

集体法益的刑法保护及其边界

孙国祥*

内容提要：法益的本源性价值在于保护个人自由，集体法益的核心则是维护秩序。集体法益在形式上与个人自由是此消彼长的关系，但二者并非完全对立。真正和稳定的个人自由，只有在社会共同体中通过各种制度性安排才能实现。自由的内在逻辑决定了，刑法保护集体法益通常也是在维护个人自由，是自由发展的必要外在条件。传统上以个人法益保护为中心的刑法，无法有效回应现代社会的各种风险和挑战，于是集体法益的保护在现代刑法中呈现扩张趋势。面对这一现象，不应过于夸大集体法益的抽象性、模糊性，从而全盘否定集体法益扩张的必要性和正当性。不过，集体法益也极具工具性扩张潜能，对集体法益的扩张仍需警惕。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。

关键词：法益 集体法益 个人法益

“刑法的任务在于法益保护，这在现代刑法思想中已不存在重大分歧。”^{〔1〕}现代刑法理论中的法益，有个人法益与集体法益之分。^{〔2〕}尽管集体法益概念已在一定程度上得到理论界的认可，但毋庸讳言，质疑乃至攻讦集体法益概念的观点并不鲜见。个人法益与集体法益常被置于二元对立的关系之中，并形成了褒（个人法益）贬（集体法益）偏颇的思维定势。究其缘由，是因为集体法益多多少少与个人法益存在抵牾之处。而晚近以来的刑事立法，集体法益却呈明显扩张的趋势。有不少学者对此心存疑虑，吁求刑法应突出个人法益，限制集体法益的扩张。而事实上，刑法学界对集体法益的研讨并不深入，个人法益与集体法益的关系也没有完全厘清，批判集体法益的观点大都止于表面。本文拟就个人法益与集体法益的关系、集体法益的刑法保护边界等基础问题展开研讨。

* 南京大学法学院教授。

〔1〕 [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》2016年第1卷，法律出版社2017年版，第49页。

〔2〕 与集体法益同义的概念还有整体法益、超个人法益、公共利益、社会法益等，本文统一使用“集体法益”这一称谓，但在引用文献时沿用原作者的用语。

一、法益概念流变中的个人法益与集体法益

作为现代刑法学的核心概念，法益概念的演化大体经历了权利、个人法益、个人法益与集体法益并重的发展轨迹。费尔巴哈等启蒙时代的刑法思想家从社会契约论出发，将刑法与个人自由和国家权力的保护联系起来。根据社会契约，国家需要承担保护个人权利的任务，个人也需要尊重他人的自由、权利，当个人违反社会契约侵犯他人权利时，依据刑法的规定，就构成犯罪。权利侵害说通过个人与国家的契约关系来论证刑事制裁的正当性，能够清晰地解释针对个人的犯罪，但对于群体性利益的保护以及宗教和伦理性犯罪，权利侵害说就难以囊括。⁽³⁾同时，权利能否受到侵害也存在疑问。因为在某种意义上，权利的存在并不受“侵害”所左右，被侵害的仅仅是权利能够带来的利益，所以，刑法保护的对象实际上是权利的内容，而不是权利本身。⁽⁴⁾

针对权利侵害说的上述不周延性和不合理性，学者提出，只有权利带来的利益以及其他值得刑法保护的利益（法益）才是认定犯罪的实质性标准，即犯罪的实质性标准应该为法益所标识，法益理论由此得以产生和发展。“在法益理论之下，犯罪不必以契约两造（个人、国家）作为直接的保护对象，只要属于值得动用刑罚保护的多数人共同利益，举凡宗教、风俗、伦理要求等生活关系，都有可能成为法益实质内容，法益理论因而扩展了非归属个人共通利益的保护范围，不再以个人拥有或与国家有关联性为限。”⁽⁵⁾与权利侵害说的初衷一样，“法益概念的关键功能在于对刑法的限制和对刑法立法者的制约”。⁽⁶⁾以法益作为先于立法者的刑法保护标准，并将其用来检验立法的实质合法性，此即所谓法益对立法的批判功能。

早期的法益理论秉承古典的人权保障理念，以个人自由为概念构建的基础。换句话说，共同体契约精神下的自由保护是法益的“种子”，法益根植于共同体中人们内心深处对自由的追求。日本学者指出，“法益概念，是为了防止不当扩大犯罪概念，确保一定的市民自由不受干涉而引进到刑法学当中来的，从这种历史经过来看，其从当初开始，就具有自由主义的特征”。⁽⁷⁾我国学者也认为，“在价值取向上，现代刑法偏向于对个体权利的保障，法益概念也主要围绕个体而加以构建”。⁽⁸⁾所以，法益概念的核心是自由，表征了个人自由与刑法的内在关联。

正因为法益概念的核心是自由，以法益为导向而构建的刑法就应当仅仅保护预先确定的、不依赖于国家的个人权利，例如生命、身体的完整性、荣誉等个人利益。例如，在费尔巴哈看来，犯罪损害了个人权利，如生存权、身体不受侵害的权利、对自由和财产的权利等，即使是针对国家的犯罪，也是间接针对个人；而当涉及那些既不属于国家也不属于

(3) 参见 [德] 京特·雅各布斯 《保护法益——论刑法的合法性》，赵书鸿译，载前引 [1]，赵秉志等主编书，第 13 页。

(4) 参见许恒达 《法益保护与行为刑法》，台湾元照出版公司 2016 年版，第 13 页。

(5) 同上书，第 13 页以下。

(6) 前引 [1]，阿佩尔文，第 52 页。

(7) [日] 曾根威彦 《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社 2005 年版，第 6 页。

(8) 劳东燕 《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 37 页。

某个个体的制度时，就必须将针对这些制度的行为从刑事犯罪中大手笔地排除出去。⁽⁹⁾ 这种基于以个人自由为核心的法益概念而构建的刑法，被认为能够最大限度地限制国家的刑罚权。对此，我国学者也指出：“在刑法领域，最有可能侵蚀和侵犯个人自由的力量，就是国家刑罚权。如果国家刑罚权的启动是肆意的、任性的，那么其不仅不能发挥保障功能，相反，会对个人的自由造成重大侵害，扰乱个人生活的安宁。”⁽¹⁰⁾

这种将刑法的任务局限于个人自由保护的法益理论影响深远，也为今天的许多学者所坚守。例如，哈塞默（Hassemer）就认为“构成合法法益基础的是单个的个人利益，而不是通过个人来实现其功能的群体的和国家的利益。”⁽¹¹⁾ 针对交通安全与环境安全立法所创设的以风险防控为基调的法益概念，他指出：当刑法大量以危险犯的方式，渗透并管制这些新领域时，刑法就已经放弃了法治国限制刑法效力的原始假定，而成为一种单纯的社会控制手段；刑法保护的主体已不再是古典法益，而是使社会稳定的制度；过度扩张刑法管制领域与管制纵深的做法，将使刑法无从遵循法治国的基本诫命，因此，应当重返“核心刑法”的原始观点，并限制刑罚的适用。⁽¹²⁾

