

具体犯罪保护法益的确定方法

张明楷

(清华大学法学院,北京 100084)

摘要:在基本犯与加重犯的保护法益不同的情形下,应当分别确定基本犯与加重犯的保护法益。如果拟制罪名与基本罪名的构成要件不同,就不应按罪名确定保护法益,而应分别确定拟制罪名与基本罪名的保护法益。阻挡层法益与背后层法益是就不同犯罪或者基本犯与加重犯的关系而言,并不是任何具体犯罪的保护法益都包含阻挡层法益与背后层法益。应当根据法益主体与被害人同意或承诺的有效性等要素区分个人法益与公共法益,不应当在对个人法益的犯罪中随意添加公共法益内容,也不宜随意在对公共法益的犯罪中任意添加个人法益内容。此外,需要区分具体犯罪的保护法益与阻却违法性的优越利益,不应将阻却违法性的优越利益当作相关犯罪的保护法益。

关键词:保护法益;加重犯;拟制罪名;阻挡层法益;背后层法益;个人法益

中图分类号:DF611 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2024.01.01 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



法益对构成要件的解释起着重要的指导作用,对法益的理解不同,对构成要件的解释就不同。但是,我国刑法理论关于具体犯罪的保护法益存在许多争议,或者说,就同一具体犯罪而言,不同学者所表述的法益内容并不相同,甚至出现了对同一犯罪部分学者认为是个人法益的犯罪,部分学者认为是公共法益的犯罪的现象。之所以如此,既可能是由于刑法理论对具体犯罪保护法益的确定标准与确认依据缺乏相对一致的认识,也可能是因为对确定具体犯罪保护法益的基本方法存在分歧。不可否认的是,对具体犯罪保护法益的确定,并没有公认的统一方法,不同解释者完全可能采取不同的方法确定具体犯罪的保护法益。同时,“方法”是一个外延极为宽泛的概念,本文只是从刑法学界对保护法益产生分歧的原因(仅就笔者有限的观察)出发,就具体犯罪保护法益的确定方法发表浅见。

收稿日期:2023-10-18

作者简介:张明楷(1959—),男,湖北仙桃人,清华大学谭兆讲席教授,博士生导师。

一、区分基本犯与加重犯的保护法益

在通常情形下,具体犯罪的保护法益,是指刑法分则条文规定的基本犯的保护法益。只有确定了基本犯的保护法益,才能指导基本犯构成要件的解释,并在此基础上解释加重构成要件。但是,由于我国的司法解释对基本犯与加重犯没有分别确定罪名,所以,导致在讨论同一罪名的保护法益时,部分学者侧重或者仅考虑基本犯的保护法益,而部分学者则同时考虑基本犯与加重犯的保护法益,于是形成了不同表述与争议。

首先要说明的是,加重犯的保护法益是否与基本犯的保护法益相同,取决于刑法分则条文规定的加重内容或根据。从刑法分则的规定来看,大体分为三种情形。

第一种情形是加重犯只是不法程度的增加(不法的量的增加),故加重犯与基本犯的保护法益相同。严格地说,这种情形的加重犯的成立条件并不是加重构成要件,只是加重的量刑规则。^①例如,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第271条第1款规定:“公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;数额巨大的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金。”职务侵占数额巨大与特别巨大,也可谓职务侵占罪的加重犯,但法定刑的提升只是基于不法的量的增加,而不是因为行为另外侵犯了其他法益。在这种情形下,基本犯的保护法益与加重犯的保护法益完全相同,解释者是只按基本犯确定保护法益,还是同时考虑加重犯确定保护法益,不会得出不同结论;如果形成分歧,则是基于其他原因。

第二种情形是从立法论上说,有些犯罪应当以行为侵犯了另一法益为根据提升法定刑,但刑法分则并没有描述侵犯另一法益的行为,只是表述为情节严重或者情节特别严重,但在司法实践中,情节严重或者情节特别严重的内容包含了对另一法益的侵害。其中又包括两种类型:一是不能事前确定A罪的加重犯会造成哪些法益侵害,故难以表述加重犯的保护法益,即使表述出来,也不具有特定性,没有实际意义。例如,《刑法》第120条之四规定了利用极端主义破坏法律实施罪,其加重犯既可能侵害人身法益,也可能侵害财产法益,还可能侵害其他公共法益,不可能事前确定。对这类犯罪没有必要也难以事前确定加重犯的保护法益。二是A罪基本犯的构成要件暗示了其加重犯会侵犯B法益,故能够确定A罪的加重犯会造成B法益侵害,因而能够表述加重犯的保护法益。在这种情形下,是分别确定基本犯与加重犯的保护法益,还是在确定基本犯的保护法益时就应包含加重犯的保护法益内容,是需要研究的问题。例如,我国《刑法》第267条第1款规定:“抢夺公私财物,数额较大的,或者多次抢夺的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”从法条的表述来看,似乎应当认为加重犯只不过是量的增加,但事实上并非如此,司法实践中不乏抢夺行为致人伤亡的案件。正因为如此,2013年11月11日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理抢夺刑事

^① 参见张明楷:《加重构成与量刑规则的区分》,载《清华法学》2011年第1期,第7页以下。

案件适用法律若干问题的解释》(法释[2013]25号)第3条与第4条规定:抢夺公私财物导致他人重伤的,应当认定为《刑法》第267规定的“其他严重情节”;抢夺公私财物导致他人死亡的,应当认定为“其他特别严重情节”。既然如此,就应当认为,抢夺罪的加重犯的保护法益包括财产与他人的生命、人身安全。

由于抢夺罪的加重犯并不限于致人重伤、死亡的情形,所以,在上述情形下,如何表述抢夺罪的保护法益就成为问题。对此,可能存在不同方案:(1)根据基本犯确定保护法益,即仅将财产作为抢夺罪的保护法益。但在本文看来,这一方案不利于指导抢夺罪构成要件的解释,尤其是不利于说明抢夺行为与盗窃行为的区别。(2)将财产作为抢夺罪基本犯的法益,将可能侵害的生命、人身安全作为加重犯的选择性法益。亦即,就抢夺罪而言,虽然可以认为他人的生命、人身安全也是加重犯的保护法益,但并不是只有侵害了他人的生命、人身安全才能成立加重犯。但是,这一方案不仅不利于指导抢夺罪构成要件的解释,而且其中就加重犯的“选择性法益”的表述对加重情节的认定没有实践意义。(3)将财产作为抢夺罪基本犯的法益,将生命、人身安全作为加重犯的保护法益。可是,如果不将生命、人身安全作为抢夺罪基本犯的保护法益,在因抢夺财物的数额特别巨大而成立加重犯的场所,这一方案就存在明显的缺陷。(4)在确定抢夺罪基本犯的法益时,就应将财产与生命、人身安全包含在内。

本文倾向于上述第(4)种方案。抢夺致人重伤、死亡的结果是由抢夺行为造成,而不是抢夺之外的其他行为造成,这表明抢夺行为本身就具有致人伤亡的危险。作为基本犯的抢夺行为就包括了对他人生命、身体的抽象危险,因而应当将抢夺罪的基本犯的保护法益表述为财产与他人的生命、人身安全。于是,一方面,并不是任何公开盗窃都属于抢夺,只有对人的生命、人身安全具有危险性的夺取行为才属于抢夺;另一方面,抢夺行为致人重伤、死亡的,就是由抽象危险现实化为实害,成为典型的结果加重犯。

