



行政刑法新论

The New Administration of Criminal Law Theory

李晓明 著



行政刑法新论

The New Administration of Criminal Law Theory

李晓明 著

图书在版编目(CIP)数据

行政刑法新论 / 李晓明著. —北京:法律出版社,
2014. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7421 - 4

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(2015)第 000828 号

行政刑法新论



责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2014 年 12 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 22.25 字数 397 千
印次 2014 年 12 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
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、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7421-4
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

定价:49.00 元

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

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、宫殿及其残垣断壁。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,将相当多的应当范畴于犯罪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其发展趋势。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至15日的人身自由——名义上称之为“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

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、我国解放前后社会主义的“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 / 35

第一节 广义的行政刑法:行政刑罚 + 行政处罚 / 38

- 一、国外的广义说:郭氏的行政不法理论 / 39
- 二、国内的广义说:全部行政性刑法规范 / 40
- 三、学界的应然说:行政刑罚 + 行政处罚 / 43

第二节 狭义的行政刑法:行政刑罚 / 49

- 一、国外的狭义说:行政法中的刑罚规范 / 49
- 二、国内的狭义说:行政法中的罪责规范 / 50
- 三、学界的主流说:刑法视野的行政刑罚 / 52

第三节 中义的行政刑法:部分行政刑罚 + 部分行政处罚 / 54

- 一、德国的界域:经济刑法 + 违反秩序法 / 56
- 二、美国的实用:较轻的刑罚(罚金) / 57
- 三、日本的选择:轻犯罪法 / 60
- 四、中义的核心:行政处罚中人身自由罚的司法化 / 63

第二章 行政刑法的新建构:独立于刑法之外 / 70

第一节 观念上的创新:自由罚、财产罚和资格罚等的司法化 / 71

- 一、司法化的新理念:行政处罚中的人权保障优先 / 72

二、自由罚的司法化:杜绝司法外的人身自由处罚 / 73	
三、财产罚的司法化:落实宪法的私有财产权保护 / 74	
四、资格罚的司法化:规范处罚行为保障职业资格 / 75	
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 / 76	
一、国家权能的合理划分:司法权和行政权间的制衡 / 76	
二、灰色理论的核心支撑:两法间的缓冲地带与过渡 / 77	
三、国家类型的实际推动:行政国、法治国和福利国 / 79	
四、公权与私权间的博弈:保障人权优先理念的确立 / 81	
五、公正与效率间的平衡:辩诉交易、矛盾化解与直诉 / 82	
六、二元结构的惩处体系:刑罚体系 + 保安处分体系 / 83	
第三节 内容上的调整:行政拘留、“收教”、强制治疗为主体 / 85	
一、内容之一:行政处罚法中的自由罚和财产罚 / 86	
二、内容之二:收容教养、收容教育中的自由罚 / 87	
三、内容之三:强制医疗、戒毒等中的“自由罚” / 89	
四、内容之四:将拘役、刑管制刑移入行政刑法 / 89	
五、内容之五:将非刑罚处罚方式移入行政刑法 / 91	
六、内容之六:将危驾和恶意欠薪移入行政刑法 / 95	
七、内容之七:设置与刑罚有效对接的保安处分 / 96	
八、内容之八:完成同违法和犯罪的分离与衔接 / 99	
第四节 措施上的配套:通过专门程序框定案件的范围与管辖 / 102	
一、措施之一:在社区里普遍设立基层法庭 / 103	
二、措施之二:在操作上专门制定简易程序 / 104	
三、措施之三:在性质上处罚不入刑事登记 / 104	
四、措施之四:在运作上行政机关实行直诉 / 106	
第三章 行政犯罪的新称谓:行政性刑事违法行为 / 107	
第一节 行政性刑事违法行为的定性根据:行政不法与 刑事不法的交叉 / 107	
一、行政不法:中外学者在性质认定上的不同 / 108	
二、刑事不法:中外学者在范围划分上的分歧 / 109	
三、两者的区分:“三大差异理论”的不同界说与发展 / 112	
四、定性的根据:行政不法与刑事不法的交叉与对接 / 114	
第二节 行政性刑事违法行为的基本定位:介于违法和犯罪间的 缓冲地带 / 115	
一、犯罪:所有犯罪的统称 / 116	

