

行刑立法衔接视角下 制售“拟制假药”行为的刑法规制

黄忠军

【摘要】2019年12月1日新修订的《中华人民共和国药品管理法》对“假药”“劣药”的重新界定,引发了学界对行刑衔接过程中制售旧法中的“拟制假药”行为被随意出罪、非法经营罪适用“泛化”等诸多实践问题思考。《中华人民共和国刑法修正案(十一)》生效以后,刑法上的“假药”“劣药”不再直接由前置法来决定,但前置法确立的实质区分标准应属刑事违法独立判断的有力参考依据,行政违法与刑事不法存在质的差异性,涉案药品被鉴定为质量合格的真药的情形不具有实质的刑事违法性;源于药品犯罪的具体个罪与非法经营罪之间形成的补充性法条竞合,仅在涉案行为不能适用药品犯罪的具体个罪且确属具有处罚必要性的情形,才能为非法经营罪所兜底评价,而罪刑均衡的最终实现也有赖于刑罚裁量时“以罪制刑”理念的贯彻,涉案最高法定刑的确定必然受到生产、销售伪劣产品罪法定最低刑的反向制约;同时,新增的“妨碍药品管理罪”以及其他药品犯罪的具体个罪之间形成的补充性法条竞合关系,应该根据法律的特别规定适用“重法优于轻法”的例外规则。

【关键词】“拟制假药”;行刑衔接;质的差异;“以罪制刑”;药品管理法;“妨碍药品管理罪”

【作者简介】黄忠军(1988-),男(土家族),湖北恩施人,法学博士,深圳大学法学院助理教授,讲师,研究方向为刑法基础理论、经济刑法(广东 深圳 518000)。

【原文出处】《广西社会科学》(南宁),2023.8.133~143

【基金项目】国家社会科学基金项目“风险社会背景下行政犯扩张及其适用限缩研究”(19BFX061)。

继《中华人民共和国疫苗管理法》出台之后,2019年12月1日新修订的《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)正式施行。此次《药品管理法》的全面修订,不仅落实和理清了药品从研制、生产、流通到最终使用的全生命周期以及药品安全监管过程中的主体法律责任,而且其对“假药”“劣药”范围的重新界定,使得药品犯罪的“犯罪圈”得到了合理限缩。然而,这一重新界定,也引发了行刑衔接过程中制售旧法中的“拟制假药”行为被随意出罪、非法经营罪适用“泛化”等诸多实践问题。为此,本文试以行刑立法衔接为视角切入,对制售“拟制假药”行为的刑法规制作一探讨,以期对司法实践对此类行为的合理性、准确量刑提供及时、有效的参考指引。

一、制售“拟制假药”行为的刑法规制困境

新修订的《药品管理法》将原《药品管理法》中的8种假药进行删减、整合为现在的4种,删除了按假药论处的规定,将原《药品管理法》中“被污染的”药品划归为“劣药”的范围,并且“国务院药品监督管理部门规定禁止使用的”“依照本法必须批准而未经批准生产、进口,或者按照本法必须检验而未检验即销售的”以及“使用依照本法必须取得批准文号而未取得批准文号的原料药生产的”的3种“拟制假药”,均被新《药品管理法》排除在假药的范围之外。通说认为,生产、销售假药罪侵犯的是复杂客体,即国家对药品正常的监督、管理秩序和不特定多数人的身体健康、生命安全^①。由此可见,生产、销售假药罪就兼

具行政犯(法定犯)和自然犯的双重属性。源于现行《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)将生产、销售假药罪置于分则第三章第一节,归属于经济犯罪的范畴,立法的罪名设置明确了其行政犯的“身份”。

虽然,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)删除了原《刑法》第一百四十一条的空白罪状:“本条所称假药,是指依照《中华人民共和国药品管理法》的规定属于假药和按假药处理的药品、非药品。”但不可否认,行政犯刑事违法的独立判断对前置法具有相对的从属和依附性,即在立法中不再明确要求生产、销售假药罪中的“假药”,必须严格按照《药品管理法》确定的范围来认定的情况下,《药品管理法》所确立的以药品的成分和功能作为假药、劣药区分的实质标准仍然属于生产、销售假药、劣药类犯罪刑事违法独立判断的参考依据。由此,新《药品管理法》施行后,“被污染的”药品在具备刑事违法性的情况下属于生产、销售劣药罪的规制范围;而前述的三种“拟制假药”的定性处理,却在司法实践中呈现出随意出入人罪、罪名适用不当的混乱面向。在刘某、吴某拙涉嫌生产、销售假药一案中,检察院直接以法律变更为由,认为“拟制假药”不再属于假药的范围,适用“从旧兼从轻”的溯及力原则,直接认定行为人的行为不再具有刑事可罚性,向法院申请撤诉并获准许,案件以无罪终结;在王某帅购销大量不同种类的未经批准进口的境外玻尿酸等医药产品一案中,法院根据新修订的法律条款以及相关产品所标示的内容,认定其未获批准进口的药品不再认定为“假药”,再加之该案并无充分证据证实王某帅购销的相关产品属于实质假药,在其行为并不必然构成销售假药罪的情况下,直接适用“兜底性”罪名对其以非法经营罪论处;在张某文非法经营一案中,张某文在未取得国家生产经营许可的情况下,私自生产、销售降糖胶囊,且经市场监督管理局鉴定涉案无名胶囊为实质假药的情况下,法院仍直接以张某文违反国家药品管理法规,未经批准许可擅自从事药品生产、销售活动,严重扰乱市场秩序且情节特别严重为由,认定其行为仅构成非

