

法定犯的性质和界定

陈兴良*

摘要 法定犯是对应于自然犯的一种犯罪形态,它具有行政违法性和刑事违法性的双重属性。所谓行政违法性是指违反行政法规,这是法定犯构成要件的规范要素。行政法规是法定犯的前置法,只有违反行政法规的行为,才有可能构成犯罪。在这个意义上说,法定犯具有行政从属性。而刑事违法性是指法定犯的构成要件行为符合刑法规定,具有构成要件该当性。在法定犯的司法认定中,既要参照行政法规的规定,同时又要严格依照刑法规定。在法定犯的刑事诉讼程序中,行政部门的行政认定对法定犯的构成要件规范要素的理解和事实因素的确认具有重要意义,但司法机关对法定犯的认定具有独立性,只有这样才能避免法定犯刑事程序的形式化。

关键词 法定犯 行政违法性 行政从属性 行政认定

法定犯是相对于自然犯而言的,它是犯罪的一种特殊类型。法定犯的构成要件具有不同于自然犯的特点,因而有必要对法定犯进行刑法教义学的深入考察。本文以我国刑法关于法定犯的规定为根据,借鉴行政法原理,对法定犯的性质和界定进行法理探究。

一、法定犯的概念

法定犯又称为行政犯,是指违反行政法规,侵害刑法保护的法益,情节严重的行为。法定犯具有行政和刑事的双重违法性;法定犯首先具有行政法规的违反性,因而具有行政违法性。其次,法定犯侵害刑法保护的法益,因而具有刑事违法性。

* 北京大学博雅讲席教授。

法定犯并不是一个孤立的观念,它是与自然犯相伴而生存在的。而且,法定犯作为一种立法现象,它的产生晚于自然犯。如果说,自然犯从刑法诞生之日就已经存在;那么,法定犯则迟至近现代行政法产生以后才问世。随着政府职能急遽扩张,行政法调整范围遍及工商、税务、海关、质检、警察、金融规制、物价等公共行政领域。^{〔1〕}在这种情况下,以行政违法为内容的行政犯成为行政处罚的对象,在行政犯的基础上法定犯现象应运而生,并且在刑法中占据越来越重要的位置。当然,尽管法定犯是近现代社会的犯罪现象,然而其思想渊源却可以追溯到古罗马时代。

(一)法定犯与禁止恶

法定犯的初始观念来自于古罗马的禁止恶,在古罗马存在自体恶与禁止恶的范畴。所谓自体恶是指某种行为的恶是与生俱来,该行为本身自带的。所谓禁止恶是指某种行为的恶是法律的禁止性规定而产生的,并非该行为自身所天然具有的。自体恶与禁止恶的性质有所不同:自体恶是基于伦理道德的评价,因而这种犯罪是超越法律的,即使法律没有规定,也是一种恶。而禁止恶则不具有伦理上的恶,只是由于法律的禁止性规定,而将某种行为规定为犯罪。显然,法定犯是建立在禁止恶的思想基础之上的,由此而与建立在自体恶思想基础之上的自然犯得以明确区分。

自体恶与禁止恶的观念来自以恶作为犯罪本质的犯罪观,这种犯罪观具有强烈的伦理色彩,并且没有完全厘清道德与法律的关系。当然,自体恶具有更为明显的伦理违反性,而禁止恶则更具有法律违反性。应该说,自体恶和禁止恶的观念与古罗马的法律形态发展之间具有密切的关联性。在罗马法中,存在着市民法和人定法的二元区分。罗马法的最初形态是市民法。意大利学者在论及罗马社会的市民法的渊源时指出:这种“法”(ius)本身就是一种活生生的习俗;在这种习俗中,法律秩序同宗教成分紧密地联系在一起。^{〔2〕}市民法是一种自然形成的法,相对于市民法的法律是人定法,这种法律是由人制定和颁布的,因此,它也可以说是人定法。人定法分为私人法律(leges privatae)和公共法律(lex publicae)。此后还出现了官定法律(leges datae)。^{〔3〕}因此,自然犯是市民法的产物,而法定犯则是人定法的作品。显然,自体恶与市民法相关联,而禁止恶则与人定法相勾连。

禁止恶对于法律具有更大的依存性,这种犯罪是法律创制的而不是如同自然犯那样是自然形成的,只是被市民法所确认而已。这里应当指出,禁止恶虽然依赖于法律的规定,但它与我们现在所说的法定犯还不是同一个概念。因为禁止恶所创制的法律仍然是刑法,而不是其

〔1〕 参见余凌云:《行政犯讲义》(第2版),清华大学出版社2014年版,第6页。

〔2〕 参见(意)朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第96页。

〔3〕 同上注,第104页。

他法律。无论是自体恶还是禁止恶,都具有刑法违反性。两者的差别只是在于:犯罪所具有的恶是在刑法规定之前就已然存在,还是在刑法规定之后才赋予。

禁止恶的观念对于理解法定犯具有一定的启迪性。根据自体恶与禁止恶的观念,我们可以将刑法中的犯罪区分为自然犯和法定犯。例如杀人罪和盗窃罪是建立在自体恶基础上的自然犯,而非法经营罪是建立在禁止恶基础上的法定犯。法定犯的行为本来是经营行为或者社会行为,只是因为国家为实现某种政策目的或者经济目的而通过行政法规予以禁止,并在刑法中规定为犯罪。因此,自然犯和法定犯的性质有所不同。

(二)法定犯与自然犯

在罗马法中虽然已经存在自体恶和禁止恶的观念,但当时还没有衍生出自然犯和法定犯的概念。自然犯和法定犯概念的真正诞生是意大利著名学者加罗法洛的贡献。^{〔4〕}加罗法洛提出了自然犯罪和法定犯罪这对范畴,其理论的核心是自然犯罪,也就是自然犯。加罗法洛从社会防卫的刑事政策出发提出了所谓自然犯罪原理。加罗法洛从龙勃罗梭的犯罪的生理异常论转向犯罪的道德异常论,认为犯罪人是道德异常的人,将犯罪人定义为缺乏怜悯和正直这两种基本利他情感的人。加罗法洛认为,自然犯就是侵害上述两种道德情感而实施犯罪行为的人。

严格来说,加罗法洛并没有明确提出法定犯这个概念,只是在与自然犯相对应的意义上,论及那些未被列入自然犯范畴的犯罪。这种犯罪的特征是:它们与特定国家的特定环境有关,它们并不说明行为人的异常,及不证明他们缺少社会进化几乎普遍为人们提供的道德感。这些犯罪通常只是侵害了偏见或者违反了习惯,或者只是违背了特定社会的法律,而这些法律根据国家的不同而不同,且对社会的共同存在并非必不可少。^{〔5〕}加罗法洛所说的这些自然犯以外的犯罪,可以概括为法定犯。法定犯并没有侵害上述两种道德情感,只是与社会相冲突而被立法者规定为犯罪。因此,自然犯和法定犯的根本区分就在于是否具有道德异常。只有自然犯才是真正的犯罪,法定犯并不是真正的犯罪。

根据加罗法洛的观点,刑法真正要惩罚的是自然犯,刑法应当以自然犯为中心。由此可见,加罗法洛对于自然犯和法定犯的论述,尤其是对法定犯的理解,和现在所说的法定犯还不是同一个概念。当然,加罗法洛对自然犯和法定犯的论述对于今天理解法定犯具有参考意义。

(三)法定犯与行政犯

近现代刑法中的法定犯概念,主要来自于德国。德国18世纪存在从警察国到法治国的转

〔4〕 参见米传勇:《加罗法洛自然犯与法定犯理论研究》,法律出版社2017年版。

〔5〕 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53页。

变,在警察国的背景下,警察在一定范围内行使刑罚权,由此产生了所谓警察犯概念,警察犯的违法行为和犯罪的违法行为之间存在一定的区分。例如,德国刑法学家费尔巴哈认为犯罪可以分为两类:这就是刑法上的犯罪和民法上的犯罪。这里所谓民法上的犯罪,实际上就是指警察犯。应当指出,这里的民法并非狭义上的民法而是指刑法以外的其他法律,在当时主要是指警察法。费尔巴哈指出:国家有权用警察法间接地对其目的施加影响,认可国家对违反特定的警察法的行为以刑罚加以威慑,也就自然产生了违法、违警这一概念。^{〔6〕}因此,根据费尔巴哈的论述,所谓警察不法不是刑法意义上的违法行为,而是因为国家目的的间接作用的结果。警察犯后来演变为违警罪,1810年《法国刑法典》和1871年《德国刑法典》都对此做了规定,违警罪成为与重罪、轻罪相对应的一种犯罪类型。

