

花溪法学评论

2008年卷 (总第 **1** 卷)

主 编 杨正万

副主编 潘志成

-
- ◆ 刑事诉讼研究
 - ◆ 法律史研究
 - ◆ 纠纷解决机制专论
 - ◆ 经济法制与社会发展
 - ◆ 廉政与法
 - ◆ 法相评论
 - ◆ 习惯法与民族地区法制建设
-

中国方正出版社

花溪法学评论

2008 年卷(总第 1 卷)

主 编 杨正万

副主编 潘志成

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

花溪法学评论. 第1卷/杨正万主编. —北京: 中国方正出版社, 2009. 10

ISBN 978 - 7 - 80216 - 554 - 0

I. 花… II. 杨… III. 法学—文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 191542 号

花溪法学评论

责任编辑: 康 弘 安乐明

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 66562733

编辑部: (010) 59596602 出版部: (010) 66510958

网 址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: anleming@126.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京外文印刷厂

开 本: 890 毫米 × 1240 毫米 1/16

印 张: 25.25

字 数: 395 千字

版 次: 2009 年 9 月第 1 版 2009 年 9 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 554 - 0

定价: 58.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

《花溪法学评论》学术委员会

吴大华	杨正万	吴志刚	刘 鹏
徐晓光	杨军昌	潘 弘	周相卿
金明仲	张艾清	石开忠	王国勇
谭振亭	陈孝平	潘善斌	

本卷执行编辑：

潘志成	石小妹	张宏竹	侯斯亮
李邓懿			

出生于贵州平坝县的陈法，是康雍乾盛世时的全国理学名儒，他撰有一篇《黔论》，指出黔人有五病，其文曰：“黔处天末，重山复岭，鸟道羊肠，舟车不通，地狭民贫，无论仕宦者视为畏途，即生长于黔而仕宦于外者，习见中土之广大繁富，亦多不愿归乡里。吾以为黔人有五病，而居黔有八便。何谓五病？曰陋，曰隘，曰傲，曰暗，曰呆。闻见不广，陋也；局量偏浅，隘也；任性使气，傲也；不通世务，暗也；不合适宜，呆也。”

如何将黔人“五病”一一化去，陈法认为，“陋者宜文之，隘者益广之，傲者益抑之，暗者益通之”。至于“呆”，“朴实而不知变诈，谨伤而不敢诡随，此黔人本色，天真之可保守而不失，以之任事，则实心可取，以之事上，则直道犹存。由其生长溪山穷谷之中，无繁华靡丽之习以乱其性，故其原易足，无交游声之广以滑其智，故其介不移，去四病而呆不可胜用矣。此黔人之宜守其所长而勉其所不足者也”，应“宝之”。

今日观之，黔人五病仍未尽去。单就治学一途而言，黔中地处偏远，信息闭塞，少与外界交往，学人多知足常乐，陋、暗之病自是难以避免，隘、傲之病恐抑或有之。吾辈虽羞于启齿，然此为不争之事实。身为黔人，更具体地说，身为黔中法学界之一分子，“勉己之不足而守己之所长”当是退而结网的明智之举。回首1998年，由贵州民族学院发起，成立了“贵州法学论坛”组织委员会，每年举办一次“法学论坛”，先后由贵州民族学院法学院、贵州警官学院、贵阳市法学会、贵州大学法学院、贵州师范大学法学院等轮值主办，出版了《贵州法学论坛》文集5本，有力推动了贵州法学教学与研究的发展，为贵州法学在全国法学界争得了一席之地。最近，贵州省高校人文社会科学研究基地——贵州民族学院法制与民族地区发展研究中心开辟《花溪法学评论》（年刊），以推动黔省法学研究

和法治发展为目的，为同道诸君提供一场所，畅所欲言，共话时局，同抒己志，以能为“去黔人四病而享居黔八便”聊尽绵力。若果真如此，则黔省法学亦大有可为。

本刊办刊宗旨亦秉承黔人之“呆”，朴实无华，实心任事，不追随潮流，不标新立异，立足黔省法治与社会发展之需要，全面反映社会主义法治建设、西部大开发的法治保障、我国民族法制的实施与完善、少数民族传统法律文化的挖掘与研习等方面的重要学术成果。在此，诚邀学界同仁不吝赐稿，以利吾侪增广见闻，与闻世事，开拓心胸，冀此补黔地陋、暗之弊矣。

