

法定犯与行政犯的源流、体系地位与行刑界分

陈金林

【摘要】在思想渊源上,法定犯的本质常与实定法的禁止联系在一起,行政犯则与警察秩序、行政不服从等具有密切的关联。这两个常被等同的概念所对应的犯罪,在制度中不断膨胀。但有关其界定的观点,多与当今的犯罪本质观法益侵害说或伤害原则脱离,由此造成这类犯罪划分既无规范意义,又隐含着被滥用的危险。以这类犯罪间接威胁的最终利益作为法益,以抽象危险犯的限制工具限制其成立范围,有助于妥当划定法定犯与行政犯的范围,为它们与典型犯罪以及行政不法的区分找到合理标准。

【关键词】法定犯;行政犯;法益;构成要件类型;抽象危险犯

【作者简介】陈金林,武汉大学法学院副教授,武汉大学经济犯罪研究所所长。

【原文出处】《中国刑事法杂志》(京),2018.5.25~42

【基金项目】本文系作者主持的2015年度国家社科基金青年项目“97刑法以来刑事立法理由的实证分析与反思”(项目编号:15CFX024)的阶段性成果。

一、引言

十多年以前,储槐植教授就曾指出:“法定犯时代已经到来。”^①法定犯在立法和司法层面与日俱增,但在理论上,有关法定犯的基本问题,从它与行政犯的界分,^②到这两个常被等同使用概念的法益、与自然犯或刑事犯以及行政违法的区别等,^③都有进一步探索的空间。当前,法定犯与行政犯既缺乏明确的边界,也没有确定的实质内容。对法益造成的实害或危险是犯罪的本质,法益保护是刑法的目的,^④没有妥当法益指引的法定犯或行政犯概念,存在被滥用的风险。一旦不能通过法益明确界分自然犯与法定犯、行政犯与刑事犯,则可能将仅适用于法定犯或行政犯的条件用来限制自然犯或刑事犯的成立,或让法定犯与行政犯适用自然犯与刑事犯的规则;同样,法定犯、行政犯与行政违法之间的混淆,可能让行政违法通过法定犯渗透到犯罪领域,或者相反,让法定犯或行政犯被当成行政违法处理。

为了避免前述风险,有必要回顾法定犯的思想流变与制度体现,结合法定犯与行政犯在当今刑法

体系中的存在意义,对其进行适当的定位,并以此为指导观念,划定法定犯、行政犯与典型犯罪之间的界限,确立与法定犯和行政犯相关的行刑界分的一般原理,并得出最终的结论。

二、法定犯与行政犯的思想流变与制度体现

(一)法定犯与行政犯的思想源流

1. 法定犯的思想源流

自然犯与法定犯的区分可追溯至古罗马法。古罗马法将犯罪区分为“自身恶”(mala in se)与“禁止恶”(mala prohibita)两类,分别对应于自然犯和法定犯。^⑤在语文学层面分析,“自身恶”的本质,也即“恶”,先于制定法而存在,与其是否被制定法所禁止无关;它在制定法上的犯罪化,仅仅是对其已经先于制定法而存在的“恶”的认可和宣告。与此相反,法定犯的“恶”依赖于它在实定法上被禁止这一事实。^⑥在语源学意义上,自然犯与法定犯区分关键在于作为犯罪实质内容的“不法”(wrongfulness)来源不同。如果行为的不法来源于制定法本身,就属于法定犯;如果其不法来源于先于制定法的某种源头,则

应属于自然犯。虽然从字面上看,自然犯的不法应源自“自身”(in se),但实质上,不同学者还是在行为之外去寻找不法的源头。

1496年,英格兰首席大法官 John Fineux 爵士在论及有关王室豁免权(dispensing power of the crown)^⑦的适用范围时,第一次将自然犯和法定犯的区别引入了司法实践。在该判决之前,英格兰的司法实践认为王室豁免权不能适用于普通法上的犯罪,因为这类犯罪违反了理性(reason)。John Fineux 爵士将其向前推进了一步,认为所有违反永恒法(eternal law)的犯罪,也即自然犯(mala in se),都在王室豁免权的范围之外。所谓“永恒法”,也不时被称为“理性法”(law of reason)、“自然法”(law of nature)或“上帝法”(law of God)。这样,由教会法院所审理的针对宗教与教会的犯罪,也在王室豁免权的范围之外了。与此相对的是为了王室自己的方便而设置的犯罪,即法定犯(mala prohibita)。^⑧

加罗法洛被认为是将自然犯和法定犯的区别提高到理论层面的第一人。他在其名著《犯罪学》中提出,自然犯的不法内容在于犯罪侵犯了普遍为人们所有的道德感,因此属于社会学研究的范围;而法定犯与特定国家的特定环境有关,与“社会进化几乎普遍为人们提供的道德感”无关。^⑨如今,自然犯与法定犯的通行概念,仍受加罗法洛的影响,以是否涉及社会伦理道德作为判准,违反社会伦理的犯罪被认为是自然犯;本来不违反社会伦理,仅因法律规定而被认定为犯罪者,是法定犯。^⑩

在自然犯与法定犯的思想流变过程中,自然犯的不法来源因为刑法的世俗化而越来越窄,宗教、纯粹的道德逐渐被剔除,伤害原则成了犯罪化的主要标准。^⑪而法定犯的不法来源,似乎完全游离在这种体系之外,从“禁止恶”的词源到如今通常的定义,都认为其不法的实质内容仅在于它被国家权威规定为犯罪。甚至在与法定犯对照时,自然犯这类处于刑法核心领域的犯罪,也并未被置于伤害原则之下加以解释,而是选用了在实质犯罪概念领域几乎弃而不用“社会道德伦理”作为判准。

因此,即便不考虑道德伦理作为自然犯和法定犯区分标准的操作性问题,这种区分模式也隐藏着

一种危险,即让法定犯单纯依赖于实定法的禁止这一事实,脱离犯罪化的规范限制,从而埋下过度犯罪化的隐患。

2. 行政犯的思想源流

行政犯是源自德国法传统的概念。不少国内学者认为法定犯和行政犯完全或大体上相同。^⑫行政犯大体上可以追溯至两种不同的犯罪分类方式:

