第49卷第5期
2019年9月

浙江大学学报(人文社会科学版)
Journal of Zhejiang University (Humanities and Social Sciences)

Vol. 49, No. 5
Sept. 2019

DOI: 10.3785/j.issn.1008-942X.CN33-6000/C.2019.05.173

侦查与调查：职务犯罪追诉的模式演进及制度完善

胡　铭　钱文杰

（浙江大学 光华法学院，浙江 杭州 310008）

[摘　要] 厘清侦查与调查的关系，需要细致梳理职务犯罪追诉的模式演进。我国传统的职务犯罪侦查带有浓厚的职权主义色彩。经历了新中国成立初期无法可依和不成体系的前期探索，1979年后建立了检察机关主导的审问式职务犯罪侦查；1996年以来两次《刑事诉讼法》的修改形成了以人权保障理念为基础的审问式与对抗式相结合的侦查模式；2018年以来，在国家统一监察体制改革背景下，构建了以监察机关职务犯罪调查为主导、以检察机关侦查为补充的新双轨构造。这一过程中，职务犯罪追诉权的合理扩张与依法规制是模式演进的基本方向，并直接体现在对职务犯罪侦查立法、权力规范和权利保障的深层推进上。从中也可以看出，我国新确立的监察调查制度是对以往职务犯罪侦查的承继。在刑事司法体系化视角下，调查与侦查一脉相承，这是监察调查与刑事诉讼有效衔接的基础。在尊重司法规律和坚持法治理念的基础之上，应遵循比例原则以完善监察调查制度，在高效反腐与保障被追诉人权利的权衡中践行反腐败的正当性与法治化。

[关键词] 职务犯罪侦查；监察调查；监察体制改革；刑事司法

一、导　言

伴随着中国经济社会体制的转型与发展，权力腐败与腐败治理已经成为影响国家长治久安、和谐发展的关键问题，而国家机关工作人员职务犯罪则是权力腐败的极端表现。党的十八大以来，检察机关立案侦查职务犯罪254 419人，较前五年上升16.4%，为国家挽回经济损失553亿余元，其中包括122名原省部级以上干部的立案侦查[①]。但当前的反腐败任务仍然艰巨[②]。反腐败体系和

[收稿日期] 2019-05-17
[在线优先出版日期] 2019-09-06
[本刊网址·在线杂志] http://www.zjujournals.com/soc
[网络连续型出版物号] CN 33-6000/C
[基金项目] 国家法治与法学理论研究项目(18SFB2029)；国家社科基金重大项目(18ZDA137)

[作者简介] 1.胡铭(https://orcid.org/0000-0002-2248-9105)，男，浙江大学光华法学院教授，博士生导师，法学博士，主要从事刑事诉讼法、司法制度研究；2.钱文杰(https://orcid.org/0000-0002-1441-3346)，男，浙江大学光华法学院博士研究生，主要从事刑事诉讼法、监察制度研究。

① 参见曹建明《最高人民检察院工作报告》，载《人民日报》2018年3月26日，第3版。

② 在传统纪律检查、行政监察、检察侦查、政府审计和腐败预防等“九龙治水”反腐格局中，反腐资源投入与治理成效不彰的困局、反腐制度“大爆炸”与反腐机制不畅的困局、腐败“黏性”与反腐惯性的困局、硬性反腐过剩与软性反腐不足的困局、反腐厉度极端化与腐败烈度居高不下的困局等日益显现。参见刘艳红《中国反腐败立法的战略转型及其体系化构建》，载《中国法学》2016年第4期，第219-224页。

反腐败能力的现代化是推进国家治理体系和治理能力现代化的重中之重。在此背景下,我国启动了新一轮的反腐败治理改革:2016年,全国人大授权北京、山西、浙江三地开展监察体制改革试点①;2017年,十九大报告提出"深化国家监察体制改革,将试点工作在全国推开";2018年《中华人民共和国宪法修正案》在第三章"国家机构"中增加"监察委员会"一节,监察法出台,刑事诉讼法亦相应调整。由此,我国的腐败犯罪追诉体系发生了重大变革。

监察体制改革的总目标是"建立党统一领导下的国家反腐败工作机构"[1]17,而职务犯罪侦查权的转隶、调查权的规制以及监察委办案与刑事司法的衔接等,都非一蹴而就之事。新中国成立以来,有关职务犯罪侦查已经历了数次改革和调整,并以刑事诉讼法等相关法律法规的修改为支撑,其背后又是政治体制和司法体制的重大变革。迄今,职务犯罪相关研究虽然不少,但对职务犯罪追诉模式演进的体系解读和对其历史脉络的细致梳理尚不多见。基于刑事司法体系化视角,紧扣职务犯罪侦查向监察调查的转型,本文尝试探讨我国职务犯罪追诉的模式演进及其法理基础,以期对监察调查制度的完善和发展有所裨益。

二、1949—1978年:运动式反腐下的联合办案

新中国成立之初,围绕国家制度顶层设计,一方面是废除旧政权的六法全书,另一方面是探索新政权的司法建制。当时的原则是有纲领、法律、命令、条例、决议规定者,从纲领、法律、命令、条例、决议之规定;无纲领、法律、命令、条例、决议规定者,从新民主主义的政策。在中国共产党的统一领导下,纪检机关、监察机关与检察机关等分工负责,分属于党委、政府和司法机关三个系谱,群众参与占绝对主体地位,但也致使反腐扩大化以及社会秩序紊乱,职务犯罪侦查是以惩罚犯罪为纲的联合办案模式。

(一)前期探索:检察机关的职务犯罪侦查权限

1931年,中华苏维埃第一次全国代表大会(亦称"第一次全国工农兵代表大会")通过的《工农检察部的组织条例》第5条(戊)规定,工农检察机关"若发觉了犯罪行为,如行贿、浪费公款、贪污等,有权报告法院,以便施行法律上的检查和裁判",中国共产党领导下的检察机关职务犯罪侦查制度初见端倪。而中华民国基本上承袭了清末的做法,赋予检察官一般侦查权和指挥侦查权[2]53。新中国成立伊始,囿于统一的刑法典、刑事诉讼法典等缺位,检察机关究竟是领导公安机关侦查,还是根据案件性质做出明确分工,当时还没有定论[3]147。而在1950年的第一届全国检察工作会议中,时任最高人民检察署副检察长李六如在《人民检察任务及工作报告大纲》中强调"保障《共同纲领》第18条之实施,注意检察损害公共财产、经济建设和贪污等案件",并将"检举损害经济建设和国家财产等行为"列为检察署的工作重点之一,侦查权隐含在"检察权"的概念中,与检察机关行使一般监督的职权相关联。特别是在1951年底至1952年10月的"三反""五反"运动中,检察机关就牵头查办了刘青山、张子善贪污案等,积累了直接受理刑事案件侦查的工作经验,但也存在刑讯逼供取口供、机械考核定指标、从重从快求效率等实践偏向。

1954年,第二届全国检察工作会议决议要求:首先建立重要刑事案件的侦讯及侦讯监督制度。根据当时检察工作的方针任务和主观力量确定检察机关对刑事案件的侦讯范围,并建立切合实际

① 早在2012年,广东省珠海市横琴新区就尝试探索建立了第一个"整体防治"的惩防腐败专门机构——廉政办公室,下设综合部、纪检监察部、审计监督部、反贪污贿赂和反渎职侵权部等4个部门,对口指导纪检、监察、检察、审计等工作。参见陈璇、文雅茜《廉政办的反腐意义有多大——珠海横琴新区首创"联合反腐"机构》,载《中国青年报》2012年9月13日,第11版。

的简易可行的侦讯程序和侦讯监督程序，使之逐步系统化、正规化。当时，检察机关刑事自侦案件的管辖范围仍处于摸索阶段，如1957年《中华人民共和国刑事诉讼法草案（草稿）》对职能管辖做了立法保留，假定为第11条至第30条，留待司法部关于管辖总结确定后，再补充条文[4]459。1957年，时任最高人民检察院检察长张鼎丞在向全国人大所做的工作报告中指出：各级人民检察院进行了对职务犯罪案件、经济犯罪案件和侵犯人权犯罪案件的侦查工作①，从而对检察机关侦查权的范围进行了初步总结。直至1962年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布《关于公、检、法三机关受理普通刑事案件的职责范围的试行规定》才明确了检察机关管辖国家机关工作人员、基层干部和企业职工中贪污、侵吞公共财产及侵犯人身权利等构成犯罪的案件。这是第一次对检察机关自侦案件的管辖范围进行了较为宽泛的规定，而这也被1962年的《中华人民共和国刑事诉讼法草案（初稿）》所吸收②，各级检察机关相继增设业务机构，并将“职务上犯罪”的侦查作为检察机关查案办案的工作重心。