本刊名之为《花溪法学评论》，其一是吾校地处有“高原明珠”之誉的花溪之故，其二则希望此刊似花溪潺潺流水一般清澈明净而且充满活力。

愿《花溪法学评论》在学界同好倾力支持之下，能做出更多有价值的思考和探索。

贵州民族学院院长、教授、法学博士后 吴大华
云南大学、华南理工大学博士生导师

2009年5月22日

目 录

刑事诉讼研究

刑事强制措施范畴研究	杨正万 (3)
监听与隐私权保护	施亚芬 (17)
羁押条件比较研究	
——兼论我国羁押条件的完善	杨 影 (32)
试论建立我国刑事诉讼证据开示制度的	
必要性及其构想	孙庆阳 (59)

法律史研究

浅议巴蜀地区早期刑法的起源	韩敏霞 (69)
论清代在“苗疆”的法制策略	李 剑 (77)
杨坚法律思想浅论	陈 松 (88)
中国传统法律文化的亲伦精神	王志林 (94)

纠纷解决机制专论

雪域高原的民间法律人与和解精神	潘志成 (109)
法治视野下的法院调解	祝 颖 (134)

试论清代黔东南文斗民间纠纷的解决

——以文斗苗寨诉讼文书为中心 侯晓娟 (143)

经济法制与社会发展

违约损害赔偿范围基本限界手段考察 樊朝彬 (155)

论我国的房地产权登记制度 谢伟 赵侃 (172)

论数字图书馆中著作权的保护 张红 (181)

传统知识受地理标志保护之可能性探讨 张璐 (189)

廉政与法

对如何建立健全我国反腐败制度的思考 钱健民 (199)

刍议法治语境下高校党的反腐倡廉建设 张帆 (205)

列宁反腐倡廉思想对构建法治中国的启示 李小红 (221)

法相评论

“山西村治”研究述评 周子良 李芳 (235)

非法证据排除规则探析 傅贤国 (253)

论宪法与最低生活保障的关系 余大伟 (261)

我国应制定《家庭教育法》有效预防青少年犯罪 文强 (267)

民事诉讼法的修改与民事检察抗诉新思考 朱惠 (274)

执行《治安管理处罚法》的法理思考 杨先全 (282)

论个人信息的刑法保护 石小妹 王晶 董雪 李越锋 (290)

习惯法与民族地区法制建设

景颇族特有传统法律制度研究 胡兴东 (301)

多民族云南构建民族和谐的影响因素与路径选择 何博 (315)

试论社会变迁对少数民族地区村民法律意识的影响 李婉琳 (325)

浅析和谐社会语境中对待少数民族习惯法的态度

——以文化多样性为视角 王 飞 (333)

佤族婚姻习惯法探微

——民族法视域下的多维度思考 刘振宇 (339)

少数民族习惯法的概念、功能之我见 郭 婧 (350)

解决壮族婚姻习俗与现行婚姻法冲突的法律思考

——以广西东兰县壮族婚姻习俗为视角 覃 勇 (358)

对当下民间法研究方法的几点思考 黄志凡 (374)

贵州文斗苗寨契约文书初探 宋林涛 (385)



刑事诉讼研究

刑事强制措施范畴研究*

□杨正万**

摘要:要深入阐述刑事强制措施的原理和实践中存在的问题及对策,对刑事强制措施不仅要了解其在一定历史阶段的特定含义,更要从其整个产生和演变的历史中明确这一事物的精神。本文从范畴角度,分别从内涵、区分标准、本质及外延四个方面对刑事强制措施进行研究。

关键词:刑事强制措施 范畴 内涵 本质 外延

“概念的产生标志着人类思维开始从原始状态进入逻辑思维的阶段。……逻辑思维的特点在于运用概念,并进行判断和推理,因而通常又成为概念思维或理论思维。”^①我国哲学学者高清海认为:“范畴是内容更为抽象、概括性也更大的概念。”^②根据这一认识,要深入阐述刑事强制措施的原理和实践中存在的问题及对策,对刑事强制措施不仅要了解其在一定历史阶段的特定含义,更要从其整个产生和演变的历史中明确这一事物的精神,这就表明,一般性地了解其概念无疑是逻辑认识的基础,深入研究这一范畴的精神则是高度抽象的理性认识所必不可少的。从范畴角度对刑事强制措施进行研究,无疑能够增强我们对该事物在理论阐述、立法活动和司法实践中把握其精神的自觉性。

