

行刑衔接机制的基本问题

武晓雯*

摘要 行刑衔接包括由“行到刑”、由“刑到行”等环节的衔接以及对各种衔接的监督。由“行到刑”的衔接旨在克服“以罚代刑”现象。“以罚代刑”并非指所有对构成犯罪但不予刑罚处罚而只作行政处罚的情形,而仅指那些情节严重应当给予刑罚处罚的犯罪行为但只作行政处罚的情形。对于没有达到刑事证明标准,以及犯罪情节轻微不需要科处刑罚的案件,应当允许代之以行政处罚,而且,公安机关与行政执法机关都可能直接适用《刑法》第37条给予行政处罚。由“刑到行”的衔接旨在克服“以刑替罚”现象,为此,在行刑衔接工作方面,刑事追诉机关不能轻易先行介入,应当摒弃刑事绝对优先的观念与做法,行政执法机关应当遵循由行到刑的移送标准,检察机关应当加强对刑事立案的监督。

关键词 行刑衔接 以罚代刑 以刑替罚 刑事绝对优先 移送标准

2014年10月,党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出:“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。”2021年8月,中共中央、国务院共同下发的《法治政府建设实施纲要(2021—2025年)》再次强调:“完善行政执法与刑事司法衔接机制,加强‘两法衔接’信息平台建设,推进信息共享机制化、案件移送标准和程序规范化。”显然,建立完善的行刑衔接机制成为全面推进依法治国、建设法治政府的重要举措。虽然实务界对如何理解和实现行刑衔接做了不少探索,但刑法理论对此缺乏深入研究。笔者主要从实体法的角度,就行刑衔接机制的基本问题发表浅见。

* 中共中央党校(国家行政学院)政治和法律教研部副教授。本文系中共中央党校(国家行政学院)2022年度校(院)级课题“行政执法与刑事司法相衔接的基本问题”的结项成果。

一、行刑衔接的基本内容与目的

“行刑衔接”是“行政执法和刑事司法相衔接”的简称,也被称为“两法衔接”。〔1〕最初的行刑衔接是指检察机关会同行政执法机关、公安机关、行政监察机关实行的旨在防止以罚代刑、有罪不究、降格处理现象发生,及时将行政执法中查办的涉嫌犯罪的案件移送司法机关处理的工作机制。〔2〕随着行刑衔接工作经验的积累,以及对行政执法与刑事司法研究的不断深入,行刑衔接的基本内容逐步完善。总的来说,行刑衔接包括以下几个方面的内容。

(一) 由行到刑的衔接

由行到刑,是指行政执法机关将涉嫌犯罪的案件移送给相应主管机关的程序性工作机制。根据相关规定,由行到刑的衔接主要包括以下内容。

第一,行政执法机关在查处违法行为的过程中,发现应当由公安机关立案侦查的犯罪线索,应当及时通报并移送公安机关。例如,国务院于2001年4月27日发布的《关于整顿和规范市场经济秩序的决定》(以下简称《规范市场的决定》)指出:“行政执法部门在查处违法行为中发现的犯罪线索,必须及时通报并依法移送公安部门及其他有关部门,坚决制止一些地方和部门存在的瞒案不报、以罚代管、以罚代刑现象,造成严重后果的要严肃追究责任。”从《规范市场的决定》出台背景来看,行刑衔接的主要内容是针对破坏经济秩序的经济犯罪而言的。〔3〕因为经济犯罪一般以违反经济法为前提,而查处经济违法行为的主体主要是市场监管部门,而非公安机关。所以,市场监管部门发现经济行为构成经济犯罪的,应当将案件移送公安机关。

第二,行政执法机关在查处违法行为的过程中,发现涉嫌职务犯罪的案件,应当移送监察机关或者检察机关。在司法实践中,许多违法犯罪行为的形成、滋生与蔓延,往往与相关国家工作人员的渎职行为(包括贪污受贿)有关。因此,行政执法机关在查处违法行为时,就可能发现相关国家工作人员的渎职犯罪线索。国务院2020年8月7日发布的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》(以下简称《移送犯罪案件的规定》)第19条规定:“行政执法机关在依法查处违法行为过程中,发现公职人员有贪污贿赂、失职渎职或者利用职权侵犯公民人身权利和民主权利等违法行为,涉嫌构成职务犯罪的,应当依照刑法、刑事诉讼法、监察法等法律规定及时将案件线索移送监察机关或者人民检察院处理。”据此,行政执法机关在查处违法行为时,发现职务犯罪线索的,应当移送监察机关或者检察机关。

(二) 由刑到行的衔接

虽然在特定时期,行刑衔接强调将涉嫌犯罪的案件移送公安司法机关,进而追究刑事责

〔1〕 参见赵旭光:“‘两法衔接’中的有效监督机制——从环境犯罪行政执法与刑事司法切入”,《政法论坛》2016年第6期,第146页。

〔2〕 参见张建升、元明等:“打造信息共享平台 深化‘两法衔接’机制建设”,《人民检察》2013年第9期,第41—42页。

〔3〕 参见练育强:“行政执法与刑事司法衔接制度沿革分析”,《政法论坛》2017年第5期,第170—171页。

任,但作为一种工作机制,行刑衔接并非始终是单向的,而应当是双向的。刑事追诉机关经侦查、审查、审理发现案件事实不成立犯罪,仅属于一般行政违法行为时,就应将案件移送有关机关或部门依法予以行政处理,这便是由刑到行的衔接。从移送主体的角度来看,由刑到行的衔接主要包括以下四方面内容。

第一,由公安机关移送。这是指公安机关作为刑事追诉部门对不构成犯罪但需要由其他行政执法机关或者部门进行行政处理的案件,应当移送其他行政执法机关或部门。例如,公安部2020年7月20日发布的《公安机关办理刑事案件程序规定》第3条,将“对不够刑事处罚的犯罪嫌疑人需要行政处理的,依法予以处理或者移送有关部门”规定为公安机关在刑事诉讼中的基本职权之一。^{〔4〕}由于公安机关对大量刑事案件行使立案侦查权,所以,公安机关的移送也应当是大量的。

第二,由检察机关移送。这是指检察机关对于作出不起诉决定但需要由行政机关给予行政处罚的案件,应当移送给相关行政机关。例如,《刑事诉讼法》第177条明确规定:“人民检察院决定不起诉的案件,应当同时对侦查中查封、扣押、冻结的财物解除查封、扣押、冻结。对被不起诉人需要给予行政处罚、处分或者需要没收其违法所得的,人民检察院应当提出检察意见,移送有关主管机关处理。有关主管机关应当将处理结果及时通知人民检察院。”

第三,由监察机关移送。这是指监察机关在调查职务犯罪案件时,如果发现被调查人的行为不构成犯罪,但应由相关行政执法机关给予行政处罚的,应当将案件移送到相关行政执法机关。例如,监察机关在调查甲涉嫌行贿的案件过程中,认为甲的行为不构成行贿罪,但发现甲存在操纵证券市场的违法行为,需要由证券监督管理机构给予行政处罚。在这种情形下,监察机关应当将案件移送证券监督管理机构处理。

第四,由人民法院移送。这是指人民法院审理后认为被告人的行为不构成犯罪,或者构成犯罪但不需要判处刑罚的,或者虽然应当判处刑罚但同时应给予行政处罚的,应当在结案后将案卷副本移送 to 相关行政机关,由行政机关依照人民法院提供的证据材料,按照行政处罚程序作出行政处罚。例如,中共中央办公厅、国务院办公厅转发国务院法制办等部门《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》(以下简称《关于衔接工作的意见》)第1条第5项指出:“……人民法院对作出无罪判决或者免于刑事处罚的案件,认为依法应当给予行政处罚的,应当提出……司法建议,移送有关行政执法机关处理。”

从相关规范性文件可以看出,后期关于行刑衔接的各种规范性文件,都重视由刑到行的衔接。例如,食品药品监管总局、公安部、最高人民法院、最高人民检察院、国务院食品安全办2015年12月22日联合印发的《食品药品行政执法与刑事司法衔接工作办法》(以下简称《食品药品衔接工作办法》)第13条规定:“公安机关对没有犯罪事实,或者立案侦查后认为犯罪事实显著轻微、不需要追究刑事责任,应当移送食品药品监管部门处理。”第14条规定:“人民检察院对作出不起诉决定的案件、人民法院对作出无罪判决或者免于刑事处罚的案件,认为依法

