

## 监察措施的合法性研究

陈越峰

**内容提要:**监察措施的合法性是监察体制改革的实质性法治议题。新的国家监察机关所采取的监察措施多元混合,但是并没有创制出新的权力类型,也没有根本改变监察措施的法律性质。其中,职务犯罪调查措施属于刑事侦查,职务违法行为调查措施属于行政性措施。监察关系属于基于公务员管理而形成的特别关系,但是当监察措施涉及公民基本权利时,应受依法治国原则的调整,应当遵循法律保留原则。在监察措施的过程合法性方面,应遵循正当程序原则,妥当设置刑事和行政监察程序的分类与转换,尤其需要充分规定告知、陈述申辩、全程录音录像和听证等关键性程序权利或措施。对监察机关实施监督的最重要、最有效的法律途径是司法监督,应当根据监察措施及其程序的类型进行合理的司法衔接。其中,职务犯罪侦查的司法衔接应当适用《刑事诉讼法》的规定;行政性留置等涉及公民基本权利的监察调查措施与处置措施,应当准用《行政诉讼法》予以法律救济。此外,还应充分考虑律师介入与国家责任问题。

**关键词:**国家监察 监察措施 基本权利 监察法治

陈越峰,华东政法大学法律学院副教授。

### 一 监察体制改革的实质性法治议题

国家监察体制改革是一项事关全局的重大政治体制改革,也是国家监察制度的顶层设计,其目的在于建立党统一领导下的国家反腐败工作机构,<sup>[1]</sup>将党的领导贯彻到反腐败工作的全过程。国家监察体制改革涉及一系列重大法治议题,有待加以深入研究和妥善处理。

设立一个新的国家机构,是否需要修宪,是首当其冲的宪法法治议题,引发了学界高

[1] 《中办印发〈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〉》,《人民日报》2016年11月8日,第3版。

度关注和热烈讨论。<sup>[2]</sup> 在国家监察体制改革由中共中央作出重大政治决断,<sup>[3]</sup> 全国人大常委会作出改革试点决定之后,<sup>[4]</sup> 中共中央纪委工作报告在2017年工作安排中将“为十三届全国人大一次会议审议通过国家监察法……做好……准备”作为重要内容,<sup>[5]</sup> 2017年全国人大常委会工作报告则明确“将行政监察法修改为国家监察法”系新一年的主要工作任务。<sup>[6]</sup> 由此可见,先地方试点,再立法修法,是监察体制改革决断所选择的路径。

顶层设计的政治决断,需要具体制度安排上的完善方案。《国家监察法》的制定和后续可能的修宪,一定需要广泛征求意见。为此,学界需要提前进行深入研究,在具体制度安排方面提出建设性的方案,确保改革符合宪法法治原则、有利于全面推进依法治国。监察体制改革引发的重大的实质性法治议题,集中体现在监察职权、措施及其监督上。其中,监察措施的合法性是尤其值得关注的问题。

## 二 监察措施的性质定位

### (一) 监察职能的再定位

监察措施的设定,与监察职能的定位密切相关。在《行政监察法》上,行政监察的内容包括“检查国家行政机关在遵守和执行法律、法规和人民政府的决定、命令中的问题”。这与《行政监察法》的立法目的相关,在“保证政令畅通,维护行政纪律,促进廉政建设,改善行政管理,提高行政效能”中,促进廉政建设只是其中一个方面。效能监察与廉政监察,一直被作为行政监察机关的两项主要职能。<sup>[7]</sup>

监察部门效能监察的职能,实际效果似乎并不显著。《行政监察法》(草案)于1996年审议时,一些部门和地方就建议,监察机关的检查应当主要针对有令不行、有禁不止的政纪问题进行检查。<sup>[8]</sup> 实际工作中,监察部门往往将侧重点放在廉洁情况的监督上。监

[2] 主要研究,参见马怀德:《全面从严治党亟待改革国家监察体制》,《光明日报》2016年11月12日,第3版;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19-20页;童之伟:《将监察体制改革全程纳入法治轨道之方略》,《法学》2016年第12期。

[3] 中共十八届六中全会公报将原属于政府组成部门的监察机关单列,释放出监察机关将成为与行政、司法机关平行的国家机构的信息,参见《中国共产党第十八届中央委员会第六次全体会议公报》,《人民日报》2016年10月28日,第1版;中共中央决定在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作,参见《中办印发〈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〉》,《人民日报》2016年11月8日,第3版。

[4] 《全国人民代表大会常务委员会关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》,http://www.gov.cn/xinwen/2016-12/25/content\_5152757.htm,最后访问时间:[2017-02-01]。

[5] 《王岐山在十八届中央纪委七次全会上的工作报告》,http://www.ccdi.gov.cn/xwt/201701/t20170119\_93032.html,最后访问时间:[2017-02-01]。

[6] 《张德江:今年将行政监察法修改为国家监察法》,http://news.xinhuanet.com/politics/2017lh/2017-03/08/c\_129504841.htm;《许安标:国家监察法草案拟于2018年3月提请审议》,http://news.xinhuanet.com/politics/2017lh/2017-03/09/c\_129505422.htm,最后访问时间:[2017-03-11]。

