

【刑法总论】

纯粹行政犯的划定及非罪化路径分析

张小宁

【摘要】法定犯与行政犯是交错关系而非包含与被包含关系,“不属于法定犯的行政犯”即“纯粹行政犯”存在不同于自然犯与法定犯的独特之处。在保护法益方面,该类犯罪专门或主要以秩序法益作为保护对象;在可罚违法性方面,该类犯罪因可罚违法性的量的缺失或质的不足而阻却违法;在违法性认识可能性方面,适用于该类犯罪的是可罚刑法认识说。在立法层面,应当将纯粹保护秩序法益的犯罪类型从刑法中剔除;在司法层面,合理运用保护法益、可罚违法性以及可罚刑法认识说,可以更好地克服经济刑法中的新工具主义倾向。

【关键词】纯粹行政犯;法定犯;新工具主义;非罪化

【作者简介】张小宁,上海政法学院上海司法研究所教授。

【原文出处】《中外法学》(京),2023.6.1540~1560

【基金项目】本文系2018年国家社科基金项目“金融刑法规制理念的重塑研究”(项目编号:18BFX097)的阶段性研究成果。

引言

我国现行刑法在经济犯罪领域存在过度的工具主义倾向,在立法及司法层面主要表现为:一是将行政违法行为升格为犯罪;二是增设非必要的犯罪;三是将本无须犯罪化的违法行为认定为犯罪。^①这种传统刑法工具主义在现代经济体制改革中的重新应用,研究界称之为“刑法新工具主义”。刑法新工具主义对我国经济刑法领域立法与司法活动造成了不同程度的影响,必须对经济刑法过度工具化的倾向予以警惕,并寻求应对之策。本文主张界分法定犯与行政犯,二者属于交错关系而非包含与被包含关系,但我国刑法却忽视了这一点,将行政犯皆归为法定犯,导致形式上违反法律法规而不具备法益侵害性的行为均按犯罪处理。个案适用中的偏差如“王力军非法经营案”“陆勇销售假药案”,类案中的呈现则是骗取贷款罪、非法吸收公众存款罪等罪名的泛化适用。“不属于法定犯的行政犯”即“纯粹行政犯”在保护

法益、可罚违法性的质与量、违法性认识可能性的对象等方面不同于其他犯罪,因而存在更多的非罪化可能性。至于非罪化的具体路径,则包括立法上的罪名删减与司法上的压缩适用,从而在一定程度上克服我国经济刑法领域日渐严重的新工具主义倾向。

一、纯粹行政犯的划定:法定犯与行政犯的再界分

(一)法定犯、行政犯的等同说与区别说评析

一直以来,刑法学界是在完全相同或大致等同意义上使用法定犯与行政犯这两个概念,认为两者只是用语上的不同,并无实质区别。^②虽然自然犯与刑事犯、法定犯与行政犯并非等同的概念,但认识到这一点的学者往往也并未刻意区分两者,^③或认为“行政犯的概念逐渐和法定犯的概念合二为一”。^④然而问题在于,法定犯与行政犯是基于不同认知范畴而设定的两类犯罪形态,两者虽在定罪机制上均遵循着“前置法定性与刑事法

定量的统一”,^⑤且在射程上也存在较多的重合,但仅从定义中便可看出两者存在区别。关于法定犯的界定,有学者提出以形式界定为主,实质界定为辅的方式,即“法定犯是指违反非刑事法律法规,危害社会派生生活秩序,依法应受刑罚处罚的行为”。^⑥而所谓行政犯,则是指违反行政法且危害严重,超出了行政法的规制范围,具有较弱的反伦理性,需承担刑事责任的犯罪。^⑦前者构成犯罪的前提在于违反非刑事法律,而后者只是对非刑事法律中行政法的违反,即两者构成犯罪的前提不同。实际上,行政犯的特点在于未造成现实损害,而只是导致期待利益未能出现。^⑧由此可见,等同说是对两者关系的误读,两者在历史渊源、法律渊源、行为性质、内涵外延以及对刑法总则的指导作用等方面均有所差异,故两者之间存在刑事不法与行政不法的本质差别。^⑨对此,有观点主张法定犯与行政犯具有一定的区别,“以是否违反传统伦理道德区分为自然犯和法定犯;以是否违反前置性行政法区分为刑事犯和行政犯”。^⑩另有学者提出了更详细的论证理由:首先,在概念称谓上,自然犯与法定犯的区分表明了社会伦理与法律规定的关系,而刑事犯与行政犯的区分则是从形式渊源上着眼的;其次,在区分标准上,前者的区分基于犯罪与伦理道德的关系,而后的区分则立足于行为违反的法律渊源;最后,在内涵范围上,前者的区分仅限于“刑事罚”的范围,而后的区分并不限于“刑事罚”。^⑪区分说认为,法定犯的“法”包括法律以及行政法规等各类规范,故“法定”范围较“行政”范围更为宽泛。在我国尚不存在行政刑法的前提下,将行政犯理解为法定犯的下位概念更为合适,既可明确违法前提更为广泛的法定犯范围,亦可合理限缩行政犯的范围。

(二)法定犯与行政犯的区别说新解

笔者赞同上述区别说,但不赞成将行政犯设定为法定犯的下位概念。法定犯与行政犯在外延上存在交错,两者并非相互包含关系,既有非法定

犯的行政犯,亦存在非行政犯的法定犯。关于该问题,需要从两者在以下几个方面的区别谈起。

1. 思想渊源方面,表现为古罗马法与中古及近代欧陆法的差别

法定犯的思想渊源来自古罗马法中的“禁止恶”。古罗马法将犯罪分为“自身恶”与“禁止恶”,前者的不法来自先制定法而存在的某种渊源,而后者的不法则来自制定法。与法定犯相比,行政犯的思想渊源可追溯至两种不同的犯罪三分法。第一种分类方式源自中世纪德意志法将可罚行为分为重案与轻案,该传统经过萨克森法学派的三分法改良及欧陆各国刑法典的传承,最终确定为重罪、轻罪与违警罪。与该三分法相关的是依据立法或者执行的权限来确定分类标准的做法,所以行政犯或是依据委托立法而规定,或是因处刑权归属于行政法院或行政机关而存在。第二种分类方式来自近代欧陆将犯罪区分为违警罪、针对国家契约创制权利(例如财产权)的轻罪与针对自然权利的重罪的新三分法。与原三分法相比,新三分法更为实质化,且考虑了不法内容与制定法构造之间的关系。^⑫此后,詹姆斯·古德施密特(James Goldschmidt)创制“行政犯”这一概念,认为犯罪除形式上的违法要素之外,还需要具备法益侵害这一实质要素,由于行政犯仅具有形式上的要素即违反行政规范而欠缺实质要素,其并未造成现实的侵害,只是期待的利益未出现。即使采用法益解释,行政犯侵害的也只是公共秩序,但这并非法益。据此,认为行政犯是通过行政程序解决的犯罪,具体包括邮政犯、金融犯与警察犯。^⑬

2. 治理理念方面,表现为规制主义与国家干涉主义的差别

法定犯的规模化立法扩张始于19世纪中叶规制型犯罪的显著增长,其根源则在于维多利亚时期政府“监管热”的积弊。至于该类犯罪缺乏传统犯罪的核心要素即道义不法的问题,当时的理解是立足于凯尔森学派,认为凡是位于完整闭合

规范体系内的规范即为法,哪怕内容空洞的规范亦可构成法,而其规范的内核则可由政府或官僚代理机构随意赋予内容。^⑩对于此类犯罪概念,当时学界关注的是满足关键性的程序要件即可。而行政犯的显著增长则源于19世纪后期兴起的国家干涉主义。为能够与英法两国展开竞争,弗里德里希·李斯特(Friedrich List)批判亚当·斯密(Adam Smith)的古典自由主义,要求用国家权力保护关税,以扶植并刺激德国资本主义发展。^⑪随着1873年严重经济危机的到来,德国由守夜人国家转变为社会干预型国家,附属刑法数量也随之剧增,至一战前已涵盖知识产权、公共安全、铁路航空与信息、金融等诸多领域。^⑫一战爆发后,德国出台的相关法律使行政犯在制度层面进一步膨胀。1974年德国废除刑法典中的违警罪,改用秩序违反法处置轻微违法行为,但行政犯数量仍通过附属刑法及秩序违反法的实施而持续上升。

