

杜 琪◎著

刑法与行政法 关联问题研究

XINGFA YU XINGZHENGFA
GUANLIAN WENTI YANJIU



中国政法大学出版社

杜 琪◎著

刑法与行政法 关联问题研究

XINGFA YU XINGZHENGFA
GUANLIAN WENTI YANJIU



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑法与行政法关联问题研究/杜琪著. —北京:中国政法大学出版社, 2015.8
ISBN 978-7-5620-6244-8

I. ①刑… II. ①杜… III. ①刑法—关系—行政法—研究—中国 IV. ①
D924.04②D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 183322 号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 7.5
字 数 210 千字
版 次 2015 年 8 月第 1 版
印 次 2015 年 8 月第 1 次印刷
定 价 28.00 元

CONTENTS | 目 录

绪 论 | 001

一、本书国内外研究现状述评 | 001

二、本书的研究内容及意义 | 006

第一章 刑法与行政法关联的理论证成 | 011

第一节 刑法与行政法关联的历史证成 | 011

一、刑法与行政法关联的历史考察 | 012

二、刑法与行政法关联的当代趋势 | 022

第二节 刑法与行政法关联的价值证成 | 026

一、刑法与行政法价值的差异 | 026

二、刑法与行政法在发展中价值归结的统一 | 036

第二章 刑法与行政法关联的概述 | 040

第一节 刑法与行政法关联的概念及范围 | 040

一、刑法与行政法关联的概念 | 040

二、刑法与行政法关联的范围 | 045

第二节 刑法与行政法关联问题产生的原因 | 050

一、刑法与行政法关联问题产生的理论因素 | 050

二、刑法与行政法关联问题产生的规范因素 | 052

三、刑法与行政法关联问题产生的现实基础 | 053

第三节 刑法与行政法关联的分类 | 054

一、刑法与行政法的静态关联 | 054

二、刑法与行政法的动态关联 | 061

第三章 刑法与行政法关联的具体形态 | 064

第一节 刑法与行政法的竞合 | 064

一、我国刑法与治安管理处罚法的关系 | 065

二、我国刑法与治安管理处罚法规定重合现状 | 068

三、我国刑法与治安管理处罚法规定重合之定性与处理 | 070

第二节 刑法对行政法的从属 | 074

一、刑法行政从属性概述 | 074

二、刑法行政从属性的分类 | 075

三、刑法行政从属性中“行政”的范围 | 084

四、行政法对犯罪的影响 | 089

第三节 刑法与行政法的交叉 | 091

一、增加情节进行限制 | 092

二、增加后果进行限制 | 095

三、增加条件进行限制 | 097

四、增加数量进行限制 | 098

五、对主体进行限制 | 100

第四章 刑法与行政法关联的特殊问题研究 | 103

第一节 行政瑕疵对犯罪的影响 | 103

一、国外学者的处理办法 | 103

二、我国刑法中行政瑕疵的处理 | 113

第二节 行政规范变更对犯罪的影响 | 122

一、法定犯前置性规范变化引发的刑法争议 | 122

二、本书的观点 | 123

第三节 行政规范冲突对犯罪的影响 | 128

一、规范冲突处理应考虑的因素 | 129

二、规范冲突的处理 | 132

第五章 刑法与行政法关联的责任问题 | 137

第一节 刑事责任与行政法责任的分野 | 137

一、行政责任和刑事责任的关系 | 140

二、行政责任和刑事责任的区分 | 140

第二节 刑法与行政法的责任关联 | 142

一、刑法与行政法竞合中的责任关联 | 142

二、刑法对行政法从属中的责任关联 | 157

第六章 刑行关联中存在的问题及其完善 | 161

第一节 刑法前提性规范存在问题及其完善 | 161

一、立法权限方面存在的问题及其完善 | 161

二、立法技术存在问题及其完善 | 165

