

# 法秩序统一性原理与行政犯的不法判断

马春晓

**【摘要】**法秩序统一性原理的核心在于行为规范的统一性,即法规范之间不能发出相互矛盾的行为指引,这是由法作为行为规范的本质、法的安定性、平等原则与法的阶层构造所决定的。以裁判规范为中心,试图在缓和理解法秩序统一性原理的基础上,一体性地解决违法性判断、法律评价效果与法规范之间关系的做法,虽具有独到的问题意识,但也存在单一概念不稳定,单一理论负荷过重、穿透力有限等问题。跨越理论立场和话语体系,不同学说在“法秩序统一性并不排斥违法判断相对性”和“在构成要件阶层区分一般违法和刑事犯罪”两点上具有高度一致性,这成为界分行政违法与刑事犯罪的基本共识。法秩序统一既是合法性的统一,也是违法性的统一。在行政犯的不法判断中,合法性的统一对应着消极的行政从属性,无行政违法则无刑事犯罪;违法性的统一对应着积极的行政从属性,但行政违法只是刑事犯罪成立的必要条件,是否构成刑事犯罪,还需要对构成要件进行实质、独立的判断。

**【关键词】**法秩序统一性;行政犯;行政从属性;刑事不法

**【作者简介】**马春晓,南京大学法学院副教授,法学博士。

**【原文出处】**《华东政法大学学报》(沪),2022.2.33~45

**【基金项目】**本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“功能主义视域下行政犯归责原理的重构与适用研究”(项目号21YJC820030)的阶段性研究成果。

伴随着行政犯(法定犯)时代的到来,<sup>①</sup>实践与理论最为关注的问题是,如何在司法认定中避免行政违法行为被不当入罪,特别是近年来,以陆勇案、赵春华案和王力军案等为代表的司法裁判,触发了学理上如潮水般的反思,“刑事司法不应当贯彻落实到违反国民感情的程度”。<sup>②</sup>学者们分别通过日本的违法性判断理论、<sup>③</sup>德国的质量区别理论<sup>④</sup>及行政犯的构成要件要素限缩解释<sup>⑤</sup>等分析路径,区分行政违法和刑事犯罪,试图为案件的妥善处理提供新的教义学上的思路和方案。

在前述研究中,相关学说与方案均回溯至法秩序统一性原理,实务中也出现了援引这一原理作为依据的司法判决。<sup>⑥</sup>值得注意的是,不同观点均是基于各自理论立场解读法秩序统一性原理,作为支撑己方观点的基本命题。然而,法秩序统一性原理的

核心内涵与实质依据为何,却成为观点聚焦下的理论盲区。“法秩序如要名副其实,就不能只是一种愿景式的构造物。”<sup>⑦</sup>在当前诸多区分方案彼此争论之际,重新回归法秩序统一这一元问题的系统论证,旨在正本清源,求同存异,为进一步的研究夯实基础。本文的初步结论是,法秩序统一既是合理性的统一,也是违法性的统一。合法性的统一对应行政犯之消极的行政从属性,因而无行政违法则无刑事犯罪;违法性的统一对应着积极的行政从属性,但在肯定行政违法的前提下,还要立足刑法辅助性保护法益的目的,独立、实质地判断刑事不法是否存在,下文将就法秩序统一性原理与行政犯不法判断问题展开具体的分析论证。

## 一、法秩序统一性原理的学说与分歧

法秩序统一性原理被视为处理不同法域关系的

公理,但对于如何理解法秩序统一性的内涵,理论上却存在不同的见解。德国学者恩吉施(Engisch)首次系统地阐释了法秩序统一性原理。他认为,只有将法秩序统一视为前提,法律体系才不会发生混乱。法秩序统一性原理要求排除规范矛盾(Normwidersprüche),防止同样的行为既被禁止又被允许,从而向公民提供一致的行为指引。因此,不同法规范在违法性的判断上具有统一性。但法秩序统一性原理并不反对同一概念在不同法域中具有不同解释和不同法律效果,因为这些并不涉及行为规范的问题。<sup>⑧</sup> 韦尔策尔(Welzel)赞成恩吉施的观点,他指出,违法性是实现某一禁止质料的行为与法秩序之间的冲突,在不同法域中规定的所有禁止质料,一旦有行为实现了其中之一,对于整体法秩序而言,该行为就是违法的。虽然只存在一个统一的违法性,但也存在特殊的不法。韦尔策尔主张区别违法性(Rechtswidrigkeit)和不法(Unrecht),前者是(实现构成要件的行为与法的要求之间)纯粹的联系,而后者是一种实体(违法举动本身)。<sup>⑨</sup>他在区分二者的基础上,提出了处理法域冲突的具体方案,即基于法秩序统一性原理,行为在不同法域的违法性判断是一元的,但在不同法域中的不法评价则是多元的。罗克辛进一步指出,刑法上的不法概念源自刑法辅助性法益保护的义务,其未必与其他法域中的不法概念保持一致。<sup>⑩</sup>德国理论一般认为,刑事不法的判断包括两个步骤,第一步是证立不法之前提条件(即构成要件该当性阶层)的判断,第二步是阻却不法之前提条件(即违法性阶层)的判断。法秩序统一性原理与不法的个别判断关系也分别体现在这两个步骤中:在构成要件该当性阶层,确定特定行为违反了个别法规范,而在违法性阶层,则进一步将检验扩展到整体法秩序。因此,法官在适用某个刑法条文时,同时也是在适用整体法秩序。

在日本,与德国类似的观点被归为“严格的违法一元论”。木村龟二形象地指出,破坏了法秩序这个“气球”的民法部分也好,破坏了其刑法部分也罢,气球“破裂了”这一点是相同的。<sup>⑪</sup>不过,由于这一学说

未能发展出一套有效解决法域冲突的区分方案,导致刑法与其他法域对于违法行为的评价难以区分,因而被认为忽视不同法域的特定目的与法律责任,违背刑法谦抑主义,最终被理论扬弃。日本学者经过反思,选择了一条与德国截然不同的论证路径,即“在范畴上属于广义的违法相对性的理论成了日本刑法犯罪论的基本前提”。<sup>⑫</sup>析言之,一方面承认法秩序应当统一,另一方面又以违法判断相对性作为不同法域关系处理的基本前提。为试图调和这一对矛盾关系,理论上形成了“缓和的违法一元论”与“违法相对(多元)论”两种对立学说。<sup>⑬</sup>“这种对立源自对于法秩序统一性的不同理解”,<sup>⑭</sup>具体体现为如下三个方面。

