

日本的行政刑法现象及其考察

——兼谈我国行政犯立法模式的转换

付立庆

【摘要】日本刑罚法规的载体不限于刑法典,也包括由准刑法和行政刑法构成的特别刑法。日本多年来不但呈现出了刑法的行政刑法化现象,且行政刑法存在一定程度的肥大化倾向,值得警惕。应该在承认法益的立法规制机能的同时,结合比例原则和刑罚的一般预防功能,共同检讨行政刑法的立法正当性。中国的刑事立法应该放弃单一制立法模式而选择双轨制立法以使得附属刑法名副其实,并且有必要制定轻犯罪法。这样,更能体现刑事犯与行政犯的内在差异,在保证刑法典稳定性的同时,也不会导致刑法典权威性的削弱。

【关键词】行政犯;行政刑法;法益的立法规制机能;立法双轨制;轻犯罪法

【作者简介】付立庆,中国人民大学刑事法律科学研究中心教授,法学博士。

【原文出处】《比较法研究》(京),2022.4.87~100

【基金项目】本文系笔者主持的中国人民大学明德青年学者计划“日本近代刑法史研究”项目的阶段性研究成果。

一、日本刑罚法规的载体

(一)实质刑法与形式刑法

从罪刑法定原则出发,刑法的法源即刑罚法规的载体必须是法律。什么样的行为构成犯罪、对其应科处怎样的刑罚,需要由法律来规定;只有基于国会所制定的法律,也只有在其范围内,人们才受到处罚。正是在此意义上,刑法具有人权保障机能。^①就当下的日本而言,这样的法律数量很多,但其中基本的法典是1907年4月公布、1908年10月施行的《刑法》(明治40年法律45号)。^②说其是基本的,不仅因为其将刑事犯的主要部分几乎都网罗其中,也和其第8条直接相关。该条规定:“本法之总则规定,也适用于其他法令有规定之罪。”由此,刑法总则在实质意义上对于全部的刑罚法规都具有总则的意味。不过,该第8条的但书规定“其他法令有特别规定时,不在此限”,而存在这种特别规定的,主要是行政刑法领域。^③

这里涉及形式意义上的刑法与实质意义上的刑法的区分。刑法是指规定犯罪的成立要件与作为犯罪的法律效果的法律。这种意义上的刑法,是关于

犯罪与刑罚的总称,称为实质意义上的刑法。另一方面,在日本,存在拥有“刑法”这一名称的法律,这称为形式意义上的刑法。由于形式意义上的刑法也是实质意义上的刑法中的一种,则可以将形式意义上的刑法称为狭义刑法,而将实质意义上的刑法称为广义刑法。^④再者,由于将刑罚作为对违法行为之制裁的称为“刑罚法规”,则实质意义上的刑法即广义刑法,也就是全刑罚法规。^⑤

形式意义上的刑法与实质意义上的刑法,其区别在于是否拥有“刑法”这一名称,这是一种形式上的区分。一旦着眼于所规制的内容,就可根据是规定一般社会生活中最为重要的基本犯罪的刑法,还是在特殊生活领域中进行特别必要的规制,来对刑法进行区分。就此而言,形式意义上的刑法是对最为基本的犯罪所规定的刑法,称为一般刑法(普通刑法、核心刑法,有必要时,也称为“刑法典”)。与此相对,除此之外的实质意义上的刑法,称为特别刑法。

(二)狭义的特别刑法(=准刑法)与行政刑法

特别刑法的概念有广狭二义。广义上,特别刑法(Nebenstrafrecht)是指除去一般刑法之外的所有的

刑法。与此相对,在广义的特别刑法中,与行政刑法放在对立位置加以比较的,是狭义上的特别刑法。狭义的特别刑法,原本就是为了规定犯罪与刑罚而制定的,^⑥“原本应该被纳入刑法典之中”,^⑦很多是对在道德上可能受到非难的反社会的犯罪行为加以规定,可谓是对刑法典所规定的犯罪类型予以补充和扩张的个别的刑罚法规,又被称为“准刑法”。比如,在日常生活场合所能发生的处罚轻微违反行为的《轻犯罪法》(1948年),虽有些久远但现在仍屡屡适用的《爆炸物取缔罚则》(1883年),以大正末期的社会不安为背景、以各种集团的暴力行为的多发为契机所制定的《关于处罚暴力行为等的法律》(1926年),对正当防卫的要件予以缓和、针对盗窃犯及侵入者广泛地肯定私人对抗的《关于防止及处罚盗窃犯等的法律》(1930年),处罚劫机的《关于处罚劫持航空器等行为的法律》(1970年),规定人质强要罪及其加重类型的《关于处罚通过人质实施勒索行为等的法律》(1978年),规定了包括法人处罚规定以及因果关系推定的《关于处罚危害人体健康的公害犯罪的法律》(1970年),等等,都属于准刑法。^⑧

与此相对,行政刑法(Verwaltungsstrafrecht)是指,为了圆满地实现行政取缔目的,对于行为规制予以补强、担保行为规制的实效性,而对违反行为科以刑事制裁,据此来强制地遵守行政取缔法规,是以伦理色彩相对薄弱、技术性的违反行为为犯罪的法律。比如《国家公务员法》《地方公务员法》《道路交通安全法》《大气污染防治法》《水质污浊防止法》这样的,为了担保关于公务员制度、道路交通、环境保护等行政法规的实效性而确定了相应准则,作为违反相应准则之制裁而设定了刑罚法规。这些都是在各种行政法规的末尾以“罚则”的形式加以规定。此类规范被称为“行政刑法”。^⑨这里,与行政刑法对应的,是一般刑法与准刑法,两者合称刑事刑法或者固有刑法。

行政刑法,在固有的行政法之外,按照不同领域,还可以分为劳动刑法、税收刑法、经济刑法、环境刑法等。不过,在团藤重光看来,经济刑法或者劳动刑法、财政刑法等领域应该是横跨固有刑法与行政刑法双方的领域。例如,占据财政刑法主要部分的是税收刑法。关于税收刑法,一直以来的思考方式

是以国库收入为主要目标的财政目的为中心加以构筑,在此意义上,在行政刑法之中也被认为是最显著地体现行政原理的领域。但是,近来的立法以及学说上的倾向,则是对税收犯罪逐渐强烈地肯定其刑事犯的特征。这里所说的“横跨”,不单是指经济刑法、财政刑法等这些领域横跨行政刑法与固有刑法,也意味着行政刑法与固有刑法两者的原理存在着竞合的场景。例如,关于逃税罪,在肯定其作为对税收债权的侵害而具有刑事犯中财产犯属性的同时,从税法的见地出发,也是特别强调了一般预防的必要。^⑩应该认为,承认一些犯罪横跨刑事刑法与行政刑法,是一种比较务实的态度,可谓是看到了事物的多面性、复杂性。

(三)特别刑法中的罪刑规范与一般刑法的关系

日本(以及其他国家)的立法现实明确表明,刑法典不等于刑法规范的总和。与我国刑法的法源加以比较可知,以上狭义的特别刑法(准刑法)相当于我国的单行刑法;其他法律之中涉及的犯罪与刑罚的规定即行政刑法,则大致相当于我国学者眼中的附属刑法。^⑪只不过,我国的附属刑法通常并不直接规定犯罪成立条件尤其是并不直接规定刑罚后果,而常以“构成犯罪的,依法追究刑事责任”(例如2020年第3次修正的《中华人民共和国著作权法》第53条)的形式出现。这种在其他法律规范中涉及犯罪的条款即便被称为“附属刑法”,其也并非真正意义上的刑罚法规,与日本的行政刑法相比,作为附属刑法名不符实。可以认为,只是在其规定的目的也是为了保障相关法律实施的意义上,将其算作属于保障法的刑法规范之中。^⑫

