

论集体法益刑法保护的界限

姜 涛

内容提要:刑法对集体法益保护的强化,是预防性国家之职能扩张的体现,集体法益成为刑法保护的新对象,使抽象危险犯成为刑法保护的新工具,由此带来刑法发展的新期待与刑法功能的新拓展,同时也带来新问题,包括刑法的系统性危机、刑法工具主义、象征性立法与刑法家长主义等。集体法益有广义与狭义之分。前者是个人法益的集合,与个人法益之间具有推导关系,都能还原为个人法益,不应当被作为集体法益予以保护;后者是不能够还原为个人法益的法益,相比于个人法益而言,更加牢固且不会被轻易破坏,故刑法对其保护界限也更为严格。集体法益之刑法保护不仅需要坚持具体危险原则,正确区分风险与危险,慎用抽象危险犯,而且需要强化合宪性审查,把目的正当、手段正当和法益衡量作为审查的三阶标准。

关键词:集体法益 个人法益 抽象危险犯 法益衡量 比例原则

姜涛,南京师范大学法学院教授。

刑法是法益保护法,法益保护是刑法正当化的根据,法益侵害是实质犯罪概念的起点。法益有集体法益与个人法益之分。集体法益是指法益概念中与个人法益相对,却又具有关联性的那部分利益。^{〔1〕}大都是以非物质形态呈现,如制度或资源等。现代刑法立法对集体法益的保护有强化的态势,故对法益问题的研究也有待进一步深入。法益具有自由主义属性,旨在限制国家权力,而现代刑法立法为了强化对集体法益的保护,倚重抽象危险犯的立法技术,反而扩张了国家权力。这一扩张旨在保障安全,但也带来自由与安全之间的紧张关系。对个人而言,没有什么比实施犯罪更大的罪恶;对国家而言,没有什么比滥用刑罚更大的罪恶。面对集体法益之刑法保护的扩张态势,在理论上需要思考刑法保护集体法益的界限是什么。与之相关的问题是,集体法益的刑法保护有无正当性?刑法扩大对集体法益的保护有何风险?如何设定刑法保护集体法益的边界?本文认为,厘清个人法益与集体法益的关系,强化集体法益之刑法保护的合宪性审查,有助于合理划

〔1〕 参见王永茜:《论集体法益的刑法保护》,《环球法律评论》2013年第4期,第69页。

定集体法益之刑法保护边界。

一 集体法益刑法保护的新态势

就现代刑法的立法趋势而言,如从刑法立法之结构与功能的角度观察,刑法除不断增加新罪、新刑罚种类以拓展刑法的任务外,在集体法益保护上亦呈现出如下新态势。

(一) 成为刑法保护的新工具

实害犯、危险犯等入罪标准的不同,都是刑法预防与惩治犯罪不同工具的选择。刑法是处罚最严厉的法律,原则上应局限于处罚造成法益侵害的行为,法益侵害的危险当属例外。随着社会风险的增加,民众对安全与秩序的需求亦随之增加,立法者为了消解高涨的舆论压力,使刑法对集体法益的保护呈现出扩大化趋势,不仅保护集体法益的范围增加,把越来越多的与经济秩序、管理秩序相关的法益纳入刑法保护范畴,而且保护的标准也发生了由法益侵害到法益侵害危险的转变,近乎激进地创设新式的抽象危险犯,导致抽象危险犯的大量增加。^[2]

侵害集体法益的行为不会如侵害个体法益行为那样,需要有犯罪结果或产生迫在眉睫的威胁才能作为犯罪处理,而是强调在造成抽象危险时就提前介入,这种抽象危险是立法者拟制的危险或抽象的危险,由此形成法益保护的前置化现象。法益保护的前置化是近年来刑法立法发展的重要趋势,它是为了预防对个人法益造成现实侵害,故将具有风险性的交通安全、食品安全等集体法益直接作为刑法保护的法益,成为一种独立并先于个人法益的特殊法益,从而实现了刑法保护法益的扩张。总体来看,我国刑法立法中的抽象危险犯呈现增多趋势,比如,《刑法修正案(八)》对醉酒驾驶入罪的规定等。

抽象危险犯既是抽象法益的刑法保护,也是刑法对法益的抽象保护。^[3] 对于侵犯了公共安全的抽象危险犯来说,通常是由于存在着侵害个人法益的风险而具有正当性。以危险驾驶罪为例,醉酒驾车等公共危险行为,其所欲保护的实系个人的生命、身体等人身法益,且若待实害发生开始即予以处罚,那么刑法就无法发挥事先预防的功能。就此而言,将公共安全、社会秩序等纳入抽象危险犯处罚的范畴,是立法者为了避免个人利益实现或发展的制度性条件陷入危险或崩溃所采取的做法,抽象危险犯在此脉络下始有其合法性。在现有的理论逻辑中,立法者在立法过程中预测了一个风险——如不能安全驾驶,为避免醉酒驾驶的危险成为实害而造成人身、财产损害,立法者会进一步认为,有必要在醉酒驾驶的阶段即施以刑罚,因此是一种“以轻罪有效预防重罪”的犯罪成立逻辑。

(二) 带来对刑法任务的新期待

刑法强化对集体法益的保护力度,与国家任务的改变密切相关。刑法对集体法益保

[2] See Nils Jareborg, Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio), 2 *Ohio State Journal of Criminal Law* 521, 521-534 (2005).

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

护的最大特点是预防性干预,具有“抓早、抓小、抓全”的政策考量,其适用对象是制造法所不容许之危险的人,由此带来对刑法任务的新期待。与之对应,刑法不再固守最后手段原则,而在特定情况下成为优先手段或唯一手段,刑法正在从发挥规制机能到指引机能的根本转变。

有学者指出,“从规制机能层面上来讲,刑法越谦抑、越节制越好。……相比较而言,从指引机能层面上来看,刑法越强大、影响力越大越好”。〔4〕规制机能的逻辑起点是限制国家权力。指引机能的逻辑起点是塑造公民的规范意识,却暗含着国家权力的扩张,它往往通过刑法提高社会安全程度,从而使刑法成为危险的“免疫范式”。以我国颁布的十一部刑法修正案来说,共增加71个新罪名,在分则第二章危害公共安全罪、第三章破坏社会主义市场经济秩序罪和第六章妨害社会管理秩序罪这三章中,与社会安全相关的新罪分别增加13个、12个和33个,占整体新增罪名的比例高达81.69%。刑法的“免疫范式”并非必然不具有正当性根据,面对可能导致的“集体被害”,民众与国家在以刑法控制风险问题上达成空前“共谋”,而刑法的未来发展必定是犯罪化扩张,因为风险带来的不安宁危及民众的生命、健康、财产等利益,国家必须建立一套具有约束力的刑法机制。

