

“行刑衔接”视域下行政违法与 刑事犯罪的界分

张斯涵

北京师范大学法学院, 北京

收稿日期: 2024年6月20日; 录用日期: 2024年7月15日; 发布日期: 2024年7月23日

摘要

我国行刑衔接机制的建设至今已有二十余年, 但审视现状, “以刑代罚”、“有案不移”等问题却仍普遍存在。行政执法与刑事司法间的移送标准不清、界限不明, 根本原因是没有理清行政违法与刑事犯罪的边界, 实现二者的合理界分。以罪刑法定原则为指引, 运用实质解释方法, 综合考虑应罚性、需罚性, 以“定罪-量刑-定罪”的循环审查体制反制不当定罪, 以此保持刑法谦抑性, 避免刑罚处罚僭越与前置至行政法领域, 健全行刑衔接机制。

关键词

行政违法, 刑事犯罪, 行刑衔接

The Distinction between Administrative Offenses and Criminal Offenses from the Perspective of “Execution Linkage”

Sihan Zhang

School of Law, Beijing Normal University, Beijing

Received: Jun. 20th, 2024; accepted: Jul. 15th, 2024; published: Jul. 23rd, 2024

Abstract

China has been building the construction of the cohesion mechanism of execution for more than 20 years, but looking at the current situation, the problems of “penalties instead of punishment” and “no transfer of cases” are still prevalent. Administrative law enforcement and criminal justice

transfer standards are unclear, the boundaries are unclear. The fundamental reason is not to clarify the boundary between administrative violations and criminal offenses, to achieve a reasonable division between the two. With the principle of statutory crime and punishment as a guideline, we apply the method of substantive interpretation, take into account the punishability and the need for punishment, and counteract improper convictions with the circular review system of "conviction-sentencing-conviction", so as to maintain the modesty of criminal law, avoid the arrogation of penal punishment to the field of administrative law, and improve the construction of the cohesion mechanism of execution.

Keywords

Administrative Violations, Criminal Offences, Connection between Administrative Law Enforcement and Criminal Justice

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

自上世纪 90 年代始, 行政执法与刑事司法衔接(以下简称行刑衔接)问题就一直受到实务界与学界的高度关注。1992 年陈兴良教授提出正确界定行政处罚与刑罚处罚间的关系, 行刑衔接问题由此浮出水面; 2001 年 4 月, 《关于整顿和规范市场经济秩序的决定》出台, 行刑衔接机制被正式提出; 十八大以来, 建设和完善行刑衔接机制被纳入全面推进依法治国的目标体系; 2014 年, 十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》, 明确指出要“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、以刑代罚现象, 实现行政处罚和刑事处罚无缝对接。”2021 年 10 月 11 日, 最高人民检察院举行以“深入贯彻中共中央《意见》, 推动健全行刑衔接机制”为主题的新闻发布会, 发布人民检察院行刑衔接工作典型案例。一方面, 二十余年间, 一系列规范性文件的出台和众多司法案例的实践既显示出国家层面对构建行刑衔接制度的高度重视, 又表明完善行刑衔接的相关制度及其运行的重要意义——这不仅是执法、司法实践层面的现实需求, 更是推进依法治国、建设法治政府的重要内容[1]。另一方面, 学界与实务界对此所作的大量理论研究与实证分析, 也恰从侧面反映出行刑衔接机制实际运行中长期存在的诸如立法过于粗疏、主体机关责权不明、程序衔接可操作不强等突出问题, 对于我国行刑衔接制度相关理论问题的研究仍有待深入[2]。

