



诉讼法学文库

刑事侦查的正当性问题研究

Research on the Legitimacy of Investigation

□ 赵旭光 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

教育部人文社会科学一般项目《刑事诉讼中目的
不正当的公权力行为研究》(10YJC820168)资助

北京市支持中央在京高校共建项目资助

北京市中通策成律师事务所特别资助

刑事侦查的正当性问题研究

Research on the Legitimacy of Investigation

□ 赵旭光 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事侦查的正当性问题研究 / 赵旭光著. —北京: 中国法制出版社, 2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4864 - 2

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑事侦查 - 研究 IV. ①D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 244157 号

策划编辑: 冯雨春

责任编辑: 谢 雯

封面设计: 杨泽江

刑事侦查的正当性问题研究

XINGSHI ZHENCHA DE ZHENGDANGXING WENTI YANJIU

著者/赵旭光

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/10.5 字数/246 千

版次/2013 年 10 月第 1 版

2013 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4864 - 2

定价: 30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010493

市场营销部电话: 66033296

邮购部电话: 66033288

序

侦查是刑事诉讼中的一个重要阶段，侦查工作是刑事诉讼活动的基础性工作，处在刑事诉讼活动的第一线，承担着收集证据、查获犯罪嫌疑人、稳定社会秩序的重要任务。没有侦查工作，或者侦查工作做得不好，即使审判程序设计得再完美，对于打击犯罪、保障人权来说也是无济于事的。坐而论道的审判假若少了证据和“适格”的被告人，那将是毫无意义的司法游戏，其结果要么是放纵犯罪，要么是冤枉无辜，不可能完成刑事诉讼的任务。自 20 世纪 90 年代中期以来，随着人们对司法改革研究的热烈，“审判中心主义”的观点在法律学者中间占了上风，人们强调审判的重要性，花费巨大的力气来对审判程序进行设计。曾几何时，侦查不仅淡出学者们的视野，而且几乎被逐出诉讼的领域，差不多成了可有可无的东西。在这个背景下，对刑事侦查的正当性问题进行研究，就具有非常重要的理论意义。

如同现今社会整体的“浮躁”一样，不少法律学者也染上了急功近利的学术病。人们热衷于制度设计这些“显学”研究，对基础问题的探索却少有问津，这就造成了很多问题的理论依据不足、底气不足。就侦查而言，有很多基础性的理论问题我们并没有搞清

楚：社会为什么需要刑事侦查机关？社会大众为什么必须时不时忍受侦查对日常生活造成的“侵扰”？侦查权力的强大是否必然意味着公民权利的萎缩？侦查权如何配置才能符合正义的要求？由于对这些基础性问题缺乏清楚的认识，侦查机关在面对一些自己已然拥有、而且应该拥有的权力时，也会遮遮掩掩，欲说还休，担心在如今民意汹涌的年代遭到质疑。像卧底侦查、诱惑侦查、跟踪、监视、监听等这些各国侦查机关普遍拥有、对付有组织犯罪、高科技犯罪不可或缺的技术侦查措施（手段），也不敢大大方方地承认。权力机关在立法时也常举棋不定，以至于1996年的《刑事诉讼法》对这些问题只是一言带过，2012年的《刑事诉讼法》规定得依然模糊不清、概括笼统，导致的结果就是人们的无限遐想。

依侦查存在之正当根据，人们为争取安宁生活、良好秩序，必然要牺牲个人的部分权利，忍受一定限度之不便。既然如此，该有的权力为什么不能大大方方地承认呢？赵旭光的这本书很重要的一部分内容即是探究这些根本性的问题。这本书对侦查权力存在的正当性基础进行了研究，将马克思的国家和权力理论、罗尔斯的正义论、西方启蒙思想家的人民主权理论等进行比较分析，寻找理论依据，为刑事侦查的正当性问题研究提供了一个不错的视角。

当然，理论上的正当并不意味着行为正当，现实中的不少问题大多是由于正当权力的不正当使用导致的。按照赵旭光的理解，这种不正当可以分为两种：手段的不正当和目的的不正当。所谓手段不正当，即是指基于正当的目的使用了违反法律规定的正当标准的手段，最为典型的的就是为破获案件采取刑讯逼供。手段不正当的刑事侦查是我国刑事诉讼法学界目前所重点关注的问题。本书对此着

