

监察案件的立案转化与“法法衔接”

姚 莉*

摘要:监察委员会权力来源的多元性以及集“党纪处分、行政监察与刑事调查”于一体的反腐工作模式,使得“法纪贯通”“法法衔接”成为理论界亟须解决的重大课题,而涉嫌职务犯罪的监察案件何时开始适用刑事诉讼法更是其中牵一发而动全身的核心问题。既不能以统一的监察立案作为适用刑事诉讼法的时间起点,也不能以监察委员会移送案件作为与刑事诉讼法衔接的时间标志,而应当考虑在监察委员会内部设置党纪政纪调查部与刑事调查部,在监察委员会调查程序中区分职务违法与职务犯罪,分别设置监察立案与刑事立案两套立案程序,以便解决监察案件“法法衔接”环节的诸多问题。

关键词:监察法 刑事诉讼法 法法衔接 刑事立案

一、引言:监察委员会的创立与“法法衔接”

2016年11月7日,中共中央办公厅印发《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》。经过一年的试点和经验总结,2017年11月4日,全国人民代表大会常务委员会又通过《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点工作的决定》,全面推广该项改革举措。2018年3月,第十三届全国人民代表大会第一次会议正式决定成立中华人民共和国国家监察委员会。

作为国家政治体制改革的重要组成部分,国家监察体制改革至少具有以下4个方面的重要意义:第一,有利于推进党和国家治理体系和治理能力现代化;第二,有利于有效实现对所有行使公权力的公职人员监察全覆盖,保证党纪国法得到一体遵循;第三,是对中国特色社会主义监督理论和实践的重大创新;第四,有利于加强党对反腐败工作的集中统一领导,构建集中统一、权威高效的国家监察体系。^①除了上述政治意义之外,监察委员会的设立还有以下重大的理论意义:第一,它是对宪法层面权力安排的重大制度创新。与西方国家“三权分立”不同,我国实行的是全国人民代表大会领导下的一府两院制,而国家监察委员会的设立则意味着我国宪法所确立的国家体制,将从“一府两院制”开始向“一府一委两院制”(或“一府三院制”)转变,这是宪法制度安排的重大创新。^②在过去由党内监督和行政监督为主导的同体监督体制下,监督效果流于形式,“事前基本没有监督,事中基本难以监督,事后基本不是监督”,多年来几乎没有一位党政主要领导的腐败问题是由同级纪委监督检举揭发的,^③而监察委员会这一异体监督模式的设立将

* 中南财经政法大学法学院教授、博士生导师

基金项目:中宣部“四个一批”人才计划支持项目[中宣办发(2017)47号]、教育部社会治理法治建设创新团队发展计划滚动支持项目(IRT-17R108)

① 参见袁曙宏:《深化国家监察体制改革的四重意义》, <http://fanfu.people.com.cn/n1/2018/0320/c64371-29877670.html>, 2018-08-29。

② 这种权力安排不同于中国传统政治理论中的“五权制度”(立法权、行政权、司法权、考试权与监察权)。由于担心立法院的权力过大而影响行政院正常施政,因此孙中山剥离了立法权中的听证调查权和弹劾纠举权而专门设立了监察院。所以,从诞生的第一天开始,监察院的主要任务就是追究政治人物是否应被弹劾处分的“政治责任”,而非其贪污腐败的“法律责任”。但是,监察委员会不同于传统意义上的监察院,其功能也不局限于追究公职人员的政治责任,而是全面追究其违纪、违规和违法的责任,因而是我国宪法制度安排上的一个重大创新。

③ 参见凌霄云:《纪委权力优化提升发现反腐能力》, <http://cpc.people.com.cn/pinglun/n/2013/1121/c78779-23610204.html>, 2018-09-13。

彻底改变这一现状。^①第二,它是对国家机关权力属性的重大理论挑战。由于监察委员会集合了原先分散于纪检、监察、司法等部门的反腐力量,整合了监察资源,因此在提高反腐监察效能的同时,也必然带来一些崭新的理论问题,其中最突出的就是监察委员会权力属性的定位问题。作为一个新的国家机关,其权力吸收了原隶属于行政机关的行政监察权、行政预防权以及原隶属于法律监督机关的贪污贿赂犯罪侦查权、渎职犯罪侦查权、职务犯罪预防权,但是这种新创设的国家监察权是原5种权力的简单加总还是耦合?其权力的属性是对之前5种权力的一种易名延续还是简单置换?抑或创设出具有新的质的规定性的国家监察权力?^②显然,作为权力来源多元、权力属性复杂,集党纪检查、行政监察和犯罪调查三种权力于一身,“党、政、法”3种属性为一体的国家监察委员会,已经超出传统的政治理论所能提供的解释框架,对国家机关的权力属性提出了新的理论挑战。

