刑法的最后手段性,应考虑适用行政处

[66] 参见郭智安:《累积危险行为于构成要件上的意义》,台湾大学2014年硕士毕业论文,第131页。

[67] 周漾沂:《风险承担作为不法阻却事由》,《中研院法学期刊》2014年第14期,第177页。

[68] 参见Kuhlen, Umweltstrafrecht-Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW105, 1993, 697, 709f.

[69] 参见Silva Sánchez, Die Expansion des Strafrechts-Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, 2003, S. 74, 67ff.

[70] 现代刑法在应对有组织犯罪、恐怖主义犯罪和经济犯罪等所隐藏着的重大风险时,其功能由事后惩罚法转向事前预防法的宏观背景下,同刑法和其他法域或法律部门之间的边界模糊化(即法域融合)是一致的。参见[德]乌尔里希·齐白著:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,作者自序第4页。

罚(秩序罚)是否足以将特定领域的累积性侵害控制在阈值之下,如果行政处罚即可预防累积犯侵害的发生,则不应适用刑罚。在合比例性原则的层面,则应当在将累积性侵害控制在阈值范围的前提下,一方面考虑限缩行为规范的数量以尽可能容忍某些累积危险行为的存在,通过设置无所不包的构成要件将累积危险行为数量降低为零,既无必要也不可行。另一方面,对累积危险行为适度的制裁,也即法网严密化的过程中刑罚处罚的减轻。比如,德国在1980年至1985年期间,污染环境犯罪案件中被判处自由刑的比例稳定在2%—3%之间,而且只在个别的情形被判处6个月以上的自由刑。^[71]从我国司法实践来看,污染环境罪被判处的刑罚绝大多数也是3年以下有期徒刑。^[72]在我国目前的刑罚结构语境下,对污染环境罪的处罚也是相对轻缓的。这也表明在事后惩罚性刑法转向事前预防性刑法的过程中,伴随着法网严密化和刑罚介入前期化的是刑法角色的转变。正如魏根特教授所言:“它不再像严厉的父亲,除仅就个别严重悖逆他的行为给予粗暴的惩罚外,放手让他去自行安排生活,而更似一位悉心的母亲,一位不断规劝的陪伴者。”^[73]

五 我国立法和司法实践中累积犯视角的分析

(一) 学理上对累积犯的两个误解

累积犯的概念近年来方引入我国,因而有意运用累积犯解决具体问题的情形有限,但即便在不多的应用中误解也不少,主要表现为以下两个方面。

一方面,累积犯与累计犯的混用。基于我国刑法定量的立法模式,在一些犯罪中存在数额与情节的规定,因而实践中就可能存在犯罪数额累计计算的问题。对于数次行为之犯罪数额的累计计算,不适用数罪并罚而以一罪处断的处理,理论上多称之为累计犯。^[74]在受贿数额需要累计(积)计算的意义上,我国也有学者认为“受贿犯罪是累积犯”。^[75]在“犯罪数额累计计算”的意义上,将受贿犯罪称为累积犯还是累计犯,无关宏旨。不过考虑到累积犯是危险犯的类型,累计犯属于罪数问题,两者面对的是不同领域的刑法教义学问题,因而仍有区分的价值和必要。贿赂犯罪之所以被看作属于危险犯意义上的累积犯,其原因在于如果大量贿赂行为的存在,最终会侵害社会公众对国家职务行为的信赖和政府的公共信用。将累积犯与累计犯区分开来,一是这并不妨碍受贿犯罪因是数额犯衍生而来之累计犯的定位;二是也可以克服传统理论的尴尬——以破窗理论要求对贿赂犯罪零容忍的同时,却存在着受贿与行贿的特定数额限制。至于将多次盗窃、多次敲诈勒索

[71] 参见 Meinberg, Empirische Erkenntnisse zum Vollzug des Umweltstrafrechts, ZStW100, 1988, 112, S. 139ff.

[72] 参见晋海、王颖芳:《污染环境罪实证研究——以中国裁判文书网198份污染环境罪裁判文书为样本》,《吉首大学学报(社会科学版)》2015年第4期,第17页。还有学者指出,在成立污染环境罪的296例裁判文书中,有282例司法裁判(或径直以所含有害物质超出国家允许排放限量的三倍为依据,或径直以排放、倾倒、处置的数量为依据,或径直以排放有毒有害物质的方式为依据)在量刑上是3年以下有期徒刑或拘役,并处或单处罚金。参见石珍:《污染环境罪的微观透视——以296例裁判文书为分析对象》,《人民司法》2015年第9期,第16页。

[73] Weigend, Wohin bewegt sich das Strafrecht? -Probleme und Entwicklungstendenzen im 21. Jahrhundert, in: FS-Frisch, 2013, S. 30.