尽管学者强调以个人自由为核心构建法益概念，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、否认集体法益。正如希尔根多夫所指出的“一些学者认为，除了对个人法益（如生命、人类身体皮肤的保全以及自由）的保护以外，刑法在其他方面的正当性是受到质疑的。他们倡导一个‘传统’的法治国刑法，但这也正是其受到批判之处，因为刑法从未以这样的形式存在过。”⁽¹³⁾ “刑法的任务是保护人类社会共同生活秩序。没有一个人能够永远与世隔绝地生活，相反，所有的人均基于其生存条件的要求，需要生活在一个彼此交往、合作和相互信任的社会里。在维护人类社会关系的和平秩序和保护秩序方面，刑法具有重要的意义。”⁽¹⁴⁾ 在这些学者看来，集体法益之所以不应受到怠慢，是因为“国家要保护公民的权利，需要保护的是个体在特殊情况下的利益。但同时，一般情况下群体的利益也应当保护。”⁽¹⁵⁾

笔者认为，否定集体法益的观点是偏颇的。在马克思主义的视域里，“自由确实是人的本质”，⁽¹⁶⁾ 但人的自由是在现实的社会生活中以及社会共同体中实现的。只有在社会形成后的政治生活中，自由才成为人的有意识的活动。在社会生活共同体中，没有人能自成一统，成为与世隔绝的孤岛，自由只能在“人与人、人与社会和人与自然的和谐中实现”。⁽¹⁷⁾

(9) 参见前引〔3〕，雅各布斯文，第13页以下。

(10) 姜敏《“危害原则”的法哲学意义及对中国刑法犯罪化趋势的警喻》，《环球法律评论》2017年第1期，第115页。

(11) 参见前引〔3〕，雅各布斯文，第32页。

(12) 参见前引〔4〕，许恒达书，第19页。

(13) [德]埃里克·希尔根多夫《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174页。

(14) [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特《德国刑法教科书》上，徐久生译，中国法制出版社2017年版，第1页。

(15) 前引〔3〕，雅各布斯文，第14页。

(16) 《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1995年版，第167页。

(17) 参见孙熙国、许文星《论马克思恩格斯的自由观及其当代运用》，《理论月刊》2017年第3期，第10页。

换句话说,自由并非随心所欲的放纵,社会需要整合,自由需要在秩序中才能实现。由此,即使推崇自由主义的学者也承认,自由和控制之间没有真正的对立,因为每一种自由都依靠一种相应的控制。⁽¹⁸⁾ 为了实现自由,人们向国家(主权者)让渡个人的权利,国家承担保护国民自由安定生活的义务,国家通过政治的权威和秩序的构建来履行这种义务。“一个正常行使职责的司法机构,一个没有贪污和贿赂的国家机关,一个未受损的货币,一个健全的赋税体系和一个未受破坏的环境对一个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。”⁽¹⁹⁾ 所以,从形式上看,刑法的每一个规定都会给该规定出现前的人的自由带来损失,但相对于带来的利益(更大的自由),这是一种必要的牺牲。所以,刑法既保护自由,也限定自由。个人法益限缩了国家的刑罚权,集体法益限制了个人自由的任性,看似悖论的两极,其实并非不能相容。

人们选择政府与领导人、参与立法与行政,实际上是将自由的原始意义运用于作为整体的人群,从而形成一种集体自由。⁽²⁰⁾ 刑法对这种集体自由(秩序)的保护,“既不会降低个人的价值,也不会降低国家的价值,因为如果没有稳定的社会,无论是国家还是个人都会失去其稳定性”。⁽²¹⁾ 从合宪性的角度看,集体法益的刑法保护也为宪法所要求,“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”。⁽²²⁾ 宪法第51条就明确规定,“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”从这个意义上说,我国刑法对集体法益的保护具有明确的宪法基础。可见,在法益理论的发展过程中,集体法益在批判与质疑声中,确立了其与个人法益并列的独立地位。

二、现代刑法中集体法益的扩张及其原因

晚近以来,刑法对集体法益的保护呈现明显扩张的趋势,引起了学界的关注和讨论。

(一) 现代刑法中集体法益扩张的表现

1. 不断创设新的集体法益

与个人法益是被刑法发现的不同,集体法益往往是立法者创设的。基于法益保护的刑法任务,在立法者认为出现了值得刑法保护的秩序利益的情况下,通过设立新的犯罪构成来创设新的法益。而“设立扩张的或可被诠释的新法益,尤其是普遍法益”,是现代刑法的一个标志。⁽²³⁾ 在现代社会中,随着行政权力的社会秩序管理职能不断强化,刑法中以行政不法为前提的行政犯(法定犯)不断增加,成为“导致今天刑法规模和范围呈现急剧增长的最重要因素”。⁽²⁴⁾ 尤其是“在环境、公共健康、市场和有组织犯罪等领域,刑法的扩张

(18) 参见[英]霍布豪斯《自由主义》,朱曾汶译,商务印书馆1996年版,第83页。

(19) [德]克劳斯·罗克辛《法益讨论的新发展》,许丝捷译,台湾《月旦法学杂志》2012年第12期,第270页。

(20) 参见王缉思《世界政治的五大目标》,《国际安全研究》2016年第6期,第17页。

(21) 参见前引〔3〕,雅各布斯文,第37页。

(22) 前引〔1〕,阿佩尔文,第77页以下。

(23) 参见前引〔13〕,希尔根多夫书,第220页。

(24) 参见[美]道格拉斯·胡萨克《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第162页。

亦即新型犯罪的创设，非常明显地表明犯罪化的刑事政策比去罪化的刑事政策用得更多”。⁽²⁵⁾ 例如，在经济刑法领域，德国通过增设骗取经济补助金、贷款申请欺诈、投资欺诈以及保险活动中的欺诈行为，把每一项虚假说明都置于刑罚的威慑之下，行为的可罚性提前到了未遂乃至预备阶段。在梯德曼（Tiedemann）看来，这些犯罪与传统犯罪所保护的法益不同，是保护国家补助活动、信贷活动、投资市场和保险活动的功能性，是针对独立的集体法益的完全独立的犯罪。⁽²⁶⁾

积极创设集体法益的趋势，在我国刑法的发展中同样能够得到印证。自1997年刑法修订以来，十个刑法修正案以及全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，新增罪名60多个；其中，破坏市场经济秩序犯罪和妨害社会管理秩序犯罪，新增罪名43个。可以说，晚近以来我国刑法修正所体现的是，不断严密对经济犯罪和破坏社会秩序犯罪的刑事法网。⁽²⁷⁾

