

行刑双向衔接的实体法基础及其程序展开

成 协 中*

摘 要:既有行刑衔接以程序为中心进行的建构,忽略了程序所应具有的服务于实现实体合法性的功能,可能导致刑事绝对优先,破坏行政执法与刑事司法的二元独立价值。行刑衔接机制应当根据行刑实体法关系构建。从《中华人民共和国宪法》第 28 条和基本权利规范出发,行政处罚与刑罚的“质量区分说”具有妥当性,需要以此为基础澄清其他实体问题。在判断是否需要衔接时,首先要区分违法行为侵害的法益,根据法益保护任务主要交由行政执法还是刑事司法,进而决定刑事司法介入时机和行政判断拘束力大小。其次,根据法益类型决定违法性是一元还是多元,进而决定是否需要经过咨询协商程序。最后,根据法益类型和处罚目的判断是否需要并处,进而决定证据移送制度的构建方向。

关键词:行刑衔接 双向衔接 质量区分说 法益保护

一、问题的提出

随着现代社会复杂性的增加,个体法益与集体法益交织混杂的情形日益增多。法定犯和抽象危险犯的大量增加,使得刑法在维护超个体法益方面承担日益艰巨的任务,刑罚与行政处罚的交叉由此成为现代社会难以回避的法治现实。在我国,自清末以来就已建立行政处罚与刑罚二元分立的惩戒体制;中华人民共和国成立后,行政处罚法与刑法也各自独立,并行发展。二元惩戒体制的并存,使得在不少行政管理领域对部分违法行为既给予行政处罚,也可能追究刑事责任;而如何区分行政处罚与刑事责任,理论和规范上并无清晰的界限,由此导致法律适用的困境。

现行立法对于行刑衔接的关注,主要停留于程序衔接。1996 年《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)第 7 条第 2 款、第 28 条未对行刑衔接作出直接规定,仅规定“不得

* 中国政法大学法学院教授
基金项目:国家社会科学基金资助项目(22BFX036)

以行政处罚代替刑事处罚”和行政处罚先行时同类处罚的折抵问题。2001年国务院制定的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》，首次以行政法规形式明确规范行政执法机关向司法机关移送涉嫌犯罪案件的程序和要求，标志着我国行刑衔接制度的正式确立。此后，中央办公厅、国务院办公厅、最高人民法院、公安部等都先后出台相关文件，推动了行刑衔接程序的进一步完善。2021年修改的《行政处罚法》第27条增加规定了行刑反向衔接制度。

目前关于行刑衔接的学理研究，侧重点在于完善程序衔接。^①对行刑衔接实体法问题的关注，重点围绕行政法与刑法的一般关系、刑法的行政规定性、行政行为的跨程序拘束力等问题展开。^②这些研究对于挖掘行刑衔接背后的实体法根源，厘清特定领域行政处罚与刑罚之间的关系，健全行刑衔接的程序构造，具有重要意义。但是，行刑衔接背后的行政处罚与刑罚之间的关系，不能仅从行政法与刑法的一般关系中获得准确理解，还需要渗透到具体行政管理领域，反思行政处罚与刑罚的差异化制度功能，在此基础上建构差异化的行刑衔接模式。

行刑衔接的程序主义路径，因欠缺对行政处罚与刑罚之间实体关系的理解，在实践中面临诸多困境。鉴此，本文将在对行刑衔接程序主义进行反思的基础上，梳理我国立法上关于行政处罚与刑罚的不同类型，通过诉诸宪法规范和比较法理，提出以保护法益为基准的行刑衔接模式。

二、行刑衔接的程序主义进路及其不足

行刑衔接的既有进路以程序为中心，忽略了程序所应具有的服务于实体合法性的功能。因此，只有在厘清实体问题的基础上构建程序衔接机制，才能真正化解行刑衔接面临的难题。

（一）行刑衔接中的程序主义进路

首先，《行政处罚法》的相关条款确立了行刑衔接的基本程序立场。既有行刑衔接机制以《行政处罚法》第8、27、35、57、82条为核心。其中，第57条规定移送司法机关情形下的处罚决定类型，第82条则规定行刑衔接的监督机制，真正直接规定行刑关系的是第8、27、35条。具体来讲，第8条规定于总则中，属于行刑衔接的一般性规定，主要指向正向衔接，即明确“不得以行政处罚代替刑事处罚”的原则，此本质上可以视作积极的罪刑法定原则的具体化。^③第27条则是第8条规定的程序实现机制，并基于处罚法定原则进行扩展。一方面，该条规定“违法行为涉嫌犯罪的，行政机关应当及时将案件移送司法机关”，这即是不得以行政处罚代替刑罚的程序要求。另一方面，“对依法不需要追究刑事责任或者免于刑事处罚，但应当给予行政处罚的，司法机关应当及时将案件移送有关行政机关”，这应视作积极处罚法定原则的要求。第35条则构成第27条规定的例外，即在未及时移送时行政处罚程序先于刑事诉讼程序，进而导致行政处罚与刑罚的折抵。

^① 参见杨寅：《论我国食品安全领域的行刑衔接制度》，《法学评论》2021年第3期；周佑勇：《行政执法与刑事司法的双向衔接研究——以食品安全案件移送为视角》，《中国刑事法杂志》2022年第4期；武晓雯：《行刑衔接机制的基本问题》，《中外法学》2023年第3期。

^② 参见田宏杰：《知识转型与教义坚守：行政刑法几个基本问题研究》，《政法论坛》2018年第6期；赵宏：《行刑交叉案件的实体法问题》，《国家检察官学院学报》2021年第4期；金成波：《行刑反向衔接的制度构造》，《北京大学学报》（哲学社会科学版）2025年第1期。

^③ 参见张明楷：《刑法学》（第六版），法律出版社2021年版，第58页。

其次,《行政处罚法》前述条款体现的衔接机制以双向移送机制为核心,具有典型的程序主义特征。在正向移送中,若在行政处罚过程中发现涉嫌犯罪的,则应当由处罚机关向司法机关移送,包括处罚前的移送与处罚后的移送。双向移送中的正向移送机制,是行刑衔接中的核心内容。反向移送机制是指将案件从刑事司法机关逆向移送行政执法机关进行处理的过程。反向移送机制肇始于2011年《中共中央办公厅、国务院办公厅转发国务院法制办等部门〈关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见〉的通知》,并为《刑事诉讼法》第177条第3款、《行政处罚法》第27条第1款后段吸收。在反向移送中,司法机关对于“依法不需要追究刑事责任或者免于刑事处罚,但应当给予行政处罚”的案件,应移送有关行政机关。“涉嫌犯罪的”“应当给予行政处罚的”这两项移送条件,并未明确移送的具体标准,显然不足以为正向移送和反向移送提供确切指引,而是主要体现程序操作方面的价值。