其一,区分实然的和应然的法秩序统一。前者认为,诸法域之间原本就是协调一致的整体,所谓规范冲突只是一种表象的冲突,通过确定支配、从属关系,可以避免规范之间的冲突;后者则认为,法秩序统一与违法判断的统一自然是立法和司法最大程度追求的理想状态,但不可否认,法规范在现实中必然存在着诸多的矛盾与冲突,这实为法规范的宿命,因而对违法判断做相对性理解便不可避免。<sup>⑮</sup>缓和的违法一元论原则上主张实然的法秩序统一,但也认为各法域的违法性程度各不相同,故还应承认违法判断的相对性。违法相对论主张应然的法秩序统一,认为各个法域自主判断违法性,但也承认实然的法秩序统一性是解释的基本方向。两种观点均主张,需要在实然和应然的往返中寻求“最佳调和点”。

其二,区分存在论的与目的论的法秩序统一。前者认为,法秩序统一体现为逻辑上的统一性,即一个行为在法秩序中只存在禁止、命令或允许中的唯一一种逻辑形态。后者认为,从将法律看作实现社会控制目的之手段的角度,可以从“法律的目的”出发,赋予法秩序统一新的内涵,即各个法域虽然基于自身目的做出不同的解释,但是只要不损害整体法秩序的目的,实体意义上规范矛盾可以被容忍。缓和的违法一元论主张,以存在论构造为前提的法秩序统一性仍然得到肯定,这体现为必须承认“一般违

法性”的概念,因为在刑事违法性的判断上,即便欠缺可罚的违法性,仍然残留一般违法性而在其他法域属于违法的情形。<sup>⑥</sup>而违法相对论则认为,一国法律体系中不同领域的法律具有不同的目的,会产生违法性概念的差异,故对不同法域中的违法性概念,可以基于不同的规范目的做多元的理解,在目的论视角下无矛盾性即可。<sup>⑦</sup>

其三,区分违法性判断的从属性和独立性。违反法规范是法秩序的对立面,违法性判断的不同方法体现了法秩序中不同法域之间的关系。缓和的违法一元论通过设定一般违法性的概念,旨在明确整体法秩序中刑法从属于行政法、民法的内在关系。相反,违法相对论认为,在刑事违法性之外单独考虑一般违法性并无实益,刑事违法性完全以值得处罚程度的法益侵害性为核心,独自进行判断即可。需要说明的是,无论是从属性还是独立性,均是法秩序统一性和违法判断相对性调和的产物,因而最终是一种相对的从属或相对的独立。

德日两国理论关于法秩序统一性原理的分歧主要集中在三点。其一,对于违法性的定义与判断方法不同。在德国,违法性是指行为与整体法秩序的冲突,法秩序统一性与违法判断统一性是高度一致的;而在日本,违法性既是指对于法规范的违反(如一般违法性),同时也是法律效果的发生要件(如可罚的违法性、实质违法性)。换言之,违法性在德国是犯罪成立的必要非充分条件;而对于存在着行为无价值论与结果无价值论之争的日本刑法理论而言,违法性逐渐变成了关于行为是否成立犯罪的最终评价。因此,在违法性的判断中,日本理论需要考虑“刑罚这种严峻的法律效果”。<sup>⑧</sup>

其二,对于法秩序统一性的承认程度不同。基于法律的行为规范功能和对违法性判断统一的理解,法秩序统一是德国刑法解释学上不可撼动的铁则,“法秩序仅仅承认统一的违法性概念。在各个部门法的领域里所不同的,只是违法行为的法律效果。因此,合法化事由也应当是从整体法秩序中归纳出来的。法秩序的统一性原则是适当的。”<sup>⑨</sup>在日

本,缓和的违法一元论与违法相对论均只能承认法秩序某种意义上是统一的。缓和的违法一元论虽然主张体现法秩序统一的“一般违法性”概念,但也认为“某行为即便在其他法律领域属于违法,但并不能因此而直接认定其在刑法上也是违法行为……在此意义上,必须否定违法的统一性这一概念”。<sup>⑩</sup>违法相对论虽然认为应以刑法所固有的违法作为问题,但也“强调各个法域均有自己固有的违法这种概念,会使得刑法在整个法秩序中陷入孤立”,<sup>⑪</sup>为克服这一问题,有必要承认法秩序在目的论的意义上具有统一性。但是,允许不同法域基于不同的目的而产生规范矛盾,这其实对法秩序统一造成了根本的损害。

其三,处理法域间冲突的方案不同。德国理论通过区分刑事不法、行政不法和民事不法来处理法域间的冲突,这既维系了法秩序的统一和违法判断的统一,又解释了同一行为在不同法域中发生不同法律效果的理由,因此,行为在整体法秩序下的违法状态与行为在特定法域中的法律后果这两个问题既有联系,又有区别。而日本理论则是在法秩序统一性原理下,试图同时解决违法性判断和法律评价效果等问题,因而如何理解法秩序统一就成为关键。缓和的违法一元论承认一般违法性概念以彰显实然的、存在论的法秩序统一,同时通过可罚的违法性概念区分不同法域的违法性;违法相对论主张法秩序统一于合目的性,直接通过实质违法性区分刑事违法性和行政违法性、民事违法性。析言之,德国理论在维系违法判断统一性的基础上,通过“违法判断对象的相对性问题”实现不同法域关系的处理,而日本理论认为“违法判断的相对性”才是问题的核心所在,<sup>⑫</sup>因而主张一体式地解决法秩序统一性与违法判断相对性的问题。

## 二、法秩序统一性原理的内涵与共识

如前所述,关于法秩序统一性原理存在不同的解读,每一种观点都宣称自己正确理解了法秩序统一性原理。为了正本清源,有必要在学理上廓清法秩序统一的实质依据与核心内涵,避免其沦为一种