2. 通过前置性、早期化的刑法干预将个人法益保护置换为集体法益保护

以保护个人生命、健康、自由与财产法益为中心的传统刑法，在认定与处罚犯罪时十分注重实害，原则上只有在侵害结果出现时，才允许刑法介入。但是，现代刑法通过修改既有罪名的罪状或者增设新的罪名，加大对集体法益的保护力度与广度，以实现对个人法益的前置性保护。刑事立法“明显地转向预防与安全，国家在犯罪发生之前、在针对某个行为人特定犯罪的嫌疑具体化之前就已经开始介入”。⁽²⁸⁾ 或者说，“刑事立法将特定风险领域的集体法益作为对个人法益保护的前阶，直接作为刑法的保护对象”。⁽²⁹⁾ 事实上，不仅仅是危险犯的增多，现代刑法中累积犯、持有犯和义务犯的增多，也都突出对集体法益的保护。

首先，大量设置抽象危险犯。“刑法对超个人法益保护的强调，使得危险犯在刑法中的重要性日益提升。”⁽³⁰⁾ 这是因为，对于涉及集体法益的犯罪，法益是否受到侵害不易作出清晰的判断。立法对危险犯违法性的判断侧重于对行为模式的认定，当行为人实施了特定行为而呈现出具体危险或者抽象危险时，违法性就得以证成。⁽³¹⁾ “危险犯作为前置化立法的代表，正日益成为重要的犯罪形式，这种犯罪类型大量地出现在涉及交通、食品、环境卫生等公害性犯罪中。”⁽³²⁾ 例如，对于交通违法行为，传统刑法是在发生了个人法益受侵害的实害结果后才予以干预，但危险驾驶罪的规定则将刑法干预提前到实害结果发生之前，只要有醉驾、超速竞驶等危险驾驶行为即构成犯罪。这不但提前了犯罪的“既遂”，也创造了一个抽象危险犯。抽象危险犯的设置在经济刑法领域尤为突出。经济刑法所保护的法益通常是集体法益——整体的经济秩序及其重要制度，如信用市场、资本市场、营业竞争秩

(25) 转引自王永茜《论集体法益的刑法保护》，《环球法律评论》2013年第4期，第71页。

(26) 参见唐莱《舒纳曼教授学术讲演介绍》，《法学家》2000年第3期，第127页。

(27) 参见郎胜《我国刑法的新发展》，《中国法学》2017年第5期，第27页，第32页。

(28) [德] 乌尔里希·齐白《全球风险社会与信息生活中的刑法：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167页。

(29) 前引〔25〕，王永茜文，第68页。

(30) 前引〔8〕，劳东燕书，第50页。

(31) 参见高巍《刑法教义学视野下法益原则的畛域》，《法学》2018年第4期，第37页。

(32) 郝艳兵、解永照《风险社会下刑法的提前保护》，《江西警官学院学报》2011年第6期，第70页。

序、非现金的交易制度等——本身就具有抽象性，与此相应，抽象危险的构成要素就成了“对抗经济犯罪的重要手段”。⁽³³⁾这一结论也可以从刑法对电信网络犯罪的规制得到印证。在这些年日益猖獗的电信网络诈骗犯罪中，犯罪分子的主要手段是向不特定对象发送诈骗信息，受骗人群分布极为分散。如果仍然像传统诈骗罪那样，以骗取的财物数额作为定罪量刑的根据，显然不利于惩治电信网络诈骗犯罪。⁽³⁴⁾为此，刑法修正案（九）设立了非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪，将发布违法犯罪信息等网络犯罪的预备行为单独设置为犯罪，并将帮助行为予以正犯化，由此，前置性的网络安全秩序就成为这些犯罪的保护法益。

其次，在刑法中出现了累积犯的立法现象。在风险社会中，原因与结果并非一一对应的确定性反映，“原因逐渐变成一种总体的行动者和境况、反应和逆反应的混合物”，⁽³⁵⁾这就导致传统的因果关系理论很难证明行为的因果性。典型如环境污染行为，一次环境污染事故的结果通常是由小型污染行为累积而成，而单个小型污染行为对环境的影响几乎可以忽略不计。但是，此种行为若被反复、大量实施，就会累积酿成污染事故。对环境而言，其本身难以修复的特点又决定了，在发生污染事故后再予以保护，为时已晚。累积犯就是指“自身按照相关规则不会对受法律保护的利益造成损害的行为方式，但却可以与其他具有同种方式的行为共同作用造成损害”。⁽³⁶⁾按照累积犯的原理，污染环境犯罪的成立不需要造成实然的环境污染结果，只要实施了相应的污染环境行为，就可以认定行为人成立相应的犯罪。刑法第338条规定的污染环境罪，虽然以“严重污染环境”为构成要素，但根据“两高”2016年《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条列举的18种“严重污染环境”行为，这些行为并非一定造成了实然的“严重污染环境”后果。这一规定就被学者认为体现了累积犯的运行机理。⁽³⁷⁾

再次，刑法中的持有犯越来越多。持有，是指行为人违反国家规定，占有、控制或支配某种特定物品的状态。典型的持有型犯罪例如：非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪（刑法第120条之六），非法持有枪支、弹药罪（第128条），持有假币罪（第172条），持有伪造的发票罪（第210条之一），非法持有毒品罪（第348条）。持有特定的物品之所以构成犯罪，不在于该行为已经造成了现实的法益侵害结果，而是该行为对社会的公共安全具有抽象危险。

3. 与法定犯时代相伴相随的集体法益扩张

随着法定犯时代的来临，“犯罪形态在数量变化上由传统的自然犯占绝对优势演变为法定犯占绝对比重这样的局面”。⁽³⁸⁾与自然犯主要致力于个人法益保护不同，法定犯侧重于对社会秩序即集体法益的维护，大都基于保护秩序的需要而设定。法定犯所规制的行为，没有自然犯传统上所具有的悖德性，行为人只是脱离于国家为实现社会管理功能而进行的

(33) 参见林东茂《危险犯与经济刑法》，台湾五南图书出版公司1999年印行，第95页。

(34) 参见陈兴良《犯罪范围的扩张与刑罚结构的调整——〈刑法修正案（九）〉述评》，《法律科学》2016年第4期，第181页。

(35) [德] 乌尔里希·贝克《风险社会》，何博闻译，译林出版社出版2004年版，第34页。

(36) [德] 沃尔夫冈·沃勒什《法益理论与犯罪行为结构》，赵晨光译，载前引〔1〕，赵秉志等主编书，第127页。

(37) 参见张志钢《论累积犯的法理——以污染环境罪为中心》，《环球法律评论》2017年第2期，第178页。

(38) 参见储槐植《要正视法定犯时代的到来》，《检察日报》2007年6月1日第3版。

控制，因此，成立法定犯的前提是违反国家相关的行政管理法规。法定犯的急剧增加，意味着越来越多的行政管理秩序被纳入刑法的保护范围。德国学者据此指出：“立法者特别模糊且大范围地拟定这些整体法益（国民健康保护、政府补助保护等等）……法益保护在现代刑法中遂成为了制度保护。”⁽³⁹⁾