进入20世纪以后,随着行政管理范围的不断扩大,国家行政职能的不断增加,大量行政法规出台,因而违反行政法规的行为随之涌现,对此进行行政处罚。在行政处罚的基础上,就出现了所谓行政刑法,而行政犯的概念就是随着行政刑法而产生的。应当指出,在我国法律的语境中,行政处罚和刑事处罚是两种不同的处罚:行政处罚的主体是行政机关,而刑事处罚的主体是司法机关,因而行政处罚和刑事处罚具有完全不同的性质。然而,在其他国家的法律语境中,行政机关并没有剥夺和限制人身权利和财产权利的处罚权,只有司法机关才有这种处罚权。因而,违反行政法规的行政犯,是在刑法中加以规定并作为犯罪予以处罚的,这就是所谓行政犯。行政犯被认为和刑事犯是存在区分的,当然,如何区分两者始终是一个理论观点聚讼的问题。此后,行政犯的概念逐渐和法定犯的概念合二为一,不再区别。^{〔7〕}

应当指出,在现代刑法中,法定犯主要是经济犯罪,经济犯罪也可以称为经济犯。因此,法定犯与经济犯这两个概念之间存在密切关系。法定犯是一种独立的犯罪类型,而经济犯一般都是首先在经济行政法规中加以规定。这里所谓经济行政法规,是指以调整经济关系为主要内容的行政法规。因此,就实质而言,经济行政法规是行政法规的一种特殊形态,在这个意义上说,经济犯具有法定犯的性质。就法定犯和经济犯之间的关系而言,经济犯都是法定犯,反之则不然,即法定犯不都是经济犯。所谓经济犯都是法定犯是说经济犯都是以违反行政法规为前提的,因为我国虽然实行市场经济,但还存在对市场经济的行政规制。这种行政规制是以

〔6〕 参见(德)安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书》(第14版),徐久生译,中国方正出版社2010年版,第35页。

〔7〕 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。关于法定犯和行政犯的概念辨析,参见郭晶:《刑事领域中法定犯问题研究》,黑龙江人民出版社2009年版,第16—20页。

行政法规为根据的,例如专营、专卖制度,就是在一定程度上维护对某些物品的国家垄断经营,未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品,根据我国《刑法》第225条规定,构成非法经营罪。此外,我国对大量的经济活动设立了行政许可,未经许可从事这些经济活动,也被规定为非法经营罪。由此可见,经济犯都具有法定犯的性质。但反过来说,法定犯却不都是经济犯罪。法定犯除了经济犯以外,还包括其他类型的犯罪。因为行政法规的含义是十分广泛的,除了调整经济关系的行政法规以外,还包括调整其他法律关系的行政法规,例如调整社会管理秩序的行政法规、调整国家管理秩序的行政法规等。因此,在经济领域以外的其他社会生活中,违反行政法规构成犯罪的,也是法定犯,但却不是经济犯。例如《刑法》第286条之一规定的拒不履行信息网络安全管理义务罪,是指网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务,经监管部门责令采取改正措施而拒不改正,情节严重的行为。这是一种妨碍社会管理秩序的犯罪,在网络空间会发生各种违法犯罪行为,对此,行政法规对网络服务提供者,也就是网络营运商设定了一定的监管义务,如果网络服务提供者不履行这种义务,造成严重后果的,就构成本罪。因此,本罪属于典型的义务犯,这种义务就是行政法规设定的。本罪是以违反网络安全监管义务为前提的,因而本罪属于法定犯。此外,在渎职罪中涉及国家管理秩序,同样也存在法定犯。我国学者将这种由国家机关工作人员为主体构成的法定犯称为国家机关法定犯,指出:“国家机关是行使国家立法、行政、司法等各项职权的拥有者和实施者,在行政法律关系中处于主导地位。国家机关构成法定犯都是基于行使特定管理国家的职权而产生行政违法性,进而成立犯罪。”〔8〕例如,《刑法》第407条规定的违法发放林木采伐许可证罪,是指林业主管部门的工作人员违反森林法的规定,超过批准的年采伐限额发放林木采伐许可证或者违反规定滥发林木采伐许可证,情节严重,致使森林遭受严重破坏的行为。该罪也是以违反法律规定为构成要件的规范要素,具有法定犯的性质。

随着现代社会中法律对社会生活的各个方面干预程度越来越高,公民个人或者法人组织,在社会生活中违反法律、行政法规的情况也越来越普遍。刑法将那些严重的行政违法行为规定为犯罪,就成为法定犯。随着立法的发展,法定犯在整个犯罪所占比重越来越大。可以说,法定犯的大量增加是现代刑法的一个重要特点。我国学者储槐植教授曾经提出“法定犯的时代已经到来”的命题,〔9〕对于我们正确理解法定犯的时代意义具有重要参考价值。

在现代刑法典中,法定犯与自然犯往往合于一体。法定犯和自然犯在刑法中各有一席之地,同样受到重视,甚至法定犯更受到关注。不可否认,刑法教义学更多的是以自然犯为对象

〔8〕 李莹:《法定犯研究》,法律出版社2015年版,第85页。

〔9〕 参见储槐植:《要正视法定犯时代的到来》,载《检察日报》2007年6月1日。

而形成的,无论是行为理论还是归因与归责理论,都是如此。随着法定犯在刑法中数量不断增加和地位不断提高,亟待发展法定犯的刑法教义学原理。

二、法定犯的特征

法定犯具有不同于自然犯的特征,对于法定犯的特征可以从犯罪学和刑法学的双重视角进行论述,由此从事实和规范两者层面加深对法定犯性质的理解。

(一)法定犯的变动性

在某种意义上说,自然犯具有稳定性,无论是哪个社会,诸如杀人、放火、强奸、抢劫这样的犯罪都会被刑法规定为犯罪,它的犯罪性质不以法律的变更为转移,也不受政治体制变化的影响。然而,法定犯则与之不同,它本身不具有伦理恶的性质,之所以成为犯罪,完全是因为法律的禁止性规定。因此,法定犯的犯罪性质具有变动性。

不可否认,自然犯和法定犯都是会发生变化的,不可能一成不变。相对而言,自然犯的变化是十分缓慢的。例如,通奸行为在我国古代刑法中是奸罪的一种,亦称和奸。“不以义交谓之奸。”也就是说,违反礼教规范的男女之间的性行为就是奸。通奸是相对于强奸而言的,它是一种和奸。这里所谓“和奸”,谓彼此和同者,也就是基于男女双方的合意而发生性行为。^{〔10〕}奸罪是在古代礼制社会的产物,现在社会的婚姻制度,赋予男女性自主决定权,除了有配偶而通奸的行为,是违反婚姻法的,一般意义上的通奸就不复存在了,因而除了极个别国家或者地区刑法中还规定通奸罪以外,大多数国家和地区刑法中的通奸罪已经废除。由此可见,自然犯在一定条件下也会发生变化。而法定犯的变化则要比自然犯迅速得多,如果说自然犯的变化可能是以百年计;那么,法定犯的变化有时甚至以年计。例如,买卖外汇,在我国1997《刑法》修订之前是犯罪,1997年《刑法》取消了买卖外汇罪,但1998年在亚洲金融危机爆发以后又在1998年12月28日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,将买卖外汇规定为犯罪,以非法经营罪论处。因此,买卖外汇从1997年刑法该年10月1日生效,从有罪变成无罪,到1998年12月28日又从无罪变成有罪,其法律上无罪的时间短暂到只有一年两个月的时间,可能一个无罪案件都来不及判处,就恢复有罪了。这个罪名的频繁变动,生动地说明了法定犯的犯罪性质的变动不居。

在世界各国或者各个地区,自然犯的差异并没有那么大。然而,法定犯在国家或者地区之间的差异却是十分巨大的。例如,对于公民持枪,世界各国存在合法化和非法化两种政策。在

〔10〕 参见《唐律疏议》,刘文俊点校,法律出版社1999年版,第534页。

实行合法化国家,允许公民持枪,持枪是宪法规定的公民权利,并且枪支是可以合法买卖的,因而持枪和买卖枪支都不是犯罪,当然没有持枪证而持有枪支或者没有经营许可而买卖枪支也是违法的。在实行非法化的国家,禁止公民持枪,并且刑法将未经许可的持枪行为规定为犯罪。至于买卖枪支更是刑法规定的严重犯罪。由此可见,在公民持枪和买卖枪支问题上,实行枪支合法化的国家和实行枪支禁止化的国家之间的差距是十分巨大的,这就是在不同国家之间而产生的法定犯的差别。