2. 行政违法与刑事犯罪界分模糊的现实

2.1. “行刑衔接”过程中的客观双重矛盾

1) 行政违法案件复杂化导致的直接移送

我国的部门行政执法涉及到如食品、环境、医疗、税收等多领域多门, 现行法律体系下, 共有行政法规 756 件, 地方性法规 12,000 多件。涉及领域多样、法律法规数量多等特点直接造成了我国行政违法案件执法的复杂环境。同时, 我国刑法中对于部分犯罪的罪状描述涉及众多的情节性规定, 诸如金额、违法事实的情节、违法事实造成的后果等移送标准并不明确, 在怎样的条件下才达到明显构罪在实践中往往难以把握。以 2021 年 10 月 11 日, 最高人民检察院发布的人民检察院行刑衔接工作典型案例中的“北

京刘某某非法采矿案”为例。在该案中，被告人刘某某在未取得许可证，业务专业施工资质的情况下，在北京市密云区石城镇某河道内盗采砂石[3]。对于案涉砂石的价格具体应当怎样认证，应采取那一份价格认定意见等问题，审判人员进行了长期的争论。查清相关事实，多次经依法退回补充侦查，且创立了联合办案机制，才最终认定涉案砂石料价格为 1279734.6 元。在现实实践中，由于获取一份权威的价格认定报告往往需要多部门协同，在联合办案中存在部门衔接上的重重困难。而一旦金额等事实认定不清，行政处罚与刑罚处罚间的可操作空间就会过大。面对案件事实复杂、移送标准难以明确的复杂现实，部分行政执法人员往往会选择直接移送至司法机关，开启刑事司法程序。

2) 刑事无罪判决率低引发的不移送

与案件复杂化导致直接移送并存的，是刑事无罪判决率低等原因诱发的不移送现象。2022 年《最高人民法院工作报告》指出，2021 年各级法院判处犯罪 171.5 万人，依法宣告 511 名公诉案件被告人和 383 名自诉案件被告人无罪。2021 年无罪判决率仅为 0.03%。而 2020 年为 0.068%，2019 年为 0.083%。刑事案件无罪判决率低的现实已经长期存在，且近三年呈不断下降的趋势。这反映出，在我国司法运行过程中，一旦刑事案件的程序启动，往往欠缺一个有效的退出机制，在刑事优先主义的指引下，极大程度会沿着程序一直行进到有罪判决的终点。刑法是最低限度的保障法，考虑到由此引发的刑罚处罚极大可能对当事人最基本的生命权和自由权带来直接而深刻的影响，在案件移送过程中，也会使得部分行政执法人员避免移送司法机关、启动刑事司法立案。

对于某些严重违法行为可能仅处以罚款、没收等行政处罚，而对于某些未达到刑事犯罪标准的行为，却错误地“以刑代罚”，造成处罚与行为间的不相适应与不相协调，引发实践中处罚的混乱。正是“由行至刑”衔接过程中客观存在的“直接移送”与“不移送”并存的双重矛盾加重了行刑界分的模糊化困境。

2.2. 行政违法与刑事犯罪判断标准模糊、混同

片面强调刑事优先主义，使得刑事责任标准被不当地引入前置行政法领域内，和原有的行政违法标准出现了混同。这样的双重标准继而引发了行刑衔接过程中的第二重矛盾——重视利用刑法条文、司法解释的同时，却忽视了刑事违法独立性的判断，甚至以行政违法标准替代刑事责任标准，使刑事犯罪依附于行政违法。

从刑法的构成要件层面来说，刑事违法性不得单纯依附于行政违法性，是不是刑事犯罪、达不达到刑事违法的程度，必须要符合刑法的现有规定。没有进行违法性层面的独立性判断，即以行政规范、行政责任的认定，直接进行刑事优先，这严重混淆了行政违法与刑事违法的标准界限。司法实践中，因行政违法与刑事犯罪标准模糊、混同而引发争议的案例屡见不鲜：首先，某些国民普遍认为只是属于行政违法乃至并不违法的行为，却被司法机关认定为刑事犯罪，如天津大妈持有枪支案、杨凤申古火烟花案等，这就导致行刑界分模糊的现实与刑罚的公众认知出现严重的脱节与不一致[4]。其次，某些明显不构成犯罪的案件，虽然最终被宣告无罪，但先前却进入了刑事诉讼程序，历经了二审以至于再审的程序后，才作出无罪判决或仅由行政法律、法规处置。如陆勇销售假药案、河南蕙兰案等。最后，是对相应行为违法程度的认定标准不清。以袭警行为为例，立足于当前司法实践，学界已存在“袭警罪会成为危险驾驶罪之后第二大普遍适用的罪名”的担忧，有口袋罪和违反刑法谦抑性之嫌疑[5]。

