

读解双规

侦查技术视域内的反贪非正式程序

刘 忠*

摘 要 双规在 1996 年刑法修改后成为反贪案件强制措施的功能替代物。此现象的直接原因在于,相对于普通刑事案件的反贪案件所具有的自然属性和证据、法律处遇的差异性,更为根本的原因则在于中国基础结构能力的软弱和刑事法总体性的不足。刑事政策与检察院自身的考量也与之具有部分因果性。未充分关注到此制度结构导致了齐一的刑事侦查立法设计,从而形成事实上对侦查的管制,双规由此作为非正式程序弥合了侦查力不足。挣脱此境地的根源在于基础结构能力的增强和刑事法总体性的改变。否则,即使刑事政策等因素被消除,侦查能力不足之功能需要也会不断催生新的非正式程序。

关键词 等功能替代物 基础结构能力 刑事法总体性 管制 非正式程序

1990 年代中期以后,正当程序(due process)理论几乎为中国刑事诉讼法和诉讼法学研究提供了全部的想象空间。作为正当程序理论两个核心命题之一,以下判断影响至深:真理就是从这一立场出发而获得解释的总体正当/可接受性既不在于过程起点的规定性,也不在于过程最后所得出的结果,而只在于过程本身。^{〔1〕}但是何为正当、由谁设计、以什么标准设计的程序为正当,在不同的持论下,始终难以获得共同接受的界定。以实定法作为最低限度的正当,这一愿景亦不断被诉讼实践否弃。在行动中的刑事诉讼实践内,“双规”、撤回起诉等非诉讼法规定的程序在实际发挥着功能。

* 上海同济大学法学院副教授。

〔1〕 借用哈特曼的表述,(法)路易·阿尔都塞:《黑格尔的幽灵——政治哲学论文集〔1〕》,唐正东、吴静译,南京大学出版社 2005 年版,页 157。

原本在 1978 年 12 月中央纪委成立和 1979 年初彭真主持《人民检察院组织法》修改时,已经确立了此后两者各自的性质分工:纪委负责的案件是违反党纪、政纪,检察院监督的范围则是犯罪。^{〔2〕} 1986 年,根据邓小平的指示,又进行了重申和机构调整。^{〔3〕} 但是,在 1997 年前后,纪委和检察院在重大职务犯罪上的关系变成了纪委立案调查、查清事实,然后移送检察院,反贪局实际仅作为纪委的预审机构出现,检察院独立发现重大案件、立案侦查的比例大幅下降。在两者关系形态中,起决定性作用的节点之一是纪委的“双规”手段。

1993—1998 年任最高人民检察院检察长的张思卿曾说,反贪案件有十八般武艺,即刑事拘留、监视居住等五种强制措施和传唤、讯问等十三种侦查手段。为何这些手段被弃之不用而转向非刑事诉讼法规定的“双规”手段,反贪案件机关为何自我放弃自主性而选择依附,成为本文主题的提示性问题。

本文的分析、行文脉络是:作为反贪案件对象的犯罪在自然属性上迥异于公安机关侦查的故意杀人、抢劫等普通刑事案件,这导致反贪案件对于口供的极度倚赖,口供成为“证据之源”,而口供获取需要较长时间地限制嫌疑人人身自由以及屏蔽内外信息渗透。在 1996 年《刑事诉讼法》修改后,传统反贪案件手段趋于无效,检察院由此全面转向与纪委合作,依靠“双规”作为案件突破的保障手段。此现象的原因是中国经济、社会的基础结构能力软弱和刑事法总体性的缺失。诉讼程序之外的刑事政策亦是检察院行为选择的重要考量因素。因此,反贪案件形态是被制度和结构决定的次生产品。对正当程序理论过于僵硬解读而采取的齐一的侦查程序设计,必然对特殊类型案件形成管制,而管制会催生各种非正式程序,反而使得程序正当之设计目的落空。

包括“双规”等非正式程序在内的刑事司法行为的发生,其引起和被引起的制度与技术结构复杂,不是站在道德制高点上的几个语词的衍生就能全部概括的。转变以道德哲学、政治哲学的立场进行昂扬批评的姿态,而以司法是一种细腻的手艺的理路,仔细地辨析其工艺中的一招一式的展开,社会性地研究社会事实,^{〔4〕}对“双规”问题进行拆解分析,是回应正当程序理论何以无法践行的有意义的解读。

