

国家监察法与刑事诉讼法衔接的重大问题研究

姜 涛*

〔摘 要〕就职务犯罪的调查、追诉与审判而言,国家监察法与刑事诉讼法如铁路警察般“各管一段”,两法之间的衔接至为重要。这种衔接在法理上并无矛盾,国家监察法与刑事诉讼法都属于宪法之下的基本法律,具有相同的法律地位与法律效力。两者的衔接具有实体标准与程序建构两个维度,前者要求明确职务违法与职务犯罪的边界,不能以政务处分代替刑事追究,后者则涉及如何对接审判中心主义、刑事诉讼上的证明标准、实施非法证据排除等,并需要实现逮捕与留置措施的对接。

〔关键词〕国家监察法;审判中心主义;留置权;职务犯罪;职务违法

惩贪风而申中国宪,国家监察法(以下简称监察法)的颁布实施开启了中国反腐败立法的新时代,是国家腐败惩治与预防体系现代化的重要标志,同时,也意味着我国反腐败权力格局的重大改变,把检察机关原来承担的对职务犯罪的立案、侦查等权力划归监察机关,并变成调查权与留置权等。然而,监察活动指向的职务犯罪调查,最终将移交司法机关,由检察机关审查起诉,由审判机关定罪量刑,这就涉及监察法与刑事诉讼法(以下简称刑诉法)的衔接问题。^①由此带来一系列实体法与程序法上的时代追问:监察法与刑诉法之间是否具有效力位阶,零容忍政策与刑法立法上的“抓大放小”之间是否存在矛盾?职务犯罪与职务违法之间的边界是什么?政务处分与刑事追究之间的界限如何把握?如何在程序上实现调查、证明标准、强制措施等之间的监诉对接?等等,这些问题的回答,事关监察法的合法实施也凸显了研究的特别必要。

一、监察法与刑诉法衔接的法理基础

监察法是宪法性法律,是反腐败国家立法,其与刑诉法之间的关系是讨论两法衔接的前提。从法理上分析,两法之间就职位犯罪的调查、起诉与审判而言并无效力位阶,从政策与法律视角解读执纪监督“四种形态”,有助于理解反腐败中的零容忍政策与国家法律改变之间的辩证统一关系。

*法学博士,南京师范大学法学院教授、博士生导师,国家“2011计划”·司法文明协同创新中心、江苏高校区域法治协同创新中心、中国法治现代化研究院、江苏省教育厅校外研究基地司法现代化研究中心兼职研究员,210023。本文系研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项课题“推进反腐败国家立法研究”(18VSI103)、国家社会科学基金重点项目“刑法体系的合宪性控制研究”(17AFX018)的阶段性研究成果。

①陈卫东:《职务犯罪监察调查程序若干问题研究》,《政治与法律》2018年第1期。

（一）讨论的前提：监察法与刑法是否具有效力位阶

监察法与刑法之间是否具有效力位阶关系？效力位阶是宪法与立法确立的规则，即下位法不得抵触上位法，如果抵触的话，则下位法的规定无效，当依据上位法的规定处理。

对此，姜明安教授指出，“监察法是国家监督领域的基本法，属于宪法性法律。”^①所谓“基本法律”，就是说的相应调整领域，其具有统率其他一般法律、法规和规章的地位。^②可见，姜明安教授把监察法界定为具有统领刑法的更高效力位阶。笔者认为，这一观点有其合理性，但也有值得商榷的地方。如果从监察法的政治任务来说，监察机关既是党的机构，又是国家机构，^③兼具有预防与惩罚腐败的职能，规范其运行的监察法自然属于宪法性法律，其位阶高于刑法，这并没有理论障碍：其一，监察机关肩负有党内监督与国家监督的双重使命，党内监督与国家监督的方式不同，党内监督是以纪律处分方式实现，国家监督则包括政务处分、刑事追究等，其中，政务处分本质上仍然属于国家机关内部的纪律处分，依据监察法的规定，各级监察机关有权对职务违法的公职人员作出政务处分决定，这种政务处分已经取代行政处分，成为监察机关追究公职人员职务违法责任的行政惩戒措施，是监察机关行使监察职能的体现。^④这在《监察法》第45条中得以集中体现。就此而言，监察法是政务处分与刑事追究并重，与刑法不可同日而语。其二，监察机关兼具有政治任务与法律任务，监察机关属于政治机关，政治机关的首要任务在于实现政治目标，始终需要把讲政治放在首位，客观判断党内政治生态的整体情况，把握好“树木”与“森林”的关系，把政治效果作为反腐败的重要任务。就此而言，监察法作为规范监察机关权限、程序等的法律，自然追求反腐败的政治效果、法律效果与社会效果的统一。其三，监察机关具有政务处分、犯罪调查等更广泛的权限。监察机关调查对象包括职务违法与职务犯罪两类，前者遵循行政程序的原理，强调效率，后者遵循司法程序的原理，强调公平。就当前我国法治建设的实际情况而言，行政程序与司法程序不同，就行政程序而言，因为往往不涉及人身自由或重大财产的查封、没收等，故国家权力配置需要向行政机关倾斜，并不允许律师在调查过程中介入。这种权限混同的情况，主要是立足于监察机关之政治机关的属性而建构的。

深层次分析，把监察机关界定为政治机关，与反腐败的高度政治性有关。反腐败是中国共产党领导下的策略行动，具有高度的政治性，且这种政治性超越其自身的法律性与道德性。我国目前采取“政党主导共治型”腐败治理模式，^⑤党的政策主张对反腐败立法与司法影响甚大，我国建国之初制定的《中华人民共和国惩治贪污条例》虽然只规定了贪污罪一罪，但却实行“一分钱”犯罪标准，对腐败实行严格的零容忍。1979年刑法延续这一犯罪标准，对贪污罪、受贿罪、行贿罪与介绍贿赂罪只有定性的要求，而没有定量或其他限定性条件限制。1997年刑法则对12个贪污贿赂具体个罪增加定量的要求，如贪污受贿罪的数额原则上要达到5000元，从而对腐败犯罪强化一种“抓大放小”的刑事政策。《刑法修正案（九）》（以下简称《修九》）则以数额较大或情节严重代替，司法解释把数额较大的标准解释为3万元，把“放小”的范围进一步扩大，把“抓大”的处罚强度降低（比如，贪污受贿300万，才能判处10年以上有期徒刑），可以说，我国腐败犯罪立法的结构呈现出典型的“不严不厉”的格局。腐败犯罪立法固然与公众认同有关，但主要是政治抉择问题，党中央强调“以党内法规管住绝大多数，以刑法惩治极少数”，这是就是一种反腐败政治，必然对刑法立法具有重要影响，并最终影响腐败犯罪的定罪与处罚。如果从政治维度分析监察法与刑法之间的关系，则两法之间自然具有位阶关系，监察法的效力会高于刑法。