法经营罪^①。

诚然,原《药品管理法》规定的三种“拟制假药”不再直属假药的范围,制售此类药品的行为不再径直以生产、销售假药罪论处,但正如国家药监局相关复函中指出的那样,此类行为不构成生产、销售假药罪并不意味着该类违法行为不构成犯罪^②。刑事司法以法律变更为由直接将制售“拟制假药”作无罪处理,或者不对“拟制假药”作实质判断以及在证据不足以证明涉案药品为假药的情形下,基于司法便宜主义的立场,直接以非法经营罪进行兜底处理的做法,既会出现对有罪之人急于追究的“以罚代刑”,也会引发定性不当的“重罪轻判”,更会因非法经营罪这一公认的“口袋罪”的司法“泛化”而导致对无罪之人的“以刑代罚”。因为,“这次《药品管理法》修改,删去了‘按假药论处’‘按劣药论处’的分类,主要以药品质量功效为标准,回归假劣药的本来面目”^③,前述的三种“拟制假药”经过实质鉴定之后,既可能被认定为假药、劣药,也可能属于“虽未被认定为假药、劣药但存在一定质量瑕疵”的药品^④,不排除存在“拟制假药”在药品成分和功效上完全符合药品质量要求而被认定为“实质真药”的可能性。笔者认为《药品管理法》关于“假药”范围的实质变动,引发“拟制假药”的司法认定混乱,实质上可以归结为以下两个理论问题:第一,假药、劣药认定标准的功能性回归,在多大程度上限缩了制售“拟制假药”行为的刑事处罚范围;第二,在肯定涉案的制售“拟制假药”行为具备刑事可罚性的情况下,又该如何根据个案的不同情形做到合理定性,以实现罪刑均衡的实质正义。

有鉴于此,前述问题就迫切需要刑法理论结合《刑法修正案(十一)》的相关修订进行有效探讨,及时指引刑事司法走出目前的实践困境。

二、“拟制假药”为实质真药的制售行为的合理性

即便“拟制假药”被鉴定为质量合格的“实质真药”,其制售行为能否脱离刑事法网也并非没有争议。毫无疑问,若“拟制假药”确属“实质真药”,相应的制售行为当然地被排除在生产、销售假药、劣药罪

以及生产、销售伪劣产品罪的构成要件之外。因为药品既非专营、专卖的物品也不属于限制买卖的物品^[3],制售前述三种“拟制假药”的行为均不符合《刑法》第二百二十五条第一项“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的”的规定。但是,前述三种行为也确属新《药品管理法》第一百二十四条所禁止的行为事项,如果大量制售此类药品势必严重扰乱国家药品管理秩序,也就符合了《刑法》第二百二十五条非法经营罪中,“违反国家规定”及其第四项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,组合而成的兜底性的构成要件的形式规定,因此,此种情形能否实质上被评价为严重扰乱市场经济秩序的刑事违法行为,就直接决定了制售“拟制假药”的刑事处罚范围。

(一)空白罪状援引对象的规范范围

源于语言本身的多义性和模糊性,以及立法者出于有效应对经济社会快速发展、变迁的复杂形势的考虑,将某些构成要件要素授权给行政立法,以保持构成要件的适度开放性。空白罪状的存在,相当于刑事立法授予行政立法一张“空白委托书”,相关行政法规的内容在一定程度上决定了刑事不法的类型和范围。

前述非法经营罪,设置“违反国家规定”和“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的规定即为典型的空白罪状。尽管学界关于行政犯刑事不法的判断存在违法一元论和违法二元论的激烈争鸣;“我国目前的司法实务,也存在着以缓和的违法一元论为立论基础的‘一般违法性+可罚的违法性’,整体上侧重行政不法的考察,与以违法相对论为立论基础,以刑事违法的独立、实质判断为核心,更为注重刑法自身目的之实现的模式之争”^[4],但对“空白”罪状而言,刑事不法的判断具有对行政前置法的规范从属性,这是其自身需要行政立法填补的“空心化”构造所直接决定的。因为在构成要件符合性阶层无法完成行为类型的规范涵摄,不法和责任的认定便无从谈起,正如有学者所言,“刑法的法定犯之法条规定中有许多引证罪状、参照罪状和空白罪状,离开其他法律法

规,这些罪状就成了无源之水、无本之木”^[5]。

现行《刑法》第九十六条将“违反国家规定”的含义限缩至“违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令”,以此将空白罪状的行为类型规范填补权限仅授权给最高立法机关和具有行政立法权的最高行政机关,将前置性行政规范的法律位阶效力限制在与刑法同一层级,无疑是罪刑法定原则的应有之义。但据此还远不能解决刑事司法援引前置性行政规范对空白罪状进行填补时,具体该如何选择适用的问题。众所周知,我国行政前置性规范对部分行为事项(对应刑法构成要件则应该称为“行为类型”)设置了“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的条款,另一部分则未设置相应的条款。而问题在于,某一行为事项未被前置性行政规范附设刑事责任条款,刑法还能否对其加以援引来填补相应的空白罪状,以及如果答案为肯定的话,则在何种情形下对其加以援引方为适宜。

对此,学界存在肯定论与否定论的观点对立。持肯定论的学者认为,前置性行政规范中是否有刑事责任条款,不影响对某一行为的定性^[6]。持否定论的学者则认为,在行政法律明确对不同行为规定了不同的法律效果,有的情形规定追究刑事责任,有的情形没有规定,没有规定的,不可解释为刑法中的“兜底条款”所涉的内容^[7]。

不可否认,否定论的学者将填补空白罪状援引的行政前置性规范,严格限制在明确附设刑事责任条款的范围。一方面,从行刑衔接的视角而言,能够直接从文本意义上,明确限制空白罪状规制的行为类型和处罚范围,能够在一定时间内确保空白罪状适用的稳定性;另一方面,从形式逻辑上来看,也实现了行政规范与刑事规范表述的形式统一性。但空白罪状一般都具有“兜底性”功能,否定论要求空白罪状的适用必须完全依附于行政前置法关于行为事项不同法律效果的形式设定,不仅间接地消解了刑事违法的独立判断,也使其本能适应经济社会生活快速发展、变迁的弹性功能丧失殆尽。为了适应日

