

专题研讨：司法鉴定立法
Special Topic Discussion: Forensic Appraisal Legislation

监察鉴定立法的规范分析与程序完善 ——以司法鉴定制度为参照

拜荣静

(兰州大学法学院, 甘肃 兰州 730099)

摘要: 2018年《监察法》与2021年《监察法实施条例》分别规定了监察调查中的鉴定措施,这标志着我国继司法鉴定、行政鉴定方式用于解决专门性问题之后,又产生了解决专门性问题的监察鉴定方式。《监察法实施条例》在监察调查权限中规定了鉴定措施的基本规范,监察鉴定对于监察调查中专门性问题解决有其存在必要性和基本价值。根据《监察法实施条例》相关规定,监察机关鉴定措施实行对外委托方式,鉴定人应当出庭作证,监察机关不内设鉴定机构。完善监察鉴定制度,应在监察机关内设对外委托职能部门,建立对外委托监察机构名册目录、建立监察鉴定意见复议制度,以及完善出具鉴定意见的鉴定人出庭作证制度。

关键词: 司法鉴定;监察鉴定;行政鉴定;对外委托;名册制

中图分类号: DF8 **文献标志码:** A **doi:** 10.3969/j.issn.1671-2072.2024.01.003

文章编号: 1671-2072-(2024)1-0018-10

Normative Analysis and Procedural Improvement of Supervision and Appraisal Legislation

——Using the Forensic Appraisal System as a Reference

BAI Rongjing

(Law School, Lanzhou University, Lanzhou 730099, China)

Abstract: The 2018 *Supervision Law* and the 2021 *Implementation Regulations of the Supervision Law* respectively stipulate appraisal measures in supervision and investigation, marking the emergence of supervision and appraisal methods to solve specialized problems in China after judicial appraisal and administrative appraisal methods are used. The *Implementation Regulations of the Supervision Law* stipulate the basic norms of appraisal measures in the scope of supervision and investigation authority. Supervision appraisal has the necessity and basic value for solving specialized problems in supervision and investigation. According to the relevant provisions of the *Implementation Regulations*, the appraisal measures of the supervision organs shall be entrusted to external parties, and the appraisers shall appear in court to testify, and the supervision organs shall not set up internal appraisal institutions. To improve the supervision and appraisal system, it is necessary to establish departments within the supervisory organs dealing with external entrustment, establish a list of external entrusted supervisory institutions, establish a system for reviewing supervision and appraisal opinions, and improve the system for appraisers issuing reports to testify in court.

Keywords: forensic appraisal; supervision and appraisal; administrative appraisal; external entrustment; roster system

专门性问题是当事人在无法依据其自身具备的经验或常识进行解决的情况下,按照问题本身的复杂程度,需借助具有专门知识的人通过相关科学技术进行解决。在专门性问题解决过程中,科学技术承担了不可或缺的作用,其主要在于发现案件事实的因果关系,这无疑可以充分弥补人类认定事实

能力的缺陷。现代社会生活中,专门性问题具有持续扩张的广泛性,其数量和内涵基于科学技术发展呈现出时间和空间的多样性,这也使普通问题和专门性问题在一定程度上和范围内可以相互转换,即普通问题专门化,专门性问题常识化。目前,根据解决专门性问题的目的已经形成了司法鉴定和行政

收稿日期:2023-09-26

作者简介:拜荣静(1971—),男,教授,博士,博士研究生导师,主要从事诉讼法与鉴定制度研究。E-mail: bai305@163.com

鉴定两种不同方式。

司法鉴定是现代科学技术在司法领域内的实际应用,通过科学技术形成的鉴定意见被称为科学证据,对于诉讼中的事实判断与认定提供重要支持和保障。司法鉴定在司法领域是对待证事实的理性认识过程,客观的、可以重复的实验和检验数据可以形成直观认识,有助于再现和重构既往事实。司法鉴定是鉴定人运用科学技术解决专门性问题的认知和思维活动,作出的鉴定意见有助于案件裁判者发现案件事实,助力专门性问题的解决。

与司法鉴定相对应,在行政执法过程中为解决涉案的专门性问题,就产生了行政鉴定。与解决司法领域专门性问题不同,行政鉴定解决的正是执法过程中的专门性问题。行政鉴定是行政执法主体按照行政管理职权,行政机关对于案件中的专门性问题开展鉴定活动,本身是行政机关履行行政监管职能的组成^[1]。根据行政权的履职原理,行政鉴定属于行政行为,通过行政鉴定产生的鉴定意见法律责任应由行政机关或者法律授权的行政鉴定机构承担。行政鉴定行为可以成为行政复议或行政诉讼的对象,作为解决专门性问题的活动,行政鉴定与司法鉴定具备类似特质,均是专业性分析与判断的结果。

随着我国监察体制发生变革,2018年颁布并实施的《监察法》规定了鉴定是监察机关开展监察调查过程中可以决定实施的十二项监察调查措施之一。由此,在监察机关进行职务犯罪案件调查过程中亦存在需要解决的专门性问题,需要通过鉴定措施解决。这就形成了除司法鉴定、行政鉴定之外,解决专门性问题的第三种方式——监察鉴定。这也意味着在监察调查中通过监察鉴定形成的鉴定意见是法定证据之一,监察鉴定是适用于职务犯罪案件专门性问题复杂多变新情况的科学应对举措。

