

行政处罚法、行政许可法和行政强制法是调整行政行为和行政程序,全面推进中国依法行政的三部最重要、最基本的法律,是行政行为和行政程序法的“三部曲”。

“行政三法”是全面推进依法行政的基本法

□姜明安

行政三法是指行政处罚法、行政许可法和行政强制法。行政三法是调整行政行为和行政程序,全面推进中国依法行政的三部最重要最基本的法律,是行政行为和行政程序法的“三部曲”。

《行政三法研究》是笔者自20世纪80年代以来近40年间研究行政处罚法、行政许可法和行政强制法的成果汇集,包括历年在报刊发表的论文、评论、案例分析、媒体访谈录,以及笔者向立法机关和政府部门提交的有关立法建议、法律法规修改建议、法律规范实施建议,还包括笔者对“三法”实施前后和实施过程中发生的各种热点法律事件的评论和接受媒体记者采访或与网民互动,讨论这些事件发生的原因及提出避免这些事件今后再次发生的对策等。

本书对所收有关行政三法或内容涉及行政三法的论文、评论、媒体采访、案例分析等均在前增加了写作背景介绍,读者通过阅读这些论文、评论、媒体采访、案例分析,能更好地理解行政三法立法和实施的艰难过程,以及行政三法对推进中国法治建设,规范、控制行政权,防止行政权滥用,保护公民、法人和其他组织合法权益的重大意义。这些论文、评论、媒体采访、案例分析以及笔者为上述内容所写的写作背景介绍,一方面反映了中国改革开放以后整个行政法治(不限于行政三法)的发展路径;另一方面也反映了笔者40年来对中国行政法治发展目标、路径的思考和探索。

我国行政法治发展40多年来,整个行政管理领域从无法可依到逐步有法可依、有法必依、较严格依法执法,从重管理轻服务、重管制轻权益保护、重实体处理轻正当程序到管理与服务并重、管制与权益保护并重、实体处理与遵循正当程序并重,走过了一条虽然曲折艰辛但却是不断进步不断发展的道路,行政三法的制定与实施过程是我国行政法治发展道路的一个缩影。

行政处罚法制定于1996年(后经2009年、2017年两次小修和2021年大修),关于制定行政处罚法的意义,时任第八届全国人大常委会秘书长曹志在向第八届全国人大第四次会议对该法草案所作说明中指出,制定行政处罚法,是我国行政法治建设中的一件大事,也是加强社会主义民主政治建设的一个重要步骤。行政处罚法的制定,对于规范行政机关有效地依法行政,改进行政管理工作,加强廉政建设,维护社会秩序和公共利益,保护公民的合法权益,促进社会主义市场经济的健康发展,都将起到重要作用。行政处罚是国家法律责任制度(包括刑事责任、民事责任、行政责任)的重要组成部分,是行政机关依法行



□《行政三法研究》是笔者公法著作系列丛书的第八卷,本卷相对于前面各卷,形式较为轻松活泼,不拘一格。研究成果不全是纯原理性的著述和论文,而是以多种形式呈现。本卷对行政三法的研究成果虽未形成一部体系完整的专著,但仍构成反映笔者40年来不同时期有关行政三法所涉各类问题学术观点的一部具有内在逻辑联系的文集。

政的手段之一。各级政府为了有效地行使行政管理职权,保障法律的贯彻执行,需要有取得行政许可,一个手段。不少企业、个人为了取得行政许可,要托关系,要给好处,这就助长了腐败现象的蔓延;六是行政机关实施行政许可,往往只有权力、没有责任,缺乏公开、有效的监督制约机制。可以说,行政许可制度在一定程度上成为转变政府职能的一个障碍。因此,党中央、国务院要求各地各部门开展行政审批制度改革,取消了一大批行政审批项目,规范了行政审批程序,取得了初步的成效,积累了一定的经验。按照世贸组织协定和我国对外承诺,行政许可应当以透明和规范的方式实施,行政许可条件和程序对贸易的限制不能超过必要的限度。因此,制定行政许可法,对于巩固行政审批制度改革成果,履行我国对外承诺,进一步推进行政管理体制的改革,从源头上预防和治理腐败,都有重要意义。行政许可法是我国调整和规范行政许可制度的基本法律。该法确立的各项行政许可原则(特别是信赖保护原则)和行政许可制度(特别是行政许可的一次性告知制度、时限制度和听证制度)不仅是我国行政法治的重要创新,与国外相应制度比较,亦具有先进性。国外几乎没有专门规范行政许可制度的行政许可法,它们一般在统一的行政程序法中规定行政许可有关原则和相应制度。

