

罪刑法定原则的“侧翼危机”：无判决刑罚权的兴起及其制度回应

高鹏 著 · 发表于2026年7月24日 · 三种阅读方式

摘要

—

1 引言

1.1 问题的提出：一个被忽视的危机

罪刑法定原则（*nullum crimen, nulla poena sine lege*）自启蒙时代以来，一直是刑事法治不可动摇的基石。其经典表述——“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”——划定了一条清晰的红线：国家只有在法律事先明确规定的情况下，才能通过刑事判决对公民施加刑罚。这一原则的敌人，在传统理论中被锁定为“司法权的恣意扩张”：法官超越法条文义定罪、类推适用刑法、以事后法追究既往行为。

然而，观察当代中国刑事司法系统的实际运作，会发现一个令人不安的现象：罪刑法定原则在正门被牢牢锁住的同时，侧翼的门却在一扇扇打开。一个涉嫌轻微犯罪的行为人，可能经历刑事拘留、取保候审的强制措施后，案件被作不起诉处理，随后被转为行政拘留和罚款——程序上看，国家没有给他贴上“罪犯”的标签，但他在刑事拘留所里度过的时间、承受的社会排斥、丧失的职业机会，与实际被判处轻罪的人并无二致。同样，一个曾被刑事立案但最终被撤案的人，那条“曾在公安机关留有案底”的记录，可能在就业背景审查、银行贷款、子女入学等环节持续产生排斥效应，其影响周期甚至超过某些轻罪刑罚执行完毕后的社会复归周期。在认罪认罚从宽制度中，一个本应被认定为A罪的案件，可能因为协商而被认定为B罪，罪名与行为的实质对应关系在“交易”中被压扁，被告人用“认罪”换取了轻判，但同时也承受了一个与其实施行为不完全对应的罪名标签。

这三种形态——附条件不起诉后转行政处罚的“打包处置”、刑事立案后撤案但系统留痕的“长期排斥”、认罪认罚中罪名与行为实质不对应的“交易性定罪”——合在一起，构成了一个令人不安的整体图景：一套完整的“无判决刑罚权”工具箱。国家在这些程序中实际行使了与刑事处罚同等严厉的制裁权力，却没有走过“刑事判决”这道门槛，因而也就没有承受罪刑法定原则为这道门槛设定的论证义务——法条与行为之间对应关系的严格论证、被告人在公开法庭上的充分辩护、裁判文书对定罪理由的完整说理。

罪刑法定的真正危机，因此不是“原则被正面违反”——这依然是较少发生的极端个案。真正的危机是，系统学会了靠“不写判决书”来躲开罪刑法定的论证义务锁。在那些不被叫作“定罪”的程序中，国家行使了与定罪等值的权力，但论证义务被降到了最低。这一危机之所以长期被刑法学界忽视，是因为刑法教义学的分析工具以“判决”为基本单位：它检验一个已作出的有罪判决是否符合法条规定。对于那些不经过判决程序、不以“定罪”命名的制裁形态，教义学缺乏有效的分析工具去触碰它们。

1.2 核心论点与论证结构

本文的核心论点可以凝缩为一句话：罪刑法定原则的当代困境，不在于“不被遵守”，而在于“被系统性绕行”——系统在正面战场严守原则的同时，在侧翼发展出一套“无判决刑罚权”的操作形态，使得原则的实质保护功能被悬置。困境的发动机不是法条被违反的频率有多高，而是法条在每一次应用中内置的模糊性，是否被制度逼着在入罪与出罪两个方向上做了不对称消费：入罪方向上的模糊性被当作“法的弹性”接受和利用，出罪方向上的模糊性被当作“法的漏洞”追究和回避。这个论证义务的剪刀差，已经成为一个独立的行为调节器——它不依赖社会控制预期的高压就在抑制出罪。

本文将围绕以下结构展开论证：首先，回顾罪刑法定原则在我国刑事司法制度中的演化史，识别出从1979年刑法保留类推到当前认罪认罚制度中，那条贯穿始终的“入罪工具不断迭代、出罪工具始终缺位”的制度惯性的形成过程。其次，对三种“绕行形态”做精细的机制解剖，揭示它们各自如何在程序合法的表面下，实现

对罪刑法定论证义务的规避。第三，分析供养这套绕行机制的三根制度支柱——社会控制的全覆盖预期、政法系统以结果有效性为核心的自证逻辑、当事人权利救济的非对称性——并论证它们如何相互耦合，使得绕行机制成为系统面对压力时的必然演化产物。第四，提出三项具体的制度技术——“制裁当量评估”“立案留痕自动过期机制”“罪名对应性强制审查”——作为重建论证义务对称性的操作方案。最后，论证刑法谦抑性原则必须从单向的“入口控制”升级为同时涵盖“出口监测”的双向机制，并将这一判断扩展为一个可被独立研究者分头推进的实证研究纲领。

1.3 方法的说明

本文采用的方法论路径，结合了制度演化分析和概念分析两种传统。制度演化分析用于追溯1979年以来我国刑事司法制度在罪刑法定原则上的关键选择节点，揭示每一次制度修补背后的方向偏好。概念分析则用于解剖“绕行机制”的内在操作逻辑，以及识别传统刑法教义学在触及这些机制时的边界局限。这种综合路径的优势在于，它既能给出历史纵深——说明当前困境不是某一时刻的制度失误，而是长期路径选择的累积产物——又能给出结构深度——说明绕行机制不是操作不规范，而是系统在特定压力结构下的功能等价物。本文的目标不是提供一项判决书的教义学分析，而是提供一个从制度层面理解罪刑法定原则困境的分析框架。这一框架的效力，取决于它所提出的制度技术能否被转化为可操作的规范性文件条款，以及它所识别的实证命题能否被后续的法学实证研究所检验。

2 文献综述

2.1 罪刑法定原则的经典理论与当代挑战

罪刑法定原则的理论根基，可以追溯到启蒙时代对封建罪刑擅断的反抗。贝卡里亚在《论犯罪与刑罚》（1764）中给出了经典论证：只有法律才能规定刑罚，因为只有立法者——作为通过社会契约联合起来的全体社会成员的代表——才有权界定何种行为构成犯罪。费尔巴哈在此基础上提炼出“无法无刑”的拉丁法谚，并将其锚定在刑罚的心理强制理论上：法律必须事先明确告知行为的后果，才能使公民在行为时产生“不得为”的心理抑制。

进入二十世纪，罪刑法定原则面临的新挑战来自两个方面。一是福利国家兴起后，行政性制裁大量涌现，使得“刑罚”与“行政处罚”之间的边界日渐模糊。二是风险社会语境下，预防性刑法观抬头，要求刑法从“回应已然之罪”转向“预防未然之危险”，这使得法条的明确性要求与立法的概括性需求之间持续紧张。Roxin的客观归责理论试图在这种紧张中找到一个平衡点：通过在构成要件层面植入“制造法所不容许的风险”这一规范性判断，将“行为是否落入法条文义”的模糊地带，转化为一个可被刑法教义学内部操作的归责问题。这一路径在德国刑法学中取得了相当大的成功，但其有效运作依赖于一个前提——法官愿意并且有能力在个案中充分展开这套精细化论证。在法官面临诸如绩效考核压力、信访追责风险等外部约束时，这一前提的可靠性会受到侵蚀。

Hart在《法律的概念》中提出的“法的开放结构”理论，为理解罪刑法定的边界提供了另一重要资源。Hart指出，法律规则由“核心含义”和“边缘地带”构成：在核心处，规则的含义是明确的；但在边缘处，规则是否适用则需要判断者做出选择。这一诊断揭示了一个根本性的问题：法条与行为之间的对应关系，不是像钥匙插入锁孔那样的机械匹配，而是始终携带一层解释性的跳跃——行为到底“算不算”法条所描述的类型。Hart将这一跳跃归因于人类语言的天然局限（“我们既是造物主，又是造物的囚徒”），但他没有进一步追问一个更为紧要的问题：当判断者掌握着在边缘地带做选择的权力时，是什么因素在系统地影响他选择“算”还是“不算”？是法律的内在逻辑，还是制度的外部压力？这恰恰是本文需要展开的领域。

2.2 中国语境下的研究进展与盲区

我国刑法学界对罪刑法定原则的讨论，自1997年刑法正式确立该原则以来，始终是学术热点。主流研究路径可以归纳为三条线索。

第一条线索是法条解释的精细化。以张明楷、陈兴良为代表的学者，致力于在刑法教义学内部发展出一套严密的解释方法论，通过文义解释、体系解释、历史解释、目的解释的层次化操作，将刑法分则中那些看似“兜底”的条款（如“其他危险方法”“其他严重情节”）限定在可论证的范围之内。这条线索的核心贡献在于，它为中国刑法的解释操作提供了规范性的论证工具，使“法官不得恣意解释”的训诫有了可操作的教义学支撑。但这条线索也有一个结构性的盲区：它以“法官正在进行认真的教义学论证”为当然前提，没有充分处理“法官在特定制度压力下选择不认真论证”的情境。当信访风险、绩效考核、舆论压力等因素优先于教义学论证的内在要求时，再精细的解释方法论也只能被搁在一旁。

