

刑

事



SHIJIANZHONGDE XINGSHI SUSONGFA  
Yinxing Xingshi Susongfa Yanjiu

# 实践中的刑事诉讼法

## 隐形刑事诉讼法研究

万毅/著

中国检察出版社

2008年度上海市教委创新项目重点项目成果  
2008年度上海市曙光计划项目成果（项目编号08SG16）



SHIJIANZHONGDE XINGSHI SUSONGFA  
Yinxing Xingshi Susongfa Yanjiu

# 实践中的刑事诉讼法

## 隐形刑事诉讼法研究

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

实践中的刑事诉讼法：隐形刑事诉讼法研究/万毅著.  
—北京：中国检察出版社，2010.8  
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0309 - 1

I. ①实… II. ①万… III. ①刑事诉讼法 - 研究 - 中国  
IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 126563 号

实践中的刑事诉讼法：隐形刑事诉讼法研究

万毅 著

---

出版发行：中国检察出版社  
社 址：北京市石景山区鲁谷西路5号（100040）  
网 址：中国检察出版社（www.zgjcchs.com）  
电子邮箱：zgjcchs@vip.sina.com  
电 话：(010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)  
经 销：新华书店  
印 刷：三河市西华印务有限公司  
开 本：720mm×960mm 16开  
印 张：17.75印张 插页4  
字 数：307千字  
版 次：2010年10月第一版 2010年10月第一次印刷  
书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0309 - 1  
定 价：32.00元

---

检察版图书，版权所有，侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

# 序

本书是上海市教委创新项目 2008 年度重点项目以及上海市曙光计划项目的最终研究成果，在此，首先要感谢这两个项目对我从事本项研究的资助和支持。自 2007 年起，我受指派至基层检察院挂职锻炼，开始密集接触司法实务，原本专注于文本研究的我也因此对刑事诉讼法在实践中运行的复杂性有了直观的体认。我注意到，在我国司法实务中，除了文本上的刑事诉讼法之外，还有诸多潜在因素影响着刑事诉讼法的实施与运行。对于这些不见于刑事诉讼法文本，但却在司法实践中运行的隐性制度或“潜规则”，可称之为“地下刑事诉讼法”。

客观地说，“地下刑事诉讼法”一语，并不完全是贬义的，由于我国刑事诉讼立法理念和技术的落后，一些重要的制度和程序在刑事诉讼立法上明显缺位，“地下刑事诉讼法”的产生和存在，一定程度上弥补了立法的疏漏，实际上带有一定的“补漏”和“纠偏”性质。但是，另一方面，这些“地下刑事诉讼法”的隐性存在，反过来又可能“架空”了刑事诉讼立法，对程序法治化以及刑事诉讼法的公正运行构成威胁。例如，司法机关内部的绩效考核制度即因为考核指标设置不当而对刑事诉讼法的贯彻实施构成了一定的妨碍，典型的如检察机关对“不起诉率”进行控制，使得各级检察机关即使在符合法定条件的情况下也不敢轻易作出不起诉决定，间接限制了不起诉制度的运用，而法院对“无罪判决率”进行指标考核和控制，也使得各级法院即使证据明显不足也不敢轻易作出无罪判决，致使无罪推定原则被虚置。基于此，我意识到，要真正对我国刑事诉讼法的实践运行效果作出客观的评估，首先必须对“地下刑事诉讼法”进行系统的考察，从而对我国刑事诉讼法运行的整体生态有一个清醒的认识。

我一直想找机会将上述体认用文字表达出来。2008 年年底，适逢上海市教委创新项目和上海市曙光计划项目开始申报，经过反复考虑和初步设计，我以“‘地下刑事诉讼法’——中国刑事诉讼法的实践运行机制研究”为题进行了申报。该选题在经过上海交通大学法学院和校级层面的两次初评

