

## 法学：深化国家监察体制改革研究专题

**栏目引语：**对于国家监察体制改革而言，制定《监察法》并顺势完成配套制度的建立及配套规范的调整，既是终点，又是新起点。在新的起点上深化国家监察体制改革，不仅要宏观上贯通党纪与国法，实现“用纪律管住大多数”“让违法犯罪成为极少数”的目标，并践行“惩防协同”的反腐败理念；还要在微观上解决监察制度运行中的具体问题，督促监察机关妥善履行监督、调查、处置三大职责，扎实走好国家监察体制改革的每一步。为此，本期推出一组专题文章（共4篇，含“本期特稿”中刘艳红和刘浩的1篇），分别从《政务处分法》对监察体制改革的法治化推进、监察强制措施体系的结构性缺失与重构、监察管辖制度的适用对策以及“纪法衔接”的实现路径等方面展开论述。其中，既有深邃的监察法理知识，又有朴素的监察实践问题。希望该专题对于及时回应新起点上的新问题以及推进和全面深化国家监察体制改革有所启示和助推。

# 《监察法》监察强制措施体系的结构性 缺失与重构

魏昌东

**【摘要】** 监察调查权是中国特色国家监察权的重要职能之一，职务犯罪调查权的侦查权属性要求配置必要的监察强制措施。《监察法》就监察强制措施的立法设定存在审慎性上的缺失，由此导致监察调查权运行中的诸多理论与实践困境：监察留置具有羁押属性，却被立法者定性为调查取证手段，实则违背了诉讼基本原理；监察调查缺少强制到案的法定功能，导致职务违法、犯罪行为的发现障碍；监察强制候审措施的单一化立法配置，仅留置能够发挥候审羁押的效果，既不符合人权保障的法治理念，也将过多消耗国家有限的诉讼资源，对此，应当融贯式借鉴《刑事诉讼法》的规定，构建“梯度式”监察强制措施体系，并增加“执业禁止类”的强制措施类型。

**【关键词】** 监察调查权；监察强制措施；留置；体系重构

监察体制改革是中国特色国家治理体系完善的重要组成部分，实现了反腐败力量和资源的整合，<sup>①</sup>创立形成了独立、统一的国家监察权。以彻底的独立化与特殊化为方向，改革者否定了既有的刑事诉讼程序规则——《中华人民共和国刑事诉讼法》的适用，通过《中华人民共和国监察法》（本文以下简称“《监察法》”）创建了独立监察程序，<sup>②</sup>以指引与规范权力的运行。权力的创设相

魏昌东，法学博士，上海社会科学院法学研究所研究员、博士生导师（上海200020）。本文是国家社科基金重大课题“中国特色反腐败国家立法体系建设重大理论与现实问题研究”（17ZDA135）的阶段性成果。

①魏昌东：《〈监察法〉与中国特色腐败治理体制更新的理论逻辑》，《华东政法大学学报》2018年第3期。

②叶青、程衍：《关于独立监察程序的若干问题思考》，《法学论坛》2019年第1期。

对宏观,涉及机构、人员的整合以及相关法律法规的修改,当下已然完成。然而,行权程序的重构则微观而细致,涉及法律概念的创设与协调;规则内容与权力属性的融贯以及原则、价值的甄选,并非仅凭突击立法即可实现。《监察法》为确保监察权的有效运行,设定了独立的监察程序规则,然而,基于立法在规则、概念体系建构以及程序衔接方面所存在的供给不足,衍生出监察强制措施体系缺失以及留置措施属性定位偏差等问题。立基于监察权的属性,结合刑事诉讼原理,正本清源地探讨监察留置的应然定位,并提出中国特色国家监察强制措施体系的构建方案,希望对改革的推进有所裨益。

## 一、控权理论下监察调查程序设计与刑事诉讼原理的关系追问

监察体制改革整合了国家反腐败力量,将政府的监察厅(局)、预防腐败局及人民检察院查处贪污贿赂、失职渎职以及预防职务犯罪等部门的相关职能整合至监察委员会,并且在党的纪律检查委员会和监察委员会合署办公后,实现了“党、政、法”三位一体的机构框架与行权模式,<sup>①</sup>两块牌子下同一套人马兼有党纪检查、行政监察、犯罪调查三种职能。<sup>②</sup>仅就监察委员会而言,其履行职务违法与职务犯罪调查,因此监察调查权具有行政调查与刑事侦查的双重属性。

法律程序具有规范权力行使、促进权力分工以及防范权力滥用的功能,程序之于权力实不可或缺。不同性质之权力依不同程序运行,权力属性决定了程序内容。<sup>③</sup>而监察调查之多元权力属性为程序规则设计带来了现实的困难,立法者难以在统一的程序规则中兼顾双重的程序价值。对此,有学者提出,单一程序规则忽视了权力性质差异,应当在监察机关内部设立不同部门分别调查违法、违纪和职务犯罪行为,并以不同程序规则区别调整。<sup>④</sup>但是,笔者认为,在权力整合完成之初即进行机构分设与程序分离,实则违背了改革设计的初衷,此在内部割裂了监察调查权,对于改革目标的实现以及监察制度的进一步发展都将起到负面作用。因此监察调查权应由统一程序予以调整,而具体程序规则的构建,立法者应首先在权力的复合属性中选择其一作为程序设计之基准。

“监察委员会地位高、权力厚重,对位高权重的各级监察委员会的有效约束是设立国家监察机关这一事关全局的重大政治体制改革获得成功的必要条件。”<sup>⑤</sup>控权理论包括实体与程序,实体控权的重点在于通过实体法建构相互钳制的权力框架体系,例如西方国家的三权分立。而程序控权的重点则在于,通过程序法规定权力主体的行权过程、顺序、方式、方法、时限及违背程序法应承担的责任等。无论实体控权还是程序控权都只是手段问题,最终目的在于规范国家权力保障人权。<sup>⑥</sup>《宪法》规定,国家监察机关由人民代表大会产生并受其监督,此为实体控权,但基于当下改革背景其恐难以发挥效果。<sup>⑦</sup>因此程序控权至关重要,而监察程序之设计应以有效规范权力、充分保障人权为首要考量,问题聚焦为如何以单一程序规范约束监察调查权之双重属性。

