

# 犯罪門檻研究

張智輝\* 田健夫\*\*

---

**摘要** 為犯罪設置門檻以便在危害行為中區分罪與非罪，是中國刑法的重要特色之一。深入研究中國刑法關於犯罪門檻的設置，準確把握犯罪門檻設置的精神實質，檢視反思司法解釋中規定的犯罪門檻的具體標準，有助於更好的堅持和運用中國刑法的特色，更好地發揮刑法在社會治理中的功能作用。科學合理的設置犯罪門檻的具體標準，應當堅持對可能影響危害行為的危害程度和行為人人身危險性程度的各種事實情況進行統一評價、綜合評價的原則，應當貫徹刑法的謙抑原則，應當重視刑事處罰與行政處罰的界分與銜接。

**關鍵詞** 犯罪成立 入罪標準 情節 司法解釋

---

## 前言

我國刑法與外國刑法最大的區別在於，我國刑法不僅規定了犯罪的行為類型，而且規定了犯罪的度。一個行為，對社會的危害達到一定的度，就構成犯罪（入罪）；雖然具有社會危害性但沒有達到一定的度，就不作為犯罪處理（出罪）。這個度，既是入罪的門檻，也是出罪的門檻，簡稱為犯罪門檻。犯罪門檻是指在行為具有危害性和違法性的前提下，反映行為對社會的危害程度和行為人人身危險性程度從而決定該行為能否作為犯罪來處理的事實特徵所構成的度量標準。也就是說，犯罪門檻是在危害行為本身的構成要素之外，決定該行為是否構成犯罪的事實特徵。犯罪門檻存在的前提是行為本身具有危害性和違法性，存在的意義是在危害行為中區分犯罪與非犯罪。“犯罪門檻作為界定犯罪的標準，具有重要的限制或過濾功能，一個行為只有越過犯罪門檻才能進入刑法的規制範圍，構成犯罪。”<sup>[1]</sup>遺憾的是，我國刑法理論缺乏對犯罪門檻的重視和研究。

---

\* 張智輝，湖南大學法學院教授、博士生導師。

\*\* 田健夫，湖南大學法學院博士研究生。

[1] 盧建平：《犯罪門檻下降及其對刑法體系的挑戰》，載《法學評論》2014年第6期，第68-76頁。

### （一）傳統文化

在中國的傳統文化中，人們通常總是把罪與惡聯繫在一起，認為犯罪是一種惡。一旦某人被法院判刑，人們往往會把他視為“惡人”、“壞蛋”，棄而遠之。即使是那些與社會倫理基本上不相干的行為，也會因為被“判刑”而使行為人背上“污點”，受到其他人的鄙視甚至疏遠。因此，“罪”的烙印在中國人的心目中，歷來是十分沉重的。

即使是在現代，中國人的文化中還是把犯罪與犯罪人的品行、道德聯繫在一起，進行負面的評價。如刑法第100條規定：“依法受過刑事處罰的人，在入伍、就業的時候，應當如實向有關單位報告自己受過刑事處罰，不得隱瞞”。而許多單位的用人制度中則明確規定，不接受受過刑事處罰的人。也就是說，一個人一旦受過刑事處罰，不僅其本人身上會留下犯罪的烙印，在社會上、在親戚朋友圈中的聲譽要受到負面的影響，甚至在就業方面也要受到負面的影響，嚴重者還會在其心理上留下終生的陰影，使其無法融入社會。這種影響有時還會有形無形地及於其配偶和子女。這種有形無形的規則，所反映的正是傳統文化中把犯罪作為一種“惡”的意識。因此，一個行為是否構成犯罪，對行為人的影響，往往是十分重大的。

受這種傳統文化的影響，犯罪圈的擴大，必將使更多的人陷入犯罪的泥潭，給其家庭及社會關係帶來難以抹去的陰影。尤其是在我們這樣一個人情世故特別濃厚的“熟人社會”裏，“犯罪之人”對人們的社會生活所帶來的負面影響是任何人都不可低估的。因此，如果不是十分必要，立法者就不會簡單地把某種行為規定為犯罪，同時也要求司法機關不要輕易地把某些刑法禁止的輕微違法行為認定為犯罪，以便盡可能地減少使人進入犯罪圈的機會，減少給某種行為貼上“犯罪”的標籤。正如有的學者指出的：“我國自古沿襲並且影響廣遠的‘法不治眾’的文化傳統要求我們的刑事立法必須以縮小打擊面為宗旨，注重刑法的謙抑性。而達到縮小打擊面最為簡約的方式便是從犯罪構成的量上進行控制，把沒有達到一定‘數量界限’的危害行為排除在犯罪圈之外。因此，可以說我國刑法中定量犯罪概念的存在是我國傳統法文化的當然體現。”<sup>[2]</sup>基於這個原因，我國刑法在規定犯罪的時候，往往給刑法所要禁止的危害行為設置一定的限制性的入罪條件，以防止把過多的行為人當做罪犯來處理。這些定量的限制性條件就是犯罪的門檻。

### （二）社會現實

社會現實是刑法發揮作用的基礎。脫離社會現實的法律是不可能具有生命力的。從中國的社會現實看，人們長期生活在一個半封閉的熟人社會裏，大家把彼此之間的關係、友情甚至“面子”看的比什麼都重要，由此導致的一個必然後果是人們的規則意識普遍淡薄。人們為了表達友情、親情，為了密切彼此間的關係，甚至為了“面子”而“兩肋插刀”，不顧法律、規則的現象大量存在，以致許多人都不重視規則，不重視法律，把違反法律看的很輕，甚至把能夠在法律規定之外為親戚朋友辦成事看作是有“能耐”。

在這樣一個社會現實面前，如果刑法把所有違法的行為都規定為犯罪，必然會導致事與願違的結果：如果司法機關嚴格執法，社會上成為罪犯的人將會極大的增加，整個國家將會出現普遍的不滿情緒，同時，國家為懲罰犯罪所必需投入的資源將會極大的增加，使國家不堪重負；如果司法機關不嚴格執法，就可能使人們不把刑法當回事，從而喪失刑法在社會治理中應有的威懾功能和預防功能，同時也必然給任意執法製造足夠的理由，司法機關隨時可能以“警力不足”為由對已經發生的

[2] 儲槐植、汪永樂：《再論我國刑法中犯罪概念的定量因素》，載《法學研究》2000年第2期，第34-43頁。

嚴重犯罪不聞不問，導致嚴重的司法不公。

理性地面對社會現實，必然是在開展法治教育、培養人們的法制意識的同時，審慎地區分一般的違法行為與嚴重的違法行為，集中有限的司法資源，有效地懲罰嚴重的違法行為。這種選擇，在刑法立法上也就表現為區分危害行為的不同類型，對本身就是嚴重危害社會的行為，直接規定為犯罪；對性質相同但危害程度不同的行為，設置一定的門檻，以區分犯罪與非犯罪。這樣做的結果，就使一些雖然性質相同但具體實施的情況及其對社會的危害程度不同的行為分解為犯罪行為與非犯罪行為。而區別犯罪行為與非犯罪行為的度，就是刑法為行為構成犯罪所設置的門檻。

當然，也有人認為，二元處罰體制並非最佳的處理方式。現代文明社會要求有更為文明和具有守約精神的公民，以實現現代社會管理中的最佳社會治理模式——法治社會。因此，對於當下守法意識淡薄的中國而言，通過降低犯罪門檻，縮短違法與犯罪之間的差距，具有非常重要的現實意義。<sup>[3]</sup> 這種觀點應該說不無道理，但是過於理想化。規則意識的養成需要一個漫長的引導過程。在一個缺乏規則傳統的社會裏，通過刑法來培育人們的規則意識，只能是一個一個行為逐漸地緩慢地強迫，而不可能在短時間內把所有違反規則的行為都規定為犯罪，都通過刑法的手段來規制。否則必然會引起民眾的反抗和社會的動亂，導致事與願違的結局。因此，在國家大力推進依法治國、努力建設社會主義法治國家的時代背景下，國家最高權力機關依然選擇了二元處罰的法律體系，以適應社會現實的治理需要。