随着国家任务的时代转型与社会形势的时代变迁,因工业发展带来的各种风险随之增加,又因为我们无法预期现代社会各种新式的化学性及生态性风险是否会引起大规模生态破坏,是否会带来诸如非典、新冠等疫情,所以采取的法规范手段必须是预防性的。〔5〕正如有学者所指出,“在社会已因高度发展而呈现脆弱化、社会生活充斥着不安时,众皆期待刑罚积极地伸出援手,拯救市民于水火之中,国家也不断为了巩固市民的安全感而召唤刑罚,使得刑事立法、修法活动较昔日频繁许多(论者称为‘刑事立法的活性化’现象),持续朝着扩大入罪范围、重刑化的方向迈进,对现代法治构成严重的威胁”。〔6〕当代国家对社会风险的控制,是通过集体法益的刑法保护来实现的,保护“药品监督管理”“道路交通安全”等集体法益,成为刑法的新期待。就立法现实来看,刑法早已是当代国家作为预防和抗制风险的首要手段,以至于在具有抽象或具体危险时,刑法就开始介入,如醉酒驾驶罪的设立,就是因为醉酒驾驶行为会导致伤亡事故的危险增加,从而直接破坏人身安全的整体利益。〔7〕

(三)发挥了刑法的新功能

集体法益保护的强化,旨在发挥刑法的新功能。随着国家任务的扩展与多元化,刑法还可以提供额外的功能。风险本质上是面向未来的,保护集体利益不受风险的危害是国家发挥刑法作为一种预防未来损害的有效功能,即刑法被认为是防止损害结果和危险的手段,正在从“犯罪后”的社会向“犯罪前”的社会转变。〔8〕同时,刑法亦强调与保障一种

〔4〕 [韩]金日秀:《风险刑法、敌人刑法与爱的刑法》,郑军男译,《吉林大学社会科学学报》2015年第1期,第29页。

〔5〕 Vgl. Prittitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993, S.242.

〔6〕 黄宗旻:《法益论的局限与困境:无法发展立法论机能的历史因素解明》,我国台湾地区《台大法学论丛》2019年第1期,第166页。

〔7〕 参见[英]威廉姆·威尔逊著:《刑法理论的核心问题》,谢望原等译,中国人民大学出版社2015年版,第29页。

〔8〕 See Ali Emrah Bozbayindir, *The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law?*, 29 *Criminal Law Forum* 25, 37 (2018).

公民与国家的合作模式,比如,惩罚妨害公务行为以保障公务执行顺畅,不会导致执法机关权威丧失,而是有助于稳定民众与国家机构之间的合作,以减少不必要的摩擦与冲突。正因如此,集体法益的重心发生了由社会法益到国家法益的转移,后期慢慢成为社会上重要制度的“代名词”,改变了传统集体法益的图像。

集体法益的保护直接关系到国家机构的正常运作功能及其公共职能的实现,国家或具有公益性质的社会组织是可以被具体确定的保护客体,集体法益也就具有了某种国家制度或社会制度(包括社会合作)的不可损害性。为此,刑法既稳定公众下的集体生活制度,比如,对拒不履行网络安全管理义务的行为进行制裁,又强化公众的社会合作和维护国家机构的运行通畅、有序。刑法在稳定这些机构正常运转方面被认为具有功能性,成为集体法益的新形态。维护公共行政下的合作、协作与共同生活的价值,也成为刑法在现代行政国家中的新角色,并在犯罪化过程中占据了中心位置。^[9] 随着国家对社会生活的深度而广泛的介入,维护制度运行通畅以实现国家任务就逐步成为一种“制度性”集体法益,又因为这种集体法益惠及一般民众,与一般民众的个人法益相关联,是个人法益实现的外在制度条件,而不是一种“虚拟的存在”,所以刑法保护此类集体法益以免出现制度性失范,就成为刑法的新功能。

综上,在集体法益为刑法保护带来一系列新态势的同时,如果集体法益的边界模糊不清,刑法是否会发展成为新的“利维坦”?如果是,是否存在“反客为主”的风险?对此,立法上尚缺乏对侵犯集体法益行为的明确刑罚边界,刑法理论上也未见到合理解释方案。

二 集体法益的“两面性”:正当性与风险并存

刑法对集体法益的合理保护代表国家赋予民众的一项集体利益,国家的首要任务在于保障人民的生存与发展,这是国家存在的合法性根基。但是,如果缺乏对集体利益之刑法保护边界的慎重思考,则会导致刑法立法把安全置于比自由更为重要的位置,所谓刑法的积极就会成为一种刑法的风险。

(一) 刑法保护集体法益具有正当性根据

集体法益通常是与国家任务直接相关的范畴,旨在维护国家制度的有效运转。比如,正常行使职责的司法机构、没有贪污和贿赂的国家机关、未受损的货币制度、健全的赋税体系和未受破坏的环境等,它们对个体在社会中的发展可能性具有基本的意义,也就是与个人法益概念完全不冲突。^[10]

法益论创立之初,并无集体法益的概念,集体法益是刑法理论所创立而用于解释现代刑法之新态势的概念。按照德国学者的归纳,现代刑法的新任务领域不断扩张,立法者在面对现代社会的新风险时,不断创设新的超个人法益与抽象危险,大量使用抽象危险犯罪

[9] See Vincent Chiao, What is the Criminal Law for?, 35 *Law and Philosophy* 137, 138–139 (2016).

[10] 参见[德]Claus Roxin:《法益讨论的新发展》,许思捷译,我国台湾地区《月旦法学杂志》2012年第211期,第262、270页。

保护模糊的超个人法益,放弃行为客观影响的可检验性,背离法治原则以换回大众的安全感。^[11] 集体法益不能由个体自由处分,涉及的是“共同体”的利益,也是与社会转型、国家任务相关的概念。

如果认为刑法的功能是保护人的自然权利,则集体法益的范围会大为压缩,也需要把集体法益还原为个人法益,才能证成集体法益的正当性。如果认为刑法的功能还包括维护必要的集体生活秩序、国家制度等,则集体法益的范围会扩张,集体法益也不需要还原为个人法益。不难看出,现代刑法显然更加强调后一种功能。集体法益强调的是法益的社会功能。集体法益比个人法益更加受国家任务的约束,在环境刑法、经济刑法、秩序刑法(或行政刑法)中普遍存在,旨在预防各种危害社会的风险。刑法保护集体法益的边界,通常深层次受制于不同时代的国家任务及其政策目标,且随着社会转型背景下国家任务的不断扩张,集体法益的刑法保护及其强化就不可避免。

刑法是社会基本结构的组成部分,它的功能随着社会转型而改变。在古典刑法下,如论者所言,如果特定行为违反禁止规范,具有严重的社会损害性,对于人类的共同生活而言属于不可容忍的情况,且以刑罚手段预防该行为也特别迫切时,就可以把刑法作为保护法益的最后手段。^[12] 其中,保护法益与谴责错误,是传统刑法的基本功能。随着社会转变,古典刑法基于自由主义的预设而把刑法视为单一的人权保障法,面临诸多新挑战。一方面,随着社会风险增加,风险的不确定性、巨大破坏性、波及范围的广泛性、作用对象的不特定性,会使民众形成一种寄望于国家积极作为的集体意识。国家的任务是事前预防风险,而不是风险转变为损害后处理风险,这会导致国家权力的种类、范围等空前扩张。另一方面,现代社会对公共机构、公共资源的依靠更强,公共机构也是民众共享的公共资源。有鉴于社会的工业化、分工专业化,生活形态极具复杂性,各种社会风险不断发生,个人难以洞察方向和保护自身的安全,于是,国家不再固守不侵犯个人基本权利与危险防卫的消极角色,而是在民主自由的基础上积极有效预防与控制风险,把安全保障作为重要的国家任务,由此带来公共机构职能的扩张问题。