如果说宪法规定的权力结构层面和公法权力属性定位层面更多属于需要逐渐探索研究的基础性理论问题的话,那么随着监察委员会制度的实际运转,“法纪贯通”(监察法和党纪)、“法法衔接”(监察法与刑事诉讼法)的问题就显得日益突出,因而亟须理论界予以及时的研究和回应。其中,《中华人民共和国监察法》(以下简称《监察法》)与《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)的“法法衔接”问题更是实务中的当务之急。具体而言,“法法衔接”至少包括以下几个方面的内容:第一,案件管辖的协调衔接问题;第二,立案和调查(侦查)工作的协调衔接问题;第三,强制措施的协调衔接问题;第四,证据适用的协调衔接问题;第五,程序保障措施的协调衔接以及案件移送的协调衔接等。^③合理解决这些衔接问题,既关系到“以审判为中心”的司法改革目标在新的监察体制下如何贯彻落实的问题,又涉及在监察调查程序中如何吸收刑事诉讼法在人权保障方面探索的有益经验,以实现合理衔接与犯罪控制目标的有效平衡。

二、“法法衔接”的时间节点:刑事立案

在“法法衔接”的诸多问题中,正处在监察调查程序中的监察案件应否适用刑事诉讼法与监察机关移送检察机关后如何适用刑事诉讼法是两个层面的问题。前者具有前提性的意义和作用。换言之,监察案件从何时开始适用刑事诉讼法,才是“法法衔接”系列问题的核心和前提。按照诉讼原理,适用刑事诉讼法的时间起点应当是刑事诉讼程序启动之时,因此,在正式分析这一问题之前,我们有必要对刑事程序的启动理论进行一番梳理。

在刑事诉讼的启动上,有学者按照是否需要满足特定的程序条件和履行相应的程序要求将其划分为两种模式,即随机型模式与程序型模式。^④不过,这种划分仍有进一步细化的可能,比如,同样属于程序型启动模式,仅仅要求刑事诉讼的启动需要办理一定的手续与将立案作为独立诉讼阶段就存在显著的差异。因此,笔者认为,最理想的划分方法,是进一步将程序型启动模式细分为追诉启动模式与立案启动模式,并且与侦查(随机)启动模式并列。现就这3种模式分述如下:

第一种是侦查启动模式。适用该种模式的代表性国家有英国和美国。以英国为例,英国并没有专门的刑事立案程序,只要收到公民对犯罪行为的告发,警察原则上就可以对犯罪进行侦查。^⑤美国也是如此。根据《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》的规定,美国的刑事诉讼程序可以分为审前程序、审理程序和审后程序。审前程序包括以下一些步骤:提出控告、逮捕、在警察局登记、逮捕后在治安法官前聆讯、预

① 实际上,香港地区早年的反腐经验也印证了从团体监督转向异体监督的必要性。香港廉政公署设立之前,不论是1898年颁布的第一部反贿赂条例,还是1948年颁布的第二部反腐败条例,抑或1971年颁布的防治贿赂条例,其所建立的反腐败机构都隶属于警察局。显然,这种缺乏独立性的机构设置势必会影响到反腐败的实质效果,因此,1974年,原香港地区政府正式决定把肃贪机构从警察机构中彻底分离出来,成立廉政公署。香港地区反腐历程从团体监督向异体监督的转变显然与监察委员会制度的改革有暗合之处。但是,香港廉政公署首脑向原港督以及现在向特区政府行政长官直接负责的体制在我国现行的人民代表大会制度下显然无法复制。

② 参见徐汉明:《国家监察权的属性探究》,《法学评论》2018年第1期。

③ 参见龙宗智:《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。

④ 参见谢佑平、万毅:《刑事侦查制度原理》,中国人民公安大学出版社2003年版,第293~307页。

⑤ 参见王以真:《外国刑事诉讼法学》,北京大学出版社1994年版,第169页。

审、正式起诉、传讯以及被告人答辩。^① 尽管在美国联邦最高法院一系列司法判例的推动下,审前程序变得日益重要,但是也没有专门的立案程序作为启动刑事诉讼的标志,相反,对犯罪的侦查,往往是在接到被害人或者获得有关犯罪信息的警察向联邦治安法官或法律规定的其他官员提出控告之后,在警察对嫌疑人逮捕或者传讯之时才开始的。^② 除了英美法系国家以外,大陆法系国家的德、日等国也没有将立案作为刑事诉讼程序启动的标志。在日本,只要基于公民提供的犯罪线索(包括告诉、告发、请求、自首和其他)以及直接发现的犯罪线索(包括对非正常死亡尸体的检验、职务查问和对持有物品的检查等)“认为存在犯罪”即可开始侦查,而没有设置专门的立案程序。^③ 《德国刑事诉讼法》甚至没有将侦查与起诉、审判并列作为独立的诉讼阶段,而是将侦查程序作为“公诉之准备”规定在第一审程序编中,其中第 158 条至第 160 条规定了侦查开始的起因:(1)公民的告发或告诉,(2)发现非自然死亡或发现无名尸体,(3)通过其他途径了解到有犯罪行为嫌疑等。只要检察院或警察机构部门以其中任何形式得到有关犯罪情况的报告,就应当启动侦查程序,但同样没有规定专门的立案程序。

