



中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2009年 第2卷 [总第16卷]

刑法评论

CHINESE CRIMINAL LAW REVIEW

赵秉志 主编

生命科技犯罪与生命行政违法行为的界分 熊永明

劳动刑法：分析框架与概念厘定 姜涛

质疑通说在共同犯罪成立条件上的主张 杜文俊 陈洪兵

当代中国刑事政策论纲 周玉华

澳门回归十年刑事立法的回顾与

新中国成立60年刑法司法解释体制之演进及走向 利子平

“疏而不漏”是罪名配置的原则 王仲兴

犯罪定型：金融欺诈 vs 金融诈骗 刘远

贿赂犯罪立法完善的几个问题 李希慧 徐光华

刑事审判理论研究的方向、目标、重点和方法 张军

论量刑规范化机制之科学构建 侯建军 韩芳丽



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学会刑法研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2009年 第2卷 [总第16卷]

刑法评论

赵秉志 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论. 2009 年. 第 2 卷: 总第 16 卷 / 赵秉志主
编. —北京: 法律出版社, 2009. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0260 - 6

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—研究—丛刊
IV. ①D914. 04 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 242926 号

刑法评论 2009 年第 2 卷(总第 16 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2009 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 24.25 字数 362 千

印次 2009 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0260 - 6

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

刑法评论

2009 年第 2 卷(总第 16 卷)

顾问 高铭暄 马克昌 王作富 储槐植

编辑委员会主任 赵秉志

编辑委员会委员(以姓氏音序为序)

陈兴良 陈泽宪 黄京平 贾宇 柯良栋

郎胜 李洁 李希慧 刘宪权 莫洪宪

曲新久 张军 朱孝清

主编 赵秉志

副主编 张军 陈兴良

主编助理 刘志伟

执行编辑 刘科

编辑 王俊平 刘科 郭理蓉(英文)

理论前沿

生命科技犯罪与生命行政违法行为的界分 / 熊永明	1
劳动刑法:分析框架与概念厘定 / 姜 涛	24

学术争鸣

质疑通说在共同犯罪成立条件上的主张 / 杜文俊 陈洪兵	47
-----------------------------	----

专题论坛

当代中国刑事政策论纲 / 周玉华	68
慎刑、轻刑是宽严相济刑事政策的重要价值取向 / 王 勇	82
澳门回归十年刑事立法的回顾与展望 / 赵国强	88
新中国成立 60 年刑法司法解释体制之演进及走向 / 利子平	107
死缓制度之立法与司法完善研讨 / 买国园	121
“疏而不漏”是罪名配置的原则 / 王仲兴	141
犯罪定型:金融欺诈 vs 金融诈骗 / 刘 远	157

立法研究

单位犯罪罚金刑研究 / 王 琼	178
贿赂犯罪立法完善的几个问题 / 李希慧 徐光华	189
侵犯著作权犯罪立法完善的障碍 / 左坚卫	213

司法实务

刑事审判理论研究的方向、目标、重点和方法 / 张 军	223
论量刑规范化机制之科学构建 / 侯建军 韩芳丽	231
酌定量刑情节若干问题研究 / 吴 声	240
组织、领导传销活动罪若干问题研究 / 袁 彬	250

国际刑法

国际刑法视域中“理性预期”的可能与局限 ——以国际刑事判决为切入点 / 蒋 娜	260
--	-----

域外法治

加拿大有组织犯罪立法会否符合其在《反跨国组织犯罪公约》 和《反贩运人口、反走私移民议定书》 框架下的国际义务? / Eileen Skinner 著 王水明 黄宁琳 译	273
美国的私刑传统及其对死刑的影响 / 郑延谱	309

全国刑法学术年会

中国法学会刑法学研究会 2009 年全国学术年会在昆明召开 / 张 磊	318
共创刑法学研究事业的新局面 ——中国法学会刑法学研究会 2009 年学术年会开幕致词 / 赵秉志	321
刑法及其理论的历史传承与实践发展 ——中国法学会刑法学研究会 2009 年学术年会综述 / 赵秉志 等	333
中国法学会刑法学研究会第六届理事会增补理事和秘书 / 程 实	377

CONTENTS

Theoretical Frontier

- Discriminating Crimes and Administrative Offences Concerning
Life Technology / *Xiong Yongming* 1
- Criminal Law Concerning Labor Field: Analyzing Framework
and Concept Defining / *Jiang Tao* 24

Academic Discussion

- Questioning the Common Opinion on the Requisites of Joint
Offence / *Du Wenjun & Chen Hongbing* 47