墨不多，其所重点探讨的是目的不正当的侦查行为。

目的不正当较之于手段不正当确实更“恶”。如赵旭光在书中所言，它污染的是整个“法治的源头”。公权力若为不正当目的所用，那再正当的程序也无法掩盖其背后的“恶”。更为可怕的是，这种目的不正当的侦查对人们正义观念的摧毁几乎是无法弥补的。赵旭光在其著作中研究了这些行为的表现，并进行了分类。其中报复性侦查、选择性侦查的研究非常具有启发性，这些问题在我国刑事诉讼法学界还是个尚未受到关注的问题。赵旭光在书中对近年发生的这些案件进行了分析，应该说，这些分析是大胆的、也是有着很重要的突破性的价值的。在我看来，本书最有价值的部分即是对侦查正当目的的研究。

赵旭光曾是我指导过的博士研究生。他毕业后到高校任教，并兼职从事律师业务。他理论与实务并重，教学与研究相长，正道直行，成绩卓著。本书是他多年研究的心得，也是他教学、科研的新起点。我希望他在教学、科研的道路上越走越宽，不断取得辉煌的成就。

是为序。

王新清

2013年10月16日 于世纪城

目 录

第一章 绪论	1
第一节 问题的提出：我们到底要什么？	1
一、学者的悲情与公众的麻木	1
二、权力太大还是权利太少？	5
第二节 研究范畴与进路	8
一、研究的范畴——国家侦查行为	8
二、研究的进路——从正当性理论出发	9
三、研究的落脚点——中国的问题	11
第二章 侦查行为正当性问题分解	13
第一节 侦查行为的基本问题	13
一、侦查、侦查行为、侦查权及侦查权利	13
二、国家侦查行为的法律属性	33
第二节 关于正当性的理论	45
一、伦理学中的正当	45
二、本文的正当	52
第三章 刑事侦查正当性的理论阐释	57
第一节 刑事侦查存在的正当性	57
一、从政府责任的角度——对公共秩序的维护、个人 安全的保障	57

2 刑事侦查的正当性问题研究

二、从事实认知的角度——对历史事实的查明和对相关 证据的搜集	59
三、从历史的维度——对刑事诉讼模式演变的考察	61
四、刑事侦查正当性的来源——建立在社会契约论基础 上的人民主权理论	72
第二节 刑事侦查运行的正当性	94
一、刑事侦查的可能之恶——从国家公权力的恶性可能 谈起	95
二、制约刑事侦查恶性的理论路径	102
第四章 刑事侦查的正当性要求	125
第一节 侦查法定原则	125
一、侦查主体法定	127
二、侦查程序法定	128
第二节 强制追诉原则与效率原则	130
一、强制追诉原则	130
二、侦查效率原则	135
第三节 司法控制原则与司法救济原则	136
一、司法控制原则与司法救济原则的理论出发点	136
二、司法控制与司法救济原则的制度体现	140
第四节 任意侦查原则与比例原则	157
一、任意侦查原则	157
二、侦查比例原则	160
第五节 禁止酷刑原则与禁止先行传讯原则	165

一、禁止酷刑原则	165
二、禁止先行传讯原则	178
第六节 禁止报复性侦查原则	181
一、报复性侦查的基本含义和特点	181
二、禁止报复性侦查原则的理论基础	182
三、报复性侦查抗辩的依据	185
四、确立禁止报复性侦查原则的意义所在	186
第七节 禁止选择性侦查原则	188
一、选择性侦查的基本含义及其表现	188
二、禁止选择性侦查及抗辩的理论基础	191
三、禁止选择性侦查的意义所在	192
第五章 我国刑事侦查的正当性规制	195
第一节 我国刑事侦查的非正当化问题	195
一、制度性原因产生的刑事侦查非正当化问题	195
二、非制度性原因产生的侦查行为非正当化问题	209
第二节 非正当侦查行为的正当性改造	211
一、侦查行为规则体系的统一与完善	211
二、对侦查不作为的正当性规制	221
三、对报复性侦查的正当性规制	235
四、对以刑事侦查为名介入民事纠纷的正当性规制	241
五、以打击犯罪为目的而勾兑侦查机关意愿的侦查行为	256
第三节 对侦查行为正当性规制的制度保障——以英国 保释制度的配套措施为例	276