### （三）司法成本

當刑法把某些行為規定為犯罪的時候，司法機關就要為懲治這種犯罪投入一定的成本，才能保證刑法的規定是實實在在的。否則，刑法就會喪失其威懾力，從而也就會喪失其對人們的社會活動的引導和規制功能。懲治犯罪所要投入的司法成本，涉及到刑事訴訟的各個環節，如立案偵查犯罪行為，以發現犯罪人和收集能夠證明犯罪行為系犯罪人所實施的證據材料；審查這些證據材料及其所能證明的犯罪事實，進而決定是否提起公訴以及在法庭上指控和證明犯罪；根據指控組織法庭的審判活動，對被告人進行公正的審判所必需的各個方面的人員（如法官、法警、書記員、公訴人、律師、證人、鑒定人及其他訴訟參與人等）參與；關押犯罪嫌疑人、被告人的場所，看守、警戒人員以及執行刑罰所需要的各種設施和人員，等等。其中每一個環節都需要一定的經費、技術、人員的投入。

這種投入，對於國家來說，始終面臨著兩個方面的拷問：一是有沒有必要進行這種投入？二是有沒有資源進行投入？當立法者把某種行為規定為犯罪的時候，自然是認為這種行為有必要用刑法來禁止，所以自然會認為有投入的必要。但是如果真的要把大量的可以通過其他手段來禁止的行為規定為犯罪時，人們就會懷疑是否真的存在這種必要。因為，一個高明的社會管理者用以進行社會治理的方式往往是多樣化的，不可能只使用刑法這一種手段。如果可以使用其他投入較少的社會治理手段來規制和避免發生危害社會的行為，就沒有必要使用投入較多的手段來規制和避免同一種危害行為。也就是說，是否確有必要動用刑法來禁止某種行為，要看是否可以用其他更便捷、投入成本更低的手段禁止它。如果有這種選擇而不用，直接使用投入成本很高的刑法，刑法的規定就是不必要的。因此，刑法往往是被用來懲治那些比較嚴重的、用其他手段不足以禁止的危害行為而不是所

[3] 參見儲懷植、何群：《刑法謙抑性實踐理性辨析》，載《蘇州大學學報（哲學社會科學版）》2016年第3期，第59-67頁。

有的危害行為。

不僅如此，一個國家到底有多少資源可以用來懲治犯罪，並不是由立法者的任性決定的，而是由國家實際擁有的人力、物力、財力決定的。任何國家都不可能把自己的全部資源都用於懲治犯罪這一項事業上。國家治理涉及到社會生活的方方面面，每一個方面都需要人力、物力、財力的投入，能夠用來投入到刑事司法領域的資源總是有限的。因此，立法者把犯罪圈劃的有多大，不能不考慮國家可以用於懲治犯罪的人力、物力、財力，不可能超越實際具有的司法資源來規定犯罪。這就必然要求立法者在可能出現的危害行為中進行選擇，把那些必須用刑法來禁止的行為規定為犯罪，把有限的司法資源用於懲治必須動用刑罰來制裁的危害行為上。這也就決定了國家對犯罪的規定和認定必須有一定的條件限制，而這個限制條件就是犯罪的門檻。

基於以上原因，我國在長期的立法實踐中探索、構建了獨具中國特色的法律體系，其中包括針對違法行為的二元處罰體制。所謂“二元處罰體制”，是指把違法行為分為一般違法行為（違法）和嚴重違法行為（犯罪），對一般違法行為由行政執法部門或治安行政管理部門給予行政處罰；對構成犯罪的嚴重違法行為由司法機關予以刑事處罰的法律體制<sup>[4]</sup>。

這種二元處罰體制決定了刑法對犯罪的規定以及司法實踐中對犯罪的認定，不僅要對其進行質（行為類型）的規定和考察，而且要對其進行量（危害程度）的規定和考察。由此就產生了同一類違法行為在什麼情況下構成一般違法行為由行政機關處罰、在什麼情況下構成犯罪由司法機關處罰的問題。從一般違法行為到嚴重違法行為（犯罪），有一個量變到質變的過程，而變化的節點就是度，是犯罪門檻。

按照二元處罰體制，我國《行政處罰法》明確規定：公民、法人或者其他組織，實施了違反行政管理秩序的行為，應當由行政機關依法給予行政處罰；違法行為構成犯罪的，行政機關必須將案件移送司法機關，依法追究刑事責任。其中，違反治安行政管理的行為則由公安機關依照《治安管理處罰法》的規定進行處罰。我國在《治安管理處罰法》中規定了多種擾亂公共秩序、妨害公共安全、侵犯人身權利、侵犯公民財產權利、妨害社會管理的行為，這些行為都具有社會危害性，並且絕大多數都與刑法中規定的犯罪行為相似甚至相同。如《治安管理處罰法》第四十九條規定的盜竊、詐騙、哄搶、搶奪、敲詐勒索或者故意損毀公私財物的行為，與刑法分則第五章中規定的盜竊罪、詐騙罪、聚眾哄搶罪、搶奪罪、敲詐勒索罪、故意毀壞財物罪，在行為類型上可以說是完全相同的。其中，依照刑法規定構成犯罪的，要依法追究刑事責任；尚不夠刑事處罰的，則由公安機關依照《治安管理處罰法》給予治安管理處罰。所謂“尚不夠刑事處罰的”，就是指其危害程度沒有達到犯罪程度的違法行為。因此，把握犯罪的門檻，是區分違反治安管理的違法行為與觸犯刑律的違法行為的關鍵。

---

[4] 這裏的二元處罰體系是針對違反行政管理法規的行為而言。違反行政管理法規的行為，情節一般的，由行政執法機關進行行政處罰；情節嚴重的，由司法機關進行刑事處罰。至於一些危害社會的行為同時也是侵犯公民個人權利或法人權利的行為，則往往是由民法中的侵權責任與刑法中的刑事責任構成二元處罰體系。一般的侵權行為，由當事人向人民法院直接提起民事訴訟，通過追究行為人的侵權責任達到制裁的目的；而情節嚴重構成犯罪的，則通過人民法院追究行為人的刑事責任達到制裁的目的。

## 二、我國刑法關於犯罪門檻的設置

我國刑法在關於犯罪的規定中，不僅規定了犯罪的一般概念，而且規定了各種具體犯罪的行為特徵，同時為各種具體犯罪的成立設置了入罪的門檻。刑法關於犯罪門檻的設置，是通過總則性規定和分則性規定來實現的。

我國1979年頒佈的第一部刑法第10條就明確規定了犯罪的定義，1997年刑法第13條進一步重申了這個規定，即“一切危害國家主權、領土完整和安全，分裂國家、顛覆人民民主專政的政權和推翻社會主義制度，破壞社會秩序和經濟秩序，侵犯國有財產或者勞動群眾集體所有的財產，侵犯公民私人所有的財產，侵犯公民的人身權利、民主權利和其他權利，以及其他危害社會的行為，依照法律應當受刑罰處罰的，都是犯罪，但是情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪”。刑法學界普遍認為，這個規定指出了犯罪的基本特徵，在明確什麼是犯罪的同時強調“情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪”。這就意味著，一個行為，雖然符合刑法規定的行為特徵，具有社會危害性，但是如果情節顯著輕微危害不大，就不作為犯罪來處理。也就是說，一個行為，是否構成犯罪，不僅取決於該行為是否屬於刑法所禁止的行為，而且取決於該行為的情節是否顯著輕微危害不大。雖然符合所規定的具體罪名的行為特徵，但是如果情節顯著輕微危害不大，就不作為犯罪來處理；如果情節不是“顯著輕微危害不大”，就要作為犯罪來處理<sup>[5]</sup>。因此，在具體案件中，是否存在著“情節顯著輕微危害不大”的情形，就成了一個符合刑法規定的危害行為是否作為犯罪來處理的關鍵因素，也就是入罪或者出罪的門檻。這個規定，從理論上講，應當適用於刑法規定的所有犯罪，因為它是總則性的規定。但實際上，由於刑法分則在許多犯罪的構成要件中包含了有關危害程度即“量”的規定，所以總則性的這個規定主要適用於“行為犯”，即刑法只規定了行為類型的犯罪。

除了總則性規定之外，我國刑法分則在關於具體犯罪的規定中，大量使用了表明行為的危害程度的用語，作為行為犯罪成立的一個要件。雖然實施了刑法規定的行為，但是如果沒有達到這種量的規定，仍然不能作為犯罪來處理。這些關於量的規定，既是危害行為構成犯罪的一個要件，也是能否將其作為犯罪來處理的門檻。這類門檻主要有：

