

论法定犯的保护法益

蓝学友*

摘要:界定法定犯保护法益的难点在于化解两对矛盾:一是法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾;二是法定犯后设性与刑罚谦抑性之间的矛盾。我国传统理论和司法实务普遍采用的复杂客体观虽然发现了法定犯保护“秩序法益+个人法益”的复数客体结构,但是没能澄清这两种法益之间的内在关联,以致于无法有效指导法定犯个罪解释和立法批判;晚近学界广泛提倡的个人法益还原论虽然在价值论层面澄清了秩序法益与个人法益之间的关联,但始终无法将这种价值关联实证化,以致于只能作出偏颇的个罪解释和立法批判。既有的这两种观点都忽略了社会秩序形成过程中的主体间互动过程。从主体间互动视角切入,法定犯的保护法益应当被界定为社会诸领域可持续展开的主体间互动。

关键词:法定犯;秩序法益;个人法益;复杂客体观;个人法益还原论;主体间互动;主体间性秩序法益

一、问题的提出

从罪刑法定的角度看,所有犯罪都是“法定的犯罪”。但是,从犯罪发生原因的角度看,并不是所有“法定的犯罪”都是在被刑法规定为犯罪以后才被公众认知为犯罪。有些个罪,如故意杀人罪、抢劫罪等,具有某种先于一国刑法存在的当罚性,并被世界各国民众普遍认为应当受到刑罚处罚;而另一些个罪,如非法经营罪、非法吸收公众存款罪、赌博罪、组织卖淫罪等,往往是在被一国刑法规定为犯罪以后才被国民认知为犯罪,而且只在该国刑法效力范围内才应当受到刑罚处罚。早在一百多年前,意大利犯罪学家拉斐尔·加罗法洛(Raffaele Garofalo)就捕捉到了这种“先在性/后设性”“普世性/地方性”差异,并将先在且普世的一类犯罪称作“自然犯”。^[1]而另一类后设且地方化的犯罪则被后续研究统称为“法定犯”。^[2]

凡是犯罪,无论是自然犯还是法定犯,都要受到刑罚处罚。而要发动刑罚,就必须解释处罚正当性。从方法论上讲,自然犯的处罚正当性相对容易解释。只要找到先于立法存在且为世人普遍珍视的对象(如人的生命、身体等),再将其作为自然犯的保护法益,就能以保护世人之名发动刑罚。由于先在且普世的对

* 上海交通大学凯原法学院助理教授,法学博士。

[1] 参见[意]加罗法洛:《犯罪学》,耿伟、王新译,商务印书馆2020年版,第26页。加罗法洛认为,自然犯侵犯了“怜悯”与“正直”这两种普世的基本道德情感。但需要注意的是,悖德性只是加罗法洛对自然犯普世性和先在性特征的一种解释。在道德与法律已然分离的今天看来,这种解释的确难以成立,但这并不意味着自然犯的普世性和先在性特征也不成立。

[2] 既有研究习惯将自然犯与法定犯的差异归纳为“自体恶/禁止恶”。本文反对这种归纳方式,因为“恶”本身就是对行为的一种规范评价,刑法学的核心任务正是解释某种行为应否被评价为“恶”,而不是先给行为贴上“恶”的标签,再反过来论证该行为是“恶”的。如果从一开始就认为法定犯是“禁止‘恶’”,那无异于事先承认了所有法定犯立法都是正当的,如此一来便难以发展出具有立法批判机能的法定犯理论。

象本就有限且都相对具体,所以“先在性”和“普世性”这两项特征本身就会对自然犯的立法与司法起到一定的限制作用,防止处罚范围不当扩张。可以说,自然犯是自带解释指导机能和立法批判机能的一类犯罪。只需找到并澄清那些先在且普世的保护客体,便能妥当地解释自然犯的处罚正当性。

困难的是,如何解释法定犯的处罚正当性?

一方面,法定犯的地方性与刑罚的普世性之间存在矛盾。虽然法定犯的犯罪构成要件是地方化的,但是用于惩处法定犯的刑罚却是普世的。无论是此时此地的刑罚还是彼时彼地的刑罚,本质上都是施加在行为人身上的—种恶害,或是剥夺其人身自由,或是没收其财产,同时还伴随着污名化效果。用普世的恶害惩处普世的自然犯,在逻辑上无可厚非;可是,用普世的恶害惩处地方性的法定犯,却始终面临着处罚正当性问题。尤其是在个人(包括被告人)的生命、身体、自由、名誉、财产等基本权益日益受到普世性关注的大背景下,再以地方性事由(如一时一地的行政管理需要)发动刑罚,剥夺个人自由和财产,并令其背负“罪犯”污名,如此做法的正当性基础究竟何在?为什么地方性的法定犯也应当受到普世的刑罚处罚呢?

另一方面,法定犯的后设性与刑罚的谦抑性之间也存在矛盾。与自带立法批判机能的自然犯不同,后设的法定犯天然地具有扩张倾向。因为法定犯的“后设性”意味着立法者在增设法定犯罪时不必严格受限于已经存在的对象,而是可以把理想对象也一并作为刑法的保护客体。比如,为了保护理想中的金融市场秩序、网络空间秩序而增设相应的金融犯罪、网络犯罪。这些理想对象常常能够激起人们对美好未来的憧憬,以保护这些理想对象之名增设法定犯的做法也往往能够获得普遍支持。然而,这些脱离“先在性”条件约束的对象难免带有预测甚至臆测成分。动用刑罚禁止某一类行为是否真的有助于保护这些理想对象?涉案行为是否真的侵犯了这些理想对象?这些问题都难以在法定犯立法和司法裁判之时被澄清。这实际上给立法活动参与者和司法者预留了极大的自由裁量空间。在此情况下,如何才能限制法定犯立法与司法,避免恣意立法与恣意裁判?如何才能兼顾法定犯后设性与刑罚谦抑性?

前—项矛盾是法定犯在司法层面的根本矛盾,后—项矛盾是法定犯在立法层面的根本矛盾。它们其实是法定犯处罚正当性问题的两个面向,前者追问的是“处罚法定犯的正当性基础是什么?”后者追问的是“该正当性基础的边界何在?”

如果说发动刑罚的正当性基础是保护某种法益,那么我们就需要为法定犯找到同时满足以下两项条件的法益内容:其一,就个罪解释而言,法定犯的保护法益要有助于化解法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾。在该法益指导下,司法者既要能够解释特定行为在此时此地当罚,又要能够解释同一行为在彼时彼地不当罚,同时还要确保当罚与不当罚的区分标准具有统一性。其二,就立法批判而言,法定犯的保护法益应当兼顾法定犯后设性与刑罚谦抑性,既要为法定犯立法预留必要的后设空间,同时还要能够限制法定犯立法,避免处罚范围不当扩张。

从非此即彼的形式逻辑来看,这几乎是一项不可能完成的任务。因为普世性法益(如生命法益)注定无法解释为什么同一法益侵害行为在此时此地当罚而在彼时彼地却不当罚,而地方性法益(如地方性政策)又不可能为发动刑罚提供普世性标准;先在性法益(如身体法益)注定无法给法定犯立法预留后设空间,而后设性法益(如行政管理制度法益)又不可能事先为法定犯立法划定边界。鉴于此,有论者干脆放弃寻找法定犯的保护法益,转而主张法定犯没有保护法益(即法益阙如说),并带有批判意味地指出法定犯就是旨在惩处那些不服从国家行政管理的行为。^[3]可是,惩处这些不服从行为的正当性基础又是什么呢?在本文看来,法益阙如说只不过是—种更加激进的方式重新表述法定犯的处罚正当性问题罢了。法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾,并不会因为我们放弃使用法益概念而自行消解;大幅高频的法定犯立法,也不会因为我们换—种表述方式而偃旗息鼓。只要承认发动刑罚需要提供正当

[3] 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,第86—91页;田宏杰:《规范关系与刑事治理现代化的道德使命》,人民法院出版社2020年版,第153页。

理由,那么寻找法定犯的保护法益就是一项不得不完成的任务。

事实上,司法者作出的每一份有关法定犯的判决,以及理论研究者围绕法定犯个罪展开的每一项解释,都直接或间接地界定了法定犯的保护法益。透过这些素材,不难梳理出既有理论和实务惯常采用的两种法益观:一是我国传统理论和司法实务普遍采用的复杂客体观,认为法定犯同时保护秩序法益和个人法益;^[4]二是晚近学界广泛提倡的个人法益还原论,强调秩序法益应当被进一步还原为或关联到个人法益。^[5]然而,复杂客体观和个人法益还原论真能化解前述两对矛盾吗?这两种法益观真能妥当解释法定犯的处罚正当性吗?

