

取证主体合法性若干问题

龙宗智*

内容提要：取证主体合法性问题基于中国特殊的制度背景与国情产生，目前有关问题亟待研究解决。对于职能管辖中非管辖侦查单位取证，应当根据案件情况确定其故意性，由此区别“善意管辖”与“恶意管辖”，对后者应否定其侦查取证的有效性，以维护管辖法制；对于纪委取证，基于传闻规则的底线性要求，在诉讼中原则上不能使用其调查的人证，但可以根据证据的形式及用途等设置若干例外；对于立案前调查机关所获证据在审判中的效力，在明确立案意义的基础上，区别强制侦查与任意侦查，允许在审判中采用任意侦查所获证据，否定立案前强制侦查获取证据的效力，但基于“紧急措施”获得证据的除外。

关键词：主体 证据调查 合法性 法律效力

近年来，由于国家法治建设的推进，刑事诉讼法治完善问题日益受到关注。在证据合法性问题上，由理论探讨，到实际运用，在合法性规则的确立与实践方面，应当说我国刑事诉讼制度已经有了一定的进步。然而，对证据合法性以及违法证据排除规则的研究，大体上限于程序违法的研究，对取证主体的合法性问题，理论上研究不深入，实践中也缺乏明确规则对相关问题予以规制。但实践中这类问题比较普遍，需要我们认真解决。而且这类问题往往是产生于中国特殊的制度背景与国情，在现有的证据法和诉讼法理论中难以找到答案，因此具有一定的疑难性和挑战性。^{〔1〕}笔者从中选取几个比较突出且有争议的问题进行探讨，希望在理论上有新意，对实践有助益。

一、关于非管辖侦查单位取证合法性问题

我国现行刑事诉讼法对刑事案件的侦查管辖作了明确划分。该法第18条以检察院与公安机关两个侦查主体为前提，明确规定刑事案件由公安机关进行侦查；贪污贿赂犯罪，国家工作人员的渎职犯罪，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，由人民检察院立案侦查。同时规定，对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件，需要由人民检察院直接受理的时候，经省级以上人

* 西南政法大学教授。

本文受全国优秀博士论文基金资助。

〔1〕 本文所研究的三个相关问题，基于中国特殊的制度背景而产生。如非管辖侦查单位取证的合法性与我国警察机构和检察机关特殊的案件分工管辖方式相关；纪委取证问题与我国特殊的党和司法的关系以及党的纪检部门的特殊地位相关；立案前调查机关所获证据的效力问题产生于我国特殊的立案程序。同时这些问题均与我国刑事诉讼尚未确立传闻规则这一制度背景相联系。因此本文可以说是以证据法理论结合中国实际情况进行实践与学理分析的一次尝试。

民检察院决定,可以由人民检察院立案侦查。其余刑事案件,由公安机关进行侦查。

由此可见,我国侦查管辖的特点是公安、检察机关同为侦查主体,彼此之间案件管辖分工明确,仅为检察机关设定了一个较小范围的机动侦查权。这一规定,是1996年修改刑事诉讼法,取消原刑法的第13条中的所谓“认为”条款〔2〕而形成的。

作为公诉责任担当机关的检察院除法律规定的一小部分案件外,无权对自己指控的案件立案侦查,这种将案件侦查责任在同属控诉方的公、检两机关之间作如此明确的划分而且缺乏机动性的做法,似乎在这类立法中是一特例。因为控诉机关根据指控的需要,自己取证调查或者委托警察机关以及其他有调查能力的机关调查,均系国家控诉权本身的构成要求,是控诉权的“题中应有之义”。为此,有的国家,如德国,将侦查权直接赋予检察机关,而警察只是侦查辅助机关,受检察机关委托实施对大部分案件的侦查(检主警辅模式)〔3〕有的国家,如日本,检察官与警察均有侦查权,但检察官可以对一切他认为适宜由他侦查的案件进行侦查(双主体模式)〔4〕还有的国家,如美国,刑事案件通常由警察侦查,但检察官有权介入侦查(警主检辅模式),检察官的侦查取证一般不发生程序不合法或证据不合法问题。〔5〕

1979年刑事诉讼法确认检察机关对一切刑事案件的机动侦查权,应当说符合侦查权、检察权相互关系的特点,符合侦控的规律。〔6〕然而,由于受中国刑事诉讼各方面因素的影响,国家权力运作不规范,检察机关从自身利益考虑可能在某些案件中不适当地行使机动侦查权,导致立法机关在1996年修改刑法时对检察机关的机动侦查权进行限制,以致取消了刑法中的“认为”条款。〔7〕

正是由于对检察机关机动侦查权的限制,导致其对某些案件侦查管辖的有效性发生问题。在实践中,侦查机关超越职能范围管辖案件的情况并不罕见,尤其表现在检察机关对公安机关管辖的非国家工作人员犯罪案件,如检察机关对公司人员侵占、挪用资金等经济犯罪进行立案侦查等。〔8〕出现这种越权管辖的情况有多种原因。如1.立案侦查时,案件性质尚不够明确或者存在法律争议;2.对有管辖权的犯罪进行侦查时发现无管辖权的犯罪,一并进行侦查;3.有关机关为体现办案业绩明知不该管辖而管辖(这往往与内部管理制度上的工作要求尤其是办案数的压力有关);4.利益驱动,通过办理无管辖权的案件收取赃款赃物,再通过财政返回或其他方式使本机关获得实际利益,等等。

对于无侦查管辖权的案件进行侦查,其侦查行为是否有效,亦即该主体取证是否具有合法性与可采性,是实践中有争议的问题。对此有两种基本观点。一种观点确认这种侦查取证的有效性。理

〔2〕1979年刑事诉讼法第13条第2款规定:“贪污罪、侵犯公民民主权利罪、渎职罪以及人民检察院认为需要自己直接受理的其他案件,由人民检察院立案侦查和决定是否提起公诉。”