程序规则依权力属性而定,以人权保障为目标,权力对公民权利干涉越深则行权程序往往更为严苛,例如国家刑罚权牵涉自由甚至生命,因此各国《刑事诉讼法》通常规定有最为严格的程序限制。

①王一起:《论〈监察法〉与〈刑事诉讼法〉适用中的程序衔接》,《法治研究》2018年第6期。

②龙宗智:《监察体制改革中的职务犯罪调查程序完善》,《政治与法律》2018年第1期。

③冯俊伟:《国家监察体制改革中的程序分离与衔接》,《法律科学》2017年第6期。

④汪海燕:《监察制度与〈刑事诉讼法〉的衔接》,《政法论坛》2017年第6期;郑曦:《监察委员会的权力二元属性及其协调》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2018年第1期。

⑤童之伟:《对监察委员会自身的监督制约何以强化》,《法学评论》2017年第1期。

⑥汪进元、汪新胜:《程序控权论》,《法学评论》2004年第4期。

⑦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。

监察委员会职务犯罪调查系国家刑罚权的具体行使,需以最严苛之程序实现权力的有效规制。监察调查权具有党内属性、行政属性和刑事侦查属性,只有以刑事侦查属性为基准制定最为严格的程序规则,方能实现对监察调查权的整体规制。<sup>①</sup>

需要说明的是,以刑事侦查为基准并不必然意味着监察调查应遵照《刑事诉讼法》。监察体制改革改变了我国基本政治架构,创设了第四种权力——监察权,根本目标在于高效反腐、维护政府廉洁性。<sup>②</sup> 腐败行为具有特殊性,其发现和证明较普通犯罪相对困难。<sup>③</sup> 为高效反腐,特殊化、独立化之程序规则尤为必要,因此立法者创建独立监察程序并否定了《刑事诉讼法》的适用。但是,虽然职务犯罪调查具有特殊性,不容否认的是其本质上仍属于刑事侦查范畴。<sup>④</sup> 因此,尽管《监察法》具体程序设计可区别于刑事诉讼规则,但本质上的立法理念与法律原则则不能偏离刑事诉讼原理。

## 二、刑事诉讼原理下强制措施独立性与特殊性

“强制措施对刑事诉讼的正常进行来说是不可缺少的。”世界范围内各国法律对强制措施的界定不尽相同,广义而言,在刑事诉讼程序中公权力机关实施的所有干预或限制公民权利的行为均可归类其中。强制措施的功能定位在于,协调惩罚犯罪与保障人权的价值冲突,其是部分侦查行为独立化、特殊化发展的产物。在某种程度上,刑事诉讼的历史也就是对强制措施不断加以合理限制的历史,其标志了一国的诉讼文明。<sup>⑤</sup>

### (一) 权力约束,强制措施独立于普通侦查手段

“每一社会均须有保护本身不受犯罪分子危害的手段。社会必须有权逮捕、搜查、监禁那些不法分子。只要这种权力运用适当,这些手段都是自由的保卫者。但是这种权力也可能被滥用。而假如它被人滥用,那么任何暴政都要甘拜下风。”<sup>⑥</sup>刑事诉讼程序具有极强的权利干涉性,侦查手段更是直接针对人身、财产。无罪推定原则下,“侦查侵权行为”的正当性依据在于其发现、证明犯罪的必要性。但是正如丹宁勋爵所言,假如侦查行为在必要性的掩饰下被滥用,那将是最严厉的暴政。因此,立法者需在必要性与侵权性之间进行权衡,权衡结果是:首先基于行为属性而划定许可界限,大量严重侵犯人权的侦查行为(例如酷刑)因此被立法者所禁止;其次是在许可界限内为侦查行为设置规范程序,实现进一步规制。

在许可的界限之内,各侦查行为在真实发现效果及人权侵犯程度等方面均存在明显的差异,不加区分的统一化程序设计将导致实践运行的困境:首先,对一部分侦查行为而言,其侦查效能将受到抑制;其次,对于另一部分侦查行为,则可能因为缺乏有效规制而导致人权侵犯的后果。因此,立法者依据人权可能受制约的程度将特定侦查行为独立出来,并为其创建“强制措施”这一概念体系。在世界范围内,多国刑事诉讼程序均存在普通侦查手段与强制措施的划分。例如,德国《刑事诉讼法》中规定的强制措施包括:第一,对人格自由权之侵犯,例如:拘提命令、逮捕、人身搜索;第二,对生理

<sup>①</sup>有学者提出,刑事诉讼程序规则对党纪、政纪调查而言过于严苛,会影响调查效果。但笔者认为在单一程序背景下,过分限制总好过权力滥用。而且实践中违纪违法与犯罪调查并没有严格的界限,而且可以相互转化,因此严格的程序对其统一规范是必要的。

<sup>②</sup>魏昌东:《国家监察委员会改革方案之辩证:属性、职能与职责定位》,《法学》2017年第3期。

<sup>③</sup>魏昌东:《监督职能是国家监察委员会的第一职能:理论逻辑与实现路径——兼论中国特色监察监督系统的规范性创建》,《法学论坛》2019年第1期。

