

论“两法衔接”中行政处罚与 刑事处罚的实体衔接

——以规制非法集资行为为考察对象*

闻志强**

摘要:在打击和规制非法集资违法——犯罪行为的行政执法与刑事司法相衔接(又称“两法衔接”)机制运作和工作实践中,必须正确理解和把握行政处罚与刑事处罚的关系,即正确理解和适用“一事不再理、一事不两罚”原则;准确、灵活把握“刑事先理”原则;坚持刑法的谦抑性原则,防止刑事司法恣意扩张。在“两法衔接”机制运作过程中,实体层面衔接的具体内容集中体现在行政处罚与刑事处罚的竞合判断和处理模式上,对此,应当确立和采用并合主义原则为主、吸收原则为辅的适用原则为妥。在此基础上,根据行政处罚与刑事处罚作出的先后顺序不同分别做出相应处理,即在“先

* 本文系国家社科基金项目“行政执法与刑事司法衔接机制实证研究”(项目编号:15BFX048)、华东政法大学优秀博士学位论文培育项目(项目编号:2015-1-008)、华东政法大学“未来法学家·学术之星”研究生学术项目阶段性成果,并受上海市085工程“华东政法大学博士生海外调研计划”资助。

** 华东政法大学刑法学专业博士研究生,日本一桥大学访问学者。

(行政)罚后刑(罚)”的情形下,采用同质罚相折抵、不同罚则各自适用的处理模式;在“先刑(罚)后(行政)罚”的情形下,采取同质罚不得再次处罚、不同罚则可予再处罚、免刑后可予再处罚的处理方法。

关键词:两法衔接 行政处罚 刑事处罚 处罚竞合 并合主义
吸收原则 先罚后刑 先刑后罚

引 言

“两法衔接”,^[1]又称两法衔接机制,即行政执法与刑事司法相衔接机制,是当下我国在进一步深入推进包括政治体制改革、司法体制改革等权力分配、运作机制改革中的一项事关全局而且非常重要的新举措、新实践、新探索,迄今已经吸引了包括全国各级各地行政执法机关和刑事司法机关乃至社会各界的目光聚焦。作为我国走向从完备法制到逐步实现规范、全面法治的里程碑,“两法衔接”的建立和开展对我国当下推进行政执法领域和刑事司法领域的法治建设裨益颇多。但是考察“两法衔接”工作机制的发展、演变历程,迄今为止关于“两法衔接”工作机制的争议与分歧仍然不断,例如这一机制的概念、基本内涵、适用对象、适用范围、理论定位和实践走向等重要问题,在理论界和司法实务界仍存在莫衷一是的认识、看法和结论。结合已有研究成果,

[1] 出于行文方便和保持前后用语统一、规范之考虑,下文中一般以“两法衔接”或“两法衔接机制”指称行政执法与刑事司法衔接机制。目前,理论界与司法实务界一般皆用此简称,尤其是在检察机关内部已为约定俗成之称。但也有学者提出不同意见,认为这一简称不太准确,容易引起误解,而将其称为“行刑衔接”。此外,还有观点认为“衔接”一词不如改为“对接”恰当。具体论述参见周国君、程绍燕:“行政执法与刑事执法对接之正当性及建言——以疑似罪案材料移送为视阈”,载《山东警察学院学报》2010年第4期。对此,笔者认为,“行刑”一词在法学意义上上尤其是刑法学理上有其固定的、特有的意义,即作为刑罚执行的代名词之谓,这在刑法学理论研究和司法实务中都是较为通行和普遍的称谓。如果将行政执法与刑事司法衔接机制简称为“行刑衔接”(机制),恐易与上述的一般理解产生混淆,造成理解上不必要的冲突和混乱,如此简称确有值得商榷之处,笔者对此持保留意见。而将通用的“衔接”一词改为“对接”,笔者认为,这种语词上的替换在理论研究和司法实务中并无多大实际意义和价值,似应以通用的“衔接”一词为标准更为妥当。

笔者认为,“两法衔接”,是指在行政执法实践中,行政执法机关依法将履行行政执法职责和权能过程中即时发现的、可能构成犯罪的疑似犯罪案件和行为人,移送公安、司法机关进行刑事立案、侦查、追诉;与此同时,公安、司法机关在办理行政执法机关移送的涉嫌犯罪案件或其他自行办理的刑事案件过程中,对经认真审查做出最终决定后,认为行为人不构成犯罪或者有罪但免于刑事处罚,并认为应当或需要给予行政处罚(处理)的相关案件和行为人,依法移交有关行政执法机关进行处理的实体衔接制度规范和程序衔接制度规范的总称。在明确“两法衔接”准确内涵的基础上,从功能与价值的应然角度分析,建立和完善“两法衔接”在当下深入推进开展的法治中国建设中,具有非常重要的价值。它具有对权力运作机制中的行政执法权和刑事司法权的双向规制作用,有助于准确厘清和合理确立打击违法行为向犯罪行为过渡、升格的“数量”与“质量”,从而实现承载相异使命和追求不同目的的部门法之间兼顾社会保护机能与人权保障机能、维护社会秩序与促进经济社会发展的协调、统一。通过建立和完善“两法衔接”机制,借助检察机关所拥有的法律监督权,将促使行政执法机关及时移送涉嫌犯罪案件,充分发挥行政执法打击违法犯罪行为的前置性过滤作用。同时运用这一机制也有利于抑制刑事司法权的扩张,坚守刑法谦抑性原则,最终确立规制违法——犯罪行为问题上,行政执法权与刑事司法权的区“分度”和适用“度”,统筹两者的过渡和协调,防止争相管辖或互相推诿等现象出现,保障执法的公信力和权威性。从长远的角度看,这一机制的建立将会逐步界定行政执法领域与刑事司法领域规制各种违法——犯罪行为的界限,使行为性质认定和违法——犯罪竞合判断标准逐步清晰化、确定化、规范化、一致化、体系化、科学化、实用化。这对于准确把握打击违法——犯罪行为的范围、力度、程度、宽度和广度确立适当、适度的行政罚圈和刑事处罚圈,有助于切实厘清行政权与司法权、行政法与刑法、行政违法与犯罪的界域,对实现兼顾社会保护的一般预防与保障公众基本人权的特殊预防之协调统一具有重要的现实意义和法治价值。