集体法益是与社会风险、预防性国家相关的范畴,社会风险与大众安全、国家控制之间也具有类似的“亲密关系”。一方面,随着社会风险增加,社会固然具有抗击风险的一定能力,但整体上力有不逮,如果仍然警惕并限制源自国家的可能风险,就显得不合时宜。另一方面,随着社会风险的增加,民众对安全与秩序的需求亦随之增加,这种“经由国家的自由”强调国家权力介入在风险预防与抗制上的积极作用,强调国家权力也有其作用的空间,即所谓的安全国家。尤其是对克隆、基因编辑、互联网金融等新兴科技领域,立法者倾向于把刑法作为维护安全的手段。从来源上看,集体法益看似是国家权力在刑法中的延伸,其实仍是民众之权利让与的产物,旨在保障民众的安全,因而安全在

[11] 参见钟宏彬著:《法益论的宪法基础》,我国台湾地区元照图书出版公司2012年版,第228-229页;[德]Winfried Hassemer:《现代刑法的特征与危机》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2012年第207期,第249-253页。

[12] Vgl. BVerfGE 88, 203 (258). 转引自钟宏彬著:《法益论的宪法基础》,我国台湾地区元照图书出版公司2012年版,第171页。

社会风险增多的背景下具有“公共资产”的属性。安全的破坏会带来集体恐惧,保障安全逐渐开始占据刑法的中心地位。但是这会导致刑法对集体法益保护的扩大化。不仅保护集体法益的范围增加,还会把越来越多的与公共安全、社会公共利益相关的法益列入刑法,而且保护的标准也实现了“由法益侵害到法益侵害危险”的基本转变,致使抽象危险犯大量增加。

总而言之,集体法益的刑法保护与国家任务之间具有天然的联系,国家有义务为善良的公民提供安全,而对安全的追求则有赖于对公众安全构成威胁之人进行惩罚,因而,刑法逐渐把国家安全、社会安全、市场经济秩序或社会管理秩序等作为保护法益。这种超越个人而存在的人类“安全”或保障安全的制度,被认为是具有普遍妥当性的集体法益。

(二)集体法益保护扩大所面临的刑法风险

如果刑法对集体法益的保护没有合理的边界,会存在矫枉过正的风险,同时,也有因突破古典刑法的旧范式带来的“不适”。

第一,导致刑法系统性危机。惩罚性的教条主义者以不可预测损害的风险为假设,主张现代社会秩序应强调规则秩序,即以规则的制定、遵守、认同为主轴建构社会秩序,这有助于实现法治,但是,如果不能合理区分刑法与其他法律的界限,则会导致反法治现象,这被西方学者形象地称为对法治的“污染”。现代刑法的发展,是以风险或危机为出发点的,强调个人必须服从立法者对自身风险评估的优越性,简单地假设立法者在认识上优于个人,^[13]抽象危险犯意味着特定的行为就其类型而言便是危险的,因而须加以禁止,并且由于该类犯罪并不以具体的危险状态之发生为其必要,亦即不必触动任何具体的侵犯对象之存续和安全。^[14]从立法技术上,集体法益的刑法保护需要降低个罪的入罪门槛,包括由具体危险犯到抽象危险犯的转变,但是这一转变一并使当代刑法面临诸多风险或危机。这种危机是一种范式危机,刑法缘此发展成为免疫范式,成为一个强有力的避免社会或国家发生重大动乱或预防复杂社会风险的工具,也是一种对未来且未知的可能性干扰。这背后隐含着一套更深沉的立罪逻辑,亦即满足民众纯粹的“安全”想象,重塑国家权力的积极形象,包括采取紧急、强制手段。风险的本质特点是不确定性,也是不可预测的未知状态,预防风险的刑罚是现实可测的,根据不可预测的情况确定犯罪及其类型,是错误地把风险与未来的损害关联起来,是将风险问题下游化、危险化,把风险等用于危险。这只是在表达对刑罚的依恋感,以刑法控制风险的简单化逻辑,掩盖了利用其他工具来解决问题的复杂性。

第二,滑向刑法工具主义。法益具有立法批判功能,是决定刑罚处罚有无必要、是否合理的内在根据,如果立法者增设某一犯罪却不能说明其保护法益是什么,这一犯罪化立法并不具有正当性根据。现代刑法理念强调刑法代表公共利益,这一性质使得法律为公众所设,且为公众而设。公共利益理论为刑法工具主义提供了基础,刑法成为维护公共利

[13] See Brenner M. Fissell, Abstract Risk and the Politics of the Criminal Law, 51 *American Criminal Law Review* 657, 657 (2014).

[14] 参见[德]约尔格·艾泽勒:《抽象危险型犯罪的立法缘由和界限》,蔡桂生译,《法治社会》2019年第4期,第112页。

益最有力的工具,^[15]由此可能导致自由与安全之间的紧张关系,甚至把人当成维护安全的手段。现代国家强调安全国家、预防性国家,倚重抽象危险犯,而抽象危险犯意味着行为禁止的前置化与法益保护的前置化,如果前置化程度没有限制,则容易滑向工具主义。

第三,出现象征性立法。现代刑法的主要特征为象征立法,立法者所宣称或所企图维护的安全不见得完全都是客观经验上可以掌握到的现象,相反,实际上所谓的安全有可能只是为了让社会大众与法律规范之间产生某种程度上的关联而已,亦即纯粹强化与巩固“规范的有效性宣称”或者“仪式性的安全保证”。就此而言,刑法也可以说是一部侵害自由的法,以及在侵害自由的状态下产生其他的保护效果。^[16]刑法强化对集体法益的保护,意味着法益从物化的、具体的、现实的法益向精神化、抽象、虚拟的法益转变。这一转变既有权力主导型立法的原因,也与法律民粹主义相关,结果会导致象征性刑法。象征性刑法基于安全的预期,把“防止危及生命的不确定性”作为犯罪成立逻辑。这种试图把制造风险的行为作为犯罪来防止未来犯罪的意图,实在太过虚幻。^[17]刑法把回应民众的安全感作为立法理由,反而会加深民众社会心理的不安全感,^[18]甚至带来新的不安全。

第四,形成刑法家长主义作风。自由与安全都是刑法价值,安全是指刑法规范所预设的世界状态,也就是法益完整不受损的状态。而限制自由,自然是指禁止有法益侵害倾向的行为,以防止法益受损。逻辑上的结果是,当刑法限制的自由越多,就越能获取更大的安全;反之,对于安全的需求越低,那么越可扩张自由。^[19]但事实上却未必如此,把刑法视为制造安全的工具,追求有秩序的自由,反而可能带来更多不安全。随着风险社会的到来,在刑法观念问题上,社会本位大有取代权利本位的嫌疑,刑法在危险防御的道路越走越远。社会本位不同于权利本位的地方在于强调集体主义与社会安全,即把社会安全置于比个体权利更重要的位置,为了社会安全可以牺牲个体自由,比如,为了减少交通肇事罪,把醉酒驾驶等这些原本应由行政法调整的对象,上升为刑法调整的对象。