一、反贪案件的自然属性

“双规”问题域的发生起点在于反贪案件的犯罪在类型上的殊异。人的认知发生不是裸色

〔2〕 参见《彭真传》(第四卷),中央文献出版社 2012 年版,页 1319—1320。

〔3〕 “最近邓小平同志明确指出:‘党要管党内纪律的问题,法律范围的问题应该由国家和政府管。’各级纪委不再作为党委领导打击严重经济犯罪斗争的办事机构,将这项工作连同纪委代管的打击严重经济犯罪活动办公室,交同级司法部门负责协调和管理。今后,凡是经济犯罪案件,均由司法部门受理;属于违反党纪的案件,由党的纪律检查机关负责处理。”《中共中央办公厅转发〈关于各级纪委不再作为党委领导打击严重经济犯罪斗争办事机构的请示〉的通知》,1986 年 12 月 13 日,中办发〔1986〕38 号。

〔4〕 参见(法)E·迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆 1995 年版,页 106—137。

的,须由一个他物作为认知背景,认知对象的意义通过这一背景才可以获得。反贪案件〔5〕的个性特征系相对于故意伤害、故意杀人、强奸妇女等公安机关侦查的普通刑事案件而获得认知意义的。在犯罪的自然属性上,反贪案件的属性特征是:

其一,无被害人。有被害人和无被害人(victimless crime)作为一种学理上的犯罪分类,对于侦查的行动意义在于:故意伤害、强奸妇女等案件中的被害人是最重要的证据来源,因亲身经历犯罪,对犯罪有最切近的感知,并有最强的意愿提供所知的证据、线索以指证犯罪,是犯罪侦查可以低成本展开的源头。在1996年修正的《刑事诉讼法》将被害人列入当事人之前,被害人陈述即在中国证据法中从证人证言内分出,被单列为六种证据形式之一。多数案件中,被害人陈述是重要的“直接证据”,即单独一个证据即可以证明犯罪构成中的主要部分,即使是仅有“间接证据”或线索意义,被害人陈述亦是还原犯罪(reconstruction of crime)的最重要根据之一。而反贪案件无被害人,受贿和行贿是刑法理论上的“对合犯”,双方利益扣合,行贿者不会轻易举发受贿者从而导致自己利益丧失。

其二,无物理意义上的现场(crime scene)。故意伤害、故意杀人、盗窃、抢劫等普通刑事案件均会在时空中留下痕迹,因此有一个可供勘验的物理意义上的现场。无论案件如何复杂,均有一个可以发掘的线索证据仓。〔6〕只要足够细致,即能根据现场重构犯罪事实。〔7〕洛卡德原理(Locard's principle)〔8〕因此构成绝大多数普通刑事案件的侦查前提。然而,反贪案件,留存在时空中的仅有行贿、受贿双方头脑中的记忆感受,没有物理现场可供考掘,普通刑事案件侦查仰赖的痕迹学、DNA鉴定、现场勘验、指纹库、微量物证鉴定技术等利刃对反贪案件侦查无法提供相匹配的支持。〔9〕

其三,无目击证人、视听资料和物证、书证等不变证据。许多普通刑事案件有直接目击证人或能证明案件片段的证人、提供可供延伸切入侦查的案件线索的知情人。近十年来,中国城

〔5〕在1997年《刑法》罪名上包括受贿罪、单位受贿罪、徇私枉法罪和《刑法》第九章以徇私舞弊为构成要件的渎职犯罪,管辖权均归检察院,分由反贪污贿赂工作局和反渎职侵权局(法纪)侦查。为表述简洁,对该类型犯罪,笔者径称为反贪案件。

〔6〕Richard Saferstein, *Forensic Science: From the Crime Scene to the Crime Lab*, Pearson Higher Education, 2008, pp.38-163.