<sup>④</sup>程雷:《“侦查”定义的修改与监察调查权》,《国家检察官学院学报》2018年第5期。

<sup>⑤</sup>孙长永:《比较法视野中的刑事强制措施》,《法学研究》2005年第1期。

<sup>⑥</sup>[英]丹宁勋爵:《法律的正当程序》,李克林等译,北京:法律出版社,1999年,第109页。

不得侵犯之权利之侵犯,例如抽验血液、脑波测验;第三,对财产权之侵犯,例如扣押;第四,对住宅权之侵犯,如对住宅、处所之搜索;第五,对邮电通讯秘密权之侵犯;第六,对职业自由权之侵犯,例如暂时的职业禁止;第七,对信息自主权之侵犯,例如网络追逃、秘密侦查等。<sup>①</sup>

本质而言,强制措施体系独立化构建的目的在于,在对强制措施行为进行有效规范的同时,亦不影响其他非侵权性或弱侵权性侦查行为的取证效果。各国刑事诉讼法普遍为强制措施设置了更为严苛的规则程序与适用条件。

## (二) 强制措施的特殊性——以羁押性强制措施为例

强制措施区别于普通侦查手段的特殊性,在于其适用要件与审批程序的严格性。<sup>②</sup> 各国对强制措施的种类界定不同且纷杂多样,因此难以整体论述。但是羁押性侦查行为被各国强制措施体系所普遍囊括,同时为与后文监察留置作对应性比较,因此本部分仅以羁押性强制措施为论述对象。

### 1. 适用条件特殊性

羁押性强制措施的适用需符合法定要件,具体涉及罪责性与羁押必要性。罪责性要件即犯罪嫌疑的证据要求,须有证据证明犯罪嫌疑人、被告人实施了犯罪行为,否则不准羁押。例如,日本审前羁押的理由之一就是具有相当的理由足以怀疑犯罪。“所谓‘罪疑’要件(证据要件)就是有‘相当的理由怀疑’,但这种怀疑不需要达到认定有罪所必要的‘确信’程度,只要是基于普通人的判断,可以肯定被疑事实存在即可。”<sup>③</sup>德国的羁押条件一方面要求有高度的可能性显示具有“急迫的犯罪嫌疑”,即有足够的证据显示嫌疑人实施了有关犯罪。<sup>④</sup> 在美国,传统上审前羁押必须有明显的证据证明被告人实施了犯罪(证明标准为 probable cause),法律禁止在没有证据证明被告人实施了犯罪的情况下仅仅因被告人具有一定的人身危险性就将其予以羁押。<sup>⑤</sup>

羁押必要性是指保持被追诉人处于羁押状态,对于诉讼程序的顺利进行是必要的,具体而言,只有被追诉人可能实施妨碍诉讼程序的行为,那么对他的羁押才具有必要性。对妨碍可能性的判断各国有着类似标准,例如,在英国,治安法官的判断依据包括:一是有充分的理由相信,被告人在被释放后会骚扰证人,妨害司法进程,或者不会主动前来归押;二是被告人目前被指控的罪行发生时他正在处于保释状态;三是继续羁押有利于保护被告人的人身安全;四是被告人正在服刑,且刑罚为监禁刑……六是被告人过去曾获得保释,但在保释期间因违反法定义务而受到过重新逮捕。<sup>⑥</sup> 法国《刑事诉讼法》第144条规定,具备下列“社会危险性”的情形之一的,才可以羁押:一是羁押被审查人是为了保全证据,或者防止其对证人或被害人施加压力,或者防止其与共犯串供;二是羁押是保护被审查人、制止犯罪、预防重新犯罪或者保证被审查人随时到庭接受审判所必要的。<sup>⑦</sup>

### 2. 审批程序特殊性

审批程序的特殊性主要表现在司法审查原则的确立,即羁押性强制措施的适用必事先征得法院批准。此是中立司法权对行政权的约束,由法官判断羁押必要性能够最大限度免除治罪目标的不当影响。就世界各国的立法现状而言,司法审查已成为一项普遍遵循的程序法治原则。

<sup>①</sup>陈学权:《中德强制措施比较研究》,《福建公安高等专科学校学报》2004年第3期。

<sup>②</sup>例如德国刑事诉讼法第81条a、81条c所规定的对被指控人、证人等身体检查、验血原则上命令权由法官所有,只有在延误可能影响侦查结果时,检察院和它的辅助机关才有权独自决定。

<sup>③</sup>[日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,北京:法律出版社,2000年,第47页。

<sup>④</sup>杨依:《以社会危险性审查为核心的逮捕条件重构——基于经验事实的理论反思》,《比较法研究》2018年第3期。

<sup>⑤</sup>A. W. Alschuler, “Preventive pretrial detention and the failure of interest-balancing approaches to due process”, *Michigan Law Review*, vol. 85, 1986, pp. 510—569.

<sup>⑥</sup>陈瑞华:《审前羁押的法律控制——比较法角度的分析》,《政法论坛》2001年第4期。

<sup>⑦</sup>[法]《法国刑事诉讼法典》,余叔通、谢朝华译,北京:中国政法大学出版社,1997年,第68页。

德国刑事诉讼法第114条第1款规定,决定待审羁押时,需由法官签发书面逮捕令。第115条规定,根据逮捕令逮捕被指控人后,应当不迟延地向管辖案件的法院解交,解交后,法官应当不迟延地,至迟是在第二天对被指控人就指控事项予以讯问。法国对人身保全措施的采用实行事前、事后双重审查机制。刑事诉讼法规定,先行拘押由预审法官经对席审理作出决定。日本宪法第31条也规定:“任何人,未经法律规定的程序,不得剥夺其生命、自由或者科处其它刑罚。”第33条、第35条规定,没有法官签发的令状,原则上任何人均不得被逮捕,也不得侵入、搜查以及扣押任何人的住所、文件以及所有物品。除此之外,美国、英国、意大利、台湾等世界主要法治发达国家和地区,也都建立了审前羁押的司法审查制度。<sup>①</sup>

