

职务犯罪案件认罪认罚从宽制度研究

汪海燕

内容提要:《监察法》规定了职务犯罪案件调查阶段认罪认罚从宽制度,但在价值取向、适用条件和具体适用程序等方面与刑事诉讼认罪认罚从宽制度有较大的差异。从总体上看,职务犯罪案件调查阶段认罪认罚制度呈现出更为浓厚的职权色彩。为充分发挥认罪认罚从宽制度的功能,实现《监察法》与《刑事诉讼法》的有效对接,在实体标准层面,应遵循认罪认罚从宽条件一体化思路;在证据层面,需要在坚守法定证明标准的前提下,完善口供补强规则,落实疑罪从无原则,并在吸收认罪认罚从宽原则精神的基础上,设立污点证人作证制度等;在程序层面,调查阶段应当构建保障被追诉人知悉权规则、值班律师制度以及多层次限制人身自由的强制性措施体系,同时还应规范相关文书的适用。

关键词: 职务犯罪 认罪认罚从宽 刑事证据 证明标准 监察制度

汪海燕,中国政法大学刑事司法学院教授。

一 问题的提出

2014年6月,全国人大常委会授权最高人民法院、最高人民检察院在北京开展刑事案件速裁程序的两年试点工作,是为认罪认罚从宽制度的先行探索。2016年7月,中央全面深化改革领导小组通过了《关于认罪认罚从宽制度改革试点方案》。这一改革试点,是落实党的十八届四中全会关于完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度改革部署的重大举措。不仅有利于维护社会稳定,加强人权司法保障;也有利于在更高层次上实现公正与效率相统一,推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革。^[1] 随后,在总结刑事案件速裁程序改革试点、认罪认罚从宽制度改革试点经验的基础上,2018年10月《刑事诉讼法》第三次修改时比较系统地规定了认罪认罚从宽制度。为保证该制度的有效实施,2019年10月,

[1] 参见《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部印发〈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〉的通知》,法[2016]386号。

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布了《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(下称“《指导意见》”)。《指导意见》第5条第2款规定,“认罪认罚从宽制度没有适用罪名和可能判处刑罚的限定,所有刑事案件都可以适用,不能因罪轻、罪重或者罪名特殊等原因而剥夺犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚获得从宽处理的机会”。由此可见,包括职务犯罪在内的所有刑事案件均可以适用认罪认罚从宽制度。

实际上,2018年3月通过实施的《中华人民共和国监察法》在《刑事诉讼法》第三次修改之前就已经在法典层面明确了职务犯罪调查阶段认罪认罚从宽制度。《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:(一)自动投案,真诚悔罪悔过的;(二)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;(三)积极退赃,减少损失的;(四)具有重大立功表现或者案件涉及国家重大利益等情形的。”故而,认罪认罚从宽制度成为《刑事诉讼法》与《监察法》衔接的一个重要“枢纽”。

然而,《监察法》和《刑事诉讼法》在认罪认罚从宽制度适用条件、适用程序等方面,内容并不完全相同。从总体上考察,《监察法》仅勾勒出职务犯罪案件调查阶段认罪认罚从宽制度的框架;从具体内容上考察,相较于《刑事诉讼法》,《监察法》规定的适用条件与适用程序等更加严格,职权色彩更加浓重。此种状况一方面导致在职务犯罪案件中适用认罪认罚从宽制度的混乱,监察(调查)活动与后续审查起诉和审判程序难以形成有效衔接,监察机关“在适用认罪认罚从宽制度时,无法单纯以《监察法》为依据,必须借助《刑事诉讼法》的相关规定进行监察实践”;^[2]另一方面,两法之间的抵牾也悖离了法治对“形式理性”的要求。“法律的形式化要求法律规范的严格性和法律体系的完整和谐性。”^[3]法律体系规范具有周延性、逻辑性且各要素之间相互协调,是法治的形式要求之一。毋庸讳言,基本法内容的相互冲突与全面推进依法治国的要求不符。

需要注意的是,此处《监察法》与《刑事诉讼法》的冲突并不能简单套用“新法优于旧法”的效力规定来处理。《刑事诉讼法》第108条规定,侦查是指“公安机关、人民检察院对于刑事案件,依照法律进行的收集证据、查明案情的工作和有关的强制性措施”。因此,虽然监察调查与刑事侦查具有基因上的混同性,^[4]例如,职务犯罪监察调查权是从检察机关职务犯罪侦查权转隶而来,监察调查与侦查活动具有追诉犯罪的同质性、查明案情措施的相同性或相似性,但是,刑事诉讼中的侦查活动并不包括监察调查活动。是故,适用“新法优于旧法”原则无法解决两法之间的矛盾。

与两法冲突形成对照的是,相较于普通刑事案件,除了具有认罪认罚从宽制度的一般功能外,职务犯罪案件适用认罪认罚从宽制度还具有其他的“溢出”功能与价值。2016年《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开

[2] 詹建红:《认罪认罚从宽制度在职务犯罪案件中的适用困境及其化解》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期,第22页。

[3] 公丕祥著:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社2003年版,第92页。

[4] 参见汪海燕:《监察制度与〈刑事诉讼法〉的衔接》,《政法论坛》2017年第6期,第85页。

展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》明确了普通刑事案件认罪认罚从宽制度的价值,即“为进一步落实宽严相济刑事政策,完善刑事诉讼程序,合理配置司法资源,提高办理刑事案件的质量与效率”。具体来说,一方面,认罪认罚从宽制度作为宽严相济刑事政策规范化、制度化的具体路径,根据犯罪的具体情况,实行区别对待,有利于确保办案法律效果和社会效果的统一;^[5]另一方面,简化认罪认罚案件程序,达到提高诉讼效率、合理配置司法资源的目的。但是,在职务犯罪案件中适用认罪认罚从宽制度,已经超出了贯彻宽严相济刑事政策和提高诉讼效率的价值,即,认罪认罚从宽制度的适用,高度契合了职务犯罪尤其是贪腐犯罪案件中较为独特的证据结构和特点,有利于减缓职务犯罪案件的证明难度。

相对于普通刑事案件,职务犯罪尤其是贪腐类犯罪往往更具封闭性与隐蔽性,监察机关取证更为困难。以贪腐类犯罪为例,其为典型的对合性犯罪,一般只有行贿人与受贿人在场,而且因“权钱交易”隐秘程度高,几乎不存在一般意义上的犯罪现场和痕迹,也几乎没有传统意义上的证人和被害人。在这些案件中,受贿人“利用职务上的便利,索取他人财物,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益”^[6]的供述与行贿人“为谋取不正当利益,给予国家工作人员以财物”^[7]的证言往往成为关键证据。显然,与普通刑事案件的证据结构相比,此类案件中的言词证据远重要于客观证据。^[8]但是,对合性犯罪的特点也决定了双方利益紧密,多形成攻守同盟,加之职务犯罪案件的当事人往往具有较高的知识层次并掌握一定的“社会资源”,反调查意识普遍较强。在上述因素的共同作用下,否认犯罪或者任意“翻供”“翻证”的现象经常出现。^[9]易言之,能否获得有效言词证据在很大程度上决定了职务犯罪案件的调查进程与结果。在此种情形下,贯彻宽严相济的刑事政策,使被调查人(包括受贿人和行贿人)明确从宽预期,反向“激励”其自愿作出供述或提供更多的案件线索,从而达到降低案件证明难度和实现反腐的目的。

