

法定犯违法性判断“从属性说”之坚守

张 亚 平^{*}

摘 要:持传统观点者认为,法定犯的构成要件和违法性从属于前置行政法,但近年来,法定犯的违法性判断独立于前置行政法的观点日益盛行。“独立性说”既存在诸多理论上的问题,在实践中也难以推行。法定犯的刑法违法性判断从属于前置行政法的立场应当得到坚守,因为刑法违法与行政法违法的本质相同,刑事处罚与行政处罚的目的和任务相同,刑法保护的法益与前置行政法保护的利益相同。坚守法定犯违法性判断“从属性说”,并不否定刑法与民法违法性关系的相对性,因为刑法与民法的违法性关系不同于刑法与行政法的违法性关系,两者在不同的轨道上并行不悖。在坚守法定犯违法性判断“从属性说”的基础上,应根据“但书”、违法性认识错误不可避免性等对法定犯积极出罪。

关键词:法定犯 违法性 从属性说 独立性说 前置行政法

一、问题的提出

学者们对法定犯(行政犯)行刑衔接的问题争论已久,^①形成了“从属性说”(“量的区别说”)、“相对独立性说”(“质的区别说”)以及“从属性与独立性并存说”(“质量混合区别说”)等学说。一般认为,“从属性说”的理论基础在于违法一元论,“独立性说”的理论基础在于违法相对论。我国刑法学界以“从属性说”为通说,^②至今仍有不少学者坚守“从属性说”,认为行政法违法性与刑法违法性的关系应采取一元论,两者一脉相承,只有量的不同,而无质的差别。田宏杰教授认为,前

^{*} 宁波大学法学院教授、博士生导师,宁波大学营商环境与企业合规研究中心研究员
基金项目:国家社会科学基金资助项目(22FFXB048)

^① 法定犯与行政犯的含义并不相同,但鉴于我国有不少学者将两者等同使用,且两者在本质上也有相通之处,故笔者在本文中不刻意区分法定犯与行政犯。

^② 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第38页;苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社2016年第6版,第48页。

置法定性与刑事法定量的统一,是所有行政犯罪的认定机制。^① 刘艳红教授认为,法定犯的违法性判断离开行政法规范几无可能。坚守法秩序统一原理,根据行政法规范确定行政法违法性并进而作为刑事违法性判断的依据,有利于合理出罪,发挥罪刑法定原则人权保障机制的功能。^②

然而,法定犯违法性判断“从属性说”占主导地位、“独立性说”备受冷落的情形已在悄然发生变化。有学者认为环境犯罪的行政从属性具有潜在危害性,会引发行政权排斥司法权、以行政处罚代替刑事处罚等现实问题,从而影响对环境犯罪处罚的及时性和确定性。基于此,环境犯罪应独立于前置的环境行政法规范。^③ 近年来一系列法定犯的判决为法定犯违法性判断“独立性说”的广泛接纳提供了实践基础,如“赵春华摆射击摊案”(以下简称“赵春华案”)^④、“王力军收购玉米案”(以下简称“王力军案”)^⑤、“王鹏出售鹦鹉案”(以下简称“王鹏案”)^⑥、“陆勇代购进口药案”(以下简称“陆勇案”)^⑦,等等。这些案件的共性是行为人违反了前置行政法,但据此认定为犯罪又明显违背常理、常情,引发民众的强烈质疑。为了解决上述案件中的问题,不少学者提出,刑法的违法性不依赖于前置行政法的违法性,应当独立于前置行政法进行单独判断。其基本根据是,刑法的违法性具有独特性,刑法的目的是保护法益,而前置行政法的目的是维护秩序。因此,单纯违反行政管理秩序但不侵犯法益的行为不构成犯罪。前置行政法的目的是维护秩序但不保护利益法益,刑法只保护利益法益但不维护秩序。

例如,张明楷教授认为,即使刑法条文的文字表述将某种行为涵摄在犯罪构成之内,但如果该行为没有侵害法益或者法益侵害相对轻微,那么司法机关应当通过实质解释将其排除在犯罪之外。“行为仅侵害行政管理秩序时,即使在行政法上被认为侵害了公法益,但如果没有最终侵害个人法益的,就只是行政违法行为,而不可能成为犯罪行为。”^⑧此观点颇具影响,不少学者正是基于此观点而对诸如药品犯罪、枪支犯罪等出罪展开论证。^⑨ 周光权教授认为,在“入罪”时,刑法不能唯前置法“马首是瞻”,前置法不能为犯罪认定提供质的根据,因为前置法与刑法的规范目的经常不一致;前置法与刑法之间的关系是“烟与火”的关系,前置法的规定对于犯罪的认定至多有提供判断线索的意义,违反前置法只不过是“冒烟”,但是烟雾之下未必“真有火”。行为人违反前置法的事实可能会提示司法人员:行为人有构成犯罪的嫌疑。但是,被告人是否有罪,司法人员必须根据罪刑法定原则,结合具体犯罪的构成要件与规范目的、刑法的谦抑性等进行违法与否的判断。^⑩ 简爱博士则基于其一贯坚持的违法相对论,主张在案件事实与刑法适用的对接中,

① 参见田宏杰:《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》,《法学家》2013年第3期。

② 参见刘艳红:《法定犯与罪刑法定原则的坚守》,《中国刑事法杂志》2018年第6期。

③ 参见赵星:《环境犯罪的行政从属性之批判》,《法学评论》2012年第5期。

④ 参见天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

⑤ 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。

⑥ 参见广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03刑终1098号刑事判决书。

⑦ 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。

⑧ 张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,《中国法学》2017年第4期。

⑨ 参见欧阳本祺:《论行政犯违法判断的独立性》,《行政法学研究》2019年第4期;沈明磊、庄绪龙:《法定犯时代刑法如何避免“行政化倾向”》,《法制现代化研究》2019年第4期;崔志伟:《规范目的比较下的“行刑”区界与出罪路径——以“行刑”衔接下的违反管理秩序型行为为视角》,载中国人民大学法学院《人大法律评论》编辑委员会编:《人大法律评论》(2020年第2辑),法律出版社2021年版,第202~229页。

⑩ 参见周光权:《论刑法所固有的违法性》,《政法论坛》2021年第5期。

充分利用违法相对判断的思维,对行政犯成立范围进行合理限缩,以此建立刑法内在的约束机制。具体而言,行政犯以违反特定行政法规范为前提,但是否构成犯罪并不直接取决于这种行政不法“量”的多少,而是要看行为是否侵犯了其背后的法益。其实质就是,法定犯构成要件的认定应参照行政法规范,但在决定是否成立犯罪时,还应发挥法益的限缩功能,行为仅违反行政法规范的管理秩序但未造成实质的法益损害的,不宜认定为犯罪。^①