而且，法定犯通常所具有的空白罪状和兜底性规定，使立法设定的规范仅仅是犯罪成立的框架，其具体内容需要刑法之外的行政法规来充实，这就使传统刑法所倡导的封闭的犯罪构成具有了一定程度的开放性和不确定性。由此，法定犯“实质上是由于其触犯了一定的（行政）实体法规而受到刑事处罚，那么只依靠正式法是不可能完整确定可罚行为范围的，必须通过对正式法和（行政）实体法的‘共同解读’，才能确定完整的构成要件范围”。⁽⁴⁰⁾对于集体法益的保护而言，这种立法模式具有一定的合理性。现代社会管理的高度复杂性，导致立法者不可能在所有领域都能及时制定细致、准确的规范，利用行政机关规范设定的便捷性和专业性，通过空白罪状将保护集体法益的要求注入刑法规范，这在一定意义上提升了刑法的规制效率。

（二）现代刑法中集体法益扩张之原因

1. 社会发展背景

集体法益的扩张具有时代背景。晚近以来，工业化及科技的突破性发展，给人类社会带来了巨大进步，也累积了难以预测的风险。或者说，“由于社会发展趋向复杂，人的生活往往依赖许多社会制度，如果不改变刑法原有的成罪机制，纯粹把刑法局限于实害范围，则所有的社会成员只能信赖自己，这种结果不可能维持有意义的社会生活”。⁽⁴¹⁾特别是随着互联网的迅速发展，在信息社会、网络社会的环境下，个人可以超越时空限制参与社会活动，“以自由创造信息、自由获取信息、自由认知信息、自由表达信息为基本内容的‘信息自由’”拓展了自由的空间，“给人们打开了一个自由、全面发展的可能性空间”。⁽⁴²⁾与此同时，信息社会、网络社会也带来了社会生活的复杂性和不确定性，形成了难以驾驭的新的社会风险，⁽⁴³⁾社会秩序、个人自由的保护面临空前挑战。

简言之，现代信息社会、网络社会、风险社会的相伴而来，改变了人们的生活和发展方式，也带来了新的社会矛盾和难题，引发了新的安全风险。在无处不在的风险面前，秩序和安全的价值被强调，人类比任何时候都需要团结协作，依赖集体的力量来实现对权利的保护。这使得传统的以个人法益保护为核心的刑法体系受到了挑战，国家在刑事政策层面加大了国家力量对风险的控制，这种集体行动性的风险控制任务也分配给了刑法。“一方面，刑法要去应对传统的暴力犯罪，比如谋杀犯罪，刑法同时也要应对其他领域的具有高

(39) [德] Winfried Hassemer 《现代刑法的特征与危机》，陈俊伟译，台湾《月旦法学杂志》2012年第8期，第250页。

(40) [德] 洛塔尔·库伦 《罪刑法定原则与德国司法实践》，黄笑岩译，载梁根林、[德] 埃里克·希尔根多夫主编《中德刑法学者的对话——罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社2013年版，第129页。

(41) 前引〔4〕，许恒达书，第16页。

(42) 参见孙伟平、赵宝军《信息社会的核心价值理念与信息社会的建构》，《哲学研究》2016年第9期，第123页。

(43) 参见刘少杰《网络社会的时空扩展、时空矛盾与社会治理》，《社会科学战线》2016年第11期，第201页。

度风险的犯罪，如经济领域的犯罪，有组织犯罪、恐怖主义犯罪就属于这种新型的犯罪。”⁽⁴⁴⁾ 由此，更多的风险预防、以应对风险为目的的集体法益保护，就成为刑法所追求的目标、所保护的對象。

2. 传统刑法边界的延伸

在风险社会中，对风险的恐惧导致刑法对不法行为的容忍度逐渐降低，这促使“刑法更加侧重于解决预防与安全问题，以及由此引发的对实行犯罪和怀疑犯罪之前场行为进行干预”。⁽⁴⁵⁾ 不少学者肯定晚近以来刑事立法重视维护秩序的价值取向。在考夫曼（Arthur Kaufmann）看来，秩序刑法、经济刑法、食品刑法在形式上不具有伦理色彩，但实际上也是为了保护人的生命与健康。⁽⁴⁶⁾ 也就是说，个人法益与集体法益都以人的利益、人的自由为依归，因此，个人法益与集体法益具有相通性，集体法益的保护是对传统刑法个人法益保护的一种延伸。我国学者也认为，“这种将秩序价值置于更重要地位的刑法立法，既是刑法本性的要求，又是国家立法机关对社会现实情况充分考虑而作出的慎重、必要选择。”⁽⁴⁷⁾

笔者以为，相对于个人权利保障，秩序价值是否应被置于更重要的地位，固然值得进一步思考，但在行政法、民法与刑法保护同一法益的场合，对侵害行为是动用刑法还是采取其他法律规制手段，终究取决于刑事政策的选择。现代社会的刑事政策更青睐犯罪风险防控，刑事可罚性的关口前移，即“刑法在趋势上比较不再是对公民自由利益最重大侵害之反应，反倒是在趋势上成为内政的附加工具。在趋势上其腾出了自己在法领域总体中的位置，并且使自己更靠近了民法或行政法的功能。”⁽⁴⁸⁾ 这形象地反映了传统刑法边界在现代社会不断延伸的现实。

3. 社会治理方式的发展

传统刑法建立在报应主义的基础上，突出对个人法益和个人自由的保护，侵害公民个人生命与健康的犯罪是刑法规制的重点，这些犯罪也被赋予了强烈的伦理色彩。但随着社会的发展，自由主义将抽象的行为自由作为最高价值、作为自由保障工具的理想，可能不再符合21世纪的价值预设。“我们正从自我决断、个人主义、自由主义以及自我实现的理想转向越来越强调建立在人际间的愿望、期待、需求以及敏感性基础上的社会性、同情心以及宽容心——其影响方式体现为人们所表达的意见与愿望。”⁽⁴⁹⁾ 这种转向需要人与人之间更多的合作，会促进社会治理体系的转变，也促成了法治国向社会国的发展。“为了更佳地保障与促成个人自我实现，国家肩负起领航（或社会形塑）、给付、安全与平衡社会差距的任务，以因应当代条件，有效确保合乎人性尊严的自由与生活。”⁽⁵⁰⁾

(44) [芬兰] 基墨（Kimmo Nuoti）：《安全、风险与刑法》，江溯译，载梁根林主编《刑事政策与刑法变迁》，北京大学出版社2016年版，第296页。

(45) [德] 乌尔里希·齐白《刑法的边界——马普外国与国际刑法研究所最新研究项目的基础与挑战》，周遵友译，载赵秉志主编《刑法论丛》第16卷，法律出版社2008年版，第239页。

(46) 参见[日] 甲斐克则《责任原理与过失犯论》，谢佳君译，中国政法大学出版社2016年版，第15页。

(47) 参见黄晓亮《论我国刑法修正的秩序价值优先性——以〈刑法修正案（九）〉为视角》，《法学杂志》2016年第3期，第42页。

(48) 前引〔39〕，Hassemer文，第251页。

(49) [德] 托马斯·魏根特《德国刑法向何处去？——21世纪的问题与发展趋势》，张志钢译，载赵秉志主编：《刑法论丛》第49卷，法律出版社2017年版，第384页。

