

西南政法大学证据法学研究中心

潘金贵 主编

docriver.com
商家验图书库

● 卷首视点

依法反腐，证据为本：对《监察法》施行后证据问题的若干思考 潘金贵

● 前沿聚焦

论监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中的使用 文明
监察案件非法言词证据排除的实体和程序之维 樊非 谭中平

● 证据法理

重复性供述排除规则研究 王彪 庄依明

● 实证研究

刑事诉讼中价格认定结论的实践困境及其破解 曾庆云

● 异域法苑

欧洲人权法院视野中的非法证据排除规则 E. Pinar Ölçer / 著 李国华 / 译

证据法学论丛

ZHENGJU FAXUE LUNCONG

第七卷



中国检察出版社

西南政法大学证据法学研究中心

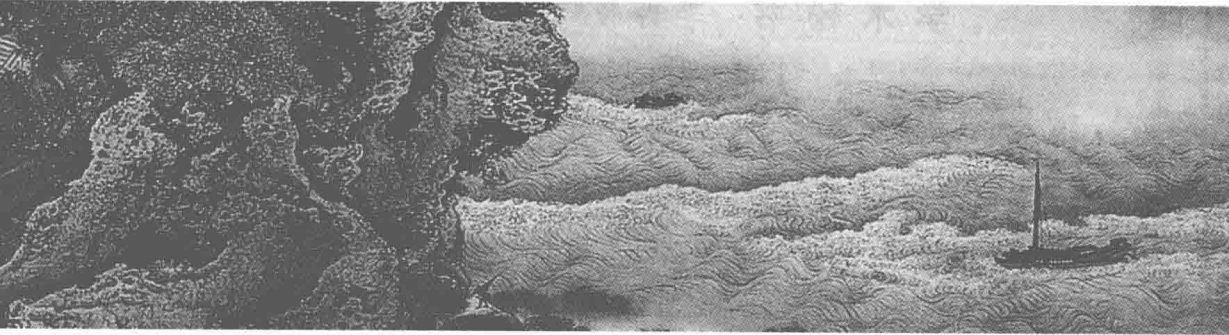
潘金贵 主编

docsriver.com
国家图书馆

证据法学论丛

ZHENGJU FAXUE LUNCONG

第七卷



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据法学论丛. 第七卷/潘金贵主编. —北京: 中国检察出版社, 2019. 1
ISBN 978 - 7 - 5102 - 2235 - 1

I. ①证… II. ①潘… III. ①证据 - 法学 - 文集 IV. ①D915. 130. 1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 294492 号

证据法学论丛 (第七卷)

潘金贵 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 109 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010) 86423751

发行电话: (010) 86423726 86423727 86423728

经 销: 新华书店

印 刷: 北京宝昌彩色印刷有限公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16 开

印 张: 18. 5

字 数: 338 千字

版 次: 2019 年 1 月第一版 2019 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 2235 - 1

定 价: 58. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《证据法学论丛》编辑委员会

学术顾问：徐静村

编委会主任：潘金贵

编委会委员：张步文 张吉喜 艾明
马登科 刘梅湘 颜飞
王剑虹 王彪 包冰锋

主 编：潘金贵

学术秘书：李冉毅

目 录

卷首视点

依法反腐,证据为本:对《监察法》施行后证据问题的若干思考	潘金贵 / 001
------------------------------	-----------

前沿聚焦

论监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中的使用 ——以规范分析为视角	艾 明 / 010
监察案件非法言词证据排除的实体和程序之维 ——以审判中心改革为视角	樊 非 谭中平 / 021

证据法理

重复性供述排除规则研究 ——以《严格排除非法证据规定》第5条为视角	王 彪 庄依明 / 032
对抗制诉讼条件下证据法与程序公正原理探析	莫丹谊 / 049
书面证言的使用限度及运用规则	孙 琳 / 081
瑕疵证据侦查监督机制的探索与构建	黄海波 / 089
事实推定中经验法则的适用	包冰锋 杨雅淇 / 101
论民事诉讼中的表见证明	李昌超 曹思茹 / 114

实证研究

刑事诉讼中价格认定结论的实践困境及其破解	曾庆云 / 126
----------------------	-----------

张某抢劫杀人再审改判无罪案证据分析	唐昕驰	张靖雪	/ 144
技术侦查证据材料在审判中的运用实证研究		雷琴琴	/ 159
论审查逮捕阶段适用非法证据排除规则的困境与出路		邓 馥	/ 182
刑事辩护律师收集、运用证据情况的调研报告		李思宜	/ 193

异域法苑

欧洲人权法院视野中的非法证据排除规则 ——基于《欧洲人权公约》第6条公正审判权的分析			
	F. Pinar Ölçer 著	李国华译	/ 210
爱尔兰非法证据排除规则 ——向绝对排除的变迁	[爱尔兰] 阿诺德·克拉斯著	唐海东译	/ 235
新加坡关于类似事实证据的新进展 ——可采性边界的发展	[新加坡] 尤妮思·蔡慧涵著	李建东译	/ 250
伊利诺伊州的民事证人保护	[美] 杰弗瑞·A. 帕尼斯著	徐 冉译	/ 264

卷首视点

依法反腐，证据为本： 对《监察法》施行后 证据问题的若干思考

潘金贵*

十三届全国人大一次会议通过了《监察法》。国家监察体制改革和制定《监察法》是党中央作出的重大决策部署，是我国政治制度、法律制度建设中的一件大事，具有里程碑意义。制定《监察法》的根本目的是坚持和加强党对反腐败工作的集中统一领导，使党的主张通过法定程序成为国家意志，以法治思维和法治方式惩治腐败。《监察法》的颁布施行，开启了我国反腐败工作的新篇章。在该法施行之后，监察机关更是拥有了“反腐利器”，继续“打老虎、拍苍蝇”，查处了更多的腐败案件。而在《监察法》施行过程中，监察案件涉及的相关证据问题也日益引发理论界和实务界的关注。故此，笔者拟结合司法实践经验，就《监察法》施行之后的一些证据问题略谈浅见，以供参考。

一、关于监察机关收集的材料是否具备证据能力的问题

表面上看，这似乎是一个“伪命题”，因为《监察法》第33条已经明确规定：“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

* 西南政法大学法学院教授，博士生导师，西南政法大学证据法学研究中心主任。本文系潘金贵教授主持的教育部人文社会科学规划基金项目“刑事庭审质证规则研究”（项目编号：16XJA820001）的前期研究成果之一。

用。”但是，如果从学理上深入分析，则监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中的证据能力问题仍然很值得探讨：

