

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X200408121

UDC_____

廈門大學

硕士学位论文

浅议行政处罚与刑罚的处理衔接

That the same illegal act shall not be given a penalty for more than once is a basic principle of administrative penalty

罗良辉

指导教师姓名: 朱福惠 教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2007 年 12 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2007 年 12 月

浅议行政处罚和刑罚的处理衔接

罗良辉

指导教师: 朱福惠教授

厦门大学

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 提 要

传统的“一事不再罚”是指对当事人的同一个违法行为，不得以同一事实和理由给予两次以上的行政处罚，尽管学术界对“一事不再罚”的概念有不同的理解，但在有一点上达成了共识，那就是在单纯的行政处罚领域，也就是说在处理两个以上行政处罚的关系时适用“一事不再罚”原则。而在刑事诉讼领域，自罗马法以来，“一事不再理”原则就是处理一个刑罚制裁与另一个刑罚制裁关系的基本原则，“一事不再理”原则与英美国家的“防止重复定罪和刑罚的危险”原则相类似，它指禁止使一个人因一个罪行在第一次审判之后，再次处于被定罪和处罚的危险之中，亦即在同一罪被起诉和审判以后，不得因同一罪行对其再次进行起诉和审判。然而，当行政相对人的一个行为，既违反行政法律、法规又触犯刑法时，即对行政犯罪人的处理，尚无明确的处理原则，笔者试图以新的“一事不再罚”理念来处理行政犯罪。即当事人的一个行为同时违反行政法规范和刑法规范，行政机关和司法机关可以同时处以不同种类的处罚，而不能再处以或者不得再执行同种处罚。笔者以为，在行政处罚与刑事处罚在轻重上能完全衔接的情况下，新的“一事不再罚”概念完全可以解决行政处罚与刑事处罚的竞合问题。

关键词： 行政处罚 刑事处罚 一事不再罚 处理衔接

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

That the same illegal act shall not be given a penalty for more than once is a basic principle of administrative penalty, which means that the offender should not be punished twice for the same disobedience. Though in theory, there is still controversy on understanding of its conception, agreement on one point has been reached, that is, in administrative penalty field, in the process of dealing with the relationship between two administrative penalties, this principle is applicable. In the criminal procedure, when the concurrence of two criminal penalties happens, the principle of ne bis in Idem is applied, this principle is similar to the principle of prohibition against double jeopardy in the common law system, under this principle, the offender is free from re prosecution and retrial for the same reason.. However, when the behavior of the administrative counterpart contravenes the administrative rules and the criminal law, there is still no definite principle on how to punish this kind of administrative criminal, and the author tries to use the notion that the same illegal act shall not be given a penalty for more than once to deal with the administrative criminal problem. It means that when the behavior of the administrative counterpart contravenes the administrative rules and the criminal law, the administrative department and judicial department can impose different kind of penalties, but they shall not reimpose or reemployments penalties for the same reason. In the author's opinion, when the problem of cohesion between the administrative penalty and the criminal penalty has been resolved, the new notion that the same illegal act shall not be given a penalty for more than once can solve the problem of concurrence between the administrative penalty and the criminal penalty.

Key words: the administrative penalty, the criminal penalty,
non-repeated penalty, cohesion.

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

第一章 行政处罚与刑事处罚竞合关系概述	1
第二章 处理行政处罚与刑事处罚竞合关系的传统方法及其检讨	5
第一节 理论界对处理行政处罚与刑事处罚竞合问题的争论	5
一、选择适用.....	5
二、合并适用.....	5
三、附条件并科.....	6
第二节 对传统方法的检讨	6
一、选择适用无法解决行政处罚与刑事处罚的竞合问题.....	6
二、单纯的合并处罚也是不可取的.....	8
三、附条件并科也有其固有的缺陷.....	10
第三章 用“一事不再罚”的理念处理行政处罚与刑事处罚竞合关系	11
第一节 “一事不再罚”的理念可以用来处理行政处罚与刑事处罚竞合关系	11
一、刑事处罚在先，行政处罚在后的适用方法.....	14
二、行政处罚在先、刑事处罚在后的适用方法.....	17
三、新的“一事不再罚”概念.....	21
第二节 新的“一事不再罚”的适用应注意行政处罚与刑事处罚的轻重衔接	22
一、罚金数额与罚款数额的衔接.....	23
二、限制人身自由的行政措施与人身自由刑的衔接.....	24
结 语	26
参考文献	28

