

《行政犯罪治理研究》一书坚持中国问题意识、立足中国主体立场,是一部建构以行政犯治理为核心的中国式刑事治理现代化的佳作。

刑事治理现代化的体系建构与实践展开



高铭暄

癸卯岁末,我收到了一本装帧精美的刑法学新书,这就是田宏杰教授所著“中国刑事治理现代化研究系列”之一《行政犯罪治理研究》。作为宏杰教授的执业导师,阅读其新作,深感学术厚重,视野开阔,以从真切朴素的笔触,从行政刑法的历史演进谈起,探求刑事治理现代化的使命方向;从行政刑法的教义路径入手,构建行刑前置法与刑事保障法相统一、实体法与程序法相融通的行政刑法规范关系;从实务“痛点”“难点”切入,为破解实践难题提供指导性意见。可以说,本书既是一部坚持中国问题意识、立足中国主体立场、创新性发展中国刑事法学理论的力作,更是一部原创性建构以行政犯治理为核心的中国式刑事治理现代化的佳作。

回应时代之问,原创性建构刑事治理现代化的基础理论体系

自《中国刑法现代化研究》2002年荣获国务院学位委员会和教育部“全国优秀博士学位论文”起,宏杰教授一直坚持深耕经济行政刑法与刑事治理现代化研究。通过梳理行政犯治理与刑事现代化的历史演进,尤其是晚近20年中国刑事立法所修订和刑事司法所惩治的犯罪结构的變化,其敏锐洞察并深刻揭示了“刑事治理核心领域的深刻变化——从民事犯向行政犯转移”,“中国刑事治理体系和治理能力现代化建设面临的主要挑战,已经不是传统民事犯的惩治,而是现代行政犯的治理”。所以,建构更为系统、更具说服力的应对行政犯时代挑战的中国现代刑事治理理论体系,不仅是对已有行政犯罪理论的重要发展,更是开启中国犯罪治理新征程、推进刑事治理现代化的重大时代课题。

为此,宏杰教授以本体建构和实践展开为维度,从宏观和微观两个层面,分上、下两编展开了系统研究。通过深入挖掘中国特色社会主义法律体系中的部门法规范关系,提出犯罪的立法生成机理和司法适用机制,在于“前置法定性与刑事法定量相统一”。其中,“前置法定性”揭示的是,犯罪源于违法,两者有着共同的不法本质,那就是对前置法所确立的、实现宪法基本价值的调整性法益的侵害,从而划定了犯罪、违法区别于合法行为的



《行政犯罪治理研究》一书以深切的问题意识、宽宏的法治视野、精微的实践面向、严密的体系逻辑,对中国式刑事治理现代化的治理理论、治理话语和治理方法论,在继承新中国刑事法学理论和法治实践成果的基础上进行了有益的探索和可贵的创新。可以说,本书既是一部坚持中国问题意识、立足中国主体立场、创新性发展中国刑事法学理论的力作,更是一部原创性建构以行政犯治理为核心的中国式刑事治理现代化的佳作。

规范边界;“刑事法定量”表明的是,犯罪有别于违法,不仅在罪量即刑事可罚的量上有别,而且在罪状即犯罪构成要素上亦有别(违法构成要素,从而划定了具有双重违法性的犯罪与仅具前置法不法性的一般违法的规范边界。”这样,犯罪的罪质与刑法法益的实质内涵取决于前置法的规定及其教义学分析,犯罪的罪状与罪量取决于刑法的规定及其教义学展开。因而刑法既非前置法的绝对从属法,亦非完全外在于前置法的绝对独立部门法,而是“相对独立(也可说是相对从属)于前置法的部门法,是相对独立性”与制裁补充性融为一体。所有部门法的后盾与保障”,从而与行刑前置法既分工又合作地共同承担起治理犯罪的规范重任。在此基础上,宏杰教授进一步发展出“刑事立法扩张与刑事司法限缩相统一”“行刑先理为原则与刑事先理为特殊相统一”的刑民行共治理的刑法谦抑性理论和刑民行交叉案件办理的程序衔接、证据转化理论,进而建构起以“三个统一”为核心的中国刑事治理现代化基础理论体系。

