

# 纪法衔接与特定情形职务犯罪非罪化处置

马松建 刘昊天

**摘要:**我国监察体制改革以来,在对可能构成职务犯罪的腐败行为的处置方式中,以“断崖式降级”为代表的党纪政务处分所占比例逐渐提高。对此,理论界出现了“以罚代刑”不可取的质疑声音。这一问题出现的根本原因在于纪法衔接的不畅。《监察法》与《刑法》二者位阶平等、目标相同、内容共通,这是纪法衔接的重要基础。监察对象的范围广于职务犯罪主体,不仅是对其合理有益的补充,也是纪法衔接的重要表现。特定情形职务犯罪非罪化处置具有合理性,在由以惩治为主转为以预防为主的腐败治理新模式中,这是实现纪法衔接的一种新举措。党纪政务处分足以实现刑罚的惩罚性和刑法的特殊预防功能,也是落实“治病救人”和“四种形态”方针政策的具体方式。在具体适用过程中,应加强纪检监察机关内部的管理,并允许司法机关一定程度的参与,将能更好地推进纪法衔接。

**关键词:** 职务犯罪;监察对象;纪法衔接;非罪化处置

**中图分类号:** D920.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2023)07-0075-05

## 一、问题的提出

2014年7月,当时的中央纪委监察部网站通报了青海省委原常委、西宁市委原书记毛小兵,江西省委原常委、秘书长赵智勇,云南省委原常委、昆明市委原书记张田欣3人的处分情况。其中,赵智勇被开除党籍,取消其副省级待遇,降为科员;张田欣被开除党籍,取消其副省级待遇,降为副处级非领导职务。有媒体在报道这一消息时,使用了“断崖式降级”一词。之后,“断崖式降级”便频见报端,并以反腐热词的形式广为流传。近年来的反腐实践中,地方省份、高校、国有企业等领域,也都有“断崖式降级”的案例。“断崖式降级”只是党纪政务处分方式中较受关注的一种,除此之外还有其他的处置方式。例如中纪委国家监委网站关于违规收受礼品礼金问题的通报中,郭某2018年春节至2020年6月多次

收受辖区内某私营房地产企业主赠送的飞天茅台酒、黄金叶香烟等礼品,共计折合人民币6.76万元,受到党内严重警告处分,违纪所得予以收缴;苏某2013年至2020年每年春节前后,多次收受5名管理和服务对象所送礼券,共计价值人民币3.48万元,受到党内严重警告处分,违纪所得予以收缴。

从上述案例可以看出,我们监察体制改革以来,以“断崖式降级”为代表的党纪政务处分数量的增多成为一种新常态。与此相对应,进入公诉阶段的职务犯罪案件数量相对减少。有学者的实证研究表明:“在监察体制改革试点地区,监察机关移送职务犯罪案件数量较少,较改革前检察机关立案侦查职务犯罪案件数量呈‘断崖式’下降的趋势。……职务犯罪案件未能进入司法程序,意味着监察机关办理的部分案件最终由政务处分替代了刑事追诉,这样的处理方式在长远上暗藏着刑法可预测性、刑事程序正义和司法权被侵害的风险。”<sup>[1]</sup>在实体法方

收稿日期:2023-03-16

作者简介:马松建,男,郑州大学法学院副院长、教授、博士生导师(河南郑州 450001)。刘昊天,男,郑州大学法学院博士生(河南郑州 450001)。

面,有学者指出,对于违规收礼的行为,有的明显已达到受贿罪的标准,却不作为犯罪处理的做法令人困惑,“以罚代刑”是腐败预防与治理的理想目标,但在当下将那些明显已构成职务犯罪的行为人不作为犯罪处理是不恰当的,实践中出现大量的“以罚代刑”的现象,将严重损害法治反腐的权威性<sup>[2]</sup>。

事实上,以上问题的出现都可以归因于监察体制改革后纪法衔接的不畅。监察体制改革是党和国家做出的一项重大部署,其目的是实现反腐力量的整合与优化,实现对行使公权力人员的全面覆盖。根据《监察法》,监察机关是行使监察权的专门机关,并同时负责职务违法和职务犯罪的侦查调查,监察机关据此取得了职务犯罪调查权。有学者指出,监察体制改革使职务犯罪案件办理的方式从传统的侦查机关侦查、以刑法为主导的模式转变成了监察机关调查、以监察法为主导的模式<sup>[3]</sup>。但是,监察机关所依据的《监察法》并不完全受刑事实体法和程序法条文与立法精神的约束,在实践中也就出现了与传统刑事法理念相冲突的现象。在这种情况下,如何做好纪法衔接,如何把握职务犯罪主体与监察对象的关系,如何把握党纪政务处分与刑罚的关系,便显得至关重要。