关于监察鉴定的理论、立法和制度规范,已有的文献数量有限,研究内容也较为分散。有观点认为,在国家监察体制改革进程中,需要协调并处理监察机关内设鉴定机构的原理问题,监察机关鉴定措施的执行问题,以及司法鉴定立法问题^[2]。有观点认为,监察调查中鉴定措施应注意鉴定意见与案

件事实间的合法性、客观性和关联性^[3]。也有观点认为,《监察法》未对监察机关鉴定措施设置任何限制性规范,对于鉴定人、鉴定机构资质、鉴定材料来源、资格、鉴定意见形式要件均应明确规范^[4]。亦有观点认为,在监察调查中运用监察鉴定措施应该把握基本原则、适用情形、机构选择、履行程序等问题^[5]。综合来看,已有的文献仅就监察鉴定部分程序问题进行了阐释,但对于监察鉴定涉及的程序问题缺乏系统性思考,这使利用已有文献提出的论点来解决问题的方案体系化不够。基于上述考虑,本文拟以司法鉴定制度为参照,从监察鉴定的形成与程序规制必要性出发,分析监察鉴定立法的规范要义,从而提出监察鉴定对外委托模式的现实隐忧,最后总结监察鉴定的程序完善思路。

1 监察鉴定的形成与程序规制必要性

《监察法》设置鉴定措施的主要目的仍然是解决监察调查中产生的专门性问题,从而对职务犯罪案件中的事实进行证明。本质上,因为监察鉴定必然是一种取证行为,所以其鉴定意见也需符合证据的基本属性要求,满足监察机关案件办理有效衔接司法的根本需要。

1.1 监察鉴定的形成

《监察法》第二十七条规定了鉴定措施,根据该条规定,监察机关在调查过程中,对于案件中涉及的专门性问题,可以指派或者聘请有专门知识的人进行鉴定。鉴定机构和鉴定人在完成鉴定活动后,应当出具鉴定意见,并且签名。与司法鉴定和行政鉴定类似,监察鉴定也是在案件办理过程中为解决调查活动中的专门性问题而产生的,而产生的专门性问题是监察机关工作人员依据常识和经验无法解决的,亦是缺乏相应证据对案件事实真伪予以支撑的。监察机关办案活动中涉及的专门问题相对复杂、智能、疏散,并且专业性强,需要有特殊领域内的专门性人才予以解决,这也说明监察鉴定涉及的社会生活领域极为广泛,可能产生鉴定问题的种类繁多,针对有些问题,已有的鉴定机构、鉴定人未必能解决。因此,2021年国家监察委员会公布并实施的《监察法实施条例》第四章第十二节专门规定了鉴定措施,对于监察鉴定应遵循的基本程序进行了相对原则性的规定。

1.2 监察鉴定的功能

1.2.1 解决监察调查中的专门性问题

监察调查中产生的专门性问题与司法鉴定、行政鉴定需要解决的专门性问题有一定交叉性,但也有其特殊性,主要涉及职务犯罪中的相关问题。在通常的监察机关执法执纪过程中,被调查人为国家工作人员,为逃避审查而处心积虑,犯罪手段多元而隐秘,这为调查人员取证带来障碍,虽然职务犯罪一般为“权钱交易”,但是“钱”的认定就涉及专门性问题的解决。监察调查中的专门性问题解决非常复杂,涉及如签字、签名的相关笔迹、电脑或者移动存储介质中的电子数据、视听资料、转账记录、账款收支中的出纳、会计记录与凭证等普通专业性问题。还涉及如文物、字画的价值估算,房屋装修工程价值评估等精细专业性问题。随着社会的发展,智能技术深入生活,被调查人个人账户、单位账户资金流水变化等均需要更加专业的人员对其进行判断和识别。这些问题显然不能单纯依靠调查人员的经验和常识作出判断,虽然对于个别专门性问题,可能调查人员具备一定专业知识可以适度判断,但是基于知识结构和认知能力的差异性,部分有价值信息有可能没有被及时发现甚至被忽略,从而导致案件定性错误。

1.2.2 印证监察调查证据的要求

在刑事诉讼中,案件中的证据只要符合法定最高证明标准,也能达到“案件事实清楚、证据确实充分”要求,则案件中证明案件事实的各证据就能够相互印证。印证是指案件中不同证据所产生的证据事实具备一定的重合性或者交叉性,使一个证据的证据事实被其他证据的证据事实证实。为保证刑事诉讼中的案件质量,印证证明模式在我国刑事案件办案活动中被长期坚持,针对防止产生冤假错案产生积极意义。监察机关对于职务犯罪的调查活动本质上仍然属于取证过程,因而被调查人行为定性也需要证据证明,而这些证据之间就需要相互印证,监察鉴定产生的鉴定意见就为印证其他证据的真实性提供依据。总体来看,监察鉴定可以为监察调查中的证据印证产生作用。其一,监察鉴定产生的鉴定意见可以弥补言词证据的不足,也可以与言词证据之间形成补强作用,这不仅可以防止冤假错案产生,也有利于非法证据的排除。其二,监察

调查是对职务犯罪的调查,在坚持法定证明标准的前提下,采取更为理性的证明模式,通过印证监察鉴定的鉴定意见与其他证据的联系,可有效防止孤立的证据定案。因此,监察鉴定形成的鉴定意见对其他证据的印证作用,也可适度限制调查人员取舍认定证据的自由裁量权。

