

法理与逻辑:职务违法监察对象 权利救济的司法路径

王昭华 江国华

【摘要】权利的充分保障需要权力监督与司法救济的双轮驱动。当前,就监察体制改革背景下公职人员权利的保障而言,针对监察权的权力监督机制及针对涉嫌职务犯罪监察对象的司法救济机制已经初步形成,而有关职务违法监察对象的司法救济制度则尚付阙如,亟须建构。相关理论障碍和实践障碍的消解说明,针对职务违法监察对象的司法救济制度不仅必要,而且可行。而至于该项制度之应然面向,我国宜以现行行政诉讼制度为蓝本,通过在人民法院设立专门审判庭,并调适受理条件、受案范围、法律适用以及案件管辖等诉讼规则来统合谋设。

【关键词】监察委员会;职务违法监察对象;权利保障;权力监督;司法救济

【作者简介】王昭华,武汉大学法学院博士研究生,江国华,武汉大学法学院教授,博士生导师,国家“2011计划”司法文明协同创新中心首席科学家(湖北 武汉 430072)。

【原文出处】《学术论坛》(南宁),2020.2.51~59

第十三届全国人民代表大会第一次会议通过了《中华人民共和国宪法修正案》及《中华人民共和国监察法》(以下称《监察法》)。自此,我国国家监察体制改革有了《宪法》和成文法依据,改革也随之由试点推向全国。而“尊重和保障人权是法治的精髓与真谛所在,也是法治现代性的根本体现”^[1]。在赋予监察委员会宪法地位的同时,如何监督监察权之行使并保障监察对象人权也成为理论研究者和制度设计者关注的重点^①。对此,《监察法》规定了对监察机关的权力机关监督、内部监督、社会监督、舆论监督的制度及针对职务犯罪监察对象权利的司法保障制度。然而,从权利保障效果最大化的视角观之,这样的顶层设计是存在缺漏的,其突出的问题在职务违法监察行为^②的监督方面,过于偏重权力监督(包括权力机关监督、监察机关的内部监督、社会监督、舆论监督)在制约监察权及保障监察对象人权方面的

作用,未能充分认识权利救济机制,特别是司法救济的个案监督及人权保障功能。其具体表现有二:一则,制度设计侧重权力机关监督与内部监督而弱化了司法救济。监察委员会对职务犯罪和职务违法都享有监察权,但根据《监察法》的制度安排,只有涉嫌职务犯罪的监察对象有获得司法救济的可能性,涉嫌职务违法的监察对象则被排除在司法救济的场域之外——职务违法监察行为的权利受损者只能通过权力机关监督和内部监督寻求保护,而不能诉诸司法机关。二则,制度设计偏重宏观监督而轻视个案监督。人大及其常委会、上一级监察委员会及社会舆论的地位与作用方式,决定了来自三者的监督主要是一种宏观上、总体上的监督,而非一种个案监督。但在实践中,往往个案监督的监督效果更好,也更能实现权利保障的价值诉求。为弥补制度设计之不足,学者就如何发挥党委、人大、政协等现有制度

资源对监察委员会的监督效果,以及如何谋设新的监督机制等进行了较为充分的论述^③。然而,关于如何通过司法救济取得个案监督之效果,并进而保护职务违法监察对象合法权益的论著则较少^④。有鉴于此,本文将在对比评价权力监督和权利救济这两种权利保障进路的基础上,分别就职务违法监察对象权利的司法救济制度何以必要、何以可行及制度面向这三个问题展开论述。

一、制度证成:针对职务违法监察对象的司法救济何以必要

当公民权利受到公权主体侵犯时,如何避免权利侵犯活动的发生,实现权利的事前保障,或者恢复已经受到侵犯的权利,实现权利的事后救济^⑤,一直以来都是现代法治国家建设的题中之意和应然追求。综观各国法治实践,就保障公民权利免受公权主体侵犯的路径而言,大致分为两种:一则,通过权力监督保障公民权利。该种权利保障模式主要包括人民监督或公民监督,权力机关监督,监察、司法等国家机关之间的监督,以及国家机关的内部监督几种形式,该种模式在权利保障上具有附带性、整体性、事前性等特征。二则,通过权利救济保障公民权利。该种权利保障模式可以类型化为刑事诉讼、行政诉讼等司法救济,以及申诉、复议等非司法救济两类,该种模式在权利保障上具有直接性、个案性、事后性等特征^⑥。由此可见,权力监督与权利救济,无论哪种路径,都有其存在的内在理据、多样的实践形式及独特的制度特质。在权利保障功能的发挥上,二者既各有侧重,又相互交叉,只有统合两者关系,采取互相补强而非互斥的制度建构方式,方能实现权利保障的最优化。而对于监察体制改革下监察对象的权利保障而言,构设权利救济机制是否亦为必须,权利救济诸种机制中何者效果最优以及该种机制功能发挥的最佳场域等问题,仍需分步论证。

(一)监察委员会位高权重之定位与权利救济机制构设之必要

位高权重是监察委员会的显著特性。这样的制度定位既为其监督职能的履行奠定了基础,也使其

极有可能侵犯公职人员的合法权利。为此,谋设相关权利救济制度以保障公职人员的合法权益就成为必须。

第一,监察委员会之位高。根据《监察法》“国家监察委员会由全国人民代表大会产生”“地方各级监察委员会由本级人民代表大会产生”之规定,监察委员会将取得与“一府两院”同等的法律和政治地位,我国的国家权力结构也将因此由“四权分隶”发展成为“五权分隶”^⑦。加之根据党的十九届三中全会通过的《中共中央关于深化党和国家机构改革的决定》有关“组建国家、省、市、县监察委员会,同党的纪律检查机关合署办公”的规定,以及试点工作中,由纪委书记兼任监察委员会主任之实践,监察委员会在我国权力架构中的实际地位很可能将高于本级法院和检察院^⑧。例如,就有地方在试点中明确要求法院在对监察委员会所办案件进行非法证据排除时,要谨慎处理,并向监察委员会汇报^⑨。

