

法治视野下的

FAZHISHIYEXIADE
QIANGZHIZHENCHA

强制侦查

刘方权 著



中国人民公安大学出版社

法治视野下的 强制侦查

刘方权 著

(公安机关 内部发行)

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

法治视野下的强制侦查/刘方权著. —北京:中国人民公安大学出版社, 2004.3

ISBN 7-81087-662-7

I.法... II.刘... III.侦查—研究—中国 IV.D631.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 015397 号

法治视野下的强制侦查

FAZHI SHIYEXIA DE QIANGZHI ZHENCHA

刘方权 著

出版发行:中国人民公安大学出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

邮政编码:100038

印 刷:北京蓝空印刷厂

版 次:2004年3月第1版

印 次:2004年3月第1次

印 张:11

开 本:850毫米×1168毫米 1/32

字 数:274千字

ISBN 7-81087-662-7/D·490

定 价:20.00元 (公安机关 内部发行)

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

前 言

强制侦查法治化——秩序与自由的平衡

“犯罪是现代社会的一颗毒瘤”，并以其职业化、组织化、智能化、暴力化严重地威胁着社会秩序的稳定和公众的安全。为了达到国家社会治理的目标——公共福利的增加，国家赋予了侦查机关强制侦查的权力与犯罪活动相抗衡。在控制与反控制的这一场域中，强制侦查权力是一把“双刃剑”——它既能有效地实现对犯罪的控制，同时也存在着对公众个人权益侵害的巨大威胁。在传统社会里，秩序控制是国家社会治理的主要目标，甚至是惟一目标，个体权益在国家的社会治理目标体系中无足轻重，为此传统社会的犯罪控制体现出强制侦查的恣意。而在现代社会里，公共福利的总体增长成为国家社会治理的重要目标，个体权益的尊重也因此成为国家社会治理目标体系中的重要组成，表现在刑事诉讼价值理论上则是价值的二元，甚或多元。犯罪控制不再是国家刑事诉讼的惟一使命，对个人权益，特别是犯罪嫌疑人、被告人个人权益的尊重成为刑事诉讼的另一重要价值构成。

长期以来，由于刑事诉讼价值理念选择上对犯罪控制的偏倚，致使我国的强制侦查构造与现代国家的法治化要求还存在着一些差距，表现在立法上未对强制侦查措施进行明确的界定，甚至还存在着无法可依的情形；强制侦查制度的构造重视其犯罪控制功能，忽视了对公民个体权益的保障；缺乏法治国家通行的强制侦查措施司法审查体制。从实践表现而言，强制侦查措施的滥

用、违法侦查、超期羁押、非法搜查、非法使用技术侦查手段、刑讯逼供等有悖于现代法治精神的现象相当严重。这些问题已经引起了理论研究者的重视，并得到了国家立法机关、相关司法机关的重视。党的十六大报告指出，全面建设小康社会的目标之一是“社会主义民主更加完善，社会主义法制更加完备，依法治国基本方略得到全面落实，人民的政治、经济和文化权益得到切实尊重和保障”。要推进司法体制改革，“社会主义司法制度必须保障在全社会实现公平和正义。按照公正司法和严格执法的要求，完善司法机关的机构设置、职权划分和管理制度，进一步健全权责明确、相互配合、相互制约、高效运行的司法体制。”要“完善诉讼程序，保障公民和法人的合法权益”。维护社会稳定要“加强政法工作，依法严厉打击各种犯罪活动，防范和惩治邪教组织的犯罪活动，坚决扫除社会丑恶现象，切实保障人民群众生命财产安全”。2003年在全国开展的整治、清理超期羁押行动正是国家相关司法机关贯彻党的十六大精神的重要体现。

社会的现代化首先是经济的现代化，并在经济现代化的基础上带来了人文价值理念的现代化，是对个体价值的日益重视。在国家社会治理目标既定的假设之下，传统社会里，由于国家对社会治理所需要的经济资源供给不足，无法满足犯罪侦查对经济资源的需求，只得通过增加对强制侦查的权力成本的投入来达到犯罪侦查所需的成本总量的平衡。而在现代社会里，经济的现代化使国家在社会治理过程中的经济资源供给状况得到了极大的改善，在犯罪侦查成本总量既定的假设前提之下，国家可以通过增加对犯罪侦查的经济成本的投入，以减少强制侦查对权力成本的需求，从而实现现代社会里对个体价值的尊重需要。

法治化的进程要求国家在刑事诉讼过程中遵守程序正义的要求，正当程序的繁复充分地保障了公民个体在刑事诉讼中的权益，其构建既依赖于对个体价值充分尊重的理念，也是国家对刑

