

XING ZHENG XING FA LI FA YAN JIU

行政刑法立法法研究



程凡卿 著

行政刑法的法理之争
行政刑法的立法模式分析
行政刑法犯罪构成要件的设置
行政刑法的刑罚制度配置
行政刑罚轻缓化的具体措施



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

XING ZHENG XING FA LI FA YAN JIU

行政刑法立法研究



程凡卿 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政刑法立法研究 / 程凡卿著. —北京: 法律出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5688 - 3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 280072 号



编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 韦钦平 蔡吉
责任编辑 蔡吉
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

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 固安华明印刷厂
责任印制 沙磊

开本 A5
印张 6.25
字数 140千
版本 2014年2月第1版
印次 2014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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5688 - 3

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

肖中华*

刑法学研究的使命,一是为中国刑事司法实践指引恰当的方向和提供合理的法律解释技术,二是对刑法学理论自身体系及其范畴进行修饰完善。可喜的是,这些年来,中国刑法学界越来越多的学者致力于刑法解释基本理论和罪刑规范的具体解释研究,越来越多的成果关注刑法基础理论,一改曾经一段时期内热衷于刑法批判(以“完善建议”之名)和追逐时髦问题的研究之风。在这些不辱使命的刑法学思索耕耘者中,有相当部分是年轻的刑法学子、在读的刑法学博士生和刚刚毕业的刑法学博士。他们的加入,给刑法学研究队伍增添了时代的活力。他们的研究成果,也给刑法学研究带来了新鲜的气息。程凡卿博士就是这些年轻学子中的一员。

作为程凡卿的博士生导师,我是其《行政刑法立法研究》一书的最先读者。这部著作由其同名博士学位论文修订而成。由于参与了论文写作的指导,我也比较了解这部著作写作的过程及其间作者一些观点的形成脉络。在该书即将付梓之际,程凡卿博士邀

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师。

请我为之作序,我便欣然同意。

行政刑法无疑建立在行政犯罪基础之上。一般认为,行政犯罪的范畴最早可以追溯到19世纪的德国,当时的学者将一些轻微但值得刑罚处罚的“行政不法”行为称为行政犯罪,实际上是站在行政违法与刑事违法存在一定界分的立场上,对某一类犯罪的特征概括。相应的,行政刑法就是有关这一类犯罪的罪刑规范。20世纪较早时期,欧洲一些国家制定了专门的行政刑法典,在法律体系上出现了试图独立于普通刑法的趋势。20世纪中叶后,西方国家刑法理论界形成了研究行政犯罪和行政刑法的热潮。我国刑法学界研究行政犯罪和行政刑法,肇始于刑法学研究日渐繁荣的20世纪末期,在研究方法和内容上带有明显的移植痕迹。晚近以来,除了短篇论文外,也有一些硕士、博士论文将行政犯罪或行政刑法的基础或具体问题作为选题,研究成果丰富了我国刑法理论。但仍然可以说,行政犯罪和行政刑法的研究,在我国尚属刚刚起步、探索粗浅的理论领域。

程凡卿博士在硕士阶段学习研究的是行政法学,对于行政刑法研究有知识背景优势。其《行政刑法立法研究》一书,基于行政法与刑法的双重视野,审视行政刑法的属性与定位,围绕我国行政刑法立法的一系列问题进行了深入探讨。他认为,行政刑法就是为了实现国家行政管理职能,以预防和惩罚行政犯罪为目的,规定行政犯罪的刑事责任的法律规范总称;行政刑法虽然与行政法具有渊源关系,但从法律体系和中国现实而言,属于刑法的范畴。关于行政刑法的立法模式,程凡卿博士主张采取新型的混合型立法模式,这种立法模式以刑法典的内容为参照,按照标准刑法条文的模式设定行政法律中的附属刑法条文,使附属刑法中的行政刑法条文成为具有罪名、罪状和法定刑的完整刑法条文,以便独立地对行政犯罪进行定罪量刑,可以更好地实现行政刑法规制行政犯罪

