

# 行政犯的价值矛盾:基于概念史研究的新解

黄小飞

**【摘要】**采取概念史的研究方法,在历史语境、制度变迁、学说迭代的综合考察中对行政犯概念的来龙去脉进行梳理,得以发现行政犯的概念变迁与二元公法制裁制度的发展具有紧密关系,行政犯的概念内涵中潜含着“行政的要保护性”与“刑罚的严厉性”的价值矛盾,历来的行政刑法学说也旨在调和该矛盾。缘于德国、日本对该价值矛盾的不同处理,德国法上的行政犯概念经历了犯罪到非犯罪的意义蜕变,而行政犯概念传入日本后则一直被视为一种犯罪类型,进而导致在混同继受德日学说的我国出现了行政犯概念被刑法学者和行政法学者各自表述的现象。行政犯的价值矛盾对我国当下行政犯诸问题的解决具有启发意义。对于我国现行统一化刑法中的行政犯解释立场,要坚持以忌憚“刑罚的严厉性”为本质的“刑法独立性说”,不应支持正视“行政的要保护性”的“行政法从属性说”。不过,要想真正缓和“行政的要保护性”与“刑罚的严厉性”的价值冲突,仍要在立法上考虑采取附属型立法模式。

**【关键词】**行政犯;公法制裁;行政的要保护性;刑罚的严厉性;价值矛盾

**【作者简介】**黄小飞,四川大学法学院助理研究员。

**【原文出处】**《清华法学》(京),2024.1.154~171

**【基金项目】**本文系四川大学法学院2023年度中央高校基本业务费(法学)研究课题(项目编号2023fxzy-03)的阶段性成果。

## 一、问题意识:追寻行政犯/行政刑法学说的元命题

行政犯是德国学理上的过渡性概念。其前身是德意志各邦警察条令(16到18世纪)与警察刑法(19世纪)中的警察犯,以及各邦统一后帝国刑法典中的违警罪、经济行政法规中的附属犯罪等,由于“第二次世界大战”后“除罪化”运动的开展,多数行政犯被降格为《秩序违反法》中的秩序违反/行政违反。但是,行政犯概念在20世纪初传到日本后,则一直被日本刑法学者作为一种犯罪类型加以看待。换言之,国外文献中的行政犯有犯罪与非犯罪的不法两种含义。由于法学知识的混同继受,我国大陆与台湾地区的刑法学者、行政法学者都会使用行政犯概念,但用法并不相同:刑法学上的行政犯是对应于刑事犯的一种犯罪,行政法学上的行政犯

则是受行政处罚制裁的行政违反行为。<sup>①</sup>

需要指出,警察犯转变为行政犯,缘于警察与行政的概念关系转换。历史上,德意志区域内主权国家诞生之后,维护社会秩序乃至国家安定的所有权力作用活动都被称作“警察”(Polizei),<sup>②</sup>但是“随着时代的发展,警察的概念不断受到限制”。<sup>③</sup>在16到18世纪,警察具有排除危险、增进福利的双重任务,警察权对公民自由的干预范围较广,所以这一时期又被称作警察国时代;到了19世纪,法治国思想为了限制警察权,要求警察的任务只有排除危险这一种,然后把增进福利的权力活动归入到“行政”的范畴;加之后来行政的肥大化、多样化发展,警察机关以外的专业行政机关也要从事危险排除活动,这最终使得行政成为警察的上位概念。<sup>④</sup>所以,奥拓·迈耶早在1896年版的

《德国行政法Ⅱ》中就使用了行政犯罪的术语,并且指明警察犯罪只是行政犯罪的一部分。<sup>⑤</sup>此后行政犯、行政刑法术语的普遍兴起,便是应此种基本理念与概念关系变化的结果。<sup>⑥</sup>

若要确定一个通约的定义,可以认为行政犯是指公民违反了行政上的协作、服从义务进而阻碍公共利益实现的不法行为。公共行政是行政主体通过组织、管理手段集合、维护、分配公共利益的过程,<sup>⑦</sup>由于公民是结果的受益者,所以需要公民在这一过程中给予一定配合。为此,在事前,行政主体会通过抽象的行政行为创制一些行为规范而形成一种制度,让公民担负作为或不作为义务,也会通过具体的行政行为如行政许可、行政命令、行政强制等引导公民履行义务。倘若公民违反了行政上的义务,就会对行政这一追求公共利益的过程造成阻碍。由于事前的行政举措未能发挥作用,就有必要在事后动用制裁手段加以报应和预防。所以,进一步来讲,行政犯是因为妨碍行政而具有可罚性,实定法创制行政犯的目的即在于担保行政的实效性进而促进公共利益。

在“罪与非罪”的法学思维下,行政犯概念为我国“刑事法学者与行政法学者各自表述”<sup>⑧</sup>的现象略显诡异。其中缘由何在,尚未有学者详细梳理。不过,一个概念的用法本身或许并非重要,重要的是此一概念蕴含了何种法思想,以及此种法思想对实践有何种启发意义。尽管我国向来重视行政犯、行政刑法的研究,但这些研究要么是对国外理论框架的直接套用,要么是借用行政犯、行政刑法的语词外壳填充一些本土的原发性思考,而各自的意见主张似乎都难以唤起实务共鸣。在当下,若要避免纠缠于个别争点而陷入思维僵局,或许有必要进行一种根本性的思考:一直以来的行政犯/行政刑法学说是为了解决什么问题而存在,其根本主旨是什么?笔者确信,既然行政犯概念具有特殊性,行政犯/行政刑法学说的元命题也必定藏身其中。因而,在技术路线上,笔者选择概念

史的研究方法,在历史语境、制度变迁、学说迭代的综合考察中对行政犯概念的来龙去脉进行全面梳理,进而取得如下发现:行政犯的概念变迁与二元公法制裁的制度发展具有紧密关系,行政犯的概念内涵中潜含着“行政的要保护性”与“刑罚的严厉性”的价值矛盾,正是该价值矛盾推动着行政犯/行政刑法学说的的发展。以下,本文以德国—日本—中国的脉络进行叙述,以此展示这一发现过程,并尝试根据该价值矛盾指引我国行政犯诸问题的解决方向。

## 二、德国行政犯概念的意义脉络

整个欧洲的立法发展,大体遵循着从经验到理性再从理性到经验的规律。行政犯前身之警察犯的立法实践,是社会演进的自然结果,也一定程度上反映朴素的法律理性。不过,伴随17世纪启蒙运动的开展,在相继确立的权力分立、罪刑法定、刑罚谦抑等原理的映衬下,警察犯暴露出“自由之毒瘤”的一面。行政刑法学说并非平地而起,而是在警察犯理性检讨基础上的进一步发展。“第二次世界大战”后德国通过《秩序违反法》的立法实现刑罚与秩序罚的分离,也要归结为行政刑法学说的建构性影响。因此,想要从德国的行政犯概念中揭示出横贯性的命题或问题,应当对警察犯的经验事实进行考察,也需要对行政刑法的学说主张予以深度剖析。

### (一)警察犯立法中的朴素理性

当欧洲结束中世纪,神圣罗马帝国下德意志区域进行宗教改革后,该区域内便建立起主权邦国,德意志也从中世纪步入近代。<sup>⑨</sup>与此同步演进的,便是当事人或族群主导的复仇(Fehde)即私人刑罚(Privatstrafe)遭到禁止,而逐渐实现国家的刑罚。<sup>⑩</sup>此后,基于国家一般性统治权力实施的公法制裁都称作“刑罚”(Strafe),所以德意志法上的刑罚原本是一个包括性的概念,毋宁说与汉字的“处罚”是一个意思。不过,浑然的刑罚却随着警察犯、警察刑罚的出现而显露出“分化”倾向。

16到18世纪,德意志各邦君主为实现“警察的目的”——引导共同体走向良善秩序的目的——进行了名为“警察条令”(Polizeiordnung)的立法活动。因为,伴随主权邦国建立后的城市化、世俗化改革,旧有的以宗教维系的身份秩序逐步崩塌,建设并稳固新的公共秩序成为邦君主治国的首要任务。为此,邦君主运用自法兰克王国时期形成的“罚令权”(Bannrecht)颁布警察条令以规制国民活动,并对违反警察条令的行为规定刑罚后果,这便产生了警察犯、警察刑罚。如果说“警察”是伴随国家而产生的,<sup>①</sup>那么警察犯与警察刑罚也是如此。可是,在主权邦国及其警察条令出现之前,日耳曼社会就已经存在犯罪与刑罚。根据法律史的研究发现,12世纪至德意志近代的初期,“基于特权或者习惯法的古法”(如萨克森宝鉴)才会被法学家认为是固有的“法”,警察条令此等新制规范不具有“法”(Recht)的资格,甚至“‘法’这个用语也被限定用于指涉固有的法”。<sup>②</sup>此外,警察条令出现之后,有关犯罪与刑罚的“古法”还以体系的、通用德意志全境三百余年的刑事刑典即1532年《加洛林纳法典》呈现出来。因此,如下所述,不同于东亚国家悠久的“律令”传统,由官僚机构为实现警察目的而制定的法律,在深受罗马法影响的德意志法制史上被认为是一种“新事物”。尤应注意,一如田口正树的概括:“警察条令导入了前所未见、不曾发生过的新的犯罪类型”,“在刑罚方面,警察条令也展现了新面貌”。<sup>③</sup>换言之,因为警察条令的出现,犯罪才得以扩张并发生警察犯与刑事犯的划分,国家刑罚也才因此被划分为警察刑罚与刑事刑罚。

