



论政务处分与刑罚适用的衔接

陈山 伏思宇

摘要:基于法秩序统一性原理,政务处分与刑罚形成一体进阶惩治手段,将纯洁公职人员队伍的身份减等、褫夺与职务犯罪刑事责任负担的有机衔接,证成了“三不一体”反腐败犯罪治理体系。对于非职务犯罪,政务处分作为一种刑罚附随后果,显著增强了刑罚报应与预防功能。政务处分作为公职人员犯罪的刑罚附随后果,需要根据主观罪过等具体情况决定适用“撤职”或者“开除”。故而,为正确地适用政务处分,需要在刑事裁判中确认犯罪人的主观罪过类型。对公职人员职务犯罪与非职务犯罪,应分别采取“从政到刑”与“先刑后政”两种责任追究模式,以匹配前述两种法律责任关联方式。

关键词:政务处分;刑罚;刑罚附随后果;主观罪过

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2022.02.009

收稿日期:2021-11-18

作者简介:陈山,男,四川南江人,四川师范大学法学院教授、硕士生导师,E-mail: cs415@126.com;

伏思宇,男,四川南部人,四川师范大学法学院硕士研究生。

2020年6月《中华人民共和国政务处分法》(以下简称《政务处分法》)经全国人大常委会通过,这是在“新的起点上深化纪检监察体制改革,坚持和完善党和国家监督体系,推进国家治理体系和治理能力现代化的重要制度成果”^①。“政务处分”这一概念的引入,始见于2016年中共中央启动的监察体制改革试点工作^②。2017年8月,《山西省政府督查责任追究办法(试行)》在第九条最早提及了政务处分概念;之后政务处分被吸纳入2018年的《监察法》,进入国家基本法律层面成为正式的法律概念,并在2020年的《政务处分法》得以系统化。《政务处分法》是我国第一部系统、全面的政务法律规范,其创设的政务处分赋予了监察委监察公职人员的广泛职权,填补了不同类型单位各行其是的制度断裂,适度区分了纪律处分与法律处分的制度混同,对于构筑完整覆盖公职人员的“三不一体”反腐败犯罪治理体系具有重要意义^③。

《政务处分法》与《刑法》均为我国重要法律,两者有效衔接、有序运行是法秩序协调统一的基本要求。毋庸置疑,《政务处分法》以政务处分为制裁手段,《刑法》以刑罚为制裁手段,故两法的衔接问题本质上是政务处分与刑罚适用的衔接问题。具体而言,政务处分与刑罚适用的衔接包括两方面的问题:一是在实体责任上,公职人员犯罪,适用政务处分与适用刑罚如何相互影响?二是在责任追究程序上,公职人员犯罪,政务处分与刑罚的适用该如何有序衔接?本文旨在从政务处分与刑罚的规范属性出发,阐明两者在法秩序之中的意义关联,并循着这一根本性判断对上述问题予以体系性回答。

一 政务处分与刑罚具有不同的规范属性

政务处分是对公职人员违反政务规范的“身份罚”,刑罚则是对犯罪人的财产、资格、自由与生命予以剥夺的惩罚,两者在规范属性上有明显的差异。

① 邹开红《完善党和国家监督体系 推进政务处分工作规范化法治化》,《中国纪检监察》2020年第13期,第15页。

② 徐继敏《监察委员会政务处分行为探究》,《河南社会科学》2018年第10期,第68页。

③ 张洋《一体推进不敢腐、不能腐、不想腐》,《人民日报》2021年1月22日,第4版。

《政务处分法》第一条开宗明义宣示,其目的是“加强对所有行使公权力的公职人员的监督,促进公职人员依法履职、秉公用权、廉洁从政从业、坚持道德操守”。这包含两个层次:一是基本层次目的,促进公职人员履职尽责,即使其“依法履职、秉公用权、廉洁从政从业”;二是更高层次目的,促进公职人员“坚持道德操守”。一般而言,道德与法律属于不同的规范系统,但是公职人员属于行使国家权力的特殊群体,如若不“坚持道德操守”就会损害公职人员的权威形象,因此,有必要使其“坚持道德操守”。根据《政务处分法》的规定,“坚持道德操守”可在两个方面加以理解。一是对公职人员遵守社会道德规范的要求。例如《政务处分法》第四十条有明确规定,公职人员“违背社会公序良俗,在公共场所有不当行为,造成不良影响的……其他严重违反家庭美德、社会公德的行为”应予以政务处分。这一规定明确将社会道德规范与公职人员的政务规范衔接起来,公职人员对社会道德规范的违反就属于一种政务违法行为。二是对公职人员普遍遵守一般性法律法规的要求(与履职尽责规范无关),例如,禁止公职人员实施赌博、醉驾等违法行为。这广泛地体现在《政务处分法》对公职人员违反一般性法律法规的处分规定中。

