

# 刑法中前置行政程序规范的理论构造与适用路径<sup>〔\*〕</sup>

熊 波

(华东政法大学 刑事法学院, 上海 200042)

〔摘 要〕刑法中前置行政程序规范的立法趋势,契合法定犯时代行政刑法立法规范多元化特点。相对于前置行政不法规范的空白罪状,前置行政程序规范是一种特殊独立的刑法规范类型。目前学界既有的主观证明要素说、行政附属要素说、客观处罚条件说的理论构造呈现出依附性特点,偏离了前置行政程序规范独立性立法初衷。前置行政程序规范应当是,行政主体为行使行政职权所实施的方式、步骤、时间和次数等前置于犯罪成立的时空性程序事项的规范总称。程序性规范权利和义务的确立功能,表明实体部门法可以涵盖前置行政程序规范。与此同时,程序性规范内容相较于实体性规范而言具有特殊性。确立前置行政程序规范能够通过,认定依据无需依附的独立性路径、限制刑事处罚扩张的谦抑性路径、及时促成法益恢复的激励性路径、强化主观证明效果的附随性路径以及排除法条竞合关系的区分性路径,发挥其独立适用的特殊作用。

〔关键词〕行政犯;前置行政程序规范;前置行政不法规范;刑法实体性规范

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2023.06.013

## 一、刑法中前置行政程序规范的 立法与适用现状梳理

法定犯时代,前置行政程序规范的增设逐渐成为行政刑法立法的一种主流趋势。前置行政程序规范相较于实体性要件规范而言,是一种特殊的立法现象。一般而言,在刑法体系中,实体性规范是指行为人主导实施和推进的犯罪行为、结果、主观、主体等实体性犯罪构成要件。而对于前置行政程序规范,学界普遍认为,前置行政程序规范与“违反国家(有关)规定”等前置行政

不法规范完全不同,其是以步骤性、过程性和发展性的行政性程序要素展现在刑法当中。<sup>〔1〕</sup>诸如,从1997年《刑法》增设的消防责任事故罪的“经消防监督机构通知采取改正措施”等罪名的13处前置行政程序规范,到《刑法修正案》增设的擅自设立金融机构罪等罪名的2处行政许可程序规范,到《刑法修正案(七)》增设逃税罪的“经税务机关依法下达追缴通知”等3处前置行政程序规范,到《刑法修正案(八)》增设拒不支付劳动报酬罪的“经政府有关部门责令支付”等2处前置行政程序规范,再到《刑法修正案(九)》

作者简介:熊波,法学博士,华东政法大学刑事法学院副教授,华东政法大学A类经天学者。

〔\*〕本文系作者主持的国家社会科学基金青年项目“数据安全的刑法区分性保护研究”(22CFX015)的阶段性成果。

增设拒不履行信息网络安全管理义务罪的“经监管部门责令采取改正措施”等2处前置行政程序规范,最后到2020年12月26日公布的《刑法修正案(十一)》,其增设的前置行政程序规范更为集中且多元化,具体包括危险作业罪的责令停产停业、排除危险以及许可等前置程序等7处前置行政程序规范。通过前置行政程序规范的立法现状梳理,不难发现,前置行政程序的概念和类型普遍存在于刑法规范体系之中。

但是,在司法实践的适用过程中,前置行政程序规范类型概念的缺失,性质界定和功能认知的不明确,导致司法实务者在刑事案件处理中捉襟见肘,较易忽视前置行政程序规范的裁判说理过程,因此程序性规范无法与实体性规范相提并论。但是,在此类案件中,被告人辩称无罪的主要焦点就在于规范适用的合法性、有效性和正当性的缺乏。笔者在梳理相关司法判例的过程中发现,前置行政程序的适用对象、程序送达内容的不明确性,以及前置行政程序适用过程的形式化、欠缺正当性等问题争议,普遍存在于案件审理焦点之中。在现实生活中,部分非法行医行为、非法吸收公众存款行为、拒不支付劳动报酬行为、借用烟草许可证行为、擅自制作网游外挂出售牟利等行为,被司法机关依据行为人违反行政程序、侵害了行政管制秩序而入罪的现象较为普遍。

诸如,在“杜某非法行医案”中,被告人杜某在未取得医生执业资格的情况下,非法为被害人张某接生。后经北京市公安局刑事科学技术鉴定书证实,张某系分娩时子宫多处破裂出血,致急性失血性休克死亡。但杜某在原籍曾经从事过医疗行业,具有一定的医疗技术,二审法院仍以杜某违反《执业医师法》中的“通过医师资格考试,取得执业医师资格或者执业助理医师资格”以及“在所在地县级以上卫生行政部门注册,领取由国务院卫生行政部门统一印制的医师执业证书”等行政程序性事项的形式化规定为由,否定了其在北京市行医的合法性,从而判定

杜某构成非法行医罪。<sup>[2]</sup>但司法机关全然忽略判断杜某的行医行为是否是导致受害人急性失血性休克死亡的真正原因。

不同于刑法实体性规范概念,诸如此类问题的根源,均在于前置行政程序规范的概念和特性是什么、刑法如何适用等基础问题。这些问题在某种程度上,影响刑事司法者对此类规范的准确理解与适用。

## 二、前置行政程序规范的依附性概念与刑法否定

在德国学者魏德士看来,一个完整的法律规范的基本结构本身就包含了规范表达的价值评判。<sup>[3]</sup>在未明确前置行政程序规范的独立概念和类型之前,虽然部分学者已经发现该规范的特殊性,但是目前的规范理解,均体现一种多元依附性解释现状。虽然观点有其一定的理论和现实支撑,但这并不意味着学说在实践运用过程中,能够发挥出最大化、最优化功能。反而,其中学说定位在某种程度上削弱了新类型规范独立的司法实践价值。

(一)主观证明要素说对主观方面要件的依附性

主观证明要素说的基本主张是前置行政程序规范在犯罪论体系中担任主观方面要件的证明要素。换言之,在该观点看来,前置行政程序规范本身就是主观犯罪构成要件的一部分,无法单独为其划定具体的体系定位。诸如,有学者结合拒不履行信息网络安全管理义务罪的“责令改正”程序规范认为:“‘监管部门责令采取改正措施而拒不改正’的前提条件,不仅增加了网络服务提供者不履行信息网络安全管理义务行为的危险性,同时也印证了网络服务提供者对于实际可能产生的危害结果在主观上具有的故意。”<sup>[4]</sup>除此之外,还有部分观点认为,前置行政程序规范在于人身危险性等主观恶性的要素证明。持有人身危险性体系定位观点的学者认为,前置行政程序规范并非对法益侵害程度的直接描述,而是一种人身危险性的描述。按照该学者的观点,

人身危险性不能作为入罪标准予以考量,因而,前置行政程序规范应当被认定为量刑因素。<sup>[5]</sup>同样,持有该观点的学者认为,多次的行政处罚程序也是体现行为人主观恶性大、人身危险性大的规范要素。<sup>[6]</sup>甚至,在部分前置行政程序规范的立法背景中,主观恶性大、人身危险性大就是该规范的立法初衷。