[7] 参见毛昭晖著:《中国行政效能监察——理论、模式与方法》,中国人民大学出版社2007年版,第159页。

[8] 蔡诚:《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国行政监察法(草案)〉审议结果的报告——1996年12月24日在第八届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1997年第3期,第338-339页。

察部在1987年组建后几年间的工作方针,一直是以廉政监察为重点,全面开展监察工作,<sup>[9]</sup>早在1988年即发布文件强调“以廉政为重点,带动监察业务的全面开展”。<sup>[10]</sup>在纪检监察合署办公后,有关领导同志反复强调“不能因为反腐败斗争遇到的矛盾和困难很多,就把工作重点放到对法规政策执行情况的监督检查方面”。<sup>[11]</sup>

在廉政监察方面,监察部门针对禁止请客送礼、公款吃喝,减轻农民负担,禁止向农民乱摊派、乱收费,节假日、年终的防范措施,领导干部使用车辆住房及装修等问题,反复制定发布规范性文件。但是,监察部门的有关研究也承认,问题依然很难解决,有些甚至日趋严重。<sup>[12]</sup>

《行政监察法》规定的监察机关职能相对宽泛,在实际工作中,监察机关承担着大量查办大案要案的任务。<sup>[13]</sup>对此,纪检监察领导机关认为:“尽管纪检监察机关不是单纯办案的机关,但如果一定时期不办成纪检重大案件,要取得党委、政府的重视和群众的信任是不可能的。我们搞监督检查,搞教育,很忙很累,但一年查不出一两个重大案子,是难以取信于民的。”<sup>[14]</sup>中共十八大以来,纪检监察机关查办案件数量很大,“立案审查中管干部240人,处分223人,移送司法机关105人”,“2016年,纪检监察机关共接受信访举报253.8万件次;立案41.3万件,增长25%;处分41.5万人,增长24%;严重违纪涉嫌违法移送司法机关的1.1万人”。<sup>[15]</sup>

此次监察体制改革,将行政监察职能中的廉政监察和检察职能中的腐败类职务犯罪侦查统合起来,实际上使反腐败成为监察机关的主要和基本职能,查处职务违法、职务犯罪行为成为主要和基本任务,为此行使“监督、调查和处置”这三项职权。监察对象的范围则有收有扩,“机关”不再是监察的对象,但“人员”扩展至“所有行使公权力的公职人员”。监察职能的再定位,将会影响监察措施的选择和设定,监察措施的法律性质也需要重新加以评析和定位。

## (二) 监察措施的变迁

监察职责的履行需要有相应的监察措施。监察措施的种类、设定和实施,是研究其合法性的重要方面,也将会是《国家监察法》制定和《刑事诉讼法》等相关法律修订所需要重点研究的内容。

在1990年《行政监察条例》中,监察机关履行监察职责,主要采取该条例第20条规定

[9] 《尉健行在监察部第二批特邀监察员聘请大会上的讲话》(1993年3月9日),载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴:1992—1997年卷》(上册),中国方正出版社2007年版,第68—69页。

[10] 《关于加强以廉政为重点的监察工作的若干意见》,载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴(1987—1991)》,中国政法大学出版社1993年版,第47页。

[11] 《尉健行在纪委书记监察厅(局)长会议上的讲话(1993年1月13日)》,载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴:1992—1997年卷》(上册),中国方正出版社2007年版,第67页。

[12] 参见左连璧主编:《中国监察制度研究》,人民出版社2004年版,第240—241页。

[13] 参见左连璧主编:《中国监察制度研究》,人民出版社2004年版,第235页。

[14] 《尉健行在纪委书记监察厅(局)长会议上的讲话(1993年1月13日)》,载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴:1992—1997年卷》(上册),中国方正出版社2007年版,第67页。

[15] 《王岐山在十八届中央纪委七次全会上的工作报告》,http://www.ccdi.gov.cn/xwtt/201701/t20170119\_93032.html,最后访问时间:[2017-03-01]。

的根据监察计划进行一般检查、根据监察决定进行专项检查和对违法违纪行为立案调查等三种方式。在检查、调查中,有权根据该条例第22条采取查阅复制、了解情况、暂扣封存、存款查核和通知暂停支付、要求报送材料、责令解释说明、责令停止违法违纪行为和建议停职等措施。其中,“责令有关人员在规定的地点就监察事项涉及的问题作出解释和说明”,就是反腐败最有效,也引发合宪合法性争议的“双规”措施。<sup>[16]</sup> 根据检查、调查结果,监察机关可以用提出监察建议或作出监察决定的方式作出处置。其中,监察决定的内容主要包括根据权限作出纪律处分,依法没收、追缴或者责令退赔,对损害采取补救措施。