①姜明安：《国家监察法立法的若干问题探讨》，《法学杂志》2017年第3期。

②姜洁：《以宪法为遵循健全党和国家监督体系——中央纪委书记肖培就宪法增写监察委员会有关内容答记者问》，《人民日报》2018年3月11日，第8版。

③朱福惠：《国家监察法对公职人员纪律处分体制的重构》，《行政法学研究》2018年第4期。

④王希鹏、胡扬：《中国腐败治理结构变迁与纪检监察机关职能定位审视》，《河南社会科学》2014年第7期。

但是,撇开监察法承担的政治任务与行政处分权限不谈,就犯罪侦查、起诉与审判而言,监察法与刑法都属于宪法之下的基本法律,两者具有相同的法律地位与法律效力。刑法是有关犯罪侦查、追诉程序等方面的法律,主张反腐败的法律效果,如有罪必究、同等情况同等对待、严格执行犯罪的证据标准与法律标准等,追求法律效果与社会效果的统一。职务犯罪与其他犯罪只有犯罪性质的差异,并不能因为职务犯罪由监察机关调查而采取不同的认定标准与适用程序,刑法有关犯罪侦查、证据规则、起诉标准等规定均对职务犯罪的调查具有约束力,监察机关也应当按照刑法确立的证据种类、证明标准、证据收集程序等进行职务犯罪调查。即使《刑事诉讼法(修正案)》会删除其中有关职务犯罪侦查的相关规定,但是刑法是有关犯罪侦查、起诉、审判等程序性规定的一般法律,监察机关只是承担职务犯罪的立案与调查任务,其他有关起诉、审判等还是由检察机关、审判机关等来完成,自然在程序法上需要实现监察法与刑法之间的衔接,需要保持两部法律在位阶上的一致,同时也需要坚持相同的职务犯罪认定标准。就此而言,监察法与刑法之间的衔接并非“下位法依据上位法”或“上位法指导下位法”的关系,而是在职务犯罪调查、起诉与审判上的衔接,在职务犯罪的刑事追诉过程中,监察法与刑法只有分工的差异,并没有效力上的不同。

鉴于本文讨论的监察法与刑法是从职务犯罪的调查、起诉与审判维度展开的,并不涉及监察法的政治任务,故在本文意义上,两法之间具有相同效力位阶,从而在两者衔接上呈现出完全不同的理论方略。

(二) 协同式反腐:零容忍政策与刑法立法上的“抓大放小”并不矛盾

从政策上分析,党和国家一直对腐败采取零容忍政策,腐败属于社会顽疾,必须痛下猛药,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出,“加快推进反腐败国家立法,完善惩治和预防腐败体系,形成不敢腐、不能腐、不想腐的有效机制。”但是,《修九》对腐败犯罪采取“抓大放小”的入罪标准,以数额较大(3万元)或情节严重作为腐败犯罪入罪门槛,那么,零容忍政策与刑法立法上的“抓大放小”之间矛盾吗?笔者认为,正确理解两者之间的关系,需要借助执纪监督“四种形态”进行一番法理的透视。

“惩前毖后,治病救人”的基本方针,是中国共产党摸索出来的党要管党、从严治党的宝贵经验,作为这一基本方针的法规表达,执纪监督“四种形态”已成为党的十八届六中全会通过的《中国共产党党内监督条例》的重要内容。^①反腐败是法治基础上的国家治理行动,腐败犯罪是立法设定的标准,属于国家与公民的基本约定,不能任意突破。“以党内法规管住绝大多数,以刑事法律惩处极少数”的政策,已经充分体现在执纪监督“四种形态”中。众所周知,反腐败并不单独是刑法之事,而是需要构筑党内法规、行政法律、刑事法律等一体化的安全防护网,构筑协同式反腐败体系,执纪监督“四种形态”就体现了这一体系的基本要求。对于零容忍政策与刑法立法上“抓大放小”之间的关系,可以从执纪监督“四种形态”的法理精义角度予以回答。

其一,执纪监督“四种形态”充分体现反腐败的零容忍政策。党的十八届六中全会指出,“要坚持有腐必反、有贪必肃,坚持无禁区、全覆盖、零容忍,党内决不允许有腐败分子藏身之地。”如何实现反腐零容忍,在《修九》提高贪污、受贿等之量刑标准的情况下,从严反腐离不开党内法规的制度作用,党内法规是从严治党的体现,它与国家法律之间的“双规制”运行,有利于真正确立“立党为公、执政为民”的执政理念,有利于把反腐“制度的笼子”织紧扎牢,充分体现了反腐败的零容忍政策。轻微的

^①《中国共产党党内监督条例》第7条规定:“党内监督必须把纪律挺在前面,运用监督执纪‘四种形态’,经常开展批评和自我批评、约谈函询,让‘红红脸、出出汗’成为常态;党纪轻处分、组织调整成为违纪处理的大多数;党纪重处分、重大职务调整的成为少数;严重违纪涉嫌违法立案审查的成为极少数。”

腐败与严重腐败的之间存在密切联系,反腐败的制度设计最根本的措施就是要从轻微腐败着手,使其没有机会转变为严重腐败,这才是腐败预防的根本。相反,当腐败还处于“苍蝇”阶段时,如果法律对此不予干预,任其发展而成为“老虎”,然后予以重拳打击,甚至不杀不足以平民愤,这并不符合法律的人道性要求,违背“惩前毖后,治病救人”的基本方针。执纪监督“四种形态”,分别构筑了预防腐败的四道防线,把党纪挺在国法前面,能够把腐败消除于萌芽状态,避免腐败分子由“苍蝇”到“老虎”的转变,充分体现了反腐败的零容忍政策。

