

行政刑法新论

第二版

李晓明

著

行政刑法新论

第二版

李晓明

著

图书在版编目(CIP)数据

行政刑法新论 / 李晓明著. --2版. --北京 : 法律出版社, 2019
ISBN 978-7-5197-3165-6

I. ①行… II. ①李… III. ①行政法—研究—中国②刑法—研究—中国 IV. ①D922.104②D924.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第033718号

行政刑法新论(第二版)
XINGZHENG XINGFA XINLUN(DI ER BAN)

李晓明 著

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 永清县金鑫印刷有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 22.75
字数 374千
版本 2019年2月第2版
印次 2019年2月第1次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-83938336

咨询电话 / 010-63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-83938334/8335 西安分公司 / 029-85330678 重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636 深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-3165-6

定价: 88.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

再版序言

出版社通知我进行《行政刑法新论》一书的修订,首先感谢出版社领导的支持,以及读者对《行政刑法新论》一书的厚爱(据说去年上半年该书已没有库存)。修订要求时间紧,于是我便放弃一切事情抓紧修订书稿,正遇上来美国东北大学访学,还能够集中些精力和时间。对原书稿完成三遍修改后,总觉得有些事情需要记述,于是就有了这个再版自序。当然,若是身在国内,无论如何也要邀请学界同仁朋友为新版书作序,目前也只能自己勉强为之了。

众所周知,行政刑法是个舶来品,无论在德国还是日本,一般是指行政法或经济法中的“附属刑法”。然而在我国却具有特殊性:一方面,我国的“附属刑法”长期处于“附而不属”的状况,也即没有实质性的罪刑规范,既没有罪名也没有法定刑,只是“情节严重的追究刑事责任”的空泛表述;另一方面,我国在刑法典之外规定有大量的人身自由罚,如行政拘留、收容教育、强制戒毒等,而且这些人身自由罚的决定没有司法程序。加之我国刑法“既定性又定量”的构罪标准,导致行政执法与刑事司法长期不能有效衔接。2016年6月18日在中国社科院召开的“网络犯罪的刑事立法与刑事司法前沿问题”研讨会上,著名刑法学家、北京大学法学院储槐植教授就曾尖锐地指出:在网络安全法中直接规定罪刑规范,以真正确立我国刑事立法中刑法与行政刑法并立的二元立法机制,解决附属刑法“附而不属”的问题,将附属刑法变成真正的行政刑法,是刑法现代化的当务之急。^①当然,我国刑法立法究竟是“二元立法机制”还是“三元立法机制”?^②也还值得进一

① 石亚淙:《推进网络空间法治化 有效惩治网络犯罪》,载《人民法院报》2016年7月6日。

② 虽然我国1997年刑法不再像1979年刑法那样拥有大量的单行刑法(据初步统计,截止1995年底与我国1979年刑法典相并列的有23个单行刑法或特别刑法),甚至大都为“刑法修正案”所代替。但在未来,我国刑法规范还会否出现单行刑法或特别刑法?现在还很难说。甚至我国1997年刑法典目前除公布的9个“刑法修正案”外,形式上还存在“单行刑法”,也即1998年12月29日《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。目前看来,该决定第一、三条分别作为《刑法》第191条之一和对《刑法》第190条的修改;该决定第二、四、五、六条实质上分别成为了《刑法》第280条、第225条和第231条、第191条、第397条的“立法解释”;该决定第七条实质上成为《刑法》167条“签订履行合同失职被骗罪”在“主体”上的扩充条款,也即“金融机构、从事对外贸易经营活动的公司、企业的工作人员严重不负责任,造成大量外汇被骗购或者逃汇”的不再要求是国有企业即可认定“签订履行合同失职被骗罪”,显然与原有《刑法》167条规定的“主体”相矛盾,但至今司法解释也未对此设立新罪名,造成难题。

步深入研究。

就世界范围而言,行政刑法立法及其研究已经成为各国法律发展到一定阶段不可避免的法律现象,虽然在不同的历史时期或阶段行政刑法的表现形式与类型并不完全一样,如早期的警察刑法,稍晚时的经济刑法,以及当代的行政刑法。行政刑法最初随着行政国而诞生,伴随着法治国而发展,直至在福利国走向成熟,都表现出其不同时期的不同特点及规律,然而其核心内容与性质特征还是万变不离其宗。像上述提及的1989年国际刑法学协会第14届代表大会“决议”指出的那样:行政刑法与刑法之间的最大不同正在于制裁方法上的差异或称“罚的不同”,也即行政刑法“剥夺和限制个人自由不应该被作为其主要的制裁和执行措施”,包括在制裁的量上“不应该超过刑法所规定的最高量”。^①由此可见,在行政刑法及其属性的界定中,更应关注“罚”的概念及其内容,甚至“罚”的性质及其程度等,这些都是判断行政刑法还是普通刑法的基本标准和依据。也就是说,行政刑法与刑法的不同及其属性最最关键或根本的还是“罚的不同”及其具体处罚方式上的差异。^②