宣言式的口号。

### (一)法秩序统一性原理的实质依据与核心内涵

法秩序统一作为一项基本命题,其实质根据来自法作为行为规范的本质、法的安定性、平等原则与法的阶层构造等基本原理。

首先,法的本质是行为规范。法律会产生两种规范:一种是面向公民的行为规范(如“禁止盗窃”),另一种是面向司法人员的制裁规范(如“盗窃应受到惩罚”)。不乏观点主张,行为规范不过是制裁规范的条件而已,法首先作为“评价规范”发挥作用。<sup>②</sup>但“犯人仅仅是惩罚的目标之一。因为惩罚首先是针对其他人的,针对潜在的罪犯”。<sup>③</sup>从国家的角度看,法律规范以公民为受众,要求公民采取特定的行为。比如,国家将盗窃规定为违法行为后,即会要求警察(如有可能)在盗窃的预备阶段就加以制止,而不是等到盗窃发生后由法官去施加制裁。只有当行为规范没有实现其目标时,制裁规范才被适用。制裁规范的效果是威吓性的,目的在于让所有公民尽可能去遵守行为规范。所以,行为规范是首要的,而制裁规范是辅助性的。<sup>④</sup>终究,“法律是使人类行为服从于规则之治的事业”,<sup>⑤</sup>规则之治的前提在于各法域所否定的状态具有一致性。

其次,作为行为规范,法的首要任务是具有安定性,即通过“创设出单义清晰的法”,“确保公民对于未来预见的可能性”,<sup>⑥</sup>通过指引规范(Richtungsnormen)让公民明白法律对自己行为的要求,<sup>⑦</sup>否则,公民无法预测自身的行为性质与法律后果,将导致行为萎缩与自由受限。为“顾及法律的安定性……这就必然要求法秩序保持内在的统一,确保其各个组成部分向公民传递的行为规范彼此协调一致……这也是法治国原则的基本要求”。<sup>⑧</sup>不过,如果违反法规范的行为在不同法域被赋予不同的法律效果,并不一定折损法的安定性。比如针对无证经营烟草的行为,通常以非法经营数额是否达到5万元为标准,分别予以行政处罚与刑事制裁,由于行政法与刑法提供的行为规范(禁止无证经营烟草)是一致的,这符合法的安定性的要求。

再次,法律适用的平等原则也要求维持法秩序的统一。“对一项规范的解释应尽可能使其与整个法秩序追求的目的和正义观念保持一致,以使同等情形得到同等对待。同等情形同等对待的原则要求在整体法秩序中维护法规范在评价上的一致性。”<sup>⑨</sup>然而,平等评价并不意味着法律形式上“绝对平均”,即在不同法域中,同一概念具有完全相同的含义,同一行为具有完全相同的法律效果,而是一种基于正义的实质平等。例如,在行政法和刑法中对枪支概念的认定并不完全相同。根据2010年修订的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》,对于非制式枪支,枪口比动能大于1.8焦耳/平方厘米的,一律认定为枪支。但是,相比行政法,刑法中的枪支概念则应该契合非法持有枪支罪所保护的公共安全法益,应当具有更高层次的杀伤力。刑法对于行政法概念的限缩恰恰使得刑法介入行政违法行为更加符合比例原则的要求,在刑法评价上追求一种更为实质的平等,因而并未违反法秩序统一的要求。

最后,法通过阶层构造设置规范的效力位阶,消除法秩序中的规范矛盾。任何一个体系都致力于消除矛盾,因为“从矛盾中可以推导出一切”。<sup>⑩</sup>为此,现代国家的法律体系以宪法为最高层级,自上而下形成一个法规范整体。在整个法秩序中,上位法的规范效力优于下位法,下位法规范不得与上位法规范发生矛盾。所以,“一提到法秩序统一性,就会有一个法秩序的阶层构造的印象出现”。<sup>⑪</sup>通过法的阶层构造,一个统一的法秩序得以维系。不过,需要在范畴上区分法的阶层构造和法的领域构造。法在纵向关系上,以宪法为顶点的阶层构造形成了法秩序,法秩序应当是相互没有矛盾的整体,具有统一性;而在法的横向关系上,不同法域各自形成了领域构造,各法域即便是在对于同一对象进行调整的场合,也具有独自的作用,需要相对地、多元地进行把握。<sup>⑫</sup>

综上,法作为行为规范的本质、法的安定性、平等原则与法的阶层构造既从不同角度诠释了法秩序统一的理据,也共同划定了法秩序统一的核心内涵,即法秩序向公民传递的行为规范指引应当一致,如

此才能形成规则之治,并充分保障公民的可预测性,上下位阶法规范的无矛盾性与法规范评价的平等性。而同一事实根据不同法域的法规必须产生同一的法律效果,则并非法秩序统一的刚性要求。这毋宁是与法秩序统一性原理相关联,但应由其他理论加以讨论的问题。因此,法秩序统一性原理的核心在于通过行为规范不得矛盾这一最低程度的要求,避免出现法规范的根本性冲突,但它本身尚不能够作为解释不同法域形成不同法律后果的直接方案,而要借助其他实质性的理论才能发挥具体的解释作用。就此而言,德国学者借助的是不法理论,日本学者则力图在缓和理解法秩序统一的基础上,将其他的实质性理论注入法秩序统一性原理中,建构出法域冲突时形成不同法律后果的诠释性理论方案。下文将对日本学者独有的问题意识展开探究,并最大程度上提炼日本和德国理论在处理法域冲突问题上的共识,为建构区分行政违法与刑事犯罪的理论方案奠定基础。

## (二)基于制裁规范重构法秩序统一性原理的反思

日本的违法性理论以刑法规范首先是制裁规范,行为规范处于裁判规范背后为出发点,<sup>⑧</sup>重构了以行为规范不得相互矛盾为核心内涵的法秩序统一性原理。这带来的问题是,由于制裁规范要顾及行为的法律效果,违法性理论内部便需要协调法秩序统一与违法判断相对性的关系。日本学者提出实然的和应然的法秩序统一、存在论的和目的论的法秩序统一等观点,调和这对矛盾关系,最终达成法秩序统一之下允许违法性判断“和而不同”的目的。在理论方案设计上,日本学者试图通过重构法秩序统一性原理,一体性地解决违法性判断、法律效果评价与法规范之间关系这三个不同问题。这种一体性的思路虽然最大限度地兼顾了体系思考和问题思考,但也带来了如下问题。

