

体系解释与目的限缩:行刑竞合案件 解释规则研究

蔡道通

〔摘要〕 对于经济领域行刑竞合问题的行政犯刑事不法的判断,必须以行政不法为前提。包括“兜底条款”在内的行政规范与刑事规范,必须在法秩序统一的原则下,作体系性解释。体系性解释也应当包括行政法律、法规内部的一体性诠释,前置法中有类型化规定的情形,特别是有刑事责任条款与没有刑事法律后果的区别规定,刑事不法的认定必须给予基本的敬畏与尊重。刑法作为“二次法”,对于经济领域的行刑竞合案件的处理,特别具有理念的引领作用。行政规范的目的定位与刑事规范的目的指向有不同的旨趣,根据罪刑法定原则的要求,目的解释只应当作为出罪依据,而不能作为入罪理由,目的限缩应当是不符合规范目的的行刑竞合案件出罪化的根据,对于“兜底条款”的解释更是如此。

〔关键词〕 体系解释;目的限缩;行刑竞合;罪刑法定原则;法秩序统一性

一、问题与立场

近年来,“陆勇代购抗癌药品案”“王力军非法经营案”^①等曾经为公众关注的,既与行政违法有关又与刑事犯罪认定关联的行刑竞合案件,作为行政犯,尽管最终以行为人的行为不符合相关犯罪的构成条件而尘埃落定,但司法中类似的案件仍然频频发生,而其他案件的当事人却没有陆勇、王力军那样的幸运,大多被定罪处刑。其中“王力军非法经营案”就涉及“兜底条款”的适用问题。如果说,刑法是“二次法”,是第二次规范,那么作为行政犯的经济犯罪,则是最为典型必须体现着“刑法的二次规范性”“刑法的片段性”和刑法的“谦抑”性^②基本要求的案件类型。在“法定犯时代已经到来”^③的现实语境下,对于行刑竞合案件如何进行刑法适用,也面临着越来越多的考验与挑战,也对经济犯罪裁判中如何发挥前置法的功能,遵循市场经济的基本规律乃至保障人权与市场主体权利带来新课题。

事实上,行刑竞合案件的复杂性在于,一方面,行政法律法规,以及事实上对犯罪判断有重要影

蔡道通,法学博士,南京师范大学法学院教授、博士生导师,中国法治现代化研究院研究员,江苏高校区域法治发展协同中心研究员(南京210023)。本文为国家哲学社会科学基金项目“经济犯罪‘兜底条款’解释规则研究”(16BFX088)部分成果,并得到“江苏高校优势学科建设工程资助项目”(PAPD)资助。

①两个案情分别参见劳东燕:《价值判断与刑法解释:对陆勇案的刑法困境与出路的思考》,《清华法律评论》第9卷第1辑;阮齐林:《刑事司法应坚持罪责实质评价》,《中国法学》2017年第4期。

②参见[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,北京:中国人民大学出版社,2013年,第11页。

③李运平:《储槐植:要正视法定犯时代的到来》,《检察日报》2007年6月1日。

响的行政规章极其复杂,其内部的规范性与体系性值得关注;另一方面,行政法律法规与刑法之间的关系与一体解释更需学术上的梳理,因为行政规制的目的与刑法规范的旨趣之间有着不同的定位。学者指出,在对行政犯的认定中,机械适用行政法规范,直接将相关行政行为作为定案依据,以行政不法判断取代刑事违法判断的“司法保守主义”盛行,极有可能导致行政犯的范围被不当地扩大。^①因此,如何在一体化思考与体系性解释基础上,确定并明晰行政犯的刑法规制的目的,就成了行政犯司法解释与适用过程必须关切的问题,也成为行政犯能否司法正确适用的关键。体系解释与目的限缩对于行政犯的刑法适用的制约功能应当得以体现。

二、类型化行政不法后果的差异是刑事不法判断应当尊重的前提

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。同时,一旦作为行政犯的前置法发生了变动,行政犯的适用就必须随着前置法的变化而适用,并坚持从旧兼从轻原则。^②从这个意义说,行政犯具有“行政从属性”^③的基本特征。

就此,行政犯刑事不法的判断,除了在前置法与刑事法之间进行体系性解释要求之外,还应当在前置法之间作体系性的一体化思考。因为行政法律法规的背后,是海量的行政规章作为行政法律法规的“细胞”与“血管”,支持并支撑着行政法律法规的“躯体”。如果不能结合大量的行政规章,就不可能对行政法律法规所涉行政不法的内容与层次有系统的认知,也不可能对行政不法与刑事不法的体系性作全面的理解。

无论是立足于理论还是关注于实践,我们应当意识到的是,行政规章的内容客观地渗透到行政犯的认识与判断之中,行政不法是包含行政规章在内的行政整体法的判断。

以《海关法》《刑法》《进出口商品检验法》《进出口商品检验法实施条例》《进出境非食用动物产品检验检疫监督管理办法》等法律、法规与行政规章规定的相关内容分析规范文本,以行为人不如实提供属于法定检验的进出境非食用动物产品的真实情况,取得检验检疫部门的有关证单并通关的行为(比如,行为人提供了虚假的单证,将来自疫区的非食用动物及其制品进行报检,在检验检疫合格后顺利报关通关的情形)为分析对象,就行为人的行为是否构成走私国家禁止进出口的货物、物品罪(兜底罪名)为例,我们可以清晰地意识到行政犯体系性解释的问题之所在。