* 本文为国家社科基金《刑事强制措施的理论与实践》之阶段性成果,项目号:04XFX004。

** 作者简介:杨正万,男,侗族,贵州石阡人,贵州省人文社科研究基地法制与民族地区发展研究中心主任、教授、博士。

① 彭漪涟:《概念论——辩证逻辑的概念理论》,学林出版社1991年版,第2页。

② 《高清海哲学文存》(第2卷),吉林人民出版社1997年版,第285页。

一、刑事强制措施内涵考察

从构词角度看,刑事强制措施可以分解为“刑事”、“强制”和“措施”三个词。按照《现代汉语词典》的解释:“刑事”是解释为“有关刑法的”。^①“强制”是指用政治或者经济力量强迫。^②“措施”是指针对某种情况而采取的处理办法。^③这里的“刑事”实质是指“刑事诉讼”。可见,汉语的刑事强制措施词义是指追诉犯罪过程中通过强迫方式处理问题的方法。

从专门术语角度看,对刑事强制措施内涵的界定,很多学者都作出了艰苦努力,以图能够提出一个揭示刑事强制措施本质的定义。但是,从已经出版的论著看,对刑事强制措施的定义大致是从两种不同的角度切入的:注释法学和理论法学。

从注释法学的角度探讨刑事强制措施的定义又主要见于我国学者和俄罗斯学者的著作。

我国学者中具有代表性的定义主要有如下几种:

1. 刑事诉讼中的强制措施,是指公安机关、人民检察院和人民法院为了保证刑事诉讼活动的顺利进行,依法对犯罪嫌疑人、被告人所采用的暂时限制或者剥夺其人身自由的各种法定强制方法。^④

2. 刑事诉讼中的强制措施是指公安机关、人民检察院和人民法院为了有效地同犯罪作斗争和保障诉讼活动的顺利进行,依法对犯罪嫌疑人、被告人所采取的暂时限制或者剥夺其人身自由的各种法定方法和手段。^⑤

3. 刑事诉讼中的强制措施,既包括人身强制,如逮捕和拘留,又包括对物的强制,如搜查、扣押。我国刑事诉讼法所谓强制措施,仅指对人的强制处分。在我国刑事诉讼中,刑事强制措施是指公安机关(含安全机关)、人民检察院和人民法院为了保证刑事诉讼的顺利进行,防止发生逃避侦查和审判的以外情况,依法对犯罪嫌疑人、现行犯和被告人所采取的暂时限制人身自由的各种强制方法的总称。^⑥

① 《现代汉语词典》:商务印书馆1996年7月修订3版,第1407页。

② 《现代汉语词典》:商务印书馆1996年7月修订3版,第1018页。

③ 《现代汉语词典》:商务印书馆1996年7月修订3版,第220页。

④ 陈光中主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1996年版,第202页。

⑤ 樊崇义主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1998年版,第166页。

⑥ 徐静村主编:《刑事诉讼法学》(修订本)(上),法律出版社1999年版,第235页。

4. 刑事强制措施制度是统治阶级为保证刑事诉讼的顺利进行, 实现刑事诉讼目的, 以法律形式确定的有关刑事强制措施的种类、适用的主体、对象、条件、程序等项内容的总称。^①

5. 在我国, 刑事强制措施是指公安司法机关 (含国家安全机关)、为了保证刑事诉讼的顺利进行, 依法对犯罪嫌疑人和刑事被告人采取的暂时限制或剥夺其人身自由权的各种强制方法的总称。^②

6. 在俄罗斯, 刑事强制措施又称为诉讼强制措施, 指调查机关和侦查机关、检察长和法院等进行刑事诉讼活动的机关和公职人员依法对被追诉的公民的人身、财产、公职的行使等方面的权利进行限制的各种行为。^③

从理论法学的角度探讨刑事强制措施的定义可见于包括我国学者在内的各国学者的著作。

1. 刑事强制措施可界定为参与刑事诉讼的国家机关为了收集保全犯罪证据、迫使犯罪嫌疑人或被告人到案受审以及保证将来有罪判决所处罚的执行而依照法定程序采取的侵犯个人基本人权的各种强制方法的总称。^④