第三种情形是加重犯的根据并不是不法的量的增加,而是行为侵犯了其他法益。在这种情形下,加重犯的保护法益显然多于基本犯的保护法益。因此,不能按罪名确定法益,而应分别确定基本犯与加重犯的保护法益。例如,倘若说故意伤害罪的基本犯的保护法益是人的身体健康,那么,在故意伤害致人死亡的场合,其保护法益就不只是人的身体健康,还包括人的生命。换言之,既没有必要说故意伤害罪的基本犯的保护法益包括人的生命,也不能说故意伤害罪的加重犯的保护法益仍然只是人的身体健康。再如,强奸罪的基本犯的保护法益是妇女的性行为自主权,但强奸致人重伤、死亡的加重犯的保护法益,则除了性行为自主权之外,还包括妇女的身体健康与生命。

显然,在上述第三种情形下,加重犯的保护法益不同于基本犯的保护法益。但刑法理论在确定具体犯罪的保护法益时,首先要确定基本犯的保护法益,而且,在确定基本犯的保护法益时,不能将加重犯的保护法益归入基本犯的保护法益。否则,不利于对基本构成要件的解释。例如,如果将妇女的身体健康与生命作为保护法益指导对强奸罪基本构成要件的解释,就必然要求强奸罪中的暴力、胁迫与其他手段具有侵害妇女的身体健康与生命的危险。但这样的解释不当缩小了强奸罪的成立范围。所以,一方面,要将强奸罪基本犯的保护法益确定为妇女的性行为自主权^①;另一方面,

^① 当然,这只是按通说作出的表述,具体表述在国内外都存在争议。

要将强奸致人重伤、死亡这一结果加重犯的保护法益表述为妇女的性行为自主权与生命、身体健康。再如,通说认为,非法行医罪的保护法益是“国家对医务工作的管理秩序和就诊人的生命、健康权利”^①。这一表述就没有区分非法行医罪的基本犯与结果加重犯。如果以该保护法益为指导,那么,就意味着成立非法行医罪要求行医行为本身侵害了就诊人的生命、健康权利,但大量的非法行医罪并非如此。事实上,只要行为人未取得医师执业资格,即使医术高明,甚至救治了不少患者,也不妨碍非法行医罪的成立。^②所以,应当分别表述非法行医罪的基本犯与加重犯的保护法益。

刑法理论关于某些犯罪的保护法益之所以存在不同表述与争议,一个重要原因是,就同一具体犯罪而言,有的学者仅表述了基本犯的保护法益,有的学者同时表述了加重犯的保护法益但又没有区分基本犯与加重犯的保护法益。例如,关于绑架罪的保护法益,一种观点指出:“本罪的客体是复杂客体,包括他人的人身自由权利、健康、生命权利以及公私财产所有权利……至于在复杂客体中,立法将本罪规定在侵犯人身权利的犯罪中,说明人身权利是客体的主要方面。”^③据此,绑架罪的保护法益首先是人身自由权利、健康、生命权利,其次是公私财产所有权利。但在本文看来,这种观点将绑架罪的基本犯的保护法益与加重犯的保护法益,乃至由绑架行为形成的牵连犯的保护法益,都纳入到绑架罪的保护法益,似有不妥。一方面,成立绑架罪并不以侵犯他人的生命、身体健康为前提,否则,就意味着伤害行为、杀人行为成为绑架罪的构成要件要素,这明显缩小了绑架罪的处罚范围;另一方面,所谓对公私财产所有权利的侵犯,既不是成立绑架罪基本犯的条件,也不是成立绑架罪加重犯的成立条件,只是实现勒索财物目的时的一种情形,而此时所成立的敲诈勒索罪,只不过与绑架罪构成牵连关系,故公私财产权利并不是绑架罪的保护法益,而是相关的牵连犯的保护法益。正因为如此,上述观点不能不承认,“绑架他人作为人质的,虽然也是使用暴力、胁迫等强制手段将他人掳为人质,但并不是以勒索财物为目的而绑架他人,所以只侵犯到他人的人身自由、健康、生命权利”^④。既然如此,充其量只能说,以勒索财物为目的的绑架罪是复杂客体,而不能认为所有类型的绑架罪都是复杂客体。^⑤

再如,关于抢劫罪的保护法益,有学者认为:“本罪侵害的法益具有复杂性:一方面,行为人违反被害人的意思取得了财物,侵犯了他人的财产占有权;另一方面,也侵犯了被害人的生命、身体、自由和生活平稳。行为样态对人身法益具有高度危险性,这是其与其他侵犯财产罪相区别的重要标志。”^⑥这一观点将抢劫罪基本犯与加重犯的保护法益一并表述。所谓对生命、身体的侵害,主要是就抢劫致人重伤、死亡而言,所谓对生活平稳的侵害,主要是就入户抢劫而言。显然,成立抢劫罪的基本犯并不以行为侵犯他人的生命、身体和生活平稳为前提,只要侵犯了他人的意志活动自由与财

① 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第589页。

② 2016年12月16日修正后的最高人民法院《关于审理非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2016〕27号)第2条规定:“具有下列情形之一的,应认定为刑法第三百三十六第一款规定的‘情节严重’……(三)使用假药、劣药或不符合国家规定标准的卫生材料、医疗器械,足以严重危害人体健康的;(四)非法行医被卫生行政部门行政处罚2次以后,再次非法行医的;(五)其他情节严重的情形。”

③ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第475页。

④ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第475页。

⑤ 参见张明楷:《绑架罪的基本问题》,载《法学》2016年第4期,第119页以下。

⑥ 周光权:《刑法各论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第118页。

产,就能成立抢劫罪。概言之,对抢劫罪的基本犯的保护法益,宜表述为他人的意志活动自由与财产。^①至于加重犯的保护法益,则应按8种情形分别表述^②,而且只有分别表述,才能发挥对加重犯构成要件解释的指导作用。

以持枪抢劫为例。关于持枪抢劫中的“枪”是否必须为真枪,在理论上存在争议。否定说认为:“对认定‘持枪抢劫’而言,只要一般人看起来足够像真枪即可,或者说,能在外观形式上让人产生酷似真枪的主观印象即可(形式危险性导致的主观危险感),而不必非得在客观上具有实质的危险性。”^③否定说的主要理由是:与普通抢劫相比,枪支的暴力形象足以提升被害人的恐惧心理,这正是持枪抢劫法定刑升格的根据;至于枪支的真假,并不是关键的问题。^④换言之,由于被害人并不知道或并不一定知道行为人所持的枪是假枪,持假枪抢劫在客观上也能对被害人的精神造成严重损害。^⑤不难看出,上述否定说并没有承认持枪型抢劫罪的保护法益不同于普通抢劫,只是将被害人恐惧心理的提升作为法定刑提升的根据。但是,既然非法持有枪支罪属于对公共安全的抽象危险犯,就有理由认为,持枪型抢劫罪的保护法益除了被害人的意志活动自由与财产外,还包括公共安全。换言之,对公共安全形成抽象危险才是持枪抢劫的加重理由。如果承认这一点,就不会将使用假枪抢劫的行为认定为持枪抢劫。

总之,刑法理论在确定具体犯罪的保护法益时,要区分基本犯的保护法益与加重犯的保护法益,尤其是存在加重构成要件场合,必须根据刑法分则的不同规定分别确定其保护法益。只有这样,才能避免不必要的争议,也有利于基本犯与加重犯的认定。

二、区分基本罪名与拟制罪名的保护法益

刑法分则规定了一些拟制罪名,其中有的是刑法分则条文明文规定的拟制罪名,有的是原本可以确定为独立的罪名,但司法解释仍然将其确定为拟制罪名。前者如《刑法》第269条规定的事后抢劫或准抢劫行为,由于法条明文规定“依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚”,而《刑法》第263条规定的是抢劫罪,故司法解释对《刑法》第269条规定的犯罪只能冠之以抢劫罪的罪名。^⑥后者如《刑法》第388条规定的斡旋受贿,尽管法条表述为“以受贿论处”,但其实可以将本条规定的犯罪概括为斡旋受贿罪,只不过司法解释仍然将本罪确定为受贿罪,导致斡旋受贿成为拟制罪名。