在法定犯特别是抽象危险犯型法定犯出罪路径不畅,屡屡出现违背常理判决的背景下,这一观点得到越来越多学者的赞同。但是,司法实务界似乎对此并不认同,不仅在具体案件判决中未见有割裂刑法与前置行政法从属关系的判决,^②而且权威司法解释也没有因欠缺实质法益侵害而否定违法性判断的从属性,而是诉诸“但书”条款实现出罪目标。例如,最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”)2018年3月公布施行的《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》、“两高”2022年3月公布施行的《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》都没有否定刑法违法性的判断与前置行政法之间的从属性关系。

法定犯违法性判断“独立性说”在司法实践中的尴尬处境根源于其自身的理论缺陷。更重要的是,将法定犯的违法性判断完全独立于前置行政法,必然会导致法定犯领域罪刑法定原则出现“空心化”的风险。^③罪刑法定原则是刑事法治的灵魂,法定犯时代坚守罪刑法定原则具有更加特殊的意义。笔者认为,对法定犯违法性的判断应坚持“从属性说”,并在此基础上更加合理地以实质解释实现法定犯の出罪目标。

二、“独立性说”存在的问题

(一)“独立性说”否定秩序法益

主张法定犯违法性判断独立于前置行政法之观点的核心在于,法定犯只保护具体利益法益,不保护秩序法益。例如,在讨论“陆勇案”时,有不少学者认为,陆勇未经批准进口的仿制药,其疗效与正规药品无异,对人体健康没有危害,反而是治病救人的救命药。不能因为进口药品的行为未经批准、违反药品管理秩序,就认定该行为构成犯罪。^④类似地,在讨论“新野耍猴人非法运输珍贵野生动物案”^⑤时,有学者认为,野生动物运输许可制度是保护珍贵、濒危野生动物的原栖息地和生存环境的手段,其本身并非值得刑法保护的法益。未经许可运输野生动物的行为就只是违反行政法的行为,而没有侵害野生动物资源,不应以犯罪论处。^⑥又如,在讨论“赵春华案”时,有学者认为,赵春华的行为违反了前置法的管理制度,但由于其摆摊所用的枪支实质上并无致人伤亡的杀伤力,不侵犯人的生命健康权,因此不应认定为犯罪。^⑦

① 参见简爱:《我国行政犯定罪模式之反思》,《政治与法律》2018年第11期。

② 上述争议案件的判决或不起诉决定未采取违法性判断“独立性说”以实现出罪目标。此外,笔者通过裁判文书网等电子数据库检索,也没有发现通过违法性独立判断而出罪的判决。

③ 参见刘艳红:《法定犯与罪刑法定原则的坚守》,《中国刑事法杂志》2018年第6期。

④ 参见张学永:《生产、销售假药罪的刑法教义学检讨》,《中国人民公安大学学报》2018年第3期。

⑤ 参见黑龙江省林区中级人民法院(2014)黑林刑终字第40号刑事判决书。

⑥ 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》,《中国法学》2017年第4期。

⑦ 参见王钢:《非法持有枪支罪的司法认定》,《中国法学》2017年第4期。

稍加注意便可发现,“独立性说”所针对的法定犯的秩序法益与利益法益相分离的情形主要存在于抽象危险犯型法定犯,实害犯和具体危险犯一般不会出现秩序法益与利益法益相互分离而导致罪与非罪判断迥然不同的情形。因为在实害犯和具体危险犯中,只有当行为实际造成了利益法益的危害结果或者具有造成危害结果的具体危险时,才成立犯罪。由于“独立性说”割裂抽象危险犯型法定犯的利益法益与秩序法益,仅强调利益法益,否定秩序法益,因而值得商榷。

应当承认,早期的法益概念是建立在古典刑法人权保障观念之上的,目的在于防止刑法过度干预公民的自由。有日本学者指出:“法益概念,是为了防止不当扩大犯罪概念,确保一定的市民自由不受干涉而引进到刑法学当中来的,从这种历史经过来看,其从当初开始,就具有自由主义的特征。”^①但是,这种局限于个人自由保护的法益观念,很快就因刑事政策的管制需求而发生变化。随着现代社会的高度复杂化,各种风险激增,特别是“看不见的风险”严重威胁人类的安全甚至生存,具有高度管制需求的社会情状日益增加。刑法学界对于刑法的功能及任务的认知也在发生变化,“刑法的任务是保护人类社会共同生活秩序……在维护人类社会关系的和平秩序和维护秩序方面,刑法具有重要意义”。^② 古典刑法时期实害犯占主导地位的刑法分则体系已无力应对现代社会风险,无法有效保护社会安全,固守因果流程和结果归责的利益法益保护的传统刑法逐渐不能满足民众对安全的需求,而通过维护良好秩序以保护社会安全和集体法益的刑法立法渐次出台,作为有效应对现代社会之风险的抽象危险犯受到立法者偏爱。但是,以管制风险、维护秩序为目标的抽象危险犯立法也受到奉保障人权为圭臬的古典刑法学理论的质疑。坚持古典刑法学理论的学者认为,以抽象危险犯为典型表现形式的“现代刑法”已经失去刑法的独立品格,抽象危险犯中刑罚的前置化过度压缩了行为人的自由,已经背离“古典刑法”的基本原则,与“警察控制秩序的工具相差无几”。^③ 笔者认为,这种跨越不同社会发展阶段和社会背景的批评并不妥当,古典刑法是工业社会时期为反对封建刑法的恣意性、残酷性和身份性等弊端而构建的刑法学理论体系,其基本理念是基于法治原则而特别强调对个人自由和人权的保障;而现代刑法则是建基于风险激增的背景下对社会安全的保护。因此,要合理解释抽象危险犯对秩序法益保护的正当性,必须摆脱古典刑法的羁束,在现代风险社会背景下为其寻找正当化根据。

现代社会是风险社会,风险社会的风险不同于传统工业社会的危险,是不可控的、毁灭性的风险,是“集体地不负责任”的风险。^④ 并且这些风险与现代科技的发展密不可分,主要分布于环境保护、食品药品安全、网络安全、金融市场、恐怖活动等领域。对于传统工业社会的风险(危险),刑法主要是根据因果流程,通过对造成危害结果行为的制裁,实现对类似行为的预防,即以报应正义实现预防效果,从而保护社会安全,同时也注重保障人权。而对于风险社会之风险,刑法若仍自限于报应正义,仍固守因果流程,则不仅会因为“集体地不负责任”而难以由果溯因,而且一旦风险变为实害将造成巨大的灾难。作为保护社会安全重要手段的刑法,不应任由社会安全遭受现代社会风险的威胁或危害而坐视不管,而应主动履行社会安全保护的职能。这种职能的履