〔3〕法律依据为德国刑事诉讼法典第160条、第163条。

〔4〕日本刑事诉讼法第189条第2项规定:“司法警察职员在知悉有犯罪发生时,应即侦查犯人及证据。”第191条第1项规定:“检察官认为必要时,可以自行侦查犯罪。”

〔5〕有的美国检察官完全依赖警察进行证据搜集,有的则指导警察进行某些案件的侦查或独立进行某些侦查活动。但检察官负责公诉,警察负责为其搜集证据是一般的分工要求,同时检察官对是否自行侦查取证有一定的酌定权。参见[美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽等:《美国刑事诉讼程序》,陈卫东、徐美君译,中国人民大学出版社2002年版,第214页关于“检察官侦查犯罪的工作”和217页以下关于“警察检察官的互相依赖”。

〔6〕在我国,检察机关被定位为法律监督机关,这为检察机关的机动侦查权进一步提供了依据。

〔7〕笔者尚未查到关于修改这一条款的立法说明,但当时笔者作为检察机关的代表参加了关于修改刑法的部分讨论,包括参加全国人大有关立法部门在北京召开的修改刑法征求意见和讨论会,因此了解这一条款的修改理由。

〔8〕管辖错位通常系检察机关管辖不应由自己管辖的案件,而公安机关越权管辖应由检察机关管辖的案件则通常不会发生。因为检察机关对公安机关有立案监督、侦查活动监督、审查逮捕、审查起诉等多项监督性权力,能有效控制公安对检察的越权管辖。而公安机关对检察机关的自侦案件并无监督权限与能力,因此检察机关越权管辖在审前阶段难以制约,较易发生。

由是：1. 侦查管辖发生错位是刑事司法活动中经常发生的情况，无可厚非，不宜由此而否定侦查的有效性。因为立案侦查是刑事程序的发动，案件尚需查证，在案件情况尚不够清楚时容易出现管辖错位，如果以此否定侦查取证活动的必要性与有效性，不符合案件随着侦查活动的展开而逐步被把握的认知规律。2. 管辖错位仅为具体管辖权的错位，不能否认检察机关是有侦查权的国家刑事司法机关及法律监督机关。对于法律已赋予侦查权的单位否定其具体案件上侦查活动的效力，是小题大做，将侦查机关混同于普通单位。3. 检察机关作为公诉机关和法律监督机关在自己认为必要的时候对刑事案件进行侦查，符合诉讼的规律及检察机关的职能。现行法律限制这种机动侦查权不尽合理，因此在处理其侦查行为有效性的时候应当采取比较宽容的态度而不宜苛刻要求。4. 否定侦查的有效性将损害诉讼的效率。因为改换侦查管辖单位重新侦查取证将重复耗费本来就十分紧张的司法资源，同时由于时过境迁，可能导致取证时机丧失而使某些证据难以获得，或者即使获得也难以达到侦查预期。

另一种观点否定越权管辖的合法性与有效性。认为：1. 侦查管辖的规定，除有限的任意性内容外，属法律的强制性规定，如果肯定越权管辖有效，就违背了法律，而且会鼓励侦查机关违法，这不符合刑事诉讼法治原则。即使对法律的合理性有争议，也不能否定现行法的有效性。2. 侦查管辖权是对具体案件的侦查管辖权，有侦查权的机关如果没有对该案的侦查管辖权，管辖该案属于违法。就如在地域管辖上，侦查、起诉、审判单位不能任意管辖依法不应当由自己管辖的案件一样。3. 对侦查效率的追求必须以法律的规定为限。纠正管辖错误，由有管辖权的侦查单位重新取证，虽然可能在一定程度上影响诉讼的效率，但法治的维系总是以一定程度上牺牲效率为代价。个案的效率不能突破法律，这是建立刑事诉讼法治的基本要求。而且，如果允许打破侦查分工突破管辖规定，国家所设定的刑事案件管辖制度就会在一定程度上发生混乱，这会带来另一方面的无效率。^{〔9〕}

基于“相对合理主义”的学术立场，笔者认为以上两种观点都有一定的根据与合理性。肯定论从认识规律、制度合理性与效率性方面立论，有一定的说服力，一旦管辖错位就必须重新侦查，不仅在分析中显得不尽合理，而且在实践中也难以贯彻（因为这类错位的情况不少）。但肯定违法管辖的有效性却又违背法治原则。这似乎使我们进退两难。

经过认真思考并与一些司法工作者交换意见，笔者提出第三种观点，即对管辖错位作区别对待，区别的基本标准，借用一个民法术语，即“善意”与“恶意”——“善意管辖”，侦查合法，取证有效；“恶意管辖”，侦查不合法，取证无效。所谓“恶意管辖”，是指明知无管辖权而管辖，如对民营企业管理人员（而且并无国家机关或国有公司企业委派），明知不符合贪污罪主体要求而以贪污罪立案侦查，或越权以侵占罪立案侦查。^{〔10〕}所谓“善意管辖”，是在案件本身性质不够明确，或者对案件性质合理地存在某些争议的情况下实施的管辖。如涉嫌玩忽职守犯罪案件中，某些受委托执法单位的有关人员的行为，是行使管理职权的行为，还是一般技术监督行为，可能存在争议，检察机关决定以玩忽职守罪立案侦查。这种有一定法理根据的管辖，即属善意管辖。这类案件在实施侦查管辖后，即使在侦查终结、起诉、一审或二审时改变罪名，也不得因此而否定侦查的有效性。