政务处分的规范本质是一种针对公职人员违反政务规范的“身份罚”。具体而言,政务处分是监察委对违反政务规范的公职人员所作出的公职身份或相关待遇的褫夺与减等。依据《政务处分法》的规定,公职人员违反政务规范应当接受政务处分的可划分为两类:一类是“职务违法行为”,一类是“其他违法行为”。“职务违法行为”属于违反履职尽责要求的违法行为,“其他违法行为”属于违反“坚持道德操守”要求的违法行为。更为重要的是,政务处分是一种“身份罚”。所谓“身份罚”是指政务处分以公职人员身份的褫夺、减等为处罚内容,根本上讲这是一种“清理队伍”、“刀刃向内”的处罚。政务处分的“身份罚”特征确保了其具有清理公职人员队伍的功能,确保了公职人员队伍内部的纯洁性。《政务处分法》第十九条、二十条、二十一条分别针对国家机关、事业单位、国有企业的公职人员受到处分后不得晋升职务、职级、职称、工资档次与薪酬待遇等作了具体规定,对于被撤职的,还要按照规定降低职务、职级、衔级和级别,同时降低工资、薪酬和待遇等。对于开除的,该法第二十六条规定“应当解除其与所在机关、单位的人事关系或者劳动关系”。

与政务处分不同,理论上对刑罚目的与本质的研究已经非常充分,已有比较稳定的结论。一般认为,刑罚的目的应当作报应刑与预防刑“并合主义”的理解^①。“并合主义”是指刑罚目的具有报应犯罪与预防犯罪的双重性。报应刑论“反映了一种普通的道德直觉,这种自觉将刑罚作为不遵守规则所要付出的代价与违法犯罪联系起来”^②,刑罚存在之目的就是报应犯罪的恶害,以刑罚之恶报应犯罪之恶。预防刑论注重发挥刑罚的一般威慑功能以实现一般预防,预防未然犯罪人实施犯罪行为,强调发挥刑罚的特殊威慑、教育、改造、剥夺功能以实现特别预防,预防已然犯罪人再次犯罪^③。刑罚的本质与刑罚目的并不同,其是一种针对犯罪人的剥夺性痛苦、恶害。刑罚本质与目的之间的关系是“是什么”与“为什么”的关系,刑罚本质之中蕴含着的剥夺、痛苦、恶害具有实现刑罚目的的功能属性,故而在我国《刑法》之中规定了较为完备的刑罚体系以充分实现刑罚报应与预防的目的。在我国既有的刑罚体系中主要有剥夺财产、资格、自由与生命的刑罚,包括罚金、没收财产、剥夺政治权利、管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑以及死刑等。“刑罚体系由轻重不一的刑种组成,使得刑罚体系有宽有严,宽严相济。确立这种刑罚体系,目标是通过贯穿惩罚与教育相结合的方针,收到预防犯罪的实效……各个刑罚都包含惩罚与教育改造的机制”^④。

这样看来,在规范目的与本质层面,政务处分与刑罚具有不同的规范属性。政务处分旨在促进公职人员履职尽责,坚持道德操守,纯洁公职人员内部队伍,维护公职人员形象,刑罚则在于面向社会一般人报应与预防犯罪;政务处分是一种针对公职人员的身份褫夺与减等,刑罚则是针对犯罪人的财产、资格、自由与生命的剥夺^⑤。简单地看,它们彼此处在不同领域相对独立地发挥维护社会秩序的功能。但是,从法秩序统一的视

① 张明楷《新刑法与并合主义》,《中国社会科学》2000年第1期,第103页。

② 威廉姆·威尔逊《刑法理论的核心问题》,谢望原、罗灿、王波译,中国人民大学出版社2015年版,第57页。

③ 陈兴良《规范刑法学》,中国人民大学出版社2018年版,第149页。

④ 张明楷《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第523页。

⑤ 应当注意的是,刑罚中的“资格刑”与政务处分之“身份罚”虽然有表面上的相似之处,但仍根本不同。“资格刑”是针对普通公民将来身份获取,是一种获取身份的机会与权利的剥夺;而“身份罚”是针对公职人员现有身份及其待遇的褫夺与减等。

角看,政务处分与刑罚的适用仍然存在着“交集”。

二 公职人员犯罪是法秩序统一的“链接点”

法秩序是法律运行、调整形成的规范化社会秩序总体,其包含民事、刑事、行政等若干相对独立运行的法律部门。就此而言,政务处分属于监察国家公职人员的监察法律部门,刑罚属于惩治犯罪的刑事法律部门,彼此规范属性具有重大的不同。然而,“法秩序统一性原理要求在处理某一件事情时,所有的规范秩序不能相互矛盾”^①。不同法律部门对同一问题给出彼此矛盾的结论,将造成法秩序的混乱。例如,在民法与行政法上合法的行为,在刑法上就不能作为犯罪认定,否则,将造成法律规范功能的丧失。归根结底,法秩序统一性缘自法律概念的体系性结构。“法秩序的统一性要求是在不包含矛盾状态的设想下提出的,是构成体系思考基础的重要观念”^②。在全部法律概念体系之中,彼此之间相互关联、衔接,不存在冲突的现象,否则作为规范要求的内容将具有不确定性,让人无所适从。“法秩序的统一(Einheit der Rechtsordnung)……其不仅是立法者,也是法律适用者所努力追求实现的理想之一”^③。法秩序的统一主要包括目的与手段两个方面的统一。所谓目的统一,是指不同法律部门均有自身的规范目的,目的统一站在更高社会价值立场上整合不同法律部门的规范目的,使各自目的不发生冲突,共同服务于更高的社会价值理想。所谓手段统一,是指不同法律部门的主要调控措施所针对的调控对象与方法具有统一性,能够服务于各自所在的法律部门的规范目的以及共同服务于法秩序统一的更高社会价值理想。这样,整个法律体系均在法秩序统一的理念下形成系统、协调的整体,最终达到理想化的社会治理状态。政务处分与刑罚本属于不同法律部门的调控措施(制裁),但当公职人员犯罪既面临着违反政务职责或者道德自律的要求,又面临着违反刑法上禁止或者命令的要求时,如何合理适用政务处分与刑罚,确保二者之间不发生矛盾冲突是法秩序统一原理的基本要求。所以,如何处理公职人员犯罪,妥当适用政务处分与刑罚,乃是法秩序统一的“链接点”。