4 刑事侦查的正当性问题研究

- 一、英国保释制度配套措施简述 277
- 二、对我国侦查行为正当性规制理论的反思 279

第六章 对纪检监察部门违纪调查权的法治化思考

- 比照侦查行为的规制原则 282

第一节 纪检监察部门违纪调查权的存在及其相对合理性 ... 282

- 一、纪检监察部门违纪调查权与侦查权的模糊界限 282
- 二、纪委监委部门违纪调查权存在的相对合理性 285

第二节 纪监部门违纪调查行为的正当性背离及规制

- 方法探讨 287

- 一、纪监部门违纪调查行为的正当性背离 287
- 二、对纪监部门违纪调查行为的法治化改造 291

- 参考文献 308

第一章 绪论

第一节 问题的提出：我们到底要什么？

我们到底要什么？在我开始思考本文的框架时，第一个蹦到脑海中的问题便是温铁军教授的这个书名。是啊，我们究竟要什么？这是转型时期所有中国人心头萦绕宛转、挥之不去的困惑。1840 年至今不过 170 多年，相对人类的亿年历史，相对中国几千年的封建岁月，实在只是瞬息而已。然而这 170 年，国人面对的变革太过巨大了，170 年要抹掉几千年的积淀，这确实太沉重了。社会的急剧转型积累了太多的矛盾和问题，也给了我们太多的困惑与疑问。我们究竟要什么？

一、学者的悲情与公众的麻木

“西学东渐”想来也有一个多世纪了，或许“西学东渐”这个

词本身就包含着一种悲情的色彩。第一,“西学东渐”代表的是一种新的“霸权”,西人的坚船利炮之下输入中国的不仅仅是鸦片,更多的是另外一种看不见摸不着、影响却更为深远的符号体系和话语霸权。或许,以儒家思想为代表的传统文化曾经做过“正面战场”的殊死抵抗,然而两次彻底的“资产阶级”和“无产阶级”目标趋同的思想文化领域的大革命,^①以摧枯拉朽之势将所有的正面抗拒化为灰烬,“为中国全面认同西方符号体系,或者服从西方的话语霸权奠定了基础”^②。然而,几千年的堡垒未必就那么容易崩溃,正面抵抗的消失并不意味着前面的道路就会一片坦途,传统文化从来就没有也永远不会退出历史舞台,传统与现代、东方与西方的冲突将永远存在。第二,“西学东渐”代表的是一种精英意识。“学”,本就非大众化的东西。市井小民、乡村“愚夫”(并不带有贬义)的思想对某种“学”的接受并不能来自直接的教育学习,而是时间久长(乃至成百上千年)、祖祖辈辈的言传身教。学难,变亦难。一旦普通百姓接受了某种“学”,再欲使其改弦更张,接受新学,实在比当初新学难上加难。俗话说:“白纸一张好作画,烂画改修成涂鸦”,今天的精英们面对的是一张千年图画,这是我们不得不面对的现实。

智者往往孤独,也会因之而痛苦。今天的刑事法学的学者们在引进西方“先进”法治理念方面可谓不遗余力,因为随着思想领域的开放和繁荣,学者们开始全面接受西方的符号体系,学会了

① 这两次革命分别指“新文化运动”(提出“打倒孔家店”以及“全盘西化”)和“文化大革命”(提出“批林批孔”、“评法批儒”,同时强调学习马列主义原著)。参见温铁军:《我们到底要什么》,华夏出版社2004年版,序言,第2—3页。

