

中国刑法学研究会

全国刑法学术年会文集（2016年度）

The Collected Papers of Annual Conference of China Criminal Law Society (2016)

中国刑法改革与适用研究

Studies on the Reform and Application of Chinese Criminal Law

（上 卷）

学术顾问 / 高铭暄 储槐植

主 编 / 赵秉志 莫洪宪 齐文远



中国人民公安大学出版社

中国刑法学研究会

全国刑法学术年会文集 (2016 年度)
The Collected Papers of Annual Conference of China
Criminal Law Society (2016)

中国刑法改革与适用研究

Studies on the Reform and Application of Chinese Criminal Law

(上卷)

学术顾问/高铭暄 储槐植
主 编/赵秉志 莫洪宪 齐文远
副 主 编/刘志伟

中国人民公安大学出版社
· 北 京 ·

图书在版编目 (C I P) 数据

中国刑法改革与适用研究/赵秉志, 莫洪宪, 齐文远主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2016. 10

ISBN 978-7-5653-2749-0

I. ①中… II. ①赵…②莫…③齐… III. ①刑法—司法制度—体制改革—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 237038 号

全国刑法学术年会文集 (2016 年度)

中国刑法改革与适用研究

主编 赵秉志 莫洪宪 齐文远

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2016 年 10 月第 1 版

印 次: 2016 年 10 月第 1 次

印 张: 101.25

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 1925 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-2749-0

定 价: 310.00 元 (上、下卷)

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

法律图书分社电话: 010-83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

全国刑法学术年会文集

编辑委员会

学术顾问 高铭暄 储槐植
编委会主任 赵秉志

编 委 (按音序排列)

鲍遂献	陈国庆	陈泽宪	陈忠林	顾肖荣
郭建安	胡云腾	黄京平	黄柳权	贾 宇
柯良栋	郎 胜	李 洁	李少平	李希慧
梁根林	林亚刚	刘国祥	刘明祥	刘宪权
刘志伟	卢建平	梅传强	莫洪宪	齐文远
曲新久	田文昌	王世洲	杨万明	杨忠民
臧铁伟	张 军	张明楷	张智辉	赵秉志
赵国强	周玉华	朱孝清		

编辑部主任 张 磊
编辑部成员 商浩文 张 拓 孙本雄

编写说明

中国刑法学研究会 2016 年年会定于 10 月 14 日至 17 日在武汉市召开。本次年会由中国刑法学研究会主办，由武汉大学法学院、武汉大学马克昌法学基金会、中南财经政法大学刑事司法学院承办。会长赵秉志教授全面负责，副会长莫洪宪教授具体负责此次年会的筹备、组织、运作和协调工作，并与副会长齐文远教授共同主持本届年会。

本届年会立足于当前我国刑法理论和实务方面的热点问题，分为理论议题和实务议题两部分。理论议题为“刑法改革中刑法与行政法的关系问题研究”。随着刑法修正案的频繁出台，我国犯罪圈持续扩张，刑法干预社会生活的广度和深度日益扩大，很多之前由行政法调整的社会关系开始由刑法直接进行规范，在此前提下，如何界定刑法和行政法的关系，合理界定犯罪圈的范围，就值得我们深入研究。实务议题为“当前热点犯罪司法适用研究”，具体包括“信息网络犯罪的司法适用研究”、“恐怖主义犯罪的司法适用研究”、“贪污罪、受贿罪的司法适用研究”。随着社会经济的发展，我国司法实践中出现了若干热点、新型犯罪，如何正确适用刑法妥善规制这些犯罪，成为刑法学界必须面对的问题。

为了发扬此前中国法学会刑法学研究会在举办前即正式出版会议论文集的优良传统，中国刑法学研究会按照其前身中国法学会刑法学研究会的惯例，在本届刑法学年会会前进行了论

文征集。考虑到年会论文篇幅过大所可能造成的出版压力，同时为了保证论文质量，经刑法学研究会会长办公会议讨论决定，论文必须严密契合年会议题的主旨和范围，遵循学术规范，不符合年会议题、不遵守学术规范的论文将不会录用；年会论文集原则上不接受未被邀请参会人员论文，硕士生提交的论文一律不予录用；论文字数控制在5000~8000字范围内，原则上不超过1万字。为了保证年会文集的编辑质量和顺利出版，本年会文集聘请高铭暄教授和储槐植教授担任学术顾问，并专门成立了年会文集编辑委员会和编辑部。赵秉志教授担任编辑委员会主任，委员包括了研究会的各常务理事。编辑部主任由张磊副教授担任，成员包括商浩文、张拓、孙本雄。

截至2016年7月15日论文提交截止之日，共收到论文200余篇。这些论文基本上都是围绕本届年会主题展开，全面而深入地研讨了本届刑法学年会主题所涉及的所有理论和实务问题。但也有部分论文偏离了本届年会的主题，还有部分论文不符合学术规范，最后经研究，决定收录其中的179篇，同时考虑到各个议题的论文数量、各个议题之间的关系等因素，决定将本届年会论文分为四编，并以上下两卷出版。其中，第一编是“刑法改革中刑法与行政法的关系问题研究”，收录论文36篇，分别从刑法和行政法的边界、刑罚与行政处罚的衔接、具体犯罪中刑法与行政法的界限等方面研究了刑法与行政法的关系。第二编至第四编是当前热点犯罪司法适用研究。第二编是“信息网络犯罪的司法适用研究”，收录论文42篇，分别研究了网络犯罪新罪名的理解与适用、电信诈骗犯罪的适用、网络传销犯罪、拒不履行网络安全管理义务罪、互联网金融犯罪

等问题。第三编是“恐怖主义犯罪的司法适用研究”，收录论文28篇，主要研究《反恐怖主义法》与反恐刑法的衔接、《刑法修正案（九）》对恐怖主义犯罪的修正、反恐刑事政策，具体恐怖主义犯罪等问题。第四编是“贪污罪、受贿罪的司法适用研究”，收录论文73篇，主要研究了《刑法修正案（九）》对贪污贿赂犯罪的修正、最新贪污贿赂犯罪司法解释、贪污贿赂犯罪定罪量刑等问题。

总之，本届年会文集对预定议题进行了全面、深入的研讨，不仅为本届年会的顺利召开提供了重要的研讨基础，而且具有重要的理论和实践价值，有助于进一步推动相关刑法理论、刑事立法和刑事司法的进步与发展。

最后，衷心感谢中国人民公安大学出版社有关领导对年会文集出版的鼎力支持和本书责任编辑的辛勤工作。正是他们的支持与付出，保证了本文集得以及时而精美的出版。

中国刑法学研究会
2016年8月于北京

目 录

上 卷

第一编 刑法改革中刑法与行政法的关系问题研究

刑事违法评价的相对独立性

- 对过罪化的一种解释论限定 苏惠渔 崔志伟 (3)

危害社会行为治理体系二元论与一元论之比较

- 卢建平 孙本雄 (14)

论公平与效率视野下的刑行衔接 彭文华 (23)

二元化犯罪模式与刑行交叉的立法对策 姜 涛 (39)

社会变动背景下的刑法立法

- 兼论刑法与行政法的关系 曾粤兴 蒋涤非 (47)

风险社会视角下行刑立法关系的合理性探究 陆 敏 (57)

刑法与治安管理处罚法关系若干问题研究 贾艳芳 (65)

刑法与行政法的缓冲与过渡：“行政刑法” 李晓明 (71)

论行政刑法的属性问题 王 充 (81)

论我国刑法立法的科学化发展 何 群 (92)

论经济违法行为出入罪的考量 谢 焱 (101)

司法化视野下的立法犯罪化

- 行政权与司法权的重新配置 王 烁 (109)

行政违法行为犯罪化立法过热问题评析

- 以《刑法修正案（九）》为切入点 ... 卢勤忠 钟 菁 (117)

行政不法行为犯罪化之省思 赵丙贵 (125)

罪刑法定与行政法治的关系协调 陈志军 (132)

轻罪制度质疑 张亚平 (140)

微罪制裁的模式定位

- 行政处罚与刑事制裁交错中的“微罪”命题 姜 瀛 (148)

刑罚与行政处罚关系之探讨	夏 勇 陈 丹	(156)
刑罚与行政罚竞合关系再解读		
——以两岸比较的视角	许 光	(162)
论行政拘留的刑罚化	敦 宁	(175)
论刑罚与行政处罚的衔接	李 婕	(182)
唯有刑罚可包含人身自由罚		
——兼论废除行政拘留的必要性	洪 流	(189)
行政处罚与刑事处罚之关系辨析	杨 俊	(198)
“职业禁止”条款中“从其规定”的理解		
——以刑法与行政法的衔接、统一为视角		
.....	周春兰 陈 山	(207)
论刑法中“从业禁止”的理解与适用	彭 夫	(214)
交通事故的行政责任认定与交通肇事罪的刑事责任认定之关系		
——以一起交通肇事案为例	刘仁文 王 栋	(223)
论饮酒驾驶与醉酒驾驶的区隔	喻贵英	(236)
醉驾入刑后可能出现的处罚失衡与矫正困境		
——兼论行政处罚与刑事处罚的关系	茹士春	(242)
行政不法与刑事不法衔接问题探析		
——以危险驾驶罪新增行为类型为视角	王晓晓	(249)
刑法不宜过分谦抑		
——从拒不支付劳动报酬罪的行政附属性规定看刑法		
与行政法的衔接	苏永生	(259)
逃税罪与行政违法的竞合、界分和衔接		
——基于个人所得税改革的刑行交叉研究		
.....	陈 龙 于世忠	(266)
行政处罚在逃税罪定罪中的功能	张利兆	(275)
基于行政法与刑法关系的经济刑法解释规则研究		
——以非法经营罪为例	涂龙科 林红鹤	(283)
刑法改革视域下环境刑法的立法完善		
——以刑法与环境法的关系为切入点	利子平 何逸轩	(292)
环境犯罪治理中环境刑法与环境行政法的协调		
.....	宋伟卫 冯 军	(299)
刑行衔接的实体法考察		
——以治理环境污染为例	刘仁海	(307)

