

实质法益保护理念下行政犯行刑反向衔接机制的展开

刘艳红^{*}

内容提要 在行政犯时代,行刑反向衔接机制可以限缩行政犯处罚范围并提升治理质效,但也面临着治理理念不统一、具体程序缺失以及审查监督失衡的问题。行政犯的行刑反向衔接应该在实体机制、程序机制与审查监督机制中贯彻实质法益保护理念。实体机制的构建应落实刑法谦抑性原则,对是否不起诉及适用行政处罚进行实质审查,并对不起诉案件设置与实质法益损失相均衡的行政处罚。程序机制的构建应围绕实质法益认定来协调不同检察部门的职责,设置行刑反向衔接审批程序以防止“双重处罚”,还须完善证据反向移送程序,并以构成要件为核心来塑造基于行为要件、罪量要件与结果要件的反向移送标准。审查监督机制要结合不同语境来设置,着重分析是否存在实质法益的保护疏漏与具体行为情节的误判。在相对不起诉后展开双部门双审查模式的必要性审查,在存疑不起诉与绝对不起诉后推动信息共享、强化行政监督。

关键词 行政犯 行刑反向衔接 实质法益保护 审查监督机制
行政处罚

目 次

- 一、引言
- 二、行政犯行刑反向衔接的理论与实践争议
- 三、行政犯行刑反向衔接应确立实质法益保护理念
- 四、行政犯行刑反向衔接的实体与程序机制
- 五、行政犯行刑反向衔接的审查监督机制
- 六、结语

^{*} 中国政法大学刑事司法学院教授。本文系2021年度国家社科基金重大项目“数字经济的刑事安全风险防范体系建构研究”(项目批准号:21&ZD209)的阶段性成果。

一、引言

当前社会快速发展,我国刑法结构也随之转型升级,尤其是在行政犯的行刑衔接中,除了强调传统意义上的行刑正向衔接,还出现了许多需要行刑反向衔接的案件,而妥善地适用行刑反向衔接机制则有助于减少司法实践争议、保障司法公信力。2024年7月,党的二十届三中全会通过《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》,其中强调要“完善行政处罚和刑事处罚双向衔接制度”,而行刑双向衔接制度不仅包括行刑正向衔接,还包括行刑反向衔接。

实际上,早在2021年1月,《行政处罚法》修订就开创性地提出了反向衔接的概念,其中第27条规定“对依法不需要追究刑事责任或者免于刑事处罚,但应当给予行政处罚的,司法机关应当及时将案件移送有关行政机关”,为行刑反向衔接机制提供了基础性的规范依据。2023年9月,《行政复议法》再次修订,其基于行政犯的时代背景进一步完善了行刑反向衔接机制,通过行刑反向衔接机制来实现犯罪圈均衡化与刑罚轻缓化,真正实现犯罪治理的现代化。^①司法实践中,2023年7月,最高人民检察院发布《关于推进行刑双向衔接和行政违法行为监督 构建检察监督与行政执法衔接制度的意见》(以下简称《意见》),其中对行刑正向衔接与反向衔接都规定了具体流程,填补了行刑反向衔接中具体操作的空缺。2024年11月,最高人民检察院印发《人民检察院行刑反向衔接工作指引》(以下简称《工作指引》),进一步细化了行刑反向衔接的具体流程,强调在行刑反向衔接过程中坚持严格依法、客观公正、过罚相当,加强跟踪,促进有关行政主管部门依法行使行政处罚权。

在行政犯时代,鉴于行政犯中很多都是轻罪罪名,无需过度惩罚,为解决“惩罚过剩”的突出问题,应该结合行政犯的特征来塑造行刑反向衔接治理的理念,并将合适的治理理念贯彻到具体程序的构造与监督机制的设置之中,优化行刑衔接流程,在反向衔接中真正落实人权保障的价值诉求。换言之,当前过度依赖刑罚的治理体系在处理行政犯时存在诸多不适,不仅存在滥用刑罚的嫌疑,同时也可能对部分违反秩序的行为放任不管,^②只有通过行刑反向衔接机制,综合运用不同种类的惩罚措施,才能实现系统性治理,减少司法实践争议,避免“赵春华非法持有枪支罪案”^③、“秦运换非法采伐国家重点保护植物罪案”^④、“王力军非法经营罪案”^⑤之类的“争议奇案”损害司法公信力。

① 参见刘艳红:《犯罪圈均衡化与刑罚轻缓化:轻罪时代我国刑事立法发展方向》,载《中国刑事法杂志》2024年第1期,第17页。

② 参见[日]佐伯仁志:《制裁论》,丁胜明译,北京大学出版社2018年版,第5页。

③ 参见天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初442号刑事判决书;天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

④ 参见河南省卢氏县人民法院(2016)豫1224刑初208号刑事判决书;河南省卢氏县人民法院(2018)豫1224刑申3号再审决定书。

⑤ 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;内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2017)内刑再1号刑事判决书。

二、行政犯行刑反向衔接的理论与实践争议

在行政犯的治理过程中,由于行刑反向衔接机制的缺位,司法实践中产生了一定争议,并因此导致行政犯的处罚范围不断扩张,而这有违刑法谦抑性原则。国家动用刑法必须承受巨大的合法性压力,^⑥行刑反向衔接机制的缺位或自身存在的不足加剧了这种压力,因此亟须完善行刑反向衔接机制,进而优化对行政犯的综合治理。

(一) 行政犯行刑反向衔接机制的治理理念不统一

在行政犯的治理过程中,行政犯自身的构造缺陷容易引发行刑反向衔接上的争议,治理理念的不统一也导致司法机关难以妥善适用行刑反向衔接机制来实现综合治理。第一,行政犯的保护法益本身具有抽象化与形式化的问题,而一旦“保护的对象抽象得无法让人把握,则该对象也不能被看做是法益”^⑦,我国行政犯中就存在将公共秩序作为具体犯罪的保护法益导致过度归纳的情形,^⑧导致公众难以准确认知。第二,行政犯的罪状规范结构具有一定的特殊性,其主要是空白罪状的形式,并在规范要件的设置上较为模糊,最终导致行政犯罪名存在“口袋化”的趋势。^⑨第三,当前行政犯的设置高度依赖刑事政策,但刑事政策是社会整体据以组织对犯罪现象的反映的方法的综合,因而是不同社会控制形式的理论与实践,^⑩刑事政策具有一定的不稳定性,这导致行政犯在适用过程中经常引发争议,行政犯罪名的案件成为宣告无罪或撤回起诉的高发领域。比如虚开增值税专用发票罪曾是刑事治理的重点,但在优化营商环境的整体背景下,过度打击虚开增值税专用发票的行为实际上并不能取得良好的效果,因此在2024年3月,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理危害税收征管刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《税收司法解释》),明确了补缴税款、挽回税收损失的从宽处罚规则,^⑪从而降低了刑法规制强度。总之,行政犯的固有特征导致其在行刑衔接过程中存在很多争议,为了契合行政犯司法适用特征,应该根据其实际情况来调整行刑反向衔接的治理理念,继而在此理念的指导下构建具体的实体与程序机制以及审查监督机制,最终实现行刑反向衔接机制的设置初衷。

(二) 行政犯行刑反向衔接的实体与程序机制缺失

当前行政犯行刑反向衔接过程中具体程序不够完善限制了其广泛适用,并可能因为具体程序的缺失导致行刑反向衔接机制成为“一纸空文”。比如,其是否仅限于不起诉

⑥ 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《现代社会中的刑法与两种安全》,陈璇译,载《苏州大学学报(法学版)》2023年第4期,第157页。

⑦ [德]克劳斯·罗克辛:《对批判立法之法益概念的检视》,陈璇译,载《法学评论》2015年第1期,第58页。

⑧ 参见张明楷:《具体犯罪保护法益的确定标准》,载《法学》2023年第12期,第83页。

⑨ 参见储陈城:《刑法应对网络暴力的流变及其基本立场》,载《中国刑事法杂志》2023年第4期,第40页。

⑩ 参见[法]雅克·博里康、朱琳编著:《法国当代刑事政策研究及借鉴》,中国人民公安大学出版社2011年版,第6页。

⑪ 参见滕伟、董保军、姚龙兵、张淑芬:《“两高”〈关于办理危害税收征管刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载《法律适用》2024年第4期,第80页。