（二）实践样态：检察机关的职务犯罪侦查运行

对于职务犯罪侦查的实践情况，在此以当时轰动全国的刘青山、张子善案为例。虽然该案是在“三反”运动中被查处，但其作为处理国家领导干部严重职务犯罪的典型，在相关法规严重匮乏的新中国成立初期有着强烈的示范意义。案发时，河北省委迅速成立了“刘青山、张子善大贪污案调查处理委员会”，由河北省人民政府主席杨秀峰担任主任，河北省人民监察委员会③主任李国华、河北省人民检察署检察长孙光瑞和河北省高级人民法院院长宋志毅等任委员，而在多名委员组成的具体办案组中，则是由检察长孙光瑞任组长，直接负责侦讯[5]14。河北省人民检察署成立了该案的“侦讯办公室”，并抽调了河北省公安厅李定一处长参加侦讯工作。关于刘青山、张子善二人的逮捕决定，则是由河北省委向华北局请示，经讨论并报毛泽东主席以中共中央名义批准[6]64；而有关逮捕执行和后续羁押，则是由河北省公安厅具体负责④。由此可见，在“党管政法”的基本治理经验中，新中国成立初期的职务犯罪案件专门调查是由检察机关统筹，并且会在大案、要案的具体侦办中抽调公安机关、监察机关的侦讯力量等形成合力，甚至还有法院的提前介入。至此，党委领导和联合办案的反腐败格局初步形成⑤。

关于职务犯罪侦查的具体程序，在最高人民检察院1956年出台的《各级人民检察院侦查工作试行程序》中，初步建立起了以惩罚犯罪为导向的侦查制度：（1）要求检察机关在侦查阶段制订侦查计划；（2）可以采取包括勘验、鉴定、搜查、扣押、侦查实验等手段搜集证据；（3）规定“取保候审”“监视居住”和“逮捕”等强制处分；（4）以“检举”程序为界限，严格划分“犯罪嫌疑人”和“被告人”，且施行讯问或强制处分等只能对“被告人”展开；（5）规定侦查终结后的决定起诉、免于起诉或不起诉等

① 参见张鼎丞《关于一九五六年以来检察工作情况的报告》，2008年3月7日，http://www.gov.cn/test/2008-03/07/content_912348.htm，2019年5月28日。

② 关于刑事诉讼法中是否需要明文规定检察机关直接侦查办理案件的范围，主要有两种意见：一种认为检察机关是法律监督机关，过多地承担侦查任务，会影响法律监督工作，建议规定侦查工作由公安机关进行，检察机关只是保留其认为有必要的少量侦查；另一种认为检察机关实践中承担着职务犯罪等案件的侦查，需要通过明确立法以防止实践中的扯皮和推诿，而且这也是法律监督的重要组成部分。

③ 当时的人民监察委员会隶属于行政机关，承担国家行政监察职责，具体负责监察政府机关和公务人员是否履行职责，是否违反国家政策、法律、法令或损害人民及国家的利益等。

④ 当时，有关逮捕、审理和判决等都必须有相当级别党委的审批，特别重要案件则需要报党中央批准。参见范恒山主编《政治体制改革词典》，（北京）中国物资出版社1988年版，第305－306页。

⑤ 1951年12月8日，毛泽东明确指出，“应把反贪污、反浪费、反官僚主义的斗争看作如同镇压反革命的斗争一样的重要”，即腐败行为被定义为政治错误并被谴责为“封建”“修正主义”或“反革命”。参见杨开峰《中国行政伦理改革的反思：道德、法律及其他》，载《公共行政评论》2009年第3期，第127－149页。

案件分流机制。与此同时,强调检察机关在侦查讯问时,注意对被告人无罪证据和对其有利信息的搜集,以及严禁刑讯逼供和诱供等非法行为。但是,上述制度并未在实践中得以真正落实,特别是伴随着1959年《各级人民检察院办案程序试行规定》的出台,"多快好省"的检察目标被确立,办案程序大为简化,甚至采用了"支持第一、制约第二"的工作原则,职务犯罪侦查呈现出明显的严厉打击犯罪、追求效率的倾向。而在后来的"文革"中,各级检察机关由造反派组织夺权,检察制度实际上被废弃,检察工作陷入瘫痪[7]60。1975年《宪法》则从国家根本大法层面确认了检察机关被撤的事实,即明确规定"检察机关的职权由各级公安机关行使"。

(三)小结:惩罚犯罪导向下的保障人权错位

在统一的刑事诉讼法典等缺位的新中国成立初期,检察机关与纪检监察、公安机关、人民法院等共同组成刑事追诉机构,惩罚犯罪被视为职务犯罪侦查的唯一价值,保障人权则被泛化的惩罚犯罪所弱化,从而呈现一边倒的态势。具体体现在如下两个方面:

一方面是对惩罚犯罪的片面强调,体现在大包大揽的侦查管辖、从严惩犯罪出发的量化考核等。例如,扩大解释"贪污",内容涵盖"一切国家机关、企业、学校及其附属机构工作人员,凡侵吞、盗窃、骗取、套取国家财物,强索他人财物、收受贿赂以及其他假公济私违法取利之行为"[8]63;针对"职务犯罪",也未严格区分"利用职务之便"和"利用工作之便",检察机关甚至可以侦查"乘领导疏于监督检查,盗窃公物公款"的案件等;规避"程序规则",以满足定指标、分任务的考核要求。运动式反腐下的职务犯罪侦查重政策、讲时效、依赖群众运动,被当作阶级斗争中的关键战役,而按程序办事被认为会放纵敌人并难以为公众所接受,导致本身就简单粗糙的《×××工作细则》《×××实施办法》《×××试行程序》等规范被进一步虚化、搁置。

另一方面是保障人权并不具有独立价值,狭隘地将惩罚犯罪当作保障人权的实现方式。虽然1950年第一届全国检察工作会议便已提出"保障人权"是检察机关的工作重点之一,主要针对"除检查公安、法院、监狱,有无捕押不当、是否虐待用刑或久押不问等外,特别要注意区乡机关干部有无乱捕乱押乱打等违法行为",但是,检察机关实践中的保障人权仍是以"为中心工作服务"为特点,中心工作的具体内容包括政权巩固、政权建设、经济建设、法制建设诸方面[9]77,如推动《婚姻法》的贯彻①。而且也少见对检察机关自行侦查中乱捕、乱押、乱打等违法行为的制约,现代刑事诉讼制度中以被追诉人为核心的人权保障理念和机制尚未成型。

三、1979—1995年:反腐制度化进程下的强职权主义

遭受了"文革"中"公检法被砸烂"的法治浩劫,十一届三中全会开启了我国改革开放和现代化建设的新时期,腐败治理也迈入了制度性反腐的新阶段,党的纪律检查和国家行政监察相继恢复,并进行了合署办公的模式调整。仅就腐败犯罪而言,国家立法层面的建章立制和组织架构层面的改革重建等循序展开,不断推动着我国审问式职务犯罪侦查的法制化。突出表现为1979年《刑事诉讼法》对检察机关职务犯罪侦查的立体式规定,这也构成了改革开放以来检察机关职务犯罪侦查合理扩张和依法规制的逻辑起点。1982年《宪法》明确了"人民检察院是国家的法律监督机关"的身份属性,统摄了"刑事法律监督"和"诉讼法律监督"的"双轨式"法律监督模式,一直持续到国家监察体制改革启动之前[10]6,职务犯罪侦查则是刑事法律监督的重要内容。虽然在个案层面还存在

① 因为受根深蒂固的封建思想和封建婚姻制度的持续影响,1950年的《婚姻法》实施阻力较大,某些干部对贯彻《婚姻法》采取对抗和敌视态度,凭借职权等支持封建陋习和干涉婚姻自由,侵害了妇女的合法权利。

联合办案的情况，但已经不是主流。其间，经历了1982年、1985年、1989年和1993年连续四次的“严打”，打击犯罪仍然是最重要的刑事诉讼价值，检察机关主导的审问式职务犯罪侦查逐步成型，制度设计呈现出强职权主义色彩。

