

## 监察法与刑法的衔接协调 与规范运行

陈 伟<sup>\*</sup>

**摘 要** 监察法的生效实施使其从静态规范转化为动态运行,在此过程中需要正视关联性法律的衔接协调问题。监察委员会行使的职务犯罪调查作为后期诉讼程序推进的基础,因其罪责追究的特定属性而与刑法关系紧密。在监察对象的明确规定上,监察法调整职务违法与职务犯罪的一体性决定了其比刑法更为宽泛,但是在内涵上仍然延续了刑法对公职犯罪的实质要求。监察法未把单位主体纳入监察范畴带来了刑法适用上的空缺,单纯程序补正无法遮蔽实体规定适用上的短板。监察委员会的性质定位决定了监察主体刑责追究在部分职务犯罪主体上的非对应性,权力边界与刑法平等原则未能一体遵循,应当在恪守罪刑法定原则的基础上通过立法解释或者法律修订予以弥补。监察委员会在行使职务犯罪调查权时,与刑罚适用中的时效制度、自首制度和认罪认罚从宽制度存在规范上的非一致性,由于难以排斥监察委员会调查行为与上述刑罚制度的价值契合,因而需要通过刑事实体法的调整来解决彼此之间的非协调性,从而保证监察法与刑法之间的衔接顺畅和规范运行。

**关键词** 监察法 刑法 衔接协调 规范运行

《中华人民共和国监察法》(以下统一简称为“监察法”)已由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会第一次会议于2018年3月20日通过,并于同日正式公布施行。经过前期较长时间的意见征求与多方讨论,监察法的内在价值与积极意义已经深入人心并获得广泛认同。在监察法颁布生效之后,作为一部影响深远的法律,我们需要从多视角多维度对它进行审视。笔者认为,监察法当下面临的问题,已经不是前期探讨的监察委

<sup>\*</sup> 西南政法大学法学院教授。本文系教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“推进国家监察全覆盖研究”(项目编号:18JZD037)的阶段性研究成果。

员会的合宪性依据、监察法的规范内容如何科学设置等此类前置性问题了,而是在监察法已经生效的具体规则之下如何规范性适用、如何与其他关联性法律之间进行衔接实施等这类实质性问题,而且随着纪检监察工作的不断纵向推进,这些问题必然首当其冲地成为显性化的存在。基于此思考,监察法正式实施后与刑法之间有何紧密关联、对刑法适用会带来哪些现实影响、二者在规范层面是否能够衔接一致、如何有效化解彼此间的非协调性等,系本文需要重点探讨与解决的问题。

## 一、监察法的监察对象与刑法职务犯罪主体之间的衔接考察

### (一) 监察法中的监察对象宽泛于刑法明文规定的职务犯罪主体

根据《监察法》第15条的规定,“公职人员和有关人员”均要接受监察机关的监察。从监察法规定的监察范围来看,其适用的对象相当宽泛,总共包括了六大类的相关人员,囊括了公权力行使的方方面面。问题在于,既然监察法规定了监察委员会对职务犯罪的调查权,那么,这一监察对象的范围与刑法中职务犯罪对象的规定是否相一致?监察法列举的监察对象与刑事法律中有关职务犯罪主体的规定是否彼此吻合?笔者认为,这是监察法实施和监察全覆盖需要首先明确的前置性问题。

有关公职人员犯罪的主体规定,主要集中于刑事立法与相关司法解释中。比如《刑法》第93条,<sup>〔1〕</sup>对国家工作人员的范围予以界定,对典型的“国家工作人员”与“以国家工作人员论”的人员分别作出了规定。虽然刑事实体法对此已经有所规定,但是整体上的模糊性仍然客观存在,为了更好地在司法中予以适用,于是又通过多种解释的方式对相关从事公务的主体进行了进一步的明确与细化。比如,全国人大常委会以立法解释的方式,对“其他依照法律从事公务的人员”进行了细化。<sup>〔2〕</sup>再如,最高人民法院以座谈会纪要的方式,对国家机关工作人员、被委派从事公务的人员、其他依照法律从事公务的人

〔1〕《刑法》第93条规定:“本法所称国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。”

〔2〕2000年4月29日全国人民代表大会常务委员会通过了《关于〈中华人民共和国刑法〉第93条第2款的解释》,解释的具体内容为:村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作的,属于《刑法》第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员”:①救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的管理;②社会捐助公益事业款物的管理;③国有土地的经营和管理;④土地征用补偿费用的管理;⑤代征、代缴税款;⑥有关计划生育、户籍、征兵工作;⑦协助人民政府从事的其他行政管理工作。村民委员会等村基层组织人员从事前款规定的公务,利用职务上的便利,非法占有公共财物、挪用公款、索取他人财物或者非法收受他人财物,构成犯罪的,适用《刑法》第382条和第383条贪污罪、第384条挪用公款罪、第385条和第386条受贿罪的规定。

员、从事公务等再次作出了明确规定。<sup>〔3〕</sup>除此之外,最高人民检察院还以答复的方式,针对已经委派但是未获取职务身份的主体进行了进一步的明确,指出行为人的职务身份并不是职务犯罪主体的必备要素,在刑事责任认定时此类情形应以国家工作人员予以对待。<sup>〔4〕</sup>

从刑法的立法表述中不难看出,职务犯罪的主体主要围绕国家公权力而设置,其中一方面是行为人所在的单位机构本身与国家公权力相关,另一方面是受国家公权力委派之后在非公权力部门行使公务。在刑法的现有表述中,政协、民主党派、基层自治组织人员等并没有被明确纳入。“政协一直是非国家机关,它只是政治协商、民主监督和参政议政的团体,本质上不行使公权力。”<sup>〔5〕</sup>基于此,政协并不属于刑法对公权力规制的职务犯罪主体。而关于民主党派的性质归属,习近平总书记直接指出“各民主党派是同中国共产党通力合作的中国特色社会主义参政党”。<sup>〔6〕</sup>参政党的主要职责是开展参政议政、民主监督、政治协商。<sup>〔7〕</sup>因而,作为参政党的民主党派,其核心职能为参政议政和监督协商,而非直接履行法律意义上的公职权能,由此可见,由于民主党派不是典型意义上的直接行使国家公权力的主体,因此并不属于刑事法律中职务犯罪的主体。<sup>〔8〕</sup>除此之外,工会、共青团和妇联等特殊组织中的成员,其身份也有别于典型的国家机关工作人员,然而,“其所行使的权力从本质上看属于社会公权力,且比一般的社会公权力有着更强有力的作用”。<sup>〔9〕</sup>基于此,虽然刑法没有明确把上述特殊组织人员规定下来,但是监察法却将其作为“参照公务员法管理人员”予以了明确。另外,基层自治组织是基层性群众的自我管理群体组织,由于其并不属于一级政府机构,因而也不是公权力的直接享有者与行使者。但是,基于村社组织与人民政府的特殊关系与日常活动部分交集的存在,全国人大常委会颁布的立法解释中将其予以限定性地纳入到刑法调整范围之内。

由此可见,监察法的监察对象明显超过了刑法对职务犯罪主体的现有规定。“监察委员会对所有行使公权力的公职人员实施全覆盖的监察。”<sup>〔10〕</sup>这是监察法制订之初的立法宗旨,并在出台的监察法中有明确体现。从刑法与监察法规制对象存在差别的原因上来说,监察法既

〔3〕 2003年11月13日最高人民法院发布了《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(〔2003〕167号)。

〔4〕 2004年11月13日最高人民检察院法律政策研究室颁发了《关于国家机关、国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务但尚未依照规定程序获取该单位职务的人员是否适用〈刑法〉第93条第2款问题的答复》。

〔5〕 韩大元:“论国家监察体制改革中的若干宪法问题”,《法学评论》2017年第3期,第17页。

〔6〕 张烁:“习近平同党外人士共迎新春”,载《人民日报》2013年2月8日,第1版。

〔7〕 崔珏:“试论民主党派政党性质的演进”,《中央社会主义学院学报》2016年第1期,第13页。

〔8〕 “与民主党派不同的是,中国共产党处于执政党的地位,行使执政权与领导权,因而本质上就是公权力的行使者。”马怀德:“国家监察体制改革的重要意义和主要任务”,《国家行政学院学报》2016年第6期,第19页。

〔9〕 蔡乐渭:“国家监察机关的监察对象”,《环球法律评论》2017年第2期,第138页。

〔10〕 陈光中:“关于我国监察体制改革的几点看法”,《环球法律评论》2017年第2期,第115页。

包括监察一般性的违纪行为,也要监察涉嫌职务犯罪的严重腐败行为,因而监察法的这一双重任务决定了与刑法规制的职务犯罪并不完全重叠。<sup>〔11〕</sup> 监察法的目的是“对本地区所有行使公权力的公职人员依法行使监察权”,<sup>〔12〕</sup>其中“依法行使监察权”是其法治化的保障,是监察委员会在法治化治理的背景下执法有据的关键所在。因而,基于监察委员会的职责与依法监察的法治化行事方式,监察法并不以刑法规制的所有职务犯罪为特定对象,也没有直接照搬现有刑法对公职犯罪主体的已有规定。在此前提下,监察法中的监察对象除了典型意义的直接履行国家公权力的人员之外,还明确包括了党的机关、人大机关、政协机关、民主党派中的公务员,以及参照《中华人民共和国公务员法》管理的人员、基层群众性自治组织中从事集体事务管理的人员。

## (二) 监察法的监察对象是对刑法规制的职务犯罪的进一步补充

必须指出的是,监察法的对象不是对刑法职务犯罪主体的不当超越。“国家监察法是国家监督领域的基本法,属于宪法性法律。”<sup>〔13〕</sup>因而,需要梳理刑法与宪法性法律的内在关系,而不是与之抵牾甚至违背。从法律动态适用上来说,监察法作为监察机构改革与依法反腐的重要性法律,必然也要“处理好与宪法和其他法律的关系”。<sup>〔14〕</sup>由于刑法颁布实施的时间在前,因而尽管刑法的明确性规定有限,监察法的监察对象在明确性层面更为宽泛,但是这应当被视为监察法对刑法的细化与补充,而不是二者之间的实质性冲突。而且,刑法规定中仍然存在堵截性条款,即“其他依照法律从事公务的人员”仍然被兜底性地保留,这为司法解释的细化与司法适用提供了规范性保障,也为关联性法律之间的衔接适用提供了空间与可能。