益变化的经济发展中出现的问题,“兜底条款”的规定就是要尽量避免法律漏洞和保持经济行为弹性的需要,它是克服立法语言局限和实现经济行为类型化描述的需要^[8]。“兜底条款”也是刑法相对稳定性与社会生活复杂多变相冲突的情况下,刑法法益保护功能与人权保障功能不可兼得的一种妥协^[9]。而且,事实上一些行政法规关于追究刑事责任的规定,本来就是宣言式的,也有随意性,并无规范上的意义,即使行政法有追究刑事责任的规定,没有刑法对应性的规定,该行为仍然无法追究刑事责任^[10]。因此,否定论者将空白罪状兜底性功能完全摒弃的做法,因根本上违背了刑事立法设置空白罪状的初衷与目的而不具合理性。

但本文也并非由此就完全认可肯定论的观点,而是基于以下理由,认为出于防止空白罪状所对应的罪名被泛化为事实上的“口袋罪”,行政前置法中没有附设刑事责任条款的规范要成为空白罪状援引的对象,必须对其加以必要的限制,即只有在相关司法解释明确将无刑事责任条款的行为事项具体化为某一空白罪状的行为类型时,方才具备填补空白罪状的规范效力。

第一,现代经济行政管理立法的高频化,可能致使符合空白罪状形式规定的行政规范无限扩大化。空白罪状大多仅设置高度抽象性的“违反……规定”的式样,致使随着经济行政立法的不断增加,从形式语义上来看,空白罪状具有无限的延展性,这种不明确性导致行政犯刑事制裁规模将难以预计,同时也会因罪与非罪之间存在较大的解释空间,而引发刑事司法的任意。因此,通过司法解释来明确无刑事责任条款的行政法律事项能否入刑,能够同时发挥明确刑事处罚范围和防范司法腐败的双重功能。

第二,司法解释的独特地位和作用,也足以承载明确空白罪状以及限制处罚范围的双重使命。尽管目前作为司法解释的文本载体的司法解释性质文件的法源地位,还存在争议。但不论司法解释性质文件是否为正式法源,其制定主体在条线内部都处于最高层级,因此,司法解释性质文件必然具有拘束所

属各级司法机关的事实性效力,且必然存在某种影响司法实践的规范效果^[11]。换言之,司法解释在司法实践中的规范拘束效力比同于法律。可以说,通过司法解释对刑法的兜底条款加以明确,是具有中国特色的刑法明确性问题的解决之道^[12]。

第三,司法解释是刑法体系的封闭性与刑事政策的灵活性之间良性互动的沟通桥梁,也是刑法与刑事政策相互制约、协调的有效杠杆。虽然近年来有学者提出刑事政策的作用应仅限于刑事立法,而刑事司法应当“割裂刑法与社会的互动关系,以保持刑法的‘纯化’”^[13]。然而,刑事政策并没有因为学者的体系性排斥而将其作用仅停留在立法层面,它不但没有被驱逐出刑事司法领域,反而在实践中有不断强化和扩大其作用范围的趋势^[14]。受限于刑法条文的制约,刑法体系应对社会生活往往呈现出一定的滞后性,但刑事政策则基于其自身的灵活性与扩张性,能够对现实生活的突变进行灵动应变。看似矛盾的两者之间,也并非天然的排斥关系,相反,静态的刑法与变动的刑事政策之间相互取长补短、优势互补,共同服务于刑事司法方为正道。刑法与刑事政策应保持一定的距离,刑事司法接受刑法的指导,也应该将刑事政策的贯彻和落实严格控制在现行刑法规定的范围内^[15]。具体到空白罪状而言,刑事政策敏锐地发觉某一严重违反行政管理秩序且侵犯法益的行为应该受到刑法规制,通过司法解释将其具体化为某一行政犯的行为类型的前提条件是,前置性行政规范虽无刑事责任条款的规定,但也必须对应有与刑法处于同一层级的具体的行政行为事项,由此既能发挥刑事政策及时回应司法现实需求的功能,也能同时将其严格限定在刑法规范的语义射程之内。

第四,对于本文的上述观点,已不乏这类司法解释的背书。例如,《中华人民共和国电信条例》(以下简称《电信条例》)第五十八条第(一)项规定的扰乱电信市场秩序的行为,虽未被规定在附设的刑事责任条款之中,但是最高人民法院基于刑事政策调控处罚范围的需要,通过司法解释的方式,将《电信条例》

第五十八条第(一)项规定的,“违反国家规定……擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务进行营利活动,扰乱电信市场管理秩序”,且情节严重的行为具体化为现行《刑法》第二百二十五条非法经营罪的行为类型^④。

(二)行政犯认定中刑事违法的独立判断

空白罪状行政前置性规范援引对象的范围确定,并不能直接解决其对应的行政犯刑事处罚范围的问题。关于行政违法与刑事违法的关系问题,历来都是国内外刑法学界各方观点聚讼的焦点阵地。稍加梳理不难发现,两者之间存在以下三种关系:一是某些刑事违法不以行政违法为前提,如强奸、杀人等典型的自然犯;二是某些行政违法行为通常来说不会演变或者上升为刑事违法;三是某些刑事违法以行政违法为前提,但如果情节严重,则可能构成犯罪^[16]。显然,前两种情形并不涉及行政违法与刑事违法的区分问题,而实质争议则存在于第三种情形。即行政违法与刑事违法之间只是存在量的差异还是根本上就存在质的不同。如果结论为后者的话,就应该承认现实中就存在一类行政违法行为,尽管形式上符合刑法某类犯罪构成要件的规定,但实质上因缺乏刑事违法的质,而当然地被排除在刑事规制的范围之外。