当然,由于警察条令的警察广泛介入公共领域与私人生活,难以通过伦理违反或法益侵害基准判明警察犯与刑事犯的内涵差异。不过,经由制度建构与学术解读,警察刑罚与刑事刑罚显化出如下区别:①刑事刑罚旨在践行报应思想,警察刑罚意在追求公共利益;②刑事刑罚以身体刑、自

由刑为主,制裁力度较重,且附有导致行为人名誉遭受损害的伦理谴责效果,警察刑罚以劳役刑、金钱刑为主,制裁力度较轻,且不会导致行为人名誉受损;③刑事刑罚由司法法院根据严格程序适用,裁量空间较小,警察刑罚由警察机关根据简易程序科处,裁量空间较大。<sup>④</sup>

一言以蔽之,警察刑罚是目的性创制的区别于刑事刑罚的刑罚制度。由此推之,警察条令的立法实践即潜含一个基本想法:虽然警察值得法律保护,但应当“区别对待”,不能用刑事刑罚去制裁警察犯。一方面,尽管警察被视为自由的敌人,但以历史的眼光来看,警察也藏蕴着社会进步的力量。警察条令在经济、风俗、公共卫生、租税、借贷、建筑等领域建立起的秩序,有效地实现了国民幸福,而且这些秩序发展到现代也是重要的。所以,原本的警察犯如诈骗罪、背任罪等在后来成为刑事犯,现代的经济犯罪、环境犯罪等特别刑法犯也可以溯源至警察犯。另一方面,刑事刑罚具有特殊的“严厉性”,不仅因为其与警察刑罚有“刑度”上的量的差异,更关键在于伦理谴责效果这一质的区别。刑事刑罚又称作固有刑罚,是因为刑事刑罚的前身被认为是对固有伦理规范违反行为加以报应的私人刑罚。<sup>⑤</sup>这意味着,当国家代替私人报应伦理违反行为的时候,就发生了刑事刑罚。刑事刑罚的本质就是国家对伦理违反行为之不伦理性的揭发与反对:“法官要作出有罪判决以告知国民,行为人违反了共同生活体重要且不可欠缺的行为规范”,使得“行为人的态度在社会伦理层面遭到否定”。<sup>⑥</sup>但是,警察犯没有破坏伦理规范,而只是对制定规范的违反,若对之也给予伦理谴责,就明显不均衡。此意义上,邦君主是在顾及警察犯与刑事犯(固有犯罪)的差异基础上创制了警察刑罚。

## (二)行政刑法学说的根本意涵

警察条令根本上是邦君主运用高权广泛干预公共领域与私人生活的工具。所以警察条令的适

用对象并无特别限定,警察与司法的界限也并非清楚。17世纪以来的启蒙学说大力批判刑罚权滥用,很大程度是针对警察刑罚权。在19世纪20年代发生的系列政治事件中,<sup>①</sup>警察机关排除法院管辖,直接对涉嫌政治犯罪的嫌疑人进行审判并科处较重的刑罚,在立宪浪潮的背景下,这更加激起自由主义者的愤慨,限制警察刑罚权、划清警察与司法的管辖权限成为社会普遍诉求。以此为契机,学术上开启了“警察犯与刑事犯的区分”问题的检讨。

“在由费尔巴哈(Feuerbach)自己修订的最后一版即1832年版的教科书中,费尔巴哈就已经明确应该如何具体处置警察犯”,<sup>②</sup>即:根据权利侵害说明刑事犯与警察犯存在犯罪实质的差异,然后主张在实定法上作刑法典与警察刑法典的分别立法,以严格区分二者。<sup>③</sup>受此影响,各邦自1839年开始陆续编撰警察刑法典(Polizeistrafrecht)。相较于警察条令,警察刑法因为采用罪刑法定主义、限制刑罚种类及法定刑上限、确立警察法院管辖原则等显现出进步特征,警察刑罚权也受到一定形式制约;可是,警察刑法规定的构成要件类型中,除“规范定型型”“警察从属型”之外还有“刑法典补充型”的存在,警察犯与刑事犯存在着法条竞合补充关系,费尔巴哈的主张没有得到忠实贯彻。<sup>④</sup>

1871年德意志帝国成立后颁布了刑法典,但并未废止警察刑法。尤需注意,帝国刑法典将部分警察犯编为违警罪,还把原本属于警察犯的危险犯概念<sup>⑤</sup>引入刑法典中,这意味着在实定法上“刑事犯与警察犯的区分变得不可能……只要是受国家制裁的违反行为,就都是犯罪,都要科处刑罚”。<sup>⑥</sup>而且,伴随福利国家观的转换以及经济低迷的社会现实驱动,行政的重要性被显著放大,行政违反行为的可罚性程度明显升高,大量经济行政法规中也设置了刑罚规定。在刑罚规定复杂多样、既有理论难以维持的背景下,行政刑法学说应运而生了。

20世纪展开的行政刑法学说及代表观点,已成为我国学界熟识。在整合文献信息的基础上,笔者额外给出以下分析。第一,如果予以整体把握,而不局限于郭特施密特(Kurt Paul Schmitt)一人的学说,可以发现行政刑法学说不仅仅是探讨行政犯与刑事犯的不法内涵差异,也会着重讨论行政刑罚与刑事刑罚的“两罚”性质差异。在前者问题上,可以归纳法益侵害(质或量的)差异与伦理违反(质或量的)差异两种未必有实质对立的见解,而在后者的问题上,学者相对一致地采用伦理谴责差异的见解。<sup>⑦</sup>即,刑事刑罚具有伦理谴责性——实定法上表现为前科制度——而行政刑罚没有伦理谴责性。这种见解具有先验的正确性,时至今日也是行政法上讨论行政罚/秩序罚与刑罚差异问题的通说。<sup>⑧</sup>事实上,不法内涵差异与两罚性质差异可以互相推导,所以各自内部的不同见解都被人们嵌入质·量差异框架来把握。<sup>⑨</sup>因此,行政刑法学说的构造可以概括为:不法的内涵差异与两罚的性质差异。

第二,行政刑法学说的旨趣,是在思考“国家刑罚的性格及界限何在”<sup>⑩</sup>这一超法律问题基础上,探索理想的公法制裁框架。虽然郭特施密特认为国家刑罚应分为刑事的刑罚(kriminelle Strafe)与非刑事的刑罚(nicht kriminelle Strafe),但是他主张的行政刑罚却是广义的:凡以担保行政为目的而使用的刑罚都是行政刑罚,行政刑法便是以广义的刑罚作为行政义务担保措施的法律。<sup>⑪</sup>所以,郭特施密特本人未必有明确的刑罚限制意图或者说有妥善的公法制裁分配方案,而是囿于时代背景,既高度肯认行政的法保护必要性,又不满足于行政机关不节制行使刑罚权的现实,“尝试把行政机关的刑罚权行使作为行政刑法上的行政刑罚权行使而置于法治国家的框架内运行”。<sup>⑫</sup>可以说,早期的行政刑法学说是有限的,又因为极度扩张行政机关刑罚权带来的惨痛教训,这迫使后来的学者及立法参与者选择了一种略显“彻底”的“非

刑事化”改革方案:撤销“行政犯”的“犯罪”评价、纯化“行政刑罚”的“行政事项”(reine Verwaltungssangelegenheit)属性,在实定法上引入秩序违反(Ordnungswidrigkeit)概念与罚款(Geldbuße)制度,在法概念、法后果上突显行政上的不法及其制裁的“非刑事”本质。<sup>②</sup>而且对于罚款此种制裁,理论上不再使用易生歧义的行政刑罚概念,而是使用19世纪后半期公法学说提出的在实体与程序上都异于刑事刑罚的秩序罚(Ordnungsstrafe)名称<sup>③</sup>予以标识。这样,原本广义的“刑罚”(Strafe)概念限缩为“刑事刑罚”的专有名词,“犯罪—秩序违反”“刑罚—秩序罚”的二元公法制裁框架便由此形成。