其二,执纪监督“四种形态”在于有效避免腐败的破窗效应。治理腐败需要立法智慧,立足于破窗理论,当腐败还是无序的时候,就给予必要的法律干预,以免其从无序到违法、从违法到犯罪,使防线更为牢固。破窗理论认为,无序、违纪与犯罪之间具有因果关系,党内无序行为不加管制,会发展成为违纪,违纪行为的蔓延,会带来犯罪,为了预防腐败犯罪,则必须以某种规范对无序和违纪行为进行干预。执纪监督“四种形态”有助于避免无序行为转向违纪行为、违纪行为滑向腐败犯罪的深潭,有助于有效避免腐败的破窗效应。在某一时间点上,腐败犯罪的一个细微的增加就有可能导致犯罪率的急剧上升,这就是犯罪的破窗效应。在只重视惩罚强度而不重视惩罚几率的法律环境中,反腐中破窗效应带来的犯罪机会主义心理,会导致腐败分子“前腐后继”,由此决定,抓早抓小和法网严密是有效避免腐败的破窗效应的客观需要。“红红脸、出出汗——党纪轻处分、组织调整——党纪重处分、重大职务调整——严重违纪涉嫌违法立案审查”之间层次分明、结构清晰、相互关联、相互衔接,形成了一个更为严密的预防与惩罚体系,且侧重点不同,因而有助于构筑更牢固的反腐败防线。

其三,执纪监督“四种形态”充分体现监察法的立法目的。反腐败立法的终极目的是预防腐败,而不是惩罚腐败,惩罚腐败只是达成预防腐败目的的手段。腐败预防包括一般预防与特殊预防,一般预防是预防没有腐败的人将来走上腐败道路,特殊预防是预防已经腐败的人再次走上犯罪道路。执纪监督“四种形态”就是这一有效机制,它把预防腐败作为出发点与最终归宿,在具体实践上体现了“要坚持‘老虎’、‘苍蝇’一起打,既坚决查处领导干部违纪违法案件,又切实解决发生在群众身边的不正之风和腐败问题”,在实际效果上能够达到“力度不减、节奏不变,持续保持遏制腐败的高压态势”,会形成不敢腐的氛围,对实现一般预防意义重大。同时,执纪监督“四种形态”贯彻惩罚与教育相结合的理念,贯彻“惩前毖后、治病救人”的方针,有利于消除腐败分子腐败的动机,会形成不想腐的环境。就此而言,借助执纪监督“四种形态”,抓早抓小,也是反腐败“零容忍”的应有之义。同时,政务处分失去的是职位或级别,而不是自由或生命,可以避免公职人员因腐败而把“牢底坐穿”或者家破人亡,充分体现了法律的人道性。把执纪监督“四种形态”作为新时代监察机关反腐败的新常态,意味着监察法之立法目的的重要转变,即从事后惩罚转向事前预防。这一重要转变又意味着反腐败方式的时代转型,即从工具主义模式转向治理主义模式。

综上,立足于执纪监督“四种形态”的法理精义,我们需要改变以往反腐败乃单一刑法之事的定位,这有助于正确认识零容忍政策与刑法立法上“抓大放小”的关系,因而构成了监察法与刑法衔接的法理基础。

二、监察法与刑法衔接的实体维度

监察机关的目标在于监督国家公权力,一切以公职人员为主体实施的公务行为,都属于监察机关监督的对象,监察法是有关监察机关行使监察权的依据、方式、程序与限制的法律,监察机关行使监察权的依据除监察法外,还包括党内法规、行政法律、刑法等,存在多重意义上的法律依据,自然涉及实体法相关领域的衔接问题。

（一）为何要重视实体维度的衔接

作为一个新生领域,监察法与刑法之间的衔接引起了学界的重大关注,但主要是程序法上的讨论。监察法与刑法的不同在于,它不仅涉及职务犯罪的调查,而且涉及职位违法的调查与处理。无论是职务犯罪的调查或职位违法的调查与处理,都涉及依据实体法,如果监察机关对职务违法与职务犯罪的边界不甚清楚,或建立在某种错误的理解之上,则会导致以党政处罚代替刑事追究,或以刑事追究处罚本属于职务违法的公职人员,造成冤假错案。在强调监察法与刑法在程序维度衔接的前提下,重视两者在实体法维度的衔接是十分重要的。

首先,实体法及其教义学发展为程序法提供标准。固然,只有被证据证明的事实才是案件事实,当前的认罪认罚从宽处罚也会导致实体法标准的“终结”,但这种主张并不能否定实体法的作用。就反腐败而言,所谓依法反腐,首先必须具有实体法依据,即不仅犯罪罪名的认定要符合刑法规定,而且要严格按照刑法规定的犯罪标准,并借助于教义学理论予以认定,绝不能认为“只要量刑合理,定什么罪都无所谓”。刑法是提供罪与非罪、此罪与彼罪、一罪与数罪的标准法律,以罪与非罪的区分而言,由于我国刑法对职务犯罪采取定性定量相结合的入罪标准,从而与行政法、党内法规等形成一种二元违法阶梯结构,故会在职务犯罪与职务违法的区分上形成不同标准。监察机关在调查职务犯罪时,必须依据刑法及其教义学发展而明确两者之间的界限。

其次,实体法上的错位会导致反腐败公信力缺失。反腐败权力统一由监察机关行使,不仅在于提高反腐败的效应,而且在于提高反腐败的专门性与公信力。监察机关的成立是“全面从严治党”的体现,充分体现了党中央“不根除腐败,绝不会收兵”的坚定决心,因而是国家脊背、民心所向。但是,如果监察机关在调查与处理腐败分子时完全不顾刑法及其教义学发展提供的标准,而是成为一个“黑匣子”,成为暗箱操作,则会导致国家反腐败公信力的丧失,因为民众会认为监察机关存在以政务处分代替刑事追究或以刑事追究报复陷害国家公职人员的问题,从而带来对反腐败机关的认同危机。