### （一）情節嚴重

我國刑法分則在規定具體犯罪時大量使用了“情節嚴重”的用語。僅刑法修正案（十一）中就有13個條款把“情節嚴重”或“其他嚴重（惡劣）情節”作為入罪門檻來規定。“情節嚴重”，在一些條款中是作為行為構成犯罪的門檻規定的；在一些條款中是作為提高法定刑檔次的門檻規定的。在現行刑法中，有的罪名是把“情節嚴重”作為違法行為構成犯罪的情形之一規定的，如刑法第293條規定的尋釁滋事罪有4種行為方式，只有第三種即“強拿硬要或者任意損毀、佔用公私財物”的行為，必須是情節嚴重的才能構成犯罪。而多數罪名則是把“情節嚴重”作為該條規定的違法行為構成犯罪必須具備的條件來規定的。如刑法第246條規定的侮辱罪、誹謗罪，以暴力或者其他方法公然

[5] 刑法第13條但書的意義在於提示人們注意：認定犯罪不僅要考慮定性還要考慮定量，犯罪是一定程度的社會危害性、違法性的質與量的統一。但書是適應中國的法律結構需要產生的，有助於司法機關合理適用刑法，可以縮小犯罪或者刑事處罰的範圍，從而避免給一些輕微的危害行為（或違法行為）打上犯罪的標記。參見阮齊林：《刑法學》，中國政法大學出版社2008年版，第51頁。

侮辱他人或者捏造事實誹謗他人的行為，只有在情節嚴重的情況下，才能構成犯罪。這種規定即意味著：雖然實施了以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事實誹謗他人的行為，但若不是情節嚴重的，就不能構成侮辱罪或誹謗罪。此外，刑法中還有多個條文是把有“其他嚴重情節”作為入罪門檻的選擇性要件規定的。

之所以要把情節嚴重作為入罪的門檻，是因為這類犯罪對社會的危害大小不一，而表明危害程度大小的因素就是“情節”。情節嚴重的，就表明其對社會的危害程度大，應當作為犯罪來懲罰；情節不嚴重的，就表明其對社會的危害程度還不夠大，不需要作為犯罪來懲罰。如刑法第252條規定的侵犯通信自由罪，行為人只要實施了隱匿、毀棄或者非法開拆他人信件的行為，就侵犯了公民通信自由權利。但這種行為有輕有重，有的只是偶然的毀棄或開拆了他人的一兩個信件，有的則是多次、大量地毀棄或開拆他人的信件；有的被毀棄或開拆的信件不是重要信件，對收信人沒有大的影響，甚至收信人對是否收到該信件也覺得無所謂，有的被毀棄或開拆的信件對收信人具有重大意義，沒有及時收到信件可能對其造成嚴重的後果，有的信件可能涉及到有關個人的隱私或秘密，收信人對此十分看重。對於前者，如果作為犯罪來處理，就可能處罰過重，也沒有必要；對於後者，就不能不作為犯罪來處理。所以刑法規定，隱匿、毀棄或者非法開拆他人信件的行為，只有情節嚴重的，才構成犯罪。這樣就把情節不算嚴重的隱匿、毀棄或者非法開拆他人信件的行為排除在犯罪之外。這樣做，有利於縮小刑法的打擊面，保持刑法的威懾力。這樣規定，也與刑法總則第13條規定的精神相吻合。

## （二）情節惡劣

在某些條款中，刑法使用了“情節惡劣”的用語，並將其作為行為構成犯罪的一個獨立要件。其中，有的條文是把情節惡劣作為行為構成犯罪必須具備的條件加以規定的，如刑法第260條規定的虐待家庭成員罪，就是虐待家庭成員的行為必須是情節惡劣的，才能作為犯罪來處理。雖然對家庭成員有虐待行為，但不是情節惡劣，就不構成犯罪。有的條文是把“情節惡劣”作為行為構成犯罪的行為方式之一的要件來規定的，如刑法第133條之一規定的危險駕駛罪，有4種行為方式，只有其中的第一種行為方式即“追逐競駛”的行為，必須是情節惡劣的，才能作為犯罪處理，其他三種行為方式構成犯罪則不要求必須是情節惡劣。在這些犯罪中，如果情節惡劣，就要作為犯罪來處理；雖然實施了刑法規定的行為，但是如果屬於情節惡劣，就不作為犯罪來處理。因此，情節是否惡劣，就是這類行為是否構成犯罪的一個門檻。

之所以要把情節惡劣作為入罪的門檻，同樣是因為這類犯罪對社會的危害大小不一，而表明行為對社會的危害程度的因素就是情節。同一種行為，情節惡劣的，表明行為的危害程度較大，應當作為犯罪來懲罰；情節不惡劣的，表明行為的危害程度還不算大，沒有必要作為犯罪來懲罰。如刑法第255條規定的打擊報復會計、統計人員罪，公司、企業、事業單位、機關、團體的領導人對依法履行職責、抵制違反會計法、統計法行為的會計、統計人員實行打擊報復，有的只是遇到機會就給其“穿小鞋”，沒有造成嚴重的後果；有的則是千方百計地尋找機會迫害會計或統計人員，二者“打擊報復”的程度顯然是不同的，對當事人造成的危害也是不同的，所以後者構成犯罪，前者不構成犯罪。

作為犯罪門檻，“情節嚴重”與“情節惡劣”的表現方式、危害程度以及刑法意義基本上是相同的，其區別在於，“情節嚴重”強調的主要是行為在客觀方面的表現，“情節惡劣”強調的主要是行為所表現出的行為人主觀惡性。

### （三）數額較大或數額巨大

我國刑法分則在一些條款中使用了“數額較大”、“數額巨大”的用語，一些地方是作為行為構成犯罪的門檻規定的，一些地方是作為提高法定刑檔次的門檻規定的。其中，有的罪名是把數額較大作為構成犯罪的選擇性要件規定的，如刑法第388條之一規定的利用影響力受賄罪，“數額較大”與“有其他較重情節”就是選擇性要件，實施利用影響力受賄的行為，如果受賄的數額較大，就構成犯罪，如果不是數額較大但有其他較重情節的，也可以構成犯罪。有的罪名是把“數額較大”作為行為方式之一的構成要件規定的，如刑法第384條規定的挪用公款罪，規定了三種行為方式，有兩種行為方式是以數額較大為構成要件的。有的罪名是把數額較大作為構成犯罪的必備要件規定的，如刑法第178條規定的偽造、變造國家有價證券罪，實施偽造、變造國庫券或者國家發行的其他有價證券的行為，必須是“數額較大”的，才能構成犯罪。有的罪名是把數額較大作為隱含的構成要件規定的，如刑法第171條第二款規定的金融工作人員購買假幣、以假幣換取貨幣罪，第176條規定的非法吸收公眾存款罪，第195條規定的信用證詐騙罪，這些條文中規定“數額巨大或者有其他嚴重情節”，是第二個法定刑檔次的要件，由此可以推定構成第一個法定刑檔次的犯罪應該是數額較大。此外，刑法中還有一些條文直接把數額巨大規定為犯罪成立的要件。其中，有6個條文是把數額巨大與其他要件並列規定為行為構成犯罪的選擇性要件，如刑法第158、159、160、179、186、187條規定的犯罪，都是把數額巨大與造成嚴重後果或造成重大損失、有其他嚴重情節並列規定為行為犯罪成立的選擇性要件；有的條文則是把數額巨大規定為行為構成犯罪的必備要件，如刑法第165條規定的非法經營同類營業罪和刑法第218條規定的銷售侵權複製品罪。

之所以要把“數額較大”或“數額巨大”作為入罪的門檻，是因為數額的大小，在一定程度上反映了這類行為對社會的危害程度。刑法把數額作為犯罪門檻的行為，往往是與經濟有關的行為。在這類行為中，涉案數額有的反映了行為實施的規模，有的反映了行為獲得的利潤，有的反映了行為給社會或他人造成的損失。因此，數額的大小往往是反映該行為的社會危害性程度的刻度，數額較大，表明行為對社會的危害程度達到了應當受刑罰處罰的程度，必須作為犯罪來處理；數額沒有達到“較大”的量，則表明行為對社會的危害程度還沒有達到犯罪的度，不需要或不應當作為犯罪來處理。