〔9〕 浙江省宁波市人民检察院与宁波大学合作研究课题“刑事公诉系列问题研究”中，有一子课题——“公诉案件职能管辖权的隐性冲突与解决机制”，就是研究管辖错位及其解决的问题。课题研究者认为，职能管辖错位不应当否定取证有效。2003年2月，在宁波召开的有国内部分刑法教授参加的课题鉴定研讨会上，有的教授持相反观点。课题研究与鉴定情况在宁波市人民检察院网站有反映。网址：<http://www.zjnb.jcy.gov.cn/news/shownews.asp?newsid=288>, 2007-4-29。

〔10〕 这种直接越权立案的情况通常不会发生，因为明显违法，难以通过上级机关、其他机关以及社会的监督制约，除非有相关方面的指令或其他特殊情况。

区分“善意管辖”与“恶意管辖”，根据不同情况予以处置的做法，应当说符合司法的实际情况，既有利于维护法治，又可以防止损害诉讼的效率。因为，对于并无违法意愿，而是在侦查尚未充分展开而对案件性质认识不足，或者因为不同主体对案件事实和法律适用有认识分歧的情况下，案件侦办单位进行管辖，属于履行职责的行为，其管辖行为并无过错，基于对符合职责行为的尊重，同时也是对认识事物规律的尊重。对这种管辖不应当采取制裁措施，而应承认其侦查行为的合法与有效。

另一方面，如果不制裁“恶意管辖”，则既不合法，也不合理，而且对司法实践将产生不良影响，导致管辖无序。制裁恶意管辖的具体理由是：

第一，为了制止损害程序公正的利益驱动行为。恶意管辖离不开两个原因，其一是争功，其二是争利。争功即争取立案数量，因而对上级部门好交待，对社会能彰显打击犯罪的业绩；争利即追缴没收款物，通过直接、间接的方式获得单位利益。“恶意管辖”总与利益驱动相关。^{〔11〕}法律不应纵容在司法活动中偏离程序公正要求的利益驱动行为，因此应当对“恶意管辖”设置程序性制裁。

第二，为了维护管辖秩序和司法风气。“恶意管辖”破坏了法制，导致案件管辖秩序的混乱。因为无论关于职能管辖的法律规定本身合理性如何，遵守法律规定，维护法律尊严是法治的基本要求，因此，对于明知故犯的违法管辖行为，应当予以程序性制裁，如果纵容这种行为，就会导致管辖的随意和任意，从而破坏案件管辖秩序，发展下去还可能在政法机关助长争功争利的不良风气。

第三，为了遵从国家立法的本意。1996年全国人大修改刑事诉讼法，取消原刑法第13条中的“认为”条款，旨在防止案件职能管辖中的利益驱动和任意性。这种修改虽然值得商榷，但立法本意是明确的，而且也是有一定的合理理由的。在修法意图明确，立法机关意在限制任意管辖的情况下，违背法律规定进行案件管辖，是对立法意图和法律规定的不尊重，因此应当采取有效措施对这种不合法的行为予以制止。

制止“恶意管辖”最有效的方式，是否定其管辖的合法性与有效性，对其违法管辖所获证据的可采性予以否认。可以说这样做不足以制止违法管辖。因此，法院接受公诉案件时应当对管辖的合法性作司法审查。如果确属“恶意管辖”，在交换意见后公诉机关仍不撤回案件而坚持起诉，法院应当通过开庭审理宣布取证无效并做出无罪判决。为了进一步完善这一管辖相关制度，建议立法机关在修改刑事诉讼法时赋予法院作庭前审查并以程序不合法做出不受理案件裁定的权力。

对“恶意管辖”案件退回管辖单位重新立案侦查，对已取证据可以采取重新获取或者对证据作合法性转换的方式处理。

笔者认为，“善意管辖”与“恶意管辖”的区分及其不同的处置方式，可以普遍地适用于管辖错位的其他情况，如地域管辖错位等。

二、关于纪委取证与刑事诉讼的关系问题

政党的纪检机构获取的证据在刑事诉讼中的运用，这也是中国刑事诉讼中的一个特有的问题。由于相当一部分国家工作人员犯罪案件都涉及纪委取证问题，因此这一问题在司法实践中十分突出；但在另一方面，对这一问题探讨又很不充分，因为它涉及执政党与司法的关系这一十分敏感、十分重大的问题，人们往往不愿多言，甚至讳莫如深。然而，这一问题不解决，明显影响我国刑事诉讼程序及证据制度的合理运行，因此笔者不揣冒昧，试作学术性分析。

纪委取证问题研究，不能简单地套用一般法治理论中关于政党与司法的关系分析模式，而必须

〔11〕 有的案件是因为上级要办案数，下级单位被迫越权“揽案”，也属利益驱动的一种类型，不过“情节较轻”。

考虑我国司法程序设置与运行的制度背景与具体国情，就研究和处理这一问题的意义及考虑问题时需要注意的特殊性。笔者着重指出以下四点：

其一，由于中国共产党是执政党，而且采取“直接执政”^[12]的方式，因此，中共纪委不仅是政党内部的纪律维系机构，而且是国家的廉政机关。由于党的执政地位以及国家工作人员主要由党员构成，因此可以说纪委是国家最重要的廉政机关。加之目前的体制是党的纪委与国家行政监察机构合署办公，纪委作为国家廉政机关的特征更为明显，因此必然与同样具有廉政功能的司法机构发生多方面的关系。

其二，应由司法处置的具有党员身份的国家工作人员职务犯罪以及其他犯罪，同时也是纪委调查处理的问题，而且由于司法通常是越轨问题处置的最后防线与关口，纪检程序常常是党员违法处置的前置程序。这就必然发生纪检程序与司法程序的程序对接以及相应的证据连接问题。