最后,忽视实体法标准衔接的程序法衔接缺乏根据。依据《监察法》第11条的规定,监察机关对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查。同时,《监察法》第22条规定:“被调查人涉嫌贪污贿赂、失职渎职等严重职务违法或者职务犯罪,监察机关已经掌握其部分违法犯罪事实及证据,仍有重要问题需要进一步调查,并有下列情形之一的,经监察机关依法审批,可以将其留置在特定场所:……”这种调查的范围明显宽于刑法规定的贪污贿赂罪与渎职罪。^①由此可见,监察机关的留置对象包括涉嫌职务犯罪与严重职务违法的公职人员,既如此,当把留置的对象移交司法机关逮捕时,则涉及职务违法与职务犯罪的区分问题,需要实体法提供区分的标准。以留置与逮捕的衔接为例,监察机关对公职人员采取的留置,包含涉嫌严重职务违法的公职人员,但在留置转为逮捕时,这种职位违法的公职人员则不符合批捕的条件,批捕与不批捕主要是实体法的标准。

（二）实现两法实体衔接的基本要求

依据监察法的规定,监察机关对涉嫌职务犯罪的公职人员具有调查权、留置权等,对涉嫌犯罪的公职人员在查证属实的情况下移交检察机关审查起诉,对不涉及犯罪的公职人员有政务处分的权力,这就需要明确职务犯罪与职务违法的区分,并理清政务处分与刑事追究的界限。

1. 职务犯罪与职务违法的区分

^① 卞建林:《监察机关办案程序初探》,《法律科学》2017年第6期。

就腐败的预防与控制而言,我国采用违法二元论的立场,强调刑法与其他法律之间协同式运作,职务犯罪与职务违法之间界限分明,因而职务犯罪与职务违法的区分标准,就是监察法与刑法衔接的实体维度之一。

职务犯罪主要包括贪污贿赂罪与渎职罪两部分,前者基本上是以数额或情节为犯罪成立标准的犯罪,数额大小或情节是否严重等就是职务犯罪与职务违法区分标准,以贪污罪为例,《修九》以数额较大或有其他较重情节为入罪标准,而按照有关司法解释的规定,数额较大的标准为3万元,这是区分贪污罪与贪污违法行为的数额标准,且是一个硬性标准。依据司法解释,所谓“有其他较重情节”是指贪污数额在1—3万之间,但具有“贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的”、“曾因故意犯罪受过刑事追究的”、“赃款赃物用于非法活动的”等六种情形的情况,^①因而是一种“数额+情节”的复合标准。受贿罪、利用影响力受贿罪、行贿罪、巨额财产来源不明罪等也大抵采用这样的标准,职务违法与职务犯罪的界限相对清晰。后者则以“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的”、“情节严重”、“致使国家利益遭受重大损失的”等结果的出现为入罪标准,这些标准具有高度抽象性,且因果关系判断至为复杂,因而会出现职务犯罪与职务违法的界限模糊的情况。

监察机关同时承担着职务犯罪的调查权与职务违法的惩处权,不能以职务违法代替职务犯罪,以免形成冤假错案,也不能以职务犯罪替代职务违法,以免以政务处分代替刑事责任追究。只有明确两者界限的教义学标准,才能在反腐败上形成合力,而不是形成破窗效应。笔者认为,这种教义学标准只能立足于法律一体化的视角,从刑法教义学中寻找。就两者的区分标准而言,公职人员是以履职说为标准的,只要具有国家公职人员履行职务,则属于公职人员。国家工作人员是以从事公务为标准的,必须是从事公务的国家公职人员,非从事公务的国家公职人员,则不属于国家工作人员。二是违背职务但没有达到入罪标准的行为属于职务违法。以性贿赂为例,所谓“性贿赂”,就是指通过与国家工作人员发生不正当的性行为,以使其利用职务之便,进而实现谋取不正当利益的目的,其呈现出隐蔽性、非物质性以及严重的社会危害性的特征。由于我国刑法关于受贿罪的对象是财物,故性贿赂并不成立受贿罪,但却属于典型的职务违法行为,应当受到党政处分。三是对于除处罚的职务犯罪可以进行职务违法处理。依据我国《刑法》第37条的规定,对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚,这大致可以被称之为定罪免刑。对于免除刑罚处罚的人来说,单一的定罪仅具有标签意义,其惩罚强调尚不如行政处罚(如15日行政拘留),为贯彻“惩前毖后、治病救人”的刑事政策,对此,可以以职务违法处理。

就职务犯罪的惩罚而言,是坚持有罪必究抑或给犯罪人一个合作机会,这是反腐败刑事政策必须要思考的问题。就当前执纪监督“四种形态”而言,以职务犯罪立案调查的是极少数,党纪重处分或重大职务调整的成为少数,而党纪轻处分或组织调整成为违纪处理的大多数,常态化的工作是“红红脸、出出汗”,这就不是“抓大放小”的问题,而是期待通过给腐败官员一个合作的、自我改正机会,把“惩前毖后、治病救人”贯彻落实到实处。笔者认为,“四种形态”,是一种执纪监督的目标,也是一种政策立场,反腐败的目标自然是把严重腐败降低到冰点,把违纪行为减少到可以容忍的程度。就方法而言,通过抓早抓小,提高违纪行为的惩罚几率,预防腐败的破窗效应,这才能构筑一个“事前预防、事中警戒、事后惩罚”的综合治理体系,才能形成“不想腐、不能腐、不敢腐”的有效机制。但是,强化并实现执纪监督“四种形态”,并不意味着把本属于职务犯罪的情况,通过不作为的方式将其降格为职务违法,毕竟,刑法提供了职务犯罪的认定标准,这种标准是监察机关和司法机关办案的依据。公正司

^①2016年4月18日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》。

法是全面依法治国的基本要求之一,公正司法不仅意味着进入司法流程的案件要公正对待,而且也意味着有罪必究,如果把本属于职务犯罪的行为人以职务违法对待,也有失公允,是对全面依法治国的破坏。

2. 政务处分与刑事追究的界限

“惩前毖后,治病救人”的传统治理策略,在新时代被转换为“以党内法规管住绝大多数,以刑事法律惩处少数”的刑事政策,“以党内法规管住绝大多数”在于通过对职务违法的干预而预防职务犯罪,从而达到“治病救人”的效果,对于腐败犯罪而言,监察机关决不能以政务处分代替刑事责任。

