

犯罪学大百科全书 (第二版)
总主编 何勤华
副总主编 杨正鸣 金其高

新中国 犯罪学研究

主编 杨正鸣
副主编 肖庆平 姚建龙

第3卷

2001-2010 (下)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

新中国 犯罪学研究

主 编 杨正鸣
副主编 肖庆平 姚建龙

第3卷

2001-2010

上海市人文社科研究基地华东政法大学外国法与比较法研究院重点项目
国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

新中国犯罪学研究. 第3卷, 2001~2010年 / 杨正鸣
主编. —北京: 法律出版社, 2011. 12
ISBN 978-7-5118-2866-8

I. ①新… II. ①杨… III. ①犯罪学—研究—中国
IV. ①D917

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第245692号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杨红飞

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京彩虹伟业印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/35.25 字数/706千

版本/2011年12月第1版

印次/2011年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5118-2866-8

定价(上、下册): 200.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

副主编简介



肖庆平

1958年生，湖北监利人。华东政法大学副教授、硕士生导师。现任上海市犯罪学学会秘书长、《犯罪研究》杂志社副主编兼编辑部主任。1979年华东政法学院复校后的首届学生，1983年毕业留校任教并任《犯罪研究》杂志社编辑。曾担任华东政法学院侦查学教研室主任、华东政法学院党委宣传部副部长等职。长期从事与犯罪学、侦查学、讯问学和物证检验学等相关刑事法学学科的教学与科研，参与撰写多本《侦查学》教材，发表专业论文30余篇。从教近30年培养了一批从事刑事法学理论研究和社会实践的优秀人才。



姚建龙

1977年生，江西永丰人。华东政法大学教授，法学博士、北京师范大学刑事法律科学研究院博士后，南京大学犯罪预防与控制研究所特邀研究员。曾为重庆市劳教戒毒所管教民警、上海市长宁区人民检察院副检察长，现任《青少年犯罪问题》杂志社主编。主要学术任职有上海市未成年人法研究会会长、上海市禁毒法研究会副会长、中国青少年犯罪研究会常务理事、上海市犯罪学会常务理事兼副秘书长等。主要社会兼职有中央综治委重点青少年群体教育帮助与预防犯罪试点指导专家、瑞典罗尔·瓦伦堡人权与人道法研究所中国项目顾问专家、上海市人民检察院检委会未成年人犯罪研究专业小组成员、上海市青少年发展“十二五”规划咨询专家等。曾获华东政法大学优秀青年教师、卡西欧奖教金、上海市禁毒人民战争暨禁毒先进工作者等荣誉。主持国家社科基金项目、中国博士后科学基金项目、司法部项目、上海市哲学社会科学规划项目等多项国家及省部级课题，出版个人专著四部，主编、合著10余部，发表学术论文近百篇。

谨以此书 献给
华东政法大学建校 60 周年庆典
上海市犯罪学学会成立 30 周年纪念
《犯罪研究》杂志创刊 30 周年纪念
中国著名犯罪学家武汉教授诞辰 90 周年纪念

总 序

犯罪,虽然不同时期的法律赋予其不同的内涵与外延,但它一直相伴于人类文明社会左右。犯罪活动扰乱了国家所要维系的社会秩序,侵蚀了社会文明的健康肌体,被视为文明社会的顽症,所有国家都将惩治和预防犯罪作为重要任务。不同时期的不同国家采取了方式各异的犯罪治理措施,或重典,或轻缓,或报复,或感化,形成了异彩纷呈的犯罪治理模式。

现阶段各个国家均建立了庞大的刑事司法系统,投入的人力、财力和物力可谓达到天文数字。但是,犯罪率依然一直上升,在一些国家和地区,相当严重,已经危及基本社会秩序的维系。面对此种情况,社会各阶层各方面,均感到忧虑和茫然。因此,解释犯罪现象的原因,探索控制犯罪的方略,设计预防犯罪的对策,便成为社会的迫切需要。需要是发明之母,需要是行为之源。在此背景之下,犯罪学的研究应运而生,并在过去的一个多世纪里取得了显著的发展。

