

李 晓 明 / 著

行政刑法学

XINGZHENGXINGFAXUE

群 众 出 版 社



行政刑法学

The Administrative Criminal Law

李晓明 著

群众出版社

2005年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

行政刑法学/李晓明著. —北京: 群众出版社,
2005. 1

ISBN 7 - 5014 - 3311 - 9

I. 行… II. 李… III. ①行政法学 - 中国②刑法
- 法的理论 - 中国 IV. ①D922. 101②D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 112339 号

行政刑法学

李晓明 著

群众出版社出版 新华书店经销

网址: www.qzcbbs.com

信箱: qzs@qzcbbs.com

北京京安印刷厂印刷

880 × 1230 毫米 32 开本 23.5 印张 638 千字

2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7 - 5014 - 3311 - 9/D · 1563 定价: 42.00 元

印数: 0001—5000 册

自序

2004年初，我离别了祖国大陆，离开了我长期生活和工作的江南大地——苏州，来到了英国的第二大城市——伯明翰（Birmingham）。听人讲，英国的气候非常宜人，冬暖夏凉，素有“天然空调”之称。在伯明翰国际机场降落的当天，的确是晴空万里，一派阳光灿烂的样子。当我走出机场，一阵清风扑面而来。虽然还不像国内江南名城——苏州那样清水绿树、春意盎然的景色，但似乎也有一些花果含苞、树芽翠绿之春意。可没过几天，几场大雪从天而降，甚至搞得我有一天竟出不了门。我不知道初来乍到，遇上这样的雪天究竟是凶还是吉？于是，眼望着窗外冰天雪地的北国风光，我似乎有一些思乡，惦念起留守在家的妻儿老小。甚至想像着，中国的北方现在又会是是个什么样子呢？

从窗前走向我居室（12 The Vale, Mason Hall of University Birmingham）的座位旁，即刻又回到了现实之中。既然今天出不了门，还是要找些事情做做的。当然首先想起的是，临来前在与群众出版社张忠华主任通电话中的一项承诺，《行政刑法学》一书要在七八月份交稿。于是我立即打开了行李，并从中取出从国内带来的书稿修改了起来。

众所周知，行政刑法研究始于20世纪初的德国，之后在西方国家得以较大发展。目前，我国的行政刑法研究基本上处于萌芽阶段。然而，随着我国市场经济和现代化建设的不断深入，行政刑法越来越明显地成为我国法制建设中的不可缺少的重要内容。尤其是加入WTO后，不仅需要市场机制，同样需要投资环境，包括法治环境。可以说，行政刑法是国家为了实现行政管理目的，维护正常的行政管理秩序，规定行政犯罪及其责任不可缺少的重要法律规范。但其究竟

属于刑法范围还是行政法范围,长期以来,在国内外均存在较大争议。为追寻具有中国特色的适合我国现代化建设发展需要的行政刑法理论,也为解决长期以来我国行政法与刑法交叉领域的诸多矛盾与问题^①。我们认为,有必要迅速着手,对我国行政刑法及其学科建设进行全面研究。

但令人遗憾的是,迄今中外学者尚未提出过“行政刑法学”的基本概念与范畴,更没有人系统提出构建行政刑法学学科体系的构想。这究竟是学界的一时疏忽,还是行政刑法理论发展至今尚不具备构建学科体系的基础性条件,抑或其他什么原因?这不能不引起我们的深入思考和研究。此外如上所述,为尽早解决我国目前行政法与刑法交叉领域出现的诸多司法矛盾与问题,也为初步构建具有我国特色的行政刑法学学科体系做出努力与尝试。早在国内的很长时间里,甚至是在前些年资料相对缺乏的情况下,我就已开始启动对该课题的设计与研究。虽然历经千辛万苦,但最终还是使研究有了些进展和起色,并初步构建了具有我国特色的行政刑法学的理论框架与体系。全书共分为5编24章,主要有行政刑法学导论,包括行政刑法学的起源与发展,行政刑法学的提出与建立,我国行政刑法学的架构与体系;行政刑法论,包括行政刑法的性质,行政刑法的概念,行政刑法规范的特性,行政刑法规范的制定;行政犯罪论,包括行政犯罪的界定,行政犯罪的本质,行政犯罪的成立,罪行——行政犯罪的客观行为表现,罪过——行政犯罪的主观心理态度,罪责——行政犯罪的法定归责理由,行政犯罪的类型,行政犯罪的形态;行政刑法责任论,包括行政刑法责任的确立,行政刑法责任的根据,行政刑法责任的内容,行政刑法责任的终结;行政罪责各论,包括行政罪责各论概述,侵害个人法益的行政罪责,侵害国家法益的行政罪责,侵害社会法益的行政罪

