

论集体法益向个人法益的比例还原

欧阳本祺

内容提要:面对预防性犯罪化的立法冲击,集体法益独立说提倡的法益限缩论与构成要件限缩论都难以实现限缩刑法处罚范围的效果。因此需要从集体法益独立说转向集体法益还原说,并对集体法益还原说进行外部辨正与内部辨正。集体法益的还原不是存在论的分解还原、利益还原或者条件还原,而是从价值论上把集体法益还原为个人法益的普遍保护手段。集体法益的还原应该符合比例原则的目的正当性审查和手段正当性审查。以目的正当性审查来甄别不真正的集体法益,以手段正当性审查来甄别不合比例的集体法益。冲突的集体法益、溢出的集体法益以及过时的集体法益均不应受刑法保护。

关键词:集体法益 个人法益 法益还原 比例原则

欧阳本祺,东南大学法学院教授。

一 问题的提出

随着社会风险的增加和国家治理的转型,我国刑事立法近年来呈现出预防性犯罪化的趋势,增设了大量保护集体法益的法定犯。面对这种单向度的犯罪化立法,我国学界呈现出积极刑法观、消极刑法观和折中刑法观的对立,三者的对立主要聚焦于法益论。消极刑法观认为,我国犯罪化立法导致了法益论的全面崩溃:法益的内涵已由个体法益转向集体法益,这意味着法益论已在无形中让位于规范论。^[1]积极刑法观则认为,犯罪化立法并没有导致法益原则的弃守,只是带来了法益论的更新:从消极的法益保护转变为积极的法益保护,从注重保护个人法益向转向集体法益。^[2]折中刑法观在肯定法益论变化的同时,认为集体法益与个人法益“存在天然的矛盾性,……处于此消彼长的缠绕与纠结”。^[3]可见,三种刑法观都认识到了犯罪化立法中集体法益大量涌现的事实,只不过分

[1] 参见刘艳红:《中国刑法的发展方向:安全刑法抑或自由刑法》,《政法论坛》2023年第2期,第65页。

[2] 参见周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016年第4期,第24页。

[3] 孙国祥:《新时代刑法发展的基本立场》,《法学家》2019年第6期,第4页。

别采取了不同的立场。消极刑法观虽然肯定自然犯中的个人法益,但倾向于否定法定犯中的集体法益,主张法定犯的本质在于规范违反而不是法益侵害。积极刑法观倾向于赞同集体法益与个人法益独立并行的二元论。折中刑法观则困惑于集体法益与个人法益之间纠缠不清的关系。因此,如何认识集体法益与个人法益的关系成为不同法益观的分水岭。本文认为,集体法益既不是价值虚无的,也不是完全独立的,当然也不是与个人法益纠缠不清的。集体法益可以也应当还原为个人法益。集体法益的还原论既可以克服消极刑法观对犯罪圈的过分限缩,也可以克服积极刑法观对犯罪圈的过分扩张,更可以从理论上澄清折中刑法观的困惑。

二 集体法益独立说的批判

在批判集体法益独立说之前,需要明确集体法益的内涵以及集体法益独立说的基本立场。

(一) 集体法益的内涵

关于集体法益的内涵,学界存在不同的认识。第一种观点把集体法益等同于超个人法益,认为凡个人法益之外的国家法益、社会法益都是集体法益。^[4] 第二种观点认为集体法益只是超个人法益中的特殊类型,不能把集体法益等同于超个人法益。例如,有学者认为,集体法益是超个人法益中被累积犯所侵害的法益,集体法益具有使用上的非排他性、事实上的不可拆分性、后果上的累积危险性三个特点。^[5] 黑芬德尔教授(Roland Hefendehl)认为集体法益具有不可分配性、非排他性、非敌对性三个特征,具体包括为个人自我发展创造自由空间的社会法益、保护国家架构条件的国家法益两大类型。^[6] 罗克辛教授(Claus Roxin)认为,超个人法益只有经过三重检验才能称得上集体法益:首先,集体法益不能仅仅是为了“拯救”一项规则(循环检验),即不能把对集体法益的保护等同于规范维护;其次,保护大量个人并不构成集体法益(分配性检验),集体所有权可以分配给个人,但集体法益不能按比例分配给不同的个人;再次,集体法益能够直接受到构成要件行为的影响,但这并不意味着同时(即使只是抽象危险)影响个人法益(独立性检验)。^[7] 第三种观点认为,集体法益是个人法益与超个人法益的复合体,是以个人法益为支柱、以超个人法益为延展的双重体系,是同时包含目标属性的个人法益与基础属性的超个人法益的二元结构。^[8] 本文赞同上述第二种观点,一方面,集体法益不能等同于超个人法益,否则集体法益这个概念就是多余的;另一方面,集体法益也不是个人法益与超个人法益的集合体,集体法益只是超个人法益中被累积犯所侵害的法益。

[4] 参见孙国祥:《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;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;付玉明:《立法控制与司法平衡:积极刑法观下的刑法修正》,《当代法学》2021年第5期,第15页。

[5] 参见张明楷:《集体法益的刑法保护》,《法学评论》2023年第1期,第45页。

[6] 参见钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,我国台湾地区元照出版有限公司2012年版,第252-259页。

[7] Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Aufl. 2020, S. 52.

[8] 参见李川:《二元集合法益与累积犯形态研究——法定犯与自然犯混同情形下对污染环境罪“严重污染环境”的解释》,《政治与法律》2017年第10期,第47页。

(二) 集体法益独立说的基本立场

集体法益独立说的基本立场是反对将集体法益还原为个人法益,根据反对还原的理由可以将其分为整体法益一元论与实质法益二元论两派。整体法益一元论是相对于个人法益一元论而言的,其认为法益一直都是整体法益,刑法保护的只是整体法益,而不是个人法益;与整体法益相比,个人利益如萤火不可与日月争光,小到可以忽略。宾丁(Karl Binding)、霍尼希(Richard Honig)、耶赛克(Hans-Heinrich Jescheck)、魏根特(Thomas Weigend)等学者都持这种观点。^[9] 整体法益一元论属于社会本位的法益观,主张个人服从于整体,认为不存在将集体法益还原为个人法益的必要性与可能性。整体法益一元论现在只有少数学者支持,多数支持集体法益独立说的学者都以实质法益二元论为基础。

实质法益二元论是相对于形式法益二元论而言的。虽然两者都承认集体法益独立于个人法益,但形式法益二元论认为集体法益可以还原为个人法益,而实质法益二元论认为,集体法益与个人法益实质上相互独立,两者分属不同的领域,互不从属。“集体法益具有不可分配性特征,是刑法独立的保护客体”;^[10]“集体法益应当与个人利益相关联,但也不至于都需要被还原为具体的个人法益……集体法益还原论应该被抛弃。”^[11] 主张实质法益二元论的学者指出,“法益还原论并没有真正消解秩序法益的抽象性,而是将这种抽象性转移到各种似是而非的还原话语上。每一种还原话语实际上都为秩序法益开辟了一条泛在化通道;每还原一次,秩序法益便扩容一次。”^[12] 库伦教授(Lothar Kuhlen)也认为,“主张公共法益最终为了实现值得保护的利益,并不意味着,公共法益是由个人法益推导出来的,也不能将公共法益还原为个人法益。”^[13] 梯德曼教授(Klaus Tiedemann)认为,经济刑法“保护的法益主要不是经济者个体的个人利益,而是国家的整体经济秩序,以及经济的有序过程”。^[14] 例如,《德国刑法典》第 264a 条规定的投资欺诈罪,同时保护作为个人法益的投资者处置自由以及作为集体法益的资本配置效率。^[15] 需要注意的是,虽然实质法益二元论与整体法益一元论都反对将集体法益还原为个人法益,但是两者的价值观不同:前者坚持个人本位的价值观,后者采取社会本位的价值观。实质法益二元论认为,集体法益与个人法益都是立足于人本主义的法益,个人法益保护个人的自由发展,集体法益保护个人自由发展的社会条件。侵犯个人法益的行为直接损害了特定人的发展可能性,侵犯集体法益的行为间接损害了所有人的发展可能性。^[16]

