

文章编号: 2095-0365(2010)04-0057-05

私人刑事调查与侦查之比较

欧阳爱辉^{1,2}

(1. 湘潭大学法学院, 湖南 湘潭 411105;

2. 湖南工学院工商管理系, 湖南 衡阳 421008)

摘要:私人刑事调查作为自我保护与私力救济的重要手段,它同侦查存在着紧密联系。经过分析比较发现,一方面私人刑事调查与侦查有着明显同质性,这多涵盖最终目的、历史起源和启用手段种类三部分。另一方面它们二者又存在明显异质性,这主要包括基本性质、实施主体、启用手段比重、直接目的、运作范围、具体程序及受众心理七方面。

关键词:私人刑事调查; 侦查; 比较; 同质性; 异质性

中图分类号: D925.2 **文献标识码:** A

私人刑事调查乃普通私个体(如私家侦探、被害人、被追诉人等)为了查明刑事案件真实情况和犯罪嫌疑人而进行的各种追查、搜集、取证等客观性考察活动之总称。作为自我保护与私力救济的重要表现形式,从古至今它一直普遍存在。而所谓侦查,简言之,即“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”,^[1]

毫无疑问,最广义上,私人刑事调查和侦查均可视作调查的具体形态。那么,它们二者就必然有着千丝万缕之联系。加上侦查乃当前查明案件真实情况和犯罪嫌疑人最主要方式,若二者无法完成有效界分,便很容易产生混乱,“是混淆了公权、私权界限,模糊了国家侦查机关为依法追诉犯罪而进行的侦查活动的职务性、强制性和专门性,同时也给侦查权的界定造成困难和障碍”,^[2]进而严重影响到私人刑事调查的合法性。^①有鉴于此,我们将私人刑事调查与侦查展开深入比较剖析,找出其彼此相同、相近处及相异的个性化特点,便能够有助于完成它们二者之精确厘定,推动我国相关问题的法制化建构。

一、私人刑事调查与侦查的同质性

所谓同质性,即不同类别事物在本质上的相同、相似特性。由于广义上私人刑事调查和侦查均属于刑事案件内进行的调查行为,兼之二者都是用来查明真实案情和犯罪嫌疑人,故它们的同质性相当明显。具体而言,这多包括如下几方面:

首先是在最终目的上,除了极个别用于私人同态复仇途径的私人刑事调查外,遑论由普通私个体以私权利自行开展的私人刑事调查或国家法定机关凭公权力实施之侦查,其最终目的大都是希望能够仰仗此等方式顺利查明案件真实情况与犯罪嫌疑人,从而以法院进行刑事审判的公权力运作模式来完成惩罚犯罪、维持社会公共安全的需要。它们二者兼筹并顾互为补充,能够有效起到打击、规制各类犯罪之作用。在诸多奉行侦查双轨制的英美法系国家的理论和实践内,鉴于私人刑事调查和侦查最终目的之紧密一致性,它们甚至被视作了同义语看待。譬如英语中的侦查和调查乃同一单词“investigation”,英美法系权威的《布莱克法律辞典》更将侦查泛泛定义为一类“调查或通过调查进行的跟踪程序”(The process of inquiring into or tracking down through inquiry),^[3]英美等国相关司法实践中亦认可了私人

收稿日期: 2010-11-09

基金项目: 衡阳市社会科学基金项目(2010D004)

作者简介: 欧阳爱辉(1979-),男,博士研究生,讲师,研究方向: 经济法、法律文化学和动漫艺术。

© 1994-2011 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

及民间机构均享有一定程度侦查权限。即便是那些带有浓郁大陆法系单轨制侦查色彩的国度,考虑到私人刑事调查和侦查在推进刑事诉讼打击、规制犯罪目的上之一致性,很多学者也从理论上纷纷将它们二者等量齐观。譬如19世纪奥地利著名检察官汉斯·格罗斯就在其提出的“平行侦查理论”内认为公、私两类刑侦制度并存且互相竞争;^[4]当前不少国内学人亦断言私人刑事调查乃侦查的一种表现形式,由于目前在我国私家侦探等私人刑事调查主体并不具备法定侦查权,故当务之急理应确立国家侦查机关与私家侦探并行的侦查模式。^②因而,单从实现法院刑事审判完成惩治犯罪、维护社会公共安全之最终目的来论,私人刑事调查和侦查的确可谓殊途同归。