最后,通过其他规范性文件建立的非正式衔接机制,也具有鲜明的程序主义属性。行刑衔接机制除了正式移送机制之外,还存在咨询、协商等非正式的协作机制。例如,《药品行政执法与刑事司法衔接工作办法》即规定了联席会议、案件咨询、联合督办等非正式制度。

(二)程序主义进路对实体价值的忽视及后果

既有的衔接进路由于忽视了行刑的实体关系,似乎只要行政机关与司法机关在涉及彼此职权的事项上实现正向移送和反向移送,就能够作出妥当的实体决定。这种做法可能导致刑事绝对优先,从而破坏行政执法与刑事司法的宪法机能。(1)刑事绝对优先有违刑事法后置法属性和谦抑性特征。根据刑法补充性的原理,如果对某种不法行为采取行政措施便足以保护法益,那么就不应当将这种行为当作犯罪处理。“刑法的补充性原理,是处理行政违法行为与犯罪行为关系的重要指导原理。”^①(2)刑事绝对优先容易导致行政机关的专业判断阙如,使得单纯的行政违法行为不当上升为刑事违法行为。例如,有学者指出,刑事司法机关提前介入存在规避行政诉讼或国家赔偿责任,实现部门利益或个人利益的动机;^②也有学者指出:“在刑事优先移送规则支配下,反向衔接本来就缺乏外在动能,加上区分标准不清,势必会造成行刑反向衔接环节大量案件的‘堵塞’。”^③(3)刑事的绝对优先容易弱化行政处罚的规制功能,加剧监管部门的懈怠。尽管行政执法与刑事司法都是针对私人的不法行为实施惩戒,具有制裁性的特点,但不同于刑法以报应为主预防为辅,行政处罚的实施以公共利益的实现和维护为首要目标,具有更强的规制功能。刑事的绝对优先,难以有效发挥行政处罚的规制功能。并且,“优先移送刑事原则虽然克服了‘以罚代刑’的问题,却又引发了新的问题,即行政机关一移了事,放弃履行监管职责或者调查职责”。^④(4)由于刑事强制行为不属于行政诉讼受案范围,因此刑事程序绝对优先也容易使刑事程序成为规避行政责任的方式。

(三)行刑衔接的主要实体法问题

既然行刑衔接机制的构建要以实体关系为基础,服务于实体结果的妥当性,那么行刑实体关系具体包含哪些实体法问题,这些实体法问题之间又以何种结构出现,就成为行刑衔接程序建构

^① 张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,《中国法学》2017年第4期。

^② 参见张泽涛:《行政违法行为被犯罪化处理的程序控制》,《中国法学》2018年第5期。

^③ 刘艺:《检察机关在行刑反向衔接监督机制中的作用与职责》,《国家检察官学院学报》2024年第2期。

^④ 刘艺:《建构行刑衔接中的行政检察监督机制》,《当代法学》2024年第1期。

的基础。从内容上看,行刑衔接的实体法问题主要包括如下几个方面。

首先,关于行政处罚与刑罚的关系。二者的关系构成讨论行刑关系的前提和基础。就行政处罚与刑罚的区分,学界主要存在三种学说:“质的区别说”,即认为二者存在本质差异;“量的区别说”,即认为二者不存在本质上的区别而仅有危害程度上的不同;以及处于二者之间的“质量混合说”。区分二者的本质,旨在将不同的惩罚权配置给不同的国家机关,这种区分应当从宪法秩序中推导出来,不过由于宪法规范往往不直接涉及二者的区分,因此多数情况下需诉诸法哲学的思考。区分行政处罚与刑罚,一方面具有立法批判机能,亦即约束立法者扩张刑事处罚圈的行为;另一方面也具有划定刑法扩张解释边界的机能,亦即在对刑法规范进行扩张解释之时,也需要恪守行政处罚与刑罚的边界,防止实体上的“以刑代罚”。

其次,关于行政违法性与刑事违法性的关系。这主要涉及行政违法性的认定对刑事违法性的认定是否具有拘束力的问题。在阶层式犯罪论中,学者针对其中的违法性阶层往往会就一元违法性还是相对违法性展开讨论。^①此争论的核心是刑法与其他部门法就合法与否的判断是否一致,其理论基础是法秩序统一原理的存否与边界。就违法性阶层的讨论,本质是站在刑事司法的立场上,决定其他法域的违法性判断是否以及如何对刑事违法性判断产生影响。值得注意的是,就违法性一元或多元的讨论多集中在民事违法性和刑事违法性上,而对行政违法性的讨论相对较少,两种情形下的讨论须作区分处理。

最后,是责任竞合的处理。一个行为若同时构成应受行政处罚的行为和犯罪,则此时面临的问题本质上是竞合犯的处断,是并处还是择一重处罚,抑或是择一重从重处罚,其法理基础是禁止重复评价原则和比例原则的应用。

总体来看,行刑程序衔接机制的完善需要建立在对上述问题进行厘清的基础上。第一,行刑关系实现类型化后,当案件事实属于行政处罚的固有领域时,刑事司法机关不得介入。第二,当案件事实属于刑罚的固有领域时,行政机关应当立即移送刑事司法机关,且不应继续就移送事项作出行政处罚。第三,若在案件所属领域中行政处罚和刑罚仅具有量的区分,则须根据特定情形下违法性是否统一来判断刑事司法机关是否需要特定行政认定作出后再行介入。而这三个实体问题均非仅从特定部门法的教义学出发就能找到正确的答案,而需要诉诸宪法与法理中关于行政执法与刑事司法配置的规范予以分析。

三、诉诸宪法规范的行刑实体关系

行刑实体关系涉及行政处罚与刑罚的宪法配置,需要回溯至宪法规范展开分析。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)就犯罪的规定主要体现为第28条,厘清犯罪与行政处罚的边界需要将其与基本权利规范相连接,说明宪法将何种情形下的违反基本权利保护义务与公共利益实现的义务课予刑罚,何种情形下则将其课予行政处罚。

(一)现行法秩序下行政处罚与刑罚法律责任的类型化

处理行刑实体衔接的前提在于:对于部分违法行为,我国业已建立行政处罚与刑罚二元惩戒体制和实体法规定的双重法律责任。“行政处罚和刑罚实体衔接部分中,所要讨论的核心问题

^① 参见张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第148~149页。

是:面对一个违反行政法义务的行为所产生的社会危害性,应基于何种判断标准在行政处罚与刑罚之间划出一个具有可操作性的界线。”^①这一界限的划定,首先需要追溯至实体法的规定。经过初步梳理,我国现行实体法对于行政处罚与刑罚的责任划分,主要包括如下几种典型情形。

