

避免将行政违法认定为刑事犯罪： 理念、方法与路径

张明楷^{*}

内容提要 刑事司法实践之所以大量存在将一般行政违法行为认定为犯罪的现象,主要是因为没有以正当理念为指引,没有做出实质解释,没有进行独立判断。公、检、法应当以刑法的自由保障理念、刑法的补充性与预防犯罪的理念为指引,充分保障国民的预测可能性,使刑法真正成为保护法益的最后手段,使刑罚成为预防犯罪的有效工具。刑事司法人员应当对构成要件进行实质解释,对违法性进行实质判断;不能将一切利益当作刑法的保护法益;不能分解成或者还原为个人法益的所谓公益,不是刑法保护的法益。行政法的规定以及行政机关对案件事实与处理结论的认定,只具有作为认定犯罪线索的意义;刑事司法人员必须根据刑法的特点对构成要件要素、案件事实进行独立判断,独立作出处理结论,不得将行政责任的认定结论与根据直接作为刑事责任的认定结论与根据。

关键词 行政违法 刑事犯罪 刑法理念 实质解释 实质判断

近一段时间来,司法机关对一些案件的处理引起了国民的普遍关注。其中最为典型的是,国民普遍认为只是属于行政违法乃至并不违法的行为,^①却被司法机关认定为犯罪,如赵春华非法持有枪支案。还有一些明显不构成犯罪的案件,虽然最终被宣告无罪,但却进入了刑事诉讼程序,甚至被一审宣告有罪,如陆勇销售假药案、王力军非法经营案等。这些案件的处理给人们提出了不少问题。例如,从刑事司法与国民朴素的法感情之间的关系来说,为什么国民普遍认为不构成犯罪的行为,司法机关却认定为犯罪?再如,从刑法规范与刑事司法的关系来说,对于原本不构成犯罪的行为,为什么司法机关能够在刑法中找到定罪量刑的根据?又如,从认定犯罪的路径来说,为什么刑事司法机关直接按照行政机关的规定与结论认定犯罪?当然,这些问题又密切关联。

仅从理论上说明行政违法与刑事违法的区别,其意义是有限的;找出原因并提出对策才具有现实意义。在本文看来,公、检、法将行政违法认定为刑事犯罪的主要原因有

^{*} 清华大学法学院教授,博士生导师。本文是国家社会科学基金重大项目“我国刑法修正的理论模型与制度实践研究”(项目批准号:16ZDA060)的阶段性成果。

^① 行政违法与刑事违法不是对立关系。本文所称的行政违法,是指不构成犯罪的一般行政违法行为,也包括违反其他部门法但不构成犯罪的行为。

三点:一是没有以正当理念为指引,即没有正确认识刑法的机能与性质,没有将自由保障、刑法的补充性等理念运用于刑事司法实践;二是没有做出实质解释,即对刑法条文的解释仅停留在字面含义,而没有基于法条目的理解和适用刑法条文;三是没有进行独立判断,即将行政责任的认定结论与根据直接作为刑事责任的认定结论与根据。本文针对上述原因从三个方面展开讨论。

一、理念指引

“法的理念作为真正的正义的最终的和永恒的形态,人在这个世界上既未彻底认识也未充分实现,但是,人的一切立法的行为都以这个理念为取向,法的理念的宏伟景象从未抛弃人们。”^②刑事立法将刑法理念与将来可能发生的事实相对应,从而形成刑法规范;所以,刑法理念构成成文刑法赖以创建的实质渊源之一。刑法解释(适用)是将现实发生的生活事实与刑法规范相对应,既然如此,就不可能偏离刑法理念解释刑法规范。换言之,任何立法理念都同时也是司法理念。成文刑法在解释和适用里所获得的生机勃勃的发展中,一再追溯到刑法理念所要求的东西,从中得到滋养。如若没有那种追溯,成文刑法的发展将根本无法理解。^③倘若司法理念与立法理念背道而驰,立法目的就不可能实现。所以,解释者面对任何案件事实时,都必须秉持正当的刑法理念。

刑事司法应当公正。公正的基本法则是,不允许任何人对自己司法,在侵害者与受害者之间、在罪恶与惩罚之间,必须有一个中立的第三者;这个第三者如同两个行为和两个行为人之间的正确距离的担保者。^④本来,司法人员在适用刑法时,应当使自己成为一个中立者,而不应当与自己的利益产生任何联系。但是,部分办案人员与办案机关在处理案件时,并没有以刑法理念为指引,而是以自身利益为导向。这是导致将行政违法乃至根本不违法的行为认定为犯罪的重要原因。理念如同北极星。“水手紧紧盯着北极星,不是为了抵达到北极星并在那里登陆,而是要根据它来掌舵前行,穿越朗朗晴空与如晦风雨。”^⑤所以,以正当的刑法理念为指导,就可以处理各种疑难案件。从如何避免将行政违法认定为刑事犯罪的角度来说,特别需要将以下刑法理念作为指引。

(一) 自由保障的理念

刑法具有法益保护机能与自由保障机能。但是,这两个机能不可避免存在冲突,因为越是强调法益保护,就越会限制国民自由。刑法的谦抑性原理,就是从限制法益保护机能的角度来减少二者之间的冲突的。^⑥虽然二者的关系是永恒的难题,但可以肯定的是,从司法的角度来说,在以下三种情形下,自由保障处于绝对优先地位:(1)行为虽然

② [德]H. 科殷《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2003年版,第10页。

③ 参见前引②, H. 科殷书,第165页。

④ 参见杜小真编《利科北大演讲录》,北京大学出版社2000年版,第2页。

⑤ [德]施塔姆勒《现代法学之根本趋势》,姚远译,商务印书馆2016年版,第25页。

⑥ 参见[日]曾根威彦《刑法原论》,成文堂2016年版,第16页。

严重侵害了法益,但刑法没有明文将该行为规定为犯罪(缺乏构成要件符合性);(2)行为对法益的侵害并不严重(缺乏值得科处刑罚的违法性);(3)行为虽然被刑法明文禁止,且造成了严重的法益侵害,但行为人缺乏非难可能性(缺乏责任)。

众所周知,我国1979年7月1日以前没有刑法典,但对任何犯罪行为都给予了刑罚处罚,^⑦而且处罚得相当及时。既然如此,为什么还要制定刑法典?显然,其一是为了明确行为的评价标准,使人们对自己及他人的行为与后果具有预测可能性,从而在法律范围内自由行使权利,不致造成行为的萎缩。其二是为了限制司法权力,保障国民个人自由不受国家刑罚权的不当侵害。根据罪刑法定原则,只要行为人的行为不构成刑法所规定的犯罪,他就不受刑罚处罚,这便限制了国家刑罚权的发动;对犯罪人也不得超出刑法规定的范围科处刑罚,这便保障犯罪人免受不恰当的刑罚处罚。之所以说刑法既是“善良人的大宪章”,也是“犯罪人的大宪章”^⑧,就是因为刑法能够通过制约国家刑罚权的行使,来保障一般国民与犯罪人的自由。既然如此,司法机关在适用刑法时,当然应秉持保障国民自由的理念。

要保障国民的自由,就必须保障国民的预测可能性。这是因为,为了不致阻碍国民的自由行动,不致使国民产生不安感,就必须使国民事先能够预测自己行为的性质与后果。只有这样,国民才不会因为不知道自己的行为是否会受到刑罚处罚而感到不安,也不会因此而不敢实施合法行为,从而导致行为萎缩。根据预测可能性的原理,某种行为长期由国民公开实施,为一般人所认可时,就不能以犯罪论处。这是因为,“大部分的法律都是经过不断的司法裁判过程才具体化,才获得最后清晰的形象,然后才能适用于个案,许多法条事实上是借裁判才成为现行法的一部分。”^⑨国民并非通过阅读刑法条文来规范自己行为,而是通过观察公安、司法机关对各种行为的处理来了解刑法禁止什么行为。所以,“真正的刑法,正如霍姆斯所阐述的那样,是由警察和检察官掌握的。”^⑩当某种行为长期由国民公开实施,为一般人所认可,公安、司法机关历来不予制止时,国民就不可能预测到该行为是犯罪行为。既然如此,就不能将这种行为当作犯罪处理。即使这种行为确实具有法益侵害性,也要经过相当长时间的宣传教育、行政规制之后,再当犯罪处理。