二、复杂客体观的缺陷

我国传统理论和司法实务习惯根据犯罪行为所侵犯客体数量的多寡,将犯罪区分为单一客体犯罪和复杂客体犯罪。后设且地方化的法定犯常被归为复杂客体犯罪,其所涉及的后设性和地方性要素常被冠以“秩序法益”之名,并与个人法益并列作为法定犯个罪的法益内容。例如,生产、销售假药罪保护药品管理秩序和不特定多数用药者的生命健康;^[6]集资诈骗罪保护金融管理秩序和投资者的财产权益。^[7]

表面上看,将“后设且地方化的秩序法益”与“先在且普世的个人法益”并列作为法定犯的保护客体,似乎既能化解法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾,又能兼顾法定犯后设性与刑罚谦抑性。实际上,此举只是把矛盾转化成了秩序法益与个人法益的关系问题,而复杂客体观本身又无法澄清这两种法益之间的关系,以致于既无法指导法定犯个罪解释,也无限制法定犯的处罚范围。

(一) 复杂客体观无法指导法定犯个罪解释

就法定犯个罪解释而言,司法者面临的根本问题是如何化解法定犯地方性与刑法普世性之间的矛盾。乍一看,复杂客体观似乎有助于化解这对矛盾:一方面,复杂客体观以秩序法益之名收纳地方性要素(如一时一地的行政管理制度),再将其作为法定犯的保护客体之一,由此解释法定犯个罪构成要件的地方性特征;另一方面,复杂客体观将普世的个人法益并列作为法定犯的保护客体,以保护个人法益之名发动刑罚,这似乎又能解释为什么地方性的法定犯也应当受到普世的刑罚处罚。如果孤立地看这两个方面,复杂客体观确实都能自圆其说;可是,一旦将这两方面统合起来分析,便会发现复杂客体观并没有真正化解法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾,而是将矛盾的两端分别分配给了秩序法益和个人法益。在此过程中,法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾问题被转化成了秩序法益与个人法益之间的关系问题。

正因如此,在复杂客体观指导下,司法者才会频频陷入以下一系列司法难题:涉案行为只要侵犯一重客体就具有违法性,还是必须同时侵犯双重客体才具有违法性?^[8]倘若要求同时侵犯双重客体才具有

[4] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社2019年版,第368、382、398、422、434页;张军主编:《刑法(分则)及配套规定新释新解》,人民法院出版社2016年版,第298、384、688、860页;“杨卫国等人非法吸收公众存款案”裁判理由,载《最高人民检察院公报》2020年第2号;最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2014年第1辑第113页,2018年第6辑第72—74页,2019年第8辑第73页。

[5] 参见张明楷:《法益保护与比例原则》,载《中国社会科学》2017年第7期,第102页;陈家林:《外国刑法理论的思潮与流变》,中国人民公安大学出版社2017年版,第93页;孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,载《法学研究》2018年第6期,第39—40页,第46、48页;何荣功:《刑法与现代社会治理》,法律出版社2020年版,第293页;〔德〕克劳斯·罗克辛:《法益讨论的新发展》,许丝捷译,载《月旦法学杂志》2012年第12期,第263页;〔德〕温弗里德·哈塞默:《现代刑法的特征与危机》,陈俊伟译,载《月旦法学杂志》2012年第8期,第256页。

[6] 参见马克昌:《百罪通论》(上卷),北京大出版社2014年版,第185页。

[7] 参见国家法官学院、最高人民法院司法案例研究院编:《中国法院2021年度案例(刑事案例二)》,中国法制出版社2021年版,第158页。

[8] 参见湖南省沅江市人民检察院沅检公刑不诉(2015)1号不起诉决定书。

违法性,那么对于只侵犯一重客体的行为,应当按照未遂还是无罪处理?^[9]如何区分保护双重客体的个罪与只保护其中一重客体的个罪,比如金融诈骗罪与普通诈骗罪?^[10]客体内容有所重叠的两个复杂客体犯罪又该如何区别适用,比如贷款诈骗罪与骗取贷款罪?^[11]这一系列问题说到底都是秩序法益与个人法益的关系问题,都源自法定犯地方性与刑罚普世性这对根本矛盾。如果只是在“复数”客体的意义上把握法定犯所保护的“复杂”客体,而不澄清复数客体之间的关系,那么上述一系列问题都注定无解。

持复杂客体观的论者其实也意识到了这点,并试图引入“主要客体/次要客体”“直接客体/间接客体”“必然客体/偶然客体”等区分来应对这些问题。然而,这些区分的引入只是让问题的表述形式复杂化了,并没有实际解决问题。以最常见的“主要客体/次要客体”的区分为例。在区分复杂客体犯罪与单一客体犯罪时,持复杂客体观的论者往往声称秩序法益是复杂客体犯罪的主要客体,个人法益只是其次要客体;^[12]可是,为了给“只侵犯秩序法益而没有侵犯个人法益”的行为出罪,持复杂客体观的论者又会反过来认为个人法益才是复杂客体犯罪的主要客体,秩序法益只是其次要客体。不仅如此,随着议题的改变,论者们还会再度调整复杂客体内部的主次关系。比如,在区分生产、销售假药罪与故意伤害罪时,持复杂客体观的论者往往强调药品管理制度是生产、销售假药罪的主要客体,人身法益是其次要客体;^[13]可是为了给“虽然违反药品管理规定,但没有造成人员伤亡”的行为出罪,论者们又会反过来认为人身法益才是主要客体,秩序法益只是次要客体;^[14]而为了在药品领域贯彻风险预防政策,持复杂客体观的论者又会再度把药品管理制度调整为主要客体。^[15]又如,在区分贷款诈骗罪和普通诈骗罪时,持复杂客体观的论者往往把金融管理秩序法益当作贷款诈骗罪的主要客体,金融机构的财产法益当作次要客体;^[16]可是为了给那些“虽然伪造部分贷款材料,但是最终按时归还贷款”的行为人出罪,论者们又会反过来认为金融机构的财产法益才是主要客体,金融管理秩序法益只是次要客体;而一到区分贷款诈骗罪和骗取贷款罪时,这种主次关系又会被再度反转。^[17]

这种恣意界定复杂客体内部关系的情形也出现在“直接客体/间接客体”和“必然客体/偶然客体”这两组区分上。当复杂客体论者想限缩处罚范围,为只侵犯一重客体的行为出罪时,可以说双重客体之间是直接客体与间接客体的关系,只有同时侵犯双重客体才构成犯罪;^[18]可是,当论者想扩大处罚范围,将只侵犯一重客体的行为也入罪时,又会说被侵犯的这重客体是必然客体,没被侵犯的那重客体只是偶然客体,涉案行为只要侵犯必然客体,即便没有侵犯偶然客体也可以构成犯罪。^[19]不难看出,无论是“主要客体/次要客体”,还是“直接客体/间接客体”“必然客体/偶然客体”,其实都服务于论者想要得出的解释结论,都是论者用以掩盖解释结论恣意性的说辞罢了。在这一套套说辞背后,秩序法益与个人法益之间的关系问题始终悬而未决,法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾更是无人问津。

[9] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一至五庭主办:《刑事审判参考》(总第124集),法律出版社2020年版,第112—113页;最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2009年第2辑(总第68辑),人民法院出版社2009年版,第15—16页。

[10] 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2018年第9辑第80页,2020年第11辑第57页。

