《学术界》(月刊)
总第291期,2022.8
ACADEMICS
No.8 Aug. 2022

从社群主义到个体主义:刑法法益类型的确立方法〔*〕

熊　波
(华东政法大学　刑事法学院,上海　200042)

〔摘　要〕刑法中集体法益和个人法益的博弈,本质来源于社群主义和个人主义基本方法的分歧。在社群主义指导的实质二元主义法益论和形式二元主义集体法益论的主流学说影响下,我国学界和实务界始终无法较好地化解,与人身财产权利无关的社会秩序或者纯粹行政主体利益侵入刑法法益的问题。这严重混淆了刑法和行政法的保护界限,导致入罪扩张化风险。纵使是个人主义指引确立的刑法法益观,也无法解答个人自我中心化法益保护、有限度和并存性自由的抽象自我概念,所导致的个人自由和他人自由平衡以及个人自由与国家和社会运行机制的关系等问题。其实,个体主义不同于个人主义,通过个体主义的基本方法指引,刑法可构建一套以保障个体在社会、国家等社群体中的内外在自由利益,以及个人自由和他人或多数个人自由的协调平衡利益为主要内容的个体主义法益观,以满足个体自由周全保障的需求。

〔关键词〕社群主义;个人主义;个体主义;集体法益;个体法益
DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2022.08.015

一、引　言

刑法法益类型的选择或者确立是近现代刑法理论发展的基础问题,同时也是长期以来困扰学界和实务界的焦点问题。当前,刑法通说和主流观点趋向集体法益独立论,[1]而纯粹的个体主义法益观鲜有立足之地。但是在集体法益独立论的学说指引下,我国学界和实务界始终无法较好地化解,与人身财产权利无关的社会秩序法益或者纯粹行政主体法益侵入刑法法益的入罪扩张化风险,这严重混淆了刑法和行政法之间的保护界限。

现代刑法观在逐渐摆脱古典刑法观的纯粹报应主义、近代刑法观的侧重人格预防主义和后期古典刑法观的纯粹规范主义后,愈发注重个体权利在社会发展和规范实践中的最大化体现。虽然,不可否认在现代刑法观的发展趋势中,我国学界在努力扭转集体法益论带来的种种弊端,从而形成集体法益的实质二元论和形式二元论的观点分野,但无论如何,目前观点都无法摆脱

作者简介:熊波,法学博士,华东政法大学刑事法学院副教授,华东政法大学经天青年学者(A类)。

〔*〕本文系上海市政府发展研究中心与华东政法大学"数字法治与治理现代化"研究基地决策咨询课题,上海市教育委员会、上海市教育发展基金会"晨光计划"与华东政法大学科学研究项目的阶段性研究成果。

集体法益的独立干扰。当前,2021 年修订的《行政处罚法》的构成要件趋同犯罪成立要件,行政法学界开始倡导行政处罚和刑罚判定的法益同质性和规范同一性的思维模型论。[2] 随着《刑法修正案(十一)》的出台,晚近刑法立法更加呈现出预防性和象征性特点,因而,刑法法益的概念也越来越抽象化和精神化。可想而知,集体法益独立论指引刑法法益的确立,刑法法益和行政法益两者界限将愈加模糊。

其实,当前我国学界对于刑法法益类型选择或确立的诸多研究主要集中于法益类型的内容和范围等方面,而忽略了刑法法益类型的选择和确立的基本方法。亦即,刑法法益类型确立的法理基础在何?目前法益争论主要还是停留于集体法益和个人法益的斗争,但是,形式二元主义集体法益论并不排斥集体法益可以转换为个人法益,同时实质二元主义法益论也不排斥集体法益本身就包含有个人法益的多数集合。因此,无论如何,集体法益都具备独立存在的必要性。但其实,我们都忽视了集体法益和个人法益斗争的本质和来源问题在哪里。

换言之,刑法法益类型选择或确立必须透过法益内容的现象表面,去挖掘法理层面的根本依据。亦即,在自由主义发展思潮的现代社会,个人法益是否真的无法融合集体法益的合理性内容?个人法益是否真的会导致个体利益主张的无序和个体活动的散漫或任性?这恐怕得深究两种学说和理论背后的法理基础。

在法理学层面,刑法法益的发展和争议并非自始存在,而是在启蒙和自由主义思想时代的立法评价理论中产生的。法益理论最早来源于英美刑法的危害原则,而这一原则就来源于 John Stuart Mill 的作品《论自由》,其在该作品中明确将"防止他人伤害"作为国家合法强制力的正当性根据。[3] 后来该理论被引进德国,继而法益概念逐步形成。[4] 因此,其实法益概念本身就是自由主义的产物。只不过受到原先古希腊政治法律哲学城邦正义与公民德性、中国传统文化伦理家族社会生活观的深厚影响,以社群主义为支撑依据的集体法益论逐渐看到古典自由主义部分观点的极端性,开始借助泰勒批判的个人主义的自我中心和黑格尔质疑的自由主义原子论等理论,大力批判个体法益在刑法中的立法体系错乱、预防刑法危险滞后、法益类型化区分功能缺失等弊端。至此,作为当代西方政治哲学基础理论中双峰对峙的两个主要学派——"自由主义与社群主义"已经不知不觉地渗透到刑法法益理论的争论当中。

在当代西方政治哲学基础理论的探讨中,社群主义一般对应的是自由主义,而不是个体主义。但是,自由主义本身始终无法解决个人和个体的关系,并且古典自由主义存在过于自我中心化的弊端,不适应国家经济体制的稳固发展。因而,自由主义发展后期逐渐划分出个体主义。个体主义完美地分析出个人和个体的关系、个体与社会的关系,能够较好地指引刑法法益化解秩序法益和实质个体法益的界限关系模糊等问题。因此,本文拟从社群主义、个人主义和个体主义的视角,去论证刑法法益类型确立的基本方法,尝试从法理学层面获得一套较好的基础化解方案。

二、社群主义刑法法益观及其困境

社群主义之所以对刑法法益观产生影响主要就在于社群主义的整体性内容,其对刑法法益的内容具有直接关联性影响。社群主义刑法法益观将社群体视为一种独特利益类型予以保护。但社群主义的方法指引存在集体法益压制个人法益的现象,纵使是形式二元主义集体法益论也极易导致个人法益实质保护的虚化。

(一)社群主义的整体性内容及其对刑法法益的直接影响

社群主义(communitarianism)是不同时代整体性内容发展的一种统称形式,其并非特定时期的一种具体观念。社群主义的核心在于整体性内容,而整体性内容在不同时期具有不同的具体

表现。

社群主义的概念形成于20世纪七八十年代,其作为反自由主义思潮的集大成者,不可否认的是,目前已是近现代西方政治哲学的核心观点之一。社群主义的核心观点认为,普遍善的价值和公共的整体利益才是人类生存的最高目标。具体包括:第一,个人自由选择的基础性在于社群整体。个人具有自由选择的能力和权利,但是一切的基础都在于社群整体,如果离开这一整体,个人自由权利将无法实现、不被实现。第二,公共利益的独立性。公共利益必须独立存在,其并非个人利益集合化的产物。因此,个人自由权利的实现并不会自动导致公共利益的整体实现。[5]第三,公共组织整体的拟人化。社群内容具体可以以国家、组织、社区等整体形式展现出来。但是,其并非固化的外在形式,而是一种具有特殊情感的共同体,是"共同体成员之间的相互联系的纽带",具有"爱的情感的作用"。[6]从社群主义的核心观点和具体内容来看,我们均可发现整体性内容是其核心思想。

虽然社群主义是近现代概念,但其具有源远流长的政治哲学历史背景。因为,以柏拉图和亚里士多德为代表的古希腊政治哲学就崇尚以"共同体的善"作为国家最高善的唯一标准,这与社群主义的整体性内容是不谋而合的。甚至在社群主义者进行观点论证时,"共同体的善"常被作为支撑依据。共同体被亚里士多德具体解释为"城邦或政治共同体",[7]城邦或政治共同体在其看来是一种"为了达到某种共同的目的而组成的关系或团体"。[8]因而,有学者也将社群主义称为共同体主义、共同体原则。[9]

亚里士多德的城邦正义与公民德性(道德)观总体认为,在古希腊的民主政治生活中,公民是一种城邦政治生活自由的象征个体。城邦的幸福就在于人人均可自由地成为统治者和被统治者,这种城邦幸福感是正义和德性的体现,同时也是城邦的最高利益。[10]在这基础上,可以说,"无论是从人的基本生存,还是人的理想追求着眼,城邦都具有相对于人的优先性"。[11]而这种优先性"必定是所有善之中最高、最有权威的善"。[12]也就是说,作为社群主义的历史渊源,"共同体的善"强调共同体较人之优先性、权威性。

后面,卢梭和黑格尔受到亚里士多德的城邦正义与公民德性观的影响,分别形成了政治共同体的道德人格论和伦理共同体主义。卢梭政治共同体的道德人格论同样认为,通过契约构建而来的共同体是个体或者自由的前提条件,但与社群主义的公共利益的个人先在性观点有所不同的是,其是在强调公共体这一整体是由每个成员组合而成后,再赋予社群整体的独立性和道德人格性。[13]而黑格尔的伦理共同体主义理论借助手和身体的结构认为:"国家是自在的、完全独立的整体自身"。[14]个人只有在共同体的整体中才能存在,其就像是手一样,切断的手虽然还是手,但已经不具有手的功能和机制了。"个人如果离开了整体或共同体,就已经不是一个社会的成员了,他什么也不是。"[15]因此,黑格尔认为:"不言而喻,单个人是次要的,他必须献身于伦理整体。所以当国家要求个人献出生命的时候,他就得献出生命。"[16]

