

抽象危险犯中刑、行交叉难题的破解

——路径转换与立法创新

姜 涛^{*}

摘要:刑法中抽象危险犯的增加带来刑、行交叉问题,并导致刑事不法与行政不法界限不易界定的法教义学难题。刑罚阻却事由作为附条件不处罚事由,把犯罪认定置于犯罪后行为人的行动中予以再评价,着力探讨不具有预防必要性的情况,有利于激励行为人犯罪后以自身的合作实现被破坏法益的恢复,亦能以刑罚手段与非刑罚手段之间的“互为条件”建构,实现刑罚与行政处罚之间的有效衔接,从而有效破解抽象危险犯中刑、行交叉带来的法教义学难题。刑罚阻却事由诠释了刑法立法有关责任设定的多维视角与功能诉求,其在抽象危险犯中的适用体现为:以限制刑法的不当扩张为着眼点,以应罚性与需罚性的区分为基础,把行为人犯罪后的危险消除行动作为评判其是否需要承担刑事责任的依据。

关键词:抽象危险犯 刑罚阻却事由 违法相对性论 法教义学 刑法谦抑性

司法实践遇到的难题往往是助推刑法立法改革的动力。随着“赵春华非法持有枪支案”^①和“王力军收购玉米案”^②等案件引发争议的持续升温,呼吁避免将行政违法行为认定为刑事犯罪成为学界关注的焦点问题。^③但是,关于这一问题的讨论基本上是法教义学层面的,并且存在“专家理性的死亡”与“大众传媒的狂欢”的悖论。立法是司法的前提,法教义学并不能替代立法刑法学,刑法立法如何划定行政违法行为与刑事犯罪之间的界限,具有独特的学术价值,值得进行深入研究。回顾我国刑法近40年来的发展历史不难发现,刑法立法中的犯罪化趋势明显加快,法益保护的前置化和刑法保护的膨胀化并驾齐驱,使刑法中抽象危险犯的数量显著增加,进而带来刑法与行政法之间的交叉(以下简称刑、行交叉)问题。抽象危险犯数量的显著增加为我们思考法教义学与立法刑法学的关系提供了一个很好的观察视角。鉴此,笔者把刑罚阻却事由确立为避免抽象危险犯不当扩大的理论分析工具,分析刑罚阻却事由在解决刑、行交叉问题中的变革意义,以期能够促进刑法立法的创新发展。

一、抽象危险犯带来的刑、行交叉难题

刑、行交叉问题是随着刑法中抽象危险犯数量的增加而出现的,它意味着刑法与行政法规制的行为没有定量的差异,并呈现出“刑法退化到行政法”的特点,导致法教义学面临难题。

(一)我国法律体系中的刑、行交叉现象

为规制恐怖袭击、经济犯罪等行为,晚近以来,世界各国刑法立法将刑罚的处罚范围明显扩张至危险犯,刑法机能从事后惩罚转向事前预防,导致抽象危险犯数量骤增,并集中发生于环境犯罪、毒品犯罪、恐怖犯罪、有组织犯罪、食品安全犯罪、新型网络犯罪等领域。

^{*} 南京师范大学法学院教授、博士生导师,中国法治现代化研究院研究员

^① 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。

^② 参见内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2017)内刑08刑再1号刑事判决书。

^③ 参见孙国祥:《行政违法性判断的从属性和独立性研究》,《法学家》2017年第1期;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;等等。

这种变化在整体上可以看作是从古典刑法到现代刑法的转变,现代刑法已突破古典刑法的边界,立法者日渐倾向运用不确定的概念以增加刑法的灵活性,并降低个罪的入罪门槛,即为了保护法益,刑罚处罚范围扩大,刑法立法不仅增设大量新的抽象危险犯,而且修改个罪的构成要件,把法益侵害的构成要件修正为法益危险的构成要件,如污染环境罪,把具有一般性危险的行为界定为犯罪,从而呈现出与传统犯罪不同的不法与罪责结构,以强化国民的规范意识和实现特定的政策目标。该转变具有全球性,这在外国学者的论著中可见一斑。德国有学者指出,德国刑法的发展趋势主要有二:一是由新的犯罪化与重刑化带来的刑法扩张,二是通过去除明确和有约束力的规则而出现的刑法的灵活化。^①

我国刑法立法实践亦是如此,如在刑法分则“破坏社会主义市场经济秩序罪”中不以危险、数额、情节或结果为构成要件的罪名有 17 个,^②其他章节的抽象危险犯包括危险驾驶罪、强制猥亵他人罪、污染环境罪等。立法规定的抽象危险犯会因司法解释而成为结果犯,如 1997 年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 176 条规定的“非法吸收公众存款罪”本是抽象危险犯,但司法解释将其解释为结果犯。^③ 对于众多的抽象危险犯,由于司法解释没有作出明确的规定,因而带来刑、行交叉的问题。下面试举 5 例予以说明。

1. 生产、销售假药罪

1997 年《刑法》第 141 条规定的生产、销售假药罪是典型的抽象危险犯,只有定性的规定,没有定量的要求,其定罪标准与行政法律(《中华人民共和国药品管理法》第 73 条)规定的行政违法标准完全相同。这意味着刑法与行政法之间存在刑、行交叉的问题。正如有的学者所言:“这就意味着制售假药罪与制售假药违法行为处于完全重合状态,制售假药的违法行为没有独立存在的空间。”^④该重合是由刑法立法修改导致的,《中华人民共和国刑法修正案(八)》(以下简称《修八》)取消了生产、销售假药罪“足以严重危害人体健康”的要件,使该罪由具体危险犯变成抽象危险犯。

2. 生产、销售有毒、有害食品罪

1997 年《刑法》第 144 条规定的“生产、销售有毒、有害食品罪”,与《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第 123 条规定的“生产、销售有毒、有害物品违法行为”基本相同。虽然《食品安全法》规定“违反本法规定,尚不构成犯罪的,由县级以上人民政府食品药品监督管理部门实施行政处罚”,但是由于不构成犯罪的条件是什么,刑法与行政法的规定并不明确,因此存在刑、行交叉的问题。

3. 强制猥亵罪

1997 年《刑法》第 237 条规定的“强制猥亵他人、侮辱妇女罪”,与《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)第 44 条规定的“猥亵他人的”违法行为之间存在重合之处。尽管《治安管理处罚法》对此有“情节恶劣”的限制,但该限制仅限于“在公共场所故意裸露身体”的情形,“猥亵他人”并不

① 参见[德]希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社 2016 年版,第 35 页。

② 它们分别是:1997 年《中华人民共和国刑法》第 144 条规定的“生产、销售有毒、有害食品罪”;第 151 条规定的“走私武器、弹药罪,走私核材料罪,走私假币罪,走私文物罪,走私贵重金属罪,走私珍贵动物罪,走私珍贵动物制品罪,走私国家禁止进出口的货物、物品罪”;第 152 条规定的“走私淫秽物品罪”;第 171 条规定的“伪造货币罪”;第 174 条规定的“擅自设立金融机构罪,伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪”;第 176 条规定的“非法吸收公众存款罪”;第 177 条规定的“伪造、变造金融票证罪,妨害信用卡管理罪,窃取、收买、非法提供信用卡信息罪”;第 191 条规定的“洗钱罪”;第 195 条规定的“信用证诈骗罪”;第 202 条规定的“抗税罪”;第 205 条规定的“虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪”;第 206 条规定的“伪造、出售伪造的增值税专用发票罪”;第 207 条规定的“非法出售增值税专用发票罪”;第 208 条规定的“非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪,虚开增值税专用发票罪,出售伪造的增值税专用发票罪,非法出售增值税专用发票罪”;第 209 条规定的“非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪,非法制造、出售非法制造的发票罪,非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪,非法出售发票罪”;第 210 条规定的“盗窃罪,诈骗罪,持有伪造的发票罪”;第 224 条规定的“组织、领导传销活动罪”。