3. 保护法益方面,体现为多重法益与纯秩序法益的对立

法定犯与行政犯均以一定的管理秩序或制度为保护法益,但前者是通过保护管理秩序或制度以间接保护其他法益,而后者则仅保护管理秩序或制度。行政犯的实质不在于所实现的法价值,而是对规范的拒绝或不服从。这一特性决定了研究界赋予其所谓的法益侵害性实乃先天不足而后天补强的产物。因此,从保护法益的角度而言,行政犯可分为形式上保护秩序实则指向具体法益的行政犯(即属于法定犯的行政犯)与纯粹保护秩序的行政犯(即不属于法定犯的行政犯,本文称之为“纯粹行政犯”)。这体现在我国“违法·犯罪”的二元化刑事立法模式中,便是诸多原本仅规定为一般违法的行为被错误地犯罪化。众所周知,我国刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中多数罪名采用“行为定质+数额定量”模式,此类犯罪与经济违法违规行为的差别仅在于数额多寡,在行为方式上并无差别,这使得抽象秩序法益

与具体经济权益相混同,从而造成了法定犯与行政犯之间界限不清,并引发了一系列问题。

(三)纯粹行政犯的划定

当前的研究困境在于,对法定犯与行政犯缺乏明确界定,两者外延的混同不仅导致纯粹的行政违法可能被行政犯化而不合理地转化为法定犯,也可能使法定犯或行政犯被降格为行政违法行为。^⑬如前所述,两者并非包含与被包含关系,而是交错关系,具体可分为:①既属于法定犯亦属于行政犯的犯罪,即不区分两者时所统称的法定犯或行政犯。②属于法定犯但不属于行政犯的犯罪,如同诈骗罪、组织、领导传销活动罪、强迫交易罪,但此类犯罪并非本文研讨主旨。③属于行政犯但不属于法定犯的犯罪,与前两类犯罪相比,该类犯罪缺少犯罪化的实质根据,应当在立法上实现非罪化,如虚报注册资本罪、擅自设立金融机构罪、高利转贷罪等。诚然,只要涉及秩序的经济犯罪,实务中便可能误将仅违反秩序的违法行为升格为犯罪。对此即使无法在立法上实现非罪化,至少应在实务中严控其入罪范围。近年来社会热议的生产、销售伪劣产品罪、非法经营罪、生产、销售假药罪等均涉及该问题。

遗憾的是,我国刑事立法并未区分上述犯罪类型,尤其是未能认识到第三种类型,加之二元化刑事立法模式的影响,众多形式上违反法律法规但无实际危害的行为被认定为犯罪,《刑法修正案(十一)》的出台进一步揭示出该认识缺陷。《刑法修正案(十一)》第11条将骗取贷款罪的“或者有其他严重情节”删除。该修正旨在应对实务中多发的存在骗贷行为但未对金融机构造成实际损失等情形,以此实现其非罪化。若仅从该修正来看,立法机关似乎认识到前述问题。但《刑法修正案(十一)》第7条增设的妨害药品管理罪中第1款第2项行为要件为“未取得药品相关批准证明文件生产、进口药品或者明知是上述药品而销售”,其矛头直指“陆勇销售假药案”。尽管有“足以严重危害人

体健康”这一概括要件加以限定,但实务中该要件极可能形同虚设。此外,《刑法修正案(十一)》第5条删除了《刑法》原第141条第2款关于“假药”的认定依据。对此官方解释是“该内容的删除将国外生产和销售,但在我国尚未取得药品批文的药品排除在假药之外”。若孤立审视这一修订,似可视为对“陆勇销售假药案”作无罪处理的立法支持。若联系妨害药品管理罪的增设,恐怕难以得出该结论。更何况2019年修订施行的《药品管理法》第98条关于“禁止生产、销售、使用假药、劣药”的规定并未作相应修订。因此,对比我国现行《刑法》与《药品管理法》相关规定,关于“未取得药品批准证明文件而进口”的药品能否认定构成“假药”,至少存在两种解释可能性:一是《刑法》否定而《药品管理法》认定构成,两者将直接产生冲突;二是《刑法》援引《药品管理法》认定构成。今后我国司法机关如何抉择的问题尚不得而知,仅从刑法与非刑事法律的冲突便可推定当前我国刑事立法尚未认识到纯粹行政犯的存在。

二、纯粹行政犯的非罪化路径之一:秩序法益的剥离

关于纯粹行政犯的保护法益,研究界通常笼统归纳为某种秩序。例如,通说认为擅自设立金融机构罪的保护法益是“国家关于金融机构设立的管理秩序”,高利转贷罪的保护法益是“国家信贷资金管理秩序”。^⑧对此,反对意见指出:经济秩序作为抽象法益,不具备被刑法单独加以保护的必要性。“经济犯罪是市场主体滥用经济自由而造成对其他平等主体或公共利益的伤害,对形式上单纯违反特定经济制度或秩序,而不产生具体法益侵害的行为,应由经济行政法调整,不宜纳入刑法范围。”^⑨经济犯罪的设立旨在营造公平正义的经济秩序,但刑法所规定的罪名无不是在为国民参与社会生活创设公平正义的秩序。既然如此,那么秩序作为贯穿于所有罪名中的价值要素,便缺少被论证为法益的必要性。若某罪名的保护法

益仅指向某种经济秩序而无法提取承载经济自由的某种具体法益,该罪名便具备立法上非罪化的可能性。即使某种罪名在保护经济秩序的同时也指向某种具体法益,但个案中的实行行为仅单纯违反经济秩序而未侵害具体法益,此时亦具备在司法层面实现非罪化的可能性。

(一)秩序法益观的学理障碍及适用弊端

1. 秩序法益观的学理障碍

1982年《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》出台后,我国研究界就经济犯罪的对象(保护法益)问题展开争论,代表性观点有经济活动说、行为方式说、职能违反说、市场主体强调说等。实际上,这些观点不过是秩序法益观的不同表述方式。受立法影响,秩序法益观在我国长期占据主流地位,即便是作为秩序法益观衍生品的复数法益说或终极法益说,在阐述经济刑法保护重心时仍绕不开秩序法益。例如,通说认为虚报注册资本罪的保护法益是我国公司登记管理制度,“如果虚报登记注册资本,则违反了公司登记对注册资本的特别要求,也可能侵害债权人利益”。^⑩概言之,秩序法益始终是我国经济刑法的立足点与着重处。

将经济秩序作为经济刑法主要保护法益,存在如下学理障碍:第一,从刑法解释学的角度而言,混淆了法益本质。“所谓秩序,不过是一种在自然与社会进程中所存在的某种程度上的一致性、连续性或确定性。”^⑪据此,经济秩序也只是经济运行中存在的某种一致性、连续性或确定性,其应当是更具体的个法益或类法益的前提条件而非法益本身。行政犯表现为对行政管理秩序的违反,但能否构成犯罪并非仅取决于行政不法“量”的多寡,而要看行为是否侵犯了秩序背后的法益。^⑫例如,针对非法采矿罪的滥用,周光权指出:既然本罪的保护法益是矿产资源及其合理利用与国家矿产资源的所有权,便不应将单纯侵害矿产资源管理制度或秩序的行为认定为本罪。对于采矿许

可证到期后开采、“试运转”批复过期至正式取得采矿许可证之间“空档期”采矿及特殊情形下的工程性采矿等行为,均不应认定具备法益侵害性。^②

再如非法吸收公众存款罪,主流观点认为国家金融管理秩序系该罪的唯一保护法益。立法机关指出增设该罪的原因是伴随我国经济腾飞发展,项目建设与资金短缺矛盾凸显,部分单位或个人为筹措资金,违反国家有关规定……与银行争夺资金,不利于政府集中有限资金用于急需项目。据此,本罪的唯一保护法益是金融管理秩序。而非法集资的投资者属于参与破坏金融管理秩序,故其损失不应受刑法保护。^③但问题在于,民间融资分为直接与间接两种方式,前者依赖于双方信赖关系,后者则依赖金融中介的安全性与健康性。我国绝大多数非法吸收公众存款案件依赖于双方信任关系,属于直接融资。^④但在金融秩序法益观的主导下,立法及司法机关未明确二者的本质差别,以处置间接融资违法犯罪的方式统御所有融资行为,导致本罪适用泛滥。近年来,越来越多学者认识到其中的局限,陆续提出在秩序之外追加保护经济利益或权益的观点,例如附随法益说、信用利益说、资金安全说、金融安全说、双权说等。凡此种种,在对秩序法益观进行反思的基础上,我国研究界已认识到问题的所在:若一味放纵以“维护秩序”为名的刑事制裁扩张,通过重刑遏阻非法集资以维持现状,保护金融部门垄断利益,对我国金融创新将造成难以估量的消极影响。^⑤