在德国,刑法学界素有“量的差异论”“质的差异论”以及“质量的差异说”之争,日本刑法学界则有违法一元论、多元论之对立^⑤。“量的差异论”认为,行政不法与刑事不法在行为的性质上不存在差异,而只有在行为轻重程度上具有量的不同^[17]。“质的差异论”则认为,犯罪与违反民法和公法的违法行为的区别,不在其数量而在其质量的不同^[18]。犯罪性的不法是特别受道德上的无价值评价决定的,行政性的不法则仅限于一种单纯的不服从行政命令^[19]。而处于德国主流地位的“质量差别说”,则主张根据行为是否危害到刑法保护的核心利益,分别运用“质的区别说”(核心领域)和“量的区别说”(非核心领域)来理清二者的界限^[20]。不可否认,“量的区别论”和“质量差别论”都是各自立场的支持者们,从大量的前置性

不法向刑事不法转变的较为普遍的现象中总结出来的“客观”规律,具有一定的合理性。但是,笔者以我国的立法和司法实践为立论基础,且限于文章篇幅,不对前述两种观点进行针对性辩驳,仅基于以下理由,提倡“质的差异论”。

第一,前置性违法和刑事违法之间并非理想的相互对应关系,刑法基于自身独特的功能与目的,往往会作出与前置性法律不同的独立判断。例如,《中华人民共和国消防法》第四十四条规定:“任何人发现火灾都应当立即报警。”但不具备保证人地位的一般市民,即使因自己的不作为导致重大公私财产损失甚至出现人员伤亡,也不构成任何犯罪,但确属行政违法行为。

第二,我国二元治安立法模式之下,治安处罚与刑罚对行政相对人与行为人而言,存在性质截然不同的负面影响,从惩罚效果来说,刑罚让人付出的代价远比行政处罚要沉重得多。因此,顺着“等价有偿”的朴实价值理念反推,犯罪与行政违法之间就必然存在影响二者性质差异的质的“鸿沟”。

第三,即使认为行政违法严重到一定程度时就构成犯罪,也是量变引起了质变^[21]。从刑法分则规定的条文来看,不乏数额犯、情节犯,这类从违法程度来区分行政违法与刑事违法的立法现象。但不能只见现象不究本质,立法量度的设计反映了现实生活中存在某类行为从行政违法向刑事犯罪的演变,存在一个量变引起质变的发展进程。

综上,行政违法与刑事违法之间不是简单的量度差异,而是根本上存在质的不同。在行政犯的刑事违法判断中,行政违法只能作为判断的资料或认定的前提,立足刑法法益保护的核心要义,对行为是否符合构成要件要作实质判断,才能真正发挥刑事违法的独立评价机能,以防在无助于法益保护的情形下将仅仅违反行政管理秩序的违法行为不当纳入刑事违法的评价范畴。

(三)纯粹违反药品监管秩序的行为出罪的实质理由

制售前述三种“拟制假药”的行为,被新《药品管

理法》第一百二十四条所吸收,属于违反药品监管秩序的行政违法行为。尽管没有司法解释将该行为具体化为某一行政犯空白罪状的行为类型,但《药品管理法》属于全国人大常委会制定的法律,并且新《药品管理法》第一百一十四条已为所有违反药品监管秩序的行为统设了刑事责任条款,即便“拟制假药”经过鉴定为“实质真药”,单纯从法条形式语义而言,就同时符合了现行《刑法》第二百二十五条非法经营罪,“违反国家规定”及其第(四)项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的构成要件要素。但刑法条文的概括性、抽象性与模糊性,难免使人产生案件事实能否涵摄入法定构成要件的疑问^[22]。司法实践中不乏直接以行政违法来决定刑事违法的简易操作,导致大量本属行政违法的行为被不当升格为刑事犯罪。将本应由行政法律调整的行为不当地扩大到刑法规制的范围,“刑法将面临沦为保护纯粹行政利益的危险”^[23]。在此,如果制售的“拟制假药”被最终认定为质量合格的真药,那么制售行为本身就难言具有实质的法益侵害或危险,就不存在将这种单纯违反药品监管秩序的行为入刑的正当性根据和必要性。

第一,集体法益的保护,以行为存在实质侵害其背后的个人法益为必要。所谓的行政犯以违反特定行政法规范为前提,表现形式为行为对国家相关管理秩序的违反,但是否构成犯罪并不直接取决于这种行政不法“量”的多少,而是要看行为是否侵犯了秩序背后的法益^[24]。从药品监管秩序的最终保护目的来看,制售的“拟制假药”为真药的情形,不可能侵犯其背后所保护的药品使用安全。对于那些没有具体法益侵害而只是单纯违反基于行政管理便利所建立的行政秩序或制度的行为,或者没有法益侵害只是单纯违反公民政治义务的行为,国家不具有将其纳入刑法调整的正当化根据^[25]。

第二,整个法律体系都在为法益的保护而服务,但刑法判断有其自身的独立性,刑罚发动具有最后的手段性。如果国家采用其他社会政策措施就能够甚至更有效地保护一种确定的法益,但是却抓住了

锋利的刑法之剑,那么,这种做法就违反了禁止超过必要限度的原则^[26]。纯粹违反药品监管秩序的制售“拟制假药”行为,由于缺乏侵害个人法益的可能性,对其施之于相应的行政处罚措施,就足以让被破坏的市场经济秩序迅速复位。虽然,可能因存在制售规模之大,有时很容易超出行政执法者所能容忍的违法“量度”,难免会产生寻求刑事司法对其升级处理的“厌恶”冲动。但理性的司法应该对其进行有效压制,刑罚的发动要保持应有的谨慎和谦抑。因为,这不是刑法对该行政不法行为的严重危害“袖手旁观”或者“冷漠”,而是受制于罪刑法定原则,同时彰显了刑法判断应有的独立性^[27]。