第二编 信息网络犯罪的司法适用研究

涉信息网络犯罪新罪名的理解与适用	刘宪权 李振林	(319)
刑法中比例原则的引入		
——以拒不履行信息网络安全管理义务罪适用为视角	周 详 高 畅	(330)
刑法谦抑性视角下信息网络犯罪预备行为的实行化	龚慧平 张 勇	(340)
网络空间犯罪定量评价机制之重塑		
——以窃取网络虚拟财产为视角	郭泽强 刘 静	(347)
网络犯罪刑事管辖权的调整	张宝来 鞠佳佳	(356)
网络犯罪制裁体系的实效检视与协同建构		
——以温州市 A 区人民检察院为考察蓝本	金婷婷	(363)
论帮助信息网络犯罪活动罪“明知”的认定	李冠煜 吕明利	(377)
关于网络犯罪“资助”行为的刑法审视		
——基于共犯行为正犯化的理论视阈	于 冲	(383)
论信息技术帮助行为的刑法治理模式	程 荣	(392)
网络言论刑法展开问题研究	陈小炜 梅志军	(399)
论不作为型网络信息犯罪的司法认定		
——以“快播案”为例	莫开勤 徐 聪	(407)
“快播案”相关问题的法理分析	辛 鹏 郭理蓉	(416)
快播案：应受惩罚的是作为抑或不作为？	董桂武	(425)
虚拟空间犯罪的刑事司法探讨	徐 凡	(434)
数据遗忘权的刑法学观察与协同保护	孙道萃	(443)
论我国互联网金融平台的刑事责任	张启飞	(456)
论电信诈骗犯罪的司法适用		
——以最高人民法院发布的九起电信网络诈骗 典型案例为例	彭凤莲 王 超	(466)
论跨国网络电信诈骗的法律规制		
——以阻断诈骗的三个技术性环节为切入点	李克勤 张洪峰	(475)
网络传销犯罪的司法认定：以经营性传销与诈骗性 传销为视角	邓红梅	(486)
侵犯公民个人信息罪若干问题探讨	冯卫国 陈 杰	(495)
网络传播淫秽信息涉罪行为研究	郑丽萍 宁势强	(504)

侵犯公民个人信息罪司法适用争议问题研究	牛忠志 贾智涵	(513)
侵犯公民个人信息犯罪中的三个问题	高 贺 刘 科	(522)
个人信息犯罪定量标准的构建		
——以侵犯公民个人信息罪为切入点		
.....	王丽华 王肃之 汪恭政	(530)
编造、故意传播虚假信息罪解读	苏 青	(537)
危害计算机信息网络安全犯罪刑法调整“进退”之维		
——以对破坏计算机信息系统的反思为视角		
.....	张 建 俞小海	(545)
论拒不履行网络安全管理义务罪的构成要件	王政勋 邹超雅	(553)
论网络服务提供者承担刑事责任的边界	楼伯坤 唐 玲	(561)
论网络服务提供者不作为犯罪	王清军 赵 雷	(570)
对“拒不履行网络安全管理义务罪”的法理解读和司法认定		
.....	陈 洁 马 伟	(578)
拒不履行网络安全管理义务罪若干疑难问题研究	刘 夏	(586)
非确定性视角下网络服务提供者的刑事归责	敬力嘉	(595)
论非法使用“伪基站”行为的定性	杨彩霞 梁 琪	(605)
P2P 网络借贷行为的刑法规制与行政监管	赵运锋	(614)
“四未” P2P 集资诈骗犯罪的刑事政策	常秀娇 车明珠	(623)
股权众筹及 P2P 网贷中集资诈骗适用问题研究	邢 冰	(631)
互联网集资诈骗犯罪若干法律问题		
——以“某租宝”集资诈骗为样本	傅跃建 朱剑冰	(637)
网络刷单行为的刑法规制研究	阴建峰 刘雪丹	(643)
互联网金融犯罪司法实务问题研究	朱艳菊 张雪涛 王小旭	(657)
互联网金融信息犯罪的模式、挑战与制裁思路	田 刚	(664)
信息化条件下的犯罪地图公开	单 勇	(672)
从辩护角度谈信息网络犯罪中的电子证据	刘丽云	(682)

下 卷

第三编 恐怖主义犯罪的司法适用研究

《反恐怖主义法》与反恐刑法衔接不足之探讨 ..	赵秉志 牛忠志	(693)
法治反恐与安置教育	陈泽宪 徐 持	(706)

论反恐怖主义理念的时代语境与科学体系	王秀梅 任成奎	(716)
暴恐犯罪之社会治安防控检讨	董邦俊 张燕波	(726)
刑事一体化下的反恐刑事政策	郭 洁 王 洋	(737)
恐怖主义犯罪刑事对策研究		
——以柔性反恐策略为视角	兰 迪	(745)
论惩治恐怖活动犯罪与人权保障的协调	陈 冉 朱南旭	(757)
“一带一路”战略视野下的反恐措施研究	焦 阳	(768)
我国“东突”恐怖主义的犯罪形成以及刑法规制	王运召	(775)
恐怖主义犯罪的立法与司法分析		
——兼论恐怖主义犯罪的概念与特征	夏 凉	(784)
极端主义犯罪之“极端主义”的认定	叶良芳 应家贇	(792)
恐怖主义、恐怖组织和恐怖主义犯罪的司法界定	秦宗川	(799)
恐怖主义犯罪牵连、竞合问题处理	付一可 王建新	(809)
《刑法修正案（九）》中反恐立法的教义维度与实践展开	罗 钢	(818)
《刑法修正案（九）》恐怖主义犯罪规定的解读与思考	胡 江	(826)
《刑法修正案（九）》对暴恐犯罪修订的司法适用	林亚刚	(836)
恐怖主义网络招募刑事立法比较研究	周振杰 肖 凡	(842)
论我国恐怖主义犯罪及其司法适用	马章民	(850)
恐怖主义犯罪司法适用的困境及其进路	王强军 刘 娜	(858)
论网络恐怖主义犯罪的司法适用	舒洪水 王 刚	(867)
《刑法修正案（九）》新设置帮助恐怖活动罪之立法性质探微： 必要的共犯说抑或共犯行为正犯化理论	李邦友 张理恒 石凌云	(876)
准备实施恐怖活动罪的司法适用	王太宁 赵文金	(881)
准备实施恐怖活动罪司法适用研究	闫永安 唐大森	(889)
论宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪的客观行为	王政勋 王颖博	(898)
非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪解读	魏汉涛 李 姍	(906)
超越“我们—他们”：刑法第 120 条之五的立法正当性研究	刘 炯	(915)
国际恐怖融资来源研究	王安异 李 睿	(925)
编造虚假恐怖信息罪实证研究	李存海 宋 鹏	(936)

第四编 贪污罪、受贿罪的司法适用研究

贪污贿赂犯罪刑事司法若干问题探析	陈国庆 郭竹梅	(945)
香港贿赂犯罪定罪量刑机制考察		
——以许仕仁贿赂案为视角	卢建平 王晓雪	(956)
受贿罪共犯与利用影响力受贿罪的界限新解		
——对最新贪污贿赂犯罪司法解释第 16 条第 2 款的		
限制解释	王志祥 柯明	(965)
贪污贿赂犯罪刑法修正的得与失	孙国祥	(973)
浅谈中国反腐败法律体系的建构	李梁 夏萌	(984)
腐败零容忍政策的刑事法实现问题研讨	黄晓亮 肖舒婷	(990)
刑法反腐对策之调整：由完善立法到能动司法		
——基于经济分析的建构性诠释	潘星丞	(1001)
美国的“警告”与我国反腐败境外追逃	张磊	(1010)
浅谈军队惩治腐败和预防腐败反腐倡廉建设	施琦	(1023)
女性职务犯罪的惩治与预防		
——以 A 省 B 市的调查为视角	赵卿	(1030)
谈谈贿赂犯罪在《刑法修正案（九）》背景下		
从旧兼从轻原则的适用	徐留成	(1038)
“贪腐解释”与刑法反腐功能退化的反思		
.....	何荣功	(1044)
《贪贿新解释》引发的溯及力问题		
——以行贿罪的二审抗诉为视角	张爱艳 赵立勋	(1052)
对“两高”最新贪污贿赂犯罪司法解释若干规定的反思		
.....	刘胜超 杨森鑫	(1060)
贪污贿赂犯罪若干问题的再思考		
——以《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律		
若干问题的解释》为视角	赵吉平	(1067)
对最新贪污贿赂犯罪司法解释的适用理解	陈珊珊	(1076)
贪污贿赂司法解释中数额与情节问题探讨	马松建 徐楠	(1084)
数额对受贿人定罪量刑的影响	李卫红	(1092)
论贪污罪和受贿罪的“非数额情节”	欧锦雄	(1099)
贪污罪受贿罪量刑修改后若干遗留问题解析	单民 陈磊	(1109)
贪污受贿犯罪定罪量刑标准之再思考	高珊瑚 李帅	(1115)
贪污贿赂犯罪定罪量刑模式的合理性证成	童德华 肖姗姗	(1123)

回归与突破：贪贿犯罪数额与情节修正评析	梁云宝	(1131)
贪污受贿犯罪新规的理解与适用	张士彬	(1144)
论禁止重复评价原则在量刑中的适用	程启俊 郑 洋	(1150)
论《刑法修正案（九）》施行后第 390 条第 2 款行贿罪 量刑情节的司法适用	叶小琴 吕大亮	(1159)
《刑法修正案（九）》背景下贪贿犯罪定罪量刑标准研究 ——以《最高人民法院、最高人民检察院关于办理 贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》为视角	莫晓宇 陈 丽	(1169)
《刑法修正案（九）》对贪污、受贿罪的修改之释解与适用	古加锦	(1177)
全景扫描《刑法修正案（九）》对贪污贿赂犯罪的修正	周振晓	(1186)
贪污贿赂犯罪罚金刑的司法适用刍议	阮方民 苗一路	(1193)
贪污贿赂犯罪死刑适用的政治逻辑 ——以刘青山、张子善案为例	张曙光	(1201)
论贪污罪、受贿罪中的终身监禁问题	赵 亮 王定辉	(1209)
终身监禁的立法解读及理论反思	刘 霜	(1216)
论贪污罪、受贿罪不得减刑、假释的终身监禁	董文辉 聂雁博	(1223)
终身监禁：价值、定性与适用	闫 雨 王鹏祥	(1230)
贪污贿赂犯罪处罚中的行政法考量	郭煜华 王 峻	(1238)
刑法中国有事业单位中从事公务的人员略论	刘志洪	(1247)
辨析“代表型”国家工作人员	张 拓 朱盛远	(1254)
论新农村建设背景下村基层组织人员职务犯罪主体之界定 ——对刑法第 93 条第 2 款“立法解释”修改的建议	朱祖洋	(1263)
村等基层组织人员刑法身份二重性问题研究	朱建华	(1271)
论新常态下我国贿赂犯罪中的“贿赂”范围	刘德法	(1278)
贪污贿赂案件查办中的组织调查程序相关问题研究	杨曙光	(1287)
查处贿赂犯罪的司法困境及其理性选择 ——以 134 例行贿案件为样本	郭晓红 刘 强	(1296)
纪检监察机关在惩治贿赂犯罪中的规范性地位考察 ——以《刑法修正案（九）》及相关司法解释为视角展开	时 方	(1305)

