

证券行政处罚与刑事制裁 衔接问题研究

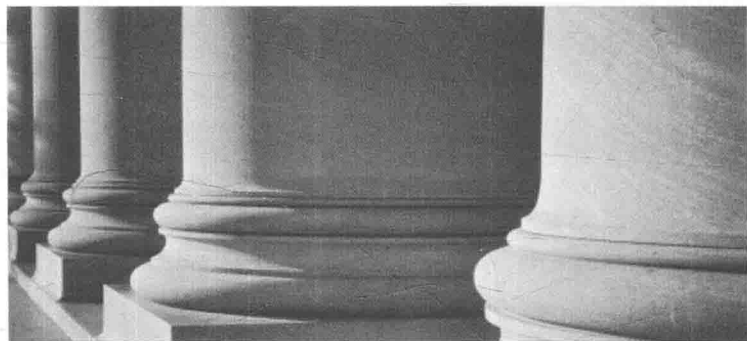
练育强 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

证券行政处罚与刑事制裁 衔接问题研究

练育强 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究/练育强著. —北京:北京大学出版社, 2017. 6
ISBN 978-7-301-28445-2

I. ①证… II. ①练… III. ①证券交易—行政处罚法—研究—中国 ②证券交易—刑事犯罪—研究—中国 IV. ①D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 143936 号

- 书 名 证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究
Zhengquan Xingzheng Chufa Yu Xingshi Zhicai Xianjie Wenti Yanjiu
- 著作责任者 练育强 著
- 责任编辑 朱梅全/孙维玲
- 标准书号 ISBN 978-7-301-28445-2
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 sdyy_2005@126.com
- 新浪微博 @北京大学出版社
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998
- 印刷者 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 730 毫米×980 毫米 16 开本 28.75 印张 532 千字
- 2017 年 6 月第 1 版 2017 年 6 月第 1 次印刷
- 定 价 79.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

序

育强于2010年10月进入中国政法大学博士后流动站从事博士后研究,我作为合作导师,有鉴于实践需要,建议他从事行政处罚与刑事处罚衔接的研究,尤其是证券领域的行政处罚与刑事制裁的衔接问题。育强欣然认同,在随后的两年时间内,他一直专注于证券行政处罚与刑事制裁衔接问题的研究,并以此写作完成了博士后出站报告,该报告在出站答辩会上得到委员们的一致赞赏。

2012年初,育强以该选题申报了国家社科基金,获准立项。值得赞许的是,育强并没有直接以博士后出站报告申请结项,而是在出站报告的基础上进一步深入探索、系统研究。在这期间,2013年党的十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》和2014年党的十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中都明确提出需要完善和健全行政执法与刑事司法衔接机制,并且十八届四中全会决定中还具体指出了要“坚决克服有案不移、有案难移、以罚代刑现象,实现行政处罚与刑事处罚无缝对接”,这一背景给课题的研究提出了更高的要求。育强迎难而上,不懈拼搏,终于使他所承担的国家社科基金青年项目“证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究”以喜人成就获准结项,与此同时,同名专著《证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究》也顺利出版。作为导师,抚今忆昔,喜悦之情难以言表。

相较于博士后出站报告,本书在衔接理论的创新和解决方案的设置等方面都有新的突破、新的构想。同时,在材料收集和结构布局上孜孜以求、匠心独运,使得全书具有更高的水准。

本书的最大特点是理论与实践的紧密结合,充分体现和践行了我一贯的主张——实践的行政法学。

就实践分析而言,育强采取的是全样本的分析方法,统计并分析了2001—2013年间中国证监会针对证券领域作出的555份(不包括未公开的22份)行政处罚决定书,同时还尽一切手段收集并分析了57份针对证券领域的刑事判决

书。在充分占有材料的基础上,针对行政处罚决定书和刑事判决书中涉及的两者之间的衔接问题展开深入研析。在这种扎实的实践分析的基础上所进行的理论提炼,以及据此设计的解决方案,自然是可信、可用的。