的功能。关于罪状方式,其主张对行政犯罪罪状的设置应当采取以叙明罪状为主的方式,同时保留少量空白罪状的使用;这样的设置方式既可以保证行政犯罪的构成要件在行政刑法的条文中得到明确、清晰的表述,又可以使行政刑法具备一定的应变能力,以便应对不断变化的行政犯罪。关于行政犯罪的构成要件设置,他主张以“二元”行为无价值论为指导,只有重视危害行为在行政犯罪构成要件中的作用,才能应对风险社会中行政犯罪对行政刑法的挑战。在刑罚配置方面,其建议对现有的行政刑罚制度进行轻缓化改革,将财产刑、资格刑作为行政刑罚的主要刑种,提升罚金刑在行政刑罚中的地位,改变没收财产的没收范围。

我认为,程凡卿博士上述对诸多问题的研究是具有开拓性的,深化了我国行政刑法理论研究,对于相关立法完善也具有积极借鉴意义。因此,我乐意向广大刑法学者推荐这部著作。

当然,我国目前行政刑法的研究还处于探索时期,有关行政刑法的一般理论十分广泛,程凡卿博士的著作在研究内容上仍有值得进一步丰富的余地。比如,有关行政刑法规范与行政法在立法和司法适用上相互衔接的机制问题,从行政犯罪的特性出发如何合理设置构成要件的问题,都是十分重要的基础理论,有待深入研究。

程凡卿博士毕业后进入基层检察机关从事司法实务工作,在繁忙的工作之余,仍十分重视法学理论研究。相信随着其实践经验的不断丰富和体验的不断深刻,对于行政刑法理论的认识和探索将有更大的进展。

是为序。

肖中华

2013年11月于中国人民大学

序 言

十八大提出要继续深化行政体制改革,加快政府转变步伐,建立法治政府和服务型政府,使干部清正、政府清廉、政治清明,努力开创廉洁政治建设新局面。在新的历史时期,要创新行政管理体制,规范行政行为,需要不断加强对行政立法的研究。尤其是要加强对行政刑法立法研究。本书围绕行政刑法立法展开研究,具有以下三个特点:第一,新颖性。作者运用刑法学和行政诉讼法学原理,采用跨学科交叉方法,对行政刑法立法前沿性问题进行研究,在国内尚属首次。第二,全面性。作者围绕行政刑法立法这条主线来写作,从行政刑法概述、立法模式、构成要件、刑罚配置四个部分展开论述,基本上概括了行政刑法立法的全部内容。第三,探索性。综观全书,作者从中外行政刑法立法比较入手,结合立法,认真探讨了我国行政刑法立法的不足,提出了改革设想,体现了作者的大胆探索精神。

程凡卿是“80后”的年轻检察官,从中国人民大学博士毕业后,考入北京市朝阳区人民检察院,工作在反贪第一线,在平凡的岗位上奉献着青春和热血。我与他父亲程小平是20多年的老朋友,建省办特区,都从江西政法系统调入海南工作,一晃20多年过去了,由于工作关系,两家人来往较多,也是看着程凡卿长大的,没

想到他和我一样入行从事检察工作。程凡卿为人低调,很有创新思维和见解,是一个有培养前途的年轻人。从他身上,我作为一个在检察机关工作了30多年的老检察官,看到了中国检察机关后继有人,人才辈出。

我们生活在一个知识和信息的时代,检察知识生产需要人才支撑。检察文化的最高境界是进行学术研究,检察事业的发展需要智力支持和知识储备。程凡卿常年在基层办案,能挤出时间,拿起笔来,在刑法学泰斗高铭暄教授、肖中华教授指导下,对自己的博士学位论文反复修改,整理成书,实属难能可贵。本书不失为国内研究行政刑法立法的一部有价值的力作。所以,我谨以热切的心情向读者推荐本书,真心希望程凡卿成为集实务操作与学术研究为一身的“双栖”检察官。

刘 建

中国人民大学刑事法律科学研究中心金融刑法研究所副所长

摘 要

当前,中国正处于一个高速发展的时期,随着社会现代化程度的不断提高,越来越多的行政犯罪开始出现在我们的日常生活中,并严重威胁着我国社会的稳定。行政犯罪不同于传统的自然犯罪,它所侵犯的客体十分复杂,属于刑法和行政法的交叉领域。而我国目前现有的法律制度对这个领域的规制尚存缺陷,不能合理、有效地惩治行政犯罪。笔者认为,要对行政犯罪进行规制必须从立法入手。只有通过制定与行政犯罪相匹配的法律,才能从根本上解决行政犯罪的规制问题。