事实上,一些地方监察机关和司法机关已经在《监察法》《刑事诉讼法》的基础上,探索职务犯罪案件认罪认罚从宽的适用问题,并形成了有益经验。例如,在厦门市海沧村原主任江某受贿案中,市监察委充分告知了江某认罪认罚程序相关的权利义务内容。在工作人员的见证下,江某自愿签署了《涉嫌职务犯罪认罪认罚具结书》。该案成为厦门市第一起在调查阶段适用认罪认罚从宽程序的案件。^[10]在河北省政协原副主席艾文礼受贿案中,其携带赃款赃物主动到中央纪委国家监委投案,中央纪委国家监委对外发布的有关通报中,首次使用了“提出减轻处罚的建议”的表述,在检察机关的量刑建议中,亦提出对

[5] 参见苗生明、周颖:《认罪认罚从宽制度适用的基本问题》,《中国刑事法杂志》2019年第6期,第6页。

[6] 《刑法》第385条:“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。”

[7] 《刑法》第389条:“为谋取不正当利益,给予国家工作人员以财物的,是行贿罪。”

[8] 参见罗猛、邓超:《贿赂犯罪证明模式研究》,《中国刑事法杂志》2016年第4期,第54页。

[9] 参见卞建林主编:《腐败犯罪诉讼程序专题研究》,中国人民公安大学出版社2014年版,第302页。

[10] 参见中央纪委国家监委网站:《厦门:依法推进认罪认罚从宽的规范适用》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1620503269879083175&wfr=spider&for=p>,最近访问时间[2019-12-29]。

艾文礼予以减轻处罚的意见。^[11] 这些案例均说明认罪认罚从宽制度在监察实践和刑事诉讼中发挥了良好的法律效果和社会效果。但是,实践中有限的探索并不能填补《监察法》与《刑事诉讼法》在认罪认罚从宽制度规定上的罅隙,两法有关认罪认罚从宽标准设立的差异、证据规则架构的断裂、程序设置的差别等无疑为职务犯罪案件中认罪认罚从宽制度的广泛适用设立了一道藩篱,同时也不能有效解决《监察法》中调查阶段认罪认罚从宽制度缺乏可操作性的问题。

本文拟探讨职务犯罪案件认罪认罚从宽制度的特点,找寻两法之间的相异点,并在此基础上提出完善或改革方案,以期实现该制度设立的初衷,并促使两法达至形式上的和谐。

二 抵牾与协调:监察与刑事诉讼认罪认罚从宽制度的比较

“根据犯罪的具体情况,区分案件性质、情节和对社会的危害程度,实行区别对待,做到该宽则宽,当严则严,宽严相济,罚当其罪。”^[12] 就立法初衷而言,贯彻宽严相济的刑事政策是《刑事诉讼法》确立认罪认罚从宽制度的首要价值目标,因此,该制度在刑事诉讼中以落实从宽处罚的权利供给为导向,具有较为浓烈的权利色彩。

首先,对所有被追诉人而言,认罪认罚从宽是赋予其悔罪自新的机会与权利。《指导意见》第5条规定,“认罪认罚从宽制度没有适用罪名和可能判处刑罚的限定,所有刑事案件都可以适用,不能因罪轻、罪重或者罪名特殊等原因而剥夺犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚获得从宽处理的机会”,而且这种机会“贯穿刑事诉讼全过程,适用于侦查、起诉、审判各个阶段”。因此,对于被追诉人而言,通过认罪认罚可以获得从宽处理是其一项法定的权利。

其次,构建相关保障制度,强化认罪认罚从宽程序的正当性。为了保证认罪认罚的自愿性、真实性与合法性,《刑事诉讼法》不仅规定了公检法机关应告知犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利和认罪认罚从宽的法律规定,^[13] 而且还构建了值班律师制度,即,如果被追诉人没有辩护人为其辩护,由值班律师为犯罪嫌疑人、被告人提供法律咨询、程序选择建议、申请变更强制措施、对案件处理提出意见等法律帮助;被追诉人同意认罪认罚和适用相关程序,其签署认罪认罚具结书还应有辩护人或者值班律师在场见证。^[14] 同时,法律还设置了法院审查认罪认罚的自愿性和认罪认罚具结书内容的真实性、合法性的程序。^[15] 另外,《指导意见》还要求检察机关“探索证据开示制度,保障犯罪嫌疑人的知情权和认罪认罚的真实性及自愿性”。^[16] 应当说,这些制度的设置不仅在很大程度上保障了认罪认罚的自愿性,也强化了认罪认罚程序的正当性。

[11] 参见《2019年度人民法院十大刑事案件》,《人民法院报》2020年1月12日第4版。

[12] 《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第1条。

[13] 参见《刑事诉讼法》第120条、第173条、第190条。

[14] 参见《刑事诉讼法》第36条、第174条。

[15] 参见《刑事诉讼法》第190条。

[16] 《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第29条。

再次,从实体和程序两个层面规定了认罪认罚可以获得从宽的种类、幅度和相关的程序。在认罪认罚从宽制度体系中,认罪认罚实体从宽与程序从宽并行。对于认罪认罚案件,不仅《刑法》和相关司法解释以及《指导意见》均对实体从宽作了较为明确的规定,而且《刑事诉讼法》还规定了强制措施的宽缓化、^[17]速裁程序的适用以及附条件终止诉讼^[18]等,明确了认罪认罚程序从宽制度。

与之形成对比的是,《监察法》中调查阶段认罪认罚从宽制度体现出较为浓厚的职权色彩。法律不可能以单核价值作为追求目标,《监察法》中亦有很多强调人权保障与程序正当的内容,例如,《监察法》确立了“保障当事人合法权益”原则(第 5 条)、非法证据排除规则(第 33 条)、全程录音录像制度(第 41 条第 2 款)等。但是,总体上看,该法诸多内容更加强调监察职权的有效发挥以实现高效反腐的目的。2016 年《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》第 2 条规定,“实行监察体制改革,设立监察委员会,建立集中统一、权威高效的监察体制”。在《监察法》制定过程中,国家将监察体制改革目标定位为“整合反腐败资源力量,加强党对反腐败工作的集中统一领导,构建集中统一、权威高效的中国特色国家监察体制,实现对所有行使公权力的公职人员监察全覆盖”。^[19]此目标被《监察法》予以确认(第 2 条)。毋庸讳言,为实现高效反腐的目的,被调查人的权利必然会在一定程度上作出“退让”,如《监察法》没有规定被调查人有获得律师帮助或者辩护的权利,留置措施中通知家属设置“有碍调查除外”的规定^[20]等。