1. 行政处罚针对一般违法情形,刑罚针对加重情形

这是实体法上最为常见的一种责任分配形态,即针对某类违法行为,出现一般违法情形时由行政机关依法给予行政处罚,而出现情节恶劣、危害后果等加重情形时则依法追究刑事责任。在大量单行法的“法律责任”部分,现有的立法规定一般会分“两步走”:对于违法行为,先规定行政处罚措施;然后对构成犯罪的,规定“依法追究刑事责任”。立法如此规定大致有以下两方面理由:一是为实现对社会和经济“最适管理”之目的,对于违反经济秩序的行为进行管理,宜以行政处罚优先;二是基于比例原则、刑法谦抑及最后手段的理念,如果行政处罚足以达成管理之目的,那么就不应直接适用刑罚规范。^②以寻衅滋事行为的处罚为例,《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)第26条和《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第293条对此类违法行为都予以规范,差别在于后者的行为构成要件上,普遍增加了“情节恶劣”“情节严重”“造成公共场所秩序严重混乱”等情节加重或结果加重情形。

2. 行政处罚与刑罚针对同类违法行为的构成要件基本相同

除了针对加重情形追究刑事责任外,实践中还大量存在构成要件中无结果加重的情形。例如,针对串通投标行为,《中华人民共和国招标投标法》第53条、《中华人民共和国政府采购法》第77条和《刑法》第223条都规定了相应法律责任。其中前两者针对投标人相互串通和投标人与招标人串通规定了相同的法律责任,并根据情节设置了梯次化的法律责任。而《刑法》第223条对于串通投标罪,区分了投标人之间相互串通和投标人与招标人之间相互串通这两类情形:针对前者,在构成要件上要求“情节严重”;而针对后者,仅概括性要求“损害国家、集体、公民的合法权益”,并无与前款相同的“情节严重”要求。由此,从规范上看,针对投标人与招标人相互串通的违法行为,在给予行政处罚还是刑罚的问题上,就会出现明显的规范竞合。

3. 违法行为相同或基本相同导致定性标准模糊

对于某些类型的违法行为,行政管理法和刑法都设定了相应法律责任,但违法行为构成要件相同或基本相同,导致实践中究竟是给予行政处罚还是刑事制裁,容易产生分歧。例如,对于实践中争议较多的制作、传播淫秽物品的行为,《治安管理处罚法》第68条和《刑法》第363条规定的构成要件基本相同。虽然《刑法》第363条明确了“以牟利为目的”这一限制条件,但是实践中私人从事此项违法行为,显然不会是基于公益,必然会有牟利的目的。对于此类违法行为如何处理,至少从法规范上来看并无实质性差异,由此可能造成法律适用的冲突。

总体而言,从实定法上的具体区分来看,情节、后果、条件、数量等量的要素仍然是区分行政违法行为与犯罪行为的关键。从理论和经验层面来看,行政处罚与刑罚的区别主要在于社会危害性的大小。社会危害性一般可以从违法行为实施主体(如国家工作人员、首要分子等)、违法目

^① 章剑生:《违反行政法义务的责任:在行政处罚与刑罚之间——基于〈行政处罚法〉第7条第2款之规定而展开的分析》,《行政法学研究》2011年第2期。

^② 参见张红:《让行政的归行政,司法的归司法——行政处罚与刑罚处罚的立法衔接》,《华东政法大学学报》2020年第4期。

的(如以牟利为目的)、实施方式(如以暴力、持械等方式)、实施对象(如妇女、儿童等)、实施次数(如初次或多次)、涉案金额等进行判断。对情节轻微或一般违法行为,由行政机关依法给予行政处罚;而对情节严重或特别严重,造成严重或恶劣危害后果的,由司法机关依法给予刑事制裁。但是,由于一方面立法层面依然存在不少行政违法和犯罪的构成要件相同或基本相同的情形,另一方面社会危害性的判断本身主观属性较强,并且容易受到公共舆论影响,此时如何准确适用法律并避免执法随意性,就易引发争议。为此,从理论层面厘清行政处罚与刑罚的逻辑关系,成为指引立法和法律实施的迫切需要。

(二)关于行政处罚与刑罚关系的学说演变

关于行政处罚与刑罚关系的学理讨论,首先可以追溯至德国法上关于行政罚与刑罚的相关学说。需要指出的是,德国法上并不存在与我国的“行政处罚”概念直接对应的概念,较为接近的是“行政罚”。行政罚主要是对违反行政义务的不法行为所科处的法律制裁,本质上属于一种确保行政义务履行的强制手段。这类处罚之所以被称为行政罚,是因为被处罚的对象在性质上属于违反行政义务(而非违法)的不法行为。^①而我国的行政处罚并不局限于对行政义务的违反,也包含大量侵害私人人身权、财产权但尚未构成犯罪的行为。

在德国法上,关于行政罚与刑罚的关系,有“质的区别说”“量的区别说”和“质量区别说”三种主要观点。最早出现的观点是“质的区别说”,即认为行政罚与刑罚具有本质区别。例如,德国行政刑法理论的创始者郭施密特主张刑罚与行政罚之间存在本质区分,认为刑事不法是对其他意志主体的法益的侵害,而行政罚则是对公共福祉的侵害,仅是一种行政不服从。^②持“量的区别说”的学者则认为行政罚和刑罚本质并无区分。^③德国学者海因茨·马特斯认为基于福利的行政秩序与基于正义的法秩序之间的对立可能并不存在,在社会国下社会义务得到宪法认可,但个人在本质上是属于社会的,无法通过区分对个人法益的侵害还是对公共福祉的侵害来区分刑事不法与行政不法。“质量区别说”或称“质量混合区别说”则认为刑罚与行政罚均有其核心领域,二者在其核心领域存在本质区别,刑罚本质上是对违反伦理价值的行为进行处罚,而行政罚针对的是技术性的选择不服从。^④在刑罚与行政罚的交叉地带,二者仅具有量的区别。^⑤该说不仅为德国联邦宪法法院的裁判所采纳,也是德国学理上的主流观点。

在我国,学者们早在清末民国时期即已就刑罚与行政处罚的关系、行政处罚的正当性展开讨论,并产生了“质的区别说”与“量的区别说”两种观点。^⑥当代刑法学者的争议侧重于“质的区别说”和“质量混合说”,而行政法学者多主张“量的区别说”。例如,有刑法学者认同行政处罚与刑

