

浅谈法益保障观下双重不法性对行政犯认定的影响

◆徐立尧

(东北师范大学, 吉林 长春 130024)

【摘要】随着社会经济的快速发展,行政犯数量也随之增加,作为刑行交叉的“产物”,行政犯与传统的自然犯有着不同的属性。行政犯的“涉行政性”一定程度上为刑事的独立性判断带来了诸多困惑和争议,尤其是其双重不法性导致的责任双重性问题,以及刑法条文和司法解释中众多涉及行政要素的理解和适用问题。本文在梳理国内外相关学说的基础上,通过研究行政从属性对行政犯认定的影响,在坚持法益保障原则的基础上,希望保持刑事判断的独立性,以实现行政犯的精确化认定,为司法实践中的难题提供可操作的具体解决方案,以实现行政犯合理的入罪和出罪。

【关键词】行政犯;双重不法性;行政从属性;刑事独立性;法益保障

回顾近年来引发社会讨论和学界关注的热点案件,不难发现这些案件涉及的罪名绝大多数属于行政犯。关于这些行为是否入罪引发的争议,反映出我国行政犯认定存在的问题。刑法作为惩罚犯罪、保护大众的最重要手段,关乎人们的生命财产安全,因此梳理行政犯认定程序及相关问题、完善行政犯认定理论体系显得尤为重要。

一、双重不法性概念的提出

与传统自然犯相比,概念源自罗马法的行政犯具有包括危害社会程度严重且易变、犯罪形态的不完整性、涉及的领域广泛且专业性强、社会公众的认知度低、以及双重不法性等特征,其中最具有代表性的就是双重不法性,即行政犯同时拥有行政不法性和刑事不法性这一双重不法属性。

行政犯的概念最早来源于十九世纪的德国,行政不法性的概念在部分场合与“刑法与行政法的联系”“刑法与行政法的交错”等表述同义。本文认为,行政犯的行政不法性实质上体现在犯罪认定的行政从属性上,即所谓的不法依附性,顾名思义,指的是行政犯的不法内涵需要受到来自行政规范的限制,具有一定的依附性。行政犯虽然在表面上体现出对行政秩序的不服从,但本质上仍然是一种特殊的犯罪样态,体现出犯罪的内在特征,即所谓刑事不法性。

就行政犯的认定而言,其出发点在于如何正确区分犯罪和行为违法,就行政犯的犯罪构成和任务目的而言,因“行政不法性”概念的相对模糊,缺乏明确界限,以其进行判断容易过分强调刑法的社会治理属性,存在刑法不当扩张的风险,从保障人们权利的刑法原则来看,需将刑事不法性作为一项重要考量因素,才能最大程度做到利益均衡,最大限度实现定罪模式的合理化。

综上所述,双重不法性使行政犯的认定要兼顾“涉行政性”与“刑事独立性”两个重要因素,行政从属性是前提,刑事独立性是基础。司法实践中,行政犯的认定往往偏重

行政从属性而忽视刑事独立性,造成与行政违法认定的不当混淆。因此,如何在坚持法益保护的基础上,排除“涉行政性”对犯罪认定的干扰,避免刑法的不当扩张,利用双重不法性重构行政犯的认定具有重要的现实和理论意义。

二、行政犯认定的行政从属性

虽然当前学界关于行政从属性的定义以及分类仍无严格统一的界定,但行政从属性作为行政犯认定的前提是毋庸置疑的,主要表现在对行政规范和行政行为的从属上。

(一)从属于行政规范的犯罪认定

行政犯从属性首先表现在构成要件的从属性上。行为构成要件的符合性依赖于行政法的规定,在行政法尚未对某种行为做出行政不法规定的情形下,刑法不应直接将其纳入到刑法的规制范围。因此,对于从属于行政规范的犯罪认定,势必要涉及到行政规范对刑法立法及适用的影响程度。

