

论侦查行为法治原则

——兼谈我国侦查程序改革

万毅

(四川大学法学院,四川成都610064)

摘要:从行为法治化的角度出发,刑事侦查行为的实施必须遵循任意性、相应性、必要性等三项法治原则。我国侦查程序的设计在对侦查行为的法律控制上存在缺陷,有待完善。

关键词:侦查行为;法治;人权;原则

中图分类号:DF793 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2003)05-0033-06

刑事侦查程序一旦启动,侦查机关即开始正式的案件侦查工作。为查明案件事实和收集证据,侦查机关必须采取相应的侦查行为,这些侦查行为就是动态的侦查权,也是侦查权的实践运行状态。侦查行为是侦查机关实现侦查目的的必要手段,鉴于侦查对象即犯罪行为的隐秘性和暴力性,为达目的,侦查行为的实施往往伴随着强制力;加上犯罪行为总是隐藏在日常生活中间,侦查机关必须深入到社会生活之中才能发掘犯罪,这使得侦查机关的侦查行为渗透到市民社会,而与普通公民的日常生活紧密相连。然而,“无孔不入”的侦查行为很容易对普通公民的生活权益造成侵害。因此,运行中的侦查权尤其需要接受法治程序的制约。

一 侦查行为法治原则的内容

从世界各国的规定和作法来看,基于程序法治化的要求,对于侦查机关的侦查行为,都要求遵行下列共同的法治原则。

(一)任意性原则

侦查机关的侦查行为,从性质上看,可以分为任意侦查行为与强制侦查行为。所谓任意侦查行为是指不使用强制手段,不对有关人员的重要生活权益

造成强制性损害,而是由有关人员自愿配合的侦查,如讯问犯罪嫌疑人、询问非犯罪嫌疑人、询问证人等。而强制性侦查行为则是指使用强制方法实施的侦查,如逮捕、拘捕、搜查、扣押等。任意性侦查强调对有关人员意志的尊重,不具有强制性,不对公民的重要生活权益造成损害,体现了对自由价值的尊重。而强制侦查行为强调的是侦查行为的合目的性以及作为实现目的的手段侦查行为的强制性。为达目的,允许侦查机关使用对公民权益造成损害的强制性调查手段,而不以公民意志自由为前提,不可避免地会对有关人员的重要生活权益造成强制性损害。

强制侦查行为与任意侦查行为不同,注重的是秩序价值的实现。从刑事侦查程序的价值定位来看,秩序价值应当受到自由价值的制约。在侦查运行程序中,更应当坚持自由优先的价值理念。为此,各国在立法和司法实践中均规定,侦查应当以任意侦查为原则。如日本刑事诉讼法第一百七十九条规定:“为了实现侦查的目的,可以进行必要的调查。但是,如本法无特别规定时,不得进行强制处分。”意大利刑事诉讼法第二百七十二条款针对人身防范措施的适用条件规定,“只能根据本章的规定采用防

收稿日期:2002-11-20

作者简介:万毅(1975—),男,重庆市北碚区人,四川大学法学院博士研究生。

范措施对人身自由加以限制”。任意侦查原则包括了两层含义。一是强调任意侦查行为较之强制侦查行为在适用上的优先性,即侦查机关在采用任意侦查行为和强制侦查行为均能达成目的的情况下,应当首先选择任意侦查行为。这是因为强制侦查行为伴随着对公民人权的侵犯,应当尽可能避免;而任意侦查行为不带强制性,不会对公民权益造成强制性损害,因此属于一种代价较小或“成本”较低的侦查行为。根据“成本越低、效益越高”的经济学常识,优先选择任意侦查行为就是一种理性决策。但另一方面任意侦查原则并不是完全排斥侦查机关采用强制侦查行为。考虑到任意侦查行为以当事人自愿为前提,依赖于侦查机关与当事人之间达成的“合意”,这就极大地限制了任意侦查行为的适用范围,在多数情况下,单用任意侦查行为往往难以达成侦查目的,在这种情况下,任意侦查原则也允许侦查机关根据法律的特别规定,采用强制侦查行为进行侦查。换句话说,任意侦查原则并不完全排斥强制侦查行为,而是要求贯彻强制侦查法定主义,即强制侦查行为只能在法律有明文规定的前提下才能采用。具体而言,它包括三项要求。第一,侦查机关只能采用法律有明文规定的强制侦查行为,法律没有明文规定的强制侦查行为,绝对不能采用。这是程序法定原则在侦查程序中的具体体现[1]。第二,侦查机关采用强制侦查行为,必须遵行法律明文规定的程序。第三,侦查机关采用强制侦查行为,应当事先经过司法机关的审查批准。