① [日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社 2005 年版,第 6 页。

② [德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 1 页。

③ 参见徐凯:《抽象危险犯的正当性根据研究——以德国法为视角》,中国政法大学出版社 2014 年版,第 33~34 页。

④ 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社 2004 年版,第 73~75 页。

行,只能通过采用提前预防的方式,防患于未然,减少风险,或者降低风险现实化的可能性。

预防的最终目的仍是保护,只不过不是保护特定个人的利益法益,而是通过法规规范的强制性和有效性来维持社会秩序的良好运行,从而间接保护集体性的利益法益。换言之,在风险社会背景下,刑法对利益法益最有效的保护是通过直接保护秩序法益的方式间接地保护利益法益。刑法的目的是保护(利益)法益,但并不一定采取直接保护的方式,因为在风险社会的背景下,直接保护利益法益会因风险的不确定性和“集体地不负责任”而不现实,也可能因风险现实化所带来的损害的严重性而不合理。当然,秩序不是空洞的,而是连接着具体利益的,不是为了保护利益的秩序也不值得刑法保护。“秩序型法益与利益型法益之间是手段与目的的关系,所以立法者创设秩序型法益必须以保护背后的利益型法益为宗旨。”^①

在一般情况下,行为侵害秩序法益,就对其背后的利益法益具有抽象或者具体的危险。此时,保护秩序法益显然也保护了利益法益。但是在特殊情况下,秩序法益背后并不现实地存在利益法益,侵害秩序法益并不会具体地或者抽象地危害利益法益。在这种情况下,秩序法益仍然是值得保护的法益,因为既然秩序被认定为“法益”,那么就表明立法者认为秩序本身值得法律保护。法定犯并不保护缺乏利益基础的秩序,但这并不表明在具体的案件中秩序法益只能依存于利益法益。秩序法益与利益法益之间手段与目的的关系是就规范层面而言的,在具体案件中无需再对其背后的利益法益进行具体地判断。

(二)“独立性说”违背抽象危险犯的立法原理

抽象危险犯的成立仅要求行为对利益法益的侵害具有抽象的危险即可。抽象危险犯型法定犯的典型特征是,行为违反行政法规范、侵害秩序法益,因而对秩序法益背后的利益法益具有抽象的危险。但是,在实践中会出现行为虽然侵害了秩序法益但对利益法益不具有任何具体危险、不可能产生实害结果的情形。在这种情形下,能否通过对侵害利益法益的抽象危险的否定性反证排除行为的实质违法性?对此问题,我国学界多数学者持肯定的态度,认为如果能通过反证否定行为的抽象危险,那么就不应认定该行为构成犯罪。^②也有个别学者认为,允许对抽象危险进行反证,既不符合现行刑法的立场,也会违反无罪推定原则。^③笔者认为,对抽象危险犯的危险进行反证以否定犯罪成立的观点,与抽象危险犯的立法原理相违背。首先,所谓“反证”,在本质上是对危险进行具体判断,从而使抽象危险犯转换为具体危险犯。其次,如果允许对抽象危险犯的危险进行具体判断以反证危险不存在,那么将导致抽象危险犯的概念体系在司法实践中趋于崩溃。例如,危险驾驶罪是抽象危险犯,只要醉酒驾驶机动车,就蕴含侵害法益的抽象危险。如果在“醉酒驾驶机动车”之外,再根据具体情况反证(实质就是具体判断)危险不存在,那么在很多情况下醉酒型危险驾驶罪都将被否定,如行为人“酒量大”、当时路上空旷无人、事发时间为凌晨、缓慢驾驶确保安全,等等,都将成为否定醉酒型危险驾驶罪成立的理由。

抽象危险犯的立法目的并非直接保护利益法益,而是通过维护秩序以保护其背后的利益法

^① 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》,《法学研究》2019年第6期。

^② 参见付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013年第6期;张伟珂:《论销售假药罪司法认定的解释规则》,《中国人民公安大学学报》2019年第4期。

^③ 参见王俊:《销售无害违规药品行为的出罪机制重构——以违法性认识为视角的分析》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2021年第4期。

益。如果认为抽象危险犯的判定应排除反证的可能性,那么抽象危险犯就失去立法的意义,刑法也没必要再规定抽象危险犯,而只需规定实害犯或具体危险犯即可。例如,在司法实践中如果对每一起醉酒型危险驾驶案件进行反证,那么将导致只有实施“足以发生交通事故,致人伤亡”的醉酒驾驶机动车的行为,才成立危险驾驶罪。果真如此,那么不如直接在刑法条文中将“足以发生交通事故,致人伤亡”作为危险驾驶罪的成立条件。又如,在《中华人民共和国刑法修正案(八)》[以下简称《刑法修正案(八)》]生效之前,1997 年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 141 条规定的生产、销售假药罪采取的是具体危险犯的立法形式,成立该罪要求存在“足以严重危害人体健康”的具体危险。《刑法修正案(八)》删除了此具体危险的要件,将生产、销售假药罪修改为抽象危险犯。显而易见,《刑法修正案(八)》生效后,只要生产、销售假药,就成立该罪,不需要再进行是否“足以严重危害人体健康”的具体判断。在司法实践中再对生产、销售假药的行为进行具体危险的实质判断,以是否“足以严重危害人体健康”决定犯罪成立与否,就违背了立法者的意图。

(三)“独立性说”不符合司法实践

根据“独立性说”,法定犯的刑事违法性不从属于前置行政法规范,应独立判断。但是,在当前的司法体制背景下,要求司法人员对违反行政法规范的行为再进行所谓实质违法性的判断,既超出了他们的职务能力范围,又超出了他们的职务权限范围,在司法实践中根本行不通。

首先,司法人员并非精通各行业专业知识的“百事通”,没有能力对其他专业领域的事项进行单独判断。在我国,法官、检察官等大多是法学专业出身,他们在学校学习期间,没有时间或精力在学习法学之外再自学或选修医药卫生、环境资源、化学化工等专业。虽然在非法律本科的法律硕士中,也有本科专业是理工科的,但是所占比例相对较少。并且,即使非常巧合,如生产、销售假药的案件,到了有医药卫生专业背景的法官或检察官手中,该法官或检察官一般也不愿再“卖弄”自己所剩不多的专业知识,去否定权威专业机构的鉴定结论。