行政强制法制定于2011年。此前,我国行政强制制度和行政强制执行规则均分散规定于个别的部门行政管理法(如传染病防治法、突发事件应对法、城乡规划法、食品安全法等)之中,无统一的行政强制法律。关于行政强制法制定意义和指导思想,时任第十届全国人大常委会法工委副主任信春鹰在向第十届全国人大常委会第十九次会议所作《关于〈中华人民共和国行政强制法(草案)〉的说明》中指出,行政强制是行政机关依法对社会、经济事务实行事前监督管理的一种重要手段,是不可缺少的,多年来实际上也起到了重要的作用。实践中的问题是行政许可过多、过滥,究其原因:一是行政许可设定权不明确;二是设定行政许可的事项不规范;三是实施行政许可环节过多、手续烦琐、时限过长、“暗箱操作”导致老百姓办事难。四是重许可、轻监管或者只许可、不监管,导致一方面市场进入很难,另一方面,企业一旦进入市场却又缺

乏监管;五是一些行政机关把行政许可作为权力寻租的一个手段。不少企业、个人为了取得行政许可,要托关系,要给好处,这就助长了腐败现象的蔓延;六是行政机关实施行政许可,往往只有权力、没有责任,缺乏公开、有效的监督制约机制。可以说,行政许可制度在一定程度上成为转变政府职能的一个障碍。因此,党中央、国务院要求各地各部门开展行政审批制度改革,取消了一大批行政审批项目,规范了行政审批程序,取得了初步的成效,积累了一定的经验。按照世贸组织协定和我国对外承诺,行政许可应当以透明和规范的方式实施,行政许可条件和程序对贸易的限制不能超过必要的限度。因此,制定行政许可法,对于巩固行政审批制度改革成果,履行我国对外承诺,进一步推进行政管理体制的改革,从源头上预防和治理腐败,都有重要意义。行政许可法是我国调整和规范行政许可制度的基本法律。该法确立的各项行政许可原则(特别是信赖保护原则)和行政许可制度(特别是行政许可的一次性告知制度、时限制度和听证制度)不仅是我国行政法治的重要创新,与国外相应制度比较,亦具有先进性。国外几乎没有专门规范行政许可制度的行政许可法,它们一般在统一的行政程序法中规定行政许可有关原则和相应制度。

行政强制法制定于2011年。此前,我国行政强制制度和行政强制执行规则均分散规定于个别的部门行政管理法(如传染病防治法、突发事件应对法、城乡规划法、食品安全法等)之中,无统一的行政强制法律。关于行政强制法制定意义和指导思想,时任第十届全国人大常委会法工委副主任信春鹰在向第十届全国人大常委会第十九次会议所作《关于〈中华人民共和国行政强制法(草案)〉的说明》中指出,行政强制制度涉及行政管理的效率,也涉及对公民人身权和财产权的处分或者限制。因此,依法规范行政强制权,既是依法行政的需要,也是维护公民合法权益的需要。此前,由于没有统一的法律规范,一些行政机关在执法过程中,既存在对某些严重违法行为因缺乏强制手段处理不力的情况,也存在行政强制手段滥用的情况。尤其

