

GONGAN
XUE
XINLUN

公安学 新 论

杜志淳 杨正鸣 主编

王永全 倪 铁 副主编

沈臻懿 执行副主编

上海人民出版社

公安学 新 论

杜志淳 杨正鸣 主编

王永全 倪 铁 副主编

沈臻懿 执行副主编

图书在版编目(CIP)数据

公安学新论/杜志淳,杨正鸣主编.—上海:上海人民出版社,2017

ISBN 978-7-208-14432-3

I. ①公… II. ①杜… ②杨… III. ①公安学 IV. ①D035.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 080402 号

责任编辑 龙 敏 夏红梅

封面设计 夏 芳

公安学新论

杜志淳 杨正鸣 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 15.75 插页 1 字数 267,000

2017 年 5 月第 1 版 2017 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-14432-3/D·3022

定价 58.00 元

序

“国家安危，公安系于一半”。公安学是研究调整有关国家安全与社会治安秩序的社会关系的行为规律的一门社会科学与自然科学相交叉的综合学科。准确地说，公安学所要研究的内容与法律或法制有关，但又不仅仅是法律科学范围以内的内容。切实发挥公安的职能作用，加强公安学的理论研究，丰富公安学的研究成果，打造法治公安，既是推进依法治国战略、建设法治中国的重要一环，也是公安学学科发展的必由之路。

华东政法大学刑事司法学院是全国高等院校中公安类专业办学历史最悠久的单位之一，也是华东地区公安类专业办学层次和水平最高的单位。学院在公安学建设中发挥长期积累的学科优势，整合侦查学、治安学、边防管理学等专业力量，并依托司法鉴定与计算机科学与技术(计算机应用技术)等学科作为公安学的重要支撑，形成了较为丰富的理论与实践成果。

青年人才的培养，是学术发展的未来。为了主动迎接确立公安学一级学科后的时代背景，充分利用现有优势和资源，进一步夯实、建设、发展公安学学科。多年来，学院采取多种措施推进研究生教育创新，加大研究生学术论文培育力度，取得了一批具有相当质量的优秀学术成果。我们希望有更多的人能够投入到公安学的研究中来，成为法治建设的中坚力量。

本书编者

2017年4月

目录

CONTENTS

001	序	
001	侵权诉讼中商标近似司法鉴定之初探	陈晓铭
010	浅谈侦查人员讯问伦理观的规范健全	王 哲
022	中国私家侦探规范化与职业化路径浅析	苏 娜
032	大数据时代犯罪预防战略的变革	邱庆聪
043	鉴定意见适用中的问题研究	潘其凡
056	论大数据下反恐行动的情报预警	晋永光
066	透视冤假错案情况看检警关系改革	夏传勇
078	我国犯罪嫌疑人供述和辩解调查技术刍议	何 润
090	违法性认识不应是犯罪故意的认识要素	贾亚超
101	论人性与犯罪	马 健
110	传媒与犯罪文献综述	张 赆
121	“报复社会”事件中的犯罪人犯罪心理分析	陈 帆
132	女性青少年犯罪原因分析与矫正建议	傅 颖
143	家庭暴力犯罪的心理试析及其犯罪预防	计 月
156	英国典型青少年恢复性司法实践概要	梁盼盼
166	女性反人伦犯罪问题浅析	徐 钰
180	论少年司法与儿童福利的体系性衔接	孙 鉴
188	司法鉴定人资格管理制度问题思考	梁 适
199	基于 CiteSpace 的司法鉴定学科热点与演进趋势研究	王雅兰
212	刑事物证保管链制度初探	范 瑶
223	我国刑事强制医疗制度研究	郭媛媛
233	摹仿笔迹鉴定研究	姚 舜

