

非法旅館刑事化合理性探究

劉基銘*

非法旅館(簡稱“非旅”)的刑事化是指將非法提供住宿的行為從行政違法規定為行政犯罪。行政違法與行政犯罪是性質、評價和法律後果截然不同的兩種行為，需要予以區分，涉及到罪與非罪的界限；刑法作為保護法益的最後手段，應當慎用。探究非法旅館刑事化問題，具有實踐和理論上的雙重意義。

一、問題概述：“非旅”入刑的主要理由

旅館業的實質是短期房屋租賃，因其業務的特殊性，為有效管理流動人口、減少社會治安隱患，提供住宿者需要申請行政許可，在符合衛生、消防安全標準的場所經營，並依法對客人登記。未申請牌照而提供非法住宿的旅館即為非法旅館。從法益保護的角度看，非法旅館導致了消防、治安等隱患，給社區居民既有的安定生活帶來了風險，同時侵害了行政管理秩序；從經濟學角度看，經營非法旅館對旁觀者造成了不利影響，是具有負外部性的市場行為，減少了社會總福利。¹ 這是政府管制非法旅館的正當性基礎。

澳門每年承載超過 3,000 萬人次的遊客和近 20 萬的外地僱員，人口流量巨大、酒店價格高昂，又涉及到逾期逗留、非法入境問題，滋生了大量非法旅館。在 2010 年《禁止非法提供住宿》法案出台前，就有社會團體及個人建議，通過刑事立法整治非法旅館。考慮到經營非法旅館行為的性質、行政違法檢控和處罰的效率，以及澳門其他法律如租務法、物業管理法、房地產中介法的修訂和完善會進一步壓縮非法旅館的生存空間，立法時沒有採用刑事化的建議。2010 年 7 月，立法會通過了《禁止非法提供住宿》法案，規定旅遊局可對有關樓宇或獨立單位採取查封、斷水、斷電的臨時措施，可對涉案人員作出罰款。此後，旅遊局聯合治安警察局不斷加大打擊力度，取得了一定成效，但亂象並未從根本上得到治理。2018 年全年共有 245 個違法單位被查封，形勢嚴重可見一斑。

從 2010 年至今，有關非法旅館是否應當入刑的討論從未停止。支持者的主要依據是：(1)大量非法旅館案件涉及毒品、賣淫、禁錮等刑事案件，其社會危害性已值得刑罰處罰；(2)非法“民宿”、“短租房”屢禁不止，動用比行政處罰更具有威懾力的刑事處罰也許能起到更強的預防作用。

* 澳門城市大學法學院碩士研究生

二、理論指引：刑事立法的正當性依據

刑事立法的本質是犯罪化和非犯罪化的過程。刑事立法的正當性，是指立法者對某種危害社會的行為作犯罪化與非犯罪化的設定時，應當符合正義觀念、具有內在合理的根據。²

邊沁曾基於功利主義，列出了不應當入刑的幾種情況：其一，懲罰無理由，即不存在要防止的損害行為。其二，懲罰無效果，即入刑無法起到防止損害發生的作用。其三，懲罰無益，或者說懲罰代價過高。其四，懲罰無必要，即損害無需懲罰便可以防止或者停止。³ 對此，馬克昌在書中解釋道：“第一，刑罰為了被承認，只有排除比刑法大的害惡成為可能的場合才應當適用刑法。第二，即使科處那樣的刑罰，於防止害惡沒有作用時不要適用。第三，由於適用刑法的害惡比由於犯罪的害惡還大時，不要適用。最後，用其他手段可能防止該不法的場合，不應當適用刑罰。”⁴ 邊沁所指出的四種情況無非是強調某一行為入罪的必要性和有效性。只有該行為的惡大於刑法的自體惡，值得刑罰處罰時(第一和第三種情況)，若沒有其他代價更小的替代措施(第四種情況)，且刑罰能起到對該行為的防止作用(第二種情況)，這一行為才應當入刑。