② 温铁军:《我们到底要什么》,华夏出版社2004年版,序言,第3页。

在这种体系下思考，尤其是改革开放以后在意识形态日趋淡化的教育之下的“新生代”。他们发现，原来，西方国家也讲“人民主权”，而且追求的是一种制度化的个人自由、民主、权利。反思我国传统文化以及马克思的理论，似乎对集体利益的关注要更偏重些，在这种思想体系下，工具主义可能很容易受到追捧，也就非常有可能出现忽视个人，乃至出现为了集体利益可以牺牲个人利益的价值选择和制度选择。当然，谁都不能简单地肯定一种理论，或者否定一种理论。一个国家理论和制度的选择总是历史的、具体的，一定的理论和制度总是与特定的历史阶段和各种环境（诸如经济环境、文化环境乃至国家环境等）相适应。宏观思考马克思理论，我们会发现它是建立在一种完美的道德理想之上的。比如共产主义，比如集体主义。这种道德理想是崇高的，可以作为一种终极目标，也可以作为一种革命号召。马克思主义理论是广泛的，它包括经济学理论、政治学理论、哲学理论、法学理论等等分支，是一个完整的、系统的、相互支持的理论。马克思主义理论的实践其实排斥那种断章取义、孤立地实施某个理论的形而上学。比如，马克思主义对社会主义国家的制度设计，其实必须与建立在生产资料公有制基础上的经济制度相适应。“公有制”必然更侧重集体，讲究个人利益对集体利益的让步。其实这也并不如西方一些坚持以意识形态划线的学者所称的那么“邪恶”，因为马克思主义追求的是一种“大我下的小我”，正所谓“大河有水小河满，大河无水小河干”。这确实是一种完美主义的图景，只要人人为集体、集体为个人。然而，连马克思、恩格斯本人也承认，必须等到物质极大丰富的那一天，个人的私欲才能灭绝，共产主义才能实现。在这一天到来之前，人

作为一个个体总是“靠不住”的。这样，人人不可能都为集体，而集体由于总是在人的操作下行事，也不可能总是为个人。我们不能寄希望于每个人都能成为道德完美的圣人，因此只能寄希望于制度对人、对权力的控制。这是第一个很难解决的问题。

第二个问题，改革开放之后，公有制的一统天下被打破了。建立在公有制基础之上的完全的计划经济被市场经济的主体地位所替代，市场经济是一个个体活跃的经济制度，是一个讲究规则的经济制度。经济基础决定上层建筑，市场经济呼唤制度文明。在某种程度上，市场经济的快速发展，往往伴随着不同程度的道德沦丧。这种情况几乎在西方每个发达国家的初期阶段都现实存在过。道德的倒退给集体主义（这种理想在很大程度上建立在高尚道德的基础之上）的存在环境造成了巨大的压力，却给“个人主义”（学术意义上的个人主义并非贬义）提供了生存的沃土。人们越来越关注个人的存在价值，越来越关注个人的自由、财产和安全，人权意识开始从精英群体向普通公众扩散。

然而，学者们太过于乐观了。国人对于法治其实尚处于一种懵懂的状态，甚至可以说基本还处于无知的阶段。程序正义对他们而言，是一个太过专业的词汇，甚至对于程序法之外的其他法律学者、法律精英而言，也不过是偶尔一晒而已。刑事诉讼法学理论几乎成了学者们自娱自乐的逻辑玩具。学者们发现，原来国人有点叶公好龙。曾几何时，人们对杜培武的冤情义愤填膺，对刑讯逼供口诛笔伐。然而换了个对象——黑社会头子刘涌，人们的态度迥然相异。也就是说，刑讯逼供冤枉了好人，那是不行的，但用来对付坏人，却是可以忍受的，甚至是要拍手称快的。对于学者们来说，这

是一个非常郁闷的现实，国人仍然坚持的是道德标准，仍然认同的是结果正义，运用的是实质思维，这一切都不是法治所需要的规则标准、程序正义和形式理性。等到 2006 年程序仍然不正义的邱兴华案件，程序法律学者们都不再激情澎湃了。因为他们发现这个国家仍然沉睡未醒，偶尔的梦呓并不代表真实的改变。人们仍然在几千年的传统影响下麻木着，生活着。其实这一点早在上个世纪 40 年代，费孝通老先生就已经深刻指出了，“中国正处在从乡土社会蜕变的过程中，原有对诉讼的观念还是很坚固地存留在广大的民间，也因之使现代的司法不能彻底推行”^①。也许真的到了该反思的时候了，我们究竟要的是什么？

