

2007年卷

法学论丛

韦以明
梁柯林
蓝晨
主编

FAXUE
LUNCONG



FAXUE
LUNCONG



广西民族出版社
GUANGXIMINZU CHUBANSHE

图书在版编目 (CIP) 数据

法学论丛. 2007 年卷/韦以明, 梁柯林, 蓝晨主编.
南宁: 广西民族出版社, 2007.11

ISBN 978-7-5363-5371-8

I. 法… II. ①韦…②梁…③蓝… III. 法学—文集

IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 176308 号

法学论丛

(2007 年卷)

韦以明 梁柯林 蓝晨 主编

出版发行	广西民族出版社 (地址: 南宁市桂春路 3 号 邮编: 530028)
发行电话	(0771)5523216 5523226 传真: (0771)5523246
E-mail	CR@gxmzbook.cn
责任编辑	张丹竹 吴柏强
装帧设计	韦党尊
责任校对	熊 艳
责任印制	姜为民
印 刷	广西金考印刷有限公司
规 格	890 毫米×1240 毫米 1/32
印 张	19.5
字 数	500 千
版 次	2007 年 11 月第 1 版
印 次	2007 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5363-5371-8/C·300

定价: 50.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与本社联系调换。

编者序

2006年12月7日至8日,广西法学会诉讼法学研究会2006年年会在百色市成功举行。本次年会由广西法学会主办,由百色市中级人民法院、百色市人民检察院共同承办,自治区党委政法委、自治区高级法院、自治区检察院、广西政法管理干部学院的领导到会指导。

该次年会通过敞开式研讨,促进了全区诉讼法研究领域的信息交流、促进了研究人力资源的共用和研究成果的共享,推进了共性课题的集中攻关、理论和学术语言的共识,从而带动了各有关部门业务水平的共同提高,最终服务于构建和谐社会和“平安广西”建设。年会的具体议题为:一、综合类:1. 社会主义法治理念与实务研究;2. 社会主义法治理念在我国诉讼法实务中的运用。二、刑诉:1. 刑事诉讼证据理论与实务研究;2. 刑事诉讼法修改完善问题。三、民诉:1. 民事诉讼证据理论与实务研究;2. 民事诉讼主体的制度研究。四、行政诉讼:1. 行政诉讼证据理论与实务研究;2. 行政行为与行政诉讼受案范围关系研究。

年会共收到论文124篇,来自全区法学院校、法院系统、检察院系统、公安系统和法律服务部门等的专家学者

120 多人出席了这次全区法学界的盛会。与会人员围绕“树立社会主义法治理念,繁荣广西诉讼法学研究”这一主题进行了广泛而深入的交流。会后,广西壮族自治区法学会组织专家对符合评奖要求的 110 篇论文进行了评比,共评出一等奖 10 篇,二等奖 15 篇,三等奖 25 篇(获奖名单在《法治快报》上公布)。本卷论丛即为获奖论文专集。

鉴于时间仓促和我们专业水平有限,编辑难免有误,敬请作者和读者见谅。

广西壮族自治区法学会

2007 年 9 月 18 日

目 录

一等奖论文

任意侦查基本涵义解析	马 方(3)
谈谈审前程序刑事附带民事诉讼制度的构建	陆镇养(17)
刑事证据制度理论基础的反思与构建	蒋人文(30)
论我国民事证据失权的法律救济	蓝 威(46)
完善我国民事诉讼证据交换制度之我见	吴旭桦(58)
无独立请求权第三人制度之管见	周伟平(71)
自白补强规则初步研究	潘庆林 张吉喜(88)
我国刑事强制措施制度的批判性重构	罗绍华 全 莉(103)
行政诉讼证明责任分配研究	张显伟(114)
论成熟原则对我国行政诉讼受案范围界定的影响	刘助建(128)

二等奖论文

专家介入诉讼有关问题的探讨	何峥嵘(143)
略论我国现行民事诉讼证人制度的缺失与完善	吴 浅(155)
论我国减刑制度的缺陷与完善	梁仁伟 唐德才(167)

律师在法庭教育环节中的地位、作用和教育方法

——兼谈当前少年法庭审理的现状与流弊 安平章(181)

“能动司法”:社会主义司法理念在落后地区民商审判中的体现

..... 张均英(194)

浅谈举证期限制度的完善 吴小英(206)

理性的选择和现实的期待

——对刑事案件普通程序简化审的思考

..... 林少平 卢赛环(215)