第二,从刑法的价值维度上而言,是刑法新工具主义的体现。现行刑法在经济犯罪领域存在严重的工具主义倾向。尤其是在秩序法益观的推波助澜下,刑事立法僵化地将违反秩序行为视为犯罪,以行政管控经济的思维指导立法,将经济刑法绑架为管控经济秩序的道具。尤其在金融刑法中,这种“刑法新工具主义”不但造成了金融刑事立法的冗余,使法益判断基准模糊化,也削弱了金融刑法应对金融风险的抗制能力。^⑥

以高利转贷罪为例,1979年《刑法》未规定该罪,但因现实中部分个人或单位从银行套取贷款转贷他人以谋取高额利润的行为多发,对金融管理秩序构成严重破坏,故有人大代表提议增设此类犯罪,最终该意见被采纳,在现行刑法出台时增设该罪。规制此类行为的逻辑前提在于保障经济市场安全与维持国家金融垄断地位,这也是该罪的立法目的。^⑦历次刑法修正案基本以经济犯罪为主要修正对象,但本罪自制定至今从未修订,这绝非以不变应万变,而正是刑法过分工具主义造成的立法冗余。目前我国金融机构对中小企业贷款设有诸多限制,为解决融资困境,催生出大量民间借贷。一方面,银行资金无法放贷流通;另一方面,民间资金需求日益增长,由此导致的悖论是:中小企业在金融抑制模式下难以获得较多的生存空间,即便金融机构资本较为充足,但其较高的准入门槛令中小企业望而却步。^⑧从经济学的角度而言,行为人从银行取得贷款并转贷给有资金需求的市场主体,从中获利的行为是正当的。多数高利转贷案件中,行为人均按时偿还银行贷款本息,无法偿还比例整体较低。行为人若足额按时偿还贷款本息,那么高利转贷的社会危害性何在?^⑨显然,设立本罪有对本就居于强势地位的银行予以特殊保护之嫌,既违反刑法的平等保护原则,亦违背市场经济自由竞争精神,属于典型的以刑法手段介入市场经济活动的立法败笔。

第三,从刑法的功能定位上来看,导致刑法自由保障机能减损。经济自由是市场主体在经济活动中保持人格独立与维护权益的重要依托,也是国家实现资源合理调配的基本保障。但在秩序法益观的阴影下,经济自由沦为了经济秩序的附庸,维系经济秩序权能的增长不断压缩经济自由的发展空间。正如何荣功所言:“如果不区分秩序的价值、类型和内涵,只是笼统地强调刑法对秩序的保护,刑法的根本立场将面临变异的风险,甚至有可能堕落为阻碍社会改革和进步的力量。”^⑩笔者也

曾指出:在成熟的金融体制中,金融刑法更应重视对经济自由的保护,而保护的关键在于具象的投资者利益而非抽象的金融秩序。^③

以骗取贷款罪为例,近年来司法实务中出现了大量原本可按民事违约或经济违法处理的行为被笼统认定为犯罪的现象。^④该罪本是贷款诈骗罪的补足罪名,却因无须证明行为人的非法占有目的而导致适用泛滥,且严重压缩了贷款诈骗罪的适用空间。有鉴于此,《刑法修正案(十一)》第11条终于删除了“或者有其他严重情节”要件,但这一修正难免让人哀叹“早知今日,何必当初”。

2. 秩序法益观的适用弊端

首先,政策捆绑司法现象日益严重。在我国经济体制转型背景下,涌现出了一大批兼具创新性与风险性的经济现象。基于秩序法益重心论,经济刑法的行政规制机能将被无限放大,此类现象的犯罪化则无可避免。互联网经济的快速发展曾催生出P2P等新型融资模式,一定程度上取代了实体银行固有功能,而我国关于设立金融机构、开展金融业务均实行严格审批制度,故P2P等新型融资模式自诞生起便处于灰色地带。由于国民普遍对金融监管理念、模式及机制等缺乏清晰认知,而网络金融平台也在政策前景不明的窘境中萌生“割韭菜”心理,两相竞合的结果可想而知。尽管中央及地方政府相继出台政策文件进行制度约束,但P2P平台的接连暴雷又促使监管机关改采严打政策。这一举措引发了立法与司法导向转变,刑法以快刀斩乱麻之势介入该领域,以非法集资类罪名对P2P平台予以严厉处置,迫使本有可能良序运营的平台彻底走向解体,这又是一场“泼洗澡水连孩子也倒掉”的闹剧。

其次,行刑边界模糊不清。我国二元化刑事立法模式可能导致同一行为仅因量的差异而被生硬区分为行政违法与犯罪,而秩序法益观又要求简化入罪标准,以违反秩序为入罪门槛,以违法所得数额为主要甚至是唯一入罪标准,极易导致刑

事认定标准的无序扩张。以生产、销售伪劣产品罪为例,其中“伪劣产品”的规定源于《产品质量法》,该法固然可将维护经济秩序作为立法目的,但将该目的机械地移植于刑法中的结果必然是生产、销售伪劣产品罪的适用泛滥。^⑤更何况,立法与司法解释虽明确规定以生产或销售数额为入罪标准,但实务却倾向于唯数额论,而忽视案涉产品对消费者权益是否构成实质损害或严重威胁,导致本可按经济违法或侵权处理的案件被无端追究刑事责任。以生产、销售数额为入罪标准,模糊了一般违法与犯罪的边界,换言之,未正确认清本罪系纯粹行政犯。而同样的问题,也造成了骗取贷款罪与贷款诈骗罪的适用混淆,以及所引发的前者适用泛滥。^⑥

再次,罪名体系的定位不当。例如,我国刑法分则第三章第二节中规定的十项走私罪名保护的是国家海关管理秩序,基于维护秩序的立场将这十类行为归于同一章节确有道理,但却忽视了走私对象不同,所侵害的法益也不同。例如,走私武器、弹药罪与走私核材料罪危及国家或公共安全,走私假币罪侵害或威胁的是金融安全,而走私废物罪主要威胁环境安全,各罪名均有不同程度的差别。但立法仅从维护海关监管秩序的角度,罔顾具体罪名所关涉法益的经济或安全属性。再如,合同诈骗罪本属于一种特殊形态的诈骗罪,该罪的保护法益是对方当事人财产,但因立法将其置于“扰乱市场秩序罪”中,学者在解释时不得不牵强附会:合同是市场经济活动的重要手段,利用合同骗取对方当事人财物,使国民不再信赖合同,由此侵害了市场秩序,同时也侵犯了对方当事人财产。^⑦概言之,在秩序法益观的误导下,我国刑法分则第三章罪名在体系安排上存在问题,并造成罪名定性的混乱。

最后,立法资源的严重浪费。在经济刑法领域,立法试图通过严刑峻法威吓以塑造国民守法意识的做法难以见效,原因在于经济违法所可能

获取的巨大利益诱惑,这种诱惑在较大程度上将抵消国民对严刑峻法的恐惧心理。^⑧因此,这种象征性立法必然导致“立而无用”罪名的迭生。即使是部分适用较活跃的罪名,其实际适用率也远低于其他章节的罪名,这一现象在金融犯罪领域尤为突出。自我国现行刑法颁行至今,11部《刑法修正案》对金融犯罪已进行26处增删,共涉及19个法条、25项罪名。作为金融犯罪的“破坏金融管理秩序罪”与“金融诈骗罪”两节共包含34个法条、38项罪名,其中各有约半数自制定至今从未修订。虽不能断定未修正罪名的适用率必然较低,但在金融体制变革迅猛的时代,究竟是此类犯罪的时代适应性过强,抑或是适用率过低以至于无须修正,答案不言而喻。