^① 有些甚至是涉及社会稳定、司法公正、人权、司法审查与违宪审查等重大理论与实践问题。尤其是我国1996年《行政处罚法》、1999年《复议法》和2000年《立法法》的颁布,不仅使《治安管理处罚条例》与这些法律相冲突,甚至彻底将劳教制度推向了极其尴尬的境地。

责，危害社会治安的行政罪责等内容。这次出访英国，除同英国的同行们进行更广泛的学术交流外，闲暇之际修改这部书稿也就成为我此行的重要任务之一。

此次我来到英国很是幸运，恰好遇上他们正在进行着如火如荼的刑事司法改革（据说这次英国的刑事司法改革大约在2005年4月才能基本结束）。故抓住这一机会，我也做了一个《中英刑事司法改革比较研究》的小题目。英国这次进行的刑事司法改革倒是很有特点，许多方面是我们难以想像得到的。我们知道，英美法系中的许多刑事诉讼制度基本上均源自英国，包括沉默权、陪审团制度、一事不再理原则等。但在这次刑事司法改革中，对这些制度似乎均存在着程度不同的动摇与否定，甚至正在走回头路。由于在这次改革中形成了所谓对待犯罪的一些新理念，使得英国竟成为惟一对《欧洲人权法案》提出保留条款的国家，以致于欧美许多国家对英国目前的人权理念主张提出质疑。用一个形象的比喻来说，英国用几百年时间自己打造的理念与制度，甚至将世界各国领到这条所谓的现代法治化道路上之后，顷刻之间他自己却突然调转方向往回走。这一举动在西方法律界引起强烈反应，面对英国激进的刑事司法改革许多国家都大惑不解。但另一方面，我们会隐约发现，中英两国在刑事司法领域，尤其在对付犯罪的理念上倒是有着惊人的类同和相似之处。例如，在重打击犯罪、保护公众利益和社会安全方面，两国政府都将其放在头等和极其重要位置上。甚至在司法制度上，也有着不约而同的理念。比如，正当我们在讨论建立沉默权和陪审团制度时，英国却在改革和部分抛弃这些制度；在我国的政法委员会“案件协调”制度普遍受到质疑的情况下，英国却在建立具有协调职能的“司法委员会”制度；目前我国正在加强对人权的保护，而英国却在一定程度上削弱和改变其传统的人权理念。当然，这种相似和类同更多是建立在时空、理念、具体内容和改革前后倒置的基础上的。因此不能因为他们否定我们就一概否定，也不能因为他们设置我们就一味坚持，两国毕竟有着不同的国情和法律文化传统上的差异与历史过程。但这种表面怪异实则反映某种规律性的互补需求，以及许多具有借鉴、启示甚至是警示作用的英国

的刑事司法改革的理念、思路和方法等，也均值得我们深入研究和思考。

虽然上述英国的刑事司法改革并不直接涉及行政刑法问题，而且据我所知，在普通法系或称判例法国家，行政刑法的理念并不十分强烈。但他们的改革理念，甚至包括他们的法律文化传统及所走过的法制化轨迹与历史过程，都对我修改这部书稿起到了潜移默化的启示、借鉴和深入思考之作用。尤其是每当我冷静地观察英国的刑事司法制度及其改革时，它似乎真的像一个运动着的历史钟摆，虽然遵循着“矫枉必须过正，不过正不能矫枉”的规律，但也必然延续着“矫枉的过程又会引燃新的过正，而新的过正还会产生下一个矫枉”的不断重复。因此从形式上看，这种现象似乎完全按照自身左右摇摆的“矫正”规律不断往复；但从内容上看，似乎每一次“矫正”又能达到一种有条件的（社会背景与文化环境）、自然的、和谐的，甚至是公正的社会平衡，甚至每一次平衡又不是一种简单的复原与重复，而是一种崭新的开始与创造。所以我以为，如果进一步解释这一现象的话，似乎用陀螺效应更显精当和准确。因为，陀螺的线性运动恰好是通过由低位点到高位点，再由高位点到低位点的不断往复来保持这种持续平衡的。表面上看，这种陀螺的上下运动达到的平衡同钟摆左右运动达到的平衡似乎完全一致，但事实上陀螺的这种由低位到高位或由高位到低位所达到的不断往复的新的平衡似乎与社会运动形式更加吻合，或许更能形象地说明包括刑事司法改革、行政法与刑法及行政刑法体系的设计与研究等社会现象与规律，且与运动形式也有着千丝万缕的联系。而这种上下曲缓性的运动又决不是一种简单的重复，其每一次都将达到更高一级的新的平衡状态，正因为如此也才能够更加符合社会不断运动和发展的螺旋式的规律，也才能够对社会在不间断的运动中发展以及最终达到安全稳定作出更确切的说明。即是说，没有高位和低位的不断变化，陀螺就不平衡了，倒掉了，停止不前了；同样，没有不同时代的刑事司法改革和不同形式的法律体系包括行政法与刑法及行政刑法体系的不断调整，这种上下起伏的运动就会失衡和衰落，人类社会也就不再平衡、不再和谐、不再发展了。