需要说明的是,日本的特别刑法(准刑法与行政刑法)中的具体罪刑规范,与刑法典分则中的罪刑规范,虽然通常不存在竞争关系,但并不必然如此。通常的情况是,特别刑法中所规定的犯罪在刑法典中并无规定,因而只能适用特别刑法,例如日本的著作权法等法律中关于侵犯知识产权的犯罪规定,即属于此种,这时特别刑法与一般刑法的规范之间不存在竞争(竞合)。不过,少数特别刑法中规定的犯罪在刑法典中也有规定,比如日本《儿童福祉法》第34条第6项规定禁止“使儿童实施淫行的行为”,同法第

60条第1款规定了相应罚则,而在刑法典之中则规定有强制性交罪、强制猥亵罪等,这时特别刑法与一般刑法之间存在竞争(竞合)关系。^⑬在行为同时符合双方规定的场合,就要按照竞合犯处理。

二、行政刑法现象与范围

(一)刑法的行政刑法化现象

行政刑法是实质意义上刑法的重要组成部分,是刑法的重要法源。固有的刑法与行政刑法的区别,在犯罪本身的侧面来说,大致对应于刑事犯与行政犯的区别,和自然犯与法定犯的区别大体相当;再追溯一下的话,与“自体恶”(mala in se)与“禁止恶”(mala prohibita)的对比也几乎相称。^⑭尤其是在进入到20世纪之后,国家行政机能的重要性增加,行政刑法从固有刑法中脱离出来,其独立性受到了肯定。在此意义上,行政刑法的出现必须说是一种显著的近代现象。在犯罪现象的侧面来说,刑事案件的压倒多数为行政犯所占据。然而,刑事犯与行政犯的区分并非不言自明且一成不变的。在德国行政刑法研究的先驱戈尔德施密特(Goldschmidt)看来,刑事犯是违法(rechtswidrig),行政犯不过是单纯的行政违反(verwaltungswidrig);在M. E. 迈耶(M. E. Mayer)看来,刑事犯是违反了文化规范,行政刑法的规范与文化无关,是由于法律方才成为不法的。也就是,在前法律的角度来看,根据其是否属于在社会伦理上应该受到非难的行为,而对两者进行区别。从而,两者的界限是不明确的,在中间存在无限的过渡阶段,另外,还能够肯定伴随着社会意识推移,两者界限的变动,尤其是法定犯的自然犯化。不仅如此,即便作为刑法整体来看,为了应对社会生活的复杂化、技术化,也能看出显著的技术化倾向。这被团藤重光称为刑法的行政刑法化现象。^⑮日本学者平野龙一所说的“刑事责任的扩散”(或者“刑事责任的淡化”)^⑯也包括这层意思,而我国学者储槐植所说的“法定犯时代的到来”,^⑰指向大抵如此。

(二)狭义的行政刑法

行政刑法也有广义与狭义之分。行政刑法是为了达到行政目的,实现相应政策所期望的状态,或者去除相应政策所不期望的状态,基于一般统治权,对于国民的自然权利加以限制或者科处义务等负担的

场合,为了担保其实效性,对于义务违反而采用刑法所规定的刑罚(刑事罚)的场合,也就是行政取缔法规的罚则的总体。^⑱是形式意义上的行政刑法,也可谓是狭义的行政刑法。具体来说,为了实现行政上的目的,在行政法规之中,形成对于国民的各种命令与禁止并科以应该遵从这些命令与禁止之义务,在这样的场合,为了确保行政法规(其担保着上述义务之履行)的实效性,通行的做法是,对于违反义务的行为规定能够科处一定制裁的罚则。对于这种行政法上的义务违反行为所能够科处的制裁,通常在行政法上称为行政处罚。这种行政处罚,在日本的实定法上,分为在刑法上具有刑罚之名的处罚与称为“过料”的财产罚(所谓的秩序罚)两种。所谓行政刑法,在广义上意味着与这种行政罚相关的法规的总称,而通常,在行政处罚之中,特别将与刑法上具有刑罚之名的处罚(行政刑罚)相关的法规称为行政刑法(狭义的行政刑法)。^⑲

在日本的法体系中,过料(秩序罚)在实定法上,不仅其制裁程序与刑罚不同,而且也可以认为两者在性质上存在不同,由此,仅将所谓的狭义行政刑法称为行政刑法,将有关过料的规定从行政刑法的范围之中予以排除,是妥当的,即将行政法上的义务违反(非行=不法行为),区分为应该科处刑罚的不法行为(行政犯)与应该科处属于秩序罚的过料的不法行为(秩序违反),将有关前者的法律体系称为行政刑法(关于后者的法律体系,可以暂时称为秩序罚法或者秩序违反法)。^⑳从而,狭义的行政刑法概念是值得肯定的,不应将单纯的行政秩序违反行为纳入行政“刑法”的范畴。

除了行政取缔法规的罚则中所包含的对象外,藤木英雄还提出,即便是一般刑法上的犯罪,为了保护行政组织的顺畅、正当的运营,或者为了保护公务员的职务活动,或者为了明确职务上的义务、责任以及维持规制而发挥作用,这些从机能的角度来看,也都属于行政刑法的一环。他认为,会发生行政或者担当行政的公务员与刑法的关联性的场合,包含与公务施行或者公务员职务相关的原本的刑法犯在内,都属于广义上的行政刑法;而作为达成行政措施目的之手段而采用刑事罚的,则是狭义的行政刑

法。^②不过,这种广义的、机能意义上的行政刑法甚至将为了保护公务员的职务活动的刑罚法规也算作行政刑法的范畴,会导致其外延过宽,在本文看来是难以支持的。

(三)行政刑法与刑事刑法等相邻概念的区别

单凭以上狭义的行政刑法的定义,并不能明确行政刑法的意义或者行政刑法学的存在理由。为了明确这一点,必须要将行政刑法与与其邻接领域的区别作为问题:一方面行政刑法与固有刑法(或者说,行政犯与刑事犯)的区别,另一方面行政刑法与前述的秩序罚法(或者说,行政犯与秩序违反)的区别,都必须作为问题讨论。关于行政犯与秩序违反之间的区别(本文暂且将其称为行政刑法的下限),由于日本的实定法上将行政罚分为在刑法上具有刑罚之名的处罚(刑罚)与过料这一秩序罚,则将应受刑罚处罚的行政上的不法行为界定为行政犯、将应该科处过料的行政上的不法行为界定为秩序违反,这样的形式上的区别是可能的;不过这样的话,不仅行政犯的内容未得到任何明确,而且由于日本的实定法上,作为对于同样的行政法上秩序违反行为的制裁,某种场合规定为科处刑罚、某种场合规定为科处过料,欠缺方针上的统一性,这种出于制裁种类的两者区别,在日本的实定法之下,就必须说是没有任何的实质理由。在此毋宁说,必须要明确,在何种场合应该科处刑罚、在何种场合应该科处过料。至于行政犯与刑事犯的区别(本文暂且称其为行政刑法的上限),两者的制裁都是刑罚,不可能在形式上加以区别,对此,更是必须要将两者的实质区别作为问题。^③