《监察法》浓厚的职权色彩必然会映射到调查阶段的认罪认罚从宽制度上。与以权利为导向、较为强调程序正当性的刑事诉讼认罪认罚从宽制度不同,监察当中的认罪认罚从宽制度以高效调查和反腐为主要目标。犯罪控制作为职权导向的重要表现形式,主要有三大特征:一是关注甄别犯罪嫌疑人、确定罪犯及对被判有罪者进行适当处置的运作效率;二是有罪推定使制度可能有效地处理大量案件,但此处的有罪推定不是通常意义上的法律规则,而是一种态度或倾向;三是在早期阶段作出有罪答辩,可以将审判性事实认定活动减到最少。^[21]《监察法》第 31 条设立认罪认罚从宽制度的目的与上述特征在很大程度上相吻合,“鼓励被调查人犯罪后改过自新,将功折罪,积极配合监察机关的调查工作,争取宽大处理,体现了‘惩前毖后,治病救人’的精神。同时,也为监察机关顺利查清案件提供有利条件,节省人力物力,提高反腐败工作的效率”。^[22]可见,该制度强调被调查人履行服从、配合“义务”,从而实现降低办案难度、提升反腐效率的目的。另外,相较于《全

[17] 参见《刑事诉讼法》第 81 条。

[18] 参见《刑事诉讼法》第 182 条。

[19] 李建国:《关于〈中华人民共和国监察法(草案)〉的说明》(2018 年 3 月 13 日在第十三届全国人民代表大会第一次会议上的发言),<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1594885030581113950&wfr=spider&for=pc>,最近访问时间[2020-02-19]。

[20] 参见《监察法》第 44 条。

[21] 参见[美]赫伯特·L.帕克:《刑事诉讼的两种模式》,梁根林译,载虞平、郭志媛编译《争鸣与思辨——刑事诉讼模式经典论文选译》,北京大学出版社 2013 年版,第 9-11 页。

[22] 中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会法规室编写:《〈中华人民共和国监察法〉释义》,中国方正出版社 2018 年版,第 161 页。

国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》提出的“确保无罪的人不受刑事追究,有罪的人受到公正惩罚,维护当事人的合法权益”,《监察法》并没有在认罪认罚从宽制度中过多强调对被调查人的权利保障。这实际上在很大程度上已经打破了传统刑事程序中惩罚犯罪和保障人权的动态平衡状态。^[23] 在监察体制改革总目标和调查阶段认罪认罚从宽制度价值取向统摄下,相关具体制度必然呈现较为强烈的职权色彩,具体表现为以下几个方面。

第一,对被调查人相关权利保障不足。相较于刑事诉讼,职务犯罪调查阶段认罪认罚从宽制度对于被调查人的权利保障呈现若干特点。首先,法律既没有规定监察机关在调查阶段告知被调查人享有哪些权利的相关程序,也没有规定监察机关对被调查人负有释明认罪认罚从宽制度相关法律的职责。也就是说,至少在法律层面,被调查人对认罪认罚从宽内容的知悉权阙如。其次,调查阶段认罪认罚从宽适用具有封闭性。在调查过程中,被调查人既没有权利委托辩护人为其提供辩护,也不能得到值班律师的法律帮助。最后,调查阶段认罪认罚从宽的适用具有单方性。法律并没有规定听取被调查人认罪认罚意见的程序,更不存在监察机关与被调查人量刑“协商”的规则。

第二,监察机关拥有“从宽处罚建议权”。根据《刑事诉讼法》第162条、第176条,认罪认罚从宽制度在“侦查—审查起诉”衔接过程中,侦查机关仅有“记录犯罪嫌疑人自愿认罪、随案移送、在起诉书中写明情况”的权力,而“提出量刑建议”的权力专属于检察机关。应当说,此种设计符合相关诉讼原理:一是量刑建议权本质上为求刑权的组成部分,是由公诉权直接衍生而来,具有专属性,其行使主体应当仅限于公诉机关;二是在认罪认罚从宽制度中,“量刑建议”是以经过法定程序保障的控辩“合意”为前提的,是对该“合意”的遵守与执行,应先有“合意”再有“建议”;三是与诉讼规律相符并与有关机关诉讼职能相匹配。随着诉讼程序的推进以及认识的深化,审查起诉阶段对有关事实的认识相比侦查阶段更加客观全面,适用法律也更为准确。虽然侦查阶段犯罪嫌疑人的认罪内容是量刑建议形成的重要基础之一,但侦查的主要任务是收集证据、查获犯罪嫌疑人,基于侦查的主体“一面之词”有时很难达到量刑建议准确化的要求。然而,在职务犯罪案件认罪认罚从宽制度体系中,监察机关可以在移送检察院时提出从宽处罚的建议(《监察法》第31条),“包括从轻处罚、减轻处罚和免除处罚”。^[24] 可见,该量刑建议权在程序上呈现出“跳跃性”。而且,从宽处罚建议不以监察机关与被调查人的协商为基础,更无从谈及体现辩护人或者值班律师的意见。这些均使得监察机关的从宽处罚建议具有浓厚的职权色彩。虽然在法律层面,监察从宽建议的法律效力处于留白状态,但从实践层面看,监察机关的从宽建议书则具有较强的约束力。在部分地区,检察机关会将从宽建议函以及上级机关同意从宽处理的批复作为证据提交法院,法院亦会将其作为裁判量刑的依据。^[25] 毋

[23] 参见陈光中:《动态平衡诉讼观的理论阐释》,《中国检察官》2018年第7期,第5页。

[24] 中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会法规室编写:《〈中华人民共和国监察法〉释义》,中国方正出版社2018年版,第163页。

[25] 参见詹建红:《认罪认罚从宽制度在职务犯罪案件中的适用困境及其化解》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期,第24页。

庸讳言,监察权具有很强的震慑力。一方面,“监察委与纪委合署,是强大的纪检监察力量,处于我国集中型权力构造的核心位置”;^[26]另一方面,监察权的影响力主要来源于监察机关的综合性职能以及监察范围的“全覆盖”,亦包括对检察人员与审判人员的监督。在此前提下,虽然在办案中,监察机关与审判机关、检察机关应当相互制约,但更多呈现的是监察机关对检察机关、审判机关的单向约束力。在此背景下,监察机关提出的从宽建议能对检察院和法院产生较强的拘束作用也就不难理解了。

第三,监察机关提出“从宽建议”的程序严格,行政色彩浓厚。在普通刑事案件中,检察机关提出认罪认罚从宽建议只是案件办理的一个环节,一般不需要经过特别的程序,更不需要报请上级检察机关决定或同意。^[27]与之相对应的是《监察法》第 31 条规定的,“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”。“集体研究”“上一级批准”是典型的行政决策方式,具有层级性、单方性和封闭性等特征,这也意味着只有层级更高的权力主体才可对“从宽建议”作出决定。此规定不仅体现了法律对于监察案件认罪认罚从宽的适用更为慎重,也体现了监察权行使的相对集中性。