③ 最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条规定:“非法吸收或者变相吸收公众存款,具有下列情形之一的,应当依法追究刑事责任:(1)个人非法吸收或者变相吸收公众存款,数额在 20 万元以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款,数额在 100 万元以上的;(2)个人非法吸收或者变相吸收公众存款对象 30 人以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款对象 150 人以上的;(3)个人非法吸收或者变相吸收公众存款,给存款人造成直接经济损失数额在 10 万元以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款,给存款人造成直接经济损失数额在 50 万元以上的;(4)造成恶劣社会影响或者其他严重后果的。”

④ 刘晓莉、逢晓枫:《制售假药行为之行政处罚与刑罚适用研究》,《中国刑事法杂志》2012 年第 9 期。

要求情节恶劣。就此而言,刑法与行政法对“猥亵”含义的规定是相同的。尽管司法实务部门已在努力区分刑法上的强制猥亵罪与行政法上的猥亵违法行为之间的界限,但是仍拿捏不准,以行政处罚代替刑罚处罚或以刑罚处罚代替行政处罚的情况时有发生。

4. 擅自设立金融机构罪

1997年《刑法》第174条规定的“擅自设立金融机构罪”,与《中华人民共和国银行业监督管理法》第44条规定的“擅自设立银行业金融机构或者非法从事银行业金融机构的业务活动的违法行为”之间存在刑、行交叉问题。

5. 盗窃罪

《治安管理处罚法》与《刑法》都规制了盗窃行为,但是刑法意义上的扒窃、携带凶器盗窃、入户盗窃、多次盗窃均只有定性的要求,而没有数额等定量的要求,什么情况下的扒窃属于《刑法》中的犯罪,什么情况下的扒窃属于《治安管理处罚法》中的行政违法行为,迄今为止,刑法及司法解释都未作出明确的区分。

上述刑、行交叉问题较为普遍,均系立法改变“定性+定量”的入罪标准所致。当然,立法对出现刑、行交叉问题时如何适用法律,亦有作出明确规定的情况,如《修八》新增危险驾驶罪中的“醉酒驾驶”,与《中华人民共和国道路交通安全法》(以下简称《道路交通安全法》)第93条规定的“饮酒后驾驶机动车”存在刑、行交叉问题,但依据《道路交通安全法》第93条的规定,处理酒后驾车行为强调刑事追究与行政追究并重,同时借助行为人被查时血液中的酒精含量来区分违法与犯罪之间的界限。

(二)刑、行交叉问题带来的法教义学难题

刑、行交叉问题的背后隐藏着严重的法域冲突问题,而法域冲突的根源是抽象危险犯的增设模糊了刑法与其他法律之间的界限。该法域冲突在宏观上会导致刑法的正义性危机,在微观上会导致法教义学面临难题。

从宏观层面看,现代刑法调整的领域在不断扩张,既包括环境犯罪,又包括经济犯罪、毒品犯罪、有组织犯罪、税收犯罪、计算机犯罪等犯罪。同时,立法者在面临转型时期的矛盾时,不断创设新的超个人法益与抽象危险犯,刑法的功能越来越像民法或行政法,大量增设抽象危险犯来保护模糊的超个人法益。^① 增设抽象危险犯是现代刑法不同于古典刑法的显著标志,也是国家刑罚权不当扩张的表现,即刑法为强化惩罚主义的立场,已沦为有意识地对违反规范的行为人进行惩罚的工具,被划入预防导向的安全法之列,模糊了刑法与行政法之间的界限,刑法不再是最后一道防线,而是最早的防线甚至是唯一的防线。^②

刑法的扩张带来刑法与行政法在规制对象上的高度重合。如果立法者对这种重合不提供合理的解决方案,那么将会给刑法带来严重的正义性危机。从某种意义上讲,当今刑法已迈入社会、政治与大众媒体的领域,这种法域冲突很容易在民意等集体意识的驱使下,让刑法的“惩罚性”“工具性”“象征性”暴露无遗。国家更倾向于把刑法发展成象征性立法,并强化简单的行为控制,^③导致出现“案多人少”的矛盾,进而导致人们提出刑法有过度干预民众自由嫌疑的质问。

从微观层面看,正是这种法域冲突的存在,刑、行交叉司法适用的难题与乱象随之产生。其具体表现有二:一是把本属于行政违法的行为解释为犯罪,导致司法意义上的犯罪化,从而使刑法扮演了行政法的角色;二是把本属于犯罪的行为以行政处罚的方式处理,导致出现“以行代刑”的现象。以上述第一种表现为例,由于立法没有明确刑、行交叉问题的处理原则,因此就带来以下两个问题:

1. 对刑法条文做违背文义的任意解释

这种现象在“全国首例抗癌药代购案”^④中体现得非常明显,公安机关之所以对陆勇的行为以生产、销售假药罪立案侦查,是因为该罪属于抽象危险犯,陆勇的行为完全符合该罪的构成要件。虽然该案最终以

① 参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,台湾元照出版有限公司2012年版,第228~229页。

② 参见孙万怀:《生产、销售假药行为刑事违法性之评估》,《法学家》2017年第2期。

③ Vgl. Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß Imgesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 150.

④ 参见阮占江:《检察机关详解陆勇案撤诉缘由:不是销售行为》,《法制日报》2015年2月28日。

撤诉的方式予以处理,但是检察机关的解释结论仍有商榷的余地。检察机关经审查认定,陆勇的行为不构成生产、销售假药罪,其代购的抗癌药虽然按照《中华人民共和国药品管理法》第39条第2款的规定属于“假药”(程序性假药或拟制性假药,而非事实性假药或实质性假药),但是其行为并非该罪意义上的“销售”行为,即检察官通过做限缩的文义解释,将其行为解释为无罪。^① 这里的问题是:虽然这是一种结论合理的解释,体现了刑法的道德性,具有民众认同的基础,但是与学界历来主张的应做客观解释相违背,存在解释者为出罪而做任意解释的嫌疑。

