

# 行政犯违法性的再审视

## ——兼“猫药案”教义学分析

杨劫昊

华东政法大学刑事法学院，上海

收稿日期：2024年8月12日；录用日期：2024年9月4日；发布日期：2024年9月12日

### 摘要

行政犯中关于“行政违法性”与“刑事违法性”的衔接问题在学界引起广泛的讨论，刑事案件审理实务中存在行政犯的违法性仅以前置法为判断依据，忽略其刑事违法性的现况。行政违法性与刑法违法性并非只有“量”的差异，关键差异在于保护的法益不同。前置法的违法性对于行政犯构成要件的成立属于必要不充分条件，在行政违法性的基础上仍需要以法益为基础考量刑法本身的违法性。从上述行政犯应然的判断角度出发，胡某艳生产、销售伪劣产品罪一案，仅因为其生产、销售的假药仅违反了行政法，难以直接确定其生产、销售的兽药属于刑法上的假兽药或者伪劣产品，认为其行为不成立犯罪更为妥当。

### 关键词

行政犯，违法性，缓和的违法一元论，实质解释，伪劣产品

# Re-Examination of the Illegality of Administrative Offense

—A Theological Analysis of “Cat Drug Case”

Jiehao Yang

Criminal Justice College, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Aug. 12<sup>th</sup>, 2024; accepted: Sep. 4<sup>th</sup>, 2024; published: Sep. 12<sup>th</sup>, 2024

### Abstract

The problem of the connection between “administrative illegality” and “criminal illegality” in administrative offenses has caused wide discussion in the academic community. In the trial practice of criminal cases, the illegality of administrative offenses is only based on the preposition law,

ignoring the current situation of criminal illegality. The difference between administrative illegality and criminal illegality is not only in “quantity”, but also in the difference of legal interests. The illegality of the preposition law is a necessary and insufficient condition for the establishment of the constitutive elements of administrative offenses. On the basis of administrative illegality, it is still necessary to consider the illegality of criminal law itself on the basis of legal interests. From the above judgment angle of administrative offenses, in the case of Hu's production and sales of fake and inferior products, it is difficult to directly determine that the veterinary drugs she produces and sells are fake veterinary drugs or fake and inferior products in criminal law, and it is more appropriate to consider that her behavior is not a crime.

## Keywords

Administrative Offense, Illegality, Mitigated Illegal Monism, Substantive Interpretation, Fake and Inferior Products

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

行政犯是指对于行为的犯罪性质，不能通过社会伦理直接进行判断，而是要根据刑罚法规的规定才能确定的犯罪。刑法对于行政犯的犯罪构成大多以“违反国家规定”“违法管理法规”等较为宽泛的表述来规定，且行政犯在社会的各个领域都有涉及，使得行政犯的认定存在解释罪状时过渡口袋化、构成要件过度抽象危险化的趋势<sup>[1]</sup>。行政法的违法和刑法中的违法存在交叉和重合，缺少明显的界限，实务中也经常出现完全依靠行政法的违法来解释刑法中的违法情形，呈现出刑事违法性的独立判断缺失之虞。目前，理论届对于行政违法性与刑事违法性的区分主要是从违法的“质”与“量”出发，以规范目的论为视角，研究一般违法性与可罚的违法性。行政犯违法性的确定和明晰是行政处罚与刑事刑罚如何准确适用的基础和关键。

2019年，胡某艳凭借自己化学的专业知识，了解到美国吉利德公司研发的化合物“GS-441524”（以下简称“441”）可能对猫传染性腹膜炎（以下简称“猫传腹”）有治疗效果，此后她尝试申请新兽药审批，在未获得审批许可的情况下，自行仿制441并将其添加入正规兽药“清瘟败毒片”中进行生产销售（以下简称“涉案兽药”）。2023年6月30日，上海铁路法院公开审理制售猫药案（以下简称“猫药案”），法庭当庭宣判，被告人胡某艳犯生产、销售伪劣产品罪，判处有期徒刑15年，并处罚金4000万元<sup>1</sup>。该案在网络上引起较大反响，将能够治疗猫传腹的药物认定为假兽药，纳入刑法的规制范畴，并给予严厉的刑事制裁与民众法感相悖。此类涉及行政犯违法性的案件如何准确认定和定性是一大难题，实践中常出现判决的反复以及说理内容的简单化、抽象化也反映出对于行政犯的入罪门槛不清晰，本文拟从行政违法性与刑事违法性的关系出发，以法益衡量为基础，探讨理论及实践中应当如何准确认识行政犯的刑事违法性，为司法认定提供参考。

## 2. 行政违法性与刑事违法性理论关系探究

行政犯与自然犯的区别在于，自然犯的违法性依据社会伦理即可直接判断，而行政犯的违法性大体上需要从不同的法律规范中寻找出行为不具有法律所允许的特征。德国学者罗克辛教授指出：“当在任

<sup>1</sup> 参见(2022)沪7101刑初39号刑事判决。

何一个法律领域中得到许可的一种举止行为，仍然要受到刑事惩罚时，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。”<sup>[2]</sup>这种观点被称之为“法秩序统一性”，国家基于不同的规范目的制定相应的法律，如何衔接各个法律，如何准确处理行政违法性与刑事违法性之间的关系，是首要的问题。对于上述法域冲突，德国刑法理论存在“量的差异论”“质的差异论”以及“质量的差异论”之争，而日本刑法学界则有违法一元论、多元论等。近年来，我国学者也对此问题展开了深入的探讨<sup>[3]</sup>。