三、合理规制可罚的制售“拟制假药”行为的理论建构

关于制售的三种“拟制假药”为实质真药的情形不具有实质刑事违法性之论证,相对明确了此类案件的刑事处罚范围。但作为兜底性罪名的非法经营罪的规范构成要件要素的设计,使其呈现出的“模糊性”和“包容性”,而无法直接满足司法适用中行为类型明确化的实践诉求。同时,非法经营罪的包容性与规制药品犯罪的相关罪名之间形成交错复杂的竞合关系,尤其是《刑法修正案(十一)》在第一百四十二条之一新增“妨害药品管理罪”之后,相关个罪在个案中如何区分与协调适用,就变得更加棘手。由此,就有必要借助同类解释规则以明确具体行为是否应该被认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,进一步在理清非法经营罪与相关药品犯罪的罪名之间的关系之后,明确各罪的规范适用场景,并且从法益侵害的实质程度区分,来反向制约轻罪的刑罚裁量幅度,从而避免出现社会危害性相对较小的行为因无法适用“重罪”,退以“轻罪”定性反获“重刑”的尴尬局面。

(一)同类解释规则的应用与兜底条款的明确

在“拟制假药”经过实质鉴定为“虽未被认定为假药、劣药但存在一定质量瑕疵”的情形时,此类药品虽在药品成分上未达到国家标准,但还不足以影响药品使用的有效性,相应的制售行为就不可能构

成《刑法修正案(十一)》新增的“妨害药品管理罪”,因其不具备此罪构成要件所明示的“足以严重危害人体健康的”的危险性。但此类严重破坏药品监管秩序的违法行为,还同时侵犯了药品购买者作为消费者的合法权益,更为重要的是,虽然其还不具备足以严重危害人体健康的危险属性,而一般性的抽象危险的存在也有需要进行刑事规制的可能性。一方面,此类行为与前述制售的“拟制假药”为实质的真药的情形,具有质的差异性;另一方面,从客观危害而言,药品只要存在抽象的危险性,源于其受众人数的广泛且不特定性,一旦这种危险被现实化,就会给药品使用者造成不可逆的身体伤害、甚或引发死亡。

由此,能否直接以此类行为具备刑事可罚性,同时符合现行《刑法》第二百二十五条的形式规定,对行为人以非法经营罪论处呢。答案显然是否定的,某类犯罪行为是否属于特定兜底性罪名的行为类型,必须接受同类解释规则的实质检验,因为兜底性罪名堵截处罚漏洞的功能固然不可或缺,然而司法适用中对其进行事实填充的随意性同样不可忽视,同类解释规则的实质限缩功能可以恰如其分地将待填充的事实控制在合理的范围之内。同类解释规则作为解释兜底条款的基本规则,在我国最早由储槐植教授提出,他认为对于兜底条款的理解必须结合其列举事项,限于与之同类的情形,而不能包括不同类的部分^[28]。尽管少数学者以同类解释规则限制了兜底性罪名弥补处罚漏洞的功能和判断标准不够明确为由,质疑其存在的合理性^[29],但因其具有对兜底条款适用范围的合理限制机能,同类解释规则得到目前学界主流观点的接纳与认可^⑥。

同时,从最高人民法院关于王某军涉嫌非法经营罪的典型案例的法律适用问题的指示与批复中,可以认为已经确立了兜底条款司法适用时应当坚持同类解释规则的实践立场^⑦。并且,进一步从其“要具备与前三项规定行为相当的社会危害性和刑事处罚必要性”的表述来看,最高审判机关要求各级审判机关在同类解释规则的具体适用时,应当采用“质的相当性”作为判断标准。同时,“相当性”标准也得到

了学界的有力支持^[30]。应该说,以相当的社会危害性作为同类解释规则的判断标准,具有实质的合理性。尽管因法律明确的行为事项与兜底条款所对应的行为类型跨度较大,难以直观评价彼此之间社会危害程度是否相当的情形客观存在,但仍不妨碍我们借助现有司法解释已经明确的行为类型,对待填充的事实进行社会危害程度的实质判断。

当“拟制假药”经过实质鉴定为“虽未被认定为假药、劣药但存在一定质量瑕疵”的情形时,直接将相应的制售行为与现行《刑法》第二百二十五条规定的前三项行为类型进行横向比较,因其与前三项所列行为类型的行为方式及其所处的领域距离过于遥远,很难直接得出行为的社会危害性是否相当的结论。但我国出于司法实践处罚必要性的需要,以出台司法解释性文件的方式明确了大量符合现行《刑法》第二百二十五条第(四)项兜底条款的行为类型,据此我们就可以从中找出处罚必要性相当的行为类型来作为待填充事实的比较对象。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》第二条第(四)项规定:“违反国家有关市场经营、价格管理等规定,囤积居奇,哄抬疫情防控急需的口罩、护目镜、防护服、消毒液等防护用品、药品或者其他涉及民生的物品价格,牟取暴利,违法所得数额较大或者有其他严重情节,严重扰乱市场秩序的,依照《刑法》第二百二十五条第四项的规定,以非法经营罪定罪处罚。”这明确了哄抬药品及防疫物资价格的严重扰乱市场秩序的行为,因严重的社会危害性而具备了以非法经营罪予以刑事处罚的必要性^⑧。诚然,前述解释性规定是在新冠疫情暴发、情势危急的特殊时期,刑事司法以“从严、从快”的刑事政策作为规范指导,基于积极有效遏制新冠疫情传播、保护人民群众生命健康安全的需求所作出的“法律应急措施”。但不可否认,我国目前严峻的食药安全问题同样迫在眉睫,从严打击危害食药安全违法犯罪活动的刑事政策基本立场早已确立。而从行为的实质危害比较来看,哄抬药品价格的扰乱市场秩序行

为客观上只是侵害了药品购买者作为消费者的公平交易权,而制售的“拟制假药”最终被认定为“虽未被认定为假药、劣药但存在一定质量瑕疵”的情形,因潜存侵害药品使用者生命健康安全的抽象危险,从实质的法益侵害及危险性来看,行为的社会危害性可以说有过之无不及。因此,相应的制售行为通过了同类解释规则的实质检验,在此类行为符合严重扰乱市场秩序的入罪标准时,应当对行为人以非法经营罪定性处罚。