而现代社群主义则以麦金太尔的整体正义观和桑德尔的构成性共同体论为代表,共同点是两者均立足于批判罗尔斯的正义分配理论得出结论。麦金太尔结合"共同体的善"理论认为:"自我不得不在社会共同体中和通过它的成员资格发现它的道德身份,如家庭、邻居、城邦、部族等共同体。"[17]因此,在整体正义观看来,整体正义便是德性正义。[18]而桑德尔的构成性共同体观点认为,共同体作为一个整体,其并不是一种个体选择性社会关系和个体依附,而是个体身份构成型观念,正是这种观念揭示了公民的身份。[19]相较于社群主义的前两种观点,我们可以发现,现代社群主义更多集中在探讨个体和社会的身份和资格关系,以此来论证公民的个体正义。这本质上受到启蒙时代自由主义萌芽和现代自由主义后期发展的深厚影响,其侧重点开始

转向自由正义和整体正义之间的探讨。

由此可见,无论是从社群主义的历史起源、古典哲学时代还是近现代发展内容来看,整体性特征始终是社群主义的核心思想。整体性蕴含的正义和善,均是以亚里士多德的公共利益、社会利益、共同利益为依归,并且其是作为一种最高利益和权威利益。[20]

而正是社群主义强调的整体性公共利益、社会利益、共同利益的最终目的,才成为刑法法益的理论发展和类型确立争议的连接点。虽然,我国传统文化伦理观中,并不存在早期西方政治哲学的城邦"共同体的善"或者近代共同体道德伦理人格的任何身影,但是,我国"天下为公"和"三纲五常"的传统家庭伦理观与早期或近代的共同体整体性西方政治哲学理论是相通的。我国传统社会生活中并不存在个人观念,可以说在中国传统文化伦理观的影响下,我国呈现出大家庭和小家庭的"天下为公"的家庭(家族)社群层系关系。[21]对此,我国著名文化思想家梁漱溟先生认为:存在一种"没有个人观念,一个中国人似不为其自己而存在"的现象,其直言道:"中国文化最大之偏失,就在个人永不被发现这一点上。"[22]"君为臣纲,父为子纲,夫为妻纲"这句话充分展现了这一点。[23]从中我们可以看出,中国传统文化伦理观其实是一种极端化社群主义整体性价值的表现。

在这种价值观和家庭层系关系的传统文化伦理观念的影响下,从清末民初的传统刑法、民国政府的近代刑法到1979年《刑法》的现代刑法的历史转变,均不同程度体现了社群主义的整体性思想。这被部分学者称为集体和社会双本位的政治刑法观,这是一种公共利益保护明显优于个人利益保护的理念。[24]虽然,现行刑法较之前的刑事立法在逐渐突出个体自由的最大化发展,但是,由于现行刑法是以1979年《刑法》为蓝本,并且随着现代经济科技社会的快速发展,整体性思维较好地满足了经济秩序风险的预防理念,因而,很难言说现行刑法很容易或者完全摆脱了社群主义整体性思想对个体自由的侵蚀。

正是在上述背景下,社群主义的整体性思想逐渐侵入刑法体系,促使集体法益的产生,最终集体法益成为刑法法益观的一种典型类型。集体法益论总体认为,刑法的终极目标并不在于个人自由,而在于个人自由和社会经济秩序的统一,"秩序"和"自由"两者共同发展才能规范引导刑法目的理性观的实现,而集体法益的存在就是为了实现国家和社会秩序的整体利益服务的。[25]但是,其又夸大社会秩序的作用,认为刑法正当性根据的考察必然需要我们将刑罚手段置于整体社会系统中,进而结合社会目标和社会功能定位予以分析,最后得出刑法目的理性观的结论。[26]德国学者基尔克教授进一步认为,刑法本身就是社群主义的一种产物,"共同体生活的秩序同时又是法的一部分"。[27]因此,在集体法益论者看来,集体法益是个人法益存在的先在基石,其对于个人法益而言,不是"锦上添花",而是"必不可少"。集体法益的外在形象体现为国家和社会的整体。[28]在经济刑法中,集体法益主要表现为市场经济管理秩序和公共管理秩序等秩序法益。

(二)社群主义刑法法益观的表现形式与具体内容

在社群主义的整体性内容对刑法法益产生直接影响后,集体法益论开始作为社群主义刑法法益观的代表性观点,并逐渐与个人法益论形成对峙。集体法益论最早是以一元主义集体法益论的形式展现在学界之中。一元主义集体法益论认为:"所有的法益以国家为起点来建构,也就是说,法益是全体或国家的财(笔者注:利益)。个人法益(例如生命、自由、财产)是由法律指派的,或者由国家功能推导建构出来的。"[29]诸如,黑格尔认为:国家和公民是两个不同的概念,国家的使命并不在于保证或保护个人自由。否则,成为国家成员将是一件任意的事。国家是客观精神的存在,"个人本身只有成为国家成员才具有客观性、真理性和伦理性"。并且,"人是被规

定着过普遍生活的;他们进一步的特殊满足、活动和行动方式,都是以这个实体性的和普遍有效的东西(笔者注:社群体)为其出发点和结果"。[30]

因此,在一元主义集体法益论看来,国家和集体是一个超越公民个体自由的独立概念。有学者将黑格尔的个人与社群体关系的观点视为一种"个人自由的国家绝对至上"的观念。[31]在他们看来,个人自由是为国家等社群体客观存在服务的物,如果脱离了社群体,个人自由将无法独立存在。在刑法学界,早期宾丁的法共同体[32]、麦耶的民族人伦秩序[33]以及耶塞克和魏根特的人类社会共同生活秩序[34]都是一元主义集体法益论的体现。

但随着新自由主义思潮以及一元主义个体法益论的深入发展,一元主义集体法益论开始认识到自身的极端性,并立足一元主义个体法益论的批判对理论体系进行调整。在1993年至1995年期间,以德国经济刑法学家克劳斯·梯德曼为代表的一批学者提出个人利益和集体利益并存的实质二元主义法益论,其在承认独立个体法益基础上提出,集体法益是无法还原为具体特定个体的法益。诸如,行政许可秩序能够预防犯罪和金融风险、确保金融交易和资本市场的有效运作状态、稳固公众对行政业务的信任。[35]而在日本学界则以芝原邦尔为代表提出经济制度法益侵害说,将"保障经济法规的实效性"同"参与交易的消费者、储户、投资者等交易参与人的财产性利益"一起作为经济刑法的主要目的。[36]

同样,在我国,绝大多数学者也认可实质二元主义法益论。在刑法学者的绝大多数观点中,国家利益和个人利益均是经济刑法重点保护的利益。诸如,有学者认为,法定犯的规制是对秩序类国家和社会利益以及个人私利的双重保障。[37]这一基本思想被学者普遍运用于经济行政犯的司法认定过程当中。还有学者结合具体罪名认为:"非法经营罪的客体是国家对特殊商品、特种经营业务实行的专营、专卖和许可制度。"[38]行政管制秩序作为集体法益,是因为存在单纯侵犯经济秩序而无具体被害人的经济犯罪。[39]如脱离行政监管秩序的走私类犯罪与税收类犯罪。并且,有些经济犯罪是对市场交易的公正有序运作状态的侵犯,其具有不可平均分配性。[40]

但是,现在学界在历经陆勇销售假药案,王力军贩卖玉米案,王鹏非法出售珍贵、濒危野生动物案等诸多引发公众热议的案例后,逐渐发现实质二元主义法益论中集体法益的独立性,给予司法部门判定入罪空间等问题。至此,部分学者开始提出经济秩序、经济效应以及经济制度等集体法益内容抽象化和扩张化等批评观点。但由于当前刑法通说和刑事立法明确将市场经济管理秩序和公共管理秩序等秩序法益的保护,作为经济刑法的最终目的,因而,该类学者始终无法摆脱集体法益概念的深厚影响,继而提出集体法益转化论,该观点逐渐演化为形式二元主义集体法益论。

形式二元主义集体法益论最早来源于德国法兰克福学派(Frankfurter Schule)的一批学者。该学派认为,虽然刑法需要明确区分集体法益和个人法益,但是集体法益需要回归于个人法益。而对于回归的方法,形式二元主义法益论采取"推导法"。亦即,集体法益和个人法益两者之间处于推导关系,集体法益只有间接服务于个人法益才具有存在的正当性和必要性,否则独立存在的集体法益将不被刑法认可。[41]而我国部分持有形式二元论的学者则采取的是"分割法",其将需要转换的集体法益称为可分割的集体法益,继而尝试将行政管理秩序从刑法中排除出去。[42]当然,实质二元主义法益论也对其进行过批判,诸如,有学者认为:"二元论倡导的集体法益是所有人的共同利益,只是无法还原成个人法益,也无法确切限定在特定种类的个人利益。"[43]换言之,实质二元主义法益论批判的立足点在于,集体法益无法还原为具体特定种类的个人法益。当前,以实质二元主义法益论和形式二元主义集体法益论组合而成的二元法益论是我国刑法学界的主流观点。