违反行政规范规定的犯罪是当前最常见的行政犯类型,常见的有“违反规章制度”“违反……规定”“违反国家规定”“违反……法规”等10种类型。目前学界关于行政犯的主要争论也主要是围绕该类型行政犯开展。需要强调的是,对于行政犯的行政从属性讨论理论应放在行政刑法范围内讨论,行政犯属于行政刑法的下位概念,但我国当前没有严格意义上的行政刑法。所以,对于行政犯的行政从属性、行政规范以及犯罪认定的讨论是放在刑法和行政法范围内展开解读的。这两者是基于不同立法目的存在的,所以有必要将刑法中的行政规范脱离于一般行政法研究的范畴作刑法视角的解读。但从司法实践层面来看,司法机关很多时候简单化操作,一刀切将判断标准定义为是否具有行政违法性,且从形式上来说符合行政犯的全部构成要素,即以行政违法行为作为定罪条件,从而让刑法失去了自身的独立性。

(二)从属于行政行为的犯罪认定

行政行为一词源于法文 acte administratif, 后由德国学者运用概念法学的方法首先提炼、概括出来, 系指行政主体为行使职权而做出的具有行政法意义上的法律行为。行政行为的概念辨析属于行政法研究的范围, 对于刑法学视角下的行政行为应采取何种概念没有影响。从属于行政行为的犯罪认定中的“行政行为”应指具体行政行为, 而非抽象行为, 否则会与从属行政法规产生混淆, 主要包括行政许可、行政命令、行政处罚等方面。

行政犯认定的过程中对于行政行为的纳入与考量是其中的重要环节, 从属行政行为在当前刑法规范中已得到了广泛体现, 成为刑法或刑事司法解释的常常被采纳和参考的要素。但从学科层面来看, 当前法律拟制的论点、刑法保障的功能或是新的犯罪形式理论, 都没有合适的科学理论能充分论证“行政行为”作为犯罪要素的前提必要性。本文认为, 行政行为的界定与适用似乎要放在不同层面去实施, 既要考虑到行政法规及相关法律立法的理论逻辑性, 又要兼顾实际司法运用过程中避免“一刀切”的方式, 需要依照行政行为中涉及的行为种类和程度来界定。比如就行政处罚而言, 刑事司法中其作为非典型的入罪要素不能单独完成行刑案件的界分, 而应以犯罪的性质和数量作为入罪的考量落脚点, 围绕“行政处罚”从刑法解释学的角度切入做出解释, 并且一定程度上要做限缩解释。比如就行政命令而言, 其是犯罪认定一个重要构成要素, 但是犯罪认定又不单单以行政机关命令的不服从为前提, 根据具体的行为发生阶段来看, 当事人实施第一阶段行为, 尚不构成犯罪, 只有经过行政机关的命令之后, 仍然持续第一阶段行为并持续处在非法状态中, 才可能被定罪。

三、行政犯认定的刑事独立性

行政犯的“涉行政性”一定程度上为刑事的独立性判断带来了困惑和争议, 尤其表现在双重不法性导致的责任双重性问题。如何排除行政从属性的不当干扰, 实现刑法的法益保护职能是行政犯认定的核心问题。这必须坚持行政犯的另一重要特征——刑事不法性, 即犯罪认定的刑事独立性, 也即实质区分行政不法与刑事不法。

关于两种不法属性区分的理论观点虽然呈现不同的表现形式, 但实质内容很多是一致的, 主要有“量的区别说”“质的区别说”“质量混合说”三种学说。“量的区别说”认为行政不法与刑事不法之间没有本质差别, 两者都是对法秩序的整体违反, 差别在于两者违反程度上的差异, 表现为“量”的不一, 刑事不法相较于行政不法具有更大的违反程度。第二种“质的区别说”, 主张两者在本质上属于不同类别的违法行为。行为之所以构成刑事违法, 主要是由于违反了人伦常理受到大众谴责, 而非违反法律禁止的条款。部分行为构成违法的前提条件是因为违反行政法规的规定而