〔4〕 又如,《公安机关办理刑事案件程序规定》第177条规定:“经过审查,对于不够刑事处罚需要给予行政处理的,依法予以处理或者移送有关部门。”

应当给予行政处罚的,应当及时移交食品药品监管部门处理,并可以提出检察意见或者司法建议。”应急管理部、公安部、最高人民法院、最高人民检察院2019年4月16日联合印发的《安全生产行政执法与刑事司法衔接工作办法》第18条规定:“人民检察院对决定不起诉的案件,应当自作出决定之日起3日内,将不起诉决定书送达公安机关和应急管理部门。对依法应当追究行政法律责任的,可以同时提出检察意见,并要求应急管理部门及时通报处理情况。”

(三)多环节的衔接

行刑衔接并不是简单地由行到刑与由刑到行的衔接,而是包括更多环节的衔接。由于现实生活中的案件事实总是相当复杂,一个国家机关可能一时难以查明案件真相。即使查明了案件事实,但在法律适用层面,如何区分一般违法行为与犯罪行为,一直是刑法理论与司法实践所关注的问题。有的案件事实清楚,但其性质处于一般违法行为与犯罪行为的临界线上,或者不同国家机关、不同办案人员对法律的理解有差异。所以,倘若案件事实本身复杂,行政执法人员与刑事追诉人员对相关法律的理解不同,就一定会产生由行到刑再到行、由刑到行再到刑的衔接。正因为如此,有的法律明文规定了多环节的移送。^{〔5〕}事实上,只要存在由行到刑与由刑到行的衔接,就必然出现多环节的衔接。

例如,市场监管部门在日常监管中发现甲销售伪劣产品的数额已达到8万元,于是将案件移送给公安机关,公安机关也认为甲的行为构成销售伪劣产品罪,于是将案件移送给检察机关。检察机关发现甲销售的伪劣产品分两个批次购入,第一个批次的商品以明显低于市场价购入,甲明知是伪劣产品,第二个批次的商品是以市场价从正规厂家购入,甲不明知是伪劣产品。甲故意销售伪劣产品的数额仅为4万元,因而不构成销售伪劣产品罪。在这种情形下,检察机关可以要求公安机关撤回案件,同时完全可以移送相关行政执法机关对案件给予行政处理。

(四)对行刑衔接的监督

要使行刑衔接的工作机制发挥应有的作用,就必须进行监督。对行刑衔接的监督本身,也是行刑衔接工作机制的重要内容。例如,《移送犯罪案件的规定》第9条第3款规定:“公安机关应当接受人民检察院依法进行的立案监督。”第14条第1款规定:“行政执法机关移送涉嫌犯罪案件,应当接受人民检察院和监察机关依法实施的监督。”又如,《关于衔接工作的意见》第3条对“加强对衔接工作的监督”的主要内容作了详细、具体的规定。

有学者指出:“从法律、行政法规、三部规范性文件以及中共十八届四中全会《决定》的规定来看,‘两法’衔接制度的目的有两层含义:一是不能以行政处罚代替刑罚,即违法行为构成犯罪,必须追究刑事责任;二是通过追究违法犯罪行为的刑事责任,以达到社会秩序稳定,尤其是社会主义市场经济秩序稳定的目的。”^{〔6〕}笔者认为,这种观点有失偏颇。从有关行刑衔接规

〔5〕 例如,《药品管理法》第113条第1、2款规定:“药品监督管理部门发现药品违法行为涉嫌犯罪的,应当及时将案件移送公安机关。对依法不需要追究刑事责任或者免于刑事处罚,但应当追究行政责任的,公安机关、人民检察院、人民法院应当及时将案件移送药品监督管理部门。”

〔6〕 练育强:“‘两法’衔接视野下的刑事优先原则反思”,《探索与争鸣》2015年第11期,第79页。

范性文件的出台时间与内容来看,早期的规范性文件强调克服“以罚代刑”,但后期的规范性文件则同时强调克服“以罚代刑”与避免“以刑替罚”。由行到刑是为了克服“以罚代刑”,但从刑到行则是为了避免“以刑替罚”(将行政违法当作犯罪处理)。而多种环节的衔接以及对行刑衔接的监督,既是为了克服“以罚代刑”,也是为了避免“以刑替罚”。而且,克服“以罚代刑”和避免“以刑替罚”本身只是一种中间性目的,而不是最终目的。刑事司法的最终目的是预防犯罪与保障人权,行刑衔接机制不可能超越这一目的,所以,应当围绕预防犯罪与保障人权的目的,讨论应当克服什么样的“以罚代刑”以及如何避免“以刑替罚”。

二、应当克服何种“以罚代刑”?

如上所述,由行到刑的衔接机制是为了克服“以罚代刑”现象。《行政处罚法》第8条第2款也规定:“违法行为构成犯罪,应当依法追究刑事责任的,不得以行政处罚代替刑事处罚。”有学者认为,这是较高层级法律中关于行刑衔接(对接)最直接的规定。^{〔7〕}但在笔者看来,这只是对行刑衔接内容的部分规定,而不是全部规定。事实上,通常所说的“以罚代刑”存在不同情形,有的是不能禁止反而应当提倡的情形,有的是应当允许的情形,有的则是应当禁止的情形。只有先厘清“以罚代刑”包括哪些具体情形后,才能明确应当禁止怎样的“以罚代刑”,以及可以允许怎样的“以罚代刑”,进而实现预防犯罪、保障人权的目的。

(一)对没有达到刑事证明标准的案件仅作行政处罚的情形

从事实认定的角度来说,如果案件事实存在疑问,案件证据没有达到刑事证明标准,但达到了行政违法的证明标准,此时,仅予行政处罚了结案件的,并非应当克服的“以罚代刑”,而是完全符合法律、应当提倡的做法。

理论通说与司法实践一般认为,我国行政案件的证明标准要低于刑事案件的证明标准。例如,有学者指出:行政案件所涉及的权益大小及所适用的程序繁简各不相同,这就决定了行政诉讼证明标准也不相同。^{〔8〕}对于涉及限制人身自由、大额罚没等对行政相对人人身、财产权益影响较大的具体行政行为的案件,可比照刑事案件的证明标准;对于行政裁决类行政案件和其他行政案件,可参照民事案件的证明标准。^{〔9〕}

从相关法律规定来看,行政案件的证明标准也低于刑事案件的证明标准。例如,《刑事诉讼法》第55条明文规定,只有“证据确实、充分的”,才可以认定被告人有罪和科以刑罚。但《行政处罚法》与《行政诉讼法》均没有“证据确实、充分”的明确要求。既然如此,当一个案件没有达到刑事证明标准时,就可能达到行政案件的证明标准。于是,虽然不能将行为当作犯罪处理,但完全可能当作行政违法处理。

〔7〕 参见周国君、程绍燕:“行刑对接:正当性毋庸置疑”,载《检察日报》2010年7月9日,第3版。

〔8〕 参见何家弘主编:《证据学论坛》(第四卷),中国检察出版社2002年版,第220—221页。

〔9〕 参见李国光:“努力开创行政审判工作新局面,为全面建设小康社会提供司法保障”,《最高人民法院公报》2003年第2期,第7页。

例如,在生猪注水案件中,行为人一般采取当天注水、立即出售的违法模式。行政执法机关接到举报后,会对违法现场采取查封、扣押相关物资、清点日销售额等措施。但行政强制措施的主要目的是防止危险扩大,而非确实查明真相。因此,行政执法机关只能依据当日查处的货值金额做出是否涉嫌犯罪的判断。但实践中,一次查明行为人单次销售金额达到5万元以上的情形较为少见,而行政执法手段又不能查明往日的销售额,换言之,行政执法机关不能查明完整的犯罪证据。在此类案件中,即便行政执法机关将其移送公安机关立案侦查,也不一定能查明此前注水猪肉的去向,因而不能证明行为人此前销售了注水猪肉。在查明的证据不足以刑事立案的情形下,行政机关选择“以罚代刑”的方式结案并无不当。^[10]

(二)对犯罪情节轻微不需要科处刑罚的案件代之以行政处罚的情形

《刑法》第37条规定:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚,但是可以根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。”据此,即使行为构成犯罪,但如果不需要判处刑罚,也可以仅给予行政处罚。这种情形属于应当允许的做法,而不属于应当克服的“以罚代刑”。

首先需要解决的一个问题是,如果行为人不具有刑法规定的法定免除处罚情节,能否因为犯罪情节轻微而适用《刑法》第37条?换言之,《刑法》第37条是否规定了酌定免除处罚?

