



公安学文库·专题研究

总主编 何勤华 杜志淳 杨正鸣

1

中国传统侦查制度的 现代转型

1906~1937年侦查制度现代化的
初期进展

倪铁 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



公安学文库·专题研究

总主编：何勤华 杜志淳 杨正鸣

1

中国传统侦查制度的 现代转型

1906~1937年侦查制度现代化的
初期进展

倪铁 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国传统侦查制度的现代转型:1906~1937年侦查制度现代化的初期进展 / 倪铁著. —北京:法律出版社,2016

(公安学文库)

ISBN 978-7-5118-9222-5

I. ①中… II. ①倪… III. ①刑事侦查—司法制度—研究—中国—1906~1937 IV. ①D918

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第045468号

中国传统侦查制度的现代转型
——1906~1937年侦查制度现代化的初期进展

倪铁著

策划编辑 沈小英
责任编辑 吴 镒
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2016年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 17.5 字数 307千

印次 2016年6月第1次印刷

编辑统筹 财经出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9222-5

定价:49.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

公共安全,是一个社会傍依的柱石。维护公共安全,是社会管理最为重要的目标之一,既需要相关国家机关的专门性工作,也需要民众积极参与。周恩来总理曾经指出“国家安危,公安系于一半”。切实发挥公共安全机关的职能作用,加强公安学的理论研究,丰富公安学的学术成果,打造法治公安,是推进依法治国战略、建设法治中国的重要一环。公安学是一门研究社会科学与自然科学之相关内容的交叉学科和综合学科。就相涉社会科学而言,主要是指研究调整有关国家安全与社会治安秩序的社会关系之行为规律;就自然科学而言,主要涉及各种侦查、检验等的技术手段。应该说,公安学近年来才成为一门独立的学科。2011年为适应我国高等教育、公安工作快速发展和社会形势不断变化的需要,根据《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010-2020年)》精神,国务院学位委员会、教育部增列公安学为一级学科(学科代码:0306),公安学的学科建设迎来了重大发展机遇。虽然,作为一级学科的公安学包含的二级学科内容并没有最终确定,但学界普遍认同它应当包括犯罪学、治安学、侦查学、边防管理、禁毒学等二级学科内容。当前,我国各政法院校和公安院校正如火如荼地展开公安学学科建设。中国人民公安大学、中国刑事警察学院已建立起较为完整且成体系的公安学一级学科,二级学科体系也基本建立起来。中国政法大学、华东政法大学、西南政法大学、西北政法大学以及中南财经政法大学等院校,也已在现有公安类专业的基礎上,积极筹建公安学一级学科。各省所属的公安院校也都积极开展本科层面的公安学教

育,同时开始培育公安学学科建设。这是公安类专业高等教育建立动态调整机制、优化学科结构的一项重要举措,为公安学各专业学士、硕士、博士的学位授予、招生和培养提供了良好的发展平台。

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。自1984年起,华政已开展犯罪学专业研究生的培养工作,是国内较早开展公安类研究生教育的政法院校。其后,在刑法学专业中,设置犯罪学、青少年犯罪方向,进一步推进公安学专业理论研究。1996年诉讼法专业中增设刑事侦查专业方向获得批准,2002年在诉讼法专业中设司法鉴定方向。随即,开始招收犯罪学专业博士研究生,2008年开始招收司法鉴定专业博士研究生。由此,华东政法大学刑事司法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、边防管理等专业力量,并依托司法鉴定与计算机科学与技术(网络安全)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。

为了迎接公安学确立为一级学科后的发展,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,我们计划出版一套《公安学文库》,第一批书目有《侦查理论前沿问题研究》、《侦查学实务前沿问题研究》、《经济犯罪侦查》、《刑事专案侦查》、《传统侦查制度现代转型》、《证据调查学》、《犯罪现场勘查技术研究》、《侦查学案解》、《特大城市地铁运行安全风险及防范》、《网络犯罪侦查技术》等数十部专著、教材,力争使公安学成为我校学科建设的优势领域,成为在全国同类高校中具有鲜明的国际化、开放性特色并处于领先水平的公安学学科。

法律出版社沈小英分社长以及责任编辑为本文库的策划、出版付出了辛勤劳动。华东政法大学科研处和发展规划处为本文库的推出进行了指导,司法鉴定中心为本文库的出版提供了经费支持。在此,我们表示诚挚的谢意。当然,对作品中可能存在的缺陷,将全部由我们负责。敬请各位读者给予批评、指正,以便我们在再版时予以改正。