Forum of Special Topics

- Study on Contemporary China's Criminal Policy / *Zhou Yuhua* 68
- Prudential and Light Punishment: An Important Value of the
Criminal Policy of Punishment Combining Leniency and
Harshness / *Wang Yong* 82
- A Review of Criminal Legislation in Macao since 1999 and the
Prospect / *Zhao Guoqiang* 88
- Evolution of China's Criminal Judicial Interpretation System
since 1949 and Future Trend / *Li Ziping* 107
- Study on Improving the Legislation and Justice on Reprieve of
Death Penalty / *Mai Yuanyuan* 121
- On the Principle of Rigour in Establishing the Accusations /
Wang Zhongxing 141

The Types of Crimes: Financial Fraud and Financial Defraud / <i>Liu Yuan</i>	157
---	-----

Study on Legislation

Study on the Penalty of Fine for Unit Crimes / <i>Wang Qiong</i>	178
Some Issues on the Legislation Improvement on Bribery Crimes / <i>Li Xihui & Xu Guanghua</i>	189
Obstacles to the Legislation Development on Crimes against Copyright / <i>Zuo Jianwei</i>	213

Issues in Judicial Practice

Orientation, Aim, Emphasis and Method of the Theoretical Study on Criminal Justice / <i>Zhang Jun</i>	223
Establishing a Scientific System on Standardization of Sentencing / <i>Hou Jianjun & Han Fangli</i>	231
Some Issues on the Extenuatory Sentencing Circumstances / <i>Wu Sheng</i>	240
Study on the Crime of Organizing or Leading the Pyramid Selling / <i>Yuan Bin</i>	250

International Criminal Law

The Possibility and Limit of the "Rational Expectation" in the International Criminal Law: From the Perspective of the International Criminal Verdicts / <i>Jiang Na</i>	260
--	-----

Law outside China

Does the Organized Crime Law of Canada Accord with the Obligations in the Framework of U. N. Convention against Transnational Organized Crime & Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons? / <i>Eileen Skinnier (Canada)</i> , Translated by <i>Wang Shuiming & Huang Ninglin</i>	273
--	-----

Lynch in the United States and Its Influence on Death Penalty / <i>Zheng Yanpu</i>	309
---	-----

Nationwide Criminal Jurisprudence Annual Conference

2009 Nationwide Criminal Jurisprudence Annual Meeting was Held in Kunming / <i>Zhang Lei</i>	318
Speech on the Inauguration of 2009 Nationwide Criminal Jurisprudence Annual Conference / <i>Zhao Bingzhi</i>	321
Summary of the Essays in 2009 Criminal Jurisprudence Annual Conference / <i>Zhao Bingzhi etc.</i>	333
The Criminal Jurisprudence Institute of Law Society of China Elected New Directors and Secretary / <i>Cheng Shi</i>	377

理论前沿

● 生命科技犯罪与生命行政违法行为的界分

熊永明*

生命科技犯罪与生命行政违法行为^①属于两种性质不同的行为;但由于法律本身规定的复杂性、社会生活的多变性等各种主客观原因,两者之间容易混同,因而有必要对之作出正确区分。这既有利于在立法上保持生命科技刑事立法与生命行政法律法规之间的协调,也有利于司法实践准确适用法律,从而做到不枉不纵。

一、界分的意义

虽然生命科技犯罪与生命行政违法行为具有不同的性质,但无论在理论上还是实践中都不易界定,为此有必要对此作出正确区分。其区分的意义主要有三:一是利于协调好生命科技犯罪与生命行政违法行为之间的关系,二是利于廓清司法实践适用上的困惑,三是利于确立不同的社会心理感应。

* 南昌大学法学院副教授,法学博士。

本文系2008年国家法治与法学理论研究项目《现代生物科技发展及其刑法规制》(项目编号:08SFB2023)的阶段性成果。

① 简而言之,生命行政违法行为是指生命行政法律关系主体违反行政法律规范,依法应该受到处罚的行为;而生命科技犯罪(又名生物科技犯罪)是指严重危害生命科技法律关系和生命科技社会秩序,依法应该受到刑罚处罚的行为。生命科技犯罪包括传统卫生犯罪(初级形式)与现代生命科技犯罪(高级形式)两大类;其中,我国刑法分则第6章第5节对传统的卫生犯罪作了集中规定,但对诸多新型生命科技犯罪却未作规定。随着生命科学技术在社会生活上的广泛运用,近来出现了商业代孕、人体器官买卖、非法医药实验以及制造生物武器等种种新的犯罪现象。虽然如此,但本文对生物科技犯罪的使用建立在应然的意义,即不仅包括传统意义上的卫生犯罪,还包括现代生物科技犯罪。