社会主义法治理念与诉讼裁判文书的创新 赵洪忱(227)

两大法系非法证据排除规则之比较与评析 周琴台(239)

环境公益诉讼与我国诉讼法制之完善 彭本利(255)

团体诉讼在我国的可行性探究 方佳佳(266)

论民事诉讼证人出庭作证制度的完善 吴 霜(276)

二元视角下的刑事证据概念及其功能 覃祖文(287)

我国刑事诉讼法证人出庭作证现状及完善 孔丁英(297)

行政诉讼“主要证据”略探 余保才(308)

三等奖论文

浅论我国法官的管理制度 徐黎明(321)

检察机关在审查逮捕、审查起诉中非法证据排除规则

相关问题探讨 覃如雕(333)

谈职务犯罪侦查中逮捕强制措施之适用与完善 黄海善(347)

婚姻案件举证难的分析及对策

——兼论“私人侦探”的可行性 李艳梅(361)

试论刑事证明标准 吴 双(372)

对我国鉴定人制度的思考 向 哲(381)

审查批捕工作方式的改革若干问题探讨 王云生(393)

“和谐社会”框架下构建刑事和解制度的理论探讨	秦 燕(407)
试论我国刑事审判监督程序的改革与完善	
——以“一事不再理原则”为视角	张 亮(419)
公证行为的行政可诉性之探讨	张 芹(430)
行政机关侵犯其他人身权、财产权行为的行政诉讼受案范围探讨	潘丽军(442)
检察引导侦查取证初探	兰志才 李文艳(455)
职务犯罪侦查中正确认识和运用“以事立案”的思考	
	黄海春(467)
我国警察出庭作证的依据及其价值略论	黄小凤(478)
行政诉讼举证责任分担研究	江 南(490)
侦查超期羁押探析	唐德才(502)
浅谈准行政行为的可诉性	林 宁(517)
论民事诉讼证明标准之构建	李升云(527)
谈控审职能分离视野下的检法关系	蒙 旗(536)
关于我国行政诉讼举证责任分配问题的几点思考	
	刘建军(551)
试论以非诚实讯问方法所得供述之证据能力	
	蒋 旗(560)
人民监督员制度若干问题研究	
	蔡 敏 苏全雍 梁广平(570)
高校管理行为可诉性的思考	王金秀(585)
关于证人出庭作证存在的问题及对策	
	邓伟力 王 强(595)
论刑事诉讼简易程序	莫素平(605)

一等奖论文

任意侦查基本涵义解析

马 方

“强制侦查法定主义”、“比例原则”、“司法审查原则”是侦查程序理论研究的核心原则,是侦查启动与实施的基本原则,也是侦查法治化的基础。遗憾的是,国内对“强制侦查法定主义”、“比例原则”、“司法审查原则”等方面的研究虽著述颇丰,但却依然存在重大缺陷。强制侦查是与任意侦查相对应的概念,是侦查行为的基本分类之一,任意侦查作为强制侦查的相对物,应为侦查法治化研究不可或缺的组成部分。甚至可以说,区分任意侦查与强制侦查,强调任意侦查原则是侦查法治化的前提与基础。但目前国内无论是刑事诉讼法学研究还是侦查学研究,在对侦查原则与侦查行为研究过程中一直处于仅仅关注、论证强制侦查法定原则与强制侦查行为的状态,而对任意侦查原则与任意侦查行为基本没有涉及,从而导致了侦查研究的严重失衡。

古人云:“亡羊补牢,未为迟也。”我国对任意侦查的研究虽尚显稚嫩,但已艰难起步。在此研究的初始阶段,当务之急是构建任意侦查的基础理论,其中对任意侦查基本涵义的界定首当其冲。

一、有关任意侦查涵义的不同界说

任意侦查(日语中为“任意搜查”或“任意处分”)一词起始于日

本刑事诉讼法,经译者翻译,学者注释传入我国,因而对任意侦查词义的考量应从日本刑事诉讼法开始。

“所谓任意侦查,是指以受侦查人同意或承诺为前提而进行的侦查。对于任意侦查,法律没有特别限制。即使法律没有明文规定,原则上也可以采取适当的方式进行。”^①这一解释应属日本刑事诉讼法中译本中最全面也最权威的解釋之一。该解释主要从两个方面入手来界定任意侦查:一个方面是从受侦查人的意志状态与主观选择,另一个方面是从法律对任意侦查的规范方式。

