

# 行政处罚与刑事处罚双向衔接机制之构建

刘 双 阳\*

**摘 要:**轻微不法行为治理过罪化和污名化使得我国犯罪治理陷入“既严又厉”的困境。着眼于适当收缩犯罪圈,应在轻微不法行为治理中构建行刑双向衔接机制,准确合理界分行政违法与轻微犯罪,分层梯次适用行政处罚与刑事处罚。就行刑正向衔接而言,其基本立场是限制“出行入罪”,要求轻微不法行为犯罪化从积极预防转向消极预防,立法上审慎将行政违法行为升格为刑事犯罪行为;司法上认定轻微犯罪时,应秉承谦抑主义司法观,适当提高轻微不法行为的入罪标准,不能唯数量论,并且尽量采用目的性限制解释的方法阐释构成要件要素。就行刑反向衔接而言,其基本立场是畅通“出罪入行”渠道,在实体出罪层面,将不具有实质可罚性的轻微不法行为排除在犯罪圈之外;在程序出罪层面,以附条件不起诉的方式在审前分流不具有起诉必要性但具有监督考察现实可能性的轻微刑事案件犯罪嫌疑人,免于刑事处罚;在责任追究层面,由行政执法机关给予被不起诉人过罚相当的行政处罚。

**关键词:**行刑正向衔接 行刑反向衔接 轻微不法行为 行政处罚 刑事处罚

不同于大陆法系或者英美法系国家普遍采取单一的刑事司法制裁体制,根据不法行为的严重程度给予行为人相应的处罚,我国在区分行政违法与刑事犯罪的基础上,采取分层追责与二元制裁的梯次治理模式,形成了行政处罚与刑事处罚双轨制责任追究体系。<sup>①</sup>然而,行政违法与轻微犯罪的界限并非泾渭分明,尤其是在轻微不法行为治理领域极易陷入不恰当“出行入罪”或者“出罪入行”的误区。从司法实践情况来看,既存在将一般行政违法行为拔高认定为刑事犯罪,反映出对轻微不法行为入罪标准把握不严、出罪机制不健全等问题;也存在对被决定不起诉的轻微刑事案件犯罪嫌疑人应承担的行政责任追究不到位的问题,导致行刑断档、不刑不罚等处罚漏洞。而既往研究多侧重于单向性、程序性的行刑衔接机制研究,尤其是关注行政执法机关将涉嫌犯罪的行政违法案件移送刑事司法机关处理过程中的信息共享、案情通报、立案接收、证据转化、检察监督等问题。对此,2024年《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》

\* 中国政法大学刑事司法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金资助项目(23CFX063)

① 参见苗生明、杨先德:《论行政犯的处罚原则及其实践》,《政法论坛》2023年第2期。

明确要求“完善行政处罚和刑事处罚双向衔接制度”，这标志着行刑衔接在顶层设计层面已从单向衔接转变为双向衔接。在本文中，笔者首先从分析轻微不法行为治理过罪化和污名化导致犯罪治理陷入“既严又厉”困境的维度，阐述构建行刑双向衔接机制的现实必要性与可行性。随后，立足于适当收缩犯罪圈的立场，分别围绕行刑正向衔接应当限制轻微不法行为“出行入罪”和行刑反向衔接应当畅通轻微不法行为“出罪入行”渠道两大论点展开缜密论证。通过构建规范有序、严密高效、兼顾实体与程序的行刑双向衔接机制，为立法者或司法者准确把握行政违法与轻微犯罪的界限提供正确的理念指引、坚实的制度保障和明晰的判断标准，从而提升犯罪治理效能，实现治罪与治理并重的目标，推进中国式刑事治理现代化。

## 一、构建行政处罚与刑事处罚双向衔接机制的现实依据

近年来，随着我国社会治安形势不断改善，刑事犯罪结构发生了深刻的变化，严重暴力犯罪案件人数持续下降，被判处3年有期徒刑以下刑罚的轻微刑事案件人数大幅上升，占比稳定保持在80%以上。<sup>①</sup> 刑事犯罪结构的变化源于“严而不厉”的刑事政策，适当的犯罪化是可行的，但并非越严越好。当下的犯罪治理实践已经异化为“既严又厉”的局面：一是轻微不法行为治理过罪化，原本属于行政违法范畴的轻微不法行为被刑事立法规定为犯罪或者被刑事司法当作犯罪处理，刑事法网越来越严密；二是轻微不法行为治理污名化，犯罪标签的“污名效应”使得附随性不利后果的严厉程度甚至超越刑罚本身。

### （一）轻微不法行为治理过罪化

轻微刑事案件的数量和比重在犯罪结构中大幅上升的现象，是在积极刑法观的影响下，立法与司法双重因素相互作用、共同驱动的结果。这一现象在立法层面与司法层面具有截然不同的表现形式，详述如下。

一方面，伴随刑事立法呈现活性化趋势，轻微不法行为治理在立法上主要表现为频繁增设新罪，扩大刑法的处罚范围。据统计，从1999年《中华人民共和国刑法修正案》（以下简称《刑法修正案》）到2023年《刑法修正案（十二）》，刑法修正案总共新增76个罪名，犯罪类型以法定犯、情节犯、危险犯为主，主要分布在危害公共安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、妨害社会管理秩序罪等章节。可见，我国刑事立法的发展方向集中体现为积极刑法观影响下的预防性犯罪化，犯罪圈日趋扩大，刑法参与社会治理的时间节点大幅提前，规制范围不断扩张。基于维护社会安全秩序之目的，新增罪名所规制的行为类型中有相当一部分来自行政法规范，通过刑事立法直接将原有行政违法行为（以违反治安管理行为为主）升格为犯罪行为，并配置法定最高刑在3年有期徒刑以下的刑罚。<sup>②</sup> 采用刑事制裁的理由在于威慑，“如果我们将人们可以接受的行为规定为犯

<sup>①</sup> 参见最高人民法院：《刑事检察工作白皮书（2023）》，[https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202403/t20240309\\_648173.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202403/t20240309_648173.shtml)，2025-01-08。

<sup>②</sup> 例如，《中华人民共和国刑法修正案（八）》增设的危险驾驶罪；《中华人民共和国刑法修正案（九）》增设的代替考试罪和使用虚假身份证件、盗用身份证件罪；《中华人民共和国刑法修正案（十）》增设的侮辱国旗、国徽、国歌罪；《中华人民共和国刑法修正案（十一）》增设的妨害安全驾驶罪，危险作业罪，冒名顶替罪，高空抛物罪，催收非法债务罪，侵害英雄烈士名誉、荣誉罪，非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪，妨害兴奋剂管理罪。

罪,那么,或是条文被虚置,或者人们对犯罪含义的态度会发生微妙的变化”,<sup>①</sup>必然减损公众对法秩序发自内心的认可,随着刑事责任适用范围的无限扩大,刑罚的威慑力将被侵蚀殆尽。

另一方面,受刑事司法入罪思维惯性的影响,轻微不法行为治理在司法上主要表现为入刑泛化,行政违法与刑事犯罪之间的界限日渐模糊。(1)不当运用刑法解释方法将不符合构成要件要素的行为纳入处罚范围。例如,在司法实务中将辱骂、讽刺、挑衅、吐口水等没有实质性侵害或者威胁民警人身安全的“软暴力”、捶打或者毁坏警用车辆等单纯对物的暴力以及在争吵过程中与民警发生推搡、挣脱、蹬腿、撕扯、肢体接触等轻微暴力均解释为袭警罪中的“暴力袭击”,<sup>②</sup>导致袭警罪有沦为新的“口袋罪”的危险。(2)将形式上符合构成要件而实质上尚未达到可罚程度的法益侵害行为入罪规制。例如,“王力军无证收购玉米案”<sup>③</sup>的一审判决将违反《粮食流通管理条例》的规定未办理粮食收购许可证而擅自从事粮食收购活动的行为认定构成非法经营罪,“将违反行政许可行为直接认定为非法经营行为予以入罪,潜藏着混淆行政违法行为与非法经营犯罪行为之间界限、将行政违法行为予以入罪的危险”。<sup>④</sup>(3)司法解释设置的轻微犯罪的入罪标准过低,适用时频频因唯数量论而出现机械司法的现象,导致社会危害性不大的行为被定罪处罚。在实践中,司法机关往往把行政法意义上的认定标准作为行为刑事入罪的标准,如以枪口比动能 $\geq 1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 作为枪支的认定标准、将血液酒精含量 $\geq 80\text{mg}/100\text{mL}$ 作为醉驾的认定标准,缺乏对行为社会危害性的综合评价,客观上降低了入罪门槛,致使出现天津大妈摆气枪摊被判处非法持有枪支罪、醉酒者在居民小区停车场挪车被认定构成危险驾驶罪等有违常识常理常情的案件,<sup>⑤</sup>“经分析,此种情况在一定程度上是因为司法解释的相关规定缺乏自由裁量的空间,更重要的原因在于相关执法司法人员机械适用刑法和司法解释规定”。<sup>⑥</sup>司法的权威来自民众的认同,若司法案件的裁判结果严重偏离公众心中朴素的正义,则必然损害刑事司法的权威。