综上所述,社群主义刑法法益观的表现形式

有三种类型:一元主义集体法益论、实质二元主义法益论和形式二元主义集体法益论。其中,一元主义集体法益论认为刑法法益只存在集体法益这一种类型,个人法益只能为集体法益服务;实质二元主义法益论认为集体法益和个人法益两者都是独立并存的法益类型;而形式二元主义集体法益论认为,虽然集体法益概念具有独立存在的必要,但是其应当被转化或还原为个人法益。

(三)社群主义刑法法益观的具体困境

当前我们应当摒弃社群主义刑法法益观。因为,无论是穷尽一元主义集体法益论、实质二元主义法益论还是形式二元主义集体法益论的理念涵摄范围,都无法避免集体法益概念独立存在的诸多困境,从而导致刑法法益和行政法益两者界限愈加模糊。

第一,社群主义刑法法益观极易压制个体利益以满足集体法益的整体发展。从社群主义的整体性观念来看,公共利益或公共安全是社群主义的最终依归。因此,围绕社群主义产生的制度目标或实施方向均旨在促进公共利益的最大化保障或最高程度的实现,其中,市场经济管理秩序就属于公共利益所涵盖的基本内容或要素。在现实案件中完全会出现个体利益与行政管制秩序代表的公共利益发生冲突的情况。当前,如何平衡个体利益和公共利益是法学界的一大难题。笔者承认本文暂时还无法提供精准的利益平衡方案,但这并不妨碍我们探讨两者冲突时刑法要不要优先选择的问题。按照社群主义刑法法益观的观点,刑事司法者需要优先选择市场经济管理秩序,要求公民个人或个体优先服从公共利益的实现。

以典型案例"连云港药神案"为例,二审法院在林永祥等人未经行政批准进口的印度仿制药不再拟定为假药,且该药确实延缓了癌症患者寿命的前提下,仍以被告人未取得药品经营许可证的行为认定其构成非法经营罪。[44]虽然,二审法院考虑到2019年修订的《药品管理法》将与经济行政管制秩序密切相关的需批准或检验的"拟制假药"排除出去,但是,由于《刑法》第225条的非法经营罪同样是涵盖了行政许可的经济行政管制秩序,因而,林永祥等14人还是无法逃脱非法经营罪中"未经行政许可"的单纯扰乱市场经济监管秩序的束缚。这显然是以代表公共利益的经济监管机构的行政命令优先于个体法益等观点的司法操作。

随着行政犯立法趋势的不断加强,如果不及时转变"公共秩序优先论"等社群主义刑法法益论的观点,那么,符合公共利益最大化的行政监管预防机制将是刑事司法的主基调。在行政依附性的刑事司法观看来,经济监管预防机制具有政府功利主义原则和平均正义主义等理念的法理支撑,是合法且合理的。[45]但是,"监管预防机制取代刑法是一个可怕的前景"。"一个正式的集体谴责机制可能会对为现有权力结构服务的边缘化群体造成难以言表的伤害,……强制性预防的监管制度将对边缘化群体产生不同的影响。"[46]也就是说,在刑法中过于标榜公共利益优先于个体利益,最终换来的只能是部分边缘化群体利益的损害。在这种趋势下,行政机关完全可以借用刑法来压制少数正确民意的表达,促使多数民意积极迎合经济行政管制方式。

第二,形式二元主义集体法益论的推定方法致使个人法益实质保护的虚化。虽然形式二元主义集体法益论认可个人法益的重要性,但是从前述形式二元主义集体法益论的内容中可知,其并不否认集体法益概念的独立性。换言之,集体法益概念的独立性表明只需要明确集体法益和个人法益的间接关联度即可。此时,集体法益的个体自由推定论等观点便顺应时代发展的需要而产生。在"推定论"观点看来,公共利益本身就是促进个体自由利益的发展和保障的,因此,为公共利益服务的集体法益被默认或者推定考虑了个体自由之保障。[47]此时,刑法接纳市场经济管理秩序,便自动实现公共利益和个体利益的平衡。但是,"推定论"很明显忽视的一个问题就是,既然公共利益的推定包含个体自由利益,

那为何两者还会存在冲突的情形。如果两者存在冲突,按照“推定论”的观点,刑法也还是可以选择代表公共利益的市场经济管理秩序作为保护对象。

但是,个人自由的基础在于私人行为免遭国家权力的随意干涉。[48]“刑法既是善良人的大宪章,也是犯罪人的大宪章”,在行为人没有对他人利益造成任何实质性严重损害及其重大风险时,我们没有任何理由仅凭整体性的市场经济管理秩序被推定包含有多数的个人利益集合,就借用刑罚戕害实质性个体法益。正如贝卡里亚所言:“没有一个人会为了公共利益而将自己的那份自由毫无代价地捐赠出来,这只是浪漫的空想。”[49]这是人之本性。按照休谟的人性论观点,“自私是建立正义的原始动机;而对于公益的同情是那种德所引起的道德赞许的来源。”[50]也就是说,正义可以评价自私,但是遵从公益与否只能作为德性赞许的来源而不是一种惩罚机制。国家应当将社群主义反映的公民所具有德性和共同善作为最高目标以及成员期待,但不能借此作为刑罚启动的理论支撑。否则,刑法作为“犯罪人的大宪章”将异化为一个口号,个人法益的实质保护将沦为一种形式。因此,社群主义刑法法益观指导立法和司法实践的合理性和科学性有待进一步商榷。

第三,社群主义刑法法益观具有抽象性和流变性,容易将纯粹的经济行政管制秩序纳入刑事司法之中。首先,以市场管理秩序和公共管理秩序为表征的秩序法益具有极强的抽象性。秩序是有序性、稳定性和连续性空间的反映,当前学界对其还未形成统一概念。[51]“社会管理秩序”概念评价的抽象化特点不仅在刑法学界中存在,在行政法理论中同样存在。诸如,有学者在《行政处罚法》修订过程中建议,基于行政管理秩序高度不确定性和抽象性,应当将“违反行政管理秩序”改为“违反行政法上的义务”。[52]

其实,在各国刑法理论中,秩序理念的空洞和抽象已经成为一个客观事实。[53]虽然我国《刑法》明确将秩序法益作为保护对象,但这并不代表规范本身就直接表达了法益要素。市场经济管理秩序之所以被单独认可,其实是在“经济刑行衔接”过程中,刑法不加区分行政强制力所致。虽然不可否认经济管理秩序的行政强制力包含有不特定多数公民个体的人身、健康法益危险或现实结果的预防性需要,但是,经济行政管制秩序具有极强的抽象性,司法者无法具体说明“未取得批准或许可文书”等纯粹的行政文本化形式,与不特定多数公民法益危险或实害存在何种关联。因此,一味地将空洞、抽象的理念作为刑法法益类型,无疑容易混淆经济行政管制秩序和刑法法益的具体界限,导致犯罪化扩张。

其次,市场经济管理秩序具有流变性。随着经济时代的发展变化,经济管理秩序的具体内涵和范围也会发生相应的骤变。此时,随着经济管理秩序内容的不断扩充,秩序法益中哪些是行政法独立保护的法益类型?哪些又是刑法独立保护的法益类型?我们无从得知。其实,在应对经济管理秩序发展内容的流变性时,行政法相对于刑法而言是更为及时的。因为行政法可以基于经济行政管制秩序包含公民人身、财产等重大法益侵害风险的预防性需求而启用行政规制。因此,在社群主义刑法法益观的流变性特征下,经济行政管制秩序与公民人身、财产等重大法益侵害风险的预防性需求存在的关联性是否紧密,并不是行政法需要考虑的内容,行政规制时也没办法具体判定经济行政管制秩序与重大法益侵害风险预防的紧密程度。但是,与之不同的是,刑法规制必须思考经济管理秩序的流变性内容是否确实阻碍了市场经济改革的发展,刑法直接保护所有的经济行政管制秩序是否符合现实紧迫的需求。

在“刑行衔接”过程中,由于刑法采取严格的罪刑法定原则,因此,相较于行政法规制,刑法无法像行政法一样从容地应对经济创新和快速发展所带来的市场经济管理秩序的流变性。此时刑法便极容易将与公民人身、财产等法益侵害

的重大风险紧迫性无关的行政预防性理念带入刑法规制当中。因此,社群主义刑法法益观有混淆行政法和刑法的保护界限之嫌疑。

第四,社群主义刑法法益观为主观的个人情感和道德伦理入罪提供空间。社群主义的整体性理念依靠公民德性支撑起来,其尤其关注公民个体在社群体中的归属感、责任感和奉献感。社群主义者认为:“任何个人都归属于一定的社群,如国家、阶级、民族、地区等等,这个人总是某个社群的成员。抽象地讲个人权利是没有意义的,个人权利必须通过某种成员权利(社群权利,如公民身份权)而得到体现。”[54]其中,归属感是责任和奉献感的前提,只有公民对社群体具有浓厚强烈的归属感,才能充分发挥其责任感和奉献感。同样,涂尔干的社会理论认为:盗取、诈骗、卖国、侮辱等犯罪行为都会引起国民的愤慨,因此,这些都是对国民情感的侵害,刑法可以通过制裁来禁止这些犯罪行为。[55]在心理学中,国民的愤慨以及归属感均是“个体对组织、秩序、安全感和可预见性的需求。包括稳定、受到保护、远离恐惧和混乱、免除焦虑等”。[56]可想而知,在社群主义观念的影响下,集体法益论容易将主观化的个人情感和共同体的道德伦理纳入刑法治理范畴。

