

如何准确区分犯罪情节轻微与显著轻微

——结合案例探索“定性判断+定量考察”双重判定方法

区分犯罪情节轻微与显著轻微可运用“定性判断+定量考察”判断方法		
判断维度	细分方向	具体判断依据
定性判断 (实行行为)	形式判断	是否符合刑法分则罪名构成要件的规定
	实质判断	分析分则条文背后的法治精神和保护法益
定量考察	“情节轻微”考察	结合责任刑(如犯罪的数额、次数等)及预防刑(如自首、坦白等)因素、公共利益角度(如考察“三个效果”的统一)综合判断
	“情节显著轻微”考察	以行政违法为参照物,判断行为的危害程度是否达到刑事违法的标准

制表:龚卫明

□李勇 多甜甜

在司法实践中,认定犯罪情节轻微时,需要与情节显著轻微进行区分。情节显著轻微通常指行为虽然具有违法性,但危害程度极小,不认为是犯罪,不需要承担刑事责任;而犯罪情节轻微则是指行为已经构成犯罪,但由于情节较轻,可以依法从轻、减轻或免除处罚。刑法对两者的界限没有更加具体的规定,在司法实践中难以把握,争议很大。在此,拟结合四个案例进行分析,并结合实践经验谈几点体会,仅供参考。

【案例1】杨某趁其女友徐某不备,使用徐某手机并测试出支付密码后,将徐某微信钱包内3150元转入其账户,事后将转账记录删除。后杨某经公安电话通知到案后,如实供述上述犯罪事实。案发后,杨某已赔偿被害人损失并取得谅解。

【案例2】2021年7月4日至6日,朱某散步时,先后三次将谢某种植的摆在单位门口的16盆多肉植物拿回家。7月7日,谢某发现后报警。当日19时40分许,朱某到案发地准备再次盗窃时被保安发现后离开现场。7月15日,民警通过视频监控锁定朱某,随后,朱某向民警如实供述代盗窃事实,并将所盗物品交还谢某。经鉴定,朱某盗窃的植物共计价值98元。

【案例3】焦某将一房屋清空对外出租,但将近一年房屋一直空置。一年后,刘某与父母吵架离家出走,碰巧发现焦某的房屋无人居住,遂翻窗进入屋内并居住于此,数月后焦某发现后报警。

【案例4】2023年2月,因王某乙(未起诉)外出务工需要,王某甲以240元为王某乙购得一张伪造的身份证,并收取王某乙1500元。

上述案例中行为人的行为到底是属于“情节轻微”还是“情节显著轻微”?对此,笔者提出“定性判断+定量考察”相结合的判断方法。

定性判断

“情节轻微”是不起诉或定罪免刑(单纯宣告有罪)的条件,无论是不起诉还是定罪免刑都是以行为构成犯罪为前提的,本质上仍然是犯罪行为。“情节显著轻微”是不构成犯罪,其处理结局要么是不起诉,要么是判决无罪。实践中,应将行为是否属于“实行行为”作为定性考察的关键。实行行

为是指符合刑法分则罪名构成要件且具有法益侵害的行为。在判断实行行为时,不仅要进行形式判断,看是否符合刑法分则条文的规定;更要注重实质判断,坚持“三个善于”,分析分则条文背后的法治精神和保护法益。刑法的目的是保护法益,犯罪的本质是侵害法益,没有侵害值得刑法保护的法益的行为不属于刑法意义上的“实行行为”。这里是否属于“实行行为”的定性判断,与犯罪前的前科劣迹或犯罪后的自首、立功、退赔和解、一贯表现等无关,这些只是量刑情节。例如,行为人非法持有符合枪支认定标准的多支气枪,就具有了非法持有枪支罪的“实行行为”的特点,不会因为被告人一贯表现良好、动机是出于爱好收藏而认定其行为不属于“实行行为”。

“情节轻微”的实体法依据是刑法第37条,即“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚”。这里的“情节轻微”以“犯罪”为限定词,以构成犯罪为前提,这种行为仍然是符合构成要件且具有法益侵害的行为,属于“实行行为”。例如,案例1中杨某盗窃3150元,数额较大,侵害了盗窃罪的保护法益,属于“实行行为”,构成盗窃罪,只是综合考量其与被害人的关系、赔偿和解等因素,情节轻微,可以作出不起起诉决定。需要说明的是,有观点认为,刑法第37条是法院定罪免刑的依据,而非检察机关作出不起起诉决定的依据,这种观点是基于1979年刑事诉讼法免于起诉权的过时观点。其对应的程序法依据是刑事诉讼法第177条第2款规定,“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起诉决定”。