[11] 李宏捷、董志勇:《王某、孟某等骗取贷款案——骗取贷款罪与贷款诈骗罪的区分》,载李静主编:《审判案例研究》(第5卷),人民法院出版社2019年版,第36—41页。

[12] 参见高铭喧主编:《新型经济犯罪研究》,中国方正出版社2000年版,第10页。

[13] 参见马克昌主编:《百罪通论》(上卷),北京大学出版社2014年版,第185页。

[14] 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》,载《政治与法律》2015年第5期,第53页。

[15] 参见国家法官学院、最高人民法院司法案例研究院编:《中国法院2021年度案例(刑事案例二)》,中国法制出版社2021年版,第95页。

[16] 参见李永升:《金融犯罪研究》,中国检察出版社2010年,第436、449页。

[17] 参见李宏捷、董志勇:《王某、孟某等骗取贷款案——骗取贷款罪与贷款诈骗罪的区分》,载李静主编:《审判案例研究》(第5卷),人民法院出版社2019年版,第39页。

[18] 参见谢望原:《对有影响的人行贿罪构成要件辨析》,载《人民检察》2016年第5期,第14页。

[19] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一至五庭主办:《刑事审判参考》(总第124集),法律出版社2020年版,第112—113页,第174页。

(二) 复杂客体观无力限制法定犯立法扩张

限制法定犯立法扩张的难点在于兼顾法定犯后设性与刑罚谦抑性,既要为法定犯立法预留足够的后设性空间,同时还要事先给法定犯立法设下限制。复杂客体观将具有后设性的秩序法益与具有先在性的个人法益并列作为法定犯的保护客体,此举看似“两头顾”,实则“两头空”。

一方面,为了维持“秩序法益+个人法益”这一复数客体结构,秩序法益只能被界定为非个人法益。这就意味着,单纯把秩序法益与个人法益摆在一起共同作为法定犯的保护客体,非但不会激发个人法益对秩序法益的限制作用,反而会促使秩序法益愈加远离个人法益和个人形象。而一旦脱离了个人形象的约束,秩序法益俨然就是一个“框”,各种行政管理制度、公共利益、工作生活状态、政策、习俗统统都能往里装。非法经营罪、寻衅滋事罪等个罪的“口袋化”便是适例。

另一方面,复杂客体观本身也没有规制秩序法益范围的能力和潜力。以非法吸收公众存款罪为例。在复杂客体观指导下,本罪的保护客体被界定为金融管理秩序和投资者的经济利益。其中的“金融管理秩序”常被具体化为关于存贷款业务的行政管理制度,而这项制度又被笼统地理解为“未经有关部门许可,任何主体不得从事相关业务”。如此一来,凡是未经审批的资金融通行为就都有可能被纳入本罪的处罚范围,至少是在本罪构成要件的语义涵摄范围内。

综上所述,复杂客体观虽然发现了法定犯保护“秩序法益+个人法益”的复数客体结构,但没能澄清这两种法益之间的内在关联,以致于无法有效指导法定犯个罪解释和立法批判。在复杂客体观的指导下,法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾问题只是被转化成了秩序法益与个人法益之间的关系问题。而且,复杂客体观也没能兼顾法定犯后设性与刑罚谦抑性,只能任由各种后设性内容涌入秩序法益之中,任凭法定犯处罚范围不当扩张。

三、个人法益还原论的不足

晚近以来,越来越多的论者主张法定犯所保护的秩序法益应当被还原为或关联到个人法益。在各路论者的助推之下,个人法益还原论的理论基础日渐丰富,思想脉络也日益多元。自由主义、人本主义、社会契约论、民主法治理念、法律理性化、合宪性要求等诸多理论、思想、观念都曾被牵引到个人法益还原论上。^[20]可以说,就“秩序法益‘应当’被还原为或关联到个人法益上”这一价值论断而言,既有研究已经作了相当充分的论证。或者说,还原论者已经在价值论层面确证了个人法益与秩序法益之间的主从关系。而这种主从关系恰恰能够弥补前述复杂客体观的缺陷。但遗憾的是,还原论者始终没有提供具体的还原标准,没有澄清秩序法益究竟是“如何”被还原为个人法益的。而在还原标准阙如的个人法益还原论指导下,无论是对法定犯个罪的解释还是对法定犯立法的批判,都呈现出“价值立场宣誓有余而逻辑论证不足”的偏颇状态。

(一) 偏颇的个罪解释

与复杂客体观相比,个人法益还原论的一大优势在于澄清了个人法益与秩序法益在价值论层面的主从关系,并就此确立了“秩序法益‘应当’被还原为或关联到个人法益上”这一解释原则。在该原则的指导下,复杂客体观遗留的诸多争议便都有了定论。例如,对于保护双重法益的法定犯而言,究竟是

[20] 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55、61页;崔志伟:《经济犯罪的危害实质及其抽象危险犯定罪机制》,载《政治与法律》2022年第11期,第70—72页。Winfried Hassemer, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? 2003, S. 57 (58–59); Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 378.

只要侵犯其中一重法益就具有违法性,还是必须同时侵犯双重法益才具有违法性?按照个人法益还原论,如果涉案行为只侵犯秩序法益而没有侵犯个人法益,那就不具有刑事违法性,因为刑法保护的秩序法益都应当被还原为个人法益,在涉案行为没有侵犯个人法益的情况下很难说该行为侵犯了值得刑法保护的法益。反之,如果涉案行为侵犯了个人法益但没有侵犯秩序法益的,那就应该考虑适用单一客体犯罪;倘若涉案行为达不到单一客体犯罪的入罪标准就应当被认定为无罪。

此外,随着个人法益与秩序法益之间主从关系的确立,“主要客体/次要客体”“直接客体/间接客体”“必然客体/偶然客体”的区分标准也随之固定。根据个人法益还原论,无论是单一客体犯罪还是复杂客体犯罪,最终都旨在保护个人法益,因此其主要客体都是个人法益。所不同的是,单一客体犯罪直接保护个人法益,而复杂客体犯罪是通过保护秩序法益的方式间接地保护个人法益,在此意义上可以说秩序法益是复杂客体犯罪的直接客体,个人法益是其间接客体。在具体个案中,完全可能出现只侵犯秩序法益而没有侵犯个人法益的情形,在此意义上可以说秩序法益是复杂客体犯罪的必然客体,个人法益只是其偶然客体;对于这类情形,应当以涉案行为没有侵犯主要客体为由否定其违法性。反之,如果涉案行为只侵犯个人法益而没有侵犯秩序法益,也不构成复杂客体犯罪,因为必然客体没有受到侵犯;此时,应当转而考虑是否构成单一客体犯罪。可见,在个人法益还原论指导下,“主要客体/次要客体”“直接客体/间接客体”“必然客体/偶然客体”的区分标准都是固定不变的,既不会随着议题改变而改变,也不会受解释者个人主观偏好的影响。

然而,个人法益还原论的上述优势只是停留在价值论层面,是在默认“秩序法益‘能够’被还原为个人法益”的前提下展开的。可是,秩序法益究竟“如何”被还原为个人法益?哪些秩序法益能被还原,哪些不能被还原?还原标准是否会受到解释者个人主观偏好的影响?其实,在“能否还原”以及“如何还原”的问题上,个人法益还原论始终没有提供明确的判断标准。每当触及这些问题时,还原论者要么以模糊的价值论述一笔带过,要么反复强调还原后能带来哪些好处,要么以偏概全式地举例论证。总之,个人法益还原论只是证明了秩序法益“应当”还原为个人法益,并没有说明秩序法益究竟“如何”被还原为个人法益。