回应理论之问,凝练打造刑事治理现代化的中国话语

法律体系不同,制度环境有异,同一术语在不同国家的内涵和外延自然不尽一致。因而中国式刑事治理现代化建设,不仅需要构建中国自主的刑法学知识体系,而且需要打造中国自主的刑法学话语体系。在《行政犯罪治理研究》中,宏杰教授反思性提出,“由罪刑法定原则决定,自然犯也好,法定犯也罢,哪一种犯罪不是‘法定’的呢?”因而主张在规范刑法学层面,以“民事犯”和“行政犯”取代犯罪学意义的“自然犯”和“行政犯”。而民事犯和行政犯区分的关键,在于刑事违法性产生的必备前提,究竟源于行政不法还是民事不法,进而提出了纯正行政犯与不纯正行政犯的行政犯类型及其中国概念。仅以行政不法性为刑事违法性产生前提是纯正行政犯,而以行政不法性与民事不法性的同时兼具作为刑事违法性产

生前提的是不纯正行政犯。在此意义上,不纯正行政犯其实也具有民事犯的属性,但在其违反的双重前置法上,行政法是主要前置法,民商法乃次要前置法,因而其犯罪属性主要是行政犯,典型的如金融诈骗犯罪、知识产权犯罪等。

由于行政犯又名秩序犯,而秩序与个人法益的关系一直是行政犯治理中的重大理论问题。对此,宏杰教授运用“三个统一”理论,科学阐释了现代个人法益对于传统个人法益的发展,尤其是秩序法益对于传统个人法益的扬弃,从而实现了法益概念的中国化创新。即:传统个人法益以自然自由和生存权的不受侵犯为核心,现代个人法益则以社会自由和发展权的不断增进为核心,因而以行政犯尤其是秩序犯治理为主线的晚近20年中国刑事治理实践,其实是公民与政府、社会共建共治的国家治理体系与治理能力现代化在刑事治理领域的自然延伸,从而通过良法善治秩序的建构,不断“满足人民对美好生活的向往”,实现人的自由全面发展,进而推进现代刑事法治文明。

对于行政犯的大量增设是否有悖刑法谦抑性的质疑,宏杰教授提出刑法谦抑性的系统内涵,其实在于前置法备而刑事法不用或少用、刑事立法备而刑事司法不用或少用的动态均衡与辩证统一,进而提出正当性与规范性兼具的中国刑事治理现代化的谦抑性实践路径,在于刑事立法扩张与刑事司法限缩的并行不悖和弛张有度。前者以行政犯增设的犯罪化扩张和刑罚强度减弱的结构化调整为为主线,后者则致效力于以下两条进路的展开:一是“前置法定性与刑事法定量相统一”的刑法适用解释对立法犯罪化的司法认定限缩;二是“行刑先理为原则与刑事先理为特殊相统一”的行刑衔接程序的倡导。

回应实践之问,努力推进刑事治理现代化的方法论创新

“理论是灰色的,实践之树常青。”只有源于实践,并在具体问题的解决中接受检验,基础理论研究才能取得突破和创新性发

展。实践中经济行政犯罪治理之所以难,难就难在其需要跨学科知识结构、复合型研究能力,因而交叉学科研究至为重要,已成各界共识。但问题在于,多元化仅仅是交叉学科研究的基础,一体化才是交叉学科研究的关键,体系化则是交叉学科研究的目标。为此,宏杰教授发挥其数学、法学、金融学文理兼融教育背景和多种外语优势以及十几年公检法履职经历,努力推进以“三个统一”为核心的“尊重刑法”“超越刑法”,进而回归“更加刑法”的犯罪治理方法论,进而对一些疑难复杂的经济行政犯罪的法益侵害本质和规范构造,进行了体系穿透式的全新阐释和治理重塑。

不仅如此,通过运用“三个统一”的方法论,经对古罗马时代的刑民不分和现代刑民有别的行刑刑关系的体系化梳理,宏杰教授提出,违法性认识错误实有狭义和广义两个层面。狭义的违法性认识错误,仅指前置法不法性认识错误,系事实错误范畴;广义的违法性认识错误,则指传统的刑事违法性认识错误,系法律错误范畴。前者决定故意的有无,后者影响责任的轻重。而对于空白罪状这一传统理论深感棘手的问题,宏杰教授提出,所有罪状其实都是某种程度的空白罪状,其体现的是“犯罪规范构造的普遍特征——犯罪构成的开放性”。正是这种开放性,“实现了刑法规范的稳定性与适用的与时俱进性之间的有机协调,进而在为不确定性的应对和风险治理提供刑民行规制合力的同时,为社会治理创新和人类文明的螺旋式上升开放了规范空间,预留了多种可能性。”因而“空白罪状与其说是刑事立法的‘空白’缺陷,不如说是刑事立法‘留白’技术的运用”。

总之,本书以深切的问题意识、宽宏的法治视野、精微的实践面向、严密的体系逻辑,对中国式刑事治理现代化的治理理论、治理话语和治理方法论,在继承新中国刑事法学理论和法治实践成果的基础上进行了有益的探索和可贵的创新。我期待并坚信,中国式刑事治理现代化在一代又一代中国刑法学人的共同努力下,能够为世界刑事法治文明的互鉴贡献更多的中国智慧和方案!

