

# 行政不法事实与犯罪事实的 层次性理论

## 兼论行政不法行为向犯罪转化的 事实认定问题

陈瑞华\*

**摘要** 我国刑法确立了大量以行政违法为前提的罪名。司法机关要认定这类犯罪事实,就应同时确认行为人构成行政不法事实和“特定构成要件事实”。根据行政处罚与犯罪的包容性原理、两种处罚后果的阶层性理论以及两种事实错误的成本理论,我们将行政不法事实与犯罪事实视为处于两个不同位阶的法律事实,两者无论是在证明对象、调查取证的方式、对非法取证的救济上还是在事实认定标准上,都存在着实质性的差异。按照这一理论,法律对行政证据向犯罪证据的转化要施加严格的限制,行政机关所作的行政处罚认定结论对于刑事司法机关并不具有预决的效力。当然,在一些特定的场合下,基于效率、便利等实用性的考虑,也可以确立层次性理论的若干例外。

**关键词** 行政处罚 行政犯 行政不法事实 犯罪事实 层次性理论

### 引言

在刑法理论上,犯罪有自然犯和法定犯之分。前者是指那些违反公共秩序、侵害善良风俗和伦理道德的犯罪,在任何社会、任何时代都成为刑事处罚的对象,如杀人、伤害、强奸、抢劫

\* 北京大学法学院教授。

等,都属于典型的自然犯。而后者则是指那些根据某一时期形势政策的需要,由特定法律将某一类行为纳入刑事处罚对象的犯罪。在法定犯当中,那些因为违反行政法律和法规并符合刑法构成要件的犯罪,通常被称为“行政犯”。顾名思义,“行政犯”就是由行政不法行为转化而来的法定犯。在很多西方国家,行政犯通常都由行政法来加以确立。而在中国,刑法是确定行政犯的唯一基本法律。<sup>〔1〕</sup>

在行为人构成行政不法的情况下,如何将其认定为行政犯呢?换言之,行政不法行为转化为犯罪行为,究竟应具备哪些前提条件呢?过去,刑法学界对这一问题曾有过专门研究,对行政不法转化为犯罪的条件和标准提出过一些观点。<sup>〔2〕</sup>但相比之下,诉讼法学界则很少对这一问题进行关注,也没有对其中所蕴含的证据问题进行过深入的分析。而在司法实践中,越来越多的刑事案件都面临着行政法与刑法的“交叉”或“交错”问题。尤其是刑法分则第三章和第六章所确立的罪名,要么涉及侵犯市场秩序的问题,要么属于妨害社会管理秩序的问题。这类案件的通常适用程序是,某一行政机关对行为人认定为行政不法行为,然后将其中“涉嫌构成犯罪”的行为人移交公安机关,公安机关认为符合刑事立案条件的,就启动立案侦查程序。<sup>〔3〕</sup>而在这一由行政不法向犯罪转化的过程中,一系列诉讼程序和证据问题都随之产生了。

相对于刑事诉讼程序而言,行政处罚程序处于“前置”的地位,行政机关往往都进行了调查取证工作,收集或调取了一系列证据。例如,工商行政机关收集了物证、书证,税务行政机关制作了录音录像,海关提取了电子数据,食品药品监督管理部门进行了谈话、询问,并制作了谈话、询问笔录,环保部门提取了被视为“危险废物”的样本,并委托鉴定部门制作了鉴定意见,等等。对于这些由行政机关收集和提取的证据,公安机关可否直接作为提起刑事指控的证据呢?我国2012年刑事诉讼法曾规定,行政机关在行政执法过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料,可以直接成为刑事诉讼中的证据。但是,对于行政机关所搜集的物证、书证、视听资料、电子数据以外的证据材料,侦查机关可否将其作为指控犯罪的证据呢?假如检察机关将行政机关所搜集的其他证据材料,如鉴定意见、证人证言笔录、被告人供述笔录等材料,在起诉时直接移送法院,法院可否将其作为定案的根据呢?<sup>〔4〕</sup>

在行政执法过程中,行政机关通常会对案件的专门问题组织鉴定程序。如对被污染的废水、废物进行鉴定,认定其为“危险废物”;对被损坏的名胜古迹进行鉴定,认定其达到“损毁”的程度;对被生产、销售的假药、劣药等进行鉴定,认定其符合“假药”或“劣药”的标准……对于这类鉴定意见,检察机关可否将其作为认定犯罪事实的证据呢?

〔1〕 参见孙国祥:“行政犯违法性判断的从属性和独立性研究”,《法学家》2017年第1期,第48—62页。

〔2〕 参见陈兴良:“罪刑法定主义的逻辑展开”,《法制与社会发展》2013年第3期,第50—60页。另参见张绍谦:“试论行政犯中行政法规与刑事法规的关系——从著作权犯罪的‘复制发行’说起”,《政治与法律》2011年第8期,第40—50页;田宏杰:“行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构”,《法学家》2013年第3期,第51—62页。

〔3〕 参见姜涛:“行政犯与二元化犯罪模式”,《中国刑事法杂志》2010年第12期,第9—20页。

〔4〕 参见孙远:“行政执法证据准入问题新论——从卷宗笔录式审判到审判中心主义”,《中国刑事法杂志》2018年第1期,第126—144页。

更具挑战性的问题是,行政机关通过行政执法活动制作了旨在认定相关案件事实的文书,如对案件专门性问题所作的“行政认定函”,或者直接对行为人作出的“行政处罚决定书”。典型的例子是对于一些证券类犯罪案件,如“内幕交易罪”“操纵证券市场罪”等,公安机关委托证券监督管理部门作出的认定函,直接对行为人从事内部交易、操纵证券市场的行为作出了认定。还有公安交通管理部门对交通肇事案件作出的“责任事故认定书”,直接对行为人是否存在交通肇事行为作出了认定。<sup>〔5〕</sup>对于这些文书,检察机关可否将其直接作为提起公诉的根据?法院可否将其作为认定犯罪事实的证据呢?

在我国司法实践中,存在着一种明显的倾向,那就是将行政不法等同于行政犯,在行政不法行为与犯罪的认定之间不设定任何实质性的法律界限。在实体构成方面,不少侦查机关或基于对行政不法与犯罪的模糊认识,或者基于对行为人违法所得及其孳息的“覬觐”,动辄将那些行政违法案件按照刑事案件进行立案,启动刑事侦查程序。这与不少地方公安机关动辄插手经济纠纷,将一些民事违约或者民事侵权案件纳入刑事追诉的轨道,简直如出一辙。<sup>〔6〕</sup>而在诉讼程序和证据层面,不少侦查机关想当然地将行政机关在行政执法过程中所搜集的证据材料,直接作为刑事证据加以使用,甚至将行政机关对案件事实的认定直接采纳为认定犯罪事实的依据。<sup>〔7〕</sup>可以说,在理论上对行政不法事实与犯罪事实的界限加以区分,已经成为亟待解决的问题了。

要解决这些诉讼程序和证据层面上的问题,我们就需要结合刑法有关行政犯构成要件的理论,对行政不法转化为犯罪的法定条件进行全面的分析。在本文看来,在行政犯的认定过程中,司法人员既要掌握特定的实体认定标准,也要对行政不法向犯罪转化的证据问题作出适当的判断。我们可以提出一种行政不法事实与犯罪事实的层次性理论,从而对行政证据与刑事证据作出区分,对行政鉴定与司法鉴定进行甄别,对行政不法事实与犯罪事实的认定标准加以独立确定。对于尚未达到“行政犯”要件的行政不法行为,应进行及时有效的阻隔,使其不得进入刑事诉讼程序的大门。