〔7〕典型如1988年12月,泛美航空公司103航班在苏格兰洛克比村上空爆炸,粉碎性解体,碎片散落在一百多公里长、面积两千多平方公里的田野中。但是,经过仔细搜寻,在洛克比空难附近区域找到了一块和指甲差不多大的电路板,使得美国联邦调查局据此找到了炸毁飞机的利比亚嫌疑人。(美)路易斯·J·弗里:《我的FBI生涯》,姚敏译,社会科学文献出版社2010年版,页4。弗里1993年—2001年担任美国联邦调查局局长。

〔8〕Edmond Locard(埃德蒙·洛卡德)是著名法国刑事鉴定学家,该原理的核心是:所有的接触都会留下痕迹(Every contact leaves a trace)。James N. Gilbert, *Criminal Investigation*, Prentice Hall, 1998, p.26.

〔9〕近十几年来在中国享有盛誉、被称为“神探”的美籍华裔李昌钰,其工作即是微量物证鉴定,但仅适用于有物理意义现场的案件。以中国刑侦语言表述,李昌钰的身份是刑科所的技术员、工程师,而非刑侦支队侦查员。参见(美)李昌钰等:《犯罪现场——李昌钰刑事鉴定指导手册》,李俊意译,台北商周出版城邦文化事业股份有限公司2009年版;(美)李昌钰口述,邓洪撰写:《神探李昌钰》,海天出版社2000年版。

市犯罪侦查、防控,日益依赖密布城市街巷、楼宇的监控摄像(电子目击证人)。物证等证据被称为沉默的证人(silent witness),^[10]是无口供定罪的基本根据。但反贪案件交易于密室,“一对一”,无目击证人、视听资料证据和其他不变证据作为资凭。据以定案的多是口供、证言等言词证据,而言词证据难固定、易翻覆。

其四,嫌疑人反侦查能力强。盗窃、抢劫、强奸等普通刑事案件犯罪嫌疑人在统计意义上的多数是社会分层中的下层,受教育程度低,基本没有侦查、证据、法律知识,尤其没有中上层的社会交往关系。^[11]而反贪案件是特殊主体犯罪,嫌疑人均为国家工作人员,通常有过良好的学历教育和丰富的政治、社会历练,反侦查能力强。在体制内有良好的交际、朋友关系和利益链条,一旦被立案,被体制内的人员关注度高。反贪案件面临的压力远高于普通刑事案件,如果侦查人员证据、事实、程序发生错误,会对本人带来极大的职业、政治损伤,司法错误成本(error cost)巨大。^[12]

其五,公安机关侦查的普通刑事案件和检察院自侦的渎职“侵权”等案件均事态清晰。侦查线路是以事实结果追踪、倒推犯罪嫌疑人,以确定嫌疑人身份信息并捕捉到流动状态中的嫌疑人。而反贪案件嫌疑人身份信息清楚,侦查线路是由人及事,目标是挖掘其利用职务便利收受财物的事实。多年来,巨大经费投入社会控制体系建设所建立的常驻居民户籍管理、流动人口管理、网络查缉手段、电子围栏技术等,对于反贪案件的意义屑微。

由此,“口供是证据之源”这一命题表述,对于中国反贪案件,在侦查上比任何其他类型的犯罪都更切中要害:

第一,侦查以口供为原点。必须有行贿人或受贿人,其中一方开口,将仅留存于其头脑中的记忆,以言词的方式表达出来,供述出以下内容:①赃款、赃物来源;②赃款数量、赃物属性;③谋取利益事项;④知情人等。

第二,证明以口供为中心。在获得口供交代后,预审人员迅速告知侦查取证人员,循口供取以下不变证据、言词证据:①固定银行取款、存款书证,②物证的扣押、鉴定,③谋利事项所涉及的书证、证人证言,④对方的口供,⑤寻找案件线路上尽可能多的知情人补强口供。按照上述方向取得各种实物证据、言词证据等旁证后,回溯补强、印证口供,从而以口供为中心形成闭合的证据链,最后完成反贪案件证明。

受制于受贿案件的自然属性,1979年以来《刑事诉讼法》“无口供定案”的证据法保障条款,对于反贪案件远不及对普通案件具有更大意义。1979年,彭真主持起草《刑事诉讼法》期间,鉴于此前“两案”审理进入预审阶段的张春桥一句话不说、从不签字,因此在《刑事诉讼法》

[10] Jacqueline T. Fish, Larry S. Miller, Michael C. Braswell, *Crime Scene Investigation*, Anderson Publishing, 2010, p.1.