2 刑法评论2009年第2卷(总第16卷)

(一) 利于妥善处理两者之间的法律关系

生命科技犯罪与生命行政违法行为本来是两类性质截然不同的行为。生命科技犯罪是具有严重社会危害性的刑事违法行为,而生命行政违法行为只是具有一定社会危害性的行为。生命科技犯罪的违法性建立在行政违法的基础上,行政违法是行政犯罪的前提,生命科技犯罪是行政违法的发展,两者之间互为关联和转化。为此有必要保证法律之间的协调统一,避免不同类别的规范性文件之间的矛盾和冲突,并注意法律部门之间的相互补充和相互配合。但目前我国在生命科技问题的立法规范之间存在诸多不协调之处,如根据我国《人体器官移植条例》第25条之规定:违反本条例规定,有下列情形之一的,构成犯罪的,依法追究刑事责任:(1)未经公民本人同意摘取其活体器官的;(2)公民生前表示不同意捐献其人体器官而摘取其尸体器官的;(3)摘取未满18周岁公民的活体器官的。可是我国现行刑法对于非法摘取他人器官的行为并没有作出规定,《人体器官移植条例》与刑法的规定无法衔接。这显然是我国刑法与生命科技法在生命科技规范问题上的一个明显冲突。

另外,从立法技术层面看,散在式立法与法典化立法之间在立法模式上的矛盾,也会加剧生命科技犯罪与生命行政违法行为之间在内容上产生冲突。如针对生命科技问题我国颁布了《人体器官移植条例》、《转基因食品卫生管理办法》、《人类精子库管理办法》和《人类辅助生殖技术管理办法》等大量行政法规,在相关法律责任部分几乎都单独设立了附属刑法条款;而现行刑法由于相对稳定,大量的刑事责任条款和行政刑法责任条款在刑法典中并无与之相对应的罪名,造成生命犯罪与生命行政违法行为之间的诸多不适。

法律条款的冲突和不协调直接导致法律适用上的困惑和无奈。为了更好地应对这种冲突和失调,保证法律适用的准确性和公正性,有必要正确界定生命科技犯罪与生命行政违法行为。从这个角度看,研究两者之间的界限具有较强的立法意义,利于廓清立法上的混乱状态,保持法律之间的协调一致。

(二) 利于解决司法适用上的困惑

立法上的失调和冲突,必然带来司法适用上的困惑和混乱,从司法实践来看,容易产生行政犯罪非犯罪化处理和行政违法行为犯罪化处理两

种过于极端的现象。区分生命科技犯罪和生命行政违法行为时,司法实践主要是依靠社会危害性程度的高低来作出区分;但由于这种程度的区分并不十分清楚,导致界限十分模糊,难以把握。例如,我国现行医疗犯罪不少条款使用“情节严重”、“后果严重”,来区分罪与非罪,但何为“情节严重”,何为“后果严重”并不明确,司法适用存在一定的难度;难免使得司法人员有时将违法行为作犯罪处理,或者将达到犯罪的行为作违法处理。出现上述“以罚代刑”或“以刑代罚”的现象,可以进行多方面的原因解读,单从制度和权力角度来分析,至少存在以下三个方面的缘由:^①

(1)法律上的缘由,即由于行政处罚权与刑罚权在国家权力分配上存在不清晰之处,导致在法律评价上出现灰色区域的重叠。如虽然“情节是否严重”是判别两种行为的界限之一,但情节的积累是否达到促使质变的程度完全依赖于人的观察和判断。由于掺杂了人的主观性,因而在判定是行政犯罪还是行政违法行为时出现难度。(2)职能重叠原因。公安机关具备治安管理处罚权限和刑事司法权限的重叠,一方面警察拥有治安行政管理和处罚的权限,另一方面其又有启动刑事立案和侦查的权限。虽然公安机关在履行其职责时,内部存在一定的分工,但是这种权力的内部划分并不十分清晰,因而不可避免地在一些案件的处理上,在是否应予刑事追究的判断上,产生运用治安处罚权还是刑罚权的选择和疑惑。公安机关往往可以利用自己较为宽泛的自由裁量权,作出某种案件是移送检察机关作为刑事犯罪处理还是不移送而留待自己内部消化。(3)行政处罚权的主动性和刑罚权的被动性。行政处罚权作为主动调整社会的力量往往具有主动性,并且行政违法调查的处罚往往都是由同一机关来行使;而基于刑法的谦抑性原理,刑罚权的行使往往是被动的,公安机关不移送案件,检察机关不起诉案件,法院往往无法行使自己的裁判权。公安机关不做饭,检察机关不送饭,审判机关往往无法吃顿饭。^②对于属于治安范围的犯罪而言,公安机关有权移送;而对于其他所谓行政犯罪而言,公安机