1.3 监察鉴定程序规制的必要性

1.3.1 保障监察调查中的程序正义

监察调查是对职务犯罪是否成立的认识过程,依据《监察法》和《监察法实施条例》展开调查活动,遵循法定程序规定收集证据,实现监察调查中实体正义与程序正义的辩证统一。从《监察法》制定目的来看,通过监察调查发现职务犯罪惩治被调查对象,回应社会反腐期待,实现监察中的公平、正义是其首要价值目标。虽然发现职务犯罪是监察调查的实体结果,但在具体调查活动中应严格遵守相关程序规则,体现监察调查中的程序正义,充分保障监察调查活动的公正性。虽然追究职务犯罪能够充分彰显党中央反腐决心,建立人民群众信仰法律的现实基础,提升国家监察机制改革的社会认同,但并不代表在监察调查活动中可以忽略或轻视程序正义理念。程序正义是法治文明现代化的重要标志,遵循程序正义可以赋予实体结果坚实的证据根基,为实体判断供给证据链信息和程序逻辑。监察调查活动的基本任务就是采集职务犯罪案件证据,在禁绝刑讯逼供的条件下,如何证明言词证据的真实性就成为印证证明模式的基本要求。监察调查在上述功能价值引领下,通过监察鉴定取得的鉴定意见具备客观性、科学性,既可以作为独立证据证明案件事实存在,也可以印证言词证据等其他证据的真实性。程序正义理念有助于监察鉴定规范有效运行,也有利于保障被调查人合法权益,防止办案活动中出现取证瑕疵。

1.3.2 保障被调查人合法权益

现代法治要求立法原旨是为权利保障,在监察调查活动中虽然被调查人为调查对象,但在法院依法判决有罪之前仍然只能视其为社会公众,享有宪法赋予的基本权利,因而宪法之下的各种实体法、程序法并非应用各种措施限制权利,而是根据宪法基本原则和精神进一步细化社会公众基本权利的保障行使,尤其应强调程序性权利在保障人权中的

重要作用。监察机关监察权源自宪法授权,《监察法》《监察法实施条例》等是规范监察权及其行使程序规范的主要法律,在监察调查过程中,不仅要保障被调查人的实体性权利,也要保障被调查人的程序性权利。虽然现代程序正义理论说明实体公正的结果正当性与程序正义蕴含的程序公正并无必然联系,但通过正当程序保障的实体结果才能被普遍认同。监察调查中,职务犯罪的定性尤为重要,但这需要充分的证据作为依托,被调查人口供形成的言词证据真实性存疑,对于通过行贿、受贿取得的有形、无形财产需要对其价值进行评判,防止言词证据出现的记忆错误和刻意回避重要问题。由于监察鉴定本身具备解决上述专门性问题和印证监察调查证据之功能,因此一定程度上亦具备印证案件犯罪事实是否客观真实的证据能力。故监察鉴定措施是不是在客观公正的程序下运行,对案件的最终结果有重大影响,监察鉴定措施能够在法定程序下有序展开,则其本身就具备保障被调查人权利的功能价值,既能通过监察鉴定形成鉴定意见印证口供的真实性,亦可通过监察鉴定出具的鉴定意见清除相关误判防止冤假错案发生。

1.3.3 保障监察调查的公正与效率

从法治视角来看,全面依法治国必须树立法律权威、维护法治的过程和结果。法律的权威性不仅体现了法律要充分代表和反映立法者的意志和目的,而且体现了法律的执行也必须具备实体结果的正义和程序的正当性,这就要求公正和效率在法律运行中须得到充分体现。监察调查权的行使主体是监察机关,以监察调查活动为内容,在经过初核后,坚持以事实为依据,以法律为准绳,客观公正地调查案件实现社会公平正义。效率主要是以最小的成本投入获得最大的利益产出,然而,这种以效益为基准的利益产出以公正为前提,而公正则包括法律适用的过程与结果。通过监察鉴定形成的鉴定意见对案件事实认定及法律适用均产生决定性作用,而鉴定过程通常需要采取一定的科学技术手段,因此,无论是监察鉴定科学原理的应用还是监察鉴定意见的采信,最终都关涉案件的客观性和公正性。设定相应程序对监察鉴定行为进行规制,既能督促监察调查主体在规定时间内形成监察鉴定意见,也可以充分保证监察调查的效率性。此外,

监察鉴定程序规制可以有效保证案件办理在法定期间内完成,减少被调查人不必要的留置时间。

2 监察鉴定立法的规范要义

《监察法》仅在第二十七条中规定了监察机关在案件调查活动中,对于案件的专门性问题,可以聘请有专门知识的人进行鉴定,但对于监察鉴定的具体适用程序,并无具体规则。《监察法实施条例》对监察鉴定的适用程序规定了原则性条款,但距离规范化的司法鉴定程序尚有差距。