事诉讼经济资源供给的现实状况的反映。自新中国成立以来，特别是改革开放以来，我国的经济水平得到了迅速的发展，国家在社会治理中的经济资源投入状况得到了巨大的改善，我们有能力通过增加对犯罪侦查的经济成本的投入，来减少对强制侦查权力的过分依赖，从而实现秩序与侦查自由之间的平衡。

本书从强制侦查的法治化构造入手，从人身强制的法治化、财产强制的法治化、意志强制的法治化、秘密侦查的法治化、诱惑侦查的法治化、强制侦查的法律救济、强制侦查的效益之维等几个方面论述了强制侦查的法治化问题，全面比较了世界上一些主要法治国家和地区的强制侦查构造、具体的强制侦查措施的法治化，对我国强制侦查构造的法治化和具体的强制侦查措施的法治化进行了较为全面的论述。由于占有资料的有限，和学术研究的系统训练方面的先天欠缺，书中难免存在不足，或者还有错误，视角也许偏狭。在此真诚地期待着读者和行家们的批评。

刘方权

2003年11月22日

目 录

第一章 强制侦查构造的法治化·····	(1)
第一节 传统与现代·····	(1)
第二节 强制侦查与任意侦查的界分·····	(7)
第三节 强制侦查的法治化构造·····	(10)
第四节 中国强制侦查的法治化构造·····	(20)
第二章 人身强制的法治化	
——羁押与保释制度研究·····	(26)
第一节 强制到案措施的比较及整合·····	(26)
第二节 超期羁押问题研究·····	(51)
第三节 取保候审制度研究·····	(74)
第三章 财产强制的法治化	
——搜查与扣押制度研究·····	(94)
第一节 论搜查的理由及证据要求·····	(94)
第二节 搜查的正当程序·····	(109)

第四章 意志强制的法治化

——讯问制度与刑讯逼供研究…………… (124)

第一节 讯问程序的法治化…………… (124)

第二节 刑讯逼供问题研究…………… (142)

第五章 秘密侦查的法治化…………… (182)

第一节 秘密侦查的性质界定…………… (183)

第二节 秘密侦查之多重价值要素分析…………… (187)

第三节 秘密侦查正当程序的探讨…………… (197)

第六章 诱惑侦查的法治化…………… (208)

第一节 诱惑侦查的价值构造…………… (208)

第二节 诱惑侦查的实施原则…………… (222)

第七章 强制侦查的法律救济

——刑事程序法律责任论…………… (238)

第一节 程序理论和法律责任理论研究中的视角
缺位…………… (238)

第二节 刑事程序法律责任的特征…………… (245)

第三节 设立刑事程序法律责任的正当根据…………… (250)

第四节 刑事程序责任内容体系…………… (256)

第五节 刑事程序法律责任的实现…………… (266)

第八章 强制侦查的效益之维

——侦查成本的配置与效益…………… (275)

第一节 诉讼效益与侦查效益…………… (276)

第二节 侦查效益的要素——侦查成本、收益及其
二重属性…………… (285)

第三节	侦查资源的配置与侦查效益·····	(299)
第四节	侦查效益的衡量·····	(326)
主要参考文献·····		(333)
后 记·····		(341)

第一章 强制侦查构造的法治化

第一节 传统与现代

在西方人的文化意识中，人类社会其实是伴随着一起盗窃案件的侦破而诞生。《圣经》中说，当上帝发现亚当是因为自己裸体而感到害羞，以致不敢出来见他时，大为惊讶，于是问亚当道：你是不是偷吃了禁果？亚当说，是夏娃给他吃的。上帝又追问夏娃，夏娃说，是蛇诱骗她吃的。这可以说是最早一次对“违法”行为的侦查。亚当和夏娃也因被查出偷吃禁果而被上帝赶出伊甸园，罚到地上终身劳作，人类社会由此开始。人类关于创世之初的这种意象，经过岁月的冲刷与积淀，已潜隐于现代人的意识深处，凝固为一种强烈的“侦查”情结^①。在具有深厚的宗教背景的西方国家，人在创世之前因偷窃而带着原罪来到这个世界的，上帝凭着其先知先觉的智慧洞察着人们灵魂的罪恶。在世俗的世界里，要保持世俗社会的安宁和秩序，国家、国家的犯罪侦查机关和人员必须对上帝无力涤荡的罪恶尽到他们的职责。但是，国家不是承担着犯罪侦查职能的机关和人员，也不是先知先觉的上帝，所以，他们不能如上帝一般地觉察世俗社会的一切犯罪。而要达此目的，国家就必须建立适合其目的需要的犯罪侦查