案件、是否仅限于不起诉决定所羁束的违法行为以及检察机关对行刑反向衔接的实施与监督等方面都存在疑问,^⑫而这限制了检察机关开展行刑反向衔接的积极性,并可能因为衔接不够周延而导致行政主管部门与检察机关发生冲突,造成行政犯在行刑衔接治理上的空缺或者重复治理。

当前行政犯中行刑反向衔接的实体与程序机制均存在缺失,阻碍其效用的发挥。第一,行刑反向衔接的实体机制存在不足,导致检察机关难以与行政主管部门进行高效的行刑衔接。虽然《意见》对行刑反向衔接提出了整体指导,《工作指引》也补充了部分流程,但在具体的司法实践细节上仍不够完善,尤其是在轻微犯罪治理的背景下,行刑反向衔接更要在具体细节上与国家治理现代化的整体细节相契合,实现良法善治,^⑬从而体现刑法谦抑性理念。第二,行刑反向衔接的程序机制存在疏漏,关于行刑反向衔接的组织机构、审批程序、证据移送程序等内容都尚未规定,而程序机制的缺漏可能导致行政主管部门与检察机关在反向衔接过程中产生权责争议,比如刑事证据与行政证据的转化规则上存在争议,可能对程序正义产生负面影响,^⑭损害行刑反向衔接的公正性,导致公众对行刑反向衔接程序产生质疑。第三,行刑反向衔接的移送标准尚不明确,导致反向衔接的启动存在争议。《工作指引》主要规定了受理、审查的程序性事项,但尚未规定明确的反向移送标准,在此情形下,一方面,检察机关难以确定在何种情况下要启动行刑反向衔接,比如对于实质法益的混淆导致行刑反向衔接的标准模糊,造成过度处罚或者怠于处罚的情形;另一方面,行政主管部门因为无法发挥自身的主观能动性,难以监督行刑反向衔接案件,而只能被动地接受检察机关反向移送的案件,比如在法益损失产生认定争议时,行政主管部门难以基于自身立场给予专业意见。鉴于此,只有明确行刑反向衔接的移送标准,才能构建行之有效的行刑反向衔接程序,完善行政执法与刑事司法衔接平台,从而提升案件协同治理的整体质效。

(三) 行政犯行刑反向衔接机制的审查监督机制失衡

为了在行刑反向衔接中贯彻加强跟踪的目标,《工作指引》第三节专门规定了“跟踪督促”,因此在行政犯的行刑反向衔接过程中,不仅需要完善具体流程,还需要在事先预设对应的审查监督体系,对于不同类型的行刑反向衔接案件进行全流程监管,防止行刑反向衔接过程中出现争议。

行刑反向衔接首先需要明确具体类型,在不起诉后结合不同类型案件的特征来适用不同的反向衔接处理流程与审查监督体系。具体而言,行刑反向衔接中包括相对不起诉、绝对不起诉、存疑不起诉三种类型,而由于不起诉的原因以及案件处理的场景都存在差异,选择的反向衔接模式与审查监督体系也存在不同,因此要进行实质审查监督,尤其是要明确对于实质法益认定的具体模式,避免反向衔接过程中存在纰漏,从而在“不刑”的同时避免出现“不罚”的责任追究盲区,提升行刑反向衔接的治理质效。

^⑫ 参见杨宽:《检察机关开展行刑反向衔接范围探讨》,载《中国检察官》2024年第11期,第65-67页。

^⑬ 参见周佑勇:《大变局下中国式民主的制度优势与宪法保障》,载《中国法学》2023年第1期,第61页。

^⑭ 参见常永栋、姚弘韬:《行刑反向衔接的法律适用和证据转化》,载《人民检察》2024年第7期,第76页。

检察机关需要对不同类型的行刑反向衔接流程进行审查监督,并根据实际情况明确审查监督性质,完善相应的配套机制。在行刑反向衔接过程中,由于反向衔接的原因不同而分为三种类型,反向衔接过程中的具体程序与实质内容也因此存在差异,这就导致审查监督的具体内容和关注重点并不相同,比如,不同类型的不起诉在实质法益损失认定、具体行为情节认定等方面都存在不同,因此在检察意见书的制发过程中也需要根据实际情况进行审查监管。同时,行刑反向衔接中的案件信息传输通道、案件证据移送制度以及检察意见书制发程序都需要予以完善,以提升行刑反向衔接的效率。鉴于此,在审查监督过程中,应该根据行政犯不起诉的具体原因展开类型化探讨,设置不同类型的审查监督模式,通过审查监督来提升行政犯中行刑反向衔接的整体质效。

三、行政犯行刑反向衔接应确立实质法益保护理念

行政犯行刑反向衔接应根据行政犯的固有特征来塑造对应的治理理念,从而快速开展行刑反向衔接流程。鉴于行政犯的保护法益存在抽象化与形式化的问题,还具有“口袋化”趋势且高度依赖刑事政策,所以要适当调整治理理念,将实质法益保护的理念积极贯彻到行刑反向衔接的实体与程序机制以及审查监督机制之中,确保行刑反向衔接能够弥补行政犯自身的缺陷,提升行刑反向衔接的整体治理质效。

(一) 行政犯行刑反向衔接过程中应贯彻实质法益保护的理念

大多数行政犯的情节并不恶劣而属于轻罪范畴,并受到刑事政策的整体影响而存在口袋化的趋势,其违法性实质上是对规范的单纯不服从,^⑮因此其保护法益本就相对薄弱,在司法适用过程中要尤为注意。鉴于行政犯对保护法益的损害主要是对秩序的违反,且大多要通过考察前置法的目的来确定保护法益,所以在反向衔接过程中更要注意对实质法益的解读与保护,通过综合判断实质法益的内涵来妥善出罪并适用行刑反向衔接,即结合行政犯所处的现实语境来分析实质法益是否受损,而不是机械地以数量作为入罪门槛,最终在行刑反向衔接中体现慎刑思想并贯彻实质出罪的价值理念。

事实上,在行政犯的行刑反向衔接过程中贯彻实质法益保护理念,有助于明确行刑反向衔接的标准,在实质出罪后合理地展开行刑反向衔接流程。因此,在行刑反向衔接前应该考察行政犯的实质法益,并判断行为人是否损害实质法益。在行政犯中,只有损害了实质法益才可以适用刑事制裁,要通过具体证据来证明实行行为不仅符合行政犯的犯罪构成,还损害了实质法益,并将保护法益实体化来分析其受损程度。质言之,实质法益的概念主要考虑刑法应当保护什么利益,其是先于刑法规范而独立存在的经验事实,这些经验事实存在于个体需求和特定社会生活条件之中,并为社会公众普遍认同和信赖,因此要在网络犯罪、经济犯罪等行政犯罪名的认定中“虚实结合”,针对行政犯中强调秩序维护的现实情况,将秩序法益转化为实质法益来进行判断,并据此作为实质出罪

^⑮ 参见刘艳红:《人性民法与物性刑法的融合发展》,载《中国社会科学》2020年第4期,第135页。

且启动行刑反向衔接的标准。换言之,“行政犯实际上和行政取缔法规一样在社会伦理上是中性的,但由于行政取缔的需要而将其规定为犯罪”^{①⑥},所以在行政犯中适用行刑反向衔接符合其设立初衷,同时可以避免行政犯被滥用,而决定是否启动行刑反向衔接的标准就是实质法益是否受损,防止秩序法益的概念过度抽象而导致检察机关无所适从。基于实质法益保护理念,当行为人的行为没有损害实质法益时,则可以启动行刑反向衔接程序,通过行刑反向衔接在实质出罪后适用合适的行政处罚,避免行政犯的司法适用出现形式化和口袋化的趋势。

(二) 基于实质法益保护的行刑反向衔接有利于法益的还原保护

在行政犯的行刑反向衔接过程中,在考察保护法益时应坚持法益还原保护理念,即实质考察行为所侵害的秩序法益能否还原为个人法益等实质法益,一旦无法还原,则不宜适用刑事制裁。事实上,鉴于行政犯主要对应国家法益与社会法益,只有其能够还原为个人法益时才值得刑法保护,^{①⑦}而包括个人法益在内的实质法益则是行刑反向衔接的重要判断指标。比如在“王力军非法经营罪案”中,王力军的收购行为并未对卖玉米的农民以及国家粮食收购管理制度产生危害,这种收购行为是市场经济的有益补充,对秩序的损害无法还原为个人法益,因此不宜适用刑事制裁。在这类案件中,一旦行为人所损害的秩序法益无法还原为实质法益,而只是对某一领域秩序的违反,那么此时就可以在实质出罪后适用行刑反向衔接程序。