一方面,从政务处分看刑罚,刑罚的适用一定程度上也能起到纯洁公职人员队伍的客观效果。对犯罪的公职人员处以刑罚,向社会宣示严惩公职人员犯罪的态度,对公职人员事实上起到警示、教育的作用。当然,不能认为刑罚也有纯洁公职人员队伍的客观效果,就放弃政务处分的适用。政务处分与公职人员的职务、职级、薪酬待遇有直接的关系,对于公职人员队伍本身的形象维护是更为直接的。因此,公职人员犯罪,政务处分是必须予以适用的,否则无法有效维护公职人员队伍形象。另一方面,从刑罚看政务处分,政务处分的适用也能起到一定的报应犯罪、预防犯罪的客观效果。公职人员犯罪的场合,对公职人员适用政务处分,客观上进一步强化了刑罚的报应与预防犯罪的功能。从报应讲,对犯罪的公职人员适用政务处分,对其公职人员身份进行褫夺、减等,体现了一种报应,补充了刑罚适用的效果。从预防讲,对犯罪的公职人员适用“开除”的政务处分,是对其利用公职人员身份继续从事职务犯罪的一种条件剥夺,具有特别预防的作用。因此,政务处分适用于犯罪的公职人员,事实上是一种刑罚附随后果。所谓刑罚附随后果,是指在整个法律体系之中,虽然不为刑法所规定,但法律允许其因为犯罪人被定罪或者处刑而适用的不利处分^④。这种刑罚附属后果构成了对公职人员处以刑罚的一种效果强化,具有极为重要的价值。

因此,公职人员犯罪的情形,政务处分与刑罚发生了规范意义关联,彼此构成自身规范系统的一个辅助部分,充分地说明了法秩序的一体性。为更好地证成法秩序的一体性,需要在公职人员犯罪的情况下形成政务处分与刑罚适用的有序衔接。对此,可将公职人员犯罪划分为两类。

第一种类型是公职人员职务犯罪。主要包括《刑法》分则第八章的贪污贿赂罪、第九章的渎职罪以及散

①周光权《法秩序统一性原理的实践展开》,《法治社会》2021年第4期,第1页。

②京藤哲久《法秩序的统一性与违法判断的相对性》,王释锋译,《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期,第150页。

③赖因哈德·齐默尔曼《德国法学方法论》,毕经纬译,《比较法研究》2021年第2期,第180页。

④付强、符洪雪《优化我国犯罪附随后果制度的几点建议》,《人民检察》2015年第20期,第76页。

见于其他章节需要以公职人员职务身份为构成要件的身份犯罪^①。此类公职人员职务犯罪与《政务处分法》对公职人员履职尽责的规范要求违反有直接的关系。公职人员职务犯罪具有违反《政务处分法》与《刑法》的双重违法性。例如,某国有企业的董事长甲贪污巨额公款,触犯了《刑法》分则第三百八十二条“贪污罪”之规定,也同时也触犯了《政务处分法》第三十三条之规定:“有下列行为之一的,予以警告、记过或者记大过;情节较重的,予以降级或者撤职;情节严重的,予以开除:(一)贪污贿赂的……”从规范意义关联的角度看,公职人员实施职务犯罪的双重违法性结构属于内外一体、进阶关系。一方面,公职人员职务犯罪违法具有内外一体性。政务违法与刑事违法内外有别,但彼此具有一体性。政务规范旨在纯洁公职人员队伍,维护公职人员社会形象,其制裁手段属于“身份罚”,政务违法属于内部违法;而刑法规范是一种面向社会的普遍性规范,虽系属身份犯,但其对应的刑罚是针对社会一般人普遍适用的制裁措施,刑事违法属于外部违法。同时,与职务犯罪相关的政务规范与刑法规范内容完全一致,即“不得贪污”、“不得受贿”、“不得渎职”等,两者没有规范内容上的不同。另一方面,公职人员职务犯罪违法具有进阶性。政务规范与刑法规范均要求公职人员履职尽责,公职人员竟然违背这一规范性要求,甚至严重到刑罚足以介入的程度,自然造成了两重违法的客观后果,如果公职人员违背履职尽责规范严重程度尚达不到刑罚介入程度,则仅仅属于单纯的政务违法。因此,从公职人员职务犯罪违法程度看,单纯的政务违法与职务犯罪的刑事违法之间具有违法进阶的关系。