无论是立法上频繁增设轻微犯罪还是司法上积极认定轻微犯罪,体现的都是一种犯罪化立场或者入罪倾向,导致的结果是相同的,即犯罪圈不断扩大。轻微不法行为过度犯罪化令人担忧,其不仅破坏了罪刑法定原则限制入罪的功能,还会导致不成比例的刑罚,即罪刑失衡,“当刑罚不成比例,超过罪犯应承担的程度时就会产生非正义”。<sup>⑦</sup>

## (二)轻微不法行为治理污名化

在我国,被人民法院宣告触犯刑法的犯罪人除了受到刑罚处罚(犯罪的直接法律后果)以外,还将承担严苛的犯罪附随后果。犯罪附随后果,是指刑法或者其他法律法规对有犯罪前科者及其特定社会关系人的特定权利和资格予以限制、禁止或者剥夺,属于犯罪的间接法律后果。<sup>⑧</sup>立

① [美]赫伯特·L.帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2023年版,第362页。

② 参见重庆市渝北区人民法院(2024)渝0112刑初214号刑事判决书。

③ 参见内蒙古自治区巴彦淖尔市临河区人民法院(2016)内0802刑初54号刑事判决书。

④ 陈兴良:《判例刑法学》,中国人民大学出版社2022年版,第217页。

⑤ 参见天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书、江苏省南京市中级人民法院(2020)苏01刑终347号刑事判决书。

⑥ 万春、杨建军:《〈关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复〉理解与适用》,《人民检察》2018年第11期。

⑦ [美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第18页。

⑧ 参见彭文华:《我国犯罪附随后果制度规范化研究》,《法学研究》2022年第6期。

法设立犯罪附随后果的主要目的在于预防再犯,维护社会安全秩序,即通过对有犯罪前科者及其特定社会关系人预定不同程度的权利和资格限制,及时识别并有效控制可能破坏社会安全秩序的犯罪风险因素。我国现行法律法规设定的犯罪附随后果主要包括从业禁止、履行前科报告义务、禁止或者限制考试资格、限制风险性作业、纳入征信记录、限制荣誉获得、排斥社会保障、限制收养行为、限制落户、限制出入境等类型。犯罪附随后果不仅适用于犯罪者本人,还适用于犯罪人的特定社会关系人,其在就业、参军入伍、报考公务员、参加社会活动时会受到不同程度的限制。对于轻微犯罪而言,其本身的刑罚并不太重,但犯罪附随后果与重罪基本无异,使得犯罪人及其特定社会关系人背上沉重的“包袱”,制裁的严厉性在事实上远重于刑罚本身,出现轻微犯罪的直接法律后果与间接法律后果轻重“倒挂”的异常现象,这种现象备受诟病。

刑罚会随着服刑期限的结束而终结,而作为“副产品”的犯罪附随后果可能会伴随犯罪人终身,犯罪标签如影随形,不断外溢的“污名效应”直接影响当事人社会生活的方方面面,包括有形的活动限制与无形的社会负面评价,极大地阻碍了犯罪人复归社会、恢复正常生活,并可能诱发重新犯罪的危险。以法定最高刑仅为拘役6个月的危险驾驶罪为例,醉驾犯罪案件数量目前约占全国刑事案件总数的1/4,近年来稳居我国刑法规定的诸罪之首,每年有30余万人因犯该罪被判处刑罚,被贴上犯罪人标签,10余年来累积了庞大的醉驾犯罪前科群体,由此产生的犯罪附随后果导致犯罪者本人被吊销机动车驾驶证及律师、医师等执业资格,被开除党籍和公职,不能担任法官、检察官、公务员等近30种职业,面临求职困难、生计窘境等诸多消极后果。例如,某市针对醉驾刑满释放人员就业情况的调查结果显示,因犯罪前科造成就业困难的占37%;因政审问题造成就业困难的占31%;因就业资格受到限制致使犯罪人再就业的范围缩小,76%的刑满释放人员在民营企业就业,从事体力性工作的占比达67%。<sup>①</sup>更为糟糕的是,行为人一旦因醉驾受到刑事处罚,还会对家庭成员产生一系列连带性不利后果,其子女在入党、参军入伍、报考公务员、申请荣誉称号等关涉人生命运的重大事项进行政审时可能受到不同程度的负面影响。行为人涉嫌醉驾犯罪后,最担忧的往往不是最高6个月的拘役处罚,而是由此附随的对自身生活甚至子女前途的长远不利影响。“该罪的附带性不利后果越多,社会公众越是用所贴上的犯罪人标签来看待行为人,犯罪标签质的泛化问题就越严重。”<sup>②</sup>

犯罪圈扩张带来的不仅是具有轻微犯罪前科的人员数量与日俱增,随之而来的犯罪附随后果还会影响犯罪人的再社会化,加剧犯罪标签的“污名效应”。给犯罪人贴上犯罪标签体现了社会公众对犯罪人的敌意、歧视等负面评价,并由此产生社会学上的自我保护意识和犯罪心理学上的防卫意识,将实施醉酒驾驶、高空抛物、非法催债等轻微犯罪的行为人视为罪大恶极之人而加以排斥,而实施轻微犯罪的行为人的人身危险性、主观恶性以及不法行为的客观危害性都相对较低,犯罪人身份的自我认同度也就较低。由此双方之间形成严重的心理隔阂,大幅增加社会接纳轻微犯罪行为人的难度,矛盾的尖锐化可能使犯罪人丧失工作、生活的信心,导致数量庞大的轻微犯罪前科群体有走向社会对立面巨大风险,在社会治安状况持续改善的背景下潜藏着不容小觑的安全隐患。

综上所述,轻微不法行为治理过罪化和污名化都是犯罪圈不当扩张带来的“恶果”,使得犯罪

<sup>①</sup> 参见傅国庆、刘传稿:《犯罪附随后果研究》,《人民法院报》2024年1月11日。

<sup>②</sup> 梁云宝:《我国应建立与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度》,《政法论坛》2021年第4期。



治理陷入“既严又厉”的困境。究其根本原因,很大程度上在于行政处罚与刑事处罚双向衔接机制不健全,因而破解该困境的根本出路在于构建完善的行刑双向衔接机制,合理界分行政违法与轻微犯罪,审慎定性与妥当处断轻微不法行为,构成犯罪的依法追究刑事责任,仅构成行政违法的给予行政处罚,实现罚当其罪。“‘行刑衔接’是行政权与司法权共同参与社会治理,行政执法与刑事司法相互连接的过程,这一概念本身即包含了双向衔接之意”,<sup>①</sup>行刑正向衔接是指遵循刑事先理原则,行政执法机关应将在执法办案过程中发现的涉嫌犯罪的案件及时移送刑事司法机关处理,刑事司法机关对于相关案件进行立案、侦查、审查起诉和审判,即“出行入罪”,主要目的是防止有案不移、有罪不究、以罚代刑;行刑反向衔接是指检察机关应将决定不起诉但需要给予行政处罚的轻微刑事案件移送行政执法机关处理,即“出罪入行”,主要目的是消除追责盲区,避免行刑断档、不刑不罚、一放了之。秉持适当收缩犯罪圈的立场,就行刑正向衔接而言,应当限制轻微不法行为“出行入罪”;就行刑反向衔接而言,应当畅通轻微不法行为“出罪入行”渠道。

## 二、行刑正向衔接:限制轻微不法行为“出行入罪”

轻微不法行为与严重不法行为在性质上迥然不同,轻重分离的犯罪梯次治理模式要求采取区别对待的刑事治理策略:对于情节较轻、社会危害性较小的犯罪,政策导向是摒弃“严打”等重刑主义思维,以宽缓为主,尽可能教育、感化和挽救犯罪分子,最大限度地减少社会对立面;对于罪行严重、社会危害大的犯罪,刑法侧重于通过从严惩处来震慑犯罪分子和社会不稳定分子,达到有效遏制犯罪、预防犯罪的目的。在分层适用宽严相济刑事政策理念的指导下,轻微不法行为治理的基本立场是审慎入罪,即行刑正向衔接机制的价值导向是限制“出行入罪”,要求刑事立法、司法均要严把轻微不法行为“入罪关”。

