

经济秩序法益的应然类型与刑法保护

刘天宏

【摘 要】我国经济刑法以经济秩序作为保护法益具有“先天性的缺陷”。一方面,秩序本身的高度抽象性、模糊性以及我国计划经济时期以“秩序管理”为本位的残余观念为秩序法益带来诸多诟病。另一方面,现有通说及刑法规定未能科学合理地对不同经济秩序加以区分并分别阐明其正当性及保护方式。对此,应当结合我国刑法的实际情况,在肯定秩序的法益价值前提下,将经济秩序法益划分为可还原型经济秩序法益、不可还原型经济秩序法益及混合型经济秩序法益。可还原型秩序法益应当以保护个人法益为核心。不可还原型秩序法益应当区分为国家型和社会型两种,前者的正当性根植于宪法中,以国家利益为核心,后者的正当性基于主体间的自发自生秩序,以保护制度信赖为关键。混合型秩序中个人法益、实体性法益与秩序法益的地位相当,在保护方式上应当二者兼顾,不可偏废。

【关键词】经济秩序法益;集体法益;混合型经济秩序;分类保护

【作者简介】刘天宏,四川大学法学院助理研究员、博士后研究人员(四川 成都 610207)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2024.2.62~79

一、问题的提出

经济秩序法益与传统的保护公民个人的人身、财产法益相比,面临着较为严重的适格性和正当性的质疑。被质疑的原因是复杂多样的。例如经济秩序与具体的人身、财产法益相比过于抽象模糊,与法益应当具体明确的要求相背离。再如经济秩序系我国计划经济时期统制经济的代名词,秩序体现的是国家单向对金融管制秩序与管理主体的立法保护,而对金融市场的交易秩序与利益的保护明显不足。^①还如有观点认为,将经济秩序作为法益会给刑法带来诸多弊病,如违反法益的基本原理、使刑法工具主义死灰复燃以及导致经济刑法的自由保障功能缺失。^②另外,保护秩序实际上是以权力正当化权力,转移而非在正面回答问题,^③导致经济犯罪滑向了规范违反说。总之,在上述观点看来,如将秩序作为法益将存在这样或那样的缺陷,因此采取相应的措施避免经济秩序成为经济犯罪的法益成了学界的基本共识。“利益法益观”^④“秩序还原论”^⑤“规范违反说”^⑥等观点应运而生。

然而从实然意义上讲,在我国当前刑法规范及通说中,经济秩序就是经济刑法所保护的法益。之所以其存在诸多问题,主要原因在于我国刑法分则第三章对经济犯罪在保护法益上存在着分类的混乱,刑法理论也未能正确区分经济秩序法益的不同类型。现行刑法规范及以规范为依据所形成的通说在表面上看,确实对经济犯罪依照不同的客体进行了一定的划分。但这种划分在本文看来是较为混乱和缺乏逻辑的,难以从中归纳出一般性的规律用于指导经济犯罪的立法及适用。这种混乱所形成的各类秩序法益则被批判者统一冠之以“秩序法益观”的称谓,“秩序法益观”也逐渐成为与经济自由、经济利益这些相对具体明确且与个人相关的法益相对立的立场而被抨击。因此,对经济秩序做出正确恰当的分类并说明各类型秩序法益的正当性基础、适格标准,从而加以分类保护即为本文讨论的重点。

二、经济秩序法益的现有分类方式与评价

在阐释本文对经济秩序法益类型的理解前,有必要回顾和梳理当前学界对经济刑法法益的主流分

类观点。整体上看,我国刑法规定及通说采取的是经济领域划分法的经济秩序一元论。在对通说的批判基础上,当前学界在认识经济刑法法益的类型时,主要采取的是个人法益与超个人法益(集体法益)的二元分类模式。

(一)通说以“经济领域”分类的尝试与评价

按照我国刑法规定和通说观点,我国经济犯罪可被分为八大类,具体对应着刑法分则第三章的八节内容,即从生产、销售伪劣商品犯罪,走私犯罪至扰乱市场秩序类犯罪。上述分类主要是以行为所发生的经济领域不同和所侵犯的社会主义市场经济秩序的类型不同为依据,^⑦如行为发生在商品的生产、销售领域则属于生产、销售伪劣商品犯罪,发生在金融领域则属于破坏金融管理秩序罪或金融诈骗犯罪。与之相对应,经济犯罪的法益也被划分为产品质量管理秩序,进出口管理秩序,对公司、企业的管理秩序,对金融的管理秩序,对税收的征管秩序等。此种分类虽简明清晰,但由于其过于强调和关注经济犯罪所发生领域这一事实层面的因素,导致以此为依据所划分出的法益类型难以发挥法益的诸机能且存在着一定的逻辑混乱之处。

首先,此种分类导致以一元的经济秩序遮蔽本章多元的法益类型。也有学者认为,我国经济犯罪采用了大一统、概而全的范式,因而忽略了不同类型经济犯罪法益之间存在的差别。^⑧例如,在走私犯罪中,其统一以国家海关对进出口的管理秩序、关税秩序或制度作为法益。但实际上根据走私物品的不同,其侵犯的法益也并不一致,如走私武器、弹药、核材料等及走私假币、淫秽物品等违禁物品侵害的并非单纯的进出口秩序、关税管理秩序而更多涉及的是公共安全、社会管理秩序等却被纳入本节。^⑨再如,生产、销售假药及有毒有害食品的行为被犯罪化的原因也不仅是因其侵害到了药品管理秩序、食品管理秩序,而更多是基于其对于人的生命健康和人身安全利益造成损害和威胁的考量。另如非国家工作人员受贿罪、挪用资金罪侵犯的法益显然也不是单纯的经济秩序。如此以刑法中的经济秩序概括所

有经济犯罪法益的类型,会使得对本章法益的识别只见秩序却不见利益、安全等其他法益类型。

其次,此种对法益的分类和判断是一种不彻底的思考问题的方式。如对于破坏税收征管秩序的逃税罪、虚开发票等犯罪,其表面上虽然侵害了国家的税收管理秩序,但对该秩序的维持仅是为了保护秩序背后的国家税收利益。如仅将税收管理秩序作为本罪保护法益,则会在适用中将行政机关对于税收征管的管理秩序中的部分内容掺入本罪的法益,混淆行政违法与犯罪的界限。

最后,笼统地将经济秩序作为法益混淆了基于国家纵向管理形成的“管理秩序”与平等市场主体基于交易和信用所维持的横向的市场交易秩序。在破坏金融管理秩序罪一节中,虽然本节的同类客体体系“金融管理秩序”,但在理解时如只注重国家对金融秩序的管理而不注重金融秩序自身,则会形成只要行政机关未批准,行为即成立犯罪的思维定式。如非法吸收公众存款罪的法益按照通说为金融管理秩序、存贷款管理秩序。其过于强调国家对行为人集资行为的管理、管制,导致在实践中本罪法益异化为了不得向不特定社会公众吸收资金的管理秩序,而不问金融市场秩序是否因行为人的吸收资金行为而产生混乱。

(二)通说外的分类尝试与评价

除通说外,当前还存在着以法益一元论为理论基础的制度法益一元论、个人法益一元论及以承认集体法益独立性价值为基础的二元论观点。在二元论下具体又存在两种较为有见地的法益分类观点,一种是将经济秩序法益分为溯源性超个人法益与独立性超个人法益,另一种则是将经济犯罪划分为制度依存型和权益保障型两种,并从中推出与其犯罪类型相配套的法益。

1. 制度法益一元论与人的法益一元论

制度法益一元论与人的法益一元论均认为经济犯罪仅存在一种类型,要么是以制度为内容,要么是以人的法益为内容。前者为部分日本学者所主张,如芝原邦尔教授将经济刑法作广义与狭义之分,并

认为狭义的经济刑法仅包括以保护一定经济秩序为主要目的和以保护经济法规的实效性为目的的规范内容,而以保护个人、企业具体的财产性利益的规范所保护的法益“交易公正法益”与“交易参与人的财产性利益”,仅是保护的附带效果。^⑩还有学者认为,国民经济利益系一种超个人法益,其以各种经济制度的机能为内涵。^⑪后者为法益还原论所主张,其认为所有的经济秩序法益均可以还原为个人的具体的法益,不能还原为个人法益的公益法益均不值得刑法保护。^⑫