张明楷对此持反对意见,其核心理由是,既然没有法定减轻情节时进行酌情减轻的,需要层报最高人民法院核准,就不能认为没有法定免除情节时,反而可以直接免除处罚。^[11]应当承认,张明楷的观点符合一定逻辑。但是,“法律的生命不是逻辑,而是经验”。^[12]事实上,张明楷不仅一直主张轻刑化,主张对较轻犯罪尽可能判处缓刑或者单处罚金,^[13]而且主张对刑法进行符合目的的实质解释。^[14]既然如此,就不能采取逻辑优先原则,而应重视实质的合理性。

成文刑法总是具有局限性。一方面,具有严重社会危害性的行为既可能没有被规定为犯罪,也可能虽然被规定为犯罪但法定刑畸轻。对此,只能根据罪刑法定原则,分别不当犯罪处理或者在法定刑范围内处罚。另一方面则是相反的各种情形:①某种行为不具有值得科处刑罚的严重社会危害性,但构成要件的字面含义却包括了这种行为。此时,只能通过对构成要件进行实质解释,将该行为排除在犯罪之外。^[15]②刑法对较轻的犯罪规定了较重的法定刑。在行为人不具有法定减轻处罚情节时,如果需要减轻处罚,就应当适用《刑法》第63条第2款酌定减轻处罚的规定。既然如此,在行为人不具有法定免除处罚情节的情形下,如果需要免除

[10] 参见肖颖、郑云丹、邓勇、印剑、朱英才:“行刑衔接机制中建立公安机关先行介入制度的探讨”,《中国动物检疫》2020年第12期,第65页。

[11] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年版,第814页。

[12] (美)小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第1页。

[13] 参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第393—394、399页。

[14] 参见张明楷:“实质解释论的再提倡”,《中国法学》2010年第4期,第49—69页。

[15] 参见张明楷,见前注[11],第150页。

处罚,就只能适用《刑法》第37条的规定。否则,也不符合逻辑。③刑法虽然对犯罪规定了合理的法定刑,但犯罪情节轻微,且被告人没有再犯罪的危险性。对此,也可以适用《刑法》第37条免除处罚。因为刑罚的目的是一般预防与特殊预防,如果被告人没有特殊预防的必要性,就不应当判处刑罚。但是,刑法不可能预测并规定所有可能导致减轻处罚与免除处罚的情节,所以,《刑法》第63条第2款规定了酌定减轻处罚,而没有在本条规定酌定免除处罚,就是因为《刑法》第37条已有单独规定,故不需要在第63条内重复规定。^{〔16〕}

案件事实总是具有特殊性。一些犯罪人确实没有法定免除处罚情节,但的确不值得科处刑罚。例如,国家工作人员甲挪用公款归个人使用,数额较大(5万元以上),在三个月内归还的,不构成犯罪。倘若甲因为急需为母亲治病,挪用公款5万元缴纳住院费用,在超过三个月的第二天归还了公款,甲的行为即使完全符合挪用公款罪的成立要件,也可以作出不起诉决定。否则,就会让民众觉得刑事司法过于机械、不近人情。在这种情形下,如果定罪但适用《刑法》第37条免于刑罚处罚,就不存在疑问。所以,1998年4月29日最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》规定:“挪用正在生息或者需要支付利息的公款归个人使用,数额较大,超过3个月但在案发前全部归还本金的,可以从轻处罚或者免除处罚。”“挪用公款数额较大,归个人进行营利活动……在案发前部分或者全部归还本息的,可以从轻处罚;情节轻微的,可以免除处罚。”司法解释所称的“可以免除处罚”的依据便是《刑法》第37条免于刑事处罚。

综上所述,凡是犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,都可以根据《刑法》第37条免除刑罚处罚,仅给予行政处罚,这种情形并不是需要克服的“以罚代刑”,而是应当允许的“以罚代刑”。

接下来需要解决的问题是,哪些国家机关可以决定对犯罪情节轻微不需要判处刑罚的案件代之以行政处罚?

第一,人民法院可以对构成犯罪的案件仅作行政处罚。

从刑法规定上说,人民法院当然可以适用《刑法》第37条酌定免除刑罚,对此没有任何疑问。人民法院在认定行为构成犯罪时,可以免于刑事处罚;在免于刑事处罚时,可以给予非刑罚处理。例如,最高人民法院2010年2月8日印发的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第15条规定:“被告人的行为已经构成犯罪,但犯罪情节轻微……依法不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。对免于刑事处罚的,应当根据刑法第三十七条规定,做好善后、帮教工作或者交由有关部门进行处理,争取更好的社会效果。”

第二,人民检察院对于犯罪情节轻微不予起诉的案件,既可以直接适用《刑法》第37条,也可以同时将案件副本移送相关行政执法机关处理。对此也没有疑问。

第三,公安机关能否对构成犯罪,但情节轻微不需要判处刑罚的行为不移送人民检察院,而直接给予行政处罚?这里涉及的重要问题是,对于一个已经构成犯罪的轻微刑事案件,公安机关可否自主决定不将案件移送检察机关(自主决定权),而仅作行政处罚?

笔者对此持肯定回答。我国《刑事诉讼法》第16条规定:“有下列情形之一的,不追究刑事

〔16〕 参见武晓雯:“刑法谦抑性的再探讨”,《人民检察》2022年第15期,第36页。

责任,已经追究的,应当撤销案件,或者不起诉,或者终止审理,或者宣告无罪:(一)情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的;(二)犯罪已过追诉时效期限的;(三)经特赦令免除刑罚的;(四)依照刑法告诉才处理的犯罪,没有告诉或者撤回告诉的;(五)犯罪嫌疑人、被告人死亡的;(六)其他法律规定免于追究刑事责任的。”

首先,“应当撤销案件”与“或者不起诉,或者终止审理,或者宣告无罪”是并列关系,而不是说后者是前者的具体化。亦即,对于不追究刑事责任的情形,存在四种处理方式:撤销案件、不起诉、终止审理、宣告无罪。其中,撤销案件是针对侦查机关、调查机关而言,不起诉是针对检察机关而言,终止审理与宣告无罪主要是针对审判机关而言。所以,其中的“已经追究”并不是仅指已经追究了刑事责任,而是指已经启动了刑事追究程序,因而包括立案初查、侦查活动。公安机关初查或者立案侦查后,发现是轻微犯罪,依照法律规定应免于追究刑事责任,就可以不移送检察机关,并根据《刑法》第37条直接作行政处理。

其次,“免于追究刑事责任”应理解为不需要判处刑罚,而非免于任何法律责任。《刑法》中没有“免于追究刑事责任”的表述,“免于刑事处罚”只见于《刑法》第37条。应当认为,《刑事诉讼法》中的免于追究刑事责任,就是指《刑法》第37条规定的免于刑事处罚。《刑法》有近20条法条规定了“免除处罚”。“免除处罚”显然是指免除刑罚处罚,而不是指免除任何处罚。只能认为,刑法中的“免除处罚”与《刑法》第37条的“免于刑事处罚”是同一含义。《刑事诉讼法》作为程序法,不可能离开刑法规定对“免于追究刑事责任”作特别理解,否则就没有丝毫意义。但《刑事诉讼法》中的相关用语比较混乱。例如,有的表述为“免除刑罚”(第16条、第177条),有的表述为“免除刑事处罚”(第260条),有的表述为“免除处罚”(第173条),有的表述为“不需要判处刑罚”(第290条),有的表述为“免除其刑事责任”(第37条),有的表述为“不需要追究刑事责任”(第112条),有的表述为“不应(当)追究(其)刑事责任”(第171条、第201条、第226条等),如此等等。大体可以肯定的是,上述“不应(当)追究(其)刑事责任”是指行为不构成犯罪,因而不应当追究行为人的刑事责任,以外的其他表述,都是指犯罪情节轻微因而“免于处罚”的情形,而不可能具有别的意义。否则,别的意义就是无源之水、无本之木。