第一,《海关法》关于走私行为的规定,包括基本的二种类型,即偷逃应纳税款的走私行为类型,以及逃避国家关于进出境的禁止性或者限制性管理的行为类型。构成犯罪的,就应当追究刑事责任。根据《海关法》,逃避海关监管,逃避国家有关进出境的禁止性或者限制性管理规定的行为,构成犯罪的,依法追究刑事责任。就此,行为人提供了虚假的单证,将来自疫区的非食用动物及其制品进行报检,在检验检疫合格后顺利报关通关的行为,是可能构成走私国家禁止进出口的货物、物品罪的。《海关法》第82条第1款规定:违反本法及有关法律、行政法规,逃避海关监管,偷逃应纳税款、逃避国家有关进出境的禁止性或者限制性管理,有下列情形之一的,是走私行为:(一)运输、携带、邮寄国家禁止或者限制进出境货物、物品或者依法应当缴纳税款的货物、物品进出境的;(二)未经海关

①简爱:《我国行政犯定罪模式之反思》,《政治与法律》2018年第11期。

②参见谭兆强:《论行政刑法对前置法规范变动的依附性》,《法学》2010年第11期。

③庄乾龙:《环境刑法定性之行政从属性——兼评〈两高关于污染环境犯罪解释〉》,《中国地质大学学报》(社会科学版)2015年第4期。

许可并且未缴纳应纳税款、交验有关许可证件,擅自将保税货物、特定减免税货物以及其他海关监管货物、物品、进境的境外运输工具,在境内销售的;(三)有逃避海关监管,构成走私的其他行为的。第3款规定:“有第一款所列行为之一,构成犯罪的,依法追究刑事责任。”根据上述规定,行为人的行为属于逃避国家关于进出境的禁止性或者限制性管理的行为,符合《海关法》第82条第1款第3项规定的走私行为的“兜底条款”所能涵盖的内容。

第二,根据《刑法》有关走私国家禁止进出口的货物、物品罪的规定与相关司法解释,只要是走私国家禁止进出口的货物、物品,达到一定数额或者数量的,就可以构成犯罪。《刑法》第151条规定:“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,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;情节严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金。”2014年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第11条第4项规定:“走私国家禁止进出口的货物、物品,具有下列情形之一的,依照刑法第一百五十一条第三款的规定处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金:……(四)走私来自境外疫区的动植物及其产品五吨以上不满二十五吨,或者数额在五万元以上不满二十五万元的。”从形式上看,行为人走私了国家禁止进出口的货物、物品,属于《海关法》所列“逃避国家关于进出境的禁止性或者限制性管理的行为”,无论是否检验检疫合格,是否报关通关,对于来自境外疫区的动植物及其产品,只要行为人走私达到一定数量,或者一定数额,就可以构成走私国家禁止进出口的货物、物品罪。

第三,作为行政法律,就必须经商检机构检验检疫,如果行为人提供虚假的单证,取得检验检疫合格证明的进口行为,《进出口商品检验法》规定了相应的行政责任,但没有规定相关的附属刑法规范内容。《进出口商品检验法》第33条只规定了“违反本法规定”,“将必须经商检机构检验的进口商品未报经检验而擅自销售或者使用的,或者将必须经商检机构检验的出口商品未报经检验合格而擅自出口的,由商检机构没收违法所得,并处货值金额百分之五以上百分之二十以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任”。由此可知,在这部法律中,只规定了“经商检机构检验的进口商品未报经检验而擅自销售或者使用的,或者将必须经商检机构检验的出口商品未报经检验合格而擅自出口的”可能构成犯罪的情形,但没有涉及不如实提供属于法定检验的进出境非食用动物产品的真实情况,取得检验检疫部门的有关证单的刑事法律责任的规定。对于刑法规范及其刑事责任的解释与分析,是否需要结合《进出口商品检验法》已经类型化的行为及其后果的内容,值得研究。

第四,作为行政法律配套的行政法规,《进出口商品检验法实施条例》只规定了不如实提供进出口商品的真实情况,取得出入境检验检疫机构的有关证单的行政责任,没有规定刑事责任的条款。国务院颁行《进出口商品检验法实施条例》第46条规定:“进出口商品的收货人、发货人、代理报检企业或者出入境快件运营企业、报检人员不如实提供进出口商品的真实情况,取得出入境检验检疫机构的有关证单,或者对法定检验的进出口商品不予报检,逃避进出口商品检验的,由出入境检验检疫机构没收违法所得,并处商品货值金额5%以上20%以下罚款。”根据这一行政法规的规定,不如实提供属于法定检验的进出境非食用动物产品的真实情况,取得检验检疫部门的有关证单的行为,只有行政责任,没有涉及刑事法律后果的规定。

第五,作为具体落实法律、法规的部门规章,《进出境非食用动物产品检验检疫监督管理办法》对违反进出境非食用动物产品检验检疫规定所涉及的法律后果作了类型化的规定,且不同的行为,具有不同的法律后果,有的行为明确规定了刑事法律后果,^①有的则只有行政法律责任。原国家质量监督检验检疫总局《进出境非食用动物产品检验检疫监督管理办法》(以下简称《管理办法》)第75条规定:进出境