^① 左卫民、周长军著：《刑事诉讼的理念》，法律出版社1999年版，第17页。

制度，赋予犯罪侦查人员相应的职权，对相关人身、财产、意志等进行强制，以实现其查清犯罪事实，从而实现社会治理的需要。

从刑罚的演化分析，我们发现，在传统社会里，肉体性刑罚占据了刑罚体系中的主导性位置，国家通过对犯罪人的肉体惩罚、演示来达到对公共的威慑的目的，从而实现社会秩序的维护^①。肉体性刑罚源于古代的同态复仇理念，盛行于奴隶制和封建制时期。也许，这种惩罚方式在现代人的眼中，是异常残忍和不堪设想的，其野蛮程度不亚于甚至超过犯罪本身。但在当时人们的观念中，这是司空见惯、十分正常的事情。鲁舍和基希海尔认为这是一种生产制度的后果，因为在当时的农业经济的社会情境中，劳动力乃至人的肉体没有在工业经济中所赋予的那种效用和商业价值。当然，这种对肉体的轻视或不以为然，与当时人们对死亡所持的态度也有一定的关联。那时，科学没有我们现代发达，面对“疾病猖獗、饿殍遍野、瘟疫周期性地横扫人世、婴儿死亡率骇然听闻”的天灾人祸，人类无能为力，最多只能被动地安静地接受上天的安排，而这一切使得人们对死亡变得麻木不仁和无动于衷^②。

在酷刑时代，肉刑作为侦查的一种重要工具，在侦查手段体系中占据了主导地位，为了查明犯罪事实真相，其实从更深层意义上来说，为了获得国家权威的实现，花样百出的肉刑在侦查中充分地表演。关于肉刑的概念，若古在《百科全书》的辞条中的解释是“引起某种令人恐惧的痛苦的肉体的惩罚”。这是人的想

① [法] 米歇尔·福柯著，刘北成、杨远婴译：《规训与惩罚》，三联书店出版社 1999 年版，第 7~27 页。

② [法] 米歇尔·福柯著，刘北成、杨远婴译：《规训与惩罚》，三联书店出版社 1999 年版，第 59 页。

象力创造的一种令人费解的极其野蛮和残酷的现象，从某种程度上来说，肉刑是沿袭同态复仇理念而对具体犯罪细节的模拟。一种肉刑被称为酷刑，须符合三条基本标准：（1）必须制造出一定程度的痛苦。这种痛苦须能够被精确地度量，能被计算、比较和划分等级。酷刑是以一整套制造痛苦的量化艺术为基础，不仅如此，这种制造痛苦的活动还受到调节。酷刑将肉体效果的类型、痛苦的性质、强度和时间与罪行的严重程度、罪犯本身的身份和受害人的地位联系起来。（2）酷刑是一种仪式。通过惩罚仪式，在受刑者的身上打上耻辱的烙印和疤痕，让罪犯和周围的人不会忘记并永远记住因犯罪行为而遭致的各种可能的痛苦后果。（3）酷刑是一种公开的恐怖的活动。在众多人的围观中，使用过分的暴力无限地虐待罪犯身上的每一寸肌肤、内脏，在罪犯呻吟哀嚎中达到恐怖和专政之目的。

与传统社会的酷刑时代相适应的侦查程序具有一个显著的特点：侦查过程中的严刑逼供。在封建时期的法国和多数欧洲国家，整个侦查过程始终秘密进行，犯罪人不能接触有关案情的材料，在反驳证人之前无法知道证据的情况。秘密侦查程序表明，确立事实真相是君主及其司法官员的绝对的排他的权力。在君主的司法官员面前，一切人都必须鸦雀无声。当时，罪犯的供词被认为是强有力的证据，其证据效力超过其他类型的书面或口头证据，并且在大多数时候能够成为直接的独立的证据。但获得罪犯的供词并不容易。为了让被告人“自愿”认罪，从而大大减轻调查和论证工作，当时的刑法采用了两种手段：一是宣誓（主要适用于西方的宗教法庭）；二是拷问，所谓拷问就是指为了“查明事实”而对被告人所施加的暴力。古典时期的拷问，除了表面上有一种对事实真相的坚决而急切的寻求外，还隐含着一种有节制的神裁法机制，即用肉体考验来确定事实真相。如果疑犯经受不住拷问，那么犯罪就被认定；但如果疑犯经受住了拷问，那么犯