^① 以下参见时延安:“权力作用范围的交叉,还是规范评价的重叠——论行政处罚权与刑罚权纠葛之理清”,载戴玉忠、刘明祥主编:《犯罪与行政违法行为的界限及惩罚机制的协调》,北京大学出版社2008年版,第377~379页。

^② 我国时下的公、检、法三大机关之间的关系如同做饭、端饭与吃饭的关系。参见陈兴良主编:《法治的使命》,法律出版社2001年版,第11页。

关的立案侦查又有赖于其他行政机关的移送,可见其他行政机关又具有相当的行政处罚权。例如,对于妨害传染病防治的违法案件,达到犯罪标准时,卫生机关不移送给司法机关,司法机关则往往难于介入,因而实践中出现“以罚代刑”,仅仅以行政处罚作为终局性的责任追究形式也便不足为奇了。

司法实践中混淆两者界限的做法,无论在理论上还是实践上都是十分有害的;对此作出正确区分,有利于司法正确界分生命科技犯罪与生命行政违法行为,从而消解司法适用上的困惑。

(三) 利于确立不同的社会心理感应

由于两者性质的不同,社会公众对生命行政犯罪与生命行政违法行为的评价和感知也截然不同。对于生命科技犯罪,人们持强烈的否定和谴责态度,认为该行为罪过严重,社会不能容忍,犯罪人也自感罪过深重;而对于生命行政违法行为,人们只是持一般的否定态度,认为该行为只具有一般的过错,社会尚可容忍之。^① 由于如此,社会和公众尤其在乎一个行为是违法还是犯罪。对于社会而言,是违法还是犯罪是评价行为严重性与否的标尺;对于公众,特别是对犯罪人而言,是违法还是犯罪是他们能否做一个常态公民的条件,直接关乎其利益的增减损益。^② 生命科技犯罪与生命行政违法行为本来社会危害性大小不一,轻重有别,性质迥异,因而实践中混淆两者之间的界限,甚至颠倒犯罪与行政违法行为,处以完全相反法律责任的做法背离了人们的一般情感判断,混淆了人们对这两种行为的正常区分和判别。这既不利于人们正确认识和区分生命行政违法行为与生命科技犯罪,也不利于法律素养的生成。

二、界分的原则

正确区分生命科技犯罪与生命行政违法行为,首先必须确立界分两者的基本原则。从刑法学理的研究来看,学界对刑事不法和行政不法问题进行了较多阐述分析,并对刑事不法与行政不法的区分提出了界分原

^① 参见高铭喧、孙晓:“行政犯罪与行政违法行为的界分”,载戴玉忠、刘明祥主编:《犯罪与行政违法行为的界限及惩罚机制的协调》,北京大学出版社2008年版,第170页。

^② 参见林山田:“论刑事不法与行政不法”,载林山田:《刑事法论丛(二)》,1997年个人出版,第32页。

则:一是坚持侵害程度原则,认为构成刑事不法的行为侵害程度较重,而行政不法行为的侵害程度相对较轻,可以采取刑事手段之外的方式应对;二是伦理非价的原则,行政不法行为可以看成是比法定犯具有更低伦理关联性的不法行为,其侵犯的法益也关涉更少的社会伦理内容,或者说涵盖更少更低的社会伦理非价;三是刑法谦抑性原则,认为并非所有受到社会伦理谴责的行为都可以规定为犯罪,只有其他手段不充分的时候,才能动用刑法。^① 以上界分原则虽然是对罪与非罪的一般区分,但对于我们区分生命科技犯罪与违法行为却不无启示。我们认为,正确界定生命科技犯罪与生命行政违法行为必须坚持以下三项原则,即保障功能和保护功能协调一致的原则,公正和效率两者兼顾的原则以及司法介入的谦抑性原则。