一方面,单一概念不具有稳定性,内涵不清晰。其一,法秩序统一概念被赋予了多重意涵,其核心内涵不再清晰,根据解释者所处的立场不同,将不断发

生变化。当主张应然的法秩序统一和目的论的法秩序统一时,法秩序统一性原理已不再刚性地要求解决法域间的规范冲突,而是作为允许同一行为在不同法域中发生不同的法律效果的理据。如此,法秩序统一性原理必然要跃出其原有的理论疆域,加入其他的实质性内容。缓和的违法一元论和违法相对论之间的差异,正是对这种实质内容的不同阐释。其二,“违法性”概念也被冠以不同的修饰定语,从而分解出多重含义,如一般违法性、可罚的违法性、实质违法性、形式违法性、刑事违法性、行政违法性等诸多概念。虽然不同违法性的概念可以通过前缀予以限制和区分,但不同违法性概念中“法”的含义也是多元的,比如一般违法性中的“法”是整体法秩序,而可罚的违法性、实质违法性中的“法”是刑法。有观点指出,在“违法性”概念统一的情况下,违法性的解释原理相对简化,但是在“违法性”概念需要多元解释的情况下,违法性解释原理大大地复杂化了。<sup>⑨</sup>从概念清晰、逻辑严谨的角度,“维护法的统一性……同时尽可能地保持术语的统一”,<sup>⑩</sup>这样的做法更为合理。

另一方面,单一理论的负荷过重,穿透力不足。重构法秩序统一性原理的两种学说均试图同时回答违法性的判断、法律评价效果与法规范三者之间的关系问题。根据缓和的违法一元论,违法性的判断需基于“一般违法性+可罚的违法性”的二重构造,不同法规范可以存在不同的法律评价,刑法从属于民法和行政法;而根据违法相对论,违法性的判断只需要考虑实质违法性即可,不同法规范基于不同目的,存在不同的法律效果,刑法独立于民法和行政法。两种学说看似均考虑了以上问题,但事实上各自均在解释上存在捉襟见肘之处。缓和的违法一元论面临如下三点质疑:(1)对行为的评价和制裁最终落实在具体的法域中,现实中并不存在所谓“一般违法”的情况,而且二重判断构造会导致判断过程的复杂化,不够高效、准确;(2)可罚的违法性的判断标准和过程并不明确,其理论本身混淆了法的前提条件和法的效果;(3)刑法并不必然从属于民法、行政

法。<sup>⑤</sup>违法相对论则被质疑:首先,片面强调刑法独立判断将导致刑法在法秩序中陷入孤立,招致刑法的政策化,法的合目的性要受到正义理念的限制,各法域的独立判断最终仍然要统合于整体法秩序;其次,违法性是可罚性的前提,主张在违法性(要件)和处罚范围(结论)之间循环才能推导出妥当的违法性内容,这一做法忽视了二者之间的逻辑关系;最后,强调刑法的独立性不符合现代刑法在法秩序中所处的补充性地位。<sup>⑥</sup>

出现前述问题的原因在于,两种学说都试图调和法秩序统一与违法判断相对性,但这种内在矛盾自始至终无法得到根除。缓和的违法一元论和违法相对论事实上仅从宏观上描述了法域间的关系,并分别确立了刑法从属性或独立性的立场,而均欠缺处理法域关系的具体规则。面对真正需要回答的问题,即应当确立何种具体的教义学标准,准确地界分行政违法与刑事犯罪,两种学说又只是分别主张“需要进一步提出刑法何时绝对从属、何时相对从属的具体标准与判断规则”,<sup>⑦</sup>“需要进一步突破的课题是,如何将违法性理论与犯罪构成理论结合起来”,<sup>⑧</sup>但对此未做更为深入的探讨。学理上逐渐认识到这一问题以后,便有观点提出,应反思以“违法性”路径解决法域冲突的合理性,转而另寻“法律效果论”,<sup>⑨</sup>还有观点则通过“规范保护目的理论”协调法域冲突。<sup>⑩</sup>这充分说明将法秩序统一性原理作为实质的诠释性理论,一体性地解决违法性判断、法律效果评价和法规范之间关系的做法,在解释具体案件时存在穿透力不足的缺陷。

### (三)处理法域冲突的理论共识和方法启示

“立异”是为了“求同”。日本理论中,无论是“缓和”抑或是“相对”地理解违法性,两者均承认不同法域的违法性之间存在“质”与“量”的差异,这与德国关于不法之间存在质与量区别的理解是一致的。其分歧主要在于,刑事违法性具有相对从属性还是相对独立性,是一步判断还是两步判断,是在构成要件阶层考虑还是在违法阻却事由中考虑民法、行政法的价值取向。此外,日本与德国学说在“法秩序统一

并不必然排斥违法判断相对性”这一点上也是一致的,只是就违法判断的相对性是置于法秩序统一性之中作一体判断,还是置于之外另行考虑,存在不同的考量。这种差异更多地体现在教义学方案的设计上,前者试图在“违法性”理论内部一体地解决,而后者分别采用“违法性”和“不法”理论予以解决。但是,一旦抛开使用概念上的具体差异,便会发现,无论是日本还是德国,关于一般违法和刑事犯罪的区分还存在着由违法性阶层向构成要件阶层转移的共同认知。