[9] 参见钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,我国台湾地区元照出版有限公司 2012 年版,第 236-237 页;[德]耶赛克、魏根特著:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,中国法制出版社 2017 年版,第 351 页。

[10] 马春晓:《现代刑法的法益观:法益二元论的提倡》,《环球法律评论》2019 年第 6 期,第 138 页。

[11] 李志恒:《集体法益的刑法保护原理及其实践展开》,《法制与社会发展》2021 年第 6 期,第 129 页。

[12] 蓝学友:《论秩序法益的主体间性》,《法学》2023 年第 11 期,第 97 页。

[13] [德]洛塔尔·库伦:《环境刑法——新教义学的探索》,胡敏慧译,载方小敏主编《中德法学论坛》第 16 辑下卷,法律出版社 2019 年版,第 103-104 页。

[14] [德]克劳斯·梯德曼:《德国经济刑法导论》,周遵友译,载赵秉志主编《刑法论丛》2013 年第 2 卷,法律出版社 2013 年版,第 7 页。

[15] Vgl. Tiedemann/Vogel, in: Laufhütte u. a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB Band 9/1; § § 263 bis 266b, 12. Aufl. 2012, S. 494 ff.

[16] 参见钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,我国台湾地区元照出版有限公司 2012 年版,第 248 页;马春晓:《现代刑法的法益观:法益二元论的提倡》,《环球法律评论》2019 年第 6 期,第 139 页。

(三) 集体法益独立说的不足

本文不赞同集体法益独立说,对集体法益独立说的批判,需要立足于当前我国预防性犯罪化的立法趋势。我国刑法立法的趋势是单向度的犯罪化,12部刑法修正案共新增了76个罪名,这些新增罪名绝大多数集中在侵害集体法益的犯罪中。^[17]这种单向度的预防性犯罪化立法趋势“是令人担忧的,不仅是因为其造成太多的刑罚,而且还因为它对法治造成了极大的危害”。^[18]因此,在刑事立法不断犯罪化与扩张化的进程中,刑法学者倾向于出罪化与限缩化的基本立场。“刑法学是‘刑法—限制科学’,也就是说,大多数刑法学者对于立法者所致力刑法范围扩大化以及刑罚加剧化是持否定怀疑态度的。”^[19]前述集体法益独立说的学者也认识到了提倡集体法益独立性可能带来的问题与法治风险,因而提出了一些限缩刑法的措施。这些措施包括两类,一是法益限缩,二是构成要件限缩。但总的来说,离开了法益还原的指导,这些限制措施都难以取得理想效果。

1. 法益限缩论的困境

集体法益独立说为了防止处罚范围的过度扩张,主张对集体法益的内涵和外延进行限缩。概括起来,所有对法益本身进行限缩的理论无外乎三种:或者诉诸前实证法的价值,或者谋求与社会结构的联系,或者谋求与宪法的联系。^[20]但是,集体法益独立说限缩法益的这三种努力都存在问题。

第一,试图用前实证法的价值来限缩或者改造集体法益,实属南辕北辙。例如,关于经济刑法所保护的集体法益,我国传统观点采取经济秩序说,认为经济犯罪侵犯的法益是社会主义市场经济秩序。^[21]由于经济秩序法益确实存在内涵不清、外延模糊,不利于指导司法解释的缺点,因此有的学者试图用“经济自由”^[22]“资源配置利益”^[23]来取代“经济秩序”作为经济刑法的法益。在这三个概念中,“经济秩序”是经济法规良法善治所形成的有序状态,属于从实证法推出来的法益,而“经济自由”“资源配置利益”是在经济法规制定之前就已经存在的社会利益,属于前实证法的法益。可见,集体法益独立说为了弥补秩序法益观的缺陷,限制经济犯罪的处罚范围,反而用更加抽象且更加模糊的前实证法的“自由”“利益”来取代实证法的“秩序”,存在南辕北辙式错误。从方向上来看,对集体法益的限缩,只能朝着具体化的方向努力,而不是朝着更加抽象的方向努力。

第二,试图把集体法益与社会结构相联系的探索,有盲人摸象的片面性。由于社会结构过于宽泛和复杂,把集体法益与社会结构相联系的探索,可能只触摸到了社会结构的某

[17] 参见刘艳红:《轻罪时代我国应该进行非犯罪化刑事立法——写在〈刑法修正案(十二)〉颁布之际》,《比较法研究》2024年第1期,第22页。

[18] [美]道格拉斯·胡萨克著:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第23页。

[19] [德]埃里克·希尔根多夫著:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第168页。

[20] 参见[德]伊沃·阿佩尔:《通过刑法进行法益保护?》,马寅翔译,载赵秉志等主编《当代德国刑事法研究》2016年第1卷,法律出版社2017年版,第60页。

[21] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第371页。

[22] 参见何荣功:《经济自由与刑法理性:经济刑法的范围界定》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第3期,第44页。

[23] 参见魏昌东:《中国经济刑法法益追问与立法选择》,《政法论坛》2016年第6期,第156页。

个局部,从而导致对集体法益的理解与限缩不够准确。例如,有的学者认为,在“个体→主体间互动→社会秩序”这一社会结构中,秩序法益一元说侧重于社会秩序生成的“终点”,集体法益还原说侧重于秩序生成的“起点”,两者都忽视了“主体间互动”这一至关重要的社会因素。因此,应该从主体间性的角度来理解秩序法益等集体法益。^[24]但是,这种主体间性法益说值得商榷。一方面,“主体间互动”只是我国传统犯罪客体“社会关系”的翻版,主体间危害性说很可能滑向传统的社会危害性说,这无助于对集体法益的限制。社会危害性说最大的问题就是缺乏基本的规范质量,只要想处罚一个行为,社会危害性说在任何时候都可以提供超越法规规范的根据。^[25]而主体间危害性说并未克服社会危害性说的法治风险。另一方面,不仅社会秩序等集体法益,就连物权、债权等个人法益也具有主体间性。物权是一种对世的绝对权,债权是一种对人的相对权。因此,从主体间性的角度难以明确集体法益的内涵,也难以限制集体法益的扩张。再如,有的学者针对法定犯中集体法益的模糊性,提出用权利侵害说取代法益侵害说以限缩立法和司法。^[26]德国的斯图肯伯格教授(Carl-Friedrich Stuckenberg)主张以基本权利教义学取代法益理论。^[27]权利义务关系是规范的社会关系,权利概念也确实比法益概念要明确得多,权利侵害说确实比法益侵害说更有利于明确刑法的处罚范围。但是,权利的主体只限于个人,现代社会中大量存在的侵犯超个人法益的犯罪难以直接和权利侵害联系起来。权利侵害说“在针对个人的犯罪上有多清晰,那么在针对个人以外的犯罪中就有多模糊”。^[28]当年比恩鲍姆(Johann Michael Franz Birnbaum)提出“法益侵害说”取代费尔巴哈(Paul Johann Anselm von Feuerbach)的“权利侵害说”,就是为了扩大刑法处罚范围。^[29]因此,用权利概念取代集体法益概念,不是对集体法益的限缩,而是对集体法益的阉割。另外从逻辑上看,权利并不能被侵害,财物被盗窃以后,行为人并未失去对该财物的所有权。准确地说,犯罪侵害的对象不是权利本身,而是权利的客体,即某种益(Gut)。^[30]