从保护法益的角度来说,拟制罪名与基本罪名的法益保护既可能相同,也可能不相同或有所不同。如果二者的保护法益相同,当然不需要区分二者的保护法益。例如,大体可以认为,事后抢劫的保护法益与普通抢劫的保护法益相同,都是被害人的意志活动自由与财产。

但不得不承认的是,有些拟制罪名的保护法益与基本罪名的保护法益并不完全相同,刑法只是以整体不法程度相当为依据,或者为了定罪量刑的便利而作出了拟制规定。在这种情形下,就需要

① 参见张明楷:《侵犯人身罪与侵犯财产罪》,北京大学出版社2021年版,第236-237页。

② 当然,其中的第四项即“多次抢劫或者抢劫数额巨大”只是不法程度的增加。

③ 车浩:《被害人视角下的“持枪抢劫”》,载《政治与法律》2010年第6期,第129页。

④ 参见车浩:《被害人视角下的“持枪抢劫”》,载《政治与法律》2010年第6期,第133-134页。

⑤ 参见刘长秋:《论持假枪抢劫也属于法定的“持枪抢劫”——与陈洪兵、王朋同志商榷》,载《法律适用》2005年第11期,第97页。

⑥ 当然,刑法分则条文所称的“依照XX条的规定定罪处罚”,是否意味着只能适用XX条的罪名,也值得进一步讨论。

分别确定基本罪名与拟制罪名的保护法益。

首先,奸淫幼女不是独立罪名,强奸罪与奸淫幼女型强奸罪的保护法益是否完全相同?众所周知,奸淫幼女罪原本是一个独立的罪名,但司法解释废除了奸淫幼女罪的罪名,使得奸淫幼女行为被认定为强奸罪。由于普通强奸罪以强制性为前提,而奸淫幼女型强奸罪(以下表述为“奸淫幼女罪”)的成立并不以强制性为前提,所以,在此意义上说,将奸淫幼女行为认定为强奸罪,具有拟制罪名的性质。

日本刑法理论的通说认为,强奸罪的保护法益是妇女性行为的自主权或性的自由,由于奸淫幼女行为成立强奸罪,故奸淫幼女罪的保护法益也是幼女性行为的自主权或性的自由,只是由于幼女对性的事项缺乏充分的判断能力,故即使基于幼女的同意而与之性交也成立奸淫幼女罪。^①但国外刑法理论上也有观点认为,强奸罪与奸淫幼女罪的保护法益并不相同。例如,奥地利刑法理论的通说认为,强奸罪的保护法益是被害人的性的自主决定权;奸淫儿童罪的保护法益是儿童的性的完全性或完整无损性(sexuelle Integrität),意思决定自由并不是奸淫儿童罪的保护对象。因为儿童的精神未成熟,对性的意义缺乏理解与判断能力,为了尽可能使儿童的性的、精神的发达与成长不受妨害,故一律禁止任何人对孩子实施性行为。^②再如,瑞士刑法理论的通说认为,强奸罪的保护法益是性的自己决定的自由;奸淫儿童罪的保护法益则是儿童的性的发育不受妨害,但不要求行为现实地妨害了儿童的性的发育,也不要求行为产生了现实的危险,故奸淫儿童罪属于抽象危险犯。^③日本也有学者认为,普通强奸罪的保护法益是性的自己决定权,但对儿童的强奸罪的保护法益则是性的不可侵犯性。^④我国刑法理论的多数说事实上也区分了普通强奸罪与奸淫幼女罪的保护法益,认为强奸罪的“客体是妇女的性交自由权利和幼女的身心健康”^⑤,或者“是女性的性自由权利和幼女的身心健康权利”^⑥,明显旨在分别表述普通强奸罪与奸淫幼女罪的保护法益。但“身心健康”这一概念并不能使奸淫幼女罪与其他侵犯儿童权益的犯罪(如雇用童工从事危重劳动罪)相区别,因而存在缺陷。

在本文看来,一方面肯定幼女享有性行为自主权,另一方面又不允许或者不同意幼女行使性行为自主权,有自相矛盾之嫌。事实上,幼女的性的自由原本就受到了严格限制,倘若只是由于幼女缺乏自己决定能力而阻却同意效力,似乎意味着可以由家长、监护人代行决定,但法律并不允许。应当认为,奸淫幼女罪的保护法益不同于普通强奸罪的保护法益。幼女由于身心发育不成熟,对性行为的意义缺乏理解与判断能力,因此,为了使幼女健康成长不受性行为的妨碍,必须一律禁止对幼女实施性交行为。在此意义上说,奸淫幼女罪的保护法益,是幼女的性的不可侵犯权或者性的完

^① [日]平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会,1977年)179-180頁、[日]山口厚『刑法各論(第2版)』(有斐閣,2010年)105頁、[日]松原芳博『刑法各論(第2版)』(日本評論社,2021年)85頁参照。

^② [日]深町晋也『オーストリア刑法における性犯罪規定』樋口亮介、深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂,2020年)435頁、457頁参照。

^③ [日]深町晋也『スイス刑法における性犯罪規定』樋口亮介、深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂,2020年)508頁、533頁参照。

^④ [日]山中敬一『刑法各論(第3版)』(成文堂,2015年)162頁参照。

^⑤ 马克昌主编:《百罪通论》(上卷),武汉大学出版社2014年版,第534页。

^⑥ 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第468页。

整无损性。

其次,刑法关于聚众斗殴罪的规定中存在法律拟制,如何表述聚众斗殴罪的保护法益?一种观点认为:“聚众斗殴罪侵犯的是复杂客体,既侵犯了社会公共秩序,又侵犯了公民的人身权利,其中公共秩序是主要客体,而公民人身权利是次要客体。”^①还有观点认为:“现行刑法第 292 条的规范目的,一方面为保护公共社会的安宁和秩序的平稳,另一方面为保护国民的人身安全、财产安全……在我国刑事司法实践中,将在聚众斗殴过程中故意毁坏财产的行为仅作为聚众斗殴的从重情节加以认定,而不是同时定故意毁坏财物罪,这在一定程度上也印证了本法条的规范目的涵括对财产安全的保护。”^②

在本文看来,上述观点可能存在疑问。其一,在聚众斗殴致人轻伤的场合,应当认为参与斗殴者对轻伤的承诺是有效的,故不存在侵犯其人身权利的问题,不能将人身权利作为保护法益。况且,聚众斗殴罪的成立,并不以致人轻伤为要件。因此,以聚众斗殴行为可能致人轻伤为根据将人身权利作为本罪的保护法益,就存在疑问。在聚众斗殴致人重伤的场合,由于不再认定为聚众斗殴罪,而是认定为故意伤害罪,所以,也不宜认为人身权利是聚众斗殴罪的保护法益。其二,应当区分聚众斗殴罪的保护法益与《刑法》第 292 条的保护法益,因为第 292 条并不是只规定了聚众斗殴罪,还规定了故意杀人罪、故意伤害罪的成立条件。其三,不能因为司法实践中将毁坏财产的结果作为聚众斗殴罪的从重情节,就将财产安全也作为聚众斗殴罪的保护法益。因为成立聚众斗殴罪并不以毁坏财物为前提。况且,如果毁坏财物的结果是过失所致或者毁坏财物的数额没有达到故意毁坏财物罪的程度,从重处罚就属于应当禁止的间接处罚;如果故意毁坏财物数额较大,则属于一个行为同时触犯数个罪名,而不能认为聚众斗殴罪也保护财产安全。由此看来,只能将公共场所秩序作为聚众斗殴罪的保护法益。