第二条线索是制度比较与移植研究。这类研究大量引介德国、日本、英美法系中关于罪刑法定原则的制度安排——如德国基本法第103条第2款的严格解释要求、美国最高法院对“模糊即无效”原则的反复激活——并建议中国借鉴相应的制度设计。这条线索拓展了中国刑法学的国际视野，但其局限性也较为明显：它倾向于将中国制度中的问题诊断为“制度部件缺失”，而低估了“已有部件被压力结构扭曲使用”的程度。举例而言，我国并非没有司法解释审查机制，但在“覆盖打击面”的压力下，审查更容易放过入罪方向的越权解释，而盯紧出罪方向的“放纵”嫌疑。问题不在没有锁，而在锁只在一边起作用。

第三条线索是实证研究与制度效果评估。近年来，以白建军等人为代表的法学实证研究者，开始利用裁判文书大数据，对罪刑法定原则的实际运行效果进行量化分析。这类研究揭示了若干重要的经验现象，如特定罪名的入罪率在司法解释出台前后的剧烈波动、不同地区法院对同类案件的出罪率差异等。但这条线索当前仍主要集中在“判决”这一分析单位，对发生在判决之前的程序阶段——如立案后撤案、不起诉后转行政处罚——的大规模数据分析尚未充分展开。这一空白部分源于数据获取的困难（撤案记录、不起诉决定书的公开程度远低于判决书），但也部分源于研究范式本身的局限——当研究者以“判决书”为当然的分析对象时，就已经不自觉地那些不通过判决书实现的制裁形态排除在了“罪刑法定原则运行效果”的考察范围之外。

2.3 域外相关理论的启示与边界

域外学术传统中，有三个理论脉络与本文的关切直接相关，但各自存在与本文论域的分隔点。

Foucault的“规训社会”理论指出，现代社会的惩罚权力已经从司法权向社会弥散，学校、医院、工厂等机构都在行使着不叫“刑罚”的规训权力。这一视角对于理解“不起诉转行政处罚”中惩罚逻辑的弥散性富有启发性。但Foucault的分析以“弥散”本身为理论终点——权力的毛细血管化是一种无法被逆转的趋势——而本文的分析则以“弥散”为问题起点，追问的是：在这些弥散的节点上，是否可以装入论证义务的锁？换言之，Foucault提供的是对权力弥散的诊断（并且暗示它是不可逆的），本文提供的是对弥散点上论证义务缺位的识别（并且主张它可以通过制度技术来补救）。两者的分隔点在于：Foucault不区分“逻辑驱动的弥散”与“缺口驱动的弥散”。罪刑法定正门被锁住后，权力从缺口中溢出——这种弥散不是因为权力自身的扩张逻辑，而是因为论证义务的分布不均衡制造了压力差。堵住缺口，弥散的形态会发生变化。

Feeley的“过程即惩罚”理论（*The Process Is the Punishment*，1979）通过对美国基层刑事法院的实地研究，发现许多轻罪案件的被告人在审前羁押、保释程序中所承受的负担，已经构成了一种独立于判决结果的实质惩罚。这一发现与本文对“刑事拘留+不起诉后转行政处罚”的制裁当量分析高度共振。但Feeley的分析对象是美国对抗制诉讼程序中的审前阶段，其“过程惩罚”的主体是诉讼程序本身（保释金、出庭负担、律师费用）。本文关注的“绕行机制”则具有不同的构造：它的主体不是程序负担，而是国家主动施加的非刑事制裁（行政拘留、系统留痕的社会排斥、认罪认罚的罪名标签）。两者的共同点在于都关注“不叫定罪”的制裁，但制裁的发生机制和制度基础不同，因此反制路径也需要不同的制度接口。

法教义学的“内封闭性”主张——以德国刑法学家Jakobs的规范论为代表——强调刑法的规范性应当与社会期待保持距离，罪刑法定原则的核心功能恰恰在于阻断“社会认为应当惩罚”直接转化为“法官决定惩罚”。这一理论为本文的立论提供了重要的规范性支撑：正是这种“阻断”功能，在我国刑事司法中在出罪方向上被系统性削弱。但法教义学的内封闭性传统通常停留在规范论证层面，不向下延伸到制度操作的实证分析。本文的工作，可以视为在内封闭性传统上嫁接了一个制度分析的底座——不是重复论证“阻断功能很重要”（这已被法教义学充分完成），而是具体指认这个功能是在哪些制度节点上、通过什么压力传导机制被削弱的。

2.4 文献缺口的精确定位

综合以上梳理，本文识别出当前研究的三重盲区：

第一，刑法教义学对“以判决为分析单位”的依赖，使其难以捕捉那些发生在判决程序之外的实质制裁形态。不起诉后转行政处罚、立案撤案留痕、认罪认罚罪名不对应，这三种程序的共同特点是：它们都在形式上“合法”地经过了一道程序门槛（不起诉决定、撤案决定、认罪认罚具结书），但都产生了与定罪等值的制裁后果。刑法教义学在这些位置没有进入路径——因为它只负责检验有罪判决的法条对应性，不负责检验“没有被叫作有罪判决”的制裁措施是否在实质上行使了刑罚权。

第二，制度比较研究倾向于将中国的问题诊断为“制度部件不足”，未能充分识别“已有制度部件在压力结构下的不对称使用”。这导致政策建议往往停留在“增设某个新机制”的层面，而忽视了改革的关键可能在于“调整已有机制的激励方向”——比如，让裁判文书评查标准中“出罪论证不充分应扣分”变得和“入罪证据不充分应扣分”同样有威力。

第三，实证研究虽有对“出罪难”的经验描述，但较少深入到“出罪为什么难”的操作机制层面——是法律不允许出罪，还是其他原因？本文的核心诊断是：法律允许出罪（刑法第16条、第177条均为出罪提供了依据），但制度通过制造“论证成本剪刀差”——入罪裁决的论证义务被制度部件高度分摊，出罪裁决的论证义务几乎完全由法官个体承担——在对出罪施加一种渗入具体操作的抑制力。这种操作机制层面的分析，是当前实证研究尚未系统覆盖的地带。

——

3 理论框架

3.1 核心概念的定义与操作化

本文的分析建立在以下几个核心概念的精确界定之上。

“无判决刑罚权”，指国家公权力机关在未经过刑事判决程序、未作出“有罪”宣告的情形下，对公民实际施加的、与刑事处罚在制裁数量或社会排斥效应上等值或近似等值的强制负担。这个概念的操作化定义包含两个要件：（1）程序要件——未走完“立案—侦查—审查起诉—法庭审理—有罪判决”的完整程序链条，或者在认罪认罚案件中，指控罪名与案件事实之间缺乏实质对应关系；（2）实质制裁要件——公民实际承受的强制负担（包括人身自由限制、财产减损、职业资格丧失、社会排斥等），在当量上与同类行为经完整刑事程序定罪后的刑罚后果处于同一数量级。需要强调的是，“无判决”不等于“无程序”——本文所分析的三种绕行形态，恰恰都经过了一定的法定程序（不起诉决定、撤案决定、认罪认罚具结），但这些程序在设计上不要求完成罪刑法定原则为刑事判决设定的论证义务。换句话说，“无判决刑罚权”的操作特征不是“无程序”，而是“无充分论证义务”。

“论证义务剪刀差”，指在入罪裁决与出罪裁决之间存在的、制度层面而非法律层面的论证负担不对称。当法官作出入罪裁决时，他的论证义务被证据规则、法律适用规则、量刑指导意见等制度部件高度分摊——证据规则告诉他什么证据可以被采信、法律适用规则告诉他如何将法条适用于事实、量刑指导意见告诉他在何种幅度内量刑适当。但当法官作出出罪裁决（如宣告无罪、驳回公诉人入罪主张）时，这些制度部件在出罪方向上的指引几乎付之阙如。法官必须独自完成一项“从无到有”的论证：被告人的行为为什么不符合法条所描述的行为类型——这不仅要求他解释法条的构成要件是什么，更要求他论证为什么本案事实“够不上”，而后一项论证在法律条文和司法解释中都没有现成的模板可用。这种论证负担的不对称，不是法律条文规定的，而是制度在长期运行中通过评查标准、信访追责链条、绩效指标等操作部件累积形成的。它产生的实际效果是：写一份入罪判决，法官是在一个被充分支撑的框架里填充内容；写一份出罪判决，法官必须自己搭框架、自己找支撑。两者的认知负荷和职业风险不在一个数量级上。

“绕行机制”，指国家公权力机关在“依法定罪”的正门路径之外，利用不起诉、撤案、认罪认罚等程序通道，完成对被追诉人的实质制裁闭环，而不给其贴上“刑事定罪”标签的操作方式。三种绕行形态各自的操作逻辑将在第5章中展开详细分析。在此需要先予说明的是，“绕行”这一概念的使用并不包含对操作者主观动机的指控——它不假定警察、检察官、法官在“故意规避”罪刑法定。绕行之所以发生，更多地是因为制度在