关于行政犯的“刑罚”与秩序罚的“过料”之间的关系,日本的行政刑法研究的前驱美浓部达吉提出,所谓秩序罚,是作为行政法规违反的罚则规定,“其制裁就是科处金钱处罚,而且为了与刑法上所规定的罚金或者科料相区别,特地称为‘过料’,从而明示了不需要适用刑法总则以及刑事诉讼法”。^④确实,在日本的法制之中,对于行政违法(行政违反)来说,既可能科处刑罚,也可能科处属于行政上的秩序罚的过料。这就涉及两者的区别。对此,福田平的主张具有代表性。他认为,应该科处刑罚的行政违反

(行政犯),其实质的违法包括对法益的侵害与威胁,是对派生生活秩序的违反(与之对应,刑事犯是对基本生活秩序的违反);而应该科处过料的行政法规违反(秩序违反),并非是对为了实现行政目的而试图维持和形成的生活秩序本身的直接攻击,而是在这种秩序的基础上,违背了为了使行政使命无障碍地实现而要求的义务。这一义务的违背,可能蕴含着妨碍行政目的达成的危险,但在社会意义上来说,不过是对于行政机关的命令或禁止的积极或消极的不服从而已。在此,从行政犯与秩序违反的这种性质上的差异出发,对于行政犯能够科处刑罚,而对于秩序违反,在违反了法规这一点上虽说包含着值得非难的要素,但在社会伦理上的非难程度是极其微弱的,由于对这样的行为科处具有伦理非难要素的刑罚是不妥当的,从而就被科处与刑罚加以区别的属于行政上的秩序处罚的过料——过料与刑罚不同,并不包含赎罪的要素、伦理的内容,毋宁说,具有警告的意义。^⑤

前文已经涉及,实质刑法可以分为刑事刑法与行政刑法,前者包括一般刑法与狭义的特别刑法即准刑法。一般认为,像刑法典所规定的犯罪这样的,被认为是当然地反社会的、值得处罚的行为(称为自然犯或者刑事犯),与其处罚相关的就是刑事刑法;而为了实现行政上的目的,对于违反法规的行为科处刑罚的则是行政刑法。刑事刑法被认为是传统刑法的规制范围,其中心是,对人的生命、身体、自由、财产等的基本法益的侵害或者危险,多多少少是能够肯定可视的实害的犯罪。与之相对,行政刑法的例子是,税收、选举、环境保护、道路交通、经济交易、消费者与投资者保护、建筑规制等领域中所能看到的罚则规定。在行政刑法的领域中,保护法益是社会的、国家的法益,从相当早的阶段就能肯定其处罚(从而,“纯粹规则违反的处罚”这一特性是很强的),被害是不可视的、观念性的。^⑥也就是说,刑事刑法与行政刑法的区别,可以求诸这样一点:前者无须等待法律的规定,将被认为伦理的、道德的“恶”的行为予以犯罪化,与之相对,后者原本并非是违反社会伦理的,而是为了达成一定的社会目的,目的性地、政策性地将一定行为予以犯罪化。^⑦

(四)刑事犯与行政犯区别的流动性

学说上一直有见解否定行政犯与刑事犯之间在性质上的差异,认为两者只有量上的差别。在德国,贝林(Beling)、哈夫特(Hafter)、施蒂嫩(Stienen)、绍尔(Sauer)、H. 迈耶(H. Mayer)、格策尔(Goetzeler)等均持此种主张。例如,特罗普斯(Trops)彻底反对戈尔德施密特的行政刑法理论,强调刑法体系的一体性,认为无论行政犯还是刑事犯,都是能够科处刑罚的可罚行为,其在违法性与有责性上都应该统一把握,从而得出了可罚行为的单一性从而行政犯与刑事犯的同性的结论,认为两者不过是重大的事犯(Kapitalsachen)与轻微的事犯(Bagatellsachen)这种量的差异而已。特罗普斯认为违法性只要讨论形式违法性足矣,无须讨论实质违法性,所谓法益概念本身是不明确的,将其作为实质违法讨论并无意义。^②在日本,也有否定自然犯与法定犯之区别的见解(例如,宫本英修)。确实,如果像特罗普斯那样对犯罪进行形式的把握的话,则否定两者的区别是理所当然的,但对刑事犯与行政犯两者的区别来说成为问题的,不是形式上的犯罪表征,而是犯罪的实质性质,认为讨论实质违法是没有意义的,这在方法论上首先就是不妥当的。而且,即便刑事犯与行政犯在形式违法这一点上是共通的,也必须要将行为为何违法这一点作为问题,由此两者的实质性质就必须加以讨论。^③

日本通说的见解一方面承认两者的区别,另一方面又认为两者的区别是相对的、流动的。无论是基本生活秩序的内容还是派生生活秩序的内容,都会根据社会、经济的发展而发生变化,而伦理与道德也会随着社会的变化而激烈变动,绝非固定不变。法定犯经过长年累月会在国民之中固定下来,对其的违反也能加之道德性的非难,从而自然犯化。比如,道路交通法上的醉酒驾驶犯罪(道交法第65条第1款、第117条之2的第1项),当初被认为是纯粹的行政犯,随着交通道德的高涨,逐渐转化为应该受到伦理非难的行为,在数次的法律修改中其法定刑也逐步提高。这就是法定犯的自然犯化。^④与此相对,还可能存在着自然犯的法定犯化现象,比如规制经济违反当初被认为是法定犯,在战时体制的基础上被理解为是对国民全体财产的侵害行为,从而自然犯

化,战后,可以说又再次法定犯化了。

尽管也有学者否定两者区别的流动性(美浓部达吉、泷川幸辰等),^⑤但本文承认刑事犯与行政犯区分标准的相对性、流动性。(1)就日本的刑事立法本身来说,其并不意味着刑法典中的所有犯罪都是自然犯,其中也包括基于行政取缔目的的犯罪(比如第192条的非正常死亡者密葬罪),反过来说,在行政犯之中也存在着与社会伦理联结在一起的犯罪(比如税法上的犯罪)。^⑥(2)在理论上认为刑事犯与行政犯之间存在泾渭分明的界限,可以说是过于理想化了。无论是从与社会伦理道德的关系还是与“文化规范”的关系,抑或是从是否“禁止恶”的角度,都只能为刑事犯与行政犯的区分划出一个大致的而非绝对的标准。但是,区分标准的相对性、流动性并不等于两者的区分“变得并不重要”,^⑦无论是从违法性认识可能性的判断、对于不同犯罪类型的不同法定刑配置方案和不同的刑事政策策略上,还是从后述的为了维持刑法典自身的稳定性而在立法体制上的考量等,刑事犯(自然犯)与行政犯(法定犯)的区分本身还是重要因而需要坚持的,只是,不应过度夸大两者区分的决定性,着重把握其中的典型场合即可。

三、行政刑法的立法正当性

(一)行政刑法的肥大化倾向及其特征

对于日本特别刑法(进而体现于行政刑法)的数量,难有确切的统计数据,即便在日本学者之间也并未形成共识。比如,有论者在2015年认为日本特别刑法的总数超过700件,^⑧有论者在2018年的教科书中认为日本规定犯罪与刑罚的法规总共有800余个,^⑨还有论者在2019年认为日本有800件以上的特别刑法。^⑩此外,也有我国学者在2016年认为日本“据统计有300余部行政法中都规定了涉及犯罪与刑罚的‘罚则’”。^⑪不过,具体数字如何姑且不论,日本的行政犯(法定犯)立法现在已经到了庞大的数字、谁也无法对其全体加以精确把握,这是个不争的事实。行政犯的增加在针对社会法益的犯罪的领域十分显著,比如说,对于交通安全的刑法保护,刑法第124条至129条的“妨害交通罪”一章的作用较小,仅仅是占据了若干古典的基本类型而已。关于航空器的《航空法》(1952年)、《关于处罚劫持航空器等行为