第二是在历史起源上,私人刑事调查与侦查都源于最早期人类社会对刑事案件开展的一系列调查活动。西方基督教史诗《圣经》在《创世纪》中便曾对人类最早的刑事案件调查进行了详细记载:亚当和夏娃听信蛇的谗言偷食了伊甸园内的智慧之果,上帝因发现亚当突然具有羞耻感而就此展开了一系列调查。上帝首先对亚当进行询问,面对事实亚当坦承夏娃给他吃了禁果,接着上帝又顺藤摸瓜追问夏娃,夏娃供认是蛇诱骗她吃的,最后弄明一切真相的上帝便将亚当和夏娃都逐出了伊甸园并罚其在地间终身劳役。^[5]尽管我们知道,此等宗教文学叙事同人类早期真实社会存有着较大差异,但它仍从某种程度折射出了人类最早开展的刑事案件调查活动。而私人刑事调查和侦查便发轫于此等最早期所开展之刑事案件调查活动,由于这时人类基本处于茹毛饮血、心智待开的蛮荒时代,既未得窥文明社会堂奥,更谈不上建立发达完备之国家暴力机器,故私人刑事调查与侦查并未实现分化,乃是以一种混沌模糊状态依附共存。不过这种朦胧的刑事案件调查活动共存中,私人刑事调查更占据主导成分,毕竟私力救济是人类最早启用的维权手段,“在国家和法院出现前,人们完全依靠私力救济解决纠纷。”^[6]直到人类逐步迈入文明理性社会,国家专政机器开始建立并日臻完善,私人刑事调查同侦查才渐渐实现了明显分野,从而彻底摆脱了昔日那种混沌朦胧刑事案件调查状态。以古中国为例,对私人刑事调查来说,我国奴隶和封建社会大量涌现的门客、游侠、家丁等人物均纷纷基于复仇等私力救济特殊需要展开了一系列相关刑事调查活动,“凡

报仇讎者,书于士,杀之无罪”(《周礼·秋官司寇·朝士》);对侦查来说,伴随“刑兵分制”的出现,我国在夏朝便设置了专门的“士”从事侦查工作,到殷商一朝又实现了侦查管辖初步体系化,春秋战国时期更完成了传统侦查模式之定型。^[7]并且由于国家机器与国家对社会事务的管理职能愈发强盛,公力救济慢慢取代私力救济独执牛耳,作为公力救济重要表现形态的侦查也在刑事案件中展示了其强势姿态。而私人刑事调查囿于普通私个体力量的相对弱小,则日渐式微被演化并放逐成了游离于侦查之外的一种查明刑事案件手段的适当补充。故从历史起源来论,私人刑事调查与侦查实乃同源同宗联袂出场。