一是根据罪的轻重进行划分。这种划分可追溯至中世纪德意志法中将可罚行为分为“重案”(causae majores)和“轻案”(causae minores)的传统。其中,前者可能被判处绞刑或剃手,后者则只会被判处皮肤刺字或剃发等不太严酷或有关市民身份的刑罚。后来,在重案中逐渐被分化出来一种中间阶层。自17世纪开始,以Carpzov为典型代表的萨克森法学派开始采用三分法,也即从严重的犯罪中区分出了较残酷的犯罪(atrociora crimina)和极其严酷的犯罪(atrocissima crimina)。这一分类方式,被1768年的奥地利立法和1751年的巴伐利亚立法所采用。19世纪的立法,在很大程度上受法国拿破仑1791年刑法典的影响,根据被科处的刑罚的轻重,将犯罪分为重罪、轻罪和违警罪。这种三分法经由1813年巴伐利亚刑法典和1851年普鲁士刑法典,最终为1871年帝国刑法典所采纳,只不过其分类标准是法定刑而非宣告刑。^⑬与这类分类方式相关的,是根据立法或执行的权限来确立分类的标准。在这种分类标准之下,行政犯要么是根据委托立法而规定的罪,要么是因为处刑权归属于行政法院或行政机关。这样一来,行政犯和英美法系的法定犯就殊途同归了,因为在英美法系,法定犯的本质也在于行政权力(王室)的禁止。当然,这种区分也是形式上的,而且,与其说它是一种区分标准,不如说它是一种犯罪划分后的法律后果。

二是基于启蒙运动时期理论界所代表的进路,将犯罪区分为违警罪、针对自然权利的重罪和针对国家契约创制权利(如财产)的轻罪。^⑭这种划分中的轻罪与重罪,是以实质内容作为标准的分类,且尤其考虑了不法内容与制定法(国家契约)构造之间的关系,这与前述法定犯与自然犯的区分具有相似之处。至于违警罪,也有按照定性的方式进行理解的

可能性。与此相关的“警察”的概念,可以回溯至1530年罗马神圣帝国帝国议会颁布并于1548年和1577年两次修订和增补的帝国警察秩序。它涵盖了所有旨在维护内部良好秩序的国家行为,这种广义的警察概念,既能对应在量上轻微的违警罪(Übertretung),也包括了一系列与“秩序”相关的严重刑事犯罪,这些犯罪是加洛林纳刑法典的补充。^⑮费尔巴哈为此提出了“警察犯”(Polizeidelikt)的概念。宾丁则在此基础上将犯罪分为实害犯、危险犯和不服从犯(Ungehorsamsdelikte)三类,并认为单纯的不服从与危险具有质的区别,在这种类型的犯罪中,危险只是处罚的动机。^⑯李斯特认为其中的不服从犯即警察不法(polizeiliches Unrecht)。^⑰

警察犯发展到了被誉为行政刑法之父的James Goldschmidt这里,获得了一个新的学理发展方向,即行政犯,以及与此相对应并与司法刑法相对立的行政刑法。根据Goldschmidt的观点,行政违反(Verwaltungswidrigkeit)是指“不支持旨在提升公共或国家幸福的国家行政”,它并不违法(rechtswidrig),只具有行政违反(Verwaltungswidrig)的属性。犯罪除了呈现出形式上的违法性之外,还具有实质上的要素,即法益侵犯;而行政犯仅有形式的层面,即行政违反或者行政规范违反。因此,行政犯并没有造成现实的损害,只是导致期得的利益没有出现。^⑱行政犯仅侵犯了公共秩序(öffentliche Ordnung),这种公共秩序并非法益。因此,行政违法并没有侵犯法条(Rechtssatz)所表达出来的意思表示(Willenserklärung),而只是侵犯了其执行(Willensbetätigung)。按照Goldschmidt的设想,行政刑法应该独立于司法刑法,从刑法典中分离出来,并在程序上归行政法院管辖。在实定法意义上,Goldschmidt认为行政犯是指当时通过行政程序解决的犯罪,具体包括邮政犯、金融犯和警察犯。^⑲

(二)法定犯与行政犯在制度层面的体现

1. 法定犯在制度层面的体现

制度层面的法定犯,古已有之,与其思想萌芽是同步的。但其大面积膨胀,是在19世纪中叶。其具体体现是规制型犯罪(regulatory criminal offences)的显著扩张,根本原因在于维多利亚时期的政府患上的被称为“监管热”(inspection fever)的毛病。^⑳伴随

这种监管的,是一系列围绕特定监管部门或行业制定的规范,对这些规范的违反,可能构成犯罪。这些犯罪,欠缺传统犯罪的核心要素——道德上的不法。不过,在面对这些犯罪时,当时的学者更注重的是程序驱动(processdriven)的犯罪概念,据此,刑法是一种凯尔森意义上的规范意义领域,而规范又是能够被政府或其官僚代理机构填入任何内容的空壳。因此,只要一些关键性的程序要件得到满足,这个领域就被认为是有意義的。^㉑此后,借作为法定犯的下位概念福利犯(public welfare offenses),法定犯在福利国家时代进一步迅速增加。^㉒

2. 行政犯在制度层面的体现

在制度层面,行政犯也是德国罪名的主要增长点。在由行政犯作为主要内容的附属刑法领域,自1871年以来,罪名大幅度增加。至第一次世界大战之前,附属刑法已经全面涵盖了如下范畴:著作权、专利、实用新型、商标、竞争法等领域,财产,公共安全犯罪,对外防御与移民事务,新闻与结社事务,安全与家庭、伦理事务,经济事务,社会事务,铁路、航空与信息事务,金融事务,军事与殖民事务。这种制度层面的变化,根本性的原因在于19世纪最后三十多年逐渐流行起来的国家干涉主义。1873年,德国经历了银行和股市的大崩溃,造成了长达三十年的经济萧条,由此引发了从自由主义“守夜人国家”到社会性干预国家的转变。^㉓“一战”开始之前,德国专门为战争而预先制定了刑法规范“箱底法”(Schubladengesetze),授予了德国联邦参议院随时就本法未涵盖的内容颁布法律命令的权限。战争爆发四天后颁布的“授权法”(Ermächtigungsgesetz)授予了参议院“规定任何对弥补经济损失有必要的措施”的权限,而这里的“经济”概念又无限制地被滥用。这样,就形成了行政犯在制度层面膨胀的又一通道。^㉔这种膨胀一直延续到二战期间。自20世纪60年代末开始,很多违警罪就逐渐转变为轻罪或者秩序违反行为,也有部分行为被完全非犯罪化了。1974年,德国废除了刑法典中的违警罪这一分类,完全以秩序违反法应对轻微的违法行为。但行政犯所对应的犯罪范畴,仍在通过附属刑法以及秩序违反法继续增加。