但是,问题在于,首先,主观证明要素说容易将前置行政程序规范束之高阁。按照主观证明要素说中的主观罪过要件证明的具体观点,只要行为人的“非法占有目的”等主观罪过要素的证明难问题被司法实务所排除,那么,前置行政程序规范的适用和认定便不具有任何价值。立法者完全可以不用设置前置行政程序规范,直接由司法者在司法解释中明确前置行政程序规范作为“非法占有目的”等主观罪过要素的具体认定情形即可。反倒是直接将其放入刑法立法规范中,显得有点多此一举、弄巧成拙。其次,主观证明要素说容易将程序本身的瑕疵也作为行为人主观故意的事实内容。在前置行政程序规范中,行为人不作为的对象是拒不配合的前置行政程序。前置行政程序并非行为、结果等违法性事实,而是一种中立性的犯罪事实,其拒不配合行政程序性事实,完全有可能是因为存在程序瑕疵的拒不配合。如果司法机关未阐述行为人故意不配合行政程序的具体原因,直接就据此断定行为人的主观罪过,显然存在推理的逻辑错误。最后,主观证明要素说混淆了前置行政程序规范体系定位和功能特征的关系。规范的功能特征并不直接代表前置行政程序规范的本质或体系定位,即并不解决前置行政程序规范在刑事司法中的具体角色的问题。我们不能因为前置行政程序规范具有强化主观证明效果的附随效果,就认为规范属于主观证明要素,两者本身就属于概念体系中的两个不同方面。主观证明要素说误认为前置行政程序规范本身属于主观证明要素,混淆了前置行政程序规范的体系定位和功能特征两者之间的关系。

(二)行政附属要素说对行政性法规效力依附性的

行政附属要素说认为,前置行政程序规范属于行政部门的行政决定,如果不存在行政决定,那么即使行为人实施的行为具有严重的社会危害性,也不构成犯罪。又由于程序性内容的具体界定并非来源于刑法规范本身,而是援引自行政命令,因此我们应当将刑法中的此类行政程序性规范称为“行政附属性规定”。<sup>[7]</sup>

但是,该类理论忽视了刑法程序性规范认定依据的独特性,将前置行政程序规范的立法模式与“空白罪状”体现出来的前置行政不法规范的立法模式相混淆。将“违反国家(有关)规定”等规范称为前置行政不法规范,是因为含有此类规范罪名的犯罪行为,按照“违反……”的一般违法性的规定指引,其首先必须要经过前置行政性法规规范的行政不法评价,才能进一步为刑法所评价。其中,“违反……”的规定指引,就是对行为、结果等实体性构成要件的违法性评价。但是,在前置行政程序规范中,程序性内容并不需要像前置行政不法规范中行为等的实体性规范一样,首先需要援引其他行政性法律、法规对其法律价值的属性进行评定。行政程序性规范只需要满足“经历性、发展性和过程性”即可。因此,程序性事项内容的认定可以不依附于前置不法中的行政部门法规范,刑法可独立认定。并且,否定前置行政程序规范的独立性,将前置行政不法规范和前置行政程序规范混为一谈的话,完全有可能将前置行政不法规范中纯粹的行政程序效果,如行政效率、行政强力管控性等考量因素带入到前置行政程序的刑法认定当中。但是,行政效率、行政强力管控性等因素均是刑法的谦抑性原则、责任主义原则、刑行衔接规则相冲突的。这和前置行政不法规范采取行政附属性认定方法的最终效果是不一样的。

(三)客观处罚条件说对特殊客观附件的依附性

客观处罚条件说认为,罪名中的前置行政程

序规范属于或者类似于德国刑法中的客观处罚条件。按照德国学界一般观点的理解,属于客观处罚条件的规范要素就无法成为构成要件要素。因为,应受刑事处罚的客观条件是指“在不法构成要件之外,刑法的一些条文规定的是可罚性的客观条件(objektive Bedingungen der Strafbarkeit),虽然作为‘构成要件附件’属于可罚性的实体上前提条件,但构成要件故意却无必要对它们延伸”。<sup>[8]</sup> 罗克辛教授在此基础上进一步认为:客观处罚条件是一个纯粹“客观的”,与行为人的故意和过失无关的刑事可罚性条件。<sup>[9]</sup> 由此可知,一般而言,德国的客观处罚条件是指作为构成要件不为行为人所认知的刑罚启动的客观前提。正是因为其并非属于构成要件要素,因而才不需要符合责任主义原则。但是,客观处罚条件不单单是限制刑罚的事由,还是证成不法的条件。<sup>[10]</sup> 也正是如此,纵使是在德国刑法学界首次提出客观处罚条件,客观处罚条件的理论构造也并不被看好。如德国学者金德霍伊泽尔教授就认为:“由于客观处罚条件和罪责原则之间的不协调,使得客观处罚条件变得富有争议。”<sup>[11]</sup>

但是,我国部分学者只是基于客观处罚条件能够解释我国刑事立法规范中的一些特殊现象,而并未考虑到客观处罚条件这一概念在德国刑法学界中存在的诸多争议,直接将其引用过来解释我国前置行政程序规范的体系地位。诸如,我国部分学者认为《刑法修正案(七)》在逃税罪中加入的“补缴通知”和“行政处罚”程序属于客观处罚条件,其具有限缩特定行为犯罪化的范围或实质非犯罪化的功能。<sup>[12]</sup> 同样,其还结合拒不支付劳动报酬罪“责令支付”的前置行政程序规范,认为这也是属于客观处罚条件的规定。<sup>[13]</sup> 甚至在首次提倡程序性构成要件类型的学者看来,前置行政程序规范也是一种“类似于大陆法中的客观处罚条件”,并据此认为:“程序性要素概念,就是指这些与行为人无关、不以行为人意志为转移的有程序特征的要素。”<sup>[14]</sup>

通过对客观处罚条件说基本内容予以梳理

后,我们可以发现,不同于主观证明要素说,客观处罚条件说承认前置行政程序规范是独立的犯罪成立的决定性因素。但是,与此同时,其又否认这一犯罪成立条件并不需要符合责任主义或主客观相一致原则。但果真如此,那么前置行政程序规范的司法适用便会流于一种纯粹的形式化、程序化效果。亦即,按照客观处罚条件的纯粹客观性,相关行政主体在作出行政程序性事项之后,行为人即使未知悉程序的具体经过和历程也构成犯罪。但这显然并不符合责任主义原则,最后也会沦为客观归罪理论。与此同时,客观处罚条件说的体系定位将前置行政程序规范排除在犯罪概念之外,如此一来,则会削弱前置行政程序规范对犯罪成立发挥的实质功能。

综上,从目前学界提供的主观证明要素说、行政附属要素说、客观处罚条件说的规范解释方法来看,前置行政程序规范都仅是一种依附性规范要素,其不具有独立性。但是就目前的解释方法而言,其完全无法充分展现独立规范类型的适用效果,无法解释规范实际适用问题。

### 三、前置行政程序规范的独立性概念与刑法特性

#### (一) 刑法中前置行政程序规范的独立概念

##### 1. 前置行政程序规范的“行政程序”概念

在中国社会科学院语言研究所编纂的《现代汉语词典》中,“程序”有两种基本意思:(1)事情进行的先后次序;(2)计算机程序。<sup>[15]</sup> 从基本语义上看,计算机程序是“计算机软件”,是一个代码运行的载体。但本质上,其运行仍是按照代码输入的指令顺序,使计算机能按要求的功能进行精确记述的逻辑方法,也是表明运行的过程和次序。因此,从“程序”一词的基本语义来看,我们仅能够发现程序规范至少是在表达过程性、次序性的事实内容。这一基本语义的界定后来影响了学者对法律程序规范的认定。诸如,有学者认为,程序是一种明确的、有规律的过程性、次序性的事实内容。<sup>[16]</sup> 也有学者认为,程序是行为行使所需的三类程序形式,即“前程序形式、伴随形式

和后程序形式”。<sup>[17]</sup>但是,上述概念均未回答“程序”一词所包含的过程性内容的基本要素有哪些,其是否可以包含价值事实等问题。仅止于此,我们无从得知具体答案。

