

市场经济秩序:经济刑法的保护法益

孙国祥

摘要:经济刑法的保护法益问题,是经济刑法体系建构的重大理论与实践问题。经济刑法的保护法益需要结合经济刑法产生的背景进行分析。无论是经济自由还是经济利益的法益定位,实际上都反映了以个人自由和个人利益为中心的法益一元论立场。在现代社会,个人自由和个人利益为中心的法益一元论已经式微。经济刑法保护的是集体法益,其内容并非单纯的经济自由或者经济利益,而是市场经济秩序的维护。市场经济秩序与个人的经济自由和经济利益并不对立,而是相互统一与彼此支持的。或者说,市场经济秩序是个人在经济活动中实现自由和利益必不可少的外部条件。因此,对市场经济秩序的保护内在地包含了对个人经济自由和经济利益的保护。作为集体法益的市场经济秩序,虽然在形式上具有抽象性,但其同样具有可损性,可以被具体地损害,因而能够成为经济刑法适格的保护法益。为了实现对市场经济秩序的法益保护,立法对经济犯罪的规制,关注的是犯罪过程要素,危险犯、累积犯等行为主义的设罪模式具有正当性。不过,为了防止可罚界限过度向前挪移,需要明确通过刑法对集体法益进行保护的从属性,适当限制危险犯、累积犯的处罚范围。在司法实践中,经济刑法的保护法益可以发挥穿透式实质认定的作用。在行为没有侵害市场经济秩序时,应发挥法益的出罪功能。

关键词:经济刑法;经济犯罪;保护法益;经济秩序;集体法益

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2024.05.013

经济刑法是现代刑法理论研究的重要场域。长期以来,不断有学者从学科的精细化角度论证经济刑法的学科独立性问题。这些努力虽然是可贵的,但学科独立属性的证成不能受制于传统刑法学既有的定型化概念、工具,需要开发和形成独立的经济刑法分析工具,有自己独特的基础意义的命题或者说有自己的“工具库”“构件”,形成自己的知识系统或者说特别的刑法教义^①。有德国学者曾经指出,经济犯罪具有以下特点:经济犯罪的侵害法益并非个人法益,而是集体法益^②。经济犯罪许多是特殊主体犯罪,即只有某类人才能实施(在英美称之为“白领犯罪”)。为了便于起诉,在行为的早期阶段就将行为予以犯罪化已经成为一种趋势。经济犯罪中很多犯罪仅需引起抽象危险,而无须害害或者具体危险。许多情况下无须故意,而仅需过失就可以构成^③。这些描述在某种程度上揭示了经济刑法的特殊性。其中,经济刑法保护何种法益,直接回答了经济刑法是什么以及经济刑法如何被塑造的问题,可谓经济刑法独立性证成的关键和基础。然而,对于经济刑法的保护法益这一基础性问题,理论界尚没有形成共识,对其进一步研究有助于推动经济刑法研究的深入。

一、不同的经济刑法保护法益理论

在我国,随着法益理论的兴起,经济刑法的保护法益问题也成为经济刑法研究的一个重要议题,

作者简介:孙国祥,南京大学法学院教授,博士生导师(南京 210093; sunguox@sina.com)。

^① 孙国祥:《改革开放以来经济刑法基础理论述评》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期。

^② 集体法益与个人法益相对应。关于集体法益,与之同义的概念还有超个人法益、整体法益、公共利益、社会法益等。本文统一使用集体法益概念,但在引用文献时,仍尊重原作者的不同用语。

^③ 马克·恩格尔哈特:《德国经济刑法的发展与现状》,徐剑译,载陈兴良主编:《刑事法评论:刑法规范的二重性论》,北京:北京大学出版社,2017年,第311—312页。

产生了不少经济刑法保护法益的理论。限于篇幅,难以一一列举,仅就其中三种流行的经济刑法法益观进行述评。

(一)三种不同的经济刑法法益观

在诸多的理论观点中,当前有以下三种经济刑法法益观最为流行:

一是经济自由与经济利益法益观。这种法益观认为,法益概念源于人的核心追求,即根植于社会共同体内人们内心深处对自由的追求。所以,法益概念的核心是自由,主要关注的是个人在社会生活中的一些基本利益,如个人的生命、身体健康、自由、名誉和财产等权利。将保障个人自由和利益的传统法益理念对应到经济刑法中,则经济刑法的保护法益就应该是经济主体的经济自由和经济利益。换言之,市场经济强调相关的经济活动、经济矛盾都应通过市场这只“无形的手”来解决,由市场规则予以调节,刑法不应干涉而应保护市场主体的经济自由。因此,有学者强调,如果说个人法益的本质是个人自由的话,则经济刑法的保护法益应理解为经济自由,经济刑法的根本目的在于保护市场主体的经济自由^①。

二是将经济刑法的保护法益定位于对经济制度和经济秩序的维护。此说认为,经济刑法的保护法益是国家的经济制度、经济秩序。早在20世纪30年代,德国刑法学者林德曼(Lindemann)教授就指出,经济犯罪是针对国家整体经济及其重要部门与制度而作出的可罚性行为^②。德国著名的经济刑法学家梯德曼(Tiedemann)教授进一步论证了现代社会中存在着独立于个人法益的“超个人法益”。他指出,尤其是对于经济刑法而言,许多规范都呈现出抽象的法益,此等法益带着越来越浓的法秩序与经济秩序的社会性^③。换句话说,在梯德曼教授看来,“经济刑法或其他行政刑法体系,可以独立于个人法益所成的刑法体系。将经济法益予以抽象化,并且将经济秩序的维护与保护,列为刑法的另一‘自我目的’”^④。由此,“界定经济刑法的标准也可被描述成一种超个人的维度,这种维度使经济刑法区别于传统领域中纯粹的财产刑法”^⑤。“为了更准确地表达这个意义,也为了避免‘超个人’一词所带来的误会,多使用‘集体法益’,从实体法的角度看,打击经济犯罪更具有保护集体法益而非个人法益的特征。”^⑥经济刑法保护的是集体法益,这不仅是梯德曼教授最重要的理论贡献,也是今天经济刑法发展最重要的学术资源。我国学者也指出,刑法规定经济犯罪,是为了保护社会主义市场经济秩序。市场经济秩序,是指市场经济活动所必须遵循的经济准则与行为规范所调整的模式、结构及有序状态^⑦。“经济刑法的保护法益是集体法益,即与市场相关的生产、销售、交易等有重要价值的市场经济制度及其功能,刑法所保护的不仅是直接呈现的社会经济秩序及其功能不被侵害,而且是参与市场经济的‘人类利益共同体’所需要的制度信任不被侵害。”^⑧总之,经济刑法保护的是市场经济秩序或整体经济安全这一集体法益,应对的是经济风险。

三是认为经济刑法的保护法益应当被界定为经济活动主体的经济利益。有学者提出,经济刑法的保护法益应该是国家、社会在经济活动中的经济利益^⑨。或者说,经济刑法的发展,应从传统的“秩序法益观”转化为“利益法益观”^⑩。它包括两个方面的内容,其一是国家经济活动中的经济利益。具体包括国家对经济活动的管理权和依法应当从市场主体的经济活动中无偿获得的经济收入,如贸易

① 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6期。

② 林山田:《经济犯罪与经济刑法》,台北:三民书局,1981年,第12页。

③ Vgl. Klaus Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1969, S. 119.