在司法实践中,秩序法益的存在本身就充满争议,鉴于国家的存在是为国民服务的,秩序法益必须与国民的真实保护诉求相连,否则并无设置的必要。换言之,社会不是独立于个人之外的实体,而是个人的利益与行为的各种过程与作用的总和,因而并不存在超越个人的“社会”的利益与价值,公民基本权利的实现以及保障实现公民基本权利的必不可少的现实存在与条件,才是刑法保护的实质法益,^{①⑧}在行政犯语境下,更需要刺破“秩序法益的面纱”,根据实质法益来判断是否启动行刑反向衔接流程。在行政犯中,秩序法益面临存在是否适当的争议,如果贸然以秩序法益作为刑事入罪的标准,只会激化矛盾,导致公众因为难以认识到抽象的法益内涵而受到刑事制裁。与之相反,在坚持法益还原保护理念的前提下展开行刑衔接,则可以实现系统性治理,并适时启动行刑反向衔接。比如针对逃税行为,不能简单地以国家税收管理秩序作为保护法益来判断是否入罪,而应该将税收管理秩序还原为具体部门的税收财产损失,只有造成具体的税收财产法益损失时才能适用刑事制裁,对仅违反秩序的行为则反向衔接适用行政处罚,从而与《税收司法解释》的旨意保持一致。总之,鉴于行政犯的保护法益大多过于抽象,因此要在司法实践中将秩序法益还原为个人法益等实质法益,通过还原后的实质法益的内涵来综合判断是否启动行刑反向衔接,并对整个还原判断过程进行审查监督。

^{①⑥} [日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第5版),黎宏、姚培培译,中国人民大学出版社2023年版,第7页。

^{①⑦} 参见张明楷:《刑法学》(第6版上),法律出版社2021年版,第81页。

^{①⑧} 参见张明楷:《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,载《法学家》2021年第1期,第88页。

（三）基于实质法益保护的行刑反向衔接有利于法益的修复保护

在司法实践中,行政犯的实行行为造成的法益损害后果大多可以修复,因此在行刑反向衔接之前,应该实质考察法益是否具有可修复性,借此判断是否展开行刑反向衔接。恢复性司法理念认为修复(Restoration)是一个审判的目的,旨在修复被犯罪所伤害的受害者与整个社区的创伤。美国司法部认为通过恢复性司法可以寻求在社区之间达到一个平衡,并解决罪犯与受害者之间的矛盾。^{①⑨}在行刑反向衔接启动前考察法益损害是否可以修复,防止司法机关过度依赖刑事制裁,尤其是在经济类行政犯罪中,行为人侵害的法益大多具有可恢复性,在有效恢复被损害法益而实质出罪的同时,通过行刑反向衔接适用合理的行政处罚符合刑事司法的发展方向。

在行刑反向衔接中秉持恢复性司法理念有助于妥善消除实践争议,而不是在处理行政犯时一旦违反国家行政法规就动辄治罪。比如对于虚开增值税专用发票的行为,当行为人补缴税款之后,税务部门的财产损失便被修复,甚至原本被破坏的税收管理秩序也被修复,那么此时便可以实质出罪并在需要时适用行政处罚。质言之,在行政犯的行刑反向衔接中秉持恢复性司法理念参考了行政犯的真实语境。自然犯与人类的真实情感相挂钩,其对道德的伤害绝对表现为对怜悯和正直这两种基本利他情感的伤害,^{②⑩}因此在治理过程中需要尤为审慎;与之相反,行政犯对秩序的违反不但难以伤及实质法益,而且在大多数情形下都可以事后修复,因此在反向衔接后适用行政处罚实际上更为妥当,这样可以避免刑事制裁带来的刑罚附随后果对社会公众造成负面影响,限缩行政犯的重刑主义倾向,^{②⑪}借此推动社会整体秩序的恢复进程。

（四）基于实质法益保护的行刑反向衔接有利于情节的实质分析

在行政犯的行刑反向衔接中,实质分析情节是否显著轻微是决定是否反向衔接的前提之一,对部分情节显著轻微的行为进行实质出罪后适用行政处罚,可以实现精准治理。在行政犯中,如果行为人的实行行为情节显著轻微,那么其对于秩序的违反实际上也相对有限,行为的预防必要性也较小,在这种情况下并无适用刑罚的必要,“刑罚这种制裁具有强制力,由于它同药效大的药物一样伴有副作用,判断以什么作为刑法的对象时,必须慎重考察对某种行为是否有必要动用刑罚来抑制”^{②⑫}。

在行政犯中,实质考察分析行为的情节是避免刑罚滥用的应然之举,可以有效提升行刑反向衔接的适用效率。以“孙某袭警罪案”为例,该案中孙某拒不配合,出手打掉民警的警帽,语言辱骂民警,用手肘袭击胸部,最终被判处袭警罪。^{②⑬}实际上,该案中孙某的行为并不是突袭行为,其行为情节显著轻微,警察在执法过程中对孙某的反抗行为也应该具有一定的预见可能性,所以这种情形下适用袭警罪实际上过于苛重,而行刑反向

①⑨ 参见[美]弗兰克·施马兰格:《美国刑事司法》(第11版),徐轶超译,中国政法大学出版社2020年版,第339页。

②⑩ 参见[意]加罗法洛:《犯罪学》,耿伟、王新译,商务印书馆2020年版,第60-79页。

②⑪ 参见罗翔:《犯罪附随性制裁制度的废除》,载《政法论坛》2023年第5期,第32页。

②⑫ [日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第23页。

②⑬ 参见甘肃省兰州市西固区人民法院(2021)甘0104刑初171号刑事判决书。

衔接后适用行政处罚则更为妥当。当行为人的实行行为情节显著轻微时,其造成的损害后果也相对有限,大多数情况下仅是对秩序的扰动,虽然表面上“符合”行政犯的入罪门槛,但刑法不宜贸然介入。即使案件到了刑事审查阶段,司法机关也要实质分析情节并通过反向衔接移送至行政机关处理,从而实现系统性治理。正如有论者提出,“对一些摆摊小贩、小微企业处以高额行政罚款,既不符合法律精神,损害了行政相对人的合法权益,甚至影响其生产生活,也不符合公平正义的要求,不利于人民群众建立对法治的信赖,更不利于法治政府建设”^④,这实际上强调了对情节显著轻微的行为不宜过度处罚,既然对于这类情节显著轻微的行为适用过高的行政罚款都不当,那么贸然适用刑事制裁更不合理。

总之,即使在行政犯中,刑法的功能也首先是保护法益,而维持社会伦理秩序只具有作为附带效果的意义。^⑤在适用行政犯罪名时,鉴于其违反了国家行政法规,同时也违背了刑法的规定,具有双重违法性,所以在适用时要判断其是否损害了实质法益、秩序法益损失是否能还原为实质法益损失、法益损害能否修复以及情节是否显著轻微,并以此作为适用行刑反向衔接的标准,从而在行政犯的治理过程中体现慎刑思想,同时贯彻实质出罪的价值理念,这也符合《工作指引》提出的“客观公正、过罚相当”的目标。

四、行政犯行刑反向衔接的实体与程序机制

《意见》《工作指引》的出台标志着我国逐渐推动行刑反向衔接机制的构建,但其中的规定过于宏观而不够细化,在适用过程中容易因为程序规定不清而引发争议。鉴于此,为了在行政犯中构建行刑反向衔接的实体与程序机制,应充分参考行政犯现实语境,基于实质法益保护理念来优化行政法与刑法之间的衔接,从而根据法益还原保护来发挥出行刑反向衔接机制的整体性治理效能,最终在行刑反向衔接中实现恢复性司法。

(一) 行政犯行刑反向衔接的实体机制

在行政犯中构建行刑反向衔接的实体机制,需要结合时代背景与实质法益的概念加以分析,为行刑反向衔接的全流程塑造合适有效的实体机制,从而在有效治理行政犯的同时预防其再次发生,同时,与行政法规形成有效衔接,在法秩序中形成统一体系,以位阶的形式加以整合,^⑥最终基于恢复性司法理念来构建轻重有序的治理体系。