其三，在我国，由于执政党具有“统揽全局、协调各方”的领导地位，以及目前所形成的廉政与反腐败工作由“党委领导，纪委协调，各部门各司其职”的工作格局，在调查处置国家工作人员职务犯罪问题上，纪委具有特殊的地位、充分的协调能力和相应的工作手段，国家工作人员职务犯罪往往在纪委阶段获得突破并取得证据，因此如何看待纪委的取证及其在司法程序中的运用，成为这类犯罪案件司法处理的重要问题。

其四，虽然我国宪法与法律确立了中国共产党的执政地位，但是由于没有政党法和执政党与有关国家机关包括司法机关的关系法规及其实施细则，纪委与司法机关的工作关系以及关联问题如何处置，还有待进一步明确。当然，这也为问题的研究以及相关规定的确立提供了一定的空间与必要性。

考虑到上述情况，结合我国的具体国情以及司法程序运作及证据运用合理性、正当性的底线性要求，笔者认为，对纪委获取的各类证据，应当分别情况进行处理。其中，对纪委调查获取的物证、书证，因为这些证据的客观性与现实存在性，可以采取司法机关重新取证或由纪委移交有关证据并制作移交笔录等方式解决。应当说这样做在实践中、在法理上都不存在大的问题。目前有争议同时实践中做法不一的主要是纪检程序中获取的人证，以下重点对这一问题进行探讨。

对此，笔者的基本观点是：对纪检程序中获取的书面形式的人证，即当事人陈述与证人证言，原则上不能在司法程序中作为定案依据。

纪委获取的人证，能否作为诉讼证据，有不同的意见。赞成者认为，这类程序具有相关性和证明力，能够证明案件事实。而且由于部分案件当事人或证人在诉讼阶段改变供词和证言，否认原来供认的罪行，或者某些证人逃避作证以及其他原因不能找到，如果不用纪检程序中获取的人证，有些案件就难以证实，使这些职务犯罪不能被有效地打击。反对使用这类人证的则认为，纪委所取证据虽然有一定的证明力，但纪委并非法律所确认的有权获取诉讼证据的司法机关，因此，其取证属主体不合法，所获人证不能作为诉讼证据，只能作为司法机关获取证据的线索和参考材料。^[13]

笔者认为，纪委获取的人证原则上不能作为刑事诉讼程序中使用的定案依据。但笔者所持理由与前述反对论者有一定区别。笔者所持的主要理由是：根据保证证言可靠性的排除传闻证据规则及直言词原则，法庭审判之前获取的书面证言原则上不能在审判中应用。由纪委在司法调查前的纪律检查阶段制作的笔录在诉讼阶段作为定案证据使用，将突破我国刑事诉讼证言可靠性的底线，因此，这类人证不得作为定案依据。

所谓“传闻证据”，主要是指不能在法庭上作有效质证的道听途说以及在庭审前由有关主体获

[12] 这里所称直接执政，是指政党对国家政务有决定、处理权；而间接执政，是指由经过选举、推举出来的政党领袖及政团成员作为政权机构代表来执政，政党本身无权直接决定国家政务问题。

[13] 参见邱文华：《试析纪检口供的证据效力》，《河北法学》2005年第11期。

取的书面证言。传闻证据的主要特征是在法庭上不能对该证据进行有效质证,由于原始人证不出现于法庭,该证据的真实可靠性不能得到合理的检验。因此,使用传闻证据将使司法承受证据不可靠的风险,传闻的排除就成为刑事证据法的一般要求。不过,基于诉讼效率及有效证明事实的需要,传闻排除规则需要确立一些例外情况。一般的法理要求是,如果难以获得原始人证,同时有证据证明该传闻证据是在十分可信的情况下产生的,使用传闻的风险不大,可以将庭前获得的以书面形式呈送法庭的人证以及其他传闻证据作为诉讼证据使用。

根据我国的具体情况,我国现行刑事诉讼法对传闻证据采取了十分宽松的采纳制度。这主要是指对证人证言的形式要求很宽松。一方面,刑诉法第47条明确规定,“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证,听取各方证人的证言并且经过查实以后,才能作为定案的根据。”但并未规定证人出庭是一种强制性的义务,因此证人普遍不出庭,使得诉讼各方无法在法庭上对原始人证进行质证,从而使证言质证普遍成为方式不规范而缺乏有效性的质证。另一方面,法律对书面证言使用未作限制。刑诉法第157条规定,“公诉人、辩护人……对未到庭的证人的证言笔录……应当当庭宣读。”也就是说,只要证人不到庭,其证言笔录就可以当庭宣读。无限制地使用书面证言,违背了现代诉讼制度的基本要求,笔者曾撰文指出这是中国作证制度之三大怪现状之一。^[14]

不过,这里所指无限制使用书面证言,并非无限制使用任何主体获取的书面证言,而是仅指特定主体提取制作的证言。如果任何公民和组织作一个笔录都可以作为诉讼证据及定案依据,判决就可能近乎儿戏。因此,刑事诉讼法对人证取证主体和笔录制作程序作了特别的限制。包括:(侦查中)讯问犯罪嫌疑人必须由人民检察院或者公安机关的侦查人员负责进行。讯问的时候,侦查人员不得少于二人(第91条)。询问证人,可以到证人的所在单位或者住处进行,但必须出示人民检察院或者公安机关的证明文件。在必要的时候,也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言(第97条)。讯问(询问)笔录应当交犯罪嫌疑人、证人核对,对于没有阅读能力的,应当向他宣读。如果记载有遗漏或者差错,犯罪嫌疑人、证人可以提出补充或者改正。犯罪嫌疑人、证人承认笔录没有错误后,应当签名或者盖章。侦查人员也应当在笔录上签名(第95、99条)。询问被害人,适用询问证人的有关规定(第100条)。此外,刑事诉讼法第37条、38条,赋予了依法进入程序的辩护律师搜集证据、包括调查证人及被害人的权利,同时也明确了调查时的义务。