第二种是追诉启动模式。这类启动模式虽然要求开始刑事诉讼需要办理一定的手续,但是并未将立案作为一个独立的诉讼阶段。以法国为例,其刑事诉讼分为 3 个阶段:追诉、预审和审判。刑事诉讼自原告当事人(监察院或受害人)发动追诉之时起正式开始。^④ 但是,在此追诉决定作出之前,还要经过一个预备性阶段,其目的是在发现犯罪后展开调查,以追查并确认发生了犯罪。虽然预备性阶段的功能类似于我国的立案程序,但是根据法国刑事诉讼法的规定,预备性阶段是为追诉决定服务的,仅仅是追诉程序的一个组成部分或前奏,而非独立的程序。^⑤ 因此,可以说作出追诉决定才是法国刑事诉讼的开始阶段。这种模式简称追诉启动模式。

第三种是立案启动模式。适用这种模式的代表性国家是前苏联。前苏联的刑事诉讼法在侦查程序之前专章规定了“提起刑事案件(提起追究刑事责任)”程序,其内容包括提起刑事案件的材料来源和根据,对相关材料的审查处理,提起刑事案件的程序、提起公诉后对案件的处理,对是否提起公诉的合法性进行监督等内容。显然,虽然前苏联刑事诉讼法并无“立案”这种专业术语,但是实际上是把“提起刑事案件”作为刑事诉讼的启动环节。而在此之前,侦查机关不得开展刑事诉讼法规定的侦查活动。正如前苏联学者指出的那样:“只有在作出了提起刑事案件的决定后,权力机关才能进行刑事诉讼法所授权进行的一切诉讼行为。”^⑥之所以如此规定,是因为“这是保障法制和增强对人身权利的保障的一个重要途径”。^⑦

我国采取的是程序型启动模式,刑事诉讼以立案为启动标志。规定刑事立案是启动刑事诉讼必经程序的理论基础是刑事诉讼阶段理论。众所周知,在刑事诉讼过程中,办案机关和诉讼参与人需要进行诸如对报案、控告、举报材料的审查、现场勘查、询问证人、组织鉴定、审查起诉、开庭前准备、庭前会议、法庭调查和辩论等一系列诉讼活动,这些按照一定顺序进行的相互衔接的一系列行为过程,可以划分为若干相对独立的单元,也就是刑事诉讼阶段。而这些诉讼活动是否可被划分为一个独立的诉讼阶段,取决于其是否有独立的直接任务、是否有特殊的诉讼行为方式、是否有独特的诉讼法律关系、是否有阶段性的总结性文书等。据此标准判断,立案程序不同于侦查,其直接任务并非收集证据、查明犯罪事实,而是决定是否进入刑事诉讼程序;诉讼行为也并非采取专门调查工作和有关强制性措施,相反,在立案之前,不可以实施强制性的侦查行为;在法律关系方面,立案程序也与侦查程序不同,在立案程序中犯罪嫌疑人与侦查机关并非主要的法律关系,而往往体现为报案人、控告人、举报人与侦查机关的关系;更为重要的是,立案阶段也有

① 参见[美]罗纳尔多·V. 戴尔卡门:《美国刑事诉讼——法律和实践》,张鸿巍等译,武汉大学出版社 2006 年版,第 40~54 页。

② 参见陈光中:《外国刑事诉讼程序比较研究》,法律出版社 1988 年版,第 13 页。

③ 参见程味秋:《外国刑事诉讼法概论》,中国政法大学出版社 1994 年版,第 169 页;[日]田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社 2010 年版,第 45 页。

④ 参见吕萍:《刑事立案程序的独立性质疑》,《法学研究》2002 年第 3 期。

⑤ 参见[法]贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学出版社 2009 年版,第 324 页。

⑥ [苏联]M. A. 切利佐夫:《苏维埃刑事诉讼》,法律出版社 1957 年版,第 299 页。

⑦ [苏联]蒂里切夫等编著:《苏维埃刑事诉讼法》,法律出版社 1984 年版,第 204 页。

自己独特的总结性文书,即立案或不立案决定书。因此,在我国刑事诉讼中,立案是一个与侦查、审查起诉、审判以及执行阶段并列的独立诉讼阶段。

在这种诉讼阶段论下,立案是刑事诉讼的开始和必经阶段。所谓必经阶段,是指一个案件可以不进入审查起诉阶段(侦查阶段撤销案件),也可以不进入审判阶段(审查起诉阶段不起诉),但必须经过立案程序才可称为刑事案件。只有经过刑事立案程序,刑事案件才得以成立,之后的侦查、审查起诉才有具体的办案对象。所谓开始阶段,是指未经刑事立案,不得对被调查对象实施任何带有强制性的侦查行为,如不得强制解剖尸体、不得查封、扣押、冻结财物、不得采取技术侦查手段等。因此,可以说,立案的程序意义就在于为之后的强制侦查行为提供合法性,同时,也构成适用刑事诉讼法侦查程序规范的时间起点。因此,在“法法衔接”中何时开始适用刑事诉讼法的问题,实际上就是何时应该对涉嫌职务犯罪的监察案件进行刑事立案的问题。