上述问题大致可区分为两类:第一类是站在古典刑法立场上给出的解答,如刑法工具主义、系统性危机等;第二类则是因缺乏对集体法益的正确认识所导致的,如象征性立法、刑法家长主义。就第一类问题而言,只是现代刑法在某些领域取代古典刑法导致的不适感,毕竟,社会安全或秩序的维持离不开刑法的合理介入,对某些制造危险的行为,刑法的作用未必是最好的,但没有刑法却也是不行的;第二类问题才是真正的问题,即使刑法基于国家任务的扩张而强化对集体法益的保护,也并不能以“打包”方式完成,更不能过度依赖抽象危险犯,因为它会导致“抽象法益的保护与法益的抽象保护”现象,这是对刑事法治的严重“污染”,也是集体法益之刑法保护边界需要解决的关键问题。

[15] 参见[美]布赖恩·Z.塔玛纳哈著:《法律工具主义——对法治的危害》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社2016年版,第303页。

[16] 参见古承宗著:《刑法的象征化与规制理性》,我国台湾地区元照出版公司2017年版,第60-68页。

[17] See John Pratt & Miao Michelle Risk, *Populism and Criminal Law*, 22 *New Criminal Law Review* 391, 396 (2019).

[18] 参见[日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第16-18页。

[19] 参见周漾沂:《重新理解抽象危险犯的处罚基础——以安全性理论为中心》,我国台湾地区《台北大学法学论丛》2019年第109期,第165页。

三 “集体法益”之再定义

在法教义学上,集体法益被理论界用来分析现代刑法的特点与属性,但是,对于什么是集体法益却存在着不同的理解,至今仍是一个模糊的概念,导致集体法益的概念灵活有余,但限定性明显不足。有鉴于此,欲明确集体法益之刑法保护边界,需要首先正确定义集体法益,使其具有批判立法的规范属性。

(一) 狭义的集体法益与广义的集体法益二元定义架构

从目前学界对集体法益的研究来看,存在明显的混淆,比如,把集体法益理解为多数人的利益或不特定人的利益等,以至于混淆了个人法益的集合与集体法益之间的区别。如何避免上述混淆,需要从集体法益的规范特征入手。

德国黑芬德尔(Roland Hefendehl)教授指出,所有的集体法益都有一个特征,就是每个社会成员都可以利用它,它不可能只归属于社会的特定部分成员,例如,货币可靠性或国家的稳定性都有利于所有的公民。^[20] 这一观点指出了集体法益的本质属性。某种法益具备什么条件可以称之为集体法益,需要满足以下规范特征:一是消费的非竞争性。所有民众都可以平等地享有集体法益保护带来的福利。二是使用的非排他性。任何民众都不会、也无法独占该集体法益,它具有在民众之间公平分享的特点。三是使用的不可分配性。集体法益并无法以法律或其他方法进行分配,属于民众共有的“天然”福利。四是破坏的非物质性。制度、秩序等集体法益的破坏,并不能如个人法益中的生命、健康等以物质形态呈现,而是一种非物质性结果。五是范围的广泛性。集体法益涉及的人系多数人或不特定人,比侵害单一个体的范围更为广泛,一旦由危险转变为现实,导致的法益侵害也更为严重。由上述特征决定,集体法益是因社会生活的共同关系、共同命运而被承认、拟制出来的,具有一定的抽象性、不确定性,且欠缺一个客观明显可见的实害,^[21] 主要是指国家的存在及其相关机构的功能性运作状态,刑法对集体法益的保护亦成为维持国家功能性存在的护卫性体制。^[22]

基于上述特征,集体法益概念有再定义的必要。笔者将法益区分为个人法益、个人法益的集合(广义的集体法益)与集体法益(狭义的集体法益)三类。其中,个人法益是以原子化个人的生命、财产、名誉等形态出现的法益。广义的集体法益包括个人法益之集合的情况,即单纯的个人法益的集合,典型情形为公共安全(包括交通安全、生产安全等),这就是个人的生命法益、健康法益、财产法益等的随机结合,其尽管涉及多数人的利益,但实质上仍是特定人之利益的随机聚合,并不是真正地普及所有民众。例如,醉驾导致 7 人重伤、3 人死亡和 5 万元财产损失,这种公共安全是随机形成的集体伤害或伤害危险,是耦

[20] Vgl. Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 112.

[21] 参见恽纯良:《抽象危险犯罪作为对抗环境犯罪的基本制裁手段——以污染水体行为为例》,我国台湾地区《月旦刑事法评论》2018 年第 8 期,第 39 页。

[22] 参见周滢沂:《从实质法概念重新定义法益:以法主体性论述为基础》,我国台湾地区《台大法学论丛》2012 年第 3 期,第 1033 - 1034 页。

合的个人法益叠加形态。立法者为避免这种小范围的个人法益侵害,将具有侵害个人法益危险的行为入罪。狭义的集体法益是系统结合的整体法益,是需要通过国家机关、其他组织和机构来进行保护的情形,例如,货币信用、司法权威等,这种利益属于全体公民,它不是所涉及的个人法益内涵的循环定义,而是具有独立意义的真实存在,且对促进人类整体利益具有重要意义。在系统结合的集体法益中,通常会出现秩序、规则、制度等要素,这些因素与国家任务相连,是人民和平、幸福生活不可或缺的客观存在。在集体法益的定义中,很容易把广义的集体法益与狭义的集体法益相混淆,从而使前者的立法理由机械套用于后者,以风险控制、保障安全、集体恐惧等理由进行扩张的犯罪化立法。殊不知,这种不当嫁接忽视了狭义的集体法益不易被破坏,与个人法益的侵害相距甚远等属性,而这类属性决定了刑法不宜扩大狭义集体法益的保护范围,否则,就会出现过度侵犯自由的刑法风险。

将广义的集体法益与狭义的集体法益加以区分的实践意义在于,通过明确各自不同的正当性根据,以限定其存在范围。在广义的集体法益中,当个人法益以机械形式结合时,它其实是用公共安全、管理秩序等规范外衣,将多个个人法益连接起来,都可以还原为个人法益。比如,放火罪所要保护的法益,并非个人法益,而是个人法益的集合(即不特定多数人的生命、身体、财产等)。对于广义的集体法益,因为涉及多数或不特定人的生命法益、健康法益或财产法益等,刑法保护的是集合状态的个人法益,且造成个人法益侵害的几率较高,相对于保护同类个人法益的犯罪而言,其入罪门槛自然有降低的必要。例如,放火罪,若危险对象是人的生命,则比故意杀人罪的入罪门槛低,采取危险犯并无不当。同时,对广义的集体法益,可通过能否还原为个人法益,以判断公共安全等法益的刑法保护是否具有正当性。例如,高空抛物行为并不会造成不特定或多数人的生命法益或健康法益受损,不宜将其侵犯法益理解为公共安全,也不宜将高空抛物罪设置为抽象危险犯,故而,《刑法修正案(十一)》对其有“情节严重”的限制。

