

专题一

侦查理论的若干问题论析

一、侦查模式理论的论析

侦查模式是审判前程序中的一个基本理论问题,侦查模式理论是在刑事诉讼模式的基础上结合侦查程序自身的特点提出的,侦查模式的设置科学合理与否直接关系到侦查目的及诉讼价值的实现。无疑侦查模式的选择和实现对侦查法治化具有标志性作用。因此,通过对侦查模式的研究,可以为理顺侦查程序中的各项法律关系,保障侦查权的正当运作,完善对犯罪嫌疑人诉讼权利的保护等起到指导作用。

(一) 侦查模式的内涵

目前我国关于侦查模式的研究主要是基于两个视角:一是从侦查学的角度来对侦查模式下定义并具体研究我国侦查模式的不足及改进办法,着重强调的是侦查破案及证据收集的方式和重点;^[1]二是从整个刑事诉讼法的角度来研究侦查模式,并着重从诉讼构造的角度来对侦查模式下定义并研究不同侦查模式的优劣以及对我国侦查模式重新建构的方向进行预测。

1. 侦查模式研究的侦查学视角

从侦查学的角度来研究侦查模式主要是指从侦查破案的方法、手段以及在侦破案件过程中侦查人员所采用的侦查思维角度来对侦查模式下定义、进行分类并对相关的问题进行研究。从此角度对侦查模式进行研究的学者们又

[1] 参见樊崇义主编:《刑事诉讼法实施问题与对策研究》,中国人民公安大学出版社2001年版,第300~307页。

依据所研究的不同侧重点、不同的标准对侦查模式进行了不同的分类。

以侦查人员和侦查机关对待物证和口供两种不同种类证据的态度及侦破案件侧重点的不同,将侦查模式分为“由供到证式的侦查模式”和“由证到供式的侦查模式”。“由供到证式的侦查模式”,也称为“口供本位”的侦查模式,它是指在侦查破案过程中侦查人员以收集口供、证言等言词证据为主要侦查的突破口从而来带动全案侦破的一种侦查模式。它是目前侦查人员侦查案件的一种典型的思维模式,在我国侦查机关及侦查人员中根深蒂固。此种侦查模式的主要特征是:①它强调口供的重要性并往往极端化为口供至上,因此,在讯问过程中多发生刑讯逼供等侵犯人权的现象;②在这种模式下的侦查活动经常是秘密的,并且缺乏对侦查机关的体制外制约。“由证到供式的侦查模式”是指在侦查过程中把实物证据放在首要位置,注重对实物证据的收集和运用,而把口供等言词证据的收集和运用作为辅助性手段的一种侦查模式。此种侦查模式的主要特征是:①它强调实物证据的收集,因此,相应地强调在收集、保全、运用证据过程中科技手段的运用;②它对于口供等言词证据更加注意运用其他实物证据来印证其真实性。可以说这与《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第53条规定“对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述,证据确实、充分的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。”的立法原意是一致的;③它强调对于犯罪嫌疑人采取侦查手段和强制措施的前提是必须有一定确实的证据。因此,对于强制侦查手段的使用采取更加慎重的态度,在一定程度上能够防止侵犯人权现象的发生。

以侦查案件的着手点及运用侦查手段的不同,可以把侦查模式分为“从案到人的侦查模式”和“从人到案的侦查模式”。“从案到人的侦查模式”是指案件发生后,侦查人员利用现场遗留下的相关案件信息,运用多种侦查手段来使案件得以侦破的侦查模式。其特点主要是:①它注重从分析犯罪现场的情况资料和遗留的痕迹作为侦查工作的切入点,从而展开侦查使案件得以告破;②它运用的是演绎的侦查思维,从发案现场进行时间上的回溯推理,从而来确定犯罪嫌疑人;③它以发案现场为中心,分析、判断案件性质,确定侦查方向和范围,制定侦查方案。“从人到案的侦查模式”是指侦查人员综合运用通过侦查基础业务、侦查手段所获取的与已知或未知的犯罪相关联的

嫌疑活动和嫌疑信息来分析、判断案件性质,确定侦查方向和范围,确认犯罪嫌疑人,从而使案件得以破获的侦查模式。其主要特点是:①它是以从多方面获取的情报信息中发现的嫌疑人作为侦查过程中的着眼点;②它运用的是归纳的侦查思维,从众多的情报信息中综合分析出犯罪嫌疑人,继而收集证据、破获案件;③它依靠公安基础工作、信息情报工作等多项业务进行侦查活动。

2. 侦查模式研究的刑事诉讼法学视角

以刑事诉讼法学的视角来研究侦查模式是将侦查程序置于整个刑事诉讼程序之中,从宏观层面来考察侦查程序中追诉方、辩护方、裁判方三者的法律地位及其相互关系,即以侦查程序中诉讼构造为基本研究对象。