（一）《监察法》能否直接规定监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中可以作为证据使用

笔者认为，这个问题或许可以从两个层面来认识。首先，从诉讼法原理上看，哪些证据材料可以在刑事诉讼中作为证据使用，应当由《刑事诉讼法》作出规定。较为典型的立法例就是2012年刑事诉讼法修正时增加的第52条第2款，即：“行政机关在行政执法和查办案件中收集的物证、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。”该条款解决了司法实践中长期存在的行政执法和刑事司法“两法衔接”中的证据使用问题，是一个重大进步，此前从未有任何一部法律直接规定行政机关收集的证据材料可以在刑事诉讼中作为证据使用。从这个角度来看，《监察法》直接规定监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中可以作为证据使用，可能是值得商榷的。其次，从《立法法》角度来看，《监察法》直接规定监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中可以作为证据使用则有一定的许容性。《监察法》系由全国人民代表大会制定的法律，和《刑事诉讼法》处于同一位阶上，均属于“基本法律”，同一位阶的不同法律对于有关联的问题作出相应规定，在立法原理上并无不可。此外，虽然均属于基本法律，但《监察法》的适用范围具有特殊性，而《刑事诉讼法》具有普适性，如果从“特别法优于普通法”的角度来看，正如《立法法》第92条所规定的，“同一机关制定的法律……特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定”，则《监察法》作为特别法，就监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中能否使用直接作出规定，也并无不可。

（二）非侦查机关收集的证据材料能否在刑事诉讼中作为证据使用

从证据法理上说，取证主体是否合法是决定证据是否具有证据能力的一个重要方面，通常情况下，主体不合法则证据不能够采用。在《监察法》制定之前，长期以来，司法实践中纪检监察机关收集的材料在进入刑事诉讼后，均需要由检察机关的职务犯罪侦查部门经过侦查程序进行“转化”，不能直接作为证据使用，即是基于这个原理。《监察法》第18条规定“监察机关行使监督、调查职权，有权依法向有关单位和个人了解情况，收集、调取证据”，从而明确了监察机关的取证主体资格，结合第33条的规定，在法律层面上，监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中可以作为证据使用应当是无疑的。问题在于，刑事诉讼法规定的基本程序是侦查、起诉、审判，侦查程序的实施主体是侦查机关，一些程序设计和证据规则是针对侦查权的行使来制定的，而《监

《监察法》对监察机关的地位界定是“调查机关”而非“侦查机关”，权力属性界定是“调查权”而非“侦查权”，这就产生一个问题：非侦查机关收集的证据材料能否在刑事诉讼中作为证据使用？学界对此颇有争议。但是，笔者认为，对于这个问题，或许应当从“名”与“实”的角度来认识，不必纠结于“名”是什么，更应当看“实”是什么。应当看到，《监察法》对监察机关的地位界定采取了“专责机关”的措辞。从语义解释角度来看，“专责机关”，就是专门负责某一方面工作的机关，只不过监察机关是专门负责“行使国家监察职能”的机关而已，这和公安机关专门负责刑事普通刑事案件的侦查、检察院专门负责行使审查起诉、法院专门负责行使审判乃至其他国家机关均专门负责行使某一方面职能一样，并无本质的区别，甚至可以称之为“分工负责”原则的体现。而从《监察法》的相关规定来看，在办理职务犯罪案件方面，监察机关行使的就是“收集、调取证据”的权力即“取证权”，这和公安机关办理普通刑事案件的取证权并无本质的不同。至于这种权力是谓之为“侦查权”还是“调查权”，到底是“监察调查”还是“刑事侦查”，纠结于无谓的语义解释，或许并无实质性的意义。笔者认为，随着《监察法》的施行，我国已经形成了公安机关办理普通刑事案件和监察机关办理职务犯罪案件的“双轨制”的犯罪追诉模式。故此，监察机关收集的证据材料当然可以在刑事诉讼中作为证据使用。

二、关于监察案件收集的材料如何适用非法证据排除规则的问题

在监察体制改革试点中，对于监察案件在刑事诉讼中是否适用非法证据排除规则是一个很有争议的问题。其间，山西省某中级人民法院就曾经作出对监察委所办案件非法证据的排除要谨慎、要报告的内部规定^①，引发热议。《监察法》没有回避非法证据问题，其第33条第3款规定“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”，从而明确了监察案件同样受到非法证据排除规则的约束。该条强调的是“不得作为案件处置的依据”，换言之，该规定是适用于监察机关“自我审查”案件的证据排除规则，是否适用于其后的起诉、审判阶段则并未作出规定。如果起诉、审判阶段才发现非法证据，能否排除就成了个问题，而这恰好是关键所在。从逻辑上看，既然在监察调查阶段非法证据应当排除，在其后的诉讼阶段非法证据当然也应当排除，但是如果不出明确规定，就会给监察、司法机关办理监察案件时留下

^① 《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》，载澎湃新闻，2017年7月25日。

“弹性解释”的空间。应当看到，监察机关对此有理性的认识：在由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的《〈中华人民共和国监察法〉释义》（以下简称《监察法释义》）中，明确指出：“证据标准合法性问题，对监察机关的调查工作提出了很高的要求。监察机关调查取得的证据，要经得起检察机关和审判机关的审查，经得起历史和人民的检验。如果证据不扎实、不合法，‘煮错了饭，炒错了菜’，轻则被检察机关退回补充调查，影响惩治腐败的效率，重则被司法机关作为非法证据予以排除，影响案件的定罪量刑。”^① 鉴于该解释的权威性，我们可以认为监察机关已经明确认可监察案件进入刑事诉讼后，将受到《刑事诉讼法》所规定的非法证据排除规则的约束。

然而，问题在于，《监察法》与《刑事诉讼法》及有关司法解释关于非法证据排除规则的内容并不完全一致，较为突出的有两点：一是“非法方法”的范围界定有所不同。《监察法》第40条规定：“严禁以威胁、引诱、欺骗及其他非法方式收集证据，严禁侮辱、打骂、虐待、体罚或者变相体罚被调查人和涉案人员。”同时，《监察法释义》指出：以非法的方法收集证据，主要是指刑讯逼供，或者以威胁、引诱、欺骗等非法方法来获取证据。因此，《监察法》中的“非法方法”可以解释为包括“刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗、侮辱、打骂、虐待、体罚或变相体罚及其他非法方法”。而刑事诉讼中的“非法方法”，按照2017年“两高三部”《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《严格排非规定》）的相关条文，则包括：刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法，具体应当排除的包括“殴打、违法使用戒具等暴力方法或者变相肉刑的恶劣手段”“以暴力或者严重损害本人及其近亲属合法权益等进行威胁的方法”“采用非法拘禁等非法限制人身自由的方法”。不难看出，《监察法》规定的“非法方法”比《刑事诉讼法》及相关司法解释要更广，这无疑更有利于规范监察机关的办案活动，加强对被调查人的权益保护。二是对于“引诱、欺骗”的排除规则不同。《监察法》虽然没有规定采用“引诱”“欺骗”方法获取的证据是否排除，但是《监察法释义》对此的态度是很明确的，即采用引诱、欺骗方法获取的证据应当排除，认为“以刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等方式取得的证据，是当事人在迫于压力或被欺骗情况下提供的，虚假的可能性非常大，不能凭此就作为案件处置的根

