



云南大学法学院·明法文库

权力与结构

刑事侦讯本体论的分析进路

牟军 著

会泽百家 至公天下

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



云南大学法学院·明法文库

权力与结构

刑事侦讯本体论的分析进路

牟军 著

本著作受国家社会科学基金项目资助（项目编号：05BFX044）

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

权力与结构:刑事侦讯本体论的分析进路 / 牟军著.
—北京:法律出版社,2011.9
(云南大学法学院文丛·明法文库)
ISBN 978-7-5118-2516-2

I. ①权… II. ①牟… III. ①刑事侦查—研究—
中国 IV. ①D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 185694 号

云南大学法学院文丛 ——明法文库	权力与结构:刑事侦讯 本体论的分析进路	牟 军 著	责任编辑 高 山 董 飞 装帧设计 李 瞻
---------------------	------------------------	-------	--------------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5	印张 7.875 字数 183 千
版本 2011 年 10 月第 1 版	印次 2011 年 10 月第 1 次印刷
出版 法律出版社	编辑统筹 学术·对外出版社
总发行 中国法律图书有限公司	经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司	责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2516-2

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《明法文库》总序

“明法”为篇，始出《管子》，曰：“以法治国则举措而已。”《管子》虽齐国稷下诸君杂糅之，但其承接管仲之余绪，应大体不谬。此后法家，从商鞅而至韩非，无一不以明法为经。秦用法家之法，履至尊而制六合，威震四海。然而，雄兵百万，金城千里，并没有换来帝位永固。一夫作难而七庙隳，为天下所笑倒在其次，后世之君不敢明法为治，才是国之大害。

修德还是明法，儒法两家看似殊途，其实同归，皆帝王之术耳。《商君书》曰：“今夫人众兵强，此帝王之大资也，苟非明法以守之也，与危亡为邻。”《韩非子》曰：“明法者强，慢法者弱。强弱如其明矣，而世主弗为，国亡宜矣。”以国强主重为本宗，明法、任法、壹法、从法，虽治国使众所向披靡，然一旦剑指君王，则法治立时坍塌。所谓明法，于君王，只是戏言。以一人之力与万人战，岂有不亡之理？

近世以来，民权之说由泰西而至东土，虽筚路蓝缕，虽荆棘载途，然其接引法治之希望，却日久弥坚。主权在民之下，明法为治。兆民之幸福与安宁，不系

于一家一姓;国家之前途与命运,不仰于一人一事。不淫意于法之外,不为惠于法之内,先贤明法之深意,方能践行于华夏之地。

今时逢盛世,法学振兴,云南虽地处西隅,于明法之肫诚,并不稍让人。学院同仁,不揣拙陋,集腋或可成裘。

是为序。

陈云东

公元 2011 年 5 月 30 日

前言:刑事侦讯研究的理路

“你们的脸上露出了招供,你们问心有愧,随便你们要什么花样,都掩饰不了”——莎士比亚《哈姆雷特》。

莎士比亚笔下正义与邪恶较力的剧情在当今中国刑事侦讯的现实剧场正以另一种面目重复上演,哈姆雷特式的精妙语言,可能是作为主角的侦讯人员惯常的语言,也可能是他们心灵的语言。刑事侦讯在如此场景下展开,哈姆雷特式的“胜利”换来的可能是应讯者的人生悲剧。因此,人们对刑事侦讯的关注,始于对应讯者个人命运的关注。

应讯者在现实侦讯场域受到的不公正待遇以及在一些典型案例中因暴力取证导致的错案结果,广受公众舆论的谴责;其反映在学术探索中,则是对刑事侦讯的批判。应讯者多舛的命运源于我们不当的侦讯行为,故而早期的学术研究关注于刑事侦讯行为本身的问题,注重从程序和行为规范的角度,探索矫正和改善刑事侦讯行为的途径。这一研究体现在侦讯的条件、程序、方式和违法处理等方面的制度设计和