后，最终进入了上海市的复审。在复审答辩中，评委们对这一选题相当感兴趣并慷慨给予了资助，但同时又指出这一选题在研究内容上是中性的，但“地下刑事诉讼法”这一用语却有多种含义容易引起误解，两者不太协调，因此建议在保留研究思路和框架的前提下修改课题名称。我曾考虑过采用“法外程序”一词，盖因2000年年底，我曾与谢佑平教授合作发表过一篇文章——《法外程序与法内程序——兼评普通程序简易审》，文中所谓“法外程序”，大意是指实践中除了法律规定的程序之外，还有如司法机关内部的案件审批程序等法律未予明文规定的程序，正是这些法律之外的程序普遍存在，延宕了案件的及时终结。但是，考虑到“法外程序”这一概念自提出后并未被学界所普遍采用，而且，本课题所研究的“地下刑事诉讼法”在外延上要广于法外程序，因此觉得不是太合适，最终放弃了这一概念。经过慎重考虑，我决定采用诉讼法学界更为普遍接受的“隐形刑事诉讼法”一语，并据此将课题名称修改为“‘隐形刑事诉讼法’研究”。但是，“隐形刑事诉讼法”一语其实并不能很确切地反映笔者的研究思路和目的，原因很简单，像司法解释、刑事政策等，虽然影响甚至制约着刑事诉讼法的运行实施，但其内容是公开的，几乎众所周知，因并未处于“隐形”状态，因此并非“隐形刑事诉讼法”。但一时之间，我实在想不到更为确切的用语和表述。即使在本课题研究完毕，即将出版之际，仍未能想到更为贴切的用语，最后，迫于无奈，我在书名上选用了—一个更为中性化的表述：《实践中的刑事诉讼法：隐形刑事诉讼法研究》，—这一书名可能也不够妥帖，但“实践中的刑事诉讼法”可与“文本上的刑事诉讼法”相对称，至少能够表明研究的基本视角、范围和目的，尚算差强人意。

实践中的刑事诉讼法，或者说刑事诉讼法的实践运行机制本身是一个内涵丰富的学术话题。坦率地说，我原先的课题设计远比各位现在看到的结构更为“宏大”，我曾想全方位、系统地描绘分析“地下刑事诉讼法”的生态。但是，当真正进入研究状态时，我才发现这一论题远不是一个课题、一本书可以涵盖的。由于时间和精力有限，我被迫对原先的研究计划进行了修改、取舍。因此，最终呈现在读者面前的内容，与我原本意欲达到的效果之间存在一定的距离，这也着实成了我内心深处一个不小的缺憾。不过好在本书各个专题在写作时都是围绕“实践中的刑事诉讼法”这一主题进行的，谅不致误导读者诸君。我希望本书的出版能起到抛砖引玉的作用，启发更多的人对“地下刑事诉讼法”这一命题的关注，则吾愿足矣！

在结构上，本书分为“复杂的生态环境”和“权力的多种面孔”两个



部分，前者着力于揭示司法实践中究竟哪些因素在影响甚至支配着刑事诉讼法的运行、实施，就此，本书着重考察了司法解释、刑事政策、刑事诉讼模式、刑事诉讼习惯法以及司法绩效考核制度对刑事诉讼法实施的影响；后者则试图揭示实践中参与诉讼的各方是如何运用各种“智慧”，通过侦查谋略、公诉策略、证据转化、当事人承诺、私力救济等方式隐蔽行使权力并达到诉讼目的的。通过研究，笔者力图表明，正如达玛斯卡教授所指出的，实践中刑事司法权力的渊源绝不限于文本上的刑事诉讼法，而是呈现出“多种面孔”。

