

检察机关办理监察委移送案件难点问题探究 ——以检察机关与监察委办案衔接为视角*

林 森 金 琳

(温州市鹿城区人民检察院 浙江 温州 325000)

摘要: 监察体制改革后,公职人员及相关人员职务违法犯罪被纳入监察范围,监察委对涉嫌犯罪的行为人在调查终结后,直接移送检察机关审查起诉,由此引出了检察机关与监察委就办理此类案件如何做好衔接的新课题。由于《监察法》与《刑事诉讼法》《刑法》对办案程序、强制措施、认罪认罚等方面的规定并不完全相同,监察委的办案又处于闭环状态,于是存在检察机关对监察委调查和采取的措施难以监督,提前介入的效力发挥有限,退回补充侦查、强制措施变更衔接不畅等问题。为惩治职务犯罪,检察机关和监察委需要加强沟通协商,在案件的实体和程序方面应准确理解和适用法律和司法解释,同时建议通过修正某些法律条款或出台相关规定,解决衔接中的难点问题,进一步完善检察机关与监察委相互配合、相互制约机制。

关键词: 检察机关; 监察委; 办案衔接; 公职人员

中图分类号: DF832

文献标识码: A

文章编号: 1672-769X(2020)05-0095-11

DOI:10.19510/j.cnki.43-1431/d.2020.05.009

Difficult Problem Exploration of The People's Procuratorate Handling Supervisory Commissions Cases from the Perspective of Cases Cohesion

LIN Sen , JIN Lin

(The People's Procuratorate of Wenzhou Lucheng District , Wenzhou , Zhejiang 325000 , China)

Abstract: Duty crime of public servants and related personnel is included into the scope of supervision after Supervision system reform , Committee supervision investigates person suspected of committing crime and transfers cases to The People's Procuratorates , thus educes new subject of how to achieve cases cohesion . Regulations of cases handling procedure and compulsory measures plus admitting one's guilt are different between supervision law and criminal procedure law , cases handling of Committee supervision present a closed loop state , therefore The People's Procuratorates have the difficulties to supervise investigation and related measures , the effectiveness of intervention in advance is limited , also supplemental investigation and compulsory measures changing of cohesion remains unclear. The People's Procuratorates and Committee supervision should strengthen communication , give accurate understanding and application of law and judicial interpretation from substance and procedure , besides suggesting correction of law clause or introduce related regulations to resolve the difficulties of cohesion , so that improve mechanism of interwork and restriction between

* 收稿日期 2020-01-21

作者简介 林森,男,温州市鹿城区人民检察院,主要研究方向:检察实务;金琳,女,温州市鹿城区人民检察院第八检察部,主要研究方向:检察实务。

The People's Procuratorates and Committee supervision.

Key words: the people's procuratorate; supervisory commissions; handling cases cohesion; public servants

引子

《中华人民共和国监察法》(以下简称《监察法》)于2018年3月20日公布实施后,原由检察机关立案侦查的国家工作人员贪污贿赂等职务犯罪案件,划归国家各级监察委管辖,对涉嫌犯罪的,由监察委立案调查终结后移送检察机关审查起诉。为了做好案件的办理衔接,国家监察委和高检院联合制定下发《国家监察委员会与最高人民法院办理职务犯罪案件工作衔接办法》(以下简称《办法》)。但在司法实践中,由于监察权的性质究竟是侦查权、行政调查权还是两种属性兼具目前没有定论,《监察法》的相关规定与《刑法》《刑事诉讼法》并不完全一致,而《办法》尚不够完善,故检察机关在与监察委的办案衔接中,仍存在不少问题。以下列案件为例:

案例1:柳某某诈骗、徇私枉法案。犯罪嫌疑人柳某某于2017年7月29日因涉嫌徇私枉法罪被监察委留置,2017年9月15日被监察委解除留置措施。同年9月25日,柳某某又因涉嫌诈骗罪被公安机关刑事拘留,同年10月20日经检察机关批准被依法逮捕。

该案例涉及到案件的管辖问题。柳某某既涉嫌职务犯罪,又涉嫌其他犯罪,根据《监察法》第34条第2款规定,柳某某的诈骗犯罪应由监察委调查,公安机关配合。如果案件移送给监察委,对柳某某的逮捕是否继续延长;如果仍由公安机关侦查,又如何做好将柳某某涉嫌徇私枉法罪与诈骗罪一并移送检察机关审查起诉的衔接?

案例2:黄某某、林某某帮助犯罪分子逃避处罚案。犯罪嫌疑人黄某某、林某某案发时系某市公安局协警,两人受他人请托打听案情,并将某某人员已涉案的消息透露给请托人。黄某某、林某某最初是以涉嫌窝藏、包庇罪被公安机关刑事拘留,后以涉嫌帮助犯罪分子逃避处罚罪被监察委留置。

该案例涉及到犯罪嫌疑人的身份问题。根据《监察法》规定,所有行使公权力的公职人员和相关人员都属于监察委的监督范围。但是公职人员和相关人员并不一定是国家机关工作人员,而帮助犯罪分子逃避处罚罪的犯罪主体则要求是国家机关工作人员。协警身份特殊,其既不是公安机关的正式在编警察,又与合同制的民警、狱警不同,因为其不具有行政执法权,只能在民警的指挥调度下,协助民警开展执法活动。因此,有观点认为其不应以国家机关工作人员论。但是也有观点认为其可以作为国家机关工作人员认定,理由是:国家机关中代表国家执行公务的人员应当包括临时聘用、受行政机关委托实施行政职权的人员。协警虽然不是正式编制的警员,但他在民警的指挥调度下开展治安巡逻等工作时,可以被认为是受委托执行公务的人员。法律和司法解释对此无明确规定。该案犯罪嫌疑人的行为是否应当以国家机关工作人员职务犯罪论?

