

职务犯罪监察调查程序若干问题研究*

陈卫东

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要:《中华人民共和国监察法(草案)》的公布,标志着国家监察体制改革步入了新的阶段,这种出自顶层设计的体系化改革对于国家反腐败法治化建设、加强党对反腐败工作的统一领导有着重大而深远的意义。职务犯罪监察的调查程序事实上取代了原职务犯罪侦查功能,其所包含的权能内容亦与侦查权极其相似,在程序设计上应注重保障被调查人获得法律帮助的权利。职务犯罪监察调查程序终结后,面临着与检察机关审查起诉程序衔接的问题,应构建相应的刑事立案程序与强制措施转化程序予以解决。在审查起诉阶段,应明确检察机关对职务犯罪案件公诉权的独立性,正确认识补充调查的内涵,还应理清监察证据向刑事诉讼证据的移送及效力问题。

关键词: 监察体制改革; 律师帮助; 审查起诉; 证据运用

中图分类号: DF71

文献标识码: A

文章编号: 1005-9512-(2018)01-0019-09

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2018.01.002

2016年11月,中央办公厅印发的《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》(以下简称《试点方案》)提出在试点地区设立监察委员会、改革监察体制,这象征着国家监察体制改革这场事关全局的重大政治改革正式拉开了帷幕。次月,全国人大常委会通过《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》(以下简称《试点决定》),授权一市两省按照试点方案的要求认真组织实施,积极稳妥、依法有序地推进试点工作。2017年11月,全国人大常委会公布了《中华人民共和国监察法(草案)》(以下简称《监察法》草案),对监察机关的组织形式、监察范围、监察职责、监察权限、监察程序、国际合作、监察监督、法律责任等具体八类内容予以制度化,基本形成了国家监察制度的设计与体系,标志着国家监察体制改革步入了新的发展阶段。

国家监察体制改革旨在构建一套“全面覆盖国家机关及其公务员的国家监察体系”,其职责为“对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”。为了有效履行调查职务犯罪的权力,国家监察改革试点方案与《监察法》草案为国家监察委员会创造性地设置了关于职务犯罪的调查程序,并将原履行职务犯罪侦查的检察机关自侦部门转为隶属于监察委员会,加强职务犯罪案件办理力量。决策者既从体制上赋予监察委员会案件调查的权力,又强化调查的办案力量,还制定了相应的调查程序,这种出自顶层设计的体系化改革对于国家反腐败法治化制度建设、加强党对反腐败工作的

作者简介: 陈卫东,中国人民大学法学院教授、博士研究生导师。

* 本文系国家2011计划司法文明协同创新中心研究成果。

统一领导有着重大而深远的意义。

监察活动指向的职务犯罪调查,最终将移交司法机关,由检察机关审查起诉,由审判机关定罪量刑,这就涉及一系列刑事诉讼程序的改革与配套问题。在检察机关自侦部门转隶后,职务犯罪侦查的主体不复存在,而根据《监察法》草案的规定,职务犯罪调查与原检察机关行使的职务犯罪侦查在内容上并无很大差别。调查,某种程度上甚至可以视为替代了原有的侦查,这就为监察的调查程序之具体设计提出了要求。例如,如何在调查程序中有效保障被调查人的合法权益,如何建立完善调查程序与司法程序的衔接机制,检察机关审查起诉权如何运用,监察证据如何在司法程序有效使用,等等。这些具体问题与后续的诉讼活动息息相关,处理不当可能导致制度运行失范,影响国家监察体制改革的顺利进行,其解决有赖于立法机关的重视,也有赖于学界深入研究。

一、职务犯罪监察调查程序与律师帮助权

从中央确定的《试点方案》以及全国人大常委会通过的《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点工作的决定》的内容来看,监察委员会调查涉嫌贪污贿赂、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行为时,可以采取“谈话、讯问、询问、查询、冻结、调取、查封、扣押、搜查、勘验检查、鉴定、留置等措施”。调查终结后,对涉嫌职务犯罪的,移送检察机关依法提起公诉。