侵权诉讼中商标近似司法鉴定之初探

陈晓铭*

摘要:在商标侵权中,商标近似的认定一直是司法实践中的关键和难题。商标近似司法鉴定具有不可估量的价值。本文从商标近似的概念界定、商标近似司法鉴定的范围、鉴定中存在的问题等方面一一加以论述,并结合目前国内外的理论与实践经验,提出明确的商标近似司法鉴定范围以及将“引起相关公众混淆”这一要件的认定纳入鉴定范围的重要性,并针对现阶段出现的问题为商标近似司法鉴定体系的完善提出相关建议。

关键词:商标近似 司法鉴定 混淆

作为无形资产的重要构成,商标的价值日益彰显,然与此同时,商标侵权行为也层出不穷。但侵权者一般很少全盘剽窃他人之商标,往往取其部分,假以无碍大体之增删或换汤不换药之转变,使一般消费者难以分辨而发生混同,甚至受到蒙骗。商标侵害与不正当竞争之案件多系因商标近似引起。^①近似商标的判断是商标民事案件的难点,极易产生争议。

一、商标近似之概念界定

目前,负责商标注册、复审部门及法院在司法实践中对商标近似认定的判断标准不一,本文讨论的是法院在商标侵权诉讼中认定的作为侵权类型之一的商标近似。

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条规定了商标文字的音形义,图形的颜色构图,或其各要素整合后的结构、立体形状、总体颜色近似,易使相关公众对商品的来源与原告注册商标混淆或误认有特定之关联的,即构成了商标近似。

* 陈晓铭,华东政法大学2013级司法鉴定硕士研究生,现就职于上海市黄浦区司法局。主要研究方向为司法鉴定。

① 曾陈明:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第299页。

新修改的《商标法》明确强调受保护的注册商标只要具可区别性,即可申请商标。故其可区别性的要素亦可构成商标近似的认定因素。通常意义上,商标近似含两个要素:其一,商标客观上存有近似之处;其二,相关公众在一般注意之程度下易对两个商标产生混淆。

(一) 客观上的近似

简而言之,商标客观近似的因素就是其音、形、义。

1. 声音的近似性

相同的汉语拼音可以给若干汉字注音,因此,在先申请或已注册的汉字拼音商标,一般来说与读音相同的汉字商标不构成近似。但若在先的纯拼音商标已经存在,则作为近似的考量因素。新修改的《商标法》使声音标识可纳入注册商标范畴,使声音不局限于读音。

国外声音的近似性是商标近似的重要因素。在 *singer Manufacturing v. Morsesewing Machine & Supply Corp.* (1995) 一案中,美国的辛格公司注册了“Style-O-Matic”商标,使用在缝纫机上,而后莫斯缝纫机械与供应公司在缝纫机上使用了“Dial-O-Matic”商标。法院判决后一商标的使用侵犯了原告的商标权。主要依据是两者发音近似在电话订货或收音机广告中易使相关消费者产生混淆。^①

2. 外观的近似性

组成商标的文字、图形或者其组合具有一定的形式意义。从外观上看,文字除了其含义外,本身就是一定的图形,^②特别是汉字,一种独特的书写方式也是一种图形。例如历时6年的“中国方便食品知识产权第一案”,白家粉丝与河南白象之争就是典型。

3. 含义的近似性

商标文字间或文字与图形,抑或图形间足以在意义上引起混淆。如三星与 Three Star、白雪与 White Snow 等。

(二) 相关公众产生混淆

2006年的《北京市高级人民法院关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》回答了足以造成相关公众混淆、误认的界定问题。其指“相关公众误认为被