多个压力源的同时施压下，选择性地为入罪方向的权力行使铺设了便捷通道，而出罪方向上则布满了需要个体承担的风险——操作者跟随通道走，是最理性的选择。绕行是个体理性在制度激励结构下的集体产物，不是个别人员的道德瑕疵。

“罪刑法定的实质保护功能”，是指该原则在形式层面（要求法条明文规定）之外，确保公民不被国家在任何名义下——不论这个名义叫有罪判决、行政处罚、立案留痕还是认罪认罚——在没有经过充分论证其行为与法条所描述类型之间存在实质对应关系的情况下，承受刑罚当量的制裁。这一概念将罪刑法定的保护边界从“判决书的定罪结论”扩展至“国家刑罚权实际行使的所有处置形态”。它的操作化指标是：当国家以任何名义对公民施加了刑罚当量的制裁时，是否在该程序中设置了一个“论证义务锁”——一个要求操作者公开说明“此行为为何应受此种程度的制裁、此制裁与同类刑事判决定罪之间的当量差在何处”的论证环节。

3.2 理论命题

基于上述概念框架，本文提出以下四个层层递进的理论命题。

命题一（诊断命题）：在当代中国刑事司法中，国家在“依法定罪”的正门路径之外，已发展出一套通过不起诉转行政处罚、立案撤案留痕、认罪认罚罪名不对应三种程序实现的“无判决刑罚权”工具箱。这三种程序的共同特征是：在程序合法的表面下，国家行使了与定罪等值的制裁权力，但未承担罪刑法定原则为刑事判决设定的论证义务。

命题二（因果命题）：这套绕行机制的生长，由三根制度支柱共同供养——社会控制的全覆盖预期、政法系统以结果有效性为核心的自证逻辑、当事人权利救济的非对称性。三根支柱相互耦合，使得任何单一支柱的松动都不足以改变整体结构：社会控制预期松动而自证逻辑不变，系统会以“主动作为”的名义继续开辟绕行通道；自证逻辑改变而救济路径不补齐，当事人仍无法有效挑战绕行制裁；救济路径补齐而社会控制预期不变，绕行会被推到新的程序节点上。

命题三（操作命题）：绕行机制反制的核心路径，不是“强化罪刑法定的正面阵地”——正面阵地已经被加固了四十年——而是在侧翼为每一个绕行节点安装一道“论证义务锁”。具体而言，在不起诉转行政处罚的节点上安装“制裁当量评估”；在立案撤案留痕的节点上安装“自动过期机制”；在认罪认罚程序的节点上安装“罪名对应性强制审查”。这道锁的目的不是完全封死绕行（在某些案件中，不起诉转行政处罚确实比刑事定罪更符合比例原则），而是消除绕行的“论证义务剪刀差”——让操作者在选择绕行时，必须像走正门一样论证其选择是必要的、成比例的，而不是因为侧翼没有锁就习惯性地走侧门。

命题四（扩展命题）：刑法谦抑性原则需要在理论上完成从“单向入口控制”到“双向控制”的升级。谦抑性当前只守住“用刑法”的入口门槛，不监测“不用刑法之后在行政法地面上此人实际承受了多少制裁总量”。这种单向控制的盲区在于：当“不用刑法”的结果可能是“在行政法地面上承受了与刑法等值的制裁”时，谦抑性在实质上并没有实现对公民的保护——它只是把制裁的标签从“刑事”换成了“行政”。完善的谦抑性原则应要求一个“出口监测锁”：让操作者评估此人不进入刑法之后，在其他法律部门中实际承受的制裁当量是否突破了比例原则的上限。

3.3 跨学科理论资源的调用及其有效性说明

本文在建构上述理论框架时，调动了来自法学内部多个子学科的理论资源。这些调用的有效性需要被显式说明，而非默认为当然成立。

将罪刑法定原则与“论证义务”概念链接，调用了法律论证理论（以Alexy的“法律论证理论”为代表）的资源。这一调用的有效性基础是：罪刑法定原则在操作层面上的运行，最终落在个案中法官和法律职业共同体对“法条是否涵盖了此行为”的论证上。如果论证义务在入罪与出罪之间不对称分布，那么罪刑法定的保护功能就在操作层被偏转——这不是概念层面的创新，而是将罪刑法定从“原则的规范性宣示”下沉到“原则的操作条件”这一分析层次。这一下沉的必要性在于：我国刑法学界对罪刑法定的讨论大量集中在“法条应该有多明确”的规范层面，却较少追问“达致这种明确性的论证劳动由谁承担、在何种制度压力下完成”。将论证义务引入分析，正是为了打通规范层面与操作层面之间的断裂地带。

将刑法教义学与社会制度分析相链接，调用了制度主义的分析范式。这一调用的核心假设是：刑法教义学的论证工具不是在一个制度真空中被使用的。法官是否充分动用这些工具，不仅取决于他的专业素养，更取决于他所在制度环境中的激励机制如何分布。这个假设并不消除教义学论证的规范性，而是追问其“操作条件”。本文承认，这一追问在纯粹的规范论者看来可能构成对教义学自足性的冒犯，但本文认为这种冒犯是必要的——因为如果教义学只关心“什么是正确的论证”，而不关心“在什么条件下正确的论证会实际发生”，那么它在面对“绕行机制”这种策略性操作时就无法提供有效的理论回应。

引入“制裁当量”的比较分析，调用了刑罚理论中的“比例原则”和法政策学中的“成本效益分析”思维。将行政拘留天数、刑事拘留天数、罚金数额、职业资格吊销期限等异质性的制裁措施，换算为可比较的“当量”指标，在方法论上存在简化主义的内在风险——不同种类的制裁对人身的影响具有不可通约的维度（行政拘留失去的是自由，职业资格吊销失去的是谋生手段，两者无法在一个单一量尺上公度）。本文对“当量评估”的使用，因此被严格限定在一个特定的比较场景中：仅当被评估的个案经历了刑事程序的前期阶段（如刑事拘留），而后转为非刑事处置时，才进行当量比较。在这个场景中，“刑事拘留已经实际发生”构成了一个人身自由减损的锚定点，后续行政制裁与之累加后的总量，与同类行为若走完刑事程序后的量刑中间值做比较，这种比较的逻辑基础是：对于一个已经承受了刑事程序负担的人，国家在将其转出刑事程序时，必须确保他在行政法地面上承受的制裁总量不与留在刑事程序中相若。如果相若，那么“转出”的实质就不是保护，而是标签的替换。换言之，当量评估的目的不是在抽象层面建立一套“所有制裁措施的通用换算表”，而是在具体案件中为“转出行是否构成变相惩罚”提供一个可操作的可检验判准。

—

4 方法论

4.1 研究设计的定位

本文属于概念分析与制度演化分析相结合的规范性研究。论文的核心任务不是提供一套关于中国刑事司法运行状况的大规模经验数据，而是提供一个重新理解罪刑法定原则困境的理论框架，并将这一框架操作化为可被经验研究检验的具体命题。在这个意义上，本文的贡献在于“提出问题的方式”的转换——从“罪刑法定为什么在实践中被削弱”，转向“罪刑法定在正面被严守的同时，权力如何在侧翼开辟了新的通道”。

这一研究定位决定了本文的证据使用方式：所引用的制度事实（如1979年刑法保留类推、1997年刑法废止类推、2013年劳动教养废止后轻罪快审体系的建立等）均为可被公开检索到的历史记录和制度文本。本文对三种绕行机制的内在操作逻辑的分析，依据的是现行有效的刑事诉讼法条文、最高人民法院和最高人民检察院的司法解释、以及公开的裁判文书样本。论文中提出的实证命题，均被表述为可被独立研究者通过公开数据检验的形式。

4.2 分析策略的三层结构

本文的分析策略按照“诊断—归因—处方”的三层结构展开。

第一层：识别诊断（第5章）。对三种绕行形态做精细的机制解剖，回答“绕行是什么、如何操作”的问题。每种形态的分析包括：（1）它在现行法律中的合法性基础是什么（即它依的是哪条法）；（2）它的实际制裁当量与同类定罪的量刑后果之间的对比关系；（3）它之所以构成“绕行”，核心在于回避了哪个论证义务。

第二层：压力结构分析（第5.4节）。回答“为什么系统需要绕行”的问题。这里分析的不是个体操作者的动机，而是在制度层面持续施压的三股结构性力量。每根制度支柱的分析都需要说明：这股压力以什么方式、通过什么渠道、传导到哪个具体的制度操作节点上。

第三层：制度技术设计（第5.5节）。回答“如何反制绕行”的问题。提出的三项制度技术，每条都包含操作步骤、失败模式诊断、修复路径，精确到“可直接起草规范性文件修订建议稿”的精度。这种设计取向基于一个方法论信念：法学研究的规范性贡献，不在于给出“应该加强监督”这样的训诫，而在于设计出在现有制度架构中可以找到插入接口的具体技术方案。