《监察法》草案对调查程序作出了更加细化的规范,对上述调查措施的实施进行了进一步解释。例如,关于留置措施,将被调查人“留置在特定场所”,并“应当保障被留置人员的饮食、休息,提供医疗服务”,“留置时间不得超过三个月”,还设定了“留置一日折抵管制二日,折抵拘役、有期徒刑一日”刑期折抵的规范。从制度设定的内容来看,此种留置与我国《人民警察法》中的“留置”颇为不同,其指向乃取代“双规”、“双指”的长时间羁押;^①刑期折抵的规定则表明,留置措施在强制性上基本等同于刑事强制措施中的拘留、逮捕,而强于指定居所监视居住。^②再如,关于查封、扣押、冻结措施,《监察法》草案规定,“监察机关在调查过程中可以调取、查封、扣押用以证明被调查人涉嫌违法犯罪的财物、文件”,“应当对全过程进行录音录像”,当查封、扣押、冻结措施实施不当时,“被调查人及其近亲属有权向该机关申诉”。对比我国《刑事诉讼法》关于查封、扣押、冻结之侦查措施的规定,两者的实施程序、救济措施皆十分相似,产生的效果亦大体相同,对公民财产权的限制程度亦无很大差别。

监察案件的调查程序与刑事侦查程序在职务犯罪案件的审前阶段发挥着实质意义上的相同作用。《监察法》草案除规定“将调查结果移送检察机关依法提起公诉”、“可以在移送检察机关时提出从轻、减轻处罚的建议”、“制作起诉意见书”、“连同被调查人、案卷材料、证据一并移送检察机关”等原由侦查部门行使的侦查职权与履行的侦查程序外,其规定的“补充调查”机制更加表明了调查与侦查在内容上的一致性。换言之,职务犯罪调查程序与原职务犯罪侦查程序的预设功能一致,皆为“收集被调查人/犯罪嫌疑人有无犯罪行为、犯罪行为轻重的证据”,以达成“查明犯罪事实”之目的。也正是为了实现“通过调取证据查明违法犯罪问题是否存在”这一目的,^③立法机关为监察委员会赋予了与侦查极为类似的强制性手段与措施,以便监察人员更好地查明案件真实情况。^④值得注意的是,监察调查的对象并非仅为职务犯罪的嫌疑人,因此不能把监察调查等同于刑事侦查,^⑤但对职务犯罪

^①参见施鹏鹏《国家监察委员会的侦查权及其限制》,《中国法律评论》2017年第2期。

^②参见陈光中、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。

^③江国华、彭超《国家监察立法的六个基本问题》,《江汉论坛》2017年第2期。

^④参见王春业《论法治视野下监察委员会体制的构建》,《江海学刊》2017年第5期。

^⑤参见卞建林《论职务犯罪监察调查的性质和原则》,载《司法改革背景下刑事诉讼制度的完善——中国刑事诉讼法学研究会2017年年会论文集》(2017年11月),第9页。

监察而言,监察调查与刑事侦查具有措施的强制性、调查目的的一致性,使其必然具有类似侦查之属性。

从限制公民权利的角度看,冻结、查封和扣押限制了财产权,留置限制了人身自由权,而搜查同时限制了两种公民基本权利。^⑥这些强制性措施的行使毫无疑问将影响被调查人权利的实现,虽然涉嫌职务犯罪的人群可能比普通公民受教育水平会高一些,但这不能证成对该群体赋予较低权利保障的合法性。在具有侦查属性的调查程序中,为保障被调查人的合法权利,最重要的措施之一就在于引入律师帮助。

1996年我国《刑事诉讼法》规定在侦查阶段犯罪嫌疑人可以聘请律师提供法律帮助,而2012年修改的我国《刑事诉讼法》更是赋予了侦查阶段的律师辩护人身份,这被普遍认为有利于“进一步明确律师在侦查阶段的法律地位,更好地发挥其作用”。^⑦在当下司法改革进程中,获得律师帮助权得到了决策者的充分重视,《关于开展法律援助值班律师工作的意见》《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》相继出台,通过制度的建设完善来不断保障犯罪嫌疑人、被告人法律帮助权、辩护权的有效行使。这既是全面依法治国、建设法治国家的应然选择,也是新时代中国特色社会主义人权保障事业的重大成就。在人权保障逐渐进步的大背景下,职务犯罪案件的监察程序也应朝着此方向予以建构,以满足日益增长的人权保障之需要。