“情节显著轻微”的本质是不构成犯罪,其实体法依据是刑法第13条,即“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。一般认为,上述规定是对犯罪概念的定义。但书之前的表述是对犯罪特征的正面定义,即具有社会危害性、

依照法律应受刑罚处罚性,但书作为转折后的表述是对犯罪的反面定义,换言之,符合但书前的特征之行为属于犯罪,但书之后的行为不属于犯罪。正反两方面的结合,使人们能够更加准确地理解犯罪概念。刑法第13条但书规定的行为之所以不是犯罪行为,本质原因是这种行为不是“实行行为”,换言之,这种行为没有侵害值得刑法所保护的法益。例如,案例2中朱某三次盗窃价值98元的多肉植物,形式上看似符合刑法第264条规定的多次盗窃的构成要件,似乎构成盗窃罪,但实际上这样的行为不是“实行行为”,98元的财物价值轻微,没有达到盗窃罪实行行为所要求的法益侵害程度。所以说,实行行为是为分则罪名保护法益所定型的行为,也就是具有侵害某个分则罪名保护法益的行为才是实行行为。

具体来说:其一,对于结果犯而言,实行行为是具有发生分则罪名所规定的结果的法益侵害性的行为,例如,故意杀人罪的“实行行为”必须是类型性导致人死亡的行为,不具有使人死亡的法益侵害性的行为,不是故意杀人罪的“实行行为”。同样,轻微推撞行为不是故意伤害罪的“实行行为”,即使导致重伤或死亡的后果,也不可能成立故意伤害罪,而是过失犯罪或者意外事件。其二,对于行为犯而言,似乎满足分则罪名构成要件的行为就够了,但是如果该行为在实质上不会侵害该罪名所保护的法益,则不是“实行行为”。案例3中刘某非法侵入长期无人居住的住宅,实质上不会对住宅安宁这一非法侵入住宅罪的法益造成侵害,不是“实行行为”。不能因为非法侵入住宅罪是行为犯就认为只要非法侵入就构成该罪。其三,对于集体法益的罪名,在判断行为是否是“实行行为”时应当将集体法益还原为具体个人法益。经济犯罪的保护法益大多是集体法益,例如,生产、销售、提供假药罪的保护法益是药品管理秩序,药品管理秩序这个集体法益还原为个人法益就是人民群众的身体健康。

定量考察

首先,“情节轻微”的定量考察。刑法第37条规定的“情节轻微”是一般性免除刑罚处罚的总则性条款,理论上上有“独立免除事由说”“非独立免除事由说”之争。“非独立免除事由说”认为,该条文所规定的不是独立的免除刑罚的事由,而是刑法明确规定的犯罪中止、自首等17种免除处罚情节的概括性规定。如果没有刑法规定的17种免除处罚情节,即使犯罪情节轻微也不能不起诉。“独立免除事由说”“非独立免除事由说”争议的焦点就是一个行为如果没有刑法规定的17种免除处罚情节的情况下,能否免除刑罚处罚。理论通说和实践见解采用的都是“独立免除事由说”。

笔者认为,刑法第37条是独立的免除刑罚处罚事由,这里的“情节轻微”是一个综合性的情节,包含影响责任刑和预防刑因素的全部情节。判断标准在于综合考虑责任刑、预防刑、公共利益的影响因素。这里的责任刑因素是影响不法程度的情节,如犯罪的数额、次数、后果、手段、情节等;这里的预防刑因素是影响预防再犯的犯罪

前和犯罪后的情节,如前科劣迹、自首、坦白、退赔、和解等;这里的公共利益主要是考察“三个效果”的统一,特别是社会效果和政治效果。如果一个行为责任刑较轻,在此前提下,根据犯罪前后的预防刑因素,综合考虑预防必要性较小或者没有特殊预防必要性的,并考虑公共利益,就可以认定为“情节轻微”而作出不起起诉。