第三,“第二次世界大战”后行政刑法学说的讨论没有因为《秩序违反法》的立法即宣告终结,而是围绕“犯罪与秩序违反的差异”继续展开。一方面,沿自E.施密特(Eberhard Schmid)在1949年经济刑法中采用的立法技术,《秩序违反法》与刑法之间还存在“混合构成要件”的现象:有的秩序违反与犯罪在条文上用语酷似、互相对应(真正的混合构成要件),有的秩序违反与犯罪在条文上存在交叉关系,需要根据“加重要素”或“择一要素”予以区分(不真正的混合构成要件)。<sup>④</sup>此种场合,行为构成秩序违反还是犯罪,需要法适用者具体判断。另一方面,在行政犯非罪化(Entkriminalisierung)过程中,德国立法者又在经济、环境行政领域积极地进行“犯罪化”。经济犯罪、环境犯罪的保护法益之所以成为20世纪后半期刑法理论上的重要课题,原因就在于经济、环境领域的行政具有政策上的刑罚担保必要性,学者不得不在行政犯非罪化潮流下对“逆行”的犯罪化现象找寻自洽的正当化根据。换言之,即使建构起刑罚·秩序罚二元公法制裁制度,行政违反行为也并非绝缘于刑罚,何种场合可以用刑罚担保行政,在司法和立法上仍然成为问题。

(三)价值矛盾:行政的要保护性与刑罚的严厉性  
警察条令中初露端倪的想法,经由费尔巴哈

等19世纪刑法学者的前期检讨,最终在20世纪的行政刑法学说讨论中得以成熟。可以说,自法治国思想确立以来,历代法学家戮力追求的目标在于:为行政违反行为确定一个与其不法内涵相匹配又能承载一定“目的性功能”的公法制裁方法。究其根本,这源于人们对行政违反行为的可罚性价值感受具有的不确定性所致。固有的犯罪或者刑事犯,由于其侵害的个体重要利益抑或违反的固有伦理规范属于人们“既得的利益”,所以人们能够比较容易地确证其可罚性。不过,行政违反行为所针对的,是透过行政实现的公共利益,虽然公共利益最终有利于个体,但公共利益是一种与人们存在时空距离的“期待性利益”。因而,对于期待性利益损害行为即行政违反行为的可罚性有无及程度,人们总会心存疑问。换言之,追求公共利益的行政值得法律保护,但是应当使用何种公法制裁担保行政,是否要用最严厉的(刑事)刑罚制裁方法担保行政,历来充满价值争议。也正是在持续探索、解决该问题的过程当中,才产生了行政刑法学说。总结而言,德国法上发生了犯罪到非犯罪意义蜕变的行政犯概念,一方面记录着德国二元公法制裁的发展历程,另一方面也提醒人们应当注意“行政的要保护性”与“刑罚的严厉性”之间存在价值矛盾。

### 三、日本对德国行政犯概念的本土化运用

日本法律史界素以“律令说”研究中国古代法。根据该说一般主张,中华法系是以律令制为主体的法律体系,西晋时便确立“律以正罪名,令以存事制”的法律划分原则,即律为刑罚法规、令为行政法规。<sup>⑤</sup>自大化革新始,至明治维新西化法制改革前,日本的法体系也属律令制。所以,相较于德意志,官僚机构为统制社会颁布作为法体系组成部分的行政法规,在东亚国家不是“新鲜事”。而且,在完全实现西化法制改革前的律令制末期,日本通过行政法规制定犯罪,或许是日本律令制与中国律令制的一个区别。

### (一)日本公法制裁制度的构造

明治维新初期,由于日本要先解决集权的问题,故仍以封建律法为基础颁布了一些刑法。在这些律系刑法中就有担保行政实效性的罪刑条文。如1868年《假刑律》中的“制旨及令达条”,对违反天皇命令或者诸官省指令的行为科处主刑;1870年《新律纲领》中的“违令条”,对违反国家行政法规的行为科处主刑;1873年《改定律例》在前者基础上增设的“违式条”,对违反各府藩县地方法规的行为科处主刑。此外,为革除国民的封建意识和落后生活习性,1872年司法省颁布以训练“国民公德心”为目的的《东京违式违违条例》,且翌年布告其他府县可以前者为“范本”并结合地方情势“斟酌增减”制定《地方违式违违条例》。违违条例由罚则规定、违式罪目、违违罪目构成,规制对象为扰乱日常生活的安全平稳、妨害风俗、妨碍健康卫生、违反河川道路交通规则及其他的轻微罪行,违犯者由司法省下设警保寮审理并追征赎金,犯人无力缴纳的则科处笞刑或拘留。<sup>③</sup>

除国律、违违条例,明治政府为确保维新伊始于各行业、事业领域内建立的行政制度框架得以普及和存续,还在行政法规与地方法规中设置对违反行为施以制裁的罚则规定。此种规定被称作“行政罚则”,有两点特征。第一,行政罚则使用的制裁方法,除借用国律上的“刑”外,还借鉴古律创制了“罚”。根据小谷利惠的考证,1870年至1872年间,行政罚则创制了国律、违违条例中本不存在的三种金钱罚,即过料、<sup>④</sup>科料、罚金。<sup>⑤</sup>第二,行政罚则具有独立性,并非依附国律而存在,<sup>⑥</sup>不当然适用国律的“处分法则”<sup>⑦</sup>或总则性规定。行政罚则与国律在法条形式、主导部门、效力范围上存有差异,更重要的是以下三点。①“罚”被认为是与“刑”性质不同的制裁方法。金钱罚自不待言,即使是借用的国律刑名,也会在条文规定或法律书式中改称为罚,如有惩役刑与惩役罚的不同用语。②1873年以后,行政罚则的适用机构也定为

裁判所,不过裁判程序有极大的便宜性,而且有一些行政罚则明确规定由警察机关或地方行政长官适用。③基于行政上的规制目的,行政罚则中设置了许多异于国律总则规定的处分法则,如不详问责任要件的具否、数罪场合分别处罚而不按合并罪处置、连带处罚雇佣主或事业主等。事实上,行政罚则的独立性得到了官方的明确承认。司法省在1873年5月29日的布告中下达指令:对铁道枪炮蚕卵纸等诸罚则违反者不依新律纲领“拟断”而依各罚则之规定“处断”。言下之意,既然国律与行政罚则本身存在“拟断”与“处断”的事实认定方法差异,国律的总则性规定就不必然适用于行政罚则。<sup>⑧</sup>

等到1880年,日本才颁布现代化的刑法典。由于是以法国刑法典为范本,所以违违条例被吸收为第4编的违警罪,此外,还有两项重要举措:其一,将行政罚则的制裁方法整合进刑法,导致“刑”“罚”混同化;其二,把上述司法省布告制为《刑法》第5条:“其他法律中有本刑法正条未规定之刑名者依其规定,若其他法律规则中无特别总则规定者依本刑法总则”。再到1907年新刑法的出台,情况又大不一样。除删除违警罪又另行制定使用科料、拘留的《警察犯处罚令》之外,司法省重新检讨“刑罚”名目,规定《刑法》第9条将主刑限为6种,科料、罚金保留下来,但过料被排除在外。并且,与旧《刑法》第5条完全相反,新《刑法》第8条规定:“其他法令上‘规定了刑的’(罪)也适用刑法总则,但是其他法令有特别规定的依其规定。”

从日本立法变迁史来看,明治以来日本的公法制裁便呈现三元的构造:国律/刑法典—违违条例/警察犯处罚令(轻犯罪法)—行政罚则。在原本的法律话语中,“刑”与“罚”是两个概念,人们可以通过这两个概念认识本国固有的制裁,并具体指引法律执行活动。但是在“刑”“罚”混同化之后,又该如何认识不同法律中的制裁,各自遵循何种原理,特别是如何理解刑法总则与行政罚则的适

用关系(或者说如何解释旧《刑法》第5条、新《刑法》第8条的含义),成为极大的问题。于是,在西化法制建立途中,欧陆法学学说涌进了日本,学者便借用国外的法概念来规整本国的法制度。在这一过程中,日本出现了“行政犯”概念。

## (二)价值矛盾在学术上的反映

明治时期对旧刑法加以研究的刑法著作中,凡公法制裁皆以刑罚括之,而涉及刑法总则与行政罚则的关系,宫城浩藏、矶部四郎、冈田朝太郎等仅仅以普通犯与特别犯的划分作解释应对。<sup>④</sup>在明治末期及大正年间研究新刑法的著作中,学者开始参考德国学说,借助德国的术语,公法制裁被有意加以区分。不过,行政罚则中既有过料又有刑法上的刑名,行政罚则的制裁性质仍不明朗。特别是在行政罚则使用过料的场合,过料是何种性质的制裁,以过料为后果的行政违反行为是不是犯罪,泉二新熊、牧野英一、胜本堪三郎等刑法学者没有给予较为明确的界定。<sup>⑤</sup>或许是不满于刑法上解释的不透彻性,同一时期公法学者挺身而出尝试正面解决。