① [美]米勒、戴维斯:《知识产权法》(英文版),中国人民大学出版社2004年版,第260页。

② 刘玲芳:《商标近似认定标准及方法研究》,清华大学2005年硕士论文。

控侵权商标与注册商标所标示的商品来自同一市场主体,或者虽然认为两者所标示的商品来自不同的市场主体,但是误认为使用两者的市场主体之间存在经营上、组织上或法律上的关联”。新修改的《商标法》以基本法的形式确立了混淆原则,第57条细分了原法第52条中的“在同一种商品或者类似商品上使用与注册商标相同或者近似的商标”的侵权情形,对除“同一种商品上使用相同商标”外的近似侵权认定增加了“容易导致混淆”这一要件。由此观之,混淆可能性原则是商标侵权判定的基本原则,在商标侵权判定中起着指导性的作用。另外,在商标侵权的诉讼阶段,商标近似性认定的标准还要考虑商标的知名度。商标的近似程度和商标构成要素之间是否近似相关,以商标审查标准确定的原则为准。

尽管构成商标近似的两要素中前者是导致后者的条件或原因,但后者是具有决定性作用的。即使商标在某种程度上构成客观近似,但若两商标在实践中已长期并存,一般消费者通过两者细微的差异已能够辨认,即不致使相关公众产生混淆,则仍可判为不近似。

但在司法实践中,商标侵权案件的商标近似认定都不能单纯地从相关法条出发进行简单的判断。无论从商标的属性、功能还是形态上看,“商标近似”都不仅仅是一个单纯的视觉和法律判断问题,其中涉及到视觉心理学、知觉心理学、设计学、符号学、语言文字学等多学科的领域和内容,是一个综合学科的问题。

二、商标近似司法鉴定的范围

(一) 商标近似司法鉴定的理论分歧

司法鉴定是一种科学实证活动,是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。^①鉴定意见是对涉及专门知识、技术的事实问题作出分析、鉴别和判断,不能涵盖法律问题。在商标侵权诉讼中,是否构成近似的问题,可否交由司法鉴定机构进行鉴定?是由鉴定机构直接认定,还是由鉴定机构认定部分事实,由法院在此基础上审核认定各方证据最终作出认定,抑或是由法官根据相关证据直接作出裁量?

西方法谚有谓“法官不回答事实问题,陪审团不回答法律问题”,但我国不

^① 参见《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》,2005年2月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过。根据2015年4月24日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议《关于修改〈中华人民共和国义务教育法〉等五部法律的决定》修正。

实行陪审制,事实问题和法律问题貌似没区分的必要,事实问题和法律问题是糅杂在一起的,法官往往双管齐下。这种误解也是导致商标近似司法鉴定范围争议的主要原因。

关于商标近似的属性,通常认为其是商标法上的概念,上文也从法条规定方面对其概念进行把握。有学者认为,如果争议问题的认定夹杂了法律、政策和政治的要素,需要进行价值选择或利益平衡,需要考虑司法政策,则属于法官的权力范围,应当由法官来作出。商标近似的判断应当综合考虑诸多因素,夹杂了法律、政策的多重考虑,因此专属于法官的权力范围。^①

然而实践中涉及商标近似司法鉴定的案件虽然不多,但其存在也说明司法实践对将商标近似纳入司法鉴定范畴也不是持完全否定态度的,其既具有法律性也具有事实性。

如前文所述,通常商标近似有两个构成要件,将“客观上存在近似”这一要件纳入司法鉴定范畴,一般无争议,至于“引起相关公众混淆”这一要件的判定可否纳入,尚难达成共识,也是引起争议的关键所在。

(二) 引起相关公众混淆应纳入司法鉴定范畴

将“引起相关公众混淆”这一因素的判断纳入司法鉴定的范畴,是一种必然的趋势,商标近似司法鉴定意见能更好地帮助法官进行事实认定,从而进行法律适用。

商标近似并非纯粹的法律概念。在认定过程中,商标近似涉及的不仅是法律问题,如果法官用法律知识和审判经验或者逻辑推理很难解决,司法判决的公正性和正确性就难以保障,此时,商标近似的司法鉴定不失为解此燃眉之急的绝佳途径。