第二种类型是公职人员非职务犯罪。所谓公职人员非职务犯罪是指公职人员实施的《刑法》分则不要求公职人员身份为要件的非身份犯罪。这种类型虽不涉及违反履职尽责规范的要求,但仍然具有双重违法性。例如,国家公职人员乙在春节聚会时大量饮酒,醉酒驾车,构成“危险驾驶罪”。其一方面违反了《道路交通安全法》第九十一条禁止饮酒驾驶、醉酒驾驶之规定,同时也违反了《刑法》第一百三十一条之一的“危险驾驶罪”之禁止性规定。特别值得注意的是,对于公职人员非职务犯罪而言,客观上还有另外一个违法性存在,即对《政务处分法》的违反。因为,公职人员也违反了《政务处分法》有关坚持道德操守的规范要求。在乙醉酒驾车的案例中,很显然,依据《政务处分法》第四十一条之规定,“公职人员有其他违法行为,影响公职人员形象,损害国家和人民利益的,可以根据情节轻重给予相应政务处分”,这属于政务违法。从刑法谦抑性的角度看,任何犯罪至少具有违法的二重性,因为刑法只有在其他法律不能够有效规制犯罪行为的时候,才能够介入发挥规范功能,因此犯罪既有前置法的违法性,又有刑法的违法性。关键的是,对于非职务犯罪为什么会形成特殊的违法二重性,与同属于公职人员犯罪的职务犯罪产生明显的差别呢?笔者认为,这是因为对于职务犯罪,公职人员直接违反履职尽责的政务规范要求以及刑法规范要求,政务违法与刑事违法具有一体化的关系;而在非职务犯罪的场合,公职人员违反政务规范要求源于其他违法行为,作为其他违法行为的非职务犯罪客观上存在着前置法的违法性与刑事违法性,这样,外部的违法性与公职人员内部的政务违法性形成特殊的二重违法性结构。公职人员实施非职务犯罪,因为先违反了行政规范与刑法规范,触发了违反严守道德操守的政务规范,从而将政务规范的法律效果联结到刑罚上,通过政务处分强化了刑罚效果。

三 职务犯罪的一体性惩治与刑罚附随后果

对于公职人员职务犯罪而言,政务处分与刑罚整体上构成了一个相对完整的渐进惩治体系。政务处分对应一般违法程度的违反履职尽责要求的行为,刑罚对应足以动用刑罚程度的违反履职尽责要求的行为,刑罚属于政务处分必要的延伸部分,从公职人员身份减等、褫夺扩展到一般公民意义上的财产、资格、自由乃至生命剥夺,从公职人员的内部惩戒扩展到社会性的刑罚惩罚。对于非职务犯罪而言,政务处分则构成了刑罚的辅助性措施,即刑罚附随后果,以补充刑罚的报应与预防。公职人员非职务犯罪首先面临着刑罚的惩罚,

^①对于“职务犯罪”这一概念主要见于《监察法》,即国家公职人员利用职务便利实施的犯罪。在《刑法》规范中并没有“职务犯罪”的称谓。而在传统刑法理论上,一般认为所谓职务犯罪是指国家工作人员利用职务的便利实施的犯罪。对于《监察法》上的“职务犯罪”与《刑法》上的“职务犯罪”关系就存在着一个概念对接的问题。本文认为,为实现反腐败犯罪治理的一体化,有必要在立法上、解释上保持它们的一致性。《监察法》上的“公职人员”这一概念事实上与《刑法》上的“国家工作人员”概念是基本相当的。因此,本文为行文的方便,简化处理两者的关系,将其作为同等的概念予以把握。当然,根据中纪委、国家监察委网站释疑来看,因为“基层群众性自治组织内集体事务的管理,虽然不能称之为从事公务,但依法属于监察法中履行公职的范围”,因此两个概念略有差别。参见:王多《国家工作人员与公职人员的关系》,中央纪委国家监委网站,2021年1月27日更新,2021年2月22日访问,http://www.ccdi.gov.cn/yaowen/202101/t20210127_234865.html。

公职人员没有超越法律的特权,公职人员同样面临着普通人一样的刑罚;不仅如此,公职人员非职务犯罪还违反了坚持道德自律的政务规范要求,政务处分从而作为一种刑罚附随后果发挥着额外的报应与预防作用^①。

