

刑行衔接视野下“未经处理”的认定规则

曾文科

【摘要】刑法中的“未经处理”仅指达到追诉标准但未经过刑事处理的情形,其认定规则必须符合犯罪制裁基本原则的要求。单次行为本身未达到追诉标准时,无论是否已经过行政处理,基于禁止间接处罚原则而非禁止重复处罚原则,不能认定为刑法上的“未经处理”。单次行为本身达到追诉标准时,已经过刑事处理的,基于禁止重复处罚原则,不能认定为刑法上的“未经处理”,但不妨碍再做行政处理,也不妨碍在不损害甚至有利于犯罪人的利益时重复评价该行为。单次行为本身达到追诉标准时,无论是否经过行政处理,只要未经过刑事处理,基于禁止以罚代刑原则,都应当认定为刑法上的“未经处理”。如此处理虽不违反禁止重复处罚原则,但在行政处罚折抵刑罚、刑事追诉带来的程序性负担等方面受比例原则的约束。

【关键词】未经处理;禁止间接处罚;禁止重复处罚;禁止以罚代刑;比例原则

【作者简介】曾文科,中国政法大学刑事司法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2021.5.162~174

【基金项目】本文系霍英东教育基金会高等院校青年教师基金资助项目“新时代非刑罚性犯罪制裁措施改革的理念、路径与方案”(项目编号:171078)的阶段性研究成果,并得到中国政法大学青年创新团队项目资助。

一、问题的提出

众所周知,我国刑法的一大特色是对犯罪不仅在行为类型上有定性要求,而且在结果程度上有定量要求,^①分则中规定了大量数额犯、数量犯。从与法益侵害的关系来看,数额或数量有时直接体现了法益侵害的程度,如财产犯罪中;有时仅仅是征表法益侵害程度的替代结果,如经济犯罪、职务犯罪中。由于数额或数量作为量刑规则升格法定刑后有可能带来刑种上的变化,^②所以涉及数额犯与数量犯时,在同种数罪的处理上不采取并罚而是累计计算的方式。**【案例1】**甲有20次独立的盗窃行为,每次盗窃数额均为25万,单独看每次盗窃行为分别达到了盗窃数额巨大的标准,倘若按数罪并罚处理,对甲最多判处25年有期徒刑;可一旦累计数额,按照盗窃500万追究甲盗窃数额特别巨大的刑事责任,则最高可判处无期徒刑。^③由于甲上述行为的可罚性并不比一

次盗窃500万元的情形轻,不存在以数罪并罚的方式使甲享受较轻量刑的实质根据,所以对甲应当累计数额以一个盗窃罪论处。

我国《刑法》在许多条文中也明确规定,未经处理的应当累计数额或数量处罚。例如,《刑法》第153条第3款(若无特别说明,本文所引条文均为我国《刑法》),“对多次走私未经处理的,按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额处罚”;又如,根据第201条第3款,对纳税人或扣缴义务人多次实施逃税行为,未经处理的,按照累计数额计算;再如,第347条第7款规定,“对多次走私、贩卖、运输、制造毒品,未经处理的,毒品数量累计计算”;还如,根据第383条第2款、第386条,对多次贪污或受贿未经处理的,按照累计贪污或受贿数额处罚。张明楷教授则进一步指出,“就数额犯或数量犯而言,刑法分则条文关于‘累计’的规定只是注意规定,所以,即使没有规定‘累计’

时,也应当累计。”^④累计的范围是什么?从上述条文规定来看,累计的对象是未经处理的同种犯罪的数额或数量,但“未经处理”又应当如何认定呢?由于数额犯或数量犯规制的行为类型往往也是行政制裁等的适用对象,所以在认定“未经处理”时常常遇到以下两个层次的具体争议问题:第一,未经处理的单次行为本身是否需要达到犯罪的追诉标准;第二,未经处理仅指未经刑事处理,还是也包括未经行政处罚等其他处理。^⑤

完善健全行政执法与刑事司法衔接机制,是全面深化改革、全面推进依法治国的重大战略部署之一。除了程序上的衔接,^⑥行政处罚与刑事处理在实体处罚问题上合理确立分工配合机制也具有重要意义。大体而言需处理好三方面的关系:第一,处罚范围要分明。没有达到刑事处罚标准的不能以各种形式包装后偷偷塞入刑事处罚的范围,反过来,达到刑事处罚标准的也不能以其他处罚为替代回避刑事处罚。第二,处罚总量要适度。即便可以对同时达到行政处罚标准与刑事处罚标准的行为既做行政处罚又做刑事处理,但要考虑多种处理并用时对行为人带来的负担与追求的目的之间是否均衡。第三,处罚结果要安定。一方面要考虑针对同一行为适用两次以上同种程序、予以同种制裁的情形,另一方面则要顾及针对同一行为适用两次以上不同种程序、予以不同种制裁的场合,从保障处罚结果安定所欲追求的目的出发探寻安定性的边界。所以,在探讨犯罪制裁相关问题时,必须确立基本框架,而这个框架只能由一些基本原则来搭建与支撑。为了确保处罚范围的分明,必须恪守禁止间接处罚与禁止以罚代刑原则;为了确保处罚总量的适度,必须服从比例原则;为了确保处罚结果的安定,必须遵循禁止重复处罚原则。如何基于上述犯罪制裁基本原则各自的守备范围,在其限定的框架内体系化地提炼出刑法中“未经处理”的具体认定规则,对合理衔接刑事处理与行政处罚而言至关重要。本文首先大体上分为单次行为未达到追诉标准的情形(下文“二”)与单次行为达到追诉标准的情形(下文“三”)两部分,然后再分

别详述已经过刑事处理、只经过行政处理、未受过任何处理等情形。

二、单次行为未达到追诉标准的情形

单次行为没有达到追诉标准,或者没有达到值得动用刑法予以应对的程度时,对该次行为就不应给予刑事处理。所以,本部分只需讨论单次行为①未经过任何处理以及②已经过行政处理这两种情形下,还能否作为“未经处理”的行为与其他同种行为累计数额或数量追究刑事责任。即便错误地对该次行为做出了刑事处理时,也应通过救济程序撤销该刑事处理,还原为以下两种情形讨论。