(二) 相应性原则

刑事司法活动的核心是刑罚权,但是国家刑罚权的实施并不是恣意无理的,它受到多方面因素的制约,包括它自身的定在。正如德国思想家黑格尔所指出的:“犯罪的扬弃是报复,因为从概念说,报复是对侵害的侵害,又按定在说,犯罪具有在质和量上的一定范围,从而犯罪的否定,也是同样具有在质和量上的一定范围。”[2](104页)根据黑格尔的观点,刑罚作为犯罪的报复,应当在质(性质、种类)和量(程度、轻重)上与犯罪的社会危害性保持一种客观的对称性。近代刑罚改革的先驱贝卡里亚也指出:“公众所关心的不仅是不要发生犯罪,而且还关心犯罪对社会造成的危害尽量少些。因而,犯罪对公共利益的危害越大,促使人们犯罪的力量就越强,制止人们犯罪的手段就应该越强有力。这就需要刑

罚与犯罪相对称。”[3](65页)为此,他甚至主张在犯罪与刑罚之间建立一种精确的、由强到弱的刑罚阶梯^①。但是,社会对犯罪的反应不只限于刑罚,追究犯罪的程序——刑事诉讼,也是社会对犯罪作出反应的重要形式。根据上述原理,刑事诉讼行为与犯罪行为之间也应当保持客观的对称性,尤其是在侦查程序中,这种对称性原则体现得尤为充分。

从侦查与犯罪的关系考察,两者具有共生性,犯罪是对现实统治秩序的否定,而侦查则是对犯罪的否定,侦查以制止和预防犯罪为首要功能,侦查程序运行的基本目的就在于制止现行的犯罪和预防罪案的再发生。这种共生关系决定了侦查行为与犯罪行为之间必然存在着一种客观的对称关系或曰比例关系,即作为犯罪反应的侦查行为应当与犯罪行为在质量上即性质和程度上保持基本的相适应性。

具体而言,相应性原则要求侦查行为在种类和轻重上,必须与其所追究的犯罪行为相适应,这也就要求将侦查机关的侦查行为按照强制力大小分为不同的梯度,并根据犯罪行为的社会危害性大小进行配置。对于轻微的犯罪,不能采用强度较大的侦查行为,强度较大的侦查行为只能针对社会危害性较为严重的犯罪行为,同时对于社会危害性严重的犯罪行为也不能采用强制性较轻的侦查行为。例如,保释不能适用于强奸、杀人等重罪犯;逮捕只能针对现行犯或准现行犯,非现行犯不能适用逮捕。

尤其需要注意的是,人身羁押在各国都被视为一种严厉的侦查行为,因而只能适用于重罪,对轻微犯罪行为不能进行羁押。而且,在适用程序上具有补充性,即只有当其他强制措施均不宜采用时,才能考虑采用羁押^②。意大利刑事诉讼法第二百七十三条针对人身防范措施适用的一般条件规定,只有当存在重大的犯罪嫌疑时,才能对嫌疑人适用防范措施。如果查明有关行为是基于正当原因而实施或具有不可处罚性,或者如果查明存在使犯罪消灭的原因或使可能被科处的刑罚消灭的原因,则不得适用任何防范措施。在决定适用防范措施时,法官应当根据在具体情况中需满足的预防需要、防范措施的性质和强度选择适宜的措施。一切防范措施均应当同行为的严重性以及可能被科处的刑罚相对称。我国澳门地区刑事诉讼法典第一百七十八条针对强制措施适用原则规定:具体采用的强制措施及财产担保措施,对于有关情况所须之防范要求应属适当,