何勤华 杜志淳 杨正鸣
于华东政法大学
2016年5月16日

序 论	1
第一节 研究架构选择	2
第二节 研究范式和研究对象	10
第三节 研究情况及研究意义	14
第一章 传统侦查现代转型的语境分析	23
第一节 “侦查”语词的应然考量	23
第二节 “侦查”语词的实然嬗变	33
第三节 超越诉讼模式的“侦查”定位	45
第二章 中国传统侦查制度的批判性反思	51
第一节 中国传统侦查权的构造	52
第二节 侦查主体角色的群体行为分析	59
第三节 侦查客体角色的群体行为研究	64
第四节 中国传统侦查中诉讼角色的互动	80
第五节 中国传统侦查制度的特质	88
第三章 传统侦查制度现代转型的发轫	95
第一节 西方现代侦查制度在中国的早期实践	96
第二节 转型的理论准备	101
第三节 转型的制度铺垫	109

第四章 中国侦查制度现代转型的道路选择	119
第一节 西方经验:欧美国家现代侦查创建	120
第二节 东邻范例:日本传统侦查现代转型	133
第三节 模式对比:两大法系侦查转型比较论	140
第四节 转型道路:中国侦查现代化过程中的借鉴和发展	155
第五章 传统侦查制度现代转型中的侦查权	172
第一节 现代侦查权的初步构建	172
第二节 清末民初的侦查权配置格局	178
第三节 清末民初侦查权的运作机制	185
第六章 传统侦查制度现代转型的初期进展	193
第一节 侦查制度的法律化	193
第二节 侦查组织的专门化	201
第三节 鉴识手段的科技化	211
第四节 侦查教育的正规化	222
第七章 传统侦查制度现代转型的未竟之路	233
第一节 侦查程序并未获得自治	234
第二节 侦查组织体制不尽合理	238
第三节 侦查人员素质有所欠缺	243
第八章 传统侦查制度现代转型之镜鉴	250
第一节 清末民初侦查制度现代性的反思	250
第二节 中国现行侦查制度现代化的发展趋势	256
参考文献	260
后 记	272

序 论

“犯罪自然是一种堕落。它之所以被吸引到某地,主要不是因为它在那里找到了各种作案机会,而是因为那里邀请它来领导一种需要求助于它那扭曲心灵的生活方式——女人、赌博以及其他各种令人堕落的娱乐。”^①清除犯罪,是刑事司法的终极目标,但也是无法实现的乌托邦;而刑事司法更为妥贴的现实目标是抑制减少犯罪。在中国当代刑事司法活动中,“从国家追究犯罪的效果这个角度来观察中国的刑事程序,侦查毫无疑问是整个程序的中心”,^②侦查程序已成为了刑事诉讼中内容最丰富、最复杂的活动。当代侦查制度还存在一些缺陷,例如没有形成侦查程序的合理构造、价值取向偏好于秩序、尚未建立程序性制裁等。但是,中国当前侦查制度也包含了现代程序必须具有的一些内容,如程序参与、程序对等、程序公开、程序自治等内容,这既是现代社会民主和法制的要求,也是中国侦查制度不断演进的历史必然。

中国当代侦查制度并非一蹴而就,它有一个发展嬗变的过程:在中国奴隶社会,盛行的是弹劾式刑事诉讼,与此相对应的侦查制度也是弹劾式的;随着秦以后专制

^① [美]魏斐德著:《上海警察:1927~1937》,章红等译,人民出版社2011年版,第2页。

^② 孙长永著:《侦查程序与人权》,中国方正出版社2000年版,序言。

集权体制的确立,纠问式刑事诉讼模式占据了统治地位,^①侦查模式也随之演化为纠问式,并随着中国传统社会的发展而渐趋发达。1840年以后,中国社会发生剧烈的变革,传统纠问式刑事诉讼制度逐渐解体。在1906年全面铺开的司法改革中,中国移植了西方国家的现代刑事诉讼体制,并开始建构“职权主义”的现代侦查制度。清末民初,侦查制度不断调整,传统侦查制度的现代转型获得了初步进展。中华人民共和国宣布抛弃“中华民国”旧法统,建立起“强职权主义”刑事诉讼模式及相应的侦查制度,但自清末以来侦查制度现代化的初期成果并没有被完全否定和抛弃,侦查制度的现代转型在曲折中继续推进。其中,中国侦查制度现代化变革最为剧烈的时期是1906~1937年,^②这是中国侦查制度从传统向现代转型的关键时期,正是在这一时期,中国传统侦查制度从纠问式转向现代“职权主义”模式,中国侦查制度的现代化获得初期进展。