^① 参见王明喆:《行政处罚与行政罚的关系之解》,《法学家》2024年第2期。

^② 参见王莹:《论行政不法与刑事不法的分野及对我国行政处罚法与刑事立法界限混淆的反思》,《河北法学》2008年第10期。

^③ 参见李晴:《德国秩序罚的定位沿革与启示》,载宋晓主编:《中德法学论坛》(第18辑·下卷),南京大学出版社2021年版,第252~253页。

^④ 参见陈兴良:《论行政处罚与刑罚处罚的关系》,《中国法学》1992年第4期。

^⑤ 参见[德]汉斯·J.沃尔夫、[德]奥托·巴霍夫、[德]罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第2卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第330~331页。

^⑥ 参见王贵松:《中国行政法学说史》,中国人民大学出版社2023年版,第372~381页。

罚之间存在本质差异,认为不能分解成或者还原为个人法益的所谓公法益,都不是刑法保护的法益。^①与此相对,有的学者则主张“质量混合说”,认为大部分行政犯中行政不法与刑事不法的侵害具有法益同质性,此时的刑事违法性从属于行政违法性,故应以量的区别作为区分标准,而在行政法法益过于抽象、行政法法益未成为刑法法益以及法益超出行政法保护范围的情形下,行政处罚与刑罚具有质的差异。^②也有部分学者明确主张“量的区别说”。一方面,有刑法学者认为刑法与其前置法在犯罪规制上存在定性从属性与定量独立性的关系。^③另一方面,有行政法学者为论证行政处罚可以借鉴刑法理论,先行通过法益抽象化和行政民主化的趋势证成二者只存在量的区别。^④前述观点,常以刑事法益与行政法法益的区分为依据,但如果不回溯至宪法规范,那么这两种法益的内涵将取决于论者的价值判断,缺乏坚实的正当性基础。

(三)诉诸宪法规范的行刑关系再解释

实际上,行政处罚与刑罚的区分并不是当然存在的,而是大陆法系国家特定法律观念与宪制安排的结果。德国从17世纪开始就形成了行政机关享有警察罚权力与司法机关享有刑事司法权力的二元惩戒体制,^⑤并一直延续至今。与之相反,在美国法上,行政机关施加的制裁被视为立法机关委任的司法权,这使得行政处罚与刑罚的区分问题,转化为立法机关授予行政机关制裁权这一司法权的限度和边界问题。^⑥因此,对行政处罚与刑罚关系的讨论,须置于我国宪法框架和规范下展开,而不能仅停留于理论层面的观点之争。

1.宪法与基本权利作为制裁的正当性基础

根据法益的归属主体不同,可以将法益区分为个人法益、集体法益与国家法益。《宪法》第28条是宪法中唯一正面规定国家制裁犯罪义务的规范。该条规定:“国家维护社会秩序,镇压叛国和其他危害国家安全的犯罪活动,制裁危害社会治安、破坏社会主义经济和其他犯罪的活动,惩办和改造犯罪分子。”不过,该条的核心是通过规定制裁范围维护国家法益和集体法益,个人法益的保护无法直接从该条中导出。该条规定了国家对两类犯罪的制裁:一是镇压各类危害国家安全的犯罪,二是制裁危害社会治安、破坏社会主义经济和其他犯罪的活动,其目的是维护社会秩序。其中,第一类针对国家犯罪的制裁即是对国家法益的保护,第二类针对集体法益的制裁则包含三层意涵。

第一,若将国家视作法人,则国家享有独立于个人的法益,刑法对其进行保护的依据在于《宪法》第28条前段。与私人相对的是所谓公法人,公法人的典型是国家,其相对于私人处于优越的

^① 参见张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,《中国法学》2017年第4期;张小宁:《纯粹行政犯的划定及非罪化路径分析》,《中外法学》2023年第6期。

^② 参见孙国祥:《行政犯违法性判断的从属性和独立性研究》,《法学家》2017年第1期。

^③ 参见涂龙科、郑力凡:《经济刑法法益二元“双环结构”之证成、判断与展开》,《国家检察官学院学报》2020年第6期。

^④ 参见熊樟林:《应受行政处罚行为模型论》,《法律科学》(西北政法大学学报)2021年第5期。

^⑤ 参见李晴:《德国秩序罚的定位沿革与启示》,载宋晓主编:《中德法学论坛》(第18辑·下卷),南京大学出版社2021年版,第252页。

^⑥ 参见王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第313~317页。

高权地位。“国家法人说”最初在19世纪由阿尔布雷希特提出,^①并由格贝尔、拉班德和耶利内克进一步发扬。^②尽管国家在公法上并不必然被作为法人来把握和认识,学说上也存在不将国家作为法人的“国家客体说”“国家设施说”等理论,但由于确立国家法人格可以使得国家作为法人,成为公法上的权利(力)义务的最终归属主体,并由此承担行使公法上权力而产生的各类责任,满足法学上从整体上把握国家现象的现实需要。^③因此,“国家法人说”依然是大陆法系对国家性质的主流认识。^④这意味着,归属于国家的利益不等同于超个人的不特定多数的利益,而是独立于集体法益的一种法益。《宪法》第28条前段规定即将侵犯国家法益的行为确定为犯罪,并通过刑罚保护国家法益。

第二,刑法对集体法益的保护包括可以还原为个人法益的集体法益与不能直接还原为个人法益的集体法益。一方面,维护社会治安、社会主义经济可以通过保护个人法益来实现,亦即此处的集体法益是可以还原为个人法益的集体法益。例如,刑法对危害公共安全犯罪的制裁,尽管保护的是不特定的多数人,但在犯罪发生后,集体法益即具体化为受害者的个人法益,这与危险驾驶罪等只是抽象地带来公共安全风险而无法具体到特定主体的犯罪有所不同。另一方面,对不能还原为个人法益的集体法益的保护也属于该条的规范内涵。尽管有学者主张任何刑法所保护的法益都应当能够回溯至个人法益,^⑤但该主张并无坚实的宪法依据。在法益理论起源地的德国,一方面德国联邦宪法法院承认对超越个人法益的利益的保护,尽管此类规范在刑法学中受到质疑,但从宪法上看并无问题。^⑥另一方面,尽管德国联邦宪法法院认为刑罚不能仅针对单纯的不服从,但其对此的审查极为宽松,尚未出现因此而被认定不合宪的刑事立法。^⑦