集萃

中国社会科学院法学研究所研究员刘仁文: 重构刑法犯罪法律后果体系



为充分发挥刑法在推进国家治理体系和治理能力现代化中的最佳效应,我国刑法需要在历次修订的基础上适时再法典化,以整合、重构现有呈碎片化状态的犯罪法律后果,从而构建一个结构科学、效能优化、机制灵活、运作顺畅的犯罪法律后果体系。具体而言,就是要构建刑罚与保安处分的二元制犯罪法律后果框架,并对保安处分的种类及其适用作出与刑罚种类及其适用相对应的规定;要扩充刑罚种类,调整主刑和附加刑的内容,完善社区刑和资格刑;要建立刑罚易科制度,扭转刑罚适用的僵化机制,使不同刑种的执行以及刑罚与保安处分的执行实现融通和互补。

苏州大学王健法学院教授李晓明: 三元立法模式更适合网络时代犯罪治理



信息网络犯罪依据犯罪形态分为破坏信息网络安全的技术型犯罪、利用信息网络的传统犯罪及违反网络空间管理义务的犯罪,犯罪类型及特征不同,治理的侧重点也不同。我国刑法典一元模式难以适应网络时代发展,易造成网络犯罪的法网疏漏、刑罚结构的僵化及刑法与前置法的衔接不畅。而三元立法模式能体现刑法规范体系维护价值的层次性与序位性,在适应犯罪类型化趋势及治理诉求上具有优势。其建构重点在于明确刑法典、单行刑法、附属刑法各自的立法原则,根据模式特点选择犯罪类型。其中,利用信息网络实施的犯罪以刑法典为主体,以单行刑法、附属刑法为补充;破坏信息网络安全的技术型犯罪以单行刑法为主体;违反网络空间管理义务的犯罪以附属刑法为主体。由此形成专门化、具有针对性和有效性的刑法科学体系,以适应网络时代治理犯罪之需。

上海政法学院刑事司法学院教授刘崇亮: 建构以再犯罪危险评估为中心的缓刑裁量模式



目前对缓刑实质条件的判断存在较大争议,可以概括为并列模式与递进模式的对立。为了验证司法实践中采取何种模式,收集4238份醉酒型危险驾驶罪判决书作为研究样本,进行理论假设与模型建构。结果发现,缓刑裁量更多被责任刑情节所影响,司法实践更倾向于并列模式。并列模式不符合缓刑的基本法理与当代中国的刑事司法政策,无法体现缓刑的预防刑属性,会导致责任主义的重复评价,忽略再犯罪危险评估在缓刑裁量中的核心地位,以及造成缓刑适用的不合理限缩等问题。递进模式的二元裁量机制为扩大缓刑适用提供了条件,应该确立微罪缓刑的普遍适用模式,建构以再犯罪危险评估为中心的缓刑裁量模式,优化缓刑裁量机制。

中国政法大学证据科学研究院副教授褚福民: 完善电子数据合法性规则体系



电子数据的合法性规则体系包括取证合法性规则、违法取证法律后果规则和合法性审查规则。通过分析我国现行法律规定可以发现,取证合法性规则体现在取证主体、取证程序和审批要求方面,技术规范不应纳入取证合法性的范畴,取证合法性规则的权利基础模糊、特殊性问题没有得到规定,与技术规则的衔接需要完善。对于违法取证的法律后果,目前立法中仅有瑕疵电子数据排除规则,暴露出完整性、科学性、开放性方面的诸多不足。合法性审查规则体现在审查对象和审查程序方面,存在对应性、系统性和功能定位等方面的缺陷。电子数据合法性规则体系的完善,既需要解决规则体系本身的问题,也要关注改革的基础性问题。

(以上依据《法学研究》《中国法学》《环球法律评论》《证据科学》,陈章选辑)