2. 给司法操作制造混乱

就强制侮辱猥亵他人罪而言,《刑法》与《治安管理处罚法》之间存在法域冲突,同时,情节严重只是拘留时间延长的条件。如何解决这一法域冲突问题,不少学者主张适用1997年《刑法》第13条规定的“但书”条款予以限制。由此带来的司法难题是:何种情形属于《刑法》意义上的强制侮辱猥亵他人?何种情形又属于《治安管理处罚法》意义上的猥亵他人?可见,给司法操作制造混乱的原因虽然与司法能力欠缺有关,但是主要根源于法域冲突,对此,法教义学解答上出现的“甲说、乙说、随便怎么说”都无助于此类案件的公正审理。再以危险驾驶罪的司法适用为例,当危险驾驶罪成为新的“犯罪之王”后,司法实务部门多把1997年《刑法》第13条规定的“但书”条款作为该罪成立的限制条件,即当危险驾驶行为情节显著轻微时,可以不将其作为犯罪追究刑事责任。但是,各地的司法实践并不一致,如上海市高级人民法院把挪用车位型、救治病人型、睡觉休息型、隔时醉驾型、尚未驶出型、被醉驾追尾型6类类型,视为“但书”条款涵摄的情形。^② 而重庆市高级人民法院则把行为人血液中酒精含量大于或等于130mg/100ml作为危险驾驶罪の入罪门槛。^③ 此外,有的地方人民法院在办理危险驾驶案时引入了“认罪协商”机制。^④ 可见,司法机关对危险驾驶案的处理是五花八门。面对法域冲突,如果司法机关本身处理方法与结论不一,那么既有失刑法体系的正义性,又会造成社会控制系统的紊乱。

显然,如果刑、行交叉的难题得不到有效破解,那么刑法极易在入罪思维的驱使下去扮演行政法的角色。这本身构成法教义学危机。该危机为刑法立法所导致,非法教义学本身所能化解,面对刑法立法的矛盾,法教义学可以通过进行合理的解释为立法修正提供依据,但不能把解释结论作为司法裁判的依据,否则会面临“谁有权制定刑法”的质疑。现代刑法立法要求科学立法与民主立法。前者强调遵循立法规律,不能违背社会发展的趋势与法律体系的内在规律立法;后者强调法律乃公共意志的体现,刑法必须通过民主的方式制定。以此为标准,若解释者试图通过法教义学的努力去弥补立法的缺陷(相互矛盾),而非对不明确条文予以解释,则存在越权造法的嫌疑,并不具有合法性。

就两者的关系而言,如果解决不好微观层面的法教义学难题,那么必然带来宏观层面的正义性危机,故笔者在本文中重点讨论的话题集中于如何有效破解刑、行交叉问题带来的法教义学难题。对此,我们需要认真对待法教义学面临的困境,并尝试从立法刑法学方面予以解答。

二、从司法到立法:刑、行交叉问题解决方案的路径转换

抽象危险犯的立法向来被认为是一种处罚早期化、保护抽象化的表现。这种危险是一种法律拟制的危险,是为了防止现实侵害而规定的危险。作为前提,抽象危险犯立法带来的刑、行交叉问题,是否能够立足于“二次违法理论”或“违法相对性理论”等,通过“立法定性、司法定量”来解决?如果这一解决问题的模式导致出现司法乱象,那么我们是否应寻找新的解决问题之策?

(一)解决刑、行交叉问题的法教义学方案

① 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。

② 参见《上海危险驾驶(醉驾)审判观点汇编(全)》,《上海审判研究》2016年第22期。

③ 参见重庆市高级人民法院《如何处理当前刑事诉讼案件中亟待解决法律问题的会议纪要》(2014年),https://www.360doc.com/content/16/0221/22/28402097_536304591.shtml, 2019-05-01。

④ 参见颜斐:《朝阳检方首推“认罪协商”机制》,《北京晨报》2016年1月28日。

增设抽象危险犯意味着立法者在犯罪的认定模式上采取定性的标准,而这会使刑事不法与行政不法之间的界限模糊,导致明显的交叉或重叠现象,实务部门的拿捏不准也导致行政执法与刑事执法之间的衔接出现“梗阻”。就此而言,如何划分刑事不法与行政不法之间的界限,就成为法教义学面临的难题,对此也形成不同的理论。

1. “违法一元论”

持该论者认为,法律体系是一个统一的整体,合法与非法是非此即彼的关系,刑法与其他法律应采用统一的违法标准,以维护法秩序内部的一致性。^① 区分行政不法与刑事不法只是“量”上的差异,而不是质上的差异。这种理论大致相当于德国学者主张的“量的差异论”,而日本学界主张的“可罚的违法性论”也与此相关。

2. “违法二元论”

持该论者认为,刑法与其他法律的性质不同,刑法是防卫社会的最后一道防线,其对违法性的要求比一般法律对违法性的要求要高,必须达到有必要进行刑罚处罚的程度。^② 坚持这一理论的学者同时认为,刑、行交叉案件往往是由行政违法抑或经济领域的不法行为演变而来的,故需从“质的差异”或“二次违法理论”切入来确认行为人行为之违法性质和违法程度,只有当行为具有刑事违法性时才可能构成犯罪,而刑法介入的必要条件只能是前置法管控失灵。^③ “违法二元论”与“质的差异论”具有相同的旨趣,不仅意味着行为同时违反刑法及其前置法(行政法或经济法等),而且要求前置法在规制该经济违法行为时失灵,因而贯彻了比例原则,有利于限制刑罚权的发动。又因为该理论遵循“无先而后”的逻辑,强调刑法不得把其他法律没有规定的行为直接规定为犯罪,所以严格坚持了刑法手段的最后性原则。

3. “违法相对性论”

持该论者主张以违法统一性为基础进行违法的相对性判断,民法或行政法允许的行为,必然不具有刑事违法性;而民法或行政法禁止的行为,则未必具有刑事违法性;对民法或行政法认为无保护必要的利益,不能认定侵害行为具有刑事违法性。^④ 其理由是:不同法域立法旨趣的差异与作为评判对象行为的多面性,共同决定了对刑法违法性可以作相对性判断。^⑤

4. “法益区分论”

这一理论以“违法相对性论”为基础,“在法益可以通过行政措施等非刑罚手段得到有效保护时,不应当动用刑罚”。^⑥ 因为“在法益保护主义的前提下,质的差异论和量的差异论并非完全对立。虽然前置性的行政不法对行政犯的成立而言不可或缺,但是行政法与刑法在规制范围、规制目的上的差异,决定了司法需要根据法益侵害的性质分别运用质的差异和量的差异妥当地划定行政不法与刑事不法的范围”。^⑦

刑、行交叉问题是学界长期关注但尚未真正解决的问题,上述解决问题的方案均系基于法教义学分析得出的,虽然存在观点分歧,但是都在努力划分刑法与行政法之间的界限。“违法一元论”存在的问题是,刑法与其他法律不同,刑法是防卫社会的最后一道防线,刑法对违法性的要求比一般法律对违法性的要求要高,故侵害行为必须达到有必要进行刑罚处罚的程度。尤其是在刑法与其他法律都对某种行为作出规定且在立法层面没有定量要求的情况下,是按照违法行为处罚还是按照犯罪行为处罚,并不具有解释力。“违法二元论”把前置法管控失灵作为犯罪评判的必要条件符合比例原则的要求,但在缺乏立法支撑的情况下,法官并不敢把这一理论运用到具体的司法实践中去,即使有这样的运用,也不是全部,并且会带来司法不统一等问题。前述“全国首例抗癌药代购案”就是适例,法官宁愿从“代购不是销售”的机械文义解释

