

程序正义视野下监察证据规则的审查

夏 伟 刘艳红

〔摘 要〕 现代证据规则的构造既要从认识论层面理解证据与事实之间的主观因果关系,又要从价值论层面贯彻当事人主义的程序正义理念。为实现独立监察的目标设定,《监察法》确立了以监察为中心的证据规则,有效地集中了反腐资源、提升了反腐效率。然而,选择性吸收《刑事诉讼法》部分内容所形成的监察证据规则,存在虚置证据转化机制、过分倚赖言词证据以及排除非法证据不充分等有违程序正义的法治隐忧。为重塑监察证据规则的法治模式,一方面要借由发挥《监察法》第33条第2款的“委任性功能”,制定监察立法的实施细则,以刑事审判为标准补足监察证据规范的内容;另一方面要通过对刑事程序与实体立法的必要调整,塑造监察证据收集、固定、审查和运用的过程监督以及刑事责任机制。

〔关键词〕 法治反腐;认识-价值二元论;证据规则;程序正义

证据是链接法律事实与客观真实的媒介,监察证据规则承载着腐败发现与证成的重要功能。监察体制改革后,监察机关调查权取代原检察机关职务犯罪侦查权,因而监察证据的合法性与合理性审查,是腐败犯罪求刑权实现的重要保障。2018年3月20日第十三届全国人民代表大会审议通过《中华人民共和国监察法》(以下简称《监察法》),标志着法治反腐开始进入到新的阶段。尽管《监察法》中有10个条文提到“证据”这一关键词,但真正涉及证据规则的只有2个条文,即第33条和第40条,这两个条文分别规定了监察机关依法搜集的证据类型、监察证据的基本要求、非法证据排除规则以及证明标准4项内容,构成监察机关审查腐败犯罪证据的主要依据。然而,事实表明,作为“建立集中统一权威高效”的国家监察体制改革的主要成果,《监察法》仅仅选择性的吸收了《刑事诉讼法》的部分证据规定,其证据规则塑造未必能够达到“法法衔接”以及法治反腐所要求的程度。鉴于此,本文拟从反思监察体制改革侧重高效、集中反腐的基本设定出发,从当事人主义的视角对监察证据规则进行检讨。

夏伟,东南大学法学院博士研究生,东南大学“反腐败法治研究中心”特约研究员(南京211100);刘艳红,法学博士,东南大学法学院教授、博士生导师,东南大学“反腐败法治研究中心”研究员,长江学者特聘教授(南京211100)。本文是2018年东南大学中央基本业务经费资助项目(2242018S30029)、江苏高校哲学社会科学重点研究基地“反腐败法治研究中心”项目(2015JDXM004)研究成果。

一、现代证据哲学与程序正义理念

职权主义与当事人主义的对垒,反映了大陆法系与英美法系对程序正义实现方式的不同理解。我国“审判中心主义”刑事诉讼的理论模型^①,兼蓄上述两种模式的特点,在强调审判地位的同时,又不断吸收当事人主义程序正义的合理内容,尽可能地保障刑事诉讼中犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。毋庸置疑,每种诉讼模式项下的证据规则都有各自不同的认识判断和程序价值选择,这种判断与选择的背后,蕴含着对事实与证据关系的不同哲学理解。

(一) 现代证据哲学:“认识-价值”二元论及其侧重

围绕证据所展开的种种论题无疑是当代刑事诉讼精神最深刻的体现。刑事证据制度在经历“当事人无罪自证制度”与“国家主导证明责任制度”两种模式后,逐渐演化出了更加开明和人性的现代理性证据制度体系。其核心特征在于:其一,真实性、合法性、关联性成为判定证据效力的实体标准,凡是不具备这三个要素任何之一的,都不能够作为刑事诉讼证据使用;其二,言辞证据独尊的地位被彻底扭转,借由证言心理学的发展,深刻检讨轻信言辞证据的潜在风险,降低言辞证据的证明价值;其三,随着现代证据分析技术的改进,愈发强调实物证据的价值。

司法判断、证据哲学、案件事实之间的关系,其实是价值、法律理念、事实这三者关系的缩影。“实然和应然、现实和价值这些对立的概念是不可能一致的,它必须在现实判断和价值关系的价值评判之间、自然和文化理想之间保护自己的地位:法律理念是价值性的,但是法律是涉及价值的现实,是文化现象”。^②无疑,拉德布鲁赫式三元方法论的思考方法,准确的揭示了司法判断(价值)、证据哲学(法律理念)、案件事实(现实)三者之间的关系,亦即,证据哲学本质上属于“认识论”的范畴,借助于此所形成的证据规则,能够让主体判断不断接近于案件事实。因此,一套证据规则的核心价值,无疑在于通过其所蕴含的信息来尽可能地还原案件的真实情况,从而为裁判者准确评判案件奠定基础。事实上,运用证据证明案件事实的过程,其实就是归因的过程,即根据已有的证据找到造成案件发生的原因。

合乎逻辑的构造证据规则,其关键是要使证据能够确切地证明特定行为与损害事实之间的因果关系,而由于证据主要是行为人残留在现场的痕迹,因而问题又转化为特定证据与损害事实之间的因果关系。问题是,这种因果关系究竟是客观的还是主观的呢?这不仅关涉到证据的证明标准,还涉及到证据规则的构造方法。如果认为此处的因果关系是客观的,那么只要证明因果关系成立,就能得出唯一正确的结论;如果认为此处的因果关系是主观的,那么由于价值判断具有多元性和相对性,同样的事实不同的评价个体可能得出不同的结论,因而还需要进一步斟酌、选择最为合适的价值判断。长久以来,“因果关系是客观的”被视为真理性命题,不论是理论界还是实物界尽皆笃信不疑。客观因果论的合理性在于:其一,肯定事物之间的联系是客观存在的,不以人的意志为转移的,这是与自然意义上的因果规律相吻合;其二,客观因果论提供了一种近乎于“真理性”的客观标准,为因果关系的判断指明了方向。然而,社会科学意义上的因果关系问题,基本上都属于“认识论”的范畴,因果关系与对因果关系的认识或判断,不可能完全等同。客观性的概念有三种,分别是语义学的客观性、形而上学的客观性以及逻辑上的客观性,其中,“形而上学意义上的客观性意味着真理性”,逻辑上的客观性则“是认知主义的一种标准的组成部分”,^③是有赖于主体的主观判断的。因此,客观性概念有时并不纯粹,各种社会科学意义上的客观性概念,其实都主要是在谈论逻辑学层面的客观性问题,这与其说是客观