的法律》(1970年),关于汽车的《道路交通安全法》(1960年),关于铁路的《新干线特例法》(1964年)纷纷出台,在处罚的侧面上也发挥了很大的作用。关于药物规制的也是同样,制定了《大麻取缔法》(1948年)、《兴奋剂取缔法》(1951年)、《麻醉及精神药品取缔法》(1953年)等,导致刑法第136—141条的“鸦片烟罪”一章变得有名无实。此外,就公害犯罪、生活侵害犯罪、经济犯罪、危险物犯罪、风俗犯罪、选举犯罪等的取缔而言,行政刑法也都逐渐扮演了重要的角色。^⑤

带来此种行政刑法法规泛滥的背景是,现代国家机能的扩大尤其是行政权力的扩大。19世纪末尤其是第一次世界大战后,在“从自由国家到福利国家”,“从守夜国家到服务国家”这些标语的基础上,在所谓的给付行政被置于行政之中心的同时,为了确保积极的、组织的行政活动的实效性,而批量生产了庞大的行政刑罚法规。但是,由此,就损害了事前告知何为犯罪这一刑法的中心机能,会带来在交通犯罪中可能看到的有“一亿总前科”^⑥这样的现象,进一步,还会导致警察以及刑事司法的全体苦恼于过重的负担。^⑦井田良毫不避讳地指出了日本所存在的行政刑法的肥大化倾向,即针对法益侵害性微弱的、违反行政取缔目的的行为,也设定了(至少在法条字面上)相当重的刑罚,这一点是应该注意的。^⑧我国也同样有学者提出了“特别刑法肥大症”的问题,对此表示出了忧虑。^⑨

伴随着行政刑法的肥大化现象,行政刑法的运行出现了一系列特征,对此,内田博文将其总结为如下几个方面。(1)“前阶段规制”在“法律化”推进的同时也意味着“非法化”的推进。这种规制具有高度专门性、技术性,通过法律将所有一切加以规定既不可能也不适当,很多场合就采用法律止于设置一般规定而实质上依靠政令、省令这样的立法形式,而且,即便通过法律本身加以规定的场合,也多处采用抽象、不确定的概念。可以说,这些规制违反之罪并未遵守“明确性原则”。重要的犯罪构成要素的确定在不少场合要诉诸政令、省令等,究竟什么被规定为犯罪行为,理解起来并不容易。由此,在这些规制领域就会发展成为“非法化”——行政的脱“法治主义”化。(2)什么样的法律规制对于国民生活安全的保障

来说是关键的,这样的判断原本由国民自身进行最为合适。在进行上述法律规制之际,就要求必须具备保障国民主体参与的通道、配置积极反映国民心声的程序。然而,此种“参加”的道路却被关闭了,甚至可以说,是基于作为规制对象的企业等的配合之上而实施的。(3)在前述“前阶段的规制”之中,不仅是针对“加害(候补)”,针对“被害(候补)”也科以实施防止“危害”措施之义务且规定了罚则。以上述措施义务为媒介,“被害(候补)”也能转化为“加害候补”。(4)与“事后规制”相比,“事前规制”包藏着不当限制国民自由的更大危险性,但在上述“前阶段的规制”中几乎看不到避免该危险性的考虑。“异常事态基础上不得已措施”的日常化,会钝化国民尊重基本人权的精神,弱化国民针对基本人权的“异常事态”的违和感。(5)令人担心的是,对这些规制违反罪而言,将其“保护法益”诉诸“规制”本身的这种“形式犯”化的倾向。从国民生活利益的刑法保护观点来看,上述的“形式犯”化意味着处罚根据的“稀薄化”,就理当是要求刑罚的轻缓化,但在此,相反却追求着重罚化。(6)针对这些规制违反的犯罪,在法律规制与现实运用之间存在很大的背离。在取缔当局看来,对于这些规制违反的犯罪全部予以取缔既不可能也不适当,需要进行弹性的法律运用。但是,这却难以以保证“适当且平等”。而且,法律规制与现实运用之间的背离从国民“守法精神的发扬”这一观点来看也绝非好事,这会产生“罪恶感的麻痹”。(7)此种“前阶段的规制”将行政规制与刑罚直接挂钩,从而行政程序也带有刑事程序的特性。但是,这些规制违反的犯罪中正进行着“司法前处理”,这很明显意味着警察对裁判的先行处置,程序就不得不纠问主义化,不会去发现真实、避免误判、保障“被告人”的防御权,而会完全依赖于警察的“全能性”。^⑩

以上基于行政刑法的特征提出来的问题,除了包括在程序上如何使得“前阶段的规制”能够顺畅进行、提升国民的守法信心和基本人权意识之外,在实体上还涉及行政刑法的立法正当性问题。对于程序问题的详细探讨超出了本文的主题范围,下文仅会在第四部分稍有涉及;而就实体问题而言,面对存在明显扩张趋势甚至有所泛滥的行政刑法立法,确实

要反思其立法正当性。

(二)法益立法规制机能及其界限

在现在的德国,一般都将刑法的任务视为保护法益,由此出发,就不允许不具有法益保护机能的刑罚法规,这就是法益的立法规制机能。^③这实际上就是,强调法益概念在刑事立法之际对国家动用刑罚权这一点予以正当化,同时划定其界限。超出一国制定法的法律规则被称为自然法,这里法益保护原则也能被赋予一种作为自然法上法律原则的地位。某种行为只有在具备法益侵害性时,设置处罚规定才能正当化,这就是法益保护的原则。在此,禁止立法者仅以维持道德和伦理为由而设置处罚规定(杀人或盗窃应该被当作犯罪,不是因为其违反伦理、道德,而是因为其是侵害重要法益的行为),至于其理由,可以举出如下几点。(1)日本国宪法所预设的社会,是允许价值观多元性的社会,只要是不侵害法益,就必须接受对大多数普通国民来说所不喜欢的行为。(2)就道德、伦理来说,因人、因场所不同其想法也不一致,从历史的角度来说也是发生变化的,将其作为刑罚的保护对象,不能说是合适的。(3)道德与伦理,应该是个人按照自己的良心自主地遵守,而不应该由国家强制遵守。^④(4)将目的刑论作为前提的国家,原本就并非是优越于他人的伦理权威,而不过是服务于个人利益的机构与装置。由这一国家观出发,通过犯罪预防所能达成的目的也应该诉诸保护作为现实的国民利益的法益。^⑤

行政犯既然被认为是犯罪并能够对其适用刑罚,就应该与法益关联起来加以解释。不过,在承认法益的立法规制机能的同时,也要看到其局限性,而这种局限性主要在于法益概念本身的模糊性。正如井田良所说,应该注意的是,什么是法益什么不是法益,并不意味着这一点在通过法律具体化之前,就已经明确地决定了。根据法益概念的把握方法(比如通过将其理解为极度抽象的、观念化的内容),无论是什么样的刑罚法规,都可能主张其存在着法益。很难事先对法益概念的内容予以明确,以达到作为立法指针发挥作用的程度,不得不承认,其作为立法规制机能是有界限的。^⑥