(二)法定犯的竞合性

应该指出,自然犯和法定犯虽然是两种不同的犯罪类型,然而两者之间并没有绝然可分的界限。而且在一定条件下,自然犯和法定犯之间是会发生转化的,这种转化既可能是自然犯的法定犯化,也可能是法定犯的自然犯化。当然,这种自然犯和法定犯之间的互相转化需要漫长的时间,在我国刑法中较为常见的是自然犯和法定犯的竞合。

这里应当指出,自然犯和法定犯的竞合涉及自然犯和法定犯的区分标准问题。自然犯与法定犯的区分,实际上存在两个标准:第一是形式标准,第二是实质标准。所谓形式标准是指以是否违反行政法规作为区分自然犯与法定犯的标准:法定犯存在构成要件的规范要素,以违反行政法规为前提,而自然犯则不存在构成要件的规范要素,由此区别于法定犯。所谓实质标准是指以是否具有伦理违反性作为区分自然犯与法定犯的标准:自然犯具有伦理违反性,而法定犯则不具有伦理违反性。如果只有根据以上形式标准或者实质标准之一,还难以区分自然犯和法定犯。只有同时根据以上两种标准,才能准确地区分法定犯和自然犯。也就是说,法定犯是存在构成要件的规范要素并且不具有伦理违反性的犯罪,而自然犯是指具有伦理违反性并且不存在构成要件的规范要素的犯罪。根据上述形式标准和实质标准,就能够将法定犯和自然犯加以彻底区分。

然而,伦理标准本来就是随着社会发展而变迁而不是一成不变的,因此,某些本来没有伦理违反性的行为随着伦理观念的变化而获得了伦理违反性,因而就出现了某些存在构成要件规范要素的犯罪,同时具有伦理违反性。换言之,这种犯罪虽然具有法定犯的形式要件但却同时又具有自然犯的实质特征,因而将这些犯罪划入自然犯的范畴,这就是所谓法定犯的自然犯化。例如,污染环境等公害犯罪,是以违反环境管理法规为前提的,具有法定犯的性质。然而公害犯罪不仅具有伦理违反性,而且其具体行为无异于自然犯。^{〔11〕} 例如我国《刑法》第 338

〔11〕 日本学者藤木英雄认为公害存在广义和狭义之分,广义上的公害包括食品、药品等对生命和健康造成的损害和威胁。而狭义上的公害是指环境破坏对生命和健康造成的损害和威胁。藤木英雄论述了公害犯罪的行政犯和刑事犯的双重属性。参见藤木英雄:《公害犯罪》,丛选功等译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 1-2、11-23 页。

条规定的环境污染罪,是指违反国家规定,排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质,严重污染环境的行为。在以上环境污染罪的概念中,行政违法性特征依然存在,然而却已经具备一定的自然犯特征,因而属于自然犯和法定犯的竞合。对于污染环境罪来说,违反国家规定属于构成要件规范要素,因而可以将该罪归入法定犯。而该罪的排放、倾倒或者处置有毒、有害物质行为,又明显具有自然犯的性质,因而具有法定犯和自然犯的双重属性。

同样,行政法规也不是一成不变的,尤其是随着经济行政法规的扩展,某些传统的自然犯也会改头换面,因具备行政违法性而以法定犯的形式出现,这就是所谓自然犯的法定犯化。例如我国《刑法》第266条规定的诈骗罪,属于财产犯罪,这是一种自然犯。同时,我国《刑法》又在刑法分则第三章破坏经济秩序罪中规定了经济诈骗罪,例如合同诈骗罪。根据《刑法》第224条的规定,合同诈骗罪是指在经济活动中,违反经济合同的规定,以签订、履行合同为欺骗手段,骗取合同相对人的合同项下财物的行为。合同诈骗罪是以违反经济合同法为前提的,因而具有行政违法性,属于法定犯。同时,合同诈骗罪又是一种诈骗类犯罪,具有自然犯的性质。因此,合同诈骗罪是法定犯和自然犯的竞合。

(三)法定犯的规范性

犯罪成立以构成要件为条件,而构成要件是指刑法分则规定的犯罪基本架构。无论是自然犯还是法定犯,构成要件都是犯罪成立的基本条件。然而,自然犯和法定犯在构成要件上存在重大区分,这就是自然犯的构成要件一般都是由事实要素构成的,而法定犯的构成要件则不仅存在事实要素,更为重要的是还存在规范要素。

德国刑法教义学中的构成要件,存在着从古典的事实的构成要件到新古典的规范的构成要件转变。古典学派学者认为构成要件具有事实性,是价值无涉的。而新古典派学者则“发现”了构成要件的规范性,因而提出了规范的构成要件要素的概念,以此对应于事实的构成要件要素。所谓规范的构成要件要素是指需要由社会规范或者法律规范来确定的特征。^[12]例如,我国刑法中侮辱、诽谤等要素,这些要素本身包含了价值评判,因而不同于妇女、财物等纯粹描述性的事实要素。我国学者认为,规范的构成要件要素具有三种类型:第一,法律的评价要素;第二,经验法则的评价要素;第三,社会的评价要素。^[13]应该说,无论是自然犯还是法定犯,都存在这种规范的构成要件要素。然而,法定犯则更进一步,它的构成要件中不仅存在规范的构成要件要素,而且存在以违反行政法规为内容的规范要素,笔者称之为构成要件的规

[12] 参见蔡桂生:《构成要件论》,中国人民大学出版社2015年版,第283页。

[13] 参见张明楷:“规范的构成要件要素”,《法学研究》2007年第6期,第83页。

范要素。^{〔14〕} 构成要件的规范要素不同于规范的构成要件要素,规范的构成要件要素是对构成要件事实因素中的价值评判要素的描述,仍然属于构成要件的事实因素。而构成要件的规范要素则是独立于构成要件的事实因素的,只有在法定犯中才存在构成要件的规范要素。这也正是法定犯的构成要件构造不同于自然犯的特点之所在。

法定犯构成要件的规范要素,在通常情况下,都是在刑法中有明文规定的,例如违反国家规定或者违反法律、行政法规等,还有的法定犯以未经许可等形式标示其行政违法性。然而,某些法定犯在刑法条文的罪状中并没有表述违反行政法规,从该罪的构成要件内容考察,它是违反某种行政法规为前提的,因而也可以归之于法定犯。因此,从刑法条文是否明文规定违反行政法规为标准,法定犯可以区分为显形的法定犯和隐形的法定犯。之所以将某些刑法条文的罪状没有明文规定违反行政法规的犯罪也归属于法定犯,是因为对于这些犯罪来说,行政法规是前置法,违反行政法规是该罪构成要件的规范要素。例如,根据我国《刑法》第223条的规定,串通投标罪是指投标人互相串通投标报价,损害招标人或者其他投标人利益,情节严重的行为。对于该罪,刑法条文的罪状虽然并没有规定违反投标法这一行政违法要素,然而,投标法是串通投标罪的前置法,如果没有违反投标法,则其行为不可能构成串通投标罪。因此,我国刑法中的串通投标罪属于隐形的法定犯。

这里应当指出,法定犯的规范要素是刑法条文的罪状所规定的,然而,并非所有罪状所规定的规范要素都是法定犯的标识。例如,我国《刑法》第245条规定的非法侵入住宅罪,是指非法侵入他人住宅的行为。在此,就有“非法”这一规范要素。那么,能不能说,非法侵入住宅罪是法定犯,这里的“非法”是该罪构成要件的规范要素呢?答案是否定的。非法侵入住宅罪中的“非法”,虽然从文字上来看,是指违反法律规定,似乎属于构成要件的规范要素。不过,这里的非法侵入他人住宅是相对应合法进入他人住宅而言的。因此,非法侵入住宅罪的“非法”并不是构成要件规范要素,而是进入他人住宅行为的评价要素。

三、法定犯的双重违法性

任何犯罪都具有违法性,如果仅仅把违法性作为法定犯的特征,那么,自然犯也是法定犯,因此不能把自然犯和法定犯区分开来。自然犯和法定犯所共同具有的违法性,是指违反刑法,即刑事违法性。法定犯除了刑事违法性,还具有行政违法性。因此,法定犯的违法性具有双重性,并且在双重违法性之间存在位阶关系:刑事违法性以行政违法性为前提,刑事违法性却并

〔14〕 笔者曾经将这种法定犯的构成要件规范要素称为刑法分则归的规范要素,在规范的构成要件的题目下进行论述,而没有独立出来。参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2017年3版,第198页。

不是行政违法性的必然后果。

(一) 法定犯的行政违法性

法定犯是和自然犯相对应的概念,法定犯这个概念容易引起混淆,好像只有法定犯才是法律规定的,而自然犯是法律没有规定的。其实,根据罪刑法定原则,无论是法定犯还是自然犯都只有在刑法有明文规定的情况下,才能构成犯罪。当然,如果我们把法定犯的“法”理解为行政法而不是刑法,这个误解就不复存在了。也就是说,法定犯所谓“法定”是指行政法规的规定。