对行政刑法立法的研究,本书主要从行政刑法的基本概念、行政刑法的立法模式、行政刑法犯罪构成要件的设置以及行政刑法的刑罚制度配置四个方面展开。

行政刑法的基本概念是行政刑法立法研究的基础。只有明确了行政刑法的基本概念,才能展开对行政刑法立法问题的研究。而要明确行政刑法的基本概念,首先必须解决行政刑法的属性问题。目前,在学界中有关行政刑法的属性问题一直都是被学者广泛议论的话题。在德国,行政刑法普遍被认为是行政法。而在日本,行政刑法则普遍被视为刑法。在我国,行政刑法的属性尚未形成定论。既有学者认为行政刑法应当属于刑法范畴,也有学者认

为行政刑法属于行政法范畴,还有学者认为行政刑法是包含了刑法与行政法双重属性的特殊法。笔者认为,行政刑法属性不是由学术理论来决定的,而是由一国的现实需求所决定的。随着我国行政犯罪的复杂化、多样化,采取行政处罚的手段已经不能有效预防行政犯罪。只有将行政刑法纳入刑法的范畴,使用刑罚手段规制行政犯罪,才能更有利于行政犯罪的预防。而且,将行政刑法归入刑法范畴不仅能充分利用司法程序更好地保障人权,还能妥善解决行政处罚与刑罚的管辖纠纷,更可以有效地利用现有的刑法资源规制行政犯罪。基于行政刑法属于刑法的观点,笔者提出了我国行政刑法的定义:行政刑法就是为了实现国家行政管理职能,以预防和惩罚行政犯罪为目的,规定行政犯罪的刑事责任的法律规范总称。

目前,在世界范围内,行政刑法的立法模式主要包括独立法典型立法、分散式立法以及统一附属型立法三种模式。德国采取的是独立法典型立法方式。例如,现行的违反秩序法、经济刑法就被视为独立的行政刑法性法典。日本采取的是分散式立法,即在行政法律中大量地出现了以刑罚惩治行政犯罪的规定(类似于我国的附属刑法)。我国行政刑法采取的立法模式是以刑法典为中心的大一统式立法模式,即将刑法典与附属刑法相结合的统一附属型立法模式。三种立法模式各有优劣。独立法典型立法模式有利于突出行政刑法的独立性,但是这种立法模式形式比较固定,不能随着行政犯罪的变化而频繁改动,具有滞后性的缺点。分散式立法模式灵活多变,可以满足行政刑法规制行政犯罪的即时性需求。然而,这种立法模式没有对法律条文进行系统归类,无法体现行政刑法的独立性,容易使人产生行政刑法附属于行政法的错觉。统一附属型立法模式是我国行政刑法特有的立法模式,它既保证了刑法典的相对稳定,又使行政刑法具备了灵活的特点,可以在附属

型法律条文中根据行政犯罪的变化及时调整,是一种较为理想的立法模式。但是,这种立法模式并不完美。由于其附属型行政刑法条文的规定不涉及具体的罪名和法定刑,只是笼统地规定:“构成犯罪,依法追究刑事责任。”造成了行政法与刑法衔接不当、竞合缺乏解释的窘境,对司法实践的适用带来了不良影响,导致行政犯罪得不到及时有效的惩治,不利于行政犯罪的预防。因此,笔者建议,在我国现有行政刑法立法模式的基础上,借鉴德国独立法典型立法模式和日本分散式立法模式的优点,对统一附属型立法模式进行改良,形成一种新型的混合型立法模式。这种立法模式以刑法典的内容为参照,按照标准刑法条文的模式设定行政法律中的附属刑法条文,使附属刑法中的行政刑法条文成为具有罪名、罪状和法定刑的完整刑法条文,能够独立地对行政犯罪进行定罪量刑,可以更好地实现行政法规制行政犯罪的功能。

行政刑法犯罪构成要件的设置主要包括以下内容:罪状模式选择、行政犯罪的主体设置、违法性认识在行政犯罪主观方面的地位以及危害行为在行政犯罪构成要件中的地位。

我国现行刑法对行政犯罪的罪状设置采取空白罪状,从而引起学者对行政犯罪罪状选择方式的争论。部分学者认为应当继续以空白罪状的方式设置行政犯罪的罪状,另一部分学者则反对。笔者认为,行政刑法对行政犯罪罪状的设置应当采取以叙明罪状为主的方式,同时保留少量空白罪状的使用。这样的设置方式既可以保证行政犯罪的构成要件在行政刑法的条文中得到明确、清晰的表述,又可以使行政刑法具备一定的应变能力,以便应对不断变化的行政犯罪。