立法完善中。对此,司法实务部门虽存有疑虑,但也作出了必要的回应。1998年最高人民法院《关于执行刑事诉讼法的若干问题的决定》和1999年最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》确立的非法言辞证据排除规则,体现出对刑事侦讯的两点要求:一是对刑事侦讯的程序和条件提出了较法律更严谨的标准;二是刑事侦讯非法行为的程序性后果,即以刑讯、威胁、引诱、欺骗等非法方法获取的口供不得作为起诉证据或人民法院有罪判决的根据。2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》,对于非法言辞证据在起诉和审判阶段排除的实体性和程序性规则又作了进一步具体规定,旨在通过对诸如非法口供等言辞证据的有效排除,进一步规范刑事侦讯等调查取证行为。

然而,在侦讯实践中,上述禁止性证据法律规范的推行并未收到显著成效,^{〔1〕} 侦讯中违法乃至严重违法现象没有得到有效遏制。于是,人们开始另寻刑事侦讯的治理之道。既然侦讯行为是由侦讯者所为,侦讯行为是否合法和正当以及对应讯者产生的影响最终受侦讯者的支配,即侦讯者的内外因素决定了侦讯行为的状况及其结果,因而研究应聚焦于侦讯者本身。侦讯者自身的文化思想素质、法律意识和法制观念成为人们分析刑事侦讯失范或不当的重要依据。同时,这类研究又引入社会学、文化学等的思路和方法,在更广阔的社会和文化背景下审视和分析侦讯者及其行为的特征。如有学者试图阐释侦讯者的社会角色、讯问场景和社会容忍(社会意识)对刑讯逼供的影响,以解释当代中国刑讯逼供行为的原因。^{〔2〕} 这种分析范式已引起学界的重视和兴趣。

〔1〕 即便新近由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的实施情况及其效果也有待进一步观察。

〔2〕 吴丹红:“角色、情境与社会容忍——法社会学视野中的刑讯逼供”,载《中外法学》2006年第3期。

应该指出,无论是较早时期人们以现象学和结果论的思想为基础对侦讯行为进行的一种惯常规范性探讨,还是之后在主体决定论思想指导下,对侦讯者因素及相应社会因素的分析(社会文化学角度对侦讯的分析实际上也是一种主体论的研究范式),虽都值得认可,也具有一定的合理性,但是否属于一种最适当而又不可替代的研究方法尚需三思。在此,上述有关刑事侦讯的研究方法存在以下几个问题:

1. 研究的前提是否成立仍需进一步论证。对于刑事侦讯的研究,当下流行的研究进路是从刑事侦讯的结果反向推演的。人们惯常的思维逻辑在于,刑事司法实践中产生的各类错案主要是案件事实认定的错误,在当下“罪从供定”办案模式的影响下,人们有理由相信侦讯行为的违法与法院错判存在固有联系,从而引导学界对刑事侦讯行为规范性的关注。因此,对刑事侦讯行为的正当性和合法性的研究成为对这一问题研究的主旋律。

由实践现象引发对制度建设的关注即所谓“问题意识”^{〔1〕}的方法固然可取,但对刑事侦讯研究这一前提的认识,可能应持审慎而客观的态度。需要追问的是,学界对刑事侦讯规范性的研究缘于侦讯活动中刑讯等严重违法还是威胁、引诱等一般违法?一般违法侦讯不具有典型性,不足以成为学理探寻刑事侦讯行为规范性的必要条件。因为一般违法在刑事司法的其他阶段同样存在,只是表现形式不同,况且这种违法不足以对侦讯的正当性乃至整体刑事诉讼结果产生实质性影响。所以,严重违法且已对诉讼导致严重后果的侦讯行为才是引发人们对

〔1〕“问题意识”是陈瑞华教授提出的研究中国问题的一种学术态度。他认为,中国法学要想真正作出独立的理论贡献,中国法学者要想提出富有创见的理论,就必须走出对策法学的误区,真正从学术的视角、世界的眼光来分析中国问题,并在解释和解决问题的过程中反复设定疑问,引导出富有见地的新思想和新理论。(陈瑞华:《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究(代序言)》,中国人民大学出版社2003年版,第5页。)当然,对中国问题的研究不只是研究方法和角度转变的问题,更重要的是能够发现和找准真正的中国问题,这样的研究才是有价值的。