目前,我国已经在涉及非法集资行为认定领域建立了“两法衔接”机制,但是效果还并未达到预期目标,也与设立初衷存在一定程度上的

偏差。其中一个重要缘由在于,迄今为止,我国在金融违法犯罪认定领域,尤其是在涉及非法集资行为性质认定方面,尚未完全厘清行政执法与刑事司法的界限。虽然关于非法集资行为性质的认定,已经由最高司法机关单独或联合相关行政执法、监管机关发布为数不少的规定或解释,但在实际执法实践中,非法集资违法与犯罪的区分与界定仍然存在诸多分歧和争议之处。如何正确界定民间常发、高发、频发的借贷、融资、集资行为的性质,划清正常、合法的融资集资行为与异常、非法的集资行为、罪与非罪、此罪彼罪的准确边界,并对其中的违法犯罪行为给予适格、适当、适度的处罚,仍然在考验着理论研究者的学术智慧与司法实践者的经验判断能力,也同时成为行政执法与刑事司法实践中面临的比较棘手而又亟须解决问题。对此,笔者认为,在行政执法实践中,行政机关不仅要在其专业性和技术性判断的基础上做出基础判断,同时还应结合立法机关颁布的立法规定、立法解释和最高司法机关单独或联合相关行政执法、监管机关发布的规定或司法解释中,有关认定非法集资行为及其案件性质的规范内容,来统筹考虑、综合把握集资行为合法与非法、罪与非罪的界限。例如,在认定非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款行为的性质时,有关立法规定和司法解释给出了数额、人数等各种判断标准,在不符合这些入罪标准时,行政执法机关应该按照行政违法行为处理;如果在行政执法中发现涉案人员或金额达到甚或超过这一标准,应当判定相关案件及行为人涉嫌非法集资类犯罪并立即移送公安、司法机关处理。这种处理办法既尊重行政执法机关的特点,也符合行政执法领域专业性、技术性的要求,同时与刑事司法的入罪认定标准有机衔接,有利于在实践中按照具体、有形、明确的标准来统一把握,防止出现行政执法机关与刑事司法机关认定结论的冲突和矛盾。进一步而言,这就需要最高司法机关明确相关司法解释的具体内容,同时会同国务院相关部门发送到国务院下属的各行政职能部门会商,协调冲突,统一标准,以把握两者的界限,防止执法竞合和冲突,并做好案件性质认定转化的过渡机制衔接与完善工作。

为了确保行政执法与刑事司法工作机制在实际运作过程中能够切实起到预期效果,并为解决执法实践中出现的问题提供理论依据,笔者认为必须正确理解和把握“两法衔接”机制中行政权与司法权的关系、

行政违法与刑事违法、行政处罚与刑事处罚的关系。^{〔2〕} 对应于非法集资行为性质的认定和事后规制,笔者认为在借助明确的法律规范厘清明确罪与非罪界限之后,接下来需要重视和解决的问题就是如何在实体层面,主要是在处罚方面实现行政执法领域与刑事司法领域的有效衔接。从实体内容上看,“两法衔接”机制中行政处罚与刑罚适用上的衔接问题实质上就是如何处理行政处罚与刑罚竞合的问题,即针对同一个违法行为,如果同时触犯了刑法和行政法律规范时,应当如何确立行为人的法律责任和给予相应的惩罚,即能否对行为人同时适用行政处罚和刑罚以及在二者作出处罚的先后顺序不同时,如何在实体上予以衔接处理的问题。对此,详细阐述如下。

一、“两法衔接”中行政处罚与刑事处罚的关系

一个行为具备行政违法性或者刑事违法性,相应地要承担行政法上的行政责任或刑法上的刑事责任,进而受到行政法的行政处罚和刑法上的刑事处罚。行政处罚,在大陆法系国家又称为行政罚(*verwaltungsstrafe*),是指对违反行政法上规定的义务,根据一般统治权给予的制裁。^{〔3〕} 质言之,行政罚是作为行政不法的法律后果而存在的。一般而言,行政罚有广义和狭义之分。广义上的行政罚包括对构成犯罪的行政违法行为^{〔4〕}的行政刑罚与行政法上的处罚。狭义上的行政罚又称为秩序罚(*ordnungsstrafe*),用以作为一种“加重的行政命令”,而以罚援为手段,对于不遵守行政法规或不遵守行政义务者的一种警告。此时,狭义上的行政罚或曰秩序罚,显然有别于刑罚处罚。^{〔5〕} 在我国法律实践和行政法上,一般而言,行政处罚都是在狭义上使用的,即认为行政处罚是行政机关依法对实施了