在行政犯罪的构成要件中,人们对行政犯罪主体概念存在一些错误的理解。例如,有些人认为行政犯罪的主体就是行政相对人,另一些人则认为行政犯罪主体就是行政机关工作人员,还有一

些人认为行政犯罪主体应当包括行政主体。笔者认为,必须对这些错误的理解进行分析和纠正,才能使人们更加准确地把握行政犯罪主体的概念。行政相对人是与行政犯罪主体相关联的概念,但是行政相对人并不能完全等同于行政犯罪主体。只有当行政相对人违反行政法时,它才会与行政犯罪主体一样具有违反行政法的性质。而在其他情况下,两者并没有共性。行政犯罪的主体也不是行政机关工作人员。行政机关工作人员可以构成行政犯罪,它是行政犯罪主体的一部分而非全部。行政犯罪主体不包括行政主体,因为将行政主体规定为行政犯罪主体既不符合国际惯例,也不利于社会秩序的稳定。

在行政犯罪的主观方面,行政犯罪的认定必须包括违法性认识。只有将违法性认识纳入行政犯罪的主观要件中,才能区分行政犯罪的故意和过失,才能使行政刑法对行政犯罪的处罚做到主客观一致。

在结果无价值论的影响下,我国现行行政刑法对行政犯罪的认定以危害结果为核心,但是在我国进入风险社会之后,这种认定行政犯罪的方式受到了挑战。风险社会中行政犯罪所侵犯的法益复杂多变,以结果无价值为指导的认定方式无法保护多样化的法益,无法满足法益保护前置的需求,更无法解释风险社会中的行政犯罪行为与危害结果之间的因果关系。因此,必须转变以往行政犯罪的认定方式,坚持以“二元”行为无价值论指导行政刑法的立法,重视危害行为在行政犯罪构成要件中的作用,才能应对风险社会中行政犯罪对行政刑法的挑战。

当前,我国对行政犯罪所采取的刑罚制度与其他犯罪无异,即五种主刑加两种附加刑的模式。这种模式的刑罚制度并不适合行政犯罪,它的重刑主义色彩较重,对行政犯罪的处罚包含了死刑,与其他犯罪以及国外的刑罚制度相比处罚相对偏重,而且对单位

犯罪的处罚单一,缺乏教育措施预防行政犯罪,轻缓刑种少,难以应对多变的行政犯罪。究其原因,是其受到我国刑罚制度重刑主义色彩较重的影响。因此,为了使我国行政刑法对行政犯罪的处罚更加合理,笔者建议对现有的行政刑罚制度进行轻缓化改革,使其摆脱重刑主义色彩的影响。将行政刑罚制度进行轻缓化改革,德国的违反秩序法值得我们参考。因为它与我国的行政刑法具有很高的相似度,我们可以参照它的刑罚制度将财产刑作为行政刑罚的主要刑种来适用。具体做法就是以刑法典中的财产刑为基础,提升罚金刑在行政刑罚中的地位,改变没收财产的没收范围。除财产刑以外,资格刑也应当被纳入我国行政刑罚的主要刑种中。但这不是指照搬刑法典中的资格刑,而是将刑法典中资格刑的内容进行适当改良,使其能和财产刑一样在行政刑罚中得到独立适用。行政犯罪的特殊性使行政刑法对其规制不能单纯依靠惩罚的方式,除了财产刑和资格刑以外,行政刑罚制度还必须依靠教育改造性质的刑罚措施来协助。国外的保安处分制度包含了许多教育改造性质的刑罚措施,其中社区服务制度、保护观察制度和间隙监禁制度都值得我国行政刑罚制度借鉴。与此同时,我们还可以根据《刑法修正案(八)》中新增加的禁止令措施来进一步完善行政刑罚制度的建设,使我国行政刑法对行政犯罪的规制更加科学合理,预防行政犯罪的作用更加有效。

关键词:行政刑法 概念 属性 立法模式 犯罪构成 刑罚制度

Abstract

Presently, China is being in a high speed development the time. Along with the social modernization degree's unceasing enhancement, more and more administrative crimes start to appear in ours daily life, and threaten seriously our country society's stability. The administrative crime is different with the traditional natural crime, it encroaches the object is very complex, belongs to the criminal law and the administrative law overlapping domain. But our country present existing legal regime to this domain's rules and regulations existence flaw, cannot reasonable, punish the administrative crime effectively. The author believed that must carry on the rules and regulations to the administrative crime to from legislate to obtain. Only then law which matches through the formulation and the administrative crime, can fundamentally solve the administrative crime rules and regulations problem.