^①行政规章中能否规定涉及刑事法律后果的内容,从权限上看,本身也是值得研讨的问题。

非食用动物产品的收货人、发货人、代理报检企业或者报检人员不如实提供属于法定检验的进出境非食用动物产品的真实情况,取得检验检疫部门的有关证单,或者对法定检验的进出境非食用动物产品不予报检,逃避进出口商品检验的,由检验检疫部门按照《中华人民共和国进出口商品检验法实施条例》第46条第1款的规定没收违法所得,并处非食用动物产品货值金额5%以上20%以下罚款。但《管理办法》第75条涉及的违法行为没有“构成犯罪的,依法追究刑事责任”规定。^① 值得注意的是,在该《管理办法》的第72条至第74条,分别规定了违反该《管理办法》,“擅自销售、使用未报检或者未经检验的属于法定检验的进境非食用动物产品的”;“擅自出口未报检或者未经检验的属于法定检验的出境非食用动物产品的”;“销售、使用经法定检验、抽查检验不合格的进境非食用动物产品,或者出口经法定检验、抽查检验不合格的非食用动物产品的”相关的行政处罚内容,同时规定“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的内容。需要研究的是,《管理办法》这样的类型化规定的行为及其后果,对于认定不如实提供属于法定检验的进出境非食用动物产品的真实情况,取得检验检疫部门的有关证单并通关的行为,对能否构成走私国家禁止进出口的货物、物品罪的解释,有无行政规章的制约价值与适用意义。

综观上述刑事法律、行政法律、法规与行政规章,需要研究与探讨的是,对于必须经过检验检疫环节的进出口商品所涉及的走私犯罪的认定,是否可以不需要结合《进出口商品检验法》《进出口商品检验法实施条例》《进出境非食用动物产品检验检疫监督管理办法》,直接按照《刑法》《海关法》以及相关的司法解释,就认定行为人的行为构成走私国家禁止进出口的货物、物品罪。

应当说,与刑法立法一样,行政法律、法规乃至行政规章的内容设定及其相应的法律后果的设置,应当是立法者、行政规章制定者在充分考虑各种行为及其法益侵害程度基础上,秉持法秩序统一性原则,进而审慎与缜密理念的一体化、体系化思考的结果。“所谓法秩序的统一性,是指由宪法、刑法、民法等多个法领域构成的法秩序之间互不矛盾,更为准确地说,在这些个别的法领域之间不应作出相互矛盾、冲突的解释。”^②按照这一基本要求,在同一部法律法规、行政规章当中规定了不同行为的不同法律后果,应当是立法者或者规章制定者深思熟虑的反映与体现,其集中表达了立法者或者规章制定者的价值判断、价值权衡与立法目的选择,此时对刑法与相关的行政法律、法规与行政规章,必须作整体的体系性解释,而不能无视前置法(规)本身的独立价值的存在,以及在立法上或者规章制定上的行为性质的已有判断,这是体系解释的基本规定性。体系解释的基本要求是,“整体只能通过对其各部分的理解而理解,但是对其各部分的理解又只能通过对其整体的理解”^③。因此,对于行政法律法规、规章上规定的各自行为不同的法律后果,刑事司法者与解释者必须予以基本的尊重,“体系解释要求把需要解释的对象置于整个法律体系之中,或者说置于所有法律制度和法律规范组成的有机融合的统一体之中”^④。否则,作为刑法适用必须考虑的前置法中分别规定的“行为类型”及其后果就失去了立法的价值,行政犯的“行政从属性”就失去了基础。况且,即便不考虑行政不法的类型化行为及其后果的差别,在行政不法的基础上认定刑事不法,我们还要意识到的是,直接将行政不法作为刑事不法的认定,本身还面临着程序与证据,乃至行政立法与刑事法律不同目的的拷问。^⑤

^①需要说明的是,2018年4月20号起,国家质量监督检验检疫总局的出入境检验检疫管理职责和队伍划入海关总署。在《管理办法》根据海关总署令第238号、240号修改后,上述条文未作任何变动。

^②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。

^③张明楷:《刑法学》(第5版),北京:法律出版社,2016年,第36页。

^④吴镐飞:《法秩序统一视域下的刑事违法性判断》,《法学评论》2019年第3期。

^⑤学者指出,根据行政处罚与犯罪的包容性原理、两种处罚后果的阶层性理论以及两种事实错误的成本理论,我们将行政不法事实与犯罪事实视为处于两个不同位阶的法律事实,两者无论是在证明对象、调查取证的方式、对非法取证的救济上还是在事实认定标准上,都存在着实质性的差异。按照这一理论,法律对行政证据向犯罪证据的转化要施加严格的限制,行政机关所作的行政处罚认定结论对于刑事司法机关并不具有预决的效力。参见陈瑞华:《行政不法事实与犯罪事实的层次性理论——兼论行政不法行为向犯罪转化的事实认定问题》,《中外法学》2019年第1期。

就此,需要研讨的是,作为走私国家禁止进出口货物、物品犯罪的“兜底罪名”,走私国家禁止进出口的货物、物品罪,是否可以不考虑禁止进出口货物、物品的类型,是否不需要考虑作为非食用动物产品进口必须经过的前置程序与前置过程的进出口检验检疫相关的法律、法规与行政规章的内容,以及已经类型化行为与法律后果的规定,只需要对走私国家禁止进出口货物、物品罪作形式的理解与解释即可。

“不服从有关国家规定是法定犯的重要特质,因此,如何准确理解这些形式要素,特别是作为法定犯法源的法律法规等形式性行政要素,成为决定法定犯成立与否的重要因素。”^①走私国家禁止进出口货物、物品罪属于走私刑法明确列明之外的国家禁止进出口的货物、物品的“兜底罪名”,理应按照作为前置法的行政法中类型化规定进行判断。国家禁止进口、限制进口的货物、物品,种类繁多,性质也千差万别,它们涉及的除了对海关监管制度的一般法益侵害外,因为各种货物、物品的差异,危及的其他法益类型与实害程度也可能轻重有别,因此,有没有更为重要也更为具体的法益需要保护,更值得关注。由常识就可得出结论,对于“进出口商品”的禁止或者限制,与其他货物、物品不同,即便同为进出口商品,食用、非食用动物及其产品,其实害或者危险也有重大的差别。