(50) 钟宏彬《法益理论的宪法基础》，台湾元照出版有限公司2012年版，第246页。

由此，建立在自由主义基础上的传统刑法的约束机制受到冲击。“在我们所走向的世界中，具有决定性影响的向导可能是和谐，而不是自由。与个人主义的视角相对，通过大量刑法评价的行为规则所追求的繁荣有序的经济与内部、外部均健康运行的社会，是刑法所要确保的免受干扰的安稳的和谐。”⁽⁵¹⁾ 这种泛刑法化的主张多多少少也得到了公众的认同，因为“人们在难以理解的失序世界中处在感觉受到威胁和混乱的气氛下，当限制自由时，承诺（或至少有希望）恢复已经失去的所希望的个体之人身安全，很多人也愿意放弃自身的部分行为自由”。⁽⁵²⁾ 由此促成了现代机能主义的刑事政策，刑法不再只是用来协调和保障主观权利形式的自由，而是成为社会平衡、社会整合、社会调控和社会控制的工具。

我国现阶段也面临着社会治理模式的创新。在中国特色社会主义新时代，我国社会的主要矛盾已经转变为“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”，国家应“更好推动人的全面发展、社会全面进步”。要完成这一任务，意味着国家应适度加大对社会生活的介入。正如学者所指出，“人们对美好生活的向往，个人对自身权益的更加看重，都推动着法益在数量、范围和细致程度上不断地延伸变化，推动着刑法的底线朝着有利于保障社会进步的法益设定方向发展”。⁽⁵³⁾ 尽管刑法不是社会现代化的推动者，但刑法作为社会治理手段的一个有机组成部分，需要面对“人的全面发展、社会全面进步”进程中的各种挑战，创设新的集体法益是刑法回应挑战的一种积极选择。

三、个人法益与集体法益的紧张关系

集体法益扩张的必要性并不能排除对集体法益扩张的警惕性思考。个人法益是人的本来的利益，刑法只是发现而已，更多是一种自然本能的选择，是对人的自由和自我保护的一种肯定。而集体法益多是人为的，是人的理性选择与设计，是通过外在力量对人的自由所进行的控制。何种群体性利益应受刑法保护，终究是立法者的一种价值选择。立法者固然有权选择将某种秩序上升为刑法保护的集体法益，但这种秩序可能是某种模棱两可的利益，或者仅仅是特定群体而非社会全体成员的利益，而现实中也确实存在“不重大的、不真正的、不明确的、不符合比例原则的集体法益”，⁽⁵⁴⁾ 这必然对人的自由形成潜在威胁。

（一）个人法益与集体法益的此消彼长

就其内容而言，虽然都是法益，但个人法益关注个人自由的保护，集体法益则侧重社会秩序的维护。将集体法益归之于制度、秩序等利益的保护，与保护人的自由的法益概念的初衷有矛盾。首先，“就历史的角度来看，法益概念导入刑法学，原本是为了防止犯罪概念的不当扩张，拦堵非个人概念的宗教教义写进刑法典，并透过国家权力确保个人自由，维护个人权利，具有自由主义的色彩。”⁽⁵⁵⁾ 而集体法益以限制个人自由来维护秩序，集体法益的扩张必然伴随着更多对自由的限制，自然会遭遇正当性质疑。其次，刑法的制度性

(51) 前引〔49〕，魏根特文，第384页以下。

(52) 同上文，第385页。

(53) 王世洲《科学界定法益概念，指引刑法现代化》，《检察日报》2018年7月26日第3版。

(54) 前引〔25〕，王永茜文，第67页。

(55) 黄国瑞《法益论之解构》，台湾《辅仁法学》2012年第12期，第19页。

安排不可能完全否定人们对自由的追求。正如贝卡里亚所指出的,刑罚是人们被迫割让自己的一部分自由而结晶形成的,每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些,只要足以让别人保护自己就行了。⁽⁵⁶⁾最后,集体法益是保护个人法益的必要前置。换句话说,对法益保护目的而言,保护集体法益是社会的一种必不可少的建构。个人为了获得自由,必须舍弃一定的自由以形成社会秩序,个人自由需要在社会秩序中实现。但是,集体法益一旦进入刑法的保护范围,则“每一个禁忌、每一个规定,都给法律出现前的自由带来了损失”。⁽⁵⁷⁾诚如我国学者所指出,“集体法益的刑法保护关系着现代刑法的未来走向:如果完全否认刑法对集体法益的保护,会导致刑法无力应对现代社会的风险;如果无限制地承认刑法对集体法益的保护,会使得刑法演变为防范未来风险的工具,法的人权保障机能被忽略,法的安全性被消解。”⁽⁵⁸⁾

(二) 个人法益的具体性和集体法益的抽象性之间的冲突

法益本身具有抽象性的特点,但相对于犯罪客体、社会危害性等犯罪概念的实质表述,法益侵害尤其是对个人法益的侵害又具有相对具体的优势。按照法益论者的最初主张,“刑法仅限于保护预先确定的‘财’的核心部分——例如生命、身体完整性、名誉或者司法(的正常运作)——免受特定的侵害,并且惟其如此才能得以正当化”。⁽⁵⁹⁾因此,法益的内涵应当是具体的,近似于物质性的,所以罗克辛强调,过于抽象的法益不能成为刑法的保护对象。⁽⁶⁰⁾

集体法益尽管是为了个人法益而存在,但与个人法益相比,集体法益是否受到侵害存在着判断上的困难。例如,对环境犯罪行为的处罚,“对于许多活在今天的人而言,环境保护是无关紧要的,但对整个社会的持续发展来说显然并不是这样。”⁽⁶¹⁾所以,集体法益具有“抽象精神化”“空洞化”的一面。⁽⁶²⁾人们开始质疑,法益概念失去了传统的实质内容后,是否还具有对实定法的批判功能。也正因为集体法益的抽象性,导致了“刑法扩大化和灵活化的实现”,⁽⁶³⁾引起了一些学者对法益概念本身科学性的质疑。我国就有学者指出:“法益概念因为包含了抽象化和模糊化的集体法益而稀释其自身的客观性和明确性,其是否仍然能够发挥罪与非罪界分的立法作用开始变得令人怀疑。”⁽⁶⁴⁾易言之,集体法益常常是为了证明刑罚威吓之正当性,“已不再为除罪的工作”。⁽⁶⁵⁾在这一意义上可以说,集体法益给法益概念本身带来了危机。