刑事侦讯行为规范性研究的主因。但诸如刑讯尤其暴力型刑讯等严重违法侦讯的个案在我国侦查实践中占有多大的比重?是一种普遍现象还是一种局部现象?这种现象的变化趋势又如何?近年来全国各地相继出现诸如杜培武、余祥林等刑讯逼供案似乎已遮蔽了人们洞察刑事司法真相的眼球。在偌大一个国家,绝对罪案基数巨大的背景下,这类案件所占比重是多少,缺乏运用严格的统计学原理和科学的实证研究方法作出准确的计算和概率的分析。如果任何一项问题的研究既要以问题的典型性,更要以问题的普遍性为依据,现今对刑事侦讯的研究,实际上是将研究问题的典型性取代了问题的普遍性,这种研究在前提上是否成立值得怀疑。

2. 人为对刑事侦讯问题的研究预设价值标准。由问题意识导入的刑事侦讯行为的研究,因“问题”的存在(这种问题有被夸大的主观成分),刑事侦讯的研究呈现几个特征:一是以价值取向作为分析、判断和设计刑事侦讯制度的标准。这种价值判断基于刑事侦讯的对错和是非的判断,欠缺对刑事侦讯本身的运行属性、规律及与刑事诉讼内在联系等的事实判断。二是以价值判断为依据,对现行刑事侦讯行为的评价先入为主、主观臆断,在否定现行刑事侦讯行为的同时,又否定了刑事侦讯实践的规范、经验、做法及现行法律规范中的合理成分。三是刑事侦讯价值标准总体上坚持正当程序的固有价值观,关注应讯者权益保护的一元价值观,侦讯的多元价值尤其国家追诉犯罪和社会公益的价值未得到同等关照。在刑事侦讯行为规范的设计上,偏重应讯者的人权保障,而有意弱化侦讯者的优势地位和条件,忽视刑事侦讯在人权保障与侦查利益的平衡上存在的固有技术性和程序性障碍。

3. 现今刑事侦讯研究在逻辑上存在因果关系倒置现象。主体决定论是当今刑事侦讯研究的一个新趋向。该研究方法关注侦讯者本人的固有属性及社会环境对侦讯者意识、观念的型塑,并以此分析刑事侦讯

行为的样态和走向。这种分析方法也属于现象学的方法,违背了一个最基本的哲学原理——客观(社会存在)决定意识(社会意识)。在刑事侦讯领域不可忽视这样一种原理:刑事侦讯行为及其具有的物质和精神文化属性对侦讯者主体的影响(这种影响具有根本性和直接性)。从这个角度上讲,不是侦讯者的思想及其他因素决定侦讯行为,而是侦讯行为本身决定了侦讯者的思想和意识形态,而侦讯者的这种意识形态,又反向作用于侦讯行为,使得现实司法中的侦讯行为呈现出固有的属性和特征。所以,从主体决定论的角度探讨的侦讯行为实际上犯了因果关系倒置的逻辑错误。应该说,刑事侦讯的问题说到底不是主体(侦讯机关及侦讯者)和对主体产生影响的社会环境的问题;最根本的是在于刑事侦讯本身及其所应实现的目标和价值的问题。