二、权力太大还是权利太少？

如果我们对所有的职业做一个公众印象调查，或许警察在人们心中的印象并不会太好。面对在马路上呼啸而过的警车，穿着威风凛凛的制服的警察，恐怕每个人心中的感觉迥然相异。有的人恐惧、有的人嫉妒、有的人不屑，当然也有的人崇敬和感激。这是一个与普通人的生活走得太近的公权力，一个武装的、威严的公权力，一个时刻有可能进入我们日常生活的公权力。似乎人们总是很反感警察这种职业，通常人们会用耀武扬威来形容他们。其实，一切依靠权威、暴力来行使权力的公权力机关的工作人员通常都具有这样的特点，即便英国中情局特工 007 也不例外。人们之所以反感，是因为人们总是有这样的心理：“这是一个能够欺负人的职业”。或者

^① 费孝通：《乡土中国生育制度》，北京大学出版社 1998 年版，第 57 页。

说，这是一种害怕的心理，而这种心理正来自人们对自己的了解。因为警察并不是一个精英高度集中的行业，通常人们认为警察与普通百姓，与你与我都一样的人。而我们自己都明白自己如果成为权力的拥有者会是什么样的心理，会做什么样的事情。中国的封建中央集权制的统治历史之长，在世界上是绝无仅有的，封建礼制造成了特权等级思想的泛滥。在这样的社会中，不可能存在平等，当自己统治别人的时候，是凶残的专制者；而当自己被别人统治的时候，则又变成了驯服的奴才。鲁迅早就对这种旧中国人独特的“坏根性”进行过剖析，所谓“畏强者，未有不欺弱的”^①，“临下骄者事上必谄。”^② 鲁迅分析的尽管是旧中国的国民，可是今天的人们反躬自省，是不是仍旧留有这种国民性的影子呢？中国是一个对权力高度崇拜的国家，是否进入国家机关工作，是什么样的行政级别，往往是衡量一个人成功与否的最重要的标准。“万般皆下品，惟有读书高”，“官本位”的思想在中国实在是太重了。其实，再往深处挖掘，我们之所以厌恶、害怕警察，是因为我们知道警察的权力存在被滥用的可能。

是警察权力太大了吗？不尽然，西方国家的警察在执法中被赋予的权力要比中国大得多。在美国，当警察与某个人处于对立状态的时候（这种对立状态有可能仅仅是街头盘问，或者高速公路盘查），法律要求平民首先必须服从警察的指令，比如，要求背对警察，手放在车顶上或是后脑勺上，甚至要求趴下。如果不听警察的

① 《鲁迅全集》，中国致工出版社1981年版第253页。

② 《鲁迅全集》，中国致工出版社1981年版第271页。

指示，采取一些抗拒的动作，甚至可能的抗拒动作，警察是有权利开枪的。^①而根据我国《人民警察使用警械和武器条例》，警察只有在面对该条例列举的十四种严重暴力犯罪的时候才能使用武器（即枪支、弹药）。这反映了我国警察执法权利保障的薄弱，同时也充分说明了立法上对警察权力的慎重心理。那么，是人民权利太少了吗？也并不是。我国宪法对公民基本权利的规定并不比世界任何一个国家少多少，刑事诉讼法中对犯罪嫌疑人、被告人的权利规定尽管少了一些，但基本的权利也都有（比如辩护权、不受非法拘禁、不受刑讯逼供等等）。然而，权利仍然难以抵制权力的侵犯。“重实体、轻程序”是一个理念方面的原因，侦查中心主义是制度方面的一个理由。除此之外，还有一个原因，就是缺少对权力的有效制约。以权利宣示去制约权力，恐怕有点幼稚，仍然是一种道德完美主义的观点。只有道德完美的警察才能自觉抵制利益的诱惑，这种诱惑来自两方面，一是对权力的腐败诱惑，另外一个追求自己职业成功的诱惑。如果侵犯权利能够获得职业成功或者换取其他利益而又不会有太大的风险，那么很少有权力不被滥用的。很不幸，我们目前正面临这样的困局。当“捞人”、“铲分”、刑讯逼供已经成为公开的秘密、人人尽知的“潜规则”的时候，我们知道，改革势在必行了。对于打击犯罪，侦查权力的扩张是有利的，而这对于权利保障也并不一定就意味着不利，权力扩张与权利畏缩并不必然存在因果关系。关键是权力是否能够得到有效制约，这同时也

^① 参见林达：《我也有一个梦想》，生活·读书·新知三联书店1999年版，第10—13页。