^① 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168页。

据,否则极易造成错案”。^①而《严格排非规定》虽然在原则上规定了“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪”,但在规定具体排除范围时却刻意回避了“引诱”“欺骗”的方法应否排除的问题,相关司法机关也未就此作出任何解释。至少就非法证据排除的有关规则来看,《监察法》较之《刑事诉讼法》不无进步之处。

基于前述分析,笔者认为,从规范执法、加强人权保障以及以审判为中心的理念出发,监察机关办理案件涉及非法取证的,应受到双重非法证据排除规则的约束:一是受《监察法》关于非法证据排除相关规定的约束。由于《监察法》是监察机关办案的根本法律,因此对于采用了《监察法》规定的“非法方法”如刑讯逼供、引诱、欺骗、侮辱、打骂、虐待、体罚或变相体罚等方法获取的证据在刑事诉讼中均应当作为非法证据予以排除。二是受《刑事诉讼法》及相关司法解释关于非法证据排除规定的约束。由于案件已经进入刑事诉讼,自然应当受到刑事诉讼法的规制。因此,如果监察机关采用了《监察法》未规定,但《刑事诉讼法》及相关司法解释规定的非法方法如非法拘禁获取的证据应当予以排除。

三、关于监察机关调查过程中同步录音录像的证据能力及应否随案移送的问题

为了规范监察调查工作,《监察法》第41条第2款规定:“调查人员进行讯问以及搜查、查封、扣押等重要取证工作,应当对全过程进行录音录像,留存备查。”此规定将同步录音录像的范围扩大到搜查、查封、扣押等取证工作,对于规范监察调查行为具有积极意义,较之《刑事诉讼法》无疑有较大进步。问题在于,该条规定强调录音录像只是“留存备查”。这就涉及两个证据问题:一是监察调查的同步录音录像是否具有证据能力?二是监察调查的同步录音录像应否随案移送,司法机关是否可以调取监察机关的同步录音录像?

关于监察调查的同步录音录像的证据能力问题,这和此前检察机关职务犯罪侦查中讯问犯罪嫌疑人的同步录音录像的证据能力一样,必然是一个会产生争议的问题。在对待讯问同步录音录像的证据能力上,“两高”的态度不一。最高人民检察院在修订后的《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人试行全程同步录音录像的规定》中明确提出“讯问录音、录像资料是检察机关讯问职务犯罪嫌疑人的工作资料”,并不认为其是一种证据。而最高人民法院在《关于辩护律师能否复制侦查机关讯问录像问题的批复》中认为:“侦查机关对被告人

^① 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168页。

的讯问录音录像已经作为证据材料向人民法院移送并已在庭审中播放，不属于依法不能公开的材料，在辩护律师提出要求复制有关录音录像的情况下，应当准许。”这实质上认可了讯问录音录像可以作为证据使用。尤其最高人民法院《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》明确规定“讯问笔录记载的内容与讯问录音录像存在实质性差异的，以讯问录音录像为准”，更是明确认可了讯问录音录像的证据属性。笔者认为，从证据法学原理来看，证明对象包括实体法事实和程序法事实。无论此前检察机关的讯问录音录像，还是现今监察调查的同步录音录像，在实体法还是程序法意义上都具有证据能力。从实体法意义上看，同步录音录像如果拟用于证明案件的实体法事实，如被调查人供述如何收受贿赂的过程、所扣押到的物证有哪些等，具有和讯问笔录、扣押笔录等同等的效力，其性质就是口供、扣押的电子载体，与书面笔录内容发生冲突的，应当以同步录音录像为准；如果拟用于证明案件的程序法事实，如调查人员在讯问过程中是否采取了非法方法，搜查、扣押程序是否规范等，同样可以作为证据使用，属于对原始办案过程进行记载的视听资料。这一点在《监察法释义》中已经明确：录音录像“既是对重要取证工作的规范，也是对调查人员的保护。录音录像应当符合全程的要求，如果不能保证全程录音录像，录制设备的开启和关闭时间完全由调查人员自由掌握，录音录像就不能发挥证明取证工作合法性的作用”。^①换言之，至少监察机关也认为同步录音录像可以作为证明取证工作合法性的证据使用。

关于监察调查的同步录音录像应否随案移送问题，“留存备查”的措辞即表明立法者的态度是“否”。《监察法释义》明确，“需要指出的是，监察机关对调查过程的录音录像不随案移送检察机关”。^②《监察法》对于调查过程的同步录音录像不随案移送的规定，无疑是值得商榷的。由于监察调查程序的“高度封闭性”，一旦进入刑事诉讼程序，犯罪嫌疑人、辩护人对调查程序的规范性提出质疑，在嫌疑人和调查人员“各执一词”的情况下，审查同步录音录像或许是较好的解决途径之一。但是，在同步录音录像不随案移送的情况下，辩护方只能申请检察机关调取或者检察机关依职权主动去调取，而前者肯定将是常态。对于检察机关可以调取监察调查的同步录音录像，监察机关并不排斥，这也是《监察法》中“备查”的应有之义。《监察法释义》中就指出：“检察机关认为需要调取与指控犯罪有关并且需要对证据合法性进行审查的录

^① 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194页。

^② 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194页。

音录像,可以同监察机关沟通协商后予以调取。”^①问题在于:第一,检察机关调取录音录像后,尤其是在公诉部门认为不存在非法取证而辩护方坚持认为存在非法取证的情况下,起诉时是否应当将录音录像随案移送法院?如果移送是否应当经过监察机关同意?第二,如果检察机关不随案移送或者监察机关不同意随案移送,在审判过程中辩方申请非法证据排除,要求调取同步录音录像时,法院可否依职权向监察机关或者检察机关调取同步录音录像?笔者注意到,近日,中纪委研究室在就监察体制改革试点工作的相关答疑中指出,监察委员会要主动对接“以审判为中心”的司法体制改革方向,按照《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的要求,以更高的标准、更严的要求,进一步规范监察人员调查职务犯罪的取证行为,对以非法方法收集的证据应当予以排除,确保调查所取得的证据符合刑事诉讼证据标准。^②这充分表明了监察机关遵循以审判为中心的基本司法改革理念,强调监察调查要服务于法庭审判,接受法庭裁判检验的基本精神。据此,笔者认为,基于“以审判为中心”所强调的“证据出示在法庭”的基本要求,检察机关依法调取监察调查的录音录像后,该证据即已经进入刑事诉讼程序,作为刑事证据使用,检察机关起诉时应当将录音录像随案移送审判机关,接受法院审查。检察机关将录音录像移送审判机关属于起诉裁量权的范畴,不需要经过监察机关同意,但可以告知监察机关。如果检察机关不移送或者出现监察机关不同意移送,人民法院在进行非法证据排除审查时,认为确有必要的,应当通知检察机关调取并移送同步录音录像,以保证法院公正作出裁判。如果监察机关、检察机关拒绝审判机关依法调取调查过程的同步录音录像的要求,导致案件事实不清,证据不足,不能排除合理怀疑的,法院应当依法作出无罪判决。