且对于犯罪的严重性及预料可科处的制裁应属适度;强制措施及财产担保措施的执行,不应妨碍与有关情况所需的防范要求不相抵触之基本权利的行使;仅当其他强制措施明显不适当或不足够时,方采用羁押措施。有的国家甚至将其提升为一项宪法性原则,如德国《基本法》第一条和第二十条就明文规定了相应性原则(verhältnismässigkeit)。

根据这一原则,对付犯罪的手段必须同犯罪的严重程度和怀疑的强弱程度以及所涉及到的宪法利益相适应。因此,在某些案件中适当的措施,如果用在另一些案件中就不一定合适[4](11—17页)

(三)必要性原则

从原理上说,国家尽管是必要的,却必定是一种始终存在的危险或者“罪恶”,因此,如无必要,它的权力不应增加^⑤。这就要求,国家权力的行使应当具有节制性,国家权力对公民个人自由的限制或剥夺以仅达目的为已足,不能过度损害公民的个人自由,国家强制权对公民个人自由造成的损害应当控制在必要的最低限度之内。据此,侦查权的行使应当以维护社会安全和保障公民人权为目的,并且仅以此为目的。一旦达成了这一目的,侦查权即告消灭。侦查权的行使应当节制,切忌过度,因为权力的过度行使,将极大地压抑公民权利的伸张。因此,侦查权的行使应以仅达目的为已足,尤其是强制侦查行为的采用,更应当注意行使时具体的“度”的把握,应当将对公民自由的侵害控制在最低限度之内,而不应给公民权利造成不必要的损害。

1. 应当尊重嫌疑人的名誉和人格尊严。由于侦查程序本身具有一种否定评价功能(侦查是对犯罪的否定),因此不管愿意不愿意,它实际上已经成为一种符号系统,一个人或者一件事一旦进入这一符号系统,人们就倾向于对其作出否定性评价。侦查程序的这一符号功能使得侦查程序的启动和运行往往产生一定的负效应,不可避免地会对涉讼人员的名誉和人格尊严造成损害。但是,侦查机关在实施侦查行为时仍然应当尽量注意对嫌疑人名誉和人格尊严的保护,应当将对嫌疑人名誉、人格尊严造成的损害控制在必要的最低限度之内,不能给嫌疑人的名誉和人格尊严造成不必要的损害。联合国1979年12月通过的《执法人员行为守则》中第二条专门规定:“执法人员在执行任务时,应尊重并保护人的尊严,并且维护每个人的人权。”例如国家虽然

允许侦查机关采用监听打击犯罪,但是侦查人员在执行监听时,应当尊重关系人通讯的秘密,一方面应当注意控制监听的范围,不应与犯罪无关的通讯内容进行监听;另一方面侦查人员对于通过监听获悉的他人隐私有义务不加以扩散,进行秘密录音的,应当主动或应当事人申请对该部分内容及时予以删除。日本《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》第二十八条规定:“检察官、检察事务官、司法警察职员、辩护人及其他参与监听通讯或者在职务上得知监听的情况或已监听通讯的内容的人,应当注意避免不当侵害通讯的秘密,且不得妨碍侦查。”