当然,任何事物都是辩证的统一,本书在讨论刑法与行政刑法“罚”上的不同时,还关注到二者在“罚”的本质属性上的“共通性”,这或许就是被称作“行政刑法”的缘故,也即二者无论对行政违法还是犯罪的“处罚”,而不同于民事违法的“等价赔偿”^③。此外,这种“共通性”还表现在:一是行政处罚性(罚款)与刑事处罚性(罚金或没收财产)实际上没有本质区别;二是无论刑法之内的行政刑法还是刑法之外的行政刑法,其本质上都是对“行政目的”和“行政秩序”的追求与保护。尤其在我国“既定性又定量”成罪标准的驱使下,这种特征就更趋明显,试想盗窃1999元(行政处罚)和盗窃2000元(刑事处罚)究竟有多大的不同或区别,更何况其行为性质都是违反刑法的,只是数额上没能达到犯罪标准而已。因此,在本书的修改中特别进行了一个重要基本范畴的修改,即统一将“行政性刑事违法行为”修改为“刑事性行政违法行为”,当然在此基础上“行政性刑事责任”也被修改为“刑事性行政责任”,包括“行政性刑事责任制裁体系”也修改成为“刑事性行政责任制裁体系”,已达致“行政刑法新论”中基本概念与范畴的统一。

① 《国际刑法大会决议》,赵秉志、卢建平、王志祥主译,中国法制出版社2011年版,第91~92页。

② 李晓明:《论刑法与行政刑法的并立》,载《法学杂志》2017年第2期。

③ 当然,近些年民事案件中也出现了“民事制裁”问题,这一现象我们将另议。

与此相关联的还有一组基本概念和范畴,这就是“重罪”、“轻罪”和“微罪”,本次修改中明确地将刑法之内的刑事违法行为具体划分为“重罪”和“轻罪”,而将刑法之外的刑事性行政违法行为表述为“微罪”,如此比较符合我国成罪上“既定性又定量”的实际情况。日本在行政刑法研究问题上,并没有像欧洲国家那样搞所谓的“行政刑法典”立法,而是把行政刑法的具体内容以“附属刑法”^①的形式在刑法典之外予以规定,甚至此外还搞出了一个极具折中方案的“轻犯罪法”。当然,这或许与第二次世界大战后日本受美国公正司法理念以及重罪、轻罪划分的影响有关,但我国的自身情况不同,尤其是受“既定性又定量”成罪标准以及收容教育、收容教育和治安管理处罚法等行政法中的人身自由罚的影响,故在刑法之外搞“微罪”或许更为适宜,也就是说行政刑法与我国未来的微罪法不无关联。

诚然,谈“共通性”也并不意味着二者一通百通或完全相同,尤其是行政刑法包括的刑法之内的行政刑法和刑法之外的行政刑法均与传统刑法有着天然理性上的本质区别,二者除性质上的区分外,在“罚”的对象、前提、类型及其程度上也有很大差异。主要表现在:(1)罚的对象不同。刑法处罚的对象是自然犯,也即“违背人类本来具有的爱他感情中最本质的怜悯之情(如剥夺他人生命)和正直之情(或诚实之情,如抢劫他人财产)的行为”,^②显然这是传统的刑事犯罪,也是传统刑法典惩罚的主要对象与内容;而行政刑法处罚的对象是法定犯,也即并非违背人类伦理的基本道德情感,“而是由法律硬性规定的犯罪”。^③(2)罚的前提不同。刑法处罚的前提是违反刑法的行为,也即盗窃、抢劫、强奸、杀人等刑法所规制的行为;而行政刑法处罚的前提是违反行政法的行为,刑法中的行政犯罪也好,刑法外的刑事性行政违法行为(包括治安处罚法、收容教育、收容教养、强制戒毒等规制的行为)也好,均是违反了行政法的行为。(3)罚的类型不同。刑法处罚侧重的类型是自由刑,也即有期徒刑、无期徒刑等刑法所规定的刑罚种类;而行政刑法处罚侧重的类型是财产刑和资格刑等处罚类型,也即罚金或罚款、吊销营业执照和剥夺资格等刑法针对行政犯罪所规定的行政刑罚和行政法所规定的附属刑法等。(4)罚的程度不同。刑法处罚的程度最重,轻则自由刑重则生命刑;而行政刑法处罚的程度要轻于刑法,这是由其各自的社会危害性程度所决定的。当然,就我国目前立法