二、刑事犯罪:司法犯罪的别称 / 119	
三、行政犯罪:刑事犯罪的对称 / 121	
四、行政性刑事违法行为:同刑法内行政犯罪的划分 / 126	
第三节 行政性刑事违法行为的要素分析:自然人与法人的区分 / 129	
一、行政性刑事违法行为的主要特征:双违性与灰色理论 / 129	
二、行政性刑事违法行为的一般要件:行为要素、责任要素和价值要素 / 131	
三、行政性刑事违法行为的法人要件:行为要素和价值要素 / 132	
第四节 行政性刑事违法行为的成立要件(1):行为要素 / 133	
一、违法行为:作为、不作为与持有 / 135	
二、行为对象:人、物、秩序与环境 / 138	
三、行为结果:种类、数额与情节(包括人身危险性) / 139	
四、因果关系:认识、关联与要求 / 144	
五、相关因素:时间、地点和方法 / 148	
第五节 行政性刑事违法行为的成立要件(2):责任要素 / 149	
一、责任主体:责任年龄与特殊身份 / 150	
二、责任能力:辨认能力和控制能力 / 159	
三、责任内容:故意与过失 / 163	
四、认识错误:法律与事实 / 169	
五、相关因素:目的和动机 / 171	
第六节 行政性刑事违法行为的成立要件(3):价值要素 / 172	
一、价值要素(1):违法判断 / 173	
二、价值要素(2):正当业务 / 179	
三、价值要素(3):期待可能性(只适用于自然人) / 181	
第四章 行政刑法责任的新表述:行政性刑事责任 / 183	
第一节 行政性刑事责任的确立根据:行政秩序与权益保护 / 184	
一、追责目的:实现国家行政目的和秩序 / 184	
二、追责方式:自由罚和财产罚的司法化 / 185	
三、追责根据:特殊契约论与追求正当性 / 186	
四、追责技术:“二元结构”的制裁体系 / 189	
第二节 行政性刑事责任的基本定位:行政刑罚的司法化 / 195	
一、行政罚:行政责任(行政法责任) / 195	
二、刑罚:刑事责任(刑法责任) / 196	
三、行政刑罚(一):行政刑法责任(刑法之内) / 197	

- 四、行政刑罚(二):行政性刑事责任(刑法之外) / 205
- 五、行政刑罚司法化:现代法治的必然趋势 / 209
- 第三节 行政性刑事责任的承担(1):人身自由罚 / 210
 - 一、行政拘留和拘役 / 210
 - 二、管制 / 213
 - 三、收容教养 / 214
 - 四、收容教育 / 217
 - 五、强制治疗 / 218
 - 六、其他保安处分性质的措施 / 222
 - 七、驱逐出境(限期离境) / 229
 - 八、禁止令 / 229
 - 九、社区服务令 / 232
 - 十、醉酒约束 / 233
- 第四节 行政性刑事责任的承担(2):财产罚 / 234
 - 一、罚款 / 235
 - 二、没收 / 237
 - 三、赔偿损失 / 242
 - 四、销毁 / 244
- 第五节 行政性刑事责任的承担(3):资格罚 / 246
 - 一、剥夺人身、民事等相关权利资格 / 248
 - 二、剥夺实施相关行为的资格 / 256
 - 三、剥夺公职及职业资格 / 259
 - 四、剥夺荣誉资格 / 265
- 第六节 行政性刑事责任的承担(4):申诫罚 / 271
 - 一、警告 / 271
 - 二、训诫 / 272
 - 三、责令具结悔过 / 274
 - 四、责令改正 / 275
- 第七节 行政性刑事责任的承担(5):名誉罚 / 275
 - 一、赔礼道歉(包括声明道歉) / 276
 - 二、惩罚性通告 / 277
 - 三、刑事违法宣告 / 278
- 第八节 行政性刑事责任的承担(6):建议行政机关给予行政处分 / 284
 - 一、“建议行政机关给予行政处罚或行政处分”性质的认定 / 284