### (一)轻微不法行为犯罪化的消极预防转向

在风险社会背景下,“技术和制度的创新不断产生新的风险类型以及新的实害结果”,<sup>②</sup>风险的迅速蔓延性、无限扩展性以及危害结果的难以估量性容易引起公众的惶恐和焦虑,为回应全社会对安全和秩序关切,安抚国民不安的情绪,功能主义积极刑法观深深地嵌入犯罪治理逻辑,“刑法提前介入以便防控风险的预防性特征逐渐显现”,<sup>③</sup>致力于将风险扼杀在萌芽状态。风险防控早期化观念在刑事立法上最鲜明的体现就是为追求“打早打小”目标,频繁以法定犯、危险犯、情节犯的形式增设轻微犯罪,旨在运用刑法手段提前防范泛在的社会风险、及早干预复杂的失范行为,避免抽象的法益侵害危险现实化为无法挽回的实际损害后果。据此,有学者将刑法增设轻微犯罪称为社会治理的“刚性”需求。<sup>④</sup>轻微犯罪立法中的危害结果要件设置从实害转变为危险,促使刑法的功能定位发生改变,“由一套注重事后惩罚的谴责体系,逐渐蜕变为套偏好事

<sup>①</sup> 高景峰、李文峰、王佳:《〈最高人民法院推进行政执法与刑事司法衔接工作的规定〉的理解与适用》,《人民检察》2021年第23期。

<sup>②</sup> 叶良芳:《风险社会刑事立法论纲》,法律出版社2023年版,第140页。

<sup>③</sup> 付立庆:《积极主义刑法观及其展开》,中国人民大学出版社2020年版,第15页。

<sup>④</sup> 参见周光权:《论通过增设轻罪实现妥当的处罚——积极刑法立法观的再阐释》,《比较法研究》2020年第6期。

前预防的风险管控体系”,<sup>①</sup>由此带来的结果是国家刑罚权的无限扩张以及公民自由权利的行使空间被压缩。

刑法的根基是保障自由,它通过限制国家权力以保障公民的自由权利,其预防机能必然是消极的而非积极的,不宜过度推崇刑法的预防机能而放松对国家刑罚权的限制,不受约束的刑罚权蕴含着不可忽视的法治风险。对此,有学者主张彻底放弃扩张轻微犯罪立法的社会治理模式,<sup>②</sup>但笔者认为,对于追求严密法网、扩大犯罪圈的轻微犯罪立法,不宜简单摒弃,而是应当秉持审慎的态度予以修正和调适,特别是立法指导思想要从预防性和扩张性相结合的积极预防刑法观转向兼具预防性和有限性的消极预防刑法观,遵循刑法克制主义,推动立法在犯罪化与非犯罪化均衡协调的轨道上良性有序运行。

第一,坚守刑法作为保障法在整体法秩序中的补充性定位,行政法划定的违法范围是刑事立法增设轻微犯罪的边界。行政犯兼具行政违法性与刑事违法性,两者属于递进式的位阶关系,某一行为只有在违反行政法的前提下,才有必要根据情节、后果严重程度考虑是否将其规定为刑法上的犯罪行为;反之,在行政法尚未作出否定评价的情况下,刑法不宜为了积极防范潜在的风险或者从严处置未来可能出现的犯罪而“越位”将该行为直接增设为新罪。例如,在缺乏相关前置法明确规定的情况下,《刑法修正案(十一)》基于“禁止对胚胎进行基因编辑并将其植入母体是国际共识,除了技术风险,还面临伦理道德的质疑”<sup>③</sup>的立法理由,增设具有行政犯性质的非法植入基因编辑、克隆胚胎罪,将针对生殖细胞或者胚胎进行的基因编辑行为犯罪化,旨在防范基因编辑技术作用于人体时可能产生的脱靶风险对人体健康的威胁。“非法”一词间接表明该行为没有遵照法律、行政法规,即“违反国家规定”,但是在司法适用时,“对于‘非法植入基因编辑、克隆胚胎罪’中的‘非法’一词,我们很难确定违反了哪条法律,行政立法中很难找到可作为依据的法律条文”。<sup>④</sup>在整体法秩序“行刑分立”框架下,行政法的规定对刑事立法具有制约作用,刑法的犯罪圈受制于行政法划定的违法范围,即行政不法框定了犯罪化的边界,刑法拟将某一轻微不法行为犯罪化时,只能对行政法否定的行为予以过滤和筛选而不能超越。

第二,某一行为即使具有行政违法性,也不意味着必然犯罪化,该行为的犯罪化还需要满足刑法上的违法性要件。由于刑罚相较于其他法律后果更加严厉,“只有为了防止具有重大危害或邪恶的犯罪行为时,施加刑事责任才具有正当性”,<sup>⑤</sup>因此刑事立法只能将严重侵害法益或者侵害重大法益的行为挑选出来增设新罪。换言之,并非任何引起法益侵害或者危险的行为都应当受到刑法处罚,法益侵害轻微的行为不具有实质违法性,只有当行政违法严重到一定程度,量变引起质变,才产生值得刑法保护的法益侵害后果。因此,刑法在将某种行政违法行为规定为犯罪行为时,需要确定其具有更大的法益侵害性以及更为实质的处罚理由。“出于以危害限制犯罪化

① 劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017年第6期。

② 参见冀洋:《我国轻罪化社会治理模式的立法反思与批评》,《东方法学》2021年第3期。

③ 王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第1323页。

④ 郑延谱、薛赛赛:《人类基因编辑行为的刑法规制及思考》,《法律适用》2023年第7期。

⑤ [美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第128页。

的目的,拟被犯罪化的不法行为必须造成能够在客观上被评价为有害的不良后果(或危险)。”<sup>①</sup>在拟将轻微不法行为犯罪化时应当综合考虑保护利益的重要性、危害发生的可能性、实际危害的大小、被禁止行为与实害结果之间的关联性等因素,设置“情节严重”“情节恶劣”“造成严重后果”等因素作为入罪要件,发挥界分行政违法与刑事犯罪的作用,将法益侵害轻微的行为排除在犯罪圈之外,从而限定刑法的处罚范围。

第三,刑法作为社会治理的最后手段,如果通过技术、社会政策等其他手段能够有效解决相关问题,那么就不宜将某种不法行为犯罪化,避免增设的新罪沦为仅具有宣誓意义的“象征性立法”。犯罪治理协同共治既要求民法、行政法、经济法、刑法等各个部门法之间实现内部协同共治,又要求包括法律手段与技术、社会政策等其他社会治理手段之间实现外部协同共治。“在面对是否要将某种行为犯罪化(如今这种情况出现得很多)或者是否要继续对某种行为适用刑事制裁的问题时,明智的立法者会问自己还有没有什么别的社会控制方式可用。”<sup>②</sup>以冒名顶替罪为例,2020年,山东、湖北、河南等省陆续曝光多起十几年前的冒名顶替上大学事件,严重侵害他人利益且损害考试招录制度的公信力,产生了恶劣的社会影响,出于回应民众对教育公平和社会公平的高度关注,《刑法修正案(十一)》将冒名顶替行为犯罪化。然而自《刑法修正案(十一)》生效实施以来,尚未出现一起适用冒名顶替罪的刑事案件,该条款一直被束之高阁。究其缘由,一方面,受事前的罪刑法定原则要求法不溯及既往的影响,对《刑法修正案(十一)》实施前发生的冒名顶替行为无法适用该罪予以处罚;另一方面,随着互联网的普及应用和考试招录制度的不断完善,通过身份信息采集核验、招录信息网络查询、录取名单依法公示、学籍档案机要通道转递、入校资格审查、纪检监察全程介入等“阳光工程”的实施,最大限度地避免了因权力寻租、暗箱操作、招录舞弊导致的冒名顶替现象。可以说,将冒名顶替行为入刑对于解决冒名顶替上大学等历史遗留问题的实际作用有限,也不是防范冒名顶替行为最有效的方式,属于名副其实的“象征性立法”。

## (二)审慎把握轻微不法行为的入罪标准

在犯罪认定中,构成要件要素揭示的是罪质(表征法益侵害有无),通过解释构成要件要素来判断某一事实的构成要件符合性,除此之外,罪量(表征法益侵害轻重)也是判断犯罪是否成立或者适用刑罚轻重的基础。我国基于“立法抽象定量+司法具体定量”的入罪模式,在立法上对犯罪构成要件作出相对明确的规定后,一般由最高人民法院、最高人民检察院会同公安部综合考虑社会危害、犯罪态势、刑事政策等因素,以司法解释或者其他规范性文件的形式确定个罪具体的立案追诉标准或者入罪标准。刑事司法上的入罪标准不同于行政执法上的处罚标准,两者的区别不是简单的数量多少或者数额大小等表象差异,而是内在机理、思维方式、设计逻辑的实质不同。这源自行政执法与刑事司法的功能定位与价值取向的显著差异。针对轻微不法行为,前者侧重于强调通过从严惩戒有效维护社会管理秩序,优势在于成本低、效率高,能够收到立竿见影的效果,如“严格执法”被置于行政执法“十六字方针”的首位;而后者以公正为核心价值追求,承载着既要治罪也要治理的双重使命,“刑事司法打击犯罪的应对模式要从传统的惩罚犯罪观念向