(三)小结

通过前述回顾可知,围绕法定犯和行政犯,形成了让人左右为难的局面。一方面,其在制度上的大量存在和膨胀是一种不可否认且不得不面对的事实。另一方面,就其本质、存在范围等,并没有形成具有充分说服力的结论。法定犯和行政犯的存在,似乎在刻意回避犯罪的实质根据。正如法定犯没有与英美法系犯罪化的实质标准——伤害原则联系起来,围绕行政犯的讨论,似乎也在刻意回避作为德国刑法犯罪化的实质标准——法益。甚至,法定犯和行政犯在某种程度上被刻意用来“庇护”那些无法通过犯罪化实质标准的犯罪,为单纯满足某些形式要件的实定刑法提供存在的空间。例如基于王权方便制定的立法、行政机关受委托制定的刑事立法、维护行政不服从的刑法规范、仅在程序上满足要求的刑事立法等。法益理论的漫长发展历史中,也有将行政犯作为法益限制避难所的现象。例如,费尔巴哈和宾丁都将用权利侵害说或法益理论难以解释的犯罪放入了违警罪或警察轻罪这些概念中。^⑤

这会让法定犯或行政犯存在的正当性受到质疑。^⑥但既然它在立法层面大量存在,又不能对其视而不见。更具现实意义的态度是,先分析究竟有哪些有实践价值的问题有赖于这对概念去解决。

三、法定犯与行政犯的存在意义及其妥当定位

(一)法定犯与行政犯存在的意义分析

1. 解决违法性认识错误的问题

法定犯常与违法性认识错误联系在一起,^⑦这主要是因为法定犯和自然犯区分的标准之一在于它是否与道德伦理相关,而行为的道德伦理意义又被当作认识违法性的重要渠道。也正是为了维持法定犯在违法性认识层面的意义,“是否违反道德伦理”这一区分标准被认为仍具有一定的意义。^⑧

不过,法定犯与自然犯的区分,与违法性认识错误之间仅具有一定的关联性,仅凭法定犯或自然犯的概念本身,还不足以得出违法性认识错误是否存在的结论。典型的自然犯,也可能会面临违法性认识错误问题,例如强奸罪(婚内强奸)。反过来,典型的法定犯,也可能并不会面临违法性认识错误的难题,例如危险驾驶罪。“自然犯具有违法性意识”“法

定犯不具有违法性意识”这两个命题并非必然为真,只是为真的概率可能更高而已。个案中的行为人是否具有违法性的意识,不能交由法定犯与自然犯这种既不明确(何为道德伦理?),又取决于特定时空乃至行为人主观认知的抽象划分,^⑨而是应该结合行为人以及行为的具体情况,根据违法性意识的判断体系得出结论。用自然犯和法定犯的分类解决违法性意识的问题,实际上是将原本具有可操作性的违法性意识可能性判断,换成一套不具有操作可能性的模糊标准,可谓南辕北辙。

2. 法定犯与行政犯的行政从属性问题

因为法定犯与行政犯多以行为违反刑法之外的法律规范(多为行政法律规范)为前提,其不法依赖于这种实定法的规定。从这里可以推导出法定犯与行政犯的“行政从属性”。^⑩不过,这也并不需要借助于法定犯或行政犯的概念。违反该犯罪所处特殊领域的规定,往往是相应犯罪的构成要件要素之一,根据罪刑法定原则,成立这类犯罪应以违反相应的管理法规为必要条件。因此,决定性的是规定相应犯罪的法条有否将违反相应的法律规定作为罪状进行表述,而不是看该罪在分类上是否属于法定犯或行政犯。否则,同样是将一个原本简单明了的问题转化为一个具有高度复杂性同时又不明确的问题。

3. 法定犯与行政犯作为轻微的违法或犯罪

在行政犯发展的历史上,作为其发展阶段之一的违警罪与重罪或轻罪的不同,主要在于其对应的法定刑的不同,由此可以反推其违法程度较轻。但这种单纯的量上的区分,并无本质上的意义。李斯特就曾指出:“这种区分的意义仅在于为立法者提供一种表达上的方便。”^⑪当然,如果以违法程度较低为基础,主张降低其立法或执法的程序要求,认为这类犯罪可以由行政委托立法或行政主体作出制裁决定,则这种区分可能直接对应着不同的法律后果。不过,也完全没有必要为此创立法定犯或行政犯这类概念,犯罪与行政违法、刑罚与行政处罚这些术语,已经足以完成这一使命。

4. 法定犯与行政犯的概念所蕴含的危险

尽管法定犯或行政犯的概念并未体现出积极的意义,但这两个概念却蕴含着必须高度警惕的危险:

由于这两个概念既广泛地存在于实定法中,又未能被赋予明确的实质内容,就完全可能成为犯罪泛化的突破口,那些无法满足犯罪实质要件的行为,只要能满足法定犯或行政犯的模糊要求,就能将自己上升为犯罪。对这种危险的警惕,远比前述理论设定更具现实价值,甚至比法定犯或行政犯本身的界定都更具意义,因为即便其外延和内涵不清晰,甚至认为它们只是一种具有某种外观的刑事立法现象的集合,也不妨碍它们被滥用或误用的危险,正如牵连犯一样。

要防止这种危险,就不能陷入这两个概念所呈现出来的外观中,而应回到它们作为一种犯罪所呈现出来的本质之上。这也正是以 Ashworth 为代表的“回归根本运动”(back-to-basics campaign)所提倡的,其核心追求就是为犯罪寻找一种实质的违法性(substantial wrongdoing)。^⑧当前,分析犯罪本质的主要工具是法益,就应以法益作为确立和衡量法定犯与行政犯的唯一尺度。因此,首先应排除与法益无关的法定犯与行政犯的“犯罪”属性。

(二)与法益无关的法定犯与行政犯

尽管并非所有现存的法定犯或行政犯都与法益无关,但至少从法定犯与行政犯的界定方式上看,它可能囊括跟法益无关的犯罪。

1. 不存在单单因为规定而成立的法定“犯”

在今天的语境下,刑法除了满足形式上的要求之外,还得符合一定的实质标准。因此,犯罪也应当满足实质要件,即法益侵犯。与法益没有充分关联性的纯粹的形式犯,不符合犯罪最低的实质要件,不当被视为犯罪,也不应当被当作法定“犯”。因此,应抛弃“法定犯是指单纯因为被实定法禁止而成立的犯罪”这种观念。Green 指出,如果在这种意义上理解法定犯,就不会有法定犯,即便它存在,也无法通过司法审查(judicial scrutiny)。^⑨

2. 纯粹的行政不服从不足以构成行政“犯”

纯粹的“行政不服从”本身并非法益。^⑩因此,如果一个行为除了不服从行政管理之外,并未呈现出与法益之间的充分关联,该行为也只能构成违反秩序的行为,只能成为我国法律框架内的行政违法,而不能成为犯罪,当然也就不构成行政“犯”。

