

知识转型与教义坚守:行政刑法几个基本问题研究*

田宏杰

摘 要:在历史演进中,行政刑法是刑法对行政法演变的因应,而行政法治的变迁,则是行政法对经济社会变迁所作的回应。所以,行政刑法不仅根植于刑法,而且发展于刑法。而在法教义学视野下的部门法规范构造中,行政刑法是以前置行政法为必要条件,但又相对独立于前置行政法而存在的刑法的有机组成部分,是刑法的相对独立性和行政法之力量补充性的融合。因之,前置法定性与刑事法定量相统一、刑事法定性与刑事司法定量相统一的综合考量,既是决定包括纯正行政犯和不纯正行政犯在内的行政犯罪本质的法秩序统一的教义要求,又是设立、确定犯罪的刑事立法所应恪守的边界和刑事司法解释法律所应遵循的规则,还是以“行政优先为原则、刑事先理为例外”的行刑衔接的程序构建和证据转化之规范基石。而行政刑法与刑法教义学的结合,必将成为刑法学研究未来旷野行进的方向。

关键词:行政刑法;行政犯罪;行刑衔接;刑法教义学;法历史学

一、引言:行政刑法中国研究的现状与问题

从1979年新中国第一部刑法典颁行至今,新中国刑事法治建设从第一代刑法学者六经注我,到第二代刑法学者放眼向洋看世界,走到现今注释刑法学、刑法哲学、外国刑法学、比较刑法学、刑事政策学、刑法教义学等不同刑法研究范式的百花齐放,步入不惑之年的中国刑法学开始迎来风华正茂的黄金时代。

与此同时,令人遗憾的是,行政刑法研究自1997年前后悄然传入中国^{[1][2]},刑法学界虽时有涉猎关注,尤其是李晓明教授、刘艳红教授和笔者对于行政刑法理论体系建构所作的努力,在丰富和发展行政刑法在中国之研究的同时,仍然存在着以下不足:一是尚未形成学术研究思潮。这不仅可从行政刑法研究文献的十分有限即可一窥端倪,而且从全国法学院校的课程设置、研究生招生专业和方向、相关主题的学术会议和研究论坛的相对匮乏不难发现,行政刑法基础理论研究在我国目前实属小众非主流研究^①。二是尚未形成学术研究共识。例如,在行刑衔接程序的设计上,刘艳红教授的刑事优先^[3]与笔者的“以行政先理为原则,刑事优先为例外”^[4]的学术主张,不仅时间跨度上相距较远,未能形成理论争鸣与学术交锋,而且未能在此基础上推动刑法理论共识的达成。三是尚未形成学术理论体系。李晓明教授多年来一直致力于行政刑法研究,先后出版了《行政刑法学导论》等系列著作,^②对行政犯罪从内涵解读到责任实现进行了详尽的研究,但研究视角主要是基于刑法的关照,

作者简介:田宏杰,法学博士,中国人民大学刑事法律科学研究中心、法学院教授、博士生导师。

* 本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国刑法现代化的道德使命”的阶段性成果(项目批准号:2009JJD820012)。

① 其实,包括知识产权犯罪、金融犯罪等在内的经济犯罪、贪污贿赂罪等公务犯罪研究,属于行政犯罪的各罪研究,在这方面,中国研究成果众多且不乏精品。但论及行政刑法,学界的研究目光包括研究文献的收集和引用,往往着眼于行政刑法的属性和行政犯罪的本质等基础理论问题,这既凸现了中国刑法学界对行政刑法基础理论研究的重视,也多少折射出学界对于行政刑法认识片面和研究薄弱之问题所在。欣慰的是,《政治与法律》新近组织的一期刑法专栏文章,不仅聚焦于行政刑法基础理论研究,而且发表的陈兴良先生的论文主要从非法经营罪个罪研究入手展开。参见《政法与法律》2018年第6期主题研讨系列——白建军“法定犯正当性研究——从自然犯与法定犯比较的角度展开”;陈兴良“违反行政许可构成非法经营罪问题研究”;王世杰“论行政行为对刑事审判的拘束”。

② 李晓明教授以下著作:《行政刑法学》,群众出版社2005年版;《行政刑法新论》,法律出版社2014年版。

即从刑法学的角度看待行政法的相应规定和运行,而不是以行政法为源头来审视并展开行政刑法的本体性研究,从而距离行政刑法理论体系的建构尚有距离。

有鉴于此,在中国刑法学研究 40 年之际,笔者拟以中国行政刑法 20 年研究之省思为契机,以刑法教义学和法历史学为分析工具,就行政刑法的规范属性、行政犯罪的立法边界和适用解释、行刑衔接的程序设计与证据转化等行政刑法的几个重要基础问题进行梳理研究,以促进学术共识的达成,和学界同仁共同推动行政刑法研究在中国的发展。

二、行政刑法的属性:历史发掘与教义分析

行政刑法研究发端于德国^①,发展于日本,当是不争的事实。但行政刑法究属行政法还是刑法,抑或独立于行政法与刑法之外的部门法?与德国主流观点采“行政法说”,日本学界力主“刑事法说”不同的是,中国刑法学界对此问题莫衷一是。其中既有持行政法说者,如卢建平教授^[1];也有采刑事法说者,如张明楷教授^{[2] [5]};还有主双重属性说者,如刘艳红教授和周佑勇教授^{[3] [P. 14]}。多年来一直致力于研究行政刑法的李晓明教授,在其新作《行政刑法新论》中提出,行政刑法在形式上既不属于行政法,也不属于刑法,而是一种独立的具有自身特性的法律规范,其内容的重点应当放在行政法规范和刑法规范的衔接和协调上,并主张通过“灰色理论”和“交叉方法”搭建行政法和刑法的缓冲平台和过渡区域,完成行政处罚与刑罚和行政罚的真正对接^{[6] [P. 29]}。

“理论是灰色的,实践之树常青。”对于行政刑法本质属性的探讨,笔者以为,同样应当回到实践,在历史演进中发掘,在现实规范中发展^②。因为历史,其实“是在‘现实关怀’引导下复活于当前的过去,现实则是经由过去熏染而具有历史内涵的当前存在”^③。前者的分析离不开法历史学工具,后者的研究则端赖刑法教义学的展开。^④

(一) 历史考察:社会公行政的崛起与行政刑法的变迁

19 世纪启蒙运动以降,人类社会治理迄今走过了 3 个阶段,经历了 3 种模式的尝试、发展和演变。在自由资本主义阶段,经济生活奉亚当·斯密“无形之手”的自由放任主义为主臬,^⑤社会治理以“干预最少的政府就是最好的政府”为追求,恰如英国历史学家 A·J·P·泰勒在其名著《English History: 1914 - 1945》中所作的形象描绘:“直到 1914 年 8 月为止,任何一个明智守法的英国人都可以安然地度过其一生,除了邮局和警察之外,他几乎意识不到国家的存在。”^⑥此时的行政法,无论制度设计还是实际运行,控权是惟一的使命,行政权的行使不能越行政法字面雷池半步;而在刑法上,法官只不过是一架法律的宣读机器,一如孟德斯鸠所宣称:“一个民族的法官,只不过是宣布法律之语词的喉舌,是无生命的人,他们既不能变动法律的效力也不能修正其严格性。”^⑦