^①樊传明:《审判中心论的话语体系分歧及其解决》,《法学研究》2017年第5期。

^②[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,北京:法律出版社,2013年,第29页。

^③[美]安德雷·马默:《法律与解释:法哲学论文集》,张卓明、徐宗立译,北京:法律出版社,2006年,第229页。

的,毋宁说是基于主观认识而对客观事实形成的判断,其本质是主观性的。休谟就极力反对这种形而上学的客观主义,其在阐述因果概念时就明确指出,“原因和结果的观念是由经验得来的,……,当我们假设一个和这些对象之一类似的对象直接呈现于它的印象中的时候,我们因此就推测一个和它的通常伴随物相似的对象也存在着。”^①易言之,因果关系的判断,是我们根据经验加工,形成对事物的观念印象,进而再判断确定的。

“认识-价值”二元论是现代证据规则构造的哲学依据。从本质上看,前述主观因果判断属于“认识论”的哲学范畴,是经过主体认识加工的主观事实,但感官认识的真确性有时是值得怀疑的:“凡是我当作最真实、最可靠而接受过来的东西,我都是从感官或者通过感官得来的。不过,我有时觉得感官是骗人的。”^②为补正“认识论”的不足,以程序正义为核心的“价值论”开始被证据法学所吸收,不论是设置证据效力的“三性”标准还是降低言辞证据的证明力抑或是提倡司法实践应尽可能多地采用实物证据,其实都是为了减少这种“认识论”层面的不确定性。由此,“认识论”构成了证据哲学的积极面,是对证据与事实之间关系的基本认识,“价值论”构成了证据哲学的消极面,是从程序正义视角对证据适用的必要限制。“警察当然会犯错误,而且人们当然也希望把这些错误减到最少”,^③越是严厉的证据规则,往往越能够约束司法权力,减少司法机关犯错误的可能性。司法语境下的“真相”其实只是依靠证据对客观事实的主观重组,完美的证据规则只是一种幻想,“个人有时有义务遵守不那么完美的社会规范”,^④因此,从“认识论”视角对监察证据规则保持怀疑的态度,并基于“价值论”立场不断对其进行检省,才能逐步塑造符合法治反腐需求的监察证据规则体系。

（二）“认识-价值”二元论与程序正义理念的契合性

“认识-价值”二元论与程序正义理念具有高度的契合性。在刑事诉讼中,证据规则决定着是非,但有时候也创造了是非,“在裁判犯罪的问题上,很难有比现代刑事审判更没有效率的方法了。即便是最普通的案件,也要遵循违反直觉的证据规则,进行咄咄逼人的辩论,而不去合作发现真相”。^⑤由此可见,诉讼效率与程序正义本身就存在冲突,过于严密的证据规则,反而会对刑事诉讼的推进产生阻碍作用。从“认识-价值”二元论的视角审视证据规则,并非要使证据规则趋于完美,而应是在程序正义的必要限度内,允许追求程序效率。国家监察体制改革的目的是为了整合反腐资源,建立集中统一、权威高效的腐败监察体系,因而,在设置监察证据规则时,必须要有所侧偏向于效率价值的实现。“在监察委员会的调查中,由于不细分一般调查和职务犯罪调查,……,如果在一般调查与职务犯罪调查之间尚需在程序和证据上再构建一个内部转换机制,一来浪费程序资源,二来会影响调查效率,不符合监察体制改革的初衷。”^⑥当然,这并不意味着要放弃证据规则,相反,在高效反腐的监察体制下,更需要设置符合程序正义的证据规则,因为证据规则最大的功能恰恰在于从动态的角度为国家剥夺公民权益的行为施加程序上的必要限制,调和高效反腐与人权保障之间的冲突。

程序正义作为人权保障的防御面向,有助于制衡公权力。“在现代合法化的形式进路中,人们愈来愈强调程序的重要性,程序被用来确定‘人民的集体意志’,亦即用来判断法律规则和司法裁决的有效性”。^⑦正当程序的实质要义在于,通过一系列程序性规范来约束国家权力,“‘诉讼程序上的正当程序’

① [英]休谟:《人性论》,关文运译,北京:商务印书馆,1980年,第101页。

② [法]笛卡尔:《第一哲学沉思集》,庞景仁译,北京:商务印书馆,1986年,第17页。

③ [美]哈伯特L.帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林译,北京:法律出版社,2008年,第197页。

④ [美]大卫·莱昂斯:《伦理学与法治》,葛四友译,北京:商务印书馆,2016年,第226页。

⑤ [英]萨达卡特·卡德里:《审判为什么不公平》,杨雄译,北京:新星出版社,2014年,第347页。

⑥ 纵博:《监察体制改革中的证据制度问题探讨》,《法学》2018年第2期。

⑦ [比]马克·范·胡克:《法律的沟通之维》,孙国东译,北京:法律出版社,2008年,第258页。

中的大部分要素,比如获得聘请律师的权利以及交叉质询反方证人的权利”,都是为了实现“官方行动与公布的规则之间的一致性”,^①即确保国家机关能够切实的依照法律规定办事。“当前反腐败行动在发现实质真实和保障人权两大价值取向方面,更侧重于发现实质真实。……,新监察制度仍然以便于查清案情为主要价值取向。”^②不论是反腐权力配置,还是反腐机构整合,抑或是监察立法内容的设定,都为了实现建立“集中统一、权威高效”的监察体制的目标,这一目标设定是基于我国当前腐败形势所作出的正确判断,但如果在反腐权力集中和反腐效率提升后没有相应的制衡机制,则有可能存在权力滥用的风险。因此,监察机关在掌握“重权”的同时,也要受到正当程序的制约。

现代证据制度,无疑将程序正义置于核心的法律地位,在这种证据制度框架下,“嫌疑犯不再仅仅是提供对自己有罪证明的客体,而转变为诉讼当事人、诉讼主体,并有权为自己辩护”。^③这种由客体到主体地位的转变,表面上看是刑事诉讼模式的变化,实际上更深层次反映的是证据理念的革新和人权思想的觉醒。一方面,证据在刑事诉讼领域的特殊性决定了其规则构建的精密性,因为一旦证据规则出现问题,整个刑事诉讼大厦的也将有被倾覆的风险。古语有云,“失之毫厘,谬以千里”,英美法系也有类似的俚语,“a miss is as good as a mile”,这表明,中西方文化均认同某些事物之间微妙的差异会引发最根本的问题,而证据恰恰属于此类事物。审查刑事诉讼证据规则,需要秉持“认识论”的基本立场,尤其是要关注某些看似“细枝末节”的问题。另一方面,越是关注人权保障就越容易亲近程序正义理念。我国当前刑事诉讼模式虽然总体上偏向于职权主义,但近年来“以审判为中心”的刑事诉讼体制改革,明显吸收当事人主义项下程序正义价值论的合理内容,反思偏职权主义模式的弊端,“诉讼制度的构建如证据制度、辩护制度以及审判方式等方面也开始较多地借鉴当事人主义的内容,同时更加注重控辩双方的诉讼权利及责任,法官则变得更为消极”。^④基于同样的理由,国家监察体制改革后,在监察机关主导证据搜集、判断以及使用的现实背景下,只有吸收基于符合当事人主义程序正义要求的证据规则,^⑤才能够有效地防止由于双方地位不平衡所带来的法治隐患,最大限度地保障被调查人的人权。