根据预测可能性的原理,实施了符合构成要件的违法行为的行为人,如果不具有违法性认识的可能性时,就不能对其进行法的非难。一方面,具有违法性认识的可能性时,才能产生反对动机(才能产生遵从法的动机),对行为人而言才具有他行为可能性,法律才能要求他放弃实施构成要件行为,进而才具有非难可能性;不可能知道自己的行为被法律禁止的人,不能产生反对动机,因而不能追究其责任。唯有如此,才能保障行为人的行动自由。另一方面,刑法具有不完整性,且实行罪刑法定原则,侵犯法益的行

⑦ 有些在我们现在看来构成犯罪但没有受到刑罚处罚的情形,是因为当时人们不认为是犯罪。

⑧ 德国刑法学者李斯特(v. Liszt)的名言,参见[日]木村龟二《刑法总论》,有斐阁1978年增补版,第87页。

⑨ [德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第20页。

⑩ [美]道格拉斯·胡萨克《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第45页。

为并不一定被刑法规定为犯罪。因此,即使在行为人认识到自己的行为侵犯了某种法益,但合理地相信自己的行为并不被刑法所禁止时,亦即违法性的错误不可回避时,也不具有非难可能性。这一道理,既适用于故意犯,也适用于过失犯^⑪。例如,秦某发现其农田附近的山坡上长着类似兰草的“野草”,便在干完农活回家时顺手采了3株,被森林民警查获。经鉴定,秦某采伐的蕙兰是国家重点保护植物。随即秦某被行政拘留7日,后被立案侦查和移送起诉。卢氏县人民法院以非法采伐国家重点保护植物罪判处秦某有期徒刑3年,缓刑3年,并处罚金3000元。办案人员指出:“公民如果法律意识淡薄,一不小心就可能构成犯罪。”^⑫诚然,倘若秦某所在地曾经发生过类似案件,且秦某知情,认定秦某的行为构成犯罪是没有疑问的。倘若并非如此,秦某就既没有非法采伐国家重点保护植物罪的故意,也没有违法性认识的可能性,因而不得以犯罪论处。就一般人而言,觉得野花、野草好看而顺手摘几朵、采几棵,是再正常不过的事情。在行为人没有认识到野花、野草是国家重点保护植物的情况下,就不能期待行为人不采摘。在实行依法治国的时代,不能使国民“一不小心就可能犯罪”,否则就严重侵害了国民的预测可能性。换言之,如果“一不小心就可能犯罪”,国民就没有自由可言。况且,非法采伐国家重点保护植物罪是故意犯罪,即使是“不小心”也只有过失,而不可能是故意犯罪。

(二) 刑法补充性的理念

法益并非仅由刑法保护,其他法律都在不同程度上保护各种法益。刑法上的法益是指值得刑法保护的利益,而非泛指一切利益。^⑬这是因为,刑法是通过适用刑罚来保护法益的,而“刑罚如两刃之剑,用之不得其当,则国家与个人两受其害”^⑭。所以,“刑法并不禁止可以想象到的一切法益侵害形态,而是仅禁止极为重大的侵害。这正是要求描述受处罚的一定的有害行为的各种条件的犯罪定义的理由。”^⑮“即使行为侵害或者威胁了他人的生活利益,也不是必须立即发动刑罚。可能的话,最好能交给其他的社会统制手段。可以说,只有在其他的社会统制手段并不充分时,或者其他的社会统制手段(如私刑)过于强烈而有代之以刑罚的必要时,才可以发动刑罚。这就是刑法的补充性或者谦抑性。”^⑯根据刑法补充性的原理,如果对某种不法行为采取行政措施便足以保护法益,就不应当将这种行为当作犯罪处理。显然,刑法的补充性原理,是处理行政违法行为与犯罪行为关系的重要指导原理。

补充性原理虽然并不是处理个案的具体规则,但作为指导刑事立法的补充性原理,同样也指导刑事司法。质言之,在离开具体案件对构成要件进行一般解释时,必须以补

^⑪ Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., München, C. H. Beck 2006 S. 927ff. [日]山口厚《刑法总论》有斐阁2017年第3版,第267-268页。

^⑫ 马建刚、王飞、杨妙伟《采了3株“野草”男子获刑3年》,载《河南法制报》2017年4月19日。

^⑬ 参见[日]前田雅英《刑法总论讲义》,东京大学出版社2015年第6版,第30页。

^⑭ 耶林(Jhering)语,转引自林山田《刑罚学》,台北商务印书馆1985年版,第127页。

^⑮ [德]Albin Eser《“法益侵害”与法益论における被害者の役割》,[日]甲斐克则编译,信山社2014年版,第68页。

^⑯ [日]平野龙一《刑法总论1》,有斐阁1972年版,第47页。

充性原理为指导,将只需要采取非刑罚手段就可以妥当处理的行为排除在构成要件之外。例如,《刑法》第140条规定了生产、销售伪劣产品罪,只要销售金额5万元以上就以犯罪论处。问题是,应当如何理解其中的“销售”?假如双方当事人签订买卖合同或者承揽合同,合同约定了产品质量标准、违约责任;倘若出卖人、承揽人提供了不合格产品的,是否属于《刑法》第140条的“销售”?这是在个案发生之前就可以进行解释的,在解释时就必须运用补充性原理,然后将基于补充性原理得出的解释结论指导个案的处理。既然合同明确约定了产品质量标准与违约责任,那么,当出卖人、承揽人提供了不合格产品时,就完全可以通过合同约定的退货、退款、支付违约金等民事方式处理,根本不需要适用《刑法》第140条。换言之,在这样的场合,民事方式比刑事方式更加有效的方式。如果将上述行为认定为销售伪劣产品罪,就必然导致大量的民事责任转化为刑事责任,也必然导致生产厂家不敢与对方签订合同,进而严重妨碍经济发展。所以,应当将《刑法》第140条中的“销售”限定为向不特定人的销售,因为行为人向不特定人销售伪劣产品时,难以通过民事途径予以救济。再如,《刑法》第345条规定了滥伐林木罪。一些司法机关却将未取得采伐许可而采伐自己所有的枯死树木的行为认定为滥伐林木罪。可是,刑法设置滥伐林木罪是为了保护森林与其他林木资源。对于滥伐枯死林木的行为,采用行政法规规定的“责令补种滥伐株数5倍的树木”和罚款措施(《森林法实施条例》第39条)就足以实现这一目的,且足以预防其再次实施相同行为。既然如此,就不应当将上述行为认定为犯罪。

总之,在行政规制足以抑止某种行政违法时,就不应当适用刑法;在行政规制并不充分时,如果能够立即完善行政规制手段,也不应当运用刑法手段;即使在由于行政规制手段不完善而采用刑法手段时,也应当注重行政规制手段的完善,并逐步放弃刑法手段^{①7}。

(三) 预防犯罪的理念

刑法的目的是保护法益,刑罚的目的就是预防侵害法益的犯罪行为,包括特殊预防与一般预防。但如前所述,由于打击犯罪的考核指标泛滥,公检法机关只有每年比往年的办案数量多、定罪数量多、处罚程度重,才算取得了成就。在这样的理念指导下,被认定的犯罪就只能增加,不得减少;在犯罪事实上没有增加时,就会将行政违法行为当作犯罪处理。这样的做法明显不符合预防犯罪的刑罚目的理念。

公、检、法人员一定要意识到,刑罚的目的是预防犯罪,如果将行为人定罪量刑不利于一般预防与特殊预防,反而导致更多或者更严重的犯罪发生时,就要通过刑法外的其他合法路径处理。例如,许多青少年喜欢仿真枪,其中一些人因网购仿真枪而被追究了刑事责任,甚至被判处无期徒刑。^{①8}姑且不论仿真枪是否属于刑法上的枪支,但可以肯定的是,对于实施越轨行为的青少年,不能轻易拘留、逮捕和科处刑罚。如所周知,在世

^{①7} 例如,许多国家曾经用刑罚强制债务的履行,但现在则委任于民事程序。参见前引^{①6}平野龙一书,第47页。

^{①8} 参见李明、周佳琪《少年网购仿真枪被判无期引争议》,载《新京报》2016年8月14日。

界范围内产生了重大影响的漂流理论认为,犯罪少年有时遵从合法的价值体系,有时反抗合法的价值体系,但并不完全否定合法的价值体系,只是在合法价值体系与非法价值体系之间来回漂流。事实证明,即使有的少年在某个时期实施犯罪,但连续实施犯罪或者持续犯罪生涯的现象极为罕见;绝大多数都是一时性的犯罪,即使不科处刑罚,他们在成年后,也会从非法的价值体系社会转移到合法的价值体系社会,过着遵纪守法的生活。^{①⑨}如果对所有犯罪少年都采取强制措施进而科处刑罚,反而容易导致他们重新犯罪。既然如此,科处刑罚就违背了刑罚预防犯罪的目的。所以,公、检、法机关不能只为了增加定罪量刑的数量而对越轨少年科处刑罚。