1. 未经过任何处理时

单次行为未经任何处理时,形式上看完全符合“未经处理”的字面含义。学界有观点认为,“数额被累计之后,总数额对于定罪量刑的影响作用是显而易见的,它不仅使每次行为发生量变而且还可能使其发生质变:有可能将本来不是构成要件意义上的行为统一纳入构成要件评价,不注重其单次行为意义,转而看重其总行为。”^⑦这实际上是承认,可以通过累计数额的方式对本没有达到追诉标准的单次行为做出刑事处理。^⑧司法解释也认可这种处理方式,例如,2002年11月5日最高人民法院《关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第4款规定,“刑法第201条第3款规定的‘未经处理’,是指纳税人或者扣缴义务人在5年内多次实施偷税行为,但每次偷税数额均未达到刑法第201条规定的构成犯罪的数额标准,且未受行政处罚的情形”。实务中也不乏将未达到追诉标准且未经过任何处理的单次行为与其他同种行为累计数额或数量后追究刑事责任的做法。

【案例2】游某明诈骗案中,^⑨事实①:2014年12月20日上午,被告人游某明伙同同案人汤某球、司徒某、李某飞、梁某洪、李某洪(均另案处理)等人在广州市海珠区车管所附近,以认识车管所内部人员可以协助办理违章业务为由,取得前来办理违章业务的被害人刘某的信任,骗得被害人刘某人民币3700元。随后,被告人游某明伙同同案人梁某洪将被害

人刘某带至本市荔湾区交警大队,以帮被害人刘某购买交强险为由,骗得被害人刘某人民币800元。次日,被告人游某明伙同同案人刘某晃(另案处理)以疏通车管所内部关系为由,再次骗得被害人刘某人民币1200元。事实②:2015年7月13日,被告人游某明伙同同案人汤某球、李某飞在广州市海珠区车管所附近,采取上述同样方式,骗得被害人马某润人民币300元。事实③:2015年8月21日,被告人游某明伙同同案人李某飞、刘某晃在本市海珠区车管所附近,采取上述同样方式,骗得被害人周某章人民币400元。广州市海珠区人民法院认定,被告人游某明共参与上述3宗诈骗,诈骗他人财物共计人民币6400元,犯诈骗罪;判处有期徒刑6个月,并处罚金人民币2000元。

事实①中被告人诈骗刘某三笔财物,由于是基于同一诈骗故意、针对同一被害人在短时间内实施行为样态相同的诈骗行为,故可看作是一次连续的诈骗行为,该次诈骗金额计5700元,达到了诈骗罪的追诉标准。^⑩与此相对,事实②与事实③中的诈骗行为,一方面单独来看均没有达到诈骗罪的追诉标准;另一方面又由于与事实①相互间时间间隔较长,并非基于同一犯意实施,不能按照连续犯处理。因此,本案的特点在于,通过将本来没有达到诈骗罪追诉标准的事实②、事实③作为“未经处理”的诈骗行为,与达到了追诉标准的事实①累计数额计算追究被告人诈骗罪的刑事责任。

但是,实务中的上述做法并不因其存在而当然合理。如松原芳博教授所言,“自始至终只是‘说明’判例的学说,既不能提供批判判例、促进判例变更的论据,也不能提供使该判例正当化、主张应予维持该判例的论据。”^⑪为贯彻罪刑法定原则,禁止间接处罚被确立为一项基本的刑罚原理,禁止以下情形的出现,即“某种行为及结果原本不是刑罚处罚的对象,但由于该行为及结果存在某一犯罪中,导致对该行为及结果实施刑罚处罚”。^⑫案例2中把本来至多成为治安管理处罚对象的事实②与事实③一并纳入刑事处理过程中,使得被告人对这两项事实中的700元

财物承担刑罚,显然违反了禁止间接处罚原则。这样的做法混淆了本来以追诉标准为界限、范围清晰的治安违法行为与犯罪行为,有碍于行政处理与刑事处理的合理衔接。

游某明诈骗案中由于事实①已经达到了诈骗罪的追诉标准,所以未达追诉标准的事实②与事实③并不影响定罪,只影响刑罚轻重。但在某些情况下,根据是否接受过行政处罚等处理来判断未达到追诉标准的违法行为是否属于刑法上的“未经处理”,会导致因行政机关的办案效率甚至办案意愿而出入人罪的不合理局面。【案例3】甲先诈骗乙1000元一次,一个月后又诈骗丙500元一次,两个月后再诈骗丁2000元一次,倘若行政机关在甲诈骗乙后及时做出了治安行政处罚,该次诈骗不属于“未经处理”,那么尽管出现了后续诈骗丙、丁的行为,累计两次诈骗数额仍达不到追诉标准,不能作为诈骗罪处理;倘若行政机关在甲诈骗后因办案效率低或者故意置之不理,未对该次诈骗予以行政处罚,那么当出现了后续诈骗丙、丁的行为时,累计三次诈骗数额则达到了诈骗罪的追诉标准。为了回避这种不合理现象,存在以下两种解决方案。

方案一:把刑法上的“未经处理”理解为“未经刑事处理”,即便受过行政处理的行为也一概认定为“未经处理”。也就是说,案例3中无论甲是否因诈骗乙受过行政处罚,都在后续的办案过程中把1000元的数额累计进去。但这种方案使得本没有达到追诉标准的行为可能因行为后出现其他同种行为等情况而成为刑事制裁的对象,导致间接处罚,并不可取。

方案二:给刑法上的“未经处理”确立一个前提,即需要达到追诉标准才能累计数额。只要没有达到追诉标准,即便未受过行政处理,也一概不认定为“未经处理”。也就是说,案例3中无论甲是否因诈骗乙受过行政处罚,都不能在后续的办案过程中把1000元的数额累计进去。这种方案无疑满足了禁止间接处罚原则的要求,但仍有疑虑的是,该方案是否会纵容“小恶不断”的现象?^⑬

其实刑法中已有应对之策。一方面,当多次行

为构成连续犯或徐行犯时,在刑法上本来就应当评价为一个行为。既然是评价上的一个行为,那么哪怕单独来看其中自然意义上的行为每次都没有达到追诉标准,仍然可以累计数量或数额计算,在总和达到追诉标准时追究该评价上“一个行为”的刑事责任。另一方面,当多次行为不构成连续犯或徐行犯时,“立法者在设置法定刑时,除了考虑有责的法益侵害程度(或者说与之相应的报应)外,还要考虑某种行为类型的预防必要性大小”。^⑩具体而言,在每次法益侵害程度都不太严重,但通过多次反复实施某行为表现出特殊预防必要性较大时,也作为犯罪处理,配置与侵害法益达到值得动用刑罚处罚程度的行为相同的法定刑。例如,根据第153条第1款第1项,构成走私普通货物、物品罪的,除了“走私货物、物品偷逃应缴税额较大”外,还可以是“一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私”;又如,根据第264条、第267条、第274条,构成盗窃罪、抢夺罪或敲诈勒索罪的,除了“数额较大”外,还可以是“多次盗窃”“多次抢夺”或“多次敲诈勒索”。有时,刑法也会规定某种行为情节严重时可构成犯罪,而多次实施是常见的严重情节。^⑪例如,根据第383条第1款第1项、第386条,贪污或受贿数额较大或者有其他较重情节的,构成贪污罪或受贿罪。2016年4月18日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条规定,贪污或者受贿数额在3万元以上不满20万元的,属于“数额较大”;贪污数额虽然没有达到较大程度,但在1万元以上不满3万元,且“曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分”或者“多次索贿”的,属于有“其他较重情节”。^⑫

