

初查的行政执法化改革及其配套机制

——以公安机关“行刑衔接”为视角

张泽涛*

内容提要：实践中公安机关的初查已经变相替代了侦查，大量行政执法手段渗透到初查环节，导致了初查的侦查实质化等诸多弊端。应取消刑事立案程序或者降低刑事立案标准，对刑事犯（自然犯）直接启动侦查；对行政不法，经过初查确定构成行政犯（法定犯）之后转换为刑事侦查。从权力属性看，初查属于行政执法行为。刑事案件追诉标准的具体化和大数据在公安执法中的运用，使初查的行政执法化有了数据标准和技术支撑；立法规定行政证据在刑事诉讼中的使用，使初查取证与刑事证据的衔接具备了制度前提，也是对公安司法机关执法和司法解释经验的认可。为实现初查的行政执法化改革，应细化和系统化公安机关刑事案件追诉标准，修改2020年《公安机关办理行政案件程序规定》第65条，充分发挥大数据在办案中的大引擎作用，按照比例原则提高公安机关实施行政执法行为的标准，加强对公安机关“行刑衔接”类案件和行政执法程序的监督，规范行政证据转换为刑事证据的制约机制。

关键词：初查 行政执法 行刑衔接

一直以来，在公安机关的刑事司法实践中，初查就是刑事立案的前置环节。由于刑事诉讼法规定的刑事立案标准较为严苛等原因，实践中初查已经变相替代了侦查，公安机关的行政执法手段大量渗透到初查环节，从而在初查阶段就基本完成了侦查阶段的取证任务。由此滋生的弊端是：初查的侦查实质化；规避刑事诉讼法的程序控制；侵犯犯罪嫌疑人的权利；虚置非法证据排除规则；回避检察机关的监督；为公安机关“不破不立”和推诿立案提供了合法手段；导致犯罪率和破案率等统计数据失真。比如，2020年《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称“刑事案件程序规定”）要求初查“不得对被调查对象采取强制措施，不得查封、扣押、冻结被调查对象的财产，不得采取技术侦查措施”。但是，公安机关在初查中往往大量使用留置盘问、治安拘留等行政强制措施以替代拘传、刑事拘留等刑事强制措施，从而规避上述要求。虽然公安机关以初查之名行侦查之实的问题较为严重，但学界对此并未予以足够重视。〔1〕

* 广州大学法学院教授。

本文受2019年中宣部文化名家暨“四个一批”人才工程项目资助，亦系2018年国家社科基金项目“公安机关刑事侦查与行政执法衔接机制研究”（18BFX071）的成果。

〔1〕以“初查”为关键词，于2021年2月1日检索北大法宝期刊数据库，共有文章62篇，其中只有7篇针对公安机关的初查，其余则探讨检察机关自侦案件中的初查。

2019年5月,习近平总书记在公安工作会议上指出:公安机关必须公正文明执法,完善执法运行体系和管理制约监督体系。^[2]2015年中共中央《关于全面深化改革若干重大问题的框架意见》提出“建设中国特色社会主义法治体系相适应的现代警务运行机制和执法权力运行体系”。^[3]显然,实践中初查程序的运行状况,是与加强公安机关执法规范化、法治化的要求相背离的。

笔者认为,初查程序的改革以及如何构建中国特色的刑事侦查启动模式,应结合刑法乃至行政法的相关规范及理论来进行。因为“只有将刑法与刑事诉讼法立法密切联系起来,树立整体意识,立法才不会犯两法衔接不畅的错误,才能减少冲突,实现系统性配合”。^[4]刑法学界的基本共识是犯罪分为行政犯(法定犯)和刑事犯(自然犯),^[5]行政不法是成立行政犯的前置条件。公安机关的初查从法理上看属于行政执法范畴,如果公安机关在行政执法过程中发现行政不法达到了入罪标准,则直接启动侦查程序,或者进行形式化的立案审查后转入侦查程序,以实现行政执法与刑事侦查的无缝衔接;对于杀人、放火、强奸等刑事犯(除盗窃等个别侵犯财产类犯罪以外),应降低刑事立案标准,进行简单的形式化立案审查,只要认为涉嫌构成犯罪,即应启动侦查程序。这种刑事侦查启动程序的改革思路,也在一定程度上解决了刑事立案标准严苛所导致的学理和实务难题。

上述改革思路,不仅符合全面依法治国的时代要求,也具有制度前提和经验支撑:十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出“健全行政执法和刑事司法衔接机制,完善案件移送标准和程序……实现行政处罚和刑事处罚无缝对接”;行政违法/犯罪的二元立法模式、行政犯与刑事犯的划分,为初查的行政执法化提供了交叉学科的理论支撑;刑事追诉标准的具体化和明确化以及立法上确认行政证据在刑事诉讼中的使用,为“行刑衔接”提供了制度通道;警务、检务综合平台的互联互通,为初查的行政执法化提供了技术支撑。

一、初查程序的运行现状

初查之所以被学者称为“法外程序”,是因为刑事诉讼法中历来没有规定初查,而只是在“刑事案件程序规定”中对初查作了原则性规定。由于制度设置上的粗陋,公安机关的初查在实践运行中存在诸多弊端。

第一,初查侦查实质化,公安机关将大量行政执法手段运用于初查环节。刑事诉讼法关于立案条件规定一直是“认为有犯罪事实需要追究刑事责任”。然而,立案只是启动刑事诉讼程序的起始阶段,既要求查清犯罪构成要件事实,还要判断是否应当追究刑事责任,这对公安人员而言显然勉为其难。笔者调研了北京、广东、湖北、湖南、河北以及贵州等地的基层公安机

[2] 参见张洋:《坚持政治建警改革强警科技兴警从严治警,履行好党和人民赋予的新时代职责使命》,《人民日报》2019年5月9日第1版。

[3] 参见周栋梁:《人民群众对安全和公正的期待是我们的奋斗目标——公安部副部长黄明就全面深化改革有关情况答记者问》,《人民公安报》2015年2月16日第2版。

[4] 雷连莉:《刑法与刑事诉讼法关系再认识:困境及出路》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2011年第6期,第63页。

[5] 参见马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版,第89页;黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第52页;张明楷:《自然犯与法定犯一体化立法体制下的实质解释》,《法商研究》2013年第4期,第46页。

关,在具体的操作实践中,公安机关对受理的案件进行审查后,如果决定立案,须填写《刑事立案报告表》,载明犯罪的“六要素”,即时间、犯罪嫌疑人、犯罪过程、主观动机、犯罪结果、适用的刑法条文以及犯罪嫌疑人是否具备刑事诉讼法规定的免于追究刑事责任的情形,报公安机关负责人审批。由此可知,实践中立案标准基本上已经等同于侦查终结标准,这使得实践中的初查已经侦查实质化了。

虽然“刑事案件程序规定”要求初查时不得采取限制被调查对象人身、财产权利的措施,但刑事诉讼法赋予了公安机关在立案前对违法犯罪嫌疑人进行“口头传唤”和紧急情况下先行刑事拘留的权力。警察法规定,对于涉嫌违法犯罪的人,可以采用一些通用的措施,如强行带离现场、盘问、使用武器、使用警械、优先使用交通工具等,这构成了对刑事诉讼法的补充。^[6]治安管理处罚法、行政处罚法中规定了公安机关一系列的调查取证权和实施行政强制措施的权利,其与刑事诉讼的侦查权并无实质区别,而且适用起来更加简便易行。^[7]而2020年《公安机关办理行政案件程序规定》(以下简称“行政案件程序规定”)第65条指出:“无法确定为刑事案件或者行政案件的,可以按照行政案件的程序办理。”实践中,对于受案之初难以判定案件性质的,公安机关通常通过行政执法程序处理。