基于预防犯罪的理念,对于因不知法而触犯刑法的初犯,要尽可能根据刑事诉讼法的相关规定作相对不起诉处理。这是因为,这类行为人即使具有违法性认识的可能性,也几乎没有再犯罪的可能性,因而缺乏对之适用刑罚的正当化根据。对行为人作相对不起诉处理,也会使其吸取教训。如果给初犯者贴上罪犯的标签,对其科处刑罚,尤其是科处自由刑,反而不利于预防犯罪。换言之,“越轨或犯罪标签影响受标签者的自我认同并导致受标签者更多地从事越轨或犯罪。”这是因为,“标签除影响被标签者的自我认同外,还切断了他们与社会的正常联系,迫使他们与其他犯罪者的联系更紧密,剥夺被标签者人的教育机会、就业机会等并因此导致进一步的越轨或犯罪。”^{②⑩}相对不起诉本身就足以使因不知法而触犯刑法的初犯吸收教训,具有预防犯罪的效果。

二、实质解释

以成文法的形式事先公布刑法,虽然有利于保障国民的预测可能性,但文字的特点必然导致法条内容宽泛、模糊、不确定,使得刑法条文的表述可能包含行政违法行为。(1)任何成文刑法都必然具有不确定性。“法律不确定性是一个特征,而不是一个缺陷。”^{③⑪}因为成文刑法是一种文本,“文本包含着一种内在的多义性”^{④⑫};任何用语的意义都会由核心意义向边缘扩展,使之外延模糊;刑法制定以后,其所使用的文字还会不断产生新的含义^{⑤⑬}。(2)法律是针对一般人普遍适用的规范,“法律的具体规定内容,本质上既有相当的一般概括性,则又不得不有相当的抽象性,相当的非具体性。而法律的具体内容,在本质上,就除了以某种抽象的概括的表现方法之外,没有把它直接表现出来的方法。”^{⑥⑭}任何刑法都必须使用具有概括性、抽象性的用语,任何立法机关都会“在刑

^{①⑨} 参见[日]瀨川晃《犯罪学》,成文堂1998年版,第103~105页。

^{②⑩} 江山河《犯罪学理论》,格致出版社、上海人民出版社2008年版,第130页。

^{③⑪} [美]斯科特·夏皮罗《合法性》,郑玉双、刘叶深译,中国法制出版社2016年版,第335页。

^{④⑫} [英]约翰·B.汤普森《意识形态理论研究》,郭世平等译,社会科学文献出版社2013年版,第206页。

^{⑤⑬} 参见张明楷《刑法的基础观念》,中国检察出版社1995年版,第191页以下。

^{⑥⑭} [日]三谷隆正《法律哲学原理》,徐文波译,商务印书馆1937年版,第92页。

法规定中使用范围宽泛的条款和需要充填价值的概念”^⑤。其中的概括性、抽象性规定导致“宽泛”不可避免,构成要件中就可能包含了行政违法行为。(3) 刑法的规定本身(如文字表述、规定方式等)也会存在缺陷,使得刑法的处罚范围过于宽泛。例如,《刑法》第141条关于假药的规定,就明显包含了对人体健康没有任何危害的药品(如未取得进口批文但质量合格的药品)。再如,自然犯与行政犯的一体化的规定方式,也导致行政违法与刑事违法的界限难以确定。如未经行政许可储存爆炸物的行为,不管是准备用于正当生产,还是准备用于恐怖犯罪,都能适用《刑法》第125条。

可以肯定的是,即使国民普遍认为某种行为并不构成犯罪,但公检法在将该行为认定为犯罪时,必然找到了刑法条文根据。例如,当行为人搬运祖传象牙时,司法机关之所以认定其构成运输珍贵、濒危野生动物制品罪,就是以《刑法》第341条为法律根据的:因为大象是珍贵濒危野生动物,象牙是珍贵濒危野生动物制品,行为人也确实运输了象牙,于是使得案件事实符合了法定的构成要件。在本文看来,公检法之所以能够将行政违法认定为犯罪,首先是因为成文刑法对犯罪的描述可能包含行政违法行为,其次是因为公检法人员对法条的解释停留在字面含义,没有从实质上理解刑法的规定,没有发现刑法的真实含义。

构成要件是违法类型。构成要件的描述旨在使值得科处刑罚的违法行为处于构成要件之内。所以,即使刑法条文的文字表述将某种行为涵摄在犯罪构成要件之内,但如果该行为没有侵害法益或者法益侵害相当轻微时,司法机关也应当通过实质解释将其排除在犯罪之外。为了避免将行政违法认定为刑事犯罪,司法机关特别需要考察以下三个方面。

(一) 值得刑法保护的法益是什么

法益是作为人们的生活利益而成为保护对象的。不管是在解释论上还是在立法论上,法益概念都起着指导作用。^⑥ 刑法分则条文的规定,都有其特定的法益保护目的。“解释生来就是对目的的表述。”^⑦ “规则及其他各种形式的法一旦被创设,则应当根据其服务的目标被解释、阐述和适用。”^⑧ 适用刑法也就是实现法条的目的。离开法条目的,仅根据字面含义判断某种行为是否构成犯罪,要么会处罚不该处罚的行为,要么没有处罚应当处罚的行为。

了解法条的目的何在,也就是要了解值得法条保护的法益是什么。这需要根据法条在刑法分则所处的位置、法条对构成要件行为与结果的描述、法条之间的关系以及社会生活事实、社会的一般观念、国民的生活需求等做出合理判断。

例1:董某委托汪某为其招募人员前往斯里兰卡务工。汪某将王某介绍给董某,并

^⑤ [德]约翰内斯·韦塞尔斯《德国刑法总论》李昌珂译,法律出版社2008年版,第20页。

^⑥ 参见[日]松原芳博《刑事违法性与法益论の现在》,载《法律时报》2016年第7号,第26页。

^⑦ 德沃金语,转引自[英]蒂莫西·A. O. 恩迪科特《法律中的模糊性》程朝阳译,北京大学出版社2010年版,第215页。

^⑧ [美]罗伯特·S·萨默斯《美国实用工具主义法学》柯华庆译,中国法制出版社2010年版,第3页。

由王某招募人员。2011年3月31日,董某及汪某在明知所招募的人员所持护照均是旅游签证的情况下,由王某将持旅游签证的常某、李某等22人送至斯里兰卡,交董某安排务工。因上述人员从事的工种不符合其要求,董某要求调换。王某遂于2011年4月13日将持旅游签证的鲁某等22人送至斯里兰卡,交董某安排务工。一、二审法院认定董某、汪某的行为构成组织他人偷越国(边)境罪,判处董某有期徒刑8年,判处汪某有期徒刑3年缓刑4年^{②9}。

不难看出,上述判决的逻辑是,只要出境人员所持的是旅游签证,而实际目的是为了务工的,就是偷越国(边)境,相关组织者就构成组织他人偷越国(边)境罪。但是,上述判决并没有考虑组织他人偷越国(边)境罪的保护法益是什么:(1)《刑法》第318条的目的不在于保护取得护照、签证的正当方式与秩序。因为根据《刑法》第319条的规定,单纯骗取护照、签证等出境证件的行为并不构成犯罪,只有“为组织他人偷越国(边)境使用”而骗取出境证件的,才构成犯罪。(2)《刑法》第318条的目的不在于保证中国公民在境外不实施违法犯罪行为。因为中国公民出境后在境外是否实施违法犯罪行为,不是本条所要解决的问题,而应适用刑法关于管辖的规定以及行为所触犯的相关法条。例如,中国公民甲持有效证件在规定地点出境,在国外犯故意杀人罪的,在适用中国刑法时,也只是适用《刑法》第232条,认定为故意杀人罪,与《刑法》第318条没有关系。如果中国公民出境后在外国实施某种违法行为,但并不违反中国法律,则由外国根据其法律处理,也与《刑法》第318条无关。(3)《刑法》第318条的目的不在于保护国家声誉。虽然中国公民在国外的言行举止会在一定程度上影响中国的国家声誉,但合法出境的中国公民也可能在国外违法犯罪;反之,非法出境的中国公民也可能在国外遵纪守法。所以,公民如何出境与国家声誉没有任何联系。(4)应当认为,《刑法》第318条的保护法益是国家的出境管理秩序,即中国公民与外国公民按照中国的出境管理法规规定的条件、程序、方式出境的有序性、稳定性。从现实来看,出境管理秩序所要防止的主要是两类现象:一是不经过规定的出境口岸、边防站等地点出境,二是不使用有效的出境证件出境。换言之,如果所有中国公民与外国公民都在规定的出境口岸、边防站持有效证件出境,那么,出境管理秩序就完全正常。