在行政法学界,对于行政程序的概念认定,主要存在以下两种观点:

第一,客观程序性事实说。该观点认为:“所谓行政程序,是指行政主体实施行政行为时所采取的方式、方法和步骤、时限等。”<sup>[18]</sup>同样,美国《布莱克法律词典》对此程序的理解也是采取该种学说。<sup>[19]</sup>从中我们可以发现,客观程序性事实说中所采取的程序事实内容表达,侧重于对行政程序性事项的客观描述,并不涉及行政执法部门实施行政程序性事项的合法性或者合理性等价值判断。

第二,正当程序性事实说。该观点认为:“应以程序所规范的权力为准则区分法律程序”,“具体指行政机关行使行政权力、作出行政行为所遵循的方式、步骤、时间和顺序的总和”。<sup>[20]</sup>并且,正当程序性事实说是学界多数观点。<sup>[21]</sup>换言之,行政程序是法律规定的行政主体必须遵循的程序性事项。<sup>[22]</sup>从中,我们可以发现,正当程序性事实说中的“所(必须)遵循的”程序事实内容,蕴含着行政程序性事项的合法性或者合理性的价值判断。需要注意的是,在行政法学界,行政程序的正当性指的是行政法规范所界定的正当,而并未考虑到前置行政程序规范在刑法体系中的正当性。

通常而言,我国行政法学界并未区分行政程序的客观程序性事实和正当程序性事实概念,而是将两者混同对待。<sup>[23]</sup>但对比上述两类概念界定的方法,可以发现:客观程序性事实说强调的是行政主体实施的程序性事项的事实判断,而不涉及程序正当与否的评判问题。而正当程序性事实说强调的是程序性事项的价值判断,即行政程序性事项的正当性评价问题。虽然,在前述法律意义上的“程序”概念界定中,其包含人们对程序性事项的控制性价值,但这仅是中立性价值

判断,而并非如同正当程序性事实说,表明程序规范所应当具备的合法性要素。

对于前置行政程序规范中行政程序的概念认定,笔者认为,刑法选取客观程序性事实说相对而言较具合理性,亦即,前置行政程序首先必须是行政主体所实施的客观存在的程序性事项。在此基础上,我们并不需要进一步判断行政法意义上的正当性与否的价值问题。<sup>[24]</sup>具体理由在于:

其一,行政程序具有行政依附性缺陷,导致“刑行衔接”不顺畅,我们应该尽可能地排除行政法对行政程序的影响。即使在程序正当原则的约束下,我们也不可直接将行政法上的行政程序视为刑法的前置行政程序。因为,基于行政管制秩序保障之理念强化,行政法的程序正当原则并不排除违法瑕疵的行政程序。其二,行政程序的成立和生效是不同的概念。只有先确定程序性事项是否属于行政程序,我们才能进一步判定行政程序的生效问题。换言之,正当程序性事实说混淆了行政程序的成立与生效的概念。其三,刑法采取正当程序性事实说认定前置行政程序并无任何学科的现实意义和理论价值。部分行政法理论区分行政程序的客观程序性事实和正当程序性事实的概念的目的在于确保违法但不撤销的行政行为仍有效。<sup>[25]</sup>但是,这种情况显然不能影响刑法定罪量刑的判断。因为,不同于行政法对公共管理的目标导向,刑法并不单纯关注否认正当程序性事实说后所导致的公共利益的缺失或失衡现状,刑法关注不法行为后的法益缺失情况。<sup>[26]</sup>

因此,刑法意义上的行政程序性规范指代的是行政主体所实施或所采取的“方式、步骤、时间和次数”等程序性事项、要素的总和。其中,刑法意义上的行政程序并不仅仅是基本语义所理解的过程性、次序性事项内容,其还包括“程序方式”这一宽泛性、兜底性概念,因为程序方式实际上是除时间期限、步骤以外的其他程序性要素的总称。<sup>[27]</sup>并且,前置行政程序所包含的行政程序

应当以行政权实施为成立标准,从而可以将行政合同、行政指导和行政立法等此类民事或行政中立行为排除在前置行政程序的概念之外。因此,我们应当以“行政主体+行政权”为前置行政程序的成立标准。

## 2. 前置行政程序规范的“前置性”的概念

因为前置行政程序在刑法规范中的特殊地位,如果我们不对行政程序的“前置性”作单独的区分说明,乍一看,其中的“前置性”会被误认为是指行政程序前置于行政法体系之中,将行政程序规范作为“刑行体系”衔接的节点之一。但是,需要说明的是,前置行政程序规范中的“前置性”不仅能够区分行政法意义上的行政程序概念,而且能够彰显出前置行政程序在犯罪成立和构成要件两个方面的“前置性”区分价值。

第一,前置于实体性犯罪构成要件的认定。一般而言,就“四要件”犯罪构成理论来说,在不含有前置行政程序规范的罪名之中,犯罪构成是一个平面耦合化构成要件要素的体系集合。<sup>[28]</sup>即使是在“三阶层”犯罪构成体系中,构成要件该当性、违法性、有责性三者之间也不存在哪个阶层前置于构成要件该当性的说法。<sup>[29]</sup>因此,在当前两大主流犯罪构成理论中,根本就不存在行为要件前置于主观、主体等要件的现象。但是,在含有前置行政程序规范的罪名中,前置行政程序的规范判定,是在实体性犯罪构成要件的符合性认定之前进行的。在含有前置行政程序规范的罪名中,行为只有在程序的发展、经过和历程之后,才可能将行为人主导实施的行为、结果等实体性要素称为犯罪构成要件。

因此,“前置性”不属于行政程序性规范的事实内容的次序性和过程性的判定。前置行政程序的“前置”是前置于实体性犯罪构成要件的司法价值认定;前置行政程序规范事实的次序性过程代表的仅是行政程序性事实发生或经过的先后顺序,两者存在显著差异。

第二,前置于司法机关的刑事责任苛责。刑法中行政程序规范的“前置性”司法适用,旨在

强调刑事责任追究的司法排除效果。一般而言,犯罪既遂意味着犯罪成立只需要满足主体、行为、结果、罪过等实体性构成要件要素即可。既遂后,行为人应当承担不利的法律后果之评价,亦即刑事责任的评价。但是,在含有前置行政程序规范的相关罪名中,即使行为人实施了违法行为,已经造成了危害结果,但由于其并非罪名相对应的犯罪行为和危害结果,因而,司法机关也不能因为违法行为造成了刑法所不应容忍的法益侵害结果,而强行将刑事责任苛责于不法行为人。

因此,仅凭先前的行为和结果是无法实现刑事责任追究的。如果在前置行政程序规范的司法适用后,行为人积极配合前置程序,承担了必要的刑法义务,当然就不存在犯罪行为,也就排除了刑事责任的追究。而这也是前置行政程序前置于实体性犯罪构成要件的必然结果,但这属于理论层面上的精细化认定过程。在实践中,前置行政程序发挥的作用在于司法者直接依据前置行政程序规范,排除行为人刑事责任的承担,而并不会从刑法理论上先排除实体性犯罪构成要件,后排除刑事责任承担。因为前置行政程序规范本身就承担着犯罪成立判断的独立功效,只要行为人不符前置行政程序规范确定的条件,那么刑事责任的认定就可以直接被阻断,而并不需要再依附于实体性犯罪构成要件的判断。