值得谴责, 而不是违反伦理。第三种学说“质量混合说”的核心观点是刑事不法有本身的概念界定范围, 与行政不法在生命、身体等核心法益领域存在“质”的差别, 但在经济秩序、社会秩序等“外围”法益领域存在“量”的不同。

综合比较“质的区别说”“量的区别说”以及“质量混合说”的种种观点, 可以看出三种理论的提出实际上呈现出一个发展演变的过程, 反映了人们对行政不法与刑事不法关系的认识在不断深化。“量的区别说”或者“质的区别说”虽然各执一端, 都在一定程度上反映了行政不法与刑事不法的本质区别, 但并不全面。

“质的区别说”强调以法益侵害为基础, 对两种不法属性进行了明确的区分, 坚持刑法适用的独立性, 使得刑法的纯洁性得以维护, 然而法益并非刑法所独有, 行政不法与刑事不法均侵犯了法益, 只是行政不法侵害的法益程度更轻。“量的区别说”体现了行政法与刑事法在违法性判断中的标准统一性, 在实践中较为直观, 可操作性强, 但以“量”来区分行政不法与刑事不法也存在着一一些问题。“量”的基准点确定, 是国家或者司法机关基于控制犯罪的需要而做的刑事政策选择, 无法对行政不法与刑事不法做出实质性的区分。

本文认为, 从实质区分行政不法与刑事不法, 保障刑事独立性的角度出发, “质量混合说”更符合我国的国情, 最具有合理性。“质量混合说”虽然存在并未深入讨论“质、量”孰轻孰重的问题, 但该学说兼顾“法目的”与“法事实”, 融合了“质的区别说”和“量的区别说”的各自特点。在“风险社会”背景下, 在平衡行政利益和个人法益的同时, 强调了刑法在个人生命、自由等自然法上的价值保护方面所具有的独特性, 较为恰当地表达了行政不法与刑事不法之间的关系, 适应社会和立法的发展。

四、法益保护观下双重不法性对行政犯认定的重构

本文认为, 行为违反前置行政要素是其被判定为行政违法的前提条件, 而刑法规范的最终目的是保护法益, 法益保护原则是刑法的基本原则, 应以法益保护为原则, 利用双重不法性重构行政犯的认定, 将行政从属性和刑事独立性统一到双重不法属性这一前提之下, 同时保持行政从属性和刑事独立性作用, 并发挥各自的作用。要从是否存在法益侵害、法益侵害的程度、是否保持刑法谦抑性这三个方面考虑行政犯的成立问题。

(一) 是否存在法益侵害

法益侵害, 这一概念最早由毕尔巴模在 19 世纪初提出, 被认为是犯罪对法律所保护的生命利益的侵害或引起的危险。在行政犯是否侵害法益的问题上, 部分观点认为其实质并无法益侵害, 只是单纯的行政不服从, 即使最终被法律认定为侵害法益, 但也存在着理论和逻辑上的先天不足。

有学者更将其表达为“更像是基于福利国家行政目的以及刑事政策的需要，而对法益理论做出的修改，是传统刑法理论向社会现实需求妥协的结果”。相较于自然犯，行政犯所保护的利益是否为刑法所保护的法益一直存在争议。单纯的行政不服并非法益，行政犯所侵害的行政秩序等社会关系实质是一种派生性社会秩序或辅助利益，是由生命、财产等原生性社会秩序或基本利益延伸而来，在犯罪侵犯社会秩序的背后，实质是对个人法益的侵害。就此而言，行政犯并非缺乏法益，而是法益隐藏难以辨识。因此与其他类型犯罪一致，是否存在法益侵害，是行政犯认定需要首先考虑的因素。