第三,试图把集体法益与宪法联系起来的想法,可能过于天真。主张该观点的学者认为,集体法益适格与否,并非简单取决于能否还原为个人法益,而在于是否具有符合宪法规定的实体性内容;^[31]或者认为,超个人法益不应该还原为个人法益,而应该借助宪法资源对其进行限制。^[32]但是,“通过宪法振兴批判立法的法益理论这一希望,可以说是梦幻泡影。”^[33]因为宪法是多种政治力量妥协的产物,具有高度开放性与价值多元性,试图依

[24] 参见蓝学友:《论秩序法益的主体间性》,《法学》2023年第11期,第97页。

[25] 参见李海东著:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第8页。

[26] 参见罗翔:《权利侵犯说视野下法定犯的立法限制与司法限缩》,《政治与法律》2022年第12期,第60页。

[27] Vgl. Stuckenberg, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, GA 158, 2011, 653, 653 ff.

[28] [德]京特·雅克布斯:《保护法益——论刑法的合法性》,赵书鸿译,载赵秉志等主编《当代德国刑事法研究》2016年第1卷,法律出版社2017年版,第14页。

[29] 参见许恒达著:《法益保护与行为刑法》,我国台湾地区元照出版有限公司2016年版,第13页。

[30] 参见张明楷著:《法益初论(上册)》,商务印书馆2021年版,第22页。

[31] 参见马春晓:《现代刑法的法益观:法益二元论的提倡》,《环球法律评论》2019年第6期,第134页。

[32] 参见马永强:《批判立法的法益概念:现实危机及其沟通理性纾解》,《比较法研究》2023年第5期,第181页。

[33] [德]阿明·英格兰德著:《现代社会中的法与刑法》,邓卓行译,北京大学出版社2023年版,第168页。

靠宪法来限制集体法益的范围,是不现实的想法。反过来说,如果宪法可以用来限制法益的范围,并进而限制法定犯的处罚范围,那么“为什么还需要‘法益’这样一个徒增判断成本的中间环节呢”?^[34] 合宪性解释是在多种解释结论中选择最有利于维护法秩序统一性的解释结论,但合宪性解释并不能直接对集体法益进行限缩。

总之,在我国积极犯罪化的立法背景下,无论是前实证法的价值标准,还是社会结构标准,抑或是宪法标准,都难以实现对集体法益的限缩。限缩集体法益的唯一方法就是把集体法益还原为个人法益,凡是不能还原为个人法益的集体法益都不应当受到刑法的保护。

2. 构成要件限缩论的空洞

有的集体法益独立说学者在否定集体法益还原说的同时,提出从构成要件角度对侵害集体法益的犯罪进行限缩,认为“只要我们能够保证行为人的行为同时具有‘危险性’与‘累积性’,刑法对行为人的处罚就是合理的”。^[35] 是否具有“累积性”是一个事实判断,不存在特别的困难。而是否具有“危险性”是一个规范判断,危险是对法益的危险而不是对行为客体的危险。^[36] 离开了法益的具体指导难以得出是否有危险的合理结论,因此“危险概念是一个危险的概念”。^[37] 例如,向河流中排放废水的行为是否具有危险,取决于如何理解污染环境罪的保护法益。如果认为该罪法益是环境媒介(水体本身),那么排放废水的行为对水体产生了实害结果;如果认为该罪的法益是环境功能,那么排放废水的行为可能有具体的危险;如果认为该罪的法益是人的生命或健康,那么排放废水的行为可能只有抽象的危险甚至没有危险。尤其需要指出的是,集体法益独立说离开法益论的指导来对构成要件进行限缩解释,不仅否定了集体法益还原说,甚至会否定法益侵害说本身而走向规范违反说。有学者就明确提出,与其说法定犯侵犯了先天不足的集体法益,不如直接承认其是对国家行政法规的单纯不服从,从而法定犯的出罪不再指望法益的限缩,而只需要对构成要件中的行政要素进行限缩解释即可。^[38] 但是,离开了法益的指导,对构成要件中的行政要素难以得出合理的解释结论。例如,对于“国家工作人员”的解释存在身份说与公务说的争论;对于《刑法》第382条第2款关于“受委托管理、经营国有财产的人员”的规定,存在注意规定说与法律拟制说的争论。对这些构成要件要素的解释,应该以法益为指导,遵循融贯性与合目的性的双重要求。^[39]

三 集体法益还原说的辨正

集体法益还原说的基本立场是集体法益能够且应当还原为个人法益,但是不同学者对于具体的还原路径论述各异,因此需要辨正。集体法益还原说的辨正,包括外部辨正与内

[34] 陈璇:《法益概念与刑事立法正当性检验》,《比较法研究》2020年第3期,第69页。

[35] 李志恒:《集体法益的刑法保护原理及其实践展开》,《法制与社会发展》2021年第6期,第129页。

[36] 参见徐凯著:《抽象危险犯正当性问题研究:以德国法为视角》,中国政法大学出版社2014年版,第15页。

[37] 张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第213页。

[38] 参见刘艳红:《“法益性的欠缺”与法定犯的出罪——以行政要素的双重限缩解释为路径》,《比较法研究》2019年第1期,第86页以下。

[39] 参见劳东燕:《论受贿罪中的国家工作人员》,《东方法学》2020年第2期,第20页。

部辨正两个层面的问题。外部辨正旨在澄清集体法益还原说与独立说之间的关系,内部辨正旨在澄清集体法益还原说内部不同路径之间的关系。外部辨正是前提,内部辨正是重点。

(一) 集体法益还原说的外部辨正

就外部辨正而言,集体法益还原说与独立说的争议在于如何理解整体与部分的关系,这实际上是哲学上还原论与整体论之争在刑法学理论上的体现。^[40] 自 20 世纪 20 年代以来,哲学上出现了整体论与还原论的争论。依据对整体与部分之间紧密程度的不同理解,整体论与还原论可以进一步细分为强整体论、弱整体论、弱还原论以及强还原论。其中,弱整体论与弱还原论的立场大致相同,可以兼容。所以,真正的争论存在于强整体论、强还原论与弱整体论(弱还原论)之间,涉及对象之争、路径之争和理论根本之争三个层次。首先,对象之争是关于“何物存在”的存在论之争。强整体论认为,整体独立于部分而存在,整体之和大于部分,整体决定部分的属性;强还原论则认为,整体是由部分构成的,部分决定了整体的性质;弱整体论(弱还原论)认为,部分构成整体,同时整体又具有部分所没有的高层次属性。其次,路径之争是关于“从何处入手研究”的方法论之争。强整体论认为,分解会损害整体,不能根据分解后的部分来认知整体;强还原论则认为,只有通过分解才能认识整体;弱整体论(弱还原论)认为,不论是否采取分解措施,都只有先认识部分才能认识整体。最后,理论根本之争则是价值论之争。强整体论采取整体本位的立场,认为整体才具有实质和根本的属性;强还原论则采取部分本位的立场,认为部分才具有实质价值;弱整体论(弱还原论)认为整体与部分同时具有价值。^[41] 在这些争论中,“还原论的思维实质根源于人类思维的割离本性,弱意义上的还原论对于科学是必要的。”^[42]