在上例中,所有出境人员均持有合法有效的出境证件,都没有偷越国(边)境。既然如此,又何来组织偷越国(边)境的行为?按照上述判决的逻辑,倘若出境人员原本获得了外国的务工签证,但到达外国后,由于某种原因未能务工,而是旅游了几个月之后回国的,也属于偷越国(边)境,组织者也构成组织偷越国(边)境罪。这显然不妥当。由此看来,只要稍微考虑一下组织偷越国(边)境罪的保护法益,就不至于将上述行为认定为本罪。

例2:某村有一株枯死的楠木,村民们认为该树威胁民房安全。2008年1月18日,村民代表大会决定将该树砍伐出售,并将此项工作交由吴某等三位村民小组长负责。

^{②9} 参见江苏省扬州市中级人民法院(2015)扬刑终字第00050号刑事裁定书。这类案件并不少见。

此后,村委会向林业站上报办理采伐手续。吴某等三人认为只是一棵枯树,林业部门一定会同意砍伐,便未等批文下来,于当年3月下旬雇人将该树砍倒并出卖。2008年4月22日,某省林业厅作出不许采伐该楠木的行政决定,吴某等三人被认定为非法采伐国家重点保护植物罪。^⑩更离奇的案例是,行为人经镇政府、村委会和辖区林管站同意,并已取得国家重点保护野生植物采集证,砍伐已经死亡逾10年且危及居民居住安全的一棵香樟树,但由于没有同时取得林木采伐许可证,而被认定为非法采伐国家重点保护植物罪^⑪。

显然,之所以将上述行为认定为犯罪,就是因为仅从形式上理解刑法条文。因为《刑法》第344条规定了非法采伐国家重点保护植物罪,《森林法》第32条第1款前段规定“采伐林木必须申请采伐许可证,按许可证的规定进行采伐。”又由于行政机关规定采伐枯死树木也需要采伐许可证,所以,对上述行为定罪量刑就具有了各种法条文字上的根据。可是,《刑法》第344条的规定是为了保护发展和合理利用野生植物资源,保护生物多样性,维护生态平衡。植物属于生物范畴,是有生命的正在生长中的生物。枯死植物已经失去了生长机能,不再以活立木的形态存在,不能发挥活立木所具有的生态作用,与存活植物相比,无论在功能价值还是作用方面都存在本质区别。枯死的楠木、樟树已经失去了国家重点保护植物的价值,属于需要清理的残枝败叶范围,即使将其砍伐,既不会破坏珍稀植物资源,也不会破坏生物多样性和破坏生态平衡。因此,上述两例的行为没有侵犯刑法所保护的利益,当然不能以犯罪论处。^⑫而且,枯死树木威胁民房安全,更应当采伐。将上述村民的行为以犯罪论处,并不是在保护植物资源,而是在保护有关人员对职权的滥用。

例3:钟某、齐某准备以10万元价格将钟某家祖传的豹皮马甲抵押给黄某。在双方准备抵押时,警方及时赶到。经检察院起诉,法院认定钟某、齐某的行为均已构成非法运输、出售珍贵、濒危野生动物制品罪,判处二人有期徒刑5年6个月。法官指出,钟某、齐某虽然没有完成抵押买卖行为,但已经把豹皮马甲从吉林运到沈阳,运输行为属于犯罪既遂^⑬。不可否认,祖传的豹皮马甲也是珍贵、濒危野生动物制品,钟某、齐某的行为也符合《刑法》第341条的文字表述。然而,如果这样适用法条,钟某搬家或者穿着祖传的豹皮马甲外出时,也构成非法运输珍贵、濒危野生动物制品罪。但这样的结论不可能得到国民的认同。这是因为,钟某的豹皮马甲是祖传的,虽然不知道其详细年代,

^⑩ 参见陈志民、占其中《没有批文砍楠木 性急村民闯了祸》,载《检察日报》2009年5月12日。另参见刘黎明、林智彪《珍贵树木风刮断 无证收购也犯法》,载《检察日报》2005年11月16日;魏积满等《大水冲倒香樟树 非法出售被逮捕》,载《检察日报》2006年7月21日;张仁平《一棵红豆杉折射情理法》,载《检察日报》2007年3月30日;张英机《虽是枯死树木 采伐仍需持证》,载《人民法院报》2007年6月30日;曹毅《树木虽已枯死 采伐仍须持证》,载《人民法院报》2008年11月7日。

^⑪ 参见蒋兰香《刑事违法抑或行政违法——一起非法采伐枯死国家重点保护植物案的理性反思》,载《北京林业大学学报(社会科学版)》2010年第1期。

^⑫ 参见前引^⑪,蒋兰香文,第51-52页。

^⑬ 参见王立军、柏楚乔《祖传豹皮马甲没卖出 吉林两名男子穿“马甲”》,载《沈阳晚报》2017年2月10日。

但可以肯定的是,在豹皮马甲制作的年代,刑法还没有对珍贵、濒危野生动物及其制品进行保护,相关行为并没有侵害刑法所保护的法益。基于同样的理由,现在将当时制作的豹皮马甲予以出售等行为,既没有侵害当时的保护法益,也不可能侵害现在的保护法益。既然如此,就不能认定为犯罪。

例4:2014年6月,河南新野县农民鲍某等4人没有办理野生动物运输证,携带6只猕猴到黑龙江省牡丹江市街头表演猴戏。同年9月23日,一审法院认定4人犯非法运输珍贵、濒危野生动物罪。被告人上诉后,二审法院适用《刑法》第13条宣告无罪。^④某马戏团为了表演跨省运输1只老虎、3只狮子、1只黑熊、1只猕猴,因未办理运输许可证,两名团主分别被法院以非法运输珍贵、濒危野生动物罪判处有期徒刑10年和8年^⑤。诚然,非法运输珍贵、濒危野生动物罪是抽象的危险犯。但应注意的是,本罪是通过保护珍贵、濒危野生动物的栖息地和生存环境间接地保护珍贵、濒危野生动物资源。野生动物运输许可制度是保护珍贵、濒危野生动物的原栖息地和生存环境的手段,其本身并非值得刑法保护的法益。而且,根据《野生动物保护法》第26条的规定,经过行政许可可以对野生动物进行驯养繁殖。既然马戏团对野生动物的驯养繁殖是经过允许的,其未经许可运输野生动物的行为就只是违反了行政法,而没有侵害了野生动物资源,不应以犯罪论处^⑥。

(二) 公益能否还原为个人法益

“国家只不过是為了国民而存在的机构,是为了增进国民的福利才存在的。”^⑦换言之,政府存在的目的就是为了保护国民的法益。我们通常将法益分为公益和私益,但这只是就眼前或者表面而言,事实上,它们最终只能是个人法益。另一方面,国家、社会的生存与发展依赖于个人的生存与发展。如果没有个人利益,不仅个人不可能生存和发展,而且社会的生存与发展也同样不可能,公益也就变成了空中楼阁。^⑧个人的一切法益都是得到法律的承认和受法律保护的,而公益的保护则受到限制。“如果只是藉着‘国家的保护’、‘社会的保护’而不顾及到对于人类(社会人)存在的保证者,则此种形式上的保护,将不具有任何意义。因为任何法律秩序,必须顾及到人类(社会人)生活的保护。”^⑨因此,只有当某种公益与个人法益具有同质性,能够分解成或者还原成个人法益,是促进人类发展的条件且具有重要价值时,才是值得刑法保护的法益。概言之,行为仅侵害行政管理秩序时,即使在行政法上被认为侵害了公益,但如果没有最终侵害个人法益的,就只是行政违法行为,而不可能成为犯罪行为。

^④ 参见郦晓君《河南新野耍猴人被控“非法运输珍贵野生动物”,二审改判无罪》,载 http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1295914,最后访问时间:2017年4月16日。