在司法实践中,当司法人员在办案过程中遇到需要拥有专业知识才能进行判断时,往往都是请专业的鉴定机构进行鉴定。这样的鉴定并不需要等到案件进入起诉或审判环节才进行,而是在行政执法阶段或者行政执法机关将案件移交公安侦查机关时,就已经进行过专业性的鉴定。若对前期的鉴定结论没有异议,则检察官或者法官一般不会再进行专业性的鉴定,而是直接采纳前期的鉴定结论作为定案证据或者判断依据。例如,对生产中药行为的形式违法性和实质违法性的判断,法官和检察官一般无法胜任,只能由药品监督管理部门进行鉴定后得出结论。对是假药还是劣药、是否有疗效、对人体是否有副作用及副作用的大小等,司法人员都无法独自进行判断。

其次,司法人员无权对行政法规范进行否定性的实质审查。罪刑法定原则要求,法官只能是法律的仆人,不能创造法律。在我国,只有国家权力机关才有权制定法律。刑法将行政法作为前置性法律规范,表明刑法立法者——全国人大及其常务委员会——认可该行政法规范,司法人员无权以行使实质性审查之名义否定刑法及其前置法规范的效力。当然,法定犯所从属的前置行政法,原则上只能是“国家规定”意义上的法律、行政法规,不包括部门规章及地方性法规,但是,如果部门规章的具体规定是对法律中相应规定的进一步解释、说明的,那么该部门规章中的解释性规定依然对刑法违法性的判断具有约束力。例如,我国枪支管理法对枪支的定义采取的是形式与实质相结合的标准,其实质标准是“足以致人伤亡或者丧失知觉”。但何种程度的致伤力才

属于“足以致人伤亡或者丧失知觉”,该具体标准只能由公安部确定。换言之,公安部发布的《枪支杀伤力的法庭科学鉴定判据》中确定的枪支杀伤力标准,是对我国枪支管理法中枪支实质标准的具体解释。司法人员在判断非法持有枪支行为的违法性时,只能依据我国枪支管理法以及《枪支杀伤力的法庭科学鉴定判据》的规定。

最后,司法人员没有动力以实质审查为由否定行政判断。法定犯案件的办理流程一般是,行政机关发现行政违法行为涉嫌犯罪,将案件移交公安机关,公安机关经初步审查认为行政违法行为可能构成犯罪,便作为刑事案件立案侦查。有些案件,公安机关还需要在行政机关认定事实的基础上进一步取证;有些案件,公安机关基本就是将行政机关认定的事实全盘拿来作为刑事案件的事实和证据,直接提交检察机关审查起诉。特别是对于专业性较强的犯罪,如证券犯罪、税收犯罪等,在一般情况下,检察机关会直接采纳公安机关认定的事实和证据,在进行审查核实后直接起诉。同样,在辩方没有提出特别异议的情况下,法官一般也是以形式审查代替实质审查,直接采纳检察机关提交的事实和证据作出判决。如果检察官或者法官对行政机关认定的事实和证据有异议,那么可以要求行政机关继续查证或鉴定,但一般不会直接否定其结论。特别是对于行政性标准,如枪支的标准,法官或检察官如果以枪口比动能略微超过 1.8 焦耳/平方厘米的枪支不具有杀伤力、不能致人伤亡为由,否定其为公安机关认定的枪支,那么他们就应提出有实质说服力的规范性标准;否则,公安机关必定会提出质疑。法官或检察官虽然具有最终的裁判权,但是也不能凭感觉判断,特别是不能凭自己的感觉否定有规范依据的标准。回顾近些年发生的涉枪类案件,尽管很多案件都有争议,但是法官或检察官都没有采纳学界提倡的以实质的法益侵害否定形式规范效力的出罪思路。

三、“从属性说”的合理性分析

(一)刑事违法与行政违法本质相同

在德国,以德施密特及埃里克·沃尔夫为代表的学者曾认为行政不法与刑事不法之间存在质的差别,其立法中体现出行政不法与刑事不法的实质区分,但这种“质的差别说”在 19 世纪 50—60 年代逐渐受到挑战,“量的差别说”开始受到推崇。目前,德国的主流学说是“质量区别混合说”,即在刑法的核心区域,其与行政不法的区别是质的区别,在边缘区域,其与行政不法的区别是量的区别。所谓刑事不法的核心区域,是指诸如杀人、绑架之类的传统犯罪,该类犯罪只能由刑法予以处罚,不能由行政法进行规制。对于刑事不法核心区域以外的不法行为,既可能由刑法规制,也可能由行政法规制,其区别在于量的不同。^①

在我国,行政违法与刑事违法之间的关系基本属于以“量的区别说”为主体、以“质的区别说”为补充的“质量区别混合说”:在不法领域的两极表现为质的区别,在中间区域则表现为量的区别。不法领域的两极是指极其严重的不法行为和极其轻微的不法行为。极其严重的不法行为类似于德国当前持主流学说者所指的核心区域的刑事违法行为,主要指极少数严重危害生命、健康、国家安全等的不法行为,这类不法行为只能是刑事不法;极其轻微的不法行为是指仅违反伦

^① 参见王莹:《论行政不法与刑事不法的分野及对我国行政处罚法与刑事立法界限混淆的反思》,《河北法学》2008 年第 10 期。

理道德或社会管理秩序,不可能造成实质的法益侵害的不法行为,这类不法行为只能构成行政不法,不可能构成犯罪。实际上,那些不要求量的成立条件但一旦实施就构成犯罪的刑事不法行为,如故意杀人、抢劫、强奸等传统犯罪行为,之所以不属于行政不法行为,是因为这些行为最低限度的危害社会程度也超出了行政不法的规制范围,只能进入刑事不法的规制领域,也即这类行为正是因其危害程度而溢出行政不法行为之范围。而那些只能归属于行政不法而不能进入刑事不法领域的行为,要么是仅违反伦理道德而不侵害他人利益的行为,如一般的个人赌博、吸毒、卖淫等行为;要么是仅违反管理秩序的行为,如违章停车行为等。在这两极之间,绝大多数的不法都存在行政不法与刑事不法的重叠和衔接,在性质上既属于行政不法,也属于刑事不法,两者之间的差别就在于量的不同。法定犯是因违反前置行政法规而被规定为犯罪的行为,这类行为既不存在因会造成极其严重后果而只能评价为犯罪的情形,也不存在仅违反秩序而不侵犯法益的情形,因此必然归属于行刑交叉重叠的不法区域。每一部行政性法律、法规,都在其调整领域内形成一套体系性的规则和秩序,违反该规则和秩序的行为,首先应予以行政处罚。当违反规则和秩序的行为达到一定的程度,行政处罚不能满足处罚的相称性、不能收到有效的预防效果时,就应将该行为评价为犯罪,从而对其予以刑罚处罚,以更严厉的处罚实现报应正义和更有效的预防目标。“构成犯罪的,依法追究刑事责任”便是对这种情形的立法确证。

