

区隔、因应与弥合：论刑罚与行政处罚的界域衔接

付玉明 焦建峰

(西北政法大学 刑事法学院, 陕西 西安 710063)

[摘要] 在刑事立法活性化背景下,行刑衔接问题很突出。行政违法与刑事不法的界分是解决行刑衔接问题的关键,质量区分的视角无法满足实践要求,仅具有理论层面的作用。长远来看,轻罪体系的建构通过行政违法行为犯罪化的路径将行政违法转化为刑事不法可以消除二者的冲突,但由于轻罪体系建构的立法成本高昂、立法周期长、轻罪标准不明确等诸多现实困境,其无法成为当下解决行刑衔接问题的治病良药。扩展以刑制罪理论的适用范围,从需罚性出发弥合刑罚与行政处罚适用的冲突是当下实现行刑衔接的权宜之策。

[关键词] 行刑衔接 但书 轻罪立法 以刑制罪

一、问题的提出

2001 年,国务院发布了《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》,同年,最高人民检察院发布了《人民检察院办理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》。由此,行政机关与检察机关关于行刑衔接形成了制度和规范上的互动。在此之后,相关行刑衔接的规范不断出台。2014 年 10 月 23 日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中再次强调要健全行政执法和刑事司法衔接机制,完善案件移送标准和程序,建立行政执法机关、公安机关、检察机关、审判机关信息共享、案情通报、案件移送制度,坚决克服有案不移、有案难移、以罚代刑现象,实现行政处罚和刑事处罚无缝对接。众多规范的出台反映出行刑衔接问题的重要性与迫切性。

然而实践中“以罚代刑”“以刑代罚”问题仍然严重,“赵春华非法持枪案”“王力军无证收购玉米案”等诸多案件在处罚结论上的不合理也引起社会热议,拷问着刑罚与行政处罚的适用界限。从学理上而言,行刑衔接问题也一直是学界难题。虽然质量区分说成为区分行政违法与刑事不法的有力学说,但随着社会变迁,许多轻罪立法使二者之间的界限日渐模糊。加之当下强调刑法社会治理功能的积极刑法观颇受学界和立法者的青睐,原来众多属于行政违法的行为被作为犯罪处理,这进一步加剧了行政违法与刑事不法的区分难题。在此背景下,如何厘清行政违法与刑事不法之间的界限,弥合行政处罚与刑罚之间的适用冲突,实现行刑有效合理的衔接成为当下刑法学界以及行政法学界亟待探究的课题。

二、“质”与“量”:行刑衔接的理论区隔

从法律后果的角度而言,对于违反刑事法规范的行为人应当施以刑罚,对违反行政法规范的行为人应当处以行政处罚,刑罚与行政处罚都具有制裁性。从制裁对象来看,刑罚针对的是符合刑法

[基金项目] 国家社科基金一般项目“自动驾驶事故风险的刑事治理研究”;陕西省教育厅专项科研项目“社会转型期下的公共安全与刑法控制”;陕西省刑事法学青年创新团队建设项目阶段性成果。

[作者简介] 付玉明(1978—),内蒙古赤峰人,西北政法大学刑事法学院教授、博士生导师,研究方向:刑法学。

分则规定的构成要件的犯罪行为,行政处罚针对的则是违反行政管理秩序的违法行为。从这一逻辑出发,行刑衔接问题实则是一个行为定性的问题,其关键在于厘清行政违法与刑事不法的边界。

(一)“质”与“量”的理论侧重

对于行政违法与刑事不法之间的界分,德国刑法学界进行了长达百年的争论,德国法学家科斯特林甚至将其称为“导致法学者绝望的问题”。概括来看,对于这一问题,主要存在“质的差异说”“量的差异说”与“质量差异说”三种观点的聚讼。

质的差异说代表人物为郭德施密特、沃尔夫等。郭德施密特提出行政刑法这一概念来说明二者的区别,他认为二者在目标和手段上存在差异。违反宪法刑法,侵害宪法权利,对已有法益与法规造成真正的现实损害的行为是刑事不法;违反行政刑法,对公共福利的促进有所怠慢,使行政目标未能达到预期的效果,从而造成消极损害的行为则是行政不法。刑法目的在于保障自由,而行政刑法的目的在于促进福利^①。沃尔夫在郭德施密特的基础上强调刑事不法与行政违法的“超验的”价值差别,前者的价值是公平,后者的价值是福利^②。因此,行政违法与刑事不法具有本质上的不同,而不仅仅是量上的区分。行政违法强调对行政秩序的违反,而刑事不法则关注对于伦理道德的违反。由于行政违法与刑事不法本质上的不同,因此二者具有明确的界限,不能相互转化。在我国,为鼓励司法人员独立判断,张明楷教授从刑罚与行政处罚的不同本质,行政法与刑法的不同目的、严重社会危害性不明确等角度认为行政违法与刑事不法之间是质的区分,即采“质的差异说”^③。