任何国家的警察实际上都会进行大量的裁量性执法。^[8]作为肩负行政执法和刑事侦查双重职责的公安机关,往往会结合刑事诉讼法、警察法、治安管理处罚法、行政处罚法以及有关办理刑事案件和行政案件程序的规范性文件的规定,在初查阶段交替运用调查取证手段和限制人身自由的行政强制措施,将案件事实调查清楚后再予以刑事立案。也就是说,初查阶段调取证据往往“混杂了盘问、检查、人身搜查、人身检查、鉴定等行政执法以及刑事侦查手段,司法实践中,执法人员运用自如,环环递进”。^[9]由此,公安机关的行政取证和行政强制措施已经大量渗透到初查中。^[10]过往的实证研究也印证了这一点:在公安机关的执法实践中,刑事诉讼法上的搜查很少被运用,公安机关更多是根据行政法律法规的授权,通过人身搜查、场所检查等方式实现本应由刑事搜查才能实现的目的——查获犯罪人和发现证据,这种行政治安检查替代刑事搜查的比例超过了90%;^[11]99%的犯罪嫌疑人均是前期被公安机关行政留置后,再转为刑事拘留和逮捕的。^[12]2012年修改刑事诉讼法之后,这种状况并没有实质性改变,有些派出所的留置适用比例甚至达到了94%。^[13]

总之,与立法规定的办案流程(立案—强制性措施—侦查终结)不同,现实中的办案流程常常是“先采取强制性措施—获取询问笔录等证据以满足立案条件—立案—拘捕—侦查终结”,具有较强的“先侦后立”色彩。^[14]这样做的结果是,初查环节基本完成了侦查阶段的取证任务,尤其是大量行政执法手段的渗透,使得在初查阶段“该做的都做了,不该做的转

[6] 参见秦策:《刑事程序比例原则构造方法论探析》,《法学研究》2016年第5期,第169页。

[7] 参见张泽涛:《论公安侦查权与行政权的衔接》,《中国社会科学》2019年第10期,第160页。

[8] 参见[美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义》,毕洪海译,商务印书馆2009年版,第91页。

[9] 李震山:《行政法导论》,三民书局2009年版,第291页。

[10] 参见蒋勇、陈刚:《公安行政权与侦查权的错位现象研究——基于警察权控制的视角》,《法律科学》2014年第6期,第76页。

[11] 参见左卫民:《规避与替代——搜查运行机制的实证考察》,《中国法学》2007年第3期,第117页以下。

[12] 参见马静华:《侦查到案制度比较研究》,《中国法学》2009年第5期,第139页。

[13] 参见马静华:《新〈刑事诉讼法〉背景下侦查到案制度实施问题研究》,《当代法学》2015年第2期,第118页。

[14] 参见周长军:《现行犯案件的初查措施:反思性研究——以新〈刑事诉讼法〉第117条对传唤、拘传的修改为切入》,《法学论坛》2012年第3期,第25页。

换形式也做了”。^[15]

第二,侵犯侦查阶段犯罪嫌疑人的辩护权等诸多诉讼权利。刑事诉讼法中所有保障犯罪嫌疑人诉讼权利的条款的适用都以立案为时间节点,因此,以初查之名行侦查之实,规避了法律对侦查措施的严格规范,必然会侵犯犯罪嫌疑人本应在侦查阶段享有的诉讼权利。首先,侵犯犯罪嫌疑人的辩护权。犯罪嫌疑人在侦查阶段既可以自行辩护,也可以委托辩护,还可以会见辩护律师并获得法律帮助。辩护律师可以核实证据、申请调查取证,为犯罪嫌疑人提供有效辩护。然而,在初查阶段被调查人不但无法委托律师为其辩护,也不享有自行辩护的权利,甚至对于公安人员的违法取证,被调查人也无法申请救济。其次,侵犯犯罪嫌疑人不得被迫自证其罪的权利。不得被迫自证其罪既是联合国刑事司法公约中的基本要求,也是我国刑事诉讼法规定的基本原则。但在初查环节,被调查人不享有不得被迫自证其罪的权利,公安人员甚至可以通过胁迫等方式要求被调查人承认自己有罪。再次,侵犯犯罪嫌疑人的财产权。有学者通过分析北大法意数据库中392件民营企业非法集资诈骗案指出,100%的涉案财产在审理之前已经被公安机关处置。^[16]虽然立法和司法解释均明确要求公安机关不得查封、扣押、冻结与案件无关的财产,但根据学者的问卷调查,64.2%的受访警察认同可以先查扣再排除,即“对于犯罪嫌疑人及其配偶的房产、存款等,即使没有证据表明其为犯罪所得,也可能会加以冻结”。^[17]实践中,公安机关查封、扣押、冻结和违规处置涉案财产往往发生在初查阶段。因为初查阶段不受刑事诉讼法调整,公安机关不把查封、扣押、冻结以及违规处置财产的情况归入卷宗就有了看似正当的理由。虽然2020年“刑事案件程序规定”第174条规定初查“不得查封、扣押、冻结被调查对象的财产”,但该规定与2012年“刑事案件程序规定”第171条的规定即“不限制被调查对象人身自由、财产权利的措施”相比,只是表述上具体化了。2012年“刑事案件程序规定”第171条规定,初查阶段可以对涉案财产进行勘验、鉴定和调取以作为证据使用,2020年“刑事案件程序规定”第174条仍予以保留。公安机关在初查阶段可以对涉案财产进行勘验、鉴定和调取以作为证据使用,无疑属于限制被调查人的财产权利。此前之所以存在初查时违规查封、扣押、冻结、处置涉案财产的现象,公安机关也是以该规定为理由的。

第三,虚置非法证据排除规则。笔者检索北大法宝案例数据库,以“初查”和“非法证据排除”为关键词,共收集判决书531件。^[18]其中涉及公安机关初查阶段非法证据排除的案件为108件,在这些案件中未出现非法证据被排除的情况。法院驳回辩护方提出的排除非法证据申请的理由分为三类:(1)2012年“刑事案件程序规定”赋予公安机关初查的权力,故初查阶段收集的包括证人证言在内的证据应予采信;^[19](2)公安机关的“情况说明”明确指出,初查阶段不存在非法取证的问题,故不予以排除;^[20](3)初查属于行政执法行为,行政执法证据可以在刑事诉讼中使用。^[21]需要指出的是,上述情形只能反映公安机关初查取证情

[15] 参见马婷婷:《公诉案件立案功能论——以公安机关为视角》,《法学评论》2018年第2期,第191页。

[16] 参见陈醇:《非法集资刑事案件涉案财产处置程序的商法之维》,《法学研究》2015年第2期,第73页。

[17] 参见向燕:《刑事涉案财物处置的实证考察》,《江苏行政学院学报》2015年第6期,第128页。

[18] 检索时间:2021年2月20日。

[19] 参见吉林省白山市中级人民法院(2018)吉06刑终90号刑事裁定书。

[20] 参见湖北省襄阳市樊城区人民法院(2018)鄂0606刑初372号刑事判决书。

[21] 参见上海市徐汇区人民法院(2018)沪0104刑初509号刑事判决书。该案判决是审判实践中少见的将公安机关的初查直接视为行政执法行为的判决。这说明,对于将初查纳入公安机关的行政执法程序,公安司法机关是可以接受的。

况的冰山一角，因为实践中绝大部分初查取证没有载入侦查卷宗，辩护方无法知悉初查阶段是否存在非法取证行为，从而无法提出排除非法证据的申请。这实质上是虚置了非法证据排除规则。