行政违法与刑事违法之间的重叠衔接关系决定它们具有质的相同性。这里的“质”是指破坏秩序和侵害法益的不法本质。“行政不法行为与刑事犯罪行为的‘质’即法益侵害是相同的,无论是行政法还是刑法,各自在不同的领域、使用不同的方法服务于共同的对象:特定秩序的维护。”^①对于法定犯普遍采取空白罪状的立法方式,表明法定犯的行政违法性和刑事违法性具有质的相同性。罪状是刑法分则条文对具体犯罪构成特征的描述,而在法定犯的情形下,具体犯罪的构成要件部分或全部来源于其他行政性法律法规,刑法分则条文不再具体对这些构成要件的内容重复进行规定,而是指明需要参照的法律法规。构成要件是违法性的观念形象和存在根据,符合构成要件的行为原则上都是违法的,因此可以说,法定犯的违法性来源于前置行政法的规定。

(二)刑法法益与前置行政法保护的利益相同

法定犯具有双重违法性,既违反刑法规范,也违反前置行政法规,是在行政法不足以规制违法行为时,刑法才不得已介入对违法行为的规制。既然如此,刑法规范就与相对应的前置行政法规规范相同,既维护秩序,也保护利益,并且对抽象的秩序利益的保护最终还是为了保护具体的利益。不是为了保护利益的秩序没有任何意义,国家法也不会设定空洞的秩序。因此,无论是行政法规规范还是刑法规范,在保护秩序的同时也保护利益。实际上,行政法规规范也直接保护利益。就法定犯而言,其法益的确定受制于前置法保护的法益,从此种意义上讲,前置法的法益可谓第一保护性法益,刑法法益可谓第二保护性法益。典型的二次违法性特征决定法定犯并不自己“制造”法益,而是侵犯行政法设定的法益。即使是先验的利益法益,也是行政法首先将其纳入保护范围,再成为刑法保护的法益。“刑法法益既是前置法与刑法对于符合宪法价值秩序之生活核心‘利益’的价值发掘和规范承认,又是前置法与刑法按照宪法比例原则对‘法益’的逐级规范调整

^① 孙国祥:《行政犯违法性判断的从属性和独立性研究》,《法学家》2017年第1期。

和保护,或者说是对于法益侵害行为的制裁比例配置。”^①

同样,刑法也保护秩序法益,该法益是立法者为了更好地(提前)保护利益法益而人为设定的,但并非由刑法直接设定,而是由行政法设定,刑法只不过将该秩序法益纳入自己的保护范围。刑法在将行政法设定的秩序法益纳入自己的保护范围时,并没有实质改变该秩序法益的内涵。当然,立法者创设秩序型法益,必须以保护背后的利益型法益为宗旨。^②但是,秩序一旦被确定为法益,就值得刑法保护,而不能动辄将秩序法益还原为利益法益,再判断其是否值得保护。因为立法者代表民意,经过法定程序,将某种行为规定为犯罪后,司法者就不得随意否定立法者的立法意图。

(三)刑事处罚与行政处罚的目的和任务基本相同

违反行政法应承担行政责任,违反刑法应承担刑事责任。与民事责任及其实现方式根本不同,行政责任和刑事责任的主要实现方式都是惩罚。作为对违法行为的惩罚措施,刑事处罚与行政处罚的目的和任务也基本相同。

刑罚的目的与刑法的目的既有相同之处,也有不同之处。我国刑法没有规定刑罚的目的,但规定了刑法的目的和任务,即“惩罚犯罪,保护人民”。关于刑罚的目的是什么,向来存在争议,在大多数人承认预防是刑罚目的的基础上,争议的焦点在于,报应是否刑罚的目的?就总体而言,传统且当前仍占主流的观点是,刑罚的目的仅是预防犯罪,包括特殊预防和一般预防。^③但也有不少学者认为,刑罚的目的在于,一方面满足善有善报、恶有恶报的正义要求,另一方面为防止犯罪所必需且有效。^④关于行政处罚的目的也颇有争议,且争议的核心也在于报应和预防。与关于刑罚目的的争论稍有不同的是,持传统观点者一般认为,报应是行政处罚的目的,但近期预防作为行政处罚的目的越来越受到重视。^⑤《中华人民共和国行政处罚法》虽然没有明确规定行政处罚的目的,但是其第1条规定了制定行政处罚法的目的:“规范行政处罚的设定和实施,保障和监督行政机关有效实施行政管理,维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人或者其他组织的合法权益”。与此类似,《中华人民共和国治安管理处罚法》第1条也规定其目的在于:维护社会治安秩序,保障公共安全;保护公民、法人和其他组织的合法权益;规范和保障公安机关及其人民警察依法履行治安管理职责。显而易见,刑法的目的与行政处罚法的目的基本相同。从表面看,行政处罚法的目的包括规制处罚权,而刑法似乎无此目的,但众所周知的是,作为刑法基本原则的罪刑法定原则最重要的目的或机能就是限制处罚权。

(四)法定犯的违法性判断依赖前置法

法定犯的本质特征在于其全部或部分构成要件被以空白罪状的形式委托于前置法规范,因而抛开空白罪状所参照的前置法,单从刑法条文本身既无法判断行为是否符合构成要件,也无法判断行为的违法性。

法定犯对于前置法的从属,可以分为规范的从属和行为的从属。规范的从属是指法定犯的

① 田宏杰:《立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开》,《中国法学》2020年第1期。

② 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》,《法学研究》2019年第6期。

③ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第224~228页。

④ 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第328页。

⑤ 参见熊樟林:《行政处罚的目的》,《国家检察官学院学报》2020年第5期。

成立及其认定从属于前置的行政法规范。行为的从属是指法定犯的成立及其认定从属于前置行政法意义上的行政行为。从属于行政法规范之犯罪具体可以分为从属于行政概念之犯罪、从属于行政义务之犯罪、从属于行政标准之犯罪。从属于行政行为之犯罪具体包括从属于行政许可之犯罪、从属于行政处罚之犯罪、从属于行政命令之犯罪。^①