## 一、行政不法事实与犯罪事实层次性理论的提出

对于形式上相同或相似的不法行为,根据其危害社会程度的区别,存在着两个独立的法律评价:一是行政法意义上的违法行为,二是刑法意义上的违法行为。与此相对应,存在着两种相互独立的“法律事实”:一是“行政不法事实”,二是“犯罪事实”。在行政不法行为向犯罪转化过程中,刑事追诉机关经常将“行政不法事实”与“犯罪事实”混为一谈,要么将行政机关在行政

〔5〕 参见杜磊:“行政证据与刑事证据衔接规范研究——基于刑事诉讼法第52条第2款的分析”,《证据科学》2012年第6期,第657—664页。

〔6〕 参见张伶:“公安机关插手经济纠纷的矫治对策”,《湖南公安高等专科学校学报》2009年第4期,第123页。

〔7〕 参见李清宇:“行政证据在刑事诉讼中的应用疑难问题研究”,《青海社会科学》2015年第4期,第94—100页。

执法过程中收集的证据材料直接作为指控犯罪的证据,要么将行政机关认定的行政不法事实直接作为认定犯罪事实的基础。那么,究竟如何将“行政不法事实”与“犯罪事实”加以区分呢?

根据行政不法事实与犯罪事实的层次性理论,“行政不法事实”与“犯罪事实”是两个相对独立的“法律事实”,两者处于不同的法律位阶上。无论是在证明对象、证据资格和救济方式上,还是在证明标准方面,行政机关在认定“行政不法事实”时受到的是较为宽松的法律限制,这些行政不法事实只能成为行政机关作出行政处罚的依据,而不应成为侦查机关启动刑事诉讼程序的唯一依据,更不能直接被转化为犯罪事实。这一理论的主要价值,在于对行政不法事实的运用作出适当的限制,确保司法机关对犯罪事实的认定要遵循更为严格的法律要求。具体而言,行政不法事实与犯罪事实的层次性理论包含着四个方面的要求,下面依次加以简要分析。

首先,行政不法事实与犯罪事实存在着实质性差异,事实认定者在这两种认定事实的活动中要证明截然不同的证明对象。

从形式上看,刑法对很多行政犯的构成要件在罪状描述上与特定的“行政不法事实”具有很大的相似性。这似乎意味着行为人只要构成行政不法行为,就可以自动地转化为犯罪行为。但其实,这可能是一种严重的误解。

行政机关要作出行政处罚,就需要依据行政法的规定,对某一行政不法事实加以准确地揭示。但行政机关即便证明了行政不法事实,并对行为人作出了行政处罚,这种事实并不必然转化为犯罪事实。例如,在认定生产、销售劣药罪的过程中,行为人只有在“对人体健康造成严重危害”的前提下,才符合入罪条件,否则,一般的生产或销售劣药行为,只能被视为行政不法行为。又如,在认定虚报注册资本、虚假出资、抽逃出资、欺诈发行股票、证券等犯罪过程中,行为人所实施的行政不法行为,可能也违反了国家关于公司管理方面的行政法律法规,但要构成犯罪,必须达到“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”的程度。否则,就只能被认定为行政不法行为。再如,在认定非国家工作人员受贿罪过程中,行为人即便利用职务便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋利益,也不一定构成这一罪名,而可能被认定为行政不法行为。但在“数额较大”的情况下,这些行为就可以转化为犯罪。还有,在认定非法经营罪的过程中,行为人实施了法定的非法经营行为,扰乱市场秩序,除了达到“情节严重”的程度以外,还必须具有“违反国家规定”的情况,否则,这种非法经营行为充其量只能被认定为行政不法行为。

由此可见,行政不法行为向犯罪的转化,需要以行为人具备“特定犯罪构成要件事实”为前提。这些“特定构成要件事实”往往被确立在刑法条文之中,成为特定犯罪罪状的组成部分。在一定程度上,行政机关对行为人行政不法事实的认定,只需要揭示出“行政法上的构成要件事实”就足够了。而司法机关对行为人犯罪事实的认定,则要在确认行政不法事实的基础上,继续认定刑法所确立的“特定犯罪构成要件事实”,才能最终认定行为人的犯罪事实。这些“特定犯罪构成要件事实”,可以是“造成特定的严重后果”,针对特定对象实施不法行为,存在特定的情节,达到较高的数额,也可以是存在“违反国家规定”的行为。很显然,行政不法事实与犯罪事实具有不同的内容,行政处罚与刑事制裁所要确定的证明对象也就各不相同。这就决定了犯罪事实与行政不法事实处于完全不同的层次上,较之行政不法事实的认定而言,对犯罪事实的认定要达到更高的法律要求。

其次,在调查取证所受的法律限制方面,行政调查远远无法达到刑事侦查的法治化程度。

所谓行政调查,无非是行政人员对相对人的某一行为所进行的简便快速的调查活动。与刑事侦查活动相比,行政调查既不需要经过较为严格的内部审批或者上级审批,更不存在由检察机关主持的司法审查,而可以直接由行政人员自行进行调查取证。与此同时,行政人员在采取某种强制性调查措施时,也不需要具备较为严格的适用条件,而且在适用手段、适用对象、适用期限等方面也不会受到较为严格的法律限制。<sup>〔8〕</sup>不仅如此,行政调查属于典型的行政构造,行政人员在行政调查过程中通常都是单方面面对被调查的相对人,单方面收集证据并制作笔录,而不存在辩护人的介入和抗辩。而在刑事侦查过程中,辩护人可以向侦查人员发表辩护意见。尤其是审查逮捕程序还可能具有一定的诉讼构造,辩护人可以参加那种由检察机关主持的审查逮捕程序,并发表辩护意见。

既然行政调查所受到的法律限制并不严格,对被处罚人的权利保护也不完善,那么,由此所获取的证据材料就只能被视为“行政证据”,行政人员所认定的行政不法事实也只能被用作行政处罚的依据。相对于刑事证据而言,这些行政证据处于较低的法律位阶上;相对于犯罪事实而言,这些行政不法事实也位于较低的法律层次。

再次,在对待非法取证行为方面,行政机关与刑事追诉机关要承受不同的法律后果。

无论是行政机关还是刑事侦查机关,都要遵守法律规定的程序,在违反法定程序时,都要承受一定的法律后果。但是,在因为违反法律程序所承受的法律后果方面,行政机关与侦查机关又存在显著的差异。根据我国现行的行政处罚法,行政机关违反法定行政处罚程序的,上级行政机关或有关部门应责令改正,并可以对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予行政处分。可见,对于违反行政程序的行政人员,行政处罚法至多确立了实体性法律责任,而没有确立程序性法律后果,尤其是没有确立非法证据排除等宣告无效的程序性后果。而在司法实践中,这种针对行政人员的行政处分的情形通常都是极为罕见的,往往发生在违法情节较为严重的案件之中。<sup>〔9〕</sup>当然,在行政诉讼中,法院对于行政机关违法取得的证据,是可以作出排除非法证据决定的。但要排除这种非法证据,需要确认其达到“严重侵害他人合法权益”的程度。这导致行政诉讼中的非法证据排除规则在适用上受到极为严格的限制。<sup>〔10〕</sup>

与行政人员相似,侦查人员一旦存在违反法律程序的情形,也要承受程序和实体两个方面的法律后果。但这些法律后果要严重得多。在实体上,侦查人员严重违法违反法律程序的,如采取刑讯逼供、非法拘禁等违法行为的,既要被追究行政责任,也有可能被追究刑事责任。而在程序上,侦查人员存在非法取证情形的,检察机关和法院有可能将非法证据予以排除,从而使那些非法取得的公证证据不得转化为定罪的证据。针对不同的非法取证行为,我国刑事诉讼法确立了强制性排除、裁量性排除和瑕疵证据的补正等三种程序性后果。尤其是对侦查人员非