（二）基于法益侵害的程度

基于行政犯法益侵害的程度进行判断，一定程度上，可以理解为是否存在法益侵害的延伸判定条件。法益根据对社会危害程度的不同也有不同的定位和分类，法益还分为专属法益和非专属法益。一般而言，专属法益所对应的社会危害性会更严重，所以其重要性更大。此外，依据行为对社会危害的方式，还可分为有形法益和无形法益。判别类型之后，来判断其法益侵害程度，是需要对行政犯的法益侵害行为中的实质性行政要素加以学理推断和经验分析，这一层面是法定犯认定中的关键环节，也需要专业层面上的理论和司法实践共同推论。行政要素的判定，更多的是其规范性定义，描述性占据少数，所以有必要对这些行政要素加以规范性解释，从侧面探究其本质内涵，不能单单以形式认定，更多的应该从具体解释入手，尤其在法益“欠缺”的情形下，更加有必要建构出司法认定出罪的路径，以保障刑法运用的规范性，同时避免行政犯的行政不法属性过度依赖刑事违法性认定，从而导致行政犯认定的“口袋化”。关于具体实施路径和方法，有学者提出，法益侵害程度可以通过对以行政要素的双重限缩解释为路径，对实现刑法处罚范围的正当性和合理性给予参考标准，从而达到对其行政从属性的判定。

（三）是否保持刑法的谦抑性

刑法的任务虽然是法益保护，但“法益保护”的概念如果不被严格解释，就有被滥用的危险。为此，法益保护原则必须受到刑法谦抑性的制约，避免法益保护主义的滥觞。刑法谦抑性更多地适用在缩减刑法的范围内，将刑罚作为调

整社会关系过程中，别无他法而不得不选择的手段。行政犯认定上能否保持刑法的谦抑性，追根溯源要去讨论其在概念确定上也必须从属于行政或民事法律规范，也就意味着，基于保持刑法谦抑性的前提条件是建立在法秩序保持统一性的基础上。就本质而言，刑法的谦抑性更多的是将刑罚的作为社会治理的一种补充手段，以较为缓和、经济的角度去获得最大的社会效益，避免无谓的资源损耗。虽然作为补充手段，但刑法的谦抑性并不意味着刑法作为其他部门法律的附庸。而是要充分发挥其法秩序“守门员”的作用，以保障刑法的独立性为必要条件，将值得保护的法益纳入刑法的保护范围中。

五、结束语

近年来，我国刑法修正案新增的犯罪中大多数都是行政犯，行政犯作为“刑行交叉”的产物，不论在理论还是实务中都存在着较大的研究空间。由于行政犯与传统自然犯在犯罪构成要件上的差异，特别是行政犯独有的双重不法性特征，行政犯认定始终存在“越界”风险，有时甚至会与大众认知相矛盾。笔者认为，行政犯的出现来源于国家对于安全特别是集体安全价值的关注，行政犯的行政不法性正是这一价值的体现，但刑法独立存在的最大价值在于法益保护，刑法是保护法益的最大武器，而不仅仅是社会治理的工具。强调行政犯的双重不法性对于正确认定行政犯的影响，在法益保护原则下重构行政犯的认定，对我国刑法实现法益保障和社会治理的有机结合具有重大的意义。

参考文献：

- [1]王志远,邹玉祥.不法依附型行政犯及其前置法范围界定[J].北方论丛,2022(03):53-60.
- [2]蔡兴鑫.论我国刑法中行政犯刑事违法判断的相对独立性[D].上海:华东政法大学,2020.
- [3]李翔.刑法中“行政处罚”入罪要素的立法运用 and 限缩解释[J].上海大学学报(社会科学版),2018,35(01):72-84.
- [4]刘艳红.“法益性的欠缺”与法定犯的出罪——以行政要素的双重限缩解释为路径[J].比较法研究,2019(01):86-103.

作者简介：

徐立尧(1990—),男,汉族,浙江温州人,硕士,研究方向:法学。