

现代刑法的法益观：法益二元论的提倡

马春晓

内容提要：现代社会中国家与个人关系的转变，国家任务与刑法任务的改变，引发了法益理论的变革。无论是早期法益一元论还是缓和法益一元论都存在着难以克服的理论缺陷，无法胜任现代刑法的理想型，对此应当倡导法益二元论。二元论也是人本主义法益论，它同样赋予集体法益以批判立法的实质内涵，而且更清晰地表明法益主体不仅包括“我”，还包括“我们”。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。立足中国语境倡导二元论，有利于科学认知新兴法益的概念内涵和功能转型，能够更好地从根基处说明我国当前的刑事立法现状与发展趋势。但是，受传统刑法观的影响，仍然可能存在对集体法益理解不当与适用泛化等问题，对此应理性地理解法益理论，承认法益概念具有功能上限。在立法上，不应忽略辅助性原则与明确性原则的补充限制功能；在司法上，则应以构成要件作为解释具体犯罪的逻辑起点。

关键词：集体法益 古典刑法 现代刑法 二元论法益观

马春晓，清华大学法学院博士后研究人员。

近年来，我国刑事立法修订频繁，刑法介入社会生活的力度、广度与深度均大为增强。多数学者立足于古典刑法的立场，从过度刑法化、情绪性立法以及新工具主义等角度批评当前刑事立法趋势，^[1]也有少数学者从社会基础、时代精神、刑事政策等理由出发，主张确立积极的或功能主义的刑法立法观。^[2]双方的交锋集中在现代刑法的犯罪化问题上，而犯罪化的核心问题在于法益。作为刑法的理论基石，法益具有体系超越（批判）

[1] 参见何荣功：《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》，《中外法学》2015年第2期，第523页；刘宪权：《刑事立法应力戒情绪——以〈刑法修正案（九）〉为视角》，《法学评论》2016年第1期，第87页；魏昌东：《新刑法工具主义批判与矫正》，《法学》2016年第2期，第85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；劳东燕：《风险社会与功能主义的刑法立法观》，《法学评论》2017年第6期，第20页；付立庆：《论积极主义刑法观》，《政法论坛》2019年第1期，第99页。

与体系内在两方面机能。体系超越机能批判与审视立法的正当性与合理性;体系内在机能则指导实定法的解释。^[3] 选择何种法益观,成为两种刑法观争论中首要的、核心的问题。

从法益视角出发,现代刑法的犯罪化趋势体现在两方面。一方面是法益的抽象化。生态利益、经济秩序、国家安全等新型集体法益被创设出来;另一方面是法益保护的前置化。为有效地保护集体法益,抽象危险犯成为立法的“宠儿”。急剧增多的集体法益冲击着由个人法益主导的传统刑法体系,这引发了更深层次的问题:其一,如何坚守法益概念的理论基础。有观点认为,承认集体法益将导致法益理论走向崩溃。^[4] 法益作为主观权利的标的物,始终与人的概念相关联,而集体则是作为个人的对立面出现的,缺少个人法益所要求的人的关联性。因而,在理论上需要澄清集体法益是否背离人本主义的逻辑,以确保法益理论基础不被动摇。其二,如何实现法益划定刑事可罚性范围的功能。有观点认为,“集体法益使得今天藉由立于法益保护原则而为除罪化的人类行为方式几乎不存在了,刑法在趋势上不再是对公民自由利益最重大侵害的反应,反倒是成了内政的附加工具”。^[5] 可见,集体法益是否丧失了批判立法与限制解释的功能,这也是理论亟待回答的问题。

如何处理集体法益和个人法益的关系是贯穿上述两个问题的红线。对此,德国刑法学先后形成了早期的法益一元论(法兰克福学派)、法益二元论(缙德曼)与缓和的法益一元论(罗克辛)三种主要的观点。我国学界并没有明确区分早期一元论和缓和一元论,当前主流观点更倾向于缓和一元论,认为法益是刑法所保护的人的生活利益,不仅包括个人利益,也包括可还原为个人利益的国家利益与社会利益,^[6] 部分学者则坚持早期一元论的观点。^[7]

总体上,当前通说对于集体法益的态度或完全排斥,或将其隶属于个人法益。但对作为“优势学说”的法益一元论是否真正契合中国的现实,能否为刑事立法与司法适用提供成熟的教义学方案等问题缺乏应有的反思与审视。围绕这一问题,本文第一部分将简要地阐述德国刑法学中法益一元论与二元论的对立,阐明两种学说背后的不同立场、逻辑与问题;第二部分从法哲学与规范法学等多个维度解构这场论战,澄清争论双方观点的分歧;第三部分立足中国语境剖析一元论的问题,倡导二元论的法益观,推动中国刑法学准确认知、识别新兴法益,就集体法益的保护形成科学的刑法立法观,并结合集体法益规范解释当前司法实务中的典型疑难案件;第四部分就二元论在中国语境下可能存在的现实问题,从法益理论本身与超越法益理论两个维度作进一步的思考。

[3] Vgl. Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens; Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag 1973, S. 19 ff.

[4] 参见舒洪水、张晶:《法益在现代刑法中的困境与发展——以德、日刑法的立法动态为视角》,《政治与法律》2009年第7期,第107-109页。

[5] 参见[德]Hassemer:《现代刑法的特征与危机》,陈俊伟译,《月旦法学杂志》2012年第8期,第250-251页。

[6] 参见张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第63页;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。

[7] 参见黎宏著:《刑法学总论》(第二版),法律出版社2016年版,第5页。

一 一元论与二元论的立场、逻辑与问题

(一) 早期一元论的立场与问题

早期一元论由法兰克福学派的代表人物米歇尔·马克思(Michael Marx)提出,他主张宪法中“国家为了个人而存在”是法益理论的基础。法益是个人为了自由的自我实现所需要的对象,立法者只有在某种对象服务于个人的自我实现时,才能将其确认为法益。^[8] 在这一思想的指导下,哈斯默尔(Winfried Hassemer)认为集体法益仅是为了保护个人法益而被功能化的媒介,二者之间应存在“推导关系”(Ableitungsverhältnis),只有能从个人法益角度推导出来的集体法益,才能证明其目的在于服务个人,其刑法上的保护才具有正当性。^[9] 霍曼(Olaf Hohmann)进一步将“推导关系”拓展为“阶层关系”(Hierarchieverhältnis),认为个人法益高于集体法益,刑法规范如果没有直接保护个人法益,就必须从核心刑法中剔除出来。^[10] 早期一元论的优势在于理论的“政治正确”与“显而易见”的批判力,其主张只有个人才是法益的唯一主体,惟其如此才能发展出实质的法益概念,实现法益对刑事立法的限缩。