中国传统文化包含了大量朴素的犯罪学认知:从“温饱思淫欲,饥寒生盗贼”,到“仓廩实而知礼节,衣食足而知荣辱”,等等。但遗憾的是,一直到20世纪初,现代犯罪学才作为一门独立学科得以引入中国。在20世纪上半叶,中国犯罪学研究大量吸收西方现代犯罪学的研究成果,并涌现出严景耀(1905~1976年)等一批优秀的犯罪学家,这一时期的中国犯罪学努力紧跟国际犯罪学学科发展前沿,并进行本土化的改造。

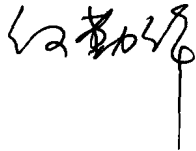
新中国犯罪学研究是建立在20世纪上半叶中国犯罪学发展基础之上的。在经历了20世纪50年代的短暂学术繁荣之后,由于众所周知的原因,中国犯罪学研究陷入低迷。80年代前后,中国犯罪学研究迎来了“春天”,犯罪学的各分支学科——刑事侦查学、青少年犯罪学、经济犯罪学、毒品犯罪学、犯罪预防学、犯罪矫正学等——得到了迅速发展,整个犯罪学学术研究呈现出真正的“百花齐放”、“百家争鸣”的可喜局面。正是在这样的背景下,1981年,华东政法学院筹建了新中国第一部专门研究犯罪行为规律和刑事侦查的学术期刊——《刑侦研究》。该杂志依托于刑侦教研室,虽以“刑侦”为特色,却不仅仅局限于“刑侦”,而且广泛涉及犯罪学领域内的各个方面,刊载了大量优秀的犯罪学理论学术成果,广受读者好评。为了适应新中国犯罪学的发展,《刑侦研究》经有关部门批准,更名为《犯罪研究》,并被评为全国法律类核心刊物。作为上海市犯罪学学会的会刊,它立足于上海,面向全国,关注当下的犯罪问题和犯罪治理工作,追踪犯罪学的国际最新发展,在犯罪学的理

论界和实务界产生了重大影响。

2011年是该刊创刊30周年,又恰逢该刊顺利发行200期,这对于一本纯学术性的专业期刊而言,实为不易之幸事。1981~2011年,30年风雨沧桑,变幻无穷,有多少学术刊物沉浮其间。在如此风云变幻的时代背景之下,《犯罪研究》能够顺应时代之变化,体现时代之精神,永远保持犯罪学学术研究的青春和活力,此为不易之所在。1981~2011年,30年时间的飞逝,见证了伟大祖国的繁荣与发展,也同时见证了犯罪学研究的起起伏伏。正是基于学会的领导与众多学者、同人的努力,让《犯罪研究》始终如一,坚持于犯罪学的研究,才得以让30年犯罪学的研究成果完整的流传,使后辈有志于犯罪学研究者能够更便捷、更直观地领略新中国犯罪研究的累累硕果,此为幸事之所在。

值此《犯罪研究》创刊30周年之际,在上海市犯罪学理论界和实务界各位热心同人的支持下,精选本刊所刊发的优秀文章,汇编成《新中国犯罪学研究》合集。希望能够借此合集的推出,以此合集为展示之舞台,让众多学者、读者能够更为便利地了解新中国犯罪研究的发展脉络,本次所选辑的论文都是引领各时期犯罪学理论前沿的优选之作,这些论文关注的时代焦点,注重治理对策研究,理论阐释精辟,路径选择实务。这些论文对不同时期的犯罪学理论研究、犯罪治理实践活动都产生过积极的推动作用,对当下的犯罪理论和实践仍有重要的借鉴意义。

1981~2011年,此间30年,是新中国更为蓬勃发展之30年;此间30年,是犯罪学不断开拓创新之30年;此间30年,是《犯罪研究》始终坚持为犯罪学研究服务之30年。回望30年的成长历程,有过困顿,更有奋进;有过令人迷茫的挫折,更有让人雀跃的发展。至此之后,我深信国家会更为强盛!犯罪学研究成果会更为丰富!