法定犯是指以违反行政法规为前置条件的犯罪,如果没有违反行政法规,也就不存在法定犯。与之不同,自然犯则并不存在违反行政法规的内容,它在刑法中被直接规定为犯罪。因此相对于自然犯,法定犯具有双重违法性,首先违反行政法,然后才是违反刑法。例如,我国《刑法》第 225 条规定的非法经营罪,以违反国家规定为构成要件规范要素。这里的国家规定,主要是指违反行政许可、金融外汇或者其他工商管理法规。如果没有违反上述行政法规,则不能构成非法经营罪。自然犯则只有刑事违法性而没有行政违法性。当然,自然犯没有行政违法性,并不等于自然犯没有违反前置法。实际上,虽然自然犯在刑法中没有规定其所违反的前置法,但在客观上仍然存在着前置法的违反性。只不过,自然犯所违反的前置法是民法。例如,我国刑法中的人身犯罪与财产犯罪都是典型的自然犯。我国《民法典》第 110 条规定:“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。”第 113 条规定:“民事主体的财产权利受法律平等保护。”显然,人身犯罪与财产犯罪都是违反上述民法规定的,因而具有民事违法性。在此基础上,刑法将具有严重法益侵害性的民事违法行为设置为犯罪。在这个意义上说,自然犯具有民事犯的性质。自然犯与法定犯的主要区别,仅仅在于是否将前置法的违法性规定为某种犯罪的构成要件要素。

在认定法定犯的时候,应当把行政法规的违反性与具体犯罪中的规范要素加以区别。例如,作为过失犯的失火罪,需要根据是否违反相关行政法规,以确定行为人主观上是否存在过失。在这种情况下,能不能说失火罪也是法定犯呢?答案是否定的。因为法定犯构成要件的行为本身违反行政法规,而在过失犯认定中,尤其是业务过失犯的司法认定中,也要考察是否违反行政法规,这里的行政法规只是过失犯的预见义务的判断根据,而不是过失行为具有行政违法性。

此外,不作为犯的司法认定也要判断作为义务的来源,因而也会涉及考察是否违反行政法规,因而是否存在作为义务的问题。同样,不能据此得出结论说不作为犯的行为具有行政违法性。因此,在过失犯和不作为犯的司法认定中,因为过失和作为义务的判断需要考察违反行政法规的问题,因而把过失犯和不作为犯都归入法定犯的范畴,这显然是不能成立的。

过失犯和不作为犯到底是属于法定犯还是属于自然犯,取决于与之相对应的故意犯和作为犯。如果故意犯和作为犯属于法定犯,则相对应的过失犯和不作为犯也属于法定犯。因为放火罪属于自然犯,因此,失火罪也属于自然犯。而我国《刑法》第159条规定的虚假出资罪是法定犯,这里的虚假出资是指公司发起人、股东违反公司法的规定,未交付货币、实物或者未转移财产权的行为。这是一种公司发起人、股东不履行公司法规定出资义务的行为,因而虚假出资罪是不作为犯的法定犯。

(二)法定犯的刑事违法性

法定犯虽然具有行政违法性,然而并非所有行政违法行为都必然构成法定犯,只有情节严重,应当受到刑罚处罚的行为才能被立法机关规定为法定犯。因此,法定犯作为一种犯罪类型,具有刑事违法性。如前所述,自然犯是与法定犯相对应的,自然犯也称为刑事犯。刑事犯也是一个容易产生误解的概念,好像只有自然犯才具有刑事性,而法定犯则没有刑事性。其实,不仅自然犯是刑法规定的,具有刑事性;法定犯也是刑法规定的,同样具有刑事性。因此,自然犯和法定犯都具有刑事违法性。

在当今世界各国,刑法的立法方式主要存在以下三种模式:一是刑法典,二是单行刑法,三是附属刑法。其中,刑法典规定的是普通犯罪,绝大多数是自然犯,而单行刑法规定的是特定主体、特定地域或者特定领域的犯罪,至于附属刑法规定的基本上是法定犯。因此,从世界各国的刑法规定来看,法定犯主要规定在附属刑法。附属刑法是指规定在经济行政法规中的刑罚法规,例如侵犯专利犯罪规定在《专利法》中,侵犯商标犯罪规定在《商标法》,侵犯专利犯罪和侵犯商标犯罪就属于典型的法定犯。然而,我国刑法采用了统一刑法典的立法模式,除了刑法典以外,没有附属刑法,甚至单行刑法较为罕见。所有犯罪都毫无例外地规定在刑法典之中。在这种情况下,刑法典就成为法定犯和自然犯共同的载体。

我国刑法中的法定犯,主要分布在刑法分则第二章、第三章、第六章和第九章。其中,第二章规定的危害公共安全罪是以危险方法或者破坏手段构成的犯罪,都是自然犯,但在责任事故犯罪中存在某些法定犯。第三章规定的经济犯罪基本上都是法定犯。第六章规定的社会管理秩序犯罪包含了一定数量的法定犯。第九章规定的渎职罪,存在某些法定犯。因此,从我国刑法分则的规定来看,除了第三章经济犯罪都是法定犯,其他章节规定的犯罪同时包括法定犯和自然犯。例如,在刑法分则第六章第七节走私、贩卖、运输、制造毒品罪中,大多数是自然犯,但包含个别法定犯。《刑法》第350条规定的非法提供麻醉药品、精神药品罪,就属于法定犯。该罪的主体是依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品、精神药品的人员,在该罪的构成要件中,包含了违反规定这一构成要件的规范要素。这里的违反规定,就是违反国家麻醉药品、精神药品管理法规的规定。

我国刑法对自然犯和法定犯在立法的时候,还是注意将其区分的。在某些情况下,立法机关甚至对同一种行为,根据是否违反行政法规,分别设立自然犯和法定犯。例如《刑法》第 125 条规定的非法制造、买卖枪支罪是自然犯,而《刑法》第 126 条规定的违规制造、销售枪支罪则是法定犯,它以违反枪支管理规定为前提。

四、法定犯的构成要件复合性

法定犯作为一种犯罪,在司法实践中应当依照刑法和行政法规的规定进行认定。然而,犯罪论体系在法定犯的认定中具有方法论的意义。因此,法定犯的认定应当以犯罪论体系为指导。笔者主张三阶层的犯罪论体系,根据三阶层的犯罪论体系,犯罪成立条件可以分为构成要件该当性、违法性和有责性,其中,构成要件该当性是最为基础和最为重要的成立条件。法定犯之区别于自然犯,主要就表现在法定犯的构成要件具有复合性。因此,本文对法定犯的构成要件双重构造进行刑法教义学的分析。

(一)法定犯构成要件的规范要素

法定犯的构成要件规范要素是指违反法律或者行政法规。以行政违法性作为构成犯罪的的前提条件,因而考察行政违法性对于法定犯的认定具有十分重要的意义。对于法定犯的行政违法性,一般在刑法分则条文中都有明文规定,因而它是具体犯罪的构成要件要素,在刑法教义学中称为构成要件的规范要素,由此区别于构成要件的事实要素。大多数犯罪的构成要件,都是由事实性要素构成的,当然这里的事实性要素在通常情况下都是客观要素,在个别情况下还包括主观要素,例如目的、明知等。但在法定犯的情况下,其构成要件中不仅包含事实性构成要件要素,而且还包含规范性构成要件要素,这就是指违反行政法规的内容。构成要件的规范要素是构成要件中的评价性要素,其具有不同于事实性要素的特殊性。一般来说,刑法分则对法定犯构成要件规范要素的规定具有以下这些情形:

1.违反国家规定

违反国家规定是我国刑法中法定犯的构成要件规范要素常见的表述方法。例如《刑法》第 225 条关于非法经营罪的规定就采用了违反国家规定的表述,因为违反国家规定的范围较为宽泛,因而适合于非法经营罪这样具有一定的口袋罪特点的法定犯。对于这里的违反国家规定,我国《刑法》第 96 条做了明确定义,是指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。简言之,违反国家规定就是违反法律、行政法规的规定,至于地方性法规和国务院的部门规章都不属于国家规定的范畴。应当指出,国家规定可以分为命令性规定和禁止性规定。因此,这里的违反国家规定既

包括违反命令性规定,又包括违反禁止性规定。在违反命令性规定的情况下,构成不作为犯的法定犯;在违反禁止性规定的情况下,构成作为犯的法定犯。前者例如逃税罪,根据《刑法》第201条的规定,逃税罪是指纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的行为。因此,逃税罪的本质是不履行纳税义务,逃避缴纳税款,属于不作为的法定犯。后者例如走私国家禁止进出口的货物、物品罪,根据《刑法》第151条第3款的规定,走私国家禁止进出口的货物、物品罪是指走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品的行为。该罪违反的是进出口的禁止性规定,因而属于作为犯的法定犯。