第一节 研究架构选择

本书将侦查制度与“传统”、“现代”及“转型”联系起来,实际上就是选择“现代化”作为本文的研究架构。“现代化”或曰“近代化”,它译自英文“Modernization”。“现代化”于20世纪50年代一经提出,即被广泛地使用于各学科的研究领域中,并被赋予不同意义,但其本身并不带有任何政治性或思想倾向性。^③在21世纪,“后现代”已成为时尚和流行语,“现代化”不再是时新的研究架构,反而显得有些过时和老旧了。^④可是,就我国当前的侦查制度而言,虽然现代转型已有百年历程,但中国侦查制度尚未完全现代化。当我们将考察视野扩展至20世纪初时,在研究清末民初中国侦查制度变迁的过程中,“现代化”这一理论框架尤为适当。

① 纠问式刑事诉讼,就是指国家司法机关对犯罪行为,无论是否有被害人控告,均依职权主动进行追究和审判的一种诉讼模式。“纠问式诉讼是适应王权不断加强,统治者对被统治者的镇压日益残酷的需要而产生的,由于尊奉犯罪控制的理念,忽视甚至根本无视被追诉人的人权保障。”参见周长军著:《制度与逻辑——刑事诉讼机制的转型分析》,中国方正出版社2005年版,第11页。

② 这一历史时间段包含了清末和民国前期,它与通常使用的“清末民初”有所不同。有不少学者将“清末民初”的时间界定为“1901~1928年”,李春雷博士在《中国近代刑事诉讼制度变革研究》中就将“清末民初”定位为这个时间段。另外,黄源盛教授、张生教授亦持有类似的观念。但是,“清末民初”本身较为模糊,它并非一个严格的历史阶段,一般是指20世纪初南京国民政府以前的历史时期。本书并不严格强调“清末民初”的精确定位,而是向前后各有所延展。

③ [日]川岛武宜著:《现代化与法》,申政武等译,中国政法大学出版社2004年版,第205页。

④ 孙津:《打开视域——比较现代化研究》,社会科学文献出版社2004年版,第153页。

“现代化是一个复杂的理论范畴,同时也是一种现实的社会运动形态。”^①作为一种分析问题的工具,“现代化”理论是在特殊文化环境中兴起的:第二次世界大战后,民族国家独立运动蓬勃发展,众多第三世界国家跻身于独立民族国家行列,帝国主义殖民体系走向崩溃,以欧洲为中心的世界旧秩序被打破。“先进国家”对“后进国家”的殖民统治被推翻,但以欧美为中心的“现代化”浪潮却不可阻遏地扩及全球,“现代化”成为所有国家——特别是后进国家——必须面临的重大课题。“现代化的理论目标之一,就是探求不同文化背景下,由传统社会向现代社会转化的共同特征,以揭示现代化进程的普遍意义。”^②

“现代化”并无公认定义,社会学家与政治学家的看法不一致,经济学家又与政治社会学家不同;甚至于同行者也各执一词,引起许多争论。作为一种社会实践的“现代化”,它是一种发源于西方并扩至全球的社会变迁运动。史墨塞认为“现代化”体现为:技术从简单走向复杂,生态从乡村聚落走向城市,知识从通才走向专才,角色从单元走向多元,分工从无所不能走向专精一门,结构从笼统走向分殊。马克斯·韦伯则认为“现代化”的变迁是一种进程,这个进程是理性化的结果。^③“现代化”必须在与“现代”、“现代性”、“现代现象”等诸多关联概念的区别人中,^④它才能够展现其意义。因而,有必要对“现代”、“现代性”、“现代现象”等展开关联性研究。