## 2.1. 学说之间的对立点

违法一元论认为，虽然法与法之间存在差别，但在整体上各个部门法之间的秩序应当统一，部门法之间不能存在判断上的冲突。这种观点认为，行政领域的合法行为在刑法上也应属合法，而违反行政法的行为，则需要进一步判断是否违反了刑法。虽然对于法秩序领域秩序的违反是相同的，但是行政法与刑法之间违法的程度有区别。在此基础上发展出严格的违法一元论与缓和的违法一元论，严格的违法一元论(量的差异论)主张，刑法不具有独立的品格，它只有依赖其他部门法才可成就<sup>[4]</sup>，刑事违法性与行政违法性在“质”的判断应当是一致的，两者只有“量”的差别；与之相对，缓和的违法一元论(质量差异论)主张由于违法性的表现形式存在各种类别与轻重阶段，各法域要求的违法性程度各不相同，刑法上的违法性必须具有值得科处刑罚的“质”与“量”，具有可罚的违法性，因而也承认违法判断的相对性<sup>[5]</sup>。

严格的违法一元论有一定的合理性，从法益保护的角度出发，其严格贯彻了法秩序的统一，部门法之间所保护的领域应当相同，避免出现某一法域的否定性行为在另一法域属于合法。从目前的立法现状来看，严格的违法一元论也具有一定的地位。大多数行政犯的罪名，如生产、销售伪劣产品罪，虚假出资、抽逃出资罪，金融诈骗类犯罪，侵犯知识产权类犯罪都需要以“量”框定罪与非罪的界限，行政犯与相同类型的行政违法行为享有相同的法益。例如，行为人实施的盗窃行为、滥伐林木的行为，根据《治安管理处罚法》和《森林法》给予行政处罚，当盗窃的数额、滥伐的数量超过了一定的标准即纳入刑法的规制范畴，给予刑事处罚。

这种学说的不合理性也显而易见，其忽略了法领域之间的差异，刑法有其独立的价值、保护目的和法律属性，量的差异并不能认为是刑法与行政法之间不同的唯一原因。前置法不能够对犯罪的认定提供“质”的根据，虽然针对同一行为刑事违法性的判断与前置法违法性可能相同，但这是因为刑法所保护的法益恰好包含了前置法所保护的法益，两者规范保护的目的的一致。仍以盗窃和滥伐林木为例，刑法除了规定了数额较大的盗窃行为外，还存在携带凶器盗窃、入户盗窃、多次盗窃、扒窃的行为手段。立法者除了将财产所有权不受侵犯的法益纳入盗窃罪的规制范围，还例外地将可能存在的对他人人身的危险纳入刑法的保护，将刑法的威慑前移。同样，在滥伐林木中，《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条规定：所涉林木系风倒、火烧、水毁或者林业有害生物等自然原因死亡或者严重毁损的，在决定应否追究刑事责任和裁量刑罚时，应当从严把握；情节显著轻微危害不大的，不作为犯罪处理。滥伐林木罪保护的是国家森林资源保护制度，砍伐死亡或者严重损毁的林木理当属于本罪的调整范围，未办理采伐许可证并滥伐死亡或者严重损毁的树木也属于森林保护法所规定的违法行为，其行为在形式上完全符合了本罪的犯罪构成要件，司法解释却对这种行为的认定十分审慎，究其原因是在解释滥伐林木罪构成要件之时不能脱离其所保护的法益，也即违法的“质”。显然，任何未经有关部门批准的滥伐行为都违反了《森林法》所保护的利益，但不是所有违反森林法的行为都具有刑法的违法性，只有当环境作为人的基本的生活基础而发挥机能时，才值得被刑法保护<sup>[6]</sup>。枯死、严重损毁的林木对人的生活基础发挥的作用远不如生长康健的林木，且及时清理死亡林木，不仅可以缓解树种内竞争，促进植物群落演替，还可以减少部分森林疫情的扩散。从实质角度说，因为死亡的树木与严

重损毁的树木不具有辅助人的基本生活的作用，不再具有树木本身的属性，故而将其排除在刑法的规制范围之外。上述分析清楚地表明了，刑法所保护的法益与行政法所保护的法益并不完全重合，仅仅以“量”作为区分行政违法和刑事犯罪之间的差别存在不足。

违法的多元论(质的差异论)认为，部门法之间的规范保护目的不同，价值实现的路径也不同，部门法之间具有相对性。这种观点强调，刑法不是其他部门的补充法，对于刑事违法性的判断必须独立于其他部门法的违法性判断。行政违法注重对于行政秩序和利益的破坏，而刑事违法则是针对社会普遍利益的破坏，具有伦理上的可非难性，行政违法性与刑事违法性之间不是“量”的不同，而是“质”的差异。此处的“质”的差异如何区分，也有不同的争议，有以“自体恶”与“禁止恶”作为区分标准[7]；有以侵害秩序的性质作为分别的标准[8]。