三、监察案件立案转化的必要性论证

可能会有学者认为,既然存在不同的刑事程序启动模式,并且监察体制改革已经冲击传统的刑事诉讼理论,继续坚持以立案程序作为刑事诉讼的独立阶段和必经阶段是完全没有必要的,我们完全可以借鉴西方主要国家的随机型启动模式,以发挥侦查程序的灵活性和随机性,及时对犯罪作出反应。换言之,完全可以取消刑事立案这一独立的刑事诉讼阶段,而创设出一种新型的程序启动理论。笔者对此观点不敢苟同。须知,任何制度的形成都不仅仅取决于立法者的主观意愿,而必然存在着整体制度环境的路径依赖。

诉讼理论分规范性理论与解释性理论两种。前者是指对诉讼实践发挥批判和规范功能的理论类型,如无罪推定理论就是在对司法擅断的现状进行批判的基础上发展出来的规范性理论;后者则是指对诉讼实践发挥解释和描述功能的理论类型,如刑事和解和刑事印证理论就是在对司法实践行之有效的做法进行总结的基础上发展出来的解释性理论。如果我们对理论持一种比较开放的态度,那么就应该同时接受这两类理论形态,而不应固守某种单一理念。但是,笔者也认为,一种理论究竟应当是规范性的还是解释性的,首先应当取决于其内在的规定性而不是研究者的理论心态。刑事立案的诉讼功能是具有内在规定性的规范理论,我国形成必须经过刑事立案才可以适用刑事诉讼法的诉讼原理,是由一系列制度条件而非研究者的理论态度决定的,因此,在探讨“法法衔接”的时间节点问题之前,有必要对这一内在规定性进行细致的理论梳理。

笔者认为,各国形成不同的刑事诉讼启动模式,主要原因如下:第一,诉讼构造的差异。由于在奉行审判中心主义的司法制度下,审判是诉讼的核心,甚至就是诉讼的本来含义,因此审判阶段的控诉、审判和辩护就构成刑事诉讼的三大基本职能。在审判中心主义的诉讼模式下,侦查职能自然被视为控诉的准备阶段,不具有独立的诉讼意义,因而自然无需为侦查的启动设置专门的程序加以规范。第二,诉讼理念的差异。因为侦查行为必然带来对犯罪嫌疑人人身权、财产权、隐私权等基本权利的剥夺或限制,所以侦查阶段是体现一个国家刑事政策以及人权保障理念的核心阶段。为刑事程序设置更为正式的启动条件,有时恰恰是体现一国刑事程序在意识形态方面优势的政治需要的产物。这一点在前苏联刑事诉讼理论中体现得尤为明显。例如,前苏联诉讼法学者切利佐夫就认为:“在苏维埃刑事诉讼中,开始每一个刑事案件时,要制作明确的叙述提起追究刑事责任的文件,规定有这种制作的义务。与此相反,在资产阶级的诉讼中,无论是英美式的或法国式的,却完全没有这样的文件,由于没有这种文件,所以资本主义国家的检察机关和警察机关便有广泛的可能开始并进行刑事案件,因而在正式文件中也就看不出来有提起案件的充分依据。当然,这样一种处理案件的程序,其所带来的一切痛苦,都是压在劳动阶级代表的身上的”。^①第三,司法体制的差异。如上文所述,设置独立的立案程序以防止权力被滥用的诉讼体制似乎更能实现侦查阶段对人权的保障,但实际上,只要我们深入了解司法体制的内部差异就不难发现,这种通过程序启动的方式

^① [苏联]M. A. 切利佐夫:《苏维埃刑事诉讼》,法律出版社1957年版,第299页。

来保障人权的做法实属无奈之举。可以说,随机型侦查发动模式是与强制侦查的令状原则配套产生的制度模式,而程序型侦查发动模式则是与强制侦查的便宜主义配套产生的制度模式。^① 首先,在对强制性侦查行为进行外部控制的司法制度下,在侦查程序中所采取的任何强制性侦查行为都需要经过独立的司法审查,既然对嫌疑人可能造成侵害的侦查权力始终置于独立的第三方权力的制约之下,那么也就不需要设置一个独立的立案程序对其进行监督和制约,因而自然具备采取随机型启动模式的条件,并且采用这种随机型启动模式反而更有利于实现灵活应对犯罪的侦查目的。但是,在对强制性侦查行为只进行内部审批的司法制度下,对侦查行为的约束都是通过检察机关的监督和制约来实现的,显然,与法官的司法审查不同,检察机关的监督审查属于大控方的内部监督。正是这种缺乏外部权力制约的制度设计才最终导致前苏联和我国最终采取程序型启动模式而非随机型启动模式。可以说,随机型启动模式是一种权力与权利动态平衡观的产物,而程序型启动模式则是静态平衡观的产物。^②