最后,斡旋受贿不是独立罪名,如何确定受贿罪与斡旋受贿犯罪的保护法益?笔者的看法是,由于《刑法》第 388 条将“为请托人谋取不正当利益”作为斡旋受贿犯罪的构成要件要素,所以,认为斡旋受贿的保护法益包括职务行为的公正性的观点,具有合理性。但是,不能据此认为,普通受贿罪的保护法益也是职务行为的公正性。换言之,职务行为的公正性不是所有受贿犯罪共通的保护法益。试图仅以公正性或者仅以不可收买性说明所有受贿犯罪的保护法益的观点,存在以偏概全的缺陷,难以与我国刑法关于受贿犯罪的规定相吻合。在现行立法例之下,应当根据宪法规定、刑法条文表述的构成要件内容及受贿犯罪与相关犯罪的关系,分别确定普通受贿罪与斡旋受贿犯罪的保护法益。普通受贿罪的保护法益是职务行为的不可收买性。职务行为的不可收买性,是值得刑法保护的具有经验的实在性的具体法益。只要行为侵害了职务行为不可收买性,即使没有侵害职务行为的公正性,也完全可能成立普通受贿罪。当然,加重的普通受贿罪的保护法益则可能包括职务行为的公正性。斡旋受贿犯罪的保护法益是被斡旋的国家工作人员职务行为的公正性,以及国家工作人员的职权或地位形成的便利条件的不可收买性。^③

^① 马克昌主编:《百罪通论》(下卷),武汉大学出版社 2014 年版,第 917 页。

^② 李心春、栗相思:《聚众斗殴罪中持械的认定》,载《人民司法》2015 年第 3 期,第 49 页。

^③ 参见张明楷:《受贿犯罪的保护法益》,载《法学研究》2018 年第 1 期,第 146 页以下;张明楷:《刑法学》(下)(第 6 版),法律出版社 2021 年版,第 1597 页以下。

有学者针对笔者的上述观点指出：“张明楷教授探究普通受贿与斡旋受贿保护法益区别时的论证逻辑在于，第385条和第388条的犯罪构成不同，保护法益也应不同。但他却未说明，相对于第385条的受贿罪，第388条属于‘以受贿论处’的斡旋受贿情形。究其本质，这是一种法律拟制。张明楷教授将斡旋受贿与普通受贿罪区别对待，分别界定各自的保护法益，没能提炼出二者共通的保护法益，因而也是难以令人满意的。应当看到，职务行为的公正性说和职务行为的不可收买性说的观点均存在一定的破绽。”^①然而，一方面，提炼出普通受贿与斡旋受贿二者的共通的保护法益，未必具有实际意义。因为不可能根据提炼出来的共通保护法益统一指导普通受贿罪与斡旋受贿犯罪的构成要件的解释。恰恰相反，如果按照提炼出来的共通保护法益解释普通受贿罪与斡旋受贿犯罪的构成要件，则必然导致对构成要件的解释产生错误。另一方面，正是因为《刑法》第388条规定的构成要件明显不同于普通受贿的构成要件，因而是一个拟制罪名，所以才需要将斡旋受贿犯罪的保护法益与普通受贿罪的保护法益加以区别。质言之，原本是应当将普通受贿罪与斡旋受贿罪作为两个不同的罪名确定保护法益的，只是因为司法解释没有单独确定斡旋受贿的罪名，所以，只好区分基本罪名与拟制罪名的保护法益。可以认为，越是强调《刑法》第388条规定的是拟制罪名，越是要说明其保护法益与普通受贿的保护法益不同；而不能因为《刑法》第388条规定对斡旋受贿“以受贿论处”，就认为斡旋受贿的保护法益与普通受贿罪的保护法益相同。

三、区分阻挡层与背后层的保护法益

刑法为了周全地保护法益，尽可能不遗漏各种犯罪，不得不从不同侧面与角度规定各种犯罪。又由于法益的种类繁多，所以，刑法分则对法益的保护形成不同的构造。例如，数个法条既可能分别保护不同的法益，也可能共同保护相同的法益；数个法条保护的法益之间既可能缺乏密切关联，也可能具有密切关系，后者中比较常见的一种情形就是两个法益之间具有阻挡层与背后层的关系。换言之，在刑法分则中大量存在为了保护A法益（背后层）而保护B法益（阻挡层）的立法现象。

例如，要保护国民的生命、身体，首先必须对弱者的生命、身体进行特殊保护，于是刑法设立遗弃罪，遗弃罪就是对他人的生命、身体造成危险的犯罪。再如，要保护居民在住宅内部的各种利益，就必须确保居民的住宅安宁，保护居民享有的是否同意他人进入自己住宅权利，于是刑法设立侵入住宅罪。这便是各国刑法中普遍存在的“阻挡层法益构造”^②。

对于具体犯罪保护法益的确定，当然要考虑上述阻挡层法益与背后层法益的关系，但也不能一概认为，越是揭示出背后层法益，就越表明解释者能够透过现象看本质。质言之，除了真正的复合法益（复杂客体）外，对具体犯罪只需要表述出一个揭示犯罪本质、能够指导构成要件解释的法益；如果阻挡层法益是值得刑法保护的法益，背后层法益并不能也不应当对构成要件的解释起指导作用，就不应表述出背后层法益。

第一，阻挡层法益与背后层法益一般是就两个犯罪保护法益的关系而言的，而不是意味着要对

^① 陈劲阳：《受贿罪的保护法益：基于“信赖说”的批判与反思》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2022年第6期，第151-152页。

^② [日]和田俊憲「賄賂罪の見方」高山佳奈子、島田聡一郎編『山口厚先生献呈文集』（成文堂，2014年）367-375頁參照。

任何一个犯罪都必须描述出阻挡层法益与背后层法益。换言之,阻挡层法益与背后层法益是就刑法分则保护法益的构造而言的,是指不同具体犯罪保护法益之间的关系,而非同一犯罪中的复合法益。例如,刑法规定非法侵入住宅罪,是为了保护公民的住宅权或者住宅安宁,保护这一法益又有利于保护公民的生命、身体与财产。但是,不能将生命、身体安全与财产也作为非法侵入住宅罪的保护法益。

有学者指出:“侵犯著作权罪的保护法益可以同时容纳‘秩序说’与‘私权说’,‘秩序说’侧重的市场竞争秩序是侵犯著作权罪的阻挡层法益,而‘私权说’更为重视的著作权的人身权与财产权是侵犯著作权罪的背后层法益。”^①然而,一方面,如果某种行为破坏了市场竞争秩序,但得到了著作权人的许可,显然不可能成立侵犯著作权罪;另一方面,如若行为没有得到著作权人的许可,也符合《刑法》第217条规定的其他要件,当然成立侵犯著作权罪。在这种情形下,不可能以行为没有侵犯竞争秩序为由,否认侵犯著作权罪的成立。倘若认为这种情形必然破坏市场竞争秩序,那么,刑法对市场竞争秩序的保护也只不过是一种反射效果,而不可能作为侵犯著作权罪的保护法益。

不可否认的是,由于我国司法解释通常将基本犯与加重犯概括为一个罪名,所以,加重犯的两个保护法益可能呈现阻挡层法益与背后层法益的关系。例如,倘若认为普通受贿罪的保护法益是职务行为的不可收买性,加重受贿罪的保护法益则是职务行为的不可收买性与公正性,行为同时侵犯这两个法益,才可能构成加重受贿罪。此时的不可收买性与公正性可谓阻挡层法益与背后层法益的关系。但是,也并非任何加重犯的两个保护法益都存在阻挡层法益与背后层法益的关系。例如,非法拘禁的结果加重犯(致人重伤、死亡)的保护法益是人的身体活动自由与生命、身体健康,但难以认为二者是阻挡层法益与背后层法益的关系。