① “行政刑法”这一概念,最早为德国刑法学者郭特希密特(J·Goldschmidt)在其 1902 年出版的《行政刑法》(Verwaltungsstrafrecht)中首次提出,郭特希密特也因而被誉为“行政刑法之父”。参见卢建平:“论行政刑法的性质”,载《浙江大学学报》1993 年第 3 期。

② 美国前联邦最高法院大法官霍姆斯被誉为英语世界最伟大的法官,仔细研读其传记《法律与本能:霍姆斯传》(〔美〕怀特著,孟纯才、陈琳译,法律出版社 2009 年版),笔者发现,成就霍姆斯的道路无外两条:一是注重法律制度演进的历史轨迹;二是关切法律制度面对的现实问题。而这,其实既是英美判例法的精髓,也是英美法学创新思维的灵魂。

③ 复旦大学历史学系教授李剑鸣在阅评其新书《“克罗齐命题”的当代回响——中美两国美国史研究的趋向》读书会上的发言,参见单颖文:“一切历史都是当代史?”,载 2016 年 8 月 19 日《文汇报》第 15 版。

④ 刑法教义学在最近几年的中国刑法学界常被提及,但对刑法教义学的前世今生,其根在何处,内涵如何,路径怎样,即便在德国,学者们也没有给出明晰的说明,而是在一个大概的框架内讨论展开。看起来,刑法教义学在德国学界已被遗忘,但其实是深入到了德国刑法学的骨髓,正如诺伊曼所言,“德国法文化特别受法律教义学的影响”。这是因为,刑法教义学的基础和界限源自于刑法典,刑法教义学致力于研究法规范的概念内容和结构。作为法律和司法实践的桥梁的刑法教义学,在对司法实践的批判性检验、比较和总结的基础上,对现行法进行解释,以便于法院适当地、逐渐翻新地适用刑法,从而在很大程度上实现法安全和法公正。参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 53 页。而在中国,正是以陈兴良教授和冯军教授为代表的一批学者的努力,推动了刑法教义学晚近几年在中国的引入和发展。参见陈兴良:“刑法教义学的发展脉络——纪念 1997 年刑法颁布二十周年”,载《政法与法律》2017 年第 3 期;冯军:“刑法教义学的立场和方法”,载《中外法学》2014 年第 1 期。等等。

⑤ 关于斯密“无形之手”的比喻,有学者指出,在 1960 年,被解释为“市场价格机制通过作为看不见的手的作用而创造一般均衡”。但人们没有注意到,斯密所有的著作其实都对以“无形之手”所比喻诠释的“自由放任”(laissez-faire)持反对态度。参见 Jan Peil (1999): *Adam Smith and Economic Science: A Methodological Reinterpretation*, Edward Elgar Press, p. 9. 不仅如此,在亚当·斯密所有的著作里面,提到“无形之手”只有三次,一次是在《道德情操论》(IV) (1759) 里,一次是在《国富论》(IV) (1776) 里,第三次是在《天文学史》(1795) 里,学者 S. Ahmad 认为还有第四个“无形之手”,因为他发现至少在《道德情操论》里,“无形之手”具有两种不同的功能。在这些论述里,斯密并不是将“无形之手”作为自然秩序(natural order)的阻碍者和扰乱者,相反,而是视为自然秩序的维持者和执行者。参见 S. Ahmad: *Adam Smith's four invisible hand*, *History of Political Economy*, 1990 (22), p. 137. 转引自王曙光:《金融自由化与经济发展》,北京大学出版社 2004 年 7 月版,第 11 ~ 12 页。

⑥ A. J. P. Taylor *English History: 1914 - 1945*, Oxford University Press, 1965.

⑦ 转引自〔美〕本杰明·卡多佐《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆 1997 年版,第 102 - 103 页。

严格限制刑事司法权,以绝对保障人权,成为古典刑事学派的宗旨和古典罪刑法定主义的教义,主张刑事立法绝对明确,绝对反对不确定刑,绝对禁止新法溯及既往,至于解释法律,“刑事法官根本没有解释刑事法律的权利,因为他们不是立法者。”^[7] P. 13) 如果说此阶段的行政法治是“形式法治”的极致,这一时期的刑事司法则可说是“自动售货机式的司法”或者“机械司法”的典范。

经济生活中的自由放任、社会治理中的最少政府干预,导致了经济风险和社会风险的不断潜滋暗长,并以1929年至1933年大萧条的到来而达登峰造极,而社会失范行为和犯罪浪潮的汹涌,则同时宣告了以控权,即绝对控制公权力(行政上绝对控制行政权,刑事上绝对控制刑事司法权)为宗旨的行政法和刑法在社会治理中的失败。正如1933年3月3日离任的美国总统胡佛在宣告他退休的钟声敲响时疲惫地宣称“我们在悬崖的边缘,……我们已无能为力了。”^①其后走马上任的美国总统罗斯福遂改弦更张地奉凯恩斯的国家干预主义为信条,大刀阔斧地推行一系列新政措施,即后人所谓“罗斯福新政”,在使一个美国人,从出生摇篮时起到进入坟墓时止,无所不在政府管制之下的同时,^②宣告了人类社会治理管制时代的到来,行政法治从此摆脱形式法治的羁绊,向着实质法治昂首迈进。对此,美国前联邦最高法院大法官卡多佐在其《司法过程的性质》中精辟地指出“当年,语词的精确是至高无上的法宝,每一次失足都可能丧命,而如今,法律已经走过了它形式主义的初级阶段。”^③而此时的行政法,既重控权,更求激励,激励政府能动高效地行政,以尽快摆脱困境、走出大萧条的阴霾。而刑法,在仍然关切人权保障的同时,开始认识和重视福柯的呐喊“必须保卫社会”^[8],不仅允许轻法溯及既往和相对不确定刑的存在,张开双臂拥抱扩张解释、实质解释等突破刑法字面文义的解释方法,而且追求“最好的社会政策就是最好的刑事政策”(李斯特语)。

当历史的车轮驶入20世纪60、70年代,西方社会开始进入经济滞胀时期,各国出现了以低经济增长、通货膨胀、财政赤字、高失业率为特征的“滞胀”现象。这使人们认识到:如同市场会失灵一样,政府同样会失灵;市场解决不好的问题,政府不一定能够解决得好,而且政府干预失败的代价更高、更可怕。“政府失灵”使人们开始怀疑行政国家控制全部社会公共事务的有效性,开始反思负担过重和过分官僚化的政府是否有能力承担起指派给它的繁重的工作任务。

在这样的背景下,英美等西方国家掀起了一场方向上与过去迥然不同的社会治理改革运动,并迅速形成一股世界性的改革浪潮。如果说过去的社会治理主要立足于政府行政的角度展开,着眼于政府部门和政府系统内部机构的增减与职能的调整,这场社会治理变革则是站在社会的角度,从整个公共部门系统出发,重新设计和推进实施的公共行政改革,是一场范围更为广泛、程度更为深刻、意义更为重大的现代社会治理革命^[9]。

而这场革命,就是风险社会时代的社会治理和公共行政改革。其理论经多年发展,至今形成了三种不同路径的分支和流派:一是风险文化治理理论,即重塑风险文化,科学引导公民日益增强的风险意识。二是风险制度治理理论,即重构风险制度,开放社会治理的专家决策系统,通过社会治理决策的民众广泛参与,应对因技术精英知识结构的过度专业而在“片面正确”地解决社会治理的系统性问题时所引发的新的风险。三是风险政治治理理论,即再造风险政治,解决社会治理的国家中心主义模式治理能力不足的问题。

