

总主编 ● 顾肖荣 林荫茂



经济刑法研究丛书

J
I
N
G
J
I
X
I
N
G
F
A
Y
A
N
J
I
U
C
O
N
G
S
H
U

刑事领域中 法定犯问题研究

*Xingshi Lingyu Zhong
Fadingfan Wenti Yanjiu*

郭 晶 ● 著



黑龙江人民出版社

经济刑法研究丛书

总主编 顾肖荣 林荫茂

刑事领域中法定犯 问题研究

郭 晶 著

黑龙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事领域中法定犯问题研究/郭晶著. —哈尔滨:
黑龙江人民出版社, 2008. 12
(经济刑法研究丛书/顾肖荣, 林荫茂总主编)
ISBN 978-7-207-08106-3

I. 刑... II. 郭... III. 刑事犯罪—研究—
中国 IV. D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 208643 号

责任编辑:姜海霞

封面设计:于克广 张 涛

经济刑法研究丛书

顾肖荣 林荫茂 总主编

刑事领域中法定犯问题研究

Xingshi Lingyu Zhong Fadingfan Wenti Yanjiu

郭 晶 著

出版发行 黑龙江人民出版社
通讯地址 哈尔滨市南岗区宣庆小区 1 号楼
邮 编 150008
网 址 www.longpress.com
电子邮箱 hljrmcbs@yeah.net
印 刷 黑龙江神龙联合制版印务有限责任公司
开 本 880 × 1230 毫米 1/32
印 张 8.625
字 数 230 000
版 次 2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-207-08106-3/D · 1058
定 价 19.80 元

(如发现本书有印制质量问题,印刷厂负责调换)

本社常年法律顾问:北京市大成律师事务所哈尔滨分所律师赵学利、赵景波

摘 要

从现代社会行政管理职能的扩张和刑法调整的目的、方式的变化和发展出发,本文原以《刑事领域中行政犯问题研究》为题,以充分体现行政不法与刑事不法之区分以及由此产生的各类立法、司法问题的研究和解决。在撰写、修改过程中,由于考虑到文中所提的德、日刑法学中有关行政犯之概念与我国学界认识的有所不同,为将两者有所区分,因而更名法定犯为题,具体区别文中另作详述。但文中,有时为了突出行政不法与刑事不法的区分,尤其是在阐述行政刑法的归属等问题时,为了充分体现现代行政管理在刑法中的作用,仍有部分以行政犯代法定犯之称。对于德国学说中狭义行政犯概念,文章会有特别说明,除此之外,一般所指法定犯即为行政犯,反之亦然。

绪 论

一、问题的提出

今天,当一部新的电影大片上映时,无论如何都会有不少人期待廉价碟片的尽快面世,尽管这种碟片的名字就已经预示了它的法律评判:“盗版”。上世纪70年代,当长途贩运还作为投机倒把罪为法律所制裁时,似乎也没有多少人痛恨这些打擦边球致富的人,私下里还颇有些羡慕之心;本世纪初,风闻欧洲严查假冒名牌时,人们私下打趣:“这些东西不要带出国去,免得出了丑”;而新近当一项税务登记制度颁布后,真正完全自觉登记的人似乎也是凤毛麟角……

社会的发展使得行政的管理不断扩张,但社会思维逻辑和法律思维逻辑的混杂却令司法不甚混沌:一方面假冒伪劣产品不绝于报端,公司虚假出资、抽逃出资,证券业违规披露、不披露重要信息等等行为司空见惯;另一方面司法的惩治徘徊无力,往往一个新罪多番论证,举棋难定,更多的新罪名,因为前无古人,后无来者,没有明确的解释,司法机关少有敢为天下先者。一方面是司法机关案源稀少,行政处罚俯仰皆是;另一方面,犯罪的可以判处缓刑,无罪的倒要劳教数年。一方面,新的犯罪不断突破刑法框架,刑法修正案、司法解释、解释的解释都赶不上变化、翻新的犯罪花样;另一方面,大量的罪名,长期赋闲,从未动用,即便是司法考试,也可以放心地跳过,这些连考试都不需要复习的罪名,实践中更是千年等一回。