1997年《行政监察法》对监察措施的适用条件作了分类规定,分为“履行职责”、“调查违反行政纪律行为”和“调查贪污、贿赂、挪用公款等违反行政纪律的行为”这三个层次,分别规定了“要求提供材料并查阅复制”“要求解释说明”“责令停止违法违纪行为”,“暂扣、封存材料”“责令不得变卖、转移财物”“责令在指定时间、地点作出解释和说明”“建议停职”“查询存款”“提请法院冻结存款”等监察措施。其中,“责令在指定时间、地点作出解释和说明”,即“责令有违反行政纪律嫌疑的人员在指定的时间、地点就调查事项涉及的问题作出解释和说明”,且增加了“不得对其实行拘禁或者变相拘禁”的但书规定。这些规定,在2010年修正《行政监察法》时得到了延续。

“监察机关要有权力、有手段。没有权力和手段,这项工作做不好。”<sup>[17]</sup> 这是监察部成立之初就在国务院层面形成的一种主导认识。但是,关于监察措施方面的考虑,其落脚点几乎都在赋予监察部门行政处分权。国务院在监察部成立之初听取其汇报时,就讨论了监察部门是否需要直接处分的权力,经过考虑认为是应该有的。对一个案子的处理,如果同有关部门协商后仍不能取得一致意见,那么监察部门就可以直接处理。<sup>[18]</sup> 学者的新近研究也认为,监察机关能否起到对行政机关的制约和监督作用,主要取决于监察机关所拥有的权力,强化监察职能必须从强化监察机关的权力入手,首要的就是扩大监察机关处分权,特别是人事处分权。<sup>[19]</sup>

关于调查中的监察措施,有研究认为,《行政监察法》的上述规定令监察机关很难完成任务,主要表现在三个方面:一是很难防止涉嫌单位、人员转移在银行或其他金融机构的资金或其他物证;二是很难防止涉嫌人员相互串通;三是缺乏调查取证的手段。有的地方监察人员为突破案件,既要防止违纪嫌疑人互相串通,又不能造成拘禁或变相拘禁,很大程度上陷入两难境地。<sup>[20]</sup> 在实际工作中,被采取“双规”或“双指”措施的被调查人的

[16] 有关研究,参见陈光中、张小玲:《中国刑事强制措施制度的改革与完善》,《政法论坛》2003年第5期;王金贵:《“双规”与自首:合宪性问题研究》,《法学》2005年第8期;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。

[17] 《李鹏同志会见苏联人民监察委员会代表团时的谈话(1989年10月21日)》,载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴(1987—1991)》,中国政法大学出版社1993年版,第16页。

[18] 参见李鹏同志在接见第一次全国监察工作会议代表时的讲话(1988年12月23日)》,载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴(1987—1991)》,中国政法大学出版社1993年版,第14页。

[19] 参见李翔著:《反腐败法律体系构建的中国路径研究》,上海人民出版社2013年版,第253—254页。

[20] 左连璧主编:《中国监察制度研究》,人民出版社2004年版,第235页。

人身自由、通讯自由等公民基本权利是受到了限制的。<sup>[21]</sup> 在我国实施依法治国方略并且将其写入宪法之后,“双规”或“双指”措施引发的合宪合法上的冲撞,显得更强烈了。

此次监察体制改革,改革试点决定列举的监察措施包括了“谈话、讯问、询问、查询、冻结、调取、查封、扣押、搜查、勘验检查、鉴定、留置等措施”。这些措施,总体上属于调查措施,其中一些具有强制性。要对监察调查措施和处置措施的法律性质进行准确定位,需要厘清监察活动形成的相应法律关系的性质。

### (三) 监察措施的类型与性质

在《行政监察条例》的制度框架中,在政府内部,监察部对国务院其他部委进行平级监察,县级以上地方监察机关则实行平级监察和向下一级监察。就平级监察而言,监察部门通常都需得到政府的同意和支持。因此,行政监察总体上是一种政府内部的层级监督,也是行政机关对其工作人员的内部管理。这一结构性特点在《行政监察法》制定和修改后,没有发生变化。

正因为行政监察是一种行政的内部监督机制,有关领导同志才指出:“监察工作遇到困难怎么办?办法是找党委、找政府、找上级”,<sup>[22]</sup>“监察工作很重要,需要各级党委、各级政府的支持”。<sup>[23]</sup> 学者也认为,此前的行政监察是行政的同体监督,其低效乏力。<sup>[24]</sup> 也有学者建议,行政监察机关作为负责对行政机关和行政首长进行监察的专门机关,应当隶属于各级人大。<sup>[25]</sup>

在《行政监察法》上,人民政府的监察行政部门所采取的监察措施,包括调查措施,查封、扣押、冻结和“双指”等强制措施,以及行政处分、没收、追缴和责令退赔等处置措施,通常被认为是内部行政行为。检察机关查处贪污贿赂、失职渎职以及预防职务犯罪时所采取的措施,则是刑事侦查行为。新的国家监察机关行使统合后的监察职能后,行政监察和刑事侦查由多部门“串联”变为一部门“并联”,所采取的监察措施多元混合。但是,这些措施的性质,并不会因为统一由监察机关行使而发生本质的变化。