2.违反国家具体规定

违反国家具体规定是指违反国家的某个领域或者行业的规定。相对于违反国家规定的表述,违反国家具体规定更为明确具体。例如,我国《刑法》第228条规定的非法转让、倒卖土地使用权罪,刑法明文规定违反土地管理法规。全国人大常委会2001年8月31日还专门对这里的违反土地管理法规做了立法解释,指出:违反土地管理法规是指违反土地管理法、森林法、草原法等法律以及有关行政法规中关于土地管理的规定。由此可见,这里的土地管理法规是广义上的而不是狭义上的土地管理法。随着上述立法解释对土地管理法规进行扩张解释,本罪土地使用权的范围也有所扩大,不仅是指农用地的使用权,而且包括林业用地和草原用地的使用权,因而本罪构成范围也随之扩张,对本罪的认定带来重大影响。

3.违反行政许可

行政许可是由法律和行政法规所设定的,因而违反行政许可,实际上就是违反国家规定。具体地说,违反某个领域或者行业的行政许可,就是违反某个领域或者行业的法律规定。在法定犯的构成要件规范要素中,违反行政许可是一个较为复杂的问题。根据《行政许可法》第2条规定,行政许可是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。我国《行政许可法》中的行政许可一般可以分为普通许可、特许、认可、核准和登记。在这些行政许可中,和法定犯有关的主要是普通许可和特许这两种情形。其中,普通许可是指行政机关经过审查确认自然人、法人或者其他组织是否具备从事特定活动条件的活动。根据《行政许可法》第12条第1项的规定,直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项,应当设定的是普通许可。根据《行政许可法》第12条第2项的规定,有限自然资源开发、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项,应当设定的是特殊许可,简称为特许。一般许可和特许这两种行政许可的性质与功能都是不同的:一般许可的功能在于控制危险,它是一种事前监督管理的方式,通过设定一定的准

入条件,增加某种经济社会活动的安全性。而特许的功能在于配置资源,同时具有保护国家对某些资源的垄断,从而达到对资源配置的行政干预。由此可见,普通许可和特许在性质上是不同的。普通许可只是单纯对某种社会行为或者经济行为的适格性审查,只要具有一定的条件,都会获得许可。但特许则具有分配资源的内容,因而存在数量限制。我国学者曾经对特许的物权属性进行了阐述,指出:“特许是行政机关基于其对资源的所有或垄断而将资源的开发使用权或经营权有偿出让给组织或个人的许可。无论是自然资源、公共资源的使用权还是涉及公共利益的特定行业的排他经营权都是具有财产权性质的权利,因此,特许是国家向组织或个人出让财产权利的许可行为。”^{〔15〕}由此可见,违反普通许可行为具有破坏国家管理秩序的性质,而违反特许行为则在破坏国家管理秩序的同时,还具有侵犯国家或者他人财产权的性质。在刑法中,对于上述两种行为都设置了相关罪名。例如,违反特许的规定就有非法采矿罪。根据我国《刑法》第 343 条的规定,非法采矿罪是指违反矿山资源法的规定,未取得采矿许可证擅自采矿,擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿,或者擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种,情节严重的行为。在上述犯罪的构成要件中,立法机关不仅规定了违反矿山资源法的规定,而且明确规定了未取得采矿许可证,因而是一种未经行政许可的采矿行为。采矿许可是一种特许,非法采矿罪侵犯了国家对矿山资源的特许制度,因而被规定为法定犯。在我国刑法中,违反普通许可被规定为犯罪的情形也是常见的,例如非法行医罪。《刑法》第 336 条的规定,非法行医罪是指未取得医生执业资格的人非法行医,情节严重的行为。根据 2008 年 4 月 20 日最高人民法院《关于设立非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条的规定,这里的“未取得医生执业资格的人非法行医”是指具有下列情形之一:①未取得或者以非法手段取得医师资格从事医疗活动的;②个人未取得《医疗机构执业许可证》开办医疗机构的;③被依法吊销医师执业证书期间从事医疗活动的;④未取得乡村医生执业证书,从事乡村医疗活动的;⑤家庭接生员实施家庭接生以外的医疗活动的。因此,非法行医罪中的各种行为都以未经许可从事医疗活动为其内容。值得注意的是,我国《刑法》第 225 条规定的非法经营罪,虽然在其构成要件中包含违反国家规定的规范要素,但具体的非法经营行为,都具有违反行政许可的性质。例如第 1 项是未经许可从事专营、专卖或者限制买卖物品的非法经营行为,第 3 项是未经许可从事证券、保险等金融业务的非法经营行为。在一定程度上可以说,非法经营罪成为违反行政许可行为的刑事处罚则。

(二) 法定犯构成要件的事实要素

在构成要件事实要素上,法定犯和自然犯之间存在一定的差异。自然犯的行为具有伦理

〔15〕 王克稳:《行政许可中的特许权的物权属性于制度建构研究》,法律出版社 2015 年版,第 22 页。

违反性,因而其构成要件的事实要素通常都是十分明确的,立法机关在罪状中对此具有具体的描述。因此,自然犯的构成要件事实要素往往采用叙明罪状。例如,《刑法》第259条规定的破坏军婚罪,是指明知是军人的配偶而与之同居或者结婚的行为。这一罪状对破坏军婚罪构成要件的客观要素和主观要素都做了具体描述,为该罪的司法认定提供了明确的法律根据。

法定犯的构成要件不同于自然犯,由于存在规范要素,因而立法机关对其构成要件的事实要素往往采用空白罪状,甚至采用堵截的构成要件,致使在法定犯的构成要件事实要素的司法认定上依赖于行政法规的内容。法定犯的空白罪状可以分为两种情形:

1. 部分空白的构成要件

在某些法定犯的立法中,构成要件虽然采用了空白罪状的立法方式,但其构成要件事实要素并非完全空白,而是规定了部分构成要件事实要素。例如我国《刑法》第133条规定的交通肇事罪,是指违反交通管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。在该罪的构成要件中,立法机关规定了违反交通管理法规这一规范要素,对构成要件事实要素则只规定了结果,而最为重要的构成要件行为则付阙如。因此,这是一种部分空白的构成要件,需要根据违反交通管理法规的具体内容进行填补。

2. 完全空白的构成要件

完全空白的构成要件是指法定犯的构成要件表现为兜底条款,这是一种全部空白的构成要件。例如《刑法》第225条规定的非法经营罪,除了第1项“其他限制买卖物品”,第2项“其他法律、法规规定的经营许可证或者批准文件”等部分空白构成要件以外,立法机关还在第4项规定:“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。这是一种兜底条款,即完全空白构成要件,属于堵截构成要件的典型立法例。我国学者在评论非法经营罪的构成要件时指出:“堵截构成要件是刑法的概念,源自德语‘Auffangtatbestand’或‘Aufgreiftatbestand’,本意是为堵截刑法规范列举、描述无法充类至尽而在刑法中予以概括规定的内容。该构成要件具有堵塞拦截犯罪人逃漏法网的功能,是立法上对未尽事宜所进行的技术性处理,表现为概括性的字眼或泛化的文义,允许在较大范围内进行解释。非法经营罪的堵截构成要件涵盖了不同的兜底性特征,具有复杂性和更强大的堵漏功能。”^[16]这种堵截构成要件的规定与罪刑法定原则之间存在一定的紧张关系,如果处理不当,兜底条款就会成为一个无底洞,也就是我们通常所说的口袋罪。因此,对于法定犯来说,如何在发挥兜底条款的堵截功能,同时又能够有效限制空白构成要件的边界,这是一个需要智慧和技术的难题。

当前在我国司法实践中,非法经营罪的第4项如何与《行政许可法》衔接就是一个值得关

[16] 王安异:《非法经营罪适用问题研究》,中国法制出版社2017年版,第94页。

注的问题。在 2003 年颁布了《行政许可法》以后,我国在法律和行政法规中设定了大量的行政许可,数量在几十、甚至上百个。如果违反这些行政许可的行为都纳入《刑法》第 225 条第 4 项规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”这一兜底条款之中,则非法经营罪就会变成涵括了数十种、甚至数百种行为的口袋罪,这是难以想象的。对此,必须加以严格限制。在行政许可中,主要可以区分为普通许可和特许这两种类型。其中,普通许可,又称一般许可,是指对申请人无特殊限制、特定要求,申请人的申请符合法定条件的,有关机关就应发放许可证批准其申请的行政许可。而特许,也称为特别许可,是指当事人除了要符合一般的法定条件以外,还对申请人又特别限制的许可。^[17]显然,这两种行政许可在性质上是有所不同的,违反上述两种许可构成犯罪的条件也不同,不能等同视之。