在本文看来,“一元论”是对经济秩序法益不加区分类型的片面、孤立的思考方式。制度一元论虽认识到了经济犯罪与一般财产犯罪相比的特殊性,肯定了制度作为独立保护价值的法益内容。但过于强调秩序、制度的意义,容易在法益中抽象和淡化个人的利益,而这与法益(无论是集体法益或个人法益)以保护个人的自由、发展和利益为根基的宗旨相矛盾。英国学者阿什沃斯也强调,刑法如过于重视集体或团体的利益,则在某些时候国家、政府将会借助维护集体安全采取更多维护公众安全的措施而侵蚀、干扰具体个人的利益与权利。^⑬人的法益一元论则无视秩序、制度的独立保护价值,将无法还原的经济秩序如证券市场秩序、税收征管秩序、外贸管制秩序强行还原为个人法益,过于牵强。所以,为了防止经济秩序法益走向制度一元或个人一元的两个极端,有必要在法益二元论的理论基础上探讨其中所蕴含的不同法益类型。

2. 溯源性超个人法益与独立性超个人法益

该观点认为,在经济犯罪的法益中存在着“二元双环结构”,即以个人法益为核心层利益,在其外部存在着溯源性的超个人法益(保护层利益)和独立性超个人法益(环绕层利益)。前者来自个人法益的聚集,是“量变集聚”,后者则是由个人法益集聚量变所引起的质变,谓之“质变转化”。^⑭溯源性超个人法益,其目的是保障市场中交易主体的经济自由、公平竞争等利益,其在构成要件的设置中往往存在着指向具体经济主体的内容如“给他人造成重大损失”

“骗取他人财物的”等,生产、销售伪劣商品犯罪,金融诈骗类犯罪均属此类。独立性超个人法益的目的是行政机关出于管理需要,与个人法益的保护无直接联系,所以对其应当严格限制。只有重大性、基础性秩序才可运用刑法加以保护,如走私犯罪、非法经营犯罪等属于此列。^⑮

本文认为,此种分类方式在认识到经济秩序法益存在不同类型这一点上是正确的,其通过构成要件在设置和描述上是否指涉具体的经济主体、有无规定具体损害后果等标准,切实地将可还原的秩序法益还原为了个人的人身、财产利益。但对于独立性超个人法益,该观点仍然存在着将管理秩序与秩序本身混淆的做法。如国家对税收的征管秩序与国家构建证券、期货市场制度所形成的秩序虽然均属于独立性的秩序法益,但其背后的正当化基础却并不相同。前者更多地是基于纵向的国家对于税收的征管形成的管理秩序,维护的是国家的税收利益,正当性根植于宪法和国家理论之中。后者更多是通过维护证券市场制度(秩序)来保障平等市场主体、投资者的公平交易机会和财产权益。此外,该观点对于独立性秩序保护的标准仍然尚不清晰,何为值得刑法保护的重大的、基础性的秩序,其与行政法所保护的一般、普通的秩序界限何在仍未说明。并且“重大”“基础”本身作为偏向主观的价值判断也无法为该类秩序自身的独立性和作为法益的适格性与正当性提供支撑。

3. 制度依存型经济犯罪法益与权益保障型经济犯罪法益

另一种分类尝试的观点认为,按照保护法益和法的机能不同,经济刑法可被区分为制度依存型经济刑法与权益保障型经济刑法。前者更侧重于对经济秩序或制度的维护,通过保护经济制度从而保障国民的具体经济权益。后者即使不采取某种经济制度保护,从法理上看,国民的具体经济权益也应当得到保护。^⑯从我国刑法规定看,依此种分类,分则第三章第二节的走私罪,第三节的妨害对公司、企业管理秩序罪,第四节破坏金融管理秩序罪,第六节危害

税收征管罪,第八节扰乱市场秩序罪属于制度依存型经济犯罪。其他节的伪劣商品犯罪、金融诈骗犯罪、知识产权犯罪等属于权益保障型经济犯罪。此种分类方式与溯源性和独立性的分类方式有一定的契合,均注意到了经济秩序在一定的犯罪中存在着独立性的保护价值,区别在于制度依存型的经济犯罪所保护的法益与个人法益之间的关联要更紧密和清楚。独立性经济秩序法益认为必须保护具有重大性、基础性的秩序,但尚未说明何谓重大和基础。此处的制度依存型经济犯罪通过构建个人法益与秩序法益的位阶关系,从而使得秩序法益成为保护个人法益的前提与基础,保护秩序法益的终局意义在于保护其背后的个人法益。^{①7}

此观点尚值得讨论之处是,对于制度依存中制度所产生秩序的属性即行政机关的管理秩序与市场交易秩序尚未加以进一步区分和论述。另外,部分扰乱市场秩序罪中的经济犯罪如损害商业信誉、商品声誉犯罪、合同诈骗罪其与抽象的市场制度似乎关联不大,而是与具体经济主体的商誉、财产权相关,应被归类为权益保障型经济犯罪。如强迫交易罪要求行为方式必须是“暴力、威胁”,这就表明了本罪的法益除公平、自愿的市场交易秩序外还包括公民个人的人身权利。然而离开了对本罪市场交易秩序的保护,本罪对人身伤害的程度要求难以达到抢劫罪、故意伤害罪、敲诈勒索等犯罪的成立标准,又难以成立犯罪。所以,很难说本罪究竟属于制度依存型还是权益保障型,两种法益的地位并非位阶关系而是旗鼓相当的并行关系。

三、可还原型、不可还原型与混合型的三分提倡

在对现有经济秩序法益分类方式进行梳理和评价后不难发现,刑法规定和通说的经济领域划分方法仅将秩序作表面理解,未认识到秩序背后所真正值得刑法保护的内容。个人与超个人对立的二元法益观在整体方向上虽然是正确的,但忽视了我国刑法中部分经济犯罪保护法益的复杂性、混杂性,未能发现如合同诈骗罪、强迫交易罪等在法益保护上同时杂糅了个人法益与秩序法益的特点。所以,本文

在法益二元划分的基础上,提出可还原型、不可还原型与混合型经济秩序法益的三分法,以完善和弥补二分法的缺憾。

(一)可还原型、不可还原型与混合型的三分法提倡理由

对于我国经济秩序法益的类型,本文认为应当在坚持法益二元论这一理论基础上,肯定集体法益在刑法中的客观存在及其独立性价值,并吸收人的法益一元论的合理内核即所有的经济秩序法益均可以还原为个人的利益,将我国的经济秩序法益划分为可还原型经济秩序法益、不可还原型经济秩序法益及混合型经济秩序法益。前两类法益为单一类型的法益(秩序或个人),而第三类为结合个人法益、实体法益与秩序法益的混合型或复合型法益,此种分类方法所采取的是一种混合模式。对此已经有学者提出类似观点,其认为经济犯罪所保护的法益是复杂的,其中既可以包括秩序法益与个人法益的复合类型(复杂客体),又可以是其中一种法益的简单类型。^{①8}此种分类方式以秩序法益本身是否具备可还原性,将具体的个人法益作为基准对我国当前经济秩序法益进行检视,以可还原性取代当前刑法和通说以经济领域为分类依据,使秩序这一饱受诟病的法益内容因合理分类而“重获生命”,恢复法益应当具备的立法批判机能、解释论机能等。

首先,以是否可还原为标准修正了法兰克福学派法益一元论过于极端的观点。法益一元论虽然重视个人的利益,认为集体法益或公法益脱离个人法益则会失去作为法益受到刑法保护的资格。^{①9}但这种完全否认集体法益、秩序法益的观点显然与现代社会的发展及刑法回应而发生的刑事立法变化不符。在方法论上强行将一些无法分解还原的法益进行人为地切割也是较为牵强的。如国家税收征管秩序虽与公民个人的利益相关,但其难以直接与公民个人产生关系。即便将其还原也仅能够还原为国家作为主体的利益即税收利益,而国家税收利益作为法益的正当性基础与个人为主体的个人法益存在明显差异。所以,承认部分秩序法益并不可还原是坚

持法益二元论,修正一元论的正确路径。

其次,将秩序法益三分也可以认识到秩序作为法益的不同侧面,分别寻找其作为法益的正当性基础及对于刑事立法的指导功能。秩序作为维持人类生存、生产和生活的必要前提和基础,^③当其体现为能够直接保护人的人身、财产利益,为其提供制度基础、前提条件时,其更多体现的是对个人法益保护的工具性价值。如对药品、食品的管理秩序均属于可还原的秩序法益,正当性也应当从个人法益这一视角寻找。

对于虽然最终目的是为了保护个人,但制度或秩序存在的本身就具有独立保护意义和价值的经济秩序,如证券期货市场秩序、金融交易秩序、市场准入秩序等,由于不可还原,具备被独立保护的价值,其正当性基础要抛开个人法益另行寻找。法益按照主体划分可以被分为个人法益、国家法益与社会法益(三分法),也有观点将其划分为个人法益与公益益(超个人法益)(二分法)。^④本文认为,笼统地将不可还原的经济秩序归于公益益是较为粗糙的做法,国家法益与社会法益的存在基础和法益正当性的理由是存在差异的。国家法益的正当性应从宪法所赋予国家管理社会经济生活和保障公民个人权利的方向寻找(纵向关系)。社会法益则应当从社会中人与人之