〔8〕 参见汤丽瑾:“论行政调查正当程序中的令状主义原则”,《政法论坛》2012年第1期,第151—157页。

〔9〕 参见杨登峰:“实体违法行政行为的改正”,《政治与法律》2015年第3期,第100—109页。

〔10〕 参见王鲲鹏:“行政诉讼中非法证据排除规则的适用——兼谈新行政诉讼法第四十三条第三款之补阙”,《山东审判》2015年第4期,第12—16页。

法取得的被告人供述,包括通过刑讯逼供、威胁、非法拘禁、利用刑讯逼供的影响力、没有依法录音录像、没有在法定场所进行讯问等非法取证行为,法院都会无条件地适用排除规则。<sup>〔11〕</sup>

对于非法取证行为确立程度不同的法律后果,反过来也会对调查人员带来程度不同的法律约束和心理威慑。在这一方面,刑事诉讼法通过非法证据排除规则对侦查人员的行为进行更为有效的限制,对其非法行为产生更为明显的遏制效果。而反观行政调查程序,在督促和遏制行政人员的非法取证方面,所产生的积极效果要减弱很多。

最后,在证明标准方面,对行政不法事实的认定最多只需达到民事诉讼的证明标准,而犯罪事实的证明则需要达到最高的证明程度。

证明标准是调查人员对案件事实的存在所形成的内心确信程度。在行政处罚中,行政人员对相对人存在违法事实的认定,并不需要太高的标准,最多达到民事诉讼的证明标准就可以了。这一标准大体上相当于“优势证据”,或者“高度的盖然性或可能性”。在例外情形下,可以考虑将证明标准提高到“清晰和令人信服的证明”这一证明标准。<sup>〔12〕</sup>具体而言,行政人员通过调查取证,只要相信相对人存在行政不法的事实,与不存在行政不法的事实相比,可能性更大一些,或者认定行为人存在行政不法行为的事实具有高度的可能性,也就足够了。按照通常的观点,至少在对行政不法事实的认定方面,并不需要达到“排除合理怀疑”的最高证明标准。

而相比之下,侦查人员通过侦查活动,对于行为人犯罪事实的认定,则要达到最高的证明标准,也就是“事实清楚,证据确实、充分”的标准。具体而言,根据这一标准,侦查人员对于行为人的犯罪事实,需要达到“排除合理怀疑”的内心确信程度。而只要对行为人的犯罪事实存在合理的疑问,侦查人员就不应将案件移送审查起诉,而应撤销案件。

行政机关即便认定行为人存在某一行政不法事实,也只能据此作出行政处罚的决定。假如侦查机关要对行为人采取进一步的刑事追诉行动,就只能将这一行政不法事实的存在视为行为人存在犯罪嫌疑的根据,但不能直接以此为根据来认定行为人存在犯罪事实。这显然说明,对于行为人存在行政不法事实的认定,远远没有达到足以确信犯罪事实成立的程度。

## 二、行政不法事实与犯罪事实层次性理论的正当性

无论是行政法还是刑法,都经常对于同一类不法行为作出相同的法律表述。很多不法行为在这两类法律中的表现形式也都是相似的。既然如此,在行政不法行为向犯罪进行转化的过程中,为什么要将“行政不法事实”与“犯罪事实”加以区分呢?为什么要将这两种事实视为处于不同位阶和层次的法律事实呢?

为使行政不法事实与犯罪事实的层次性理论得到普遍的接受,我们可以对这一理论做出必要的论证。首先,根据行政不法与犯罪的包容性原理,行为人构成行政不法行为,是构成犯罪(行政犯)的必要条件。但是,行政不法行为要转化为行政犯,还需要具备其他特定犯罪构成

〔11〕 参见陈瑞华:《刑事证据法的理论问题》,法律出版社2015年版,第103—123页。

〔12〕 参见曹恒民:“行政诉讼中证明标准的重构”,《法学杂志》2012年第8期,第150—154页。

要件。这决定了认定行政不法行为的法律条件要低于对行政犯的认定。其次,根据公共处罚后果的阶层性原理,行政处罚最多带来短期剥夺人身自由或者剥夺某种经营资格的后果,而刑事处罚则同时会带来定罪和量刑的后果,这种在剥夺行为人利益后果方面的差异,也决定了对相应事实的认定应设定不同的法律限制。再次,根据事实错误的成本差异理论,行政不法事实一旦认定出现错误,至多会带来行政处罚被推翻和被纠正的后果,而犯罪事实假如被认定错误,则会造成冤假错案的发生,带来严重的政治、社会、经济等后果。下面依次从这三个方面作出论证。

### (一)行政不法与犯罪的包容性原理

根据公认的观点,至少在那些由行政不法转化而来的犯罪案件中,行为人实施了行政不法行为,也就是违反行政法规、行政规章、行政命令等规范,构成了行政法意义上的违法者,但这并不意味着行为人构成了犯罪。与此同时,我国刑法对行政犯的认定,通常有一条基本规律:在行为人构成特定行政不法行为的前提下,又确立了某种“特定构成要件”,从而将行政不法行为的认定视为行为人构成行政犯的必要条件。可以说,在行政不法事实与犯罪事实截然不同的背后,存在着行政不法与犯罪的“包容性原理”。<sup>[13]</sup>换言之,特定犯罪包含了行政不法,行为人构成特定行政不法行为是其构成犯罪的必经阶段和必要步骤。

如何理解这种行政不法与犯罪的“包容性原理”呢?过去,刑法学界有法益侵害区别说,强调“行政不法”与“犯罪”所侵害的法益不同,国家法律设定“行政犯”和“犯罪”的立法目的不同,并以此为根据来确定行政犯的认定标准。<sup>[14]</sup>但是,这种“法益说”和“立法目的说”仍然显得有些模糊,且因认定的主观性较强,而难以形成普遍的共识。其实,犯罪与行政不法所具有的“包容性关系”,与犯罪与民事侵权所具有的“包容性关系”是一样的,都是为了建立一种统一而明确的法律秩序,根据所造成的危害后果的不同程度,而确立相对应的法律后果。在公法所确立的法律秩序中,我们之所以要区分行政法与刑法,恰恰就在于针对不同的违法行为确定层次不同的剥夺违法者利益的后果。但刑法所确立的刑事责任应当是最后的制裁后果,属于“不得已而为之”的责任追究方式。在治理公法领域中的违法行为方面,立法者对于行政处罚应当尽量优先使用,只有在行为人的违法行为造成严重后果、侵害重大利益的情况下,才可以考虑使用刑事制裁手段。由此,在行政处罚与刑事处罚之间就建立起一种层次性关系,这既给执法者或者司法机关提供了一种处罚上的选择权,也使得社会公众清楚了解自己行为的不同法律后果。

假如不确立这种行政不法与犯罪之间的包容性关系,将行政不法与犯罪置于完全无关的状态,那么,就有可能出现两种危险局面:一是行为人的行政不法行为已经造成极为严重的后果,立法者却没有确立一个适当的罪名来追究其刑事责任,这势必造成法律秩序的破坏;二是司法机关与行政机关对于行为人的同一不法行为作出相互矛盾的评价,也就是司法机关认为行为人构成某一犯罪,并对其科处刑事处罚,而行政机关却认为这一行为没有构成行政不法行

[13] 参见张明楷:“避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径”,《中国法学》2017年第4期,第37—56页。