對於甚麼樣的行為應當納入刑法規範中，美國學者帕克提出了以下幾個標準：第一，行為是大多數人看起來有顯著社會危害性的行為；第二，將該行為納入刑事制裁不會違背懲罰目的；第三，抑制該行為不會約束人們合乎社會需要的行為；第四，須通過公平且不歧視的執行來處理；第五，通過刑事程序來控制該行為，不會使程序面臨嚴重的定性或者定量的負擔；第六，沒有合理的刑事制裁替代措施來處理該行為。⁵ 其中，第一、第三、第六個標準的表意依舊是該行為入刑的必要性，第二個標準是入刑的有效性。與邊沁相比，帕克還提出了某一行為入刑在立法(第五個標準)和司法(第四個標準)上的可操作性。

有學者對犯罪化的標準作出過如下表述：“對於直接侵害法益、並誘發其他犯罪且容易發現的行為，應當實行犯罪化”⁶，如果某個行為刑罰無效果，刑罰可替代，刑罰太昂貴，便不應入刑”⁷，並將刑罰的正當性依據理解為“報應的正義性和預防犯罪的合目的性”。⁸

由此可見，必要性和有效性是各種犯罪化理論的共識，是刑事立法最基本、最重要的正當性依據。對於刑法沒有規定的危害行為，我們無法以現有的法規範為標準判斷其是否值得科處刑罰，只能依據刑事立法的正當性來判斷。

三、法理探究：“非旅”入刑必要性和有效性的缺失

“非旅”入刑的必要性，一方面是指經營非法旅館行為的性質和社會危害值得刑罰處罰，另一方面是指沒有其他代價更低的替代措施防治該行為。“非旅”入刑的有效性，一方面是指刑事處罰可以被有效執行，另一方面是指刑法規範可以發揮威懾和預防的作用。對“非旅”入刑的必要性和有效性進行探析，既是刑事立法的實質正當性的要求，也是對支持非法旅館刑事化的主要理由的辯駁。

(一) “非旅”入刑必要性之否定

非法旅館刑事化的支持者認為，非法旅館滋生了大量犯罪，已值得刑罰處罰。依據現有法律，對

明知租客從事犯罪行為而為其提供犯罪場地或容留場所，符合澳門《刑法典》第26條(從犯)、第331條(袒護他人)之規定的，可依法科處刑罰，已經有法可依。對未盡到謹慎義務或犯罪人刻意隱藏而不知情、無法知情的經營者和為普通遊客提供平價住宿的經營者，有無科處刑罰的必要？這裏需要明確行政違法與行政犯罪的界限。

區分行政違法與行政犯罪的主流學說主要有：“量的區別說”、“質的區別說”、“質量的區別說”。“量的區別說”認為行政不法與刑事不法的主要區別在於行為的輕重程度上，與性質無關。較一般的刑事不法行為，行政不法行為具有較小的損害性和危險性。“質的區別說”認為二者之間有本質的差異，主要體現在行為是否具有社會倫理的可非難性。“質量的區別說”認為行政違法與行政犯罪不但在行為的量上，而且在質上均有所不同。行政犯罪行為比行政違法在至上具有更深度的倫理非價和社會非難性，在量上則具有更大的損害性和社會危險性。⁹ “質量的區別說”是“質的區別說”和“量的區別說”的綜合說。台灣地區學者林山田採用此說並解釋：“不法行為在倫理道德上的非難性，這是對於不法行為本身的價值判斷；不法行為所破壞與危及之法益的價值與程度，這是對於不法行為所生結果的價值判斷”。¹⁰

在質上，經營非法旅館是無牌經營特定場所的行為，僅僅是一種行政不順從，本身不具有強烈的道德非難性，是一種禁止惡而不是自體惡。在量上，經營非法旅館對交易雙方是互利的，沒有直接侵害社會的普遍利益，危害性也無法類比傳統犯罪行為。因此，經營非法旅館應屬於行政違法行為，不宜通過刑事立法進行規制。

此外，只有其他手段統統無法治理“非旅”亂象時，才應當動用刑事手段。“在行政規制足以抑制某種違法行為時，就不宜適用刑事手段；在行政手段並不充分時，應當注重行政手段的完善，而不是立即運用刑事手段。”¹¹ 這是刑法法益保護機能對自由保障機能的讓步，是刑法謙抑性的價值蘊含之一。打擊和治理非法旅館問題，目前的行政手段仍有完善空間，同時可兼以如後所述的市場調控手段，遠沒有到山窮水盡的地步。因此，非法旅館缺乏入刑的必要性。