随着社会的进步,诸多新兴领域与人的生活关系密切,如环境、交通、金融等领域的博兴,使得介于行政违法与刑事不法中间地带的行为类型日益增多,法益概念随之逐渐抽象化,伦理道德也被烙上新的时代印记,质的差异说在面对这些新兴领域的行为类型时显得捉襟见肘,无法为二者的界分提供足够的理论支撑。由此,量的差异说被提出。量的差异说代表人物如耶塞克和韦尔策尔等。其基本观点认为,犯罪行为与违反秩序的行为只有程度之分,而无本质之别。从违法性的本质而言,从刑法核心部分蔓延出一条长线,距核心越远,违法性程度越轻,行政不法行为也位于这一延长线上^④。我国学者王莹持此说,认为“大量双重性构成要件的存在,与刑法第13条但书相对应,表明我国刑事不法与行政不法之间区别,是纯粹量的区别”^⑤。

质量差异说则是综合了质的差异说与量的差异说,认为行政违法与刑事不法在质和量上都存在不同。该说认为行政违法与刑事不法各有其核心领域,因此二者存在质的差异,然而在其外围领域,则存有量的差别。“这种犯罪行为和违反秩序行为的区别,因此主要是数量性的而不是质量性的,然而这里存在着一个界限,可以使数量转变为质量……人们应当在内容的界限上,更好地讨论一种质量与数量结合的思考方式,而不要仅仅讨论数量性的方式。”^⑥我国台湾学者林山田教授持这种观点,他认为:“刑事不法在质上,显然具有较高程度的伦理非价内容与社会伦理的非难性,而且在量上具有较高程度的损害性与社会危险性;相对的,行政不法在质上并不具有社会伦理的非难性,而且在量上也不具有重大的损害性与社会危险性。”^⑦

(二)“质”与“量”的规范阐释

从现行规范来看,我国《刑法》第13条可谓行政违法与刑事不法区隔的实体性规范,而《行政处罚法》第27条则可以被认为是行政违法与刑事不法区隔的程序性规范。我国《刑法》第13条规定:“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财

① 刘夏:《犯罪的行政从属性研究》,北京:中国法制出版社,2016年,第71页。

② 王莹:《论行政不法与刑事不法的分野及对我国行政处罚法与刑事立法界限混淆的反思》,《河北法学》2008年第10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。

④ 刘仁文:《立体刑法学》,北京:中国社会科学出版社,2018年,第134-135页;段阳伟:《行政处罚事实的定罪功能研究》,北京:法律出版社,2020年,第83-85页。

⑤ 王莹:《论行政不法与刑事不法的分野及对我国行政处罚法与刑事立法界限混淆的反思》,《河北法学》2008年第10期。

⑥ 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,北京:法律出版社,2005年,第28页。

⑦ 林山田:《刑法通论》,北京:北京大学出版社,2012年,第173页。

产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”其中,“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”被称作但书,而但书也成为界分行政违法与刑事不法的规范依据。在我国刑罚与行政处罚二元制裁体系下,如果一个行为情节显著轻微危害不大,虽然不构成犯罪,但可以被评价为违法行为,通过行政处罚进行制裁。从这一点上来看,行政违法与刑事不法之间仅具有量的区分,但书规定也被称为犯罪的定量因素。

但同时,我们也不应忽略《刑法》第13条前段的规定。一般认为,我国刑法第13条是关于犯罪概念的规定。这一规定具有两个侧面:其一,从形式的侧面而言,犯罪指的是“依照法律应当受刑罚处罚”的行为,强调犯罪行为的刑事违法性;其二,从实质的侧面而言,犯罪指的是危害社会的行为,强调犯罪行为的社会危害性。可以看出,我国关于犯罪的规定是形式与实质的统一。然而,“社会危害性”这一承袭自苏联的刑法学概念受到诸多批评与质疑^①,在去苏俄化的刑法转型浪潮中,当前刑法学界以“法益侵害性”取代“社会危害性”作为犯罪的本质特征已经成为基本共识。《刑法》第13条前段“危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为”则是法益侵害的规范注疏,体现了刑法对国家法益、集体法益和个人法益的保护。因此,有学者主张,“应当根据行政法规范与刑事法规范在规范保护目的、保护法益上是否具有一致性来区分不同类型的行政违法与刑事不法关系”^②。立足于此,行政违法与刑事不法之间存在质的区分,其区分标准便是规范所保护而被行为所侵犯的法益。综上所述,从我国实定法角度来看,我国对于行政违法与刑事不法采“质量差异说”,二者在保护法益角度存在质的区分,同时在社会危害性上又存在量的差异。

(三)“质”与“量”的现实困境

虽然通过对立法分析可以得出“质量差异说”符合我国现行立法的结论,但在实践中判断何种行为究竟应评价为行政违法还是刑事不法仍旧困难重重。

1. 作为质的判断标准的法益概念无法发挥预期的区隔机能。一般认为,法益具有立法批判机能与解释规制机能,张明楷教授谓之“刑事政策机能”与“解释论机能”^③。所谓立法批判机能,指的是在刑事立法时,通过行为法益侵害性的有无来判断是否将其纳入刑法规制范围,只有具有法益侵害性的行为才属于刑法的规制对象。笔者并不否认法益的立法批判机能,然而这一机能的最高价值在于其为犯罪化划定了一条不可逾越的底线,即“无法益侵害则无犯罪”。然而,由于刑法并非社会治理的唯一手段,法益的这一机能实际上仅从反面回答了“什么不是犯罪”,而对于“什么是犯罪”以及其边界何在则未能明确。“当我们确定某一事物能够成为法益时,只是表明它获得了可以通过法律途径来加以保护的资格,仅仅是意味着刑法施加干预的一个先决条件得到了满足。但是,在诸多法律保护措施中,究竟是否适宜和需要动用刑罚这一特定的手段来实现保护目的,则远不是法益概念本身能够回答的问题。”^④易言之,法益侵害仅是行为被评价为犯罪的充分条件,其只能说明“违法”与“合法”的界限,而在我国“行政处罚+刑罚”的二元处罚模式下,其无法划定行政违法与刑事不法的界限。加之法益概念的逐渐抽象化,尤其在集体法益领域,其作为界分标准的区隔机能大打折扣。