[14] 参见孙国祥:“行政犯违法性判断的从属性和独立性研究”,《法学家》2017年第1期,第48—62页。

为,甚至作出该行为“行政合法”的判断。这两种情况显然会破坏法律适用的统一性,甚至损害法律实施的权威性。

正是出于实现法律秩序稳定性和法律适用统一性的考虑,我们才分别在公法和私法两个领域确立了两种法律关系的“包容性原理”:在公法领域,刑法与行政法具有包容性,对犯罪的认定将对行政不法的认定包含其中;而在私法领域,刑法与民法具有包容性,对民事侵权或民事违约的认定,被视为构成特定犯罪的必经之路和必要步骤。而只要我们接受了行政不法与犯罪的包容性原理,那么,行政不法事实与犯罪事实自然处于不同的层次上,对犯罪事实的认定显然要比对行政不法事实的认定受到更为严格的法律要求。

## (二)处罚后果的阶层性原理

从法律关系上说,行政法之所以将一项行为认定为“行政不法”行为,主要是因为这一行为尽管存在一定的社会危害性,但从该行为的性质、后果和处罚的必要性来看,还尚不足以达到要受到刑事处罚的程度。我国法律将那些尚不需要刑事处罚的轻微违法行为,经常纳入到行政法的调整范围。而只有在这类行为严重危及社会秩序、侵害重要利益、造成严重后果或具有其他严重情节的情况下,才将其认定为犯罪行为。可见,在行政不法行为是否成立的问题上,存在着一种行政法律关系,也就是国家行政机关与相对人之间的法律关系。只要相对人的行为触犯了某一行政法律,行政机关就可以追究其行政法律责任。<sup>[15]</sup>

但是,行为人的行政不法行为假如同时还触犯了刑法的规定,符合某种“特定的犯罪构成要件”,那么,这种行政机关与相对人之间的行政法律关系即告结束,取而代之的将是另一种法律关系,那就是国家与犯罪人之间的刑事法律关系。这种刑事法律关系存在着实体和程序两个层面的属性:在实体层面,国家一旦将某一行为认定为犯罪行为,就会对行为人追究刑事责任,在宣告其构成犯罪的前提下,对其科处特定的刑事处罚。这种刑事责任的追究要远远重于行政处罚,不仅会带来行为人被宣告为罪犯这一谴责性法律后果,而且会导致其财产、自由乃至生命受到剥夺。尤为严重的是,行为人一旦被认定为罪犯,即便在刑罚执行完毕之后,还会成为终生的罪犯——其犯罪前科将伴随其终生,使其永远处于“政治贱民”的境地,在政治、经济、社会等各个领域处于被剥夺特定资格或者无法获得平等对待的状态。

而在程序层面上,刑事法律关系还意味着国家有可能对行为人启动刑事追诉程序,对其采取立案、侦查、起诉等一系列刑事追诉措施,使其人身自由、财产、隐私等受到程度不同的限制或剥夺。从立案开始,直至生效裁判公布为止,行为人始终处于犯罪嫌疑人或者被告人的境地,处于被追诉、受审查和仅仅抗辩的境地。在刑事诉讼程序这一特定的时空范围内,行为人或者依靠自身的力量,或者在辩护人的帮助下,与刑事追诉机关进行理性的对抗,对司法裁判者进行申请、说服和协商,以便达到维护自身合法权益的效果。可以说,在程序层面上,刑事法律关系一旦成立,即意味着国家与行为人处于紧张的对立状态,行为人始终面临着刑事追诉机关的起诉。

正是考虑到行政处罚使行为人受到较轻的处罚,而刑事处罚则使行为人的利益受到最严

[15] 参见高铭喧、孙晓:“行政犯罪与行政违法行为的界分”,《人民检察》2008年第15期,第5—8页。

厉的侵害,我们才对行政处罚和刑事处罚分别设定了程度不同的法律限制,使行政程序和刑事诉讼程序分别符合不同的法治化标准。对于刑事被告人的权利保障问题,各国几乎都通过宪法来确立最低的程序标准,联合国有关人权公约往往也设定了“公正审判的最低标准”。但无论是各国宪法还是联合国公约,都没有对行政程序中的相对人确立这样的权利保障标准。其原因就在于此。与行政程序和刑事诉讼程序的法治化水平相适应,我们对行政不法事实和犯罪事实也需要设定程度不同的认定标准。在一定程度上,这些认定标准就构成了对行政处罚和刑事处罚所设定的法律障碍。对于剥夺和限制个人权利较轻的刑事处罚,行政法所设定的法律障碍就少一些,对行政不法事实的认定只需达到较低的认识标准即可完成。相反,对于那些会严厉剥夺个人权益的刑事处罚而言,刑事诉讼法乃至宪法则需要设定最高的法律障碍,对犯罪事实的认定也要达到最高的证明标准和最严格的证据要求。

### (三)事实错误的成本差异理论

对行政不法事实和犯罪事实分别设定程度不同的证明标准和证据要求,还要考虑两种法律事实一旦发生认识上的错误,究竟要承担怎样的成本问题。

在法律实践中,事实认定上发生的错误,通常会带来程度不同的政治、社会、经济上的代价,也会对国家公权力机关的公信力造成程度不同的损害。按照一般的规律,事实错误可能付出的成本越高,对事实认定所作的法律限制也就越加严格,认定该事实的标准也就越高。

行为人一旦被认定实施了行政不法行为,最多会造成其短时间人身自由被剥夺,或者公司企业被吊销某种生产、经营的资格。这种行政不法事实一旦发生认识上的错误,也就是带来错误的行政处罚,那么,对行为人的行政处罚就要加以纠正,行政机关除了解除行政处罚措施以外,也要承担一定的行政赔偿。相对于刑事诉讼中的冤假错案而言,这种错误的行政处罚所带来的道德成本和经济成本都并不高。

相反,犯罪事实一旦出现认定上的错误,就会造成冤假错案,带来沉重的政治、社会、经济后果,并对侦查机关、公诉机关和法院的公信力造成极为负面的影响。以近年来发生的内蒙古呼格吉勒图案案件、浙江张氏叔侄二人案件以及河北聂树斌案件为例,司法机关一旦发现在认定犯罪事实上出现错误,并对这种错误加以纠正,通常会带来以下后果:对行为人给予动辄数百万元的高额刑事赔偿;国家层面对行为人赔礼道歉;真凶逃脱法网,正义得不到伸张;社会公众强烈要求追究司法人员的责任,对司法制度的信任感大大下降……<sup>〔16〕</sup>一言以蔽之,犯罪事实认定所发生的错误,以及对冤假错案的纠正,使得国家承受极大的政治代价、经济代价和道德信誉损失,付出较高的司法成本。与这种司法成本相比,那种错误的行政处罚所带来的代价显然是不可同日而语的。

既然行政不法事实和犯罪事实一旦发生认定上的错误,会造成如此截然不同的代价和成本,那么,为避免行政不法事实的错误认定,我们固然需要为行政处罚设定一些法律上的限制,但是,为防止犯罪事实的认定出现错误,我们就需要设定更为严格的法律程序,对行为人提供

〔16〕 参见邓辉、徐光华:“影响性刑事冤假错案的产生、纠错、追责与民意的关联考察——以 22 起影响性刑事冤假错案为主要研究范本”,《法学杂志》2018 年第 4 期,第 63—74 页。

更为完善的法律保障,为这种事实的认定设立最高的证明标准。我们之所以提出行政不法事实与犯罪事实的层次性理论,其原因就在于此。

### 三、行政不法事实与犯罪事实层次性理论的适用(一)

#### ——行政证据在刑事诉讼中的证据能力

假如我们接受行政不法事实与犯罪事实的层次性理论,那么,就可以运用这一理论来解释一些法律规则,并进而为解决司法实践中的疑难问题找到适当的路径。在这一方面,首当其冲的问题还是行政机关在行政执法过程中所搜集的证据材料,究竟能否被采纳为刑事证据的问题。

为方便表述,对于行政机关在行政执法过程中所搜集的证据材料,我们可以简称为“行政证据”。而对侦查机关在刑事诉讼中用来指控犯罪的证据,我们也可以简称为“刑事证据”。我国刑事诉讼法允许侦查机关直接将行政机关所搜集的部分行政证据采纳为刑事证据,这部分行政证据主要是指物证、书证、视听资料和电子数据。那么,究竟为什么法律要作此规定呢?这个问题可以被拆分为两个方面:一是立法者究竟为什么要允许侦查机关直接采纳这四种行政证据?二是对于这四种实物证据以外的其他证据,侦查机关可否直接采纳为刑事证据呢?其正当理由究竟是什么?

