

復旦
版

原创学术著作

法学系列

法文化视角下的 传统侦查研究

● 倪 铁 著

v.fudanpress.com.cn

復旦大學出版社

中国政法大学图书馆

法律图书馆

法文化视角下的 传统侦查研究

王 旭 著



中国政法大学图书馆
法律图书馆

原创学术著作
法学系列

復旦版

法文化视角下的 传统侦查研究

● 倪 铁 著

图书在版编目(CIP)数据

法文化视角下的传统侦查研究/倪铁著. —上海:复旦大学出版社,2011.9
(复旦版原创学术著作法学系列)
ISBN 978-7-309-08252-4

I. 法… II. 倪… III. 刑事侦查-研究-中国 IV. D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 130939 号

法文化视角下的传统侦查研究

倪 铁 著

责任编辑/张永彬

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编:200433

网址:fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售:86-21-65642857 团体订购:86-21-65118853

外埠邮购:86-21-65109143

上海第二教育学院印刷厂

开本 787×960 1/16 印张 20 字数 274 千

2011 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-08252-4/D·512

定价:48.00 元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社有限公司发行部调换。

版权所有 侵权必究

内 容 提 要

本书系国内首部从法律文化的视角研究中国传统侦查的专著。书中首先从侦查的界定入手，对侦查定义进行细致考察，并从功能主义的视角出发，对侦查的滥觞和模式定型进行研究，再对侦查运作进行分析，以追寻中国传统侦查运作的历史轨迹及其蕴含的丰富法律文化。

本书可供公安、检察、法律史、法文化研究者阅读。

序

在常人的眼中,侦查总与神乎其神的推理、激烈搏命的打斗、隐秘诡异的无间之道等联系在一起,侦查探案活动蒙着一层神秘面纱。以侦查探案为主题的推理小说、纪实文学、影视作品层出不穷,广受欢迎,引发了一浪又一浪的“侦探热”。

研究侦查探案的学术则属于“小众”,以侦查实务操作者居多,个案经验总结较多,侦查学给人的感觉是偏于实践、乏于理论的一门学科。在法学研究领域,侦查学研究也常常被法学研究主流所忽视。近年来,有学者以《中国警政史》、《中国侦查史》为题著文,对中国的传统侦查机构、措施和技术手段的变迁进行系统研究,但对具体侦查行为、侦查权、侦查文化等命题尚未深入,侦查文化和侦查史学的研究尚存在较大提升空间。

在攻读法律文化方向的博士研究生期间,倪铁博士即已显示出了对中国公案文化、传统侦查体制等的强烈关注。2005年,他参与我所主持的国家社科基金项目“中国传统法律文化研究——以审理文化和裁判文化为中心”,承担了“中国传统侦查文化研究”的子项目。他结合自己侦查学的专业背景,动员各方面力量,多方收集史料,顺利完成了该项目并通过验收。之后,他继续深入地研究中国传统侦查,多次赴北京、上海等高校专业图书馆收集资料,砺剑不辍,终成本书。

若说本书填补了侦查文化、侦查史学研究的空白,则有过誉、吹捧之嫌。但是,相比于同类研究,本书确是在以下方面形成了一些特色:首先,谋篇布局上突破以时间为主线的单一历史叙事方式,设立各专题展开相关研究。如中国传统侦查权配置、犯罪现场勘查、侦查讯问、刑事强制措施等章节设计,贴合侦查行为规律,有利于文章的铺陈和观点的表达。

其次,从法文化的视角研究中国传统侦查,对中国传统侦查进行全景式研究,并深入研究侦查权、侦查行为、侦查制度变迁所蕴含的丰富的法律文化。

再次,在一些观点表达方面能够做到有理有据。如在传统羁押性刑事强制措施的研究中,反复论证:传统侦查中的“拘留”并不属于羁押性侦查措施,



而“逮捕”则与羁押性刑事强制措施具有本质上的一致性。

作者试图完整全面地展示中国传统侦查法文化,但囿于其单一的法学学术背景,仍存在一些值得商榷之处。如文中对从秦到清的这一段历史时期,多次以“帝国”来称呼,同时,又混用了“封建”一词,但并未很好地解释这两者之间的差异。又如,作者认为中国传统“纠问式”侦查逐渐成型于春秋战国时期,但他对中国传统侦查缺乏明确界定。这些问题尚需作者在以后的学术研究中进一步思考。