实际上,上述理论分支只是着眼点不同,行动目标并无二致,毕竟,现代社会的风险主要潜藏于社会管理的失误、低效以及社会治理系统的坍塌和崩解之中,主要潜藏于有关科学技术和法律法规之思维理性与逻辑理念的坍塌和崩解之中,主要潜藏于针对危及社会每一个人之风险和灾难而形成的政治安全保障机制的坍塌和崩解之中^[10] P. 83-84)。所以,风险社会特征在当代的日益凸现,其实昭示的是国家中心治理能力的不足以及传统法律刚性治理模式的失败^[11]。因而西方各国现代社会治理体系和治理能力建设,虽侧重点和具体做法不同,但无不是上述三种理论分支的有机系统融合,并均围绕以下4条主线展开:④第一,治理主体的多元化。即政府掌舵、

① [美]亚瑟·西里辛格(A. M. Schlesinger):《旧秩序的危机:1919-1933》。转引自田宏杰博士后出站报告《全球化视野下的金融监管现代化研究》,中国人民大学2007年印行。

② 有关那个时代的社会治理图景,“人们老是说,我们的社会从摇篮到坟墓都受到了控制。这是真的,因为我们若大的生活领域都受到了行政法规的管理”。参见[美]伯纳德·施瓦茨《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第138页。

③ See Wood v. Duff Gordon 222 N. Y. 88. 转引自[美]本杰明·卡多佐《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第59页。

④ 参见田宏杰在第13届国家高级检察官论坛“认罪认罚从宽制度的理论与实践”(2017年6月13日-14日·成都,国家检察官学院与中国人民大学法学院主办,国家检察官学院四川分院协办)总结单元的主题发言。

公民自律、社会参与的政府、公民、社会三元治理主体架构的形成。第二,治理决策的民主化。即社会治理程序的开放化和社会治理决策的民主化的日益深化。第三,治理方式的柔性化。一部现代社会治理历史,从来都不是行政权和刑罚权等社会治理公权力削弱历史,而是一部公权力横向扩张和纵向减弱两个维度并行不悖的历史。横向扩张的是行政权和刑罚权等公权力行使的边界,纵向减弱的是行政权和刑罚权等公权力实施的手段,即从轻、从柔、从简,行政指导、行政契约的出现,即是典型的适例。第四,治理空间、治理目标的社会化。

随着风险社会治理实践和现代社会治理改革波澜壮阔的推进,行政法以及作为其保障的行政刑法,亦随之拉开了其在后现代社会的跃迁帷幕。如果说上世纪90年代,NGO非政府组织等社会公行政在行政法领域的崛起,是行政法面对社会治理第三条道路必须做出的回应,那么在刑事法领域,2003年社区矫正制度在中国的试行,2005年恢复性刑事司法理念在中国的引入,2007年前后刑事和解制度在中国的倡行,2009年量刑答辩程序在中国的全面推广,乃至现今正在大力建设完善的认罪认罚从宽制度,无不都是风险社会治理理论在行政法和刑事法领域逐波推进影响下的产物。

可见,正是经济基础决定上层建筑,上层建筑反作用于经济基础,行政法才从形式法治时代追求行政权的“有限”,经实质法治时代致力于行政权的“有效”,走到现今对“有限而有效”的行政的倡导。究其实,不过是作为社会治理第一道防线组成部分的行政法,对经济生活发展和社会治理变迁由自由资本主义阶段以自由放任主义为主,经管制资本主义阶段以国家干预主义为核心,到风险社会治理时代或金融资本主义阶段围绕治理主体多元化、治理程序民主化、治理手段柔性化、治理目标社会化的治理转型的同步回应和大力践行。而在刑事法领域,从古典罪刑法定主义致力于控制刑罚权保障人权的“机械司法”,经相对罪刑法定主义必须保卫社会的“能动司法”,到现今人权保障与社会保卫的并重、刑事立法的不断开疆拓土和刑事司法的日益开放民主、刑罚执行的渐进柔性社会化等,既是刑法对其致力于保障的行政法变迁的因应,又与行政法的变革相映成趣,在共同推进社会治理之法治变革的同时,孵化培育着行政刑法的茁壮成长。

所以,就经济、社会、法治之间的因果关系链而言,作为社会治理第一道防线组成部分的行政法变迁的决定性力量,社会经济生活的变迁是因,行政法的回应是果;而在法秩序统一视野下的法治之规范演进中,行政法的变迁是因,作为社会治理第二道防线也是社会正义最后一道防线的刑法的变化和行政刑法的出现与发展,其实是作为保障法的刑法因应行政法演变的产物。因而笔者坚定地以为,在历史渊源上,行政刑法不仅根植于刑法,而且发展于刑法。

(二) 教义分析: 部门法的规范结构与行政刑法的定位

受大学本科研习数学的影响,十年以前,笔者即在讲课中提出,如果用图形来表示法秩序统一视野下的法律体系和部门法的规范结构,则中国法语境下的法律体系应当是一个圆锥体,站在圆锥体锥尖的是宪法,所有部门法无不以宪法为母法而形成,如图1所示;而同一层级的部门法之间的规范结构,则如同两个同心圆,其中,外面的大圆是非刑事部门法的集合,每一具体前置法不过是组成大圆的一个个扇形;里面的小圆则是刑法,包括规制民事犯的民事刑法和规制行政犯的行政刑法的集合,如图2所示。

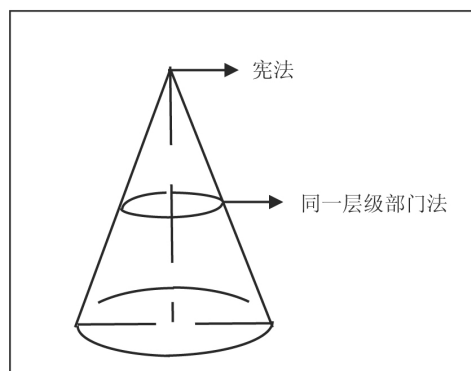


图1 中国语境下的法律体系

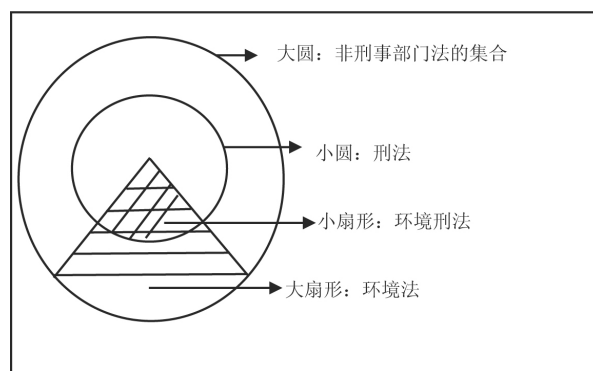


图2 同一层级部门法的规范结构

具体而言,在法律规范体系中,部门法由两道防线组成。第一道防线,即图2中的大圆,是民商法、行政法等非刑事部门法所组成的前置法的集合。而在规范结构上,每一前置法又均由调整性规则 and 第一保护性规则组成。其中,调整性规则由“假定”和“处理”组成,设定前置法上的权利和义务,形成前置法上的调整性法律关系或者说调整性法益;如调整性法律关系或调整性法益遭到破坏,则进入第一保护性规则即前置法中的法律责任条文进行保护性调整。如果前置法中的第一保护性规则的制裁力量不足以给予前置法上的调整性法律关系或调整性法益以有效保护,而该调整性法律关系或调整性法益又十分重要,则有启动第二保护性规则即社会正义最后一道防线的刑法调整的必要。因之,没有前置法中的调整性规则,不会有前置法中的第一保护性规则的存在,更不会有第二保护性规则的刑法的产生。在这个意义上,较之于前置法中的调整性规则,刑法是从属法;相对于前置法中的第一保护性规则,刑法是次生法。