再次,《刑事诉讼法》第16条第6项中的“其他法律”当然是指广义的刑法,包括刑法典与其他规定了罪刑内容的法律。^[17]

最后,由于《刑法》第37条规定的免于刑事处罚,属于《刑事诉讼法》第16条第6项规定的“其他法律规定免于追究刑事责任的”情形,所以,对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的案件,公安机关应当直接依据《刑事诉讼法》第16条撤销案件。所谓撤销案件,显然是指撤销刑事案件,不妨碍对该案件作出行政处罚。

事实上,相关法律规定的悄然变化,已经克服了将一般违法行为与犯罪行为予以对立的观念,承认了对轻微犯罪可以仅作行政处罚。

例如,以往的《治安管理处罚条例》均将违反治安管理的行为与犯罪行为当作一种阶梯式

[17] 例如,《反间谍法》第27条第2款规定:“实施间谍行为,有自首或者立功表现的,可以从轻、减轻或者免除处罚;有重大立功表现的,给予奖励。”

的对立衔接关系。倘若 1—50 是违反治安管理的行为,那么,51—100 就是犯罪行为。例如,1957 年 10 月 22 日通过的《治安管理处罚条例》第 2 条规定:“扰乱公共秩序、妨害公共安全、侵犯公民人身权利、损害公私财产,情节轻微,尚不够刑事处罚,依照本条例应当受到处罚的行为,是违反治安管理行为。”1986 年 9 月 5 日通过的《治安管理处罚条例》第 2 条规定:“扰乱社会秩序,妨害公共安全,侵犯公民人身权利,侵犯公私财产,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,应当给予治安管理处罚的,依照本条例处罚。”这些规定似乎表明,只有对尚不够刑事处罚的,才能给予治安处罚;如果已经够刑事处罚,就不能适用上述规定。上述规定看似是衔接性的规定,其实也是对立性的规定。根据上述规定,对一个违法行为,要么给予治安处罚,要么给予刑事处罚,换言之,对犯罪行为不能给予治安处罚。

但是,2005 年 8 月 28 日通过的《治安管理处罚法》则不再采取对立性的规定。例如,《治安管理处罚法》第 2 条规定:“扰乱公共秩序,妨害公共安全,侵犯人身权利、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给予治安管理处罚。”众所周知,在我国,刑事责任主要有三种实现方式:一是给予刑罚(或刑事)处罚,二是给予非刑罚处罚,三是单纯宣告有罪。^[18]后两种情形虽然也是追究刑事责任,却没有给予刑罚处罚,因为尚不够刑事处罚。显然,对于尚不够刑事处罚的轻微犯罪,应当由公安机关给予治安管理处罚。

再如,《治安管理处罚法》第三章第三节规定的是“侵犯人身权利、财产权利的行为和处罚”。其中第 49 条规定:“盗窃、诈骗、哄抢、抢夺、敲诈勒索或者故意损毁公私财物的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款;情节较重的,处十日以上十五日以下拘留,可以并处一千元以下罚款。”该条规定并没有将“少量”“尚不够刑事处罚”规定为成立要件,从这一角度来看,即使盗窃、诈骗、哄抢、抢夺、敲诈勒索或者故意损毁公私财物的数额较大,仍然可能适用上述第 49 条的规定仅给予治安处罚。又如,非法侵入他人住宅、非法搜查等行为,《刑法》与《治安管理处罚法》规定的适用条件完全相同。这其实意味着对于构成犯罪的微罪行为,也可以仅给予治安处罚。

第四,行政执法机关对于不需要科处刑罚的轻微犯罪案件,可否不移送刑事追诉机关,而直接适用《刑法》第 37 条以及相关行政法律、法规给予行政处罚?

上述问题的本质在于行政执法机关是否享有微罪出罪权,或者说是否有权对轻微犯罪作非罪化处置。关于非罪化处置,学者们通常认为,只有立法机关和司法机关才属有权机关,前者通过修改或废止相关法律规定,将本为犯罪的行为不再规定为犯罪;后者则通过不予刑事立案、撤销案件、不起诉、撤诉等方式,将刑法规定之犯罪出罪化。^[19]学术界要么很少关注行政执法机关的非罪化权能,要么则完全否认其享有非罪化的权力。^[20]

但是,笔者对此持肯定态度。《行政处罚法》既然明确规定行政执法机关具有刑事案件的司

[18] 参见张明楷:《刑事责任论》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 118—134 页。

[19] 参见李蓉:“监察机关非罪化处置权及其限制”,《北方法学》2019 年第 4 期,第 15 页。

[20] 参见黄小龙:“行政执法机关微罪处置权证成与规制”,《政治与法律》2022 年第 5 期,第 137 页。

法移送职责,这种移送职责即包含案件“够罪”与否以及刑罚必要性的裁量权,而这两种裁量权能正是行政执法机关非罪处置权的根据。^[21]实际上,当公安机关将轻微犯罪当作治安案件处理时,此时的公安机关在性质上属于行政执法机关。这表明,行政执法机关可以根据法律规定,对轻微犯罪仅给予行政处罚。既然如此,公安机关以外的其他有权的行政执法机关遇到轻微犯罪案件时,也可以直接依照行政法律、法规的规定给予行政处罚,而不需要移送刑事追诉机关。

经过行政处罚后,即使事后刑事追诉机关认为行为构成犯罪,但只要是情节轻微不需要判处刑罚的,就没有必要再进入刑事诉讼程序。①虽然一般认为行政执法机关并非刑事追诉机关,不能认定某种行为是否构成犯罪,但这种观点并不符合现实。事实上,行政犯一般都是先由行政执法机关认定的,正是因为行政执法机关认为行为构成犯罪,才会移送刑事追诉机关。既然如此,行政执法机关当然也有能力认定自己查处的行政犯是否属于情节轻微不需要判处刑罚的情形。②行为人经行政处罚后,尤其是在没有继续实施不法行为的情形下,表明行为人没有特殊预防的必要性,没有必要再移送刑事追诉机关。③行政机关处罚后,行为人一般认为自己的行为已经经过处理,可以恢复到安定状态继续从事正常的工作。如果行政机关做出行政处罚后,再移送刑事追诉机关适用《刑法》第37条等条文免于刑罚处罚,必然会侵犯行为人的预测可能性,导致行为人时刻处于不安中,与刑法预防犯罪和保障人权的目的相悖。

与上述第一、二种情形相比,第三、四种情形显然更节省司法资源。所以,没有理由仅肯定第一、二种情形而否认第三、四种情形。诚然,在第一、二种情形下,人民法院与检察机关可以在法律文书中明确宣称行为人的行为构成犯罪,只是由于情节轻微而不予刑罚处罚。在第三、四种情形下,公安机关与行政执法机关在作出行政处罚时,不可能在法律文书中宣告行为人的行为构成犯罪,只能引用行政法律、法规的规定对行为人给予行政处罚。但不排除警察与行政执法人员口头向行为人告知,其行为已经涉嫌犯罪,但由于情节轻微而仅作行政处理。《刑法》第37条规定的训诫能够为此提供法律依据,训诫并非只能由刑事追诉机关适用,其也可以由行政机关适用。

(三)对于情节严重应当给予刑罚处罚的犯罪仅作行政处罚的情形

不言而喻,应当克服的“以罚代刑”,仅指应当科处刑罚(尤其是实刑)却仅给予行政处罚的情形,而不是对可以进入刑事诉讼的案件仅给予行政处罚的全部情形。前文已有说明,此处不再赘述。规范性文件有关由行到刑工作机制的规定,都是为了克服这种违法的“以罚代刑”。

就行政犯而言,防止违法的“以罚代刑”是行刑衔接机制的重要任务与目标。由于我国刑法采取单一立法模式,所有犯罪均规定在刑法典中,而没有在行政法、经济法等法律中规定行政犯的构成要件与法定刑,导致行政执法人员不明确哪些违法行为构成犯罪,因而影响了刑事案件移送。^[22]刑事追诉机关因为不熟悉行政犯所违反的前置法,也难以直接立案侦查。

[21] 同上注。

[22] 司法实践中以《刑法》第402条规定的徇私舞弊不移送刑事案件罪论处的案件并不多见,这就表明,行政执法人员没有移送应当移送的刑事案件多非出于徇私动机,而主要是因为不清楚自己查处的违法行为是否构成犯罪。