四、关于监察机关与检察机关、审判机关之间的关系是否影响证据采信的问题

关于监察机关与检察机关、审判机关之间的关系,《监察法》第4条第2款的界定是“互相配合,互相制约”,简言之,监察机关与检察机关和审判机关之间是“配合制约”的关系,这和《刑事诉讼法》对公安机关、人民检察院、人民法院之间关系的界定是一致的。《监察法释义》对此的解释是:“互相配合”主要是指监察机关与司法机关在办理职务犯罪案件方面,要按照法律规定,在正确履行各自职责的基础上,互相支持,不能违反法律规定、各行

^① 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194页。

^② 中央纪委国家监委网站,2018年1月24日。

其是、互不通气，甚至互相扯皮。“互相制约”主要是指监察机关与司法机关在追究职务犯罪过程中，通过程序上的制约，防止和及时纠正错误，以保证案件质量，正确应用法律惩罚犯罪。^①

从法律层面来看，《监察法》就监察委与检察机关、审判机关之间的关系作出和《刑事诉讼法》基本一致的界定，在既有立法例的情况下，这种界定无可非议。而在诉讼原理层面上，正如《刑事诉讼法》规定的“公检法三机关分工负责、互相配合、互相制约”长期以来被学界诟病一样，《监察法》规定的监察机关和检察机关、审判机关之间“互相配合、互相制约”的关系存在同样的问题，如审判机关与监察机关的互相配合无疑就和审判机关与公安机关之间的配合一样，值得商榷。尤其在司法实践层面上，长期以来，公检法三机关之间“重配合、轻制约”的问题，难免同样会在监检法三机关之间反映出来。要解决这个问题，至少应当坚持两点：一是检察机关、审判机关应当坚持贯彻证据裁判原则。人民检察院、人民法院在办理监察案件审查证据时，应当与普通刑事案件一样“一视同仁”，真正做到“以证据为根据”，严格遵循证据规则，“敢于担当”。审查起诉、审判中对于确实存在非法取证的，应当依法排除；对于达不到排除合理怀疑的证明标准的，应当勇于作出无罪处理决定。二是监察委、检察机关、审判机关均应强化“以审判为中心”的诉讼理念，坚持推进以审判为中心的诉讼制度改革。监察体制改革和以审判为中心的诉讼制度改革并无本质的冲突，都是为了推进中国法治化的进程。监察机关办理职务犯罪案件同样应当树立以审判为中心，监察调查服务于法庭审判的理念。《监察法》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”，就是监察机关尊重审判权，贯彻“以审判为中心”的办案理念的具体体现。

五、结语：依法反腐，证据为本

“贪如火，不遏则燎原；欲如水，不遏则滔天”，监察体制改革和《监察法》的制定施行，是国家在腐败之风日盛的严峻现实面前下的一剂猛药。尽管未必能够药到病除，但是制度反腐、依法反腐必是良方。任何制度都不可能完美无缺，任何一部法律也不可能周密无隙。监察制度及《监察法》都还存在一些亟待完善之处，但不容置疑的是，这种改革是有利于推动我国的政治清明、法治发展、社会进步的。现在需要做的，从宏观层面是如何在深化监察体

^① 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66页。

制改革的同时,正确贯彻执行《监察法》,使其在法治的轨道内运行,充分发挥其“反腐利器”的功能,实现以法治思维和法治方式惩治腐败的目标;而从微观层面,一个重要方面则应是在处理职务犯罪具体案件时,严格坚持“认定案件事实,以证据为依据”,切实“用证据说话”,通过扎实的证据裁判来让腐败案件的查处经得起历史的检验,使广大人民群众感受到依法反腐的威慑力,感受到司法的公平和正义。

● 前沿聚焦

论监察机关收集的证据材料 在刑事诉讼中的使用

——以规范分析为视角

艾明**

近两年，监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中的使用问题成为学术界关注的热点。《监察法》第33条规定：“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。”对这一条款的认识和理解，学者仍有不同看法。

有学者认为，由于监察委员会同时承担执纪调查和犯罪调查，移送的言词证据范围以涉嫌犯罪、正式立案调查（一般采取留置措施）为界限，采取讯问（被调查人）、询问（证人）等调查措施所取得的言词证据才可予以移送。^①对此，有学者提出不同看法，认为：“从证据能力的要求来看，对于监察委员会收集的证据来说，只要是以合法手段获取的具有关联性、可靠性的证据，就可以作为诉讼证据使用，无论对于实物证据，还是言词证据均应如此，取证的时间阶段不应是合法性要件之一。”^②还有学者认为，这种不区分实物证据与言词证据在诉讼中一律“可以作为证据使用”的规定，虽然避免了“证据转

* 本文是2018年司法部国家法治与法学理论研究项目“国家监察体制改革中的证据制度完善研究”的成果。

** 西南政法大学法学院教授，法学博士。

① 陈光中、邵俊：《我国监察体制改革若干问题思考》，载《中国法学》2017年第4期。

② 纵博：《监察体制改革中的证据制度问题探讨》，载《法学》2018年第2期。

化”所带来的重复劳动，提高了办案效率，但在制度合理性方面不无疑问。^①

由于存在着上述不同认识，因此，有必要结合诉讼法理和证据法理，对《监察法》第33条作进一步的规范分析，以明晰监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中的使用问题。

一、《监察法》第33条第1款的性质与作用

对《监察法》第33条第1款，多数学者仅从表面文字分析便认为根据该款规定，监察机关收集的言词证据和实物证据均可直接作为刑事诉讼证据使用。笔者认为，这种分析并没有太多的理论价值，因为，这一点已如条文明白显示。

应进一步追问的是：为什么《监察法》要单独作此规定，尤其是在《监察法》已经赋予监察机关职务犯罪调查权力的情况下？^②《刑事诉讼法》第3条赋予公安机关、检察机关侦查权后，并未在同法中规定，公安机关、检察机关依照本法规定收集的证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。《监察法》第33条第1款如此规定，是不是有多此一举之嫌？

笔者认为，对《监察法》的这一立法举动，不能简单视为多此一举，因为这一举动的真实目的是“提醒”刑事诉讼阶段的公诉机关、审判机关，监察机关收集的证据材料现在可以在刑事诉讼中直接作为证据使用。因此，这一条款在性质上应定位为注意规定。

对于注意规定，我国刑法学界早有研究。所谓注意规定，是在法律已作相关规定或以相关的、已为法律理论所认可的基本原理为支撑的前提下，提示司法人员注意，以免司法人员混淆或忽略的规定。注意规定有两个基本特征：第一，从内容上看，注意规定的设置并不改变相关规定或刑法原理的内容，只是对相关规定或刑法原理内容的重申；即使不设置注意规定，也存在相应的法律适用根据。第二，从功能上看，注意规定只具有提示性的意义，其表述的内容与相关规定的内容完全相同，因而不会导致将原本不符合相关规定的行为也按照相关规定论处。^③

例如，《刑法》第285条与第286条分别规定了非法侵入计算机信息系统

^① 韩旭：《监察委员会调查收集的证据材料在刑事诉讼中使用问题》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2018年第2期。