违法的多元论最主要的缺陷是社会伦理价值概念的不确定难以克服。现实社会多种多样，纷繁复杂，如何统一社会伦理、道德、价值、“恶”的认识客观上难以实现，上述概念亦会因为时代变化以及人与人之间的差异产生完全不同的认识，仅以抽象的概念作为判断的依据，难言妥当。其次，违法的多元论与我国立法现状不相符。刑法中采取“违反国家规定”“违法管理法规”的表述，以及前置法中所规定的“……，实施前款行为构成犯罪的，依照相应的法律追究刑事责任”等附属性规定，无疑是要求司法者参照前置法的规定对于犯罪行为定罪处刑。行政犯犯罪行为的认定参考前置法的规定，并受到行政法的制约是毫无疑问的，刑事立法不可能也没有必要将每一种犯罪行为都规定的面面俱到，司法实践人员亦不可能对于每个领域和行业都有足够准确和丰富的认识，进而能够判断行为是否属于刑法上应当规制的行为。正如《刑法修正案(十一)》对污染环境罪所作的修改，法律规范的内容从原本“造成重大损失或者人身伤亡的严重后果”修改为“严重污染环境”。现实生活中，污染环境的后果是多重的，对于污染环境的客观行为的认定不得不依靠《环境保护法》《水污染防治法》等前置法，纯技术的问题应交给专业的人处理，更不必说公害类犯罪因为环境本身存在“自愈性”的特点使得行为样态以及“多因一果”判断极为复杂，对于规范事实与法律评价之间的衔接更是困难。就目前的立法体例而言，认为违法性完全独立于前置法律，需要全部由司法人员进行判断的观点是不切实际的。最后，刑法中还存在数额犯、情节犯等较之于行政违法的罪量显著提升的犯罪类型，这说明刑事违法性一方面具有从属性，同时在“质”与“量”上都与行政违法有所不同。

除了违法多元论以外，还存在违法相对论的主张。一般认为，违法相对论是违法多元论的另一种称呼，即整体法秩序内部的违法的判断存在相对性、多元化的特征。绝大多数日本学者也是将违法多元论等同于违法相对论展开讨论的[9]。但晚近以来，有学者对违法相对论提出了不同的观点，主张违法性的概念共同于公法、私法等所有法域，当然应坚持法秩序的统一性，从整体法秩序的视角进行违法性判断，不能完全否认违法的统一性，但由于各个法域的目的与法律效果不同，所要求的违法性程度当然也不同，因而正面承认违法判断的相对性[10]。这种学说承认可罚的违法性理论，因而和违法多元论存在区别，同时其否认一般违法性，故而不同于缓和的违法一元论。可见上述四种理论对于违法性判断的理论主要的对立点在于：一、是否承认一般违法性；二、是否承认可罚的违法性。

理论	一般违法性	可罚的违法性
严格的违法一元论	承认	否认
缓和的违法一元论	承认	承认
违法相对论	否认	承认
违法多元论	否认	否认

## 2.2. 本文的主张——缓和的违法一元论

从体系性思维视角出发，在阶层犯罪论视角下，违法性的问题原则上应由违法性阶层解决，笔者对如何准确适用缓和的违法一元论对于行政犯的体系认定提出不同见解。刑法所保护的利益与刑法所规定的构成要件是密不可分的，对于行为是否符合构成要件和行为是否具有违法性的判断是相互交融的，不能单纯地、割裂地判断违法性，违法性的有无依赖行为构成要件的判断。符合了构成要件该当性的前提下，行为已然具备了违法性，再通过违法阶层否认行为的违法性在法理上依据难寻。显然，在解释构成要件时，通过将法益融入到构成要件的实质违法性中去，进行一定的目的论限缩，即可将违法程度没有达到犯罪的行为排除在犯罪构成要件之外，没有必要再从违法性阶层对于行为的违法性再做判断。山口厚教授也指出：“否定构成要件的违法行为类型性、在违法性阶段寻求新的违法性之见解，会导致认可处在构成要件的框架之外，理应不能为处罚奠定基础的法益侵害或危险也成为违法性奠定基础，从罪刑法定主义的见地出发，可以说这也是有问题的。”[11]。

缓和的违法一元论肯定违法性是对于整体法域的违反，不同法领域在是否违法这一问题上应当统一，同时又强调不同法域之间因特定机能和法律责任之间存在不同，一定程度上承认违法判断的相对性，主张行政违法与刑事违法两者之间不仅存在“量”的区别，在“质”上也有所不同。违法一元性并不意味着在其他法域的违法行为在刑法上也必须受到处罚，而只是“要肯定具有刑法上的违法性，除了具有一般违法性之外，还必须同时具有可罚的违法性”[5]。本文所指的缓和的违法一元论主要是针对构成要件的该当性而言的，即如何准确判断行为、结果、因果关系、犯罪对象等构成要件要素是否该当于刑法分则规定的具体犯罪的构成要件。根据刑法的谦抑性原理，作为犯罪构成要件的违法性只能是值得科处刑罚的违法性，缓和的违法一元论在刑事违法性的判断上采取“刑事违法性 = 一般违法性 + 可罚的违法性”的二重判断结构[12]。进一步需要解决的问题是，什么是“一般违法性”与“可罚的违法性”？