早期一元论教条化地将“古典刑法”理解为现代刑法的理想型。它将集体法益剔除出“核心刑法”的范畴,这几乎否定了集体法益作为刑法保护对象的可能性。它忽视了个人自由空间中不仅包含对一定权益的保障,还包含对个人行使自由权利基本前提条件的保障。^[11] 即便以“现代刑法”的方式保护作为个人自由基本前提条件的集体法益,只要刑法保护的手段没有过度限制个人自由,它便仍然契合“古典刑法”的理念。诚如有学者指出:“承认集体法益并且慎重立法上的选择,刑法不会恐怖化。核心刑法中,处罚贪污渎职的规定,处罚伪造货币的规定,不也是直接保护集体法益的吗?”^[12] 观点与结论无法自洽,理想与现实完全脱离,是一元论式微的真正原因。

(二) 缓和一元论的超越与不足

针对上述弊端,罗克辛(Claus Roxin)提出了缓和一元论用以平衡早期一元论与现实需要之间的紧张关系。他认为,法益是对个人自由发展、个人基本权利的实现和建立在这种目标之上的国家系统的正常运转必不可少的现实存在或目标设定。^[13] 一方面,他承认核心刑法应保护集体法益。刑法的任务在于作为最后手段确保国家的和平以及自由的社

[8] Vgl. Michael Marx, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut, Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre, Köln u. a. : Carl Heymann Verlag 1972, S. 81, 62 - 63.

[9] Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechen; Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main; Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag 1973, S. 82 f., 221 f.

[10] Olaf Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte; Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, Frankfurt: Verlag Peter Lang 1991, S. 143.

[11] 参见[瑞士]沃尔夫冈·沃勒什:《法益理论与犯罪行为结构》,赵晨光译,载赵秉志等主编《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2017年版,第123-124页。

[12] 林东茂著:《危险犯与经济刑法》,五南图书出版社1996年版,第73页。

[13] Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bd. I, München: Verlag C. H. Beck 2006, § 2, Rn. 7.

会生活。从这个任务出发,必须将任何对于实现该任务而言是不可免除的,均看法益。刑法不仅要保护生命、身体的和性的完整、自由、财产等个人法益,还要保护一个正常运作的司法体系,一个非伪造的货币体系或者一个未受破坏的环境等集体法益。^[14] 另一方面,他通过充分延展“个人”概念,扩张社会契约的范围将部分集体法益纳入一元论体系。以环境犯罪为例,他指出,“将动物保护和未来世代的生活基础的保护纳入刑法的任务看起来与法益保护思想相矛盾,因为这些并不必然损害生活在当代人的和平共处,但是人们不必因此放弃法益保护原则,人们必须超越现存人类的圈子把社会契约向其他的生物和未来世代延伸来扩大这种保护”。^[15] 他认为,法兰克福学派观点中的某些“非人本”的集体法益也属于“人”的法益,可以由核心刑法保护。

缓和一元论虽然化解了早期一元论与现实刑事立法规制诉求之间的紧张关系,却更清晰地反映出一元论并没有其所宣称的强大批判力,反而可以通过操纵“与个人关联”这一基本判断标准,任意地调节刑法规制的范围。一元论主张任何法益必须与个人关联以获得受刑法保护的资格,然而其根本问题也恰恰在于此。“与个人关联”这一标准看似立场正确、无法反驳,但无论在观念上还是在运作上都是极为模糊的。它不但无法清楚地呈现个人法益与集体法益之间的建构性关联,而且不能提供用以排除特定事态之法益适格的逻辑上的可靠判断。^[16] 这合理地解释了为什么罗克辛与霍曼虽然出发点相同,但在生态法益问题上却得出不同的结论。罗克辛认为,维护自然是与人类生存的需求相关的,因此生态法益与个人法益的概念是一致的;^[17] 霍曼则认为,生态法益,不管它有无强调人本关联,都应当被否定,因为它无法从个人法益推导而出。^[18] “与个人关联”的标准意味着任何一个事态只要进入人的感官接受范围,都可以透过人从某个角度所建立的评价观点被表述为利益或不利益,即便是意识形态、道德、宗教或社会禁忌都可能反映出特定个人的利益状态,然而这种意识形态立法却是一元论所不能容忍的。^[19] 缓和一元论导致法益判断标准的模糊,与其所宣称的法益批判功能名不副实。

(三) 法益二元论的理据与批评

法益二元论者指出,集体法益并不隶属于个人法益,其根本的特征恰恰在于不可分配性(Nicht-Distributivität)。^[20] 集体法益是一个整体上不可分的客体,无论是国家安全、司法秩序,还是社会的金融秩序、市场秩序,它们都可以被每一个人平等、完整地享有,但是

[14] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《法益讨论的新发展》,许丝捷译,《月旦法学杂志》2012年第12期,第262页。

[15] [德]克劳斯·罗克辛:《刑法的任务不是法益保护吗?》,樊文译,载陈兴良主编《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2006年版,第162页。

[16] 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》,《台大法律论丛》2012年第3期,第985页。

[17] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《法益讨论的新发展》,许丝捷译,《月旦法学杂志》2012年第12期,第278页。

[18] Olaf Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte: Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, Frankfurt: Verlag Peter Lang 1991, S. 188 ff.

[19] 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》,《台大法律论丛》2012年第3期,第991-994页。

[20] Vgl. Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln u. a.: Carl Heymann Verlag 2002, S. 141, 274.

无法被分配或归属于个人。缙德曼(Klaus Tiedemann)教授曾指出,“随着法律制度和经济制度里社会成份的增加,集体法益变得更加难以把握。在一个由国家监督、安排和建构的利益生产和分配系统里,在国家对于经济制度的建立和运转有着总体需要的前提下,将集体利益彻底地与个人的利益直接联系起来是牵强的。”^[21]二元论还认为,作为具有独立地位的刑法保护客体,集体法益的功能体现在为个人的自我实现创造自由空间和保护国家的架构条件。^[22]

二元论的立论依据在于:其一,现代社会的发展变化。现代社会不断涌现的各类新型风险使得人们对集体法益有了新的认识:某些利益并非实体性的存在,只有通过持久的制度运行才会产生,如欲对其加以合理保护,就必须充分保障那些用以创造它们的条件。^[23]各国的刑事立法将特定风险领域的集体法益直接作为刑法保护的客体,正面回答了现代社会急速发展中产生的迫切问题,刑法成为保护环境、经济、国家安全等重大集体利益的直接手段。其二,国家任务与刑法任务的改变。20世纪以来,法治国迅速向社会国发展,国家的任务由19世纪维护个人的权利,转向更加积极地参与社会发展、保障社会平等、保障资源分配正义、实现国家生存照顾等任务。国家任务影响着刑法任务的转变。现代刑法除了保护个人法益,还要保护集体法益以实现其秩序建构、安全塑造等功能,维护社会的稳定与国民的信赖。其三,法益理论的革故鼎新。20世纪中期以来,随着人权概念向社会权领域的发展,个体法益的内容也从基本权益的保障向个体的社会发展和自我实现延展,而个体的社会权益和发展权益又依赖于国家与社会的系统性与制度性保障,从而催生刑法系统保护集体法益的需求。^[24]