而还原标准阙如的个人法益还原论一旦被推广到具体个罪或个案中,就很容易演变成个人法益替换论。例如,非法吸收公众存款罪既保护金融市场秩序也保护投资者经济利益。按照个人法益还原论的观点,其中的金融市场秩序法益应当被进一步还原为个人法益。可是,究竟该还原为哪些个人的哪些法益呢?乍一看,金融市场秩序法益似乎应该还原为投资者的财产法益,^[21]因为非法吸收公众存款行为往往造成投资者财产损失。但稍加反思,便会发现金融市场中并不是只有投资者这一方主体,至少还有融资者(包括行为人)和监管者。凭什么只把金融市场秩序法益还原到投资者身上呢?在还原标准阙如的情况下,金融市场秩序法益完全有可能被解释者还原到融资者或监管者身上。实践中,以涉案行为挤占正规金融机构的融资空间为由处罚行为人的做法,^[22]不就是把金融市场秩序法益还原到融资者身上吗?将涉案行为可能诱发“群访”“闹访”作为处罚事由的做法,^[23]不就是把金融市场秩序法益还原到监管者身上吗?还原标准阙如的个人法益还原论实际上就是披着“还原论”外衣的“替换论”,而替换权就掌握在解释者个人的手中。

如果从“法定犯地方性与刑罚普世性”这对根本矛盾出发,重新审视作为个人法益替换论的个人法益还原论,就会发现还原论在强化刑罚普世性之维的同时,人为地消解了法定犯地方性之维。此举看似化解了矛盾,实则回避了矛盾,因为法定犯具有地方性特征是客观事实,这一事实并不会因为论者在

[21] 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,第44页以下。

[22] 参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2007年第2辑(总第60辑),人民法院出版社2007年版,第56—57页。

[23] 参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2018年第11辑(总第129辑),人民法院出版社2019年版,第19页。

价值论上予以否认就自行消失。相反,对法定犯地方性特征视而不见的做法,反倒会使得那些地方性要素一直游离在教义学体系之外,明明影响着定罪结论却又不受刑法体系约束。问题的关键在于,哪些地方性要素可以作为以及如何作为刑罚正当化的根据?对此,还原论者的回答是,看相关要素“能否”还原为或关联到个人法益上。但如此一来,争议焦点便会转移到了“如何还原”的问题上来,而个人法益还原论恰恰无法回答这一问题。

(二) 偏颇的立法批判

复杂客体检只是将个人法益与秩序法益摆在一起共同作为法定犯的保护法益,并未激发个人法益对秩序法益的牵制潜力。相反,个人法益还原论确证了个人法益与秩序法益之间的主从关系,明确要求秩序法益只能围绕个人法益来设置,这就激发出了个人法益对秩序法益的牵制力。不过,这种牵制力也只是停留在价值论层面。

个人法益还原论实际上同时释放出了方向相反的两股解释力。一方面,要求秩序法益应当被还原为个人法益,确实有助于把那些与个人利益无关的内容从秩序法益中排除出去。这是个人法益还原论的限缩面向。但另一方面,既然秩序法益是且只能是与个人相关的法益,那就意味着个人就能界定秩序法益,或者说人人都能凭借自身经验来填充秩序法益的内容,这是个人法益还原论的扩张面向,也是还原论者们一直隐而未提的一面。一旦把这两个面向统合起来考虑,就会发现在前一面向上被排除出去的那些内容,完全有可能通过后一面向被再次纳入秩序法益之中。^[24]例如,有还原论者认为,增设扰乱国家机关工作秩序罪旨在把“缠访”和“闹访”等行为入罪化,这是以保护社会秩序之名,行克减公民自由之实,缺乏立法正当性。^[25]而另有还原论者认为,公民固然有上访的权利和自由,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,不能一概否定国家机关工作秩序为刑法所保护的必要性。^[26]不难看出,即便是在还原论阵营内,对同一个罪的立法正当性也可能得出完全相反的解释结论。这不仅反映出了个人法益还原论缺少统一的还原标准,而且暴露出了个人法益还原论兼具“限缩”与“扩张”双重面孔。

原本,秩序法益的公共属性还能够提醒解释者(包括立法活动参与者)从公共视角界定秩序法益的内容,尽可能避免将个人经验和价值偏好代入秩序法益之中。可是,经过个人法益还原论一番论证之后,解释者反倒可以名正言顺地把个人经验和价值偏好代入秩序法益,并美其名曰“将秩序法益还原为或关联到个人法益上”。在个人法益还原论的指导下,秩序法益的具体内容完全被掌握在解释者手中。再加上个人法益还原论本身就存在“价值立场宣誓有余而逻辑论证不足”的缺陷,所以在个人法益还原论指导下作出的解释(包括立法理由)往往带有强烈的价值倾向,而这势必会将秩序法益的界定问题过早地推向价值立场之争,甚至从一开始就迫使解释者“选边站”。在此情况下,个人法益还原论一旦被推广到立法和司法实践中,非但限制不了立法与司法,反倒很可能助长恣意立法和恣意裁判。

综上所述,个人法益还原论虽然在价值论层面确证了秩序法益“应当”被还原为个人法益,但是存在论层面始终没有澄清秩序法益究竟是“如何”被还原为个人法益的。因此,在个人法益还原论指导下作出的法定犯个罪解释和立法批判,都不可避免地呈现出“价值立场宣誓有余而逻辑论证不足”的偏颇状态。就个罪解释而言,个人法益还原论并没有直面法定犯地方性与刑罚普世性这对根本矛盾,而是通过人为消解法定犯地方性的方式来回应刑罚普世性要求;就立法批判而言,个人法益还原论在抬高个人法益受保护地位的同时,也将秩序法益的界定权交到了解释者个人手中,以致于人人都可以把个人经验和价值偏好代入秩序法益之中,最终还是会导致法定犯不当扩张。

[24] 相似观点参见[日]松宫孝明:《刑法各论讲义》(第4版),王昭武、张小宁译,中国人民大学出版社2018年版,第276页。

[25] 参见姜敏:《“危害原则”的法哲学意义及对中国刑法犯罪化趋势的警喻》,载《环球法律评论》2017年第1期,第124页。

[26] 参见孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,载《法学研究》2018年第6期,第51—52页。

四、主体间性秩序法益观的提出

虽然复杂客体和观和个人法益还原论都没能妥当地界定法定犯的保护法益,但是从复杂客体和观到个人法益还原论的演化过程,向我们展现了既有研究由外到内、由表及里地认识法定犯不法结构的过程。在此过程中,复杂客体和观发现了法定犯保护“秩序法益+个人法益”的复数客体结构,个人法益还原论则澄清了秩序法益与个人法益之间的价值关联。如果沿着这条认识论线索往下推进,那么下一步要解决的问题就是:如何将秩序法益与个人法益之间的价值关联实证化、可操作化?可是,一旦我们开始思考这个问题,就会发现在“个人”与“社会秩序”之间其实横亘着一道任何解释者都无法逾越的鸿沟——全社会大规模的主体间互动(intersubjective action)。在这道鸿沟面前,任何将秩序法益径直还原为个人法益的主张,都注定是不切实际的口号。与其一味地呼吁将秩序法益还原为个人法益而难以实现,不如改从主体间互动视角切入,重新认识秩序法益及其与个人法益之间的关系,重新界定法定犯的保护法益。

(一) 主体间互动环节是解释者无法逾越的一道鸿沟

秩序法益究竟“如何”被还原为或关联到个人法益上?这显然不是一个纯价值论问题。一旦我们开始思考这个问题,目光就会不自觉地由价值论转向存在论,追问社会秩序与个人之间的关系,进而发现社会并不是由一群孤立的、原子化的个人所组成,社会秩序并不直接源于个人,而是源于人与人之间的互动。^[27]也就是说,在“个人”与“社会秩序”之间尚有“主体间互动”环节,而且是全社会大规模主体间互动。这一环节的存在意味着,在存在论层面秩序法益与个人法益之间不可能是一种简单的线性关联,在解释论上也不应当笼统地主张将秩序法益径直还原为或关联到个人法益上。无论是从认识论还是从价值论的角度看,大规模的主体间互动都是解释者(包括立法活动参与者)无法逾越的一道鸿沟。

一方面,从认识论的角度看,解释者不可能逾越主体间互动环节。因为解释者自己也是众多个人之一,单凭其有限的社会互动经验并不足以认识全社会互动事实。^[28]诚然,作为个人的解释者可以通过反观自身生命、身体、名誉、自由和财产的方式,来认识他人的生命、身体、名誉、自由和财产,并基于这些认识建构出符合众人意志的生命法益、身体法益、名誉法益、自由法益和财产法益。然而,作为个人的解释者无论如何都不可能凭借自身有限的社会互动经验来认识全社会互动,进而建构秩序法益,因为主体间互动信息总是分散地储存在不同主体的意识之中,^[29]况且大规模的社会互动信息也超出了个人认知能力范围。^[30]