其实,尽管宾丁将不服从犯作为犯罪的一种类型,但他也指出,在不服从犯中,危险(只)是处罚的动机。^⑪这实际上就超越了单纯的行政不服从,而具有了现代意义上的抽象危险犯的属性。Robert von Hippel 认为单纯的不服从与危险并无本质区别,只是其危险程度更低,只有在同类行为大量实施的情形下,才会构成严重的威胁,Robert von Hippel 因此将其归类为抽象的危险。他认为,惩罚不包含法益危险的纯粹不服从,是刑法失控的表现。^⑫

以历史的视角观察,法定犯或行政犯的界定方式在其所处时代未必不能被接受。在王权时代,行政权被保留制定或赦免某些犯罪的权限,符合时代的特征;在形式法治国的时代,制定法足以成为创制犯罪的充分理由;在集权时代,不服从管理就足以构成犯罪。但在今天的制度框架下谈论作为犯罪的法定犯或行政犯,就不能仍将其建立在已经完全过时的思想根源之上,而是必须满足当前犯罪化的实质要件——法益侵犯。

(三)法益论视角下的法定犯与行政犯

1. 以法益解释法定犯与行政犯的学理尝试

当前,有不少学者尝试以法益来确定法定犯或行政犯的本质,其基本思路有如下两种:

第一种思路尝试将管理制度、秩序或管理活动作为法益,并以这种法益解释法定犯或行政犯。^⑬德国刑法学家耶塞克、魏根特将“有序的行政活动”(geordnete Verwaltungstätigkeit)纳入现代福利国家所保护的法益范畴,并以此解释行政犯。^⑭Welzel 甚至认为,国家的行政、处理、保障活动形成了一种独立的保护客体,并受刑法的维护。^⑮但管理制度、秩序本身都不足以作为法益,执行管理制度的管理活动本身也不足以作为支撑整个法定犯或行政犯的法益。

所谓“制度”,即要求成员共同遵守的规章或准则;所谓“秩序”,是指整齐而有条理的状况,即管理制度被遵守的状况。因此,对管理制度或秩序这种法益的侵犯,本质上是对服从义务的违反。^⑯这种法益会让“法益侵害”和“规范违反”这种对立面走向融合,彻底让法益丧失边界;同时,它也没有超出“行政不服从”的范畴,只不过给这种不服从贴上了“法益”的标签。而这种贴标签的做法,完全不符合法益追

问刑罚权正当化根据的特质,它只是在以行政管理这种权力回答刑事处罚权的正当性,也即以权力正当化权力,这显然只是在转移问题,而没有回答问题。如果停留在该层面并以此作为犯罪的实质内容,刑法就会沦为行政管理的工具。当然,这并不是说刑法不能作行政管理的后盾,只不过法益不能停留在行政管理层面,它还得进一步追问行政管理的正当性。因此,“管理制度”或“管理秩序”只是一种“伪法益”(Scheinrechtsgut),^④不足以承担正当化刑法规范的使命。

既然管理制度或管理秩序不能作为法定犯或行政犯的法益,执行管理制度或作为管理秩序元素的管理活动本身也不足以作为法定犯或行政犯的法益。管理活动是行政机关实现行政管理职能的过程。针对这种活动的侵犯,有成立妨害公务罪的可能性,但这与法定犯或行政犯的立法初衷完全不符,而且也将严重限缩法定犯或行政犯的成立范围。

第二种思路是将刑法所保护的法益分类,区分基本法益与辅助或派生法益,并认为自然犯或刑事犯是针对基本利益或基本生活秩序的犯罪,而法定犯或行政犯是针对辅助利益或派生生活秩序的犯罪。^⑤小野清一郎、福田平等即持这种观点,当然,他们也认为基本法益与辅助或派生法益会随着生活价值观念的变迁而互易。^⑥

这里所说的辅助利益,主要涉及保持、促进、补充、强化公众基本生活的利益,以及新出现的法益,如租税法、食品卫生法、航空法以及著作权法等。^⑦这种标准杂糅了两种性质完全不同的内容,一种涉及福利国家提供的对于个人生活具有重要意义的公共服务,一种是随着时代的发展而新出现的法益。其中,尽管后者对应的犯罪(如侵犯知识产权罪)常以事前存在相应的刑法之外的实定法制度为前提,却不能以此为由将其视为法定犯,否则,由于财产犯罪都依赖于实定法确立的财产法律制度,则财产犯罪都会被认定成法定犯。^⑧因此,至少不能仅因为法益系新增或新分化出来的,就认为它一定是法定犯或行政犯;而且,新法益也未必就是辅助性或派生性的法益,它也完全可能是基本法益,例如公民个人信息自决权。而前者则正好与法定犯中的福利犯罪相吻

合,也符合 Goldschmidt 所述的行政犯的概念,即“不支持旨在提升公共或国家幸福的国家行政”,导致“期得的利益”没有实现。^⑨这部分,应当是与福利国家对应的法定犯或行政犯的核心内容。与其他的犯罪相比,这类犯罪的本质特征在于:构成要件与值得保护的最终目的之间的关系是间接的。对派生生活秩序的侵犯,实际上是对基本生活秩序的间接侵犯,是拟被处罚的行为与最终受保护的利益之间关系比较疏远的情形。

对于构成要件行为与最终受保护的客体之间关系较为疏远的犯罪,有两种可供选择的教义学方案:或制造一个“中间法益”,以缩短构成要件行为与法益之间距离;或最终以最终受保护的利益为法益,通过补充构成要件行为与法益之间的实质关联强化行为的法益关联性。

2. 以“中间法益”解释法定犯或行政犯的缺陷

与基本生活利益或基本生活秩序相比,辅助生活利益或派生生活秩序是一种“中间法益”。通过这一被建构出来的“中间法益”,看似拉近了“法益”与构成要件行为之间的距离,但它却蕴含着如下危险:

第一,这种建构型的“中间法益”,是构造出来的产物,不能起到限制立法的作用。它常以集体法益的形式出现,内容具有理念化的特征,与法益的精神内核——人格的自由展开——之间的关系疏远。因此,它只呈现出了构成要件行为和“法益”具有紧密联系的外观,实则很容易滑向管理制度或秩序本身。针对法益抽象化的现象,德国刑法学家 Erik Wolf 批评道,它将使法益逐渐与基本的生活利益脱节,使不同法益价值位阶之间的区分变得模糊,导致轻罪与重罪之间的区别逐渐消失,最终导致法益概念的形式化。在这个意义上,法益的抽象化过程就是对法益的否定过程。^⑩

第二,这种辅助利益或派生性生活秩序,一旦被当作独立的法益之后,就可能获得独立的位格,具备了引导构成要件解释的功能,从而完全遗忘它从属或来源于另一基础或根本利益的属性。但行政义务的确定或行政命令的发出本身并不是目的,而是实现一定目的的手段,值得通过刑罚进行保护的,应当是更根本的目的。^⑪因此,秩序主义法益观表达的管