需要指出的是,尽管立法解释对刑法职务犯罪主体中的“其他依照法律从事公务的人员”进行了进一步的明确与细化,但是这些解释并不具有绝对性或者排它性,即并不是说这一兜底性条款仅以立法解释所列的特定情形为限,并不意味着除了已有解释列明的情形之外,其他类型人员依法从事公务时都要被排除在职务犯罪之外。必须指出的是,上述立法解释只是对村委会基层组织人员可以纳入“其他依照法律从事公务的人员”的认定事宜予以细化,但是并没有以此取代或者全然否定对其他情形的国家工作人员的认定。与此相一致,在监察法中并没有如上述立法解释一样对基层组织人员进行细化并设定限制,而是把基层组织中的依法从事管理行为的公务人员纳入监察对象之列,这也是在刑法已有规定基础上的进一步补充之体现。

因而,可以说监察法对监察对象的合理限定,是遵循刑法罪刑法定原则基础上的合理明

〔11〕 有学者指出:“监察机关与党的纪律检查机关虽在一个官署办公,但在职责上仍有所分工,前者主要实施法律监督,后者主要实施纪律监督。对此,需要进一步加以研究确定。从理论上讲,党的纪律检查机关是中国共产党的机关,它实施的纪律监督应该是对中国共产党党员的监督,对民主党派党员和非党员公职人员的监督应由国家监察机关实施。”姜明安:“国家监察法立法应处理的主要法律关系”,《环球法律评论》2017年第2期,第120页。

〔12〕 全国人大常委会在2016年12月25日通过的《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》中的明确提法。

〔13〕 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,第1页。

〔14〕 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,第9页。

确,是对刑法有关职务犯罪主体的进一步补充。就惩治和预防腐败犯罪的初衷来说,监察法与刑事法律不谋而合。尽管受监察法规制的对象既可能是一般性的行政违法,也可能是严重的刑事犯罪,因而在理论层面可能存在着监察对象不能与刑法一一对应的质疑,但是,需要指出的是,即使是对职务违法行为的监察,我们仍然无法据此排除其不适用刑法的结论。因为对于行政违法行为,监察法的适用对象仍然是部门公职人员,是履行形形色色公权力的相关主体,在行政违法恶化程度升级并上升为犯罪的罪刑评价模式下,一般违法性监察的对象也必然与刑法职务犯罪的对象相一致,而不能以监察对象的违法与犯罪二元处置有异,进而得出刑法只规制监察法中的部分对象这一不当结论。

### (三) 监察法对监察对象的限定与刑法具有内在一致性

就监察法规定的内容来看,其并没有以相关人员的单纯身份来界定监察对象。在监察法规定的第一类人员中,即“中国共产党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、监察机关、审判机关、检察机关、民主党派和工商联机关的公务员及参照《中华人民共和国公务员法》管理的人员”,只陈述了相关人员的范围,没有任何其他职位与职责的规定。根据第一类的概述,实际上指的是“公务员或者参照公务员管理的人员”,是基于自身身份的特性;根据《监察法》第3条<sup>[15]</sup>的规定,监察对象是“行使公权力的公职人员”,因而需要上述人员在基本的身份之外满足“公职性”要求是其应有之义。而根据《刑法》第93条的规定,职务犯罪主体以事务处理具有“公务性”为必要条件。正是基于此,“公务性是刑法中职务的本质特征”。<sup>[16]</sup>作为刑法中的“公务性”,“系指依法令服务于政府、地方自治团体所属机关而具有法定职务权限,以及其他依法令从事于公共事务,而具有法定职务权限的人员”。<sup>[17]</sup>笔者认为,监察法要求的“公职性”强调的是主体履职行为的公权力特征,这一“公职性”与刑法所要求的“公务性”具有内涵层面的趋同性。否则,即使形式上属于此类人员,如果欠缺公权力为实质内容的“公职性”或“公务性”予以支撑,则仍然不能划归到监察法的对象范畴之中。

除此之外,监察法规定的其他几类人员中,监察法对列举的相应对象均作出了限定性的要求,即要么要求“从事公务”,要么要求“从事管理”。至于附加这些限制条件的具体理由,毫无疑问都是监察法赋予的监察性质所决定的。问题在于,《刑法》第93条并没有区分“从事公务”与“从事管理”,那么,监察法对此区分的意义何在呢?笔者以为,区分的原因仍然在于监察对象的不同。比如,对国有企业中的相关人员,由于国有企业并不是严格意义上的国家机关,因而不能称之为“从事公务”的人员,而只能划归为“从事管理”国有资产的人员。再如,对教育、科研、文化、医疗卫生、体育等单位的监察对象,这些单位不是典型化的国家机构,因而相应人员并不具有典型意义上的“公务性”,而只有从事相应的管理性职责时才具有“公务性”,所以对

[15] 监察法第3条规定:“各级监察委员会是行使国家监察职能的专责机关,依照本法对所有行使公权力的公职人员(以下称公职人员)进行监察,调查职务违法和职务犯罪,开展廉政建设和反腐败工作,维护宪法和法律的尊严。”

[16] 郭纹静:《刑法中的职务便利研究》,中国检察出版社2017年版,第16页。

[17] 林山田:《刑法各罪论》(下册),北京大学出版社2012年版,第13页。

上述人员也进行了“从事管理”层面的限定。

在此基础上,还要进一步对“从事公务”与“从事管理”有无实质性区别进行释清,对这一内涵的界定不同必然招致刑法适用中的结论迥异。那么,刑法中“从事公务”具体是何涵义呢?笔者认为,刑法中的“从事公务”仍然针对的是行为人的公权力行使,是以公共管理性的对事权与对人权的结合体。“从事公务具有两方面的特征:一是具有管理性,即对公共事务进行管理;二是具有国家代表性,即这种活动是代表国家而进行的,它是一种国家管理性质的行为,而不是代表某个人、某个集体、团体的行为。”<sup>〔18〕</sup>为了与职务犯罪的职务性相一致并防范处罚范围的不当扩张,需要解决的症结是要把“从事公务”与“从事劳务”相区分,因为尽管“从事劳务”具有特定事项处置关联中的“对事权”,但是,劳务行为仍然是普通的日常行为,由于欠缺公共管理性的实质要素,与职务犯罪所要规制的权力指向已经发生了严重偏离,所以“从事劳务”需要审慎地与“从事公务”保持相应的距离。正是基于此,一般性“劳务行为”与“公务行为”并不能同日而语。<sup>〔19〕</sup>

应当明确的是,“从事管理”强调的是管理人与事的权力特征,不可避免地与“从事公务”存在一定的重叠。为了对此有所区别,最高人民法院通过座谈会纪要的方式对“从事公务”予以了明确界定,指出“公务”是与职权具有内在关联的监督、管理等职务活动。<sup>〔20〕</sup>从中可见,“从事管理”是“从事公务”的具体表现形式,而不能在此基础上进行反向理解。而且,从监察法的规定内容来看,其同样没有采纳“身份论”的主体认定方式,而是以“职责论”进行主体符合性的限定,通过监察法立法表述中“从事公务”“从事管理”的明确规定就可以得出如上结论。

因此,监察法出台之后对监察对象的相应规定,并不是对刑法已有规定的背离,原则上并不会对刑法中关于国家工作人员的现有规定带来实质性冲突,反而是对刑法中已经相对成熟的既有公职主体的延续与认可。总体来说,监察法对监察对象的规定与刑法对公职人员犯罪的规定仍然具有内涵上的一致性,在此范畴内,我们只要对监察法进行合理解读,在其生效后的职务犯罪主体的刑法适用,就不会带来不必要的认识困惑。

## 二、监察法未把单位作为监察对象造成刑法适用的缺失

在已经尘埃落定的监察法中,监察对象仅限于自然人,单位被排除在外。《监察法》第15条中明确规定,监察机关的监察范围为“公职人员和有关人员”,即以行使公权力的自然人为规

〔18〕 刘宪权、谢杰:《贿赂犯罪刑法理论与实务》,上海人民出版社2012年版,第42页。

〔19〕 “劳务行为”因其缺乏公共管理性的职权,因而在相关的司法解释中也得以明确界分“公务行为”。比如,2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中明确指出:“那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作,如售货员、售票员等所从事的工作,一般不认为是公务。”

〔20〕 2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中明确指出:“从事公务,是指代表国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等履行组织、领导、监督、管理等职责。公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。”

制范畴,而没有涉及到“公职单位”。究其原因,有学者认为这是《监察法》与《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》的差异性使然,因为前者监督国家公职人员,后者监督的是国家机关。<sup>[21]</sup>或许是基于此层面的考虑,监察法并没有把单位主体明确列入监察对象之中。<sup>[22]</sup>由此带来的问题是,在监察法的这一规定情形下,与现行刑法明确规定的自然人和单位的二元犯罪主体产生了非一致性,此时监察法与刑法之间如何进行衔接实施必然又成为问题。

从原有的《行政监察法》来看,第15条、<sup>[23]</sup>第16条<sup>[24]</sup>直接规定了“机关与人员”,第21条<sup>[25]</sup>规定了监察机关“查询案件涉嫌单位和涉嫌人员”,其中既包括了国家机关,也包括了国家机关之下的公务人员。由此看来,在《行政监察法》中,监察的对象是单位机关与自然人的结合。另外,从《中国共产党党内监督条例》第37条<sup>[26]</sup>的规定来看,前后条款并不完全一致,因为本条第1款明确规定的是“各级党委应当支持和保证同级人大、政府、监察机关、司法机关等对国家机关及公职人员依法进行监督”,其中提及的对象是“国家机关及公职人员”,但是,本条第2款中又明确规定了“在纪律审查中发现党的领导干部严重违纪涉嫌违法犯罪的”,因而前款是机关与自然人的整合体,后款却仅仅限定为“党的领导干部”这一自然人主体。《中国共产党纪律处分条例》第6条规定:“本条例适用于违反党纪应当受到党纪责任追究的党组织和党