总之，借助典型案例加深的模糊化情形不仅使社会公众缺乏认同，且使大众生活在一种极不安宁的状态，在日常行为都可能直接落入犯罪规制领域的情形下，违法行为的可预测性也就大大降低。这使法安定性受到破坏，也进入了行政违法与刑事犯罪界分模糊的恶性循环。不论是司法层面的衔接过程矛盾，还是典型案例凸显的行刑界分标准的模糊、混同，都客观导致并加重了行政违法与刑事犯罪界分模糊的

现实,使刑法扩张、不当侵略至前置的行政法领域,这不仅无益于法秩序的统一,更加剧了“行刑衔接”机制构建的难度。

3. “行刑衔接”视域下行政处罚与刑事犯罪界分路径探析

当前,学界已有的对于行刑衔接问题的探讨,多集中于整体制度的构建:或对“行刑衔接”机制进行理论与实践层面的剖析[6],或就该机制中具体的程序问题进行研究[7],或从行政执法与刑事司法衔接原理入手,以期为机制构建提供理论支撑[8]。但诚如上文所述,“行刑衔接”机制的亟待健全,根本原因在于行政违法与刑事犯罪本身界分的模糊,根本的解决方法也在于为两法的合理界分寻找可以普遍遵循与适用的方法。在实践层面,行政性法律法规的数量众多,行政违法行为亦无法穷尽,但是否要纳入犯罪的领域,认定为犯罪,还需行刑界分的逐层排查。

3.1. 核心法益保护意义下犯罪成立要件的实质性考量

1) 客观上是否侵犯了核心法益

只从法益的抽象化角度理解,在个人信息保障、金融秩序维护等多个领域,行政违法和刑事犯罪同样会侵害到背后所要保护的法益。但在我国行政违法与刑事犯罪二元界分的情形下,仅从这样的形式层面看待,无法实现二者的区分。这时,必须引入实质层面的考量,既要看行为是否侵犯了刑法某一罪名所要保护的核心法益,还要进一步判断其严重性是否达到了刑法所要保护的程度。

以“陆勇销售假药案”案情及裁判文书为例展开分析。陆勇于2002年被查出患有白血病,适用国内抗癌药品“格列卫”系列系从瑞士出口,每盒23,500元。2004年9月,陆勇通过他人从日本购买由印度生产的同类药品,每盒约4000元。之后,陆勇开始直接从印度购买抗癌药品,并通过QQ群等方式向病友推荐,以每盒200余元的价格帮助病友代购药品。在此过程中,陆勇通过淘宝网从郭梓彪处购买3张以他人身份信息开设的借记卡,并使用其中用户名为夏维雨的借记卡。在本案中,其既存在购买和帮助他人购买未经批准进口药品的行为,亦存在使用以他人身份信息开设借记卡的行为,沅江市人民检察院也确以销售假药罪对陆勇提起公诉。但2015年1月27日,检察院撤回起诉,随后作出了不起诉决定。也即,陆勇的两项行为均仅被认定为行政违法,未进入刑事司法程序[9]。