然而,具有理论必然性与实践合理性的二元论受到一元论者的强烈质疑,主要集中在两个方面:一方面,二元论破坏了刑法基于人本主义的思考方式;另一方面,二元论舍弃了与个人法益的关联,委诸于国家意识形态或法意识形态来左右法益保护的必要性。^[25]二元论者虽然并不接受这些批评,但尚缺乏系统性的论证以充分回应质疑。

二 法益论之争的解构

当前法益论之争集中在缓和一元论和二元论之间。两者都认为集体法益可以受到刑法的保护,不同之处在于前者认为集体法益必须能够还原为个人法益才具有正当性,后者则认为集体法益具有不可分配性特征,是刑法独立的保护客体。个中的分歧与误识,可以通过多维度的解构得以厘清。

[21] Klaus Tiedemann, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht-Untersuchung zu einem rechtsstaalichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag 1969, S. 119.

[22] Vgl. Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln u. a.: Carl Heymann Verlag 2002, S. 113.

[23] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《法益保护与规范效力的保障——论刑法的目的》,陈璇译,《中外法学》2015年第2期,第559页。

[24] Vgl. Hartmut Maurer, Staatsrecht I-Grundlagen Verfassungsorgane Staatsfunktionen, 4. Auflage, München: Verlag C. H. Beck 2005, § 8, Rn. 72 ff.

[25] 参见陈志龙著:《法益与刑事立法》,作者1997年自版,第135、150-157页。

(一)二者并非人本主义与非人本主义之争

人本思想认为,法的价值即是法对人的价值,任何忽视人和抹杀人的法都是对于法的价值的反动,所以,只有人的利益才能被称为法益。^[26] 二元论在立法技术上承认环境法益、公共法益等仍然是以人的利益为依归的,其与一元论的区别在于作为调整制裁阶段的依据不同,例如,《刑法修正案(八)》将“污染环境罪”中“致使公共财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”这一构成犯罪的结果要素,修改为“严重污染环境”。刑法通过承认环境法益,可以将制裁阶段提前至环境法益受到侵害和威胁。生态学的人类中心法益论认为,生态中心论并不是脱离人类利益去抽象地看待环境法益,保护环境的最终目的仍是保护人类利益,这种人类利益是一种未来的、预期的利益。就现实保护而言,只能转移为保护与人类生存密切联系的现实整体环境。^[27] 换言之,集体法益中受到法律规制的非人本对象并非法益的真正归属主体,它只是保护人类的手段,而并不是目的。

法益二元论是旗帜鲜明的人本法益论。黑芬德尔(Roland Hefendehl)教授认为,二元法益结构的基础是宪法所预设的个人中心地位。作为制度存在的集体法益,须以基本法的“个人”概念为基础,以人为出发点,社会制度、国家制度都是为了实现对于人的保护。^[28] 其实,“人”不但是法的“出发点”,更是其“归宿点”。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。二者最终都是服务于保障个体自由发展的可能性,唯一的区别仅仅在于,侵犯个人法益的行为直接损害了特定人的发展可能性,而侵犯某种公共法益的行为则间接地损害了所有人的发展可能性。^[29] 二元论倡导的集体法益是所有人的共同利益,只是无法还原成个人法益,也无法确切限定在特定种类的个人利益。例如,国家的存在,不只是为了保护个人法益,也是为了促进各种行政、立法、司法发挥其功能,更是全体公民政治自由的展现。二元论无论是主张对个人社会权的扩张性实现,还是对个人权益的前置性防护,亦或是对后代个体的长远性保障,都仍然是以人本主义为基础的,并未超越基于社会契约论形成法益概念的理论预设。

(二)二者诠释了法益主体不同的“人之图像”

法益一元论与二元论立足于两种不同“人之图像”。近代刑法中“人的图像”以道德上自主的人为典型,其包含道德特质(促进人类共存)和自主性(决定自由),是存在哲学和理想主义共同的人类形象,在此基础上产生了个人不法理论。日本学者指出,一元论只有在前世纪的“以自我为中心的极端个人主义”的意义上才能被理解。^[30] 彼时法治国的任务是限制漫无边际的君权,以亚当·斯密为代表的古典自由主义者主张的“夜警国”,主要是出于对抗国家权力的考虑,要求国家的任务限制在,为了个人防卫危险的必要而进行最小的干预。

[26] 参见张明楷著:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第166页。

[27] 参见周光权著:《刑法各论》,中国人民大学出版社2016年版,第421页。

[28] Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln: Carl Heymann Verlag u. a. 2002, S. 75.

[29] Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München: Verlag C. H. Beck 2011, § 3, Rn. 21.

[30] 参见[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318页。

随着现代科技发展,人类社会进入后现代时期,以一个孤立于世界的个人为观察对象的人类图像开始改变。个人的自由发展愈加依赖国家与社会的保障。许玉秀指出,所谓道德上的自主,不再是独立的个人之间共同荣辱的问题,人是生态链的一环这种原本存在的事实被突显出来,具体包括两层意义:水平方向的意义是需要用规范去保护的资源增加,出现所谓集团性利益的概念;垂直方向的意义则是下一代的资源享用权被突显,对于公务的廉洁性、司法权的公正运作和国家安全等集团性利益的保护,下一代的利益其实也就包含在内。^[31] 传统法益论中经验或先验的个人图像,均不能担当起集体法益的主体角色。社会变迁理论逐步意识到,基于“我”的个体主义的自由观只具有规范性意义上的可能性,而无经验性意义上的现实性,无法以此为基础构建社会正义秩序,只有基于相互承认关系并因此强调“我们”的社会自由观才真正具有现实性。^[32] 换言之,法益主体的图像也不只包括“我”,还包括“我们”。所以保护个体身份享有的个人法益和以社会一员的身份与他人共享的集体法益的二元论逐步成为有力学说。

(三) 实质的集体法益概念具有批判立法功能

缓和的一元论者认为,只有个人法益才具备对实在法进行批评性解释的功能,而二元论只会助长现代刑法的扩张,放弃对自由主义的坚持,导致法益立法批判机能的弱化甚至丧失。^[33]