理秩序与社会保障和个体权益的实质目标并不一定是吻合的。^⑩然而,法益之间的“基本与辅助”“基本与被派生”“中间与终点”关系应该如何限定,以及这种关系究竟能在构成要件的设置和解释上起什么作用,并无成熟的教义学方案予以指引。

第三,法益是不法的基点,是限制犯罪成立范围的重要工具之一。因此,放松法益本身的认定标准,造成的后果基本上无法补救,因为一旦法益的内容过于抽象、模糊,构成要件类型的限制机制就无法起作用,因为对于模糊的法益而言,实害、具体危险和抽象危险这种侵害强度的区分没有任何意义;同时,一旦法益的主体被模糊化为所有人,则法益保护的从属性就无从把握;一旦法益的侵犯程度无法测量,法定刑的设置也就失去了可供参考的标准。

3. 以构成要件类型解释法定犯或行政犯的可能性

其实,法定犯与行政犯的特殊之处,并非在于其侵犯的是“辅助”利益或“派生”生活秩序,而在于它是以“间接”的方式侵犯“基本”法益,通过违反交通管理、食品安全或环境保护的规定危及公民的生命、健康或财产。在这个过程中,交通管理、食品安全或环境保护的规定、其对应的利益或秩序本身不能变为法益,它们只是侵犯法益的媒介。因此,并非法益之间存在基本或辅助的关系,而是不同行为侵犯法益的方式有直接或间接的区别,或者说,构成要件行为对受保护法益的侵害强度有所不同。

法定犯和行政犯的发展历史,与国家观念的发展变化密切相关。从王权国家到自由主义的守夜人国家,从集权国家到福利国家,不同的国家观念之下,就会有不同的犯罪本质观,这种观念也投射到了法定犯和行政犯的界定上。在当今社会,每个人的自由发展或基本权利的实现,不仅依赖于免受他人的侵犯,也依赖于由每一个个体所组成的社会网络提供的公共产品。因此,每个个体的行为,都可能间接地影响到其他公民的自由发展和基本权利。这种影响之所以是间接的,是因为它不同于实害犯和具体危险犯,并未造成实害或作为危险的事实状态,“危险”在这里仅是一个立法的动机,它能否转化为具体危险或者实害,还有赖于一定的条件。

这样,就能在不随意新增法益的基础上,以传统的法益作为基础,以行为与法益之间的关系(即侵害强度)为标准,将法定犯和行政犯纳入实害犯、具体危险犯和抽象危险犯这种典型的犯罪类型划分中。这种方案,“有助于弄清受保护的法益,有助于加深对构成要件本质、构造及其解释的理解,也能借助于行为对受保护法益的不同侵害强度(die verschiedene Intensität des Angriffs),为是否需要处罚以及处罚的强度确立标准。”^⑪这种方案,能在实质的犯罪概念抛弃形式犯、道德伦理等概念或内容之后,给法定犯或行政犯留下适当的存在空间。

因此,应当在行为—法益关系的图谱中观察法定犯或行政犯,以侵犯的强度划分法定犯与自然犯、行政犯与刑事犯,而不能只看到法定犯为法律所禁止的特征、行政犯往往涉及行政规制的面向。这样看来,在学说史上存在的法定犯或行政犯,并非规范意义上的概念,它更多是一个问题群,是一堆带有危险的立法现象的汇集。“不能从实然推导出应然。”因此,从这个现象本身不能直接引出任何规范层面的结论。有关这两个概念的任何结论的得出,都得依赖于具有标准规范意义的教义学工具,例如违法性意识可能性的判准、法益、构成要件类型等。

四、法定犯、行政犯与典型犯罪的关系及行刑界分

根据前文得出的结论,法定犯或行政犯所指代的犯罪群,处在典型的刑事不法与行政违法之间。它们既可能侵入典型的刑事不法的领域,让刑罚权受不必要的限制;也可能扩张到行政不法领域,成为行政违法行为犯罪化的通道。

(一)法定犯、行政犯与典型刑事不法的界分及其意义

如前所述,今天的我们应告别是否违反道德伦理、是否单纯的行政不服从等仅具有历史意义的标准,以行为对法益的侵害强度区分法定犯、行政犯与典型的刑事不法。就这种意义上而言,法定犯和行政犯只能指代对法益具有抽象危险的犯罪。因此,已造成对法益的实害或具体危险且这种后果在行为人答责范围之内的行为,不宜被界定为法定犯或行

政犯,适用针对法定犯或行政犯设定的特别限制,如行政从属性。在这里,需要再次重申——法定犯或行政犯的概念本身并不具备规范意义,起决定性作用的,不是它是否能纳入法定犯或行政犯的范畴,而是具体的行为究竟是对法益造成了实害或具体危险,还是仅呈现出了抽象的危险。因此,法定犯或行政犯与特定的罪名或具体的条文并不存在绝对的对应关系,一个罪名中的部分情形可能具有法定犯或行政犯的特征,另一部分情形则可能属于自然犯或刑事犯。

例如,即便一个行为以污染环境罪的形式呈现,如果这种行为已经造成了对公民生命、健康的实害后果或具体危险,或者已经造成了财产毁损的后果,就完全具有将其作为危害公共安全罪或者故意毁坏财物罪处罚的可能性。在这种情形下,无须受制于《刑法》第338条中“违反国家规定”的限制,因为这种限制仅适用于只给法益造成抽象危险的行为。因而,即便有关环境保护的国家规定尚未将行为人排放的物质纳入管制的范围,在其造成的后果超出抽象危险的前提下,不妨碍其构成针对生命、健康或财产的犯罪。^⑤当然,如果行为仅对生命、健康或财产造成抽象的危险,则仍需满足《刑法》第338条规定的所有要素。我国刑法条文中“以‘行政违反+加重要素’方式规定的犯罪”,都具备自然犯或刑事犯的特征,^⑥无须受行政从属性的限制。

因此,法定犯与自然犯、行政犯与刑事犯之间,在法益侵害的方式上有质的区别,而非仅仅存在某种量的差别。正是在这种意义上,Hefendehl认为“直接”侵犯个人法益的行为,要么构成犯罪,要么无罪,不存在中间形态。^⑦虽然这与我国刑事不法与行政违法二分的体系并不兼容,但也反映了法定犯或行政犯与核心的刑事不法之间的差别。明确这一点,可以防止法定犯或行政犯被用作逃避刑事责任的工具。法定犯或行政犯以抽象危险作为不法的充分条件,在本质上是一种扩张处罚范围而非限制处罚范围或程度的方式。