但是,上述立法理由与入罪标准并不适用于狭义的集体法益。狭义的集体法益是与国家任务或国家制度相关的范畴。法益是行为规范保护的客体,从行为与法益的关系看,侵害狭义集体法益的情况包括:一是叛乱、暴乱等直接涉及国家存亡的客观风险。二是对国家符号不尊重等间接的危险因素,如侮辱国旗、国徽等。三是妨害或侵害人类社会发 展所需的制度资源,例如,立法、行政、司法等国家机构的运作能力、秩序等。四是破坏人类繁衍所需的自然资源,如大气、水源、土地、野生动物等。五是生殖系基因编辑、病毒试验等改变人类遗传基因符码、不可预知传染病传播的不可预测风险。诚然,狭义的集体法益保护很容易被工具化,如果立法者赋予集体法益之刑法保护以某种政治功能,那么会使刑法对集体法益的保护演化成为一种治民工具,立法者以保护国家制度为名进行不当的刑法扩张,从而使法益论治权的限定性机能丧失殆尽。但是,这种工具化的理由往往并不成立,因为国家制度具有历史延续性,并不容易被破坏,且这种破坏距离现实的个人法益侵害射程远、概率低,这是其有别于广义集体法益的地方。

就狭义的集体法益来说,当个人法益以系统形式结合时,则需要进一步判断作为结合保护客体(如国歌、英雄的名誉等)所关联的秩序、价值等要素是否能够作为一种国家或

集体符码,进而决定相关国家机关、其他组织和机构能否作为适格的法益主体。例如,污染环境罪旨在确保“环境制度”这一国家任务,环境制度与药品管理制度一样,是避免出现重大环境污染事故、重大药品安全事故的保障,也是国家任务的重要内容。相反,警察执法秩序并不能成为狭义的集体法益,袭警罪的保护法益类似于暴行罪的保护法益,是个人的身体安全,仅仅是因为警察执法遭遇暴行阻扰的几率更高,使一般预防的必要性增加而有单独设立罪名的需要。但是,如果将袭警罪的保护法益定义为警察执法秩序,不仅会引起袭击辅警是否成立犯罪的争议,而且对警察个人的身体安全均无影响的行为(如袭击警车或警犬等)也会被定义为犯罪,导致该罪范围的不当扩张。

区分狭义的集体法益与广义的集体法益,并明确广义的集体法益系个人法益的集合,意图在于将抽象的、模糊的“集体法益”还原为具体的、明确的“个人法益”,以有效限制集体法益的范围,这一过程所采取的正是法益主体的具体化和明确化路径。就广义集体法益的刑法保护而言,它本质上属于一种经个人利益之“近距离”受益权功能而形成的消极国家保护义务,能够通过还原为个体法益来实现集体法益内涵的具体化和明确化,也只有在多个或不特定的个人法益遭受侵害或侵害危险时,刑法才有介入的必要,这有助于限定广义的集体法益。刑法理论的努力方向是明确还原论所应采取的标准,对客观上根本不能或概率极小的造成个人法益之侵害的情况予以排除。同时,面对不能还原为个人法益的狭义集体法益,一概否定也并不是理性的立场,但应当更严格限制其存在范围。对于狭义的集体法益,需要从国家任务角度分析其刑法意义。现代刑法立法扩张的背后其实隐含着国家任务的扩张,维护司法权威、建构环境保护制度等国家任务是国家负有的积极保障义务,并最终服务于个人利益的“远距离”受益权功能,刑法扩张的目的在于维护某种制度的有效性或保护公共利益。狭义的集体法益关联着国家制度或社会公共利益,以制度条件或运转作为基础,是维系社会进步、繁荣和人民幸福生活的根基,但是通常不能还原为具体的、明确的个人利益,例如,货币信用、司法权威等,与个人的生命、健康或财产法益等没有密切的直接或间接关联。同时,制度条件或运转多是制度化价值观念,行为的具体破坏对其具有远程性,因此,对狭义的集体法益之刑法保护应当受到最严格限制。一方面,不宜借着安全、秩序的理由进行大幅度扩张,而应该局限于宪法所规定的国家基本制度、国家符号或国家机关、社会组织的运行秩序。另一方面,不宜不加区分地套用广义集体法益的入罪理由。

这种混淆正是立法与司法产生冲突的原因,以生产、销售假药罪的修正为例,对本罪是否需要取消 1997 年刑法有关“足以危害人体健康”的规定,这涉及对生产、销售假药罪所保护的集体法益是什么类型的认识。对此,可以有两种理论预设:一是把生产、销售假药罪所保护的法益界定为药品管理制度,且这种制度是与人身无关的、狭义的集体法益,如果行为人违反我国《药品管理法》的规定,生产、销售假药,即使这种假药属于“程序性假药”,也必然因违反法律而侵犯国家药品管理制度,将其解释为犯罪并无疑问。二是把生产、销售假药罪所保护的法益界定为药品管理秩序,且这一制度是一种与人身有关的、广义的集体法益,即通过是否具有侵犯人身法益来评判这一集体法益是否具有刑法保护的真实性、必要性、价值性。两种不同的理论假设对立法与司法具有不同意义,并且会带

来冲突。从立法上,若把本罪的保护法益解释为与人身有关的、广义的集体法益,则刑法修正案取消“足以危害人体健康”的规定并不具有正当性,因为它会把“程序性假药”也纳入犯罪范畴,从而使刑法成为一种保障行政法律、经济法律等前置法的实施工具。从司法上,如果把生产、销售假药罪所保护的法益界定为药品管理制度,即与人身无关的、狭义的集体法益,那么不管这种假药是否侵犯人身权利,均可以将类似“陆某代购抗癌药案”中的有效药解释为生产、销售假药罪中的“假药”,这就违背了生活常识,并不能获得公众认同。这种冲突正是导致司法实践以个罪的构成要件(代购不是销售)而不是保护法益实现出罪功能的原因。

如何避免上述冲突,这就需要从法益保护的功能性出发,在区分广义与狭义的集体法益的基础上,对个罪的构成要件进行科学设计,而不仅仅是一种主观拟制。首先,法益是可以被损害的真实状态,如果某种利益本身不可能被损害,则不属于法益。其次,法益是有价值的状态,可能被人类的行为所改变,也可以通过刑法保护使其免于被改变。最后,法益作为法体系的通用概念,与民法法益、行政法法益不同,刑法法益必须是重要法益,而不包括一般法益。基于上述定位,个别法益的内涵必须明确而固定,当个罪保护的法益不明确或缺乏真实性时,立法者当废除这一条款,并在废除这一条款之前,需要以欠缺可罚性做出无罪解释。^[23] 狭义的集体法益必须是具有抽象的可损害性,涉及国家存在或运行条件,不能被破坏的利益或不重要的社会利益不能成为国家运作的条件,自然不能成为刑法保护的集体法益。比如,侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护法益是社会公共利益,即民众对于英雄烈士所特有的集体心理现象——英雄崇拜,这种集体心理现象并不会被轻易破坏,且属于集体法益中最抽象的层次,刑法教义学应严格限制其存在范围,只能将保护客体局限于民众普遍承认的、已经去世的、国家追授为英雄烈士的重要英雄人物。