(三) 个人法益的稳定性和集体法益的流变性之间的矛盾

虽然罗克辛认为,“法益没有自然法的永恒效力,而是跟随宪法基础和社会关系的变迁

(56) 参见[意]贝卡里亚《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第9页。

(57) 前引〔3〕,雅各布斯文,第36页。

(58) 前引〔25〕,王永茜文,第67页。

(59) 前引〔1〕,阿佩尔文,第52页。

(60) 参见[德]克劳斯·罗克辛《对批判立法之法益概念的检视》,陈璇译,《法学评论》2015年第1期,第58页。

(61) 前引〔3〕,雅各布斯文,第37页。

(62) 参见前引〔55〕,黄国瑞文,第40页。

(63) 前引〔13〕,希尔根多夫书,第174页。

(64) 马春晓《使用他人许可证经营烟草的法教义学分析——以集体法益为进路》,《政治与法律》2016年第9期,第63页。

(65) 参见前引〔39〕,Hassemer文,第250页。

而变化”，⁽⁶⁶⁾但他同时认为传统的法益具有稳定性。“对于针对身体和生命的犯罪行为，对于剥夺自由或者盗窃犯罪来说，观念的变迁会导致该类行为不可罚，这是不可想象的，因为这些犯罪都是以法益为基础的，而社会无法放弃对这些法益的保护。”⁽⁶⁷⁾换句话说，个人法益相对恒久且得到普遍承认，即使时代变迁，这些基本法益也不会被放弃，其内涵也相对稳定。

但是，集体法益不一样，其范围、内涵与一个社会的发展、历史语境息息相关，具有时代性。例如，在计划经济时代，我国对粮食流通进行严格管理，未经许可进行粮食贩卖活动，情节严重的，可以构成犯罪。但随着社会的发展，计划经济体制下的粮食流通体制事实上已经为市场经济体制所替代，对于贩运粮食的行为，已经缺乏动用刑法加以处罚的法益基础。又如，我国1997年修订刑法时并没有规定骗购外汇罪，在1998年亚洲金融危机的背景下，为防止单位或者个人利用国家的售汇制度骗取外汇，全国人大常委会于1998年12月通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，增设了骗购外汇罪。该决定还明确规定，在国家规定的交易场所以外非法买卖外汇，扰乱市场秩序，情节严重的，依照非法经营罪定罪处罚。集体法益的这种流变性，客观上要求立法应契合时代发展脉搏，设立新的法益，并适时废除以保护已经过时而不再需要刑法保护的利益为目的的犯罪。

四、集体法益刑法保护的门槛与限度

个人法益与集体法益之间的紧张关系，导致集体法益的正当性始终面临质疑。集体法益“作为在高度发展而且不断复杂化的现代社会中应担保人类共同生活的整个法领域的一环（不是只停留在刑事刑法上），能否用尽全刑罚法规的作用而受到完全的保护。如果不能，刑罚发动的限度标准应该安置在何处？”⁽⁶⁸⁾易言之，集体法益的研究应聚焦于，什么样的秩序利益具有刑法保护的价值进而成为集体法益，以及如何消解个人法益与集体法益之间的紧张关系。

（一）集体法益应当以人的利益为基础和目标

不可否认，集体法益具有政治功能，因而有沦落为纯粹政治工具的潜在危险。集体法益使立法者以保护抽象的社会秩序为名扩张刑法处罚范围变得轻而易举，从而弱化了法益的犯罪化限制机能。尤其是在中国的社会环境下，特别强调个人与他人及社会的相互依赖，存在滋生集体法益的肥沃土壤，如果又缺乏立法的自我约束机制，集体法益非常容易“野蛮生长”。因此，刑法保护的集体法益应当以人的利益为基础和目标，这是防止集体法益刑法保护变异的最主要门槛。

首先，集体法益的价值支撑和预设是对人的利益的保护。集体法益既然被称为法益，就肯定与个人法益有共通之处。所谓“益”，都是指人的利益，法益一以贯之的终极意义就

(66) [德] 克劳斯·罗克信 《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，中国政法大学出版社2006年版，第164页。

(67) 前引(60)，罗克辛文，第56页。

(68) [日] 伊东研祐 《法益概念史研究》，秦一禾译，中国人民大学出版社2014年版，第8页。

是“由法律所承认和保护的人的利益”。⁽⁶⁹⁾ 在人的利益这一终极意义上,个人法益与集体法益得到了统一。这就决定了集体法益并不是立法者可以任意决定的,立法者要保护的集体法益应当能够反映法益的本质——以人的利益为中心,不能脱离人的自由。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。如果欠缺个人法益因素,所谓集体法益就失去了需要刑法保护的坚实基础,“即如果罪刑规定既不是为了保护个人的自由发展,也不是为了保护实现个人自由发展的社会条件(例如正常的司法和国家行政),那么该规定不具有合法性。”⁽⁷⁰⁾ 换句话说,“透过与个人法益之间的紧密连结,证立新兴超个人法益的正当性,交通安全之所以受到保护,并不是因为‘交通安全’是一个值得刑法保护的独立制度,而是因为不特定多数人都有可能参与交通,若不予控制,则每个社会成员都是潜在的被害人。”⁽⁷¹⁾ 也就是说,集体法益本身不是目的,而只是保护个人法益的一种手段。形式上,集体法益以制度、秩序为内容,但实际上,制度也好、秩序也罢,都是为了满足人们更自由、更美好生活的需要。例如,刑法修正案(八)将污染环境罪“造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”这一要素修改为“严重污染环境”。学界将该罪保护的法益称为生态法益,生态法益最终是为了保护人的利益,“最终必须与人的法益具有关联性,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”。⁽⁷²⁾

其次,与人的普遍利益无关的单纯秩序维护,不应成为刑法的任务。“现代社会的刑法不应当作为单纯实现社会管理、行政管制的手段。”⁽⁷³⁾ 某种制度、秩序是否具有刑法保护的正当性,需要作进一步的甄别。然而,“在现代社会,由于社会生活的复杂化和国家管理社会事务职能的扩张,出现了许多仅仅是为了行政管理、建立或形成某种秩序的需要而制订的与社会基本伦理没有直接关系的法律规范。”⁽⁷⁴⁾ 或者说,“从秩序存在的目的看,不少秩序特别是行政秩序多是基于国家管理便利的考量,并非意在提升和促进人类福利之目的。”⁽⁷⁵⁾ 说白了,这些法益的创设实际上是通过刑法实现创设者的自我目的、自我需要,而“以自我为目的之国家刑罚在社会上不可能取得其正当性”。⁽⁷⁶⁾

正因为如此,并不是所有的秩序都能成为集体法益,获得刑法的保护。如果某种秩序仅仅体现了行政管理的需要,与个人的自由发展没有必然联系,就不应成为刑法保护的法益。“如果某种规定只保护特定的秩序,而不去避免具体的损害,那这些规定在刑法中就没有任何地位。它们实际上属于所谓的违反秩序法,这种法律并不把刑罚作为其制裁手段。”⁽⁷⁷⁾ 例如,生产、销售假药的行为是对国家药品管理秩序的破坏,同时,药品安全与人的生命、健康紧密联系,因此国家的药品管理秩序是值得刑法保护的利益。但是,如果针对某种疾

(69) 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第4页。

(70) 前引(60),罗克辛文,第55页。

(71) 前引(4),许恒达书,第19页。

(72) 参见张明楷《污染环境罪的争议问题》,《法学评论》2018年第2期,第6页。

(73) 刘传稿《法治语境下犯罪圈的扩张及其限度》,《人民检察》2017年第5期,第39页。

(74) 谢焱《社会危害性认识在经济刑法中的适用》,《政治与法律》2017年第2期,第60页。

(75) 何荣功《经济自由与经济刑法正当性的体系思考》,《法学评论》2014年第期,第59页。

(76) Haffke, FS Roxin, 2001, S. 955 ff.