2. 不应使用不必要的武力。在实施强制侦查措施时,如实施逮捕、拘留时往往允许警察和执法人员使用武力,这是适当的。但即便如此,为实施逮捕和拘留而使用武力也不能超过必要限度,不能为逮捕犯罪嫌疑人或被告人而滥施武力,造成暴力执法。特别是关于致命武器的使用,各国都通过警务条例作出了明确限制。联合国《执法人员行为守则》第三条中规定:“执法人员只有在绝对必要时才能使用武力,而且不得超出执行职务所必需的范围。”对该条规定,联合国有三项评注。第一,该条强调,执法人员应在特殊情况下才能使用武力。虽然该条暗示,在防止犯罪或在执行或协助合法逮捕罪犯或嫌疑犯的情况下,可准许执法人员按照情理使用必要的武力,但所用武力不得超出这个限度。第二,各国法律通常按照相称原则限制执法人员使用武力。应当了解,在解释本条文时,应当尊重各国的这种相称原则。但是,本条文绝不应解释为准许使用同所要达到的合法目标并不相称的武力。第三,使用武器应认为是极端措施,应竭力设法特别不对儿童使用武器。一般来说,除非嫌疑犯进行武装抗拒或威胁到他人生命,而其他较不激烈措施无法加以制止或逮捕时,不得使用武器。每次使用武器后,必须立刻向主管当局提出报告。

3. 保障犯罪嫌疑人的其他实体和诉讼权利。侦查行为的行使不仅涉及人格尊严和名誉,还涉及嫌疑人的其他实体权利如财产权,对这些实体权利仍然必须加以保障。如意大利刑事诉讼法第二百七十六条规定,防范措施的执行方式应当能够保护被处以该措施者的权利,有关权利的行使不得同具体的防范需要相抵触。我国澳门地区的《刑事诉讼法典》第一百七十八条第二款也规定:“强制措施及财

产担保措施之执行,不应妨碍与有关情况所需之防范要求不相抵触之基本权利之行使。”这是要求强制措施及财产担保措施的执行应当适度,不得妨碍被执行人行使与之不相抵触的基本权利。如就财产权利而言,侦查中的财产权利包括了对财产进行占有、使用、收益、处分等权能内容。侦查中的强制措施对财产自由的限制并不是对全部四项权能的同时剥夺如查封、冻结财产,仅仅只是限制当事人对该财产的占有、使用和处分权能,并不剥夺其收益权,如冻结当事人在银行的存款,并不影响其收益利息。再如对于保释,澳门刑事诉讼法典规定,担保可以通过存放、出质、抵押、银行保证或保证之方式提供。这样,如果说以抵押的方式提供担保,就无需转移占有,换句话说,不剥夺当事人对财产的占有权;以出质方式提供担保的,并不限制当事人对出质物的处分权等。

二 我国侦查行为法治化的缺陷与完善

我国的侦查运行程序长期以来缺乏通过程序制约权力的精神和机制,在侦查运行程序的设计和运作上遗留了诸多缺陷与瑕疵,突出表现在以下几个方面。

(一)任意侦查原则的“硬化”与“软化”

所谓硬化,是指在我国立法和司法实践中,任意侦查原则未能得到确立,侦查机关的行为选择带有随意性,不受任意性原则的约制,甚至有将任意侦查行为强制化的趋向和作法。例如讯问犯罪嫌疑人,在现代法治国家,都是作为一项任意侦查行为而适用,讯问嫌疑人要求贯彻自愿原则,不强制嫌疑人作答。侦查机关违背嫌疑人自己的意思而强迫其供述的,将作为非法证据而被排除在法庭审判之外。但在我国,长期以来在立法上和司法实务中,都要求嫌疑人、被告人承担如实陈述义务,强制嫌疑人回答侦查人员的提问,这就将一项任意侦查行为变质为一项强制侦查行为。这种质变过程清晰地反映出我国侦查运行程序中人权保障的真实状况。如前所述,权力和权利之间存在着一种“零和效应”,权力扩张,必然造成权利的受损和贬抑。任意侦查向强制侦查的硬化、变质,实质是国家权力横向扩张的结果,它必然导致公民权利的萎缩和受抑。所谓软化,是指我国侦查机关在采用强制侦查行为时,根本不受强制侦查法定主义的规制,对于一些宪法和刑事诉讼法没有明文规定的强制侦查行为,侦查机关照