二、程序正义视野下监察证据规则的再审视

由于监察机关的部分核心权力(即腐败犯罪调查权)转隶自检察机关,^⑥且涉及腐败犯罪时,监察机关调查所获取的证据需要依法移交给检察机关提起公诉,因而在配置证据规则时必须要考虑到《监察法》与《刑事诉讼法》的衔接问题。《监察法》吸收了《刑事诉讼法》的部分证据规则,明确监察证据的获取、使用要“与刑事审判关于证据的要求和标准相一致”,似乎在证据层面实现了“法法衔接”,但如果从当事人主义的视角分析,则很容易发现这种选择性立法的问题。

(一) 证据衔接与无需转化的证据

如何让监察证据应用于刑事诉讼,是实现“法法衔接”首先要解决的问题。由于按照不同法律程序搜集的证据存在实体差异,为在保证证据品质的前提下最大限度的利用证据,就有必要对某些证据

① [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,北京:商务印书馆,2005年,第96页。

② 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。

③ [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,北京:商务印书馆,2013年,第175页。

④ 杨婷:《论协同主义诉讼模式在刑事诉讼中的导入》,《法学评论》2017年第2期。

⑤ 需要说明的是,坚持当事人主义的立场构造证据规则并不会与我国现行的刑事诉讼模式产生冲突。我国刑事诉讼模式总体上是偏向于职权主义的混合模式且正处于改革的关键时期,改革的总体进路是要吸收当事人主义的合理内容,从而补正偏职权主义诉讼模式的问题。在刑事案件中,由于国家机关主导证据的搜集、处置,因而只有坚持当事人主要程序正义的立场,才能够构造出平衡各方利益的证据规则,防止证据被滥用。

⑥ 周佑勇:《监察委员会权力配置的模式选择与边界》,《政治与法律》2017年第11期。

进行转化使用。因为,“证据在诉讼中永远是稀缺的,必须通过证据制度的安排将尽可能多的有效事实材料纳入诉讼的范围”,因而证据的“形塑”优于证据的“排除”。^①由于很多证据具有唯一性,如果各国家机关、不同部门搜集的证据无法重复利用,则不仅会影响证据搜集的效率,也不利于完整证据链的形成。这是证据转化规则形成的客观动因。最初,证据转化问题主要表现为案件移送的程序性问题,即行政执法案件中的证据应依照何种程序移交给刑事司法机关,而真正将问题聚焦于证据转化层面的是2011年1月10日最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》中有关证据收集、调取、抽样取证、委托鉴定的规定。随后,2012年3月14日第十一届全国人民代表大会第五次会议修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》正式吸收证据转化规则,其第52条第2款规定:“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”。

在《监察法》出台之前,关于纪检监察证据如何在刑事诉讼中转化与适用大致存在两种观点:第一种观点认为,“政务违纪违法调查所获得的物证、书证、视听资料、电子数据可以直接进入刑事诉讼,作为刑事证据使用;而党的纪检机关获得的物证、书证、视听资料、电子数据仍需履行传统司法实践中的‘转化’手续。”^②第二种观点认为,“对于纪检监察部门收集的言词证据一般要实行司法转化才能作为定案的根据”,物证、书证等无需经过司法转化即可作为刑事诉讼证据。^③

《监察法》吸收了《刑事诉讼法》关于其他证据转化为刑事诉讼证据的内容,其第33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”。紧接着,第33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。”单独的看第33条第1款,似乎监察机关依法搜集的证据,只是“可以”在刑事诉讼中作为证据使用,具体应用与否还需要进行司法转化。但如果综合这两款规定,便很容易得出这样的结论:监察证据无需经过转化即可适用于刑事诉讼,因为既然监察证据与刑事审判关于证据的要求和标准完全一致,那么只要移交给司法机关即可直接使用。表面上看,监察立法作出如此规定后,证据衔接就不存在问题,但事实上,这种无需转化的证据也引发了证据能力瑕疵、关联规范衔接不充分等方面的问题。

首先,发达的证明力规则与单薄的证据能力规则之间的冲突。“众所周知,证据法学的功能和目的不是单纯为了发现真相,在一定程度上甚至阻碍真相的发现。这就是证据规则所应发挥作用的空间。”^④为便于查清案件,监察机关在监督、调查、处置公职人员违规、违法、犯罪的过程中具有极大的主动性,在职权上甚至超越了其他国家机关。一方面,将“忠实于事实真相”作为证据规则构建的前置条件,在查处公职人员违法犯罪案件中,大量运用证据相互佐证,以便于形成完整的证据链。为了提升反腐机制运行的有效性,监察机关调查职务违法犯罪的过程中可采取12项调查措施,且在调查的过程中不允许律师的介入,从而排除了外在因素可能对调查活动产生的干扰,保证腐败调查的独立性。另一方面,简化证据搜集、使用的程序,强化监察机关腐败监督、调查功能,体现较为明显的高效反腐思想。然而,从刑事程序法治的要求来看,高效反腐未必能总是作为首要目标加以实现,“那种以‘发现真相’、‘不枉不纵’和‘有错必究’为标志的诉讼观念,……,面临着较大的法律障碍”。^⑤

其次,纪检证据和犯罪证据不具有内在属性的一致性,直接适用于腐败犯罪定性存在法理问题。监察证据之所以能够转化为刑事诉讼证据,是因为监察机关具有腐败犯罪调查的职能,其所获取的证