<sup>①</sup> [英]丹尼斯·J.贝克:《不被犯罪化的权利:刑法规制的界限》,王晓晓译,社会科学文献出版社2023年版,第39页。

<sup>②</sup> [美]赫伯特·L.帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2023年版,第255页。



治理犯罪观念转变”。<sup>①</sup>对于社会危害不大、人身危险性低、主观恶性小的轻微刑事案件,过于强调打击只会带来更多的衍生案件及社会矛盾,这就要求在轻微犯罪入罪标准的设置和适用上坚持以人为本、传递司法善意,秉持审慎、谦抑、理性的立场判断罪与非罪,最大限度地缩小社会对立面,从而促进社会治理,实现良法善治之目的。对此,2023年8月7日,最高人民检察院印发的《2023—2027年检察改革工作规划》明确提出要研究修订轻微刑事案件的入罪标准。

就入罪标准的设置而言,应适当提高轻微犯罪的入罪门槛。罪量要素是界分行政违法与刑事违法的关键标准,“定量标准的实体要求是足以反映行为的社会危害性或者说法益侵害性和主观恶性”。<sup>②</sup>以枪支的认定标准为例,公安机关规定的枪口比动能 $\geq 1.8\text{J}/\text{cm}^2$ 是从技术层面设定的行政违法标准,设置较低的标准主要是出于加强枪支安全管理、严打涉枪违法行为的考虑,符合该标准的枪支仅成立行政法意义上的枪支而非刑法意义上的枪支。刑事司法还需要从是否侵害公共安全法益的维度进一步作实质判断,即是否达到《中华人民共和国枪支管理法》第46条规定的“足以致人伤亡或者丧失知觉”的程度。经射击测试,枪口比动能在 $11\text{J}/\text{cm}^2$ 以内通常不具有致人伤亡的可能性。考虑到枪支致伤力程度及其危害后果,建议以枪口比动能 $\geq 11\text{J}/\text{cm}^2$ 为刑事司法上认定枪支的参考标准,与行政执法上的枪支认定标准形成高低梯度关系。此外,某一行为的入罪标准并非一成不变,而是应当根据其社会危害性的变迁及社会观念的变化,顺应犯罪治理的新形势、新需求,与时俱进、动态调整。立足于贯彻落实宽严相济的刑事政策,统筹兼顾治罪与治理,适当提高轻微犯罪的入罪标准在司法上已有先例,得到社会公众的普遍认同。例如,2023年12月13日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发的《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》在重申血液酒精含量 $80\text{mg}/100\text{mL}$ 为醉酒标准的同时,将血液酒精含量不满 $150\text{mg}/100\text{mL}$ 且不存在该意见第10条规定的15种从重处罚情形,认定为“情节显著轻微、危害不大”,且依据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第13条之规定不认为构成犯罪,这实际上已将醉驾型危险驾驶罪的入罪标准提高到血液酒精含量 $\geq 150\text{mg}/100\text{mL}$ 。这是在醉驾查处数量明显下降,醉驾导致的恶性交通事故大幅减少,“喝酒不开车,开车不喝酒”的观念逐步成为社会共识的背景下,刑事司法机关对醉驾型危险驾驶罪的入罪标准作出的合理调整,有助于醉驾犯罪治理取得良好的政治效果、法律效果和社会效果。

就入罪标准的适用而言,轻微犯罪的司法认定不能唯数量论。刑事司法部门适用轻微犯罪入罪标准时,应采取形式认定与实质认定相结合的方法,对法益侵害性和主观恶性进行综合评价,否则司法裁判结果可能会有悖一般公众的认知,亦违反罪责刑相适应原则。例如,2009年《最高人民法院关于非法制造、买卖、运输枪支等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定非法持有以压缩气体等为动力的其他非军用枪支2支以上构成非法持有枪支罪的基本犯、5支以上构成情节加重犯。在“赵春华非法持有枪支案”<sup>③</sup>中,根据公安机关出台的枪支认定标准,经鉴定,涉案9支枪形物中有6支被认定为枪支(6支枪支的枪口比动能在 $5.4-9.2\text{J}/\text{cm}^2$ 之间),数量达到司法解释规定的“情节严重”标准,法定刑为3年以上7年以下有期徒刑,一审人民法院以非法持有枪支罪判处被告人赵春华有期徒刑3年6个月。对于以压缩气体为动力且枪口比动能

<sup>①</sup> 陆青:《治罪与治理并重,画出社会和谐更大同心圆》,《检察日报》2023年2月26日。

<sup>②</sup> 于志刚、郭旨龙:《信息时代犯罪定量标准的体系化构建》,中国法制出版社2013年版,第254页。

<sup>③</sup> 参见天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初442号刑事判决书。



较低的涉枪案件,唯数量论极易出现量刑畸重进而导致罪刑失衡的后果,因此司法机关在决定是否追究行为人的刑事责任以及裁量刑罚时,不能机械地按照涉枪犯罪数量标准予以处罚,而应当充分考虑涉案枪支的外观、材质、发射物、数量、用途、致伤力大小以及行为人的主观认知、目的动机,综合评价客观危害性和主观恶性。对于是否将醉驾行为作为犯罪处理,是否追究行为人的刑事责任以及判处刑罚轻重,也不宜以血液酒精含量为唯一判断标准,而应全面考察醉酒程度、机动车类型、道路情况、行驶时间、速度、距离、后果等影响定罪量刑的因素。因为醉驾对公共安全构成的潜在威胁属于法律拟制的抽象危险,是一种推定的危险,如果有证据证明或者基于常识判断,醉驾行为没有危险或者基本没有危险,那么就不宜认定为犯罪。例如,在“何某酒后无证驾驶摩托车案”<sup>①</sup>中,人民法院认定被告人何某血液酒精含量为99.2mg/100mL,形式上达到了醉酒标准,但其在自厂区驾驶摩托车回家途中被查,总里程约3公里,时间已近夜深,路上行人稀少,在驾驶过程中没有发生任何异常情况或者交通事故,由此可以实质判定何某尚未达到足以影响其驾驶能力的醉酒状态。何某虽然没有考取摩托车驾驶证但持有C1型汽车驾照、熟悉交通规则、身体健康,且已有30多年的摩托车驾驶经验,实质上具备摩托车驾驶能力。因此,对于此类情节显著轻微危害不大的醉驾行为不宜作为犯罪处理,更没必要从重处罚。此外,在认定非法交易野生动物行为是否构成犯罪以及裁量刑罚时,也不能简单地以《国家重点保护野生动物名录》划定的等级及非法交易野生动物的数量为入罪标准,而应当全面考虑涉案动物是否系人工繁育、人工繁育技术的成熟度、人工繁育种群的规模、物种的濒危程度、野外存活状况等因素,即区分人工繁育野生动物与野外种群,综合评估案件的社会危害性,避免出现买卖人工繁育的观赏性费氏牡丹鹦鹉<sup>②</sup>(每对交易价格仅为25元,获利微小)10只以上即面临被判处10年以上有期徒刑的罪刑严重失衡情况,让司法裁判既有力度又有温度,兼顾环境资源保护与民众朴素认知,实现“三个效果”的有机统一。

### (三)限制解释轻微犯罪的构成要件要素

构成要件是刑法分则针对个罪设置的客观成立条件,是罪刑法定原则得以实现的有效保证。构成要件符合性判断是刑事司法实践中区分罪与非罪的关键所在,对于不符合构成要件的行为不得入罪,“司法机关也只有对符合构成要件的行为才能进一步根据是否存在违法性与有责性进行定罪,构成要件由此形成对国家刑罚权的限制”,<sup>③</sup>这对于保障公民的自由权利具有重要意义。在罪名适用的过程中,准确解释构成要件要素是判断某一行为是否符合构成要件的必要前提。为摆脱犯罪圈扩张在司法上造成的过度犯罪化困境,可借鉴以刑释罪的思维方式,即刑罚轻重程度对犯罪构成要件解释的反向制约,主要影响表述模糊的构成要件要素语义的涵摄范围大小。在解释刑罚较轻的犯罪的构成要件要素时,应在坚守罪刑法定原则的前提下,秉持谦抑主义司法观,在构成要件要素语义涵摄范围内尽量采取目的性限制解释的方法,限缩入罪边界,从而“对犯罪的司法认定作出限定,以对犯罪化形成一种制约”。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 参见广东省佛山市顺德区人民法院(2020)粤0606刑初2648号刑事判决书。

<sup>②</sup> 费氏牡丹鹦鹉属于《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录II所列费氏鹦鹉,因被核准为国家二级重点保护野生动物而被禁止交易。