二、行政处罚或处分是对其他行政性刑事制裁措施的补充 / 285

第五章 行政刑法规范的新拓展:行政刑法程序 / 286

第一节 立法理念:现行法律体系下的公正与效能 / 286

一、司法效能:公正与效率的最佳平衡 / 286

二、权益保障:辩护权与非法证据排除 / 287

三、简易审:立法与执法效能的必然要求 / 289

四、非罪化:现代国际刑事政策的总趋势 / 290

五、与现行法的对接:出罪与人罪的缓冲地带 / 291

六、与刑法的关系:适用其理念和基本原理 / 293

第二节 立法内容(1):对实体管辖范围的框定 / 296

一、与刑法的对接(一):刑事性质的管辖边界 / 296

二、与刑法的对接(二):有罪宣告判决的使用 / 298

三、行政处罚的司法化:以“人身自由罚”为核心 / 300

四、“收教”的司法化:由封闭式转向开放式 / 301

五、强制治疗的司法化:一种特殊的保护措施 / 303

六、工读教育的司法化:一种特殊的培养方式 / 304

七、保安处分的司法化:一种特殊的防卫对策 / 305

八、行政处罚的司法化:与行政法的有效对接 / 306

第三节 立法内容(2):对行政刑法程序的设置 / 307

一、简易简化审程序:法官独任和行政直诉 / 307

二、轻罪的认罪协商:辩诉交易和矛盾化解 / 308

三、保护措施的下达:书面裁定与庭审裁定 / 311

四、法人罚的前程序:大额行政罚款的听证 / 311

五、文书与期间送达:通用格式与程序简化 / 312

第四节 立法内容(3):对程序举证责任的分配 / 313

一、证据衔接以客观证据为限:并直接用于案件直诉 / 313

二、直诉、自诉者以举证为主:证据收集及举证责任 / 314

三、被告人以辩解和自证为辅:反对强迫“自我归罪” / 315

四、独任法官以自由心证为准:证据采信和自主裁判 / 316

第五节 立法内容(4):对实体证明标准的明确 / 316

一、自由罚的证明标准:能够排除合理怀疑 / 317

二、财产罚的证明标准:做到令人信服程度 / 318

三、资格罚的证明标准:做到令人信服程度 / 318

四、其他罚的证明标准:做到优势证据程度 / 319

第六节 立法内容(5):对实体审理结果的救济 / 320

一、被告人不服:引起正式的刑事诉讼程序 / 320

二、起诉方不服:引起上级法院的书面审理 / 321

附件一 中华人民共和国行政刑法诉讼程序(专家稿) / 323

附件二 《日本轻犯罪法》(于瑞钦翻译) / 334

主要参考文献 / 337

后记 / 343

绪 论

罗马法时期将违法行为划分为“公犯”(crimen publicum)和“私犯”(delictum privatum)。一般说来,公犯属于犯罪行为,即危害国家利益的行为;而私犯则大致相当于民事侵权行为,即侵害私人财产或人身权利的行为。^①对公犯行为由国家进行审判并以严厉的刑罚加以惩罚,对私犯则通常以财产的惩罚为主。^②包括如今刑法(criminal law)中的那个“crime”词根,最早也是起源于“公犯”的概念之中。但罗马法中不区分刑事和民事,最早的成文化民法典和刑法典当然是法国了。^③

众所周知,我国古代不称“刑法”,而称“刑律”。一般认为,我国最早的刑法成文法典源于夏朝的“禹刑”,而“唐六典”(或称《大唐六典》)可以说是我国最早的行政法典^④。当然,也有人称世界上最早的行政法于1870年起源于法国,在法国1810年就有人开始研究行政法,显然这是从现代法学意义上来讲的,而那个时候法国的刑法典,也即《拿破仑刑法典》已经产生。然而,介于刑法和行政法之间的“行政刑法”——我国战国时期的《周礼》是否属于世界最早的“行政刑法”呢?即便是,那也只能说是我国古代的“混合或组合型”(既有行政法也有刑法)的“行政刑法”,决不会将其等同于现代意义上的“交叉或缘结型”的“行政刑法”。那么,现代意义上的“行政刑法”又源自何方、始自何处呢?