[21] “国家监察法与《人大常委会监督法》都是监督基本法,二者调整的对象有所差别。前者调整的重点是对公职人员的监督,包括对人大常委会委员和常委会机关工作人员的监督;后者调整的重点是对国家机关工作的监督,包括对国家监察机关工作的监督。”姜明安,见前注[13],第3页。

[22] 马怀德教授认为:“虽然不提对公权力组织的监督,但实际上通过对公职人员的监督,也达到了对公权力组织监督的效果。”马怀德,见前注[8],第19页。但是,笔者认为,由于单位组织与自然人在刑法中作为不同的主体而存在,因而对个人的监督与对单位的监督不能混同,这仍然属于两个不同的现实问题而分别存在。

[23] 《行政监察法》第15条规定:“国务院监察机关对下列机关和人员实施监察:①国务院各部门及其公务员;②国务院及国务院各部门任命的其他人员;③省、自治区、直辖市人民政府及其领导人员。”

[24] 《行政监察法》第16条规定:“县级以上地方各级人民政府监察机关对下列机关和人员实施监察:①本级人民政府各部门及其公务员;②本级人民政府及本级人民政府各部门任命的其他人员;③下一级人民政府及其领导人员。”

[25] 《行政监察法》第21条规定:“监察机关在调查贪污、贿赂、挪用公款等违反行政纪律的行为时,经县级以上监察机关领导人员批准,可以查询案件涉嫌单位和涉嫌人员在银行或者其他金融机构的存款;必要时,可以提请人民法院采取保全措施,依法冻结涉嫌人员在银行或者其他金融机构的存款。”

[26] 《中国共产党党内监督条例》第37条规定:“各级党委应当支持和保证同级人大、政府、监察机关、司法机关等对国家机关及公职人员依法进行监督,人民政协依章程进行民主监督,审计机关依法进行审计监督。有关国家机关发现党的领导干部违反党规党纪、需要党组织处理的,应当及时向有关党组织报告。审计机关发现党的领导干部涉嫌违纪的问题线索,应当向同级党组织报告,必要时向上级党组织报告,并按照规定将问题线索移送相关纪律检查机关处理。”在纪律审查中发现党的领导干部严重违纪涉嫌违法犯罪的,应当先作出党纪处分决定,再移送行政机关、司法机关处理。执法机关和司法机关依法立案查处涉及党的领导干部案件,应当向同级党委、纪委通报;该干部所在党组织应当根据有关规定,中止其相关党员权利;依法受到刑事责任追究,或者虽不构成犯罪但涉嫌违纪的,应当移送纪委依纪处理。

员。”从该规定来看,除了党员自然人之外,还有党组织这一特殊对象。但是,在其后的第 27 条、〔27〕第 28 条中,〔28〕其处分对象明确限定为“党员”主体;另外第 98 条〔29〕虽然将“党和国家机关”予以了主体性限定,但是其后的处罚对象仍是“主要责任者和其他直接责任人员”。从中可见,《中国共产党纪律处分条例》所要处分的核心对象仍然是作为个人的党员自然人主体。

从一般意义上来说,监察法监察的是国家公职人员,因而只需要直接指向自然人即可。〔30〕然而,由于监察法并不是孤立性的存在,在把职务犯罪的调查纳入监察委员会的监察权限之后,防腐反腐成为监察法的核心重任。自然人之外的单位同样可以实施腐败行为,因而其也是惩治与防范腐败的内在对象。在此情形下,如何使监察法与刑法之间进行良好对接,就是我们在主体适用上必须重点考虑的事情。毫无异议的是,监察法的良好实施脱离不了其他关联性法律的支撑,因为监察法并不能直接对职务犯罪人给予实体层面的处罚,需要从刑法规范中为其提供职务犯罪能否成立的合法性依据。具体到刑事职务犯罪的具体操作层面上,在监察机关合理运用自己的调查权搜集证据之后,仍然要进入到后期的司法程序之中,因而无论是前期的调查环节还是后期的司法程序,都要围绕刑法的实体罪刑条件进行有效对接,即从罪状构成方面搜集相关证据并根据刑罚配置情形予以程序性推动。显而易见,监察法的适用与刑法之间的关系密切,在单位职务犯罪的情形下,监察法如何应对仍是不容忽视的现实问题。

就现有的刑法规定来看,单位涉及到的职务犯罪主要有如下:《刑法》第 387 条的单位受贿罪、第 391 条的对单位行贿罪、第 393 条的单位行贿罪、第 396 条的私分国有资产罪、私分罚没财物罪等。在单位主体构成职务犯罪于法规范层面已经十分明确的前提下,结合监察法,必然存在一个能否与刑法衔接的问题。以监察法的现有规定来看,监察对象限于职务违法与职务犯罪的公职人员,其监察范畴中并不包含单位主体,如果以此为限,则在适用监察法时就不能对相关单位进行立案与调查。然而,如果单位被排除在监察法的调整范围之内,则这又与颁布监察法及设立监察委员会的初衷难以完全协调一致,即并没有把所有的职务犯罪主体都囊括进监察机关的监察之中,在“集中高效反腐”之下存在明显的缺漏。

职务犯罪的查处有其特殊之处,即多数案件都是“由事到人”地进行证据搜集,而不同于一般刑事案件上的“由人到事”。问题在于,即使如此,我们是否就可以通过公职人员的查处来先

〔27〕《中国共产党纪律处分条例》第 27 条:“党组织在纪律审查中发现党员有贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊、浪费国家资财等违反法律涉嫌犯罪行为的,应当给予撤销党内职务、留党察看或者开除党籍处分。”

〔28〕《中国共产党纪律处分条例》第 28 条:“党组织在纪律审查中发现党员有刑法规定的行为,虽不构成犯罪但须追究党纪责任的,或者有其他违法行为,损害党、国家和人民利益的,应当视具体情节给予警告直至开除党籍处分。”

〔29〕《中国共产党纪律处分条例》第 98 条:“党和国家机关违反有关规定经商办企业的,对直接责任者和领导责任者,给予警告或者严重警告处分;情节严重的,给予撤销党内职务处分。”

〔30〕对此,有学者指出:“在对人大机关公职人员的监察上,应遵循人民代表大会的宪法原则,不宜把对人员的监察直接扩大到对机关的监察,也不应理解为人大与监察委平起平坐,构成相互制衡的关系。”韩大元,见前注〔5〕,第 17 页。然而,需要指出的是,这也仅仅只是针对人大这一特定机构,并不牵涉到所有的监察对象为单位的情形。



行立案并启动调查权?换言之,我们是否可以暂时撇开单位主体不论,而以单位之下的自然人来开展先期的监察活动?对此,就实践操作层面而言,似乎并没有太多障碍,毕竟单位之下的主管人员与直接责任人员同样是监察法明确规定的监察对象,以此为切入点来进行调查和搜集证据仍然具有法律依据。但是,如果前期只是以自然人为对象来进行调查,则对后续的司法程序推进来说仍然会有现实障碍。原因在于,在刑法已经明确规定单位与自然人均可以作为犯罪主体之后,单位就被赋予了独立于自然人而存在的价值,这一与自然人并不完全同一的主体性存在,有较之自然人更为特殊的内部构造与处罚规则。更为重要的是,就前期的证据搜集与证明标准来说,单位犯罪并不与自然人犯罪完全吻合。如果监察委员会前期只对单位之下的自然人予以立案并展开调查,自然人主体的刑事责任能力与主客观表现将是其关注的视域,在此基础上进行的全部证据搜集必然是以常规化的自然人犯罪来进行的。问题是,到了后期的审查起诉与审判阶段如何转换为单位犯罪,这不仅在程序上存在衔接不畅的症结,而且在前期搜集的证据与后续的关联性证明上也会存在现实问题。

当然,就证据层面的完善而言,在审查起诉阶段与审判阶段予以补充,似乎可以化解前述面临的实践困扰。何况,《监察法》第47条第3款,<sup>[31]</sup>赋予了后期审查起诉环节的补充调查权或者补充侦查权。此时为了解决前述存在的问题,针对前期以自然人犯罪来调查的案件,在后续的程序环节,人民检察院认为有必要补充核实的案件,可以通过监察委员会退回补充调查或者检察机关自行补充侦查的方式予以弥补。但是,如果对单位职务主体的立法遗漏选择此种方式予以解决,明显是绕开现有法律规定的无奈之举或者权宜之计。尽管通过后期的程序性跟进而相当程度地对此问题有所缓解,但是,笔者认为,我们并不能以此证明通过程序上的弥补就能解决实体法上的现有欠缺。毕竟,之所以通过程序规则的迂回曲折的方式进行补救,仍然与其实体规定的不周延息息相关,在实践运行中也并不一定就十分的自然顺畅。因而,可以说,此种前提未明确而通过程序回转方式进行的填补仍然欠缺法治逻辑性,难以获得逻辑思辨层面的理性检验与内心认同。

基于此,笔者认为监察法的出台只是解决了监察活动中履行监察权能的合法性问题,但是,其并没有很好地解决与实体刑法的对接问题。尽管这一问题并不影响监察机关职责权能的正常发挥,但在后期却会影响刑事诉讼活动的正常展开,也会影响到刑法适用下的定罪与量刑公正目标的实现。笔者认为,针对这一重大缺失,本身并不是监察程序法与相关解释所能解决的问题,立法层面的问题仍然有待立法正本清源地予以解决。从实践层面来看,在监察法刚刚出台之际希冀通过修法的方式补救缺漏并不现实,因而我们前期可以通过程序回转弥补当下实体刑法对接上的不足,但是,当时机成熟时,还是需要通过立法修订使两法的衔接得到更好完善。

---

[31] 《监察法》第47条第3款规定:“人民检察院经审查,认为需要补充核实的,应当退回监察机关补充调查,必要时可以自行补充侦查。对于补充调查的案件,应当在一个月内补充调查完毕。补充调查以二次为限。”