第三,针对个人法益保护的规范依据,需要诉诸基本权利和国家的保护义务。在当代社会,基本权利的功能已经从单纯的防御权扩展到要求国家履行保护义务,而国家保护一方基本权利的同时往往需要限制第三人的基本权利,此时就会产生以国家为媒介的基本权利冲突。^⑧在将法益理论的视角扩展到基本权利上后,国家通过刑罚限制第三人基本权利以保护个人法益,即是国家运用对一方基本权利限制程度最高的手段来保护另一方基本权利的情形。此时,刑事立法和刑事司法均需要恪守宪法划定的禁止保护不足和禁止过度这两条界限。一方面,国家对一方基本权利的保护需要达到最低限度,禁止保护不足划定了针对特定个人法益保护所需刑罚的最低限度;另一方面,国家对另一方基本权利的限制不得超过必要限度,比例原则划定了刑罚的最

① 参见[德]米歇尔·施托莱斯:《德国公法史:国家法学说与行政学:1800—1914》,雷勇译,广西师范大学出版社2021年版,第117页。

② 参见王天华:《国家法人说的兴衰及其法学遗产》,《法学研究》2012年第5期。

③ 参见王世杰:《国家法人理论的重塑》,《中国人民大学学报》2022年第5期。

④ 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第500页;[日]盐野宏:《行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第5页。

⑤ 参见张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,《中国法学》2017年第4期;张小宁:《纯粹行政犯的划定及非罪化路径分析》,《中外法学》2023年第6期。

⑥ 参见[德]伊沃·阿佩尔:《通过刑法进行法益保护?》,马寅祥译,载赵秉志等主编:《当代德国刑事法研究》(2016年第1卷),法律出版社2017年版,第77~78页。

⑦ 参见[德]伊沃·阿佩尔:《通过刑法进行法益保护?》,马寅祥译,载赵秉志等主编:《当代德国刑事法研究》(2016年第1卷),法律出版社2017年版,第78~79页。

⑧ 参见张翔:《基本权利的规范建构》,法律出版社2017年版,第296~297页。

高限度。

2. 行政处罚与刑罚针对不同类型法益的保护具有显著差异性

在我国,行政处罚和刑法保护的法益存在一定的重叠。“保护法益的任务要合理分配给法律体系中的不同法律、行政法规。分配标准之一,是法律后果的严厉程度(法律后果越严厉,适用程序就越复杂)。”^①刑法对法益的保护都是通过限制或剥夺罪犯的基本权利来实现的,故其必然受到禁止过度原则的限制。就个人法益和能够回溯至个人法益的集体法益的保护而言,还须受到禁止保护不足原则的限制;但就国家法益和不能还原为个人法益的集体法益的保护而言,立法和行政则在最高限度下具有广泛的形成空间。

第一,就个人法益的保护和能够还原到个人法益的集体法益的保护而言,除由司法机关课予的刑事处罚外,行政机关也负有基本权利保护义务,行政处罚亦可成为基本权利保护的方式。这也是我国行政处罚与德国行政罚之间的显著差异。不过,由于刑罚的严厉程度高于行政处罚,因此二者在惩罚强度上具有轻重衔接的关系。而在禁止保护不足原则所划定的最低界限高于行政处罚的严厉程度时,行政处罚即因其保护力度不足而成为不适当的保护手段。^②例如,对于侵害生命法益的保护任务即不应由行政处罚承担,而应当诉诸严厉程度更高的刑罚。因此,禁止保护不足和禁止过度原则框定了宪法对个人法益保护的力度范围。

第二,就国家法益和不能还原为个人法益的集体法益的保护而言,刑法与行政法都负有保护职责。我国宪法并未将国家法益和此类集体法益的保护专属性地交由刑法承担,行政法也具有对其进行保护的义务。并且,与司法机关相比,由行政机关判定公共利益的内涵更加适合。因此,国家公权力通过限制一方基本权利而保护国家法益和此类集体法益应主要遵循禁止过度原则,而不受禁止保护不足原则的限制。尽管在此立法机关具有较大的形成空间,但由于其保护的是抽象集体利益或公共利益,因此根据比例原则的要求,包括行政处罚在内的行政手段是首要选择,只有在行政手段无法充分发挥保护作用的情形下才可诉诸刑罚手段。^③

3. 以宪法允许保护力度所处法域进行质量区分

在基于宪法规范说明不同种类的法益既可能完全交由刑罚或行政处罚保护,也可能交由二者共同保护后,二者的区分便可以进一步加以阐明。

第一,如果某一类法益完全交由行政处罚或刑罚予以保护,此时的行政处罚与刑罚就具有本质区别。例如,针对国家法人的法益,特别是国家安全类的法益,就主要交由刑法予以保护。《中华人民共和国国家安全法》《反分裂国家法》等都未设立相关行政处罚条款。针对个人和组织从事危害国家安全的行为,主要根据其行为危害程度来确定是否构成相关犯罪。而对于那些无法还原为个人法益的集体法益,主要应当由行政处罚予以保护。为此,有学者在赞同集体法益可以得到刑法保护的同时明确指出:“并不是所有的秩序都能成为集体法益,获得刑法的保护。如果某种秩序仅仅体现行政管理的需要,与个人的自由发展没有必然联系,就不应成为刑法保护的法益。”^④因此,集体法益也必须能够还原为个人利益,只有这样才能得到刑法的保护。如果依据宪

① 张明楷:《法益初论》(上册),商务印书馆2021年版,第189页。

② 参见陈征:《宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例原则对比论证》,《法学研究》2021年第4期。

③ 参见张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,《中国法学》2017年第4期。

④ 孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018年第6期。

法规,对某一法益的保护仅通过行政处罚或特定刑罚来实现,那么就意味着立法者已将其不法后果限定于特定的责任形式,此时的行政处罚与刑罚存在质的区别。

第二,对个人法益和能够还原为个人法益的集体法益,行政机关和司法机关都负有保障义务,亦即宪法将此类法益交由行政处罚和刑罚共同保护。此时,行政处罚与刑罚则只具有量的区别。对于此类法益的保护,行政处罚和刑罚均可适用,具体如何适用须根据特定案件中法益受侵害的程度而定。鉴于刑罚的制裁力度更强,刑法的介入应当遵循从属性原则。“只有在比较轻缓的手段不能充分保证效果的情况下,才允许适用刑法。如果国家使用其他社会政策措施就能够或者甚至更有效地保护一种确定的法益,但是却抓住了锋利的刑法之剑,那么,这种做法就违反了禁止超过必要限度的原则。”^①当然,行政处罚与刑罚的轻重差异并非绝对。有学者指出:“即使刑罚手段整体上重于行政制裁手段,也并不意味着行政制裁的手段永远优于刑罚手段。”^②

总之,行政处罚和刑罚都是为了保护法益,但根据宪法容许的保护力度,有的法益仅能由行政处罚或者刑罚分别加以保护,有的法益则可由二者共同加以保护。在前一种情形下,行政处罚与刑罚具有质的区别;在后一种情形下,行政处罚与刑罚仅具有量的区别。