第四,调查阶段认罪认罚从宽适用实体条件较为严格。在普通刑事案件中,只要被追诉人“自愿如实供述自己的罪行,对指控的犯罪事实没有异议”,“真诚悔罪,愿意接受处罚”,^[28]有关机关一般对其就“应当体现法律规定和政策精神,予以从宽处理”。^[29]但是,《监察法》对于职务犯罪案件认罪认罚从宽适用规定了较为严格的实体条件。《监察法》第 31 条规定,适用门槛必须满足“认罪 + 认罚 + 特定情形的条件”。^[30]特殊情形包括:(1)自动投案,真诚悔过;(2)如实供述监察机关未掌握的违法犯罪行为;(3)积极退赃;(4)具有重大立功表现或涉及国家重大利益等情形。第(1)(2)项分别与《刑法》第 67 条^[31]规定的“一般自首”与“特殊自首”的内涵相一致,第(3)项与《刑法》第 383 条第 2 款^[32]内容相近似,第(4)项与《刑法》第 68 条^[33]内容大致相同。实则,可以将职务犯罪案件中从宽适用的情形具化为三种基本类型:(1)自首 + 认罪认罚;(2)退赃 + 认罪认罚;(3)重大立功 + 认罪认罚。就“自首 + 认罪认罚”类型而言,根据《指导意见》第 9 条的规

[26] 龙宗智:《监察与司法协调衔接的法律规范》,《政治与法律》2018 年第 3 期,第 3 页。

[27] 《刑事诉讼法》第 182 条规定:“犯罪嫌疑人自愿如实供述涉嫌犯罪的事实,有重大立功或者案件涉及国家重大利益的,经最高人民检察院核准,公安机关可以撤销案件,人民检察院可以作出不起诉决定,也可以对涉嫌数罪中的一项或者多项不起诉。”因此,特别情形下应经最高人民检察院核准。

[28] 参见《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 6 条、第 7 条。

[29] 参见《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 8 条。

[30] 詹建红:《认罪认罚从宽制度在职务犯罪案件中的适用困境及其化解》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 2 期,第 25 页。

[31] 《刑法》第 67 条:“犯罪以后自动投案,如实供述自己罪行的,是自首。对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论……”。

[32] 参见《刑法》第 383 条第 2 款:“对犯贪污罪的……犯第一款罪,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……”。

[33] 参见《刑法》第 68 条:“犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件等立功表现的,可以从轻或者减轻处罚;有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。”

定,“具有自首、坦白情节,同时认罪认罚的,应当在法定刑幅度内给予相对更大的从宽幅度”,但在职务犯罪调查阶段,其仅仅符合“可以从宽处罚”的适用门槛;就“退赃+认罪认罚”类型而言,《指导意见》仅将退赃作为评价被追诉人悔罪态度与表现的参考要素之一,^[34]但在职务犯罪调查阶段却将其设定为从宽处罚适用的必要条件;就“重大立功+认罪认罚”类型而言,根据《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》,重大立功是指“检举、揭发他人犯罪,提供侦破其他案件的重要线索,阻止他人的犯罪活动,或者协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人,犯罪嫌疑人、被告人依法可能判处无期徒刑以上处罚的”。可见,重大立功以促进其他案件的解决为指向,无涉本案中的“罪”与“罚”,以其作为从宽的适用条件实则已经突破了认罪认罚内涵的边界。总体而言,暗含于上述条文的基本逻辑为,通过设置“严格”条件审慎适用“从宽”处罚。

毫无疑问,调查阶段认罪认罚从宽制度以全面从严治党为出发点,在很大程度上是为了满足职务犯罪证明困难、反腐形势严峻的需要。然而,不能回避的问题是,《监察法》与《刑事诉讼法》在认罪认罚从宽制度层面的抵牾会引起适用上的混乱。例如,在调查阶段,被调查人如实供述罪行,对调查的犯罪事实无异议,而且真诚悔罪,并愿意接受处罚,但是,这些表现并不符合《监察法》第31条规定的自首、退赃、重大立功等特殊情形,监察机关在起诉意见书中应否写明被调查人“认罪认罚”?监察机关针对一般性的“认罪认罚”能否建议从宽?如果可以建议从宽,是否需要经过集体或者上级监察机关讨论?检察机关和法院在处理案件时,针对调查阶段的一般性认罪认罚,能否比照普通刑事案件侦查阶段的认罪认罚提出量刑建议或者作出裁判?笔者认为,应以“充分落实宽严相济的制度价值,实现《监察法》与《刑事诉讼法》的有效衔接”为指引,在调查阶段,被调查人如果认罪认罚,即使不符合“特殊情形”之要求,亦可以参照或者根据《刑事诉讼法》作出相应的从宽处理。若是同时符合“特殊情形”之要求,被调查人不仅应当获得《刑法》本身规定的宽宥,同时还应根据《指导意见》第9条的规定,给予被调查人在此基础上的进一步从宽,即认罪认罚从宽幅度“一般应当大于仅有坦白,或者虽认罪但不认罚的从宽幅度”,或者“具有自首、坦白情节,同时认罪认罚的,应当在法定刑幅度内给予相对更大的从宽幅度”。此外,《监察法》还应当完善认罪认罚从宽案件中留置的替代性措施、规范相应的文书等,这将在下文阐述。

三 坚守与突破:职务犯罪认罪认罚从宽案件中的证据制度

基于职务犯罪封闭性与隐蔽性的特点,易形成以口供为中心的证据结构。在这些案件中,由供到证,使证据的生产可能自觉或不自觉地从“收集”转变为“制造”,^[35]这无疑会加剧制造冤错案的风险。为保证案件质量,《监察法》第33条规定:“监察机关在收集、

[34] 参见《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第18条规定:“犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚,但没有退赃退赔、赔偿损失,未能与被害方达成调解或者和解协议的,从宽时应当予以酌减。”

[35] 参见左卫民:《“印证”证明模式反思与重塑:基于中国刑事错案的反思》,《中国法学》2016年第1期,第168页。

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。”第 40 条、第 45 条对调查终结和移送审查起诉标准的要求是“形成相互印证、完整稳定的证据链”“犯罪事实清楚,证据确实充分”。上述条文的核心要义在于指引职务犯罪调查活动遵循“证据确实、充分”的要求,以倒逼“监察人员重视口供以外的证据,尤其是实物证据与科学证据的运用”。^[36]然而,在职务犯罪案件中,如果不当适用认罪认罚从宽制度,可能导致“口供中心主义”的回潮和“调查中心主义”的盛行。鉴于此,应当根据职务犯罪认罪认罚从宽案件特点,完善与之相关的证据制度。

(一)证明标准的坚守与口供补强规则

刑事证明标准作为证据认定案件事实所要达到的程度和要求,目的是准确定罪,防止冤枉无辜。由于刑事案件关涉公民人身自由等最基本的权利,即使是认罪认罚案件,法律仍然要求在案件中坚守较高的证明标准。《指导意见》第 3 条规定:“办理认罪认罚案件……坚持法定证明标准……应当做到犯罪事实清楚,证据确实、充分,防止因犯罪嫌疑人、被告人认罪而降低证据要求和证明标准。”然而,职务犯罪较之其他案件对口供有更强的依赖性,更易引发证明标准实质性降低。鉴于此,在认罪认罚从宽案件证明标准坚守方面,要完善口供补强规则,同时还应准确厘清认罪认罚具结的性质。