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。

② 参见王骏:《违法性判断必须一元吗?——以刑民实体关系为视角》,《法学家》2013年第5期。

③ 参见杨兴培、田然:《刑法介入刑民交叉案件的条件——以犯罪的二次性违法理论为切入点》,《人民检察》2015年第5期。

④ 参见王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,《中外法学》2015年第1期。

⑤ 参见王骏:《违法性判断必须一元吗?——以刑民实体关系为视角》,《法学家》2013年第5期。

⑥ 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 孙国祥:《行政违法性判断的从属性和独立性研究》,《法学家》2017年第1期。

入手,也不愿意立足于“二次违法理论”提出合理的解决方案。“违法相对性论”亦是立足于刑法与前置法的关系,主张民法或行政法禁止的行为,未必具有刑事违法性。这里的问题是,行为在何种情况下才具有刑事违法性?持这一理论者虽然声称坚持了比例原则、法益保护原则、刑法的谦抑性理论等,但是并没有给出实践层面的操作标准,只给出一个理论的分析框架,在司法实践中只能寄望于法官的自由裁量或检察官的正义感去实现公正裁判目标。

产生这种争议的根源在于增设抽象危险犯带来的逻辑与道理间的冲突,当立法者因控制风险需要减少证明责任而规定抽象危险犯时,也就可能带来合法与合理之间的冲突。现代刑事司法不仅要重视逻辑在结论推演中的限定作用,而且要重视道理对不合理结论的修正作用,从而形成既合法又合理的解释结论。如何得出既合法又合理的解释结论?由于不同的解释者因自身知识背景、工作经历等不同而存在差异,因此学界在法教义学上多有争议。这种争议虽有助于避免学术专断,可以把问题引向“片面的深刻”,但无助于解决司法实践中的难题。毕竟,司法的本质在于定纷止争,面对疑难案件,法官并没有说“不”的权力,必须对案件作出裁决。如果大家在讨论问题时只有分歧没有共识,那么就不会对法官公正判决提供帮助。而这正是法教义学多元化带来的不利后果。

虽然有个别学者已觉察到“违法相对性论”在立法上的危机,如有的学者指出:“刑法前置化立法最为直接的理论结果就是违法相对性理论的崩溃”,^①但是国内学界对“违法相对性论”的讨论多从解释论入手,如有学者指出,应当“在法秩序统一性的视野下,以违法统一性为基础进行违法的相对性判断……民法或行政法允许的行为,必然不具有刑事违法性;而民法或行政法禁止的行为,则未必具有刑事违法性;对民法或行政法认为并无保护之必要的利益,不能认定侵害行为具有刑事违法性”。^②理论的价值在于指导实践,而要指导实践则必然要回答其他学者或决策者关心的问题,即如何合理应对社会转型时期带来的诸多挑战。面对民众的安全需求,如把本属于行政法规制的危险驾驶行为等纳入刑法的规制范围,就意味着“违法相对性论”的崩溃。可见,理论与实践之间出现了冲突。那么,是理论不能自治还是实践本身就反对理论?如果二者对立,那么是否存在一条中间道路?这些问题并未被学界认真思考。

从某种意义上说,刑事法治的实现需要立法刑法学与法教义学的合力。在立法保持稳定的情况下,我们应借助法教义学的努力,把法律规定与案件事实对应起来。同时,法教义学也有辅助立法的责任:通过法教义学的分析,明确哪些属于法教义学可以完成的任务,哪些属于法教义学无法解决的难题,从而把司法实践中的难题区分为司法意义上的难题与立法意义上的难题。以抽象危险犯为例,这种刑法保护的早期化、抽象化虽然降低了犯罪证明的难度,但是却导致刑法保护的过度化,导致出现刑法风险,而该风险是法教义学无法化解的。抽象危险犯的法教义学困境,从法教义学的立法面向给立法者提出了新的课题:我们应以什么样的立法去化解刑、行交叉问题带来的危机。

总之,把刑法学的本体理解为法教义学是现代刑法学的基本主张,^③但这种主张过高地估计了法教义学的能力,过低估计了立法刑法学的作用。刑法学是关于惩罚犯罪与保障人权的学问,法教义学只是刑法知识体系的一部分,并不能把法教义学当成刑法学的全部。面对增设抽象危险犯带来的法教义学困境,我们应寻找解决刑、行交叉问题的立法路径。

(二)解决刑、行交叉问题的立法路径

笔者并不否认刑法学的核心是法教义学,只是认为法教义学“纷争”的格局虽然有利于增进刑法学知识的更新或扩容,但是却无助于真正解决刑法实践中的问题,导致出现实践与理论之间关系紧张的后果。立法刑法学是刑法学不可分离的一部分,当法教义学面临的难题自身无法解决时,就需要通过完善立法来

① 孙万怀:《违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评》,《政治与法律》2016年第3期。

② 王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,《中外法学》2015年第1期。

③ 有学者把刑法学细分为注释刑法学、概念刑法学与理论刑法学。其中,注释刑法学的研究对象为刑法条文中静态存在的模型的犯罪与刑罚,概念刑法学的研究对象为法律关系中动态存在的实然的犯罪与刑罚,而理论刑法学的研究对象为立法观念上虚拟存在的应然的犯罪与刑罚。参见冯亚东:《刑法学研究的层面划分》,《法学研究》2001年第3期。

解决。这并不是什么高深的道理,但在我国目前刑法学的研究中却慢慢被“遗忘”。

这种“遗忘”存在疑问,刑法学理论不是学界内部自娱自乐的文字游戏,失去对中国刑法立法方向的理性思考,刑法学理论就失去其存在的价值。我国当前的刑法立法体现了古典刑法持续的危机与刑法温情主义系统的瓦解,平均每两年出台一部刑法修正案,已使其成为“消防队员式”的立法。^① 随着刑法立法的活跃,有学者断言:“刑法已经由解释的时代转向立法的时代”。^② 也有学者主张刑事一体化,强调规范刑法学与犯罪学、刑事政策学及刑事诉讼法学的一体化运行。^③ 还有学者认为,刑法科学主要包括关于犯罪的经验理论和规范理论。前者描述的是犯罪的社会真实性,不少国家(如德国、日本、中国)把关于犯罪的这部分知识称为犯罪学;后者有两种不同的表现形式:一是解释现行刑法以犯罪为主要内容的法教义学,二是批评现行刑法中犯罪规定的合理性、指出其漏洞或者提出应增加内容的刑法立法论。^④

上述定位能达成共识的是:规范论意义上的刑法学涉及立法刑法学与法教义学。前者立足于对现行刑法规范的检讨,以为刑法立法意义上的犯罪化与非犯罪化提供标准;后者则坚持刑法规范是不可批判的对象,主张通过刑法解释去实现案件事实与刑法规范之间的无缝对接。其实,刑、行交叉问题带来的法教义学难题,也是立法刑法学试图解决的问题。毕竟,立法是司法的前提,是法教义学展开的规范基础。它既有利于统一司法和避免司法恣意,又能够为民众提供行为规范。尽管法教义学主张“立法不是被嘲笑的对象”,但是如果立法本身就是非正义的,那么很难通过法教义学去实现正义。同时,把本来应当由刑法立法解决的问题交给法教义学,不仅会带来众说纷纭的局面,而且会使自身的解释结论也面临合法性危机,并不是一种更优的法治实践主张。就刑、行交叉问题带来的法教义学难题,必须区分立法刑法学与法教义学不同的作用领域才能解决。如果刑法适用难题在教义学层面存在严重的认识分歧,那么就意味着立法自身存在矛盾,是法教义学不能承受之重,这种难题就转变为立法刑法学需要解决的问题。这并不是片面坚持立法中心主义立场,也不是过分夸大立法的作用,而是正视在人类社会发展过程中客观存在的现实,我们绝不能因自身的学术偏好或建立自己的理论模型就去否定立法的作用。一言以蔽之,重视法教义学并不能否定立法刑法学的价值。^⑤