三、立法内容中存在的问题及其完善 | 170

四、立法形式上存在的问题及其完善 | 174

第二节 刑法与行政法法律制裁关联中存在的问题及其

完善 | 177

一、刑法与行政法法律制裁关联中存在的问题 | 178

二、刑法与行政法法律制裁关联中问题的解决思路 | 185

第三节 劳动教养废止后衔接的空白及其完善建议 | 191

一、劳动教养废止后衔接的空白 | 192

二、衔接空白的原因分析 | 194

三、解决方案 | 196

第四节 刑法与行政法动态关联中存在的问题及其完善 | 201

一、现行刑法行政犯的犯罪化与非犯罪化分析 | 201

二、我国刑法与行政法动态关联存在的问题 | 206

三、我国刑法与行政法动态关联的完善 | 208

参考文献 | 215

绪 论

刑法与行政法作为两个重要的部门法，在各自的领域起着重要的作用。同时刑法与行政法之间由于存在着一定的从属、交叉、竞合等关系呈现出较为复杂的状况，从而使得行政法与刑法的界分问题成为理论与实务界的难题。正如德国学者克斯特林所说，这是“一个令法学者陷入绝望的问题”。^{〔1〕}虽然这个问题引起了学者的广泛关注，不少学者进行了较为深入的研究，但是到目前为止，从权力界分的角度来看，行政权与刑事司法权的界分标准仍然不清晰，从规范的角度来看，刑法与行政法的界限仍然模糊不清，审判实务中行政违法与刑事犯罪仍然难以区分。对刑法与行政法之间从属、交叉，竞合等关联关系展开研究虽然不能完全解决刑法与行政法的界分问题，但是对于这一问题的解决无疑具有重大推动作用，同时也必将有助于完善刑法与行政法的协调与衔接。

一、本书国内外研究现状述评

由于法律体系和制度的不同，世界各国行政法与刑法之间的关系也存在着较大的差异。因此基于此问题的研究各个法系

〔1〕 参见〔日〕中川佑夫：“行政刑法序说”，载〔日〕佐伯千仞：《犯罪与刑罚》（上册），有斐阁1968年版，第169页。

各有侧重。

（一）国外研究现状

国外学者对于刑法与行政法关系问题的关注，始于 20 世纪 40 年代行政刑法的产生。在此之前较少有学者关注行政法与刑法的关系，更多的是在各自的领域进行研究。行政刑法理论的产生与发展对于解决行政违法与刑事犯罪的界限问题具有一定积极意义。但是欧洲国家更多是采用独立的立法模式来解决两者的界限问题。通过独立的立法模式在法典中明确列举法律责任及惩罚的具体情形，从而避免了对于行政和刑事法律责任、惩罚手段问题的争论。总体而言，欧洲很多国家行政法与刑法关系问题主要是通过以行政刑法理论为基础的立法形式来解决，很多国家已经制定行政刑法典，明确规定了行政与刑事关联的各种法律责任及惩罚的具体规则。具体而言：

以德国为代表的西方国家对刑法与行政法交叉领域的关注始于 20 世纪 40 年代。德国学者，郭特希密（James Godtschmidt）教授认为在传统刑事刑法之外，应当另行制定行政刑法用以规范违警罪，并于 1902 年首次提出了“行政刑法”的概念，为区分行政犯与刑事犯提供了理论依据。其理论研究的重点也在此处。在德国，将犯罪划分为重罪、轻罪和“违警罪”（违章行为），并在刑法中作出了明确的规定。德国刑法学者对刑法与行政法交叉领域的研究史就是将“违警罪”从传统刑法领域分离出来，并将行政刑法的运作规范化的一个过程。

受德国的影响，捷克斯洛伐克 1950 年的《行政刑法典》与《行政处罚程序法》，匈牙利 1955 年的《行政刑法典》都相继效仿了德国的做法，而后，波兰于 1971 年、葡萄牙于 1979 年、苏联于 1980 年、意大利于 1981 年都制定了规范行政刑法运作

的框架法。^{〔1〕}

日本学界对刑法与行政法交叉问题的研究，先受德国刑法的影响，更加强调实际立法和司法过程中区分行政法与刑法的必要性，并提出了从立法、社会对犯罪的心理等方面区分二者的创新观点。^{〔2〕}二战后，受美国法律影响，奉行司法权与行政权制约的观念，限制行政权的扩张，将原有的《违警罪即决条例》和《警察犯处罚条例》视为违宪，认定行政刑法属刑事法性质，因而行政犯罪属于刑事犯罪范围。^{〔3〕}

总体而言，西方国家通过独立的立法模式，通过制定行政刑法典，明确规定了行政与刑法关联的各种法律责任及惩罚的具体规则。通过这种独立的立法模式解决了刑法与行政法的交叉问题。