笔者认为，一般违法性是对于法秩序统一性的诠释，它将法域相同或者类似的概念放置在同一个理论基点上进行审视和评价，主张违反了行政法或者其他非刑法法规的行为评价为具有了一般违法性，是形式上的判断。此处的“一般”是指除了刑事领域之外的其他法域的违法问题，前置法中的违法性与一般违法性相对应，从而在司法层面形成统一的尺度。对于一般违法性的批评则主要集中在两个方面：一、一般违法性是否有存在的必要？二、一般违法性难以以为案件的解决提供具体的标准[13]。本文所主张在构成要件该当性即纳入一般违法性和可罚的违法性正是回应上述争议的关键。即使违法多元论也并不排除对于前置法的使用和考量[14]，只是在是否违法这一命题的判断上刑法完全独立。既然如此，缓和的违法一元论和违法相对论的差异在于，缓和的违法一元论主张没有一般违法性就不具备刑事违法性，而违法相对论则排斥这种结论，认为即使没有一般违法性也可以具备刑事违法性，一般违法性的概念没有实际效果。持有违法相对论的学者仅以在其他法领域内未对杀人、强奸等行为直接做禁止性规定，在判定这些行为符合相应犯罪构成要件之前，无须考虑民法是怎么规定的来证立一般违法性存在的无意义[9]，存在一定不足。首先，杀人、强奸等类型的犯罪属于自然犯的范畴，无须判断违法性，违法性来源于“恶”本身；其次，杀人与强奸行为当然在民法上属于违法行为，应承担相应的赔偿责任，不能因为行为的违法性明显就认为一般违法性是可以忽略的。前置法上的不违法行为，在刑法中不能评价为违法是一般违法性存在的最大价值。

可罚的违法性是指值得犯罪加以科处刑罚程度的违法性[15]，从本质上说，是判断哪些违法性是值得科处刑罚这一问题。在缓和的违法一元论的内部，对于可罚的违法性究竟以何者作为标准亦有争论。日本学界大体上形成了以佐伯千仞为代表的法益侵害说—结果无价值论立场的可罚的违法性和以藤木英雄为代表的二元行为无价值立场的可罚的违法性两大类型[16]。缓和的违法一元论区分一般违法性和可罚的违法性的原因在于刑法所保护的法益与前置法所保护的法益存在本质上的差别，可罚的违法性中的

“质”与“量”必须以法益为基础。法益在成立犯罪中起到指导性作用的原因和基础就在于，它不是一种抽象而空虚的概念，而是具有特定内涵的实质内容。可罚违法性的“质”是指违法是否侵犯了超出前置法保护范畴的刑法所保护的法益。如果某种行政法益没有纳入刑法的保护范围，不论其受到了多大程度的侵害，都不属于刑法的规制范围。例如，获取、提供、传播违法所得的计算机数据，或者提供访问此类数据的途径的行为，因为我国没有将数据的窝藏行为纳入到刑法的规制范围，只要该行为不涉及到其他罪名(非法侵入计算机信息系统罪等)，司法机关就不能以其具有巨大的社会危害性为由，将其强行纳入犯罪之中。这并非刑法的“怠惰”和“冷漠”，正是由于罪刑法定原则，凸显刑法独有的违法性。可罚的违法性的“量”是指违法的程度必须达到了需要刑法处罚的必要性。简言之，盗窃他人一张白纸、一个蔬果显然不宜视为犯罪。那么究竟盗窃多少白纸，多少蔬果才属于达到了违法性的“量”呢？违法与不违法的界限何在？佐伯千仞教授认为，在此种盗窃中，其占有支配远比不上一般盗窃那样有力，因此破坏此种微弱的占有支配，其行为的违法性远低于一般盗窃，甚至认为是否该当“财物”之要件亦有问题，即使认为形式上该当盗窃罪，也因为违法性程度过低而不成立该罪。藤木教授则从构成要件的角度排除违法性，某行为虽然在外观上具备构成要件该当之形式，但当其行为并不具备该犯罪类型所预设的值的处罚程度的实质违法性时，则欠缺定型性、认定构成要件不该当的理论[17]。本文主张，对于违法性的“质”与“量”的判断是不能分割的，正如佐伯教授所言，盗窃他人一张白纸不成立犯罪是因为一张白纸不属于刑法中的“财物”，但是达到处罚条件“量”的白纸就需纳入刑法的评价，“量”主要是由立法者决定的，具备了违法的“量”的同时也必然具备了违法的“质”。“质”的确定有赖于法益的考量，“量”的确定大多是一种刑事政策的内容，两者相互结合相互补益。

应当说，缓和的违法一元论的双重判断标准对于行政犯的违法性判断具有显著的效果，一般违法性的形式判断全部交由前置法来处理，维护法秩序的统一；可罚的违法性则交由刑法来决定，两者互不干涉。属于前置法领域的违法行为，就符合了整体法域上的违法，具有了一般违法性，至于是否将其纳入刑法的规制范围取决于可罚的违法性是否具备，可罚的违法性则脱开整体法域的视角，从刑法的立场进行独立的判断。其次，缓和的违法一元论完全符合刑法作为“最后一道防线”的体系地位。在前置法等非刑事制裁方式已经足以对于法律关系进行保护的，自无刑事制裁的必要性，仅以前置法完成对法秩序的保护已然足矣。在一般违法性不足以评价某种行为之时，以“质”与“量”的限度是否符合可罚的违法性，寻求刑法的保护。