(二) 狭义的集体法益不必还原为个人法益

就刑法理论而言,集体法益定义涉及三个关系范畴:集体法益本身、集体法益下的个体法益、集体法益与个体法益之间的关联。从学术史来看,集体法益论有一元论与二元论之分,这一讨论涉及集体法益与个人法益的关系,也是对集体法益深入讨论的逻辑起点。

一元论立足于自由主义,强调个体法益的保护,认为个体的法益比集体的法益更为重要。当然,一元论内部也有区分,有一元的个人法益学说与一元的集体法益学说之分歧,前者并不否定集体法益,而是将超个人法益功能化,认为集体法益只有被证明对个人的间接利益保护具有意义时,才具有正当性。后者则强调个人法益是由集体法益推导出来的,法益就是国家或社会的利益,属于共同体而不是个人,两者之间具有推导关系。^[24] 所谓一元论通常指一元个人的法益学说,其核心观点是:需要透过个人法益来具体化集体法益的内涵。正如有学者所指出,“通过嵌入个人法益因素并以此作为刑法保护集体法益的‘门槛’,可以适度消解集体法益与个人法益的紧张关系”。^[25] 缺乏个人法益对集体法益

[23] 参见钟宏彬著:《法益论的宪法基础》,我国台湾地区元照图书出版公司2012年版,第125-126页。

[24] 参见姜涛:《受贿罪保护法益新说》,《江苏行政学院学报》2020年第1期,第129页。

[25] 孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018年第6期,第37页。

的实体约束,刑法极可能形成假借集体法益之名进行非理性扩张。故而一元的集体法益学说现已无人主张了。

二元论是随着社会转型而出现的刑法理论,它在重视个体法益保护的同时,强调兼顾国家安全、公共安全、经济秩序等集体法益的保护。该学说认为集体法益是所有个人的共同利益,但并不能直接还原成为个人法益。^[26] 二元的法益学说主张在个人法益之外,还有集体法益的保护问题。如有学者认为,所谓集体法益是不直接以个体生命、健康或财产等利益方法呈现,间接与个体的生命、健康或财产等利益发生关联的制度信赖、环境保护等,其内容通常无关生命、身体、财产等个人法益,而是涉及整个社会系统的稳定运作,因为一旦社会功能或系统彻底崩坏,那么个人利益无论如何均无法获得保全。^[27] 这一理解其实包括两种类型的集体法益,一是广义的集体法益,比如,关联多个人的生命、健康等法益的集合形态;二是狭义的集体法益,即涉及整个社会制度运行所系的货币信赖、环境保护等。

比较而言,一元的个人法益学说固守个人自由的立场,是一种法治国刑法的立场;二元的法益学说主张在个人法益之外,还有集体法益的保护问题,因而是基于社会国原则对法益论的修正,是随着国家任务改变而改变的刑法理论。二元的法益学说与一元个人的法益学说的区别在于,前者并不主张把集体法益还原为个人法益,后者则认为,如果集体法益对个人法益的保护没有功能,便不具有合法性。为此,需要重视集体法益还原为个人法益的重要性及具体方法。^[28] 整体来看,二者的优点互为对方缺点,一元个人的法益学说能充分保护个人的自由,却忽视了安全;相反,二元的法益学说有随时过度干预自由的风险,从而也留下“秩序与自由的最佳平衡如何实现”这一刑法理论难题。笔者认为,一元论或还原论的立论基础和正当性根据均存在疑问,它把集体法益单纯视为个人法益的集合形态(广义的集体法益),不仅存在概念混淆,也没有触及狭义集体法益的实质内涵。集体法益固然涉及多数人的个人法益,但是,这并不能反过来说,凡是涉及多数人的个人法益的情况,都属于集体法益,以公共安全为例,所谓公共安全、国家安全是指不特定或多数人的生命、健康或财产安全,它是个人法益的集合形态,即使将其认定为集体法益,也只能是广义的集体法益,并非典型的集体法益形态。而狭义的集体法益才是典型的集体法益形态,也是集体法益之刑法保护界限讨论的关键所在。

此外,尽管一元论者明确指出,集体法益的正当性来自个人法益,若集体法益对个人法益的保护没有功用,就不具有正当性。然而,笔者认为,还原论只对广义的集体法益适用,广义的集体法益与个人法益之间具有推导关系,这也有助于限定集体法益的刑法保护界限。而对狭义的集体法益来说,则存在如下疑问:第一,狭义的集体法益涉及所有人的共同利益,为共同利益所提供的制度保障就难以还原为个人利益。第二,将集体法益还原为个人利益存在难度,这也正是立法者对保护集体法益的犯罪采取危险犯之立法技术的理由。而且,“一种简单的所谓集体法益最终必须服务于个人的说法,并不能提供什么具

[26] Vgl. Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 13 – 87; Anastasopoulou, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, S. 21 – 98.

[27] Vgl. Seelmann, Risikostrafrech, KritV 1992, 452, 454.

[28] Vgl. Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 1991, S. 194.

有实践意义的认识”。^[29] 第三,如前所述,所谓能够还原为个人法益的集体法益并不是严格意义上的集体法益,而是多个个人法益的集合。

总之,如果缺乏从法理上对集体法益之概念的合理界定,集体法益很容易成为一个“大箩筐”,甚至为刑事政策法益论所架空,成为社会危害性或“安全”的代名词。集体法益因空洞、混淆等原因若无法约束立法者的恣意,固然是个问题,但是,脱离法理上的法益论而依据刑事政策法益论,集体法益会因为缺乏合理的立法论体系而导致自身的失控,这是个更大的问题。就刑法立法来说,必须建构一个能够约束立法者的前实证集体法益概念,为从立法上限制集体法益的刑法保护边界提供理论分析工具。

四 限缩集体法益之刑法保护边界的立法路径

在集体法益作为犯罪界限标准的背后,涉及两个基本问题:一是集体法益能否被损害及其程度问题。二是为保护集体法益是否需要动用刑罚,这涉及比例原则的适用。

(一) 坚持具体危险原则

法益是有功能的真实事物,具有可损害的特性。损害包括客观的法益损害或损害危险,缺乏这一损害,则不允许动用刑法。法益论之所以在现代刑法上遭遇危机,是因为集体法益的早期化、抽象化、膨胀化,把抽象危险作为入罪理由,并且因缺乏具体的、现实的损害性而成为一种象征性符号,但是这一象征性符号并不能发挥限制刑法立法发展的功能,反而是刑法立法扩张的理由,立法者往往会借助非理性的民意或媒体渲染的集体恐惧等大行犯罪化立法,而缺乏对这种犯罪化立法所带来附随效应的前瞻性思考。

法益总是藉由行为的危险和实害而呈现,没有犯罪行为所造成的损害,就无所谓刑罚规范所要保护的法益。立法者重用抽象危险犯在于提早构筑刑法的防线,其蕴含的基本逻辑是抓早抓小,避免违法犯罪的破窗效应。但是,它不仅仅导致法益的精神化、模糊化,难以发挥实质出罪的教义学功能,而且所起到的犯罪预防效果也很微小。抽象危险犯通常并不能实现一般预防的目的,以抽象危险犯预防犯罪,只不过是立法者的一种奢望。