①张栋:《中国刑事证据制度体系的优化》,《中国社会科学》2015年第7期。

②冯俊伟:《国家监察体制改革中的程序分离与衔接》,《法律科学》2017年第6期。

③卞建林:《监察机关办案程序初探》,《法律科学》2017年第6期。

④侯东亮:《刑事证据规则论》,北京:法律出版社,2015年,第170页。

⑤陈瑞华:《程序性制裁理论》,北京:中国法制出版社,2017年,第56页。

据与犯罪证据具有内在属性的一致性。然而,纪检证据与违法犯罪证据存在本质差异,前者审查的是公职人员的道德操守、行为纪律等内容,后者关注的是行为人是否违反行政、刑事等法律规范。监察体制改革后,由于纪检部门与检察机关合署办公,纪律检查过程中获取的证据通常无需再审查,直接移交给监察机关即可适用。进一步推演腐败犯罪调查的程序可知,监察机关移送给检察机关的证据中有部分其实是纪检部门直接提供的,而由于认定公职人员违纪适用的是1994年3月25日颁布的《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》(以下简称《纪检工作条例》),其证据规则与《监察法》和《刑事诉讼法》都存在很大的差异,通过违纪调查获取的证据如果不经司法转化,则未必能够符合刑事诉讼证据的要求,很难直接作为犯罪事实认定的依据。

最后,以监察为中心的证据规则的形成,弱化了检察机关的证据审查功能。毋庸置疑,职务犯罪的调查活动当然需要以监察为中心,这是国家监察体制改革的基本方向。但问题是,案件调查后,证据的审查是否仍然要“迁就”监察机关的意见呢?对此,笔者持否定态度。检察机关作为我国的法律监督机关,有权对证据搜集程序的合法性、证据内容的真实性等进行审查,这是刑事诉讼活动正当性的前置保障。然而,无需转化的证据反映出在腐败犯罪证据搜集的过程中,监察机关占据绝对主导地位,能够决定哪些证据能够进入到刑事诉讼阶段。依照《监察法》第47条的规定:“人民检察院经审查,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”;与之相对,《刑事诉讼法》第171条规定:“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”。通过对比立法措辞不难发现,对于普通刑事案件,如果人民检察院认为需要补充侦查的,用的是“可以”退回补充侦查;而对于腐败犯罪而言,人民检察院认为需要补充调查的,则用的是“应当”退回补充调查。析言之,即便监察机关发现移送的证据存在问题,在绝大多数情况下也只能够退回监察机关补充调查而不能自行侦查。由此可见,在以监察为中心的证据规则下,检察机关的反向监督是极其被动的,即便发现证据存在瑕疵,也难以实施程序性制裁。

(二) 高效反腐与言词证据地位的复苏

在高效反腐的目标设定下,监察机关在查处腐败犯罪时总是自觉或者不自觉的倚赖于言词证据,尤其是犯罪嫌疑人的口供。受种种因素影响,中国地方官员容易形成纵向同盟关系,“他们一荣俱荣、一损俱损,在这个利益同盟内进行的纵向约束机制自然就容易失效”,^①腐败犯罪的查处难度也大大增加。因此,“在有些情况下,司法官员出于效率、便利等使用的考量,还会故意地通过牺牲程序来保证某种预期的结果。”^②为了瓦解腐败同盟,提升反腐效率,我国纪检监察、司法部门在查处腐败案件时形成了一套比较独特的运行机制,即通过旁敲侧击式的讯问给案件嫌疑人以心理压力,让嫌疑人、其他关联人员主动交代案件事实,以补足案件证据链。^③然而,过度倚赖言词证据,容易弱化整体证据链的证据能力,存在较大的法治隐患。

首先,言词证据的可靠性较弱,尤其是随着证言心理学的发展,降低人证的证明价值、取消被告人供词的优先地位已成为现代刑事诉讼证据规则的基本内容。作为曾经的“证据之王”,言词是证明客观事实、形成完整证据链的重要依据,但由于言辞证据存在较高的真实性风险,为了降低误判的可能性,《刑事诉讼法》第53条第1款确立了言词证据补强规则,即“只有被告人供述,没有其他证据的,不

①倪星、杨君:《经济奇迹、转型困境与地方官员纵向共谋》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2011年第1期。

②陈瑞华:《看得见的正义》,北京:北京大学出版社,2013年,第9页。

③笔者以“国家监察体制”为关键词在“裁判文书网”进行检索,共搜索到8个已经公布的案例,通过分析判决书的证据部分发现,所有的案件都大幅度应用言辞证据来证明案件事实,甚至有的案件在论述部分或者全部关键事实时,完全使用言辞证据。例如,在“卫某某受贿案”中,公诉机关在证明“卫某某向张某某索取12万元”这一事实时,所采纳的7项证据均为言辞证据(参见山西省运城市盐湖区人民法院:(2017)晋0802刑初222号)。

能认定被告人有罪和处以刑罚”。一般而言,言词需要实物加以印证,这是因为,“在认识论上,我们对不确定事物的认识总是需要借助已经确定的事物”。^①被告人供述、证人证言等证据主观性较强,受利害关系、认识误差等影响较大,“这类言词证据具有共同的特征,……,单独依赖该证据认定被告人有罪容易导致事实认定的错误”,^②因此,言词的证据价值理应被削弱。《监察法》并未吸收言词证据补强规则,而由于当前腐败犯罪的查处是以监察机关为主导的,在移交大量言词证据之后,检察机关与审判机关往往只能被动接纳或者仅作形式补充,由此形成了言词证据优先的地位。或许有人认为,在监察证据移交给检察机关之后,可以适用刑事诉讼中的言词证据补强规则,但事实上,不论是从《监察法》第47条的规定来看还是分析当前监察体制机制的运行状况,检察机关难以真正制衡监察证据的搜集方式与过程。

其次,监察机关作为反腐的前沿部门,享有极大的腐败犯罪调查权,为深入挖掘证词、供述,可能存在侵犯人权的风险。在一定限度内,反腐效率与人权保障之间存在此消彼长的关系,法治反腐从某种意义上说正是协调反腐效率与人权保障之间的关系,“建立集中统一、权威高效”的国家监察体制也应当在人权保障的限度内展开。一方面,“犯罪嫌疑人在刑事诉讼程序中应该被视为诉讼主体,即便是被作为证据调查的对象加以讯问,也不得侵害其意思决定及其意思活动的自由”,^③监察证据搜集既然“与刑事审判关于证据的要求和标准相一致”,那么理当强调被调查人的主体地位,最大限度地尊重人权,允许被调查人保持沉默或者确立自白任意性规则。另一方面,为了实现高效反腐的目的,《监察法》在不断赋予监察机关权力的同时,没有对其权力的运用进行有效的监督制约,因而,在高效反腐与言词证据优先地位的叠加效应之下,被调查人的合法权益未必能够得到有效保障。例如,为了获得证言、供述等言词证据,监察机关可以视情况对被调查人进行留置,而在留置期间律师无权介入,配合谈话、询问等措施很容易对被调查人产生心理上的强制,难以做到尊重被调查人意思活动的自由。