为防止口供中心主义,法律对于口供的证明力作了限制。《刑事诉讼法》第 55 条第 1 款规定:“只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述,证据确实、充分的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。”该规定的适用并无例外,应统摄包括认罪认罚从宽案件在内的所有刑事案件。因此,在职务犯罪案件中,一方面,法官并不能仅凭被告人认罪认罚就作出有罪裁判,仍应综合所有证据,“形成相互印证、完整稳定的证据链”,达到“事实清楚,证据确实、充分”的程度;另一方面,即使仅依据被追诉人的供述即可形成充分的心证,也需要有补强有罪的其他证据。“只根据自白就形成了充分的心证时,也必须有补强证据,这是‘本来的补强法则’,也是自由心证主义的例外。”^[37]应当说,恪守口供补强规则在偏重言词证据的职务犯罪认罪认罚案件中非常重要,加之我国自愿性保障制度尚不完善,例如,监察调查程序中律师没有介入的权利,在审查起诉和审判阶段值班律师制度效果不尽如人意等,^[38]该规则尤显其特殊意义。

对补强范围的界定主要有两种思路:一是以日本通说观点为代表的“罪体说”,^[39]要求口供以外的补强证据能够独立证明案件事实,并达到某种质和量的要求;^[40]二是美国联邦最高法院基于“奥伯诉合众国”(Opper v. United States)判例确立的“更好的规则”。该规则并不要求有证明犯罪实体的佐证,而要求有“倾向于证明陈述真实性的实质独立的证据”。^[41]后一标准的优势在于,一是能够减轻控方的证明负担,二是不会偏离佐证口

[36] 汪海燕:《审判中心与监察体制改革——以证据制度为视角》,《新疆社会科学》2018 年第 3 期,第 120 页。

[37] [日]田口守一著:《日本刑事诉讼法》(第七版),张凌、于秀峰译,法律出版社 2019 年版,第 493 页。

[38] 参见汪海燕:《三重悖离:认罪认罚从宽程序中值班律师制度的困境》,《法学杂志》2019 年第 12 期,第 13-14 页。

[39] 参见[日]田口守一著:《日本刑事诉讼法》(第七版),张凌、于秀峰译,法律出版社 2019 年版,第 494 页。

[40] 参见向燕:《论口供补强规则的展开及适用》,《比较法研究》2016 年第 6 期,第 36 页。

[41] [美]约翰·W. 特斯龙著:《麦考密克论证据》,汤维建译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 279 页。

供真实性的核心目标。笔者认为,在职务犯罪案件中,就其认罪认罚补强的范围来说,应当采取难度较低的美国标准。这是因为,口供本身就是我国法定证据种类之一,“不能仅凭口供定罪”并不是否定口供的证据地位,也不是排除其在证据体系中的作用,只不过是要强调不能过分倚重口供。就此而言,“罪体标准”与我国法律并不相容。更重要的是,职务犯罪案件本就难以取证,如果要求所有补强证据都达至“罪体标准”,这不仅会使大量职务犯罪案件的追诉流产,还将会使通过认罪认罚从宽降低事实认定难度的价值随之流逝。因此,当通过被调查人的认罪找到了隐蔽性很强的物证、书证,或者认罪内容包括对特殊犯罪细节的准确描述,抑或认罪内容包含了不同寻常的犯罪情节,^[42]且上述认罪内容与其他证据相互印证,并且排除了认罪认罚非自愿、被强迫的可能性,即可以认定被告人有罪。^[43]

与口供证明力及口供补强证据规则紧密相关的问题是,认罪认罚具结书及其内容能否作为证据在职务犯罪案件中使用。显然,如果认罪认罚具结能够作为被调查人或被追诉人有罪供述的证据,那么,证明过程及其证明标准的实现相对简单。然而,笔者认为,具结书及其内容不能于职务犯罪案件中作为证据使用。《指导意见》第52条规定,“犯罪嫌疑人……签署认罪认罚具结书,在人民检察院提起公诉前反悔的,具结书失效”。针对具结书失效后其内容的效力如何,有论者提出:“对于反悔的被告人采纳其先前供述及相关证据的做法,符合我国刑事司法的传统。”^[44]检察院《认罪认罚从宽告知书》样本也有所体现:“犯罪嫌疑人、被告人撤回《认罪认罚具结书》……已经签署过的《认罪认罚具结书》……仍可能作为其曾有罪供述的证据,由人民法院结合其他证据对本案事实进行认定。”^[45]此种观点似有待进一步斟酌。

认罪认罚具结书不能等同于有罪的供述,原因在于,首先,从两者设立或获取的目的考察,具结书的设立“在于确保犯罪嫌疑人系自愿认罪认罚,此时具结书起到的是保证作用”。^[46]质言之,具结书是以书面形式正式确认被追诉人选择程序的自愿性,并以此作为放弃某些诉讼权利、承担相应不利后果的声明。与之不同的是,讯问犯罪嫌疑人获取口供的目的是收集证据,查清案件事实。其次,签署具结书与讯问获取口供的程序不同。前者强调被追诉人的自愿,以及值班律师或辩护人的有效法律帮助与见证,控辩双方的协商等;而后者则强调取证程序的合法性,包括讯问的主体、人数、时间、地点等。再次,二者记载的内容不同。前者的主要内容包括权利知悉、认罪认罚的内容(实体和程序两个方面)、自愿签署声明等;后者则包括有罪的供认。最后,从作用上考察,认罪认罚具结书能否作为裁判的基础需要,法院审查认罪认罚的自愿性、具结书的真实性和合法性,其本身并不具有自证的功能;而口供作为法定证据种类的一种,是证明案件事实的材料。因此,在职务犯罪认罪认罚案件中,不能将被调查人或者被追诉人签署的认罪认罚具结书作为证据使用。反

[42] 参见秦宗文、叶巍:《认罪认罚案件口供补强问题研究》,《江苏行政学院学报》2019年第2期,第124页。

[43] 参见最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第106条规定:“据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证,且被告人的供述与其他证明犯罪事实发生的证据相互印证,并排除串供、逼供、诱供等可能性的,可以认定被告人有罪。”此规定与“更好的规则”相类似。

[44] 秦宗文:《认罪认罚案件被追诉人反悔问题研究》,《内蒙古社会科学(汉文版)》2019年第3期,第129页。

[45] 胡云腾主编:《认罪认罚从宽制度的理解与适用》,人民法院出版社2018年版,第126-127页。

[46] 王爱立、雷建斌主编:《刑事诉讼法立法精解》,中国检察出版社2019年版,第307页。

向来说,如果赋予具结书证据能力,易导致“具结书中心主义”,其证明力将促使检察机关将签署具结书作为汲汲追求的重要目标,被追诉人可能会沦为“签字画押”的客体。是故,裁判者不能因为被追诉人签署了具结书,便基于其中包含的认罪认罚内容作出有罪判决。