对于不如实提供属于法定检验的进出境非食用动物产品的真实情况,取得检验检疫部门有关证单并通关的行为,前置法中涉及《海关法》《进出口商品检验法》,刑法适用或者刑法解释应当结合《海关法》《进出口商品检验法》与《刑法》作体系性思考,并且对进口商品检验检疫与报关、通关行为之间的先后关系与工作衔接有基本的认知,尊重立法的类型化规定与判断,进而对“货物、物品”作限制解释。对于走私来自疫区的非食用动物及其产品的行为,受《海关法》《进出口商品检验法》双重规制与一体考量,即便行为人通过伪造单证,不如实提供属于法定检验的进出境非食用动物产品的真实情况,但取得检验检疫部门的有关证单并通关的行为,结合《进出口商品检验法》,其行为应当不属于《海关法》所规定的“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的情形,其货物、物品也不属于走私国家禁止进出口的货物、物品罪中的“货物、物品”规定的范围,进而将达到检验检疫合格情况的“货物、物品”,排除出该罪的刑法规制范围。对于经济领域行刑竞合案件的入罪判断,学者指出,经济刑法的发展,事关人的经济活动的自由度与政府权力的界限。虽然犯罪化是目前经济刑法发展无可避免的选择路径,但在这一进程中,仍需要追问和明辨犯罪化的实质理由,防止经济刑法扩张过程中对国民的经济自由过度干预、过度犯罪化而造成经济刑法的“肥大化”。^②

三、目的限缩:不符合规范目的的行刑竞合行为应当出罪化

如前所述,作为行政犯的前置法与刑法,前置法内部行政法律、法规之间如果不能在法秩序统一性意义上作体系性解释,这种入罪的判断就可能是不合理、不适当的。也许有人主张,无论作为行政犯的前置法有多少,只要行为人违反了前置法中任何一部法律、法规,都属于“违反国家规定”情形,就具有行政不法的性质,都可以作为刑法进行入罪判断合理性的前提与基础。比如,以伪造方式不如实提供属于法定检验的进出境非食用动物产品的真实情况,取得检验检疫部门的有关证单并通关的行为,根本不需要行为人以违反《进出口商品检验法》为条件,只要行为人具有违反《海关法》的行为就已足够,刑法中的相关走私犯罪就可以认定。再者,就行政不法与刑事不法的关系,到底是刑事违法性判断是独立的还是具有相对性,有不同的观点与主张。学者指出,行政法规、部门规章和地方

^①刘艳红:《“法益性的欠缺”与法定犯的出罪》,《比较法研究》2019年第1期。

^②孙国祥:《经济刑法犯罪化须秉承审慎精神》,《检察日报》2017年12月17日。

法规中是否有刑事责任条款,不影响对某一行为的定性。即对于某一具体行为样态,非刑事规范没有附设刑事责任条款,但刑法明确规定为犯罪的,也可以追究刑事责任。^① 还有学者进一步指出,违法判断相对性的立论依据在于,刑法具有相对独立性,并不从属于民法、行政法,因而也不能以民事不法、行政不法作为刑事违法判断的当然前提。^② 有学者指出,行政犯司法解释认定某行为为犯罪不以行政法规中明确规定刑事责任为前提;相关行政法规的变动不必然影响行政犯的司法解释。^③ 即便这种观点能够成立,也必然面临基本的逻辑问题:如果看待行政法的差异化规定,行政立法的类型化规定是否没有意义。行政法律、法规本身的规范内容是否具有意义。有学者认为,“事实上,某些行政法规关于追究刑事责任的规定,本来就是宣言式的,也有随意性,并无规范上的意义,即使行政法有追究刑事责任的规定,没有刑法对应性的规定,该行为仍然无法追究刑事责任”^④。法律当中无废话,法律规范的内容,哪怕是宣言式的,也有它作为价值宣示的意义,任何一个法条,我们很难断言说其没有“规范上的意义”,否则,没有规范意义的法律就失去其基本的正当性。一方面,从行政犯的构成来说,从整体上说,没有行政法律、法规中规定的刑事责任条款,确实不代表刑法不可以作独立的判断与认定,因为行政法与刑法的立法目的与宗旨不同,行政法并不一定必须规定刑事责任条款,行政法与刑法的任务、目的与手段并不相同。另一方面,如果行政法律、法规中,已经就不同的行政违法行为类型化且有不同的后果,有的规定了刑事责任后果,有的只规定行政责任条款,我们就一定不能得出此时的行政法律、法规规定的刑事责任内容,只是“宣言式”“随意性”和“无规范上的意义”结论。而且,即便行政法有追究刑事责任的规定,刑法并无对应性的规定,也绝对不意味着行政法的规定没有意义,因为它起码代表着立法者对某些行为的不法程度及其后果基本判断的类型化考量,一旦刑法具有解释空间或者有后续的立法规定,行为的刑法规制就变成现实。