1. 其本身具有专门性问题的技术特征

“相关公众混淆”认定本身具有专业的知识要素,从商标的属性、功能和形态上看,“商标近似”不仅仅是一个单纯的视觉和法律判断问题,涉及多领域多学科的内容。即便是按照《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条认定商标近似原则中“相关公众的一般注意力为标准”的要求,同样也包含了如何以“相关公众的一般注意力为标准”;如何以该标准测试、比对、检验“商标近似”的方法;如何以科学合理的方法进行组织比对、检验、测试等问题。

^① 石必胜:《知识产权诉讼中的鉴定范围》,载《人民司法》2013年第11期。

虽然我国相关的行政法规和司法解释所规定的对“商标近似”的侵权诉讼的认定和比对标准,都规定了判断“商标近似”应采用“混淆原则”、“误认原则”、“相关公众原则”、“一般注意力原则”和“隔离比对原则”。这些判断原则和比对方法之中既包含了一定的法律判断要素,也包含了相当的专业知识要素。

因此,我们不能回避在甄别“商标近似”的内容和过程中相应的技术属性和技术支持的问题。如果仅由具有法律知识的主体进行判断,不仅违背了“商标近似”的判断规律,还容易出现反复和差错。如果没有具有专门知识和经验的专家组织“相关公众”进行比对和“误认率”的统计得出相关数据、做出鉴定意见,就不可避免地会出现“商标近似”判断的失误。所以客观上也要求凭其专门知识、技能或特别经验,能够运用科学方法和手段(包括视觉测试、心理实验)的专家组织“相关公众”进行测试、比对,并得出科学的结论。

2. 抽象法律判断规则的缺陷

抽象的法律认定规则使混淆的判断充满漏洞。司法解释虽然规定了认定商标近似的原则,但未能对商标近似认定这样一种技术性比较强的行为规定具体操作的标准和流程。法官往往仅凭自己对上述原则的理解和简单的比较分析去自行操作。可想而知,这样的结果很容易出现同案不同判的结果,从而严重影响我国司法的权威性。除了规定的笼统外,现有的规定中还存在着一定的“模糊性”,类似“相关公众”等虚拟概念的范围、“一般注意力”的界定等,具体案件中往往争议频发。

所以很有必要引入专门知识和相关技术来认定类似问题,以弥补认知缺陷和界定的模糊。

3. 司法实践的需要

司法实践中,简单的商标近似侵权案件,法官凭借自己的专业知识和经验足以把握事实和法律问题。但对较复杂的商标近似案件中是否客观近似,尤其是是否导致混淆的“事实认定”往往力不从心。

同时,我国的司法水平存在地域差异,地域内部也有高低。故将具有专业性技术问题的“商标近似”交给具有专门知识的司法鉴定人员进行鉴定,不仅分担了法官对于事实问题解决的负担,有利于司法机关专心研究法律问题,提升业务水平,而且有利于提高商标近似认定的权威性,大大提升司法公信力。

4. 商标法立法价值的体现

从立法角度考量,“混淆”原则为商标侵权的认定确立了第三方标准,体现了商标法旨在保护商标权人以及其他相关公众的利益。但相关公众是抽象概念,对其注意力的科学估量评判亦超出了法官的认知范畴。

关于引起相关公众混淆问题的判定,如若由法官自由心证,个体的局限性暴露无遗,不同法官同案不同判也在所难免。这种差异事实上使商标侵权判定的第三方标准流于法官主观化,且其作为法律专业人士,观察、比较能力高于一般群体,以其一般注意力作为标准有悖于立法意图。但相关公众作为一个概念,其思维认知过程具有一定的共性,通过司法鉴定的途径即用科学技术或专门知识探求相关公众对商标的认知情况,并以此为依据进行鉴别和判断能否引起“混淆”、是否构成近似,来做出相关的鉴定意见具有一定的科学性。