第二,监察委员会之权重。根据试点方案及《监察法》的顶层制度设计,监察委员会将统一行使人民政府的监察部门、预防腐败部门,人民检察院查处贪污贿赂、失职渎职及预防职务犯罪等部门的相关职能;监察委员会对本地区所有行使公权力的公职人员依法实施监察,履行监督、调查、处置三项职责,可采取谈话、讯问乃至技术调查、通缉等措施。据此,监察委员会将获得集党纪监督、行政监督及法律监督于一体的综合性、混合性的权力^⑩。在诸项权力中,监察委员会的处置权最值得注意。基于该权力,监察委员会可根据涉案人员违法犯罪情况,作出政务处分决定、进行问责、移送人民检察院提起公诉及提出监察建议。尤其是基于政务处分决定权,监察委员会可以直接对有职务违法行为的公职人员科以警告、降级、开除公职等政务处分。而如果该公职人员同时属于中共党员,与监察委员会合署办公的纪委则有权对其科以警告、撤职、开除党籍等党纪处分。与我国这种做法不同的是,实行类似制度的国家及我国台湾地区监察机构的处置权是受限的或者是不存在的。比如,国外的议会行政监察专员往往

并没有直接处罚或处分的权力^{[7][8]}。再如,根据我国台湾地区“公务员惩戒法”第二十三条之规定,“监察院”只享有控诉权而非惩戒权,对于应付惩戒者,只能移送“司法院”内设的“公务员惩戒委员会”审理^[9]。对此,有学者即指出:“历史上和当今世界任何国家,都没有权力如此巨大而又集中的监察机关。”^[10]

第三, 构造权利救济型权利保障机制之必要。正如英国阿克顿勋爵所言,权力导致腐败,绝对的权力导致绝对的腐败。如果缺少强有力的监督制约机制,位高权重的监察委员会也可能出现权力滥用的风险。遑论人类的理性是有限的,即使监察委员会不存在权力滥用之情形,因客观条件所限,也有侵害权利之可能。可见,被监察者的权利是处于危险状态之中的。而要防止监察委员会权力之滥用,保障被监察者的合法权益,就必须综合运用前文所述的通过权力监督保障权利及通过权利救济保障权利这两种路径。鉴于当前针对监察委员会的权力监督机制已经确立,而相关权利救济制度尚未健全之现状,构造科学完备的权利救济制度就成为理论之必然和实践之所需。借助权利救济制度,不仅可以恢复已为监察委员会侵害之权利,弥补权力监督型权利保障制度的缺漏,还可以发挥其对于监察委员会的个案监督效果,拓展和补强权力机关监督及内部监督的监督广度和监督深度。

(二) 司法救济何以优于非司法救济

权利救济制度包含司法救济和非司法救济,不同救济制度的内在特质不同,功能发挥的最佳场域也有所差异。为此,在明晰了权利救济制度之于权力监督及权利保障之必要性的基础上,需要我们进一步厘定的是,对于监察对象的权利保障而言,究竟何种权利救济制度是最优的。笔者认为,司法救济要优于非司法救济,我国应构建以司法救济为主体的监察对象权利救济制度体系。其具体理由如下。

第一, 司法的价值定位和自身特质决定了其优秀的权利救济者角色。就司法的价值定位而言,公平正义是司法的核心追求。这一价值定位决定了司

法将是权利保障最为重要的一环,因为“权利”其实就是“正义”^[11]。正如习近平总书记所言,公正是司法的灵魂和生命,而所谓公正司法,就是让受到侵害的权利一定会得到保护和救济^[12]。就司法的自身特质而言,司法之治的本质即法治^[13]。相较于其他权利救济方式,通过司法的权利救济在审理依据、运行程序、裁判结果等方面都更能体现法治之精神,更加符合法治思维和法治方式之要求。而法治思维和法治方式的核心就是人权思维和人权保护^[14]。

第二, 司法救济可以附带产生权力监督效果。“制约公权是现代司法的重要功能。”^[15]具体到监察委员会的权力制约问题,与其他权利救济形式的监督效果相比,通过司法救济实现的个案监督更加有效和有力。其内在机理有三:一则,主体地位的独立性。司法救济的处理主体是独立于行政机关及监察委员会的人民法院和人民检察院。而非司法救济的处理主体多为行政机关和监察委员会自身。主体地位的独立性决定了司法救济的监督更加有力。二则,适用规则的规范性。以法律为依据,以事实为准绳是法院裁判案件的基本原则。而行政机关和监察委员会主持下的权利救济除了适用法律外,还要适用大量的内部自定规则。适用规则的规范性决定了司法救济的监督更加公允。三则,监督结果的公开性。司法公开也是法院裁判案件的基本原则,亦即非因法定例外情形,司法救济的过程和结果都是向社会公开的。而非司法救济多是内部处理,影响范围有限。监督结果的公开性决定了司法救济的监督更加有效。

(三) 职务违法监察对象的权利不能成为司法救济之盲区

根据《监察法》之规定,监察委员会对涉嫌职务犯罪的,要移送检察机关依法审查、提起公诉。而依据《宪法》第一百二十七条及《监察法》第四条所蕴含的监察机关办理职务犯罪案件,应当与审判机关、检察机关互相配合、互相制约之法理,以及依据《刑事诉讼法》有关被告人和犯罪嫌疑人权利保护之规定,当监察对象涉嫌职务犯罪并被移送司法机关处理