另一方面,从价值论的角度看,解释者也不应当逾越主体间互动环节。因为全社会的主体间互动是自主自发开展的,社会秩序是众人互动的结果,并不专属于某个主体。在判断某一秩序内容能否关联到个人法益上时,解释者不能以个人的价值偏好代替互动参与者的自主决定,更不能跳过主体间互动环节直接判断某一秩序内容能否还原到个人身上。

复杂客体和观之所以无法澄清秩序法益与个人法益之间的关联,个人法益还原论之所以提供不了具体的还原标准,都是因为“个人”与“社会秩序”之间横亘着“主体间互动”这道鸿沟。无论是复杂客体和观还是个人法益还原论,都没有把“主体间互动”环节教义学化,或者说都没有给解释者提供能够用于描述“主体间互动”事实的解释论工具(包括教义学概念、规则、原则等)。虽然在复杂客体和观和个人法益还原论的指导下,解释者能够隐约感觉到社会秩序与个人之间似乎存在着某种关联,但始终无法用恰当的教义学术语表述出这种关联,只能勉强借用“主要客体/次要客体”“直接客体/间接客体”“必然

[27] 参见[美]赖特·米尔斯:《社会学的想象力》,李康译,北京师范大学出版社2017年版,第227页;[英]安东尼·吉登斯、菲利普·萨顿:《社会学基本概念》,王修晓译,北京大学出版社2019年版,第28页。

[28] See F.A. Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas* 71-79 (The University of Chicago Press 1978).

[29] See F.A. Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, 1945 *American Economic Review* 519, 524-526.

[30] 参见[美]塞缪尔·阿尔斯曼:《为什么需要生物学思维》,贾拥民译,四川人民出版社2019年版,第69页。

客体/偶然客体”“还原—被还原”“分解—被分解”“手段—目的”等似是而非的概念展开论述。由此作出的个罪解释和立法批判往往偏离社会秩序现实。

实际上,既有研究并没有否认主体间互动环节的存在,只不过在观念上一直把该环节置于刑法教义学体系之外。这种观念背后主要有以下四点考量:(1)从“立法论/解释论”的区分视角看,主体间互动应当属于立法论范畴,经由民主程序议定的法律已经是主体间互动的结果,在解释论上似乎不必再重复考虑主体间互动。更何况法律本就是调整人与与人之间的关系,主体间关系视角已经自动渗透到每一次释法活动中,所以没有必要单独将“主体间互动”环节教义学化。(2)从“公法/私法”的区分视角看,刑法是“国家”对“个人”的追诉之法,而不是个人之间的纠纷解决之法,所以刑法教义学似乎不必考虑当事人之间的互动问题。(3)即便要把主体间互动环节纳入刑法教义学体系,也不应当放在法益论层面,因为法益侵害本就是发生在主体之间。只有在诈骗、帮助自杀等有被害人参与的互动型犯罪中,才有必要顾及被害人与行为人之间的互动状况。^[31](4)对于区分“罪与非罪”“此罪与彼罪”“重罪与轻罪”而言,社会秩序比生成该秩序的主体间互动过程更有意义,刑法教义学似乎只需关心涉案行为是否扰乱秩序、扰乱何种秩序以及造成多严重的后果,而不必在意秩序生成前的互动过程。

要想把主体间互动环节引入秩序法益的教义学建构当中,就必须先扫清这些观念障碍。

其一,“主体间互动”专属于立法论而不属于解释论吗?经由民主立法程序议定的法律确实是主体间互动的结果。但是,这并不意味着只有立法环节需要考虑主体间互动,司法环节就不必考虑主体间互动。相反,立法上的主体间互动结果,只有经由解释论转译才可能被贯彻到具体个案中。“立法源于主体间互动”“法律旨在调节人与之间的关系”这些事实恰恰表明凝结在立法之中的公意具有主体间性。^[32]要想将这种主体间性公意转译并贯彻到具体个案中,就需要为司法者提供能够承载主体间性内涵的解释论工具。借助这些工具,司法者才能自觉地解读出凝结在立法之中的公意。这其实也是全过程人民民主在刑事司法领域的表现。

其二,作为公法的刑法无需考虑主体间互动吗?虽然刑法是“国家”对“个人”的追诉之法,但是这并不意味着在刑法视野里只有“国家”和“个人”。事实上,“国家”本身也是主体间互动的产物,只有从主体间互动视角出发才可能澄清“国家”追诉“个人”的正当性根据。^[33]尤其是在法定犯的场合,如果仅从“国家/个人”二分视角来看待法定犯,就很容易把法定犯理解为处罚单纯不服从国家命令的行为,在此前提下就很难解释法定犯的处罚正当性。而如后文所述,一旦跳出“国家/个人”二分视角,改从主体间互动视角看待法定犯,就会发现法定犯旨在保护社会诸领域的主体间互动,从主体间互动的自主性中可以挖掘出法定犯的正当化根据以及正当化边界。

其三,只有互动型犯罪才需要考虑主体间互动吗?虽然个案行为人与被害人之间的互动在一定程度上能反映出相关领域的社会互动,但是不能反过来把全社会层面的主体间互动简化为个案行为人与被害人的互动。“主体间互动”的教义学意义并不局限在有被害人参与的场合。绝大多数的法定犯案件都没有具象的被害人,这并不意味着在法定犯的场合不必考虑主体间互动,而是意味着应当把“主体间互动”放在一个新的体系位置上。本文认为,应将“主体间互动”引入法定犯的保护法益层面,因为法定犯所保护的社会秩序确实实源于主体间互动,只有将主体间互动环节纳入秩序法益的教义学建构

[31] Vgl. Petra Wittig, Rechtsgutstheorie, Harm Principle und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? 2003, S. 239 (240).

[32] “主体间性”是与“主体性”相对的一个概念。“主体性”概念是在区分主体与客体、主体与非主体的前提下被定义的。每当一部分对象或条件被定义为主体性内容或条件时,总会有相应的其他对象或条件被划入客体或非主体范畴。在此区分基础上发展出来的理论工具,根本无法描述出存在于或发生在主体与主体之间的现象。与之不同的是,“主体间性”概念则将关注点放在主体与主体之间,既关注存在于主体间的静态关系,也关注发生在主体间的互动过程。

[33] 参见高鸿钧等:《商谈法哲学与民主法治国——〈在事实与规范之间〉阅读》,清华大学出版社2007年版,第71页。

当中,才可能澄清秩序法益及其与个人法益之间的关系。^[34]

其四,刑法教义学只需关心社会秩序,而无需关心生成该秩序的主体间互动过程吗?“社会秩序”与“主体间互动过程”虽然在概念上可以分开表述,但是在存在论层面却无法分离。因为社会秩序是在主体间互动过程中涌现的,互动发生之时社会秩序才可能显现;互动一结束,社会秩序便也随之消失。^[35]所谓扰乱社会秩序,实际上就是阻碍或破坏主体间互动过程。离开了主体间互动过程的“社会秩序”只不过是一个抽象概念,根本无法指导司法实践。司法者在判断涉案行为是否扰乱秩序、扰乱何种秩序以及造成多么严重后果时,都需要结合具体的主体间互动过程。

概言之,在探讨秩序法益及其与个人法益之间的关系问题时,解释者既无法跳过也不应当跳过主体间互动环节。复杂客体观和个人法益还原论都把该环节置于刑法教义学体系(尤其是秩序法益)之外。这一方面导致秩序法益及其与个人法益之间的关系始终无法得到澄清,另一方面也使得论者们缺少能够用于描述主体间互动过程的解释论工具,以致于在界定秩序法益及其与个人法益之间的关系时常常以个人价值判断代替主体间互动事实。