其次,“情节显著轻微”的定量考察。“情节显著轻微”不具有刑法意义上的“实行行为”的特征,但可能是行政违法行为,因此,定量考察可以将行政违法作为参照物。行政违法与刑事犯罪的关系,理论上有所谓“质的区别说”与“量的区别说”。“质的区别说”曾经是德国的通说,但当代德国的通说是“量的区别说”。根据“量的区别说”,刑事犯罪与行政违法在违法程度上有差异,行政处罚与刑事处罚都是公法制裁手段,二者之间是递进关系,只有行政处罚不足以规制的行为才会进入刑法处罚的范围。因此,在定量判断“情节显著轻微”与“情节轻微”界限时,可以将行政违法作为参照物,为行政处罚留下空间。如果某个行为属于行政处罚足以规制的行为,就要考虑判定为“情节显著轻微”。特别是对于刑法中的行为犯,不能机械地认为只要有行为就构成犯罪,还要考察这种行为在行政处罚法中是否有无规定,行政处罚是否足以规制,防止刑事处罚架空行政处罚。比如,案例4中伪造、买卖身份证既是刑法禁止的,也是治安管理处罚法禁止的行为,那么在进行定量判断时,应当将治安管理处罚法作为参照物,如果伪造证件1张且没有其他严重后果的行为,就要作犯罪处理,那么,治安管理处罚法还能处罚什么样的伪造、买卖身份证的行为呢?因此,要为行政处罚预留空间,如案例3中刘某的行为应当属于“情节显著轻微”,是行政违法行为而非犯罪行为。

结论与思考

总之,要通过是否属于“实行行为”从实质角度进行定性判断;同时从定量角度综合考虑责任刑及预防刑因素、公共利益以判断是否“情节轻微”,以行政违法为参照物判断“情节显著轻微”。根据“定性判断+定量考察”相结合的方法,案例1属于“情节轻微”,可以作不起诉或定罪免刑处理,案例2、案例3与案例4均为“情节显著轻微”,不构成犯罪,应当作不起诉处理。实践中,可以采用本文提供的相对明确可行的判断标准,既要防止把“情节显著轻微”的行为当成“情节轻微”予以不起诉甚至起诉或判刑,也要防止将“情节轻微”构成犯罪的案件当成“情节显著轻微”作出无罪判决或不起起诉。

(作者分别为江苏省南京市人民检察院研究室主任、全国检察业务专家、河南省高级人民法院刑二庭庭长。本文系最高检2025年度检察应用理论课题“检察机关履行法律监督职能的边界和定位研究”阶段性成果)

以案论法

厘清复制改编边界确立“二次创作”认定规则

——聚焦改编行为独创性贡献,界分新作品与原作品表达的实质差异

类案研究

□杨永勤 潘莉 徐一凡

【案情简介】

自2020年起,汪某伙同韩某等人,在未经著作权人许可的情况下,根据某漫画中的美术形象,利用3D打印技术设计生成漫画里角色的高精度模型,委托工厂进行开模生产成品手办,并通过包某、吴某(均另案处理)等代理在境内外销售。经鉴定,汪某等人生产的漫画角色手办与权利人作品构成复制关系。经司法审计,汪某、韩某非法经营数额共计3000余万元。

2025年4月,经上海市某法院开庭审理,认为汪某、韩某以营利为目的,未经著作权人许可,复制发行其美术作品,有其他特别严重情节,结合被告人的犯罪金额、认罪悔罪态度及其他量刑情节,判决汪某、韩某犯侵犯著作权罪,判处被告人汪某有期徒刑五年,并处罚金人民币800万元;判处韩某有期徒刑二年十个月,缓刑二年十个月,并处罚金人民币50万元。一审判决后,汪某提出上诉。同年6月,上海市某中级法院裁定驳回上诉、维持原判。

【办案重点】

溯源授权链条,夯实权利基础。检察机关将涉案作品的著作权权利归属作为案件审查的关键,系统梳理并核实某漫画作品从原始权利人到被授权方的权利流转路径。根据涉案作品的著作权登记证书、维权授权书、授权许可协议、代理合作协议等系列材料,确认本案权利主体的适格性与授权链的完整性。针对汪某以获得权利人默许授权作

为刑事阻却事由的辩解,重点核查汪某等人是否取得书面有效的授权以及相应的时间节点,查明其在制售涉案手办的前期虽曾尝试获取权利人授权但未果的经营状态,准确认定被告人的侵权时间。

多维比对鉴定,判定复制关系。因侵权手办种类较多且被告人采取“限量发行”的销售模式,本案未能扣押到全部产品实物进行作品同一性比对。针对汪某辩称自己系“二次创作”并对涉案手办版权鉴定意见仍有异议的情况,检察机关重点审查以下两点:一是确认检材来源的合法性,查明用于比对的检材不仅包括扣押的部分产品实物,还涉及被告人生产制作过程中与工厂联系、完成后与代理商对接时发送的产品照片、视频等电子数据,以及从买家调取的多角度手办拍摄图,上述检材提取过程规范、合法有效。二是实质审查鉴定意见的证据效力,论证鉴定方法的科学性和鉴定结论的准确性,对于汪某提出涉案手办系独立创作的款式,通过“整体观感法”与“抽象测试法”相结合的方式,逐一比对涉案手办角色形象,判断其与原作品是否构成复制关系。