刑法将何种行为确定为犯罪,是由刑法的目的决定的。但面对

经济不断发展后,刑法实践中出现的上述种种现象,有一个问题似乎越来越明显:即现代刑法中,有一类犯罪与传统的暴力型犯罪有着众多的差异,无论是对其社会危害性的衡量还是对犯罪人人身危险性的评判都有着独特的一面,而这种独特也引发了对该类犯罪的定罪、量刑和刑罚制裁的进一步思考,产生了种种刑法理论上的争议。在博士学习期间,曾经将这些实践中的问题和偶发的感想与导师交流,在导师的鼓励下,选择了从这个角度进行进一步的探讨。自选择这一课题以来,才深刻地体会到研究之艰难,虽勉力而为,也只能初涉一隅。

自然犯(刑事犯)与法定犯(行政犯)的区别,早在19世纪便引起了无数的争论。自加罗伐洛(Garofalo)^①在刑事学上展开了行政犯的概念起,这一概念随着自然法思想共同成长,并同自然法思想一样受到批判,始终没有明确的界定。在现代行政管理的加大功能下,法定犯涉及行政法也涉及刑法,但行政法与刑法的不同目的,决定了既不能将行政法的目的当作刑法的目的,也不能将行政法禁止的结果作为刑法禁止的结果。因此,法定犯(行政犯)的立法始终与其性质之争相伴成为一个首要的问题在德、日刑法学中展开。我国台湾地区的众多学者也对此倾注了大量的笔墨。

由于历史的原因,我国大陆法学界对法定犯(行政犯)问题研究得较晚。理论上开始注意到法定犯和行政刑法等问题是在1989年国际刑法学协会第14次大会召开之后,这次会议的情况综述发表在《中国法学》1990年第1期上,行政刑法的有关信息也随之介绍到国内。1990年4月,当时中南政法学院的张明楷教授主编了《行政刑法概论》,开启了这一领域研究之先河。1992年浙江大学卢建平教授在西安召开的中国刑法学研究会年会上提交了《论行政刑法的性质》一文,对行政刑法的沿革和性质进行了详细的介绍与论述。之后,陆续有学者开始关注这一问题,先后出现了一些有关的论文:如

^① 有关于加罗伐洛的行政犯理论,在绪论第二节中详解,此处不赘述。

张明楷的《行政刑法辨析》、周佑勇、刘艳红的《试论行政处罚与刑法处罚的立法衔接》、匡科的《行政刑法研究》、郭润生、刘东生的《行政刑罚基本问题初探》等,其中,黄河的博士论文《行政刑法比较研究》、李晓明著的《行政刑法学》从行政刑法的角度进行了立法性的探讨。黄明儒的博士论文《行政犯比较研究——以行政犯的立法与性质为视点》较为详细地介绍了德、日有关行政犯问题的学说,同时,也以行政犯立法为视点,对行政犯的立法提出了建言。此外,本世纪以来陆续有一些学述论文和学位论文在论述各个不同的问题时,偶有提及行政犯问题,但总体来说,真正系统性地以法定犯(行政犯)为研究对象的论述仍不多见,从法定犯的性质入手对行政犯的立法与司法、程序法与实体法进行整体融合性、一体化研究。

二、研究的范围与方法

我国在很长一段时间内的法律虚无主义和全民尚法精神的不足,也使法定犯的司法在我国社会中具有其不同于大陆、英美法系的特殊性,法定犯的立法与司法间的衔接这个独特的难题,成为行政刑法实施落实的瓶颈。这也决定了在我国对于法定犯的研究,如果仅仅固守在立法理论中探讨,只能是从理论到理论的反复与重组,不能切实解决实践的困难。如何在我国社会的历史文化背景下,既体现行政犯理论的精髓,又使法定犯的理论研究和实践中的立法、司法相贯通,以真正体现这一研究的现代法制意义和学术价值,是本文撰写中一直面对的难题。