中国刑法改革与适用研究

刑法应增设收受礼金罪

——兼评《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律

若干问题的解释》第13条 陈结森 程 冉 (1315)

有身份者和无身份者共同骗取公款的司法定性

..... 陈小炜 梅志军 (1325)

感情投资型受贿犯罪司法解释的教义学分析 莫洪宪 黄 鹏 (1334)

“感情投资”型受贿的刑法规制

——也谈受贿罪“为他人谋取利益”要件的取消

..... 吴献平 陈致远 (1343)

约定受贿的刑法解释与司法适用 魏 东 (1353)

受贿罪未遂问题研究 戴有举 杨 钰 (1363)

受贿罪司法适用若干疑难问题探究 王远伟 (1371)

我国司法领域几种新类型受贿行为刑法适用研究 苏 云 (1379)

论腐败官员与特定关系人共同受贿故意之认定 商浩文 (1385)

“密切关系人”参与受贿的共犯认定研究 梅传强 张永强 (1392)

新常态下受贿罪若干问题再讨论

——以《刑法修正案（九）》和“两高”司法解释为视角

..... 康均心 (1405)

受贿罪量刑公正问题新探 曾明生 (1417)

受贿罪中国家工作人员身份的认定

——由一则典型案例说开去 彭新林 王 磊 (1430)

合作投资型受贿争议问题探究 行 江 胡安琪 (1440)

论受贿数额与情节叠加对量刑的影响 熊明明 (1450)

受贿罪数额的角色定位与法定刑设置模式的批判性思考

..... 于雪婷 (1460)

特定关系人犯罪形态研究

——兼论2016年“两高”办理贪污案件司法解释

第16条第2款 周光营 刘仁海 (1467)

受贿罪中特定关系人参与之疑难问题初探

——以2016年“两高”办理贪污贿赂刑事案件

最新司法解释为素材 张理恒 (1474)

单位受贿案件处罚畸轻的危害、原因及对策 温登平 (1481)

利用影响力受贿罪中影响力的界定 聂立泽 晏 雪 (1489)

国有媒体记者“有偿不闻”行为构成受贿罪？

..... 刘 俊 吴林生 (1497)

行贿犯罪立法评说

——以《刑法修正案（九）》为中心 …… 于改之 黄 辰 (1505)

行贿罪立法新动向之思考

——兼议行贿罪废除论 …………… 刘春花 (1517)

“对有影响力的人行贿罪”对象的认定 …………… 李江 齐文远 (1531)

论对有影响力的人行贿罪的刑罚均衡性问题 …… 袁 彬 徐永伟 (1542)

关于行贿罪“为谋取不正当利益”要件的反思 …………… 张 路 (1551)

论非财产性利益贿赂行为的刑法规制 …………… 李 荣 吴丽梅 (1557)

行刑腐败问题初探

——以剥夺自由刑的执行为视角 …………… 胡 波 (1565)

性贿赂刑事抗制论争与立法演进研讨 …………… 赵新河 (1577)

**第一编 刑法改革中刑法与
行政法的关系问题
研究**

刑事违法评价的相对独立性

——对过罪化的一种解释论限定

苏惠渔* 崔志伟**

在法治的路径下进行社会治理，刑法决不能孤身奋战，也不能身先士卒，相反，强调刑法的保障法地位、视其为“社会政策的最后手段”已然取得了学界共识，“刑法一统”、“出礼入刑”应系统治者治理能力欠缺的彰显。刑法在整个法律体系中既应有其作为“法”的共通性，又应有其作为“刑”的特殊性。作为法秩序的一环，“法”重在预测可能性，不能因既允许A又禁止A而让国民无所适从；作为刑（最严厉的制裁手段），又注定其不宜轻露锋芒，并有其自身的目的与主张。由于这种特殊性，刑法与他法在评价基点以及评价结果上的不尽一致也便客观存在。刑事违法评价是否独立，力图释明的便是已经该当定型化的特定构成要件的行为的违法性问题，如果前置法对之已经作出了肯定（合法）或否定（非法）评价，两法域交叉之下，刑法该何去何从，应当保持自身的绝对独立，还是对前置法“唯命是从”，抑或是视不同情况做不同处理。因而，“刑事违法判断是否独立”这一命题的前提是同一行为进入刑法与他法两个法域的视线。随着立法者对刑法的不断修正，对刑法社会治理的诉求日益明显，法定犯的时代也随之到来，原本单纯属于违反行政管理秩序的失范行为，或由于人们对“危险”承受力的下降，或由于人们对“危险”主观感受程度的增长（很多时候可能是一种“虚长”，而客观的危险本身实际并未增减），“入刑”的呼声不断高涨。当刑法将这种行政违法行为基本不予变动地纳入自身射程予以规制，行政犯大量产生，两法交叉的域界也就随之扩展。由此而不断突出的便有：一是如果对这种行政刑法规范不加限定地适用，会不会产生过多的刑罚量，即是否会“过罪化”

* 华东政法大学功勋教授、中国刑法学研究会顾问、上海市刑法学研究会名誉会长。

** 华东政法大学刑法学博士研究生。

的问题,^① 如果确是如此, 如何在罪刑法定原则的理性框架下为之谋求一种实质正当的出罪途径; 二是两法如何衔接的问题, 既不至于造成刑法规范的“虚置”, 又不至于挤占行政法规规范的适用空间。在我们看来, 对这两个司法论上的问题, 可通过“刑事违法判断是否独立”这一命题予以恰当回应。

一、刑法扩张: “行” “刑” 边界的模糊化与罪状设置的形式化

除《刑法修正案(二)》以外, 迄今的其余八次修正总会伴随着新罪名的增设, 与之相反, 除了《刑法修正案(九)》(以下简称《刑修九》)废除嫖宿幼女罪外, 并不涉及其他罪名的删除, 《刑修九》通过增设罪名的方式直接性新增(尚不包括通过增加行为方式、扩张犯罪对象而扩充的情形)20个罪名, 入罪化幅度之大前所未有的, 由此刑法修正呈现的趋势明显是犯罪化。当然, 不能将适合时宜的犯罪化等同于过罪化, 并且如果将刑事立法视为“未经批判即确认为真”的“法教义”, 立法层面的犯罪化自然均为恰当, 但如果转向刑法内部理论、体系的自洽性以及与他法的互动协调, 便可得知其并非皆出自理性。

刑法将原先处于行政法规规范规制之列的失范行为纳入麾下, 从而成为“双重违法”的行政犯, 其表现形式有四种: 一是刑法对罪状作出详尽的描述, 且以“罪行+罪量”的模式组建构成要件, 如拒不支付劳动报酬罪; 二是刑法对罪状描述中的某概念需要援引前置法, 且以“罪行+罪量”的模式组建构成要件, 如内幕交易罪之内幕信息、知情人员的范围需依照法律、行政法规的规定; 三是刑法明确规定罪状中的某概念需援引前置法, 但仅以“罪行”方式组建构成要件, 如生产、销售假药罪, 仅“生产、销售假药的”即全备犯罪构成; 四是刑法并未规定其罪状需援引前置法(实际适用上也不需要), 亦仅以“罪行”方式组建构成要件, 无危害量的要求, 如醉驾、超员、超速以及《刑修九》新增的宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪, 强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪。第一种形式的罪名在立法论上虽然有违背刑法自主性、刑法挤占前置法之嫌, 但在适用上具有了自足的独立性, 基本不会出现法域界限模糊而无所适从的现象; 第二种形式的罪名虽然在适用上需要援引前置法, 表现出对前置法一定程度的依附性,

^① 过罪化与犯罪化一样可以分为立法上的过罪化以及司法上的过罪化, 前者是增设一些情绪性的立法, 对之进行限制需要借助于立法上相关罪名的废除, 但这一方面阻力很大, 落实的可能性不大; 后者是指基于司法上的解释惰性, 简单地对罪名进行形式化套用, 从而导致规制范围的扩大, 对之进行限制需要借助一定的解释方法。从因果性上来考虑, 立法上的过罪化便应结合司法上对过罪化的限定。应当杜绝立法与司法双层面的过罪化。本文的主调并不在于批判立法, 而在于在木既已成舟的前提下, 如何予以一定的解释论限定。

刑事违法评价的相对独立性

但由于采取了“罪量”立法模式，其违法性需达到一定的严重程度方可入罪，因此在适用上与前置法也较易区分；最成问题的是后两者，基本造成了刑法与行政法调控领域的重叠，无“罪量”设置的立法也导致了其罪状形式化。

如生产、销售假药罪，经《刑法修正案（八）》修正之后，“生产、销售假药的”便已充足整个犯罪构成，并且假药的范围依照药品管理法的规定。也就是说只要生产、销售属于行政法规禁止的假药便可构成犯罪，由此同一生产、销售假药的行为便出现了行政与刑事的双重规制，这样一是导致“行”“刑”边界的完全模糊，再者此罪的设置并不存在刑法自身的独特标准（如对法益造成的危险或实害程度，即违法量），并且将对假药的认定完全交付于行政法，“整个刑法评价的独立性似乎荡然无存”。^①并且，只看行为不问后果的无“罪量”设置，使该罪沦为形式犯，即只要生产、销售了行政法上取缔的假药，不管这种假药实际危害如何，即便最终是对人体有益的或益远大于害的，严格按照刑法规定也要处罚，这便是此种罪状设置的当然逻辑。

与此相同的便是将“醉驾”、“超员”、“超速”原本属于行政法规制的行为不予附加地挪移到刑法规制当中，由此造成的困惑便是一旦出现类似行为还需要为行政处罚留下一席之地吗，还是刑法身先士卒为之冲锋陷阵呢？对于危险驾驶罪，有学者认为无须考虑该行为造成的实际危险，只要具备了危险驾驶行为或酒精含量达标，便当然具备了可罚性。^②按照这种逻辑，只要具备超速、超员的行为，不问客观危险状况如何，也应一律入罪。这种不分情况，唯法条的形式化规定是从的解读便是将此罪认定为形式犯的结果。