厦门大学博硕士学位论文摘要库

CONTENTS

Chapter 1	The summary of the concurrence between the administrative penalty and the criminal penalty	1
Chapter 2	The traditional method to deal with the concurrence between the administrative penalty and the criminal penalty and its review	5
2.1	The theoretical debate on the concurrence between the administrative penalty and the criminal penalty	5
2.1.1.	Optional application	5
2.1.2.	Incorporated application	5
2.2	A review on traditional method	6
2.2.1.	The failure of optional application to solve the concurrence problem	6
2.2.2.	The inadvisability of the pure incorporated penalty	8
2.2.3.	The inherent defect of the conditional incorporation	10
Chapter 3	The notion of non-repeated penalty dealing with the problem of concurrence between the administrative penalty and the criminal penalty	11
3.1	The notion of non-repeated penalty dealing with the problem of concurrence between the administrative penalty and the criminal penalty	11
3.1.1.	The notion that criminal penalty comes first and administrative penalty second	14
3.1.2.	The notion that administrative penalty comes first and criminal penalty second	17
3.1.3.	The new notion that the same illegal act shall not be given a penalty for more than once	21
3.2	The cohesion problem in the process of the application of non-repeated penalty principle	22
3.2.1.	The cohesion between the fine amount and the forfeit amount	23

3.2.2.The cohesion between the administrative measure of personal freedom limitation and the imprisonment penalty.....	24
Conclusions	26
References	28

厦门大学博硕士论文摘要库

第一章 行政处罚与刑事处罚竞合关系概述

被称为行政刑法学之父的德国学者郭特希密特最早提出了行政刑法的概念，希望用它来规制那些既违反行政法律规范，又违反刑事法律规范的行为。我国目前对行政刑法的研究基本上处于萌芽和初始的阶段，前几年行政法学界有人提及，提倡对行政刑法的研究和运用，但之后就再很少有人触及这个课题了。倒是在刑法学界行政刑法受到的关注多一些，并且已经有了零星的著作和论文发表。^①自从行政刑法这一概念和理论提出以来，行政刑法性质的定位问题一直就是理论界争论不休的焦点。笔者在这里无意为行政法学界争夺行政刑法这一概念的使用权，但是应当澄清的是，郭特希密特主张应当将行政犯罪从刑法典中独立出来，而由专门的法典予以规定，以保证行政活动的畅通无阻，用他的话来讲就是，“称其为行政刑法乃自其外形上观察所得，自其本质观之，则仍为行政的一部分，系属于行政法的领域。”^②在他看来，行政犯罪本质上只是对行政法的违反，只是在处罚形式上与刑法具有相似性。甚至认为，侵害公共福利是行政犯罪的实质，而侵害法益是刑事犯罪的实质，二者具有质的区别或根本对立。侵害公共福利，并不意味着像刑事犯罪那样发生某种有害的结果，而是指懈怠向行政的目标促进，没有发生预期的好的结果。^③虽然说郭氏的这种分析和认识在思维方法上过于偏激，也受到了学者们的普遍批判，但是起码告诉我们，学者们可以从行政法的角度对行政法进行研究，这点上，我们显然做的还不够，有些刑法学者甚至以此为论据来证明行政刑法的性质是刑法：“从研究状况来看，行政法学并没有研究行政法律中的刑事责任条款，因为学者们认为这些条款属于刑法的内容，这就进一步肯定了行政刑法的刑法性质”。^④笔者以为，在行政处罚与刑罚的竞合的领域，无论是理论研究还是现行法律的规定都不足以解决二者关系问题，所以不自量力，希望构架运用“一事不再罚”的原理来解决这个问题。

① 参见杨海坤：“构建行政刑法学学科的有益尝试”，载李晓明著：《行政刑法学导论》，法律出版社 2003 年 7 月版。

② Goldschmidt, Begriff und Aufgabe eines Verwaltungstrafrechts, 1902, S.23, 转引自林山田著：《经济犯罪与经济刑法》，台湾三民书局 1981 年 1 月版，第 114 页。

③ Goldschmidt, Begriff und Aufgabe eines Verwaltungstrafrechts, 1902, S.23. 转引自张明楷：《行政刑法辨析》，《中国社会科学》1995 年第三期第 98 页。