监察体制改革作为一项重大的政治改革,应当妥善处理权力与权利的关系,不能“只转权力、不转权利”,顾此失彼。^⑧我国《宪法》明文规定,“被告人有权获得辩护”。虽然此条款文义看似仅规范刑事案件的审判阶段,但我国《刑事诉讼法》第33条已将其范围扩展至包含侦查在内的刑事诉讼全过程,这是对宪法辩护条款作出的有权解释,也使其符合了相关国际条约与通例。调查虽非刑事侦查,但是职务犯罪之调查却与侦查有着同样的内涵与实质,在职务犯罪侦查权整体转隶国家监察机构之后,这项规范的效力也应转而直接拘束国家监察权。^⑨虽然如此,但由于调查程序并非刑事程序,在被调查人“获得辩护权”的表述、时间与方式上也应作出审慎考量。

首先,要明确“获得辩护权”的内涵。“辩护”,是指“犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人在刑事诉讼中,针对侦查、检察机关的追诉,根据事实和法律,在实体上和程序上提出有利于犯罪嫌疑人、被告人的证据材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,使其免受不公正对待和处理的一系列诉讼行为的总和”。^⑩辩护一词在法概念上具有专指性,其性质为“刑事诉讼中的一类诉讼行为”,而监察调查的非刑事诉讼性使该阶段的“获得辩护权”不应称之为“获得辩护”,可概称“获得法律帮助权”,但其与原侦查阶段的辩护权应具有实质上的同一性。

其次,要明确获得法律帮助权的时间。根据我国《刑事诉讼法》规定,犯罪嫌疑人在侦查阶段委托辩护人的时间最早为“侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候”。对于监察调查程序而言,其调查权行使并非初始就指向被调查人的犯罪行为,往往是“顺藤摸瓜”,即由轻微的违法线索逐渐发现涉嫌犯罪的事实。监察调查的办案方式使得“违法调查”与“犯罪调查”的界限模糊,亦难判断调查何时进入了具有侦查性质的“犯罪调查”之阶段。例如,在执纪讯问、组织来函询问等阶段,不能将其理解为法律程序上的“被告人”并由此获得法律帮助之资格,但在对被调查人采取强制措施之后(例如被留置),则应该允许被调查人有权获得法律帮助。^⑪

再次,要明确获得法律帮助权的方式。一般而言,获得法律帮助的方式有两种,一是由聘请律师

^⑥秦前红、石泽华《监察委员会调查活动性质研究》,《学术界》2017年第6期。

^⑦郎胜主编《中华人民共和国刑事诉讼法修改与适用》,新华出版社2012年版,第81页。

^⑧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。

^⑨参见王旭《国家监察机构设置的宪法学思考》,《中国政法大学学报》2017年第5期。

^⑩陈卫东主编《刑事诉讼法学》,高等教育出版社2017年版,第119页。

^⑪参见前注^⑨,王旭文。

向其提供,二是由法律援助机构指派律师提供。有权聘请律师是获得法律帮助权的核心内涵,任何处于刑事诉讼中的犯罪嫌疑人、被告人皆应被赋予此项权利。监察调查程序由于其侦查性质,亦当如此,这也是世界实行监察制度的国家或地区之通例。^⑫同时,制度建设也必须结合实际情况,目前我国的反腐败斗争形势依然严峻复杂,在这样的背景下,可以采取既确保反腐败斗争的效果又兼顾被调查人获得法律帮助权的方法。笔者建议,在现阶段可先由各级国家监察委员会设立的法律顾问或公职律师为被采取限制人身自由措施的被调查人提供法律咨询、代理申诉等法律帮助,以实现被调查人获得法律帮助权;在未来时机成熟时,再考虑被调查人聘请律师权利的实现。

二、职务犯罪监察调查程序的司法衔接

职务犯罪监察调查程序在查办职务犯罪的程序过程中,实质上发挥了侦查的作用。当调查终结,监察机关认为有确实充分的证据证明被调查人涉嫌职务犯罪的,必将由刑事司法程序与之衔接。《监察法》草案对此作出了规定,“对公职人员涉嫌职务犯罪,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,连同被调查人、案卷材料、证据一并移送检察机关依法提起公诉,检察机关依法对被移交人员采取强制措施”。虽然这一规定看似明确,但深究之,则可发现不少问题,首当其冲的问题在于:监察程序是如何转化为刑事司法程序的?监察程序向司法程序的转化,是尚未颁行的我国《监察法》与我国《刑事诉讼法》衔接程序的核心问题,此问题的解决对于理顺职务犯罪案件办理流程、调整完善相关程序性制度、建立逻辑自洽的理论体系具有基础意义。