1. 行刑反向衔接案件应基于刑法谦抑性构建行刑反向衔接实体机制

在行刑反向衔接的实体机制中,刑法谦抑性是反向衔接的整体要旨,因此在反向衔接时要基于刑法的谦抑性来适用行刑反向衔接机制,避免行政犯罪名被滥用,合理限缩行政犯的成立范围。而谦抑性原则的核心表现在于将法益还原后对实质法益的精准认定,避免将行政犯中对秩序的违反解释为刑事入罪的标准。

^④ 刘亭亭:《加强涉市场主体行政诉讼监督,确保“过罚相当”》,载《检察日报》2024年7月9日,第1版。

^⑤ 参见[日]高桥则夫:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社2020年版,第19页。

^⑥ 参见[德]阿明·英格兰德:《现代社会中的法与刑法》,邓卓行译,北京大学出版社2023年版,第15页。

以《刑法修正案(十二)》新增的非法经营同类营业罪为例,很多商业行为属于商业模式内部的变化,民营企业通过在家族内部复制这种同类营业模式来扩张商业版图,不宜认定为非法经营同类营业罪。事实上,“损人”与“利己”并非对立排斥关系,^{②7}在商业竞争模式中,刑事司法机关应该对民营经济起到保护而非介入的作用,对于民营经济秩序的教条式保护实际上不利于民营企业的生产模式创新,“刻舟求剑”般地维护民营经济秩序反而忽视了民营企业真正在意的实质上的财产法益,过度介人民营经济反而会阻碍企业的发展。因此在刑法谦抑性原则的指引下,应该通过行刑反向衔接对不规范的经营行为适用行政处罚而非刑事制裁。这样不仅以还原后的实质法益损失作为有效评价标准,还推动了实质法益的恢复进程,更符合民营经济的发展诉求。

在行政犯的行刑反向衔接过程中,基于刑法谦抑性原则来构建行刑反向衔接机制,可以推动行刑反向衔接机制成为实质出罪后的有效处置措施。事实上,行政犯在适用过程中出于对秩序的维护本就倾向于扩张刑事制裁范围,行政犯自身具有较强的目的性、较弱的伦理性、较大的变动性、较多的交叉性等特征,^{②8}此时容易将秩序法益误认为是实质法益,在判断实质法益损失时也没有将秩序法益还原后进行准确判断,这导致行政犯罪名存在过度适用的风险。而在谦抑性原则指引下,行刑反向衔接机制基于实质法益损失来明确反向衔接标准,则可以妥善处置行政犯中的争议案件。当行为人的行为存在争议时,如果可以基于还原后的实质法益损失来证明其不构成犯罪并实质出罪之后,便可以通过反向衔接适用行政处罚来降低惩罚强度,避免过度刑事入罪给行为人带来苛重的刑罚附随后果,在经济犯罪中尤其要尊重企业的犯罪自控能力、实现犯罪企业的社会复归目标,^{②9}真正贯彻落实恢复性司法理念,借助行刑反向衔接来避免刑事制裁阻碍企业正常经营。在最高人民检察院发布的行刑衔接典型案例中,“上海某电子科技有限公司、某信息技术有限公司涉嫌虚开增值税专用发票罪案”就借助行刑反向衔接机制充分体现了刑法谦抑性原则。^{③0}本案中,上海某公司涉嫌虚开增值税专用发票,但是当事人在事后积极接受改造,消除了自身潜在的税务违法犯罪风险,因此检察机关依法作出不予起诉决定,并在拟作出不起诉决定时,同步对行政处罚必要性予以审查,及时提出检察意见,移送行政执法机关处理,避免“不刑不罚”。分析本案的行刑反向衔接处理过程可以发现,当企业基于恢复性司法理念通过实际举措来降低自身的刑事违法性与处罚必要性之后,其造成的实质法益损害后果也就得到了部分弥补,此时对于其尚存的行政违法性,可以借助检察意见的方式移送行政主管机关适用行政处罚。在检察机关实质审查发现案件关联的行政监督线索之后,面对企业仍然存在的行政违法性,借助行刑反向衔接机制

②7 参见柏浪涛:《我国背信犯罪的教义学阐释——以〈刑法修正案(十二)〉为起点》,载《苏州大学学报(法学版)》2024年第2期,第47页。

②8 参见马春晓:《行政犯理论的代际更新与本土建构——中国经济刑法学四十年的观察主线》,载《政治与法律》2022年第9期,第49页。

②9 参见陈家林、吴珂:《民营经济保护视角下企业犯罪刑罚附随后果的规范化研究》,载《天府新论》2024年第3期,第122页。

③0 参见张昊:《行刑衔接双向衔接带来双赢多赢共赢》,载《法治日报》2021年10月12日,第3版。

进行适格的处理,可以充分体现刑法的谦抑性,实现对行政犯的系统性治理。

2. 行刑反向衔接案件是否不起诉及适用行政处罚应进行实质审查

《工作指引》规定了行刑反向衔接的审查程序,需要对是否不起诉以及适用何种行政处罚进行实质审查,并且“刑事检察部门对依法决定不起诉的案件,应当移送负责行政检察工作的部门审查是否应对被不起诉人提出给予行政处罚的检察意见”。鉴于此,基于对行政犯侵害法益的实质保护,刑事检察部门在判断案件应该实质出罪并不起诉之后,并不是立刻终止案件处理,而是应该交由专门的行政检察部门来判断案件是否需要适用行政处罚,从而实现行政执法与刑事司法的有效衔接。刑事检察部门在实质审查案件关联行政监督线索时,需要结合行政犯所处语境来实质分析案件的行为要件、罪量要件和结果要件等因素,^{③①}从而判断案件是否需要启动行刑反向衔接。

刑事检察部门在审查过程中,对于行刑反向衔接的边界需要进行实质认定,基于刑法规定来判断何种情形下构成“依法不需要追究刑事责任”或者“免于刑事处罚”的情形,同时依据行政法规来合理认定行政犯的犯罪构成中的争议之处,^{③②}其中的核心要素在于判断实质法益是否受损,在实际判断过程中需要结合行政犯的语境将表面上的秩序法益还原为实质法益,从而综合判断是否需要适用行政处罚。此外,刑事检察部门在实质审查案件关联行政监督线索时,需要考虑当事人在刑事审查阶段的改正措施是否对后续的行政处罚产生影响,即在恢复性司法理念下修复法益之后,对应的法益损失减小且预防必要性降低,此时行政处罚的强度也要随之降低。比如,在判断企业实质出罪后是否需要适用行政处罚时,可以由检察机关与行政机关进行联合监管,通过协同机制来减轻行政处罚的强度,避免企业承受苛重的惩罚。

总之,刑事检察部门在行刑反向衔接中应该实质审查案件关联的行政监督线索,梳理案情并分析实质法益损失,基于实质法益保护理念来分析法益损失结果。鉴于行政犯主要是对秩序的违反,在分析实际法益损失时应该将秩序法益还原为实质法益,判断实质法益内涵是否因为是虚假的法益而不值得法律保护,从而为是否启动行刑反向衔接机制提供判断依据,同时也为行政检察部门在事后选择合适的行政处罚措施提供参照,在行刑衔接过程中实现法秩序统一。

3. 行刑反向衔接案件不起诉后应设置与实质法益损失相应的行政处罚

《意见》中规定“检察机关决定不起诉的案件,承办刑事检察部门应当在作出不起诉决定之日起3日内提出是否需要对被不起诉人给予行政处罚的意见,并移送行政检察部门审查”,这要求刑事检察部门在不起诉后通过行政检察部门的检察意见的方式来建议行政处罚的强度,使行政处罚措施的强度与实质法益损失相匹配,同时强调恢复性司法理念,从而与刑事制裁的强度相区分,构建轻重有序的行政犯治理体系。在行刑反向衔接中,刑事检察部门对案件作出不起诉决定后需要通过行政检察部门来建议行政

^{③①} 参见周佑勇:《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》,载《中国刑事法杂志》2022年第4期,第56-59页。