笔者认为,上述观点值得商榷。二元论仍然是蕴含自由主义价值的法益论。不能教条地认为坚持自由主义就是坚持个人主义的自由观。除了早期个人自由主义的理解之外,自由主义还可以具有社会(主义)的含义。社会平等、社会群体保护等要素也包含于自由主义的范畴之内。更为重要的是,法益是否具有批判功能的关键并不简单取决于能否还原为个人法益,而取决于其是否具有实体性的内容。若要法益发挥批判和限制实定刑法的功能,其定位必然位于刑法之前。而在现代法治国家,对于刑事立法者的预先规定的唯一限制,存在于宪法的原则之中。^[34] 因此与宪法勾连的法益成为真正诠释自由刑法与刑罚正当性的实质概念,通过基本权利以及社会和法治国的宪法性原则对立法者产生约束。^[35] 刑法学者不再选择将刑法的保护范围与社会现实直接连结,而通过宪法这一中介,诞生了宪法性法益概念。现代法治国的宪法本质上受到了启蒙运动和康德哲学的影响,在此基础上又充分考虑了社会团结的思想,建构起全面的基本权利保障体系,为现代刑法中个人法益与集体法益的生成奠定了基础。只要是符合宪法并由刑法辅助性保护的利益,均服务于“为了个人的自由发展”的终极目标,便是具备检视刑事立法功能的实质

[31] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 30 页。

[32] 参见李猛:《从“我”到“我们”:霍耐特社会自由观的历史叙事》,《哲学研究》2017 年第 4 期,第 111 页。

[33] 参见杨萌:《德国刑法学中法益概念的内涵及其评价》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012 年第 6 期,第 64-70 页。

[34] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法总论:犯罪原理的基础构造》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 15 页。

[35] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《法益保护与规范效力的保障——论刑法的目的》,陈璇译,《中外法学》2015 年第 2 期,第 554 页。

法益概念,而无需无谓地探讨这样的集体法益是否必须能够还原为个人法益。在现代社会的发展中,我们更需要借助宪法,顺应法益的发展与变迁,有效地同时保护个人法益与集体法益。毕竟“无论是对他人的保护还是对公众的保护,都是为宪法所允许的刑法上的法益保护目的”。^[36]

(四)二者之争应立足刑事立法的中观语境

法益一元论混淆了宪法与刑法不同层面的话语逻辑,而二元论则合理地诠释了两者的关系。讨论语境层次的不同引发了同一概念内涵解释的差异,比如,在一元论中,国家只是一个规范概念,并非是社会实在性意义上的经验的国家。一元论认为,国家是法的概念,是公民组成的社会,是含有目的性在内的一个组织形态,国家的任务及合法性就是为服务于单一个体的人格实现,因此,行为的刑事可罚性根据在于具体侵害了个体的法益,而不是危害了某种超越个人的机制或价值。但是在二元论中,国家在宪法层面是一个规范的概念,在刑事立法层面则是一个实在的、早已确立了正当性的概念。国家以个人为目的,而非以自身为目的,早已成为二元论不言自明的理论前提与基本底线。二元论侧重在刑事立法这一中观层面,评价与分析刑法如何保护个人与国家这两个已经获得宪法确认的主体的利益。

易言之,一元论主张“由个人推导出国家而非相反”,这是解决国家与个人关系的根本命题。但是在刑事立法中,由于宪法已经完成了“个人导出国家”的现代政治推演,政治国家的独立地位已经被宪法所确认。作为人的结构性前提,社会和国家在正当性上并没有从属性,而是处于同等的地位。^[37]刑法将国家、社会作为独立的保护客体,源自宪法的规定,而一元论仍然坚持刑法中集体法益必须消解于个人法益的观点,显然存在混淆不同场域、重复逻辑论证的错误。

综上,二元论与缓和一元论之间,在理论根基和价值理念上存在共识。两者都是人本主义的法益观,都恪守宪法的基本原则。缓和一元论主张刑法保护的仍然是原子式的个人自由,而二元论则主张除了保护个人自由,还要保护作为个人整体的社会和国家的自由。这种差异体现为对法益主体的“人之图像”、自由主义的具体内涵、刑法的任务及法益功能的不同理解。就刑法而言,缓和一元论过分拉伸了“个人”的概念,使刑法上的个人图像模糊不清,对于问题的讨论混淆了宪法与刑法的不同场域,而二元论概念清晰,逻辑自洽,更具合理性。

三 中国刑法应当确立二元论的法益观

在传统刑法观的长期影响下,法益一元论发挥了对我国刑法法治理念启蒙的作用,

[36] [德]伊沃·阿佩尔:《通过刑法进行法益保护?——以宪法为视角的评注》,马寅翔译,载赵秉志等主编《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2017年版,第77页。

[37] 参见[德]京特·雅科布斯:《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》(第1卷),法律出版社2017年版,第47页。

它可以有力地批判部分刑事立法的不当扩张,彰显刑法谦抑的秉性,促进国家刑法向公民刑法的转变。但是现阶段如果无视社会与刑法的双重变迁,一味地将法益一元论奉为圭臬,则会给理论与实践带来诸多问题。比如,有学者提出不能坚持集体法益的概念,^[38]有学者主张停止国家在公共领域的刑事立法。^[39]诚如梁根林教授指出,“如果囿于古典自由主义的单一价值标准,给我国的刑法修正贴上某种意识形态化的标签,就难免‘站在传统刑法观的立场批评晚近我国的刑法立法,显然有失公允’之评”。^[40]

僵化地坚持法益一元论会使我国刑法转型建立在某种近乎偏执的、“标签化”的法益观基础之上,忽视立法与司法的实践理性,丧失刑法与时代同频共振的敏锐度,导致刑法对于新兴法益保护的迟滞与缺失,难以解决我国当前刑法多元价值诉求的共时性问题。二元论经过理论的澄清能够克服早期一元论的教条,跳出缓和的一元论标准模糊以及重复逻辑论证的泥淖,可为当下复杂的中国刑事立法与司法提供更为契合、更为成熟的教义学方案。

(一) 二元论有利于准确认知法益内涵与识别新兴法益

二元论避免了一元论的显性缺陷。以受贿罪的法益为例,有学者主张,“个人法益,不管是生命、健康还是财产,本质都是自由。贿赂犯罪的法益就是因贿赂行为而被排挤的个人所拥有的,国家本应保障的参与社会交往活动的自由”。^[41]这种将集体法益强行还原为个人法益的做法并不妥当,它使“法益”变得极为抽象,既无法有效引导立法的修正,也无法准确解释构成要件。不可收买性具有体现受贿罪“权钱交易”的实体性内容,它既是廉洁性行为规范保护的客体,也契合我国受贿罪的构成要件,符合我国对受贿罪的传统理解,是适格的集体法益。^[42]它能够完整地诠释受贿罪法益的内涵,有利于引导贿赂犯罪科学立法与规范司法适用。