(二)秩序法益的剥离:形式二元论

经济刑法保护法益观的调整问题是近年来我国学界关注的热点,目前已呈现实质二元论与形式二元论的分庭抗礼之势,分歧的根源在于如何理解“权益”这一核心概念。实质二元论认为经济刑法保护法益为超个人法益,其独立且与个人法益并行。而形式二元论主张区分个人法益与超个人法益,但在认定超个人法益时仍需回溯至个人法益,以个人法益是否遭受侵害作为立法正当化依据。从超个人法益与个人法益的关系来看,实质二元论与形式二元论的区别在于是否认可超个人法益的独立地位,前者认可而后者不认可。实质二元论认为采用形式二元论将导致如下问题:一是难以实现以预防为导向的刑事政策;二是立法体系的整合与协调存在障碍;三是无法发挥法益的类型化区分功能;四是影响刑罚功能的发挥。

笔者认为,实质二元论的批判意见有一定合理性,但在我国当前金融刑事立法环境下,上述批判并不足以构成否定形式二元论的理由。首先是难以实现以预防为导向的刑事政策的问题。金融犯罪的事前预防并非仅由刑法承担,对金融违法行为的制裁同样具有类似的预防功效,这也是我

国金融立法采用违法犯罪二元论的原因。一般预防包括消极性一般预防与积极性一般预防,前者着眼于刑罚的威吓功能,后者则关注刑法的教化功能。两者的共通点在于塑造国民的守法意识,而差别仅是手法的不同。既然目标指向的是国民的守法意识,那么不承载国民具体经济权益的纯经济秩序势必无法发挥应有的功效。例如在擅自设立金融机构或非法集资等金融不法行为领域中,国民关心的究竟是该金融机构有无合法资质,还是其存款或投资能否还本付息,这一点想必不言而喻。

其次是立法体系的整合与协调问题。长久以来,我国金融刑事立法所采用的一直是刑事立法引导非刑事立法的模式,近年来转向刑事立法与非刑事立法的互动模式。^⑨因此,所谓的立法体系难以整合与协调在我国金融刑法领域并不成立。即使未来我国金融刑法采用附属刑法模式,从目前实行的互动模式来看,金融刑法与前置法的冲突可能性也较小。退一步讲,若确实出现了规范的交叉错位,形式二元论恰好可以发挥区分实质的金融犯罪与一般金融违法行为之功效,而实质二元论的混同式判断则难以发挥这一作用。

再次是法益的类型化区分问题。笔者认为能发挥该功能的反而是形式二元论。由于坚持秩序法益必须向具体法益靠拢,对于无法靠拢的纯秩序法益,将被排除在金融刑法保护法益之外,仅违反经济秩序而未侵害个人法益的经济不法行为将据此出罪。以擅自设立金融机构罪为例,对该罪“未经国家有关主管部门批准”这一关键要件需作限缩解释,即商业银行等金融机构不向主管部门申报而擅自扩建营业网点或增设分支机构,或虽申报但未待批准擅自扩建营业网点或增设分支机构,不应认定为构成该罪的“未经国家有关主管部门批准”,而是按违法或违规行为处以责令取消等处罚措施即可。概言之,对于整体上违反金融秩序同时侵害个人法益的罪名,在个案中也可因行

为未造成经济主体权益的实际损害而出罪。

最后是忽视单位犯罪处罚的问题。与实质二元论相比,形式二元论更有助于区分单位犯罪与单位违法行为。例如,若实施高利转贷行为人仅违规转贷但未造成损失,便可实现去罪化。有学者指出:高利转贷行为并不具有严重社会危害性,其有助于缓解中小企业融资困境,寻求对此类行为的刑法规制缺乏实质正当性。不但严重偏离了刑法功能的本质要求,也使刑法沦为维护金融垄断利益的工具。^⑨同理,也适用于违法发放贷款、吸收客户资金不入账等行为的处置。根据刑法及司法解释的相关规定,违法发放贷款或吸收客户资金数额在一百万元以上构成“数额巨大”可以入罪,但这种不考虑实际损失而仅关注数额的入罪标准往往难以发挥区分单位犯罪与单位违法行为的功效。

笔者此前已提出根据保护法益的不同,将经济犯罪区分为制度依存型与权益保障型的观点。后者专以保护国民经济权益为目标,前者的保护法益则涵盖秩序法益(超个人法益)与权益法益(个人法益)两个层面,但秩序法益存在的意义在于将保护的目标指向权益法益,即实现向权益法益的回归。^⑩这与形式二元论主张以个人法益是否受到侵害作为立法正当性的理念高度契合。若某种罪名专以保护秩序法益作为存在的意义,那么其甚至不能构成制度依存型经济犯罪,更勿论构成权益保障型经济犯罪。这便是典型的纯粹行政犯,正是因前述时代背景所形成的认知误区而被错误地纳入或遗留于经济刑法之中。

在此重申该部分的结论:以秩序法益为标尺,对我国经济刑法中所列罪名予以再审视。具体而言,罪名的分类及其处理方式可分为如下两种情形:

(1)若某种罪名的保护法益仅指向某种经济秩序而无法提取承载经济自由的具体法益,该罪名便属于立法意义上的纯粹行政犯,具备在立法上

非罪化的可能性。例如虚报注册资本罪、高利转贷罪等,对此研究界已多次呼吁将此类罪名从经济犯罪中剔除。^⑪以虚报注册资本罪为例,该罪立法目的在于强化法定资本制度,以事先预防的方式避免公司因资本不足而对债权人造成利益侵害并影响市场交易安全。^⑫基于当时的社会经济背景及立法理念本无可厚非,但在实缴制改为认缴与认缴结合制后,仍固守严格法定资本制的本罪则是抱残守缺。在“顾维军虚报注册资本案”中,最高法认为:被告人在调整完善注册资本结构过程中实施了虚报注册资本行为,但对其行为的社会危害性评价,应当结合国家相关法律的变化与地方出台的相关政策以及刑法的从旧兼从轻原则精神,加以综合考量。^⑬笔者则认为,本案改判的最本质原因无非是单纯的经济秩序法益已被时代所抛弃。

(2)即使某种罪名在保护经济秩序的同时也可以指向某种具体法益,但在个案中实行行为却仅违反了经济秩序而未侵害具体法益时,该罪名便属于司法意义上的纯粹行政犯,即具备个案中实现非罪化的可能性,典型案例是“王力军非法经营案”。关于王力军非法收购粮食行为,法院改判无罪的理由在于:其行为违反了当时的国家粮食流通管理规定,但尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度,不具备与非法经营罪相当的社会危害性、刑事违法性与刑事处罚必要性,不构成非法经营罪。^⑭根据这一表述,其中显然已经蕴含该行为虽违反法秩序但并未实际侵害具体法益的旨趣。

三、纯粹行政犯的非罪化路径之二:违法性的质与量之确定

所谓违法性的质与量,是与可罚违法性相关联的概念,意指违法性的成立不仅需要行为符合构成要件且不具备违法性阻却事由,而且该行为的违法性还应达到法条所预设的质或量的要求。换言之,针对违法行为需对其违法性作实质判断,以其未达到值得处罚的程度为由而否定犯罪成

立。^⑤而关于阻却可罚违法性的事由,具体可分为违法性的量过于轻微、行使宪法权利时附随的轻微过当、规范评价的质不符合刑法的评价要求三种类型。^⑥由于第二种类型与本文主题并无关联,在此略去不谈。下文将从违法性的量过于轻微与规范评价的质不符合刑法的评价要求两方面,分析纯粹行政犯所涉及的违法性的质与量的确定方式及其如何实现非罪化的问题。

(一)违法性的量过于轻微的类型

该类型是可罚违法性中最具代表性的类型,通常是指违法行为及其法益侵害的程度过于轻微,虽违法但不值得科处刑罚的行为。日本关于可罚违法性的理论发端源于宫本英脩,其总结出“被害法益极其轻微时”的可罚违法性阻却事由,将犯罪成立要件分为规范违法性与可罚性,前者植根于主观违法性,后者则立足于刑法谦抑主义。^⑦关于是否引入可罚违法性论,我国刑法学界存在争议。反对意见认为,尽管该理论体现了犯罪成立的罪量要求,与我国刑法的罪量规定有异曲同工之处,但由于两国在立法模式、犯罪论体系等方面的差异,故其借鉴意义较有限。^⑧或认为刑法中行为类型具有的独特的“不法量域”使“可罚违法性”难以独立考量。^⑨或认为刑法上的违法性是客观的法益侵害或威胁,具有刑法上的违法性即表明具备值得处罚的违法性,不必要使用可罚违法性论的概念。只需对构成要件作实质解释即可,可罚违法性论是一个多余的概念。^⑩与之相对,肯定意见则指出该理论为区分犯罪与一般违法提供了标准,与刑法谦抑性原则及社会危害性论均具有一定契合性,符合质量互变规律、二元论及类型学的认识方法,具备相当的借鉴价值。^⑪也有观点主张,承认一般违法性概念并采用“一般违法性+可罚违法性=刑事违法性”的双重结构具有积极意义,一是明确违法性与可罚违法性之间的逻辑关系;二是更精细地确定行为性质;三是明确刑事违法性与非刑事违法性的从属关系;四是符