① 如有日本学者认为,行政刑法就是规定行政犯及其刑罚的刑法规范,这些规范一般附属于行政法律之中。参见黄河:《行政刑法比较研究》,中国方正出版社2001年版,第26页。

② [意]拉斐尔·加罗法洛:《犯罪学》(英译本),利特和布朗公司1911年版,第5页。

③ 同上书,第5页。

体系的实际情况看,行政刑法的实际处罚程度尤其是刑法之外行政刑法的实际处罚程度(包括高额行政罚款)甚至大于或高于刑法,如过去的劳动教养,现在的收容教育、收容教养、强制戒毒等,被限制人身自由的时间甚至长于刑法典之内3年以下有期徒刑或者拘役,某些大额行政罚款也大都高于刑法的罚金。但这是我国目前立法体系的不合理所导致的,一定要通过调整我们的立法体系进行逐步的改观与平衡。

因此,我国的行政刑法应特别关注人身自由罚的少用和惩罚力度或程度上的减轻,行政刑法的主要形式应当体现在除人身罚之外的财产罚、资格罚、名誉罚、申诫罚等。当然,散落到行政法中的“附属刑法”,其中包括罚款、没收、赔偿损失、销毁等财产罚和资格罚,以及剥夺人身和民事等相关权利的资格、剥夺实施相关行为的资格、剥夺公职及职业资格、剥夺荣誉资格、吊销营业执照等资格罚,还有警告、训诫、责令具结悔过、责令改正等申诫罚,包括赔礼道歉、惩罚性通告、驱除出境、刑事违法宣告等名誉罚,甚至刑法中规定的建议行政机关给予行政处罚和行政处分等。很显然,这些处罚措施和类型大都是以“附属刑法”的形式被规定在行政法及经济法之中,也就是说无论在国内还是国外“附属刑法”是行政刑法的重要形式与核心内容,也是行政刑法研究的重中之重。

“附属刑法”之所以与行政刑法的关联性主要取决于“附属刑法”是刑法与行政法的“调节器”或是刑法的“补充源”,在这一点上德国和日本都经历或处理过三者之间的关系。众所周知,第二次世界大战后的1954年7月9日,德国进一步简化经济刑法,废除了大量的经济犯罪构成,并成立了刑法修改委员会,试图将违警罪从传统刑法中分离出去。并于1975年1月1日一方面将原刑法分则中第29章的违警罪删除,违警行为中有必要升格为犯罪的,仍旧规定于新刑法中;另一方面把较常见的违警行为,如伪报姓名身份、妨害安宁噪音及重大骚扰等并入1952年颁布的《违反秩序法》。之后的德国经济刑法主要在税收刑法、反经济犯罪法(包括第一部的资助诈骗、信贷诈骗、破产刑法及暴利犯罪,第二部的电脑犯罪、支票犯罪、投资诈骗和证券、保险犯罪等)、企业责任、反不正当竞争和反倾销、著作权法和环境刑法等内容作了补充修改。在日本,一方面认为行政刑法是附属于行政法律中的刑罚罚则,因此在行政立法中刑罚罚则及刑法规范大量涌现。《日本刑法典》第8条规定:“本法总则对于其他有刑罚规定的法令也适用。但其他法令有特别规定时不在此限。”^①因此有学者就曾指出:

① [日]斋藤信治:《刑法总论》,有斐阁1993年版,第1页。

“狭义的行政刑法,则是指行政法中有关刑罚方法的法规的总称。”^①由此可见,虽然行政刑法有广义说,但在其概念界定上一般指向的是狭义行政刑法,或者说是指刑法中的行政刑法,或者说是指行政法中的“附属刑法”。虽然我国过去的行政刑法的研究视野大都在刑法甚至刑法典之内,但基于行政处罚中人身自由罚日趋司法化的突出,以及刑法典籍式立法给整个行政执法与刑事司法衔接带来的困难与瓶颈,学界又开始呼吁加强和关注对“附属刑法”和散在式及滚动式的刑法立法研究。^②另外,由于我国刑法典中没有针对人身危险犯的“保安处分”规定,故缺乏类似于国外“二元论”的刑事制裁体系及其对行政执法与刑事司法衔接的有效维护。另外,我国虽然在刑法之外规定了一些行政处罚措施,如停止营业、吊销执照、剥夺资格和荣誉等,以及所谓的“情节严重的追究刑事责任”等“附属刑法”,但一是没有把这些“附属刑法”真正纳入行政刑法的视野进行研究;二是规定的内容非常空泛,并没有任何可操作性,最终导致附属刑法没能在行政刑法中起到重要的支撑与核心作用。由此可见,与国外相比我国行政刑法的概念出现了单一性或转移性,即基本上转向了以刑法典规定的行政犯罪和行政刑罚方式为主要内容和立法体系,这正是我国行政刑法的特点和软肋。