在研究方法上，本书坚持法解释学的研究进路，从实践中遇到的具体实务问题出发，运用诉讼法原理解决实务问题，因此，书中运用了不少实务中的案例。不得不指出的是，近年来，诉讼法学界热议所谓“研究方法和范式转型”，不少学者在批判传统注释法学的基础上提出应借鉴以社会学为代表的其他社会科学的研究方法来研究诉讼法，被称为“社科法学”，甚至有学者明确提出“理论研究不一定要指导实践、理论可以只指导理论”，“法学研究不解决问题而只解释问题”。我向来赞同诉讼法学研究应当坚持多元化的研究方法，多元化的研究无疑可以极大地拓展诉讼法学研究的深度与广度。但是，诉讼法学研究是否就应当全面倒向“社科法学”，则值得商榷。法学，毕竟是一门实践性很强的学科，法学研究与法律实践密不可分，因此，解释问题与解决问题可以说都是法学研究的目的和使命。全面倒向“社科法学”，除了使法学研究更像社会科学研究以及更像科学研究之外，其对法律实践的现实指导意义究竟如何，实在不好说。目前，我们的诉讼法学研究和法律实践之间确实存在着理论与实践“两张皮”、理论无力指导实践的现象，但这并不意味着注释法学或者说法解释学研究已经过时，而是因为我们现有的法解释学研究还不够精细，学界热衷于讨论刑事诉讼法修改、习惯于脱离实践进行宏大叙事，这一切都容易使实务界人士觉得纯属“书生空谈”。但其实，刑事诉讼法学研究是可以做得更精细，并直接服务和指导司法实践的，一如张明楷教授所倡导的刑法解释学。

课题的完成以及本书的出版，得到诸多师友的帮助，我要对他们致以真诚的谢意。感谢上海交通大学的郑成良教授，他像父亲一样关爱着我和我夫人的成长！感谢上海交通大学凯原法学院的诸位领导以及各位同事，我在上海交大法学院工作的五年时间里得到了他们的大力支持与帮助！感谢四川大学法学院的龙宗智教授。2010年年初，我因为家庭原因由上海交通大学法学院调往龙老师主持的四川大学“985”法学创新平台工作，龙老师不仅在

研究工作中给我以提点，更在生活上给予我无微不至的关怀，学生铭记于心！感谢上海市徐汇区人民检察院储国梁检察长和上海市金山区人民检察院龚培华检察长，他们对我的调研活动给予了极大的关心和支持，书中的一些观点直接得益于与他们的交流！感谢我的硕士生陈大鹏和师青正，他们协助我完成了部分调研，本书第五章也是在师青正的协助下完成的。感谢中国检察出版社的李薇薇女士，没有她的辛勤努力和一直以来对我的支持，本书不会这么快呈现在各位面前！

学术研究于我而言，实乃个人兴趣，每每静夜沉思偶有所得，便有一种将之形成文字的冲动。就我而言，只是想把个人的思考，与常见面的和不能见面的朋友们分享，在这个远比刑事诉讼法复杂得多的现实社会里，能够保有个人思想上的自由和表达的自由，我很珍惜！回首十余年从学经历，虽尚算勤奋，但因天资鲁钝、学力有限，书中的一些观点和结论难免不够成熟，诚待读者诸君的批评指正！

是为序。

万 毅

2010年7月7日夜于四川大学望江校区桃林村

# 目 录

序 .....	( 1 )
---------	-------

## 上篇 复杂的生态环境

### 第一章 刑事诉讼司法解释

——以初查程序为例的分析 .....	( 3 )
一、初查程序的合法性问题 .....	( 3 )
二、初查措施的强制性问题 .....	( 8 )
三、初查结果的证据能力问题 .....	( 14 )

### 第二章 刑事政策

——宽严相济刑事政策视野下的证据制度变革 .....	( 16 )
一、考察：实践中的改革与探索 .....	( 18 )
二、评述：法理上的反思与质评 .....	( 32 )
三、展望：理论上的构建与建言 .....	( 55 )

### 第三章 刑事诉讼模式

——“幽灵抗辩”与刑事被告人举证责任 .....	( 78 )
一、“幽灵抗辩”在司法实践中的具体表现和样态 .....	( 79 )
二、“幽灵抗辩”及被告人举证责任的比较法考察 .....	( 82 )
三、我国现行刑事诉讼法背景下“幽灵抗辩”的 应对模式及策略 .....	( 92 )

### 第四章 刑事诉讼习惯法

——以刑事和解为中心的分析 .....	( 98 )
一、刑事和解：非法抑或习惯法？ .....	( 99 )
二、刑事和解 = 修复式司法？ .....	( 104 )
三、刑事和解作为一项习惯法的现实功能 .....	( 109 )