(作者为人民教育家、中国人民大学荣誉一级教授)



四川大学法学院教授龙宗智:适用存疑有利于被告人原则应秉持无罪推定理念



存疑有利于被告人原则有深厚的中外法史渊源及比较法上的根据,体现无罪推定,彰显司法人权保障,是证明责任及证明标准规范的应有之义,在我国现行法中有充分依据。适用该原则应秉持无罪推定理念,同时维系打击犯罪与保障人权的平衡。该原则的适用以穷尽取证手段为前提,事实存疑是指证明未达到证据确实、充分程度,控诉性事实因存在合理怀疑而应作出有利于被告人的认定,疑案除“疑罪从无”等基本处理方式外,在限制条件下可适用协商性司法方式。辩护性事实即使因证明不足而存疑点,但只要达到优势证明标准,亦应适用有利于被告人原则予以认定。就存在利益冲突的“对合性犯罪”“多个致害行为”“一个危害后果”等,亦可有条件地适用有利于被告人原则。该原则的适用存在例外情形,包括“纯正例外”与“非纯正例外”。为指导司法操作,对司法实践中有争议问题应作出更为明确的司法解释及判例指导,同时该原则应被确认为我国刑事诉讼法及刑事证据法的基本原则。

中国政法大学刑事司法学院教授刘艳红:构建严而不厉的刑法结构



目前,轻罪治理越来越引起重视,我国刑法结构应从传统重罪时代的厉而不严转向严而不厉,防止出现又严又厉的局面。我国刑法采用严而不厉的结构,应秉持适度犯罪化与适当非犯罪化,从而维系犯罪圈的均衡化。构建严而不厉的刑法结构不能过于严密化,不合理的轻罪化同样属于过度犯罪化,而应合理控制轻罪立法的规模并限缩犯罪的成立范围。在刑罚设置上,我国刑罚应秉持轻缓化的理念并朝着轻刑化的方向发展,避免不断提升旧罪的法定期。随着刑法修正案数量的增加,刑法需要在整合的意义上进行再法典化。以犯罪圈的均衡化与刑罚的轻缓化来推动我国刑法结构从厉而不严转向严而不厉,应是我国刑法再法典化的基调。

华东政法大学教授焦艳鹏:坚持严格主义准确认定矿产资源犯罪



矿产资源犯罪侵害的是复合法益。对矿产资源犯罪进行法益识别的关键要点包括:对该类犯罪所指向的物理对象的进一步明确;对作为行政违法性要素的“非法”的准确判断;对实践中该类犯罪所侵害实质客体的类型化分析;明确该类犯罪的刑事制裁方式及其刑法功能如何实现。

基于前述要点,矿产资源犯罪的成立应采用严格主义,对是否违反前置法的判断应采用严格标准;应将矿产资源与普通财产、财物及生态环境的功能区分;应正确认知非法采矿行为造成矿产资源损失与生态环境破坏两者间的关系,在入罪上采用差异化标准;对在风景名胜区、自然保护区等特殊区域采矿行为的判断应结合民法上的情势变更原则与行政法上的比例原则,谨慎入罪。在矿产资源犯罪的刑法制裁中,应注意其与民事公益诉讼案件性质与功能的区分,注意生态修复费用、惩罚性赔偿等非刑事责任性质,避免不同性质责任的相互消解,保障刑法功能在该领域的全面实现。

西南财经大学法学院副教授罗维鹏:推进刑事证据抽样分析精细化



在证据数量巨大或者证据性状特殊的情况下,如果必须通过判断证据的成分、数量、内容来认定事实,抽样分析是必要且经济的选择。证据抽样分析在实践中经常使用,但随意性较强。对此,有必要从理论和操作层面予以精细化。在理论上,证据抽样分析与诉讼认识的盖然性内涵一致,而且抽样分析是盖然性判断的科学方法,大数定律和中心极限定理为其提供了理论证成。在方法上,包括简单随机抽样法、分层抽样法、序贯抽样法和系统抽样法等样本证据的提取方法,以及鉴定法、对比法、扣除法、询问法和实测法等样本证据的验证方法。这些都是有益的实践经验,构成证据抽样分析的方法体系。在程序上,由于证据抽样分析主要针对刑事诉讼的专门机关,所以应明确其适用前提、操作程序及结果的运用等问题,进行一定的程序规范。