(二)明确疑罪从无原则

疑罪从无原则要求疑案时应作出有利于被追诉人的解释,当有罪证据不足时,应按照无罪处理。该原则对于防止冤错、保障人权具有重大意义。《刑事诉讼法》第 200 条第 3 项规定:“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”党的十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》要求,“落实健全……疑罪从无……等法律原则的法律制度”。然而,《监察法》对于疑罪从无原则并没有明确规定。《监察法》将移送审查起诉的标准规定为“犯罪事实清楚,证据确实、充分”(第 40 条),同时明确对于“没有证据证明被调查人存在违法行为的,应当撤销案件”(第 45 条第 2 款)。但是,对于“证据不足”的“中间地带”立法上却付诸阙如。显然,这不应成为在职务犯罪案件中适用认罪认罚从宽制度突破疑罪从无原则的借口;相反,在这些案件中更需要恪守疑罪从无原则。

疑罪从无本质上“是指导法官在‘未能形成确信时’应如何为判决的裁判法则”^[47]结合相关法律规定,有罪的内心确信可具化为以下两种形成方式:其一,有直接证据且有其他证据进行补强,其间形成相互印证的;其二,有若干间接证据,证据之间相互印证并形成完整的证明体系,结论具有唯一性的。^[48]故而,以任何一种方式得以形成内心确信,即可作出有罪判决;反言之,以上述两种方式皆无法形成确实的内心确信时,则应当作出无罪判决。因此,在认罪认罚从宽案件中,当职务犯罪的被告人作出有罪供述,并且综合全案其他证据,能够形成完整的证据链条,裁判者据此足以形成内心确信,可以作出有罪判决。相反,即使被告人认罪认罚,但是综合全案证据,未有证据对认罪认罚进行补强,其间无法相互形成印证时,则应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪处理,当然也就无涉从宽的适用问题。正如有学者所言,“一旦案件证据不足以证明被告人有罪……即使被告人已经认罪并自愿签署具结书,法院在审查后也应依法作出无罪判决”^[49]

毋庸讳言,落实疑罪从无原则,不能因为认罪认罚从宽的制度化或某类案件的特殊性而有所动摇。毕竟,追求真相与维护公正是监察调查和刑事诉讼共同的目标,而不冤枉无辜则是二者的底线。当然,在职务犯罪案件中作出疑罪从无的处理,尤其是在被追诉人作出认罪认罚从宽具结的情形下,需要裁判者对审判独立和证明标准的双重坚守。

(三)构建污点证人作证制度

认罪认罚从宽制度的适用契合于职务犯罪案件的证据构造,对于克服举证困境、加大反腐力度意义重大,但这并不代表能一劳永逸地解决职务犯罪的证明难题。进入审判阶

[47] 林钰雄著:《严格证明与刑事证据》,法律出版社 2008 年版,第 128 页。

[48] 参见《刑事诉讼法》第 52 条以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 105 条、第 106 条。

[49] 叶青、吴思远:《认罪认罚从宽制度的逻辑展开》,《法学》2017 年第 1 期,第 17 页。

段的所有案件,包括适用认罪认罚从宽的职务犯罪案件,均应遵循以审判为中心的原则,甚至需要接受庭审实质化的检验,即,“虽然认罪认罚从宽案件庭审实质化的内容……有所不同,但庭审起实质性作用、决定性作用的精神并未改变”。^[50] 如上所述,基于口供补强规则,仅依托于认罪认罚中的有罪供述不能满足有罪证明标准的要求,而且,如果职务犯罪涉案数额十分巨大,产生的社会影响极其恶劣,根据《指导意见》第8条规定,“可以从宽不是一律从宽,对犯罪性质和危害后果特别严重、犯罪手段特别残忍、社会影响特别恶劣的犯罪嫌疑人、被告人,认罪认罚不足以从轻处罚的”,具有不予从宽的可能性。此种“从宽”的不确定性在一些案件中无疑会打击被追诉人认罪认罚的积极性,可能致使案件调查或证明陷入被动。为了进一步降低职务犯罪案件中的证明难度,我国还有必要构建污点证人作证制度。

污点证人作证制度本质上也应归属于认罪认罚从宽体系,即国家放弃或部分放弃较轻罪刑被追诉人的求刑权以换取其合作,从而完成对重大案件或者共同犯罪中严重罪行的有效追诉。罪行较轻的被追诉人不仅要如实供述自己的罪行,承认指控的犯罪事实,愿意接受处罚,还要通过作证方式配合监察机关和检察机关,协助对较重罪行被告人的调查和指控,此为“认罪认罚”;而国家对其放弃求刑或者作量刑减轻指控,即为“从宽”。此制度本质与功能上与认罪认罚从宽制度相通,不仅贯彻了宽严相济的刑事政策,而且有利于节约司法资源,同时也是“两害相权取其轻”的理性选择。应该说,该制度的价值于取证困难的职务犯罪案件之中更加凸显。也就是,因为在该类案件中,其他实物证据较难收集,仅依赖口供又无法对被告人定罪,便可在制度上将犯罪较轻一方(如行贿方)转换为污点证人,通过放弃对其行为(如行贿)的追诉来换取其证言。^[51]

其实,我国特殊案件的不起诉制度就蕴含上述价值取向。《刑事诉讼法》第182条第1款规定:“犯罪嫌疑人自愿如实供述涉嫌犯罪的事实,有重大立功或者案件涉及国家重大利益的,经最高人民检察院核准,公安机关可以撤销案件,人民检察院可以作出不起诉决定,也可以对涉嫌数罪中的一项或者多项不起诉。”其中,“重大立功”就可以涵盖较轻罪行的被告人配合监察机关或司法机关完成对较重罪行被告人的调查与追诉。《联合国反腐败公约》也倡导就腐败犯罪建立污点证人制度,^[52]一些国家和地区也规定了污点证人制度。例如,《美国法典》第18编§6002豁免总则规定:“根据豁免令强迫证人作证的证言或其他信息不得在刑事案件中作为对证人不利的证据……”^[53] 澳大利亚《证据法》第128条规定,“认为证人……已经构成犯罪或基于司法利益的需要,可以要求证人作证,但其证言以及由于提供该证言直接或间接获得的任何信息、书证或者物证…不得用来反

[50] 胡云腾:《去分歧凝共识确保认罪认罚从宽制度贯彻落实》,《法制日报》2019年12月11日第9版。

[51] 参见卞建林主编:《腐败犯罪诉讼程序专题研究》,中国人民公安大学出版社2014年版,第265页。

[52] 参见《联合国反腐败公约》第37条:“(二)对于在根据本公约确立的任何犯罪的侦查或起诉中提供实质性配合的被告人,各缔约国均应当考虑就适当情况下减轻处罚的可能性作出规定。(三)对于在根据本公约确立的任何犯罪的侦查或起诉中提供实质性配合的被告人,各缔约国均应当考虑根据本国法律的基本原则就允许不起诉的可能性作出规定……”。