第三是在启用手段种类上,无论是私人刑事调查或侦查,它们所采用的手段都囊括了非强制性手段和强制性手段两大类。非强制性手段即充分尊重被调查对象自愿,不带有强制力、强迫色彩且很少给被调查对象遭致较大人身、财产等合法权益损害的调查方式;强制性手段即不受被调查对象意志约束,带有一定强制力、强迫色彩且易给被调查对象造成较大人身、财产等合法权益损伤的调查方式。在私人刑事调查中,普通私个体为了能灵活有效查明案件真实情况及犯罪嫌疑人,一方面诸多询问或访问当事人、公开调取或浏览相关资料、正常录音录像、现场实地勘验、网络公开信息搜索等尊重被调查对象自愿,不带有强制力和强迫色彩的非强制性手段被大量启用;另一方面,对某些特殊紧急并具有严重社会危害性、被调查对象怀疑概率又相对较高的情况,普通私个体同样可适时启用一些如偷拍窃听、搜查、扣押等具备强制力和强迫色彩的强制性手段。“如果一个(美国)公民有正当理由相信某人已经实施了某种严重犯罪行为,那么尽管他没有亲眼所见,他也有权将其逮捕。”^[8]此外对于私家侦探这类调查专业人士,由于很多国家进行了严格性行业监管,其调查装备相当齐全,能够使用的强制性手段自然较寻常私个体就更多。在侦查中,其具体启用手段同样包括不使用强制力和使用强制力两部分。一方面出于保护当事人基本人权、维护执法权威、追求公平正义之考虑,国家法定侦查机关的侦查活动便更多要求建立在当事人自愿积极配合基础上,大量启用同意搜查、同意监听、同意采样、同意人身检查等负效应较少的非强制化任意侦查方式。毕竟“尽可能避免和限制强制性措施的适用,

尽量动用非强制性的侦查手段,是近、现代刑事诉讼程序的基本理念之一”;^[9]另一方面,为了能高效、迅速、果断地以摧枯拉朽之势利用公权力与犯罪行为作斗争,捍卫国家与社会公共利益,逮捕、搜查、扣押、秘密监听等具备明显强制特征的侦查手段亦必须存在,因为“正义以公共利益为依归。”^[10]故而就启用手段来说,私人刑事调查和侦查也大同小异。

二、私人刑事调查与侦查的异质性

所谓异质性,即不同类别事物在本质上的相异、互相甄别之特性。尽管私人刑事调查与侦查广义层面均属刑事案件调查行为,其同质性或共性非常明显,但彼此大相径庭之处亦比比皆是。大体来说,这主要包括如下七方面:

首先是在基本性质上,私人刑事调查和侦查存有着明显区别。所谓“凯撒的归凯撒,上帝的归上帝”(西谚),私人刑事调查乃一种私家侦探、律师、被害人、被追诉人等普通私个体自发行使的私人调查权,侦查则是由公安机关、检察机关等法定机关凭借国家赋予的公权力实施之侦查权。虽然它们二者广义概念范畴下都属于为查明事物客观真实情况产生的调查权,但私人调查权更多是秉承“人不犯我,我不犯人,人若犯我,我必犯人”之私力救济理念和朴素社会正义操守而出现的私个体权利,即一类权利型调查。它多强调依靠市民社会普通私个体自身权利发动“草根智慧”灵活迂回开展证据追查、收集及具体运用、取舍工作;侦查权则是政治国家为了维持社会治安秩序和整体公共利益,实现对全社会的有效控制而诞生的一项国家基本职能职权,即一种权力型调查。它主要强调凭借国家专政机器之强大公权力按法定程式来进行各类证据追查、收集及具体运用、腾挪取舍活动,这同私人刑事调查相去甚远。

其次是在实施主体上,私人刑事调查与侦查亦存有显著异质性。私人刑事调查的实施主体均为不享有国家公权力的普通私个体如私家侦探、律师、被害人、被追诉人等等,侦查的实施主体则是拥有侦查权这种国家公权力的法定机关。前者乃基于私权利进行的权利型调查,由于“在竞争性环境中,要生存下去,就要有某些最起码的感受,即某些根本的东西应按照一个人自己的意志来保有和处理”,^[11]故任何普通私个体都有相应权利开展此类调查。无论是以调查为谋生职业的私家

侦探,或是为充分捍卫自身正当权益的被害人、为洗刷不白之冤完成自我救赎的被追诉人等等概不例外,其实施主体非常广泛;后者则系仰仗国家公权力开展的权力型调查,众所周知,“每个有权力的人都趋于滥用权力,而且还趋于把权力用至极限,这是一条万古不易的经验。”^[12]为防止公权力滥用并切实保障侦查活动顺利进行,现代文明国家大多对侦查的具体实施主体进行了明确规定,仅有公安机关等法定机关方能开展侦查,其实施主体范围相对要狭窄许多。