四、维护集体法益中行刑衔接的实体法问题

传统刑法以保护个体法益为核心使命。随着风险社会的来临和刑法功能的扩张,对集体法益的维护已然成为当下刑法发展的一个紧迫现实。尽管刑法学者试图以能否还原为个人法益来为刑法的功能扩张划定界限,但《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”和第六章“妨害社会管理秩序罪”,显然已将维护经济秩序和社会管理秩序纳入刑法的保护法益之中。而行政处罚法又将违反行政管理秩序作为实施行政处罚的首要构成要件。如此,在秩序类法益的维护上,行政处罚与刑罚出现了明显的保护法益的重叠。为此,本部分将聚焦秩序类法益维护中的实体法问题展开分析。考虑前后概念使用的一致性,本文将此种秩序类法益统称为集体法益,以区别于国家法益和个人法益。

(一)行政机关维护集体法益的优先职责

起源于德国法的“法益侵害说”成为解释刑罚本质的优势学说。^③是否保护法益不仅成为划定刑事立法边界与评判刑事立法合法性的标准,也成为解释刑法规范的指针。前者即所谓法益的立法批判功能,后者即法益的解释论功能。^④就法益的解释功能而言,伴随刑事立法的扩展,基于实定法的说明使得法益的内涵被日益稀释。^⑤就法益的立法批判功能而言,由于缺乏规范基础,基于其批判立法面临正当性疑难。尽管不同的部门法都具有法益保护的功能,但刑法作为一种最为严苛的惩戒措施,在法益保护方面应当坚持从属性原则。“从属性原则应当成为防止集体法益过度扩张的一种制约机制。”^⑥

① [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第23页。

② 张明楷:《法益保护与比例原则》,《中国社会科学》2017年第7期。

③ 参见张明楷:《新刑法与法益侵害说》,《法学研究》2000年第1期。

④ 参见马永强:《批判立法的法益概念:现实危机及其沟通理性纾解》,《比较法研究》2023年第5期。

⑤ 参见马永强:《批判立法的法益概念:现实危机及其沟通理性纾解》,《比较法研究》2023年第5期。

⑥ 孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018年第6期。

基于法秩序统一的原理,在宪法的统摄下,各个部门法的规范目的应当具有一致性。从整体上看,人权保障、秩序维护、公共治理是所有部门法的价值,但在不同领域,基于规范对象和规范手段的差异性,法规范的价值和目标还是存在一定的差异。传统上刑法以保护个人自由为核心,早期的法益概念主要以个人权利和自由为核心构建。“在价值取向上,现代刑法偏向于对个体权利的保障,法益概念也主要围绕个体而加以构建。”^①但是,随着现代社会的发展,刑法中抽象危险犯、法定犯等犯罪类型的大量增加,使得刑法所保护的法益范围逐渐超出传统的个人权利范围。与自然犯主要涉及个人法益保护不同,法定犯侧重于对社会秩序即集体法益的维护,大都基于保护秩序需要而设定。经济刑法所保护的法益通常是集体法益,即整体的经济秩序及其重要制度,如信用市场、资本市场、营业竞争秩序等。《宪法》第 89 条规定的国务院的职权和第 107 条规定的地方各级人民政府的职权,涵盖了管理国家和地方经济、文化、生态环境等方面事务。因此,行政机关负有实施法律、维护行政管理秩序和社会秩序的宪法职责。《行政处罚法》第 2 条也将“违反行政管理秩序”作为行政处罚的首要要件。因此,在经济领域和社会管理领域,相关违法行为在符合违法性这一条件之下,是否构成对行政管理秩序的破坏,其危害后果如何,又应当通过何种方式来进行修复和弥补,这些问题显然应当先由行政机关来进行判断。与司法机关相比,行政机关所承担的概括性行政管理职能,使得行政机关在行政管理秩序、社会秩序等秩序类集体法益的维护方面,负有天然的优先职责。

(二)对侵害集体法益之违法行为的行政处罚优先论

我国宪法并未将集体(秩序)法益维护的职责排他性地委托给行政机关,在集体(秩序)法益的维护方面,刑法依然承担了不可或缺的兜底职责。不同的部门法都具有法益保护的功能,但刑法作为一种最为严苛的惩戒措施,在法益保护方面应当坚持从属性原则。“刑罚的特点决定了刑法只能将侵害重要法益或严重侵害法益的行为规定为犯罪,此即决定了刑法的最后手段性。”^②对于侵害秩序法益的违法行为,应当充分尊重行政机关对于秩序维护的主体责任,由行政机关对相关违法行为是否危害相关领域的行政管理秩序以及行政执法是否足以惩戒违法、恢复受损法益作出判断和处理。只有在行政机关认为相关不法行为对行政管理秩序造成的危害不足以通过行政执法来消除时,才需要将案件移送司法机关,以启动刑事法律责任的追究程序。相反,在不法行为侵害的是私人受宪法和法律保护的权利和自由时,这就落入司法保护的核心范围,可由司法机关根据违法行为的情节和危害后果决定是否追究行为人的刑事法律责任。“总之,只有某种法益在宪法上具有根据,且具有重要价值并相对具体时,由刑法对之予以保护,才能满足目的合理性的要求。”^③正是在此意义上,有学者主张引入“规范保护目的”来进行法域协调:“在刑法与民法、行政法规范保护目的整体一致时,原则上刑法从属于民法、行政法。在民法、行政法规范自身存在漏洞;或者因社会变迁导致民法、行政法规范供给不足;或者虽然刑法与民法、行政法规范保护目的整体一致,但是对法律主体的惩戒或保护方向相反的场合,则应允许刑法独立于民法、

^① 劳东燕:《风险社会中的刑法:社会转型与刑法理论的变迁》,北京大学出版社 2015 年版,第 37 页。

^② 张明楷:《法益初论》(上册),商务印书馆 2021 年版,第 189 页。

^③ 张明楷:《法益保护与比例原则》,《中国社会科学》2017 年第 7 期。

行政法,刑民分立或刑行分立。”^①此种观点较为合理。例如,在“赵春华非法持有枪支案”^②中,赵某采购枪支的目的是用于经营射击游戏摊位,对公共安全没有显著威胁;即便存在一定的风险,也可先通过行政处罚予以解决。“对于此类案件只需采用行政处罚手段就足以达到保护背后法益(即不特定或多数人的生命、身体、健康等法益)的目的,而没有必要动用刑罚手段。”^③