（二）国内的研究现状

1. 我国学者对行政法与刑法关系的研究分为以下几个阶段：

（1）受国外影响开始研究行政刑法阶段。受国外学者的影响，我国学者开始关注行政刑法问题。我国学者对行政刑法的理论研究集中在对行政犯罪的概念界定与性质认识的论证上，并取得了丰硕的成果。代表性的成果有：李晓明：《行政刑法属性的论争及其定位》，载《北方法学》2008年第4期；苏海健：《论我国行政刑法的性质》，载《法学杂志》2007年第6期；黄洪波：《论行政刑法双重属性之否定》，载《法学杂志》2004年第5期；周佑勇、刘艳红：“行政刑法性质的科学定位（上）”

〔1〕 参见李晓明：《行政刑法学》，群众出版社2005年版，第27页。

〔2〕 参见熊永明：“犯罪圈的界定及其关系处理”，载戴玉忠、刘明祥：《和谐社会语境下刑法机制的协调》，中国检察出版社2008年版，第7页。

〔3〕 参见李慧英：“行政犯罪研究”，载《山东工商学院学报》2003年第5期。

(下)——从行政法与刑法的双重视野考察”，载《法学评论》2002 第 2、4 期；张明楷：《行政刑法辨析》，载《中国社会科学》1995 第 3 期等。上述研究在界定行政犯罪内涵和外延上都承认了行政犯罪既违反行政法又违反刑法的双重违法性，但是对于行政犯罪的法律后果，在只承担刑事责任还是刑事与行政责任一并承担的问题上存在分歧。

(2) 基于国外行政刑法理论与我国国情的不适应，转而关注行政法与刑事法关联问题的研究。由于我国与国外法律规定的差异，国外行政刑法理论不太适应我国国情，学者们开始关注行政法与刑事法相关的其他一些问题。具体研究主要集中在行政违法与刑事犯罪的法律界限问题、行政法规范与刑事法规范的相互影响以及行政诉讼与刑事诉讼的关系等问题。

就法律界限问题的研究来看，学者对于行政法与刑事法的法律界限研究集中在两个角度：一是从行为的性质上区分行政违法与刑事犯罪，理论上通常借用国外盛行的“质的区别说”、“量的区别说”和“质量的区别说”等观点，但是借用国外的理论就无法克服这些理论的缺陷，因此从这个角度展开的研究，分歧较大，尚未真正达成共识。代表性成果有王文华：《浅析行政犯罪的几个问题》载于戴玉忠，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。二是从处罚上界定两者的界限。学者陶绪峰在《行政处罚与刑罚的竞合》一文中主张“代替主义说”，该观点认为刑罚与行政处罚都是属于公法领域，有互为代替的基础；按照行为与责任相适应的原则，一个行为同时触犯了行政法和刑法时，只能从两种责任中选择一种，否则不符合刑罚的经济原则，也可能导致不适当地牺牲个人权利，有悖于法的相应性和争议性等理由，主张同一违法行为，只能适用行政处罚或者刑罚，不能同时并

用。^{〔1〕}周佑勇、刘艳红教授在《论行政处罚与刑罚处罚的适用衔接》中提出了“双重适用原则说”，该说以行为的双重违法性决定责任和处罚的双重性；两种处罚在性质和功能上的差异性决定二者合并适用可以弥补各自的不足，以消除犯罪的全部危害结果等理由，主张应当将行政处罚与刑罚合并适用。^{〔2〕}

就有关行政法与刑法的相互影响而言，我国目前尚没有学者正面研讨此问题，或者更准确地说，尚没有对此问题进行系统而全面的研究。例如，张明楷教授在《中国法学》（2007年第6期）上发表的《行政违反加重犯》一文中认为，有些行政违法行为在有造成严重后果或者具有严重情节等加重要素时可以构成犯罪，将其称为“行政违反加重犯”，从侧面进行了行政违法行为对犯罪构成产生影响的研究。车浩博士在《人民检察》（2008年第15期）上发表的《论行政许可的出罪功能》一文中，系统论述了行政许可在影响犯罪构成、阻却犯罪构成方面的作用，以及有瑕疵的行政许可行为对刑法个罪的犯罪构成所产生的影响。该文具有一定借鉴意义，但遗憾的是只将行政许可可作为研究重点，并未涉猎其他的行政行为。

已有学者关注刑法对行政法的依赖问题，但是当前研究要么是在部分领域如环境犯罪对环境行政法的依赖性进行研究（杜琪，2010年），要么是针对个别行政行为对刑法的影响进行研究，如以行政许可为视角对其对刑法的影响进行研究（车浩，2008年；关振海，2013年），尚未有学者针对刑法对行政法的依赖性展开系统、全面的研究。