① 其实,罗马法中的“私犯”远比今天的民事侵权行为宽泛,许多违法行为都属于侵犯私人的行为而被包括在“私犯”当中,如过失杀人、伤害、诽谤个人、盗窃私人财产等。

② 与其相适应,罗马法也将诉讼分为“公诉”(indicia publica)和“私诉”(indicia privata,也即如今的“自诉”)。前者是指对损害国家利益案件展开的诉讼,后者则是对涉及私人利益案件展开的诉讼。

③ 私犯的后果有一个渐变过程,在这一点上可以说《十二铜表法》完成了从早期的同态复仇到罚金赔偿的过渡。像“第八表”伤害身体的后果也有罚金赔偿的替代。之后,财产刑变成“私犯”的主要后果,而“公犯”的后果仍停留在报复刑之中。沿着两种不同后果的发展,“公犯”和“私犯”的距离越来越远,刑法与侵权行为法的分离才逐步完成。那么后来的“行政犯”也以罚金为主,是否也与这种渐变有关呢?很值得深思。

④ “六典”之名出自《周礼》,原指治典、教典、礼典、政典、刑典、事典,后世设“六部”也源于此。其中的“刑典”中说:“以诰邦国,以刑百官,以纠万民。”显然,与刑律有关,而其他“五典”与行政法有关。

一、行政刑法在欧洲的兴起及其传播

的确有学者认为,“行政刑法”(administrative criminal law)的起源可追溯到资产阶级革命之前,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。也就是说,行政与行政权的产生,包括行政法律关系^②与行政法关系的存在,是行政法(包括行政罚)的基本逻辑起点也为警察刑法与行政刑法的最终产生奠定了坚实的法律逻辑基础。也就是说,难道法国不仅是影响后世的民法、刑法、行政法的发源地,也是最早行政刑法的发源地吗?这的确是一个极具争论性的话题。当然,也有相当一部分学者认为,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。^③无论如何,行政刑法与行政权之间似乎有着一种密不可分的联系。

如同上述的“公犯”与“私犯”,刑法中也涉及“自然犯”和“法定犯”,而行政刑法主要就是研究“法定犯”^④,当然也有学者认为,行政刑法主要就是研究“行政犯”。然而,这些概念最早可追溯到古罗马法,其将古希腊伦理学中的恶性理论适用于对犯罪的解释,并确立了自体恶(mala in se)和禁止恶(mala prohibita)两种不同的犯罪类型。到了1885年,意大利犯罪学家拉斐尔·加罗法洛(R·Carofalo 1852—1934)在其著作《犯罪学》中,从建立犯罪学的犯罪概念入手深入研究了“自然犯罪”和“法定犯罪”两个基本范畴。加罗法洛认为,所谓自然犯罪是指以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;所谓法定犯罪是指并非违反怜悯和正直这两种道德情感,而是由法律硬性规定的犯罪。^⑤在这本书里加罗法洛又分析道,自然犯罪是由人体的遗传因素和反常特质决定的,不受客观条件或某一时期特殊情况影响的违背道德观念的犯罪行为。包括两类:一类是触犯正直之心的犯罪,如暴力侵犯他人财产罪、非暴力的诈骗罪、侵犯他人财产

① 黄河:《行政刑法比较研究》,中国方正出版社2001年版,第6页。

② 行政法律关系是指行政法调整的具有行政法上权利义务内容的行政关系。行政法关系是指由行政法调整的具有行政法上权利义务内容的社会关系。二者是两个不同的法律概念。参阅罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社1996年版,第16—17页。