综上所述,集体法益独立说属于哲学上的整体论,其中的集体法益一元论属于强整体论,集体法益还原说属于哲学上的还原论。如后文所述,集体法益还原说中的分解还原说、条件还原说、利益还原说属于强还原论,价值还原说属于弱还原论。本文不赞同集体法益的强还原,而提倡集体法益的弱还原。

(二) 集体法益还原说的内部辨正

内部辨正的目的在于明确集体法益还原的具体路径。这是需要重点研究的问题。对集体法益还原说的质疑主要集中在还原路径上:集体法益还原说“只是在价值论层面反复强调秩序法益‘应当’被还原为个体利益,并没有在本体论层面揭示出秩序法益究竟‘如何’被还原为个体法益”。^[43] 甚至“一种简单的所谓集体法益最终必须服务于个人的说法,并不能提供什么具有实践意义的认识”。^[44] 因此,为了提倡集体法益还原说,就必

[40] 需要指出的是,哲学上的还原论与整体论之争不同于哲学上的实在论与唯名论之争。实在论与唯名论之争自古就存在,争论的主要问题是共相或者一般(如“红色”)是客观实在体(实在论),还是空洞的名称(唯名论)。而还原论与整体论都承认整体是客观存在的实体,而非空洞的名称。参见邓晓芒、赵林著:《西方哲学史》,高等教育出版社 2014 年版,第 92 页以下。

[41] 参见刘劲杨:《论整体论与还原论之争》,《中国人民大学学报》2014 年第 3 期,第 68 页。

[42] 刘劲杨:《还原论的两种形相及其思维实质》,《自然辩证法通讯》2007 年第 6 期,第 25 页。

[43] 蓝学友:《论秩序法益的主体间性》,《法学》2023 年第 11 期,第 94 页。

[44] 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。

须对“如何还原”进行辨正。对此,学界存在几种不同的主张。

1. 集体法益的还原不是分解还原

“还原”的基本文义就是把整体拆分或者分解为部分。主流的集体法益还原说提倡的正是这种存在论上意义的“分解还原”。例如,有学者认为,只有当某种公法益与个人法益具有同质性,能够分解成或者还原成个人法益,是促进人类发展的条件且具有重要价值时,才是值得刑法保护的法益,^[45]不能还原为人的生命、身体、健康、自由、财产的环境法益,必须从生态学的人类中心的法益论中予以排除。^[46]再如,德国学者马克斯(Michael Marx)也认为,“公共的法益与个人的法益之间在原理上并没有不同,所谓的公共法益,必须还原为……各个个人。”^[47]申言之,马克斯认为,法益的主体只能是“个人”,而不能是国家、民族、公众之类玄奥的超个人主体,严格来说只有个人法益没有超个人法益。当然,由于个人同时具有个体性与社会性,因此,个人法益可以分为“单个人法益”与“全体个人法益”(公共法益)。^[48]另外,哈塞默尔(Winfried Hassemer)的人格法益理论也代表了一种还原论方案,^[49]其认为,当且仅当刑法服务于公民的法益保护时,它才是正当的。^[50]但是,这种分解还原在前提和方法上都值得商榷。

从前提上来看,认为包括集体法益在内的公法益与个人法益“具有同质性”或者“在原理上并没有不同”的判断,值得商榷。关于“同质性”至少有三种不同的理解。第一种理解是“主体同质性”。按照这种理解,国家安全、司法制度等集体法益是全体个人“共有”的法益,其与人身、财产等个人法益不存在质的区别,只存在主体人数多少之类量的区别。^[51]但是,即使从主体层面来看,也很难说集体法益是全体个人“共有的”。例如,司法制度中存在控辩审或者原被告等利益冲突的主体,一方的胜诉即为另一方的败诉,败诉方可能会拒不执行判决,甚至质疑司法不公。司法制度只是为利益冲突各方提供纠纷解决机制,并非各方的共有法益。第二种理解是“功能同质性”,即认为集体法益与个人法益在保护个人利益的作用方式上相同。但这种理解也不正确。因为个人法益直接保护特定个人的自由,集体法益通过保护自由的外在条件而间接保护不特定的个人。换言之,集体法益通过保护“法的关系”来保护个人利益。^[52]可见,集体法益与个人法益在功能方式上具有很大差异。因此,所谓的“同质性”只能是第三种理解,即“目的同质性”。按照这种理解,保护集体法益的最终目的也是保护个人的自由和利益,因此集体法益和个人法益在保护个人自由与利益方面具有同质性。当然,即使承认集体法益与个人法益在目

[45] 参见张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,《中国法学》2017年第4期,第46页;张明楷:《宪法与刑法的循环解释》,《法学评论》2019年第3期,第20页;张明楷:《论实质的法益概念》,《法学家》2021年第1期,第88页。

[46] 张明楷:《污染环境罪的争议问题》,《法学评论》2018年第2期,第6页。

[47] [日]伊东研祐著:《法益概念史研究》,秦一禾译,中国人民大学出版社2014年版,第320-321页。

[48] 参见钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,我国台湾地区元照出版有限公司2012年版,第156-157页。

[49] 参见[德]阿明·英格兰德著:《现代社会中的法与刑法》,邓卓行译,北京大学出版社2023年版,第173页。

[50] Vgl. Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 12, 1989, 553, 558.

[51] 参见钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,我国台湾地区元照出版有限公司2012年版,第156页。

[52] 法的关系是一个人驱动外在行为的自由意志与另一个人的自由意志之间的关系。参见周漾沂:《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981页。

的上具有同质性,也不意味着集体法益可以“分解还原”为个人法益。集体法益一旦形成,便难以再被逆向分解到个体身上。^[53]

从方法上来看,能够被分解为个人法益的公法益不属于集体法益。公法益的范围很广,凡是个人法益之外的社会法益和国家法益,都可以统称为公法益。集体法益是公法益中的一种特殊类型。有的公法益是由个人法益“整合”而成的,存在“分解”可能;有的公法益则是个人法益的保护机制,并非个人法益的整合,不存在分解的可能。例如,作为社会法益的“公共安全”可以被分解为不特定或者多数人的生命、健康或者财产安全,^[54]而作为国家法益的“国家安全”则无法作类似的分解。^[55] 质言之,能够被分解为个人法益的公法益原本就不属于集体法益,集体法益所具有的不可分配性、非排他性、非敌对性决定了集体法益无法被“分解还原”。

2. 集体法益的还原不是利益还原

受李斯特利益论的影响,我国主流观点认为,法益是刑法所保护的、客观上可能受到侵害的生活利益。^[56] 因此,有的学者认为集体法益的还原就是利益还原,“集体法益必须返回到人的利益或者说至少要与人的利益相勾连,才能获得刑法保护的入门资格”。^[57] 也有的学者把“法益还原”与“利益还原”两个概念混在一起,不加区分地使用,时而认为集体法益“能够分解成或者还原成个人法益”,^[58] 时而认为集体法益“可以还原为个人利益”。^[59] 但实际上,“法益还原”与“利益还原”两者之间有很大区别。^[60] 个人法益具有普遍性,而个人利益具有特殊性,个人法益是个人利益的最大公约数。“利益是任意性的东西。说快乐杀人者有杀害他人的利益也是可以的。”^[61] 因此,所谓的集体法益还原,只能是集体法益还原为个人法益,而不是还原为个人利益。正如德国学者英格兰德(Armin Engländer)所说,“集体法益必须回溯至个人法益,而不是某种纯粹的个人利益。”^[62] 实际上,侵害个人法益与侵害个人利益,具有完全不同的性质。举例来说,“一只花瓶”并不是法益,法益侵害也不是“打破了这只花瓶”,因为花瓶是具体、特殊的东西。能成为法益的只能是抽象、普遍的东西,即物对人的归属关系或者说人对物的占有关系。打破花瓶之所以会侵害法益,原因就在于否定了物对人的归属关系或人对物的占有关系,而不是侵害了某人的具体利益。个人对花瓶的具体利益,是不需要考虑的问题。这只花瓶对甲来说可能价值连城,是一种利益,但对乙来说可能一文不值,可能不但没有利益,甚至是不利益。