在将刑法的目的完全是保护法益这一见解彻底

化之时,就会导致无被害人犯罪从处罚的对象中排除在外(“非犯罪化”)的主张。所谓无被害人犯罪,是指看起来并未伴随着对他人的法益侵害的犯罪。比如说,脱衣舞(可能构成刑法第174条的公然猥亵罪)、贩卖猥亵的DVD(属于刑法第175条第1款的猥亵物有偿散布罪)等与性道德相关的行为。此外,自己使用毒品或者兴奋剂等药物、单纯赌博行为(刑法第185条)等也被认为是无被害人犯罪,而这些直至今日都作为违反道德与风俗的行为而得到处罚。但是,只要是并未给别人带来麻烦、其实施以成人的同意为前提,谁的法益也没有受到侵害,并不存在被害人。井田良提出,在行政刑法领域中,所保护的法益是社会的、国家的法益,被害是不可视的、观念性的。像“对于公务员职务公正的社会信赖”“对于文书的公共信用”这样的抽象的利益或者无形的利益,即是如此。被认为是“对于性风俗的犯罪”的处罚规定,也可能理解为保护“社会的健全的精神的、文化的环境”这一法益的处罚规定。社会的精神的、文化的环境受到侵害,就威胁了不愿意眼见性表现的这样的人的权利,就形成了对青少年有害的环境,就促进和助长了对女性的差别,就会扩大或激化关于性的商业主义,就有产生这些问题的危险。为了防止这些,主张应该维持现在的公然猥亵罪、猥亵物有偿散布罪等的处罚规定,就可谓充分能够成立的。这样,在井田良看来,即便是被批判为单纯处罚违反道德与伦理的处罚规定,就也可能理解为是为了保护一定的法益而加以规定的,就不能简单地得出结论说,“无被害人犯罪”是单纯地将道德与伦理作为处罚的根据。^⑦

但是,这种主张值得反思。根据松原芳博的考察,“法益”的原文是德语的“法的财货”(Rechtsgut)。“财货”,一方面其自身是实际存在的,另一方面也是因对人有用而被赋予价值的。由此,所谓“法益”就可以定义为是这样的对象:因为具有经验上可能把握的实体(经验上的实在性)以及对人而言的有用性(与人相关的有用性),从而有必要在法律上加以保护。刑事立法,只有在服务于保护此种意义上“法益”的限度内才被正当化。^⑧对此,本文认同松原芳博的如下判断:日本的判例认为猥亵物有偿散布罪

(第175条)保护“健全的性风俗”、赌博罪(第185条以下)保护“勤劳的风俗”,但这些不过是“社会伦理”换了一种说法而已,难以说成是具备了称为“法益”的实体。^⑨此外,1997年的《器官移植法》将器官买卖规定为犯罪,2001年的《克隆技术规制法》则处罚人体克隆胚胎移植。这些犯罪的保护法益可以举出“人的尊严”或者“公众感情”等,但作为社会心理的“感情”本身不应该当作是法益,而肯定“尊严”具有经验上的实在性也过于抽象。评论者认为,对这些规制虽不应该直接否定,但应该在尝试保护法益的进一步具体化的同时,也要将通过实施细则等的规制纳入视野,探讨刑事规制的适合性、必要性与相当性。^⑩

主张法益保护者不但要面临法益概念的抽象化问题,还要回应法益保护的早期化、前置化问题,后者同样与行政犯的立法直接相关。对于恶用高端技术的经济领域的犯罪行为(经济犯罪)的规制,就被认为是处罚早期化的一个例证。通过2001年(平成13年)刑法的部分改正,信用卡等支付用卡(尤其是其电磁记录部分),受到了仅次于货币的全面的刑法保护。由此所新设的处罚规定之中,支付卡情报的不法取得这一制作准备行为,甚至是就连其未遂阶段也纳入了处罚规定(参见刑法第163条之四以及第163条之五)。网络犯罪、电脑犯罪的领域中,也能看到处罚早期化的倾向。不法取得数据的行为本身,甚至出于不法获取数据的目的而取得他人的ID或者密码的行为,将这些提供给利用权人以外的其他人而助长了非法获取的行为,都会受处罚(《禁止有关不法获取数据行为的法律》第3条以下、第11条以下)。2011年(平成23年)刑法典中所追加的关于不正指令、电磁记录之罪(第19章之二),就是其例证。同样地,可以认为要求相当早期的刑法介入的,是环境保护、生命伦理的领域。为了防止对几代人之后所可能产生的重大被害,在现在的阶段对侵害性并不明确的行为加以处罚被认为是必要的。^⑪

从行政刑法的下限即行政犯与秩序违反之间存在本质区别的角度看,行政犯处罚的并非是单纯的行政不服从,必须从实质违法的角度探讨其处罚根

据。行政犯具有双重违法性的特点,^⑫不但违反了行政规范,也违反了实体刑法,而其作为行政犯应受刑罚处罚(也即其区分于行政违法行为)的根据,也应该以法益侵害为基础。不过,不应简单认为刑事犯是对法益的实际侵害或者直接危险、行政犯是对法益的抽象危险。^⑬并不意味着,一般认为是行政犯的不法行为之中,就不存在侵害犯或者具体危险犯;同样,一般认为是刑事犯的不法行为之中,也存在着抽象危险犯。^⑭由此,认为对法益的抽象危险属于行政犯的统一特征,将其作为与刑事犯的区别基准,是行不通的。^⑮应该认为,从法益侵害的角度来看,不是法益侵害的量(是实际损害、具体危险,还是抽象危险),而是法益侵害的质上存在着差别,即,“自体恶”与“禁止恶”的传统区别标准(前者是因为违反伦理道德从而侵犯了法益,后者是为了达成一定社会目的而加以禁止从而侵犯法益),总体上仍是适用的。因此,承认和坚持法益的立法规制机能也是必要的。^⑯

(三)比例原则与一般预防效果对行政刑法正当性检验的补充作用

在行政刑法肥大化现象这一现实之下,为了避免法益概念的过度抽象化、精神化、形骸化,也为了对处罚的早期化与法益保护的提前化予以说明,单靠法益保护原则难以奏效,需要通过其他分析工具加以辅助,共同检验行政犯的立法正当性。这包括如下两个方面:

其一,作为刑事立法的规制原理,要将比例原则作为对法益保护原则的补充,从而确定在检讨行政刑法规内容合理性时的判断框架。这里的比例原则,是在宪法、行政法领域中一直使用的,因公权力的行使而制约个人的自由、权利之际所必须服从的原则。^⑰由于国家的规制手段必须要与应该达成的目的成比例,从法益保护主义出发,就需要刑罚这一手段有助于达成法益保护这一目的(适合性)、用其他手段无法达成相应目的(必要性)、保护相应法益的利益超出了包括限制国民自由在内的禁止与处罚所付出的成本(相当性)。按照比例原则,属于最为严厉之制裁的刑罚,只有在通过其他手段无法达成法益保护这一目的的场合,才应该补充地加以发动。在松

原芳博看来,将猥亵物有偿散布罪的保护法益求诸“社会的、文化的环境”“未成年人的健康成长”“不想观看的人的感情”等,即便不考虑其是否具备了能说是“法益”所需要的经验的实在性与人际关系的有用性,为了保护这些,设定关于散布等的场所的规制以及年龄确认的义务就足够了,对猥亵物的散布等进行全面的处罚,在规制对象超出了必不可少的范围这一点上,存在着违反比例原则的疑问。^③有日本学者认为,对于增长过快的行政刑罚法规,应该从如何整理以使之非犯罪化这样的观点出发,进行重新检讨。^④在我国,加入比例原则的思考,考虑罪责刑相适应原则,并且尤其注意行政处罚与刑事处罚之间的衔接,是必要且重要的。对于无论如何不能理解为法益侵害之危险或者与法益之间的关联性过于间接、过于稀薄的场合,行政刑法的介入还是应该节制——在行政处罚手段多样且较为强势的我国现实之下,尤其要强调这一点。