最后,高效反腐为言词证据的广泛运用提供了话语的正当性,但与此同时,言辞证据优先地位的形成,不利于证据印证规则的贯彻。在现代证据规则体系中,实物证据处于基础性地位,实物证据是印证言词证据的依据,大规模运用言词证据,会造成实物证据与言词证据的印证关系倒置,使得实物证据成为言词证据的附属。刑事证据制度的发展轨迹表明,过度倚赖言辞证据容易为司法工作人员“灵活办案”留下漏洞,尽管被告人供述、证人证言等大多已经被包装成书证式的“笔录”,但“口头证据即便写成文字,终究还是口头证据,无非只是增加了一些诉讼费用而已”,^④在实物证据不充分的情况下,为了印证办案人员先入为主的判断,可能会采用诱供、欺骗、许诺等方式获得言词证据,这是促成冤假错案的重要原因。基于同样的考虑,由于言词证据在腐败案件事实认定中极其重要,且《监察法》又缺乏言词证据补强规则以及对言辞证据使用的必要限制,因而在监察机关实际办案的过程中,可能会陷入言词证据优先的思维陷阱,颠倒了印证规则,为违法搜集证据埋下了隐患。

(三) 独立监察与不完整的非法证据排除

《刑事诉讼法》确立了“强制性排除、裁量性排除与瑕疵证据补正三元并立的非法证据排除模式”,^⑤这种非法证据排除模式是经过长期实践检验的、与我国刑事诉讼模式相契合的。监察体制改革后,监察权被塑造为现代公共“第四权”,独立于立法权、行政权与司法权,^⑥监察机关查处腐败案件适

① 罗维鹏:《印证与最佳解释推理——刑事证明模式的多元发展》,《法学家》2017年第5期。

② 向燕:《“印证”证明与事实认定——以印证规则与程序机制的互动结构为视角》,《政法论坛》2017年第6期。

③ 兰跃军:《论言词证据之禁止——以〈德国刑事诉讼法〉为中心的分析》,《现代法学》2009年第1期。

④ [法]孟德斯鸠:《论法的精神(下)》,许明龙译,北京:商务印书馆,2012年,第678页。

⑤ 陈瑞华:《非法证据排除程序的理论展开》,《比较法研究》2018年第1期。

⑥ 魏昌东:《国家监察委员会改革方案之辨正:属性、职能与职责定位》,《法学》2017年第3期。

用一套独立的非法证据排除规则。然而,在整合反腐资源、集中反腐力量后,为保持反腐弹性、预留实践操作的空间,《监察法》仅在第33条第3款中对非法证据排除作了简化规定,即“以非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”,这不仅与《刑事诉讼法》设定的非法证据排除规则相去甚远,而且不利于证据合法性品质的塑造。

首先,极度匮乏的规范依据难以构造自洽的非法证据排除规则。法治的前提是规则之治,法治反腐以规则自洽为前提,如果没有“通过把这些要素组合起来产生‘规则’的观念,……,我们就连最基本形态的法律也无法说明”。^①《监察法》第33条第3款的逻辑结论是,只要是非法搜集的证据,都应当予以排除,这与《刑事诉讼法》第54条“非法言辞证据强制性排除、非法实物证据裁量性排除”的规则显然不一致,规则之间的矛盾也由此产生。如果将该款证据规定贯彻到底,其结果可能是,在监察阶段会排除某些可以补正的实物证据,导致移送审查起诉的言辞证据缺乏实物证据的印证,形成腐败犯罪认定高度依赖言辞证据的局面,也妨碍完整证据链的生成。或许有人认为,《监察法》第33条第2款既然要求监察证据的搜集、使用要“与刑事审判关于证据的要求和标准相一致”,按照此规定,可以在非法证据排除时适用《刑事诉讼法》的规定。但笔者认为,一方面,监察机关办案适用的是《监察法》而非《刑事诉讼法》,这是独立监察的前置条件;另一方面,这条规范只具有指引功能,表明监察证据的搜集、固定、使用应具备刑事程序正当性,以及在某种程度上为监察证据规则解释的建构提供依据,而不能成为援用《刑事诉讼法》的依据,否则《监察法》的证据规则就会被《刑事诉讼法》所架空。事实上,证据合法性的品质塑造需要综合考虑证据类型、搜集程序、搜集手段等诸多问题,前款单薄的规定只具备提示监察机关工作人员应排除非法证据的功能,却并没有明示哪些证据需要排除以及如何排除,不完整的非法证据排除规则注定难以形成自洽的规则体系,证据规则的实用价值也大大削弱。

其次,过程监督的阙如,为违法收集证据埋下了隐患。监察机关是腐败犯罪证据获取的主要部门,也是非法证据排除的第一道防线。为实现反腐权力与反腐资源的集中,《监察法》在积极赋权的同时也排除了可能妨碍腐败犯罪调查的种种因素:一方面,赋予监察机关在必要时实施限制人身自由的留置措施,且牢牢掌握留置的批准权与执行权,为快速查清案件事实奠定基础;另一方面,排除律师介入调查阶段,防止对监察工作形成阻碍。由此,腐败案件调查取证的过程中,监察机关与被调查人之间形成极度不对等的关系。“用留置取代两规”是实现法治反腐的重要举措,集中反腐权力与反腐资源也符合国家监察体制改革的目标设定。“允许被调查人在被留置后聘请律师,以确保他具备必要的防御能力,这是程序公正和人权保障的基本要求”,^②然而,在反腐权力与反腐资源集中后,排除律师介入调查留置阶段,事实上拒绝了对监察机关调查取证过程的监督,不能够在事中动态的掌握监察机关搜集、固定、使用证据的方法、手段与程序,只能够依赖于司法机关事后对证据的形式审查,过程监督的阙如不利于从源头上预防非法证据的产生。

最后,刑事责任机制的规制功能欠缺,造成实体性制裁的不充分。在必要的情况下,程序正义的实现也需要实体法的配合。当监察机关违法收集证据的行为达到一定程度时,还可能触犯刑事犯罪,《监察法》第66条对此作出了准用性规定,即“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任”。然而,如果联系刑事实体法的规定,这项准用性规则几乎难以找到匹配性的罪名,或者说表面上最合适的罪名却无法规制前述违法行为。其实,如果分析监察机关腐败犯罪调查权的来源及其运作机理,很容易看出立法者有意将监察机关刑讯逼供、暴力取证的行为纳入到《刑法》第247条刑讯逼供罪、暴力取证罪的规制范围。这是因为法治反腐以保障基本人权为前提,“法律虽然必须预先对案情做一些

^① [英] 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,北京:法律出版社,2011年,第75页。