1909年,佐佐木惣一介绍郭特施密特理论的论文引起学界注意。该文把 *Verwaltungsstraf* 译为行政罚,把 *Verwaltungsdelikte* 译为行政犯。<sup>⑥</sup>6个月后,美浓部达吉在《日本行政法》中提及该论文并使用相同的译语。<sup>⑦</sup>在该书中,美浓部达吉首先根据理论学说对公法制裁作如下分类:“凡国家对人民之不法行为所科处之苦痛性制裁皆可谓广义的处罚(*Strafe*)”,处罚分为惩戒罚、执行罚、刑罚,“本来意义的刑罚可进一步分为狭义的刑罚或刑事罚(*Kriminalstrafe*, *verfassungsstrafe*),与行政罚(*Verwaltungsstrafe*)或秩序罚(*Ordnungsstrafe*)”。<sup>⑧</sup>随后结合日本实定法提出如下见解:①与惩戒罚、执行罚相区别的“过料是真正意义的刑罚”;<sup>⑨</sup>②无论过料还是刑法上的刑名,只要是用以担保行政目的而规定在行政罚则中,就都属于行政罚,不过其与刑事罚存在性质差异,所以行政罚则明确规定

有些场合排除适用刑法总则;<sup>⑩</sup>③刑事罚与行政罚的性质差异,系因行政犯与刑事犯的内涵差异所致,即“刑事犯罪系共同生活无法容忍之罪恶故罚之”而行政犯“未必行为具有罪恶性而仅仅因行政上的目的才罚之”。<sup>⑪</sup>换言之,日本行政罚则中的制裁,无论过料还是借用的刑法上的刑名都是刑罚,不过是与刑法上的刑罚存在区别的“行政罚”。

本来,如果说行政罚则中的过料也是一种刑罚,过料之行政违反行为也是一种犯罪,对于《刑法》第8条的含义,美浓部达吉应该得出与小野清一郎在1932年刑法讲义中所述一致的解释结论:“刑法总则是以固有的刑罚法规为标准而制定的,但原则上也应当适用于行政的刑罚法规”,虽然“行政的刑罚法规中的过料不直接适用刑法总则”,“但是,就当然的道理而言,也应该予以类推适用才对”,“法令上有特别规定时才能排除刑法总则”。<sup>⑫</sup>即,只要没有特别规定,过料也要适用刑法总则。然而,在1939年的行政刑法专著中,美浓部达吉提出了完全相反的主张:行政罚则中的犯罪即行政犯(行政刑法),不与刑事犯(刑法典)共用同一原理;应当扩张解释《刑法》第8条,在行政罚则没有明文设置特别规定的情况下也可以排除适用刑法总则;未来应当对行政刑法制定独立的总则性规定。<sup>⑬</sup>

作为公法学者的美浓部达吉,其根本目的毋宁是建构一个既反映日本法制特征又吻合现代法治主义的“行政罚”概念,以此实现本国公法制裁的重新规整;其把行政罚则中所有违反行为都囊括为行政犯,只是追求目的过程中对一个域外概念作了一定学术加工。这原本无可厚非。然而,仅仅因为行政罚则旨在追求“行政上的目的”、行政犯具有“行政义务违反”的特性,就主张行政罚则无明文特别规定也可逸脱刑法总则的约束,这对于刑法学者而言是不可接受的。<sup>⑭</sup>

一方面,“第二次世界大战”时日本学界围绕经济犯罪性质的讨论,就已经动摇了美浓部达吉

的立论根基。1930年开始,日本实施战时统制经济政策,将大量经济行政法规违反行为予以犯罪化处置。对于当时的社会情势,刑法学界给出的正当化说理在于:犯罪的实质是“道义违反”,虽然经济事犯初制时也尚属伦理中性,但是,经济行政法规施行之后也会逐渐融为社会常识的一部分,规制日久也会生成“共同生活无法容忍之罪恶”的反道义内涵,所以经济事犯也会成为刑事犯(自然犯),用刑罚手段担保经济行政就合乎道理。<sup>⑤</sup>于是,在社会现实和学术动向的双重作用下,美浓部达吉立论根基之行政犯与刑事犯存在性质差异的论断就变得不那么坚实,难以置身事外的美浓部达吉本人也不得不在1944年的经济刑法专著中予以主动修正。<sup>⑥</sup>“第二次世界大战”后占领国要求日本实施“经济民主化政策”,但日本当时的迫切需求又是重建混乱的经济,这使得战时统制经济变相得到延续,“刑事犯(自然犯)与行政犯(法定犯)之间存在流动性”的命题在日本刑法学中扎下根来,这也导致美浓部达吉的行政刑法理论没有成为学界通说。

另一方面,刑法学者从来不认为应当扩张解释《日本刑法》第8条。在“第二次世界大战”时,与小野清一郎有立场差异的宫本英脩,也在刑法著书中显露与公法学者相左的态度:“行政犯的有些场合会基于行政上的特殊要求或者便宜,而不遵守刑法上的根本主义”设置的一些特别例外规定,在本质上属于“法律拟制”。<sup>⑦</sup>言下之意,既然是拟制规定,就不可能推而广之。而“第二次世界大战”后,与美浓部达吉有多次正面交锋的八木胖更是对之有系统性批判。例如,在《行政刑法》一文中,八木胖先是根据以上命题直言美浓部达吉存在认识谬误,然后例举实例证明,“现在残存的行政刑罚法规的特别例外规定已为数不多”,而且“立法已有废止这些特别规定的动向”,继而认为,“只要对行政违反行为科处的不是过料这种纯粹的行政罚,而是刑法上的刑罚,就必须理解为刑法

上的犯罪,应当适用刑法的总则规定”,对《刑法》第8条作“当然事理之解释”就基本足够。<sup>⑧</sup>可以说,八木胖的见解代表了刑法学者的一般想法。为强化这种思想,刑法学者便默认行政犯是指刑法上刑名之犯罪,不包括过料之行政违反行为,以此宣示行政上的目的不得过分干预刑法原理的适用。

由此来看,行政犯概念传到日本后,公法学者与刑法学者本不是单纯就一个概念的内涵及用法存有争执,而是在《日本刑法》第8条的解释立场上出现分歧。行政犯被刑法学者予以“限定理解”,只是主张反对扩张解释《刑法》第8条产生的反射效果。也不难认为,日本学者围绕《刑法》第8条产生的解释分歧,恰好是行政犯价值矛盾的真实反映:提倡扩张解释的动因是行政的重要性、要保护性,而反对扩张解释的缘由在于刑罚的严厉性。而且,相较于德国,由于固有的历史惯习和“第二次世界大战”后的实际境遇,日本明显更加依赖行政的刑罚担保方法,所以“第二次世界大战”后的日本没有如德国那样将行政刑罚去刑罚化,也并未将行政犯大量地除罪化。究其根本,如美浓部达吉的定言,“行政的观念取决于国家的观念”,<sup>⑨</sup>作为后发型国家的日本,在建立现代化强国的道路过程中必然要仰赖于广泛的行政力量,<sup>⑩</sup>在法律理念上倾向对行政提供严格的刑罚保护也就顺理成章了。

### (三)行政刑罚制度的运行实况

当代日本刑法学者常以行政刑法肥大化、行政刑罚如流感般泛滥等<sup>⑪</sup>话语指摘本国法制。但事实上,在控制行政刑罚滥用方面,日本也不是毫无作为。其一,在立法上,日本没有轻易将行政犯吸收进刑法典,而是继续使用“规范·罚则分离式”的立法技术:在行政法规中先详尽规定行为规范的内容及构成要素的内涵、认定标准,再另起条款规定违反行为的制裁后果。如此,相较于刑法规范,行政刑罚法规带有烦琐性但极具明确性,司法

机能主义、刑法软性解释在行政刑罚法规里难有容身之所。所以,人们也可以发觉一个现象:日本的行政刑罚法规数量相当庞大,但是围绕行政刑罚法规的理论研究、判例研究明显相对贫弱,高度发达的刑法解释学是以体裁简短的刑法典为对象而建立的。其二,在实务中,日本的执法、司法人员秉持了审慎态度,并未积极适用行政刑罚。一方面,行政机关为了避免损害国民对行政力量的信任,不会动辄检举告发行政过程中发现的违法行为,让司法机关“出手解决”,而是尽量采取行政措施实现“内部消化”。另一方面,即使告发后启动刑事程序,基于起诉便宜主义检察官也经常决定不起诉,即使公诉后确定有罪法院也倾向从轻判处。<sup>⑤</sup>也许是对这些现象颇感不满,当代行政法学者如宇贺克也将其归纳为“行政刑罚的机能不全”,<sup>⑥</sup>暗指日本的行政刑罚在很多场合只有象征意义,没有实际发挥出担保行政的功效。