监察体制改革,使行使相应职权的主体和机关发生变化,有关监察措施的名称发生变化,但是并没有创制出新的权力类型,也没有根本改变监察措施的性质。试点决定中暂时调整或者暂时停止适用的《刑事诉讼法》的有关条文都是有关刑事侦查职权的,监察机关职务犯罪调查措施的性质是刑事侦查行为,应无疑义;对职务违法行为采取非刑事侦查措施,系行使行政性权力,也不难形成共识。

问题的关键在于监察机关的调查和处置是否属于国家机关的内部行为,是否不受依

[21] “当事人在‘双规’期间,在纪委规定的地点内可以活动,但一般不能打电话”,参见《中纪委官员解读“双规”》,《法制晚报》2004年9月29日。

[22] 《宋平同志在听取监察部尉健行等同志关于监察工作汇报时的讲话》(1989年12月20日),载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴(1987—1991)》,中国政法大学出版社1993年版,第23页。

[23] 《乔石同志在接见第一次全国监察工作会议代表时的讲话》(1988年12月23日),载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴(1987—1991)》,中国政法大学出版社1993年版,第22页。

[24] 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。

[25] 李翔著:《反腐败法律体系构建的中国路径研究》,上海人民出版社2013年版,第176—177页。

法治国原则的调整,被调查人和被处置人的基本权利是否受到保护,受到限制后能否得到法律救济。在大陆法系国家,例如德国,公务员管理关系在19世纪国家法和行政法理论中被作为内部行政对待,系国家与公民之间的一种特殊关系,即特别权力关系,总体上不受法律调整,而由行政机关根据职权发布必需的规则并在必要情况下实施侵益行为。<sup>[26]</sup>但是,二战后,特别是1972年德国联邦宪法法院的一项判决之后,司法和学理普遍认为,基本权利、法律保留和法律保护(救济),也适用于被视为传统特别权力关系的国家与公民之间的关系。<sup>[27]</sup>

从行政监察到国家监察,监察机关不再属于行政序列,不是人民政府的组成部门,而是与人民政府并列,由人民代表大会产生的专责机关。看起来,监察机关的行为不再是内部行政,但是它实际上仍然是基于公务员、行使公权力的公职人员管理关系而进行的活动。监察机关对行使公权力的公职人员所实施的调查和处置仍属于国家机构的内部行为,过去通常将行政监察作为内部行政对待也并不错误。但是,当调查中所采取的强制措施和调查后的处置措施涉及被调查对象作为公民的基本权利时,当处置措施使公职管理关系消灭时(即作出辞退、开除公职决定时),监察措施就设定了有外部效果的权利义务。<sup>[28]</sup>此前,行政监察制度框架和实际运行忽视了这一方面。其实,这些监察措施的设定和实施,应当根据我国宪法上的“依法治国、建设社会主义法治国家”原则,适用法律保留、经过正当程序,并应当有法律上的救济途径。

### 三 监察措施的程序设置

涉及公民基本权利的监察措施的设定和实施,特别是限制人身自由的强制措施等,应当遵循《宪法》《立法法》上的法律保留原则,这一点毫无疑义。关于反腐败与法治的关系,邓小平同志曾经指出:“在整个改革开放过程中,都要反对腐败。对干部和共产党员来说,廉政建设要作为大事来抓。还是要靠法制,搞法制靠得住些。”<sup>[29]</sup>此次监察体制改革,先取得全国人大常委会授权再进行试点,先制定《国家监察法》再产生国家监察委员会,都遵循了依法治国的原则。

其实,即使是作为内部行政行为的行政监察,人民政府也一直强调依法监察。李鹏同志在主持国务院工作时就针对监察工作强调:“监察机关依靠什么来监察,首先是依靠法制。处理案件不能追求指标,不能随意确定处理上是宽还是严。监察机关要始终坚持依法办事,以事实为依据、以法律为准绳,必须提倡实事求是的精神。依法办事,取证比较困难,但这有好处,能够提高办案质量,办一个成一个,不至于出现错案,经得住历

[26] [德]毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第168-169页。

[27] [德]毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第170页。

[28] 大陆法系中的“重要性理论”认为,对国家和公民个人的意义、分量、基础性、深远性及其强度等决定着某项规则的重要性。某一项事务对国家或者国民越重要,法律调整就应当越精确和严格。参见[德]毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第109-110页。

[29] 《邓小平同志在武昌、深圳、珠海、上海等地的谈话要点(1992年1月18日—2月21日)》,载《邓小平文选》(第三卷),人民出版社1993年版。

史的考验。”<sup>[30]</sup>

坚持和发展监察法治,已经体现在制定《国家监察法》的决定上。遵循正当程序,则是监察措施设定和实施过程合法性的重要基础。试点决定暂时停止适用《刑事诉讼法》部分条款,其目的既为试点排除明显的法律障碍,也为后续修订做好准备。职务犯罪侦查活动应受《刑事诉讼法》调整,应是监察体制改革的基础共识。在多元的监察措施由同一机关行使后,需要对程序进行妥当设置。