以上所列举的规定,说明刑事诉讼法所确认可以在诉讼中使用的证人证言等人证,是法定主体按照一定程序所形成的。主体要求与程序要求,是中国刑事诉讼在传闻排除规则总体缺失的情况下,为保证人证可靠性所做出的底线性要求。之所以法律要对取证主体设限,主要是因为特定主体所具有的专业资质与责任约束。不可否认,现代刑事侦查是一个特定的职业工作领域,要求从业者“术有专攻”;而法律在赋予侦查人员职权的同时,也对他们设定了以非法方式取证可能承担的法律风险。这种专业与责任的双重约束,对保证取证的有效性与合法性具有重要作用。因此,对取证主体资格的限制,是各国刑事诉讼制度的普遍要求。如根据英国《1996年刑事诉讼和侦查法》第二部分关于“刑事侦查”的规定以及针对该部分制定的《诉讼程序准则》,“刑事侦查,是指警察官员进行的调查行为,以便确定一个人是否应当被指控犯罪;或者被指控犯罪的人是否有罪。”“侦查人员,是指参与实施刑事侦查的任何警察官员,所有侦查人员均负有履行本准则赋予的职责的责任,包括在侦查中专门制作的录音信息、保存情况笔录和其他材料的职责”。^[15]

而对侦查活动中具有法律效力的人证笔录制作,就制作主体有更加严格的要求。根据德国刑事

[14] 参见龙宗智:《中国作证之三大怪现状评析》,《中国律师》2001年第1期。

[15] 引自中国政法大学刑事法律研究中心组织编译:《英国刑事诉讼法(选编)》,中国政法大学出版社2001年版,第640页,第686页以下。

诉讼法第 250 条,对于以感知作证的人证,必须直接在审判中询问,“不允许以宣读以前的询问笔录或者书面证言代替”。根据该法第 251 条,在证人、鉴定人或者共同被指控人已经死亡等不能到庭的情况下,可以宣读以前的“法官(询)讯问笔录”代替。这里,能在法庭上使用的,仅限于法官(询)讯问笔录,因为法官相对于控辩双方处于中立地位而且职业可信度高。^[16]而在日本刑事诉讼制度中,虽然法官、检察官与警察官员都可以在庭审前询问证人,但其效力不同。日本刑事诉讼法第 320 条明确规定了禁止书面材料作为证据代替当庭陈述的“排除传闻证据的规则”,同时第 321 条规定了基于不同主体身份的例外情况。其前提是证人因精神或身体障碍以及所在不明等原因确实不能出庭,即出现“陈述不能”的情况,由法官庭前询问而制作的陈述笔录可以在法庭上作为证据,经检察官询问而制作的笔录较之审判或审判准备中的陈述“更可以信赖的特别情况时”可以作为证据,而其他笔录,则只能是在“特别可以信赖的情况下作出时”才可以使用。而根据判例,这类笔录并非警察或律师询问的笔录,而是指“为了防止遗忘而记录交易情况的笔记”、“饮酒鉴定卡片中记录了与犯罪嫌疑人问答的部分”、“根据国际侦查协助,请求他方制作的陈述笔录”(即委托询问笔录)。这些笔录除国际司法协助中的委托询问笔录外,是我们所称的书证。^[17]而日本刑事诉讼法对检察笔录赋予特殊地位,是这类立法中少见的情况,因其与控辩平等原则有一定冲突,一直受到日本刑事诉讼法学者的批评。^[18]

反观本文所研究的问题,如果允许使用纪委等非司法主体调查制作的人证笔录,从规范意义上讲,突破了法律的规定;从法理上看,由于非司法主体缺乏专业规范、专业技能以及专业纪律的训练,缺乏专业调查的有效资质。而且作为非司法主体,不承担司法的责任,常常未受法律的有效约束,^[19]所制作人证的可靠性更容易被人质疑,如果使用于刑事诉讼中,其误判的可能性更大,因为这样做突破了已经非常宽松的证言可靠性规则的底线。

除上述理由外,还有政治方面的因素需要考虑。如果纪委笔录在刑事诉讼中应用,在这个意义上,在纪检活动中作为调查主体的纪委就有成为司法主体之嫌,这可能在外界形成中国刑事司法“党法不分”、甚至“以党代法”的不良印象。也许正是出于这样的原因,在纪委办理(后交司法处理)的一些重大案件中,有关部门明确要求纪委获取的笔录不得进入刑事诉讼。而据笔者的调查了解,各地通常也不允许纪委调查的人证笔录在诉讼中使用。

由此可见,纪委等非司法机关获取的人证不得进入诉讼,这应当成为中国刑事诉讼中的一项规则。然而,根据实际需要,在具备相对合理性的前提下允许有某种例外,在笔者虑及的范围内,可以设置以下三项例外:

其一,纪委获取的供词与证言笔录可以作为弹劾证据。弹劾证据,即质疑其他证据可靠性的证据。在证据法上,弹劾证据只能用于质证,用以动摇其他证据的信用,不能作为定案的实质性证据。将纪委获取的供词与证言笔录作为弹劾证据,有其必要性与合理(合法)性。所谓必要性,是因纪委程序与刑事司法程序是两个不同程序,由于人证的主观性及不稳定性,因程序转换而发生证明内容变化是时有发生,尤其是因这两个程序所引起的处置效果具有性质上的区别,通过司法程

[16] 德国科隆大学教授托马斯·魏根特指出:“警察讯问笔录通常不能在法庭上作为证据使用(德国刑事诉讼法典第 250 条)。但是警察可以以传闻证人的身份向法庭说出其听到的被告人曾经说过的话。如果警察忘记了,法庭可以宣读先前的讯问笔录以帮助他回忆起来。”引自[德]托马斯·魏根特:《德国现代侦查程序与人权保护》,刘宝译,载孙长永主编:《现代侦查取证程序》,中国检察出版社 2005 年版,第 344 页以下。