### (三) 我国刑事强制措施体系

我国《刑事诉讼法》第一编第六章专章规定了强制措施制度,构建了以拘传、取保候审、监视居住、拘留以及逮捕为内容的刑事强制措施体系,顺应了强制措施独立化、特殊化的世界发展趋势。但是,相较于西方法治发达国家,我国强制措施制度亦具有本国特色。

#### 1. 以对被追诉人人身自由的干预为产生依据

在西方法治发达国家,强制措施的涵盖范围相对较广,基本包括了所有干预或限制公民基本权利的侦查行为。例如,在德国,其强制措施包括侵犯自由权、人身权、财产权、隐私权、住宅权以及职业选择权等基本人权的侦查行为,而且被侵权对象不仅包括犯罪嫌疑人、被告人,还包括证人等其他相关人员。<sup>②</sup> 相比之下,我国强制措施内涵范围较窄,仅包括限制犯罪嫌疑人、被告人人身自由的侦查行为。<sup>③</sup> 有学者提出,应当依照域外经验扩大我国强制措施范围,以实现充分保障人权的价值理念。<sup>④</sup> 对此笔者持不同观点。

美国著名学者帕克提出了刑事诉讼的两种模式——正当程序模式与犯罪控制模式,且二者之间存在着—场意识形态的拔河比赛。<sup>⑤</sup> 正当程序模式以防止冤错案件为首要价值追求,要求立法者设置多重程序障碍以实现限制国家权力之目标。犯罪控制模式则以惩罚犯罪为首要价值追求,强调有效处理案件,核心理念是为使社会免除犯罪侵扰,冤错案件亦是接受的。两种模式没有优劣之分,纵观世界,当下没有任何一个国家完全采用正当程序或犯罪控制模式,各国立法均在二者之间寻求平衡且存在着不同偏重。强制措施具有双刃性:一方面其能发挥规范权力保障人权的功能,而另一方面其将限制侦查权能,妨碍案件处理。我国强制措施较西方国家范围更窄,是因为刑事诉讼立法更偏重于犯罪控制模式。笔者认为,在一定限度内偏向犯罪控制模式具有正当性,就我国司法实践而言,通过扩大强制措施范围进一步削弱侦查权,将可能导致犯罪控制方面的困局。

#### 2. 我国强制措施可分为强制到案措施和强制候审措施

我国《刑事诉讼法》规定有5种强制措施,其中拘传与拘留属于强制到案措施,而取保候审、监视居住与逮捕则属于强制候审措施。

强制到案措施系指,侦查机关依据侦查犯罪的需要或犯罪情节的紧迫性,将原本处于自由状态的被追诉人以强制力手段带到办案场所,并附随较短时间的人身控制。强制到案措施的功能定位是发现并控制犯罪嫌疑人、被告人,以助力于犯罪事实的初步查明,同时为后续强制候审措施的适用提

<sup>①</sup>谢佑平:《论我国强制措施的完善》,《湖南社会科学》2004年第1期。

<sup>②</sup>卞建林:《我国刑事强制措施的功能回归与制度完善》,《中国法学》2011年第6期。

<sup>③</sup>《刑事诉讼法》所规定之强制措施——拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕都仅涉及人身自由的限制。

<sup>④</sup>杨宇冠:《刑事强制措施适用原则的比较考察》,《人民检察》2007年第14期。

<sup>⑤</sup>陈兴良:《为辩护权辩护——刑事法治视野中的辩护权》,《法学》2004年第1期。

供证据支持。拘传与拘留均属于强制到案措施,其重点在于强制犯罪嫌疑人、被告人到案。

强制候审措施是对犯罪嫌疑人、被告人人身自由的长时间限制,目的是保障诉讼程序的顺利进行。因此实践中只有嫌疑人可能以毁灭或伪造证据等方法妨碍诉讼进行;可能逃跑、自杀或逃避审判或刑罚执行;或者具有人身危险性可能继续破坏社会秩序,才能对其施以强制候审措施并限制其人身自由。基于强制候审措施的自由侵犯性,侦查、检察机关不能仅基于取证便利性即对犯罪嫌疑人、被告人施以强制候审措施。取保候审、监视居住和逮捕以长时间限制或剥夺被追诉人人身自由为内容,属于强制候审措施。<sup>①</sup>

### 3. 比例原则下的强制候审措施的梯度性构建

比例原则要求强制措施的适用应以达到法定目的为限度,不得滥用,针对个案不同情况,应对被追诉人施以不同强度之强制措施。我国强制候审措施在人身自由限制程度方面呈现出梯度性设计的特征,取保候审、监视居住、逮捕此3项措施,人身限制程度依次提升。强制候审措施的梯度性构建充分贯彻了比例原则的要求,实践中,侦查、检察及审判机关依据不同案情区别适用。

《刑事诉讼法》第67条规定,对所有可能判处刑罚且不具有社会危险性的犯罪嫌疑人、被告人均可以取保候审。因此,取保候审应是我国刑事诉讼中最主要适用的强制措施手段,而此亦符合审前程序非羁押的普世原则。<sup>②</sup>《刑事诉讼法》第81条规定,采取取保候审尚不足以防止社会危险发生的,应当予以逮捕。可见依据立法者之设计,逮捕实为取保候审的替代性措施,以社会危险性为适用条件。《刑事诉讼法》第74条规定,对符合逮捕条件,但犯罪嫌疑人、被告人具有下列情形之一的:患有严重疾病、生活不能自理的;怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女等,可以监视居住。因此就法律文义而言,监视居住是逮捕的补充性替代措施,其中彰显了诉讼程序的人性关怀。