### (一) 监察程序的分类与转换

监察机关同时行使职务违法、职务犯罪的调查职权,前者是一种行政性权力,后者则属于刑事侦查权。采取监察措施总是在一定程序中进行。因此,这就需要对监察程序做一个总体安排。

其实,纪检监察部门在合署办公前后,都重视案件查处的分工协作。1988年,中共中央纪律检查委员会和监察部发布《关于党的纪律检查机关和国家行政监察机关在案件查处中分工协作的暂行规定》(中纪发[1988]1号),指出按照党政分开原则,明确党的纪律检查机关和国家行政监察机关在案件检查处理工作中的关系,做到各司其职,分工协作。1992年1月13日,两机关又发布了分工协作的补充规定,更为细致地规定案件的分类主管、受理、检查、调查,以及协商、邀请联合查办和通报制度。<sup>[31]</sup>1992年10月,中共中央、国务院作出了中央纪律检查委员会机关与监察部合署办公的决定,其目的主要在于精简和效能,<sup>[32]</sup>在机构设置“三定”方案中,监察职责和监察部主要权限仍然与纪检有着内部分工。<sup>[33]</sup>2000年机构改革期间,还通过保留和加强监察综合室,来加强行政监察职能。<sup>[34]</sup>在监察机关整合了职务犯罪侦查职能,接受检察机关反贪反渎和预防腐败等职务犯罪侦查机构转隶后,需要基于监察职能和主要任务进行监察程序的分类设置。

在监察程序分类设置的具体制度安排上,公安机关办理案件程序设置及其后续司法衔接的经验值得借鉴。公安机关一直在履行公安行政和刑事侦查的双重职能,尽管其刑

[30] 《李鹏同志在接见第一次全国监察工作会议代表时的讲话》(1988年12月23日),载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴(1987—1991)》,中国政法大学出版社1993年版,第14页。

[31] 《中共中央纪委、监察部关于印发〈关于党的纪律检查机关和国家行政监察机关在案件查处中分工协作的补充规定〉的通知》(中纪发[1992]1号),载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴:1992—1997年卷》(上册),中国方正出版社2007年版,第509—510页。

[32] 1993年2月22日,中共中央、国务院印发了《中共中央、国务院批转中央纪委、监察部〈关于中央纪委、监察部机关合署办公和机构设置有关问题的请示〉的通知》(中发[1993]4号),中央纪委机关与监察部正式合署办公;1993年7月2日,中共中央发布《中共中央关于印发〈关于党政机构改革的方案〉和〈关于党政机构改革方案的实施意见〉的通知》(中发[1993]7号),进一步明确了中央纪委机关与国家监察部合署办公的体制。参见中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴:1992—1997年卷》(下册),中国方正出版社2007年版,第1394、1404—1405页。

[33] 1994年2月2日,经党中央、国务院批准,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《中共中央办公厅、国务院办公厅关于印发中共中央纪律检查委员会机关、监察部职能配置、内设机构和人员编制方案的通知》(厅字[1994]4号),参见中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴:1992—1997年卷》(下册),中国方正出版社2007年版,第1395—1396页。

[34] 《中共中央纪委办公厅监察部办公厅关于在机构改革中保留并加强监察综合室的通知》(中纪办发[2000]18号),载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴:1998—2002年卷》(下册),中国方正出版社2007年版,第2068页。

事侦查行为受《刑事诉讼法》调整,但是实务中仍然有以刑事侦查的名义采取未获授权的“限制人身自由”“扣押财物”等措施,且较长时间不结案也不解除强制措施的案件。对于这类案件,司法实务将其纳入行政诉讼的受案范围。<sup>[35]</sup> 最高人民法院还作出了多项批复答复,对刑事侦查行为与具体行政行为的判断与司法衔接途径提出意见,最终形成了以“授权论”为主,以“目的论”为辅加以综合判断的司法意见。<sup>[36]</sup> 公安部则先后于1998年发布《公安机关办理刑事案件程序规定》,2006年发布《公安机关办理行政案件程序规定》,分别根据《刑事诉讼法》和《行政处罚法》《行政强制法》《治安管理处罚法》等行政法规详细规定了刑事案件和行政案件及其相应办案程序。其中,案件的分类以法律的授权为准。

监察程序设置的首要方面,是建立监察行政和刑事案件办案程序的分类与转换机制。为此,可以借鉴公安机关对两类案件办案程序的规定,在《国家监察法》上分类设置办理监察案件的程序框架,在《刑事诉讼法》修订中明确监察机关办理刑事案件所适用的一般规定和特别规定,同时根据《国家监察法》《刑事诉讼法》等有关法律,制定《监察机关办理刑事案件程序规定》和《监察机关办理行政案件程序规定》。其中,在监察行政案件程序的“结案”部分规定,“违法行为涉嫌构成犯罪,转为刑事案件办理”;在监察刑事案件程序的“受案”、“撤案”部分分别规定,“对于不够刑事处罚需要行政处理的,对于撤销案件或者终止侦查但需要给予行政处理的,依法予以处理或者转为行政案件办理”。