四、刑事和解制度改革的未来走向 .....	(120)
<b>第五章 司法机关绩效考核制度</b>	
——以检察机关绩效考核制度为例 .....	(124)
一、检察机关绩效考核的渊源 .....	(124)
二、检察机关现行绩效考核制度的现状与缺陷 .....	(126)
三、科学构建我国检察机关绩效考核制度 .....	(141)

## 下篇 权力的多种面孔

<b>第六章 侦查谋略之运用及其底限</b> .....	(153)
一、侦查谋略：实践中的特征与样态 .....	(154)
二、底限正义：法理上的评判及操作中的底限控制 .....	(160)
<b>第七章 公诉策略之运用及其底限</b> .....	(171)
一、公诉策略：实践中的特征及样态 .....	(172)
二、底限正义：法理上的评判及操作中的底限控制 .....	(185)
三、结语 .....	(193)
<b>第八章 秘密侦查措施及证据转化规则</b> .....	(195)
一、秘密侦查措施及其证据转化规则 .....	(195)
二、诱惑侦查所获证据之证据能力 .....	(210)
<b>第九章 刑事诉讼中的当事人承诺</b>	
——同意搜查的合法性 .....	(231)
一、同意搜查的法律地位问题 .....	(232)
二、同意搜查的自愿性问题 .....	(236)
三、同意搜查的主体问题 .....	(240)
四、同意搜查的相关程序问题 .....	(245)
五、结语 .....	(248)
<b>第十章 刑事诉讼中的私力救济</b>	
——私人取证的合法性 .....	(250)
一、取证主体合法性理论批判 .....	(251)
二、私人取证的合法性	
——以记者“暗访”事件为例 .....	(260)
三、结语 .....	(276)



# 上篇 复杂的生态环境

第一章 刑事诉讼司法解释

第二章 刑事政策

第三章 刑事诉讼模式

第四章 刑事诉讼习惯法

第五章 司法机关绩效考核制度



## 第一章

# 刑事诉讼司法解释

## ——以初查程序为例的分析

### 目 次

#### 一、初查程序的合法性问题

- (一) 初查作为一种任意侦查措施，其合法性并不取决于其程序是否法定化
- (二) 立案不是初查的前置程序，因而初查的合法性不取决于是否已经立案
- (三) 在根本意义上，初查程序的合法性根基于其对刑事侦查活动规律性的体现

#### 二、初查措施的强制性问题

- (一) 初查中询问的强制力问题
- (二) 初查中的搜查、扣押问题
- (三) 行政调查手段的交叉使用问题

#### 三、初查结果的证据能力问题

### 一、初查程序的合法性问题

虽然最高检的司法解释和公安部的部委规章多次对初查作出规定，肯定其合法性，但在法理上，初查的合法性仍是一个充满争议的问题。归纳而言，持初查反对论的学者主要基于以下两点理由：第一，对于“初查”，刑事诉讼法没有明文规定，因而不能采用；第二，刑事诉讼法规定了“立案”

程序，立案后侦查机关才获得“侦查权”，才可以展开“侦查”，这意味着立案前的初查是不合法的。那么上述两点反对理由能否成立呢？笔者主张承认初查程序的合法性，理由如下：

### （一）初查作为一种任意侦查措施，其合法性并不取决于其程序是否法定化

笔者认为，从诉讼原理上讲，初查本质上是一种任意侦查措施，因此，初查措施的类型、要件与程序等没有必要由法律明确予以规定。换言之，初查作为一种任意侦查措施，其合法性并不取决于其程序的法定化。

在理论上，侦查措施可以分为强制侦查与任意侦查两种，所谓强制侦查，是指采用会对相对人的“重要权益”进行强制性侵犯或干预的侦查措施，典型的如逮捕、羁押、扣押等。<sup>①</sup>与强制侦查措施相反，任意侦查则是指采用不会对相对人的重要权益造成强制性侵犯或干预的侦查措施，如跟踪、守候、询问知情人、询问非在押的嫌疑人等。<sup>②</sup>而初查，根据《人民检察院刑事诉讼规则》的相关规定，“在举报线索的初查过程中，可以进行询问、查询、勘验、鉴定、调取证据材料等不限制被查对象人身、财产权利的措施。不得对被查对象采取强制措施，不得查封、扣押、冻结被查对象的财产”，既然要求初查“不得对被查对象采取强制措施，不得查封、扣押、冻结被查对象的财产”，这就意味着初查仅仅是一种不会对相对人重要权益造成强制性干预的任意侦查措施。