另外,现今使用的“1997年《刑法》”与“1979年《刑法》”相比具有很多方面不同,其中最大的不同点是不再有更多的单行刑法,取而代之的是刑法修正案。然而,在20年的时间里就有10个刑法修正案出台,可以说这在国内外刑法修订上也属罕见。而且,如今我国刑法典的典籍特征日趋明显,导致行政法或经济法中本来就不殷实的“附属刑法”更加荒凉,不仅依然在“情节严重的追究刑事责任”问题上裹足不前,甚至出现附属刑法“附而不属”的现实。也就是说,我国现行刑法典的理念与体系基本上还是苏联20世纪30年代的蓝本,几乎整整落后于时代近一个世纪,甚至现行的俄罗斯刑法典也早已抛弃了该旧的体系。再者,虽然我国同当时的苏联同属于社会主义国家,但毕竟我们有自己的国情,特别是我国刑法的治理对象是五千年文明古国老祖宗的后代,与苏联的国情与价值观念显然不同。尤其经过几十年的发展,我国自身情况也发生十分巨大的变化,加之如今所处的国际环境与背景,我们必须与时俱进,尽快适应时代潮流发展的趋势与规律。立法实践证明,21世纪以来我国刑法典籍化的趋势在极大程

① 张明楷:《行政刑法辨析》,载《中国社会科学》1995年第3期。

② 赵秉志主编:《新千年刑法热点问题研究与适用》(上),中国检察出版社2001年版,第282页。

度上影响了对“附属刑法”的重视与应用,阻碍了行政执法与刑事司法的衔接效果。比如1997年《刑法》第219条规定的“侵犯商业秘密罪”,当时是将我国反不正当竞争法中的“商业秘密”概念搬进刑法典的,如今我国2017年修订后的《反不正当竞争法》第9条“商业秘密”的概念发生了很大变化,一是去掉了“能为权利人带来经济利益”的表述,二是将“具有实用性”改为“具有商业价值”。如此,必将直接影响到《刑法》中“侵犯商业秘密罪”的认定与执行,这种行政法与刑法规定上的不一致也必然加大行政执法与刑事司法衔接上的难度。从立法技术层面讲,刑法典涉及那么多行政法和经济法中的概念,难道能够都搬进刑法典吗?如果重视和加强“附属刑法”的建立与完善,不但会使我们的刑法规范更加完善和灵活,而且能很好地解决行政法与刑法的衔接,必将提升行政执法与刑事司法的实际效果。由此可见,在一味推进刑法法典化的进程中,也的确需要对刑法立法模式进行认真思考。

关于我国刑法的立法模式,目前具有代表性的观点主要有三种:

(1)四元立法模式论。认为“集中性、统一性的刑事立法模式并不现实,中国应由刑法典、单行刑法、附属刑法、轻犯罪法分别规定不同性质的犯罪”。^①当然,如果其中的“轻犯罪法”不算一种模式,本观点也可以算作“三元立法模式”,也即刑法典、单行刑法、附属刑法三种模式。

(2)二元立法模式。有两种不同主张,一种主张认为“我国应建立刑法典、特别刑法和刑法修正案相结合的刑法立法模式”。^②这里的刑法修正案虽然是一种修订方法,但不能算作一种固定的立法模式,因为修订后的修正案被全部吸收到刑法典中去了,其完成这一使命后自身也就不复存在了。而另一种主张认为“在刑法典之外,制定统一的轻犯罪法典,但不再制定单行刑法和附属刑法的思路,对于未来中国而言似乎更可取”。^③显然,这与第一种存有类似情况,如果“轻犯罪法”不算一种模式,本观点也可以算作“一元立法模式”,即只有刑法典一种模式。

(3)一元立法模式。认为“统一法典化,未必是刑法立法模式的最优选择,但就目前法制现状而言,应该是问题最少的选择”。^④该种观点基本上属于目前我国践行的法典式立法模式。当然,这里首先需要澄清的是,“立法机制”与“立法模式”不同。一般认为,机制(mechanism)也称机理,是指有机体的构造、功能及其相互关系,包括