因为前述种种原因,在论文的撰写过程中,无论是资料的收集还是理论的探讨,常有举步维艰之感。在导师和诸多师长、同学的倾力帮助、鼓励之下,几经反复,最终选择了以一个司法者的立场,从法定犯的概念、性质的理论之争出发,将法定犯的立法、司法和刑罚置于刑事一体的视野之下,结合实体和程序对之进行分析、研究。以法定犯立法的实施为基点,采用了多视角考察,一体化分析的方法,对法

定犯的概念界定、性质认识、立法模式、司法途径、刑法总则规定及刑罚设计等问题提出了独立的见解。

文章在研究法定犯诸问题时,注重结合我国经济、社会的发展,避免在论述中以理论为出发点和归宿点,侧重于将法定犯理论与目前我国司法实践相结合,借助比较研究(收集各类相关的文献资料,加以整理、归纳、分析,通过德、日、台湾地区的相关法制为参考,进行比较研究)、历史研究(对行政犯的立法例之沿革检视,对其演进过程分析,逻辑演绎)和实证分析(对行政犯的立法、司法中的问题进行综合分析、评判)等方法,解决以下两个方面的问题:

一是立法与司法的融合问题。立法结果完全被司法所应用,在我国而言仍有一段漫长而艰难的道路。尽管司法的能力和水平在不断地提高,但离理想的境界尚十分遥远。法定犯的性质所附生的特殊性,落实在立法上只是第一步,而司法在事实上的落实,才是正确处理这类犯罪的关键,也是刑法目的真正实现的基石。关注先进的立法,罔顾落后的司法,是我国法定犯司法实践中的关键问题,如何协调这一问题,使我国行政刑法在符合法定犯性质、特征的基础上,得以全面的实施,是本文所关注的一个重要问题。

二是实体法与程序法的衔接问题。纵观行政犯的研究,往往在德、日立法论和解释论的基础上,以行政犯的实体法之立法为重点。但我国司法实践长期以来“重实体、轻程序”的弊病在行政犯的司法实践中却成为一个突出的问题。法定犯作为现代社会发展的产物,其在刑事司法理念和实践上的要求必然要体现在刑事程序法上。拥有现代的实体,缺乏现代的程序,也是法定犯的司法面临的又一问题。如何在刑法实践中,使法定犯的司法程序与实体要求相结合,合理地组织对犯罪的反应,是本文关注的又一重点。

以上几点思路,是本文在写作中竭力体现和尝试的方向,基于学术上功力所限,未必可以完成所愿,努力抛砖唯祈可尽学术研究之本分。

目 录

绪论	(1)
一、问题的提出	(1)
二、研究的范围与方法	(3)
第一章 法定犯的概念	(1)
第一节 法定犯与行政犯的辨别	(2)
一、行政犯概念的源起	(3)
二、法定犯与行政犯的关系	(5)
三、我国的法定犯、行政犯概念	(16)
四、相对时空下的法定犯概念的界定	(20)
第三节 法定犯问题研究的意义	(24)
一、法定犯问题研究的质疑	(24)
二、行政犯问题研究的现实意义	(29)
第二章 法定犯性质问题研究	(45)
第一节 法定犯性质学说综述	(46)
一、立法论学说	(46)
二、解释论学说	(55)
第二节 法定犯性质的评判	(60)
一、中国学者对德、日学说的评判	(60)
二、时空限定、动静结合的质量区别说	(63)
第三节 法定犯性质的立法影响:行政刑法的界域	(67)

刑事领域中法定犯问题研究

一、行政刑法的产生和发展	(67)
二、行政刑法的界域之争	(70)
第四节 法定犯性质的司法影响:刑事不法与行政不法的 划分	(79)
一、德国法院的判例	(79)
二、瑞士联邦最高法院判例	(80)
三、中国台湾地区的判例	(80)
第三章 法定犯立法问题研究	(82)
第一节 法定犯的立法控制	(83)
一、法定犯立法的适度性和二次调整的体现	(86)
二、法定犯立法的明确性和空白刑法规范	(91)
第二节 法定犯立法模式选择	(100)
一、各国立法模式比较	(100)
二、我国法定犯立法模式分析	(103)
三、我国法定犯立法模式选择	(106)
第四章 法定犯司法问题研究	(114)
第一节 法定犯司法解释问题	(114)
一、我国法定犯司法解释现状	(114)
二、法定犯司法解释途径	(123)
第二节 法定犯司法衔接问题	(133)
一、法定犯司法衔接现状	(133)
二、法定犯司法衔接不畅的原因	(139)
三、法定犯司法衔接基础:检察官客观义务的行使	(142)
四、法定犯司法衔接途径:司法行政信息共享平台的 建立	(145)
第三节 法定犯司法处理问题	(152)