第二,如果阻挡层的保护法益是值得刑法保护的,就只需要将阻挡层的保护法益确定为具体犯罪的保护法益,既不需要借助背后层法益来说明,也不应将背后层的保护法益作为该罪的保护法益。因为阻挡层法益一旦成为刑法分则条文的保护目的,它就不再只是手段。例如,由于身体健康本身就是值得刑法保护的法益,所以,不能因为伤害可能导致死亡,或者设立伤害罪有利于保护被害人的生命,就将生命作为普通伤害罪的保护法益内容。反过来说,只有在阻挡层利益不值得刑法保护时,才可能将背后层的利益作为保护法益。例如,甲非法持有枪支,乙盗窃了甲持有的枪支。刑法理论不会认为,刑法规定盗窃枪支罪是为了保护甲对枪支的占有,相反,只会认为盗窃枪支罪的保护法益是社会的公共安全。^②换言之,要保护公共安全,就必须防止枪支泛滥,而要防止枪支泛滥,就必须禁止盗窃他人持有的枪支,而不管他人对枪支的持有是合法还是非法。由于他人对枪支的非法占有本身不值得刑法保护^③,所以,刑法理论只能将背后层的保护法益即公共安全作为保护法益。再如,毒品犯罪的非任意流通性,并不是值得刑法保护的法益,其背后的公众健康才是值得刑法保护的法益。

第三,在确定具体犯罪的保护法益时,不能因为阻挡层的保护法益在前,背后层的保护法益隐藏在內,就只承认背后层的保护法益。难以认为,越是将背后层的保护法益挖掘出来作为具体犯罪

^① 安然:《人工智能时代侵犯著作权罪的法益嬗变与刑法应对》,载《扬州大学学报(人文社会科学版)》2022年第3期,第73页。

^② 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第353页。

^③ 当然,枪支作为财产是值得刑法保护的。

的保护法益,就是越妥当的、深刻的。

首先,难以认为阻挡层的保护法益一概没有背后层的保护法益重要。^①例如,劫持航空器罪的设立旨在保护乘客与机组人员的生命、身体、自由,但是,航空器的安全本身成为更为重要的法益。所以,劫持航空器罪的法定刑重于故意杀人罪的法定刑。再如,走私、贩卖、运输、制造毒品罪的设立,是为了保护公众健康,但其法定刑在整体上明显重于故意伤害罪。

其次,如果无穷无尽地追问为什么要保护此法益,就不可能形成对构成要件具有指导意义的保护法益。例如,如果追问为什么要保护职务行为的不可收买性,回答大体会是,只有保护了职务行为的不可收买性才能保护职务行为的公正性。可是,人们还会进一步追问,为什么要保护职务行为的公正性?答案或许是,为了使每个公民公平地获得应有的利益。^②虽然到此为止也并非终点,但每个人公平地获得应有的利益,显然不能对受贿罪的构成要件解释起到指导作用。

再次,如果对所有具体犯罪的保护法益都追溯到最终层面,那么,所有犯罪的保护法益都是一样的,因为国家法益与社会法益都应当分解为或还原为个人法益,于是,所有犯罪的保护法益都是人的生命、身体、自由、名誉、财产与人的全面发展。即使没有追溯到个人法益,至少会追溯到同类法益。例如,有学者指出:“侵犯商业秘密罪的行为对象中也可能涉及个人数据,像客户名单之类的个人数据,如果控制主体采取保密措施从而满足商业秘密的成立要求,则行为人实施以不正当的手段获取或者超越权限而披露、使用或允许他人使用权利人的商业秘密的,便可能成立本罪。从其在立法中所处的位置与构成要件来看,商业秘密罪保护的并非作为数据主体的自然人的个人数据,而保护的是对相应的个人数据具有控制与处理权限的主体的经济利益。当然,更确切地说,是通过保护权利人的经济利益来实现对公平的市场秩序的保护。”^③这其实是将侵犯商业秘密罪的保护法益追溯到了同类法益,使侵犯商业秘密罪与其他破坏市场秩序犯罪的保护法益没有任何区别。

最后,如果对具体犯罪的保护法益都追溯到背后层的法益,则绝大部分犯罪都将成为抽象的危险犯。例如,如若认为受贿罪的保护法益是职务行为的公正性,本罪就是典型的抽象危险犯。如若对受贿罪采取公正性说,同时认为本罪是具体危险犯,那么,就必然导致索取或者收受他人财物但没有为他人谋取不正当利益的行为不成立受贿罪,这显然不合适。若将公正性背后的每个人公平地获得应有的利益作为保护法益,则受贿罪将成为更加难以捉摸的抽象危险犯。

四、区分个人法益与公共法益

具体犯罪的保护法益是个人法益还是公共法益,通常是比较容易区分的。但是,由于各种原因,刑法理论比较习惯于对侵犯个人法益的犯罪添加公共法益内容,或者对侵犯公共法益的犯罪添加个人法益内容,导致侵犯单一法益的犯罪越来越少,侵犯复合(多元化)法益的犯罪越来越多。例如,有观点认为,私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪的保护法益是“公民的通信自由权利和邮电部门

^① 参见张明楷:《受贿犯罪的保护法益》,载《法学研究》2018年第1期,第146页以下。

^② 参见熊琦:《刑法教义学视阈内外的贿赂犯罪法益——基于中德比较研究与跨学科视角的综合分析》,载《法学评论》2015年第6期,第126页以下;李世阳:《论贿赂犯罪的差序法益构造》,载《政治与法律》2022年第8期,第62页以下。

^③ 劳东燕:《个人数据的刑法保护模式》,载《比较法研究》2020年第5期,第40页。

正常的活动”;报复陷害罪的保护法益是“公民的控告权、申诉权、批评权、举报权等民主权利和国家机关的正常活动”。^①这显然是对侵犯个人法益的犯罪添加了公共法益的内容。再如,有观点指出:“招摇撞骗罪侵犯的主要客体是国家机关的威信及其对社会的正常管理秩序,其次要客体是公共利益公民、法人及其他组织的合法权益。”^②这明显是对侵犯公共法益的犯罪添加了个人法益的内容。

然而,从刑事立法的角度来说,“多元化保护法益观无法让立法者在刑法典中寻得一个合适的体系定位”^③。从刑事司法的角度来说,多元化保护法益难以反映犯罪的不法本质与程度,不利于对构成要件的解释起指导作用,因而会导致司法适用的混乱。例如,上述观点都可能导致随意添加构成要件要素。如上述对招摇撞骗罪保护法益的确定,就要求行为人必须“炫耀并骗取非法利益”^④,这其实不当缩小了招摇撞骗罪的成立范围。再如,司法机关在认定私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪与报复陷害罪时,不可能也不需要判断邮电部门与国家机关的正常活动是否受到了破坏;在认定报复陷害罪时,只需要判断行为是否侵害了公民的控告权、申诉权、批评权、举报权等民主权利,也不需要判断国家机关的正常活动是否受到了侵犯。

刑法理论对个人法益的犯罪添加公共法益内容,或者对公共法益的犯罪添加个人法益内容,既可能是为了描述犯罪不法程度的严重性,也可能是因为混淆了案件事实与刑法规范,以具体案件偶然发生的结果为依据,将相应的法益确定为犯罪的保护法益,还可能由于未合理区分个人法益与公共法益。合理区分个人法益与公共法益,对于刑事立法与刑事司法都具有重要意义,对此不必赘述。“生命、身体、自由、名誉、财产这样的法益,由于其法益的享有主体(利益的主体)是个人,所以称为个人的法益。此外还有社会的法益与国家的法益。”^⑤社会法益的主体是社会,国家法益的主体是国家。集体法益的主体并不是集体,仍然是社会或者国家。从前面的简要说明可以看出,正确区分个人法益与公共法益,也有利于明确具体犯罪是侵犯单一法益的犯罪还是侵犯复合法益的犯罪。