案例3:陈某行贿案。犯罪嫌疑人陈某系某市一家娱乐有限公司实际控制人,为感谢虞某在其劳教期间给予的关照,以及今后能继续得到虞某的关照,先后多次送给虞某财物。虞某原系该市劳动教养管理所一大队大队长。陈某因涉嫌行贿罪被该市监察委立案调查。

该案例涉及到职务犯罪对向犯的处置问题。案例中的虞某是公职人员,这是无误的。但陈某并不是公职人员,而是虞某涉嫌受贿犯罪中的对向犯。受贿犯罪中的对向犯是否由监察委立案调查,《监察法》没有明文规定。《监察法》第22条仅规定对涉嫌行贿犯罪或共同职务犯罪的涉案人员,监察机关可以采取留置措施。陈某涉嫌行贿犯罪是否应属于监察委管辖?

一、与监察委办案衔接的难点剖析

(一) 案件管辖与衔接问题

1. 公务人员范围的划定对定罪的影响。监察委移送审查起诉的贪污贿赂、渎职犯罪案件,依照《刑法》规定,犯罪主体应属于国家工作人员或国家机关工作人员。但《监察法》规定的公职人员及相关人员与《刑法》规定的国家工作人员并非同一概念。比如《监察法》第15条规定的国有企业管理人员,不

仅是指国有独资企业,还包括国有控股企业及其分支机构的领导班子成员以及其他对国有资产负有经营管理职责的人员。而《刑法》意义上的国有企业仅指国有独资企业,不包括国有控股和参股公司。又如《监察法》第15条第4款规定的公办的教育、科研、文化的单位中从事管理人员,其级别在六级以上的属于监察委监察的范围,以管理岗的级别高低划分是否属于公务人员。但现实中从事公务并不需要职级的配置达到一定等级。按照《刑法》规定,从事公务的人员认定为国家工作人员也是不论级别高低的,但按照《监察法》的规定,从事公务的人员由于管理岗级别未达到六级以上的,不属于监察的范围。因此,《监察法》规定的监察范围与《刑法》所规定的国家工作人员并非一一对应的关系。这对检察机关在审查监察委移送起诉的案件所认定的罪名是否准确时,会面临难题,即是否依照《刑法》规定的贪污贿赂、渎职犯罪的主体要件对案件进行审查,以确定是否以监察委认定的罪名提起公诉。有时难免存在将监察委移送审查起诉案件中的行为人直接以《刑法》规定的国家工作人员论,并有以贪污贿赂、渎职犯罪定罪的倾向。

2. 非职务犯罪的管辖衔接界限不清。监察委所管辖的案件是公职人员及相关人员的职务违法犯罪案件。但《监察法》又规定了被调查人既涉嫌职务违法犯罪又涉嫌其他犯罪的,一般由监察委为主调查,其他机关予以协助。这里涉及的问题是,首先监察委对涉嫌其他犯罪的管辖的性质是属于侦查,还是属于调查?如果是调查,显然降低了对涉嫌普通刑事犯罪查处的规格和力度,如果属于侦查,但是监察委没有侦查权。其次是规定中的“一般”的含义比较模糊,是指案件的大小、查处的难易,还是指程序上是否适宜监察委调查,抑或两者兼之?具体情形不明确。再次是公安机关或检察机关如何配合,应在哪些环节上进行配合,是按照监察委的调查程序配合,还是根据刑事诉讼程序配合,也尚未清楚。此外,公安机关在侦查公职人员的普通刑事犯罪,或检察机关在侦查司法人员犯罪的过程中,发现有涉嫌职务违法犯罪线索,是将线索连同已经侦查的案件全部移送监察委,还是仅移送职务违法犯罪线索。如果全部移送,原先立案是否撤销,已经采取的强制措施是否延续?

3. 对监察委工作人员在调查活动中的刑讯逼供、暴力取证等行为的侦查缺乏法律依据。根据《刑事诉讼法》第19条规定,人民检察院在对诉讼活动实行法律监督中发现司法工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、非法搜查等侵犯公民权利、损害司法公正的犯罪,可以由人民检察院立案侦查。而监察委的调查活动及采取的措施,其依据则是行政监察法,带有纪检监督活动的特性,且监察委的主体属性目前并没有统一认定,故从形式上说,不能认为监察委工作人员针对职务违法犯罪开展的调查就属于刑事诉讼活动,同时《刑事诉讼法》没有将监察委工作人员刑讯逼供、暴力取证的行为列入人民检察院立案侦查范围。检察机关如果以滥用职权罪立案侦查,却会受到“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的客观要件的限制。目前,上述人员构成失职渎职由监察委自行查处,由此可能产生同体监督的弊端。

4. 检察院与监察委就案件处理的沟通衔接不够简便、高效。监察委对于移交审查起诉的案件负有跟踪了解的职责,检察院要及时反馈告知,与监察委做好沟通。而现实办案中,上级监察委所办的案件除需判无期徒刑以上刑罚外,多数需要通过同级检察机关移交下级检察机关审查起诉,而院委上下级之间却又不能直接沟通衔接。比如,下级检察院在审查中对于案件的证据、事实、罪名认定和适用法律等有不同意见或需要变更,或者需查看调查活动的录像资料、或者决定退回补充侦查,都需要事先报上级检察院,由上级检察院与监察委沟通协商后,方能改变、落实或退回补充侦查。对于作不起诉决定的案件,除经上级检察院批准外,也需要上级检察院事先与监察委沟通协商。这虽然出于慎重和机制上的考虑,但是需要通过沟通协商才能解决或决定的事项较多,无疑会弱化检察机关独立行使检察权,一定程度上也影响了办案的效率。

(二) 监察环节的配合和制约难以有效开展

1. 对监察行为的制约处于被动状态

监察机关在对被调查人违法行为进行调查时,除了搜查之外,讯问、询问、留置、调取、查封、扣押等措施均能够使用。这表明监察委对违法行为调查的权限、力度与犯罪调查几乎相同,尤其是留置这样严