虽然《监察法》草案要求监察机关将调查终结的案件移送检察机关,并要求检察机关依法进行审查逮捕,作出起诉、退回补充调查或自行补充侦查、不起诉的决定,但这不必然意味着将案件移送后,对该案的处理便进入了诉讼程序。监察委员会定位于反腐败工作机构,代表党和国家行使监督权,是政治机关,不是行政机关司法机关。^⑬监察委员会既非侦查机关、也非司法机关,其无法自行启动刑事诉讼程序,而“制作起诉意见书,连同被调查人、案卷材料、证据”一并移送检察机关所起到的作用也仅为“移送”,产生的效果也仅为检察机关“接收”了相关当事人与材料,若无法律明确规定,并不产生任何法律意义的效果。对于普通的刑事案件,如人们人赃俱获地将现行犯扭送公安机关,公安人员在“接收”赃物与被扭送者时并未产生任何法律效果,只有当公安机关将此案件作为刑事案件立案之后,前述扭送与接收的行为才产生法律上的“到案”意义。换言之,只有刑事诉讼程序被开启后,监察机关的移送行为才具备刑事诉讼上的意义,而程序开启的关键即在于“立案”这个程序行为。

刑事诉讼的“立案”与监察机关办理的“立案手续”并非同一性质,根据《监察法》草案,监察机关立案的条件为“经过初步核实,涉嫌存在违法犯罪行为,需要追究法律责任”之情形,其开启的调查程序既可能指向“违法”,也可能指向“犯罪”,但终究无涉刑事诉讼。刑事诉讼的“立案”开启了诉讼程序,缺少立案程序刑事诉讼在逻辑上是无法成立的;具体地说,刑事立案程序所立之案件乃侦查与审查起诉的对象,没有案件侦查与审查起诉的基础便不存在了。职务犯罪监察调查程序并无刑事立案这一程序,其移送检察机关的“起诉意见书”、“被调查人、案卷材料、证据”也并不自动形成案件,检察机关更无法依此进行审查起诉。因此,在审查起诉之前,检察机关必须依职权对监察机关移送之“监察案件”予以转化,按照管辖范围进行刑事立案。唯此,审查起诉方有依据,职务犯罪案件的刑事诉讼程序才能继续进行。

^⑫如在新加坡,反贪专门机构的侦查权同时受专门法律和刑事诉讼法的规制,犯罪嫌疑人的诉讼权利并不因接受反贪专门机构的调查而缺位。参见前注^③熊秋红文。

^⑬参见《积极探索实践形成宝贵经验国家监察体制改革试点工作取得实效——国家监察体制改革试点工作综述》,《光明日报》2017年11月06日,第1版。

职务犯罪监察调查程序与司法程序衔接的另一重要问题在于监察措施与刑事强制措施之如何衔接与转化,该问题涉及持续性措施,主要包括查封、扣押、冻结与留置等。其一,关于涉及被调查人或犯罪嫌疑人财产权的查封、扣押、冻结措施,若涉嫌犯罪所得且随案移送至检察机关,在经过立案程序之后,应当认为查封、扣押、冻结措施由检察机关作出,具有刑事诉讼行为的意义,受刑事诉讼法规制。其二,关于涉及被调查人人身权利的留置,不论在移送时是否处于持续状态,检察机关都应在进行立案程序的同时评估强制措施之实施,对需要审查逮捕的,可以决定先行拘留,对不符合逮捕条件的,应及时作出取保候审或监视居住的决定。

三、职务犯罪监察案件的审查起诉程序

(一) 对监察案件提起公诉的权力归属

《监察法》草案第18条规定:“……对涉嫌职务犯罪的,将调查结果移送检察机关依法提起公诉。”这个规定明确了检察机关对于监察委员会移送案件提起公诉的权力,是符合刑事司法规律的。长期以来,职务犯罪案件“自侦、自捕、自我监督”的弊病饱受争议。监察体制改革使得检察机关不再是职务犯罪的侦查机关,侦查权与检察权的分离涉及检警关系的重要命题,需要予以讨论。