与上述问题相关联的是,前置法的变化,一定对刑法解释有改变的制约作用,特别是前置法的立法内容有重大改变的情形下。比如,2019年12月1日生效的修正后《药品管理法》对“假药”范围作了重大修改,删除了拟制的“假药”中的未经许可进口的药品属于假药的规定。此时还能说,它不会对刑法中的法定犯认定有实质的影响? 哪怕司法解释没有跟着进行新的解释。而且行政法规制范围与刑法处罚的界限本来就不同,刑法只会处罚值得刑罚制裁的行为,因此,立足于行政立法与刑事立法的不同目的与旨趣,从法益保护目的的视角与规范目的的制约,也绝对不意味着具有行政不法性质的行为,当然具有刑事不法的属性。行政法律、法规与刑法规制的不同目的定位(有时,它们可能具有共同的立法目的追求),是将某些形式上符合构成要件的行为出罪化最为重要的理由与依据。就某些行政规范或者刑法规范,根据立法目的或者法益保护的客观定位,对某些概念或者规范进行限缩,就体现了司法的价值立场以及对立法的敬畏态度。

对于经济领域的犯罪,其实我们还应当进一步思考的问题是,行刑竞合的法定犯之所以应当受到处罚,仅仅是违反了国家所禁止的行为而体现出来的行政不服从? 在市场经济领域,国家行政法规制定的目的就是单纯的经济秩序的管制与市场秩序的维系? 其背后没有更为具体的通过维护市场经济秩序进而达到的更重要的目标? 可以说,即便是市场领域的管制行为,其背后一定承载着立法者的价值期许或者法益保护期待。问题是,市场领域中违反行政禁止行为的法益侵害到底是什么? 行政法律、法规以及刑法到底是为了什么而禁止某些行为的发生。对这一问题的思考,刑法形式解释论与刑法实质解释论的相关观点为这个问题提供了丰富的论证基础。

^① 参见涂龙科:《论经济刑法解释的独立性》,《政治与法律》2011年第5期。

^② 参见简爱:《从“分野”到“融合”刑事违法判断的相对独立性》,《中外法学》2019年第2期。

^③ 参见徐文文:《行政犯之司法解释与行政法规和行政解释关系论要》,《法治研究》2014年第1期。

^④ 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。

实质解释论认为,刑法的理解和适用应当从刑法处罚的必要性出发,并以侵犯的具体法益为根据,依托刑法的立法目的作出实质判断。对成立要件的解释必须以法条的保护法益为根据或者为指导,而不能仅停留在法条的字面含义上;当某种行为并不处于刑法用语的核心含义之内,但应具有处罚必要性和合理性时,应当在符合罪刑法定原则的前提下作出不利于被告人的扩大解释,从而实现处罚的妥当性。^①从逻辑上看,刑法的实质解释在强调罪刑法定原则坚守的同时,突出价值判断或者实质性判断的优先性,即在有法益侵害进而具有处罚必要性和合理性时候,再进行形式判断,但就条文含义有可能不能涵盖之时,可以扩大刑法的“覆盖圈”,通过扩大解释的方式,使刑法条文的含义具有必要的张力,进而规范相关的“应当处罚的行为”。尽管其强调罪刑法定原则,但由于实质判断优先,就解释方法的选择与运用而言,往往会动用尽可能的解释工具,来“榨干”或者“撑开”刑法条文的含义与边界,达致入罪判断的目标。因而,实质解释论逻辑演绎的结果是:实质判断优先,实质判断具有的是入罪评判的功能,犯罪化或者重刑化往往是自然的逻辑结果。“实质判断过于前置带来的后果是消解了形式要件的限制机能,使构成要件从承担排除在形式上不具备构成要件该当性行为的出罪机能转向从实质上认定具有处罚必要性行为的入罪机能。”^②

就形式解释论而言,其基本的主张是,坚守罪刑法定原则的人权保障功能,在规制犯罪行为时,解释者应当追求罪刑法定的形式合理性,忠实忠诚于罪状的核心意义,即便有处罚的必要性,但是不可能在刑法规范里找到刑法适用可以“安身立命”的内容,就应当放弃刑法适用的念头,进而保护国民基本预测可能性与刑法的基本安定性与国民在刑法面前的基本安全。但形式解释论并非不考虑实质解释,但实质解释的功能却是一种出罪化的功能,即符合形式合理性的行为,如果实质上不具有实质的法益侵害性,则应当通过实质解释将行为出罪化。“在罪刑法定原则下,基于法无明文规定不为罪的理念,其所要限制的是司法权的滥用,即将法无明文规定的行为通过刑法解释而予以入罪。但罪刑法定原则从来禁止法官对法有明文规定的行为通过刑法解释而予以出罪。因此,所谓刑法解释的边界是指入罪解释的边界,这是一个逻辑前提。”^③形式解释论在作了形式解释以后还要进行实质解释,即符合构成要件的行为,如果客观上不具有法益侵害的危险或者现实,就可以通过实质解释,将某些行为出罪化,就此而言,刑法的形式解释,就有了实质解释的内容,但其功能是出罪化的判断,而不是入罪化的理由。从这一意义上说,刑法的形式解释就是形式与实质的双重限制,其解释结论就是限制解释。

其实,刑法的形式解释论与实质解释论,都有一个基本的底线:罪刑法定原则是必须遵循的“铁律”,无论是刑法形式解释论者还是刑法实质解释论者,都不敢逾越和违反罪刑法定原则,都必须在罪刑法定前提和框架范围内解释刑法,^④都关心与关注刑法的法益侵害与法益保护,并作为入罪或者出罪的理由与根据,尽管其逻辑的起点与结论各不相同。法益保护与立法目的密切相关。目的论的解释是探究刑法法规的规范目的,追求与规范目的的适应性的解释。^⑤就法益保护而言,对于不同的经济犯罪,其法益侵害或者法益保护的内容,其立法目的的确立与定位,就显得尤为重要。