日本学者曾认为,构成要件该当性的判断只有符合或者不符合的问题,而违法性阶层不仅要解决是否违法的问题,还要解决违法性程度的问题。<sup>⑪</sup>因此,与德国刑法理论仅在违法性阶层就违法阻却事由的有无作消极判断不同,日本刑法理论中的违法性阶层还需要就违法性的程度作正向的判断,刑事违法性和行政违法性之间的违法程度差异是在违法性阶层体现出来的。缓和的违法一元论及可罚的违法性理论正是以此为出发点,主张部分行为虽然造成了法益侵害结果、不能否定构成要件该当性,但若综合考虑行为的状况、目的等因素,未达到必须处罚之程度的违法性,则仍然认为其不可罚。<sup>⑫</sup>德国学者君特(Günter)也认为,基于辅助性原则要求,刑法只能将具有需罚性与当罚性的不法类型化为犯罪,这种类型化不只是通过构成要件阶层来完成的,同时也体现于违法性阶层。为此,他在区分一般违法性与特殊的刑事违法性的基础上,在违法性阶层主张存有违法阻却事由:一是以正当防卫为代表的正当化事由,用以排除行为的一般违法性,行为在所有法律部门中都被评价为合法;二是特殊的刑事不法排除事由,这类事由仅阻却行为的刑事违法性,但并不否定行为的一般违法性。<sup>⑬</sup>这一观点被日本学者称为“德国刑法的日本化一幕”,<sup>⑭</sup>但并未被德国通说所采纳。随着理论的发展,日本学者也意识到,“否定构成要件的违法行为类型性、在违法性阶段寻求新的违法性之见解,会导致认可处在构成要件的框架之外,理应不能为处罚奠定基础的法益侵害或

危险也会为违法性奠定基础,从罪刑法定主义的见地出发,可以说这也是有问题的”。<sup>④</sup>因此,缓和的违法一元论和违法相对性当前均主张,“在构成要件该当性的判断中进行刑法独自的可罚违法性之有无的判断”,<sup>⑤</sup>或者在解释“作为违法行为的类型的构成要件”时,要以达到值得处罚程度的实质违法性为标准。<sup>⑥</sup>通过构成要件的限缩解释,将程度较低的不法行为排除出去,实现刑事犯罪与行政违法的区分,这一做法与德国通说的理解已经基本一致。

刑事犯罪与行政违法之区分的体系定位由违法性阶层向构成要件阶层转移的背后,也体现着构成要件的形式化理解向实质化理解的转变。由于构成要件不再是价值无涉的犯罪类型之指导形象,而是不法类型的存在根据,包含了积极证立特定犯罪的实质性不法内容的所有要素。因此,作为违法类型的构成要件,系立法者基于刑事政策设立的作为科处刑法独自法律后果之全部要件,其包含独特的“质”与“量”,这便是区分刑事不法(刑事违法性)和行政不法(行政违法性)的关键。

德国与日本理论虽然存在截然不同的思考方式和概念话语,但二者在体系位置和判断方法上的共识与我国区分方案的建构思考是共通的,具体的启示在于如下两点:一是无论对于法秩序统一性原理作何种理解,法秩序统一性原理并不排斥违法判断相对性;二是应通过构成要件阶层区分行政违法和刑事犯罪,构成要件是实质的不法类型,该当构成要件的行为不只体现了对于法秩序的违反,而且体现了违法的程度。有观点主张基于法益的标准或者规范保护目的的标准,区分行政违法和刑事犯罪,<sup>⑦</sup>这在判断方法上存在着脱离构成要件判断的问题。法益或者规范保护目的对于构成要件的解释必不可少,但均应内嵌于构成要件的实质解释中,围绕构成要件区分行政违法和刑事犯罪。

需要说明的是,与德国、日本“立法定性、司法定量”的犯罪认定方式不同,我国的犯罪概念“既定定性又定量”,域外适用“质”的差异标准有可能在我国体现为“量”的差异标准。比如,德国将故意伤害、盗

窃、诈骗等罪名直接规定在刑法中,刑事不法与行政不法体现为“质”的区别,但我国根据罪量的不同(是否造成轻伤以上后果,是否到达数额较大的标准)分别由《治安管理处罚法》和《刑法》予以规制,表现为“量”的区别。不过,立法固然存在差异,但基于构成要件之“质”与“量”的判断方法都是一致的。法秩序统一性原理要求行政法与刑法不能存在行为规范上的矛盾,因此具有行政合法性的行为在刑法上同样是合法的,具有行政违法性的行为在刑法上也是被否定的,但是否符合刑法禁止质料之构成要件,还应结合构成要件的“质”与“量”做出具体的判断。

### 三、法秩序统一性原理下行政犯的构成要件判断

以法秩序统一性原理指导行政犯的不法判断,在构成要件判断上还面临一个特殊的问题,即相对于自然犯的构成要件只需要违反刑法规定即可,而行政犯的构成要件具有双重违法性,行为必须同时违反行政法和刑法的规定。同时,行政违法性和刑事违法性之间还存在位阶关系,后者以前者的成立为前提。这种位阶关系被称为行政从属性,即行政犯的认定从属于相关行政规范的规定或行政行为的实施。<sup>⑧</sup>需要说明的是,学理上有观点认为,刑法与民法、行政法等部门法也存在着位阶关系,每一个被刑法规范禁止的行为,实际上都先已为其他部门法所禁止,刑法只具有用刑事制裁增强其他禁止规范效力的作用,所以,刑法依附于其他部门法,处于补充地位,此即“刑法从属性说”。<sup>⑨</sup>赞成观点认为,犯罪行为的危害实质和违法本质,取决于前置法而非刑事法的规定,主张行政犯的认定采用“前置法定性+刑事法定量”的犯罪认定机制。<sup>⑩</sup>如此,关于行政犯构成要件判断,便需要解释如下两个问题:第一,刑法从属性与行政从属性存在何种关系;第二,法秩序统一性原理下,关于行政从属性应如何判断。

关于第一个问题,持刑法从属性的观点认为,行政犯构成要件要素的判断均取决于行政法规,刑法只能做“量”的判断。在出罪上,这一观点与法秩序统一性原理相契合,并不存在问题,但在入罪上,如