“现代的刑事程序吸取了纠问程序中国家、官方对犯罪追诉的原则(职权原则),同时保留了中世纪的无告诉即无法官原则(自诉原则),并将这两者与国家公诉原则相联结,产生了公诉人的职位:检察官。”^⑭随着诉讼职能分工的不断细化,侦查职能从公诉职能中分离出来,由侦查机关直接或间接行使。我国目前实行警检分离模式,侦查权和公诉权是两个不同性质的权力,在此背景下公诉权并不必然派生出侦查权。“侦、检双方关系的设置并非是随意的,它要反映诉讼规律的基本要求。”^⑮“检察机关的基本职能是公诉,检察权在本质上主要表现为公诉权。应该按照检察机关就是公诉机关的思路去改革司法制度,建立以公诉职能为核心、主导的审判前程序。”^⑯这符合“以审判为中心”诉讼制度改革对于合理改造审判前程序的基本要求。^⑰整体来看,监察体制改革将职务犯罪侦查权转隶,有利于检察机关专注于审查起诉工作,为检察权向公诉权的回归提供了良好契机。

(二) 监察案件的不起诉问题

在中国的刑事司法实践中长期存在着“构罪即捕,捕后即诉”的司法痼疾。监察体制改革后,同样面临“留置是否必诉的问题”。^⑱检察机关对于监委移送的案件是否“照单全收”,必须一律提起公诉呢?《监察法》草案第45条规定“对监察机关移送的案件,检察机关认为犯罪事实已经查清,证据确实充分,依法应当追究刑事责任的,应当作出起诉决定……对于证据不足、犯罪行为较轻,或者没有犯罪事实的,应当征求监察机关意见并报经上一级检察机关批准,依法作出不起诉的决定。监察机关认为不起诉的决定有错误的,可以要求复议。”根据这一规定,检察机关有权根据事实和法律规定对案件提起公诉。

《监察法》草案二审稿删除了一审稿中的检察机关对监察机关调查结束移送的案件不起诉须征求监察机关的规定,全国人大法律委员会在说明中对此解释是“征求监察机关意见”属内部工作沟通,《监察法》草案可以不作规定,那么,在监察机关与检察机关的内部工作沟通机制中,是否要实施检察机关不起诉须征求监察机关呢?这仍然是一个值得重视的问题。习近平总书记指出,推进司法

^⑭ [德]拉德布鲁赫《法学导论》,米健译,商务印刷馆2013年版,第173页。

^⑮ 刘计划《检警一体化模式再解读》,《法学研究》2013年第6期。

^⑯ 陈卫东《我国检察权的反思与重构——以公诉权为核心的分析》,《法学研究》2002年第2期。

^⑰ 以审判为中心背景下的审前程序改革和审判程序改革同样重要。参见陈卫东《以审判为中心:当代刑事司法改革的基点》,《法学家》2016年第4期。

^⑱ 参见同前注②。

体制改革,要紧紧牵住司法责任制这个“牛鼻子”,保证法官、检察官做到“以至公无私之心,行正大光明之事”。司法责任制改革是司法体制改革的重要基石,具有基础性、全局性、决定性地位。^① 2015 年 8 月 18 日,《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》经中央全面深化改革领导小组审议通过,明确规定“检察官对检察长(分管副检察长)负责,在职权范围内对办案事项作出决定”,业务部门负责人不再对案件进行审核、审批。通过对检察官的合理授权,凸显了检察官在司法办案中的主体地位,较好地体现了“谁办案谁负责、谁决定谁负责”的改革要求。司法责任制是检察官依法独立行使职权的逻辑前提,“办案终身追责制”要求检察官对自己办理的案件直接负责,一旦出现错案,检察官将面临被追责的风险。如果检察官作出不起诉的决定必须征求监察机关的意见,那么将会对检察官依法独立行使检察权造成不利影响,而且有违“权力与责任相统一”的基础法理。

(三) 监察案件补充侦查的问题

《监察法》草案第 45 条规定:“……检察机关经审查后,认为需要补充核实的,应当退回监察机关补充调查,必要时可以自行补充侦查。”这一规定明确了监察机关移送案件的补充侦查问题。我国《刑事诉讼法》第 171 条第 2 款规定“人民检察院审查案件,对于需要补充侦查的,可以退回公安机关补充侦查,也可以自行侦查。”^②该条款仅就公安机关侦查案件的退回补充侦查程序进行了规定,并未就职务犯罪案件的退回补充侦查进行专门规范,“再加上职务犯罪案件退回补充侦查夹杂了侦查一体化与检察机关上下级领导关系的因素,显得尤为复杂和富有争议”。^③对此,《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第 381 条规定“人民检察院公诉部门对本院侦查部门移送审查起诉的案件审查后,认为犯罪事实不清、证据不足或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形需要补充侦查的,应当向侦查部门提出补充侦查的书面意见,连同案卷材料一并退回侦查部门补充侦查;必要时也可以自行侦查,可以要求侦查部门予以协助。”