(三)法定犯中行政违法认定的前置性与有限拘束力

随着刑法功能的扩张,立法者难以对所有需要追究刑事责任的犯罪行为都在刑法中作出明确规定,特别是在经济刑法领域概括性地通过“违反国家规定”“未经许可”等进行罪状描述,这成为现代刑法的一个重要特点。此类犯罪被称为法定犯。法定犯具有双重违法性,即行政违法性与刑事违法性。“法定犯构成要件的规范要素,在通常情况下,都是在刑法中有明文规定的,例如违反国家规定或者违反法律、行政法规等,还有的法定犯以未经许可等形式标示其行政违法性。”^④由于法定犯往往涉及对行政法律规范的违反,因此判断相关犯罪行为是否满足构成要件,通常需要依赖行政机关的前置判断。如何对待行政机关的前置判断,也成为法定犯认定过程中的一个难点问题。

法定犯的行政违法性特点,首先要求法定犯的事实认定需要以违反行政法律规范为前提,这也被称为法定犯的行政从属性。但是,需要指出的是,此种行政从属性既不意味着程序上法定犯的处理以行政机关的先行处理为前提,也不意味着行政机关的前置判断对于司法机关具有完全的拘束力。一方面,对于违反行政法律规范的判断,现行实体法并未排他性地交由行政机关进行。在多数情形下,是否违反国家规定,是否获得行政许可,在事实调查阶段就能够得出确定性结论,无须行政机关进行独立判断。当然,在涉及相关专业性较强的认同时,如非法出版物、淫秽物品的认定等,还是需要听取监管部门的专业意见。法定犯认定中行政违法性的判断,并非必然交由监管部门来进行。另一方面,即使行政机关作出违反行政法律规范的判断,这一判断对于司法机关也并不具有完全的拘束力,司法机关依然负有独立判断的职责,需要依据犯罪构成要件对罪状是否满足进行实质审查。“这种实质审查,从刑法角度而言,意味着要坚守刑事司法的独立判断立场,不宜将行政责任的认定结论直接作为刑事责任的认定依据,进而使刑事司法机关对行政犯的审理彻底沦为对行政决定的简单确认;从行政法角度则意味着,即使从法秩序一致的视角下,行政法强调行政行为对于其他行政机关和法院在民事审判中的跨程序效力,但这种跨程序效力原则上并不能拘束刑事审判,法院仍可就作为刑事审判先决问题的行政行为进行合法性判断。”^⑤但是,法定犯的行政违法性判断,即便交由行政机关先行认定,实践中行政机关认定的形式也非常多样化,并不当然体现为一个独立的行政决定或行政认定,也完全可能体现为事实调查过程中的内部函件。此类认定通常不对外公开,不具有设立、变更或终止行政法律关系的效果。有学者在分析行政认定的性质时,认为此类行为通常属于内部行为,不具有可诉性。^⑥部分学者

① 于改之:《法域协调视角下规范保护目的理论之重构》,《中国法学》2021年第2期。

② 参见胡春艳:《摆气枪射击摊被判刑 天津大妈提起上诉》,《中国青年报》2017年1月4日。

③ 蓝学友:《规制抽象危险犯的新路径:双层法益与比例原则的融合》,《法学研究》2019年第6期。

④ 陈兴良:《法定犯的性质和界定》,《中外法学》2020年第6期。

⑤ 赵宏:《非法经营罪的行政法限缩》,《广东社会科学》2025年第1期。

⑥ 参见魏浩锋:《证券处罚行刑衔接过程中行政行为之可诉性审查》,《云南师范大学学报》(哲学社会科学版)2018年第3期。

将其理解为一种独立的行政行为,并分析其法律效力,^①但这种看法可能并不准确。

五、服务于实体妥当性的程序衔接机制的完善

前述分析旨在为行政处罚与刑罚之间如何分配维护法益的不同职责提供一个理论框架。行政处罚与刑罚的衔接也需要在此种实体思路的基础上展开。这种实体法关系会影响行政机关就刑罚要件判断的拘束力,以及处罚后果是否需要并处。而刑事介入的时间节点应当根据行政判断拘束力的强弱进行判断,正反向移送机制则需根据并处与否加以建构。

(一)区分违法(犯罪)行为侵害的法益类型

如前所述,尽管随着现代社会复杂性的增加和刑罚职能的扩张,在保护法益的类型上行政处罚与刑罚出现一定的交织,但从理论上廓清和捍卫各自保护的核心法益仍是可能和必要的。行政处罚应当以维护集体(秩序)法益为首要职责,主要针对违反行政法律规范之违法行为,在维护个人法益方面仅承担补充性职责;而刑罚则以维护个人法益(包括能够还原为个人法益的集体法益)为核心职责,在集体(秩序)法益的维护方面仅承担辅助性职责。

为此,在发现某一违法行为时,需要首先判断该行为所侵害的法益究竟为个人法益还是集体法益。如果侵害的主要是个人法益,那么需要根据违法行为的危害程度去判断,其查处究竟应当落入行政法的调整范围还是刑法的调整范围。对于违法行为情节轻微或危害程度一般,没有造成严重危害后果的行为,尚不构成犯罪的,可通过行政处罚先行调整;在调查过程中发现情节严重或造成严重危害后果,可能构成犯罪的,可以移送公安部门侦查处理。如果侵害的主要是集体(秩序)法益,那么需要首先交由行政机关进行查处;只有行政机关认为单纯的行政处罚不足以惩戒违法,需要引入刑事制裁方能制裁违法或修复受损法益时,刑罚的介入才具有正当性。

(二)根据行政判断拘束力与违法性关系建构双向移送机制

就行政决定对刑事司法的拘束而言,保护任务主要由何者履行决定了拘束力度的大小,进而决定双向移送机制的建构。

首先,除涉及合法性预期保护的情形外,基于人权保障的目的,否认行政机关判断的拘束力,认为刑事司法机关有权对行政行为进行实质审查的主流观点具有合理性。但是,否认行政机关判断的绝对拘束力,并不意味着刑事司法不需要就行政判断加以考虑,刑事司法只是可以对行政行为加以审查。“与民事审判不同,行政行为对于刑事审判原则上并不具有跨程序效力,其原因就在于,在刑事审判中,人权保障相比法的安定性、法秩序统一具有更高价值,为了更好地确保刑事审判的实质正义,应该认为刑事司法机关对于行政许可的效力具有独立判断权限,故即使在行政法上违法却有效的行政许可,刑事司法机关也仍旧可将其作为出罪要件。”^②

其次,在宪法将保护任务主要交由行政法的情形下(对集体法益或秩序类法益的维护),刑罚具有后置性,刑罚只是在行政处罚无法充分履行保护任务时的例外选择,行政机关具有就保护任务能否实现的优先判断权。因此,行政机关在认为仅通过行政手段就可以充分保护法益的情形