### 三、监察人员涉罪刑事责任追究的刑法障碍及澄清

现行监察法中已规定监察人员如若履职不当,则需要承担法律责任。比如,《监察法》第65条<sup>[32]</sup>规定了监察机关的违法责任处理,而在第66条规定了监察机关及其工作人员构成犯罪的,应当依法承担刑事责任。笔者认为,就上述规定所对应的刑事责任来看,牵涉的罪名主要如下:《刑法》第247条刑讯逼供罪、暴力取证罪;第248条虐待被监管人罪;第308条之一泄露不应公开的案件信息罪;第396条私分罚没财物罪;第397条滥用职权罪、玩忽职守罪,第399条徇私枉法罪;第402条的徇私舞弊不移交刑事案件罪,等等。

对此,需要指出两点:其一,监察机关触犯的罪名包括但不限于上述几种。就现有监察法的规定来看,表面上监察机关在履职过程中被追究刑事责任的情形仅限于上述几类,除此之外的由于没有规定则似乎难以越法追责。但是,这一理解明显属于误读。原因在于,监察法只是列举了监察机关常态性的违法犯罪情形,它既无可能也无必要把所有触犯刑事法律的情形均囊括在内。具体说来,“不可能”的原因在于,监察机关在开展日常活动中,例如在监督、调查、处置活动中超越法律边界的情形难以避免,其实施的犯罪样态具有多样化,通过《监察法》第65条、第66条的规定很难对所有犯罪情形进行全面覆盖。“无必要”的原因在于,如果要追究监察人员的刑事责任,仍然必不可少地要依赖刑事实体法与刑事程序法的配合,具体涉及到定罪量刑的实体认定问题,我们必然还是要回归到实体刑法中进行罪刑匹配,而不是通过监察法分散的责任条款予以刑事责任的追究。因此,对于现行监察法中列举的监察主体触犯刑事法律的情形,并不代表监察人员只有或者只会出现上述几类犯罪行为,监察人员作为权力的实施者,既可以实施与其职责有关的职务类犯罪,也可以触犯一般主体的普通刑事犯罪。但是,无论属于哪一种犯罪类型,都不受监察法上述条款的束缚与限制。

其二,监察人员触犯的罪名必须由刑法的罪刑规范予以确定。监察法中列举的上述情形,只是说明了监察人员“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,即指出了监察人员的违法程度达到刑事犯罪质与量的界限标准,此时要承担的责任类型应为刑事责任。这里的“依法追究刑事责任”的“法”,在实体法层面指的就是刑法,即在判断犯罪成立与否时,仍然需要结合刑法的已有规定进行评判,而不是单凭监察法的上述规定就能够径行进行刑事责任的追究。刑法作为基础性的法律是罪刑规范的集合性存在,要追究行为人的刑事责任,必然要以刑法的现有规定为基准,要以刑事违法的符合性作为责任追究的基本前提,这不仅是罪刑法定原则的基本要求,

[32] 《监察法》第65条规定:“监察机关及其工作人员有下列行为之一的,对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予处理:①未经批准、授权处置问题线索,发现重大案情隐瞒不报,或者私自留存、处理涉案材料的;②利用职权或者职务上的影响干预调查工作、以案谋私的;③违法窃取、泄露调查工作信息,或者泄露举报事项、举报受理情况以及举报人信息的;④对被调查人逼供、诱供,或者侮辱、打骂、虐待、体罚或者变相体罚的;⑤违反规定处置查封、扣押、冻结财物的;⑥违反规定发生办案安全事故,或者发生安全事故后隐瞒不报、报告失实、处置不当的;⑦违反规定采取留置措施的;⑧违反规定限制他人出境,或者不按规定解除出境限制的;⑨其他滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊行为的。”

也是刑事法治的应有之义。

监察委员会成立之后,如何有效约束监察机关的不当行为成为突出性问题。有学者指出,“要从科学立法、人事任免、听取汇报、询问质询等多重维度加强人大对监察委员会的监督功能”。<sup>[33]</sup>“在层级较高的各级人民代表大会内增设对应的常设机构,对口加强对监察委员会监察工作的监督。设在相应级别人大常委会的机构应是专门委员会,可称为监察监督委员会。”<sup>[34]</sup>但问题在于,上述建议仍然是基于机构制约层面的分析路径,而不是对监察委员会工作人员实施违法犯罪之后的具体责任归属层面的考量。在现有的刑法适用层面,对监察委员会及其工作人员必然会面临“依法追责”上的现实障碍。原因在于,在刑法职务犯罪的追责上,存在着特殊主体性限定的构成要件要求,具体来说,特殊主体有国家工作人员、国家机关工作人员、司法人员、行政人员等多种区分。在此前提下,监察人员也只有归属于上述人员之列,刑事事实法律才有适用的空间,才能与具体罪名的构成要件有明确的对应。

这一问题的出现,与监察委员会中履职人员的性质归属息息相关。从一般意义上来说,机关的性质与机关之下的工作人员的性质密切相关,比如,行政机关对应的是行政执法人员,司法机关对应的是司法工作人员,立法委员会对应的是权力机关人员。在此情形下,监察委员会的性质决定了监察人员的性质归属,那么监察委员会究竟属于何种性质呢?一般而言,“就监察机关的自身性质而言,是国家的‘监督执法机关’,而非党的机关”。<sup>[35]</sup>但是,“监督执法机关”只是监察执法机构作为主体性存在的语义重复,监察委员会究竟具体是哪一机关仍然语焉不详。“监察委员会作为一个集党权、行政监察权与刑事司法权于一身的‘超级机关’。”<sup>[36]</sup>“监察委员会是人大之下的国家监督机关,它所拥有的是与国家行政权、军事权、审判权、检察权平行的权力——国家监督权。”<sup>[37]</sup>监察委员会的“国家监督权”与传统权力的平行性提出与界定,实则指出了彼此之间的差异性,内在指向的就是它拥有区别于传统国家机关的特殊性质。就当下的权威界定来看,将监察委员会定位于“政治机关”已经成为上层共识。<sup>[38]</sup>“监察权成为与行政权、司法权并列的一项国家权力。”<sup>[39]</sup>非常明确的是,把监察委员会定位于政治机关,从而直接否定了其是行政机关或者司法机关的性质认定。“监察委员会的设立,相当于

[33] 秦前红:“困境、改革与出路:从‘三驾马车’到国家监察——我国监察体系的宪制思考”,《中国法律评论》2017年第1期,第181页。

[34] 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,第5页。

[35] 李洪雷:“论我国监察机关的名与实”,《当代法学》2018年第1期,第51页。

[36] 童之伟,见前注[34],第1页。

[37] 李红勃:“现行纪检监察模式的困境及其法治化改革方向”,《环球法律评论》2017年第2期,第131页。

[38] “准确把握监察委员会的定位。充分认识深化国家监察体制改革是确立中国特色监察体系的创制之举,明确监察委员会实质上就是反腐败工作机构,和纪委合署办公,代表党和国家行使监督权,是政治机关,不是行政机关、司法机关。”本报记者:“国家监察体制改革试点取得实效”,载《人民日报》2017年11月6日,第1版。

[39] 陈光中、邵俊:“我国监察体制改革若干问题思考”,《中国法学》2017年第4期,第28页。

在国家的行政机关、司法机关之外,另外设置了监察权力。”<sup>〔40〕</sup>从中可见,较多学者不约而同地认为,监察委员会是相异于行政机关与司法机关的特殊机构。作为党领导下的新型集中式反腐机构,监察委员会以共识性的“政治机关”作为其对应的性质。与此相一致,监察委员会之下的监察人员也要归属为“政治机关工作人员”,而不是一般性的“行政执法人员”或者“司法工作人员”。

如此一来,对刑法中已经明确将“行政人员”“司法工作人员”作为特殊主体的罪名来说,其在涉及到监察主体刑责追究的具体适用时就必然存在构成要件符合性的障碍。比如,《刑法》第 247 条的刑讯逼供罪、暴力取证罪的主体为“司法工作人员”;第 248 条虐待被监管人罪的主体为“监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员”;第 308 条之一泄露不应公开的案件信息罪的主体中包括“司法工作人员”;第 399 条第 1 款徇私枉法罪的主体为“司法工作人员”,第 399 条第 4 款规定了司法工作人员收受贿赂并有徇私枉法行为要“从一重处罚”的规定;第 400 条私放在押人员罪、失职致使在押人员脱逃罪的主体为“司法工作人员”;第 401 条徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪的主体为“司法工作人员”;<sup>〔41〕</sup>第 402 条徇私舞弊不移交刑事案件罪的主体为“行政执法人员”。在从“分散式反腐”演进到“集中权威高效”的监察委员会反腐的当下,主体性质的变化必然要影响到上述罪名的现实适用。

刑法这些特殊主体的构成要件设置是先于监察法而存在的,在监察委员会这一机关成立之前,刑法的主体适用本身并没有遇到此类问题。然而,“设立国家监察委员会,中国的权力谱系增加了独立于立法权、司法权、行政权的‘第四权’——监察权”。<sup>〔42〕</sup>随着监察委员会的成立,尤其是监察委员会这一特殊的“政治机关”的性质归属,致使刑法在针对监察机关人员的严重越轨行为予以刑事追责时,必然面临着现实问题。定位于“政治机关”的性质确立,由于监察机关人员既不属于“司法工作人员”,也不属于“监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员”“行政执法人员”等,因而在此界定的前提下,受制于罪刑法定原则的严格束缚,在刑法分则罪名体系中未有任何“政治机关”“政治机关工作人员”“监察机关”“监察机关工作人员”等表述的情形下,上述罪名对监察委员会及其工作人员就难以符合性的直接对应适用。

上述罪名因监察机关人员的性质认识带来适用上的非对应性,最大困扰是刑法适用出现了明显的空档,这使得当监察人员实施相当严重的危害行为之后,存在难以对其进行刑事追责的窘境。需要指出的是,监察机关是政治机关,具有权力合宪性与职责法定性,但是这也只是赋予其性质归属上的特殊差异,而这一差异仍然远达不到阻却刑法分则罪名适用的地步。