在理论上区分强制侦查措施与任意侦查措施的重要意义在于：由于强制侦查涉及强制性干预公民重要权益，为防止侦查机关滥用权力侵犯公民基本人权，必须通过程序法定化来对其类型、要件、程序等进行限制，法律没有明文授权的强制侦查措施，侦查机关不得采用，此即强制侦查法定原则。但任意侦查与此不同，它或以相对人的自愿配合为前提而进行，或以不给相对人的重要生活权益造成强制性干预的方式进行，对公民重要权益的威胁甚

---

① [日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪、张凌、穆津译，法律出版社1999年版，第30页。

② 但是，要注意，这并不意味着在任意侦查中，不存在强制力的使用，而是指强制力在任意侦查中的使用，必须在考虑必要性、紧急性的基础上，在具体的状况下认为适当的限度内才可以允许，即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。（参见[日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪、张凌、穆津译，法律出版社1999年版，第30页。）概言之，“任意”不等于“零侵犯”。

小，因此，原则上并不需要法定化。相反，如果将任意侦查比照强制侦查进行立法与司法的双重控制，事无巨细的立法和繁杂的令状程序将使得侦查活动动辄得咎、寸步难行，进而妨碍国家追诉任务的实现。因此，任意侦查措施的“非法定化”是比较法上的通例，这一特征普遍体现在各国刑事诉讼立法之中。以日本为例，其《刑事诉讼法》第179条第1款仅对任意侦查作了一项概括性授权，“为了达到侦查目的，可以进行必要的调查。但是，如果无特别规定时，不得实行强制措施”，<sup>①</sup>而并没有进一步列举任意侦查措施的类型、程序要件等。当然，对任意侦查措施，法律或者政策上不是绝对不能规定，<sup>②</sup>但任意侦查措施“法无规定得行使，法有规定更得行使”，法律有无明确规定并非启动任意侦查措施的必要前提。因此，即使我国刑事诉讼法并没有关于初查的明文规定，在立案程序之前，侦查机关亦得使用初查这一任意性侦查措施。

## （二）立案不是初查的前置程序，因而初查的合法性不取决于是否已经立案

否定初查合法性的另一个重要理由是，根据我国刑事诉讼法，立案是刑事诉讼的开启程序、必经阶段，公诉案件始于立案，经侦查、起诉至审判阶段结束，各诉讼阶段相互衔接、依次进行，前一阶段未达到证明标准，自然不能进入下一阶段。由此可见，立案是侦查的前置条件，在没有达到“有犯罪事实需要追究刑事责任”的情况下不得进行侦查，这似乎说明在立案之前不得采取任何侦查措施，据此可以推论初查程序的非法性。那么，初查程序和立案程序、侦查程序之间是否真的存在冲突？能否依据立案程序否定初查的合法性？

解题的关键是如何解释“侦查”的含义，即究竟是将“侦查”解释为包括任意侦查和强制侦查在内的一切侦查行为，还是将其限缩解释为强制侦查？如果答案是前者，则“立案”是所有侦查行为的开启程序，唯有立案后方能展开侦查（无论是强制侦查还是任意侦查），据此，立案前的初查无论如何不具有合法性；但如果答案是后者，则立案仅仅构成强制侦查的开启

<sup>①</sup> [日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪、张凌、穆津译，法律出版社1999年版，第28页。