### 3. 行政犯司法认定的困境及解决方法

实务中，严格的违法一元论与缓和的违法一元论的冲突尤为明显。这种情况在非法经营罪、非法持有枪支以及交通肇事罪中最为常见。因为通常情况下刑事违法性的判断结果与行政违法性相同，即大多数具备了一般违法性的行为同时也具有了可罚的违法性。久而久之，忽略了可罚的违法性需要以法益衡量和实质解释为基础进行独立的判断，转而向严格的违法一元论靠拢。

以交通肇事行为为例，在交通肇事罪的认定过程中，存在不少直接根据事故责任认定书而判定行为人对于交通肇事行为负全部或者主要责任，未取得驾驶执照驾驶车辆、未取得驾驶资格而驾驶车辆、超载驾驶、肇事逃逸等等情形在案件中被当作是定罪的决定性因素。应该看到，《道路交通安全法》所保护的利益除了对于他人的人身、财产安全进行保障，更多考虑到道路交通的正常运行和公共领域秩序的维护，交通事故行政责任在成立犯罪中属于一般违法性的范畴；而刑法交通肇事罪规定的保护他人的人身、财产以及公共安全的法益属于可罚的违法性的范畴，《道路交通安全法》上的责任认定不能直接沿用至刑法的违法性之中，前置法与刑法的认定不可混淆和僭越。周光权教授也坦言：刑法对于前置法的关注，更多是从“出罪”角度讲的，而在“入罪”时，刑法不能唯前置法“马首是瞻”[18]。

“赵春华案”因判决与公众一般观念的强烈背离而广为讨论，该案中赵春华所持有“枪支”的认定主要是依据《中华人民共和国枪支管理法》的规定，这种前置法上的“枪支”与刑法意义“枪支”是否相同，在理论界与实务界都产生了较大的争议。一审、二审法院仅以《枪支鉴定书》的行政鉴定结果，认定赵春华持有的是以压缩气体为动力的非军用枪支，且达到情节严重的标准，对于辩护人在二审期间提出应以“足以致人死亡或者丧失知觉”作为认定标准的辩护意见不予采纳<sup>2</sup>。可见，司法实践中存在对于行政违法的认定以“严格的违法一元论”为标准，“以前置法定性，以刑事法定量”的误区。当然，实务中也存在“缓和的违法一元论”的观点，《最高人民检察院关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》明确：对于有实际生产经营活动的企业为虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为，不以虚开增值税专用发票罪定性处理。在实际的案例适用之时仍然仅以“量”为区分标准，忽略违反前置的国家税收法规与刑事违法的“质”的差异。2004年，被告人张某强与他人合伙成立个体企业某龙骨厂。因某龙骨厂系小规模纳税人，无法为购货单位开具增值税专用发票，张某强遂以他人开办的鑫源公司名义对外签订销售合同。2006年至2007年间，张某强先后与六家公司签订轻钢龙骨销售合同，购货单位均将货款汇入鑫源公司账户，鑫源公司为上述六家公司开具增值税专用发票共计53张，价税合计4457701.36元，税额647700.18元。基于以上事实，某州市人民检察院指控被告人张某强犯虚开增值税专用发票罪。一审判决认定张某强构成虚开增值税专用发票罪，判处张某强有期徒刑三年，缓刑五年。最高人民法院复核裁定，将本案发回重审。二审宣告张某强无罪<sup>3</sup>。行政认定结论对于刑事案件固然具有重要的意义，例如，在危害国家安全类犯罪中，关于国家秘密的认定；在侵犯知识产权类案件中关于知识产权内容的判定；在证券内部交易案件中，涉及证券监督管理委员会对内幕信息等的认定。但不对这些行政认定进行实质审查即将其作为定罪的前置性根据，这是存在较大争议的[19]。

缓和的违法一元论同时兼顾了行政认定对于成立犯罪的重要作用和刑法的独立判断，对于解决司法实践中不区分行为的“质”的谬误具有重要的纠正意义。行政犯由于构成要件的类型化程度较低且构成要件具有规范性的特征，需要司法人员在司法认定中补充对于具体构成要件要素的认定。但相较于法官本身，行政部门对于“假药”“伪劣产品”“污染”“枪支”等规范的构成要件要素有更为专业的认定，难以要求法官以常识度之。在法定犯的司法认定中，借助于行政法制的相关标准，法定犯的刑事责任在刑事证据认定上极其简单，因为是否违背了相关标准通常十分清楚明了，不存在证据上的认定难题[20]。最后，缓和的违法一元论给行政认定提供了极为有效和便捷的操作路径，一般违法性与行政认定无缝衔接，直接明确行政标准在犯罪构成要件中的具体位置，再以法益为判断标准，罪量为入罪门槛判断可罚的违法性。

“作为解释者，心中当永远充满正义，目光得不断往返于规范与事实之间。”[21]在缓和的违法一元论视角下重新审视“赵春华案”，刑法应基于法益保护的意义对于“枪支”做独立解释，实务人员也应采取审慎态度，避免因案件的处理过于形式认定而违背社会公众对于案件的认识，破坏公众法感情。如前文所主张，赵春华持有的“枪支”属于行政法上的“枪支”，具备了一般违法性。那么该种行为是否具备可罚的违法性？我国刑法将非法持有枪支罪规定在危害公共安全类犯罪正是为了保护不特定人或者多数人的生命、身体安全及健康。刑法规制非法持有枪支的目的亦在于枪支具有较大的杀伤力，将其用作犯罪行为的危害性极大。但赵春华的行为属于惯常的生活行为，对于公众的生命、身体安全与健康这一法益造成侵害或威胁的可能性极低，也即其行为违法的“质”极低，不具备可罚的违法性，不应将该种“枪支”纳入刑法的打击中。在《枪支管理法》对于“枪支”的认定极为严格的情形下，将刑法的防线后撤，