但是,这并不意味着,刑法亦步亦趋地完全从属于前置法,全然没有自己的独立性。相反,刑法始终有其“独立之精神和自由之思想”。前置法所设立并给以第一保护性规则保护的法益,是否能够成为刑法法益,以及违反前置法中的调整性规则,并得适用前置法之保护性规则予以前置法法律责任追究的前置法上的违法行为,是否能够成为刑法上的犯罪行为,均须经由刑法的独立筛选和考量。只有确实有必要济之以刑事否定性评价,乃至至于动用刑事制裁手段,以补充前置法中的第一保护性规则力量之不足,并将被严重违法行为所破坏的重要的调整性法律关系恢复到犯罪行为发生前的状态,回复到前置法中的调整性规则正常规制的轨道之内,才有被刑法筛选为刑法法益和刑事犯罪行为的可能。由于刑事责任的追究秉持主客观相统一的原则,而行政责任的承担以过错责任原则为主、无过错责任或者严格责任原则为辅,因而刑法对于严重违法行为所确立的犯罪构成,不仅在客观行为类型上往往少于行政违法行为类型,而且即便是相同的行为样态,犯罪行为类型的主观罪过形式和内容,也一般有别于行政违法行为的构成。所以,刑法对于犯罪的规制,虽在质上从属于前置法之调整性规则的规制,但在量上却相对独立于前置法之保护性规则的调整。由此决定,刑法既非前置法的绝对从属法,又非完全独立于前置法的法律部门,而是相对独立于前置法的最终保障法,此即笔者对刑法在法秩序整体结构中进行教义学挖掘分析后,提炼出的“前置法定性与刑事法定量相统一”的刑法与其前置法在刑事犯罪的规制上的定性从属性与定量独立性关系,亦即包括民事犯与行政犯在内的所有刑事犯罪的确定机制^[5]。

所以,作为行政犯罪的罪刑规范,没有前置行政法,不会有行政刑法的产生,但是,前置行政法的存在,并不必然继之以相应的行政刑法保障。行政刑法虽以前置行政法为必要条件,但却并未以前置行政法为充分条件,无论刑法法益的考量还是行为犯罪类型的选取,行政刑法均有其独立的价值考量和使命追求。因此,较之于所保障的前置法,行政刑法既非完全从属,亦非绝对独立,而是以前置行政法为必要条件,但又相对独立于前置行政法而存在的刑法的有机组成部分,亦即刑法的相对独立性和行政法之力量救济性的融合。

三、行政犯罪的本质:立法边界与司法适用

现行刑法典10个刑法修正案对刑事犯罪圈的急剧扩张,引发了刑法学界的普遍担忧。除少数学者对此表示肯定外^{[12] [13]},多数学者质疑指出,犯罪圈的扩张既凸现了中国刑事立法情绪化、象征化的趋势,又有悖刑法的谦抑性品格,中国刑法不仅应当对此保持警醒,更应努力回归传统刑法观的正轨^{[14] [15] [16] [17]}。由于刑法修正案对犯罪圈的扩张主要集中于行政犯罪,因而学界争议和实务困惑也就自然聚焦于行政犯罪之犯罪圈的立法边界确定和司法适用解释。

其实,由前述行政刑法的历史演进及其在法律规范体系中的结构所决定,笔者以为,前置法定性与刑事法定量的统一考量,既为刑事立法确定行政犯罪的罪状即犯罪构成,进而划定行政犯罪之犯罪圈疆界提供了具有可操作性的法秩序统一的规范判断标准,又为刑事司法的法律适用提供了合乎刑法教义的解释规则。

(一) 行政犯罪的立法设立边界

由前置法定性与刑事法定量的刑事犯罪认定机制所决定,不具备前置法之违法性的行为,不可能具有刑事违法性。行政犯罪的危害本质和违法根源,在于其所致力于保障的行政前置法之调整性规则所确立的调整性行政法律关系或调整性行政法法益的侵害及对行政前置法之第一保护性规则即行政法律责任条文的违反。另一方面,刑事违法性的产生和具备,也即单纯的行政违法行为与行政犯罪行为的界分,关键还在于刑法自身的选择与两次刑事违法之量或者说犯罪量的确定。第一次犯罪量的刑法确定,是刑法从行政前置法之第一保护性规则

即行政法律责任条文所规制的行政违法行为中,根据其所侵害的调整性法律关系或调整性法益的性质及其应承担的行政制裁方式和程度,遴选出有必要予以刑法第二保护性力量之救济的严重行政违法行为类型,按照主客观相统一的刑法基本原理,经调整而形成行政犯罪的犯罪构成。违反行政前置法但却不符合行政刑法所规定的行政犯罪之犯罪构成的行为,仅是行政前置法单独规制的一般行政违法行为。只有既违反行政前置法又符合行政刑法所规定的行政犯罪之犯罪构成的行为,才需进行犯罪量的第二次审查筛选。而刑法对于犯罪量的第二次确定,则是通过追诉标准的设定来完成,即当行政违法行为被选择确立为行政犯罪的行为类型后,以刑法典总则第13条但书的规定,同时以“情节严重”、“情节恶劣”等作为刑法分则各罪之犯罪构成中的罪量限制规定,再辅之以司法解释等其他方式对分则各罪的具体罪量加以具体明确与权衡把握,以最终实现行政法所规制的单纯行政违法与行政刑法所规制的行政犯罪的区分。

可见,刑法的第一次定量,实乃刑法学界常说的刑事立法定性;而刑法的第二次定量,则主要通过刑事司法设立犯罪之追诉标准即定罪门槛来完成,亦即刑事司法定量。在此,有必要指出的是,中国刑法学界通说认为,中国刑法之犯罪确定采“立法定性又定量”模式,相较于德日等国采立法定性与司法定量相结合的路径,中国的“立法定量”模式无疑是“实质主义刑法观的产物”,虽然“具有实质合理性,符合刑法谦抑原则,但是欠缺形式合理性从而带来一系列问题。因此,放弃立法定量,实行司法定量,并构建轻罪处理机制,是理性选择。”^{[18][19]}而持保留论的学者则主张,当前我国所采取的“定性+定量”的入罪立法虽然有利也有弊,但总体看仍然是利大于弊。所以,当前仍应当坚持并进一步完善这种入罪模式^{[20][21][22]}。

不难看出,有关罪量立法规定的存废之争,表面上结论不同,但实际上奠基于共同的理论前提,即关于中国刑法犯罪确定之“立法定性又定量”共识。笔者以为,刑法学界的这一共识,实在是对中国刑法的规范结构和教义本质误会太深。事实上,中国刑事立法无论是刑法总则第13条但书“情节显著轻微危害不大”,还是分则对于非法经营罪等情节犯、诈骗犯等数额犯之成立所必需的“情节严重”、“数额较大”的规定,具体的定量标准从来就不是由刑事立法所明文确定,而是交由司法机关具体划定,或者通过最高司法机关的司法解释,或者通过各级司法机关的个案裁判中的法律适用解释确定。