应当说,经济领域行为的入罪化或者出罪化的根本,对于司法,最为重要的,不是扩张国家的刑罚权或者限制国家的刑罚权的简单关系,而是如何构建国家与市场主体之间平衡的权力(权利)、义务关系,使之形成有活力、体现平等、规范、公平要求,同时保有底线规则的市场秩序,并在此过程中

^①参见张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期。

^②陈兴良:《形式解释论的再宣示》,《中国法学》2010年第4期。

^③陈兴良:《形式解释论的再宣示》。

^④李晓明:《论行政刑法教义学的前提和基础》,《法治现代化研究》2017年第4期。

^⑤参见[日]关哲夫:《论禁止类推解释与刑法解释的界限》,王充译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第20卷),北京:北京大学出版社,2007年,第360页。

形成良性的司法适用原则。学者指出,我国目前的经济刑法仍保留着较强的管制主义色彩,主要表现在对经济秩序的过度重视和刑法适用的泛化。其深层原因在于对经济刑法的法机能即保护法益的重心缺乏清楚的认识。在从管制经济刑法观向自治经济刑法观转变的过程中,需要根据保护法益重心的不同将经济刑法区分为“制度依存型经济刑法”与“权益保障型经济刑法”两种类型。在制度依存型经济刑法中,应当树立国民权益与经济秩序并重的新法益观。在权益保障型经济刑法中,则应当以国民权益作为唯一的保护法益。经济刑法理念重塑的具体措施则涉及经济刑法性质的重新确定、保护法益的调整、特别刑法立法工作的启动、兜底条款的废除等,由此使自治经济刑法能够在保障国民权益和维系经济秩序之间达到平衡。^①

经济犯罪中刑法规范的本质,是通过一种制裁的手段,对某些违反管制规则并有法益侵害后果的行为进行刑罚评价,来维系、维持市场经济的底线秩序,进而保护并发展出一个符合市场规则、规律与秩序的、有交易安全、交易效率的市场,并保障社会公共安全与公民的生命与健康,这才是行政法律、法规规制的正当性目的所在。“人们应当记住,刑法仅仅是辅助性地保护法益,在例如不具有牟利目的和占有目的时,如果使用民法手段就足以对付的情况下,就不应当考虑刑法手段。”^②管制的目的是为了有秩序的、更好的市场经济发展。因此,禁止性规则的合市场性、合目的性,就成为行为是否应当评价为犯罪必须进行的实质评价内容,无论是对规则的违反判断,还是对法益侵害的准确理解,都是如此。仅仅违反了行政法规,不对行政法规作实质性理解,不对刑法中的法益侵害作符合市场规律与公共安全以及公民生命、健康要求的解释与适用,只是简单的形式化的解释与判断,那么,经济犯罪的规范适用就不可能是准确、正确、合理、科学的,甚至可以说,这种适用就可能是反市场化、不公平的。持行为无价值的学者也指出,违法性的本质是行为规范违反。同时,侵害法益也是违法性判断的根据之一,在没有法益侵害或危险时,不能仅根据行为的规范违反性进行处罚。^③ 在市场领域发生的行刑竞合问题,我们应当牢记的是,“目的的基本贡献是提高了法律推理的合理性”。“法律的富于经验性促使神秘的语言、虚构的分类和各种歪曲的类比逐渐被清除。法律探究摆脱形式主义和程式的影响,就能更有系统性,更具经验性。这种发展提供了一种更有效的法的前提。”^④

为此,对法益侵害应当作具体的解释,而不能将纯粹的行政不服从作为笼统的法益侵害加以描述。“刑法的最终目的不在于保护社会秩序,而在于透过对相应社会秩序的维护来确保具体的法益不受侵害。”^⑤用刑法惩罚纯粹的没有具体法益侵害的行政不服从,既不符合刑法立法的目的,也不符合市场主体的基本人权保护要求与市场规律,也是刑法冲动、越位与失控的表现。同时,更为重要的是,法益的内容应当是具体的,而不是抽象的。“法益的实质内容,必须是直接保护个人的核心利益或是可以回归到个人核心利益之保护者,才具有法益的资格。”^⑥刑法在任何时候,都不应当沦为社会管理与经济管制的工具与手段,尽管我们并不否认刑法具有经济社会管理的二次规范属性,从这个意义上说,单纯的经济管制,很难说有具体的法益保护内容。从这一意义上,学者指出,行政义务的确定或行政命令的发出本身并不是目的,而是实现一定目的的手段,值得通过刑罚进行保护的,应当是更根本的目的。应抛弃“法定犯是指单纯因为被实定法禁止而成立的犯罪”这种观念。^⑦

①张小宁:《经济刑法机能的重塑:从管制主义迈向自治主义》,《法学评论》2019年第1期。

②[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,北京:法律出版社,2005年,第26页。

③周光权:《行为无价值论的中国展开》,北京:法律出版社,2015年,第62页。

④[美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,北京:中国政法大学出版社,2002年,第92页。