所谓解释规制机能指的是在刑事司法过程中,法律适用者“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,从而使刑法规定该犯罪、设立该条文的目的得以实现”^⑤。然而,单纯据此仍不能完全区分出行为到底应被评价为行政违

① 参见陈兴良《社会危害性理论——一个反思性检讨》,《法学研究》2000年第1期;陈兴良《社会危害性理论:进一步的批判性清理》,《中国法学》2006年第4期。

② 聂立泽、刘林群:《行政不法与刑事不法的不对称性研究》,《政法学刊》2021年第1期。

③ 张明楷:《法益初论(增订本)(上册)》,北京:商务印书馆,2021年,第227页。

④ 陈璇:《法益概念与刑事立法正当性检验》,《比较法研究》2020年第3期。

⑤ 张明楷:《法益初论(增订本)(上册)》,北京:商务印书馆,2021年,第262页。

法还是刑事不法。例如,关于伪造货币的行为,《刑法》第170条规定了伪造货币罪。与此同时,《中华人民共和国中国人民银行法》第42条规定:伪造、变造人民币,出售伪造、变造的人民币,或者明知是伪造、变造的人民币而运输构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,由公安机关处十五日以下拘留、一万元以下罚款。可见,即使是伪造人民币的行为,也存在适用行政处罚的可能,然而这种行为无论是被评价为违法行为还是构成犯罪,从法益的角度而言,侵犯的都是金融管理秩序。因此,无法仅凭法益这种质的区分来实现行政违法与刑事不法的区隔。正因如此,最高检、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第19条和最高法《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》将伪造货币的总面额2000元以上或币量在200张(枚)以上作为追诉和裁判标准。

2. 但书在司法实践中适用混乱。当仅通过质的差异无法区分行政违法与刑事不法时,便需要通过量的差异辅助判断。仅仅进行犯罪性质的判断无法真正实现罪刑法定,在犯罪性质判断的同时也考虑程度的判断,才能实现一种立体化的罪刑法定机能^①。然而,作为“量”的判断的规范依据,“情节显著轻微危害不大”作为总则中的规定,其具有较高的概括性和模糊性,这带来了理论和实践中混乱。就理论而言,学界争议主要包括:第一,在其出罪功能上,存在“出罪功能说”和“入罪功能限制说”之争^②;在对“情节”的理解上,存在“客观要素说”和“客观+主观要素说”的分歧^③;在对“危害不大”的判断上,存在“危害结果说”与“可罚性不大说”的聚讼^④。从实践上来看,则主要存在但书的“错用”和“滥用”两种情形:前者表现在行为本该出罪但是并不应当依据但书出罪的场合;后者则表现在行为本不该出罪,但是仍然依据但书出罪的场合^⑤。

由于“但书”中“情节显著轻微”和“危害不大”这种抽象性,司法解释希望通过“数额”或“数量”对此做出具有可操作性的解释以划定罪与非罪的界限。例如《刑法》第253条之一规定的侵犯公民个人信息罪中需要达到“情节严重”才能构成此罪。对此,根据最高法、最高检《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》,“情节严重”指的是非法获取、出售或者提供行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息50条以上的或者违法所得5000元以上等情形。然而,并非所有情节都能实现如此清晰的“量化”,仍有许多法律没有明文规定罪量要素的犯罪。因此,虽然行政违法与刑事不法之间许多量的差异已经通过“数额”和“数量”进行了划分,但仍旧存在无法量化之处。例如《刑法》第245条规定了非法搜查罪和非法侵入住宅罪,同时,《治安管理处罚法》第40条也规定了非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的应当给予行政处罚,然而,对于非法搜查和非法侵入住宅行为,究竟何时构成犯罪,何时应当认定为行政违法,立法以及司法解释并未明确量化,由此导致在实践中二者难以区分。

三、轻罪体系建构:行刑衔接的立法因应

如上所述,行政违法与刑事不法在理论上探讨激烈,“质量区分说”也在聚讼中脱颖而出成为相对强势的理论,但全面考察之后仍会发现,这种理论上的强势不能转化为实践中的优势,无法为行政违法与刑事不法提供可据参考的判断标准,因此也无法厘清二者的界限。对此,学界希望通过建构轻罪立法体系化解判断难题。毕竟,化解冲突的最好方法无疑是将冲突一方融合于另一方,即将应受行政处罚的违法行为纳入刑事不法的范畴,这便从根本上消除了刑罚与行政处罚的适用冲突。