(一)保障功能和保护功能协调原则^②

自古以来,刑罚作为一种凌驾于个人意志之上的国家权力,是达到保护社会秩序之目的的手段、工具。但刑法不单单是这样一种工具和手段,更重要的是要限制国家刑罚权的随意发动,防止刑罚权的随意滥用。换言之,刑罚的根本目的是保护社会秩序,但这却不是刑法的唯一目的。限制和控制刑罚以保障人权是刑法另外一个目的,而且也是刑法存在的根据。“刑法不仅要面对犯罪人保护国家,也要面对国家保护犯罪人,不单面对犯罪人,也要面对检察官保护市民,成为公民反对司法专横和错误的大宪章。”^③刑法要尽最大可能地保障个人自由,同时维护社会秩序的稳定;但在个人自由和社会秩序之间,即保障功能和保护功能之间,需要积极或者优先以个人自由或者说保障功能作为第一位的内容。刑法要尽可能少地强制维护社会秩序,尽可能多地保留公民的个人自由领域。就生命科技犯罪与生命行政违法行为之间的界分来看,刑法要尽可能少地介入生活,只有在生命行政违法行为难以调节某种社会关系时,刑法才介入

^① 参见刘涛:“刑事不法与行政不法论”,载韩玉胜主编:《刑法学博士论文精萃》(2007届),中国检察出版社2008年版,第267~268页。

^② 以下参见高铭喧、孙晓:“行政犯罪与行政违法行为的界分”,载戴玉忠、刘明祥主编:《犯罪与行政违法行为的界限及惩罚机制的协调》,北京大学出版社2008年版,第172页。

^③ [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第96页。

其中。具体来说,贯彻该原则,塑造、倡导刑法的人权保障观念,涉及刑事立法与刑事司法两个方面。在立法方面,立法机关必须树立以人为本的人本主义观念,科学地协调好打击犯罪与保障人权之间的矛盾,从制度层面上对社会保护和人权保障、国家刑罚权和公民个人权利之间划定一个合理的分界线;在司法方面,则必须彻底摒弃刑法单纯为政治统治服务的工具刑法观,树立国家刑罚权的自我制约意识。司法运作既要注意对公共安全和社会秩序的有效维护,也要注意对公民个人尤其是犯罪人应享有的合法权益的切实保障,做到社会保护与人权保障的有机结合,以实现社会正义这一刑法的根本价值追求。^①

(二)公正和效率两者兼顾的原则

公正和效率是现代法律孜孜以求的基本目标。一方面,法律是追求公正的,因而在界定生命科技犯罪和生命行政违法行为时,必须实事求是,既不能将本应上升为生命科技犯罪的生命行政违法行为定格在违法层面,也不能将本应按照生命行政违法行为处理的情形强行上升到犯罪领域,否则就会损坏法律的权威,损害人们的公平正义感,使得行政法律规范和刑事法律规范难以正确规制人们的行为,也使得行政违法行为和行政犯罪的界分变得没有意义。另一方面,在追求公正时,还必须兼顾效率。社会、经济发展的日新月异,信息时代必须讲求效率,行政程序的特点便在于便捷、经济、高效,国家行政机关在有效的单位时间内可以以较少的人力、物力和财力,较好地办理更多的事情。这样可以做到节约资金、精简机构,缩短时限,提高办事效率。行政效率原则的贯彻可以减少行政机关与公民、法人和其他组织之间产生的摩擦,还可以有效地管理好社会,促进社会的进步和发展。司法程序的精巧设计存在运行缓慢、耗资庞大、资源高昂等方面的不足。由于刑事制裁方法的成本高于行政制裁的成本,为了达到社会资源使用效益的最大化,国家必然会将大量的不法行为划分为行政不法领域,使用成本相对较低的行政制裁方法,使其在整体上发挥出最大的效能;反之,如果社会整体资源较为丰富,国家拥有足够的资源以成本相对较高的刑事制裁方法处理不法行为,那么国家就有

^① 参见高铭喧、赵秉志:“新中国刑法学研究的回顾与前瞻”,载高铭喧、赵秉志主编:《刑法论丛》(第4卷),法律出版社2000年版,第150页。

可能主要依靠刑事制裁手段。^①

效率与公平之间的冲突,是价值问题上的重大难题之一。任何牺牲公平求得效率或者追求效率而牺牲公平的片面做法都是错误的,过度的公平往往会损害效率,最后也就损害了公平本身;反之,如果效率优先,又会使得机遇更难于平均分配,贫富分化的加剧势必必然,公平无疑会受到某种程度的损害。我们认为,法律需要确认效率优先,坚持发展的前提;同时法律还必须坚持公平,以自己特别的方式来保证和维护社会的公平,使得社会既有效率又有公平。^② 效率与公平并重的原则,首先落实在立法上,立法确立好生命科技犯罪与生命行政违法行为的范围,司法实践中对之作出合理界分才具有可能性。