[53] 转引自徐磊:《污点证人制度研究——以美国为蓝本兼及中国污点证人制度构建》,2015年中国政法大学博士论文,第18页。

对该证人”。^[54] 我国台湾地区“证人保护法”第 14 条规定：“被告或犯罪嫌疑人，于侦查中供述与该案案情有重要关系之待证事项或其他正犯或共犯之犯罪事实……因而使检察官得以追诉……就其因供述所涉之犯罪，减轻或免除其刑。”笔者认为，我们可以考虑从制度构建与保障措施两方面实现污点证人制度与现有法律体系的有效衔接，前者包括明确污点证人的范围、作证豁免类型、程序的运行等；后者则涉及对污点证人的保护等相关问题。^[55]

四 构建与完善： 职务犯罪调查阶段认罪认罚从宽制度的程序改革

“简程序而不减权利”不仅是认罪认罚从宽制度正当性的基础，亦是防范冤错之关键。《监察法》仅规定了调查阶段认罪认罚从宽的适用条件和决定程序，而对于具体的操作程序包括被调查人享有的权利等，并未涉及。此种状况不仅不利于认罪认罚从宽制度发挥应有的功效，也不利于对被调查人的权利保障。另外，《监察法》与《刑事诉讼法》在职务犯罪认罪认罚从宽制度层面的断裂，也使得法律体系内部缺少应有的和谐与统一。基于此，有必要构建或完善调查阶段职务犯罪认罪认罚从宽制度的相关程序。

（一）保障被追诉人的知悉权

在认罪认罚从宽案件中，被追诉人的知悉权包括两个层面：一是对案件相关信息的知悉，如控方所掌握的证据信息，被追诉人涉嫌的罪名和可能承担的刑事责任等；二是对认罪认罚从宽制度相关信息的知悉，如何谓认罪认罚从宽制度，在认罪认罚从宽制度中被追诉人享有的诉讼权利以及适用认罪认罚可能产生的实体和程序方面的具体后果等。只有在充分了解上述有关信息的基础上，被追诉人作出的认罪认罚，才有可能具有自愿性和真实性。为了保证被追诉人第一个层面的知悉权，《刑事诉讼法》和《指导意见》规定了值班律师和辩护人有提供法律咨询（包括告知涉嫌或指控的罪名、相关法律规定）、会见权、阅卷权等诉讼权利；^[56]同时，《指导意见》还要求检察机关探索“证据开示”制度。^[57] 为保证第二个层面的知悉权，法律规定了值班律师有告知认罪认罚的性质和法律后果等职责；与此同时，法律还要求在侦查、审查起诉和审判阶段的主持机关与人员也有告知被追诉人享有的诉讼权利和认罪认罚相关规定的职责。^[58]

《监察法》没有许可辩护律师介入调查程序，也没有规定值班律师制度，就此而言，辩护律师或值班律师无力为被调查人知悉权的实现提供帮助。与此同时，《监察法》亦没有规定监察机关有告知被调查人享有的权利以及认罪认罚制度相关法律规定的职责。为保

[54] 《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会：《世界各国刑事诉讼法·大洋洲卷》，中国检察出版社 2016 年版，第 27 页。

[55] 参见汪海燕：《建构我国污点证人刑事责任豁免制度》，《法商研究》2006 年第 1 期，第 26-30 页。

[56] 《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 12 条规定了值班律师的会见权和阅卷权。但是，阅卷的方式仅限于“查阅”。

[57] 参见《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 29 条：“人民检察院可以针对案件具体情况，探索证据开示制度，保障犯罪嫌疑人的知情权和认罪认罚的真实性及自愿性。”

[58] 参见《刑事诉讼法》第 120 条、第 173 条、第 174 条。

障被调查人的合法权利,同时为保障调查阶段认罪认罚从宽程序的正当性,《监察法》应当与《刑事诉讼法》有效衔接,明确监察机关相关的告知职责。其告知内容应当包括被调查人在调查程序中享有的权利、义务以及认罪认罚从宽的法律规定。就调查程序中享有的权利、义务而言,告知内容包括认罪认罚获得从宽处理的权利、申请回避的权利、有使用本民族语言文字进行诉讼及获得翻译的权利、核对笔录和讯问知情权、如实回答的义务等;就认罪认罚从宽的法律规定而言,告知内容应包括适用认罪认罚从宽制度的具体程序、认罪认罚具结书的内容及其对裁判的影响、认罪认罚的撤回及其后果等。为保障监察机关告知义务的切实履行,还应当以书面形式正式印发“权利与义务告知书”,在告知书中列明上述权利,并要求被追诉人在阅读并完全理解之后签字或盖印。

(二) 赋予被追诉人律师帮助权

在普通刑事案件中,侦查阶段不仅允许辩护律师的介入,还设置了值班律师制度为没有委托辩护人的犯罪嫌疑人提供法律帮助。“值班律师制度的设立是认罪认罚从宽制度完善的内在要求,不仅解决了认罪认罚推进过程中被追诉人没有律师帮助的问题,符合正当程序的要求,而且值班律师的参与能够有效保障认罪认罚从宽的自愿性,维护被追诉人的合法权益,也在很大程度上避免认罪认罚程序中冤错案件的发生。”^[59]遗憾的是,《监察法》既不准许辩护律师介入调查程序,也没有规定值班律师制度或类似制度。毋庸讳言,“律师帮助作为认罪认罚从宽制度的必要保障,倘若将律师排除在监察调查之外,将造成监察案件适用认罪认罚制度的重大障碍与瑕疵”^[60]。

在逻辑上,律师为认罪认罚从宽案件被调查人提供帮助有两条途径:一条是以值班律师或者类似的身份为被调查人提供法律帮助;另一条是以辩护律师的身份为被调查人提供辩护。就目前而言,如果基于监察调查对象或案件的特殊性,在反腐形势严峻的情形下,对辩护律师的介入“心存芥蒂”,那么值班律师制度不失为较好的镜鉴。按照《刑事诉讼法》第36条的规定,值班律师为被追诉人提供法律咨询、程序选择建议、申请变更强制措施、对案件处理提供意见等法律帮助。其实,在监察调查中,值班律师也可以发挥类似的功能。通过法律咨询,使被调查人明确在调查中享有的权利与承担的义务,了解认罪认罚从宽制度,帮助被调查人知悉可能涉及的罪名及刑罚,同时为程序选择提供建议等。值班律师的帮助具有初步性、中立性,即是一种为被调查人提供咨询意见的临时性服务,而不涉及被调查人个案罪行有无或轻重的辩护问题。而且值班律师并不是被调查人委托的辩护人,对当事人没有依附性,^[61]一般更没有进行串供、毁灭证据、伪造证据,帮助当事人毁灭、伪造证据,威胁、引诱证人违背事实改变证言或者做伪证等行为的动因。此种制度的设计既不与《监察法》高效反腐的主色调相悖,也可以在此前提下比较有效地维护被调查人的合法利益,同时为调查阶段认罪认罚的正当性和顺利开展提供保障。当然,作长久计,除设立值班律师制度外,允许辩护律师介入涉嫌犯罪的调查程序以及认罪认罚从宽程