### （四）造成嚴重後果

我國刑法分則在規定具體犯罪時大量使用了“造成嚴重後果”或“致使”、“致”、“使”等用語，以表明行為所造成的危害後果。其中，有些條文是直接將“造成嚴重後果”或“造成嚴重危害”作為行為構成犯罪的一個獨立要件規定的，如刑法第129條規定的丟失槍支不報罪，依法配備公務用槍的人員，丟失槍支不及時報告的行為，如果沒有造成嚴重後果，就不構成犯罪，但若造成了嚴重後果，就構成犯罪。有的條文是把“造成重大損失”或“造成嚴重損失”作為行為構成犯罪的獨立要件或選擇性要件規定的，如刑法第219條規定的侵犯商業秘密罪，不僅要有侵犯商業秘密的具體行為，而且必須是給商業秘密的權利人造成了重大損失，才能構成犯罪。有些條文是把造成特定的危害後果規定為行為構成犯罪的獨立要件或選擇性要件的，如刑法第343條第二款規定的破壞性採礦罪，就是把“造成礦產資源嚴重破壞”作為犯罪構成要件規定的，雖然實施了違反礦產資源法的規定，採取破壞性的開採方法開採礦產資源的行為，但是如果客觀上沒有造成礦產資源嚴重破壞，就不能構成破壞性採礦罪。有些條文是把“致使”、“致”、“使”或“導致”國家和人民利益遭受重大損失或特定損失作為行為構成犯罪的要件規定的。如刑法第397條規定的濫用職權罪、怠忽職

守罪，就是把致使公共財產、國家和人民利益遭受重大損失，作為行為構成犯罪必須必備的條件規定的，雖然有濫用職權或者怠忽職守的行為，但如果沒有給公共財產、國家和人民利益造成重大損失，就不能作為犯罪來處理。

此外，在一些條文中雖然沒有出現“造成嚴重後果”的字樣，但明確規定“過失犯前款罪的”，按照過失犯罪的原理以及“前款罪”中所包含的要素，可以看出是以特定的危害後果為構成要件的。如刑法第119條第二款規定的過失損壞交通工具罪、過失損壞交通設備罪、過失損壞電力設備罪、過失損壞易燃易爆設備罪，都是“過失犯前款罪的”，而第一款中規定的“前款罪”，都是以“造成嚴重後果”為要件的。

之所以要把造成危害後果作為入罪的門檻，是因為這類犯罪對社會的危害大小不一，而行為所造成的危害後果直接表明了行為對社會的危害程度。雖然實施了刑法所禁止的行為，但還沒有造成危害後果或者危害後果不嚴重，往往表明該行為的社會危害性還不是很大，可以不予以刑罰處罰。如果造成了嚴重的危害後果，則表明該行為對社會的危害達到了一定的程度，應當作為犯罪來懲罰。因此，是否實際造成了某種危害後果，在這類行為中，就成為犯罪的門檻。

### 三、犯罪門檻的核心要義

我國刑法規定的犯罪門檻，有些是確定的事實特徵（如數額、結果），有些是不確定的事實特徵（如情節）。無論是確定的還是不確定的事實特徵，作為認定一個行為是否構成犯罪的標準之一，都存在一個如何具體把握的問題。而在司法實踐中把握入罪的門檻，關鍵在於如何理解作為犯罪門檻的事實特徵的實質。只有正確理解犯罪門檻的實質，才能準確運用刑法關於犯罪門檻的規定來合理的區分罪與非罪。

我國刑法第13條明確規定了犯罪的概念，這就意味著，在中國刑法中，一個行為是不是犯罪，要受到犯罪概念的約束。只有符合犯罪概念的行為，才能認定為犯罪；不符合犯罪概念的行為，就不能認定為犯罪。而犯罪門檻作為危害行為入罪的一道關卡，自然要受到犯罪概念的實質性制約。因此，對刑法中規定的作為犯罪門檻的各個事實特徵的理解，就必須從犯罪概念中尋找實質性根據，並根據犯罪概念來把握。

按照刑法學界多數學者的理解，我國刑法第13條規定的犯罪概念，表明犯罪是危害社會依法應受刑罰處罰的行為，即犯罪的基本特徵是社會危害性、刑事違法性和應受刑罰處罰性。其中，社會危害性是犯罪的社會特徵。它反映了立法者對犯罪本質的認識。它是立法者把某種行為規定為犯罪的根本動因，也是動用刑法必要性的根本依據；是司法實踐中對具體行為進行刑法上的價值判斷的依據。一個行為，如果沒有社會危害性，立法者就不應該將其規定為犯罪；司法者就不能將其認定為犯罪。刑事違法性是犯罪的法律特徵。它反映了立法者對危害社會的行為外在特徵的類型化認識，是立法者對一個行為構成犯罪所設定的條件；是司法實踐中認定犯罪必須遵循的規範化標準。應受刑罰處罰性是犯罪的歸責特徵。應受刑罰處罰性既包含了對行為危害程度的評價，也包含了對危害行為本身的責難。它反映了立法者對危害行為與刑罰之間關係的認識，是二元處罰體系下立法者用以區別應當作為犯罪來對待的違法行為與一般違法行為的標誌。因此，一個行為要滿足犯罪概念所揭示的三個基本特徵，不僅要求其在實質上具有社會危害性，而且要求在形式上具有刑事違法性，並且要求在總體上具有應受刑罰處罰性。



犯罪門檻，當其被立法者規定為犯罪成立的一個必備要件時，本身就具備了刑事違法性的特徵，但是，它又與傳統刑法理論中的犯罪構成要件不同，既不是犯罪的客體，也不是危害行為本身，不是犯罪主體的內容，也不是犯罪主觀方面的內容。而犯罪門檻又確確實實是危害行為實施過程中客觀存在的、與危害行為密切相關的事實情況。有的學者認為，它屬於犯罪客觀方面的內容。如果犯罪門檻只包含危害結果，還可以說是犯罪客觀方面的內容，但是事實上犯罪門檻中最具代表性的“情節”遠遠超出了犯罪客觀方面所能包含的內容的範圍。因此，它應該被視為犯罪成立的一個獨立要件，它實質上是犯罪概念中“應受刑罰處罰性”的法律形式。或者說，犯罪門檻實質上是應受刑罰處罰性在罪狀的法律條文中的具體表現。

犯罪門檻的實質是應受刑罰處罰性，包含了三個方面的含義：

第一，犯罪門檻是以行為本身具有社會危害性和刑事違法性為前提的。只有既具有社會危害性也符合刑事違法性的行為，才會存在是否應當受刑罰處罰的問題。一個行為，如果不具有社會危害性，就不會也不應當納入刑法評價的範圍；同樣地，如果不具有刑事違法性，也就談不上是否應當受刑罰處罰的問題。<sup>[6]</sup>

第二，犯罪門檻標誌著危害行為達到了應當受到刑罰處罰的程度。如前所述，我國刑法對犯罪的規定，不僅包含著質的規定性（刑法對危害行為的類型化規定），而且包含著對危害行為量的規定性（刑法對危害程度的規定）。犯罪門檻就是刑法規定的對危害行為在危害程度上的要求。危害行為在量上達到了犯罪門檻的要求，才能作為犯罪來處罰；沒有達到犯罪門檻的要求，即使是刑法所禁止的具有社會危害性的行為，也不能作為犯罪來處罰。

應當受刑罰處罰，不僅包含了對危害行為的量的要求，而且包含了對危害行為歸責的要求。只有當危害行為的法律後果“應當”歸責於行為人時，對其進行刑罰處罰才是“應當”的。行為的可歸責性，既表現為行為本身的危害性，也表現為行為人在危害行為實施過程中表現出來的人身危險性。因此，犯罪門檻就是能夠表明危害行為的危害程度和行為人人身危險性程度的事實情況，這些事實情況表明危害行為的危害程度達到了犯罪的量，因而應當受到刑罰處罰。

第三，犯罪門檻是二元處罰體系下在危害行為中區分罪與非罪的標準。在現代社會治理體制中，一切違法行為都應當受到法律的懲罰。但是由於二元處罰體系的存在，並不是一切違法行為都要受到刑罰的懲罰。那麼，哪些違法行為要受到刑罰的懲罰，哪些違法行為不需要受到刑罰的懲罰，就必然要求有一個區分的標準。而這個標準就是犯罪門檻。一個違法行為，當其對社會的危害程度達到犯罪門檻時，就要受到刑罰處罰；沒有達到犯罪門檻時，就不需要受到刑罰處罰而可以通過行政處罰或治安處罰來懲罰。