<sup>③</sup> 陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2017年版,第161页。

<sup>④</sup> 孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期。

其一,以法益内容为指导解释构成要件要素。刑法将严重侵犯法益的实行行为具体化、类型化为犯罪构成要件,法益侵害天然成为判断构成要件符合性的基准,这是法益具有作为犯罪构成要件解释目标的机能,“对犯罪构成要件的解释结论,必须使符合这种犯罪构成要件的行为确实侵犯了刑法规定该犯罪所要保护的法益,从而使刑法规定该罪、设立该条文的目的得以实现”。<sup>①</sup>对某个罪刑规范所要保护的法益内容理解不同,必然造成对构成要件要素内涵的解释不同,进而导致刑法处罚范围的宽窄有所差异。以袭警罪为例,关于该罪中的“暴力袭击”是否包括辱骂、讽刺、挑衅、吐口水等“软暴力”,捶打或者毁坏警用车辆等单纯对物的暴力以及在争吵过程中与警察发生推搡、挣脱、蹬腿、撕扯、肢体接触等轻微暴力,无论是刑法学界还是司法实务界都存在较大的认识分歧。如果简单地基于袭警罪被放置于刑法分则第6章第1节“扰乱公共秩序罪”中,将其保护的法益界定为社会公共秩序,进一步具体化为妨害警察依法执行公务,那么“软暴力”、单纯对物的暴力以及轻微暴力确实具有妨害公务的性质并且可能产生影响公务执行的实际效果,侵犯了社会公共秩序法益,司法实践中部分案例就是运用该解释逻辑将此类行为纳入“暴力袭击”的范畴。然而,从条文表述的行为对象看,袭警行为侵犯的对象是兼具自然人属性与社会身份意义的人民警察,是通过侵害警察的人身安全进而妨害其执行公务的,<sup>②</sup>袭警罪保护的是双重法益,既包括社会公共秩序法益,又包括警察的人身安全法益,前者是目的,后者是手段。成立袭警罪应以侵犯警察的人身安全为前提,“软暴力”、单纯对物的暴力以及轻微暴力虽然因妨害公务而侵犯了社会公共秩序法益,但是没有实质性侵犯警察的人身安全法益,不符合刑法为该罪预设的双重法益定位,因此不宜认定为袭警罪。

其二,运用同类解释规则解释堵截式构成要件要素。囿于立法规定不可能通过构成要件穷尽已然发生的所有不法情形,也无法超越时代的局限性准确描述未来可能出现的新作案手法、危害行为或者行为对象,为了兼顾构成要件的明确性、简洁性与解释弹性(为罪刑规范没有明确规定的情形入罪规制预留适用空间),立法者往往会采取“具体列举+兜底性规定”的表述方式,如“……等”或者“其他……”,立法技术上称之为堵截式构成要件要素,是通过在一定程度上“牺牲”构成要件的明确性来避免出现处罚漏洞,潜藏着为实质入罪扩张解释“打开方便之门”的危险。解释堵截式构成要件要素应适用同类解释规则,“同类解释是对刑法所规定的‘其他’‘等’内容的具体化,而不是将法无明文规定的行为以犯罪论处”。<sup>③</sup>具体来说,在特定罪名或者语境中,“等”“其他”并非泛指任何事项,而是仅限于与条文明确列举的示例在性质、情状、程度、类型等方面具有刑法意义上的等价性或同质性的事项。如果对堵截式构成要件要素的解释不进行限制,那么就会彻底瓦解罪刑法定原则限制入罪的机能,从而带来解释结论的不确定性并消解刑法的安定性,进而减损国民根据罪刑规范的含义对自身行为性质的可预测性。例如,催收非法债务罪规定的债务类型为“高利放贷等产生的非法债务”,这里的“等”字应理解为与高利放贷在性质上一样的“不法原因”,即违反法律法规强制性规定的行为,包括赌博、嫖娼、购买毒品等违法行为。又如,破坏生产经营罪的客观行为是“毁坏机器设备、残害耕畜或者其他方法”,这里的“其他方法”并非泛指任何破坏生产经营的行为,而是应当限定为与毁坏机器设备、残害耕畜相类似的行为,

<sup>①</sup> 张明楷:《法益初论》(上册),商务印书馆2021年版,第262页。

<sup>②</sup> 参见刘艳红:《袭警罪中“暴力”的法教义学分析》,《法商研究》2022年第1期。

<sup>③</sup> 张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第146页。

主要表现为对生产资料、生产工具的物理性破坏,导致生产资料、生产工具无法使用,如剪断电线制造停电事故,毁坏种子、庄稼、果树等,而不包括不具有物理破坏性的单纯阻挠施工行为。例如,在“李某某、薛某某破坏生产经营案”<sup>①</sup>中,被告人李某某、薛某某因与施工方就民事赔偿事宜协商未果,伙同他人采取阻拦施工车辆通行、围堵工程机械设备等方式阻挠施工,导致工程无法正常施工,给被害单位造成经济损失 250 660 元,人民法院对李某某、薛某某以破坏生产经营罪定罪处罚。人民法院之所以作出有罪判决,正是因为没有采用同类解释规则,在解释思路主要着眼于危害结果,将造成生产经营活动无法开展并由此导致经济损失直接等同于破坏生产经营活动,这种理解实际上架空了堵截式构成要件要素对破坏生产经营行为方式的限制,扩大了该罪的处罚范围。

其三,结合民法、行政法、经济法等前置法的规定运用体系解释方法解释法定犯的构成要件要素。法定犯在轻微犯罪中占据较大的比例,往往以违反民法、行政法、经济法等法律、行政法规为前提。“对于任何一个法律而言,只有将其置于整个法律体系之中,才能对其正确理解并合理适用。”<sup>②</sup>对法定犯构成要件要素的解释与前置法紧密关联,主要是借助体系解释发挥前置法对刑法定罪的限制作用。法定犯的构成要件要素的体系解释兼具双重性质:(1)法定犯的构成要件要素解释具有从属性。刑法普遍将违反前置法作为法定犯的构成要件要素在条文中予以明确规定,如危险作业罪中的“在生产、作业中违反有关安全管理的规定”,非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪中的“违反国家规定”,催收非法债务罪中的“非法”等空白罪状。在判断构成要件符合性时首先需要根据前置法的规定甄别某一情形是否具有前置法上的违法性。基于法秩序统一性原理,如果该情形在前置法上是合法的,那么刑法就不能将其解释成违法。例如,“催收高利放贷等产生的非法债务”是指索要超出国家规定的民间借贷利率(即超过合同成立时一年期贷款市场报价利率 4 倍)的利息,不包括高利放贷中的本金与合法利息,因为本金和一年期贷款市场报价利率 4 倍以内的利息是出借人受民法保护的合法债权。(2)法定犯的构成要件要素解释具有独立性。刑事犯罪的法益侵害程度高于行政违法,两者的违法性存在量的差别或者质的差别,“只有违反了行政法律,并进一步符合刑法规定的犯罪成立条件,才可能成为刑事违法行为”。<sup>③</sup>将“情节严重”“情节恶劣”等整体性评价要素作为某些轻微犯罪的成立条件是我国刑事立法的特色之一,意在使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度。例如,高空抛物行为既是违反治安管理的行政违法行为,也是扰乱公共秩序的刑事犯罪行为,《中华人民共和国治安管理处罚法(修订草案)》第 42 条与《刑法》第 291 条之二中都规定了“情节严重”要素,前者将其作为加重处罚的要件,后者将其作为入罪的基本要件,虽然两者的文字表述完全一样,但是对其内涵不能作相同的解释,着眼于协调整体法秩序下民行刑三者违法性的位阶关系,后者的情节严重程度理应高于前者,从而区分行政违法与刑事犯罪。构成要件符合性判断是对客观发生的事实进行规范评价,对高空抛物罪的“情节严重”要素进行适当的限制解释,需要结合抛掷物品的种类、高度、时间、地点、次数、危害后果及行为人主观恶性等因素并掺入价值判断综合考量是否达到情节严重的程度。诸如在夜深人静时,初次从住宅小区楼上抛掷坚果壳、食物残渣、药物外包装等体积较小、重

① 参见山西省吕梁市岚县人民法院(2023)晋 1127 刑初 41 号刑事判决书。

② 陈兴良:《刑法教义学中的体系解释》,《法制与社会发展》2023 年第 3 期。

③ 张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,《中国法学》2017 年第 4 期。



量较轻的普通生活垃圾,没有造成人身财产损害结果的,<sup>①</sup>不宜评价为刑法意义上的情节严重,也就不构成高空抛物罪,给予行为人相应的治安管理处罚即可。