实事求是地讲，我正是在这种不断撞击、不断变幻的思绪和思维状态下完成我这部书稿的修改的。或许往书稿里多少充斥了些辩证的成分，使得我比原来书稿形成之初时看问题更为全面和客观；也许正因为如此，使得书稿中的思路 and 观点更加琐碎和凌乱。甚至在我即将完成和结束这部书稿修改的时候，我还是无法最后断定，这次来英国的经历，特别是我亲眼看到和感受到的英国的刑事司法改革运动，尤其是其中理念的更新与变换，包括自以为多少影响到我的思维方式和看问题的角度，究竟是对修改好这部书稿有利呢还是不利？当然，这完全可以通过一个时期以后读者的公正评判来自然地下结论，甚至不必要我此时为之更多地思考和烦恼。

然而，让我感到欣慰的是，我终于在诸多的矛盾思绪和斗争中完成了这部书稿的修改。虽然有可能我这次仅仅提供的是一个可供批判的行政刑法学的学科体系与对象，或许也就有了指望在不远的将来见到一个更加丰满和成熟的行政刑法学的学科大厦。也许经过批判，行政刑法学的这个学科或大厦就根本没有必要存在。尽管如此我仍然认为，即便真的那样，我的这次失败性的尝试，包括所下的功夫和为之作出的努力也并没有白费。因为，至少不会再有人更多地为此浪费时间或重复这样的失败。因此我真诚地希望得到广大理论工作者和实际工作者及其他读者的批评指正，为的是让我国的行政刑法学的学科及理论研究更加繁荣和昌盛！并为此进一步奋斗和努力！

李 晓 明

2004年9月18日于英国伯明翰大学法学院

目 录



第一编 行政刑法学导论

第一章 行政刑法的起源与发展	(3)
第一节 行政刑法的产生背景	(3)
第二节 行政刑法的发展过程	(13)
第三节 我国的“行政刑法”	(17)
第二章 行政刑法学的提出与建立	(24)
第一节 行政刑法学的理论根据	(25)
第二节 行政刑法学的基本定位	(30)
第三节 行政刑法学的研究方法	(54)
第三章 我国行政刑法学的架构与体系	(91)
第一节 我国行政刑法学架构的基础	(91)
第二节 我国行政刑法学的外部体系	(122)
第三节 我国行政刑法学的内部结构	(124)
第四节 我国行政刑法现实与未来的抉择	(128)

第二编 行政刑法论

第四章 行政刑法的性质	(135)
第一节 行政刑法属性的纷争	(135)
第二节 双属性说的基本论证	(140)

第三节 行政刑法性质的理论定位	(149)
第五章 行政刑法的概念	(172)
第一节 国外行政刑法的概念	(172)
第二节 我国行政刑法的概念	(176)
第三节 行政刑法概念的动态分析	(179)
第六章 行政刑法规范的特性	(190)
第一节 技术规范具有特殊意义	(190)
第二节 交叉与互动是其基本特征	(196)
第三节 衔接与协调是其突出特性	(201)
第七章 行政刑法规范的制定	(217)
第一节 行政刑法规范的制定程序	(219)
第二节 行政刑法规范的基本内容	(222)
第三节 行政刑法规范的制定原则	(237)
第四节 行政刑法规范的技术要求	(244)