## 三、《监察法》强制措施制度体系缺失及其所面临的理论与实践困境

《监察法》以创设国家独立监察权为首要使命,基于其立法功能与定位,而不得不承担起规定监察程序规则的使命,在某种意义上而言,《监察法》是国家监察组织法与监察程序法的合体,监察程序规范是《监察法》的主干内容。尽管监察权被赋予了全新的使命,然而,在程序规则设计上则是以《刑事诉讼法》为蓝本,基本照搬了刑事侦查手段、程序内容和证据规则体系。<sup>③</sup>所不同的是,在强制措施制度的构建选择上,《监察法》是以改革前在纪检检查权和行政监察权运行中行之有效的“两规”为基础,对之加以法治化的改造而进行的立法建构,而并未将作为刑事诉讼程序重要组成内容的强制措施行为体系的基本价值加以充分考虑,其结果是仅配置了留置一项强制措施,这一立法配置,造成了监察调查在理论与实践层面的双重困境。

### (一) 监察留置的属性定位偏差

#### 1. 留置具有羁押属性应归为强制措施范畴

《监察法》第22条、第43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,并有可能逃跑、自杀等情况的,可以将其留置在特定场所,留置时间不得超过三个月。在特殊情况下,可以延长

<sup>①</sup>徐静村、潘金贵:《我国刑事强制措施制度改革的基本构想》,《甘肃社会科学》2006年第2期。

<sup>②</sup>在美国,绝大多数刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人均被保释。但是在我国,强制措施的运用发生了异化,近几年候审羁押率维持在70%左右。参见郭冰:《羁押必要性审查制度实践运行审视》,《中国刑事法杂志》2016年第2期。

<sup>③</sup>刘艳红:《〈监察法〉与其他规范衔接的基本问题研究》,《法学论坛》2019年第1期。

一次,延长时间不得超过三个月。本质上留置措施即是对被调查人的审前羁押,且3个月的初次羁押时间在世界范围内都是相当严苛的。审前羁押严重侵犯人权,因此依据刑事诉讼理论应当将其列入强制措施范围,并设置最为严格的适用条件与审批程序。

## 2. 《监察法》将留置定性为取证手段

《监察法》并未规定强制措施的概念,而是将留置定性为取证手段,混同于讯问、询问、搜查、冻结等调查措施。

首先,《监察法》将留置与讯问、询问、查封、扣押等调查手段统一规定于第4章“监察权限”,从体系解释的角度分析,立法者并未赋予留置以特殊属性,与普通调查手段无异。此外,《监察法》第41规定:“调查人员采取讯问、询问、留置、搜查、调取、查封、扣押、勘验检查等调查措施,均应当依照规定出示证件,出具书面通知,由二人以上进行,形成笔录、报告等书面材料,并由相关人员签名、盖章。”该条文将留置与其他调查措施并列列举并设置相同的程序规则,进一步表明留置与询问、讯问等调查措施的同质性。

其次,《监察法》将留置定性为取证手段。《监察法》第43条规定,留置的适用前提是监察机关认为仍有问题需进一步调查。因此,依据《监察法》监察留置的功能定位之一即是获取证据、查明问题事实。《〈中华人民共和国监察法〉释义》(后文简称《监察法释义》),对留置的取证属性予以进一步明确。其中对《监察法》第22条的释义中提到,“如果不将被调查人留置,将严重影响监察机关对违法犯罪事实的进一步调查,有可能造成事实调查不清、证据收集不足,使犯罪分子逃脱法律的惩治。”<sup>①</sup>总结而言,立法者并未因为留置的羁押特征而赋予其强制措施属性,实则将其混同于讯问、询问等调查措施,以获取证据为功能定位。如此立法设计不符合刑事诉讼理念,违背了世界各国对审前羁押功能定位的共识。

## 3. 留置措施取证功能定位的不当性

判决生效前,各专门机关实施任何侵犯人权的诉讼行为都应当具备正当理由、符合法定程序,否则即是对无罪推定、保障人权、程序正义等诉讼原则的违背。特别是审前羁押具有最严厉的人权侵犯性,世界各法治发达国家均为其设置了严格的适用条件,即仅在具有保障诉讼程序顺利进行或保障相关人员人身安全的现实紧迫性下方能实施。侦查人员不能纯粹出于收集证据的需要而肆意羁押犯罪嫌疑人,<sup>②</sup>否则即可能构成强迫自证其罪。

自白任意性规则最早起源于英国,现在世界范围内被广泛认同,要求被追诉人的庭前供述必须具有自愿性才能够被法庭采纳,而违背被追诉人意愿的强迫供述行为具有非法性。<sup>③</sup>强迫供述具有多种形态,最典型的即是暴力、威胁等刑讯逼供行为。除此之外,至被告人于羁押状态迫使其供述,亦属于强迫供述的范畴。例如,美国联邦最高法院就米兰达案形成意见:如果被追诉人的自由意志受到外界压力,那么其供述即是非任意性的,典型例子即是犯罪嫌疑人被逮捕或以其他方式被警察控制,那么其心理必然感受压力,供述必是不自由的。因此联邦最高法院制定了米兰达规则:犯罪嫌疑人接受羁押性讯问时,警察必须告知其沉默权、律师在场权以及相关法律后果,否则供述即是非任意性。<sup>④</sup>在我国羁押性取证方式同样被认为是非法,2017年“两高三部”联合出台了《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》,其中第4条规定,采用非法拘禁等非法限制人身自由的

<sup>①</sup>中共中央纪律检查委员会法规室、中华人民共和国国家监察委员会法规室:《〈中华人民共和国监察法〉释义》,北京:中国方正出版社,2018年,第135页。

<sup>②</sup>[日]田口守一:《刑事诉讼法》,第240页。

<sup>③</sup>程衍:《美国自白任意性规则》,《人民法院报》2019年3月29日。

<sup>④</sup>Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436 (1966).