其二,在检验行政刑法的正当性时,需要考虑一般预防的效果。考虑到“保护法益”的多样性等,有学者认为,毋宁说,什么是适当的刑事立法,什么是不适当的“象征立法”(单纯表达政治诉求而缺乏实效性的立法)或者“偶然立法”(执法会违反法律之下的平等与公平,在此意义上为“偶然”所左右的刑法),其判断基准,并非是法益论本身,而是法益论背后的、规定何为法益的社会要因,或者进一步说,不需要“法益”这一媒介的“规范”。^⑤确实要承认,象征性立法所具有的政治诉求的必要性不能混同于刑事立法(包括行政刑法立法)的正统性。不过,对于行政刑法的立法来说,在强调法益概念的立法规制机能以及比例原则的补充功效的基础上,需要进一步考量的是,设定相应刑罚法规是否具有一般预防的效果。刑罚的目的是预防犯罪,在能够肯定一般预防效果(比如将醉酒驾驶行为入罪能够大量减少该类行为)的场合,就可能肯定该种刑罚法规的立法正当性,而不是简单地将其批评为象征性立法。只有在法益界定模糊、存在违反比例原则的疑问同时又难以肯定其一般预防效果时,才能将该种行政刑法规范归为纯粹的象征性立法,并应着力加以避免。^⑥

四、我国刑事立法的双轨制变革与轻犯罪法之制定

(一)我国行政犯立法模式的转换

考察日本行政刑法的理论与实践,是为了对我国的相关理论研究与立法完善提供借鉴。笔者曾以环境刑法的行政从属性特征为前提、以环境刑法的立法完善为切入,专门讨论了行政犯的立法模式问题,并明确赞同双轨制立法。^⑦这种双轨制,不是单纯的“建立以刑法典为核心、单行刑法为补充的环境犯罪立法模式”,^⑧而是直接在环境法等法律中设置罪刑罚则,创立名副其实的附属刑法,也就是我国学者所说的“解法典化”。^⑨

1. 单轨制(一体化)立法体例及其弊端

前文已述,日本(以及德国等其他国家)在刑事立法体例上,总体上就是将自然犯规定在刑法典或者准刑法中,而将法定犯规定在广义的行政刑法(行政法、经济法等法律)中。从理论上说,我国的广义刑法也是由刑法典(狭义刑法)、单行刑法和附属刑法构成的。但正如有观点所说,域外的附属刑法就是行政刑法,我国的附属刑法是附而不属的影子刑法:在行政类法律的“法律责任”章节中规定“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,但该类法律中没有明确的罪刑条款,要追究刑事责任还是要去查找刑法。而刑法中的相关规定又常常过于模糊。我国的附属刑法,不许存在行政刑法,罪刑条款只许出现在刑法中,一元化刑法立法模式的出发点原本是突出刑法优位,结果却是弱化了刑法功效。^⑩

针对单轨制立法,有学者提出,我国现有的刑事立法不注意区分法定犯与自然犯,而是将两者混为一谈,统统归属于刑法典和单行刑法(特别刑法)中,而在大量的附属刑法里往往只用“依法追究刑事责任”等含糊用语,这种单轨制的立法模式会带来诸多弊端:(1)增加立法与执法成本;(2)容易导致立法留下空白,使执法无法可依,或者对行为人的肆意执法;(3)给实现刑罚轻缓化增加难度;(4)不利于保持刑法典的稳定。^⑪更有学者认为,刑法立法的单轨制是刑法机制运作不畅的外发性原因,即刑与罪的法律规范只存在于刑法典和单行刑法中,单轨制不可避免地使刑法规范与其所依托的相关法律形成毛与皮相

分离的状态。而顺应世界潮流、实现刑事立法的双轨制是严密刑事法网、顺畅刑法机制的一个重要方面。^⑥可以说,统一刑法典立法模式表面上没有肢解刑法典,但实际上肢解了诸多刑法规范(有关行政犯的刑法规范的内容部分存在于刑法典中、部分散在于其他法律中),这会导致行刑衔接的困难,不利于刑法规范的适用。^⑦

2. 刑法立法的双轨制

需要明确,刑法典是规范基本生活秩序的法律,直接关系到国民基本生活的安定,而行政刑法确实存在着为了实现行政规制、经济管理目的而借用刑罚手段的性质。“法定犯的变易性较大,而刑法典则相对稳定,将法定犯规定在行政法、经济法中,有利于随时修改法定犯的构成要件与法定刑,实现行政刑法、经济刑法的合目的性,而不至于损害刑法典的稳定性。”^⑧实现刑事立法的双轨制,不但可以将法定犯的新罪创设权或罪状完善权交给行政法规、经济法规完成,从而保持刑法典的稳定性,而且,非但不会“导致重刑化趋势”,^⑨反而可以尽可能地避免法定犯与自然犯同在一部法典之中所造成的法定犯攀比自然犯的配刑与量刑,从而避免重刑化的倾向。^⑩

可以认为,直接在行政法规、经济法规之中规定罪刑罚则、形成真正意义上的行政刑法,进而实现立法的双轨制,这种分散性立法应该是我国刑事立法完善的发展方向,其所具有的优点很明显:(1)由于行政法、经济法的禁止规定与行政犯罪、经济犯罪存在明确的对应关系,了解了行政法、经济法的禁止内容,便知道了相关犯罪的构成要件,因而容易认定犯罪;(2)有利于特定从业人员在了解行政法、经济法规定的同时,也能知道行政刑法、经济刑法的内容,进而能够预测何种行为构成犯罪,从而避免犯罪;(3)有利于及时修改法律,合理调整行政犯罪、经济犯罪的处罚范围,而且不必修改刑法典。^⑪

3. 实现双轨制立法的长期性

寻求将“自然犯(刑事犯)与法定犯(行政犯)立法的双轨制”,有助于刑法典自身的稳定性,从而加强其权威性,在这个意义上,双轨制立法是必要的。同时,双轨制立法的最终实现也必定是长期的,不可能一蹴而就。这除了需要在理念上放弃大一统的“单

一刑法典”模式之外,主要是因为,为了避免处罚漏洞,需要先在各个行政法规中制定罪刑规范,待相应刑罚规范到位、附属刑法名副其实之后,再重新编纂刑法典、取消其中的行政犯设置。^⑫由于直接在行政法律、经济法律之中规定行政犯的构成要件与法定刑需要逐一、细致的进行,这个过程注定不是短时间之内所能完成的。但是,既不能因此而否定双轨制立法的必要性及其重大意义,也不能由此放弃使我国的附属刑法(=广义的行政刑法)名实相符的努力。