一、法定犯“事实上的非犯罪化”与“轻刑化”的必要性	(152)
二、法定犯“非罪化”、“轻刑化”的基础	(154)
三、法定犯“非罪化”、“轻刑化”的途径	(158)
第五章 法定犯刑法适用问题	(163)
第一节 法定犯罪的成立和分类	(163)
一、法定犯的成立	(163)
二、法定犯的分类	(164)
第二节 法定犯主体问题	(167)
一、监督过失责任的适用	(167)
二、法人犯罪的实践问题	(169)
三、执行命令行为的界定	(175)
第三节 违法性认识问题	(177)
一、违法性认识起源和学说比较	(177)
二、法定犯违法性认识的适用评判	(182)
第四节 严格责任问题	(186)
一、严格责任在法定犯罪中的意义	(186)
二、法定犯严格责任的适用评判	(189)
第五节 法定犯适法时效问题	(192)
一、空白刑法的限时法之争	(192)
二、法定犯司法解释的适用时效问题	(197)
第六章 法定犯刑罚问题研究	(203)
第一节 行政刑罚概念和种类	(204)
一、行政刑罚的概念	(204)
二、行政刑罚的种类	(206)
第二节 行政刑罚与行政处罚的衔接	(209)
一、行政刑罚与行政处罚的关系	(210)

刑事领域中法定犯问题研究

二、行政刑罚与行政处罚的衔接	(211)
第三节 我国行政刑罚制度的完善	(217)
一、逐步减少、废除死刑	(218)
二、全面完善自由刑	(223)
三、合理分立资格刑	(230)
四、明确罚金刑标准	(232)
五、重视非刑罚处理	(236)
六、设置保安处分	(237)
参考文献	(241)
后 记	(260)

具来本类人五财

通,罪罪

第一章 法定犯的概念

法定犯概念的提出最早可以追溯到古罗马法。古罗马法将古希腊伦理学中的恶性理论适用于对犯罪的理解,确立了自体恶(mala in se)与禁止恶(mala prohibita)两种不同的犯罪类型。及至近代,英国的布莱克斯通和意大利的加罗伐洛等人所倡导,认为刑事犯是一种不待法律规定的“本质恶”,而行政犯则是一种源自于法律禁止规定而产生的“禁止恶”,其中明显包含古罗马法中自体恶的内容,在此基础上形成自然犯与法定犯的两分法。^① 布莱克斯通在其著作《英国法释义》结论第65节中指出:“关于自然义务以及像自体恶的罪行方面;这里我们是受良心拘束的,因为在那些人类法律出现以前,我们受更高法律拘束来行为与不行为。关于另外一些法律,它们只命令实在义务并只禁止像不是自体恶的而只是禁止恶的事情,其中并无道德罪行的任何掺杂,对违抗行为加以刑罚;这里我认为,在我们违反这些法律时,除了命令刑罚外,并不进一步涉及良心方面。”^②

真正在刑事法理论上正式提出这一对范畴并加以系统阐述的是意大利著名刑事人类学派的代表人物之一——加罗伐洛(Garofalo)。加罗伐洛对自然犯与法定犯在刑事学上进行了展开,认为违反诚实与怜悯的本来感情的,是自然犯;以此与根据立法才认为犯罪的法定

① 参见黄河《行政刑法比较研究》,中国方正出版社2001年版,第87页;陈兴良《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第172页。