首先来分析第一个问题。表面看来,侦查机关将部分行政证据采纳为刑事证据,这是违背行政不法事实与犯罪事实的层次性理论的。毕竟,作为一项基本原则,任何行政证据都是行政机关为认定行政不法事实而服务的,它们不能被用来证明犯罪事实的成立;侦查机关要认定犯罪事实,只能按照刑事诉讼程序重新进行调查取证,唯有侦查机关依法搜集的证据材料,才可以被作为刑事证据使用。

但是,这一原则也应存在例外情形。对于行政机关在行政执法过程中所搜集的实物证据,在侦查机关对同一案件作出刑事立案决定后,是否要弃之不用、重新进行搜集证据的活动呢?答案显然是相反的:侦查机关可以从行政机关直接接收这些实物证据,将其直接作为刑事证据使用,而没有必要再进行重新调查取证,也没有必要进行所谓的“证据转换”活动。<sup>[17]</sup>之所以要作出这一论断,原因主要有三个:一是在司法实践中大量行政案件都转化为刑事案件,假如要求行政人员只将所搜集的实物证据作为认定行政不法事实的依据,那么,侦查机关一旦接手这一案件,开启立案侦查活动,就要将原来的实物证据和相应的调取笔录弃之不用,而重新启动调查取证程序,这显然会造成司法资源的浪费,大大降低刑事侦查的效率。二是实物证据通常被称为“客观证据”,它们稳定性较强,无论是行政机关还是侦查机关,无论所适用的是行政处罚程序还是刑事侦查程序,其外观、形态、数量和内容通常不会发生实质性的变化。可以说,实物证据的取证主体和取证方式对其真实性的影响是微乎其微的。三是在实物证据的调查程序方面,行政法与刑事诉讼法的法治化程度差异不大。这两类法律都要求,调查人员在提取实

[17] 参见张晗:“行政执法与刑事司法衔接之证据转化制度研究——以《刑事诉讼法》第52条第2款为切入点”,《法学杂志》2015年第4期,第119—125页。

物证据时,要由两名法定人员进行,尽量调取原件或者原物,要做好相关的调查笔录,重要证据的搜查、扣押、勘验、检查要有见证人在场并在调查笔录上签字,等等。<sup>[18]</sup>

当然,行政人员所搜集的这些实物证据即便被采纳为刑事证据,也仅仅满足了取证主体资格这一法律要求,而并不必然具有证据能力。不仅如此,即便这些实物证据被采纳为刑事证据,它们的证明力仍然要经受全面的审查和判断。这些证据假如在真实性或者相关性方面出现问题,仍然不能被采纳为定案的根据。

下面接着讨论第二个问题。既然行政机关搜集的实物证据可以直接作为刑事证据使用,那么,行政机关搜集的其他证据材料,如鉴定意见、证人证言、被告人供述、被害人陈述以及包括勘验检查笔录、搜查笔录在内的笔录类证据,究竟可否像实物证据那样,直接转化为刑事证据呢?

从法律表述来看,刑事诉讼法显然允许侦查机关将作为行政证据的“物证、书证、视听资料、电子数据”以外的其他证据材料,直接作为刑事证据使用。那么,这里所说的“其他证据材料”究竟是指哪些证据呢?在笔者看来,这里所说的其他行政证据主要应是那些与上述四种实物证据有关联的笔录类证据材料,也就是行政人员为搜集物证、书证、视听资料和电子数据所制作的各种笔录材料,包括搜查笔录、检查笔录、勘验笔录、扣押清单、提取笔录,等等。道理很简单,既然立法机关允许侦查人员将行政人员搜集的四种实物证据采纳为刑事证据,那么,行政人员为搜集这些实物证据所制作的相关笔录,也应一同被提交给侦查机关。假如侦查人员对于行政人员移交的实物证据“照单全收”,却对行政人员记录这些搜集证据活动过程的笔录拒绝接收,那么,这岂不就将实物证据与搜集过程的证据材料人为地予以分离了吗?难道侦查人员在接受了四种行政证据之后,还要重新进行搜查、扣押、勘验、检查、提取等活动,并重新制作相关笔录吗?这岂不违背刑事诉讼法设立这一条款的立法目的吗?

在证据法理论上,实物证据与搜集这些实物证据的笔录类材料,可以分别被称为“结果证据”和“过程证据”。<sup>[19]</sup>根据结果证据与过程证据不可分离的原则,侦查机关在将这些实物证据采纳为刑事证据的同时,也应将记载搜集证据过程的笔录类证据采纳为刑事证据。这一结论应该还是比较合理的。

那么,对于行政人员搜集的言词证据笔录,如被告人供述、证人证言、被害人陈述等,侦查人员可否直接采纳为刑事证据呢?答案是否定的。笔者下面从三个角度对此加以论证。首先,言词证据又被称为“主观证据”,其稳定性较弱,其真实性经常会因为取证主体和取证手段的变化而发生程度不同的变化。与实物证据相比,言词证据会受取证主体与案件的利害关系、取证主体的讯问(询问)方式等因素的影响而呈现出不稳定的状态。刑事诉讼法要求唯有两名以上侦查人员在场,才能获取讯问或询问笔录,其原因就在于此。其次,行政法和刑事诉讼法对于言词证据的取证程序提出了差异较大的法律要求。侦查人员在讯问或询问过程中,被禁

[18] 无论是在调查取证的程序控制方面,还是在适用非法证据排除规则方面,我国刑事诉讼法对于实物证据的适用都没有确立较为严格的法律规则。与言词证据相比,实物证据在证明力和证据能力上要受到较为宽松的限制。参见陈瑞华,见前注[11],第103页。

[19] 参见陈瑞华,见前注[11],第270页。

止采取刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法取证手段,被禁止接受意见证据,对于未成年人或精神病人的陈述,侦查人员也受到严格的法律限制。尤其是在讯问被告人方面,刑事诉讼法为防止侦查人员出现非法取证情况,做出了更为严格的法律限制,如在逮捕、拘留后 24 小时之内要将其送交看守所进行羁押;在这一时间内也要进行第一次讯问;讯问要在看守所内进行;对于重大案件的嫌疑人进行讯问要同步全程录音录像,等等。这些对侦查人员所作的法律限制在行政调查过程中显然是不存在的。再次,刑事诉讼法针对侦查人员非法取证问题所确立的非法证据排除规则,主要是针对非法言词证据。尤其是对于侦查人员通过刑讯逼供、威胁、非法拘禁等非法手段所获取的被告人供述,以及通过暴力、威胁、非法拘禁等非法手段所获取的证人证言、被害人陈述等,都确立了强制性的排除后果。而反观各种行政法律和法规,对于行政人员以非法手段所获取的言词证据,却极少有排除非法证据的制裁性后果。在行政执法实践中,行政机关因为行政人员非法获取行政证据而将其排除于行政处罚根据之外的情况,一般很少发生。

除了言词证据以外,行政人员在行政执法过程中所搜集的鉴定意见,能否直接被侦查人员采纳为刑事证据呢?