2. 刑事诉讼法上的强制措施均为对基本权利 (即宪法权利) 之侵犯。^⑤

3. 强制处分 (强制措施) 在公法上之定位, 属于干预人民受宪法所保障之基本权利的行为。^⑥ 强制处分, 乃国家机关追诉犯罪时, 为保全被告或搜集、保全证据之必要, 而对受处分人施加的强制措施。^⑦

4. 日本学者在区分任意措施和强制措施这一基础上界定刑事强制措施的内涵。标准不同对刑事强制措施的定义不同。一种观点认为, 如果行使直接强制的有形力就是强制措施; 一种观点则认为, 如果被处分者的包括隐私权在内的法益受到侵犯就是强制措施; 还有观点认为, 所谓强制措

① 李忠诚:《刑事强制措施制度研究》, 中国人民公安大学出版社 1995 年版, 第 3 页。

② 张建良:《刑事强制措施要论》, 中国人民公安大学出版社 2005 年版, 第 5 页。

③ 参见 [俄] К. Ф. 古岑科主编:《俄罗斯刑事诉讼法教程》, 中国人民公安大学出版社 2007 年版, 第 236—259 页。

④ 龙宗智主编:《徘徊于传统与现代之间——中国刑事诉讼法再修改研究》, 法律出版社 2005 年版, 第 151 页。

⑤ [德] 克劳思罗科信:《刑事诉讼法》, 吴丽琪译, 法律出版社 2003 年版, 第 273 页。

⑥ 林钰雄:《刑事诉讼法》(上册), 学林文化实业出版公司 2001 年版, 第 254—255 页。

⑦ 林钰雄:《刑事诉讼法》(上册), 中国人民大学出版社 2005 年版, 第 224 页。

施,应该解释为侵犯重要利益。^①

5. 我国还有学者认为,刑事强制措施,是指国家追诉和审判机关在刑事诉讼活动中实施的,干预宪法所保障的公民基本权利的行为。^②在学界与国外的交流增多之后,专门研究刑事强制措施的学者大都同意这样的界定。其代表性的理由在于三方面:一是刑事强制措施的本质是对公民权利的干预;二是权利本位是现代法治社会的主要特征之一,多数法学家都以权利为起点研究法律的本质;三是在理论上,可以使得刑事诉讼的范畴更加富有逻辑性,更有利于明确刑事强制措施在宪政体制中的地位,明确刑事诉讼法的应用宪法地位。^③

从注释法学角度研究刑事强制措施,有利于对该制度的宣传,以便于对该制度的贯彻落实。但是,从既有法条的规定角度研究探讨刑事强制措施,难以对该制度进行深入的思考,难以对刑事强制措施的修改提出具有说服力的根据。而从理论法学角度探讨刑事强制措施这一范畴的深刻内涵,能够深化公众对这一措施的本质的认识,能够对刑事强制措施制度与时俱进提供内在的根据。基于以上考虑,笔者认为:刑事强制措施是指国家追诉犯罪机关或者中立的司法机关,对于可能妨碍刑事诉讼活动的诉讼参与主体,就其某种权利予以限制或者临时性剥夺的行为。

二、区分强制措施和任意措施的标准分析

将侦查分为强制侦查和任意侦查,进而将侦查中采用的措施分为强制措施和任意措施,从而恰当确定司法性抑制的对象。这主要是日本学者的观点。应该说,这一思路有利于对侦查权力的控制和对被采取措施公民的利益的保护,从而在两种利益的实现方面寻求平衡。

在日本,区分强制措施和任意措施的标准主要有三种:即意思说、有形力说、权利侵犯说。意思说是以当事人的意思是否被违反为标准,有违反即强制措施,反之即任意措施。^④有形力说是以实施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

① [日] 田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第30页。

② 孙连钟:《刑事强制措施研究》,知识产权出版社2007年版,第34页。

③ 参见杨雄:《论刑事强制措施的正当性基础》,国家图书馆馆藏博士学位论文,第4页。

④ 参见杨雄:《论刑事强制措施的正当性基础》,国家图书馆馆藏博士学位论文,第3页。

施。^①这种学说又可以分为两种类型：即“形式强制力说”和“中间领域说”。日本学说团藤重光认为，凡是伴有物理性质的实力或强制力的直接行使，或使受处分人实施内涵制裁效果的义务行为者，为强制措施。^②还有被认为属于中间领域说的学者认为，在典型的强制措施与任意措施之间，存在尚未达到强制力行使的中间阶段，在这个中间领域里，如果是社会通念上适当的实力行使，或为了劝服对方而为的实力行使，可以认为仅属任意措施。^③权利侵害说是以公民的权利是否受到侵犯为标准，权利受到侵犯就是强制措施，没有受到侵犯就不是强制措施。这种学说包括两种观点：一是不限定侵犯法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法益受到侵犯，就是强制措施。二是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，才是强制措施。^④