后,即将激活相关司法救济制度。由此,接下来需要本文论证的是,仍属司法救济盲区的职务违法监察对象权利的司法救济之必要性问题。

第一,就权利侵害的强度而言,职务违法监察行为也有侵害公民基本权利之危险。传统观点认为,职务犯罪涉案人员因为要受到刑罚制裁,被科以拘役、管制、徒刑乃至死刑等刑罚,所以在整个刑事诉讼中都应强调对其进行人权保障。而职务违法涉案人员因为仅被科以警告、记过、降级等处分,不会对其基本权利造成危害,所以通过司法救济保障其权利的必要性较小。事实上,根据现代法治观念,任何合法权益无论其大小都是值得保障的。况且,根据《监察法》之规定,监察委员会既可对职务违法涉案人员的财产和人身自由采取强制措施,也可以对职务违法涉案人员直接作出降级、撤职、开除公职等处分。与普通公民不同,一旦对公职人员作出了严厉的处分决定,可能就意味着对其职业生涯宣告了“死刑”。质言之,职务违法监察行为及其相关决定,会因涉及人身权、财产权等权益而对职务违法涉案人员作为公民之必不可少的基础产生影响^[16]。为此,应将职务违法涉案人员与职务犯罪涉案人员的权利保障放到同等位置看待,并以相同或者相近的力度予以保护。亦即,对于职务违法涉案人员与职务犯罪涉案人员人权的司法保障都是不可或缺的。

第二,就权利侵害的广度而言,职务违法监察行为涉及的监察对象更广,影响更巨。职务违法的门槛要远低于职务犯罪,而且两者属于包含与被包含的关系,因此,现实中职务违法的人数要远远超过职务犯罪的人数。比如,根据山西省纪委监委的一份评估报告,2017年4-6月,山西省市县两级监委共立案2898件,处分2638人,移送司法机关50人^[17]。可见,虽然职务犯罪涉案人员被科以的刑罚更加严厉,但从所影响对象的数量及影响范围来看,职务违法监察行为的覆盖面和打击面明显要大得多。相应的,因为职务违法监察行为而可能遭受权利侵害的对象也将更多。从这一点来看,针对职务违法监察对象的司法救济同样是必不可少的。

二、障碍消解:针对职务违法监察对象的司法救济何以可行

根据《公务员法》第九十五条、第九十八条之规定,公务员对于奖惩、任免等涉及本人权利义务的人事处理决定不服的,只能通过申诉和控告予以救济,而不能诉诸司法救济。制度初创时,之所以作出这样的限制,是因为司法救济的运行存在理论和实践两个层面的障碍。随着国家法治的进步及监察体制改革的推进,笔者认为无论是理论上的障碍还是实践上的难题都已被消解,针对职务违法涉案人员司法救济的制度基础也因之确立。

(一)理论障碍及其消解

就理论障碍而言,我国公务员的人事处理决定之所以被排除在司法救济受案范围之外,主要是受“内部行政行为”理论的影响^[18]。然而随着法治进步,“内部行政行为”理论的根基正在被逐渐消解。其原因有以下两个方面。

第一,作为“内部行政行为”理论之渊源的“特别权力关系”理论已经走向衰落。“特别权力关系”理论滥觞于19世纪的德国,后影响范围扩至日本及我国台湾地区。德国学者波尔·拉贝德(Paul Laband)建立了该理论的雏形,后由德国另一位学者奥托·迈耶(Otto Mayer)将其发展成为完整的理论体系^[19]。根据这些学者论述,所谓特别权力关系,是指基于特别的法律原因,为达成公法上的特定目的,于必要范围内,一方取得概括的支配他方的权能,他方对之负有服从之义务的一种特别权利义务关系^[20]。特别权力关系强调当事人关系的不平等性:一则,排除法律保留原则,权力主体可以根据内部规则限制相对人的权利;二则,相对人义务的不确定性;三则,权力主体对相对人的惩戒权;四则,特别权力关系不适用权利保护原则,排除司法救济手段之适用^[21]。第二次世界大战后,随着法治思想进步及“司法国”理论的兴起,“特别权力关系”理论受到德国学者乌勒(C.H. Ule)提出的区分“基础关系”与“管理关系”的理论及德国联邦宪法法院确立的“重要性理论”的挑战。经过后续这些理论的修正,“特别权力关系”理论在德

国的适用范围大为缩减,行政组织的公务员由此获得了提起司法救济的权利。不止在德国,在日本及我国台湾地区,该理论的命运也大致相同^[22]。在此背景下,我国也应顺应国际潮流,及时检讨“特别权力关系”理论之不足,将司法救济引入公职人员的权利保障之中。

第二,国家监察体制改革的推进使得有关公职人员的处分不再属于一种纯粹的“内部”行政行为。所谓内部行政行为是指行政主体基于隶属关系对其系统内部的组织、人员和财物所作出的一种内部管理行为^[23]。公职人员与行政机关的一体性是内部行政行为质的规定性。正是因为这种一体性,公职人员与行政机关之间公法上的勤务关系才得以形成,也才有适用“内部行政行为”理论的基础。而随着国家监察体制改革的推进,以往由行政机关内部之行政监察部门实施的“同体监督”,演变成由监察委员会实施的“异体监督”。此时,监察委员会作出的监察行为因为缺少这种一体性而无法再适用“内部行政行为”理论。事实上,与监察委员会和行政机关公务员的关系类似,国有企业的管理人员、公办事业单位的管理人员等其他监察对象和监察委员会也无隶属关系。因此,也将同样无法适用“内部行政行为”理论。而“内部行政行为”理论是排除司法救济之适用的理论基础。一旦监察委员会与监察对象之间缺少这一理论的支持,则限制司法救济适用的理由也将不再成立。