(二)主体间互动视角下的秩序法益及其与个人法益的关系

如果说秩序法益是值得刑法保护的社会秩序,而社会秩序又源于主体间互动,那么对秩序法益的教义学建构理应从主体间互动视角切入,先澄清社会秩序及其与个人之间的关系,然后在此基础上建构秩序法益及其与个人法益之间的关系。

其实,在社会学领域,研究者们已经对主体间互动和社会秩序问题进行了较为深入的研究,并形成了诸多共识性见解。所谓主体间互动,本质上是一种以语言为媒介的心理沟通现象。^[36]这种现象具有以下两个特点:其一,互动中始终存在双重偶联性障碍,即互动双方都有“依据对方行动来决定自己行动”的心理倾向,以致于互动常常难以发生,即便发生了也难以持续;^[37]其二,虽然主体间互动发生在人与人之间,互动过程中也可能涉及实体物的交换,但是作为生物体的“人”和作为实在体的“物”其实都不在互动秩序里,^[38]只有人的心理意识参与了主体间互动和社会秩序建构。

由此出发重新审视社会秩序及其与个人之间的关系问题,可以得出以下两项重要推论:

其一,在充满双重偶联性的互动世界里,可持续展开的主体间互动本身就是一种秩序现象。双重偶联性的存在使得绝大多数互动都难以发生,即便发生了也难以持续。这些转瞬即逝的互动过程构成了互动世界的混乱底色。在这种混乱背景下,那些已经发生并持续展开的互动本身就能给人以秩序感,促使个人迈出参与互动的第一步,并在持续互动过程中不断打破双重偶联性障碍。^[39]而且,可持续展开的互动往往是自生自发的,因为只有自生自发的互动才能源源不断地获得众人的心理投入。特定领域的互动是否有序,并不取决于旁观者的观感,而是取决于互动者是否愿意持续投入心力参与其中。因此,互动的“可持续性”其实就是“秩序性”。

其二,个人既不存在于社会秩序之外,也不存在于社会秩序之中,而是通过“心理认知”这个纽带

[34] 早有论者意识到法益概念缺少社会互动之维。参见[德]克鲁特·阿梅隆:《德国刑法学中的法益保护理论的现状》,姚培培译,载方小敏主编:《中德法学论坛》第14辑下卷,法律出版社2018年版,第37页。Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1980, S. 9.

[35] 参见[德]盖奥尔格·西美尔:《社会学——关于社会化形式的研究》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第4—5页;[美]乔尔·查农:《社会学与十大问题》(第6版),汪丽华译,北京大学出版社2009年版,第43、61页。

[36] See Herbert Blumer, *Symbolic Interactionism: Perspective and Method* 2-5 (University of California Press 1998).

[37] Vgl. Margot Berghaus, Luhmann leicht gemacht: Eine Einführung in die Systemtheorie, 4. Aufl., 2022, S. 109-111.

[38] Vgl. Niklas Luhmann, Einführung in die Theorie der Gesellschaft, 2005, S. 33-38.

[39] 参见泮伟江:《双重偶联性问题与法律系统的生成》,载《中外法学》2014年第2期,第547—550页。本文认可卢曼的说法。

与社会秩序相联结。^[40]从摇篮到坟墓,个人始终处在一定的社会关系之中,但是作为生物体的“人”和作为实体的“物”其实都不在社会秩序里。所谓扰乱社会秩序,并不意味着侵害某人的生命、身体、自由、名誉和财产,也不意味着毁坏某物,而是意味着破坏众人对互动可持续性的心理期待,使得众人对“特定领域的互动可持续进行”的期待落空了。一旦期待落空,个人便不再愿意参与相关互动,已经发生的互动也难以继续展开,该领域的秩序自然就难以生成,更难以持存。

这两项关于主体间互动和社会秩序的实然特征为秩序法益的教义学建构划定了边界,也提供了线索。本文认为,从主体间互动视角切入,在教义学层面对秩序法益及其与个人法益之间的关系应当作如下理解:

其一,从主体间互动视角看,保护秩序法益本质上是在保护可持续展开的主体间互动。

“秩序法益”这个概念虽然常被使用,却从未被定义。有不少论者批判“秩序”概念过于抽象、空洞,不适合当作法益内容。^[41]在我国刑法明文规定“扰乱秩序”要件的情况下,解释者也总是想方设法将其具体化。比如,在复杂客体观指导下,解释者常把“扰乱秩序”等同于“违反行政管理制度或前置法规范”;而在个人法益还原论指导下,解释者则常把“扰乱秩序”替换成“侵犯个人法益”。但是,无论是复杂客体观还是个人法益还原论,都没有正面界定“秩序(法益)”。在本文看来,论者们之所以会认为“秩序”概念抽象,主要是因为论者们习惯性从“主/客”二分视角来看待这一概念。如前所述,社会秩序是一种存在于主体之间的心理沟通现象。这一现象既不属于客观之物,也不属于个人主观感受,倘若从传统的“主/客”二分视角来观察秩序现象,当然会感到它十分抽象、难以把握。可是,一旦转向主体间互动视角,就会发现所谓社会秩序,就是以语言为媒介、持续展开的主体间互动过程。虽然这一过程不像某个人或某件物品那样具体实在,但是它也是现实存在的,并没有抽象到难以理解和把握的程度。^[42]凡参与过社会生活的人,其实都亲身经历了这种互动过程,也都对持续展开的互动产生过秩序感。

如果非要将抽象的秩序法益具体化,那也应当具体化为可持续展开的主体间互动过程。至于行政管理制度和前置法规范,都只是辅助互动的条件,而不是互动本身。而且,这些条件只是立法活动参与者根据自身有限的互动经验归纳总结的,未必与现实发生的主体间互动完全契合。因此,“扰乱秩序”要件不能被直接等同于“违反管理制度或前置法规定”。此外,主体间互动能够持续展开,主要不是取决于外部的管理性规定,而是取决于人们是否愿意不断投入心力参与互动。只有自主自发的主体间互动才能源源不断地获得众人的心理投入,也才能持续展开。这也意味着,可持续展开的互动总是先于法律和管理制度存在,保护秩序法益并不等同于保护后设的法律规范和管理制度,而是保护已经存在了的、可持续展开的主体间互动。至于行政管理制度和前置法规定,只能作为司法者识别互动可持续性的参考资料。特定领域的互动是否有序、是否可持续,并不取决于旁观的解释者,而是取决于互动参与者是否愿意持续投入。因此,我们在理解秩序法益时,不能先入为主地假定只要互动参与者都服从管理制度的规定,就一定能催生出社会秩序。

以生产、销售假药罪所保护的药品市场秩序法益为例。在人类社会历史上,早在药品管理制度和药品管理法出现以前,用药者与供药者(包括研发者、生产者、销售者)就已经自发地围绕“药品”展开互动,并形成一定的互动规则以确保互动能够持续进行,比如供药者必须提供有疗效的药。这一互动之所以能够持续展开,主要不是因为外部管理规定,而是因为用药者和供药者都有围绕药品展开互动的心理需求,用药者需要从供药者那里获得自己无法生产的药品,而供药者也需要从用药者那里获得自己所需之物(如财物、情感认同等)。这种彼此间的相互需求不是法律创设的,而是自生自发的。当然,在

[40] 卢曼将这种联结现象称作“结构耦合”,在他看来,社会系统与人的心理系统全面耦合。Vgl. Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Suhrkamp, 1997, S. 113。

[41] 参见何荣功:《经济自由与经济刑法正当性的体系思考》,载《法学评论》2014年第6期,第58页;张小宁:《“规制缓和”与自治型金融刑法的构建》,载《法学评论》2015年第4期,第71、74页。

[42] Vgl. Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 2017, S. 29-30。

互动过程中所形成的那些不成文的规则很容易被违反,进而导致互动无法持续进行。因此,有必要将这些互动规则成文化,由此形成药品管理制度。如果要将生产、销售假药罪保护的药品市场秩序法益具体化,那就应当具体化为围绕“真药”展开的主体间互动过程,而不是药品管理制度。相应地,在判断涉案药品是否属于本罪中的“假药”时,也应当实质地考察涉案药品是否会阻碍药品市场互动持续进行,而不是形式地看涉案药品是否属于前置法规定的“假药”。