其四,将不成文的构成要件要素纳入构成要件符合性的判断范围。不成文的构成要件要素,是指虽然刑法条文没有明确规定,但是根据刑法条文之间的相互关系以及刑法条文对相关要素的描述,经由刑法解释所确定的、成立犯罪必不可少的构成要件要素。不成文的构成要件要素源自构成要件规定的不完整性,“由于立法者主观能力以及客观事物的复杂性之限制,对构成要件明确而完整地规定往往只能在一定程度和一定范围内做到”,<sup>②</sup>而无法窥其全貌。当刑法规范的内容本身欠缺对构成要件要素完整详细的描述时,就需要法官在司法适用过程中主动填充——引入不成文的构成要件要素作补充解释,而不是简单地认为既然刑法没有明文规定,那么就不是构成要件要素。例如,不真正不作为犯的作为义务来源、过失犯中的结果预见可能性与结果回避可能性、非法目的犯中的主观目的等要素。“承认不成文的构成要件要素,并不违反罪刑法定原则。”<sup>③</sup>设立罪刑法定原则的初衷是为了限制国家刑罚权,由于构成要件要素越多,符合构成要件的情形就越少,刑法的处罚范围也就越小,因此在必要且合理的情况下将不成文的构成要件要素纳入构成要件符合性的判断范围,意味着犯罪圈的缩小,实际上限制了国家的刑罚权。例如,虚开增值税专用发票罪属于非法定的目的犯,“以骗取国家税款为目的”是其不成文的构成要件要素,成立该罪要求行为人主观上具有骗取国家税款的目的,客观上具有造成国家税款损失的危险。企业出于虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有因抵扣造成税款损失的虚开增值税专用发票行为,不宜认定构成虚开增值税专用发票罪,而应移送税务机关给予相应的行政处罚。

### 三、行刑反向衔接:畅通轻微不法行为“出罪入行”渠道

在轻微不法行为治理中,仅仅依靠行刑正向衔接机制单向限制“出行入罪”,只能从构成要件设置和构成要件符合性判断的维度限定犯罪圈,尚无法彻底破解“既严又厉”的困局并防止处罚漏洞,如刑法对于符合构成要件的轻微不法行为是否必须予以处罚?如果不给予刑罚处罚,那么又当如何处理?是否一放了之?这就需要引入行刑反向衔接机制,其主要功能是畅通“出罪入行”渠道,包括实体出罪、程序出罪和责任追究3个环环相扣的步骤,从而形成轻微不法行为法律制裁的完整闭环。行刑衔接“从单向衔接向双向衔接的转变,既反映出价值追求的更新,也是化解现实司法难题的迫切需要”。<sup>④</sup>

#### (一)实体出罪:实质判断轻微不法行为的刑事可罚性

目前刑法学界普遍认为犯罪兼具法益侵害性、刑事违法性与应受刑罚惩罚性三重基本特征。认定轻微不法行为是否成立犯罪,首先要判断该行为是否符合刑法规定的构成要件(罪刑法定原则的形式侧面),即是否具有形式违法性。对于从字面上、形式上解释符合构成要件的行为,还需要进一步实质判断其是否具有科处刑罚的必要性和合理性,即是否具有实质可罚性,以使构成要

① 参见北京市东城区人民法院(2021)京0101刑初721号刑事判决书。

② 刘艳红:《开放的犯罪构成要件理论研究》,中国人民大学出版社2022年版,第81页。

③ 张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第140页。

④ 姜昕等:《行刑双向衔接的内在逻辑与有效运用》,《人民检察》2023年第3期。



件符合性判断合乎刑罚法规的妥当性(罪刑法定原则的实质侧面)。就形式违法性与实质可罚性的关系而言,两者相辅相成,前者追求的是刑法的安定性,意在实现刑法解释的稳定与可预期;后者追求的是实质正义,意在实现个案公正与公共福祉。“刑法之所以将一定的行为规定为犯罪,并对其科处一定的刑罚,目的就在于通过防止犯罪行为,达到保护为该种行为所侵害的生活利益(法益)的目的。”<sup>①</sup>因此,按照刑法的目的是保护法益的观点,法益天然具有甄别某一行为是否值得刑罚处罚的机能。“行为是否具有刑罚处罚的必要性、是否构成犯罪,取决于有无法益受侵害或者威胁这个前提条件。”<sup>②</sup>从实质可罚性的立场出发,某一行为虽然在形式上符合犯罪构成要件,但是如果在实质上没有达到值得刑罚处罚程度的法益侵害性,那么属于《刑法》第13条“但书”条款规定的“情节显著轻微危害不大”的情形,不宜认定为犯罪,即通过实质出罪机制将尚未达到可罚程度的法益侵害行为排除在犯罪圈之外,使刑法适用仅限于值得处罚的行为,以此限定刑法的处罚范围。那么,在司法实践中如何实质判断某一轻微不法行为对法益的侵害是否达到值得科处刑罚的程度?具体而言可分为以下两个步骤。

一是判断该行为是否侵害法益,如果没有侵害刑法保护的法益,那么应当予以出罪。从表现形式看,犯罪无疑是一种不法行为。“不法行为永远具有违法性,它是对国家法律的触犯,但这些并没有揭示出不法行为的本质特征。”<sup>③</sup>就本质而言,犯罪是一种特别危险的侵害法益的不法行为,没有法益侵害,就没有犯罪。换言之,不能将犯罪仅仅视为对国家规定的不服从(秩序违反)。单纯违反禁止规范、没有实质侵害法益的行为不宜认定为犯罪,要从犯罪的本质是法益侵害的维度对不法行为的性质作出实质性评价,只有侵害刑法保护法益的不法行为才是刑罚处罚的对象。刑法的任务是保护人的生活利益而不是单纯实现行政管理、社会管控,并不是所有的社会管理秩序或者市场经济秩序都能被纳入集体法益而获得刑法的保护,只有当其与人的生活利益相关联,能够还原为生命、身体、健康、自由、财产等个人法益时,才具有刑法保护的正当性与必要性。简言之,刑法保护集体法益是为了前置化保护个人法益,前者只是手段,后者才是目的。“如果某种秩序仅仅体现了行政管理的需要,与个人的自由发展没有必然联系,就不应成为刑法保护的法益。”<sup>④</sup>例如,在“陆勇涉嫌销售假药案”<sup>⑤</sup>中,陆勇从印度代购的仿制药品未取得国家药监局颁发的药品批准证明文件,虽然在当时属于《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)规定的“假药”,扰乱了药品管理秩序,但是与已取得批准文号的抗癌药品“格列卫”具有同样的疗效,不仅没有危害公众身体健康的危险,反而有利于治疗疾病、改善患者的身体健康状况,况且国家制定药品管理法以及在刑法中设立销售假药罪,加强药品管理、保证药品质量、惩治销售假药行为的根本目的正是为了“保障公众用药安全和合法权益,保护和促进公众健康”。在该案中陆勇的行为由于没有侵害任何个人法益而不具有实质上的法益侵害性,仅属于扰乱药品管理秩序的行政违法行为,因此不构成销售假药罪。又如,借款人虽然使用虚假的证明文件、经济合同或者编造虚假理由等欺诈手段向银行申请并获得贷款,但是如果提供了真实的足额担保且未造成