首先,理论的提升来源于实践。在严格的规范与实证分析的基础上,本书提出,除极个别行政执法人员主观枉法外,从现有的衔接机制运作来看,行政处罚与刑事制裁的衔接,从实体、程序以及监督等方面都存在实际困境。从实体角度看,如果认定构成犯罪,则违法、犯罪行为的同一性判断,以及行政处罚与刑事制裁的折抵等都不存在问题;从程序角度看,当一个案件涉及多个违法行为与违法主体时,有些违法行为或者违法主体涉及犯罪,有些违法行为或者违法主体不涉及犯罪,此时是全案移送,还是仅仅将涉嫌犯罪的违法行为、违法主体移送?移送后是立即中止行政执法行为,还是可以在移送的同时继续调查并作出行政处罚决定?从监督角度看,无论是各监督主体监督职责的划分、监督的法律依据还是监督效果等,都存在一定的困惑之处。这样的理论概括和透析,都源于对实践的检视。此外,针对现行的衔接理论,如刑事优先原则、一事不再罚原则、检察权性质等理论的反思,都立基于实践分析。

其次,问题的发现和提炼,都源于对实践的考察。在深入调研以及分析中国证监会作出的行政处罚决定书和法院关于证券领域案件的判决书的基础上,本书提出,作为中央垂直管理的执法部门——中国证监会在行政处罚与刑事处罚衔接中存在三方面的问题,即有案不移、以罚代刑,部分案件移送程序不符合要求,以及有案难移及移送后得不到及时处理。尤其是鉴于证券领域的行政执法体系与刑事司法体系的不完全对应,本书指出,证券领域涉嫌犯罪的违法行为移送的接受主体也是一个必须直面的实际问题。上述这些理论命题,都具有直接的现实性,也是实践中广受争议的问题。

最后,解决方案的设计,立足于实践需要。针对证券领域行政处罚与刑事制裁衔接中存在的问题,本书在理论反思的基础上,借鉴境外相关证券处罚制度,提出了证券行政处罚与刑事司法衔接制度重构的基本思路:在衔接的基本原则上,应采用同步协调原则取代刑事优先原则;在价值选择上,应以效率为优先;在立法上,应以《证券法》的修改为契机,采用独立的、散在型的立法形式解决各个具体领域中的问题,如操纵证券市场、内幕交易等违法犯罪行为的同一性问题。这些方案的提出并非无的放矢,而是都基于中国证券行政执法的现实需求。本书广泛检视了学术界现有的相关研究成果,在此基础上提出了一些理论观点,有所借鉴,有所超越;在实际问题的解决路径选择上,新意迭出,独具匠心。

当然,创新是一个不断探索与完善的过程,一部富有创新意义的著作,还需要实践的进一步检验,且必然会引起关注和争鸣,相信育强将在实践的验证和推进中,在学术争鸣的启示中,百尺竿头,更进一步,对于行政执法与刑事司法的衔接问题,不断探索,不断开拓,以回应党的十八届三中、四中全会决定中完善和健全行政执法与刑事司法衔接机制的要求。

欣喜之际,希望并存。是为序!

中国政法大学终身教授
中国行政法学会名誉会长

应松年

2017 年新春于北京世纪城

CONTENTS 目 录

导论	1
第一节 相关概念和研究范围	2
第二节 文献综述	6
第三节 研究意义和分析路径	17

第一编 规范分析

第一章 证券行政处罚的规范分析	27
第一节 证券行政违法行为	27
第二节 证券行政违法行为实施主体	38
第三节 证券行政处罚种类与设置	46
第二章 证券刑事制裁的规范分析	76
第一节 证券刑事犯罪	76
第二节 证券刑事犯罪主体	83
第三节 证券刑事制裁种类与设置	85
第三章 证券行政处罚与刑事制裁衔接的规范分析	94
第一节 实体衔接	95
第二节 程序衔接	97
第三节 衔接监督及法律责任	105

第二编 实证分析

第四章 证券行政处罚的实证分析	117
第一节 证券行政违法行为	119
第二节 证券行政违法行为实施主体	124
第三节 证券行政处罚种类	130
第五章 证券刑事制裁的实证分析	140
第一节 证券刑事犯罪行为	141
第二节 证券刑事犯罪主体	185
第三节 证券刑事制裁种类	202
第六章 证券行政处罚与刑事制裁衔接 的实证分析	219
第一节 证券违法行为涉嫌犯罪移送 刑事制裁的形式	219
第二节 移送后行政处罚决定合法性 的司法认定	227
第三节 徇私舞弊不移交刑事案件罪 的司法判定	237