方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述,应当予以排除。以方便取证为目的对被追诉人施以羁押,甚至将羁押等同为取证手段,不符合刑事诉讼原理,被包括我国在内的世界主要国家所否定。可以说,为获取证据而将被调查人留置并给予其长时间的羁押,这本身就等同于刑讯逼供行为。

不可否认的是,在我国的司法实践中审前羁押发挥了取证的功能。羁押被作为一种重要的侦查手段,尤其是一种获取犯罪嫌疑人、被告人供述的重要手段。羁押使犯罪嫌疑人、被告人掌握在侦查机关手中,可以随时满足侦查机关获取口供的现实需要,并且通过对犯罪嫌疑人的羁押,限制其人身自由、增加其心理压力、形成心理强制,更有利于获得口供。<sup>①</sup>但是,此仅是法律执行过程中的实践异化,并不能代表国家最高权力机关的立法本意。相反,依据我国《刑事诉讼法》,逮捕的功能定位被严格限定于保障诉讼程序顺利进行、防止社会危险发生之上。第81条规定:对有证据证明有犯罪事实,可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人,采取取保候审尚不足以防止发生下列社会危险性的,应当予以逮捕:可能实施新的犯罪的;有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的;可能毁灭、伪造证据,干扰证人作证或者串供的;可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的;企图自杀或者逃跑的。便利取证并不能成为逮捕的法定理由,实践中的功能异化具有非法性,应予以纠正。而《监察法》在立法层面将留置归为调查取证手段违背诉讼原理,不符合人权保障的法治理念。

## (二)《监察法》强制措施体系缺失的实践困境

强制措施概念的缺失使得留置在《监察法》体系内无处安放,进而导致了其属性定位的偏差,同时也在实践中造成了监察调查权的运行困境,包括强制到案手段的缺失以及强制候审的比例性失调。

### 1. 强制到案手段缺失

强制到案是刑事强制措施的一种类型划分,实践而言其包括三项行为内容,即控制、带到和短暂羁押。首先由侦查人员发现被追诉对象并实现物理控制,随后将相关人员带到办案场所,到案后通常会伴有短时间的羁押,就各国刑事立法而言通常不超过24小时。强制到案措施的功能定位包括两项,首先针对仅具有初步嫌疑但尚未有充分证据证明犯罪的嫌疑人,侦查机关可以强制其到案,目的是获取相关案件信息助力于后续侦查;其次针对紧急情况,例如犯罪正在发生,侦查人员通过强制到案措施,一是可以控制行为人阻止犯罪的继续发生,二是在发案后第一时间讯问犯罪嫌疑人,获得最及时的证据。

《监察法》强制到案措施的缺失严重妨碍了监察权在实践中的有效运行。首先,监察调查权因此缺失了控制与带到功能。具体而言,如果调查人员需要被调查人带到办案场所配合取证,则仅能依靠被调查人的主动自愿,如其拒绝配合,就法律授权而言监察机关无权强制到案。《监察法》第22条关于留置的规定,符合相关条件的被调查人经监察机关依法审批,可以将其留置在特定场所。文义解释而言,留置措施相当于西方国家的审前羁押而并不包含抓捕功能。此外,《监察法》亦没有规定拘传类强制措施,因此如果被调查人拒绝配合调查,那么监察委实则没有权力实现强制到案。当然,基于被调查人的特殊身份,实践中鲜有不配合调查的情况,而且监察委亦有其他途径实现被调查人到案。但是,权力的行使是需要被授予的,如法律没有授权则权力的正当性基础即显薄弱。因此,在法律层面明确监察强制措施,无论是对权力的理论基础还是实践运行都具有重大的现实意义。

其次,缺乏紧急情况应对手段。《刑事诉讼法》第82条规定,公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子,具有相关紧急情况的,可以先行拘留。在德国、法国、意大利等国家也都规定有紧急逮捕制度,

<sup>①</sup>汪建成、冀祥德:《我国未决羁押制度的批判性重构》,《山东公安专科学校学报》2004年第1期。



即使调查人员在紧急情况下可以不经司法审查而直接逮捕相关人员。但是《监察法》并未有相关规定,因此调查人员也就缺少了紧急情况处理手段。例如监察委工作人员发现贿赂行为正在进行,那么依照《监察法》调查人员无权对贿赂双方实施强力控制,也就不能有效阻止犯罪行为并第一时间获得口供。而留置措施的适用有着严格的审批程序,在此亦难以发挥效果。

## 2. 强制候审的比例性失调,人文关怀不足

强制候审措施是在一定时间内剥夺或者限制被追诉人的人身自由,以实现保障诉讼程序顺利进行的目標,其适用强调比例原则与替代原则的导向作用。根据比例原则的要求,各专门机关应当依据各案案情,给予被追诉人以程度不同的人身自由限制,以达到法定目的为必要限度。根据替代原则的要求,针对羁押性措施,强调审前羁押应是一种例外,实践中除非基于特殊需要,应当尽量适用替代性非羁押强制措施。

《监察法》中能够实际发挥强制候审功能的措施只有留置,因此在办案实践中,无论针对何种案情监察机关仅能在释放或留置之间进行选择,这也导致了留置适用率居高不下。留置属于长期羁押措施是对被调查人自由权的侵犯,同时也将耗费大量的国家资源,其适用不应成为常态。针对如此实践困境,我国南方某省市的监察机关创造了“走读式留置”,即针对罪行轻微又不能直接释放的被调查人,监察机关虽然对其采取了留置措施,但每次讯问后仍将其释放并要其保证在下次讯问时自觉到场。此“走读式留置”实则类似刑事诉讼取保候审制度,虽具有实践必要性,但违背了《监察法》。《监察法》强制候审措施的单一化设计违背了比例原则,也导致了实践困境。