(三) 刑法谦抑性原则

刑法谦抑性是指对于已经确定为犯罪的行为,如果以较轻的刑事责任方式足以抑制某种犯罪行为,足以保护合法权益,就不要用较重的刑事责任方式。^③ 具体而言,刑法谦抑性包括刑法的经济性、刑法的最后性、刑法的有限性和刑法的宽容性内容。刑法是抗制犯罪的重要手段,但不是唯一的手段,也不是决定性的手段。即使行为侵害或威胁了他人的生活利益,也不是必须直接动用刑罚。可能的话采取其他社会统治手段更为理想,只有在其他社会统治手段不充分时,或者其他社会统治手段不够强烈,有使用刑罚的必要时,才可以动用刑罚。

生命科技犯罪本系行政不法行为,因其具有与刑事不法相当的较高的法益侵害、行为危险和伦理可责难性,立法者才基于刑事政策的考虑,并根据相当性原则和刑事不法的应受刑罚性的判断标准而将其犯罪化。因此,行政不法行为的犯罪化仍然应当恪守刑法最后手段性或者刑罚不可避免原则的要求。立法者只能选择那些对社会具有较大的社会危害性、危及社会根本生存条件的行为规定为犯罪,并予以刑罚处罚,以显示

^① 参见刘涛:“刑事不法与行政不法论”,载韩玉胜主编:《刑法学博士论文精萃》(2007届),中国检察出版社2008年版,第270页。

^② 参见卓泽渊:《法的价值论》,法律出版社1999年版,第210~211页。

^③ 参见张明楷:《刑法的基础观念》,中国检察出版社1995年版,第144页以下。

对刑事不法行为的严厉的否定评价。^① 在立法上确定某一违法行为的司法权与行政权的归属时,应当充分考察行政制裁力度是否足够,刑罚是否必须。如果通过行政制裁足以有效地维护社会秩序和保护法益,则应将其规定为行政违法行为;相反,如果值得动用刑罚,则必须上升到行政犯罪。行政刑法责任是行政犯罪的后果,在确定某人危害行政秩序的行为是否为行政犯罪时,一方面应当确认该行为是否具备相当严重的法益侵害性,另一方面还要看其行政刑法责任上的不可避免性,即如果不在行政刑法中予以严厉制裁,则不仅不足以有效地维护正常的行政秩序,而且不足以平衡社会矛盾。对此,我国学者概括地提出了“积极介入与适度介入”的原则。由于行政法规涉及一国的政治、经济、文化以及社会各个方面和领域的管理,刑事立法不能无所不包,但应该主动介入其中,将其中社会危害性达到相当严重程度,通过行政调整已经无法制止需要动用刑法手段去加以调整的行为作为行政犯罪处理,此为积极介入原则;另一方面,刑法对所涉及领域的深度和范围又必须适度控制,同时采取较为轻缓的处理方针。^② 当前对于生命科学领域中的器官移植、人体实验、辅助生殖以及基因重组等林林总总的新型行为,由于涉及人性尊严、生命健康、社会生命科学的变化甚至国家秘密安全重大问题,刑法需要主动介入其中;但同时,刑法的大量深度介入又在一定程度上会影响生物科技的发展,抑制现代科技的日新月异,甚至在一定程度上阻碍社会的发展变化,因而生命科学犯罪的设置必须保持适度,对大多数生命行政违法行为宜采取行政管理手段规制,少数严重的行政违法行为才可以设立为罪。

三、界分的相对性

从理论上来说,生命科学犯罪与生命行政违法行为由于具有不同程度的社会危害性和伦理可责性,因而可以对之作出区分。生命行政违法行为虽然具有一定的社会危害性,但是其严重性尚未达到犯罪的程度,并且具有较低或者不具有伦理的可责性;而生命科学犯罪具有较为严重的

^① 参见陈兴良:“刑法谦抑的价值蕴含”,载陈兴良:《当代中国刑法新视界》,中国政法大学出版社1999年版,第125页。

^② 参见陆伟、谢锡美:“论行政犯的相对性及其立法设计”,载戴玉忠、刘明祥主编:《犯罪与行政违法行为的界限及惩罚机制的协调》,北京大学出版社2008年版,第11页。