果刑法对于行政法规的认定“照单全收”,必将导致更多与赵春华案、王力军案相类似的司法适用问题,而且有悖于行政不法与刑事不法之间既存在“量”的差异,也存在“质”的差的学理共识。事实上,“在几乎所有的情形下,前置法与刑法都有重大差异,不存在前置法能够对犯罪的认定提供‘质’上根据的问题。一方面,刑法对行为违法性的所有认定,都要再作一次违法性判断或者过滤;另一方面,刑法违法性判断的结论可能和前置法相同,但这不是由前置法对刑法的决定性所导致的,而是因为前置法的规定和刑法试图保护的法益或者规范目的碰巧一致。即便在这样的场合,决定违法性的也不是前置法,而是前置法背后试图维护的法秩序。”<sup>⑤</sup>刑事从属性说的问题,在于混淆了从属性(Akzessorietät)与辅助性(Subsidiarität)这两个概念。刑法的任务是辅助性的保护法益,“犯罪行为是刑法的特有规制对象,而不是刑法与其他法律的共同规制对象。刑法并不是对违反其他法律的行为直接给予刑事制裁,而是根据特定目的评价、判断对某种行为是否需要给予刑事制裁。”<sup>⑥</sup>“刑法的从属性和法定犯的行政从属性是两个不同的范畴,因此,刑法的独立性和从属性与法定犯违法性判断的从属性和独立性也是两个不同的命题,不能混为一谈……这是在刑法独立性框架下的行政从属性”。<sup>⑦</sup>

关于第二个问题,则要结合行政从属性的内涵和功能展开分析。行政从属性可以分为消极的行政从属性和积极的行政从属性。前者指的是,如果没有违反行政法规,则刑事犯罪的基础不存在,因而也称为出罪的从属性;后者则被称为入罪的从属性、构成要件的从属性,即行政犯将行政法规作为构成要件要素,构成要件判断具有对行政法规违反的依赖性。<sup>⑧</sup>法秩序统一既是合法性的统一,也是违法性的统一。其中,合法性的统一对应消极的行政从属性,因而无行政违法则无刑事犯罪;违法性的统一对应着积极的行政从属性。不过,积极的行政从属性只具有犯罪线索的意义,还需要基于刑法构成要件独立、实质判断刑事犯罪是否成立。下文将结合司

法实务判决,分别对合法性的统一与违法性的统一展开论证。

#### (一)合法性的统一:无行政违法则无刑事犯罪

行政犯将违反行政规范规定为犯罪的构成要件要素,因此,一个行为如果没有违反行政法规,那么就刑法构成要件判断而言,由于不具备全部的构成要件要素,因而不具有该当性。根据法秩序统一性原理,整个法秩序下合法性是统一的,一个行为如果被行政法规所容许,则不可能被刑法所禁止,因此刑事不法判断的前提便不存在。就此而言,整体法秩序下合法性的统一是消极的行政从属性的理论依据。这一点在学理上已不存在任何争议,但在实践中,司法机关在部分案件的处理中未能准确理解行政法规变动与消极的行政从属性的含义,导致部分判决不当。

在无证经营成品油案中,陈某某与他人签订加油站租赁合同,但一直未将《成品油零售经营批准证书》的权属变更到自己名下,自2017年1月1日以来,无证从事成品油经营业务,非法经营数额463万余元。在法院审理期间,国务院办公厅于2019年8月16日下发的《关于加快发展流通促进商业消费的意见》(国办发[2019]42号)第17条规定,扩大成品油市场准入,取消石油、成品油批发、仓储、经营资格审批。法院判决认为,虽然国办发[2019]42号文件取消石油、成品油批发、仓储资格审批,将成品油零售经营资格下放至地市级人民政府,但该意见并没有取消成品油行政许可制度,被告人未经许可的经营行为违反了国家规定,判决被告人陈某某成立非法经营罪。<sup>⑨</sup>这一判决未能准确理解消极的行政从属性,因为随着国办发[2019]42号文件的出台,之前由2004年《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》(国务院令412号)设立的成品油行政许可制度便被取消了,虽然成品油的经营仍需经地市级人民政府许可,但根据《刑法》第96条的规定,只有违反法律、行政法规的行为才属于违反国家规定。因而,无证经营成品油的行为由于不再违反行政法规,适用非法经营罪的前提便不具备。

在组织跨境乞讨案中,行为人组织他人以旅游的名义申请旅游签证出境乞讨的行为被认定为组织他人偷越国(边)境罪。法院认为,行为人帮助部分乞讨人员办理护照,并以旅游的名义在旅行社骗取签证,其目的是组织他们出国乞讨并从中非法获利,属于司法解释规定的“使用以虚假的出入境事由、隐瞒真实身份、冒用他人身份证等方式骗取出入境证件出入国(边)境”的情形,行为人的组织行为构成组织他人偷越国(边)境罪。<sup>⑤</sup>但是,从行政从属性的视角,被组织的人员均是以其真实身份办理旅游护照、签证出境,其获取的均为合法护照、签证,出入境的行为也未违反《出境入境管理法》的规定,不存在使用虚假证件或者在规定口岸之外的地方偷越国(边)境的行为。因此,相关行为并没有违反行政法规,缺乏认定犯罪的基础。申言之,《出境入境管理法》保护的是出入境的管理秩序,而行为人在境外是否实施违法行为及国家声誉是否受到影响,并不在行政法规乃至刑法的规范保护目的之内。

(二)违法性的统一:基于行政从属性的提示独立判断刑事不法

积极的行政从属性体现为行政犯的构成要件要素依赖于行政法规的形塑,必须首先根据行政法规的规定,判断相关行为是否具有行政违法性。根据法秩序统一性原理,一个行政法上被禁止的行为,在刑法上自然也应当受到否定的评价。不过,行政犯固然首先考虑对行政法之个别规范的违反(积极的行政从属性),再考虑对于刑法规范的违反,但具有决定性意义的仍然是结合具体构成要件的“质”与“量”做出独立的刑法判断。简言之,一个行为是否成立行政犯,要经过行政从属性和刑事不法判断独立性的二重筛选。关于构成要件要素的独立判断,主要包括如下四种情形。

其一,实行行为的独立判断。在非法鉴定婴儿性别案中,行为人在无医生执业资格的情况下,购买B型超声诊断仪,为多名妇女提供非医学需要的胎儿性别鉴定业务,被认定属于非法行医罪规定的“其他情节严重”的情形,构成非法行医罪。<sup>⑥</sup>根据《禁止非