监察法的颁布意味着中国进入反腐败的新时代,监察机关运行至今,审判机关受理的腐败犯罪数量比以往大幅度下降,其中,有的地方监察机关混淆职务违法与职务犯罪的界限,不能有效实现监察法与刑法之间的衔接,就是导致此类犯罪数量下降的重要原因。为何会出现以政务处分代替刑事追究现象,从笔者调研的情况来看,主要原因有三:首先,在反贪局转隶监察机关后,必定出现反贪局从业人员的整合问题,即纪委、行政监察机关、检察院反贪局原有工作人员的整合问题,这会把本属于专门侦查职务犯罪的力量予以分散,再加上原有纪委、行政监察机关的从业人员中大都非法学背景,导致职务犯罪调查能力不升反降,这会对职务犯罪的调查造成影响。其次,以往反贪局存在绩效考核,且具有比较全面的侦查能力,就侦查结果而言,只有无罪与有罪的区分,因此,在侦查的积极性与侦查强度上都比当前监察机关的调查权更高,相反,监察机关调查的结果有职务违法与职务犯罪的区别,且对调查的程序严格限制,故监察机关对职务犯罪的调查的积极性并不高。最后,监察机关是政治机关,政治机关在反腐败问题上需要重视执纪监督“四种形态”。这是党的“惩前毖后,治病救人”方针在党内法规上的体现,这一监督条例主要是一种腐败预防的方阵,即“抓早抓小”,预防腐败滋生的破窗效应,但是,监察机关如果对此理解错误,也会出现以政务处分代替刑事责任追究现象。

职务违法与职务犯罪不能混淆,更不能以政务处分替代刑事责任。我国立法体制以违法二元论为基础,区分行政法、党内法规与刑法,从而形成职务违法与职务犯罪的区分。职务违法是国家公职人员违反行政法、党内法规的行为,职务犯罪是国家工作人员触犯刑法的行为,前者涉及政务处分,后者则需要判处刑罚。两者之间界限分明、相互衔接,共同构筑反腐败的安全网。如前所述,“惩前毖后,治病救人”的传统治理策略,在新时代被转换为“以党内法规管住绝大多数,以刑事法律惩处少数”的社会政策,这一政策在于避免腐败的“破窗效应”,在于当职务违法尚未发展到职务犯罪时,通过提高惩罚几率的方式,避免国家公职人员由职务违法转向职务犯罪,但并不意味着以把本属于职务犯罪的国家公职人员,按照职务违法对待。执纪监督“四种形态”是把敢于突破纪律走向犯罪深渊的犯罪分子降低到极少数。对于这些极少数的腐败分子,仍然要坚持有罪必查,并把惩罚的必然性作为一个重要任务予以落实。

“以党内法规管住绝大多数”在于通过对职务违法的干预而预防职务犯罪,从而达到“治病救人”的效果,对于腐败犯罪而言,监察机关决不能以政务处分代替刑事责任。一方面,政务处分不能代替刑事追究。政务处分的目的在于通过红红脸、出出汗、洗洗澡的方式警示公职人员,不要把违法发展为犯罪,它必须建立在惩罚的几率上,且目的在于避免腐败的破窗效应,因而其适用对象是职务违法行为,刑事追究的目的在于通过刑罚惩罚满足民众对腐败的报应情感,其虽然需要强调惩罚的几率,但也要强调惩罚的强度。政务处分与刑事追究两者之间相互衔接,以形成有效预防腐败的合力,这种合力的形成有利于构筑反腐败的安全网,也有利于避免腐败的破窗效应。然而,如果以政务处分代替刑事追究,则会导致这一安全网构筑的防线被突破,反而导致腐败的蔓延,因为腐败作为社会的顽疾,不仅需要打早打小,而且需要痛下猛药,威慑欲犯罪者。

另一方面,刑事追究不能覆盖政务处分。政务处分与刑事追究各有其不同的适用对象,把本属于

政务处分对象,通过刑讯逼供、伪造证据的方式追究其刑事责任,则属于冤假错案的范畴,也是权力报复的体现。国内学界目前对监察法赋予监察机关的留置权最大的担忧是漠视被调查的公职人员的人权,这一担忧有一定合理性。目前监察机关的调查权存在程序与职务犯罪程序区分不清的问题,且不允许律师介入、不允许被调查人向上级监察机关申请复议,具有明显的行政程序的特点。同时,由于监察机关在行使调查权的过程中缺乏有效的监督与制约,这就可能会出现把本属于职务违法的情况作为职务犯罪处理的现象,这也是监察法与刑法在实体维度衔接上的错位,比如,监察机关行使不当撤销案件的权力或越俎代庖行使不起诉的权力等,把本应在证据调查进行到底的案件予以“中断”,或把具有罪与非罪临界点争议的案件以“事实不清、证据不足”为由撤案,这看似符合人权保障的需要,其实是对刑事法治的严重破坏。

总之,尽管刑法与刑诉法之间是程序法与实体法的关系,但是刑诉法并不能离开刑法确立的犯罪实体标准,而是要围绕刑法提供的定罪与量刑标准进行证据收集。同理,监察法与刑诉法之间的衔接看似是职务犯罪的调查、起诉与审判的衔接及留置与逮捕等强制措施的衔接,其实均是围绕职务违法与职务犯罪的边界展开,同时,涉及到政务处分与刑事追究之间的关系。

三、监察法与刑诉法衔接的程序维度

监察法与刑诉法在程序维度的衔接是全方位的,涉及证据、证明标准与强制措施等,鉴于篇幅所限,本文只讨论三个最为关键的维度,即两法如何对接以审判为中心的司法体制改革、如何对接刑事诉讼上的证明标准、如何实现留置措施与逮捕之间的对接。