于华东政法大学
2011年10月10日

目 录

2006 年

侦查的时空维度 陈龙环 / 3

政府行为与社会和谐的若干思考 杨培源 / 14

侦捕诉联动机制的实践价值 陈乃保 杨正鸣 徐庆天 / 19

从无序到有序

——议侦查阶段新闻自由的法律定位 余立腾 / 24

诚实证人证言或然性探析 毕良珍 / 34

便衣侦查的理论与实践 马海舰 汪雪艳 / 43

犯罪学整合新理论

——不良内驱与自控冲突原理 于志葵 / 51

中国先秦犯罪思想初探 冯引如 / 59

犯罪现场勘查工作的科学化、规范化和理论化

——《李昌钰博士犯罪现场勘查手册》评介 郝宏奎 / 71

经济犯罪的形态与危害论 高峰 / 78

2007 年

辨认原理、规则之解析与构建 宋远升 李 瑱 / 97

八看“八大治安顽症” 金其高 / 108

浅析犯罪中的情感因素

——以刑法学与犯罪学为视角 王 娟 卢 山 / 118

社区矫正的新发展

——恢复性司法的运用 郑 列 马方飞 / 127

- 提升公安机关处置突发公共事件能力的思考 齐 霞 / 135
法治视野下的侦查讯问程序 张国宏 / 142
我国当前犯罪率阶位攀高的社会安全警示 张小虎 / 149

2008 年

- 刑事错案比较研究 宋远升 / 165
恐怖主义“人体炸弹”犯罪探析 邱国梁 吴 鹏 / 177
犯罪学防范理论的实证范本
——以江苏省治安防控体系建设实践为例 李雪冰 / 184
货币犯罪若干司法疑难问题探析 刘宪权 / 196
中国传统侦查文化与传统社会 王立民 / 207
场与侦查控制 张玉钺 / 215
从恩典到权利的呼唤
——假释制度在当代中国之完善 王素芬 张妮妮 / 223
反恐侦查权与反恐侦查措施研究 康海军 / 232
论社会保障与社会预防犯罪 程 琦 / 245
不捕不诉案件被害人权利保障困境的思考 李 丹 / 255
大型活动安保风险评估概论 朱得旭 / 265
职务犯罪预防教育的若干思考 杨培源 / 274
“前‘腐’后继”析 罗槐茂 / 285
对邱兴华杀人案的司法鉴定学反思 孙大明 / 291
我国反腐败刑事立法之犯罪化与轻刑化问题研究 陈 雷 / 300
国际恐怖活动的社会基础与特征 杨正鸣 / 313
涉案地下赌场研究 高永华 吴 真 / 325

2009 年

- 侦查认识原理初探 杨立云 / 335
加强反恐怖斗争是维护社会稳定的重要基础 王教生 / 345
侦审体制改革研究 郭春莲 / 351
城市和谐的安全保障

- 犯罪预防战略措施及其整体优化 郑高键 谢 杰 / 357
- 论信息化背景下的侦查工作 李 丹 / 366
- 再论转型时期的社区犯罪预防 杨培源 / 376
- 坚定不移地走犯罪预防社会化、专业化之路 王雅琼 虞 浚 / 382
- 论我国犯罪控制的优化 施俊镇 / 386
- 基于犯罪预防的城市规划研究与启示 严栋柱 毛媛媛 董衡革 / 397
- 侦查思维优化路径探析 姚 旺 / 409
- 基因犯罪初探
- 以风险社会为视角 杨 帆 / 415
- 贯彻司法为民 彰显人文关怀
- 关于刑事被害人救助制度若干问题研究 沈志先 徐世亮 / 423