医学需要的胎儿性别鉴定和选择性别人工终止妊娠的规定》,介绍、组织孕妇实施非医学需要的胎儿性别鉴定,由县级以上卫生计生行政部门责令改正,给予警告;情节严重的,没收违法所得,并处罚款。这一行为被行政法所禁止并无异议,但是否属于刑法上的非法行医行为,则要根据非法行医罪的构成要件进行判断。刑法上的非法行医,要求医疗行为导致情节严重的后果,根据司法解释,即要求造成就诊人轻度残疾、器官组织损伤导致一般功能障碍,造成甲类传染病传播、流行或者足以严重危害人体健康等。由于非法鉴定行为不符合上述规定,判决选择将其解释为司法解释中兜底条款规定的“其他情节严重的情形”,这既违背了对于兜底条款解释的同质性原则,也实际上放弃了刑法对于非法行政行为的实质判断。在组织卖淫案中,行为人组织为他人提供手淫服务被认定为组织卖淫罪。<sup>⑦</sup>法院判决的依据是2001年公安部印发的《关于对同性之间以钱财为媒介的性行为定性处理问题的批复》的有关规定,即“不特定的异性之间或者同性之间,以金钱、财物为媒介发生不正当性关系的行为,包括口淫、手淫、鸡奸等行为,都属于卖淫嫖娼行为”。但也有观点认为,刑法上的卖淫行为宜作狭义理解,并包括手淫等性接触行为。<sup>⑧</sup>针对全国范围“同案不同判”的混乱局面,最高人民法院认为,司法应根据刑法的基本含义,结合大众的普遍理解及公民的犯罪心理预期等进行认定,性交等“进入式”性行为属于刑法意义上的卖淫,而手淫等“非进入式”性行为则不能认定为刑法上的卖淫。<sup>⑨</sup>析言之,由于并不存在刑法意义上的卖淫行为,组织卖淫罪难以成立。

其二,结果的独立判断。在连环虚开案中,兴盛达公司、天泰服装公司、中物旺达公司三家公司为了提高销售额,制造企业虚假繁荣,提升企业招商形象,“环开”增值税专用发票,但均如实缴纳与抵扣增值税款,公诉机关认为,三家公司构成虚开增值税专用发票罪,法院审理后认为,三家公司的“环开”行为客观上不会造成国家税款的流失,故不构成犯罪。<sup>⑩</sup>应当认为,“环开”行为具有行政违法性,但是就虚开

增值税专用发票罪的成立而言,还要求虚开的行为足以产生骗取国家税款的结果,如果缺乏法益侵害结果,构成要件不具有该当性。2020年7月22日,最高人民检察院发布的《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》明确强调了结果要素,对于没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为,不以虚开增值税专用发票罪定性处理。再如《刑法修正案(十一)》删除了骗取贷款罪“有其他严重情节”的规定,这也意味着骗取贷款的行为必须给金融机构造成重大损失的结果才属于刑事犯罪,如果行为人虽然实施了欺骗银行的行为,获得贷款,但是由于提供了真实、足额的担保物,或者已于案发前清偿了贷款本息,那么只能被评价为行政违法。

其三,因果关系与客观归属的独立判断。在意外被撞逃逸案中,行为人驾驶一辆拖拉机停靠路边,不久后被一辆高速行驶的小客车追尾,导致小客车司机当场死亡,行为人发现后,迅速驾车逃离现场。公诉机关认为,根据《道路交通安全法实施条例》第92条第1款的规定,“发生交通事故后当事人逃逸的,逃逸的当事人承担全部责任”。行为人原本对交通事故没有很大责任,但是存在逃逸行为,所以要面对交通肇事罪的指控。<sup>⑥</sup>本案的问题在于,虽然依据行政法行为人应承担全部责任,但并不必然意味着其也要承担刑事责任。《道路交通安全法》追究逃逸者全部责任是基于管理交通秩序和提高行政效率的目的,防止肇事者逃逸后无人承担事故责任,因而单方面赋予逃逸者不利的后果。但是刑事责任成立的前提在于,行为人实施了违反交通法规的不法行为,且行为与交通事故的后果具有因果条件和客观归属的关系。换言之,只有能够将交通肇事伤亡的结果归责于行为人违反注意规范的行为时,才能认定刑事不法的成立。但本案中,死伤结果的发生并不是行为人的不法行为引起的,而是由于后车驾驶员追尾所致,当被害人实施自我损害或者导致自己陷入风险时,在客观归责的判断上不能将危害结果归责于他人,而应自我答责。因此,虽然行为人根据行政法的规定应负主要责任,但在刑事判断中,伤亡结果

却不能归责于行为人逃逸的行为,因此,不构成交通肇事罪。

其四,主观要素判断的独立性。在婚礼购烟案中,行为人为筹备2个月后女儿的婚礼,在西安火车站附近多个烟酒门市以每条800元左右的价格购买168条白沙香烟,在返回湖南老家的路上被烟草执法人员查获。经查,行为人没有经营香烟的许可证,涉案香烟均为真品卷烟,指导价为人民币1000元每条。行为人辩解,这批香烟女儿结婚要用100余条,如果用不完,准备在老家以市场价卖掉。法院认为行为人未经许可,营运卷烟,构成非法经营罪。<sup>⑦</sup>在刑事不法的判断中,经营行为的认定要求行为人主观上应具有营利目的。没有办理烟草零售许可证,跨区域大量购进卷烟的行为是否属于非法经营行为,必须结合行为人的主观目的进行判断。本案中,行为人的辩解得到相关证人证言的印证,是为了筹备婚礼大量购买卷烟,行为人仅具有消费的目的,即便婚礼结束,将剩余部分香烟转让,行为人不具有营利目的,故不应定为非法经营罪。