复核交易数据,确定犯罪数额。汪某上诉称一审判决认定的犯罪金额存在转单被重复计算的问题,对此,二审检察机关调取汪某制作各款手办的多份发货表单,经梳理发现不同表单之间存在时间延续和内容更新的部分,系汪某在不同时间段对同一经营活动的连续性记录。针对上下游之间存在预售、定金、补款等不同性质订单交易数据的复杂情况,通过进一步比对发货时间、购买商品种类及客户ID名称、收货地址等信息,结合下游代理商的供述,确认支付定金的客户和补款客户未同时记载在发货表单中,证实所谓“转单”实为不同交易主体间的正常销售行为,有

力驳斥了汪某关于犯罪数额的辩解。

【类案指引】

明确多重转授权关系下的责任主体,注重查明权利来源。因原生作品的多元形态可能会存在不同的商业化利用场景,知识产权的潜在商业价值高度依赖市场认可度与衍生开发能力,衍生品的授权链条可能涉及原作者、版权代理公司、运营方、被授权方等多方主体,还可能包含多个中间环节,如代理机构、分销商、电商平台等,权利人对不同场景下的授权类型、内容范围相应调整,在权利流转过程中,不仅会因基础权利方的授权不当而触发风险,也可能会因被授权方的履约不诚而引起纠纷。因此,检察机关应当首先关注涉案作品的权利来源。可以要求被害单位提供作品登记证书、创作过程等证明作品形成过程的证据,如果被害单位并非原始的创作者,需要追溯其授权方,穷尽多重授权链条的合法性和有效性,查明上游授权方享有的著作权是否存在权利负担,有无导致授权行为无效或者被追责的重大权利瑕疵,明确授权的权利种类、地域范围、时间期限、是否专有以及是否允许超出原作品范围改编等核心内容,为认定“未经著作权人许可”这一核心要件奠定坚实基础。

区分非精确复制与改编行为,厘清“二次创作”判断标准。该案反映了当前对热门IP衍生品的仿冒手段向“非精确复制”转变的趋势,认定此类案件是否构成刑事犯罪的关键在于,严格把握重复制行为与改编行为的界定,刑法第217条仅处罚复制发行他人作品的犯罪行为,而改编行为属于原权利人的演绎权保护范畴,未经著作权人许可演绎他人作品的行为并不受刑法规制。对于以“二次创作”为由作无罪抗辩的,应注意判断行为人的改编行为是否在原作基础

□洪常森 李艳琳

为推动暂予监外执行规范进行及社区矫正对象又犯罪预防治理等重点任务,可以适时开展社区矫正专门巡回检察。社区矫正专门巡回检察要注重与侦查工作有机衔接,融合发展,发现犯罪线索的,要及时移送,尽快进行调查核实。对发生职务犯罪的社区矫正机构,可及时开展机动巡回检察,全面查明社区矫正工作中存在的问题,积极开展源头治理,有效预防和减少又犯罪发生,推动长效机制建设,不断提升平安建设水平。

【基本案情】

2022年10月31日至11月4日,H市检察院组成社区矫正专门巡回检察组,对全市暂予监外执行工作及社区矫正对象又犯罪预防治理开展专门巡回检察,发现实践中仍存在部分社区矫正对象未按照规定提交病情复查材料、提交的病情复查材料不是省级政府指定的医院作出、决定暂予监外执行前未按程序征求检察机关意见等问题。按照同级监督原则,H市检察院及各县区院依法提出书面纠正意见15件,制发检察建议10件;将巡回检察中发现的一起严重脱管社区矫正对象又犯罪问题作为司法工作人员相关职务犯罪线索移交本院刑事执行检察部门。2023年3月28日,H市检察院对某县司法局工作人员李某、社区矫正科长姜某某、司法所所长王某某等三人因涉嫌滥用职权罪立案侦查,并采取相应强制措施。