重限制人身自由程度方面不亚于逮捕的措施。如果在采取这些措施时,忽略措施严厉程度应和具体行为严重性成正比的法理,在实际运用时不区分严重违法还是犯罪,难免有失妥当。

对普通刑事案件的侦查监督,由于存在提请批准逮捕环节,检察机关能够发现侦查机关的违法行为并依法予以纠正。但对监察机关的调查活动和采取的措施是否合法,检察机关却难以监督。因为一方面监察委对案件的立案不属于刑事立案,从案件调查开始至终结,整个过程都属于行政监察阶段,且全程处于封闭式状态,直至案件移送检察机关审查起诉时,才算进入刑事诉讼阶段,并不存在一个类似提请批捕的环节,这与公安机关侦查刑事案件的程序明显不同,检察机关无法以监督公安机关侦查活动的方式来监督监察活动。而且监察委的调查的范围既包含职务违法,也包含职务犯罪,其职务犯罪的调查往往是建立在职务违法调查的基础之上,两者并没有严格的时间节点的分割,检察机关即便进行监督也会遇到如何准确把握时间切入点的难题。另一方面,现阶段我国与西方部分国家采取司法令状主义不同,除了逮捕以外,侦查机关在采取拘传、取保候审、监视居住等对人的强制措施和搜查、扣押等对物的强制措施时均不需要征得司法机关的同意或者是批准。因此不少学者主张监察委在采取留置时应该取得检察机关的批准或者说至少在事后应该送检察机关备案审查。譬如著名学者韩大元就指出“留置的性质与功能均与刑事强制措施相同,故对留置措施的适用应遵循宪法关于逮捕司法审查原则之规定,并严格受刑事诉讼法的约束”。

2. 诉前引导呈效力待定状态

《办法》对检察机关提前介入监察委案件作了原则性规定。根据《办法》规定,监察委员会办理的重大、疑难、复杂案件进入审理阶段后,可以书面商请检察机关派员介入。检察机关提前介入后,可以就七种情况提出意见和建议⁽¹⁾,并形成书面调查以检察官或办案组名义反馈监察委员会。2019年12月出台的《人民检察院刑事诉讼规则》第256条第2款也规定,经监察机关商请,人民检察院可以派员介入监察机关办理的职务犯罪案件,就案件定性、收集证据、法律适用等提出意见。

通过提前介入,起到引导作用,是目前检察监督的重要形式之一,体现出与监察委“在监督中配合,又要在配合中监督”的思路。但引导既然是检察监督职能的体现,就要在引导中体现出监督制约的效果,否则若隔靴搔痒,流于形式,检察机关的提前介入就没有实质性意义。从现有规定以及当前司法实践看,如何确保这种制约效果仍有待思考。首先,提前介入的启动权在监察委,《办法》并未赋予检察机关主动提请介入的权力。司法实践中,一般情况下均是监察委通知检察机关,而且多为电话通知;其次,提前介入的相关规定并未明确监察委对于检察机关提出的意见和建议,应当如何处理。从常理说,意见和建议是可以采纳也可以不采纳的。监察委如果对检察机关的意见持不同看法,应当如何解决?检察机关意见提出后,监察委员会如果不采纳,应遵循什么样的程序去处理?这些问题都有必要明确。特别是在一些关键问题上,比如检察机关提出案件办理存在非法证据排除、瑕疵证据、案件可能不构成犯罪等意见,监察委不予以采纳但又没有具体的应对措施,检察机关的提前介入就难以取得预期的效果。

(三) 审查起诉环节补充侦查的衔接困境和案件审查标准的不统一

1. 退回补充调查的某些环节不够顺畅

退回补充调查是检察机关对监察委监督的一项重要制度。根据《办法》规定,退回补充侦查期间,监察委继续沿用检察机关决定的强制措施。检察机关在审查起诉阶段决定对犯罪嫌疑人采取取保候审或监视居住,监察委在补充调查期间若发现犯罪嫌疑人有帮助同案人员藏匿、逃跑、毁灭证据或与同案人员串供的现象,或嫌疑人另有重要罪行,采取取保候审或监视居住可能不足以防止其社会危险性,此时就有变更强制措施的需要。但问题是取保候审或监视居住均由检察机关作出,监察委无权直接变更,

(1)此处七种形式是指:(1)对调查部门已经获取的证据材料进行分析,提出进一步补充、固定、完善证据的具体建议;(2)对案件事实认定、法律适用问题,提出意见和建议;(3)对发现的非法证据,提出依法排除或者重新收集的意见,对瑕疵证据提出完善补正的意见;(4)对案件管辖提出意见和建议;(5)对是否需要采取强制措施以及采取何种强制措施进行审查;(6)对法律文书是否齐全、卷宗材料是否齐备提出意见和建议;(7)对其他需要解决的法律问题提出意见和建议。上述内容引自陈国庆,《刑事诉讼法修改与刑事检察工作的新发展》[J],《国家检察官学院学报》2019,(1):16-39。

即便监察委定要变更,在退回补充调查阶段是采取留置呢?还是重新提请检察机关批准逮捕?

导致上述问题的根本原因在于监察委调查权的性质不明。有学者指出监察委的职责涉及职务违法调查与职务犯罪调查,故主张监察调查权具有行政调查与刑事侦查的二元属性⁽²⁾。也有学者指出,在监察体制改革的大背景下,调查权应整体统一于监察属性,不宜作性质区分并分归于不同程序,否则便割裂了监察权,违背了监察权由监察机关统一行使的制度设计。按照第一种观点,补充调查期间的监察权等同于侦查权,显然监察委有权根据案件情况及时变更强制措施或者按照刑事诉讼程序提请检察机关批准逮捕,此刻即便采取留置也不意味着案件的办理程序又回到了监察环节。而按照第二种观点,监察权具有独立属性,调查环节不受刑事诉讼程序的相关规则约束,在《监察法》与《刑事诉讼法》没有明确两者如何衔接之前,监察委直接变更或提请检察机关批准逮捕显然都是不妥当的。

此外,退回补充调查期间,监察委如果发现嫌疑人不需要追究刑事责任,能否撤销案件?一些地方的监察委在有关职务犯罪案件预审工作的办法中规定,补充调查后认为被调查人不构成犯罪或者不应当追究刑事责任的,由纪检监察室决定撤销刑事追究。一般而言,退回补充调查程序实为公诉权的延伸,是检察机关发挥法律监督职能弥补侦查活动不足而启动的程序,如果允许监察委对移送审查起诉的案件撤回起诉,可能会导致检察机关不起诉裁量权的空置。