#### 四、结语

学界对于法秩序统一性原理存在不同的理解,并为法域关系的协调建构了不同的教义学方案。无论做何种理解,都需要有针对性地回答违法性判断、法律评价效果与法规范之间的关系这三个问题,从而妥善区分一般违法与刑事犯罪。一体性解决方案遮蔽了这三个不同问题的异质性,导致基本概念的混淆和理论解释的乏力。在行政犯的认定中,行政从属性属于行为与整体法秩序违反的违法性问题,刑事不法判断的独立性则是不同法律评价效果的问题,两个问题分别呈现出行政法与刑法的不同关系,并不在同一个层面。就法秩序统一与行政犯的不法判断而言,超越话语体系的结论是,法秩序统一性原理并不排斥构成要件的独立、实质判断,前者是基于行为规范的要求,后者则要法律效果的相对评价。所以,行政犯的行政从属性和刑事不法判断独立性作为筛选行政犯是否成立的两个步骤,属于不同的理论范畴。

## 注释:

①学界通常在相似含义基础上理解“行政犯”和“法定犯”概念,本文使用行政犯的概念,旨在凸显犯罪的认定以违反行政法规为前提,犯罪的成立应同时具有行政不法(违法性)和刑事不法(违法性)。参见储槐植:《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[日]平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社2016年版,第184页。

③参见王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,载《中外法学》2015年第1期,第170页;简爱:《我国行政犯定罪模式之反思》,载《政治与法律》2018年第11期,第31页。

④参见孙国祥:《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52页。

⑤刘艳红:《“法益性的欠缺”与法定犯的出罪——以行政要素的双重限缩解释为路径》,载《比较法研究》2019年第1期,第86页。

⑥参见北京市第三中级人民法院(2019)京03刑初23号刑事判决书。

⑦[德]诺伯特·霍斯特:《法是什么?——法哲学的基本问题》,雷磊译,中国政法大学出版社2017年版,第95页。

⑧Vgl Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 46-58.

⑨参见[德]汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论——刑法理论的新图景》(增补第4版),陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,第25页。

⑩参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第70页。

⑪参见于佳佳:《违法性之“法”的多元解释》,载《河北法学》2008年第10期,第15页。

⑫[日]京藤哲久:《法秩序的统一性与违法判断的相对性》,王释锋译,载《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期,第147页。

⑬我国学界更多受到日本刑法理论的影响,目前也呈现出缓和的违法一元论与违法相对论的观点对立。参见于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,载《中国法学》2018年第4期,第84页;张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,载《中国法学》2017年第4期,第50页。

⑭王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,载

《中外法学》2015年第1期,第172页。

⑮参见[日]京藤哲久:《法秩序的统一性与违法判断的相对性》,王释锋译,载《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期,第150页。

⑯参见[日]日高义博:《违法性的基础理论》,张光云译,法律出版社2015年版,第11页。

⑰参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第25页。

⑱[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第91页。

⑲[德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法学教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第438页。

⑳[日]西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第112页。

㉑[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第93页。

㉒参见[日]京藤哲久:《法秩序的统一性与违法判断的相对性》,王释锋译,载《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期,第146页。

㉓参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第96-101页;[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第97页。

㉔[法]米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北城、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店2019年版,第116页。

㉕参见[德]诺伯特·霍斯特:《法是什么?——法哲学的基本问题》,雷磊译,中国政法大学出版社2017年版,第15页。

㉖[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年,第124-125页。

㉗[德]拉德布鲁赫:《法哲学入门》,雷磊译,商务印书馆2019年版,第36、38页。

㉘参见[德]拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第76页。

㉙王钢:《非法持有枪支罪的司法认定》,载《中国法学》2017年第4期,第72页。

㉚[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第77页。

㉛[德]英格博格·普珀:《法学思维小学堂——法律人的6堂思维训练课》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第56页。

③[日]京藤哲久:《法秩序的统一性与违法判断的相对性》,王释锋译,载《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期,第149页。

③参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第212页。

③参见[日]西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第110页;[日]日高义博:《违法性的基础理论》,张光云译,法律出版社2015年版,第10页。

③参见于佳佳:《违法性之“法”的多元解释》,载《河北法学》2008年第10期,第19页。

③[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第74页。

③参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第25页;[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》(第4版补正版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第80页。

③参见[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第93页。

③于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,载《中国法学》2018年第4期,第84页。

③简爱:《从“分野”到“融合”——刑事违法判断的相对独立性》,载《中外法学》2019年第2期,第454页。

③参见陈少青:《刑民交叉实体问题的解决路径——“法律效果论”之展开》,载《法学研究》2020年第4期,第73页。

③参见于改之:《法域协调视角下规范保护目的理论之重构》,载《中国法学》2021年第2期,第207页。

③参见[日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第38页。

③参见[日]西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第173页。

③Vgl. Hans-Ludwig Günter, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, S. 394 f.

③[日]日高义博:《违法性的基础理论》,张光云译,法律出版社2015年版,第4页。

③[日]山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第105页。

③井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2018年)273頁。

③参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第26页。

③参见于改之:《法域协调视角下规范保护目的理论之重构》,载《中国法学》2021年第2期,第207页。

③参见刘夏:《犯罪的行政从属性研究》,中国法制出版社2016年版,第9页。

③参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,中国人民大学出版社2004年版,第4页。

③参见田宏杰:《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》,载《法学家》2013年第3期,第55页。

③周光权:《质疑“前置法定性刑事法定量”的观点》,载《法治日报》2021年4月14日,第9版。

③张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,载《中国法学》2017年第4期,第51页。

③陈兴良:《法定犯的性质和界定》,载《中外法学》2020年第6期,第1481页。

③参见陈兴良:《法定犯的性质和界定》,载《中外法学》2020年第6期,第1482-1483页。

③参见湖南省桃江县人民法院(2020)湘0922刑初77号刑事判决书。

③参见河南省正阳县人民法院(2014)正少刑重字第2号刑事判决书。

③参见湖北省武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中刑终字第395号刑事裁定书。

③参见山东省梁山县人民法院(2017)鲁0832刑初267号刑事判决书。

③参见孙国祥:《行政犯违法性判断的从属性与独立性研究》,载《法学家》2017年第1期,第59页。

③参见周峰等:《〈关于审理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法(应用)》2017年第25期,第30页。

③参见天津市和平区人民法院(2016)津0101刑初288号一审刑事判决书。

③参见汤玉婷、范福华:《意外被撞逃跑“跑”来有罪指控》,载《检察日报》2007年2月5日,第1版。

③参见河南省西峡县人民法院(2015)西刑初字第126号刑事判决书。