一、现代转型中“现代”的定位

“现代”与“现代化”并不一致,但它们有着语义学上的内在关联。“现代”更多是一个时间概念,它与“古代”、“当代”一起帮助我们界定了历史和现实。在中西方,学者使用“现代”来指代的历史时期并不完全相同:西方史学界一般将16世纪文艺复兴以来的时期称为“现代”,而把本人所在的时期(大约向前回溯100年左右)称为“当代”,“现代”的起点相对固定,可是,“现代”与“当代”的临界却没有恒定的时间点,而是不断向后延展。

中国史学界一般将1840年鸦片战争之前的历史时期称为“古代”,把此后至五四运动的历史时期称为“近代”,把其后的民国时期称为“现代”,把中华人民共和国成立后的时期称为“当代”。此外,“更为重要的是,‘现代’一词在中国学术

① 樊崇义主编:《诉讼原理》,法律出版社2003年版,第35页。

② 公丕祥著:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第6页。

③ Max Webber, *The Theory of Social and Economic Organization*, N. Y. The Free Press, 1966, pp. 136-139. 转引自张鹏园著:《湖南现代化的初期进展》,岳麓书社2002年版,第2~3页。

④ 俞吾金著:《现代性现象学》,上海社会科学院出版社2002年版,第26~37页。

界仅有历史时段的标识意义,而西方指涉的是不同于古典与中世纪的世界观、历史观乃至生活方式”。^① 本书的研究以中国传统侦查制度的现代转型为对象,因该转型是以西方先进国家为榜样的,这使它不可避免地带有极强的西化和移植色彩。所以,本书对“现代”的界定适当考虑到了西方文化背景,将“现代”的时间起点向前做了延展。

本书将研究的时间段确定在1906~1937年,把研究重点设定为这一时期传统侦查制度现代转型所取得的初期进展。之所以选择1906年作为中国传统侦查制度现代转型的起点,理由有二:第一,1906年是中国司法体制全面改革的开始,“清光绪三十二年九月二十日,谕刑部改为法部,专任司法;大理寺改为大理院,专掌审判”,并规定“司法裁判,不受行政衙门干涉”。^② 大理院旋即改组成立,从此,行政权、司法权合一的传统格局得以改观。清政府随即拟定《大理院审判编制法》,该法采四级三审制,建立起自成一体的司法体制。虽然此时尚未在全国推行该新制度,但中国传统刑事司法权配置的混沌状态从此被改变,侦查权迈出了现代转型的第一步,具有历史转折的意义。与此同时,中国传统侦查制度逐渐瓦解,一种不同于传统的现代侦查制度被大规模引入中国。第二,1906年中国设置了现代侦查主体——检察官,并初步建构起“检警一体化”的侦查权分配格局。中国警政现代转型要早于侦查制度现代化,它“直接”肇源于1900年在北京设立“安民公所”等,并逐渐建立起小有规模的侦探警察体制。^③ 但侦探进行证据调查、人犯缉捕等侦查活动仍是在传统刑事司法大环境中做出的,没有获得现代刑事诉讼的制度支撑。所以,现代警察制度的建构并不是中国传统侦查制度现代化的起点。1906年清廷开始设置现代意义上的审判、公诉机关,以大理院行使审判权,检察厅行使公诉权和侦查权。大理院在京直辖审判厅局有:京师高等审判庭、京师内外城地方审判厅和京师分区域谳局。各审判厅局均附设检察厅局,检察官负有侦查犯罪的法定职权,并有指挥调度司法警察从事侦查的权力,“检警一体化”的现代侦查权配置格局得以初步确立。

选择1937年作为本研究的结束点,是基于以下考虑:1935年南京国民政府颁行了《刑事诉讼法》,从法律形式上确立了相对稳定的现代侦查法律制度。其后,南京国民政府致力于推行已确立的“职权主义”侦查制度。1937年日本全面侵华战争爆发,抗日救亡成为当时最主要的任务,中国暂缓推进侦查制度的现代转型。

1935年南京国民政府颁布新修订的《刑事诉讼法》,并颁行《刑事诉讼法施行

① 齐延平:“法制现代化:一个西方的‘幽灵’?”,载《政法论坛》2007年第2期。

② 谢振民编著:《中华民国立法史》,张知本校订,中国政法大学出版社2000年版,第984页。

③ 侦探警察,亦简称警探、侦探,下文将在同等意义上使用这几个词语。

法》，此后的整个民国时期均沿袭其基本框架。它们延续了1928年《刑事诉讼法》所规定的“侦查”、“预审”合一体制，使检察官的侦查权得以正式定型。同时，该法也建立了形式上较为完整的现代“职权主义”侦查程序，试图建立起偏重于秩序维持的侦查制度：