③ 卢建平:“论行政刑法的性质”,载《改革开放与刑法的发展》,中国检察出版社1993年版,第111页。

④ 法定犯有广狭两义之分,广义的法定犯是指一切由法律规定的犯罪,而狭义的法定犯才专门指行政犯。

⑤ [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。

权或公民权罪;另一类是触犯人类怜悯之心的犯罪,如侵害他人生命或伤害他人身体罪、直接损害道德的犯罪、违背道德而损害人的自由或身体犯罪等。而法定犯罪是由特定法律规定的被认为犯罪的危害社会行为。哪些行为属于犯罪行为,因不同国家和不同时期的法律规定的不同而有所差异。同一种行为在此国或此时被法律认定为犯罪,但在彼国或彼时则被视为合法行为,这一被认定为犯罪的行为就为“法定犯罪”,而非诸如杀人等永恒被视为自然犯罪的行为。^① 在法国,有学者将犯罪划分为暴力犯罪(criminalité violente)和智力犯罪(criminalité astucieuse)。前者如杀人、伤害、强奸、抢劫、纵火、暴动和暴乱等;后者如卖淫、欺诈、诈骗、空头支票、伪造公文印章、贿赂公务人员、伪证、诬告、敲诈勒索等。在英美国家,也有一些学者将犯罪划分为本身邪恶的犯罪(malum in se)和法规禁止的犯罪(crime prohibitel by the law)。前者是指受到传统道德谴责的犯罪,如杀人、放火、强盗、强奸、盗窃等。此类犯罪是违反一般人所共有的道德感情的行为,因而在任何社会都被视为犯罪。后者是指并非为传统道德所不容的犯罪,如经营赌具、酒后开车等。因此,有学者认为,法定犯之所以成为犯罪,仅仅是由于法规的禁止,且依国家法律的变化而变化,不同社会、不同国家其内容也不尽相同。^②

据考证,德国才是行政刑法最早的发源地,而行政刑法的前身又是警察刑法。德国学者一般认为,1794年普鲁士法律大典(Das Preussische Allgemeine Landrecht)中,就已经有了把犯罪刑法与警察刑法或者行政刑法加以区分的做法了。^③ 特别是行政国时期,警察刑法就是行政刑法的前身和最集中体现,或称最早的行政刑法。当人类社会的列车驶入20世纪后,随着各国行政权的不断扩大,行政立法也日渐频繁,数量急剧增加。与之相对应的是,违反行政法的行为也大量涌现。这样,有关警察犯与刑事犯相区分的古老话题,从此也演变成了行政犯与刑事犯的大讨论,再一次成为学界及立法实务部门争论的热点,不少学者提出各种不同的区别理论和立法主张。其中,德国刑法学家郭特希密特(J·Goldschmidt)在深入研究了刑事不法与行政不法的区别问题后,首次提出了建立“行政刑法”的主张。在其1902年出版的《行政刑法》(Verwaltungsstrafrecht)著作里,郭特希密特以“司法与行政的并立,应该有其不同的目的与领域”为理论出发点,认为为达司法目的而采取的强制手段是司法刑法(Justizstrafrecht),

① 《法学大辞典》,中国政法大学出版社1991年版,第554、1035页。

② 李晓明:《行政刑法学导论》,法律出版社2003年版,第21页。

③ 王世洲:《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京大学出版社1999年版,第67页。

为达行政目的而采取的强制手段是行政刑法(Verwaltungsstrafrecht)。并据此推演出其核心理论观点:违反司法刑法的行为即刑事不法(Kriminalunrecht),系一种“法律违反”(Rechtswidrigkeit);违反行政刑法的行为即行政不法(Verwaltungsunrecht),系一种“行政违反”(Verwaltungswidrigkeit)。且进一步认为,前者违反基于伦理的刑法规范,是一种特别的伦理的非价判断;而后者只具有形式上的要素,只是违反行政意思而应加以处罚的行为。^① 这些理论提出后,立即得到德国学者托尔蒲斯(Trops)等人的赞同,但同时也遭到包括贝林格(Beiling)、迈耶(M·E·Mayer)等不少学者的反对。尽管如此,最终还是经过德国法学家沃尔夫(E·Wolf)从法哲学和法学理论的角度充分阐发及刑事政策评价方面的进一步发挥与完善,并经过刑法学家希密特(Eb·Schmidt)的进一步充实,郭特希密特的行政刑法理论终于成为德国学界的主流观点,也使得后来行政刑法与司法刑法在德国得以正式区分。^②