## 二、纪法衔接的基础

### (一)对《监察法》和《刑法》的关系的准确认识

纪法衔接的首要基础就是对《监察法》和《刑法》之间关系的准确认识。《监察法》和《刑法》都属于中国特色社会主义法律体系的重要组成部分,它们之间的相互衔接和相互配合,应该成为其基本关系的应有之义。这两部法律的有效结合,既是《监察法》发挥效力的重要一环,也是使二者形成反腐强大合力的一种必然要求。从位阶关系、立法理念、具体内容等方面进行剖析,有助于从多个层次上理解两者之间的关系。

#### 1.二者在位阶关系上是平等的

从纵向上看,我国现行法律体系的法律效力位阶存在六级,《监察法》与《刑法》都属于第二级,都是由全国人民代表大会审议制定的基本法,二者不存在法律效力位阶上的差异。从横向上看,中国特色社会主义法律体系包括宪法、刑法、行政法等多个部门法。《监察法》开辟的是一个全新的部门法研究领域,其所调整的是国家监察及相关法律关系。《刑法》所调整的是犯罪及其后果所涉及的法律关

系,对《监察法》的实施是有一定借鉴意义的。同时,《监察法》的审查调查内容也与《刑法》的职务犯罪内容密切相关。所以,在立法和执行两个层面,两法的衔接都应当遵循相互协调、相互配合的原则。

#### 2.二者有共同的实现目标

腐败预防与治理腐败是《监察法》与《刑法》的共同目标。我国反腐败立法的现时目标是打击和惩治已经发生的腐败行为,最终目标是预防和杜绝腐败行为的发生<sup>[4]</sup>。在这方面,《监察法》和《刑法》具有高度的一致性。《刑法》对刑事处罚的规定中,看似具有很强的惩罚性,但在本质上,它又是一种预防思想的体现。与传统刑法理论中以报应刑为代表不同,预防理论不再强调事后处罚,而更注重事先防范。《监察法》中“惩治和教育相结合”“构建不敢腐、不能腐、不想腐的长效机制”“对公职人员进行廉洁教育”等内容,在某种意义上也表明,《监察法》的立法思想并不只是依赖于监察机关对所有行使公权力人员的全面覆盖,而是更加重视对公职人员的监督和预防。这两部法律都反映出由“打击型”的反腐倡廉制度向“预防型”的反腐倡廉制度的转型,其所体现出的都是积极预防的立法思想和价值取向,这也是两法衔接的重要基础。

#### 3.二者在内容上具有共通性

从法律事项上看,《监察法》所规制的是贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守等职务违法和职务犯罪行为;而《刑法》所规定的贪污贿赂犯罪、滥用职权犯罪、玩忽职守犯罪和徇私舞弊犯罪等罪名,与监察机关管辖的主要事项高度重合。从法律主体上看,《刑法》中将“国家工作人员”作为职务犯罪主体,强调“履行公务”为其本质特征。《监察法》中的主体是“行使公权力的公职人员”,侧重于公权力特征。因此,两法在规制主体上均体现了“公”的要素。

#### (二)对监察对象与职务犯罪主体的关系的准确认识

作为监察法规制的监察对象和刑法规制的职务犯罪主体,在一定程度上存在竞合关系。比如违反“八项规定”精神中的违规收受礼金和礼品的问题,如果是数额较小、未达到构成受贿罪的金额标准,那就是轻微的职务失当行为,应受党纪或政务处分,此时就属于监察对象;如果是数额较大、明显达到受贿罪成立的标准,那就是职务犯罪主体,应受刑罚处罚,但同时其仍然是监察对象。但是,二者又不是完全相同、完全对等的。

#### 1.监察对象的范围明显宽泛于职务犯罪主体

《监察法》第15条详细列举了六类公职人员和

相关人员,涉及公权力运行的各个方面;《刑法》第93条对于国家工作人员的限定则较为有限。由于立法概念的模糊不清,后续出台的相关司法解释对国家工作人员和视为国家工作人员的情形进行了补充,但仍是十分谨慎的,并没有过分地扩大其范围。刑事立法对于主体的限制主要体现在,要么是本身具有公职必然要履行公务,要么是受有权机关委派履行公务。对行使公权力的人员的全覆盖,既是监察立法的宗旨,也是监察法的明确体现。从这点上来说,监察对象的范围略宽泛一些才能避免疏漏。因为监察规制的行为不仅包括职务犯罪行为,还涵盖违纪和职务违法行为。