其二,秩序法益与个人法益之间既不是并列关系也不是还原关系,而是以心理认知为联结点的结构耦合关系。

虽然社会秩序源于人与人之间的互动,但是作为生物体的“人”以及人所占有的“物”都不在社会秩序之中,只有人的“心理认知”参与了秩序建构。倘若承认这一存在论事实,那么在教义学上,我们就不应该把秩序法益与个人法益简单地理解成并列关系或还原关系。从主体间互动的视角看,侵犯秩序法益首先意味着破坏主体间互动,然后意味着个人对互动可持续性期待落空,最后才意味着投入到互动过程中的生命、身体、自由、名誉、财产等主体性利益“可能”遭受侵害。对于人的生存与发展而言,主体间互动本身就是一项独立的需求。尤其是在现代分工社会,个人除了需要生命、自由、财产等主体性利益以外,也需要通过与他人互动和沟通来实现生存与发展。保护秩序法益就是为了保护主体间的互动和沟通机制,而不仅是为了保护个人的生命、自由、财产等主体性利益。

以内幕交易罪所保护的证券市场秩序法益为例。在日常用语中,人们习惯说“把钱投入股市”。在这一习惯性表达背后其实隐藏着一种似是而非的观念,即把市场想象成一个可以储存物品的场所。可实际上,市场并不是场所,而是一段主体间互动过程。^[43]所谓证券市场秩序,其实是投资者和融资者围绕资金跨时间配置议题展开的互动过程。投融资互动能够持续展开的证券市场,就是有序的证券市场。保护证券市场秩序其实是为了确保投融资互动可持续进行,而不是为了确保市场参与者稳赚不赔。当然,影响投融资互动可持续进行的因素众多,其中“公平”是一个关键因素。内幕交易行为之所以应当受到处罚,并不是因为该行为侵犯了其他市场参与者的经济利益(相反,有些内幕交易行为增加了其他市场参与者的利益),而是因为该行为破坏了证券市场互动赖以持存的“公平”规则。当人们时刻担忧自己的交易对手掌握内幕信息时,就不可能持续参与到投融资互动中来,也就不可能形成有序的证券市场。

其三,从贯通存在论与规范论的角度看,“主体性法益/主体间性法益”之区分要比“个人法益/秩序法益”之区分更加贴近社会秩序现实,也更有解释力。生命法益、身体法益、自由法益、名誉法益、财产法益等个人法益都能归属到特定或不特定主体身上,这些法益都属于主体性法益,保护这些法益本质上就是在保护人的主体性。^[44]与之不同的是,秩序法益属于主体间性法益,不可能被归属到特定或不特定的主体身上。保护秩序法益并不是为了保护人的主体性,而是为了保护主体与主体之间的互动过程。^[45]严格来讲,“将秩序法益还原为或关联到个人法益”这一说法违背了社会秩序的物本逻辑。在界定秩序法益时,解释者应当关注的不是如何把秩序法益还原为或关联到个人法益上,而是现实生活中究竟发生了哪些主体间互动以及哪些互动可持续展开。

(三)法定犯旨在保护社会诸领域可持续展开的社会互动

如果从“主体性法益/主体间性法益”这组区分视角出发重新审视自然犯与法定犯,就会发现自然犯的保护法益应当设定为生命法益、身体法益、自由法益、名誉法益、财产法益等主体性法益,法定犯的保护法益应当设定为主体间性秩序法益,具体指社会诸领域可持续展开的主体间互动。自然犯的先在

[43] [美] 保罗·科恩、彼得·伯特克、大卫·普雷契特科:《经济学的思维方式》,史晨译,机械工业出版社2018年版,第96页。

[44] 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》,载《台大法学论丛》2012年第41卷第3期,第1018—1019页。

[45] 既有研究也意识到了秩序法益不可分解到个人身上。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107—108页。Heinz Koriath, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, GA 1999, S. 561 (564). 但是,既有研究并没有进一步揭示出这种不可分解性源自主体间互动的不可分解性。

性与普世性源于主体性法益的先在性与普世性,而法定犯的地方性与后设性也可以借助主体间性秩序法益获得合理解释。下面,本文结合前文提出的两对根本矛盾展开分析。

1. 如何化解法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾?

在法定犯地方性与刑罚普世性的矛盾问题上,复杂客体和主观和个人法益还原论都把矛盾的两端分配给秩序法益和个人法益,一面用带有地方特色的秩序法益(如一时一地的行政管理制度)来解释法定犯的地方性,另一面用普世的个人法益来回应刑罚的普世性要求。这其实并没有化解矛盾,而是把矛盾转移到秩序法益与个人法益的之间。与之不同的是,本文认为,法定犯的保护法益有且只有一项,即主体间性秩序法益,具体指社会诸领域可持续展开的主体间互动。由于主体间互动兼具地方性与普世性,所以仅凭“主体间性秩序法益”这一项就可以同时解释法定犯地方性与刑罚普世性:一方面,法定犯的犯罪构成要件之所以具有地方性,是因为其所保护的主体间互动总是发生在地方性情境中,且深受当地历史发展轨迹的影响;另一方面,地方性的法定犯之所以也要受到普世的刑罚处罚,是因为主体间互动本身是一种普世性需求,无论哪个地方的人都需要通过与他人互动来实现生存与发展。如果把法定犯的保护法益界定为社会诸领域的主体间互动,那么法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾就能迎刃而解。

以金融犯罪为例。众所周知,金融领域是高度全球化的领域。按理说,同一金融行为在不同国家和地区违法性评价应当趋同。可事实是,各国金融刑法中都存在着大量带有强烈地方性色彩的法定犯。同一金融行为完全可能在此时此地当罚而在彼时彼地却不当罚。在此现实背景下,如果司法者要对这类金融行为发动刑罚,就不得不解释为什么同一金融行为在此时此地当罚而在彼时彼地却不当罚。在复杂客体的指导下,司法者往往会援引带有本国特色的金融管理制度作为处罚依据。此举看似回答了问题,实则是把问题转移到金融管理制度上。原本一个司法问题也会随之泛化成金融管理制度问题乃至金融体制问题,甚至引发各国金融体制之间的盲目攀比。个人法益还原论者可能也意识到了这点,因此改从涉案行为侵犯个人财产法益的角度来论证处罚的正当性。可问题是,为什么同一金融行为在此时此地会侵犯到个人的财产法益,而在彼时彼地又不会侵犯到个人的财产法益呢?不难看出,无论是复杂客体和主观还是个人法益还原论都无法妥当地解释为什么同一金融行为在此时此地当罚而在彼时彼地却不当罚。

倘若把金融法定犯的保护法益界定为金融领域的主体间互动,那么前述问题便不难回答。一方面,金融互动能够满足国民跨时间配置财产的需求。这是一项普世性需求,所以动用普世的刑罚加以保护并无不妥。另一方面,从主体间互动的视角看,各国金融刑法之所以趋异,主要是因为各国历史上发生的金融互动各异,留存下来的金融互动也有所不同,所以现行刑法所保护的金融互动当然会有所不同。^[46]同一金融行为完全可能阻碍此时此地的金融互动而没有阻碍彼时彼地的金融互动,所以在此时此地当罚而在彼时彼地不当罚。由于金融互动是市场参与者自发自主开展的,所以用金融互动的地方性来解释金融刑法的地方性,不仅不会引发国家间的金融体制攀比,而且有助于引入历史视角,进而意识到各国历史发展路径的多元性。

随着法定犯地方性与刑罚普世性之间矛盾的化解,诸多法定犯司法难题也都迎刃而解。例如,对于只侵犯秩序法益而没有侵犯个人法益的行为,该如何处理?或者说,秩序法益是否具有独立于个人法益的受保护价值?如果只是在行政管理制度的意义上理解秩序法益,那么这一问题就很容易被处理成集体法益与个人法益的矛盾问题、保障效率与保护个人利益的矛盾问题,最终被推向价值立场之争。而如果把秩序法益具体化为涉案领域现实发生的、可持续展开的主体间互动,那么这一问题就不复存在了。因为秩序法益的存在本身就意味着个人已经参与了秩序建构,侵犯秩序法益意味着破坏涉案领域主体间互动,同时也意味着侵犯了个人参与该领域互动的权益。只要承认人的社会性,承认社会互动也是人的基本需求,那么秩序法益就有独立于个人法益的受保护价值,所谓“只侵犯秩序法益而没有侵犯个人