(二)涉假、劣药刑法规范的司法适用规则

新《药品管理法》沿袭旧法,将伪劣药品区分为假药和劣药,并且确立了主要以药品所含成分及其是否具有相应的功效作为两者的实质区分标准,即在药品所含的必要成分缺失或者不具有药品所标示的功效时为假药,如果只是药品成分含量不符合国家标准或者虽具有一定的功效但药品的安全性能还存在问题时为劣药。与此对应,刑法也采用了对假药、劣药分而治之的立法模式。虽然行政前置性标准的合理设定能够为司法机关对涉案假药、劣药的独立判断提供有力参考,但回归司法实践对于假药、劣药区分的复杂性,以及与此相关的证明责任给公诉机关带来的办案压力,难免引发本文前述“王某帅案”“张某文案”中对涉案药品不再进行假药、劣药的实质区分与认定的“司法惰性”,径直诉诸非法经营罪与现行《刑法》具体药品类个罪之间形成的补充性法条竞合关系为其提供的“司法便利”,直接对行为人以兜底性罪名非法经营罪定性处罚的做法,这不仅是对法条竞合的司法适用规则的无视,根本上也损害了司法的实质正义。

法条竞合现象的出现是刑事立法规模不断扩大化、复杂化的必然结果。虽然学界关于法条竞合与想象竞合的区分仍然纷争不断,但是法条之间呈现出补充关系、特别关系的属于法条竞合的基本类型,对此应该说并无疑问^[31]。补充法条的特点在于,为了避免基本法条对法益保护的疏漏,有必要补充规定某些行为成立犯罪^[32]。由此,《刑法修正案(十一)》生效以后,现行《刑法》第一百四十一条生产、销售、

提供假药罪与第一百四十条生产、销售伪劣产品罪以及第二百二十五条非法经营罪之间,就形成了渐次的法条补充关系。换言之,《刑法》第一百四十一条既是第一百四十一条的补充法条,也是第二百二十五条的基本法条。因为单纯从法条规定的实质内容来分析,就存在某些生产、销售伪劣药品的行为不构成第一百四十一条规定的生产、销售、提供假药罪,虽然不能被认定为假药但仍然属于一种伪劣产品而可能被第一百四十条所补充评价,同样大量生产、销售虽不属于刑法意义上的劣质产品但是仍然存在一定的质量问题的情形或者生产、销售劣药的数量较大但是销售金额未达到生产、销售伪劣产品罪入罪标准的情形,都不构成第一百四十条生产、销售伪劣产品罪,但是可能因严重扰乱市场经济秩序而被《刑法》第二百二十五条非法经营罪所补充评价。据此不难发现,补充关系的法条竞合中补充法条具有对基本法条适用的兜底性功能。亦即,当两个法条存在逻辑上的竞合关系,其中一法条由于某种障碍无法适用,有竞合关系的另一个法条就可以作为补充法兜底适用,以维系公民对法律的尊重和信任^[33]。也就是说,原则上只有在基本法存在规范适用的障碍时,才能由补充法替补对相应的行为进行兜底评价,即所谓的“普通法优先原则”。简言之,如果已经实施了真正的或者更为严重的侵害并应受到处罚,则不再适用补充性法条^[34]。

因此,本文前述三种“拟制假药”被实质认定为刑法意义上的假药时,从法条竞合的适用规则来说,就可以直接排除生产、销售伪劣产品罪、非法经营罪的兜底适用。因为,自《中华人民共和国刑法修正案(八)》将生产、销售假药罪修改为抽象危险犯或者说行为犯以后,原则上只要生产、销售的药品被认定为假药即可入刑,不存在规范适用上的障碍,就无兜底性罪名适用的司法空间。但是,现行《刑法》第一百四十九条第二款规定:“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品,构成各该条规定的犯罪,同时又构成本节第一百四十条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”这一例外规定确立

了第一百四十条与第一百四十一至一百四十八条之间,形成的法条竞合例外采用“重法优于轻法”的司法适用规则。在涉案药品被认定为假药时,虽然可以直接排非法经营罪的适用,但是必须结合涉案药品的金额进一步判断涉案行为是否符合生产、销售伪劣产品罪的入罪标准,同时以法定刑更高者作为对行为人定性的最终罪名。更需要实践关注的是,《刑法修正案(十一)》增设第一百四十二条之二“妨害药品管理罪”以后,因前述三种“拟制假药”符合“妨害药品管理罪”对应行为事项的具体要求,且被认定为刑法意义上的假药时,“妨害药品管理罪”与“生产、销售、提供假药罪”“生产、销售伪劣产品罪”之间的法条竞合,也必须按照法律的例外规定适用“重法优于轻法”的司法规则。

在本文前述三种“拟制假药”被实质认定为刑法意义上的劣药时,源于现行《刑法》形成了第一百四十二条“生产、销售、提供劣药罪”←第一百四十二条之二“妨碍药品管理罪”←第一百四十条“生产、销售伪劣产品罪”←第二百二十五条“非法经营罪”,涉劣药罪名的渐次补充性的法条竞合关系,同时根据《刑法》第一百四十九条和一百四十二条之二的例外规定,生产销售提供劣药罪、妨碍药品管理罪与生产、销售伪劣产品罪之间的法条竞合应适用“重法优于轻法”的例外规则,而生产销售提供劣药罪、妨碍药品管理罪、生产销售伪劣产品罪与非法经营罪之间的法条竞合仍然按照“基本法优于补充法”的规则适用。由此前述三种“拟制假药”被认定为刑法上的劣药时,相应的制售行为只可能在涉案药品既未造成人体健康损害或人员死亡的后果,又不存在“足以严重危害人体健康”的具体危险且涉案药品销售金额尚未达到生产、销售伪劣产品罪的入罪标准,但是从涉案药品数量来看确属严重扰乱市场秩序的情形,方才有非法经营罪兜底适用的可能。