（一）初步规范：检察机关的职务犯罪侦查管辖

1978年，检察机关恢复重建，最高人民检察院相继设立了经济检察厅和法纪检察厅，分别主管对经济犯罪案件和违法违纪案件的侦查工作。1979年，新中国第一部《刑事诉讼法》正式颁布，第十三条第二款规定：“贪污罪、侵犯公民民主权利罪、渎职罪以及人民检察院认为需要自己直接受理的其他案件，由人民检察院立案侦查和决定是否提起公诉。”即从法定侦查和机动侦查两个方面对检察机关职务犯罪侦查管辖做了粗放式的规定。此后，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于执行刑事诉讼法规定的案件管辖范围的通知》，从22个方面规定了“人民检察院直接受理刑法规定的刑事案件”，并在1979年《刑事诉讼法》规定的检察机关负责侦查的三大类案件管辖范围之外，增加了重大责任事故，偷税、抗税，挪用救灾、抢险等款物，假冒商标和盗伐、滥伐森林等案件类型，并继续保留“人民检察院认为需要自己直接受理的其他案件”的兜底性条款。1986年的《人民检察院直接受理的经济检察案件立案标准的规定（试行）》，明确了贪污、贿赂、偷税、抗税等犯罪案件的立案标准。1988年，最高人民检察院向中共中央提交了《关于检察机关把反贪污受贿列为打击经济犯罪重点的报告》，提出要“把查处贪污、受贿犯罪案件列为打击经济犯罪的第一位工作”，专业化的反贪污贿赂工作局在此之后成立。1993年出台的《中共中央纪律检查委员会、最高人民检察院、监察部关于纪检监察机关和检察机关在反腐败斗争中加强协作的通知》，明确建立了以“线索移送、案件移送、联合办案和联席会议”等为内容的反腐败协作机制；1994年的《中国共产党纪律检察机关案件检查工作条例》进一步规定：“调查中，若发现违纪党员同时又触犯刑律，应适时将案件材料移送有关司法机关处理。”这便形成了纪委监察与检察机关协同办案的基本办案模式。

这一时期，检察机关的侦查管辖范围较大：包括了贪污罪、侵犯公民民主权利罪和渎职罪的公职、公务犯罪；新增了重大责任事故案，偷税、抗税案和假冒商标案等涉及公有制经济体制的企业、单位犯罪；挪用救灾、抢险等款物的犯罪也因需要具备特定公务身份的人员实施而被纳入其中；盗伐、滥伐森林等侵犯国家森林资源且无具体被害人的案件也被规定统一于检察机关的特别侦查。综上，可以分为三大类：(1)公职、公务犯罪；(2)其他侵害国家利益又无具体被害人的特定犯罪；(3)人民检察院认为需要自己侦查的犯罪。由于检察机关自行侦查案件范围的规定较为粗放，其侦查权较大且可变性和灵活性较强，引发了实践中利用宽泛的侦查权进行隐蔽侦查，“以案掩案”[11]214。

（二）建章立制：检察机关的职务犯罪审问式侦查

在1979年《刑事诉讼法》第二编“立案、侦查和提起公诉”的第二章，用八节共三十三条具体明确了“侦查”的一般性规定，这为检察机关的职务犯罪侦查提供了明确依据并划定了界限。此后，一系列的司法解释逐步为检察机关的职务犯罪审问式侦查确立了基本遵循依据。如1986年的《人民检察院直接受理侦查的刑事案件办案程序（试行）》规定，“讯问被告人，要作好讯问笔录（可以录音、录像）”，首次规定了录音、录像制度；关于羁押，规定“县级以上干部和知名人士犯罪需要逮捕的，按干部管理权限的规定征求有关部门的意见后审查决定”；对于秘密侦查，则多年来一直保持着对官员适用技侦手段需要相应级别的党委负责人审批的做法。与此同时，考虑到职务犯罪手段隐蔽、类型复杂、敏感特殊等客观现实，侦查实践在立法层面之外展开探索。如逐步形成了职务犯罪初查制度，即人民检察院针对经审查可能存在职务犯罪的线索，为判明该线索是否具备《刑事诉讼法》规定

的立案条件而进行的具有一定侦查性质的初步调查。纪检机关监察机关和检察机关之间的反腐败联动协作被进一步强调,特别是“双规双指”在实践中演变为职务犯罪侦查措施的外援,成为侦查权的隐形运行方式①。

职务犯罪侦查模式呈现出强职权主义的特点:(1)检察机关职务犯罪侦查的权力较大,特别是在检察机关自行侦查权、提起公诉权和免予起诉权的多权融合之下,自侦、自诉、自免等职能同体,进而呈现出一种“侦查制约起诉、起诉制约审判”的实然司法②。(2)对检察机关职务犯罪侦查的制约较少,例如对其自行侦查的案件,检察机关可以自行决定使用任何强制措施,且严重限制人身自由的逮捕由本级检察机关批准即可,自侦、自捕等身份重合问题严重,导致自侦案件中的逮捕占公诉比居高不下,1993年的占比甚至高达99.07%,而且实践中超期羁押现象频发。(3)在以政党为核心的中国特色反腐败体系框架之下,纪律检查机关、行政监察机关与检察机关分工负责、相互配合的权力衔接体系,促使其办案机制在深层结构、资源汲取与价值取向等方面的联系日趋紧密。

(三)小结:审问式侦查下的实体真实发现

检察机关侦查以惩罚犯罪为职责导向,审问式侦查下主张从重从严打击职务犯罪,尤其是在20世纪90年代之前,追究犯罪、惩罚犯罪被看作刑事诉讼法的首要目的[12]40。与此同时,国家也注重对制度初创时期经验和教训的汲取,并通过外部立法和内部规范等规制职务犯罪侦查。

首先是职务犯罪侦查的立法规制。通过刑事诉讼法中的概括授权和特别授权条款以及相关司法解释,明确了检察机关职务犯罪侦查的权能、范围和规范,以适应立法规制侦查的国际通例。其次是职务犯罪侦查专门机构的调整,形成了“分工→分权→专业机构”的制衡体制,而功能分化与机构分立也是刑事司法专业化和现代化的重要标识。从设立经济检察厅、法纪检察厅,到组建案件举报中心、反贪污贿赂局等,初步形成查办贪污贿赂犯罪案件的专业队伍和侦查机制,推进了职务犯罪侦查的规范化运行。再次是职务犯罪侦查内部制约的强化。预审、侦查工作与审查批捕、起诉工作等相分离,分别由反贪污贿赂局和刑事检察部门分工负责;对于不服免诉的申诉,由上一级检察机关的控告申诉部门复查处理等。以立法规制和运行规范为突破的侦查规制,其实是以内部分权和主体自觉为支撑。审问式侦查下的保障人权初步明确,却难掩“严禁刑讯逼供”等沦为口号式宣言的现实。例如疑罪从无、反对强迫自证其罪、非法证据排除、侦查阶段有权获取律师帮助等立法缺位,说明以刑事诉讼中的权利来规制职务犯罪侦查权力的相关机制尚未真正建立。

四、1996—2017年:审问式与对抗式相结合的职务犯罪侦查

以1996年和2012年《刑事诉讼法》的两次修改为标志,检察机关职务犯罪侦查权经历了合理扩张和依法规制,审问式与对抗式相结合的侦查模式逐步成型。合理扩张使侦查程序能够达到实质的效果,即达到控制犯罪之目的,符合实质合理性的要求;而依法规制则使侦查程序具有正当性,符合形式合理性的要求[13]197。在以惩罚犯罪为主导的审问式侦查之下,选择将刑事审判的对抗主义引入侦查阶段,有利于保障被追诉方“有效参与”和“实质影响”侦查过程并享有诉讼防御的权利

① “双规”是指党的纪律检察机关可以要求有关人员在规定的时间、地点就案件所涉及的问题做出说明;“双指”,又称“两指”,是指监察机关可以要求有关人员在指定的时间、地点对调查事项涉及的问题做出解释和说明。参见张步文《“双规双指”相对合理性与适法有限性》,载《河北法学》2005年第1期,第4-7页。

② 综观当下中国刑事司法实践,分工负责、互相配合、互相制约原则主要存在过度强调互相配合、制约失衡现象严重和辩护主体缺位等问题。参见左卫民《健全分工负责、互相配合、互相制约原则的思考》,载《法制与社会发展》2016年第2期,第25-30页。

和诉讼救济的权利。

（一）管辖限缩：突出职务犯罪的侦查管辖

1996 年《刑事诉讼法》的修改主要是为了解决 1979 年《刑事诉讼法》的“法律规定过于粗疏、可操作性差，《刑事诉讼法》与其他现行法律的一些规定不协调，与世界各国刑事诉讼制度变革的共同趋势不协调”等问题。主要的调整之一便是限缩检察机关自侦案件的范围以解决如下问题：检察机关自侦案件范围不断扩大、办案过多、牵扯了过多精力，反而难以集中力量查办贪污贿赂等腐败案件和进行法律监督[14]35。1996 年《刑事诉讼法》第十二条第二款规定：“贪污贿赂犯罪，国家工作人员的渎职犯罪，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，由人民检察院立案侦查。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件，需要由人民检察院直接受理的时候，经省级以上人民检察院决定，可以由人民检察院立案侦查。”而且在 1997 年《人民检察院刑事诉讼规则》中，从规范层面第一次提出“职务犯罪”，并明确了公安机关、检察机关案件管辖中的移送与配合等。与之相适应的是在 1997 年《行政监察法》中，明确要求监察机关在办理监察事项中对涉嫌犯罪的案件，应当移送司法机关依法处理，而接受移送的机关应当将处理结果告知监察机关。