所以,犯罪的确定即犯罪构成,在中国法秩序的统一和法规范的结构下,乃前置法定性与刑事法定量的统一;而在刑法语境下,则是刑事立法定性与刑事司法定量的统一。由此决定,无论是新罪的增设,还是旧罪的扩张,均须恪守前置法定性与刑事法定量的法秩序统一下的部门法规范结构和教义要求,坚持犯罪的双重违法标准。比如,有关“精日”言行犯罪化的问题。^①抛开“精日”言行是否应当入罪的争议不论,^②笔者以为,刑法上新罪的增设既须以前置法有相应的规制规定为前提,更须注重刑事保障法与行政前置法在实体规定上的合规衔接。故而对于前置法规定阙如的“精日”言行,如确有犯罪化的必要,应如醉驾入刑同时修订颁行《中华人民共和国道路交通安全法》和《中华人民共和国刑法修正案(八)》相应条文的做法一样,同时对前置的行政法与保障的刑事法进行修改完善,以在根本上践行“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”的罪刑法定原则和“前置法定性+刑事法定量”的刑事犯罪确定机制。

(二) 行政犯罪的司法适用规则

行政犯罪的司法适用解释,并非如有的学者所言“刑法解释是有弹性的,危害性越严重的行为,越应当被解释进刑法条文。日本学者认为,解释的实质的范围是与实质的正当性(处罚必要性)成正比,即越是值得处罚的行为,越有可能被解释为符合刑法规定的犯罪行为。”^[23]相反,刑法条文、术语的解释,必须坚守法秩序统一的规范要求和部门法之间的规范结构,既要遵循刑法自身的基本原则和基本原理,又要在刑法之外延伸至该刑法

① 2018年4月25日,中华人民共和国英雄烈士保护法(草案)提交第13届全国人大常委会第2次会议审议。草案提出,增加相应条款,打击“精日”分子。2018年4月27日,第13届全国人大常委会第2次会议全票表决通过了《中华人民共和国英雄烈士保护法》,明确规定英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉受法律保护,禁止歪曲、丑化、亵渎、否定英雄烈士的事迹和精神,宣扬、美化侵略战争和侵略行为,将依法惩处直至追究刑责。参见“致敬英烈!英烈保护法全票通过”,载新华网: http://www.xinhuanet.com/politics/2018-04/27c_1122754271.htm,最后访问日期:2018-04-26。

② 所谓“精日”,是指那些在精神上强烈推崇二战时期日本军国主义思想,进而在言语或举止上效仿二战时期日本军国主义战犯,更有甚者到了仇恨中华民族、以自己是中国人耻的地步的极端分子。对于“精日”言行的刑事规制,社会各界看法各执一端,此乃需要深入研究的课题,非本文研讨主题和篇幅所能涵盖,故容此不赘,当另文研究。

条文致力于保障的前置法所确立的前置法律关系或前置法法益本质、违法行为类型综合考量解释。否则,即有可能因在刑法内自说自话,而将不具有前置法上的不法性,甚至为前置法所保护的行为认定为犯罪^[24]。

正是基于此,笔者以为,被刑法学界冠之以经济犯罪口袋罪的非经营罪的适用解释,无论在理论界还是司法实务部门,一直存在严重的误读,尤其是对刑法典第225条第4款“其他严重扰乱市场秩序的非经营行为”的解释。按照前置法定性与刑事法定量相统一的刑法适用解释规则,非经营罪口袋罪其实有着明确的犯罪构成规定和清晰的犯罪认定边界。

具体地,从现行刑法典第225条的规定可知,其前置法是规制行政许可经营的经济行政法律、法规,而非规制著作权等知识产权的行政法律、法规。因而违反国家特许经营管理规定,侵犯国家对于特许经营的正常监管秩序,才是非经营罪的危害实质所在,也是区分非经营罪罪与非罪的主要标准之一。由此决定,非经营罪中的非经营行为,并非单纯违反工商行政管理法规的行为,而是因违反国家关于特许经营管理的有关经济行政法律、法规的规定,未经特许经营业务行政管理部门的批准,擅自经营特许经营业务的经营行为。如果行为人从事的经营行为系法律上的禁止经营业务,绝无成立非经营罪的可能。

由是观之,贩卖盗版光盘等禁止性经营活动,虽然违反了国家规定,但违反的并非刑法典第225条非经营罪条文所致力于保障的规制行政许可经营活动的行政前置法,既未侵害行政许可经营制度,亦不具有行政前置法上的行政违法性,更不具有以保障许可经营规制的相应行政前置法的实施为己任的刑法典第225条的刑事违法性,无论行为人是否有出版物的经营许可资质,都只可能构成侵犯著作权罪或者销售侵权复制品罪,而不可能成立非经营罪;只有当复制发行的非法出版物系侵权出版物、淫秽出版等禁止经营出版物以外的其他非法出版物时,才有成立非经营罪的可能。同样,对于刑法学界目前热议的网络刷单案^①,无论行为人是否取得开设网站的互联网业务经营资质,由于刷单炒信为我国反不正当竞争法等经济行政法所禁止,因而对于此类行为以非经营罪论处,笔者与陈兴良教授观点一致,认为有失妥当^[23]。

(三) 类型划分:纯正行政犯与不纯正行政犯的提出

对于行政犯罪,刑法虽然一般都会明示以“违反……规定”、“违反……法规”的明确要求,但既然所有犯罪都是具有双重违法性的行为,即前置法违法性和刑事法违法性的统一,因而笔者主张,只要以行政法为必要前置法的刑法条文,只要以行政违法性的具备作为刑事违法性不可或缺之前提的刑事犯罪,本质上都属于行政犯罪,具体就中国刑法而言,包括除刑法典分则第4章侵犯公民人身权利和民主权利罪、第5章侵犯财产罪以外的所有犯罪。

由于人类社会治理模式和治理道路的变迁,以及与之相伴的公法私法化和私法公法化趋势的加剧,刑法所致力于保障的前置法在形式上也丰富多样,有的以单一行政法或民商法作为前置法,有的则既以行政法,又以民商法为其保障的双重前置法。之所以如此,关键在于法益保护的部门法交叉。例如,知识产权既为民法予以私权保护,又有商标法、专利法等经济行政法进行经济行政秩序的规制与保护。因之,笔者将单纯以行政法作为前置法的行政刑法所规定的行政犯罪,称为纯正行政犯;将以行政法和民商法作为必备共同前置法的刑法所规定的行政犯罪,称为不纯正行政犯。^②其中,纯正行政犯的成立,仅以行政违法性的具备作为刑事违法性产生的前提;而不纯正行政犯的成立,则以民事违法性和行政违法性的同时兼具,作为刑事违法性产生的必要前提。前者如非经营罪,后者如侵犯知识产权罪、刑讯逼供罪等。决定不纯正不作为犯的性质的,则是其双重前置法中的主要前置法。

至于何者为主要前置法,何者为次要前置法,由罪刑法定原则所决定,自应交由刑事立法决定,具体体现为

① 2016年央视在其举办的3·15晚会上曝光了淘宝网经营者刷单内幕,2017年江苏南京、浙江杭州两地法院对刷单炒信行为判决以非经营罪论处,引发社会各界激烈争论。所谓刷单炒信,是指为了获取商品数量、服务评价、店铺信誉、市场排名等特殊利益,经营者与特定行为人联合进行虚假交易,以谋取市场竞争优势的行为。参见卢代富、林慰曾“网络刷单及其法律责任”,载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2017年第5期。