^{③②} 参见宋华琳:《药品执法领域的行刑反向衔接》,载《国家检察官学院学报》2024年第2期,第39页。

主管机关给予合理的行政处罚,但由于不起诉包括相对不起诉、存疑不起诉和绝对不起诉,并且这三种不起诉在行刑反向衔接中存在性质上的差异,因此反向衔接的过程也存在不同。

当刑事检察部门作出相对不起诉的决定时,主要适用《刑法》第37条的规定,由刑事检察部门进行严格的必要性审查,其中审核重点在于是否采用合理的具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失之类的非刑罚性处罚措施以及进行行政处罚是否恰当。在审核过程中尤其要充分认识到上述行政处罚措施的恢复性司法理念对于实质法益的恢复,同时结合行为情节来提出相对具体而明确的意见,并根据案件的实际情况来建议行政主管机关选择合适强度的行政处罚措施,避免行政处罚与刑事处罚的强度“倒挂”。

当刑事检察部门作出存疑不起诉的决定时,大多是因为证据问题导致可能不构成犯罪,尤其是在网络社会,很多传统的行政犯罪名面临全新的适用语境,比如非法经营罪中对于生产经营活动的认定所依赖的证据在传统社会与网络社会中就呈现出了较大差异,而证据复杂程度的上升则导致证据认定困难,很多情形下无法认定为构成犯罪。在无法认定为构成犯罪的情形下,如果证据能够证明部分违法事实,就应该移送这部分证据,并根据现有证据在反向衔接后选择合适的行政处罚措施。

当刑事检察部门作出绝对不起诉的决定时,虽然行为人达不到行政犯的入罪门槛,但不能因此否定其行政违法性,所以应该将行政违法的线索进行反向移送,同时发掘潜在的法益损失,明确行为人对秩序的破坏程度,继而选择合适的行政处罚措施。此外,在部分案件中,如果在实质审查后发现行为人的行为甚至无法达到行政处罚的标准,就不必对其反向移送后适用行政处罚,而应该直接免于处罚。

总之,在行刑反向衔接的实体机制上,反向移送的案件必须存在具体线索可供参照,并可以帮助行政部门作出合理的行政处罚措施,同时在选择行政处罚措施强度时充分考虑还原后的实质法益损失,充分认识到行政犯中秩序被破坏与实质法益损失并没有必然关系,避免过度重视对秩序的维护而损害公民个人的自由权利,只有在证据足以证明行为人为行政违法时,才应该对其适用相应的行政处罚。

（二）实质法益保护理念下行政犯行刑反向衔接的程序机制

在行政犯的行刑反向衔接过程中,不仅要构建合理的实体机制,还要设置高效的程序机制,从而提升行刑反向衔接的整体质效。^③行刑反向衔接的程序机制需要从组织机构、审批程序、证据移送程序三个方面展开,其中证据反向移送程序是行刑反向衔接的重点关注领域,需要在确保证据证明力的基础上实现证据的高效移送,通过证据来判断实质法益损失与具体行为情节,从而帮助行政主管机关作出合理判断。

1. 围绕实质法益认定优化刑检、案管和行政检察部门间的职责

在行政犯的行刑反向衔接过程中,优化组织结构有助于提升案件行刑反向衔接的处理质效,同时可以减少实践争议。鉴于此,在优化行刑反向衔接的组织机构时需要明确

^③ 参见曾昌文:《高质效推动行刑“反向衔接”工作》,载《四川法治报》2023年9月8日,第6版。

刑事检察部门、案件管理部门和行政检察部门之间的职责,从而构建全面的监督网络。^{③④}

刑事检察部门主要负责分析行刑衔接案件的实际情况,围绕实质法益损失来分析行为人的具体行为情节,在分析实质法益损失时将秩序法益加以还原来分析其中的实质法益内涵,并找出其中需要反向衔接的相关线索,随后基于恢复性司法理念来将案件进行移送。《意见》中规定“刑事检察部门应当在作出不予起诉决定之日起3日内提出是否需要对被不起诉人给予行政处罚的意见,并移送行政检察部门审查”,因此刑事检察部门主要负责行刑反向衔接的发起工作与实质审查工作。

案件管理部门主要是在行刑反向衔接中发挥枢纽作用,其需要在行刑反向衔接过程中移送具体的案件线索,帮助刑事检察部门与行政检察部门之间形成有效衔接。在数字化时代,检察机关内部移送法律监督线索涉及跨部门、跨条线管理,需要以数字化推进多方协作、形成合力,推动信息共享平台的建设与维护,对于涉及实质法益认定与具体行为情节认定的案件线索,案件管理部门需要基于行政犯的语境来进行综合梳理并及时移送,从而提升行刑反向衔接的整体质效。

行政检察部门牵头负责行刑反向衔接工作,《意见》中规定“行政检察部门审查后,认为需要给予行政处罚的,经检察长批准,提出检察意见,移送行政机关处理。行政检察部门对行政机关的回复和处理情况要加强审查监督,发现行政机关违法行使职权或不行使职权的,可以依照法律规定制发检察建议等督促其纠正”。鉴于此,行政检察部门在行刑反向衔接中居于主导地位,其需要与刑事检察部门紧密配合以消除行刑衔接上的罅隙,贯彻恢复性司法理念来推动行刑反向衔接,精准把握案件的实质内容,尤其是要将行政犯中的秩序法益还原为实质法益损失后准确判断是否启动行刑反向衔接程序,并在反向衔接之后发挥自身的监督作用,提高我国的行政执法水平。^{③⑤}

2. 重视实质法益设置防止“双重处罚”的行刑反向衔接审批程序

在行刑反向衔接的程序机制中需要塑造严谨的审批程序,尤其是因为行刑反向衔接涉及不同机关与不同机关内的不同部门,在衔接上容易产生龃龉,因此更需要在行刑反向衔接中保持严谨,避免出现错误处置或者双重处罚,从而真正做到罚当其罪、罚当其错,在同步协调原则的指引之下选择合理的处罚措施,^{③⑥}合理处置行刑反向衔接案件。

在行刑反向衔接程序中,刑事检察部门在提出检察意见时应保持严谨性,并通过严谨的程序来确保检察意见公正合理。在司法实践中,刑事检察部门对行刑反向衔接案件提出检察意见后,需要经过部门负责人审核,随后再由分管检察长审批后移送至行政检察部门,行政检察部门接收后要提出审查建议,然后由行政检察部门负责人审核与分管检察长审批,最后再送达行政机关。为了保障行刑反向衔接程序的严谨性,无论是刑事检察部门还是行政检察部门,在案件审查过程中都应当与行政机关进行积极沟通,从而把握案件前期处理的实际情况,尤其要重视案件前期对实质法益损失的计算方

^{③④} 参见刘艺:《检察机关在行刑反向衔接监督机制中的作用与职责》,载《国家检察官学院学报》2024年第2期,第25页。

^{③⑤} 参见邓思清:《检察权内部配置与检察机关内设机构改革》,载《国家检察官学院学报》2013年第2期,第58页。

^{③⑥} 参见练育强:《行刑衔接视野下的一事不再罚原则反思》,载《政治与法律》2017年第3期,第123页。

式,基于行政主管机关的视角来分析案件的处置措施,参考行政法上对行为人具体行为所规定的管理秩序的价值内涵,继而追溯秩序违反背后的实质法益损失,在司法层面克服“必罚主义”的惯性,确立治理导向的司法观,由单纯“治罪”转变为“治罪”与“治理”并重,避免出现“双重处罚”“过度处罚”的情形,在制定行政处罚措施时坚持比例原则,以达到行政执法目的和目标为限,尽可能使相对人的权益遭受最小的侵害。^{③7}总之,在这一过程中应贯彻恢复性司法理念,基于还原后的实质法益损失选择合适强度的处罚措施,同时在行刑反向衔接的审批程序中应强调严谨性,通过检察机关与行政主管机关的良好沟通,联合分析案件的实际情况,从而选择合适的处罚措施。

3. 围绕实质法益的认定完善行刑衔接中证据反向移送程序

在行政犯的行刑反向衔接程序中,需要完善证据移送程序,不仅要高效全面地移送不同阶段所收集的证据,还要避免重复消耗司法资源与行政资源,在反向衔接过程中促进证据互通。当前,我国对于反向衔接移送证据存在很多规定,但其中对于反向移送的证据种类的规定存在一些冲突,而五花八门的证据移送规定则导致行政主管机关与检察机关在衔接上产生龃龉,同时影响反向衔接后案件处理模式的选择,导致司法实践产生争议。在多数情形下,物证、书证、视听资料、电子数据在行刑衔接的移送过程中并无争议,可以直接移送后转化使用,但是在检验报告、鉴定意见、勘验笔录、检查笔录的移送上则可能存在争议。^{③8}鉴于此,在行刑反向衔接案件中,应该在证据反向移送环节整合证据类型,提升行刑反向衔接案件的处理效率。