反过来看,当多次行为分别没有达到追诉标准且不符合连续犯或徐行犯等实质评价为一行为的条件,刑法又没有将多次实施某行为类型化为犯罪的成立条件时(如刑法没有将“多次诈骗”规定为构成诈骗罪的情形),说明立法者做出了“此种小恶不断”的现象尚不需通过刑法予以应对”的政策判断,绝不能通过间接处罚等肆意的司法适用架空这一立法者

的判断。^⑬从这种观点来看,2012年11月2日最高人民法院《关于审理破坏草原资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条的规定,“多次实施破坏草原资源的违法犯罪行为,未经处理,应当依法追究刑事责任的,按照累计的数量、数额定罪处罚”,在表述上较为合理。^⑭即不应先累计数额或数量再判断是否达到追诉标准,而是唯有当多次行为能够评价为一个行为从而达到追诉标准或者多次行为分别都达到追诉标准时,才能累计其数额或数量计算。因此,方案二是妥当的,并没有纵容刑事政策上不能容忍的“小恶不断”。单次行为未达到追诉标准时,即便未受过任何处理,也不能将其作为刑法上“未经处理”的行为与同种的其他行为累计数额、数量追究刑事责任。

2. 已经过行政处理时

已经过行政处理的单次行为没有达到追诉标准时,将其作为刑法上“未经处理”的行为也违背了禁止间接处罚原则。在此需要特别讨论的是,这种做法是否也同时违背了禁止重复处罚原则。

“禁止重复处罚(评价)”这一用语常用于刑事法的不同场合。^⑮例如,在刑事程序中基于“一事不再理”原则或“禁止双重危险”原则,判决确定前禁止重复起诉,实体判决确定后因既判力而禁止再诉,从而达到刑事实体法上“禁止重复处罚”的效果。^⑯又如,在罪数处理问题上,基于“禁止重复处罚”的考虑而对该当多个构成要件、造成多个结果的同一行为,只从一重罪(从重)处罚。再如,在量刑时,对于同一情节不能重复评价,尤其是“禁止对于法条所规定的构成要件要素,在刑罚裁量中再度当作刑罚裁量事实,重复加以使用,而作为从重裁量或从轻裁量的依据”。^⑰对犯罪人而言,比起重复评价,更关注的是自己是否因同一案件、同一行为或同一情节而承受了程序上或实体上的多次负担。有时甚至不可避免地需要做出重复评价。例如,在想象竞合的情形中,为了实现对案件的全面评价,发挥明示机能,^⑱虽然对同一行为评价了多次,有“重复评价”之嫌,但由于最终只适用一个最重的法定刑,故不存在“重复处罚”

的问题。所以,与其说是“禁止重复评价”,不如说是“禁止重复处罚”更贴切。^②

禁止重复处罚原则首先要求在同一类程序中,无论是刑事程序还是行政程序,不能对同一行为予以两次以上的处罚,^③对此应无异议。但针对同一行为,能否在不同程序中予以两次以上性质不同的制裁?对此,日本判例的意见是,“一般承认可以在非‘刑罚’的其他法律上的处分或制裁之外再科处刑罚。关于该问题与宪法上一事不再理或禁止双重处罚的关系,最高裁判所1950年9月27日判决刑集第4卷第9号第1805页、最高裁判所1955年6月1日判决刑集第9卷第7号第1103页、最高裁判所1958年4月30日判决民集第12卷第6号第938页判决中表达的意思是,宪法第39条后段的规定‘旨在禁止对同一犯行双重追究其刑事上的责任’,表明该条的射程是有关犯罪成立与否的裁判,在非‘刑罚’的其他处分或制裁之外再科处刑罚并不与宪法第39条相抵触”^④。简言之,日本判例以刑罚与其他制裁在宗旨、目的、要件、程度等方面的不同为由肯定并科的合理性与正当性。^⑤我国也有学者考虑到司法权的配置、行政责任与刑事责任属于不同的评价体系且二者的功能与目的不同等,认为对同一犯罪可以科处不同性质的制裁;^⑥甚至有学者明确指出,“禁止重复评价原则,应限定为同一法律部门之内,跨越不同法律部门,不存在禁止重复评价原则的问题”^⑦。对此,笔者表示赞同,禁止重复处罚原则所确保的处罚结果的安定性,只限于同一处理程序中,不禁止在不同处理程序中出于不同目的对同一行为予以不同的制裁。

第一,行政制裁根据其来源权限可分为对外行政制裁与对内行政制裁。前者基于一般统治权,而后者基于国家或地方公共团体对公务员、法官、公证人等的特别监督关系。例如,我国的行政处分与日本的惩戒处分都属于对内行政制裁。^⑧理论上与实践中,对于并用对内行政制裁与刑罚的做法,并无争议,甚至是理所当然的。例如,对有重大贪污行为的国家工作人员,在根据《刑法》第382条、第383条定罪处罚的同时可以开除公职、开除党籍。

第二,在对外行政制裁的场合,对同一违法行为通过两次处罚程序并处罚款与吊销营业执照并无不可,“因为不同类型的处罚在制裁效果和目的上都有较大差异,允许并处更有利于行政目的的实现”。^⑨否则就会像《行政处罚法》第29条那样明确规定,“对当事人的同一个违法行为,不得给予两次以上罚款的行政处罚。同一个违法行为违反多个法律规范应当给予罚款处罚的,按照罚款数额高的规定处罚”。最高人民法院也认为,“即便按照一般法律适用规则理解,‘一事不再罚’也应当是指同一违法行为不能给予两次以上的相同或者类似性质的行政处罚”。^⑩台湾地区学者也承认,“一行为不二罚原则,在行政秩序罚上,并非属于法治国家之当然要求。仍应仅能在(一)‘处罚种类相同’,且(二)‘如从其一重处罚已足达成行政目的’的情形下,基于比例原则的观点,始有条件承认应采‘一行为不二罚原则’。……否则数个秩序罚的处罚方法种类虽然不同,也将构成一行为重复处罚,而为法所不许。如此解释结果,势将严重伤害行政目的之达成,损害公共利益至钜,显非妥当”。^⑪既然如此,也就没有理由在行为违法程度严重从而科处罚金后,却因已经过刑事处理而禁止再予以吊销营业执照的行政处罚。既然针对同一行为可以同时科处刑罚与吊销营业执照,那么在对某行为处以行政罚款或行政拘留后,再判处罚金或有期徒刑,也就顺理成章了。