一方面，强化了侦查权。首先，把警察长官、检察官规定为地位等同的侦查主体，从而增强侦查权运作的机动性，保证打击犯罪的效果；其次，加强了“检警一体化”的侦查权力，在削弱法官对侦查权制衡的同时，加强了检察官对司法警察侦查行为的控制力度。

另一方面，犯罪嫌疑人权利得到了法律形式上的确认。赋予犯罪嫌疑人在侦查过程中的律师帮助权，“最重本刑为拘役或专科罚金之案件，被告在侦查中，亦不妨许其委托代理人到场。”对各项强制性侦查行为做了约束性规范，^①如对嘱托拘提、搜索、扣押、勘验、讯问证人及鉴定等都做了规范，并限制搜查、扣押、羁押等措施的实施，要求“经搜索未发现应扣押之物者，应付与受搜索人以证明书”，“被告羁押之处所，检察官应随时视察”，“申请停止羁押，以提出保证书为原则，缴纳保证金为例外”。^②

在以后的两年中，南京国民政府致力于推行该侦查制度，侦查制度的现代化获得了初步进展。但是，中国传统侦查制度的现代转型远未成功，传统侦查观念依然留存在某些人的深层意识中，并折射到侦查实践的方方面面。1937年之后，侦查领域依然留存着许多非现代性因素：检察官沦为“一党专政”的政治附庸，侦查人员意识中的“有罪推定”观念依然顽固，刑讯逼供仍有广阔的市场，不法侦查行为肆虐等，各地方侦查组织专业化水平参差不齐，现代侦查应有的效率性和及时性无法得到落实。

这些传统因素甚至影响到当下的中国侦查制度，虽然当前侦查制度已经较为完整，但侦查程序的现代化还没有完成，侦查权缺乏有效的程序控制，重大侦查行为的司法审查机制没有确立，犯罪嫌疑人的程序性权利没有得到全面保障，“三角

① 按照侦查行为的强制力大小，可以将它们划分为任意性侦查行为和强制性侦查行为。任意性侦查行为包括现场勘查、询问等，它们并不对当事人的程序权利进行强制处分。而强制性侦查行为则包括逮捕、扣押等，在强制性侦查行为采取过程中，侦查机关可以无视当事人的意思表示使用国家强制力。参见彭勃著：《日本刑事诉讼法通论》，中国政法大学出版社2002年版，第66～67页。

② 谢振民编著：《中华民国立法史》，张知本校订，中国政法大学出版社2000年版，第1024～1025页。

诉讼构架”的侦查程序被异化^①成了“单线型”的刑事镇压。^②

二、现代转型所获得的“现代性”

在语义发生学上,“现代性”是一个比“现代化”更为前在的命题。与“现代化”一样,“现代性”亦是以西方文化为中心的概念,它是近代工业革命颠覆传统生产方式之后形成的一种西方人类主流精神样态、价值观念、知识结构和生活方式。“现代性”是对西方古典传统的反叛,它指的是:“以西方社会 16 世纪以后的发展进程为模本,以工业化、市场化、流动化、民主化、法治化为基本要素,以理性信仰为终极根据的一种社会理想图景或曰意识形态。”^③

“现代化”这一“概念性术语”所表述的是现代转型的状态和过程。^④“现代化”表现的是“动态”过程,“现代化意味着传统社会向现代社会的转变过程,意味着现代社会的全方位确立”。^⑤“现代化”和“现代性”是密切相关的概念。“现代性”表达的则是事物的品质、状态、精神等。就“现代化”的过程意义而言,中国传统侦查制度的“现代化”实质上是侦查制度逐渐获取“现代性”的过程,可以把侦查制度所具有的“现代性”看作“现代化”的目标,而把“现代化”看作“现代性”目标的实现过程。

中国传统侦查制度的现代转型实际就是一个“现代性”获取的过程。在界定侦查制度“现代性”时,我们可以从马克斯·韦伯的“现代化是理性化结果”的论断中获得理论启示,他认为:“现代化”的变迁是一种过程,这种转化是“一定的动向”,是从传统社会到现代社会,是从个人权威到多数民主,是从农业社会到资本主义社会。这个进程是理性化的结果:一是制度化,制度不因人而设,讲求官僚组织,讲求法律秩序;二是效率的提高,效率的需要日渐重要,高于价值观及规范;三是进步,走向知识专门、技术专门,职业专门;四是不固执于传统,对传统采取批判