第三编 困境及原因

第七章 证券行政处罚与刑事制裁衔接之困境	245
第一节 实体衔接上的困境	245
第二节 程序衔接上的困境	251
第三节 衔接监督上的困境	257

第八章 证券行政处罚与刑事制裁衔接之问题	263
第一节 有案不移、以罚代刑	263
第二节 部分移送程序不符合法规要求	264
第三节 有案难移及移送后得不到及时处理	266

第九章 证券行政处罚与刑事制裁衔接困境之原因	267
第一节 衔接困境的一般原因	267
第二节 证券领域衔接困境的原因	273

第四编 反思与重构

第十章 证券行政处罚与刑事制裁衔接制度重构理论反思	297
第一节 刑事优先原则之反思	297
第二节 一事不再罚原则之反思	305
第三节 检察权性质之反思	316

第十一章 境外证券处罚制度之借鉴	323
第一节 美国	323
第二节 德国	327
第三节 中国香港地区	330

第十二章 证券行政处罚与刑事制裁衔接制度重构	333
第一节 指导思想与理论需求	333
第二节 可选方案	343

第三节 重构的原则与价值取向	346
第四节 重构的制度设计	350
附件 各年度行政处罚表	353
参考文献	443
后记	451

导 论

长期以来,困扰证券领域行政执法的一个重要问题就是行政处罚与刑事制裁的衔接问题,这具体涉及两个方面的问题:

一方面,在案件审理过程中,相关违法行为涉嫌犯罪被移送公安机关后迟迟得不到处理,证券行政执法部门能否继续调查以作出相应的行政处罚?如草原兴发案、高新张铜案、江苏琼花案等,在移送公安机关后长期处于中止状态,直接影响了监管执法的效率与效果。中国证券监督管理委员会(以下简称“中国证监会”)原主席肖钢曾在其文章中指出:“近年来中国证监会每年立案调查 110 件左右,能够顺利作出行政处罚的平均不超过 60 件。每年平均移送涉刑案件 30 多件,最终不了了之的超过一半。”^①此外,涉嫌犯罪的案件涉及多个违法行为,有些违法行为涉嫌犯罪,有些违法行为不涉嫌犯罪,此时是全案移送还是部分移送?针对同一证券违法行为,行政责任与刑事责任能否同时合并适用?行政调查中取得的证据与刑事调查中取得的证据能否衔接?

另一方面,有些案件存在“以罚代刑”的现象。在 2001 年至 2013 年的 13 年间,中国证监会就证券领域的违法行为共作出了 604 份行政处罚决定书,在本书分析的 555 份行政处罚决定书中,可讨论罚款的行政处罚决定书有 449 份。在这 449 份行政处罚决定书中,罚款超过亿元的 5 份、超过千万元不足亿元的 8 份、700 万—800 万元的 2 份、600 万—700 万元的 1 份、500 万—600 万元的 4 份、400 万—500 万元的 5 份、300 万—400 万元的 3 份、200 万—300 万元的 10 份、100 万—200 万元的 27 份,即超百万元以上罚款的行政处罚决定书有 65 份,达 14.48%之多,按照《最高人民法院、公安部〈关于经济犯罪案件追诉标准的规定〉》的规定,百万元的罚款属于数额巨大,足以追究刑事责任。

根据中国证监会内部的《证券行政处罚案件统计分析报告(2007—2009)》,中国证监会行政处罚委员会自 2006 年成立至 2009 年间作出的行政处罚案件

^① 肖钢:《监管执法:资本市场健康发展的基石》,载《求是》2013 年第 15 期。

中,只有 5.97% 的案件移送公安机关,这一数据大体也可以在本书的研究结论中得到部分印证——在 555 份行政处罚决定书中,只有 16 份行政处罚决定书中涉及追究刑事责任。此外,笔者通过一切办法收集到的可以讨论的刑事案件也就 65 件,肯定有部分案件没有收集在内,但仅就这些数据也大体可以看出证券行政执法部门有“以罚代刑”的倾向。2013 年 11 月,针对“光大证券乌龙指事件”引发的内幕交易违法行为作出的“中国证券史上最重的处罚”,不少学者质疑,如此巨额的罚款是否涉嫌犯罪? 是否应该移送司法机关追究刑事责任?^①