适用刑法人人平等作为刑法的基本原则,既要指导刑事立法的制定又要引领刑事司法的

〔40〕 乔新生:“监察委的留置权是一项新的权力”,《廉政瞭望》(上半月)2017年第1期,第48页。

〔41〕 在一般意义上,本罪与监察委员会的关系并不是特别密切,因为该罪设定的主体是刑罚执行过程中的“司法工作人员”,因而此时与监察委员会之下的人员并不具有直接对应关系。但是,就实际情形来说,监察委员会涉及到职务犯罪的调查权,因而同样可以为行刑犯的减刑、假释、暂予监外执行提供便利,因而基于全面性的考虑,笔者仍然将该罪名放在此。

〔42〕 李森:“国家监察委员会职权的立法配置与逻辑思考”,《首都师范大学学报(社会科学版)》2017年第5期,第70页。

适用。毫无疑问,这一平等性的要求首先是立法层面的平等。监察机关作为权力行使者在刑事立法上自然也应一视同仁,但是应当刑责追究却出现了刑法罪状上的现实障碍,这与刑法自身倡导的平等性原则存在严重抵牾。由此引发的问题是,这究竟是刑事立法层面出现的问题,还是刑事司法认定环节带来的问题?笔者认为,基于立法与司法的相互合嵌性,在彼此难以界分且相互关联的前提下,应当认为这既是一个立法问题又是一个司法问题。回到问题实质层面,当下亟待解决的是,在刑法适用致使平等性基本原则遭受质疑、刑事法治正义理念岌岌可危之时,如何才是解决问题的根本之道?

对此,笔者认为总体性的解决路径主要有两种:其一,修改刑法的现有罪名。即通过刑法修正案的方式,对监察法生效后可能涉及到的刑法罪名予以重新调整,使彼此之间能够相互匹配,避免因监察法的出台而带来刑法的非适应性。“适用刑法的平等是以刑法立法上的平等为前提的,没有刑法立法上的平等,则适用刑法的平等无从谈起。”<sup>[43]</sup>就立法修改来说,其核心要义当然是为了维护刑法平等原则。另外,非刑事法律出台对刑法必然会有现实影响,对此,在监察法出台之前的刑法修订已经有过先例。比如,在国歌法颁布生效实施之后,由于在该部法律中存在“侮辱国歌情节严重的,应当追究刑事责任”的规定,为了与此适应,刑法修正案(十)中增设了“侮辱国歌罪”。否则,国歌法中的规定,就是毫无指向于实体法的“象征性立法”,必将因为欠缺刑法最后法的屏障保护而无任何实质意义可言。从中可见,刑法作为调整社会关系最为宽泛且具补充性的基础法律,与其他法律有着千丝万缕的联系。刑法一方面要保持自身规范的合逻辑性与周延性,另一方面也要实现与外在规范的顺畅对接,上述最新修正案也正是基于非刑事法律修订所引起的刑法罪名的重新调整。“‘法治’必须建立在法律制度的基础上,‘法治’的现实性与合理性也取决于这些法律制度的实际运行及其之间的选择。”<sup>[44]</sup>与此相一致,在监察法颁行之后,由于这一特殊机构的加入而带来了刑事责任追究上的非协调性问题,我们可以遵循前例通过修正案的方式,重新调整上述特殊主体的犯罪设置。申言之,通过立法主体上的并列方式,在上述主体之外,增加“监察机关工作人员”,从而合理解决监察委员会设立后带来的罪名体系非周延性的现实不足。

其二,对现有刑法罪名予以适度扩张解释。在揭示了立法存在明显问题的前提下,除了立法修补这一路径之外,另外的救济方式就是合理地解释刑法,通过此方式来延续原有刑法规定的生命,并在维持原有规范表述不变的基础上持续性的作用于司法实践。不可否认,解释本身就有弥补罪刑规定缺陷的内在价值,通过解释方式予以扩张或者限缩可以修正立法层面的部分瑕疵,并在相当程度上达到重新立法之效果。在现有上述特殊主体明显与监察委员会工作人员的性质不一致的前提下,我们可以通过解释把“司法工作人员”“行政执法人员”等主体进行重新界定,不以机关属性直接决定个人属性,而以实施者具体行使职责的情形作为主体符合

[43] 姚龙兵:《刑法立法基本原则研究》,中国政法大学出版社2014年版,第73页。

[44] (美)尼尔·K·考默萨:《法律的限度——法治、权利的供给与需求》,申卫星等译,商务印书馆2007年版,第183页。

性的判断依凭。<sup>〔45〕</sup>“解释的过程是将事实不断拉向规范,将规范不断拉向事实的双向运作过程,这种双向运作过程,要取得法律评价上的相似性,离不开价值本质性的考察。”<sup>〔46〕</sup>如此一来,主体身份就不是以主体属性来决定,而是根据主体的职权事项予以确定,在此前提下,无论监察委员会的机关属性是什么,对应到具体的行为事项之中,行为主体的身份就能得以相应确定,根据原有刑法中的罪名追究监察人员的刑事责任就不会有适用上的相应障碍。

并且,对比刑事立法与合理解释这两种方式,笔者认为后者明显更具有便利性与可行性。原因在于,监察法实施之后,因主体而牵涉的类似问题必然是全方位的,不可能仅仅以笔者所列举的上述为限,一旦在实践情形中又面临此类问题,要寄望通过刑事立法来全盘解决,就当下的实际运行情况来看过于奢望。毕竟,立法修改需要经历繁琐的程序和漫长的过程,这不仅涉及到刑事立法的成本问题,也涉及到刑事立法程序的复杂性与可行性问题。当下刑法修正案已经较为频繁地出现,那么,以零散性的刑法修正的方式来解决所有的条款缺陷,就当下来说既不是法治补救的最佳路径,又无法实现对效率行事的原则遵循。基于此,通过解释合理地为主体外延予以扩张,就实践运行的可行性来说是较为明智的抉择。<sup>〔47〕</sup>当然,如果后期立法时机成熟,则需要把监察全覆盖实践运行中揭露出的问题与立法层面的问题予以汇总,一并通过立法修订加以解决。

就当下进行合理性解释来说,必须涉及到司法解释还是立法解释的选择问题,在此,笔者坚持认为立法解释更具有正当性。最为直接的依据是,这与《立法法》第45条<sup>〔48〕</sup>赋予的立法解释权相一致。原因在于,基于上述问题的揭示,其症结仍然是监察法出台之后带来的刑法适应性不足的问题,因而此问题仍然与立法滞后性关系密切,属于立法法所述的“法律制定后出现新的情况”而需要进行立法解释之列。在立法存在欠缺而司法运行衔接不畅的前提下,解决问题所采用的方式仍然要以法律层面的直接对应予以有效回应。“立法解释是立法的重要形式”,<sup>〔49〕</sup>立法解释具有补充规范缺陷的天然优势与直接便利。<sup>〔50〕</sup>除此之外,考虑以司法解释方式弥补立法衔接问题欠缺妥当性,而且司法解释原则上应以立法存在规定为前提,如果是较

〔45〕 “解释一个刑法规范的含义,不仅应该以该规范本身的文字为基础,而且应该从该规范与全部刑法规范乃至整个法律制度的关系中来把握。”陈忠林:《刑法的界限——刑法第1—12条的理解、适用与立法完善》,法律出版社2015年版,第121页。

〔46〕 龚振军:《刑法解释限度理论的反思性解读与认定模式探究》,法律出版社2016年版,第37页。

〔47〕 当然,解释在法治运行中具有必要性,这是成文法规范与案件事实之间的非直接对应性所决定的,但是这并不说明解释就不应该遵守解释的限度与边界。恰恰相反,无论是成文法之间的不协调还是司法运行中发现的客观问题,我们仍然需要界分立法与解释之间的界限,不能不分彼此的混为一谈,不能以解释方式来替代立法职责。

〔48〕 《立法法》第45条规定:“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有以下情况之一的,由全国人民代表大会常务委员会解释:①法律的规定需要进一步明确具体含义的;②法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。”

〔49〕 陈丽平:“立法解释是立法的重要形式”,载《法制日报》2014年4月23日,第3版。

〔50〕 尽管张明楷教授主张取消立法机关的立法解释权,但是,他也认为“立法解释与法律本身具有相同的效力。”参见张明楷:“立法解释的疑问——以刑法立法解释为中心”,《清华法学》2007年第1期,第23页。

大程度地扩充或修正立法规定的内涵与外延,则除了立法规定之外,必然要首推立法解释方式。否则,单纯以司法解释的形式来随意变更原有约定俗成的规范内涵,往往会以扩张解释为名而行立法修订之实,与司法解释本身要坚守刑事教义学的本义相违背,这也不是成文法盛行之下变通性逾越立法权的推崇之举。

而且,作为司法解释制定主体的最高人民法院与最高人民检察院,能否因为监察法的出台而轻易修订上述罪名要件的内涵,此时解释主体的适格与否也是值得探讨的问题。毕竟,监察法是全国人大审议通过的宪法性法律,刑法也是同一主体制定并颁布施行的基础部门法,为了对此有所弥补,我们必然要回溯至立法权的本源,而非简单地对现有法条的内涵予以释明。而且,监察法实施之后的监察对象包括了最高人民法院与最高人民检察院,在司法解释主体本身也是监察对象的情形下,最高人民法院与最高人民检察院为了保持自身的中立性也难以承担司法解释之职责。基于多方权衡,将解释权回归至立法机关即全国人大常委会才是可行性的思路,即在坚持现有立法规定的基础上进行合理的立法解释,此方式不仅在“释法明义”的主体上不存在任何障碍,而且通过立法解释也起到了“修法补漏”的良好效果。而且,在后期立法时机成熟的时候,立法解释主体可以便利的转化为立法主体,通过立法修订的方式一揽子解决法律衔接上的相应问题,从而真正化解监察法与刑法规范内在不协调的问题。