据此观之,是否可以将我国刑事案件的程序启动模式转变为随机型启动模式,并不取决于立法者的政策选择,更不取决于学者的理论态度,而是取决于对侦查行为尤其是强制性侦查行为的控制模式。只要我国不采取对强制性侦查行为的外部控制模式,只要不寄希望于通过司法审查和令状原则来解决强制措施合法性问题,那么利用立案程序来约束可能侵犯公民权利的侦查行为就仍然十分必要。

具体到监察案件,我国显然不具备采取随机型启动模式的先决条件,因而应当以刑事立案作为适用刑事诉讼法的时间节点。基于某些具体的规定,如果说其他调查手段因为可以同时适用于涉嫌职务违法和职务犯罪而使得刑事立案转化的必要性有所减弱的话,那么至少就搜查和技术侦查这两项只针对职务犯罪的调查措施而言,对被调查人权利侵犯的风险却可能较之以前有所加大。例如,《中华人民共和国监察法》(以下简称《监察法》)第24条第1款规定:“监察机关可以对涉嫌职务犯罪的被调查人以及可能隐藏被调查人或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关地方进行搜查。在搜查时,应当出示搜查证,并有被搜查人或者其家属等见证人在场”。该法第28条第1款规定:“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。”显然,搜查和技术侦查措施只能针对涉嫌职务犯罪的被调查人适用。由于我国并未建立对犯罪调查措施的司法审查机制,监察机关又同时掌握职务违法与职务犯罪的调查权,存在借违法调查与犯罪调查的界限模糊之机滥用权力的可能性,因此,应当以明确的刑事立案作为适用强制性调查措施的前提,以与刑事诉讼法规定的相关取证规范和证据规则实现衔接。

对于涉嫌职务犯罪的监察案件进行刑事立案转化的必要性还体现在调查行为性质的区分上。如果不对涉嫌职务犯罪的案件设置刑事立案程序,那么《监察法》第20条针对涉嫌职务违法和涉嫌职务犯罪的对象进行的陈述和讯问将无法区分,谈话笔录究竟是属于陈述笔录还是属于讯问笔录也难以有效区分,从而将直接导致与该法第41条的规定无法衔接。该法第41条规定:“调查人员进行讯问以及搜查、查封、扣押等重要取证工作,应当对全过程进行录音录像,留存备查。”至少在法条上,立法有意将录音录像的对象设置为讯问,而非陈述和询问,如果不能以刑事立案为程序标志界定被调查人的嫌疑人身份并有效区分陈述与讯问,那么监察机关为了规避承担录音录像的义务,很有可能会将谈话笔录一律作为陈述笔录加以对待,律师在审查起诉和审判环节对陈述讯问过程中的程序违法现象提出排除非法证据申请,将会面临更大的困难。

对于涉嫌职务犯罪必须进行刑事立案转化的第三个理由在于与普通刑事案件的程序统一问题。《监察法》第39条明确规定:“经过初步核实,对监察对象涉嫌职务违法犯罪,需要追究法律责任的,监察机关应当按照规定的权限和程序办理立案手续。”可见,监察立案针对的对象是涉嫌职务违法和涉嫌职务犯罪两种情况,而根据监察法的规定,一旦因为涉嫌职务违法而被监察立案,就可以对被调查人采取各种专门

① 参见龙宗智:《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。

② 参见谢佑平、万毅:《刑事侦查制度原理》,中国人民公安大学出版社2003年版,第302页。

性调查和强制性措施,但是,就普通刑事案件而言,适用对人身和财产的强制性措施需要以涉嫌犯罪并被刑事立案为条件。如果监察案件不设立专门的刑事立案程序,那么就会出现对仅涉嫌职务违法的公职人员就适用刑事诉讼法规定的更为严厉的程序措施的后果。这既违背法律面前人人平等的基本原则,又会造成法治不协调,影响我国法制的统一性。不仅如此,出于侦办职务违法犯罪案件的需要,监察委员会还需要对一些关联案件进行管辖,而根据监察法的规定,这些作为被调查人的普通公民,也将仅因涉嫌违法就在尚无犯罪嫌疑的情况下被长时间羁押,相比于其他犯罪,即使是涉嫌恐怖主义、危害国家安全的犯罪,也必须是涉嫌犯罪才可以进行刑事立案,然后才能采取相关的强制性措施。