第四，检察机关无法对初查进行有效、充分的监督。在任何一个国家的刑事司法实践中，侦查均极易侵犯犯罪嫌疑人的诉讼权利，也是导致冤假错案的最主要阶段。与其他国家和地区对侦查采取司法审查的监督方式不同，我国是由检察院专门监督侦查活动，以避免公安机关违法取证。但由于初查既不属于立案程序也不属于侦查，甚至初查取证情况往往也不载入卷宗，所以，“这种带有侦查性质的初查行为事实上架空了刑事诉讼法关于立案后方可开展侦查的规定，因而规避了刑法及相关解释之于侦查行为的严格程序限定及检察机关对此所进行的监督”。^[22]另外，虽然检察理论和检察监督实务均要求强化对行政执法行为的监督，且公安机关在初查中也大量使用行政执法手段，但鉴于公安机关的初查并不属于行政执法程序，检察院无法知悉初查的具体过程，因此，检察机关也无法对公安机关的初查进行行政检察监督。

第五，为公安机关“不破不立”提供了规避渠道，导致破案率、犯罪率等统计数据失真，也容易滋生“该立不立”“不该立而立”等弊端。

在当今世界绝大多数国家，评判警察工作优劣的一个重要指标是破案率。如在美国，无论是侦查部门还是侦查人员个人，无法破案都会付出高昂代价。在警察系统内部，破案率是加强纪律管理的重要工具；低破案率是纽约地区警察局长用来羞辱和斥责下属的武器之一。这样造成的后果是，英美两国的警察系统常常歪曲和谎报犯罪数据。^[23]在我国，破案率一直是评判公安机关工作业绩的最主要考核指标。实践中，公安机关往往借助初查，并夹杂使用行政检查、留置甚至治安拘留的方式，将案件事实查清后再立案，从而导致破案率虚高。

初查还会导致该立案不立案、不该立案而立案等弊端。例如，对于一些民营企业经济纠纷案件，公安机关基于部门利益或者个别公安人员为了利益寻租，在初查中大量使用行政执法手段违规收集证据，然后再将案件作为刑事案件予以立案，以此达到借助刑事手段插手经济纠纷的目的。^[24]而对于一些只需进行简单初查即可立案的刑事案件，如果公安机关推诿立案，初查时就敷衍应对，以不存在犯罪事实为由不予立案。例如，江苏省南通市中级人民法院在一起终审行政诉讼案件的判决书中指出：被害人王平控告高某、龚某抢劫汽车，江苏省启东市公安局以经济纠纷为由拒绝立案；公安机关依法制止、查处非法侵犯财产的行为系维护正常社会治安秩序的职责要求，不得以经济纠纷为由拒绝对违法犯罪行为立案。因此，判决该公安局败诉。^[25]再如，2016年G省公安机关关于立案问题的工作报告中仍有“案件该受不受或受案不及时”“案件该立不立或立案不实”等内容；2017年，在G省F市公安机关执法检查出具的情况通报中，仍设专条列出了立案中存在的问题：受案不查、立案不实、立而不侦等。^[26]

二、纳入行政执法程序是初查程序改革的应然选择

将初查纳入公安机关的行政执法程序，既是保障公安机关执法权运行规范化的前提，也是

[22] 施鹏鹏、陈真楠：《初查程序废除论——兼论刑事立案机制的调整》，《社会科学》2014年第9期，第100页。

[23] See William K. Rashbaum, *Retired Officers Raise Questions on Crime Data*, New York Times, Feb. 6, 2010.

[24] 参见张泽涛：《行政违法行为被犯罪化处理的程序控制》，《中国法学》2018年第5期，第202页。

[25] 参见江苏省南通市中级人民法院（2017）苏06行终503号行政判决书。

[26] 参见前引〔15〕，马婷婷文，第187页。

健全“行刑衔接”的重要手段。从理论支撑、制度、技术以及实践经验等层面看，行政执法化也是改革公安机关初查的应然选择。

第一，初查的行政执法化改革，能够解决一直以来刑事诉论法学界主张取消立案程序所可能带来的问题。由于“立案程序被赋予了过高的程式化功能，在某种程度上异化为案件的处理结果，而非启动刑事诉论的起始环节。”^[27]这势必导致公安机关的执法实践陷入一个逻辑怪圈：对于绝大多数受案材料，只有进行侦查才能判断是否符合立案标准，但是，若不立案就直接侦查，又违背刑事诉论法的规定。因此，一直有学者主张取消立案程序。^[28]尤其值得关注的是，公安部法制局局长孙茂利在解读2020年“刑事案件程序规定”时首次提出“侦查是刑事诉论的起始环节”，^[29]而一改此前“立案是刑事诉论的起始环节”的说法。因此，取消立案程序的主张，似乎也能得到公安部门的认可。

然而，一旦取消立案程序，公安机关对受理的案件直接启动侦查，无疑会滋生新的弊端：刑事侦查一旦启动，程序回流和终止的可能性就很小了，绝大多数犯罪嫌疑人会被定罪，这势必导致大量冤假错案；^[30]成立行政犯以行政不法和行政罚为前置条件，尚未进行行政执法即启动刑事侦查，势必导致行政执法与刑事司法的实体与程序脱节。因此，将初查纳入公安机关的行政执法程序，由公安机关对行政不法通过初查予以调查，如果行政违法行为达到了行政犯的人罪标准，则转换为侦查程序，或者进行简单的形式化立案审查后转入侦查程序，就可以解决取消立案程序所可能带来的问题。

第二，既吸取移植苏联立法模式的教训，也借鉴两大法系的经验。我国设置刑事立案程序，是借鉴苏联刑事诉论法中的“提起刑事案件的程序”。1923年俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国刑事诉论法典第七章明确规定，启动刑事侦查的独立和必经环节是“提起刑事案件的程序”。只有在完成“提起刑事案件的程序”后，侦查机关才能进行侦查和采取强制措施。“提起刑事案件的程序”必须具备的事实和法律前提是：（1）符合事实或行为上的犯罪构成；（2）没有不能适用刑罚的情形。^[31]苏联学者充分认识到“提起刑事案件的程序”存在内在缺陷，比如：在提起刑事案件与开始刑事追究之间画等号是不符合逻辑的，启动刑事诉论程序本身要求具有较为确定的犯罪构成要件事实是不可能的；而不作出提起刑事案件的决定就进行调查，是一种违反刑事诉论立法规定的行为，可能会导致证据不可采信。^[32]

苏联解体后，2001年俄罗斯联邦刑事诉论法典虽然设置了第二十章“提起刑事案件的程序”，却作了较大调整，明确赋予审查人员和机关有限的侦查权。如第146条、第157条和第91条分别规定，在审查报案材料以决定是否提起刑事案件时，可以采取一些勘验、检验、鉴定等侦查行为，若检察长不同意提起刑事案件的决定，还可以进行补充侦查：如果涉嫌的犯罪要件必须进行侦查，可以依照法典的规定提起刑事案件并实施紧急侦查行为；针对特殊情形

[27] 雷鑫洪：《刑事立案监督实证研究》，《国家检察官学院学报》2016年第6期，第67页。

[28] 参见陈卫东：《程序正义之路》第2卷，法律出版社2005年版，第76页。1996年修改刑事诉论法时，就有学者提出不能将立案作为一个与侦查程序并列的独立程序，而应将其作为侦查中的一个环节予以规定；法典条文结构中应设置“侦查篇”，其中第一章为“立案”，第二章为“侦查行为的实施”。参见陈光中、严端主编：《刑事诉论法修改建议稿与论证》，中国方正出版社1995年版，第29页以下，第239页。