诸如,立法者认为《刑法修正案(十一)》新增设的侵害英雄烈士名誉、荣誉罪就是为了保护民族的共同记忆、民族精神,在其看来,这些均已成为社会公共利益的组成部分。[57]同样,还有学者认为贺建奎基因编辑婴儿案的入罪评定和《刑法修正案(十一)》新增设的非法植入基因编辑、克隆胚胎罪是为了保护人类尊严感或者人类命运共同体,[58]这属于典型的道德伦理立场。

但是,笔者认为这并不是刑法所需要解决的问题,否则,刑法又要沦为道德工具主义的产物。社群主义刑法法益观借助公民德性来评判行为主体的善恶,完全是依靠道德标准来实现的,其不具有确定性和可操作性。[59]无论是公民的共同体归属感还是犯罪行为厌恶感,再或是民族精神或者人类尊严感,其本质上均是一种主观性公共安全。有学者将这种主观性公共安全称为非物质性安全或者非正式公共秩序(非实质公共秩序),其认为只有“当经典概念不足以应对社会面临的挑战时,法律主管者才会将非物质公共秩序作为最后手段”。[60]“这是一种符合社会生活的最低要求或限度”。[61]由此可见,社群主义刑法法益观反映的主观性公共安全,与刑法规制最高的层级要求是相悖的。

对此,德国乌尔里希·贝克和伊丽莎白·贝克-格恩斯海姆认为:“有必要明确区分制度化的个体化(公民权利、政治权利、社会基本权利;新自由主义市场经济)和主观个体化(个体取向、意识、想象的共同体)。”这种区分的重要性在于我们可以提出如下质问:“在个体化的制度维度和主观维度之间,是否存在某种逻辑关联抑或只有某种历史关联?这种差异的确是多样的个体化的一种主要原因和资源吗?”[62]主观性公共安全不同于客观性公共安全,前者是由安全承载个体的自身能力以及价值观念所决定的,而后者才是真正由行为诱导的安全危险系数和程度来评判的。[63]

在刑法理论中,行为是刑事违法性评判的基础性和决定性标准,而这也是结果无价值论和二元行为无价值论所认可的。因此,客观性公共安全才是刑法需要重点关注的违法行为。而至于社群主义所认可的共同体归属感等主观性公共安全完全可以交由行政法予以规制,行政法并不关注违法行为导致的危机感、焦虑感是否会导致紧迫性和现实性法益侵害出现。也就是说,将主观的个人情感和道德伦理作为入罪标准,反而会混淆行政法和刑法的保护界限。

三、个人主义刑法法益观及其困境

一般而言,论及自由主义,便想到自由主义的核心思想——个人主义。在自由主义未彻底理清个体主义的概念和内容之前,其就等于个人主义。在刑法法益观类型确立的基本方法选择

上,个人主义法益观始终无法解答个人自我中心化法益保护、有限度和并存性自由的抽象自我概念,所导致的个人自由和他人自由平衡以及个人自由与国家和社会运行机制的关系等问题。

(一)自由主义的个人性内容及其对刑法法益的直接影响

相较于社群主义的概念和涵摄范围,自由主义的理论体系就显得尤为庞杂。自由主义是特定主体追求个人在社会发展、政治参与、权利分配、经济交易等方面的一种思想力量和内外在状态。因此,自由主义本身就具有众多重要标签和身份。诸如,自由、民主、文化、分权、市场经济等。但是,无论是在何种标签学说中,“个人性”始终是自由主义的理论基础,甚至是核心观点。[64]因此,自由主义的个人性内容又被称为是个人主义的理论观念。在西方社会思想发展史中,自由主义与个人主义的关系在于原子论,“自由主义者把个人作为起点的分析单位,社会在他们看来只是一个‘人造的躯体’,是原子个体在某种程度上的机械组合,它可以通过人的自觉活动而加以变更和改善”。[65]因此,最早认识到自由主义的个人性观点其实是一种机械个体论。当然,个人性在自由主义不同的学说概念中具有不同解读。但是,在法学理论中,对于社群主义的公民德性正义观而言,自由主义的个人性强调公民个人权利正义观。

同社群主义的发展起源一样,个人主义最早来源于古希腊罗马时代,滥觞于犬儒学派和斯多葛派。城邦制的衰落和瓦解逐渐让人们认识到旧有公共生活空间中公民德性正义观构建的失败,这促使公民开始关注个人权利正义观实现的重要性。[66]正如伯特兰·罗素所言:“从亚历山大时代以降,随着希腊丧失政治自由,个人主义发展起来了。”[67]后来,随着文艺复兴的人本主义和启蒙时代的自由理性思想的相继发酵和酝酿,近现代意义上的个人主义概念开始形成。

虽然个人主义同社群主义均是近现代概念,但其早于社群主义概念的存在。个人主义是在1810年西班牙会议主张的自由主义政治派别中逐渐形成起来的。[68]而后发展成为影响法国大革命的精神渊源,以法文“individualisme”正式确定了个人主义的概念。[69]而后,托马斯·霍布斯首次利用系统哲学论的观点对个人主义进行描述。因而,从这个意义而言,“霍布斯被广泛称为近代个人主义的创始人、个人主义之父”。[70]因此,个人主义是随着社群主义公民德性正义观的逐渐衰落而发展壮大的,个人自我的诞生也成为现代性的突出标志。[71]而其支撑的核心观点——公民个人权利正义观也正是现代刑法发展的最终落脚点,并备受刑法学者的关注,成为刑法法益类型确立的一种基本指导方法。

早期个人主义代表者霍布斯最早结合自由概念对个人主义进行阐述,并首次提出消极自由主义的概念。霍布斯认为,个人自由就是“用他自己的判断和理性认为最适合的手段去做任何事情的自由”。而行使这种个人自由,外界是不存在任何障碍的。[72]因此,我国学者认为:“在霍布斯那里,自由就是不受权力控制。”[73]同样,洛克的有限政府理论提出的个人同意的观点也是强调政府是人们同意存在的工具,个人权利具有绝对不可侵犯性。[74]虽然,早期个人主义为公民个体的思想解放和政府制度构建提供了理论工具,但是,其弊端也是明显的。在他们看来,只要是行使个人自由侵害了他人权益,刑法也不得干涉,这显然是一种机械主义或者唯心主义的个人自由观。

后来,在英国的个人主义思想引入法国后,孟德斯鸠和卢梭逐渐意识到这一问题,并偏正了早期个人主义的部分思想。孟德斯鸠认为:“自由是做法律所许可的一切事情的权利。”[75]而卢梭在《社会契约论》中提出“个人即自己主人”的消极自由主义观时,也明确指出:“人生而是自由的,但却无往而不在枷锁之中。”[76]换言之,此时个人主义已经开始强调个人自由是一种存在前提的有限性自由。这就为后面刑法介入公民个人权利正义观提供了思想依据。

有限性个人自由观念开始逐渐影响到德国启蒙运动哲学家康德,对此,康德提出并存性自由的概念。康德认为:“因为每个人都可以是自由的,尽管他的自由对我的自由完全无关紧要,甚至尽管我心中还想去侵犯他的自由,但我并没有以我的外在行为真去违犯他的自由。”[77]可以看出,康德已经认识到他人自由的重要性,并确立自我行为不应当侵犯他人自由的基本原则。所以,康德进一步提出并存性自由的概念:“外在地要这样去行动:你的意志的自由行使,根据一条普遍法则,能够和所有其他人的自由并存。”[78]并存性自由也就是个人自由意志应当和他人自由共存,实现相互协调。

在有限性个人自由观念和并存性自由等概念的持续影响下,密尔和格林分别提出伤害原则和积极自由主义。密尔认为,行使个人自由需要对他人的自由负责,“对于损害他人利益的行为,个人则需要承担责任,并且在社会认为需要用这种或那种惩罚来保护它自身时,个人还应当承受社会的或法律的惩罚。”[79]伤害原则提出的法律惩罚要求现在仍被英美刑法视为行为入罪的基本标准。[80]而格林提出的积极自由主义认为,自由不仅仅是个人可以不受外界障碍去行使权利,还应当按照自己的理性和真实自由意志和他人共同做或享受一些事情。[81]按照格林积极自由主义的观点,理性和真实的自由意志就包含着并存性自由的内容。

综合个人主义的发展历程来看,个人主义始终是依附在自由概念下进行探讨的。个人主义作为自由主义的核心和基础概念,个人自由经历了从机械主义和唯心主义观念到有限性和并存性个人自由观念的发展阶段。自由主义的个人性强调公民个人权利正义观,这种观念对刑法规制目的的重塑产生了重大影响,为现代刑法逐渐摆脱古典刑法观的纯粹报应主义、近代刑法观的侧重人格预防主义和后期古典刑法观的纯粹规范主义提供了基础动力。

个人主义最重要的理念便是个人性自由,在刑法发展过程中,个人主义对刑法法益的直接影响就是个人法益的产生。国家法益和民族法益长期独立存在于我国传统刑法体系当中,但随着清末民初人权主义和个人自由思想的兴起,罪责理念背后的集体法益开始动摇,刑法法益呈现出君权利益消亡和集体法益保障削弱的趋势。到民国中期,刑法法益观已经呈现出个人法益和社会法益、国家法益等集体法益并存的形态。[82]但是,不可否认,民国刑法法益观本质上仍是传统刑法观的体现,是一种位阶性法益观,其呈现出“国家法益 > 家族法益 > 个人法益”的层次结构。[83]随着个人主义深入人心和社群主义的削弱,个人法益开始作为独立并重的法益类型存在于刑法体系当中。在近现代刑法发展趋势中,甚至现代刑法的主要规制对象,开始从犯罪人转向国家,体现出浓厚的契约政治理念。[84]形式二元主义集体法益论在某种程度上也受到个人主义的影响。