### 2. 监察对象是对职务犯罪主体的补充

应当肯定的是,监察对象范围的扩展不是对职务犯罪主体的不当扩大。由于刑事立法的时间较早且修改较为严苛,故而有一定的滞后性,对日新月异的变化应对略有不足,有些情形的认定实在是无法通过解释法律条文能够实现的。监察法的相关规定更应视作是及时而必要的细化与补充,而不是与刑法规定冲突或对立的。而且,刑法中相应条文中的兜底性条款,也正是考虑到这种情形而设置的。因此,监察法对监察对象的合理界定,实际上是在遵守罪刑法定原则前提下,对职务犯罪主体的合理、有益补充。

## 三、特定情形职务犯罪非罪化处置的必要性

### (一) 特定情形职务犯罪非罪化处置的优势

虽然目前在实践中还存在一些纪法衔接不畅的问题,但是监察体制改革整合了腐败治理的力量,实现了从“九龙治水”到“攥指成拳”的转变,形成了强大合力,其优势已初步显现。

#### 1. 腐败治理过程的连贯性

监察体制改革之前,违纪、职务违法和职务犯罪分别由纪检机关、行政监察机关、检察机关负责。在这一流程中,无论哪一个环节出现疏忽,都有可能造成对腐败行为监管的疏漏。有学者指出,国家监察体制改革通过整合纪检、行政、检察三个机关职能的方式,实现了反腐力量的一体化与集中化,尤其是将检察机关职务犯罪侦查权转隶至监察机关而形成职务犯罪调查权<sup>[5]</sup>。由纪检监察机关完全把握违纪、职务违法和职务犯罪处置的全流程,并不是各机关职能的简单合并,而是系统性的重塑,有效提升了反

腐效能。在此基础上,纪检监察机关的职能不仅包含侧重事前预防的执纪监督,也包含侧重事后的调查和处置,贯穿腐败治理的全过程,很大程度上避免了过去重监督调查而轻处分问责现象的重复发生。

### 2. 对公权力监督的全面性

监察体制改革之前,《刑法》受限于条文的表述,所规制的职务犯罪主体仅限于国家工作人员和拟制的国家工作人员。一些经济社会发展、社会治理体系变革背景下出现的新主体,无法合理解释为国家工作人员,例如村委会成员、社区工作人员、国企混合所有制改革背景下的国有控股企业的人员。《监察法》第15条以列举的方式详细阐明了受监察的公职人员的类别,实现了“监察范围全覆盖、无死角”<sup>[6]</sup>。实际上,监察立法从本质上解决了之前存在的监督对象范围较窄、监督事项不够全面的问题。同时,监察体制改革中由对事监督到对人监督的转变,也是落实全面监督、全面覆盖的一个重要方面。

### 3. 进行责任追究的准确性

从腐败行为的程度来看,违纪、职务违法和职务犯罪是层层递进的,都是同一行为人所实施的。但是,责任的追究具有不同的类型,却是可以兼容的。也就是说,构成职务犯罪的行为人同时也可以被追究违纪和职务违法的责任。监察体制改革之前,由不同机关追究不同类型的责任,一定程度上避免了三种责任的混同。但是,更为突出的问题是,由于权力运行的平行和工作沟通机制的缺乏,往往会出现某种责任未被追究的问题,例如仅追究了职务犯罪责任而遗漏了其他责任。监察体制改革后,纪检监察机关单独对行为人的各种行为进行综合研判,从而判定其腐败程度,进而决定对其所采取的处置措施。这有效避免了责任追究缺漏的可能,解决了腐败程度与责任类型不匹配的问题。

### (二) 特定情形职务犯罪非罪化处置的合理性

作为监察体制改革带来的新变化,特定情形职务犯罪非罪化处置所凸显的党纪政务处分数量增多、刑罚适用减少,并不是完全与刑法要求相对立的,而是为了顺应新形势下的新措施、新常态,其合理性体现在以下几个方面。

#### 1. 积极顺应腐败治理形势的变化、有效落实党的政策要求

监察体制改革的一个重要方向,就是腐败治理从事后惩治转向事前预防。具体来说,就是把纪律挺在前面,以纪律严格要求公职人员,对出现的问题抓小抓早,从而减少违纪行为发展成职务违法犯罪