在这一问题上,我们有必要将行政人员通过委托鉴定机构和鉴定人所作的鉴定意见,称为“行政鉴定意见”,而将侦查机关委托或者聘请有鉴定资格的机构或个人所作的鉴定意见,称为“司法鉴定意见”。在笔者看来,如同行政机关搜集的言词证据一样,行政鉴定意见也只能作为证明行政不法事实成立的证据材料,而不能被采纳为刑事证据使用。这里也可以从三个方面进行解释。其一,刑事诉讼法对鉴定机构和鉴定人有明确的鉴定资格要求,无论是鉴定机构还是鉴定人,在不具备特定鉴定资格的情况下所出具的鉴定意见,一律不得作为定案的根据。相比之下,行政诉讼法对于鉴定机构和鉴定人的鉴定资格并没有过于严格的限制,或者即便作出了一定限制,也与刑事诉讼法所作的限制属于完全不同的两套法律体系。例如,对于那些行为人涉嫌污染环境的案件,行政机关在行政处罚过程中经常委托环保行政机关下设的环境科学研究机构出具鉴定意见,也经常没有自然人的签字或者盖章。这种鉴定意见被用在行政程序中是没有太大问题的,但因为这种鉴定机构不具有司法鉴定资格,且鉴定意见不符合刑事诉讼法所要求的形式要件,因此不能作为刑事证据使用。又如,对于那些行为人涉嫌制造或销售假冒伪劣食品、药品的案件,食品药品监督管理部门经常自行对案件专门性问题作出鉴定意见,并将此作为行政处罚的依据,但这类鉴定意见并不符合刑事诉讼法的要求,也不能被直接作为刑事证据使用。其二,行政鉴定意见与司法鉴定意见所发挥的证明作用具有实质性的差异。由于行政不法事实与犯罪事实存在着实质性的差异,行政鉴定意见至多对行为人是否存在行政不法行为提供专业意见,而对于行为人是否存在“特定犯罪构成要件”,却难以起到直接的证明作用。其三,行政鉴定意见与司法鉴定意见在形式要件上存在实质性差异。相对于行政鉴定意见而言,司法鉴定意见要被采纳为刑事证据,就要具备刑事诉讼法所确立的各种法律要求。例如,作为鉴定检材的物证、书证、视听资料、电子数据,必须要是来源可靠的,并且没有受到污染而具备鉴定条件的;鉴定必须符合法定的司法鉴定操作规程;鉴定意见必须有自然人的盖章或者签字,而不能仅仅有单位的盖章,等等。违背这些法定的形式要件,司法鉴定意见一律不得被采纳为认定行为人犯罪的根据。

## 四、行政不法事实与犯罪事实层次性理论的适用(二)

### ——“行政认定函”和“行政处罚决定书”的证明力

在我国司法实践中,行政机关在行政执法过程中经常会出具对案件专门性问题加以认定的“行政认定函”,也会对行为人作出“行政处罚决定书”。而在案件被公安机关作出刑事立案决定之后,这些“行政认定函”和“行政处罚认定书”往往被直接作为刑事证据使用,甚至被法院采纳为定案的根据。例如,在涉及证券类犯罪的刑事案件中,公安机关经常单方面提请证券监督管理部门就相关专业问题出具一份认定函。在一些重大内幕交易案件中,公安部就经常商请中国证监会出具一种“认定函”,这种“认定函”以公安部单方面提供的“案件事实”为根据,对诸如“价格敏感期”“内幕信息”“知情人”等事实问题作出确认,并对行为人实施内幕交易行为作出了法律上的定性。又如,对于生产、销售假药或劣药的案件,食品药品监督管理部门也经常出具这类“认定函”,对那些存有争议的药品属于“假药”或者“劣药”作出行政认定。再如,对于那些涉及交通肇事、虚开发票、侵犯知识产权、污染环境、生产销售伪劣产品等方面的案件,行政机关所作的处罚决定书,在案件转化为刑事案件之后,经常被移交公安机关,甚至被法院采纳为定罪的根据。

对于这种行政认定函或行政处罚决定书的证据效力问题,很多辩护律师都提出了异议。其中,对于行政认定函的证据能力问题,律师通常的辩护理由是,这种认定函不属于我国刑事诉讼法规定的任何一种证据种类,既不属于书证,也不属于鉴定意见,存在着“证据形式不合法”的问题。因此不能作为定案的根据。例如,在不少内幕交易案件中,律师通常认为,无论是公安部还是中国证监会,都不是法定鉴定机构,它们出具的书面材料不能作为认定诸如内幕信息、内幕信息知情人以及价格敏感期等案件事实的依据。除此以外,还有律师提出第二种辩护理由,认为中国证监会作为国家主管证券监督管理事务的行政机关,只能作出行政处罚决定,所收集的证据也只能是用作行政处罚的依据。该机关并不是刑事侦查机关,无权收集犯罪证据,所出具的行政认定函也不能作为刑事诉讼证据使用。而对于行政处罚决定书的证据能力问题,辩护律师一般都认为,这种处罚决定书属于行政机关实施行政处罚的法律文书,所认定的是行为人行政不法的事实,所适用的也只是行政法律或法规,它们既无法对行为人构成犯罪的行为作出认定,更难以对相关刑罚条款作出适用。因此,这类处罚决定书充其量只能被作为量刑证据加以适用,而不能成为法院认定犯罪事实的依据。<sup>〔20〕</sup>

然而,对于律师界的辩护意见,法院通常持反对的观点,认为这种行政认定函和行政处罚决定书具有证据能力,可以作为刑事诉讼证据使用。

在对一些内幕交易案件所作的解释中,一些刑事法官详细阐明了对行政认定函证据能力问题的看法。这种看法主要包括三个方面:其一,中国证监会作为证券市场最高主管机构,具有认定内幕信息的法定职权,有权针对证券方面的问题作出专业认定意见,这种意见不仅来源

〔20〕 参见陈瑞华:《刑事辩护的艺术》,北京大学出版社2018年版,第107—121页。

合法,而且属于独立于鉴定意见的证据种类。与此同时,中国证监会的认定函所确认的有关内容与案件事实具有相关性,该认定函所认定的内幕信息、价格敏感期等,是认定案件是否构成内幕交易罪的关键,与行为人内幕交易行为具有直接的联系。其二,中国证监会出具的认定函尽管属于对案件事实所做的专业性判断意见,在内容上具有鉴定意见的性质,但因为出具意见的主体并不具有鉴定机构和鉴定人的法定资质,因此在证据类型上不宜被归类为鉴定意见。这类认定函大体上可被视为一种“公文书证”。这类公文书证通常要由行使法定职权的机构按照法定程序予以制作,除了文件要素齐备以外,还要有单位加盖公章或者负责人的签字。中国证监会的认定函是由该证券监管机构在法定职权范围内,依照法定程序所制作的专业认定意见,符合公文书证的基本要求。其三,自2012年以后,我国刑事诉讼法允许侦查机关将行政机关在行政执法中收集的四种实物证据作为刑事诉讼证据使用。据此,中国证监会在协助查办证券期货类案件过程中所出具的行政认定函,作为一种特殊的书证,既可以成为该机构作出行政处罚的证据,也可以作为检察机关指控犯罪的证据。<sup>[21]</sup>

按照这种逻辑,除了证券监督管理部门以外,其他行政机关也具有相关行政管理职权,也有权针对专门问题出具这类专业意见,这类意见也具有“公文书证”的性质,根据刑事诉讼法的规定,这类公文书证也可以直接被作为刑事证据使用。由此,公安机关对治安案件出具的专门意见,环保部门对危险废物出具的专门意见,食品药品监督管理部门对假药或劣药出具的专门意见,工商管理部门对有毒有害食品出具的专门意见等,都可以成为这种“公文书证”,也都可以被直接作为刑事证据使用。<sup>[22]</sup>