行政处罚与刑事制裁衔接过程中存在的问题,不仅仅存在于证券行政执法领域,而是广泛存在于众多行政执法领域。为此,2013 年 11 月 12 日党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称“十八届三中全会《决定》”)将“完善行政执法与刑事司法衔接机制”作为全面深化改革的重大问题之一,明确规定在“九、推进法治中国建设”中关于“深化行政执法体制改革”部分。2014 年 10 月 23 日,党的十八届四中全会通过《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“十八届四中全会《决定》”),在“三、深入推进依法行政,加快建设法治政府”中有一整段就“健全行政执法和刑事司法衔接机制”提出明确、具体的要求,即“健全行政执法与刑事司法衔接机制,完善案件移送标准和程序,建立行政执法机关、公安机关、检察机关、审判机关信息共享、案情通报、案件移送制度,坚决克服有案不移、有案难移、以罚代刑现象,实现行政处罚与刑事处罚无缝对接”。

本书立足于规范与实证的视角,就证券领域中的行政处罚与刑事制裁的衔接进行研究,解析其现象,探究其原因,以期完善证券领域中的行政处罚与刑事制裁的衔接机制,同时为健全行政执法与刑事司法衔接机制提供借鉴。

第一节 相关概念和研究范围

一、相关概念

对于行政处罚与刑事制裁两者之间的衔接,不同阶段的表达方式是不同的。在 2000 年之前,无论是理论研究还是制度的建构,立足点都是行政处罚与刑罚处罚的衔接。例如,陈兴良在《中国法学》1992 年第 4 期上发表了《论行政处罚

^① 此次处罚,中国证监会决定没收光大证券 ETF 内幕交易违法所得 1307.08 万元,并处以违法所得 5 倍罚款;没收光大证券股指期货内幕交易违法所得 7414.35 万元,并处以违法所得 5 倍罚款。没收与罚款共计 5.23 亿元。参见《光大证券内幕交易应移送司法——专家认为上限处罚是从轻处罚的最好障眼法》,载《法制日报》2013 年 9 月 4 日第 6 版。

与刑罚处罚的关系》，周佑勇、刘艳红分别在《法律科学》1996年第3期、1997年第2期上发表了《论行政处罚与刑罚处罚的立法衔接》《论行政处罚与刑罚处罚的适用衔接》两篇文章。就制度而言，1996年实施的《行政处罚法》中有5个条文涉及行政处罚与刑罚处罚的衔接，第28条还具体规定了行政处罚与刑罚处罚的折抵。因此，2000年之前的表述更多的是“行政处罚与刑罚处罚”衔接。此外，类似的表述还包括了行政责任与刑事责任的衔接、行政违法与行政犯罪的衔接等。

2001年4月，国务院在《关于整顿和规范市场经济秩序的决定》中开始使用“行政执法与刑事执法”衔接的表述。此时，也有不少学者使用行政执法与刑事执法衔接的概念，如元明在《国家检察官学院学报》2006年第2期上发表了《行政执法与刑事执法相衔接工作机制总结》一文。

2011年2月9日，中共中央办公厅、国务院办公厅共同转发的八部委共同制定的《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》（以下简称“2011年《意见》”）中开始使用“行政执法与刑事司法”衔接的表述。随后，十八届三中全会《决定》和四中全会《决定》使用的都是“行政执法与刑事司法”衔接，十八届四中全会《决定》中除了强调要“健全行政执法与刑事司法衔接机制”外，还指出衔接的目的是要“实现行政处罚与刑事处罚无缝对接”。

此外，自90年代初讨论行政处罚与刑事制裁两者之间的衔接之始，就有学者采用行政刑法与行政刑罚的概念。例如，张明楷在《中国社会科学》1995年第3期上发表了《行政刑法辨析》一文，刘莘在《法商研究（中南政法学院学报）》1995年第6期上发表了《行政刑罚——行政法与刑法的衔接》一文。