^⑤ 参见范春生《马戏团运输野生动物触犯刑律》,载《人民法院报》2017年1月7日。

^⑥ 参见冯锦华《犯罪的本质是法益侵害》,载《森林公安》2007年第1期。

^⑦ [日]前田雅英《刑法各论讲义》,东京大学出版会1995年第2版,476页。

^⑧ 参见张国钧《邓小平的利益观》,北京出版社1998年版,第9页。

^⑨ 陈志龙《法益与刑事立法》,台湾大学丛书编辑委员会1992年第2版,第137页。

但是,“一个词的含义,总比它能实际指涉的多,这是一个事实。”^⑩所以,即使某种行为被法条的用语所涵摄,甚至处于法条文字的核心位置,司法机关也要从实质上判断,该行为所侵害的法益是否值得刑法保护。换言之,“当一部法律具有普遍适用性,而一个案件恰恰不能适用该普遍适用的规则,是立法者因为制定的法律过于简化而造成的错误,从而未能达到我们所预期的目标。”^⑪在这种情况下,需要进行合目的的实质解释。特别是当刑法条文保护的是公法益时,司法机关必须判断,法条文字所指涉的行为是否最终侵害了个人法益。如果得出否定结论,就不得以犯罪论处。

例如《刑法》第225条规定了非法经营罪,其中第1项规定的是,“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”行为。长期以来,司法机关对符合上述规定的行为都以犯罪论处,这是没有进行实质判断的表现。最高人民法院、最高人民检察院2010年3月2日《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条第5款规定“违反国家烟草专卖管理法律法规,未经烟草专卖行政主管部门许可,无烟草专卖生产企业许可证、烟草专卖批发企业许可证、特种烟草专卖经营企业许可证、烟草专卖零售许可证等许可证明,非法经营烟草专卖品,情节严重的,依照《刑法》第225条的规定,以非法经营罪定罪处罚。”不可否认,上述行为属于未经许可非法经营专卖物品,形式上符合《刑法》第225条第1项的规定。问题是,是否需要对所有未经许可经营专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的行为,均应以非法经营罪论处?换言之,其中的哪些行为并没有最终侵害国民的个人法益,因而能够将其排除在犯罪行为之外?这是需要根据专营、专卖物品以及限制买卖的物品的性质进行判断的。关系到公众人身安全的药品、汽油等,如果被随意经营,就会严重侵害公众的人身安全,故需要刑法规制。反之,烟草制品虽然是专卖物品,但即使未经许可而经营的,也不会对公众的法益造成任何威胁,只要“责令停止经营烟草制品零售业务,没收违法所得,并处罚款”(《烟草专卖法》第32条),就足以达到行政法的目的。因为未经许可经营烟草制品,无非是为了营利或者为了省事(不办理行政许可),而没收违法所得并处罚款,就足以抑止这类行为。即使不能完全抑止,也没有必要动用刑罚。

再如,众所周知的王力军案。一审法院认为,王力军违反国务院《粮食流通管理条例》,收购玉米数额达到21万余元,数量较大,构成非法经营罪,适用《刑法》第225条第4项的规定科处刑罚。诚然,王力军的行为当时的确违反了《粮食流通管理条例》,但是,据此认为王力军的行为构成犯罪,则丝毫没有考虑王力军的行为是否侵害了值得刑法保护的法益;即使认为王力军的行为侵害了粮食收购秩序这一公法益,也需要进一步判断,这种法益能否还原为个人法益。个人收购行为最终是否导致粮食减少或者浪费

^⑩ [意]吉奥乔·阿甘本《神圣人:至高权力与赤裸生命》,吴冠军译,中央编译出版社2016年版,第37页。

^⑪ [法]安娜·瓦格纳、[爱尔兰]索菲·卡西圭蒂-法伊编《法律中的晦涩与明晰——前景与挑战》,苏建华等译,中国政法大学出版社2014年版,第20页。

因而影响居民的生活?是否导致粮食变质进而影响公众健康?收购附近农户的玉米卖给粮库,是否导致粮食价格上涨?显然都不可能得出肯定结论。再审法院认为,王力军“没有办理粮食收购许可证及工商营业执照买卖玉米的事实清楚,其行为违反了当时的国家粮食流通管理有关规定,但尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度,不具备与《刑法》第225条规定的非法经营罪相当的社会危害性和刑事处罚的必要性,不构成非法经营罪”^⑫。然而,倘若认为王力军的行为是没有达到严重扰乱市场秩序的危害程度而不成立非法经营罪,就意味着赵力军、钱力军、孙力军等人在更长时间内收购了更多的玉米或者其他粮食,获利更多时,就会达到严重扰乱市场秩序的危害程度,进而以犯罪论处。这恐怕也不合适。

王力军的行为不构成犯罪的真正理由在于,被《刑法》第225条第1项、第4项的文字所包含的行为,并没有都侵害值得刑法保护的法益。所以,对《刑法》第225条第1项、第4项规定的行为必须进行限缩解释。诚然,法律“从来不会自己说‘请对我作扩大解释’或‘请对我作限缩解释’”^⑬,但是,只要司法人员以刑法理念为指导,以法条的保护法益为根据,就可以选择正当的解释技巧。例如《刑法》第141条规定了生产、销售假药罪,同时规定按照《药品管理法》确定假药的范围。根据《药品管理法》第48条的规定,依法必须经过批准而未经批准生产、进口的药品,以假药论处。然而,危害患者生命、健康的假药与未经批准进口的合格药品(也被认定为假药)是无法相提并论的,销售前一种假药的行为是典型的自然犯,将销售后一种“假药”的行为给予相同的刑罚处罚明显不当。陆勇于2002年被查出患有白血病,使用国内抗癌药品“格列卫”系列系从瑞士进口,每盒23500元。2004年9月,陆勇通过他人从日本购买由印度生产的同类药品,每盒约4000元。之后,陆勇开始直接从印度购买抗癌药物,并通过QQ群等方式向病友推荐(每盒为200余元),帮病友代购药品。2014年7月22日,沅江市检察院对陆勇代购药品的行为以销售假药罪提起公诉。随后,上百名白血病患者联名写信,请求司法机关对陆勇免予刑事处罚。2015年1月27日,沅江市人民检察院撤回起诉,随后作出不起起诉决定。理由是,陆勇购买和帮助他人购买未经批准进口的抗癌药品行为,违反了《药品管理法》的相关规定,但其行为不是销售行为,因而不构成销售假药罪^⑭。

诚然,为了合理出罪,认为陆勇的行为不是销售行为也可以接受。但笔者的疑问是,倘若陆勇以相同方式代购的是不能抗癌的假药,难道不成立销售假药罪?显然,需要从法益保护的角度说明陆勇的行为无罪。不可否认,药品管理秩序是值得刑法保护的法益,但是,保护药品管理秩序这一公法益,是为了保护公众的健康。如果对药品管

⑫ 内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2017)内08刑再1号刑事判决书。

⑬ [美]理查德·A.波斯纳《法官不是法律解释工具》,载[美]戴维·奥布莱恩编《法官能为法治做什么——美国著名法官讲演录》,何帆等译,北京大学出版社2015年版,第195页。

⑭ 陈文广、周勉《沅江检方决定不起诉“抗癌药代购第一人”》,载《新华每日电讯》2015年2月27日。但是,在陆勇案被撤诉后,依然有类似行为被认定为犯罪。参见郑瑞洋、连法宣《女子海外代购药品获利200元涉嫌销售假药罪被诉》,载 <http://www.mnw.cn/news/fz/1490448.html>,最后访问时间:2017年3月25日。

理秩序的保护不利于保护公众的健康,这种法益就不值得刑法保护。反过来说,“打算以维护一般市民的健康为目的,以某种药物对健康产生恶的影响为根据禁止、处罚对该药物的贩卖等行为时,设置刑罚法规的前提是确定该药物真实有害具有一定的盖然性。”^⑤所以,没有未经批准进口的合格药品,必须排除在《刑法》第141条的假药之外。换言之,在陆勇案及类似类案中,行为人出售的药品虽然没有取得进口批准,但事实上,其针对特定人出售特定合格药品的行为,不可能危害国民的个人法益。因此,对这种行为不应以销售假药罪论处。