④ 陈志龙:《法益与刑事立法》,陈志龙自版,1997年,第144页。

⑤ 汉斯·阿亨巴赫著,周遵友译:《德国经济刑法的发展》,《中国刑事法杂志》2013年第2期。

⑥ 马克·恩格尔哈特:《德国经济刑法的发展和现状》,载陈兴良主编:《刑事法评论:刑法规范的二重性论》,第305页。

⑦ 张明楷:《刑法学》(第六版),北京:法律出版社,2021年,第943页。

⑧ 姜涛:《经济刑法的保护法益及其实践路径》,《江西社会科学》2023年第3期。

⑨ 王良顺:《保护法益视角下经济刑法的规制范围》,《政治与法律》2017年第6期。

⑩ 魏昌东:《中国经济刑法法益追问与立法选择》,《政法论坛》2016年第6期。

管制和金融市场的管理权以及依法征收的各种税收等;其二是社会主体在经济活动中的经济利益。

(二)不同法益观对司法的影响

理论上存在不同的经济刑法法益观之争,这并不奇怪。因为基于不同的立场,对刑法中的许多问题,理论界都很难达成一致的看法。但也正是这些丰富多样的观点,客观上拓展了经济刑法保护法益的思考维度。然而,经济刑法保护法益不完全是一种抽象的理论思考,也不是纯概念的讨论,它同时具有司法分析功能。同样的案件,由于经济刑法保护法益的主张不同,导致对同一行为的判断常常陷入罪与非罪的纷争或者产生此罪与彼罪的偏差。

例如,对于刑法第175条规定的高利转贷罪,通说认为,该罪侵害的法益是国家信贷资金的管理秩序^①。但也有观点认为,高利转贷罪侵害的法益不只是银行等金融机构的信贷秩序,而且还包括信贷资金的安全。在银行等金融机构没有遭受实质法益侵害或者具体侵害危险时,应当慎重以行为侵害经济秩序为由,将其作为犯罪处理^②。前者站在经济秩序维护的立场上,认为只要行为人以转贷牟利为目的,套取金融机构信贷资金高利转贷他人,违法所得数额较大的,就构成犯罪。而后者则主张,金融机构信贷资金安全才是本罪的实质,只有危害到金融机构信贷资金安全,才能构成犯罪,这就导致实务中对罪与非罪界限的把握不一。

又如,对于刑法第175条规定的非法吸收公众存款罪侵犯何种法益问题,学术界也存在着不同的认识,进而对具体案件的罪与非罪问题也会给出不同的答案。有学者认为,如果将非法吸收公众存款罪侵害的法益理解为经济秩序(集体法益),只要该行为违反了金融管理秩序,即使其无损于集资参与者的财产(个人法益),也必须加以处罚。反之,如果将该罪侵害的法益理解为集资参与者的财产,在该行为未对其利益造成具体威胁时,就不能对该行为进行处罚^③。还有学者站在个人经济自由或者个人交易利益的法益保护立场,认为“行为人吸收存款的融资行为作为一种契约行为,只有在损害他人或社会法益的前提下,才有刑法存在的余地。由于行为人吸收存款的融资行为是纯粹发生在投资者与吸收者二者之间的行为,不涉及第三者的权利与义务,当然谈不上损害第三者即他人的权利问题”^④。或者说,“如果站在商法的立场就会发现,商法上的非法吸收公众存款是指行为人要成为取代银行的角色。而如果取代银行,就必须把吸纳来的资金再放贷。如果单纯把吸收来的资金用于本企业的生产经营,则并没有处于银行的地位,所以很难构成非法吸收公众存款罪,否则就和商法的立场相悖”^⑤。在实践中,一些集资参与人的利益可能并没有受损,甚至获利了,由此,集资者的集资行为并没有侵害刑法的保护法益,按照上述主张当然也就谈不上构成犯罪。然而,站在维护金融秩序和金融安全立场的观点认为,非法吸收公众存款罪的成立应立足于防范金融风险。市场活动的风险性意味着即使将吸储资金用于生产,该行为仍然具有较大的坏账风险,不影响非法吸收公众存款罪的成立,那种认为需要以放贷或者货币经营为目的的观点欠缺法律依据^⑥。可见,由于刑法理论的实践性,不同的观点之争会带来刑法适用的困惑。

二、经济刑法的保护法益是市场经济秩序

从实定法的角度看,经济刑法的保护法益是市场经济秩序(刑法分则第三章明文规定了“破坏社

① 胡云腾等主编:《刑法罪名精释——对最高人民法院、最高人民检察院关于罪名司法解释的理解与适用》(上),北京:人民法院出版社,2022年,第342页。

② 何荣功:《刑事争议案件的分析方法》,《法律适用》2023年第11期。

③ 刘炯:《经济犯罪视域下的刑法保护前置化及其限度》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。

④ 赵星、张晓:《论废除非法吸收公众存款罪》,《河北学刊》2014年第5期。

⑤ 周光权:《现代刑法的理念与方法》,《法治研究》2020年第6期。

⑥ 胡宗金:《非法吸收公众存款罪的规范目的与规制范围》,《法学家》2021年第6期。

会主义市场经济秩序罪”)。所谓市场经济秩序,是指“国家通过法律对由市场资源配置的经济运行过程进行调节和实行管理所形成的正常、有序的状态”^①。尽管将经济秩序作为经济刑法的保护法益是一种传统的理论观点,也有实定法的依据,但现如今该观点正受到不少学者的质疑,认为单纯的制度、秩序不应成为刑法保护的法益。本文认为,相关质疑源于对经济秩序作为刑法保护法益的论证不充分。如果站在法益二元论的立场,经济秩序作为经济刑法保护法益的适格性是可以被证立的。

(一)经济刑法的保护法益是集体法益

法益概念的核心是自由,早期的法益理论就是以个人自由为基础建构的。例如,在费尔巴哈(Feuerbach)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,也是间接地针对个人的罪行。而对那些既不属于国家也不属于某个个体的制度而言,针对这些制度的犯罪,必须将它们从刑事犯罪中大手笔地排除出去^②。具体到经济刑法,有德国学者强调,经济刑法服务于保护个人法益,而不是保护市场或者其他机制的运作,这就是经济犯罪的不法性不会超过损害个人法益犯罪的原因^③。

应当说,将经济刑法的保护法益定位于经济自由或经济利益,可以无缝隙地将其还原为个人法益,在个人法益的框架下讨论经济刑法的保护法益问题,这自然会得到不少传统法益论支持者的拥趸。由此,有学者将经济刑法定义为“透过制裁去担保个人在社会上追求自身获利时,免受第三人干扰的行为条件,并且减轻个人经济负担”^④的刑法。

然而,将经济刑法的保护法益定位于个人经济自由和经济利益的观点是不够全面的,忽视了经济秩序保护的重要性。刑法学界恐怕没有人会否认市场主体的经济自由和经济利益需要经济刑法的关注和保护。在具体的经济犯罪中,确实有不少犯罪涉及特定交易主体的经济利益。例如,贷款诈骗等金融犯罪涉及金融交易的参与方(如金融机构或者其他参与者)的利益,也可以说影响到交易双方的交换利益。但它们并非经济刑法需要保护的核心利益,也不是经济刑法发展的初衷。正如有学者指出的,“就金融犯罪的罪刑规范而言,保护市场主体的利益只是附随效果,保护金融秩序才是规范目的”^⑤。因为如果将经济刑法的保护法益单纯局限于经济自由或者经济利益,所谓经济犯罪则完全可以通过传统刑法或者在传统刑法基础上作适当调整来实现法益保护目的,不需要发展独立的经济刑法部门。或者说,经济利益说只关注“看得见”的利益,而忽视了“看不见”的利益。个人的生命、健康、财产等是看得见的利益,这些利益当然需要刑法保护。但是,在经济领域,除了这些看得见的个人利益外,还有很多“看不见”的利益同样值得刑法保护^⑥。秩序利益就是难以为个人所感知的系统性利益。如果定位于个人的经济自由或者经济利益,那么基本上是从特定主体的财产安全角度去理解经济刑法的保护法益,这等于否定了经济刑法的特殊性和其本身存在的必要性,相关的犯罪都应该还原到侵害财产犯罪中,由此对经济刑法进行独立研究的意义也就不大。