笔者认为，除特定研究的需要，如立足于行政权与司法权的关系、行政法与刑法的关系等研究外，就完善衔接机制的视角来看，“行政执法与刑事司法”衔接的表述更为全面。“行政处罚与刑罚处罚”衔接主要体现为实体处罚与处罚结果上的衔接，“行政执法与刑事执法”衔接中“刑事执法”的表述欠妥当，“刑事司法”的表述更能体现检察机关与法院的工作性质，因此，“行政执法与刑事司法”衔接在表述上更加精确，不仅包含了实体上、处罚结果上的衔接，还体现了行政执法程序与司法程序上的衔接。但是，由于本书在2011年年底申报课题时采用的是“行政处罚与刑事制裁”衔接，课题结项使用的也是这一表达方式，并且该课题更多立足于证券行政处罚与刑事处罚结果上的衔接，因此，本书中仍然采用“行政处罚与刑事制裁”这样一组概念。

行政处罚是针对违反法定的行政管理秩序但不构成犯罪的公民、法人或其他组织等予以制裁的行为，刑事制裁则是国家通过刑法对于严重违反社会秩序的犯罪人适用的限制或剥夺其某种权益的强制性制裁手段。从制裁层次的设计

来看,行政处罚针对的是不构成犯罪的轻微违法行为,刑事制裁则针对的是构成犯罪的严重的违法行为,本不应产生衔接冲突的问题。但是,由于行政处罚与刑事制裁种类设置、适用原则的不同以及立法上的不协调、具体实施过程中的复杂性,使得同一违法行为既违反法定的行政管理制度需要予以行政处罚,又由于“情节严重”需要予以刑事制裁时,必然产生两者之间的衔接问题。

二、研究范围

当前我国行政执法体制有三种模式:(1)中央垂直管理模式;(2)省以下垂直管理模式;(3)地方政府分级管理模式。在不同的行政执法体制模式之下,行政处罚与刑事制裁衔接中存在的问题是不同的,其解决的路径也不完全相同。本书立足于中央垂直管理模式中证券领域的行政处罚与刑事制裁的衔接研究。

本书第一编立足于规范分析。证券行政处罚规范分析的规范来源于2006年1月1日施行的《证券法》第十一章“法律责任”中关于行政处罚的规定,该章共48条,其中涉及行政违法行为的条款有43条,即第188条至第230条,由于第227、228条与行政处罚无关,因此,实际分析的法律条文共41条。

证券刑事制裁规范分析以1997年10月1日施行的《刑法》及多次修正案中涉及证券领域犯罪的规定为分析对象,涉及的法律条文16条、罪名19个。其中,《刑法修正案(六)》增加法律条文2条、罪名3个,分别是第169条之一、第185条之一,罪名分别是“背信损害上市公司利益罪”“背信运用受托财产罪”“违规运用资金罪”。《刑法修正案(七)》在《刑法》第180条中增加了第4款,罪名是“利用未公开信息罪”;修改的法律条文有6条,分别是第161条“违规披露、不披露重要信息罪”,第174条第2款“伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪”,第180条“内幕交易、泄露内幕信息罪”,第181条第2款“诱骗投资者买卖证券、期货合约罪”,第182条“操作证券、期货市场罪”,第185条“挪用公款罪”。

行政处罚与刑事制裁衔接规范分析的规范以一部行政法规和四部规范性文件为主。一部行政法规是国务院于2001年7月9日制定的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》(以下简称“2001年《规定》”);四部规范性文件是最高人民检察院分别于2001年12月、2004年3月、2006年1月单独或与其他部门共同发布的《人民检察院办理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》(以下简称“2001年《人民检察院规定》”)、《最高人民检察院、全国整顿和规范市场经济秩序领导小组办公室、公安部关于加强行政执法机关与公安机关、人民检察院工作联系的意见》(以下简称“2004年《意见》”)、《最高人民检察院、全国整顿和规范市场经济秩序领导小组办公室、公安部、监察部关于在行政执法中及时移送涉嫌

犯罪案件的意见》(以下简称“2006年《意见》”),以及2011年《意见》。由于本书是针对证券领域行政处罚与刑事制裁衔接进行的研究,因此,另有三部涉及证券领域的规范性文件也是分析对象,即2006年3月中国证监会、公安部共同颁发的《关于在打击证券期货违法犯罪中加强执法协作的通知》(证监发〔2006〕17号),2006年12月国务院办公厅颁发的《关于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的通知》,以及2008年1月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、中国证监会共同颁发的《关于整治非法证券活动有关问题的通知》(证监发〔2008〕1号)。此外,一些法律如《行政处罚法》《刑法》的相关司法解释及国务院法制办的复函也是本书的分析对象。