(二)实践障碍及其消解

就实践障碍而言,通说认为,我国公务员的人事处理决定之所以被排除在司法救济受案范围之外,主要是因为行政诉讼制度刚刚起步时,法院经验仍然不足,无法应付行政机关内部较为专业的人事管理问题。除此之外,笔者认为,监察委员会的机构性质和编制组织形式,司法机关与监察委员会的权力秩序,以及党内执纪与国法处分的复杂关系,也是阻碍该制度构建的重要原因。对于这四大实践障碍的消解问题,本文分述如下。

第一,诉讼经验的提升,司法改革的推进,使得

法院具备了审理职务违法监察行为的能力。当初,将公务员人事处理决定排除在行政诉讼受案范围之外的一个实践考量是,刚刚起步的行政诉讼制度经验仍然不足,难以应对行政机关内部较为专业的人事处理问题。此时让司法权盲目地介入,不仅不能帮忙,还有可能会给行政机关添乱,影响行政机关权力的有效行使。而时至今日,我国的行政诉讼制度已经运行了近30年,期间积累了丰富的办案经验。随着办案队伍的成熟、经验的提升,制定《行政诉讼法》时被排除在受案范围之外的一些行为也已被置于司法审查之下。比如,2014年在对《行政诉讼法》进行修改时,就将以往排除在外的行政合同纳入了受案范围,甚至行政机关制定的规范性文件也可通过附带审查的方式接受司法审查。此外,除了因实践经验积累而获得的办案能力的提升外,当前正在推行的司法改革所带来的司法理念的转变及司法能力的跃升也为法院审查人事行政处理决定提供了可能。在这一背景下,通过司法权尤其是诉讼来解决社会纠纷已成为最主要,也是最有效力的手段和方法^[24]。

第二,监察委员会的机构性质和编制组织形式不排除针对监察对象的司法救济制度之构造。根据《人民日报》等官方媒体对监察委员会机构性质及编制组织形式的解读,监察委员会与纪委合署办公,是政治机关,不是行政机关、司法机关^[25]。基于这一解读和界定,人们不禁对监察对象司法救济制度构造的可行性产生疑问。笔者认为,无论是监察委员会的机构性质还是编制组织形式,都不排斥相关司法救济制度的建构。理由有二:一则,就监察委员会的机构性质而言,政治机关的定位是官方媒体从政治角度出发作出的界定^⑥。“监察委员会的实质就是党领导下的反腐败工作机构,既是党的政治机关,又是宪法上的国家监察机关。”^[26]而作为《宪法》第一百二十三条规定的国家的监察机关,监察委员会在办理职务违法和职务犯罪案件时,应当与审判机关、检察机关、执法部门互相配合,互相制约。故此,司法机关审查监察委员会行为,为涉嫌职务违法的监察对

象提供司法救济并不与监察委员会的机构性质相冲突。二则,就监察委员会的编制组织形式而言,其虽然同纪委合署办公,但其职责、权限、工作程序及法律责任等,都有《宪法》和《监察法》的明确规定。因此,当监察委员会依据宪法和法律规定以自身名义作出监察行为时,其是作为法律行为主体而非政治行为主体出现的。是故,根据权、名、责相统一的基本法理,作为法律行为主体的监察委员会接受司法审查,对自身行为负责,并不与合署办公的编制组织形式相矛盾。

第三,监察委员会在实际权力架构中的强势地位不能成为阻却司法救济的当然理由。如前文所述,由于监察委员会与同级纪律检查委员会合署办公,主任由同级纪委书记兼任,具有位高权重的显著特征。因此,在现实的权力秩序中,监察委员会的地位可能会略高于同级司法机关。这就引发了一个非常现实的悖论与困厄——既然监察委员会的现实地位高于司法机关,且对包括司法机关工作人员在内的所有公职人员行使监督权,那么司法机关对于监察委员会职务违法监察行为的监督审查权是否还有存在的基础?笔者认为,即使存在权力秩序上的现实难题,司法机关依然可以有效地审查监察委员会作出的职务违法监察行为。理由有四:一则,回缚我国宪制架构,构设职务违法监察对象的司法救济制度具有宪制上的可行性。根据《宪法》及《监察法》之规定,监察委员会与司法机关同为本级人民代表大会产生,都向本级人民代表大会及其常务委员会负责,并接受监督。由此,在国家权力架构上,监察委员会与司法机关属于平等关系。虽然监察委员会对包括司法机关组成人员在内的所有行使公权力的公职人员实施监察,但根据《监察法》第三条和第十五条之规定,这是一种对人员的监察而非对机关的监察^⑦。而根据我国人民代表大会制度的基本逻辑,在所有国家机关中,权力机关不受其他国家机关监督。监察委员会不属于权力机关,不能排斥来自司法机关对于其行为的监督,且其对司法机关也无监督权。因此,司法机关通过个案裁判对监察委员的行为进