经济刑法保护的核心是超个人的集体法益。在个人法益基础上发展出来的集体法益,是现代法益理论中的一个重要议题。现代信息社会、网络社会、风险社会的到来,改变了人们传统的生活方式,带来了新的社会矛盾和难题,引发了不少新的安全风险。在无处不在的风险面前,秩序和安全的价值进一步凸显。当下,人类比任何时候都需要团结合作,依靠集体的力量应对风险和挑战,实现人的自由与发展。新的挑战也给刑法带来了新的任务,特别是应对风险行为的集体行动性,使得传统的以个

① 高铭喧、马克昌:《刑法学》(第7版),北京:北京大学出版社,2016年,第366页。

② 京特·雅各布斯:《保护法益?——论刑法的合法性》,赵书鸿译,载赵秉志主编:《当代德国刑事法研究》第1卷,北京:法律出版社,2017年,第13—14页。

③ Robert Esser:《刑法对经济活动自由之规制——以背信罪(德国刑法第266条)为例》,王效文译,《成大法学》第20期,2010年12月。

④ Petra Wittig:《经济刑法》,恽纯良、许丝捷译,台北:新学林出版股份有限公司,2022年,第16页。

⑤ 劳东燕:《金融诈骗罪保护法益的重构与运用》,《中国刑事法杂志》2021年第4期。

⑥ 蓝学友:《互联网环境中金融犯罪的秩序法益:从主体性法益观到主体间性法益观》,《中国法律评论》2020年第2期。

人法益保护为核心而建构起来的刑法体系受到质疑,那种纯粹以个人自由为归依的法益理论受到挑战。正如有学者所指出的,随着现代社会的高度复杂化,具有高度管制需求的社会情状日益增加,如果维持旧有的刑法思想,发动刑罚的前提是待到可归责的损害出现,这势必会过度限缩可罚性范围,也不可能运用政策上逐渐强化的“风险调控”与“安全需求”,不可能维护有意义的社会生活^①。经济犯罪作为风险社会中的重大危险源之一,刑事政策上需要刑法在法益发生实害之前给予提前预防^②。这也正是经济刑法受到关注并得以发展的重要原因。有德国刑法学者指出,“设立扩张的或可被诠释的新法益,尤其是普遍法益(集体法益)”,是现代刑法的一个标志^③。我国学者也指出,在市场等领域,刑法的扩张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^④。

在现行刑法中,不少经济犯罪通常造成他人财产上的损失,表面上是侵害个人法益的犯罪,但就刑法的保护法益而言,经济犯罪所侵害的并不完全是个人法益,或者主要不是个人法益。1984年第13届国际刑法大会形成的决议指出,在大多数情况下,在经济商业领域中运用刑法,“不仅是为了保护个人利益,而且是为了保护集体利益。与个人利益相比,这些集体利益大都特别复杂和广泛,更加难以认定和保护。因此,它们格外需要保护”^⑤。例如,刑法中的骗取贷款犯罪,是在贷款人与金融机构之间的金融交易过程中发生的,造成的是金融机构贷款资金的损失,但正如梯德曼教授指出的,“在刑法上,信贷诈骗也同投资诈骗一样,不可单独理解为个人之间交换利益的问题。倘若这里仅将供贷方和受贷方的财产视为唯一的法益,这也有失妥当”^⑥。我国立法机关也指出,骗用银行或其他金融机构的贷款,不仅扰乱了金融秩序,也会危及金融安全^⑦。因此,无论是经济自由还是经济利益,都无法周全地涵括经济刑法保护利益的重点和范围。也正是因为经济刑法的保护法益是集体法益,所以“国家应对经济犯罪应当采取与经济犯罪的特性相适应的特殊刑事政策”^⑧。这也确定了经济刑法以及经济刑法学相对独立的属性。

事实上,即使是在高度发达的市场经济国家,也呈现出国家越来越多地介入社会经济生活的趋势,国家肩负着引领、社会形塑、给付、安全和缩小社会差距等任务,国家通过一系列的制度来完成这些任务。这些制度正常运作的维护,就需要改变我们的刑法理论,在保护个人利益之外也兼顾越来越重要的集体利益保护^⑨。换言之,“国家的重要经济制度、社会制度及其功能性运转,是国民平等享受、获取相关利益的必要条件。如果没有制度或者制度不能运转,每个人看似十分自由,但必然回到自然状态,每个人的利益都可能受到他人的侵害”^⑩。由此,越来越多的人已经认识到,在现代社会,国家与个人的二元关系发生了转变,个体的生存与发展更为紧密地依赖国家与社会。一个稳定的国家、有序的市场经济、公正的司法制度等都是个人自由发展所必需的条件^⑪。

(二)市场经济秩序与个人经济自由并不对立

不可否认,个人法益与集体法益在形式上存在着此消彼长的矛盾。强调经济刑法的保护法益是市场经济秩序,会不会限制经济刑法领域个人的经济自由和经济利益?对此,理论界有观点认为,将

① 许恒达:《法益保护与行为刑法》,台北:元照出版公司,2016年,第15页。

② 刘炯:《经济犯罪视域下的刑法保护前置化及其限度》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。

③ 埃里克·希尔根多夫(Eric Hilgenbdorf):《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京:北京大学出版社,2015年,第220页。

④ 王永茜:《论集体法益的刑法保护》,《环球法律评论》2013年第4期。

⑤ 参见《国际刑法大会决议》,赵秉志等译,北京:中国法制出版社,2011年,第79—80页。

⑥ 克劳斯·梯德曼:《德国经济刑法导论》,周遵友译,载赵秉志主编:《刑法论丛》第2卷,北京:法律出版社,2013年,第8页。

⑦ 黄太云:《立法解读:刑法修正案及刑法立法解释》,北京:人民法院出版社,2006年,第128页。

⑧ 王良顺:《保护法益视角下经济刑法的规制范围》,《政治与法律》2017年第6期。

⑨ 钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,台北:元照图书出版公司,2012年,第246—247页。

⑩ 张明楷:《集体法益的刑法保护》,《法学评论》2023年第1期。

⑪ 马春晓:《经济刑法的法益研究》,北京:中国社会科学出版社,2020年,第326页。

经济秩序界定为经济刑法的保护法益,不利于公民和法人经济自由的保护^①,甚至有学者质疑,“过分强调刑法对既有经济秩序的保护,刑法就不免有沦为阻碍经济创新、窒息经济自由帮凶之虞”^②。易言之,在这些学者看来,市场经济具有开放、自由的特性,经济发展离不开经济主体的自由,而以经济制度有效运行、经济秩序稳定为保护法益的经济刑法可能会导致克减、限制市场自由。

但上述疑问和质疑在经济刑法保护法益问题的研究中是可以消除的。经济刑法对市场经济秩序的维护并不必然克减经济自由。市场经济秩序与个人的经济自由和经济利益并非对立,而是相互统一与彼此支持的。