---

[6] 有的學者認為，具有社會危害性同時具有刑事違法性的行為，當然就具有應受刑罰處罰性。這種觀點，把應受刑罰處罰性視為犯罪的法律後果，實際上就否定了應受刑罰處罰性在犯罪概念中獨立存在的意義。事實上，具有社會危害性同時具有刑事違法性的行為未必一定要受到刑罰處罰，如未成年人使用輕微暴力強搶少量財物的行為，既具有社會危害性，也符合刑法規定的搶劫罪的構成要件，但司法解釋明確規定，這種行為“一般不宜以搶劫罪定罪處罰”（最高人民法院《關於審理搶劫、搶奪刑事案件適用法律若干問題的意見》（法發〔2005〕8號）。正因為在行為具有社會危害性和刑事違法性的情況下還有必要對其進行是否應當受到刑罰處罰的評價，所以，應受刑罰處罰性在犯罪概念中才有了存在的價值，從而成為犯罪的三個基本特徵之一。

## 四、犯罪門檻具體標準的設置原則

我國刑法關於犯罪門檻的規定，通常都是採取概括性的方式，如“情節嚴重”、“數額較大”等。實踐證明，這種規定方式比規定具體的確定性的量值要科學合理。但這種規定必然帶來的問題是罪與非罪之間的度即犯罪門檻在具體認定犯罪的實踐中如何把握，就可能因人而異。如什麼樣的情節屬於“情節嚴重”、什麼樣的情節不屬於“情節嚴重”，什麼樣的後果屬於“嚴重後果”、什麼樣的後果不屬於“嚴重後果”，不僅負責立案偵查的警官、負責審查起訴的檢察官與負責審判的法官之間可能存在著不同的認識和標準，即使是同一個法院的法官之間也可能存在著不同的認識和標準。而犯罪門檻把握的尺度則直接關係到犯罪圈的大小和犯罪治理的社會效果。

為了統一刑法的適用，最高司法機關不斷總結司法實踐經驗，努力通過司法解釋或聯合解釋來明確犯罪門檻的具體標準。這種努力無疑是非常必要的，也確實有效地解決了司法實踐中刑法適用中出現的混亂問題，有效地避免了刑法適用的不公平。但也存在一些值得研究的問題，如入罪標準的合理性問題、立法精神的把握問題、犯罪門檻的內在邏輯問題等等。而解決這些問題的關鍵在於設定犯罪門檻的具體標準時遵循什麼樣的原則。

在刑法設置了犯罪門檻的犯罪中，如何確定犯罪門檻的具體標準，筆者認為，應當堅持以下原則：

### （一）統一評價原則

刑法對違法行為危害程度的評價，應當堅持相同的邏輯，設置統一的評價標準。行為的危害性是否嚴重到應受刑罰處罰的程度，雖然是以事實判斷為基礎的，但其本身是一種價值判斷。如果沒有統一的價值觀，就很難保證對大致相同的事實作出大致相同的判斷，從而也就很難保證刑法適用的統一性。特別是在制定犯罪門檻的具體標準時，如果相同的事實在不同種類的犯罪中不能用同一價值觀來評價，就可能導致整個刑法體系中認定犯罪標準的混亂，從而導致刑法適用的不公平。

所謂統一評價原則，是指在規定犯罪門檻的具體標準時，應當堅持對同一事實的危害程度在相同情況下，作出相同的評價；對同一事實的危害程度在不同情況下，作出合理的區分。統一評價原則不是強調一個事實只能有一個評價標準，而是強調對同一事實進行評價時應當堅持統一的價值觀。由於犯罪種類的多樣性和表現形式的複雜性，相同的事實在不同類型的犯罪中與不同的因素相結合，可能會對社會產生不同程度的危害，因而可能會、也應當作出不同的評價。但是，相同的事實在大致相同的環境下可能產生的危害程度，不應當因為犯罪類型的不同而作出不同的評價；與相同或類似的因素相結合可能產生的危害程度，不應當因為罪名的不同而作出不同的評價。尤其是在司法解釋中，對相同的事實在不同類型犯罪中規定不同的具體標準時，應當充分考慮制定不同標準的理由，充分考慮是否堅持了統一評價原則。例如，在非法經營罪中，非法經營的數額，可能會因為非法經營物品對社會的重要性不同而設置不同的入罪門檻（在有關司法解釋中，非法從事資金支付結算業務或者非法買賣外匯，經營數額在五百萬元以上的，構成非法經營罪<sup>[7]</sup>；未取得或者使用偽造、變造的藥品經營許可證，非法生產、銷售不符合藥用要求的非藥品原料、輔料，非法經營數額

[7] 參見最高人民法院、最高人民檢察院2019年1月31日聯合發佈的《關於辦理非法從事資金支付結算業務、非法買賣外匯刑事案件適用法律若干問題的解釋》。

在十萬元以上的，構成非法經營罪<sup>[8]</sup>）。但是，對於通過非法經營行為獲得違法所得的評價標準應該是相同的，因為非法經營行為本身是以營利為目的的行為，獲得相同的違法所得，無論是對行為人個人目的的實現，還是對社會的危害程度，都應該具有相同的意義，應當堅持相同的評價標準。如果因為容易獲得違法利益，就規定極高的入罪門檻；因為不容易獲得違法利益，就規定很低的入罪門檻，這種規定本身就喪失了價值評價的統一性，並且對從事非法經營的行為人而言，也是不公平的。這就如同把盜竊個人財產的入罪門檻規定為2千元、把盜竊銀行的入罪門檻規定為200萬元一樣（因為盜竊銀行一旦得手，數額就很大）。又如，因同類行為受過行政處罰，這個事實本身，既可以表明行為人反復實施類似行為，從而加重對其危害程度的評價，同時也表明行為人具有較大的人身危險性，作為一個認定“情節嚴重”的情形，自然是有其合理性的。這個事實作為一個入罪標準，在不同罪名中，對它的評價應該是統一的，因為它所能反映的危害程度和人身危險性是相同的，不會因為罪名不同而有所改變。然而，在現有的司法解釋中，對其規定的方式卻存在著明顯的不同：有的規定是三年內因同類行為受過二次行政處罰<sup>[9]</sup>；有的規定是二年內實施同類行為受過行政處罰二次以上<sup>[10]</sup>；有的規定是二年內曾因同類行為受過行政處罰<sup>[11]</sup>；有的規定是一年內受過行政處罰後又實施同類行為<sup>[12]</sup>；有的規定是曾因同類行為受過行政處罰<sup>[13]</sup>。對“受過行政處罰”這樣一個完全相同的事實情況，在不同罪名中規定如此不同的入罪標準，顯然違反了對同一事實的價值評價應該統一的原理。

不僅如此，對於不同事實的評價，應當符合刑法體系的邏輯。也就是說，對於不同事實的危害程度，自然應當作出不同的評價，但這種評價的高低大小應當符合刑法在其他方面進行價值評價的原理，從而保持刑法體系在邏輯上的一致性。例如，銷售偽劣產品（包括假藥、劣藥、不合格食品等）的行為與非法經營的行為，二者都是破壞市場監管秩序的行為，一個通常是通過合法的途徑銷售不合法的商品，一個通常是通過不合法的途徑銷售合法的商品，其目的都是為了獲取非法利潤。其區別在於前者銷售的商品本身通常是有害的，而後者銷售的商品通常是無害的。因此，在刑法的價值評價體系中，銷售同樣數額的商品，本應該是對前者的否定性評價重於對後者的評價，即前者的入罪門檻應該低於後者。但在有關的權威解釋或規定中，有時是這樣規定的，有時卻是反過來規定的。例如，按照《關於辦理危害食品安全刑事案件適用法律若干問題的解釋》的規定，生產、銷售不符合食品安全標準的食品，生產、銷售數額在二十萬元以上的，應當認定為“其他嚴重情節”，而按照《關於辦理非法生產、經營煙草專賣品等刑事案件適用法律若干問題的解釋》的規定，非法

[8] 參見最高人民法院、最高人民檢察院2014年11月19日聯合發佈的《關於辦理危害藥品安全刑事案件適用法律若干問題的解釋》。

[9] 參見最高人民法院、最高人民檢察院2012年8月30日聯合發佈的《關於辦理非法生產、銷售煙草專賣品刑事案件的解釋》第三條。

[10] 參見最高人民法院2010年11月22日《關於審理非法集資刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》第八條。