#### 四、日本的行政犯概念对中国学说的影响

民国时期,日本法理学说对中国具有较大的影响。日本公法学者与刑法学者对行政犯的认识差异,也反映在民国的法学著作中。

在行政法著作中,学者也将日本的行政罚概念套用于民国的公法制裁,而行政犯则是用来解释行政罚具有特殊性的概念工具。例如,钟赓言在1927年《行政法讲义》中对行政罚的讲述,几乎是原文引述美浓部达吉的见解。他同样认为刑罚可分为刑事罚与行政罚,也把两罚在处分法则上存在差异的原因归结为刑事犯与行政犯的犯罪性质差异。当然,他明显意识到当时的行政罚只是一个学理概念,所以专门给予两点强调。其一,把刑罚分为刑事罚与行政罚是有实益的,其在于,指示两罚发动原因之刑事犯与行政犯的成立条件并不相同:“盖刑事犯罪以故意为犯罪成立要素,而行政犯则不问其为故意为过失,苟有违反命令之事实,当然不能辞其责任”。其二,虽然把行政罚归为刑罚的范畴(在执行机构为行政官署的场合)

会与“凡刑罚必依司法法院之宣告而后行之”的原则相矛盾,但是“惟以行政罚与刑事罚相比较,自以前者为轻微且处置尤须出以敏捷,若必由司法法院执行,恐转因是而迁延时日增加费用,益令被告人处于不利地位”。<sup>⑦</sup>钟赓言的见解得到赵琛、管欧<sup>⑧</sup>等人的响应,但是以此种方式界定行政罚,似乎更偏向于直白的理论移植。

与之相对,范扬在1940年《警察行政法》中拉进了行政罚概念与实定法的距离。虽然该书使用警察罚概念,但他没有对警察作目的限制,所以其所谓警察实际等同于行政,警察罚/警察犯也就是行政罚/行政犯。范扬指明,警察罚在当时法律上表现为三类:行政罚则中借用的刑法上的有期徒刑、拘役、罚金;《违警罚法》自有的拘留、罚金及没收、停止营业、勒令歇业;行政罚则自有的罚款及其他之罚金。在范扬看来,“现行法上的警察罚之种类颇不统一”,“各类处罚依所规定之法规不同,其性质亦异,殊不能专依名称类别之”;因此,例如,同样都是罚金的名称,是刑事罚还是警察罚,需要依据具体适用的处分法则分别论之:要适用刑法总则的,就是刑事罚,否之便是警察罚。原因同样在于:“警察犯与刑事犯因性质上各有不同之故,对于刑事犯所定之刑法总则,于警察犯中不能适用,殆为学说上之一致”。<sup>⑨</sup>此意义上,民国行政法学者理解的行政罚,是指刑法上的刑罚及其之外的公法制裁,行政犯就既有刑法上的犯罪含义,也有行政法上的行政违反含义。

饶有趣味的是,刑法著作中存在如下现象:大致以1935年为分界,此前的学者对行政犯的定位颇感犹豫,但此后的学者则较为决然地认定行政犯只能是指刑法上的犯罪。例如,王觐在1933年《中华刑法论总则》一书中,于“犯罪意义”一节强调犯罪是“有责任能力人之行为”“有故意过失之行为”“刑罚法令中所例举的行为”,<sup>⑩</sup>但在“犯罪种类”一节界定的行政犯又是“不注重犯人之非社会性,恒不以‘责任能力’‘故意过失’为犯罪成立要

件”的行为：<sup>⑤</sup>而且，其“刑罚意义”一节的内容也与泉二新熊1908年《改正日本刑法论》所述<sup>⑥</sup>高度相近，认为刑罚仅为罚之一种，其他罚如惩戒罚、秩序罚不是形式意义的刑罚，但又与刑罚存在实质的关联。<sup>⑦</sup>如此而言，在行政罚则不要求不法行为具备责任要件并且以秩序罚为后果的场合，该不法行为是否还是作为犯罪的行政犯，或者不是犯罪但仍属行政犯，王甄似乎举棋不定。然而，其后的学者如郭卫、梁棊勋等都在刑法著作中通过以下两个叙述标志暗示行政犯只能被理解为一种犯罪：其一，借鉴小野清一郎等日本学者的做法，引入自然犯与法定犯的划分，使之等同于刑事犯与行政犯的分类，以此彰显刑法学上的“行政犯”概念具有自身独立含义，不从属于行政法学上的界定；其二，在刑罚论的章节，不再使用形式刑罚、实质刑罚一类暧昧用语，也不讨论罚分几种或者刑罚与其他公法制裁是何关系，给予简单定义之后便通过例举实定刑法上的刑种来界定刑罚，大有切断刑罚与其他公法制裁内在关联的意思。<sup>⑧</sup>

在新中国成立后的法学研究中，一个行政犯概念有两种用法的现象继续存在。在我国大陆早期的行政刑法研究中，由于学者主要参考日本“第二次世界大战”后的刑法学文献，所以行政犯被当然地理解为刑法上的犯罪。<sup>⑨</sup>加之后来有影响力的刑法教科书与比较刑法研究著作也都采纳行政犯与刑事犯的犯罪分类，这使得我国大陆的行政法学者不再使用行政犯。不过，我国台湾地区的行政法学者仍然会使用行政犯，即便是单纯的行政违反行为，也被陈清秀、洪家殷等归入行政犯的范畴。<sup>⑩</sup>

前文揭明，行政犯概念变迁（警察犯—行政犯—秩序违反/行政违反）的背后动因，是二元公法制裁制度的形成与发展：一方面，从广义的刑罚中分化出另外一种公法制裁，而且此种制裁发生了警察刑罚—行政刑罚—纯粹行政事项之秩序罚/行政罚的演进；另一方面，在行政与刑事的公法制

裁格局形成之后，虽然有一些行政犯因降格适用行政制裁而除罪化，但不代表行政违反行为只能被施以行政制裁，而是仍有可能被赋予刑事制裁。因而，无论在何种意义上使用行政犯，行政犯的基础内涵都是指行政违反行为；在二元公法制裁格局下，真正成为问题的是如何设计行政违反行为的公法制裁模式，即偏重使用行政制裁还是刑事制裁以及具体确定哪些行政违反行为归入刑事制裁。明显地，“第二次世界大战”后的德国、日本走上了不同道路，这是两国在如何调和“行政的要保护性”与“刑罚的严厉性”问题上有不同处理所致。以之为对照，我国的二元公法制裁也显现自身的特点与问题，这集中体现在：我国也倾向于对行政采取严格的保护立场，这与日本较为一致，但与日本不同的是，我国实务人员似乎没有秉持审慎态度，相反经常把本应按行政制裁处理的行政违反行为当作犯罪处理。可以说，日本的行政刑法存在机能不全的问题，而我国的行政犯却存在“司法上的过罪化”问题。因此，如何扭转我国刑法中行政犯的功能异化现象，是近几年法学界的重要议题，而且随着讨论的深化，研究范式也从解释论拓展到了立法论。不过，既有的讨论没有意识行政犯价值矛盾的存在，也没有将调和“行政的要保护性”与“刑罚的严厉性”的价值矛盾作为思考起点。于是，倘若将行政犯的价值矛盾作为重要的考虑因素，我国行政犯的诸问题又该得出何种解决方向呢？

## 五、行政犯价值矛盾的理论指引

### （一）行政犯的解释立场

纵观近几年行政犯的研究，虽然难以认为当前已经形成派别明晰的解释论立场，但仍然可以发觉不同学者在解释理念、技术路径上持有不同偏好。这大体可以从两个指标进行识别：①是否看重行政犯不法或罪责的特殊性；②是否尊重行政法的规定。

针对司法实务中行政犯处罚范围不当扩张的

问题,孙国祥提出“行政法标准非拘束性”的观点,提醒实务界行政法上的概念或标准不必然要作为刑法解释依据;<sup>④</sup>张明楷提倡“刑事违法判断独立性”的见解,呼吁实务界运用刑法一般原理、实质解释方法独立判断行政犯的法益侵害性与构成要件符合性;<sup>⑤</sup>周光权抛出“刑法所固有的违法性”的命题,强调刑法上的违法性有自身独立内涵,不取决于其他法上的规定。<sup>⑥</sup>这些学者致力于申明一个观念:既然行政犯被混同规定在刑法中,在解释上就应当与自然犯一样,将刑法自身的目的性思考贯彻到底,不必牵绊于行政法上的具体规定或价值判断。此意义上,可以把这些学者的见解概括为“刑法独立性说”。