事实上,在行刑反向衔接过程中,虽然刑事证据与行政证据在排序、种类上略有差异,但二者在内在的证据属性与外在的证据形式上都具有极高的一致性,^{③9}因此在反向衔接过程中不应该拘泥于形式认定,而应采用实质认定模式,同时在证据认定过程中重视其中涉及实质法益的相关内容。鉴于检察机关对于案件证据的要求相对较高,其所掌握的证据具有相对较高的公信力,因此在证据范围的选择上,应该积极参考检察机关的相关标准,同时尽可能扩大证据的类型和范围,对于检察机关所认可的相关证据要尽可能进行反向移送,从而与行政主管机关相配合以减轻其证据收集压力。尤其是当证据涉及实质法益损失时,检察机关需要详细阐述对于此类证据的判断过程,即如何通过此类证据来追溯法益损失来源并将表面上的秩序法益损失还原为实质法益损失,以实质法益损

^{③7} 参见周佑勇:《中国行政法学学术体系的构造》,载《中国社会科学》2022年第5期,第116页。

^{③8} 当前各类规范中对于行刑衔接的证据移送都设置了一些规定,但彼此之间规定的证据类型存在一些差异。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》规定了物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料;《人民检察院刑事诉讼规则》规定了物证、书证、视听资料、电子数据、鉴定意见、勘验、检查笔录等证据材料;《公安机关办理刑事案件程序规定》规定了物证、书证、视听资料、电子数据、鉴定意见、勘验笔录、检查笔录等证据材料;《食品药品行政执法与刑事司法衔接工作办法》规定了物证、书证、视听资料、电子数据、检验报告、鉴定意见、勘验笔录、检查笔录等证据材料;《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》则在原有证据类型的基础上增加了不同级别部门出具的书面意见。

^{③9} 参见董坤:《行、刑衔接中的证据问题研究——以〈刑事诉讼法〉第52条第2款为分析文本》,载《北方法学》2013年第4期,第119页。

失作为判断标准,从而帮助行政机关精准地作出相关行政处罚。这样就能够基于实质法益损失的情形来决定行政处罚强度,同时节约司法资源。

司法实践中已经针对行刑反向衔接中证据的反向移送作出了一些规定,比如在“吴某某诉孟连海关走私普通货物、物品行政处罚案”中,当刑事撤案移送至海关之后,海关对于案件证据是否采信存在争议,而法院在最终判断中则阐明“根据《海关总署关于海关行政处罚若干执法问题的意见》规定,以走私罪嫌疑立案的刑事案件,因刑事撤案转为海关行政处罚的,在刑事侦查阶段调取的物证、书证、证人证言(询问笔录)、鉴定结论、视听资料等证据材料可以作为行政处罚案件的证据直接使用”^⑩。这也能够说明,行刑反向衔接中刑事阶段的证据更具有公信力,尤其是其基于更加严格的立场来判断法益损失并认定行为情节,所以相关证据应该被行政机关采信。总之,证据衔接是畅通行刑双向衔接的核心环节,经过司法机关依法收集并查证属实的刑事证据,均可反向移送至行政机关进行转化使用,^⑪从而提升行刑反向衔接的整体效率。尤其是对涉及实质法益损失的转化与计算的相关证据进行合理解释,可以帮助行政机关准确判断,避免重复收集证据浪费司法资源与行政资源。

(三) 行政犯行刑反向衔接的移送标准

行政犯中行刑反向衔接的实体与程序机制构建之后,需要进一步厘定行刑反向衔接的移送标准,明确在何种情形下可以反向移送,精准地设定反向移送的门槛。简言之,行政犯中的行刑反向移送应该以构成要件为核心,分别从行为要件、罪量要件以及结果要件三个方面塑造合理的反向移送标准,从多角度构建行刑反向衔接的移送路径。

首先,基于实质法益保护理念,行刑反向衔接的移送标准应该以构成要件为核心。构成要件具有甄别保护法益的功能,以构成要件为核心,能够充分实现刑法对法益的保护。这里的构成要件不仅包括刑法中的构成要件,还包括《行政处罚法》规定的行政法构成要件,因此要在行刑反向衔接中综合考虑各方因素。事实上,构成要件理论在刑法、民法以及行政法中都有广泛适用空间,在行刑反向衔接中以构成要件为核心契合行政法与刑法的共同需求。质言之,在反向移送过程中,行政犯的犯罪构成本身就横跨行政法规与刑法规范,因此要坚持实质出罪论,以构成要件作为反向移送标准的核心,在反向移送前对案件的具体情况进行准确判断,然后再以相关内容为线索进行移送。

事实上,在反向移送过程中以构成要件为核心,有助于检察机关在反向移送时采用实质标准而非形式标准,将构成要件作为实质出罪标准来判断是否反向移送。在行刑反向衔接中,鉴于行政犯的构成要件要素主要为行政要素,因此基于行为要件、罪量要件以及结果要件来构建反向移送标准,能够在行刑反向移送过程中取得有效衔接,扩大行政犯的实质出罪路径,并确保实质出罪过程于法有据,继而以构成要件作为后续适用行政处罚的判断标准。这样可以减少行刑衔接上的齟齬,提升行刑反向衔接的整体质效。

^⑩ 云南省高级人民法院(2020)云行终759号行政判决书。

^⑪ 参见张辉、史坤:《生态环境行政执法与刑事司法反向衔接制度探析——以不起诉案件反向移送为视角》,载《人民检察》2023年第17期,第51页。

其次,基于行为要件构建反向移送标准,从刑法与行政法双重视角实质分析实行行为的性质。在行刑反向移送过程中,基于行为要件来构建反向移送标准,主要是实质分析行为人的实行行为是否同时属于刑事犯罪与行政违法的行为要件范畴。在反向移送过程中,首先需要判断实行行为是否属于行政处罚所对应的具体类型,防止部分行为在刑法上虽然属于犯罪行为,但在行政法上并无具体规定的情形。事实上,虽然部分情形下实行行为因为情节显著轻微而免于刑事处罚,但这并不意味着行为人就可以直接适用行政处罚,只有行政法中规定了对应的处罚模式,才可以启动反向移送程序。比如在“周某某、王某诉孟连海关走私普通货物、物品行政处罚案”中,在当事人的行为因为情节轻微而免除刑罚并被移送海关之后,根据《中华人民共和国海关法》《海关行政处罚实施条例》认定行为人的实行行为属于行政处罚范畴,符合反向移送适用行政处罚的标准。^④综合来看,基于行为要件构建行刑反向衔接的移送标准,需要实质评价行为人的行为,同时基于刑法与行政法的双重视角来分析行为人是否需要刑事制裁或者是否需要反向移送后适用行政处罚。当实行行为不构成犯罪而实质出罪之后,则需要结合行政法规中的具体规定判断行为是否在处罚范围之内,并尽可能避免过度处罚。

再次,基于罪量要件构建反向移送标准,判断行为对实质法益的侵害是否达到罪量要件的要求进而进行反向移送。刑法中的犯罪构成要件是对行为严重社会危害性的性质和程度的规定和认识,只有质与量的统一才能表明某一行为的性质,如果达不到刑法条文所规定的行为的质和量的要求,就不能被认定为构成犯罪。在罪量要件的认定过程中,具体情况下需要参考“具有通常判断能力的一般人的理解”或“社会一般观念”,^⑤判断实质法益损失是否达到罪量要件的要求,进而对是否实质出罪进行综合分析。在部分复杂的行政犯案件中,对于罪量要件的考察需要基于综合视角,不能仅局限于判断数量是否达到固定的数字标准,而应该综合考虑罪量的影响因素,从不同视角分析实行行为是否达到了罪量要件。