(一)轻罪体系建构的基本内容

行政违法与刑事不法的区分难点主要集中在法益侵害性较弱的轻微犯罪领域,对此,有学者将

① 王华伟:《刑法知识转型与“但书”的理论重构》,《法学评论》2016年第1期。

② 杜治晗:《但书规定的司法功能考察及重述》,《法学家》2021年第3期。

③ 敦宁:《犯罪与治安违法行为的“但书”界分——以“法规竞合”现象为中心》,《政法论丛》2018年第2期。

④ 王华伟:《中国刑法第13条但书实证研究——基于120份判决书的理论反思》,《法学家》2015年第6期。

⑤ 王华伟:《中国刑法第13条但书实证研究——基于120份判决书的理论反思》,《法学家》2015年第6期。

之作为两法的缓冲与过渡地带,引入“灰色理论”予以解释^①。对此,学者们主张通过建构轻罪体系以消除灰色地带。例如,张明楷教授认为,“制定《轻犯罪法》,将《治安管理处罚条例》、劳动教养法规所规定的各种危害行为纳入《轻犯罪法》中,并规定非常简易的审理程序,使各种犯罪行为得到法院的依法审理,是建设社会主义法治国家的必然要求”^②。周光权教授认为,“应当在我国目前的刑法体系中引入犯罪分层的思路,制定专门的轻犯罪法,移置目前刑法中属于轻罪的部分,例如,将扒窃、醉驾等行为从刑法移入轻犯罪法;将部分治安管理处罚或者原劳动教养的对象予以轻犯罪化”^③。总体而言,轻罪体系建构包括以下几方面的内容:

1. 在犯罪设定阶段,由“法定性+法定量”转向“法定性+司法定量”。当前我国刑事立法多采用“法定性+法定量”模式,在法定量时,结果要素一般被立法者作为是否构成犯罪的重要因素。以敲诈勒索罪为例,敲诈勒索公私财物只有数额较大或者多次敲诈勒索时,才构成本罪。其中数额较大指的是2000元至5000元以上,多次敲诈勒索指的是两年内敲诈勒索三次以上。未达到上述标准的,则依据《治安管理处罚法》处以拘留并处罚款。易言之,在犯罪认定过程中,不仅要求行为人的行为符合构成要件,同时还要在法益侵害结果上达到一定的量,而这一量的规定由立法来设定。然而,如上所述,轻罪立法成为刑法扩张的新模式。刑法扩张的体现的是其角色功能的转型,即由事后惩治转向事前预防,突出刑法的社会治理功能,由此导致刑法的侧重点由“结果本位”转向“行为本位”。在此背景下,为了凸显刑法的预防功能,只要行为具有法益侵害性,则都可以纳入刑法规制范围内,对其作出否定评价。“只有行为立法模式才能体现刑法的行为规范性质,才能为公民提供更加明确的行动指南。”^④至于数额多少,情节是否严重,则应当交由司法机关进行具体裁量。如此立法,以上述敲诈勒索罪为例,则只要行为从性质上而言属于敲诈勒索,即可被认定为犯罪,都应通过司法程序进行审查,以此来消解实践中敲诈勒索既可能被评价为行政违法又可以被评价为刑事不法的问题。

2. 在刑罚配置阶段,将“行政拘留”纳入刑法体系。如果通过轻罪立法将原本较重的行政违法行为纳入刑法规制范围,则从刑罚配置的角度而言,相对较重的行政处罚便也应当纳入到刑罚体系中来,这主要表现为“行政拘留”的司法化。行政处罚与刑罚共通之处在于其制裁性,而差异之处则在于处罚的严厉程度。相较于行政处罚而言,刑罚是最严厉的制裁方式,严厉性最突出的表现便在于其可以限制人身自由。我国学者时延安教授对刑罚谴责的特征进行分析后,提出刑罚的“排斥功能”这一概念,指的便是刑罚的谴责具有排斥效果,在刑罚类型的选定上,只能是带有剥夺自由的惩罚^⑤。从权力分配的角度而言,轻罪立法实际上是扩大司法权从而限制行政权的举措,因此进行轻罪立法的过程中,“行政拘留”作为行政权的一部分也应当“让渡”于司法权。而通过判断制裁是否限制人身自由,可以清晰地划定犯罪与违法行为的界限。正如哈伯特 L. 帕克所言:“如果我们从定罪转向刑罚实施,我们可利用剥夺自由这一实际的或潜在的监禁判决所固有的天然标准。”^⑥

3. 在刑罚执行阶段,建立前科消灭制度。将具有轻微危害性的行为均规定为犯罪,附随而来的便是犯罪人“标签化”的问题。我国《刑法》第100条第一款规定,依法受过刑事处罚的人,在入伍、就业的时候,应当如实向有关机关报告自己曾受过刑事处罚,不得隐瞒。而在轻罪立法背景下,许多原先属于行政违法的行为被评价为犯罪,行为人也贴上“犯罪人”的标签,这势必会对其再社会化产生负面影响。因此,为了消除轻微犯罪给行为人带来的诸多附带性不利后果,建立前科消灭制度才是解决问题的根本之道^⑦。

① 参见李晓明《行政刑法新论(第二版)》,北京:法律出版社,2019年,第76-78页。

② 张明楷:《刑事立法的发展方向》,《中国法学》2006年第4期。

③ 周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016年第4期。

④ 周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016年第4期。

⑤ 时延安:《犯罪化与惩罚体系的完善》,《中国社会科学》2018年第10期。

⑥ 哈伯特 L. 帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,北京:法律出版社,2008年,第270页。