间的互动关系中探寻(横向关系)。所以,对于不可还原型经济秩序法益,又可细分为国家型秩序与社会型秩序两种,其正当性基础并不相同。

最后,混合型经济秩序法益关注了在我国经济刑法中所特有的一类经济犯罪,其法益并非位阶论所论述的秩序为个人法益的前阶。如金融诈骗犯罪、合同诈骗罪,由于其所处特殊的经济领域而与作为财产犯罪的诈骗罪形成区分。这种区分的意义并非仅具有形式意义,而是直接对定罪与量刑产生影响。

本文将混合型经济秩序法益界定为:由秩序法益与个人法益或其他实体性法益混合而成,共同决定行为不法性及程度的法益类型。如对于集资诈骗罪与诈骗罪,二者所侵犯的法益、立案标准、法定刑均存在差异。行为若不以破坏金融管理秩序的方式实施,未对正常的金融市场监管形成冲击则仅成立诈骗罪。^⑤行为如仅破坏了金融管理秩序,发生在金融交往领域,未骗取他人财物则仅涉嫌非法吸收公众存款犯罪。所以,混合型的秩序法益的意义在于,结合我国立法现状,认识到我国刑法中尚存在一种与只保护秩序和只保护个人法益不同的经济犯罪和法益类型。以上即本文对经济秩序法益的重新分类(具体可见图1)。

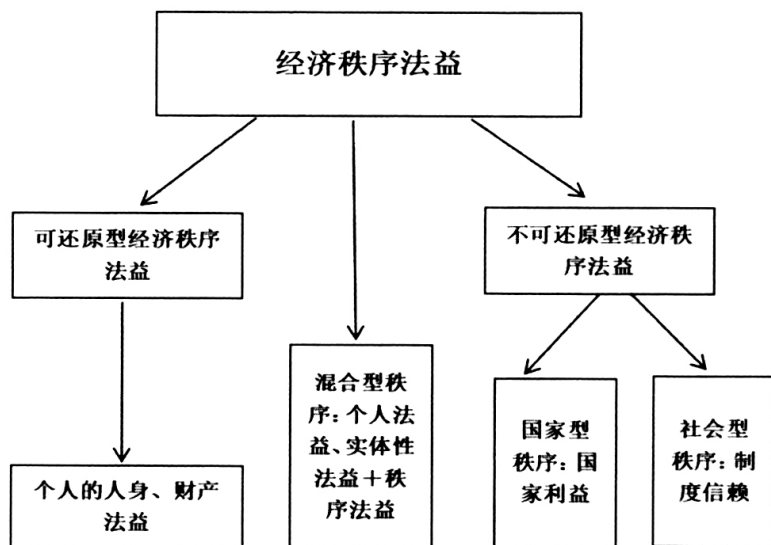


图1 经济秩序法益的应然类型图

(二)可还原型、不可还原型与混合型经济秩序法益的适格性证成

可还原型、不可还原型及混合型经济秩序法益虽在形式上均以经济秩序法益冠名,但使其具备刑法法益适格性的正当基础与理由不尽一致。李斯特将法益界定为法所保护的人类生活利益。然而现实世界中的生活利益纷繁复杂,其内部的要素构成、要素所占比重与成分在不同的生活利益中也大不相同。因此,刑法在以社会生活中的利益为素材选取法益时,个人利益与社会利益往往混杂于其中。作为经济刑法所保护的经济秩序法益,是各种日常经济过程赖以实现的形式之总和,是由众多内容有机结合而成的整体。^②对于个人利益占据绝对比重的犯罪,其侵害的法益属于可还原型的秩序法益;对于集体利益(国家利益、社会利益)占据绝对比重的犯罪,其侵害的法益则属于不可还原型的国家或者社会秩序法益;而对于个人利益和集体利益均占据一定比重的犯罪,其侵害的法益属于混合型的秩序法益。对于三分法下各类秩序法益的适格性也应当从其法益内部要素的内容与结构入手。

1.可还原型经济秩序法益:还原为个人法益

可还原型经济秩序法益的适格性即在于秩序可被还原为个人的法益,而个人法益在刑法中当然具有保护的正当性。在还原的标准上可从被害人的有无及个人法益有无直接遭受侵害或威胁可能性来把握。从犯罪学角度看,被害人并非仅指法益遭受犯罪所侵害的自然人。在行政犯中,除了对秩序的侵害外同样存在着被害人,其具有被加害的偶遇性、纯粹的受动性、不确定性等特征。^③具体被害人有无的判断可以从我国经济犯罪的立法和相关司法解释、立案标准中寻找线索。如生产、销售伪劣产品罪,无论是掺杂、掺假型还是以假充真型的伪劣产品,其最核心的特质均是要导致产品降低、失去应有的使用性能。产品使用的主体是具体的消费者,产品是否伪劣直接关涉其财产权甚至人身权;又如生产、销售、提供假药罪,按照我国《药品管理法》第1条的宗旨,加强药品管理的最终目的是为了保障公众用药安全和合法权益,

而公众的身体健康和合法权益还是由具体的个人法益所组成的。虽然该个人购买到某批假药具有随机性、不确定性,但不能以此否认本罪的法益与直接的个人利益相关。在学界中,大多观点也都主张本罪就是运用抽象危险犯来保护个人法益。^④在“药神案”等系列案件的发酵后,立法机关也意识到了,本罪应当以对人体健康的药品功效为核心保护内容。^⑤再如刑法条文中部分罪名明确在构成要件中指向了具体的人,这也是法益可还原的重要标志。如法条中“他人”“危害人体健康”等对一般主体的规定和“损害债权人”“未经著作权人许可”等特殊主体的规定。又如损害商业信誉、商品声誉罪,其明确要求要“给他人造成重大损失”。即便按照通说将本罪法益界定为市场秩序,对秩序扰乱的判断如脱离本罪中具体被害人的商誉,也是毫无意义的。

2.不可还原型经济秩序法益:法益二元论下的真正集体法益

不可还原型的经济秩序法益由于无法直接与个人法益关联,应当从法益二元论下的真正集体法益这一角度对其理解和把握。其法益的适格性可从存在与价值两个维度予以说明。

在存在维度,真正集体法益的构造与个人法益并不相同,其独特性在于与经济学的公共产品相类似的“公共性”上。这种公共性具体体现为对某一公共产品,所有成员均可集体同时享用,且每个人对该产品的消费都不会减少其他社会成员对该产品的消费。^⑥德国刑法学者库伦和黑芬德尔正是借用经济学中的公共财理论对集体法益的独立性特征进行阐释,并将真正集体法益的特征归纳为非排他性、非敌对性(竞争性)和不可分配性。^⑦经济犯罪中的不可还原型经济秩序法益的不可还原性就体现在公共产品的这种非竞争性和非排他性上。与保护个人财产排他占有的财产犯罪所不同,经济犯罪中的秩序法益恰恰由所有参与市场交易的主体共享。任何人都无法排除他人对证券、期货制度、货币制度、融资制度等所建立起的公共信用、交易秩序的利用。这些制度和秩序公平地被每一市场主体享有但又无法具体

分配到个人。不可分配性和非排他性其实就是一个事物的正反两面,某物不可分配到具体个人也就意味着其具有无法排除他人利用享有的意思,而消耗的非竞争性更多地与环境资源等可被现实消耗的资源犯罪有关,作为以信赖、信任构建起的市场秩序、金融秩序等更多侧重的是其由全体交易主体共享。

在价值维度,德国学者罗克辛提出的宪法性法益概念将宪法价值注入集体法益,解决了立法者对集体法益价值的恣意填充,甚至导向社群主义、集体主义的问题。罗克辛认为,对刑事立法者预先规定唯一的限制就存在于宪法的原则之内,并据此将法益定义为是在以个人及其自由发展为目标进行建设的社会整体制度范围内,有益于这一制度本身的功能的一种实现或目标的设定。^②从这一定义中不难发现,法益的价值应根植于宪法之中,而现代国家的宪法又主要是围绕保障公民的基本权利和自由而构建。因此,法益保护并非仅属于刑法的原则,其还是宪法上的重要原则。刑法保护的法益必须具有宪法上的依据,如某一刑法规定所保护的利益缺乏宪法上的价值和依据即应归于无效。^③宪法规定的价值秩序是法益形成过程中立法者所必须遵循的价值判断标准。^④具体来看,税收犯罪(国家型)虽然维护的是国家的税收利益,但税收的征收使国家可以保全自身并将其用于实现国家任务中,如支付必要的公共产品及通过一种恰当的方式向最少受惠者转移支付,征集维系公平正义所必需的资金,^⑤其终极目的在于服务全体国民。^⑥内幕交易罪、操纵证券、期货市场罪(社会型)设置的正当性即在于其保护的是资本市场自身的运行机制,法益是社会资金与证券商品之间资源优化配置的市场机制,这一机制背后体现的是市场交易制度及对其的信赖。投资者财产权益、对市场的信赖及信息透明、公平等实际上都是资本市场刑法中规定的某种特定犯罪所侧重保护的社会利益,^⑦这些社会利益的根本目的仍在于保护在资本市场中从事交易的个人的经济自由和经济利益。