众所周知,自由和安全都是法的价值,尤其是自由,更是法益的本源所在。强调经济自由,主张经济刑法应当体现市场性,关注市场主体的权利,减少管制干预,契合了法益保护的终极目的。但是,个人经济自由、经济利益的实现,离不开市场经济秩序的制度性保障。自由与秩序、自由和安全从来就是如影相随。市场经济固然有自由的属性,但自由需要建立在竞争充分、主体自律、信息对称和透明等基础上。事实上,真实的常态市场是不完美的,存在信息不对称、供求关联多样化、非竞争性市场甚至寡头垄断^③等缺陷,这就决定了完全依赖于市场这只“无形的手”实现资源配置的理想并不可靠。市场并非万能,市场的自发性弱点使其无法自动实现资源的最优配置。同时,离开了秩序和安全,经济自由脱离秩序的约束和保障,那只能停留在原始的、冲动的自由层面,无序的、为所欲为的自由不是真正的自由。无序的竞争形成纷争,其结果只能是造成主体间的对立,主体间难以实现共赢,而无序发展也会给社会带来经济安全风险,最终所谓的发展也难以为继。最典型的莫过于金融领域,离开严格的监管,无序发展的金融活动风险就难以预测,甚至有发生系统性金融风险的可能。曾几何时,资本呈无序扩张趋势,在经济领域中一些人利用监管的缺失,无底线地攫取经济利益,P2P网络金融的野蛮生长,房地产的无序扩张,导致了某些企业债务“爆雷”,不但给相关金融机构和金融活动的参与者造成重大经济损失,更大的危害是给国家的经济安全尤其是金融安全带来了巨大隐患。

由此可见,经济自由与经济秩序是相辅相成的。经济活动主体的自由是市场经济发展的源泉,经济的活力、创新都有赖于经济的自由。但经济的发展和繁荣需要集体主义的团结合作,稳定而健全的市场经济秩序是团结合作的纽带,也是个人在经济活动中实现自由必不可少的外部条件。正是从这一意义上讲,市场经济是法治经济,由法治建构并予以保障的市场经济秩序,其目的就是为了实现自由和安全间的动态平衡。形式上克减、限制市场自由的市场经济秩序,实际上是为了促进和保障经济主体在法治的框架内获得更大的自由和发展空间。因此,可以说,经济刑法保护的法益是市场经济秩序,内在地包含了对个人经济自由和经济利益的保护。

(三)经济秩序的抽象性是相对的

理论上一般认为,制度、秩序十分抽象,不够清晰,而且单纯侵害制度、秩序未必侵害到个人的利益^④。所以,有学者主张,“形式上只是违反特定经济制度或秩序,不产生具体法益侵害的行为,应由经济行政法调整,不宜纳入刑法范围”^⑤。

不可否认,刑法保护的法益不能过于抽象是理论界的共识。市场经济秩序作为保护法益,确实具有一定的抽象性。而若保护的对象抽象得让人无法把握,则该对象也不能被看作是法益^⑥。但市场

① 王良顺:《保护法益视角下经济刑法的规制范围》,《政治与法律》2017年第6期。

② 刘炯:《经济犯罪视域下的刑法保护前置化及其限度》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。

③ 陈彩虹:《经济学的意义》,《读书》2023年第10期。

④ 李志恒:《集体法益的刑法保护原理及其实践展开》,《法制与社会发展》2021年第6期。

⑤ 何荣功:《经济自由与刑法定性:经济刑法的范围界定》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第3期。

⑥ 克劳斯·罗克辛著,陈璇译:《对批判立法之法益概念的检视》,《法学评论》2015年第1期。

经济秩序的抽象性是相对的,并非抽象得不可捉摸。

秩序是制度、规范的理性建构,正常的秩序是社会共同体成员的生命和财产都得到不受威胁的保证和安排,因而秩序体现的是社会共同体的共同利益所在(集体利益)。“秩序使人们具有可预测性,给人们带来了安全感,进而使人们能自由地安排自己的活动。在此意义上说,秩序也是一种社会利益。”^①事实上,每个人在日常生活中都能感受到实实在在的秩序利益(即使走在大街上穿越马路都能切身感受到秩序的重要性)。因此,许多秩序法益并不虚幻,而是一种真实的生活利益和体验,能够观察并得到验证。概言之,秩序利益虽然具有抽象性的一面,但这种抽象性是与个人的具体利益相比较而言的,秩序利益并不虚幻,而是真实和可把握的。

(四)市场经济秩序可以成为适格的刑法保护法益

立法者希望处罚某个行为,该行为必须损害法益或者具有危害法益的潜在可能性^②。这就是说,法益具有可损性,可以被具体地损害。一种代表性的观点认为,“经济秩序作为市场干预和调节主体政府意志的反映,往往带有浓厚的行政管理色彩,经济秩序实质为经济行政秩序”^③,并指出单纯的行政秩序不应成为刑法保护的适格法益。“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。”^④也有学者认为,“无论是经济的发展,还是企业的成长,更需要的是国家制度宽容、规范、引导和鼓励,而不是动辄以破坏既有制度或体制施以惩罚和限制”^⑤。这些观点实际上都认为制度、秩序只是单纯的行政利益,不会形成具体的损害,不应成为刑法的保护法益。但上述观点并不妥当。

诚然,秩序的抽象性使得其是否受到侵害并不那么明显,但秩序也绝不是单纯的不可损害的行政利益。单个的危害行为对秩序的损害也许是微小的,但如果不予以遏制,其累积效应将使社会经济陷入困顿。例如,作为个案的非法吸收公众存款行为,对整体国家金融安全的危害有限,但其引发的涟漪效应可能导致国家金融体系崩溃。又如,商业领域中的各种背信行为,个案损害的是具体公司、企业或者股东的利益,但如果背信行为横行,导致诚实信用原则崩溃,将会使整个社会商业活动处于尔虞我诈的氛围中,这种累积危害的效应是客观存在的,并经过反复验证的,也是人们能够切实感受到的。

对于经济活动具体参与者的利益,我们不仅要分析那些看得见的利益,还要分析是否存在“看不见”的利益。经济生活中还有很多“看不见”的利益同样值得刑法保护。有学者曾认为,现阶段,“以保障行政审批秩序为目的的‘秩序类’金融犯罪,如高利转贷罪、骗取贷款罪、证券与期货等金融犯罪等,也存在限制市场自由、减少经济增益的弊端”^⑥。提出这样的问题无疑是有意义的。但这些罪名是否都会“限制市场自由、减少经济增益”应作全面分析。例如,金融准入制度等,与直接的金融交易关系不大,具有强烈的行政管理色彩,但金融管理制度背后所维护的利益是金融安全。刑法保护金融秩序,不仅仅是保护金融参与者的金融利益,更重要的是保护金融秩序的稳定和安全,而金融秩序的稳定和安全实际上与每个人的金融利益密切相关。例如,备受争议的非法吸收公众存款罪,其侵害的法益是正常的金融秩序。有论者认为,此处的金融秩序实际上是金融机构的垄断利益。这一罪名与民间借贷逐步合法化、构建多元化金融体系、打破金融业垄断的全面金融改革政策背道而驰,因此应予

① 张明楷:《法益初论》(增订版),北京:商务印书馆,2021年,第195页。

② 许恒达:《法益保护与行为刑法》,第2页。

③ 何荣功:《经济自由与刑法理性:经济刑法的范围界定》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第3期。