⑦ 梁宝云:《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。

(二)轻罪体系建构的实现难题

如上所述,轻罪立法提出了一整套从犯罪设定、刑罚配置到刑罚执行各阶段的全方位体系,这对于消解行政违法与刑事不法界限的做法具有相当强的理论优势。然而就当下而言,这套体系在我国语境下能否实现,其实际效果如何,却不无疑问。

首先,建构轻罪体系的立法成本大,周期长。无论是将原先应受行政处罚的行为纳入犯罪圈,整合于刑法典之中,还是将现有所有关涉刑罚与行政处罚的行为规范梳理整合,制定新的《轻犯罪法》,都不可避免地涉及立法成本的问题。为调整我国社会转型时期带来的各种现实问题,行政规范大量增加,在如此大体量的规范面前,梳理出应当被认定为犯罪的行为类型实属困难,也正是因为如此,轻罪立法应当作为一种长远的立法规划,而不适合用来解“燃眉之急”^①。加之与之配套的前科消灭制度在我国尚未确立,这一路径的前景仍不甚明朗。

其次,轻罪的标准无法明确。轻罪立法的前提是说明何为轻罪,对此学界存在不同观点。“三年说”是我国刑法理论和司法实践中的通说,认为应当以三年以下有期徒刑作为区分轻罪与重罪的标准,其理由在于《刑法》第72条规定的缓刑制度以及《刑事诉讼法》第216条以及222条规定的简易程序和速裁程序的适用对象都是三年以下有期徒刑的犯罪分子或犯罪。随着《刑罚修正案(十一)》规定了妨害安全驾驶罪和高空抛物罪,有学者提出“一年说”,即以一年有期徒刑作为微罪的划分标准^②。除此之外,国外对于轻罪的规定也不尽相同。《德国刑法典》第12条规定了重罪与轻罪,其中,轻罪指的是一年以下有期徒刑或罚金的犯罪;日本则以拘役或科料作为轻犯罪的处罚。因此,要通过轻罪立法来实现行刑衔接,首先需要明确“轻罪”的界限,然而现在看来,这一标准尚不明确。

最后,这种“立法定性+司法定量”的模式在我国实效如何还有待检验。当前,我国采用的仍是“立法定性+司法定量”的界分模式,这实际上是通过实体法来实现犯罪的分流。与此相对,“立法定性+司法定量”赋予了司法机关更多的自由裁量权,属于通过程序法来实现犯罪分流的做法。对此,我国有学者认为,“相比于我国现今通过实体法来结构性地将轻罪案件全部排除在刑事诉讼程序之外的做法,域外的做法显得程序更科学、操作更灵活、效果更好”^③。对此,也有学者质疑。王华伟博士通过对程序法路径进行考察后认为,不起诉制度适用标准的不统一、检察官自由裁量权过大以及将不起诉制度与金钱给付联系到一起,使得不起诉制度存在危机;此外,自诉制度中的“价值轻微”同样缺乏统一的标准,加之将起诉权赋予被害人缺乏制度逻辑上的充分根据,将会导致对自诉制度的诘难^④。因此,这种程序法路径仍旧存在诸多值得反思之处,若将这种模式引荐至我国,则其“本土化”仍是一个需要研究的问题。

四、以刑制罪:行刑衔接难题的弥合路径

当立法途径无法消解刑罚与行政处罚的适用冲突时,我们的目光便不得不再次回归到司法上来。在此,我们不必纠结于行政权与司法权的划分问题,即暂且不考虑在应然层面何种行为应当属于犯罪行为,何种行为属于一般违法行为,这是立法者需要根据国情与政策来考量的。我们应当将目光回归到实践中,在现行法律的基础上,通过一定的制度或理论使得每一个行政处罚决定与刑罚适用都能够体现公平正义,易言之,裁判结论的公平正义且为人们所接受是两法衔接中最需要关注的问题。党的十九大报告强调,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义,而这也是探讨两法衔接的终极目标。在这一目标指引下,“以刑制罪”理论能够发挥较好的弥合作用,使二者实现有效衔接。

① 根据国家法律法规数据库显示,该数据库收录的包含《刑法》和《行政处罚法》在内的法律、法律解释以及有关法律问题和重大问题的决定共624部,行政法规共计686部,地方性法规18653部,可见我国现行法律规范体量之大。国家法律法规数据库[2022-11-24],<https://flk.npc.gov.cn/index.html>。

② 梁云宝:《积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对》,《政治与法律》2021年第7期。

③ 刘仁文:《我国行政拘留纳入刑法体系构想》,《法制与社会发展》2021年第5期。

④ 王华伟:《轻微犯分流出罪的比较考察与制度选择》,《环球法律评论》2019年第1期。

(一)以刑制罪的价值归宿

在传统的罪刑关系中,刑罚的适用分为两个阶段:第一阶段,通过阶层式的判断方法确定行为人的行为符合何罪的构成要件;第二阶段,在罪名确定的基础上,按图索骥地找到该罪名应当科处的法定刑,继而以法定刑为基准,再通过对量刑情节的考察,最终得出所应当科处的宣告刑。其中,第一阶段的定罪判断是核心也是前提,第二阶段的量刑从属于第一阶段。易言之,在以罪制刑模式中,由于定罪决定量刑具有主导的共识性,定罪和量刑存在“第一性”和“第二性”的关系^①。在这一模式下,裁判者的关注重心集中于对相关构成要件的解释上,所追求的是定罪准确,践行的是罪刑法定原则。然而,通过这种方式得出的结论从逻辑演绎上来看是正确的,但从社会认同上来看却可能难以被接受。例如“许霆案”“王力军案”“赵春华案”等诸多在社会上引起巨大反响的案件,都是定罪量刑失衡的结果。概言之,传统罪刑关系下的“以罪定刑”模式追求的是形式正义,而从罪刑失衡这一后果来看,其忽略了实质正义和个案正义。