从长远来看,将来采取多元立法模式,更有利于克服行政犯领域“以罚代刑”的现象。^[23]就当下而言,除了执行已有的行刑衔接相关规定外,还应当采取其他更为有效的措施。例如,中共中央办公厅、国务院办公厅2021年7月6日印发的《关于依法从严打击证券违法活动的意见》提出,“进一步发挥公安部证券犯罪侦查局派驻中国证监会的体制优势,完善线索研判、数据共享、情报导侦、协同办案等方面的行政刑事执法协作机制”。“探索在中国证监会建立派驻检察的工作机制,通过参与案件线索会商研判、开展犯罪预防等,加强最高人民检察院与中国证监会、公安部的协同配合。”在案件多发且危害严重的领域,公安机关、检察机关建立派驻相关行政执法部门的机制,是既可行也有效的方法。派驻机制有利于克服行政执法人员不清楚违法行为是否构成犯罪,刑事追诉机关人员不清楚行为是否违反前置法,因而导致行刑脱节的现象。未来可以在其他金融领域、工商管理领域、食品药品管理领域探索、建立公安机关、检察机关的派驻机制。

综上所述,行为人的行为虽然构成犯罪,但如果情节轻微不需要科处刑罚时,就可以代之以行政处罚。这个意义上的“以罚代刑”,并不在坚决克服之列。换言之,需要坚决克服的“以罚代刑”,是指罪行本应科处刑罚(尤其是实刑),却代之以行政处罚的情形。

三、如何避免“以刑替罚”?

笔者所称的“以刑替罚”,是指刑事追诉机关将一般违法行为当作犯罪处理的现象。“以刑替罚”现象既发生在自然犯领域,也发生在行政犯领域。

目前实践中存在大量原本只属于行政违法乃至并不违法的行为被作为犯罪处理的现象,主要原因在于公安机关将其作为刑事案件予以立案,从而导致被定罪和量刑,甚至出现司法机关按照《刑事诉讼法》作出撤销案件、不起诉或者无罪判决后,最高人民法院赔偿办还是认为案件事实上已经构成犯罪,只是法律上被视为无罪而已,最终仍被犯罪化处理。^[24]如何区分一般违法行为与犯罪行为,从而避免“以刑替罚”,是实体法上的重要问题,本文不可能展开讨论。^[25]笔者只从行刑衔接程序机制的角度探讨如何避免“以刑替罚”,从而实现保障人权的目的。

(一)刑事追诉机关不能轻易先行介入

司法实践中,刑事追诉机关先行介入虽然已基本形成常态,但介入方式并不相同,具体存在两种类型:一种是以观察者、监督者、指导者身份的介入,实施这类介入活动时并不采取刑事诉讼手段。例如,有学者提出:“在建立行政执法和刑事司法相衔接工作机制过程中,为了充分发挥检察机关对案件定性、证据把握的优势,对于行政执法机关查处可能涉嫌犯罪的案件,检

[23] 参见张明楷:“刑法修正案与刑法法典化”,《政法论坛》2021年第4期,第8—14页。

[24] 参见张泽涛:“行政违法行为被犯罪化处理的程序控制”,《中国法学》2018年第5期,第203页。

[25] 实体上的讨论,参见张明楷:“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,第37—56页。

察机关认为有必要时可以主动派员提前介入,以引导行政执法机关围绕案件的定性进行收集、固定和保全证据。”^[26]这种介入方式不存在疑问。

另一种是以办案者、追诉者身份的介入,即行政执法机关查办违法行为的过程中,刑事追诉机关以办理刑事案件、采取刑事诉讼措施的方式介入。一种观点主张,为了做到行刑衔接,公安机关先行介入,在立案侦查收集证据后,认为该案件涉嫌构成犯罪,然后移送公安机关受理,成功追究刑事责任。^[27]但在笔者看来,这只是公安机关先行介入的一种可能性,公安机关的先行介入必然存在另一种可能性:立案侦查收集证据后,仍不能追究刑事责任。所以,这种介入方式未必妥当。其一,由刑事办案机关采取刑事诉讼法规定的侦查手段、强制措施办理行政违法案件,即使最终仅按行政违法处理,其侦查手段与强制措施的运用也必然侵犯行为人的权利,明显不当。其二,更为严重的是,公安机关先行介入收集证据后虽不能追究刑事责任,却可能因为种种原因将其强行作为刑事案件处理。这会导致将行政违法案件拔高为刑事案件的严重后果。《关于衔接工作的意见》第1条第(二)项规定:“行政执法机关在执法检查时,发现违法行为明显涉嫌犯罪的,应当及时向公安机关通报。接到通报后,公安机关应当立即派人进行调查,并依法作出立案或者不予立案的决定。公安机关立案后依法提请行政执法机关作出检验、鉴定、认定等协助的,行政执法机关应当予以协助。”显然,一方面,其中的派人进行调查,只是立案前的调查,而不应采取刑侦手段。另一方面,并不是只要行政执法机关提供或者通报了犯罪线索,公安机关就必须均予立案,而是需要根据事实与法律作出立案与否的决定。

笔者认为,为了避免“以刑替罚”现象,刑事追诉机关不能轻易以办案者、追诉者身份先行介入行政违法案件的调查与处理过程,切实防止刑事追诉机关利用刑事诉讼手段拔高行政违法案件。

(二)摒弃刑事绝对优先的观念与做法

毋庸置疑,在行为明显构成犯罪(尤其是自然犯)的场合,可以采取所谓刑事优先原则。这是因为,如果行为构成犯罪,给予刑罚处罚,一般就不需要再给予行政处罚。而且,我国《刑事诉讼法》规定了刑事附带民事诉讼制度,在刑事诉讼中可以解决民事赔偿的相关问题。但笔者认为,应当摒弃刑事绝对优先的观念与做法。

刑事优先还是行政优先,除了观念外,包括实体、程序两个方面的内容,但许多学者没有明确区分二者。例如,有学者指出:“所谓‘刑事优先’原则,是指针对同一不法行为,需要同时予以行政处罚与刑事处罚时,应当优先追究其刑事责任。因此,行政执法机关在处理行政违法案件时,发现相关行为已涉嫌构成违法犯罪时,应当及时将案件移送司法机关立案追究。”^[28]但

[26] 周佑勇、刘艳红:“行政执法与刑事司法相衔接的程序机制研究”,《东南大学学报(哲学社会科学版)》2008年第1期,第52页。

[27] 参见刘金才、冯涛、李钦:“对经营依法应当检疫而未经检疫乳鸽产品案的思考”,《中国动物检疫》2018年第12期,第46页;参见肖颖等,见前注[10],第64页。

[28] 练育强:“行刑衔接中的行政执法边界研究”,《中国法学》2016年第2期,第247页。

是,在需要同时给予行政处罚与刑事处罚时,哪个处罚优先是实体问题,案件移送则是程序问题,二者并不等同。笔者认为,应当区分实体、程序以及执法观念,分别展开讨论。

就实体方面而言,行政执法机关能否先给予行政处罚,然后再移送刑事追诉机关?对此的回答是肯定的。

有学者指出:“在对行政犯罪实行双重处罚的时候,应当遵守刑事优先原则。所谓刑事优先,是指对行政犯罪需要同时予以刑罚处罚与行政处罚时,应当优先追究其刑事责任。”〔29〕但这样的主张可能不符合司法实际,实践中行政处罚优先的情形并不少见。例如,《移送犯罪案件的规定》第11条规定:“行政执法机关向公安机关移送涉嫌犯罪案件前已经作出的警告,责令停产停业,暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照的行政处罚决定,不停止执行。”

行政处罚之所以可以优先,是基于以下原因:①行政执法机关已经查明行为人的行为违反行政法律、法规,应当处以行政处罚。此时,行政执法机关没有理由不给予行政处罚。②即使就同一不法行为将案件移送刑事追诉机关,但如果刑事追诉机关认为不构成犯罪,依然只能给予行政处罚。在这种情形下,如果先前已经处以过行政处罚,就不需要进行由刑到行的移送,只需撤销刑事案件即可。③在行政执法机关处以行政处罚后,就同一不法行为将案件移送刑事追诉机关,刑事追诉机关给予行为人刑罚处罚的,完全可以将先前的拘留、罚款分别折抵自由刑与财产刑,不会造成双重处罚。④就同一不法行为而言,刑事处罚并非均能包含行政处罚的内容。亦即,在刑事处罚外仍然需要处以其他行政处罚。例如,倘若根据行政法等法律的规定,应当吊销行为人的许可证。但这是刑事处罚不能包含的内容,而且完全可以先由行政机关做出处理决定。⑤有些案件应否移送刑事追诉机关,需要根据行政处罚的执行情况决定。例如,税务机关查处逃税案件时,应当先按照税法处理。行为人在税务机关下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,就不应当移送刑事追诉机关;只有不接受行政处罚的,才应移送刑事追诉机关。