① 黎宏:《日本刑法精义》,法律出版社2008年第2版,第26页。

② 刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2019年第2版,第220~221页。

③ [德]弗兰茨·冯·李斯特:《李斯特德国刑法教科书》,徐久生译,北京大学出版社2021年版,第7页。

④ 孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018年第6期。

⑤ 参见湖南省沅江市人民检察院沅检公刑不诉[2015]1号不起诉决定书。

实际损失的,即没有实质侵害银行的财产法益,就不宜认定为骗取贷款罪。

二是判断该行为是否值得科处刑罚,如果行为不具有可罚的违法性,那么应当予以出罪。将犯罪的本质理解为法益侵害并不意味着凡是侵害法益的行为都成立犯罪或都值得刑罚处罚。法益侵害不仅存在有无之分,还具有程度差异,只有当行为对法益的侵害达到一定程度时才能作为犯罪处理。这里的“法益侵害”应理解为“达到值得处罚程度的法益侵害”,<sup>①</sup>从某种意义上讲,可把刑法上的违法性称为“可罚的违法性”或者“实质意义上的可罚性”。“所谓‘可罚的违法性’,不是单纯阐述某个违法行为是‘处罚的对象’这一结论,而是表明其违法性达到‘值得处罚’的程度的这种实质性评价。”<sup>②</sup>可罚的违法性概念的提出,主要有两个根据:一方面,根据持“实质的违法性论”者的观点,刑法只是将严重侵害法益或者侵害重大法益的行为规定为犯罪并科处刑罚,因此刑法上的违法性是在量上达到一定的严重程度、在质上值得科处刑罚的违法性,即使某一轻微侵害法益的行为符合构成要件且不具有违法阻却事由,如果不具有可罚的违法性,那么也不成立犯罪。例如,在“重庆无业博士偷菜案”<sup>③</sup>中,当事人刘某 1 个月内 6 次盗窃他人蔬菜的行为,虽然符合盗窃罪的构成要件“多次盗窃”(2 年内盗窃 3 次以上),但是总计盗窃金额只有 46.5 元,权利人的财产法益受到的侵害特别微小,对于这种情节显著轻微危害不大的小偷小摸行为,不宜作为犯罪处理。另一方面,虽然刑法的目的在于保护法益,但是保护法益的手段并非只有刑罚。“刑罚是最为严厉的制裁,按照比例原则,只有在其他手段无法达成保护法益这一目的之时,才可补充性地发动刑罚。”<sup>④</sup>因此,基于刑法的谦抑性,如果不动用刑罚手段就可以达成法益保护目的,那么应尽量避免使用刑罚,尤其是对于法益侵害轻微的不法行为,不必科处刑罚。例如,在涉案人数众多的“两卡”犯罪案件中,对于多数层级较低,主要根据骨干成员的指令从事辅助性、劳务性工作,参与时间短、涉案金额小、仅领取少量报酬、发挥作用较小的一般“业务员”或者充当“工具人”角色的在校学生,在通常情况下,予以训诫、责令具结悔过、退赔退赃或者给予治安管理处罚就能够起到保护法益、承担责任和预防再犯的效果,没有必要认定为掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪或者帮助信息网络犯罪活动罪而给予刑事处罚。

## (二)程序出罪:建立轻微刑事案件附条件不起诉制度

畅通轻微不法行为“出罪入行”渠道既涉及实体问题,也需要相应的程序保障,实体上的出罪最终要通过正当程序实现,程序上的出罪机制关键在于用好不起诉制度。聚焦建立健全轻微犯罪的程序出罪机制,最高人民检察院印发的《2023—2027 年检察改革工作规划》要求“研究完善附条件不起诉制度”,意在激活不起诉裁量权,修正“构罪即诉”的入罪思维。不同于起诉法定主义严格限制检察裁量权的立场,起诉裁量主义主张即使案件符合起诉条件(犯罪事实已经查清,证据确实、充分,依法应当追究刑事责任),也允许检察机关基于刑事司法政策,综合考量犯罪情节及犯罪治理的实际需要,斟酌后对犯罪嫌疑人作出不起起诉的决定,由此产生酌定不起诉制度(也称相对不起诉制度),其旨在赋予检察官一定的自由裁量权,确保刑事司法程序的灵活性,有

① [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社 2017 年版,第 25 页。

② [日]松原芳博:《犯罪概念和可罚性——关于客观处罚条件与一身处罚阻却事由》,毛乃纯译,中国人民大学出版社 2020 年版,第 2 页。

③ 参见重庆市北碚区人民检察院渝碚检刑不诉[2021]Z46 号不起诉决定书。

④ [日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社 2014 年版,第 12 页。

效应对复杂多变的犯罪案件,更好地实现实质正义。然而,酌定不起诉制度存在一味从宽、延伸治理效果不佳的缺陷:酌定不起诉一经作出立即生效,检察机关缺乏必要的制约手段来监督管理被不起诉人配合教育矫治、履行特定义务,客观上造成一放了之的结果。为弥补酌定不起诉事后监管手段缺失之不足,兼具灵活性与限制性的附条件不起诉制度应运而生,即检察机关对不具有起诉必要性的犯罪嫌疑人设置一定的考验期,并要求其在考验期内履行特定义务,如果在考验期内没有出现撤销附条件不起诉决定的法定情形,那么在考验期届满后作出不起诉决定,否则依法提起公诉。在“教育、感化、挽救的方针”“教育为主、惩罚为辅的原则”等宽容而不纵容的未成年人犯罪刑事政策的指导下,2012年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)增设了针对未成年犯罪嫌疑人的附条件不起诉制度。随着轻微犯罪数量激增且在刑事犯罪结构中占比超过80%,建立轻微刑事案件附条件不起诉制度成为贯彻落实宽严相济刑事政策、完善中国特色违法犯罪梯次治理体系的重要内容,不起诉裁量权的适度扩张适用有助于实现轻微刑事案件的审前分流与程序出罪,“附条件”的意义在于兼顾治理犯罪与保障人权,妥善处理公正与效率之间的关系,避免不起诉后简单地一放了之,从而达到兼顾治罪与治理之双重目的。

在条件成熟的情况下,立法机关应将附条件不起诉制度的适用范围扩大至所有可能判处3年有期徒刑以下刑罚的轻微刑事案件,对于犯罪情节轻微、确有认罪悔罪表现的犯罪嫌疑人,检察机关认为不具有起诉必要性且征得犯罪嫌疑人同意接受监督考察的,可以作出附条件不起诉的决定,给予其改过自新的机会。一般设置原判刑期以上3年以下的考验期,由检察机关对被附条件不起诉的犯罪嫌疑人进行监督考察,在考验期内被附条件不起诉的犯罪嫌疑人应当遵守法律法规,服从监督管理,按照考察机关的规定报告自己的活动情况,迁居时履行批准程序,接受相应的教育矫治,参加一定时数的社区服务。如果被附条件不起诉的犯罪嫌疑人在考验期内没有实施新的犯罪、未违反治安管理规定或者符合考察机关有关附条件不起诉的监督管理规定,那么在考验期届满后,检察机关应最终作出不起诉的决定。

能否适用附条件不起诉的关键在于实质判断是否具有起诉必要性和是否具有监督考察现实可能性。(1)对“犯罪情节轻微”的判断。“起诉和不起诉之间的界分是相对的,要通过对犯罪情节的综合评价来决定,而这一过程就是实质审查的运用”,<sup>①</sup>即应对犯罪情节轻微与否进行实质审查。犯罪情节具有综合性特征,包括犯罪动机、手段、方法、时间、地点、对象、危害结果、社会影响等因素,最终需要转化为对犯罪嫌疑人是否需要判处刑罚的判断要素。检察机关应综合评估不法行为的法益侵害性、行为人的主观恶性及人身危险性、社会公共利益、判处刑罚的意义等内容,全面审查起诉的必要性和不起诉的可行性。(2)对“确有认罪悔罪表现”的判断。真诚悔罪在客观上表现为被附条件不起诉的犯罪嫌疑人认罪悔过并采取措施尽力修复犯罪行为所造成的法益侵害,如主动向被害人退还赃款赃物、赔礼道歉、赔偿损失或者积极参加公益活动、志愿服务等活动。通过恢复法益取得被害人或者社会公众的谅解,修复破损的社会关系,消除心理隔阂,既彰显了犯罪嫌疑人程序选择的自愿性,也体现了对犯罪嫌疑人实行监督考察具有现实可能性。检察机关尊重犯罪嫌疑人的选择权,在诉与不诉的自由裁量范围内给予犯罪嫌疑人不予起诉的处理。简言之,对于遭受侵害的法益已得到较大程度修复的轻微刑事案件可以适用附条件不起诉。例如,在非法吸收公众存款或者挪用资金等经济犯罪案件中,对于犯罪情节轻微且能够在提

<sup>①</sup> 刘艳红:《刑事一体化视野下少捕慎诉慎押实质出罪机制研究》,《中国刑事法杂志》2023年第1期。



起公诉前清退所吸收资金或者退还所挪用资金的犯罪嫌疑人,检察机关可以作出附条件不起诉的决定。

总之,构建规范、合理的轻微刑事案件附条件不起诉制度有助于减少因定罪给行为人及其特定社会关系人带来犯罪附随后果的负面影响,激励和引导犯罪嫌疑人主动修复社会关系,有利于促进其复归社会。

### (三)责任追究:免除刑罚但给予被不起诉人行政处罚

检察机关对犯罪嫌疑人作出不起诉的决定,并不意味着被不起诉人不需要承担任何法律责任,而是需要根据实际移送行政执法机关施以行政处罚等非刑罚处置措施,做到免刑不免责。例如,《刑法》第201条第4款将“已受行政处罚”规定为不追究逃税犯罪行为刑事责任的前置条件。如此做法,既能有效避免刑罚附随后果滋生的“污名效应”,又能给予被不起诉人适当的惩戒,避免出现较轻的不法行为被行政处罚,而同类较重的不法行为因不起诉而逃脱法律制裁,即防止出现行刑断档、不刑不罚等处罚漏洞,有利于预防行为人再次犯罪。围绕健全行刑反向衔接机制,《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》明确要求“健全检察机关对决定不起诉的犯罪嫌疑人依法移送有关主管机关给予行政处罚、政务处分或者其他处分的制度”。例如,在醉驾不起诉案件中,对依法不追究刑事责任的醉驾行为人应当移送公安机关处理,按照道路交通安全法规定的饮酒后驾驶机动车情形给予行为人吊销机动车驾驶证(5年内不得重新取得)、罚款、行政拘留等行政处罚,原则上不能轻于普通酒驾行为受到的处罚。