在对这种传统罪刑关系进行反思的基础上,以刑制罪理论应运而生。以刑制罪的观点认为,“在符合何种构成要件不甚清晰的疑难案件之中,在应当认定为犯罪的前提下,要从量刑的妥当性基点出发,反过来考虑与裁量的相对妥当的刑罚相适应的构成要件是哪个,从而考虑该定什么罪”^②。易言之,以刑制罪不仅重视刑法规范适用的正确性,同时还要考量刑罚适用的妥当性,所追求的不仅仅是罪刑法定,同时还要关注的是罪刑均衡。而只有罪刑均衡的裁判结论,才能为犯罪人所认可,才能为社会公众所接受,而这也正是实质正义的体现。因此,实质正义是以刑制罪的价值归宿。

总之,“以罪定刑”和“以刑制罪”体现了正义的不同面向:前者奉行罪刑法定,追求形式正义;后者奉行罪刑相适,追求实质正义。二者之间并非互斥关系,而是互补关系,维护形式正义的“以罪定刑”为犯罪认定划定了边界,维护实质正义的“以刑制罪”为刑罚适用注入了内核。既往区分行政违法与刑事不法的努力多集中于罪质与罪量的厘清,却忽视了最终法律后果对行为定性的影响。因此,以作为法律后果的刑罚或行政处罚为视角,以实质正义作为衔接中的链接点,可以实现刑罚与行政处罚之间的有效衔接。

(二)以刑制罪的弥合机能

在刑法语境下,以刑制罪指的是刑罚对定罪的反向制约。易言之,在进行构成要件符合性判断时,不能仅从将视野限定于构成要件要素内进行形式判断,而应当同时考察量刑的妥当性,从整体的、实质的角度对犯罪构成进行把握。如果跳出刑法语境,以刑制罪则表现为法律后果对于行为定性的反制作用。因此,在刑罚与行政处罚交融的视阈内,这里的“刑”可以理解为“罚”,既包括因违反刑法而应当科处的刑罚,也包括因违反行政法规而应科处的行政处罚;这里的“罪”并不限于刑法视阈下的此罪与彼罪,同时包括了罪与非罪,易言之,既包括符合犯罪构成要件的刑事不法评价,又包括不符合犯罪构成要件但违反行政法规的违法评价。从这一角度而言,以刑制罪并不是一个专属于刑事司法当中的概念,其完全可以延伸至行政处罚领域,在行政违法和刑事不法的模糊地带发挥弥合作用。

1. “罚”的核心是“需罚性”

用以刑制罪理论来弥合刑罚与行政处罚之间的适用冲突,主要是基于二者之间的共同特质,即惩戒性。在刑法理论中,关于刑罚的正当化根据,存在“报应刑论”和“目的性论”之争。其中“报应刑论”将刑罚理解为对犯罪的报应,而“目的刑论”则认为“刑罚本身并没有意义,只有在为了实现一定目的即预防犯罪的意义上才具有价值,因此,在预防犯罪所必要而且有效的限度内,刑罚才是正当的”^③。当前,认为刑罚的正当性根据在于报应和预防的折中方案被学界所接纳。而行政处罚作为

① 孙道萃:《以刑制罪的知识巡思与教义延拓》,《法学评论》2016年第2期。

② 付立庆:《以刑制罪观念的展开、补充与回应——兼与叶良芳教授等否定论者商榷》,《东南大学学报(哲学社会科学版)》2018年第4期。

③ 张明楷:《刑法学(第五版)》,北京:法律出版社,2016年,第505页。

对违反行政管理秩序的行为人的一种惩戒行为,实际上也体现了这种报应和预防。其中“惩”意味着惩罚,其指向的是行为人违反行政管理秩序的行为;“戒”意味着预防,其指向的是行为人的再犯可能性,而这主要考量的是行为人是否具有“需罚性”。因此,无论是刑罚还是行政处罚,都不是单纯为了实现对行为人违法行为的报应,而是有其社会治理和人权保障方面的目的性。“而要实现预防目的,则必须借助于需罚性的判断,需罚性意味着我们需要谨慎判断对犯罪人适用刑罚能否实现预防犯罪的目的,而不是单一地满足被害人的报应情感。”^①因此,需罚性成为弥合二者冲突的粘合剂。

2. “罚”的判断主体具有多重性

如上所述,“需罚性”在弥合刑罚与行政处罚适用冲突时相当于粘合剂,而“需罚性”的判断主体实际上并不限于司法人员。刑罚和行政处罚在惩戒性这一点上是共通的,二者都是属于公权力对个人权利的一种挤压、削减和限制。因此,需罚性无论是在对行为人施以刑罚还是施以行政处罚时都是需要考量的因素。在刑法中,这种需罚性通常通过刑事政策表现出来,而在行政处罚领域,《行政处罚法》第33条则是其规范表达。