行监督不会违背我国的人民代表大会制度,不存在宪法障碍。二则,依据《监察法》互相配合、互相制约之原则,构设职务违法监察对象的司法救济制度拥有制度空间。《宪法》第一百二十七条和《监察法》第四条都规定,“监察机关办理职务违法和职务犯罪案件,应当与审判机关、检察机关、执法部门互相配合,互相制约”。这就意味着,《宪法》和《监察法》为司法机关审查监察机关的职务违法监察行为留下了制度空间,通过后续配套立法的方式,即可激活该项原则。三则,类比司法机关对职务犯罪监察活动的审查裁判,构设职务违法监察对象的司法救济制度具备现实基础。调查职务违法和职务犯罪并作出处置是监察委员会的核心职责。根据《监察法》第四十五条之规定,对涉嫌职务犯罪的,监察机关应依法移送检察院审查、提起公诉。而依据《刑事诉讼法》有关被告人和犯罪嫌疑人权利保护之规定,当监察对象涉嫌职务犯罪并被移送给司法机关处理后,即将激活相关司法救济制度。由此可见,对于职务犯罪监察行为而言,并没有因为监察机关在现实权力秩序中的强势地位而阻碍相关司法救济制度的确立。与此同理,是否应该确立针对职务违法监察对象的司法救济制度,亦不能将现实中的权力关系作为判断标准。四则,借鉴行政诉讼制度的发展历史,构设职务违法监察对象的司法救济制度存在参考样本。我国行政诉讼制度确立之初,因为行政机关法治观念相对比较薄弱,以及一直以来行政机关相较法院处于强势地位,行政机关及其工作人员对于行政诉讼制度多持一种否定的态度。行政诉讼制度确立之初同样面临着“弱者”监督“强者”的诘难。而从该制度的运行效果来看,虽然仍面临着司法地方化等的问题,但不可否认的是,该制度在监督行政机关依法行政、保护相对人合法权益等方面发挥了重要作用,而且随着司法改革的推进,这一作用将越来越大。为此,以行政诉讼制度的发展历程为参考样本,我们亦不能得出针对监察委员会职务违法监察对象的司法救济会因监察委员会的强势地位而无法确立的结论。综上所述,虽

然在当前构造针对职务违法监察对象的司法救济制度会面临着权力架构上的障碍,但法律规范和制度实践告诉我们,这些障碍并未完全消解司法救济制度得以存在的基础。如果后续配套改革和立法能够及时跟进,拟构建的司法救济制度将前景可期,大有可为。

第四,随着党内法规制度的发展,党纪与国法的关系更加协调,法院在审查国法处分时,其裁判结果与党纪评价严重抵触的情况将鲜有发生。党内法规和国家法律是作为中共党员的公职人员的双重约束,一旦其有公权力滥用之行为,则既会受到党内纪律之处分,又要受到国家法律之制裁。既然属于两套规范体系,党内法规与国家法之间存在冲突就属于必然现象。这种冲突既有可能是因为党内法规严于国家法律、广于国家法律的内在属性决定的,也有可能是因为极个别党内法规本身就是与国家法相冲突的^[27]。而随着党的十八届四中全会将党内法规体系与法律规范体系共同纳入中国特色社会主义法治体系,“注重党内法规同国家法律的衔接和协调”命题的提出^[28],党内法规违反国家法的地方得到了有效修正。比如,2015年修订发布的《中国共产党纪律处分条例》即在如下两个方面提高了自身与国家法的协调程度:一则,在效力范围上,“党纪新条例”将其适用范围限定在党内,删除了旧条例中有关“国家工作人员”的规定,对宪法和法律的效力边界予以尊重;二则,在义务设定上,“党纪新条例”对党员的要求虽然严格,但未违反宪法和法律的基本原则^[29]。由此,虽然党纪仍然严于并宽于国法,但总体上两者对于党员行为的评价将是一致的。司法机关在对监察委员会作出的国法处分进行审查时,就不用再担心因为国法和党纪本身相抵触而出现的评价相左的问题——对同一主体的两种评价标准如果严重相左,法院在审查基于国法作出的处分时,就有可能出现法院的裁判结果与党纪相抵触的情况。虽然法院裁判案件不依据党纪,但因为法院的裁判而让党纪与国法相冲突的地方凸显出来,将是制度设计者不愿所见的结果。

三、制度选择:针对职务违法监察对象的司法救济之应然面向

任何司法救济都需要依靠特定的诉讼制度,经由特定的审判机构适用特定的诉讼规则来实现。就职务违法监察对象的司法救济而言,同样面临着诉讼制度的适用、审判机构的选择及诉讼规则的确立这三个问题。只有将上述这些问题解决好,才能避免司法机关在提供权利保障上的不敢为、不能为和不愿为等问题。

(一)适用何种诉讼制度

我国当前有民事诉讼、刑事诉讼和行政诉讼三大诉讼制度,不同诉讼制度具有不同的功能,适用于不同的案件类型。在型构职务违法监察对象的司法救济制度时,我们是在三大诉讼制度之外创设一种全新的制度模式,还是三者抉选其一,将是面临的首要问题。

第一,是否需要创设专门的监察诉讼。所谓专门的监察诉讼,是指在民事、刑事、行政三大诉讼之外,针对监察纠纷之解决而建构的一种全新的诉讼制度。是否需要创设专门的监察诉讼,需要分析现有的诉讼制度能否胜任监察纠纷之解决。正如行政诉讼制度建立之前,行政纠纷都是通过民事诉讼制度解决的^⑧。后来随着人们认识的加深,发现行政案件有其特殊性,现有的诉讼制度不足以应付,遂在民事、刑事诉讼制度之外,创设了行政诉讼这种全新的诉讼制度。当前我国的民事、刑事、行政三大诉讼分别对应了“民告民”“官告民”及“民告官”三种诉讼两造形式。而监察纠纷与这三种权利纠纷相比,并不具有迥然不同的异质性,该种纠纷之解决也未对诉讼机制和诉讼程序制度提出全新的法律需求。根据奥卡姆剃刀定律,“如无必要,勿增实体”,任何制度的创设都是需要成本的。如果现有的三大诉讼制度可以容纳监察纠纷之解决,我们就没必要画蛇添足,耗费制度资源去创设新的诉讼制度。