(二)个人主义刑法法益观的表现形式与具体内容

个人主义刑法法益观直接以个人法益观的概念运行在刑法体系当中。个人法益观具体表现形式有纯粹一元主义个人法益论、实质二元主义法益论和形式二元主义个人法益论。因为实质二元主义法益论是社群主义和个人主义共同影响而形成的理论观点,考虑到前文已经充分论述该观点的来源和具体内容,因而,下文将重点论述纯粹一元主义个人法益论和形式二元主义个人法益论。

当前学界普遍认为个人主义刑法法益观产生于德国,因为德国学界普遍认为,以哈斯默为代表的法兰克福学派承继德国学者迈克尔·马克思在 1972 年出版的《法益概念之定义》所提出的观点——一元主义个人法益论。但其实,该理论学说并不否认超个人法益和集体法益的独立性,而仅是要求集体法益需要推导出个人法益。[85]因此,德国学界所认为的一元主义个人法益论并非纯粹的一元论,实质上是形式二元主义

集体法益论,其同样面临着集体法益独立性所致的个人法益形式化推导的问题。

笔者认为,纯粹一元主义个人法益论主要来源于日本学界。诸如,神山敏雄认为,经济刑法法规规定的经济犯罪有三种类型:第一,侵害普通消费者的财产性、经济性利益的犯罪;第二,侵害作为经济主体的企业、公共机关、商人等的财产性、经济性利益的犯罪;第三,侵害国家的经济制度或行政作用、经济交易规则的犯罪。但他认为,其实真正意义上的经济犯罪应当仅限于前两类,第三类属于违反经济行政秩序的行为,应当归为经济行政违法行为。[86]从他的观点中可以看出,他仅认可实质性个人财产或经济利益作为经济犯罪的法益类型。

同样,我国学者张明楷教授立足个人法益、社会法益和国家法益的并存法益现状认为:"社会不是独立于个人之外的实体,而是个人的利益与行为的各种过程与作用的总和,终究是由个人的利益与行动支撑的,因而并不存在超越个人的'社会'利益与价值。国家是保护个人基本权利的机构,也不存在自身的利益。"[87]从中日学界的观点表述中,我们可以发现,纯粹一元主义个人法益论的核心观点在于刑法只保护个人法益,与个人法益无关的国家或社会法益可以交予行政法予以保护。但是,按照唯物主义观点,个人不是脱离现实的存在,个人和其所在的社群以及个人和多数他人利益的关系如何理解,纯粹一元主义个人法益论并未给出明确答案。

个人法益观的另一种学说是形式二元主义个人法益论。首先需要重点强调的是,形式二元主义个人法益论不同于前文的形式二元主义集体法益论,前者的形式化内容在于集体法益仅是作为一种外在条件的形式存在;后者的形式化内容体现在集体法益转化或推导个人法益的形式化路径。形式二元主义个人法益论总体认为,集体法益是可以存在的,但其必须是一种外在条件的存在,这才是集体法益独立存在的价值。换言之,这种概念并没有任何实质作用,因为它的基本概念和具体内容都必须以个人法益为基础。诸如,有学者认为,制度性集体法益是以个人概念为基础的,"个人法益保护的是人的自由发展,而集体法益保护的是人自由发展的外部条件。唯一的区别仅仅在于,侵犯前者的行为直接损害了某个特定人的发展可能性,而侵犯后者的行为则间接地损害了所有人的发展可能性"。[88]对比形式二元主义集体法益论可知,该学者强调的不是集体法益的推导和转化关系,而是集体法益本身内容就是个人自由发展的保障。

(三)个人主义刑法法益观的批判与质疑

虽然个人主义法益观能够契合现代人权自由保障的总体发展趋势,但是刑法的任务是双重的,惩罚犯罪和保护人民应当是同步进行的。纯粹一元主义和形式二元主义的个人法益论均面临着个人自由和他人自由平衡,以及个人自由与国家和社会运行机制的关系等问题,因此,迄今为止,个人主义法益观仍面对着诸多批判与质疑。

首先,个人主义刑法法益观存在个人主义指导方法自我中心化的问题。黑格尔的原子论批判,"自由主义是以原子论的原则(Prinzip der Atome)为基础的,这一原则坚持以个别人的意志为归依,强调所有的政府都应该从它们明确界定的权力出发并获得各个人的明确的认可。"[89]在黑格尔看来,个人主义刑法法益观只是关注特定的个人利益。按照个人主义刑法法益观,在刑法判定特定犯罪行为人个人的人身自由和受害者法益侵害时,刑法需要按照犯罪行为人的意志尽可能退缩。刑法作为国家惩治工具,必须围绕犯罪行为人特定个人的意志来获得认可。因为,此时的刑法是对犯罪行为人的个人自由作出规制。黑格尔认为,这显然是将每个个人都视为社会组成原子中心。此时,刑法对原子中心化的个人利益保护,将导致法益侵害评价不周全以及不均衡的弊端。

泰勒认为,个人主义刑法法益观将导致个人与社会对立的问题,由于个人主义只关照自己的封闭利益,在刑法面对更大的社会和国家利益侵

害时,个人将会退缩,这种个人自由是狭隘化和平庸化的。[90]最终,个人和社会将完全对立起来。他人利益将脱离社会和国家等集体的保护,每个人都可以对法益侵害行为进行评价,那么每个人都是他人利益的主宰者。这在史蒂文·卢克斯看来,是个人至高权威仲裁者的表现。[91]如此,每个人的违法评价标准不一样,每个人的未来行为或者规范指引将混乱不堪。

虽然不可否认,形式二元主义个人法益论认可集体法益存在的必要性,强调有限度和并存性自由的概念,也在某种程度上认可国家和社会外在形式的重要性,但是,有限度和并存性自由概念如何构建以及概念确立的基本理论,个人主义是没有解释清楚的。并且,在形式二元主义个人法益论中,个人自由利益为何以及如何在国家和社会等社群外在形态下良好运行,个人主义法益观也没有给出具体答案。因此,这种有限度和并存性自由被视为一种抽象的自我概念。[92]光靠个人主义的理念倡导,个人主义刑法法益观并不能较好地指导司法实践的具体操作。对此,我国学者借用哈耶克的观点谈道:"在权利优先于善的价值预设下,个人权利的霸权话语使公共责任束之高阁,因此,正义只能是一种'幻象'。"[93]

其次,个人主义刑法法益观无法契合预防导向刑事政策和体系自洽。因为个人主义法益观并未合理论证个人自由利益与国家、社会以及他人自由利益的关系问题,因此其在自我中心化基础上还存在如下具体问题:第一,无法实现预防导向刑事政策。个人法益无法评价经济危险犯,经济犯罪的危险制造无法与实质个人法益关联起来。因此,个人主义刑法法益观无法契合一般预防功能导向的刑事政策。[94]第二,个人法益的不可分配性。经济犯罪是对整体市场经济的侵犯,但整体市场利益无法进行具体分配。[95]不可分配性体现在集体法益属于概念性法益,其无法具体分配至特定个人。[96]因此,排除集体法益,只保留个人法益是不现实的。第三,无法实现法益类型化区分功能。在经济刑法规范体系中,不仅存在侵犯公民个人财产权益的犯罪,还存在扰乱市场经济秩序犯罪和部分社会管理秩序犯罪,个人法益的单一类型无法涵盖刑法规范体系。[97]其中,第一点弊端是从刑事政策指导立法和司法的方向来批评的;第二、三点弊端均是从法益体系和规范体系的自洽性问题来论证的。

四、个体主义刑法法益观的确立与指引

社群主义本身是立足自由主义的批判发展起来的。因而,谈及社群主义,多数学者是将自由主义和社群主义进行对比研究,很少有学者将自由主义内部的个体主义原则与社群主义相提并论,从而夸大了自由主义的弊端,导致个体主义原则始终无法成为刑法法益类型确立的基本方法,并占据刑法法益指导理论的主流地位。但其实,我们并不能将自由主义或者个人主义原则的弊端直接移植到个体主义。虽然,个体主义和个人主义同属自由主义的重要组成部分,但是个体主义相较于个人主义而言,可以更好地化解自由主义本身存在的固有弊端,从而科学地指引刑法法益类型的选择。

(一)个体主义的基本内涵与澄清

个人主义刑法法益观因仅关注个人利益或者并未具体阐释个人自由利益与他人自由利益、国家和社会等社群体的关系,导致个人主义刑法法益观被批评为一种利己性法益观。因此,以个人主义为核心思想的自由主义刑法观也被视为一种与大众、多数公民的民主无关的刑法理论体系。西班牙著名自由主义者加塞特就明确肯定自由和民主毫无关联。[98]在这种情况下,即使是民主的、带有强制力的刑事司法权也是违背自由主义的。[99]但事实上,新自由主义和现代自由主义并不排斥民主式刑事司法权介入公民个人自由。诸如,现代自由主义者德沃金提出的"自由主义的共同体"概念,就将个人身份区分为作为私人的个人和作为公民的个人。[100]再如,格林提出的"自我乃是社会的自我"的重要理论命题在一定程度上彰显了自由主义和社会大多数民主