对于从属于行政概念之犯罪,刑法中的概念应当与前置行政法中表述相同的概念含义相同,前置行政法关于该概念的界定,也应当适用于对法定犯的认定。在法定犯领域,刑法与行政法紧密“衔接”,“出行则入刑”,如果表述相同的术语含义却不同,那么行刑衔接将无所适从。笔者仍以广受关注的生产、销售、提供假药罪中“假药”的解释为例,对此作简要说明。我国有不少学者为了给类似于“陆勇案”的案件寻求出罪路径,认为应对刑法中的假药进行单独的实质解释,即只有没有疗效的药才能称为“假药”;虽然未经批准而进口,但实际上有疗效的药,只能是行政法意义上的假药,不应视为刑法中的假药。但是,这种观点既不符合抽象危险犯的立法原理,也不契合当前的司法实践,更不利于维护刑法的稳定性、明确性。假药的含义不是法官个人凭自己的正义观念就能确定的,它是专业领域的专业概念,即使是“有效”或“无效”,法官也必然遵守行政法的规定进行认定,不可能自己另定标准。更重要的是,假药概念及其范围的确定是立法机关的权限,立法机关作为全体国民民意的表达机关,其立法意图必须为司法者所接受。《中华人民共和国刑法修正案(十一)》[以下简称《刑法修正案(十一)》]生效之前,1997 年《刑法》第 141 条对我国药品管理法(该法于 2019 年 8 月 26 日修订)中假药定义的明确援引,是由我国代议机关全国人大表决通过的,经由人民之合意而获得正当化,而持“实质解释论”者所谓“确有疗效的药品不可能是假药”的价值判断,并没有经过合意而获得正当化。^② 即使《刑法修正案(十一)》删除了 1997 年《刑法》第 141 条第 2 款关于假药定义的援引规定,“对于假药,还应依照药品管理法的相关规定作出认定”。^③

在从属于行政标准的犯罪中,行为符合前置行政法规范所设置的标准是该行为构成犯罪的必备条件,是否符合标准只能由相应的行政机关认定,司法机关所能做的是根据行政机关的认定结论,判断该行为是否构成犯罪。在刑法中存在不少这样的罪名,如生产、销售不符合安全标准的食品罪,生产、销售不符合标准的卫生器材罪,生产、销售不符合安全标准的产品罪等。还有一些罪名,尽管条文中没有“标准”之类的表述,但是在行为构成要件符合性的判断中,也必须对相关要素进行标准符合性的判断。例如,我国刑法没有明确规定枪支的标准,在办理具体案件时,司法机关只能根据行政法规范关于枪支的界定,判断涉案枪支是否我国刑法所规制的枪支。我国有不少学者认为,应当对枪支进行形式与实质的双重解释,不能简单根据公安部发布的《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》所确定的枪口比动能大于等于 1.8 焦耳/平方厘米的标准,直接作为我国刑法中枪支的判断标准。^④ 笔者认为,将枪口比动能大于等于 1.8 焦耳/平方厘米作为枪

① 参见刘夏:《犯罪的行政从属性研究》,中国法制出版社 2016 年版,第 111 页。

② 参见喻浩东:《抽象危险犯的本质及限制解释》,《政治与法律》2020 年第 8 期。

③ 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 476 页。

④ 参见陈兴良:《赵春华非法持有枪支案的教义学分析》,《华东政法大学学报》2017 年第 6 期;劳东燕:《法条主义与刑法解释中的实质判断》,《华东政法大学学报》2017 年第 6 期;王钢:《非法持有枪支罪的司法认定》,《中国法学》2017 年第 4 期。

支的标准是否合理,可能是一个需要进行科学探讨和测试的问题,但一旦有权机关(公安部)将此作为枪支的判断标准,那么司法机关就只能采纳行政机关的标准,而不能在此之外再进行所谓的实质判断,在司法实践中也没有司法机关在此标准之外另定标准或进行实质判断。实际上,1.8焦耳/平方厘米也不是纯粹的形式标准,而是具有实质意义的标准,在制定该标准的专业人员看来,达到该标准即属于我国枪支管理法关于枪支定义中的“足以致人伤亡或者丧失知觉”。

当认定犯罪所依赖的前置行政法中的概念或标准发生变化时,必须根据变化后的概念或标准判断行为是否构成犯罪。例如,在2019年《中华人民共和国药品管理法》修订之后,原第48条规定的“按假药论处”的“依照本法必须批准而未经批准生产、进口”的药品,就不再是我国刑法意义上的假药。

(五)“从属性说”不否定刑民违法性关系的相对性

一直以来,中外学者在讨论不同法域之间的违法性关系时,都是将刑法置于一端,将刑法以外的其他法置于另一端。如果刑法与民法之间的违法性关系是一元的,那么刑法与行政法之间的违法性关系也应是一元的;如果刑法与民法之间的违法性关系是多元的,那么刑法与行政法之间的违法性关系也应是多元的。因此,坚守刑法违法性判断的从属性,必然要面对其赖以建立的违法一元论在刑民违法性关系领域的贯通性障碍。

笔者认为,坚守法定犯违法性判断的“从属性说”,并不否定刑法与民法违法性关系的相对性。刑法与民法是性质截然不同的法律类型,^①刑法与民法的违法性关系明显不同于刑法与行政法的违法性关系。一般认为,刑法属于公法,^②其解决的是国家与个人之间惩罚与被惩罚的法律关系;民法属于私法,调整的是平等主体之间的人身及财产方面的权利义务关系。刑法与民法的目的也不相同。“各式各样的法律均有目的,而各法概念以符合其目的的解释为必要,民法的目的在于,在私人之间的财产关系中实现均衡,而处罚违法行为意在犯罪预防的刑法,二者目的是不一样的。”^③性质的差异和调整目的的不同,决定刑法与民法的违法性关系具有相对性,刑法的违法性判断不从属于民法的违法性。

鉴此,笔者尝试提出刑法违法性判断双轨制之设想,即区别刑法与行政法、刑法与民法两个领域,分别对刑法的违法性进行判断。在刑法与行政法的违法性关系领域,采取缓和的一元论,刑法对行政法不仅保障而且从属;在刑法与民法的违法性关系领域,采取违法相对论,刑法对民法只保障并不从属。两类不同性质的违法性关系在不同的轨道上并行不悖。

四、“从属性说”下法定犯出罪的路径选择

不可否认的是,法定犯的违法性判断采取“从属性说”会导致在个别情况下出现秩序法益与利益法益脱节的现象,从而使得处罚在客观上不可能侵害利益法益的抽象危险行为在实质上不

^① 参见夏勇:《刑法与民法——截然不同的法律类型》,《法治研究》2013年第10期。

^② 我国学者一般将刑法归属于公法,但也有不少国家的学者认为,刑法的性质与宪法、行政法等典型的公法具有显著的区别,如法国学者一般将刑法归属于私法,而德国学者则一般将法律体系分为公法、私法、刑法。

^③ 山下純司=島田聡一郎=穴戸常寿『法解釈入門』(有斐閣、2013年)109頁。转引自简爱:《从“分野”到“融合”——刑事违法判断的相对独立性》,《中外法学》2019年第2期。