不难看出,行政处罚优先,不仅可以避免双重处罚,而且可以实现行政处罚与刑罚处罚的合理衔接,不仅没有增加程序上的负担,相反减少了程序环节,节约司法资源。

就程序方面而言,能否认为刑事程序绝对优先于行政程序?对此的回答是否定的。

“程序上刑事优先原则指对于涉嫌行政犯罪、依法追究法律责任的案件,刑事诉讼程序优先于行政处罚程序适用。”〔30〕对于刑事程序优先原则,理论上存在三种不同观点。

第一种观点可谓绝对的刑事程序优先原则。例如,有学者指出:“在适用程序上衔接行政处罚与刑事处罚的关系,首先必须遵循刑事优先原则。”理由是,“第一,行政犯罪与行政违法行为相比,社会危害性更严重,应优先审查;第二,刑罚处罚与行政处罚相比,制裁程度更为严厉,应优先施行;第三,行政机关先对行为人作出行政处罚,并不是司法机关审理行政犯罪案件的

〔29〕 陈兴良:“论行政处罚与刑罚处罚的关系”,《中国法学》1992年第4期,第32页。

〔30〕 杨永华主编:《行政执法和刑事司法衔接的理论与实践》,中国检察出版社2013年版,第75页。

必经程序”。〔31〕

第二种观点承认刑事程序优先原则的例外。例如,有学者提出:最佳方法是明确刑事优先例外情形,根据需要对刑事优先原则进行适当的限制。具体而言,下列几种情形可以不实行刑事处罚优先而采取行政处罚优先:①行政处罚决定已经生效并已经执行的;②行政处罚必须先行的;③行政处罚是刑事处罚的前提性条件的;④行政优先成本最低、效率最高的。〔32〕最高人民法院行政审判庭也认为,在程序上,有关人身权和财产权的刑事处罚优于行政处罚。如果违法行为已经构成犯罪,就必须依法向公安机关移送;在司法机关对该行为作出终局处理之前,行政机关如在向公安机关移送之前未作出有关人身权和财产权的行政处罚,则不再针对同一违法行为作出该类行政处罚。〔33〕

第三种观点主张行政程序优先原则。由于刑事司法程序启动的正当性奠基于行政秩序的恢复和保障,刑事司法程序的运行以行政违法本质的认定为前提,刑事证据规则的审查以行政专业知识的运用为保障,应当采取行政优先的刑行衔接程序机制。但囿于行政犯罪的多样性和特定情境下的社会公共政策要求,行政优先只是行政犯罪法律程序所应秉持的一般原则,而不能予以绝对化。〔34〕

此外,还有学者承认有限的刑事优先原则,同时主张,“立足于效率与公正以及客观的法秩序的维护,我们应放弃‘刑事优先’原则,代之以‘同步协调’原则,即无论是行政执法机关,还是刑事司法机关,一旦发现同一违法、犯罪行为的线索,就先立案、先调查、先处罚,行政执法机关针对涉嫌犯罪行为采取移送而不停止调查及处罚,刑事司法机关针对需要及时采取能力(资格)罚的犯罪行为则商请行政执法机关及时作出处罚决定”。〔35〕

在笔者看来,即使从处理程序上来说,也应当摒弃刑事绝对优先的做法,而且就行政犯的查处而言,一般应当采取行政程序优先的原则。

其一,从宏观上说,绝对的刑事优先容易造成“以刑替罚”,导致将一般违法行为当作犯罪行为处理。这是因为,就我国当下的司法实践来看,案件一旦进入刑事诉讼程序,就很难甚至基本上不可能再转为行政案件。这主要是因为各种考核指标的设计,都是促进刑事程序向前推进,而非促使刑事程序的中止。我国刑事司法无罪率极低的事实,也印证了这一点。

其二,实践中,大部分行政犯都是行政程序先行查处的,刑事程序优先并不符合客观实际。当然,主张刑事程序优先的观点可能认为,只要行政执法机关发现行为构成犯罪,就必须立即

〔31〕 周佑勇、刘艳红:“论行政处罚与刑罚处罚的适用衔接”,《法律科学》1997年第2期,第90页、第98页。

〔32〕 参见蒋兰香:“论行刑衔接刑事优先原则及其在环保领域的适用与例外”,《时代法学》2020年第4期,第8—9页。

〔33〕 参见最高人民法院行政审判厅编:《中国行政审判指导案例》(第1卷),中国法制出版社2010年版,第70—71页。

〔34〕 参见田宏杰:“行政优于刑事:行刑衔接的机制构建”,《人民司法(应用)》2010年第1期,第86—89页。

〔35〕 练育强,见前注〔28〕,第256页。

移送刑事追诉机关,在此意义上,刑事程序优先。可是,即使如此,也不可能是刑事程序优先,而是行政程序已经在先。在《刑事诉讼法》第54条第2款已经承认了行政执法机关在行政执法和查办案件过程中收集的证据效力的前提下,行政执法机关完全可以在查明案件事实后,再移送刑事追诉机关。

其三,行政犯涉及诸多专业技术问题,行政执法机关通常比刑事追诉机关对这些问题更为熟悉。“‘刑事在先’容易影响行政执法机关的专业性调查取证。”^[36]所以,行政程序优先反而容易查清案件事实。如果采取刑事优先原则,遇到专业技术问题时,刑事追诉机关还是要请行政执法机关解决。与其如此,不如先由行政执法机关进行查处。例如,《刑法》第338条规定的污染环境罪的构成要件是,“违反国家规定,排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质,严重污染环境的”行为。不言而喻,相比刑事追诉机关,环境保护行政机关对上述废物、有毒物质的认定,以及对环境是否被严重污染的判断具有明显优势。如果涉嫌污染环境罪的案件先由公安机关立案侦查,那么,公安机关仍然需要请环境保护行政机关对涉案物质的性质、环境是否被严重污染,以及排污行为与环境污染之间是否有因果关系等进行专业判断。如果得出否定结论,则形成了不应当刑事立案却立案的局面。反之,如果由环境监管机关优先进行行政执法程序,在行为构成犯罪且需要给予刑罚处罚的情形下,再移送刑事追诉机关,则不产生任何困难,同时节省司法资源。

其四,行政程序优先,并不会妨碍追究行为人的刑事责任。如上所述,就行政犯而言,行政程序优先,不仅有利于案件事实的查明与判断,而且其证据可以直接被刑事追诉机关采用,故并不会妨碍对行为人刑事责任的追究。

在执法司法观念上,刑事优先是否意味着优先追究刑事责任?对此的回答也是否定的。

在我国,追究刑事责任的方式主要是给予刑罚处罚,但众所周知,“刑罚如两刃之剑,用之不得其当,则国家与个人两受其害”。^[37]正因为如此,刑法谦抑性成为公认的现代刑法基本原则。亦即,“必须慎重考虑刑罚的必要性界限”;^[38]“刑罚该是国家为达其保护法益与维护法秩序的任务时的‘最后手段’(Ultima ratio)。能够不使用刑罚,而以其他手段亦能达到维护社会共同生活秩序及保护社会与个人法益之目的时,则务必放弃刑罚手段”。^[39]优先追究刑事责任,并不符合刑法谦抑性原则。

国外实践证明,在刑事立法上扩大处罚范围,在刑事司法上限制处罚范围以及限制处罚程度的做法,有利于预防犯罪和保障人权。

2009年,德国警察移送到检察院的案件中(这些案件都有被认定的犯罪嫌疑人),只有10%的案件实际上接受了法院审判。470万件案件中,检察院作出起诉的占11%,申请处罚令

[36] 张泽涛:“构建认定行政违法前置的行政犯追诉启动模式”,《中国法学》2021年第5期,第126页。

[37] Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 1884, S. 375.