^② 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。

假设,但并非必须刑讯罪犯”,^①立法者之所以旗帜鲜明地反对刑讯逼供、暴力取证行为,是因为“这类行为,……,是造成许多冤、假、错案的重要原因。……为了维护国家机关的形象,保护当事人的合法权益”,^②有必要作为犯罪处理。但问题是,国家监察体制改革后,由于腐败犯罪获取证据的主体性质发生变化,不再具有前述罪名的主体资格,因而,监察机关刑讯逼供、暴力取证的行为无法按照前述犯罪处置。2018年3月11日,第十三届全国人民代表大会通过《中华人民共和国宪法修正案》,修订了《宪法》第3条第3款,重新确立了立法、行政、监察、司法四元政制结构,监察权的独立性有了《宪法》依据。刑讯逼供、暴力取证罪的主体是司法工作人员,即“有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员”(《刑法》第94条),监察机关工作人员虽然依法享有腐败犯罪调查权,但转隶后的腐败犯罪调查权并非刑事侦查权,将监察机关工作人员解释为司法工作人员显然也是不妥当的。于是,按照现行刑事立法规定,监察机关工作人员刑讯逼供、暴力取证的行为只有造成轻伤以上结果时才能够按照故意伤害罪、故意杀人罪等定罪处罚,只要没有造成轻伤以上结果,无论手段多么恶劣、次数如何多都无法作为犯罪处理。由此可见,《监察法》第66条的刑事责任规定存在规制功能的欠缺。

三、监察证据规则的法治推进

作为支撑腐败案件事实认定的基础性依据,监察证据规则的设置既要考虑到“集中统一、权威高效”监察体制的目标设定,也要顾及到证据移交后与《刑事诉讼法》的衔接以及人权保障问题。一方面,作为专门的反腐机关,监察机关办案的过程中可以自主筛选证据类型,形成证明案件事实的完整证据链。另一方面,证据的收集、固定和使用也要坚持法治反腐的立场,剔除运动式反腐阶段所残留的违法性因素,贯彻基于当事人主义的程序正义理念。

(一)“委任性规则”的一次补正

为实现高效反腐、独立监察与权力集中的改革目标,《监察法》只是选择性地吸收了《刑事诉讼法》中的部分证据规定,其所塑造的以监察为中心的证据规则,存在证据衔接困难、证据品质不佳、非法证据排除不充分等一系列问题。要想扭转这种状况,就必须要对监察证据规则作出较大幅度的调整,使之在“建立集中统一、权威高效”的国家监察体制和尊重当事人主义之间达到平衡。为了实现这一目标,可行的方案有两种:一是基于尊重当事人主义的要求,大规模修改《监察法》中有关证据的规定,实现与刑事诉讼相匹配;二是在现有监察证据规则的基础上,制定实施细则,补充证据规范的内容。毋庸置疑,《监察法》作为法治反腐的最新成果,是与监察体制改革的总体目标设定相吻合的,出于法的安定性考虑,短期内不宜大幅度修改,因而在立法不变的情况下,针对《监察法》中的证据规定制定实施细则更为合适。

然而,应当采用何种标准补正监察证据规则呢?事实上,《监察法》第33条第2款已经有了明示,即“应当与刑事审判关于证据的要求和标准相一致”。从文义上看,该款规定具有两重含义:一是提示监察机关工作人员严格按照刑事审判的标准收集、固定、审查与运用证据;二是该款属于“委任性规则”,确切的说,具有“委任性功能”,即为将来制定证据补充规范提供标准和依据。我国立法中存在大量的“委任性规则”,这类规则具有授权立法的属性,其基本结构是“尚未确定的内容”+“概括性指示”,主要作用是为配套规范的制定提供上位法的依据。^③《监察法》第33条第2款虽然不是纯正的“委任

^① [法]孟德斯鸠:《论法的精神(上)》,许明龙译,北京:商务印书馆,2012年,第111页。

^② 全国人大常委会法制工作委员会刑法室:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京:北京大学出版社,2009年,第506页。

^③ 童之伟、苏艺:《我国配套立法体制的改革构想》,《法学》2015年第12期。

性规则”,其缺省了“概括性指示”,但却具有“委任性功能”,即以该款为依据,可以按照刑事审判的标准配套制定有关监察证据收集、固定、审查与运用方面的实施细则,为有效防范监察机关违法搜集证据、保障被调查人的人权奠定基础。

需要注意的是,以刑事审判的证据标准制定实施细则,并非要完全照搬刑事诉讼证据规则,因为“建立集中统一、权威高效”国家监察体制改革目标决定了监察证据规则必然不能设置得过于复杂,而应是在尊重当事人主义的限度内尽可能地便于发现案件真实。根据前文分析,为坚持当事人主义、维护被调查人的基本人权,监察证据规则的实施细则应至少在如下三个层面参考刑事诉讼证据规则:

第一,证据转化规则,尤其是言词证据、纪检证据的转化规则。证据转化的主要目的是阻止某些证明力弱、存在形式瑕疵、关联度低的证据进入刑事诉讼,因为并非据以证明案件事实的证据数量越多,就越能够证明案件事实,非必要证据越多,反而越可能导致证据链的薄弱。一方面,科学的证据转化规则不能够搞“一刀切”,“言词与实物证据均应遵循‘相对转化’”,^①但由于言辞证据的证据能力相对较弱,因而在转化时需要重点关注。就腐败犯罪调查而言,可能涉及到的言词证据有证人证言、被调查人的供述和辩解、鉴定意见等,不同类型的言辞证据在转化时所考虑的因素也有所不同。例如,证人证言采信与否,需要考虑证人与案件之间是否存在利害关系,在将之转化为刑事诉讼证据之前,需要征得证人的同意并告知其提供虚假证据的法律后果,经证人签字确认后才能够应用于刑事诉讼。再如,被调查人的供述和辩解能否转化,需要考察证据获取的方式、手段与被调查人所处的环境,尤其是在被调查人留置期间获取的供述和辩解,更要核实其真实性。在分别审查言词证据之后,还要对言辞证据所形成的证据链进行整体评估,如果发现言辞证据之间存在影响案件定罪量刑的重大矛盾时,则应当拒绝转化,重新搜集证据。另一方面,纪检证据的转化应经过二次审查。尽管监察体制改革后,纪检部门与监察部门合署办公,但二者职能属性、适用规范存在实质差异,前者收集证据采取的是调查人员独立审核模式,后者采用的是调查人员+监察机关双重审核模式,其证据采信机制更加严格,因此,为保障反腐的法治性以及监察的独立性,有必要在实施细则中明示监察机关采纳纪检证据的标准,这项工作可以视为纪检证据向监察证据转化的流程。转化之后的纪检证据就具备了监察证据的品质,再经过前述司法转化即可作为刑事诉讼证据使用。或许从某种意义上说,如此复杂的证据转化规则会影响反腐效率,但反腐并非一味追求效率,精密的证据转化规则归根究底是为了塑造证据可靠性品质,这种证据品质恰恰是法治反腐的诉求。