“所谓强制措施就是侵犯个人重要利益的措施,使用强制措施的侦查叫做强制侦查,不使用强制措施的侦查叫任意侦查。因为强制措施只限定在法律规定的领域。因此应该尽可能以任意侦查方式进行侦查。这称为任意侦查的原则。”^②日本权威学者田口守一对任意侦查的这一定义,主要是通过强制与任意措施相对比来揭示任意侦查涵义,该定义强调:(一)任意侦查是与强制侦查、强制措施相对立相联系的一个概念;(二)在侦查中,任意侦查是原则,强制侦查仅为例外。

“日本法中的侦查方法大体分为:任意侦查(即:可以进行任意处分的侦查)和强制侦查(即可以进行强制处分的侦查)……因此,刑事诉讼法明确规定,采用任意侦查原则,即没有特殊必要采用强制侦查方法时,应当使用任意侦查的方法。”^③加藤克佳对任意侦查的介绍说明了任意侦查的处分方式与适用条件。

国内学者在此基础上对任意侦查也进行了一些阐释。孙永教授从相对人的主观意愿出发,明确了任意侦查的行为性质与

①宋英辉.日本刑事诉讼法[M].北京:中国政法大学出版社,2000:4.

②[日]田口守一著,刘迪等译.刑事诉讼法[M].北京:法律出版社,2000:28.

③[日]西原春夫主编,金光旭等译.日本刑事法的重要问题(第2卷)[M].中国北京:法律出版社,日本:成文堂联合出版,2000:148.

行为后果,指出“强制侦查与任意侦查是根据侦查行为是否由相对人自愿配合为前提而对侦查行为所做的分类。任意侦查指不采用强制手段,不对相对人的生活权益强制性地造成损害,而由相对人自愿配合的侦查。”^①陈永生博士在介绍任意侦查原则的过程中对任意侦查的性质进行了界定:“任意侦查原则,基本涵义就是要求侦查机关在刑事诉讼过程中应当尽可能采用无须对公民的权利和自由进行限制或剥夺的任意性侦查措施,只有在任意性侦查措施无法达到预期诉讼目标时才能采用强制性侦查措施。”^②

二、任意侦查基本涵义分析

法律现象的概念化是任何法学理论研究的前提与必要组成部分,但从不同角度入手,运用不同方法都会得出不同的结论。科学的定义方法应当正如美国法学家韦斯利·N. 霍尔菲尔德(Wesley N. Hohfeld)所主张,“他的目标就是要分析那些被他称之为‘法律最小公分母’(The lowest common denominators of the law)的东西,其中包括法律关系、权利、义务、权力、特权、责任、豁免等概念,并且对上述概念间的逻辑关系进行解释。”^③

任意侦查是一个典型的舶来词,在日本刑事诉讼法中有其特定的使用环境。将其引入国内,在一个显著不同的文化、政治、经济、法律背景中使用几乎同一的名词,必须对其进行本土化与深入

①孙长永. 侦查程序与人权[M]. 北京:中国方正出版社,2000:24.

②陈永生. 侦查程序原理[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2003:150.

③见 Hohfeld, fundamental legal conceptions(New Haven, 1923); Arthur H. Corbin, “Legal Analysis and Terminology”, 29 Yale Law Journal 163 (1919). 转引自[美]E 博登海默著,邓正来译. 法理学——法律哲学与法律方法. 北京:中国政法大学出版社,1999:488.

的分析,在对其准确定义之后才能正确使用并进行后续研究。因而,任意侦查的基本涵义分析是任意侦查基础理论研究的根基。

根据美国法学家韦斯利·N. 霍尔菲尔德(Wesley N. Hohfeld)的学说,并在国内现有注释基础上,本文主要从任意侦查主体、客体以及权利与义务三个方面分析任意侦查的基本涵义。

第一,任意侦查的主体。

作为基本侦查行为之一,任意侦查的主体应与侦查主体相一致,但由于从诉讼法律关系出发,侦查主体范围广泛且各国有所不同。在侦查权实际运行过程中,侦查主体具有特定性与专门性。从任意侦查本身行为特征来看,缺乏强制性的任意侦查与其他以探究事实真相为目的的调查行为具有一定的相似性,因而需要在明确侦查主体的基础上对任意侦查的主体进行深入剖析。