(77) [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555页。

病的药品事实上是有疗效的，相关行政部门仅出于行政管理的需要，将其拟制为“假药”，如药品管理法将依照该法必须批准而未经批准进口的真药品作为“假药”来认定，但该药品确有疗效，则行为人销售此种“假”的真药，就不应构成销售假药罪（构成走私等其他犯罪则另当别论）。因为此时行为人仅仅侵犯了相关的药品行政管理秩序，该秩序无法直接与人的生命、健康等个人法益相联系，故在此场合下相关药品行政管理秩序不应成为刑法保护的集体法益。

（二）防止以保护个人法益的名义不当设定前置性的集体法益

集体法益具有非排他性的人人分享的特点，社会成员对该法益有一种受保护的归属感。如果某种利益仅仅是少数人所享有，就不应上升为集体法益而得到刑法的保护。只有在某种利益会对共同体内每个人的生活产生影响时，该利益才具有上升为集体法益的必要性。如果所谓的集体法益并不是建立在共同体全体成员所共享的基础上，而明显是由特定的个人（或者单位）所享有，则不是真正需要由刑法保护的集体法益，即使被冠以集体法益之名，也只能是伪集体法益。

一个刑法规范保护的是个人法益还是集体法益，对于理解某一罪刑条文具有重要意义。在现实的司法语境中，常常以同类客体作为个罪所保护的客体。如在经济犯罪的认定中，泛泛地将市场经济秩序、金融管理秩序等作为个罪侵害的法益，容易将本来是侵害个人法益的犯罪不当认定为侵害集体法益的犯罪。例如，刑法第175条之一规定的骗取贷款、票据承兑、金融票证罪，该罪被规定在刑法分则第三章第四节“破坏金融管理秩序罪”。金融管理秩序非常抽象，是类罪的保护对象。然而，既然是“骗取”，说明有具体的被骗者，即银行等金融机构。由于银行等金融机构本身就具有发放贷款的职能，单纯获得贷款，对银行而言并不能说有何利益损失，没有侵害银行等金融机构的利益，也就不能说银行实质上被骗了。按照全国人大常委会的解释，设立本罪的目的是“保护银行等金融机构信贷资金的安全”。^{〔78〕}但是，银行的信贷资金是否安全，一是看有无造成信贷资金实际损失，二是看有无造成信贷资金损失的风险。只有给具体的被骗者（银行或者其他金融机构）带来了利益损失或者利益损失风险，才能认为银行或者其他金融机构被骗了。行为人采取欺骗手段取得贷款，如果没有给银行或者其他金融机构带来损失或者损失风险，就不具备该罪的实质性要件。由此，本罪的法益主要不是集体法益，而是个人法益（金融机构的信贷资金安全）。至于本不该获得贷款而采取欺骗手段获得了贷款的，只能说是损害了行政机关所维护的信贷管理秩序，单纯的信贷管理秩序过于抽象，也不会对共同体内的个人生活产生影响，这一抽象秩序不应被刑法保护，即没有将一般的信贷管理秩序上升为集体法益的必要。由此，在理论界普遍认同经济刑法的保护法益具有集体法益性质的前提下，需要对现行经济刑法的立法进行反思：刑法分则第三章规定的犯罪是否都属于现代经济刑法意义上的经济犯罪。一旦将本属于侵害个人法益的犯罪解释为侵害集体法益的犯罪，就会为扩大处罚范围打开方便之门。

（三）集体法益的刑法保护应贯彻从属性原则

在传统刑法中，法益是入罪的消极标准，“无具体清楚的法益侵害，则无犯罪行为”；

〔78〕 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编 《〈中华人民共和国刑法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2009年版，第317页。

而在现代刑法中,法益保护正“从一个消极的入罪化标准转化为积极标准”。⁽⁷⁹⁾法益功能的这种转变,导致了刑法的扩张。对集体法益的保护而言,法益的传统机能仍然值得坚守,法益是动用刑法的必要非充足条件,与法益保护同等重要的原则是刑法的从属性原则。正如罗克辛所指出,由于民法、公法,特别是违反秩序法都在保护法益,所以当某种法益受到损害时,总是会出现一个问题,即究竟是应当通过刑法,还是应当通过其他法律规制手段(例如损害赔偿、批准义务或者控制措施)去防止这种损害的发生。对此,罗克辛指出,“从属性原则是对法益保护思想的不可或缺的补充”,并认为与法益侵害同等重要的是刑法的从属性原则,应当发展出一门独立的“从属性科学”。⁽⁸⁰⁾从属性原则应当成为防止集体法益过度扩张的一种制约机制。

事实上,在现代社会,恐怕没有国家会以法益保护为名,置行政的或者民事的手段于不顾,将所有的法益侵害行为都纳入犯罪圈,而“总是针对特定的危害行为、后果、心理状态、特定情节,有选择地对特定领域的法益提供特定的刑法保护”。⁽⁸¹⁾根据从属性原则,刑罚是公权力行使过程中所能够采取的最严厉的手段,所以,“只有在比较轻缓的手段不能充分保证效果的情况下,才允许适用刑法。如果国家使用其他社会政策措施就能够或者甚至更有效地保护一种确定的法益,但是却抓住了锋利的刑法之剑,那么,这种做法就违反了禁止超过必要限度的原则。”⁽⁸²⁾由此,在判断是否需要前置性保护集体法益以预防性保护个人法益时,必须对侵害行为出现的概率、后果进行充分评估,只有在具有必要性且其他法律干预手段无法发挥作用的情况下,前置性地保护集体法益才是正当的。

然而,法益保护的从属性原则并没有在我国刑法的立法和司法中得到充分体现。如经济刑法本应遵循前置性的民商事或行政法规在前、设置犯罪在后的逻辑,但是,经济刑法中一些犯罪的设置却出现了相反的情况。对于经济活动中出现的一些无序现象,在没有前置性的民商事或者行政法规的情况下,本应作为保障法的刑法却先行一步将之纳入刑罚圈。⁽⁸³⁾这种“将刑法挺在前面”的犯罪化立法,带来了经济刑法过剩的危险,有过度干预之嫌。⁽⁸⁴⁾