To the administrative criminal law legislation's research, this article mainly from the administrative criminal law's basic concept, the administrative criminal law's legislative pattern, the administrative criminal law's constitution important document establishment as well as

the administrative penalty system establishes four aspects to launch.

The article first part is to the administrative criminal law basic concept research. The administrative criminal law's basic concept is the administrative criminal law legislation research foundation. Only then has been clear about the administrative criminal law basic concept, can launch to the administrative criminal law legislates other question research. But must be clear about the administrative criminal law the basic concept, must first solve the administrative criminal law attribute problem. At present in the educational world the related administrative criminal law's attribute question has been the topic which was widely discussed by the scholar. In Germany, the administrative criminal law was considered generally is the administrative law; But in Japan, the administrative punishment principle regards as the criminal law generally; In our country, the administrative criminal law's attribute not yet forms the conclusion. Also some scholars thought that the administrative criminal law must belong to the criminal law category, also some scholars thought that the administrative criminal law belongs to the administrative law category, but also some scholars thought that the administrative criminal law has contained the criminal law and administrative law dual attribute special method. The author believed that the administrative criminal law attribute is not by the academic theory decided that but decides by a country's realistic demand. Along with our country administration crime's complication, the diversification, adopted the administrative sanctions the method already not to be able to prevent the administrative crime effectively. Only then integrates the administrative criminal law the criminal law the category, the use penalty's method regulates the administrative crime, can be more advantageous to the

administrative crime prevention. Moreover, belongs to the administrative criminal law the criminal law category not only to be able to use fully the judicial process well assurance of human rights, but can also solve the administrative sanctions and penalty's jurisdiction dispute properly, may use the existing criminal law resources rules and regulations administration crime effectively. Belonged to the criminal law viewpoint based on the administrative criminal law, the author proposed our country administration criminal law definition: The administrative criminal law is to realize the country administration function, take prevents and the penalty administration crime as the goal, the stipulation administration crime legal responsibility and penalty's legal norm general name.

The article second part is to the administrative criminal law legislation pattern research. At present, around the world, the administrative criminal law's legislative pattern mainly includes the independent statute book legislation, the dispersion-like legislation as well as the unification attached legislation three kind of patterns. What Germany adopts is the independent statute book legislation way, for example present violates the order law, the economical criminal law regards as the independent administrative criminal law statute book. What Japan adopts is the dispersion-like legislation, namely appeared massively in the administrative law has punished the administrative crime by the penalty the stipulation (to be similar to our country's attached criminal law). Our country administration criminal law adopts the legislative pattern is take the penal code as the central universal-like legislation pattern, soon the penal code and the attached criminal law unify unification attached legislation pattern. Three kind of

legislative patterns have the fit and unfit quality respectively: The independent statute book legislation pattern is advantageous to the prominent administrative criminal law independence, but this kind of legislative pattern form is quite fixed, cannot along with the administrative crime change, but modifies frequently, has the hysteresis quality shortcoming; The dispersion-like legislation pattern is flexible, may satisfy the administrative criminal law rules and regulations administration crime the instantaneity demand. However this kind of legislative pattern has not carried on the system classification to the provision of law, is unable to manifest the administrative criminal law the independence, easy to cause the human to have the administrative criminal law attached in the administrative law illusion; The unification attached legislation pattern is our country administration criminal law unique legislation pattern, it both has guaranteed the penal code relative stabilization, and caused the administrative criminal law to have the nimble characteristic, might act according to the administrative crime in the attached provision of law the change prompt adjustment, was one kind of more ideal legislative pattern. But, this kind of legislative pattern is not perfect. Because its attached administrative criminal law article's stipulation does not involve the concrete charge and the legal punishment, is only stipulated generally: "the constitution crime, investigates the legal responsibility legally." Has created the administrative law and the criminal law links up improper, competes gathers lacks the explanation the predicament, has brought the adverse effect suitably to the judicial practice, causes the administrative crime not to be able to obtain the prompt effective punishment, does not favor the administrative crime the prevention. Therefore, the author suggested that in our country