<sup>②</sup> 孙长永：《侦查程序与人权——比较法考察》，中国方正出版社2000年版，第30页。

程序，这意味着唯有立案后方可采取强制侦查，而任意侦查并不受此限制，据此，立案前初查的合法性无可非议。那么，何种解释更符合立法原意和诉讼原理呢？

探寻刑事诉讼法的立法原意必须回到法条本身，根据《刑事诉讼法》第82条的规定，“侦查是指公安机关、人民检察院在办理案件过程中，依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施”。可见，我国刑事诉讼立法上的“侦查”具有特定的内涵，它指的就是两种侦查行为：强制性措施和专门性调查工作。所谓强制性措施，具体就是指拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕这五种人身强制措施；而所谓专门性调查工作，按照刑事诉讼法的规定，则是指讯问嫌疑人、勘验、检查、搜查和扣押物证、书证等证据保全措施。按照侦查行为的理论分类，上述两类侦查行为其实都是强制侦查行为，因为，一方面，这两类侦查行为的实施，均可能干预相对人的重要生活权益；另一方面，这两类侦查行为的实施，均不以被追诉人同意为前提，带有强制性。可见，我国刑事诉讼立法上所规定的“侦查”，其实相当于国外和法理上所谓的“强制侦查”，也因此，我国刑事诉讼法规定的、作为侦查前置程序的“立案”程序，其实只是强制侦查行为的前置和开启程序，而非所有侦查行为的前置和开启程序。据此，对于我国刑事诉讼法规定的“立案”程序，应当将其限缩解释为强制侦查的前置程序，唯有如此解释，才是合乎立法原意的。换言之，立案，并非任意侦查的启动门槛，任意侦查行为的启动不受立案所限，立案之前即可开展任意侦查，即初查。因此，初查程序与立案程序之间并不矛盾。<sup>①</sup>正因为立案并不是初查的前置程序，所以初查的合法性不取决于是否已经立案，用立案程序来否定初查合法性的观点在法理上是不能成立的。

### （三）在根本意义上，初查程序的合法性根基于其对刑事侦查活动规律性的体现

在大陆法系国家中，基于人权保障的需要，虽然不存在独立的侦查前置

---

<sup>①</sup> 对此，龙宗智教授也有类似的论述，龙教授将我国的侦查模式概括成“程序性侦查发动配合以强制侦查的授权模式”，即立案的实质是为强制侦查提供法律依据。一旦立案，强制侦查即为合法，侦查机关有权实施搜查、扣押、冻结、监听等措施（法律作出特别限制的长期羁押即逮捕除外），而没有立案，就不能采取强制性取证和人身控制措施。（参见龙宗智：《取证主体合法性若干问题》，载《法学研究》2007年第3期。）



程序（即立案），但同样为侦查程序的正式启动设定了一定的条件，目的是防止侦查机关随意启动侦查，侵犯公民人权。例如，根据德国《刑事诉讼法》第152条第2款之规定：“除法律另有规定，当充分事实根据存在时，检察院负有对所有可予以追究的犯罪行为作出行动的义务。”据此，案件进入正式侦查阶段的条件是必须达到“充分事实根据”的标准，依据目前德国多数学者的解释，满足侦查机关开始正式侦查的所谓“充分”，是指某种程度，即虽然仅有少量的真实性，但已达到足以将事实阐释清楚的程度，即便是内容不足或未经调查的陈述、传闻或是单方面的声称如匿名告发亦有可能认为是“充分”的事实根据；事实的澄清只要是可认为有犯罪的可能即为已足，但如无事实佐证，仅有犯罪的假设、动机或者理论上犯罪行为存在的可能性，则并非“充分”。<sup>①</sup> 甚至有人以统计学的观点为依据，认为当具有50%的可能有犯罪时即认为是充分。<sup>②</sup> 据此，要开启正式侦查程序，必须要有所谓的“简单的、初期的怀疑”，而为了界定这一“简单的、初期的怀疑”以决定是否需要展开正式侦查，德国警察法及警察在实务中渐渐尝试用“前置侦查”来解决界定初期的怀疑的功能。<sup>③</sup> 这里的前置侦查，其实就相当于我国的初查，即对“简单的、初期的怀疑”的一种调查和核实活动。同理，在我国台湾地区，要开始正式侦查必须“知有犯罪嫌疑”，学理上称为“简单的开始怀疑”，即需要有事实上的根据（单纯之臆测尚且不足以发动侦查），依照一般之刑事犯罪侦查经验判断可能涉及刑事案件者，即为已足，如疑似非自然死亡。<sup>④</sup> 为此，对于尚未正式进入侦查阶段的案件，应当进一步调查和核实，如果调查结果肯定，则分侦案正式侦办，如果结果否定，则以签结的方式结案。<sup>⑤</sup> 再如在日本，法律规定为了开始侦查，侦查机关需要“认为存在犯罪”。在司法实践中，警察在作出这一判断前，亦即在开始侦查之前，实际上也可能实施调查、核实活动。<sup>⑥</sup> 由此可见，刑事侦查区分为正式侦查和初步侦查，在正式侦查启动之前，往往需要通过前置初步侦查（即初查）来核实程序启动条件是否具备，这已是各法治国家的普