2.1 监察机关不设立鉴定机构

《监察法实施条例》在第四章监察权限第十二节规定了鉴定措施。该节规定共计八条,通过对这八条规定内容详细梳理,可以得出结论,虽然监察机关在监察调查过程中可以适用鉴定措施,但是监察机关内部并不设立专门用于监察鉴定的鉴定机构。这种情形与司法鉴定与行政鉴定既有相似之处,也有不同之处。在诉讼活动中取得鉴定意见,解决案件中的专门性问题已成为常规取证行为,然而在司法机关内部设立鉴定机构在我国经历了曲折的过程。侦查机关自新中国成立就在内部设立了专门解决侦查中专门性问题的鉴定机构,用于法医学、物证学、痕迹学等证据收集需要。检察机关自改革开放后开始普遍设立内部司法鉴定职能部门,作为公诉部门对案件是否符合起诉标准应当审查判断,而相关证据的真实性对于案件事实的证明就极为重要。因此,检察机关内部设立司法鉴定职能部门对于防止证据错误产生冤假错案极为重要。审判机关改革开放后在法院内部设立了用于协助法官审查判断案件司法鉴定证据的鉴定机构,这对于提升法官审查鉴定意见科学性、真实性发挥了重要作用,但在司法实践中产生了大量因为“自审自鉴”引发的权力寻租行为,导致案件裁判显失公正。基于此,2005年全国人民代表大会常务委员会《关于司法鉴定问题的决定》(以下简称《决定》)取消了审判机关内设司法鉴定部门鉴定权限,法院司法鉴定部门职能转变为对外委托司法鉴定。监察机关内部不设立鉴定职能部门应该主要基于防止“自监自鉴”的现象发生,避免产生因为证据采集发生权力寻租,当然,充分利用目前已有社会司法鉴定机构的鉴定程序

有利于减少成本投入。

2.2 监察鉴定执行对外委托鉴定方式

《监察法实施条例》第一百四十五条规定监察机关为解决案件中的专门性问题,按规定报批后,可以依法进行鉴定,该条规定鉴定时应当出具《鉴定委托书》,由二名以上调查人员递交具有鉴定资格的鉴定机构和鉴定人进行鉴定。从该条规定的内容来看,监察机关对于案件中的专门性问题采取鉴定措施实行对外委托方式进行,履行内部审查批准程序,按规定填写《鉴定委托书》递交有相关专门性解决资质的鉴定机构和鉴定人进行鉴定。对外委托鉴定方式是《决定》出台后,我国法院解决专门性问题的方式,主要是对接和遵守法院取消司法鉴定职能后成立的第三方社会司法鉴定机构出具的鉴定意见。对外委托司法鉴定可以有效规避法院内设司法鉴定职能部门引发的“自审自鉴”问题,而且可以根据第三方社会司法鉴定机构的相关资质条件选择,亦可会同案件当事人共同选择鉴定机构,以利于鉴定意见认可。专门性问题的普遍性反映出职务犯罪案件事实问题的复杂性,同时也对调查人员思维理性提出更高要求。人类有限理性决定了调查人员对于监察问题均可依靠自身学习解决,这也就需要特定的专业人员对案件中的专门性问题进行鉴定。监察鉴定的对外委托方式对于调查人员取得鉴定意见的客观立场,提升职务犯罪案件调查的公信力,保障被调查人合法权益具有重要权利意义,也可通过监察鉴定的鉴定意见去除被调查人对相关证据的疑虑。

2.3 特殊专门性问题可以委托有专门知识的人鉴定

根据《监察法实施条例》第一百四十六条规定,监察机关可对涉案笔迹、印刷文件、污损文件、制成时间不明的文件,以及其他表现形式的文件进行鉴定。该条规定监察机关对案件中涉及的财务会计资料和相关财务进行会计鉴定,职务犯罪涉及行贿、受贿、贪污等资金流水账目,这就需要通过会计鉴定确定相关财务数据。该条还规定了对被调查人、证人行为能力进行精神行为鉴定。特定情形下,为规范监察调查,部分被调查人、证人可能有伪装精神失常情形,因此,需要通过法医精神病鉴定解决其行为能力问题,以便于调查工作正常开展。该条亦规定了对人体造成的损害或死因进行人身

伤亡医学鉴定,需要注意的是,本条目是“医学鉴定”的表述,并非“法医学鉴定”,这是因为在监察调查中不适用《刑事诉讼法》,而法医学鉴定服务于刑事诉讼案件,所以监察鉴定应用了“医学鉴定”的表述。该条还同时规定了对录音录像资料和电子数据进行鉴定,录音录像资料在职务犯罪案件中较为常见,但因为相关人员、音质同一性需要确认,所以需要通过对鉴定进行甄别。之所以对电子数据进行鉴定,是因为电子信息技术应用出现的材料及其派生数据容易被修改、破坏。该条最后进行了兜底规定,其他需要依法进行的专业鉴定,这就包括了监察调查中发现的新型专门性问题等。总体来看,解决专门性问题需要进行的笔迹、印刷文件、精神状态、电子数据、录音录像资料等鉴定类别已经纳入司法鉴定范畴,且制度形式相对成熟,监察鉴定解决专门性问题中的大部分鉴定事项司法鉴定可以供给需求。