对诉讼模式的研究与诉讼构造的研究紧密相联。20世纪60年代,美国学者帕卡最先从诉讼构造的角度来研究刑事诉讼,其提出的两个刑事诉讼模型——“犯罪控制模式”与“正当程序模式”涉及大量关于侦查程序中追诉方、辩护方、裁判方三者之间的地位及其相互关系的阐述,为我们系统地研究侦查模式进行了有益的理论铺垫。例如:他用两个模式的理论展开的关于逮捕的事实是否有司法审查和正当理由的论述;关于犯罪嫌疑人被逮捕后警察是否可以立即讯问、犯罪嫌疑人能否在侦查阶段聘请律师及逮捕后对于犯罪嫌疑人拘禁期限的决定问题的论述;对于电子窃听等问题的论述,都可以看作是两种对立的侦查模式及其特点的阐述。而在此之前,1958年日本的平野龙一教授在其出版的《刑事诉讼法》一书中就对侦查模式问题进行了分析及相应的分类。“关于侦查的构造,存在着完全对立的看法。一种看法应当称之为‘纠问式侦查观’,另一种看法应当称之为‘弹劾式侦查观’。前者认为,侦查本来是侦查机关调查犯罪嫌疑人的程序,正因为如此,它认可强制手段。不过,为了避免滥用,由法庭或法官加以抑制。这样,侦查便在一定程度上得到法律化,可以从中发现当事人主义的萌芽。与此相反,弹劾式侦查观认为,侦查不过是侦查机关单方面进行的准备活动,但同时嫌疑人也要独立进行准备。强制手段只能由法院为了将来作出裁判(即为了保全被告人和证据)而采用,当事人只是利用法院强制处分的结果而已。”〔1〕从平野龙一教授关于侦查模式的论述中我们可以看出他关于侦查模式的研究在当时

〔1〕〔日〕平野龙一:《刑事诉讼法》,有斐阁1958年版,第83~84页,转引自张长永:《侦查程序与人权——比较法考察》,中国方正出版社2000年版,第10页。

取得了突破性的进展,并对此问题的进一步展开和深入研究起到了巨大的推动作用。但是他关于侦查模式的论述还是过于简单,只涉及侦查模式的几个问题和特点,没有形成体系化的阐释,其研究的进路也只能定义为非“模式”化的研究。

我国学者从诉讼构造的角度来研究刑事诉讼整个程序,源于李心鉴博士在其《刑事诉讼构造论》一书中的系统阐释。而侦查作为刑事诉讼的重要组成部分在他的研究中也得到了系统化、理论化和模式化的论述。此后我国诉讼法学者关于此问题的论述日益增多,尤其是前几年关于警检关系的讨论,关于侦查程序诉讼化的论述等都从不同的侧面将侦查模式研究推向深入。

目前有许多研究侦查模式的论著将侦查模式与侦查构造、侦查结构等用语混用。一般的研究也是以诉讼构造论为理论基础,结合侦查程序自身特点,将侦查模式类型化。侦查模式与侦查构造虽然有密切的联系,但是二者在侧重点上有差异,也就造成了它们在内涵上的不完全相同。侦查构造、侦查结构等用语借鉴刑事诉讼构造论进行理论分析,而刑事诉讼构造是指“由一定的诉讼目的所决定的,并由主要诉讼程序和证据规则中的诉讼基本方式所体现的控诉、辩护、裁判三方的法律地位和相互关系”。^{〔1〕}由此可见,侦查构造、侦查结构等用语更强调的是在侦查程序中参与主体之间的关系及地位,更倾向于一种侦查程序中权力与权力、权力与权利的配置关系的静态体现。而侦查模式中的“模式”一语带有标准、样式之意,侦查模式能够从宏观上直接反映一国的诉讼理念,是从动态的角度来考察基本的侦查程序类型。有学者指出,诉讼模式是指不同制度下的刑事诉讼构造经过简化和抽象所具有的样式。模式尽管可以用来对某一诉讼构造的特征进行概括,但它还不是构造或结构本身。^{〔2〕}因此,相对来说,侦查模式是比侦查构造、侦查结构更为宏观的用语,是对一国侦查程序基本特征的概括和归纳。当然侦查模式的研究重点对象是侦查构造问题。所以将侦查模式与侦查构造、侦查结构等用语混用也具有相对合理性,能够反映出其特定内涵。

(二) 当代主要国家的侦查模式类型及特点

一个国家的侦查模式的形成要受到多方面的影响,如该国的历史文化传

〔1〕 李心鉴:《刑事诉讼构造论》,中国政法大学出版社1992年版,第7页。

〔2〕 参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》(第二版),中国人民大学出版社2005年版,第91页。

统、法律观念等。要对一国的侦查模式归类,至少应当考虑以下几个方面的内容:①侦查机关行使刑事侦查权的方式;②犯罪嫌疑人的诉讼地位及其辩护律师参与的程度和范围;③是否有中立的机关对侦查机关及其侦查权的行使进行司法制约及由谁对于侦查过程中出现的侦查机关与辩护方的争议进行解决。从以上三个方面所体现出的侦查程序中各主体之间的法律关系和地位、一国侦查程序制度设置的概貌,结合诉讼模式的分类理论,可以归纳出一国侦查模式的具体类型。

由于研究角度的不同,在侦查模式类型化问题上,分类标准也不尽一致,造成了多种分类方式。大概有以下几种:对抗制侦查模式与非对抗制侦查模式;单轨制侦查模式与双轨制侦查模式;审问式侦查模式与弹劾式侦查模式;职权式侦查模式与对抗式侦查模式;司法型侦查模式与行政式侦查模式;当事人主义侦查模式、职权主义侦查模式和混合式侦查模式;纠问式侦查模式、弹劾式侦查模式和诉讼式侦查模式等。对于具体名称的确定,各派学者都有其理由,本专题采用当事人主义侦查模式、职权主义侦查模式和混合式侦查模式的分类方式。但是这种分类并不具有绝对意义,随着经济全球化步伐的加快,各国在法律制度上相互借鉴与融合的趋势也加速推进,原来明显的划分界限,今天看来已经趋于模糊。然而由于诉讼制度历史类型的影响一时难以消退,对当代国家的侦查模式作相对区分,仍然是可能的。