#### 四、监察法实施对刑罚适用带来的困惑与化解

监察法的实施不仅会在刑法分则的罪名构成上存在问题,而且也会致使刑罚的适用产生客观障碍。笔者这里所指的“刑罚适用”是指刑事责任轻重层面的适用问题。在笔者看来,在监察法出台之后,对刑罚适用可能产生最直接影响的的事项包括:刑事追诉时效、自首认定与认罪认罚从宽适用等。

##### (一) 监察法在刑事追诉时效上的适用障碍及厘清

刑事时效制度在刑法中共有三个条款,即《刑法》第 87 条、<sup>[51]</sup>第 88 条、<sup>[52]</sup>第 89 条。<sup>[53]</sup> 刑事时效制度是刑罚有效性的直接体现,因为“对于那些不受刑罚影响者,刑罚的发动不仅对其本人是无效的,而且对于一般社会大众也是无效的”。<sup>[54]</sup> 总体而言,第

[51] 《刑法》第 87 条规定:“犯罪经过下列期限不再追诉:①法定最高刑为不满五年有期徒刑的,经过五年;②法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的,经过十年;③法定最高刑为十年以上有期徒刑的,经过十五年;④法定最高刑为无期徒刑、死刑的,经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的,须报请最高人民检察院核准”。

[52] 《刑法》第 88 条规定:“在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后,逃避侦查或者审判的,不受追诉期限的限制。被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的,不受追诉期限的限制。”

[53] 《刑法》第 89 条规定:“追诉期限从犯罪之日起计算;犯罪行为有连续或者继续状态的,从犯罪行为终了之日起计算。在追诉期限以内又犯罪的,前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。”

[54] 郝英兵:《刑事责任论》,法律出版社 2016 年版,第 135 页。

87 条的规定只是时效期限的法定性要求,本不会对监察法实施之后带来影响。但是,就该条第 4 项的规定来看,其设置了超过特殊追诉时效期限的经最高人民检察院核准制度。然而,在监察委员会成立之后,检察机关的法律职能已经发生了重大变化,在检察机关的职侦部门被归入监察委员会之后,检察机关原有的职务犯罪侦查权不复存在。在其运行之中,由于监察委员会的职务犯罪调查并不等同于传统的刑事侦查,也不受制于刑事诉讼法的规定,因而检察机关对监察委员会的法律监督权已然不能套用传统模式,或者更直白的说,随着监察法的实施,检察机关对职务犯罪提起公诉前的法律监督职能也已经烟消云散。在此前提下,针对公职人员犯罪且又超过一般追诉期限需要特别延长情形的,是否一律由最高人民检察院来进行核准就不无疑问。

另外,监察法出台之后对时效中断制度也将带来现实影响。《刑法》第 88 条为不受追诉期限限制的规定,其中“逃避侦查或者审判”限于积极、明显的逃跑或者藏匿。<sup>[55]</sup> 此条规定的立法宗旨本身是防范行为人刻意规避时效制度,但是,其中牵涉的范围仅仅包括人民检察院、公安机关、国家安全机关与人民法院,并不涉及监察委员会这一特定主体。通过反腐机构的重整组合,原有的机关职能已经发生明显变化,“国家监察委员会职责中只有调查而非侦查”。<sup>[56]</sup> 那么,在此前提下,在监察委员会立案之后逃避监察机关调查的,则无法适用第 88 条前段的规定。与此相适应,由于监察委员会在刑法中断时效上的空缺,第 88 条后段的情形也将难以符合,尽管其中的“被害人”在监察案件中并不常见,但是并不能因此而否定所有情形。比如国家机关工作人员的打击报复行为中就有被害人,此时如若被害人向监察委员会提出控告而未获立案的,则难以通过适用第 88 条后段“不受追诉期限的限制”予以救济。

“不受追诉期限的限制”的时效中断规定,确系公权力机关已涉入或者被害人已提出控告的案件,其时效无法继续顺延,从而防范可能因为时效超期而带来的阻滞刑事追诉权的启动。换言之,只要国家公权力机关已经介入到案件的正式调查,此时原则上就不能再继续计算时效期间,那么,从犯罪之日起到公权力介入之日止,如果间隔时间并没有超过时效期限,则国家公权力就可以合法启动刑事追诉权,后面的相应程序就能够合法有序的推进。监察委员会作为监察机关,可以依法对相关案件进行立案并行使调查权,然而如果监察委员会一旦介入,案件的时效必然因监察权力的涉入而自动结束,此时当然不能再行计算时效问题。<sup>[57]</sup> 而且,从监察委员会行使的合法性调查措施来看,仍然与

[55] 李永升:《刑法总论》,法律出版社 2011 年版,第 392 页。

[56] 秦前红:“国家监察委员会制度试点改革中的两个问题”,《四川师范大学学报(社会科学版)》2017 年第 3 期,第 17 页。

[57] 陈瑞华教授指出:“在司法体制改革过程中,人们除了担心公安机关滥用侦查权以外,还担忧监察委员会同样会滥用侦查权,对个人的权利和自由进行任意侵犯。”陈瑞华:“检察机关法律职能的重新定位”,《中国法律评论》2017 年第 5 期,第 60 页。从字里行间中,仍然不难发现,该学者仍然倾向认为监察委实际行使的是侦查权。



原有的刑事侦查权存在难以割裂的基因相似性。<sup>[58]</sup>因而,在刑事诉讼的现有框架内,监察委员会对刑事案件的调查权无法摆脱刑事侦查权的实践形态。监察委员会的刑事调查权,仍与刑事侦查权存在着割舍不了的内外关联。<sup>[59]</sup>此时,“应避免‘只转权力,不转权利’的片面思维。”<sup>[60]</sup>因而,基于刑事追诉职责与追诉时效设立的法理层面考察,无论监察委员会的性质被如何认定,无论刑事诉讼法是否适用于该调查阶段,监察委员会调查刑事犯罪案件的客观事实完全足以说明,此系国家监察机关对案件查处的公权力介入,监察机关必然对时效期间的正常进行带来现实影响,此时出现的时效中断理当适用于《刑法》第88条之规定。问题在于,虽然现有刑法在刑事时效制度上并没有明确规定监察委员会这一权力行使主体,但是在监察委员会毫无异议地行使案件调查权的情形下,此时如何化解刑事追诉权中的时效适用就成为一个显性问题。

笔者认为,针对监察委员会成立之后所带来的刑事时效制度的具体适用问题,我们应当通过立法修订的方式来修正当下刑法规定中的不足,以此促使刑事追诉制度的合理化运行。由于追诉时效问题前置性地涉及到刑事追诉权的正当行使,以及刑事程序的顺利启动与后期受审权的程序合法性,因而这是监察法实施后必须面对的现实问题。只有通过立法的方式予以明确规定,我们才能保证监察委员会正当行使调查权对案件的程序性意义,同时确立该调查权对合法惩处犯罪人的实体价值。否则,如果实体刑法在追诉时效上没有回应监察调查权,那么这不仅是两法衔接上的非对应性,刑事追诉时效制度的适用也必将因为其非周延性而难以获得逻辑自洽。

## (二) 监察法对自首制度的适用障碍及厘清

刑法总则中设置自首制度,是为了鼓励犯罪嫌疑人通过自动归案和如实供述的方式,在其主观恶性与人身危险性的消减状态得以实然化之时,以从宽的刑罚裁量实现对行为人惩戒之间的双重兼顾。2009年3月12日两高颁行的《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》(以下简称《意见》),明确规定了向“办案机关”投案与如实供述的成立自首。<sup>[61]</sup>针对职务犯罪的特殊性,该解释并没有以“司法机关”作为案件的承办机关予以限定,

[58] 施鹏鹏教授指出:“监察委员会为收集犯罪证据、查获犯罪嫌疑人可以对犯罪嫌疑人进行讯问;询问证人;勘验检查;搜查;查封、扣押物证、书证;查询、冻结存款、汇款等财产;鉴定等调查活动。由此可见,监察委员会侦查权的范围并未突破《刑事诉讼法》第二编第二章(‘侦查’)的规定。”施鹏鹏:“国家监察委的侦查权及其限制”,《中国法律评论》2017年第2期,第47页。施鹏鹏教授从调查措施的适用上,认为监察委员会行使的具体事项与刑事侦查具有一致性。

[59] “当调查范围覆盖刑事案件的时候,这种调查权就与‘刑事侦查权’有着相同的实质,只是不冠以‘侦查’之名,规避了《刑事诉讼法》的约束。”张建伟:“法律正当程序视野下的新监察制度”,《环球法律评论》2017年第2期,第65页。

[60] 陈光中、姜丹:“关于〈监察法(草案)〉的八点修改意见”,《比较法研究》2017年第6期,第168页。

[61] 《意见》的具体规定为:“犯罪事实或者犯罪分子未被办案机关掌握,或者虽被掌握,但犯罪分子尚未受到调查谈话、讯问,或者未被宣布采取调查措施或者强制措施时,向办案机关投案的,是自动投案。在此期间如实供述自己的主要犯罪事实的,应当认定为自首。犯罪分子向所在单位等办案机关以外的单位、组织或者有关负责人员投案的,应当视为自动投案。”

而是以模糊性的“办案机关”进行了指称,这即是考虑到了原先职务犯罪在纪律检查委员会前期介入调查之下的客观现实。在监察委员会成立之后,在职务犯罪调查活动中,其理所应当的是“办案机关”。一如学者所言,“国家监察机关不是司法机关,但可依法行使国家司法机关的某些权限。”〔62〕从中可见,尽管监察机关的性质迥异于其他司法机关,但是就其对职务犯罪的调查来说,却又无法遮蔽其系“办案机关”的名与实。因而在监察委员会介入到执法调查的客观事实下,《意见》中上述自首规定的适用在监察法出台之后同样不存在任何障碍。