① 张明楷:《刑事立法的发展方向》,载《中国法学》2006年第4期。

② 柳忠卫:《刑法立法模式的刑事政策考察》,载《现代法学》2010年第3期。

③ 周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,载《中国社会科学》2016年第3期。

④ 时延安:《刑法立法模式的选择及对犯罪圈扩张的控制》,载《法学杂志》2013年第4期。

构造和工作原理。模式(pattern)是指解决某类或某方面问题较为稳定的方式、方法和具体方案,包括形成的成熟模型与效果。前者具有原则性、动态性、协调性、整体性、律动性等,后者具有理论性、方案性、类型性、技术性和效果性。立法机制是法律机制的重要类型之一,是指在立法工作中根据立法价值设计和推动的立法有序和有效进行的指导原则,如“变对上负责为对下负责”就是制定控制腐败立法的有效法律机制,再比如“刑法典与行政刑法的并立”^①就是刑法立法的良性有效法律机制,故被储槐植教授称之为“二元立法机制”。^②这里的“刑法典”既应包括国家综合型的大刑法典,也应包括大刑法典之外的单行刑法典。这里的行政刑法既应包括行政法和经济法中的附属刑法,也应包括治安处罚法中的行政拘留以及收容教育、收容教养、强制戒毒等刑法之外的人身自由罚和行政法上的大额罚款和较重的资格剥夺。显然,二者的并立是从“立法机制”层面讨论的刑法立法问题。而“立法模式”是指刑法立法方面较为稳定的立法方式、立法方法和具体的立法方案,比如是典籍式立法还是散在式立法,是综合型方式立法还是单行性方式立法,是独立型立法还是附属型立法。我们主张,我国未来应当采用上述三种类型相结合的立法方式,即以刑法典为核心、协调发展单行刑法和附属刑法^③的“三元立法模式”。具体分析如下:

首先,主张刑法与行政刑法并立的学者,其本意是将刑法之外的附属刑法和刑法之外涉及人身自由罚和大额财产罚的内容归入行政刑法的范畴。然而,刑法的内容实际上却包括刑法典和单行刑法,甚至也包括附属刑法。因此我们认为,刑法与行政刑法并立的“二元立法模式”虽然可行,但就刑法内部的立法模式而言,仍有必要划清刑法典立法、单行刑法立法和附属刑法间的界限。这是因为,有些犯罪并不以违反经济法或行政法为前提,自然难以纳入行政刑法之中;另外,将这些犯罪笼统地规定在刑法典之中,对刑法典和单行刑法不予区分,又有诸多不适,如上文提到的复杂领域犯罪和新型领域犯罪,容易产生处罚上的空隙。

其次,主张刑法与轻罪法并立的学者,同样没有对刑法内部是否应当区分为刑法典、单行刑法和附属刑法作说明;其也没有对轻罪法的范围予以明确,只是笼统的认为“不再制定单行刑法和附属刑法,并基本把单行刑法和附属刑法的内容囊括进来”。^④且不说轻罪法是否可以等同于单行刑

① 李晓明:《论刑法典与行政刑法的并立》,载《法学杂志》2017年第2期。

② 石亚淙:《推进网络空间法治化 有效惩治网络犯罪》,载《人民法院报》2016年7月6日。

③ 童德华:《当代中国刑法法典化批判》,载《法学评论》2017年第4期。

④ 周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,载《中国社会科学》2016年第3期。

法和附属刑法,即便是被囊括的单行刑法和附属刑法的内容,是否一定属于轻罪法的范畴,这些都仍有待于同仁们作出进一步回答。

最后,关于“轻罪”本身的定义也是值得考究的,有学者主张,法定最高刑为3年以下有期徒刑或拘役的为轻罪;^①也有学者主张,应当以法定刑5年有期徒刑作为犯罪轻重的划分标准。^②因此,采用不同的标准认定“轻罪”,对于最终形成的轻罪法的内容也有重大区别,^③而目前,有些属于“轻罪”的罪名在附属刑法中并无涉及,如非法搜查罪、侵犯通信自由罪等;相反,有些在附属刑法中涉及的罪名,最低刑期就是3年或5年以上,如违反《禁毒法》规定触犯强迫他人吸毒罪的,处3年以上10年以下有期徒刑;又如,违反《沿海船舶边防治安管理规定》触犯毒品类犯罪的,则最低可判处5年以上有期徒刑。