与之相对,另外有一些学者也追求行政犯处罚范围的合理化,但是格外关注行政犯与自然犯的区别,故而试图绕开通常的思考方法,提出别具一格的解释路径或理论主张。例如,刘艳红认为行政犯具有法益欠缺特征,主张把行政法规或者行业法规作为不成文构成要件要素以限制处罚范围。<sup>⑦</sup>田宏杰针对行政犯的法律属性提出“前置法定性+刑法定量”的定式表述,以此表明行政犯的“危害本质和违法实质取决于前置法的规定”。<sup>⑧</sup>尤其是,两学者在实例演示上呈现共同的特征:主动接受行政法的目的指引,自觉将行政法作为解释依据。这未必是行政从属性的表现,但可以肯定是行政法尊重性的征表,不过出于标识方便之故,也可称其为“行政法从属性说”。

若置于行政犯价值矛盾的语境来看,两说的“原意”或许更加了然:独立性说把刑法基本原则、原理置于首位,背后体现出对刑罚严厉性的忌惮,从属性说以行政犯自身特质为思考起点,则是对行政犯以刑罚担保行政之规范实质的强调,亦是对行政的法保护必要性的直视。作为刑法学内部的讨论,两说的差异性当然难以比肩前述日本公法学者与刑法学者间的分歧,但也不仅仅是话语的不同,而是存在根本的思维分歧。例如,在学界

广受热议的一个问题是,行政机关对不确定法律概念以批复、答复、认定等形式做出的解释,司法机关是否要作为行政犯的解释依据?采取从属性说的话,一般会以行政解释的权威性、专业性等理由给予肯定回答,<sup>⑨</sup>但是依据独立性说的话,则倾向于以刑事审判的独立性、犯罪构成要件的严格性等理由给以否定见解。<sup>⑩</sup>再如,伐木犯罪实务中存在的争议问题是,未经许可砍伐枯死林木是否构成犯罪?张明楷向来主张否定说,<sup>⑪</sup>但是强调“伐木犯罪是典型的行政犯,对其设定依据及法益界定的探究,应当从刑法规范之外寻求依据”的喻海松却认为,“因灾害受损的林木可以成为伐木犯罪的对象”,砍伐枯木也可以构成犯罪,只不过“考虑到所涉林木毕竟不同于正常生长的林木,对生态资源的影响相对有限,故在刑事追究方面要作特别考虑”。<sup>⑫</sup>

既然行政犯具有区别于自然犯的特质,尝试在解释理论的建构上作特别处理也并无不可。只不过,从属性说论者积极地将行政法因素作为行政犯的解释根据,更像是附属型立法下行政犯解释论的应有做法。例如,在日本学界,为应对行政刑罚机能不全的问题,刑法学者今村畅好与行政法学者田中良弘在近年都不约而同地表示,行政犯被附属规定在行政法中而具有“行政法与刑法理念竞合”的特质,在划定行政刑罚处罚范围之际,应当采取双向的解释视角:一方面要从刑法学的角度来看“什么场合可以使用行政刑罚”,另一方面要从行政法学的角度来看“什么场合使用行政刑罚是妥当的”。<sup>⑬</sup>换言之,在附属型立法下,行政犯是担保行政实效性的立法举措,是否要发动行政刑罚,当然要考虑行政法上的制度规定与理论学说。倘若未来我国采取分散式立法,采取从属性说也势在必行。然而,在当下仍有必要赞成独立性说。一方面,既往发生的行政犯司法乱象,主要原因不是实务人员没有尊重行政法的规定,恰好是过于机械地将行政法律法规作为入罪依据

所导致。即使行政法从属性说具有良好用意,但是在理论上支持、推广行政法从属性说的话,其具体主张也可能被曲解为以往错误办案思路的正当化根据,这不利于实务现状的改善。另一方面,在制裁范围与惩戒力度上,我国的行政处罚与日本的行政刑罚在实质意义上是重叠的。即使要严格地保护行政,我国担保行政的公法制裁方法未必不应当偏重行政处罚手段。而且,我国现行刑法中的行政犯本身与自然犯混同规定在一起,行政犯的法定刑本身也比较重,所以要尽可能限制解释行政犯的构成要件。显然,要实现这一点,行政法从属性说是颇为勉强的,在当前立法模式之下仍然要倚重于以法益保护为思考起点的实质解释、独立判断。

赞成刑法独立性说的话,独立性说论者提出的一些解释方案就是值得维护并深化的。其中,最为基础且重要的一点是,解释行政犯的保护法益有必要坚持“个人法益还原论”。<sup>⑨</sup>即是,在应然的意义上,行政犯的规范本质是以刑罚担保行政,只要明确刑罚担保的行政不是指政府权威,而是指行政主体追求公共利益的活动,就可以承认行政本身就是一种法益。正如罗克辛(Roxin)所说:“现代社会国家负有的给付义务是十分重要的,考虑到这一点,‘行政及其不应遭受妨碍的机能’又何尝不是一种法益。”<sup>⑩</sup>可是,问题在于,公共利益与一般人存在时空上的距离,这导致行政违反行为的有害性不能轻易判断得知。如下述,倘若改变立法体例,在行政法或行业法中详细规定行政犯构成要件,行政违反行为有害性的确证可以通过构成要件的涵摄即予完成。而在当前统一化的立法下,要想妥善判断行政违反行为的有害性、不法性进而合理划定处罚范围,只有在法益的问题上确立一个可操作、易检验的实质基准。显然,这只有求于个人法益还原论。

## (二)行政犯的立法模式

需要承认,行政犯的解释论已经发展到一定

高度,学者几乎言尽了可能的解释方案。不过,人们也逐渐意识到行政犯的解释论存在功能上限,要想克服行政犯的司法难题仅仅依靠解释论是不够的。因而,伴随刑事立法论的再度兴起,学界也开始关注行政犯的立法论。首先,就行政犯立法改革的基本方向而言,如德国那样将行政犯大量除罪化或许并非现实,但是如日本那样出现行政刑法的肥大化、机能不全现象也值得我们警惕。其次,无论立足消极刑法观还是积极刑法观,都需要考虑的一个现实问题是,应当对行政犯采用何种立法模式、立法技术。对此,目前刑法学上已经形成两种对立见解:一种是倡导附属型立法,其主要理由是统一化立法不符合比例原则、导致行政犯处罚边界不明,附属型立法更能满足行政犯在不法和罪责上的特殊性等;<sup>⑪</sup>另一种是维持统一化立法,其主要依据是统一化立法更符合国情也更为实用,而且附属刑法有重罚倾向、法律适用困难等问题。<sup>⑫</sup>应当说,两种见解都有一定的理论基础与事实依据。不过,若是从行政犯的价值矛盾来看,附属型立法或许是更好的选择。

第一,行政的要保护性与刑罚的严厉性间存在价值矛盾,意味着用刑罚担保行政始终有违反比例原则的疑虑。违反比例原则主要有两种情形,一是立法者把不应当犯罪化的行政违反行为予以犯罪化,二是对行政犯配置的法定刑有失均衡性。当然,立法实践不可能完全契合比例原则的要求。只不过,为了尽量避免违反比例原则或者降低因抵牾比例原则而带来的负面影响,立法者可以选择的“补偿措施”就是保障构成要件的确切性,在立法技术上作特别处理以实现行政犯处罚范围的“精准把控”。一方面,避免使用规范要素或者不确定法律概念,而是尽可能详细描述构成要件内容,减少司法解释或学理解释空间;另一方面,为确保处罚范围不受行政目的的干扰而随意扩张,需要降低甚至避免行政从属性现象的出现。显而易见,统一化的刑法立法模式难以保

障行政犯构成要件的确切性,也不可能避免行政从属性。

第二,要想彻底化解行政的要保护性与刑罚的严厉性间的矛盾,就只能是不对行政违反行为使用刑罚制裁方法,但这明显是一种幻想。因为,基于两方面的原因,立法者必须要对行政违反行为使用刑罚制裁方法。其一,由于事实性因素或者目的性需求的变量加入,显著提升了某一领域的行政活动或者公共利益的刑罚保护必要性;其二,立法者难以把握是否有必要将行政违反行为予以犯罪化,但是来自国民的保障要求或者客观的风险防控压力,迫使立法者认为犯罪化是最稳妥的选择。这也意味着,有些行政犯立法未必是理性的,更多带有一定象征性、对策性,其制定之初便注定要以修改、废止为结局。所以,统一规定行政犯与自然法的刑法不会是稳固的刑法,其法益保护的实效性也令人生疑。换言之,行政犯的价值矛盾决定了行政犯立法具有频繁性、易变性,因而不宜采用统一化立法。