法益二元论为科学认知新兴集体法益的概念内涵与侵害标准奠定了基础。以大数据为例,因其无法被还原为个体利益而否定其法益适格性(早期一元论)或者将其理解为一种财产法益(缓和一元论)的观点将面临如下问题。早期一元论将其排除在刑法保护之外,缓和的一元论则在我国刑法规定侵犯公民个人信息罪、侵犯商业秘密罪、非法获取计算机信息系统数据罪、非法获取国家秘密罪、非法获取军事秘密罪等情况下,将数据本身也解释为“财产”,这就混淆财产犯罪与相关信息犯罪的关系,模糊刑法规定的各犯罪行为类型的界限,侵蚀罪刑法定原则的基础。^[43]在二元论的视域下,可以对网络数据承载的不同利益进行区分与识别,对于其中数据挖掘、利用等衍生出的个人人身、财产属性利益,如公民个人信息权、网络著作权等,将其识别为个人法益,而将涉及数据保存、流转、

[38] 参见雷东生:《刑法保护法益的判断规制》,《法制与社会发展》2015年第6期,第164-165页。

[39] 参见刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,《法学》2011年第11期,第108页。

[40] 梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,《法学研究》2017年第1期,第52页。

[41] 熊琦:《刑法教义学视域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,第133页。

[42] 参见马春晓:《廉洁性不是贪污贿赂犯罪的法益》,《政治与法律》2018年第2期,第58页。

[43] 参见欧阳本祺:《网络空间的法益识别与刑法保护》,《检察日报》2018年2月14日第3版。

管理安全的利益识别为集体法益,并据此合理地确定侵犯数据法益行为入罪的类型与边界,科学建构专门化保护与财产化保护的二元保护格局。这便是二元论在网络空间法益识别上的理论优势。

(二)二元论为中国确立科学的刑事立法观奠定理论基础

1. 二元论可以为新时期立法的修正提供理论注解

近20年来我国刑事立法修正重点领域在分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪与第六章妨害社会管理秩序罪,这些章节涵盖的罪名,无不涉及对集体法益的侵害;与此相对,立法者在传统犯罪领域,基本上无所作为。^[44] 刑法立法的结构性变化折射出现代社会中立法者关注的议题由侵害个人法益的犯罪转向侵害集体法益的犯罪。周光权教授敏锐地指出,目前刑事立法的法益观已经一定程度上发生了转变。一方面,刑法从消极的法益保护逐步转变为积极的法益保护,在立法上主动发现,积极评估未来可能出现的法益危险实害并及时跟进,确立相对较轻的犯罪行为的入刑标准,另一方面,针对某种可能造成危险的行为设置罪刑规范,从重视法益实害转向重视法益侵害的危险,从注重保护个人法益转向重视公共法益和社会秩序的保护。^[45] 法益观的转变与立法的修正是由现代社会的发展与治理所决定的,个人与国家关系的变化带来国家任务与刑法任务的改变是最深层的原因。许迺曼教授指出,自启蒙运动以来,刑法可以而且必须只能作为防止社会损害的最后手段,这作为刑法基本思想从未改变。然而今天,对这种近似天真的想法,必须予以拒斥,因为刑法是一种直接有效,甚至可以说是功能紧密,能滴水不漏地保护法益的工具。^[46] 这说明限制国家的积极职能,通过国家的不作为增进公民的利益已无力维持现代社会系统的安定运行,刑法需要积极介入当下的社会生活。二元论使得现代刑法具有多重向度应对当下复杂中国的多元价值诉求。在传统犯罪领域,发挥法益的限制保护功能,限制立法的恣意;在新兴犯罪领域,主张发挥法益的积极保护机能,倡导面向未来的刑法观。

2. 二元论为我国构建多轨制的刑事立法模式奠定理论基础

在1997年刑法修订时,我国由刑法典、单行刑法与附属刑法并行的立法模式转向一元化的刑法典体系。但是,为了应对犯罪基本面的急剧变化,近20年来,我们在侵犯集体法益的犯罪领域进行了频繁的立法修改,这就动摇了刑法典的稳定性,导致刑法典内部逻辑的混乱。更为关键的问题是,立法者在治理侵犯集体法益犯罪领域的预防化、功能化的刑法立法倾向被置于整个刑法典中,致使整个刑法典转向功能刑法、安全刑法。从法益理论角度看,一元论的主张与整体刑法典的体系不无关系。但是,现代刑法在个人法益与集体法益领域的两种价值取向,使得统一刑法典在价值、功能、逻辑、体系等面向均存在内在的张力,因此,近年来,主张反思刑法典单轨模式的弊端,采用多轨制的刑事立法模式,以

[44] 参见劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017年第6期,第20页。

[45] 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。

[46] 参见[德]许迺曼:《从下层阶级刑法到上层阶级刑法在道德要求中一种具示范作用的转变》,陈志辉译,载《法治国刑事立法与司法——洪增福律师八十五寿辰祝贺论文集》,成阳印刷股份有限公司1999年版,第115页。

适应复杂的外部环境与新的治理机制,已经成为有力的学说,^[47]从教义学角度看,二元论可以为刑法典—附属刑法、刑法典—轻犯罪法等模式提供理论基础,有效地应对法定犯时代的到来。

3. 二元论契合中国的发展阶段与社会治理要求

党的十九大报告指出,中国特色社会主义进入新时代,我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。美好生活的需要具有多方面的价值诉求,具体到刑法层面,除了传统的法治国之外,又增添了建设福利国、安全国的需要。若仍然恪守一元论的观点,则难以回应后两者的需求,容易导致刑事立法发展的不平衡和不充分;二元论则辩证统一地看待法治国和社会福利国:没有社会福利正义的国家秩序,就不是法治国;同样若没有法治国的自由保障,也不能成为社会福利国。^[48]因此,二元论能够在回应刑事立法不同价值诉求的同时,有效回应中国当下的社会情势。二元论可以为刑法通过增设必要的具体危险犯、抽象危险犯以扩大规制范围,加强打击有组织的共同犯罪、经济犯罪,强调刑法规范对个人行为的指引等奠定法益理论基础,满足法治治理社会的刚性需求。

(三) 二元论能够指导司法更合理地解释构成要件

在侵犯个人法益的犯罪中,一元论与二元论的解释结论是一致的。但是在侵犯集体法益的犯罪中,由于两种观点对集体法益的定位不同,对部分构成要件的解释可能会得出不同的结论。二元论能够在澄清个人法益与集体法益关系的基础上,合理地解释相关构成要件。以“陆勇案”为例,学界不乏以个人法益高于集体法益为由,主张这类案件没有侵犯个人法益应当被认定无罪的观点,认为生产销售假药罪保护的主要法益是公民生命健康,次要法益是药品管理秩序,主次法益发生冲突时,应以保护主要法益为原则。^[49]上述观点存在如下问题:一是无视生产销售假药罪在现行刑法罪名体系中的位置,人为地将第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的相关罪名解释为主要侵犯个人法益的犯罪,背离了立法者在设置罪名时的意志。在司法适用中,解释者必须尊重立法者对利益格局设定的安排,而不允许以解释者自己的好恶进行利益判断。二是人为地设定集体法益与个人法益之间的对立紧张关系。集体法益是服务于保护个人之自由展开的各种外部条件,而个人法益是宪法基本权利赋予的个人之自由空间,从立法设定的利益格局而言,两者具有目标与价值的一致性。我国《药品管理法》第 1 条明确规定,药品管理法旨在保障用药安全,即说明保护药品管理秩序与保护个人利益直接的一致性。三是否认集体法益的独立地位。在一元论的解释中,违反药品管理秩序的行为被视为不构成犯罪的行为(仅单纯违反行政管理秩序),其结论的前提是集体法益不是刑法保护的客体。