用不误。例如监听,宪法和刑事诉讼法均没有明文规定,仅仅是在公安机关自己制定的内部性文件中才有授权性规定,那么这种法无明文规定的强制侦查措施,根据强制侦查法定原则,侦查机关根本就不能采用。而对于那些法律有明文规定的强制侦查行为,侦查机关因为缺乏程序意识,在实施过程中也存在着“有法不依”、“越权执法”等违法执法现象。如超期拘留、超期羁押的问题在实践中就非常突出。例如自1998年以来,海口市公安机关共羁押犯罪嫌疑人5080人,其中超期羁押523人,占总羁押人数的10%,超期羁押时间有的长达7年多[5]。应当说,这些违法执法现象都是任意侦查原则被软化的典型表现。

(二)相应性原则的失调

相应性原则的功能本在于协调侦查行为与犯罪行为之间的关系,以规范侦查行为的行事。但是,在我国司法实践中,侦查行为与犯罪行为的失调却使相应性原则失去了规范侦查行为的功能。例如现行刑事诉讼法对拘留期限的设置极其不当,严重违背相应性原则的要求。作为一项人身强制措施,我国的拘留主要是为应付现行犯等诉讼中的紧急情况而设,大致相当于国外的无证逮捕。从国外的作法看,无证逮捕限制人身自由的期限设置都很短暂。如日本规定,逮捕现行犯后,认为有留置的必要时,应当在被疑人身体受到拘束后的48小时以内请求法院羁押被疑人。德国刑诉法则称之为“暂时逮捕”,根据该法第一百二十八条的规定,逮捕后应当不迟延地,至迟是在逮捕后的第二日向逮捕地属地方法官解交。可见,国外对于紧急情况下限制人身自由的期限都非常短,这主要是考虑到紧急逮捕是一种临时处分措施的缘故。但我国在拘留期限的设置上却违背了拘留的性质和目的,表现在:刑事诉讼法第六十一条第七项将有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑案件的拘留最长期限规定为37天。这就远远超出了拘留作为一种应付紧急情况的临时性强制措施对人身自由进行限制的合理限度。加上对于“流窜作案、多次作案、结伙作案”的主题词的含义立法上界定不清,导致实践中该条规定的适用范围被随意扩大,以至大多数案件的刑事拘留均被延期至30日,此比例占到所有拘留案件的65%强[6](13页)。另一方面,一些轻微的侦查措施的适用率较低。如刑事诉讼法实施以来,监视居住的适用率

一直很低,哪怕对一些社会危害性较轻的犯罪,公安司法机关轻易也不适用监视居住。即使适用监视居住,也对嫌疑人的行动自由加以较大的限制,使得监视居住的强度超过立法的本意,变成变相的羁押。例如刑事诉讼法规定监视居住一般应在被监视居住者的住所内执行。但在实践中有的公安机关将被监视居住人“住所”换为派出所、看守所或原收审所内的特定房间和场所,以办学习班、停职反省等为名关押;或本单位不让回家,由其单位保卫部门代为看管;或者虽让被监视居住人回家,但责令其“不得出家门”;将本地有固定住处的人迁至指定宾馆、旅店不得离开,严厉程度不亚于拘留和逮捕,甚至更为严厉[6](19页)。而对于取保候审,公安机关虽然适用的较多,但是其适用的目的并不是基于侦查的需要,有的甚至是为了“以案养案”,即通过收取保证金筹措办案资金。这就导致两个问题的产生,一是该取保的不取保,实践中对于符合法定条件应当适用取保候审的嫌疑人,却因为经济困难无力缴纳保证金的,公安机关往往拒绝取保;二是不该取保的却取保,由于经济因素成为是否适用取保的决定性因素,对于一些本不应该取保的犯罪嫌疑人,公安机关也在其交纳一定保证金的前提下准予取保。这就使得决定是否取保的因素不再是犯罪行为的性质和案情轻重,而是经济条件,从而在社会上造成了“违法犯罪不要怕,交足钱额就回家”的恶劣影响。