2.4 监察鉴定的启动权

《监察法实施条例》规定了监察鉴定的启动权,分别体现在《监察法实施条例》的第二百四十五条、第一百五十条、第一百五十一条,规定了监察鉴定的初次启动权和再次启动权。《监察法实施条例》第一百四十五条规定“……按规定报批后……”作为监察鉴定初次启动权行使要件,并作为监察调查内部行政审批程序。《监察法实施条例》并未细化规定具体的报批程序,因此,无法从立法中获得监察鉴定初次启动权的行使权力内容。第一百五十条规定了经过初次监察鉴定后,符合鉴定内容有遗漏的情形,出现了新的鉴定要求,或者发现了新的有鉴定意义的证物,以及鉴定意见不完整,委托事项无法确定的情形,均应当进行补充鉴定。需要明确的是,监察鉴定的补充鉴定是在初次鉴定的基础上进行的,补充鉴定与初次鉴定两者之间是相互补充关系,不能相互替代。第一百五十一条规定了经过初次鉴定后,如果在完成鉴定意见过程中或结束后,存在鉴定程序违法,鉴定违反相关技术要求,鉴定机构和鉴定人不具备鉴定资质和条件,鉴定人故意作虚假鉴定或者违反回避规定,鉴定意见依据明显不足或者鉴定检材虚假或者被损坏的情形,均应当进行重新鉴定,而且规定重新鉴定必须另行确定鉴定机构和鉴定人,这与补充鉴定完全不同。

2.5 鉴定人出具鉴定意见并出庭

《监察法实施条例》第一百四十八条规定监察机关对于法庭审理中依法决定鉴定人出庭作证的,应当予以协调,这说明完成监察鉴定并出具鉴定意见的鉴定人,在法庭审理中依法决定出庭作证的,应当予以协调按时出庭。虽然在监察机关监察调查期间不适用《刑事诉讼法》,但是在刑事审判中适用《刑事诉讼法》,根据《刑事诉讼法》第一百九十二条规定,庭审中对鉴定意见有异议的,法庭认为有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经过人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为定案的根据。对于经过监察鉴定出具的鉴定意见,如果在法庭审理依法决定鉴定人出庭作证,但鉴定人拒不出庭作证,将导致监察鉴定的鉴定意见不能成为定案根据,这将引发系列程序性后果,导致之前监察调查形成的事实无法认定。因此,监察机关必须认真看待监察鉴定的鉴定人出庭问题,协调好鉴定人出庭作证的费用保障以及人身安全等问题,解除鉴定人对于出庭作证的后顾之忧。监察鉴定的鉴定人出庭作证接受质询,能够有效加持职务犯罪案件事实认定的证据效力,有效回应庭审中对于鉴定意见证据能力和证明力的质疑,从而使庭审顺利完成。

2.6 被调查人享有鉴定意见知情权

《监察法实施条例》第一百四十九条规定了调查人员应当对鉴定意见进行审查,对于经过审查作为证据使用的鉴定意见,应当告知被调查人及相关单位、人员,送达《鉴定意见告知书》。该条规定明确了被调查人对鉴定意见的知情权,这对于保障被调查人合法权益意义重大,因为涉及职务犯罪的监察鉴定均关联案件事实的新问题,鉴定意见证明案件事实有助于提高案件办理效率和公正性。国家监察体制改革后,监察权作为国家强制力保障的公权力行使职务犯罪案件调查,调查案件过程本身具有一定隐秘性。因此,被调查人对于关联自己利益的监察鉴定所形成的鉴定意见,如果没有知情权,不仅被调查人配合调查的积极性受损,而且在后续刑事诉讼中该鉴定意见质证也存在隐忧,导致司法效率纠缠于鉴定意见。对于调查人员,赋权被调查人知情,也有助于防止监察调查中开展鉴定活动的“暗箱操作”,《监察法

实施条例》第一百四十七条明确规定调查人员不得暗示或强迫鉴定人作出某种鉴定意见,被调查人对于监察鉴定出具鉴定意见知情权可与监察调查中的公权力形成制衡,因为在得知鉴定意见内容后,被调查人可以依法提出补充鉴定和重新鉴定申请,从而对已有鉴定意见提出异议。被调查人对鉴定意见的知情权亦可增强调查人员工作责任感,严格履行工作程序,维护国家监察制度的权威性和神圣地位。

3 监察鉴定对外委托方式的现实隐忧

根据《监察法实施条例》第一百四十五条规定,监察调查中鉴定实行对外委托方式,对于对外委托开展监察鉴定的具体执行程序和相关制度,《监察法》《监察法实施条例》均未涉及,其中的自由裁量空间较大,主要集中于鉴定机构和鉴定人以及专门知识的人的聘请等问题。而这些问题的分析,须以相对成熟的司法鉴定对外委托方式作为参照进行考察。

3.1 监察机关没有内设专门对外委托鉴定职能部门

《决定》规定人民法院不再内设司法鉴定机构,不再接受委托出具鉴定意见,停止了具体的鉴定业务。最高人民法院积极落实《决定》相关规定,下发通知给各级人民法院,明确要求积极稳妥地完成撤销司法鉴定职能任务,但是原机构和人员继续保留,承担人民法院对外委托司法鉴定和拍卖等新型工作任务,同时,原机构司法鉴定人员仍履行为法官提供技术咨询、技术审核等司法辅助工作。人民法院司法技术部门在对外委托司法鉴定过程中有责任和义务对鉴定机构进行监督,对于发现的问题及时指出或者向有关部门提出处理意见,更重要的是,在对外委托司法鉴定过程中,当事人具备程序参与权,可以有效参与鉴定机构的选择,从而减少重复鉴定产生。从上述司法鉴定对外委托方式现状分析可以发现,人民法院司法技术部门职能转换后已经形成了较为完善的对外委托司法鉴定制度形式,这对监察鉴定具有深刻的启发,监察机关应该设立专门对外委托司法鉴定职能部门,保障监察鉴定合法、高效进行。