(二)法定犯、行政犯与行政违法行为的界分

在德国,行政犯曾在非犯罪化的过程中扮演了重要的角色,通过引入秩序违反法,此前大量的违警

罪转化成了秩序违反这类非犯罪行为。不过,行政犯的非犯罪化功能能否实现,是需要“判断力”的。^⑧这里的判断力,取决于究竟用什么样的标准区分行政违法与刑事违法。

有关行政违法与刑事违法的区分,当前的主流观点采用的是量的区分方式,即以违法程度的量划分犯罪与行政违法。但量的把握,很容易受刑事政策的影响,因此,这种区分标准基本上对刑事政策没有任何抵抗力。结合前文的分析,可知刑事违法与行政违法之间,既有量的区分,也有质的不同。

1.必要的法益关联性是成立法定犯或行政犯的前提

对法定犯或行政犯而言,构成要件行为与法益之间关联性要求低,不需要具有个案事实意义上的关联,但又不能完全与法益脱离联系。这种最低程度的联系,按照Hefendehl的表述,即“行为与法益侵害之间可通过自然科学证实的抽象的引起与被引起关系”。^⑨这就让法定犯或行政犯与抽象危险犯建立了联系。

根据当前通行的理论,可将抽象危险犯分为三类:^⑩第一类,即具体危险性犯(konkrete Gefährlichkeitsdelikte),在英美法系被称为狭义的抽象危险犯(abstract endangerment),它是指行为具有直接侵犯或威胁法益保护的潜在可能性,但侵犯或威胁在具体的案件中并不一定发生,因此必然会囊括一些不会现实侵犯或威胁法益的行为,这类行为的适例是危险驾驶罪。第二类是累积犯(Kumulationsdelikte),英美法系的相应概念是累积性伤害(conjunctive harm),这类行为虽然与法益有着直接的事实联系,但单个行为不足以侵犯法益,只有大量同类行为发生,才足以侵犯法益,其典型例子是环保类犯罪。第三类抽象危险犯即(广义的)预备犯^⑪(狭义的预备犯是指总论停止形态意义上的预备犯),即需要通过第三人或者行为人自己将来的行为才能直接侵犯法益、构成直接法益侵犯的基础的行为,这种行为在英美法系被称为间接干预(mediating intervention),其适例是非法持有武器类犯罪。

尽管在抽象危险犯中,行为与法益的关联(Rechtsgutsrelevant)仅停留在犯罪化(立法)层面,但仍有

必要判断这种逻辑层面的联系在具体的个案中是否有所体现。由于在抽象危险犯中缺少独立于行为的结果要素,缺少因果关系与客观归责这一确保行为与法益之间关联的验证,就有必要寻找一种“实质的等价物”(materielles Äquivalent)^⑧予以弥补。这种实质的等价物,在抽象危险犯的不同亚类型中有不同的要求。对于具体危险性犯而言,需要检验行为是否“适格”于对重要的法益造成一种不可控制的风险,且应允许行为人就自己的行为并不具有这种风险进行反证;对于累积犯而言,重要的是行为是否具有真实的累积效果以及单个行为是否达到了最小自重的界限;对广义的预备犯而言,重要的是行为对象是否呈现出了典型的危险性,以及行为人是否采取了有效措施以避免该危险物品失控。^⑨

以该视角加以观察,则非法经营罪需要同时满足具体危险性犯和累积犯的要求,才能具备充分的法益关联性。非法经营罪的实行行为是未经许可而经营特许经营业务,设置该罪的根本目的不在于保护国家对特定业务的许可权,而在于防止这些业务的失控可能造成的严重后果;而这种后果,不仅要求行为本身具有造成严重社会危害的基本属性(适格性验证),也取决于是否有大量同类行为的现实发生或发生的潜在可能性(真实累积效果的验证)。在王力军贩卖玉米案中,考虑到当前粮食的供求关系,玉米自由流通不具备造成严重后果的适格性,而且也没有证据证明贩卖玉米具有更高的利益诱惑由此形成真实的累积效果。

而生产、销售假药罪,则是对生命和健康的具体危险性犯。而无论是陆勇贩卖假药案中的印度仿制药,还是郭桥案中的未获批准文号的进口疫苗,^⑩都不具有危及生命或者健康的“适格性”,因此无法满足与法益最低限度的关联性,不宜视为销售假药罪,最多构成行政违法。

2. 并非任何行政违法的量变都能导致法定犯或行政犯

行为与法益之间最低限度的关联性,是构成任何犯罪的必要条件。因此,如果行为仅呈现出了行政不服从的一面,而没有对法益造成具有最低程度的威胁(抽象危险),则无论涉案量多大,或者如何屡

教不改,都不宜上升为犯罪,哪怕是以法定犯或行政犯的名义。

对于非法持有枪支罪,由于它属于广义的预备犯,如果涉案“枪支”并不具有对生命、健康的“典型”危险性,即便它达到了行政法认定枪支标准的最低限度,即便所涉“枪支”数量巨大,也不宜认定为非法持有枪支罪。在这种意义上,最高人民法院《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条第1款、第2款和第5条第1款、第2款所确立的起刑点,即对于以压缩气体等为动力的其他非军用枪支“二支以上”,就并没有以法益关联性作为基础进行判断。如果以压缩气体为动力的非军用枪支根本不具有对生命、健康的典型危险,不具有刑法意义上的“枪支”的属性。对于这样的枪支,无论其数量多大,都不宜动用刑法,因为枪支和枪支的累加不会让其杀伤力变得更强,就如并联并不会让电压升高一样;如果说涉案枪支足以构成对生命、健康典型危险,则即便只有一支,也应构成枪支类犯罪。就此,2018年最高人民法院、最高人民检察院《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》就涉及以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支的行为作出了批复,指出在决定是否追究刑事责任以及如何裁量刑罚时,应综合考虑多方面的因素,但其列入考量范围的“数量”“外观”“主观认知”“一贯表现”“是否规避调查”等,仍与法益无关。这些要素,只有在通过“致伤力大小”肯定了对生命、健康的典型危险之后,才具有意义。

只有那些已经具备了法益关联性的行为,才可以通过量变而在行政违法和犯罪之间进行转化。这种转化的根据在于刑法法益保护的从属性,即但凡能以刑法之外的措施保护法益的,不宜动用刑法。

而且,即便只存在量的区分,这种量的把握也不能完全交给笼统的“刑事政策的衡量”。^⑪在确定量的标准时,既要考虑法益主体自我保护的可能性,也要考虑其他法律介入的可能性和有效性,还需考虑行为与法益之间的关联性。与实害犯或具体危险犯相比,法定犯或行政犯的不法内容被“稀释”,^⑫因此其追诉起点显然应当比实害犯或具体危险犯更