[17] 参见[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》,丁相顺译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 62 页。

[18] 松尾浩也先生指出,原则上排除侦查警官采集的侦查笔录,而赋予检察官询问笔录以传闻规则例外的地位,在法理上是有争议的,因为“检察官是与被告人相对的当事人”,但立法起草人基于比较在野法律界人士(律师)与警官,更多地信赖检察官,因此做出了这种规定。上引[17],松尾浩也书,第 62 页。

[19] 刑法第 247 条刑讯逼供及暴力取证罪,第 399 条枉法追诉、裁判罪,犯罪主体均为“司法工作人员”,对纪委和行政监察人员无法适用,也未看到适用先例,虽然在纪检监察实践中,刑讯逼供与暴力取证的行为也时有发生。

序实现国家刑罚权,导致当事人财产、自由乃至生命权的限制与剥夺,对当事人及其家庭影响极大,畏罪心理、侥幸心理可能因程序转换而产生,当事人以及证人(尤其是有利害关系的证人)的陈述可能因此而发生变化。这种情况下,通过出示当事人和证人过去的陈述材料揭露前后陈述的矛盾性,质疑其在司法程序尤其是在审判程序中陈述的真实性,是必要、可行和能够发挥一定质证效用的。而且,在纪检程序与司法程序具有明确的承接关系的情况下,仅仅将纪检笔录作为弹劾证据而不作为定案依据,这就在承认二者的承接联系的同时也明确区分了纪检与司法是不同的程序和不同的主体,在具体的法理分析上,这种在司法程序中严格限制使用纪检笔录但并不完全排斥的做法应当是可以成立的。

在实际操作中,应当注意两点:一是仅作为弹劾证据的纪检笔录并非案件主要证据,因此勿需作为“主要证据复印件”移送,也不应装入诉讼卷宗,只是在法庭上提出进行质证即可;二是违背法律及纪检监察的有关规定获取的笔录既不能作为定案依据,也不能作为弹劾证据。这是维护程序合法性、正当性以及保证证据质量的基本要求。

其二,对有利于被告的纪委调查笔录,在诉讼中可以作为实质证据。由无罪推定所推出的有利被告原则,在证据法上的表现,是在有罪控诉方面对证据的证据能力与证明力,^[20]有严格的要求;而在另一方面,对有利被告的证据,只要确认其可靠性,在程序要求和证明标准方面要求较低。这是普遍的做法,也同我国刑事司法实践比较一致。^[21]

其三,纪检程序中当事人与证人亲笔书写的供词与证言在程序合法及特别可信的情况下可以作为定案依据。

应当看到,书面供词与证言,实际上有两种形式。一是由“他者”制作的陈述笔录,一是由自己亲笔书写的陈述。这两种形式在法律上都有依据。我国刑诉法第95条明确规定了讯问笔录及制作程序,同时也规定“犯罪嫌疑人请求自行书写的,应当准许。必要的时候,侦查人员也可以要犯罪嫌疑人亲笔书写供词、证词。”调查证人证言及被害人陈述也适用这一规定。

陈述笔录与亲笔陈述有内在联系与一致性。因为二者常常是在同一调查程序中产生,内容往往是一致的,通常情况下,陈述笔录在先,亲笔陈述在后,后者与前者内容大体一致。加之这两种书面材料都不能实现法庭上对原始人证进行质证的要求,因此,一般说来,陈述笔录与亲笔陈述适用同样的证据法则——传闻排除规则。

另一方面,二者又有一定的区别,笔录属于他人转述,亲笔陈述系本人自述。转述容易扭曲陈述人的原意,而亲笔陈述虽然容易被陈述人对证明的内容进行修饰,但毕竟更能反映陈述人本身欲表达的意思。^[22]在这个意义上可以说,笔录具有更强的“传闻性”,而亲笔陈述的“传闻性”较弱。而更重要的是,笔录制作主体如果不是有关司法程序主体,就缺乏诉讼证据资格,但陈述书写人采用书面形式表达其意思与口头表达只是形式上的区别,其证据主体(当事人或证人)的地位无可质疑,因此在解释上符合主体适格性的要求。

正是由于上述两点区别,将亲笔陈述作为诉讼证据乃至定案依据是有根据的。但是这里有一重要的限制,即这种亲笔陈述必须是在合法程序中产生同时特别可信。

要求合法程序中产生,是因为亲笔陈述被视为当事人和证人本人所说的话,因此赋予其证据资格,但是如果取证程序不合法,这种陈述是因为刑讯、威逼、恐吓,非法的欺骗,不适当地羁押等

[20] 证据能力涉及相关性证据取得程序合法性,证明力在这里主要是证明标准的设定问题。

[21] 需要说明的是,笔者的这一观点的产生也是基于实际工作者的启发——笔者于2006年在西南政法大学举办的深圳市检察院反贪系统侦查培训班,就纪委取证问题谈自己观点时,一位检察官称对有利被告的纪委笔录在司法实践中使用应当比较宽松,而且目前在一些案件中也是这样做的。这一观点也可以补上,笔者认为这是适当的。

[22] 但是这并不意味着亲笔陈述的内容较之笔录更为真实。因为亲笔陈述更容易具有修饰性,而笔录往往更能反映询问及笔录制作主体的预期,据笔者所知,在司法实践中证实犯罪多用陈述笔录而少用亲笔陈述。

损害陈述自然性的手段产生，这种亲笔陈述就丧失了证据能力。这一要求有刑诉法第 43 条关于严禁以刑讯逼供等非法方法取证的规定，以及最高人民法院关于执行刑事诉讼法的司法解释第 61 条，禁止使用非法方法获取的人证作为定案根据的规定作为依据，因此应当说是能够成立的。