在销售假药罪的认定上,法院认为陆勇购买和帮助他人购买未经批准进口的抗癌药品行为,确实违反了《中华人民共和国药品管理法》的相关规定,但其行为不是销售行为,不符合《刑法》第一百四十一条的规定,不构成销售假药罪。而从法益侵害的角度进行思考,不构罪的根本原因是陆勇的行为未侵害销售假药罪所要保护的根本法益——公民的生命健康权。其销售的药物无作用或具有负面作用的假药,反而对于患者的疾病具有真实的效用,其售卖的药物并非刑法意义上的“假药”,其行为亦应视为对公民生命健康权的变相维护。虽然未取得批准文号,不符合药物进口的流程,但所行为所违反的《药品管理法》本身只是行政性的法律,故而只能作为行政违法处理。

在妨害信用卡管理罪的认定上,陆勇购买和适用以他人身份信息开设的借记卡,确实违反了金融管理法规,有破坏金融秩序之嫌。但其目的和用途完全是便利白血病患者支付自付药品缴纳抗癌药品款项,且仅适用1张。法院据此原因《刑法》第十三条的规定,认为“情节显著轻微,危害不大”,不认为是犯罪[10]。此处,在行为确实侵害到刑法罪名所保护的核心法益后,还进一步考量了侵害的程度,不止局限于单纯的办卡行为,还结合了办卡的目的和实际的使用程度,整体评价和判断。

由“陆勇案”中两罪的认定,可以总结出客观判断的依据。刑法所保护的法益是对相关权利的重大性侵害或对秩序的重大性违反,对应的犯罪概念往往具有严重社会危害性。在行刑界分的视域下,首先需要明确刑法所保护的核心法益,判断行为是否侵害该法益。若行为不具备,则当然排除;若行为具备

法益侵害性，则进一步考虑其情节严重性，通过实质解释和独立判断违法性等多种方式，审查其严重性是否达到了刑法所要保护的程度，又是否在构成要件的设置范围内。若情节层面未达标，则可认定对核心法益侵害较小，根据但书的有关规定，开辟出刑罚退出的路径，多元化合理脱罪，为行政违法和刑事犯罪留下间隔区间。

2) 主观上是否具有非难可能性

在行为被刑法明确禁止，且具有严重法益侵害，即行为和情节都达标的情形下，还需结合行为人的主观认识，判断其是否因缺乏罪过和违法性认识而不具有非难可能性。

以“隔夜醉驾案”为例：2016年4月20日，被告人岳某某按照交警的要求，将违章停放在人行道的车辆移至马路对面的执勤检查点，在交谈过程中，交警发现被告人身上有酒味，遂带其抽取血样。经鉴定，被告人岳某某每一百毫升血液中含乙醇84毫克，属于醉酒驾驶机动车。此案经一审、二审程序，最终由二审法院认为符合情节显著轻微的情形，可不认为是犯罪。同时需要注意的是，本案中被告人在酒后休息了一晚，挪车行为发生在次日中午11时许，虽然其血液中的乙醇含量刚刚超过危险驾驶罪的标准，但其在一晚休息后，并未意识到自己还处于醉酒状态，交警要求移车时，也未发现其处于醉酒状态，是在之后的检测中才确认^[11]。结合被告人及交警的行为，可以认为被告人缺少违法性认识，只是在交警指挥下短距离、低速度移动车辆，并不具有危险驾驶的主观故意，不具有刑法可谴责性，不应划入犯罪领域，只在行政违法的范围内作出相应的处置。

若在行为人缺乏违法性认识的情形下将该行为作为刑事犯罪处理，虽具有构成要件符合性，但仍会因非难可能性的欠缺而不够妥当和谨慎。在客观行为和情节判断的基础上，若具有不可避免的违法性认识错误，应当作为无罪处理；若具有可避免的违法性认识错误，则应通过减轻处罚进行处理。核心理念在于将不具有非难可能性的行为排除出刑罚处罚的领域，作为界分行政违法和刑事犯罪的又一参照标准^[12]。需要明确的是，这一主观的标准必须在客观判断之后，且需在司法实践中一以贯之，避免适用的随机性和任意性。若无法作为司法出罪的普适准则，只在个案中体现，则会使当事人和社会公众质疑审理的公正性，带来对整体法秩序的破坏。