高。例如,作为虚开增值税专用发票罪追诉标准的虚开税额,应明显高于逃税罪的追诉起点,才具有实质合理性。^⑤

如果违法行为已经具备了最低限度的法益关联性,则可以通过刑法的从属性原则,将屡教不改轻微违法行为入罪,因为屡教不改的事实说明行政法等措施已经无法充分保护法益了。但对于缺乏最低法益关联性的行政违法,即便有屡教不改的事实,也不能将其上升为刑事不法。

3. 具有法益关联性的行政不服从,可作为行政犯处罚

如果行政不服从与法益之间具备了最低限度的关联性,则具有成为犯罪的可能性。因为如今的行政管理,有不少是为了正常化风险而设置的。正如 Horder 指出的那样,在具有特定风险的领域,由于个人的认识条件远不如专家或专门机构,其防止风险的意愿以及可供使用的资源都很难与国家相提并论,为了防止过度的自由主义造成不可控的风险,国家设置了必要的管理框架,以确保行为人个人目的的安全实现,同时确保其他人安全地实现自己的目的。^⑥因此,有一些行为方式,只有在通过事前的官方管控程序之后才能被认为是可以忍受的风险源,违反建立在这一基础上的行政管理,具有被犯罪化的可能性。但仍必须强调,这并非是为了方便相关机构的管理,而是为了降低对法益的风险。^⑦因此,即便违反了与风险控制相关的行政管理,只要行为人能够通过客观证据反证其个人采取的安全防控措施并不低于官方机构所要求的水平,则其行为仍欠缺与法益之间的最低关联性,只能作为单纯的行政违法处理。

正因如此,2016年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条第(一)项、第(七)项、第(八)项都还只属于违反与风险控制相关的行政管理的行为,只有在行为人不能证明其采用了有效的替代性防污措施的前提下,才能将其作为犯罪处罚。出现了这些违规行为,“都只是污染环境行为存在……的间接证据,可以将其作为一种证据推定,但不宜将其作为构成犯罪的实体规定。”^⑧

五、结语

通过前述分析可见,法定犯和行政犯的思想渊源,在今天的刑法学框架内已经丧失了规范性意义。从法定犯和行政犯历史渊源中抽取的界定法定犯或行政犯的标准,也已经不再兼容于今天的犯罪实质概念;由这些标准所界定出来的法定犯或行政犯概念,只是特定立法现象的汇集,这些立法所应的罪名,隐藏着被滥用危险。这些危险既包括在法益这一标准之外为犯罪寻找实质根据,也包括通过模糊的法益(如管理制度或秩序、管理活动等)逃避有关犯罪本质追问。将这些犯罪对应规范所要保护的最终目的作为法益,以构成要件类型尤其是抽象危险犯来限制法益关联性较弱的行为的处罚范围,是控制前述危险的有效方式。这种控制有助于将法定犯或行政犯所指代的犯罪限定在合理的范围之内,既防止它过度限制刑罚权,也防止它过度放纵刑罚权。

在当今的刑法教义学中,不应让任何一类犯罪脱离法益的限制范围,无论这类犯罪有着多么悠久的历史传承。

注释:

①李运平:“储槐植:要正视法定犯时代的到来”,载《检察日报》2007年6月1日,第3版。

②有关这两个概念在学界使用状况的介绍,可参见谭兆强著:《法定犯理论与实践》,上海人民出版社2013年版,第43-44页。

③围绕这些问题的争议,可参见张明楷著:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第350-355页。

④ Vgl. Claus Roxin, Strafrecht AT, Band I, C. H. Beck 2006, S.13 f.

⑤张文、杜宇:“自然犯、法定犯分类的理论反思”,载《法学评论》2002年第6期,第33页。

⑥Susan Dimock, "The Malum Prohibitum-Malum in se Distinction and the Wrongfulness Constraint on Criminalization", in 55 Dialogue: the Canadian Philosophical Review (2016), p.9.

⑦这种豁免权不同于赦免(pardon),是指事前给特定行为人实施特定犯罪的许可,有了这种许可,实施对应的犯罪不需承担刑事责任。

⑧Author unknown, "The Distinction between 'Mala Prohibita' and 'Mala in se' in Criminal Law", in 30 Columbia Law Review

(1930), pp.74-76.

⑨[意]加罗法洛著:《犯罪学》,耿伟、王新译,中国大百科全书出版社1996年版,第50-51页。

⑩马克昌著:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版,第89页;黎宏著:《刑法学》,法律出版社2012年版,第50页。

⑪A. P. Simester & Andrew von Hirsch, Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation, Hart Publishing 2011, passim.

⑫马克昌著:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版,第89页;黎宏著:《刑法学》,法律出版社2012年版,第50页;陈家林著:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第111页。

⑬Vgl. Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, Walter de Gruyter 1932, S.150.

⑭Vgl. Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, Walter de Gruyter 1932, S.150.

⑮Vgl. Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Zweiter Band, Verlag von Julius Springer 1930, S.103 ff.

⑯Vgl. Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Zweiter Band, Verlag von Julius Springer 1930, S.100 f.

⑰Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, Walter de Gruyter 1932, S.150.

⑱Vgl. Stefan Naas, Die Entstehung des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931: Ein Beitrag zur Geschichte des Polizeirechts in der Weimarer Republik, Mohr Siebeck 2003, S.108.

⑲Vgl. Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Zweiter Band, Verlag von Julius Springer 1930, S.108 ff.

⑳Carolyn Steadman, Policing the Victorian Community: The Formation of English Provincial Police Forces 1856-1880, Routledge 1984, p.54.

㉑Jeremy Horder, "Bureaucratic 'Criminal' Law", in R. A. Duff et al., Criminalization: The Political Morality of the Criminal Law, Oxford University Press 2015, pp.102-105.

㉒Glen V. Borre, "Public Welfare Offenses: A New Approach", in 52 Journal of Criminal Law and Criminology(1961), p.418.

㉓Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Springer 2016, S.138, S.113.

㉔Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Springer 2016, S.147, S.138.