这种以刑法过度挤占行政法空间，将具体罪名视为形式犯的纯形式化解释将会带来一个两难的困境。一方面，如果为了照顾到有法必依、执法公平，一切生产、销售假药的行为以及醉驾、超员、超速的行为，便应一视同仁、统统入罪，但这样的做法势必会造成无人身危险的罪犯数量激增，犯罪纯粹成为标签，^③有失刑法的本意，并且司法上的一刀切也不利于做到不同情形不同对待，^④有违罪刑均衡，正因此，实践中检察机关对生产、销售假药不

① 孙万怀：《违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评》，载《政治与法律》2016年第3期。

② 参见谢杰、王延祥：《抽象危险犯的反思性审视与优化展望——基于风险社会的刑法保护》，载《政治与法律》2011年第2期。

③ 孙万怀：《违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评》，载《政治与法律》2016年第3期。

④ 毛玲玲、崔志伟：《风险刑法理论与刑事法治的疏离与博弈——立足于抽象危险犯的考察》，载《河南财经政法大学学报》2015年第6期。

起诉的比例远远高于大多数其他犯罪；^① 另一方面，既然无法做到这种极为严格的形式犯百分之百地适用到每一个被查处者，执法的选择空间近乎无限扩大，便正如美国学者胡萨克所言，“刑法无处不在，检察官别无选择，他们只能决定哪些犯罪值得执行而哪些犯罪不值得执行”。^② 危险驾驶罪在这方面表现得尤为突出，交通警力本就十分有限，又无法将每一名查处的醉驾者、超速超员者一律定罪处刑，这些“不法分子”没有受到惩罚便不是因为他们对法律的遵守，而是因为他们没有被抓到的运气，^③ 由此，何时出发、从哪个路段通行、交警的心情甚至其他的一些法外因素便成为左右其是被行政处罚还是被刑事拘留的先决条件，这种自由裁量高于法律的现象导致了罪状的空洞化，甚至“虚置化”，“对法治具有毁灭性”。^④ 究其原因，一是由于刑法与行政法规的边际过于模糊，以至于根本无法做出区分；二是由于形式犯的法条设置导致实体刑法覆盖的领域过大，法律在分配刑事责任时扮演的角色随之缩小。^⑤

二、 应然的立场： 刑事违法评价的相对独立性之提倡

如果用一理论解释上述法域界限模糊化与罪状设置形式化的深层成因，那便是违法相对性理论的陷落与违法一元论的彰显。根据法秩序统一理论，宪法、刑法、民法等多个法领域构成的法秩序之间互不矛盾，即这些个别的法领域之间不应作出相互矛盾、冲突的解释。^⑥ 但何谓“不矛盾”，不同的学说对之有着不同的解读。

（一）刑事违法评价的绝对不独立：严格的违法一元论

如果将之理解为逻辑、形式上的无矛盾，即 A 不可能为非 A，那么一经前置法评价为合法或非法，在刑法上不可能做出相反的评价，由此便主张违法性的绝对统一性，此即严格的违法一元论。在此说看来，前置法评价为合法的行为在刑法上也必然是合法的，相反，前置法评价为违法的行为在刑法上必然具备违法性。前者可谓合理的，因为当在任何一个法律领域中得到

① 孙万怀：《违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评》，载《政治与法律》2016年第3期。

② [美] 道格拉斯·胡萨克著：《过罪化及刑法的限制》，姜敏译，中国法制出版社2015年版，第37页。

③ [美] 道格拉斯·胡萨克著：《过罪化及刑法的限制》，姜敏译，中国法制出版社2015年版，第36页。

④ [美] 道格拉斯·胡萨克著：《过罪化及刑法的限制》，姜敏译，中国法制出版社2015年版，第45页。

⑤ 威廉·斯顿茨：《辩诉交易与刑法的逐渐消失》，载《哈佛法律评论》第117期，2004年，第2550页。转引自[美] 道格拉斯·胡萨克著：《过罪化及刑法的限制》，姜敏译，中国法制出版社2015年版，第39页。

⑥ [日] 松宫孝明著：《刑法总论讲义》，钱叶六译，中国人民大学出版社2013年版，第81页。

许可的一种举止行为，仍然要受到刑事处罚时，那将会是一种令人难以忍受的价值矛盾，并且也将违背刑法作为社会政策的最后手段的这种辅助性。^①但后者将刑法违法性的判断完全依附于前置法，则有失刑法的自主性与独立性，并且导致上文提及的法域界限的模糊性与罪状设置的空洞性。复以生产、销售假药罪为例，刑法规定假药的认定依照药品管理法，后者列举的假药类型（包括按假药论处的）共有八种，那是不是说只要属于这八种之一的，便当然具备了此罪的违法性，按照严格的违法一元论的立场，此罪的构成要件极易认定，只需生产、销售行政取缔的假药即可，一旦径直得出具备违法性的结论，有责性方面的故意认定相对困难也相对随意，^②便几乎可以毫无阻碍地得出入罪结论。在这种学说背景下，刑事违法性的判断完全丧失了独立品格。

首先，刑法与行政法的立法初衷与期待的实际效果并不相同，刑法总归以保护某种法益为价值导向，而行政法力图确认的是一种管理秩序，法益信条所起的作用便涉及犯罪行为与违反秩序行为的分离。^③由此，决定了刑法规范在适用中不得不考虑某种实质正当性的根据，而行政法则注重形式上法规规范的不可违反。如果强求刑法在判断违法性上唯行政法马首是瞻，则丧失了其判断上的独立性，并且有违保护法益的本旨。一旦独立性丧失，进而便会导致刑法圈的扩大，形式犯滋生，以上提及的两难困境在所难免。

其次，我国刑法中的罪状设置大都考虑到了违法性的“质”“量”形态（除了本文提及的极少数所谓的“形式犯”），如财产犯罪（抢劫罪除外）均以一定的数额，危险犯（如妨害传染病防治罪、放火罪等）以一定的危险量，实害犯（如故意伤害罪）以一定程度的实害结果，作为犯罪构成要素，如果未达到这种违法量，只能处以相关的行政处罚。也就是说，从立法实况上来看，我们绝对没有采取严格的违法一元论，只是个别形式犯的设置打破了这种常规，出现了理论与体系上的不协调。

最后，在严格的违法一元论指导下，作为保障法的刑法会进一步放大前置法适用上的缺陷。尤其是在我们这个由高度管控的计划经济向市场经济过渡时间不长的国家，作为前置性的行政管理法律法规已经表现出一定的滞后性与欠合理性。如最近报道的“内蒙古一农民无证收购价值达21万元的玉米

① [德] 克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第397页。

② 如现实中可能仅基于行为人明知所售药品低于市场价或者明知此药品未经批准，便可得出具有销售假药的主观故意。

③ [德] 克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第13页。

被判刑”的消息迅速传播,^①之所以引起广泛关注是因为该农民于情理上得到大众的广泛同情,之所以被判刑是因为他违反了《粮食流通管理条例》的规定,而玉米在我国实行严格的专营制度,为此触犯了“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”。在此,作为承继前置法规定的刑法规范的独立性表现严重不足。立法上以“情节严重”作为入罪条件,显示了立法者意图区分刑事罚与行政罚的初衷,但终究由于与前置法过于密切,加上司法者(也许)并未意识到的违法一元论情结,使这种严格区分成为泡影。其实,就本案而言,法条中的“情节严重”与否绝非仅考虑可量化的数额,一些与案件有关的其他因素(如行为人的动机、确实不知法的事由等)也能成为影响违法量的因素,从而作为出罪的凭借。之所以入罪,一方面是解释上的惰性所致;另一方面便是区分前置法与刑法上的无意识,导致刑法对前置法的过度依从而实质必要的独立性考量丧失。这样的结果只能是让刑法为前置法的不合理性背书,进一步放大了这种不合理,因此法理与情理的无必要冲突也就在所难免。

(二) 刑事违法评价的绝对独立与相对(不)独立:违法多元与缓和的违法一元之争论

如果将“不矛盾”理解为目的、实质上的无矛盾,“违法一元”便得以缓和,甚至被彻底突破。根据这种对法秩序之“统一”的理解,“既是由正义思想所推论而得,因此,它不是逻辑上的,而是评价上的,公理式的一致性”,这种“统一”的体系是一种由主导性的评价观点所构成的,“公理式的或目的性的秩序”体系。^②由于目的、公理、实质等均属于比较模糊的概念,如此,这种“统一”便由一种绝对的、精确的统一转换为一种相对的、松散的统一。违法多元论便是基于目的论判断违法性的有无,^③认为刑法上的违法性是值得处罚意义上的违法性,^④是否值得处罚以及必要性的大小便是基于法益保护需要性的目的考量。因此,在前置法上被禁止的,在刑法上并不当然具有违法性。违法多元论主张在刑事违法性评价中注重违法性的程度,从而进行实质正当性的考量,既使刑法评价脱离对前置法的绝对依附,又避免了罪名适用上的形式化、空洞化,这是其合理之处,但过于强调其固有的违法性却走向了另一个极端。此说认为,在前置法上合法的行为,并不能直接认定在刑法上也属合法,而是也有违法的可能性。进一步说,即便是前置法认可而放弃规制的行为,刑法仍有予以单独评价的余地。但是,其一,一

① “内蒙古一农民无证收购价值达 21 万元的玉米被判刑”,载中国法院网, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/07/id/2010889.shtml> (2016-7-5 访问)。

② [德] 卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 46 页。

③ 参见 [日] 日高义博著:《违法性的基础理论》,张光云译,法律出版社 2015 年版,第 6 页。

④ [日] 曾根威彦著:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社 2005 年版,第 216 页。

刑事违法评价的相对独立性

般认为刑法之外的法令所允准的行为可以成为刑法上违法阻却的根据，违法多元论便与此相抵牾；^① 其二，一味强调各个法域均有自己固有的违法这种观念，会使得刑法在整个法秩序中陷入孤立，有碍刑法与其他法域的协调联动；^② 其三，如果允许刑法置喙前置法都予以认可的领域，则与刑法作为社会政策的最后手段以及刑法的谦抑性、补充性相矛盾；^③ 其四，违法多元论虽然名义上依然认可法秩序的统一，但对“统一”的理解过于“缓和”，以至于实际上是对“统一”的彻底突破，以合目的性的名义将整个法秩序予以肢解。