[11] 社会分层内每一层级与本层级和下一层级人交往比较容易,而与上一层级则较难。

[12] 参见“市长刘相荣‘受贿案’”,载刘斌主编:《20世纪平反冤假错案案例纪实》,珠海出版社2001年版,页219—226。

第 35 条规定“没有被告人供述,证据充分确实的,可以认定被告人有罪和处以刑罚”。〔13〕一起普通的入室盗窃案件,如果有现场提取的被告人的指纹、脚印、被告人家中提取的部分失主的物品、被告人的 ID 在网上发布的卖赃信息、买赃人的证言、提取的物证等证据,即使被告人零供述,亦可定案。但是,反贪案件犯罪构成的关键要件在于“收受他人财物”,而这一构成仅有行贿人、受贿人感知器官反映于头脑中的记忆,如果没有至少其中一人的口供,这一关键要件即完全难以证明,其他证据又无从指向这一要件。

以受贿案件和故意杀人案件为具体表达意向的所指,两者的侦查路线图式分别如下:

受贿罪: C———S——E₀——E₁

①获得一些微量线索(clues),根据侦查经验,某人有重大犯罪嫌疑(suspect),但仅是一些模糊的证据片段,甚至不足以达到立案的最低限度(所以以虚线———表示)。

②通过初查,证据(evidence)量由空无、屑微(E₀)逐步增多(E₁)。

故意杀人罪: CS——S——E₁

①发现一个犯罪现场(criminal scene),经过现场勘查、重建,犯罪事实指向某人(suspect)。

②当嫌疑人能被明确指向的时候,证据量已经达到较多(E₁),足以采取刑事拘留等强制措施。

但是,反贪案件图式中的 S——E₀——E₁,即由嫌疑人为侦查原点获取证据是一个极为艰难的过程。不管是行贿人还是受贿人,均极难开口供述。作为趋利避害的理性人,所有人都会选择沉默。行贿人担心自己被追究行贿责任,即使被告知其不是侦查目标,只要如实供述,即可获得不起诉,但是担心今后在政界、商界会被列入不可靠、不被信任的交易对象,从而难以立足。受贿者更是明晓自己的供述就是摧垮自己的唯一证据源。在重大案件中,受贿人往往从低级官员做起,逐级升至高位,在政界多年,熟稔各种人情世故,历经无数风雨,各种经验丰富,反侦查能力极为强大。曾经在市纪委工作过十多年、担任过纪委副书记的湖南临湘市副市长余斌因受贿 40 多万被判刑,他曾直击要害:“我太熟悉办案流程了,只要我不说,是很难查出来的。”〔14〕

因此,与公安刑事科学技术在普通刑事案件侦查中的地位不同,相当长时间内,反贪案件最重要的功夫在于通过审讯掏口供,各种办案技巧、侦查攻略、预审计谋运用几乎均是围绕获取口供为中心展开。犯罪嫌疑人在强大的侦查攻势下会选择供述,以释放自己的心理压力。

反贪案件“审讯——口供——证据”这一图式能够实现,依赖以下必要条件:①能够较长时间地控制嫌疑人人身自由。预审人员所持的经验是嫌疑人从被传唤到案件突破,要经历“惊恐——抗拒——崩溃”的过程。从抗拒到崩溃,需要进行心理较量,而突破嫌疑人心理防线需

〔13〕 参见“审讯是一种科学——访两案审判工作小组成员原公安部预审局局长姚伦”,载李海文、王燕玲编:《世纪对话——忆新中国法制奠基人彭真》,群众出版社 2002 年版,页 108。

〔14〕 “另类副市长‘受贿济贫’?”,载《文摘报》2005 年 8 月 7 日,第 3 版。

要一定时间；②涉案信息不被泄露。反贪案件关键犯罪构成由口供、证言等言词证据支持，极易翻转，为防止案件信息泄露导致嫌疑人与相关人员串供或毁灭证据，必须控制嫌疑人信息不外漏至外部，外部信息不内渗至嫌疑人。