总而言之,倪铁博士的著述是侦查史学研究的一次有益尝试,是侦查文化研究的有益探索。我相信,他会在学术研究的道路上百尺竿头更进一步!

是为序。

何勤华

于华东政法大学

外国法与比较法研究院

2011年5月15日



前言

无论在现代刑事诉讼程序中,还是在古代刑事司法领域中,作为审前调查活动的侦查都处于引人注目的重要地位。虽然中国传统社会中并没有现代程序意义上的侦查,但如从侦查的本质——为决定惩罚而进行的审前调查活动——出发,我们便可以发现中国传统社会中蕴含着丰富的传统侦查法文化。在悠远中华文化的孕育下,中国侦查在漫长的社会发展过程中形成了厚重的历史积淀,并且造就了蔚为大观的传统侦查谋略和文化。

本书从法律文化的视角,对中国传统侦查领域中的各相关问题进行探讨,共分十二章。首先从侦查的界定入手,对侦查字义进行细致考察,并从功能主义的视角出发,对侦查的内涵和外延进行确定。继而,对中国传统侦查的滥觞和模式定型进行研究,再对侦查运作进行分析,以追寻中国传统侦查运作的历史轨迹。中国传统侦查活动与传统社会的政治、经济、文化血脉相依,并呈现出不同于其他国家的个性特征。虽然中国传统侦查曾昌盛一时,但随着现代社会的到来,中国传统侦查所依托的社会发生了结构性变化,中国传统侦查在衰微中实现了现代转型。

在谋篇布局方面,本书力求因循中国传统侦查演进历史发展的主线,以遵守学术研究的篇章布局规律;在构思和写作过程中,作者秉持“史论结合”的研究理念;在行文中,努力追求简洁的行文风格,并在行文过程中由浅入深、层层递进:从侦查基本概念和研究范式的厘定开始,对中国侦查运作程序进行细致分析,尽可能全面地将中国传统侦查的运作进行全景式叙述,阐述中国侦查领域中的诸多理论问题。与同类研究成果相比,本书力求呈现以下特色:

首先,从法律文化的视角研究中国传统侦查。中国法律史研究日趋繁荣,并形成了较为成型的研究对象、方法和体系。相对而言,中国侦查制度史的研究较为薄弱,而有限的研究多集中在对侦查制度的简单描述,或是对侦查技术发展的简略介绍。本书在前人研究成果的基础上,从法律文化的角度出发,努力对中国传统侦查做一系列全景式研究,并深入研究侦查变迁所蕴含的丰富



法律文化。

其次,以传统侦查运作的流程为主线,同时辅以历史发展的逻辑顺序,逐步展开对中国传统侦查法文化的研究。当前中国侦查史的研究,往往以侦查制度的历史演进为主线来展开,流于侦查制度变迁的平铺直叙。在遵循历史逻辑的同时,本书以侦查运作流程为行文逻辑,围绕着中国传统侦查权、侦查启动、侦查事实、侦查措施采取等内容展开,层层递进,努力挖掘侦查运作流程中所蕴含的“本土资源”。

历史的车轮缓缓驶过,中国进入近现代,中国传统社会在内外因素的综合作用下开始转型,中国传统侦查也随着中国传统法律的解体开始缓慢向现代转型。清末民初,现代性因素得以在侦查领域中逐渐扩展,近代的中国侦查呈现出专业化、程序化、法制化、文明化的发展趋向。