刑事侦讯是三位一体的学说,涉及侦讯的主体、行为和对象三要素。侦讯主体是一个相对宽泛的概念,既指实施具体侦讯行为的侦查者,也包括对侦讯活动进行相应制约、控制并对侦讯活动产生影响的其他主体,如检察官和法官。长期以来,人们的研究和实践行为已表明对侦讯主体和对象的重视,侦讯行为的研究虽没有被边缘化,但实际作为与侦讯主体和对象的中介因素而被纳入这一研究领域。侦讯行为对侦讯者的影响和结果或侦讯主体与侦讯行为的内在联系等属于这一研究领域关注较多的问题,而对刑事侦讯行为属性和固有规律性的研究却很少。而且对于侦讯主体、侦讯对象也只是进行一种孤立的、以外部价值判断为立场的研究,缺乏从刑事侦讯结构的角度,对侦讯主体和对象的固有特性、地位以及相互之间内在联系与互动的实际状况,进行符合刑事侦讯规律性的探讨。所以,当今我国刑事侦讯领域的研究,实际上缺乏对诸如刑事侦讯行为以及刑事侦讯结构等本体性问题的关注,刑事侦讯固有规律性和本源性的问题并没有得到合理解答,现今流行的价值判断立场又无法解决在侦讯实践中所遭遇的各种问题,这是我

国刑事侦讯理论研究的一大缺失。

鉴于此,本书将以刑事侦查及其结构的普遍性理论为基础,运用社会学、文化学、政治学、心理学等多种交叉学科的研究手段和方法,在避免价值预设的前提下,对刑事侦讯行为及其结构的本体性问题作一客观的具体分析和探讨,揭示刑事侦讯行为及其结构的本来面目,重新审视在过往的理论研究和实践中可能已被误导的观点和看法,提出符合刑事侦讯固有属性和规律性的理论和知识构建,以有助于真正理解并有效解决我国刑事侦讯实践中出现的各种问题。

目 录

前言：刑事侦讯研究的理路

第一章 刑事侦讯：权力抑或权力的表达 001

一、刑事侦讯权力论及其思辨 002

（一）过往理论的刑事侦讯界说 002

（二）刑事侦讯：侦讯者的一种权力？ 008

二、本体论视角的刑事侦讯阐释 016

（一）刑事侦讯的应然定位：一种权力的表达 016

（二）权力表达：历史与现实的经验 020

（三）刑事侦讯表达的权力范畴 027

三、“权力表达”学说与刑事侦讯 032

（一）为何是刑事侦讯？ 032

（二）“权力表达”与刑事侦讯的样态 036

（三）“权力表达”与刑事侦讯的“失范” 040

第二章 刑事侦讯的权力表达及其结果 053

一、刑事侦讯的权力表达系统 053

(一) 侦讯者的权力表达系统	054
(二) 侦讯环境的权力表达系统	063
(三) 侦讯规范的权力表达系统	066
二、刑事侦讯权力表达方式的分类	071
(一) 权力的直接表达与间接表达	071
(二) 权力的合法表达与非法表达	072
(三) 权力的正当表达与非正当表达	074
三、刑事侦讯的权力表达结果	075
(一) 具体的权力表达结果(对应讯者产生的结果)	075
(二) 一般的权力表达结果(对社会公众产生的结果)	087

第三章 权力表达与刑事侦讯系统的重建 091

一、刑事侦讯系统重建的自身要素	091
(一) 刑事侦讯环境	091
(二) 刑事侦讯主体	095
(三) 侦讯程序	096
二、刑事侦讯系统重建的外部要素	098
(一) 法律资源	098
(二) 政策资源	102
(三) 社会资源	106