④ 乌尔斯·金德霍伊泽尔著,陈璇译:《法益保护与规范效力的保障 论刑法的目的》,《中外法学》2015年第2期。

⑤ 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6期。

⑥ 魏昌东:《中国金融刑法法益之理论辨正与定位革新》,《法学评论》2017年第6期。

以废除^①。这一分析是从表面看问题,没有看到刑法保护利益的实质。由于非法吸收公众存款诱发通货膨胀,影响金融安全,同时,由于缺乏监管,投资者的资金安全也无法保障^②。刑法通过对非法吸收公众存款罪的处罚,维护社会的金融安全和集资参与人的财产利益,重点并不是对银行等金融机构垄断利益的维护。进言之,金融犯罪引发的通货膨胀乃至金融危机,会导致每个国民手中的货币购买力下降。通过稳定金融秩序确保市场参与者手中的货币具有相应的购买力,就成为金融秩序稳定的重要目的^③。而那些“看不见”的具体损害一旦发生,往往是不可控的,秩序的紊乱能够带来不可预测的灾难性后果。所以,现代刑法所关注的领域(如经济、税收、环境等),“仅是整体地、间接地与个别公民及个人相关。这些领域直接就是社会制度,或者亦是国家的制度。法益保护在现代刑法中逐渐成为了制度保护”^④。可见,不能简单地认为,诸如非法吸收公众存款等经济犯罪侵害的只是一种不能引发具体损害的行政管理秩序。

从实定法的角度看,刑法中将一定制度以及由制度构建的秩序作为保护法益的规定比比皆是。例如,我国刑法将社会管理秩序作为刑法的保护法益,经济秩序作为保护法益的上位法依据是我国宪法第15条的规定,“国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”,可见,刑法保护经济在安全有序的轨道上运行,也是宪法的要求。人们所说的现代社会“法定犯时代的到来”,实际上就是指刑法越来越多地将一定的秩序利益作为刑法的保护法益。尽管晚近以来刑法的扩张性立法受到学界的质疑,但这些质疑多半是因为“在刑法上对各种经济机制的承认由于纯粹的意识形态观念以及对复杂经济过程缺少足够的了解而受到阻碍”^⑤。然而,这不会影响刑法在这些领域的进一步扩张,可以肯定的是,犯罪化将会作为优化规制秩序之行为方式的拿手工具,会强化而不是遏制扩张经济刑法和金融刑法的趋势^⑥。

三、经济刑法保护法益的实践意义

研究经济刑法的保护法益问题,不是为了创设一个抽象的理论概念,也不仅仅是为经济刑法的保护法益正名,而是为经济刑法理论体系的建构提供正确指引,解决立法和司法中一些具体的经济刑法问题。一般认为,对立法而言,法益保护是设罪的实质根据,具有立法刑事政策的意义;对司法而言,法益具有犯罪构成要件解释导向的机能(解释论的机能)。经济刑法保护法益问题的实践意义也在于此。

(一)市场经济秩序对经济刑法立法的意义

1. 市场经济秩序的保护是经济刑法设罪的实质根据。保护法益与实质的犯罪概念具有一致性,“借助法益保护命题确定刑事立法的可允许界限,为刑事立法者做好法律上或者至少是刑事政策上的预先设定”^⑦。正是在这个意义上,“法益原则使国家刑事化权力的界限问题明显化了,并且能够导出一种理性的解决办法”^⑧。

在现代社会,世界各国经济刑法的犯罪化趋势明显。在德国,“总是有新的犯罪构成被纳入刑法典之中,这些新的犯罪构成不断地把经济活动的新形式评定为对社会有害,日益将其置于严厉的刑罚

① 赵星、张晓:《论废除非法吸收公众存款罪》,《河北学刊》2014年第5期。

② 许永安主编:《中华人民共和国刑法修正案(十一)解读》,北京:中国法制出版社,2021年,第110页。

③ 蓝学友:《互联网环境中金融犯罪的秩序法益:从主体性法益观到主体间性法益观》,《中国法律评论》2020年第2期。

④ Winfried Hassemer:《现代刑法的特征与危机》,《月旦法学杂志》2012年第8期。

⑤ 埃里克·希尔根多夫主编:《德语区刑法学的自画像》(下),徐凌波译,北京:社会科学文献出版社,2019年,第580页。

⑥ 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》,张志刚译,载赵秉志主编:《刑法论丛》第49卷,北京:法律出版社,2017年,第382页。

⑦ 阿明·英格兰德:《现代社会中的法与刑法》,邓卓行译,北京:北京大学出版社,2023年,第140页。

⑧ 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,北京:法律出版社,2005年,第17页。

之下。直到今天,也看不出终止将刑法扩展到经济活动领域的迹象”^①。在中国也是一样,1997年以来的多次刑法修正,经济刑法是重点。尤其是进入21世纪以来,信息化、数字化日益嵌入经济生活的运行机制中,经济领域的失范现象不断增多,对市场经济秩序的维护带来了新的挑战,一些经济犯罪披上了“互联网+”的数字经济创新外衣,模糊了罪与非罪的界限。面对新经济业态出现的种种失范现象,经济刑法虽然不能冲锋在前,但在需要之时也不能视而不见。党的二十届三中全会提出要构建“高水平社会主义市场经济体制”^②。经济刑法对市场经济秩序法益的维护,是构建既“放得活”又“管得住”的高水平社会主义市场经济体制的重要保障。

立足于市场经济秩序法益的保护,经济刑法的立法形成了自己的特点。首先,经济刑法的立法呈现出行为主义的定罪导向。传统犯罪的规制,其定罪模式大多以行为造成的损害结果(人身伤亡、财产损失数额等)来判断法益侵害程度与行为人刑事责任的有无或轻重,这体现了个人法益刑法保护的特点。经济犯罪如果单纯以涉案的财产数额作为定罪标准,则可能与传统财产犯罪的定罪量刑逻辑没有太多的区别。如此一来,就不能反映经济犯罪对市场经济秩序法益的侵害。保护市场经济秩序是为了维护经济安全的刑法逻辑是,“一个行动必须是安全的,只有具有安全性才是被允许的,如果一个行动被证明将可能造成伤害,应当马上禁止这个行动的实施”^③。对于市场经济秩序法益的刑法保护,应重在惩治行为,而不是结果^④。因此,为了实现对市场经济秩序的法益保护,经济犯罪的规制需要关注犯罪的过程要素,将可罚界限向前挪移,从结果主义向行为主义转向,而这就简化了刑法构成要件的适用。

其次,通过危险犯、累积犯的构罪模式体现前置性和预防性的法益保护原则。行为主义的定罪导向主要通过危险犯、累积犯的构罪模式予以落实,从而改变了传统结果归责的构罪模式,一旦符合刑法设定的行为定性,就直接予以提前干预。