1. 职权主义侦查模式

职权主义侦查模式主要存在于具有大陆法系传统的德国、法国等国家,这种模式与这些国家的诉讼模式的整体样态相适应。大陆法系传统的职权主义侦查模式的基本特征有以下几点:

(1) 大陆法系传统的职权主义侦查模式下侦查权的行使是单方的。在侦查过程中,调查、收集和保全证据等侦查措施的采取都是由负有侦查责任的侦查机关所包揽,并且强调侦查机关在侦查过程中客观公正的义务。

(2) 大陆法系传统的职权主义侦查模式在侦查过程中追诉方的总体地位相对于被追诉方是处于优势的。在德国,律师在侦查阶段的权利要受到极大的限制,律师会见犯罪嫌疑人在一定情况下要经过警察机关的同意方能进行。

(3) 大陆法系传统的职权主义侦查模式强调侦查目的是为了发现客观真实,因此,为了发现真实可以进行必要的预备裁判。为了保证侦查的有效进行和所得到的证据在法庭能够被确认,大陆法系国家认为应当有一个独立于

控辩双方之外的主体对侦查所获得的证据进行确认和保全。这种中立的主体也就是在欧洲大陆盛行一时而且现在还在法国发挥作用的预审法官。

(4) 大陆法系传统的职权主义侦查模式在侦查权力行使机关的关系上确立了警检一体化的模式。多数国家法律明确规定了检察机关对警察侦查案件的指挥权力和警察向检察机关报告、接受指挥的义务。如,《德国刑事诉讼法典》第163条规定,在侦查刑事犯罪行为范围内,警察只负担着辅助检察院的责任,只能作“不允许延误的决定”,应当将案卷材料、证据“不延迟地”送交检察院,由检察院进一步侦查。

2. 当事人主义侦查模式

英美法系当事人主义诉讼模式强调诉讼中控辩双方的平等对抗,在侦查程序中也处处予以体现,由此也形成了其独特的当事人主义侦查模式。其主要特征有以下几点:

(1) 英美法系当事人主义侦查模式在侦查构造的整体理念上强调双方平等对抗。虽然此种模式并没有像审判中那样全面贯彻“平等武装”的原则,但是由于其根本的理念和法律传统,从总体上来说在侦查过程中仍然侧重于双方对抗的原则。因此,他们赋予了犯罪嫌疑人沉默权、保释权等一系列权利,为追诉方的侦查和起诉设置一道道的障碍,呈现出跨栏式的进程。

(2) 英美法系当事人主义侦查模式强调调查的双向性。侦查活动被认为是为诉讼做准备的,因此,并不排除犯罪嫌疑人在其律师的帮助下进行一定范围的调查,如雇用私人侦探进行证据的收集和相应的调查活动。但辩护方的调查活动是在不违法的前提下的“任意侦查”,不具有国家侦查机关的强制性,犯罪嫌疑人主要权利是律师在场权、证据排除听证权等。

(3) 英美法系当事人主义侦查模式强调侦查为审判服务,即采取“庭审中心主义”,因此对于侦查过程中所取得的证据必须拿到法庭接受对方的质证,而且法律也没有规定警察机关负有收集有利于犯罪嫌疑人证据的客观义务。因此,警察机关对于所收集到的有利于犯罪嫌疑人的证据往往作为与其进行辩诉交易和让辩护方展示其收集的有利于追诉方的证据的砝码。

(4) 英美法系当事人主义侦查模式最先确立犯罪嫌疑人的沉默权,并且美国曾经一度贯彻得最为彻底——确立了“米兰达规则”。虽然采用其他侦查模式的国家也都规定了犯罪嫌疑人的沉默权和不得强迫自证其罪的权利,但没有哪个国家规定得这样彻底。从中也可以看出英美法系当事人主义侦查模

式强调在侦查程序中体现人权保护的特点。

3. 混合式侦查模式

采用混合式侦查模式的国家是一些在历史上曾长期采用大陆法系职权主义侦查模式,由于自身改革的需要(如意大利)或是由于主权不能独立而由他国强加(如日本),从原来的大陆法系职权主义侦查模式向英美法系当事人主义侦查模式转变的过程中建立的侦查模式。由于采用此种侦查模式的国家,没有共同的法律文化传统,并且由于变革的诱因、强度不同,所以混合式侦查模式各具风格。但是从宏观上概括混合式侦查模式仍然有可能和必要。

总体上说采用混合式侦查模式的国家都是兼具英美法系当事人主义和大陆法系职权主义侦查模式的特征的,其不同之处在于对这两种侦查模式的特征表现的多少有区别。混合式侦查模式的侦查构造表现出不同于单一的大陆法系职权主义侦查模式或英美法系当事人主义侦查模式的特征。下面以日本的侦查模式来分析混合式侦查模式的特点。

日本混合式侦查模式中当事人主义的因素主要有以下几个方面:

(1) 赋予犯罪嫌疑人不得自证其罪的权利和律师帮助权。《日本国宪法》第38条第1款规定“不得强制任何人对自己作不利的供述”,因此,嫌疑人对于检察官、检察事务官以及司法警察职员的讯问调查,有权保持沉默。根据《日本刑事诉讼法》第39条第1项的规定,身体受到拘束的被告人或者被告人,可以在没有见证人的情况下,与辩护人或者受可以选任辩护人的人委托而将要成为辩护人的人(不是律师的人,以已有第31条第2项的许可为限)会见,或者授受文书或物品。