3.2 监察机关没有建立对外委托鉴定机构名册制度

人民法院开展对外委托司法鉴定选取鉴定机

机构和鉴定人实行名册制度,名册是对已经取消的相关政府部门职能,并颁发行业行政许可的各类社会性鉴定机构进行评估、筛选,在自愿申请加入名册基础上,人民法院司法技术部门依据一定标准进行审核登记形成名册向社会公开发布,提供给审判人员和当事人自愿选择。进入名册的各类鉴定机构并非某一个别行业类鉴定机构,而是尽量包括了解决诉讼中可能遇到的专门性问题的鉴定机构,名册由人民法院司法技术部门统一编制和管理。区别于政府职能部门或行业协会编制的名册,人民法院司法技术部门编制的名册是在政府职能部门或行业协会已经取得相关资质、被列入对应名册的基础上,根据申请审核后得到的新名册,这种名册涵盖内容更为广泛,解决专门性问题能力有充分客观条件保障。当然,人民法院对于进入名册的鉴定机构不仅入口有严格要求,而且在开展对外委托业务上更须严格遵守法院相关规定。监察机关并没有建立监察鉴定对外委托鉴定机构名册,但是名册制对于监察鉴定意见形成应具有充分保障。首先,有利于统一监察鉴定机构准入条件;其次,有利于根据监察鉴定的实际需求快速匹配相应鉴定机构和鉴定人,有质量地高效完成鉴定并出具鉴定意见;最后,有利于统一监察鉴定的业务规范,如委托法律手续、检材提交程序、鉴定报告体例格式等问题统一化、规范化。

3.3 监察鉴定异议程序规范阙如

《监察法实施条例》第一百四十九条中规定了被调查人对监察鉴定出具的鉴定意见的异议权。按照本条规定,被调查人或者相关单位、人员提出补充鉴定或者重新申请鉴定,经过审查符合法定要求的,应当按照规定报批,进行补充鉴定或者重新鉴定。这说明监察鉴定出具的鉴定意见异议权提出主体有三类,分别是“被调查人、相关单位、人员”,其中被调查人界定明确,但是相关单位、人员界定相对不明,这使本条规定一定程度上缺乏可操作性。该条规定要求提出异议申请后“经审查符合要求的”,这就将行使异议权后是否可以补充、重新鉴定的审查权赋予调查人员,也就意味着是否启动监察鉴定的补充、重新鉴定首先经过调查人员审查,如果调查人员认为有必要就进入下一步程序,即应当按规定报批。“按规定报批”仅是系统、模

糊性规定,因为具体执行法律程序未有规定。与司法鉴定比较可以发现,《刑事诉讼法》第一百四十八条规定,侦查机关应当将用作证据的鉴定意见告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请,可以补充鉴定或者重新鉴定。刑事诉讼中犯罪嫌疑人如果对鉴定意见有异议,可以补充或重新鉴定,规定内容相较监察调查中监察鉴定规定内容较为宽松。监察鉴定赋予被调查人异议权不仅关系到其合法权利的保障及监察调查中程序正义的实现,更重要的是,监察调查能否仅靠监察鉴定出具的鉴定意见确证案件事实的真实性,因此,对于《监察法实施条例》第一百四十九条规定中的“……符合法定要求……”应尽量细化,以利于办案实践。

3.4 不具备鉴定人资质的有专门知识的人出具的报告的证据效力

《监察法实施条例》第一百五十二条规定:“因无鉴定机构,或者根据法律法规等规定,监察机关可以指派、聘请具有专门知识的人就案件的专门性问题出具报告。”2021年最高人民法院发布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(法释[2021]1号,以下简称《刑诉法解释》)第一百条规定:“因无鉴定机构,或者根据法律、司法解释的规定,指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告,可以作为证据使用。对前款规定的报告的审查与认定,参照适用本节的有关规定。经人民法院通知,出具报告的人拒不出庭作证的,有关报告不得作为定案的根据。”将《监察法实施条例》与《刑诉法解释》关于没有鉴定机构条件下,聘请有专门知识就案件专门性问题出具报告的规定进行对比,既有类似表述,同时也有不同之处,主要表现为《刑诉法解释》规定经人民法院通知,出具报告的人应当出庭作证,如果经人民法院依法通知拒不出庭作证,有关报告不得作为定案依据。《监察法实施条例》第一百四十八条明确规定了监察机关对于法庭审理中依法决定鉴定人出庭作证,应当予以协调,但是《监察法实施条例》第一百五十二条对出具报告的人出庭作证未作出任何规定,这就可能出现误解,以为出具报告的人不必出庭作证,但是按照《刑诉法解释》显然不能这样理解,出具报告的人应当出庭接受质询。2018年《最高人民检察院

关于指派、聘请有专门知识的人参与办案若干问题的规定(试行)》(高检发释字[2018]1号)规定了有专门知识的人范围以及专门知识的概念,尤其是明确规定了有专门知识的人出庭要求。参与办案的有专门知识的人出庭作证可有效促进庭审中关于报告证据能力和证明力的质证,以利于案件事实认定,保障司法公正。