(一) 如何对接以审判为中心的司法体制改革

作为前提,监察体制改革与司法体制改革初衷不同,前者主要是政治体制改革,兼具有司法体制改革的属性,后者是单一的司法体制改革,正如有学者指出,“处理好监察程序与刑事诉讼程序的衔接,关键是协调好监察体制改革与审判中心改革的关系。这两项改革的出发点和目的存在明显不同。深化监察体制改革的目标,是为了建立党统一领导下的国家反腐败工作机构,实现组织和制度创新,整合反腐败的资源力量,建立集中统一、权威高效的监察体系;而审判中心诉讼制度改革的目标是为了确保侦查、审查起诉阶段的案件事实证据经得起法律的检验和时间考验。”^①审判中心主义意味着“审判案件以庭审为中心,事实证据调查在法庭,定罪量刑辩论在法庭,以改变以往卷宗复制主义带来的诉讼结构偏失,全面落实直接言词原则与严格执行非法证据排除。”^②以审判为中心的司法体制改革旨在改变侦查中心主义、调查中心主义的弊端,真正发挥庭审的实质作用。在以审判为中心的司法体制改革的时代背景下,职务犯罪的调查、起诉与审判的衔接至关重要。

监察体制改革并不能否定以审判为中心的司法体制改革,以庭审为中心的司法体制改革,是党的十八届四中全会后部署的重大司法改革任务。以庭审为中心需要以刑诉法对刑事审判的证据要求来定罪判刑,这就意味着监察机关对证据的收集与对法律的理解要满足刑事审判的需要,庭审才是刑事诉讼的核心。从程序法角度来看,监察法与刑诉法之间的衔接,主要是证据标准和强制措施的衔接,就监察法与刑诉法之间的衔接而言,往往存在两大疑问:一方面,采取严格限制或剥夺公民的人身自由(如留置)与财产权利(查封、冻结等)的调查措施,却不允许律师介入,有违现代刑事诉讼的基本

^①陈邦达:《监察程序与刑事诉讼程序如何衔接》,《学习时报》2018年9月17日第3版。

^②姜涛、蒋国强:《庭审中心主义视域下的检察制度改革》,《河北法学》2016年第1期。

要求。另一方面,欠缺正当程序,即职务违法阶段调查的证据与职务犯罪阶段调查的证据相互混淆,监察机关可能会在尚未启动立案和调查程序的前提下,把职务违法阶段调取的证据经行作为认定职务犯罪的证据而提交给检察机关,这就导致非法证据排除的真空地带,不符合正当程序的要求。这些问题只有严格遵循审判中心主义才能解决,从世界各国反腐败建设的历程来看,独立的反腐败机构的运作都有一个从严格控制犯罪到人权保障的转变问题,遵循正当程序、对接诉讼证据标准,是反腐败调查、起诉与审判都必须坚持的法治原则。就此而言,“虽然在国家监察体制改革过程中,原本行使职务犯罪侦查权的主体业已由检察机关转隶至监察机关,职务犯罪侦查权亦在相当程度上为调查权所替代,但这并不妨碍审判中心主义原理和制度的继续适用。概而言之,在处理审判机关、检察机关与监察机关之间关系的时候,仍然需要重申审判中心主义,并防范可能出现的监察中心主义。”^①

问题是如何对接以审判为中心的司法体制改革,这大致涉及如下几个方面:首先,严格区分职务犯罪与职务违法。职务违法与职务犯罪区分的意义在于,监察机关对职务违法的调查权与对职务犯罪的侦查权不同,两者虽然都适用监察法,但亦有不同。监察机关对职务违法的调查权还应当适用行政法等,对职务犯罪的侦查权还应当适用刑法。同时,在监察机关内部,应当区分职务违法的调查部门与职务犯罪的调查部门,不能合一,正如有学者所建议,“在监察立案的基础上应建立刑事立案制度,以避免纪法界限模糊,并由此设立部分高强度强制侦查措施启动节点,同时便于与司法程序对接。”^②其次,赋予犯罪嫌疑人在调查阶段的辩护权。辩护权是被告人的宪法权利,被告人在刑事诉讼中依法获得辩护权。就犯罪嫌疑人的关押而言,在监察法颁布实施之前,纪委的双规措施与检察院的侦查实行双轨制,即纪委把犯罪线索移交检察院,由反贪局收集犯罪嫌疑人的犯罪证据,犯罪嫌疑人享有辩护权。但是,在新颁布的监察法中,监察机关对职务犯罪的侦查却不受刑法调整,犯罪嫌疑人并不享有辩护权。再次,技术侦查人员有出庭接受质证的必要。技术侦查是监察机关查明犯罪事实的重要手段,依据《监察法》第28条的规定:“监察机关调查涉嫌重大贪污贿赂等职务犯罪,根据需要,经过严格的批准手续,可以采取技术调查措施,按照规定交有关机关执行。”这一规定延续了《刑事诉讼法》第148条第2款的规定,并受一定期限的限制。技术侦查收集的证据接受法庭的质证,技术侦查的实施者需要到庭接受质证,这是庭审实质化的基本要求。最后,缺席审判的证明标准。对于贪污贿赂、失职渎职等犯罪案件,犯罪嫌疑人、被告人潜逃境外,检察院认为犯罪事实已经查清,证据确实、充分,依法应当追究刑事责任的,可以向人民法院提起公诉,由法院做出缺席判决,对违法财产、违法所得做出处理。^③就缺席审判的证明标准而言,应当实行“虽然没有犯罪嫌疑人的供述,但其他书证、物证证据足以认定其构成犯罪”的客观证据规则。

(二) 如何对接刑事诉讼上的证明标准

从权力属性与归属上看,监察机关享有调查权,这一调查权与检察机关的侦查权虽有差异,但均在于查明职务犯罪事实,监察机关的调查权不能完全取代检察机关的自行侦查权,同时,依据监察法的规定,当监察机关调查结束,认为被调查对象确实涉及刑事犯罪时,应当将案件移送司法机关,由司法机关行使批捕、公诉权与审判权。^④监察机关的调查程序实质上已构成刑事诉讼的前置程序,^⑤具有

①秦前红:《我国监察机关的宪法定位——以国家机关相互间的关系为中心》,《中外法学》2018年第3期。

②龙宗智:《监察与司法协调衔接的法规范分析》,《政治与法律》2018年第1期。

③《进一步完善中国特色刑事诉讼制度——刑事诉讼法修正草案看点》,《人民法治》2018年第9期;蒋海洋:《刑法修正案草案聚焦“三大改革”》,《浙江人大》2018年第6期。