《刑事诉讼法》规定的监视居住制度,作为对逮捕措施的补充,主要针对以下对象:患有严重疾病、生活不能自理的;怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女;系生活不能自理的人的唯一扶养人等。监视居住体现了诉讼程序的人性关怀,是一国法治进步的体现。<sup>①</sup> 监察调查对象多为政府高官且具有一定年岁,在调查过程中患病几率颇高,因此类似监视居住的留置替代性措施非常必要。此外,依据《监察法》规定,留置措施最多可达6个月,此后如不能调查完毕亦只能将被调查人释放,后续程序的运行即缺少保障。

# 四、梯度性监察强制措施体系的构建

强制措施制度及其体系的缺失,在理论和实践双向维度皆妨碍了监察权的有效运行,进而影响到监察体制改革的持续深化,对此,有必要借鉴《刑事诉讼法》的规定,构建梯度式监察强制措施体系。

## (一) 融贯式借鉴刑事强制措施制度

监察调查与刑事侦查具有同质属性,因此《监察法》调查程序之设计很大程度上借鉴了《刑事诉讼法》。就《监察法》的内容而言,立法者的借鉴模式可区分为:融贯式的借鉴和隔离式借鉴。融贯式借鉴是指立法者完全复制了《刑事诉讼法》中的相关概念、规则与体系,并且打破了法律藩篱,实现了两法间相关概念、规则、体系的融贯适用。融贯式借鉴的典型是监察证据立法,立法者基本复制了刑事证据体系,并且两法之证据无属性差异,程序衔接时无需转化适用。<sup>②</sup> 隔离式借鉴是指立法者将《刑事诉讼法》中相关概念引入到《监察法》,但是将其界定为不同于诉讼属性的独立监察属性,这也

<sup>①</sup>王贞会:《未成年人严格限制适用逮捕措施的现状调查》,《国家检察官学院学报》2019年第4期。

<sup>②</sup>程衍:《中国特色独立监察程序下非法证据排除规则的制度建构》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2019年第2期。

就导致了同一概念指涉下的相关行为,因法定属性差异而产生了实践隔离。例如,《监察法》在“监察权限”一章中规定有讯问、询问、查封、扣押等内容皆是借鉴于《刑事诉讼法》,但是立法者将其定性为监察调查,同时为实现与刑事侦查的属性区分,另修改了《刑事诉讼法》中的侦查概念。

隔离式借鉴的价值在于,立法者可借属性差异之名区别化设计程序规则,以此彰显监察权的特殊性同时实现高效反腐目标,实践中,律师不被允许介入监察调查即因此产生。但是,隔离式借鉴的问题在于,其人为制造了属性的差异,而此差异将可能导致监察与诉讼间程序衔接的实践困境。例如,留置与逮捕,二者本质上具有相同的自然属性,但是由于法定属性的差异,不同种行为难以顺畅衔接:案件移送审查起诉后留置措施不能直接转为逮捕,<sup>①</sup>立法者不得不因此设计了先行拘留程序。

监察程序与刑事诉讼程序衔接的最主要两项内容是人和证据。监察证据立法采用了融贯借鉴模式,因此实践中两程序间证据衔接十分顺畅。监察强制措施体系的缺失造成了严重的实践困境,应加紧完善立法,融贯式借鉴刑事强制措施体系。具体而言,应将《刑事诉讼法》强制措施的概念体系引入《监察法》,同时将留置归入其中并更名为逮捕。如此,相同的概念、相同的属性将使得两程序间“人”的衔接更为顺畅。但是,需要说明的是,虽然移植了概念体系,但具体的程序规则、期限时间等内容可依监察属性而区别化设计。

## （二）监察强制措施体系的特殊内容

《监察法》应当借鉴《刑事诉讼法》并引入包括拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕的强制措施体系,但是,具体规则内容需特殊化设计,以应对职务犯罪特殊属性。

### 1. 羁押措施的外部审批与执行

从权利属性上判断,审前羁押所限制的是法律上应被视为无罪公民的基本自由权利。公民自由权是如此重要,因此对其剥夺必须以实现更高价值目标为前提,而这里的高阶价值既是诉讼秩序。审前羁押的决定者应在公民自由与诉讼秩序之间进行权衡,只有当审前羁押对保障诉讼程序顺利进行具有必要性之时方能适用。为限制政府权力,防止政府借个人涉嫌犯罪为由随意侵害其人身自由,绝大多数西方发达国家将审前羁押决定权、羁押必要性衡量权交与中立性司法机关,并认为只有如此才能有效保障人权。

我国的政治体制与西方不同,在中国特色国家政治权力架构中,并不存在司法权、行政权之间的分立制约概念,但是我国具有中国特色的检察监督制度。依据《宪法》第134条,中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关,负责监督法律的正确实施。因此由检察机关负责审前羁押的审批,是其法律监督职能的应有之义。《监察法》就留置权的行使在立法上采用了交由监察委员会实行内部审批的模式,而这种自我授权模式恐难以实现约束权力、保障人权之目标。因此,在监察强制措施体系建立后,相关羁押性措施的适用应采用外部审批模式,具体由检察院负责。

除审批外,审前羁押的执行应当同样贯彻外部性的要求。羁押是将被追诉人控制于封闭、隔绝的内部空间,在缺少监督的情况下极易滋生刑讯等不当取证行为。因此审前羁押的执行主体应与刑事侦查主体相分离,以起到监督权力、保障人权的目标。在刑事诉讼程序中,羁押类强制措施的执行由看守所负责,看守所是相对独立的责任主体,如刑讯等不当取证行为发生其将承担监管不力之责任,因此看守所能力也有愿望履行监督职能。实践中,看守所通过体检证明,视频监控,入、出所全程留痕等措施有效地履行了监督职能。