第一,对于侵犯个人专属法益的犯罪,不得确定为侵犯公共法益的犯罪,也不应添加公共法益的内容。例如,不能认为故意杀人罪、故意伤害罪的保护法益除了生命、身体健康之外,还包括社会秩序或者公民的安全感。再如,也不能认为非法拘禁罪、非法侵入住宅罪的保护法益除了公民的身体活动自由与住宅权或住宅安宁外,还包括社会秩序。这是因为,只要行为符合上述犯罪的构成要件,侵犯了个人法益(不存在违法阻却事由),就没有例外地属于不法行为,根本不需要判断行为是否破坏了社会秩序。如果另外加入社会秩序的考量,就必然不当缩小上述犯罪的成立范围。更为重要的是,对侵犯个人法益的犯罪添加公共法益的内容,会导致将个人法益当作手段,使个人法益是否受侵犯成为社会秩序是否受侵犯的判断资料,从而仅将社会秩序的维护当作目的,这不符合以人民为中心的基本观念。

第二,凡是被害人的同意或者承诺阻却构成要件符合性或者违法性的犯罪,都是侵犯个人法益

① 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第487、488页。

② 王作富主编:《刑法分则实务研究》(中)(第5版),中国方正出版社2013年版,第1044页。

③ 张梓彦:《〈刑法修正案(十一)〉的法教义学检视——以“妨害社会管理秩序罪”为切入点》,载《东南法学》2021年第2期,第180页。

④ 王作富主编:《刑法分则实务研究》(中)(第5版),中国方正出版社2013年版,第1046页。另参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第533页。

⑤ [日]井田良『講義刑法学·各論(第2版)』(有斐閣,2020年)7頁。

的犯罪,不得确定为对公共法益的犯罪,也不应添加公共法益的内容。被害人对自己享有处分权限的法益给予同意或者承诺时,该同意或承诺才是有效的。^①反过来说,同意或承诺有效,表明加害人的行为并不成立犯罪,表明被害人处分的是自己有权处分法益,当然属于个人法益。所以,就侵犯个人法益的犯罪而言,在个人法益之外添加公共法益的内容是没有意义的。因为在被害人同意或者承诺有效的场合,不可能因为行为侵犯了公共法益而成立犯罪,至于是否成立其他犯罪,则是另一回事。例如,在两名妇女同意与两名男性在公共场所性交的情形中,两名男性不可能成立强奸罪。至于四人是否成立聚众淫乱罪则是另一回事,但不能将聚众淫乱罪的保护法益纳入强奸罪保护法益的范围。可是,我国刑法理论常常对被害人的同意或者承诺阻却构成要件符合性或者违法性的犯罪添加公共法益内容。

例如,刑法分则将侵犯知识产权罪规定在第三章,从体系地位来看,侵犯知识产权的犯罪似乎是对公共法益的犯罪。有观点指出,对知识产权进行刑法保护一般基于以下两种价值选择:一种是基于保护私人财产所有权的需要,另一种则是基于维护竞争秩序的需要。目前各国法律的差异就在于保护的重点偏重哪一种价值选择。美国的刑事法律偏重对前者的保护,而我国的刑事法律则偏重对后者的保护。也正因为如此,在1997年《刑法》中,侵犯知识产权犯罪是作为破坏社会主义市场经济秩序罪的一类被规定在刑法分则第三章第七节之中。^②刑法理论的通说认为,侵犯知识产权罪的保护法益首先是国家对知识产权的管理秩序,其次是权利人的相关权利。例如,假冒注册商标罪的保护法益“是国家的商标管理秩序和他人注册商标的专用权”;侵犯著作权的保护法益“是国家的著作权、与著作权有关权利的管理秩序和他人的著作权、与著作权有关权利”。^③

然而,侵犯知识产权罪的成立都以违反权利人(被害人)的意志为前提。例如,假冒注册商标的行为,即使假冒者所销售的商品质量远远好于商标权利人生产的商品质量,也不妨碍本罪的成立。相反,凡是权利人同意的行为,都不可能成立侵犯知识产权罪,至于是否成立生产、销售伪劣产品罪则是另一回事。既然如此,侵犯知识产权罪就是对个人法益的犯罪,而不是对公共法益的犯罪。事实上也不存在某种行为虽然没有侵犯权利人的知识产权却扰乱了竞争秩序的现象,所以,就侵犯知识产权罪的保护法益而言,在知识产权之外添加竞争秩序,其实没有任何实际意义,充其量只是为了说明侵犯知识产权罪为什么规定在刑法分则第三章。但是,立法者是人不是神,面对立法缺陷时应当作补正解释,而不是扩大立法缺陷。

再如,侵犯公民个人信息罪被规定在刑法分则第四章,有观点认为,“如果侵犯公民个人信息罪的法益是个人信息权,或者该罪保护的是完全的个人法益,那么当公民个人对行为作出承诺的表示时,表明其放弃了刑法对自己的保护,这种情况下,刑法会尊重被害人的意愿,对该行为不予处罚。但是,刑法条文中并没有明确地指出公民个人的同意是信息收集的合法化基础。”“虽然‘2017年解释’中规定,未经被收集者同意,不得将合法收集的公民个人信息向他人提供,但是也未明确规定未经被收集者同意不得收集公民个人信息。不得不说,这其实是立法者并没有将个人信息权作为侵

① 尽管对生命的承诺无效,对重伤的承诺也可能无效,但生命、身体法益无疑是个人的法益。

② 参见田宏杰:《侵犯知识产权犯罪的几个疑难问题探究》,载《法商研究》2010年第2期,第111页。

③ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第440、444页。

犯公民个人信息罪的法益的表现。”^①

然而,公民个人的同意是否阻却违法,并不都需要由刑法分则条文明文规定。例如,《刑法》第264条并没有规定成立盗窃罪以违反被害人意志为前提,但只有违反了被害人意志的行为才可能成立盗窃罪,经过了被害人同意的行为不可能成立盗窃罪。司法解释是否规定未经同意不得收集公民个人信息,不可能表明立法者是否将个人信息权作为侵犯公民个人信息罪的保护法益。《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)第2条规定:“自然人的个人信息受法律保护,任何组织、个人不得侵害自然人的个人信息权益。”以违反国家规定为前提的侵犯公民个人信息罪,当然也是为了保护公民的个人信息权益。

事实上,得到了公民同意的行为,不可能成立侵犯公民个人信息罪。例如,小贷公司为了确保借款人身份的真实性,要求借款人持身份证拍照,并向借款人说明身份证信息及照片仅用于验证身份的真实性,不作其他用途。小贷公司将借款人的照片与身份证提供给A公司,A公司将这些信息提供给与公安部门关联的提供信息验证服务的B公司,B公司向A公司反馈借款人的姓名与身份证号是否匹配的结论,在匹配的情形下,同时提供该身份证号对应的身份证上的照片(该照片经过B公司打网格等特殊处理),由A公司将该照片与借款人提供的照片进行比对,确认是否为同一人。在上述过程中,A公司将核验结果为匹配的数据所对应的肖像照片私自加以存储,形成数据库。在其他小贷公司就相同借款人再次要求A公司验证身份的真实性时,A公司直接从自己的数据库中调取数据进行核验比对,确定借款人身份的真实性。除此之外,小贷公司与A公司不利用借款人的个人信息从事任何事项。由于单纯凭经过打网格等特殊处理的身份证照片不能识别公民个人的身份,故该照片并非“公民个人信息”。至于借款人提供的其他身份信息,虽然属于公民的个人信息,但由于对该信息的用途得到了借款人的同意,A公司也没有超出借款人所同意的用途予以使用,故A公司的行为不可能构成侵犯公民个人信息罪。即使A公司获取的借款人信息达到几十万条,也不可能因为侵犯了所谓管理秩序,而将其行为认定为犯罪。反之,任何人都不可能对公共法益给予同意或者承诺,如果任何人的同意或者承诺都不能影响犯罪的成立,就表明该罪不是对个人法益的犯罪。例如,任何人同意他人的高空抛物行为都不会影响此罪的成立,所以,高空抛物罪并非对个人法益的犯罪。