第三,用刑罚担保行政,根本目的是促进公共利益,这固然可以成为行政违反行为犯罪化立法的正当理由,但仍然需要注意公共利益本身具有的特殊性。其一,伴随行政的专业化、技术化发展,对公共利益的把握常常需要借助专门的科学知识。何种行为妨碍了追求公共利益的行政,也越发难以通过常规的法律知识、生活经验进行判断。为避免认知的非均质性而导致判断失误,就必须委由专门的行政法规或者行业法规确定判断标准。所以,行政犯被认为是“与特定的法领域有更紧密的实际联系的特定犯罪”,<sup>⑧</sup>为了保障犯罪判断的准确性、稳定性,必须附属规定在相应法规中。其二,行政主体追求公共利益的过程,常常表现为行政主体通过抽象或者具体的行政行为塑造新的行为规范,让国民形成新的规范意识,从而普及或稳固一些制度框架。如前所述,日本在明治维新期间为快速实现现代化,采取的重要举措就

是高度倚重行政处罚,借用刑法上的刑名担保行政实效性,甚至不惜逸脱刑法总则的约束。这背后的基本考量在于:要想切实引导国民行为、革新国民意识,虽然可以选择刑罚作为事后的担保手段,但是在事前也有必要在立法技术上作特别考虑,要注意保障立法后国民能够详察“新的”行为规范的具体内容。所以,日本的行政处罚则自始以来便采用“规范·罚则分离式”的立法技术,目的就是方便国民有针对性地调整自身行动。明显,在统一化的刑法中不可能采用此种技术,只有在行政法规或者单行法规中才有可能。

当然,附属型立法只是立法模式,不是立法政策。采取附属型行政犯立法,不等于要求大规模的犯罪化,而是主张对现行刑法予以拆解。至于未来立法走向何方,仍然取决于社会的需要。可以肯定,我国在相当长的时间内会保持高度依赖行政的现状,以刑罚担保行政的立法冲动未必会显著下降。但是,要想有效协调以刑罚担保行政的立法需求与刑罚作为最严厉公法制裁之间的矛盾,并且降低国民对行政违反行为犯罪化的不认同感、预防司法人员误把行政违法当犯罪处理,就有必要采取附属型立法。

## 六、结语

行政犯概念中存在“行政的要保护性”与“刑罚的严厉性”的价值矛盾,是极具解释力、启发性的命题。根据该命题来看,尽管行政犯/行政刑法学说的发展跨越了两个世纪,相关文献可谓汗牛充栋,但贯穿这些学说的“思考主线”其实不过在于,通过具体检讨“是否要用刑罚担保行政”的问题来探索建构合理的二元公法制裁。因而,在发现行政犯的价值矛盾之后,我们的问题视域不应再局限于刑法上行政犯的解释与立法,或许应当拓展至整个二元公法制裁制度的运行与改革。例如,既然行政处罚是为了匹配行政违反行为的特殊不法内涵而从广义的刑罚中分化而来的,说明行政处罚与(狭义的)刑罚具有同质性。基于人权保障

的统一考虑,对刑罚适用何种旨在限制处罚范围的“构成原理”(犯罪论),也应当“同步”适用于行政处罚。<sup>⑩</sup>再如,虽然我国也倾向于严格保护行政,但在二元公法制裁的设计上还存在诸多不合理。尤其是存在刑罚种类单一、法定刑配置不协调等缺陷,治安行政处罚力度过重、处罚事项过多等问题,这也导致我国公法制裁形式上力度较重但实际的行政担保效果并不明显。因而,未来还需要进一步改革刑罚与行政处罚的关系结构、处罚权限分配等。总之,无论发展行政犯的理论学说,还是完善公法制裁制度,都有必要将如何调和“行政的要保护性”与“刑罚的严厉性”的价值矛盾作为思考起点。

#### 注释:

①参见李惠宗:《行政处罚法之理论与案例》,台湾地区元照出版公司2007年版,第9页。其实,也有一些刑法学者认为行政犯只是单纯的行政违反行为,或者主张行政刑法不是刑法而是行政法。参见谭兆强:《走出法定犯与行政犯等同说的误区》,载赵秉志主编:《刑法论丛》第34卷,法律出版社2013年版,第74-91页;卢建平:《论行政刑法的性质》,载《浙江大学学报(社会科学版)》1993年第3期,第100-104页。

②今村哲也「Polizeiの意味について」一橋研究7卷3号(1982年)58頁参照。

③[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第8页。

④参见陈鹏:《公法上警察概念的变迁》,载《法学研究》2017年第2期,第25-28页。

⑤オット・マイヤー(Otto·Mayer)著(美濃部達吉訳)『獨逸行政法(第二卷)』(東京法学院,1903年)137頁参照。

⑥吉田尚正「ドイツ法における秩序犯と刑事犯——その区分と法的効果(1)」警察研究60卷12号(1989年)28頁参照。

⑦参见周佑勇:《行政法原论》(第3版),北京大学出版社2018年版,第5页。

⑧陈文贵:《行政处罚竞合理论与实务:双重处罚禁止论》,台湾地区元照出版有限公司2012年版,第18页。

⑨参见陈慧馨:《德国法制史:从日耳曼到近代》,中国政法大学出版社2011年版,第245页。

⑩吉田道也「国家的刑罰権と非国家的刑罰権について——ドイツ」日本法制史学会編『刑罰と国家権力』(創文社,1960年)561頁参照。

⑪参见[德]史坦恩:《行政理论与行政法》,张道义译,(台湾地区)五南图书出版公司2017年版,第92页。

⑫[日]田口正树:《近代初期德意志警察条令与刑事司法》,李玉玺译,载政治大学法学院基础法学中心编:《法文化研究——继受与后继受时代的基础法学》,(台湾地区)元照出版公司2011年版,第186页。

⑬同上注,[日]田口正树文,第192页、第195页。

⑭田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(弘文堂,2017年)65頁参照。

⑮田中良弘「行政の実効性確保手段としての刑罰規定のあり方についての一考察:ドイツにおける行政刑法理論と秩序違反法の制定を題材に」一橋法学13卷2号(2014年)792頁以下参照。

⑯クリスティアン・キュール(Kristian Kühl)著(鈴木彰雄訳)「犯罪行為の中核としての不法」比較法雑誌48卷第4号(2015年)61頁。

⑰上山安敏『法社会史』(みすず書房,1966年)350-356頁参照。

⑱ギュンター・ヤコブス(Günter Jakobs)著(川口浩一、飯島暢訳)「法益保護によつて刑法は正当化できるか?」(関西大学出版部,2014年)11頁。

⑲伊東研祐『法益概念史研究』(成文堂,1984年)18頁参照。伊东研祐参考的是费尔巴哈第14版教科书,但应当与费尔巴哈自己修订的最后一版教科书观点没有差别。

⑳参见同前注⑭,田中良弘书,第77页。规范定立型是指警察刑法确立了刑法典不曾有的行为规范,警察从属型是在构成要件中规定警察法规或概念及警察行为要素,这被认为是后来“行政从属性”的原型,而刑法典补充型就是指警察犯与刑事犯存在补充关系法条竞合的类型。

㉑在早期,警察活动的主要任务是排除危险,引起危险的行为就是警察犯。危险、危险性、危险犯的概念原本就来自于19世纪20年德国学者如施鸠别尔(Stübel)等人对警察犯的研究。山口邦夫「帝国崩壊後(一八〇六年)のドイツ刑法学」(尚学社,2009年)223頁及以下参照。

㉒辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異(2)」早稲田大学大学院法研論集139号(2011年)149頁。

㉓神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界——

ドイツの法制度・学説・判例を中心に(2)』刑法雑誌第24巻2号(1980年)287-288頁参照。

⑭参见[德]汉斯·J. 沃尔夫等:《行政法》(第2卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第330页。

⑮参见戴玉忠、刘明祥主编:《犯罪与行政违法行为的界限及惩罚机制的协调》,北京大学出版社2008年版,第77页以下;陈清秀:《行政罚法》,法律出版社2016年版,第16-18页;洪家殷:《行政秩序罚论》,(台湾地区)五南图书出版公司2000年版,第35页以下。

⑯マルコ・マンズデェルフアー(Marco Mansdörfer)著(岡上雅美訳)『新たな刑法システムのモデルとしてのドイツ秩序違反法?』筑波法政50号(2014年)82頁。