[29] 参见史谦：《规范执法权力运行，维护公民合法权益》，《人民公安报》2020年8月15日第2版。

[30] 参见前引[24]，张泽涛文，第198页以下。

[31] 参见[苏]切里佐夫：《苏维埃刑事诉论》，中国人民大学刑法教研室译，法律出版社1955年版，第200页以下。

[32] 参见[俄]古岑科主编：《俄罗斯刑事诉论教程》，黄道秀等译，中国人民公安大学出版社2007年版，第261页。

的犯罪嫌疑人，调查机关、侦查员或者检察长可以先行拘捕。^[33]然而，即使立法上规定在审查“提起刑事案件的程序”时可以采取有限的侦查措施，以彼得鲁辛为代表的一些学者依然对该程序不断提出批评，认为该程序存在诸多缺陷，建议予以取消，并把诉讼性质的审前调查与侦缉性质的审前调查（即决定是否提起刑事案件的程序性审查）合二为一。^[34]

两大法系甚至同一法系的国家之间，侦查启动方式都存在一些差异。总体而言，英美法系国家采取的是程序随机型——只要可能存在犯罪嫌疑，即应启动侦查。英美法系国家均将侦查视为控诉辅助环节而非独立诉讼阶段，刑事诉讼的启动往往是从逮捕或者传唤讯问犯罪嫌疑人开始的。例如在美国，对于侦查环节没有设置任何前置程序，只要有被害人、第三人报案或者警察在巡视时发现犯罪行为或者犯罪嫌疑人，即可立即进行侦查。在英国，警察一旦获知刑事案件“可靠的情报信息或者某些特定的行为”，根据其1984年警察与刑事证据法第1—3条的规定，即可进行侦查。^[35]日本作为以当事人主义为主、职权主义为辅的代表性国家，其刑事侦查也属于程序随机型。日本刑事诉讼法第189条规定：“司法警察职员在知悉有犯罪发生时，应及时侦查犯人及证据。”^[36]只不过，按照日本国家安全委员会制定并修改的2012年《犯罪侦查规范》第76条的规定，警察在开始侦查前，应当逐级向警察部长或者警察署长报告，以接受后者的监督，但紧急情况下可以先行处置后再上报。^[37]

大陆法系的代表性国家法国和意大利，在启动正式侦查程序之前设置了专门的初期侦查。如法国刑事诉讼法典规定，司法警察对于违警罪、轻罪、重罪案件，在检察官决定立案之前应进行初步侦查，初步侦查的功能是为检察官是否作出立案侦查意见书提供相关证据以及犯罪嫌疑人。该法典第75条至第78条赋予司法警察在初期侦查阶段所享有的权力，这些权力包括查封、扣押、搜身、搜查、尸体勘验、科学技术检验以及拘留。^[38]意大利的初步侦查由检察官领导并直接调动司法警察。司法警察在发现犯罪发生或接到发生犯罪的报告后，应当在48小时内进行初步侦查，包括勘验现场、讯问嫌疑人、询问证人、搜查、扣押和临时羁押等，并且必须在48小时内向检察官提出报告，将初步侦查所收集的材料移送检察官。检察官要在犯罪信息登记簿中予以记载，随即开始正式侦查。^[39]

不过，德国作为大陆法系的代表性国家之一，其侦查启动模式却属于随机型。德国刑事诉讼法第163条明确规定：“警察机关及警察官员应当侦查犯罪行为，作出所有不允许延误的决定，以避免事实真相被掩盖。为此目的，其有权请求所有机构提供信息，在有延误之虞情况下，有权要求提供信息并开展各种方式的侦查，法律另有规定的除外。”^[40]第152条第2款同时要求启动侦查“当有充分的事实根据存在”，为了保证能够达到“有充分的事实根据”，德国学界和实务往往用“初期的怀疑”来替代第152条第2款中的“有充分的事实根据。”具体而言，警察法以及警察实务均用“前置侦查”来解决所受理的案件是否达到“初期的怀疑”。但是，鉴于德国刑事诉讼法中未规定“前置侦查”，这一环节是否合法以及应否废除，

[33] 参见《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，黄道秀译，中国人民公安大学出版社2006年版，第129页，第144页。

[34] 参见元轶、王森亮：《俄罗斯刑事诉讼程序分流研究》，《北京政法职业学院学报》2013年第2期，第86页。

[35] 参见《英国警察和刑事证据法规精要》，彭勃编译，厦门大学出版社2014年版，序言第1页。

[36] 参见陈卫东主编：《刑事立案与侦查——外国刑事诉讼法有关规定》上册，中国检察出版社2017年版，第77页。

[37] 参见《日本刑事诉讼法律总览》，张凌、于秀峰编译，人民法院出版社2017年版，第266页。

[38] 参见《法国刑事诉讼法典》，余叔通、谢朝华译，中国政法大学出版社1997年版，第35页以下。

[39] 参见《意大利刑事诉讼法典》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，中译本序言第4页。

[40] 参见陈卫东主编：《刑事立案与侦查——外国刑事诉讼法有关规定》下册，中国检察出版社2017年版，第503页。

极具争议。^[41]

从总体看,大陆法系国家的初步侦查往往会替代正式侦查的功能。对此,达马斯卡指出:“对于某些富有自由主义气息的大陆法规定,要想现实地评估其实践效果,往往需要进一步探究,调查活动的主体部门已经从正式的司法评估或者检察官主导的调查,转化为经常性的非正式行政警察调查。如果这一转变确有其事,而且由后者负责收集至关重要的证据,那么,正式调查阶段设置的大量程序性保障制度,对于被告人也没有多少实践价值。”^[42]

由上可知,鉴于我国“大行政法、小刑法”的立法体系,行政不法是构成行政犯的前提条件,公安机关兼具行政执法与刑事侦查双重职责,如果将行政犯的初查纳入行政执法程序,既可以避免移植苏联“提起刑事案件的程序”所带来的弊端,也可以吸取大陆法系国家初步侦查替代正式侦查的教训,并借鉴英美法系国家的经验。

第三,从权力属性看,公安机关的初查应当属于行政执法行为。对于初查属于行政执法行为还是刑事侦查行为,一直以来存在观点分歧。^[43]甚至有学者认为:“如果立案活动属于诉讼活动,那么决定是否立案的初查也应该属于刑事诉讼活动。”^[44]对此,笔者认为,初查应当属于行政执法行为。

首先,将初查视为侦查行为违背刑事诉讼的立法逻辑。刑事诉讼法明确规定,公安机关对受理的案件进行审查,发现“有犯罪事实需要追究刑事责任”时才能立案。据此,立案是启动刑事诉讼程序的必经程序,没有立案则公安机关不能进行侦查。如果将发生于立案前的初查也视为侦查行为,明显违背现行的立法规定。

其次,将初查视为侦查行为不符合初查的功能定位。初查的主要功能之一是过滤案件,即将不具备刑事立案条件的案件进行分流:要么作为行政治安案件处理,要么不予受理,由当事人通过民事诉讼等方式进行救济。而侦查的功能是追究和惩罚犯罪,与初查的程序过滤功能有本质区别。