具有合理性。这也正是“赵春华案”“陆勇案”等案件广受关注、众多学者倡法定犯违法性判断应采“相对独立性说”的根本原因。显然,对于此类行为予以出罪是正当的,但以利益法益的否定性反证予以出罪则可谓误入歧途。对于这种不具有侵害利益法益的具体危险行为,应在宽严相济刑事政策的指引下,充分发挥犯罪概念中“但书”的出罪功能,并重视违法性认识错误不可避免性的出罪适用,积极予以出罪。

(一)“但书”的出罪适用

我国刑法立法既定性又定量,不仅体现在刑法分则条文中的罪状大多数都要求“情节严重”“数额较大”等量的要素,而且在刑法总则第 13 条明确规定“……但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。此“但书”规定原则上适用于刑法分则规定的所有罪名,亦即在所有具体犯罪的认定中,都应排除“情节显著轻微危害不大”行为的犯罪性。

关于刑法总则“但书”中的“情节”与刑法分则条文中作为犯罪成立基本条件的“情节”(包括狭义上的情节、数额、后果等)之间的关系,我国刑法学界有不同的观点。有不少学者认为,刑法分则条文中的“情节”是刑法总则“但书”中“情节”的具体化,刑法分则条文中的“罪量要素已经体现了但书规定的立法精神,因此不存在直接适用但书规定的问题……如果具备了以上罪量要素,就构成本罪,而不能以犯罪情节显著轻微、危害不大而出罪”。^①笔者认为,“但书”中的“情节”与刑法分则具体条文中的“情节”有着本质的区别,承载的功能也有所不同。刑法分则条文中作为入罪标准的定罪情节,一般只能是客观情节,如违法所得数额、造成的损害结果、犯罪的方法手段、行为次数等。与定罪情节不同,刑法总则“但书”中的情节,既可以是客观性的情节,也可以是主观性的情节,如动机、目的等;既可以是行为人一贯表现情况的情节,也可以是事后悔改表现等情节;既可以是行为内在的情节,也可以是行为所导致的社会影响等外在的情节等。除此之外,在法定犯的出罪适用中,危险与实害的关联程度、前置法的时效性等也是值得重视的“但书”情节。两种“情节”有如此差别的原因在于其承担的功能不同:刑法分则条文规定的“情节”是定罪情节,故只能是反映行为不法程度的情节;“但书”所指的“情节”是出罪情节,既可以是反映不法程度的情节,也可以是反映责任程度的情节,还可以是反映处罚必要性程度的情节,即只要合理就可据以出罪。

首先,主观性的情节,特别是行为人目的正当、动机良善等,是法定犯出罪的重要考量因素。行为虽然侵犯了秩序法益,但是出于正当目的,没有或不可能侵害利益法益的,可以视为情节显著轻微危害不大,从而予以出罪。例如,在“新野耍猴人非法运输珍贵濒危野生动物案”中,鲍某某等人沿街表演猴戏,一路来到黑龙江省牡丹江市。不可否认,未经行政主管部门许可,不得运输猕猴,但是鲍某某等人主观目的正当,并无侵害野生动物的动机,其行为也没有造成运输的猕猴受到伤害,可以认定为“情节显著轻微危害不大”。又如,在“陆勇案”中,陆勇代购进口药并非为了非法牟利,而是为了帮助众多病友。此善良动机应被作为判断“情节显著轻微”的重要依据。

其次,“但书”中客观性的情节对于出罪也具有重要的意义。“但书”中客观性情节不完全等同于刑法分则条文中的定罪情节,后者主要是附随于行为的情节。“但书”中的客观性情节主要包括行为人的因素(初犯、偶犯等)、行为对象的情状、行为的社会影响等。这些因素虽不决定犯罪的成立,但影响行为的处罚必要性,因而可以作为出罪事由。例如,在“王鹏案”中,根据 2000

^① 陈兴良:《但书规定的规范考察》,《法学杂志》2015 年第 8 期。

年最高人民法院出台的《关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定,^①人工繁育的珍贵、濒危野生动物也属于野生动物,但毕竟不同于纯粹的珍贵、濒危野生动物,偶尔收购或销售人工繁育的野生动物,不会直接对该野生动物种群造成实质性的危害,可以视为情节显著轻微。又如,在“陆勇案”中,即便把陆勇的代购行为解释为“销售”,该行为在客观上不仅不会造成恶劣的社会影响,反而能得到民众的普遍赞同。对这种行为进行定罪处罚,既不能收到良好的社会效果,又会使民众失去对法律的信仰。

再次,抽象危险犯中的抽象危险与实害结果的关联程度也属“但书”的内容。抽象危险犯的危险不能通过反证予以否定,但危险与实害的关联程度有所不同。关联越紧密,危险性越高,越值得处罚;关联越疏远,危险性越低,处罚的必要性越低。关联程度会趋于无限小,但在原理上不会为零。以醉酒型危险驾驶罪为例,行为人醉酒驾驶机动车,无论在何种情况下都具有发生实害结果的抽象危险,只不过危险与实害结果的关联程度会因醉酒程度、道路状况、周边环境等有所不同,从趋近于零到发生实际危害结果而转化为交通肇事罪。关联程度越低,意味着情节越轻微,当低到一定程度甚至趋近于零时,就可以视为“情节显著轻微”,从而根据“但书”出罪。

最后,前置法“年久失修”,已经“不合时宜”,也应作为“但书”出罪的情节。行政法的制定必然基于社会情状,当社会情状发生变化时,相关的行政法也应随之修订。但是,立法的修订很难紧跟社会情状的变化,经常会出现不适应变化的社会情状的情形。在这种情况下,前置的行政法在形式上依然是现实有效的法律规范,并且其中的概念、规则与刑法中的相关概念、规则原本也应当作相同的解释,但是对因违反这种“不合时宜”的前置行政法规范而构成犯罪的行为进行处罚,缺乏实质合理性。换言之,对于某些行为,尽管行政法规范仍然有相关的规定,但是即便对其进行行政处罚也缺乏实质合理性,更何况对其进行刑罚处罚。

不过,虽然前置法“年久失修”已“不合时宜”,但是司法者不得通过对构成要件进行“实质解释”将行为排除于刑法或前置行政法规定的范围,否则就等于越权宣布前置行政法失效。例如,在《粮食流通管理条例》修订前,未取得许可私自贩卖玉米的行为,就是违反该条例的行为,司法者不能否定这一事实。但是,这种“不合时宜”的行政法规范已不具有实质性意义,所保护的利益实际上也不存在。既然如此,实施该行为从表面看违反了行政法甚至刑法规范,但并不会造成实质的法益侵害。在这种情况下,司法者可以根据“但书”的规定,以“情节显著轻微危害不大”将该行为予以实质出罪。正是基于此,“王力军案”的再审判决认定,王力军的行为“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程度,不具备《刑法》第225条规定的非法经营罪的社会危害性和刑罚处罚的必要性,不构成非法经营罪”。^②