合刑法在整体法秩序中的定位。^⑫

基于本文立场,笔者主张肯定说。详言之,在我国应停止轻罪刑事立法的呼声日渐高涨的当下,^⑬至少在与轻微犯罪的非罪化相契合这一点上,可罚违法性论具备借鉴价值。例如,我国关于犯罪的定义采用了较独特的“立法定性+定量”一元化定罪模式,特别是关于《刑法》第13条但书规定,有学者主张应当活用其多元化的出罪模式,既可在行为明显不符合构成要件时以之出罪,亦可在行为符合构成要件时使其发挥转化为可罚违法性等出罪事由的功能。^⑭储槐植认为,但书同时具备照应与出罪两大功能,前者是指照应分则构成要件的具体罪量要素,后者则是指对符合不含罪量要素的构成要件行为,因情节显著轻微危害不大而不予入罪。^⑮基于类型界定的角度,梁根林则主张依据罪量要素是否被刑法所明文规定,分为法定罪量与涵摄罪量。前者是指“数额较大”“情节严重”等分则条文在罪状中明文规定的罪量要素,而后者是指虽不在表述的通常字面文义内,但可根据第13条的但书规定及分则条文的规范保护目的予以涵摄,且实际发挥的只是限制处罚范围机能,故仍是判断行为符合构成要件的重要依据。例如,《治安管理处罚法》第67条与《刑法》第359条采用相同的表述分别规定了引诱、容留、介绍卖淫的行政违法构成要件与引诱、容留、介绍卖淫罪的构成要件。此时唯一的选择是根据引诱、容留、介绍卖淫罪之规范保护目的与但书的信条性规制机能,从中解析出未明文规定而涵摄于法条中的罪量要素。^⑯再如“胡果、余燕燕伪造事业单位印章案”,被告人胡果、余燕燕在本人毕业证书丢失后,为图便利,联系制作假证人员刘军华,在提交本人真实照片、姓名及学籍资料后,委托刘军华制作了本人合法取得的毕业证书,其中所记载的姓名、学习经历、就读专业、就读时间等均为真实信息,即伪造了假的“真毕业证书”。法院经审理认为:被告人行为显著轻微,可不认为是

犯罪,应宣告无罪。^⑤笔者则认为被告人无罪的理由在于,既然《治安管理处罚法》第52条对此类行为设定了相应罚则,那么基于《刑法》第280条第2款、第13条但书规定及《治安管理处罚法》第52条的立法宗旨,只需解析出相应的涵摄要素,便足以发挥相应的出罪机能。

在经济犯罪中,立法及司法解释通常以数额作为入罪附加标准。以非法吸收公众存款罪为例,关于其入罪标准,《刑法》第176条未使用“数额较大”这类表述,而是笼统规定为“扰乱金融秩序”。至于具体入罪标准,2022年4月29日最高检、公安部联合最新修订的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(以下简称《追诉标准(二)》)第23条界定为“非法吸收或者变相吸收公众存款数额在一百万元以上”。对此有学者主张,“赋予本罪抽象危险犯属性,将实际损害与被害人数作为量刑因素”。^⑥但笔者认为,实际损害或被害人数也应属于入罪标准而非单纯的量刑因素。司法解释的入罪标准同样具备照应功能与出罪功能,也属于涵摄要素的范畴。换言之,非法或变相吸收数额在一百万元以上是本罪成立的必要而非充分条件。实务中应严格限制该条件的适用范围,即使行为人非法或变相吸收数额达到该标准,也需依据《刑法》第176条的立法目的与但书的规制机能作实质判断,将非法或变相吸收而对集资参与人造成的直接经济损失作为参照标准。在此,笔者提出如下建议:将《追诉标准(二)》第23条第1款第3项作为同款第1项的参照标准,即只有当非法吸收或变相吸收数额在一百万元以上,且对集资参与人造成接近五十万元的直接损失时,方可按本罪处理。

(二)规范评价的质不符合刑法的评价要求的类型

该类型是指基于违法统一性的立场,非刑事法领域中被评价为违法的行为在刑法上虽然也被评价为违法,但却欠缺可罚性。其理论意义在于

使行政犯与刑事犯的关系趋于正常化。^⑦从维护整体法秩序的角度而言,违法统一性应占据主流地位。不过,考虑到不同法域关于违法与否的判断毕竟存在其固有的价值标准,所以违法统一性的真正含义是指若某行为在非刑事法领域合法,则其在刑事法领域必然不违法。当在任何一个法域中所被许可的举止行为却依然要被科以刑罚,将是一种令人无法接受的价值矛盾,同时也有悖于刑法作为社会政策最后手段的辅助价值。^⑧反之,则未必成立。即某行为在非刑事法领域违法,并不必然导致其在刑事法领域违法。这种观点被称为缓和的违法统一性论。^⑨例如,《医师法》禁止非医师实施治疗的行为,刑法中亦设有非法行医罪,但并不意味着非医师实施的所有治疗行为均构成该罪。当行为人实施的治疗行为未对患者的健康权造成侵害或威胁,甚至其治疗行为使患者痊愈时,即使该行为可能触犯《医师法》,但不构成非法行医罪。从可罚违法性的角度而言,非医师的成功施治行为在《医师法》上构成违法,在刑法中同样可能构成违法但却不可罚,这被称为违法性判断对象的射程问题,即违法性的判断对象究竟是行为,抑或是行为与结果,对此在不同法域中存在差别。

该类型具体包括三种情形:①其他法令中规定有正当化事由。例如《刑事诉讼法》第84条规定的扭送行为,“作为国家刑事追诉权派生的辅助性权利,属于以社会团结原则为正当化根基的转嫁型紧急权”。^⑩因该类型与经济犯罪关联度较低,故在此略过。②其他法令中放弃刑事制裁。该情形在我国经济犯罪领域通常表现为经济法规定违法,但刑法对此并未设有罪名与刑罚。例如《证券法》第135条规定填补损失属于违法行为,在第209条中设置行政处罚规定,但刑法中并未设定相应罪名与罚则。^⑪③法律虽有规定但按行业惯例不构成违法。以笔者亲历的一起出具证明文件重大失实案为例:企业先后委托甲乙两家公司

计师事务所审核与重大资产交易相关的会计等证明文件。按行业惯例,负责一审的甲事务所须作实质审核,二审的乙事务所只需形式(书面)审核。因甲事务所的工作人员严重失职,导致出具的证明文件存在重大失实,而单纯进行书面审核无法发现该问题,所以乙事务所工作人员在书面审核后签字盖章。由于《刑法》第229条第3款未区分审核次序,故乙事务所工作人员存在构成出具证明文件重大失实罪的可能性,但既然行业惯例决定了书面审核不可能发现文件失实,理应认为该行为属于规范评价的质不符合刑法的评价要求的类型。

该类型的实质在于即使行为违法,但与刑罚相比,内部评价(制裁、谴责)机制能够发挥更优越的处置效果。针对擅自设立金融机构等行为,国务院1999年发布的《金融违法行为处罚办法》(国务院令第260号,以下简称“《处罚办法》”)第5条中规定了详细且灵活的制裁措施。当出现类似行为时,监管机关应考虑行为是否蕴含刑法意欲处罚的违法价值。《刑法》第174条虽将擅自设立金融机构罪定性为行为犯,行为人实施擅自设立行为即可构成本罪。但实际上设立金融机构是较为复杂的过程,行为人至少应在募集人员、筹措资金及租购办公场所等方面开展筹备工作。“擅自设立”究竟是指有擅自设立行为,还是此外尚需开展相关金融业务,对此存在争议。观点一认为只要有擅自设立行为即可,此后是否从事相应金融业务,是否造成损害,不影响本罪成立。^④观点二则认为,商业银行等金融机构之所以不同于一般企业法人,正是在于此类机构以经营货币为主要业务,所以国家对该类机构的设立规定了更严格的条件,故从事相应金融业务不仅关系到本罪认定,且是认定本罪的核心标准。^⑤笔者赞同第二种观点。虽然法条中仅以“擅自设立”一笔带过,相关司法解释也未阐述其含义,但此类行为只有与违法开展金融业务行为相关联才具备法益侵害性。