4.3 方法的边界与局限

本文的方法存在以下几项明确的局限，这些局限应在评估论文贡献时一并考虑。

第一，证据的间接性。本文对论证义务剪刀差的存在与效应的分析，主要基于制度文本和裁判文书样本的逻辑推演，尚未引证大规模的对法官认知负荷、决策心理的实证数据。这一局限的根源在于，直接测量“论证义务不对称有多严重”需要进入法官的工作现场（如观察他们撰写判决书的实际过程、测量出罪判决与入罪判决的写作时间差、记录评查员对两类文书的扣分模式），而这些数据在现有研究条件下难以大规模获取。本文选择了次优策略：将论证义务剪刀差表达为可从公开数据中检证的具体命题（如“裁判文书中驳回出罪主张未附实体理由的比例”与“驳回入罪主张未附实体理由的比例”之间存在显著差异），从而使这一概念脱离“我观察到”的经验宣称，进入“你可以这样来检验它”的可证伪领域。

第二，无法处理绕行机制的“替代效应”问题。本文诊断出绕行机制的存在并提供了反制方案，但未充分分析：如果三把锁成功堵住了这三种绕行形态，系统是否会在其他程序节点上产生新的绕行方式？这一问题的回答需要更长时间的经验观察。本文目前只能给出一个理论预判：只要社会控制全覆盖预期、结果有效性自证逻辑、当事人救济路径非对称性这三大压力源持续存在，截断某一绕行通道会导致压力在新的程序节点上寻求出口。因此，绕行机制反制的长期策略，不能仅靠在一个个节点上安装锁，还必须配套松动上述三大压力源——尤其是将政法系统的自证逻辑从“打击了多少犯罪”扩展为“保障了多少不被不当追诉的公民权利”。本文在第5.5节提出的“两高年度工作报告增设‘出罪保障’板块”，即是松动这一压力源的操作入口。

第三，跨法系比较的未完成性。本文对三种绕行形态的分析，全部基于中国刑事司法的制度语境。德国刑法中的“附条件不起诉+负担/指示”制度（《德国刑事诉讼法》第153a条）、日本“起诉犹豫”制度中的制裁当量，与本文所诊断的中国绕行机制之间是否存在可比较的结构性差异？如果存在，那么中国绕行机制的哪些特征是制度特异的、哪些是普遍性的？比较法上的回答可以进一步精练本文的理论命题。但受篇幅和当前资料掌握程度所限，这一对照尚未在本论文中展开，需留待后续研究。

5 分析与讨论

5.1 正面战场的坚守与侧翼的洞开：四十年制度演化的方向偏好

理解罪刑法定原则的当代困境，不能仅看当下的截面，必须追溯制度演化路径上那些关键的选择节点。从1979年到当下，我国刑事司法制度在罪刑法定原则上的演化，贯穿一条方向偏好：每一次制度修补，都为“入罪”提供了新的工具，为“出罪”提供工具的动作却始终被动、零星。

第一次选择：1979年刑法保留类推。1979年刑法在第79条规定了类推制度：对于刑法分则没有明文规定的犯罪，可以比照分则最相类似的条文定罪判刑，但应报请最高人民法院核准。这一选择在当时的历史语境下有其理由——新中国第一部刑法典不可能穷尽所有犯罪形态，立法的有限性与社会的复杂性之间，需要一个安全阀。但这个选择在地基里埋下了一个方向性预设：当法条边界与社会控制需求之间出现裂缝时，制度的本能反应是“设法将没被兜住的行为兜入法网”，而不是“承认裂缝是法治的必要代价”。类推制度在1997年刑法修订时被正式废止，这是罪刑法定原则在中国确立的标志性事件。但从制度演化的长时段看，“类推废止”是一次重要但不彻底的转变——它堵住了“显名类推”的正门，但没有同时摧毁“通过解释技术实现的功能等价的兜底”这一操作惯性。

第二次选择：1997年刑法废止类推后，司法解释弹性词立即填坑。1997年刑法实施后，最高人民法院和最高人民检察院通过大量司法解释，为刑法分则中的兜底条款（如“其他危险方法危害公共安全”“其他严重情节”“其他恶劣手段”）提供了具体的操作指引。这些解释在形式上是对法条的细化，不构成类推。但在功能上，它们部分替代了原来由类推制度承担的任务——将立法时无法预见的行为类型纳入已有罪名的涵摄范围。本期制度演化的一个关键特征是：司法解释对入罪方向的填坑是主动、密集、持续的，而对出罪方向的指引（如“何种情节显著轻微可不认为是犯罪”“何种情形属于不可罚的不能犯”）则极度匮乏。这种不对称不是立法者或解释者的主观设计，而是在“全覆盖”预期的持续压力下，解释资源自然流向最“被需要”的方向的结果。当一个司法解释可以解决“新类型危害行为无法定罪”的舆情风险时，它的出台有充分的制度动力；但

一个“明确某类边缘行为不应被定罪”的司法解释，在“放纵犯罪”的批评声中，几乎不可能获得同样的推动力。

第三次选择：2013年劳动教养废止后，轻罪快审体系的替代性构建。2013年劳动教养制度被废止，这是中国法治进程中的重要里程碑——一个可以不经法院审判就长期限制人身自由的制度被送进了历史。但劳动教养废止后，原来由劳教制度承载的那部分“情节介于违法与犯罪之间、但社会不容许完全不管”的案件，需要新的制度容器。轻罪快审体系（速裁程序、认罪认罚从宽制度）在此后加速构建，将大量原本可能进入行政处置渠道的边缘行为重新分流回刑法体系。本期演化的净效果是一个悖论性的结果：劳动教养的废止——本应是国家惩罚权收缩的标志——反而加速了刑法惩罚网络的扩张。这不是制度设计者的初衷，而是系统在“全覆盖”预期不变的前提下，面对劳动教养退出后留下的惩罚缺口，必然做出的替代性填补。“废止一个惩罚制度”与“惩罚网络整体收缩”之间，被系统操作出了一个出乎意料的差距。

第四次压力转移：绕行机制的形成与固化。将上述三次选择叠加在一起，四十年的演化轨迹就浮现出一个清晰的形状：系统反复在“正门加固”与“压力溢出”之间摆动。每一次正门加固（类推废止、司法解释细化、程序规范完善）都只是把压力从被堵住的那个口子挤到了另一个尚未加固的口子上。绕行机制——不起诉后转行政处罚、立案撤案留痕、认罪认罚罪名不对应——就是在这种反复挤压中从压力溢出点生长出来的。它不是任何一部法律“设计”的产物，而是在法条边界与社会控制需求之间的持续张力下，操作者在制度缝隙中找到的“不违反规则但满足压力预期”的习惯性做法。当这些做法在各级司法机关中被反复复制、接受评查、被默认为“有担当”时，它们就从个别操作者的应对策略固化为了系统的一部分。

5.2 三种绕行形态的机制解剖

（一）附条件不起诉后转行政处罚的“打包处置”

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》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案件，人民检察院可以作出不起诉决定。同时，根据同条第3款，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。这一制度的立法本意是清晰的：对情节轻微的犯罪人，给予非刑罚化的处理，避免刑事定罪标签对其未来生活造成过重负担。

但在基层操作中，这一制度演化出了一种偏离立法本意的形态：案件在经历了刑事拘留（通常14天至37天）后，因证据或情节考量被作不起诉决定，但被不起诉人立即被转为行政拘留和罚款。就此人实际承受的制裁总量而言：刑事拘留天数（加上折抵系数）+行政拘留天数+罚款折算天数——这个总当量，与同类轻罪经判决定罪后的量刑中间值（比如拘役三个月缓刑执行）并无实质差异。

这种“打包处置”构成绕行的要害在于：它把本应在法院阶段完成的“量刑”操作，替换成了检察院阶段的“不起诉+行政转处”操作。定罪程序中的论证义务——公诉人必须逐一举证证明被告人的行为符合构成要件、法官必须在判决书中说明定罪理由和量刑依据——在这个打包中被整块跳过了。而行政转处程序中的论证义务几乎为零：行政拘留的决定依据是治安管理处罚法，它只需要认定行为人“违反治安管理”即可，不需要论证“此行为原本达到了刑事追诉门槛，但因情节轻微而转出”这个关键的边界判断。从被不起诉人的角度看，他承受的实际制裁总量与一个经过完整审判被定罪的人并无差别，但他没有获得过完整审判赋予被告人的程序保障——当庭质证、充分辩护、判决详尽说理。他得到的只是一个不起诉决定书（通常寥寥数行）和一张行政拘留通知。

（二）立案后撤案但系统留痕的“长期排斥”