所以,不可还原型的经济秩序法益从其价值上看,虽无法直接还原为个人法益,但其作为保护个人法益

的社会条件和制度保障,指向的不是具象的“我的利益”,而是共相的“我们的利益”。从这一意义上讲,其与可还原型秩序法益在对人的利益保护上殊途同归。

3. 混合型经济秩序法益:个人、实体法益与秩序法益的“势均力敌”

在论证完可还原型经济秩序法益及不可还原型经济秩序法益的法益适格性后,还有一类经济秩序法益较为棘手且学界尚未关注,即混合型经济秩序法益。较之于对经济刑法法益的个人或超个人的传统二元理解,混合型经济秩序法益的内涵、构造更加复杂且相对独立。

首先,从我国经济刑法的立法上看,侵害混合型经济秩序法益的犯罪往往在构成要件中混杂了秩序法益与个人法益或其他实体法益如国家利益、金融机构财产利益等。如合同诈骗罪构成要件中混杂了个人的财产权与有序、正常的市场交易秩序。又如骗取贷款罪构成要件中混杂了金融管理秩序与银行或其他金融机构的财产利益。通说将此类混杂性的法益称为复杂客体,如认为合同诈骗罪所保护的法益是国家对经济合同的管理秩序及公私财物所有权。^⑧也有观点将其称为复数法益,并认为在金融诈骗罪中行为既侵犯了国家金融秩序,同时又给交易主体造成了财产损失,但国家对于宏观金融秩序的维护是更主要的立法目的。^⑨然而,复杂客体或复数法益的范围实际上要比混合型经济秩序法益大得多,且复杂客体中的多数“秩序”对于定罪量刑并无实质性影响,仅属形式意义上的秩序法益。如生产、销售伪劣产品罪的法益在通说看来为国家对产品质量的监督管理秩序及广大消费者的合法权益。^⑩国家对产品质量的监督管理秩序实际上是对本罪应以《产品质量法》为前置法判断行政违法性的提示,并且保护了消费者的合法权益,产品质量自然也符合监管标准,相应的秩序不会被侵害。因此,此处的秩序法益实际上是可以直接还原为消费者的生命、健康、财产权利,^⑪二者是一体两面的关系。此外,复数法益的观点强调国家对金融秩序的维护为主法益,而个人或交易主体的财产损失为从法益。这仍然是

“秩序本位法益观”的立场,将国家对经济的管理秩序优先于个人法益、实体性法益。此种立场下极易使得经济犯罪的认定以“管理”和“秩序”优先,呈现法益的“泛秩序化”,且不利于对个人法益及实体性法益的保护。

其次,混合型秩序法益与本文所主张的另外两类经济秩序法益也存在着实质区别。

其一,可还原型经济秩序法益中的“秩序”系表面上的“伪法益”,其只是对该秩序法益底层的个人法益的提示。如生产、销售、提供假药罪的药品管理秩序只是对其背后由不特定患者所组成的人身法益即用药安全的提示,对于定罪量刑并无实际助益。理论中将秩序法益与个人法益解读为“背后层”与“阻挡层”间的比例关系的观点,其保护的重心和落脚点仍然是对个人法益的保护,因此也仅是对本文所提出的可还原型经济秩序法益的另一种阐释。^⑨

其二,不可还原型经济秩序法益中除单纯的承载国家利益或社会利益的秩序法益受损外,并不存在额外的个人法益受损情况。有观点认为,非法吸收公众存款罪不仅侵害到了金融管理秩序,而且侵害到了集资参与人的财产权,属于复合型法益。^⑩但集资参与人遭受的资金损失已经明确由我国《防范和处置非法集资条例》规定为损失自行承担,集资款系非法性质,对其资金也仅是清退而非依法返还。所以,在这个意义上,本罪中并不存在被害人,公众资金安全也并非本罪所保护的法益。^⑪同理,也不能认为组织、领导传销活动罪侵害了混合型经济秩序法益。有观点认为,公民的个人财产系本罪保护的法益。^⑫虽然本罪存在“骗”的成分,但这种“骗”与诈骗等侵犯财产的犯罪活动并非具备相同的法律属性,实际上通过“道具商品”“廉价”服务发展人员,以人头数的多少而骗取高额回报。^⑬参加者自身也具备一定的投机和自愿成分,自身存在着违法性。我国《禁止传销条例》第24条也规定:“参加传销的,由工商行政管理部门责令停止违法行为,可以处2000元以下的罚款。”可见,本罪所保护的法益也只能从市场秩序和国家对市场交易秩序安全、有序的

监管这一不可还原型秩序法益上理解。

可见,混合型经济秩序法益系一种独立于个人法益与超个人法益“二分法”下的新型经济秩序法益类型。其客观存在于我国的刑事立法中,法益构造与立法保护方式均与现有法益类型大不相同。本文将此种法益界定为秩序法益与个人法益或其他实体性法益的混合体,只有在二者共存并同时发挥作用时,对于犯罪的成立与适用才具有实际意义。

四、可还原型、不可还原型经济秩序法益的立法保护

可还原型与不可还原型的经济秩序法益因其法益均为单一类型且秩序背后所保护的内容也均为一定的实体性利益,因此本文将二者合并论述。

(一)可还原型经济秩序法益的立法保护

可还原型经济秩序法益在刑事立法上的保护方式应当区别于不可还原型的经济秩序法益。由于其可还原为具体的个人法益,与具体个人的利益距离更近、联系更加直接、因果关系也更易证明,因此在对它的保护上应当侧重体现对秩序背后的个人法益的保护。对于我国经济犯罪中可还原型的秩序法益的刑法保护可以参考以下三点进行构建。

1. 以保护个人法益作为定罪的核心因素

既然部分犯罪中的秩序法益能够还原为具体的个人法益,那么其保护的经济秩序如国家对产品质量的监管秩序、对知识产权的管理秩序等就不是刑法保护的重点内容,仅具有形式上和行政违法层面的意义,而真正决定着定罪和量刑的因素应当是还原后的个人法益。以生产、销售伪劣产品罪为例,本罪保护的法益主要是不特定消费者的财产权。因此,在本罪构成要件的设置上也应当充分体现消费者的财产权益因产品丧失、严重降低使用性能而遭受重大损失这一核心要素。首先,当前本罪以唯一的“销售金额”作为入罪标准和升格法定刑的适用标准过于单一,难以客观全面地反映犯罪的本质。当然客观地讲,将消费者的财产损失金额作为定罪标准也并不现实,但可适当考虑在本罪的定罪和量刑因素中嵌入消费者因产品质量遭受财产损失的金
额,以改变单一标准入罪的立法现状。其次,即便不

改变现有的单一入罪和量刑标准,也应当在消费者权益受损这一角度理解本罪的“销售金额”,以法益指导销售金额。^④销售金额不是经营金额也不是营业金额,其反映的是伪劣产品对消费者权益造成损害的程度。所以,对于司法解释中所规定的尚未销售的伪劣产品但货值金额达到入罪门槛的三倍(15万元)以本罪未遂论处应当做出否定评价,原因在于本罪侵犯的是不特定消费者的财产权益,并非需要提前刑法防线保护的集体法益。所以,尚未销售进入流通领域的伪劣产品并不具备侵害消费者财产权益的值得刑法保护的有害性,其有害性以前置法进行行政处罚将更为合适。最后,本罪在1997年立法时设置的入罪门槛销售金额为5万元,升格法定刑的标准为20万元、50万元和200万元,以当时的经济发展水平、物价和大众消费能力,该金额标准大致是合适的。但是在我国经济飞速发展二十余年后,此标准或许已经难以反映出真实造成消费者财产权益受损的轻重程度,标准过低,建议可予以适度提升销售金额的入罪和升格法定刑的标准,使得刑法和行政法对生产、销售伪劣产品行为的处罚拉开档次和距离,仅将严重造成消费者财产权益受损的行为纳入刑法调整,符合刑法介入的必要性和最后手段性。