(三) 对法益的侵害是否达到值得科处刑罚的程度

如上所述,刑法并不处罚所有的法益侵害行为,只是处罚严重的法益侵害行为。反过来说,犯罪是值得科处刑罚的行为,所以,必须进行实质解释,将字面上符合犯罪的成立条件、实质上不值得科处刑罚的轻微法益侵害行为排除在犯罪之外。例如,依法生产爆炸物的企业,超过批准数量或者限额,将爆炸物出卖给合法使用爆炸物的单位的行为,在我国均被认定为非法买卖爆炸物罪。^⑥但是,将这样的行为当作危害公共安全的重罪处罚,也不无疑问。首先,明知他人可能实施爆炸犯罪而出卖爆炸物,与合法企业违规出售爆炸物,实际上分别属于严重的自然犯与违反行政管理的行为。虽然《刑法》第125条将非法买卖爆炸物罪规定为抽象的危险犯,但抽象危险也需要一定的司法判断。其实,立法者是考虑到非法买卖爆炸物会用于爆炸犯罪,才将这种行为规定为抽象危险犯并规定较重法定刑的,但当合法企业出售爆炸物给合法使用爆炸物的单位使用时,不存在立法者所担心的严重危险。其次,将上述行为解释为无罪,并非没有法条上的文理依据。例如,《刑法》第125条规定了非法制造、买卖枪支、弹药、爆炸物罪,第126条规定了违规制造、销售枪支罪,后者的法定刑明显轻于前者。但是,《刑法》第126条没有规定违规制造、买卖爆炸物罪。于是,从文理上也可以得出两种结论:其一,对于依法生产爆炸物的企业,违规制造、买卖爆炸物的行为不予处罚;其二,对于依法生产爆炸物的企业,违规制造、买卖爆炸物的行为,按照通常的非法制造、买卖爆炸物罪处罚。既然从文理上可以得出对上述行为不予处罚的结论,就需要以上述实质理由为根据,不以犯罪论处。

基于同样的理由,对于合法的生产企业因生产需要超过许可数量购买、储存爆炸物的行为,也不应以非法买卖、储存爆炸物罪论处。诚然,上述行为违反了行政法,具有一定的危险性。但是,由于上述行为的不法侵害没有达到值得科处刑罚的程度,只要进行行政规制即可。因为上述行为无非是为了图利乃至为了企业的正常生产,而不是危害公共安全,对之予以行政罚款,就足以抑止这种行为。

^⑤ [日]井田良《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第25页。

^⑥ 参见2009年11月16日最高人民法院《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条、第9条。

三、独立判断

稍加梳理就会发现,行政违法与刑事违法存在三种关系:其一,某些刑事违法不以行政违法为前提。例如,故意杀人、强奸、抢劫等自然犯,不管是在刑事立法上还是在刑事司法上,都不以行政违法为前提。尽管这类犯罪客观上也可能违反行政法,但在刑事司法中,根本不需要先就行政违法进行判断,而是直接判断刑事违法性。质言之,这类自然犯与行政违法没有直接关系。其二,某些行政违法行为无论如何都不可能演变或者上升为刑事违法。例如,吸毒与嫖娼是违反行政法的行为,但不管行为人吸毒多少克、嫖娼多少次,都不可能成为刑事违法行为。因为这类行为不值得科处刑罚,没有被刑法规定为犯罪。其三,某些刑事违法以行政违法为前提。亦即只有违反了行政法律,并进一步符合刑法规定的犯罪成立条件,才可能成为刑事违法行为。例如,非法经营行为原本是行政违法行为,但如果情节严重,则可能构成犯罪。从刑法条文没有完整规定构成要件要素的角度来说,这类刑法规范属于空白规范,包括明示的空白规范(如《刑法》第322条)和默示的空白规范(如《刑法》第321条)。

显然,一方面,就前两种情形而言,刑事司法机关必须进行独立判断,而不需要依赖行政法律与行政机关。另一方面,不能笼统地说“严重的行政违法行为就构成犯罪”。换言之,说行政违法情节严重构成犯罪,仅仅适用于第三种情形。问题是,在上述第三种情形中,行政违法与刑事违法是只有量的区别还是存在质的区别?虽然主张二者只有量的区别的观点(量的差异论)或许是成立的,^{④7}但是,鉴于我国当下大量存在将行政违法行为认定为犯罪的现象,为了鼓励司法人员独立判断,笔者提倡质的差异说:(1)从逻辑上说,犯罪是适合科处刑罚的行为,刑罚与行政处罚具有本质区别,既然如此,行政违法与犯罪就具有本质区别。(2)从实质上说,刑罚的本质是报应,施加刑罚是对行为与行为人的强烈的否定性和谴责性的价值判断;^{④8}而行政处罚的本质并不是报应,施加行政处罚虽然也是对行为的否定性评价,但并不含有明显的谴责性评价。既然如此,就不能认为行政违法与刑事犯罪仅具有量的区别。(3)行政法重视公共利益的保护,刑法在保护法益的同时强调自由保障,因此,二者确定的处罚对象会有本质区别。换言之,行政法上侵害公共利益的行为,在刑法上完全可能出于自由保障的理由,而不被规定(认定)为犯罪。(4)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。(5)如果认为行政违法与刑事违法只是量的区别,那么,只要行政违法行为的社会危害性严重,就构成了犯罪。而严重的社会危害性这一标准,既不明确,也不具体,结局会导致将诸多行政违法行为认定为犯罪。

在当下的刑事司法中,之所以存在诸多将行政违法认定为刑事犯罪的现象,除了没

^{④7} 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。

^{④8} 参见前引⑩,[美]道格拉斯·胡萨克书,第136页。

有明确认识行政法与刑法的关系、行政违法与刑事违法的本质区别外,另外一个重要原因是缺乏正义追求与责任担当。一些检察官与法官习惯于认为“法律就这么规定的,我也没有办法”;或者认为,按行政法规与行政机关的认定结论处理刑事案件,不会给自己带来任何麻烦。而且,在公安机关主张行为构成犯罪的情况下,如果检察机关与法院持相同观点,即使是错案,大家的责任都小。反之,检察官与法官的责任就比较重大。于是,一些检察官与法官不愿意推翻行政机关的认定,而是完全维护前一程序的判断,既不敢于也不愿意独立判断;在某些情况下,也可能缺乏独立判断的能力。于是,不可避免地导致将行政违法认定为刑事犯罪。

然而,刑法是一门独立的法律。犯罪行为是刑法的特有规制对象,而不是刑法与其他法律的共同规制对象。刑法并不是对违反其他法律的行为直接给予刑事制裁,而是根据特定目的评价、判断对某种行为是否需要给予刑事制裁。“因为行政法强调合目的性,而不注重法的安定性,故可能为了达致目的而扩张制裁范围。刑法必须以安定性为指导原理,不能随意扩张处罚范围。”^④例如,行政法规定的作为义务,并不当然成为刑法上的作为义务。否则就难以回答如下问题:一个以作为方式违反了行政法律的行为,并不直接成立刑法上的犯罪;既然如此,为什么一个以不作为方式违反了行政法律的行为,反而可以直接成立刑法上的犯罪?再如,《消防法》第44条规定“任何人发现火灾都应当立即报警。”然而,普通公民发现火灾后不报警的不作为,并不成立任何犯罪。同样,行政法规定的注意义务,并不当然等于刑法上的注意义务。否则,违反行政法上的作为义务与注意义务,就直接构成刑法上的不作为犯罪与过失犯罪,行政法与刑法就不存在界限之分,这显然是不当的。所以,行政法律的规定,只具有作为认定犯罪的线索的意义;^⑤刑事司法人员在办案过程中,必须根据刑法的基本原则、刑法条文的具体规定与目的、刑法的补充性原理等,进行独立判断。

(一) 构成要件要素的独立判断

构成要件是违法类型。对于犯罪的构成要件要素,必须根据刑法的特有目的进行解释与判断,而不能直接援用行政机关的解释与判断。即使在刑法条文明示或者暗示某种犯罪的成立以违反行政法律为前提时,对于相关构成要件要素的判断,也需要在行政法律的基础上按照刑法条文的目的做出进一步的独立判断,而不是完全由行政法律、法规决定某种行为是否构成犯罪。这是由刑法不同于行政法的特殊性所决定的。

例如,刑法分则第二章规定了几种枪支犯罪。刑法条文虽然没有将“违反《枪支管理法》的规定”表述为构成犯罪的前提,但事实上,司法机关在认定枪支时,不可能不考虑《枪支管理法》的规定。在此意义上说,刑法上有关枪支犯罪的规范,实际上是默示的空白规范。《枪支管理法》第46条规定“本法所称枪支,是指以火药或者压缩气体等为