〔1〕 参见陶绪峰：“行政处罚与刑罚的竞合”，载《江苏公安专科学校学报》1997年第2期。

〔2〕 参见周佑勇、刘艳红：“论行政处罚与刑罚处罚的适用衔接”，载《法律科学》1997年第2期。

已有学者关注到了刑法与行政法的冲突并导致的刑事处罚与行政处罚的竞合问题，并各自提出了自己的观点（王春丽，2013年；田宏杰，2013年），但是具体处理原则问题尚未达成共识。如黄学贤教授认为，应以“谁为前提谁优先”的原则来处理，而方世荣教授则认为，在行政诉讼与公诉的刑事诉讼交叉时适用“刑事诉讼优先”原则，行政诉讼与自诉的刑事诉讼交叉与冲突时，适用“当事人选择”原则来解决冲突。

已有学者针对刑法与行政法的关联关系问题展开研究（李楠，2012年），但是当前研究认为刑法与行政法的关联关系指刑法与行政法的界分、交叉、冲突和衔接，并认为界分是交叉、冲突和衔接的基础。由于刑法与行政法的界分这一理论难题难以解决，以其为基础展开的研究，针对性及可行性也极其有限。

较多学者关注到了刑法与行政法的冲突问题，当前研究多从三个角度展开：其一是将刑法与行政法的冲突与刑法与行政法的交叉、刑法与行政法的协调衔接问题混淆在一起进行研究；其二是从刑事法律与非刑事法律冲突的角度研究冲突的处理（吴林生，2013年）；其三是就刑法与个别行政法如治安管理处罚法（沈凡，2011年）、精神卫生法（陈雪，2013年）、民族区域自治法（马德，2013年）等产生的冲突进行具体研究。没有从逻辑上理清刑法与行政法区分的困难在于两者存在着诸如从属、交叉、竞合三种关系，也没有针对这三种关系展开系统全面的研究。

二、本书的研究内容及意义

（一）本书研究的主要内容

本书的研究的主要内容包括以下五个部分：

第一章研究刑法与行政法关联的理论证成。该部分研究刑

法与行政法关联的历史证成及价值证成。刑法与行政法关联的历史证成中主要研究刑法与行政法关联的历史渊源和当代趋势。刑法与行政法关联的价值证成主要是从刑法与行政法的价值差异入手,到刑法与行政法在发展中价值归结的统一。

第二章研究刑法与行政法关联的概述。该部分主要研究刑法与行政法关联的概念与范围,刑法与行政法关联问题产生的原因,刑法与行政法关联的分类等问题。

第三章研究刑法与行政法关联的具体形式。该部分内容主要研究刑法与行政法关联的基本形式,具体而言包括刑法与行政法的冲突,刑法对行政法的从属,刑法与行政法的交叉三种形式。

第四章研究我国刑法与行政法关联中的特殊问题。该部分内容主要研究行政瑕疵对犯罪的影响,行政规范变更对犯罪产生的影响以及行政规范冲突对犯罪产生的影响。

第五章研究我国刑法与行政法关联的责任问题。该部分主要研究了刑法责任与行政责任的分野,刑法与行政法的责任关联等内容。

第六章研究我国刑法与行政法关联中存在的问题及其完善。该部分内容分别就刑法前置性规范存在的问题及其完善,刑法与行政法法律制裁关联的不合理及其完善,刑法与行政法动态关联中存在的问题及其完善进行研究。

(三) 研究的意义

刑法与行政法关联问题的研究对于解决理论及司法实践中的一系列难题具有重要意义:

1. 本书研究的理论意义

本书的研究具有重大理论意义:

首先,推动刑法与行政法法律关联问题理论体系的建立与

发展。国内对于刑法与行政法关联问题的研究尚处于起步阶段。当前研究多停留在研究行政刑法学的独立性、行政刑法学的学科属性、行政犯罪的定性等内容上,缺乏对刑法与行政法关联关系的重视,更未对其展开系统研究。本书对刑法与行政法关联问题进行系统研究,推动了刑法与行政法关联问题研究的进一步发展,有利于刑法与行政法关联问题理论体系的建立与发展。

其次,推动刑法与行政法界分这一理论难题研究的发展。刑法与行政法界分问题一直以来都是刑法理论界的难题。正是由于刑法与行政法之间存在着诸如从属、冲突、交叉等复杂的关系,才使刑法与行政法的界分极其困难。对刑法与行政法关联关系展开分类研究将会推动刑法与行政法界分这一理论难题的解决。