倪铁写于华政玉泊湖畔

2011年4月

目 录

前言	1
导论	1
第一章 功能主义视角下的侦查语义考辨	4
一、“侦查”字义的历史考察	4
二、清末“侦查”术语的出现	6
三、民国时期“侦查”概念的沿用	7
四、侦查概念的新发展	9
五、“侦查”用语现状及其规范化	10
六、超越诉讼模式背景的侦查定位	11
七、功能主义视角下的侦查语义界定	13
第二章 中国传统侦查的初建	15
一、原初样态的中国传统侦查	15
二、雏形时期的中国传统侦查	23
三、初建时期传统侦查的特征	33
第三章 中国传统侦查模式定型	37
一、侦查所附生的“纠问式”刑事诉讼模式的定型	37
二、成文法潮流催生侦查制度化	47



三、“纠问式”传统侦查模式的定型	51
四、纠问式传统侦查模式定型的法律文化分析	57
第四章 中国传统侦查权配置研究	65
一、中央侦查管辖权配置——以“三法司”职能管辖为中心	65
二、地方侦查管辖权配置——以行政司法有限分离为主线	74
三、侦查管辖权配置的“差序格局”——以级别管辖和地域管辖为 经纬	85
四、中国侦查管辖权配置的反思	91
第五章 中国传统侦查启动研究	97
一、“立案”考辨——现代与传统侦查启动之比较	97
二、传统侦查中的“不立案”——以禁止性要件为研究中心	101
三、传统侦查启动格局的特征解读	110
四、传统侦查实践中的“违法不立案”研究	114
五、传统侦查启动的现代镜鉴	116
第六章 中国传统现场勘查研究	118
一、传统现场勘查流变简析	118
二、传统现场勘查组织	121
三、传统现场勘查流程	123
四、传统现场勘查记录格式规范	132
五、传统现场勘查责任机制	134
第七章 中国传统侦查讯问研究	137
一、针对被害人之“讯”——收集被害人陈述的传统询问	137



二、针对证人之“讯”——收集证人证言的传统询问·····	139
三、针对犯罪嫌疑人之“讯”——收集口供的传统侦查讯问·····	145
四、传统侦查“拷讯”——兼论中国传统言词证据之审查判断·····	152
五、传统违制拷讯之责任机制——兼论冤案形成的制度空间·····	170
 第八章 中国传统刑事强制措施研究 ·····	179
一、传统侦查中的刑事强制措施之本源简析·····	179
二、传统侦查中的非羁押性刑事强制措施——以拘传为分析中心·····	182
三、传统侦查中的羁押性刑事强制措施·····	194
四、传统捕系之“系”——兼论传统侦查中的审前羁押制度·····	211
 第九章 中国传统追捕研究 ·····	
——以传统购赏体制为中心·····	223
一、传统追捕职能变迁研究——基于传统逮捕权的专属性·····	223
二、传统“名捕”通缉初探·····	230
三、传统购赏追捕之沿革·····	233
四、传统购赏追捕的刑事案件·····	235
五、传统追捕赏格的获取资格·····	237
六、传统购赏追捕的赏格标准·····	241
 第十章 中国传统基础性侦查措施论纲 ·····	
——以侦查情报体制和侦查技术发展为中心·····	245
一、中国传统侦查情报体制演进·····	245
二、传统特情侦查研究——以“耳目”为分析对象·····	250
三、便衣侦查——以传统侦查中的“密遣”为分析对象·····	255
四、秘密辨认·····	258



五、跟踪盯梢	260
六、秘密监听	262
七、侦查技术	264
 第十一章 中国传统侦查的现代转型	268
一、租界侦查体制的殖民化	268
二、侦查组织的专业化——以清末民初的警探制度变迁为分析背景	273
三、侦查活动的程序化——以清末民初的检察侦查权为分析中心	281
四、近代侦查的法制化——以近代侦查法律规范为研究对象	288
五、近代侦查的文明化——以近代拷讯废止为分析对象	292
 第十二章 中国传统侦查法文化论纲	297
一、中国传统侦查法文化中的“民本主义”	298
二、中国传统侦查法文化中的“专制集权”	300
三、中国传统侦查法文化中的“工具主义”	303
四、中国传统侦查法文化中“重经验轻科学”	305
五、余论	307
 后记	309