## (二) 分类程序中监察措施的设定与实施

在监察机关办理案件程序分类的基础上,需要设定两类程序中的监察措施,并规定实施的适用条件、具体程序等事项。在试点决定所列举的措施中,如果以现行刑事诉讼法和行政法律法规为参照,谈话应属于纪律调查措施;询问,调取,勘验检查,鉴定,查封、扣押,查询、冻结等措施,属于行政和刑事程序均可设定和实施的措施;讯问和搜查则属于刑事侦查措施。对于查封、扣押,查询、冻结的适用条件、适用范围、适用期间、实施主体、具体程序、解除条件、救济途径等,应当分别在相应程序中作出严格、详细的规定。对于询问、讯问,应当明确规定适用条件、实施主体、地点、一次持续最长时间等。对于搜查,应当严格规定适用条件、实施主体、搜查范围和程序等。

特别需要详加研究、充分讨论、妥善规定的是留置的适用条件、期限、程序和救济途径等内容。前已述及,“双规”措施是反腐败中最为有效,也是引发争议较大的措施。如果只是追求反腐败的有效性,那么完全可以不进行改革,继续在纪检监察工作中适用“双规”措施。监察体制改革是否具有正当性,能否坚持和发展监察法治,在很大程度上取决于留置措施的合法性和正当性。《行政监察法》中的“指定的时间,指定的地点”是很不具

[35] 参见《公安机关在刑事侦查活动结束后作出的没收行为是可诉的具体行政行为——杜明星诉湖北省松滋市公安局行政处罚案》,载最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判案例》(第4卷),中国法制出版社2012年版,第1-6页。

[36] 参见《受理和审理阶段对刑事侦查行为与具体行政行为的判断》(2000年4月28日,[1999]行他字第26号)、《刑事司法行为与具体行政行为的界定》(2001年11月13日,[2001]行他字第13号),载梁风云著:《最高人民法院行政诉讼批复答复解释与适用·起诉受理卷》,中国法制出版社2012年版,第128-139页。

体的概念,如果不能严格加以解释,在实践中就无法掌握,容易造成法律实施中的主观随意性,<sup>[37]</sup>一旦造成拘禁或变相拘禁,就会在合法性上出现问题。监察体制改革,能否切实贯彻全面推进依法治国的决定,就要看关于留置措施的规定,是否符合“依法治国,建设社会主义国家”的原则,是否“尊重和保障人权”。

留置的期限,应当有妥当合理的规定。根据《人民警察法》第9条的规定,公安机关对违法犯罪嫌疑人采取留置措施盘问检查的,最长不超过48小时。有学者提出:“监察委员会的留置措施相较于公安机关的留置措施,时间上可能会长一些,但最长可能不会超过三个月。”<sup>[38]</sup>关于留置的期限,确实需要综合考虑职务违法犯罪案件查处的特点和需要,对留置的期限作出规定。但是,恰当的比照对象不应局限于公安机关的留置措施,还应当包括限制人身自由的行政强制措施和刑事拘留措施等性质相近的措施。实际上,如果仅以公安机关的留置措施作为参照,就只能得出留置期限应当较短的结论。根据《治安管理处罚法》等行政法律的规定,行政拘留不超过15日。限制人身自由的行政强制措施的期限一般更短。根据《刑事诉讼法》第125、165条的规定,一般刑事案件的刑事拘留最长不超过37天,检察机关直接受理案件的刑事拘留最长不超过17日。在具体规定上,应当比照限制人身自由的行政强制措施、行政拘留和刑事拘留的期限加以掌握,例如调查职务违法行为时采取行政留置措施的期限不超过15日;调查职务犯罪行为时采取刑事留置措施的期限在17日-37日之间,不宜与刑事拘留、行政拘留和限制人身自由的行政强制措施的差别过大。此外,留置的地点也需要加以严格明确规定。

### (三) 监察措施的关键程序要素

关于监察程序,应当进行分类规定,即在《国家监察法》《刑事诉讼法》的框架中规定职务犯罪侦查程序和采取各类监察措施的程序,在《国家监察法》的框架中规定对职务违法行为的调查程序和采取相应各类监察措施的程序。

需要特别留意的是,正当程序原则所要求的关键程序要素,应当在法律程序规定中加以充分体现。其中,在行政案件办案程序中明确规定被调查对象的陈述申辩权,采取查封、扣押、冻结和留置等措施应当告知,调查过程应当全程录音录像,最终处置为程度较重的行政处理的,可以规定听证程序等。由这些关键程序要素支撑的监察程序设置,还需要与司法合理衔接,监察措施的合法性才能真正落实,监察法治的基本架构也才能真正形成。