(2) 由于日本审判方式的改革,因此,犯罪嫌疑人在审判前的地位得以提高。如赋予辩护律师的询问在场权,《日本刑事诉讼法》第113条第1项规定:“检察官、被告人或者律师,可以在执行查封证或搜索证时在场……”该法第157条第1项规定:“检察官、被告人或辩护人,可在询问证人时在场。”该法第170条规定:“检察官及辩护人可以在鉴定时在场。”并且赋予嫌疑人、被告人有权进行准抗告,请求告知羁押理由等权利。

日本混合式侦查模式中职权主义的因素主要有以下几个方面:

(1) 赋予嫌疑人及其辩护律师请求法官进行证据保全、查阅控诉方案卷和相关材料的权利。《日本刑事诉讼法》第179条第1项规定:“被告人、被告人或辩护人,在不预先保全证据将会使该证据的使用发生困难时,以在第

一次公審期日前為限，可以請求法官做出扣押、搜查、勘驗、詢問證人或鑑定的處分。”對於這種處分所形成的筆錄或收集到的證據物，辯護人在法院可以閱覽。

(2) 在警察和檢察官的關係上，採取的是大陸職權主義偵查模式中的警檢一体化的制度。《日本刑事訴訟法》第192條規定，警察機關和檢察機關二者在原則上是協助關係。偵查權由司法警察職員、檢察官和檢察事務官享有。他們強調由偵查機關採取偵查措施和相應調查權力的國家壟斷性，不允許私人行使。該法第189、191、193條規定，司法警察職員在知悉有犯罪發生時，應即偵查犯人及證據。檢察官在認為必要時，可以自行偵查犯罪。檢察官為了保證公訴的提起，有權對警察的偵查活動進行一般性指示。

從宏觀的角度來說，這三種偵查模式各有其特點，很難絕對地說哪種偵查模式更正當，但是因為每種偵查模式強調的側重點不同，因此，可以對各種偵查模式的優劣進行宏觀的評說。首先，大陸法系職權主義偵查模式更加強調的是國家偵查權的有效行使，並關注對犯罪的控制和偵查活動的效率。但大陸法系職權主義偵查模式在犯罪嫌疑人人權保護方面做得不夠好，尤其是傳統的這種偵查模式，更是體現出明顯的糾問式特點，在偵查階段對犯罪嫌疑人賦予的沉默權、律師在訊問犯罪嫌疑人時的在場權等保護犯罪嫌疑人人權的做法是近些年來隨著兩大法系的借鑒和融合才出現的。其次，英美法系當事人主義偵查模式更加側重於對偵查權濫用的防范，注重對犯罪嫌疑人的人權保障，賦予了嫌疑人及其辯護律師廣泛的訴訟權利，盡量貫徹當事人主義一貫主張的平等對抗的主張。但從另一個角度來看，英美當事人主義偵查模式則相應地付出了偵查的效率低和增加訴訟成本的代價——賦予當事人雙方的調查取證權往往造成同一個證據由兩方分別來調查的情況，即使是兩方調查的側重點不同也會造成交叉，從而導致了訴訟成本在一定程度上增加。而為保護犯罪嫌疑人訴訟權利規定的各種措施從另外一種角度來看則是对偵查機關的偵查設置的障礙，從而在一定程度上降低了偵查機關打擊犯罪活動的效率。最後，混合式的偵查模式試圖集中英美法系當事人主義偵查模式和大陸法系職權主義偵查模式雙方的優點，既注重保障犯罪嫌疑人的人權，又不犧牲偵查的效率。從理論上讲，若能把兩大法系偵查模式的優點結合起來，將會產生良好的社會效果。但這只是理論預期，還有待實踐的檢驗。

各國之所以會採用不同的偵查模式與各國的政治經濟、法律文化傳統存

在差异有着重要的关系。大陆法系职权主义侦查模式的理论基础主要有以下两个方面：①大陆法系国家奉行国家本位思想，强调侦查活动是为了维护国家的稳定和人民的安全。他们遵循的是黑格尔“国家高于市民社会”的思想，并且对于代表国家行使侦查权的警察机关和检察机关权力的行使予以充分的信任，认为国家的权力并不是一种“恶”。而人民对于国家侦查活动有配合和忍受的义务，因此，犯罪嫌疑人的地位与国家追诉机关的地位是不平等的。②大陆法系国家的侦查目的偏重于发现实体真实。因为揭露和证实犯罪是对已发生的历史事件的回溯和再现，它是一个艰难的过程，解决这一难题的有效途径是赋予侦查机关较大的、较少受到限制的权力，以保证侦查的有效进行，从而发现客观真实、保证社会秩序的稳定。英美法系当事人主义侦查模式的理论基础则是：①英美法系国家强调对公民权利的保障，因此，在侦查过程中强调对犯罪嫌疑人人身权和财产权的保障。他们认为这些权利是天赋的，而国家的权力是一种“恶”，必须进行限制，否则就要侵犯这些天赋的人权。因此，遵循洛克式“市民社会先于国家”思想的英美法系当事人主义侦查模式必然限制国家侦查权的行使，并强化犯罪嫌疑人的诉讼权利。②英美法系国家秉承其一贯的法律传统，在诉讼中强调追诉方与被追诉方的平等对抗，因此，在侦查阶段赋予当事人双方都有调查取证权、强调对犯罪嫌疑人辩护权的保护。而混合式的侦查模式主要是由于社会发展、政治经济的影响而形成，体现出两大法系相互借鉴和融合的趋势。