2. 以保护个人法益作为量刑的关键因素

对于涉及可还原型经济秩序犯罪中的“情节严重”“情节特别严重”也应当以个人法益是否存在受损可能和程度为标准建构。如生产、销售、提供假药罪第二档的升格法定刑情节是“对人体造成严重危害或者有其他严重情节的”。其中第一项“对人体造成严重危害”即符合以个人身体健康为核心要素构建,具体表现如2014年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称:《危害药品安全解释》)所列举的造成他人轻伤、重伤、残疾等。而又因为“或”在语句逻辑中代表的是选言的语句陈述形式,在刑法的价值判断上“或”的前后两项应具备一定的相当性,所以对于“其他严重情节”也应当围绕着个人身体健康这一法益进行,如“造成较大突发公共卫生事

件的”即属于此类。但以生产、销售假药的金额作为“其他严重情节”似乎并不能够与人身健康遭受严重损失相提并论,其充其量仅能够反映行为人生产、销售假药的规模和对药品管理秩序侵害的程度,故此在金额中加入与人体健康相关的情节将更为妥当。正如有观点指出,生产、销售、提供假药罪的基本犯为非数额犯,法益不具有可计量性,司法解释在两档升格法定刑中引入数额,在解释逻辑上欠缺正当性,仅当“其他严重情节”的设定与人身健康损害相当时才具有正当性。^⑤

3. 侵害可还原型经济秩序法益的犯罪应在最小限度内使用抽象危险犯的立法模式

在我国经济犯罪中充斥着大量的无须具体实害结果或危险结果发生的抽象危险犯,立法者也通过修法以抽象危险犯替代实害犯和具体危险犯实现对法益的提前保护。不可否认的是,抽象危险犯在为防范风险社会中的现代性风险,提前介入保护法益,预防和控制风险进一步发展扩散方面,具有一定的正当性和必要性。但其在使用的领域上应严格加以限制,否则将会导致刑法的防线过于提前。从对抽象危险犯的立法使用领域上看,其往往发生在环境保护、特殊的科学技术领域、恐怖活动等全球性犯罪及部分行政犯或附属刑法领域。^⑥这些领域所保护的法益基本上均为真正的不可还原的集体法益,因其与个人法益的关联较弱、距离较远,以抽象危险犯模式进行保护,提前预防危险发生尚具有一定的合理性。但对于能够还原为具体的个人法益的犯罪来说,其与抽象危险犯并不具备天然的适配性,传统刑法的结果犯、具体危险犯才应当是保护个人法益在刑法上的正当性方案。具体到经济犯罪中,由于经济秩序仅为表面的“伪法益”,在还原为个人法益后应当在最小限度内使用抽象危险犯保护,只有法益涉及个人的最重要的利益即生命、重大的身体健康时采取抽象危险模式保护才具有正当理由。如生产、销售有毒、有害食品罪其基本犯即属于抽象危险犯模式,但因为其保护的法益仍属于传统的个人法益即不特定人的生命、身体健康,所以可以认为其有

着与结果犯相似的构造。^⑥但因为该法益具有刑法保护的严重性、紧迫性且涉及公众的健康及安全,如不提前保护将危及公众的生命健康,所以以抽象危险犯模式进行立法保护具有实质理由。对于其他的可还原型秩序的犯罪,则应当严格限制抽象危险犯立法模式的使用,将其控制在最小范围内。

另外还需要注意的是,即使采用抽象危险犯保护公民重大的生命、身体法益,也应当在构成要件的行为类型设置上加以严格限制,仅将对公民生命和身体法益侵犯最为典型的和直接的行为方式作为犯罪行为进行打击。抽象危险犯的危险毕竟与具体危险相比,危险的实现、与实害结果的距离都较为遥远,作为“立法者推定的危险”在选择构成要件的行为加以入罪时,必须考察该行为是否具有典型性和高度的盖然性及行为的实施是否意味着危险的状态已达到非动用刑罚能够管控和消减风险的临界点。^⑦《危害药品安全解释》第6条中将配料、包装、储存、印制说明书和标签等行为界定为“生产”假药的行为就明显不当扩大了本罪抽象危险的行为类型。包装、贴标签这些行为系生产行为的辅助行为或预备行为,其与公民生命、身体健康的法益关联性都非常稀薄,不具有侵害个人法益的典型性,因此在立法及对立法进行解释时均应排除此类行为的入罪。

(二)不可还原型经济秩序法益的立法保护

不可还原型经济秩序法益因其与可还原型经济秩序法益在特征、结构、价值、存在等方面均存在着较大差异,难以还原为个人具体法益,因此在刑法保护方式上也往往采取抽象危险犯、行为犯模式,在定罪和量刑的影响要素上行为本身的性质和情节成了关键要素。但不能就此认为由于此类法益无法还原、具有整体性、抽象性,就将其过度抽象化理解并一概忽视结果对定罪量刑的影响,本文认为,应当在区分国家型和社会型两类不同秩序法益的基础上分别对其应然的刑法保护方式进行分析。

1. 国家型不可还原型经济秩序的保护:以国家的实体利益为核心

如上文所述,国家型的秩序法益只是在以个人

法益为还原后的标准时才无法被还原,而这并不代表其单纯保护的是抽象整体的由国家构建的管理秩序、制度。所以,国家型秩序法益本质上可以被还原为国家的经济利益,立法对于此类经济犯罪法益的保护也应当以国家利益有无遭受损失及损失的危险性、可能性进行构建。对此,本文认为应当在此类法益保护的行为模式设置上尽量以结果犯、具体危险犯为主,以此在最大限度内保障秩序这一集体法益的明确性、现实可损性。如我国刑法中对国有公司、企业的犯罪(如为亲友非法牟利罪等)大多以行为是否对国家利益、国有资产遭受重大损失的结果犯为规制模式。而对于虚开增值税专用发票罪来说,尽管在立法上其被规定为行为犯或抽象危险犯,但因为其虚开的发票有别于一般发票而是可以直接抵扣税款的专票且法定刑配置较高,所以本文认为有必要将其至少在立法上设置为针对国家税款损失的具体危险犯,以对国家税款流失造成具体危险为必要。以此可在立法环节将对纯粹的税收管理秩序、程序性秩序的不服从行为及对国家税款流失危险性较低(抽象危险)或无危险的行为排除出本罪之外。实际上我国已有学者对本罪为具体危险犯进行了阐释,^⑧且部分学者将本罪理解为抽象危险犯、实质预备犯并通过勾连行为与国家税款的关系、判断行为是否对税款流失创设危险限制本罪适用,^⑨本文认为这些观点在本质上仍然是将本罪视作针对国家税款的具体危险犯,所以,将本罪从立法上即设置成具体危险犯具有一定的正当性、合理性。此外,从对本罪的现有追诉标准即虚开税款10万元以上或致使国家税款被骗数额5万元以上也可见,本罪在应然上不当是单纯的行为犯或抽象危险犯模式,将其设置为不需要实害结果或具体危险的犯罪也与其最高为无期徒刑的法定刑及逃税罪的法定刑不协调。

2. 社会型不可还原型经济秩序的保护:对自发经济秩序的实质扰乱

与国家型秩序法益不同,社会型经济秩序法益以自发自生的经济秩序为存在基础并且以市场经济主体对制度的信赖关系为可损性的衡量标准。^⑩所

以,保护该类法益的经济犯罪往往并不侵害较为具体明确的犯罪对象,也不存在清晰的实害结果、具体危险,立法也只能多以对构成要件行为的描述来对法益进行保护,并以行为有无扰乱市场秩序、金融(管理)秩序和情节是否严重作为入罪的标准。但这不代表刑法就只是对抽象的经济秩序、制度进行保护,对社会型的秩序法益的保护必须以行为是否对具体罪名所保护的市场秩序、金融秩序如正常融资秩序、证券交易秩序等造成实质性地扰乱和破坏为入罪依据。

首先,对于立法中仅以行为实施完毕即可入罪的行为犯或抽象危险犯来说,现有追诉标准过低,与保护法益的关联过于薄弱,本文建议在立法层面将其修改为具体危险犯或提高入罪门槛以补强法益关联并留出行政违法的成立空间,实现合理的行政、刑事衔接。如擅自设立金融机构罪及伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪均以行为的实施为入罪标准且无“情节严重”或“扰乱金融秩序”等作为限制,并且追诉标准均过低,行为实施一次即可达到入罪标准。这显然与上述罪名所侵犯的自发生生的内部金融秩序及对其的信赖关系的联系十分稀薄,使得两罪的处罚理由实际上变为了秩序(规范)违反,这与法益保护的基本立场相背离,使得纯粹保护外部管理秩序的做法不当侵入。因此,有必要将两罪在立法上转变为具体危险犯或适当提高其入罪门槛。