由此可见,现行刑法立法模式与体系及其内容都需要进行深入研究和梳理,并在此基础上予以完善,否则不仅会降低刑法立法理论上的可建构性和科学性,还会影响到刑法实践的操作性和实效性。而建立我国刑法的“三元立法模式”,不仅能够实现刑法与行政刑法的并立,还能够恢复单行刑法的历史功用,甚至完善附属刑法的本身优势,使其发挥更大的作用。达致恢复和最终形成适合我国法律体系及其环境的刑法典、单行刑法和行政刑法(包括行政拘留、收容教育、收容教养、强制戒毒等人身自由罚和人身危险犯处遇的司法化及附属刑法的普遍设立与完善)的“三元立法模式”,真正实现行政执法与刑事司法的有效衔接及其效果。

在《行政刑法新论》的修订中,自始至终得到了法律出版社的领导与编辑们的支持与鼓励,尤其是学术出版分社的孙东育社长和黄倩倩编辑,孙社长运筹帷幄与悉心指导,黄编辑辛勤工作和热心帮助,再次表示由衷感谢!修订后的书稿也期待读者能够喜欢和不吝赐教!

李晓明

2018年1月20日于美国波士顿

① 王志祥、韩雪:《我国刑法典的轻罪化改造》,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2015年第1期。

② 郑丽萍:《轻罪重罪之法定界分》,载《中国法学》2013年第2期。

③ 据统计,如果以3年有期徒刑为限界定轻罪,涉及的罪名占总罪名数的19.73%,如果以5年有期徒刑为限界定轻罪,涉及的罪名占总罪名数的27.49%。两者之间约有8%的浮动,涉及的罪名将近40种。

序 言

作为专业刑法的一个门类,行政刑法是相当特殊的一个领域。而行政刑法学——打个比喻的话——就像是一望无际的荒漠,虽然其中蕴含着金矿,其间也有星星点点的绿洲而给人们以希望,但是更多的是被废弃的——曾经辉煌的庄园、古堡、宫殿及残垣断壁。所以,跋涉这一领域注定是艰苦的。也许就是这个原因,很少有学者长期坚持在这一领域从事学术研究。但是,李晓明教授是个例外,他长期专注于这一领域的研究工作,取得了许多研究成果,《行政刑法新论》是其又一新作。

从20世纪五六十年代开始,行政刑法在西方国家兴起,准确地讲,是日益地膨胀而成为让人们烦恼的问题。但是,我国1979年《刑法》和1997年《刑法》犯罪概念对于“危害社会”的强调以及“但书”之“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”的规定,以及更为复杂的原因——比如区分敌我两类矛盾的刑事政策观念,将相当多的应当归入犯罪范畴的刑事违法行为排除在外,刑法分则中只有很少的条文可以归类于行政刑法的范畴。刑法分则当中最为典型、最为重要的行政犯罪,当属有关非法制造、买卖、持有、私藏枪支、弹药、爆炸物方面的各种抽象危险犯。但是,进入21世纪以后,我国刑法典当中的行政刑法规范开始明显增加,甚至于成为立法者修改、补充刑法的一个重要特点及发展趋势。实际上,1997年《刑法》就已经有所表现,成倍地增加了有关枪支、弹药、爆炸物犯罪的具体罪名。1997年《刑法》实施之后,更为典型的是,“醉驾”、“飙车”(未来还将会有更多的危险驾驶行为)入刑、恶意欠薪入罪以及组织未成年人进行违反治安管理活动等违法行为被规定为刑事犯罪。此外,刑事立法上降低盗窃、抢夺、敲诈勒索等财产犯罪行为的定罪门槛,以及司法上扩张解释寻衅滋事罪等治安犯罪的构成要件,也可以说是行政刑法不断膨胀的重要表现。如果仔细分析之前八个《刑法修正案》,以及未来即将出台的《刑法修正案(九)》,我们可以清楚地看到,基于政府行政管理目的和需要而扩张刑事法网的趋势日益明显。在此背景之下,我们十分需要关注行政刑法问题,所以,李晓明教授的《行政刑法新论》适逢其时。