第三,《行政处罚法》第35条也明确规定,“(第1款)违法行为构成犯罪,人民法院判处拘役或者有期徒刑时,行政机关已经给予当事人行政拘留的,应当依法折抵相应刑期。(第2款)违法行为构成犯罪,人民法院判处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵相应罚金;行政机关尚未给予当事人罚款的,不再给予罚款”。这种折抵刑期或罚金的办法,实际上承认了对同一行为同时处以行政处罚与刑罚的可能性。虽然考虑到财产刑与行政罚款、自由刑与行政拘留等之间存在一定的相似性,甚至在预防再次违法的机制上也有共通之处,在并科的总量上允许权衡折抵,但并科总量的限制

应当服从比例原则或者罪刑均衡原则,而不是禁止重复处罚原则。^③

无论是实质根据,还是现行规定,对同一行为既通过刑事程序发动刑事处罚,又通过行政程序予以行政处罚,并不违反禁止重复处罚原则。因此,单次行为未达到追诉标准但经过行政处理的,不属于刑法上的“未经处理”,背后遵循的依然是禁止间接处罚原则,而不是禁止重复处罚原则。

三、单次行为已达追诉标准的情形

单次行为本身已经达到追诉标准时,对该次行为本应作为犯罪处理,但实务中往往因为办案效率、办案意愿等各种原因,呈现出该次行为①未经过任何处理、②已经过刑事处罚以及③只经过行政处理三种局面。以下分别讨论这三种情况下该次行为为分别还能否作为“未经处理”的行为,与其他同种行为累计数额或数量追究刑事责任。

1. 未经过任何处理时

《行政处罚法》第8条第2款规定,“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”;第27条第1款规定,“违法行为涉嫌犯罪的,行政机关应当及时将案件移送司法机关,依法追究刑事责任”。^④这两个条款所表达的,实际上是禁止以罚代刑原则。同时,《刑法》第3条前段也明确规定,“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”。构成犯罪的行为却不交由刑事程序处理,无异于将犯罪行为矮小化为一般的违法行为,这种做法同样也混淆了本来以追诉标准为界限、范围清晰的行政违法行为与犯罪行为,有碍于行政处理与刑事处理的合理衔接。所以,单次行为达到追诉标准却未经过任何处理时,即便该行为同时属于行政处罚的对象,也应当认定为刑法中“未经处理”的行为,与其他同种行为累计数额或数量计算后追究刑事责任。

值得注意的是,由于“刑罚与行政处罚的种类及功能的差异决定了在适用刑罚的同时还必须适用行政处罚以弥补刑罚的不足”,^⑤禁止以罚代刑只意味着不允许在行为构成犯罪后,通过行政处罚等替代

刑事责任的追究,并不意味着行为构成犯罪后只能追究刑事责任,完全有可能同时对其做出行政处罚。例如,对于生产销售伪劣产品的单位,销售金额达到5万元以上时,在科处刑罚的同时当然可以吊销其营业执照。至于对同一行为既做刑事处理又做行政处罚是否具有实质合理性,已经超出了禁止以罚代刑原则的管辖范围,应当纳入禁止重复处罚原则或比例原则之下考虑。

2. 已经过刑事处罚时

单次行为无论是被宣告刑罚还是定罪免刑甚至只是被决定不起诉,^⑥都属于已经过刑事处罚,该次行为的刑事责任已得到清算,基于禁止重复处罚原则,不能使行为人因该次行为再度被卷入刑事程序受到刑事处罚,所以当然不属于刑法上的“未经处理”,不能累计其涉案数额或数量在刑事上再次“处罚”犯罪人。但这并不意味着已经过刑事处罚的单次行为就完全不予考虑。例如,第383条第2款规定,“对多次贪污未经处理的,按照累计贪污数额处罚”。该款仅从正面说明,达到了追诉标准且未经处理的贪污行为,根据禁止以罚代刑原则,必须累计其数额;但并不能从形式上反过来说,达到了追诉标准且已经处理的贪污行为,必然不再累计其数额。此时是否有累计的必要,实质上取决于是否带来“重复处罚”的不利后果。换言之,“累计”本身并不重要,重要的是处罚带来的实际负担或者说不利益。禁止重复处罚原则旨在通过确保处罚结果的安定性来保障犯罪嫌疑人或被告人的利益,当无碍于甚至有利于其利益时,重复考虑、重复评价已经受过刑事处罚的行为并不违反禁止重复处罚原则。尤其是,为与达到追诉标准却未经处理的案件保持量刑上的均衡,再次考虑已经过刑事处罚的单次行为有时反而更合理。换言之,此时已触及确保处罚结果安定性的边界,若一味地追求形式上的安定,完全不允许做有利于犯罪嫌疑人、被告人的重复评价,反而有违禁止重复处罚原则的宗旨。

【案例4】甲有两次受贿行为,每次都是300万元,审判时同时查明两次受贿的相关事实,累计数额

后按照受贿600万判处甲有期徒刑15年。^⑤【案例5】乙有两次受贿行为,每次都是300万元,但审判时只查明了其中一起受贿事实,判处乙有期徒刑10年;服刑4年后,才查明了另一一起受贿事实,该次受贿行为单独来看也应当判处有期徒刑10年。根据1993年4月16日最高人民法院《关于判决宣告后又发现被判刑的犯罪分子的同种漏罪是否实行数罪并罚问题的批复》,人民法院的判决宣告并已发生法律效力以后,刑罚还没有执行完毕以前,发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的,不论新发现的罪与原判决的罪是否属于同种罪,都应当数罪并罚。具体到案例5,确定10年以上20年以下有期徒刑这一处断区间后,即便判处乙17年有期徒刑(已经执行的4年算入其中)也符合第69条、第70条关于数罪并罚的规定。但是,“发现漏罪的并罚与判决宣告以前一人犯数罪的并罚,应当是一样的。不能因为被告人没有主动交代漏罪,就受到更重的处罚”,^⑥考虑到与案例4的均衡性,案例5中最终宣告的刑期超过15年就显得格外不妥当。另外,站在对乙数罪并罚的时点来看,由于已经接受过一段时间的监所内教育,在其他条件相同的情况下,乙的预防必要性可能比尚未服刑的甲更低,所以乙数罪并罚后判处的刑期低于15年反而是有道理的。所以,在处理案例5时,应当将先查明的受贿数额再次纳入刑事程序中与后查明的受贿数额累计计算,确定针对该受贿总额的刑罚量(与案例4一样,为15年有期徒刑),然后与根据限制加重原理确定的处断区间上限(20年有期徒刑)作比较,取其低者(15年有期徒刑)作为最终处断区间的上限。在此过程中,虽然对已经过刑事处理的受贿行为进行了重复评价,甚至在形成处断刑上限的意义上有重复处罚的嫌疑,但这种做法对乙是有利的,实质上不违反禁止重复处罚原则。^⑦