3.2. 以刑罚反制定罪——“罪-刑-罪”循环审查机制的建立

在罪刑法定原则的指引下，传统关系遵循着由罪到刑的单向关系，普遍认为犯罪是刑罚存在的原因，刑罚是犯罪的法律后果，故应当先定罪后量刑^[13]。而以“许霆案”为契机，由定罪单方面决定量刑这一单向且不可逆的模式开始暴露出弊端。在该案中，行为人行为完全符合盗窃罪的构成要件，并明显属于司法解释所认定的“盗窃金融机构且数额巨大的行为”。广州中院据此作出一审判决，以盗窃罪定罪，并判处无期徒刑。此后，在社会舆论普遍认为量刑过重且学界认为“合法却不合理”的双重外界压力下，广州中院重审中仍认定为盗窃罪，只是根据刑法第63条第2款的规定，以案件情况特殊需在法定刑以下判处刑罚为由，层报最高法，最终量刑为有期徒刑5年^[14]。无独有偶，在行刑界分的背景下，天津大妈持有枪支案由有期徒刑改判为缓刑、河南蕙兰案“原审判决适用法律错误”，经再审后作出无罪判决……上述案例虽然都在当前法律框架下努力实现了罪与刑的平衡，但裁判文书说理仍存有漏洞和矛盾，更像是在原有界分不清的情况下无奈的、通过刑罚方式的折中。当根据犯罪构成要件认定的罪名导致罪刑明显失衡时，应当如何维护罪与刑平衡的核心问题并没有得到妥善解决。

深入剖析其中问题，可以发现由定罪至量刑的单向制约在司法实践层面是存有漏洞的。首先，片面坚持先定罪后量刑，极有可能在最开始的定罪上就存有偏差。在行刑衔接的背景下，该行为可能本身只是行政违法行为，但若不用刑罚来反思最开始的定罪，就会不当地用刑事犯罪代替行政违法进行处置，而忽略了定罪的准确性和公正性。其次，单向“定罪-量刑”模式下，刑罚成为思考和裁判的终点，自

身却缺少退出的路径。而如前文所述，一旦刑事司法程序开启，就鲜少能作出无罪判决，不论是裁判结果还是裁判过程都会给当事人带来无法逆转的负面影响。由此，考虑刑罚反制定罪在行刑界分中的运用，在“定罪-量刑”传统思路后增加“量刑-定罪”的反向思考，在遵循罪刑法定原则下，构建起新的“罪-刑-罪”循环审查机制也就成为促进行刑合理衔接的应有之义。

1) “罪-刑-罪”循环审查机制以罪刑法定指引下的“定罪-量刑”为起点

在传统的罪刑关系之外进一步强调以刑制罪，并不是要置犯罪构成要件和罪刑法定原则于不顾，相反，行刑衔接过程中的罪刑法定，需要在罪刑法定原则指引下，以构成要件和“罪-刑”关系为审查的起点。首先需要遵循传统的“先定罪，后量刑”的基本思路，依照刑法条文的规定和构成要件的拆解，对行为人的行为作出是否构成犯罪的判断，若不构成犯罪，则自然进入行政违法的处理程序；若确定构成犯罪，则先定罪后再自然性的向下程序推演，进入量刑层面的思考，进一步考虑刑罚的必要性、相当性、可谴责性等问题。