其次,即便在现有经济刑法中的行为犯和抽象危险犯中,对法益不存在抽象危险或危险过低的行为也不应被设置为构成要件行为。如擅自设立金融机构罪的“设立行为”本就与其要保护的金融秩序法益关联较远,其中需要介入吸收存款、放贷等经营行为才能实现,而现有追诉标准将设立“金融机构筹备组织”也作为本罪的构成要件,这使得其与法益的联系更加遥远最终变为了秩序(规范)违反。又如对于伪造货币罪,其本应重点考察行为人伪造货币的行为有无对货币的公共信用造成威胁和侵犯,但现有追诉标准将制造、提供货币版样的行为也作为本罪

的入罪标准,显然难以符合本罪的法益保护,也突破了伪造货币的自身文义,有违罪刑法定原则。

最后,对于以“扰乱市场秩序”“金融秩序”“影响交易量”等作为限定犯罪成立要件的经济犯罪,应当在将其设置为具体危险犯的基础上,在追诉标准的要素选择上侧重对此类犯罪针对经济秩序、金融秩序信赖关系扰乱和破坏的累积效果,从人数、交易金额及数量、行为次数等多方面加以构建。对其中不足以影响和扰乱市场秩序、金融秩序的标准应当及时修正,如对于组织、领导传销活动罪,其现有入罪标准之一“层级在三级以上”就存在对市场秩序侵犯的累积效果过低的问题,应适当提高层级这一标准并设置其他多元的追诉标准,以实现对市场秩序法益在刑法上的合理保护。

五、对“二分法”的突破:混合型经济秩序法益的意义与立法保护

本文第二部分梳理了当前我国学者对经济秩序法益类型的不同理解与观点。可以看到,无论是“溯源性”和“独立性”还是“制度依存型”与“权益保障型”抑或“个人法益”与“超个人法益”,本质上仍然是二元对立格局。本文所提出的“三分法”即打破了此种“二分法”的分类模式,发现了我国刑法中混合型经济秩序法益的客观存在。本部分将进一步阐释混合型经济秩序法益独立保护的意义及立法保护上应采取的独特方式。

(一)混合型经济秩序法益的功能与实践价值

在论证混合型经济秩序法益的适格性时已经指出,混合型经济秩序中的“秩序”对定罪具有实质意义。这一意义又可细分为两类,即对行政程序性秩序、民商法秩序与个人法益、实体法益关联性的交互补强与对特定经济领域的专属性保护。具有前者之意义的混合型经济秩序法益又可称为“法益关联补强型”,具有后者之意义的可称为“特定领域限制型”。除各自的独有功能与意义外,混合型经济秩序法益还具有对罪名中构成要件要素的解释功能与对部分行为入罪适用克制功能。对此,可具体阐释如下。

1. 秩序法益与个人法益、实体法益关联性的交互加强

交互加强,通俗讲即秩序法益与个人法益或其他实体性法益的“相互成就”。混合型经济秩序法益的构造决定,此两类法益离开彼此单独都不具备刑法保护的正当性与必要性。这就意味着在司法实践中,对于涉及混合型经济秩序法益的犯罪,司法机关必须兼顾对秩序法益与个人、其他实体法益的判断。例如强迫交易罪,由于我国并无暴行罪,致人轻微伤或仅以暴力、威胁方式但未达到压制被害人反抗程度的行为脱离公平公正的市场交易秩序后,将不会被刑法保护。反之,行为人虽违反了公平公正的市场交易秩序,但无强迫手段也仅属民商法调整范围,受胁迫订立合同依照民法典之规定属可撤销民事法律行为。^②又如骗取贷款罪、高利转贷罪,如未认识到金融机构的财产性利益系对金融管理秩序起到补强作用,则会得出行为人只要采取欺骗手段获取贷款或从银行贷款后转贷他人,无论是否及时还款,有无造成银行、金融机构实际损失均成立犯罪的结论。^③实际上,在未出现财产损害结果的前提下,即便承认行为人骗的行为或转贷行为本身的不法性,侵害了金融管理秩序,如无金融机构财产利益的补强,也仅是一种形式意义上的秩序违反。刑法将金融管理秩序注入骗取贷款罪、高利转贷罪的保护法益,主要目的是为了补强金融机构利益这一特定主体利益的法益适格性。将金融安全、金融风险防控与金融机构的财产利益结合才能回答,为何金融机构作为特殊主体需动用刑法保护这一问题。^④但必须注意,不应将此类犯罪的法益停留在形式上的秩序上,在实践中仍应当以金融机构财产利益是否实际受损作为定罪依据。^⑤此外,《刑法修正案(十一)》对于妨害药品管理罪的增加也鲜明地体现了个人法益对药品管理秩序这一纯行政程序性秩序法益的补强。立法者在对本罪立法理由进行阐释时,即开宗明义地表明“药品作为特殊物品,既要保障药品具有功效,同时要严格依照《药品生产质量管理规范》进行生产……以确保药品生产质量”。^⑥从构成

要件上看,“未取得批准”“编造生产、检验记录”等描述也是对药品在程序上的管理,而“足以严重危害人体健康”正是对这一程序性秩序的补强。在实践中也应当注重对违反程序生产的药品是否对人体健康构成威胁的判断,而不能仅片面地停留在行为对药品管理秩序的违反上。

秩序法益与个人或其他实体法益的交互补强的意义还在于,对仅侵害秩序的行为不应作为犯罪处理。以串通投标罪为例,与串通投标罪相关联的前置法《招标投标法》所形成的招投标秩序仅属行政法意义上的程序性秩序。其只有与国家、集体、公民的合法利益相关联混合后才具备刑法所保护法益的适格性。因此,如行为仅侵害到作为前置法保护的招投标秩序,但未侵害到个人法益或国家利益,则不成立犯罪。实践中存在着这样的案例:行为人中标前已与招标人达成施工意向并垫资提前进场施工,后续找其他公司围标补充招投标程序。此类行为往往会被以串通投标罪立案。^⑦但这一行为仅侵害到了混合型经济秩序法益的一部分即程序性的秩序法益,如构成犯罪则必须以侵害个人法益、国家利益等补强其不法性。又如在陆勇销售假药案中,陆勇的行为仅侵害到了行政机关对药品生产、使用、进出口等的行政审批秩序,其代购的药品对人体并无危害或威胁。因此,即便是在《刑法修正案(十一)》增设妨害药品管理罪后,陆勇的行为也依然不成立该罪。

2. 对特定经济领域的专属性保护:禁止向一般罪名“逃逸”

这一功能主要涉及的是金融诈骗罪和合同诈骗罪。从形式上看,我国刑法的立法规定及犯罪追诉标准表明:正是由于金融管理秩序、市场交易秩序的加入使得金融诈骗罪、合同诈骗罪与诈骗罪系异种犯罪,分处不同章节且入罪门槛并不相同。金融诈骗罪和合同诈骗罪的追诉标准要比诈骗罪高得多。理论与实践引起较大争议的问题是,行为未达到金融诈骗罪的入罪标准但已达到诈骗罪或合同诈骗罪的入罪标准时,是否可转而适用作为重法条的诈骗罪?有观点即认为,金融诈骗罪的保护法益与侵

犯财产罪中的诈骗罪的保护法益相同,即使金融诈骗罪的设立能够保护金融安全,也不过是一种反射效果或者附随效果。^⑤因此,对虽不符合金融诈骗罪的构成要件,但符合普通诈骗罪构成要件的行为也可适用普通诈骗罪。^⑥但这一观点只是将金融诈骗罪、合同诈骗罪中的秩序法益做形式化理解。

实质上,金融管理秩序、市场交易秩序起到的是特定经济领域的专属性保护作用,防止不构成特殊诈骗罪的行为滑入或向普通诈骗罪逃逸。从被害人教义学角度看,当被害人能够自我保护而未进行保护时,刑法应不予以保护,从而减轻或免除侵害人的刑事责任。^⑦金融商业领域不同于公民的日常生活领域,商业投机领域充斥着投机与冒险,其自身即具有一定的风险性,追求的是收益、效率而非稳定、安全。身处其中的投资者、交易者在特定金融领域中也负有比一般生活领域的更高的注意义务。可见,刑法对于金融商业领域与日常生活领域的介入程度与容忍度并不相同。反映在构成要件与入罪门槛上,金融诈骗罪、合同诈骗罪也自然要比普通诈骗罪高得多。因此,这些特殊诈骗罪中的“秩序法益”并非画蛇添足的纯形式性内容,而是立法者对处于特定经济领域行为的特殊考量。立法者本身即对于金融诈骗罪有意识地限制处罚范围或者缩小犯罪圈。^⑧对此应正确理解这类秩序法益对于限定处罚范围的实质意义,防止不符合特殊诈骗罪的行为向普通诈骗罪“逃逸”。