最后,若将初查视为刑事诉讼活动,无论是立法上还是司法实践中,均无法通过刑事诉讼法来予以规范。一方面,刑事诉讼法中既没有任何规范初查的条款,在修改法律时也不可能对初查中实施的所有调查行为,均采取等同于侦查行为的程序控制来予以规范。另一方面,即使立法上规定初查属于刑事诉讼活动,也无法通过刑事诉讼法来规范初查,因为刑事诉讼法规范的所有诉讼活动均以立案为时间节点,而初查只是立案中的一个环节。事实上,即使是将初查视为刑事诉讼活动的学者也承认在初查中公安机关使用了大量的强制性手段,只是因为此时尚未立案,故初查中公安机关的强制性权力只能属于行政执法权。从权力设置的角度看,配置、调整和约束行政权的主要规范依据只能是行政法律法规,而不可能是刑事诉讼法。这样一来,从法理上讲,刑事诉讼法是无法规范初查行为的。

第四,初查的行政执法化改革有利于保障公安机关执法的规范化和法治化。行政执法与刑事司法衔接不畅,一直是我国执法实践中的痼疾。其突出表现是,行政执法与刑事司法案件移送标准和程序脱节,有案不移、有案难移、以罚代刑等问题严重。由于实践中纯粹行政不法与

[41] 参见[德]劳克思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第357页。

[42] [美]米尔吉安·R.达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀等译,中国人民公安大学出版社2006年版,第122页。

[43] 参见徐启明、赵静:《公安机关初查制度论纲》,《河南警察学院学报》2014年第3期,第72页。

[44] 孙长永、杨柳:《论刑事立案前的初查》,《河北法学》2006年第1期,第60页。

行政犯的界限模糊，2020年“行政案件程序规定”第65条也只能作出退而求其次的规定：“对发现或者受理的案件暂时无法确定为刑事案件或者行政案件的，可以按照行政案件的程序办理。在办理过程中，认为涉嫌构成犯罪的，应当按照《公安机关办理刑事案件程序规定》办理。”这样的折中规定，实际上给行政执法与刑事侦查错位提供了规范依据：该条规定的是“可以”而不是“必须”。如果将初查归为公安机关的行政执法行为，而行政不法和行政处罚是成立行政犯的前置条件，“定性+定量”是区分行政犯与纯粹行政不法的标准，那么，对于行政犯，只要立法上一一细化其入罪标准，在刑事程序立法上就应明确规定符合行政犯入罪标准的一律启动侦查程序，或者经过简单的形式化立案审查后即启动侦查程序；对于不符合行政犯入罪标准的，只能通过行政执法程序予以解决。这样就可以克服一直以来存在的“行刑”衔接不畅的问题。

第五，随着刑事案件追诉标准的进一步具体化和大数据在公安执法中的运用，初查的行政执法化有了数据标准和技术支撑。一直以来，最高人民法院、最高人民检察院、公安部致力于细化各类犯罪的追诉标准，如2008年《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》，具体涉及106种犯罪，基本涵盖了公安机关常规侦查的刑事案件范围；2010年、2012年又相继发布了“立案追诉标准（二）”“立案追诉标准（三）”，进一步细化了公安机关立案侦查的各类犯罪的追诉标准。同时，全国各地公安机关建立了统一的警务综合应用平台，这是落实习近平总书记提出的“要把大数据作为推动公安工作创新发展的大引擎”的举措之一。^[45]对于公安机关受理的案件，警务综合平台会根据犯罪追诉标准将案件分为行政治安类和刑事类，从而为公安机关的“行刑衔接”提供技术和数据支撑。

第六，刑事诉讼法中明确规定了行政证据在刑事诉讼中的使用，这为初查的行政执法化改革提供了证据衔接上的制度前提。自上个世纪90年代以来，学界一直对行政证据在刑事诉讼中的使用颇多非议。2012年刑事诉讼法第52条第2款（2018年刑事诉讼法第54条第2款完全予以保留）首次规定：“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。”同时，最高人民法院、最高人民检察院和公安部在与刑事诉讼法配套的司法解释或规范性文件中对刑事诉讼使用行政证据这一内容均予以高度肯定和关注，运用行政证据的规范障碍已经被排除。因此，即使将初查纳入公安机关的行政执法程序，初查阶段所收集的证据材料在刑事诉讼中使用，也是有法律与规范根据的。

第七，将初查纳入行政执法程序，既化解了立法和行政规章中无法解决的难题，也是对公安司法机关执法经验的认可。

首先，化解了立法和行政规章中无法解决的难题。初查阶段收集的证据材料是否可以作为刑事证据使用，刑事诉讼法和“刑事案件程序规定”之所以无法明确规定，是因为有且只有行政执法和刑事侦查中收集的证据才能在刑事诉讼中使用，而初查既不是刑事侦查也不是行政执法。因此，如果不将初查纳入行政执法程序，刑事诉讼法和“刑事案件程序规定”中缺乏明确规定而导致的这一难题就无法解决。

其次，将初查纳入行政执法程序，能够解决实践中初查所收集的证据的使用难题。目前在公安机关的执法实践中，往往将初查所收集的证据材料视同行政执法证据。即对于初查和行政执法所收集的证据材料，如果是证人证言、违法嫌疑人的陈述，在侦查阶段重新进行询问和讯问，以转换为刑事诉讼中的证人证言、犯罪嫌疑人供述和辩解；如果是物证、书证、视听资

[45] 参见前引[2]，张洋文。

料、电子数据等证据材料,则直接在刑事诉讼中使用。但是,由于立法、司法解释以及行政法规并未将初查规定为行政执法行为,上述实践做法无法自圆其说。

最后,将初查纳入行政执法,有利于回应执法实践的迫切需要和总结提炼司法解释的有益经验。实践中,既有个别公安司法人员意识到初查实质上是一种行政执法程序,也有一些公安机关开始将初查行政执法化以实现“行刑”无缝衔接。如2019年8月15日,单某某涉嫌扰乱公共秩序,驾驶车辆堵塞北京妇产医院急救通道。公安机关对其行政拘留期间发现单某某涉嫌刑事犯罪,随后北京市公安局朝阳分局对单某某予以刑事立案,将治安拘留改为刑事拘留。^[46]无论从法律效果还是社会效果看,该案都是一起很好地实现公安机关行政执法与刑事侦查无缝衔接的案例。从司法解释的层面看,2020年3月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于办理涉窨井盖相关刑事案件的指导意见》,明确提出对于这类案件,要完善行政执法与刑事司法的衔接机制。显然,将公安机关的初查纳入行政执法程序,无疑是办理此类案件的最好选择。同时,审判实践中,对于采信初查所收集的证据,法院的代表性理由之一就是初查属于行政执法行为。虽然这一理由从目前的立法、司法解释以及行政法规来看,没有任何依据,但这从一个侧面反映出,一些公安司法人员已经充分意识到初查本质上就是行政执法行为。因此,如果立法上将初查纳入公安机关的行政执法程序,既是吸收实践中行之有效的成功经验,也有利于今后相关案件的规范化处理。

三、完善初查行政执法化改革的配套机制

虽然一直有学者主张应取消刑事立案程序,对于可能涉嫌犯罪的案件直接进行侦查,但这样势必会带来另一弊端:大量的行政违法行为可能因此被定罪,过度耗费公安机关的侦查资源。对此,笔者认为,取消立案或者将立案设计成一个形式化的审查程序,是刑事立案程序改革的方向。具体而言,对于行政不法,如果无法确定是否构成行政犯,由公安机关通过作为行政执法行为的初查予以调查核实,若涉嫌犯罪,立即启动刑事侦查程序,或者进行形式化的立案审查后转入侦查程序;对于杀人、放火、抢劫等严重的刑事犯(除侵犯财产类的盗窃等刑事犯之外),公安机关作形式化的立案审查之后,认为涉嫌犯罪的,即应启动侦查程序。例如,对于身份不明的尸体,只要排除自杀或者自然死亡的可能,公安机关刑侦部门就必须立即展开侦查。这样既避免了取消立案程序所可能滋生的弊端,又契合侦查的及时性要求。对于盗窃等侵犯财产类刑事犯,司法解释以及实践中主要是按照侵犯财产的数额来决定是否达到了“严重社会危害性”的入罪标准。因此,对于此类刑事犯,也应按照行政犯的侦查启动模式进行处理。