特许制度中的特许权具有物权属性,我国学者指出:“在特许许可中,受特许人取得的是本不属于自己的权利,因此,如果未获特许而从事了特许项下的活动,其行为不仅从形式到实体都是违法行为,应受到行政甚至刑事处罚,而且还是侵犯国家所有权的行。”^[18]因此,我国刑法对违反特许的行为通常都规定为犯罪,例如《刑法》第 341 条第 1 款规定的非法采矿罪,就是违反矿山开采特许权的行为,其构成要件是违反矿产资源法的规定,未取得采矿许可证擅自采矿,擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区采矿,或者擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种。由此可见,该罪具有实体上的违反性,因而刑法规定为犯罪。除此以外,《刑法》第 225 条第 1 项、第 3 项规定的非法经营行为都具有违反特许的性质。因此,违反特许的非法经营行为认定为《刑法》第 225 条第 4 项的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,这是没有问题的。然而,违反普通许可行为是否一概认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,则值得考量。我认为,普通许可是否属于非法经营行为,应当根据不同情况区别对待。普通许可存在形式违反和实质违反之分。所谓形式违反是指符合普通许可的条件,只是没有申请行政许可而从事某种活动的,这是一般违反行政管理秩序的行为,不可能具有实质的法益侵害性,不能认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。即使是不符合普通许可条件而且没有办理行政许可而从事某种活动的,也不能简单地认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,而是应当考察是否具有实质上的法益侵害性。如果没有实质的法益侵害性,同样不能认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。这里还应当指出,违反行政许可本身只是非法经营罪的构成要件规范要素,而不

[17] 参见应松年主编:《行政许可法教程》,法律出版社 2012 年版,第 35 页。

[18] 王克稳,见前注[15],第 36 页。

能等同于该罪的全部构成要件,因此在司法认定中,应当进一步考察非法经营的具体行为及其对市场秩序造成的社会危害性。

五、法定犯的行政从属性

在法定犯的构成要件中,包含违反行政法规的内容,在这个意义上,也可以将法定犯称为行政犯。应该说,法定犯中包含了行政要素。在一定意义上说,在法定犯的情况下存在行刑竞合,即行政违法和刑事犯罪的竞合。^[19]这种行刑竞合现象也可以说是在法定犯的构成要件中植入了行政要素,因而不同于自然犯构成要件的单一构造,法定犯的构成要件属于行政要素和刑事要素相结合的复合构造。

(一)行政从属性的概念

这里存在一个法定犯的行政从属性问题。我国学者认为,行政从属性是指从属于行政法规或行政行为的性质。而法定犯的行政从属性是指在判断犯罪成立与否时,需要依附、根据、参考相关行政法规的规定或行政行为的实施。简言之,即犯罪行为的认定取决于行政规范或行政行为。^[20]对于法定犯来说,行政从属性是客观存在的,只有承认行政从属性才能科学地揭示法定犯的性质。

法定犯中的行政法是前置法,只有违反前置法的行为,才有可能进入刑法的评价。因而,法定犯具有的行政从属性表明它的罪与非罪的性质在一定程度上取决于行政法规。在对行政法的司法认定中,行政法规的内容对于法定犯的构成要件行为的性质判断具有重要意义。这里应当指出,行政法规是根据一定时期的经济目的制定的,具有较强的政策性,因而就会随着经济政策的变更而发生变化。行政法规的变更对于法定犯的犯罪性质会带来重大影响。例如我国原《合同法》规定了公司注册资本实缴制,因而《刑法》第159条将违反《合同法》关于注册资本实缴制的规定,虚假出资或者抽逃出资的行为规定为犯罪,这就是虚假出资、抽逃出资罪。然而,根据新修订的《公司法》和全国人大常委会立法解释,自2014年3月1日起,除依法实行注册资本实缴登记制的公司以外,对于申请公司登记的单位和个人改为注册资本认缴登记制。在这种情况下,对于实行注册资本认缴登记制的单位和个人,就不再存在虚假出资和抽逃出资的问题。随着《合同法》的修订,虚假出资、抽逃出资罪的前置法规定发生重大变化,受到这一变化的影响,虚假出资、抽逃出资罪的范围仅限于依法实行注册资本实缴登记制的公司,而实

[19] 关于行刑竞合案件的刑法解释,参见蔡道通:“体系解释与目的限缩:行刑竞合案件解释规则研究”,《南京师大学报(社会科学版)》2020年第3期,第116—126页。

[20] 参见刘夏:《犯罪的行政从属性研究》,中国法制出版社2016年版,第9页。

行注册资本认缴登记制的公司发起人、股东就不再构成该罪。这就是我国学者所说的因为失去行政违法的前提而实质上被除罪化。^{〔21〕}这是法定犯认定中,行政从属性的生动写照。

(二)刑法的独立性和从属性

法定犯的行政从属性中,可以引申出刑法与其他部门法之间的关系问题。刑法在整个法律体系中的地位是十分独特的,其他部门法之间都是根据其所调整的社会关系的性质划分的,例如行政犯调整具有隶属性质的主体之间的社会关系,例如政府与公民之间的管理与被管理的行政关系。而民法则调整具有平等关系的主体之间的民事关系,例如公民之间的财产关系。而刑法在一定意义上说,是其他部门法的制裁规范,它没有独立的调整对象,而以犯罪与刑罚为其内容。刑法所规定的犯罪行为,都是违反其他法律法规,因为具有严重的法益侵害性因而被作为犯罪进行刑罚处罚。因此,刑法与其他部门法不是平行的并列关系,而是前后的位阶关系。刑法总是居于其他部门法之后,对其他部门法规范的效力起到强制维持的功能。因此,关于刑法与其他部门法的关系,就存在刑法从属性和刑法独立性这两种不同的观点。

刑法独立性说认为,不能将刑法简单地归结为其他法律的制裁措施,当一个法律规范因规定了刑事制裁而成为刑法规范时,它就与其他刑法规范结成一个整体,该规范的适用对象和范围,都要随着刑法特有的性质和需要而变化。刑法从属性说则认为,作为制裁措施,刑法规范的确具有增强其他法律规定的禁止性命令的作用。为了能理性地防止在刑法方面滥用立法权,必须对实际上是否有必要规定刑事制裁进行评估,或者说必须坚持刑法的辅助性原则。^{〔22〕}现在刑法学界的通说是刑法独立性说,尽管刑法与其他法律之间存在密切的关联性,但还是认为刑法对犯罪的规定具有独立于行政法规的性质。

那么,刑法的从属性和独立性与行政从属性之间又是什么关系呢?换言之,刑法独立性说是否意味着对行政从属性的否定?笔者认为,刑法的从属性和法定犯的行政从属性是两个不同的范畴,因此,刑法的独立性和从属性与法定犯违法性判断的从属性和独立性也是两个不同的命题,不能混为一谈。刑法的独立性还是从属性是就附属刑法规范的法归属感而言的:它究竟是属于刑法规范还是所在的行政法规规范。刑法独立性说认为附属刑法属于刑法,而刑法从属性说则认为附属刑法属于行政法,这是一种附属刑法的归属之争。而法定犯的行政从属性则是指法定犯的行政违法性应当根据其所违反的行政法规的内容进行判断。因此,刑法独立性说也并不排斥在法定犯中存在行政从属性,这是在刑法独立性框架下的行政从属性。由此可见,刑法独立性和行政从属性都是相对而不是绝对的,它们并非势不两立。

〔21〕 参见孙国祥:“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57页。

〔22〕 参见(意)杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第4页。

(三)行政从属性的功能

法定犯的行政要素对于法定犯来说具有限制机能。因为法定犯以行政违法性为前提,因而行政要素具有限制入罪的机能,它将那些没有违反行政法规的行为或者情节轻微的行政违法行为排除在犯罪之外。在行政法规中,一般都有刑事责任追究的提示条款,对于法定犯具有犯罪标识作用。在存在行政违法性的情况下,行政要素具有对法定犯构成要件的规制机能。行政法规为法定犯的认定提供了行政违法标准,从而充实法定犯的构成要件。因此,法定犯的行政从属性从功能上可以分为消极的行政从属性和积极的行政从属性。