立足结果无价值论和实质解释论立场,深度融合实体与程序——

以双阶层认定模式评判互殴与防卫

品鉴

□邱鹏宇

根据阶层犯罪构造理论,正当防卫属于违法阻却事由,且在刑法体系中,应当属于最具实质意义的出罪事由。然而长期以来,司法实践中以正当防卫出罪的案例较少。在实践中,互殴与防卫正当防卫案件大部分比重,然而由于将互殴与防卫作为互斥关系,因此认定“互殴”必然否认正当防卫。也存在过于关注道德伦理因素,过于苛求行为人的现象,以及为安插被害人情绪,避免出现信访问题而采取“各打五十大板”的处理方式以平息社会矛盾的问题。这使得正当防卫几乎失去了适用余地。江苏省南京市检察院法律政策研究室主任李勇所著《互殴与防卫——优越利益原理下实体与程序规则建构》一书,从实践到理论对上述问题进行了系统而深入的反思。

一方面,对于道德伦理因素的考量,实质上是行为无价值论的观点。根据行为无价值论的观点,具有报复动机、伤害意图的互殴行为被理所当然地排除在正当防卫之外。

另一方面,对于证明对象、证明责任、证明标准等认定的混乱,也加剧了对互殴认定的泛化程度。该书指出,由于传统刑法理论强调互殴与防卫的互斥关系,一旦认定为互殴,则证明对象自然就聚焦于斗殴之后的事实,势必必将互殴的起因排除在证明对象之外,有的仅以“琐事”一笔带过。

同时,实践中更注重对意图和动机等主观事实的证明,这也加剧了正当防卫认定的“道德洁癖”。

该书便是以互殴与防卫为切入点,立足结果无价值论和实质解释论立场,倡导“质”“量”统一的优越利益原理,从实体到程序,力求构建互殴与防卫之实体及程序认定规则体系,从而畅通正当防卫这一出罪渠道。该书最大的特点是刑事实体法与程序法的深度交叉融合、理论与实践的高度交叉融合。

“质”“量”统一的优越利益原理的理论基础

根据该书观点,优越利益原理来源于法益衡量理论,其理论基础是个人主义和功利主义。实质上,功利主义的底色依然是个人主义,也可以说,功利主义是个人主义的一个产物,个人主义是功利主义的社会政治基础。如果一个行为符合规则要求,且普遍地承认这套规则会最大限度地增进效用,那么这种行为就是正当的,就能实现“最大多数人的最大幸福”。

基于此,该书借鉴黑格尔关于质、量、度的辩证法观点,将之引申到正当防卫领域,提出了“质”“量”统一的优越利益原理。该书指出,对于不法侵害者而言,没有合理理由率先侵害他人自由和权利,在“质”上属于“不正”“恶”的行为;为了排除自己权利和自由被侵害的反击行为,在“质”上属于“正”“善”的正当防卫行为。二者的内在规定性不同,决定了后者优越于前者。既然后者优越于前者,那么也就无须再添加任何补充性要件,后者也就不负有退避义务。同时,防卫行为发生发展的过程,也是一个量的变化过程,但是只要没有超过“度”,那么就不会引起质变,仍然是后者优越于前者。一旦发生质变,那么就是一个新的侵害,是另一个新的质的存在。

实质解释场域中互殴与防卫的一体化认定规则

该书立足结果无价值论和实质解释论立场,深度融合实体与程序,建立了一体化认定规则。

从实体法角度而言,正当防卫的基础理论是“质”“量”统一的优越利益原理,那么任何不符合正当防卫的行为都是不符合优越利益原理的,互殴同样如此。基于实质解释立场,该书将互殴分为纯正的互殴(真正的互殴)与不纯正的互殴(不真正的互殴)两种类型,并提出先形式后实质的二元化判断模式。

首先,以有约架为标准,区分为纯正的互殴(真正的互殴)与不纯正的互殴(不真正的互殴)。对于前者,由于斗殴双方均积极主动放

弃了法益保护,即表现为双方“约架”,在“质”上均属于“不正”,因此绝对排斥正当防卫的成立。直接按照双方行为触犯的罪名进行定罪处罚。否则,属于不纯正的互殴,有正当防卫的存在空间,这属于形式判断。