④马怀德:《〈国家监察法〉的立法思路与立法重点》,《环球法律评论》2017年第2期。

⑤陈邦达:《推进监察体制改革应当坚持以审判为中心》,《法律科学》2018年第6期。

刑法上犯罪侦查的法律效果,属于刑事诉讼之发动,构成检察机关制约监察机关的基础。^①监察机关、检察机关与审判机关只有分工不同,但在犯罪认定标准与程序上并无实质区别,当采取相同的证明标准。

对职务违法与职务犯罪是否采用相同的证明标准,这是监察法颁布实施后面临的重要问题,也是由监察机关独揽职位违法与职务犯罪的调查权、处置权等带来的新问题。对此,学界素有区分制与并轨制的分歧。刘艳红教授指出,“《监察法》所设置的7项留置规则属于不完全的法治进阶,其不完全性表现为:由于未区分‘严重职务违法’和‘职务犯罪’两种留置情形,引发规则适用的内部冲突;因选择性吸收《刑事诉讼法》的部分内容,造成法法衔接不畅;留置审批权与执行权集中后没有引入外部监督机制,不利于人权保障的实现。”为此,比较好的教义学方案是:“在保持现有规定不变的基础上,通过制定实施细则或解释对留置规则进行‘两分’重塑,区分‘严重职务违法’与‘职务犯罪’两种不同情形,并分别设置不同的留置规则,最大限度的保障规则内部协调和规则外部衔接。”^②对留置措施区分职务违法与职务犯罪的情况,并设定不同的实体标准与程序,这是符合监察机关之调查权实际的教义学方案。如前所述,监察法赋予监察机关调查的对象包含职务违法与职务犯罪的公职人员,且对两者都可以采取留置措施,两者的混同适用会带来适用留置措施的门槛降低的现象。更何况,目前监察机关的工作人员是由原来的纪委工作人员、监察机关工作人员和反贪局的检察官转隶而来,如果没有区分调查职务犯罪的工作人员与调查职务违法的工作人员,监察人员的素质往往难以承担反腐败的重任,并形成内部有效衔接,则会导致留置措施的适用乱象。

监察机关采取何种证明标准来确定职务犯罪,是监察法适用中必须明确的问题。人民法院与人民检察院的公职人员都在监察范围,监察机关把自己的证明标准强加给公诉机关或审判机关,这在权力失衡的情况下在所难免。这是值得警惕的现象,监察机关与司法机关在法律监督上既有区别,也有联系:一方面,监察机关在性质上不是司法机关,它不能行使国家检察机关的公诉权,更不能行使国家审判机关的审判权。对涉嫌职务犯罪的案件,它必须移送人民检察院依法提起公诉,由人民法院依法审理和判决。另一方面,监察机关可以行使类似于公安机关和检察机关行使的某些刑事强制措施权和刑事侦查权,如讯问、查询、冻结、调取、查封、扣押、勘验检查、鉴定、留置等。^③就职务犯罪的刑事追诉而言,监察机关的调查与留置等成为了开启环节,检察机关的审查起诉乃中间环节,人民法院的审判乃是最终环节,三者相互衔接、层层过滤,旨在实现“以事实为根据、以法律为准绳”的刑事诉讼目标。就此而言,职务犯罪的调查当适用刑法的证明标准,这在监察法中也有体现,《监察法》第40条规定:“监察机关对职务违法和职务犯罪案件,应当进行调查,收集被调查人有无违法犯罪以及情节轻重的证据,查明违法犯罪事实,形成相互印证、完整稳定的证据链。”如何督促监察机关依法调查证据,则需要重视审查起诉的实质化,即检察机关是依照刑法审查犯罪事实是否存在、证据是否充分确凿、是否存在非法证据、犯罪性质和罪名是否准确等来对监察机关的调查活动形成约束。^④检察机关在接到监察机关提交的起诉意见书及证据材料后,要严格按照刑事诉讼的证明标准进行实质审查,要严格依据刑法规定的证据标准进行非法证据排除,以此把不符合起诉条件的情况予以排除,这是检察权对监察监督的应有之义,旨在确保监察权在法治轨道上运行。

众所周知,非法证据排除是近年来司法体制改革的文明成果,对实现人权原则的意义重大。监察法赋予监察机关调查权、留置权等,把监察机关调查的证据直接移交给检察机关审查起诉,并提起公

①朱福惠:《论检察机关对监察机关职务犯罪调查的制约》,《法学评论》2018年第3期。

②刘艳红:《程序自然法作为规则自治的必要条件——〈监察法〉留置权运作的法治化路径》,《华东政法大学学报》2018年第3期。

③姜明安:《国家监察立法应处理的主要法律关系》,《环球法律评论》2017年第2期。

④朱福惠:《论检察机关对监察机关职务犯罪调查的制约》,《法学评论》2018年第3期。

诉,由法院审查确认。如前所述,留置是对双规的法治化改造,而双规的合法性备受争议,往往是职务犯罪侦查权力弱的体现,如有学者所指出,“双规在1996年刑诉法修改后成为反贪案件强制措施的功能替代物。此现象的直接原因在于,相对于普通刑事案件的反贪案件所具有的自然属性和证据、法律处遇的差异性,更为根本的原因则在于中国基础结构能力的软弱和刑事法总体性的不足。”^①就职务犯罪的调查而言,犯罪人往往属于高级白领,接受过高等教育且具有丰富的社会经验,同时,行贿与受贿犯罪存在“囚徒困境”,一般侦查手段难以完成侦查任务,故形成了双规这一特殊侦查手段。就此而言,双规其实是弥补侦查不足的手段,且从双规的实际运行来说,往往是纪委与反贪局联合办案,调查人员大都是从反贪局抽调而来的。把双规改为留置,虽然使职务犯罪的调查具有法律依据,但其实并没有实质性改变,只是在双规与侦查的衔接上更为便利,有助于避免重复立案等效率低下问题。就目前监察机关对职务犯罪的调查权而言,包含着刑事侦查的内容,但却没有赋予律师介入的权限,面对这种没有外部监督的权力,自然有可能出现非法证据。立法者早就意识到这一点,《监察法》第40条规定:“严禁以威胁、引诱、欺骗及其他非法方式收集证据,严禁侮辱、打骂、虐待、体罚或者变相体罚被调查人和涉案人员。”该规定与我国刑诉法对于证据收集合法性的要求一致,有助于从源头上确保了证据的合法性,^②但实际运作可能会偏离立法目的,对此,检察机关在非法证据排除上应勇担重任,这是由检察官的客观义务所决定的,即使检察官属于监察的对象,但并不影响监察机关对非法证据的审查义务。如果认定存在非法证据,一方面,对此类证据予以排除,不能作为定案的依据,一方面,可以向同级人大提出检察建议,呈请人大对相关实施非法证据的人员启动违法调查。