虽存在擅自设立行为,但在未关联金融业务的场合并不具备刑法所意欲处罚的质的要求,完全可凭借《处罚办法》实现良好的处置效果。事实上,针对各种金融违规行为,各商业银行均依据上述办法制定了罚则。对金融犯罪领域中的纯粹行政犯而言,类似的处罚措施理应比刑事制裁更具备灵活性与适用性。

四、纯粹行政犯的非罪化路径之三:违法性认识可能性的内容厘清

违法性认识可能性是一个颇为复杂的问题,在此仅讨论与本文主题相关的核心问题——在纯粹行政犯中,何种学说能更好地解释违法性认识可能性以及如何实现非罪化。关于违法性认识可能性的内容,包括违反前法律规范认识说、违反法律规范认识说、违反刑法认识说以及违反可罚刑法认识说。关于这些学说与纯粹行政犯匹配与否,具体如下所述。

(一)违反前法律规范认识说的匹配性分析

该说着眼于构筑法规范的基础性规范,关于基础性规范的表述则因人而异。阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)表述为知晓自身行为与社会共同体的要求相矛盾,^⑥泷川幸辰称之为反条理性的认识,^⑦而小野清一郎则认为是对违反国民道义的认识。^⑧该说在认定自然犯的违法性认识(可能性)方面具有一定合理性。巴伦·拉斐尔·加罗法洛(Baron Raffaele Garofalo)在提出自然犯与法定犯这一对概念之初便指出,自然犯是对于人的怜悯心或正直心的违反。^⑨无论怜悯心还是正直心,均是与伦理或道义相关联,早于规范的制定而存在的,是人之所以为人的基础。尽管该学说在解释自然犯的违法性认识可能性方面具有积极意义,但其诞生于批判违法性认识不要说的过程中,现在基本上已销声匿迹。^⑩尤其是在解释不具有自然恶的犯罪类型特别是行政犯时,该说则变得相当勉强。原因在于:①认识对象的要素模糊不清。在行政犯特别是金融犯罪领域,行为人通常基于趋

利避害的冲动而犯罪,此时怜悯心或正直心并无存在的余地,甚至连用以构筑金融法规范的金融伦理道德感亦难以发挥作用。自然犯实施犯罪时即便不了解法律,也会基于道德而产生“此事不妥”的愧疚感或畏惧感,但金融犯实施犯罪时可能完全不清楚或并不关心行为是否构成犯罪。特别是在纯粹行政犯领域,其犯罪化的根基仅依赖于国家对经济秩序的管控需求,所以构成违法性认识可能性的对象要素实际上是虚无缥缈的。^②禁止内容的轮廓难言规整,“违法性”的涵义过于含混。在价值观多元化的现代社会中,社会伦理标准的不统一性使以某项伦理为统一标准的做法过于僵化与教条。^③伦理或道义可以构成犯罪化的实质根据,但并非唯一根据。随着法定犯时代的到来,刑法修订日益频繁,超出传统刑法的核心范畴因而难以为普通国民所认识的法定犯大量涌现,法秩序的传统边界被不断突破与修正,伦理标准的不统一性使前法律规范日渐失去原有的刑法评判价值。法定犯尚如此,纯粹行政犯亦然。^④学术逻辑的协调难以实现。为克服这种过于僵化的认定标准,采用该说的德日学者在不得已选择了严格故意说的同时,不得不对违法性认识可能性的内容作弹性解释以限缩故意的成立范围,进而压缩犯罪圈。即便如此,在行政犯领域依然无法有效解决上述问题。原因在于,严格故意说将违法性的现实认识视为故意的内在要素,只要欠缺现实的违法性认识,故意便不可能成立。^⑤而在评价违反行政取缔法规的行为时,由于行为人欠缺现实的违法性认识是一种常态,所以不可能被认定为故意犯罪。即使存在违法性认识错误,在纯粹行政犯鲜有处罚过失犯罪的现有刑事立法框架下,也无法作为过失犯处罚。总之,该说在解释自然犯时具有较好的适用性,但在解释完全欠缺“自然恶”的纯粹行政犯时则无用武之地。

(二)违反法律规范认识说的匹配性分析

该说认为,违法性认识是指对行为不被法律

所允许的认识,此处法律是指实定法。虽然有观点主张必须区分是否知悉形式性的法律规定与实质的违法性认识,若欠缺实质的违法性认识则认为缺少违法性认识,但通常认为无须区分“法不允许的”与“实质违法性”,而是要求行为人认识到法秩序在具体情形中对其行为作否定性评价,或了解其行为的具体不法,且能够理解其所违反的法规范及其设定根据的价值内容。只要行为人认识到自身行为被法秩序所否定即具有违法性认识可能性,而无须认识到其行为确实违法。

该说的不适宜之处在于:①违法性认识包含对违反民法、行政法等非刑事法律的认识,将导致违法性认识范围过宽。亦即,如果行为人具备违反非刑事法律的认识便构成刑事法律上的非难可能性,显然是不合适的。例如《证券法》禁止的填补损失、安定操作等行为类型未被规定为犯罪。即使是《证券法》中明文规定处罚的内幕交易等违法行为,构成犯罪时通常也需达到相应交易数额。当行为人实施小额内幕交易行为时,即使其认识到自身行为违反《证券法》相关规定,也不能据此认定其具备构成内幕交易罪所需的违法性认识。基于我国二元化刑事立法模式,多数经济犯罪与经济违法行为的差别仅在于数额多寡。根据《追诉标准(二)》,违法发放贷款罪与吸收客户资金不入账罪的入罪基准均为二百万元,当涉案数额未达该基准时,行为人违反非刑事法律规范的认识与刑法要求的违法性认识并不相同。即使坚持违法一元性论,也并不包含“由于在其他法领域中违法,在刑法上也必须处罚”这种涵义。^②②我国刑法中的故意是实质故意,要求行为人认识到行为的社会意义与法益侵害结果。若将违法性认识理解为实质的违法性认识,那么违法性认识便成为故意的内容,在故意之外讨论违法性认识就变得毫无意义。^③以擅自发行股票、公司、企业债券罪为例,本罪的责任形式为故意,即明知发行行为需依法取得主管部门的批准,明知擅自发行的行为

会引发扰乱金融秩序的结果,并且希望或放任这种结果发生。该故意中已包含行为人对其擅自发行行为的社会意义(违反规定)以及法益侵害结果(扰乱金融秩序)的认识,若认为本罪的违法性认识也在于此,将导致违法性认识与故意的高度重合。因此,该说在我国经济刑事立法语境下并不具备成为主流的可能性,尤其是在应对纯粹行政犯的非罪化问题上,该观点反而可能导致司法认定的混乱。

(三)违反刑法认识说的匹配性分析

该观点源于费尔巴哈的“心理强制说”,认为对刑事可罚性的认识即可产生强制效果,促使行为人不实施应受刑事处罚的行为。据此,违法性认识是对刑法的禁止规范或评价规范违反的认识,不包括对刑事可罚性或法定刑的认识。当行为人仅认识到其行为违反非刑事法律而不可能认识到其行为违反了刑法时便欠缺违法性认识,不具备刑法上的非难可能性。

需指出的是,尽管德日刑法主流观点均为违反法律规范认识说,但德国是以违法一元论为基础,而日本则以违法相对论为主流。详言之,德国判例、通说是在违法性论中将非刑事法律的违法性与刑事违法性相贯通,认为违法性认识中的违法性是指违反所有法秩序。而日本则难以直接采纳德国的做法,高山佳奈子对此指出:日本刑法学界未深入探讨违法性与责任的关系,而仅将德国理论的结论直接导入的做法本身是值得质疑的。在德国,违法性认识是在与犯罪论体系中违法性概念的关联中加以理解适用,而日本在采纳违法相对性论的同时,仅在责任论中将一般法律秩序视为问题。这意味着其切断了德国法中的关联性,认为无须体系性的违法性认识。既然立论基础不尽相同,若根据与犯罪预防无关的其他规范认定违法性认识之内容,其理由便难言充分。当虽能知晓非刑事规范,但无法知悉刑法禁止规范时,不能认为作为通过刑罚进行非难之前提的行