中国的刑事诉讼中,检察机关的补充侦查权并不依附于侦查权,而是公诉权所派生出来的应有权力。补充侦查程序也并不是我国刑事诉讼程序中的必经程序,而是为弥补侦查程序的不足而启动的程序。以往的职务犯罪案件中,负责补充侦查的主体是检察机关公诉部门的公诉人员,而不是侦查部门的侦查人员,后者只是在案件退回补充侦查的时候才参与其中。中国的检察官被赋予中立的司法官地位,承担着维护司法公正的“客观义务”,^④公诉部门的审查起诉工作应当最终满足于“事实清楚,证据确定充分”的要求。因此,在审查起诉的过程中如果发现需要补充侦查的,公诉部门可以自行补充侦查,也可以退回侦查部门补充侦查。监察机关在职务犯罪案件中行使的是监察权中的调查权,因此可以将原侦查部门的补充侦查称为监察机关的补充调查。

^①陈旗《突出主体地位强化监督管控全力推进司法责任制改革》,《人民法院报》2017 年 10 月 25 日,第 5 版。

^②该条款是有关检察机关补充侦查权的规定。检察机关补充侦查权的实现有两种解决途径,一是退回公安机关,由公安机关补充侦查,二是自行侦查。“退回补充侦查”是指对那些犯罪事实不清、证据不足,或者有遗漏罪行和其他需要追究刑事责任的人,可能影响对犯罪嫌疑人定罪量刑的案件,可以将案件退回公安机关,由公安机关进行补充性侦查。“可以自行侦查”是指案件只是有部分证据需要查证,而自己又有能力侦查或者自行侦查更有利于案件正确处理的案件由人民检察院自己补充侦查。参见前注⑦,郎胜主编书,第 307-310 页。

^③苏宏伟、冯兴吾《职务犯罪案件补充侦查的实证分析——以安徽省宣城市检察机关查办职务犯罪实践为样本》,《中国刑事法杂志》2010 年第 8 期。

^④检察官客观义务是指,检察官应定位于中立的司法官,“以真实和正义为目标,以合法性和客观性为行为准则”。参见陈卫东《转型与变革:中国检察的理论与实践》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 42 页。

四、职务犯罪监察案件的证据移送与证据效力

(一) 国家监察法语境下的证据移送与证据效力

《试点方案》指出,要“建立监察委员会与司法机关的协调衔接机制”。这种“协调衔接机制”的作用在于实现“监察案件”向“刑事案件”的转变,从而使得监察委员会调查涉嫌职务犯罪案件时所收集的证据能够顺利地进入刑事诉讼程序。《监察法》草案第34条第1款规定“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。”因此,监察机关在办理职务犯罪案件的过程中通过运用一系列的调查措施收集的所有相关证据,将成为今后检察机关提起公诉和法院做出判决的直接依据。

根据以往的职务犯罪案件处理程序,纪委监委办案后,检察机关要对其收集的证据进行司法转化,其中实物证据可以直接审查作为证据使用,而对于言词证据则要重新收集,形成新的笔录。监察体制改革后,监察机关在调查案件过程中收集的各种证据无需经过检察机关的司法转化,在刑事诉讼中可以直接作为证据使用。这样,一方面,该规定解决了证据进行司法转化时重复取证导致效率降低的问题;另一方面,由于监察委员会不受我国《刑事诉讼法》的规制,因此证据的合法性来源能否得到保障是存疑的。^{②3}从证据分类的角度看,证据可分为实物类证据和言词类证据,前者具有客观性、稳定性和不可替代性,后者具有主观性、反复性和可再现性。我国《刑事诉讼法》第53条第1款在刑事诉讼中确立了“重证据不轻信口供原则”,实物类证据备受重视,其对于案件的定罪量刑往往能起到关键性作用。因此,就监察机关移送的实物类证据而言,直接用作刑事诉讼证据使用具有一定合理性。然而,对于包括被调查人供述和辩解在内的言词类证据而言,在律师和司法机关无法介入监察程序的情况下,其内容的真实性和收集程序的合法性难免遭受质疑。