② 黄河:《行政刑法比较研究》,中国方正出版社2001年版,第87页下注。

犯相区别。他在《犯罪学》中指出:所谓自然犯是以缺乏人类本来具有的爱他感情中最本质的怜悯之情和诚实的行为为内容的犯罪,而所谓法定犯则是由立法所规定实质犯罪,所以犯罪应该以自然犯为中心。^①即自然犯无需依赖法律的规定,以本来应受社会伦理非难的行为为内容;反之,法定犯可以认为以由于法律禁止才成为非难的对象的行为为内容。这种区别,在德国法中大多分为刑事犯与行政犯,在法国法中大多分为自然犯与法定犯。^②基于当时的自然法思想,认为根据自然法应当受到处罚的行为是自然犯,违反与自然法规规范无关的国家制定的法的行为是法定犯。^③自加罗伐洛提出自然犯与法定犯的观念后,这一观念随着自然法思想共同成长,并同自然法思想一样受到批判,始终没有明确的界定。

第一节 法定犯与行政犯的辨别

在论述法定犯的概念时,首先必须提出和解决的是与其有着十分紧密联系的另一概念,即行政犯(Verwaltungsstraftdelikt)。从我国目前刑法学通说理论看,大多学者认为行政犯与法定犯是两个等同的概念,“在自然犯与法定犯的区分上,德国主要使用的是刑事犯与行政犯(警察犯)的概念;意大利主要使用的自然犯与法定犯的概念;日本则将自然犯与刑事犯、法定犯与行政犯基本等同起来。不过这只是用语上的不同,没有实质的区别”。^④可见,行政犯与法定犯的交融结合之紧密,或者说,在一定程度上几乎是作为等同的。^⑤但如果真正从法定犯与行政犯的原始产生和其各自成立之本意看,实际

① [日]大塚仁著,冯军译:《论犯罪论的基本问题》,国政大学出版社1993年版,第18页。

② 马克昌著:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2003年版,第97页。

③ [日]福田平:《行政刑法(新版)》日文版,有斐阁1987年版,第3~5页。

④ 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年版,第350页。

⑤ 关于我国学界对这一对概念的理解是相同概念的认识问题,将在后文作详述。

上这两者存在着一定的区别,它们分别产生于不同的比较层面:

一、行政犯概念的源起

行政犯的概念是在刑事犯与行政犯的区分过程中产生出来。18世纪,德国由于警察活动范围的扩大,产生了由行政官厅(警察官厅)行使刑罚权的必要性,这种实际需求,导致形成了作为警察官厅的刑罚权对象的“警察犯”概念的诞生。著名学者如冯·费尔巴哈(Von Feuerbach)等学者多致力于阐明警察犯之含义及范围界限。费尔巴哈认为,所谓警察不法,非指违法行为,其成立仅仅是因为国家目的间接作用的结果,同时,这种要求也是国民原本在法律上所能做到的,故其第一义为法规侵害。由他起草的德国第一部刑法,即1813年《拜伦王国刑法典》第2条第4款内引用了其观点。^①尽管理论上还存在很大争论,但19世纪的德国法学基本上形成了“警察刑法”的概念。19世纪之初德意志各联邦如拜耶(Bayern)、吴登保(Wuttenberg)、巴登(Baden)、黑森(Hessen)、布朗胥尔(Braunschweig)、汉洛威(Hannover)皆先后制定警察刑法法典。

1810年法国《刑法》根据行为的轻重程度,以其法律后果为区分,将犯罪行为区分为违警罪(Contravention)、轻罪(delit)、重罪(crime),即:法律科以警察刑(Penis de police)者为违警罪,法律科以矫治刑(Penis correctionnelles)者为轻罪,法律科以报应刑(peines afflictive)或辱刑(Peines infamante)者为重罪。1871年的德国刑法承袭法国刑法,也将犯罪区分为违警罪、轻罪与重罪,1871年的德国联邦《刑法》第360条以下皆属违警罪之规定,“依照此法的规定,违警罪的法律效果包括自由刑、罚金刑与拘役,均属刑事刑罚而非行政处罚。因此,使那些在伦理上并没有重要性的违警行政,也共归于刑之