动自由得以保障。^⑩例如德国侵权行为法中存在与犯罪论体系相类似的理论构成,将违法性视为损害赔偿义务成立的核心要件,并以违反法秩序作为其内容。《德国民法典》第823条第1款规定:“故意或过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权及其他权利者,应负有向他人赔偿所造成损害的义务。”同条第2款规定:“违反以保护他人为目的之法者,负有相同义务。”此处的法便是指刑法。可见,德国已预留了将刑事违法性与民事违法性相互贯通理解的制度空间。不仅如此,该法条中的故意、过失的概念也被认为是以刑法相应概念为依据的,而日本法则缺少类似的理论背景与制度构建,故而“合法”与“违法”二分法在日本不具有普遍性,两者的区别不明确,且缺少必须明确加以区分的要求。在其他法域中,“合法”与“违法”的判断框架本身也未必被认可,所以更契合日本法的是违反刑法认识说。对此,更有日本民法学者指出:日本侵权行为法中鲜见以刑法中的违法性概念作为得出结论之理论前提的实际案例。该学者顺带对犯罪论体系提出批判:将违法性作为客观要件,将过失作为主观要件并分别予以定位的体系失去了其理论价值。^⑪通过这种激烈的反对意见可以看出,德日在关于违法性认识可能性内容的学说选择上仍值得再作深究。

同理,考虑到我国刑法与非刑事法律在合法与违法认定方面并不具备类似德国法的高度统一性,所以德国法中严格的违法一元论也难以适用于我国。正因此,与日本法相类似,违反刑法认识说或许在我国更具适用优势。一个符合刑法上构成要件的行为如果同时也被非刑事法律所禁止,判断其是否具备刑事违法性则主要取决于如下论证过程:需审查非刑事法律禁止该行为的立法目的与刑法是否具备趋同性,如具备趋同性,则更容易得出其具备刑事违法性的结论,反之则不然。而考虑到非刑事法律的立法目的并非如刑法以保护法益为限,为了确保结论的准确性,尚需进一步

探求非刑事法律与刑法的立法目的在保护法益方面是否具备趋同性。因此,违反刑法认识说理应在我国刑法中具备更为广阔的适用空间。

(四)违反可罚刑法认识说的匹配性分析

该说认为不仅需要行为人认识到自身行为违反了刑法,而且需要具体地认识到自身行为具备可罚性。理由在于,不应当一概否定刑罚的一般预防功能,应承认刑罚遏制违法行为的功能。据此,当行为人对其行为的可罚性缺乏认识或认识可能性时,对其科处刑罚的做法与采用刑罚遏制犯罪的刑法任务毫无关联。以伪造、变造金融票证罪为例,根据《追诉标准(二)》第24条规定,“总面额在一万元以上或者数量在十张以上”这一入罪标准便是可罚刑法认识说所要求的违法性认识对象。若行为人缺少对该标准的认识,即使伪造、变造金融票证总面额已达上述标准,也可因缺乏违法性认识可能性而阻却责任。

本文认为,在不同犯罪类型中应采用不同的违法性认识理论,自然犯·法定犯区分说在这一点上具有借鉴意义。简言之,将法定犯分为纯粹法定犯与不纯粹法定犯(纯粹行政犯),在纯粹法定犯领域沿用违反刑法认识说,在纯粹行政犯领域则应转用违反可罚刑法认识说。在纯粹行政犯领域适用违反可罚刑法认识说的理由在于:①此类行为的入罪说服力不足,入罪标准往往取决于数额多寡。②此类行为的法益侵害可能性较低,多数案件即使数额较大也可能完全无害。例如在“陆勇销售假药案”中,不起诉理由是陆勇的代购行为虽违反《药品管理法》相关规定,但并非销售行为。^⑩然而,笔者认为这种解释略显牵强。日常交易中偶然的或为少数特定关系人员实施的代购行为当然不属于销售行为,但本案代购行为是长期的且面向数十名白血病患者,该行为与网购平台上绝大多数的海外代购行为在符合“销售”这一标准上几无差别。因此,更恰当的解释应基于刑法上可罚性认识的欠缺,即虽可能认识到其行为违

反《药品管理法》,但难以认定其认识到自身行为违反刑法且达到受处罚的程度。^⑪

五、结语

针对实务中法定犯的泛滥化现象,有学者指出:法定犯并未实际侵害法益,而只是单纯对国家规定的不服从,其在法益侵害性方面存在先天不足的缺陷。^⑫笔者赞同该观点,不过认为将“法定犯”理解为“纯粹行政犯”更为合适,有利于限制相关罪名的滥用。根据前文所述,本文结论归纳如下:①在非法定犯的行政犯即纯粹行政犯领域,此类犯罪存在不同于自然犯与法定犯的独特之处。②关于保护法益,此类犯罪专门或主要以秩序法益为保护对象。③关于可罚违法性,此类犯罪因可罚违法性的量的缺失或质的不足而阻却违法。④关于违法性认识可能性,适用于此类犯罪的是可罚刑法认识说。

详言之,我国刑法分则第三章规定的110项经济犯罪中符合上述标准的罪名不在少数,具体可划分为两种类型:一类是专以经济秩序作为保护法益的罪名,典型罪名是虚报注册资本罪、擅自设立金融机构罪、高利转贷罪。在秩序法益已无须动用刑法保护的当下,完全可以通过立法修订将此类罪名从刑法中剔除。例如有学者主张因其在不法行为的轻重程度上不存在刑罚必要性,故可以降格为行政违法行为,以秩序罚的形式处理。^⑬笔者赞同这一主张,但认为降格处置的理由应在于欠缺秩序法益的需保护性而非不法行为程度较轻。另一类则是在主要保护经济秩序法益的同时也可能附带保护权益法益的罪名,典型罪名是妨害药品管理罪,以及虚假出资、抽逃出资罪、骗取贷款罪、非法吸收公众存款罪等。该类犯罪无法经由立法修订实现非罪化,但可根据个案作无罪处理,具体包括三种处理路径:①实行行为虽违反秩序法益但未侵害权益法益,以保护法益未遭受实质侵害为由作无罪处理。②违法性的量或质未达刑法要求的可罚程度,以欠缺可罚违法性

为由作无罪处理。特别是在规范评价的质不符合刑法评价要求的犯罪类型中,目前实务中唯数额论的操作模式理应被摒弃,应当将司法解释所规定的数额标准视为入罪的必要但非充分条件。

③将违法性认识可能性的认识内容限定为可罚的刑法认识。在骗取贷款、违法发放贷款等案件中,不能仅根据行为人的违规或违法操作行为而直接推导其具有可罚违法性认识的结论。

注释:

①参见谢望原:“谨防刑法过分工具主义化”,《法学家》2019年第1期,第90—96页。

②参见马克昌:《比较刑法原理:外国刑法学总论》,武汉大学出版社2002年版,第89页;陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第111页。

③参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第121页。

④陈兴良:“法定犯的性质和界定”,《中外法学》2020年第6期,第1467页。陈兴良在当页注释⑦中指出:“关于法定犯和行政犯这两个用语,在一般意义上是通用的,然而在特定意义上又是两个不同的概念。这里存在一个使用习惯问题。例如,德国和日本刑法理论通常都采用行政犯和行政刑法的用语,我国行政法学者亦大多采用行政犯一词。而我国刑法学界更为通行的是法定犯一词。”

⑤参见田宏杰:“行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构”,《法学家》2013年第3期,第55—58页。