(以上依据《中国法学》《中国刑事法杂志》《政治与法律》《环球法律评论》,陈章选辑)

运用阶层审查思维提高刑事检察办案质效

李勇

“高质效办好每一个案件”是新时代新征程检察履职办案的基本价值追求。把案件办准确,以事实为根据,以法律为准绳,确保案件处理经得起法律、历史和人民的检验,是“高质效办好每一个案件”的基本前提。检察机关承担着将案件由侦查阶段向审判阶段转换的职责,对整个刑事司法体系的运作发挥重要审查把关作用,这也是检察官被誉为“法律守护者”的重要原因。检察官既是犯罪的追诉者,也是无辜的保护者,检察官办理刑事案件的过程,是一个对案件进行层层过滤与筛查、努力实现不枉不纵的过程,其中,阶层审查思维贯彻始终。阶层审查思维就是设置多道审查步骤,层层过滤,尽可能把不是犯罪的行为过滤掉,一种体系性思维,多个步骤之间是阶层递进关系。按照德国学者英格博格·普夫的说法,就是将一个思考的任务分解成一个个单一的、个别思维步骤或决定步骤,并且将这些步骤合乎逻辑地整理排列好,第二步不会先于第一步,逻辑上第一步是第二步的前提。我国刑法学界一般将阶层论等同于犯罪构成体系“三阶层”。事实上,阶层审查思维作为一种司法逻辑方法,无论是在刑事实体法领域还是刑事程序法领域,都有广泛应用,其对于准确认定事实、正确适用法律具有重要意义。

阶层审查思维在犯罪构成判断中的运用

阶层思维应用最广为人知的当然是犯罪构成(犯罪成立条件)领域。德、日刑法学犯罪构成采取“三阶层”,即构成要件符合性—违法性—有责性。“三阶层”有一个复杂的发展演变过程,历经古典体系、新古典体系、目的论体系、新古典暨目的论体系、目的论体系等,“不法—责任”的“二阶层”体系也正变得越来越有力。不管如何演变,从不法到责任递进过滤的阶层审查思维没有变化。一个案件的事实,如果不具有构成要件符合性就不会进入到第二道违法性的判断,而是直接定罪,只有具备构成要件符合性才会进入到第二道违法性的判断;在具备构成要件符

在任何犯罪构成体系当中,无论是“三阶层”还是“四要件”,客观要素和主观要素对于犯罪成立都是不可缺少的,而且从客观要素到主观要素的审查顺序也是广泛共识。无论是“三阶层”还是“四要件”,都应坚持从客观到主观的顺序逐级递进审查案件,这是阶层审查思维的关键所在。

证据审查的三大核心是:证据—证明—事实,这三者之间是阶层递进关系。司法人员在审查证据时应坚持从证据到证明、再到事实的顺序,层层过滤。具体来说,先对证据的证据能力进行审查,排除无证据能力的非法证据、补正证据能力待定的瑕疵证据,在此基础上判断证明力,进而得出待证事实能否认定的结论。在证据学上,证据能力与证明力是典型的阶层关系。

合性时也不会立即得出有罪的结论,而是要再经过违法性的过滤,如果存在阻却违法事由则直接予以出罪;如果具备违法性,才会进入到下一个步骤有责性的检测,层层递进过滤。我国传统刑法理论采取犯罪构成“四要件”,即犯罪客体—客观方面—犯罪主体—主观方面。“三阶层”与“四要件”基本要素具有相通之处,具体案件的判断不大可能出现截然相反的结论,但思维方式上确有差异,“三阶层”是典型的阶层思维,“四要件”更多是一种平面思维。