第三编 行政犯罪论

第八章 行政犯罪的界定	(249)
第一节 犯罪	(249)
第二节 刑事犯罪	(253)
第三节 行政犯罪	(254)
第九章 行政犯罪的本质	(263)
第一节 行政不法	(263)
第二节 刑事不法	(265)
第三节 二者的交叉	(269)
第十章 行政犯罪的成立	(273)
第一节 犯罪成立的一般理论	(273)
第二节 各国犯罪成立体系	(280)
第三节 行政犯罪成立要件	(286)
第十一章 罪行：行政犯罪的客观行为表现	(293)

第一节	侵害行为	(296)
第二节	侵害对象	(299)
第三节	侵害结果	(301)
第十二章	罪过：行政犯罪的主观心理态度	(310)
第一节	主观故意	(315)
第二节	主观过失	(321)
第三节	相关因素	(325)
第十三章	罪责：行政犯罪的法定归责理由	(328)
第一节	违法判断归责	(329)
第二节	行为主体归责	(338)
第三节	责任能力归责	(349)
第四节	期待可能归责	(353)
第十四章	行政犯罪的类型	(356)
第一节	罪名类型划分	(356)
第二节	主体类型划分	(361)
第十五章	行政犯罪的形态	(374)
第一节	停止形态	(375)
第二节	罪数形态	(389)

第四编 行政刑法责任论

第十六章	行政刑法责任的确立	(395)
第一节	行政法责任	(395)
第二节	刑法责任	(399)
第三节	行政刑法责任	(407)
第十七章	行政刑法责任的根据	(418)
第一节	确立根据	(418)
第二节	承担根据	(423)
第三节	技术原则	(427)
第十八章	行政刑法责任的内容	(434)

第一节	行政刑罚	(434)
第二节	非行政刑罚处罚与有罪宣告	(466)
第三节	治安处罚与劳动教养	(480)
第十九章	行政刑法责任的终结	(489)
第一节	因实现而终结	(491)
第二节	因未实现而终结	(505)

第五编 行政罪责各论

第二十章	行政罪责各论概述	(511)
第一节	定罪	(511)
第二节	确责	(523)
第二十一章	侵害个人法益的行政罪责	(549)
第一节	侵犯公民人身权利、民主权利的行政罪责	(549)
第二节	生产、销售伪劣商品的行政罪责	(569)
第二十二章	侵害国家法益的行政罪责	(580)
第一节	危害国家安全的行政罪责	(580)
第二节	危害国防利益的行政罪责	(594)
第三节	渎职的行政罪责	(611)
第四节	军人违反职责的行政罪责	(635)
第二十三章	侵害社会法益的行政罪责	(646)
第一节	危害公共安全的行政罪责	(646)
第二节	破坏社会主义市场经济秩序的行政罪责	(658)
第三节	妨害社会管理秩序的行政罪责	(682)
第二十四章	危害社会治安的行政罪责	(699)
第一节	治安处罚措施	(699)
第二节	强制防控措施	(718)
后记		(723)
主要参考文献		(725)

第一编

行政刑法学导论

第一章



行政刑法的起源与发展

行政刑法究竟源自何处——起于何因，又如何演变和发展，可以说是行政刑法首当其冲要研究的问题。当然，要破其迷离，也只有折回到其诞生地及其缘起时代，透过其社会历史背景与初始理论形态，才能够了解其最初产生的真正历史动因，追寻其形成的真实社会背景与基本逻辑起点，从而准确把握其历史渊源和理论精髓之所在。故这里我们先从行政刑法的起源开篇。

第一节 行政刑法的产生背景

诚然，“行政刑法”一语究竟最早缘自何时何地何人，就目前而言尚无从考证。但从其逻辑起点来看，行政刑法是在行政制裁的基础上逐渐产生和发展起来的，这一点似乎又是毋庸置疑的。因此有人大胆推测，行政刑法的起源甚至可追溯至资产阶级革命之前，因为旧王朝时期的法国国王、封建领主、某些地方政府及官员等均享有独立的

行政惩罚权。^①不过多数学者们仍然认为,行政刑法产生于资产阶级革命胜利后,即立法、司法、行政“三权分立”模式确立之后。^②由此可见,行政刑法与行政权之间似乎有着一种密不可分的联系。