不仅如此,假如这种逻辑成立的话,那么,行政机关所作的行政处罚决定书,也属于行政机关“依法”和“依职权”作出的决定,也具有“公文书证”的性质,也应直接被采纳为刑事证据,甚至被法院采纳为定案的根据。

那么,法院将行政机关出具的“认定函”采纳为刑事诉讼证据,这究竟能否成立吗?答案是否定的。这是因为,中国证监会固然有权对证券监管问题发表专业意见,但其只能针对抽象性法律适用问题发表专业意见,而对于具体的刑事案件,则无论是事实认定还是法律适用,都无权发表专业意见。迄今为止,我国只授权司法鉴定机构和鉴定人对具体案件所涉及的专门性问题发表专业意见,而中国证监会作为最高证券监管机构,显然不是法定鉴定机构,证监会的工作人员也不具有司法鉴定人的法定资质,显然该机构无权出具任何形式的鉴定意见。

行政机关出具的认定函究竟是不是所谓“公文书证”呢?答案也是否定的。这是因为,无论是所谓的“公文书证”还是普通书证,都应当形成于刑事案件发生之前或者过程之中,而不能形成于刑事案件发生之后,更不应形成于刑事诉讼过程之中。中国证监会之所以出具所谓的“认定函”,通常是因为公安部向其提交了商请提供专业认定的函件,而公安部则是应刑事案件的侦查机关的请求,才商请中国证监会出具专业意见的。这显然说明,中国证监会出具专业认定意见的行为,发生在刑事侦查过程之中,这种认定意见显然属于在刑事诉讼过程之中形成的书面材料。这种证据材料与侦查机关调取的其他“情况说明类材料”一样,并不具有书证的性

[21] 参见赵靓:“内幕交易案件审判实务若干难点探析”,载《上海证券报》2016年5月18日,第010版。

[22] 参见时延安、黄焯璇:“行政认定的刑事司法审查”,《人民检察》2017年第17期,第11—15页。

质,更谈不上什么“公文书证”了。究其实质,这类“认定函”应被归入广义的“书面证言”的范围,也就是中国证监会的工作人员根据公安部提供的案卷及其他书面材料,对相关刑事案件提供了“意见证据”。只不过,由于这类认定函是由中国证监会加盖公章的书面材料,没有自然人的签名或者盖章,法院没有将其视为书面证言罢了。既然这类“行政认定函”具有证人证言的性质,那么,它们在刑事诉讼中就不具有证据能力,侦查机关也不能将其直接采纳为刑事证据,法院更不能将其采纳为定案的根据。

那么,行政机关所作的行政处罚决定书,究竟能否作为刑事证据使用呢?从形式上看,行政机关所作的“行政处罚决定书”具有“公文书证”的性质。但是,这种决定书在刑事诉讼中却不具有相关性,因而不具有证明力。<sup>[23]</sup>这是因为,行政处罚认定书只是对行为人行政违法事实的认定,是依据行政法律和法规对行为人行政法律责任的一种确定,它与行为人是否实施犯罪行为没有必然的联系。一个人承担行政法律责任,与其是否承担刑事责任,是完全独立的两个问题,需要分别作出判断。我们不能因为行政机关认定行为人承担行政责任,而据此推断其必然承担刑事责任。否则,我们会混淆行政法律责任与刑事责任的界限。

对于“行政认定函”与“行政处罚决定书”在刑事诉讼中的证据能力问题,我们通过运用行政不法事实与犯罪事实的层次性理论,就可以得到更有说服力的解释。

原则上,行政机关的出具“认定函”也罢,所作出的“处罚决定书”也罢,都只是对行为人的“行政不法事实”所作的权威认定,而无法对行为人的“犯罪事实”作出认定。在出具上述两种书面材料之前,行政机关既没有遵循刑事诉讼法所确立的严格法律程序,也没有受到刑事非法证据排除规则的约束,对于行政不法事实的认定最多只是达到“优势证据”的证明程度,也就是将行为人实施行政不法行为与没有实施这种行为相比,前者的可能性更大一些。这种事实认定根本无法达到“事实清楚,证据确实、充分”的程度,无法排除裁判者的“合理怀疑”。既然如此,“认定函”对行为人行政不法事实的认定,也只能在行政处罚程序中具有证据能力,“行政处罚决定书”也只是追究行为人行政责任的决定文书。它们都达不到刑事诉讼中认定被告人构成犯罪的法律要求,也无法使人对行为人实施犯罪行为这一事实形成内心确信无疑的程度。

行政机关在“认定函”中所认定的专业意见,经常涉及对“案件事实”的认定,它们所依据的通常都是公安机关等方面提交的案卷材料。这些案卷材料只是公安机关的一面之词,并且都属于传来证据材料,无法在证据能力和证明力方面接受全面的审查和验证。更何况,行政机关不可能采取司法裁判的方式,给予行为人一方提出证据、进行质证和作出辩解的机会。通过这种书面的、秘密的和间接的证据审查方式,行政机关就作出不利于行为人的“行政认定函”,这既无法保证所认定的“案件事实”的真实性,也难以维护认定函出具程序的公正性。更何况,像中国证监会那样的行政机关,不是国家司法机关,不享有司法裁判权,凭什么对案件事实作出权威认定呢?照此下去,行政机关不就超越职权范围,代替法院行使司法裁判权了吗?

行政机关所作的处罚决定书,更是包含对行为人行政不法事实的直接认定。行政机关认定这种“案件事实”的依据,都是在行政执法过程中搜集的各种证据材料。根据行政不法与犯

[23] 参见王崇青:“行政认定不应作为行政犯认定的前置程序”,《中国刑事法杂志》2011年第6期,第17-21页。

罪的包容性原理,行政机关的证据材料最多只是证明行为人存在行政不法行为,而没有办法证明行为人存在“其他犯罪构成要件”,因此,仅凭这些证据材料,根本不足以认定行为人的犯罪事实。例如,行政处罚认定书认定了行为人存在“非法经营”的行为,却不一定证明行为人“违法国家规定”;这种决定书认定了行为人存在“虚开增值税发票”的行为,却难以证明行为人“不存在任何真实交易”这一事实;这种决定书可以证明行为人“污染环境”的事实,却无法证明行为人排放的是刑法所要求的“危险废物”;这种决定书可以证明行为人对名胜古迹进行了损害行为,却未必能证明这种损害达到“损毁”的程度……对这些“特定犯罪构成要件”的认定,根本不属于行政机关在行政处罚过程中所要完成的任务,而应属于刑事侦查机关通过侦查活动所要达到的法律要求。既然如此,行政处罚决定书对于行为人的犯罪行为就不具有证明力。

## 五、层次性理论的例外

将行政不法事实与犯罪事实视为两个不同层次上的“法律事实”,对行政机关搜集的证据、认定的事实和作出的决定,在刑事诉讼中加以严格限制,这既符合行政程序的规律,也有助于贯彻刑事法治的理念。但是,假如在任何情况下都严格区分这两种法律事实,使得刑事追诉机关一律不采纳行政证据,或者不将行政不法事实作为认定犯罪事实的根据,这也是不切实际的。毕竟,这种层次性理论的严格适用,会造成行政处罚程序与刑事诉讼程序的断裂,侦查人员经常需要将行政人员所作的调查工作予以废弃,重新进行调查取证,重新对案件事实进行审查核实。这显然会造成侦查人员的重复性劳动,造成诉讼效率的严重下降,导致诉讼成本的增加,使得司法资源受到无谓的浪费。因此,我们需要考虑为行政不法事实与犯罪事实的层次性理论设定若干适用上的例外情形。