⑰参见同前注⑭,田中良弘书,第37页、第103页。

⑱同前注⑭,辻本淳史文,第150页。

⑲参见同前注⑭,田中良弘书,第231页以下。

⑳参见同前注⑭,[德]史坦恩书,第99页。

㉑今村畅好『行政刑法論序説』(成文堂,2020年)201-202頁参照。

㉒参见俞荣根、秦涛:《律令体制抑或礼法体制?——重新认识中国古代法》,载《法律科学(西北政法学报)》2018年第2期,第16-17页。

㉓福山道義「違式註違条例から違警罪を経て警察犯処罰令に至る経緯」福岡大学法学論叢65巻4号(2021年)815頁以下参照。

㉔特别提请读者注意,过料的制裁性质在日本法上是极为特殊的,下述公法学者与刑法学者产生的争议,与人们对过料的制裁性质的认识分歧有直接关系。因为,在不同历史时期,特别是明治时期急速变动的立法中,过料的制裁性质极不稳定。简单来说,镰仓幕府时代就有过料、科料,但“過”“科”的发音是一样的(か),所以当时没有严格区分二者,法律材料也经常混同记载。但是,在江户时代,幕府法和藩法使用的过料被明确规定为一种刑,只不过例外的熊本藩的过料又不被认为是一种刑。1870年明治政府初期在刑政上暂时使用的《公事御定方书》中也把过料规定为一种刑,然而同年《蚕种制造规则》中的过料又被认为是一种行政处分。对过料的由来及其制裁性质转变过程的研究,须藤陽子『過料と不文の原則』(有斐閣,2018年)16頁以下参照。

㉕小谷利恵『行政刑法:罰則と処分法則』(成文堂,2021年)146頁以下参照。

㉖从历史过来来看,1869年就出现了行政罚则,而直到

1880年才颁布旧刑法。因此,严格来说,日本的行政刑法比刑法还要久远,其本身是在刑法之外独立发展的法体系。

㉗处罚则包括实定法上的程序与实体适用规则,以及理论上总结凝练出来的一般原理或原则。行政罚则不适用国律或旧刑法总则规定的立法态度,在旧刑法“日本刑法草案会议笔记”中有关行政罚则犯“二罪俱发”时不按合并罪处置的立法说明中即有明确显示。西原春夫ほか編著『旧刑法』(明治13年)(3)I(信山社,1996年)59頁参照。

㉘参见同前注㉗,小谷利恵书,第208页以下。

㉙宫城浩藏『日本刑法講義(第1册)』(講法会,1884年)142頁以下参照(该书对旧《刑法》第5条有专门的注解);磯部四郎『改正増補刑法講義(上巻)』(八尾書店,1894年)238頁;岡田朝太郎『日本刑法論』(有斐閣,1895)398頁。另外,也可参见[日]冈田朝太郎:《冈田朝太郎法学文集》,娜鹤雅点校,法律出版社2015年版,第165页。

㉚泉二新熊『改正日本刑法論』(有斐閣,1908年)420-421頁参照;牧野英一『改正刑法通義(上巻)』(警眼社,1907年)32頁参照;勝本堪三郎『刑法要論総則』(有斐閣,1913年)283-284頁参照。

㉛佐佐木惣一「行政犯ノ性質ヲ論シテ警察犯ニ及フ」京都法学会雑誌4巻3号(1909年)54頁以下参照。

㉜美濃部達吉『日本行政法』(有斐閣,1909年)202-203頁参照。

㉝参见同上注,美濃部達吉书,第197页。

㉞为何美浓部达吉将过料称为真正意义的刑罚,须藤陽子有详细考证。参见同前注㉜,须藤陽子书,第13页以下。

㉟参见同前注㉜,美濃部達吉书,第199页。

㊱同上注,第201页。

㊲小野清一郎『刑法講義总論』(有斐閣,1932年)48-49頁。

㊳美濃部達吉『行政刑法概論』(岩波書店,1939年)17頁以下参照。

㊴八木胖「行政刑法」日本刑法学会編『刑事法講座第1巻』(有斐閣,1952年)70頁参照。

㊵山中敬一ほか『経済刑法の形成と展開』(同文館,1996年)7頁参照;齐藤豊治「経済刑法・経済犯罪研究における視座の変遷」刑法雑誌30巻4号(1990年)459-461頁参照。

㊶美濃部達吉『経済刑法の基礎理論』(有斐閣,1944年)8-10頁参照。

㊷宫本英脩『刑法学粹』(弘文堂書房,1931年)167-168頁参照。

⑤③同前注④⑨,八木胖文,第72-73页。

⑤④同前注④②,美濃部達吉书,第1页。

⑤⑤参见王政勋:《定量因素在犯罪成立条件中的地位——兼论犯罪构成理论的完善》,载《政法论坛》2007年第4期,第155-157页。

⑤⑥曾根威彦『刑法原論』(成文堂,2016年)4頁参照;浅田和茂『行政と刑法』中山研一ほか編『現代刑法入門』(法律文化社,1977年)324頁参照。

⑤⑦阿部泰隆『行政の法システム(下)』(有斐閣,1997年)454頁以下参照。

⑤⑧宇賀克也『行政法概説I:行政法総論』(有斐閣,2020年)269頁参照。

⑤⑨钟赓言:《钟赓言行政法讲义》,王贵松、徐强、罗潇点校,法律出版社2015年版,第101-102页。

⑥①参见赵琛:《行政法总论》,会文堂新记书局1933年版,第239-241页;管欧:《行政法各论》,商务印书馆1936年版,第44页。

⑥②范扬:《警察行政法》,商务印书馆1940年版,第50页。

⑥③王觐:《中华刑法论总则》,姚建龙勘校,中国方正出版社2005年版,第78页。

⑥④同上注,第343页。

⑥⑤参见同前注④⑩,泉二新熊书,第420-421页。

⑥⑥参见同前注④②,王觐书,第363-366页(注解部分)。

⑥⑦参见郭卫:《刑法概论》,会文堂新记书局1937年版,第58页、第62页;梁栻勋:《刑法总则要论》,群光印书局1946年,第87页、第90页。

⑥⑧参见张明楷:《行政刑法辨析》,载《中国社会科学》1995年第3期,第94-95页。

⑥⑨参见同前注⑤⑤,陈清秀书,第17页;同前注⑤⑤,洪家殷书,第7页。

⑥⑩参见孙国祥:《构成要素行政性标准的过罪化风险与防范》,载《法学》2017年第9期,第68页。

⑥⑪参见张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,载《中国法学》2017年第4期,第50页。

⑥⑫参见周光权:《论刑法所固有的违法性》,载《政法论坛》2021年第9期,第38页。

⑥⑬参见刘艳红:《“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88页;刘艳红:《法定犯不成文构成要件要素之实践展开——以串通投标罪“违反招投标法”为例的分析》,载《清华法学》2019年第3期,第53页。

⑥⑭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。

⑥⑮我国司法实务采取从属性说,故多有案例或实务见解呈现肯定态度。参见杨辉刚、钟会兵:《非法采伐绿化委挂牌古树的行为定性——兼论〈刑法〉第344条和第345条的适用》,载《中国检察官》2019年第5期,第63页以下;陈为钢、孙筱:《不确定法律概念行政解释的刑事司法效力评析——兼析一起伪造金融凭证案》,载《人民检察》2007年第4期,第27页。

⑥⑯我国学界的主流是独立性说,所以常有学者表达否定意见。参见时延安、黄焯璇:《行政认定的刑事司法审查》,载《人民检察》2017年第17期,第11页;陈兴良:《法定犯的性质和界定》,载《中外法学》2020年第6期,第1487页。

⑥⑰参见张明楷:《盗伐、滥伐林木罪的重要问题》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第5期,第3页。

⑥⑱喻海松:《林权制度改革背景下伐木犯罪的调整思路》,载《法学评论》2022年第5期,第55页、第59页。

⑥⑲同前注④⑩,今村畅好书,第218页;同前注④⑩,田中良弘书,第12页。

⑥⑳参见同前注⑦⑩,张明楷文,第46页。

⑥㉑ロクシン(Roxin)著(町野朔、吉田宣之監訳)『ロクシン刑法総論・第一巻』(信山社,2003年)18頁。

⑥㉒参见张明楷:《刑事立法模式的宪法考察》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第1期,第62页以下;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63页。

⑥㉓参见周光权:《我国应当坚持统一刑法典立法模式》,载《比较法研究》2022年第4期,第60页以下;何荣功:《我国行政刑法立法的回顾与思考》,载《比较法研究》2022年第4期,第82页。

⑥㉔[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第14页。

⑥㉕近年来已有行政法学者呼吁对行政罚适用三阶层原理。参见王贵松:《论行政处罚的责任主义》,载《政治与法律》2020年第6期,第3页;熊樟林:《应受行政处罚行为的构成要件》,载《南京大学法律评论》2015年第2期,第194页。