2010 年

- 2010 年上海世博会园区管理中安保措施的法治化 金其高 / 439
- 游离于报应与威慑之外
- 犯罪学视角下刑罚理论的迷失 李 想 / 451
- 侦查学史视野下的我国侦查法制化探讨 宋 蕾 陈 涛 / 465
- 视频监控系统在犯罪侦防中的运用及其法律问题 陈龙鑫 / 475
- “生态”安全的科学内涵与构架 肖剑鸣 张 川 / 486
- 论警察出庭作证的程序保障
- 以《波士顿警察局规则与程序规则 320》为
蓝本 何家弘 杨建国 / 493
- 从斗争到管理
- 理念转换下的侦查行为研究 王瑞山 / 503
- 儒家文化视角下中国腐败犯罪的成因 马改然 / 512
- 易发生、难纠正
- 我国冤案运行机制的社会学考察 王永杰 / 519
- 后世博时代的犯罪证据和侦查实践展望 肖庆平 / 527
- 论经济情报的窃取术与反窃取术 金 子 / 538

编后记 / 553

2006 年

侦查的时空维度

陈龙环*

侦查制度是人为创造的产物,它在特定的时空中萌芽、生成并发展着。就自然科学范畴中的时间和空间而言,它们对于侦查制度和其他事物的意义并无明显差异。然而,法律领域的时空问题已不仅仅只是时间和空间自身,而成为包含其自身的一个范畴体系。时间和空间不仅为侦查制度提供了发展平台,而且已成为侦查程序的组成要素,并融合为一系列具有特定内涵的侦查概念、规则与原则。侦查的价值、理念、精神可以在阐述与侦查相关的时空范畴中得到重申,立法技术也能将侦查价值、理念、精神融会到与时空相关的侦查概念、规则与原则中。

一、侦查法治化不能一蹴而就

法治化是当今时代的强音,侦查法治化是侦查制度发展的必然要求。侦查法治化可以划分为立法和执法两个环节,侦查立法环节侧重于理论方面,而侦查执法环节侧重于实践方面。本文着重于考察侦查立法历史沿革,从中发觉侦查法治化的实现并非一朝一夕的事情。立法是法治的先行者,侦查立法是规范侦查主体、犯罪嫌疑人等诉讼参与人在侦查阶段的行为准则。从形式上看,法律规范不同于道德自制,侦查立法并不明确表明善与恶的道德评价;但实质上,侦查概念、规则和原则都透析着立法者的价值、理念和精神。侦查立法是侦查法治化的首要前提,这已成为共识。法律应当对侦查进行严密的规制,这是侦查立法的形式层面。本文论述的对象是侦查立法的实质层面,即侦查立法应指向“良法”。良法与恶法相对,两者不仅鲜明对照和相互衬托,而且相互之间只有一步之遥并且相互转化。刑讯逼供在立法中的不同待遇生动地展示了侦查活动实现“良法”之治并非一蹴而就。“马克思从人类学里总结出正确的方法论;分别的研究,然后,比较的研究。”^①本文对立法沿革的考察限定于我国的状况。