导 论

在现代社会的刑事诉讼过程中,侦查已经发展成为刑事诉讼中内容最为丰富、最为复杂的程序活动。在漫长的刑事司法发展过程中,侦查形成了厚重的历史积淀,并且造就了独特的发展路径。对中国传统侦查变迁的研究就是从法文化的视角出发,去考察中国传统社会中侦查活动的样态以与其生存环境,回溯其在中国传统社会中的运作轨迹和嬗变规律。

在中国五千年的悠久文明中,传统社会和传统法律未曾成功地衍变出现代意义上的“侦查”术语,也就更加无法以“侦查”一词来概括刑事调查活动。但是,“如同‘司法’译自西语‘Judicature’,却不能否认中国传统社会亦存在司法制度”,^①中国传统社会中确实存在着作为刑事调查活动的侦查。这可以在侦查自身的丰富蕴意中获得理论支点——侦查是一个具有多元蕴含的程序范畴。

其一,侦查是为决定惩罚而进行的调查活动。“从人类学角度考虑,法律只是我们文化的一个因素,^②它运用组织化的社会集团的力量来调整个人及团体的行为,防止、纠正并且惩罚任何偏离社会规范的情况。”^③在原始社会中,就存在着惩罚偏离社会规范的犯罪活动,而侦查正是一种为决定惩罚而进行的犯罪调查活动,从这一角度来看,侦查的萌生比国家的历史还要久远。^④

其二,作为一项国家职能,侦查与国家的产生与发展同步。一旦私有制膨胀到了特定程度,原始社会幼稚的简单社会组织就不再能够承载氏族、部落的

① 孟庆超:《中国警察近代化研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,内容提要,第1页。

② 此处的“法律”为原始社会的具有一定强制力和约束性的习惯,并非马克思主义经典法学所称的由国家颁布的、并有强制力保证实施的“法律”。

③ S·P·辛普森、鲁思·菲尔德:《法律与社会科学》,载《弗吉尼亚法律评论》,32:858,1946年。转引自:〔美〕霍贝尔:《原始人的法——法律的动态比较研究(修订译本)》,严存生等译,法律出版社2006年版,第4—5页。

④ 在马克思主义的经典理论看来,应该先有国家,才有犯罪,才有刑罚。但是,在前国家时代的原始社会末期,私有制已经萌生,阶级也已出现,一种简单的社会秩序已经形成。应该承认任何对该种社会秩序的侵犯——偷窃财物、破坏伦理禁忌、攻击氏族首领等——都是一种犯罪,都应适用相应的惩罚,而惩罚的基础就是对该侵犯事实的查明。



安全感需要,国家随之诞生。国家的重要职能就是维护现有的社会秩序,对破坏秩序的行为进行惩罚,这种维护社会秩序的国家职能活动当然离不开对不法行为的纠举和调查。因此,从国家职能的角度来说,侦查的发展与国家的演进同步。

其三,作为一项刑事诉讼程序,侦查必须遵循程序法治的民主理念运作,这样的侦查只有到了现代法治社会才有容身之地。现代意义上的侦查,指的是针对犯罪依法进行的专门性刑事调查活动,它强调人的主体性和尊严。“犯罪是对个人自由和社会秩序的否定”,它是一种应受到社会谴责和压制的“恶”;作为调查和反击这种“恶”的国家刑事程序活动,侦查就是“对犯罪的否定,是对自由和秩序的否定之否定,并以此作为自己的道德基础和正当性根源”。^① 从其人权保障机能的现代法治程序视角来看,侦查只有在法治时代才能获得生存空间。