根据最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》的规定,对于犯罪性质尚不严重,情节较轻和社会危害性较小的犯罪,以及被告人认罪、悔罪,从宽处罚更有利于社会和谐稳定的,依法可以从宽处理。这说明法官在判处刑罚时应当对行为人的“需罚性”进行考察。在行政处罚领域,《行政处罚法》第33条规定,违法行为轻微并及时改正,没有造成危害后果的,不予行政处罚。初次违法且危害后果轻微并及时改正的,可以不予行政处罚。对当事人的违法行为依法不予行政处罚的,行政机关应当对当事人进行教育。易言之,如果违法行为轻微且行为人已经悔改,则从需罚性上而言便有所欠缺,此时便不予处罚。而行政机关应当对当事人进行教育也说明了处罚的本质不在于报应,而有其预防的目的。因此,整体而言,需罚性的判断主体不仅限于司法人员,其并非需罚性的专属判断主体,行政执法人员同样有需罚性的判断资格。

3. “罚”的判断标准具有一致性

在明确行政执法人员和刑事司法人员都是适格的需罚性判断主体的前提下,需要回答的是二者在需罚性判断上标准是否一致的问题。从刑罚论的视角来看,存在报应刑与预防刑之分,前者对应着应罚性,后者对应着需罚性。这种区分实际上也同样适用于行政处罚领域,易言之,行政处罚领域也存在着应罚性和需罚性之分。就应罚性而言,由于其属于一种对违法行为或犯罪行为的报应,因此应当与行为的危害性相当。相较而言,犯罪行为的危害性一般大于违法行为的危害性,因此在应罚性上,行政法领域与刑法领域存在着不同的标准,对犯罪行为的应罚性标准要高于违法行为应罚性的标准。这也是为何犯罪的认定必须由司法机关来作出的原因,因为相较于行政机关作出行政处罚的程序而言,司法程序更能体现程序正义。

然而就需罚性而言,行政执法人员与刑事司法人员的判断具有一致性。一方面,需罚性是一种目的性的判断,这种目的性判断并不局限于某一个法领域,而应当是从整体法秩序角度进行考察的。需罚性考察的是预防必要性的问题,其目的是将行为人的失范行为予以纠正,使人们的行为遵守发规范,从而确证法规范的效力。另一方面,这也可以由刑法的地位推论得出。刑法虽然有其独特的价值标准,但总体而言是作为其他法律的保障法而存在的,而且违法行为相较于犯罪行为其社会危害性较低,如果在行政法中行为人都缺乏需罚性,则在刑法中亦不具有需罚性。

当前行刑衔接的问题已经不完全表现为“以罚代刑”,随着刑法的扩张和社会治理机能的强调,“以刑代罚”才是现在需要关注的问题,这也是刑法谦抑性的内在要求。例如,在“醉驾入刑”之前,醉驾行为一般被认为是行政违法行为,由行政机关进行行政处罚,而在“醉驾入刑”后,“醉驾一律入罪”的做法在实践中占据主导地位^②。按照这种观点,只要行为人血液中酒精含量达到80mg/100ml,便应当入罪。这实际上是对“醉驾”进行了机械式地把握,将原本应当消化在行政处罚阶段的行为抬

^① 姜涛:《从定罪免刑到免刑定罪:论刑罚对犯罪认定的制约》,《政治与法律》2019年第4期。

^② 敦宁:《醉驾治理的司法困境及其破解之策》,《法商研究》2021年第4期。

高到了刑事违法的程度。正因如此,“醉驾不必一律入刑”的观点受到了理论和实务界的认可,并将一些情节显著轻微的醉驾行为重新纳入行政处罚的范围内^①。因此,行政处罚与刑罚的衔接适用问题需要关注的重点在于“以刑代罚”。

对此,需罚性判断主体的多重性和判断标准的一致性是以刑制罪弥合机能的关键所在。在行政处罚法和刑法适用模糊的领域,行政机关的工作人员完全可以基于需罚性的判断来将违法行为消化在行政处罚阶段,而不需要进入刑法领域。以“赵春华非法持枪案”为例,赵春华从他人手中接受一套射击打气球的装备并在街头摆摊,后经公安机关鉴定,其摊位上所适用的9支玩具枪有6支符合“枪支”标准。由此,一审法院以非法持有枪支罪判处赵春华有期徒刑3年6个月。赵春华不服并提出上诉,二审法院维持一审罪名,改判为有期徒刑3年,缓刑3年。

对于此案,众多学者纷纷从刑法教义学内部为其找寻出罪路径,暂不论各种方案的优劣,单从结论上而言,可以发现这一判决难以为公众所接受,在实质正义上存在欠缺。实际上,射击摊位在中国非常常见,也是游乐园、公园等公众游玩场所最常见的娱乐项目,即使公安机关的工作人员在年幼或游玩时也肯定会想着“过把瘾”。因此,常见于日常生活中的娱乐活动会逐渐形成一种社会认可,这种根植于全民的认同实际反映了此类行为的需罚性较弱,并不一定需要通过刑罚来实现预防的目的。如果认为玩具枪属于枪支,则完全可以依照《治安管理处罚法》第32条的规定给予行政处罚。易言之,在行政机关行政执法过程中,通过扩展理解的“以刑制罪”,在行政处罚阶段便可将刑罚与行政处罚的适用冲突进行纾解。只有当行政机关认为无法通过行政处罚实现预防目的时,才需考量其可能涉嫌犯罪,才需要移送司法机关。