本书第二编立足于实证分析。证券行政处罚的实证分析材料全部来自于中国证监会官网,该网站公布的最早的行政处罚决定书是2001年1月10日证监罚字〔2001〕1号行政处罚决定书。自2002年起中国证监会还对期货违法行为进行查处并作出行政处罚决定书,但由于期货违法行为不是本书的研究对象,因此,本编实证分析的对象是中国证监会从2001年至2013年公布的、除针对期货公司违法行为之外的所有行政处罚决定书。从公布的案号来看,13年间,中国证监会共作出了604件行政处罚决定书,但不知何故有22份行政处罚决定书没有公布,剔除针对期货违法行为的27份行政处罚决定书,本书实际分析的行政处罚决定书是555份。

证券刑事制裁的实证分析资料来源于四个途径:(1)通过北大法意网检索相关案件;(2)通过北大法律信息网检索相关案件;(3)上海市人民法院近年来审理的相关案件;(4)2011年12月29日在深圳召开的证券行政执法与刑事审判衔接问题座谈会上分析的案件。其中,通过北大法意网和北大法律信息网检索的案件有两个时间点,即2012年的6月1日(此时的北大法律信息网是旧版)、2015年2月2日;在上海市人民法院内网中检索的最后时间是2015年2月1日。通过以上途径收集到的可供分析的证券刑事案件共65件。但是,由于其中7件来源于北大法意网的案件在刑罚措施中介绍得较为简单,无法判断犯罪主体因涉及证券领域的犯罪而受到具体的刑罚制裁;1件来源于北大法律信息网的案件只能看到二审裁定是“撤销原审判决、发回重审”,最终是否构成犯罪等信息均无法知晓,因此,本书实际分析的刑事制裁的案件是57件。

证券行政处罚与刑事制裁衔接实证分析的资料来源于三个方面:(1)从中国证监会作出的行政处罚决定书中研究两者之间的衔接,在555份行政处罚决定书中有16份涉及刑事制裁的表述;(2)立足于法院行政诉讼的视角,具体分析最高人民法院行政审判庭编著的《中国行政审判指导案例》第1卷第14号案例“枣庄永帮橡胶有限公司诉山东省枣庄市国家税务局行政处罚案”;(3)立足

于《刑法》第402条“徇私舞弊不移交刑事案件罪”的视角,具体分析最高人民检察院于2012年发布的第7号指导性案例“胡某、郑某徇私舞弊不移交刑事案件案”和上海市奉贤区人民法院(2005)奉刑初字第390号徇私舞弊不移交刑事案件罪刑事判决书。

第二节 文献综述

本书主要是针对证券领域的行政处罚与刑事制裁之间的衔接所进行的研究,落脚点主要是行政处罚与刑事制裁之间的衔接。因此,文献综述是关于行政处罚与刑事制裁衔接的研究进行的梳理。^①

一、研究阶段划分

根据规范行政处罚与刑事制裁衔接的法律、行政法规以及规范性文件制定时间的不同,本书将学者的研究分为三个阶段:第一阶段从20世纪90年代初期至2001年;第二阶段从2001年至2011年;第三阶段为2011年至今。

第一阶段定位于20世纪90年代初至2001年,从学界开始关注行政处罚与刑事制裁之间的衔接起至2001年国务院制定衔接的行政法规止,有关行政处罚与刑事制裁衔接的重要法律是1996年制定的《行政处罚法》,该法中共有5个条文^②涉及两者之间的衔接问题。这一阶段的研究特点非常明显,主要就是为了