[46] 参见林毅夫:《论中国经济》,中信出版集团2021年版,第79—80页,第150—155页。

法益”的行为也应当受到处罚。

又如,为什么有些保护双重法益的法定犯反而比只保护其中一重法益的自然犯的处罚轻?比如,金融诈骗罪既保护金融秩序法益又保护财产法益,普通诈骗罪只保护财产法益,按理说前罪的处罚应当重于后罪;可实际上,金融诈骗罪的入罪数额明显高于普通诈骗罪的入罪数额,在诈骗数额相同的情况下金融诈骗罪的处罚也明显轻于普通诈骗罪。既有研究习惯认为金融诈骗罪是普通诈骗罪的特别法,当同一行为同时符合两罪构成要件时应当以较轻的金融诈骗罪论处。可问题是,金融诈骗罪究竟有何特别之处,才令其处罚降低呢?对此,复杂客体和观和个人法益还原论都难以给出妥当的解释。如果把法定犯的保护法益界定为社会诸领域的主体间互动,那么这一问题便不难回答:从主体间互动的视角看,金融领域的互动是一种高度系统化的互动,金融系统的运作本身已经对投入其中的财产起到了一定的保护作用,在此情况下刑法可以适度降低对该领域财产的保护力度。由此还可以引申出一条区分此罪与彼罪的解释论规则:当涉案行为发生在系统化的互动领域时,应当考虑适用旨在保护主体间性秩序法益的法定犯;而当涉案行为发生在未系统化的日常生活领域时,应当考虑适用旨在保护主体性法益的自然犯。

概言之,将法定犯的保护法益界定为主体间性秩序法益,并具体化为社会诸领域可持续展开的主体间互动,有助于化解法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾以及源于这对矛盾的一系列司法难题。

2. 如何兼顾法定犯后设性与刑罚谦抑性?

在法定犯后设性与刑罚谦抑性的矛盾问题上,复杂客体和观和个人法益还原论都只能顾及矛盾的一侧。而如果把法定犯的保护法益界定为社会诸领域的主体间互动,就不难兼顾法定犯后设性与刑罚谦抑性。因为社会诸领域的主体间互动总是先于立法发生,而立法本身又会反过来作用于相关领域的主体间互动。这就意味着,主体间互动其实是一个兼具先在性与后设性的过程。

一方面,主体间互动的先在性表现在主体间互动的自主自发性上。早在法定犯立法之前,人们就已经自主自发地展开互动,并沉淀出了一系列不成文的互动规则。而法定犯立法其实是将这些蕴含着自主内涵的互动规则成文化。换言之,不是先有法定犯立法才有主体间互动,而是先有主体间互动才有法定犯立法。立法者无法创设可持续展开的主体间互动,而只能从已经发生的主体间互动中选择值得刑法保护的互动。

另一方面,主体间互动的后设性表现在立法对主体间互动的反作用上。虽然主体间互动先于立法发生,立法是对主体间互动规则的成文化,但是一旦立法颁布,相关领域的主体间互动势必会受到立法的影响。原本,同一领域可能同时存在多元互动规则,不同互动规则之间可能存在冲突和竞争。当其中一部分互动规则被成文化以后,这部分互动规则就会被更多人所熟知和遵守,以这部分互动规则为指导展开的互动也更有可能持续存在。至于那些未被成文化的互动规则(尤其是那些与成文化规则相冲突的不成文规则),很可能会随着时间的推移而不再被采纳,相关互动也会随之消逝。^[47]

如果把法定犯的保护法益界定为社会诸领域可持续展开的主体间互动,那么主体间互动的先在性就能为立法者事先设下限制,与此同时主体间互动的后设性也能为立法者预留必要的后设空间。法定犯后设性与刑罚谦抑性之间的矛盾随之化解。这对我们解决诸多争议问题具有重要指导意义。例如,法益概念究竟能否对法定犯发挥立法批判机能?如前文所述,倘若采用复杂客体和观和个人法益还原论来界定法定犯的保护法益,那么由此界定的法益内容当然无法限制法定犯立法。而如果从主体间互动视角切入,把法定犯的保护法益界定为社会诸领域可持续展开的主体间互动,那么互动的自主自发性 and 可持续性就会对法定犯立法形成有力限制,因为立法者无法创设出可持续展开的主体间互动,而只能从已经存在的、可持续展开的互动中挑选值得刑法保护的互动。

[47] 立法与社会秩序之间存在非均衡的递归循环,这在经济领域表现得尤其明显。参见[美]布莱恩·阿瑟:《复杂经济学》,贾拥民译,浙江人民出版社2018年版,第4—5页。

五、结论

如果从刑法变迁的视角观察现代化进程,不难发现世界各国在现代化过程中都伴随着大幅高频的法定犯立法。如何解释法定犯的处罚正当性?这是现代国家的刑事立法者和司法者都必须认真对待的问题,也是检验一国刑法理论现代化水平的核心问题。在本文看来,解决这一问题的难点在于化解两对矛盾:一是法定犯地方性与刑罚普世性之间的矛盾;二是法定犯后设性与刑罚谦抑性之间的矛盾。如果说发动刑罚的正当性根据是保护某种法益,那么法定犯的保护法益就应当兼具地方性与普世性、后设性与先在性。无论是我国传统理论和司法实务所奉行的复杂客体观,还是晚近学界广泛提倡的个人法益还原论,都难以妥当地界定法定犯的保护法益。复杂客体观虽然发现了法定犯既保护秩序法益也保护个人法益的复数客体结构,但是没能澄清这两种法益之间的内在关联,以致于无法指导法定犯个罪解释和立法批判;个人法益还原论虽然在价值论层面澄清了个人法益与秩序法益之间的关联,却无法将这种价值关联操作化,以致于只能作出偏颇的个罪解释和立法批判。这两种法益观都忽略了横亘在个人与社会秩序之间的“主体间互动”环节,而该环节恰恰兼具地方性与普世性、后设性与先在性。将法定犯所保护的秩序法益具体化为社会诸领域可持续展开的主体间互动,不仅符合社会秩序现实,而且能够化解前述两对矛盾以及源于这两对矛盾的一系列司法和立法难题。

不难想见,随着主体间互动视角被纳入秩序法益的教义学建构之中,集体法益与个人法益的关系问题、个人信息法益和环境法益的属性问题、法定犯双重违法性的关系问题等一系列命题,也都将获得全新的分析视角和分析思路。

On the Legal Interests of Statutory Crimes

Lan Xueyou

Abstract: Defining the legal protection interests of statutory crimes poses a challenge in reconciling two contradicting aspects: the locality of statutory crimes versus the universality of punishment, the retroactive nature of statutory crimes versus the restraint of punishment. Traditional theories and judicial practice in China have commonly employed complex object theory, which identifies a plural object structure of statutory crimes consisting of "legal interests of order and individual legal interests." However, this approach fails to clarify the intrinsic relationship between these interests, thus limiting its effectiveness in guiding interpretation and legislative criticism of statutory crimes. Although the Reductionism of individual legal interests, widely advocated in recent academic circles, has shed light on the value-based connection between the legal interests of order and individual legal interests, it still cannot empirically demonstrate this value relationship, resulting in biased interpretation and legislative criticism of individual offenses. Both of these existing views have overlooked the interactive process between subjects in the formation of social order. From the perspective of inter-subject interaction, the protection interests of statutory crimes should be defined as the sustainable interaction between subjects in various fields of society.

Keywords: statutory crime; legal interests of order; individual legal interests; complex objects theory; reduction theory of individual legal interests; inter-subject interaction; intersubjective legal interest of order

(责任编辑:丁洁琳)