但是,在任何犯罪构成体系当中,无论是“三阶层”还是“四要件”,客观要素和主观要素对于犯罪成立都是不可缺少的,而且从客观要素到主观要素的审查顺序也是广泛共识。无论是“三阶层”还是“四要件”,都应坚持从客观到主观的顺序逐级递进审查案件,这是阶层审查思维的关键所在。具体来说,在办理案件过程中,首先要看是否存在客观上成立犯罪的要素,只有经过客观判断得出了肯定性的结论,然后才能进入主观要素的判断。原因在于,客观判断先于主观判断能够最大限度地保证定罪首先依据的是一个客观的行为。刑法惩罚的是行为,先要确定是否存在这种行为,然后再来看这种行为是在行为人何种主观心理状态支配之下实施的。客观要素表露于外,更容易被证据证明进而被承办人认识和判断;而主观心理隐藏于内心,必须通过客观行为才能体现出来,先确定客观要素,再根据客观要素判断主观要素,这样就能够最大限度地保

证定罪的正确性,防止随意出入人罪。

阶层审查思维在行政犯认定中的运用

随着风险社会的来临,刑事犯罪结构发生重大变化,行政犯增多。行政犯侵害的是行政秩序法益,其基本特点是以违反前置的行政法规为前提,对前置的行政法规具有从属性。正因为如此,行政犯的罪状结构呈现出空白罪状和引证罪状的特征,也就是罪名的构成要件和行为特征需要通过行政法规来确定;在违反前置的行政法规的基础上,进一步达到严重侵害值得刑法保护的法益(独立性)时才构成犯罪,从这个意义上来说,行政犯具有“二次违法性”的特点。这里的“二次违法性”呈现出从行政违法到刑事违法的阶层递进关系。

上述行政犯的特点,决定了司法人员在审查认定行政犯时应坚持这样的阶层思维:第一步先进行从属性判断,也就是先判断行为是否违反相应的行政法规。在司法实践中,这一步被形象地比喻为“找法”。这是因为行政犯是否成立以有违反行政法规为前提,如果违反行政法规的依据都没有找到,或者该行为在行政法上是允许的,就不得入罪。在找到行政法规得出违反行政法规判断结论的基础上,再进行第二步的法益侵害独立性判断,从实质上判断该行为有无达到侵害刑法保护法益的程度。值得注意的是,不能片面地认为,只要找到行政法规就一定构成犯罪,也不能将行政机关的认定意见直接作为入罪的依据,在进行法益侵害独立性判断时,行政法律的规定只具有作为认定犯罪线索的意义,要将违反行政法但不值得动用刑法的情节显著轻

微的行为排除在犯罪之外,也要将形式上违反行政法但实质上并不侵害刑法保护法益的行为排除在犯罪之外。

阶层审查思维在证据审查中的运用

证据审查的三大核心是:证据—证明—事实,被称为司法证明的“EPF”,这三者之间是阶层递进关系。从审查角度来说,这里的证据、证明和事实分别是指证据能力、证明力和待证事实。司法人员在审查证据时应坚持从证据到证明、再到事实的顺序,层层过滤。具体来说,先对证据的证据能力进行审查,排除无证据能力的非法证据、补正证据能力待定的瑕疵证据,在此基础上判断证明力,进而得出待证事实能否认定的结论。在证据学上,证据能力与证明力是典型的阶层关系。证据能力是指证据作为定案根据的资格,证明力是指具有证据能力的证据对于证明案件事实的作用和价值。证据能力与证明力在逻辑结构上是天然的递进关系,没有证据能力就没有认定事实的资格,当然也就谈不上证明力。证据能力是证明力的前提,证据能力在逻辑上先于证明力。证明力在先,证明力在后,这种内在结构上的逻辑关系决定了在审查证据过程中,必然先审查证据能力,然后才能判断证明力,从而促使司法人员有效贯彻非法证据排除规则,实现准确认定事实的目标。

这种从证据能力到证明力、再到事实认定的阶层审查思维的好处在于,通过层层过滤,最大限度避免错案。证据能力发挥着把守证据作为认定事实依据第一道关口的功能,通过证据能力的把关,把非法证据予以排除,把瑕疵证据予以补正,以防止非法证据和瑕疵证据误导事实认定,防止“带病”起诉;证明力发挥着把守第二道关口的功能,有证据能力的证据,证明力有大有小、有强有弱,只有把多个有证据能力的证据进行相互印证,才能准确判断证明力,进而准确认定事实事实。证据能力与证明力的审查顺序不容颠倒,错案表面上看证据之间相互印证,但是用来印证的证据是没有证据能力、应当予以排除的证据,其所形成的印证只是“假象印证”,从而导致错案,这实际上就是犯了先判断证明力的逻辑错误。

(作者为全国检察业务专家、江苏省南京市人民检察院法律政策研究室主任)