的直接关联。[101]但是,如何具体理解个人自由和多数民主的关系,自由主义始终语焉不详。而个体主义中“个体”的概念和逻辑恰好可以弥补这一论证缺漏,虽然个体主义和个人主义仅是一字之差,但其实两者之间的涵摄范围迥异。

总体而言,个体主义是指阐述个人自由与社会、国家等社群体的内外在关系,以及个人自由利益和他人或多数个人自由利益的协调平衡关系的一种学说或理论。个体主义的最大意义在于构建个人通过和他人普遍的交换关系或者自主性的责任和权利来独立生活的机制。[102]因此,个体主义和个人主义的最大差异就在于个体主义的具体内容可以包含个人和多数个人集合体以及个人和社会社群的互动关系,从而形成“个体”的概念。其可以涵盖多数人的公民权利正义观,而这并非个人主义一直强调的单个公民权利正义观。

个体主义从词源发展史来看,其在公元6世纪时意指“不可分割”“东西因硬度的关系而无法分割”和“与众不同的单一个人”三种意思。而后逐渐演化,到19世纪后,个体主义正式成为一种指导思想,有学者将这种思想总结为个人的独特性及其与群体不可分割的身份两种主要含义。[103]至此,个体主义自始至终都强调个人和群体的紧密关系。基于此,有学者还正式提出个体化社会的概念,其认为:“个体化作为把个人变成个体的社会运动,是个人的社会化。……在个体生活世界中起主导作用的是个体主体性,个体的本质力量、素质、能力、现实规定性等决定个人如何生活以及生活的境界和水平。”[104]换言之,个体化社会既注重个人自由权利,同时又指引个体如何行动。无独有偶,本体论的个体主义也同样认可个体行为需要受社会文化条件的限制;[105]社会个体生成主义也强调个体在社会生成和互动过程中的社会角色。[106]由此看出,不同于个人主义,个体主义不仅关注个人利益在社会发展中的重要性,其还特别关注个人和社会以及个人利益和多数个人利益的关系。

在此之前,之所以个体主义难以进入自由主义和社群主义的法哲学视角,主要是因为个体主义通常和集体主义相对,两者在西方社会科学各领域被广泛探讨。[107]可以看出,虽然个体主义表面上是通过构建个人与社会以及人与群体的关系来实现个人的个体化,但本质上是为了实现每个不特定个人利益在社会生活中的最大化,中间的途径便是权利行使和责任承担。换言之,个体主义本质上是解决权利和义务分配效果的问题,最终实现个人的社会自由。由此可知,这已经属于自由主义的大概念范畴。[108]但是,个体主义强调个体的社会自由,是否意味着其已经暗自转变为一种社群主义概念?并非如此,虽然个体社会自由强调个人和社会以及单个个人和多数个人的紧密关联,但其本质上均是为了实现社会中每个个体的自由利益。换言之,如果社会中多数个人利益的最大化实现是通过不合理压制单个个人自由而来的,那么,这也是非正义的。

可以看出,个体主义不同于个人主义提出的有限度和并存性自由概念,其不仅在概念中就已经明确肯定个人与社群体和他人或多数个人自由利益的互动关系,还通过个体化社会、本体论个体主义、社会个体生成主义等理论路径论证个人和社会或多数他人的彼此互动过程。因此,个体主义可为刑法化解纯粹社会秩序法益或者行政主体法益进入刑法体系的问题提供法益观的指导方法。

(二)个体主义刑法法益观的理念构建

在个体主义指引下,个体主义刑法法益观的内容确立需要结合个体主义的基本概念进行。个体主义是阐述个人自由与社群体的内外在关系,以及个人自由利益和他人或多数个人自由利益的协调平衡关系的一种学说或理论。这也就意味着个体主义刑法法益观是以刑法保护个体在社群体中的内外在自由利益,以及个人自由和他人或多数个人自由的协调平衡利益为主要内容的一种法益理念。因此,个体主义刑法法益观并非保护一种社会关系,也并非保护社会秩序和

制度利益,其保护的是单个和多数集合的个体自由利益,其属于实质性个体法益。具体而言:

个体主义刑法法益观以保护个体法益为最终目标。个体法益包含两个方面的具体内容:一是以生命、健康、财产等客观性和实质性利益为主要内容的个体内在利益。诸如,已有的个体利益不受任意或非法的剥夺、侵害。在经济刑法中,《刑法》第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪,第五章侵犯财产罪以及其他部分章节涉及个体内在利益危害的犯罪,均是该方面内容的体现。二是以个体利益能够在社会等社群体中正常运行为主要内容的外在利益。诸如,个体利益不受到重大现实紧迫性的危险、个体利益得以在社群体中正常获取、单个个人利益和其他多数个人利益的外在平衡。在经济刑法中,《刑法》第二章危害公共安全罪涉及的是单个个人和其他多数个人的外在平衡利益;第三章破坏社会主义市场经济秩序罪、第六章妨害社会管理秩序罪、第八章贪污贿赂罪以及第九章渎职罪涉及的是个体利益不受到重大现实紧迫性的危险、个体利益得以在社群体中正常获取等合法权益。

那么,个体主义刑法法益观承认个体与社会、他人的互动过程,是否足以证明刑法将社群体本身作为一种法益类型?从而是否意味着社群主义刑法法益观和个体主义刑法法益观两者并无本质区别呢?并非如此。除了个体主义最终目的是为实现社会中每个个体的自由利益以外,还因为国家、社会等社群体对于个体法益而言应当被视为一种关系、结构、外在条件或空间等。具体而言,第一,社群体的关系论。对此,马克思、恩格斯清晰地指出:“社会,即联合起来的单个人”,“是表示这些个人彼此发生的那些联系和关系的总和”,〔109〕并且在社会连接关系中,“人始终是主体”。〔110〕换言之,马克思和恩格斯强调的社会关系是为彼此关联的主体个人服务的。第二,社会结构性关系。现代社会个人转为个体是通过现代社会建立起的结构性关系实现的。〔111〕该理论表明社群体是个人转化为个体的一种外在结构,其同样是一种转化路径,而并非独立的利益类型。第三,外在条件和空间。个体化社会将社群体视为个体发展和存在的外在基础和条件。〔112〕换言之,该理论明确指出社群体仅是个体利益存在的外在形式和载体,而并非具体内容。对此,刑法不需要单独予以保护。

从上述具体论证来看,社群体即使不作为利益本身,也可以和个体连接起来发生关系,从而实现个体和社群体的共生性和系统性。而个体化社会的共生性和系统性强调,社群体中个人自由利益和他人或多数个人自由利益的协调平衡关系。但是,自我中心化的个人自由利益是建立在个人可以脱离外在条件独立存在的基础上,而没有考虑个人在外在社会条件的系统性。因此,个体主义刑法法益观要求刑法对破坏外在社会系统的行为予以规制。诸如,《刑法》第六章污染环境罪的设立就是为了考虑不特定多数个体所处的生态环境的共生性和系统性,所以该罪“严重污染环境”的入罪标准应当结合个体法益予以细化。

此外,个体主义刑法法益观的合理构建还需要解决刑法中“公共利益”的形式存在问题。一般而言,在当前学界看来,社会公共利益属于社会法益或集体法益。在《刑法修正案(十一)》之前,我国刑法分则罪名的入罪标准并无任何“公共利益”的概念表述。但是在《刑法修正案(十一)》增设的侵害英雄烈士名誉、荣誉罪以及非法采集人类遗传资源、走私人类遗传资源材料罪的规范条文中,刑法已经开始明确将“社会公共利益”作为行为入罪标准。学界一直没有明确公共利益的概念,而仅凭借罪名的章节布局,就误认为公共利益和个体法益存在间隙,这其实是刑法学科研究壁垒导致的问题。

在公共管理学中,通常而言,“公共即多数人共同或公用”。〔113〕延伸而言,公共利益的具体内容是通过多数人共同利益和多数个体利益来建构的,公共利益是以个体法益为具体内容的。对此,格林形象地比喻道:“在一个不通风的工厂里工作。对个人健康的每一种伤害,就其本身而言

都是一种公共伤害。”[114]在部分集体法益论者看来,集体法益保护的内容也需要以自由主义为指引,强化“共同享有公共法益的每个个人”的概念。[115]甚至在行政法学者看来,个人、社会和政府之间也不存在绝对区分。[116]如此说来,这更加可以证明公共利益等集体法益在个体主义刑法法益观面前没有存在的必要性。

并且,秩序法益等公共利益在具体司法运用中也是通过个体法益来理解的。《刑法修正案(十一)》新增设的妨害药品管理罪属于破坏社会主义市场经济秩序罪,但是其入罪标准却是“足以严重危害人体健康”。其中,“严重危害人体健康”对照《刑法》第 142 条生产、销售、提供劣药罪,司法解释细化为“造成人员轻伤、重伤或者死亡”的标准,这当然不仅包括单个人,还包括多数人。

据此,对照前述“连云港药神案”等部分案件,因为部分行政利益不符合个体主义刑法法益观,诸如,未造成任何个体法益实害或重大紧迫危险(有时还有利于个体法益的实现)的未经许可、拒不责令改正、经营数额等,均与行政秩序利益的违背相关,其无法和个体法益的严重侵害建立直接联系,其更不属于个体法益的内容,因而该种秩序利益就理应由行政法予以保护。