(二)轻犯罪法的制定

如同西原春夫所言,由行政机关直接处罚轻微犯罪,导致“在实际效果上远甚于刑罚的行政制裁相当严重,将这种行政制裁不是交由法院,而是交由行政机关裁量,就会违反保障程序公正的宪法精神”。^⑬本文认可“不得在《治安管理处罚法》中规定《刑法》已经规定的行为”^⑭这样的见解,并且赞同在刑法之外单独制定轻犯罪法。这样的处理,既是立足于劳动教养制度被废除所带来的处罚空隙,也是从行政犯与刑事犯之间性质上的相通之处出发;既是为了避免遭受类似于“何以盗窃1000元是犯罪、盗窃990元就只是行政违法”这样的理论诘问,也是为了避免目前的行政处罚所存在的实务弊端。在我国,为了避免处罚体系退回到行政处罚—劳动教养—刑罚处罚的三级体系之中,没有必要单独设置“违警罪”(否则劳动教养制度可能会“借尸还魂”);不过,应在坚持恰当评估犯罪轻重的基础上,对犯罪进行重罪与轻罪的基本分层。重罪与轻罪的划分意义体现于实体与程序两个方面,犯罪层级不同,主观要件、未遂犯的成立范围、刑法适用范围、时效制度、保安处分措施的适用、审理程序、审判机构的等级诸方面都大不相同。^⑮在我国刑法立法走向分散化的同时,明确区分重罪与轻罪,并且针对轻罪制定专门的轻犯罪法是必要的。对于轻罪的成立范围、处罚范围(包括是否处罚预备犯、未遂犯等)、处理程序、追诉标准等加以明确规定,不仅对于实现罪刑法定原则、罪刑均衡原则十分必要,而且有助于更周延地保护法益,还由于使各种犯罪行为得到法院的依法审理,而有助于在法治的程序和框架之下惩治犯罪,实现刑法的人权保障机能。所有这些,单纯依靠在刑法

典之中明确区分重罪与轻罪^⑦是不够的,需要在刑法典之外单独制定专门的轻罪法。

学者对于轻犯罪法与双轨制立法、分散化立法之下的单行刑法、附属刑法(行政刑法)关系如何,存在不同理解。有人主张在实现刑法典、单行刑法、附属刑法分散化立法的同时还要制定轻犯罪法;^⑧也有人主张,“既要缓解刑法典的压力,又要尽可能保持刑法的统一性,在刑法典之外,制定统一的轻犯罪法典,但不再制定单行刑法和附属刑法的思路,对于未来中国而言似乎更为可取”,并主张通过轻犯罪法“既尽可能照应了刑事领域法制统一的要求,又基本上能够将单行刑法、附属刑法的内容囊括进来,使之成为这两种特别刑法的替代物,还特别考虑了中国地域辽阔、不发达地区多、各地司法水平差异大的特点,防止刑法立法过于分散所带来的适用不便和错案风险”。^⑨本文认为,单行刑法和附属刑法有其独立存在的必要性,其中所规定的犯罪也未必全是轻罪。轻犯罪法并不能取代单行刑法和附属刑法,试图将单行刑法与附属刑法所应承担的任务完全推给所谓的轻犯罪法,就仍然无法保证轻犯罪法这部“小刑法典”的稳定性,无法保证相应犯罪认定的便利性。就理想的刑法立法体例而言,在刑法典、轻犯罪法之外,单行刑法和附属刑法仍是必要的。

注释:

①参见[日]井田良:《講義刑法学·総論》(第2版),有斐閣2018年版,第45页。

②日本的刑法典是从1882年模仿法国刑法典的旧刑法变迁到1907年模仿德国法的现行刑法的。

③参见[日]团藤重光:《刑法綱要総論》(第三版),創文社1990年版,第62页。

④参见[日]山中敬一:《刑法総論》(第三版),成文堂2015年版,第3页。

⑤参见[日]井田良:《講義刑法学·総論》(第2版),有斐閣2018年版,第46页。

⑥参见[日]浅田和茂:《刑法総論》(第2版),成文堂2019年版,第4页。

⑦[日]大谷實:《刑法総論》(第5版),成文堂2018年版,第2页。

⑧这些特别刑法的具体内容,参见张凌、于秀峰编译:《日

本刑法及特别刑法总览》,人民法院出版社2017年版。

⑨参见[日]西田典之著、橋爪隆補訂:《刑法総論》(第三版),弘文堂2019年版,第6—7页;[日]井田良:《講義刑法学·総論》(第2版),有斐閣2018年版,第45页;[日]山中敬一:《刑法総論》(第三版),成文堂2015年版,第12—13页。

⑩参见[日]团藤重光:《刑法綱要総論》(第三版),創文社1990年版,第73—74页。

⑪有论者认为,“附属地规定在行政法等法律之中的附属罪刑规范”,属于“刑法附典”。参见梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,载《法学研究》2017年第1期,第64页。

⑫参见张明楷:《刑法的解法典化与再法典化》,载《东方法学》2021年第6期,第58页,注21。

⑬参见张明楷:《刑法的解法典化与再法典化》,载《东方法学》2021年第6期,第59页。

⑭刑事犯与行政犯的区别,作为解释方法上的问题(涉及犯罪的行政从属性等),主要是德国和日本的学者采用;而自然犯与法定犯的区别,由来于自然法思想,在意大利,由加罗法洛作为犯罪学的概念所展开。两组概念之间有很多的共通点,本文也在同样的意义上加以使用,不予严格区分。

⑮参见[日]团藤重光:《刑法綱要総論》(第三版),創文社1990年版,第67—68页。

⑯参见[日]平野龍一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社2016年版,第65—69页。

⑰参见储槐植:《要正视法定犯时代的到来》,载《检察日报》2007年6月7日。

⑱参见[日]藤木英雄:《行政刑法》,学陽書房1976年版,第3页。

⑲参见[日]福田平:《行政刑法》(新版),有斐閣1978年版,第1页。

⑳参见[日]福田平:《行政刑法》(新版),有斐閣1978年版,第1—2页。

㉑参见[日]藤木英雄:《行政刑法》,学陽書房1976年版,第3—6页。

㉒参见[日]福田平:《行政刑法》(新版),有斐閣1978年版,第2页。

㉓参见[日]美濃部達吉:《行政刑法概論》,勁草書房1949年版,第8—9页。

㉔参见[日]福田平:《行政刑法》(新版),有斐閣1978年版,第39页。

㉕参见[日]井田良:《講義刑法学·総論》(第2版),有斐閣2018年版,第46—47页。

㉖参见[日]山中敬一:《刑法総論》(第三版),成文堂2015年版,第13页。

㉗Vgl. Trops, Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts, 1926, S. 50ff. 转引自[日]福田平:《行政刑法》(新版),有斐

閣1978年版,第19—20页。

②③参见[日]福田平:《行政刑法》(新版),有斐閣1978年版,第20页。

②④有论者认为,醉酒驾驶,至少部分地被赋予了刑事犯的位置。参见[日]井田良:《講義刑法学·総論》(第2版),有斐閣2018年版,第47页。

③⑤其认为,自然犯与法定犯的区别是本质的区别,不应该随着时间的推移而变化,而且,行政犯也不会因为单纯的违反事理(原文“反条理性”)的量的变化而转化为刑事犯。参见[日]山中敬一:《刑法総論》(第三版),成文堂2015年版,第14页。

③⑥明确指出这一点的,比如[日]大谷實:《刑法総論》(第5版),成文堂2018年版,第44页。

③⑦[日]大谷實:《刑法総論》(第5版),成文堂2018年版,第45页。

③⑧参见[日]山中敬一:《刑法総論》(第三版),成文堂2015年版,第12页。

③⑨[日]大谷實:《刑法総論》(第5版),成文堂2018年版,第1页。

③⑩参见[日]佐久間修、橋本正博、上寫一高:《刑法基本講義 総論·各論》(第3版),有斐閣2019年版,第6页。值得提出的是,该书第一版(2009年)也是主张同样的“800件以上”这一数字。