罪被否定，犯罪嫌疑人可能被赦免。因而，拷问的过程可以理解为是一场战斗，一场罪犯的力量与君主或侦查人员的力量的较量。

肉体性强制是一种司法仪式，它通过惩罚罪犯的肉身来表明法律是不可侵犯的，从而维护法律的权威。同时也是一种政治仪式，它表明君主的权力是至高无上的，所有的犯罪都被视为侵犯了君主的权力。惩罚的仪式是一种恐怖活动，不仅是为了杀一儆百，使人铭记在心，更是为了通过使用罪犯的肉体使所有的人认识到君主的无限存在。侦查的过程不仅仅是个事实真相的查明过程，同时还是国家权威的展示过程。当我们阅读传统社会对犯罪嫌疑人的形式多样的拷问仪式时，我们本能地感受到了君主威仪的存在，高高在上的纠问者，虎立两旁、手执水火棍的衙役众口齐喊的“威武”之声，被讯问者血淋淋的身体等作为侦查仪式的一个部分，强化着刑罚所具有的威慑功能^①。

孟德斯鸠认为，政体的性质决定着法律，同样也决定着刑法。法律从政体的性质和原则中引申出来，犹如水从源泉流出一样自然。在专制政体中，刑罚的原则是恐怖。专制社会需要恐惧是因为“在专制政体下，君主把大权全部交给他所委托的人们，那些有强烈自尊心的人们就有可能在那里进行革命，所以要用恐怖去压制人们的一切勇气、去窒息一切野心。一个宽和的政府可

^① 对于侦查阶段，有学者将之划入刑罚实现过程之求刑阶段，认为侦查行为具有犯罪预防价值，从属于刑罚权的价值目标。一般预防与特殊预防是刑罚所具有的犯罪预防功能的两重结构，与刑罚权的运行相适应，其价值目标的实现贯穿于制刑、求刑、量刑与行刑的各个环节。从广义的角度，侦查权的运行划入求刑阶段，侦查权的运行对犯罪人的威慑从性质上属于行刑前威慑，其中，既有针对犯罪者的特殊预防作用，也有针对潜在犯罪人的一般威慑效果。参见邱兴隆著：《罪与罚讲演录》，中国检察出版社2000年版，第270页。

以随意放松它的权力，而不致发生危险，因为它是依据它的法律甚至它的力量去维持自己的。但是在专制政体下，当君主有一瞬间没有举起他的手臂的时候，当他对那些居首要地位的人们不能要消灭就消灭的时候，那一切便都完了，因为这种政府的动力——恐怖——已不存在”^①。

在传统社会里，国家设立犯罪侦查制度的原初目的在于通过对犯罪的强力制裁，达到其社会控制的目的，以维护社会的安全和秩序，其所具有的只是在认识论意义上的目的价值，并且为了实现犯罪控制的目的而大量地、不受约束地在侦查中使用强制性措施。当人们对程序的独立价值还未形成一个明晰的认识之前，传统社会的犯罪侦查制度以其对犯罪行为的否定而获得其道德基础和正当性根源^②。随着经济现代化的发生而来的是国家在社会治理过程中的目标多元化，或者说价值多元化，通过侦查实现对犯罪的控制和惩罚不再是国家设立犯罪侦查制度的惟一目的，实体正义也不再是侦查活动的惟一追求。在一个更为宽阔的背景下，程序在刑事诉讼过程中获得了其独立的价值地位，犯罪侦查作为刑事诉讼程序之一，其价值也不再停留于实体价值的层面，或者说，犯罪侦查不仅具有认识论意义上的价值，作为刑事诉讼程序之一，其具有不依附于是否查明案件事实真相的程序意义，对此有学者从目的与形式两个方面对侦查的价值进行了双重分析^③，但是，对于同一论题，笔者更愿意的是以侦查的实体与程