[47] 参见劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017 年第 6 期,第 26-27 页;梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,《法学研究》2017 年第 1 期,第 63-64 页。

[48] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 15 页。

[49] 参见时方:《生产、销售假药罪法益侵害的规范解释——主次法益价值冲突时的实质判断》,《政治与法律》2015 年第 5 期,第 47 页。

二元论认为,立法者基于宪法设定的法益,配置构成要件,体现了立法对相关罪名涉及利益框架的分配。对于生产、销售假药罪,立法者是通过维护药品管理秩序来保护每一个个体的生命健康,即通过保护集体法益实现对个人法益的前置保护。因此,行为人只要有相应生产、销售行为即可成立犯罪,而无需进一步造成对个人法益的实害结果。本案问题在于,侵犯集体法益、违反药品管理秩序的抽象危险并没有最终现实化,只是在现行法明确将生产销售假药罪规定为抽象危险犯的框架内,危险没有现实化并不能成为排除抽象危险犯成立的理由。因此,问题的解决仍应通过回答集体法益的损害予以解决。诚如劳东燕教授指出,销售假药罪既然放在破坏社会主义市场经济秩序罪之中,其保护的法益除用药安全之外,理应包含医药领域的市场交易秩序。如果药品本身的疗效与安全性没有问题,只是欠缺批准或检验的手续,则此类药品只有真正进入商品流通环节才可能危及交易秩序,从而具有值得刑罚处罚的必要性。着眼于销售假药罪法条的规范目的,将“依照本法必须批准而未经批准生产、进口”与“即销售的”理解为成立“假药”的并列条件,是较为妥当的结论。据此,对未经批准而从境外进口的假药,只要该药品不推向市场,便不宜认定为假药。^[50] 她从《药品管理法》第48条第2款第2项出发,结合市场经济秩序这一集体法益对于其中以假药论的拟制假药进行了限缩。与此前一元论的分析模式不同,集体法益在其中扮演着限制解释的要素,既然是破坏社会主义市场经济秩序罪,那么只有进入流通环节才可能危及交易秩序,而陆勇案中的未进入商品流通环节,而仅供特定病人群体使用的违规进口仿制药,就不能被认为是刑法意义上的假药。这一解释模型遵从立法者设定的利益安排格局,也充分体现了集体法益概念与法益二元论并不当然地服务于可罚性的扩张,在特定的罪名中,结合具体案件情况,也可以发挥出限制解释的功能,在教义学范围得出相对合理的结论。

四 中国语境下二元论的可能问题与解决思路

在我国,强调个人与集体的辩证统一是马克思主义理论的基本原理。我们对于二元论的接受不存在理论与观念上的障碍。而且,事实上刑事立法层面也从未排斥二元论。诚如孙国祥教授指出,尽管学者强调以个人自由为核心建构法益概念,刑事立法却长期表现出对集体法益的“关爱”;只是学者们集中关注的是个人法益,并试图以个人法益来限制国家的刑罚权,以致有意无意地忽略甚至贬斥、否定集体法益。^[51] 因此,在我国刑法语境下提倡二元论,某种意义上是一种对于理论研究与立法司法长期在法益观问题上不同步的提示与纠偏。真正的问题在于,由于我国刑法尚未完成自由刑法的任务,在民生刑法与安全刑法的挤压下,极易引发对于集体法益概念的误读,导致适用上的泛化,使得其恰恰成为刑罚不当扩张的推手。笔者认为,二元论可能带来的问题,不能通过再返回一元论

[50] 参见劳东燕:《能动司法与功能主义的刑法解释论》,《法学家》2016年第6期,第26页。

[51] 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39页。

来解决,而是应当在自身的框架内予以克服。

(一) 可能的问题一:集体法益概念的误读

集体法益的概念源自德语 Kollektive Rechtsgüter,早期它还往往被称为超个人法益(überindividuelle Rechtsgüter),此外还有公众法益(Rechtsgüter der Allgemeinheit)、整体法益(Gesamtsrechtsgüter)、普遍法益(Universalrechtsgüter)等表述。在德国,由于历史原因,“超个人”容易有不必要的联想,因此,罗克辛、黑芬德尔等学者都使用“集体法益”的表述,以凸显这类法益的社会功能,整个学界也有这样的趋势。在中文文献中,通常使用“集体法益”^[52]或“超个人法益”^[53]的表述。从忠于文义、遵循通例的角度,使用集体法益的概念是相对合适的。但提及集体法益,一方面,学者们的主观认识便往往是“抽象化的利益”;^[54]另一方面,由于我国具有长期的集体主义的传统,就司法实践而言,也曾经存在着绝对工具主义的倾向。^[55]因此,理论与实务难免会对“集体法益”的概念产生一定程度的误解。欲消弭原意与误解之间隔隙,不能单纯地依靠更换一个新的语词,而必须在准确理解法益理论内蕴价值的基础上实现概念的真正焕新,否则即便更换一个表述,误读依然存在。有学者正确地指出,在坚持集体法益的同时,必须防止集体法益创设“片面强调抽象的‘集体’而忽视现实的人的偏向”。^[56]即便受刑法保护的集体法益,也是为了人们获得最大限度的人的自由权利的“条件”而已。

(二) 可能的问题二:集体法益适用的泛化

集体法益适用的泛化,通常表现为立法与司法将某些罪名的法益理解得极为抽象,导致立法的不当扩张与司法的肆意解释。比如,非法经营罪沦为刑法干预公民正常经济交往活动“口袋罪”的根本原因就在于,司法适用将非法经营罪的法益理解为泛化的市场秩序。^[57]从总体上看,先后有一个单行刑法、两个刑法修正案以及最高人民法院、最高人民检察院数十项司法解释将大量行为纳入该罪名体系,同时司法实务中还出现判决将买卖“小产权房”、超地域销售烟草等大量行政违法行为认定为非法经营罪。这便是集体法益适用上的泛化。就准确理解非法经营罪保护的法益而言,一方面,非法经营罪并不是规范所有领域的市场秩序,而是特定市场秩序;另一方面,刑法上的法益,必须与刑法上具体的罪刑规范相关联,只有受到非法经营罪的罪刑规范保护的市场秩序,才能成为非法经营罪的法益。纵观非法经营罪的构成要件,它保护的并非泛化的市场秩序,确切地说,它保护的是特定市场的准入。为了克服非法经营罪的“口袋化”问题,应当避免对集体法益的错