更麻烦的是在刑罚执行完毕后才发现同种漏罪的情形。【案例6】丙有两次受贿行为,每次都是300万元,但审判时只查明了其中一起受贿事实,判处丙有期徒刑10年;服刑完毕后,才查明了另一一起受贿事

实,该次受贿行为单独来看也应当判处有期徒刑10年。由于不满足第70条的适用条件,所以丧失了在选择处断刑区间的过程中综合考虑两次受贿行为的契机。倘若完全不考虑与案例4的均衡性,径自让丙再服刑10年,无异于默认了因办案能力甚至办案意愿等犯罪人无法控制的因素使其过多承受刑罚的不合理现象,有违罪刑均衡的要求。倘若考虑到与案例4的实质均衡性,兼顾乙服刑后预防必要性降低等因素,对后查明的受贿行为只判处丙5年有期徒刑,或许也有一定道理。但根据第63条第2款的规定,在不具有法定减轻处罚情节却要在法定刑以下判处刑罚时,必须经最高人民法院核准,可操作性不强。另外,这种做法也有减损刑事判决明示机能之虞,会让国民误以为受贿300万的代价仅仅是5年有期徒刑。在此,笔者较为赞同周光权教授提出的解决方案,即“只能撤销原判,按照被告人多次受贿的总额确定一个刑期,再减去他之前已经服刑的刑期,被告人只需服满剩余刑期就可以了”。^⑧由于是通过审判监督程序撤销原判,所以先查明的受贿行为相当于未经过处理,与后查明的受贿行为累计数额计算,自然不违反禁止重复处罚原则。而已经服刑的刑期,可视为再审判决执行以前先行羁押的期间,根据第47条的规定,“羁押一日折抵刑期一日”。

3. 只经过行政处理时

单次行为达到追诉标准却只经过行政处理的情形在实践中并不罕见。主要存在三种情况,“一是行政执法机关无法判断违法行为是否构成犯罪,但又需要及时对行为人追究行政责任,而先行适用了行政执法程序;二是行政执法机关定性错误,将行政犯罪案件作为一般行政违法案件而对行为人先行追究了行政责任;三是行政机关明知行政违法行为已经构成了犯罪而故意作为一般违法行为对行为人先行予以了处理。”^⑨无论哪种情况,一方面,根据禁止以罚代刑原则,不能因为受过行政处罚而放弃追究刑事责任;^⑩另一方面,由于做出行政处罚与刑事处罚的程序、目的等并不完全相同,所以既做出行政处罚又进行刑事处理,不违反禁止重复处罚原则,只需受

比例原则的制约。^③

例如,2002年11月5日最高人民法院《关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第5款规定,“纳税人、扣缴义务人因同一偷税犯罪行为受到行政处罚,又被移送起诉的,人民法院应当依法受理”。【案例7】在邵阳市一品商品混凝土搅拌站等逃税案中,^④2011年邵阳市国家税务局第一稽查局在日常税务稽查中发现被告单位一品搅拌站有逃税行为,一品搅拌站缴纳行政罚款16565.66元。2012年邵阳国税局第一稽查局又发现一品搅拌站有逃税行为,一品搅拌站再次缴纳行政罚款165730.59元。邵阳国税局稽查局于2014年3月—10月对一品搅拌站纳税情况进行全面检查,发现该公司在接受两次行政处罚后仍继续逃税,2012年6月至8月偷逃增值税137707.56元。该公司在2009年11月1日至2012年8月31日共计偷逃增值税4573905.88元。邵阳市双清区人民法院认为,被告单位一品搅拌站为了获取非法利益,违反税收法规,采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或不申报,逃避缴纳税款4573905.88元,数额巨大,占同期应纳税额的30%以上,且在五年内因逃避缴纳税款被税务机关给予两次以上行政处罚,构成逃税罪,判处有期徒刑10426094.12元;代扣逃税款4573905.88元上缴国库。一审宣判后,被告单位一品搅拌站不服,提出上诉。邵阳市中级人民法院裁定驳回上诉,维持原判。本案中法院认定被告单位逃避缴纳的税款为4573905.88元,包括了此前已受行政罚款的两次逃税行为所涉金额,从而表达了这样一种观点,即当纳税人符合五年内因逃避缴纳税款被税务机关给予两次以上行政处罚又逃税的情形时,对纳税人逃税的数额不能只从第三次起计算。换言之,在追究逃税罪的刑事责任时,应当将之前已被税务机关给予行政处罚的数额作为第201条第3款中“未经处理”的数额,累计计算。实务中的这种做法值得肯定。

因此,即便受过行政处理,原则上也不妨碍将其再认定为刑法中“未经处理”的行为,与其他同种

行为累计数额或数量计算;根据《行政处罚法》第35条,只是例外地在①判处拘役或者有期徒刑时,行政机关已经给予当事人行政拘留的,以及②处罚罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,这两种情形下按照比例原则应当依法折抵相应刑期或罚金。这种例外设计主要是考虑到,虽然刑罚与行政处罚在表达国家的非难态度方面存在质的差异,但既然已经通过宣告有罪实现了国家的否定性评价,那么鉴于拘役、有期徒刑与行政拘留,以及罚金与罚款在剥夺相对人利益的种类与手段上具有极大的相似性,都具有预防犯罪的效果,所以在比例原则下考虑具体案件中刑罚的均衡性时,应当将宣告的刑罚与已经给予当事人的行政拘留或罚款在量上做统一处理。在此尤其需要注意两点:第一,当行政处理的方式不是行政拘留或罚款,或者被宣告的刑种不是拘役、有期徒刑或罚金时,不存在折抵的问题。所以,折抵只是例外,不折抵才是原则。第二,所谓“折抵”是指折抵执行刑,而不是折抵宣告刑,即在正常量刑并宣告刑罚后再折抵需实际执行的刑罚的量。【案例8】甲因盗窃被抓获,公安机关先根据《治安管理处罚法》第49条处以了1000元罚款,后来发现达到了追诉标准遂移送检察院起诉,法院审理后认为,不考虑已处以罚款的事实,单处罚金2万元可做到罪刑相适应。此时,在判决书中就应当宣告甲的刑罚是罚金2万元,只不过在实际执行罚金刑时以1000元罚款折抵罚金,再缴纳19000元罚金即可。简言之,《行政处罚法》第35条有关折抵的规定,不能理解为禁止重复科处刑罚与行政处罚,其只是比例原则下的均衡性要求在执行刑罚阶段而非宣告刑罚阶段的体现。