第三,在法益主体是个人情形下,即使同意或者承诺无效,但如果无效的原因是基于有限的家长主义或者其他原因,也应当将侵犯该法益的犯罪确定为对个人法益的犯罪,不应添加公共法益的内容。例如,对儿童的犯罪都是对个人法益的犯罪,而不管儿童的同意或者承诺是否有效或对量刑是否产生影响。应当认为,奸淫儿童、猥亵儿童、引诱幼女卖淫、引诱未成年人聚众淫乱等,都是对个人法益的犯罪。

值得讨论的是组织出卖人体器官罪。刑法在故意伤害罪之后规定了组织出卖人体器官罪。一种观点认为,“以牟利为目的的得承诺的器官摘取行为不阻却违法,是因为其侵害了建立在社会生命伦理基础上的器官移植监管秩序,而不是因为侵害了供者自身身体健康权益”,组织出卖人体器

^① 郭泽强、张鑫希:《走出侵犯公民个人信息罪的法益保护之迷思——超个人法益之提倡》,载《天府新论》2020年第3期,第95页。

官罪与非法组织卖血罪没有本质差异,对二者应当在刑法体系上统一定位。^①还有观点认为:“本罪的客体是他人的身体健康权、生命权以及国家对人体(活体)器官捐献管理秩序和人体器官移植规范的正常秩序。”^②本文难以同意上述观点。

首先,组织出卖人体器官罪直接侵害了被害人的身体健康乃至生命,生命、身体法益是个人专属法益,法益主体只能是个人,所以,应当确定为对个人法益的犯罪。

其次,在自我决定权的行使影响法益主体自身生存的情形下,国家会实行有限的家长主义。诚然,“法益保护以免于来自他人的侵害为目的,而不是对来自自我侵害的保护”^③,但国家是个人法益的保护者,在必要的场合,尤其是自己决定权的行使影响了法益主体的生存时,就不能尊重这种自我决定权。器官移植通常会导致被害人身受重伤,乃至具有生命危险。正因为如此,《人体器官捐献和移植条例》与《刑法》第234条之一第2款却将捐献器官的承诺年龄规定为18周岁,而不是14周岁。^④不难看出,法益越重大,自我决定权的行使就越受到限制。这种有限的家长主义与对自己决定权的尊重并不矛盾。因为当自己决定权的行使是给法益主体自身造成重大侵害结果时,对这种自己决定权进行适当限制,实际上是自己决定权的内在要求。^⑤

最后,国家对器官移植、器官捐献进行管理或者监管,就是为了保护公民个人的生命与身体健康,所以,没有理由否认公民个人的生命与身体健康是组织出卖人体器官罪的保护法益。在肯定这一法益的前提下,也不应当添加管理秩序这类公共法益,因为按照这样的思路,对于任何个人法益的犯罪,都可以加上相应的管理秩序或者管理制度。例如,非法侵入住宅罪的保护法益,除了公民的住宅或者住宅安宁之外,还包括国家对住宅的管理制度或管理秩序;非法拘禁罪的保护法益,除了公民的身体活动自由之外,还包括国家对公民身体活动自由的保护秩序。但这样确定保护法益显然不合适。概言之,国家的存在本来就是为了国民服务的,在承认个人法益是保护法益时,将对个人法益的管理秩序作为保护法益,实属多余。

第四,只有当行为仅侵犯了个人法益并不成立犯罪,同时侵犯了公共法益才构成犯罪时,该犯罪的保护法益才是包括了个人法益与公共法益的复合法益;反之亦然。例如,《刑法》第300条第2款规定的组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人重伤、死亡罪,就包含了对公共法益与个人法益的侵犯,仅侵犯其中一项法益,就不可能成立该罪。如果一个行为侵犯了个人法益,就必然直接或者间接侵犯公共法益,而且如果没有侵犯个人法益就不可能成立犯罪,则应确定为对个人法益的犯罪,没有必要加入公共法益内容。这是因为,在这样的场合,刑法对公共法益的保护只不过是前一法益的保护的反射效果或者附随效果,而且由于对个人法益的侵犯必然直接或间接侵犯公共法益,所以,公共法益是否受到侵犯是不需要判断的,也不需要以该公共法益为指导解释构成要件。例如,刑法将诬告陷害罪规定为对公民人身权利的犯罪,事实上,任何符合诬告陷害罪构成要件的

① 参见王强:《组织出卖人体器官罪之解读——解析〈刑法修正案(八)〉第37条》,载《政治与法律》2011年第8期,第33页。

② 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第467页。

③ [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),北京大学出版社2007年版,第154页。

④ 《人体器官捐献和移植条例》第9条第1款规定:“具有完全民事行为能力的公民有权依法自主决定捐献其人体器官。公民表示捐献其人体器官的意愿,应当采用书面形式,也可以订立遗嘱。公民对已经表示捐献其人体器官的意愿,有权予以撤销。”

⑤ [日]井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣,2018年)351頁参照。

行为都必然妨害司法活动,尽管如此,也不应当将司法活动作为诬告陷害罪的保护法益。

如果一个行为侵犯了个人法益,而所谓公共法益的内容就是保护个人法益,则不能将公共法益作为该罪的保护法益。例如,有学者认为,侵犯著作权罪的保护法益是国家的著作权管理制度及他人的著作权。“所谓著作权管理制度,是指一切著作权法规所规定的制度……其基本内容主要还是‘著作权使用许可的规定’和‘保护著作权的规定’……由此决定,行为人实施的侵犯著作权的行为,在侵犯著作权人的著作权的同时,也必然会侵犯以著作权的保护为核心的著作权管理制度……”^①然而,既然国家的著作权制度的基本内容是保护著作权,就没有必要在个人的著作权外再将这一管理制度作为保护法益。

第五,不能因为某种行为对象关系到社会公共利益与国家利益,就将相关犯罪确定为对公共法益的犯罪。有学者认为:“公民个人信息不仅直接关系个人信息安全与生活安宁,而且关系社会公共利益、国家安全乃至信息主权;所以‘公民’一词表明‘公民个人信息’不仅是一种个人法益,而且具有超个人法益属性,还需要从公民社会、国家的角度进行解释。”^②本文难以赞成这一观点。公民的生命、身体、自由、名誉、财产都关系社会公共利益,但不可能认为这些法益是公共法益。再如,选举权与社会公共利益、国家利益密切相关,但不能认为破坏选举罪是对公共法益的犯罪。在判断一个犯罪的保护法益是个人法益还是公共法益时,不能仅以行为对象为依据,还必须以构成要件行为为依据。

五、区分犯罪的保护法益与阻却违法的优越利益

刑法在决定是否将某种行为规定为犯罪时,第一,“需要检讨设置刑罚法规处罚该行为,是不是为了达成规制目的的有效手段(手段的适正)”。要做到这一点,“就需要以一定的确实可靠的方法确认该行为的有害性”。第二,“需要检讨为了实现规制的目的,是否确实有必要采用刑罚这种(以侵害法益为内容的)严厉制裁?这种制裁是否属于对该行为的过度对应(侵害的必要性)?”第三,“在包括性地衡量设置刑罚法规所丧失的利益与所获得的利益时,所获得的利益是不是更大(利益衡量或狭义的比例性)?”^③就此而言,特别需要判断的是,刑罚的适用在对法益起保护作用的同时,会给全体国民的各种活动产生什么影响(附随的萎缩效果)。这种法益之间的对立与协调,既是刑事立法要考虑的,也是刑法解释要考虑的。^④