当前罪量要件包括犯罪产生的后果,诸如损害的数量、损害的金额、损害的次数等诸多要素,因此在行刑反向移送时需要从两个方面进行实质判断:第一,在行刑反向移送过程中明确犯罪产生的后果,即损害的数量、损害的金额、损害的次数等诸多要素,判断其是否达到刑事入罪的标准。但判断罪量要素时不能仅局限于形式入罪思维,也要基于实质出罪思维来分析其后果是否轻微,比如虽然数额达到了刑事入罪门槛,但是行为人并未使用,那么综合分析罪量要件后便可以基于犯罪后果轻微而免于刑罚,即通过综合分析罪量要件来判断是否实质出罪。第二,在行刑反向移送过程中要明确行为造成的罪量要件是否满足行政处罚上的适用标准,借此判断是否可以在反向衔接后适用行政处罚。在反向衔接过程中,行为人在罪量要件上不构成犯罪而实质出罪之后,并不意味着必须适用行政处罚,当罪量要件没有达到行政处罚标准时可以免于任何处罚。事实上,《工

^④ 参见云南省高级人民法院(2020)云行终751号行政判决书。

^⑤ 参见[日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第22-23页。

作指引》第15条就规定了承办检察官审查认为不需要给予行政处罚的6种情形,同时要求这种免于行政处罚的情形应当制作《终结审查决定书》并报检察长批准。鉴于此,在行刑反向移送中,以罪量要件作为移送标准,要求检察机关综合考虑罪量要件,分析实质法益损失,而不是仅关注罪量的形式标准,对于部分虽然达到形式入罪标准但是金额很低、数额很小的罪量轻微的案件应免除刑罚并反向移送适用相应的行政处罚,对尚未达到行政处罚标准的案件可以免于任何处罚,以体现法律的人文关怀。

最后,基于结果要件构建反向移送标准,在判断是否反向移送及行政处罚强度时要考虑法益可恢复性对于案件结果的影响。在行政犯的行刑反向衔接过程中,结果要件同样扮演重要的衡量角色,并可以作为设定行刑反向移送标准的考量因素。结果要件与罪量要件存在差异,结果要件要从案件的整体视角出发,对实行行为造成的最终结果进行综合衡量,因此在实质法益损失的计算上更加全面,同时需要将行政犯中表面的秩序违反的结果要件还原为实质的法益损失,并据此评判是否反向移送。事实上,在衡量行刑反向衔接的结果要件时,需要基于恢复性司法理念来充分考虑法益的可恢复性,在判断是否需要反向移送适用行政处罚以及设定行政处罚强度时,都需要考虑法益可恢复性对案件结果的影响,从而合理判断实质法益损失,尤其在行政犯中,如果被破坏的秩序法益可以恢复,那么在计算法益损失时应该将恢复的法益损失进行合理排除,并在反向衔接后优先适用行政处罚而无需适用刑事制裁。

在部分为维护秩序而设置的行政犯罪名中,如果通过“法益恢复”可以使先前被损害的秩序法益恢复至初始状态,那么此时检察机关就可以适用相对不起诉来实现程序性出罪,真正落实恢复性司法理念。另外,鉴于相关法益已被修复,在程序性出罪的基础上,如果仍需适用行政处罚,则应该根据法益恢复后的结果要件来选择合适的行政处罚措施,这就需要基于整体性视角来分析实际法益损失,而对结果要件的实质判断就是这个过程中不可或缺的。

在司法实践中,实质判断结果要件已然成为行刑反向移送的门槛之一,在实质判断过程中要充分考虑法益可恢复性,从而对于实质法益损失进行整体性判断,并借此贯彻恢复性司法理念。在“龚某某非法狩猎罪案”中,龚某某因模仿他人而毒杀多只豆雁,检察院得知其希望积极地弥补损害结果,便在免于刑罚后进行反向移送,督促行政机关设立专门的生态损害赔偿金收款项目,龚某某缴纳生态环境损害赔偿金1.45万元,并在湖区开展1个月的野生动植物保护义务宣传。^④在该案中,行为人损害野生动物资源后,通过各种措施来积极修复法益损害后果,还设置了生态损害赔偿金用于今后的预防工作,法益损害后果得到了有效修复,此时行为人对于表面的秩序法益的违反已经被恢复,对于野生动物资源的实质法益损害也在事后进行了修复,实质法益损害后果相对有限,此时便可以在实质出罪之后反向适用行政处罚。总之,基于结果要件的反向移送模

^④ 参见黄海:《行刑反向衔接,为生态环境撑起“保护伞”——我院在环境资源生态修复基地召开流动听证会》,载江西省南昌县人民检察院官网, http://www.jxnanchang.jcy.gov.cn/jcdt/202308/t20230817_5891532.shtml, 2024年7月11日访问。

式,充分贯彻了刑法的谦抑性思维、恢复性司法思维与实质出罪思维,同时最大程度地弥补了法益损失,并将实质法益损失作为判断标准,合理限缩了行政犯罪名的刑事制裁范围,平衡了社会各方主体的利益,借助行刑反向衔接模式实现了对行政犯的系统性治理。

五、行政犯行刑反向衔接的审查监督机制

行政犯的行刑反向衔接不仅需要完善实体和程序机制,还需要结合不同反向衔接的语境来设置相应的审查监督机制,在审查监督过程中着重分析是否存在实质法益的保护疏漏与具体行为情节的误判,藉此完善行刑反向衔接的整体流程,妥善适用行刑反向衔接程序。事实上,审查监督机制不仅能够避免司法机关过度适用刑事制裁,还可以避免行刑反向衔接机制被滥用,从而真正实现对行政犯的轻重有序治理。

(一) 相对不起诉行刑反向衔接的审查监督机制

在相对不起诉后的行刑反向衔接中,相对不起诉的根据是《刑事诉讼法》第177条“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出不起诉决定”,以及《刑法》第37条“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚”的规定,而这也是行刑反向衔接适用行政处罚的理论支撑。在相对不起诉的行刑反向衔接中,鉴于是在构成犯罪后免于刑事处罚,适用行政处罚只是一种刑事责任的替代方式,因此在适用前要进行必要性审查,防止适用过程产生争议。在必要性审查过程中,对于反向衔接后行政处罚措施的选择需要遵循比例原则,避免重复处罚。比如在部分醉驾犯罪中,如果在刑事和解阶段已经对被害人进行了赔偿,那么在行政处罚过程中就不必再次进行赔偿,这充分地体现了恢复性司法理念,在行刑共治的过程中防止行政处罚与刑事制裁的强度倒挂,^{④5}符合行刑反向衔接的设置初衷。

相对不起诉行刑反向衔接的审查监督是双部门双审查模式。根据《意见》的规定,双部门双审查模式要求反向衔接工作由行政检察部门牵头负责,其中刑事检察部门“应当在作出不起诉决定之日起3日内提出是否需要对被不起诉人给予行政处罚的意见”,而行政检察部门则负责后续的审查,对于认为需要给予行政处罚的,经检察长批准,提出检察意见,移送行政机关处理。此外,行政检察部门还负责加强对行政机关的回复和处理情况的审查监督,发现行政机关违法行使职权或不行使职权的,可以依照法律规定制发检察意见书来督促其纠正,扩大“四大检察”的职责履行范围。^{④6}在必要性审查过程中,主要审查内容是行刑反向衔接的实体问题与程序问题,其中实体问题包括具体行为情节的实质认定与还原后的实质法益损失,而程序问题是指反向衔接的移送程序是否符合法律规范要求,从而综合判断行政犯的实质出罪路径是否合理以及后续行政处罚措施的选择是否适当。质言之,相对不起诉后行刑反向衔接的监督的本质是落

^{④5} 参见田宏杰:《合作共治:行政犯治理的路径选择》,载《法律科学》2022年第5期,第161页。

^{④6} 参见赵琼:《行政违法行为检察监督的定位与制度发展方向》,载《中国检察官》2024年第7期,第51页。

实刑事责任的替代方式的实现,防止检察机关“不诉了之”,要求检察机关充分发挥监督职能,督促行政部门基于实质法益损失来选择合适强度的行政处罚措施。

鉴于此,在相对不起诉行刑反向衔接的审查监督过程中,需要围绕行刑反向衔接的诉求来完善监督体系。第一,检察机关应切实履行主体责任,主动排查行刑反向衔接案件的办理过程中是否存在“应移送未移送”“应处罚未处罚”等情形,并在判断实质法益损失之后明确应该选择的处罚措施,推动刑事司法和行政执法的双向互动、无缝衔接。^{④7}第二,检察机关需要尝试在检察意见书中写入行政处罚的具体内容,一方面说明案件需要反向衔接适用行政处罚的原因,另一方面阐述案件在反向衔接后适用何种行政处罚的有效建议,以供行政主管机关参考。在检察意见书中需要将实质法益损失作为依据,分析行为人的具体行为所造成的实质法益损失,基于恢复性司法的立场提出应适用的行政处罚。第三,在行刑反向衔接中完善相关配套机制,作为行刑反向衔接的接收方的行政主管机关应该客观公正准确行使自由裁量权,^{④8}所以在反向衔接中检察机关可以尝试与行政主管机关组成联席会议,共享关于情节认定以及实质法益转换后认定的相关信息,树立公正的判断立场,塑造通畅的沟通交流与信息共享渠道。总之,在相对不起诉的行刑反向衔接过程中,检察机关要充分发挥自身的审查督促作用,认识到行政处罚措施在此过程中的重要作用,制发合理且具有参考价值的检察意见书,并与行政主管机关保持通畅的沟通交流,借此塑造合理的行刑反向衔接流程,保持司法公信力。