1.消极的行政从属性

法定犯消极的行政从属性也可以称为出罪的从属性,即没有违反行政法规,就不能构成法定犯。在这个意义上,法定犯的成立具有对行政法规的依赖性。对此,我国学者指出:“行政犯以行为违法作为刑法前置法的行政法律规范存在为前提,因此,行政犯的刑事不法就必然依赖于行政不法的规定作为基础。表现之一就是,如果在前置法中,没有行政不法的规定,那么,经济犯罪的行政犯认定就没有基础。”^[23]就法定犯而言,其所违反的行政法规对于犯罪成立具有至关重要的作用。但不能反过来说,只要违反行政法规就一定构成法定犯。一个违反行政法规的行为,是否构成法定犯,还是应当根据刑法和司法解释的规定。就法定犯的行政从属性而言,只能说,如果没有违反行政法规,就不可能构成法定犯。正如德国学者指出:“法秩序仅仅承认统一的违法性概念。在各个部门法的领域里所不同的,只是违法行为的法律效果。因此,合法化事由也应当是从整体法秩序中归纳出来的。法秩序的统一性(Einheit der Rechtsordnung)原则是适当的。”^[24]这就是所谓法秩序统一原理。不可能说,某一行为在行政犯上是合法的,在刑法中却是犯罪。例如,以转让公司股权的方式转让土地使用权的行为,公司法上对此并没有禁止性规定,因而是合法行为。在这种情况下,就不能把这种转让行为认定为《刑法》第228条规定的非法转让土地使用权罪,否则就违反了法秩序统一原理。正如周光权教授指出:“民事审判上的通行观念是公司股权转让与作为公司资产的土地使用权转让系两个独立的法律关系,现行法律并无强制性规定禁止房地产项目公司以股权转让形式实现土地使用权或房地产项目转让的目的。基于法秩序统一性原理,在刑事司法上就不能无视民法立场和公司法律制度,对于以股权转让方式转让土地使用权的行为,不能认定为非法转让倒卖土地使用权罪。本罪的适用范围必须严格限定为股权转让之外的、行政法规上严格禁止的非法转

[23] 王克稳,见前注[15],第36页。

[24] (德)汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第438页。

让倒卖土地使用权的行为,从而对本罪的客观构成要件要素进行限制解释。”^[25]在这个意义上说,行政法规具有限制法定犯入罪的机能。即使某一行为在行政犯上是违法的,也不能直接构成法定犯,还要根据刑法和司法解释的规定进行独立判断。例如,具有香烟销售许可的人员跨地域或者超品种销售香烟,是否属于违反烟草管理法规的行为,就应当根据具体的烟草管理法规进行判断。而且,还要结合相关司法解释进行评判。上述具有香烟销售许可的人员跨地域或者超品种销售香烟是违反烟草管理规定的,但对于这种行为,2011年5月6日最高人民法院《关于被告人李明华非法经营案请示的批复》指出:“被告人李明华持有烟草专卖零售许可证,但多次实施批发业务,而且从非指定烟草专卖部门进货,属于超范围和地域经营的情形,不宜按照非法经营罪处理,应由相关主管部门进行处理。”这一规定对于正确理解本案的违反行政管理法规具有重要指导意义。

2. 积极的行政从属性

法定犯积极的行政从属性也可以称为入罪的行政从属性,是指法定犯的构成要件具有对其所违反的行政法规的依赖性,这就是构成要件从属性。^[26]如前所述,在法定犯的构成要件中存在规范要素,即违反行政法规。因此,行政法规在一定程度上形塑了法定犯的构成要件。而且,法定犯构成要件中的概念也应当依照行政法规进行解释,这是所谓概念上的从属性。当然,概念从属性也存在例外,例如我国刑法中信用卡的概念就和金融法规中信用卡的概念不同。只有在法律或者司法解释对此明文规定的情况下,才能做这种不同的理解,否则法定犯的概念必须遵从行政法规的理解。法定犯还往往采用空白构成要件的立法技术,这种空白构成要件需要行政法规予以填补。因此,行政法规起到填补规范的功能,只有通过这些填补规范,才能真正地了解该犯罪构成的全部要件——这就是所谓空白刑法之立法技术,^[27]这是法定犯的构成要件从属性的应有之义。

六、法定犯的行政认定

法定犯的犯罪构成要件行为具有专业性,这一点完全不同于自然犯。因此,在法定犯的构成要件认定上,相关主管的行政部门具有一定的话语权。在法定犯的认定中,一般都存在着所谓行政认定。这里的行政认定,是指行政部门在刑事诉讼中向司法机关移送或者出具的、对案件专业性问题的结论或者意见。行政认定成为指控犯罪的根据之一。

[25] 周光权:“非法转让土地使用权罪研究”,《法学论坛》2014年第5期,第25页。

[26] 关于行政从属性的分类,参见刘夏,见前注[20],第19—32页。

[27] 刘夏,见前注[20],第21页。

(一)行政认定的概念

行政认定是一个行政法的概念,但其行政法上的归属并没有定论,反而是在刑事诉讼法中对此讨论较为热烈。在有关司法解释解释中,例如,2014年3月15日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第1条是关于行政认定问题的规定,指出:“行政部门对于非法集资的性质认定,不是非法集资刑事案件进入刑事诉讼程序的必经程序。行政部门未对非法集资作出性质认定的,不影响非法集资刑事案件的侦查、起诉和审判。”这里的行政认定就是指行政部门对行政违法行为的性质认定,这一司法解释明确了司法机关对非法吸收工作存款罪的认定不以行政认定为前置条件。

行政认定在行政法中属于行政确认。^[28]所谓行政确认是指行政主体依法对一定的法律事实、法律关系、权利、资格、法律地位等加以甄别,最终将某种原本不明确的事实或状态予以明确的行政行为。^[29]因此,行政确认是行政部门对某种事实或者状态加以确认的一种行政行为,具有一定的行政效力。在司法实践中,行政认定所确认的事实及其性质具有专业性和权威性,对于司法机关认定法定犯具有重要意义。例如,《道路交通安全法》第73条规定:“公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘验、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论,及时制作交通事故认定书,作为处理交通事故的证据。交通事故认定书应当载明交通事故的基本事实、成因和当事人的责任,并送达当事人。”这里的交通事故认定书,就是对交通事故的责任所作的一种行政认定。如果该交通事故涉嫌交通肇事罪,公安机关就会将交通事故处理材料,连同具体事故认定书一同移送检察机关和审判机关,它对于交通肇事案件的审理具有重要作用。

应当指出,对于行政认定的范围,我国学者在理解上存在分歧。有些学者认为,刑事领域应将行政认定限定为行政主管部门为解决相关刑事案件中的专业性问题而出具的认定意见。此类行政认定的特点在于不属于行政主管部门依职权必须做出的事项,只是应司法机关的要求或下级单位的请求而提出的认定意见。^[30]笔者认为,这个行政认定概念对行政认定做了较为狭窄的界定,并不符合司法实践情况。

(二)行政认定的种类

行政认定可以分为依职权的行政认定和依请求的行政认定。在行政法中,行政确认根据

[28] 对行政认定能否等同于行政许可中的行政确认,在刑事诉讼学者中存在不同观点,反对的观点参见刘玫、胡逸恬:“行政认定的证据能力——依刑事庭审实质化为视角”,《甘肃政法学院学报》2018年第6期,第136页。

[29] 应松年,见前注[17],第7页。

[30] 参见李莹,见前注[8],第186页。

行政机关是否主动进行,可分为依职权的确认和依请求的确认。^{〔31〕}因此,在司法实践中,刑事诉讼中的行政认定包括两种情形:第一种是行政部门在前期行政执法过程中形成的对案件事实认定的结论,这就是依职权的行政认定。第二种是行政部门应司法机关要求对涉及刑事案件的法律问题所提供的专业意见,这就是依请求的行政认定。

1.依职权的行政认定

依职权的行政认定,是指行政部门在行政执法活动中,基于其职权而做出的行政认定。例如公安交通管理部门在办理交通事故案件中,根据《道路交通事故处理办法》第17条的规定,具有对道路交通事故责任认定的职责。^{〔32〕}因此,交通管理部门做出的《交通事故认定书》是交通管理部门依职权做出的行政认定。此外,在走私案件的刑事诉讼中,用以证明被告人偷逃税款金额的主要依据是海关出具的《涉嫌走私的货物偷逃税款核定证明书》(以下简称《核定证明书》)。该文件列明了涉案货物应缴税款数和漏缴税款数,其附件《计核资料清单》则详细罗列了用以计算涉案走私货物逃税金额的各项要素,以及据此计算核定的逃税总金额,如果法院认定该份证明书的效力,则将根据该《核定证明书》确定的逃税金额对被告人进行定罪量刑。因此,该《核定证明书》属于依职权的行政认定。对应依职权的行政认定,在刑事诉讼中同样应当进行实质审查,只有这样才能保证刑事判决的公正性。