如果某种行为对构成要件所保护的法益并无危险,就不具有可罚性。比如,《德国刑法典》(Strafgesetzbuch)第326条第6款规定:“由于垃圾数量小,显然排除对环境,尤其是对人、水域、空气、土地、可食动物或植物的有害影响的,该行为不处罚。”^[30]集体法益的损害多属于法益侵害的危险,具有抽象性。笔者认为,刑法对集体法益的保护需要坚持具体危险原则,即局限于存在重大风险的领域,一般风险的预防并不能成为刑法保护集体法益的理由,以免刑法抵牾罪责原则。至于重大风险与一般风险的区分,可从侵害范围、侵害法益类别的重要性(如人身法益或财产法益等)、造成的法益有无可能恢复、风险转变为实害的紧迫程度等方面进行甄别。如果侵害范围广泛、损害的法益是人身法益中的生命

[29] 周漾沂:《从实质法概念重新定义法益:以法主体性论述为基础》,我国台湾地区《台大法学论丛》2012年第3期,第1031页。

[30] 《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第162页。

与健康、损害的法益不可能恢复,且风险转变实害的紧迫程度高,则属于重大风险,四者不完全具备的,则属于一般风险。

以危险驾驶罪为例,国内学界关注的焦点是危险驾驶罪的处罚范围过宽问题,这种争议自《刑法修正案(八)》增设该罪后就没有中断过。其中,醉酒驾驶范围过宽、刑罚处罚人数过多,是引发这种争议的原因。主张运用但书条款出罪,是当前刑法学界的有力观点。^[31] 其实,这种争议就来自于刑法立法没有坚持危险原则,对醉酒驾驶采取抽象危险犯而不是具体危险犯,缺乏对危险的广度、危险的接近性及结果发生之概率的评估。在具体情景判断中,如果醉驾行为距离实际危险的射程较远,危险的接近性及结果发生的概率极低,则不宜评价为具有可罚性。这从德日刑法立法中可见一斑,不少国家与地区尽管以刑罚惩罚酒驾,但多以“不能安全驾驶”为限制性条件,这是危险原则的体现,比如,《德国刑法典》第 315 条 a(危害铁路、水路、航空交通安全)第 1 项规定:“因下列行为危及他人身体、生命或贵重物品的,处 5 年以下自由刑或罚金刑:1. 由于饮酒或麻醉品,或由于精神上或身体上的缺陷,在无能力安全驾驶有轨交通工具、悬空缆车、船舶或飞机的情况下,驾驶此等交通工具的……”^[32] 醉酒型危险驾驶罪的保护法益具有工具性和高度抽象性,立法者禁止不能安全驾驶之行为的目的在于保护“公共安全”,公共安全应当与立法者所意欲保护的主体相联系,亦即,立法者通过刑法条文保护的是交通秩序的正常运转,并不是只有在行为对交通秩序造成了崩溃性的、毁灭性的损害或者严重性的威胁时,才能被看作是侵害结果。当然,也不是只要危险驾驶,就会危及公共安全,而是需要对于受保护的集体法益造成了立法者预期的一定程度的危险,即会间接侵害个人法益,才属于犯罪上的“不能安全驾驶”,因此,这属于法益的“双重侵犯性”。^[33] 反过来,如果将本罪的保护法益定义为“交通秩序的正常运转”这一集体法益,则不需要“不能安全驾驶”的入罪限制。

从具体危险原则出发,具体危险犯与抽象危险犯作为不同的犯罪模式,体现了刑法保护法益程度的区别,也体现了自由与安全之间的平衡取向。对于如何判断犯罪模式的限制范围与程度,涉及的是部分限制或全面性限制的比较,即为一种范围标准:在刻度表上的每一项限制除了包含前一刻度的限制外,也包含更多的限制,比如,禁止到 X 国以外的其他国家旅游,跟只禁止到 X 国旅游,乃是限制较重的手段。但是,如果在个案中某人的家人正好在 X 国,那么禁止某人到 X 国以外的国家旅游反而限制更重。^[34] 所以,立法者评价犯罪模式的限制范围与强度至关重要。不同类型的集体法益,刑法所应采取的犯罪模式不同。对于狭义的集体法益,原则上只能以结果犯模式呈现,需要有数额较大、后果严重等定量标准予以严格限定,不能采取危险犯模式。相反,对广义的集体法益,应当优先考虑采取具体危险犯,只对少数罪名(例如,环境犯罪)采取抽象危险犯。立法者必须要意识到其值得刑罚处罚的根据是给个人法益造成了损害的危险,而不是行政法律、经济

[31] 参见付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013 年第 6 期;梁根林:《“醉驾”入刑后的定罪困扰与省思》,《法学》2013 年第 3 期。

[32] 《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社 2004 年版,第 154 页。

[33] 参见王永茜:《两大法系中抽象危险犯的违法性根据比较》,《国家检察官学院学报》2013 年第 3 期,第 102 页。

[34] 参见单丽玫:《抽象危险犯的必要审查》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2015 年第 238 期,第 175 页。

法律所建构的某种制度或规范效力。单纯的行政法律、经济法律所建构的某种制度,已经由相关法律规定了违反这些法律应当承担的法律责任,如果刑法再为这种违反行为“加注”,则意味着“法律的双重评价”,不仅没有必要,也是一种法律资源的浪费。就此而言,刑法应当严格限定抽象危险犯的存在范围,即使要增设危险犯,也当以具体危险犯为主。

(二) 强化集体法益之刑法保护的合宪性审查

从实质的法益观出发,集体法益作为不法判断根据,其最大约束力来自于对宪法上基本权利的保障,集体法益只能从宪法规范中导出,与国家任务无关的、不具有价值的事物不能成为集体法益,如社会风化。比例原则就是确定集体法益有无价值、值不值得刑法保护的审查工具,涉及目的正当、手段正当和法益衡量三个维度。

首先,关于目的正当问题。过度犯罪化容易导致“积极预防→预防无效”的困境,这将带来刑法保护集体法益的正当性危机。加之,刑法意味着对罪犯的污名化和惩罚的严厉化,因此将刑法作为保护集体法益的有效手段时必须慎重。究竟是坚守其补充性、消极性角色,还是要积极扩大机能,作为社会安全保障网的一部分,正是现代社会赋予刑法的课题。如前所述,集体法益是一个包括多种个人法益或多个个人法益的集体范畴,只有当法益已经产生高度危害,提前介入保护法益的行为规范效果才是显著的,或者说,只有当法益具有急迫性或是损害难以恢复的情况下,事前预防才会比事后禁止更为有效,此时,以刑法保护集体法益具有正当性。相反,如果前置化的行为禁止,对于法益只有低度危险,那么行为规范的效果是有限的,此时,法益保护的前置化并不表示效果更好,刑法也因强调集体恐惧、政治秩序等刑法之外的目的而成为象征性刑法。抽象危险犯的运用需要谨慎:第一,具体危险的可能性不存在,抽象危险犯的可罚性应当受到排斥。第二,危险若已经排除,则不应该受到处罚,如醉酒驾驶很短时间后,把车停在路边睡觉的行为;第三,单纯的不服从行为,不应当受到惩罚。^[35] 就立法目的来说,考虑到“安全”一词的松散性,不能把国家安全、公共安全等发展成为“容器”概念,更不能把刑法发展转变为政治问题、道德问题,因为安全是在任何给定时间、任何给定状态的构造概念,各种政治因素、媒体、民意等在安全的塑造上发挥主导作用。^[36] 除了特别重要的集体法益,并不是所有的集体法益,都值得刑法去保护,如不能把浪费食物、同性恋、血亲相交等侵害善良风俗或大众道德情感的价值保护伪装成狭义的集体法益,因为善良风俗或维护道德秩序固然能够实现个人自由创造条件,但善良风俗并不能成为刑法目的。