第三是在启用手段比重上,私人刑事调查与侦查也差别迥异。尽管从前述可知,私人刑事调查和侦查主要动用手段都涵盖了非强制性和强制性手段两部分,不过两类手段启用比重则有着天壤之别。私人刑事调查作为普通私个体自发开展的调查活动,因私个体调查方法实施起来相当简便灵活,国家也很难着手一一展开严格管制,倘若其一味频繁采用窃听偷拍、查封扣押等严重违背当事人意志的强迫手段,既易伤及公民隐私权、人身自由权等基本人权,又可能触动国家公权力运作根基。故除非遭遇极其紧急严峻的情势逼仄,私人刑事调查一般而言均必须且只得启用非强制性手段;侦查与之则大相径庭,虽然现代侦查活动亦要求尽量启用非强制性的任意侦查手段,因为愈是动用强制力,侵害相关公民基本人权的危险性就愈大,但侦查毕竟仅有国家法定机关方可实施,其运作受到了严格限定,且基于捍卫公共安全、国家和社会整体利益之考虑,作为全体公民总代表的国家也有权适当限制或约束公民个人权利,故侦查中启用强制性手段的比重自然会远高于私人刑事调查,诸如逮捕、拘留、扣押、搜查、冻结或监听等强制化侦查方式更是屡屡被人们茶余饭后所谈起。

第四是在直接目的上,私人刑事调查和侦查同样泾渭分明。虽然除极个别用于私人同态复仇途径的私人刑事调查外,它们二者最终目的都是希望能顺利查明案件真实情况与犯罪嫌疑人,进而以法院刑事审判的公权力运作模式来完成惩罚犯罪、维持社会公共安全的需要,但就直接目的来说,它们仍有较大差异。在私人刑事调查方面,其直接目的主要是追求实现一种私力救济,即当普通私个体断定正当利益诉求不能靠国家公权力法定运作方式取得正常态有效维护或这类公权力维护存在难于克服的主客观障碍时,转凭以私个体

力量通过私下灵活调查取证来保卫各类合法权益;侦查则不然,侦查直接目的所刻意追求的仍为一种公力救济,毕竟侦查仅有国家法定机关方才有权行使,它之运作须完全遵照法律途径或固定程序逐次开展,即以暴力化的国家公权力通过法定渠道及方式维护受侵害的正当权益。雅科布斯也指出,“须设立一种暴力,由它至少排除那些在没有它的情况下必须考虑到的可能性中最坏的可能性,因此把由于遭遇其他个体而产生的危险降低到实际上可以接受的程度。”^[13]

第五是在运作范围上,私人刑事调查同侦查相差悬殊。前者作为私家侦探、律师、被害人等普通私个体以私权利开展的调查活动,因私权利之弱势性根本无法同强大的国家公权力相提并论,调查力量、配套条件和保障措施均非常孱弱,故在运作范围广度方面往往较偏狭。甚至有些悲观的学者据此认定,“私人与行政机关不同,他们不具备相关专业知识,没有助手,也没有资金实力,更无强制力。……私人几乎不可能拿到证据。”^[14]此外在深度方面,因为私人刑事调查乃普通私个体实施,无论系受人之托的私家侦探和私下开展调查的律师,或者为保护自身权益的被害人、为洗刷冤屈减轻罪责自救的被追诉人以及进行公益刑事调查之私个体,往往都带有私力救济主观倾向而趋于片面搜集对己方有利或代表己方善善恶好评断的证据。但侦查与此完全不同,一方面它凭借强大国家公权力和发达的国家专政机器为后盾,具备充裕雄厚之侦查力量、设备、配套条件及法律、政治、经济保障措施,其运作范围广度自然远非寻常私人刑事调查可比,也占据了刑事案件调查主导地位;另一方面侦查由于是国家法定机关开展的公力救济活动,并不沾有自身利益或自我感情色彩,其根本任务亦要求全面收集正反两面证据彻底查清案件真相和犯罪嫌疑人,故在运作范围深度上也远超过私人刑事调查。