㉕钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,公益信托春风旭日学术基金2012年版,第21、45页。

㉖正因如此,有不少学者主张废除法定犯或行政犯的概念。参见 Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Zweiter Band, Verlag von Julius Springer 1930, S.112 ff; 张文、杜宇:“自然犯、法定犯分类的理论反思”,载《法学评论》2002年第6期,第36-41页。

㉗围绕这一话题的文章,参见车浩:“法定犯时代的违法性认识错误”,载《清华法学》2015年第4期,第22-46页。

㉘张明楷著:《刑法学》,法律出版社2016年版,第93页。

㉙自然犯和法定犯看似是两个绝对对立的观念,但实际上并非非此即彼的关系,而是相对的、仅有量的差别的两个范畴。任何犯罪,都在一定程度上是自然犯,也在一定程度上是法定犯。在现实世界中,没有任何犯罪是纯粹的自然犯或法定犯。而且,自然犯和法定犯之间的区分是流动性的,且弹性很大:它不仅反映了被禁止行为的属性,也反映了公民有关法律道德性的认知以及公民遵守法律时的主观态度,还会受不同环境下法律和道德文化特性的影响。See Stuart P. Green, "The Conceptual Utility of Malum Prohibitum", in 55 Dialogue: the Canadian Philosophical Review(2016), pp.39-40, 46.

㉚庄乾龙:“环境刑法定性之行政从属性——兼评《两高关于污染环境犯罪解释》”,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2015年第4期,第53-54页。

㉛Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, Walter de Gruyter 1932, S.151.

㉜See Jeremy Horder, "Bureaucratic 'Criminal' Law", in R. A. Duff et al., Criminalization: The Political Morality of the Criminal Law, Oxford University Press 2015, p.106.

㉝See Stuart P. Green, "The Conceptual Utility of Malum Prohibitum", in 55 Dialogue: the Canadian Philosophical Review (2016), p.42.

㉞Vgl. Roland Hefendehl, "Ordnungswidrigkeiten, Legitimation und Grenzen", in 11 ZIS(2016), S.639.

㉟Vgl. Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Zweiter Band, Verlag von Julius Springer 1930, S.100 f.

㊱Vgl. Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Zweiter Band, Verlag von Julius Springer 1930, S.100 f.

㊲黄河著:《行政刑法比较研究》,中国方正出版社2001年版,第125页;张明楷主编:《行政刑法概论》,中国政法大学出版社1991年版,第100页。

㊳Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot 1996, S.59.

㊴[德]汉斯·韦尔策尔著:《目的行为论导论——刑法理论的新图景》,陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,第93页。

④ Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Athenäum-Verlag 1972, S.152. 这是纳粹期间法益理论的特征之一。参见钟宏彬著:《法益理论的宪法基础》,元照出版有限公司2012年版,第191页。

④ Vgl. Roland Hefendehl, "Ordnungswidrigkeiten, Legitimation und Grenzen", in 11 ZIS(2016), S.639.

④ 黄明儒著:《行政犯比较研究——以行政犯的立法与性质为视点》,法律出版社2004年版,第182页。张明楷教授认为,如果是为了确定犯罪化的标准,则应当以行为究竟侵犯的是基本生活秩序还是派生的生活秩序作为区分自然犯与法定犯的标准,参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2016年第五版,第93页。

④ 张文、杜宇:“自然犯、法定犯分类的理论反思”,载《法学评论》2002年第6期,第38页。

④ 黄明儒著:《行政犯比较研究——以行政犯的立法与性质为视点》,法律出版社2004年版,第182页。

④ See Susan Dimock, "The Malumprohibitum—Malum in se Distinction and the Wrongfulness Constraint on Criminalization", in 55 Dialogue: the Canadian Philosophical Review(2016), p.11.

④ Vgl. Stefan Naas, Die Entstehung des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931: Ein Beitrag zur Geschichte des Polizeirechts in der Weimarer Republik, Mohr Siebeck 2003, S.108.

④ 引自王莹:“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”,载《河北法学》2008年第10期,第30页。

④ 石亚淙:“污染环境罪中的‘违反国家规定’的分类解读”,载《政治与法律》2017年第10期,第55页。

④ 李川:“二元集合法益与累积犯形态研究——法定犯与自然犯混同情形下对污染环境罪‘严重污染环境’的解释”,载《政治与法律》2017年第10期,第46页。

④ Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Zweiter Band, Verlag von Julius Springer 1930, S.102.

④ 石亚淙:“污染环境罪中的‘违反国家规定’的分类解读”,载《政治与法律》2017年第10期,第60页。

④ 石亚淙:“污染环境罪中的‘违反国家规定’的分类解读”,载《政治与法律》2017年第10期,第62页。

④ Vgl. Roland Hefendehl, "Ordnungswidrigkeiten, Legitimation und Grenzen", in 11 ZIS(2016), S.641.

④ Vgl. Klaus Rogall, in: Lothar Senge(Hrsg.), Karlsruher

Kommentar zum OwiG, Verlag C. H. Beck 2018, Vorbemerkungen, Rn.1.

⑤ Vgl. Roland Hefendehl, "Ordnungswidrigkeiten, Legitimation und Grenzen", in 11 ZIS(2016), S.643.

⑤ Wolfgang Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, Duncker & Humblot, 2000, S.309 ff.; A. P. Simester & Andrew von Hirsch, Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation, Hart Publishing 2011, p.57.

⑤ Vgl. Jens Pnschke, Gefährdungstrafrecht und Vorbereitungsdelikte, in Hefendehl(Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, BWV, 2010, S.13.

⑤ Vgl. Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Carl Hezmanns 2002, S.183.

⑤ 徐凯著:《抽象危险犯正当性问题研究——以德国法为视角》,中国政法大学出版社2014年版,第152页以下。

⑥ 2018年1月5日,上海美华丁香妇儿门诊部有限公司的法定代表人郭桥,因决定采购、销售和接种未经国家药监等部门批准进口、未经依法检验的1.3万支疫苗,被以销售假药罪,一审判处有期徒刑7年,并处罚金200万元。参见马肃平:“疫苗版‘药神’真相断供整三年,海外购药遭重判”,载《南方周末》2018年7月19日,第A1版。

⑥ 孙国祥:“行政犯违法性判断的从属性和独立性研究”,载《法学家》2017年第1期,第53-54页。

⑥ Vgl. Ralf Krack, "Die Tätige Reue im Wirtschaftsstrafrecht", in 21 NSiZ(2001), S.509.

⑥ 根据2010年5月7日《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》的规定,逃税罪的追诉起点为5万元,虚开增值税专用发票的追诉起点是虚开税额1万元。2018年《最高人民法院关于虚开增值税专用发票定罪量刑标准有关问题的通知》规定,对虚开增值税专用发票刑事案件定罪量刑的数额标准为5万元。

⑥ See Jeremy Horder, "Bureaucratic 'Criminal' Law", in R. A. Duff et al., Criminalization: The Political Morality of the Criminal Law, Oxford University Press 2015, pp.125-126.

⑥ Vgl. Wolfgang Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, Duncker & Humblot, 2000, S.317.

⑥ 石亚淙:“污染环境罪中的‘违反国家规定’的分类解读”,载《政治与法律》2017年第10期,第58页。