其一,公职人员职务犯罪,具有政务违法与刑事违法的双重违法性,因此原则上应当承担政务处分与刑罚的双重惩罚。对于政务违法,适用政务处分,以实现公职人员内部的规范约束。但当职务犯罪发生时,仅仅是政务处分不足以体现比例原则,必须考虑职务犯罪对社会的危害严重性,对其仅适用政务处分不足以实现整肃公职人员队伍的目的,因此需要联结刑罚,发挥刑罚的报应与预防功能,进而将刑罚的严重剥夺性纳入对公职人员不端行为的惩戒范畴。否则,无法体现公职人员群体承担的社会责任。从政务处分到刑罚之间,并不存在着违反禁止重复评价的疑虑。不能依据禁止重复评价原则的要求,在政务处分与刑罚适用之间确立一种类似于《行政处罚法》所确认的行政处罚与刑罚适用的替代关系。例如,《行政处罚法》第三十五条规定,行政违法与刑事犯罪之间,行政拘留对自由刑的折抵、罚款对罚金刑的折抵,这些都体现了规范评价上的禁止重复评价原则。政务违法责任总体而言是一种公职人员的内部责任,但是刑事责任的负担方式是一种社会化的责任方式,其对公民权利剥夺具有普遍性,并非停留于公职人员内部的身份减等与褫夺。例如,作为资格刑的剥夺政治权利,其也是针对普通公民而适用的刑罚,并没有像政务处分那样限于特定的公职人员。当然,职务犯罪通过“国家工作人员”这一身份构成要件,将刑罚效果锁闭在特定身份人群中,则是另一回事^②。因此,从政务违法到刑事违法之间虽然属于一体化的违法责任,但他们的责任负担方式却属于补充关系。这种补充关系的存在决定了政务处分与刑罚之间不能彼此替代适用,不存在违反禁止重复评价原则的可能性。此外,政务处分主要是一种公职人员身份的减等、褫夺,其与刑罚对财产、资格、自由、生命的剥夺相去甚远,彼此之间并无竞合存在的可能性,因此政务处分的适用并不能替代刑罚的适用,反之亦然^③。

其二,公职人员非职务犯罪,虽然也存在着政务违法,但属于广义的政务违法。公职人员非职务犯罪承担政务处分责任的,是一种刑罚附随后果。《政务处分法》第十四条规定“公职人员犯罪,有下列情形之一的,予以开除”。下列情形包括了三种类型:故意犯罪被判处主刑以上刑罚,以及判处缓刑的;过失犯罪,判处三年以上有期徒刑的;因犯罪被单处或者并处剥夺政治权利的。这三种“予以开除”的类型中,前两种既有犯罪类型的限制又有刑罚种类的限制,后一种则是针对单处或者并处剥夺政治权利的情形。这在事实上涵盖了绝大多数公职人员犯罪的类型,确立了公职人员犯罪应当附随“开除”处分的基本原则。《政务处分法》同条规定了只有两种情况例外:一是可以例外,对于判处三年以下有期徒刑的较轻的过失犯罪,案件情况特殊,经上级批准,可以撤职,即“特殊轻过失可例外”;二是应当例外,对于犯罪较轻,仅被单处罚金,或者犯罪轻微,被作出不起诉决定或者免于刑罚处罚的,没有造成不良影响的,予以撤职。

如上所述,《政务处分法》对于公职人员适用“开除”或者“撤职”政务处分,一般需要根据公职人员主观罪过究竟是故意还是过失来具体确定。在现有体制下,这种规定方式会引起较大的衔接性问题。

在我国,部分犯罪在罪状中缺乏故意或者过失的表述,在学理上又存在着较大争议。在我国刑法中,少数犯罪的主观罪过在《刑法》条文中明确规定,例如,《刑法》第二百三十二条的“故意杀人罪”,《刑法》第二百三十四条的“过失致人死亡罪”。绝大多数条文对主观罪过并不着墨,对故意犯罪、过失犯罪的判断交予理论解释。但对于很大一部分犯罪的主观罪过存在着明显的争议,如何确立主观罪过类型即是难题,这对于监

① 一个非常值得关注的现象是,“醉驾”入刑十年,遭到了极大的质疑。这种质疑很大程度上来自于公职人员群体。“醉驾”这种轻罪的刑罚对于一般社会群体并非特别严厉,但如果因“醉驾”判刑而发动针对公职人员的政务处分,则意味着可能“端掉饭碗”,这成为公职人员“不可承受之重”。参见:薛鹏《对党员干部酒驾为何处分这么严》,《中国纪检监察报》2018年7月30日,第1版。

② 职务犯罪的身份要素对刑罚效果的锁闭作用是有限的,仅仅对于无身份者的“正犯”有效,对于无身份者的“共犯”则无效。例如,社会闲杂人员X帮助国家工作人员Y窃取其保管的国有资产,X虽然不能构成贪污罪的“正犯”,却能构成贪污罪的“共犯”(帮助犯),因而也能对X处以贪污罪的刑罚。而对于政务处分则不同,非国家公职人员无论如何都不可能因为帮助、教唆国家公职人员实施贪污的政务违法行为而受到政务处分。

③ 有疑问的或许是,资格刑的存在能否考虑有所重合的问题。我国的资格刑主要是剥夺政治权利,剥夺政治权利的犯罪人毫无疑问不能担任国家公职人员。但是,剥夺政治权利与政务处分还是有明显区别。政务处分是对现实身份的减等或褫夺,而剥夺政治权利是对取得身份的前提条件(资格)进行剥夺。进而言之,被判处剥夺政治权利的公职人员,并非自然地丧失公职人员身份,必须对其适用“开除”的政务处分。