第六是在具体程序上,私人刑事调查与侦查别无二致。从前述可知,私人刑事调查主要是基于私力救济方才开展的追查、搜集、取证等活动,而私力救济的明显特征即过程非程序化。如此一来,肇始于私力救济之私人刑事调查同样会在具体程序中展示为对程序的淡漠或摒弃。毕竟当事人不通过或主要不凭借国家法定权力与渠道进行信息、资料、证据获取,那自然就比较随心所欲一针见血,也不太可能存在循规蹈矩之正式流程与

模式,甚至为达目的时常会涌现出一些国家法定机关看起来离经叛道的灵活策略。譬如在一些制假案件中,因目标工厂戒备森严,为了能获得相关证据,某些私家侦探便曾利用改造后安有摄像头的遥控飞机进入工厂低空拍摄。有时为引开公司保安,他们还不惜在制假公司围墙附近用燃点较低的白磷制造小火灾吸引其注意力。^[15]并且对凭此类方式获取之刑事证据,由于幕后大多无国家公权力运作,私权利本身滥用的可能性及危害性又均比较小,司法机关一般也持更宽容灵活姿态认可其效力而不细究。但侦查则与此截然相左,它乃仰仗强大国家公权力开展的刑事案件调查活动,为防止公权力的滥用或过分扩张严重损害到普通公民基本人权,其具体运作必须始终遵循规定程序一丝不苟地进行,从而体现出侦查制度、侦查行为、侦查观念和侦查文化的全盘法定化。并且对于那些背离法定程序侦查所获取之证据,为了有效捍卫公民宪法权利、保障司法程序纯洁性与公信力,正常情况下法治国家大多亦会根据非法证据排除规则较严格地排斥其可采性。

最后是在受众心理上,私人刑事调查与侦查也截然不同。就前者而言,因其本身系普通私个体以各类私人特别是诸多隐秘不公开于法无据的方式去查明案情和犯罪嫌疑人,故通常受众提及它时往往会油然而产生一种神秘猎奇心理。无论是中外文学艺术作品中的著名侦探福尔摩斯、杜宾、波洛、江户川柯南、霍桑等脍炙人口之形象或各大传媒隐晦不详的隐性采访报道及街头巷尾随处可见的私人调查事务小广告,都早已在人们心中深深打下了一种私人刑事调查神秘浪漫、危险晦暗、遁离俗世烟火又不乏个人英雄主义和传奇智慧的江湖孤胆英雄烙印。^[16]那些身着黑色风衣头戴墨镜不苟言笑游走于法律边缘的沉稳男子,更一直是寻常都市红男绿女内心痴迷热捧的典型私人调查形象。不过侦查与此却迥然相异,尽管它因大多相关活动的隐秘化同样涂抹有浓厚神秘主义色彩,但由于其背后存在强大的国家公权力支撑,无论是中外文艺影视作品或通常新闻报道及现实生活具体接触的案例,大都已给人们埋下了侦查人员庄重肃穆、雷厉风行之符号化印记,身着制服进行现场勘验、手持尖端设备秘密窃听、深入虎穴卧底潜伏等戏剧化侦查活动场景亦时常萦绕于人们脑海中。故而,虽然私人刑事调查和侦查在受众心理上均表征出一定程度“当代英雄”的神秘特

质,但其具体感觉又有着天渊之别。

三、结语

总之,私人刑事调查作为一类亘古有之的复杂社会现象,它同侦查进行比较,既存在诸多相似

同质之处,又存有众多泾渭分明的异质性,并且这种异质性更加明显。故我们只有仔细甄别分析它们二者本身之特殊性质及基本规律,方可真正确保将来我国无论私人刑事调查或者侦查都能更全面化彻底纳入法治轨道。