当然,健全行政不法与行政犯的衔接,将初查纳入公安机关的行政执法程序,必须完善相关的配套机制。

第一,进一步细化和系统化行政犯的追诉标准。自上世纪80年代初起,最高人民法院、最高人民检察院、公安部就相继制定了系列司法解释和行政法规,刑法上的罪名很多都有对应的追诉标准,但这些司法解释和行政法规过于散乱甚至多有冲突,且很多时间久远,已与当前的形势不相适应。仅以赌博罪为例,即有23个司法解释与行政法规。^[47]如1991年公安部

[46] 参见叶泉:《豪车堵门妇产医院:敬畏法律与常识有多难》,《法制日报》2019年8月22日第1版。

[47] 此为以“赌博罪”为关键词在北大法宝“法律法规”栏目进行检索所得结果。检索时间:2021年2月20日。

《扰乱社会秩序等六类刑事案件的立案标准》（以下简称“六类刑事案件立案标准”）规定的赌博罪立案标准是：“以牟利为目的，聚众赌博的；或一次赌博赌资在一千元以上的。”2005年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博案件具体应用法律若干问题的解释》未对赌资作具体规定，因此，“六类刑事案件立案标准”规定的“一次赌博赌资在一千元以上”即构成赌博罪的标准仍然有效。但是，该标准距今有三十年，与当前违法犯罪的形势已不相适应。实践中，基于破案率的数据考核压力以及机械司法的惯性思维，有些公安机关仍将某些赌资刚刚达到一千元案件作入罪处理。

总之，最高人民法院、最高人民检察院和公安部应对目前散乱各类犯罪追诉标准，尤其是一些滞后的或者存在冲突的内容，进行增删和修改，制定统一的各类刑事案件的追诉标准。同时明确规定，对于没有达到犯罪追诉标准的案件，作为行政治安案件处理，从而健全公安机关的“行刑衔接”机制。

第二，2020年“行政案件程序规定”第65条“无法确定为刑事案件或者行政案件的，可以按照行政案件的程序办理”的规定，应修改为“无法确定为刑事案件或者行政案件的，先由公安机关按照行政案件程序办理，在初查之后根据案件性质再行决定”。这样修改的理由是：

首先，该条规定与刑法理论以及司法解释的规定相违背。成立行政犯的必要条件是行政不法前置，对于盗窃等侵犯财产类犯罪而言，也是以犯罪数额为入罪标准，因此，对案件性质不明的，有必要设置行政处理程序作为缓冲，然后再进行分类处理。没有通过前置的行政执法程序确认是否构成行政不法的，不应启动刑事立案。

其次，即使按照现行立法的规定，2020年“行政案件程序规定”第65条与刑事诉讼法中规定的立案条件也是相违背的。如果所受理的案件不具备“有犯罪事实需要追究刑事责任”的立案标准，就不能启动刑事侦查。而该条规定赋予了公安机关程序选择权：既可以作为刑事案件立案，也可以作为行政治安案件处理。这显然违背了刑事诉讼法这一上位法的规定，同时也给公安机关通过刑事手段插手经济纠纷提供了依据：对于无法确定是刑事案件还是行政治安案件的案件，该条规定将程序选择权交给公安机关，这样公安人员借助刑事手段插手经济纠纷就有了规范上的依据。

再次，该条规定会对公安机关的执法效率和执法权威造成负面影响。以盗窃罪为例，如果对涉嫌违法人员作刑事立案处理，在侦查中查明盗窃数额只有1900元，没有达到通常规定的2000元的追诉标准，办案人员只能撤销刑事案件，改为行政治安案件进行处理。对此，实践中，公安人员按照流程至少要填写四种表格：刑事立案报告表、破案呈批表、刑事案件撤案呈批表和行政案件立案呈批表。如此繁琐的程序设置势必会影响公安人员的办案效率。同时，对于同一案件、同一违法嫌疑人，刚刚认为其“有犯罪事实需要追究刑事责任”，马上又更改为“没有犯罪事实，不需要追究刑事责任”，显然有损公安机关的执法权威。

最后，将无法确定是刑事案件还是行政治安案件的案件，通过行政执法程序中的初查予以处理，符合办案过程中的认识规律。从认识论的角度看，公安人员在受理案件之初，显然难以对行为次数、数额等影响社会危害性程度的要素作出精准判断。先期由初查调查核实，在明确案件性质的前提下，再决定是适用行政执法程序还是适用刑事诉讼程序，既有利于实现公安机关“行刑”无缝衔接，也符合办案过程中的认识规律。

第三，深度融合和系统化公安机关与检察机关的网络办案平台，充分发挥大数据在办案中的大引擎作用。近年来，最高人民检察院、公安部分别建立了警务综合应用平台、统一检务业

务应用系统,以发挥大数据在办案中的大引擎作用。同时,最高人民检察院、公安部还根据不同阶段的工作重点推出了不同类型的业务应用平台。如2020年4月,最高人民检察院发布了《关于在全国检察机关统一业务应用系统上线运行侦查监督平台的通知》,使全国检察系统开展立案和侦查监督有了统一的操作指引平台。^[48]不过,公安机关和检察机关的网络平台有待进一步深度融合和系统化。

首先,系统化和细化公安机关与检察机关的网络办案平台。目前,从最高人民检察院、公安部到地方各级检察机关和公安机关,既有统一的网络平台,也有各自的数据办案系统,在操作上缺乏统一性和规范性。因此,应由最高人民检察院、公安部统一牵头,吸收各地公安机关和检察院网络办案平台的可资借鉴处,按照涉嫌违法犯罪的轻重程度,对应各类行政犯的追诉标准,设置具体化的个案办案指引,从程序和实体上统一规范全国各级检察机关和公安机关的执法活动,从而克服目前网络办案平台相对零散的缺陷。

其次,互联互通警务和检务网络办案数据系统,促进二者深度融合。全国各地检察系统和公安机关虽然均已使用网络数据系统办理案件,但“在业务融合方面、数据互联互通方面还有待于进一步提高”。^[49]实践中,有些地方的警务、检务平台还没有互联互通。如在刑事立案监督实践中,S省N县检察院和公安局探索出一套同步立案和侦查监督机制,但由于县检察院和公安局没有互联互通网络办案系统,所以检察院只能在公安局设立“刑事立案同步检察监督室”,并从专门负责侦查监督部门抽调一名员额检察官和检察官助理来负责刑事立案和侦查的同步监督。^[50]如此,检察院往往难以全面、及时了解公安机关的办案信息,也增加了工作量,影响检察监督效果的发挥。至于已经互联互通的公安机关和检察机关办案平台,则在数据分享、业务融合等方面存在拓展空间。笔者在广东省人民检察院调研了解到,该院加强了检察院对行政执法行为的监督,互联互通与公安机关以及其他行政执法机关的网络办案平台。对于各级行政执法机关作出的处罚决定,只要达到该类最高行政处罚标准80%幅度的,检察院必须对行政执法的程序和实体进行审查,以确定是否存在“以罚代刑”“有案不移”等情况。但是,在具体的监督实践中,对于行政执法中是否存在上述违规问题,尚未出现一起检察监督案例。