此外,按照之前相关文件的精神,由于监察机关不是司法机关,也不是行政机关,而是政治机关,因此监察调查不是刑事侦查或行政调查,既然如此,监察法也就没有规定刑事立案程序,但是这样一来,监察案件就仍处于刑事立案前程序。这就等于创设了职务犯罪的调查程序,从而替代了之前传统的侦查程序。但是适用这种模式没有考虑到如下问题,如果被监察对象因为涉嫌职务犯罪被监察立案,同时又涉嫌公安机关管辖的罪名,并且公安机关对其进行了刑事立案,那么就会出现同一个人因涉嫌两个罪名分别处于监察程序和刑事程序之中的问题。一个人同样是触犯了刑法所规定的罪名,却因为一个罪名进入刑事程序,又因为另一个罪名进入非刑事程序中,这会对传统的刑事诉讼理论和实践带来较大的冲击。因此,刑事立案及其为涉嫌职务犯罪的调查程序带来的正当化效应,是不得不认真思考的重大理论问题。

四、立案转化模式下的制度安排

既然涉嫌职务犯罪的监察案件仍然应以刑事立案程序作为适用刑事诉讼法的前提,那么接下来的问题就是,应该在何时设置这一立案程序才能更好地实现其约束侦查行为的诉讼功能?可能的选项有3种:监察立案模式、立案转化模式和移送立案模式。笔者认为,只有立案转化模式才是更为符合法理并能够有效解决“法法衔接”诸多矛盾的理想方案。

第一,监察立案不能作为适用刑事诉讼法的时点。其理由是:监察立案在立案主体、立案对象和立案理由上都与刑事诉讼立案有着本质的不同。首先,在立案主体上,监察机关是政治机关,而非侦查机关和司法机关;其次,在立案对象上,监察立案针对的既有涉嫌职务违法者,也有涉嫌职务犯罪者;最后,在立案理由上,《监察法》第39条规定:“经过初步核实,对监察对象涉嫌职务违法犯罪需要追究法律责任的,监察机关应当按照规定的权限和程序办理立案手续”。可见,监察立案的理由是涉嫌职务违法犯罪,需要追究法律责任,而与刑事立案涉嫌犯罪,需要追究刑事责任有很大的差异。因此,不能将监察立案作为刑事立案的替代,并以此作为适用刑事诉讼法的依据,否则,就势必导致在监察立案之后即可针对涉嫌职务违法的被调查人采取技术侦查和搜查措施等悖论。

第二,监察机关移送案件也无法作为适用刑事诉讼法的时点。众所周知,在监察体制改革之前,我国实行党纪政纪调查与刑事侦查的双轨制,纪委和行政监察部门负责党纪政纪调查,检察机关的反贪污贿赂机构负责刑事侦查工作。在当时的体制下,纪委和行政监察部门确实是不受刑事诉讼法约束的,只有在案件移送检察机关并作出立案决定后,才开始适用刑事诉讼法的规定,才会涉及纪委和行政监察部门在查办案件过程中取得的证据是否需要转化的问题。但是,在监察体制改革之后,党纪政纪调查与刑事违法调查合二为一,原来党纪政纪调查与刑事侦查双规体制改变为党纪政纪调查和刑事调查一体化的单轨体制。这样一来,职务犯罪案件就不再经过刑事立案侦查程序而直接从调查阶段进入到审查起诉阶段。有论者认为:“监察委员会是由国家权力机关设立的监督机关,与公安、检察机关等执法和司法机关性质完全不同。反腐败针对的职务犯罪区别于一般刑事犯罪,国家监察法也区别于刑事诉讼法,监察机关行使的调查权不同于刑事侦查权,不能简单套用司法机关的强制措施。监察机关调查职务违法和职务犯罪适用国家监察法,案件移送检察机关后适用刑事诉讼法。”^①据此,正处在调查程序中的监察案件,即使已经涉嫌职