当然,按照前置于实体性犯罪构成要件的认定的特性,如果实体性犯罪构成要件之一也不符合,也当然阻断司法机关对刑事责任的认定。但是,这是否意味着实体性犯罪构成要件也仍然具有前置性的特殊属性呢?有学者结合《刑法》第276条之一拒不支付劳动报酬罪中的行政程序规范认为,确立行政命令程序的“前置性”是存在疑问的。第一,从现实案件发生来看,程序事实并非在犯罪构成要件之前,反而恰好在其他所有条件之后。第二,如果强行赋予程序规范的前置性,那么其他所有成立条件都具有前置性,都前置于犯罪成立。<sup>[30]</sup>其实,第一种理由是忽视了

程序事实本身的过程性与程序事实规范的“前置性”概念的不同。前者代表的仅是行政程序性事实发生或经过的先后顺序;而后者是前置于实体性犯罪构成要件的司法价值认定。第二种理由则忽视了实体性规范事实与程序性规范事实之间的性质差异。前置行政程序作为一种刑法规范类型,显而易见,其表达的是程序性事实内容,而该论者所指的其他所有条件指的是实体性规范事实。

综上所述,虽然我国刑法中的前置行政程序规范作为一种“刑行衔接”节点,但是该类规范的“前置性”并非指刑法规范中的行政程序前置于行政法体系之中,而是指行政程序规范的事实认定前置于实体性犯罪构成要件认定与司法机关对行为人的刑事责任追究。而前置于实体性构成要件认定与司法机关对行为人的刑事责任追究,归根结底,就是前置行政程序前置于犯罪成立(见图1)。如此一来,在规范事实层面上,前置行政程序就和行政法意义上的行政程序进行了区分,前者应当属于刑法规范视域的特殊类型。

再结合前述“行政程序”和“前置性”两者的概念,我们可得出刑法中前置行政程序规范的基本概念。亦即,其是指行政主体为行使行政职权所实施的方式、步骤、时间和次数等前置于犯罪成立的时空性程序事项的规范总称。

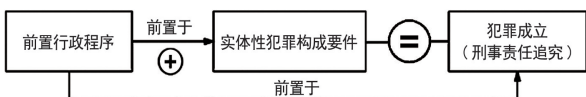


图1 前置行政程序、实体性犯罪构成要件与犯罪成立三者之间的关系

### (二)前置行政程序规范的刑法特性

前置行政程序规范的立法设计并非无中生有。在某种程度上,可以说前置行政程序是现代社会的快速发展和刑法应对风险积聚的产物。行政程序具有控制、管理和预防风险入侵的作用。当前,“通过刑法的提前介入来预防新兴的非传统安全威胁的现实化,进而维护个人、社会乃至

国家安全已成为世界各国不约而同的做法”。<sup>[31]</sup>在刑法立法进程中,行政犯立法无疑是主要趋势。又基于行政程序的控制、管理和预防作用,前置行政程序规范的刑法立法便成为一种主流趋势。如此做法,一方面,可以缓解刑法提前介入所带来的刑罚前置化预防之诟病;另一方面,可以防止现代工业社会积聚的风险转化为现实危害结果。随着刑法修正案逐渐增设前置行政程序规范,虽然立法者是“无心插柳成荫”,但该类规范聚合起来,便成为一种独特的刑法立法现象,应予以深入研究。

#### 1.前置行政程序规范与刑法实体性规范对比产生的特性

前置行政程序规范的第一种特殊性是行政程序规范与刑法实体性规范对比产生的特殊性。根据前文所述,前置行政程序规范表达的事实内容是方式、步骤、时间和次数等时空性程序。但是,刑法却是实体部门法规范。因而,如何解释刑法中的前置行政程序规范这种特殊现象呢?笔者认为,这种特殊立法现象,其实是前置行政程序与刑法实体性规范的一种深度融合,并且,这种深度融合并非子虚乌有。

那么,为何刑法规范中会出现行政程序?实体刑法是否排斥这种程序性规范现象呢?

其实,实体法和程序法的类型划分同行政程序为一样,并非极具实践性助益的概念,而纯粹是一种理论学说。在法理层面,一般而言,实体法和程序法的区分说是按照“法规定的内容的不同和价值取向为标准”进行划分的。其中,实体法的主要内容是权利和义务或职权和职责;而程序法的主要内容是权利义务或职权职责的程序实现和保证规范。<sup>[32]</sup>因此,实体性内容规范侧重于权利和义务的分配;程序性内容则侧重于分配结果的外在程序保障,其更加强调程序的经历性、发展性和过程性。我国传统理论一直持有的是程序工具主义的观点,进而将实体和程序予以区分看待,认为程序是实体的实现工具和手段,实体才是目的。程序事项不会影响实体裁判结果

的正确性,因而,程序法不具有单独价值(区分说)。<sup>[33]</sup>受这种传统理论的影响,刑法学界也多集中精力研究实体性规范对犯罪成立的影响。<sup>[34]</sup>但是,在程序本位主义者看来,程序规范的理解或操作的错误也会影响权利和义务的实现。<sup>[35]</sup>在全面依法治国的时代,程序规范的价值越来越受到国家和公民的重视,程序本位主义逐渐占据上风。在这种背景下,前置行政程序规范的立法特殊性也应当受到学界重视。

对比实体法和程序法所包容的事项性质和功能定位,我们可以发现,区分说是针对部门法的整体性质而言,并非针对部门法中的具体规范性质,两者划分的依据仅在于部门法具体规范服务的对象或事项的路径不同。但是,两者都是为权利和义务而服务的,并不是毫无关联、彼此对立的。简言之,实体法在于揭示权利和义务的内容,程序法在于确保权利和义务的有序实现。

既然行政程序具有确保权利和义务得以实现的重大功能,而刑法规范就是确立公民重大人身、财产等法益(权利)和不法侵害行为人的义务内容,那么基于刑法法益保护的基本原则,在特定情况下,行为人按照程序性事项规定的内容,积极配合程序执行主体的要求,恢复法益侵害的状态和结果时,基于刑法谦抑性原则,刑法再对行为人苛责刑事责任义务便不具有正当性,也无现实必要。此时,刑法借助前置行政程序规范,便可构建刑罚的退出机制。虽然我们总体上可以称一个部门法为实体性或程序性法律,但是无法将每个法条以实体性和程序性特征加以明确区分,因为纯粹的程序性或实体性部门法根本不存在。<sup>[36]</sup>即使退一步而言,承认刑法总体上属于实体法,这也与刑法规范包含前置行政程序的特殊现象并不矛盾。

其实,自储槐植教授1989年首次提出“刑事一体化”理念以来,<sup>[37]</sup>越来越多的学者开始关注并研究刑事实体法和刑事程序法的交叉问题。<sup>[38]</sup>虽然,当前刑事一体化的理念倡导在于加强刑法和刑事诉讼法的结合研究,而非明确提出刑事

诉讼程序规范和刑法实体性规范的交叉融合现象。但是,该种现象早已在刑法中予以实现。诸如,《刑法》第87条影响行为人犯罪认定的追诉时效期限;再如,第246条侮辱罪、诽谤罪和第260条虐待罪等罪“告诉才处理”的自诉程序,上述程序性规范立法现象均是刑事诉讼程序与刑法实体规范深度融合的体现。同样,在行政法学者看来,部门行政法学并非完全由实体性规范组成,其亦是实体和程序规范的双重交叉;亦或每一个法条就是实体性和程序性特征的融合。因此,在行政法规范中,某一规范很难被明确区分是实体性或程序性规范。<sup>[39]</sup>

由此可见,刑法和刑事诉讼法、行政实体法和行政程序法彼此之间,早已经实现了一体化研究的深度融合。而随着行政犯立法趋势的加强,在刑法规范中引入行政程序规范,将前置行政程序规范作为“刑行衔接”节点,也就当然不存在区分说这种所谓的区隔和阻碍。