其次,对于不纯正的互殴需要进行实质判断,判断标准是是否存在优越利益。由于互殴的起因极为复杂,因此,需要在具体的案件中进行衡量与判断。在进行判断时,要注意以下几个方面:

一是应认真评判事件起因,查明斗殴顺序。在实践中,多数故意伤害案都是事出有因的,在办案中,应尽可能查清斗殴的起因和先后顺序。确实无法查清时,应遵循事实存疑时有利于被告人的原则。

二是不得给防卫人随意添加退避义务。与紧急避险不同的是,正当防卫中防卫人并不具有退避义务。如果给防卫人随意添加退避义务,会导致行为人在采取防卫措施时畏首畏尾,使行为人无法及时保护合法权益。

三是应坚持防卫意图不要说。正当防卫中并不排斥伤害意图,只要行为人对防卫情形有认识,认识到自己是在抵抗不法侵害,则可以认定为正当防卫。

从程序法角度而言,在证明对象层面,本书认为应将互殴作为独立化、前置化、客观化的证明对象,从而判断是否为纯正的互殴。司法人员必须先查明双方是事先约架还是临时起意,是邻里纠纷还是逞强斗狠,而不能以“琐事”“发生口角”等代替对起因事实的证明。

在证明责任问题上,应恒定由控方承担。就纯正的互殴而言,由于不存在值得保护的法益,控方自然要承担证明行为人构成故意伤害罪、聚众斗殴罪等的责任。就不纯正的互殴而言,就需要精细化地判断是否存在值得保护的优越利益,以及哪一方的利益处于优越地位。当被告人提出正当防卫的辩解时,控方就必须将被告人关于正当防卫的辩解理由举证。

在证明标准的问题上,该书区分定罪事实与非定罪事实。在纯正的互殴中,由于排除了正当防卫的可能,因此,证明纯正的互殴以及否定正当防卫的事实均是定罪事实,必须将定罪事实证明到“确实、充分”的标准。

根据该书的观点,正当防卫的事实属于非

定罪事实,为防止不合理增加被告人负担,对非定罪事实提出“合理怀疑”的证明标准。其内涵就是合理的理由相信可能存在正当防卫时,就应当肯定存在正当防卫,在事实存疑时应作出有利于被告人的决定。当然,合理怀疑作为主观判断,天然具有模糊属性,因此,设置僵硬的判断标准既没有必要,应当在具体案件中,结合经验法则、逻辑规则等进行综合认证。

以双阶层认定模式解决防卫限度的认定

在防卫限度问题上,该书仍以“质”“量”统一的优越利益原理作为立论基础,将“明显超过必要限度”与“造成重大损害”两者确立为阶层递进关系。当没有“明显超过必要限度”时,即符合行为必要性,直接以正当防卫定罪;当不符合行为必要性时,需要进行第二步的审查,即是否造成了违反优越利益原理的重大损害,若有,则属于防卫过当。在进行判断时,仍需注意以下几个方面:

一是不能站在事后角度,进行考察。在评价防卫的手段、力度等问题时,应在当时的情境之下,站在行为人的角度进行考量,而不能根据社会一般人的观念为标准进行事前判断。

二是要有整体性思维。首先,当前后行为在主观上、客观上具有连续性时,要将一系列行为作为一个整体进行判断,而不能进行割裂。其次,正当防卫本身是以正对不正,只要防卫行为没有明显越界,便不宜认定为防卫过当。同时,应注重解释后果的正当性,判断其是否违背常理和朴素正义观,否则应当重新进行审查。

三是就特殊防卫而言,同样也要遵循“质”“量”统一的优越利益原理。特殊防卫也是防卫,不存在无限防卫一说,仍需遵循限度条件。在证明标准上,仍应采用“合理怀疑”标准。

基于实质刑法观,实质评价互殴与防卫,畅通正当防卫的出罪通道,从而实现刑事司法保障人权之目的,这也是本书实质价值之所在。

(作者为河北省石家庄市新华区人民法院综合业务部副主任)