⑤简爱:《权利行使行为的法律评价》,《政治与法律》,2017年第6期。

⑥王皇玉:《刑法总则》,台北:新学林股份有限公司,2014年,第26页。

⑦石亚淙:《污染环境罪中的“违反国家规定”的分类解读》,《政治与法律》2017年第10期。

按照上述的基本立场与逻辑,陆勇案之所以不应当被认定为销售假药罪,从规范层面看,除了检察机关认定的,其行为不属于“销售”行为之外,更为关键的理由应当是,陆勇行为所涉及的药品,尽管在修正前的《药品管理法》中属于“假药”,形式上也完全符合刑法第141条第2款规定的“假药”的范围,但陆勇的行为及其所涉的药品,除了违反了行政禁令之外,不但没有“假药”可能的危险与危害,反而对特定病友生命的维系、身体健康的促进、用药权益的保护有益。“各种法律基于其固有目的,而产生不同的法律效果;目的不同,违法性的内容便不同。”^①修正前的《药品管理法》第1条非常明确了药品管理的目的与宗旨:“为加强药品监督管理,保证药品质量,保障人体用药安全,维护人民身体健康和用药的合法权益,特制定本法。”^②即便按照《药品管理法》的规定,陆勇的行为不仅不违背行政法的立法宗旨,反而更加契合《药品管理法》的立法目的,无论对于行政法还是对于刑法,不但没有实质的法益侵害,而且对法益保护有积极作用。因为“人命关天”“命比天大”,敬畏生命、呵护健康,保护人民的用药权利,是比任何的行政管理、管制更为重要的追求,也更值得追求与捍卫的价值,这是一种具有行政违法性质的“善”行、“义”举。销售行为即便违反了行政法,应当受到行政法处罚,但刑法的销售假药罪评价必须止步,否则就可能是毁灭天理、无视人性的规范判断。就此而言,即便《药品管理法》对“假药”的范围不作修改,陆勇案出罪化的最正当理由,不是不属于“销售”行为,而是陆勇行为完全契合法益保护与立法目的,进而不具有实质的刑事违法性而出罪,刑法第141条第2款必须作为具体危险犯来解释,而不能当成抽象危险犯来对待。王力军案的认定思路与解释理由也应当遵循同样的逻辑。从实质层面来看,王力军的行为并未造成有形或无形的损害,相反有利于当下粮食流通体制改革。从形式层面来看,王力军的行为既在行政违法性上存疑,又因附属刑法条文的空心化而根本不具备刑事违法性,因而也就不符合构成法定犯所必需的“二次违法性”。^③

同样的逻辑与理由,对于走私来自疫区的非食用动物及其产品,行为人不如实提供属于法定检验的进出境非食用动物产品的真实情况,取得检验检疫部门的有关证单并通关的行为,是否符合走私国家禁止进出口的货物、物品罪的认定,也必须结合该罪的立法目的与法益保护的内容判定。走私国家禁止进出口的货物、物品罪是在2009年通过的《刑法修正案(七)》中修正的条文,将原来的列名规定进行了调整补充,进而使得本罪成为一个走私国家禁止进出口的货物、物品的“兜底罪名”。^④在《刑法修正案(七)》之前,对于没有被刑法典列明的走私货物、物品,除非涉及偷逃关税的行为,会按照走私普通货物、物品罪定罪处罚。否则,按照罪刑法定原则,是不可能在走私犯罪中进行刑法评价的。就立法宗旨与法益保护问题,在《刑法修正案(七)》的立法草案说明中,全国人大常委会这样说明修改理由:刑法以具体列举的方式对走私武器、弹药等以及国家禁止进出口的文物、贵金属、珍稀动植物及其制品等货物、物品的犯罪作了专门规定,对走私所列举的违禁货物、物品以外的普通货物、物品的,则按照偷逃关税的数额定罪量刑。海关总署提出,除了刑法所具体列举的禁止进出口的货物、物品外,国家还根据维护国家安全和社会公共利益的需要,规定了其他一些禁止进出口的货物、物品,如禁止进口来自疫区的动植物及其制品、禁止出口古植物化石等。对走私这类国家明令禁止进出口的货物、物品的,应直接定为犯罪,不应也无法同走私普通货物、物品一样,按其偷逃关税的数额定罪量刑。为适应惩治这类危害较大的走私行为的需要,经同有关部门研究,建议对刑法第一

①张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,北京:清华大学出版社,2006年,第218—219页。

②修正后的《药品管理法》第1条规定的立法宗旨与目的的表述,相对于原来的内容,没有实质性变化:“为了加强药品管理,保证药品质量,保障公众用药安全和合法权益,保护和促进公众健康,制定本法。”

③参见宁利昂、邱兴隆:《“无证收购玉米”案被改判无罪的系统解读》,《现代法学》2017年第4期。

④修正后的法条规定:“走私国家禁止进出口的珍稀植物及其制品或者国家禁止进出口的其他货物、物品的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;情节严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金。”

百五十一条第三款的规定作适当修改,增加走私国家禁止进出口的其他货物、物品的犯罪及刑事责任的规定。^① 我们不难发现,刑法修正的立法目的指向非常明确:“维护国家安全和社会公共利益”。但是,对于司法者或者解释者而言,对国家安全和社会公共利益的理解与解释,不应当在抽象意义上解读,而必须在具体意义上看待,即具体危及哪些国家安全和社会公共利益,否则,任何行为都可以在危害国家安全和社会公共利益上被刑法规制与适用,刑法的明确性要求就会落空。根据《刑法修正案(七)》草案的说明足以证实,在刑法修正之前,这种走私来自疫区的动植物及其产品的行为,除非是涉及逃避海关监管并逃避关税的,才可能因为逃税构成走私普通货物、物品罪,或者构成其他犯罪。比如,根据《进出境动植物检疫法》第42条、第43条,以及《进出境动植物检疫法实施条例》规定,“引起重大动植物疫情的”,或者“伪造、变造动植物检疫单证、印章、标志、封识的”应当按照刑法追究刑事责任。否则,只要不涉及有涉嫌其他犯罪的可能性,这种走私行为最多构成行政法上的违法而受到行政处罚而已。因此,结合立法目的与法益保护定位,下列的结论就应当是合理的、科学的、也是符合逻辑的:走私来自疫区的动植物及其制品,经检验检疫合格的并报关通关的行为,不可能给“国家安全和社会公共利益”造成具体而非抽象意义上的损害,就没有实质的刑事违法性,就应当排除在走私犯罪圈之外。目的限缩解释原则以及对法益侵害的实质判断,是行刑竞合案件适用的基本要求。