(二) “非旅”入刑有效性之否定

首先，對非法旅館經營者而言，刑事處罰後果不見得比行政處罰更嚴重。根據《禁止提供非法住宿》法律的規定，旅遊局可對住宿提供者處以澳門幣20萬至80萬元的罰款。按照澳門刑法體系，非法旅館即便入罪也是輕微罪，刑期勢必低於3年，可判緩刑。與巨額罰款相比，可能適用緩刑的短期自由刑不見得更嚴厲。香港地區將經營非法旅館規定為刑事犯罪，根據香港《旅館業條例》之規定，凡租約不多於28日的出租房間，經營者必須領牌，違者一經定罪可被罰款港幣20萬元及監禁2年。但從可查的案例來看，法院對經營者作出的實際判決往往是數千元至上萬元罰款，以及規定時限的社會服務。澳門地區若將經營非法旅館規定為刑事犯罪，經歷周期冗長的訴訟程序之後，亦有可能出現上述“名義上重刑，實際上輕判”的局面，“非旅”入刑的支持者所希冀的“提高威嚇”則難以實現。

其次，非法旅館未被有效威嚇的原因在於抓不到住宿提供者，而非處罰不夠嚴厲。“刑法的威嚇力不在於刑罰的嚴酷性，而在於其不可避免性。”國內外多名學者曾對刑事政策研究得出基本一致的結論：基於嚴厲性懲罰策略(相同犯罪行為被懲罰的程度)並不能有效抑制犯罪，而基於確定性懲罰策略(相同犯罪行為被懲罰的概率)可以達到有效控制犯罪的目的。¹² 行政當局曾多次表示，執法的困難在於抓不到非法旅館的實質經營人。有關數據顯示，2014和2015兩個年度，罰款的實際執行成功率

僅有一成。經營者逃避執法的局面不改變，刑事化也難以發揮預防作用。

四、因地制宜：構建疏堵結合的治理路徑

良法是善治的前提。有礙於經濟發展和市場機制正常實現的法，不能站在社會整體角度平衡各種利益的法，不是良法。¹³ 縱觀世界各地，非法旅館不是澳門獨有的問題，而是旅遊城市的共有問題；提供非法住宿是違法行為，還是共享經濟下的市場行為；打擊和治理非法旅館不僅要通過立法調整，還要調控酒店業市場，改善供需關係。“非旅”入刑缺乏必要性和有效性，不是最適宜的調整手段。解決非法旅館問題需要從根源出發，構建符合澳門地區特點、利於市場經濟發展、平衡社區居民利益和本地整體利益的綜合治理路徑。

（一）堵而抑之

提供住宿是一種市場行為，有需求才有供給，只要預期收益大於風險，非法旅館便不會消失。為規避風險，非法旅館的實質經營人往往不直接出面，而是僱傭大量的“中間人”，這是目前治理的難點。在經營人難以追責的情況下，可以從出租人、出租渠道方面實現抑制效果。

第一，明確出租人保留承租人身份信息的法定義務。《禁止提供非法住宿》規定了所有權人、房地產中介的合作義務，要求“在其能力範圍內提供相關文件、資訊、資料或證據及作出聲明，尤其是該樓宇或獨立單位所涉的相關人士的身份資料及聯絡方式”。能履行而不履行，換言之，有相關信息卻不提供給執法主體，業主和中介才會受到處罰。對此，可進一步立法：將其“能力範圍內”的合作義務規定為簽訂房屋租賃合同時的法定義務，要求所有權人必須備份承租人的身份證明文件。所有權人委託中介代為出租的，該法定義務移轉給中介機構。對無法證明身份的，不得出租；對身份存疑的，應向有關部門申請查驗。所有權人或中介應保留承租人身份信息及聯絡方式，除協助執法需要，不得用作他途。將上述內容形成強制性規定，可從源頭限制房屋出租給身份不明之人，便於非法旅館實際經營人的身份確定和抓捕，相比於出租屋登記制度成本更低、社會阻力更小。