20 世纪末和 21 世纪以来英美法系当事人主义侦查模式和大陆法系职权主义侦查模式相互融合、借鉴的趋势明显增强，尤其以一些原本是大陆法系职权主义侦查模式向英美法系当事人主义侦查模式的转变过程中形成的混合式侦查模式为典型。并且即使是典型的英美法系当事人主义侦查模式和大陆法系职权主义侦查模式的国家也都在互相借鉴和融合，原本属于各自的特色制度也不再为各自所独有，如德国、法国等大陆法国家对英美法系国家的保释制度也在法律上予以明文规定，而作为把沉默权推向极端的美国也通过判例对沉默权的行使规定了许多特例——尤其在“9·11”事件之后，通过了《美国爱国者法案》，试图来提高侦查机关打击犯罪的能力和效率，最为重要的表现就是在该法典中放宽了对秘密侦查手段运用的限制和限制沉默权的行使。虽然各种侦查模式的本质区别还是存在的，但全球化的发展趋势使各国都确立符合国际发展趋势的一些侦查制度。各种侦查模式的共同特点主要体现在

以下两个方面：①控制侦查机关侦查权的行使，普遍建立了对强制性侦查行为和审前羁押的司法审查机制。许多国家立法明文规定对于侦查过程中所采取的搜查、扣押、冻结等涉及公民人身、财产权利的侦查行为必须由中立的法官签发令状，从而使侦查权的行使受到司法权的控制，防止随意侵犯人权现象的发生。而对于审前羁押虽然规定的时间有所不同，但都规定要将嫌疑人带到法官面前由法官来决定是否予以羁押，并且法官在决定的过程中都要听警察对于羁押理由的说明和辩护方对于羁押的反驳意见，实行类似于开庭审理的三角形侦查构造。②强化犯罪嫌疑人的当事人地位，保障被追诉人的诉讼权利。许多国家的法律规定了犯罪嫌疑人享有不被强迫自证其罪的权利，而且相应地赋予被告人有获得律师帮助的权利。

（三）我国侦查模式的特点及成因

新中国的诉讼制度是在借鉴前苏联的基础上建立起来的，在诉讼模式上也与前苏联基本相同。在诉讼理念上，我国奉行的是国家本位和权力本位，从总体上说我国刑事诉讼具有“流水作业”的特点，并且侦查程序中也不存在控、辩、审三方的诉讼形态。虽然随着诉讼民主化进程的推进和人权保障理念的强调，原来的诉讼模式已经发生了较大变化，但这种变化仍然不是根本性的，可以说只是一些技术细节上的修补。目前我国诉讼体制所确立的侦查模式仍然是一种职权主义的侦查模式。

这种职权性主要表现在以下几个方面：①追诉方与被追诉方在侦查过程中的地位不平等。公安机关、检察机关代表国家行使刑事侦查权，而犯罪嫌疑人则有配合的义务，不具有对抗的权利。如《刑事诉讼法》第118条第1款规定：“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为，让他陈述有罪的情节或者无罪的辩解，然后向他提出问题。犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。但是对与本案无关的问题，有拒绝回答的权利。”由此可以看出国外侦查模式中实行的犯罪嫌疑人享有沉默权的制度在我国根本没有予以认可，此种情况明显表现出追诉方与被追诉方地位的不平等，并且在这种规定下，犯罪嫌疑人容易被当成是侦讯的客体，被刑讯逼供。②追诉方拥有强大的、几乎不受制约的侦查权，即使是涉及犯罪嫌疑人人身、财产等重要人权时，作为中立的法官也没有制约的权力。

我国侦查模式设计的只是追诉方和被追诉方双方的关系，没有中立的第

三方进行司法审查并作出程序性裁判。其具体表现为：①涉及犯罪嫌疑人人身、财产权的侦查手段、强制措施的采取由侦查机关自己决定和执行。根据我国《刑事诉讼法》和《公安机关办理刑事案件程序规定》，搜查、扣押、冻结等侦查措施的采用由县级以上公安机关的负责人审批，而涉及人身自由的取保候审、监视居住、拘留也是由县级以上公安机关负责人审批。只有逮捕的采取必须由检察机关来批准，但从诉讼的角度来说检察机关也是属于追诉机关，由其审批也难以保证公正性。②涉及犯罪嫌疑人的审前羁押的时间及其延长由追诉机关来决定，而排除了中立的法官进行司法审查的机会。根据我国《刑事诉讼法》的规定，刑事拘留由公安机关决定，一般情况下可以羁押7日，加上检察院审查批准逮捕的时间最长可以拘留14日。并且对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子由公安机关决定可以拘留30日，加上检察院审查批准逮捕的时间最长可以拘留37日。公安机关按照其在刑事诉讼中的作用应该完全定位于侦查机关，而涉及犯罪嫌疑人人身自由的拘留完全由公安机关决定，足以表明我国是采用职权主义的侦查模式，并且十分不利于犯罪嫌疑人的人权保护。而对于更加长期的剥夺人身自由的逮捕来说，其采取的决定权及逮捕后羁押期限的延长则由检察机关来决定。虽然在我国检察机关被定位为法律监督机关，但在刑事诉讼中则更多的是担负刑事追诉与控诉的职能。因此，由其决定逮捕也违背了诉讼公正的理念。总之，缺乏独立于控、辩双方之外的中立的法官对于涉及犯罪嫌疑人人身自由的审前羁押进行司法审查是我国侦查模式的又一点。