^① 黄明儒:《行政犯比较研究》,法律出版社2004年版,第97页及下注。

不法的领域”^①。之后,“百余年间,虽经多次删改,而截至1974年以前,依稀尤是本来面目”。因而,在德国刑法中“多年以来此种警察犯乃成为普通犯罪之一部分”^②。

从理论层面看,费尔巴哈以后的学者,大多提出警察犯与刑事犯的区别问题。进入20世纪后,由于各国的行政管理范围逐步扩大,行政职能不断增强,于是频繁制定行政法,违反行政法的行为也大量出现,反对将违警罪列入刑法之内的呼声开始浮现。这一时期的学者如李斯特等人,认为警察犯是抽象危险犯,是单纯违反命令的行为;弗兰德(Reinhard Frand)提出,警察犯通常是对法益产生危险,发生偏差的情况下也会出现针对法益以外的东西的情况,所谓警察犯就是对法益产生抽象危险行为,或由于违反公共秩序而加以处罚的行为;^③考斯特宁(Kostlin)也指出,刑事犯是指对法益造成侵害的犯罪,警察犯则是对法益造成危险的行为;此外,还有学者从法律保护的客体的判别来区分刑事犯和行政犯,如宾丁(Binding)提出,刑事犯以侵害或者威胁一定的法益为实质,警察犯则以对法规的单纯不服从实质;希密特则从社会伦理的价值判断上认为刑事犯可以说是一种“伦理的不法”,而行政犯只是违反行政规章,其实质并不是针对社会伦理的基本价值所为的不法,所以不具有社会伦理道德的非难性。^④另外,美籍奥地利学者凯尔森(Hans Kelsen),从纯粹法学的理论作区分,认为“立法者为了对某种行为赋予制裁,就一定会首先认为一种行为是有害的,是一个恶行(malum)。然而在规定制裁之前,这个行为并不是法律意义上的,并不是不法行为。自体恶(mala

① 林山田:《行政不法与刑事不法》,载《台湾刑事法杂志》第20卷第2期,第47~48页。

② 韩忠谟:《行政犯之法律性质及其理论基础》,《国立台湾大学法学论丛》1990年第10卷第1期,第11~12页。

③ 参见[日]须贝修一《行政犯与刑事犯》,转引自黄明儒《行政犯比较研究》,法律出版社2004年版,第97页。

④ [台]林山田:《经济犯罪与经济刑法》,台北三民书局1981年版,第116~117页。

in se)是没有的,有的只是禁止恶(mala prohibita),因为一个行为只是受禁止的,才是一个恶行(malum)”^①。至1902年,在第26届德国法学者会议(26. DJT)上,李斯特提出的鉴定报告与法学者卡尔所提出的专论,以及1909年召开的第29届德法学者会议(29. DJT)上,学者葛莱斯所提的专论,均认为违警罪系属秩序违反行为,建议立法者将违警罪自刑法法典中提取出来。^②但这些建议未获当时的刑法案所采纳。

关于刑事犯与行政犯的区别,虽然学者不断努力在理论上厘清,但在实践中却相当困难。历经第一次、二次世界大战,情况并无改变。对于行政犯明确设定定义规定的立法例,首推德国1968年5月24日公布,并于1987年重新修正公布的《秩序违反法》(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)。其第1条开宗明义规定:“违反秩序之行为,系指该当可处以罚鍰的法律构成要件之违法与可责之行为。”然而,法规上形式的定义,却无法解决,立法者在何种情况之下,对于一项违法的行为,应该规定处以刑罚或者处以行政罚,甚至均不予处罚?其判断有何理论上的依据,等等。实际上,关于行政犯的概念争端仍没有一个统一的说法。

二、法定犯与行政犯的关系

(一)德国有关学说比较

德国对自然犯与法定犯的区分存在非常多的学说,概括起来可以分为以下几类:

1. 根据法益的关系区分二者的学说有三种:(1)考斯特林(Ko-stlin)等人认为,自然犯是指侵害法益的犯罪,法定犯是指威胁法益的犯罪。(2)霍斯纳 Holschner 等人认为,侵害法益或者给法益造成

① 凯尔森著,沈宗灵译:《法与国家的一般理论》,中国大百科全书出版社1996年版,第57页。

② 林山田:《行政刑法与行政犯辨正》,载《法令月刊》第40卷第9期,第19页。