其实,刑、行交叉问题首先是一个立法问题,然后才是法教义学上的问题,在立法存在缺陷的情况下,企图依靠法教义学去解决上述问题,是法教义学不能承受之重。例如,在“全国首例抗癌药代购案”中,检察机关是以行为人代购的行为并不属于“销售”来限定该罪成立范围的,而学界提出的批判性观点是,这种“假药”是拟制性假药或程序性假药,而不是真实性假药,并不具有可罚性。例如,有学者认为,刑法与行政法保护的法秩序不同,从外国进口的抗癌药不属于“假药”,因为其对病人来说不仅无害,反而有益。因此,行为人的行为虽然具有行政不法性,但却不具有刑事不法性。^⑥ 可见,在法教义学的解答方案中,“众口难调”或解释力不足是一种常见现象。这自然会减损法教义学对刑事司法的影响力,并且,也无助于法官作出公正判决,由此产生司法混乱就在所难免。

总之,当法教义学面临刑、行交叉问题并出现危机时,我们应当寻找一种立法解答方案。这并非否定刑、行交叉问题的法教义学解答方案,而是强调如何有效化解因增设抽象危险犯而带来的刑、行交叉问题的法教义学危机。我们应当从立法刑法学的层面进行思考,重视刑罚阻却事由在化解因增设抽象危险犯而带来的刑、行交叉危机中的法治意义。

① 参见姜涛:《刑法立法阻却事由的理论界定与制度前景》,《中国法学》2015年第2期。

② 张明楷:《法益保护与比例原则》,《中国社会科学》2017年第7期。

③ 参见储槐植:《再说刑事一体化》,《法学》2004年第3期。

④ 参见冯军:《法教义学的规范化塑造》,《法学研究》2013年第1期。

⑤ 虽然笔者主张构建立法刑法学,但是并非提倡一种立法建议式的研究,而是主张建构一种批判性立法刑法学,即立足于实证分析等论证刑事立法意义上的犯罪化与非犯罪化、重刑化与轻刑化的根据是什么;立足于法教义学分析去论证刑事立法意义上的立法阻却事由;立足于宪法与刑法之间的关系,主张强化一种合宪性的刑事立法政策;立足于刑法与社会生活、刑事政策、刑法发展趋势等,主张立法者应重视刑事立法的事实基础。当然,也分析和论证刑事立法意义上的罪刑关系建构的合理性。

⑥ 参见孙国祥:《行政违法性判断的从属性和独立性研究》,《法学家》2017年第1期。

三、刑罚阻却事由：破解刑、行交叉难题的立法创新

面对立法的积极态势与以抽象危险犯干预风险的现代特色,我们尚需解答:抽象危险犯在立法价值上是否存在疑问?刑事追究优先或并重是否一种最优的立法解答方案?刑法立法该如何对待抽象危险犯?

(一)立法价值的两难选择:人权保障与社会保护兼顾

我国目前尚未完成与工业化革命相伴而生的法治国家建设的重任,就与其他法治发达国家一道面临复杂的犯罪问题,社会保护成为刑法立法关注的焦点,犯罪预防关口前移成为立法者追求的目标,法益保护的前置化、抽象化、膨胀化成为近年来我国立法发展的主轴。对此,学界褒贬不一。

有学者立足于社会保护,坚持积极的刑法立法观或功能主义刑法观。其中,坚持积极的刑法立法观的学者指出:“活跃的立法与传统刑法观之间拉开了一定距离,从而面临许多新的难题,但并不会带来刑法过度干预的系统风险;犯罪化与刑法谦抑性没有矛盾,不能认为处罚范围越小越好”。^①“刑法的谦抑性并不反对及时增设一定数量的新罪;……未来中国的刑法立法从技术层面需要考虑进行相当规模的犯罪化……”^②而坚持功能主义刑法观的学者认为:“既有的刑法立法所做的应对举措带来重要的后果,不仅刑法所重点关注的犯罪类型呈现结构性的改变,刑法与其他法规范系统(尤其是行政法)之间的关系也经历了重大的转变,而传统刑法理论的一些基本准则或教义则遭到突破或规避。功能主义的刑法立法观能够适应风险社会的规范性需求。它包含三个面向的内容,即积极介入的立法导向、追求预防效果的立法导向与注重灵活回应的立法导向。”^③尽管积极刑法立法观与功能主义刑法观的主张不同,两者的逻辑起点亦存在差异,如前者立足于转型时期社会矛盾的增加,后者则立足于风险社会的假设,但是二者都强调立法的积极态势和强调刑法立法的预防功能,在立法技术上体现为重视抽象危险犯,因此二者均存在疑问。

积极的刑法立法观是社会的,而不是理性的,是经验性的,而不是实证的。首先,积极的刑法立法观的立足点是社会保护,即强调为了集体法益不惜牺牲个体法益,如以危险驾驶罪这一次要犯罪预防交通肇事罪(以危险犯预防结果犯),因结果犯的发生是不特定的、不可预知的,涉及虚拟的集体法益,而个体行为的危险是客观存在的,因此以牺牲制造危险的行为人的个体法益来保全集体法益不受侵犯。其次,积极的刑法立法观意味对刑法谦抑性的突破,即认为刑法的谦抑性并不反对一定规模的犯罪化。毋庸置疑,刑法的谦抑性与犯罪化并不矛盾,但过度的、高成本的以及无效的犯罪化为刑法的谦抑性所反对,刑法的谦抑性立足于刑法的补充性、二次性,通过避免刑法的过度工具化来实现人权保障。退一步讲,把积极的刑法立法观视为刑法的谦抑性理论认可的立法观在理论上也存在疑问。因为积极的刑法立法观并没有说明何种立法符合刑法的谦抑性,何种立法违背刑法的谦抑性,所以,这种对刑法谦抑性的批判并无道理。最后,积极的刑法立法观主张刑法立法需要与社会发展保持同步。不可否认,刑法立法仍需要进行一定规模的犯罪化,积极的刑法立法观虽否定刑法的谦抑性,也主张立法的实证,但是没有明确犯罪化的正当根据。如果没有明确犯罪化的正当根据就主张根据社会发展状况而坚持积极的刑法立法观,强调一定规模的犯罪化,那么往往会制造新的风险,因而该理论遭到学界的批判也就在所难免。

功能主义刑法观的立足点是人类社会正处于风险社会,刑法成为国家控制与预防风险的工具,为有效控制与预防风险,刑法需要强化一种功能主义立场,以有别于古典刑法的罪刑规范。这一主张与德国学者乌里希·贝克构建的风险社会理论密切相关,即寻找能够化解社会风险的刑法学理论,似乎只有回到风险社会本身才能找到答案,风险是国家现代化过程中的“副产品”,是社会转型过程必须经历的“阵痛”。贝克指出:“在现代化的进程中,生产力的指数式增长,使危险和潜在威胁的释放达到了一个前所未有的程