四、基本结论

对于行刑竞合案件的解释与适用,应当坚持如下的基本认知与逻辑。从形式上看,法定犯是单纯违反禁止规范的犯罪,是对国家规定的单纯不服从。^② 不具有行政不法性质的行为,就不应当具有刑事不法的属性。从这个意义上说,行政犯的刑事违法判断具有从属性。如果行为本身并不符合行政犯基本的构成,就应当从构成要件的层面排除刑法的适用,而不能用结果的同质性作为行为同质性的理由,进而无限扩张刑法规范的字面含义,^③ 否则罪刑法定原则的堤坝就可能被撕开豁口,进而形成类推适用的“管涌”,危及刑法的明确性、可预期性以及国民在刑事法律面前的基本安全。

行政法律法规内部的法秩序原则统一性要求应当得到贯彻与落实。学者指出,本应该拾遗补缺的刑法反倒与前置法结伴而行,甚至走在前置法的前面,那就实际上是刑法在引导前置法,刑法可以不顾前置法的立法和执法效果而自谋自画,行为可以不经前置法的阻截而直接闯入各种违法行为的禁区。^④ 这是非常危险的选择,也是不符合基本法理的举动,“前置行政法存在,并不必然继之以相应的行政刑法保障。行政刑法虽以前置行政法为必要条件,但却并未以前置行政法为充分条件,无论刑法法益的考量还是行为犯罪类型的选取,行政刑法均有其独立的价值考量和使命追求”^⑤。但这并不意味着行政法律、法规整体上都没有规定相关刑事责任法律后果的,刑事法律不可以根据刑法规范作刑事入罪的认定。

^① 人民网:《刑法修正案(七)草案全文及说明》,2008年12月25日, <http://npc.people.com.cn/GB/28320/141401/141406/8581600.html>。

^② 刘艳红:《“法益性的欠缺”与法定犯的出罪》。

^③ 从这个意义上说,最高人民法院、最高人民检察院2014年《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第21条规定的“未经许可进出口国家限制进出口的货物、物品,构成犯罪的,应当依照刑法第151条、第152条的规定,以走私国家禁止进出口的货物、物品罪等罪名定罪处罚”的解释内容,就有从走私禁止进出口货物、物品与未经许可走私国家限制进出口的货物、物品的结果同质性反推出行为同质性,进而突破“禁止”文义含义的基本边界的嫌疑。“禁止”是绝对不可以,但“限制”是相对不可以,即未经许可不可以。在行政犯中,如果说“禁止”情形的走私是一种绝对“恶”,那么“限制”情形的走私只能是相对“恶”,二者的性质有质的区别。

^④ 杨兴培、田然:《刑法介入刑民交叉案件的条件——以犯罪的二次性违法理论为切入点》,《人民检察》2015年第15期。

^⑤ 田宏杰:《知识转型与教义坚守:行政刑法几个基本问题研究》,《政法论坛》2018年第6期。

对于行政犯,立法目的或者目的解释具有出罪化的功能而不是入罪化的理由。即便行为完全具有行政不法的条件,形式上也完全具备刑法入罪的标准,那么对于司法或者解释者,是否可以直接将行政不法的认定作为刑事不法的依据进行入罪判断,进而得出行为可以入罪的结论。答案应该是否定的。没有对规范目的的准确定位,就不可能有行政犯的适当、适正的适用,行政犯的范围被不当地适用的现实状况就很难得到实质性改变。目的限缩解释原则应当成为行刑竞合案件正确处理必须坚持的理论与实践的基本立场。

(责任编辑:程天君)

Systematic Interpretation and Purpose Limitation: An Analysis of the Rules Governing the Interpretation of Cases Involving Concurrence between Administrative and Criminal Laws

CAI Daotong

Abstract: The judgement of whether an administrative violation act in economic area is also against criminal law and thus involves concurrence between administrative law and criminal law should presuppose the violation of administrative law. The administrative and criminal regulations including the miscellaneous clauses should be given a systematic interpretation under the unity of legal order. The systematic interpretations in this sense should also include the integrated internal interpretations within the system of administrative law and administrative regulations. The determination of the violation of criminal law should show due respect to typological specifications, if any, in the administrative regulations presupposed by criminal law and in particular the differential specifications made by the clauses involving criminal liability and no criminal legal consequences. It is of great guiding significance in concept to take criminal law as the secondary law in the economic cases involving concurrence between administrative law and criminal law. The administrative regulations differ from criminal regulations in target, and thus according to the principle of *nulla poena sine lege*, the interpretation of purpose should only be used as a reason for acquittal rather than for conviction; the limitation of purpose should be the basis for the acquittal decision in the cases involving concurrence between administrative and criminal laws which is against the purpose of the regulations and this is particularly true for the interpretation of miscellaneous clauses.

Key words: systematic interpretation; purpose limitation; concurrence between administrative and criminal laws; principle of *nulla poena sine lege*; unity of legal order

About the author: CAI Daotong is Professor and PhD Supervisor at School of Law, Nanjing Normal University (Nanjing 210023).