的可能。纪检监察机关的机构设置中,监督检查室的数量多于审查调查室就是一个例证。这一模式的转变是行之有效的,取得了一定的成果,这里不再具体罗列。同时,监察体制改革也体现了“惩前毖后、治病救人”的方针政策。失当职务行为人不是必须被消灭的阶级敌人,而是某种意义上的“病人”,通过教育感化等方式是可以挽救的。“四种形态”于2015年9月初次提出,2016年10月审议通过的《中国共产党党内监督条例》进一步明确为:经常开展批评和自我批评、约谈函询,让“红红脸、出出汗”成为常态;党纪轻处分、组织调整成为违纪处理的大多数;党纪重处分、重大职务调整的成为少数;严重违纪涉嫌违法立案审查的成为极少数。党纪政务处分就是落实上述两项党的政策的具体方式。

### 2. 党纪政务处分能够实现刑罚的惩罚性

不同于普通犯罪的一般主体,职务犯罪的主体具有一定的特殊性。其所具有的职务身份也是行为人和社会大众都十分看重的社会身份,同时也赋予其自然生命之外的政治生命。以“断崖式降级”为例,最严重的连降数级、政务撤职等处置方式,不仅是对行为人政治生命死刑的宣判,也是对其所看重的作为公职人员的社会身份的剥夺。这种处置方式所带来的心理落差和生活境遇的改变无疑是十分巨大的。此时再对其以犯罪进行处理,施加自由刑的意义并不大,反而可能会造成对有限司法资源的浪费。即使不是最严重的党纪政务处分,轻微的党纪政务处分的效果对于公职人员来说也犹如有期徒刑一般。在受处分期间和之后,其所拥有的政治前途便十分有限,除非是特别勤奋努力、表现特别良好才能被组织和群众重新认可。

### 3. 党纪政务处分能够实现刑法的预防功能

在“断崖式降级”的相关通报中,被处分人员具有的共同特征是主动交代违纪违法问题,主动全额上交违纪违法所得,真诚认错悔错,有的是主动投案或自动投案。作为主体较为特殊的职务犯罪,其特殊预防的重要程度要高于一般预防。党纪政务处分相对于刑罚处罚来说,降低了行为人的抵抗心理,强化了自首效应,为查处降低了难度,杜绝了轻微腐败行为的进一步恶化。总体来说,党纪政务处分对所有公职人员起到的教育和震慑作用并不亚于刑罚。

此外,关于职务犯罪非罪化处置相对于其他犯罪的处置是否公平的问题也值得讨论。对于普通犯罪,残忍的肉刑早已被废除,现代社会的刑罚主要有自由刑、罚金刑和资格刑,而自由刑又是普通犯罪适

用最多的方式。对于主体相对特殊的职务犯罪来说,党纪政务处分对其造成的心理压力和精神痛苦无异于肉刑,自由刑对其所产生的效果可能并不会十分理想,反而罚金刑对贪财类的职务犯罪和资格刑对于轻微的职务犯罪来说效果可能会更好。总的来说,党纪政务处分对于职务犯罪的效果应当等同于砍手对于偷盗犯罪、化学阉割对于强奸犯罪的效果,并不能单以自由刑的角度衡量公平与否。

## 四、纪法衔接与特定情形职务犯罪非罪化处置的完善措施

虽然职务犯罪的非罪化处置具有一定合理性,其所体现的主要发挥党纪政务处分在腐败预防和治理中的作用是符合现实需要的,但从依法治国和监察权的监督等视角看,还是要推进好纪法衔接,规范监察权的行使,做到打铁的人必须是铁打的人。只有这样,党纪政务处分才能更有说服力、更有力度。

### (一) 加强纪检监察机关内部的管理

#### 1. 实行分类管理

在当前的实践中,纪检监察机关对发现的问题线索并未在审查调查开始前进行区分,而是根据审查调查得出的结果对适用的处置措施做出判定。这样就犹如在一条生产线上生产不同种类的产品,出现纰漏的可能性就比单一产品生产线高。与腐败程度的递进相同,违纪、职务违法和职务犯罪的证明标准和程序合法要求也是逐步提高的,这在某种程度上对审查调查人员的专业知识和素养提出了更高的要求。因此,应在立案之初就对违纪案件和违法犯罪案件进行分类,对违纪、职务违法和职务犯罪案件进行分类管理。选择有专业资格或专业知识的监察官专门负责违法犯罪案件的办理,可以参考司法机关员额制的制度设计。有学者提出,可以考虑在案件审查调查室组建若干职务犯罪案件调查组,专门负责职务违法和职务犯罪案件的调查;待时机成熟时,将案件审查调查机构分为并行的纪律调查机构和刑事调查机构,由纪律审查机构行使党纪、政纪调查权,刑事调查机构行使刑事调查权<sup>[7]</sup>。