《监察法》并未就留置场所作出明确的规定,全国范围内的实践作法有三种:监察机关建立单独

<sup>①</sup>钱小平:《监察追诉时效问题的再思考——兼与刘练军教授商榷》,《法学论坛》2019年第5期。

的留置场所、放在公安机关的看守所、放在监察机关其他办案场所,为保障被留置人的权利,急需统一并规范留置场所。<sup>①</sup>就实践而言,监察机关管理之下的专门场所难以发挥监督功能,不利于人权保障。因此在未来改革中,应明确监察羁押措施在看守所内执行。虽然当下对我国的看守所管理模式还有争议,其中有不少学者主张看守所应该进行中立化改革,但我国的看守所规范化建设已经取得了有目共睹的进展,看守所管理正越来越规范是不争的事实。<sup>②</sup>

## 2. 取消指定居所监视居住

监视居住以彰显人性关怀为制度设计初衷,但其实践运行却发生了异化,并伴随着侵犯人权的重大风险。首先,指定居所监视居住相当于羁押。《刑事诉讼法》第75条仅规定,指定居所监视居住不得在羁押场所、专门的办案场所执行,但具体应于何处执行未有涉及。“实践中宾馆、酒店、独立的临时租用地点、检察机关自有场所、检察机关购买的专用于指定居所监视居住的商品房均有被使用,个别检察机关也开始设立固定的指定居所监视居住地来执行这一措施。”<sup>③</sup>上述地点封闭且隔离,使得指定居所监视居住与逮捕等羁押性措施并无二致。其次,指定居所监视居住的法定适用条件被规避。《刑事诉讼法》第75条规定,监视居住应当在犯罪嫌疑人、被告人的住处执行;无固定住处的,可以在指定的居所执行。这里的“固定住处”被解释为“在办案机关所在地的市、县内工作、生活的合法场所”。实践中侦查机关多采用异地指定管辖机制,导致犯罪嫌疑人、被告人的办案地均不是原犯罪地与居住地,从而被动地普遍符合了“无固定住处”法律解释的规定。如此,办案机关规避了刑诉法对适用指定居所监视居住的案件范围限制。<sup>④</sup>最后,指定居所监视居住的适用不需要特别审批程序,办案机关可自主决定,而且不存在相对独立的执行机关(例如看守所)可起到监督制约的作用,难以有效防止刑讯等不正当侦查行为的发生。

指定居所监视居住完全架空了立法者对审前羁押所设置的程序控制,办案人员可借此实现对犯罪嫌疑人、被告人的羁押并规避审批和监督。为实现权力制约与程序正义之目标,监察强制措施体系应排除指定居所监视居住之适用,保障体系的实践完整性与运转层次性。

## 3. 增加执业禁止类强制措施

如果犯罪行为的发生是以犯罪人具有相关资格或职业为前提,那么在诉讼程序中为避免再犯,可暂时性剥夺被追诉人执业资格。例如,德国刑事诉讼法既规定有“暂时执业禁令”,第132条a规定:“有重要根据可以估计可能禁止执业(《刑法典》第70条)的时候,法官可以裁定命令被指控人暂时禁止执行职业、职业部门、行业或者行业部门上的业务。”除暂时执业禁止外,德国刑事诉讼法还规定了另外一种暂时剥夺执业资格的措施——暂时性的吊销执照(即暂时剥夺驾驶权),刑事诉讼法第111条a规定:“有重要根据可以估计将要剥夺驾驶权(《刑法典》第69条)时,法官可以裁定暂时剥夺被指控人的驾驶权。”<sup>⑤</sup>

职务犯罪是典型的身份犯,其发生必以被追诉人的特定职业、职位为前提。就普通犯罪而言,例如故意杀人,实践中唯有羁押方能实现预防功能。但职务犯罪则不同,暂时限制或剥夺其执业资格即可防止再犯。相较于羁押,执业资格剥夺的权利干涉性更低,且更为经济。因此,应在监察强制措施体系中增加执业禁止类强制措施,即可防止再犯亦可减少审前羁押的适用。

(责任编辑:程天君)

①胡铭:《职务犯罪留置措施衔接刑事诉讼的基本逻辑》,《北方法学》2019年第4期。

②高一飞、陈琳:《我国看守所的中立化改革》,《中国刑事法杂志》2012年第9期。

③谢小剑、赵斌良:《检察机关适用指定居所监视居住的实证分析》,《海南大学学报》(人文社会科学版)2014年第5期。

④程雷:《指定居所监视居住实施问题的解释论分析》,《中国法学》2016年第3期。

⑤万毅:《论强制措施概念之修正》,《清华法学》2012年第3期。

# The Structural Deficiency in and Reconstruction of the Compulsory Measure System in Supervision Law

WEI Changdong

**Abstract:** Investigation is one of the important functions of the power of supervision with Chinese characteristics. However, there is a lack of prudence in the legislation of supervisory compulsory measures in Supervision Law, which leads to many theoretical and practical dilemmas in the operation of supervisory power of investigation: supervisory detention has the nature of custody, but it is defined as a means of investigation and evidence collection by legislators, which actually violates the basic principles of litigation; supervisory investigation lacks the legal function of compulsory access to cases, which will lead to difficulties in discovering duty violations and criminal acts. Furthermore, in the supervisory compulsory measure system based on inadequate legislative support, only the measure of detention can play an effective pretrial compulsory function. This is not in line with the legal concept of human rights protection and will also consume the limited litigation resources of the country. In this regard, we should learn from the provisions in Criminal Procedure Law in a consistent way, build a “gradient” system of compulsory supervision measures, and add such compulsory measures as “prohibiting the practice of one’s profession”.

**Key words:** supervisory power of investigation; supervisory compulsory measures; detention; system reconstruction

**About the author:** WEI Changdong, PhD in Law, is Professorial Research Fellow and PhD Supervisor at Institute of Law, Shanghai Academy of Social Sciences(Shanghai 200020).