2. 证据转换与把控标准存在值得商榷之处

对证据的审查是检察机关审查起诉环节监督的重要内容,它是建立在强化以审判为中心的公诉职权的基础之上的。《监察法》第33条第1款规定“监察机关依照本法规定收集的物证、书证、证人证言、被调查人供述和辩解、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。”但《监察法》在取证程序以及法律适用的标准上并未与《刑事诉讼法》的规定完全统一。中央纪委国家监察法规室编的《〈中华人民共和国监察法〉释义》指出第33条第1款应理解为“证据具有进入刑事诉讼的资格,不需要刑事侦查机关再次履行取证手续。”也就是说监察委在监察环节所取得的证据具有证据资格,但证据能力与证明力的事项则尚待司法机关审查判断。故如果监察委取得的证据有别于《刑事诉讼法》的规定,检察机关如何看待这部分证据的证明效力?是将上述证据视为瑕疵证据,要求监察委按照《刑事诉讼法》对证据予以补正,还是按照《监察法》的规定予以采信?《监察法》规定的调查仅限于职务犯罪,《刑事诉讼法》规定的侦查覆盖普通犯罪,从这点看两者有类似特别法与一般法的关系,但是从收集证据的标准衡量,《刑事诉讼法》对证据收集的要求更高、程序更加严格。

譬如,《监察法》规定监察委在办案过程中可以调取、查封、扣押用以证明被调查人涉嫌违法犯罪的财物、文件和电子数据,可以进行勘验检查或者指派、聘请具有专门知识的人进行鉴定,此处用的是“可以”。而《刑事诉讼法》就这三项内容则要求公安机关应当实施。由此可以看出监察委对言词证据以外其他客观证据的搜集要求要低于公安机关。又如《监察法》第二十五规定:查封、扣押用以证明被调查人涉嫌违法犯罪的财物、文件,应当会同持有人或者保管人、见证人,当面逐一拍照、登记、编号、并列清单,由在场人员当场核对、签名,并将清单副本交财物、文件的持有人或者保管人。而《刑事诉讼法》第142条规定:对查封、扣押的财物、文件,应当会同在场见证人和被查封、扣押的财物、文件持有人查点清楚,当场开列清单一式两份,由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章,一份交给持有人,另一份附卷备查。相比较,两者规定的不同点在于:一是《监察法》规定在场人员中,不一定要有持有人在,有保管人在场也可以,如持有人在,就无需见证人。而《刑事诉讼法》规定必须要有持有人在,而且还要有见证人在场。二是《监察法》规定,被查封、扣押的财物、文件只需当面清点,并不要求是当场。而《刑事诉讼法》规定清点必须在查封、扣押时当场进行。三是《刑事诉讼法》规定查封、扣押清单须附卷备案,而《监察法》则没有如此规定。由此可见,《监察法》对取证方式的规定较为宽松、笼统,不及《刑事诉讼法》规定的那么严密、细致。再比如对于鉴定意见,《监察法》未规定作为证据使用时,需要告知被调查人或犯罪嫌疑人,而《刑事诉讼法》第148条规定应当告知犯罪嫌疑人、被害人,如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请,可以补充鉴定或者重新鉴定。可见两者要求和标准不同。虽然,《监察法》第33条规定

(2)李勇.《监察法》与《刑事诉讼法》衔接问题研究——“程序二元证据一体”理论模型之提出[J].证据科学,2018,(5):563-576.

监察机关在收集、固定、审查、运用证据时,应当与刑事审判关于证据的要求和标准相一致,但由于相关的条文规定并不一致,该条规定容易形同虚设。

3. 《监察法》对认罪认罚从宽处理适用条件的规定与《刑事诉讼法》的规定存在较大差异

现以下列图表进行比较:

	《监察法》第 31 条	《刑事诉讼法》第 15 条
认罪认罚	实体要件增加: 自动投案、真诚悔过 积极配合调查工作, 如实供述监察委员会还未掌握的违法犯罪行为 积极退赃退赔 具有重大立功表现或者案件涉及国家重大利益 程序要件增加: 经领导集体研究, 并报上一级监察委员会批准	自愿如实供述自己的罪行, 承认指控的犯罪事实, 愿意接受处罚的, 可以从宽处理

从图表可以看出,《监察法》对“认罪认罚”增加了一定的限制性条件,目的是鼓励被调查人犯罪后改过自新、将功折罪。但问题是如果被调查人仅仅是自愿如实供述自己的罪行,承认指控的犯罪事实,愿意接受处罚,监察委在向检察机关移送审查起诉时,依照《监察法》第 31 条规定,没有提出从宽处罚的建议,而检察机关依照《刑事诉讼法》第 15 条的规定,能否径直认定犯罪嫌疑人符合认罪认罚,具有可以从宽处罚的情节?若予以认定,两家可能就会产生意见分歧。监察委若有意见也不乏理由,因为依照《监察法》的规定,不符合从宽处罚的条件;而检察机关的认定也没错,因为按照《刑事诉讼法》第 15 条规定,犯罪嫌疑人如实供述自己罪行,愿意接受处罚,可以依法从宽处理。认罪的客观表现可以是自动投案,也可以是如实坦白,认罚也可以表现为主动退赃退赔、与被害人和解、真诚悔过等多种形式,并没有《监察法》第 31 条规定的条件限制。同样,监察委提出认罪认罚从宽处理的意见,因为不符合《刑事诉讼法》的规定,也会发生不被检察机关采纳的情况。比如认罪认罚具有法律效力还需具备有律师签字的认罪认罚具结书和律师在场、由犯罪嫌疑人签字的认罪认罚告知书,但目前《监察法》并未就调查阶段是否允许律师参与作出规定。检察机关在审查起诉环节如果律师不到场,或拒绝在犯罪嫌疑人出具的认罪认罚具结书上签字,认罪认罚也不能成立。