我国的侦查模式之所以形成以上特点是由我国政治、经济、文化及历史传统等多方面因素决定的。从法学的角度来讲，这种侦查模式主要由两个方面因素决定：①由于我国历史上长期处于中央集权的封建社会，因此，民众对于国家权力是极其信任的，国家权力及其行使是具有天然的正当性的（如皇帝被称作天子这一点就可以证明上述论点），而民众对这种权力的行使（包括刑事侦查权的行使）必须予以配合和顺从。正是此种思想传统造成了我国容忍侦查机关刑事侦查职权行使的任意性和几乎不受任何外部的限制。②新中国成立后，我国不论政治、经济还是法制模式都学习苏联的模式，尤其是我国检察机关的建立更是本着“大检察”的理念，这就造成了我国现在对于侦查活动的监督、制约和审查权力都由承担控诉职能的检察机关来行使的局面，如检察机关对于逮捕的批准。

我国现行侦查模式在一定时期是适应我国社会政治、经济条件要求的,并且为我国社会的发展和稳定作出了巨大的贡献。无可否认,我国的侦查模式在强调侦查的效率和维护社会的稳定、打击犯罪活动等方面见长,并且在侦查效率、打击犯罪等方面也确实具有优势。但随着社会的发展,只侧重于强调打击犯罪的侦查目的逐渐满足不了社会利益多元化的需要,当代科学和合理的侦查模式的设置是要做到打击犯罪与保障人权两大诉讼目的的平衡。因此,改变我国现有的侦查模式,吸收和借鉴当事人主义侦查模式的对抗性因素,实现侦查程序诉讼化改造,已成为学者和立法机构的共识。

关于我国侦查模式的重构,应借鉴其他类型侦查模式的长处,并考虑到我国的国情,从以下几个方面进行改革。第一,应改变追诉方与被追诉方地位悬殊的状况,赋予犯罪嫌疑人沉默权,增强其抵御国家权力非法侵犯的能力,遏制刑讯逼供的发生。第二,进行侦查程序诉讼化的改革,赋予法官对于强制性侦查行为和强制措施的司法审查权力,以改变我国现行的侦查模式,遏制超期羁押、非法取证等侵犯人权的现象的发生。

二、正当侦查程序理论的论析

侦查程序正当化问题是近些年来学者们普遍关注和探讨的一个问题。正当程序最早的表述中所体现的正当程序的内容主要是体现在审判程序中,而对正当侦查程序言之较少。这样容易给人一种正当法律程序只存在于审判当中的误解。但是侦查活动中侦查机关以国家公权力为后盾,侦查行为的实施具有主动性和侵犯性,如果法律未就其范围、程序等明文规定,则容易造成侦查权的滥用而侵害人权,难以达到维护公平正义的目的。丹宁勋爵认为,“法律的正当程序”是指“法律为了保持日常司法工作的纯洁性而认可的各种方法:促使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,等等”。^[1]他对正当程序的看法已经包括了侦查活动应当遵循正当法律程序的内容。虽然目前正当程序理论究竟包含哪些方面的内容仍存在争议,但总体上看侦查程序的正当性应当包括两个方面的内容。

[1] [英] 丹宁勋爵著,李克强等译:《法律的正当程序》,法律出版社1999年版,第1页。

（一）侦查程序正当化的内容

1. 侦查目的的正当化

这里指的侦查目的并非基于整个诉讼进程来讨论侦查目的是审判准备观还是公诉准备观，抑或是侦查独立观，而是就侦查程序本身设置的阶段性目的而言的。德国学者耶林曾指出，法律的目的是在个人原则与社会原则之间形成一种平衡，“目的是全部法律的创造者。每条法律规则的产生都源自一种目的，即一种事实上的动机”。^{〔1〕}目的不正当不仅难以达到制度设计的最初目的，还可能进一步导致其他利益受到侵害。

侦查活动必须具有合目的性，如果不为侦查设定正当的目的，就难以指导侦查行为的正当行使，侦查权的行使不能秉持正当的理由，进而难以形成对侦查权的自我约束。因此，在重视侦查程序制度构建时，不能忽视侦查目的的正当性。从较为抽象的角度来说，任何公权力行为均应以追求公共利益为目的。如果一个公权力行为不以公共利益为目的，则该行为就失去了正当性基础。侦查目的的正当性是在正当程序理念下对侦查程序设定的一种应然的理想状态，是要平衡侦查活动中多元价值与利益的冲突。侦查活动的直接目的是要查明案件事实、收集证据和查获犯罪嫌疑人，任何侦查行为都不能偏离侦查犯罪的目的，尤其不能通过制造犯罪的方式（如实施犯意诱惑型的诱惑侦查）来侦查。侦查权的行使也不能无目的无理由地滥用，侦查权的启动不能带有无理由的随机性和任意性，侦查决定的作出应当符合必要的逻辑并具有足够的理由。如侦查中的羁押的目的只能是程序保障，不能将其作为获取口供的工具，更不能将其作为对犯罪嫌疑人进行实体性惩罚的手段。

2. 侦查行为的正当化

侦查行为是侦查权运作的具体表现形式。侦查行为往往带有强制性，对犯罪嫌疑人的人身、财产权利进行限制，甚至予以暂时剥夺。同时由于侦查权本质上是一种行政权，为了保障侦查活动的效率性，侦查机关往往被赋予了较大的裁量空间，如若缺乏对侦查权的约束则有侵犯人权之虞。而程序具有“既排除决定者恣意，又保留合理的裁量余地”^{〔2〕}的功能，通过程序来保