[11] 參見最高人民法院、最高人民檢察院2019年10月25日聯合發佈《關於辦理非法利用資訊網絡、幫助資訊網絡犯罪活動等刑事案件適用法律若干問題的解釋》第六條。

[12] 見最高人民法院、最高人民檢察院2017年7月24日聯合發佈《關於辦理組織、強迫、引誘、容留、介紹賣淫刑事案件適用法律若干問題的解釋》第十四條。

[13] 參見對最高人民法院、最高人民檢察院2013年12月27日聯合發佈《關於辦理醉酒駕駛機動車刑事案件適用法律若干問題的解釋》第二條；最高人民法院、最高人民檢察院2020年9月14日聯合發佈的《關於辦理侵犯知識產權刑事案件具體應用法律若干問題的解釋（三）》第八條。

經營煙草專賣品經營數額在五萬元以上的，就應當認定為“情節嚴重”<sup>[14]</sup>。這些規定是否符合價值評價的統一原則，是否符合刑法體系的邏輯，就值得懷疑。

統一評價原則還涉及到對單位行為的評價與對個人行為的評價要不要堅持相同標準的問題。1997年修改刑法時，首次明確規定了單位犯罪。當時對單位犯罪的規定，有的罪名中採取了與個人犯罪區別對待的方式（如刑法第153條規定的走私普通貨物、物品罪，刑法第175條規定的高利轉貸罪等），多數罪名採取了與個人犯罪相同對待的方式。在有關立案標準和司法解釋中，相應地對單位犯罪規定了與個人犯罪不同的入罪標準。但是，1997年以後，在立法機關對刑法所做的歷次修改中，都明確規定“單位犯本條規定之罪的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依照本條各款的規定處罰”。這意味著，立法機關對單位犯罪中的個人堅持了與個人犯罪相同的處罰原則。既然單位犯罪中的個人應當受到與個人犯罪相同的處罰，那麼，單位犯罪的入罪門檻要不要與個人犯罪的入罪門檻相同（入罪門檻不同，實施同一行為並且數額相同的情況下，就可能導致一個因為單位行為而不構成犯罪、另一個因為個人行為而構成犯罪），就成為理論界爭論的問題之一。這種爭論暫且不提，但就單位犯罪與個人犯罪入罪的數額標準而言，在有關司法解釋中，有的罪名規定了2倍的差別<sup>[15]</sup>；有的罪名規定了5倍的差別<sup>[16]</sup>；有的罪名規定了10倍的差別<sup>[17]</sup>。這種不同的定罪標準（入罪門檻）是否具有合理性就值得懷疑，因為它明顯違反了刑法價值評價的統一性原理。單位犯罪與個人犯罪，其行為性質、行為方式是相同的，侵犯的法益是相同的，區別僅僅在於主體的不同。如果認為主體的不同可以導致定罪標準的不同，那麼，都是主體不同，為什麼在有的罪中，主體不同導致的入罪標準是2倍，而在有的罪中，主體不同導致的入罪標準就成了10倍？這種差別的依據實在是難以言說。

## （二）謙抑原則

“犯罪門檻設置的高低就決定了犯罪圈的大小和刑罰的輕重，直接影響社會秩序的維護和人權的保障，是刑法的基礎問題。”<sup>[18]</sup>刑法規定的犯罪門檻，在具體案件中如何把握，在很大程度上取決於司法解釋規定的具體標準。司法解釋中規定的標準寬鬆，犯罪門檻就下降；司法解釋中規定的標準嚴格，犯罪門檻就上升。而犯罪門檻的高低直接關係到犯罪圈的大小和司法權介入社會治理的範圍及其程度。犯罪門檻過高，刑法參與社會治理的範圍和功能就可能減弱，人民群眾的安全感就可能下降；犯罪門檻過低，人民群眾對刑法的認同感就可能減弱，司法資源也將難以承受。因此，最

---

[14] 雖然生產、銷售不符合安全標準的食品罪中的“其他嚴重情節”是第二個法定刑檔次，但起刑點是三年以上七年以下有期徒刑；非法經營罪中的“情節嚴重”是第一個法定刑檔次，但其法定最高刑是五年以下有期徒刑，這就意味著非法經營罪一旦認定為犯罪，就可能判處五年以下有期徒刑，而生產、銷售不符合安全標準的食品的行為，即使構成第二個法定刑檔次，也可能被判處五年以下有期徒刑。因此，二者之間具有可比性。

[15] 如最高人民法院、最高人民檢察院在2014年9月10日聯合發佈的《關於辦理走私刑事案件適用法律若干問題的解釋》中，對個人走私普通貨物行為規定的定罪標準是偷逃應繳稅款十萬元以上，單位走私普通貨物的定罪標準是偷逃應繳稅款二十萬元以上。

[16] 如2010年11月22日最高人民法院在《關於審理非法集資刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》中規定，個人非法吸收或者變相吸收公眾存款，數額在20萬元以上的，單位非法吸收或者變相吸收公眾存款，數額在100萬元以上的，應當追究刑事責任。

[17] 如最高人民法院、最高人民檢察院2014年4月23日聯合發佈的《關於辦理利用賭博機開設賭場案件適用法律若干問題的解釋》中規定，個人非法經營數額在5萬元以上，構成非法經營罪，單位非法經營數額在50萬元以上，構成非法經營罪。

[18] 盧建平：《犯罪門檻下降及其對刑法體系的挑戰》，載《法學評論》2014年第6期，第68-76頁。

高司法機關應當高度重視司法解釋中有關犯罪門檻的規定，在根據犯罪形勢的變化適度調整犯罪門檻的同時，堅守刑法的謙抑性原則，防止犯罪圈的過度擴張。因為，立法機關之所以要對某些犯罪的成立設置門檻，就是為了保持刑法的謙抑性，在同類行為中區分罪與非罪，盡可能地縮小刑法的打擊面。從這個意義上講，在犯罪門檻的設置上堅守刑法的謙抑原則，是立法解釋在司法實踐中貫徹刑法立法精神的必然要求。最高司法機關在對刑法中的入罪門檻規定具體標準時，應當始終保持謙抑的立場，嚴格控制情節、後果、數額的入罪標準。

最高司法機關在制定司法解釋時，也確實在許多犯罪中都堅持了謙抑原則。這裏特別值得一提的是，最高司法機關在行為犯的入罪門檻中的態度。長期以來，刑法理論界普遍認為，行為犯不存在“度”的問題，只要實施了刑法規定的行為，就構成犯罪。但是由於刑法第13條但書的規定，這類犯罪也存在一個入罪的門檻問題。特別是近年來，司法解釋已經在這方面做出了範例，應當引起學界的重視。例如，刑法第363條規定的製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢物品牟利罪，是典型的行為犯。按照刑法第363條的規定，“以牟利為目的，製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢物品的”，即構成製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢物品牟利罪。刑法既沒有對淫穢物品的表現形式作出任何限制性規定，也沒有對之設置任何門檻。但是，根據刑法總則規定的解釋，最高人民法院、最高人民檢察院在其2004年9月3日聯合發佈的《關於辦理利用互聯網、移動通訊終端、聲訊台製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢電子資訊刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》第一條中規定：“以牟利為目的，利用互聯網、移動通訊終端製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢電子資訊，具有下列情形之一的，依照刑法第三百六十三條第一款的規定，以製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢物品牟利罪定罪處罰：（一）製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢電影、表演、動畫等視頻檔二十個以上的；（二）製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢音頻檔一百個以上的；（三）製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢電子刊物、圖片、文章、短資訊等二百件以上的；（四）製作、複製、出版、販賣、傳播的淫穢電子資訊，實際被點擊數達到一萬次以上的；（五）以會員制方式出版、販賣、傳播淫穢電子資訊，註冊會員達二百人以上的；（六）利用淫穢電子資訊收取廣告費、會員註冊費或者其他費用，違法所得一萬元以上的；（七）數量或者數額雖未達到第（一）項至第（六）項規定標準，但分別達到其中兩項以上標準一半以上的；（八）造成嚴重後果的”。這個規定，顯然意味著，以牟利為目的，實施製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢物品的行為，只有達到一定的數量，才能作為犯罪來定罪處罰；雖然實施了刑法規定的行為，但數量沒有達到規定的標準，就不認為是犯罪。又如，搶劫罪在刑法理論上也是典型的行為犯，過去一直認為，只要實施了以暴力、脅迫或者其他方法搶劫公私財物的行為，就構成搶劫罪，並且應當判處三年以上有期徒刑的刑罰。但是，2005年6月8日最高人民法院發佈的《關於審理搶劫、搶奪刑事案件適用法律若干問題的意見》中規定：搶劫賭資、犯罪所得的贓款贓物的，以搶劫罪定罪，但行為人僅以其所輸賭資或所贏賭債為搶劫對象，一般不以搶劫罪定罪處罰；為個人使用，以暴力、脅迫等手段取得家庭成員或近親屬財產的，一般不以搶劫罪定罪處罰。這個規定意味著，雖然實施了搶劫行為，但是否構成搶劫罪，還要看具體情況，不能簡單的一概而論。這些規定，無疑體現了刑法的謙抑性。