缓和的违法一元论总体上仍立足于法秩序的统一，借助于“一般违法”在于说明某一行为如果在某一法领域里被否定，这种否定便会贯彻至整个法域，^④ 而借助于“可罚的违法”意在说明，违法性在不同法域中的具体表现形式存在各种各样的种类、阶段，刑事违法既有“违法”的一般特征，又有“刑事”的特殊性，即需要具备值得科处刑罚的质与量。也就是说，如果仅具备前置法上的一般违法性，还不能径直得出充足刑事违法的结论（不同于严格的违法一元论），还需要就刑法自身的目的自主地决定此违法性是否具有法益侵害的“质”以及侵害的程度（即“量”）。如果仅仅是违反行政管理秩序（不具备这种“质”）或者是侵害的法益极为轻微（如盗窃一支笔）而不值得科之以刑，便不（完全）具备刑事违法性。因此，刑事违法性=一般违法性+可罚的违法性。

如果说严格的违法一元论讲求法秩序的逻辑性、形式性统一，而对违法性做出一体性评价，其效果是刑事违法评价的绝对不独立；违法多元论则讲求法秩序的目的性统一（实则讲求独立），“全面”承认不同法域之间违法判断的相对性，其效果是刑事违法评价的绝对独立。缓和的违法一元论则是两者间的缓冲，在法秩序统一和违法判断的相对性之间找到一个适中的平衡，^⑤ “片面”（或曰“单维度”）承认不同法域之间违法判断的相对性，其效果是刑事违法评价的相对（不）独立。亦即，缓和的违法一元论既不同于严格的违法一元论，在“双维”（前置法上合法与非法）上均承认刑法对他法的

① 参见 [日] 松宫孝明著：《刑法总论讲义》，钱叶六译，中国人民大学出版社 2013 年版，第 80 页。即便我国刑法中没有明文承认以刑法之外的法令为根据的违法阻却，但这已然成为理论界的一致认可。

② [日] 松原芳博著：《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社 2014 年版，第 93 页。

③ [日] 松原芳博著：《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社 2014 年版，第 93 页。

④ 参见 [日] 日高义博著：《违法性的基础理论》，张光云译，法律出版社 2015 年版，第 17 页。

⑤ 王昭武：《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，载《中外法学》2015 年第 1 期。

依附性，也不同于违法多元论在此“双维”上均承认刑法的独立性，而是当前前置法评价为合法时，因不具备“一般违法性”的前提，则无刑事违法可言，刑法只能追随其作出合法的评价，这一“维度”体现出刑法对前置法的附随性、非独立性；当前前置法评价为非法时，虽具备“一般违法”的前提，但尚需结合刑法的自在目的就可罚与否作出进一步评价，这一“维度”则体现出刑法对前置法的独立性。概言之，前置法的违法性是刑事违法性的必要但不充分条件。因此，缓和的违法一元论是主张刑事违法评价的相对（不）独立的。该说在对“统一”的理解中掺入了“目的”、“实质”的考量，但仍尽量照顾到形式的、逻辑的不矛盾，亦可谓在形式与实质、逻辑与目的间觅求的一种折中。虽然名义上其仍属于“违法一元”的立场，实际上已经在做违法相对性评价的考量，因此究其本质，是主张违法相对的。

总之，严格的违法一元与违法多元是两个方向上的极端，而缓和的违法一元论既照顾到刑法的补充性，使其不至于穿越前置法径行处罚，又充分考虑到其收敛、谦抑的本性，即便他法做出否定评价也应“先思而后动”，其总的基调便是尽可能限制刑法的适用空间。因此，这一观点是值得我们提倡的。

三、刑事违法的质与量：作为一种限制处罚事由的门路

胡萨克在其著作中曾反复指出，任何让人推崇的犯罪化理论，都必须包括不法性限制条件。^①在司法论上，犯罪构成是进行犯罪化的唯一合法标尺，在这种犯罪构成上或有三阶层、四要件的差别，逻辑上的缜密性暂且不论，如果某一犯罪构成很少有限制刑法处罚事由的体系性定位，造成的结果是司法上的“必罚主义”、“入罪容易出罪难”，则说明这种犯罪构成理论是不值得我们推崇的。

严格的违法一元论之所以不值得我们提倡便在于其放弃刑法自身独立的可罚性思考，从而导致犯罪圈的扩大。以“抗癌药代购第一人”一案为例，^②

① [美] 道格拉斯·胡萨克著：《过罪化及刑法的限制》，姜敏译，中国法制出版社2015年版，第168页。

② 2002年，陆勇被查出患有慢性粒细胞白血病，需要长期服用抗癌药品。中国国内对症治疗白血病的正规抗癌药品“格列卫”系列系瑞士进口，每盒需人民币23500元，陆勇曾服用该药品。2004年9月，陆勇通过他人从日本购买由印度生产的同类药品，价格每盒约人民币4000元，服用效果与瑞士进口的“格列卫”相同。之后，陆勇开始直接从印度购买抗癌药物，并通过QQ群等方式向病友推荐。随着病友间的传播，从印度购买该抗癌药品的国内白血病患者逐渐增多，药品价格逐渐降低，直至每盒为人民币200余元。2014年7月22日，沅江市检察院以“销售假药罪”对陆勇提起公诉。此后，上百名白血病患者联名写信，请求司法机关对陆勇免于刑事处罚。沅江市人民检察院认为，陆勇购买和帮助他人购买未经批准进口的抗癌药品行为，违反了药品管理法的相关规定，但陆勇的行为不是销售行为，不符合刑法第141条的规定，不构成销售假药罪。2015年1月27日，沅江市人民检察院向沅江市人民法院撤回起诉。

刑事违法评价的相对独立性

《药品管理法》第48条规定，“依照本法必须批准而未经批准生产、进口，或者依照本法必须检验而未经检验即销售的”；“使用依照本法必须取得批准文号而未取得批准文号的原料药生产的”均按假药论处，而刑法明确要求假药的范围依照上述规定。并且《刑法修正案（八）》删除了“足以严重危害人体健康的”规定，即只要满足“生产、销售假药的”皆可入罪，人们普遍认为此修正使该罪由危险犯变为行为犯。上文已经提及，如果以严格的违法一元论对该罪进行解释，此罪便成为地道的形式犯，即无须就实质上危险与否、可罚与否进行判断。问题是此罪果真无须侵害法益的危险存在吗？我们认为是否定的。

其一，如前所述，行政法与刑法的立场并不相同，前者旨在维护一定的管理秩序而后者旨在保护特定法益，前者可以对具体规范做形式化理解，后者则需进行一定的实质解读。其二，虽然本罪位于破坏社会主义市场经济秩序罪一章，但本罪的立法初衷绝非仅为了维护医药品的管制秩序，相反其主旨更在于维护人们的身体健康安全，这从“两高”《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）中便可明晰，该解释开篇便明确了出台的目的：“为依法惩治危害药品安全犯罪，保障人民群众生命健康安全，维护药品市场秩序……”其三，《解释》第11条第2款明确规定：“销售少量根据民间传统配方私自加工的药品，或者销售少量未经批准进口的国外、境外药品，没有造成他人伤害后果或者延误诊治，情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”须知，形式犯是没有刑法第13条但书的适用余地的，本解释明显囿于法律的明确规定而立场上表现得暧昧、犹豫、模糊，但罪量的考虑俨然表明本罪并非所谓的形式犯。其四，从该罪的罪状描述中亦可得知本罪绝不可能是形式犯，根据该罪刑条款，“生产、销售假药的”为基本犯罪构成，“对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的”为一级加重构成，“致人死亡或者有其他特别严重情节的”为二级加重构成。根据犯罪既遂所要求的危险或实害程度的由小到大，依次为抽象危险犯、^①具体危险犯、实害犯。非常明显，本罪中一级加重构成属于结果犯，如果认为基本构成属于形式犯，岂不是说跳跃过危险犯直接进入到了实害犯？那么危险犯这一处罚档次岂不是不存在了吗？其五，前置法的规定表明了本罪并非与前置法违法性严格一致的形式犯，《药品管理法》第73条规定，“生产、销售假药的……；构成犯罪的，依法追究刑事责任”，亦即其态度是区分行政处罚与刑事处罚的，前置法权且主张违法相对，刑法又何需如此不“自珍”呢？在“抗癌药代购第一人”案中，陆勇所售明显属于行政法取缔

^① 学界一般认为抽象危险犯之“危险”系一种内化入特定行为的、立法上拟制化的危险，在具体适用中无须对危险与否进行判断，只要具备相应行为即可成立犯罪，如醉驾、超员、超速。按照这种解读，抽象危险犯其实就成为形式犯。

范围的假药，如若严格按照刑法的形式化规定，即严格的违法一元立场，构成犯罪无疑，控方撤诉的理由仅是一种契合特定事例的“取巧”之策，“巧妙”地回避了本罪是否为形式犯的适用难题，但并不利于解决类似性质的问题。进一步讲，如果不坚持刑事违法评价的相对独立性立场，在刑事违法性中进行实质性的考量，基本不可能找到其他具有普遍适用性的实质正当的出罪途径。

以刑事违法评价的相对独立性来解释生产、销售假药罪的适用便是：第一，俗语道“是药三分毒”，药品对人体总有或大或小程度的副作用，并且医药研发本就是风险较高的领域，即便某种药物对人体产生了危害，无论程度多大，只要是经过国家批准的、成分合格的、储存完好的，便不属于前置法作为假药（甚至也不是劣药）的取缔范围，亦即不具备一般违法性，至此刑法便应主动回避，简而言之，在入罪方面，刑法对前置法具有依附性，前者以后者作为必要非充分性前提。第二，属于前置法作为假药的取缔范围，如未经批准，即具备一般违法性，但药物本身对人体无害或益远大于害，因不具备刑事违法性的“质”（法益侵害）而无可罚的违法性，进而失去了刑法上处罚的必要性，则可基于这种“质”的欠缺予以出罪。“抗癌药代购第一人”便是适例。