① “异化”(alienation)一词来源于拉丁文 alienare,有脱离、转让、出卖、受异己力量支配等意义。其最早作为一个法律概念,指的是一种财产在不同权利主体之间的转让,后来被引申成为“自我否定”或“自己转化为自己的对立面”。参见汪习根主编:《司法权论——当代中国司法权运行的目标模式、方法与技巧》,武汉大学出版社 2006 年版,第 152~153 页。

② 樊崇义主编:《诉讼原理》,法律出版社 2003 年版,第 37 页。

③ 齐延平:“人的主体性、德性与法的现代性”,载《学习与探索》2006 年第 6 期。

④ 张鹏园著:《湖南现代化的初期进展》,岳麓书社 2002 年版,第 1 页。

⑤ 张有奎著:《现代性的哲学批判——从马克思主义生存论角度的分析》,社会科学文献出版社 2005 年版,第 33 页。

态度;五是建立真理的标准。^① 侦查是一种特殊的法律现象和社会现象,马克思·韦伯关于现代化的“理性”分析思路同样也可以借用来界定侦查制度的“现代性”。中国侦查制度现代化所追求的“现代性”至少应包括以下几个方面:

第一,侦查的法治性。中国传统法律中的程序规则严重匮乏,传统侦查行为既无体系化的成文规则可供遵行,更无严格而科学的法律条文予以规范,传统侦查缺乏法治精神,它反映了极具任意性的“人治”。当传统社会的人治被现代社会的法治所取代时,与之相应的侦查制度转型也应该体现出法治精神。“就其最基本的含义而言,法治概念仅仅意味着崇尚法律和秩序,反对无政府状态和冲突。”^②法治也是一个概念含混的范畴,但它必须包括以下基本要素:政府活动须有法律依据,行政权力是受限制的,法律之下人人平等,法律符合一些基本的正义标准,人权和自由得到保障,人的价值和尊严受到法律和国家的尊重。这种法治要求具体到转型过程中的侦查制度领域,首先要求侦查法律制度必须周延,侦查运作不因人而设、因人而废,从而为现代侦查设定一个可以预期的行为模式;现代侦查机关不再是分散而随意的,它们讲求体制和组织,并追求法治下的法律秩序。现代侦查的法治性必然意味着:它能够体现和实现法治的核心——自由和权利,确保落实现代侦查制度所包含的程序权利、社会秩序、普遍安全等价值目标。

第二,侦查的专业性。中国传统侦查权寓含于司法权中,而司法权与行政权亦无严格界分,传统侦查得不到独立发展,其专业化程度极低。侦查官主要是文官或军人,行政或军事经历并没有使他们培养出专业侦查素养,如宋慈一样具有丰富侦查学识的官员极少。同时,承担现场勘查、司法检验、刑事强制措施等侦查行为的主要是仵作、衙役、弓兵等,但他们却属贱民,其地位和学识得不到应有尊重,传统侦查长期积累的知识和经验也难以得到传承和发展。虽然传统侦查也会使用医学、人类学等自然科学方法,但它们尚不能算是现代意义上的科学技术。^③现代侦查则革除了“贱业”的陈腐观念,现代社会要求侦查必须能够应对日趋专业化的犯罪,将现代科技发展的成果引入侦查领域,实现侦查组织、侦查知识、侦查职业、侦查教育等的专业化发展。

第三,侦查的效率性。在中国传统社会的侦查制度中,权力因素极强,专制色彩较为浓厚。在这样的传统权力格局中,传统侦查沦为政治治理的一种手段,它

^① Max Webber, *The Theory of Social and Economic Organization*, N. Y. The Free Press, 1966, pp. 1369-139. 转引自张鹏园著:《湖南现代化的初期进展》,岳麓书社2002年版,第2~3页。