这一时期，检察机关职务犯罪案件管辖权的变化呈现出两大特点：一是管辖范围的清晰化，二是案件类型的精细化。例如，对国家机关工作人员利用职权实施的犯罪采用了明确列举，以适应《刑法》规范，增强了立法的明确性、衔接性和可操作性；取消了牵扯检察机关过多精力的涉税犯罪案件侦查等；明确界分“利用职务之便”和“利用工作之便”等，收缩作为反贪对象的国家机关工作人员的范围，将反渎职侦查限于国家机关工作人员[15]8。在继续保留检察机关机动侦查权的同时，明确要求“国家机关工作人员”“利用职权实施”“重大的犯罪案件”和“省级以上人民检察院决定”四项要件的同时满足。

（二）理性扩张：职务犯罪侦查手段的升级

1996 年《刑事诉讼法》承继并细化了 1979 年《刑事诉讼法》“讯问，询问，勘验、检查，搜查，扣押物证、书证，鉴定和通缉”的收集证据、查明案情的方式。实践中，职务犯罪侦查手段日益升级并强化了侦查权。例如，心理测试（测谎）技术开始被应用到职务犯罪的讯问和询问中，最高人民检察院《关于 CPS 多道心理测试鉴定结论能否作为诉讼证据使用问题的批复》（高检发研字〔1999〕12 号）明确了“人民检察院办理案件，可以使用 CPS 多道心理测试鉴定结论帮助审查、判断证据”。录音录像技术得到试点与推广，被用作固定言词证据，为破解职务犯罪侦查的证据收集、固定这一难题提供了技术支持，特别是保障有罪供述笔录的可信性，防止犯罪嫌疑人、被告人翻供，提高控诉效果[16]158。如南京市人民检察院 2006 年全年共对 172 起案件进行全程录音录像，自实行全程录音录像后，职务犯罪侦查案件翻供率由原来 15％左右下降为不足 5％，对干警办案行为的投诉率下降了 15％[17]68。数据信息引导、技术平台支撑的侦查变革和电子检务迈向智慧检务的转型升级，通过建立和完善执法信息共享和查询机制、互联网数据采集与存储平台、全景式职务犯罪侦查信息数据模型等，推动了侦查指挥、远程取证、智能鉴定等检察业务流程再造，显著提升了检察机关发现、追究和证实犯罪的能力。

2012 年《刑事诉讼法》则主要从三个方面强化职务犯罪的侦查权：第一是丰富侦查手段，特别是技术侦查措施入法，明确了技术侦查的适用范围、主体范围和程序要求等。同时，立法规定了职务犯罪技术侦查要受重罪大案原则、必要性原则、合法性原则和协同性原则等约束，且具体措施限于特定种类。第二是新增“指定居所监视居住”的强制措施。在职务犯罪案件的侦查中，指定居所

监视居住可以有效防止在住处监视居住中可能发生的串供、毁证等。与此同时,为了防止职务犯罪案件中对此规定的滥用,在对可能适用案件范围进行限制的基础之上,不仅强调符合逮捕条件的实体要件,而且设置经上一级人民检察院批准的程序要求。第三是建立了行政机关收集证据的司法追认机制。规定行政机关在行政执法和查办案件①过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等实物证据,在刑事诉讼中可以作为证据使用,这便搭建了行政监察与检察侦查之间的衔接桥梁。

(三)多措并举:职务犯罪侦查权的依法规制

1979年《刑事诉讼法》实施以来,对职务犯罪侦查权的规制已有所体现,而1996年《刑事诉讼法》修改以及相应的改革探索有效引入保障人权的理念,通过外部对抗实现权利对权力的有效规制,推动职务犯罪侦查权的规制优化。正如有学者所称,在齐一的侦查程序设计思想和立法体例之下,真正在1996年《刑事诉讼法》修正后遭遇全面束缚的是检察院的职务犯罪侦查②。

首先是保障人权的理念确立。"尊重和保障人权"在我国经历了一个"由执政党的意志上升为人民的意志,由执政党的政治理念和价值上升为国家建设和发展的政治理念和价值"的发展历程[18]42。2004年"国家尊重和保障人权"写入《宪法》,时任最高人民检察院检察长贾春旺要求检察工作"牢固树立尊重和保障人权的观念"。以羁押为例,最高人民检察院相应提出"羁押制度应符合人权保障原则,要切实体现正当性和节制性的要求",当年的检察机关自侦案件逮捕率就较上一年度下降了近6个百分点③。职务犯罪侦查经历了结构性的转型和变革,实现惩罚犯罪与保障人权相统一,被确立为职务犯罪侦查的基本目的。2012年《刑事诉讼法》进一步将"尊重和保障人权"明确为刑事诉讼法的任务,对职务犯罪侦查起到提纲挈领的指导作用。反映在实践中,自侦案件逮捕率的下降可以作为一种佐证,如图1所示,自1996年以来,检察机关自侦案件提起公诉的总量呈上升趋势,但决定逮捕的总量却相对稳定,逮捕占公诉比整体呈下降趋势,逮捕决定的理性化程度逐步提升。

其次是限权性规范的立法定位。区别于刑法授权性规范的特征,刑事诉讼法属于限权性规范,《刑事诉讼法》每一个条文都为国家刑罚权划定行使的边界,暗含着对公权力的限制。如在1996年《刑事诉讼法》的"一般侦查"之外,增加了"人民检察院对直接受理的案件的侦查"专门性规定,并在法律条文设计上大幅增加数量,对检察机关职务犯罪侦查权力的行使进行立法规制④。2012年《刑事诉讼法》进一步严格并细化了逮捕的条件,新设羁押必要性审查制度,确立和完善侦查阶段的非法证据排除规则⑤。这些规定为职务犯罪侦查权的行使提供了规范和约束。

---

① 考虑到我国监察部门对国家机关工作人员违法违纪的案件有权进行调查,《刑事诉讼法》中的"查办案件"主要是针对此种情形。参见陈光中等编《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改条文释义与点评》,(北京)人民法院出版社2012年版,第61-62页。

② 一方面是因为检察院没有公安机关的双重性质所具有的第二套手段;另一方面是因为国家机关工作人员职务犯罪的案件性质不同于公安的普通刑事案件,所有嫌疑人均身份信息明确,检察院完全不可能享用《刑事诉讼法》第一百二十八条等特别授权规定。参见刘忠《读解双规侦查技术视域内的反贪非正式程序》,载《中外法学》2014年第1期,第209-233页。

③ 2003年,检察机关决定逮捕16 020人,提起公诉26 124人,逮捕率为61.32%;2004年,检察机关决定逮捕17 078人,提起公诉30 788人,逮捕率为55.47%。数据皆来源于《中国法律年鉴(2004)》和《中国法律年鉴(2005)》。

④ 其中,第一编总则第六章"强制措施"有27条,第二编立案、侦查和提起公诉第二章"侦查"有47条;而在1979年的《刑事诉讼法》中,则分别是15条和32条。

⑤ 职务犯罪侦查中,不仅要收集证据,而且要排除非法证据;不仅要收集证明犯罪的证据,而且要收集证明证据收集合法性的证据;不仅要收集与定罪有关的证据,而且要收集与量刑有关的证据;不仅要做好侦查阶段的侦查工作,而且要做好出庭作证(目击证人)和出庭说明情况、证明取证合法性的工作等。参见朱孝清《刑诉法的实施和新挑战的应对——以职务犯罪侦查为视角》,载《中国刑事法杂志》2012年第9期,第3-11页。