小偷小摸等轻微的犯罪行为受过行政处理才发现达到追诉标准时,尽管对其再予以刑事处理并不违反禁止重复处罚原则,但日常生活中的朴素印象却是不必、不宜甚至不该再移交刑事处理。之所以如此,是因为比例原则下,除要将国家发动制裁所欲实现的目的与被制裁人遭受的实体性负担(如金钱、自由、资格的丧失)进行衡量外,还需将程序性负担

也纳入考虑。在刑事处理中,即便最终的结果是定罪免刑或宣告的刑罚大部分已被罚金、行政拘留折抵,但为达至判决宣告阶段而历经的刑事程序却已给犯罪嫌疑人、被告人带来了不可小觑的负担,例如可能丧失尊称、受到拷问、被长期置于不安定的地位等等。^⑤达到追诉标准的行为已经过行政处理后,为追究尚未清算的部分而开启刑事程序有违均衡性要求时,国家应抑制刑罚权的发动。【案例9】甲进入A市某商场盗窃了总价1200元的多件商品,但公安机关在统计货物价值时不谨慎,误将甲的盗窃数额认定为900元,仅对甲做罚款处理。此时,将甲的行为认定为刑法上的“未经处理”,追究其盗窃罪的刑事责任并用已缴纳的罚款折抵判处的刑罚,并不违反禁止重复处罚原则,反而满足了禁止以罚代刑原则的要求。根据比例原则,尽管甲实体上构成盗窃罪,但尚未得到清算的数额实际上仅有300元,为此开启刑事追诉程序显然会给甲带来不均衡的负担。虽然比例原则与禁止以罚代刑原则都是犯罪制裁的基本原则,但前者更是法治国原理中极为重要的一个要素,是一项宪法原则。当二者发生冲突时,必须先满足比例原则的要求。

与此相对,【案例10】倘若在上述案例9的事实之外,还查明甲在B市的某商场盗窃了价值1300元的多件商品,未受过任何处理。此时,仅凭B市的盗窃事实就足以对甲开启刑事追诉程序,不违反比例原则,那么在同一程序中对甲在A市的盗窃事实一并追究刑事责任,不会带来额外的程序性负担。同时,甲在A市的盗窃行为虽然受过行政处理,但该行为仍然属于刑法上的“未经处理”,所以应当将两次盗窃的数额累计计算,追究甲盗窃2500元(而不是1600元)的刑事责任,并以已缴纳的罚款折抵宣告的罚金。同理,涉及法定量刑幅度时,也应当以“未经处理”的全部数额或数量为标准。【案例11】乙盗得某古玉,市场价值为30500元,因鉴定报告有误致使办案人员误以为该玉仅值800元,故对乙处以罚款。查明真相后,应当追究乙盗窃罪的刑事责任,且盗窃数额为30500元,达到了“数额巨大”的标

准,应适用升格法定刑(已缴纳的罚款折抵罚金);而不能从被害财物的数额中减去据以做出行政处罚的800元,从而认定为盗窃数额较大,仅适用基本法定刑。

综上所述,①单次行为达到追诉标准后,即便受过行政处理,无论尚未清算部分的数额或数量是否达到追诉标准,该行为在刑事实体法上仍然属于“未经处理”;②但唯有未经处理的行为中尚未清算部分的数额或数量总和达到追诉标准时,才能开启刑事追诉程序;③一旦开启刑事追诉程序,累计计算的是全部未经处理的数额或数量,而限于行政处理中尚未清算的部分;④行政处理中的罚款与行政拘留应当折抵罚金与刑期。其中,①与③是禁止以罚代刑原则的要求,②与④则是比例原则的要求。这样的处理方式并非源于禁止重复处罚的要求,但也不违反禁止重复处罚原则。

四、结语

学者们在论述刑法中的“未经处理”时大都指出,“贪污行为如果已经被发现,并且给予了行政处分,就不应该认定为‘未经处理’,也就不应该将该数额累计”,^⑥“多次走私未经处理,是指多次走私未经行政处罚处理”。^⑦司法实务中也秉持这种观点,例如2014年8月12日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第18条第2款规定,“刑法第153条第3款规定的‘多次走私未经处理’,包括未经行政处理和刑事处理”。但根据上文的详细论证可以看出,这种观点至少存在两方面的问题:第一,缺少了对追诉标准这个维度的考虑,即没有达到追诉标准的,即便既没有受过刑事处罚,也没有受过行政处理,根据禁止间接处罚原则,也不能认定为刑法上的“未经处理”;第二,出于对禁止重复处罚原则的误解,把达到追诉标准且受过行政处理的行为不当排除在了“未经处理”的范围之外。本文主张,刑法中“未经处理”仅指达到追诉标准但未经过刑事处理的情形。^⑧具体而言,在认定刑法中的“未经处理”时,应如下页表所示区分情况把握以下规则。

	已经过刑事 处理	只经过行政 处理	未经过任何 处理
未达追诉标准		不累计	不累计
达到追诉标准	不再刑事处理	累计(折抵)	累计

第一,单次行为本身未达到追诉标准时,无论是否已经过行政处理,基于禁止间接处罚原则而非禁止重复处罚原则,不能认定为刑法上的“未经处理”从而累计该次行为的涉案数额或数量追究刑事责任。

第二,单次行为本身达到追诉标准时,已经过刑事处理的,基于禁止重复处罚原则,不能认定为刑法上的“未经处理”,但不妨碍再做行政处理,也不妨碍在不损害甚至有利于犯罪人的利益时重复评价该行为。

第三,单次行为本身达到追诉标准时,无论是否经过行政处理,只要未经过刑事处理,基于禁止以罚代刑原则,都应当认定为刑法上的“未经处理”。如此处理虽不违反禁止重复处罚原则,但在行政处罚折抵刑罚、刑事追诉带来的程序性负担等方面受比例原则的约束。

唯有按照上述规则认定刑法中的“未经处理”,才能在犯罪制裁各基本原则限定的框架内真正确处罚范围的分明、处罚总量的适度以及处罚结果的安定,才能在实体处罚问题上协调好行政处理与刑事处理的关系,促进行政执法与刑事司法的合理衔接。

注释:

①参见储槐植:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,第115-116页。

②作为法定刑升格条件的数额或数量属于量刑规则而非加重构成要件的详细论证,参见张明楷:《加重构成与量刑规则的区分》,载《清华法学》2011年第5期,第7-15页。

③根据2013年4月2日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条,假定第264条盗窃罪规定中的“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”分别为1000元以上、3万元以上、30万元以上。

④张明楷:《论同种数罪的并罚》,载《法学》2011年第1期,第133页。另有大量司法解释也确认了这一规则,例如2001年4月9日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第4款规定,“多次实施生产、销售伪劣产品行为,未经处理的,伪劣产品的销售金额或者货值金额累计计算”;2012年12月26日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条规定,“多次行贿未经处理的,按照累计行贿数额处罚”;2017年1月25日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条第1款规定,“多次制作、传播邪教宣传品或者利用通讯信息网络宣扬邪教,未经处理的,数量或者数额累计计算”等。

⑤为行文方便,本文以“行政处理”指代刑事处理(刑事制裁)以外的所有法律制裁,典型代表是行政处罚。

⑥例如,2021年1月22日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议修订后的《行政处罚法》第27条第2款规定,“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、接收衔接,完善案件处理信息通报机制”。

⑦唐世月:《数额犯论》,法律出版社2005年版,第150-151页。

⑧参见陈灿平:《侵犯知识产权犯罪数额新论》,载《中国刑事法杂志》2011年第6期,第30页。在承认每次行为的“数额未必达到刑法规定之定罪数额”这一基础上,作者采取较为限制的态度,认为“这种以刑事政策为主导的无条件性对多次数额进行累计之规定,只能是依照危害行为本身之性质(质)和严重程度(量)来判定是否构成犯罪之普适性规则的例外,而不能成为普遍现象,即:不能在所有犯罪中均无条件地对‘多次’‘未经处理’进行累计,否则就是强烈违背了公民对刑法的可预测性”。

⑨广东省广州市海珠区人民法院(2016)粤0105刑初321号刑事判决书。

⑩根据2011年3月1日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条,假定第266条规定的“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”分别为3000元以上、3万元以上、50万元以上。

⑪松原芳博『刑法総論』(日本評論社,2版,2017年)380頁。

⑫张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第264页。

⑬正是为了应对单独来看达不到追诉标准且未经行政处理的小额走私成品油案件,以防“小恶不断”,1999年1月23日国务院办公厅《关于打击小额走私成品油专项斗争方案的复函》中指出,“要运用司法手段,加大刑事处罚力度,对多次小

额走私未经处理的案件,依照《中华人民共和国刑法》第153条的规定,按累计走私货物偷逃应缴税额计算,达到5万元以上的,以走私罪追究刑事责任”。

⑭曾文科:《论犯罪间重合评价的适用界限》,载《清华法学》2019年第1期,第110页。

⑮当然,以笼统的“情节严重”等作为成立犯罪的要素,并通过司法解释的办法将“多次实施”理解为情节严重,这种做法是否有违罪刑法定原则下的明确性要求,另当别论。

⑯李怀胜:《多次行为入罪化的立法价值与体系性反思》,载《政治与法律》2020年第7期,第35页。作者认为,“多次行为入罪化的法律效果,是将原本只能予以行政处罚的行为,基于某种理由升格为犯罪处理。……司法解释规定大量的多次行为入罪化的动因,就在于弥补轻微违法行为的刑法评价这个在二元化立法体系下的固有缺陷。”

⑰在此意义上,如果认为2016年12月19日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》中“2年内多次实施电信网络诈骗未经处理,诈骗数额累计计算构成犯罪的,应当依法定罪处罚”这一规定,包含非连续犯或徐行犯的情形,则存在司法超越立法的问题,有违罪刑法定原则之嫌。

⑱当然,如后所述,该条仅规定“未经处理”而不是“未经刑事处理”,在这一点上仍存在问题,需做限缩解释。

⑲关于禁止重复评价观念的历史考察,参见陈兴良:《禁止重复评价研究》,载《现代法学》1994年第1期,第9页。

⑳参见林钰雄:《刑事诉讼法》(第8版上册),自印本2017年版,第295页;张建伟:《刑事诉讼法通义》(第2版),北京大学出版社2016年版,第573页。与此相对,区分一事不再理原则与禁止重复评价原则的见解,同前注⑲,陈兴良文,第10页。

㉑林山田:《刑法通论》(增订10版下册),北京大学出版社2012年版,第362页。另参见林钰雄:《新刑法总则》(第6版),元照出版有限公司2018年版,第663页;同前注⑲,张明楷书,第269页;周光权:《论量刑上的禁止不利评价原则》,载《政治与法律》2013年第1期,第109-110页。关于这一点,德国《刑法典》第46条第3款明确规定,“已属法定构成要件要素之状况,不得审酌之”。

㉒关于想象竞合的明示机能,参见张明楷:《刑法学》(第5版上),法律出版社2016年版,第483-484页;只木誠『罪数論の研究』(成文堂,補訂版,2009年)184頁以下。

㉓关于刑法中禁止重复处罚的具体判断方法,参见曾文科:《论毒品再犯规定中的“被判过刑”》,载《华东政法大学学报》2020年第1期,第63页。

㉔但一次处罚过程中可以同时采取多项具体的制裁措施,如刑事案件中并科有期徒刑与罚金,行政违法案件中既处以罚金又吊销营业执照。

㉕川端博ほか編『裁判例コンメンタール刑法・第1巻』(立花書房,2006年)27頁。

㉖最高裁判所1959年6月5日判決,最高裁判所刑事判例集18卷5号189頁;東京高等裁判所1993年5月21日判決,高等裁判所刑事判例集46卷2号108頁參照。

㉗参见张明楷:《刑法格言的展开》(第3版),北京大学出版社2013年版,第519页以下;陈骏、林恩伟:《试论我国行政刑法规范中的“未经处理”》,载《研究生法学》2013年第4期,第72页。

㉘同前注⑲,李怀胜文,第39页。

㉙参见应松年编:《行政处罚法教程》,法律出版社2012年版,第19页;宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法:行政法と隣接法分野との対話』(有斐閣,2003年)88頁。在我国,根据《公务员法》第62条、《行政机关公务员处分条例》第6条,行政处分包括警告、记过、记大过、降级、撤职、开除这六种。另外,鉴于我国党内纪律检查常常成为刑事诉讼或行政处罚的开端等情况,也可将党内纪律处分理解为对内行政制裁。根据《党章》第41条,对党员的纪律处分包括警告、严重警告、撤销党内职务、留党察看、开除党籍这五种。在日本,根据《国家公务员法》第82条、《地方公务员法》第29条,惩戒处分包括警告、降薪、停职与免职这四种。