5. 司法鉴定法规的要求

商标近似所涉学科的多样性,符合《司法鉴定执业分类规定》所规定的知识产权鉴定的内容和要求:“知识产权司法鉴定是指依法取得有关知识产权司法鉴定资格的鉴定机构和鉴定人受司法机关或当事人的委托,根据技术专家对本领域公知技术及相关专业技术的了解,并运用必要的检测、化验、分析手段,对被侵权的技术和相关技术的特征是否相同或者等同进行认定。”^①因此将其纳入知识产权司法鉴定的范畴有其科学性和合理性。

6. 国外经验的启示

美国对于认定商标近似就采用了专家鉴定人的制度。判断商标是否近似是以消费者是否发生混淆误认为原则,亦称之为“消费者记忆原则”。采用该原则势必要运用并通过对相关人员的记忆测试、分析统计、视觉测试方法以科学的数据对商标是否近似做出鉴定意见。

总之,将“引起相关公众混淆”的判定纳入商标近似司法鉴定的范畴具有必要性和现实性,采用技术的语言解读混淆与否、混淆的程度等在司法实践中有不可估量的现实意义。

当然,将商标近似认定纳入司法鉴定范畴并非鼓励用纯粹的技术手段来判定和排斥其他证据和法官的主观认定,鉴定意见并不当然具有既判效力。同时,在实践中对鉴定机构的中立性,以及选取相关公众的客观性和全面性必须采取相应的措施加以规制,以保障司法鉴定价值的最大实现。

三、商标近似司法鉴定在实践中存在的问题

商标近似司法鉴定范围的争议也为司法实践中的诸多问题埋下伏笔。司法实践中商标近似鉴定强烈的现实需求与鉴定案件很少之间的矛盾引人深思,

^① 霍宪丹主编:《司法鉴定通论》,法律出版社2009年版,第136页。

目前的商标司法鉴定意见(即事实认定)与商标审判案件中的司法认定结果(即法律适用)往往会出现不一致的现象。究其原因,主要是司法鉴定人员根据的商标鉴定标准与审判人员的司法认定标准存在差异。一方面是商标近似司法鉴定缺乏统一标准,另一方面司法认定制度也不完善。某种程度上而言,差异存在具有必然性,主要反映了以下问题:

(一) 鉴定事项属性不明、范围不清

商标等知识产权鉴定较之其他形式的司法鉴定,如法医鉴定、物证类鉴定等,法律和事实判断的界限更加模糊。商标近似认定已不是纯粹的技术问题,既涉及事实判断,也涉及法律判断。司法鉴定的科学性和客观性本可以发挥很大价值。但知识产权司法鉴定具有浓厚的主观性,事实问题与法律问题的区分存在一定难度。

实践中对注册商标是否客观上近似,一般在认定上容易达成共识。但对“混淆”要件等的判定,因没有明确纳入司法鉴定范畴,若仅采取自由心证,不同法官对同案极有可能不同判,从而造成司法裁量尺度的不统一,若一味依赖商标近似的鉴定意见,则会使得审判权不合理的让渡,有损司法公信。

为了缓解事实判断和法律评价之间的紧张关系,对鉴定事项进行细化就显得十分重要。规范鉴定的具体操作程序、统一鉴定标准,增强可操作性,一方面给鉴定主体施展空间,另一方面防止其“越俎代庖”,是提高鉴定质量,保证鉴定结论客观真实的必要措施。在具体操作上,鉴定事项范围应尽量细化,明确事实判断与法律判断范围的界限,即使不能穷尽所有的专门性问题,也能形成对鉴定主体自由裁量权的有力约束,避免其越权鉴定,也能最大程度地发挥鉴定人辅助法官在事实认定上的作用。

(二) 与鉴定意见相关的司法认定制度不完善

如前文论述,法律抽象的判断规则使混淆的判断充满漏洞。到底商标比对的内容是什么?虽然司法解释规定了商标相同或相似判断的方法为隔离比对,但缺乏具体操作标准。司法实践中审判人员两手各捧着一个商标进行简单主观比对的情况仍然常见。“相关公众”等概念的范围,以及“一般注意力”的界定等,具体案件也存在不同的声音。