(三)基本法在补充法堵截式适用中的“以罪制刑”功能

罪与刑是刑法的两个核心问题,刑罚直接关涉犯罪人的切身利益,对当事人的影响最为直接^[35]。

即使司法工作人员坚守法律适用的规则,做到了案件的合理定性,也不必然能够最终真正实现个案正义。罚当其罪的正义实现,固然需要法官进行自由裁量时的正直与理性,但立法者最初罪刑关系的合理设定,亦即按照犯罪对法益侵害的不同程度设置轻重有序的刑罚也是罪刑均衡得以实现的基础和前提。由于刑法分则罪名体系的复杂化以及影响立法者法定刑设置因素的多元化,就难免出现罪名之间法定刑轻重失衡的现象。

一般而言,兜底性的补充法条与其对应的基本法条之间有着较为明显的轻重差别,只有在行为不符合更为严格的基本法的法益侵害要求时,才能退而求之于更为轻缓的补充法,由此来弥补法益保护的疏漏。既然立法者担心漏掉某种应惩罚的行为时才用兜底条款加以拦截,那么,这种担心背后具有一定严密法网、从严打击的倾向^[36]。再加之,立法者对未来可能出现不能为基本法所涵摄,但能被补充法所兜底评价的新行为的不法量度难以预估的担忧,有意为补充法配置最高刑远高于基本法最低刑且幅度跨度较大的法定刑。本文前述的生产、销售伪劣产品罪(基本法)与非法经营罪(补充法)即为适例,前者作为基本法的法定最低刑为两年有期徒刑,反观作为补充法的后者的最高刑高达十五年有期徒刑。如果放任法官在既定的法定刑幅度内任意裁量,就难免出现不能适用重罪的行为,被轻罪兜底评价时反而处以比重罪更重的刑罚的荒诞结局。客观而言,由于世界上根本不存在两个完全相同的案件,因此罪责刑相适应原则当然也要求不同的罪行受到不同的、有差别的处罚^[37]。而穷尽笔者目前有限的智识,也无法觅及可以直接用以解决这一司法困境的刑法理论,但有时现有理论成果的反向应用可能会带来“出奇制胜”的意外收获。

众所周知,“以刑制罪”观念作为处理罪刑关系的重要理论成果,逐步为学界主流观点所认可与接受。尽管不同学者对其称谓和表述有异,但不乏学者对其作了如下精准且经典的描述:“以刑制罪(刑罚反制犯罪)的观念强调,在符合何种构成要件不甚

清楚的疑难案件之中,在应当认定为犯罪的前提下,要从量刑的妥当性基点出发,反过来考虑与裁量相对妥当的刑罚相适应的构成要件是哪个,从而考虑该定什么罪”^[38]。如此说来,“以刑制罪”观念的核心要义在于“以合理的刑罚处遇来反向制约构成要件的抉择”,尽管形式上看似颠倒了先定性后量刑的司法基本逻辑,但在特殊的个案存在同时可以适用的多个构成要件且无法按照形式规则确定究竟该适用何罪之时,直接以实质的刑罚合理性为根据来反向判定应该适用的罪名,因仍处于罪刑法定的合理边界而具有当然的合理性。与此对应,在适用的罪名已经明确但法定刑难以确定的情况下,利用罪质之间的实质差异来反向制约刑罚的裁量空间,本文将此种犯罪反制刑罚的观念逆称为“以罪制刑”。笔者提出“以罪制刑”观念的实质理由在于,古典报应刑理论所提出的“罪刑相当”思想,即便处在综合刑时代的今天,将此种观念限制在规制同类犯罪行为的罪名之间,应该说具有实质的合理性,因为同类犯罪行为具有相当的一般预防必要性,彼此之间仅仅存在客观不法量度的差异。

因此,在前述制售三种“拟制假药”的行为,只能被非法经营罪兜底评价的情形,贯彻“以罪制刑”的观念就可以从根本上防止司法个案之间的罪刑失衡问题,即使刚好符合基本法生产、销售伪劣产品罪入罪标准的行为也只能适用两年有期徒刑的最低法定刑,为此相应的制售行为在不符合重罪(基本法)的入罪标准,退而适用轻罪(补充法)非法经营罪时,对其法定刑的确定就应该受到重罪最低刑(两年有期徒刑)的反向制约,即此类行为被非法经营罪兜底适用时,法定刑应该被合理地限制在两年以下(且不包含本数)有期徒刑的范围之内。

四、结语

药品从研发、生产、流通到最终使用全生命周期的各类行为,既涉及行政监管也可能触发刑法规制。然而,涉药法律规范体系性修订与完善的过程中,行刑衔接问题致使刑事司法陷入的实践困境,并未得到理论的及时关注与有效回应。行政法与刑法

涉药规范的变更,必然导致行政法与刑法各自规制范围的变动,行政法对“假药”“劣药”认定标准的重新界定,为刑法对制售“假药”“劣药”行为的规范认定与处理提供了重要的参考依据。但是,基于各自不同的规范保护目的,刑法有别于行政法的独立品格,行政违法与刑事不法之间存在质的差异,刑事不法的判断需要法官注入谨慎而规范的价值判断,符合涉药行政犯构成要件的行为也可能因缺乏实质的刑事违法性而应该出罪,被新《药品管理法》排除在假药范围之外的“拟制假药”的制售行为,也可能因实质上威胁到公众的药品使用安全而具有刑事可罚性。目前,司法实践对此类行为广泛存在直接以兜底性罪名“非法经营罪”定性,抑或直接出罪的“司法便宜主义”,如此不仅存在混淆行政违法与刑事犯罪的可能性,而且涉药品类犯罪刑法分则罪名体系形成的复杂竞合关系引发的定性难题、兜底性的补充法最高刑远高于基本法最低刑的法定刑设置,以及可能引发的罪刑轻重失衡问题,都有待于刑法理论进行深入研究,进而为司法实践对此类行为的合理性、准确性提供及时、有效的参考指引。