第二，限制非法旅館出租渠道。一方面，針對遊客加大宣傳力度，在關口、碼頭、機場張貼明顯標識，減少非法旅館的客源，改變其盈利狀態；另一方面，限制非法旅館的網絡預訂渠道。第三方預訂平台是非法旅館宣傳的重要渠道，也是旅客預訂酒店的常用選擇。筆者以澳門為目的地，在多家網絡預訂平台查詢酒店住宿，發現愛彼迎(Airbnb)、途家、螞蟻短租等平台提供大量“民宿”和“公寓”可供預訂。該類住房可短租整套房屋、單間或床位，經營者未持有經營酒店場所的執照，涉嫌非法提供住宿。當局可與此類網絡訂房平台聯絡，要求其下架違反澳門地區法律法規的服務項目，斷絕非法旅館的網絡預訂渠道。

（二）疏而導之

從疏導的角度出發，主要有兩個方面的治理路徑：一是民宿合法化，二是建設更多的平價酒店。

2018年6月，日本民泊新法《住宅宿泊事業法》生效，民宿在日本全國範圍內正式合法化。法律規定經營者申請報批、制定住房名冊、全年營業不得超過180天等強制性要求，違者會被取締並科

處罰款或半年監禁。日本推行民宿合法化的主要原因是解決旅遊人數和酒店房間數量的巨大缺口問題，亦是為2020年東京奧運會做準備。但民宿合法化是一把雙刃劍，在引導非法旅館轉型的同時，可能造成亂上加亂。為此，日本地方政府對民宿的地理位置和營業時間作出了苛刻的要求。例如，京都市規定觀光旺季和學校還未放假期間禁止民宿營業，大阪市規定學校周圍一百公尺範圍內禁止民宿在週一中午至週五中午營業，奈良縣規定某些風土保存地區附近在旅遊旺季禁止民宿營業等。日本地方政府試圖通過上述規定協調民宿與酒店、民宿與社區居民的利益衝突。但是，這些規定難以落實，也限制了開放民宿市場的意義。

相比之下，對澳門來說，在政府規劃的區域內建設平價酒店更具有可行性。有關數據顯示，從2010-2018年，澳門的經濟型酒店從43家共1,377間住房增長到50家共1,776間住房。¹⁴ 8年時間僅增長了299個房間，可謂緩慢，也意味着創設平價酒店可以作為治理非法旅館的突破點。建設經濟型酒店可以從根源上改善住宿市場供需關係，不同於社區中的民宿，可以避免本地居民的不滿，亦方便行政部門巡查。

註釋：

- ¹ [美]格里高利·曼昆：《經濟學原理》，梁小民等譯，北京：北京大學出版社，2015年，第211-214頁。
- ² 高銘暄：《風險社會中刑事立法正當性理論研究》，載於《法學論壇》，2011年第4期，第5-11頁。
- ³ [英]邊沁：《道德與立法原理導論》，北京：商務印書館，2000年，第217頁。
- ⁴ 馬克昌：《外國刑法學總論》，北京：中國人民大學出版社，2007年，第42-43頁。
- ⁵ [美]哈伯特·帕克：《刑事制裁的邊界》，梁根林等譯，北京：法律出版社，2008年，第293-294頁。
- ⁶ 張明楷：《刑事立法的發展方向》，載於《中國法學》，2006年第4期，第23-24頁。
- ⁷ 陳興良：《刑法哲學》，北京：中國政法大學出版社，1992年，第7頁。
- ⁸ 張明楷：《刑法理論與刑事立法》，載於《法學論壇》，2017年第6期，第16-34頁。
- ⁹ 高銘暄、孫曉：《論行政犯罪與行政違法行為的界分》，載於《江海學刊》，2008年第5期，第132-136頁。
- ¹⁰ 林山田：《經濟犯罪與經濟刑法》，台北：三民書局，1981年，第120頁。
- ¹¹ 張明楷：《避免將行政違法認定為刑事犯罪：理念、方法與路徑》，載於《中國法學》，2017年第4期，第37-56頁。
- ¹² 陳碩、章元：《治亂無需重典——轉型期中國刑事政策效果分析》，載於《經濟學》，2014年第4期，第1461-1484頁。
- ¹³ 史際春、孫天承：《論“錯法”現象——以經濟法領域為中心》，載於《南京師範大學學報》(社會科學版)，2015年第2期，第58-64頁。
- ¹⁴ 鄒玖勝：《非法旅館刑事化否應全面衡量各方面因素》，載於《新華澳報》，2019年1月30日，第P03版。