[74] 参见于阜民:《“累计犯”与“连续犯”的法律适用辨析》,《检察日报》2009年5月11日第3版。

[75] 参见陈兴良:《贪污贿赂犯罪司法解释:刑法教义学的阐释》,《法学》2016年第5期,第77页。

等“数额的累积相加”视为累积犯之应用的想法,也犯了同样的错误。

另一方面,误把后继犯当作累积犯。2013年“两高”通过的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条第1项规定:同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到5000次以上,或者被转发次数达到500次以上的,属于构成诽谤罪的“情节严重”的情形之一。对此,有学者认为这是我国刑法首次有意借鉴累积犯理论,具有重要启发意义。其理由在于:“承担刑事责任者可能只实施了部分诽谤行为,但他却要对其余人的转发、点击、浏览行为承担责任。该司法解释作此规定有其合理性:一方面可以把其他人的行为看成是诽谤者实施诽谤行为的影响后果;另一方面可以解决行为者本人单独实施诽谤行为不构成犯罪,但在其他人实施转发等加工行为造成严重后果无法追究刑事责任的问题。”^[76]

应当说,上述分析对司法解释内容的把握是相当准确的,但其分析却恰恰表明,解释所针对的情形并非累积犯,而是后继犯。之所以不构成累积犯,是因为诽谤罪的成立,通常只需单个的“捏造损害他人名誉事实”行为就可以对个人的法益产生侵害,无需借助他人的同类行为即可实现。至于他人对“捏造损害他人名誉的事实(即诽谤信息)”的点击、浏览和转发等行为是传播行为,与捏造事实的行为并非同一类型。之所以这种情形属于后继犯,是因为网络诽谤行为最终是否产生法益侵害,“不仅仅取决于行为人做了什么事,也取决于行为人所做的事情会引发其他人的行为:即行为人的行为催生或帮助了直接的危害行为”。^[77] 基于相同的原因,其所讨论的网络技术帮助犯,同样不是累积犯而是后继犯。因为网络技术帮助行为“客观上存在被他人多次使用造成严重损害后果的可能”。^[78]

(二)以累积犯解读污染环境罪的司法实践

如上所述,累积犯概念源于实践,是对实践的提炼与总结,或者说累积犯的实践往往独立于或先于概念而存在。这同样体现在我国污染环境犯罪的实践中。

如所周知,《刑法》第338条污染环境罪的适用,关键在于如何理解概括条款“严重污染环境”的内容。^[79] 为此,2013年6月8日最高人民法院、最高人民检察院出台的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《2013年解释》)第1条将“严重污染环境”细化为14项具体情形。《2013年解释》第1条后9项基本沿袭了重大环境污染事故罪的内容,该条扩张污染环境罪适用范围的关键集中在前5项。这5项规定是:(1)在饮用水水源一级保护区、自然保护区核心区排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的;(2)非法排放、倾倒、处置危险废物三吨以上的;(3)非法排放含重金属、持久性有机污染物等严重危害环境、损害人体健康的污染物超过国家污染

[76] 参见庄乾龙:《论虚拟空间刑事法网之扩张与克制——以〈网络诽谤解释〉为背景的分析》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(总第38卷第2期),法律出版社2014年版,第275页。

[77] A. Duff and S. E. Marshall, “Abstract Endangerment”, Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalization, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 3, Issue 2, 2015, pp. 144 - 145.

[78] 庄乾龙:《论虚拟空间刑事法网之扩张与克制——以〈网络诽谤解释〉为背景的分析》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(总第38卷第2期),法律出版社2014年版,第275页。

[79] 参见张志钢:《摆荡于激进与保守之间:论扩张中的污染环境罪的困境及其出路》,《政治与法律》2016年第8期,第88-89页。

物排放标准或者省、自治区、直辖市人民政府根据法律授权制定的污染物排放标准三倍以上的；(4)私设暗管或者利用渗井、渗坑、裂隙、溶洞等排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的；(5)两年内曾因违反国家规定，排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质受过两次以上行政处罚，又实施前列行为的。

对此，有学者正确地指出，这5项“根据污染物排放地点、排放量、超标程度、排放方式以及行为人的前科等，增加规定了几项认定‘严重污染环境’的具体标准，实现了对污染环境的‘行为入罪’”。^[80]也有学者对《2013年解释》第1条第5项规定提出质疑，因为污染环境罪中所要求的“严重污染环境”是结果要件，而不是行为要件，因此，《2013年解释》第1条第5项中所规定的仅仅是“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质”的行为，并不意味着造成了“严重污染环境”的结果。即便存在“两年内曾经受过两次以上行政处罚”，也只表明行为多次实施了污染环境的行为，并不代表其行为造成了“严重污染环境”的结果。所以，该解释“不仅没有区分行为和结果，而且直接取消了结果要素，显然不符合罪刑法定原则”。^[81]