察机关准确地适用政务处分影响甚巨。例如,当公职人员犯“危险驾驶罪”,对其究竟应当适用“开除”还是“撤职”就存在着明显的疑难。“2019年6月23日,山东省济南市城管局巡视员王某饮酒后驾驶机动车,经交警部门抽血鉴定,其血液内酒精含量为 $300.4 \pm 12.7 \text{mg}/100 \text{ml}$,为醉酒驾驶。2020年6月5日,济南市天桥区人民法院以危险驾驶罪判处王某拘役2个月,并处罚金6000元”。公职人员王某最终被济南市监察委给予“开除”处分。对于此案,有论者指出:“危险驾驶罪”尽管属于较轻的犯罪,但由于其属于故意犯罪,按照《政务处分法》的相关规定,对之只能予以“开除”^①。毫无疑问,将“危险驾驶罪”评价为故意犯罪的话,根据《政务处分法》的规定,这无可厚非。问题是,有关“危险驾驶罪”的主观罪过存在着相当大的争议,主流观点认为“危险驾驶罪”只能是故意犯罪^②,而有的观点则认为“危险驾驶罪”是过失犯罪^③。这使是否适用“开除”处分依赖于摇摆不定的学说立场,不甚科学。部分犯罪存在着既有故意又有过失的情况,主要是部分结果加重犯通常被认为存在着复合罪过(故意+过失),该如何认定犯罪的主观罪过进而正确地适用政务处分存有疑问。例如,一般认为醉酒型“危险驾驶罪”与醉酒型“交通肇事罪”之间存在着基本犯与结果加重犯的关系^④,设若依据通说承认醉酒型“危险驾驶罪”是故意犯罪,那么醉酒型“交通肇事罪”就是故意犯罪基础上增加了一个严重结果的过失犯,此时究竟是故意犯罪,还是过失犯罪就甚为模糊。如果简单地将醉酒型“交通肇事罪”视为过失犯罪^⑤,会推导出明显不合理的结论。将上述案例略作改造:王某饮酒后驾驶机动车,因酒后操作不当导致机动车撞上一辆骑车的妇女,致其重伤。后经交警部门抽血鉴定,其血液内酒精含量为 $300.4 \pm 12.7 \text{mg}/100 \text{ml}$,为醉酒驾驶。依照《刑法》规定,王某的行为构成“交通肇事罪”,设若法院依法判处其有期徒刑一年(缓刑两年)。这种情况下该如何适用政务处分就是问题。根据《政务处分法》的规定,如果依据刑法通说,交通肇事罪属于过失犯罪,王某的情况完全可能属于《政务处分法》第十四条规定“特殊轻过失可例外”的情形,可以适用“撤职”处分。那么,这种做法显然与上一个案例将醉酒型“危险驾驶罪”视为故意犯罪进行处理存在着明显的冲突,因为在这个案例中王某的行为较上一个案例中的危险驾驶行为更加严重,上一个案例中王某的行为相对轻微,却必须适用“开除”处分。这存在着明显的不均衡。那么,对于这种复合罪过的犯罪,究竟应该采用基本犯的罪过作为认定标准,还是应该以对加重结果的罪过作为认定标准,存在疑难。本文认为,《政务处分法》将犯罪的主观罪过作为刑罚附随后果之政务处分适用的基础,有其合理性,即主观罪过在一定程度上体现了犯罪人的主观恶性,相应地能够体现出犯罪公职人员违反道德自律性要求的程度。但由于我国相当多的犯罪主观罪过并未明示,理论上又存在着一定争议,将导致法律适用上的显著困难。因此,在我国现有刑法立法的前提下,需要由裁判者在裁判文书上具体载明犯罪人的主观罪过形态,以作为政务处分适用的法律依据。

四 程序衔接模式:“从政到刑”与“先刑后政”

基于法秩序统一性原理,不仅要求政务处分与刑罚的实体衔接,也需要两者之间的程序衔接。政务处分与刑罚适用的程序衔接是指政务处分适用与刑罚适用在适用机关、时间节点、流程机制等方面协调一致,确保政务处分与刑罚所联结的一体化规范意义得以有效表达。因公职人员犯罪而致政务处分与刑罚适用有两种基本程序衔接模式:“从政到刑”与“先刑后政”。

(一) 公职人员职务犯罪的“从政到刑”模式

所谓“从政到刑”是指为实现“三不一体”反腐败治理体系的目的追求,将政务违法与职务犯罪一体调查,进而实现政务处分与刑罚处罚分流处理、递进适用。这种模式承认“一体调查”是对职务犯罪双重违法性的确认,将政务处分与刑罚处罚“分流处理、递进适用”,确保了纯洁队伍与社会化刑罚惩治的有机结合。首先,关于“一体调查”。《监察法》第三十九条规定,经过初核,“对监察对象涉嫌职务违法犯罪,需要追究法律责任