再次,本书的研究有利于摆正行政权与司法权在国家权力结构中的地位与关系;自国家产生以后国家权力就包含着立法、行政、司法等权力因素。在现代国家权力体系中,立法权、行政权和司法权各自承担着不同的职能并且在履行职能的过程中相互发生关系从而形成一定的权力格局。在现代法治国家中,立法权、司法权、行政权分别由不同的国家机关行使,它们之间既相互分立又相互制衡。在这些国家机关中,法院和行政机关是两个性质不同的国家机构,它们行使国家权力的目的、功能各不相同。法院行使司法权,行政机关行使行政权,司法权在价值追求、功能定位、运行方式等方面与行政权有着明显区别。在我国现有政治体制下,人民代表大会和人民法院均可对行政机关行使行政权的行为进行监督,但人民代表大会的监督是主流,而司法权对行政权的监督则被限定在对行政机关具体行政行为合法性的审查上,由此决定了行政诉讼的受案范围和

司法权监督行政权的对象和深度，因此，司法权对行政权的监督具有有限性和局限性。在我国的政治体制下，尤其是在构建和谐社会的新时期，如何界定、区分司法权与行政权的关系，准确把握司法权对行政权监督的广度和深度，有效实现司法监督功能，营造司法权与行政权良性运行的科学性，是个必要而紧迫的问题。

最后，本书的研究有利于正确处理行政法与刑法、行政处罚与刑罚的关系，进而有利于宽严相济刑事政策的贯彻与落实。刑法与行政法的界域与衔接问题一直是困扰我国法学界的疑难杂症，一方面导致出现法律空白和社会控制乏力，另一方面导致刑法的不断修正和重刑主义抬头。唯有通过对刑法与行政法关联理论追根溯源，把握其核心意旨，厘清行政违法与刑事犯罪之间的关系，并根据它们的异同构建与之相适应的理论体系，才能对刑法及行政法之间的关系作出合理的界定。同时我国刑法一方面通过在条文中规定一些前置性的行政规范，从而将一部分行为排除在犯罪范围之外；另一方面将行政许可等具体行政行为作为一些犯罪的消极要件，这样某些行为可以因取得了行政许可而排除其犯罪性。依据一事不再罚原则，对于已经接受过行政处罚的行为，不予重复评价，这种做法有利于宽严相济的刑事政策的实现。正确的处理刑法与行政法、行政处罚与刑事处罚的关系正是实现宽严相济的刑事政策的必然要求。

2. 本书研究的实践意义

本书的研究有利于合理界定犯罪，明确罪与非罪的界限，明确刑罚内容。本书对刑法与行政法关联问题的研究对于判断行政违法与刑事犯罪的界限，解决行政诉讼与刑事诉讼的交叉、冲突等司法实践问题具有指导意义；只有具有严重的社会危害性的行为才能构成犯罪，进而处以刑罚，某些不具有社会危害

性的轻微违法行为或者仅受道德调整的不良行为都不应由刑法调整。只有在明确行政法和刑法界限的基础上，才能划清罪与非罪的关系，明确刑罚的适用范围，避免重刑主义。

本书的研究对于避免司法实践中“有案不送”、“以罚代刑”的现象具有积极意义。在我国司法实践中，“有案不送”、“以罚代刑”等情况屡禁不止，甚至愈演愈烈，严重损害了社会主义法制的尊严。其中行政权与司法权的不合理配置，行政法与刑法的不协调，行政处罚与刑事处罚上的不衔接，行政责任与刑事责任的竞合问题等都是这种现象存在和发展的主要原因。厘清行政法与刑法的关系，明确行政责任与刑事责任竞合的处理原则，明确行政执法机关向刑事司法机关移送案件的标准与程序，显然有利于减少或避免这种现象的发生。

本书的研究有利于提高行刑衔接的效率，进而有助于提高司法效率，节约司法资源。刑法资源是有限的，其如同其他社会资源一样，并非是取之不尽用之不竭的。在社会财富有限的前提下，能够分配用于司法活动的份额是有一定限度的。动用刑法的后果必将是占用侦查、起诉、审判等刑法资源，其成本必然大于行政手段。因而，只要动用行政法可以达到目的行为，就不需动用刑法。况且，行政法的教育功能和感化功能的效果某种程度上明显优于刑法。因而通过行政行为阻却犯罪的形式，可以有效地实现行政法和刑事法的顺利衔接，实现各司其职、有效配合、节约资源、降低成本的目的。