① [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》，商务印书馆 1961 年版，第 66 页。

② 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 13 页。

③ 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 10～20 页。

序价值来两分，尽管我们最初的基点都是源于对侦查行为从认识论和价值论两个不同的层面分析，可我还是认为以侦查的实体价值和程序价值作为分析的视角更为妥当。

强制侦查作为查明犯罪事实的有力保障，由于其在实现侦查的实体价值上的重要作用，而在传统社会的犯罪侦查中无处不在。由于强制侦查对公民个人权益的极大威胁，法治国家在进行侦查制度设计时不得不考虑的是“采取怎样的侦查体制才能既保护人权又能查明事实真相”^①。为了查明真相，国家设计了强制侦查制度，为了保障公民个体权益的不受侵犯，国家又不得不对强制侦查制度加以规范和制约，而侦查的程序价值则体现在如何通过精巧的程序设计来实现国家利益和个人权益之间的平衡。有学者认为“（侦查的）形式价值则指刑事侦查本身在组织结构上的形式合理性，即刑事侦查程序必须具有独立性、中立性、平等性、公开性、科学性”^②。关于程序的独立价值，威廉·道格拉斯法官的“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实决不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”^③。可谓是一语中的之经典概括，在此毋庸多言。但是，相对于人们对审判程序的价值认识而言，人们对侦查的程序价值的认识却并没有如此的深刻，甚至被严重的忽略，造成这种现象的原因也许相当复杂。

① [日] 田口守一著，刘迪等译：《刑事诉讼法》，法律出版社 2000 年版，第 24 页。

② 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 2002 年版，第 10 页。

③ 季卫东著：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 3 页。

第二节 强制侦查与任意侦查的界分

强制侦查与任意侦查是根据侦查行为是否以相对人自愿配合为前提而对侦查行为所作的分类。任意侦查是指不采用强制手段，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；强制侦查是指为了收集或促使犯罪证据、查获犯罪嫌疑人而通过强制诉讼法对相对人进行的侦查，如强制到案（拘留、逮捕）、搜查、扣押、监听、强制提取体液等^①。根据侦查措施是否侵犯公民个人的重要权益为标准，“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”。^②对于强制侦查，根据强制措施所施用对象的不同，日本学者将之分为两种情况：（1）对人的强制侦查，包括对犯罪嫌疑人逮捕、搜查身体、检查身体、羁押犯罪嫌疑人、鉴定扣留（即因身体鉴定的需要而对公民个人进行扣留，笔者注），而且对人的强制侦查不仅包括对犯罪嫌疑人的强制，还包括因侦查的需要而对证人、被害人、其他人等的强制。（2）对物的强制侦查，包括搜查、查封、勘验、扣留、冻结、物品的鉴定等^③。对于讯问犯罪嫌疑人，日本学者认为属任意侦查措施，而对讯问在押犯罪嫌疑人之属性尚处争议之中。我们认为，在任何人不受强迫自证其罪的权利根据之下，对犯罪嫌疑人的讯问实属对人的精神强制，特别是当犯罪嫌疑人的供述将产生对其不利的法律后果之时，同样属于

① 孙长永著：《侦查程序与人权》，中国方正出版社2000年版，第24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29页。

③ 同上，第29~30页。

强制侦查行为。因此，本书将之作为强制侦查的第三种类型加以考察。

德国学者克劳思·罗科信教授认为在刑事诉讼过程中，为强制被告在审判时的到场，可以对之施以暂时逮捕或强制执行羁押命令；或为强制证人接受讯问，可以对之施以必要之拘提，或没收有形之证据物。在区分不同的强制行为时，依其诉讼功能可分为六种：侦查犯罪、证据促使、诉讼要件之确认、诉讼进行之保障、保障判决之执行及预防犯罪。而刑事诉讼法上的强制均为对公民基本权利之侵犯，如拘提命令、逮捕、羁押、人身搜查、照相及暂时性扣押驾照系对人格自由权之侵犯，而强行提取犯罪嫌疑人之体液则为对公民生理权利不得侵犯之权利的违犯，扣押系对财产权的侵犯，对住宅的搜查则属于对公民住宅权的侵犯，而对邮件的扣押、通信的监听系对公民个人之通讯秘密权的侵犯，暂时的职业禁止是对职业自由权之侵犯，在现今的技术时代之下通过设置缉捕网络追缉、栅网追缉、数据、科学仪器之使用等系对公民信息自主权的侵犯^①。

关于强制侦查与任意侦查的界限问题，在日本的刑事诉讼法学理论研究者中同样存在着争议，其核心是，强制措施的标准是什么，其主流的观点有三：（1）以实施侦查措施一方的手段为标准的学说。这种学说认为，如果行使直接强制的有形力，就是强制措施，如不能认为偷拍摄影照片等侵犯个人隐私的行为是任意措施而排除在司法性抑制之外。（2）不限定侵犯权益的受处分人标准说。这种观点认为，如果被处分者包括隐私权在内的权益受到侵犯，就是强制性措施。（3）限定侵犯权益的受处分人标准说。这种观点认为，如果被处分者的重要利益受到侵犯时，才是强制

^① [德] 克劳思·罗科信著，吴丽琪译：《刑事诉讼法》，法律出版社2003年版，第272~273页。