其实,自2012年以来,我国刑事诉讼法允许将行政人员搜集的四种实物证据作为刑事证据加以适用。这本身就意味着立法者不再将行政执法程序与刑事诉讼程序进行完全割裂,而兼顾了这两种程序的衔接问题。<sup>[24]</sup>这显然可以被视为行政不法事实与犯罪事实层次性理论在适用中的一种例外情形。

2018年3月,我国立法机关通过了《国家监察法》,将原来由检察机关行使的职务犯罪侦查权转隶给监察委员会。监察委员会在对公职人员涉嫌腐败的案件加以立案之后,通过一次调查活动,既完成了党纪调查和政务调查,也进行了刑事调查。监察委员会在不执行刑事诉讼法、不行使刑事侦查权的情况下,通过调查,发现案件符合刑事起诉条件的,可以将案件移送检察机关审查起诉。对于监察委员会移送过来的所有证据材料,检察机关都要作为刑事证据加以使用。这种对党纪调查、政务调查与刑事调查(事实上的刑事侦查)不加区分的制度,必然造成监察委员会所认定的违纪事实、政务违法事实与犯罪事实的完全混同。<sup>[25]</sup>尽管监察委员会被视为不同于行政机关和司法机关的“政治机关”,但这种将三类调查所获取的证据不加区

[24] 参见陆建军、陈茹英:“行政执法证据与刑事司法证据衔接须解决三个问题”,《人民检察》2014年第19期,第74页。

[25] 参见陈瑞华:“论监察委员会的调查权”,《中国人民大学学报》2018年第4期,第10—20页。

分、将三类不法事实进行混同的制度安排,显然也属于行政不法事实与犯罪事实层次性理论的一种重要例外情形。

那么,对于这种层次性理论的适用,究竟是否要设立其他方面的例外情形呢?

笔者认为,无论是立法机关还是司法机关,在对行政机关搜集的证据材料和认定的行政不法事实加以取舍时,经常具有一种“非此即彼”的思维方式,也就是要么将这些证据材料全都排除在刑事证据之外(如2012年刑事诉讼法颁行之前),要么将这些证据材料不加区别地采纳为刑事证据(如近年来司法实践中的普遍惯例),要么将行政机关认定的行政不法事实全都予以接纳(如刑事法官对“行政认定函”作为刑事证据的普遍认可)。而司法机关在刑事诉讼中对行政证据和行政不法事实的无原则“照单全收”,则在很多案件的刑事诉讼中引发了普遍的争议。

为避免这种思维方式可能出现的消极后果,我们可以考虑接受“认罪认罚从宽”的改革思路,在嫌疑人、被告人自愿认罪认罚的案件中,对于犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人无异议的行政证据,尤其是那些由行政机关制作的谈话笔录、询问笔录或者讯问笔录,检察机关可以将其直接作为刑事证据使用,法院经过举证、质证和辩论程序,也可以将其直接采纳为定案的根据。与此同时,对于行政机关针对案件专门问题出具的“行政认定函”,以及行政机关作出的处罚决定书,嫌疑人、被告人及其辩护人没有任何异议的,检察机关也可以将其作为指控犯罪的证据,法院经过当庭质证程序,也可以将其采纳为定案的根据。

与此同时,为避免行政机关出具的行政鉴定意见无法转化为司法鉴定意见,也可以考虑将行政鉴定与司法鉴定进行有机的整合,在对行政鉴定作出严格限制的前提下,使得任何从事行政鉴定的机构和人员,也同时具备从事司法鉴定的资格。这些鉴定机构和鉴定人员在行政程序中所出具的鉴定意见,既可以作为认定行政不法事实的根据,也可以成为认定犯罪事实的证据材料。当然,作出这种调整的前提条件,应当是对行政鉴定体制作出彻底改革,废止那种由行政机关随意委托鉴定机构或鉴定人的做法,由司法行政机关建立统一的鉴定机构和鉴定人名册。无论是行政机关还是侦查机关、司法机关,在需要对专门性问题组织鉴定的时候,都要从同一份鉴定名册中遴选鉴定机构和鉴定人。至于行政鉴定意见对案件是否符合“特定犯罪构成要件”所无法涵盖的地方,还可以由侦查机关、检察机关或者法院委托名册上的鉴定机构或鉴定人进行补充鉴定,或者进行重新鉴定。

## 六、结 论

我国刑事司法实践中普遍存在着“行政法与刑法交叉适用”的问题。刑事追诉机关经常将行政不法事实与犯罪事实加以混同,要么将行政机关搜集的行政证据直接采纳为刑事证据,要么将行政机关制作的行政认定函或行政处罚决定书作为认定犯罪事实的根据。为解决这方面的问题,刑法学界提出了行政不法与犯罪的包容性理论,试图从实体上界定这两种不法行为的界限,以避免司法机关随意地将行政不法转化为犯罪。但在程序和证据层面上,我们也有必要对行政不法转化为犯罪的问题进行必要的限制。本文所论证的行政不法事实与犯罪事实的层次性理论,就是为解决这一问题而提出的。

这一层次性理论的核心,在于将行政不法事实与犯罪事实视为处于两个不同位阶的法律

事实,两者无论是在证明对象、调查取证的方式、对非法取证的救济还是在事实认定标准方面,都存在着实质性的差异。对行政不法事实的认定,是认定相关犯罪事实的前提。但要完成犯罪事实的认定过程,还需要有证据证明“特定犯罪构成要件”的成立。反过来说,我们一般不能将行政证据直接采纳为刑事证据,更不能将行政不法事实直接认定为犯罪事实。

坚持这一层次性理论,固然有助于我们从理论上提出解决相关问题的思路。但也应认识到,这一理论的适用,其实是有代价的,也会付出相当大的成本。现行法律已经为此设定了两个方面的例外。但要走出当前的困境,还可以考虑引入“诉权处分”的因素,允许被告方在认罪认罚案件中自愿接受行政证据的证据能力,或者自愿承认行政认定函或行政决定书的证明力。与此同时,可以考虑对行政鉴定和司法鉴定进行有机整合,建立统一的鉴定名册制度,使得行政鉴定意见可以直接成为司法鉴定意见。

在行政不法事实与犯罪事实的认定过程中,坚持法治底线是十分重要的。这也是解决问题的前提条件。但在制度安排方面也要保持适度的灵活性,设定一些必要的例外。这一方面可以使原则具有存在的可能性,另一方面也对原则限定了适用范围,从而使制度保持最大的弹性,从而有效应对多元化的社会需要,实现多方面的法律价值。

---

**Abstract:** The Chinese Criminal Law has established a large number of crime based on administrative violation. If the judge wants to affirm this kind of crime, he should affirm the administrative illegality and the fact conforming to specific constitutive elements at the same time. According to the inclusiveness principle of administrative penalty and crime, the stratification theory of two consequences of punishment and the cost theory of two factual errors, we regard the administrative violation and crime as two facts of different legal levels. They have substantial differences in the object of proof, the way of investigation, the relief of illegal evidence collection and the standard of affirming the fact. According to the theory, the law needs impose strict restrictions on the conversion of administrative evidence to criminal evidence. The conclusion of administrative penalty determination made by administrative organ has no pre-judgmental effect on criminal judicial organ. Certainly, some exceptions to the stratification theory can be established in some specific occasions, based on the consideration of practical elements, such as efficiency and convenience.

**Key Words:** Administrative Sanction; Administrative Crime; Administrative Illegal Fact; Criminal Fact; The Stratification Theory

---

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:范华瑶)