[52] 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67页;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。

[53] 参见张明楷著:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第166页;曲新久:《论侵犯公民个人信息犯罪的超个人法益属性》,《人民检察》2015年第11期,第5页。

[54] 参见黎宏:《法益论的研究现状与展望》,《人民检察》2013年第7期,第13页。

[55] 参见梁根林:《“刀把子”、“大宪章”抑或“天平”?——刑法价值的追问、批判与重塑》,《中外法学》2002年第3期,第330页以下。

[56] 参见熊万鹏著:《人权的哲学基础》,商务印书馆2013年版,第318页。

[57] 参见刘树德著:《“口袋罪”的司法命运——非法经营的罪与罚》,北京大学出版社2011年版,第12页。

误理解,未侵犯市场准入的行为不应以非法经营罪评价。《刑法修正案(七)》另行设立组织、领导传销活动罪予以规制,不再将相关行为作为非法经营罪受到处罚,则体现了立法对非法经营罪法益与罪名体系设置一定程度的反思与纠正。

(三) 解决思路:认真对待集体法益的适格性标准与其他补充标准

上述问题的存在,与我国学界和实务对于法益理论的认识过度拔高相关。在我国刑法教义学转型的过程中,以法益概念为中心形成的“犯罪的本质是侵害法益”“刑法的任务是保护法益”两大基础命题成为学界的共识。鉴于法益的重要性,在学者们的观点表述中,它往往成为犯罪化标准的代名词。如有学者认为,“合比例原则并没有超出法益保护原则”,^[58]还有学者以法益原则不能为立法限制标准为由全面否定法益理论,认为其可有可无,应被替换。^[59]应当认识到,过度拔高或降低都是对法益理论的误读。法益只是刑法犯罪化的必要条件,而非充分条件。这一结论受到刑法理论所公认,即便在英美刑法中,也承认损害原则还必须辅之以补充性原则,否则它就是一副空皮囊。^[60]对于集体法益概念的误读与适用的泛化,首先需要科学认知集体法益与法益理论,其次需要寻求其他的补充理论。

1. 既要坚持法益的基本原理又要对可能异化的集体法益去伪存真

一方面,应强调集体法益是一种实体。黑芬德尔认为这种实体性是建立在实情基础上的状态,这种实情是随时可变,甚至是可以消解的。^[61]换言之,二元论认为集体法益虽然无需还原为个人法益,但是,同样具有客观性和具体性。客观性既要求法益侵害的客观性,也要求受保护法益的客观性。因此,人们的感情,如安全感、信赖感,不能归属于法益。^[62]具体性则要求法益能够被衡量,单纯的法律目的的界定不能作为任何法益的根据,例如,因“要求一个没有毒品的社会”而惩罚持有少量毒品的自吸行为;单纯的违反道德伦理的行为也不能作为侵犯法益的行为予以惩罚。法益是指所在国家的依宪法构成的社会内,作为该社会成员的共同生活的存立必不可少的条件,而且是由纯粹规范所保护的、能够被因果性地变更的对象。^[63]贿赂行为对法益的侵害,可以通过影响、改变行为对象客观、具体化地呈现出来,例如,贿赂犯罪中的行贿受贿的款物、财产性利益、公权力的交易、滥用职权的危害后果等行为客体,虽然不是法益,但是,通过它们客观地反映了具体的法益侵害。

另一方面,应区别集体法益与规范。以市场经济秩序为例,学界通常认为它是经济刑法保护的法益。但秩序是一个具有多层次含义的概念,如果在前实定层面,将秩序理解为

[58] 张明楷:《法益保护与比例原则》,《中国社会科学》2017年第7期,第88页。

[59] 参见冀洋:《法益保护原则:立法批判功能的证伪》,《政治与法律》2019年第10期,第105页。

[60] 参见[美]乔尔·范伯格著:《刑法的道德界限(第一卷):对他人的损害》,方泉译,商务印书馆2013年版,第275页。

[61] Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln u. a.: Carl Heymann Verlag 2002, S. 28.

[62] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑法的任务不是法益保护吗?》,樊文译,载陈兴良主编《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2006年版,第154页。

[63] 参见[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348页。

刑法保护的重要价值,认为“秩序乃是为其他一切权利提供了基础的一项神圣权利”,^[64] 这里具有重大价值的“秩序”与刑法的“法益”指涉的是相同的内容;但如果仅限定在实定法框架内,秩序与法益则应当区分。因为秩序是由行为规范构成的,它体现了规范运作的状态,而法益是行为规范保护的客体,是秩序保护的价值。^[65] 经济秩序在根本上仅仅是经济领域中市场参与主体各类行为规范的集合体,将经济秩序解释为法益,显然混淆了规范与法益的关系。

当然,由于集体法益较个人法益更为抽象,一定程度削弱了其界分犯罪的功能。因此,二元论虽然主张承认集体法益的独立地位和法益保护的积极功能,但并不“唯法益论”。相反它承认法益理论存在功能的局限,反对将犯罪化的标准完全寄希望于法益概念本身,避免对于法益概念功能的过度期待而导致的法益概念的过度膨胀;主张通过其他原则、制度与方案的补充,寻求法益保护与人权保障的衡平。

2. 在承认法益理论限度的同时重视其他原则与方案的补充

第一,强调辅助性原则的补充,全面地认识刑法的任务是辅助性的法益保护。保护法益是包括刑法在内的整个法秩序共同的任务。许多集体法益往往同时受到刑法与行政法共同保护,仅通过保护法益原则便不能清晰地刻画刑法的可罚性边界。罗克辛认为:“这意味着,只有在其他的社会问题解决方式——如民法、秩序法、商业法等非刑事制裁措施——仍不能予以解决时,才可以动用刑法。刑法的任务被视为辅助性的法益保护。”^[66] 当法益无法成为唯一的界分依据,便需要辅助性原则的补充。比如,无论《药品管理法》还是《刑法》第 141 条生产、销售假药罪保护的都是药品监管秩序。从药品许可角度,任何环节违反了药品风险控制机制,都可能造成重大的人员伤亡。所以,行政法和刑法对药品管理秩序这一集体法益的保护,追求的正是对个人生命、健康更为周延、前置的保护。两者保护的法益是一致的,区别在于两者保护手段的不同。再如,《刑法修正案(九)》将缠访和闹访等“多次扰乱国家机关工作秩序”行为入刑的合理性,在理论上是存疑的。国家机关设立的目标和根据,是服务于个人自由与发展,国家设立信访制度本是为了使公民在通常的司法诉讼之外另有获得权利救济的可能性,解决、回应公民的救济诉求是国家机关秩序的一部分,将单纯的信访活动视为扰乱国家机关工作秩序与前述制度目标存在矛盾。实践中缠访、闹访大部分都涉及公民自由发展的权利,即使方式欠妥,也不宜作为犯罪进行处罚。在劳动教养制度废除后,对于个别方式欠妥的缠访、闹访行为缺少相应的法律后果,但若作为犯罪进行处理,则加重了法律对于这类行为的评价,也背离了废除劳动教养的初衷,应优先考虑通过《治安管理处罚法》等行政处罚手段解决。^[67] 立法在设置保护公共秩序等集体法益的构成要件时,应当更加强调目的与手段的合比例性,避免借公共秩序为名,行克减公民自由之实。