〔2〕 具体论述参见闻志强:“完善‘两法衔接’应当重视和正确处理三对关系——以规制非法集资行为为考察对象”,载《武汉公安干部学院学报》2013年第2期。

〔3〕 参见〔日〕我妻荣等:《新法律学辞典》,中国政法大学出版社1991年版,第181页。

〔4〕 刑法理论上也被称为行政犯罪或行政犯。

〔5〕 参见林山田:《刑罚学》,台北商务印书馆1983年版,第109页。

违反行政法律规范的违法行为的行政管理相对人进行的法律制裁。^{〔6〕} 刑罚处罚,在大陆法系国家又称为刑事罚(Kriminalstrafe),指对犯罪行为,作为法律上的效果加给行为者的制裁。^{〔7〕} 作为对行政犯罪的制裁手段,行政刑罚属于广义上的行政罚。因此,从行政处罚与刑罚处罚的关系上说,在行政刑罚这一点上,基于对行政罚的广义理解,就具有行政处罚与刑罚处罚的双重属性。从狭义的行政罚来说,行政处罚与刑罚处罚的分野应该还是比较明显的。由于我国法律体系对行政处罚通常采狭义理解,因此从行政处罚和刑罚处罚的概念中,可以合乎逻辑地引申出两者间形式上的差别,这种差别主要表现在行政处罚与刑罚处罚的种类上,^{〔8〕}但又不仅限于此。

行政处罚与刑事处罚既有相同点,如二者承担的都是公法上的责任,执法主体与执法对象之间涉及国家与公民个人(此时还包括作为执法对象的单位、组织等)的对立关系等;也有不同点,如二者的制裁性质、手段、方式、机关、程度、程序等存在较大差异。^{〔9〕} 然而,最根本的差异在于制裁的性质和效力问题上。在法律制裁体系中,刑罚处罚是其他法律制裁,包括行政处罚的后盾。“刑法在根本上与其说是一种特别法,还不如说是其他一切法律的制裁力量。”^{〔10〕} 一个行政违法行为一旦突破行政法规制的范围,达到严重的社会危害性程度,就应予以刑事处罚,不得以行政处罚代替刑事处罚。从行政违法到行政犯罪再到刑事犯罪,基于违法性一元论和法律体系统一性的把握,行为的违法性程度逐渐递增,由此产生行政处罚与刑罚处罚,但二者区分并不具有绝

〔6〕 参见姜明安:《行政法与行政诉讼》,中国卓越出版公司1990年版,第265页。

〔7〕 参见〔日〕我妻荣等:《新法律学辞典》,中国政法大学出版社1991年版,第230页。

〔8〕 参见陈兴良:“论行政处罚与刑罚处罚的关系”,载《中国法学》1992年第4期。

〔9〕 二者的异同比较具体可参阅汪永清:“行政处罚与刑罚的适用范围和竞合问题”,载《政治与法律》1993年第2期;郭润生、刘东生:“行政刑罚基本问题初探”,载《山西大学学报》1998年第3期;王周户、王漾:“论行政处罚的适用条件及其与刑罚的适用关系”,载《法律科学》2011年第3期。

〔10〕 〔法〕卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1962年版,第63页。

对意义。^[11]原因在于行政执法机关和司法机关的不同判断尤其是在“量”上的判断不同会导致行政不法与刑事不法之间的行为性质认定互相转化,进而导致行政处罚与刑罚处罚范围的此消彼长甚或相互取代。因此,在规制非法集资行为的“两法衔接”机制中,必须针对相应非法集资行为的特点、形式、数额、人数以及其他可参照标准,依法把握其违法性程度,以确定其责任性质和应适用的惩罚。

为了正确处理行政处罚与刑事处罚的关系,笔者认为,在规制非法集资行为的“两法衔接”机制中应当注意以下三个问题:

一是正确理解和适用“一事不再理、一事不两罚”原则。一事不再理源自古罗马法。在古罗马共和国统治时期,法院审判实行一审终审制,因而确立了最初形态的一事不再理原则。随着社会的发展和法律智慧的凝结,一事不再理的内涵逐步固化,其主要意旨是指对于已发生法律效力案件,除法律另有规定以外,不得再行起诉和处理。这个原则普遍适用于西方发达法治的大陆法系国家对于民事案件的审判,同时也适用于刑事案件。一事不再理适用于刑事案件时,与英美国家的“防止重复定罪和刑罚的危险”原则相类似,它是指禁止使一个人因其同一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之后,不得因同一罪行对其再次进行起诉和审判。由此可见,二者殊途同归,有异曲同工之妙。一事不再理反对和禁止对同一犯罪重复定罪并予以刑罚处罚。此处一事不再理中所说的两次(或多次)处分(或处罚),一般是指性质相同的两次(或多次)处分(或处罚)。比如,因同一罪行而判两次刑并都付诸执行。而同时给予罪犯以刑罚处罚和行政处罚,则是两种性质不同的处罚,它们完全是独立存在的,并不发生两者择一的问题,更不存在违反一事不再理原则的情况。^[12]一事不两罚要求对一种行为不能做出两次同种类同性质的

[11] 对于不同法域之间的违法性性质和判断之异同应当作何解释,在理论上存在违法判断相对性与违法判断多元性、违法一元论与违法多元论等不同观点的争议。具体论述可参见王昭武:“法秩序统一性视野下违法判断的相对性”,载《中外法学》2015年第1期。

[12] 参见陈兴良:“论行政处罚与刑事处罚的关系”,载《中国法学》1992年第4期;张明楷主编:《行政刑法概论》,中国政法大学出版社1991年版,第176页。

处罚,而对涉嫌犯罪的案件作行政处罚后又予以刑事追究,是两种不同性质的处罚,所以并不违反一事不两罚的原则。但基于行政机关和司法机关是在不同阶段,根据不同标准作出各自的判断,必然会产生处罚竞合。例如,二者针对同一行政违法行为分别给予处罚,需要根据“罪刑相应”、“错罚相当”原则予以处理,可以采取同质的处罚可以吸收或者折抵、不同质的处罚可以合并适用等方法,从而实现公平正义。具体内容下文将会详述,此不赘言。