(一) 刑讯逼供从合法到违法的蜕变见证了侦查法治化的漫长进程

讯问是一项古老的侦查行为,审讯的源头应该与侦查的发端相联系。至今讯

* 作者单位:西南政法大学。

① 杨适著:《中西人论的冲突——文化比较的一种新探求》,中国人民大学出版社1991年版,第154页。

问仍然是常用的侦查措施,而刑讯逼供则作为讯问的副产品,与讯问相伴相随。刑讯逼供历史悠久,到现在为止它在侦查实务中仍是屡禁不止。在时间的跨度上我们不难看出侦查立法的“良恶之争”——恶法到良法的转变并非易事。1979年《刑事诉讼法》首次在法律上明确地摒弃刑讯逼供,1996年《刑事诉讼法》传承了这一做法。刑讯逼供在法律受到否认这一状况在现在看来是情理之中的事情,然而,只要我们翻阅侦查发展史就可以发现刑讯逼供在漫长的奴隶社会和封建社会一直得到法律的认可。“我国的刑讯制度起源很早,周代就已开始出现,至魏晋南北朝时期,刑讯制度就更加法律化、制度化了。唐以后,虽然封建统治者在法律上规定了种种限制刑讯的方法,但刑讯逼供仍然被视为办案的重要方法。”^①西周实行仲春三月停止刑讯的做法;唐代确立了刑讯的条件、拷打的部位、刑讯的方法、拷打所用的杖具以及有关禁忌。这些做法所隐含的限制刑讯的立法理念不能从根本上否认刑讯在法律中的合法地位。“所有法律均存续于一定时间之中,都具有时间属性……时间吞噬一切存在的事物,因此具体存在的法律,亦不能免为时间所吞噬。”^②奴隶社会和封建社会的刑讯立法也无法阻止历史的前进,最终淹没在时间的流逝中。

刑讯逼供的法律待遇在古今受到了明显的蜕变,导致蜕变的直接原因是侦查立法主体的转变。在奴隶社会和封建社会法律是由统治阶级制定,并代表少数人的意志和利益。法律同军队、监狱等共同成为统治阶级奴役广大人民的工具。而现在的刑事诉讼法是由全国人大创设的,虽然人大代表从人数上看仍然有限,但他们却是来自不同地域、不同阶层、不同行业,代表着人民的意志行使立法权并维护着大多数人的利益。“普通正义立足于对分散的和冲突的个人目的整合”。^③相对于来自同一阶层的立法者,全国人大代表之间的不同知识层次、生活背景以及价值追求可以促成最大限度的个人目的整合。这样普遍正义在现代立法中的确立与奴隶社会、封建社会相比更为可行。此外,奴隶社会和封建社会的立法者认可刑讯逼供的重要原因是作为特权阶级的少数人可以合法地避开刑讯逼供的遭遇。以唐代为例,唐朝律法对刑讯方法进一步制度化的同时,规定享有议、请、减、免等特权的人皆据众定罪,不得进行拷问。刑讯是破案的有利手段,侦查是维护统治的有力工具,刑讯逼供受到统治阶级的认可也是可以理解的。然而,正义的内涵没有普适性的结论,不同时代的人民所追求的正义观也是变动的。从时间的无限延展看,即使是侦查法治化的追求不变,法治化的内涵随着年代的变迁必然带来了侦查理念的更新和程序的变革。

① 任惠华著:《中国侦查史》(古近代部分),中国检察出版社2004年版,第119页。

② 吴经熊:“法律的三度论”,载 <http://www.legaltheory.com.cn/info.asp?id=8399>。

③ 转引自彭诚信:“从利益到权利——以正义为中介与内核”,载《法制与社会发展》2004年第5期;原文载于郑成良:“司法公正的性质与结构”(电子版博士论文)。

(二) 我国侦查变革的根基——侦查法治的本土化

时间和空间的二维结合才能构造出事物存在的“场”。从侦查的空间维度看,我国目前讯问法治化的实现程度应当以国际讯问法治化的现状作为参照,却不能轻易模仿。在人民主权所倡导的民主参与立法模式下,刑讯逼供无疑会一直受到否认。但讯问法治化远远不只是刑讯逼供的遏制问题,它还涉及沉默权等种种难题。倘若以沉默权的立法确认作为讯问法治化的标志,那么讯问法治化与国际化的立法接轨并非难事。但立法是先行,执法才是关键。一旦全国人大赋予嫌疑人明示的沉默权,那么在尚未配置激励其放弃沉默权的机制时侦查的进行就不能再依靠嫌疑人的自白等内部证据,而只能加强对物证、书证等外部证据的收取。以我国目前的司法能力和具体情况,构建外部证据为中心的侦查程序是不可行的。创设侦查制度的初衷是为了打击犯罪,即使在人权保护强化的今天我们也不能忽视这一宗旨。正当程序和实体真实的并重其实是通过正当程序的事实最终走向实体真实。目前如果从形式上追求与国际讯问法治化的接轨并立法确认沉默权,那么侦查活动所实现的打击犯罪实效是值得忧虑的。侦查行为远非讯问而已,搜查、询问、辨认等侦查行为的变革所遵循的路径与讯问并无本质性的区别,打击犯罪仍然是构置具体侦查行为的永恒轴心,是侦查制度继续存在和发展的理由。