## 2. 程序性犯罪事实与违法性事实对比产生的特性

前置行政程序规范的第二种特殊性是程序性犯罪事实与违法性事实对比产生的特殊性。前置行政程序规范是以行政主体主导实施的程序过程为主要内容,而刑法中的危害结果等实体性规范是以刑事责任承担主体——行为人主导完成的行为等构成要件的违法性事实为主要内容。但是,在前置行政程序规范中,程序的发展、经过的每一步骤,均是由与刑事责任承担无关的行政主体完成的。诸如,《刑法》第286条之一的拒不履行信息网络安全管理义务罪的“责令改正程序”,按照该条规定,责令改正程序的行政执行主体是负有网络服务过程监督管理职责的行政部门。<sup>[40]</sup>对此,《互联网信息服务管理办法》《国务院关于授权国家互联网信息办公室负责互联网信息内容管理工作的通知》以及《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》分别将电信管理机构、国家互联网信息办公室以及公安机关,作为责令程序步骤推进的实施主体。但上述部门



并不是刑事责任承担的主体,而是确保行政公共秩序得以实现和行政义务得以正常履行的行政主体。<sup>[41]</sup>

对于刑法的实体性规范而言,由于刑法规范主要是对行为人的行为进行否定性评价,从而对其科处刑事责任,以体现刑法义务的具体分配。因此,一般来说,学界会认为:“刑法系以行为资为可罚性判断之核心对象,所有规范之评价关系,大抵系围绕着行为作为判断之基础,从构成要件之适用,到刑事责任形成之内涵,乃至决定可罚性之基础。”<sup>[42]</sup>这其实就是以行为为核心要件,将其作为危害结果、因果关系、危害对象、犯罪主体、犯罪主观的实体性规范评价的基础标准。因为行为、结果等刑法实体性规范直接关联刑事可罚性评价,而行为、结果等又是行为人直接主导实施的。因此,在刑法实体性规范中,刑事责任的承担可直接归于行为人,而非执行行政程序性规范事实内容的行政主体。基于此,学界和实务界才会将与行为人直接相关的刑法实体性规范视为了犯罪事实。因为只有先将与行为人直接相关的犯罪事实确立了,刑事责任才能苛责于行为人。

那么,在不法行为、危害结果等刑法实体性规范,以及危害结果与不法行为等构成要件均成为犯罪事实组成部分的前提下,与刑事责任承担无关的行政主体执行的程序性事项是否可以作为犯罪事实的一部分呢?表面上看,行政主体执行的程序性事项并非不法事实,那为何行政程序规范可以作为犯罪事实的认定依据呢?其实,我们一般认为刑法均是由实体性规范组合而成的。在并未认识到前置行政程序规范之前,因为行为、结果、主观、主体等实体要件均与行为人直接相关,是行为人直接操控事实产生的系列要件,而上述构成要件又是行为人承担刑事责任的前提,因而,与行为人直接相关的违法性事实才是刑事责任追究的前提。

在一般人的看法中,犯罪事实都是行为人操控的违法性事实。但其实,犯罪事实并非均是违

法性事实,诸如,行为主体、因果关系、危害对象这些事实均是客观存在的犯罪事实,并不存在主体人、受害者、因果关系等要素本身的违法性,只有行为和结果本身具有违法性。正如,我们不能因为行为主体是犯罪事实的组成部分,就认为行为人是违法性事实。同样,行政主体执行的前置行政程序性事实也是行为人被追究刑事责任的事实依据,我们也不能因为其不具有违法性,就否定其属于犯罪事实。因而,表面上看与刑事责任承担无关的行政主体实施的程序性事实无法成为违法性事实,但其却是某些犯罪的构成要件。

#### 四、前置行政程序规范的刑法适用路径

考夫曼认为:“‘法律规范之描述’扮演重要的角色,在这方面特别需要语言理论的研究。对应上述的立法方法之特色(实然与应然交互影响),真实分析以及价值取向具有中心意义。”<sup>[43]</sup>因此,既然立法者特意将前置行政程序规范置于罪状的表述之中,就表明其应当能够发挥出此类特殊规范类型对理论价值确定和司法实务操作的独特功能。

##### (一)独立性认定路径:认定依据无需依附

程序性规范内容本身虽然具有经历性、过程性、发展性特征,但基于刑法的谦抑性原则,刑法必须与行政法等部门法律、法规在处罚的行为危害评价上实现平稳过渡,而不能让程序化事实或者行政法程序直接侵入刑法体系当中,直接由刑法承担“先锋队”的作用。由于前置行政程序规范事项的执行主体并非承担刑事责任的行为人,而是行政机关,因而,在学界和实务界还没有确定前置行政程序规范认定依据的独立性价值之前,行政机关等主体在认定具体行政程序操作形式的司法实践中,肯定是按照自身程序内部的行政法规范依据进行的。但这难免会在“刑行交叉”案件中遇到与纯粹刑法的实体性规范内容判断的从属性或者独立性相同的问题。

但是,按照基本概念的界定,前置行政程序规范的具体认定仅需要满足程序性内容的基本

属性和特征即可,无需援引行政部门法中的程序性规范。前置行政程序规范的基本组成内容是“程序性”的客观事实内容,而程序性事实具有天然的经历性、过程性、发展性特征。因此,前置行政程序规范事项内容的行政法判断就是一种形式特征判断,刑事司法对前置行政程序规范的基本符合性就是程序性事实的客观性。而其中行政程序的“行政性”符合,只需要确保行政程序的执行主体是在履行行政职权。在此基础上,行政法规对于前置行政程序认定依据的具体约束就不复存在。此时,前置行政程序的事实认定在形式上完全符合程序性内容的经历性、过程性、发展性特征。至于后续程序具体内容的操作规范,刑法如何认定可直接交于司法者依据法益保护的目的是功能进行独立抉择。况且,在司法解释性规范文件中,前置行政程序规范较行政法的行政程序具有更为严苛的细致要求。前置行政程序规范认定依据的独立效果,完全契合法益保护和人权保障的平衡理念。

## (二) 谦抑性适用路径:限制刑事处罚扩张

通过十一个刑法修正案的罪名扩张,现代社会呈现出积极刑法观的社会治理理念,部分学者也对此表示支持,认为积极刑法观是立法与时俱进、大国法治的表现,<sup>[44]</sup>并认为积极刑法观支持刑法提前介入风险预防,最终迫使我们摒弃传统的法治国刑法观。<sup>[45]</sup>但是,在积极刑法观支持扩张罪名但又缺乏增设罪名具体底线或标准的同时,积极刑法观如何真正确保刑法立法的谦抑性,值得我们思考。其实,无论是积极刑法观、折中刑法观还是消极刑法观,三者均不反对增设新罪。真正需要思考的是,立法者如何在增设新罪的同时,又限制刑事处罚的扩张。而前置行政程序规范的立法设置,刚好就能够将两者完美地融合在一起。

### 1. 通过前置行政程序规范体现“刑行交叉”行为的适度规制

在罪名不断扩张的刑法前置性预防立法的过程中,行政犯规制触角的延伸承担着主要角

色。<sup>[46]</sup>但是,刑事责任作为一种社会控制的特殊形式,其属于最为严厉和最为昂贵的控制形式。<sup>[47]</sup>通常而言,“情节严重”的法益侵害程度、行为类型的部分选择是作为行政犯“刑行衔接”的过渡点,但由于立法者并未明确情节严重的判断标准以及行为类型立法选择后的行为边界,这导致司法实务界在制定司法解释或者具体适用罪名规范时,通常是将数额、次数作为了行为情节严重的入罪标准。