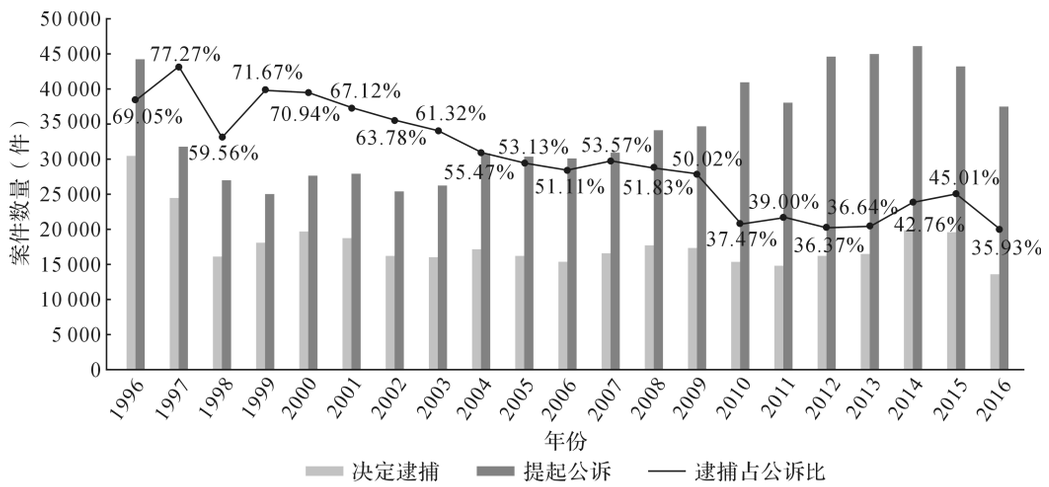

图 1　1996—2016 年检察机关自侦案件决定逮捕、提起公诉统计[①]

再次是权利对侦查权的外部规制。一方面是从保障被追诉人人权出发，探索“以权利制约权力”的外部对抗机制。例如，1996 年确立了侦查阶段的律师提前介入，2012 年实现了侦查阶段律师的辩护人化；明确规定除特别重大贿赂犯罪外，律师凭“三证”就可以会见犯罪嫌疑人，会见时不被监听。另一方面是顺应公民参与司法活动的民主要求，试点和创设人民监督员的外部监督。先后通过《检察机关直接侦查案件实行人民监督员制度的规定（试行）》和《关于人民监督员监督“五种情形”的实施规则（试行）》等，规范检察机关在查办贪污贿赂、渎职侵权等职务犯罪案件过程中的权力行使，重点是要突出对“犯罪嫌疑人不服逮捕决定的案件”“拟撤销的案件”和“拟不起诉的案件”三类案件的人民监督。

最后是权力运行的内部规制。通过一系列的司法解释和内部规定，强化了检察机关侦查案件的内部制约机制。例如，《关于省级以下人民检察院立案侦查的案件由上一级人民检察院审查决定逮捕的规定（试行）》，探索和尝试有限的异体监督模式，并就“报请逮捕书”中的犯罪事实、证据材料和逮捕必要性说明等进行强制规定，相关规定也被吸收进了 2012 年《刑事诉讼法》的修改中[②]；《人民检察院错案责任追究条例（试行）》和《检察人员执法过错责任追究条例》等确立了检察官办案责任制，把主办检察官的责权利结合起来，实现对侦查办案各环节的管理、考核和监督相统一；《最高人民检察院职务犯罪侦查工作八项禁令》等，严格规范检察官的侦查行为，防范侦查权被滥用。

（四）小结：基于人权保障理念的审问式与对抗式相结合的模式

回顾检察机关职务犯罪侦查在 1996—2017 年间的变革，基本的做法是在审问式侦查中融入对抗元素，进而追求惩罚犯罪价值导向下的保障人权理念，且依法规制和合理扩张并行不悖，但加强人权保障的趋势愈发明显，这也是近年来法治进步的重要表征。具体体现在：一是职务犯罪侦查经历了从“法制化”到“法治化”的调整，实现了从“有法可依”到“优法可依”的转型，并且坚持在这一过程中不断完善法律和细化规程。二是惩罚犯罪模式下的侦查权理性扩张。例如，技术侦查措施由

① 数据来源于《中国法律年鉴》（1997—2017 年），逮捕率是检察机关自侦案件中决定逮捕的人数与提起公诉的人数的比值。

② 职务犯罪案件审查逮捕权“上提一级”的改革也取得了相应的正向效果。例如，不捕率、捕后起诉率和判决率均有上升；逮捕决定的理性化程度有所提高；侦查重心前移；下级检察机关侦查部门的侦查行为及取证策略得到规范等。参见葛琳《职务犯罪案件审查逮捕权“上提一级”改革研究——以某省改革实践为分析样本》，载《政法论坛》2013 年第 6 期，第117－129页。

“法外实践”向“法内规范”发展;又如,初衷为固定证据的职务犯罪侦查讯问的同步录音录像制度,逐步演化成为被追诉方申请非法证据排除的重要线索和可靠证据之一。三是在审问式侦查中引入对抗性要素,使得人权保障在理念、技术和规则等方面全面发展。通过对追诉方公权克制与被追诉方私权扩张的双向性调整,不断强化被追诉方作为诉讼主体在职务犯罪侦查中的有效参与及对诉讼进程的实质影响。

上述变革是与我国《刑事诉讼法》的修改一脉相承的,反映出我国追诉犯罪的正当法律程序日益成熟,体现了刑事诉讼中打击犯罪和保障人权相平衡的理念。在这一阶段,从规范层面来看,纪检监察机关没有直接参与职务犯罪侦查,但实践中纪检监察机关为职务犯罪侦查提供了重要支撑,发挥了线索发现、案件过滤和证据收集、固定、保全等至关重要的作用。但如何理顺纪检监察机关与检察机关职务犯罪侦查的关系,实现腐败犯罪的高效、集中治理却始终是一个难题。

五、监察体制改革背景下的职务犯罪调查及其完善

2018年《监察法》的出台,标志着我国监察体制改革取得重大进展,旨在建立“集中统一、权威高效”的监察体制的顶层设计初步完成并呈现出以下四大特点:(1)监察权成为与行政权和司法权并列的国家权力;(2)监察全覆盖;(3)监察职权扩展到职务犯罪调查和处置;(4)领导体制以垂直为主[19]28。这为我国的职务犯罪侦查模式带来了重大变革,颠覆了原有的纪检监察机关和检察机关双轨机制。统一监察体制改革,契合了新形势下全面依法治国和全面从严治党的战略布局,一方面是要解决党政合体机制的正当性、监督程序的合理性,以及“双规双指”举措的合法性等问题;另一方面是要解决我国监察体制存在的同体监督乏力、异体监督缺失、党纪国法断层、监察资源分散和对象难以周延等问题,通过监察委员会的高位阶,实现反腐一体化和监督全覆盖。在“反腐倡廉”这一中国特色的政治话语体系下,有效打击职务犯罪肩负着政治、法律和社会等多重使命①,职务犯罪侦查进入了“调查”时代。监察调查虽然不直接适用刑事诉讼法,但不应与职务犯罪追诉制度割裂,而应在承继中求发展,监察调查仍然是刑事司法的一部分,我们应在刑事司法体系化视角下来认真审视监察调查与刑事诉讼的有效衔接。

(一)“监察调查主导+检察侦查补充”的新型构造

监察体制改革的直接结果是:原来纪委行使的党纪调查权、监察部门行使的政纪调查权与检察机关所行使的刑事侦查权完全合二为一,成为一种综合性、一体化的“反腐败调查权”[20]11。通过改革,我国职务犯罪侦查演变成了“监察调查主导+检察侦查补充”的新型构造。2018年《刑事诉讼法》第一百〇八条第一款重新定义了“侦查”概念,用“收集证据、查明案情”的表述代替“专门调查工作”,而监察调查权的本质也系收集证据、查明事实②,侦查和调查在发现职务犯罪的根本指向上殊途同归。正如表1所示,一方面是《监察法》规定监察机关“对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查”,这是职务犯罪调查的主要内容;另一方面是《刑事诉讼法》规定检察机关对三类情形职务犯罪案件的侦查权,重点

① 特别是自党的十八大以来,反腐败持续高压态势之下,检察机关2012年、2013年、2014年、2015年和2016年的自侦案件逮捕率分别为36.37%、36.64%、42.76%、45.01%和35.93%,近年来逮捕率有上升趋势。相关数据参见图1。但是从纵向维度来看,全国普通刑事案件的逮捕率却是呈下降趋势,逮捕似乎成了高压反腐的一种符号象征。相关讨论可以参见李训虎《逮捕制度再改革的法释义学解读》,载《法学研究》2018年第3期,第155-167页。

② 例如,《监察法》第四十条规定:“监察机关对职务违法和职务犯罪案件,应当进行调查,收集被调查人有无违法犯罪以及情节轻重的证据,查明违法犯罪事实。”