第四,按照比例原则的要求,提高公安机关实施行政执法行为的标准,设置相对严苛的程序控制,加强检察院对公安机关行政执法程序的监督。

首先,按照比例原则规范公安机关的行政执法行为。比例原则的“目的在选择最小侵害之手段,以调和公益与私益,以维实质正义”。^[51]根据比例原则,如果行为的危害性较小,公安机关可实施程序规制较为宽松的行政检查、传唤、留置盘问、治安拘留等行政执法手段;如果行为的危害性较大,公安机关必须经由严格的刑事诉讼程序控制,实施刑事搜查、拘传、刑事拘留、逮捕等侦查行为。^[52]在证据标准上,公安机关只要主观上认为可能涉嫌违法,即可采取留置盘问等手段;而刑事诉讼强制措施的实施,却必须有一定的证据证明涉嫌犯罪才可

[48] 参见史兆坤:《侦查监督平台4月1日起正式上线运行》,《检察日报》2020年4月1日第1版。

[49] 《让智能化为政法工作打造新动能》,《法制日报》2019年7月8日第1版。

[50] 参见万毅:《刑事立案同步监督机制的构建——以S省N县检察院的改革实践为样本》,《人民检察》2017年第24期,第9页。

[51] 傅美惠:《侦查法学》,元照出版公司2012年版,第58页。

[52] 参见洪家殷:《行政调查与刑事侦查之界限》,《东吴法律学报》2013年第1期,第37页。

实施。我国刑事法学界有学者提出应在我国刑事程序中引入比例原则，^[53]而目前刑事诉讼法中还没有明确规定比例原则。2016年修订警察法时，草案稿中确立了权力行使适度原则（比例原则的另一种表述），而公安机关的行政执法和刑事侦查无疑均应遵守警察法的规定，因此，从法律衔接的角度讲，刑事诉讼法也应明确规定比例原则。^[54]笔者认为，对于公安机关行政执法与刑事侦查失衡的问题，应按照比例原则进行规范。具体而言，对于公安机关的行政执法与刑事侦查行为，尤其是限制违法犯罪嫌疑人人身自由的强制措施，应根据案件类型、社会危害性大小进行区分，根据采取强制措施的时间长短、程序控制、决定主体的权限、救济方式等设置宽严适度的规范，以防止公安机关在执法时对违法犯罪嫌疑人采取违反比例的不当强制措施。

其次，强化检察院对公安机关行政执法行为的监督。近年来，强化检察院对行政执法活动的监督，是深化检察制度改革的重点内容之一。^[55]各地检察机关也纷纷建立“行刑衔接”网络平台，比如2005年2月上海市浦东新区人民检察院首次开发了“行政执法与刑事司法共享平台”。上述尝试获得了最高人民检察院的高度认可，已经在全国各地如雨后春笋般遍地开花。^[56]2018年7月，笔者在江苏参加由最高人民检察院组织的调研了解到，江苏省无锡市新区人民检察院设置了专门的办公场地，通过数十部计算机联通“行刑衔接”平台，检察人员对每个行政机关的行政执法活动进行全过程监督。但目前各地检察院的执法监督，主要针对环境保护、食品和药品安全、知识产权等领域的行政执法活动，对公安机关的行政执法活动尚未予以足够重视。例证之一就是，截至目前，尚无一起检察院监督公安机关违规行政执法的典型案例。随着初查被纳入行政执法程序，无疑须大力加强对公安机关行政执法行为的监督。笔者认为，对公安机关行政执法行为的监督，应成为深化检察院行政执法监督的核心内容。具体的举措是，检察院应设置专人负责监督公安机关的行政执法行为，通过警务和检务综合平台实时监控公安机关行政执法案件的处理，尤其是受案之初拿捏不准、可能构成犯罪的行政治安案件；必须对行政执法中的调查和强制措施进行全过程监督，并在平台留痕，如此一来，在后续的侦查、起诉和审判阶段审查取证的合法性时，就有了证据材料上的支撑。

第五，强化对公安机关刑事立案以及“行刑衔接”类案件的内外监督机制。随着初查被纳入行政执法程序，大多数行政犯将由行政执法案件转换而来。为了防止可能出现的“有案不移”“以罚代刑”等情况，应强化对“行刑衔接”类案件的监督机制。

首先，对于行政治安案件，如果公安机关作出的治安处罚决定达到了行政处罚最高标准的80%幅度，检察院应通过“行刑衔接”平台进行审查，以避免可能出现的“有案不移”“以罚代刑”等情况。虽然最高人民检察院、公安部发布了刑事案件追诉标准，“但在司法实践中最难掌握的就是行政罚与刑事罚二者的行为类型相同且需要量化评价判定时的竞合问题”。^[57]如果设定治安处罚幅度的界线，由检察院通过行政执法监督的方式予以监督，则是切实可行

[53] 参见前引〔6〕，秦策文。

[54] 参见熊秋红：《〈人民警察法〉与〈刑事诉讼法〉的衔接》，《中国法律评论》2017年第4期，第174页。

[55] 参见谢鹏程、陈磊：《围绕“四大检察”解新题答难题》，《检察日报》2020年1月6日第3版。

[56] 参见林中明、杨积林：《上海浦东新区检察院：“两法衔接平台”创出新天地》，《检察日报》2015年8月1日第1版。

[57] 李晓明、韩冰：《嬗变与甄别：行政罚与刑事罚的界域》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2020年第1期，第73页。

的。因单一行政违法行为被治安拘留达到12天的,数个行政违法行为合并被治安拘留达到16天的,检察院应通过“行刑衔接”平台对此类案件进行审查。若公安机关存在“以罚代刑”“有案不移”等情况,检察院必须发出纠正违法通知书,并要求公安机关立即启动刑事侦查。

其次,完善对公安机关行政治安案件转换为刑事案件的内外监督机制。根据“刑事案件程序规定”的要求,公安机关将行政治安案件转换为刑事案件立案,无须撤销行政案件。实践中通常由治安部门内部甚至单独一人决定即可。如此一来,个别公安人员可能会利用立案操作上的漏洞,进行权力寻租。对于违规将行政治安案件转换为刑事案件的,2010年《最高人民法院、公安部关于刑事立案监督有关问题的规定(试行)》第2条明确指出:“刑事立案监督应当坚持监督与配合相统一,人民检察院法律监督与公安机关内部监督相结合”。据此,有关规定均应调整:(1)修改2018年刑事诉讼法第113条,增加规定:“人民检察院认为公安机关不应当侦查的,应当通知公安机关,公安机关应当书面说明侦查的理由。检察机关认为理由不成立的,应当通知公安机关撤销案件,公安机关必须撤销案件。”这样可以在一定程度上解决公安机关违规行使侦查权的问题。(2)增加法制部门审查行政治安案件转换为刑事案件立案的环节。对于公安机关治安部门将行政治安案件转换为刑事案件的,必须将启动侦查的相关证据材料和法律理由报送公安机关的法制部门,由其审查批准。(3)对于公安机关将行政治安案件转换至刑事侦查程序的,检察院必须通过互联互通的网络办案平台,审查相关证据事实及法律理由,以判断公安机关是否存在违规侦查的情况。

第六,规范行政证据转换为刑事证据的制约机制。笔者检索北大法宝案例数据库显示,公安机关在行政执法程序中收集证据的案件共33起,在刑事诉讼中无一起实物证据被排除适用的案件;对于违法嫌疑人陈述和申辩、被害人陈述和其他证人证言,一审中被采信的比例占34.1%,若案件提起上诉或抗诉,二审法院采信的比例为36.3%。^[58]显然,一旦将初查纳入行政执法程序,行政证据在刑事诉讼中的使用必将激增。为了防止公安机关以行政执法程序替代刑事侦查取证,应规范行政证据转换为刑事证据的制约机制。