之所以在侦查主体问题上出现诸多争议,在于理论界对侦查主体的界说存在一些缺陷,没有对侦查程序主体与侦查行为主体进行区分。在现代世界各国中,以当事人主义诉讼模式为主、以职权主义诉讼模式为补充的混合式诉讼模式日益成为主流发展趋势。体现在侦查程序之中,即为构建以司法审查为前提,突出犯罪嫌疑人主体地位,强调控辩双方平等对抗的当事人主义的侦查构造。在此种侦查构造之中,侦查程序主体包括对侦查进行司法审查的法官、直接行使国家侦查权的侦查机关(检察官与警察^①)、行使辩护职能的犯罪嫌疑人及其辩护人、为维护个人权利而参与侦查程序的被害人与其他参与人。“检察官、司法警察员、法官、辩护人以及犯罪嫌疑人自身,各自均有一定的权限。犯罪被害人和市民也与侦查程序有关。侦查程序就是上述程序参与人行使各自的

^①在检警一体化的国家,为检察官与警察及其他享有侦查权的机构,如德国、法国、意大利等国;在检警分立的国家,仅为警察及其他享有侦查权的机构,如英国、美国等。

权限,为了实现起诉或不起诉,或为了进入审判程序而进行的活动。程序参与人之间的关系多种多样,有对立关系、审查关系和保护援助关系等。”^①

然而,在侦查权的具体运行过程中,侦查行为主体应为享有侦查权并实际实施侦查行为的个人或机构。总体而言,侦查行为主体包括单一侦查行为主体与二元侦查行为主体两类。在传统的当事人主义诉讼模式国家,如英国、美国等国家,以人权保障为诉讼的主要价值,为有效制约国家强权的运行,突出当事人之间的平等地位与对抗,因而弱化侦查权的国家专属权性质并使之在法定侦查机关与犯罪嫌疑人之间分享,侦查行为主体包括侦查机关与犯罪嫌疑人及其辩护人。在传统的职权主义国家,如德国与法国,秉承发现真实的诉讼目的观与主动追究犯罪的职权主义传统,强调侦查权的国家专属性质,严格规定侦查由法定侦查机关专门实施,其他任何机关包括犯罪嫌疑人无权对案件事实进行任何形式的调查,侦查行为主体仅为法定侦查机关。

日本在第二次世界大战之后的司法改革中,在原有大陆法系职权主义诉讼制度的基础上大力移植了英美法系当事人主义诉讼模式,形成了独具特色的混合式刑事诉讼制度,但职权主义发现真实的诉讼观在其具体法律规定与司法实践中仍有明显体现。在侦查程序中虽然提出了构建当事人主义侦查构造的理论并成为一种立法精神,但在侦查行为主体上仍然强调法定侦查机关的专门性。犯罪嫌疑人在侦查过程中虽可进行独立的诉讼准备活动,并被赋予一定的自行调查权,如日本《刑事诉讼法》第一百七十九条规定:“被告人、被疑人或者辩护人,在不预先保全证据将会使该证据的使用发生困难时,以在第一次公审期日前为限,可以请求法官做出

^①[日]田口守一著,刘迪等译.刑事诉讼法[M].北京:法律出版社,2000:

扣押、搜查、勘验、询问证人或者鉴定的处分。”但犯罪嫌疑人只能通过法官实施强制侦查行为。显然,在日本强制侦查主体仅为法定侦查机关。在任意侦查主体上,无论是日本还是中国,在论及任意侦查时都鲜有强调。其原因在于“任意侦查”这一名词系对日语的转译,在日语中为“任意搜查”或“任意处分”^①,搜查或处分都是专属于侦查机关的法定职务行为,并且任意侦查的主要法律依据是日本《刑事诉讼法》第一百九十七条,从体例上看该条是日本《刑事诉讼法》第二编第一章“侦查”中有关侦查机关侦查行为的原则规范,因而无须强调任意侦查的主体应为侦查机关。

需要强调的是,在任意侦查中接受侦查的对象虽享有较多的权利与自由,与其在强制侦查中的权利与地位有显著的不同,如大多数任意侦查行为的实施都要取决于他们的同意,他们可随时终止正在进行的任意侦查,但他们并不享有侦查权也不能主动发动任意侦查,他们是侦查程序的主体而并非任意侦查行为的主体。在日本任意侦查中接受侦查的对象包括被疑人(第198条)、参考人及其他第三人(第二百二十三条)^②以及公务机关或公私团体(第197条第2款)。对于其集合称谓日本一般称之为:“受处分人”^③,“相对方”^④,我国学者称之为“相对人”^⑤,“受侦查人”、“被疑人或

① 山上圭子. 搜查・诉追・实务・刑事诉讼法. 法学教室, 2004(1): 7.