第二,三大诉讼如何抉选。既然无须构建全新的诉讼制度,那么确定现有的民事、刑事和行政三大诉讼何者更适合解决职务监察纠纷,就显得尤为必

要。虽然当前存在通过民事诉讼解决公务员人事争议的制度,如根据《公务员法》第一百零五条之规定,聘任制公务员与所在机关之间因履行聘任合同发生争议的,可以先向人事争议仲裁委员会申请仲裁。当事人对仲裁裁决不服的,可以向人民法院提起诉讼^⑨。但此种人事争议要以聘任合同的存在为基础,而且争议所涉事项也是关于合同的履行问题,而非人事处分。因此,民事诉讼这种解决平等主体之间权利纠纷的诉讼制度并不适合因职务违法监察行为所生之争议。而至于行政诉讼与刑事诉讼何者更优,本文同意姜明安教授等学者的观点,认为行政诉讼是更佳选择。具体理由如下:一则,行为性质的行政性。虽然监察委员会独立于行政机关,但其所行使的监察权本质上仍属于一种实质意义上的行政权^[30],其采取的留置、查封、冻结、扣押、搜查等措施,以及作出的处分决定,具有广义行政行为的性质^[31]。而不服行政行为之诉,理应属于行政诉讼。二则,诉讼两造的非对等性及诉讼角色的恒定性。职务违法监察纠纷的诉讼两造分别是监察委员会和被监察的公职人员,一方是“官”,一方为“民”,地位上具有明显的非对等性,且被告只能是作出职务违法监察行为的监察委员会。监察对象因不服监察行为所提之诉,符合行政诉讼法“民告官”之结构。这与民事诉讼的“民告民”和刑事诉讼的“官告民”结构,有显著区别。

(二)选择何种审判机构

审判机构是实现定纷止争、权利保护及个案监督之诉讼目的的关键主体。为此,在梳理境外相关经验的基础上,为我国职务违法监察对象之司法救济确立合适的审判机构设置模式就显得甚为必要。

第一,境外的几种模式。境外在公职人员人事纠纷审判机构的选择上,主要有以下几种模式:一是专门审判法院模式。采取此模式的有德国和我国台湾地区。其中根据《德意志联邦共和国基本法》第九十六条第四项规定:“对属于公法服务关系的人员,联邦可设立联邦法院进行有关惩戒程序和申诉程序。”^[32]据此规定,德国设有联邦和州两级纪律法院

负责相关审判工作。而根据我国台湾地区“公务员惩戒法”之规定,在司法相关管理机构下设“公务员惩戒委员会”,专司公务员的惩戒与再审议事宜^[33]。二是行政法院模式。作为行政法母国的法国建有发达的行政法院系统,“公务员不服行政机关的纪律处分,可向行政法院提起撤销之诉和损害赔偿之诉”^[34]。三是普通法院模式。采取普通法院模式的代表国家是美国。公务员在受到权利侵害后应首先向功绩制保护委员会寻求行政救济,如果对申诉处理结果不服,可向联邦或地方法院提起司法诉讼^[35]。

第二,我国的应然选择。对于特定类型案件之审判机构的建构模式,我国一般采取的路径有三:一是设立专门的法院。比如我国成立的军事法院、海事法院、知识产权法院以及最近成立的杭州互联网法院等专门法院。二是在法院内部设立专门的审判庭。比如我国在法院内部设立的经济审判庭、环境保护审判庭等。三是在法院审理相关案件时成立合议庭。就职务违法监察纠纷的审判机构选择而言,在综合考虑制度成本及救济效果的基础上,本文认为,在中级人民法院及跨行政区划法院以上成立监察审判庭较为妥当。具体理由如下:一则,从办案效果上看,监察纠纷案件虽然可以适用行政诉讼制度,但毕竟有其特殊性。在中级人民法院及跨区法院以上设立专门审判庭,一方面可以弥补合议庭模式在专业性上的不足,另一方面也可以让法院更好地抵抗来自监察委员会的干涉。二则,基于成本分析法,与专门法院模式相比,中级人民法院及跨区法院以上设立专门审判庭的模式可以在保证审判效果的同时,大幅降低设立成本。因为监察审判庭可以与其他审判庭共用一套办案保障系统,无须像专门法院那样单独配套。此外,与其他案件相比,监察纠纷案件毕竟数量有限,中级人民法院及跨区法院作为该类案件的一审法院可以避免不必要的资源浪费。

(三)确立哪些特殊规则

因案件类型及诉讼两造等方面的特殊性,职务违法监察对象的司法救济在适用行政诉讼制度的基础上,在受理条件、受案范围、法律适用及案件管辖

等方面存在特殊性。对此,《行政诉讼法》应有针对性地作出调适。

第一,受理条件上的特殊规则。就公职人员权利的司法救济而言,诸多国家确立了穷尽行政救济原则或者类似的制度。比如,美国要求公职人员在寻求救济时,应首先利用行政系统内部存在的、最近的和简便的救济手段,而后才能寻求法院救济。对此,日本亦规定,对于公务员权利的司法救济应遵从行政申诉前置程序。这些国家法律作此限制的目的“在于避免司法程序不必要的和不合时宜地干预行政程序”^[36]。鉴于监察委员会在地位及所处理案件上的特殊性,我国在公职人员权利的司法救济上亦应学习美国和日本之经验,确立内部处理优先原则,即公职人员如果不服监察委员会的权利侵害措施及人事处分决定,应先向监察委员会提出申诉,监察委员会不予受理、受理后不按期作出决定,或者对其决定不服的,才可向法院起诉。

第二,受案范围上的特殊规则。在受案范围这一问题上,美国坚持的是成熟原则^①。该原则在我国亦有应用,如最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一条第二款第十项所作的对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为不属于法院受案范围的规定。而行为是否对相对人产生实际不利影响和行为的实施是否形成最后的决定,分别构成判断“成熟性”的实质和形式标准^[37]。事实上,成熟原则既列明了法院受案范围的负面清单,也确定了法院受案范围的正面清单——只要某一行为符合成熟性原则,其即应纳入法院受案范围。具体到监察委员会的职务违法监察行为,其为履行监督、调查、处置职责,可以采取谈话、讯问等措施,作出警告、记过等政务处分决定。监察委员会权力的复合性决定了其可采取的行为具有综合性、混合性的特点。在决定哪些措施和处分决定可以纳入行政诉讼受案范围时,要以成熟性原则,即凡是监察委员会对监察对象产生实际不利影响的措施,以及已经形成最后决定的处分,都可以纳入行政诉讼的受案范围,除非其属于依照《监察