【履职情况】

精心筹备,适时启动专门巡回检察。一是H市院研究制定了《H市人民检察院关于对暂予监外执行和社区矫正对象又犯罪专门巡回检察实施方案》,以开展暂予监外执行和社区矫正对象又犯罪专门巡回检察作为提升社区矫正法律监督工作质效、完善巡回检察制度和社区矫正监督体系的重要抓手,明确专门巡回检察标准体系,保障专门巡回检察稳步推进。二是发挥市县检察一体化优势,从全市刑事执行检察人员中抽调业务骨干,组成包括法医等专门型人才在内的巡回检察组。三是开展业务培训,巡回检察组采取集中学习、案例教学、专题研讨等形式,就本次专门巡回检察涉及的法律法规、巡回检察过程中可能遇到的重点和难点问题进行业务培训,迅速提升专业素质和实践能力。

精密组织,加大专门巡回检察力度。一是数据核查先行,提前与市司法局对接,获取2020年7月1日以来全部暂予监外执行和社区矫正对象又犯罪人员名单,通过信息核查有效摸清底数。二是进行合理分工,巡回检察人员分成两个小组,第一组由包含法医在内的人员组成,重点审查暂予监外执行社区矫正对象病情诊断情况,第二组由侦查经验丰富的人员组成,重点核查社区矫正对象又犯罪的相关材料,从中发现社区矫正对象又犯罪原因及职务犯罪线索。三是多种方式检察,通过实地查看12个社区矫正中心和14个司法所,与在矫人员谈话30余次,审查暂予监外执行社区矫正档案53册31人,社区矫正对象又犯罪档案51册43人,全面掌握暂予监外执行等社区矫正工作开展情况和社区矫正对象又犯罪情况。

精准监督,发现和移送职务犯罪线索。在全面掌握暂予监外执行和社区矫正对象又犯罪名单的基础上,巡回检察组敏锐发现司法所存在对暂予监外执行又犯罪人员张某未定期进行走访、未组织其参加教育学习和社区服务、未依法定期对其接受矫正情况进行考核等问题,导致张某多次实施犯罪行为,且张某提交的病情复查报告、走访记录等有伪造嫌疑,认为其中可能涉嫌司法工作人员相关职务犯罪,遂将该线索移送市院刑事执行检察部门。

为全面掌握某县社区矫正工作情况,提升某县社区矫正工作水平,预防、减少又犯罪情况再次发生,H市检察院及时组成机动巡回检察组,对某县社区矫正机构进行机动巡回检察。从中发现问题9个,通过某县检察院制发针对性检察建议和提出纠正违法意见4条。帮助某县社区矫正机构建立和完善相应制度机制,全面改进提升某县社区矫正工作,促使社区矫正相关工作规定得以全面落实。同时,发现李某在调查评估环节还存在索贿受贿、吃拿卡要等问题,及时将线索移送纪委监委处理。

【典型意义】

一是坚持刑事执行监督与侦查办案相统一,规范开展社区矫正专门巡回检察,及时开展机动巡回检察。巡回检察过程中,精心制定方案、规范检察程序、细化检察标准,充分发挥检察一体化优势,跨院、跨条线抽调业务骨干组建巡回检察组,推动专门巡回检察规范开展,机动巡回检察高质量进行。

二是坚持巡回检察与侦查办案相融合,有效推动社区矫正巡回检察与侦查办案相互促进。在巡回检察过程中,通过有针对性地开展调查核实拓宽线索发现渠道,发现违法问题背后的相关职务犯罪案件线索,拓展案源规模;及时将线索移送到相关部门依法办理,推动调查及侦查工作依法进行,促进监督衔接;注重收集与案件相关的证据材料,为依法开展调查、侦查提供便利。通过依法查办司法工作人员相关职务犯罪和向有关部门移送线索,发现和解决社区矫正监管执法中存在的深层次问题,促进社区矫正工作依法规范开展,提升社区矫正巡回检察的影响力。

三是坚持巡回检察与源头治理相结合,有效提升平安建设水平。H市院通过在专门巡回检察中深挖社区矫正对象又犯罪根源及其关联因素,积极办理社区矫正工作人员渎职犯罪案件,通过机动巡回检察全面发现、评估社区矫正工作中存在的深层次问题,坚持源头治理,就其制度漏洞、监管隐患等有针对性地提出检察建议和纠正意见,督促社区矫正机构完善机制、规范程序、压实责任,有效预防社区矫正对象又犯罪的发生,促使社区矫正工作规范进行,确保社区矫正正目的,效果全面实现,不断提升平安建设水平,服务社会发展大局。

坚持巡回检察与侦查工作有机衔接

(作者单位:上海市人民检察院第三分院)

(作者单位:山东省菏泽市人民检察院)