在 1979 年《刑事诉讼法》的规范下，检察院的反贪案件实现以上两个必要条件的侦查技术主要是：第一，连续使用《拘传证》或《传唤通知书》，以达到控制嫌疑人人身自由的目的。1979 年《刑事诉讼法》对于拘传、传唤的时间均未作限制，且没有明确限制连续使用拘传、传唤。使用拘传、传唤，可以将嫌疑人带至反贪办案所在地，而使用其他手段均无法达到此目的：①取保候审、监视居住均是非羁押性强制措施；②刑事拘留必须交付公安看守所执行，不能长时间控制在反贪审讯人员手中；③历年的侦查经验表明，对于有较大社会活动能力的国家工作人员嫌疑人，尤其是作为高级别干部的嫌疑人而言，看守所无法控制信息外漏和内渗，串供、订立攻守同盟等行为完全无法隔绝。1994 年《国家赔偿法》规定刑拘后如果未获终审有罪判决，尚有国家赔偿之虞，而拘传传唤不在国家赔偿之列。第二，利用宽泛的侦查权进行隐蔽侦查，“以案掩案”。1996 年修正《刑事诉讼法》之前，检察院反贪案件部门除管辖受贿案件之外，还管辖偷税、假冒商标等案件。另外，根据“认为条款”，还可以侦查自己认为应当由自己侦查的案件。为了防止侦查意图暴露和引起侦查对象警觉，反贪案件部门常以侦查其他犯罪罪名为由切入案件，比如以偷税为名先将涉嫌行贿单位的财务会计账册调取查封以固定证据。

此外，1979 年《刑事诉讼法》的两个规定亦给反贪案件带来极大的制度便利：第一，《刑事诉讼法》第 110 条规定，律师介入时间在检察院将案件起诉到法院，法院决定开庭审判后（至迟为庭审日的前 7 天）。整个侦查阶段、审查起诉阶段没有律师介入，审讯完全是在封闭的条件下进行。第二，检察院拥有免于起诉权，即对被告人作有罪宣告，但可以不起诉到法院进行审判。对于经过侦查但未达到起诉、审判证明标准的案件，可以自我“下台阶”。

但是，1996 年 3 月《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》对 1979 年《刑事诉讼法》进行了重大修改，反贪案件所依赖的上述四项制度尽被取消：第一，传唤、拘传持续的时间最长不得超过十二小时，不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。第二，检察院自侦案件仅限贪污贿赂、渎职侵权两大类犯罪，反贪案件管辖仅限 12 种犯罪，大量原由反贪案件的案件转归公安经侦部门，提供“以案掩案”的侦查手段的空间不复存在。第三，律师介入提前至犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，检察院无法将案件信息在起诉之前束缚、限制于封闭空间。第四，免于起诉权被取消，而三种不起诉权均无此前的有罪宣告成分，一旦侦查不利被迫作不起诉，即给检察院带来政治被动。

随后的 1997 年 10 月，《刑法》第 93 条在核心规范上将受贿罪主体“国家工作人员”限制为“国家机关中从事公务的人员”。“以国家工作人员论”的主体部分由于 1997 年十五大后开始的大规模的国企改革“抓大放小”，使实际人员数量急剧缩减。

受贿罪主体在形式和实质上的双重变化，使得反贪案件对象基本转向体制内交际广、反侦查

能力强、难以轻易“突破”心理获取口供的国家机关、国有事业单位、国企工作人员。虽然此后检察院反复强化正式立案前的秘密“初查”阶段的各种技术，^{〔15〕}强调初查阶段要在完全不暴露侦查意图、不接触嫌疑人之前获取充分的立案证据，然后再立案采取强制措施，即所谓“先抓证据后抓人”，但是，整个侦查制度和技术的翻转，导致在相当多案件中，“初查”仅是对嫌疑人基本身份信息了解等非重要事实的摸查，抓到有强证明力的证据极为困难。“先抓证据后抓人”、“捉贼先捉赃”等侦查模式转移宣示，成为一个仅有语言修辞意义却缺乏实质行动支持的口号。