二是灵活把握“刑事先理”原则。所谓刑事先理,是指在某一案件既是民事或行政违法案件又可能是刑事犯罪案件即产生法律责任竞合时,原则上应先由司法机关按刑事诉讼程序解决行为人的刑事责任问题,再由法院进行民事审判或行政机关依行政处罚程序解决行为人的民事或者行政责任。换言之,法律赋予刑事诉讼相对于民事诉讼或者行政处罚程序的优先权。刑事先理原则是一种程序优先原则,又称“刑事优先原则”。刑事先理坚持了独立执法与配合制约的统一:独立执法是指无论是行政处罚的做出还是刑事追诉与否的决定,都由行政机关和司法机关各自独立做出,二者互不影响;配合制约是指司法机关的监督要求行政机关的配合,并优先于后者做出行政处罚的权力,在司法机关关于案件行为是否涉嫌犯罪的决定做出之前,行政机关不得做出行政处罚的决定。坚持刑事先理原则,有利于防止行政机关以罚代刑,有利于打击刑事犯罪,实现刑法的社会防卫功能。但在坚持这一原则的同时又要把握一定的灵活性,如在涉及非法集资的具体案件中,行政机关做出行政处罚有利于遏制行政违法行为继续蔓延,进而避免对社会造成更大危害,必要时,可以由行政机关先做出行政处罚再移送司法机关处理,防止漫长的诉讼程序可能造成打击违法行为的滞后性和时效。再如,一些非法集资案件涉嫌的罪名中,行政机关做出的行政处罚与司法机关做出的刑罚预先就可做出不同质的判断,如前者做出吊销相关企业、公司或个人的资格资质(证、照),限制单位或者个人进入相关领域的准入资质等能力罚、声誉罚,后者显然没有这个职权。在此种情况下行政机关也可以先行做出行政处罚,并不影响司法机关的处理,也不会产生责任竞合,是为刑事优先原则的例外和补充,应在执法实践中灵活把握。

三是坚持刑法的谦抑性原则,防止刑事司法恣意扩张。在行政执法与刑事司法衔接机制运作过程中,为打击和制裁行政执法过程中发现的行政犯罪行为需要动用刑罚,这就蕴含着刑法和刑罚肆意扩张的危险和可能性。因此,在建立规制非法集资行为的“两法衔接”机制过程中,应当特别强调刑法谦抑性原则,避免刑罚滥用。具体而言,在认定有关非法集资行为案件的性质和危害程度时,要遵守相关法律规定的标准,更要充分考虑案件的具体情况,防止一出现非法集资行为就一概纳入刑法规制的“路径依赖”惯性思维,更要防止“一刀切”,导致行政执法权在非法集资规制领域的萎缩和刑事司法权的扩张,并使得行政违法前置性规范过滤功能的废弃和刑法过度“冲锋陷阵”前置化。只有在事实和证据上确信行为性质认定及其处罚排除了以行政法上的法律手段予以调控和规制的可能性和有效性之后,才能考虑动用刑罚,即是把刑罚作为迫不得已的最后手段使用。毕竟,一般认为,使用强制性制裁的需要愈少,法律就愈能更好地实现其维护和巩固社会稳定与和谐的目的,这对于需要坚守谦抑性、处于保障法地位和后置法角色的刑法而言更是如此,即强调和坚持国家刑罚权力的克制、谨慎和宽容。^[13] 故而,在规制非法集资行为的“两法衔接”运作过程中,应当谨慎对待刑事司法介入,防止司法权的过度扩张,从而走向与行政机关“以罚代刑”执法弊端的另一个极端。^[14]

二、行政处罚与刑事处罚竞合的处理原则

针对这一问题,理论观点不尽相同,概括起来主要有以下三种处理原则:

(一) 合并适用,亦称“并合主义”

理论上又称“二元主义”。该观点认为当同一违法行为既违反了

[13] 参见闻志强:“中国刑法理念的前沿审视”,载《中国刑事法杂志》2015年第2期。

[14] 参见闻志强:“完善‘两法衔接’应当重视和正确处理三对关系——以规制非法集资行为为考察对象”,载《武汉公安干部学院学报》2013年第2期。

行政法规范,又触犯了刑法而需承担行政责任和刑事责任并发生行政处罚与刑罚处罚竞合时,应该予以合并适用,既要适用刑罚,又要适用行政处罚。即对构成行政犯罪的公民、法人或其他组织,司法机关除追究其刑事责任外,有关行政机关还可对其实施行政处罚。合并适用实际上就是一种“双罚”制,当事人既要承担行政责任,同时又要承担刑事责任。^[15] 其原因是: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。二是行政处罚与刑罚处罚是两种性质、形式和功能均不相同的法律责任,二者无法完全相互替代。三是我国有关立法和司法实践已确认行政处罚与刑罚处罚竞合时对行政犯罪的合并适用。^[16]

(二) 择一适用,又称“替代主义”