受郭特希密特上述理论的影响,德国于1910年颁布了帝国“钾盐法”,它标志着德国的经济刑法发展到了一个新的阶段,这部立法模式并成为后来德国经济刑法的重要立法蓝本。^③ 尤其在第一次和第二次世界大战前后,德国的经济刑法简直成为为战争服务的工具。1914年8月4日公布的《德国联邦参议院经济措施授权法》,授予参议院可以以行政命令的方式发布保护战争经济秩序的刑法条款的权力,并允许参议院可以授权委托其他机构和人员行使。由此,刑事立法就变成了实现行政管理目的的工具。^④ 同年还制定了《德国最高价格法》,1918年制定了《哄抬价格法》,1919年又制定了《帝国租税条例》和《钾盐经济法》,以及后来的卡尔特法(反不正当竞争法)、劳动刑法、外汇刑法、证券法、银行监管法等,也逐步加大了战争期间刑罚的严厉性。特别是在第二次世界大战之前,行政刑法迅速扩大为纳粹国家组织经济的重要手段,甚至行政刑法与犯罪刑法的界限被严重地忽视,秩序罚成为纳粹国家规避法律、实施国家行政干预经济的灵活工具,甚至经济刑法日益表现出废除法制,模糊私法、公法和刑法界限,最终导致法律保障的完全丧失。后来,这种赋予行政机关刑罚权力的做法在德国被“纳粹分子”滥用,以致1939年的《价格刑法条例》和《战时经济条例》等均由行政官署处理,这实际在客观上大大侵犯或削弱了司法权。当然,

① J. Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, pp. 533 - 545.

② 李晓明:《行政刑法学导论》,法律出版社2003年版,第25~26页。

③ 王世洲:《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京大学出版社1999年版,第31页。

④ 王世洲:《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京大学出版社1999年版,第33页。

战后西方各国也在一定程度上重新审视了德国这种立法形式,并通过法治内容对行政权予以适当的限制,如1949年联邦德国制定了简化《经济刑法》(Wirtschaftsstrafgesetz),其任务是尽可能地明确与限制实体刑法意义上的犯罪构成,将经济犯罪与经济违法行为加以区分,取消行政机关判处秩序罚的权力,同时为经济违法行为规定了一个独特的、符合法治国家要求的程序模式。^①后来,这些程序性规定被1952年3月25日的新的《违反秩序法》(Gesetz ueber Ordnungswidrigkeiten)所吸收,从此德国的经济刑法完全摆脱了实体法与程序法不分的状况,而且把刑法与附属刑法中规定的全部微罪全部并入其中。1954年7月9日德国进一步简化经济刑法,废除了大量经济犯罪构成。并于当年成立了刑法修改委员会,讨论将违警罪从传统刑法中分离出去。到了1974年,联邦德国再次全面修订了《经济刑法典》。1975年1月1日生效的联邦德国的新《刑法典》,一方面将原刑法分则中第29章的违警罪全部删除,另一方面把一些较常见的违警行为,如旧刑法中的伪报姓名身份、妨害安宁噪音及重大骚扰行为等分别并入《违反秩序法》。当然,违警行为中有必要升格为犯罪的,仍旧规定于新刑法中。至此,联邦德国1974年修订的《经济刑法典》和1975年再次修订的《违反秩序法》及1975年1月1日生效的联邦德国的新《刑法典》,就成为西方国家行政刑法与刑法典分立的典范模式。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、破产刑法及暴力犯罪,第二部电脑犯罪、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和修改。

另外,《违反秩序法》是德国行政刑法的一项重要内容,其是从所谓的由警察处理的轻微违法发展而来的。1813年5月6日由费尔巴哈主持制定的《巴伐利亚刑法典》颁布,其中的第2条第4款规定:“违反秩序的处罚,作为惩罚,应当对威胁或者损害了公共安宁和秩序、但还没有涉及国家和公民权利的作为与不作为判处。”^②这就是较早的德国关于轻微违法和犯罪刑法区别的记载。然而,1869年的《德国统一关税法》中也规定了含糊不清不成体系的区分违反秩序的惩罚和犯罪的惩罚的界限,但没有被1871年的德国刑法典采纳,甚至在该刑法典中还设立了“轻微犯罪”一章(第360~370条),从而使德国刑法典具有了包含轻微犯罪的特点。但是,

^① 王世洲:《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京大学出版社1999年版,第58页。

^② 王世洲:《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京大学出版社1999年版,第67页。