① 林永翰：《论前侦查程序》，台湾政治大学法律学系硕士论文。

② 林永翰：《论前侦查程序》，台湾政治大学法律学系硕士论文。

③ [德] 罗科信：《刑事诉讼法》（第24版），吴丽琪译，法律出版社2003年版，第357页。

④ 参见林钰雄：《刑事诉讼法》（下），中国人民大学出版社2005年版，第8页。

⑤ 参见林钰雄：《刑事诉讼法》（下），中国人民大学出版社2005年版，第19~20页。

⑥ [日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪、张凌、穆津译，法律出版社1999年版，第40页。

遍做法和普世性经验。

## 二、初查措施的强制性问题

强制侦查是以立案为前提，故立案之前的初查不得采取强制侦查，仅可采用任意侦查。但是，究竟哪些侦查措施属于任意侦查措施呢？

在法理上，任意侦查措施与强制侦查措施的区别，主要存在“手段说”和“权益说”之争。“手段说”认为，一项侦查措施究竟属于强制侦查还是任意侦查，应当以实施措施一方的手段为标准，如果该手段采取直接有形的强制力就是强制措施，<sup>①</sup>如强制相对人到案的拘留手段就属于典型的强制侦查措施，而没有采取有形强制力的监听则不属于强制措施。“权益说”则主张以侵害的结果（或者说侵害的状态）为判断标准，如果结果影响了行为对象（即相对人）的权益就属于强制侦查措施，而不论该侵害行为是否采取有形强制力，据此，监听和监视录像等科技侦查手段都属于强制侦查的范畴。<sup>②</sup>那么，哪一种观点更为可取呢？历史上“手段说”曾是主流，是各国立法的主要依据，但是，伴随着人类社会进入21世纪，犯罪手法日新月异，为了应付新类型犯罪的发展，高科技不断应用于侦查实践。高科技侦查手段的广泛运用，一方面在打击贩毒、非法买卖武器和伪造货币等严重危害社会的新型犯罪时功不可没、必不可少，另一方面却也对普通公民的权利造成了隐蔽、潜在的威胁。以监听为例，一旦被侦查人员所滥用，其对公民的个人权利所造成的损害较之于传统侦查手段实有过之而无不及。因此，“手段说”无法兼顾高科技侦查手段对公民权利的严重侵害，逐渐为各国立法所摒弃，取而代之的是“权益说”。

---

<sup>①</sup> 事实上，广义的强制力包括有形强制力和无形强制力，有形强制力指采取压制行为对象意愿的有形强迫手段，如使用械具强制行为对象到案；而无形强制力是指采取非有形压迫相对人意愿的手段，主要是指物理强制力和精神强制力，如监听。监听是在不为受监听人所知的情况下获取其通信秘密，以作侦查、追诉之用，而在监听过程中，侦查机关没有直接限制相对人的人身自由，故监听属于物理强制力的范畴。由于无形强制力的概念非常模糊，外延不好把握，甚至一些传统任意侦查都可能包含无形强制力，如跟踪也是在违背相对人的意愿下进行的。但是，如果把跟踪都并入强制侦查，那么强制侦查与任意侦查的区分也就变得没有了意义。有鉴于此，笔者对强制力采取限缩解释，仅指有形强制力。

<sup>②</sup> 与“手段说”相比，“权益说”绕过了“强制力”的界定，但是事实上任何侵害权益的行为至少存在无形强制力。