第二,言词证据的补强规则及其印证方式。我国刑事司法文化具有较强的口供情节,这种内在的基因决定了刑事司法实践对口供具有较强依赖性,尤其在腐败犯罪领域,由于物证获取难度极大,攻破犯罪嫌疑人的思想防御成为办案人员所普遍认同的突破口,形成高度依赖口供的局面。考虑到这种司法文化,为去除“口供中心主义”的负面影响,监察机关在治理腐败犯罪的过程中应当吸收和完善补强证据规则,以防止为定罪而放宽口供要求或者规避适用补强规则的现象。^②具体而言,应分为两种情况:其一,对于被调查人供述,没有其他证据予以印证的,不能作为定案的根据。“不得强迫自证其罪”是被调查人基本人权的体现,在只有被调查人的供述而没有其他证据的场合,为了防止非法获取证据所带来的法治隐患,应当推定这项供述不具有证据能力。其二,对于其他言辞证据,应视证据类型,根据印证规则裁量性补强。例如,在腐败犯罪调查中,是否采纳证人证言,还要看证人与案件是否有利害,不要輕易地将“有利于行为人”作为采信言词证据的“隐性兜底规定”,也不能輕易地放宽言辞证据的要求。一般而言,只有两个或两个以上证人证言能够相互印证,或者说有实物证据加以证

^①马泽波、唐益亮:《行政证据转化为刑事证据应注意四个问题》,《人民法院报》2018年1月10日,第6版。

^②李训虎:《变迁中的英美补强规则》,《环球法律评论》2017年第5期。

明,才能够认定案件事实。监察机关在对案件证据进行筛选时,不仅要单个言辞证据的证据能力进行补强,还要对整个证据链的证明力进行补强,才能够真正弱化“口供中心主义”的不良影响。

第三,强制性排除、裁量性排除与瑕疵证据补正的三元非法证据排除模式。《监察法》仅以1个条文的篇幅宣示性表明应当排除非法证据,但对于哪些证据应当排除以及如何排除这些关键性的内容却没有展开说明。此时,《监察法》的实施细则应当责无旁贷地发挥补正立法的功能,吸收《刑事诉讼法》的非法证据排除规则,以达到《监察法》第33条第2款规定的与刑事审判证据标准相一致的要求。确切地说,监察阶段的非法证据排除属于诉前排除,但如果前端审查排除的证据过多,可能不利于诉讼阶段形成完整的证据链。因此,为了实现证据的最优利用,在构造监察阶段非法证据排除规则时,可以考虑采用如下方案:其一,对于言词证据而言,考虑到检察机关事后通常可以重新搜集,如果证据合法性存疑,原则上应当强制排除,不能作为刑事诉讼案件事实认定的依据;其二,对于实物证据而言,考虑到其不可重复收集的特性,即便监察机关收集的手段违法,也要移交给检察机关,再由检察机关决定究竟是补正瑕疵还是直接不作为定案证据。易言之,实物证据的裁量性排除与瑕疵补正应当在刑事诉讼阶段进行。

(二) 刑事程序与实体立法的二次补正

在监察体制改革过程中,由于监察机关的职务犯罪调查权转隶自检察机关,涉及职务犯罪的证据也要依法移交给检察机关审查起诉,因而监察机关可谓与检察机关关系最为密切,在保障“法法衔接”的过程中,首要考虑的是《监察法》与《刑事诉讼法》的衔接,证据规则亦是如此。如前分析,监察证据规则实际上源自于刑事诉讼证据规则,只是由于监察体制改革的目标设定与刑事诉讼目标并不完全吻合,因而在构造监察证据规则的时候选择性地简化了证据规则,以便于腐败犯罪案件的处理。然而,由于刑事诉讼证据规则是以当事人主义为中心的自洽体系,简化后的证据规则可能存在体系性漏洞,不利于维护被调查人的合法权益,所获取的证据也难以达到刑事诉讼的要求。尽管前文主张通过参照刑事诉讼法的证据规则来制定《监察法》实施细则,但仅仅如此还不够,因为腐败案件的特点决定了不论如何修改证据规则,都必然要大量采用言词证据,加上在监察机关的主导下,腐败犯罪案件的调查不允许律师介入,欠缺过程监督的监察权极易膨胀,存在被滥用的风险。因此,作为腐败犯罪处理的中间环节,对前端监察阶段获取的证据进行再审查就非常有必要,而这种二次审查机制的建立,建立在对《刑事诉讼法》作出必要修改的基础之上。

第一,完善检察机关补充侦查规则,反向制衡监察机关权力。2018年4月25日,《中华人民共和国刑事诉讼法(修正草案)》在第十三届全国人大常委会第二次会议上提请审议,其中调整了检察机关侦查权,删除了检察机关对贪污贿赂案件的侦查权规定,同时保留了对发现司法工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、非法搜查等侵犯公民权利、损害司法公正的犯罪的侦查权,这种侦查权的结构性调整,显然是为“法法衔接”做准备,但仅仅如此还不够。依照《监察法》第47条第3款,对于监察机关调查的案件,如果监察机关认为需要补充合适的证据,在必要的情况下可以自行补充侦查。然而,何为“在必要的情况下”,《监察法》并没有明示,而为了避免监察机关补充调查不力,在《刑事诉讼法》即将修改之际,有必要予以明确。其实,检察机关自行补充侦查,并非要分割腐败犯罪调查权,而是为了防止监察机关滥用调查权或者调查获取的证据不满足刑事诉讼的要求。基于此,笔者认为,此处的“在必要的情况下”可以分解为如下三种情形:其一,在审查的过程中,检察机关发现监察机关存在刑讯逼供、暴力取证或者其他非法手段获取证据的情形,此时,如果检察机关依然将案件退回补充调查,则未必能够保障被调查人的人权。其二,在审查的过程中,发现监察机关移交的证据存在重大瑕疵,不能证明案件事实的。其三,其他可能影响案件公正性的情形。例如,监察机关搜集的证据均为言词证据,没有相应的实物证据加以印证,为提升证据链的证明力,检察机关可以自行补充侦查。