^① 虽然理论界就两者之间衔接的概念表述不尽一致,但笔者认为,其关注点都是行政和刑事之间的衔接问题,因此,只要是涉及两者之间衔接的研究都是笔者研究的对象。就论文而言,2015年5月26日上午9:00,笔者在中国知网(http://epub.cnki.net/kns/brief/default_result.aspx),以“行政处罚”“刑罚处罚”“衔接”为篇名或者题名关键词进行检索,结果显示为期刊论文49篇、硕士论文5篇;以“行政处罚”“刑事制裁”“衔接”为篇名或者题名关键词进行检索,结果显示为期刊论文30篇、硕士论文3篇(与前5篇中的3篇重合);以“行政执法”“刑事执法”“衔接”为篇名关键词或者题名关键词进行检索,结果显示为期刊论文45篇、硕士论文12篇;以“行政执法”“刑事司法”“衔接”为篇名关键词或者题名关键词进行检索,结果显示为期刊论文132篇、硕士论文10篇;以“行政违法”“行政犯罪”“衔接”为篇名或者题名关键词进行检索,结果显示为期刊论文有30篇、硕士论文4篇;以“行政责任”“刑事责任”“衔接”为篇名或者题名关键词进行检索,结果显示为期刊论文有13篇、硕士论文1篇;以行政刑法为篇名或者题名关键词进行检索,结果显示为期刊论文46篇、硕士论文5篇(论文中包括了行政法与刑法衔接的文章);以“行政刑罚”为篇名或者题名关键词进行检索,结果显示为期刊论文31篇、硕士论文6篇。虽然是以不同的关键词予以组合进行检索,结果显示的论文中有少量文章是重合的,但绝大多数都是不相同的文章,这些论文就是本书的分析对象。就著作而言,2016年5月27日上午9:00,笔者在上海图书馆(<http://www.library.sh.cn/>)、国家图书馆网站(<http://www.nlc.gov.cn/>)以上述关键词进行检索,结果显示为涉及行政刑法的著作5部、行政执法与刑事执法衔接的著作3部、行政违法与犯罪衔接的著作1部;中国政法大学图书馆还藏有1部上海图书馆与国家图书馆都没有的关于行政刑法的著作。此外,还有部分论述出现在研究行政法律责任的著作之中,这些著作也是本书的分析对象。

^② 即《行政处罚法》第7条、第22条、第28条、第38条、第61条。

服务于《行政处罚法》的制定及具体适用而提出行政处罚与刑事制裁的竞合、衔接等问题及其解决方法。此外,基于对德国行政刑法的研究,学者们初步提出了“行政刑法”的概念。

第二阶段定位于2001年至2011年,从2001年《规定》的制定至2011年《意见》的出台。期间,为落实2011年《规定》,最高人民检察院单独或与其他部门共同发布了三部规范性文件,以督促行政执法机关及时移送涉嫌犯罪的案件。由于上述行政法规与规范性文件赋予了人民检察院在行政处罚与刑事制裁衔接中的监督职责,这一阶段研究的主要内容除了继续关注行政处罚与刑事制裁之间的竞合与适用外,其显著特点就是大量的有关检察机关移送监督、立案监督等文章公开发表,探讨了人民检察院在两者衔接中的地位与作用。为此,以检察部门为主的实务部门在这一时期单独或与理论界共同举办了一些理论研讨会和座谈会,并将研究成果公开出版。此外,行政刑法学科的建构问题也成为这一时期理论研究关注的重点之一。

第三阶段定位于2011年至今,起始于2011年《意见》的颁布。此前,除2001年国务院制定的行政法规以及最高人民检察院单独制定的司法业务文件外,另外两部规范性文件的制定主体是最高人民检察院、全国整顿和规范市场经济秩序领导小组办公室以及公安部,2006年的规范性文件的制定主体还包括监察部。2011年《意见》的制定主体则极为广泛,包括国务院法制办、中央纪委、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、人力资源和社会保障部,而且还通过中共中央办公厅、国务院办公厅转发。因此,虽然无法从严格意义上的“法”的视角就其主体进行分析,但是该文件的重要性是毋庸置疑的。另外,在2011年《意见》颁布后,2012年修正的《刑事诉讼法》第52条第2款增加“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料,在刑事诉讼中可以作为证据使用”的规定。这一阶段虽然时间不长,但特点还是非常显著的,主要体现在两个方面。第一,进行了更加务实的规范分析与实证分析。就规范分析而言,既有立足于《行政处罚法》与《刑法》之间因衔接而产生的具体条文的分析,也有立足于修正后的《刑事诉讼法》中相关条文所作的规范分析;就实证分析而言,既有立足于检察部门监督视角下的实证分析,也有以一个地区内两者之间衔接为视角的研究。第二,基于多年来行政处罚与刑事制裁衔接不太畅通这一现象,学界开始对行政处罚与刑事制裁衔接的有关理论与制度建构进行了初步的反思,包括对衔接中的“一事不二罚”原则、“刑事优先”原则以及“检察监督的宪法依据”等进行的反思。