①《公职人员犯罪应当给予什么政务处分》,《深圳特区报》2020年10月30日,A05版。

②张明楷《刑法学》(第五版),第726—728页。

③冯军《论〈刑法〉第133条之1的规范目的及其适用》,《中国法学》2011年第5期,第138页。

④刑法上的结果加重犯典型的如有“故意伤害致人死亡”、“强奸致人死亡”等。这些结果加重犯的法定刑一般较重,公职人员触犯这类结果加重犯原则上没有构成较轻犯罪的空间。

⑤李洁《析交通肇事罪的罪过形式》,《人民检察》1998年第11期,第20页。

的,监察机关应当按照规定的权限和程序办理立案手续”。可见,监察调查具有政务违法与职务犯罪调查的双重属性^①。其次,关于“分流处理、递进适用”。因为政务处分权属于监察权的范畴,刑罚处罚权属于刑罚权的范畴,对于职务犯罪必然采取“分流处理”的办法,对于查实的政务违法由监察机关适用政务处分,对于查实的职务犯罪则由监察机关移送人民检察院、人民法院分别行使求刑权、量刑权。《政务处分法》第四十四条规定:“调查终结后,监察机关应当根据下列不同情况,分别作出处理:(一)确有应受政务处分的违法行为的,根据情节轻重,按照政务处分决定权限,履行规定的审批手续后,作出政务处分决定……(四)被调查人涉嫌……犯罪行为的,依法移送主管机关处理。”这确认了职务犯罪监察调查的双重性质及“分流处理”的进路。对于确认政务违法的,经过审批作出政务处分决定,对被调查人涉嫌职务犯罪的“移送主管机关处理”。即,当确认涉嫌职务犯罪的就应当将其进一步移到人民检察院进行审查起诉,符合起诉条件的,则移到人民法院依法判处刑罚。《监察法》第四十五条规定:“监察机关经调查认为犯罪事实清楚,证据确实、充分的,制作起诉意见书,连同案卷材料、证据一并移送人民检察院依法审查、提起公诉。”《刑事诉讼法》第一百七十条对监察机关移送审查起诉作了进一步规定,确保了政务处分程序与刑事诉讼程序在监察机关与刑事司法机关的正常衔接。不仅如此,监察机关调查形成的证据也能够进一步作为刑事诉讼的证据。这一点在《监察法》第三十三条得以明确承认:“监察机关依照本法规定收集的物证、书证、证人证言、被调查人供述和辩解、视听资料、电子数据等证据材料,在刑事诉讼中可以作为证据使用。”综上所述,我国的《监察法》、《政务处分法》、《刑事诉讼法》基本上已经构筑起了一套完整有序的公职人员职务犯罪政务处分与刑罚适用的程序衔接机制,能够确保政务处分与刑罚的有效联结,共同作为公职人员职务犯罪的规范应对措施,刑罚作为政务处分一种有效补充,对严重违反履职尽责的政务规范、实施了职务犯罪的公职人员,不仅先给予身份的褫夺(“开除”)^②,纯洁公职人员队伍,进一步也给予刑罚处罚,更好地威慑潜在的职务犯罪分子,确保形成良好的政治生态。

(二)非职务犯罪的“先刑后政”模式

所谓“先刑后政”是指对于公职人员实施非职务犯罪的,原则上先由刑事司法机关对其启动刑事诉讼程序,对非职务犯罪适用刑罚处罚,然后再由监察机关依据政务处分程序对其适用政务处分。这种模式是针对公职人员实施的非职务犯罪的情形,确保了政务处分作为公职人员非职务犯罪的一种刑罚附随后果,以补强刑罚的报应与预防作用。“先刑后政”模式的法律依据隐含在《政务处分法》第十四条的规定之中,因为该条规定了对于公职人员犯罪应当先决定刑罚适用情况,再决定是否“开除”或者“撤职”。

公职人员非职务犯罪的刑事追诉活动结束后,该如何具体地与政务处分适用衔接呢?

第一种情况,非职务犯罪在审查起诉环节因为“犯罪轻微”,被“酌定不起诉”的。对此,检察机关虽然以“微罪不诉”作为理由,但在法律上并没有确认非职务犯罪违法的存在,因此,对其适用政务处分需要经过政务违法的立案、调查程序,然后才能适用“撤职”处分。如果在政务违法调查过程中认为造成了不良影响的,可以适用“开除”处分。一般的做法是,由作出不起诉决定的人民检察院制作检察建议书移送主管公职人员的监察机关,监察机关在接到不起诉决定后立案调查,依法作出政务处分决定。另外,监察机关在基于职权的情况下主动了解到公职人员非职务犯罪受到不起诉决定的,也可以主动立案调查,作出处理。

第二种情况,非职务犯罪在审判环节因为“犯罪轻微”,被“定罪免刑”的。此种情况,公职人员的行为虽已经构成犯罪,但是依据《刑法》规定可以作有罪免罚的裁判。这不同于“微罪不诉”,虽然并不判处刑罚,但确有犯罪。既然这种犯罪是经过刑事裁判所确认的,那么,政务违法的调查不必再实际进行,监察机关在立案后可以直接根据有罪宣告确定“撤职”或者“开除”处分即可。非职务犯罪在审判环节被“定罪处刑”的,程序操作类似于第二种情况。

① 因为,监察委与纪委合署办公,事实上针对职务犯罪的监察调查具有一般政务违法调查、职务犯罪调查、违纪调查的三重性质。只不过,本文从法律运行的角度仅仅强调前两者的“二位一体”。参见:曹莹《论职务违法调查的理论逻辑、规制路径及证据规则》,《法学评论》2020年第5期,第184页。