复以危险驾驶罪为例，针对醉驾入刑后，醉酒驾驶机动车的“入刑热”，最高人民法院副院长张军曾提出，对在道路上醉酒驾驶机动车的行为，不宜一概而论，要注意刑事处罚与行政处罚的衔接，可以援引刑法第13条但书作为出罪依据。对此社会各界也产生了阵阵批评之声，有人认为，对醉驾来说，也存在“情节显著轻微”一说不成立。因为醉驾是“行为犯”，不是“结果犯”，只要有醉驾行为，不论是否造成了交通事故，是否对他人造成了损害，均构成犯罪。^①其实这两种观点的对立可以归结为刑事违法评价相对独立性与严格的违法一元论的对立，前者主张在进行刑事违法评价时需进行实质性考量，而我国“但书”规定恰好能够契合可罚的违法性理论的需要；后者杜绝可罚的违法性理论，既然醉驾在行政法上早已是违法的，在刑法上也必然违法，一旦该当了形式上的构成要件不问具体结果一律入罪，按照这种观点，醉驾便属于形式犯。但这种反对论的观点与刑法第101条相冲突，并且形式

^① 参见陈世幸：《醉驾入刑不能由法官自由裁量》，载《南方日报》2011年5月13日。

犯将导致实体刑法覆盖的领域过大，进而极易陷入上文提及的两难困境。^①鉴于此，我们认为刑法中不应存在所谓的形式犯。

四、 结语

我国刑法中的罪状描述不同于德日，基本均采取了“罪行+罪量”的立法模式，即已经考虑到违法性的“质”“量”问题，由此而言，似无讨论“可罚的违法”、“违法相对”的必要，实则不然，随着法定犯的不断扩容，刑法与前置法的过密衔接使“两法”边界的模糊化与罪状设置的形式化日益成为适用上的难题，如何避免纯形式化地解释犯罪构成要件，维持刑法的谦抑、补充地位，如何对立法上的过罪化予以实质性的限定、集中锋利规制当罚行为，将成为一个无法逾越的解释论问题。坚持刑事违法评价的相对独立性，在入罪这个维度上，秉持刑法对前置法违法评价的依附性，在出罪这个维度上，则坚持刑法自身的合比例性以及独立性。刑法中不应存在所谓的形式犯，因此对刑法的解释应以法益信条为导向，既不至于造成刑法规范的“虚置”，又不至于挤占行政法规规范的适用空间。面对立法上的过罪化，司法不宜一概顺势而为，而应基于刑法目的的自主性对之做出一定的合目的性限缩、基于法益信条为之觅求某种实质正当的出罪途径。

^① 有人可能认为即便是对法条予以实质性解释也无法避免选择性执法的自由裁量，参见郑伟：《毒品犯罪三疏两议》，法律出版社2011年版，前言第6页。这种理解当然是有道理的。但在我们看来，现实情况是纯形式化罪状设置的立法导致了刑法规制范围的极大扩张，为了削减这种“刚猛”，现实中便会出现无数种潜在的理由对之不予“言听计从”地适用，相比这种毫无规律可循的自由裁量，以实质的危险与否及其大小（当然也会因人而异）作为出罪事由，对自由裁量便是一种限定。很多情况下我们虽然难以正向判断哪些行为具备当罚的危险，但我们完全可以反向除斥将那些明显不具危险性或危险量很小的行为予以出罪。

危害社会行为治理体系二元论 与一元论之比较

卢建平* 孙本雄**

我国刑法第13条采用混合的犯罪概念，通过既定性又定量的方式，设置较高的犯罪门槛，将具有社会危害性，但情节显著轻微危害不大的妨害公共安全、破坏市场经济秩序、侵犯人身财产权利、扰乱公共秩序、妨害社会管理等行为排除在刑法的规制范围之外，而采用治安管理处罚等非刑事措施予以惩治，由此形成了区分违法与犯罪的二元治理体系。但是，这种二元治理体系相较于不区分违法与犯罪的一元犯罪治理体系，缺陷较为明显，应该予以改造。

一、二元治理体系的利弊

我国现行法律框架所采用的治理体系根据行为危害社会的严重程度，将具有相同性质的违法与犯罪行为予以区分，并为之配备不同性质的法律后果。这种二元治理体系的优势与缺陷并存。为了更加合理、有效地治理犯罪，改造现行违法—犯罪治理体系，应当首先明确二元治理体系的缺陷。

（一）二元治理体系的缺陷

现行二元治理体系区分行政违法与刑事犯罪，因而犯罪门槛较高，犯罪的严重程度和起刑点也相对较高，这种刑法结构属于“小而重”或“厉而不严”的刑法结构，存在诸多缺陷，不利于刑法功能的充分发挥。

第一，根据危害程度的大小，将性质相同的危害行为区分为违法与犯罪的做法不合理，其不仅不利于人们规范意识的养成，也使刑事立法丧失明确性。在二元治理体系的框架下，如何区分行政违法与刑事犯罪是最为关键的问题。^①从法律规定的具体内容来看，我国的犯罪行为与其他违法行为在行为类型上重合的比例较高，没有重合的犯罪行为反倒不多见。^②这种根据危害程度区分行政违法与刑事犯罪的做法，无疑是告诉人们实施危害社会的行

* 北京师范大学法学院教授、博士生导师，中国刑法学研究会副会长。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生。

① 对于如何区分行政违法与刑事犯罪，我国理论上存在多种学说。参见黄明儒：《论行政犯与刑事犯的区分对刑事立法的影响》，载《刑法论丛》2008年第1期。

② 参见李洁：《中日涉罪之轻微行为处理模式比较研究》，载《法律科学》2002年第4期。

为，只有情节严重的才会构成犯罪，予以追究刑事责任，贴上犯罪的标签；而与犯罪具有毗连性，但情节轻微的危害行为则成立一般违法，予以行政干预（非刑事法律措施）。从法律后果来看，行为人针对相同法益实施相同性质的行为，因为程度的差异，面对的处罚也迥然不同。根据现行的司法解释，若行为人实施受贿行为，受贿数额为 29999 元与受贿 30001 元承担的法律責任完全不同，受贿 29999 元承担的可能仅为行政责任、党纪处罚，而受贿 30001 元则可能需要承担刑事责任，以至于身败名裂。这种计赃论罪的做法，不仅违背党中央“老虎苍蝇一起打”的反腐败刑事政策，也不利于公众认同刑法规范、培养规范意识。与此同时，这种立法模式有违立法明确性的要求。在此种立法模式下，情节轻重的判断至关重要，而情节的判断又总是让人困惑。社会危害性从根本上而言，属于社会主义文化群所作出的一种价值判断，或者说是社会大多数人共同价值观的一种反映和体现，^① 故情节是显著轻微、轻微，还是严重、特别严重，往往很难精确判断，将这些缺乏明确性的内容作为判断行为是属于违法还是犯罪的关键因素，无疑使得刑事立法欠缺明确性。

第二，容易导致机械执法、司法。根据行为的危害程度区分行政违法与犯罪的二元治理体系，为了避免管辖出现争议，各部门的领导机关或业务指导部门均通过规定、解释、指导意见或会议纪要等形式明确立案标准、追诉标准、定罪量刑的起点等，以限制、规范行政机关的自由裁量权，这种名为解释法律实为实质性“立法”的做法，大多采用一刀切的方式，如规定明确的数额标准、行为表现、行为样态等。这种一刀切的方式在限制、规范行政权的同时，也使得司法权的运用变得异化，有机械司法的嫌疑。毕竟法律是可变的，它因案件的不同而不同，且每个案件都是社会地位和关系的复杂结构，^② 不同的案件里，应该结合案件行为的性质、行为发生的时间、地点、场合、原因等来综合确定行为的社会危害性，并结合行为人的危险性人格来确定是否予以惩治及如何惩治，这完全是一个自由裁量权的行使过程。

第三，区分行政违法与刑事犯罪，将行政违法行为交由行政机关处理，导致行政权过大，加之程序法治的缺失，极易侵犯行为人的合法权利，且与法治原则不相符合。正如上文所提到的一样，因为现行立法区分行政违法与刑事犯罪，将大量涉及剥夺或限制行为人基本权利的行政违法行为交由行政机关处理，这种既做运动员又做裁判员的执法模式，欠缺中立第三方的审查和制约，又加上需要考量大量缺乏明确性的定量因素，使得行政权极易逾越

^① 参见冯亚东著：《理性主义与刑法模式——犯罪概念研究》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 39 页。

^② [美] 唐·布莱克著：《社会学视野中的司法》，郭星华译，法律出版社 2002 年版，第 4、6 页。

法律的边界，侵犯公民的合法权益。毕竟行政权本质上属于管理权，运行上具有主动性、倾向性，而缺乏被动性、中立性。^① 另外，将具有相同性质的行为根据危害程度不同，区分为行政违法与刑事犯罪，与法治原则不相符合。权力的分立程度和国家的民主法治程度成正比，^② 法治要求权力受到控制和制衡。在我国的现行法律框架下，行政机关在行使行政权的时候，不仅应该判断行为的性质，还应该判断行为的危害程度，这就使得行政权逾越立法权和司法权，这种行政权裹挟着立法权与司法权的运行模式，制衡较弱而裁量权较大，与法治的追求不相契合。

第四，不利于防卫社会。以客观行为为前提，以犯罪危险性人格这一主观性质的事物为补充，形成“刑法明文规定的犯罪行为+犯罪危险性人格”二元定罪机制，必将是大势所趋！^③ 而二元治理体系框架下，仅根据行为的客观危害程度来区分行政违法与刑事犯罪，不顾行为人的危险人格，只是强调事后惩罚实施行为之人的做法，不仅不利于减少犯罪行为的发生，而且也不利于防卫社会。因为，任何一个罪犯的形成，都是犯罪危险性人格与致罪因素的相遇，^④ 而犯罪危险性人格并不是只能由严重危害社会的行为（现行刑法意义上的犯罪）所征表，也能够由其他危害社会的行政违法行为所征表，现行区分行政违法与刑事犯罪的做法，因为犯罪门槛较高，不利于将实施性质相同但仅造成轻微危害结果之行为的人甄别出来，并对他们予以保安处分、教育矫治，以改变其危险性人格。故当危险性人格与致罪因素相遇时，极容易导致发生更为严重的危害行为，不利于防卫社会。

第五，容易将犯罪人边缘化，不利于行为人的再社会化。二元治理体系下，犯罪仅限于严重违法行为，一旦为行为人贴上犯罪的标签，将会导致社会确认曾经的犯罪人（犯过罪的人）的犯罪者身份，并将其边缘化，而曾经的犯罪人感到自己被边缘化，就逐渐脱离排斥他的社会主文化，而转向能够包容和支持他的社会亚文化，在这一过程中，他也逐渐认同了自己的犯罪人身份，也因为自己遭受到作为社会控制措施的刑罚的干预而产生不公平的感觉，这就又进一步将其推向犯罪社会，这个过程中，他就逐渐认同了容易刺激他实施危害行为的社会亚文化，这不仅不利于行为人接受社会主流文化，并在社会公众的帮助下改变行为陋习和危险性人格，相反更容易促使其再次犯罪。