法律继承是法律演进的方式之一,注重法律传统在特定空间内的时间上延续。在预设可预计的时间内侦查法治化进程时,立法者不能忽略对侦查发展史的合理传承。侦查发展史是变革侦查程序的起点,如果无视它的存在,侦查程序的变革就缺乏实施的根基。从先例中可以证实“一步到位”式的立法革命纵然可行,但新程序在实践中的有效期却不敢有奢望。若从“一步到位”和“循序渐进”的立法方式中选择,后者因为更符合事物发展的机理而更为可取。“循序渐进”的立法主张注重本土化的研究,注重本国法律传统的继承和衔接;而“一步到位”的立法主张更强调对外国法律的全面移植,片面地强化对外国做法的借鉴。对本国传统的沿袭和对外国做法的借鉴原本就是相互交织,不能绝对分割的。笔者反对的只是片面化思想,并非主次分明前提下的同步并进。从自然科学的时间观看,我们与美国、英国等发达国家所处的时间位置是一致的,但我们绝不能因此主张同一时间的侦查立法与外国的侦查立法保持同步。“由于其中包含有复杂微妙的‘时机选择上的差别’,所以只要把一种高级的模式突然强加于一落后的实体上,肯定要遇上麻烦。尽管在日历时间上华盛顿和喀布尔是同一天,但从前者向后者的移植是一次巨大的历史时间上的跳跃。”^①从形式上看,美国侦查立法中对“正义”的追求优越于我国侦

^① 转引自姚建宗:《法治的生态环境》,山东人民出版社2003年版,第205页;原文载于乔万尼·萨托利著:《自由民主可以移植吗?》(中译本),载刘军宁编:《民主与民主化》,商务印书馆1999年版,第147页。

查立法现状,但绝不能把侦查法治化看成是简单的法律移植式的法律变迁。法律的实效只能在实务中得到验证,立法是对广大人民利益的再分配,只有根源于人民共识性价值观念的立法才能具备执法的基础,才能在实践中发挥实效。侦查立法的主体是民众的代表,侦查执法的主体源于民众,侦查执法的对象就是民众,而最终侦查立法和执法影响到广大民众。从立法的可行性和执法的可接受性看,民众都是侦查法治化的主角。“过犹不及”,侦查法治化并不是一蹴而就的,而是要在尊重本国广大民众普适性价值追求的基础上稳步发展。

二、渗透时间要素的侦查程序

时间不仅可以与空间结合构建侦查程序存在的“场”,而且还可以融入侦查程序并细化为侦查原则、侦查规则。若将及时侦查原则视为对侦查程序的抽象要求,那么可以将侦查期限理解为对侦查行为的具体限制。

(一)及时侦查原则的重申

时间不仅提供了法律发展的平台,还融入了法律之中成为法律的构成要素。“自然科学和哲学不同,法律领域中的时间问题不局限于时间本身,而是体现为与时间相关的一系列概念,时间在此表现为一个范畴体系,是由分布在各部门法中与时间相关的法律概念、规则和原则集合而成的。”^①及时性原则就是时间与刑事诉讼法融合的产物,该原则作为刑事诉讼活动的基本原则贯穿于整个诉讼进程。及时性原则在有些国家已经上升为宪法原则,及时性原则宪法化的趋势本身就显示了该原则在刑事诉讼活动中的重要性正受到应有的重视。从侦查的角度看,侦查活动的自身属性决定了及时侦查原则的适用尤为必要。