〔1〕〔美〕E. 博登海默著，邓正来、姬敬武译：《法理学——法哲学与其方法》，华夏出版社1987年版，第104页。

〔2〕季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第36页。

障侦查行为的实施具有理论上的合理性。但是有法律程序并不等于有正当法律程序,这种程序还必须进行正当化的改造,以求达到既保障侦查行为的实施又保障人权的平衡。如果仅规定侦查行为实施程序,但是这种程序不尽合理,未能给予公民人格尊重,甚至本身就构成了对公民权利的侵犯,那这种程序不但不能达到排除恣意的目的,还可能起到助长侦查行为恣意的作用。

侦查行为的正当化要求侦查机关在实施侦查行为时,应当践行正当程序的要求,给予公民的权利和人格尊严以合理的尊重。在实施侦查行为时应告知犯罪嫌疑人享有的权利;存在多种可选择的侦查行为时应尽力选择对公民权利构成较少侵犯的行为;对一些严重限制或剥夺公民权利的侦查行为,应实行决定主体与实施主体分离;在实施侦查行为时应进行全程监督。通过正当程序来抑制侦查行为的滥用,编织一张严密的保障公民权利的防护网。

(二) 侦查程序正当化的原则

侦查程序的正当化不仅仅是一种停留在抽象层面上的理论探讨,更为重要的是要以正当程序的理念来指导侦查权的运作,规范和约束侦查机关的行为,以实现侦查程序正当目的。侦查程序正当化不仅仅要体现在具体规则和程序技术层面,更应体现在指导侦查权运作的侦查活动的原则之中,必须建立成体系的侦查程序正当化的原则,以此来指导侦查权的具体行使。侦查程序正当化的原则不仅具有引导侦查立法和侦查实践的功能,还能在侦查法制体系不完备的现实状况下,弥补成文法的疏漏和不足,以正当程序的理念来引导侦查权的正当行使。结合当代主要法治国家侦查程序的立法,侦查正当程序的原则应当主要包括以下几项。

1. 任意侦查原则和强制侦查法定原则

这个原则是在区分任意侦查行为和强制侦查行为的基础上,用来规范侦查行为的实施,对侵犯公民权益的强制侦查行为进行严格的法律控制。

任意侦查原则是指在存在不同的多种侦查行为均能达到侦查目的的情况下,应当优先考虑对象自愿或不侵害犯罪嫌疑人实质权益的方式,避免对犯罪嫌疑人造成不必要的侵害。强制侦查法定原则是指对强制侦查行为只能限定在法定领域,作为任意侦查的例外来适用。法律对强制性侦查行为从适用条件、范围、程序等方面予以严格的规制。强制侦查法定原则的实质精神“在于尽可能减少和抑制侦查程序中强制力的行使,以避免过多或不当地实施

强制性处分而导致侵犯人权”。〔1〕

任意侦查行为与强制侦查行为的分类主要体现在《日本刑事诉讼法》中。《日本刑事诉讼法》第197条第1项规定：“为实现侦查的目的，可以进行必要的调查，但除本法特别规定的情形外，不得采取强制处分。”该规定往往被认为是对于任意侦查与强制侦查法定原则的法律确认。对任意侦查行为和强制侦查行为的划分标准在理论界存在争议，大体上有三种学说：一是以实施措施一方的手段为标准的学说，该说认为，如果行使直接强制的有形力，就是强制性侦查行为，反之则为任意侦查行为。二是 unlimited 侵犯法益的受处分人标准说，该说认为，如果被处分者包括隐私权在内的法益受到侵犯，就是强制处分。三是限定侵犯权益的受处分人标准说，该说认为，如果被处分者的重要利益受到侵犯时，就是强制处分措施。〔2〕其中后两种学说都可以归纳为侵犯权益标准说，即以侦查对象受侵犯的状态为标准，只要权益受侵犯，不论是否采用了有形的强制力，都认为是强制性侦查行为。因为划分标准的不同，所以任意侦查行为与强制侦查行为的范围也不同，二者区分的意义主要在于对侵犯公民权益的强制侦查行为实行严格控制。尤其是随着科技发展所产生的一些新型侦查犯罪的方式，以传统的有形强制力标准来划分二者，则可能会缩小强制侦查行为的范围，而扩大任意侦查行为的适用。如监听手段，并不构成对当事人的有形的强制力，但是这种侦查行为在利用科技手段侦查犯罪的过程中可能给公民的通讯自由和通讯秘密以及隐私权构成侵犯。如果采用第一种学说则会将其排除在对强制侦查行为实施的严格控制体系之外，不利于公民权利的保障。因此，目前日本的通说认为，两者的区别并不在于是否使用有形的物理力，而在于是否违反受处分一方的意思而侵害其重要的权利和利益。〔3〕其他国家虽然没有任意侦查行为与强制侦查行为的学理划分，但是也普遍建立了对侦查中的强制性侦查行为限制适用的原则。如《德国刑事诉讼法》第113条第1款就规定，对于轻微的刑事犯罪行为，不允许根据调查真相困难之虞而命令逮捕。