^② 《监察法》第3条规定：“各级监察委员会是行使国家监察职能的专责机关，依照本法对所有行使公权力的公职人员（以下称公职人员）进行监察，调查职务违法和职务犯罪，开展廉政建设和反腐败工作，维护宪法和法律的尊严。”

^③ 吴学斌：《我国刑法分则中的注意规定与法定拟制》，载《法商研究》2004年第5期。

罪与破坏计算机信息系统罪。《刑法》第 287 条规定：“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法的有关规定定罪处罚。”此条即属注意规定。一方面它旨在引起司法人员的注意，对上述利用计算机实施的各种犯罪，应当依照有关金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款等罪的规定定罪处罚，不能因为《刑法》规定了两种计算机犯罪，便对利用计算机实施的金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款等罪也以计算机犯罪论处；另一方面，即使没有这一规定，对上述利用计算机实施的各种犯罪，也应当依照《刑法》的相关规定定罪处罚。

以上述理论观察《监察法》第 33 条第 1 款，可以发现，该条款并没有创设新的内容，只是对《监察法》第 3 条的重申，即使不设置该条款，监察机关在职务犯罪调查中收集的证据材料也可以在刑事诉讼中直接使用。这是因为，从诉讼法理而言，既然《监察法》第 3 条赋予监察机关职务犯罪调查权，那么监察机关在调查职务犯罪案件中收集证据材料就是职权范围内的应有工作，^①其收集的证据材料在刑事诉讼中就可以作为证据直接使用，一如公安机关、检察机关在各自侦查的案件中收集的证据材料一样。很难想象，一国法律一方面赋予某机关法定侦（调）查权，另一方面又不准将其收集的证据材料在刑事诉讼中作为证据使用。这种做法岂不是自相矛盾？综观世界立法和司法，显无此例。

《监察法》之所以设立此注意规定，主要是因为：在这一问题上，此前的做法较为混乱，因此有必要通过设立注意规定的方式提醒司法人员。“监察体制改革以前，纪委在双规调查后将涉嫌职务犯罪的案件移送检察院立案侦查，移送证据的做法是：物证、书证等实物证据移送后直接适用于侦查阶段；询问笔录、证人证言等言词证据不直接移送，由检察院重新收集，转化为合法的证据材料。”^②监察体制改革以后，监察机关收集的证据材料已经不存在证据转化的问题，但鉴于以前证据材料分类转化的做法，为提醒司法人员传统的做法已经改变，故而，《监察法》专门通过设立注意规定的方式进行提示。

此外，《监察法》第 33 条第 1 款也提示司法人员，监察机关已成为法定的犯罪侦（调）查主体，由其收集的证据材料不能因为取证主体不适格而被排除使用。为此，第 33 条第 1 款特别使用了“监察机关依本法收集的证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用”的表述。主语突出“监察机关”，而按照现

^① 《〈刑事诉讼法〉修正案（草案）》对“侦查”的概念作了修改。“侦查”是指公安机关、人民检察院等机关对于刑事案件，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。可见，收集证据是侦（调）查犯罪案件的应有工作。

^② 陈光中、邵俊：《我国监察体制改革若干问题思考》，载《中国法学》2017 年第 4 期。

代汉语词典的解释，“可以”是能够的意思，意味着监察机关收集的证据材料有资格作为证据使用。此处的资格主要凸显的是监察机关这个取证主体的合法资格。

按照我国的证据排除理论，取证主体是证据能力的构成内容之一，取证主体不合法将导致证据不具备证据能力，从而使该证据被排除使用。^①这一理论得到了我国实证法的支持。我国《刑事诉讼法》第3条明确规定侦查取证的权力由公安机关、人民检察院享有，“除法律特别规定的以外，其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力”。由于存在着这一禁止性规定，因此，违反这一禁止性规定应当产生证据排除使用的程序性制裁法律后果。为回应《刑事诉讼法》的上述规定，避免因取证主体不适格而导致证据被排除使用的不利后果，《监察法》特设立此注意规定，“提醒”司法人员，监察机关已成为法定的侦（调）查取证主体，由其收集证据材料并不违反《刑事诉讼法》第3条所规定的禁止性规定，司法人员不能再以取证主体不适格为由将其收集的证据材料排除。

二、《监察法》第33条第1款的进一步解释

有学者担心，如果允许监察调查中被调查人供述、证人证言等言词证据直接作为诉讼证据使用，司法机关可能会放松甚至放弃对该类证据内容真实性和取证合法性的审查。^②笔者认为，至少从法规范层面，这种担心缺乏法律依据。这主要是因为，在我国刑事诉讼领域，“证据”一词具有多重含义，《监察法》第33条第1款“可以作为证据使用”中的“证据”，只是表明其具备了用于刑事诉讼证明活动的初步资格。

有学者指出，就一起刑事案件来讲，“证据”至少具有三个层面的含义：一是作为记录犯罪过程的证据，也就是说，证据是犯罪行为所产生的能够证明犯罪事实的各种物品、痕迹或反映的现象；二是作为证明，或者说“查明”案件过程中的证据，也就是说司法工作人员用以进行逻辑推理，进行主观理性思维过程中所运用的证据；三是作为定案根据的证据，也就是说，证据是法院进行裁判的根据。^③

《刑事诉讼法》第44条规定：“辩护人或者其他任何人，不得帮助犯罪嫌

① 陈瑞华：《刑事证据法学》（第二版），北京大学出版社2012年版，第105页。

② 韩旭：《监察委员会调查收集的证据材料在刑事诉讼中使用问题》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2018年第2期。

③ 张斌：《证据概念的学科分析——法学、哲学、科学的视角》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2013年第1期。

疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供。”此处的“证据”一词，是在第一种含义上使用。当我们在法庭审判过程中要对“证据”进行调查质证，则是在第二种含义上使用该词。如果我们说本案事实清楚、“证据”确实充分，从而认定被告人有罪时，则是在第三种含义上使用该词。^①

《监察法》第33条第1款中的“证据”一词显然是在上述第二种含义上使用，而不是在第三种含义“作为定案根据的证据”上使用。因此，这一条款中的“证据”一词不能被视作“定案根据”，如其要终局性地成为刑事诉讼中的“定案根据”，还必须符合其他的证据要求。应当说，笔者的这一见解得到了最高人民法院司法解释的支持。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》（以下简称《高法解释》）第65条规定：“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；经法庭查证属实，且收集程序符合有关法律、行政法规规定的，可以作为定案的根据。”该条中亦出现了“可以作为证据使用”一句，但很明显，此处的“证据”与“定案根据”不是同一含义，其要终局性地成为“定案根据”，还必须具备相应的要求。

因此，尽管《监察法》第33条第1款规定“收集的证据材料可以作为证据使用”，但并不意味着这些证据就可以不经司法机关审查，径直充任“定案根据”。在刑事诉讼中，监察机关收集的证据仍然要接受司法机关的审查，只有符合相关要求，才可以成为“定案根据”。