注释:

①详见湖南省郴州市北湖区人民法院(2019)湘1002刑初311号刑事判决书;四川省凉山彝族自治州中级人民法院(2019)川34刑初65号刑事判决书;河南省新乡市红旗区人民法院(2020)豫0702刑初38号刑事判决书。

②详见国家药监局综合司《关于新修订〈药品管理法〉原料药认定以及有关法律适用问题》的复函(药监综法函[2020]423号)第四条第二款。

③《中华人民共和国药品管理法(2019年修订)》第一百一十七条第二款,所规定的“生产、销售的中药饮片不符合药品标准,尚不影响安全性、有效性的”的药品,即为本文所称的“虽未被认定为劣药但存在一定质量瑕疵”的药品。

④详见最高人民法院《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2000]12号)第一条。

⑤理论上一般认为,德日刑法学界这种分类通常只是称谓的差异,其内容大致能够相互对应。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。

⑥参见张明楷《注重体系解释:实现刑法正义》,载《法律适

用》2005年第2期;陈兴良《口袋罪的法教义学分析:以危险方法危害公共安全罪为例》,载《政治与法律》2013年第3期;刘宪权《操纵证券、期货市场罪“兜底条款”解释规则的建构与应用——抢帽子交易刑法属性辨正》,载《中外法学》2013年第6期。

⑦最高人民法院于2016年12月16日作出的(2016)最高法刑监6号再审决定中,明确指出《刑法》第二百二十五条第(四)项是在前三项规定明确列举的三类非法经营行为具体情形的基础上,规定的一个兜底性条款,在司法实践中适用该项规定应当特别慎重,相关行为需有法律、司法解释的明确规定,且要具备与前三项规定行为相当的社会危害性和刑事处罚必要性,严格避免将一般的行政违法行为当作刑事犯罪来处理。

⑧详见最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》的通知(法发[2020]7号)第二条。

参考文献:

- [1]张军.刑法(分则)及配套规定新释新解(上)[M].北京:人民法院出版社,2013:261.
- [2]许安标.《药品管理法》修改的精神要义、创新与发展[J].行政法学研究,2020(1):3-16.
- [3]陈兴良.非法经营罪范围的扩张及其限制——以行政许可为视角的考察[J].法学家,2021(2):56-71.
- [4][24]简爱.我国行政犯定罪模式之反思[J].政治与法律,2018(11):31-44.
- [5]刘伟.经济刑法规范适用中的从属性问题[J].中国刑事法杂志,2012(9):37-42.
- [6]涂龙科.论经济刑法解释的独立性[J].政治与法律,2011(5):44-50.
- [7]蔡道通.经济犯罪“兜底条款”的限制解释[J].国家检察官学院学报,2016(3):83-98.
- [8]张艳丹,马渊杰.“经济刑法”中的兜底规定初探[J].法学杂志,2010(9):131-133.
- [9]王崇青.“抢帽子”交易的刑法性质探析——以汪建中操纵证券市场案为视角[J].政治与法律,2011(1):44-50.
- [10][20][27]孙国祥.行政犯违法性判断的从属性和独立性研究[J].法学家,2017(1):48-62.
- [11]聂友伦.司法解释性质文件的法源地位、规范效果与法治调控[J].法制与社会发展,2020(4):210-224.
- [12]陈兴良.刑法的明确性问题:以《刑法》第225条第4项为例的分析[J].中国法学,2011(4):114-124.
- [13]周光权.刑法学的向度[M].北京:中国政法大学出版社,2004:20.
- [14]孙国祥.论司法中刑事政策与刑法的关系[J].法学论坛,2013(6):40-50.
- [15]杜雄柏,张永红.刑事政策的导向功能及其限制[G]//王牧.犯罪学论丛:第3卷.北京:中国检察出版社,2005:140.
- [16][21]张明楷.避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径[J].中外法学,2017(4):37-56.
- [17]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[J].河北法学,2008(10):26-33.
- [18]耶塞克,魏根特.德国刑法教科书(总论)[M].徐久生,译.北京:中国法制出版社,2001:65.
- [19]罗克辛.德国刑法学总论:第一卷[M].王世洲,译.北京:法律出版社,2005:28.
- [22]佩龙.德国视角下对解释与类推的区分[G]//王钢,译.梁根林,埃里克·希尔根多夫.中德刑法学者的对话——罪刑法定与刑法解释.北京:北京大学出版社,2013:173.
- [23]何荣功.社会治理“过度刑法化”的法哲学批判[J].中外法学,2015(2):523-547.
- [25]何荣功.经济自由与经济刑法正当性的体系思考[J].法学评论,2014(6):56-67.
- [26]帕多瓦尼.意大利刑法学原理[M].陈忠林,译.北京:法律出版社,2004:4-5.
- [28]储槐植.刑事一体化与关系刑法论[M].北京:北京大学出版社,1997:359.
- [29]王安昇.对刑法兜底条款的解释[J].环球法律评论,2016(5):25-41.
- [30]付立庆.论刑法用语的明确性与概括性——从刑事立法技术的角度切入[J].法律科学,2013(2):93-101.
- [31][32]张明楷.刑法学[M].5版.北京:法律出版社,2016:465;474.
- [33]罗翔.论法条竞合的兜底作用[J].法律适用,2006(7):39-40.
- [34]施特拉滕维特,库伦.刑法总论I——犯罪论[M].杨萌,译.北京:法律出版社,2006:437.
- [35]储槐植,何群.论罪刑均衡的司法模式[J].政法学刊,2014(6):5-13.
- [36]白建军.再论罪刑均衡[J].新疆师范大学学报(哲学社会科学版),2020(1):115-126.
- [37]樊建民.以危险方法危害公共安全罪过度适用检讨[J].法商研究,2016(4):98-108.
- [38]付立庆.以刑制罪观念的展开、补充与回应——兼与叶良芳教授等否定论者商榷[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2018(4):80-90.