该观点认为,对既违反法定行政管理秩序又构成犯罪的同一个行为,不能既实施行政处罚,又给予刑事处罚,只能两者择其一,且原则上适用刑事处罚。其理由是:行政处罚和刑罚都是公法上的责任,在保护客体和追究责任的价值取向上是同一方向的,在法的限制与促进机能上,二者之间有互为替代的法理基础。根据违法行为与责任承担相适应的原则,当同一行为同时触犯了刑法规范和行政法规范时,只应选择其中一种处罚手段,否则不符合法律的经济原则,也可能导致不适当地牺牲个人权利,有悖于法律制裁的适应性和正当性。^[17] 至于如何选择,多数人认为,应按适用法律责任时重罚吸收轻罚的原则,选择刑罚处罚。也有少数人主张应根据从轻原则或有利于行为人的原则,选择行政处罚。^[18]

(三) 附条件并科,亦称“免除替代”

该观点认为行政处罚与刑罚处罚竞合时可以并科,但任何一个

[15] 参见叶群声:“行政处罚与刑罚的适用衔接”,载《江西社会科学》2004年第3期。

[16] 参见周佑勇、刘艳红:“论行政处罚与刑罚处罚的适用衔接”,载《法律科学》1997年第2期。

[17] 参见周佑勇、刘艳红:“论行政处罚与刑罚处罚的立法衔接”,载《法律科学》1996年第3期。

[18] 参见周佑勇、刘艳红:“论行政处罚与刑罚处罚的适用衔接”,载《法律科学》1997年第2期。

“罚”执行后,认为没有必要执行另外一个时,可以免除执行。这就把是否执行另一个“罚”的自由裁量权赋予了相应的执法机关。但按此实施的困难也是显而易见的,因为行政机关在适用行政处罚后,自身并无权力决定刑罚不再适用,而人民法院认为没有必要再适用刑罚就可以免于刑罚处罚,则可能造成新的以罚代刑;同样,人民法院在适用刑罚处罚后,也只能由行政机关决定诸如是否予以吊销许可证或执照等行政处罚,人民法院不能越俎代庖。^[19]

比较而言,笔者认为第一种观点在处理非法集资行为的“两法衔接”机制中更为可取,但也有需要完善之处,可根据具体情况按照排斥适用即吸收原则作为例外和补充。理由如下:一是针对同一违法行为同时追究行政责任和刑事责任的根本依据在于行政权与司法权的分立与权力属性差异,两种责任的性质和理论基础不同决定了根据不同的法律规定和判断标准惩治某一违法行为的必然性,这并不违反一事不再罚原则。二是刑法规定的主刑、附加刑的种类和范围是比较狭窄的,仅限于人身罚和财产罚,在某些情况下仅仅适用刑罚不足以遏制乃至消除行为的社会危害性、行为人的主观恶性与人身危险性,并对潜在违法行为人予以威慑和对社会一般公众起到警示、教育作用,而行政处罚的种类要远远多于刑罚的种类,一些行政处罚还能起到更好地惩治效果,彻底摧毁行为人再犯可能性。所以对两者合并适用可以补充刑罚的不足,使刑罚与行政处罚相得益彰。^[20]这在打击非法集资行为时表现的较为明显,惩治非法集资这类涉众面广、影响大、危害严重的行为如果全面依靠刑事管制不仅不妥,而且也无法仅仅通过刑罚震慑非法集资违法犯罪,与行政处罚的结合适用将会起到更全面、更有效地规制非法集资行为的积极作用。三是我国的刑事立法和有关行政立法实际上已承认了在刑罚与行政处罚竞合时的合并适用,从而提供了法律依据和适用基础。例如,《刑法》第27条、第116条,《行政处罚法》第7条、第28条和国务院2001年7月9日公布的《行政执法机关移送涉嫌

[19] 参见周佑勇、刘艳红:“论行政处罚与刑罚处罚的适用衔接”,载《法律科学》1997年第2期。

[20] 参见张水海:《行政处罚法实务指导》,中国法制出版社2007年版,第162页。

犯罪案件的规定》第11条规定等。

需要明确的是,采取行政处罚与刑罚合并适用原则时,应当满足以下四个条件:一是主体、行为的唯一性,即行政处罚和刑罚针对的必须是同一个主体的同一个违法行为。二是违法构成的双重性,即行为人的行为既违反了行政法律规范,构成了行政违法,同时又违反了刑事法律规范,构成了刑事犯罪。三是处罚种类的异质性,即原则上行政处罚与刑罚合并适用时,必须是两种不同属性的处罚。如果是同种属性的处罚不能直接合并适用,而应按照排斥适用原则要求酌情吸收,如实践中的行政拘留与刑罚、行政罚款与罚金的吸收与折抵。四是追究程序的双轨性,即在责任的追究上实行双轨制。行政处罚按照行政处罚法所确定的条件、原则、程序进行。追究刑事责任则只能依照刑法和刑事诉讼法的有关规定。行政机关不能在确定行政处罚的同时,又追究当事人的刑事责任。对于在给予行政处罚的过程中,发现当事人的行为已构成犯罪的,应当移送司法机关处理。同理,人民法院在确定刑事责任后认为需要给予行政处罚的,也不能直接实施行政处罚,而只能提出相关的司法建议,移交行政机关处理。^[21]

深入考察之,在“两法衔接”执法实践中,行政处罚与刑罚合并适用的情形主要有以下几种:第一,当行政处罚为罚款时,刑罚中所有的主刑以及附加刑中的没收、剥夺政治权利可与之合并适用。即使是死刑,理论上也存在合并适用的可能性。第二,当行政处罚为没收时,刑罚中所有的主刑以及附加刑中的剥夺政治权利、罚金可与之合并适用。第三,当行政处罚为责令停产停业时,所有的刑罚包括主刑和附加刑均可与之合并适用。第四,当行政处罚为吊销证、照时,所有的刑罚包括主刑和附加刑均可与之合并适用。第五,当行政处罚为拘留时,刑罚中的附加刑可与之合并适用。^[22]第六,单位(法人)有违法犯罪行为的,除依法追究直接责任人员和单位的刑事责任外,行政机关还可以对单位适用行政处罚。但要注意的是,以上所列举的行政处罚与刑罚合并适用的情况主要是从理论上而言的,二者存在合并适用的可能性,并不