^④ 张明楷《行政违法加重犯初探》,载《中国法学》2007年第6期。

^⑤ 参见[日]伊藤涉《犯罪の成立要件と非刑罚法令》,载[日]山口厚等编《西田典之先生献呈论文集》,有斐阁2017年版,第70-71页。

动力,利用管状器具发射金属弹丸或者其它物质,足以致人伤亡或者丧失知觉的各种枪支”。这一规定当然可以作为刑事司法机关判断枪支的法律依据。但刑事司法机关在进行判断时,必须以枪支犯罪的保护法益为指导,而不是单纯以行政机关的规定为依据。众所周知,公安部2010年12月7日印发的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》指出“对不能发射制式弹药的非制式枪支,按照《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》(GA/T718-2007)的规定,当所发射弹丸的枪口比动能大于等于1.8焦耳/平方厘米时,一律认定为枪支。”赵春华所持有的气枪,就是据此直接认定其符合非法持有枪支罪的构成要件要素的。二审判决书指出“公安部作为枪支管理主管部门有权制定相关规定,本案鉴定所依据的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》均合法有效,应当适用”^{⑤1}。但是,行政规章的合法有效,并不意味着可以直接适用于刑事案件。换言之,在刑事司法中,必须对枪支这一构成要件要素进行独立判断:

首先,非法持有枪支罪是抽象的危险犯。一方面,刑法之所以将有关枪支的犯罪规定在危害公共安全罪中,就是因为枪支具有显著的杀伤力,具有导致不特定人或者多数人伤亡的危险。换言之,刑法分则规定的枪支犯罪,不是以保护枪支管理秩序为目的,而是以保护公众的生命、身体为目的。因此,不能将行政机关出于枪支管理目的所认定的枪支,直接作为刑法上的枪支。另一方面,虽然抽象的危险是不需要司法工作人员具体判断的危险,但是,如果具体案件中的特殊情况导致行为根本不存在任何危险,则不能认定为抽象的危险犯。^{⑤2}换言之,既然抽象的危险是某个犯罪的处罚根据,那么,当行为确实不存在抽象的危险时,就应当否认行为的构成要件符合性与违法性。但是,“1.8焦耳比动能的弹丸远远不能击穿人体皮肤,而一个不能击穿人体皮肤的比动能作为对人体的致伤力标准是不合适的。”^{⑤3}此前因为贩卖同类枪支而被追究刑事责任的王国其曾试验,他用自己买卖的仿真枪打自己,“最多就是红一点点,有点痛,都不至于流血”^{⑤4}。还有被告人说“请用我买的枪枪毙我,如果能打死我,我就承认我有罪!如果打不死我,就放我回家!”^{⑤5}这充分说明,公安机关所确定的枪支,不能成为刑法上的枪支。

其次,《枪支管理法》第47条规定“单位和个人为开展游艺活动,可以配置口径不超过4.5毫米的气步枪。具体管理办法由国务院公安部门制定。”据此,为了开展游艺

⑤1 天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

⑤2 参见[日]山口厚《刑法各论》,有斐阁2010年第2版,第377页;[日]内田文昭《刑法各论》,青林书院1996年第3版,第442页;[日]中森喜彦《刑法各论》,有斐阁2016年第4版,第185页;[日]曾根威彦《刑法各论》,弘文堂2012年第5版,第215页。

⑤3 李刚、姚利《枪弹痕迹的法庭科学鉴定现状与未来》,载《警察技术》2008年第1期。

⑤4 周浩杰《专访“假枪真罪首案”当事人:若大妈摆射击摊违法,做枪的厂商要不要查》,载《华西都市报》2017年1月5日。

⑤5 宋奇波、汪家欣《男子购仿真枪获刑自认很冤:没想到被认定真枪》,载 <http://news.163.com/16/0824/03/BV7362LE00011229.html>,最后访问时间:2017年4月10日。

活动而使用的气步枪原本就不属于《枪支管理法》所规制的枪支,更不可能属于刑法上的枪支。所以,倘若赵春华使用的气步枪的口径没有超过4.5毫米,就连行政法规也没有违反;即使其持的气步枪的口径超过了4.5毫米,也只是可能违反行政法规,而不会构成犯罪。

总之,在刑事司法中,公安机关制定的枪支鉴定标准,只是判断相关枪形物是否属于刑法上的枪支的参考资料,而不能直接作为认定枪支犯罪的标准。

再如,《刑法》第345条第2款规定了滥伐林木罪。如前所述,根据《森林法》的规定,采伐林木必须申请采伐许可证。国家林业局2003年《关于未申请林木采伐许可证采伐“火烧枯死木”行为定性的复函》指出,“采伐枯死树木需要办理采伐许可证”。据此,如果行为人没有取得采伐许可证,即使采伐自己所有且枯死的树木,也属于滥伐林木。但是,滥伐林木罪中的“林木”这一构成要件要素需要根据刑法的目的进行独立判断,不能直接根据行政规章将滥伐枯死树木的行为认定为滥伐林木罪。被告人韦某(女)在某坡地种植了杉木林,2011年5月,韦某的儿子覃某为筹集资金建房,计划砍伐韦某种植的杉木林,并对活立木进行剥皮。同年7月,覃某因病死亡,被剥皮的林木尚未得到处理,至同年11月,该片林木已经枯死。韦某在未办理林木采伐许可证的情况下,请村民砍伐该片杉木林(无证采伐的林面积10.8亩,立木储蓄量为51.2514立方米)。法院认为,韦某未经林业部门批准颁发采伐许可证,擅自采伐林木,构成滥伐林木罪^{⑤6}。

诚然,覃某的行为构成滥伐林木罪,但韦某对此并不承担任何责任,而且可以认为韦某是覃某滥伐林木罪的被害人。然而,在林木已经枯死的情况下,即使没有取得采伐许可证而予以采伐的,也没有破坏林木资源。主张韦某的行为构成犯罪的观点,只是以行政法律、规章为根据,完全没有从刑法角度进行独立判断,或者牵强地认为枯死树木具有经济价值或者水土保持价值。^{⑤7}然而,林木资源的保护,需要“及时清除枯立木、风折木、衰弱木和虫源木。这是防止蛀干害虫的有效措施”。^{⑤8}例如,“及时清理山上死亡松树不仅可以缓解松林内树种间的竞争,促进植物群落演替,还可以减少松材线虫病传媒松褐天牛的虫源,防止疫情的进一步扩散。”^{⑤9}既然如此,就不得将未取得采伐许可证而滥伐枯死树木的行为认定为滥伐林木罪。

(二) 案件事实的独立判断

案件事实是适用刑法的小前提,如何归纳和认定案件事实,对于案件的处理至关重要。在司法实践中,刑事司法机关对许多事实的认定依赖于行政机关。而行政机关在

^{⑤6} 参见广西河池市金城江区人民法院(2013)金刑初字第228号刑事判决书。

^{⑤7} 参见真少萍、吴孔宝《关于枯死木是否列入盗伐滥伐林木犯罪对象的问题探讨》,载《林业经济问题》2004年第1期。

^{⑤8} 吴利平等《建德松树枯死原因剖析及治理》,载《浙江林业科技》2001年第4期。

^{⑤9} 刘金燕等《松材线虫病防治中及时清理死亡松树和诱杀松褐天牛的必要性研究》,载《现代农业科技》2011年第1期。

认定事实时,只是基于行政法的目的。于是,行政违法行为直接上升为犯罪行为。

以交通肇事罪为例。在认定交通肇事罪时,行为人与被害人各负什么责任,是一个非常重要的事实问题。^⑩在司法实践中,有关交通事故的责任首先是由交警部门认定,在此基础上,司法机关应当再根据刑法的目的进行独立判断,否则就会导致直接将行政违法行为认定为犯罪的不当现象。