什么是刑罚?在全世界范围内,并无标准、统一的答案。但是,剥夺人身自由的制裁措施必须归于刑罚范畴,这是国际社会的惯例,也可以说是

一种普适的法治理念。换言之,凡是使用剥夺人身自由的制裁措施加以惩罚的违法行为均属于犯罪。但是,中国总是全世界的例外。所以,劳动教养曾经长期存在。现在,我们需要理论反思:对于违反治安管理处罚法的违法行为以剥夺1日至15日的人身自由——名义上称为“行政拘留”作为制裁措施,继续着区分违法与犯罪的传统,而刑事司法和行政执法实践又常常混淆二者之间的界限。劳动教养显然不是刑罚的例外,所以2013年年底废除劳动教养是法治进步的标志——尽管迟到了太久。但是,一些地方的公安机关至今仍然坚持强制收容教育卖淫嫖娼等违法行为人,这往高的方面说涉及法治理念问题,往低的技术方面说是因为不知道“行政刑法”概念的存在,没有认识到《治安管理处罚法》以及《行政处罚法》的许多规定其实是纯正的行政刑法。我们应当清醒地认识到,相当多的行政处罚措施——尤其是涉及公民人身自由的制裁措施以及金额明显超过罚金(刑罚方式专称)的行政罚款乃至强制解散公司、没收等制裁性很强的行政处罚措施,应当归入“行政刑罚”的范围。所以,李晓明教授在《行政刑法新论》中将一些行政处罚方法理论化为行政刑罚或行政性刑事责任的观点,值得加以重视。

法律是什么?这是法理学的一个难题。而行政刑法是什么则是刑法学理论上的难题之一。我不能肯定李晓明教授在《行政刑法新论》中的研究是成功的,但是他所进行的探索是重要的,书中关于行政刑法概念的讨论是有理论价值和实践意义的。

是为序。

中国政法大学教授 曲新久

2014年11月15日于北京

目录 Contents

再版序言 / 1

序言 / 1

绪论 / 1

- 一、行政刑法在欧洲的兴起及其传播 / 2
- 二、日本的行政刑法及其“轻犯罪法” / 7
- 三、我国古代和早期的“行政刑法” / 9
- 四、我国 1949 年前后社会主义的“行政刑法” / 15
- 五、我国当代行政刑法研究的三个发展阶段 / 20
- 六、关于行政刑法性质及其归属的论争 / 26
- 七、我国未来行政刑法的新建构 / 30

第一章 行政刑法的新界域：中义的行政刑法 / 34

第一节 广义的行政刑法：行政刑罚 + 行政罚 / 37

- 一、国外的广义说：郭氏的行政不法理论 / 38
- 二、国内的广义说：全部行政性刑法规范 / 39
- 三、学界的应然说：行政刑罚 + 行政罚 / 41

第二节 狭义的行政刑法：行政刑罚 / 48

- 一、国外的狭义说：行政法中的刑罚规范 / 48
- 二、国内的狭义说：行政法中的罪责规范 / 49
- 三、学界的主流说：刑法视野的行政刑罚 / 50

第三节 中义的行政刑法：部分行政刑罚 + 部分行政罚 / 53

- 一、德国的界域：经济刑法 + 违反秩序法 / 55
- 二、美国的实用：较轻的刑罚（罚金） / 56
- 三、日本的选择：附属刑法 + 轻犯罪法 / 59
- 四、中义的核心：行政罚中人身自由罚等的司法化 / 62

第二章 行政刑法的新建构:独立于刑法之外 / 69

第一节 观念上的创新:自由罚、财产罚和资格罚等的司法化 / 70

- 一、司法化的新理念:行政处罚中的人权保障优先 / 71
- 二、自由罚的司法化:杜绝司法外的人身自由处罚 / 71
- 三、财产罚的司法化:落实宪法的私有财产权保护 / 72
- 四、资格罚的司法化:规范处罚行为保障职业资格 / 73

第二节 确立上的根据:夯实中义行政刑法的理论基础及依据 / 74

- 一、国家权能的合理划分:司法权和行政权间的制衡 / 75
- 二、灰色理论的核心支撑:两法间的缓冲地带与过渡 / 76
- 三、国家类型的实际推动:行政国、法治国和福利国 / 78
- 四、公权与私权间的博弈:保障人权优先理念的确立 / 79
- 五、公正与效率间的平衡:辩诉交易、矛盾化解与直诉 / 80
- 六、二元结构的惩处体系:刑罚体系 + 保安处分体系 / 81

第三节 内容上的调整:以行政拘留、“收教”、强制治疗为主体 / 83

- 一、内容之一:行政处罚法中的自由罚和财产罚 / 83
- 二、内容之二:收容教养、收容教育中的自由罚 / 85
- 三、内容之三:强制医疗、戒毒等中的“自由罚” / 86
- 四、内容之四:将拘役刑、管制刑移入行政刑法 / 87
- 五、内容之五:将非刑罚处罚方式移入行政刑法 / 89
- 六、内容之六:将危驾和恶意欠薪移入行政刑法 / 93
- 七、内容之七:设置与刑罚有效对接的保安处分 / 94
- 八、内容之八:完成同违法和犯罪的分离与衔接 / 97