[21] 参见叶群声:“行政处罚与刑罚的适用衔接”,载《江西社会科学》2004年第3期。

[22] 参见叶群声:“行政处罚与刑罚的适用衔接”,载《江西社会科学》2004年第3期。

是要求在实践中一定要合并适用或者就一定能在司法实践中予以适用,具体问题具体分析仍然是我们不容忽视的。

从本质上来看,一行为应受双重处罚与实际是否受到双重处罚存有差异,不可混同。有些行为由于某种原因,可能实际上只受到了刑罚处罚和行政处罚中的某一种,但这并不等于说犯罪人不应受到双重处罚。之所以实际上只受到一种处罚,大体而言,有两种情况:一是某些犯罪情节轻微,法律规定可以免于刑事处罚。人民法院免于刑事处罚后,交由行政主管部门予以行政处罚。二是在行政处罚与刑罚处罚所剥夺权益的内容相同的情况下,采取刑罚处罚吸收行政处罚的方法,实际只受到刑罚处罚。后者即是合并适用原则的例外和补充,是对行政处罚与刑罚兼容关系的排斥和“否定”,主要体现在行政机关已经给予了行政处罚后,司法机关又判处了行为人的刑罚时的具体处理问题,即折抵问题。这主要表现在如下两个方面:

一是关于行政拘留与管制、拘役、有期徒刑的折抵问题。《行政处罚法》第28条第1款规定:“违法行为构成犯罪,人民法院判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。”按照我国相关法律的规定,行政拘留是公安机关强制违反治安管理秩序的行政相对人承担的一种行政法律责任。行政拘留的期限为1日以上,15日以下,最长不超过20日。行政拘留主要是针对当事人的人身自由,是对人身自由权的限制。而拘役与有期徒刑同样是在一定期限内剥夺当事人的人身自由权的惩罚。既然都是以人身自由权为惩罚对象,基于法的正当性和公平性要求,并考虑惩罚的经济性和必要性,行政拘留与拘役或者有期徒刑就不能同时适用。因此,行政拘留的期限应当折抵拘役或者有期徒刑的期限。具体方法是行政拘留1日,折抵相应的刑期1日。当事人的实际服刑日期应当从司法机关所判处的日期中减去已被行政拘留的日期。另外,对于当事人被人民法院判处管制是否应当折抵的问题,《行政处罚法》未予以明确。尽管管制并不与拘役、有期徒刑那样绝对地限制人身自由,但是,被判处管制的人犯的人身自由仍受到一定的限制。正是基于此,我国《刑法》规定,管制的刑期从判决执行之日起计算;判决执行以前先行羁押的,羁押1日折抵刑期2日。从刑法的规定基于同一逻辑的推导,笔者认为,行政拘

留与管制同样发生折抵的问题。具体的折抵方法可以援用刑法的相关规定,即行政拘留1日,折抵刑期2日。

二是关于罚款与罚金的折抵问题。罚金是人民法院对犯罪分子判处的、强制其向国家缴纳一定数额金钱的刑罚。罚金与罚款在形式上具有很大的相同之处,两者都是强制行为人向国家缴纳金钱,针对的对象都是财产权,作为同质的处罚是不能同时并用的。《行政处罚法》第28条第2款规定:“违法行为构成犯罪人民法院判处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵相应罚金。”但是,由于罚款与罚金的适用主体不同,前者属于行政机关的权限,后者属于人民法院的自由裁量。因此,二者的数额一般而言不太可能完全相同。如果罚款的数额小于罚金的数额,不足部分应当由当事人补交。如果罚款的数额大于罚金的数额,折抵后的剩余罚款是否还具有法律效力呢?笔者认为,罚款折抵罚金有剩余的,剩余部分仍应履行。这是因为折抵必须在两个有效的法律决定之间进行。罚款折抵罚金是在罚款决定具有法律效力的情况下发生的,如果行政处罚决定不具有法律效力,则失去了折抵的前提。但罚款折抵罚金后并不意味着原行政处罚决定无效,原因在于行政处罚法所规定的折抵问题只是解决两种处罚的“重合”问题,而不是解决两者的效力问题。既然原行政处罚决定有效,那么剩余部分也就应当予以履行。^[23]

在此还需要明确的一点是,作为合并适用原则的例外和补充,其适用的前提是行政处罚已经被执行完毕但刑罚还未开始执行。如果行政机关对当事人做出了行政处罚但还未执行,此时人民法院又对该当事人作出了相应的刑罚,在这种情况下只要直接执行刑罚即可,这是由刑法和刑罚的性质以及司法权的优先性和终局性等因素决定的,因而也就不存在折抵的问题,但后续涉及的两者竞合的问题仍然要按照合并原则的规定执行。

在采用合并适用原则及其例外时,还有几个问题值得引起注意:第一,原则上以刑罚处罚为主,行政处罚为辅。在对行政犯罪分子的合并适用处罚中,遵循刑事优先原则,即先由司法机关解决行为人的刑事责