然而，在某些犯罪的司法解釋中，最高司法機關似乎並沒有貫徹謙抑原則。例如，一些司法解釋在對具體犯罪進行解釋時，常常把“三次以上”或者“多次”實施同類行為規定為認定“情節

嚴重”的標準<sup>[19]</sup>。由於在司法實踐中“多次”習慣上被掌握在三次以上，這就意味著，三次實施同類行為的，通常被規定為“情節嚴重”的入罪標準。這個標準在實踐中很可能降低了入罪門檻。如果說，行為人在短時間內連續三次實施同類行為，應當被認定為“情節嚴重”的話，那麼一個人如果在十年八年內實施了三次同類行為（這些行為都是違反治安管理的行為，有的甚至已經被行政處罰），是否應當被認定為“情節嚴重”，就值得懷疑（因為有關司法解釋均沒有限定“三次”或“多次”的時間）。從立法精神上看，刑法對犯罪規定了時效制度，一個人實施了構成犯罪的行為，如果在一定期限內非因本人原因沒有被追訴，就不再追訴了；一個人犯了罪，在刑罰執行完畢以後，“五年內”再犯罪的，才構成累犯，應當從重處罰（特別累犯除外）。這些規定都意味著對犯罪的追訴有一定的時間限制。司法解釋中規定的因同類行為“受過行政處罰”也都規定了一定的時間（儘管不一致）。這種規定的立法精神和司法解釋原則都體現了刑法的謙抑性。唯獨關於“多次”的規定，沒有時間的限制。應該說，這種規定有悖謙抑原則。

此外，幾乎所有的司法解釋在規定入罪的具體標準時，都要在列舉的具體情形之後加上一個兜底條款，即“其他情節嚴重的情形”。這個規定意味著，可以認定為情節嚴重的情形不限於司法解釋所列舉的事實情況。這種規定的原因無疑是司法解釋的制定者擔心自己的列舉可能會有遺漏，因而用“其他”來代表尚未列舉的可能出現的情形，以免出現新的嚴重情節而司法解釋沒有涵蓋的情況。這種思維方式在刑法規定了類推制度的年代自然是很流行的。但是，司法解釋中的這種規定，未必恰當。在刑法已經明確規定了罪刑法定原則的情況下，立法者都不擔心對刑法沒有規定的危害行為打擊不力的問題（因為可以通過修改刑法來補充規定），司法解釋的制定者還有什麼理由擔心司法解釋的規定因為不嚴密而難以打擊犯罪的問題呢？司法解釋的任務是把刑法的規定具體化以便具體實施，特別是在刑法中規定了“情節嚴重”或者“其他嚴重情節”的地方，通過司法解釋使之具體化。如果司法解釋還是使用“其他嚴重情節”的規定方式，就把自己等同於刑法的規定了，也就喪失了司法解釋的功能。從另一方面看，這種兜底條款看似全面，實則沒有必要，並且違背了刑法的謙抑原則。因為司法機關在制定有關犯罪的入罪標準時，通常都是在總結司法實踐經驗的基礎上經過反復調研論證之後才制定的，而不是一時興起制定的，司法解釋的制定者應當有自信，相信自己所規定的入罪標準能夠包括最可能出現的應當認定為情節嚴重的情形，即使有遺漏也不至於影響對犯罪的懲罰。而兜底條款的設置，除了昭示司法解釋制定者的不自信之外，客觀上給司法人員適用刑法認定犯罪留下了自由裁量的空間，這與司法解釋規定具體入罪標準的初衷恰恰是南轅北轍的。

### （三）行刑銜接原則

刑法分則中規定了入罪門檻的犯罪，通常都是其他法律中規定了行政處罰的行為。由於行政法中將這種行為規定為違法行為並對之規定了行政處罰，所以當其被規定為犯罪時，就存在一個行政違法行為與犯罪行為的區分問題。這個問題的客觀存在是立法機關對有關犯罪設置門檻的一個重要原因。因此，司法解釋對犯罪門檻規定具體標準時應當充分考慮刑事犯罪與行政違法的區別和銜接問題。

[19] 如：《關於辦理內幕交易、洩露內幕資訊刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》第六條；《關於辦理妨害文物管理等刑事案件適用法律若干問題的解釋》第三條、第四條；《關於辦理組織考試作弊等刑事案件適用法律若干問題的解釋》第二條等。

行刑銜接首先要解決的問題是入罪門檻的設置要充分考慮行政處罰的適用空間。違法行為入罪的具體標準如果規定的過低，絕大多數行政違法就可能被作為犯罪來處罰，行政處罰的餘地就很小。這樣既不利於充分發揮行政監管在社會治理中的作用，而且可能大大增加司法機關的負擔，背離犯罪門檻設置的初衷。尤其是在有關行政法規中規定了“情節嚴重”受行政處罰的場合，如何區分行政違法行為中的“情節嚴重”與刑事犯罪行為中的“情節嚴重”，不能不引起高度重視。例如，我國《治安管理處罰法》中規定：違反國家規定，侵入電腦資訊系統，造成危害的；對電腦資訊系統功能進行刪除、修改、增加、干擾，造成電腦資訊系統不能正常運行的；對電腦資訊系統中存儲、處理、傳輸的數據和應用程式進行刪除、修改、增加的；故意製作、傳播電腦病毒等破壞性程式，影響電腦資訊系統正常運行的，處五日以下拘留，情節較重的，處五日以上十日以下拘留（第29條）。這裏本身就包含了“情節較重”的情形。這種情形與刑法第285條第二款中的“情節嚴重”之間應當有一個彼此銜接的階梯，即從情節一般到情節較重再到情節嚴重，應該有一個遞進的尺度。如果有關司法解釋把刑法第285條第二款“情節嚴重”的門檻規定的過低，《治安管理處罰法》的適用就沒有了區分的空間（現有司法解釋對“情節嚴重規定的標準為“非法控制電腦資訊系統二十台以上”、“違法所得五千元以上”）。

行刑銜接的另一個問題是行政處罰標準與刑事處罰標準的對接問題。由於刑法中規定的犯罪行為往往是行政法規中規定的違法行為，只是危害的嚴重程度不同而已。同一個行為，危害較輕的，作為一般違法行為，應當給予行政處罰；危害嚴重的，作為犯罪行為，應當給予刑事處罰。因此，將其作為一般違法行為還是作為犯罪行為來處理，應當堅持相同的評價標準，保持評價的連貫性、統一性，才有可能合理的，對當事人也才有可能公平的。如果對同一性質的行為，因為評價標準的不同導致嚴重失衡，就會出現法律適用的不合理狀態。例如，食品安全法第123條規定：生產經營不符合安全標準的食品的，處罰款；情節嚴重的，吊銷營業執照，並可以由公安機關對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員處五日以上十五日以下拘留。刑法第143條對生產、銷售不符合安全標準的食品罪規定了三個檔次的法定刑，其中：生產、銷售不符合食品安全標準的食品，足以造成嚴重食物中毒事故或者其他嚴重食源性疾病的，為第一個檔次；對人體健康造成嚴重危害或者有其他嚴重情節的，是第二個檔次；第三個檔次為後果特別嚴重。這些規定表明：生產經營不符合安全標準食品的行為，從構成違法行為，到行政處罰中的“情節嚴重”，再到構成犯罪，再到刑事處罰中的“情節嚴重”、“後果特別嚴重”，依其危害程度有五個輕重不同的情形，五個情形之間如何區分與對接，直接涉及到對該行為的處罰問題，當然也涉及到犯罪門檻設置的合理性問題。按照國務院2019年10月11日頒佈的《食品安全法實施條例》第67條的規定，造成食源性疾病並出現死亡病例，或者造成30人以上食源性疾病但未出現死亡病例，屬於食品安全法第123條中的規定的“情節嚴重”的情形之一，但是按照最高人民法院、最高人民檢察院2013年5月6日聯合發佈的《關於辦理危害食品安全刑事案件適用法律若干問題的解釋》第2條的規定，生產、銷售不符合食品安全標準的食品，造成輕傷以上傷害的，或者造成十人以上嚴重食物中毒或者其他嚴重食源性疾病的，就應當認定為刑法第143條規定的“對人體健康造成嚴重危害”；生產、銷售金額二十萬元以上的，就應當認定為刑法第143條規定的“其他嚴重情節”；造成30人以上嚴重食物中毒或者其他嚴重食源性疾病的，就應當認定為刑法第143條規定的“後果特別嚴重”。這就意味著，同樣是生產銷售不符合安全標準的食品，造成食源性疾病並出現死亡病例，或者造成30人以上食源性疾病但未出現死亡病例的後果，如果按照行政法規來處理，最多是處15天拘留，而如果按照司法解釋的規定來處理，不僅構