从证据审查的体系和要求上来看，我国目前已初步构建起证据审查的两阶层体系，即从证据的证据能力和证明力两方面进行审查。传统上，我国主要以证据的“三性”作为审查要求，但这种审查模式有其弊端：证据“三性”间的逻辑关系较为混乱，不注重审查顺序，证据合法性的审查往往受制于证据关联性、客观性的审查。

近年来，随着对大陆法系证据理论了解的加深，一种先审查证据能力，再审查证明力的两阶层证据审查模式逐渐取代证据“三性”的审查模式，成为学术界和实务界共同认可的模式。

在学术界，有学者就认为，证据审查“两个阶段的适度分离更有利于案件事实的准确认定。历史的实践证明合二为一的模式存在诸多问题，其根本原因在于证据的准入与证据的评估是两种不同性质的活动。从程序性权力配置角度来看，证据准入与证据评估的适度分离更有利于实现程序性权力之间的合理

^① 孙远：《证据概念否定论——从证据概念到证据法基本概念体系》，载《中国刑事法杂志》2016年第2期。

配置”^①。

“我国传统证据学理论一直强调证据的‘三性’，即客观性、关联性及其合法性，并将其定为证据的基本属性。但从我国的审判组织及审判程序的现状出发，结合近年来我国刑事证据立法的发展情况，采用证据能力和证明力作为定案根据的基本要求更加符合我国实际，也有助于我国证据立法的进一步发展”，“在证据能力与证明力的关系问题上，应当先判断证据能力的问题，再审查证明力的有无和大小。对于不具备证据能力的证据，不必进行下一步的证明力审查，更不能作为定案的根据。”^②

在实务界，张军主编的《刑事证据规则的理解与适用》对证据的证据能力和证明力作了较为详细的介绍。^③ 在近几年最高人民法院公布的参考案例中，我国法官也开始运用两阶层体系审查证据。例如，在杨某某故意杀人案中，法官特别指出：“此前法院基于各种考虑一般未对证据收集合法性问题作出明确的结论，而是将证据合法性与客观性捆绑到一起加以分析，……对于2012年刑事诉讼法施行后的案件，如果有关证据被认定为非法证据，就应当予以排除，即使其可能是客观真实的，也不能作为定案的根据。换言之，法院认定有关证据属于应当排除的非法证据后，不应再继续讨论其客观真实性的问题。”^④

由于我国司法机关已初步构建起证据审查的两阶层体系，因此，即使《监察法》规定监察机关收集的证据材料在刑事诉讼中可以作为证据使用，也不必过于担忧，因为《监察法》只是对职务犯罪监察调查程序进行了规定，其并没有单独构建起一个从监察调查、监察起诉、监察审判的封闭体系，监察机关的调查结果仍然要接受司法机关的证据审查。只要这种结构关系没有发生改变，学者的上述担忧至少从法律规范层面就欠缺依据。

三、《监察法》第33条第2款的含义与作用

依据前述分析，对监察机关收集的证据，我国司法机关构建的证据审查两阶层体系仍然适用，惟在具体审查内容上，例如证据的证据能力要求方面，司法机关依何而行？对此问题，笔者的观点是，审查基准有二：一是有法律效力的刑事审判关于证据的要求和标准；二是《监察法》中的调查取证规范。主

① 吴洪洪：《刑事证据审查的基本制度结构》，载《中国法学》2017年第6期。

② 《刑事诉讼法学》（马克思主义理论研究和建设工程重点教材），高等教育出版社2017年版，第149、150页。

③ 张军主编：《刑事证据规则的理解与适用》，法律出版社2010年版。

④ 《刑事审判参考》（总第108集），法律出版社2017年版，第30页。

要理由如下：

首先，从监察机关的角度而言，《监察法》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。”所谓“相一致”，根据《现代汉语词典》的解释，就是两个是一样的意思。这说明，监察机关主动以刑事审判关于证据的要求和标准，作为自身收集、固定、审查、运用证据的要求和标准。由于这一规定并不是存在于刑事审判机关作出的司法解释中，而是存在于《监察法》中，因此属于监察机关的实质性的调查取证规范，对监察机关的调查取证活动起到直接的规范作用。

应当说，笔者的上述理解不仅符合中纪委研究室的解答精神，也符合基层监察机关实务运作的情况。

在回答“怎样确保监察机关调查取得的证据符合刑事诉讼证据标准”时，中央纪委研究室就认为：“监察机关应依照法定程序，参照刑事诉讼法对证据形式要件和实质要件的要求，全面、客观地收集被调查人有无违法犯罪以及情节轻重的证据，包括物证、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。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。”

《中国纪检监察报》报道的基层监察实务运作情况也显示，刑事审判关于证据的要求和标准已经对基层监察调查的取证工作产生了直接规范作用。例如，为使监察机关收集、固定、审查、运用的证据与刑事审判关于证据的要求和标准相一致，湖南省株洲县监委安排有丰富刑事诉讼经验的纪检监察干部在讯问现场进行证据审查、取证指导，确保监委调查获取的证据符合刑事审判要求，能发挥应有的法律效力。再如，新疆维吾尔自治区纪委监委强化与司法机关的衔接，根据《刑事诉讼法》的相关规定，结合监委工作实际，制定了《自治区监察委员会证据收集指引》，严格依照法定程序和法定要求收集、固定和运用证据。^①

从以上分析可以看出，“应当与刑事审判关于证据的要求和标准相一致”不是审判机关从外部角度作出的指示，而是《监察法》的内在组成部分。其不仅仅像司法解释一样，只是发挥间接效力，而是以“本法”法律规范的形式，对监察机关收集证据的活动发挥着直接的规范作用。

从刑事审判机关的角度而言，《刑事诉讼法》《高法解释》以及其他规范性文件确立的刑事审判关于证据的要求和标准，一体适用于审判活动，不会因

^① 《用好监察权限中的“可以”系列报道⑥：以刑事审判为标准收集证据》，载《中国纪检监察报》2018年6月19日。

为职务犯罪侦查主体发生了改变，就出现变化。如果法院的证据审查标准随着侦（调）查主体的不同而不同，显然不符合诉讼法理和证据法理，也不利于国家法制的统一。况且，《监察法》已明文规定“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”，因此审判机关以已经形成的刑事审判关于证据的要求和标准作为审查基准，审查监察机关收集的证据，理所应当。

其次，《监察法》第33条第1款特别强调“依本法”收集的证据材料在刑事诉讼中可以作为证据使用，也即《监察法》中的调查取证规范应当成为法院证据审查活动的审查基准，一如《刑事诉讼法》中侦查取证规范是法院证据审查活动的审查基准一样。

由于存在着两种审查基准，这两种审查基准规定的内容可能不尽一致，因此，在具体的审查时，需要作不同的处理。

第一种，两种审查基准规定的证据要求和标准一致。如果监察机关收集的证据违反这种一致的证据要求和标准，审判机关应当将其排除。

例如，《刑事诉讼法》第52条、第56条确立了非法证据排除规则，以刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除。《监察法》第40条第2款规定：“严禁以威胁、引诱、欺骗及其他非法方式收集证据，严禁侮辱、打骂、虐待、体罚或者变相体罚被调查人和涉案人员。”《监察法》第33条第3款规定：“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。”