2016年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》,明确指出推进庭审实质化,要贯彻证据裁判原则,落实直接言词原则,确保证人、鉴定人出庭作证,确保庭审在查明案件事实等方面的关键性作用。以书面笔录为特征的言词类证据具有较强的“传闻证据属性”,^{②4}不能直接用作定罪量刑的依据。直接言词原则的贯彻有赖于对审前笔录证据的作用予以限制和调整,^{②5}应当确保证据以原始性的形态呈现在法官面前,该原始性形态包括被告人的当庭供述和辩解、证人和鉴定人的出庭陈述、办案人员在法庭上的情况说明、实物证据的呈现等。此外,在我国,证人出庭率较低已然成为直接言词原则得不到贯彻、庭审不能实质化的棘手问题。^{②6}既然监察机关与司法机关是并列关系,那么监察人员应当和鉴定人、侦查人员一样,遵循证人出庭制度。监察委员会应当做好与审判机关的配合工作,提高证人出庭率,以推进庭审实质化的改革。^{②7}

(二) 刑事诉讼法语境下的证据移送与证据效力

既然监察机关不是司法机关,其行使调查权的监察程序亦不属于刑事司法程序,那么就存在问题需

^{②3}李麒、常晓甜《监察体制与刑事诉讼衔接问题探讨》,载《司法改革背景下刑事诉讼制度的完善——中国刑事诉讼法学研究会2017年年会论文集》(2017年11月),第28页。

^{②4}“传闻证据是指在法院面前没有经过反询问的言词证据……书面的传闻证据和言词的传闻证据的结构相同,同样不能对原陈述者(记录者)提出反询问。”[日]田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第308页。

^{②5}在审判程序中,相关审前证据可作为弹劾证据和辅助材料使用。以庭前口供笔录和证言笔录为例,虽然其在庭审中一般不得作为质证对象,也不能被法官直接采纳为定罪量刑依据,但是在被告人当庭翻供或者证人当庭陈述与证言笔录不一致的情况下,检察官得以将该笔录证据用作弹劾材料使用,以降低被告人、证人当庭陈述的证明力,说服法官对后者不予采信。

^{②6}汪海燕《论刑事庭审实质化》,《中国社会科学》2015年第2期。

^{②7}参见前注^{②3}李麒、常晓甜文。

要予以解答:一般而言,检察机关提起公诉以及审判机关作出判决所依据的证据只能是通过正式的刑事诉讼程序所收集或移交的证据,从我国《刑事诉讼法》的规定来看,监察程序作为独立于刑事诉讼之外的程序,由其收集的相关证据能否直接用作刑事证据使用?如若不能,是否可以通过一定的方式予以转换?

根据我国《刑事诉讼法》第 48 条第 3 款的规定,“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”。“查证”是指司法机关经过法定的程序,对证据能力和证明力等情况进行审查,以确定是否符合合法性和刑事证据资格的要求。“作为定案的根据”是指作为认定案件事实,作出是否移送起诉、是否起诉等决定和判决、裁定的依据。²⁸《监察法》草案公布之前,根据我国《行政监察法》第 44 条和我国《行政处罚法》第 22 条的规定,政府监察部门调查的案件涉嫌犯罪的,应当移送司法机关依法处理。虽然这两部法律对于案件的管辖分工和移送机制作了初步的规定,但是有关行政机关收集的证据进入刑事诉讼程序之后的效力如何、司法机关应当做出何种处理的问题却找不到法律上的依据。对此,2012 年我国《刑事诉讼法》修改时专门做出一条规定(我国《刑事诉讼法》第 52 条),即“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、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”。由此,行政机关收集的有关实物证据,可以直接作为刑事证据使用。

实践中,基于贪污腐败类案件的特殊性,其调查工作很多时候先由党的纪律检查部门负责,相关证据的收集工作也主要在该阶段完成。在纪委与行政监察合署办公的情况下,为了提高贪腐类案件的办案效率,纪检部门在查办案件时可采取“行政监察立案”和“行政证据移送”的方式来解决实物证据的效力问题。²⁹随着监察体制改革的推进,监察机关取得独立的办案主体资格,其调查程序取代了检察机关的侦查程序。按照《监察法》草案的设计,监察机关不再属于行政机关,因此,其通过行使调查权所得的证据亦非行政证据。在此种情形下,我国《刑事诉讼法》第 52 条有关行政证据转化为刑事证据的规定不能适用该类案件。监察体制改革后,职务犯罪案件的刑事诉讼程序始于监察机关移送案件且检察机关予以立案之时,此后司法机关履行审查起诉职能和审判职能所依据的法律是我国《刑事诉讼法》而非《监察法》。如要确保监察机关调查所得的实物类证据顺利进入刑事诉讼程序,对我国《刑事诉讼法》中的相关条款进行修改和调整实属必要。