这种不确定性导致了司法实践中商标近似认定的不统一,同一法院司法认定与鉴定意见以及不同法院司法认定间都可能存在矛盾。为了解决上述问题,商标近似的认定有必要从立法上明确较为科学、细致的认定体系与方法。我国

商标法制的完善迫在眉睫,商标近似的认定是体现专业性和难度的,仅有原则性规定是不够的,细化司法认定的标准,才能将法官部分让渡于司法鉴定的“审判权”收回,某种程度上弥补了司法鉴定在法律认定上的不能。制定一套切实可行的操作方式和明确的标准来指导各地法院商标近似认定工作,才能保证全国各地法院按照统一标准作出客观公正的判决。

(三) 科学客观的鉴定方式的缺乏

当前理论界和司法实践对商标近似司法鉴定往往从客观近似性的角度入手,侧重商标间要素的分解和表象视觉元素的描述及比对,对近似的实质要件即“引起相关公众的混淆”缺乏内在形成机制、判断方式的科学属性的研究和考量。

在商标的司法鉴定中,不能片面地认为专门知识和科学技术只是在实验室“运用必要的检测、化验、分析手段”,应从广义的角度理解。例如作为管理学上比较成熟的科研方法“市场调查法”,^①将其应用到司法鉴定中来具有一定的前景。通过科学研究方法对是否引起“混淆”的调查,是对“事实的认定”,属于司法鉴定范围。

当然,在我国采用市场调查法,需要把握以下几点:首先,应保障调查对象的合理性,作为市场调查对象的相关公众应具备四个条件:一是与商标所使用的商品或服务相关的公众,二是须对相关商品或者服务有充足的了解,三是具备一般且非专业注意力和谨慎程度,四是对相关商标不具有精确的记忆。^②此外还应注意所选调查对象组成上的代表性与均衡性,适当调配各行业人士所占的比例以确保调查结果的可靠度与可信度。其次,调查地域范围应当选择与原被告最为密切的地域开展。再次,调查方式应当使调查对象处于自然购物状态下。然后,对调查结果的分析,多大程度的混淆可以判定为商标近似从而构成商标侵权,需要在司法实践中积累经验合理分析。最后,市场调查方法并不是所有案件中都应当使用的一种方法,基于其较高的成本,笔者认为,对于那些法官觉得难以判定或是争议较大的案件,采取这种方式比较适宜。

四、结 语

商标近似的认定并没有一个适用于所有案件的统一方法,在司法实践中要

① 周家贵:《商标问卷调查在英美法院商标侵权案件中的运用》,载《知识产权》2006年第6期。

② 彭学龙:《商标法的符号学分析》,法律出版社2007年版,第195—196页。

结合具体个案的不同情况选择合适的方法,考虑适当的因素,以相关公众是否有可能产生混淆为根本准则加以判定。因商标近似认定夹杂各种事实因素,因此将商标近似认定纳入司法鉴定的范畴具有合理性。明确“混淆”等要件作为鉴定事项,帮助法官解决不能运用法律知识、裁判经验或者通过逻辑推理解决的这些专门性技术问题,不失为解决商标近似鉴定中诸多问题的不二途径,同时也应完善商标近似鉴定相关的司法认定制度。此外,尝试借鉴市场调查法等作为鉴定方式即混淆可能性原则实践具体化形式,从技术的角度对混淆与否及程度做出专业判断,以及将类似科学方法引入司法鉴定能更客观地描述事实状态,使法官在此基础上通过证据规则正确认定案件事实和适用法律,使案件的处理结果获得最大的公正。本文希望从司法鉴定的视角对司法实践中准确认定商标近似进行初步探讨,不断完善司法实践中商标近似司法鉴定体系,从而提升司法公信力,更好地保护商标权人及相关公众的利益。

A Tentative Study of the Trademark Approximate Judicial Authentication in the Infringement Lawsuit

Abstract: In trademark infringement, the cognizance of trademark similarity has been the key and difficult problem in judicial practice. The Trademark Approximate judicial authentication is of great value. From the definition of the trademark approximation, the scope of the trademark approximation of the forensic identification, the problems existing in the appraisal, so the clear scope of trademark approximation judicial identification, and the importance of the recognition of the “cause public confusion related to” into the scope of identification, and recommendations for the perfection of trademark approximate judicial identification system in current stage are brought forward.