成犯罪，而且最高可能被判處無期徒刑。可見，行政處罰的標準與刑事處罰的標準，如果不能彼此銜接，就可能導致法律適用的失衡，出現極不公平的結果。

#### （四）綜合評價原則

如前所述，犯罪門檻本質上是對危害行為的危害程度和危害行為實施過程中表現出的人身危險性的考量。因此，考量行為的情節、後果、數額等因素是否達到了犯罪的程度，應當綜合評價行為實施過程中能夠反映其危害程度和人身危險性的各種事實要素。這些要素往往表現為行為方式、次數、規模、行為過程中對相關情況的處置，甚至包括行為的起因和過程等等。只有綜合評價這些要素，才能科學合理地考量行為的危害程度，準確確定罪與非罪的界限。特別是在刑法把“情節嚴重”或“情節惡劣”規定為犯罪成立要素的場合，“情節”本身就是一個高度概括性的詞語，包含了多種可能的事實情況，更需要對其進行綜合評價。

在此，值得研究的問題有二：一是對單一情形的評價問題。在有關司法解釋中，往往列舉了一系列入罪標準，並且通常都會規定：“具有下列情形之一的”，應當認定為刑法某某條款規定的情節嚴重。這類規定確實為司法實踐中辦理具體案件提供了可以遵循的尺度。問題在於具有其中一種情形是不是就必須或者一定要認定為犯罪？例如，很多司法解釋都把“數額較大”規定為入罪標準，司法實踐中也把到達規定的數額作為定罪的依據。那麼，到達了規定的數額標準還要不要考慮其他因素，如一個人盜竊了2000元，按照司法解釋的規定，就應當認定為數額較大，其行為也就構成了盜竊罪，如果他是初次盜竊，或者為給親人治病而偷盜，或者數額剛剛到達2000元，他願意認罪並真誠悔改，這些事實情況要不要考慮？筆者認為，應當綜合考慮這些因素來決定要不要對他定罪，而不能僅僅根據數額達到了規定的標準就定罪，即在沒有其他情節的情況下，達到規定數額的，就可以定罪；但案件中還存在其他情節時，就應當綜合考慮這些情節來決定要不要定罪。特別是在經濟犯罪、因日常生活中的矛盾糾紛引起的犯罪中，僅僅因為行為人的行為中包含了一個符合入罪標準的事實情況（情形），就將其認定為犯罪，並不符合刑法中設置犯罪門檻的立法精神，不利於保持刑法的謙抑原則，甚至可能導致刑法適用的不合理（因為這個情形可能不是行為人所能控制的，或者行為發生的原因並不完全在行為人一方）。特別是諸如“被點擊”、“被轉發”等情形，次數並不是行為人自己可以完全控制的，多被點擊或轉發幾次，與少被點擊或轉發幾次，既不能反映行為在危害程度上的差別，也不能表明行為人在人身危險性方面的差別，僅僅根據被點擊、被轉發的次數達到了規定的標準就定罪，很難說是合理的，也很難讓行為人認罪服判。當然，一些情形，只要存在一個就可以認定為情節嚴重，如造成被害人或者其近親屬精神失常、自殘、自殺等嚴重後果；假冒國家機關、金融機構名義，設立用於實施違法犯罪活動的網站；明知自己的行為被有關部門調查，仍繼續實施等，這種本身性質比較嚴重的事實情況，雖然不是刑法規定的犯罪行為，但一旦發生在相關犯罪行為的實施過程中，就應當認定為“情節嚴重”。

因此，在只有一個符合入罪標準的情形時，應當審慎地分析該情形對行為的危害程度或人身危險性程度的意義，結合案件的其他事實情況，決定是否應當認定為犯罪，而不能簡單地籠統地規定或者僅僅根據一個符合入罪標準的情形來定罪。有的司法解釋在這方面作出了示範，如最高人民法院、最高人民檢察院在2019年1月31日聯合發佈的《關於辦理非法從事資金支付結算業務、非法買賣外匯刑事案件適用法律若干問題的解釋》中規定：非法經營數額在五百萬元以上，或者違法所得數額在十萬元以上的，應當認定為非法經營行為“情節嚴重”，非法經營數額在二百五十萬元以上或者違法所得數額在五萬元以上，具有所列四種情形之一的，也應當認定為非法經營“情節嚴重”；



在2019年6月28日聯合發佈的《關於辦理操縱證券、期貨市場刑事案件適用法律若干問題的解釋》中規定，實施操縱證券、期貨市場行為，違法所得數額在一百萬元以上的，應當認定為刑法第一百八十二條第一款規定的“情節嚴重”；違法所得數額在五十萬元以上（即不到一百萬元），具有所列七種情形之一的，也應當認定為該條規定的情節嚴重。這種規定意味著不是根據一個情形而是兩個以上情形來認定情節是否嚴重。遺憾的是，已有司法解釋中只有在沒有達到規定數額時才考慮其他情形的規定（入罪），而沒有在達到規定數額時考慮其他情形的規定（出罪）。

二是對多情形的評價問題。現有關司法解釋中通常都對“情節嚴重”、“數額較大”、“後果嚴重”等規定了多個選擇性的入罪標準，具有其中一個情形就應當認定為構成犯罪，具有多個情形時自然更應當認定為構成犯罪。問題在於，當一個案件中既有應當認定為情節嚴重的情形，也存在著能夠表明危害不大或者行為人人身危險性不大的事實情況時，如何認定案件的情節？筆者認為，唯有綜合評價才能得出合理的結論。一方面，對於能夠表明情節嚴重的多個情形，要進行綜合評價，以衡量嚴重程度；另一方面，對於能夠表明情節不嚴重的多個情形，要進行綜合評價，以考慮這些情形疊加之後能夠在多大程度上減輕行為的危害程度。然後再對能夠表明情節嚴重的情形與能夠表明情節不嚴重的情形進行綜合評價，最終得出情節是否嚴重的結論。

案件事實中客觀存在的從輕情節，不應當僅僅在量刑時考慮，在定罪時就應當充分考慮案件中客觀存在的從輕情節，綜合評價入罪標準。這樣做，對被告人行為的評價更公平、更合理，而且更符合刑法中設置犯罪門檻的主旨。

---

**Abstract:** It is one of the important features of China's criminal law to set thresholds for criminalization in order to distinguish crime from non-crime. Studying deeply on the setting of criminalization threshold in Chinese criminal law, understanding accurately the spirit of criminalization threshold, and reflecting on the specific standards of criminalization threshold stipulated in judicial interpretations is conducive to better adhere to and use the characteristics of Chinese criminal law as well as better play the role of criminal law in social governance. To set the specific standard of criminalization threshold scientifically and reasonably, we should adhere to the principle of unified evaluation and comprehensive evaluation of all kinds of facts that may affect the degree of harm and the degree of personal danger of the perpetrator. Besides, we should also carry out the modesty principle of criminal law and attach importance to the boundary and connection between criminal punishment and administrative punishment at the same time.

**Key words:** Constitution of Crime; Standards of Criminalization; Circumstances of Crime; Judicial Interpretation

---

（責任編輯：張雨虹）