3. 对具体罪名中构成要件要素的限制解释

混合型经济秩序法益的实践意义还在于对具体罪名中构成要件要素的限制解释。比如对于合同诈骗罪,实践中最受困扰的问题即本罪中的“合同”如何理解,这直接关系到本罪与诈骗罪的区分。此问题的解决即有赖于对本罪“市场秩序”的理解。本罪的合同应当体现出一定的市场秩序、商业交易性质,即体现财产转移或交易关系。本罪的市场秩序法益应实质地理解为市场主体对于市场交易活动的自主参与自由,^⑨而这样的合同往往具备大宗商品交易或特定商品、货物交易的特征从而与一般的民事合同

不同。因此,与市场交易无关的行政性合同、^⑩民事合同、调整身份关系的合同、赠与合同等均不属于本罪中的“合同”。又如在串通投标罪中,招投标活动的公正、透明系本罪所涉及的秩序法益。一方面,该秩序法益限定了本罪行为只能发生在特定的招投标领域,如对于挂牌竞买中的串通行为、^⑪串通拍卖^⑫行为均因不属于招投标领域而成立本罪。另一方面,本罪在构成要件中所明示的“串通报价”的要件表明,刑法仅处罚对于投标人串通报价的行为,而串通询价、串通技术参数等均不符合“串通报价”,^⑬不宜以串通投标罪处罚。

(二)混合型经济秩序法益的保护方式:兼顾秩序法益,倾斜个人与实体法益

因为混合型秩序法益中的两类法益对定罪量刑均有着实质影响,所以在整体保护思路上应当兼顾对秩序法益与个人法益、其他实体性法益的保护。这一兼顾保护不仅体现在立法中的构成要件设置上,而且体现在具体罪名的入罪门槛与升格法定刑的配置上。当然,兼顾保护不是完全无差等的保护。即便秩序法益对于定罪和量刑有着实质影响,但为了克服我国长期形成的强调对经济生活管理的“秩序法益观”,回归“人本法益观”“实体法益观”,应当对混合型秩序法益中的个人法益及实体法益部分作倾斜保护。对于特定领域限制型的混合型经济秩序法益,其对应的主要是特殊诈骗犯罪,现行立法以损害结果作为基本犯构罪模式并在升格法定刑上兼顾了结果与情节,能够较好地兼顾对秩序与个人法益、金融机构实体利益的双重保护。因此,本文在此主要讨论的是法益关联补强型的混合型经济秩序法益。

对主要功能为法益关联补强的混合型经济秩序法益,应当在兼顾秩序与个人法益、其他实体法益保护的基础上,向个人或其他实体法益倾斜。与可还原型经济秩序法益的保护仅以个人法益作为保护核心不同,在构成要件设置、入罪门槛及升格法定刑的设置上,法益关联补强型的混合型经济秩序法益应充分衡量秩序法益与个人法益及其他实体性法益。

较为理想的立法保护方式是,对侵害此类混合型经济秩序法益的犯罪在基本犯上设定为结果犯或具体危险犯,仅以个人法益、其他实体法益(国家利益、银行、金融机构利益)的损失作为入罪标准。在升格法定刑的设置上可采用损害结果与情节二选一模式。对“其他严重情节”“其他特别严重情节”的描述应结合具体罪名中所保护秩序法益的内容构建。

首先,应将侵害这一类法益的犯罪的基本犯设定为结果犯或具体危险犯。尽管该类犯罪所侵害法益系秩序与个人、实体法益的混合体,但其根本落脚点仍在于对个人法益或实体性法益的侵害。所以,此类犯罪在基本犯上应当设定为结果犯或具体危险犯,即只以具体的法益损害结果为入罪门槛。这一点在我国《刑法修正案(十一)》对骗取贷款罪的修改中就有所体现。在本罪修正前,“结果+情节”的入罪模式会导致实践中仅存在骗的行为但未对银行、金融机构造成实际损失的情形被“其他情节”涵盖,使得本罪的处罚范围过宽。^⑥抽象模糊且行政管理色彩浓厚的金融管理秩序、对金融安全的维护等离开了银行、金融机构的实际损失无法独立被刑法保护,这也是法益关联加强的应有之意。所以,为了体现法益关联的加强意义且落实对秩序内容的具体化、实体化保护,应当对侵害此类法益犯罪的基本犯设定为结果犯或具体危险犯,并以具体可量化的要素如数额等作为评价要素。^⑦

与此类似,高利转贷罪保护的是国家信贷管理秩序与银行、金融机构贷款资金安全法益的混合体。本罪当前的“行为犯+违法所得数额”的构罪模式也过于侧重对信贷秩序的保护,而未考虑到银行、金融机构是否存在实际损失。因此,本罪也应当被设定为结果犯,以扭转司法实践中只以秩序扰乱定罪而不看具体损害结果的司法“泛秩序化”现象。另外,串通投标罪虽然以对招标人、其他投标人或国家利益造成损失为构罪要件。但现有追诉标准在对“情节严重”的解释上存在着仅以采取不正当手段、违法所得数额等单一标准入罪的问题。这些要素应当构建在对上述个人法益与国家利益损害的基础

上。具体可以“采取威胁、欺骗或者贿赂等非法手段,造成招标人、投标人或国家、集体、公民合法利益损失二十五万元”的双要素入罪,以兼顾本罪对秩序与个人及国家等实体利益的双重保护。

其次,在升格法定刑要素的配置模式上宜采取结果与情节的择一模式,但对于情节的描述应以造成损害结果为基础,并兼顾对相应秩序扰乱的情节。其一,既然这类犯罪保护的法益是混合型的经济秩序而非单纯的个人法益或实体性法益,那么在升格法定刑的要素选择上就应当同时兼顾具体的损害结果与其他对秩序扰乱的情节。其二,在情节内容的设置上,首先应当以出现了基本犯规定的损害结果为前提。如对于骗取贷款罪,对“其他特别严重情节”的认定上需以给银行、金融机构“造成重大损失”为前提,^⑧否则本罪将通过升格法定刑中宽泛模糊的情节,将必须出现损害结果的结果犯立法模式架空。这显然与本罪的保护法益不一致,也与骗取贷款的发案情况不一致。^⑨还需要注意的是,在情节上可以采取“双要素”模式,除对损害结果作规定外,应考虑具体罪名中所保护秩序的特点。如对骗取贷款罪、高利转贷罪等金融犯罪,应侧重行为对金融管理秩序的扰乱、破坏及对金融安全的威胁。也可考虑贷款的用途,将贷款用于非实体生产经营活动,用于炒股、高风险投资等。还可考虑骗贷的次数、违法所得数额、行为人的前科等情形。但将这些要素作为情节时,必须以出现了基本犯的损害结果为基础和前提。

注释:

①参见钱小平:《中国金融刑法立法的应然转向:从“秩序法益观”到“利益法益观”》,载《政治与法律》2017年第5期。

②参见魏昌东:《中国经济刑法法益追问与立法选择》,载《政法论坛》2016年第6期。

③参见陈金林:《法定犯与行政犯的源流、体系地位与行刑界分》,载《中国刑事法杂志》2018年第5期。

④参见魏昌东:《中国经济刑法法益追问与立法选择》,载《政法论坛》2016年第6期。

⑤参见高巍:《经济刑法要论》,中国社会科学出版社2007

年版,第12页。

⑥参见刘艳红:《“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》,载《比较法研究》2019年第1期。

⑦参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第371页。

⑧参见张小宁:《论制度依存型经济刑法及其保护法益的位阶设定》,载《法学》2018年第12期。

⑨参见王晓东:《关于经济刑法重构的思考》,载《湖南科技大学学报(社会科学版)》2020年第5期。

⑩参见顾肖荣等:《经济刑法总论比较研究》,上海社会科学院出版社2008年版,第35-37页。

⑪参见张小宁:《论制度依存型经济刑法及其保护法益的位阶设定》,载《法学》2018年第12期。

⑫参见张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,载《中国法学》2017年第4期。

⑬ See Andrew Ashworth & Jeremy Horder, Principles of Criminal Law, Oxford University Press, 2013, p. 22.