但是在“前置于”实体性构成要件认定和刑事责任追究的特性下,前置行政程序相较于一般罪名的犯罪构成要件而言,极大程度地限制了刑事处罚的扩张。诸如,立法者在起草《刑法修正案(九)》的拒不履行信息网络安全管理义务罪时,考虑到网络安全保护需要从行政违法的被动规制转向网络违法犯罪的积极主动预防之局面,对于造成严重后果的,不能仅追究行政责任,还应当追究刑事责任。<sup>[48]</sup>但同时又考虑到技术中立原则的要求,需要克制技术监管,为网络平台服务免责。因此,平台技术的管理责任反映的是一种回应模式,而非管制模式。<sup>[49]</sup>所以,立法者在不作为网络平台管理义务犯罪的实体性构成要件认定之前,特别增加了“责令采取改正措施”的前置行政程序规范。在罗尔斯看来,这便体现了制度在社会正义分配层面中发挥的积极作用,行政法、刑法等规范制度作为一种公共的规范体系,同一行为类型在不同规范体系中可能被允许,也可能被禁止,法律规范体系根据违法性质作出必要的保护和惩罚。<sup>[50]</sup>制度分配正义的惩罚和保护措施在前置行政程序规范中体现得尤为明显。

### 2. 前置行政程序规范适用条件的严苛性排除形式化程序过程

前置行政程序规范作为刑法规范的一种新类型,如果在并未明确其限制刑事处罚扩张,以及规范认定依据的刑法独立性判断功能的情况下,一旦前置行政程序规范被视为构成要件,则理论界和实务界较易直接移植行政程序规范的

客观程序性事实说的经历性、过程性、发展性特征,将其视为观点论证和裁判说理的唯一依据。因此,在形式化的行政程序性事项内容之下,为凸显前置行政程序规范的独特性功能、排除形式化行政程序过程的消极性,立法者和司法者会在程序性规范内容的次数、经历时间、主观认知、实施对象等条件上,设定严格的具体认定标准,以明确前置行政程序规范的具体内容,发挥限制刑事处罚扩张的实质化功能。第一,刑事立法方面的明确限制。诸如,走私普通货物、物品罪中的一、二次的行政处罚程序以及扰乱国家机关工作秩序罪中的多次行政处罚程序。<sup>[51]</sup>第二,刑事司法方面的明确限制。诸如,2019年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条第2款规定的,明确且合理的程序期限以及程序配合的可能性等因素的考察。上述前置行政程序规范的诸多限制,均是为了防止司法实务界对行政程序性事项内容的经历性、过程性、发展性的形式化理解。

### (三) 激励性保障路径:及时促成法益恢复

按照一般的实体性构成要件对犯罪成立的认定方法,一旦行为、结果等构成要件实现,就表明犯罪既遂的成立,行为人应当被追究刑事责任。而既遂后的返还财物、积极赔偿损失等法益实现的内容,仅是一种法定或酌定的量刑情节因素,而并非法定的出罪事由。但是,相较于刑法的实体性规范而言,前置行政程序规范在于最大化、最优化地提升法益恢复效率。在前置行政程序规范中,“前置性”指代前置于实行行为等构成要件认定和刑事责任追究,此时,纵使是行为人已经实施了一般刑法意义上的法益侵害行为,但由于特殊程序性规范类型的存在,此时着手行为并非相应罪名的犯罪行为要件。在此种情况下,如果行为人积极作为,那么其就不构成犯罪。因而,行为人较一般犯罪更容易、更愿意积极配合程序执行主体,及时促成法益的恢复。况且,前置行政程序规范的适用次数、经历时间、适用

对象等条件认定较为严苛,这也为行为人及时促成法益恢复,提供了广阔的实施空间。

那么,在含有前置行政程序规范的罪名中,为何行为人的程序配合和协助会与纯粹的实体性犯罪构成要件组合的罪名产生如此大的差异呢?对此,道格拉斯·胡萨克借助莱斯利·格林具有影响力的阐述提出了一个假想,其认为如果当人们的行为仅触犯法定犯而并非自然犯时,“每个人都必须在仅有的可供选择的行动方案之间进行选择,每个直接的结果同时取决于各自的选择和其他人的选择”。那么,我们就完全可以借助刑罚的威胁方式,来帮助人们遵守协作方案。<sup>[52]</sup>换言之,在行政犯中,当存在行为人必须选择的多个可供选择的行动方案时,行为人对方案的选择与不选择,将在很大程度上决定刑罚苛责的与否。此时,刑罚并不旨在加强惩罚或报应功能,而仅是要发挥威慑力,甚至是要帮助行为人遵守行动方案。这在含有前置行政程序规范的罪名中是一样的,如果行为人能够明确知道程序规范事实内容的配合将对自己有利,那么,只要行为人选择积极配合前置行政程序,及时促成法益恢复,那么刑罚的威慑力已经得以实现,就无须再追究行为人的刑事责任。

那么,为何在不含有前置行政程序规范的自然犯或者部分行政犯中,立法者就不能通过设置行为人对前置行政程序配合的选择方案来实现法益的恢复呢?换言之,立法者能否通过前置行政程序规范的普遍化设置来督促或激励行为人及时恢复受损法益?对此,正当性制裁论认为,刑事制裁的违法行为类型必须具体化,只有当犯罪所引起的损失是无法弥补的,并且通过弥补或者赔偿是非常不合理的,那么此时,刑事惩戒便是正当且合理的。<sup>[53]</sup>由此可见,前置行政程序规范发挥激励功能必须权衡刑法的经济效益。如果在自然犯或者部分法定犯中普遍设置前置行政程序规范时,换来的是不特定公民普遍对法秩序的尝试性破坏,那么纵使是恢复后的法益,这种侵害结果的发生也是不确定的。再结合前述

前置行政程序规范对应的罪名,我们可以发现,规范类型普遍涉及的也仅是经济犯罪以及扰乱社会管理秩序犯罪。而在法益补救方面,该类犯罪有三点共性:第一,这些犯罪的法益侵害恢复较为容易;第二,法益恢复所带来的刑法效益远大于刑罚的惩戒效益;第三,这些犯罪行为不容易被公民普遍模仿。

因而,在经济犯罪以及部分扰乱社会管理秩序犯罪中,当侵害法益的行为已经完成,但刑法能够通过某种激励措施,如前置行政程序规范的适用带来的刑罚缓冲,引导行为人积极予以等价归还或者多倍赔偿的时候,该法益能够得到恢复,那么刑事惩罚便是不必要的。这就表明,前置行政程序规范的立法设置在某种程度上是刑法效率最优化的体现。因为,违法行为仅在民事侵权法或者行政法的评价中效果并不是特别明显时,立法设置前置行政程序规范的人罪条件,既有必要,能够维护各类法规范秩序;又恰到好处,使得重大法益侵害得以最大化恢复。此外,还可减少公民犯罪化的对立面。

#### (四)附随性强化路径:强化主观证明效果

犯罪主观作为一种犯罪构成要件,其可以理解为主观恶性,具体应当包括故意、过失的主观罪过或者表征再犯可能性的人身危险性要素。其中,犯罪主观作为犯罪构成要件的重要组成部分,其属于一种纯粹抽象的心理状态、因素,这不同于具体可识别的行为、结果等构成要件的外在客观形态。<sup>[54]</sup>基于此,在具体司法实践中,犯罪主观要件的证明难度往往强于犯罪客观要件,甚至有时候,犯罪主观要件的证明需要犯罪客观要件的辅佐。诸如,明知的刑事推定。因此,有学者曾认为,犯罪主观罪过的认定是理论界和实务界最令人困惑的问题。<sup>[55]</sup>甚至可以说,“几百年来,刑法中没有任何一个问题比确定犯意或心理因素更令人困惑”。<sup>[56]</sup>由此可见,有时候想要证明主观要件并非如同证明客观要件那么简单。但是,这并不意味着主观要素难以被证明或者在证明过程中存留疑惑之时,不可同明知要素的证