是保留与法律监督直接相关的对司法工作人员职务犯罪的机动侦查权和补充侦查权①。

表 1　监察调查与检察侦查的异同

内容	模式	依据	主体	对象	类型	方式
职务犯罪追诉	监察调查	《监察法》	监察人员	1.公务员，以及参照公务员管理的人员；2.基层自治组织中从事管理的人员；3.科教文体等中从事管理的人员；4.授权或委托从事公务的人员；5.国有企业管理人员；6.其他公职人员	涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪	谈话、讯问、询问、留置、搜查、调取、查封、扣押、勘验检查等 12 项调查措施，包括技术调查
	检察侦查	《刑事诉讼法》	检察人员	1.法定侦查针对司法工作人员；2.机动侦查针对国家机关工作人员；3.补充侦查针对监察机关调查的对象	1.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；2.公安机关管辖的，利用职权实施的重大犯罪案件；3.监察机关职务犯罪调查的补充侦查	讯问、询问、勘验检查、搜查、技术侦查等 10 项侦查措施；取保候审、拘留、逮捕等 5 种强制措施

在某种程度上，调查甚至可以被视为替代了原有的侦查[21]20。实际上，用哪个词并不重要，关键是看侦查或调查所囊括的权力及其有效行使，以及对权力的有效规制。早在检察机关恢复重建的初期，办理职务犯罪案件一般也不用“侦查”一词，而惯用“检察”“监督”等，检察机关更多的是使用“调查”的思维和方式[22]112。现阶段，国家监察机关和司法机关的协调衔接是改革的重点，而对作为衔接桥梁的职务犯罪调查的制度化、规范化则是重中之重。无论是侦查权还是调查权，都是一种强势的带有扩张趋势的国家公权力，都会涉及职务犯罪被追诉人的基本人权，都存在被滥用的风险，这便要求必须受到正当法律程序的规制。

（二）有效调查：监察体制改革的立足点

监察机关主导的职务犯罪调查，与监察机关作为反腐败专门机构的身份属性相吻合，也契合了强力反腐形势下一体化地有效打击违纪违规和违法犯罪的要求。监察与司法的协调衔接，主要围绕调查权能的厘清、留置措施的转化、监察证据的衔接等内容展开，并最终落脚于有效监察和高效反腐。

首先要从监察机关的调查权能切入，因为边界清晰是讨论职务犯罪调查的首要前提；但也需要保持监察调查的适度张力，以应对职务违法、犯罪的新特点和新挑战。其中，《监察法》第四十一条有关调查措施用了一个“等”字，这一概括性授权即是对监察机关公共权力的不完全列举，但也要求遵循权力扩张中的法律保留、法律明确和比例原则。仅就监察调查本身而言，《监察法》规定监察机关“依照本法对所有行使公权力的公职人员进行监察，调查职务违法和职务犯罪”，又因纪律检查委员会和监察委员会是采用合署办公模式，也即表明监察调查在实际运行中还包含纪委调查。可以

① 因为当案件材料在检察院内部审查起诉部门和侦查部门之间移送时会比监察委员会和检察院之间反复移送更为便捷和高效，同时，自行补充侦查更有针对性，减少了衔接移送环节，在避免调查（侦查）阻力方面具有天然优势。参见张杰《〈监察法〉适用中的重要问题》，载《法学》2018 年第 6 期，第 116－124 页。

说,监察调查权是对包括纪律检查机关、行政监察机关、检察机关等多部门权力的重新组合。党的廉洁纪律、工作纪律和法律对职务违法、犯罪的规定之间的高度重合,决定了违纪、违法和犯罪调查调整范围上的高度重合,因此调查权的运行往往呈现出阶段性特征。例如,监察法规定讯问、搜查、技术调查等调查措施仅适用于职务犯罪的调查,调查措施的具体选择也依赖于其内部批准立案手续、召开专题会议、确定调查方案等前置程序的完备;要求对于涉嫌职务犯罪的案件,将调查结果移送人民检察院依法审查、提起公诉,从这一意义上看,调查权与侦查权所需要遵守的刑事起诉、审判标准是一致的[23]102。

其次是从监察机关的留置措施来看,用留置替代"双规双指",以实现党纪与国法的有效衔接,是国家监察体制改革的重要举措和重大进步。具体来看,一方面是立法规定留置措施的适用以被调查人涉嫌违法犯罪为前提①,并且是以"可能有其他妨碍调查行为"为兜底,这其实是以调查妨碍性为判断依据,并区别于以社会危险性为判断依据的逮捕措施,从根本上决定了监察机关采取留置措施与检察机关采取逮捕措施的非对称性。另一方面是留置措施又具备类似于逮捕措施的强制措施属性,不仅是人身自由被严格限制或剥夺,而且留置期间亦可折抵刑期。虽然在《监察法》涉及留置措施的7个条文中,仅有2条属于授权性规范,其余5条都是义务性规范或者禁止性规范,旨在保障被留置人的合法权益[24]9,但是基于过往职务犯罪侦查中发生的刑讯逼供、违法取证的教训,显然无法仅仅从内部的从严监管来杜绝可能发生的职务犯罪留置中的刑讯逼供、违法取证问题。

最后是关于监察机关调查所得证据在刑事诉讼中的运用。职务犯罪调查关涉与后续刑事诉讼程序的对接,而证据衔接则是程序衔接的有效连接点。其中,《监察法》第三十三条已经明确监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中可以作为证据使用,并要求监察机关在收集、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,这就决定了应从刑事审判角度出发思考监察机关职务犯罪调查所得证据的合法性,以提高职务犯罪刑事司法打击的有效性。一是监察证据的证据资格,《监察法》中的"可以作为证据使用"仅是表明证据具有进入刑事诉讼的资格,而证据能力与证明力尚待司法机关的审查判断。二是监察调查的取证规范,从实质来看,《监察法》关于取证程序与调查措施的立法已经在向刑事诉讼程序靠拢,即将刑事诉讼程序的规定内化为监察规范。三是监察调查的非法证据排除,在"以非法方法收集的证据应当依法予以排除"的原则规范下,是否应当排除以及应当如何排除有赖于更加细致的规则。在《监察法》与《刑事诉讼法》规范衔接的前提下讨论职务犯罪调查证据的衔接模式,有两方面问题需要注意:一方面是当《监察法》及其解释未对取证规范、非法证据排除予以明确时,应当参照《刑事诉讼法》的规定执行;另一方面是当两法皆无明确规定时,则应参照最高人民法院司法解释关于证据的审查认定规范对调查措施进行调整,以保证所取得的证据符合审判的标准和要求②。

(三)依法规制:职务犯罪调查权行使的底线正义

我国职务犯罪侦查的变革史,实质也是我国职务犯罪侦查的规制史,逐步形成了一套由内及外、多措并举的侦查规制方案,背后是"发现问题→解决问题"的实践理性以及个案推动的法治进步。控制公权力和保障私权利是对正当程序原则的践行,而监察机关的职务犯罪调查亦应秉承正当程序的良法之治。监察法虽然已明确"严禁以威胁、引诱、欺骗及其他非法方式收集证据,严禁侮

① 《监察法》第二十二条规定:"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,并有下列情形之一的,经监察机关依法审批,可以将其留置在特定场所……"

② 在审判中心主义视域下,这其实是基于《监察法》第三十三第二款的实质解释。参见陈卫东、聂友伦《职务犯罪监察证据若干问题研究——以〈监察法〉第33条为中心》,载《中国人民大学学报》2018年第4期,第2-9页。

辱、打骂、虐待、体罚或者变相体罚被调查人和涉案人员”等规定以严格规制调查权的行使，但基于实践证明和经验认知，“仅以标语口号式的单纯政策宣导加以遏制刑讯逼供等，只是徒劳无功之举”[25]60，而且那种试图凭借公权力机关主动、自觉和合法的自洽性执法，都难免陷入立法规避、程序失灵等逻辑怪圈。基于我国职务犯罪侦查的经验和教训，为了规范职务犯罪调查权的依法行使，应严格按照比例原则来构造被追诉人权利保障的底线正义。

首先是明确人权保障理念对职务犯罪调查的适用，并具体化为比例原则规制下的调查权行使的正当化。不仅是因为我国《宪法》《刑事诉讼法》都已经规定了尊重和保障人权条款，更是因为我国职务犯罪侦查模式演进的经验和教训告诉我们，腐败犯罪追诉中的人权保障是理性、长效和法治反腐的必然要求。因此，建议在《监察法》第五条中增写“尊重和保障人权”[26]167。同时，将职务犯罪调查中的人权保障具体化为比例原则中的适合性、必要性和相称性要求，贯彻于调查制度设计、运作和规制等始终。比例原则着眼于法益的均衡，以维护和发展公民权利为指归，是法治国家控制自由裁量权行使的一项重要原则。在职务犯罪调查中，比例原则的基本要求应是：当监察机关行使调查权与公民基本权利发生冲突时，必须审查该调查权的行使是否为法律所规定，该调查权对公民权利的侵害是否适度、合比例。例如，对留置理由是否充分、合法进行审查并建立救济机制①；又如在坚持重罪原则的前提下，对技术调查进行类型化细分，设置不同的适用期限，并对次数进行限制。