① 周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,《中国社会科学》2016年第3期。

② 周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016年第4期。

③ 劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017年第6期。

度。”^①然而,风险社会是真命题吗?从学界的争论看,除少数学者对风险社会及风险刑法持肯定态度外,^②国内大多数学者都持否定的态度。例如,有学者指出:“‘风险社会’并不一定是社会的真实状态”。^③还有学者指出:“风险刑法理论在对刑法例证的论证中,过于大而化之而没有细致推敲,结果导致大胆假设有余,小心求证不足。”^④就此而言,立足于风险社会的功能主义刑法观可能是建立在“流沙”之上的。然而,立法者并不必然会预见到这一点,在“激情立法”日趋增多的情况下,以刑法控制风险很容易成为政治家、民众与部分专家之间的共识,进而成为一种现实行动。

但是,刑法立法并非由一种力量(法治国下的人权保障或社会国下的社会保护)所决定,^⑤而是对多种价值观综合考量的结果。立法的一端是人权保障,要去除刑法的工具化;立法的另一端是社会保护,要发挥刑法控制风险的作用。这种选择十分复杂和困难,因为当代正处于法治国自由刑法与社会国功能刑法诉求的胶着竞争状态。正如有的学者所言:“近年来,刑法修正案运用多种修正策略,对刑法进行重大修正,展现出刑法干预早期化、能动化、犯罪圈不断扩大的立法趋向。这一趋向既不意味着法治国自由刑法的诉求已成过眼烟云,也不意味着积极的刑法立法观在我国就此确立。”^⑥事实的确如此,自由与安全之间存在矛盾,一方的积极必定导致另一方的消极。如果不能正确处理两者之间的关系,那么就会导致刑事追究优先或并重。

(二)刑事追究优先或并重之否定

如前所述,《道路交通安全法》第93条对危险驾驶罪确立了刑事追究优先且并重的原则,然而,这一处理原则不仅导致重复评价,带来刑法不当扩张的后果,而且违背比例原则的要求,因而不是一种最优的立法方案。具体表现如下:

1. 会导致出现重复评价的问题

有学者指出,行政秩序罚应不得与刑罚进行并罚,当实施其中一种处罚即可达目的时,就禁止再施以他种处罚。^⑦坚持刑事处罚与行政处罚并重原则,自然就存在将一个行为既评价为犯罪又评价为行政违法的重复评价问题。

2. 会导致刑法不当扩张

尽管刑法需要回应社会生活,但是其不能以风险控制为中心,发展风险刑法,刑法修正案大量增设抽象危险犯会导致刑法不当扩张。

3. 违背比例原则的要求

刑法是治国理政的重要工具,刑法立法必须遵循法律体系的内在规律,正确划分不同法律部门的调整范围及其判断标准,从而形成和维护符合犯罪控制与人权保障目标的基本秩序。^⑧这是比例原则的应有之义。抽象危险犯意味着把本属于行政法或经济法等法律调整的对象纳入刑法的调整对象,意味着刑法保护的早期化、抽象化,与比例原则的基本要求明显不符。

不难看出,面对刑法中频繁出现的抽象危险犯,学界基本上持否定的态度,但刑法立法并不因此而有所改变,从而给法教义学出了难题。那么,在社会保护与人权保障之间能否找出一条中间道路呢?

(三)刑罚阻却事由之提倡

当代刑法立法应当确保“违法相对性论”在刑法立法中的适用,重视刑罚阻却事由带来的法治变革,主

① [德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第15页。

② 参见劳东燕:《风险社会与变动中的刑法理论》,《中外法学》2014年第1期。

③ 张明楷:《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,《法商研究》2011年第5期。

④ 陈兴良:《风险刑法理论的法教义学批判》,《中外法学》2014年第1期。

⑤ 参见林嘉:《论法治国家目标与社会保障法制化》,《中国人民大学学报》2002年第2期。

⑥ 梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,《法学研究》2017年第1期。

⑦ 参见钟国瑞:《行政法与刑事法的交错——以处理醉酒驾车行为为中心》,台湾“中央警察大学”法律学研究所2002年版,第52~53页。

⑧ 参见姜涛:《经济新常态与经济刑法体系创新》,《法学》2016年第7期。

张非刑罚手段适用的优先性。如果一个问题能运用非刑罚手段解决,那么就没有必要动用刑罚手段去解决,从而在立法层面把行政处罚优先以规范的形式予以确认,只有当这些行政处罚手段失效以后,才能动用刑罚手段。

1. 刑罚阻却事由的理论定位

从犯罪论的角度看,刑罚阻却事由意味着行为人的行为具有应罚性,即行为具有构成要件该当性、违法性及有责性但欠缺刑罚处罚的必要性,就以此方式免除其刑事责任。

刑罚阻却事由属于刑法中的“附条件”免责事由,即以行为人自愿接受行政处罚为前提,相反,若行政处罚不被遵守或失效时,则需要追究行为人的刑事责任,因而体现了行政优先、刑罚节制、人权保障等法治理念。从立法实践看,刑罚处罚阻却事由首次体现在1997年《刑法》第201条有关逃税罪的规定之中。1997年《刑法》对逃税罪(偷税罪)采取有罪必追究刑事责任的模式。逃税罪被认为是重罪,因为其侵害的是国家的税收秩序,而税收是公共财政的来源。《中华人民共和国刑法修正案(七)》(以下简称《修七》)改变了逃税罪追究刑事责任的模式,把逃税人接受行政处罚作为追究其刑事责任的前置程序,并以追究刑事责任确保行政处罚的顺利执行,因而是一种行政处罚前置、刑事责任追究保障的犯罪模式,也是一种“效力待定”的犯罪模式。

从目前学界对逃税罪的研究看,《修七》对逃税罪的修正体现了立法者在处理刑、行交叉问题时的智慧,即把接受行政意义上的处理(自愿补缴税款、滞纳金并接受行政处罚)作为不追究行为人刑事责任的条件,该条件在法教义学上可解释为刑法上的刑罚阻却事由。正确认识刑罚阻却事由需要特别注意以下两点:(1)刑罚阻却事由的设置取决于刑事政策上的后果考察,即设置刑罚阻却事由比不设置刑罚阻却事由会带来更好的效果;(2)刑罚阻却事由与个罪的构成要件无关,是立足于比例原则或刑事政策意义上处罚的必要性,在明确“应否负刑事责任”的基础上,对“是否需要负刑事责任”的判断。然而,单纯对逃税罪的构成要件进行法教义学解读的意义十分有限,因为立法者已经明确规定逃税罪被追究刑事责任的条件。从立法论上思考刑罚阻却事由有无扩大适用必要性的可行路径,才是法学研究者应当重点关注的问题。因为这种新的犯罪立法模式是我国立法者具有突破性的创新,堪称我国刑法立法对全球刑法立法的一重大贡献。