例如,某日凌晨4点半左右,钟某在驾驶途中停下拖拉机到路旁方便。当他正准备上拖拉机时,一辆小客车飞速驶来,撞到拖拉机的尾部,司机当场死亡,车上6名乘客不同程度受伤。钟某用手机拨打“110”,谎称自己在路上看到车祸,然后驾驶拖拉机逃离现场。检察院以涉嫌交通肇事罪对钟某提起公诉。办案检察官说:“在此次交通事故中,钟某本来没有很大的责任,但他作为‘交通事故当事人’逃逸了,因此他要面对有罪指控”。^⑪但是,根据《刑法》第133条的规定,违反交通运输管理法规的行为,只有发生“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”的结果,才成立交通肇事罪。而在钟某“逃逸”之前,伤亡结果就已经发生,逃逸行为不可能成为伤亡结果的原因。既然如此,就不能认定钟某的逃逸行为造成了伤亡结果。检察院对钟某依法提起公诉,显然是混淆了道路交通法上的行政责任与刑事责任的关系,直接将一般行政违法行为当作犯罪行为处理。这显然不当。刑事司法人员应当意识到,交警部门只是根据交通运输管理法规认定责任,这种认定常常是出于交通管理的需要,并不是刑法上的责任。在刑法上,只有当伤亡结果能够归属于行为人的违法行为时,才可能认定为交通肇事罪;而交通肇事罪中的伤亡结果必须由违反规范保护目的的行为所引起。行为虽然违反交通运输管理法规,也造成了结果,但倘若结果的发生超出了规范保护目的,就不能认定为本罪。例如,交通运输管理法规禁止酒后驾驶的目的,是为了防止驾驶者因为饮酒而导致驾驶能力减退或者丧失进而造成交通事故。如果酒后驾驶并未导致驾驶能力减退或者丧失,而是由于行人横穿高速公路造成其死亡的,对驾驶者不能以交通肇事罪论处。

又如,《道路交通安全法实施条例》第92条规定:“发生交通事故后当事人逃逸的,逃逸的当事人承担全部责任。”但这里的全部责任只是行政责任,司法机关不能据此认定行为人构成交通肇事罪。即使因为行为人逃逸导致事实不清,在刑法上也必须适用存疑时有利于被告人的原则,不能将行政责任的法律根据直接当作刑事责任的法律根据。

再如,《刑法》第144条规定了生产、销售有毒、有害食品罪,相关行政机关也会规定食品中不得添加某种物品。问题是,当行为人在食品中添加了某种禁止添加的物品时,能否直接根据行政规章认定行为人生产、销售了有毒、有害食品?答案是否定的。国家食品药品监督管理总局等部门于2015年4月发布公告指出,豆芽生产过程中使用6-苄基腺嘌呤、4-氯苯氧乙酸钠、赤霉素等物质的安全性“尚无结论”,为确保豆芽食用安全,生产者不得在豆芽生产过程中使用上述物质,豆芽经营者不得经营含有上述物质的

^⑩ 参见最高人民法院2000年11月10日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条。

^⑪ 汤玉婷、范福华《意外被撞逃跑“跑”来有罪指控》,载《检察日报》2007年2月4日。

豆芽。诚然,在安全性“尚无结论”的情况下,进行行政规制是合适的。但不能据此认为,凡是违反该公告的行为,均构成生产、销售有毒、有害食品罪。这是因为,作为定罪量刑的事实,其有毒性、有害性必须是得到充分证实的,而不可能是“尚无结论”的。^⑫否则,就属于有罪推定。根据存疑时有利于被告的原则,不得将违反该公告的行为认定为生产、销售有毒、有害食品罪。

(三) 处理结论的独立判断

一般来说,如果刑事司法人员按照刑法的要求,对构成要件要素与案件事实进行独立的判断,就会形成独立的处理结论。但是,定罪不是一个标准的三段论推理过程。在定罪过程中,往往会先有结论(预判),后寻找大前提。法官的正义结论,不是根据法律的字义形成的,也不是根据逻辑推理形成的,而是在形成正义结论之后,解释法律字义,运用逻辑推理。这便是三段论的倒置。^⑬所以,在此还需要强调处理结论的独立判断。

不可否认的是,受专业知识的限制,对许多以违反行政法为前提的犯罪,刑事司法人员往往直接按照行政主管部门意见作出处理结论。例如,在证券犯罪领域,某种行为是否构成内幕交易、泄露内幕信息、利用未公开信息交易等罪,基本上取决于行政主管部门的认定。但是,即使在这样的场合,刑事司法人员也要独立地判断行政主管部门根据行政法律、法规作出的处理结论,是否符合刑法的规定;既要注意刑法条文是否存在不同于行政法的规定,也要善于根据刑法的指导原理得出妥当结论;不得将行政责任的认定结论与根据直接作为刑事责任的认定结论与根据。

例如,《禁止传销条例》第7条第3项明文规定“组织者或者经营者通过发展人员,要求被发展人员发展其他人员加入,形成上下线关系,并以下线的销售业绩为依据计算和给付上线报酬,牟取非法利益的”,属于传销行为。但是,《刑法》第224条之一规定,组织、领导传销活动,“骗取财物,扰乱经济社会秩序的传销活动的”,才成立组织、领导传销活动罪。不难看出,以销售商品为目的、以销售业绩为计酬依据的单纯的“团队计酬”式传销活动,虽然是《禁止传销条例》所规定的传销行为,即使被工商管理部门认定为传销,但由于不符合刑法所规定的“骗取财物”的特征,不得以组织、领导传销活动罪论处。

再如,《刑法》第343条第1款规定,违反矿产资源法的规定,未取得采矿许可证擅自采矿,情节严重的,构成非法采矿罪。根据相关司法解释,采矿行为“超越许可证规定的矿区范围或者开采范围的”,属于“未取得采矿许可证”擅自采矿。^⑭问题是,在刑事司法中,如何认定“矿区范围”?假如被告人具有采矿许可证,但采矿许可证上的坐标标明的矿区范围与实地界桩标明的矿区范围不一致,前者范围小后者范围大,没有证据证明被告人移动了界桩,管理部门也没有埋桩记录,不能否认实地界桩具有真实性,被告

^⑫ 参见前引⑭,孙国祥文,第60页以下。

^⑬ 参见[法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博《法国民法总论》陈鹏等译,法律出版社2004年版,第40-41页。

^⑭ 2016年11月28日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条。

人的采矿行为超越采矿许可证坐标所标明的矿区范围采矿,但没有超越实地界桩标明的矿区范围。国土资源管理部门以坐标标明的矿区范围认定被告人的行为属于非法采矿。姑且不讨论国土资源管理部门的认定结论是否正当,即使正当,刑事司法人员也应当基于以下理由进行独立判断:一方面,法律规范不是道德规范,在面临着两个不同的行为规范时,行为人按有利于自己的行为规范实施行为的并不违法,更不可能构成犯罪。另一方面,根据存疑时有利于被告人的原则,既然不能认定行为人移动了实地界桩,就不能以“实地界桩可以移动”为由,认定行为人超越许可证范围采矿。

总之,刑事司法是将案件事实与刑法规范相对应的过程。在此过程中,刑事司法人员应当以刑法的保护目的(包括法益保护与自由保障)为指引,充分考虑刑罚是不是达到法益保护目的的正确手段。这是因为,“作为服务于人类目的的法要证明其正当性就需要提供这样的证据——它是达到正确目的的正确手段。”^⑤同样,要使刑事司法活动获得正当性,就要求刑罚成为保护重要法益的唯一正确手段。在法益可以通过行政措施等非刑罚手段得到有效保护时,不应当动用刑罚。

Abstract: The reason why a large number of administrative violations have been confirmed as crimes is mainly due to the lack of guidance with proper idea, substantive interpretation to crimes and independent judgment to cases. The organs of public security, people's procuratorates and people's courts shall adopt the idea of free safeguard and the idea of preventing crimes and supplementing the Criminal Law, fully safeguard the forecast possibility of citizens, make the Criminal Law become the last way of protecting legal interests, and enable the punishment to be the effective tool of preventing crimes. Criminal judicial officials shall interpret constitutive elements in substantial methods, make substantial judgment to the illegality and retreat from protecting all interests by the means of criminal law. For interest which is called public legal interest, if it cannot be disintegrated or restored into individual legal interest, then it is not a legal interest which is protected by the criminal law. Administrative regulations and administrative conclusion made by administrative organs regarding case facts and conclusions thereof can only be used as clues in the process of determining criminal cases. Criminal judicial officials shall make independent judgment regarding the constitutive elements and the case facts pursuant to the characteristic of the criminal law, therefore reach judicial conclusions independently, and they cannot directly take the administrative basis and conclusion as the judicial basis and conclusion to render a criminal punishment.

(责任编辑:白岫云)

^⑤ [德]施塔姆勒《正义法的理论》,夏彦才译,商务印书馆2016年版,第49页。