《监察法》第 32 条对职务违法犯罪的涉案人员从宽处罚也作了规定。比如行贿人,其在被监察委调查期间交了自己的行贿事实,并查证属实,这应属于揭发有关被调查人的职务违法犯罪的行为。监察委可以提出从宽处罚的建议。但其交代行贿事实的时间节点该如何确定,是认定其在被追诉前主动交代,还是认定其在被追诉后交代?因为两者在从宽处罚的幅度上是有区别的。根据 2012 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定,被追诉前是指刑事立案前,但监察委的立案调查又不属于刑事立案,因此,就会出现监察委提出从宽处罚的幅度与检察机关在审查起诉时给出的意见不一致的情况。

二、实体问题处理中法律适用和证据采信把握

(一) 罪名管辖中争议和疏忽点的理解

1. 监察委监督的公职人员及相关人员范围与《刑法》规定的国家工作人员不——对应的问题,应明确下列几点:

首先,国有公司、企业如果是国有控股公司、企业,其委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事经营管理事务的人员不能当然认定为是公务人员。因为在国有控股公司或企业中,经营管理的事务有公司的事务和国家利益的公务之分。股东会、董事会通过的委派事项可能仅是代表公司整体利益的行为,只有经国家出资的企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定事项,才可能具有代表国家利益和履行公务的特性。故对上述人员不能以委派为由得出属于公务人员的结论。

其次,监察委监察范围内的公办的教育、科研、文化等单位的人员,不应局限于管理岗六级以上的领导班子成员(因管理岗六级以上基本对应副处级以上干部),否则会将公务与管理职责混淆。例如税务机关根据有利于税收控管和方便纳税的原则,按照国家规定委托有关单位和人员代征零星分散和异地缴纳的税收,上述人员不一定是具有一定级别的人员。因此,公办单位中的领导班子成员虽在依据级别

履行职务时带有显著的公务特点,但并不意味着不具备管理岗六级以上的人员在履行职责中就不具备公务性。如果管理的内容涉及社会公共利益,且具体人员行使职责有单位明确的授权文件作为依据,即便管理岗级别在六级以下,仍应列为公职人员,属于监察委监察的范围。

此外,还应注意几个容易疏忽的问题:

(1) 基层群众性自治组织中从事管理的人员从事公务的情形。除了村民委员会、居民委员会的主任、副主任和委员,村党支部、村经联社、经济合作社、农工商联合企业、治保会、妇联、团支部、民兵排、村民小组和各种协会的人员均有可能成为协助政府从事行政管理工作的人员,当他们协助政府从事行政管理时,应认定为是公职人员。但对上述人员利用自己身份擅自改变宅基地用途的,则要排除在协助政府部门从事行政管理的情形之外。因为《物权法》第153条规定“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定。”《土地管理法》第65条规定“不按照批准的用途使用土地的,可由农村集体经济组织报经原批准用地的人民政府批准,可以收回土地使用权。”可见变更宅基地使用权的权力是由代表村民自治意志的农村集体经济组织来行使,故不能认定属于“履行公务”的行为。因此,在履行上述职责时,村民委员会、居民委员会包括村党支部等组织中的人员不能被认定为是公务人员。

(2) 各级国家机关中的工勤人员从事公务的情形。这些人员,有的是在编人员,受国家机关委派从事公务活动。有的不是在编人员,应国家机关的临时聘用,或受相关单位的派遣,到国家机关临时从事公务性的活动。在司法实践中,认定其是否构成职务犯罪主体,倾向于以是否从事公务为判断标准,故这些人员在公务活动中涉嫌贪污贿赂、渎职犯罪的,应以国家机关工作人员职务犯罪论。如协助公安民警从事执法活动的协警,未列入国家公务员编制,多数系受隶属于派出所辖区的劳务公司派遣,而派遣依据来源于社区与劳务公司签订的聘用协警人员协助社会治安综合治理的协议。然而,协警虽然不在正式编制内,当协警在民警的指挥调度下,协助民警进行巡逻治安等执法活动,这也是公务活动,其履行的是公安机关工作人员的职责,如果出现渎职犯罪,以国家机关工作人员职务犯罪论,并无不当,应属于监察委监察的范围之内。但是,协警涉嫌犯罪如果与执法活动无关,比如私底下通过熟人关系打探案情、向涉案人员通风报信等,鉴于其不是在编人员,公务活动之外不具有公职人员的职责,就不应认定为是公职人员或国家机关工作人员职务犯罪。

2. 监察委对涉嫌职务违法犯罪的被调查人其他违法犯罪的管辖问题,尚需要进一步地作出具体规定。首先,应明确监察委为主调查的案件类型或应具备的情形,即哪些案件应当由监察委为主调查,哪些案件可由公安、检察等机关管辖。根据监察委调查的性质和能力,监察委为主调查的案件似应限于被调查人单独的、一般性的刑事犯罪案件,而不适宜团伙性、集团性的共同犯罪案件或是重大恶性的暴力性犯罪。其次,应明确公安、检察等机关协助监察委调查的事项和程序,以避免协助过程中的无序,防止调查与侦查的重叠。再次,应明确法律适用。被调查人涉嫌其他犯罪,属于普通刑事犯罪,对其的查处,所采取的方式、措施与调查职务犯罪并不完全相同,因此,应明确在调查中除了适用《监察法》的规定外,还可以适用《刑事诉讼法》等刑事法律规则的规定。