刑罚阻却事由立足于应罚性(有责)与需罚性(追责)的区分,强调需罚性对责任的限制:首先,它把刑罚目的与责任论关联起来,为责任论注入需罚性的基因。从中外学者有关犯罪与刑罚关系的讨论看,国内学者仍是立足于刑法体系内部犯罪与刑罚的关系进行讨论的,主张将刑罚种类作为判断犯罪的标准,进而为正确区分犯罪与违法行为提供具有可操作性的标准;外国学者则立足于刑法体系与刑事政策、应罚性与需罚性的关系,把刑事政策(刑罚目的)上预防的必要性或宪法意义上的比例原则等作为判断需罚性的标准,为区分“有责”与“追责”提供具有可操作性的标准。例如,德国学者克劳斯·罗克辛指出:“当我们揭开纯‘罪责’论断这种刑法专业问题的面纱后,我们也肯定能够看到,特殊预防和一般预防的立法衡量就反映着这种(刑罚目的理论的)要求”。^①从后果考察方面看,刑罚目的之实现应当坚持效果最佳标准,并借助立法实证进行客观评估,^②如果行政处罚带来的效果比刑罚带来的效果更优或相同,那么就需要设置处罚阻却事由,激励行为人自愿与国家合作(当前力倡的认罪认罚从宽制度就体现了这一点)。其次,它让刑事责任的实现方式二分,即以犯罪追究刑事责任与以附条件的行政处罚等替代刑事责任,有应罚性基础后,仍需在行为人合作、行政处罚、刑事处罚等关联中开辟一个开放的“场域”,由行为人基于自由意志进行选择,并依据行为人选择的结果进行不同的处理。如果满足刑罚阻却事由的要件,那么便不具有需罚性,不需要追究刑事责任。最后,刑事责任真正被区分为刑罚方式与非刑罚方式,且两种方式之间互为条件但相

① [德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第26卷),北京大学出版社2010年版,第280页。

② 参见姜涛:《论后果考察理论在刑事立法中的适用》,《法商研究》2012年第5期。

互拒斥,一方的存在必定否定另一方的存在。这既有利于有效解决增设抽象危险犯带来的刑、行交叉问题,又把学界主张的“需罚性”蕴藏其中,并以刑法明文规定的形式出现在人们的视野中。

2. 刑罚阻却事由的变革意义

刑法增设抽象危险犯,强调侵害法益的危险具有可罚性,在于预防危险行为的“破窗效应”,即若对较小的违法行为不予干预,则其会发展成为犯罪;若对轻罪不予干预,则其会发展成为重罪,后果不堪设想。但是,这种干预会带来刑法风险——为实现社会保护目的而过度干预自由,并且这种干预的必要性也没有相应的立法实证资料佐证。要缓解这种紧张关系就需要进行立法创新:面对刑、行交叉问题,从立法上把行政处罚置于比刑事处罚更优先的位置,如果行政处罚能够实现法益恢复的效果,那么就没有必要动用刑罚。只有当行政处罚不起作用时,刑罚处罚才有启动的必要。这也是立法者设置刑罚阻却事由带来的新变化,具有重要的变革意义。

其一,设置刑罚阻却事由符合刑事政策理性。在刑事政策的视野中,增设抽象危险犯虽然有利于实现“防患于未然”的政策目标,有利于及时干预行为人的行为,维护社会安全,避免法益由受到威胁发展到受到实际损害,但是却带来过度干预自由的重大风险。自由与安全并非此消彼长的关系,如能构建兼顾社会保护与人权保障的个罪模式,那将更符合刑事政策理性。刑罚处罚阻却事由与犯罪成立意义上的构成要件符合性、违法性及有责性无关,但可以根据行为人事后的行为区分不同的情况进行处理:一是符合“法定条件”的,不追究刑事责任。这有利于防范刑法扩张的风险。二是不符合“法定条件”的,则需要追究刑事责任。这有利于维护社会安全。这种所附“条件”成就与否,既取决于行为人事前制造风险的行为,又取决于行为人事后弥补损害的努力,因此既实现了处罚上的宽严有度,又体现了刑事政策理性。

其二,设置刑罚阻却事由体现了罪后合作的价值。罪后合作是行为人犯罪后以自我的努力实现法益恢复的行动。由于其作为责任折抵的方式,具有重要的激励效应,符合比例原则的要求,因此会带来犯罪赦免的效果。罪后合作不是基于报应,而是立足于恢复,需要在应罚性基础上判断需罚性,当行为人的行为具有应罚性而欠缺需罚性时,就不再追究其刑事责任,故其与目的理性的犯罪论体系具有高度的契合性。^① 罪后合作之目的在于恢复法益,亦即使法益保护恢复到犯罪前的状态,因而具有出罪理由。^② 同时,罪后合作意味着刑事责任的层面划分及其实现方式的转变:将刑事责任区分为“符合积极条件即追究刑事责任的情形”与“符合消极条件即不追究刑事责任的情形”。前者是指在具有构成要件符合性、违法性及有责性的基础时就需要追究刑事责任,后者意味着在具有构成要件符合性、违法性及有责性的基础时尚需判断行为人是否具有罪后合作的努力及成效。如果存在罪后合作的努力及成效,那么就不需要追究行为人的刑事责任。

其三,设置刑罚阻却事由体现了刑法的谦抑性。现代法治的核心要义是良法。“立善法于天下,则天下治;立善法于一国,则一国治。”^③ 刑法立法是否良法,关键要看立法体系是否固守刑法的边界,体现刑法的谦抑性。刑法属于司法法,以刑罚方法追究行为人的刑事责任,需要耗费巨大的司法成本,且有再犯风险。这也决定了刑法意义上的犯罪追究应具有最后性。若采用其他手段可以有效解决经济或治安领域发生的冲突,且能够确定采用该手段具有与采用刑罚手段相同或更低的成本时,则完全没有必要将某种行为犯罪化。在抽象危险犯中设置刑罚阻却事由,明确规定行政处罚优先,自然是一种确保刑法谦抑性的模式创新。

其四,设置刑罚阻却事由有利于合理解决抽象危险犯的法教义学难题。如前所述,抽象危险犯的法教义学难题在于难以处理刑、行交叉问题。一般认为,刑法与行政法保护的法益不同,这种区别体现在行政不法与刑事不法的区分当中。“违法一元论”“违法二元论”“违法相对性论”“质的差异论”“量的差异论”及

① 参见姜涛:《刑法中的犯罪合作模式及其适用范围》,《政治与法律》2018年第2期。

② 参见庄绪龙:《“法益恢复”的出罪价值与制度设计》,《检察日报》2018年1月18日。

③ 王安石:《临川先生文集》,中华书局1959年版,第678页。

“质量差异论”等与此相关。值得注意的是,立法的混淆虽然可以为法教义学的发展提供机会,但是法教义学的发展并不必然有助于上述问题的解决。要合理区分刑法与行政法的界限,尚须寻找立法上的解答方案,即在个罪中设置刑罚阻却事由,不再区分刑事不法与行政不法,首先以行政不法为基础追究行政责任,当行政处罚的防线崩溃后,再由刑事处罚充当第二道防线,从而完全避开刑事不法与行政不法难以区分的难题,并且,立足于刑法的谦抑性强化行政处罚的前置性,更有利于摆脱增设抽象危险犯带来的法教义学困境。