## 四 监察措施的司法衔接

由于监察机关综合了行政监察、预防腐败和职务犯罪侦查职能。因此,有学者认为它将是一个“超级机构”,需要加强对监督者的监督。<sup>[39]</sup>其实,党的领导、人大产生、社会监督,都是一种政治上的监督。法律上的监督,还是有赖于监察措施与司法的合理衔接,设

[37] 左连璧主编:《中国监察制度研究》,人民出版社2004年版,第245页。

[38] 参见马怀德:《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20页。

[39] 参见童之伟:《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;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。

置可行的救济途径,以平衡权利和权力。监察措施与司法衔接的基本思路,应当是根据案件性质和办案程序进行分类规定。

### (一) 监察措施在刑事诉讼程序中的分工衔接

试点决定中明确,“对涉嫌职务犯罪的,移送检察机关依法提起公诉”。试点决定在文字上采用了“移送检察机关依法提起公诉”的表述,而不是“移送检察机关依法审查起诉”的表述,似乎有检察机关对移送案件应直接提起公诉,而不能经审查后作出相应决定的意思。实际上,《刑事诉讼法》第三章“提起公诉”部分,第167条明确规定,“凡需要提起公诉的案件,一律由人民检察院审查决定”,后续条文中还规定了进行审查并作出相应决定的内容。该章内容在全国人大常委会的试点决定中并未被暂停实施。

因此,对于适用《刑事诉讼法》和相应程序规定办理的职务犯罪侦查案件,在采取刑事留置措施后,符合逮捕条件的,应当与检察机关衔接,即由刑事留置转为逮捕的,应当由检察机关根据批捕的条件和程序办理。检察机关收到移送提起公诉的刑事案件,在经过审查后作出相应决定,由此在监察机关和检察机关实现分工负责,互相配合和互相制约,保证准确有效地执行法律。

### (二) 行政性留置等涉及公民基本权利的监察措施的法律救济

监察机关办理职务违法案件,也需要与司法合理衔接。《立法法》第八条规定,限制人身自由的强制措施,属于法律绝对保留的事项。因此,设定限制人身自由的强制措施,应当制定法律。但是,这是否意味着只要制定法律授权即可,而无需与司法相衔接?刑事强制措施和行政强制措施,前者受《刑事诉讼法》规范,后者受《行政强制法》规范,发生争议属于《行政诉讼法》的受案范围。如果监察强制措施不与司法相衔接,就突破了法治原则,即“有权利,必有救济”的原则。此前,纪检部门办案中实施“双规”、监察部门实施“双指”,争议最大之处即在于与法治原则的冲撞。“双规”确实非常有效,反腐败需要权威高效,但是反腐败要有权威、要在制度上有可持续性和感召力,还是需要法治的保障。

如果查处职务违法案件中采取了行政性留置措施,此后案件也未能转为职务犯罪侦查并依法追诉,因其涉及被调查对象的人身自由这一宪法基本权利,应当设置救济途径,除了监察复议以外,也应当与司法衔接,允许提起诉讼。从性质上来说,监察机关与被调查人的关系,不完全等同于行政法上行政主体与行政相对人的关系,因此其不属于《行政诉讼法》的受案范围。但是,监察诉讼可以准用《行政诉讼法》,由人民法院行政审判庭受理。在法律技术上,只需要在《国家监察法》上作出特别规定,然后由《行政诉讼法》第12条第2款“人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他案件”加以容纳。实际上,在《行政诉讼法》制定之前,我国行政诉讼制度就曾经借助1982年《民事诉讼法(试行)》落地,该法第3条第2款规定:“法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。”人民法院对行政性留置这一限制人身自由的最严厉的监察强制措施的合法性进行审查,将会是最为关键、也最为有效的监督方式。

在反腐败行动中,查封、扣押、冻结等措施相当关键。“反腐败机构有权冻结那些被怀疑属于正在接受调查者的资产,这一点很重要。在迅速行动成为问题的关键所在时,反腐败机构应当能够在得到法院命令之前冻结财产。没有这种权力,银行家可以在几分钟

之内通过电子手段就将钱财转移。反腐败机构通常也拥有扣押和没收旅行证件,以防止嫌疑人逃逸的权力。在紧迫的情况下,它甚至不必等待法院的命令就可以采取这种临时措施。”<sup>[40]</sup>但是,查封、扣押、冻结等强制措施,只要涉及公民人身权、财产权等宪法基本权利的,也应当受到司法的事后监督和审查。否则,监察程序上的规定,包括全程录音录像等,无法切实发挥效用,特别是如果查封、扣押、冻结出现不符合适用条件、超出范围、超出期限等违法情形,需要有相应的司法救济途径。此外,监察调查后的后续行政处置,特别是没收或拍卖被查封扣押的财物、划转冻结的存款汇款、追缴和责令退赔等,同样涉及公民财产权这一基本权利,需要加以一体考虑。行政处置涉及辞退、开除公职的,则进入现行的相应救济途径中,自不待言。