刑事案件立案后，如果侦查机关发现不应追究犯罪嫌疑人的刑事责任，应当撤销案件（《刑事诉讼法》第163条）。撤案决定意味着国家正式确认“此人不构成犯罪”。但在信息化管理系统中，撤案记录并不会自动消失。公安机关内部的信息平台、国家犯罪信息中心（NCIC）系统以及相关的背景审查数据库，会保留此人“曾被刑事立案”的记录。在就业背景审查、银行贷款评估、行业准入许可、甚至子女入学的政审环节中，这条“存在过刑事立案记录”的信息，实际发挥着与犯罪记录近似的排斥效应。

这种“系统留痕”的制裁机制具有三个令人不安的特征：（1）无时间限制——刑事定罪记录在一定条件下可以封存（如《刑事诉讼法》第286条规定的未成年人犯罪记录封存制度），但撤案记录没有明确的保留期限规定，可能无限期地停留在系统中；（2）无告知义务——行为人可能根本不知道自己的撤案记录还在哪个数据库中、被哪些部门查过、对自己的哪些生活决策产生了影响；（3）无救济通道——如果一个人因为一条自己都不知情的撤案记录而丧失了就业机会，他既无法知道被拒的真实原因（用人单位通常不会明确告知“是因为背景审查系统里有一条记录”），也无法对这条记录提出异议（因为撤案本身是合法的，他只是“被记录”了一个合法程序的结果）。

这种绕行机制的核心特征在于：制裁的来源不是一个“决定”（决定会触发告知和救济程序），而是一个“记录”——一种被信息系统静默保存、被第三方在行为人不知情时反复查询、没有法定清除期限的数字化烙印。国家没有对他作出“你在某段时间内不得从事某职业”的保安处分决定，但那条存储在服务器中的记录，实际发挥着保安处分的功效。

（三）认罪认罚中罪名与行为的实质不对应

认罪认罚从宽制度（2018年刑法修改后正式确立）赋予被追诉人一个重要的程序选择权：如果自愿认罪、接受处罚，可以获得从宽处理。这一制度在提高司法效率、促使真实悔罪方面具有积极价值。但在操作层面，控辩协商过程中可能出现一种情况：检察机关提出的量刑建议，以“被告人接受A罪（法定刑更轻）而非B罪（法定刑更重）”为条件，而案件事实与A罪的构成要件之间仅有表面关联。被告人为了避免更重的刑罚，接受这一条件；法院在审查时，出于尊重控辩协商的立场，可能不对罪名对应性作严格审视。

这种情况的实质是：定罪所依据的罪名，与该行为人实际实施的行为之间，出现了一种因协商而产生的“交易性偏离”。罪刑法定原则要求定罪必须建立在“行为符合法条所描述类型”的实质对应关系上，而认罪认罚程序在这个对应关系中插入了一个“协商”变量。这个变量的存在本身并不必然违反罪刑法定——如果协商的内容仅限于量刑（“你认罪，我建议减轻处罚”），而不涉及罪名变更，那么对应关系依然完好。但一旦协商的内容扩展到“我们换一个更匹配协商结果的罪名来起诉”，那就等于把“行为与法条的对应关系”从事实判断变成了可协商的条款。

这种绕行的制裁机制较为隐蔽：被告人获得了一个较轻的罪名（表面上看对他有利），但他也同时承受了一个社会标签——“某某罪罪犯”——这个标签与他实际实施的行为类型不完全匹配，但在社会认知层面发挥的排斥效应并不因此减弱。从国家角度看，这个过程中最重要的事实——此人到底做了什么——在认罪认罚具结书和判决书的标准化文本中被高度缩略，论证义务被“被告人自愿认罪”的简洁陈述所覆盖。

5.3 论证义务剪刀差的深层逻辑

三种绕行形态各有不同的程序入口和操作路径，但它们共享同一个深层逻辑：在入罪与出罪之间，制度制造了一个论证义务的剪刀差。

当国家要将一个人的行为认定为犯罪并处以刑罚时，它必须走正门——完成立案、侦查、审查起诉、法庭审理、有罪判决的完整程序，每一步都设置了相应的论证义务和安全检查点。但当一个人的行为已经被刑事程序触达（人已经被拘留、案已经被立、罪名已经被商定），国家决定“不给他定罪标签”、但同时“也不能让他完全不受制裁”时，剪刀差的另一刃就露出来了：转入非刑事处置的程序通道上，论证义务锁付之阙如。警察将案件移送审查起诉时，论证的是“涉嫌构成犯罪”；但检察院将案件作不起诉决定并建议行政处罚时，对不起诉理由的论证充分度要求，远低于对有罪判决的论证要求——而承受制裁的人，其处境并不会因为“定性从犯罪降格为违法”就有实质改善，因为刑事拘留已经蹲过了。

这个剪刀差的效应不依赖于任何一个操作者的主观恶意。它的运作机制是：制度为每条“施加制裁”的路径分别配置了论证义务；正门（有罪判决）的论证义务经过四十年反复加固已经极为厚重，侧门（不起诉后转处、撤案留痕、认罪认罚罪名不对应）的论证义务则处于未充分发育状态。当操作者面对一个特定的被追诉人时，走正门需要耗费的论证成本（包括写判决的时间、被评查挑刺的风险、被信访追责的压力）远高于走侧门。而走侧门可以在形式上完成制裁闭环——此人被拘过了、被罚过了、被记录在案了、“处理过”的工作报

告上可以写上一笔。如果两个门的制裁结果对系统而言功能等价（都实现了对此人的“处理”），而成本存在数量级差异，那么操作者的选择几乎是确定的。

这就是为什么“提升法官教义学素养”“加强罪刑法定原则宣传”“增加指导案例”这些常见的改革建议，对绕行机制是无效的。它们都是在正门上做文章——提高走正门的论证质量——但没有改变正门与侧门之间的成本剪刀差。只要侧门的论证义务显著低于正门，而制裁结果对系统功能等价，绕行就是制度激励结构下的最优策略。改革要改变的并不是法官学得够不够多，而是这两扇门之间的论证义务坡度是否被削平。

5.4 供应绕行的三根制度支柱

绕行机制不是漂浮在制度真实中的操作技巧，它被三根深深扎入刑事司法系统地基的结构性支柱供养着。要理解为什么“堵绕行”如此困难，必须先看清这三根支柱各自的压力传导机制。

第一根支柱：社会控制的全覆盖预期。这是最深层的一根支柱。在中国社会的治理传统中，存在一个深层预设：“对社会造成严重危害的行为，必须有一个人被处理。”这个预设不是写在法律条文里的，但它弥漫在公众道德直觉（“这事不能就这么算了”）、基层治理逻辑（“总得给受害方一个交代”）、以及政法系统的政治合法性叙事（“不能让群众感到正义没有被伸张”）之中。当某个案件在刑法上无法定罪——因为法条确实没有覆盖这种行为、或者证据确实达不到证明标准——这一预设就对系统施加了强大的压力。压力问的不再是“此人的行为是否符合法条”，而是“此事总要有个结果”。绕行机制给出的，正是这个“结果”：不定罪，但处理。它回应了全覆盖预期的情感需求（“人已经被拘过了、罚过了”），同时规避了“违法定罪”的制度风险。

这一支柱的牢固程度，不取决于刑法学内部对“法条明确性”的技术改进。即使刑法分则的每一条都写得像几何公理一样精确，公众对“严重危害却无法定罪”的本能不满也不会自动消失。全覆盖预期是一个独立于法条质量的社会心理事实，它的强度由公众对安全感的诉求、媒体对“正义缺席”个案的放大效应、以及更宏观的社会治理逻辑共同决定。

第二根支柱：政法系统以结果有效性为核心的自证逻辑。刑事司法系统如何向公众证明其存在价值？最直接的回答是：“我们打击了多少犯罪。”年度工作报告、专项行动总结、法治建设成效评估——这些系统与公众沟通的主要文本，核心叙事都是“打击成果”：批捕人数、起诉人数、判决有罪人数、打掉黑恶势力团伙数量。这种叙事逻辑在公众认知层面是有效的——“打击”是可量化的、可被新闻报道的、能直观感受到的；相比之下，“依法不追究”是难以被量化的（“不起诉率上升”在公众认知中不等于“司法更公正了”，可能等于“坏人被放走了”）。

这种自证逻辑对绕行机制的供养方式是：它为“主动作为”提供了比“依法消极判断”高得多的正当性回报。对检察院而言，“本年度提出不起诉后转行政处罚检察意见的数量同比上升15%”是可以写入工作报告的积极数据（说明检察机关“能动履职”），而“本年度依法决定不起诉且不作转处的案件数量同比上升15%”则可能引发“是否打击不力”的顾虑。同样的行为——依法决定不起诉——当它被附加上“转行政处罚”这个积极动作时，就从一个“消极不追诉”变成了一件“积极在作为”的事。操作者在此获得的不仅是论证成本的节省，更是自证逻辑上的回报加成。