“行政违法与刑事犯罪之间的交叉和转换转化,决定了行政执法程序与刑事诉讼程序需要进行有效的衔接。”<sup>①</sup>行刑反向衔接机制的具体运作流程为:检察机关作出附条件不起诉决定后,承办案件的刑事检察部门提出是否需要对被不起诉人给予行政处罚的意见,并将案件审查报告、不起诉决定书以及相关证据材料移送至本院行政检察部门进行审查。行政检察部门经实质审查后,认为需要给予行政处罚的,经检察长批准,向具有管辖权的行政执法机关制发检察意见,建议给予行政处罚,同时一并移送办案过程中收集的证据材料。行政执法机关在收到检察意见后,应对案件进行审查,决定是否给予行政处罚,并及时以书面形式向行政检察部门反馈案件处理结果或者办理情况。须注意的是,《刑事诉讼法》第177条第3款强调“对被不起诉人需要给予行政处罚”的情况下才应当移送,《最高人民法院关于推进行政执法与刑事司法衔接工作的规定》第8条进一步要求“人民检察院决定不起诉的案件,应当同时审查是否需要对被不起诉人给予行政处罚”。换言之,并非对所有被不起诉人都一律移送有关行政执法机关给予行政处罚,不能将不起诉行刑反向衔接机械地理解为“不刑就行”,<sup>②</sup>要结合个案中违法行为的性质、情节、社会危害程度、再犯可能性、预防必要性等因素对行政处罚的必要性进行实质审查,综合考量是否需要给予被不起诉人行政处罚。例如,在因邻里纠纷、家庭矛盾引起的故意伤害致人轻伤案件中,加害人对被害人进行赔礼道歉、赔偿损失,并取得被害人谅解,双方达成和解的,检察机关作出不起诉决定后,着眼于避免因过度处罚而激化矛盾,没有必要再移送公安机关给予罚款、行政拘留等行政处罚,否则可能抵消刑事和解的效果,不利于化解矛盾、减少社会对抗。又如,在某国家重点建设项目中,某建设公司为保障工程质量和施工进度,超越许可范围开采砂石,所得砂石全部用于在

<sup>①</sup> 陈瑞华:《刑事证据法》,北京大学出版社2021年第4版,第253页。

<sup>②</sup> 参见李勇、丁亚男:《检察环节行刑反向衔接类型化规则建构》,《中国检察官》2024年第5期。



建工程项目,且已参照矿产价值退赔违法所得,切实履行了生态修复责任,受损的公共利益已经得到修复,已无再给予行政处罚之必要。

为保障行刑反向衔接机制依法有序运行,需要构建检察机关主导的行政检察监督机制作为配套制度。“在反向移送监督机制的运行过程中,检察机关不仅承担着案件的移送任务,还负责在移送过程中与移送结束后进行对应的监督。”<sup>①</sup>行政检察部门在行刑反向衔接工作开展过程中居于承上启下的地位,要对行刑反向衔接机制的规范运行进行全方位、一体化的检察监督。一方面,行政检察部门要对本院刑事检察部门是否依法审查和及时移送需要给予行政处罚的不起诉案件进行实质性的内部监督,避免应移未移、行刑反向衔接流于形式。例如,在“新疆某劳务派遣有限责任公司、某水利工程有限责任公司虚开发票不起诉行刑反向衔接案”<sup>②</sup>中,行政检察部门通过查阅刑事案件审查报告、卷宗等材料,围绕涉案公司的违法行为及社会危害性、处罚必要性和处罚时效等进行了实质审查。经查明,水利工程公司多次请托战某涛为其虚开增值税普通发票,劳务派遣公司从中收取开具发票的利益回扣,且相关行政主管部门未对其作出行政处罚。另一方面,行政检察部门还扮演着外部监督的角色,将不起诉案件移送行政执法机关后,要对行政执法机关的回复和处理情况开展持续跟踪督促,发现行政执法机关违法行使职权或者不行使职权的,应当依照法律规定制发检察建议督促其纠正,切实做好行刑反向衔接工作的“后半篇文章”。例如,在“胡某、吴某某盗窃他人财物不起诉行刑反向衔接案”<sup>③</sup>中,某县公安局在收到检察意见后既未在规定的期限内回复,也未对胡某、吴某某二人作出行政处罚,该县人民检察院向某县公安局发出检察建议,要求依法对胡某、吴某某的违法行为作出行政处罚。该县公安局收到检察建议后高度重视,采纳检察建议的内容并按要求整改,依法对胡某、吴某某作出行政拘留 12 日的处罚决定。以办理此案为契机,该县人民检察院研发行刑反向衔接法律监督模型,通过数据碰撞比对,又筛查出检察机关提出检察意见后行政执法机关超期未予回复也未作出行政处罚案件线索 20 件共计 20 人,均以类似方式监督纠正。行政检察部门在开展行刑反向衔接检察监督过程中,既要防止应罚未罚、不刑不罚,也要关注行政处罚的必要性和合理性,避免过罚不当,在反向移送不起诉案件时,要提示和监督行政执法机关遵循比例原则,在价值衡量、利益平衡的基础上选择恰当的行政处罚措施,确保作出的行政处罚决定过罚相当,谨防小错重罚。

## 四、结 语

当前轻微不法行为治理实践从总体来看,犯罪圈越来越大,有时甚至压缩了行政处罚的空间,行政违法行为一步入刑,引起轻微刑事案件数量居高不下、涉罪人群规模过于庞大、犯罪附随后果日益泛化、社会治理成本大幅增加等突出问题。轻微不法行为行刑双向衔接的核心价值在于通过严把“入罪关”和建立健全“实体+程序”出罪机制,双管齐下适当收缩犯罪圈;以行刑正向

<sup>①</sup> 周佑勇:《行政执法与刑事司法的双向衔接研究——以食品安全案件移送为视角》,《中国刑事法杂志》2022 年第 4 期。

<sup>②</sup> 参见刘亭亭:《扎实推进两个专项行动,让企业获益群众得实惠》,《检察日报》2024 年 7 月 9 日。

<sup>③</sup> 参见粟龙羿:《贵州:通报行刑反向衔接工作情况 近一年来共办理行刑反向衔接案件 5 790 件》,《检察日报》2024 年 7 月 13 日。

衔接限制轻微不法行为“出行入罪”,以行刑反向衔接畅通轻微不法行为“出罪入行”渠道,从而准确合理区分行政违法与轻微犯罪,分层梯次适用行政处罚与刑事处罚。对于不值得科处刑罚但具有行政处罚必要性的轻微不法行为,以行政处罚等非刑罚处置措施替代刑罚,既能做到罚当其罪,又能有效避免犯罪附随后果的“副作用”。“行刑衔接首尾相连的理想状态,需要一种贯通行刑关系的整体观念”,<sup>①</sup>在整体法秩序下构建规范有序、严密高效的行刑双向衔接机制,有助于实现行政执法机关与刑事司法机关的分工互补、协作配合和良性互动,形成行政违法与刑事犯罪协同治理的闭环系统,凝聚推进中国式法治现代化的合力。

---

**Abstract:** The criminalization and stigmatization of the governance of minor illegal acts make the crime governance fall into the dilemma of “strict and severe”. Focusing on appropriately narrowing the crime circle, we should build a two-way connection mechanism of execution in the governance of minor illegal acts, accurately and reasonably distinguish between administrative violations and minor crimes, and apply administrative penalties and criminal penalties in a hierarchical and echelon manner. As far as the positive connection of execution is concerned, its basic position is to limit the “transfer from administrative to criminal penalties”, to require the criminalization of minor illegal acts from positive prevention to negative prevention, and to prudently upgrade administrative violations to criminal acts in legislation; when applying minor crimes in the judiciary, we should uphold the judicial concept of modesty and appropriately raise the standard of conviction for minor illegal acts. We should not only rely on the theory of quantity, but also try to adopt the method of purposeful restrictive interpretation to explain the elements of crimes. As far as the reverse connection of execution is concerned, its basic position is to unblock “transfer from criminal to administrative penalties”. At the level of substantive decriminalization, minor illegal acts that are not substantively punishable are excluded from the criminal circle; at the level of procedural decriminalization, the criminal suspects in minor criminal cases who do not require prosecution but can be supervised and investigated are exempted from criminal punishment through conditional non-prosecution before trial; at the level of accountability, the administrative law enforcement organs give the non-prosecution person a considerable administrative penalty.

**Key Words:** positive connection of execution, reverse connection of execution, minor illegal acts, administrative punishment, criminal punishment

---

责任编辑 田国宝

---

<sup>①</sup> 刘艺:《检察机关在行刑反向衔接监督机制中的作用与职责》,《国家检察官学院学报》2024 年第 2 期。