### (三) 律师介入与国家责任

在监察机关办理案件过程中,被调查对象委托律师介入的权利应当予以充分保障。律师的参与和代理基于当事人的陈述、申辩权,后者属于正当程序的基本要素。职务犯罪侦查案件的律师介入,没有理由不适用《刑事诉讼法》的规定。根据《刑事诉讼法》第41条的规定,公安机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候,应当告知犯罪嫌疑人有权委托律师作为辩护人。因此,监察刑事程序启动后,第一次讯问或者采取刑事留置措施时,即应当允许律师介入,以帮助被调查人行使陈述、申辩权。

职务违法案件的调查,在能否获得律师的法律服务方面,也可以按照上述思路加以明确。此前,在行政监察体制下,基于监察行为属于行政机关内部行政行为的考虑,政纪案件的被调查人一直不能委托律师,监察部为此作出过专门的答复:

根据《中华人民共和国律师暂行条例》的规定,律师的业务范围主要是作为代理人或辩护人参加诉讼活动以及调解、仲裁等非诉讼活动。监察机关依法查处政纪案件是行政机关的内部行政行为,根据《中华人民共和国行政诉讼法》等法律的规定,不属于法院的行政诉讼受案范围。同时,查处政纪案件,也不属于调解、仲裁等非诉讼案件。因此,政纪案件的被调查人不能委托律师。<sup>[41]</sup>

在监察体制改革的制度设计中,可以对律师是否有权介入进行分类规定。如果只是采取询问、调取等措施,那么无须规定告知有权委托律师,一般也可不接受律师介入。但是,当监察调查措施,特别是强制措施影响被调查人基本权利时;当调查后受到没收财物、责令退赔、划转存款汇款或开除公职等处置时,特别是进入后续诉讼的,被调查人或被处置人,完全有权根据《行政诉讼法》的规定委托律师代理。律师也有权依据《律师法》依法执业。

只要是办案,就有可能会发生错误,甚至违法。对于因监察机关违法或错误办案而受到的损害,应当考虑与《国家赔偿法》加以衔接,设置相应的国家赔偿路径。1990年《行政监察条例》对此没有作出规定,1997年《行政监察法》第47条规定:“监察机关和监察人员

[40] [新西兰]杰瑞米·波普著:《制约腐败——建构国家廉政体系》,清华大学公共管理学院廉政研究室译,中国方正出版社2003年版,第148页。

[41] 《监察部关于政纪案件的被调查人是否可委托律师担任代理人问题的答复》(监法复字[1992]7号),载中华人民共和国监察部编:《中国监察年鉴:1992—1997年卷》(上册),中国方正出版社2007年版,第548—549页。

违法行使职权,侵犯公民、法人和其他组织的合法权益,造成损害的,应当依法赔偿。”2010年《行政监察法》修订时,这一规定延续了下来。在《国家监察法》的制定中,对于国家赔偿的条件、范围和途径等,有必要作出详细规定。

此外,还有必要考虑设置国家补偿的救济途径。在《行政监察法》修订过程中,全国人大常委会调研组进行了立法调研,地方政府法制部门就提出了这一建议,他们认为,被监察人的合法权益一旦受到侵害往往难以得到相应的合理补偿,这样对法的公平公正以及实施效果都可能产生影响,建议草案明确对被监察人因行政监察中的不当行为导致其合法权益受损的补偿。<sup>[42]</sup> 国家赔偿以违法行使职权为要件,但是实际工作中监察机关可能在合法的情况下对被调查人的合法权益造成不小的侵害,如果最后无法查实职务违法犯罪行为,就需要考虑给予适当的国家补偿,因为特定的当事人为国家的秩序承受了“特别牺牲”。

---

[ **Abstract** ] The legitimacy of monitoring measures is a matter of substantive rule of law in the reform of the monitoring system. The great variety of monitoring measures taken by the new national monitoring organ have neither created new types of power nor fundamentally changed the legal nature of monitoring measures. Duty crime investigation measures remain criminal investigation measures while measures for the investigation of duty-related illegal acts continue to belong to administrative measures. The monitoring relationship is a special relationship formed in the administration of civil servants. However, when involving basic rights of citizens, monitoring measures should be adjusted according to the principle of the rule of law and the principle of legal reservation. With respect to the legality of process, monitoring measures should be consistent with the principle of due process, make proper arrangements for the classification of and conversion between criminal and administrative monitoring procedures, and, in particular, provide for such important procedural rights or measures as notification, statement of defense, full recording and hearing. The most important and effective approach to supervising the monitoring organs is judicial supervision. A rational judicial connection should be established according to the type of monitoring measures and the type of procedures. Firstly, the relevant provisions of the Criminal Procedure Law should apply to the judicial connection between monitoring measures and criminal investigation. Secondly, investigation and disposal measures involving citizen's basic rights, such as administrative detention, should be allowed to be challenged according to the Administrative Procedure Law. In addition, the issues of participation by lawyers and state liability should also be given full consideration.

---

(责任编辑:田 夫)

[42] 季耀昆:《行政监察对象应为所有国家公务员 我市有关部门就行政监察法(修订)草案提出修改建议》,《济南日报》2009年4月24日,第15版。