理论界无论哪一种学说表面看均具有合理性。从意思说看，被采用措施的公民是否同意，应该容易识别，这就表明以是否违反被采用措施的公民的意志为标准区别强制措施和任意措施应该具有可操作性。可是，在实践中，面对政府官员的威权，被采用措施的公民也可能违背自己的真实意愿而同意。正是基于这样的考虑，日本有学者提出，任意放弃只在追诉方面积极地给予证明时才具有合法性。^⑤这一主张至少表明，意思说存在实质上的非合理性。从有形力说看，措施本质物理属性上的强制力虽然容易判断，但是，这不等于被采用措施的对象的权利是否受到侵犯也容易判断。实践中，表面没有强制力的措施，却造成了对被采用措施对象的权利的侵犯。比如拍照，这一手段表面上没有强制力，却造成了对公民隐私权的侵犯。可见，有形力说也存在实质的非合理性。那么，权利侵害说是否就没有上述二学说的缺陷呢？换言之，是否公民的权利只要受到侵犯就是

① [日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第30页。

② [日] 团藤重光：《条解刑事诉讼法（上卷）》，1950年，第361页。转引自杨雄：《论刑事强制措施的正当性基础》，国家图书馆馆藏博士学位论文，第3页。

③ [日] 出射幸夫：《任意·实力·强制》，第65号，1954年，第41页。转引自杨雄：《论刑事强制措施的正当性基础》，国家图书馆馆藏博士学位论文，第3页。

④ [日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第30页。

⑤ 参见[日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第32页。

强制措施呢？就以公民隐私权为例，是否隐私权一点都不受到威胁才算是强制措施呢？如果以这样的标准区别强制措施和非任意措施，则追诉机关很难采用任意性措施进行侦查了。其实，从社会公众的一般理性看，交通要道这样的公共场所的隐私权是应该受到限制的。这就表明，权利说也存在实质不合理性。正是由于理论主张所存在的内在缺陷，日本司法实践中并没有单一采用一种标准，而是在判例中设立了综合性标准。这一判例是法官在针对某警察抓住想从讯问室退出的犯罪嫌疑人左手腕一案中，对任意侦查中行使有形力的条件进行规范时设定。其具体表述为：“为了实现强制性侦查目的压制个人意志，限制身体、住所、财产的行为等等，只有根据特殊规定才能允许的手段，在考虑必要性、紧急性的基础上，在具体的状况下认为适当的限度内可以允许。”^①田口守一认为，这一判例对任意侦查标准提出了必要性、紧急性、适当性三个要素，并且尤其强调适当性是其中的核心要素。这可以从把犯罪嫌疑人留宿于饭店持续讯问的判例中得到引证。该判例的表述为：“作为任意侦查一环的讯问犯罪嫌疑人，不仅不能使用强制手段，而且还要考虑到案件的性质、犯罪嫌疑人的嫌疑程度、犯罪嫌疑人的态度等各种情况，在社会一般观念认为妥当的方法、状态以及限度内才能使用。”^②正是基于上述认识，松尾浩也教授认为：“即使是任意侦查，也不允许无限制使用，特别是对于那些不当侵害犯罪嫌疑人以及他日名誉的行为，必须慎重。此外，即使侦查手段不伴随有形力，如果是明显侵害当事人精神自由和隐私的处分手段，必须将这些措施看做强制处分，来判断是否可以使用。相反，在任意侦查中，并非不能行使轻微的有形力，但不得超过社会观念所认可的‘与具体状况相适应的程度’。”^③从日本的司法实践看，区分强制措施与任意措施的标准是以权利受到侵犯为基础，同时综合考虑措施的侵害性与权利的重要性平衡来确定。应该说，这样的标准既保障了对措施采用对象权利保护的充分性，又考虑到了国家打击犯罪可能性。

① [日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第30页。

② [日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第30—31页。

③ [日] 松尾浩也：《日本刑事诉讼法》，中国人民大学出版社2005年版，第41页。