如有学者认为,“‘行政’与‘行政权’是构建行政法学理论体系的基本范畴和出发点,加强对它们研究的重要意义是不言自明的。而相对于行政法学中的其他范畴而言,它们得到了更多的关注,……但由于立足点、观察角度和方法的不同,这两个范畴在各科学者们的眼中又各自包含着独特而丰富的内容。”^③由此可见,“行政”与“行政权”的确是行政法(罚)的基本逻辑起点,因此研究行政法(罚),也就必须首先研究行政与行政权。

从语源上讲,“行政”一词早在中国古代就已经出现^④。但其具体涵义与现代意义上的“行政”并不完全一样。而在国外,古希腊时期的亚里士多德就把政府权力分为讨论(可视为议会或立法的前身——作者注)、执行(可视为行政的前身——作者注)和司法三要素;古罗马时代的波利比奥斯(公元前200——前120)倡导“混合政府论”,认为罗马政体应由代表君主的执政官、代表贵族的元老院及代表民主的人民代表会议互相牵制和均衡;16世纪的J·博丹提出司法独立的主张;17世纪的J·洛克把国家权力分为立法、执行(也可视为行政的前身——作者注)、外交三权^⑤;孟德斯鸠在1748年出版的《论法的精神》一书中,提出了国家权力应分为立法、行政和司法^⑥。至此不仅“三权分立”的理论已经形成,而且“行政

① 黄河著:《行政刑法比较研究》,6页,中国方正出版社,2001。

② 卢建平:《论行政刑法的性质》,载《改革开放与刑法的发展》,111页,中国检察出版社,1993。

③ 杨海坤主编:《跨入21世纪的中国行政法学》,23页,中国人事出版社,2000。

④ 《史记·周纪》:“召公,周公二相行政,号曰‘共和’。”

⑤ 但J·洛克又认为,执行权和外交两权可同时委托给政府行使,立法权应优越于其他权力。故J·洛克实际上是在主张两权分立。

⑥ 这就是著名的“三权分立”理论,孟德斯鸠不仅将国家权力划分为立法、行政和司法三部分权力,而且主张三权分别由三个不同机关行使,使三权互相牵制和约束,保持三种国家权力的平衡,以保障人民权利,限制政府权力。由此可见,“三权分立”重在平衡国家权力、限制行政权、保障人民权利。

(Administration)”一词被正式命名,并被赋予特定含义。但由于学者个人主观意识选择的不同,加之其涵义也在不断演变,故至今尚无完全统一或一致的“行政”定义。尽管如此,多数学者还是主张从两个层面来诠释“行政”一词的概念:

一是政治层面。我们知道,政治和行政同属历史范畴,只有在阶级、政权和国家产生以后才有政治现象,也才可能有“政”可“行”。也就是说,“政”和“治”在相当长的一段时间里实际上囊括了迄今为止所讲的政治和行政两个方面的基本涵义。在西方,最先论述两者区别的是美国的前总统威尔逊(Woodrow Wilson 1856-1924)和美国的行政学家古德诺(Frank J·C·Goodnow)。威尔逊认为,政治是立法团体和其他政策制定集团专有的活动;行政是行政官员执行法律和政策的专有活动。古德诺进一步指出:“政治与政策和国家意志的表达相关;行政则与这些政策的执行相关。”^①可以说,政治和行政分离的理论是对19世纪80年代美国政府体制改革经验的概括和总结。在马克思主义看来,政治与行政都是建立在一定经济基础之上并为一定经济基础服务的上层建筑,两者密切联系,又有一定的区别。首先,政治主导行政。这是因为,不仅政治的实质是阶级间的关系,而且政治的核心是国家政权,一切政治归根到底又是为了取得政权和巩固政权。其次,行政从属于政治。这是因为,行政不仅以国家政权为后盾,而且以巩固政权为根本任务,显然“行政”是政治的工具和手段。正如有的学者指出的那样:“国家意志实际上是不能脱离政治的”。^②

二是管理层面。我们知道,管理是伴随人类的产生而出现的一种活动。人类早在协调人与人、部落与部落以及人与自然界之间的关系时就形成了最原始的管理活动。国家产生以后,国家政务逐渐从混沌的社会事务中分离出来,并开始出现以国家政务管理为主要职责的专门机构和集团。但在奴隶制和封建制国家的整个历史时期,行政权力尚未从国家权力结构中完全分离出来,也未能形成一个相对独立的管

① (美)F·J·古德诺著:《政治与行政》,10页,华夏出版社,1987。

② 黄河著:《行政刑法比较研究》,21页,中国方正出版社,2001。