[23] 参见叶群声:“行政处罚与刑罚的适用衔接”,载《江西社会科学》2004年第3期。

任问题,再由行政机关解决行为人的行政法律责任,二者有主次之分,不可等同,更不能主次颠倒,这是由刑罚处罚与行政处罚的性质、制裁程度等所决定的,但涉及不同质处罚和根据案件的具体情况可以有例外。第二,不得“以罚代刑”。不得以行政处罚代替刑罚处罚,以行政法律责任代替刑事法律责任,这是行政权对司法权的侵犯和僭越,违法宪法和立法法规定,有违行政权与司法权的权力划分和权力制约理念,必须坚决予以避免和防止。第三,不能“以刑代罚”。即不能只是片面追究犯罪分子的刑事责任,而对还应承担行政违法责任并需予以行政处罚的犯罪分子不予以相应的行政处罚,该罚款的不罚款,该没收非法所得的不没收,该吊销许可证(照)的不吊销,结果导致无法全面消除犯罪行为给社会造成的危害后果和防止行为人再次利用有利条件实施违法犯罪行为,如此则导致刑罚的目的和功能同样不可能实现,法律的严肃性和权威性也无法得到维护。尤其是在非法集资类案件中,一些行政处罚的效果和作用会从源头上消除这一行为生存的空间和土壤,达到标本兼治的效果,如中国人民银行、银监会和工商行政执法机关吊销有关公司企业等的证、照,限制准入和从事特定行业的企业、人员的资质,还有《刑法修正案(九)》(草案)增加的资格刑也需要与行政资格罚、能力罚并行考虑适用,将会避免一些行为人和单位犯罪所依赖的外部合法的保护壳和保护伞,进而彻底摧毁其实施非法集资行为的基础和前提,从而达到标本兼治的效果。

三、行政处罚与刑事处罚竞合的适用衔接

在规制非法集资行为的执法实践中,行政处罚与刑事处罚竞合的适用衔接涉及先做出行政处罚,后做出刑事处罚即“先罚后刑”和先做出刑事处罚,后做出行政处罚即“先刑后罚”两种情形的相应处理方法。从根本上讲,即要解决行政处罚与刑罚在执法实践中的实体衔接问题,以避免法律适用中的冲突、矛盾和脱节之处,从而保障法制统一、衔接、有效。

根据《行政处罚法》第8条的规定,行政处罚的种类包括警告、罚

款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留和法律、行政法规规定的其他行政处罚。根据我国刑法总则的规定,刑罚分为主刑和附加刑两种,主刑包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑,附加刑包括罚金、剥夺政治权利、没收财产和驱逐出境。非刑罚处罚主要包括赔偿经济损失、赔偿损失、训诫、责令具结悔过、赔礼道歉,移送行政主管部门予以行政处罚或行政处分。同时,根据我国刑法规定和相关司法解释并结合司法实践,我国现行法律框架内非法集资犯罪涉及的罪名共计8个,分别是《刑法》第160条规定的欺诈发行股票、债券罪,第174条第1款规定的擅自设立金融机构罪,第176条规定的非法吸收公众存款罪,第179条规定的擅自发行股票、公司、企业债券罪,第192条规定的集资诈骗罪,第222条规定的虚假广告罪,第224条规定的组织、领导传销活动罪,以及第225条规定的非法经营罪。根据规制非法集资行为的法律、行政法规和其他法律规定,对进行非法集资活动的,除了依照《商业银行法》、《保险法》、《证券法》、《证券投资基金法》、《银行业监督管理法》和《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》等法律、行政法规的规定给予没收违法所得、罚款、取缔非法从事金融业务的机构等行政处罚外,对构成犯罪的,还要依法追究刑事责任。上述有关行政处罚、刑罚种类以及涉嫌构成非法集资犯罪的罪名和相应行政处罚的阐述表明,在建立规制非法集资行为的“两法衔接”机制中,无论是先进入行政程序做出行政处罚还是先进入司法程序给予刑罚处罚,都涉及二者衔接中各种可能涉及的情况,需要根据先后顺序不同,遵照上文确立的原则适用之。

(一)“先罚后刑”的适用衔接

如果某一行为已由行政机关根据行政执法给予行政处罚,司法机关在适用刑罚处罚时,应采用以下方法使二者相衔接:

1. 同质罚相折抵

其一,以罚款折抵罚金。罚款与罚金二者虽然都是对行为人科以金钱给付义务,但在数额上存在明显差别。罚款的数额一般而言比罚金少,与行为的性质和危害程度不相适应,单独处以行政罚款尚不足以治罪。因此,不能用罚款来代替罚金制裁犯罪。当刑法规定可单处或

并处罚金时,人民法院又认为有必要处以罚金时,可在行政执法机关做出罚款后重新处以罚金。但人民法院在判处罚金时,应考虑犯罪人已受罚款处罚及其数额这一因素,按照“罪刑相应、错罚相当”的原则做到与具体犯罪情节相适应,罚款应折抵相应数额的罚金。如刑法对涉嫌非法集资的八个罪名中都有关于并处或者单处罚金的规定,相应地,在《银行业监督管理法》、《商业银行法》、《证券法》、《保险法》、《证券投资基金法》和《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》等法律、行政法规中亦有对有关行为处以罚款的规定,二者在实际执行中可以按照上述折抵规定衔接适用。其二,以拘留折抵相应刑期。按照前面的讨论,行政拘留一日折抵拘役或有期徒刑的刑期一日,折抵管制的刑期两日。这在上述的行政法规和刑法规定中亦存在,可按照这一原则执行。如涉嫌非法传销活动的,可由行政机关按照《治安管理处罚法》和其他金融法律法规予以拘留处罚,在移送司法机关作为犯罪处理时,应当适用相应的折抵原则。