(三)个体主义刑法法益观的路径指引

在个人主义刑法法益遭受质疑下,我们需要思考个体主义刑法法益观指引的路径构建,如何融合预防导向的刑事政策、论证个体法益的分配特定性、确立法益类型化区分功能。因为个体主义刑法法益观尤为注重个人自由和他人自由平衡以及个人自由与国家和社会运行机制的关系等问题,因此,个人主义刑法法益观面临的疑难,其实在个体主义刑法法益观中都可以迎刃而解。具体而言:

第一,个体法益主张审慎融合预防导向性刑事政策。按照密尔危害原则的理论主张,危害原则始终无法和重大法益的侵害风险预防实现理论自洽,但因为个体法益包括单个个人自由利益和他人或多数个人自由利益协调平衡,以及个体利益在社群体中正常运行的外在利益保护,因此,个体法益观完全可以出于对多数个人重大利益和个体外在利益的提前且必要性保护,认可预防性刑法观。诸如,对单个个体的生命和重大身体健康,多数个体的生命、身体健康和重大财产等利益产生的现实紧迫性危险等行为,刑法可以采取适当比例的危险犯、帮助或预备行为正犯化理念予以应对。但个体法益的立法检验要求充分论证预防导向性刑事政策运用与个体法益的密切联系,而不能出于单纯外在的社群体保护目的设立罪名。

第二,多数个体的利益集合实现具体分配的开放性,并普惠至每个个体,由多数个体共享。诸如,《刑法》第 201 条逃税罪保护的国家税收,其取之于民并用之于民(多数不特定公民个体),但这并不意味着需要将国家税收分发至每个特定个人。其实,利益可分配性理论来源于罗尔斯的分配正义原则,但罗尔斯强调的是“分配的开放性”而并非“分配的平均性”。罗尔斯引入经济分配原理时强调:“机会的公正平等意味着由一系列的机构来保证具有类似动机的人都有受教育和培养的类似机会;保证在与相关的义务和任务相联系的品质和努力的基础上各种职务和地位对所有人都开放。”[117]这也就是说,多数个体利益虽然有时是以一种集合的形式展现于外,但这种利益是集合体中每个个人都可以有同等机会获取的。只不过是考虑到分配个体的自然差异性,这种利益是矫正利益。因此,并非最终每个人都平均获得同等利益。在不同的不特定多数个体集合的自然状态中,这也是客观无法实现的。因此,通过分配的开放性则可使个体依靠分配获得相应的自由发展,而并非获得分配利益促进个体发展,这也是利益整合效力低下的表现。

第三,个体法益的法益类型化区分功能在于法益数量和特定性差异。按照个体主义刑法法益观的主张,去除集体法益也即意味着刑法规范并不等同于刑法保护对象。而当前学界依据刑

法规范存在着“公共秩序、市场经济秩序”等表述则认可集体法益与个人法益的类型差异,这是一种错误的做法。这种做法其实根源于规范主义学者宾丁的“状态法益论”(实定法益论、形式法益概念),该观点认为:“法益产生于立法者的价值判断,即立法者进行价值判断便可以决定何种状态可以成为法益,因此,法益的内容与实定法必然是一致的。”〔118〕后面发展的法益概念,诸如,霍尼希“目的论法益论”、贯彻纳粹主义最得力的基尔学派的学者沙夫斯泰因和达姆的“义务违反说”、韦尔策尔的“目的行为论”均认为刑法规范可以作为法益概念判定的直接依据。〔119〕但这否定了法益概念的独立地位和价值。这种现状自李斯特开始得到改变,其认为:“‘法益’和‘规范’是法律的两个基本的概念。”〔120〕自此,法益的独立概念得到确认和发展。

刑法之所以将行政秩序规范纳入条文,就是因为其与不特定多数个人集合的个体法益存在紧密关联。而这种紧密关联性就体现在外在秩序和空间下个体法益重大紧迫性危险和实害的现实存在。此外,刑法与行政法存在紧密衔接的关系,而外在秩序和空间在刑法规范中的描述,则可以视为“刑行衔接”的节点和判定,其并不具备实质入罪标准的指引作用。因此,无论如何,纯粹的秩序法益和社会法益等原先的集体法益类型都无法受到刑法的独立保护。按照个体主义刑法法益观的理解,刑法规范中的“社会主义市场经济秩序”“社会管理秩序”以及“公共安全秩序”等均属于个体法益所依附的一种关系、结构、外在条件或空间。因此,刑法规范并不指代法益类型,否则刑法规范判断所带来的复杂问题将应接不暇。而对于入罪标准的最终检验,还需要立法者和司法者紧扣个体法益进行,以助推现代个体自由的真正落实。

因此,单个或多数特定个体法益,以及不特定多数个体法益的区分标准不在于法益性质的本质差异,而在于法益数量和特定性区别。具体而言,原先秩序法益等部分集体法益可用不特定多数个人集合的个体法益取代,从而我们可以将纯粹的秩序法益、制度法益等行政法保护的外在条件排除在刑法法益之外,而原先的个人法益和部分可还原的集体法益则可用单个个人以及特定多数个人的个体法益取代,最终实现刑法法益类型的确立。

五、总　结

面对刑法与行政法法益衔接的难题,当前刑法学界已经在努力扭转集体法益的抽象化、预防化等弊端,从而提出了实质二元主义法益论和形式二元主义集体法益论的主流观点。但是,社群主义作为集体法益类型确立的指导方法,使得集体法益的独立性和形式推定性的影响根深蒂固,导致属于行政法的纯粹社会秩序法益或者行政主体法益内容始终无法祛除于刑法体系之外,严重混淆刑法和行政法之间的保护界限。为此,本文以个体主义为法益类型确立的基本方法,提出个体主义刑法法益观。其在克服个人主义刑法法益观的个人自我中心化法益保护、有限度和并存性自由的抽象自我概念等弊端基础上,尝试构建一套以保障个体在社会、国家等社群体中的内外在自由利益,以及个人自由和他人或多数个人自由的协调平衡利益为主要内容的法益理念。

注释:

〔1〕集体法益独立论包括集体法益转化论,亦即,集体法益独立论由刑法法益的实质二元论和形式二元论组成。另外,我国刑法学界与集体法益直接相关的概念还有超个人法益、秩序法益、社会法益、公共法益等。但是,学界用得最多的还是集体法益,为便于理解,本文统一选取集体法益的概念。

〔2〕参见熊樟林:《应受行政处罚行为模型论》,《法律科学(西北政法大学学报)》2021 年第 5 期。

〔3〕See Frederick Schauer, “On the Relation between Chapters One and Two of John Stuart Mill's on Liberty”, *Capital University Law Review*, Vol. 39, No. 3 (Summer 2011), p. 574.

〔4〕参见 Claus Roxin:《法益讨论的新发展》,许丝捷译,《月旦法学杂志》2012 年第 12 期。

〔5〕〔54〕参见俞可平:《社群主义》,北京:东方出版社,2015 年,第 3、30 – 43 页。

〔6〕〔10〕龚群:《自由主义与社群主义的比较研究》,北京:

人民出版社,2014 年,第 10、3 页。

〔7〕苗力田主编:《亚里士多德全集》第九卷,北京:中国人民大学出版社,1994 年,第 205 页。

〔8〕〔59〕〔71〕〔92〕〔93〕夏庆波:《正义之思:自由主义与社群主义的对峙及出路》,北京:中国社会科学出版社,2019 年,第 82、103、117、92、9 页。

〔9〕〔美〕塞尔兹尼克:《社群主义的说服力》,马洪、李清伟译,上海:上海世纪出版集团,2009 年,第 17 页。

〔11〕〔12〕王涛:《人、城邦与善:亚里士多德政治理论研究》,上海:上海人民出版社,2013 年,第 58、83 页。

〔13〕参见〔法〕卢梭:《社会契约论》,何兆武译,北京:商务印书馆,2003 年,第 37 页。

〔14〕〔16〕〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,北京:商务印书馆,2009 年,第 302、90 页。

〔15〕转引自龚群:《自由主义与社群主义的比较研究》,北京:人民出版社,2014 年,第 87 页。

〔17〕〔18〕〔美〕A. 麦金太尔:《德性之后》,龚群、戴扬毅等译,北京:中国社会科学出版社,1995 年,第 247、258 页。

〔19〕参见〔美〕迈克尔·J. 桑德尔:《自由主义与正义的局限》,万俊人等译,南京:译林出版社,2011 年,第 171 页。

〔20〕参见〔古希腊〕亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,北京:商务印书馆,1965 年,第 148 页。

〔21〕〔22〕梁漱溟:《中国文化要义》,上海:上海人民出版社,2005 年,第 81,82、221 页。

〔23〕〔西汉〕董仲舒:《春秋繁露》。

〔24〕〔82〕〔83〕参见李勤通:《中国法律中罪观念的变迁及其对当代刑法实践的影响》,《法制与社会发展》2019 年第 3 期。

〔25〕〔26〕参见吴亚可:《当下中国刑事立法活性化的问题、根源与理性回归》,《法制与社会发展》2020 年第 5 期。

〔27〕〔德〕奥托·基尔克:《人类社团的本质》,杨若滢译,北京:商务印书馆,2021 年,"译者序言",第 1 页。

〔28〕参见贾健:《人类图像与刑法中的超个人法益——以自由主义和社群主义为视角》,《法制与社会发展》2015 年第 6 期。

〔29〕〔85〕参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,台北:春风煦日学术基金,2012 年,第 236 - 237,230、231 页。

〔30〕〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,北京:商务印书馆,1961 年,第 254 页。