4 监察鉴定程序规制的完善思路

监察鉴定制度构建是国家监察权行使的重要保障,也是职务犯罪案件事实认定的基本依据,对于监察鉴定的适用程序,既要考虑监察权行使的特殊性,区别于诉讼程序和行政程序,因而具备自身特点,但基于证据收集和科学证据的一般性原理,在监察鉴定相关制度和程序设计中亦可参考司法鉴定和行政鉴定的立法和成熟制度经验,以形成有效监察鉴定制度形式。

4.1 建立监察调查对外委托鉴定名册制度

前文已述及监察调查对外委托鉴定名册制度问题,关于名册制度的优势不言而喻,关键是如何建立规范、有效名册目录。监察调查对外委托鉴定名册制度构建有两种思路。第一种思路是不再重新按照职务犯罪调查需要编制鉴定机构名册目录,直接使用相关行业主管部门已经建立的名册目录,这样可以节省编制新名册成本,提高监察鉴定工作效率。第二种思路是基于职务犯罪的特殊性,应以《监察法实施条例》第一百四十六条规定可以依法开展的鉴定为基准,编制监察鉴定对外委托名册目录,并且对社会公开发布,这种做法的优势在于能够体现监察调查活动中专门性问题解决的特殊性,充分体现职务犯罪案件证明案件事实的针对性,去除了与司法鉴定关联性不大的鉴定类别。但重新编制鉴定机构名册目录必将耗费时间和人力成本。上述两种思路均有其优势,但均存在各自短板,本文并无倾向性观点,在此提出两种思路也仅是从理论视角出发作出的类别分析,具体制度建设还应该以监察调查职务犯罪案件实务需求为导向,其目的终究是保障案件公正。

4.2 科学配置监察鉴定启动权

《监察法实施条例》第一百四十五条规定了监察鉴定启动权,但本条规定是监察机关为查明职

务犯罪案件中的专门性问题依职权开展鉴定,说明监察鉴定初次启动权由监察机关行使,这就排除了被调查人及相关单位、个人行使初次监察鉴定启动权。虽然监察机关调查职务犯罪案件可能遇到专门性问题需要通过鉴定解决,但是在监察调查中,被调查人也有可能为证明监察机关主张的某种事实不存在向监察机关申请鉴定,这种情形在《监察法实施条例》中并未规定。职务犯罪案件较为复杂,各种因素交织,为保证办案质量,应当规定特定情形下,被调查人可以申请通过监察鉴定解决调查中的争议问题。《监察法实施条例》第一百四十九条规定了被调查人、相关单位、个人拥有再次启动监察鉴定的权利,这主要是涉及案件初次鉴定下的补充鉴定和重新鉴定。监察鉴定的再次启动权赋予被调查人,有助于进一步查明职务犯罪案件中的事实,这也是被调查人权利保障的基本要求,监察调查过程中由于欠缺律师帮助,因而被调查人对于法律规定理解有难度,这种情形下规定被调查人再次启动监察鉴定,有助于平衡国家监察权的行使,也有助于被调查人能够及时获取有利于自己的信息和证据。

4.3 设立专司监察鉴定对外委托职能部门

《监察法实施条例》关于鉴定相关规定显示,监察机关目前并无专司监察鉴定对外委托的职能部门,这项工作应该是由调查人员直接开展。人民法院原有司法鉴定部门在《决定》出台后成为司法技术辅助部门,专门负责人民法院对外委托司法鉴定、评估、拍卖等工作,原有工作人员不再进行具体的鉴定工作,主要进行人民法院对外委托鉴定名录编制和具体案件对外委托工作。虽然人民法院司法技术辅助部门的设立是一种基于国家立法改变被动的职能转换,并非初始是如此,但是这对于监察鉴定也是工作参照。在监察机关内设对外委托职能部门有如下有利之处。首先,根据人民法院对外委托司法鉴定已有成熟经验,在监察机关内设专司对外委托鉴定职能部门可以实现单项业务“归口管理”,由司法技术辅助部门统一委托鉴定,制定规范、有效的选择鉴定机构的法律程序,这就在具体案件的调查人员与鉴定机构和鉴定人之间增加一项工作程序,也是调查人员严格按照《监察法实施条例》第一百四十七条所规定的“不得暗示或者强

迫鉴定人作出某种鉴定意见”具体屏障,有助于预防权力腐败发生。其次,有助于监察鉴定对外委托名录编制。编制监察鉴定对外委托名录需要明确入册条件和评审程序,为保公正、公平、合理编制名录,需要成立来源多元化的专门委员会,广泛接受外部监督,增加名录编制的科学性、民主性、实用性。一般地,名录制度要求名录内机构应按照一定条件实行动态管理,及时吸纳符合条件机构入册,同时剔除失去入册条件的机构。而上述任务完成,如果没有内设专司对外委托职能部门是无法处理的。

4.4 构建对外委托监察鉴定机构选择的程序机制

监察机关对外委托鉴定工作中最重要的问题是鉴定机构的选择,鉴定机构的选择关系专门性问题能否得到妥善解决,同时也关系被调查人是否对鉴定机构和鉴定人产生质疑。监察鉴定机构的选择,目前决定权在监察机关和调查人员,但是这种仅靠内部审批权力制衡方式选择监察鉴定机构不利于鉴定机构获得案件鉴定机会的公平竞争,也无法保障最有利于专门性问题的鉴定机构被选择。解决上述问题可以考虑“调选”分离,即职务犯罪案件的调查人员与选择监察鉴定人分属不同部门。按照上文所述,如果监察机关能够内设专司对外委托鉴定职能部门,那么在编制监察鉴定机构名录前提下,就可以采用随机抽取选择符合解决专门性问题条件的鉴定机构,保证监察鉴定的客观公正。随机选择监察鉴定机构可以有效防止案件调查人员在选择鉴定机构过程中可能出现的误判,甚至违纪行为,使监察鉴定机构选择更加客观、公正、高效,这就为监察机关采信监察鉴定出具的鉴定意见规避了风险与隐忧。