[64] [法]卢梭著:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆出版社 2003 年版,第 4-5 页。

[65] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2017 年版,第 10 页。

[66] Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bd. I, München: Verlag C. H. Beck 2006, S. 14, 104.

[67] 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 6 页。

第二,注重明确性原则的限制,对于集体法益的保护立法者有义务设置更为精确的构成要件。黑芬德尔认为,在通过宪法所规定的要素对法益进行实质化,并发展出法益的结构之后,还需要具体讨论刑法中构成要件对于法益保护的适格性。^[68] 本文认为,这涉及到罪刑法定原则的实质侧面即明确性原则。对刑法规范的正当化而言,法益理论并不总是足够的,在特别的犯罪结构(预备犯和危险犯)中必须明确附加的可罚性界限。这里并不是法益原则的功能受到局限,而是显示了由犯罪结构来补充法益原则的必要性。^[69] 海因里希(Heinrich)在财产犯罪中对此作了精当的阐释:某项法益是否精确与它能否获得周延的保护之间是存在协调关系的。特定的法益表述的越模糊,立法者就有义务对侵害这种法益的行为进行更精确的描述。比如财产犯罪里,整体财产的法益过于模糊,所以立法者只把特定的几种行为规定为犯罪,比如诈骗、背信和勒索。与之相对,所有权的概念则更为具体,所以对它的保护也更周延。^[70] 本文认为,这也是对集体法益的正确保护思路,如果一个法益比较宽泛和抽象,那么,构成要件所描述的针对法益的攻击行为必须限定在特定范围之内。由此一来,通过明确性原则的补充,就能使侵犯集体法益的行为具有具体和明确的可罚性标准,实现法益保护机能与人权保障机能的平衡。

第三,重视犯罪构成要件的限定机能,司法适用的逻辑起点是构成要件。一直以来,我国对构成要件都存在实质把握的倾向。以受贿罪为例,与德国和日本直接处罚单纯受贿行为的刑法规定不同,我国在构成要件中规定了“为他人谋取利益”的要素,刑法对受贿行为采取了更高的入罪门槛,并不评价没有为他人谋利的抽象职务行为。但近年来,刑法为了规制不断更新贿赂形式和手段,扩大了受贿罪构成要件的涵摄面。2016年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条第2款规定:“国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值3万元以上,可能影响职权行使的,视为承诺为他人谋取利益。”该条款将社会生活中没有具体请托事项的单向赠送礼金等“感情投资”行为通过司法拟制纳入受贿罪的评价范围,否认了“为他人谋取利益”要件对于受贿罪成立的必要性。规制“感情投资”行为的另一路径就是增设收受礼金罪(即单纯型受贿罪)。对此,《刑法修正案(九)》虽在草案中讨论过,但最终未能进入正式文本。在立法未配置收受礼金罪的情况下,司法基于严密反腐败法网的的目的,以司法拟制的方式消解了“为他人谋取利益”要素,使得我国原本只能评价加重型受贿的构成要件,也能够评价部分单纯型受贿。其逻辑在于,解释一个犯罪的构成要件,首先必须明确该犯罪的保护法益,然后在刑法用语可能具有的含义内确定构成要件的具体内容。在构成要件的解释中,就一个行为而言,如果其受处罚的必要性越高,被解释为犯罪的可能性就会越大。^[71] 上述解释在构成要件之前已进行了法益侵害性的判断。这种判断往往发挥着入罪解释的指导作用,即使解释者对

[68] Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln: Carl Heymann Verlag u. a. 2002, S. 379.

[69] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《法益讨论的新发展》,许丝捷译,《月旦法学杂志》2012年第12期,第273页。

[70] Arzt/Baumann/Weber/Hilgendorf/Heinrich, Strafrecht BT, 3. Aufl., Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking 2015, § 11, Rn. 2.

[71] 参见张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期,第49-51页。

于某法条所要保护的法益内容的理解符合立法原意,仍可能存在过度强调法益保护而弱化构成要件定型性的可能。这种在法律客观目的这个标签下所要卖的,其实就是解释者自己放进法律中的目的。^[72] 在立法者已经通过配置“为他人谋取利益”对法益的保护范围进行限制情况下,司法解释不能反过来再以法益保护之名来突破这种界限,否则将突破罪刑法定的底线。即便是囿于特定的情境,先辅以司法的手段,必要的时候,仍应当最终通过立法的修正重塑两者的关系。

[本文为作者主持的 2019 年度第 66 批中国博士后科学基金资助项目(2019M660687)的研究成果。]

[**Abstract**] In modern society, the relationship between the state and the individual, the task of the state and criminal law have been changed, which has led to the reform of the theory of legal interest. Whether it is the early monism of legal interest or the moderate monism of legal interest has theoretical defects and can not be the guiding ideal type of modern criminal law. The dualism of legal interest should be advocated. Dualism is also a distinct humanistic theory of legal interest, which shows that the subject of legal interest includes not only “I” but also “We”. Whether collective legal interest is qualified or not is not simply determined by whether it can be reduced to individual legal interest, but whether it has substantive content in line with the constitution. It also gives collective legal interests the substantive conception to criticize the legislation. The dualistic theory of legal interest is conducive to the scientific understanding of the connotation and function of the concept of legal interest, the formation of a positive legislative outlook on criminal law, and the judicial interpretation of the constituent elements. We should avoid misunderstanding of dualism, which may lead to the alienation of the concept of collective legal interests. It is to be admitted that the concept of legal interest has functional upper limit. The restriction of legislation through the principle of Subsidiarity and the principle of clarity on the protection of legal interests should not be neglected. The judicial practice should be guided by the principle of legally prescribed punishment for a specified crime, and take constitutive requirements as the logical starting point to explain specific crimes.

(责任编辑:贾元)

[72] 参见[德]英格博格·普珀著:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社 2011 年版,第 69 页。