(三)以刑制罪的制度约束

通过以刑制罪中的需罚性概念来弥合刑罚与行政处罚之间的适用冲突是一种实质正义、个案正义之道下的权宜之策,因此这种从结论妥当性出发的认定模式赋予了行政机关工作人员较大的自由裁量权限。相较于司法程序中法官的自由裁量权,行政机关在做出处罚决定时由于缺乏严格的程序约束,可能会回归到“以罚代刑”的老路,因此,只有在存在制度约束的前提下,这种以刑制罪的弥合机能才能得到保障和贯彻。而新修订的《行政处罚法》中的部分规定为其践行提供了制度和人才保障。

1. 制度保障

(1)法制审核制度

新《行政处罚法》第58条规定了法制审核制度。依照此规定,行政机关负责人在做出行政处罚决定之前,应当由从事行政处罚决定法制审核的人员进行法制审核;未经法制审核或者审核未通过的,不得做出决定。这实际上相当于在行政处罚决定做出的过程中设置了一道安全阀,是一种行政机关内部的控制模式,以此保证行政处罚决定的合法性和合理性。其中,本条针对的情形主要包括:(一)涉及重大公共利益的;(二)直接关系当事人或者第三人重大权益,经过听证程序的;(三)案件情况疑难复杂、涉及多个法律关系的;(四)法律、法规规定应当进行法制审核的其他情形。其中第(三)项情形便包含了存在刑罚与行政处罚适用冲突的情况。据此,即便行政机关工作人员通过需罚性判断后认为应当给予行为人行政处罚时,也需要通过行政机关内部的法制审查部门进行再次审查,如果未经过审查或者审查未通过,则其所做出的行政处罚决定也是无效的。

(2)案件处理信息通报制度

早在2011年,《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》中便明确规定了行政执法与刑事司法衔接过程中的信息互通机制。该《意见》要求建立衔接工作信息共享平台,充分运用现代信息技术实现行政执法机关、公安机关、人民检察院之间执法、司法信息互联互通。行政执法机关应当在规定的时间内,将查处的符合刑事追诉标准、涉嫌犯罪的案件信息以及虽未达到刑事追诉标准但其

^① 参见梁云宝《积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对》,《政治与法律》2021年第7期。

他严重情节的案件信息录入信息共享平台。各有关单位应当在规定时间内,将移送案件、办理移送案件的相关信息录入信息共享平台。此时,信息通报仅限于案件事实信息以及移送信息。继而到2017年,《环境保护行政执法与刑事司法衔接工作办法》对信息通报制度进行了更加详细的规定,明确了应当录入信息共享平台的信息种类,包括:(一)适用一般程序的环境违法事实、案件行政处罚、案件移送、提请复议和建议人民检察院进行立案监督的信息;(二)移送涉嫌犯罪案件的立案、不予立案、立案后撤销案件、复议、人民检察院监督立案后的处理情况,以及提请批准逮捕、移送审查起诉的信息;(三)监督移送、监督立案以及批准逮捕、提起公诉、裁判结果的信息。这实际上是扩展了信息共享的范围,将案件的处理信息纳入其中。新《行政处罚法》第27条也规定了行政处罚实施机关与司法机关之间应当加强协调配合,建立健全案件移送制度,加强证据材料移交、接受衔接,完善案件处理信息通报机制。案件处理信息自然也包括了对于行政处罚决定,这实际上相当于将该处罚决定置于司法机关的监督之下,而这种外部监督构成了第二道安全阀。

2. 人才保障

除上述制度保障外,《行政处罚法》还为以刑制罪在弥合刑罚与行政处罚适用冲突中提供了人才保障。根据《行政处罚法》第58条的规定,行政机关中初次从事行政处罚决定法制审核的人员,应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格。这一要求体现了行政处罚法治化与处罚权行使审慎化的立法思路。从法律职业资格考试的内容设置来看,其中既包括行政法的相关内容,也涉及刑法相关内容,这使得从事法制审核的人员在进行审核时同时考虑到行政处罚适用的合理性以及刑法适用的可能性,减少“以罚代刑”和“以刑代罚”现象的出现概率,缓解刑罚与行政处罚的适用冲突。

五、结语

虽然厘清行政违法与刑事不法之间的界限是解决行刑衔接问题的逻辑前提,然而囿困于此将遮蔽人们的双眼,使人们只见树木不见森林。毕竟,法律的生命在于实践。实际上,行刑衔接涉及的核心问题是刑罚和行政处罚在适用中的罪刑均衡或过罚相当,而这是实质正义的体现。基于此,以刑制罪这种以需罚性为核心的逆向罪刑关系模式在处理行刑衔接问题时体现出独特的理论优势,使得最终的裁判结论能为人们所接受。但是需要明确的是,对实质正义的追求并不意味着形式正义的放弃,罪刑法定原则依然是不可逾越的底线。

(责任编辑 卢 虎)