(二) 存疑和绝对不起诉行刑反向衔接的审查监督机制

行政犯的行刑反向衔接过程中,存在着因为数额、情节、证据等方面未达到定罪标准而绝对不起诉、存疑不起诉的反向衔接情形,此时适用的行政处罚在谴责程度上与相对不起诉的反向衔接存在差异。在存疑不起诉和绝对不起诉的行刑反向衔接过程中,适用前提是事实不清、证据不足或在性质上本就不构成犯罪,所以在审查标准上也相对宽松,以行政审查为主要模式,审查的主要内容是案件线索的移送,具体的行政处罚措施与强度则应该由行政主管机关裁量。在“王某危险作业罪案”中,王某非法销售 95 号汽油,其行为涉嫌危险作业罪,但没有证据证实该成品油具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险性,检察机关因此认定王某的犯罪事实不清、证据不足,不符合起诉条件,决定对王某存疑不起诉。^{④9}但王某的行为属于未经许可经营危险物品的行为,实际上违反了《安全生产法》第 36 条的规定而应该适用行政处罚。鉴于此,检察机关在作出不起诉决定的同时,应当移送行政执法机关并建议对王某予以行政处罚。在本案中,危险作业罪主要维护工程管理秩序,属于保护法益前置化的情形,实际上是公共安全领域的治安体感与风险意识的范畴,^{⑤0}此时应该将工程管理秩序损失转化为实质法益损失并

^{④7} 参见李冠豪、李密:《轻罪不起诉后行刑反向衔接机制的有效运行》,载《人民检察》2023 年第 20 期,第 83 页。

^{④8} 参见张杰:《行刑衔接视阈下轻罪出罪路径优化探析》,载《法学论坛》2024 年第 2 期,第 37 页。

^{④9} 参见山东省汶上县人民检察院汶检刑不诉(2021)57 号不起诉决定书。

^{⑤0} 参见冀洋:《公共安全刑事治理的教义学评析——以〈刑法修正案(十一)〉为例》,载《法学论坛》2021 年第 5 期,第 73 页。

加以判断,而王某的行为并未有充足证据证明其风险,也就难以认定其实质法益损失达到刑事入罪的门槛,自然不应该纳入刑事制裁的范畴,而应该适用行政处罚,本案中的这种行政处罚在本质上是一种对行政违法行为的处理。

在存疑不起诉和绝对不起诉行刑反向衔接的监督过程中,其作为一种典型的行政监督而由行政检察部门负责,核心审查监督模式是制发检察意见书,并主要从以下三方面展开:第一,在反向衔接过程中适时展开行政公益诉讼。若行政机关没有及时处理检察机关的检察意见书且已经侵害特定领域的公共利益,则可能会引发行政公益诉讼,从而通过引入司法机关的力量来监督行政机关依法行政,实现司法职权配置的优化。^⑤但此时对于公共利益的判断要尤为审慎,应该基于实质法益观来进行综合评判,不能肆意扩张公共利益的认定范围。第二,存疑不起诉与绝对不起诉的行刑反向衔接需要重点完善信息通报机制。鉴于存疑不起诉和绝对不起诉的反向衔接属于行政监督范畴,其中涉及行政机关与检察机关间的沟通协调,因此更需注重信息间的沟通交流,这要求检察机关妥善地把案件处理的详细情形通过咨询会议、联席会议、定期通报等方式通知给公安机关、行政执法机关,尤其是将其中涉及实质法益与行为情节认定的信息通知给公安机关与行政执法机关进行综合判断,同时加强信息共享平台建设,将移送案件的信息及时在信息共享平台上填报,推动各部门之间对案件信息的共享使用。第三,在沟通协调过程中,行政检察部门应该分类反馈不同类型案件的处理结果,及时解决一些共性问题,尤其是将秩序法益转化认定为实质法益的判断过程进行总结推广,优化法益还原的具体流程,提升对实质法益损失的认定水平,从而更为精准地推动行刑反向衔接。鉴于不同类型的案件在证据收集和定性处理上都存在差异,所以在反馈时需要指出不同类型案件在衔接中的问题,提出提高办案水平和加强衔接工作的对策。通过分类反馈模式,检察机关可以清楚地区分行刑反向衔接的案件性质,对于需要展开公益诉讼的案件及时启动公益诉讼程序,从而提升案件处理的整体质效,健全执法权、司法权的运行机制,加强权力制约和监督,满足行刑反向衔接机制的设置初衷。

六、结 语

行政犯的治理过程中,行刑反向衔接机制充分体现出刑法的谦抑性原则,可以完善行政犯的实质出罪流程,有效限缩行政犯的处罚范围,避免损害司法公信力。在行刑反向衔接过程中,要优化治理理念,将实质法益保护理念贯彻到行刑反向衔接全流程之中。在行政犯行刑反向衔接的具体程序的优化过程中,首先要基于刑法谦抑性来完善行刑反向衔接的实体机制,其次从部门职责、审批程序以及证据移送三个方面来优化行刑反向衔接的程序机制,最后确立以构成要件为核心的行刑反向衔接的移送标准。行刑反向衔接过程中还需要构建对应的审查监督程序,对不同类型的行刑反向衔接案件适用不同强

^⑤ 参见王太高、唐张:《论检察机关提起公益诉讼的体系展开》,载《苏州大学学报(法学版)》2023年第1期,第3页。

度的审查监督模式,从而避免行刑反向衔接成为“权力寻租”的工具。行刑反向衔接是检察机关加强与行政执法机关的衔接配合,共同促进严格执法、公正司法,共同推进法治中国建设的重要内容,^⑤在行刑反向衔接过程中,必须基于行政犯所处的特殊语境来设置相应的反向衔接流程,发掘行刑反向衔接的关注重点,基于实质出罪论来强化行刑反向衔接路径,从而在提升行刑反向衔接整体质效的同时有效保障司法公正。

Abstract: In the era of administrative offenses, the reverse coordination mechanism between administrative enforcement and criminal justice can limit the scope of punishment for administrative offenses and improve the quality and efficiency of governance, but at the same time, it faces the problems of inconsistency in governance concept, lack of specific procedures, and imbalance of review and supervision. The reverse coordination between administrative enforcement and criminal justice for administrative offenses should implement the concept of substantive legal interest protection in the substantive mechanism, procedural mechanism, and review and supervision mechanism. The construction of substantive mechanism should implement the principle of modesty in criminal law, conduct substantive review on whether to avoid prosecution and apply administrative punishment, and set administrative punishments that balance the losses of substantive legal interests and non-prosecution cases. The construction of procedural mechanism should focus on the identification of substantive legal interests to coordinate the responsibilities of different procuratorial departments, establish an approval procedure for reverse coordination between administrative enforcement and criminal justice to prevent ‘double punishment’, improve the evidence reverse transfer procedure, and shape the reverse transfer standard based on behavioral elements, quantity elements, and result elements with constituent elements at the core. The review and supervision mechanism should be set up based on different contexts. In this process, we should analyze whether there are omissions in the protection of substantive legal interests and misjudgment of specific behavior circumstances. The necessity of dual-department and dual-review mode after relative non-prosecution should be examined. Information sharing should be promoted and administrative supervision should be strengthened after suspected non-prosecution and absolute non-prosecution.

(责任编辑:王 楷)

^⑤ 参见董凡超:《强化行刑双向衔接增进民生福祉》,载《法治日报》2024年7月11日,第5版。