① 孙笑侠：《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》，载《法学》1998年第8期。

② 参见卢建平：《犯罪门槛下降及其对刑法体系的挑战》，载《法学评论》2014年第6期。

③ 张文、刘艳红、甘怡群著：《人格刑法导论》，法律出版社2005年版，第225页。

④ 张文、刘艳红、甘怡群著：《人格刑法导论》，法律出版社2005年版，第144页。

（二）二元治理体系的优势

二元治理体系虽然存在上述诸多问题，但是也并非一无是处，其具有经济性的优势。二元治理体系仅将严重危害社会的行为纳入刑法射程，而由行政机关处理数量较大的轻微违法行为，符合经济性的要求。行政权的行使具有主动性，更加注重结果的实质性而将产生结果的过程置于次要的地位，同时行政权行使过程中受到的制衡相对较少，产生行政处罚结果的过程耗时也相对较短，因而效率较高。司法权的行使具有被动性，实行不告不理原则，没有控方提起控诉，司法权就不能随意发动；而且司法权更注重权力行使过程的形式性，更加注重程序的作用而费时费力。二元治理体系通过提高犯罪门槛的形式，将很大比例的轻微违法行为通过行政处罚的形式予以惩治，而仅将社会危害性较为严重的行为纳入刑法射程，这不仅提高了惩治违法犯罪的效率，也有利于将有限的司法资源集中于惩治和打击严重危害社会的犯罪行为，这种做法符合经济性的要求。

二、一元治理体系的利弊

一元治理体系主张立法定性、司法定量，即主张立法上根据行为性质来确定犯罪的范围，赞同将具有相同性质的危害行为均作为犯罪处理，只是根据行为危害性的大小，将犯罪予以分层，以便做到区别对待；与此相对应，一元治理体系于司法上主张具体判断，认为应根据危害行为发生的具体情况，综合判断行为的应受处罚性。于具体刑事诉讼中，一元治理体系主张对不同层级的犯罪行为采用繁简有别的刑事诉讼程序，在有效应对危害社会行为的同时也不忽视刑事司法资源的有限性，尽量做到公正与效率的统一。但是，一元治理体系也是优缺点并存。

（一）一元治理体系的优势

一元治理体系根据行为性质来确定犯罪圈的大小，主张立法定性而司法定量，这种危害社会行为治理体系犯罪门槛较低，刑事法网较为严密，刑罚的强度也相对较弱，属于“大而轻”或“严而不厉”的刑法结构，该体系有如下优势：

第一，使得刑事立法更加明确。由于表述法律条文的词语具有模糊性，绝对明确的刑事立法只是人们一厢情愿的一种追求。不论是根据定量因素区分行政违法与刑事犯罪的刑事立法，还是仅根据行为性质划定犯罪圈的一元治理体系均难以做到绝对的明确，我们只能秉持相对合理主义的理念，追求一种相对的明确性。判断刑事立法是否明确的标准应该以一般社会公众对刑法规范内容的理解为基础，只要普通社会公众能够根据表述法律条文的字词认识法律条文所要表达的意思，并根据自己所理解的法律而预测实施违背法律的行为将会面临的法律后果，那么这样的刑事立法即是明确的。一元治理

体系下，刑事立法中不直接明确规定定量因素，而是以行为性质也即侵害法益的性质作为区分罪与非罪的标准，此种刑事立法模式下，行为人根据刑法条文的字面表述即可判断所实施的行为是否属于刑法禁止的行为，进而预测实施该行为的法律后果，而无须在明确行为性质的基础上再对情节是否显著轻微这一充满不确定性的价值因素予以判断，这不得不说是刑事立法明确性的表现。

第二，有利于培养社会公众的规范意识。正如上文所提到的那样，在一元治理体系下，行为人只要实施了法律规定的危害行为，无论情节是否严重，即有可能构成犯罪，这种明确告知社会公众是非善恶的刑事立法，摒弃了只有实施严重危害社会的行为才有可能构成犯罪的观念，主张只要实施了危害社会的行为，无论情节是否严重，均有可能构成犯罪，这样的刑事立法有助于帮助行为人认识自己所实施危害行为的性质及法律意义，消除侥幸心理，进而遵守法律，这实质上是对法律所保护的利益的尊重或认同。不仅如此，此种立法模式下，与犯罪的低门槛相对应，刑罚不再是赤裸裸的刀把子，而是变得更加轻缓 and 多样。也就是说，此种犯罪治理体系下，刑罚一改往日血淋淋的形象，变事后惩罚为事前教化和预防，更多地强调刑罚是为维护刑法这一社会治理契约的权威性、有效性而采用的一种不得已的保障措旆，其着眼点是未来社会，而不是将目光固守在已然发生的危害行为身上。通过这样的教化作用，将会逐渐改变公众因为惧怕刑罚的惩处而不敢实施危害社会行为的观念，逐渐养成遵守刑法这一特殊的社会契约的习惯。

第三，更有利于防卫社会。一元犯罪治理体系下，犯罪门槛较低，犯罪圈较大，这样能将仅产生了较轻危害结果的行为也纳入刑法的规制范围，从经验上来说，能够通过惩治小罪而预防大患或更为严重之犯罪的发生，醉驾入刑即为实例。自2011年5月1日醉驾正式入刑至2016年4月28日，全国因醉驾、酒驾导致的交通事故数、死亡人数与醉驾入刑之前相比，分别下降18%、18.3%，而且在严格执法和大力宣传的作用下，北京、浙江、河北等省份的酒驾、醉驾数量逐年下降或呈平稳趋势。^①另外，因为犯罪门槛较低，能够将更大范围的实施危害行为的行为人纳入考评范围，进而就能发现所实施之行为仅造成较轻危害结果；但具有犯罪危险性人格的行为人，并借此机会对行为人的犯罪人格予以矫治和保安，这种通过提前介入矫正行为人危险性人格的做法，对于预防犯罪、保卫社会的作用不容忽视。另外，在一元治理体系下，伴随着轻微犯罪的查处，也能调整和改变人们的不良生活习惯和观念，这对于减少危害社会行为的发生也具有重要作用。如醉驾入刑后，喝

^① 参见邹伟、罗沙：《“醉驾入刑”五年酒驾肇事下降18%》，载新华网，http://news.xinhuanet.com/2016-04/28/e_1118765000.htm，2016年7月7日访问。

危害社会行为治理体系二元论与一元论之比较

酒不开车、开车不喝酒的理念深入人心（代驾中酒后代驾的比例高达90%）。^①

第四，根据行为性质区分行政违法与刑事犯罪的一元治理体系将充满不确定性的价值判断交由司法者来完成，更加符合法治的要求，且有助于实质正义的实现。一元治理体系中，定量因素的判断主要委托司法机关进行，明确界分了立法权与司法权。因为司法权具有被动性和中立性，相较于行政权而言，其任意扩张的可能性较小，无须机械地订立各种具体标准，如规定明确数额。这种情况下，因为行政权与司法权的交叉可能性较小，更加符合法治原则中权力相对分离的要求；而且，我国目前司法者对法律 and 政策的掌握程度相对较好，且随着司法改革的推进，能够独立决定案件危害程度的司法者通常经验也较为丰富，他们能够站在一个相对中立的角度来判断案件的社会危害性，这正与案件社会危害性判断所要求的综合性、全面性相适应，更有利于实现刑罚个别化，也更有利于案件实质正义的实现。

第五，有利于促进社会公众改变罪的观点，减少标签化带来的危害，促进社会和谐。标签理论认为，一个人一旦被烙上越轨的标签，随着他人将其作为越轨者来看待，他自己也会出现这样的变化：他感觉自己被边缘化了，他被为越轨者提供社会支持的亚文化所吸引，他从内心认可了越轨者的身份，他因为自己所受到的来自社会控制之处理权的伤害而产生了不公平的感觉，而他尊严的丧失则会因为使其难以合法地生存而将其进一步推向犯罪社会。^②也就是说，越轨者再次实施越轨行为的重要原因是其不被社会亚文化群所接受，而是被社会亚文化群所吸引，进而再次实施犯罪。但是，曾经的犯罪人仅是一个犯过错的孩子，不能因为他曾经实施了危害行为就将其予以另眼相看或者予以排斥，况且导致行为人实施越轨行为的原因多种多样，而应该本着更加宽容的心态来看待曾经犯过错的越轨行为者。在一元治理体系下，犯罪门槛较低，构成犯罪或者可能被贴上犯罪标签的并不是只有实施了严重危害行为者，即使仅实施了危害较小的行为，也有可能构成犯罪，这将在一定程度上促进人们改变将犯罪人看成是不同于普通民众之罪犯的观念，而树立起将犯过罪的人看做是犯过错的同胞，不再将犯罪人视为“例外”或“特别”之人，而是平常的普通人，属于我们中的一员，不应当将其予以排斥的观念，这有助于帮助他们再次融入社会、融入生活。

（二）一元治理体系的缺陷

一元治理体系具有如上优点，但也存在缺陷：

^① 参见邹伟、罗沙：《“醉驾入刑”五年酒驾肇事下降18%》，载新华网，http://news.xinhuanet.com/2016-04/28/c_11118765000.htm，2016年7月7日访问。

^② 参见〔澳〕约翰·布雷思韦特著：《犯罪、羞耻与重整》，王平、林乐鸣译，中国人民公安大学出版社2014年版，第22~23页。

第一，可能抑制社会活力，不利于个性的张扬和社会的进步。在一元治理体系之下，犯罪圈扩大，更多的违反规范行为被纳入犯罪圈，成为刑法的规制对象。因此，一元治理体系下，人们的思想和行为被迫变得收敛。但是，犯罪虽然给社会造成了一定损失，但却给社会个体创造性的发展与表现提供了机会与可能。^① 社会发展创新的动力往往与冒险精神相伴相生，这种矛盾的存在会迫使人们为了不犯罪而被动地遵守规范，变成乖戾的守法者，这无疑不利于社会的发展进步。