[53] 参见蓝学友:《论秩序法益的主体间性》,《法学》2023 年第 11 期,第 95 页。

[54] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社 2019 年版,第 329 页。

[55] 《国家安全法》第 2 条规定,“国家安全”是指国家政权、主权、统一和领土完整、人民福祉、经济社会可持续发展等国家其他重大利益相对处于没有危险和不受内外威胁的状态,以及保障持续安全状态的能力。

[56] 参见张明楷著:《法益初论(上册)》,商务印书馆 2021 年版,第 190 页。

[57] 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 48 页。

[58] 张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,《中国法学》2017 年第 4 期,第 46 页。

[59] 张明楷著:《刑法学(上)》(第三版),法律出版社 2021 年版,第 78 页。

[60] 法益是潜藏在犯罪构成要件背后的理念价值,而非具体的利益。Vgl. Rengier, Strafrecht AT, 14. Aufl. 2022, S. 8.

[61] [德]克努特·阿梅隆:《德国刑法学中法益保护理论的现状》,姚培培译,载方小敏主编《中德法学论坛》第 14 辑下卷,法律出版社 2018 年版,第 23 页。

[62] [德]阿明·英格兰德著:《现代社会中的法与刑法》,邓卓行译,北京大学出版社 2023 年版,第 176 页。

因此,从个人利益的角度不能导出刑法保护的必要。但是不管花瓶对谁而言是不是利益,只要它属于某人占有,这种占有关系就应该受到尊重。^[63]

3. 集体法益的还原不是条件还原

条件还原论认为,“集体法益是个人人格自由发展的社会性条件”,^[64]“个人法益保护个人的自由发展,而集体法益则保护个人自由发展的社会条件”,^[65]因此可以将集体法益还原为个人法益的社会条件,保护了这些社会条件就能够保护个人法益。但是,条件还原论最大的问题在于,“条件”是一个比“法益”外延更广、内涵更模糊的概念。在“条件—结果”的关系范式中,条件具有横向上的无限多样性和纵向上的无限溯及性。例如,刑法上的所有因果关系理论都是以“条件说”为基础的。但是条件说过于宽泛,因此刑法学界先后提出“最有力条件说”“最后条件说”“合法则条件说”“相当因果关系说”“客观归责理论”等不同观点来对“条件说”进行限缩。就人的自由发展而言,无疑需要无限多样的条件,而且所有的条件“存在即合理”。但并非这些条件都能成为刑法上的集体法益,刑法上的集体法益只是个人自由发展所需要的无限条件中的一小部分。因此,试图靠极度模糊和宽泛的“条件”来限缩集体法益,无异于缘木求鱼。例如,人的自由发展离不开营养丰富的食品、良好的教育、幸福的家庭等条件,但是刑法只打击生产、销售不符合安全标准的食品、有毒有害食品罪,组织考试作弊罪,代替考试罪,重婚罪、暴力干涉婚姻自由罪等少数犯罪行为。

4. 集体法益的还原是价值论的比例还原

前述分解还原说、利益还原说和条件还原说存在着共同的方法论缺陷,即把“还原”理解为一种存在论上的本体还原。这种存在论还原侧重集体法益与个人法益之间的现象关系,试图通过结构分解、利益关联、条件创造等方法在集体法益与个人法益之间建立起可视化的回归关系。本文提倡的价值论还原不纠结于集体法益与个人法益之间的现象回归关系,而专注于两者之间“手段—目的”的价值关系。从价值论来看,“要对社会有害,就必须对某个或者某些社会成员有害。”^[66]存在论还原不断地追问贿赂犯罪、环境犯罪等所侵犯的集体法益究竟是应该还原为个人的生命、健康还是财产利益?^[67]价值论还原考虑的重点不是集体法益能够还原为哪一个具体法益或者利益,而是集体法益能否成为保护个人法益的普遍手段。

这里的“普遍手段”,是指集体法益对于保护个人法益具有普遍有效性,集体法益不是为了保护特殊群体的特殊利益。集体法益的普遍手段性,正是集体法益不可分配性、非排他性、非敌对性特征的集中体现。例如,在贿赂犯罪中,行贿人和受贿人各有所图,两者都不是受害人,也不存在值得保护的受害人法益。应当说,贿赂犯罪侵害的是作为集体法

[63] 参见周漾沂:《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》第41卷,第1021页。

[64] 李志恒:《集体法益的刑法保护原理及其实践展开》,《法制与社会发展》2021年第6期,第115页。

[65] 马春晓:《现代刑法的法益观:法益二元论的提倡》,《环球法律评论》2019年第6期,第139页。

[66] [英]边沁著:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第25页。

[67] 参见[德]洛塔尔·库伦:《环境刑法——新教义学的探索》,胡敏慧译,载方小敏主编《中德法学论坛》第16辑下卷,法律出版社2019年版,第103-104页。

益的职务行为公正性,这种职务行为的公正性虽然并不能直接还原为行贿人、受贿人或者第三人的特定个人法益,但无疑是保护社会上个人法益的“普遍手段”。正如培根(Francis Bacon)所说,“一次不公正的审判,其恶果甚至超过十次犯罪。因为犯罪虽是无视法律——好比污染了水流,而不公正的审判则毁坏法律——好比污染了水源。”^[68]相反,骗取贷款罪和非法吸收公众存款罪的法益还原却值得商榷。首先需要明确的是,骗取贷款罪和非法吸收公众存款罪不具有“非法占有目的”,侵害的法益不是具有普遍有效性的财产所有权。根据我国刑法的体系定位,两罪侵犯的法益是“金融管理秩序”。但是,这两个犯罪的金融管理秩序并非保护个人法益的“普遍手段”,而是保护特殊行业的特殊手段。例如,骗取贷款罪的处罚要求“给银行或者其他金融机构造成重大损失”,该罪是通过金融管理秩序的保护来保护银行或者其他金融机构的特殊利益。但是,在金融行为市场化、投资风险自我担责的市场经济背景下,用刑法对特殊主体的投资利益进行保护违背了集体法益的普遍有效性要求。虽然骗取贷款罪中的集体法益可以在本体上还原为金融机构的特殊利益,但无法在价值上还原为普遍性的个人法益。按照存在论还原,本罪的集体法益似乎可以还原。但是按照价值论还原,本罪的集体法益无法还原。因此,在金融体制市场化改革的背景下,骗取贷款罪应该作出罪化处理。同样道理,非法吸收公众存款罪保护的并非广大社会公众的法益,而是银行等金融机构的特殊利益。换言之,非法吸收公众存款罪的集体法益并非保护社会公众个人法益的普遍手段,而是保护金融机构个人利益的特殊手段,不具有价值上的还原可能性。非法吸收公众存款罪也应该作出罪化处理。