第二种，刑事审判关于证据的要求和标准有规定，监察法其他条文没有规定，由于前者已成为监察法的组成部分，法院可以据此进行证据审查。

例如，《高法解释》第81条规定，“被告人供述具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：（一）讯问笔录没有经被告人核对确认的……”第82条规定：“讯问笔录有下列瑕疵，经补正或者作出合理解释的，可以采用；不能补正或者作出合理解释的，不得作为定案的根据：……（三）首次讯问笔录没有记录告知被讯问人相关权利和法律规定的”。《监察法》并没有规定讯问被调查人时的核对确认程序和告知程序。如果监察人员违反上述规定，法院仍应当以此作为审查基准，对证据的证据能力进行审查。与此同时，核对确认程序和告知程序也相应转化为监察调查讯问被调查人时的取证程序规范。

除了最高法的司法解释，其他能够约束审判机关证据审查活动的规范性文件，如果也对刑事审判关于证据的要求和标准作了规定，即使《监察法》没有规定，法院也可以据此进行证据审查。

例如，2017年“两高三部”出台的《关于办理刑事案件严格排除非法证

据若干问题的规定》第5条规定：“采用刑讯逼供方法使犯罪嫌疑人、被告人作出供述，之后犯罪嫌疑人、被告人受该刑讯逼供行为影响而作出的与该供述相同的重复性供述，应当一并排除，但下列情形除外：（一）侦查期间，根据控告、举报或者自己发现等，侦查机关确认或者不能排除以非法方法收集证据而更换侦查人员，其他侦查人员再次讯问时告知诉讼权利和认罪的法律后果，犯罪嫌疑人自愿供述的；（二）审查逮捕、审查起诉和审判期间，检察人员、审判人员讯问时告知诉讼权利和认罪的法律后果，犯罪嫌疑人、被告人自愿供述的。”该条对重复性供述确立了原则排除，例外不排除的模式，这些规定在《监察法》中并没有反映，但仍属于刑事审判关于证据的要求和标准，因此也适用于法院对被调查人供述的审查。

第三种，刑事审判关于证据的要求和标准不太明确，《监察法》的调查取证规范与《刑事诉讼法》的侦查取证规范规定又不一致。对此，又可以分为两种情况：

第一，《监察法》中的调查取证规范比《刑事诉讼法》中的侦查取证规范更严格。例如，《监察法》第41条第2款规定：“调查人员进行讯问以及搜查、查封、扣押等重要取证工作，应当对全过程进行录音录像，留存备查。”与之相比，《刑事诉讼法》对搜查、查封、扣押并没有规定应当全程录音录像。取证规范的差异，会影响审判人员对实物证据的鉴真。在实物证据真实性存疑的情况下，相比于公安侦查机关，如果监察机关不能提交全程录音录像，则更可能引起审判人员的合理怀疑，从而使审判人员作出证据排除使用的决定，因为按照《监察法》的取证规范，全程录音录像是监察机关应当履行的一种取证程序，而《刑事诉讼法》并未作出类似规定。

第二，《刑事诉讼法》中的侦查取证规范比《监察法》中的调查取证规范更严格。例如，《刑事诉讼法》第150条第1款规定：“公安机关在立案后，对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件，根据侦查犯罪的需要，经过严格的批准手续，可以采取技术侦查措施。”《监察法》第28条第1款规定：“监察机关调查涉嫌重大贪污贿赂等职务犯罪，根据需要，经过严格的批准手续，可以采取技术调查措施，按照规定交有关机关执行。”

对比两个条款，《刑事诉讼法》明确将“立案后”作为采取技术侦查措施的程序要件，而《监察法》并未对此作出规定。因此，在审查公安侦查机关提交的技术侦查证据时，审判人员将“立案后采取”作为实质审查要件，以决定该证据是否具有证据能力，此种做法无可非议。例如，2014年新疆维吾尔自治区高级人民法院二审的罗某甲、罗某乙、张某某贩卖毒品罪一案，张某某

某的辩护律师提出：公安机关在立案前对张某某与罗某乙的通话采取技术侦查措施不符合法律规定，请求排除证据。对此辩护意见，法官认为：“经查，公安机关对张某某与罗某乙通话使用技术侦查措施的时间早于公安机关对该案的立案时间，不符合《刑事诉讼法》第150条的规定，本院对该证据不予采信，对此上诉理由和辩护意见予以采纳。”^①

但是，在审查监察机关提交的技调证据时，审判人员就不能将“立案后采取”作为实质审查要件，因为《监察法》并没有规定此要件。毕竟，法官只能适用法律规范，不能随意创设法律规范。对于两法之间的差距，只能通过立法解决。这正如有学者指出的，《监察法》“取证合法性规范与《刑事诉讼法》有所差距之处，应在正式立法中予以弥补，实现法律之间的协调一致”。^②还需注意的是，《监察法》第33条第2款，不仅规范监察机关的证据收集活动，也规范监察机关的证据审查、运用活动。因此，刑事审判关于证据审查的证明力规则，以及运用证据的某些要求和标准，不仅适用于监察机关自身的证据审查、运用活动，也适用于审判机关对监察机关收集的证据的审查。

例如，《高法解释》规定的某些证明力规则，如第109条规定：“下列证据应当慎重使用，有其他证据印证的，可以采信：（一）生理上、精神上有缺陷，对案件事实的认知和表达存在一定困难，但尚未丧失正确认知、表达能力的被害人、证人和被告人所作的陈述、证言和供述；（二）与被告人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的有利被告人的证言，或者与被告人有利害冲突的证人所作的不利被告人的证言。”再如，《高法解释》第105条规定的运用间接证据进行证明活动的条件和要求：“没有直接证据，但间接证据同时符合下列条件的，可以认定被告人有罪：（一）证据已经查证属实；（二）证据之间相互印证，不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问；（三）全案证据已经形成完整的证明体系；（四）根据证据认定案件事实足以排除合理怀疑，结论具有唯一性；（五）运用证据进行的推理符合逻辑和经验。”这些运用间接证据进行证明活动的条件和要求也适用于监察机关的证据运用活动。

四、结语

为进一步完善监察调查证据制度，笔者提出如下建议：

第一，规范体系上进一步协调、整合。对证据问题和侦查取证规范，《刑事诉讼法》都进行了专章式处理，将相关内容规定在一个章节中。例如，第

^① 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2014）新刑三终字第105号判决书。

^② 纵博：《监察体制改革中的证据制度问题探讨》，载《法学》2018年第2期。

一编总则第五章的“证据”，第二编第二章的“侦查”。这种处理方式体系性强，逻辑连贯，且方便查寻。《监察法》，其并没有对证据问题和调查取证规范进行专章式处理，而是分别规定于第四章“监察权限”、第五章“监察程序”中。未来《监察法》修法时，应当进一步协调、整合规范体系。