第二，将更多的人予以标签化，在其他相关观念及制度尚未改变的情况下，可能有碍于行为人的再社会化。根据埃里克森（Erickson）的观点，标签化的过程包括：越轨嫌疑人与其社群代表之间的公开对抗；对于越轨行为的性质作出判断；进行社会安置，将越轨者置于一个可以重新定义其社会地位的特殊身份之中。^② 在一元治理体系下，实施危害行为人与刑法的对抗增多，这就要求采取更为广泛、多样、有效的措施来对行为人予以重新定位，如果重新定位不当，极易造成曾经的越轨行为者被社会亚文化群所排斥，而被社会亚文化群所接纳，继而影响曾经的犯罪人的再社会化。

第三，大量案件采用特殊程序，可能违背刑事诉讼由控辩审组成诉讼结构的基本要求。一元治理体系下，犯罪数量大量增加，为了兼顾公平与效率，必然需要设置大量相互衔接的刑事案件快速处理机制，如刑事案件速裁程序、简易程序，甚至包括 ADR 等法外程序等，一定程度上会导致控辩双方参与程度的降低，犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利也相应会受到限制，若相关规则（如自白任意性规则、不被强迫自证己罪规则、认罪认罚从宽规则等）和权利保障措施（如被告人程序选择权、获得有效辩护权、最后陈述权等）缺位，很可能与刑事诉讼追求的程序正义或控辩审全面参与的要求发生冲突。

三、余论

一元治理体系和二元治理体系所追求的理念和治理模式存在区别。一元治理体系更加强调法治原则的贯彻，不仅有利于社会防卫，也更有利于实现实质正义；二元治理体系与法治原则的要求存在出入，容易将犯罪人边缘化，且不利于防卫社会。因此，笔者更倾向于主张一元治理的体系。为了增强说服力，此处再对一元治理体系可能的缺陷及面临的质疑予以讨论。

第一，一元治理体系的上述缺陷均能克服。首先，可通过灵活多样的出罪机制，将有利于促进社会进步但是违反现行刑事立法的行为予以出罪。人

^① 关福金、杨书文：《论刑法的功能》，载《中国刑事法杂志》2001年第3期。

^② 参见[澳]约翰·布雷思韦特著：《犯罪、羞耻与重整》，王平、林乐鸣译，中国人民公安大学出版社2014年版，第22页。

危害社会行为治理体系二元论与一元论之比较

罪要依法，出罪讲合理，^①形式上违反现行刑事立法但是能够促进社会发展进步的行为，总体而言是不具有社会危害性的，相反是有利于社会的行为，应该在充分论证其合理性的情况下，将该行为予以司法出罪。而且，该行为形式上违反刑事立法，说明刑事立法因其滞后性，阻碍了社会的发展进步，应该及时修改现行刑事立法。其次，犯罪标签化后的不利后果可以呈现为两个方面，一是行为人因为被贴上犯罪的标签而遭到社会主流文化群的排斥；二是行为人因为被贴上犯罪的标签而成了法律意义上的有前科之犯罪人。对于第二方面的标签效应，可以通过完善前科消灭制度、犯罪记录封存制度、前科报告义务制度等，将实施了轻微违法犯罪行为且人身危险性不大的行为人的前科予以消灭、封存，以减少或者消灭犯罪标签效应带来的不良影响。对于第一方面的标签效应，因为涉及社会文化变迁问题，短时间内很难彻底改变，这是我国法治进程难以绕过的话题。随着一元治理体系的推行，人们对罪之观念的认识将不再仅局限于杀人越货等严重的暴力犯罪，而是包括诸如酒后驾车、买卖或使用假身份证件、替人考试、违章停车等，这也能促进减少犯罪标签效应造成的不利影响。最后，大量特殊程序的采用，应该以犯罪嫌疑人、被告人的自愿为前提，其放弃相应的诉讼权利，能在量刑上得到从宽处理，这是以行为人的自愿参与为前提的，只要基本的诉讼权利如程序选择权、不被强迫自证己罪的权利、最后陈述权等得到保障，就不会出现违背诉讼结构基本要求的现象。

第二，不会违背刑法的谦抑性原则。刑法谦抑性原则在不同时代有不同的内涵，其应该与社会发展和民众的安全需求相适应。^②当下主张的刑法谦抑性应该是指刑的谦抑性，而非罪的谦抑性，而降低犯罪门槛的做法具有现实社会背景。随着风险社会的来临，人们对安全的需要更加迫切，通过降低犯罪门槛，惩小罪而防大害能够将风险扼杀在早期阶段，这对于防卫社会和保护人民的安全具有重要意义；并且，随着西方功利主义价值观在我国的传播，人们更多地重视理性的作用，而忽视情绪、传统^③等对人类行为的支配作用，在这样的社会背景下，刑法作为一种社会控制措施，也必须参与到社会整合过程中，^④其通过降低犯罪门槛的方式，将情绪失控情形下实施的危害行为、基于维护传统不良价值观念而实施的危害行为等也纳入规制或引导的范围，以整合多元的社会价值观。

① 参见储槐植：《刑法契约化》，载《中外法学》2009年第6期。

② 参见储槐植、何群：《刑法谦抑性实践理性辨析》，载《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2016年第3期。

③ 韦伯认为存在四种支配人类行为的行动类型：目的理想、价值理性、情绪及传统。参见钟磊：《解魅、分化与现代性》，载《哲学研究》2003年第1期。

④ 参见陈金林著：《积极一般预防理论研究》，武汉大学出版社2013年版，第7~9页。

第三,不会导致司法资源的短缺。2012年我国公安机关受理的治安案件与法院一审受理的案件总和达到了1986年至2014年的峰值,但是即使是这种情况下,也不会导致司法资源的短缺。2012年法院共收案(包括刑事、民事、行政案件)8442657起,公安机关共受理治安案件13889480起,在一元治理体系下,法院面临的案件将为二者之和,共计22332137起(约等于2233万起)。^①我国法官人数是19.6万人。^②根据中央法官额制改革的要求,法官比例不超38%,^③即法官人数不超7.4万人,那么平均下来,每位法官每年承办的案件约为302件,这相对于其他法治发达国家而言仍处于正常范围内。就每年人均审判的案件而言,美国法官每年年均承办的案件约为1622件(约是302件的5.37倍)。^④根据世界银行统计,1995~1996年,法国法官人均办案305件,哥伦比亚法官年均办案1512件(约是302件的5倍),新加坡法官每年人均办案1203件(约是302件的4倍)。^⑤因此,即使在一元治理体系下,我国法官额制改革之后,每年每位法官承办的案件相较于法治发达国家而言也在合理承受的范围内,不会导致司法资源的短缺。即使仅有85%的司法人力资源投入到办案一线(我国法官如果按照85%计算,员额制改革后约为不超过6.3万人),^⑥以2012年为例,我国法官承办案件约为354件,与美国(约为5倍)、哥伦比亚(约为4倍)、新加坡(约为3倍)等国法官承办案件的数量相比,仍然在可接受的范围内。

另外,值得一提的是,一元治理体系作用的充分发挥需要一系列的配套制度予以保障,这些配套制度至少包括:根据犯罪的严厉程度推进刑罚的轻缓化、多元化乃至非刑罚化;完善犯罪嫌疑人、被告人人身危险性(危险性人格)评估制度;建立完善、合理的出罪路径和出罪机制;根据犯罪严厉程度建立的犯罪分层制度、犯罪记录封存制度、前科消灭和前科报告制度;完善保安处分制度;建立根据行为危害性大小设置的繁简分流的多层次诉讼制度;程序分流制度;制作和公开犯罪治理绩效报告;等等。

① 数据来源于2015年的中国法律年鉴。

② 数据来源于林娜:《案多人少:法官的时间去哪儿了》,载《人民法院报》2014年3月16日第2版。

③ 数据来源于张蕾:《全市2013名入额法官上午宣誓》,载《北京晚报》2016年5月30日第9版。

④ 参见王禄生:《为什么“案多人少”只是一个传说?》,载共识网, <http://www.21ccom.net/articles/dlpl/shpl/2012/1024/69661.html>, 2016年7月15日访问。

⑤ 参见陈永生、白冰:《法官、检察官员额制改革的限度》,载《比较法研究》2016年第2期。

⑥ 参见中国长安网:《孟建柱:坚定不移推动司法责任制改革全面开展》,载中国长安网, http://www.chinapeace.gov.cn/2016-07/19/content_11358272.htm, 2016年7月20日访问。

论公平与效率视野下的刑行衔接

彭文华*

中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）明确指出：“健全行政执法和刑事司法衔接机制……坚决克服有案不移、有案难移、以罚代刑现象，实现行政处罚和刑事处罚无缝对接。”要想实现行政处罚和刑事处罚无缝对接，需要明确两者的界限。如果行政处罚和刑事处罚彼此含混交融，自然无缝可接，这势必影响法治建设。在司法实践中，由于犯罪圈的扩展以及收容教养等行政处罚制度的存在，在一定程度上模糊了刑法与行政法的关系及刑罚与行政处罚的界限。因此，明确刑法与行政法的关系，厘清刑罚与行政处罚的界限，具有重要的理论价值与实践意义。

一、犯罪圈扩展之省思

近年来，为了适应社会转型时期司法实践的需要，我国刑法在修改、完善上不断地进行革新。其中，通过刑法修正案的形式充实、完善刑法成为常态。与刑法修正案频繁出台相对应的是，犯罪圈也得以持续扩展。从历次刑法修正案来看，犯罪圈扩展的方式主要有两种类型：一是拓展刑法干预的广度，主要是通过增设新罪名来实现，如仅《刑法修正案（九）》就新增罪名20个。二是扩张刑法干预的深度，主要通过刑法介入早期化和入罪标准下沉等方式来达成，如预备行为入罪、民事违法行为或者行政违法行为入罪便是其典型表现。

应当说，适当拓展刑法干预的广度和深度有其必要性。但是，犯罪圈的持续扩展，特别是其中的某些行为入罪，不少学者也表示质疑。例如，有学者就指出，中国刑法中存在对民事违约行为施以刑罚处罚的条款，具体为刑法第219条侵犯商业秘密罪的第1款第3项、刑法第196条信用卡诈骗罪第1款第4项以及刑法第276条之一的拒不支付劳动报酬罪的第1款，并认为对这三个被犯罪化的民事违约行为，应当是通过立法修订的方式将其非犯罪化。^①而行政违法行为的犯罪化更是引发不少争议。

* 苏州大学王健法学院教授。

① 参见王燕莉、唐程尧：《中国刑法中违约行为犯罪化之现象分析与反思》，载《四川师范大学学报》（社会科学版）第3期。