④ 张明楷：《行政刑法辨析》，载《中国社会科学》1995 年第三期，第 99 页。

“一事不再罚”是指对当事人的同一个违法行为，不得以同一事实和理由给予两次以上的行政处罚，尽管学术界对“一事不再罚”的概念有不同的理解，但在有一点上达成了共识，那就是在单纯的行政处罚领域，也就是说在处理两个以上行政处罚的关系时适用“一事不再罚”原则。^①而在刑事诉讼领域，自罗马法以来，“一事不再理”原则就是处理一个刑罚制裁与另一个刑罚制裁关系的基本原则，“一事不再理”原则与英美国家的“防止重复定罪和刑罚的危险”原则相类似，它指禁止使一个人因一个罪行在第一次审判之后，再次处于被定罪和处罚的危险之中，亦即在同一罪被起诉和审判以后，不得因同一罪行对其再次进行起诉和审判。^②刑罚相对于行政处罚是一种更为严厉的制裁措施，因此相比“一事不再罚”来说，“一事不再理”原则对有权机关的再次实施刑罚的权力甚至给予了更为严格的控制。实际上这样就会出现“一事不再罚”原则与“一事不再理”原则都无法管辖的真空地带，即当行政相对人的一个行为既违反行政法律、法规，又触犯刑法时，我们应当用什么原则来处理行政处罚与刑罚之间的关系，是用行政处罚领域的“一事不再罚”原则、刑事诉讼领域的“一事不再理”原则、抑或是用一个与前两者不同的方法来处理二者之间的关系？

在行政处罚领域，尽管理论界还存在着激烈的争论，但是共识正在一步步达成，都在推动由“一事不再罚款”向真正意义的“一事不再罚”的转变；刑事诉讼中，尽管我国目前还没有“一事不再理”的规定，但是刑事诉讼法学者正在进行这方面的努力，应当说对“一事不再理”的研究要远远比“一事不再罚”透彻。唯独在处理行政不法与刑事不法、行政处罚与刑罚的关系问题上，理论上仍然存在着模糊。

其实，行政不法与刑事不法的区别问题是一个早在 19 世纪就困扰法学界的问题，德国法学者克丝特林将其称为“导致法学者绝望的问题”^③。德国法学者为了解决这个问题提出诸多理论：质的差异论、量的差异论以及质量兼差论。^④其中，质量兼差论是德国联邦宪法法院所采用的方法，这种观点认为，在刑法和违反秩序罚法中各有其“核心领域”，对于社会伦理可非难性的核心领域最终还是保留给刑法，纯粹技术性的抵触规范，则为违反秩序罚法所规制，而介于纯粹刑法

① 当然，就目前我国《行政处罚法》来说，并没有将“一事不再罚”确立为行政处罚的一个原则，而仅仅规定为“一事不再罚款”。

② 参见孙贇杰、吴振兴主编：《刑事法学大辞典》延边大学出版社 1989 年版，第 466 页。

③ 林山田著：《经济犯罪与经济刑法》，台湾三民书局 1981 年 1 月版，第 108 页。

④ 参见林山田著：《经济犯罪与经济刑法》，台湾三民书局 1981 年 1 月版，第 110-121 页。

和违法秩序罚法的中间地带，应当只是形式上量的差别，由立法机关评价决定，当然，立法机关也不可以任意妄为，它在决定什么行为应当归属于刑法或者违反秩序罚法时，虽然享有判断和形成的空间，但仍然要受到刑法的核心领域的制约。虽说质量兼差论与单纯的质或量的差异论相比有其固有的优势，但是它无法完全根绝质的差异论的影响，更为重要的是，这种将中间地带视为仅仅是量的区别，并将此部分完全委托给立法机关判断的做法，由于缺乏明确的标准，问题仍然难以解决。本着权力分立的观念，司法权和行政权各有其行使的分际。对于一个有社会危害性的不法行为，如果其违法情形已经严重到需要法院来施以刑事制裁的程度时，就应当划入刑罚的范围；反之，如果其违法行为比较轻微，宜由行政机关惩罚时，则应当科处行政处罚。否则，应当由行政机关处以行政处罚的行为却由法院处以刑罚制裁，不但增加了刑罚的不必要适用范围、侵犯了行为人的合法权益，而且混淆了司法权与行政权的界限，侵犯了行政机关的权限。关于行政不法与犯罪的界限，说起来好像很简单，但是区分二者的度起码到现在为止还不明晰，而且，行政不法领域与刑事不法并不是截然分野，彼此不得转化与渗透的，而是可以相互转化的。卢梭说：“刑法在根本上与其说是一种特别的法律，还不如说是对其他一切法律的裁定”^①因此，任何不法行为，只要社会危害性达到了一定的严重程度，都将转化为刑事不法而最终落实到刑罚处罚，行政违法也不例外。这种转化的可能性造成行政不法与刑事不法的界限更加模糊，使我们不管在理论中，还是在立法上都难以清晰地区分二者。行政不法行为应当由行政机关处以行政处罚，刑事不法行为则应当由法院进行刑罚处罚，所以行政不法与刑事不法界分的不清晰，必然造成行政处罚与刑事处罚适用范围上区分不明确。退一步说，即使我们理论上能够明确的区分行政不法与刑事不法，但是这对处理行政处罚与刑事处罚的关系只是一个必要条件而非充分条件，因为在行政不法与刑事不法之间存在着中间交叉地带，即某种行为可能同时触犯行政法和刑法规范，这时就涉及到行政处罚与刑事处罚竞合的问题。