3. 将受贿犯罪中的对向犯和共同职务犯罪的涉案人员明确纳入监察委管辖范围。受贿与行贿是贿赂犯罪密切关联的两个方面,无行贿即无受贿,有受贿必有行贿,在一般情况下应同案处理;职务犯罪的涉案人员与职务犯罪主体属于案件的共犯,可以区分主从,却不可无故拆割。因此,将上述涉案人员纳入监察范围,包括对其留置、调查、一并移送起诉,这有利于收集证据,查明案件事实,提高办案效率。目前,《监察法》尚未规定涉嫌行贿犯罪和共同职务犯罪的涉案人员属于其监察范围。但《监察法》的第22条第2款规定:对涉嫌行贿犯罪或共同职务犯罪的涉案人员职务犯罪的,监察机关可以采取留置措施,《监察法》第32条规定监察委对共同职务犯罪的涉案人员可以提出从宽处罚的建议。此两款规定使监察委对受贿犯罪的对向犯和共同职务犯罪的涉案人员有权采取强制措施、提出从宽处罚建议有了法律依据,但是这仅仅是针对某个环节和某种情形,而对上述人员的调查、移送起诉等环节还需要从法律的层面上进一步作出明确规定,使监察委对上述人员的监督管辖具有合法依据。

4. 监察委工作人员涉嫌刑讯逼供以及暴力取证等犯罪,由检察机关侦查管辖为宜。理由是:一是监

察委虽然是行政监察机关,其调查活动所依据的是《监察法》赋予的职权,属于行政监察性质,不属于司法活动,但是,其职务犯罪调查实是追诉职务犯罪的发端。当监察委在调查中所采取的措施与侦查措施无异时,其案件调查终结后进入刑事诉讼环节却无需重新立案,直接由检察机关审查起诉时,其调查所获取的证据直接作为刑事诉讼的证据时,其调查活动除形式上不同外,实质上就等同于刑事诉讼中的侦查活动。二是监察机关工作人员身份虽不属于司法工作人员,但其在调查活动中的刑讯逼供、暴力取证等行为不仅干扰正常的调查活动,也妨碍了正常的司法秩序,直接对刑事诉讼产生不良影响和后果,其行为性质和危害结果与司法人员所为并无差异。三是《刑事诉讼法》赋予检察机关对刑事诉讼活动实行法律监督的职权,故对于办理刑事案件中的违法犯罪行为,检察机关理应可以监督。四是监察委自行查处监察人员涉嫌违法犯罪,属于内部监督,查处的力度和效果有局限性。当然,监察委自行查处不是不可以,但是不能因此成为唯一的监督处置方式。比如对于情节显著轻微,属于违法行为的,由监察委处置,对于涉嫌犯罪的,归检察机关立案侦查,这样内外监督结合,既能加强监督力度,也能避免产生“同体监督”的弊端。因此,有必要对《刑事诉讼法》第19条进行修改,或者增设条款,将监察人员与司法工作人员并列为检察机关可以侦查的对象。

(二) 协调统一证据采信和法律适用标准

检察机关审查监察委员会移送起诉的职务犯罪案件,任务是确保案件的证据在证据效力和证明力上能够达到起诉的要求,在定性和量刑建议上符合法律规定。因此,监察委和检察机关在办理职务犯罪时,对证据采信和适用法律应有统一明确的标准。

1. 在证据的采信方面,首先要对取证程序的合法合规性确立一个判断的前提。有学者认为从调查措施的适用上区分严重职务违法与职务犯罪,是确保监察委调查所获取的证据正当性的前提⁽³⁾。有学者认为,无需刻意将严重职务违法与职务犯罪的调查进行隔离,但《监察法》创设出至少不低于《刑事诉讼法》对侦查取证行为的规制水平的规范⁽⁴⁾。从调查措施和取证上区分严重职务违法与职务犯罪,有时实践中难以操作,但是有一点可以确定,即在采取查封、扣押、冻结或者是留置等措施时,被调查人至少有犯罪的“嫌疑”。故监察委调查取证,有必要针对其管辖范围内的罪名,规定判断被调查人涉嫌犯罪的证据标准,并与检察机关办理职务犯罪的证据审查认定标准做好衔接,达成一致。其次,《监察法》既然规定监察委在收集、固定、审查、运用证据时,应当与刑事审判关于证据的要求和标准相一致,监察委在收集证据时除依照法律规定外,还应遵循《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《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》等司法解释中关于取证、证据效力的规定。明确非法证据排除规则、瑕疵证据补正规则所适用的各类情形,依据证据采信标准对不符合法定程序所搜集的证据进行补正或排除。

2. 在法律的适用方面。首先,在认罪认罚上监察委所用的标准和《刑事诉讼法》不一致的问题,要明确涉嫌职务犯罪案件中的犯罪嫌疑人如果“认罪认罚”,便是符合《刑事诉讼法》认罪认罚从宽处理的前提条件,确认时仍应遵循《刑事诉讼法》的相关规定,不能认为《监察法》增设了实体和程序要件,就以认为认罪认罚的标准发生了变化。其次,犯罪嫌疑人认罪认罚之后是否可以从宽处理需要慎重考虑。《刑事诉讼法》第15条对从宽处理的表述是“可以从宽处理”而非“应当从宽处理”。从当前职务案件办理中认罪后从宽处理的规定来看,立法者采取的是从严掌握的标准。如《刑法修正案(九)》对犯贪污罪的从宽处罚,规定为在“提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生”,可以从轻、减轻或者免除处罚。这从《刑法》和司法解释对行贿人减轻或者免除处罚进行严格限制也能够得以显示。因此检察机关适用认罪认罚从宽处理时,要重点考虑行为人悔过表现、退赃情况。

其次,对认罪认罚证据效力认定中需律师在场的问题,《刑事诉讼法》规定检察机关在审查起诉阶段,犯罪嫌疑人认罪认罚的,除规定的几种特殊情形外,应当在辩护人 or 值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结书。监察委可以参照《刑事诉讼法》的规定,合理限定案件范围,并在涉嫌职务犯罪的基本

(3) 马柳颖等. 监察委调查程序设置反思——以《监察法(草案)》规定为视角[J]. 政法学刊, 2018, (1): 70-77.

(4) 纵博. 监察体制改革中的证据制度问题探讨[J]. 法学, 2017, (2): 119-127.