尽管“侦查”一词近代才舶来中国,但中国传统社会的悠远历程决定了它离不开——作为决定惩罚而进行的刑事调查行为——侦查,也离不开作为国家职能的侦查。“有充分理由认为,自从人类社会产生了犯罪与法,并规定了某些行为为犯罪行为、依法应受追诉和惩罚以来,侦查作为一项诉讼活动或程序就以某种非常原始和古朴的形式存在并一直演化至今,尽管当时这种活动或程序尚处在一种被包容的非独立状态。”^②

在中国社会的演变过程中,确实存在形态各异的侦查活动。随着私有制、阶级的产生,人类历史也在生产力发展的推动之下进入了阶级社会。依托于国家,原始社会萌生的侦查在奴隶社会真正获得了国家职权的属性,并在神示证据制度和弹劾式诉讼构架下获得了宽广的生存空间。随着中国历史的进一步演进,春秋战国时期,帝制逐步取代分封制,弹劾式诉讼构架为纠问式诉讼构架所取代,刑事司法官的侦查职能得到进一步扩张和强化,法定证据制度和“口供主义”盛行,中国传统侦查技术和谋略得到长足发展。资本主义社会的到来把侦查带入现代化时代,西方国家的侦查活动率先进行了科学化和现代化的变革,并带动了中国侦查制度和侦查技术的现代化。

在探究中国侦查渊源、传统侦查法文化的过程中,必须将侦查的刑事调查活动本质、国家职能和刑事程序性活动这三重蕴义结合起来,从最一般、最广

① 谢佑平、万毅：《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。

② 任惠华：《中国侦查史》，中国检察出版社 2004 年版，第 2 页。

泛的层面对传统侦查法文化与其生存的大历史背景进行抽丝剥茧式地追求溯源。追寻传统侦查的变迁轨迹时,我们会发现:它既包括种类繁多的侦查机构,也包括丰富繁荣的侦查措施和策略,还包括隐融于众多律令典章中的传统侦查制度和法律精神内质。

第一章 功能主义视角下的 侦查语义考辨

研究传统侦查的演进,有必要厘清各种侦查学术语的含义、用法、起源及其演变等。在众多侦查术语中,“侦查”一词无疑是最基本和最为重要的。“侦查”这一法律术语的演变,蕴含了侦查这一特定社会现象的产生、发展和嬗变。正如许多法律术语“反映了某个国家、民族法律文化的所有内涵”,^①“侦查”这一法学语词的演变也反映了其间所隐含的法文化蕴义。作为现代刑事程序的“侦查”,它并不是中国法文化自行孕育的内生产物,而是在“西学东渐”特定的中国法律现代进程中,中国法律对西方近代刑事诉讼法律制度的“移植”和继受。虽然中国古代没有现代意义上的侦查,但却存在着历史久远的刑事调查活动,也存在着有与“侦查”词语有千丝万缕联系的“侦察”一词。

一、“侦查”字义的历史考察

“侦”字古已有之,《正字通》:“侦,探伺也。”《辞源》对“侦”的字源作了考察,指出了“侦”字义的几个层次:第一,问。先秦古籍通作“贞”。《礼记·缁衣》引易:“恒其德贞。”(注:“侦,问也。”参阅清郑真《说文新附》三“贞”)第二,探伺,暗中窥视。^②《史记·淮南王安传》:“为中调长安”索隐:“孟康曰:调音侦,西方人以反间为侦。”^③《辞海》进一步对它作了严格的限制解释:“侦”有探伺之意,指暗中察看;^④《后汉书·清河孝王庆传》:“外令兄弟求其织过,内使御者侦伺得失。”从字义上看,“侦”意指:暗中或秘密的观察、查看、刺探或调查;无论是何种表述“侦”都隐含着秘密进行的意义。

“察”的字义更为丰富,其中与“侦察”相关的有:第一,细看;详审。《孟

① 参见何勤华:《中国法学史》,商务印书馆2006年版,第1页。

② 李伟民主编:《法学辞源》,黑龙江人民出版社2002年版,第2069页。

③ 《辞源》,商务印书馆1979年版,第243页。

④ 《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第653页。