#### 2. 制定相对统一的标准

要制定党纪、政务、刑事处置措施适用的统一标准,纪检监察机关内部的衡量标准要统一,处置方式不能一案一议、一人一议,差距悬殊。不能为了落实“四种形态”的比例,而强行改变本应采取的处置方式,而要以客观的标准进行准确的判断。标准的制

定要针对涉案金额、自首情节、行为恶劣程度、主观态度等方面进行细化,争取让各种条件大致相同的行为人受到同等程度的处置,避免因党纪政务处分与移交公诉的差异明显而引起较大争议。

## (二) 允许司法机关对监察程序一定程度的参与

任何不受制约和监督的权力,必然会导致滥用和腐败,必然会导致贻害无穷。现行的监察权除了内部监督,还缺乏较为有效的外部监督。允许司法机关在一定程度上对审查调查的参与,既是对监察权的外部监督,也是司法机关和监察机关相互配合、通力合作的方式之一。当然,这需要仔细的思考和精细的制度设计,并非一朝一夕就可实现的。

首先,在时间上,司法介入监察与司法介入侦查不同,不宜过早介入。与检察机关可以提前介入普通刑事案件引导侦查不同,司法介入监察应是在监察过程的后半段,即主要是职务犯罪的定性和量刑建议阶段,是一种相对有限的参与。

其次,在内容上,司法的介入要在司法机关与监察机关相互制约、相互配合的法律框架内。换言之,司法介入的只能是涉及职务犯罪的部分,而不能是涉及党纪政务处分的部分,更不能涉及监察机关其他方面的职能。

最后,司法权对监察权的监督可以分为行为人和监察官两个方面。在行为人方面,就是对立案、审查调查等流程上的监督,司法机关对监察程序上出

现的问题可以提出意见和建议。在监察官方面,就是对是否存在徇私枉法、非法取证等情形的监督。由于监察机关的准司法机关性质,如果有上述情形发生,检察机关应当比照司法人员的相应职务犯罪进行处理。

此外,辩护律师何时可以介入监察程序的问题也是一个热点。当然,监察对象取得相应的律师协助是监察体制进一步完善的要求,但是,在司法机关能否介入监察程序尚未有定论之前,探讨此问题有些为时过早。

## 参考文献

- [1] 詹建红,崔玮.职务犯罪案件监察分流机制探究:现状、问题及前瞻[J].中国法律评论,2019(6):55.
- [2] 刘艳红.《监察法》与其他规范衔接的基本问题研究[J].法学论坛,2019(1):5-15.
- [3] 李奋飞.“调查—公诉”模式研究[J].法学杂志,2018(6):18-31.
- [4] 姜涛.国家监察法与刑事诉讼法衔接的重大问题研究[J].南京师大学报(社会科学版),2018(6):97-108.
- [5] 张建伟.法律正当程序视野下的新监察制度[J].环球法律评论,2017(2):61-82.
- [6] 陈光中,邵俊.我国监察体制改革若干问题思考[J].中国法学,2017(4):23-36.
- [7] 陈瑞华.论监察委员会的调查权[J].中国人民大学学报,2018(4):10-20.

## The Convergence of Discipline and Law and the Decriminalization Disposal of Duty Crimes in Specific Situations

Ma Songjian     Liu Haotian

**Abstract:** Since the reform of China's supervisory system, the proportion of Party discipline and government punishment represented by "cliff demotion" has gradually increased in the handling of corruption that may constitute a crime in office. In this regard, there has been a questioning voice in the theoretical community that "substitute fines for criminal punishment" is not advisable. The fundamental reason for this problem lies in the poor connection between discipline and law. *The Supervisory Law* and *the Criminal Law* have equal ranks, similar goals, and common content, which is an important basis for the convergence of discipline and law. The fact that the scope of the subject of supervision is wider than that of the subject of duty crimes, which is not only a reasonable and beneficial supplement to it, but also an important manifestation of the convergence of discipline and law. The decriminalization of duty crimes in specific situations is reasonable, and this new model of corruption governance that focuses on punishment instead of prevention is a new measure to achieve the convergence between discipline and law. The Party discipline and government punishment is sufficient to achieve the punitive nature of criminal punishment and the special preventive function of criminal law, and is also a concrete way to implement the policies of "treating diseases and saving people" and "four forms". In the specific application process, it is necessary to strengthen the internal management of disciplinary inspection and supervision organs and allow judicial organs to participate to a certain extent, which will better promote the convergence between discipline and law.

**Key words:** duty crimes; target of supervision; convergence between discipline and law; decriminalization disposal

责任编辑:一鸣