法》和《刑事诉讼法》的规定实施的职务犯罪监察行为或者党内监察行为。

第三,法律适用上的特殊规则。根据《行政诉讼法》第六十三条、第六十四条之规定,法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据,参照规章。法院在审理行政案件时,经审查认为特定规范性文件不合法的,不作为认定行政行为合法性的依据,并向制定机关提出处理建议。法院未来在审理以监察委员会为被告的案件的适用法律问题可能更为复杂。具体而言:一则,国家监察委员会制度的监察法规在法院的适用问题;二则,行政法规、规章作为行政立法是否可以作为判断监察委员会行为合法性的依据;三则,监察委员会制定的不具有立法属性的规范性文件是否同样可以被附带审查。这些问题的解决仍需制度设计者和理论研究者继续探索。

第四,案件管辖上的特殊规则。我国《行政诉讼法》在审理第一审行政案件的权限与分工上,确立了级别管辖、地域管辖和裁定管辖三种规则。就监察委员会职务违法监察行为的诉讼管辖而言,在适用《行政诉讼法》的一般性规定外,还有其特殊性。具体而言:一则,级别管辖上的特殊规则。如前文所述,在中级人民法院及跨区法院以上设立专门审判庭,并将其作为职务违法监察行为审判机构的做法较为可取。依此制度安排,监察委员会职务违法监察行为的一审法院是中级人民法院及跨区法院,基层法院则无权管辖此类案件。二则,地域管辖上的特殊规则。在地域管辖上,职务违法监察行为案件原则上要根据《行政诉讼法》的“原告就被告”规则来确定一审管辖法院。但当原告为司法机关的公职人员时,如果继续适用地域管辖规则,可能会出现原告属于案件审理法院之公职人员的情况。此时为了保证法院的中立性和独立性,避免案件审理受到不当干预,宜通过裁定管辖的方式,将案件交由与原告无隶属关系的法院审理。

四、结语

尊重和保障人权是社会主义法治的根本价值和宗旨^[38],也是司法文明的核心标志及强大动力^[39]。这

就要求我们在推进监察委员会体制改革时,要坚持人权思维,树立人权观念,不仅要注重权力监督对于人权的事前保障和总体保障作用,也要重视司法救济对于人权的事后保障和个案保障作用;不仅要修繕对于职务犯罪监察对象的人权司法保障制度,也要谋设对于职务违法监察对象的人权司法保障制度。唯此,方能实现人权保障的最优化、普遍化及具体化。而鉴于针对监察权的监督机制及针对职务犯罪监察对象的司法救济机制已经存在,我们应推进职务违法监察对象司法救济制度的确立,以此补漏权利保障机制并强化权力监督机制。当然,本文关于借用并调适行政诉讼制度的建议只是一种初步设想,这一设想能否落地及如何落地,尚需更加充分的论证。

注释:

①如马怀德教授指出:“国家监察委员会是一个新的国家机关,其行使的监察权必须接受监督和制约。”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。

②在本文中,职务违法监察行为是与职务犯罪监察行为相对应的概念,具体是指监察委员会针对职务违法涉案人员采取的冻结、查封、扣押、留置等监督调查措施,以及作出的降级、撤职、开除等政务处分决定。其区别于监察委员会依照《刑事诉讼法》的明确授权实施的行为,以及纪委根据党内法规实施的行为。对此,有学者将监察行为类型化为党内监察行为、行政行为、特殊调查行为及处置行为。本文的职务违法监察行为就相当于学者分类中的行政行为。见杨红:《被监察者的权利及其保障研究》,《行政法学研究》,2017年第6期。

③代表性成果有马怀德:《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;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;韩大元:《论国家监察体制改革中的若干宪法问题》,《法学评论》,2017年第3期;秦前红:《我国监察机关的宪法定位——以国家机关相互间的关系为中心》,《中外法学》,2018年第3期;左卫民、唐清宇:《制约模式:监察机关与检察机关的关系模式思考》,《现代法学》,2018年第4期;黄建达:

《双重属性视角下监察委员会与人民代表大会的关系》,《北京社会科学》,2019年第2期;等等。

④截至2019年4月1日,在中国知网数据库分别以“监察委员会”和“司法”“监察委员会”和“诉讼”以及“监察对象”和“权利”作为检索主题词,逻辑连词设为并含,只查得少数几篇文章涉及职务违法监察对象权利的司法救济这一问题,如王锴、王心阳:《如何监督监督者——兼谈对监察委员会的诉讼监督问题》,《浙江社会科学》,2017年第8期;杨红:《被监察者的权利及其保障研究》,《行政法学研究》,2017年第6期;等等。

⑤正如学者通说,权利保障拥有两层含义:一则,在权利未受侵犯之前即存在的保障权利充分实现和不受侵犯的措施与制度,其着眼点在于保障原权利的实现,属于权利的事前保障;二则,当权利受到侵犯之后而存在的权利救济措施与制度,其着眼点在于恢复和补偿受到侵犯的原权利,属于权利的事后保障。见范进学:《论权利的制度保障》,《法学杂志》,1996年第6期;莫吉武:《转型期国家治理研究》,吉林大学出版社,2015年,第151-152页。