⑭参见涂龙科、郑力凡:《经济刑法法益二元“双环结构”之证成、判断与展开》,载《国家检察官学院学报》2020年第6期。

⑮参见涂龙科、郑力凡:《经济刑法法益二元“双环结构”之证成、判断与展开》,载《国家检察官学院学报》2020年第6期。

⑯参见张小宁:《经济刑法机能的重塑:从管制主义迈向自治主义》,载《法学评论》2019年第1期。

⑰参见张小宁:《论制度依存型经济刑法及其保护法益的位阶设定》,载《法学》2018年第12期。

⑱参见张勇:《市场主体登记秩序法益的刑法保护》,载《政治与法律》2022年第8期。

⑲参见陈志龙:《刑法的法益概念》(下),载《台大法学论丛》1988年第1期。

⑳参见张文显主编:《法理学》(第五版),高等教育出版社2018年版,第325页。

㉑参见张明楷:《法益初论》(上册),商务印书馆2021年版,第285页。

㉒参见林亚刚:《刑法学教义》(分论),北京大学出版社2020年版,第133页。

㉓参见[德]乔治·恩德勒等主编:《经济伦理学大辞典》,李兆雄、陈泽环译,上海人民出版社2001年版,第361-362页。

㉔参见刘军:《刑法学中的被害人研究》,山东人民出版社2010年版,第299-300页。

㉕参见张明楷:《刑法学》(下),法律出版社2021年版,第948页;李志恒:《集体法益的刑法保护原理及其实践展开》,载《法制与社会发展》2021年第6期;劳东燕:《价值判断与刑法解释:对陆勇案的刑法困境与出路的思考》,载《清华法律评

论》第9卷第1辑,清华大学出版社2016年版。

㉖参见许永安主编:《中华人民共和国刑法修正案(十一)解读》,中国法制出版社2021年版,第51页。

㉗参见蒙丽珍、古炳玮主编:《财政学》,东北财经大学出版社2016年版,第23页。

㉘参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,元照出版公司2012年版,第256-257页。

㉙参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第15页。

㉚参见张明楷:《宪法与刑法的循环解释》,载《法学评论》2019年第1期。

㉛参见田宏杰:《刑法法益:现代刑法的正当根基和规制边界》,载《法商研究》2020年第6期。

㉜参见陈丹:《论税收正义:基于宪法学角度的省察》,法律出版社2010年版,第37页。

㉝参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,元照出版公司2012年版,第281-282页。

㉞参见谢杰:《资本市场刑法:市场滥用犯罪规制》,法律出版社2016年版,第5页。

㉟参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第450页。

㊱参见时方:《经济犯罪中的被害人研究》,中国检察出版社2019年版,第88页。

㊲参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第374页。

㊳参见高巍:《经济刑法要论》,中国社会科学出版社2007年版,第156页。

㊴参见蓝学友:《规制抽象危险犯的新路径:双层法益与比例原则的融合》,载《法学研究》2019年第6期。

㊵参见林亚刚:《刑法学教义》(分论),北京大学出版社2020年版,第377页。参见邹玉祥:《P2P网络借贷的刑法管控——以非法吸收公众存款罪的限缩新论为视角》,载《北方法学》2018年第5期。

㊶参见刘天宏:《实质解释下非法吸收公众存款罪的限缩适用——以肯定金融管理秩序的法益价值展开》,载赵秉志主编:《刑法论丛》第69卷,法律出版社2023年版,第8页。

㊷参见李洁主编:《刑法学》(第二版),中国人民大学出版社2014年版,第397页。

㊸参见林亚刚:《刑法学教义》(分论),北京大学出版社2020年版,第443页。

㊹参见陈洪兵:《生产、销售伪劣商品罪的法益及其展开》,载《政治与法律》2011年第3期。

㊺参见魏昌东、尤广宇:《法益损害的“数额犯化”与量定标准重构》,载《国家检察官学院学报》2021年第3期。

④⑥参见王永茜:《论现代刑法扩张的新手段——法益保护的提前化和刑事处罚的前置化》,载《法学杂志》2013年第6期。

④⑦参见郑明玮:《论刑法中危险犯的“危险”》,上海人民出版社2017年版,第217页。

④⑧参见陈思桐:《经济刑法中抽象危险犯的处罚限度》,载《财经法学》2022年第5期。

④⑨参见袁彬:《虚开增值税专用发票罪的限制适用探讨》,载《人民检察》2017年第17期。

⑤⑩参见马春晓:《经济刑法的法益研究》,中国社会科学出版社2020年版,第297-302页;陈金林:《虚开增值税专用发票罪的困境与出路——以法益关联性为切入点》,载《中国刑事法杂志》2020年第2期。

⑤⑪英国学者哈耶克在批判唯理论下秩序一元论的前提下,提出了自发生秩序与人为建构秩序二元论的洞见。其认为市场经济秩序是典型的自发生秩序,有一套不受政府权力(外部规则)干预的维持自身运转的内部规则。参见[英]哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第21页。

⑤⑫可参见河北省石家庄市藁城区人民法院(2019)冀0109刑再1号刑事判决书。本案中,于某安在未与售楼公司协商前提下,擅自成立“委员会”,印制购房协议、刻制印章,并自行议定了房价及付款方式,同时找到开锁公司将房门锁芯换掉。原审法院以强迫交易罪定罪,再审法院最终认为,于某安虽侵犯了商品交易自愿公平原则,破坏了市场交易秩序,但未使用暴力、胁迫手段对他人人身造成伤害,改判无罪。

⑤⑬未给银行造成财产损失被判骗取贷款罪的案例,参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2017)辽01刑终593号刑事判决书、山西省阳泉市郊区人民法院(2018)晋0311刑初54号刑事判决书。未给银行造成财产损失被判高利转贷罪的案例,参见浙江省苍南县人民法院(2019)浙0327刑初54号刑事判决书。

⑤⑭如不从金融安全、金融管理秩序的角度考虑,刑法对银行、金融机构财产权的保护就具有“明显的保护金融机构主义色彩”。参见胡业勋:《立法上的金融违法行为入罪研究》,西南财经大学2010年博士学位论文,第107页。

⑤⑮参见吕行:《高利转贷罪处罚范围的合理限定》,载《人民论坛·学术前沿》2022年第5期。

⑤⑯王爱立主编:《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2021年版,第483页。

⑤⑰参见何荣功:《刑法适用方法论》,北京大学出版社2021年版,第175-176页。参见湖北省黄石市西塞山区人民检察院鄂黄西检一部刑不诉(2021)18号不起诉决定书。

⑤⑱参见张明楷:《具体犯罪保护法益的确定依据》,载《法

律科学(西北政法大学学报)》2023年第6期。

⑤⑲参见张明楷:《诈骗犯罪论》,法律出版社2021年版,第461页。

⑤⑳参见时方:《经济犯罪中的被害人研究》,中国检察出版社2019年版,第180页。

⑤㉑参见蔡道通:《特别法条优于普通法条适用——以金融诈骗行为类型的意义为分析视角》,载《法学家》2015年第5期。

⑤㉒参见张晓媛:《秩序法益对合同诈骗罪的限定功能》,载《东北大学学报(社会科学版)》2022年第4期。

⑤㉓如在《刑事审判参考》第1056号案例陈景雷等合同诈骗案中,陈景雷实施诈骗行为所涉及的合同是与农机主管部门签订的补贴协议,不受市场秩序制约,因而不属于合同诈骗罪中的“合同”。参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》总第102集,法律出版社2016年版,第11页。

⑤㉔参见《刑事审判参考》第1139号案例:张建军、刘祥伟对非国家工作人员行贿案——在国有建设用地使用权挂牌出让过程中串通竞买的行为应如何定性。参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》总第106集,法律出版社2017年版,第1-7页。类似认定为有罪的案例还可参见江苏省宿迁市中级人民法院(2014)宿中刑二终字第00069号刑事判决书、湖南省郴州市中级人民法院(2015)郴刑二终字第159号刑事判决书。

⑤㉕参见江西省九江市(2018)赣0403刑初字第569号刑事判决书。

⑤㉖有观点认为,应对报价作扩大和实质理解,即投标人为响应招标,通过投标文件等所报出或出示的可能影响中标结果实质性事项或条件所具有的价值或作用,而不只是限于投标人向招标人出示的愿意付出的交易商品或完成工作等的价位或价格。参见王恰:《串通“投标报价”的刑法教义学阐释》,载《中国检察官》2019年第5期。

⑤㉗参见肖中华:《骗取贷款罪的司法困境及立法完善建议》,载《法治研究》2020年第6期。

⑤㉘妨害药品管理罪虽被设定为具体危险犯,但对于足以危害人体健康的判定也不应流于形式,现有司法解释对足以危害人体健康的九项判断标准仍存在脱离人身损害要素而侧重行政管理要素的问题。可将患者使用药物后出现轻微伤、多人出现不适症状等提炼总结后作为“足以”的判定标准。

⑤㉙参见王爱立主编:《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2021年版,第617页。

⑤㉚参见孙道萃:《骗取贷款罪新论》,载《政治与法律》2022年第4期。