尚存疑虑的是,留置过程中行为人如实陈述自己罪行,可否认定其成立自首?“监察机关留置的对象既包括实施严重职务违法行为的被调查人,也包括可能判处不同刑期的职务犯罪案件的被调查人。”〔63〕在一般性自首中,如果监察委员会前期调查的是一般性违法事实,但是,后期因行为人主动交待更多事实而有涉嫌犯罪情形的,此时能否认定为自首就不得不令人深思。上述《意见》中明确规定,行为人被动性到案并如实交办案机关已经掌握的事实,此时不能作为自首予以认定。〔64〕就此来看,我们必须区分前期违法事实与后期犯罪事实是否已经由监察委员会掌握其线索,如果该线索不在监察委员会前期找其谈话的事由范畴之内,而纯粹是被调查人主动交待后而转为刑事犯罪调查的,此时由于犯罪事实是被调查人主动陈述而来,所以仍然应当作为自首予以认定。

除了典型的自首认定之外,还有余罪自首的认定同样会存在规范适应上的障碍。就余罪自首的成立而言,监察法实施带来的规则适用障碍有两个方面,一个是被留置对象是否属于余罪自首中的“被采取强制措施的犯罪嫌疑人”,另一个是监察委员会是否能够被理解为余罪自首中的“司法机关”。

刑事诉讼法对“强制措施”的种类予以明确,即拘传、拘留、逮捕、取保候审、监视居住,其中并没有留置措施。从监察法颁布之后的实践运行来看,监察程序与司法程序之间保持一定的距离,因而需要“另设一套法律体系以规制监察程序”。〔65〕监察活动与司法程序之间严格拆分的结果是,监察法的留置与刑事强制措施之间难以相互对应。“观察国家监察立法动态,……留置措施不受刑事诉讼法规制。”〔66〕由于在现有监察法之中并没有解决与刑事诉讼法的衔接问题,因而监察法中的留置现在并不属于严格意义上的刑事诉讼法中的强制措施。有学者认为:“监察委员会的调查权不能取代检察院的侦查权,性质上也不同于侦查权。”〔67〕

〔62〕 姜明安:“国家监察法立法的几个重要问题”,《中国法律评论》2017年第2期,第18页。

〔63〕 陈光中等,见前注〔60〕,第169页。

〔64〕 《意见》中的完整表述为:“没有自动投案,在办案机关调查谈话、讯问、采取调查措施或者强制措施期间,犯罪分子如实交办案机关掌握的线索所针对的事实的,不能认定为自首。”

〔65〕 秦前红、石泽华:“监察委员会留置措施研究”,《苏州大学学报(法学版)》2017年第4期,第16页。

〔66〕 同上注。

〔67〕 马怀德,见前注〔8〕,第15页。

但是,另有学者持不同意见,认为监察委员会针对腐败犯罪的特殊调查,就是职务犯罪侦查权。<sup>〔68〕</sup>对此,虽然2018年10月26日新修订的刑事诉讼法对“侦查”的内涵进行了调整,但是对二者之间的界分仍然语焉不详。尽管学界对监察委员会的留置性质的认识存在争议,加之《刑法》第67条第2款的规定也没有明确表明其仅指刑事诉讼法中的强制措施,但是作为实体法的刑法与程序法的刑事诉讼法,二者之间的相互映衬与密切关系毋庸置疑。因而,从严格意义上的刑事诉讼角度来说,留置理所当然不属于刑法现有规范中的“强制措施”,那么,在余罪自首的具体适用时就必然因其不符合这一规范性条件而难以成立。与此相类似,余罪自首中的后一条件“司法机关”,如果要严格进行规范化判定,则同样因为监察委员会的政治机关性质而难以直接相符,在监察机关执法过程中基于现有刑法的明确规定,余罪自首的成立同样存在与规则的非契合性。

问题在于,以上两个规范性条件的不符合而排除余罪自首的认定,必然又与余罪自首的立法初衷相违背。就监察委员会采用的留置来看,从本质层面来说,留置这一措施使用不可能不属于“强制措施”,因为以剥夺调查对象人身自由的方式而进行三至六个月的较长期羁押,其人身自由权严重受限制之下的权益剥夺与逮捕并没有实体上的差异。正是在此层面上,有学者指出,“监察委员会所行使的对于职务犯罪的调查权实质上就是刑事侦查权”。<sup>〔69〕</sup>“留置措施其实就取代了职务犯罪案件中的拘留、逮捕等强制措施。”<sup>〔70〕</sup>否则,如果留置不属于强制措施,其就不存在监察法中所提到的在行刑期限中的折抵问题,正因为留置这一措施与拘留、逮捕强制措施的等质等量性,才决定了在后期刑罚的折抵换算中彼此之间可以顺利实现。另外,关于监察委员会的特定性质,已如前述,虽然现在定位于政治机关而不作为司法机关,但是由于其前期调查与后续检察机关、审判机关的工作展开存在接续性,要彻底剥离其与司法机关的内在关系,还是难以清晰划定界限。“仔细分析国家监察权与检察监督权的关系便不难发现,在腐败犯罪处理上,调查权之于侦查权、留置权之于逮捕权内容重叠、性质类似。”<sup>〔71〕</sup>因而,单纯根据留置的形式要件不具备而排除余罪自首的适用,同样会因机械性适用法律而带来明显的逻辑悖论。

为了对其有一合理的解决,我们必须从自首设立的刑法价值立场出发,在行为人具有主动归案、如实供述,或者到案后能够主动揭示自己其他罪行的行为之时,此时主客观情形已经反映行为人主观恶性与人身危险性的消减,作为自首予以认定的理由即已充足。对此,笔者同样认为应当通过立法解释的方式化解该尴尬,既发挥刑事立法上自首的应有价值,又避免监察法

〔68〕 施鹏鹏,见前注〔58〕,第47页。

〔69〕 王迎龙:“监察委员会权利运行机制若干问题之探讨——以《国家监察法(草案)》为分析蓝本”,《湖北社会科学》2017年第12期,第130页。

〔70〕 李张光:“热议‘国家监察委’”,载《民主与法制时报》2017年1月1日,第6版。

〔71〕 刘艳红、夏伟:“法治反腐视域下国家监察体制改革的新路径”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018年第1期,第95页。

出台之后刑法适用的非协调性。

### (三) 监察法对认罪认罚从宽制度的适用障碍及厘清

认罪认罚通过两高三部 2016 年 11 月 16 日颁发的《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》(法[2016]386 号,以下简称《办法》)以规范性文件的形式得以率先确定,2018 年 10 月 26 日新修订的刑事诉讼法更是以较多条款对认罪认罚作出了细致规定。认罪认罚换来的是从宽的刑罚待遇,这一刑罚从宽的法律效果单纯依靠程序运行并不能得以实现。认罪认罚制度的重心是刑罚从宽,这一“从宽”关涉到实体刑罚的配置,这确系刑法规范层面的问题。<sup>[72]</sup>虽然认罪认罚要涉及到程序性适用,但是其最终的落脚点仍然是刑罚的“从宽”对待,因而在监察法实施之后的认罪认罚适用,并不仅仅局限于刑事程序的设置与构建,而是必然与刑罚之间具有密切关联。

就认罪认罚的适用阶段来说,其并不局限于审查起诉与法院审判环节。无论是从司法资源节约与司法效率提升层面,还是从行为人积极悔罪的表现来说,认罪认罚都应尽早实现并贯穿整个诉讼阶段。<sup>[73]</sup>不少学者指出,认罪认罚“适用阶段可以是刑事诉讼全过程,包括侦查阶段、审查起诉阶段和审判阶段。”<sup>[74]</sup>“侦查阶段作为诉讼程序的开端,在认罪认罚从宽制度的适用占据重要地位。”<sup>[75]</sup>而且,认罪认罚在侦查阶段予以适用具有制度支持,对此,在《办法》的第 8 条<sup>[76]</sup>予以了明确规定。从中不难看出,认罪认罚在诉讼侦查过程中的适用已经获得规范上的积极认可。其最大便利在于,通过审判前的案件分流而把轻微案件从常态化的诉讼程序中分离出来。<sup>[77]</sup>问题是,监察法出台后要对公职人员的职务犯罪进行调查,在检察院的职务犯罪侦查权并入到监察委员会之后,在监察委员会的调查过程中能否对涉嫌职务犯罪的人员适用认罪认罚制度,随之成为应予关注的问题。

[72] 从事刑事诉讼法研究的熊秋红教授也明确指出:“认罪认罚从宽本质上是一种刑法规范,‘认罪认罚’指向的是犯罪人犯罪后的一种表现,‘从宽’则是在定罪、量刑、行刑上的一种宽缓处置。”熊秋红:“认罪认罚从宽的理论审视与制度完善”,《法学》2016 年第 10 期,第 106 页。

[73] “为节省司法资源和提升司法效率,应当鼓励被追诉人尽早认罪认罚。宽严相济刑事政策贯穿于事立法、刑事司法和刑罚执行的全过程,而认罪认罚从宽制度作为直接体现,存在于侦查、审查起诉、审判和执行的整个阶段。”陈光中、马康:“认罪认罚从宽制度若干重要问题探讨”,《法学》2016 年第 8 期,第 7 页。

[74] 施鹏鹏:“认罪认罚从宽制度的限度”,载《中国社会科学报》2017 年 7 月 6 日,第 5 版。

[75] 王瑞剑:“认罪认罚从宽制度的衔接问题探究——以侦查阶段的认罪认罚从宽为视角”,《四川警察学院学报》2016 年第 6 期,第 116 页。

[76] 《办法》第 8 条规定:“在侦查过程中,侦查机关应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利和认罪认罚可能导致的法律后果,听取犯罪嫌疑人及其辩护人或者值班律师的意见,犯罪嫌疑人自愿认罪认罚的,记录在案并附卷。犯罪嫌疑人向看守所工作人员或辩护人、值班律师表示愿意认罪认罚的,有关人员应当及时书面告知办案单位。对拟移送审查起诉的案件,侦查机关应当在起诉意见中写明犯罪嫌疑人自愿认罪认罚情况。”

[77] 正如学者所言:“在侦查阶段实施认罪认罚可以很好地将刑事案件分流处理,在解决简单轻微刑事案件通过犯罪嫌疑人认罪认罚,在保证事实清楚、证据充分的前提下快速处理,优化侦查资源配置。”张敏、全亮:“论侦查阶段认罪认罚从宽制度完善”,《四川警察学院学报》2017 年第 4 期,第 13 页。