明一样,援引客观方面的规范要素来强化主观要件的证明效果。诸如,前置行政程序规范便可以发挥强化主观证明的作用。

在前置行政程序规范的设置中,虽然程序性规范事实是行政执法主体单方面实施的行政程序,但是该程序性事实的成立不同于行政行为的成立,后者并不需要行政相对人的行为配合即可成立。但是,前置行政程序规范则不同。一般而言,刑法在设置此类规范时,通常表述的是“经行政机关责令改正而行为人拒不改正的”或者是“行为人未经行政许可程序的”。由此可见,程序性规范事实虽然是行政主体单方面实施的,但是在刑法中,对于行政主体实施的程序性事实过程,如果行为人无法配合或者限制行为人配合的,那么这种前置行政程序根本不可能有效。换言之,这种前置行政程序是一种行为人的配合程序。如果行为人在完全知悉程序性事项及其后果后能够配合行政程序,但是却拒不配合的,那么,我们可以借助前置行政程序规范,强化主观要素的证明效果。尤其是在法定犯违法性认识错误的情况下,借助前置行政程序规范可以完美回避法定犯违法性认识证明难的问题。诸如,《刑法》第351条非法种植毒品原植物罪的“经公安机关处理后又种植的”以及“抗拒铲除的”程序就可以发挥这种作用。不可否认,现实中确实存在行为人因一直居住在偏远乡村或山区,当地毒品普法宣传又较为落后,导致行为人无法辨别种植的植物属于毒品原植物的情况。

除此之外,多次的前置行政程序还能够强化主观恶性的严重程度。当下,虽然表征主观恶性大的人身危险性因素作为刑法入罪的基本原因之一饱受学界批判。<sup>[57]</sup>但是,不可否认,在部分罪名的“刑行衔接”过程中,前置行政程序规范作为入罪标准,很好地缓解了行政处罚疲软且“久治不愈”的一般行政违法性评价的尴尬境地。诸如,《刑法》第153条的走私普通货物、物品罪,在立法设置“一年二次行政处罚”程序规范之前,实践中行为人巧妙地利用了应缴税额五

万元的入罪标准,通过“蚂蚁搬家”式的走私行为(多次小额走私)规避刑事处罚,而因为每次的行政处罚完全不足以遏制该种现象的频频发生,通常行为人是屡罚屡犯。<sup>[58]</sup>据此,一方面,立法者通过加入前置行政处罚程序规范表征行为人的主观恶性较大,以此杜绝多次小额走私的现象。另一方面,只要行为人积极配合行政程序补缴税款,那么在走私普通货物、物品罪等此类经济犯罪中,足以表明行为人的刑罚预防性或者再犯可能性的降低,<sup>[59]</sup>而在人身危险性作为基本入罪标准的罪名中,前置行政处罚程序规范强化的人身危险性较低也同样可以是一种出罪事由。

#### (五)区分性解释路径:排除法条竞合关系

前置行政处罚程序的区分效果,主要是指在含有前置行政处罚程序规范罪名与纯粹的刑法实体性规范的罪名之间的法条竞合关系判断上,前者能够阻断法条竞合关系的判断,但后者犯罪构成要件在法条竞合关系中,彼此之间的差别也只能是包含与被包含的规范内容的差异,这种差异仍无法阻断法条竞合关系。在纯粹实体性犯罪构成要件的罪名适用过程中,一般而言,如果同时存在两个刑法规范,并且两个刑法规范表面上均能够适用于一个犯罪构成事实,但由于该犯罪行为仅侵害了一个犯罪的保护法益。此时,该犯罪构成事实最终只需要对应其中一个法条,而排除另一法条的适用,这便是法条(规)竞合的现象。<sup>[60]</sup>基于刑法规范的法条竞合关系,有论者认为:“本罪(笔者注:现为强令、组织他人违章冒险作业罪)的责任形式为过失。行为不符合本罪的犯罪构成,但符合重大责任事故罪的犯罪构成的,应认定为重大责任事故罪。”<sup>[61]</sup>正是这种普通法条与特别法条的关系,导致了法条竞合现象的存在。<sup>[62]</sup>

但在前置行政处罚程序规范的新类型下,通常存在于刑法的实体性规范中的法条竞合关系,并不适用前者。《刑法修正案(十一)》第4条在重大责任事故罪和强令违章冒险作业罪的罪状基础上单独增设《刑法》第134条之一危险作业罪的

行政责令、危险排除和行政许可程序。虽然,重大责任事故罪“其他严重后果”的情形包括了《刑法修正案(十一)》第4条增设的“现实危险”。但是,我们不能如同通说观点那样,认为如果行为人不符令强令违章冒险作业罪,那么则可以构成重大责任事故罪。因为在《刑法修正案(十一)》之前,强令违章冒险作业罪和重大责任事故罪属于法条竞合关系,是因为两者的罪状设置均是实体性规范,并不包括前置行政处罚程序规范。而在《刑法修正案(十一)》加入危险作业罪的前置行政处罚程序规范后,该规范就在罪名中具有“司法认定依据无需依附、限制刑事处罚扩张、及时促成法益的恢复”等实践效果,如果我们忽视此类前置行政处罚程序规范,将前置行政处罚程序规范与纯粹的实体性规范混为一谈,直接套用法条竞合关系,那么上述实践功效便被束之高阁。这显然是违背立法本意的。

所以,在同时含有前置行政处罚程序规范和实体性规范组合而成的罪名与纯粹由实体性规范组合而成的罪名中,因为两种规范类型的内容性质存在本质上的差异,两者属于排斥关系,并不具有包容关系。因此,两种罪名并非主流观点和实务界所认为的那样,属于法条竞合关系。依照法条竞合关系的规范内容呈现,我国台湾地区学者柯耀程将法条竞合的关系称之为“规范对象同一性关系”,其要求“必须确认所规范的整体犯罪事实,系完全合于二法律规定的规范适用范围时,方得以成立”。“二规范间之适用对象同一性,乃于重叠部分之具体事实”,<sup>[63]</sup>“重叠”表明了法条竞合关系是一种包容(包含)与被包容关系。<sup>[64]</sup>由此观之,法条竞合的关系判断并不同于构成要件的类型判断,前者仅是依据具体事实内容的重合性、包容性的角度来进行的。但前置行政处罚程序规范由程序性事实(A)构成,纯粹刑法实体性规范由实体性事实(B)构成,两者本质上就属于性质不同的事实,即对立关系:从规范的假定部分来看,非A则B,非B则A。也就是说,含有前置行政处罚程序规范的罪名,不可能与仅含有纯

粹刑法实体性规范的罪名构成法条竞合关系。综上,前置行政程序规范具有法条竞合关系的排除作用。

虽然,也有学者提出法条竞合的主要目的在于:第一,肯定特殊法条优于普通法条;第二,重法优于轻法,体现规范与案情的自洽或者罪责刑相适应原则。<sup>[65]</sup>但是,该论点忽视了很重要的一个目的,就是刑法之所以将罪名的法条竞合关系视为一种基础理论,更多地在于认定两种罪名属于法条竞合关系能够解决特殊法条内容在定罪方面不周全的问题(简称法条竞合的“第三种功效”)。亦即,法条竞合能够解决一个法条能否充分评价特定危害行为性质的问题。<sup>[66]</sup>因此,前述学者对法条竞合的规范与案情的自洽或者罪责刑相适应原则两种功效的理解并非充分。法条竞合关系的第三种功效,还为司法者重新适用普通法条提供了处罚依据,化解因特殊法条的实体上或者诉讼程序上的原因某行为不被处罚的尴尬境遇。<sup>[67]</sup>