集体法益独立说批评集体法益还原说“没有在本体论层面揭示出秩序法益究竟‘如何’被还原为个体法益”。^[69]这种批评本身就值得商榷。从本体论层面来看,集体法益与个人法益原本就是两个独立的存在,不存在还原的可能。但是,从价值层面来看,集体法益可以还原为个人法益,这种还原是价值论上的比例还原。不能因为集体法益在本体论或者存在论上无法还原为个人法益,就否认其价值论上的还原。

一方面,价值论还原符合集体法益犯罪的构造。集体法益是公共利益中被累积犯所侵害的法益,换言之,侵害集体法益的犯罪都是累积犯。^[70]而累积犯具有阻挡层和背后层的双层法益构造。“阻挡层法益是集体法益,背后层法益是个人法益。……保护阻挡层法益只是手段,保护背后层法益才是目的。”^[71]累积犯的双层法益构造决定了集体法益的价值还原,作为手段的集体法益应该在价值上还原为作为目的的个人法益。

另一方面,价值论还原能够发挥比例原则的功能。由于集体法益与个人法益之间存在手段与目的价值关系,保护集体法益只是保护个人法益的普遍手段,因此保护作为手段的集体法益应该受到比例原则的限制。换言之,对集体法益的保护应该受到适当性原则、必要性原则和均衡性原则的限制。因此,集体法益的价值还原也可以称为比例还原。接下来需要研究的问题是,如何以比例原则为指导实现集体法益的还原。

[68] [英]弗兰西斯·培根著:《人生论》,何新译,湖南人民出版社 1987 年版,第 219 页。

[69] 蓝学友:《论秩序法益的主体间性》,《法学》2023 年第 11 期,第 94 页。

[70] 参见李志恒:《集体法益的刑法保护原理及其实践展开》,《法制与社会发展》2021 年第 6 期,第 119 页。

[71] 蓝学友:《规制抽象危险犯的新路径:双层法益与比例原则的融合》,《法学研究》2019 年第 6 期,第 134 页。

四 集体法益比例还原的适用

法益原则与比例原则既具有相同的法治基础,也具有互补的价值追求,因此集体法益的还原论既具有可能性,也具有必要性。下文重点研究集体法益比例还原的价值面向与具体方法。

(一) 集体法益比例还原的价值面向

任何国家公权力(包括刑罚权)的行使都应该具有目的正当性与手段正当性。法益原则追求的是国家权力行使的目的正当性,即只有在保护法益的情况下,国家权力才可以对行为人的自由进行限制。比例原则追求的是国家权力行使的手段正当性,即国家用来限制行为人自由的手段必须适当、必要和均衡。众所周知,传统的比例原则包括三个子原则:第一,适当性原则,要求国家所采取的限制个人自由的措施,必须有助于实现所追求的目的。第二,必要性原则,要求在所有限制个人自由的措施中,应该选择损害最小的那种。第三,均衡性原则,要求限制个人自由的措施与所追求的目的之间必须相称和均衡。^[72]其中,适当性原则和均衡性原则侧重的是手段与目的之间的关系,必要性原则侧重的是手段与手段之间的关系。可见,在国家权力行使的目的正当性与手段正当性中,法益原则只侧重前者,比例原则只侧重后者。因此,在良法善治的要求下,法益原则与比例原则应该相互吸收借鉴。一方面,要将比例原则所提倡的手段正当性判断规则纳入法益原则的判断中,使法益原则的内容同时包含目的正当性和手段正当性。^[73]另一方面,要将法益原则所倡导的目的正当性理念纳入比例原则的具体构造中,使传统的“三阶”比例原则转化为“四阶”比例原则,即目的正当性原则、适当性原则、必要性原则、均衡性原则。^[74]

“同其他法律一样,刑事法律也必须遵守比例原则,也就是说,不仅刑事法律追求的目标必须正当,达到该目标的过程也必须在狭义上合理、必要,并且合乎比例。”^[75]本文提倡集体法益比例还原的初衷,旨在同时发挥法益原则目的正当性要求与比例原则的手段正当性要求。由于前述四阶比例原则已经兼顾法益原则的目的正当性判断和传统三阶比例原则的手段正当性判断,因此集体法益的比例还原可以直接采取四阶比例原则的判断方法。首先,集体法益本身必须具有目的正当性。一方面,集体法益必须具有普遍性,而不是特殊群体的利益;另一方面,集体法益必须具有独立性,而不是个人法益的集合。其次,保护集体法益的手段应当符合适当性原则,即保护集体法益必须有助于实现对个人法益的保护目的。再次,保护集体法益的手段应当符合必要性原则,即在所有保护集体法益的手段中应该选择损害最小的手段,防止重刑化和过罪化的立法和司法。最后,保护集体法益的手段应当符合均衡性原则,即保护集体法益的措施与保护个人法益的措施具有均

[72] Vgl. BverfGE 7, 377, 405 ff.

[73] 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99页。

[74] 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期,第133页;范进学:《论宪法比例原则》,《比较法研究》2018年第5期,第106页。

[75] [德]埃里克·希尔根多夫著:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第227页。

衡性,不能为了保护集体法益反过来牺牲个人法益。第一阶判断是目的正当性判断,后三阶判断是手段正当性判断。

(二)集体法益比例还原的具体方法

如上所述,集体法益比例还原包括目的正当性判断和手段正当性判断两个价值面向。但是,仅仅指出集体法益比例还原的价值面向还不够,还需要进一步探讨其具体方法。

1. 以目的正当性审查来甄别不真正的集体法益

目的正当性审查就是对集体法益本身的审查,即甄别出不具有普遍性和不具有独立性的不真正集体法益。由于上文已经对不具有普遍性的集体法益进行了论述,这里主要论述如何甄别不具有独立性的不真正集体法益,即如何甄别作为个人法益集合体的不真正集体法益。众所周知,立法者在制定法律时会赋予每一个法条以特定目的,这个目的是立法者宣称的目的。但是,司法者在适用法律时需要对立法者所宣称的目的进行仔细甄别,而不能完全采纳立法者宣称的目的。^[76] 这种甄别工作在适用自然犯与法定犯一体化规定的刑法时,显得尤为重要。^[77] 我国理论与实务中的很多问题都源于没有注意到这些不真正的集体法益,不恰当地将个人法益集合体与集体法益混同起来。

我国学界存在一种比较普遍的观点,认为集体法益包括“可以还原为个人法益的集体法益”与“不可以还原为个人法益的集体法益”两类。例如,有的学者认为,广义的集体法益可以还原为个人法益,狭义的集体法益不能还原为个人法益。^[78] 有的学者认为,“生活世界”中的集体法益可以还原为个人法益,“系统”中的集体法益不能还原为个人法益。^[79] 有的学者认为,权益保障型经济刑法中的集体法益可以还原为个人法益,制度依存型经济刑法中的集体法益难以还原为个人法益。^[80] 本文认为这种观点值得商榷,这种观点没有对集体法益本身进行目的正当性审查。按照本文的观点,上述学者所谓的“可以还原为个人法益的集体法益”实际上是个人法益的集合体,属于不真正的集体法益;其所谓的“可以还原”,是指“可以分解”,并非价值还原。上述学者所谓的“不可以还原为个人法益的集体法益”才是真正的集体法益;其所谓的“不可以还原”是指不可以进行本体论上的分解,但可以且应当进行价值论还原。集体法益的目的正当性审查,就是要甄别出不真正的集体法益,进而将其排除在集体法益的适用范围之外。