行政处罚与刑事处罚的竞合问题是理论界一个难题，同时也困扰着实务界，我国法律对于同一个行为同时违反行政法律规范和刑法规范时的处理并没有明确统一的规定。一种情况是行政处罚与刑事处罚不得并用，例如《中华人民共和

^① 【法】卢梭著：《社会契约论》，商务印书馆2003年3月修订第三版，第70页。

《治安管理处罚法》第二条规定：扰乱社会秩序，妨害公共安全，侵犯公民人身权利，财产权利，妨害社会管理、具有社会危害性，依照《中华人民共和国刑法》的规定构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由公安机关依照本法处罚。《中华人民共和国行政处罚法》第二十八条规定：违法行为构成犯罪，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，人民法院处罚金时，行政机关已经给予当事人罚款的，应当折抵相应罚金。从上述规定可以看出，在特定情况下，行政处罚与刑事处罚不得并用。另一种情况是行政处罚和刑事处罚可以同时并用。例如《建设工程质量管理条例》第七十二条规定：违反本条例规定，注册建筑师、注册结构工程师、监理工程师的等注册执业人员因过错造成质量事故的，责令停业一年；造成重大质量事故的，吊销执业资格证书，5年以内不予注册；情节特别恶劣的，终身不予注册。第七十四条规定：建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位违反国家规定，降低工程质量标准，造成重大责任事故，构成犯罪的，对直接责任人员依法追究刑事责任。依照上述规定，某注册建筑师受到刑事处罚的同时必然受到行政处罚，即吊销其执业资格证书或者终身不予注册。

第二章 处理行政处罚与刑事处罚竞合关系的传统方法及其检讨

行政处罚与刑事处罚的竞合关系不是归属于某一个法律部门单独处理的问题，不管是行政法学界还是刑法学界都有义务来研究处理该问题的方法，促进行政处罚与刑事处罚竞合关系的尽快、合理解决，多年来，我国学者也提出了许多解决问题的方案，现分别列举并分析其弊端。

第一节 理论界对处理行政处罚与刑事处罚竞合问题的争论

不但立法者对于行政处罚与刑事处罚的竞合问题规定混乱，理论界对该问题也是争论激烈、观点不同，归纳起来主要有三种主张：^①

一、选择适用

认为只能在行政处罚与刑事处罚之中选择一种，而不能一起实施。其理由是，两者都是公法上的责任，在法的限制与促进功能上，两者是类似的；在一般预防与个别预防的机能上，两者是互为交错的。按照违法与责任相适应的原则，当同一违法行为同时触犯了刑法规范和行政法规范时，只应从两种责任中选择一种，否则，不符合处罚经济的原则，也可能导致不适当的牺牲个人的权利，有悖于法的相应性和正义性。至于如何选择，多数人认为，应当按照适用法律责任时重罚吸收轻罚的原则，选择刑罚处罚；也有少数人主张应当根据从轻的原则或有利于行为人的原则，选择行政处罚。

二、合并适用

认为既要适用刑事处罚，又要适用行政处罚。其理由有二：一是行政犯罪行为在性质上既是犯罪行为，也是严重违反行政法律规范的行为。这种行为违法的双重性，决定了其责任和处罚的双重性，即既要追究刑事责任，给予刑事处罚，又要追究其行政法律责任，适用行政处罚，只有这样才能全面追究犯罪分子的法律责任，有效地打击犯罪和预防犯罪。二是行政处罚与刑事处罚是两种性质、形式和功能均不相同的法律责任。这两种法律责任在性质上的差异性决定了二者的

^① 参见汪永清著：《行政处罚运作原理》，中国政法大学出版社1994年1月版，第21-22页。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库