(三) 职务犯罪监察调查程序与非法证据排除

2012 年我国《刑事诉讼法》正式确立了非法证据排除规则。这是一项保证准确惩罚犯罪,切实保障人权,规范司法行为,促进司法公正的重要证据规则。2017 年 6 月 27 日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》,进一步完善了非法证据排除规则,将该规则贯彻于包括侦查、审查起诉、一审、二审、死刑复核乃至审判监督程序在内的刑事诉讼的全过程。³⁰《监察法》草案第 34 条第 3 款规定“以违法方法收集的证据应当依法予以排除,不得作为案件处置的依据。”该规定确立了监察机关在监察程序中的非法证据排除义务,那么在刑事诉讼程序中,检察机关和审判机关是否应当对监察机关收集的证据的合法性予以审查?对于非法证据是否应当依法予以排除?

对于职务类犯罪而言,犯罪行为的隐秘性决定了办案机关对口供具有高度依赖性,有关言词类证据收集的客观性与合法性问题一直备受关注。《监察法》草案第 42 条规定“监察机关依法收集、鉴别证据,形成相互印证、完整稳定的证据链。严禁以威胁、引诱、欺骗及其他违法方式收集证据,严禁侮辱、打骂、虐待、体罚或者变相体罚被调查人。”该规定与我国《刑事诉讼法》对于证据收集合法性的

²⁸参见前注⑦,郎胜主编书,第 111-114 页。

²⁹通过行政监察立案的方式,纪检部门收集的实物证据得以“行政证据”的名义已送至司法机关,根据我国《刑事诉讼法》第 48 条第 3 款的规定,这些证据能够作为刑事证据直接使用,从而避免了证据审查、转化对于办案效率的不利影响。

³⁰同前注②,陈光中、邵俊文。

要求基本一致,体现出人权保障和程序正义的基本理念。职务犯罪监察调查程序同刑事侦查程序一样具有很强的秘密性和自主性,并且律师无法依照我国《刑事诉讼法》的规定介入其中,因此,在刑事诉讼程序中严格贯彻非法证据排除的法律规定对于保障被调查人合法权利及言词证据收集的客观、真实性与合法性显得尤为重要。《监察法》草案第34条第2款规定“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。”刑事审判对于证据的要求理应包括证据合法性的标准,依照证据法的基本理论,法院据以定罪量刑的证据应当满足客观性、关联性和合法性的要求。在刑事诉讼程序中,司法机关应当依照我国《刑事诉讼法》及相关司法解释中对于非法证据排除的规定,对监察机关移送的证据进行合法性审查,并作出是否予以排除的决定。这也体现出司法机关依法独立行使职权的基本要求。此外,应当坚持由检察机关对于职务犯罪案件调查程序中收集证据合法性负举证责任。证明的方法包括出示监察委员会的讯问笔录、播放留置期间的录音录像,还可以提请法院通知监察委员会的调查人员出庭说明情况。为此,应明确规定监察机关调查人员出庭作证的义务。^③

(责任编辑:江 锴)

Researches on Several Issues Relating to Investigative Procedure of Duty-related Crime Supervision

Chen Weidong

Abstract: The announcement of the draft of the “National Supervision Law” marks the beginning of a new phase of state supervisory system reform. This systematic reform from the top-level design has a great impact on China’s legal construction of the anti-corruption and strengthening the party’s unified leadership over anti-corruption work. In fact, the investigative procedure of duty-related crime supervision has replaced the function of the original duty-related crime investigation and functions of the former are greatly similar to these of the investigation power. Therefore, the protection of the investigated’s right to legal aid shall be emphasized when designing procedures. After the conclusion of the investigation procedure of duty-related crime supervision, there is an issue of link with examination and prosecution procedures conducted by the procuratorate. Therefore, a corresponding procedure of criminal case filing and compulsory measure transformation should be established. In the phase of examination and prosecution, the independence of prosecutorial right of the procuratorate in prosecuting a duty-related criminal case should be clarified and the connotation of supplementary investigation should be correctly understood. In addition, the transfer and effectiveness of evidences from duty-related crime supervision to criminal prosecution should be clarified.

Keywords: Supervision System Reform; Assistance of Lawyers; Examination and Prosecution; Evidence Application

^③同前注^②,陈光中、邵俊文。