但处理这一问题时，在实践中有一个疑问，在以羁押或变相羁押的方式实施“两指”、“两规”^[23]的过程中所产生的亲笔陈述是否具有诉讼证据资格。笔者倾向于如果以羁押或变相羁押实施“两指”、“两规”，所获得的亲笔陈述不能作为诉讼证据。这是因为根据“党必须在宪法与法律的范围内活动”的法治原则，根据中华人民共和国立法法第 8 条关于“限制人身自由的强制措施和处罚”只能通过制定法律确认的规定，以及根据行政监察法第 20 条关于实施“两指”，“不得对其实行拘禁或者变相拘禁”的规定，以羁押或变相羁押的方式实施“两指”、“两规”，无论内部文件如何解释，仍然是缺乏法律上的依据的。而就行政监察而言，这样做还直接违背了法律的禁止性规定。因此笔者认为由此而获得的亲笔陈述不能作为诉讼证据使用。

由于亲笔陈述如何产生常常难以进行有效的查验，因此使用这类证据材料还要符合一项要求，即这种亲笔陈述“特别可信”，这也是对传闻证据例外使用的一般法理要求。对“特别可信”的判断，包括亲笔陈述自然流畅、真情流露、符合逻辑，更重要的是与其他证据相互印证使人可信等。

三、关于立案前调查机关所获证据的法律效力问题

立案前调查机关所获证据的法律效力，是实践中提出的关于证据能力即证据可采性的又一问题。这里所谓“法律效力”，是指立案前调查机关所获证据能否在审判中使用并作为定案依据。而争议的问题，主要是人证问题，因为物证与书证无论在哪一阶段获取，无论是由哪一主体提取，只要不违背法律，其法律效力一般不会发生争议。因此，这里着重分析人证，兼及其他证据。

否定立案前证据材料对于审判的法律效力主要基于以下理由：

1. 从法律依据看，在我国刑事诉讼中，立案（含立案前调查）与立案后的侦查是两个诉讼阶段，立案之前案件调查机关还未获得侦查权，刑诉法关于搜集证据的规定是针对侦查程序作出的，而侦查前阶段获取的证据材料作为审判证据没有法律依据。

2. 从证据形式与作证主体看，在立案之前，还没有确定犯罪嫌疑人及被告人，证人的身份也不明确，因此在司法实践中人证调查笔录不是“讯问犯罪嫌疑人、被告人笔录”及“询问证人笔录”，而是“调查笔录”。由于被调查人尚未取得“嫌疑人”、“被告人”及“证人”的身份，因此其调查材料的形式不符合“犯罪嫌疑人、被告人供述与辩解”及“证人证言”的法定证据形式要求，同时这些材料内容的提供主体也不符合法定作证主体要求。

3. 从证据功能看，立案前调查获得的证据材料是立案审查所依据的材料，其功能是为确认立案条件是否具备提供根据。^[24]一旦决定立案或决定不立案，其使命即已完成，其生命亦应终结。如果要延续其生命，在后续的诉讼阶段继续发挥其证明功用，需有法律依据，但刑诉法并未提供相关依据，因此这些证据材料被无依据地延续其功用是不妥当、不合法的。

笔者认为，否定论不无道理，而且目前确实存在我国刑诉法对这一问题的规定应当进一步完善的问题。但是对这一问题不应当一概而论，而应当区别对待。为此，首先需要明确立案的意义。在

[23] “两指”，即《行政监察法》第 20 条规定的，监察机关可以责令有违反行政纪律嫌疑的人员在“指定的时间、指定的地点”就调查事项涉及的问题做出解释和说明。而在中共纪检条例中，表述为“规定的时间、规定的地点”。

[24] 刑事诉讼法第 86 条规定，人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。可见，立案前调查是立案审查的重要内容，是为立案审查提供事实依据。

我国刑事诉讼法中，立案即刑事案件成立，其前提是有犯罪事实，需要追究刑事责任（刑诉法第86条）。立案的意义是启动侦查程序并为强制侦查提供法律依据。为进一步说明其意义，可以比较其他国家的侦查发动程序。

在绝大多数现代国家，侦查机关开始侦查（即犯罪调查）以侦查机关发现犯罪嫌疑为前提，法律并未设置作为一程序关口的专门的侦查开始程序。松尾浩也教授称：在日本，“警察官因为某种缘由‘认为存在犯罪’的时候，就必须开始展开侦查。”〔25〕在德国，罗科信教授写到：“要开启侦查程序有三种方式，一是由官署知悉后进行；二是因提起告诉而进行之；三是因声请进行刑事追诉。原则上，在官署知悉后，每一位侦查人员（检察官或警察人员，刑诉法第160条，第163条）均有义务进行侦查程序。”〔26〕

应当注意的是，这种以随机方式实施的侦查限于非强制性调查取证，即任意侦查，如果实施强制侦查，则必须在具备法定条件的情况下通过司法审查获得令状后实施。就这一法理，台湾黄东熊教授解释为，“关于侦查之开始，乃无需有条件：原则上，苟有犯罪嫌疑，则得开始侦查。由此而知，任意侦查，原则上，无侦查之条件，而强制侦查则须有条件。不过，所谓强制侦查之条件，其实，乃属为强制处分之要件。关于其要件，刑事诉讼法就每一项强制处分均以明文规定，如不符合所定之要件，则不得以强制处分为侦查之手段。”〔27〕