② 日本刑事诉讼中的第三人是指犯罪嫌疑人之外的所有人,包括被害人、目击者等参考人及鉴定人或翻译等。在侦查过程中,参考人有可能转为犯罪嫌疑人或成为证人。

③ [日]田口守一著,刘迪等译. 刑事诉讼法[M]. 北京:法律出版社, 2000: 30.

④ [日]酒卷匡. 搜查に対する法的规律の构造(2). 法学教室, 2004(3): 64.

⑤ 孙长永. 侦查程序与人权[M]. 北京:中国方正出版社, 2000: 24.

者相关人员”^①。从任意侦查中接受侦查对象的范围出发,结合任意侦查发生的具体环境,以及与侦查机关相对应的地位,笔者认为将其称为“侦查相对方”更为贴切与恰当。

第二,任意侦查的客体。

任意侦查的客体即任意侦查指向的对象,依据通说侦查的客体应为刑事案件,任意侦查作为基本侦查行为之一,当然也应以刑事案件为客体。但由于任意侦查以侦查相对方同意的方式或在侦查相对方不知情的情况下灵活适用,快速查证某些犯罪嫌疑,避免了对人权的侵犯,具有浓厚的非强制性色彩,日本一些学者认为任意侦查适用对象可不局限于刑事案件,在司法实践中任意侦查也被用于预防犯罪的行政警察行为之中,如职务询问与携带物品检查。^②

由于我国在刑事案件的成立标准上与日本等大多数国家存在较大区别,因而有必要通过分析刑事案件的成立标准说明任意侦查的适用对象。

存在刑事案件是侦查启动的前提与条件。绝大多数国家都采用主观性、随机性的刑事案件成立标准,即无须专门的认证程序,只要侦查人员发现犯罪嫌疑,即可认为存在刑事案件,从而启动侦查。如日本《刑事诉讼法》第189条第2款规定:“司法警察职员在知悉有犯罪发生时,应即侦查犯人及证据。”在德国,“审前程序没有正式的起点。在大多数案件中,侦查的启动及其理由记录在警察局的日志或案卷中。但是,如果控告提出的事实并不能说明有犯罪行为发生(例如,被控告的行为不属于犯罪行为),那么检察官

^①宋英辉,吴宏耀.刑事审判前程序研究[M].北京:中国政法大学出版社,2002:33.

^②[日]田口守一著,刘迪等译.刑事诉讼法[M].北京:法律出版社,2000:40~43.

和警察都不必开展进一步的行动,因为只有对有犯罪行为发生确实存在怀疑,才有责任启动侦查程序(刑事诉讼法第160条第1款)。”^①在美国,只要有怀疑即可以开始侦查。^②而我国等少数国家专门设立了严格的立案程序,根据我国《刑事诉讼法》第86条规定,只有“有犯罪事实需要追究刑事责任”的案件经专门程序批准才能启动侦查程序。我国严格的立案程序有其特殊的司法环境。由于在侦查程序中对于侦查机关的侦查行为,既没有检警一体化体制中的内部制约,又缺乏法官的外部司法审查,设置立案程序可有效的防止侦查权的滥用。立案程序所主要制约的对象实际上是强制侦查,因为只有立案之后才可以实施强制性侦查措施,而如果任意侦查受到立案程序的限制,将使其随机发动的实践价值大打折扣。因此,任意侦查所指向对象必须是“刑事案件”,但此“刑事案件”并非我国立案程序之下的彼“刑事案件”,只要侦查人员“认为有犯罪事实存在”即构成刑事案件,而无须符合严格的立案标准并遵循立案程序。

第三,任意侦查中权利与义务。

在汉语中,“‘任意’犹随意,谓任凭己意,不受约束,如任意行动”^③,“‘任意’谓任凭己意,为所欲为”^④,但在任意侦查中“任意”二字显然不可如此做解释。在任意侦查中,侦查机关及侦查相对方都各自在享有一定的权利同时需承担相应的义务。

1. 侦查机关有权自行判断实施任何非强制性的必要侦查行为。

①[德]托马斯·魏根特著,岳礼玲、温小洁译,德国刑事诉讼程序[M].北京:中国政法大学出版社,2004:90.

②卞建林.美国联邦刑事诉讼规则和证据规则[M].北京:中国政法大学出版社,1996:22.

③辞海.上海:上海辞书出版社,1979:50.

④辞源.北京:商务印书馆,1979:184.