第二，以刑事审判关于证据的要求和标准为指引，将这些要求和标准进一步细化为监察调查取证规范以及相应的证据规则。刑事审判关于证据的要求和标准包括的内容较多，国家监察委员会有必要以内部规范性文件的形式，将其细化梳理为监察调查取证程序规范和证据收集指引，有效指导下级监察机关开展监察调查活动。

第三，应当进一步提升《监察法》中调查取证规范的规范密度。目前，《监察法》中的调查取证规范多为简单的授权性规范，缺乏对调查措施使用的细致规定。未来修法时，有必要进一步提升《监察法》中调查取证规范的规范密度。

监察案件非法言词证据排除的实体和程序之维

——以审判中心改革为视角

樊非* 谭中平**

2016年11月，中共中央决策部署在北京、山西、浙江等省市开展国家监察体制改革试点工作，设立各级监察委员会。2018年3月，全国人大审议通过了《监察法》，集中统一、权威高效的国家监察体制初步构建完成。鉴于职务犯罪案件线索发现、调查取证的特殊性，办案机关对言词证据的依赖度更深，本文拟对职务犯罪监察案件^①言词证据的非法排除中的重要实体性^②和程序性问题予以探讨，以期对制度完善有所裨益。

一、监察案件非法证据排除的法律适用疑问与释疑

中央纪委曾发文表示，“职务犯罪调查不同于一般刑事侦查……监察机关调查适用国家监察法，案件移送检察机关后适用刑事诉讼法”。^③可见，职务犯罪案件仅在移送起诉之后适用《刑事诉讼法》（以下简称《刑诉法》），审判中适用《刑诉法》似乎确定无疑。但事实上，审判中对非法证据的审查认定，多是对侦查（监察调查）行为的合法性的审查，因此侦查（监察调查）适用何种规范将成为侦查（监察调查）行为合法性的直接标准。因此，监察案件非法证据排除的法律适用问题仍然存在疑问。况且，《监察法》与《刑诉法》及其配套法律文本之间还存在一些冲突，其本身也存在一些不足，这更加剧了

* 重庆市江北区人民法院党组书记。

** 重庆市江北区人民法院研究室副主任，西南政法大学法学院刑事诉讼法学博士研究生。

① 如无特别说明，本文所称“监察案件”系指构成职务犯罪而接受监察调查的案件。

② 此处的实体并非实体法之实体，乃是实体构成性规则，即界定非法证据的内涵、外延及排除后果的实体性规则。

③ 《使党的主张成为国家意志》，载《中国纪检监察报》2017年7月17日。

法律适用的疑问。

（一）比对：《监察法》与《刑诉法》有关规定的文本分析

1. 《监察法》对非法证据仅作原则性规定

《监察法》第33条规定“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”，却未深入解释“非法方法”的内涵。尽管《监察法》第40条规定：“严禁以威胁、引诱、欺骗及其他非法方式收集证据，严禁侮辱、打骂、虐待、体罚或者变相体罚被调查人和涉案人员。”该条可以认为是对前一条文的进一步解释，但这并不能直接推定以上述非法方法获取的证据就应予以排除，因为类似的规定在《刑诉法》中也存在。^①

而且，《监察法》并没有明确提出“严禁刑讯逼供”。尽管“严禁刑讯逼供”已经成为刑事诉讼理论和实践均予以认可的基本规则之一，尽管从“举轻以明重”可推断出不可能允许刑讯逼供，但《监察法》仍然有必要做宣示性的规定。

另外，《监察法》也未规定羁押、讯问（询问）场所、关键证人出庭、监察调查人员出庭、缺席审判程序中的非法言词证据排除、同步录音录像的移送等问题。

2. 《监察法》的部分规定更严格可能造成排除的两难

第一，《监察法》提出证据收集的一般性要求更严格。《监察法》要求所有证据收集活动都需要满足“出示证件、法律文书（书面通知）、二人以上、形成笔录（书面材料）、签名盖章”等形式要求，使取证活动更加规范。比较而言，《刑诉法》中没有此类一般性要求条文，只是在司法解释条文中对各类证据的要求有零星规定，缺乏统一性。

表1 《监察法》与《刑诉法》关于证据收集的条文对比

《监察法》	《刑诉法》
第41条第1款：调查人员采取讯问、询问、留置、搜查、调取、查封、扣押、勘验检查等调查措施，均应当依照规定出示证件，出具书面通知，由二人以上进行，形成笔录、报告等书面材料，并由相关人员签名、盖章。	《刑诉法》中没有这样的一般性要求条文。在各类证据的要求条文中，零星存在类似规定。

^① 如《刑事诉讼法》第52条规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，不得强迫任何人证实自己有罪”，但未明确规定通过引诱、欺骗方式获得的证据应当排除，未明确纳入非法证据排除范围。

第二,《监察法》要求同步录音录像的范围更广。《监察法》要求对讯问、搜查、查封、扣押等重要取证工作进行“全程同步录音录像”,也就是说被调查人供述、物证、书证等重要证据的收集过程都需要进行“同步录音录像”,这能有效防止非法取证。而《刑诉法》仅要求可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件的讯问过程进行“同步录音录像”,范围比《监察法》窄得多。

表2 《监察法》与《刑诉法》关于同步录音录像的条文对比

监察法	刑诉法
第41条第2款:调查人员进行讯问以及搜查、查封、扣押等重要取证工作,应当对全过程进行录音录像,留存备查。	第123条规定:对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件,应当对讯问过程进行录音或者录像。

第三,可能存在的“两难”。《监察法》规定监察机关审查运用证据应当与刑事审判的证据标准一致,而刑事审判是遵循《刑诉法》及其配套规定,那么监察调查也应遵循《刑诉法》的证据标准。倘若《刑诉法》有的标准比《监察法》低,就会在监察阶段出现按《刑诉法》规定对证据不排除,但是按《监察法》却“不得作为案件处置的根据”两套标准。

至于起诉、审判阶段,未明确规定关于证据的排除要适用《监察法》,但是只适用《刑诉法》会造成另一个困境:如果有的证据未能被监察机关按照《监察法》的高标准自行排除,到了起诉、审判阶段就可以不被排除。监察机关犯下的错误在自己放弃或忽略纠错后,法院、检察院却不能弥补。

(二) 调和: 监察案件非法证据排除应受“两法”双重约束

《监察法》总计69条,相关实施细则也尚未制定。因此,《刑诉法》及配套法规能够成为《监察法》很好的补充,监察案件非法证据排除也应受“两法”双重约束。

1. 《刑诉法》及配套法规代表“审判中心”的最新成果

《刑诉法》自1979年颁布以来,历经近40年的反复修正、锤炼,显得更加成熟、完备,更加适应我国社会国情。此外,自2010年《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》首次提出非法证据排除规则,至2012年《刑诉法》及其司法解释,再到2017年《严格排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《严格排非规定》)、《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行)》等一系列规范性文件,刑事诉讼法律体系中的非法证据排除规则历