^② [英]戴维·米勒、韦农·波格丹诺、邓正来主编:《布莱克维尔政治学百科全书》,中国政法大学出版社2002年版,第725页。

^③ 刘光明:“中国古代秘密侦查技术源流探析”,载《湖北警官学院学报》2003年第3期。

关注的是传统侦查对于平抑冤滥、疏导民愤的工具意义。虽然它也强调效率,但缺乏法制约束的侦查效率极易异化成为不择手段的特务工作,带来了刑事镇压的恐怖效果,其所谓的“效率”必然是与侦查法治精神背道而驰的政治控制。而现代侦查更加强调侦查作为公诉准备程序的诉讼意义,效率性要求现代侦查程序的设置必须简约,不可在侦查法制方面叠床架屋,造成侦查步骤和手续的繁冗,导致延误侦查时机。程序效率性是程序公正的重要表征,^①现代侦查效率是基于“正当程序”价值选择的必然要求,^②但它也不是一味求快,它必须在法治程序的框架范围内运作,必须遵循侦查程序设定的人权保障、权力自制、权力制衡等基本规则。

第四,侦查的自治性。在中国传统的人治社会中,侦查制度没有科学而稳定的法律制度作为依据,侦查权与审判权、行政权混为一谈,难以有效地排除政治因素、社会因素、个人因素的不良影响。作为公诉准备程序,现代侦查必须具有独立性,^③以防止其他权力——尤其是普通行政权——的非法干涉。现代侦查要求程序必须能够形成一个具有独立性和封闭性的运作场域,侦查启动和运行保持独立,侦查权必须以适用法律为目的,而非以行政意图为导向。这就要求现代侦查必须实现“组织独立”、“功能独立”,^④建立相对独立的检察官、司法警察、刑事警察等侦查组织,赋予侦查主体以相对稳定的职业保障,确保侦查程序的自治性和独立性。

第五,侦查的民主性。中国传统侦查制度所运作的刑事诉讼框架是纠问式模式,而它所处的宏观司法环境是“压制型司法”,更上位的政权形式则是“压制性政权”,“压制性政权是把所有的利益置于危险之中的政权,尤其是对那些不为现行的特权和权力体系所保护的利益来说,就更是如此”。^⑤ 在中国传统侦查制度

① [美]迈克尔·D. 贝勒斯著:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第36页。

② 正当程序,亦称为“正当法律程序”(Due process of law),“系指法律为了保持日常司法工作的纯洁性而认可的各种方法:促进审判和调查公正地进行,逮捕和搜查适当地采用,法律援助顺利地取得,以及消除不必要的延误等”。参见[英]丹宁勋爵著:《法律的正当程序》,李克强等译,法律出版社1999年版,前言第1~2页。

③ 当然,这种独立性与审判权的独立性不可相提并论。审判权独立包括法院和法官的独立,包含着审判权的外部独立和内部独立两个层面的蕴义;而侦查权的独立仅仅是外部独立,即独立于普通行政权、党派、法外因素的不当干扰。

④ 谢佑平、万毅著:《刑事侦查制度原理》,中国人民公安大学出版社2003年版,第41页。

⑤ [美]P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克著:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第32页。

中,盛行“有罪推定”,犯罪嫌疑人被预设为罪犯来对待,“刑讯成为合法的暴行”,^①其诉讼权利被野蛮的蹂躏。不仅如此,犯罪嫌疑人、证人、被害人等在传统侦查制度中也被客体化,^②可以“勾摄”、“讯”、“待质羁押”以及“拷讯”,其程序权利保障被忽视。而现代侦查制度则承认了犯罪嫌疑人、证人、被害人等诉讼参与人的程序主体地位,尊重其程序权利,排除野蛮的拷讯,充分赋予其沉默权、知情权、参与权、辩护权,并给诉讼当事人主张权益的机会,使他们能切实地影响侦查程序的运作。

三、现代转型所呈现的“现代现象”

在现代转型过程中,侦查制度的“现代化”通过特定形式表现出来,这呈现为侦查制度的“现代现象”。“现代现象是人类有‘史’以来在社会的政治—经济制度、知识理论体系和个体—群体性结构及其相应的文化制度方面发生的全方位秩序转型。”^③表征“现代化”的诸多“现代现象”有:“统治与服从的社会关系或集团的解体,‘自由平等’的个人间社会关系或集团成长”;“特定个人性且情绪性制裁之退化,与非特定个人性且理性的制裁之成长”;^④人们使用的工具的不断更新和改进;^⑤社会分工更加专业化;职业流动频繁;社会结构复杂化;立法和司法中的公开性、客观性、确定性、自治性和权威性得到了强化。传统侦查制度的“现代化”也是一个“现代现象”的综合范畴,它包含以下基本“现代现象”特征:

第一,多元性和系统性。在传统侦查制度现代转型过程中,“现代化”不是单一的因素,也不是单一的空间,人类思想与行为的改变也包括在内。这是一个复合的进程,包括识字的普遍、教育水平的提高、政治参与的扩大等。此外,现代转型中的侦查制度各方面因素都与其他因素密切相关,任何现代因素都不是孤立运作的,呈现出多元性和系统性。

第二,国际性。中国侦查制度的现代转型并不是中国传统侦查制度自发演进的,它与西方侦查制度的现代化密切联系在一起。西方国家侦查制度的“现代化”起始于16世纪的欧洲,随着资产阶级革命、殖民扩展和世界一体化,欧美国家的现代侦查模式所领衔的侦查“现代化”已经在全球范围内得到扩张,并将各个

① [意]贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第31页。

② 郝银钟:“刑事诉讼双重目的论之批判与重构”,载《法商研究》2005年第5期。

③ 刘小枫著:《现代性社会理论绪论:现代性与现代中国》,上海三联书店1998年版,第2~3页。

④ [日]川岛武宜著:《现代化与法》,申政武等译,中国政法大学出版社2004年版,第205页。

⑤ Marion Levy, Jr., *Modernization and Societies*, Princeton University Press, 1966, p. 11. 转引自张鹏园著:《湖南现代化的初期进展》,岳麓书社2002年版,第5页。

国家——包括中国——卷入汹涌大潮中。

第三,长期性。中国传统侦查制度现代转型是一个涉及司法体制、法律传统、文化积淀、价值选择等方方面面的艰巨历史演进过程,它并不能一蹴而就。即使是已经建立起现代化侦查制度的西方国家,也是经过数世纪的现代化积累,并仍在继续推进侦查制度现代化发展。中国侦查制度现代化也必须在改变传统侦查模式、调整法律体制的基础上,以欧美国家为榜样,移植现代侦查制度。不论是现代化侦查制度的移植,还是现代化侦查模式的自行摸索,都是一个长期的过程,其中甚至有探索失败,有反复和退步,这更延长了侦查制度现代转型的时间。

第四,发展性。现代转型必然会导致传统侦查制度的崩溃和解体,它可能造成一时的混乱和无序,这是“现代化”初期必然经历的异状,但发端、进展、反复的转型之后,随着体制磨合和社会整体现代化进程的推进,侦查制度的传统与现代之间实现了过渡,转型必然带来某些现代侦查的制度成果。

第二节 研究范式和研究对象

本书将中国传统侦查制度的现代转型作为研究对象,而研究对象与研究范式密切相关。^① 当前,“现代化”以及“法制现代化”研究都已形成了较为稳定的研究范式,这有利于为传统侦查制度现代转型提供一个“研究、讨论问题的共同规范和指导思想”。^② 在本书的探讨过程中,使用“研究范式”,并非是为了归纳或演绎一个传统侦查制度现代转型研究的学术派系,也不是要抽象出一个关于该领域命题探讨的所有研究者共有的世界观、人生观、理论背景和理论框架等要素,而是为了确定本书研究遵循的规则和理论逻辑。

一、两极对称的类型化研究范式

在各学科领域的现代转型命题研究中,“传统”与“现代”是一种普遍的两极对称类型划分,但有不同的分析模式。马克斯·韦伯在“现代化”定位中,以“传

^① “范式”是由美国科学哲学家托马斯·库恩在《科学革命的结构》一书中首次提出的。此后,“范式”概念以其所具有的较大开放性和极强包容性而被众多不同领域的学术研究所借用。“范式”概念已经演变成为一种科学研究的理论,并在不断发展中被赋予了新的含义:从事同一个特殊领域研究的学者所持有的共同信念、传统、理论和方法,或某一“科学共同体”在某一专业或学科中所普遍接受共同“规范”、“假说”或“规则”。参见陈瑞华:“刑事诉讼法学研究范式的反思”,载《政法论坛》2005年第3期。

^② 蔡守秋:“论法学研究范式的革新——以环境资源法的研究为视角”,载《法商研究》2003年第3期。