2) “罪-刑-罪”循环审查机制的核心是考虑应罚性和需罚性问题

循环审查机制构建的核心是考虑刑罚应罚性和需罚性问题，即某一行为是否需要用刑罚进行处罚。应罚性层面，应以刑罚的必要性、相当性、可谴责性等视角反向考察，以后果促进界分，遵循从客观到主观的审查顺序，在不应受到刑罚处罚时，作出非罪论处置，以此防范在判断过程中的随意化、形式化和无序化。需罚性层面，则考虑某行为发生后，是否值得动用公权力以刑罚的方式承担事后的责任；以刑罚的方式来承担责任，是否会明显与公众的常识性认识、生活的基本价值理念产生冲突。通过应罚性和需罚性来考量刑罚本身的必要性问题，当欠缺明显的必要性时，则足以实现反证——前期对行刑界分的不当界定、对犯罪的不当认定造成了刑事违法范围的扩张，不当僭越了行政违法的领域。

3) “罪-刑-罪”循环审查机制要引入“量刑-定罪”作为反向参考

为了避免单向、终局的量刑带来不可逆的结果，就必须为刑罚寻觅合理且可行的退出路径，认识到罪刑关系中刑罚对定罪的反制作用，引入“量刑-定罪”的反向思考。在行政违法和刑事犯罪之间，不仅要评判刑罚带来的相关后果，更要以刑罚结果反向审视前期的定罪是否准确、是否公正、是否妥当。通过这种双向、多次的循环往复，肯定或否定最初的定罪问题，得到谨慎性、妥当化的结论。需要额外强调的是，“量刑-定罪”环节的引入只起到补充作用，是为了犯罪评价的妥当性而从实质侧面进行的审慎考察，并不是要置犯罪的构成要件于不顾，也不是对传统罪刑关系的否认；以刑制罪的考察并不存在宽纵危害行为和行为人，即使通过反向考察对定罪进行了否认，在刑事责任外的非刑事责任承担仍然客观存在。

基金项目

本文系北京师范大学法学院 2023 年度学术型研究生专项科研基金课题“‘行刑衔接’视域下行政违法与刑事犯罪的界分问题”的研究成果(项目编号：2023LAW036)。

参考文献

- [1] 刘杨. 行政执法与刑事司法衔接的二元格局及其法治后果——以食品药品监管领域的经验为例[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2020, 34(1): 93-101.
- [2] 吴彬彬. 食品安全行政执法与刑事司法衔接机制研究[D]: [博士学位论文]. 湘潭: 湘潭大学, 2017.
- [3] 张昊. 行刑衔接双向衔接带来双赢多赢共赢[N]. 法治日报, 2021-10-12(003).
- [4] 张明楷. 避免将行政违法认定为刑事犯罪: 理念、方法与路径[J]. 中国法学, 2017(4): 37-56.
- [5] 范晨. 袭警罪的客观行为认定[N]. 人民法院报, 2022-07-28(006).
- [6] 李辰星. 行政执法与刑事司法衔接机制研究[D]: [博士学位论文]. 武汉: 武汉大学, 2013.

- [7] 刘艳红, 周佑勇. 行政刑法的一般理论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [8] 印仕柏. 行政执法与刑事司法衔接实务大全[M]. 湘潭: 湘潭大学出版社, 2013.
- [9] 牛瑞丹. 反思销售假药罪之“假药”的扩大解释——以陆勇案为例[J]. 怀化学院学报, 2019, 38(4): 66-70.
- [10] 劳东燕. 价值判断与刑法解释: 对陆勇案的刑法困境与出路的思考[J]. 清华法律评论, 2016, 9(1): 138-158.
- [11] 邹雪. 醉酒型危险驾驶罪司法适用的困境与路径优化——基于两省近四年 1353 份判决书的实证分析[J]. 山东法官培训学院学报, 2022, 38(2): 178-191.
- [12] 屈学武. 中国刑法上的免责机制反思——从违法性认识错误切入[J]. 法治研究, 2018(1): 60-77.
- [13] 王樱娜. 刑罚反制定罪正当性探究[D]: [硕士学位论文]. 郑州: 郑州大学, 2018.
- [14] 高艳东. 从盗窃到侵占: 许霆案的法理与规范分析[J]. 中外法学, 2008, 20(3): 457-479.