## 五、结 语

在法定犯时代刑法不断前置扩张的社会治理背景下,前置行政程序规范在原有审慎入罪的基础上,为原先的一般行政违法行为入罪提供了更高的规范要求。而认清前置行政程序规范具备的与实体性规范与众不同的特殊功效后,确立前置行政程序规范的独立概念和适用效果,能够为刑事立法者科学合理设置规范,为刑事司法者确立限制刑罚处罚扩张和保护刑法法益的规范适用规则,奠定良好的规范指引效果。

### 注释:

[1]熊波:《前置行政程序在经济刑法中的行政依附性及其化解》,《政治与法律》2022年第3期。

[2]北京市第二中级人民法院(2004)二中刑终字第81号刑事裁定书。

[3][德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,北京:法律出版社,2013年,第59页。

[4]童德华、马嘉阳:《拒不履行信息网络安全管理义务罪

之“义务”的合理性论证及类型化分析》,《法律适用》2020年第21期。

[5][7][30]李梁:《拒不支付劳动报酬罪的行政附属性规定研究》,《政法论坛》2017年第5期。

[6]胡剑锋:《“行政处罚后又实施”入罪的反思及限缩》,《政治与法律》2014年第8期。

[8][德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,北京:法律出版社,2008年,第88-89页。

[9][德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论——犯罪原理的基础构造》第1卷,王世洲译,北京:法律出版社,2005年,第690-691页。

[10][11][德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京:北京大学出版社,2015年,第53页。

[12][59]周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,《中国社会科学》2016年第3期。

[13]周光权:《刑法各论》,北京:中国人民大学出版社,2016年,第150页。

[14]卢勤忠:《程序性构成要件要素概念的提倡》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第6期。

[15]中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,北京:商务印书馆,2016年,第170页。

[16][36]杨寅:《中国行政程序法治化——法理学与法文化的分析》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第30页。

[17]Szczepaniak Rafal, Figueiras Claudia Sofia Melo, Editors, Szczepaniak, *Contemporary Challenges in Administrative Law and Public Administration*, Bucharest: ADJURIS International Academic Publisher, 2018, p. 27.

[18]罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》,北京:北京大学出版社,2016年,第139页;[德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》第二卷,高家伟译,北京:商务印书馆,2002年,第196页。

[19]M. A. Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979, p. 43.

[20]马怀德主编:《行政法学》,北京:中国政法大学出版社,2019年,第126页。

[21]章剑生:《现代行政法基本理论》,北京:法律出版社,2013年,第499页;周佑勇:《行政法原论》,北京:北京大学出版社,2018年,第173页;刘善春:《行政实体法与行政程序法精要》,北京:人民法院出版社,2019年,第174页;叶必丰:《行政行为原理》,北京:商务印书馆,2014年,第154页。

[22][41]胡建森:《行政法学》,北京:法律出版社,2015年,第602页。

[23]周伟:《行政行为成立研究》,北京:北京大学出版社,2017年,第46页。

[24]值得说明的是,前置行政程序不需要进行合法性的价值判断,仅指不需要进行行政法意义上的合法性价值判断,并不代表不需要进行刑法意义上的合法性或合理性价值判断。换言之

之,为了避免行政法意义上的行政程序对刑法认定前置行政程序带来过多干扰,本文同样采取了前置行政程序成立和有效的“区分说”。

[25]李惠宗:《行政程序法要义》,台北:五南图书出版有限公司,2002年,第281页。

[26]刑法主流观点认为,法益保护原则是刑法的基本原则。(张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2016年,第43页)但是这并非行政法的公共(秩序)利益保护原则。

[27]应松年、杨小君:《法定行政程序实证研究——从司法审查角度的分析》,北京:国家行政学院出版社,2005年,第242页。

[28]曲新久主编:《刑法学》,北京:中国政法大学出版社,2016年,第40页。

[29][60][61][64][67]张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2016年,第130、463、730、464、470页。

[31]张永强:《预防性犯罪化及其限度研究》,北京:中国社会科学出版社,2020年,第105页。

[32]张文显主编:《法理学》,北京:高等教育出版社,2018年,第92页。

[33]孙笑侠:《程序的法理》,北京:商务印书馆,2005年,第1页。

[34]陈银珠:《论犯罪构成要件的逻辑顺序——以程序法与实体法的功能区分为视角》,《法律科学(西北政法学院学报)》2012年第3期。

[35]陈瑞华:《程序正义理论》,北京:中国法制出版社,2010年,第39页。

[37]储槐植:《建立刑事一体化思想》,《中外法学》1989年第1期。

[38]马永强:《刑事政策与刑法体系的关系——兼论刑事一体化的教义学进路与限度》,《苏州大学学报(法学版)》2020年第2期;李勇:《跨越实体与程序的鸿沟——刑事一体化走向深入的第一步》,《法治现代化研究》2020年第1期。

[39]刘善春:《行政实体法与行政程序法精要》,北京:人民法院出版社,2019年,第16页。

[40][58]全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编:《中华人民共和国刑法释义》,北京:法律出版社,2015年,第498、208页。

[42]黄翰义:《刑法总则新论》,台北:元照出版有限公司,2010年,第69页。

[43][德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,北京:法律出版社,2011年,第19页。

[44]张明楷:《增设新罪的观念——对积极刑法观的支

持》,《现代法学》2020年第5期。

[45]付立庆:《积极主义刑法观及其展开》,北京:中国人民大学出版社,2020年,第15页。

[46][52][53][美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,北京:中国法制出版社,2015年,第162、176-177、178、288页。

[47][56]Joel Samaha, *Criminal Law*, Boston: Wadsworth Cengage Learning, 2014, pp. 6, 106.

[48]沈德咏主编:《〈刑法修正案(九)〉条文及配套司法解释理解与适用》,北京:人民法院出版社,2015年,第255页。

[49]郑玉双:《破解技术中立难题——法律与科技之关系的法理学再思》,《华东政法大学学报》2018年第1期。

[50][美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,北京:中国社会科学出版社,2009年,第42页。

[51]对于《刑法修正案(九)》增设的第290条第3款扰乱国家机关工作秩序罪,目前虽无司法解释对其进行明确的限定,但按照刑法理论的通说观点,一般“多次”是指“一年内二次以上”或“两年内三次”。陈伟、熊波:《“多次索贿”犯罪情节的认知及其规范化适用——基于〈关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释〉第1条的立法检视》,《法律适用》2017年第13期。

[54]梅传强主编:《犯罪心理学》,北京:法律出版社,2017年,第113页。

[55]王彪:《犯罪主观要件证明问题研究》,北京:法律出版社,2016年,第4页。

[57]石聚航:《司法解释中的出罪事由及其改进逻辑》,《环球法律评论》2020年第3期。

[62]张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,北京:清华大学出版社,2006年,第317页。同样,对于拒不支付劳动报酬罪和侵占罪,也有学者认为两者是法条竞合关系。参见李梁:《拒不支付劳动报酬罪的行政附属性规定研究》,《政法论坛》2017年第5期。

[63]柯耀程:《刑法竞合论》,北京:中国人民大学出版社,2008年,第163页。

[65]陈洪兵:《中国式的刑法竞合问题研究》,北京:中国政法大学出版社,2016年,第64-65页。这也是通说观点。参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2016年,第188页。

[66]张明楷:《外国刑法纲要》,北京:法律出版社,2020年,第314页。

【责任编辑:邹秋淑】