2. 不同罚则各自适用

由于不同质罚是从行政法和刑法各自处罚种类和性质处罚所给予的不同种类的、具有不同特质的处罚,相互之间不具有可替代性,也不存在折抵的问题,对此应当分别做出,各自适用,并行不悖。例如,中国人民银行、银监会、保监会、证监会或行政执法领域的其他相关行政执法机关,对有关涉嫌非法集资的行政违法行为已经适用了吊销许可证或执照、罚款或者取消特殊业务的经营资质、限制单位和人员开展金融活动准入领域和担任相关职务等罚则的处罚,人民法院另行给予有期徒刑等刑事处罚,则互不影响,各自适用。

(二) 先刑后罚的适用衔接

对已经进入刑事司法追诉程序并被给予刑罚处罚的,行政执法机关再针对同一行为追究行为人的行政违法责任和给予行政处罚时,可以根据如下原则适用于刑事处罚与行政处罚衔接,即如下处理:

1. 同质罚不得再次处罚

针对同一行为的处罚,如果行政罚与刑事罚具备一定程度上的同质性,则属于同质罚。此时,为了避免和防止对同一行为在非难层面和非难程度上出现重复评价和过度苛责的不公平、非正义现象,需要进行

相应的替代性处理,运用折抵换算的方法予以妥当衔接。

其一,人民法院已经判处罚金的,行政机关不能再处罚款。罚款和罚金虽然性质不同,但在内容和目的上却是相同的,即都是责令违法者交纳一定数额的金钱,使其受到经济上的制裁。而罚金比罚款的制裁程度要强,前者是依据具有终局效力的司法权做出的,在效力上优于根据行政权做出的后者。因此,由人民法院处以罚金,给行为人以经济制裁的目的已经达到,而且程度要甚于行政处罚,故而不宜再由行政机关予以罚款处罚。其二,人民法院已经适用了拘役或者有期徒刑后,行政机关也不得再适用目的和内容相同的行政拘留等限制人身自由的行政处罚。其三,如果人民法院适用的是管制刑罚,原则上行政机关不应再处以行政拘留处罚,如果根据案件情况确有必要可以待管制期满解除管制后,由行政机关再行处理。

2. 不同罚则可予再处罚

其一,人民法院已经适用了管制、拘役、有期徒刑或罚金后,行政机关认为需要可依法处以吊销许可证或执照等能力罚;人民法院没有判处罚金的,行政机关如果认为有必要还可依法另行予以罚款。其二,法人或其他组织有违法犯罪行为的,如果人民法院只依法追究直接责任人员的刑事责任,行政机关还可对该法人或其他组织依法适用行政处罚,包括财产罚和能力罚。在涉嫌非法集资的八个罪名中既有个人犯罪,也有单位犯罪,在追究相应刑事责任时既有只追究直接责任人员的单一制处罚,也有同时追究直接责任人员和单位责任的双罚制,故而在司法机关做出处理后,如果不是同质罚仍可以由行政机关予以适用;如果二者针对的对象不同,亦可以再次针对同一违法行为予以行政处罚。

3. 免刑后可予再处罚

某些犯罪情节轻微,法律规定可以免于刑事处罚,人民法院根据案情依法免刑或者处以其他非刑罚处罚的,行政机关有权依法给予行为人以相应的行政处罚。但是这并不意味着所有被免刑的犯罪人都要给予行政处罚,是否给予相应的行政处罚,应根据法律、行政法规和司法解释等法律规定,结合各种非法集资犯罪案件的具体情况以及行为的社会危害程度、行为人的主观过错程度、人身危险性大小等因素确定。对免除刑罚处罚的行为人应适用与一般违法者相同的行政处罚罚则,

不能因其有犯罪行为而突破行政法律规范规定的处罚幅度加重或者变相加重处罚,但在具体适用时,可在法定范围内从重处罚。^[24]这是因为行政犯罪比行政违法行为的社会危害性大,违法程度更深,对其予以从重处罚符合罚当其责和公平公正原则,也体现了与一般行政违法行为的区别对待,在适用上与刑罚处罚有机衔接。

结 语

在规制非法集资行为,打击从违法向犯罪过渡而产生的双重违法与两次责任的“两法衔接”机制运作中,正确把握和处理行政权与司法权、行政违法与刑事违法、行政处罚与刑事处罚的关系是非常重要的。在处理这三大关系中,落实到实践层面就是要在实体衔接方面,做好行政处罚与刑事处罚的有效、规范和合理衔接处置。具体而言,实体层面衔接的主要内容集中体现在行政处罚与刑事处罚的竞合判断和处理方法上。对此,审视各种学说观点在理论上的合理性和操作上的可行性,应当坚持和采用并合主义原则为主、吸收原则为辅的适用原则较为妥当。在此处理原则的基础上,需要具体结合行政执法机关和刑事司法机关针对同一行为,分别做出的行政处罚与刑事处罚之先后顺序不同,做出相应的不同处理。在行政执法机关先于刑事司法机关做出“先(行政)罚后刑(罚)”的情形下,应当采用同质罚相折抵、不同罚则各自适用的处理模式。在刑事司法机关先于行政执法机关做出“先刑(罚)后(行政)罚”的情形下,则应当采取同质罚不得再次处罚、不同罚则可予再处罚、免刑后可予再处罚的处理方法。按照上述探讨得出的处理原则和具体适用衔接的方法,将在实体上切实保障“两法衔接”机制合法、规范、妥当地运行和深入开展,从而对更加全面、有效地规制非法集资行为和进行相应处罚产生积极意义和良好效果。

[24] 参见周佑勇、刘艳红:“论行政处罚与刑罚处罚的适用衔接”,载《法律科学》1997年第2期。