⑥李莹:《法定犯研究》,法律出版社2015年版,第33页。

⑦参见张明楷:“行政刑法辨析”,《中国社会科学》1995年第3期,第96页。

⑧参见陈金林:“法定犯与行政犯的源流、体系地位与行刑界分”,《中国刑事法杂志》2018年第5期,第28—29页。

⑨参见谭兆强:《法定犯理论与实践》,上海人民出版社2013年版,第43—44页。

⑩孙国祥:“行政犯违法性判断的从属性和独立性研究”,《法学家》2017年第1期,第48页,页下注释①。

⑪参见张文、杜宇:“自然犯、法定犯分类的理论反思——以正当性为基点的展开”,《法学评论》2002年第6期,第36页。

⑫陈金林,见前注⑧,第27—28页。

⑬陈金林,见前注⑧,第28—29页。

⑭陈金林,见前注⑧,第29页。

⑮参见(德)弗里德里希·李斯特:《政治经济学的国民体系》,陈万煦译,商务印书馆2011年版,第301—308页。

⑯参见王世洲:《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京大学出版社1999年版,第28—31页。

⑰陈金林,见前注⑧,第32页。

⑱参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第十版),中国高等教育出版社、北京大学出版社2021年版,第403—404页。

⑲何荣功:“经济自由与刑法理性:经济刑法的范围界定”,《法律科学》2014年第3期,第44页。

⑳马克昌主编:《百罪通论(上卷)》,北京大学出版社2014年版,第215页。

㉑(美)E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年版,第234页。

㉒参见简爱:“我国行政犯罪模式之反思”,《政治与法律》2018年第11期,第36页。

㉓参见周光权:“非法采矿罪的关键问题”,《中外法学》2022年第4期,第967页。

㉔参见张珩:“非法吸收公众存款罪的难点问题”,《中国刑事法杂志》2010年第12期,第41页。

㉕参见彭冰:“非法集资活动的刑法规制”,《清华法学》2009年第3期,第126页。

㉖参见刘宪权:“刑法严惩非法集资行为之反思”,《法商研究》2012年第4期,第125页。

㉗参见魏昌东:“新刑法工具主义批判与矫正”,《法学》2016年第2期,第85页。

㉘参见姚万勤:“高利转贷除罪化实证研究”,《政治与法律》2018年第3期,第45—46页。

㉙参见张小宁:“金融刑法中的抑制模式”,《法学》2022年第10期,第65页。

㉚参见孙珺涛、黄明儒:“行政犯视野下高利转贷入罪的正当性检视”,载许多奇主编:《互联网金融法律评论》(第12辑),法律出版社2018年版,第35页。

㉛何荣功:“经济自由与经济刑法正当性的体系思考”,《法学评论》2014年第6期,第59页。

㉜参见张小宁:“‘规制缓和’与自治型金融刑法的构建”,《法学评论》2015年第4期,第65页。

㉝参见张小宁:“骗取贷款罪节制适用的背景及路径”,《东南大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期,第80页。

㉞参见何荣功:“我国行政刑法立法的回顾与思考”,《比较法研究》2022年第4期,第76页。

㉟参见孙国祥:“骗取贷款罪司法认定的误识与匡正”,《法商研究》2016年第5期,第50页;王新:“骗取贷款罪的适用问题和教义学解析”,《政治与法律》2019年第10期,第44页;张明楷:“骗取贷款罪的构造”,《清华法学》2019年第5期,第18—20页。

㊱张明楷,见前注③,第1083页。这或许也是张明楷在该页注释中指出“从立法论的角度来说,合同诈骗罪的设立没

有任何必要性”的原因。

③⑦参见张小宁：“经济刑法理念的转向：保障市场自律机制的健全”，《青少年犯罪问题》2021年第1期，第56页。

③⑧参见王新：“第二次握手：《刑法》与《证券法》的联动修订”，《金融博览》2020年第2期，第30—31页。

③⑨姚万勤，见前注③，第50页。

④⑩参见张小宁：“论制度依存型经济刑法及其保护法益的位阶设定”，《法学》2018年第12期，第157—158页。

④⑪参见时方：“我国经济犯罪超个人法益属性辨析、类型划分及评述”，《当代法学》2018年第2期，第81页。

④⑫参见刘伟：“资本功能转变中的虚报注册资本罪”，《中国刑事法杂志》2008年第4期，第42页。

④⑬参见顾维军虚报注册资本案，最高人民法院刑事判决书，(2018)最高法刑再4号。

④⑭参见王力军非法经营案，内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院刑事判决书，(2017)内08刑再1号。

④⑮前田雅英『可罰の違法性論の研究』(东京大学出版会・1982年)8頁参照。

④⑯山中敬一『刑法総論』(成文堂・2015年)453—454頁参照。

④⑰宮本英脩『刑法大綱』(弘文堂書房・1935年)126頁参照。

④⑱参见王彦强：“可罚的违法性论纲”，《比较法研究》2015年第5期，第108页。

④⑲参见王骏：“违法性判断必须一元吗？——以刑民实体关系为视角”，《法学家》2013年第5期，第133—135页。

⑤⑰张明楷，见前注③，第148页。

⑤⑱参见于改之：“可罚的违法性理论及其在中国的适用”，《刑法论丛》2007年第2期，第48—50页。

⑤⑲参见王昭武：“法秩序统一性视野下违法判断的相对性”，《中外法学》2015年第1期，第182—183页。

⑤⑳参见何荣功：“我国轻罪立法的体系思考”，《中外法学》2018年第5期，第1213—1217页；刘艳红：“我国应该停止犯罪化的刑事立法”，《法学》2011年第11期，第111—115页。

⑤㉑参见储陈诚：“‘但书’出罪适用的基础和规范”，《当代法学》2017年第1期，第100页。

⑤㉒参见储槐植、汪永乐：“再论我国刑法中犯罪概念的定量因素”，《法学研究》2000年第2期，第42—43页。

⑤㉓参见梁根林：《刑法总论问题论要》，北京大学出版社2018年版，第185—186页。

⑤㉔参见广州市天河区人民法院刑事判决书，(2010)天法刑初字第961号。

⑤㉕赵姗姗：“非法吸收公众存款罪法益新论及对司法适用的影响——结合货币银行学对《刑法修正案(十一)》的审读”，《中国刑事法杂志》2021年第2期，第111—112页。

⑤㉖佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(有斐閣・2007

年)20頁参照。

⑤㉗参见(德)克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论(第1卷)》，王世洲译，法律出版社2005年版，第397页。

⑥⑰佐伯千仞・前掲注⑤⑱12頁参照。

⑥⑱陈璇：《紧急权：体系建构与基本原理》，北京大学出版社2021年版，第264页。

⑥㉑张小宁，见前注③，第68页。

⑥㉒参见胡康生、李福成主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社1997年版，第221页；刘宪权：《金融犯罪刑法学原理》(第2版)，上海人民出版社2020年版，第192—193页。

⑥㉓参见黄京平主编：《破坏市场经济秩序罪研究》，中国人民大学出版社1999年版，第362—363页；薛瑞麟主编：《金融犯罪研究》，中国政法大学出版社2000年版，第39页。

⑥㉔Vgl. Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der schuldlehre des Strafrechts: Zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre, 1985, S. 154 f.

⑥㉕瀧川幸辰『犯罪論序説改訂版』(有斐閣・1947年)127頁参照。

⑥㉖小野清一郎『刑法概論』(法文社・1952年)154頁参照。

⑥㉗参见(意)加罗法洛：《犯罪学》，耿伟、王新译，中国大百科全书出版社1996年版，第44页。

⑥㉘高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣・1999年)286頁参照。

⑥㉙参见周光权：“违法性认识不是故意的要素”，《中国法学》2006年第1期，第165页；车浩：《阶层犯罪论的构造》，法律出版社2017年版，第256页。

⑥㉚中山研一『刑法総論』(成文堂・1982年)372頁参照。

⑥㉛松宫孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂・2003年)129頁参照。

⑥㉜张明楷，见前注③，第413页。

⑥㉝高山佳奈子・前掲注⑥㉘289頁参照。

⑥㉞平井宜雄『債權各論Ⅱ 不法行為』(弘文堂・1992年)22—23頁参照。

⑥㉟参见陆勇销售假药案，湖南省沅江市人民检察院不起诉决定书，沅检公刑不诉(2015)1号。

⑦类似案件可参考“氯巴占代购案”，《癫痫患儿家属代购氯巴占被诉贩毒案一审：“铁马冰河”被免于刑事处罚》，载新浪网，<https://finance.sina.com.cn/jjxw/2023-04-01/doc-imynvpwk7335834.shtml>，最后访问日期：2023年11月7日。

⑦㉑参见刘艳红：“‘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”，《比较法研究》2019年第1期，第86页。

⑦㉒参见黄明儒：《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240页。