其典型表现为妨害信用卡管理的犯罪。刑法将出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领信用卡的行为直接规定为犯罪。曾有学者质疑认为,“妨害信用卡管理罪实质是将金融机关的管理职责转嫁于刑法,既不存在金融信用的法益侵害,也不存在普通的法益侵害,应当予以废止”^⑤。实际上,鉴于信用卡的特殊性,秉承“早发现、早规制”的立法模式,相关犯罪侵害的不仅仅是持卡人的财产安全,更重要的是侵害了整个金融支付体系的安全。对此,各国刑法也都有类似的规定。如日本刑法中,早在2001年就增设了有关支付用磁卡的电磁记录的犯罪,规定为供相关犯罪行为而使用、获取、提供电磁信息记录的行为,保管不正当获取的电磁记录信息的行为,准备器械或者原料的行为,均系犯罪行为。也就是说,妨害信用卡管理的犯罪,其威胁的是金融支付系统的安全,而一旦虚假信用卡泛滥,则会引起金融支付系统的崩溃。将妨害信用卡管理的行为加以犯罪化,通过前置化的安全法益保护来规制各种虚假信用卡,反映了安全刑法、预防型刑法的重要特征。又如,我国1997年刑法第188条“违规出具金融票证罪”,以“造成较大损失”作为构成要件,而2006年刑法修正案(六)将“造成较大损失”的入罪标准修改为“情节严重”,其立法理由是,“在实践中,对如何认定非法出具金融票证的行为所造成的损失较为困难,有的金融机构的工作人员非法出具信用证、保函、票据、存单、资信证明,涉案金额巨大,但有的在案发时还尚未给金融机构造成经济损失,还要不要追究刑事责任,损失‘较大’‘重大’如何认定等。对这些问题由于认识不一致,影响了对这类行为的追究,不能有效遏制违法出具金融票证行为的发生”。因此,将“造成较大损失”的入罪标准修改为“情节严重”^⑥。可见,为

① 唐莱:《舒纳曼教授学术讲演介绍》,《法学家》2000年第3期。

② 《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》,《人民日报》2024年7月22日,第1版。

③ 乌尔斯·金德霍伊泽尔,刘国良编译:《安全刑法:风险社会的刑法危险》,《马克思主义与现实》2005年第3期。

④ 刘远、刘庆伟、侯建霞:《“全国金融犯罪与金融刑法理论研讨会”综述》,《河北法学》2005年第7期。

⑤ 魏昌东:《中国金融刑法法益之理论辨正与定位革新》,《法学评论》2017年第6期。

⑥ 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:北京大学出版社,2021年,第684页。

了周全刑法的法益保护,立法将原结果犯的规定前置到实害结果的危险发生阶段。

对于涉众型的金融犯罪,行为主义的导向也能够契合这类犯罪的社会危害性。我国学者指出,金融领域犯罪的“涉众”特征使得其危害性评价不能单纯静态地考虑被害人个人财产的损失额度,而更应注意到当行为发生在金融市场时,行为的破坏力与金融市场的公共性特征汇合。因此,对此类犯罪要创建不同于传统财产犯罪的入罪模式。立法更应关注行为的定性模式而不是以“量”来判断罪与非罪,应以行为人在金融交易行为中是否违背信赖准则与诚信义务且从中获利来判断行为人的行为是否足以提起刑事指控^①。在日本,基于涉众型金融犯罪的严重危害,同样强调打早打小、露头就打,只要在某个融资项目上,行为人许诺不合理的高额回报,或者进行该种虚假宣传而误导投资人,基本上就可以判断该项目有诈骗之嫌,司法机关就可以介入^②。

晚近以来,电信网络诈骗呈蔓延趋势。对于反电信网络诈骗问题,刑法如何应对?有学者提出,面对金融犯罪的新态势,以危险犯或行为犯的构成模式,降低金融犯罪的入罪门槛,将成为今后惩治金融诈骗犯罪立法考虑的重点^③。这是因为,电信网络诈骗犯罪的特殊性使款项流动难以寻踪,如果仅停留在对已经造成实害的金融犯罪进行制裁,已经无法弥补所造成的损害,因此刑法予以前置性的提前干预也就具有了正当性和必要性。在德国,刑法增加的补贴诈骗罪、投资诈骗罪的构成要件,不仅保护财产权,还同时保护资本市场运行这个超个人的集体法益^④。易言之,对这些特殊领域的诈骗行为,只要行为人实施了相关行为,就成立犯罪,并不以造成实害结果作为构成要件,体现了前置性立法的精神。

此外,经济刑法还通过对市场准入制度的保护实现对经济秩序的维护。市场准入制度主要是指国家对市场经济主体进入市场的资格和条件进行限制和管理的制度,这是国家对经济活动进行管理的重要行政权力。当某项经济活动需要得到准入许可而没有得到时,从事该项活动就需要承担包括刑事责任在内的法律责任。典型的如我国刑法第225条非法经营罪等犯罪。当然,不少学者对市场准入制度的刑法保护颇有异议。有学者认为,在彻底的市场经济体制下,自由、无管制的商品买卖是市场经济的主要特征。在自由市场经济下,非法经营罪无存在必要^⑤。有学者认为,现行刑法广泛设置侵犯金融准入秩序的犯罪,刑法沦为了金融垄断的维护工具。因此,有必要将金融准入型犯罪排除出现行金融刑法的范围,通过对金融准入型犯罪的非犯罪化,确认民间金融的合法地位,并对居于金融垄断地位的大型金融机构的市场竞争排挤行为,予以非犯罪化处理^⑥。

上述否定市场准入型犯罪的观点并不妥当。市场需要开放和公平,但开放和公平不能简单地理解为任何经济活动都不需要门槛,任何人都可以不受限制地从事经济活动。例如,作为防范金融风险的前置性预防措施,金融机构的准入制度是维护金融安全的第一道防线。放眼世界,尽管基于经济活动自由的理念,一般的经营并不存在行政许可管理,但金融被认为是在经济上特别容易发生危险的领域,因此对于金融活动存在着通过行政部门而进行的国家严格监督,各国实际上都实行金融准入制度,而且有逐渐强化的趋势。根据《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第一百五十八条、第一百五十九条的解释》,虚报注册资本罪与虚假出资、抽逃出资罪,只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司。因此,对于注册资本认缴登记制企业,不再适用刑法有关注册资本的犯罪。而根据《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》,银行等金融机构不属于注册资本

① 毛玲玲:《金融领域刑事司法状况的实证考察与启示》,《法学》2014年第2期。

② 黎宏:《〈刑法修正案(十一)〉若干要点解析——从预防刑法观的立场出发》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2022年第2期。

③ 毛玲玲:《金融犯罪的实证研究——金融领域的刑法规范与司法制度反思》,北京:法律出版社,2014年,第28、54页。

④ 汉斯·阿亨巴赫著,周遵友译:《德国经济刑法的发展》,《中国刑事法杂志》2013年第2期。

⑤ 陈兴良主编:《刑法各论精释》(下),北京:人民法院出版社,2015年,第844页。

⑥ 魏昌东:《中国金融刑法法益之理论辨正与定位革新》,《法学评论》2017年第6期。

认缴登记制企业,而是实缴登记制企业。因此,虚报注册资本罪与虚假出资、抽逃出资等罪名,对银行等金融机构仍然可以适用。同时,金融机构还受到特别的许可制度规制。可见,金融机构的特殊性,使其市场准入有着比一般工商企业更严格、更高的条件。刑法对金融准入制度予以保护,体现了金融安全秩序法益保护的理念。

2. 市场经济秩序的法益保护对经济刑法设罪的限制功能。以市场经济秩序作为保护法益,经济刑法实现了处罚的提前化,保护法益的能力得到了提高。但市场经济秩序作为法益,是否会使得法益保护失去立法的外部限制(立法批判)机能,从而导致经济刑法日益扩大、处罚范围无限制地扩大?笔者认为,通过以下措施,此种担忧是可以消除的。