其次,关于手段正当问题。最后手段原则是比例原则的子原则,它强调刑法并不是一把万用钥匙,而仅仅是社会问题解决的最后手段,^[37] 只有在民事、行政等手段不起作用的情况下,才能允许被使用。^[38] 同时,只有当刑罚手段所造成的侵害明显小于所欲追求的

[35] 参见林东茂:《危险犯的法律性质》,我国台湾地区《台大法学论丛》1994年第1期,第293-298页。

[36] See Liz Campbell, *Organized Crime and National Security: A Dubious Connection?*, 17 *New Criminal Law Review* 220, 224 (2014).

[37] 参见[德]Winfried Hassemer:《现代刑法的特征与危机》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2012年第207期,第247页。

[38] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学刑法总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,第23页。

目的而获得的利益,才能最终运用刑罚手段。^[39] 在社会风险面前,刑法最后手段原则会被修正,但并不是被替代或失效,刑法应当作为后卫的力量,在其他制度不能有效回应社会的需要时,刑法才有出场的必要。毕竟,刑法的处罚效应远远重于其他法律,不仅仅由于其是可能涉及对人身自由等基本权利的处罚,还在于犯罪标签的文化效应等潜在的影响。因此,就集体法益的刑法保护而言,不顾危险程度及其造成法益损害的可能性,一味地强调法益保护的前置化,从根本上就是建立在错误评估之上的。一方面,危险发生高度危害的可能性被高估了,法益仍缺乏具体的实体体现;另一方面,法益限制立法的系统性批判潜力、可信及实用的标准以及其他法律的功能都被严重低估了。

最后,关于法益衡量。如果刑法还有限制国家刑罚权的功能,则必须强化对刑法的合宪性审查,把刑法视为具体化的宪法。有学者指出,“法益概念提出的任何命题,都必须在宪法上有立足点,才可能发挥自由主义的功能,也才不会只是天马行空的口号”。^[40] 这个立足点只有借助于法益衡量才能实现,涉及刑法内外两个层面。刑法内,新增罪名或扩大个罪犯罪圈须与已有罪名在保护法益的必要性上具有相称性。可以从已有罪名的保护法益出发,基于同质性的考虑,将其作为新增罪名或扩大个罪犯罪圈的标准。以扩大犯罪圈为例,原有罪名的保护法益为 A,涵摄的行为类型包括 B1、B2、B3,如果要增加新的类型 B4,则必须考虑 B4 与 B1、B2、B3 之间是否具有同质性。刑法外,新增罪名或扩大个罪的犯罪圈,必须接受合宪性审查,把不符合基本权利之保障需要的情况予以排除。例如,不断信访或缠访是否构成扰乱国家机关秩序罪,这就需要首先明确建构国家机关秩序的宗旨或目的是服务于人民,且申诉、控告是公民的基本权利,如果把这一行为定义为犯罪,看似维护了国家机关的正常工作秩序,其实却背离了国家机关的宗旨,并不可取。

总而言之,法益论从“个人法益一元论”到“个人法益与集体法益二元论”的转变,乃是源于现代预防性政府、预防性国家的形成。随着社会风险增加及其复杂化,预防与控制风险成为国家任务,而此等社会期待表现在刑法方面,则是对制造风险的行为设置了诸多处罚规定,从而导致集体法益类型与范围的扩张。如果缺乏合理的、正当化标准,以刑法预防与控制风险,则会导致国家滥用刑法之风险。我们生活在一个“平衡的时代”,公民权利和自由不是绝对的,权利在某些情况下可能相互冲突,国家也可能基于共同利益(或公共利益)侵犯公民的自由与权利。^[41] 为追求自由与安全的最佳平衡,刑法理论必须明确集体法益的刑法保护边界。当然,法学家对法学理论的推演过程强调严谨与细密,法律实务家对实务判决更应着重推论过程之合理与客观,归结而言,都是一个说服力的问题。

[本文为作者主持的 2021 年度国家社会科学基金重大项目“数字经济的刑事安全风险防范体系建构研究”(21&ZD209)的研究成果。]

[39] 参见张明楷:《法益保护与比例原则》,《中国社会科学》2017 年第 7 期,第 105 页。

[40] 钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,我国台湾地区元照图书出版公司 2012 年版,第 316 页。

[41] See Ariel L. Bendor & Hadar Dancig-Rosenberg, Unconstitutional Criminalization, 19 *New Criminal Law Review* 171, 180 (2016).

[**Abstract**] The theory of legal interests has changed with the change of tasks of the state, shifting from “monism” of individual legal interests to “dualism” of individual legal interests and collective legal interests. The strengthening of the criminal law protection of collective legal interests embodies the expansion of the preventive function of the state. By making collective legal interests a new object of criminal law protection, it turns abstract dangerous crime into a new tool of criminal law protection, thereby bringing new expectations of criminal law development and new expansion of criminal law function. Meanwhile, it also brings new problems, including systematic crisis of criminal law, criminal law instrumentalism, symbolic legislation and criminal law paternalism, which may pose a threat to freedom. Collective legal interests can be divided into two categories: one in broad sense and one in narrow sense. The former is a collection of individual legal interests and has a deductive relationship with individual legal interests. It can be reduced to individual legal interests and should not be protected as collective legal interests. The latter is the collection of legal interests that cannot be reduced to individual legal interests. Compared with individual legal interests, these interests are more solid and will not be easily destroyed, so criminal law also has stricter limits for their protection. To distinguish between the two and define the former as a collection of personal interests is to reduce the abstract and vague “collective legal interests” to concrete and clear “individual legal interest”, so as to effectively limit their scope and the approach adopted in this process is the concretization and clarification of the main bodies of legal interests. For this reason, it is necessary only when several or non-specified number of individual legal interests are infringed upon or threatened. Collective legal interests in a narrow sense are related to the state system or social public interest. Based on institutional conditions or operation, they need not to be reduced to individual legal interests, but should be more strictly restricted in terms of their scope of existence because they cannot be easily destroyed. On the one hand, they should not be greatly expanded on grounds of security and order, but should be limited to the basic system of the state, the state symbol or the operation order of state organs and social organizations as stipulated in the constitution. On the other hand, it is not appropriate to indiscriminately apply collective legal interests in a broad sense as the cause of criminalization. To find the best balance point between freedom and security in the criminal law protection of collective legal interests, we should not only adhere to the principle of specific risk and apply abstract dangerous crimes with caution (even if dangerous crimes are to be provided for, the focus should be put on specific dangerous crimes) but also strengthen the review of constitutionality and take the legitimacy of purpose, the legitimacy of means and the measure of legal interest as the third – order standards for the review.