② 对于行政刑法在中国的研究状况,笔者曾与陈兴良先生有过一番长谈。先生谈及,其主张将刑法条文对行政前置法有明确规定和要求的行政犯,称为纯正的行政犯,如非经营罪的成立,要求必须“违反国家规定”;对于刑法未在条文中明确要求“违反国家规定”或者“违反有关规定”,即对前置法没有明确指明的行政犯,称为非纯正的行政犯。因而笔者对于行政犯罪所作的分类,虽称谓与先生相同,但在内涵还是实质上,均有根本区别。

该罪之行政刑法规范所隶属放置的刑典章节之中。由知识产权犯罪被刑事立法置于刑典分则第 3 章第 7 节不难看出,知识产权犯罪在中国,本质上是以竞争法作为主要前置法、以保护私权的民商法中的知识产权规范作为次要保护法经济犯罪,而非如美国刑法中的知识产权犯罪,是以物权法为主要前置法的财产犯罪。而刑讯逼供罪,由于立法规定于刑法分则第 4 章侵犯公民人身权利、民主权利罪之中,所以其本质上主要是以保护公民人身权的民法为主要前置法,以维护正常司法秩序的相应行政法作为次要前置法的人身犯罪。

四、行刑衔接的构建:程序设计与证据转化

行政犯罪之行为人因其行为行政与刑事违法性的双重具备而应负行政与刑事双重法律责任,此双重法律责任应当如何实现?有学者持“吸收主义”立场,力主以吸收为原则、以并处罚为例外,“重罚吸收轻罚”^{[24] [25] [26]}。我国台湾地区“行政处罚法”第 26 条即采此立场。另有学者认为,刑罚与行政处罚应合并适用,因为两者无论在功能还是形式与性质上均各有异。此为我国大陆当下的主流通说^{[27] [P. 86] [28] [29]}。不过,具体如何合并适用,学者们又各执一端。其中,支持声音愈益响亮的是根据程序适用的进路予以区别对待的合并说^{[30] [31] [P. 160-165]},在“先刑后罚”的一般情况下,行政机关应当按照类似的责任形式不得再适用、不同的责任形式可予再适用、免予刑罚可再予以行政制裁,对行为人进行行政责任的追究;而在“先罚后刑”的特殊情况下,审判机关则应采取类似的责任形式相折抵、不同的责任形式各自适用的立场,对行为人予以刑事责任的追究。还有学者主张,依据处罚法定和罪刑法定原则,行政处罚与刑罚的竞合适用应采折衷的综合主义:其一,对情节较轻尚不构成犯罪的行政违法行为,只予行政处罚;其二,对行政违法情节严重构成犯罪的行为,行政法明确规定应当依法追究刑事责任,但未同时要求予以行政处罚的,则仅由司法机关追究刑事责任,不再追究行政责任^{[32] [P. 276-278]}。其三,对行政违法情节严重构成犯罪的行为,行政法未明确规定只能由司法机关给予刑事处罚的,则行政处罚与刑罚应同时适用^[33]。

不难看出,上述观点表面结论各异,实则暗含相同的理论前提:一是在实体上,刑事为主。刑事责任是行政犯所应承担的主要法律责任,所以,或者刑事责任的实现吸收行政责任的追究,或者刑事责任的实现优先于行政责任的承担。二是在程序上,刑事先理,即在行政执法与刑事司法的衔接程序上,适用刑事诉讼程序追究刑事责任,原则上优先于适用行政程序追究行政责任。

笔者以为,不仅行政犯罪之刑事违法性的认定以行政违法性的具备为前提,而且刑事责任的追究和刑事制裁的确定,以对行政制裁力量不足之补充和行政管理秩序的有效恢复为根本前提。随着社会经济活动空间的不断拓展,行政监管的范围日益宽广庞杂,而行政活动的开展和行政违法行为的认定,又尤其要求较高的专业知识水准和公共政策把握能力。虽然“想把法官提升到一种纯粹理性领域,高于并超越那些令人不安和偏斜的力量之约束,我并不怀疑这种法官的理解是庄严伟大的。……但是,这从来也不过是部分的真实”^{[34] [P. 105-106]}。因而在专业分工精细的现代社会,笔者以为,社会治理的专业问题还是应首先交给专业的行政管理人员而非司法人员去解决。不仅如此,社会公众在要求行政机关提供更加积极有效的政府监管和全面良好的行政服务的同时,又对行政权的扩张抱持天然的恐惧和警惕,对行政权的行使要求进行更为有效的监督。而司法权的行使,不仅宣告了其他纠纷解决机制的终止和最终纠纷解决程序的开始,而且宣示了司法的权利救济本质。程序终极性和实体救济性的并行不悖,不仅使得司法成为解决纠纷、实现公正的最后一道防线,而且赋予司法活动及其裁判远较行政活动及其决定所不具有的法律权威,从而保证了司法对行政的有效控制和监督。因而司法的终极性不仅成为 1803 年马伯里诉麦迪逊案以后的美国宪政共识,并开启为英美法国家普遍仿效的美国司法审查模式,而且业已成为国际社会的普遍共识。联合国公民权利和政治权利国际公约第 14 条第 7 款明确规定“任何人已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或宣告无罪者,不得就同一罪名再予审判或惩罚。”

基于此,笔者以为,2009 年中华人民共和国行政处罚法第 28 条对于行政拘留期限折抵有期徒刑或者拘役刑期以及行政处罚折抵罚金的规定,^①不仅以行政处罚在先为适用前提,而且从 2009 年行政处罚法对于刑事制裁在先的行政犯罪案件如何进行行政处罚未予任何规定,以及 2012 年中华人民共和国刑事诉讼法第 52 条在对

^① 行政处罚法第 28 条“违法行为构成犯罪的,人民法院判处拘役或者有期徒刑时,行政机关已经给予当事人行政拘留的,应当依法折抵相应刑期。”“违法行为构成犯罪的,人民法院判处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵相应罚金。”

行政证据转化为刑事诉讼证据进行方向性规定的同时,^①对于刑事诉讼证据如何转化为行政证据,在整个法律体系中全然不作任何规定不难看出,赋予行政机关在行政犯罪案件移送程序中的主导地位及对行政违法事实的先行调查处置权,才是2009年行政处罚法的立法精神及其法规范教义所在。至于2009年行政处罚法第22条要求“违法行为构成犯罪的,行政机关必须将案件移送司法机关,依法追究刑事责任”的立法本意,其实只是为了防止行政机关对行政犯罪只罚不刑,而不是如多数学者所主张,为了刑事程序的优先适用,更不是要求刑事制裁取代行政处罚,重罚吸收轻罚。相反,2009年行政处罚法的上述规定只是进一步表明,对行政犯罪既须予以行政处罚又应进行刑事制裁,而刑事制裁方式的选取及其具体适用,则取决于在先适用的行政处罚所需的功能补充与力量救济程度。