(1)通过嵌入个人法益的因素予以限制。市场经济秩序容易被理解为单向的管理者的行政管理利益,而被管理者的利益在其中可能受到忽视或者排挤。正如有学者指出的:“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。”^①由此,可能会导致立法者以保护抽象的市场经济秩序的名义而轻而易举地扩张经济刑法。为了防止这种以保护市场经济秩序为名而形成的经济刑法扩大化,需要嵌入个人法益的因素加以限制。换句话说,某种经济秩序要成为刑法保护的法益,需要有一定的门槛,并通过一定的条件予以筛选。

这一门槛就是该经济秩序是否能够最终促进经济自由和经济利益的实现。作为法益存在的经济秩序,不仅包括经济管理中的管理者的行政秩序利益,也包括具体经济活动参与者(被管理者)的经济利益,更重要的是包含着全体国民的利益。促进经济自由和经济利益实现具有对某种经济秩序能否作为刑法保护法益的检测功能,只有通过了这种检测,才可能取得刑法保护的入门资格。这是因为,“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”^②。刑法对市场经济秩序的保护,终究是对个人法益的一种前置性保护,如果没有对个人经济自由和经济利益的保护,该秩序也就失去了刑法保护的正当性。例如,刑法第175条规定的高利转贷罪,通说认为该罪侵害了“国家的信贷资金管理秩序”^③。但单纯侵害“信贷资金管理秩序”一般不会对参与者(金融机构、借款人)利益造成损害,仅仅是因为损害了这一行政管理秩序就构成犯罪,其设罪的正当性必然存疑。

(2)通过数额犯、情节犯的模式体现经济刑法保护法益的辅助性。我国经济刑法中的绝大多数经济犯罪是数额犯、情节犯,即以一定的涉案数额或者相关情节作为构成要素,也可以说涉案数额或情节是犯罪构成的定量要素。这与国外的经济刑法立法不同。在国外,受立法定性、司法定量观念的影响,世界上多数国家的刑事立法对立法定量持否定态度,其刑法规定的构罪要件中一般没有对数额、数量的规定,量的要素由司法人员把握、裁量。我国刑法则强调数额、情节在定罪量刑中的作用,对于限制处罚范围有重要意义。

集体法益的保护并非由刑法单独完成。与国外经济刑法立法通常表现为附属刑法不同,我国经济刑法规范大都规定在刑法分则第三章中,但经济犯罪的规范大都以前置性的行政法规规范为前提,这就产生了经济刑法与刑法之外的其他法律规范如何合理分工、如何有效区分行政不法与刑事不法的问题。从立法的角度,数额犯、情节犯成为立法的一种重要的选择。从某种意义上可以说,危险犯、累积犯是前置和扩大了刑法的处罚范围,而数额犯、情节犯是对危险犯、累积犯扩大处罚范围的一种限制和纠偏,一张一弛,值得肯定。

(二)市场经济秩序的保护对犯罪构成要件的解释机能

有德国学者指出,在实证法上,法益概念最重要的作用就是作为解释论的工具。“通过设身处地考虑立法者的价值判断而对个别犯罪构成要件作出的目的论解释,在紧急防卫场合的财富衡量,对统一

① 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6期。

② 刘传稿:《法治语境下犯罪圈的扩张及其限度——访武汉大学法学院教授何荣功》,《人民检察》2017年第5期。

③ 胡云腾等主编:《刑法罪名精释——对最高人民法院、最高人民检察院关于罪名司法解释的理解和适用》(上),第342页。

有效性的追问,以及许多其他的刑法释义学日常工作中的问题,没有这一辅助手段将无法解决或至少困难得多。”^①也有我国学者指出,法益导出了实质违法性的概念,借由保护法益的内容,解释具体犯罪构成要件的涵摄范围,称之为法益的解释机能^②。所以,“在刑事司法上,‘法益概念’,亦是刑法解释的基础,例如对于行为是否与构成要件该当,要考虑到‘保护客体’是否受到损害。若行为并未对于各该刑法法条的‘保护客体’构成侵害或危险时,则构成要件尚未满足,该行为则不属于犯罪行为,因而行为人应不予处罚”^③。

需要明确的是,经济刑法适用时的法益判断,实际上就是刑法穿透式的实质解释。由于经济犯罪行为隐蔽性、迷惑性强,波及面广,社会危害性大,因此,有关部门强调要根据犯罪行为的实质特征和社会危害,准确界定行为的法律性质和刑法适用的罪名。不过,穿透式的实质解释如果缺乏边界和上限,规范的规制范围可能漫无边际。所以,有学者不无担心,“秩序是典型的不确定概念,若立法者对经济秩序做极度的扩张解释,则任何一个与经济相关的犯罪都或多或少包含秩序的考虑,如此一来,刑法对公民经济自由的保护,则失去实益,刑法对经济领域的干涉将会肆无忌惮,法益对立法权的限制将成为空话”^④。进言之,“企业家的风险、商人的风险,不允许而且也不应当通过刑事司法从根本上加以限制,只要其中没有包含应当加以干涉的欺骗或者第三者的强制,当出现新的保护和改革必要性时,只能通过对现行法定犯罪构成的解释或者规定新的犯罪构成来解决。然而,对现行刑法过度广泛的解释,危害了对经济生活有根本意义的法律的可预期性”^⑤。这种担心是有道理的,保护法益是穿透的利器,过度穿透会不会累及无辜,形成与罪刑法定原则的紧张关系,这需要警惕和协调。

对入罪而言,穿透认定应止步于“可能词义”的边界。在规范的形式标准足够清晰的情况下,就不需要通过实质标准去标注什么是犯罪。当然,在许多情况下,看似清晰的形式标准实际上存在着不同的解释,解释合理性的选择就离不开实质标准的判断。从这一意义上,经济刑法适用的解释不应回避而应该面对事物的本质问题,要考虑刑法规范的目的、保护的法益。例如,挪用公款“归个人使用”(公款私用)是挪用犯罪的实质。如果将公款给其他单位使用,则通常无法评价为给个人使用。如果形式上为单位使用,个人从中谋取了利益,则可以认定为归个人使用。明明是给单位使用,为什么实际上是归个人使用?这中间有个桥梁,就是谋取了个人利益。这就是司法穿透式的实质认定,是合理的。

对出罪而言,穿透式认定追求实质公平,有利于被告人,故不应受形式边界的约束。行为尽管符合犯罪构成要件,但如果穿透式认定不符合实质要件,不具有法益侵害,就应对形式的构成要件予以否定。例如,近年来理论研究经常提及的内蒙古农民王力军无证收购玉米案。法院一审认定,2014年11月13日至2015年1月20日,王力军未办理粮食收购许可证,未经粮食主管部门许可,未持有工商行政管理机关核准登记颁发的营业执照,擅自无证照经营,违法收购玉米,非法经营数额218288.6元,被法院以非法经营罪判处有期徒刑一年,缓刑二年,并处罚金2万元,同时把非法获利的6000元上缴国库。一审宣判后,王力军并未上诉。但这一案件经多家媒体曝光后,引发众多争议。2016年12月16日,最高人民法院指令当地中院对这一案件进行再审。再审判决认为,原审被告王力军于2014年11月至2015年1月期间,没有办理粮食收购许可证及工商营业执照而买卖玉米的事实清楚,其行为违反了当时的国家粮食流通管理有关规定,但尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度,不具备与刑法第225条规定的非法经营罪相当的社会危害性和刑事处罚的必要性,不构成非法经营罪,原判决认定王