例如,一方面,立法机关在决定是否将侵犯公民个人信息的行为规定为犯罪,必然要考虑将这种行为规定为犯罪时,是否导致政府、信息业者不能合理利用公民个人信息,进而对各方面产生消极影响,这是立法上的利益衡量;另一方面,在刑法规定了侵犯公民个人信息罪之后,司法上机关还存在利益衡量。亦即,符合构成要件的行为如果保护了更为优越或者同等的利益,则不能作为犯罪处理。“不法的判断不涉及犯罪的种类,而是涉及已发生的一个事件的具体社会危害性,特别是

^① 参见田国宝:《侵犯著作权罪疑难问题探究》,载《法学》2004年第5期,第77页。

^② 曲新久:《论侵犯公民个人信息犯罪的超个人法益属性》,载《人民检察》2015年第11期,第6页。

^③ [日]井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣,2018年)27-28頁。

^④ [日]佐久間修『最先端法領域の刑事規制』(現代法律出版,2003年)235頁参照。

对受法所保护的对应利益进行权衡的结果。当造成‘较低的’损害对于保护‘较高的’利益在具体场合是‘必要的’时,在这种正当化事由的状况中,所遵从的标准就是受到较高评价的利益优于受到较低评价的利益。”^①换言之,“正当化事由不是基于规范的一般性例外,而是为了解决社会冲突状况,要求在具体的案件中进行价值衡量”^②。所以,作为阻却违法的更为优越的利益与构成要件保护的法益不必然是同一法益。

显然,不能将违法阻却事由中的优越利益与犯罪本身的保护法益相混淆。亦即,虽然A罪的保护法益为A法益,甲所实施的符合构成要件的行为侵犯了A法益,但如果该行为保护了更为优越的B法益,则甲的行为不具有违法性,不成立犯罪。然而,这并不意味着B法益也是A罪的保护法益。例如,在本文看来,未经许可生产、销售电子烟的行为,不当被认定为非法经营罪。由于电子烟有利于烟民健康,所以,生产、销售电子烟的行为保护了烟民健康,即保护了更为优越的利益,故不能认定为犯罪。但不能据此认为,国民健康是非法经营罪的保护法益。

但是,我国刑法理论关于部分犯罪保护法益的争论,可能是源于没有区分犯罪本身的保护法益与阻却违法的另一利益。例如,“自古以来,信息一直是处于公共领域的公共素材或材料,是任何人都可以使用的资源”^③。随着社会信息化进程的推进,信息以前所未有的速度和广度被开发利用,信息成为和物质、能量同样重要的资源,整个社会对于信息的依赖和利用需求增强;个人信息的利用在增进社会福祉的同时,也可能导致信息主体的权益受到威胁和侵害,由此催生了个人信息保护的需要。这样的需要体现着各方主体的利益。面对多元化和冲突化的各种利益,法律是在无限需求和有限资源之间寻求平衡的最佳机制,通过立法利益衡量实现对不同利益上下位阶的合理安排。^④

正因为包含个人信息的数据已然成为了基本的生产资料,为企业的发展与经营所必需,所以有学者提出,侵犯公民个人信息罪所保护的法益,是具备实质权利内涵的集体法益即信息专有权,具体内容为法定主体对于所占个人信息处分权限。刑法对信息专有权的保护,可以实现对作为宪法法益的信息自决权的间接保护,可以消解个体性与公共性之间的冲突,使公民个体、网络服务提供者和国家行政主体在个人信息流动的链条中具有处分个人信息的权力,化解信息安全与信息流动自由之间冲突。^⑤

但在本文看来,侵犯公民个人信息罪的保护法益并不包括政府、企业等对公民个人信息的合理利用与处分。因为《刑法》第253条之一并没有将妨害政府、企业对公民个人信息的合理利用与处分行为规定为犯罪,仅将非法获取、非法提供公民个人信息的行为规定为犯罪。所以,只能将公民个人的信息权作为本罪的保护法益。政府、企业对公民个人信息的合理利用,则是阻却构成要件符合性或者违法性的事由。例如,《个人信息保护法》第13条规定:“符合下列情形之一的,个人信息处理者方可处理个人信息:(一)取得个人的同意;(二)为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需,或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需;(三)为

① Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020, S. 390.

② Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 250.

③ 高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,载《法学研究》2018年第3期,第94页。

④ 参见张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,载《中国法学》2015年第3期,第45页。

⑤ 参见敬力嘉:《大数据环境下侵犯公民个人信息罪法益的应然转向》,载《法学评论》2018年第2期,第116页以下。

履行法定职责或者法定义务所必需;(四)为应对突发公共卫生事件,或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需;(五)为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为,在合理的范围内处理个人信息;(六)依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息;(七)法律、行政法规规定的其他情形。”可以认为,如果获取公民个人信息的行为符合上述第(一)项的规定,则阻却构成要件符合性;如果获取公民个人信息的行为没有取得同意,符合侵犯公民个人信息罪的构成要件,但属于上述第(二)项至第(七)项规定的情形,则阻却违法性。上述观点可能将阻却违法的优越利益当作侵犯公民个人信息罪的保护法益内容,难言妥当。

再如,知识产权制度初建之时,就一直在寻求个人利益与社会公共利益的平衡,利益平衡原则追求的目标就是“对权利人专有的私人利益和社会公众对知识产品合理需求的社会公益进行分配和取舍,使之达到一个适当的理想状态”^①。因此,对知识产权人的私权保护不能超越知识产权法需要保障的利益平衡目标。如果对知识产权人自由行使其知识产权不加限制,就会有损社会公益。^②

但是,这并不意味着刑法规定的侵犯知识产权罪的保护法益是权利人的知识产权及社会公众对知识产品的合理需要。这同样是因为,刑法没有将妨碍他人合理利用知识产品的行为规定为构成要件行为。如果社会公众对知识产品合理使用,则属于阻却构成要件符合性或者违法性的事由,而这并非将社会公众对知识产品的合理需要作为侵犯知识产权罪保护法益的理由。■

The Method of Determining the Legally Protected Interests for Specific Crimes

ZHANG Mingkai

(Law School of Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: Under the circumstances that the basic crime and its aggravated crime have different protected interests, the legal interests of such basic crime and its aggravated crime should be determined respectively. If the legal fictional crime and the basic crime have different constitutional elements, the legal interests of such fictional crime and basic crime should be determined respectively, not should it be determined according to the charge of the crime itself. As to the legal interests at the barrier level and the behind level, they are only terms applied to different crimes as well as to the relationship between the basic crime and its aggravated crime, that is, not all the legally protected interests of specific crimes include the legal interests at the barrier level and the behind level. The individual interests should be distinguished from the public interests according to the subject and the validity of the consent or commitment made by the victim. It is not appropriate to arbitrarily add public interests to crimes that are against individual interests, nor is it right to arbitrarily add individual interests to crimes that are against public interests. In addition, it is necessary to distinguish the legally protected interests for specific crimes and the superior interests of preventing illegality for establishing crimes, and the superior interests of preventing illegality for establishing crimes should not be regarded as the legally protected interests for specific crimes.

Key words: the legally protected interests; aggravated crimes; the legal fictional crime; the legal interests at the barrier level; the legal interests at the behind level; individual interests

青年学术编辑:张永强

^① 冯晓青:《知识产权法的价值构造:知识产权法利益平衡机制研究》,载《中国法学》2007年第1期,第67页以下。

^② 参见吴汉东、胡开忠:《无形财产权制度研究》(修订版),法律出版社2005年版,第111页。