所以,“刑事优先”的传统行刑衔接程序,不仅颠倒了作为社会治理第一道防线的行政权和作为社会正义最后一道防线的刑事司法权之间的关系,而且有违刑法的保障法地位及其制裁力量补充之功能发挥,使得行政犯罪之刑事违法性认定成了无源之水、无本之木。而基于对行政犯罪行政违法性与刑事违法性双重违法本质的坚守和刑事司法作为社会治理最后一道防线的使命定位,以及对于行政机关首次裁决权和司法裁决终极性的尊重,尤其是对行政权与司法权的国家权力配置及其制衡机制的捍卫,笔者主张,行政犯罪法律责任的实现,即行刑衔接程序的构建,在程序上应以“行政优先为原则,刑事先判为例外”,在实体上应以“并合实现”必要,即:由行政机关率先追究行政责任,再由刑事司法机关实现刑事责任;对于在先适用的行政责任形式与在后适用的刑事责任形式竞合,按照功能相同者予以折抵、功能不同者分别执行的原则处理。

当然,囿于行政犯罪的纷繁复杂和特定情境下的社会公共政策要求,“行政优先”只是行政犯罪法律责任追究所应秉持的一般原则,既不能予以绝对化,更不能将行政处理视为行政犯罪司法认定的必经前置程序。在行政犯罪的行政违法事实未能为行政机关及时发现,而由侦查机关率先刑事立案甚至刑事判决已经确定的特殊情形下,行政犯罪所应担负的行政责任,或者在刑事司法程序进行中、刑事责任确立前实现,或者在刑事责任确立后实现。前者的责任竞合,仍得适用“行政优先”的实体责任处理原则;后者的责任竞合,则采功能补充原则,即适用功能上有别于判决所确立的刑事责任形式的行政处分或者行政处罚方式。而在因行政处罚时效经过导致行政处罚权归于消灭等情形下,行政责任的实现只能采恢复型或者免除制裁型责任形式,与刑事责任的实现自不会发生形式上的冲突。

至于“行政优先”的行刑衔接之一般程序,笔者以为,可具体构建如下:首先,自行政立案之日起,行政机关即将刑事案件线索移送侦查机关,从而在行政处罚案件适用一般程序进行调查处理的同时,侦查机关同步展开刑事案件立案前的初查工作。其次,行政处罚决定作出当日,行政机关向侦查机关进行涉嫌行政犯罪案件的全案移送,并在法定期限内将行政处罚决定依法交付执行;侦查机关在收到行政机关移送后的3个工作日内决定是否予以刑事立案,并将立案处理决定送达移送案件的行政机关,同时向同级检察机关侦查监督部门备案;行政机关对于侦查机关不立案决定不服的,可以申请同级检察机关侦查监督部门进行立案监督。

在此,还需注意的是,囿于正当法律程序尤其是非法证据排除规则的要求,行政证据与刑事证据的收集主体、程序和方法各不相同:行政证据由行政机关依法定行政程序收集、调取,而刑事证据则必须由人民法院、人民检察院、公安机关依法定刑事诉讼程序收集、调取;行政证据只有经过刑事证据法定收集主体依照法定刑事程序转化,方能具有刑事证据的证据能力进而成为刑事诉讼证据。否则,行政证据在刑事诉讼中只能作为刑事案件的证据资料或者证据线索使用,既不生刑事诉讼证据的法律效力,更不能作为刑事案件事实认定和法律适用的定案依据。由于不同类型的证据不仅表现形式有别而且收集程序不一,而适用不同收集程序取得的证据材料的证据能力和法律效力更是迥然相异,因而行政证据转化为刑事证据,必须区别不同的证据类型,分别采取不同方式进行:第一,对于行政实物证据,按直接调取规则转化,重点审查行政执法证据的形式合法性。第二,对于行政言词证据,按重新收集规则转化,至于行政相对人或者证人在行政程序中出具的亲笔证词或者自述材料,按书证对待,适用前述行政实物证据转化规则处理。第三,对于行政鉴定意见,按授权委托规则转化,以行政鉴定意见

^① 刑事诉讼法第52条第2款“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。”

的出具主体是否具备司法鉴定资质予以区别对待。

五、余论：行政刑法与刑法教义学结合的展开

锦绣年华的中国刑法学研究如何不断优于过去的自己,乃至发现、定义、引领刑法学国际前沿?这是几代中国刑法学人的梦想,更是现今中国刑法学界的追求。“科学和知识的增长永远始于问题,终于问题——愈来愈深化的问题,愈来愈能启发新问题的问题。”^[35] (P. 320) 笔者以为,撬动中国刑法学理论创新和司法改革,也是决定世界刑法学发展未来旷野探索的杠杆支点,关键在行政刑法研究,而其研究工具则主要来自刑法教义学。

首先,近代刑法理论体系主要以自然犯为对象而建构,因而现代刑法理论面临的挑战,不是来自自然犯,而是来自行政犯。白建军教授认为,法定犯是自然犯的衍生形式,所以,“过多强调法定犯不同于自然犯的特殊性,很可能给犯罪圈扩张中的某些非理性留下藏身之地”^①。

早在 2010 年,笔者即提出,前置法定性与刑事法定量相统一,是包括自然犯和法定犯在内的所有刑事犯罪的认定机制^[5]。在这个意义上,白建军教授不主张过多强调法定犯不同于自然犯的特殊性的呼吁,笔者深以为然。但是,由法定犯与自然犯的前置法分别是或主要是行政法与民商法所决定,行政刑法所保护的前置法法益和行政犯所违反的前置法实质,仍与规制自然犯的传统刑法所保护的前置法法益和自然犯所违反的前置法实质有别。所以,笔者以为,行政犯并非民事犯的衍生形式,而是与民事犯共享主客观相统一的刑法基本原则和“前置法定性与刑事法定量相统一”、“刑事立法定性与刑事司法法定量相统一”的刑法规范教义的刑事犯罪。

中国古人云,名不正则言不顺,言不顺则事不成,所以,笔者主张,以“行政犯”取代传统的“法定犯”之谓,以“民事犯”取代传统的“自然犯”之名,在实现刑事法称谓名正言顺“浓缩的都是精华”的同时,以更为准确地揭示“民事犯”和“行政犯”等刑事犯罪的共性及其特质,提示刑事立法的制定、刑事司法的运行乃至刑事法学理论研究的开展,非但不能仅仅局限于小刑法的视野之中,而且应当超越刑事一体化的樊篱,秉持法律一体化的胸怀和法经济学的理念,在整个法律体系之内,在经济与法律、法律与社会的相互关系中进行刑事政策的选择和刑事法律的制度设计及其实务运行^[36]。所以,如何妥善安置行政犯,实现传统刑法理论与行政犯的规范本质、构成特征的和谐共处,应当成为现代刑法理论体系发展与知识转型的主战场。

其次,新中国刑法典即现行刑法典 1997 年 3 月 14 日颁布后出台的 10 个刑法修正案,无论是新罪的增设,还是原有犯罪的调整,90% 以上围绕着行政犯罪展开。实践中广受关注的疑难案件中,除于欢防卫案等少数案件外,理论争议和实务困惑也多集中于行政犯罪领域,从资本市场的汪建中抢帽子交易案,到食药安全领域的陆勇销售假药案,以及近年来公众广泛热议的“快播案”、“汽枪大妈案”等,乃至今天因中兴芯片争端而引发的中美贸易大战中的刑事问题,概莫能外。至于刑事司法改革的重大课题,无论是行政执法与刑事司法的衔接还是公益诉讼的方兴未艾,以及认罪认罚从宽制度建设,抑或社区矫正、刑罚执行变更等刑罚执行改革和围绕其所展开的驻监所检察改革等机构改革,贯穿其中的主线仍是行政犯罪及其相关延伸领域。