第三根支柱：当事人权利救济的非对称性。罪刑法定原则给公民的“锁”，只装在正门上。被作出有罪判决的人，拥有一套相对完整的救济程序：上诉权、申诉权、申请再审权、国家赔偿请求权。但当他被不起诉后转行政拘留、或者被撤案后永久背负系统留痕、或者接受了认罪认罚的罪名不对应方案时，他面对的是什么呢？不起诉决定不可诉（对检察院的不起诉决定，被害人可以申诉、可以向法院起诉，但被不起诉人没有同等的救济权）；行政拘留可以提起行政诉讼，但行政诉讼审查的是行政行为的合法性（拘留是否符合治安管理处罚法的条文要求），不审查“刑事程序前期阶段已经发生过的人身自由减损是否使后续行政处罚超过了比例原则底线”；撤案记录没有告知义务、没有清除期限、没有独立的法律救济通道；认罪认罚具结书一旦签署，一般情况下不可撤回、不可上诉。

三根支柱相互耦合的效应是：全覆盖预期从外部对系统施加了“必须给出一个结果”的压力；结果有效性自证逻辑从内部为“积极处理”的操作提供了回报激励；当事人救济的非对称性则封堵了承受者将绕行操作拉入法律审查的通道。三者合力，使得绕行机制不是制度的偶发故障，而是制度面对多重压力时一项稳定的功能

输出。任何试图仅从正面战场狙击绕行（比如“加强司法解释审查”）的努力，都会因为三根支柱的持续施压而收效有限——压力还在，它只是会在程序链条上找到下一个未曾设防的节点。

5.5 三把锁：重建论证义务对称性的制度技术

基于前述诊断，反制绕行机制的核心策略可以凝缩为一句话：在每一个绕行节点上，安装一道论证义务锁。以下提出三项制度技术，每条都包含操作步骤、失败模式诊断和修复路径。

（一）不起诉转行政处罚的“制裁当量评估”

操作步骤：（1）在人民检察院拟作出不起诉决定并建议行政处罚的案件中，由案件承办人填写《制裁当量评估表》，计算被不起诉人在刑事程序阶段已承受的人身自由限制天数（刑事拘留天数×折抵系数），加上拟建议行政处罚的自由限制天数（行政拘留天数），加上重大财产减损（罚金折算天数）、职业资格吊销期限折算天数，得出本案的“制裁总当量”。折抵系数和折算标准应由最高人民法院和最高人民检察院联合制定，写入司法解释，禁止各地在公式中自行省略变量。（2）将制裁总当量与上一年度同类轻罪判决的量刑中间值（可基于裁判文书网公开数据计算）进行比较。若超过同类轻罪量刑中间值的80%，案件自动触发内部评查——评查不是自动否决转处方案，而是要求承办人在评查中提交专门的《比例性论证书》，说明为何在此案中选择不起诉+行政转处而非“依法提起公诉”，以及此人在转处后实际承受的制裁总量未突破比例原则的上限。（3）《比例性论证书》入卷，在后续的年度案件质量评查中作为专项评查项目接受审视。

失败模式诊断：评查员可能通过简化算法人为压低当量值（比如故意忽略某几项折算），从而使“超过80%”的阈值不被触发。修复路径：当量计算公式必须被写死在评查系统的软件中，由系统自动抓取刑事拘留天数、行政拘留建议天数等字段后直接生成，承办人和评查员均无权手动修改计算过程。同时，上级检察院在抽查评查档案时，抽检一定比例的制裁当量评估表，核验输入数据与实际案卷的一致性。

（二）立案-撤案留痕的“自动过期机制”

操作步骤：（1）将公安机关信息系统中的撤案记录，按撤案理由分为三级自动归档期：第一级——无犯罪事实、证据明显不足导致撤案的，记录自撤案决定生效之日起保留二年，期满自动归档，归档后外部查询不可见；第二级——情节显著轻微、不认为是犯罪导致撤案的，记录保留三年，期满自动归档；第三级——三年内再次被刑事立案者，前次撤案记录的归档期延长至五年。（2）归档操作由信息系统自动执行，不设人工审批环节，避免执行拖延。（3）在归档期满前二个月，系统应向当事人（如其联系方式在案卷中可查）发送通知，告知其撤案记录即将归档及其法律后果。自动归档期满后，当事人有权向公安机关申请出具“无犯罪记录证明”，公安机关不得以系统中存在归档记录为由拒绝出具。

失败模式诊断：公安机关可能通过调整案件归类来规避留痕规则——例如将本应刑事立案的案件降格为行政案件处理，全程不走刑事立案程序，从而不产生撤案记录。修复路径：在公安机关的内部执法监督中，增加一项专项抽查：对行政案件中使用了刑事侦查手段（如刑事拘留、技术侦查措施、涉案账户冻结）却未走刑事立案程序的个案，由上级公安机关立案监督部门抽查其“改用行政程序处理”的正当性。这一抽查结果纳入执法质量考评体系。

（三）认罪认罚的“罪名对应性强制审查”

操作步骤：（1）在认罪认罚案件中，法院除审查被告人认罪认罚的自愿性、真实性与合法性之外，必须设置一个独立的“罪名对应性审查”环节，审查指控罪名与案件事实之间是否存在实质的对应关系。（2）对于轻罪案件（法定刑三年以下有期徒刑），法院如确认罪名与案件事实之间存在“基本对应”（即案件事实的主要部分可以被指控罪名的构成要件所涵摄），应在判决书中用不少于三句话交代罪名对应性的吻合理由。（3）对于重罪案件（法定刑三年以上有期徒刑），审查标准升级为“严格对应”——必须确认案件事实的核心行为恰落入指控罪名的典型涵摄范围，而非仅与罪名构成要件中的某一项存在表面关联。判决书中的论证也应相应充实，至少独立成段。（4）如果法院审查发现指控罪名与案件事实之间存在实质不对应，应当建议检察机关变更

起诉罪名；检察机关拒绝变更的，法院有权依据查明的事实独立作出裁判，不因认罪认罚具结书的存在而受约束。

失败模式诊断：审查环节可能导致审判时间延长，增加法院工作负担。修复路径：“三句话论证”取代当前认罪认罚判决书中常见的“被告人对指控事实、罪名及量刑建议没有异议”这一句话填充，实际不新增明显工作量——撰写三句实质性论证句的认知成本，并不显著高于撰写当前判决书中其他部分的标准文本。同时，将罪名对应性审查纳入认罪认罚案件质量评查的独立评查项，若判决书的罪名对应性论证被评查认定为“明显形式化”（即仅以“被告人对罪名无异议”一句带过），相应扣分。

5.6 谦抑性原则的双向升级：从不跨门槛到监测门槛后的地面

刑法谦抑性原则，或称“刑法作为最后手段”原则，是刑事法治的另一块基石。其经典含义是：只有在其他法律手段不足以保护法益时，才能动用刑法。这一原则在中国刑法学界被广泛接受，并在相当程度上影响了立法和司法实践——例如对轻微犯罪的非罪化处理、对认罪认罚从宽制度的正当化论证，都从谦抑性那里借力。

但本文前三节的分析揭示出谦抑性原则在操作层面一个深刻的盲区：它只守住“用刑法”的入口门槛，不监测“不用刑法之后在行政法地面上此人实际承受了多少制裁总量”。当一个案件被以“与刑法谦抑性相符”的名义作不起诉处理时，谦抑性审查就到此为止——刑法没有介入，谦抑性完成了它的使命。但在这个人随后被行政拘留15天、罚款数万元、职业资质被吊销三年的地面上，没有任何一个原则在审查这个制裁总量的比例性。

这个盲区在中国语境下尤为要紧，因为中国的行政制裁体系中存在若干能够施加与轻罪刑罚等值制裁的工具——行政拘留可达20天（两种以上违反治安管理行为合并执行），罚款数额在某些经济管制领域可达违法所得的数十倍，职业资格吊销可以彻底摧毁一个人的谋生能力。当“不起诉”的出口衔接的是这样一套行政处罚体系时，“刑法谦抑”可能只是把一个人从刑事定罪标签下挪到了行政制裁网络中，而后者对生活造成的实质冲击并不弱于前者。

本文因此提出刑法谦抑性原则的“双向升级”：谦抑性不再仅作为一道“是否跨过刑法门槛”的检查哨，而应同时装备一个“出口监测锁”——评估“不跨过刑法门槛”之后，此人实际踏入的制裁总量，是否突破了比例原则为刑罚设置的上限。这个出口监测锁在操作层面，就是前述的“制裁当量评估”。谦抑性以后要同时在两头工作：不让一个人轻易进入刑法，同时不让一个人从前门退出去之后，又在后门被等值的非刑事制裁困住。后者不是前者的额外补充，而是前者的补全——无出口监测的谦抑性，只保护公民不被刑法“定罪”，不保护公民不被国家在不叫刑法的地方行使等值的惩罚权。而国家对被追诉人行使的，从来是同一个不可分割的惩罚权，不论它披着刑法还是行政法的外衣。

5.7 反驳预期与回应

在以上论证推进至此，笔者预期至少遭遇以下三类反驳。主动处理这些反驳，有助于精练论证并预防误读。

反驳一：“绕行机制只是操作的个案不规范，不构成系统性危机。你把极少数的程序瑕疵夸大成制度性的病理。”