⑥正如2018年7月习近平总书记对中央和国家机关推进党的政治建设所作的重要指示,中央和国家机关首先是政治机关,必须旗帜鲜明讲政治。由此可见,政治机关这一属性并不是监察机关所独有的,所有国家机关都首先是政治机关。见本报记者:《带头维护党中央权威和集中统一领导建设让党中央放心、让人民群众满意的模范机关》,《人民日报》,2018年7月13日第1版。

⑦《中华人民共和国监察法(草案)》向社会公布后,很多人对于监察委员会的监督对象是否包括其他国家机关产生了疑问。因为如果其既包括行使公权力的公职人员,又包括其他国家机关,那么就会产生这样的疑问:监察委员会由人民代表大会产生,对人民代表大会及其常务委员会负责并接受监督,为何又能将人民代表大会及其常务委员会纳入监察范围?对此,《中国纪检监察报》发文指出,之所以出现如此疑问,原因是人们没有理解监察法中所明确的监察范围和对象。监察委员会的监察对象是“人”而不是“机关”。见《监察的是“人”而不是“机关”》,《中国纪检监察报》,2017年11月13日第1版。

⑧1982年实施的《民事诉讼法(试行)》第三条第二款规定:“法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。”据此规定,人民法院的民事审判庭开始受理行政案件。见马怀德主编:《行政诉讼法学》(第二版),北京大学出版社,2012年,第22页。

⑨虽然《公务员法》没有明确公务员根据该法第一百零五

条所能提起的诉讼属于何种性质,但在威科先行法律信息数据库,以“《公务员法》第一百条”(新修订的《公务员法》已于2019年6月1日起施行,在修订前,该规定见于《公务员法》第一百条)作为关键词检索得到的判例都属于民事诉讼。

⑩该原则意指行政程序必须发展到适宜法院处理的阶段,即已经达到成熟的程序,才能允许进行司法审查。确立成熟原则的理由有二,一则,可以避免法院因过早裁判而陷入抽象的政策争论;二则,可以避免行政机关在最后决定作出之前,以及行为对当事人发生影响前受到法院干涉。见王名扬:《美国行政法》,北京大学出版社,2016年,第479-480页。

参考文献:

- [1][38]张文显.习近平法治思想研究(下)——习近平全面依法治国的核心观点[J].法制与社会发展,2016(4).
- [2]林莉红.中国行政救济理论与实务[M].武汉:武汉大学出版社,2000:9-10.
- [3]江国华.国家监察体制改革的逻辑与取向[J].学术论坛,2017(3).
- [4][10]童之伟.对监察委员会自身的监督制约何以强化[J].法学评论,2017(1).
- [5]佚名.山西运城中院:监察委所办案件非法证据的排除要谨慎、要报告[EB/OL].<http://www.thepaper.cn/baidu.jsp?contid=1742416>,2019-04-01.
- [6]韩大元.论国家监察体制改革中的若干宪法问题[J].法学评论,2017(3).
- [7]李景平,赵亮,于一丁.中外行政监察制度比较及其启示[J].西安交通大学学报(社会科学版),2008(4).
- [8]Lucinda Maer, Michael Everett. The Parliamentary Ombudsman: Role and Proposals for Reform [R]. Commons Briefing Papers, CBP-7496, 2016.
- [9]卓越.台湾监察制度的特征与脉络[J].台湾研究集刊,2002(4).
- [11]李念祖.司法者的宪法(二)[M].台北:元照出版公司,2013:1.
- [12][14][15][24][39]张文显.司法的实践理性[M].北京:法律出版社,2016:3,219-220,4,4,216.
- [13]江国华.常识与理性:走向实践主义的司法哲学[M].北京:生活·读书·新知三联书店,2017:53-54.
- [16]李科.论内部人事行政行为之司法救济[J].行政与法,2013(3).
- [17]山西省纪委监委.山西:对市县监察体制改革试点工作进行评估[EB/OL].http://www.xinhuanet.com/legal/2017-08/28/c_129690490.htm,2019-04-01.
- [18][19][22]胡建森.“特别权力关系”理论与中国的行政立法——以《行政诉讼法》《国家公务员法》为例[J].中国法学,2005(5).
- [20]陈清秀.行政诉讼法[M].台北:元照出版公司,2012:141.
- [21]陈敏.行政法总论[M].台北:三民书局,1998:186-187.
- [23]江国华.中国行政法(总论)[M].武汉:武汉大学出版社,2012:190.
- [25]本报记者.国家监察体制改革试点取得实效——国家监察体制改革试点工作综述[N].人民日报,2017-11-06.
- [26]范进学,张玲玲.国家监察体制改革的宪法问题[J].学习与探索,2019(2).
- [27]李天昊.党内法规与国家法的冲突与协调[J].岭南学刊,2017(2).
- [28]秦前红,苏绍龙.论党内法规与国家法律的协调衔接[J].人民论坛·学术前沿,2016(10).
- [29]周叶中.论“党纪新条例”的法技术与法属性[J].武汉大学学报(人文科学版),2016(1).
- [30]王锴,王心阳.如何监督监督者——兼谈对监察委员会的诉讼监督问题[J].浙江社会科学,2017(8).
- [31]姜明安.国家监察法立法应处理的主要法律关系[J].环球法律评论,2017(2).
- [32]孙谦,韩大元.司法机构与司法制度:世界各国宪法的规定[M].北京:中国检察出版社,2013:78.
- [33]游劝荣.台湾法律界[M].北京:九州出版社,2013:86.
- [34]王名扬.法国行政法[M].北京:北京大学出版社,2016:232.
- [35]王国文.试论公务员权利的司法救济[J].国家行政学院学报,2008(3).
- [36]王名扬.美国行政法[M].北京:北京大学出版社,2016:486.
- [37]石佑启.在我国行政诉讼中确立“成熟原则”的思考[J].行政法学研究,2004(1).