第二,建立以检察机关为中心的过程监督模式。一般而言,允许律师介入腐败犯罪调查阶段,是最为有效的过程监督方式,香港廉政公署反腐运行机制也采用这种方式。然而,《监察法》出台后,不允许律师介入已成为定局,在此背景下,要想重塑过程监督机制,只能寻找替代性方案。检察机关作为我国的法律监督机关,有责任监督其他机关守法、用法的情况,让检察机关作为过程监督的主体,具有制度和立法层面的正当性。建立以检察机关为中心的过程监督模式,其实质是为了破解“谁来监督监督者”这种制度性难题。在《监察法》语境下,检察机关也履行着法律监督的职责(《监察法》第47条第3款),只不过这种监督属于事后的静态监督,对监察机关提交的证据也只能作出形式的审查,并不能及时制止监察阶段非法搜集证据的行为。问题是,如何设计这种过程监督机制,从而平衡监察机关权力与被调查人的基本人权呢?笔者认为,考虑到独立监察与高效反腐的要求,检察机关的过程监督应当作出如下限制:其一,检察机关不能够依职权介入到监察机关处理的案件,只能依据被调查人的申请,在检察机关确认有必要之后,才能够进行个案的过程监督。换言之,检察机关的过程监督应当是被动的、消极的,而不宜是主动的、积极的,否则可能会影响监察机关独立监察权的行使。其二,只有采取留置措施的情况下,才有必要实施过程监督,监察机关处理的案件,如果没有采取留置措施,只是询问证人或者讯问被调查人,则检察机关也不宜提前介入。这是因为,在监察机关采取留置措施之前,被调查人的人身自由并不受限,可以进行法律咨询,为防止复杂监督程序影响反腐效率,检察机关没有必要介入;但在留置阶段,由于律师无法介入,为防止监察机关工作人员滥用权力,则有必要实施过程监督。于是,检察机关的过程监督模式就被勾勒的更加清晰,即在监察留置阶段,依据被调查人的申请,检察机关可以派遣工作人员了解监察机关腐败犯罪的处理情况,检察机关工作人员不直接参与案件调查,但可以制止监察机关工作人员不当的调查行为,也应将留置期间的调查情况记录在案,作为检察机关后续审查证据的必要参考。

此外,为实现责任机制的对接,还应当对刑事实体法作出修改。如前分析,《监察法》第66条规定的“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,准用的应是《刑法》第247条刑讯逼供罪、暴力取证罪,即监察机关工作人员在留置、询问期间刑讯逼供、暴力取证的,应当作为犯罪处理。在监察体制改革之前,由于讯问、逮捕等权力归属于司法机关,将该罪的主体限定为“司法工作人员”是不存在问题的;监察体制改革之后,监察机关可以采取讯问、留置措施,其在性质上类似于刑事讯问、逮捕,监察机关工作人员在该阶段实施刑讯逼供、暴力取证的,理应也作为犯罪处理。解决这种责任对接的问题,最经济的方案无疑是通过“司法工作人员”的概念进行扩张解释,使之囊括监察机关工作人员,其理据或在于,监察机关事实上以调查之“名”行侦查之“实”。然而,考虑到监察机关独立于司法机关以及监察机制运行适用的是《监察法》而非《刑事诉讼法》,在不变动立法的情况下径行解释,无疑过于牵强。笔者认为,以《监察法》的出台为契机,与监察体制改革相关联的立法都需要进行匹配性的调整,包括刑事实体法,这种调整并非要破坏法的安定性,而是为了保障整个法律体系的协调性。基于此种考虑,建议在《刑法》第247条增加第2款规定,即“监察机关工作人员实施刑讯逼供、暴力取证行为的,适用前款的规定定罪处罚”,将监察机关工作人员纳入该罪的规制范围,对非法采取刑讯逼供、暴力取证的行为进行实体性制裁。

四、结语

使“规范能够合乎逻辑地整合入一个逻辑自治的法律体系”,^①或者说塑造逻辑自治的法律规则,

① [美]罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈林林译,北京:商务印书馆,2015年,第65页。

是法治得以实现的前提。作为腐败事实发现的核心依据,监察证据规则构造应在程序上具备正当性、在实体上有助于保障被调查人的基本人权,在当事人主义的限度内实现高效、集中、独立反腐的监察体制改革目标。《监察法》确立了以监察为中心的证据规则,但这种基于选择性吸收《刑事诉讼法》部分内容所形成的监察证据规则,存在虚置证据转化机制、过分倚赖言词证据以及排除非法证据不充分等有违当事人主义的法治隐忧。然而,尽管监察证据规则存在一定的漏洞,但为了维护法的安定性以及贯彻高效法治反腐的理念,也不宜随意对《监察法》作出修改,而应积极寻找替代措施,以补正规则漏洞。这样看来,在维持《监察法》不变的前提下,以《监察法》第33条第2款为上位法依据,制定实施细则以补充证据规则的内容,以“法法衔接”为目标,对刑事程序与实体法的内容作出必要调整,不失为构造符合法治反腐需求的监察证据规则的良好方案。

(责任编辑:程天君)

Reviewing Rules Governing Supervision Evidence from the Perspective of Procedural Justice

XIA Wei, LIU Yanhong

Abstract: In building the rules governing the collection and use of evidence at present, we should not only understand the subjective causality between the evidence and the facts at the epistemological level, but should also carry out the principle of procedural justice embodied in the adversary system at the axiological level. In order to ensure independent supervision, the Supervision Law establishes the rules of evidence which are centered on the supervision process. This has effectively concentrated the anti-corruption resources and improved the efficiency of anti-corruption activities. However, selectively absorbing the rules of evidence from the Criminal Procedure Law has the risks of violating the principle of procedural justice required by rule of law: for example, neglecting the evidence conversion mechanism, excessively relying on verbal evidence and inadequately excluding illegal evidence. In order to reshape the legal model of the rules governing supervision evidence, on the one hand, we should use the “delegation function” entailed by Provision 2 of Article 32 in the Supervision Law to formulate detailed rules governing supervision legislation and take criminal trial as the standard to make up for the possible inadequacies in the content of the rules governing supervision evidence. On the other hand, we should adjust the criminal procedure and substantive legislation so as to regulate the process of collecting, confirming, reviewing and using the evidence for supervision and to shape the mechanism of determining criminal liability.

Key words: law-based anti-corruption; epistemological and axiological dualism; rules of evidence; procedural justice

About the authors: XIA Wei is PhD Candidate at School of Law and Research Fellow at Anti-Corruption Research Center for Rule of Law, Southeast University (Nanjing 211100). LIU Yanhong, PhD in Law and Distinguished Professor of the Chang Jiang Scholars Program, is Professor and PhD Supervisor at School of Law and Research Fellow at Anti-Corruption Research Center for Rule of Law, Southeast University (Nanjing 211100).