^① 《使党的主张成为国家意志》,《中国纪检监察报》2017年7月17日。

务犯罪也不受刑事诉讼法相关侦查程序规范的制约,适用刑事诉讼法的时间节点只能是案件移送检察机关之后。笔者认为,这一观点值得商榷。

《监察法》第45条规定:“对涉嫌职务犯罪的,监察机关经调查认为犯罪事实清楚,证据确实、充分的,制作起诉意见书,连同案卷材料、证据一并移送人民检察院依法审查、提起公诉;人民检察院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》对被调查人采取强制措施。”既然监察立案不能替代刑事立案成为适用刑事诉讼法的依据,那么监察机关在调查终结之后,将案件移送检察机关依法审查起诉之时是否可以作为适用刑事诉讼的起点呢?答案是否定的。因为监察机关的移送并不产生诉讼法上的法律效果。根据诉讼法原理,任何机关和个人的移送行为都只是单方行为,并不能对外产生拘束力,其是否受理和接收尚需依据特定的标准和程序进行,因此,单纯的移送行为并不能产生诉讼法上的法律效果,也不应以此作为适用刑事诉讼法的时间节点。以立案程序为例,我国刑事诉讼法规定的立案材料来源包括党的纪检部门查处后移送追究刑事责任的案件以及其他行政执法机关移送的案件等。显然,这种移送行为并不自动具有启动刑事诉讼程序的法律效果,而只能产生侦查机关接收这类案件的法律效果,^①其是否可以作为刑事案件的立案并不取决于相关机关的移送行为,而是取决于侦查机关的立案审查,否则,移送机关就代行了侦查机关的立案权力,使得侦查机关依附于移送机关,从而破坏两者在权力配置上的相对独立地位。具体到监察法中也是如此。监察委员会既不是侦查机关,也不是司法机关,无法自行启动刑事诉讼程序。如果以移送作为适用刑事诉讼法的时间节点,那么势必会弱化监察机关与检察机关之间的权力制约关系。不仅如此,既然监察机关的移送行为并不具有诉讼法上的意义,那么检察机关的接收也不能作为适用刑事诉讼法的时间节点。换言之,接收行为不具有诉讼法上的意义,而仅具有手续交接的意义。对于具有持续性的涉及被调查人财产权利的查封、扣押、冻结措施,在涉嫌犯罪所得并随案移送到检察机关后,并不会因为检察机关对案件材料的接收而自动转化为检察机关的诉讼行为,其决定主体仍然是之前的监察机关。

综上所述,监察法并未针对职务违法与职务犯罪进行两类案件立案模式的区分,从而使得监察法与刑事诉讼法的衔接时点模糊不清。笔者认为,适用刑事诉讼法的时间节点,既不是对涉嫌职务违法犯罪的行为进行监察立案的起点,也不是监察机关调查终结将案件移送给检察机关的终点,而只能是在发现被调查人已经涉嫌职务犯罪的调查中。简言之,要在监察机关内部工作流程中区分监察立案与刑事立案两个阶段,并以后者作为与刑事诉讼法衔接的时间节点。只有如此设计,才能解决“法法衔接”的很多具体矛盾。关于具体的改革建议,有学者提出通过对监察委员会内部组织机构的改革来实现监察机关内部工作流程中监察立案与刑事立案的自然区分。具体而言,就是在监察委员会内部设置两个部门:一是“党纪政纪调查部”;二是“刑事侦查部”。即确立“党纪政纪调查与刑事侦查双轨制”。^②也有学者提出,应当通过具体办案程序的制度设计来实现监察立案与刑事立案的区分。即首先对监察立案的条件进行修改,只有严重职务违法才需要进行监察立案;其次,对于严重职务违法的案件,如果在初核阶段即已发现职务犯罪嫌疑,就可以直接予以刑事立案;最后,对于在调查过程中发现涉嫌职务犯罪的,应当设置专门的刑事立案程序,即建立监察立案与刑事立案的二元制及可合并制度。^③

就组织机构的改革方案而言,显然,持上述观点者参照的是公安机关内部的组织机构划分原理,^④党纪政纪的调查是为了查明被调查人违反党纪政纪的问题,一经查清,既可以做出党纪政纪处分,也可以移

① 按照陈卫东教授的观点,《中华人民共和国监察法》第45条规定的“制作起诉意见书,连同案卷材料、证据一并移送人民检察院依法审查、提起公诉”,并不当然具有启动刑事诉讼程序的法律效果,而只能产生人民检察院“接收”上述材料的法律后果。所以,在理论上就要求检察机关只有对移送的监察案件进行程序转化,才能名正言顺地按照刑事案件继续审查起诉。参见陈卫东:《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。

② 参见陈瑞华:《监察法和刑法的关系遭遇困境》,http://wemedia.ifeng.com/38061273/wemedia.shtml,2018-09-13。

③ 参见龙宗智:《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。

④ 公安局通常下分:若干机关业务处(如政治处、法制处、装备财务处、信通处等)、派出所(按职能可分为刑侦、治安、户政、特业)、若干工作队(如刑警队、巡警队、治安队、交警队)。公安局的级别不同,具体称呼有别,如××总队、××支队、××大队等)、现役机构(具体有边防、消防部门、警卫局)等。