3. 刑罚阻却事由的适用范围

随着立法的积极行动,以刑法控制风险成为刑法立法的重任,可以预料的是,刑法中的抽象危险犯还会不断增加。刑法立法增设抽象危险犯的目的在于控制风险,但这又会带来人权保障不力的消极后果。如果设置刑罚阻却事由,以行政处罚与刑事处罚之间的衔接与合力,把行政处罚置于比刑事处罚优先的位置,那么既能以行政处罚与刑事处罚的合力控制风险,又因行政处罚优先可以降低侵犯行为人人权的风险,因而是一种最优的犯罪立法模式,具有重大的推广价值。例如,就生产、销售假药行为来说,刑法立法可以将刑罚阻却事由的条款设置为:如自行消除生产或销售假药带来的风险,并自愿接受行政处罚的,可以不追究刑事责任。又如,有关污染环境罪的刑罚阻却事由条款可设置为:自行完成生态修复任务,并自愿接受行政处罚的,可以不追究刑事责任。

上述理论主张可以转换为具体的条文规定,对此,可以生产、销售假药罪为例来进行条款的设置,立法者可以在法条中规定:“行为人生产、销售假药后自愿接受行政处罚并自行消除风险的,可以不追究刑事责任,但行为人生产、销售假药被处罚后又生产、销售假药或生产、销售假药给人体健康造成损害或具有高度损害风险的除外”。显然,这一规定立足于刑罚阻却事由,把行为人在行政执法中的合作行为作为入罪判断的客观条件,既解决了法教义学上行政不法与刑事不法难以区分的难题,又消除了增设抽象危险犯带来的刑法风险,并且这还是一种维护社会保护与人权保障间平衡的法治模式,可以在行政犯的立法中推广。

当然,给抽象危险犯增设刑罚阻却事由亦有适用限制,原则上只能适用于行政犯,而不能扩大适用于自然犯。自然犯的刑事追究与刑法的道德性相关,涉及公众情感问题,如果司法处理不公,那么被害人或被害人的家属往往会大闹法庭,因为这些犯罪与公民的生命权、健康权、性自主权、财产权等密切相关。相反,行政犯的责任承担虽然也与刑法的道德性有关,但是主要属于刑法政治性的范畴,即国家基于行政管理或国家治理的需要而将某种行为规定为犯罪,而这其中必然包含效果最大化的功利考量问题,利弊评判或利益衡量意义上的后果考察不可避免。如果在个罪构成要件中增设刑罚阻却事由,通过立法实证能够带来利大于弊的后果,那么这种增设就具有正当性。

如前所述,逃税罪中的刑罚阻却事由是适用于结果犯的情形,如果将其扩大适用于抽象危险犯,那么可以激励行为人自行消除危险,以免从侵害法益的危险发展到出现侵害法益的结果。但是,刑罚阻却事由并不适用于抽象危险犯的结果加重犯,如生产、销售假药罪的刑罚阻却事由并不适用于已造成法益实害的情况,因为假药的流通会损害患者的生命权、健康权等,如果行为人实施生产、销售假药的行为已造成人员伤亡或具有造成人员伤亡的高度风险,那么就不能适用刑罚阻却事由。

也许有学者会质疑,抽象危险犯以抽象的、拟制的风险为入罪标准,刑罚阻却事由的设置与犯罪认定标准之间存在冲突。笔者认为,这种质疑仍是站在传统犯罪论的基础上提出的,并没有考虑到当前增设抽象危险犯的实质理由。一方面,我国法律体系与德、日等国家的法律体系不同,刑法与行政法规制的行为之间是一种包容关系,两者间不是质的差异,而是量的差异。但是,随着抽象危险犯的增加,两者之间量的差异也随之消失,从而带来刑、行交叉问题,进而带来“立法者会打着保护集体法益的旗号而一味地牺牲个体的利益”^①的担忧。这种担忧是客观存在的,以增设抽象危险犯来加强对集体法益的保护,是近年来立法者采取的主要犯罪立法模式,而这会导致刑法保护早期化、抽象化、膨胀化,也是社会治理过度刑法化的

① 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。

体现。另一方面,立法者增设抽象危险犯旨在强化民众对制度的忠诚,即随着国家对社会生活的介入面越来越广,经济、保险、教育、医疗、卫生、环保、安全等都成为社会与国家制度中需要保护的重要利益。要发挥国家保障公民福祉的作用,就必须先依据法律确立经济、政治、文化、教育等各种制度,并通过对违法、犯罪的追究来确保国家机构的运作畅通无阻,不被任意破坏,否则就无法完成国家的任务。对此,我们需要改变以往“行为实施完毕犯罪即宣告成立”的传统观点,转向以“行为人犯罪后的努力”为标准来评判是否需要追究行为人的刑事责任。从立法实践看,除有逃税罪立法的支撑外,司法解释有关“受贿后及时上交或退还”的规定亦是佐证。立法者设立受贿罪保护的法益是民众对廉洁制度的信任,“受贿后及时上交或退还”财产意味着行为人以自身的努力恢复了这种信任,因而具有不被追究刑事责任的基础。就此而言,行为人实施具有制造危险的行为本身具有可罚性,但若行为人能够及时消除这种危险,使社会制度或社会秩序恢复到被破坏之前的状态,则意味着这种危险已经消除,并不具有需罚性。毕竟,抽象危险犯制造的危险距离实害尚有距离,如假药流入市场尚未销售虽有危险,但这种危险变成实害尚需时日;如污染环境,若行为人此时能够及时消除危险并接受行政处罚,则不具有动用刑罚处罚的必要性。

主张在抽象危险犯中设置刑罚阻却事由,会给刑法立法带来结构性的变化:一方面,它立足于法秩序一致性的基本要求,对刑事不法与行政不法在“所附条件”的成就与否判断中“变换着身姿”,激励着行为人在造成侵害法益的危险后能够以自身的努力去消除这种风险,有利于实现保护法益的目标;另一方面,刑罚阻却事由把刑事不法与行政不法放在一个动态的犯罪后的实践中予以区分,从而改变了以往犯罪认定中“非此即彼”的绝对思维,刑事处罚取决于行为人的态度和行动。这种结构性的变革来源于关于逃税罪的试验性立法,虽然逃税罪并不是抽象危险犯,但是其刑罚阻却事由的设置对合理限制抽象危险犯具有借鉴的意义。毕竟,抽象危险犯带来的危险属于一般性的危险,若行为人能够及时消除该危险,则其可罚性基础随之丧失。

我国刑法学经过40年的发展,从借鉴苏联刑法学理论到移植德、日等国的刑法学理论,已打下较好的根基,也为新时代建构中国特色刑法学话语体系奠定了基础。就此而言,我们尚须思考什么是中国刑法对世界刑法的贡献。合理限制抽象危险犯是一个常新的法学话题,德、日等国的刑法学理论已逐渐成熟,国内学者很难在法教义学上有所创新和突破。相反,目前我国刑法立法正处于空前活跃期,随着转型时期社会矛盾的骤增,刑法预防与控制风险就成为立法者大量增设抽象危险犯的“理由”,由此带来法益保护前置化与抽象化的问题。然而,控制风险带来的刑法扩张也使刑法自身成为风险。如何在控制风险与保障人权之间寻求一个平衡点?在抽象危险犯中增设刑罚阻却事由就是一项更优的立法选择,有助于从根本上解决刑、行交叉带来的法域冲突问题。因此,本文的结论是:刑法立法增设抽象危险犯时,可借鉴刑法关于逃税罪的规定增设刑罚阻却事由,把行政处罚置于更加优先考量的地位。

责任编辑 田国宝