[38] 平野龙一『刑法総論 I』(有斐阁,1972年)23—24頁参照。

[39] 林山田,见前注[37],第128页。

的占12%，^[40]因缺乏充足证据而不起诉的占28%，因政策理由不起诉的占26%，进行其他处置的占23%。^[41]2013年，检察官只将其受理的10%的案件提起正式指控并进行审理，“有些案件继续由行政部门处理”；在2013年审理的案件中，“约1%的被告人只被判处警告，82%被判处有期徒刑，17%被判处监禁刑。但是，70%的监禁刑以缓刑方式进行，所有只有5%的被告人进了监狱”。尽管如此，在德国，“刑事立案数持续走低”。^[42]

《日本刑事诉讼法》第246条以及《犯罪侦查规范》第195—197条规定了“微罪处分”制度，微罪处分包括对嫌疑人加以严厉的训诫，告诫其将来不要犯罪，鼓励、劝导嫌疑人赔偿损失、向被害人谢罪或道歉，要求嫌疑人的亲权者、雇主等对嫌疑人给予必要的监督、指导。这种微罪处分虽然有一定危险，但“具有特效”。^[43]这种微罪处分，实际是检察官根据《日本刑事诉讼法》第246条但书的规定，将其享有的起诉犹豫权委任给司法警察行使。^[44]警察轻微犯罪处分率非常高。例如，2007年，成年人普通刑事案件给予微罪处分占38.2%，其中，盗窃罪中41.4%、侵占脱离占有物罪中68.5%被司法警察给予微罪处分。^[45]2015年，成年人普通刑事案件给予微罪处分占29.8%，其中，盗窃罪约占37.3%、侵占脱离占有物罪约占49.1%被司法警察给予微罪处分。^[46]“根据2010年的统计，除驾驶机动车过失致死伤以外的刑法犯的被查获人员中，被处以微罪处分的上升到整体的32.6%。如果从犯罪种类来看，盗窃罪为35.8%，诈骗罪为23.5%，遗失物侵占罪为50.4%，赃物犯罪为41.3%，普通赌博为7.3%，暴行为52.5%。近年来，从整体上看，微罪处分的比例呈现上升趋势，其中尤以暴行最为明显。”“微罪处分的第一个机能在于，通过在较早的程序阶段上使不值得处罚的轻微案件从程序中脱离，防止将对象人贴上犯罪人标签，同时还可以提高处理案件的效率……微罪处分不仅属于单纯地终结程序，而且具有狭义的犯罪人处遇的一面。”^[47]“实行微罪处分不单是从诉讼经济或减轻司法负担考虑，也具有让犯罪者回归社会这种刑事政策的意义。此外，从恢复受害的角度，微罪处分的标准也考虑到了被害人的利益。如果案件能够通过社会来解决，那么就应当对犯罪作非刑罚处理。”^[48]此外，被检举的少年犯中，^[49]约有一半送致家庭裁判所，原则上不受

[40] 在德国，由检察官起草一份裁判文书（通常是罚金或者1年以上自由刑的缓刑）送交法官，如果法官签署了该处罚令，该处罚令便具有与刑事判决书一样的效力。法官基本都会批准检察官起草的处罚令（参见《德国刑事诉讼法》第407条至第412条）。

[41] 其他处置包括移送行政部门处理，与另一案件并案处理，以及让被害人选择刑事自诉。

[42] （德）托马斯·魏根特：《德国刑事程序法原理》，江溯等译，中国法制出版社2021年版，第196页、第328页、第332页、第319页。

[43] （日）松尾浩也：《日本刑事诉讼法》，丁相顺译，中国人民大学出版社2005年版，第90页。

[44] 松本时夫、土本武司编《条解刑事訴訟法〔增補補正第2版〕》（弘文堂，1992年）403頁參照。

[45] （日）田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社2010年版，第119页。

[46] （日）田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，法律出版社2019年版，第189页。

[47] （日）川出裕敏、金光旭：《刑事政策》，钱叶六等译，中国政法大学出版社2016年版，第107页。

[48] （日）田口守一，见前注[46]，第189页。

[49] 根据《日本少年法》第2条的规定，少年犯是指不满20岁的犯罪人。

刑罚处罚,只是接受保护处分。^[50]即便是移送到检察机关的案件,最终被起诉的也并不多。例如,2019年,移送至检察机关的案件中,起诉率占49.3%,起诉犹豫率占45.4%。起诉到裁判所的案件中,79.8%的仅处罚金或者科料;^[51]自由刑中,有期徒刑的全部缓刑率为60.9%,有期徒刑的全部缓刑率为98.2%。尽管如此,日本的犯罪率也一直持续走低,社会治安良好。^[52]

总之,刑罚虽然以预防犯罪为目的,并不意味着在任何情形下只要科处和执行刑罚就能实现预防犯罪的目的。德国社会学家海因里希·波皮兹(Heinrich Popitz)就曾指出,刑罚一旦超过一定限度、质量,就不再具有维持犯罪所侵犯的集体感情的“有用功能”,超过这个限度,既不利于促进民众团结,也无助于公民自觉遵守规范。^[53]我们应当正视刑罚的局限性和副作用,在许多情形下刑罚甚至会增加犯罪而非预防犯罪。既然如此,就不能秉持刑事绝对优先的观念。

(三) 遵循由行到刑的移送标准

为了避免“以刑替罚”,相关机关必须遵循由行到刑的移送标准。

首先,要遵循刑法的实体标准。由于我国刑法分则对犯罪都有量的限制,所以,如果行政执法机关发现行为人的违法行为没有达到刑法分则规定的量的标准,就不能将案件移送给刑事追诉机关。

一种观点认为,“行政执法机关所移送的案件毕竟只是刑事侦查机关进行立案的材料来源之一,是否达到立案的标准,是侦查机关的职责所在;而且行政执法机关检查权的力度也无法与刑事侦查权相比拟,要求行政执法机关证明案件达到刑事立案标准也是相当困难的。这样做的必然结果是以行政执法机关代行侦查机关的职责,违背了权力运行的正常规律,同时也会导致大量应当移送的案件不能进入到刑事诉讼程序。因此,行政执法机关案件移送的标准应当适当低于侦查机关的立案标准,可以不要求行政执法机关对需要追究刑事责任的违法事实查证属实,只需有证据证明违法事实涉嫌构成犯罪即可”。^[54]

但在笔者看来,这一观点所强调的克服“以罚代刑”,可能忽视了降低移送标准会导致“以刑替罚”的消极后果。如果行政执法机关案件移送的标准低于侦查机关的立案标准,就必然出现两种结果:一是侦查机关继续侦查,案件达到立案标准;二是侦查机关继续侦查,但仍然不能达到立案标准。可是,①即使在前一种情形下,也可能只是刚达到立案标准,即便成立犯罪,也是情节轻微,不需要判处刑罚。②在后一种情形下,明显使不构成犯罪的人被卷入刑事诉讼程序。只有将侦查机关的立案标准作为行政执法机关案件移送的标准,才能避免上述现象。

[50] 池田修、前田雅英《刑事訴訟法講義》(東京大学出版会,2006年)45頁参照。

[51] 日本单处罚金刑的比例一直很高,其中从1980年到1985年的五年间,处罚金刑超过了95%;上世纪九十年代的大多数年份也都超过了90%,藤本哲也《刑事政策概論》(青林書院,2006年)159頁参照。

[52] 参见日本国法务省:《令和2年版犯罪白书》,http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/67/nfm/mokuji.html,最后访问日期:2023年3月31日访问。

[53] Vgl. Heinrich Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968, S. 18 f.