其次是应明确职务犯罪调查中的“以权力制衡权力”，内部权力制约要求“行纪检”复合监察权力的有限性和有效分离。诸如选择以调查事项的差异、证明标准的高低等进行类型化区分，以突显职务犯罪调查手段的适合性。除设置专门实施监督的内设机构外，应要求国家监察机关内部的日常监督部门、调查部门、审理部门、案管部门等形成内部制约与监督机制。外部权力制约要求强化检察机关和法院对监察机关职务犯罪调查的监督和制约。应在当前“以审判为中心”的诉讼制度改革整体框架内规制职务犯罪调查，克服及防范可能发生的“调查中心主义”风险。例如，检察机关对监察机关应当进行刑事立案调查而不进行刑事立案调查的，应当要求监察机关书面说明不立案的理由；对监察机关立案后又随意撤案的，应当发出纠正违法通知书予以纠正；对监察机关采用暴力、威胁、引诱和欺骗等非法方法进行职务犯罪调查的，应当以书面形式提出纠正意见，并在审查起诉中适用非法证据排除。

最后是应当强化职务犯罪调查中的“以权利制约权力”，核心任务就是增强职务犯罪调查阶段被调查方的对抗性权利，尤其是让有专业知识的律师参与到程序中，以克服当前职务犯罪监察调查完全封闭情形下的结构性缺陷。《监察法》并未赋予调查阶段律师介入的权限，这与检察机关职务犯罪侦查阶段辩护律师参与的时间前移、权能拓展等我国近年来刑事司法改革动向相悖，也不符合国际上刑事辩护权不断得到彰显的法治发展轨迹。我国职务犯罪调查中的被追诉人应有权获得辩护律师的有效辩护、值班律师的法律帮助。为了与之前对“特别重大贿赂犯罪案件”律师介入的适度限制相适应，对调查期间的律师介入可设置必要的限制和审批程序。此外，检察机关职务犯罪侦查引入人民监督员的民主监督实践，也为深化监察体制改革和调查规制提供了可供参考的外部监督模式。

六、结　语

从运动式反腐到检察机关的审问式职务犯罪侦查，到以人权保障理念为基础的审问式与对抗

① 应根据涉嫌犯罪的严重性、破坏证据的可能性，以及妨碍调查的其他因素等，审慎采取留置措施，并且配套留置措施必要性审查机制，在职务犯罪调查中落实比例原则；还可以探索留置措施的听证制度和司法救济制度。

式相结合,再到监察机关的职务犯罪调查,我国职务犯罪侦查模式的演进是与我国刑事司法文明化、法治化相伴相生的。从法理基础来看,从职务犯罪侦查到职务犯罪调查绝不是要回到运动式反腐,而是要在全面依法治国、国家治理体系和治理能力现代化的大背景下,在承继我国职务犯罪侦查已经取得的经验的基础上,通过相关权力的整合和优化来实现公正高效地应对腐败犯罪。从这一意义上来看,调查和侦查不是非此即彼的断裂,而是紧密联系的融贯,这也是监察调查与刑事诉讼有效衔接的基础。

国家统一监察体制改革背景之下,我国职务犯罪侦查已经转型为以监察调查为主导、以检察侦查为补充的新双轨构造。通过对我国职务犯罪追诉模式演进过程的深窥,可以预见监察调查权的合理扩张和依法规制的逻辑仍然将伴随着监察机关职务犯罪调查的制度构建和实践过程。在很长一段时间内,监察调查仍将是以惩罚犯罪为主要价值取向,而人权保障则是这一过程中不可或缺的另一独立价值。在权利尚未遭到侵害之时,我们总是将它视为理所当然,而我们面临失去的危险时,我们才开始珍视它[27]1。基于对公权力扩张天性的经验认知,监察调查制度的完善中应巩固和强化权利对权力的制约机制、权力对权利的制衡机制,在刑事司法体系的框架下,以比例原则为指引明确调查权的合理界限,以充分体现诉讼主体的利益并保障被追诉人的有效参与和实质影响力。只要发现和惩治职务犯罪的要求建立在尊重司法规律和坚持法治理念的基础之上,相关制度的完善便有了基本的方向。

[参 考 文 献]

[1] 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15-21页。[Ma Huaide, "The Significance, Main Tasks of the National Supervision Committee System Reform," *Journal of Chinese Academy of Governance*, No. 6 (2016), pp. 15-21.]

[2] 熊秋红:《监察体制改革中职务犯罪侦查权比较研究》,《环球法律评论》2017年第2期,第40-60页。[Xiong Qiuhong, "A Comparative Study on the Power to Investigate Duty-Related Crimes in the Reform of the Supervisory System," *Global Law Review*, No. 2 (2017), pp. 40-60.]

[3] 孙谦主编:《人民检察制度的历史变迁》,北京:中国检察出版社,2009年。[Sun Qian (ed.), *Historical Changes of the Procuratorial System*, Beijing: China Procurational Press, 2009.]

[4] 吴宏耀、种松志:《中国刑事诉讼法典百年》(中册),北京:中国政法大学出版社,2012年。[Wu Hongyao & Zhong Songzhi, *Chinese Code of Criminal Procedure Centenary* (Ⅱ), Beijing: China University of Politic Science and Law Press, 2012.]

[5] 孙光瑞、高洪海:《我受命查办新中国反腐第一案》,《中国经济周刊》2009年第Z2期,第14-15页。[Sun Guangrui & Gao Honghai, "I Was Ordered to Investigate the First Anti-Corruption Case in New China," *China Economic Weekly*, No. Z2 (2009), pp. 14-15.]

[6] 柳建辉:《立国之初党和毛泽东对执政党建设问题的思考与总结》,《中共中央党校学报》2001年第1期,第61-67页。[Liu Jianhui, "Thought and Summaries about the Party and Mao Zedong' Construction of the Ruling Party," *Journal of the Party School of the Central Committee of the CPC*, No. 1 (2001), pp. 61-67.]

[7] 王建国:《列宁一般监督理论的制度实践与借鉴价值》,《法学评论》2013年第2期,第55-63页。[Wang Jianguo, "The System Practice and Reference Value of Lenin's General Supervision Theory," *Law Review*, No. 2 (2013), pp. 55-63.]

[8] 樊凤林、宋涛主编:《职务犯罪的法律对策及治理》,北京:中国人民公安大学出版社,1994年。[Fan Fenglin & Song Tao (eds.), *Legal Countermeasures and Governance of Duty Crime*, Beijing: Chinese People's Public Security University Press, 1994.]

[9] 高其才、左炬、黄宇宁：《政治司法》，北京：法律出版社，2009 年。[Gao Qicai, Zuo Ju & Huang Yuning, *Politics Judicature*, Beijing: Law Press · China, 2009.]

[10] 陈瑞华：《论检察机关的法律职能》，《政法论坛》2018 年第 1 期，第 3 - 17 页。[Chen Ruihua, "The Legal Function of the Prosecution," *Tribune of Political Science and Law*, No. 1 (2018), pp. 3 - 17.]

[11] 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，第 209 - 233 页。[Liu Zhong, "Read about Informal Anti-Corruption Procedures from the Perspective of Dual-Track Investigation Technology," *Peking University Law Journal*, No. 1 (2014), pp. 209 - 233.]

[12] 张文显：《司法文明新的里程碑》，《法制与社会发展》2013 年第 2 期，第 38 - 46 页。[Zhang Wenxian, "A New Milestone of Judicial Civilization," *Law and Social Development*, No. 2 (2013), pp. 38 - 46.]

[13] 胡铭：《超越法律现实主义——转型中国刑事司法的程序逻辑》，北京：法律出版社，2016 年。[Hu Ming, *Beyond Legal Realism: The Procedural Logic of Criminal Justice in Transitional Period*, Beijing: Law Press · China, 2016.]

[14] 黄太云：《刑事诉讼制度的重大改革》，《中国法学》1996 年第 2 期，第 29 - 39 页。[Huang Taiyun, "Major Reforms of the Criminal Procedure System," *China Legal Science*, No. 2 (1996), pp. 29 - 39.]

[15] 刘忠：《从公安中心到分工、配合、制约——历史与社会叙事内的刑事诉讼结构》，《法学家》2017 年第 4 期，第 1 - 16 页。[Liu Zhong, "From the Center of Police to Division, Collaboration, and Checking: The Structure of Criminal Procedure in Historical and Social Narrative," *The Jurist*, No. 4 (2017), pp. 1 - 16.]