Key words: similarity in trademarks judicial authentication confusion



浅谈侦查人员讯问伦理观的规范健全

王 哲*

摘要:近年来我国很大一部分侦查人员依然无法做到正确的行使讯问权,滥用、错用侦查讯问权的现象还普遍存在,其核心原由是讯问人员欠缺正确的伦理观念。侦查讯问目前面临着司法人员伦理素养不高的困境,讯问伦理是一种内心的思维和态度,其完善不能仅仅依靠外部制度的健全,而需要通过针对性的心理教育和思想引导,立法规制和政策指引相结合才能提高讯问人员的伦理素质,避免冤假错案的发生并增加群众对司法公正的信任度。

关键词:侦查讯问 伦理 道德困境

一、侦查讯问人员的伦理的定义

讯问伦理是关于讯问道德的理论,是研究讯问道德的产生、发展、本质、评价、作用以及讯问道德教育、道德修养规律的理论观念。^①伦理规范之所以具有约束力,是因为其含义得到了人们的认可。伦理首先应建立起“内心”的应然,同时社会的行为期待也通过这种已经确定的规范建立起来,违背这种规范的行为将招致严厉的社会惩罚。与多数法律规范不同,伦理规范最初并不注重外部行为,而是注重内心的思想。^②

(一) 讯问伦理的内涵

“内涵”指的是事物本身所固有的属性,是一个事物的基本概念。伦理蕴含理性和公共意志,在此我们可将伦理定义为被社会普遍认可的价值观念和人性需求。侦查讯问是国家机关依靠国家公权力,以国家强制力为保障的,用法律规范的程序来进行打击犯罪和保障人权的行为。

首先,侦查讯问中的伦理应区分于一般性的伦理。依照社会的一般理论和

* 王哲,华东政法大学2014级公安法学研究生,主要研究方向为侦查学。

① [古希腊]亚里士多德:《尼各马克伦理学》,廖申白译,商务印书馆2015年版,第49—51页。

② [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第48页。

公共意志的观点:任何人只要遵循着社会普遍的契约规则和道德准则,便应当被尊重和保护,而一旦对他人社会造成了损害,便应当接受相应的惩罚。侦查行为不仅仅是逮捕人的工具和追诉的手段,而更应具有理性的光辉和善的本质,因此要进一步关注程序的善良本质以及对社会和后人的教化和感召结果。^①

其次,侦查讯问中的伦理应当具有内心的强制性。同一般伦理道德一样,讯问中的伦理应当建立起内心的应然性,讯问人员需要知晓讯问中的善与恶,哪些是自己正当的权力,哪些是超出了自己职权范围的事项,并在内心上给予确认,构建讯问伦理规范体系。不同于法律法规的外在强制力,伦理强制力则限于讯问人员的内心谴责,讯问人员违背了内心的伦理体系只会受到相关良心的谴责和精神层面的负罪感。

最后,侦查讯问的伦理需要同社会期待相适应。讯问人员仅仅依靠自身的意识和道德水准是很难建立起普遍适用于整体讯问人员的伦理规范体系的,所以讯问人员的伦理还需要同社会上的期待相适应。讯问人员需要了解国家和社会对于讯问活动的定义以及对讯问成果的期待内容。然后将自身特定的伦理规范同社会期待相结合,形成讯问人员应具有的伦理体系。