4.5 规定监察鉴定异议复议程序

从《监察法实施条例》第一百四十五条至一百五十二条的规定来看,监察鉴定基本属于行政审批的流程管理过程,既然属于行政权履职范畴,对于行政权决定后果产生异议,应该赋权被调查人申请复议权利,这既可以保障被调查人通过表达异议启动监察鉴定维护公法权益,也可以由上一级监察机关审查监察决定的合法性与合理性,保障案件办理的公正性。在行政法中,行政复议制度是行政管理相对人认为行政主体的具体行政行为侵犯其合法权益,依法向法定行政复议机关提出复查该具体行

政行为申请。接受复议申请后,行政复议机关依据法定程序审查被申请复议的具体行政行为,主要就其合法性、合理性进行审查后作出复议决定。行政法规定的复议制度目的是行政管理相对方能够在其认为合法权益被具体行政行为侵犯情形下进行权利救济。在我国社会经济生活管理中,行政复议制度与行政诉讼互为补充,对及时解决行政案件,保障和监督行政机关依法正确履职发挥了重要作用。《监察法实施条例》关于监察鉴定规定了被调查人对鉴定意见的异议权,但异议是否被调查人员认可由调查人员自由裁量决定,只有经审查符合法定要求的,才能按规定报批,否则不予批准。但是《监察法实施条例》并未规定鉴定意见异议未获准许,被调查人如何获得权利救济,也并未规定对监察鉴定出具的鉴定意见如何提出异议复议。

4.6 规范监察鉴定鉴定人与出具报告的人出庭作证

《监察法实施条例》规定了两种解决监察调查中专门性问题的解决途径,一种为聘请鉴定人出具鉴定意见方式,另一种为聘请有专门知识的人出具报告。严格来说,鉴定人目前均为经过政府职能部门资格认证的司法鉴定人,其他职务案件、取得资质程序均有法定要求,但是,能够出具报告解决专门性问题的人并无鉴定人相关条件和资质,因此,经政府认定资质的鉴定人经法庭决定应当出庭作证,出具报告应有专门知识的人就更应该出庭接受质询。为保证鉴定人出庭作证,我国诉讼法及其相关司法解释和行政法规对鉴定人出庭作证产生的相关费用及其人身保障,均作了较为完善的规定,但已有资料表明,诉讼活动中鉴定人出庭仍然存在突出问题,出庭率仍然不高。为保障鉴定人和出具报告有专门知识的人依法出庭作证,监察机关应当对承接监察鉴定的鉴定机构和鉴定人提前做好相关法律条款释明工作,使其出具鉴定意见或者报告后有出庭作证心理准备,也尽早熟悉与鉴定有关的工作理论,以应对庭审中的质询。当然,监察机关也应当提前与鉴定机构和鉴定人、出具报告有专门知识的人议定好为出庭作证发生的费用,以提高效率,避免以后产生争议。

5 结语

国家监察体制改革是实现我国反腐败战略的

重大决策,自职务犯罪转隶监察机关以来,工作力度、成绩有目共睹,尤其是《监察法实施条例》的出台为监察调查提供了操作规范,使监察权限行使更具程序规范性。但是监察鉴定的相关规定与诉讼活动中的司法鉴定法律规定进行比较就更显原则性,监察鉴定的规范程序还具有较大提升空间,比如对外委托鉴定的制度完善对于监察鉴定就极为重要。被调查人在监察鉴定过程中的权利救济制度设计也不容忽视,国家监察权与被调查人权利平衡应予以立法关注。因此,如何通过理论研究、制度设计限缩调查人员在监察鉴定中的裁量空间和范围,保护被调查人合法权益应成为下一阶段监察鉴定立法的重点。监察鉴定程序需要进一步规范有其必要性,可以参照已经成熟的司法鉴定运行规则。但从鉴定资源高效利用的角度,前文中提到的在监察过程中涉及的笔迹鉴定、电子数据鉴定、医学鉴定等已纳入司法鉴定执业范围的专业事项,监

察机关可以直接委托具有资质的司法鉴定机构实施,对于非司法鉴定范畴的专业事项,如工程质量鉴定、造价鉴定等,监察机关应根据办案要求建立委托机构名册,完善相应鉴定程序。

参考文献:

- [1] 邵俊武.论行政鉴定及其司法审查[J].证据学论坛,2010,15:35-48.
- [2] 王连昭,杜志淳.国家监察体制改革进程中司法鉴定管理改革探究[J].中国司法鉴定,2019(1):1-7.
- [3] 龚举文.监察调查中如何适用鉴定措施[J].中国纪检监察,2019(24):53.
- [4] 朱兰,付琳.论监察调查中鉴定措施的运用[J].河南司法警官职业学院学报,2021,19(1):93-99.
- [5] 张元星.监察调查中运用鉴定措施应注意的问题[J].中国纪检监察,2020(14):53-54.

(本文编辑:朱晋峰)