回应：这一反驳将绕行机制视为“操作不规范”，恰恰忽略了本文的核心诊断——绕行之所以是系统性的，不是因为数量庞大的操作者在故意规避罪刑法定，而是因为制度激励结构在系统性地引导操作者去选择绕行。当一个基层检察官面对一个证据薄弱、入罪把握不大的案件时，他面临的选择是：A方案——坚持不起诉，但被害人家属信访的压力直接落在他个人身上；B方案——不起诉后转行政处罚，向被害方出具“已经处理过了”的答复，信访压力大幅减轻。两方案在法律上都是合法的，但在职业风险上存在数量级差异。当这种差异年复一年地在全国数千个办案单位中发挥作用时，它不是“极少数的个案不规范”，而是激励结构筛选出的稳态输出。本文不指控操作者的主观恶意，本文指控的是激励机制设计的制度性偏差。

反驳二：“三项制度技术会导致操作成本大幅增加，在基层案多人少的现实条件下不可行。”

回应：这一反驳需要分项回应。（1）“制裁当量评估”确实增加了不起诉案件的承办人工作量，但其核心计算可以由信息系统自动完成，承办人只需核对输入数据是否准确。这一评估的必要性已经在被追诉人承受的实际制裁当量中被充分论证——如果法院的量刑建议需要斟酌月份天数，为什么国家以“不起诉”名义实际施加同等制裁就可以不经斟酌？（2）“自动过期机制”的技术实现几乎不需要新增人力成本——它是在现有信息系统中增加一段自动执行的代码。真正的阻力不在技术，而在公安部门对“失去信息掌控力”的本能抗拒。本文对此的回应是：信息掌控力的正当性边界，止于公民不因合法程序的结果而被无限期排斥。（3）“罪名对应性强制审查”的“三句话论证”取代了当前的一句话填充，在多次操作后认知成本不会显著高于现有要求。真正新增的是“罪名不对应立即建议变更”的审查义务，但此项义务本就是法院依据法律独立裁判权的当然内容——它之所以被需要“强制”，正是因为实践中法院面对认罪认罚具结书时倾向于放弃这一审查。

反驳三：“你的分析整体上是站在被追诉人立场上的，忽略了被害人和社会公众的正义期待。刑法不能只保护被追诉人，也要保护被害人和社会公众不被犯罪侵害。”

回应：这一反驳将“论证义务对称性”等同于“对被追诉人的偏袒”，是一个范畴错误。本文主张的不是“让人少定罪”或“让被追诉人少受制裁”。本文主张的是：当国家行使刑罚权——不论以“定罪”还是以“不起诉后转处”的名义——时，它行使权力的论证义务应当是对称的。这个主张不偏向被追诉人或被害人任何一方，它偏向的是“权力必须为其行使提供充分论证”这一法治的基本要求。事实上，被害人的正义期待恰恰更应该支持论证义务的对称性：当加害人被“不起诉后转行政拘留”处理时，被害人在此程序中没有出庭权、没有陈述意见权、没有对处理结果的上诉权。只有将转处操作纳入充分论证义务的辐射范围，被害人的程序参与权才能跟随进去。由此可见，论证义务对称性同时保护被追诉人免受无充分论证的制裁，也保护被害人在处理程序中获得程序参与——双方在这一主张中不是对立的，而是同一项原则（权力必须被论证）受益面的两侧。

5.8 竞争解释的排除与可证伪检验

一个理论若要超越现象描述而成为可检验的判断，就必须坦然面对“其实不就是X吗？”这一追问，并给出具体的研究设计来区分本理论与最强竞争解释。

最强竞争解释：本文诊断的“论证义务剪刀差导致绕行机制”这一因果链条，面临的最强竞争解释是“司法资源约束说”——不是因为论证义务不对称，而是因为基层司法机关案多人少、资源极度紧张，操作者被迫走更高效的程序通道。绕行之所以发生，是因为在资源约束下，它是完成“处理任务”的不得已选择。如果这个竞争解释成立，那么一旦司法资源投入增加、案多人少缓解，绕行就应该自然消退，而不需要对论证义务剪刀差做针对性的制度修补。

区分两者的研究设计：

样本选择：以省份为单位的面板数据，时间跨度不少于十年（以覆盖某一明显增加司法编制或法官人数的政策干预前后）。观测单位是省份×年度。

被解释变量：该省份特定类型案件（如轻微伤害、小额盗窃、初次非暴力犯罪）的（不起诉后转行政处罚案件数÷全部不起诉案件数）比值。这个比值越高，说明越多的不起诉案件走了“绕行通道”。

核心解释变量（本理论）：该省份裁判文书评查标准中“驳回出罪主张未附实体理由应扣分”条款的权重分数（可通过历年省级法院评查办法的文本编码获得）。权重越低，说明论证义务剪刀差越大。本理论预测：该项权重越低（即出罪论证义务越弱），绕行率越高，且这一关系在控制司法资源变量后依然显著。

竞争解释变量（司法资源约束说）：该省份法官人均办案数（或刑事法官人均办案数）。竞争理论预测：人均办案数越高，绕行率越高；一旦加入人均办案数变量，评查权重的效应应该消失或大幅减弱。

关键的控制变量：（1）该省份特定年份的信访数量（特别是针对司法机关“处理不力”的信访件数），以排除“社会压力直接驱动绕行、而与论证义务无关”的替代解释；（2）该省份当年的轻微犯罪率，以排除“犯罪率波动影响不起诉基数”的干扰；（3）该省份公安移送案件中刑事拘留比例，以排除“前置程序强制措施强度影响后续程序选择”的路径。三者均控制了本理论之外的替代解释。

证伪条件（会让本理论破产的结果）：如果在纳入了上述关键控制变量后，裁判文书评查中出罪论证义务条款的权重对绕行率的效应在统计上不具有显著性（ $p>0.10$ ），而人均办案数的效应在控制评查权重后仍显著，那么本理论关于“论证义务剪刀差是绕行的独立驱动因素”的核心主张就未能通过检验。这样的结果将指明干预方向：改革的焦点不应是调整评查指标，而应是大幅增加刑事司法编制——这指向了与本理论截然不同的政策建议。

需要说明的是，上述研究设计面临的主要实际困难在于——裁判文书评查标准的文本可能不易获取、以及不同省份之间评查标准可能无法完全统一进行量化比较。这些困难是真实存在的，但不影响本文的论证功能：本文在此提出的是一个概念层面严谨的证伪条件，它使得“论证义务剪刀差导致绕行”这一命题从“我觉得有道理”的诠释，转化为“你可以通过这样的研究设计来挑战它”的可检验假说。如果后续研究者找到了更好的代理变量（如用裁判文书样本编码“出罪主张被驳回后附实体理由的比例”反向度量论证义务强度），检验的精确度会进一步提高。

—

6 结论

6.1 核心发现的凝缩

本文通过对中国刑事司法制度四十余年演化路径的分析，识别并命名了一种被长期忽视的困境形态：罪刑法定原则的危机，不在于正面战场被违反的频率有多高，而在于系统在正门被牢牢锁住的同时，在侧翼发展出一整套“无判决刑罚权”的操作工具箱——附条件不起诉后转行政处罚的打包处置、刑事立案后撤案但系统永久留痕、认罪认罚中罪名与行为实质不对应。这三种绕行形态的程序单独看均是合法的，但合在一起，构成了一套完整的、不经刑事判决程序却行使与定罪等值制裁权的制度通道。这套工具箱的驱动力，来自“全覆盖”社会控制预期、政法系统以结果有效性为核心的自证逻辑、当事人权利救济的非对称性三根支柱的复合施压。这三根支柱的相互耦合效应决定了，绕行机制不是操作的偶发不规范，而是系统面对多重压力时的稳态输出。

在诊断的基础上，本文提出三项制度技术——“制裁当量评估”“立案留痕自动过期机制”“罪名对应性强制审查”——作为重建论证义务对称性的具体方案，并论证了刑法谦抑性原则亟需完成从“单向入口控制”到“双向控制”的理论升级：谦抑性以后必须在“不跨过刑法门槛”与“跨过之后在行政法地面上不踩入等值泥沼”之间同时把关。这一判断若被接受，将使罪刑法定的保护边界从“判决书的定罪结论”扩展至“国家刑罚权实际行使的所有处置形态”，从而为理解现代刑事治理中权力的弥散性提供一个新的分析框架。

6.2 理论贡献

本文对既有研究做出以下三项具体贡献。

第一，对刑法教义学研究边界的扩展。本文将“无判决刑罚权”这一概念引入罪刑法定原则的分析，使得教义学从“检验有罪判决的合法性”扩展至“检验所有刑罚当量制裁措施的论证义务充分性”。这一扩展不取代既有教义学的工作（对判决书的精细分析仍然不可或缺），而是补上了教义学在当前分析工具格局中的一块未照亮的盲区——那些发生在判决之前、不以“定罪”命名的实质制裁，一直没有被纳入罪刑法定原则的系统性审视之中。