(三)必要性原则失控

长期以来,一些地方执法人员又存在着暴力执

法现象,特别是公安人员在实施人身强制措施时,例如拘留、逮捕犯罪嫌疑人时,往往过度使用武力,从而给犯罪嫌疑人的人身造成一些不必要的损害。在适用取保候审收取保证金的问题上,由于法律对于应当收取的保证金的金额缺乏具体明确的规定,导致实践中保证金的收取数额失控,有的地方收取的保证金数额过大,影响到嫌疑人及其家属的正常生活,造成家庭生活困难等等。

对于这些问题,我们认为是制度和观念两方面原因造成的。制度结构上的缺陷主要是缺乏司法审查机制。由于我国缺乏强制侦查行为的司法审查机制,长期以来,强制侦查行为的采用都是由侦查机关自行审查决定(例如拘留由公安机关审查决定;逮捕由检察机关审查决定,检察机关本身也是侦查机关),这种内部审查、同体监督使强制侦查的采用失去了来自外部的强有力的监督,出现各种“违法执法”现象也就在情理之中。因此,建立强制侦查行为的司法审查机制,拓宽犯罪嫌疑人的司法救济途径,就是改善侦查程序人权保障状况的当务之急。另外,由于传统文化的影响,我国侦查机关及其办案人员头脑中往往残留着“重打击、轻保护”,“重权力、轻权利”以及“有罪推定”等观念,这些观念因素也是影响刑事诉讼制度操作的重要原因。因此,通过建立制度防范,如确立非证据排除规则、赋予律师在场权等,促使侦查人员观念转型,都是迫切需要进行的工作。

注释:

- ①福柯认为,这种从犯罪本身推导出刑罚的作法,还有一个好处,就是遮蔽了刑罚权本身的性质,“由于惩罚在形式上是一种自然而然的的结果,就不会显得像是某种人世权力的武断后果:‘根据惩罚排定违法行为,是使惩罚与犯罪相对称的最佳手段。如果说这是正义的胜利,那么也是自由的胜利,因为刑罚不再是出自立法者的意志,而是出自事物的本性。人们再也不会看到人残害人了。’在相似的惩罚中,实施惩罚的权力隐蔽起来了”。这种隐蔽战略显然有利于增强刑罚实施的合法性。参见米歇尔·福柯《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店1999年版,第118页。
- ②需注意的是,在我国,强制措施的体系有所不同,对现行犯采用拘留。我国的拘留大致相当于国外的逮捕,而国外的羁押则相当于我国的逮捕。
- ③英国哲学家波普认为,国家的危险在于,如果国家要履行它的职能,那它不管怎样必定拥有比任何个别国民或公众团体更大的力量;虽然我们可以设计各种制度,以使这些权力被滥用的危险减少到最低限度,但我们决不可能根绝这种危险。相反,似乎大多数人都将不得不为得到国家的保护而付出代价。参见波普《自由主义的原则》,纪树立等译,载《自由主义与当代世界》(公共论丛第6辑),生活·读书·新知三联书店2000年版。

参考文献:

- [1] 谢佑平,万毅.论程序法定原则——兼评公、检、法机关的司法解释权[A].樊崇义.诉讼法学研究:第一卷[C].北京:中国检察出版社,2001.
- [2] 黑格尔.法哲学原理[M].范扬,张企泰译.北京:商务印书馆,1996.
- [3] 贝卡里亚.论犯罪与刑罚[M].黄风译.北京:中国大百科全书出版社,1993.
- [4] 德国刑事诉讼法典中译本引言[A].约阿西姆·赫尔曼.德国刑事诉讼法典[M].李昌珂译.北京:中国政法大学出版社,1995.
- [5] 南方周末,2000-07-27.
- [6] 陈卫东.刑事诉讼法实施问题调研报告[M].北京:中国方正出版社,2001.

On Rule-by-Law Principle of Investigation Act

WAN Yi

(School of Law, Sichuan University, Chengdu, Sichuan 610064, China)

Abstract: Practice of criminal investigation must follow three rule-by-law principles of random, correspondence and necessity. There exist defects in the design of China's investigation procedure concerning legal control of investigation act.

Key words: investigation; investigation act; rule-by-law; human right

[责任编辑:苏雪梅]