[59] 汪海燕:《三重悖离:认罪认罚从宽程序中值班律师制度的困境》,《法学杂志》2019年第12期,第12页。

[60] 卞建林:《配合与制约:监察调查与刑事诉讼的衔接》,《法商研究》2019年第1期,第22页。

[61] 在我国刑事诉讼中,辩护人应根据事实和法律进行辩护,是独立的诉讼参与人,但在其是由犯罪嫌疑人、被告人委托的情形下,二者之间的关系往往比较紧密,辩护人有时对当事人有较强的依附关系。

序更符合程序正当性与人权保障的要求。

(三) 构建多层次“强制措施”体系

对认罪认罚的被追诉人采取较为宽缓的强制措施是程序从宽的重要体现。《刑事诉讼法》第 81 条第 2 款规定：“批准或决定逮捕，应当将犯罪嫌疑人、被告人涉嫌犯罪的性质、情节、认罪认罚等情况，作为是否可能发生社会危险性的考虑因素。”即，当被追诉人认罪认罚且结合其罪行综合判断认为没有社会危险性，可以对其适用取保候审、监视居住等非羁押性强制措施。《指导意见》也明确要求将认罪认罚作为犯罪嫌疑人、被告人“是否具有社会危险性的重要考虑因素”。对于认罪认罚且罪行较轻、没有社会危险性的案件，公安机关不应当报捕或者检察机关应当作出批准逮捕的决定；对于“已经逮捕的犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的，人民法院、人民检察院应当及时审查羁押的必要性，经审查认为没有继续羁押必要的，应当变更为取保候审或者监视居住”。^[62] 应当说，刑事诉讼中由取保候审、监视居住和逮捕等组成的强制措施体系，不仅可以应对样态各异的司法实践，而且也可以有效保障认罪认罚案件程序从宽的落实。

相较于多元化的刑事强制措施，《监察法》中限制人身自由的措施却显单调，唯有留置一种。这就导致即使被调查人认罪认罚，也未能有轻缓的措施可以成为从宽的载体，措施的单一性在很大程度上切断了认罪认罚从宽于调查阶段的实现路径。有学者建言，“在留置之外，可参照《刑事诉讼法》关于取保候审的规定，增设取保措施”。^[63] 笔者认为，还可以在此基础上构建监视居住措施，进一步实现与《刑事诉讼法》的衔接，以体系化的强制性措施适应职务犯罪调查阶段程序从宽的要求。

应当说，在调查程序中设置除留置之外的限制人身自由的措施，与留置措施的性质也是相适应的，即，留置是保障调查程序顺利开展的措施。毋庸置疑，用留置取代“双规”，是法治文明和法治精神的体现。^[64] 具体表现为留置限制人身自由不仅需要经过法定的程序，而且该法定程序本身还应具备正当性，即只有在符合比例性、必要性等要求下才可以适用。留置对象是涉嫌违法犯罪的人，而不是在法律上被法院裁决为有罪之人，就此而言，留置本身并无惩罚的意味。《监察法》第 22 条将留置条件具化为罪名要件、证据要件与社会危险性要件三个方面。其中，社会危险性要件包括“出现可能逃跑、自杀的，可能串供或者伪造、隐匿、毁灭证据的，以及可能有其他妨碍调查行为”等情形。以此观之，留置措施的适用是以排除调查程序障碍、保障调查程序顺利进行为目的。反言之，对被调查人人身自由的限制不是调查程序适用的目的，仅是为顺利推进调查程序而采取的一种迫不得已的手段。因此，当这些障碍因素减弱或消失之后，其社会危险性也随之减弱或消解，此时便应解除或者降格对被调查人人身自由的限制程度。即，“无阻碍，便无法强制处分”。^[65] 因此，留置与“双规”措施的适用对象在较长时间内被完全剥夺人身自由，直到调查事项得到查明、证据得到收集以及赃款赃物得到起获、扣押”^[66] 的适用目的是大相

[62] 《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 19-21 条。

[63] 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 169 页。

[64] 参见马怀德：《再论国家监察立法的主要问题》，《行政法学研究》2018 年第 1 期，第 10 页。

[65] 杨雄著：《刑事强制措施的正当性基础》，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 30 页。

[66] 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 63 页。

径庭的。就此而言,在调查程序中设置留置之外的轻缓措施也是非常必要的。

(四)规范相关文书的适用

因认罪认罚的作出时间、认罚的程度及对查清案件的作用等均为后期确定从宽幅度的重要依据,因此,需要对调查阶段的认罪认罚相关情况予以规范、细致的书面记载,以供起诉和审判阶段审查之用。《刑事诉讼法》第162条第2款规定:“犯罪嫌疑人自愿认罪的,应当记录在案,随案移送并在起诉意见书中写明有关情况。”《指导意见》不仅要求公安机关在起诉意见书中写明认罪与认罚情况,而且还要求对程序适用提出建议,“认为案件符合速裁程序适用条件的,可以在起诉意见书中建议人民检察院适用速裁程序办理,并简要说明理由”。^[67]但是,《监察法》第31条规定,监察机关对于认罪认罚从宽案件“可以在移送人民检察院时提出从宽处罚的建议”。“在实践中,监察机关更多是以《关于建议给予(涉嫌职务犯罪的被调查人姓名)从宽处理的函》的形式,向检察机关提出从宽处理的建议。”^[68]如上文分析,监察机关在起诉意见书中提出具体的量刑建议并不合适,基于此,可参考《刑事诉讼法》和《指导意见》作出如下规定,“被调查人自愿认罪的,应当记录在案,随案移送并在起诉意见书中写明相关情况”。此规定不仅符合认罪认罚从宽的相关原理,亦能够与《刑事诉讼法》有效对接。

[Abstract] The Supervision Law provides for the application of the system of pleading guilty and accepting punishment with leniency (PGAPL) to job-related crimes at the investigation stage. However, there are some differences between the Criminal Procedure Law and the Supervision Law in the application of the PGAPL in such aspects as value orientation, applicable conditions and concrete procedures. In general, the application of this system to job-related crimes at the investigation stage shows a strong inquisitorial color. In order to give full play to the PGAPL and achieve effective linkage between the Supervision Law and the Criminal Procedure Law, China should adopt the following measures; to adhere to the integration of conditions of application of the PGAPL at the substantive standard level; to stick to legal standard of proof, improve corroboration rule of confession, implement “*in dubio pro reo*” principle and establish the “tainted witness” system at the evidence level; and to construct the system for safeguarding the right of the accused to know, the duty lawyer system, and the multi-level compulsory measure system at the stage of investigation and to standardize the application of related documents at the procedural level.

(责任编辑:王雪梅)

[67] 《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第24条。

[68] 詹建红:《认罪认罚从宽制度在职务犯罪案件中的适用困境及其化解》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期,第26页。