综合以上三点,侦查活动中的伦理的内涵便是侦查讯问中那些应该被肯定、被保护的内在的一般性价值观念,是指讯问阶段各方主体应得到人性道义上的支持的内在需求和被公共价值所肯定的价值观念,以及因侦查讯问的特殊性而应当有所限制或制约的人性需求和公共价值观念,以及对讯问阶段各方主体内在的自发性的约束规范。

(二) 讯问伦理的外延

外延是指一个事物所涵盖的每个方面,也就是一个事物的所有可能的存在方式。讯问伦理的外延则表现为在讯问阶段中对善恶行为作出的判断以及讯问人员应当持有的伦理观,具体表现为讯问人员在讯问阶段的心态。大致可分为三个方面:

第一方面是侦查人员自身应有的伦理观。侦查人员应当同其他社会公众一样,拥有端正的思想和积极的生活态度,有基本的善恶观和人道主义精神。同时,讯问人员要富有法治精神,坚持公平正义的伦理观念。

第二方面是讯问人员看待职位和工作的心态。讯问人员执行侦查职责时必

^① 杨正鸣、宋远升:《论侦查行为的伦理效益》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2006年第5期。

须公正无私且不受个人情感左右,必须具有诚信、正直、勇敢、坚毅的品德。而对于讯问人员而言,这种优良的品质很容易转化为感召和教化的力量,从而完成从个人品性到社会伦理效益的外化过程。^①讯问人员对待工作的心态也决定了一个讯问人员伦理体系的优劣,讯问人员应该正确认识自身工作的重要性,富有爱岗敬业精神,协调各方工作,服从上级的统一指挥并对不合理的指导提出质疑。

第三方面是讯问人员对待犯罪嫌疑人的心态。讯问人员应当避免对嫌疑人任意的有罪推定,避免对犯罪嫌疑人产生歧视心理和复仇惩戒心理,不应当以非法和非正义的手段来审讯嫌疑人,应当从证据出发,保证嫌疑人正当权利的同时保持对嫌疑人基本的人格尊重。

二、讯问人员面临伦理素质欠缺的困境

笔者在网络上收集到了 39 个有关刑讯逼供罪的裁判案例和 17 个媒体公布的案例,这 56 个案例中基本都存在着大量的非法讯问现象,可以折射出当前我国讯问环节存在大量不正规的审讯行为。讯问人员忽视了对于伦理观念的培养和健全,导致我国的讯问阶段一直无法走上正轨。一些讯问人员在很多环节上产生了畸形心理,其伦理的缺陷主要表现为三方面:

(一) 讯问阶段刑讯逼供现象依然大量存在

近年来经常可以听到有关刑讯逼供导致冤假错案的新闻报道。典型案件主要有:湖北省余祥林杀妻案件、湖南省滕兴善杀人案件、山西省岳兔元杀人案件、河南省赵作海杀人案件等“被害人回来”的案件以及云南省杜培武杀妻案件、辽宁省李化伟杀妻案件以及甘肃省杨文礼等抢劫杀人案件等“真凶出现”的案件。^②2014 年 12 月轰动全国的呼格吉勒图案的再审判决认定原审被告呼格吉勒图无罪,这一悲剧不但让中国司法蒙羞,也给予广大司法工作者警示,在办案过程中一定要严格按照相关程序,给予嫌疑人应有的权利保障。

在实践中,许多法律法规并不具有可操作性,办案人员刑讯逼供的防止措施没有得到有效的制定和实行,新的不当审讯的方式不断涌现出来,讯问人员的伦理底线不断的后退。同时当前的刑讯逼供案暴露出一些新的问题,如在职务犯罪中,刑讯逼供现象越来越突出,看守所的刑讯逼供减少了,其他场所如监

① 杨正鸣、宋远升:《论侦查行为的伦理效益》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2006 年第 5 期。

② 郭华:《侦查讯问权的正当性及其制约机制》,载《中国刑事法杂志》2011 年第 1 期。