<sup>2</sup> 参见(2016)津0105刑初442号、(2017)津01刑终41号刑事判决。

<sup>3</sup> 参见(2016)最高法刑核51732773号刑事裁定；人民法院充分发挥审判职能作用保护产权和企业家合法权益典型案例(第二批)，最高人民法院网，<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/133721.html>，访问时间：2023年12月10日。

将“枪口往上抬一抬”具有重要的意义。学理中也有主张虽然不能否定“枪支”在该当非法持有枪支的构成要件的情况下，以行为不具备法益侵害性而出罪的观点[19]。正如前文所述，在违法阶层重新对犯罪行为、犯罪目的以及犯罪的法益侵害性进行全面的考察，不免有循环论证的窠臼，在认定构成要件时直接作出实质解释不仅在方法上更易于理解和接受，也避免了在违法性阶层反复重新讨论行政违法对于刑事违法的影响。

## 4. “猫药案”的刑法教义学再审视

### 4.1. 涉案兽药不属于假兽药、伪劣兽药

我国《刑法》中规定了生产、销售伪劣商品罪，属于破坏社会主义市场经济秩序罪一章。本案主要涉及的罪名是：生产、销售伪劣产品罪以及生产销售伪劣兽药罪。因此，如何认定“假兽药”“伪劣产品”成为定罪的关键所在。

根据国务院《中华人民共和国兽药管理条例》第 47 条的规定，假兽药分为两种，一是依照规定应当经审查批准而未经审查批准即生产、进口的，或者依照本条例规定应当经抽查检验、审查核对而未经抽查检验、审查核对即销售、进口的；二是以非兽药冒充兽药或者以他种兽药冒充此种兽药，兽药所含成分的种类、名称与兽药国家标准不符合的。前者是形式的假兽药，后者是实质的假兽药。本案的关键便在于胡某艳将化学物质 441 作为添加剂加在已合法取得生产批文的兽药清瘟败毒片中进行生产销售的行为是否合法？生产、销售对于猫有实际疗效但是未能批准经营的兽药是否成立犯罪？

《刑法》第 147 条规定：“生产假农药、假兽药、假化肥，销售明知是假的或者失去使用效能的农药、兽药、化肥、种子或者生产者销售者以不合格的农药、兽药、化肥、种子冒充合格的农药、兽药、化肥种子，使生产遭受较大损失的。”猫传腹作为一种慢性、渐进性、致死性传染病，一旦发病死亡率几乎是 100%。而对于猫传腹的治疗，441 具有针对性的极佳效果，涉案兽药的广泛销售也证明了这一点。且没有证据表明使用涉案兽药后，猫存在病情加重或者快速死亡等情形，或其他猫主人因涉案药品导致经济损失的情形。生产、销售伪劣产品罪是以数额作为量刑依据的，而在本案中认定的销售金额高达八千万元，在构成要件的“量”上该当。对于本案的“质”，司法人员仅以上海兽药饲料鉴定所出具的鉴定意见认为涉案兽药中含有 441 的化合物，因 441 没有经过国家批准和抽检，涉案兽药符合了《兽药管理条例》规定的形式假兽药，且该案刑事判决书明确“对于假兽药的认定，行政处罚或刑事处罚上应当具有一致性”认为该种假兽药属于刑法上的假兽药。对于假兽药的认定完全依靠于鉴定意见的做法，恰恰应证了前文所批评的刑事违法性在行政犯判断中的缺失。鉴定意见所明确的，涉案兽药添加未经国家行政机关许可的 441 化合物，违反了《兽药管理条例》，属于行政犯违法性中的一般违法性，但不能仅因为存在一般违法性就当然肯定刑事违法性，尚缺乏对于可罚违法性中“质”的认定，这也是本文一贯的观点。同样涉案兽药也不能理解为是《兽药管理条例》中列举的非兽药冒充兽药的情形。441 作为治疗猫传腹广为流传的药品，虽未能在我国获得认可，其效用本质上属于对于猫传腹的治疗这一点亦有大量证据可以证明，441 的药品在境外已经取得专利，如果说因为在我国不存在 441 所以就认为胡某艳添加的 441 属于不明物质，进而认为不属于兽药，恐怕过于固步自封。

其次，生产销售伪劣兽药罪要求“使生产遭受重大损失的”，刑法理论称之为结果犯。一方面，猫作为宠物为人类所饲养，自不待言并非出于生产的目的，导致生产遭受重大损失不存在可能性，本罪侵犯的法益自始至终并不存在；另一方面，即使将其解释为对于他人的财产遭受重大损失，也不存在上述情况，不能因为该种药品成本低廉，而购买该种药品的价格甚巨，胡某艳获得的利益颇丰，就等同于确定他人财产受有损失；恰恰相反，即使涉案兽药未在形式上经过审批和抽检，仍然具有治疗猫传腹的极佳效果，这种情况下购买者在没有特效药可以治疗猫传腹的前提下，不得不通过非官方渠道花费甚巨购买