注 释:

- ①有一点需着重指出的是,这里的研究基点主要是中国等大陆法系国家之单轨制狭义侦查模式。因为对奉行双轨制广义侦查模式的英美法系来说,国家法定机关和普通个体均拥有相应侦查权,即私人刑事调查也被视作侦查,并无界分区别必要,自然也不存在混乱及合法性问题。
- ②持这种观点或类似看法的国内学者当前很多,具体可

分别参见孙海峰:《论我国侦查主体体系结构的改进》,载《犯罪研究》2002年第1期,33-36页;或梁其兴,范琦武:《对我国侦查权的反思与重构——以我国私家侦探行业兴起为背景的分析》,载《福建法学》2003年第4期,21-23页;张步文:《论“法外侦查”制度》,载《河北法学》2004年第2期,6-9页;黄豹:《侦查构造论》,中国政法大学2006年博士学位论文,116页。

参考文献:

- [1] 陈瑞华. 刑事诉讼的前沿问题[M]. 二版. 北京:中国人民大学出版社, 2005: 502.
- [2] 毛立新. 侦查法治研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2008: 13-14.
- [3] Herery Corpell Bleack. Black's Law Dictionary (Fifth Edition) [M]. New York: West Publishing Co, 1970: 740.
- [4] 邹明理. 侦查与鉴定热点问题研究[M]. 北京:中国检察出版社, 2004: 155-156.
- [5] 周欣. 我国侦查权配置问题研究[D]. 北京:中国政法大学, 2009: 6.
- [6] 徐昕. 论自力救济[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2005: 6.
- [7] 王立民. 中国传统侦查和审判文化研究[M]. 北京:法律出版社, 2009: 10-35.
- [8] 何家弘. 私人侦探与私人保安[M]. 北京:中国人民大学出版社, 1990: 235.
- [9] 宋英辉. 刑事诉讼原理[M]. 北京:法律出版社, 2003: 272.
- [10] [古希腊]亚里士多德. 政治学[M]. 吴寿彭,译. 北京:商务印书馆, 1965: 148.
- [11] [美]理查德·A·波斯纳. 法理学问题[M]. 苏力,译. 北京:中国政法大学出版社, 2001: 413-414.
- [12] [美]E·博登海默. 法理学、法律哲学与法律方法[M]. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社, 1999: 55.
- [13] [德]京特·雅科布斯. 规范·人格体·社会——法哲学前思[M]. 冯军,译. 北京:法律出版社, 2001: 16.
- [14] [日]田中英夫,竹内昭夫. 私人法实现中的作用[M]. 李薇,译. 北京:法律出版社, 2006: 88.
- [15] 郑刚. 中国商务调查报告[M]. 北京:中国社会科学文献出版社, 2004: 153-154.
- [16] Philip N. Meyer. Retelling the Darkest Story: Mystery, Suspense, and Detectives in a Brief Written on Behalf of a Condemned Inmate [J]. Mercer L. Rev., 2007, 58 (665): 2-4.

Comparison of Private Criminal Probe and Investigation

OUYANG Aihui^{1, 2}

(1. Law School, Xiangtan University, Xiangtan 411105, China;

2. Business Management Department, Hunan Institute of Technology, Hengyang 421008, China)

Abstract: s an important method of self protection and private help, private criminal probe relates very closely to criminal investigation. By comparing and analyzing, on one hand, we can find private criminal probe is the same as investigation in three aspects, including the final aim, the history origin and applying methods. On the other hand, they have differences mainly in seven aspects, including the basic attributes, the applied subjects, the proportion of applied methods, the direct aim, the applied scope, the concrete procedure and the psychology of audiences.

Key words: private criminal probe; criminal investigation; comparison; homogeneous; difference