[54] 周佑勇等,见前注[26],第49页。

③即使采取这一标准可能导致部分应当移送的案件并未进入刑事诉讼程序,但相比使不构成犯罪的行为人进入刑事诉讼程序而言,这一标准也更为合理。否则,不可避免会出现“以刑替罚”的情形。

一般而言,只要行为人的行为“涉嫌犯罪,依法需要追究刑事责任”,就应当移送刑事追诉机关。但笔者认为,“涉嫌犯罪”是指行为符合刑事侦查的立案标准,不仅如此,“依法需要追究刑事责任”宜理解为依法需要判处刑罚。换言之,如果不需要判处刑罚,则可以不移送刑事追诉机关,直接给予行政处罚即可。

其次,要基本遵循刑事诉讼法的证明标准。虽然不要求证据达到确实、充分,排除合理怀疑的刑事证明标准,但也应当有证据证明行为人的行为已经基本达到刑事证明标准,如果存在明显的合理怀疑,行政执法机关不宜将案件移送刑事追诉机关。否则,不仅增加刑事追诉机关的负担,而且存在“以刑替罚”的巨大风险。有些规范性文件的规定已经倾向于采取上述证明要求。例如,农业部和公安部2007年5月30日发布的《关于在农资打假中做好涉嫌犯罪案件移送工作的意见》就专门规定了农业部门与司法机关的案件会商制度:“农业行政主管部门与公安机关应加强案件进展会商协调。对重大复杂的案件,要召集农资打假各成员单位一起参加讨论,并成立专案组,共同开展调查。在调查取证和案件定性方面,必要时可征求法院、检察机关的意见,避免因证据不足或定性不准而导致应移送的案件无法移送。”

(四)加强对刑事立案的监督

刑事立案不同于民事立案。民事立案不会侵犯任何人的权利,而一旦被刑事立案,嫌疑人的诸多权利就会受到侵犯。所以,刑事立案的功能“就像过滤器一样,从刑事诉讼一开始,就把罪与非罪、应否追究刑事责任区别开来”。^[55]

“之所以实践中大量的行政违法行为被犯罪化处理,其源头无疑是公安机关将行政治安类的案件作为刑事案件予以立案……司法实践中,一旦公安机关将行政违法行为作为刑事案件予以立案,行政违法人员绝大多数情况下被犯罪化了。”^[56]所以,只有从源头上避免公安机关将行政治安案件作为刑事案件予以立案,才能避免“以刑替罚”。而要做到这一点,除了公安机关自身的作为外,还需要加强对刑事立案的监督。

《刑事诉讼法》第113条规定:“人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的,或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查,向人民检察院提出的,人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的,应当通知公安机关立案,公安机关接到通知后应当立案。”这只是规定了一个方面的内容,即只是规定了由行到刑的监督,但没有规定相反方向的监督。正因为如此,有学者建议在本条增加规定:“人民检察院认为公安机关不应当立案的,应当通知公安机关,公安机关应当书面说明立案理由,检察机关认为立案理由不成立,应当通知公安机关撤销案件,公安机关必须撤销案件。对于检察机关的撤销案件决定有不同意见的,公安机关可以提出复议、复核,

[55] 刘根菊:《刑事立案论》,中国政法大学出版社1994年版,第2页。

[56] 张泽涛,见前注[24],第202—203页。

复议、复核期间不影响检察机关撤销案件决定的效力。”〔57〕

其实,即使现行《刑事诉讼法》没有增加上述规定,检察机关认为公安机关不应当立案的,也应当行使监督权,通知公安机关撤销案件。《宪法》第134条规定:“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”2018年《宪法》的修改以及《监察法》的实施,并未影响检察院的侦查监督权、审判监督权、监所监督权、执行监督权、民事调解监督权等监督权。〔58〕刑事立案监督,则是侦查监督的重要内容。所以,检察机关对违法立案的监督权具有宪法依据。最高人民检察院、公安部2010年7月26日发布的《关于刑事立案监督有关问题的规定(试行)》第1条即明确规定:“刑事立案监督的任务是确保依法立案,防止和纠正有案不立和违法立案,依法、及时打击犯罪,保护公民的合法权利,保障国家法律的统一正确实施,维护社会和谐稳定。”《刑事诉讼法》之所以没有针对违法立案(不应当立案而立案)的监督做出直接规定,是因为检察机关的重要职责包括对刑事案件进行审查,批准或者决定是否逮捕犯罪嫌疑人,以及决定是否提起公诉。即使公安机关违法立案,只要检察机关不批准逮捕、决定不起诉,即是在行使立案监督权。事实上,检察机关一直在对违法立案进行监督,相关规范性文件也肯定了这一点。〔59〕此外,中共中央于2021年6月15日发布的《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》中也强调:“强化刑事立案、侦查活动和审判活动监督。及时发现和纠正应当立案而不立案、不应当立案而立案、长期‘挂案’等违法情形,坚决防止和纠正以刑事手段插手民事纠纷、经济纠纷。”

由上可见,检察机关对违法立案的监督,既有《宪法》的直接依据,也有《刑事诉讼法》的间接依据,检察机关应当依法行使立案监督权。其一,凡是公安机关治安部门将行政执法案件转换为刑事案件的,应该报公安机关法制部门审查批准;公安机关法制部门审查批准作为刑事案件予以立案的,应当将立案通知书以及案卷材料复印送交检察机关,检察机关应当核实公安机关是否存在违规立案,并对公安机关的侦查活动进行事前、事中、事后的全程监督。其二,公安机关立案的涉及民事、经济领域的刑事案件,从立案之时就必须将立案通知书、证据事实以及法律理由报送检察机关,检察机关应该审查立案材料,以决定是否行使立案监督权。〔60〕

〔57〕 张泽涛,见前注〔24〕,第211页。

〔58〕 参见田夫:“检察院性质新解”,《法制与社会发展》2018年第6期,第92页。

〔59〕 例如,《关于刑事立案监督有关问题的规定(试行)》第6条第2款规定:“人民检察院经审查,有证据证明公安机关可能存在违法动用刑事手段插手民事、经济纠纷,或者办案人员利用立案实施报复陷害、敲诈勒索以及谋取其他非法利益等违法立案情形,且已采取刑事拘留等强制措施或者搜查、扣押、冻结等强制性侦查措施,尚未提请批准逮捕或者移送审查起诉的,经检察长批准,应当要求公安机关书面说明立案理由。”又如,《人民检察院刑事诉讼规则》第559条第2款规定:“对于有证据证明公安机关可能存在违法动用刑事手段插手民事、经济纠纷,或者利用立案实施报复陷害、敲诈勒索以及谋取其他非法利益等违法立案情形,尚未提请批准逮捕或者移送起诉的,人民检察院应当要求公安机关书面说明立案理由。”

〔60〕 参见张泽涛,见前注〔24〕,第211—212页。

四、结 语

总之,行刑衔接是程序性工作机制。一方面,由行到刑是为了克服违法的“以罚代刑”。但是,即使行为构成犯罪,也可能仅给予行政处罚。另一方面,由刑到行则是为了防止“以刑替罚”。但克服“以罚代刑”与避免“以刑替罚”都只不过是中间性目的,而不是最终目的。刑法的机能在于保护法益与保障人权,克服“以罚代刑”与避免“以刑替罚”,都是为了预防犯罪和保障人权。在司法实践中,行刑衔接的各项工作机制,必须以预防犯罪和保障人权为目的,既不能为衔接而衔接,也不能为处罚而处罚。

Abstract: The connection between administrative procedure and criminal procedure includes the connections from administrative procedure to criminal procedure, from criminal procedure to administrative procedure, and the supervision of various connections, etc. The connection from administrative procedure to criminal procedure aims to overcome the problem of substituting administrative penalties for criminal punishment. Substituting administrative penalties for criminal punishment does not refer to all circumstances that constitute crimes but are only given administrative penalties instead of criminal punishment, but only refers to those circumstances that are so serious as to meet the standards of the criminal punishment but only the administrative penalties are given. For those cases that do not reach the standard of crimes and where the circumstances are minor which do not need to impose criminal punishment, using the administrative penalties in replacement of criminal punishment should be allowed. Moreover, both the public security organs and the administrative agencies may directly apply Article 37 of the Criminal Law to impose administrative penalties. The connection from criminal procedure to administrative procedure aims to overcome the problem of substituting criminal punishment for administrative penalties. Regarding the connection between administrative procedure and criminal procedure, criminal prosecution agencies should not intervene in all cases before administrative agencies, and we should abandon the idea of the absolute priority of the criminal procedure. The administrative agencies should follow the transfer standards from administrative procedure to criminal procedure, and the prosecutors should enhance the supervision of docketing of criminal cases.

Key Words: Connection between Administrative Procedure and Criminal Procedure; Substituting Administrative Penalties for Criminal Punishment; Substituting Criminal Punishment for Administrative Penalties; Absolute Priority of the Criminal Law; Transfer Standards

(责任编辑:车 浩)