司法实践中同样存在刑罚干预过于积极、以刑代罚的现象。赵春华非法持有枪支案之所以引起社会各界的质疑,进而引发司法实务界及理论界的广泛争论,其症结在于司法实践中缺乏集体法益刑法保护的从属性思维。基于维护公共安全的需要,国家对枪支进行严格管理,其正当性应当得到肯定。但是,国家的枪支管理手段应该是多层次的。街头射击游戏摊位的气枪与通常意义上的枪支有天壤之别,气枪打气球的游戏也不会从根本上动摇枪支管理制度,如果要对其进行前置性管控,通过行政性的治安处罚就可以实现。将街头射击游戏摊位的气枪与通常意义上的枪支相提并论,不但突兀,也越过了对枪支的行政管控而直接跳跃到刑法规制,这种规制手段上的跳跃使行政法对枪支的管理失去了作用空间,

(79) 参见前引〔39〕,Hassemer文,第248页。

(80) 参见前引〔60〕,罗克辛文,第60页。

(81) 前引〔53〕,王世洲文。

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

(83) 参见胡启忠《金融刑法立罪逻辑论——以金融刑法修正为例》,《中国法学》2009年第6期,第77页以下。

(84) 参见孙国祥《二十年来经济刑法犯罪化趋势回眸及思考》,《华南师范大学学报(社会科学版)》2018年第1期,第48页以下。

无疑是一种扩大刑法干预和刑罚处罚范围的过罪化思维。⁽⁸⁵⁾ 在此起彼伏的质疑声中,“两高”2018年《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》作出回应“对于非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、持有、私藏、走私以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支的行为,在决定是否追究刑事责任以及如何裁量刑罚时,不仅应当考虑涉案枪支的数量,而且应当充分考虑涉案枪支的外观、材质、发射物、购买场所和渠道、价格、用途、致伤力大小、是否易于通过改制提升致伤力,以及行为人的主观认知、动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节,综合评估社会危害性,坚持主客观相统一,确保罪责刑相适应。”这一解释是对以往枪支管理中不分对象、不分情节,一概以刑代罚现象的纠偏,体现了刑法的从属性思维。

(四) 集体法益的刑法保护应具有相对清晰的边界

有关个人法益保护的刑法规范,通常是通过精确的描述性概念来构建,但这种对明确性的追求在集体法益的保护上已经式微。如前所述,集体法益的抽象性使法益所传递的信息越来越稀薄,乃至稀薄到法益失去了其本来的意义和功能,无法为立法提供一个可以在法律上作为基础、在内容上令人满意的界限。⁽⁸⁶⁾ 集体法益容易被各种抽象概念所填满,在极端情况下还可能脱离社会现实,从而更可能被任意解释。⁽⁸⁷⁾ 针对司法实践中的具体案件,是否存在应受保护的法益、是否侵害了法益、侵害了什么样的法益,常常没有一个有说服力的结论。例如聚众淫乱罪,关于该罪的保护法益是什么,理论上有不同观点。有的认为本罪侵害的是“社会风化”,⁽⁸⁸⁾ 也有的认为“本罪所保护的只能是一种众人不得在一起聚众淫乱的性风俗”。⁽⁸⁹⁾ 但无论是“社会风化”抑或“性风俗”,实际上大都与人的情感等有联系,是一种非常抽象的利益,由此导致理论界和实务界对封闭环境下成年人多人自愿实施性行为能否构成该罪,一直存有争议。

有鉴于此,集体法益的保护不能轻易放弃相对明确性的要求。其标准就是,从一个刑法条文中能够推断出立法者清楚的保护目的,并且原文字无论如何还能够对一种解说的任意扩张设定界限。⁽⁹⁰⁾ 首先,集体法益是为保护个人法益而存在,集体法益的创设必须防止“片面强调抽象的‘集体’而忽视现实的人以及见‘物’不见‘人’的偏向”。⁽⁹¹⁾ 例如,封闭环境下成年人多人自愿实施性行为,可能与大多数人的道德观念相悖,但该行为不会影响他人的健康或者行动自由,并没有妨害他人的自由生活,而维系“社会风化”或者“性风俗”并不是刑法的任务,因此,为大多数人的道德意识所厌恶,不能成为刑法处罚的充足理由。所以,将聚众淫乱罪的保护法益限缩解释为“性行为非公开化的社会秩序”是可取的。⁽⁹²⁾ 其次,压缩任意解释的空间。例如,刑法修正案(九)增设了扰乱国家机关工

(85) 参见孙国祥《构成要素行政性标准的过罪化风险与防范》,《法学》2017年第9期,第75页。

(86) 参见前引〔82〕,罗克辛书,第14页。

(87) 参见熊琦《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128页。

(88) 参见周道鸾、张军主编《刑法罪名精释》下,人民法院出版社2013年版,第751页。

(89) 黎宏《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第391页。

(90) 参见前引〔82〕,罗克辛书,第102页。

(91) 熊万鹏《人权的哲学基础》,商务印书馆2013年版,第318页。

(92) 参见张明楷《刑法学》,法律出版社2016年版,第1077页。

作秩序罪，将“多次扰乱国家机关工作秩序”的行为入罪。有学者指出，把所谓的“缠访”和“闹访”等行为入罪，是以“公共秩序或社会秩序为名，行克减公民自由之实”。⁽⁹³⁾从维护公民权利的角度来说，这种批评有一定道理，但并不全面。公民固然有上访的权利和自由，国家机关也有接受公民上访、为其排忧解难的义务，但国家机关工作秩序的维护也是实现国家行政管理职能正常运行所必需的，公民行使权利也要有序进行，不应扰乱国家机关的工作秩序，所以，不能一概否定国家机关工作秩序为刑法所保护的必要性。不过，需要警惕的是，“扰乱”及“国家机关工作秩序”等规定本身较为模糊，解释空间过大，因此，司法实践需要秉持严格解释的立场，尤其是要将“扰乱”与“造成严重后果”相联系，以防止出现不当处罚公民行使权利行为的现象。

Abstract: The original value of legal interest lies in the protection of individual freedom and the core of collective legal interest is to maintain order. Collective legal interest appears to be in an entanglement with personal freedom, but they are not completely opposite to each other. Real and stable individual freedom can be realized only through various institutional arrangements in society. The internal logic of freedom determines that, by protecting collective legal interests, the criminal law usually also upholds individual freedom and constitutes the necessary external social conditions for free development. Because the traditional criminal law, which is centered on the protection of personal legal interest, cannot effectively respond to the various risks and challenges of modern social life, the protection of collective legal interest is expanding in modern criminal law. It is not advisable to exaggerate the abstractness and ambiguity of collective legal interest and completely deny the necessity and legitimacy of criminal law expansion. However, collective legal interest is not only the interest of the people, but also has a potential of instrumental extension. The image and function of collective legal interest still need cautious thinking. The ease of the tension between collective and individual legal interests can be achieved by embedding factors of personal legal interest as an entry-level condition for criminal law protection, so as to highlight the contours and boundaries of collective legal interests in a society ruled by law. In this sense, collective legal interest can also play a critical role in preventing the over-expansion of criminal law protection.

Key Words: legal interest, personal legal interest, collective legal interest

(93) 参见前引〔10〕，姜敏文，第124页。