[16] 董坤：《侦查讯问录音录像制度的功能定位及发展路径》，《法学研究》2015 年第 6 期，第 156 - 173 页。[Dong Kun, "Functional Orientation and Development Path of Audio-Video Recordings of Investigative Interrogation," *Chinese Journal of Law*, No. 6 (2015), pp. 156 - 173.]

[17] 张磊、钟鸣：《职务犯罪案件讯问全程同步录音录像运作现状分析》，《中国检察官》2012 年第 3 期，第 68 - 72 页。[Zhang Lei & Zhong Ming, "Analysis on the Current Situation of Synchronous Audio-Video Recordings of Investigative Interrogation in Duty Crime Cases," *The Chinese Procurators*, No. 3 (2012), pp. 68 - 72.]

[18] 焦洪昌：《"国家尊重和保障人权"的宪法分析》，《中国法学》2004 年第 3 期，第 42 - 49 页。[Jiao Hongchang, "Constitutional Analysis of the State's Respect and Protection of Human Rights," *China Legal Science*, No. 3 (2004), pp. 42 - 49.]

[19] 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 23 - 36 页。[Chen Guangzhong & Shao Jun, "Reflections on Several Issues in the Reform on Supervision System," *China Legal Science*, No. 4 (2017), pp. 23 - 36.]

[20] 陈瑞华：《论监察委员会的调查权》，《中国人民大学学报》2018 年第 4 期，第 10 - 20 页。[Chen Ruihua, "On the Investigation Power of the Supervisory Committee," *Journal of Renmin University of China*, No. 4 (2018), pp. 10 - 20.]

[21] 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，第 19 - 27 页。[Chen Weidong, "Researches on Several Issues Relating to Investigative Procedure of Duty-Related Crime Supervision," *Political Science and Law*, No. 1 (2018), pp. 19 - 27.]

[22] 张云霄：《我国职务犯罪侦查体制改革初探》，《法学杂志》2015 年第 9 期，第 111 - 124 页。[Zhang Yunxiao, "A Preliminary Study on the System Reform of China's Duty Crime Investigation," *Law Science Magazine*, No. 9 (2015), pp. 111 - 124.]

[23] 左卫民、安琪：《监察委员会调查权：性质、行使与规制的审思》，《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018 年第 1 期，第 100 - 105 页。[Zuo Weimin & An Qi, "Investigation Power of the Supervision Committee: Considerations of Its Nature, Execution and Regulation," *Wuhan University Journal (Philosophy & Social Science)*, No. 1 (2018), pp. 100 - 105.]

[24] 刘艳红：《程序自然法作为规则自洽的必要条件》，《华东政法大学学报》2018 年第 3 期，第 6 - 17 页。[Liu Yanhong, "Procedural Natural Law as a Necessary Condition for the Consistency of Rules," *ECUPL Journal*, No. 3 (2018), pp. 6 - 17.]

[25] 张建伟:《非法证据缘何难以排除》,《清华法学》2012年第3期,第55-66页。[Zhang Jianwei, "Why It Is Difficult to Exclude Illegal Evidence," *Tsinghua Law Review*, No. 3 (2012), pp. 55-66.]

[26] 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164-173页。[Chen Guangzhong & Jiang Dan, "Eight Suggestions on *Supervision Law* (*Draft*)," *Journal of Comparative Law*, No. 6 (2017), pp. 164-173.]

[27] [美]艾伦·德肖维茨:《你的权利从哪里来?》,黄煜文译,北京:北京大学出版社,2014年。[Dershowitz A., *Rights from Wrongs: A Secular Theory of the Origins of Rights*, trans. by Huang Yuwen, Beijing: Peking University Press, 2014.]

Investigation and Supervision: Mode Evolution and System Consummation of Duty Crime Prosecution

Hu Ming Qian Wenjie

(*Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou* 310008, *China*)

Abstract: Since the establishment of the People's Republic of China, investigation on duty crimes has undergone reforms and adjustments several times, supported by the amendments of relevant laws and regulations such as the criminal procedure law. What lies behind these reforms are the major changes in the political and judicial systems. Against the backdrop of the reform of the national supervision system, clarifying the relationship between investigation and supervision requires us to carefully sort out the pattern evolution of duty crime prosecution and to think over the effective connection of supervision and criminal proceedings in the perspective of criminal justice system.

Our nation's traditional investigation of duty crime has been featured with strong authoritarianism, which is in line with the amendment of our nation's criminal procedure laws. What lies deeply behind the investigation is the game between punishing crimes and protecting human rights. Here are some examples: joint case handling against the background of anti-corruption campaigns before 1978, inquisitorial investigation dominated by procuratorial organs after 1979, and the combination of interrogative and adversarial modes of investigation based on the conception of human rights protection formed by the two revision of criminal procedure law since 1996. The evolution of duty crime prosecution modes is consistent with the maturity of due process, with a basic direction of rational expansion and legal regulation. It is directly reflected in the further advancement of the legislation of duty crime investigation, the regulation of power and the protection of rights.

Under the background of the reform of the unified supervision system, the investigation of duty crimes has evolved into a new pattern, which is characterized by "supervisory organs-led supervision, complemented by procuratorial organs investigation." The newly established supervision and investigation system is the continuation of the former duty crime investigation, which constitutes the basis for the effective connection between supervision and criminal proceedings from the perspective of criminal justice system. Through a careful study of the model evolution of duty crime prosecution in China, it is predicted that system construction and practice process of duty crime prosecution by supervisory organs will still be accompanied by reasonable expansion and effective regulation. That means the main value orientation of supervisory

investigation will still be punishing crimes for a long time in the future, while human rights protection is an indispensable independent value in this process.

The basis of supervision system reform based on effective supervision is aimed at the goal of reasonable regulation. In order to improve the system, it is necessary to clarify the application of the conceptions of human rights protection on the basis of respecting judicial laws and adhering to the conceptions of rule of law with the proportionality principle. By "checking power with power" and "checking power with rights", we can promote the transformation to rule of law of the criminal justice for duty crimes.

Key words: duty criminal investigation; supervision; supervision system reform; criminal justice

“浙江实践、中国方案：浙江省营商环境评价研究成果”发布会成功举办

2019 年 7 月 18 日上午，“浙江省营商环境评价研究成果”发布会在浙江大学紫金港校区成功举办。发布会由浙江大学公共服务与绩效评估研究中心、浙江省企业形象研究会和杭州慧泰数据科技有限公司主办，并提供技术支持。政府、高校和新闻媒体等各界代表共八十余人见证了研究成果的发布。

本场发布会由浙江省企业形象研究会副会长边一民教授主持，浙江大学校学术委员会副主任、文科资深教授姚先国致辞。

浙江省营商环境评价研究项目主持人、浙江大学公共服务与绩效评估研究中心主任、浙江省企业形象研究会会长、浙江大学公共管理学院胡税根教授发布了评价研究成果。首先，胡税根教授强调了评价营商环境的目的和意义，即为应对国际经济环境的不确定性，推动我国经济的高质量发展，推进“放管服”改革，加快政府职能深刻转变，最大限度地激发市场活力，打造法治化、国际化、市场化的营商环境，推动浙江省“最多跑一次”的深化改革，努力打造营商环境最优省。接着，胡税根教授介绍了浙江省营商环境评价的研究过程。该研究由胡税根教授率领科研团队，联合浙江省企业形象研究会和杭州慧泰数据科技有限公司共同开展。2015 年至今，已开展近五年的理论研究与实践探索，2018 年底开始集中对浙江省 11 个设区市、杭州市 13 个县市区的营商环境进行评价，目前是浙江省也是全国由第三方机构发布的第一份关于省域所有城市的营商环境评价报告。该研究从企业营商环境和产业营商环境两方面入手，对浙江省营商环境进行全面评价。企业营商环境评价以世界银行营商环境评价方法为基础，并进行适当调整，根据企业生命周期，涵盖一级指标包括开办企业、办理施工许可证、获得电力等 12 项，二级指标包括办理成本、办理时间、办理手续等 48 项。产业营商环境评价为研究团队首创，根据全产业链发展，共涵盖一级指标包括第一产业、第二产业、第三产业 3 项，二级指标包括产业发展水平、产业竞争力等 6 项，三级指标包括农村机械总动力、战略性新兴产业产值同比增长率等 52 项。

在媒体采访问答环节，现场媒体代表与参会嘉宾提出了开展浙江省营商环境评价研究的原因等问题。胡税根教授指出，改善营商环境，对推动中国经济的高质量发展、提升国家竞争力具有重要意义，作为浙大学者，应以天下为己任，以真理为依归，心怀社会使命，助推经济社会的高质量发展。

（浙江大学公共服务与绩效评估研究中心　供稿）