事实已经查清的基础上,针对被调查人的认罪认罚,在调查阶段允许被调查人有委托律师并与律师会见的权利。譬如香港地区就规定:对被扣留者须给予一定的合理机会,以便于法律顾问通讯,除非此项通讯或商议有关涉嫌罪行的调查或执法会构成不合理的阻碍或延迟⁽⁵⁾。

再次,关于行贿人在调查期间交代行贿行为究竟是看作被追诉前,还是被追诉后的问题,应认为监察委的立案实质上与侦查机关立案并无本质区别,都是在掌握一定犯罪事实之后,出于刑事追诉的需要对案件开展下一步的侦查。但监察委的立案也包括对职务违法的立案,如果行为人供述的时间发生在职务违法立案阶段,行为人交代的内容或提供的重要线索能够证实被调查人构成职务犯罪的,或对指控被调查人构成犯罪的证据收集起到重要作用的,应认为行为人在被追诉前所作的交代。

三、程序衔接统一机制的设立

(一) 调查措施合法性审查及措施的衔接

由于检察机关目前无法参照刑事诉讼模式对监察委的调查措施的合法性进行审查,故建议通过法律条文的增设,或会商监察委,在两个方面作出相应规定予以解决:1. 参照《刑事诉讼法》第111条以及《人民检察院刑事诉讼规则》的规定,规定被调查人和涉案人员的近亲属或者与案件相关的案外人、行政执法机关具有申诉权。上述个人和机关单位认为监察委的立案调查所采取的措施不当,可以向检察机关提出申诉。检察机关受理后,经审查后认为申诉理由成立,可以书面意见函的形式,要求监察委针对申诉理由向检察机关作出书面回复。2. 检察机关在提前介入监察环节时有权对调查措施的合法性进行审查。

具体而言,首先,人民检察院要审查监察环节采取的措施是否符合《监察法》规定的条件。以留置为例,《监察法》明确指出留置针对的是严重职务违法或职务犯罪,并且列了四种情形。但《监察法》对四种情形的规定较为笼统,还需要细化或参照相关的规定予以明确。如结合刑事案件的性质,明确“重大、复杂”的涵义,如果符合以下情形之一的,应认定为“重大、复杂”:(一)由中级以上(含中级)人民法院管辖的一审诉讼案件;(二)引起社会普遍关注、具有较大社会影响的案件;(三)涉案人员多或违法犯罪次数多。对《监察法》第22条第4款中规定的“可能逃跑、自杀或者是可能串供、伪造、隐匿、毁灭证据的情况”,可以参考最高人民法院、公安部《关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定》对上述情形的规定。其次是审查措施是否必要、妥当,调查措施是否遵循比例原则,即所采取的措施与其所达到的目的之间必须合比例或相称。尽管留置的条件与逮捕相似,但对比留置与逮捕,可以发现两者在设置缘由上存在差别。逮捕的一个主要原因是犯罪嫌疑人具有一定的社会危险性,采取取保候审不足以防止这种社会危险性,故需要对犯罪嫌疑人采取限制其人身自由的强制性措施,而留置设立的一个重要目的是为了进一步查清违法犯罪事实,如果监察委刚开始对被调查人采取了留置措施,但随着调查的深入,案件的事实得以查清,被调查人也有真诚悔过、积极退赃等行为,之后是否需要继续留置就需要斟酌。

人民检察院认为需要解除留置措施的,或者认为监察委违反规定处置查封、扣押、冻结财物的,需要限期整改的,应通过书面方式建议监察委纠正。但检察机关在发出书面检察建议之前,需对监察委存在的上述情况进行认真调查核实,并听取监察委的意见⁽⁶⁾,监察委应对检察机关提出的建议中涉及的问题通过书面形式予以反馈。

就监察委调查措施与刑事诉讼的强制措施如何衔接上,新修改的《人民检察院刑事诉讼规则》作了规定。其中第143条规定人民检察院对监察委采取留置措施的案件,应当在受理后及时作出拘留决定,在公安机关执行拘留之后,人民检察院应当在十天之内决定是否逮捕、取保候审或者是监视居住。此处要明确拘留是否是检察机关做出逮捕、取保候审以及监视居住决定的必经前置程序,如果检察机关在前期提前介入阶段已经对案件以及调查措施进行审查,在受理监察委移送的案件后,检察机关其实有权直

(5) 汪海燕. 监察制度与刑事诉讼法的衔接[J]. 政法论坛, 2017, (6): 84-95.

(6) 2019年2月,最高人民法院发布《人民检察院检察建议工作规定》,其中虽然未涉及监察机关,但明确检察建议在发出之前必须对相关事项进行调查核实,做到事实清楚、准确。

接做出逮捕、取保候审或者是监视居住决定。此外,公安机关与监察委对同一对象因涉嫌不同的违法犯罪先后分别立案,可能导致该对象同时被采取两种不同的强制措施,对这个问题应该如何处理?笔者认为,一方面留置不属于刑事诉讼法中的强制措施,故不会发生一个阶段两种强制措施在同一人身上使用的冲突;另一方面由于措施分别针对的是不同的罪名,适用的阶段也不同,因此不宜因犯罪嫌疑人被留置便认为需要解除另一种措施,也不宜认为因留置具有限制人身自由的羁押特征,取保候审便处于自动失效的状态,应允许两种措施同时存在。

(二) 检察机关提前介入

《办法》就监察委办理的重大、疑难、复杂案件书面商请检察机关提前介入作了初步规定。但如前所述,《办法》所规定的提前介入仍有一些地方需要完善和细化。首先,应规定检察机关具有案件知情权。监察委商请检察机关提前介入,应向检察机关告知对案件的立案调查和采取措施的情况,检察机关也可在提前介入时对案件的卷宗材料进行查阅,对调查活动和采取措施的合法性进行了解和审查,监察委应予以配合或提供方便。其次,对监察委回应检察机关的具体方式应作出规定。譬如监察委不同意检察机关提出的非法证据排除、瑕疵证据和法律适用等方面的意见,应规定在一定的期限内书面说明理由,并附相关的说明材料。对于重大、紧迫的问题,监察委与检察机关意见不一致时,可通过召集院委负责人参加的联席会议,共同商讨,统一认识,消除分歧。此外,建议制定强制征询制度,对于有下列情形之一的,监察机关案件审理室在监察委移送案件至检察机关起诉前,应当要将情况通知检察机关并征询听取检察机关的意见:(1)案件审理部门对案件定性、法律适用与审查调查部门存在重大意见分歧;(2)重大疑难复杂案件;(3)案件政治性、敏感性强,社会影响大。对于检察机关认为案件存在事实调查不清、证据不足,起诉可能有风险的,监察委应根据检察机关的建议,待查明事实和补充相关证据之后再移送审查起诉。这既是检察机关在侦查监督环节缺失的情形下对监察委调查活动配合制约的一种方式,也是顺应以审判为中心的诉讼制度改革。