而前置法定性与刑事法定量并重的行政刑法属性分析、行政犯罪本质确立以及行刑衔接的程序构建及其证据转化的规则提炼,并非笔者的标新立异,其实只是在法秩序统一的视域下,在部门法规范的结构及其相关关系中,回归刑法保障法的规范定位和规范功能,坚守前置法与刑事法之法条教义的理论必然。因为“法教义学”作为一种思考模式,以尊重现行实在法的权威为基础,以法学方法论为工具,以

^① 经对自然犯与法定犯两组样本进行比较研究和实证检验,白建军教授得出结论:“作为原始的犯罪形态,自然犯为适应新的复杂社会关系而发展出许多新的形式。这些新型犯罪在外观上似乎脱离或部分脱离了原始的暴力、偷窃或欺骗犯罪,但究其本质,仍然无法完全隔断与其原始形态的内在联系。法定犯就是这一适应、蜕变、自我复制和不断发展的衍生产物。”参见白建军:“法定犯正当性研究——从自然犯与法定犯比较的角度展开”,载《政治与法律》2018 年第 6 期。

解决法律实务问题为己任,最终维系并不断重构一个统一的法律秩序。“这样一种法学正是广大法律人安身立命的法学,它在很大程度上保持了与哲学、政治学、历史学等学科的距离,凸显了法学的特殊性,捍卫了法学的独立性。”^①所以,笔者不揣浅陋地大胆预言,以刑法教义学为研究工具,以行政刑法为研究对象的刑法研究的展开,必将成为未来刑法学研究旷野探索前行的方向。

参考文献:

- [1] 卢建平“论行政刑法的性质”,载《浙江大学学报》1993年第3期。
- [2] 张明楷“行政刑法辨析”,载《中国社会科学》1995年第3期。
- [3] 刘艳红、周佑勇《行政刑法的一般理论》,北京大学出版社2008年版。
- [4] 田宏杰“行政犯罪的归责程序及其证据转化——兼及行刑衔接的程序设计”,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2014年第2期。
- [5] 田宏杰“行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构”,载《法学家》2013年第3期。
- [6] 李晓明《行政刑法新论》,法律出版社2014年版。
- [7] 贝卡里亚《犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版。
- [8] [法]米歇尔·福柯《必须保卫社会》,钱翰译,上海人民出版社2010年版。
- [9] 田宏杰、郑志“激励还是控权:中国金融监管现代化的机能”,载《国家行政学院学报》2009年第3期。
- [10] 薛晓源、周战超主编《全球化与风险社会》,社会科学文献出版社2005年版。
- [11] 田宏杰“风险社会的刑法立场”,载《法商研究》2011年第4期。
- [12] 张明楷“网络时代的刑法理念——以刑法谦抑性为中心”,载《人民检察》2014年第9期。
- [13] 周光权“积极刑法立法观在中国的确立”,载《法学研究》2016年第4期。
- [14] 刘宪权“刑事立法应力戒情绪——以《刑法修正案(九)》为视角”,载《法学评论》2016年第1期。
- [15] 邵博文“晚近我国刑事立法趋向评析——由《刑法修正案(九)》展开”,载《法制与社会发展》2016年第5期。
- [16] 刘艳红“象征性立法对刑法功能的损害——二十年来中国刑事立法总评”,载《政治与法律》2017年第3期。
- [17] 时延安“刑法调整违反经济规制行为的边界”,载《中国人民大学学报》2017年第1期。
- [18] 李居全“也论我国刑法中犯罪概念的定量因素——与储槐植教授和汪永乐博士商榷”,载《法律科学》2001年第1期。
- [19] 沈海平“犯罪定量模式检讨”,载《法学家》2015年第1期。
- [20] 储槐植、汪永乐“再论我国刑法中犯罪概念的定量因素”,载《法学研究》2000年第2期。
- [21] 张明楷“论刑法的谦抑性”,载《法商研究》1995年第4期。
- [22] 梁根林“刑事法典:扩张与限缩”,法律出版社2005年版。
- [23] 高艳东“信息时代非法经营罪的重生——组织网购刷单案评析”,载《中国法律评论》2018年第2期。
- [24] 沂安“涉嫌犯罪的安全生产违法案件在什么情况下不应给予行政处罚”,载《安全与健康》2009年第1期(上)。
- [25] 曹福来“论税务行政处罚与刑事处罚的衔接”,载《江西社会科学》2006年第8期。
- [26] 崔文俊“论刑罚与行政处罚竞合时的适用”,载《齐齐哈尔大学学报(哲学社会科学版)》2007年第5期。
- [27] 应松年《当代中国行政法》(上册),中国方正出版社2005年版。
- [28] 张道许“行政处罚与刑罚竞合时适用问题研究”,载《铁道警官高等专科学校学报》2005年第3期。
- [29] 孙卫“税收行政罚款与刑事处罚的竞合适用”,载《税收征纳》2007年第2期。
- [30] 张道许“行政处罚与刑罚竞合时适用问题研究”,载《铁道警官高等专科学校学报》2005年第3期。
- [31] 刘艳红、周佑勇著《行政刑法的一般理论》,北京大学出版社2008年版。
- [32] 姜明安《行政法学与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版。
- [33] 成华“检验检疫行政处罚与刑事处罚竞合”,载《中国检验检疫》2008年第2期。
- [34] [美]本杰明·卡多佐《司法过程的性质》,苏力译,

^① 参见周升乾博士学位论文“法教义学研究——一个历史与方法的视角”,中国政法大学2011年3月印行。

商务印书馆 1998 年版。

[35] [英]波普尔《猜想与反驳: 科学知识的增长》,傅季重等译,上海译文出版社 2015 年版。

[36] 田宏杰“行政犯罪的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构”,载《法学家》2013 年第 3 期。

The Knowledge Transformation and the Persistence of Norm: Several Basic Problems of Administrative Criminal Law

Tian Hongjie

Abstract: In the history of evolution administrative criminal law is a response to the development of administrative law, while the development of administrative law is a response to the social economic changes. As a result administrative criminal law not only roots in but also develops from criminal law. In the view of legal dogma and the normative structure of department laws, administrative criminal law is a combination of the relative independence of criminal law and complementarity to administrative law. It is an organic part of criminal law, which both lays on the foundation of protected law department and is independent from the protected law department. Thus, the combination of criminal character determined by protected law department and the quantitative criteria for imposing penalty determined by criminal law and the unity of criminal character determined in legislative level and the quantitative criteria determined in judicial level are the dogmatic requirement of unified legal order principle which determines the nature of administrative crimes including typical administrative crimes and non-typical administrative crimes, the rule we must follow when establishing boundary of criminalization legislation and interpreting law in judicial practice and the normative foundation of the administrative-criminal connection procedure and evidence transformation which follows “administrative procedure taking priority as principle and criminal procedure taking priority as exception”. The combination between administrative criminal law and dogmatic criminal law will be the developing direction of the criminal law research in the future.

KeyWords: Administrative Criminal Law; Administrative Crime; Connection Between Administrative Procedure and Criminal Procedure; Dogmatic Criminal Law; Science of Legal History

(责任编辑 于贺清)