^① 参见王世杰:《论行政行为的构成要件效力》,《政治与法律》2019年第9期;陈兴良:《法定犯的性质和界定》,《中外法学》2020年第6期。

^② 赵宏:《非法经营罪的行政法限缩》,《广东社会科学》2025年第1期。

下,刑事司法机关不能介入,以保证行政行为有充分的时间作出。只有在行政手段不足以保护法益的情形下,刑事司法机关才能介入,并且刑事司法机关在审查行政判断时的密度也应更低。

最后,在宪法将保护个体人身权、财产权等个人法益的任务主要交由刑法保护的情形下,行政处罚所针对的是例外情形下情节轻微不构成犯罪的行为,刑事司法机关应当具有优先判断权。此时行政机关的判断应当仅作为参考。亦即此情形下是否进入刑事司法程序应当由刑事司法机关决定,行政判断可以在刑事司法程序中通过实质审查被重新从实体上进行判断。

(三)基于法益与处罚目的确定行政处罚是否与刑罚并处

若一个行为同时构成应受行政处罚行为和犯罪,则此时面临的问题本质上是竞合犯的处断,是并处还是择一重处罚,抑或是择一重从重处罚。此讨论的法理基础是禁止重复评价原则和比例原则。需要明确的是,刑事责任与行政责任竞合的处理,程序上的先后应当根据实体法上的并处规则予以确定,而不宜通过程序机制建构来回应实体问题。^①

多数学者主张行政处罚与刑罚应当并处,而同类处罚应当择一。例如,有学者认为:“法院对已经受到行政处罚的行为再施以刑罚并不违背刑法目的,反之亦然。但是,基于比例原则的要求,行政机关或者法院针对同一违反行政法义务的行为施加处罚应当合理,不得使当事人承受过度的处罚”。^②也有学者认为应当从法律责任的具体类型是否同“质”进行判断:“同质的行政处罚与刑事处罚排斥适用,例如前述类似罚中罚金和罚款都是对于财产权的减损,就属于两种处罚具有同质性,一般不同时适用。异质的行政处罚与刑事处罚则可以同时适用,例如资格能力罚和资格刑,资格能力罚与自由刑,等等。”^③这种观点大致上可以被接受,但在论证逻辑上存在不足。(1)两种法律责任能否并用,在理论上的评判标准在于是否违反禁止重复评价原则,而实体上的评判标准则在于现行实体法对于同一违法行为是否设定了能够区分且并用的双重法律责任。两者并非完全独立,而是彼此关联。(2)是否构成重复评价尚需基于行刑实体关系,区分特定行为是构成法条竞合还是想象竞合,并结合处罚功能是否相同加以判断。有学者主张二者应当进行一定程度的协调以防止过罚不当。^④为了避免具体实施中可能出现的冲突,有学者主张:“立法时在充分论证的基础上科学配置行政处罚与刑罚处罚,尽量少采用‘先行政后司法’的立法方式。只要行政处罚可达到惩戒的目的,便无配置刑罚处罚的必要;对于有些本身社会危害性较为严重的行为,可以直接适用刑罚处罚,不再配置行政处罚,尽量减少行政处罚与刑罚相衔接的领域”。^⑤这种观点较为合理。当立法对同类违法行为同时设置行政处罚和刑罚两种法律责任时,仍须根据保护法益的性质具体讨论。

第一,在行政处罚和刑罚所保护的法益种类相同的情形下,刑罚和行政处罚原则上应当择一并折抵。在法益相同时,行政处罚和刑罚所制裁的违法行为本质相同,从过罚相当的角度只需给予一次处罚即可。在仅处刑罚而不并处的情形下,行政机关正向移送案卷即可。不过,行政处罚

^① 参见武晓雯:《行刑衔接机制的基本问题》,《中外法学》2023年第3期。

^② 章剑生:《违反行政法义务的责任:在行政处罚与刑罚之间——基于〈行政处罚法〉第7条第2款之规定而展开的分析》,《行政法学研究》2011年第2期。

^③ 金成波:《行刑反向衔接的制度构造》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)2025年第1期。

^④ 参见吕英杰:《惩罚性赔偿与刑事责任的竞合、冲突与解决》,《中外法学》2022年第5期。

^⑤ 张红:《让行政的归行政,司法的归司法——行政处罚与刑罚处罚的立法衔接》,《华东政法大学学报》2020年第4期。

亦可能在报应之外具有独立于刑罚的特殊预防目的,如环境行政领域的按日连续处罚有督促相对人尽快整改的特殊预防目的,又如行为罚和资格罚具有人身罚和财产罚无法实现的剥夺相对人违法可能的目的。此时,行政处罚和刑罚应当并处,且不能折抵。在刑罚和行政处罚并处的情形下,行政机关须与刑事司法机关共享证据。

第二,在行政处罚和刑罚所保护的法益种类不同的情形下,原则上采取刑事处罚从重的做法。一个行为同时侵犯两种法益的情形类似于刑法中的想象竞合,刑法对之的处理是采取从一重从重处罚的原则,亦即适用其违反规范中处罚最重的规范,并且从重处罚。由于刑罚的处罚力度高于行政处罚,因此从一重从重处罚即体现为从重进行刑事处罚。不过,如果行为出于种种原因被免于刑罚,那么此时的处断方式即变为采取行政处罚从重的做法,反向移送是与之匹配的程序机制。最后,与上一种情形类似的是,当行政处罚具有特定预防目的时,依然需要并处,不过此时刑罚便不必从重。在后实施的法律 responsibility 应当考虑违法行为人已经接受的处罚,避免过罚失当。

Abstract: The existing process — centered model of the connection between administrative and criminal punishment neglects the function that the procedure should serve to realize the substantive legitimacy, which may lead to the absolute priority of criminal law and destroy the dual independent value of administrative enforcement and criminal justice. The construction of the convergence mechanism should be based on the substantive relationship between administrative and criminal law. Starting from Article 28 of the Constitution of P.R.C. and the norms of basic rights, the theory of qualitative distinction between administrative and criminal punishment is appropriate, and other substantive relations should be clarified on this basis. When judging whether convergence is needed, we should firstly distinguish the legal interests infringed by illegal acts, and decide the timing of criminal intervention and the binding force of administrative judgment according to whether the task of protecting legal interests is mainly handed over to administration or criminal justice. Secondly, we need to decide whether the illegality is unitary or pluralistic according to the type of legal interests, and then decide whether the consultation procedure is needed. Finally, it is necessary to judge whether administrative and criminal punishment should be imposed concurrently according to the type of legal interests and the purpose of punishment, and then decide the construction of the system of evidence transfer.

Key Words: connection between administrative and criminal punishment, two — way connection, the theory of qualitative distinction, protection of legal interests