2.依请求的行政认定

依请求的行政认定,是指司法机关在办理刑事案件过程中,就案件涉及的专业问题,向相关行政部门进行咨询,行政部门根据司法机关的要求提供解答性意见,这种意见具有行政认定的性质。这种解答一般可以分为对行政违法事实和行政违法性质所做的认定。

第一,行政违法事实的行政认定。

刑事程序中的行政认定,较为常见的是对行政违法事实的行政认定。例如在涉及证券犯罪的刑事案件中,证券监督管理部门就相关专业问题,例如“价格敏感期”“内幕信息”“知情人”等事实问题出具的认定函。此外,在重大责任事故犯罪中,安全生产主管行政部门经过事故调查以后做出的责任事故认定书,也属于事实性的行政认定。

第二,行政违法性质的行政认定。

在司法实践中,司法机关往往就某些行政违法的性质,向相关行政部门进行咨询,这种解

〔31〕 参见姜明安主编:《行政犯与行政诉讼法》(第2版),北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第285—286页。

〔32〕 同上注,第282页,注释①。

答虽然可以作为司法机关办理刑事案件的参考,然而并没有拘束力。例如于润龙非法经营案,^[33]被告人于润龙在未获取黄金经营许可证的情况下大量收购、贩卖黄金。在案件审理期间,国发[2003]5号文件取消了黄金收购许可制度。为此,当地公安机关请示到公安部,公安部办公厅就现阶段如何认定非法经营黄金行为向中国人民银行办公厅发函征求意见。2003年9月19日中国人民银行办公厅对公安部办公厅发出的《(关于对“非法经营黄金行为”现阶段如何认定的函)的复函》(银办函[2003]483号),提出三点意见:“一、中国人民银行发布的《关于调整携带黄金有关规定的通知》(银发[2002]320号)不适用于个人。二、国发[2003]5号文件后,企业、单位从事黄金收购、黄金制品生产、加工、批发、黄金供应、黄金制品零售业务无须再经中国人民银行的批准。三、《中华人民共和国金银管理条例》与国发[2003]5号文件相冲突的规定自动失效。但在国务院宣布《中华人民共和国金银管理条例》废止前,该条例的其他内容仍然有效。”正是参照上述复函,一审法院对于润龙做出了有罪判决。二审判决则认为,国务院发布的国发[2003]5号文件,取消了中国人民银行关于黄金经营许可证的规定。按照现行规定,其经营对象不属于“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”,不构成非法经营罪,因而改判上诉人于润龙无罪。^[34] 从于润龙非法经营案可以看出,中国人民银行办公厅对公安部办公厅《(关于对“非法经营黄金行为”现阶段如何认定的函)的复函》在一审判决中,对于本案性质的认定起到了重要作用,成为有罪判决的主要根据。然而,这一意见并没有被二审法院所采纳,二审判决对取消黄金收购许可制度对非法经营罪成立的影响做出了独立的司法判断,因而于润龙才被改判无罪。因此,在法定犯的认定中,相关行政部门虽然对行政违法性质具有一定的确认权,至于最终是否采纳,还是应当由司法机关自主决定。

(三)行政认定的证据效力

关于行政认定在刑事诉讼中的证据归属,在我国存在争议。司法机关一般将行政认定归属于刑事证据中的书证,而学者则倾向于将行政认定归属于言词证据,确切地说是言词证据中

[33] 于润龙非法经营案,参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考(总第92集)》,法律出版社2014年版,第39—46页。

[34] 在该案中,于润龙被判无罪以后,多次上访要求返还被扣押的黄金。吉林市相关部门要求复查此案,决定由吉林市中级人民法院启动再审程序。再审一审法院(丰满区人民法院)经再审认为,被告人于润龙构成非法经营罪。再审一审判决后,检察机关以量刑畸轻为由提出抗诉,于润龙以其无罪为由再次向吉林市中级人民法院提起上诉。再审二审法院(吉林市中级人民法院)审理查明的事实与再审一审查明的基本一致。经审理,再审二审法院基于与原二审裁定基本相同的理由,改判再审上诉人于润龙无罪。

的意见证据。^{〔35〕} 值得注意的是,我国学者陈瑞华教授则完全否定行政认定在刑事诉讼中的证据效力。基于行政不法事实与刑事不法事实的层次性理论,陈瑞华教授认为行政机关在“认定函”中所认定的专业意见,经常涉及对“案件事实”的认定,它们所依据的通常都是公安机关等方面提交的案卷材料。这些案卷材料只是公安机关的一面之词,并且都属于传来证据材料,无法在证据能力和证明力方面接受全面的审查和验证。更何况,行政机关不可能采取司法裁判的方式,给予行为人一方提出证据、进行质证和作出辩解的机会。通过这种书面的、秘密的和间接的证据审查方式,行政机关就作出不利于行为人的“行政认定函”,这既无法保证所认定的“案件事实”的真实性,也难以维护认定函出具程序的公正性。^{〔36〕} 陈瑞华教授的以上观点具有一定的合理性和正当性。因为这种行政认定具有明显的控方证据的特点,是为指控犯罪提供支撑的。如果不经严格审查和质证而被法院直接采用,就会使得法定犯的刑事审判完全形式化,这对于被告人来说是有失公允的。

这里涉及行政权和司法权的关系问题,值得进行深入考察。行政权和司法权是两种不同的国家权属,具有不同的性质。对于行政违法的认定和处罚,这当然是行政权的应有之义。行政机关在行政执法活动中发现某种行政违法行为已经构成犯罪的,应当及时移送司法机关处理。^{〔37〕} 如果徇私舞弊不移交,则可能构成我国《刑法》第 402 条规定的徇私舞弊不移交刑事案件罪。当然,行政执法活动中发现刑事案件而移交司法机关,可以分为两种情形:第一种情形是行政执法部门没有进行行政处罚而直接移交;第二种情形是行政执法部门对行政违法行为进行行政处罚以后再移交。在第一种直接移交的情况下,因为行为已经超越了行政违法的界限而构成犯罪,因而随着司法权直接介入,案件进入刑事程序。在第二种行政处罚后再移交的情况下,前期的行政处罚必然会对司法认定产生一定的影响。然而,司法权是一种独立于行政权的判断权,它并不受行政权的约束。无论是对行政法规的理解还是对案件事实的认定,司法机关都应当进行独立审理和裁判。本文在前面提及司法解释关于行政部门未对非法集资作出性质认定的,不影响非法集资刑事案件的侦查、起诉和审判的规定,表明司法活动对于行政权的独立性。因此,在对法定犯的审理过程中,在行政执法部门已经做出行政处罚的情况下,对行政违法的事实和性质的认定,都不能成为司法机关认定法定犯的直接根据。否则,司法机关对法定犯的审理就会沦为对行政执法结果的简单确认,这是应当避免的。

当然,对于行政认定也要具体分析,例如在行政案件办理过程中形成的某些行政认定,例

〔35〕 参见刘政、胡逸恬:“行政认定的证据能力——依刑事庭审实质化为视角”,《甘肃政法学院学报》2018年第6期,第137页。

〔36〕 陈瑞华:“行政不法事实与犯罪事实的层次性理论”,《中外法学》2019年第1期,第90页。

〔37〕 关于法定犯的司法衔接问题,参见郭晶,见前注〔7〕,第133—152页。

如交通事故认定书等,以及作为行政执法结论的行政处罚决定书,都对行政违法事实做了认定,虽然它不能直接作为法定犯的刑事不法事实的认定根据,但对于法定犯的案件事实还是具有较大的参考性,对此还是应当归属于刑事诉讼的证据,只不过作为控方证据应当接受庭审的实质审查。

Abstract: Crime mala prohibita is a kind of crime corresponding to crime mala in re, which has the dual attributes of administrative illegality and criminal illegality. The so-called administrative illegality refers to the violation of administrative regulations, which is normative element of the elements of crime mala prohibita. Administrative regulations are preconditions of statutory crimes, and only if they violate administrative regulations can they constitute crimes. In this sense, crime mala prohibita has the nature that criminal law is subsidiary to administrative law. The criminal illegality means that the elements of crime mala prohibita are in line with the provisions of criminal law. In the judicial determination of legal offenders, we should not only refer to the provisions of administrative regulations, but also strictly in accordance with the provisions of criminal law. In the criminal procedure of legal offenders, the administrative determination of the administrative department is of great significance to the understanding of the normative elements of crime mala prohibita and the confirmation of the factual factors, but the judicial organ has the independence of the determination of crime mala prohibita. Only in this way can we avoid the formalization of the criminal procedure of the legal offence.

Key Words: Crime Mala Prohibita; Administrative Illegality; Criminal Law Subsidiary to Administrative Law; Administrative Determination

(责任编辑:车 浩)