① 克努特·阿梅隆:《法益侵害与社会损害性》,吕翰岳译,《中德法学论坛》(第14辑·下卷),北京:法律出版社,2018年,第15页。

② 许恒达:《法益保护与行为刑法》,第2页。

③ 陈志龙:《法益与刑事立法》,第30页。

④ 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6期。

⑤ 王世洲:《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京:北京大学出版社,1999年,第169页。

力军构成非法经营罪适用法律错误。再审判决认定王力军无罪^①。2017年最高人民法院工作报告进一步指出,王力军案的“改判可以让农民放心收购粮食,促进农产品流通”^②。这是两种不同的解释路径。法院再审判决虽然认定王力军无罪,但肯定其行为的性质是非法经营,只是从司法宽恕的角度,认为其行为不构成犯罪。而最高人民法院工作报告则是从法益侵害的角度,认为王力军的行为促进了农产品的流通,是合法的。王力军到底是构成犯罪的有罪宽免还是不构成犯罪的合法行为?对于这一问题,可以通过对保护法益的分析得出结论。实际上,限制粮食流通的行政准入制度是为了维护粮食安全,而王力军收购玉米时,我国粮食安全已经有了充分的保障,需要解决的已经不是如何限制流通而是如何促进市场流通的问题。因此,从穿透式的法益分析角度,王力军的行为不是扰乱市场秩序的非法经营行为,而是有益于社会的合法行为,是实质上的无罪行为。

应当指出,司法中的法益分析,“首先必须就不同的经济犯罪类型分别明确其具体的保护法益,基于此进行严格的法律解释”^③。也就是说,市场经济秩序作为经济刑法的保护法益,是经济犯罪的法益侵害的共性,但具体犯罪的法益侵害具有特殊性,穿透式实质分析应该关注具体犯罪的法益侵害。例如,刑法第175条规定的骗取贷款、票据承兑、金融票证罪,其侵害的具体法益不仅是金融管理秩序,而且还包括了金融机构的信贷资金安全。只有在金融秩序和信贷资金安全同时受到侵害的情况下,才构成犯罪。例如,2011年5月和6月,蒋某某以甲公司名义使用没有实际交易的供销协议、买卖合同和虚假增值税专用发票,分两次向某银行申请3200万元银行承兑汇票,并提供了超出承兑汇票价值的土地使用权作为抵押担保,还足额缴纳了约定的保证金1600万元。蒋某某将汇票贴现后用于公司经营。在汇票到期日,甲公司上述银行承兑汇票全部予以兑付核销。一审法院以骗取票据承兑罪判处被告人蒋某某有期徒刑三年,缓刑三年,并处罚金。蒋某某提出上诉,二审法院裁定驳回上诉,维持原判。后法院再审判决认为,虽然蒋某某在申请银行承兑汇票过程中提供了虚假的申请材料,但其同时提供了超额抵押担保并缴纳了约定的保证金,且按时兑付核销,未给银行造成实际损失,亦未利用上述款项进行非法活动,未给金融管理秩序造成重大危害,不具备刑事处罚的必要性。遂于2023年5月18日作出再审判决,宣告蒋某某无罪^④。在该案中,蒋某某为获取贷款、金融票证,虽然实施了欺骗行为,但其行为没有给金融管理秩序造成严重危害,且由于有超额担保而不会危害到信贷资金安全,没有实质性地侵害到刑法的保护法益,所以法院最终认定其不构成犯罪。

四、结语

梳理经济刑法保护法益的理论脉络,争议一直聚焦在个人法益与集体法益的关系上。随着法益二元论为越来越多的学者所认同,经济刑法的保护法益系集体法益的观点逐渐得到肯定。而作为集体法益的市场经济秩序尽管具有抽象性,但其抽象性是相对的,秩序利益在现代社会中也呈现出具体的一面,单个破坏行为对秩序的危害具有累积效应。良好的经济秩序是市场经济发展的前提,个人的经济自由和经济利益也只有在一一定的经济秩序中才能得以实现。为了实现对市场经济秩序的保护,经济刑法对犯罪的规制呈现出行为主义的特征,危险犯、累积犯成为犯罪的主要类型。同时,为了防止秩序利益的抽象性而导致刑法过度扩张,可以通过数额犯和情节犯的设置作为犯罪成立规定入罪门槛,以体现经济刑法对市场经济秩序法益保护的辅助性和谦抑性。

① 参见内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2017)内08刑再1号刑事判决书。

② 周强:《最高人民法院工作报告——2017年3月12日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》,《人民法院报》2017年3月20日,第1版。

③ 芝原邦尔:《经济刑法》,金光旭译,北京:法律出版社,2002年,第111页。

④ 参见最高人民法院2023年10月10日发布的《人民法院涉民营企业产权和企业家合法权益保护再审典型案例》。

Market Economic Order: The Protection of Legal Interests in Economic Criminal Law

Sun Guoxiang

(Law School, Nanjing University, Nanjing 210093, P.R.China)

Abstract: The legal interests in economic criminal law represent a significant theoretical and practical issue in the construction of the economic criminal law system. In recent years, there has been a divergence of opinion within the theoretical community with regard to the legal interests in economic criminal law. In order to gain a full understanding of the protection of legal interests in economic criminal law, it is necessary to analyze this in combination with the background of its emergence. The legal interests positioning of both economic freedom and economic interests effectively reflect a monistic legal interests view that is centered on individual freedom and personal interests. In contemporary society, the monism of legal interests, which is centered on individual freedom and personal interests, has diminished in significance. The field of economic criminal law is concerned with the protection of collective legal interests. Its focus is not on economic freedom or economic interests per se, but rather on the maintenance of market economic order.

It can be demonstrated that a market economic order constitutes a protection law interest. Firstly, the development and prosperity of the economy are contingent upon the existence of a stable and sound economic order. The realization of economic freedom and the fulfillment of economic interests are contingent upon the institutional guarantee of economic order. The utilization of criminal law for the purpose of maintaining economic order does not inherently entail a reduction in economic freedom. Economic order and individual economic freedom and development are not mutually exclusive; rather, they are mutually unified and supportive. In other words, economic order is an indispensable external condition for individuals to actualize their economic freedom and pursue their economic interests. In consequence, the legal interest safeguarded by economic criminal law is the market economic order, which inherently encompasses the protection of individual economic freedom and economic interests. Secondly, although the market economy order is a collective legal interest that is inherently abstract, it is nevertheless susceptible to loss and can become a victim object. The conceptualization of economic order as an abstract entity renders its infringement less discernible, and the detrimental impact of a single disruptive action may be relatively minor. However, if left unaddressed, its cumulative impact could precipitate a challenging scenario for the social economy. From the perspective of substantive law, it is not uncommon for criminal law to regard certain systems and the order constructed by the system as the legal interests protected by criminal law.

In order to protect legal interests of the market economic order, the legislation on the regulation of economic crime should pay attention to the process of crime. Furthermore, the criminal models of dangerous and cumulative offenses are a legitimate and effective means of addressing these issues. Nevertheless, in order to prevent an excessive shift in the punitive limit, it is also necessary to appropriately limit the scope of punishment for dangerous and cumulative offenses through the subordinate nature of collective legal interest protection in criminal law. In the context of the judiciary, the protection of legal interests by economic criminal law can facilitate the process of substantive identification. It is imperative that the interpretation of the application of criminal law be approached with a clear understanding of its essence and the legal interests it seeks to protect. In instances where the behavior in question does not infringe upon the market economic order, the function of exculpation of legal interests should be invoked.

Keywords: Economic Criminal Law; Economic crime; Legal interests protection; Economic order; Collective legal interests

[责任编辑:李春明 苏捷]