(三) 退回补充调查阶段监察委“准侦查权”性质的认定及相关权利的行使

检察机关的审查起诉是有效保障其法律监督职能的体现。这里的审查既包括围绕审判中心主义落实证据裁判规则,对监察委移送的证据是否符合提起公诉标准、是否存在瑕疵或者违法的情形进行审查,也包括在事实不清、证据不足时,将案件退回监察委补充调查。

要解决检察机关退回补充调查环节与监察委存在衔接不畅的问题,首先要明确监察委退回补充调查期间调查权的性质。笔者认为,监察委在补充调查环节的权力为一种“准侦查权”⁽⁷⁾。首先,监察委在补充调查环节不涉及对嫌疑对象职务违法方面的调查,其职责是查明和搜集被调查人涉嫌贪污贿赂、失职渎职犯罪的事实和证据,因此“补充调查”的范围实则等同于补充侦查的范围。其次,补充调查的权限本来就是由公诉权引申所得,因此权力行使的规则、边界都要符合刑事诉讼程序。最后,《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,应当退回监察委员会补充调查,必要时可自行补充侦查。规定将监察委补充调查和检察机关自行补充侦查并列,也说明了监察委的补充调查与侦查有着同样的性质。只有将补充调查环节监察委的调查权与之前监察环节涉及对违法行为查处的调查权进行区分,才能凸显补充调查是服务于公诉职能的本质。

因此监察委在补充调查阶段,若发现检察机关决定监视居住或取保候审的犯罪嫌疑人有遗漏的罪行或者新罪行,如果事发突然,不立即采取限制人身自由的措施可能导致证据灭失或者令案件的继续调查陷入被动状态的,应允许监察委能够像公安机关一样,对嫌疑人临时采取留置措施,这种权力与侦查机关对有毁灭、伪造证据或者串供可能的犯罪嫌疑人能够先行拘留在权力本质属性上是一样的,但此时留置不代表诉讼程序又回到调查阶段,同时监察委应将上述情况通知人民检察院。检察机关应在核实监察委移交的材料后及时给出处理意见。

(7) 准侦查权的定义基于监察委在采取调查措施时与侦查机关的侦查并不完全等同,譬如监察机关并不直接展开技术调查等手段,《监察法》第28条规定,对调查过程中需要采取技术调查措施的,需经批准后按照规定交有关机关执行;监察委在采取通缉、留置等措施时,也需要公安机关配合。

倘若情势并不紧急,监察委可以先通知负责执行的公安机关,让公安机关加强对犯罪嫌疑人的监督,防止犯罪嫌疑人出现毁灭、伪造证据或者串供的行为,并参照《公安机关办理刑事案件程序规定》第285条的规定,认为发现新的同案犯或者新的犯罪事实,需要追究刑事责任的,重新制作起诉意见书移送人民检察院审查。

(四) 检察机关对监察委处置职能有限制约的把握

在刑事诉讼环节,监察委的处置职能表现在对涉嫌职务犯罪的案件,如果犯罪事实清楚、证据确实充分,则应依法移送检察机关审查起诉。其中包含了监察委对被调查人构成的犯罪事实的认定、对具体法律的适用、向检察机关建议适用的强制措施类型(监察委员会向检察机关移送案件时,应随案移送适用强制措施的具体建议、情况说明等)。检察机关审查后对监察委移送案件的处理,实质上是检察机关履行法律监督职能的重要体现,这个处理是以准确适用法律为前提,既要体现法律监督的职责,又要结合我国国情,在适当、合理的范围内进行。

检察机关对监察委移送案件的处置及其监督制约有限性的表现		
事实清楚、证据充分	起诉	检察机关认可监察委对事实、法律适用的认定
	犯罪情节轻微不起诉	作出不起诉决定之前需要上一级人民检察院批准,同时实践中要主动与监察委开展工作层面的沟通,征求移送案件的监察委员会或者上一级监察委员会的意见(监督制约有限性)
事实不清、证据不足	退回监察委补充调查,也可自行补充侦查,但一般情况下应以监察委员会调查为主	1. 补充调查后查清事实、补充证据的,检察机关提起公诉 2. 二次补充调查后,仍然事实不清、证据不足,作出不起诉决定。作出不起诉决定之前要与监察委沟通及征询意见(相当于情节轻微不起诉)(监督制约有限性)
检察机关对监察委就罪名认定、事实认定、强制措施适用、法律适用有异议	检察机关按照《刑法》《刑事诉讼法》规定依法处理	是否需要与监察委员会沟通? 是否需要书面征询监察委员会或者上一级监察委员会意见? 是否需要书面通知监察委员会检察机关的处理决定并说明理由?

根据《刑事诉讼法》第5条的规定,人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。该条规定虽然未将监察委列入在内,但从保证司法公平、公正的目标出发,检察机关办理监察委移送审查起诉的案件同样应遵循上述原则。因此,案件是否起诉、不起诉,包括罪名认定、事实认定、强制措施的适用和法律适用最终的决定权应在检察机关。但根据相互配合和制约的原则,监察委应享有一定的知情权、申辩权、异议权。特别是对重大疑难复杂、双方此前就法律、事实认定存有争议、社会影响力大的案件,检察机关在作出决定前,有必要开展实质性沟通和书面意见征询监察委的意见。但是对于一般案件,检察机关可以仅就可能根本性改变监察委处置结果的事项征询监察委意见,这里主要指事实不清、证据不足而决定不起诉的事项,其余事项可以书面形式通知监察委。