例如,我国刑法分则第二章规定的危害公共安全类犯罪,似乎旨在保护超个人的集体法益。但是,“所谓公共安全法益的内涵,实际上和所涉及的个人法益内涵重复,只是用一个集体法益的形式外衣,将众多的个人法益包裹起来而已”。^[81] 因此,根据集体法益的目的正当性审查,公共安全法益并非保护个人法益的普遍手段,而是个人法益的集合体。对公共安全法益当然需要进行保护,但没有必要作为集体法益来保护,否则不利于限缩危

[76] 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期,第146页。

[77] 参见张明楷:《自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释》,《法商研究》2013年第4期,第46页。

[78] 参见姜涛:《论集体法益刑法保护的界限》,《环球法律评论》2022年第5期,第115页。

[79] 参见马永强:《批判立法的法益概念:现实危机及其沟通理性纾解》,《比较法研究》2023年第5期,第179-180页。

[80] 参见张小宁:《论制度依存型经济刑法及其保护法益的位阶设定》,《法学》2018年第12期,第145页。

[81] 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》第41卷,第1040页。

害公共安全罪的适用范围。再如,一般认为,《刑法》第 293 条规定寻衅滋事罪,是为了保护作为集体法益的“公共秩序”。^[82] 但是,将该罪的法益理解为集体法益,一方面可能不符合第 293 条对行为类型的具体规定,另一方面会导致该罪沦为“口袋罪”。因此,按照集体法益的目的正当性审查,寻衅滋事罪保护的并非集体法益,而是个人法益的集合体。具体来说,该罪第 1 款“随意殴打他人”保护的法益是社会一般交往中个人的身体安全;第 2 款“追逐、拦截、辱骂、恐吓他人”保护的法益是个人在公共活动中的行动自由;第 3 款“强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物”保护的法益是个人的财产权;第 4 款“在公共场所起哄闹事”保护的法益是个人的自由与安全。^[83] 黑芬德尔教授甚至认为,“公共秩序”本身并不能作为一种刑事法益,德国刑法典“危害公共秩序犯罪”一章的规定无非是一个冒险的杂货店。^[84]

2. 以手段正当性审查来甄别不合比例的集体法益

集体法益是保护个人法益的普遍手段,集体法益与个人法益之间是手段与目的之关系。因此,在上文对集体法益本身进行目的正当性审查以后,还需要在集体法益与个人法益的关系中审查集体法益的手段正当性。而手段正当性的审查恰是传统比例原则的内涵。所以,集体法益的手段正当性审查,就是要审查相对于保护个人法益(目的)而言,保护集体法益(手段)是否符合适当性原则、必要性原则和均衡性原则。

第一,冲突的集体法益不应受刑法保护。换言之,如果保护某项集体法益不仅不会促进个人法益,反而会损害个人法益,那么保护该集体法益就不符合比例原则。

例如,我国刑法第 290 条第 1 款和第 2 款分别规定了“聚众扰乱社会秩序罪”和“聚众冲击国家机关罪”,此外第 3 款又规定了“扰乱国家机关工作秩序罪”。但是,第 3 款关于扰乱国家机关工作秩序罪的规定,违反了比例原则。一般认为,扰乱国家机关工作秩序罪是为了处罚屡教不改的缠访、闹访行为。^[85] 公民缠访、闹访往往涉及其个人利益的诉求,其中有的利益诉求可能实际上是合法合理的。满足公民的合理诉求,拒绝其不合理诉求本身就是国家机关的工作职责,也是国家机关工作秩序的内在要义。但是,该罪的设立把“国家机关工作秩序”与“公民个人利益”对立起来,保护集体法益不仅无助于个人法益的保护,反而会损害个人法益,因此违反了比例原则中的适当性原则。而且,公民非聚众、非暴力的缠访、闹访行为给国家机关工作秩序所带来的影响也是非常有限的,行政处罚完全足够,刑罚处罚不符合比例原则中的必要性原则。另外,该罪处罚缠访、闹访所造成的后果相对于所带来的收益而言,也不符合比例原则中的均衡性原则。

再如,我国《刑法》第 301 条规定聚众淫乱罪保护的法益是“公共秩序”,那么这种公共秩序法益是否保护个人法益的普遍手段呢?换言之,这种公共秩序法益能否还原为个人法益呢?首先可以肯定的是,这种公共秩序法益不能还原为犯罪行为人的个人法益,恰恰相反,该罪正是通过限制行为人的性自由来维护公共秩序。所以需要审查的是,这种公共秩序法益是否保护普通民众个人法益的手段。美国学者范伯格(Joel Feinberg)认为,淫

[82] 参见贾宇主编:《刑法学(下册·各论)》,高等教育出版社 2023 年版,第 231 页。

[83] 参见张明楷著:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 1397 页。

[84] Vgl. Hefendehl, Die Rechtsgutslehre und der Besondere Teil des Strafrechts, ZIS 10, 2012, 506, 512.

[85] 参见车浩:《刑事立法的法教义学反思——基于〈刑法修正案(九)〉的分析》,《法学》2015 年第 10 期,第 5 页。

秽行为“是造成反感、震惊、恶心的极端冒犯行为，……它们冒犯大众，毫不掩饰，露骨地公然展示”。^[86] 我国也有学者认为，聚众淫乱罪侵犯的法益是公众的性羞耻感。^[87] 可见，惩罚聚众淫乱罪保护公共秩序的目的是保护公众的性羞耻感不被冒犯。因此，对不会侵犯公众性羞耻感的淫乱行为加以刑事处罚，就不符合适当性原则、必要性原则和均衡性原则。根据这种手段正当性审查，该罪的处罚范围仅限于公然聚众淫乱的场合，而不包括成人之间私下在封闭房间里的淫乱行为。

第二，溢出的集体法益不应受刑法保护。换言之，如果刑法已经对个人法益提供了全面保护，那么再保护相关的集体法益就不符合比例原则。

美国学者胡萨克 (Douglas Husak) 在批判过罪化的立法时指出，“我们的刑法之所以过度犯罪化，是因为我们在不断重复地犯罪化——一次又一次地对同种行为进行犯罪化。”^[88] 如果在集体法益与个人法益的“手段—目的”关系中，刑法已经对个人法益提供了全面保护，就无需再重复规定对集体法益的保护。例如，《刑法》第 287 条之一规定的非法利用信息网络罪与第 287 条之二规定的帮助信息网络犯罪活动罪属于侵害集体法益的累积犯 (积量构罪)。^[89] 但是，这两个犯罪也有违比例原则。就“发布有关违法犯罪信息”的非法利用信息网络罪而言，一方面，发布“违法信息”的行为原本就不应该以犯罪论处，另一方面，发布“犯罪信息”的行为可以直接按相关犯罪的预备犯或者帮助犯论处。^[90] 就帮助信息网络犯罪活动罪而言，既然“明知他人利用信息网络实施犯罪”而提供帮助，直接按照帮助犯处罚即可，没有必要再另外规定一个犯罪。因此，有学者认为帮助信息网络犯罪活动罪的立法不是帮助行为正犯化的立法，而是帮助行为量刑规则的立法。^[91] 再如，《刑法》第 308 条之一规定，“司法工作人员、辩护人、诉讼代理人或者其他诉讼参与人，泄露依法不应公开审理的案件中不应公开的信息，造成信息公开传播或者其他严重后果的，处……。”但是，在刑法已经规定了泄露国家秘密罪、侵犯商业秘密罪、侵犯公民个人信息罪、侮辱罪的情况下，泄露不应公开的案件信息罪就属于违反比例原则的重复立法。