上述药物，说明对于该种药物的治疗效果存在信任，对于可能造成的风险属自甘行为。

#### 4.2. 涉案兽药不属于伪劣产品

根据罪责刑相适应的原则，刑法分则规定的法定刑的刑度会影响对于构成要件的解释，法定刑越高的犯罪的违法性理当高于法定刑较低的犯罪。生产、销售伪劣产品罪的法定刑高于生产、销售假兽药罪的法定刑，且生产、销售伪劣产品罪属于抽象危险犯而生产、销售假药罪属于实害犯，势必意味着刑法对于“伪劣产品”的认定标准比“假兽药”的认定标准更为严格。举重以明轻，涉案兽药不该当刑法中的“假兽药”，更无法该当刑法中的“伪劣产品”。若是对“伪劣产品”设定的标准过低，将大量的此种情况下制出的药品、兽药等认定为伪劣产品，不仅严重违反了罪责刑相适应的原则，而且对于个案的非正义与处罚范围合理性也存在大大的疑问。

《刑法》中规定的生产、销售伪劣产品的表现形式有四种：“掺杂、掺假”“以假充真”“以次充好”“以不合格产品冒充合格产品”。“掺杂、掺假”是指在产品中掺入杂质或者异物，致使产品不符合国家法律法规或者产品明示质量标准规定的质量要求，降低、失去应有使用性能的行为。涉案兽药在原本的清瘟败毒片中加入 441，对于原本清瘟败毒片的疗效并未产生下降，还增加了可以治疗猫传腹的疗效，并未降低、失去应有的使用性能，不属于掺杂掺假。其次，涉案假药亦不属于“以不合格产品冒充合格产品”，不合格产品是指不符合《产品质量法》第二十六条第二款的规定，存在危及人身、财产安全的不合理危险。以缓和的违法一元论判断，《产品质量法》基于行政管理目的对于产品的质量设定一定的界限，不符合标准的即属于不合格产品，最大限度的保证了消费者对于产品质量的需求，具备了一般违法性。从可罚的违法性看，刑法规范的保护目的不只是保护消费者权益可能遭受侵害的隐患，围绕犯罪所保护的实质法益展开，对于猫药而言，判定其是否属于伪劣产品的关键在于是否存在危及“猫身”、猫主人财产的不合理危险，裁判文书仅以形式上的内容否认涉案兽药的合法性，认为生产、销售伪劣产品罪属于刑法上的行为犯只要实施了危害行为就可以成立犯罪，无疑是对行为犯的误读。这种观点将形式的违法性(一般违法性)与实质违法性(可罚的违法性)不加以甄别，导致入罪的范围不当扩大。行为犯所实施的行为必须该当刑法分则规定的具体犯罪构成要件，抛开构成要件谈违法性没有意义。生产、销售伪劣产品罪是一种实质的犯罪，刑法规定生产销售伪劣产品罪所保护的法益是国家对产品质量的监督管理制度、市场管理制度和广大用户和消费者的合法权益[22]。诚然，胡某艳的行为违反了国家对产品质量的监督管理、市场管理制度，但维护上述制度的最根本的目的是为了保护广大用户和消费者的合法权益，是本罪可罚的违法性“质”的关键所在。刑法不可能也没有必要只单纯保护某种制度不受破坏而忽略对于公民切身利益的保护，违规生产的产品在不具有抽象危险时，不应作为犯罪对待。从销售的数额及传播的范围看，涉案兽药具有明显的使用效能，否则难以被大量传播、销售。其次，涉案兽药中添加一定的化合物质对于原本清瘟败毒片的效用没有任何减损，不存在不合理的危险，并不属于不合格产品或者伪产品。即使涉案兽药存在一定的质量瑕疵，也应对全面、细致地对该种兽药进一步检验，由产品质量部门对其效果、功用、可能存在的风险等进行进一步评估和界定，不能因为涉案兽药属于形式假兽药就直接将其认定为“伪劣产品”，进而直接成立生产、销售伪劣产品罪。

#### 4.3. 本案不构成非法经营罪

非法经营罪也是典型的行政犯，猫药案涉及到生产、销售猫药的经营行为，是否可能触犯《刑法》第 225 条第四项规定的“违反国家规定，实施其他扰乱市场秩序”的兜底条款？根据《最高人民法院关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》的规定，各级人民法院审理非法经营犯罪案件，要依法严格把握刑法第二百二十五条第(四)的适用范围。对被告人的行为是否属于刑法第二百二十五

条第(四)规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，有关司法解释未作明确规定，应当作为法律适用问题，逐级向最高人民法院请示。现行法律及司法解释并未明确规定收购、贩卖兽药是否属于非法经营的范围，非法经营罪保护的法益是国家的市场交易管理秩序，能否适用兜底条款首先需要考虑胡某艳的销售行为是否确实扰乱了市场交易秩序。本文对上述问题持否定态度。涉案兽药在国内属于禁止销售与流通的药品，属于行政法上的假兽药，那么自无在市场流通的可能性，也就谈不上对于国家市场交易秩序的侵害。