〔31〕许纪霖:《家国天下——现代中国的个人、国家与世界认同》,上海:上海人民出版社,2017 年,第 132 页。

〔32〕〔33〕〔日〕伊东研祐:《法益概念史研究》,秦一禾译,北京:中国人民大学出版社,2014 年,第 69、177 页。

〔34〕参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京:中国法制出版社,2017 年,第 1 页。

〔35〕参见〔德〕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 34 卷)》,北京:法律出版社,2013 年,第 7、8、13 页;〔德〕马克·恩格尔哈特:《德国经济刑法的发展和现状》,徐剑译,载陈兴良主编:《刑事法评论(第 39 卷)》,北京:北京大学出版社,2016 年,第 310 页。

〔36〕〔86〕转引自张小宁:《经济刑法机能的重塑:从管制主义迈向自治主义》,《法学评论》2019 年第 1 期。

〔37〕刘艳红:《人性民法与物性刑法的融合发展》,《中国社会科学》2020 年第 4 期。

〔38〕高翼飞:《从扩张走向变异:非法经营罪如何摆脱"口袋罪"的宿命》,《政治与法律》2012 年第 3 期。

〔39〕时方:《我国经济犯罪超个人法益属性辨析、类型划分及评述》,《当代法学》2018 年第 2 期。

〔40〕〔88〕〔95〕〔97〕参见马春晓:《中国经济刑法法益:认知、反思与建构》,《政治与法律》2020 年第 3 期。

〔41〕〔94〕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。

〔42〕参见李文吉:《我国刑法中管理秩序法益还原为实体性法益之提倡》,《河北法学》2020 年第 5 期。

〔43〕马春晓:《现代刑法的法益观:法益二元论的提倡》,《环球法律评论》2019 年第 6 期。

〔44〕参见顾元森:《"连云港药神案"二审宣判 14 人改判非法经营罪,1 人无罪》,《现代快报》2020 年 6 月 3 日。

〔45〕参见吕世伦、谷春德:《西方政治法律思想史》,哈尔滨:黑龙江美术出版社,2018 年,第 312 页。

〔46〕Sandra G. Mayson, "The Concept of Criminal Law", *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 14, No. 3 (October 2020), p. 461.

〔47〕参见李惠宗:《行政程序法要义》,台北:五南图书出版有限公司,2002 年,第 137 页。

〔48〕参见〔英〕约翰·埃默里克·爱德华·达尔伯格 - 阿克顿:《自由与权力》,侯健、范亚峰译,南京:译林出版社,2011 年,第 271 页。

〔49〕〔意〕切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚(增编本)》,黄风译,北京:北京大学出版社,2014 年,第 12 页。

〔50〕〔英〕休谟:《人性论》,关文运译,北京:商务印书馆,2016 年,第 536 页。

〔51〕参见张明楷:《法益初论》,北京:中国政法大学出版社,2000 年,第 172 页。

〔52〕李洪雷:《论我国行政处罚制度的完善——兼评〈中华人民共和国行政处罚法(修订草案)〉》,《法商研究》2020 年第 6 期。

〔53〕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"》,《政治与法律》2017 年第 5 期。

〔55〕参见〔法〕埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,北京:生活·读书·新知三联书店,2000 年,第 37 页。

〔56〕〔102〕〔104〕〔108〕〔111〕〔112〕尹岩:《个体认同论》,北京:中国社会科学出版社,2020 年,第 64、57、39、42、44、40 页。

〔57〕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:北京大学出版社,2021 年,第 1184 页。

〔58〕参见吴梓源:《从个体走向共同体:当代基因权利立法模式的转型》,《法制与社会发展》2021 年第 1 期。

〔60〕〔61〕Marie – Odile Peyroux – Sissoko, "Immaterial Public Order: Legal Response to Social Crisis", *Hungarian Journal of Legal Studies*, Vol. 58, No. 2 (June 2017), pp. 229, 228.

〔62〕〔德〕乌尔里希·贝克、伊丽莎白·贝克 – 格恩斯海姆:《个体化再探:一种普世主义视角》,载〔德〕乌尔里希·贝克、伊丽莎白·贝克 – 格恩斯海姆:《个体化》,李荣山等译,北京:北京大学出版社,2011 年,"序言一",第 9 页。

〔63〕参见李瑞昌主编:《干预式治理:公共安全风险辨识与管理》,上海:上海人民出版社,2013 年,第 6 页。

〔64〕〔69〕〔73〕〔74〕〔99〕参见李强:《自由主义》,北京:东方出版社,2015 年,第 146、149、65、58、211 页。

〔65〕于海:《西方社会思想史》,上海:复旦大学出版社,2010 年,第 127 页。

〔66〕参见杨明、张伟:《个人主义:西方文化的核心价值观》,《南京社会科学》2007 年第 4 期。

〔67〕〔英〕罗素:《西方哲学史》下卷,马元德译,北京:商务印书馆,1976 年,第 126 页。

〔68〕See J. G. Merquior, *Liberalism old and new*, Boston: twayne publishers, 1991, p. 2.

〔70〕Alan Ryan, "Hobbes and Individualism", in G. A. J. Rogers & Alan Ryan ed., *Perspective on Thomas Hobbes*, Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 81.

〔72〕〔英〕霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,北京:商务印书馆,1985 年,第 97 页。

〔75〕〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,北京:商务印书馆,1978 年,第 154 页。

〔76〕〔法〕卢梭:《社会契约论》,何兆武译,北京:商务印书馆,1980 年,第 8 页。

〔77〕〔78〕〔德〕康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,北京:商务印书馆,1991 年,第 41、41 页。

〔79〕〔英〕密尔:《论自由》,顾肃译,南京:译林出版社,2010 年,第 99 页。

〔80〕See Dennis J. Baker, "Constitutionalizing the Harm Principle", *Criminal Justice Ethics*, Vol. 27, No. 2 (Summer/Fall 2008), p. 3.

〔81〕See David Miller, *Liberty*, New York: Oxford University Press, 1991, p. 21.

〔84〕参见刘艳红:《刑法的根基与信仰》,《法制与社会发展》2021 年第 2 期。

〔87〕张明楷:《宪法与刑法的循环解释》,《法学评论》2019 年第 1 期。

〔89〕转引自郁建兴:《自由主义批判与自由理论的重建——黑格尔政治哲学及其影响》,上海:学林出版社,2000 年,"序言",第 6 页。

〔90〕参见〔加〕查尔斯·泰勒:《现代性之隐忧》,程炼译,北京:中央编译出版社,2001 年,第 17 页。

〔91〕〔英〕史蒂文·卢克斯:《个人主义:分析与批判》,朱红文、孔德龙译,北京:中国广播电视出版社,1993 年,第 107 – 108 页。

〔96〕参见王永茜:《论集体法益的刑法保护》,《环球法律评论》2013 年第 4 期。

〔98〕See José Ortega y Gasset, *The Revolt of the Masses*, London: W. W. Norton & Company, 1932, p. 83.

〔100〕〔美〕罗纳德·德沃金:《至上的美德:平等的理论与实践》,冯克利译,南京:江苏人民出版社,2008 年,第 241 页。

〔101〕参见武彬:《个人自由 社会秩序 国家干预——论托马斯·格林的新自由主义》,《中共济南市委党校学报》2014 年第 5 期。

〔103〕陈玲丽:《个体主义——集体主义的结构及跨文化研究》,北京:中国社会科学出版社,2013 年,第 13 页。

〔105〕参见霍桂桓:《从能动者到社会行动者:从社会个体生成论看当代心灵哲学的出路》,北京:北京师范大学出版社,2016 年,第 156 页。

〔106〕参见王晴锋:《超越个体主义与整体主义之争:戈夫曼的互动研究路径》,《宁夏社会科学》2021 年第 4 期。

〔107〕Triaiulis H C, Gelfand M J, "Converging Measurement of Horizontal and Vertical Individualism and Collectivism", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 74, 1998, pp. 118 – 128.

〔109〕《马克思恩格斯全集》第三十卷,北京:人民出版社,1995 年,第 526、221 页。

〔110〕马克思:《1844 年经济学哲学手稿》,北京:人民出版社,2000 年,第 91 页。

〔113〕吴鹏森主编:《公共安全的理论与应用》,北京:中国人民公安大学出版社,2014 年,第 2 页;张斌:《利益衡量论——以个体主义方法论为视角的现代立法研究》,深圳:海天出版社,2015 年,第 73 – 74 页。

〔114〕〔英〕托马斯·希尔·格林:《论自由主义立法与契约自由》,载刘训练:《后伯林的自由观》,南京:江苏人民出版社,2006 年,第 139 页。

〔115〕李国庆:《风险社会之法益:样态展望、保护限度与伦理基底》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2017 年第 12 期。

〔116〕刘诚:《政府管制背景下行政执法的一般理论》,载刘恒主编:《行政执法与政府管制》,北京:北京大学出版社,2012 年,第 9 页。

〔117〕〔美〕约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,北京:中国社会科学出版社,2009 年,第 219 页。

〔118〕转引自张明楷:《法益初论》,北京:中国政法大学出版社,2000 年,第 50 页。

〔119〕参见马春晓:《法益理论的流变与脉络》,载方小敏主编:《中德法学论坛(第 14 辑下卷)》,北京:法律出版社,2018 年,第 105 – 110 页。

〔120〕〔德〕李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京:法律出版社,2006 年,第 7 页。

〔责任编辑:邹秋淑〕