然而，单就逻辑层面而言，该观点就无法贯彻到底。如果上述反对理由成立，也应否定《2013年解释》第1条前4项的规定。仅以第4项为例，该项与第5项的规定相同，也只是规定了“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质”的行为。即便基于打击面的考虑，对行为方式都进行了特别的限定，但同样不意味着存在“严重污染环境”的结果。

其实从前5项所规定的内容来看，实质上就是《2013年解释》所明确的污染环境的累积危险行为。如上所述，累积危险行为的确定通常诉诸相应的行政标准，比如“直接罚模式”和“间接罚模式”。相较而言，间接罚模式要比直接罚模式多一次“行政处罚”的缓冲，而第5项“两年内存在两次行政处罚”的限定模式比“间接罚模式”又多了一次“行政处罚”的缓冲（此外，两次行政处罚也存在两年时间条件的限制）。这符合累积危险行为的设立源于但通常高于行政标准的要求，有助于适当收缩打击面，符合刑法谦抑原则。《2013年解释》第1条前4项对“污染物排放地点、排放量、超标程度、排放方式”的特别限定，也是基于同样的考虑。尽管上述观点正确地指出，多次污染环境的行为不代表“严重污染环境”结果，但也绝不意味着这样的处理直接取消了“严重污染环境”的结果要求（最低限度条件）。事实上，在环境污染犯罪中，基于环境法益的抽象性以及“严重污染环境”的概括性，（通过禁止特定行为实现）有效的环境保护与刑罚的必要性（最低限度门槛即“严重污染环境”）之间的紧张关系，在污染环境犯罪中永远存在。而累积犯的理论则有助于清晰地说明或缓和这种紧张关系。一方面是以大量行为真实的累积性效应取代行为与法益侵害结果的因果关系；另一方面则是与最低限度门槛协调，强化行为标准的明确性，弥补累积危险行为于行为不法层面的不足。^[82]

[80] 喻海松、马剑：《从32件到1691件——〈关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释〉实施情况分析》，《中国环境报》2016年4月6日第005版。

[81] 参见张明楷：《简评近年来的刑事司法解释》，《清华法学》2014年第1期，第81-82页。

[82] 关于作为环境刑法中特殊不法排除事由的最低限度之“显著门槛”原则，参见Kasper, Die Erheblichkeitsschwelle im Bereich des Umweltstrafrechts usw., 1997, S. 111ff.

最后需要说明的是,在十八大提出“建设美丽中国”的宏观背景下,“两高”于2016年11月通过了《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《2016年解释》)。随着该解释于2017年1月1日的施行,《2013年解释》同时废止。但这并不影响本文的上述分析。这是因为,《2016年解释》之第1条所列举的“严重污染环境”的18种具体情形,除了沿袭《2013年解释》所列举的14种具体情形外,也“积极适应环境污染犯罪的新动向,拓展刑法的适用范围”,^[83]继续贯彻《2013年解释》所确立的对污染环境“行为入罪”的激进基调。比如,《2016年解释》将《2013年解释》第1条第3项中的重金属区分为重点防范的重金属(铅、汞、镉、铬、砷)和兼顾防控的重金属(镍、铜、锌、银、钒、锰、钴),并分别按照超标3倍和10倍的标准入罪,这分别体现在《2016年解释》第1条的第3项和第4项中。^[84]重金属排污标准的设定及其细化,既呈现出累积犯之强烈的行政从属性特征,也体现了累积犯借助标准化行为模式实现适度犯罪化的运行机理。

[**Abstract**] The concept of accumulative offences was put forward 30 years ago by German scholar Kuhlen. Its prototype is water pollution crime, but its scope of protection has now extended to collective legal interests of the natural environment and man-made systems. Because an accumulative dangerous act alone does not infringe any legal interest, nor does it pose specific or abstract danger to any legal interest, accumulative offence breaks the traditional structure of perilous offense and become the most extreme form of expansion of the criminal law. Accumulative damage arises from the real accumulative effect of many acts, and standardized behavior criteria, or administrative criteria, have been adopted in the establishment of accumulative offence. Therefore, accumulative offense is an important manifestation of the administrativization of modern criminal law. In Chinese criminal law, there are both useful practice of spontaneous application of cumulative offense and many misconceptions about cumulative offense that need to be clarified.

(责任编辑:王雪梅)

[83] 喻海松著:《环境资源犯罪实务精解》,法律出版社2017年版,第36页。

[84] 参见周加海、喻海松:《〈解释〉起草人怎么解释〈解释〉?——〈关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《中国环境报》2016年12月28日第005版。需要特别说明的是,尽管铊、铊属于兼顾防控的重金属,但因为其强烈的放射性,《2016年解释》仍旧按照超标3倍的标准入罪。