第四章 西方刑事侦讯结构:传统的理论与现代的探索 109

一、西方刑事侦讯结构的主体要素	110
(一) 侦讯者	111
(二) 应讯者(被讯问者)	121

(三)法官 135

(四)检察官 139

二、西方刑事侦讯各主体要素之间的相互关系 147

(一)侦讯者与应讯者之关系 147

(二)侦讯者与法官、检察官之关系 156

(三)应讯者与法官之关系 158

三、西方刑事侦讯结构类型的归属 161

(一)西方刑事侦讯结构类型的传统认识及其存在的问题 161

(二)西方刑事侦讯结构是否属于一种行政结构? 171

(三)对西方刑事侦讯结构的一种认识:独特的程序性结构 178

第五章 我国刑事侦讯结构:现状与定位 191

一、我国现行刑事侦讯结构的主体要素 191

(一)侦讯者之地位 191

(二)应讯者之境遇 198

(三)检察官之角色 203

二、我国现行刑事侦讯结构:一种行政化的结构形式 206

(一)刑事侦讯属于侦讯者与应讯者两方组合的“线性结构” 207

(二)侦讯者与应讯者之间存在明显的权力压制关系 209

(三)刑事侦讯的方式具有明显行政化特征 210

(四)违法侦讯法律制裁方式的行政化 212

三、我国刑事侦讯结构的合理界定 213

(一)我国刑事侦讯程序性结构思路的提出 213

(二)我国刑事侦讯程序性结构应具备的基本特征 215

(三)我国刑事侦讯程序性结构的确立 221

主要参考文献 228

第一章 刑事侦讯:权力抑或权力的表达

“刑事侦讯”一词是刑事案件侦查讯问的一种简洁表达形式。换言之,刑事侦讯就是侦查阶段侦讯者对应讯者(犯罪嫌疑人)的讯问,其关键词是讯问。就此而言,侦讯与讯问在用语上并无差异。关于讯问的含义,《汉语大词典》解释为:询问、省视、问候、审讯或鞫问等多种词义。^{〔1〕}从刑事案件的固有属性来看,当代刑事侦查理论对“讯问”的词义都取“审讯”或与“审讯”相近的含义。如侦查讯问“指……对犯罪嫌疑人进行正面审讯的一项侦查措施”^{〔2〕}或指“对犯罪嫌疑人进行审讯和诘问”;^{〔3〕}有的将侦讯称为“对犯罪嫌疑人进行的审查与质问”;^{〔4〕}还有的称为“对被告人(犯罪嫌疑人——笔者注)进行面对面审查的一项侦查活动”^{〔5〕};等等。对犯罪嫌疑人的“审讯”、“诘问”、“审查”、“质问”等语词表述,实际上都有讯问之

〔1〕《辞海》,光明日报出版社2002年版,第1334页。

〔2〕翁里主编:《犯罪侦查学》,浙江大学出版社2002年版,第179页。

〔3〕郭晓彬:《刑事侦查学》,群众出版社2002年版,第206页。

〔4〕王传道:《讯问学》,中国政法大学出版社1999年版,第1页。

〔5〕徐立根:《侦查学》,中国公安大学出版社1991年版,第151页。

意,因为“讯问”的字面意义是对不知或存疑的问题进行的“问”和“查”,“问”是对情况的了解和掌握,“查”在于判明情况。对刑事侦讯的语词分析是了解刑事侦讯的起点,但不是认识刑事侦讯的全部。对刑事侦讯的认识实际上需解答刑事侦讯的定位和在本质上刑事侦讯是什么的问题,它决定了刑事侦讯的模式、样态和要实现的目标,也是刑事侦讯系统重建需要考虑的重要因素。

一、刑事侦讯权力论及其思辨

(一) 过往理论的刑事侦讯界说

在传统上,对刑事侦讯的定位以及由此决定的刑事侦讯属性的分析大致有如下角度:

一种是侦查学的角度。刑事侦讯属于刑事侦查的一部分,刑事侦查的定位决定了刑事侦讯的定位。从侦查学的意义上讲,刑事侦查是一种手段或工具。美国理论界认为,“侦查(调查)是用以将足以导致成功的刑事起诉或民事诉讼的事实发现、确定(指它们与一种违法事件有关联),收集、保存并随后作为证据准备于预期的法律程序的手段”。^[1]德国《刑事诉讼法》规定,检察机关必需就犯罪事项侦查之(第160条)。罗科信认为,“此时,其需对有利及不利之事项均加以搜证,并且对可能灭失的证据之举证(《刑事诉讼法》第160条第2项)亦加以注意。”^[2]日本学者松尾浩也将侦查表述为“侦查机关发现犯罪人和收集犯罪证

[1] Wayne R. LaFare. Etc., *Criminal Procedure*, Horn book Series West Group, 3th ed, 2000, p. 46.

[2] [德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》(第24版),吴丽琪译,法律出版社2003年版,第358页。