交刑事侦查部进行立案侦查。刑事侦查部做出刑事立案决定后,案件就进入刑事侦查程序,完全适用刑事诉讼法的规定。这样,就将监察机关对职务违法犯罪被调查人的立案区分为监察立案与刑事立案两个环节,在刑事立案之前适用监察法,在刑事立案之后适用刑事诉讼法和监察法,正式与刑事诉讼法的规定发生衔接,以便理顺两法的关系,实现“法法衔接”,同时避免理论上的重大矛盾。但是,笔者认为这一改革方案仍有值得商榷之处。首先,监察体制改革的主要目标是将党纪调查、政务调查和刑事调查3种调查权合为一体,通过一次立案、由同一调查组按照同一证据标准进行取证,通过一次调查同时认定3种事实,从而有效提高反腐败效率,节约宝贵的办案资源,避免重复劳动,也可以有效防止反复取证所带来的证据灭失风险,如果对同一个案件,人为地设置两个阶段,反复立案、反复取证,将违背纪检监察融合一体的制度设计初衷。其次,按照监察法的规定,监察立案针对的对象是涉嫌职务违法犯罪而非涉嫌违纪,如果设置党纪政纪调查部与刑事侦查部两个分立部门,那么就等于在党纪政纪调查部中,针对涉嫌违纪和涉嫌职务违法的两类案件也要分别设置不同的立案条件和程序,从而形成违纪立案、违法立案和刑事立案3套立案程序,而这不但与监察法相互冲突,而且还会徒增程序繁琐。最后,人为地分设机构还可能会带来对案件查处不力的问题。违纪调查部很可能只围绕违纪违法问题进行调查,最后只以违纪进行处理,而放弃之后的对犯罪问题的调查和追究。这也正是之前某些领导干部不遗余力地拉拢腐蚀纪检干部的根本原因。对于这一纪检部门公职人员违法违纪的黑洞,在目前尚未对监察委员会形成有效制约机制的制度环境下,就显得更为突出。因此,笔者认为,至少在当下,这种通过内部组织机构分立的方式来解决刑事立案问题的思路并不具有可行性。

虽然寄希望于通过办案程序区分监察立案与刑事立案的改革思路值得肯定,^①但是笔者认为,在改革的路径上应该着重考虑以下几个方面的问题:(1)在实践中,对监察条件往往会从严把握,一般只有涉嫌职务犯罪才会进行监察立案,而普通的职务违法行为只是通过违纪立案的方式进行处理。^②考虑到这一现实因素,同时结合监察体制改革提高办案效率的初衷,可以考虑对于经过初核就已经确认职务犯罪嫌疑的,可以将监察立案与刑事立案程序予以合并,直接进行刑事立案,从而实现“法法衔接”;^③(2)对于仅涉嫌职务违法从而进行监察立案的案件,如果在调查过程中进一步发现其又涉嫌职务犯罪的,应当以刑事诉讼法规定的立案条件进行专门的刑事立案,从这一时点开始适用刑事诉讼法,实现“法法衔接”。这一方案实际上将监察立案进一步区分为一般监察立案与刑事监察立案,二者均可使用监察法所规定的调查措施和留置程序,但是只有在进行刑事监察立案之后,才可以适用刑事诉讼法,采取技术侦查等措施。这种程序方案既最大限度地保持了与监察法的统一,又避免了重复立法、叠床架屋的制度设计,是实现“法法衔接”制度障碍最小的改革措施。

综上所述,监察法与刑事诉讼法衔接这一独特的中国问题为我国理论界提供了一次宝贵的机会,现有的制度设计更多地体现了纪法共治的理念精神,更注重的是反腐的合力作用,但是,为了让反腐败斗争更能体现法治精神,尚须注意在纪法共治基础上在程序规范和组织结构上的纪法分离问题。只有将多年来经过实践有效检验的刑事诉讼法中保障人权的制度元素合理地纳入监察体制的改革之中,才能更好地实现法治反腐的总体目标。

责任编辑 田国宝

① 需要特别指出的是,龙宗智教授认为,非国家工作人员不涉及职务违法问题,因而不能以涉嫌违法对其实施监察立案,然而根据2018年4月17日中共中央纪委、国家监察委发布的《国家监察委管辖规定(试行)》的规定,其观点已经不能成立,此处不赘。

② 笔者通过调研发现,有部分论者认为,既然在实践中只有涉嫌职务犯罪才能进行监察立案,那么不如在立法上直接确定监察立案的刑事地位,只要进行监察立案,就开始适用刑事诉讼法,一般职务违法不能监察立案,从而解决“法法衔接”的问题。笔者不同意这一观点。如果赞同这种观点,那么不但会改变监察法所规定的监察立案的对象,而且还会导致调查手段和留置措施一概不能适用于一般职务违法等诸多新的问题,这种改动将会牵一发而动全身,实际上改革的制度障碍很可能会更大。

③ 在因涉嫌职务犯罪而被监察立案后的调查过程中,存在关联的证人、鉴定人等诉讼参加人为了帮助犯罪嫌疑人逃避法律责任而故意做伪证的情形,由于伪证罪的主体是刑事诉讼中的相关人员,而监察委员会的调查又不是刑事诉讼,因此就存在无法追究相关人员的刑事责任问题。但是,如果将涉嫌犯罪的监察立案等同于刑事立案并开始适用刑事诉讼法,那么这一问题就可以迎刃而解。