以上做法，笔者概括为“随机性侦查发动配合以强制侦查的法定原则与令状主义”。我国刑事诉讼法则与此不同，学习仿效苏俄刑诉法“提起刑事案件”程序，将立案作为刑事诉讼的开始程序。一旦立案，侦查之门即已打开，侦查机关有权实施必要的“专门调查工作和有关的强制性措施”（刑事诉讼法第82条第1项）。这种做法，可以概括为“程序性侦查发动配合以强制侦查的授权原则”。由此可见，立案的实质是为强制侦查提供法律依据。一旦立案，强制侦查即为合法，侦查机关有权实施搜查、扣押、冻结、监听等措施（法律做出特别限制的长期羁押即逮捕除外），而没有立案，就不能采取强制性取证和人身控制措施。明确了这一点，可以得出以下结论性意见：

其一，对立案前依法调查获取的物证、书证、勘验检查笔录等证据材料，可以在后续诉讼阶段使用并作为定案依据。因为这类证据的证据内容、证据形式与取证方式不受立案影响，法律为这类证据的获取与使用提供了较大空间，以尽量保证充分获得证据以证实案件真实情况。〔28〕应当说，对这类证据的使用在实践中争议不大，勿需展开论证。

其二，未立案不得实施强制侦查。如尚未立案即实施搜查、扣押、冻结、监听等行为，不符合法定程序，导致强制侦查行为没有法律根据，所获证据不具备审判上的法律效力。对此，应当严格把关处理。因为我国刑事诉讼法为了有利于对犯罪的打击，没有采用强制侦查法定原则和令状主义，而赋予侦查机关强大的侦查尤其是强制侦查权限，仅以立案程序作约束，如果这一程序都不遵守，就突破了侦查法治的底线，这种行为破坏法治，因小失大，不能允许。

其三，根据刑事诉讼法第84条第3款的规定，立案前报案接受机关有权根据情况采取紧急措施，这种紧急措施应当包括必要的拘留嫌疑人和扣押罪证等强制侦查措施，由此而获得的证据材料可以作为审判证据。

在法理上，刑事诉讼措施可以区分为一般程序措施和特别程序措施，后者是前者的必要补充。

〔25〕前引〔17〕，松尾浩也书，第42页。

〔26〕〔德〕克劳斯·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2004年版，第354页。

〔27〕黄东熊、吴景芳：《刑事诉讼法论》，台湾三民书局2002年版，第136页。

〔28〕刑事诉讼法第43条规定，“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。”这一规定，应当说体现了刑事诉讼尽量吸纳各种证据的立法精神。

例如搜查,申请司法令状实施搜查是一般措施,紧急情况下无证搜查是特别措施。同理,经立案再实施扣押、冻结等强制侦查行为是一般措施,而遇紧急情况未经立案即便宜行事,保全证据和嫌疑人,即为特殊措施。因此采取紧急措施而获取的证据,是合法证据,可作定案依据。

其四,在立案前采取调查询问等非强制侦查行为,获取的人证可以延续到立案后阶段使用,乃至作为审判中的定案依据。主要理由是:

1. 上述分析说明,立案是为强制侦查提供法律依据,非强制性的调查措施,无论在立案前还是立案后均可依法展开,由于这种调查并不违法,因此其中获取的具有证明作用的材料,无论是物证、书证,还是人证,都可以作为诉讼证据。

2. 从诉讼结构看,我国刑事诉讼程序是一种侦审联结的线形结构,在侦查阶段、起诉阶段、审判阶段均适用同样的证据法则。如果侦查程序中可以使用这些证据,在审判活动中使用也顺理成章。尤其是我国刑事审判并未贯彻传闻排除规则,对未到庭证人的书面证言,举证方有权当庭宣读,作为诉讼证据。这种书面证言,以及被告人的书面供述,在立案前获取与立案后获取没有本质区别。因此,不应排斥立案前获取的人证作为证据使用。

3. 从必要性看,有的案件立案后不能找到有关证人,或者证言供述已经发生变化,公诉机关有必要使用立案前获取的人证以证实犯罪。有一部分案件,尤其是检察机关立案的渎职犯罪案件,立案往往就意味着基本事实查清,或者主要事实查清,立案前的调查工作已经包含案件侦查工作的主要内容,如果否定立案前人证的诉讼效力,将会事倍功半,甚至使某些案件的事实难以证实。

4. 立案前调查尚未在程序上确定嫌疑人与被告人,使立案前调查所获供述、证言在证据形式的某些方面(称谓)与立案后同类笔录有所区别,但这种区别只是在形式上有某些区别。鉴于调查主体同一、作证主体同一、证明事项同一,证据的书面形式同一,而仅仅是作证主体和调查笔录的称谓不同,这种区别不应当对证据效力形成实质性的影响。不过,能够作为审判证据的立案前笔录,应当完全按照刑事诉讼法关于讯问嫌疑人、被告人以及询问证人、询问被害人的要求制作,如果取证程序出现严重瑕疵,该人证不能作为诉讼证据。

鉴于立案前所获证据尤其是人证的效力在刑事诉讼法上规定不明确,应当采取适当方式在法律上予以完善。一种方式是修改刑事诉讼法,明确规定立案前可以采取调查措施并在符合条件时准用侦查程序中关于侦查行为的有关规定;另一种方式是通过司法解释或有关机关联合发文对这一问题做出明确规定。

Abstract: The issues evolving around the legality of subjects in obtaining evidence are based on the systematic features of our country. Presently there are several issues to be studied and solved. As for evidence obtained by organizations that are not entitled, we should decide the validity of such evidence according to the intention of the organizations, distinguishing the "good faith jurisdiction" and "bad faith jurisdiction". As for evidence obtained by the Commission for Inspecting Discipline, we should deny the admissibility of its testimonial evidence according to the requirement of hearsay rules, but we can list some exceptions according to the form and use of the evidence. As for the evidence obtained by the investigation unit before a case is filed, we should take different attitudes toward enforceable investigation and free investigation: evidence obtained in free investigation is admissible in trial while evidence obtained in enforceable investigation is not, with the exception of evidence obtained in "emergency measures".

Keywords: subject, evidential investigation, legality, legal effect