㉚马怀德:《〈行政处罚法〉修改中的几个争议问题》,载《华东政法大学学报》2020年第4期,第15页。

㉛最高人民法院(2017)最高法行申1242号行政裁定书。

㉜陈清秀:《行政罚法》(修订3版),新学林出版股份有限公司2017年版,第223-224页。

㉝同上注,第267-268页;佐伯仁志『制裁論』(有斐閣,2009年)125-126頁。

㉞值得进一步研究的是,行政机关移送案件的标准与侦查机关的立案标准是否应当一致,参见刘艳红、周佑勇:《行政刑法的一般理论》(第2版),北京大学出版社2020年版,第303页。考虑到立案与否是侦查机关的职责、行政执法机关检查权的力度也无法与刑事侦查权相比,所以主张“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,可以不必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”。

㉟乔晓阳、张春生主编:《〈中华人民共和国行政处罚法〉释义》,法律出版社1996年版,第65页。

㊱根据2019年12月30日最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第369条、第388条,有观点认为,“不起诉决定不产生与判决一样的既判力”。(同前注⑲,张建伟书,第459页。)但这些规定并不意味着不起诉决定不具有刑事处理的终局性。正如不能因为存在再审的可能性而否定已经生效刑事判决处理的行为属于“已经过刑事处理”一样,也不能因为

存在着再次起诉的可能性而否定已被决定不起诉的行为属于“已经过刑事处理”。我国台湾地区的相关规定也能予以佐证。我国台湾地区《刑事诉讼法》第260条规定,“不起诉处分已确定或缓起诉处分期满未经撤销者,非有左列情形之一,不得对于同一案件再行起诉:一、发现新事实或新证据者。二、有第420条第1项第1款、第2款、第4款或第5款所定得为再审原因之情形者”。关于该条,立法论上的争议暂且不论,至少在解释论上,我国台湾地区刑法学者普遍认为,①因欠缺形式诉讼条件而做出不起诉处分的,仅有形式确定力,并无实质确定力;但②因欠缺实质诉讼条件或实体条件而做出不起诉处分的,以及③检察官依职权裁量不起诉的,既有形式确定力,也有实质确定力;该条是在承认不起诉处分具有实体确定力的前提下规定了实体确定力的法定排除事由。(参见李春福:《刑事诉讼法论》,新学林出版股份有限公司2017年版,第527页;林钰雄:《刑事诉讼法》(第8版下册),自印本2017年版,第165页。)

⑦2016年4月18日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第3条第1款规定,“贪污或者受贿数额在300万元以上的,应当认定为刑法第383条第1款规定的‘数额特别巨大’,依法判处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产”。

⑧同前注②,张明楷书,第607页。

⑨相反地,按照第70条将原判犯罪与新发现的同种漏罪并罚比按照一罪处罚同种数罪更轻时,由于不可能在第70条的文义范围内得出将原判犯罪与同种漏罪累计计算不并罚的结论,同前注④,张明楷文,第137页主张,此时应通过审判监督程序使原判犯罪变为“未经处理”,从而与发现的漏罪合在一起重新定罪量刑。但是,这种情形下朝着不利于被告人的方向开启审判监督程序,是否超越了禁止重复处罚原则所允许的限度,还有待进一步研究。同前注⑩,张建伟书,第576页就主张,“对于确有错误的生效裁判要加以纠正的意愿应当与联合国所确立的禁止‘双重危险’的刑事司法标准统一起来,则所应确定的改革目标应当是在刑事诉讼中确立禁止不利再审的原则,只允许对判决生效后发现有不利于被定罪、判刑人的事实、证据或者发现原判决存在误认定事实、证据和错用法律而需要改判无罪、轻罪或者轻刑的依再审程序进行审判”。

⑩周光权:《刑法学习定律》,北京大学出版社2019年版,第183页。

⑪同前注⑭,刘艳红、周佑勇书,第306页。

⑫同前注⑦,唐世月书,第149页。作者指出:“因为该行

为从其实体上已经越过经济法、行政法的‘度’的界限,而进入刑法管辖了,按照刑事责任的强制性和专一性,该行为应当受刑罚处罚。如果不坚持这一原则,将混淆司法机关与行政职能部门的功能,行政执法机关就会任意扩大其权力。”另同前注③,陈灿平文,第31页。

⑬比例原则具体由①适合性原则(目的与手段的比较)、②必要性原则(手段与手段的比较)和③均衡性原则(目的与损害的比较)这三个原则构成。作为一项宪法原则,比例原则以往主要在公法领域探讨,近年来逐渐被引入刑法解释学当中(参见张明楷:《法益保护与比例原则》,载《中国社会科学》2017年第7期,第85-108页、第205-206页;于改之、吕小红:《比例原则的刑法适用及其展开》,载《现代法学》2018年第4期,第136-149页;姜涛:《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》,载《法律科学》2013年第1期,第100-109页;曾文科:《刑法中可罚性的意义与评价阶段》,载莫纪宏、牟宪魁主编:《法治国家的法理》,中国民主法制出版社2018年版)。

⑭湖南省邵阳市双清区人民法院(2015)双刑初字第86号刑事判决书,湖南省邵阳市中级人民法院(2015)邵中刑二终字第91号刑事裁定书。

⑮杉原泰雄「基本的人権と刑罰権」法学セミナー281号(1978年)30-31頁参照。

⑯黎宏:《刑法学各论》(第2版),法律出版社2016年版,第512页。另参见陈兴良主编:《刑法各论精释》(下),人民法院出版社2015年版,第1058-1059页。

⑰周光权:《刑法各论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第227页。另参见高铭喧、马克昌:《刑法学》(第8版),北京大学出版社2017年版,第385页。

⑱参见李希慧、邱帅萍:《走私、贩卖、运输、制造毒品罪中“未经处理”之含义考探》,载《河南财经政法大学学报》2012年第2期,第75页。作者一方面提出,第347条中的“未经处理”应当解释为“未经刑事处罚”,而第153条、第201条与第383条中的“未经处理”则应理解为“未追究行政责任或刑事责任”;另一方面则又认为,“根据刑法解释的语言规则,刑法解释应当遵循同一律,即应对同一刑法词语在不同场合进行相同的解释”,从而主张第347条中的“未经处理”属于立法技术上的缺陷,应将其修改为“未经刑事处罚”。但笔者认为,这种观点既在认定“未经处理”的标准上存在问题,也人为地制造了解释上的冲突。按照“达到追诉标准但未经过刑事处罚”这一理解,完全可以确保刑法各条文中“未经处理”解释的合理性与统一性。