任意侦查一词中所谓的“任意”并非不受任何拘束，而仍应当考虑情况

〔1〕 王以真主编：《外国刑事诉讼法学》（新编本），北京大学出版社2004年版，第441页。

〔2〕 [日] 田口守一著，刘迪等译：《刑事诉讼法》，法律出版社2000年版，第30页。

〔3〕 [日] 加藤克佳：“毒品犯罪的侦查”，载西原春夫主编：《日本刑事法的重要问题》（第二卷），中国法律出版社、日本成文堂出版社2000年版，第148页。

的紧急性、必要性及对权益侵害的性质、程度等,才能作出合法的处分。根据《日本刑事诉讼法》的规定及诉讼实务,任意侦查的方法通常包括以下几种:要求被疑人到场并对他进行调查;嘱托鉴定、口译或者笔译;照会;留存;现场检查;在符合一定的条件下所进行的拍照等;经通话当事人任何一方同意而实施的电话录音。^[1]传统的强制侦查行为主要是一些限制与暂时剥夺人身权利、财产权利的行为,如搜查、扣押等。而随着科技的发展,犯罪手段也日益智能化,为了应对这种犯罪发展的趋势,运用科技手段侦查犯罪具有了迫切的必要性,这些手段主要是监听、强制采样、心理测试等。这些侦查行为的实施虽然并不直接以有形的强制力形式直接作用于侦查对象,但这些行为限制或剥夺公民权益,如果失去控制而滥用则会构成对公民重大权益的不当侵犯。因此,需要严格控制这些行为的适用,任意侦查原则与强制侦查法定原则正是为达此目的的侦查程序正当原则。

强制侦查法定原则是程序法定原则在侦查程序中的具体适用。这一原则要求强制侦查行为的做出必须要有法律依据,要在法律规定范围内依法定程序做出。德国学者赫尔曼教授指出:“德国的法学思想一直认为,允许以强制性侵犯公民的权利时,关键的是一方面必须对国家权力的强制权明确地予以划分与限制,另一方面必须由法院对强制性措施进行审查,使公民由此享受到有效的法律保障。”^[2]就我国立法现状而言,不仅缺乏对强制性侦查行为的司法审查,程序控制不严,而且有些侦查行为在刑事诉讼法上根本就没有得到确认。如心理测试等,在刑事诉讼法上完全找不到许容性的规定。

2. 司法控制原则

司法控制原则是指在侦查程序中引入中立的司法官对侦查权的行使实施控制,主要内容包括对强制侦查行为颁发令状、对强制措施实施前和实施过程的司法审查,对侦查程序中产生的争议作出程序性裁判。这一原则要求侦查构造诉讼化。传统的侦查程序是行政程序,侦查权单向行使,侦查行为的决定权与实施权主体合一,缺乏其他权力机关的制约,容易被滥用。而侦查程序中司法控制原则的引入,要求有中立的司法官对侦查权的运行进行事前、

[1] 参见宋英辉主编:《刑事诉讼原理》(第二版),法律出版社2007年版,第281~282页。

[2] [德]约阿希姆·赫尔曼:“《德国刑事诉讼法典》中译本引言”,载《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第6页。

事中、事后的全程控制，能够编织一张严密的防范权力滥用的网。同时司法控制原则要求侦查程序中引入司法权，对侦查程序进行诉讼化改造，形成控、辩、裁三方构造。具体是由哪些机关承担侦查中司法控制的职责，依各国国情略有不同，如英国的治安法官。司法控制原则具体到侦查程序中主要包括两个方面的内容：令状原则及司法审查原则。

令状原则是由强制侦查法定原则引申出来的一项侦查正当程序基本原则，是指在实施强制侦查行为时，对侦查行为是否合法，必须由法院或司法官予以判断并签署许可令状，而且在执行时必须向被处分人出示该令状才可执行。此中的“令状”（Warrant）一词是指记载有关强制性处分裁判的裁判文书，具体表现为搜查令、逮捕令等。此原则设定的目的是要对强制侦查行为的滥用建立一套事先防范机制，对侦查程序中的人权有效保障。令状本身必须具备具体指明令状适用的人或物、时间、根据等，即具有特定性，而且在执行令状后仍须受法院或司法官的司法审查。此原则禁止签发一般令状，以防止强制侦查行为的滥用。至于令状的性质是一种命令状还是许可状则体现了不同的诉讼价值观和诉讼构造观。其结果，不仅直接决定着强制性处分权归属的不同，而且也会直接导致强制性处分适用上的差异。若视令状为命令状，则执行机关无过多的裁量权，执行逮捕后必须将被逮捕人带到法官面前审查逮捕理由，停止执行或释放被羁押的人也须由法官作出裁判；若视令状为许可状，则执行机关在是否执行方面有较大的裁量权，执行后也可不待法官裁判而释放被羁押人。^{〔1〕}在一些国家令状原则甚至被写入宪法，如《美国联邦宪法修正案》第4条规定：“人民有保护其身体、住所、文件与财产的权利，不受无理搜查与扣押，此为不可侵犯的权利。除有可能的理由，以宣誓或郑重声明确保，并详载指定搜查的地点、拘捕之人或押收之物外，不得颁发搜查证、拘捕证或扣押证。”当然为了保障侦查权的及时性和效率性，也规定了一些令状原则的例外情况，即在情况紧急或其他特殊情况下，可以先执行，再由司法官进行审查。

司法审查原则实际上在法官颁发令状时也应当得以贯彻，法官对侦查机关采取强制侦查行为的理由和必要性进行审查作出是否准许的决定，这里将

〔1〕 参见宋英辉、吴宏耀主编：《刑事审判前程序研究》，中国政法大学出版社2002年版，第41页。