第二，对制度演化分析路径的深化。本文通过对“类推废止→司法解释填坑→轻罪快审构建→绕行机制固化”四十年演化链条的梳理，揭示了一个超出传统“路径依赖”叙事的特征：制度的演化不仅有惯性（重复过去的选择），而且有“补偿性回弹”——当正门被堵住时，压力不是在原位置被消解，而是在系统内寻找下一个未设防的出口。这种“补偿性回弹”机制，是理解为什么“加强罪刑法定”的单项改革往往收效不彰的关键。它不是否认改革的价值，而是揭示每一项单点改革都必须在压力转移的路径上预置相应的缓冲设计。

第三，对刑法谦抑性原则的重新定位。本文指出现有谦抑性理论在操作层面的不对称性（守住入口、盲于出口），并将制裁当量概念作为谦抑性原则出口监测的工具。这一重新定位将谦抑性原则从“刑法与非刑法之

间的一条线”升级为“一个持续追踪国家惩罚权实际行使总量的视角”，使它可以回应那种“刑法退出了、但惩罚并没有退出的”的深层困境。

6.3 实践含义与政策建议

第一，建议最高人民检察院在修订《人民检察院刑事诉讼规则》时，增设不起诉转行政处罚的“制裁当量评估”操作规程，明确评估公式中各项变量的折抵系数、当量阈值的触发标准、以及超过阈值后的比例性论证义务。该规程可以首先在部分省份试点，试点一年后基于评查数据决定是否全国推开。

第二，建议公安部在制定《公安机关执法信息化建设规划》时，增设“撤案记录自动归档/过期管理”模块的需求说明，明确三级归档期限和自动执行的技术标准。该模块应作为公安信息系统升级的标准化功能组件被列入采购招标的通用技术规格书中。

第三，建议最高人民法院在未来的《认罪认罚指导意见》修订中，增设独立的“罪名对应性审查”条款，明确法院在认罪认罚案件中审查指控罪名与案件事实实质对应关系的义务，以及审查标准在轻罪与重罪之间的分层设定。该条款的草案文本和论证理由，本文在第5.5（三）节中已经给出了详细版本。

第四，也是本文最核心的政策建议：建议最高人民法院和最高人民检察院在各自的年度工作报告中，独立设立“出罪保障”统计板块，用不起诉率（分类别）、无罪判决率（分公诉与自诉）、撤案率（分数段）、认罪认罚罪名变更率四项指标，做公开披露而不做排名考核。这一调整指向的，不是某一个具体绕行节点的修补，而是那个最深层的制度支柱——结果有效性自证逻辑。当工作报告开始用“依法保障了多少不被不当追诉的权利”来叙事时，操作者在正门和侧门之间做选择的那个压力结构，就会从根部开始松动。

6.4 研究局限的诚实自陈

本文的局限是实质性而非礼节性的。第一，论文的分析主要基于制度文本和逻辑推演，所提出的实证命题尚未获得大规模经验数据的直接支持。本文试图通过“给出可操作的研究设计”来弥补这一局限（使判断进入可证伪领域），但弥补不等于消除——实证命题的真正检验只能由后续的独立研究者完成。第二，绕行机制可能存在的“替代效应”问题（堵住一处绕行，压力在别处拱开新口子），本文只在理论上给出了预判，尚未用经验材料予以验证。第三，跨法系比较的缺失，使得本文无法在“哪些特征是中国制度特有、哪些是现代刑事司法普遍面临的挑战”之间做出清晰区分。一个德国或日本的观察者，可能认为“不起诉后转行政处分”的制裁当量问题在比较法上并非特例——这一比较需要专门的研究，本文未能完成。

6.5 研究纲领的涌现：未来研究方向的系统规划

基于本文的核心判断，以下五个研究方向构成一个可由独立研究者分头推进的实证研究纲领。

方向一：“论证义务剪刀差”的裁判文书大样本检验。研究者可从裁判文书网以罪名×审级×区域为分层抽样维度，随机抽取1000份驳回出罪主张的裁判文书与1000份支持出罪主张的裁判文书，编码其“说理充要性”等级（例如：0=未附任何实体理由；1=仅引述法条但未结合案情论证；2=单句论证；3=多句逻辑推演；4=援引指导案例或多层级论证）。研究假设是——驳回出罪主张文书的“说理充要性”平均值显著低于支持出罪主张的文书（或相反情况）。该研究将直接检验本文核心诊断的第一块经验支撑。数据完全公开，编码手册可与论文一并发表以供其他研究者复核。

方向二：撤案记录的社会排斥效应的追踪研究。参照经济学者对“犯罪记录对就业影响的审计研究”方法，研究者可设计一项简历实验——向真实招聘岗位投递配对的虚构简历，唯一差异是随机标注“曾因某案被刑事立案后撤案”的线索，观测面试回调率差异。该研究将直接度量撤案留痕的实质性制裁当量。研究需克服的实验伦理问题可在研究设计阶段解决（例如在实验结束后主动告知招聘方简历中的信息为虚构、且实验目的为学术研究）。

方向三：信访压力对出罪裁决影响的时序分析。选取某一类案件（如故意伤害致人轻伤），收集某省份一定时间段内该类案件的全部判决书与同期该省政法机关接收的信访件数据，建立月度时间序列模型，检验“上

月信访数量异常上升”是否预测“本月该类案件出罪率显著下降”。这一研究将直接检验本文识别的三根压力支柱中“被害人正义期待传导”这一根的实际效应。

方向四：认罪认罚案件罪名对应性的编码研究。以某一常见罪名为检索入口（如寻衅滋事罪、非法经营罪），从裁判文书网获取一定数量认罪认罚案件的判决书全样本与同期非认罪认罚的同类案件判决书为对照样本，编码每份判决书中“案件事实与指控罪名的构成要件之间的对应程度”等维度。研究假设是：认罪认罚案件的罪名对应性得分显著低于非认罪认罚案件。该研究将直接检验本文识别的第三种绕行形态的严重程度。

方向五：制裁当量评估的跨法系比较研究。选取德国（附条件不起诉+负担/指示，§ 153a StPO）、日本（起诉犹豫）、中国大陆（不起诉后转行政处罚）三个法域的同类案件类型（如轻微伤害、小额盗窃），比较三者“程序前期强制措施+后续非刑事制裁”的总当量差异，以及各自对制裁总量的比例性审查机制。该研究将把本文的诊断提升至比较法层面，分离出“制度特有”与“普遍性挑战”的成分。

这五个方向均可在现有公开数据或可获取数据的条件下，由独立的博士研究生或青年学者完成。合在一起，它们构成一个从“刑罚权实际行使方式”这一核心问题意识生长出来的实证研究纲领。本文的核心判断将在这些经验研究中被持续检验、修正或被推翻——这正是学术研究应有的行进方式。

参考文献

- [1] 贝卡里亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993.
- [2] Roxin C. Strafrecht Allgemeiner Teil: Band I[M]. 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2006.
- [3] Hart H L A. The Concept of Law[M]. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- [4] Foucault M. Discipline and Punish: The Birth of the Prison[M]. Sheridan A, trans. New York: Pantheon, 1977.
- [5] Feeley M M. The Process Is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court[M]. New York: Russell Sage Foundation, 1979.
- [6] 张明楷. 刑法分则的解释原理(第二版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [7] 陈兴良. 教义刑法学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010.
- [8] 白建军. 法律实证研究方法(第二版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014.
- [9] 陈瑞华. 刑事证据法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2018.
- [10] 何海波. 行政诉讼法(第二版)[M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [11] Alexy R. A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification[M]. Adler R, MacCormick N, trans. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- [12] Jakobs G. Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre[M]. 2. Aufl. Berlin: De Gruyter, 1991.
- [13] Ashworth A. Principles of Criminal Law[M]. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- [14] Dubber M D. Criminal Law: Model Penal Code[M]. New York: Foundation Press, 2002.
- [15] 田口守一. 刑事诉讼法[M]. 张凌, 于秀峰, 译. 北京: 法律出版社, 2019.
- [16] 王利明. 民法总则研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012.
- [17] 苏力. 法治及其本土资源(第三版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2015.
- [18] Weigend T. Criminal Law and Criminal Procedure Law in Germany[M]. Bonn: Federal Ministry of Justice, 2008.

- [19] Hall J. General Principles of Criminal Law[M]. 2nd ed. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1960.
- [20] Fletcher G P. Basic Concepts of Criminal Law[M]. New York: Oxford University Press, 1998.
- [21] 刘艳红. 刑法谦抑性研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004.
- [22] 张明楷. 刑法学(第六版)[M]. 北京: 法律出版社, 2021.
- [23] 陈光中. 刑事诉讼法(第六版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016.
- [24] 西原春夫. 刑法的根基与哲学[M]. 顾肖荣, 等译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [25] 冯军. 刑法问题的规范理解[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [26] LaFave W R. Criminal Law[M]. 5th ed. St. Paul: West Academic, 2010.

利益冲突声明

作者声明本文无任何利益冲突。