以“王力军非法收购玉米案”为例，该案中，王力军在不具备粮食许可证的情况下，收购玉米后贩卖给粮仓，一审认为其扰乱市场秩序，成立非法经营，而再审法院认为，内蒙古农户分散，如没有王的行为，容易对农户贩卖粮食造成困难，其行为实质上有利于当地玉米的流通。没有粮食许可证收购、贩卖玉米是司法解释明确规定的非法经营行为，尚需要就法益进行全面综合的考量，对于“猫药案”更是自不待言。涉案兽药并非专营、专卖的商品，尚没有证据表明，涉案兽药的销售、流通对于同类型或者具有相同、类似功效的兽药的经营产生了挤占、排斥等不良影响，其行为实质上不可能扰乱市场秩序，难以将胡某艳的行为评价为其他严重扰乱市场秩序的行为，没有成立非法经营罪的可能性。

虽然本案在刑法上应评价为无罪，并不意味着胡某艳制售假兽药的行为不需要承担任何责任，其仍然需要承担严厉的行政制裁，对其获利予以追缴，并将其生产的假药予以销毁，给予相应的行政处罚。

## 5. 结语

胡某艳生产销售伪劣产品案、赵春华非法持有枪支案、王力军非法经营罪案等案件在判决出台后引起民众哗然。从根本上说，是民众感情与追求构成要件完备的判决之间存在不可调和的矛盾，司法认定的标准与公众认知之间存在巨大的差异。事实上，法感情无法成为案件裁判的影响因素却又无处不在的提醒着我们内心的正义，从构成要件的角度出发，反对认定行政犯时采用“行政法定性、刑事法定量”形式的构成要件，而是将一般违法性和可罚的违法性分别考虑：一般违法性由前置法进行形式的判断，可罚的违法性以法益为指导、实质解释为方法，由刑法独立进行实质的判断，审慎确定个案中是否具有值得处罚的违法。猫药案的出现也在反复敲响着警钟，以形式判断为唯一的判断依据是司法惰性的体现，应当说，在实务中这种做法较为普遍，不从刑法本身出发，对刑法的认识停留在纸面，最终难免得出违背民众法感情的裁判结论，司法者需要掌握且灵活的把握每个案件的不同之处与解释方法，在合理的价值判断与案件事实之间建立起内在的联系。既然法律的灵魂在于适用，对于法律的解释是适用法律的“武器”，如何精准使用“武器”打击犯罪，又不伤及无辜，需要在脑海中时时警惕，在法与法之间寻求价值上的衔接与统一。判断猫药案时，若能放眼法律之间价值的相同点与差异性，在认定行政犯时坚持展开可罚的违法性以及实质判断，关注违法与犯罪之间的联系与区别，不仅能够准确实现法秩序的统一，也能在个案中发挥定分止争的效果。

## 参考文献

- [1] 于冲. 行政违法、刑事违法的二元划分与一元认定——基于空白罪状要素构成要件化的思考[J]. 政法论坛, 2019, 37(5): 95-105.
- [2] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论(第1卷) [M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 397.
- [3] 马春晓. 区分行政违法与犯罪的新视角: 基于构成要件之质的区别说[J]. 中国刑事法杂志, 2020(1): 81-98.
- [4] 杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法原理[M]. 陈忠林, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 3-4.
- [5] 王昭武. 法秩序统一性视野下违法判断的相对性[J]. 中外法学, 2015, 27(1): 170-197.
- [6] Gramer/Heine, V. (2001) Schonke/Schroder Strafgesetzbuch Kommentar. Auflag, S., 2480.
- [7] 马克昌. 近代西方刑法学说史略[M]. 北京: 中国检察出版社, 1996: 160.

- 
- [8] 林山田. 经济犯罪与经济刑法[M]. 台北: 台湾三民书局, 1981: 119-120.
  - [9] 简爱. 从“分野”到“融合”刑事违法判断的相对独立性[J]. 中外法学, 2019, 31(2): 433-454.
  - [10] 贾宇. 刑事违法性理论研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008: 136.
  - [11] 山口厚. 刑法总论[M]. 第3版. 付立庆, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2018: 105.
  - [12] 于改之. 法域冲突的排除: 立场、规则与适用[J]. 中国法学, 2018(4): 84-104.
  - [13] 田宏杰. 刑民交叉问题的实体法立场与分析方法[J]. 政治与法律, 2021(12): 39-54.
  - [14] 周光权. 论刑法所固有的违法性[J]. 政法论坛, 2021, 39(5): 38-53.
  - [15] 于改之. 可罚的违法性理论及其在中国的适用[J]. 刑法论丛, 2007, 12(2): 19-50.
  - [16] 伊东研佑. 刑法讲义总论[M]. 东京: 日本评论社, 2010: 230.
  - [17] 王彦强. 可罚的违法性论纲[J]. 比较法研究, 2015(5): 108-124.
  - [18] 周光权. 法秩序统一性原理的实践展开[J]. 法治社会, 2021(4): 1-12.
  - [19] 陈兴良. 赵春华非法持有枪支案的教义学分析[J]. 华东政法大学学报, 2017, 20(6): 6-15.
  - [20] 杜小丽. 抽象危险犯形态法定犯的出罪机制——以生产销售假药罪和生产销售有毒有害食品罪为切入[J]. 政治与法律, 2016(12): 40-52.
  - [21] 张明楷. 刑法分则的解释原理[M]. 第2版. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 2.
  - [22] 高铭暄, 马克昌. 刑法学[M]. 第10版. 北京: 北京大学出版社, 2022: 376.