就现有的规定来看,《监察法》第31条<sup>[78]</sup>确实提及了“认罪认罚”,但其混杂于自首、立功、退赃等从宽情节之中,并没有单独作为认罪认罚运行机制予以对待。另外,《办法》并没有把监察委员会之下的调查纳入到认罪认罚制度之中,可以从如下方面得以说明:其一,《办法》制订出台的主体并不包括监察委员会。在现有《办法》的规定中,适用主体只包括了人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关,其他主体并不属于法律明确规定的范畴。<sup>[79]</sup>笔者认为,至于监察委员会的主体缺位,这一方面是由于当时认罪认罚制度制定之时,监察委员会的机构设置尚未成立,另一方面是尚未考虑到监察委员会调查对象与认罪认罚适用的对接性。其二,未认同监察委员会的前期调查属于刑事侦查活动。由于现有《办法》是针对刑事诉讼程序过程而进行的制度安排,而在监察委员会的调查尚未与刑事侦查对接的前提下,认罪认罚的适用自然就不可能辐射到监察委员会的职务犯罪调查之中。其三,律师帮助权与辩护权等未能在监察委员会调查中予以保障。就学者较为一致性的认识来看,认罪认罚与律师辩护权须臾不可分离,比如,不少学者提出,“辩护律师应参与控辩协商的过程”。<sup>[80]</sup>“确保被告人获得律师的有效帮助,这是被告人自愿认罪的基本制度保障。”<sup>[81]</sup>与此同时,《办法》第5条和新修订的刑事诉讼法中也设置了辩护人或者值班律师的有效帮助制度,以保证认罪认罚制度的客观公正实施。但是,由于监察法在监察委员会实施职务犯罪调查阶段,未赋予辩护人享有介入权,因而在此情形下的认罪认罚从宽制度的运行必然存在现实障碍。

但是,认罪认罚的制度确立具有价值优先性,监察委员会进行的职务犯罪调查阶段能否适用认罪认罚制度与此关系重大。“认罪认罚从宽应该是宽严相济刑事政策的直接产物。”<sup>[82]</sup>认罪认罚的合理性价值在于行为人主动通过事后的悔罪表现而获得法律评价的肯定,而且在行为人的危险性消减之时予以实体层面的从宽,这不仅大大节约了刑事诉讼成本的投入,在“程序从简”之余也给犯罪人通过犯罪后的自我努力而获得刑罚优待提供了便利。<sup>[83]</sup>“‘公正为本,效率优先’应当是认罪认罚制度改革的核心价值取向。”<sup>[84]</sup>在监察法实施与推进的过

[78] 《监察法》第31条规定:“涉嫌职务犯罪的被调查人主动认罪认罚,有下列情形之一的,监察机关经领导人员集体研究,并报上一级监察机关批准,可以在移送人民检察院时提出从宽处罚的建议:①自动投案,真诚悔罪悔过的;②积极配合调查工作,如实供述监察机关还未掌握的违法犯罪行为的;③积极退赃,减少损失的;④具有重大立功表现或者案件涉及国家重大利益等情形的。”

[79] 正是基于监察委员会之外的传统性认识,在讨论认罪认罚时虽然包括了公安机关,但是并没有监察委员会的一席之地。比如,有学者认为:“从指向对象角度考察,认罪认罚应当向公安机关、检察机关、法院和刑罚执行机关作出。”汪海燕、付奇艺:“认罪认罚从宽制度的理论研究”,《人民检察》2016年第15期,第10页。

[80] 陈瑞华:“认罪认罚从宽制度的若干争议问题”,《中国法学》2017年第1期,第46页。

[81] 陈瑞华:“‘认罪认罚从宽’改革的理论反思”,《当代法学》2016年第4期,第6页。

[82] 卢建平:“刑事政策视野中的认罪认罚从宽”,《中外法学》2017年第4期,第1006页。

[83] “程序从简则体现为案件从侦查、审查起诉再到审判的快捷、及时、简化。试行认罪认罚从宽制度的目的就在于推动案件繁简分流,节约司法资源。”何伟等:“认罪认罚从宽制度的刑法问题”,载《认罪认罚从宽制度的理论与实践——第十三届国家高级检察官论坛论文集》,中国检察出版社2017年版,第326页。

[84] 陈卫东:“认罪认罚从宽制度研究”,《中国法学》2016年第2期,第51页。

程中,公正与效率价值并不因此而发生任何实质性的动摇。因而,需要确定的是,认罪认罚从宽制度作为司法配套制改革的重要部分,其内在蕴藏的功能价值并不因为监察法的出台而被抛弃,而应在积极挖掘与肯定其内在价值的基础上予以彰显。

监察委员会之下的职务犯罪调查不可能废弃认罪认罚制度,认罪认罚制度内在的价值根基同样需要映射到监察履职的职务犯罪之上。“认罪”的实质或核心要素是客观供述所犯罪行,认罪即承认犯罪事实,除此之外,不应给认罪附加任何冗余的内容。”<sup>〔85〕</sup>就监察委员会行使相关犯罪的调查权来说,被调查对象主动陈述自己所犯罪行的情形必然客观存在,此时认可认罪认罚的从宽处罚后果,不仅对监察委员会的职权行使极为便利,“程序从简”的诉讼效率也必然随之得以提升。<sup>〔86〕</sup>因而,基于认罪认罚的统筹一体化及其价值肯定,以及监察法并不排斥刑法规则适用的衔接性考虑,认罪认罚在监察法的实施过程中仍要一视同仁地予以兼顾。

在笔者看来,认罪认罚从宽制度本身是属于实体规则层面的问题,除了涉及到程序性的保障与机构运行的配置外,核心仍然是刑罚从宽的实体问题。基于此,笔者认为,为了与此相对应,可以考虑在刑法总则中确立认罪认罚的实体性规范,从而保证认罪认罚契合罪刑法定原则的明确性要求,即只要犯罪嫌疑人或被调查人在诉讼过程中认罪认罚,均可以对其予以适当的从轻、减轻或者免除处罚。不可否认的是,认罪认罚具体运行规则方面的内容,应当通过刑事诉讼法或者解释性的程序规范文件予以细化完善,从而通过实体与程序的双向维度保障认罪认罚制度的合法有序推进。其中至关重要,通过较为妥当的实体法修订,我们方可以全盘考虑监察委员会介入之后的整体情形,把监察委员会行使职务犯罪调查活动纳入到认罪认罚的程序之中,保证认罪认罚适用的全面性,并在合法与合理的兼顾之中让认罪认罚从宽制度得以有序运行。

## 五、结 语

监察法作为权力机关颁布的法律,其要想有效地在实践中焕发出盎然生机,就需要融入到原有的法律体系之中,并在与相关法律相互衔接的运行中展现自己的价值与生命力。监察法作为法律体系的一部分,不是静态化与孤零零的单一性存在,而是需要其他法律的相互衔接与配合。尽管监察法与程序法的对接问题是操作过程中的显性化存在,但是,监察法与刑事实体法之间的关系同样不可小觑,在调查职务犯罪的过程中必不可少地需要刑法的辅佐,不能偏离刑事实体法而滥用监察权。从监察法实施的视角,对刑法规范及其适用层面的全方位检视,并不是为了揭示监察法的内外弊病并加以无端嘲讽,而是在理性的反思中获得对其更加清晰的

〔85〕 黄京平:“认罪认罚从宽制度的若干实体法问题”,《中国法学》2017年第5期,第181页。

〔86〕 “这样的认罪认罚,在刑事案件的侦查中,可以产生节约侦查资源的重要作用——因为犯罪嫌疑人的交待,节省了繁重而艰难的查证过程,直接获取了相关证据;而在某些刑事案件的侦查中,甚至因此成为获得重要证据从而侦破案件的关键——如果没有犯罪嫌疑人的交待,侦查机关通过自己的查证活动难以获取这些重要证据。”王敏远:“认罪认罚从宽制度疑难问题研究”,《中国法学》2017年第1期,第21页。

认识,并在达成共识的基础上进行规则的合理建构,以实现监察法的条文规范设置所寄予的初心所在,解决监察全覆盖过程中的“法法衔接”问题。监察法的旨趣仍然需要从法治内涵上进行护守,其脱离不了法治内在的公平正义要求,这是监察法与刑法共同的内在追求与使命,是二者能够在关系衔接中找到合理解决方案的现实基础。

---

**Abstract:** The implementation of the Supervision Law has been transformed it from static specification to dynamic operation. During this process, it is necessary to face up to deal with the cohesion and coordination issues between relevant laws. The duty crime investigations carried out by the supervision committee are the basis for the promotion initiation of the subsequent litigation procedures, which is closely related to the criminal law because of the specific attributes of culpability. In the clear provisions of the supervision object, the Supervision Law adjusts duty violation and duty crime, which and the both has a higher consistency, which determines that it is broader than criminal law, but it still continues the substantive requirements of criminal law against public office crimes. The Supervision Law does not bring unit subject into the scope of supervision, causing vacancies in the application of criminal law, and the simple procedure remedy cannot cover the short board in the application of substantive provisions. The nature orientation of the supervision committee determines the non-correspondence between criminal accountability for the monitoring subject and partial duty crime subject. The power boundary and the equality principle of the criminal law fail to get the corresponding compliance, so it should be compensated through legislative interpretation or legal amendment on the basis of abiding the principle of legally prescribed punishment. When the supervision committee conducts duty crime investigations, there exists non-conformity with prescription system, surrender system and the lenient system of pleading guilty and confessing punishment, because it is difficult to exclude the performance of the supervision committee from the value of the above-mentioned penalty system. Therefore, it is necessary to solve the non-coordination between each other through the timely adjustment of the criminal substantive law in order, to ensure the rational convergence and standardized operation between the supervision law and the criminal law.

**Key Words:** Supervision Law; Criminal Law; Cohesion and Coordination; Standardized Operation

---

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:刘译矾)