总之，《刑法》第 287 条之一、第 287 条之二、第 308 条之一都是《刑法修正案 (九)》新增的条文，立法初衷是增设对集体法益的保护以严密法网。但是，这些条文中集体法益背后的个人法益已经得到了刑法的全面保护。在这种情况下，再增设集体法益犯罪以保护相关的个人法益，就不符合比例原则中的适当性原则、必要性原则和均衡性原则。

第三，过时的集体法益不应受刑法保护。换言之，如果时代的变迁使集体法益与个人法益之间“手段—目的”关系不复存在，那么保护该集体法益就不符合比例原则。

例如，“倒卖车票、船票罪”属于刑法分则第三章第八节扰乱市场秩序罪。但是在车票、船票全面实名制且电子化的时代，倒卖车票或船票的行为几乎销声匿迹。保护车票、

[86] [美] 乔尔·范伯格著：《刑法的道德界限》(第二卷)，方泉译，商务印书馆 2014 年版，第 137 页。

[87] 参见张明楷著：《刑法学(下)》(第六版)，法律出版社 2021 年版，第 1413 页。

[88] [美] 道格拉斯·胡萨克著：《过罪化及刑法的限制》，姜敏译，中国法制出版社 2015 年版，第 54 页。

[89] 参见皮勇：《论新型网络犯罪立法及其适用》，《中国社会科学》2018 年第 10 期，第 126 页。

[90] 参见欧阳本祺、王倩：《〈刑法修正案(九)〉新增网络犯罪的法律适用》，《江苏行政学院学报》2016 年第 4 期，第 124 页。

[91] 参见欧阳本祺、刘梦：《帮助信息网络犯罪活动罪的适用方法：从本罪优先到共犯优先》，《中国应用法学》2022 年第 1 期，第 113 页。

船票市场秩序的任务,已经由电子信息技术悄无声息地完成了,刑法应该退出该领域。再如,在互联网技术高度发达的时代,电子邮件、微信、QQ等即时通信工具几乎取代了传统的书信邮件,而且在“物超人”的物联网时代,每一个包裹邮件都有自己的“行踪轨迹”,延误或者丢失包裹邮件的行为再难发生。因此,故意延误投递邮件罪“属于应该进行非犯罪化的罪名之首”。^[92]又如,在我国计划生育政策发生显著变化的当下,《刑法》第336条非法进行节育手术罪所保护的集体法益也已经不复存在。可见,由于数字技术的发展或者国家政策的变化,有些集体法益已经不再是个人法益的保护手段,那么保护该集体法益就既不符合适当性原则,也不符合必要性原则和均衡性原则。

五 结 论

面对我国近年来单向度的预防性犯罪化立法,如何处理集体法益与个人法益的关系,成为不同刑法观的分水岭。集体法益独立说认为不能也没必要把集体法益还原为个人法益,并提出了法益限缩与构成要件限缩两类措施,但都难以取得限缩刑法处罚范围的效果。试图用前实证法的价值来限缩或者改造集体法益,实属南辕北辙;试图把集体法益与社会结构相联系的探索,具有片面性;试图把集体法益与宪法联系起来的想法,过于天真;离开了法益的指导,难以实现对构成要件的限缩适用。因此需要从集体法益独立说转向集体法益还原说,并对集体法益还原说进行外部辨正与内部辨正。外部辨正旨在澄清集体法益还原说与独立说之间的关系,内部辨正旨在澄清集体法益还原说内部不同路径之间的关系。

集体法益的还原不是分解还原,能够分解还原为个人法益的不是真正的集体法益;集体法益的还原不是利益还原,法益是利益的最大公约数;集体法益的还原不是条件还原,条件具有纵向的无限溯及性和横向的无限延展性。集体法益还原的本质应当是价值还原,即把集体法益还原为个人法益的普遍保护手段。集体法益与个人法益之间“手段—目的”关系决定了刑法对集体法益的保护应该受到比例原则的限制。比例原则的限制包括目的正当性审查和手段正当性审查两个方面的内容。就目的正当性审查而言,第一,如果某项集体法益不是保护个人法益的普遍手段,而是保护特定利益的特殊手段,那么对其保护不具有目的正当性。第二,个人法益的集合体不是真正的集体法益,用累积犯来保护个人法益的集合体不具有目的正当性。就手段正当性审查而言,第一,如果保护某项集体法益不仅不会促进个人法益,反而会损害个人法益,那么保护该集体法益就不符合比例原则(冲突的集体法益不受刑法保护)。第二,如果刑法已经对个人法益提供了全面保护,那么再保护相关的集体法益就不符合比例原则(溢出的集体法益不受刑法保护)。第三,如果时代的变迁使集体法益与个人法益之间“手段—目的”关系不复存在,那么保护该集体法益就不符合比例原则(过时的集体法益不受刑法保护)。

[本文为作者主持的2022年度国家社会科学基金重点项目“预防性犯罪化立法冲击下刑法教义学的应对与发展研究”(22AFX008)的研究成果。]

[92] 刘艳红:《轻罪时代我国应该进行非犯罪化刑事立法——写在〈刑法修正案(十二)〉颁布之际》,《比较法研究》2024年第1期,第31页。

On the Proportional Reduction of Collective Legal Interests to Individual Legal Interests

[**Abstract**] Facing China's unidirectional preventive criminal legislation over the past three decades, how to deal with the relationship between collective and individual legal interests is a watershed for different views of criminal law. The doctrine of the independence of collective legal interests, which holds that collective legal interests cannot and need not be reduced to individual legal interests, proposes the restriction of legal interests and the restriction of constituent elements, but it is difficult for either of these two measures to limit the scope of criminal penalties. It is difficult to limit the application of constituent elements without guidance from legal interests. Therefore, it is necessary to move from the doctrine of independence of collective legal interests to the doctrine of reduction of collective legal interests and to externally and internally identify the latter. External identification aims to clarify the relationship between the doctrine of reduction and independence of collective legal interests, and internal identification aims to clarify the relationship between different paths within the doctrine of reduction. The reduction of collective legal interests is not a decomposition reduction because legal interests that can be decomposed into individual legal interests are not originally collective legal interests; it is not an interest reduction because legal interests are the highest common denominator of interests; and it is not a condition reduction because conditions are infinitely retrospective vertically and infinitely extensible horizontally. The essence of the reduction is a value-based reduction, namely the reduction of collective legal interests to a universal means of protecting individual legal interests. The means-end relationship between collective and individual legal interests determines that the protection of collective legal interests by criminal law should be limited by the principle of proportionality, which includes the purpose-justification test and the means-justification test. As far as the purpose-justification test is concerned, firstly, if a collective legal interest is not a universal means of protecting individual legal interests but a special means of protecting particular interests, its protection is not justified by purpose; and secondly, aggregates of individual legal interests are not authentic collective legal interests, and the use of cumulative crimes to protect them does not serve a legitimate purpose. As far as means-justification test is concerned, firstly, it is disproportionate to protect collective legal interests if the protection does not promote individual legal interests but rather harms them; secondly, if criminal law already provides comprehensive protection for individual legal interests, it would be disproportionate to protect relevant collective legal interests; and thirdly, the protection of collective legal interests would be disproportionate if the means-end relationship no longer exists as a result of changes of times.

(责任编辑:贾元)