(三) 留置措施与逮捕之间的对接

监察机关对职务犯罪的调查权涉及讯问、搜查、技术调查、留置、限制出境、通缉查询、冻结等强制性权力,这些权力与司法机关行使的权力具有高度的重合性。其中,争议最大且至今尚未达成共识的是留置措施。由“双规”到“留置”的进化,不仅体现了反腐败由党纪到国法的转变,而且出现了监察机关权力结构与功能的转变。

从本质上说,留置措施是一种限制人身自由的权力,与逮捕具有共同的属性,不仅受到宪法上公民的人身自由的限制,而且必须遵守与刑诉法规定的逮捕之适用条件大致相同的标准,有学者对留置措施进行了界定:“由监察委具体办案人员在职务犯罪案件中,提请有权主体审批是否采取留置措施,审批通过后,由办案人员持批准文件将留置人抓捕并关押在特定的场所。如果犯罪事实成立,则在证据收集充分后提请检察院逮捕,留置措施解除,如果犯罪事实不成立或证据不足,则由有权主体审批解除留置措施。”^③从权力归属上来说,留置是司法权抑或行政权?还是其他属性的权力?笔者认为,留置权是一种对“双规”改造后的政治权,这种政治权是一种综合的存在,融合了司法权与行政权,是一种反腐败的专门权力;对职务违法而言,这种权力是一种行政性质的权力;对职务犯罪而言,这种权力是一种司法性质的权力。两种具有不同属性,对监察法与刑诉法的衔接的意义是不同的,对职务违法行为人的留置,被留置人当有权申请行政复议和提起行政诉讼,并不涉及监察法与刑诉法之间的衔接问题;而对职务犯罪人的留置,则涉及监察法与刑诉法之间的衔接问题。就此而言,监察机关的留置权应当区分行政意义上的留置权与司法意义上的留置权,并建构不同的权力制约与监督体制。

司法意义上的留置权就涉及与刑诉法上的逮捕之间的衔接。众所周知,在原有反腐败模式中,职

①刘忠:《读解双规侦查技术视域内的反贪非正式程序》,《中外法学》2014年第1期。

②陈卫东:《职务犯罪监察调查程序若干问题研究》,《政治与法律》2018年第1期;陈光中、兰哲:《监察制度改革的重大的成就与完善期待》,《行政法学研究》2018年第4期。

③张翔:《基本权利作为国家权力配置的消极规范——以监察制度改革试点中的留置措施为例》,《法律科学》2017年第6期。

务犯罪的侦查与批捕均有检察机关行使,故不存在检察机关主导而由侦查机关实施的问题。但是,在职务犯罪的调查权归属监察机关之后,则存在调查权与强制措施权的分离,职务犯罪的调查权归监察机关,但审查权归检察机关,职务犯罪的留置权归监察机关,但犯罪嫌疑人的逮捕权归检察机关,这就涉及强制措施之间的衔接,即监察机关的留置权是否应由检察机关主导?笔者认为,对监察机关的留置权而言,检察机关只能事后监督,而不能事中监督或事前监督,因为监察机关留置的对象系国家公职人员,留置的目的在于查明违纪、违法与犯罪,对于违纪的留置,检察机关并无监督的权限,但对于犯罪嫌疑人的留置,则属于司法监督的范畴。其中,以逮捕制度制约留置措施,这是监督制约留置权的有效制度。错误的逮捕导致冤假错案,且逮捕变更为取保候审的情况十分少见,故刑法对逮捕的适用条件与程序进行严格限制。监察机关采取的留置转为为逮捕时,必定有多个选项:一是由留置措施转变为逮捕;二是由留置措施转变为监视居住或取保候审;三是不予批捕,也不变更强制措施。以批捕制度倒逼监察机关依法、依规办案,则是实现留置措施与逮捕衔接的体现,其中,检察机关严格按照刑法的规定审核留置对象的行为是否达到批捕的条件,这会督促监察机关在采取留置措施时严格遵循刑法的逮捕条件,以决定留置措施期满后是申请批准逮捕,还是申请变更为其他强制措施。

在高度重视反腐败的时代背景下,如何设计一套既能提升效能又能反贪促廉的治理机制,实为当前最重要的法治再造工程。廉洁是现代国家治理现代化的标杆,更是当今法治政府建设的愿景,然而,这一标杆与愿景的实现,需要内部协调、外部通畅的组织机制保障,需要将反腐败工作加以整合,建立不受非法干预的独立机关,并赋予其权责分明的调查权力。但是,反腐败必须在法治轨道上运行,监察机关对职务犯罪与职务违法的区分、对政务处分与刑事追究的选择,必须遵循实体法的标准,对职务犯罪的证据收集、证明标准、强制措施等必须依循程序法的标准,从而实现监察法与刑法之间的有效衔接。

(责任编辑:程天君)

Major Issues in the Convergence of the Supervision Law and Criminal Procedure Law

JIANG Tao

Abstract: As far as the investigation, prosecution and trial of duty crimes are concerned, the connection between the state supervision law and the criminal procedure law is very important. This connection is not contradictory in the legal principle, for the supervision law and the criminal procedure law both belong to the category of basic laws under the Constitution and have the same legal status and legal effect. The connection between the supervision law and the criminal procedure law has two dimensions: substantive standards and procedural requirements. The former dimension requires a clear boundary between duty crimes and duty violations, and criminal investigation cannot be replaced by administrative sanctions; the latter involves how to accommodate such issues as the trial-centeredness doctrine, proof standards in criminal proceedings, and the implementation of illegal evidence exclusion, and in particular how to bridge the gap between arrests and other detention measures.

Key words: China's supervision law; trial-centeredness doctrine; authority for detention; duty crimes; duty violations