法律程序的内涵包含了时间要素,法律程序与时间相关的概念具体化为时限和时序。笔者此处论述的及时侦查原则归属于时限范畴。时限在法律程序中体现为法律行为的实施所占用的时间长短。及时侦查原则在我国的刑事诉讼立法和侦查实践中都得以大力倡导,但其实效如何却难以评估。我国侦查中的时限规定只涉及羁押期限,对于侦查期限并未涉足,更不用说是单个侦查行为的期限限制。侦查期限的缺失是我国侦查立法区别于外国侦查立法的明显特征。我国立法状况是“侦查无期限,起诉和审判有期限”,而外国的立法状况则是“侦查有期限,起诉和审判无期限”。美国联邦最高法院对迅速审判权的解释如下:“迅速审判的权利意味着在起诉之后和审判结束之前,被告人不能由于诉讼迟延而遭到不适当的侵害。

^① 于兵:“法律视野中的时间范畴”,载《法制与社会发展》2004年第5期。

当然,如果被告人被羁押,那么应当从其逮捕之日起开始。”^①美国联邦最高法院关于“迅速审判权”的提法将及时性原则在逮捕和起诉之后的诉讼阶段中的适用定位为被告人的权利范畴,并由第六修正案予以明确化。权利本身就包含了行使权利与否的自由,被告人对权利的主张会给审判人员造成压力,并可能引起相应的后果。然而,我国侦查将及时性原则的适用转化为对侦查人员的职权要求和职业道德自律。从职责要求方面看,职责意味着责任,不履行职责应承担相应的后果。而我国侦查立法对于及时侦查原则的适用并无附带相应的后果,侦查人员有责任及时侦查,但未履行该职责并不承担不利的后果。“无利益,无责任。”及时侦查原则的实效值得怀疑。从职业道德方面看,道德毕竟不同于法律,它强调行为人的内心自律性,回避外在强制力的压迫效果。及时侦查原则通过侦查人员的道德自律所实现的效果是不容乐观的。总之,从权利的角度倡导及时性原则可以不追加法律后果,但从权力的角度呼吁及时性原则,则必须配备相应的法律后果。

无论是依赖被告人的权利主张还是依靠侦查人员的职责履行来兑现及时侦查原则,都将面临同一个难题:单纯的“及时”话语缺乏可操作性。及时侦查原则的贯穿必须尽可能地实现该原则与侦查期限之间的转换,这里的侦查期限包含了作为侦查程序的期限要求以及作为侦查行为的期限要求。及时侦查原则与侦查期限的“尽可能”过渡意味着侦查期限的设置应遵循模糊性与明确性相结合的标准,绝对的明确性并不可行。“在规制刑事程序时,立法者面临一个复杂的立法技术问题。但他们并不注定要二选一的抉择:要么以具体的时间限制追随法制,要么因模糊性的法律而放弃法治。在调控诸如暴力犯罪等更为复杂的事件时,可能根本就没有详尽具体的条文可遵循——规则不可能是详尽无遗的。”^②在法治化的背景下设置侦查期限并不意味着完全排斥模糊性,而是在保持最大限度的前提下容忍恰当的模糊性。我国刑事诉讼法对羁押期限的规制就采取了此种做法。意大利的《刑事诉讼法典》第405、406、407、415条共同构成了规制侦查期限的具体条文,它们在设置时也体现了明确性和模糊性的结合。实际上,模糊性本身并不背离法治。“法治理想应当包括对最低限度模糊性的承诺。”^③模糊性的存在并不必然是法治的缺陷,模糊性的立法技术为执法人员开辟了自由裁量权的空间,自由裁量是模糊性立法的本质所在。自由裁量本身并不构成一个缺陷,它是法治从立法层面转化为执法层面从而具有实际意义的关键性中介。自由裁量的理性运用赋予法治实践性意

① 李学军主编:《美国刑事诉讼规则》,中国检察出版社2003年版,第326页。

② [英]T. A. O 恩迪科特:“论法治的不可能性”,陈林林、傅蔚冈译,载《比较法研究》2004年第3期。

③ 同上。