首先,明确限定行政证据转换为刑事证据的种类范围,取消“等”这一可作歧义性解释的表述。刑事诉讼法规定的行政证据转换为刑事证据的种类范围是:物证、书证、视听资料、电子证据等。对于“等”字的理解,立法者的原意是仅限于实物证据,如全国人大常委会法工委原副主任郎胜就指出:该款的范围限定在上述四种实物证据,不包括证言证人等言词证据。^[59]除2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称“刑事诉讼法解释”)第65条与刑事诉讼法的规定保持一致以外,“刑事案件程序规定”和2012年《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》均作了扩张解释,其范围涵盖鉴定意见甚至证人证言等言词证据。笔者认为,对于行政证据在刑事诉讼中使用的种类范围,任何司法解释以及行政规章的规定,都必须与刑事诉讼法及其立法本意保持一致,因此,2018年刑事诉讼法第54条第2款中的“等”字应予取消。同时修改“刑事案件程序规定”和2019年《人民检察院刑事诉讼规则》中的相关内容,禁止刑事审判实践采信行政执法程序中收集的言词证据。

其次,明确规定在刑事诉讼中使用行政证据时,应受非法证据排除规则的约束。对于行政

[58] 检索时间:2021年2月20日。

[59] 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第49页;郎胜主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》,新华出版社2012年版,第120页。

证据在刑事诉讼中的使用,2012年“刑事诉讼法解释”第65条规定,只要“收集程序符合有关法律、行政法规规定”即可。对于该规定的含义,最高人民法院原副院长江必新指出:行政机关在行政执法和查办案件过程中,尚不知晓所处理的案件是否达到犯罪程度、是否会进入刑事诉讼程序,因此,无法也不应适用刑事诉讼法的规定,只能按照法律、行政法规中关于行政执法与查办行政案件的相关规定。^[60]刑事诉讼法学界的主流观点与此一致:“既然证据衔接规范的目的是要认可依照行政法律、法规收集的行政证据与刑事证据之间的某些差异,就不能再以刑事证据的严格要求去审视这些特定的行政证据,而应当依照行政法律、法规的规定对行政证据的合法性进行判断。”^[61]

笔者认为,上述观点及其理由是站不住脚的。

首先,从刑事诉讼的基本法理讲,非法证据排除规则不仅调整侦查程序中的取证行为,而且适用于进入刑事审判程序的所有证据。有学者指出,“刑事诉讼法对于侦查程序的规定虽然较为详细,但在涉及两法衔接问题、技术侦查问题以及非法证据排除规则上均缺乏警察权的整体性设计,而留下了大量的法律空缺。”^[62]在行政证据与刑事证据的衔接上,行政证据不受非法证据排除规则的约束,这显然是最大的“法律空缺”。因为从严格意义上讲,“行、刑证据衔接归根到底是一个刑事诉讼法问题。因此,行政证据在刑事诉讼中的使用必须严格依照正当刑事法律程序的要求。”^[63]

其次,上述观点势必造成实践中大量以简便易行的行政执法程序替代刑事侦查,从而虚置非法证据排除规则的情况出现。前文提及的审判实践实证数据即可印证这一点。虽然行政证据和刑事证据有各自的取证规范和证据规则,但若不以刑事程序的标准审查行政证据的合法性,势必导致实践中大量行政取证程序规避刑事诉讼程序的情况出现。

最后,对行政证据适用非法证据排除规则,既借鉴了其他国家和地区的通行做法,也吸收了监察法的有益经验。对于行政执法证据在刑事诉讼中的使用,虽然其他国家和地区在具体规定上存在一些细微差别,但在大多数情况下还是要受非法证据排除规则的约束。^[64]虽然监察委员会不属于行政执法机关,但监察法第33条的规定值得借鉴。监察法不仅规定监察人员在调查职务犯罪时要遵循严格程序,甚至这种程序控制比刑事诉讼更为严格,而且监察法第33条明确指出:监察机关收集的证据在刑事诉讼中使用,如果是非法取证所得证据,应当予以排除。

结 语

任何关于初查制度的探讨,必须坚持两个基本前提:一是初查的改革必须从中国的现实国情出发。初查制度之所以在我国长期存在,既有历史原因更有现实需求。虽然初查在公安机关

[60] 参见江必新主编:《〈最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释〉理解与适用》,中国法制出版社2013年版,第49页。

[61] 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663页。

[62] 蒋勇:《基本权利干预视角下我国警察强制措施的立法完善》,《环球法律评论》2017年第4期,第171页。

[63] 程龙:《行政证据在刑事诉讼中使用问题研究》,法律出版社2018年版,第59页。

[64] 参见张泽涛:《论刑事诉讼非法证据排除规则的虚置——行政证据与刑事证据衔接的程序风险透视》,《政法论坛》2019年第5期,第75页。

的执法实践中存在一些不足,但初查制度的改革不能照搬西方理论,只能立足于我国公安机关的执法现状。域外警察执法权与侦查权的理论,对完善初查制度并无太大的借鉴意义。二是初查的制度设计应当坚持体系化研究。虽然初查表面上只是公安机关的一项具体制度,但该制度涵盖公安机关行政执法权和刑事司法权两大基本权能,涉及行政执法和刑事司法两大领域,因此,改革初查制度应当坚持整体谋划、统筹兼顾的体系性研究。本文开宗明义将初查明确定性为公安机关的行政执法权,即是出于体系性研究的考虑。

2021年1月中共中央印发的《法治中国建设规划(2020—2025年)》指出:“健全行政执法和刑事司法衔接机制,全面推进‘两法衔接’信息平台建设和应用”,是“深化行政执法体制改革,统筹配置行政执法职能和执法资源”的七大任务之一;改革的时间节点和总体框架已经明确。笔者认为,将初查纳入行政执法程序的构想是有立法、执法实践和法理支撑的,也能够契合法治国家建设的整体需求,是“健全行政执法和刑事司法的衔接机制”的突破口。

Abstract: In practice, the preliminary investigation by public security organs has in effect replaced criminal investigation. A large number of administrative enforcement means have penetrated into initial investigation, which results in the substantiation of preliminary investigation and many other problems. China should abolish the case filing procedure or lower the standard for filing criminal cases, directly initiate criminal investigation on criminal suspects, and convert the investigation of administrative illegal acts into criminal investigation once initial investigation confirms that a crime has been constituted. Preliminary investigation is an act of administrative law enforcement. The elaboration on criminal prosecution standards and the use of big data in public security law enforcement provide the data standard and technological supports for transforming preliminary investigation into administrative law enforcement. The legislation on the use of administrative evidence in criminal proceedings provides the institutional premise for the connection between preliminary evidence taking and criminal evidence, thereby confirms the experiences of public security and judicial organs in law enforcement and judicial interpretation. China should refine and systematize criminal prosecution standards of public security organs, revise Article 65 of the Provisions on the Procedures for Handling Administrative Cases by Public Security Organs, give full play to the role of big data in the handling cases, raise the standards of administrative enforcement by public security organs in accordance with the principle of proportionality, intensify supervision by procuratorates over administrative law enforcement activities, strengthen mechanisms for the internal and external supervision over public security organs' handling of cases involving the connection between administrative and criminal proceedings, and regulate the restraint mechanism for converting administrative evidence into criminal evidence.

Key Words: preliminary investigation, administrative law enforcement, connection between administrative and criminal law