③⑪参见张凌、于秀峰编译:《日本刑法及特别刑法总览》,人民法院出版社2017年版,前言(该前言写作时间标明为2016年5月)。

③⑫参见[日]内田博文:《日本刑法学のあゆみと課題》,日本評論社2008年版,第35页。对这些由于新的立法措施而导致警察活动领域扩大的立法动向的详细介绍,参见[日]内田博文:《刑法学における歴史研究の意義と方法》,九州大学出版会1997年版,第131—350页。

③⑬指昭和时期交通犯罪立法导致遭受罚金刑的人数激增(一年500万人)的现象。当时日本人口也就一亿人,以此来讽刺全民犯罪化、所有人都有前科的现象。

③⑭参见[日]浅田和茂:《刑法総論》(第2版),成文堂2019年版,第5页。

③⑮参见[日]井田良:《講義刑法学·総論》(第2版),有斐閣2018年版,第24页,注40。

③⑯参见周光权:《法典化时代的刑法典修订》,载《中国法学》2021年第5期,第47—48页。但论者将这一结果归咎于多元制立法模式,本文并不赞同。

③⑰参见[日]内田博文:《日本刑法学のあゆみと課題》,日本評論社2008年版,第36—40页。

③⑱ Vgl. Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, s. 153. 转引自[日]田中良弘:《行政刑法と秩序罰》,《一橋法学》第14卷第3号(2015年),第96页。

③⑲参见[日]井田良:《講義刑法学·総論》(第2版),有斐閣2018年版,第22页。

③⑳参见[日]松原芳博:《刑法総論》(第2版),日本評論社2017年版,第16页。

③㉑参见[日]井田良:《講義刑法学·総論》(第2版),有斐閣2018年版,第22页。

③㉒参见[日]井田良:《講義刑法学·総論》(第2版),有斐閣2018年版,第22—23页。

③㉓参见[日]松原芳博:《刑法総論》(第2版),日本評論社2017年版,第16页;我国学者的同样主张,参见周光权:《法典化时代的刑法典修订》,载《中国法学》2021年第5期,第53页。

③㉔参见[日]松原芳博:《刑法総論》(第2版),日本評論社2017年版,第16页。

③㉕参见[日]松原芳博:《刑法総論》(第2版),日本評論社2017年版,第23页。

③㉖参见[日]井田良:《講義刑法学·総論》(第2版),有斐閣2018年版,第24—25页。

③㉗我国学者关于行政犯双重违法性的具体论证,参见邹玉祥:《行政犯概念的中国表达》,载《法制与社会发展》2022年第3期,第218—222页。

③㉘我国学者中采纳此种立场的,比如陈金林:《法定犯与行政犯的源流、体系地位与行刑界分》,载《中国刑事法杂志》2018年第5期,第36—37页。

③㉙比如,日本刑法第108条的建筑物放火罪就是抽象危险犯的一个例证。认为这种放火行为是行政上的不法行为,终究是不能接受的。

③㉚参见[日]福田平:《行政刑法》(新版),有斐閣1978年版,第4—5页。中国学者的同类主张,参见邹玉祥:《行政犯概念的中国表达》,载《法制与社会发展》2022年第3期,第217—218页。

③㉛我国学者明确肯定法益的立法批判机能的,参见张明楷:《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,载《法学家》2021年第1期,第80—96页。

③㉜参见[日]井田良:《講義刑法学·総論》(第2版),有斐閣2018年版,第25页。

③㉝参见[日]松原芳博:《刑法総論》(第2版),日本評論社2017年版,第16—17页。

③㉞参见[日]浅田和茂:《刑法総論》(第2版),成文堂2019年版,第6页。

③㉟参见[日]松宫孝明:《刑事立法と犯罪体系》,成文堂2003年版,第17—43页。

④①我国学者关于刑法领域象征性立法的研究,参见刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害——二十年来中国刑事立法总评》,载《政治与法律》2017年第3期,第35—49页;程红:《象征性刑法及其规避》,载《法商研究》2017年第6期,第23—

26页。

⑫参见付立庆：《积极主义刑法观及其展开》，中国人民大学出版社2020年版，第78—84页。

⑬王勇：《环境犯罪立法：理念转换与趋势前瞻》，载《当代法学》2014年第3期，第64—65页。

⑭参见张明楷：《刑法的解法典化与再法典化》，载《东方法学》2021年第6期，第55页以下。

⑮参见储槐植：《1997年刑法二十年的前思后想》，载《中国法律评论》2017年第6期，“卷首语”第4页。

⑯参见刘仁文：《关于调整我国刑法结构的思考》，载《法商研究》2007年第5期，第41页。

⑰参见储槐植、宗建文、杨书文、付立庆：《刑法机制》，法律出版社2004年版，第25页。

⑱参见张明楷：《刑法修正案与刑法法典化》，载《政法论坛》2021年第4期，第10—12页。

⑲张明楷：《自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释》，载《法商研究》2013年第4期，第47页。

⑳周光权：《法典化时代的刑法典修订》，载《中国法学》2021年第5期，第47页。

㉑此处观点，受储槐植先生启发。参见储槐植：《刑事“三

化”述要》，载《中国检察官》2018年1月上，第5页。

㉒参见张明楷：《刑事立法的发展方向》，载《中国法学》2006年第4期，第18—20页。

㉓参见张明楷：《刑法修正案与刑法法典化》，载《政法论坛》2021年第4期，第14页。

㉔[日]西原春夫：《日本刑法与中国刑法的本质差别》，黎宏译，载赵秉志主编：《刑法评论》(7)，法律出版社2005年版，第123页。

㉕参见冯军：《刑法问题的规范理解》，北京大学出版社2009年版，第115页。

㉖参见陈兴良：《本体刑法学》，中国人民大学出版社2017年版，第134—135页。

㉗如此主张的，参见周光权：《法典化时代的刑法典修订》，载《中国法学》2021年第5期，第54页。主张在我国刑法典之中明确区分重罪、轻罪与违警罪的，参见冯军：《刑法问题的规范理解》，北京大学出版社2009年版，第114页。

㉘参见张明楷：《刑事立法的发展方向》，载《中国法学》2006年第4期，第18—22页。

㉙周光权：《转型时期刑法立法的思路和方法》，载《中国社会科学》2016年第3期，第141、146页。

The Phenomenon of Administrative Criminal Law in Japan and Its Investigation: The Transformation of Legislative Mode of Administrative Crime in China

Fu Liqing

Abstract: The provisions of criminal punishment in Japan are not only written in the criminal code, but also in quasi criminal law and the special criminal law that is constituted by administrative criminal law. In fact, the administrative criminal law has become a trend over the past years in Japan, and to a certain degree has been over-expanded, which should be guarded against. The legislation of administrative criminal law shall be justified by recognizing the function of legislative regulation of legal interest, and by taking into consideration the principle of proportionality and the general preventive function of criminal punishment. In China, the legislation of criminal law should adopt a dual track of legislation model to take the place of the single-track one, so as to make the subsidiary criminal law really make sense. Also, it is necessary to enact the law of misdemeanor, so that the inherent difference between the criminal and administrative crimes can be better displayed, and the stability and authority of the criminal code can be guaranteed.

Key words: administrative crime; administrative criminal law; the function of legislative regulation of legal interest; dual track legislation model; law of misdemeanor