② 对职务犯罪公职人员适用刑罚,需要优先对其适用褫夺身份的政务处分(“开除”),否则会导致在职的公职人员受到社会化的刑罚的处理,这不利于维护公职人员队伍纯洁的形象。因此,“开除”是公职人员涉嫌职务犯罪移送审查起诉追究刑事责任的前置条件。

(三)是否存在特殊情况

根据《政务处分法》第十四条规定,在逻辑上并没有完全将公职人员职务犯罪排除在外,似乎存在着对公职人员职务犯罪也可以采用“先刑后政”的例外情况。“公职人员犯罪,有下列情形之一的,予以开除……公职人员因犯罪被单处罚金,或者犯罪情节轻微,人民检察院依法作出不起诉决定或者人民法院依法免予刑事处罚的,予以撤职”。从法律解释上看,依照这一规定,表面上看公职人员“犯罪”并未限定于职务犯罪与非职务犯罪。换言之,第十四条所谓“公职人员犯罪”在语义逻辑上可以包括两种情况:一是公职人员职务犯罪的,二是公职人员非职务犯罪的。因此,这一规定完全可以视为全部公职人员犯罪的“统一规则”,从而导致公职人员职务犯罪的处理也可以参酌这一规则蕴含的“先刑后政”模式?例如,公职人员 M 涉嫌贪污,经监察调查确认了其行为构成贪污犯罪的事实,如果按照“从政到刑”模式,适用《政务处分法》第三十三条之规定:“有下列行为之一的,予以警告、记过或者记大过;情节较重的,予以降级或者撤职;情节严重的,予以开除:(一)贪污贿赂的……”既然已经涉嫌构成犯罪,属于职务违法的最高形式,依据此条,完全应当认为属于“情节严重的,予以开除”。这一判断也符合纯洁公职人员队伍的要求。但是,如果适用前述第十四条之规定,似乎还有不予以“开除”的空间?例如,虑及前述公职人员 M 可能被人民检察院作出不起诉决定的。应当认为,当公职人员涉嫌职务犯罪,监察机关依据职权调查确认存在职务犯罪事实的,并不能适用《政务处分法》第十四条。原因在于,公职人员职务犯罪系对履职尽责要求的直接违反,系《监察法》重点惩治的对象,从构建“三不一体”反腐败犯罪治理体系的角度看,不能由“从政到刑”反转为“先刑后政”,对于涉嫌职务犯罪的公职人员均应先适用“开除”后移送司法机关追究刑事责任。但对于另一种情况,则需要区别对待。公职人员因为非职务违法行为,受到监察调查的,根据调查情况该非职务违法行为足以构成犯罪的,需要移送侦查机关立案侦查的,则不宜对其直接适用政务处分,否则容易造成轻重失衡。例如,公职人员 N 被举报长期沉溺于网上赌博,召集社会人士聚众赌博。监察机关立案调查后,认为该行为符合《政务处分法》第四十条第一款第(三)项规定“参与赌博的”情形,即应当“予以警告、记过或者记大过;情节较重的,予以降级或者撤职;情节严重的,予以开除”。同时,监察机关还认为 N 的行为涉嫌《刑法》第三百零三条“聚众赌博”的情形,应当“处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金”。如果按照“从政到刑”模式,完全可能因为这属于“情节严重的”,给予公职人员 N“开除”处分。但是,如果采用“先刑后政”模式,则不能排除其“犯罪较轻”,最终可能由人民检察院作出不起诉决定或者由人民法院作出免予刑事处罚的裁判,这样原则上就只能对其采用“撤职”的处分。因此,这里必须明确“从政到刑”与“先刑后政”的优先性问题。这可能有两种解释路径。一是“从政到刑”具有优先性,政务处分系监察机关依据监察职权对国家公职人员履职尽责、道德自律的监察监督,监察职权在整个国家反腐败制度体系中具有优先性。监察机关对公职人员的政务处分带有监察职权运行的性质,自然应当优先于人民检察院、人民法院所作出的不起诉决定或者免予刑罚处罚的判决效果。二是“先刑后政”具有优先性,政务处分固然是监察机关行使监察职权,但是“先刑后政”也是《政务处分法》所明确规定的模式,该模式将公职人员非职务犯罪是否适用“撤职”、“开除”两种最重的政务处分事实上联动于刑事司法机关的处遇,将整个刑事司法系统纳入了监察体制之中作通盘考虑,这种模式更加体现了国家机关工作的协调一致性。因此,基于构建“三不一体”反腐败犯罪治理体系的要求,对此情况应当承认“先刑后政”的优先性。否则,会造成适用法律的不公正^①。

[责任编辑:苏雪梅]

^①因此,监察机关面对这种情况,正确的做法是将案件材料移送公安机关立案侦查,先行启动刑事诉讼程序,待刑事诉讼程序运行到终局,再重新启动政务处分程序,依据《政务处分法》相关规定对涉案公职人员作出相应的政务处分决定。否则,可能会造成适用法律的不公正。例如,上述案件的 N 如果按照“先刑后政”的处理方式,完全可能因为情节轻微被人民法院定罪免罚,最终依据《政务处分法》第十四条之规定作出“撤职”的政务处分。但是,如果先行进行政务处分的话,一般都会被“开除”。因为,达到犯罪条件的赌博行为,无论如何都可以算是“情节严重的”。