第四节 措施上的配套:通过专门程序框定案件范围与管辖 / 100

- 一、措施之一:在社区里普遍设立基层法庭 / 100
- 二、措施之二:在操作上专门制定简易程序 / 101
- 三、措施之三:在性质上处罚不入刑事登记 / 101
- 四、措施之四:在运作上实行行政机关直诉 / 103

第三章 行政犯罪的新称谓:刑事性行政违法行为 / 105

第一节 刑事性行政违法行为的定性根据:行政不法与刑事不法的交叉 / 105

- 一、行政不法:中外学者在性质认定上的不同 / 106
- 二、刑事不法:中外学者在范围划分上的分歧 / 107
- 三、两者的区分:“三大差异理论”的不同界说与发展 / 110
- 四、定性的根据:行政不法与刑事不法的交叉与对接 / 112

第二节 刑事性行政违法行为的基本定位:介于违法和犯罪间的缓冲地带 / 113

一、犯罪:所有犯罪的统称 / 114

二、刑事犯罪:司法犯罪的别称 / 117

三、行政犯罪:刑事犯罪的对称 / 119

四、刑事性行政违法行为:同刑法内行政犯罪的划分 / 125

第三节 刑事性行政违法行为的要素分析:自然人与法人的区分 / 127

一、刑事性行政违法行为的主要特征:双违性与灰色理论 / 127

二、刑事性行政违法行为的一般要件:行为要素、责任要素和价值要素 / 129

三、刑事性行政违法行为的法人要件:行为要素和价值要素 / 130

第四节 刑事性行政违法行为的成立要件(1):行为要素 / 131

一、违法行为:作为、不作为与持有 / 132

二、行为对象:人、物、秩序与环境 / 136

三、行为结果:种类、数额与情节(包括人身危险性) / 137

四、因果关系:认识、关联与要求 / 142

五、相关因素:时间、地点和方法 / 146

第五节 刑事性行政违法行为的成立要件(2):责任要素 / 147

一、责任主体:责任年龄与特殊身份 / 148

二、责任能力:辨认能力和控制能力 / 157

三、责任内容:故意与过失 / 161

四、认识错误:法律与事实 / 167

五、相关因素:目的和动机 / 169

第六节 刑事性行政违法行为的成立要件(3):价值要素 / 170

一、价值要素(1):违法判断 / 170

二、价值要素(2):正当业务 / 177

三、价值要素(3):期待可能性(只适用于自然人) / 178

第四章 行政刑法责任的新表述:刑事性行政责任 / 181

第一节 刑事性行政责任的确立根据:行政秩序与权益保护 / 182

一、追责目的:实现国家的行政目的和秩序 / 182

二、追责方式:自由罚和财产罚等的司法化 / 183

三、追责根据:特殊契约论与追求正当性 / 184

四、追责技术:“二元结构”的制裁体系 / 187

第二节 刑事性行政责任的基本定位:行政刑罚的司法化 / 193

- 一、行政罚:行政责任(行政法责任) / 193
- 二、刑罚:刑事责任(刑法责任) / 194
- 三、行政刑罚(一):行政刑法责任(刑法之内) / 195
- 四、行政刑罚(二):刑事性行政责任(刑法之外) / 203
- 五、行政刑罚司法化:现代法治的必然趋势 / 207

第三节 刑事性行政责任的承担(1):人身自由罚 / 208

- 一、行政拘留和拘役 / 208
- 二、管制 / 211
- 三、收容教养 / 212
- 四、收容教育 / 215
- 五、强制治疗 / 216
- 六、其他保安处分性质的措施 / 220
- 七、驱逐出境(限期离境) / 227
- 八、禁止令 / 227
- 九、社区服务令 / 230
- 十、醉酒约束 / 231

第四节 刑事性行政责任的承担(2):财产罚 / 232

- 一、罚款 / 233
- 二、没收 / 235
- 三、赔偿损失 / 239
- 四、销毁 / 242

第五节 刑事性行政责任的承担(3):资格罚 / 244

- 一、剥夺人身、民事等相关权利资格 / 245
- 二、剥夺实施相关行为的资格 / 253
- 三、剥夺公职及职业资格 / 257
- 四、剥夺荣誉资格 / 263

第六节 刑事性行政责任的承担(4):申诫罚 / 268

- 一、警告 / 269
- 二、训诫 / 270
- 三、责令具结悔过 / 271
- 四、责令改正 / 272

第七节 刑事性行政责任的承担(5):名誉罚 / 273

- 一、赔礼道歉(包括声明道歉) / 274
- 二、惩罚性通告 / 275