(二)违法性认识错误的不可避免性出罪适用

“不知法不赦”是一个传承已久的法谚,至今依然在我国司法实践中占主导地位。但是,在当今法定犯立法日益丰富复杂的时代,我们不得不反思行为人对其行为违法性认识错误与其刑事责任之间的关系。如果说在自然犯立法背景下对行为违法性的认识基本等同于对社会危害性的

^① 该司法解释已经于2022年4月9日由最高人民法院和最高人民检察院予以修订,根据修订后的解释,如果涉案动物属于“列入人工繁育国家重点保护野生动物名录的”或者“人工繁育技术成熟、已成规模,作为宠物买卖、运输的”,对所涉案件一般不作为犯罪处理。

^② 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。

认识,为预防犯罪而在刑事政策的意义上要求民众都要具有违法性认识,否则不得以此主张免责的话,那么在法定犯时代,坚持这一要求就显得过于苛刻了。“法律不强人所难”。在法定犯时代,法律多如牛毛,要让一个普通民众不仅要认识到刑法规范,而且还要认识到刑法所从属的前置行政法规,几无可能性。特别是有的行政法规规定的内容与人们长期以来形成的生活习惯相对立,而法律制定后的普法宣传不到位,人们依然按照世代相传的习惯行事,不可能知道该行为已经违法。在这种情况下,再追究行为人的刑事责任,无疑违反责任主义。因此,在法定犯时代平衡“不知法不赦”的刑事政策与“法律不强人所难”的责任主义的理想选择,就是承认违法性认识错误不可避免性的免责出罪功能。^①

我国有很多学者接受了违法性认识错误不可避免性理论,但在错误不可避免性的判断方面,未能提出具有可操作性的标准,以致于在司法实务中法院极少采纳该理论作出罪的判决(或许相关案件在行政机关看来本就不构成刑事案件,未移交刑事侦查机关)。要激活违法性认识错误不可避免性的出罪机制,必须提出合理且明确的判断标准。

在笔者看来,违法性认识错误在本质上是规范认知冲突,即行为人既有的规范认知或查询的规范认知与实际存在的法规范存在冲突。在既有规范认知发生冲突的情况下,只有当行为人基于生活经验和周围的生活环境而形成的对行为合法性的认知,与刑法及其前置的行政法规相冲突时,才可能认为行为人具有违法性认识错误的不可避免性。因为正常的人都知道社会生活处处存在规则,自己的行为也无时无刻不在规则的范围内。当自己或自己周围的人在日常生活过程中的行为没有受到法的干涉或制裁时,那么就可以推断该行为符合相关法律法规的要求。在这种情况下,可以认为行为人尽到了查明社会规范的义务,不能苛求每个人时刻小心翼翼。反之,如果某种行为远离生活,那么就要求行为人查清法律规范,否则因此而导致的违法性认识错误就不属于不可避免。因为在远离生活的范围内,行为人不会因生活常识而形成对相关领域规范的前见,从而不会形成规范认识的固化。每一个领域都有规则约束应当是在该领域从事活动的“常识”。日常生活领域依靠千百年来形成的伦理道德的基本约束,在伦理道德之上还有法律法规。而在日常生活领域之外则必然存在专门的法律规范。因此,在该领域从事活动的人首先应当了解熟悉该领域的基本规则。越是不熟悉,越需要谨慎,避免“踩雷”。

查询规范认知冲突,是指行为人对其行为的合法性产生怀疑,具有行为合法性的紧张感,此时行为人努力查明规范,避免违法,并依据自己查明的“规范”实施行为,但最终其行为依然违反规范。一般而言,行为人可以通过多种途径查询规范,通常包括向权威部门咨询、向专业人士请教、自己查询专业书籍和法律条文等。在这些情况下,只有向权威部门咨询,获得行为合法性的肯定答复,才能被作为合法性确信的根据。如果行为人听信权威部门的意见而实施行为,但该行为最终违法,那么就可以认为该违法性认识错误属于不可避免,从而应予以免责出罪。相反,不论是向专业人员咨询,还是自己亲自查询,最终认为自己的行为不违法,从而实施该行为,而实际上该行为违法,在这两种情况下,都不应认为该违法性认识错误不可避免。

^① 参见车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,《清华法学》2015 年第 4 期。

五、结 语

法定犯的本质特征决定其全部或部分构成要件来源于前置行政法,其违法性判断从属于前置行政法。脱离前置行政法,对法定犯的构成要件及违法性进行相对独立的判断,有导致法定犯领域罪刑法定原则被架空的风险,在本质上是司法权逾越立法权。对法定犯的违法性进行法益侵害的实质判断,既导致法定犯中前置行政法与刑法关系的割裂,又在司法实践中难以实行。法定犯所从属的前置法,不仅保护秩序,也保护利益,两者具有质的相同性。“前置法定性,刑事法定量”,是法定犯定罪机制的基本要求。对于诸如“赵春华案”“王力军案”“陆勇案”“王鹏案”等法定犯领域的争议案件,应通过“但书”、违法性认识错误的不可避免性等路径积极予以出罪,但不应因此而否定法定犯违法性判断的从属性。

Abstract: The traditional view holds that the constitutive elements and illegality of statutory crime are subordinate to the prepositive administrative law, but in recent years, the view that the illegality judgment of statutory crime is independent from the prepositive administrative law is increasingly popular. The independence theory not only has many theoretical problems, but also it is difficult to carry out in practice. The position that the judgment of the illegality of the statutory crime subordinate to the prepositive administrative law should be adhered to, because the illegality of the criminal law is the same as that of the administrative law, the purpose and task of the administrative penalty of the criminal law are the same, the purpose and task of criminal punishment and administrative punishment are the same, and the legal benefit of the criminal law is the same as that of the prepositive administrative law. Sticking to the “subordination theory” of judging the illegality of statutory crime does not deny the relativity of the illegality relationship between criminal law and civil law, because the illegality relationship between criminal law and administrative law is different from that between criminal law and civil law, and they coexist in different tracks. On the basis of subordination theory, we should actively decriminalize the statutory crime according to the proviso and the inevitability of the illegality.

Key Words: statutory crime, illegality, subordination theory, independence theory, prepositive administrative law

责任编辑 田国宝