在政治决策对反腐的重视以及民意声浪下，既要办案，又不得触犯强行性的禁止规定，检察院反贪案件因此寻求新的出路。

二、倚赖双规

反贪案件寻求新的实现路径，最重要的促变原因在于 1996 年《刑事诉讼法》的修正。刑事诉讼法的变动对于公安和检察院的侦查程序均有约束，但由于前述公安侦查的普通刑事案件不同于反贪案件的自然属性和制度处遇，条文修正并不对公安的案件侦查构成实质性的挑战。即使有重大、复杂、难突破的案件，12 小时拘传、传唤讯问时间不复使用，公安机关亦可转圜：^①因为公安机关兼有治安管理和刑事侦查双重职能，可借用 1995 年《人民警察法》规定的盘问留置 24 小时、延长留置盘问 48 小时程序。^{〔16〕} ^②借用《治安管理处罚条例》第 34 条规定的查证时间 24 小时的规定。^{〔17〕} ^③重大案件，借用治安拘留 15 天“以拘代侦”。^{〔18〕} ^④对特殊案件，可机巧利用《刑事诉讼法》第 128 条第 2 款的规定“犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的，侦查羁押期限自查清其身份之日起计算”。^{〔19〕} ^⑤对更加极端案件，公安可利用自己负责审批劳教的权力“以劳代侦”，边劳教边查清问题。^{〔20〕}

由此，在齐一的侦查程序设计思想和立法体例之下，真正在 1996 年《刑事诉讼法》修正后遭遇全面束缚的是检察院的职务犯罪侦查。其一，检察院没有公安机关的双重性质所具有的第二套手段；其二，因国家工作人员职务犯罪的案件性质不同于公安的普通刑事案件，所有嫌

〔15〕 参见王建明：“在全国检察机关反贪案件技能研讨会上的讲话”，载最高人民法院反贪总局：《反贪工作指导》（2004 年第 2 辑），中国检察出版社 2004 年版，页 15—17。

〔16〕 《人民警察法》（1995 年 2 月 28 日）第 9 条第 2 款规定：“对被盘问人的留置时间自带至公安机关之时起不超过二十四小时，在特殊情况下，经县级以上公安机关批准，可以延长至四十八小时。”

〔17〕 2006 年 3 月 1 日后，变更为《治安管理处罚法》第 83 条。

〔18〕 《治安管理处罚法》规定治安拘留合并执行最长为 20 天。

〔19〕 1998 年 1 月 25 日，香港著名抢劫案嫌疑人张子强被广东警方抓获，自称陈庆威，不供述真实姓名。广东警方利用该条款对其刑拘，至 7 月 2 日其心理防线崩溃开始供述，于 7 月 22 日将其逮捕，9 月 25 日起诉，12 月 5 日交付执行。参见杨黎光：《惊天铁案》（上下），作家出版社 2006 年版，页 9、597、629、653。

〔20〕 因为劳动教养审批工作机构在地市级公安机关法制部门。“以劳代侦”作为经验被肯定，见“在广东、上海调研社会治安问题的报告”（1985 年 11 月 22 日），载《乔石谈民主与法制》（上），人民出版社、中国长安出版社 2012 年版，页 37。

疑人均身份信息明确,检察院完全不可能享用《刑事诉讼法》第 128 条等特别授权规定。1996 年《刑事诉讼法》在条文表象上壮大了检察院反贪案件权,在“侦查”一章中,列专节即“第十节”规定“人民检察院对直接受理的案件的侦查适用本章规定”,并正式赋予了检察院刑事拘留权。但实际上,检察院的侦查力被削弱抽空。

在此制度夹隙中,反贪案件转向了与纪委合作,从初查到立案阶段,在手段上完全依赖于纪委的“双规”。“双规”的规范根据来自中央纪委 1994 年的规定:“凡是知道案件情况的组织和个人都有提供证据的义务。调查组有权按照规定程序,采取以下措施调查取证,有关组织和个人必须如实提供证据,不得拒绝和阻挠。”其中第 3 项规定,“要求有关人员在规定的地点就案件所涉及的问题作出说明”。〔21〕根据此规定,“双规”因其以下几个方面特征而成为反贪案件技术上的等功能、超功能替代物:

①适用对象。在条文上,其外延极宽,适用对象为“有关人员”,而没有限制为“被检查的党员”。可以迂回切入案件,待证据握实后再正面接触主要目标,而不致事先惊扰。

②“规定时间”。1994 年中纪委该规定和随后的细则均未进行明确的时间限制,〔22〕没有传唤、拘传限制为 12 小时、并且不得连续拘传、传唤的限制,亦没有检察院自侦案件刑拘限制为 14 天等约束。

③“规定地点”。1994 年中纪委该规定和随后的细则均未作限定,仅规定“不准使用司法机关的办公、羁押场所和行政部门的收容遣送场所和不准修建用于采用‘两指’、‘两规’措施的专门场所”。〔23〕没有刑事拘留和逮捕要在看守所执行,〔24〕询问证人在办案机关所在单位和证人的单位、住所等限制。〔25〕此项内容对涉嫌职务犯罪的高级别官员、政法系统官员尤其具有意义。因为看守所由公安机关管理,而监室数量有限,人员混关混押,分处于从刑拘、逮捕、起诉、一审、二审到等待投劳、留所执行等不同程序阶段的犯罪嫌疑人/被告人因提审、开庭、投劳等原因不断出入,极难封闭案件信息,无法防止串供、毁证。纪委选择封闭、偏僻、保密的招待所等地点作为“规定地点”,防止了涉案信息内外双向的渗入。

④“双规”性质。原中央纪委书记尉健行讲话中说:“‘两规’和‘两指’是党的组织和行政监察机关在确属必要的情况下,对一些重要或复杂的案件所涉及的有重大嫌疑的党员、干部和有

〔21〕《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》(1994 年 1 月 28 日中共中央纪律检查委员会常务委员会第六十五次会议通过)。较早的已经被废止的根据,见《行政监察条例》(1990 年 12 月 9 日)第 21 条:“(五)责令有关人员在规定的地点就监察事项涉及的问题作出解释和说明。”

〔22〕参见《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例实施细则》(中共中央纪律检查委员会 1994 年 3 月 25 日印发)。

〔23〕《中共中央纪律检查委员会、监察部关于纪检监察机关依法采用“两指”、“两规”措施若干问题的通知》(1998 年 6 月 5 日),载中央办公厅法规室、中央纪委法规室、中央组织部办公厅编:《中国共产党党内法规选编(1996—2000)》,法律出版社 2001 年版,页 466。

〔24〕“看守所是羁押依法被逮捕、刑事拘留的人犯的机关。”参见《看守所条例》(1990 年 3 月 17 日)。

〔25〕2010 年,司法解释将证人询问地点作为无害程序错误,予以宽容性规定,承认其证据能力。参见最高人民法院等印发《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(2010 年 7 月 1 日)。

关人员进行内部审查的一种措施。”〔26〕中纪委办公厅印发规定称：“双规”是党内法规规定的纪检监察机关查处违反党纪案件的一项纪律约束措施和组织措施。〔27〕由此，纪委对党员涉嫌违犯党纪进行调查，不是刑事立案程序，“双规”既不是讯问，也不是强制措施，所以不存在1996年《刑事诉讼法》第96条所规定的犯罪嫌疑人在被第一次讯问后或采取强制措施后即可聘请律师介入案件的问题。

此外，纪委介入亦修复了此前反贪案件“以案掩案”的侦查方式。纪委对大量细密的事务拥有极为宽泛的管辖权、调查权，纪委在实践中形成“三项工作”的格局，即领导干部廉洁自律、查办违法违纪案件、纠正部门和行业不正之风。如到上级领导机关所在地宴请领导机关工作人员，利用各种学习、培训之机互相宴请，〔28〕以及违反规定买卖股票、违反规定配备、使用小汽车、擅自使用公款配备、使用通信工具〔29〕等均为纪委查处之列。这样，在行动谋略上，纪委可以先以非主攻方向事由，对涉案人员进行谈话直至执行“双规”，或采取层层剥笋战术，从外围人物、事件切入先固定证据，从而掩盖真实的意图，防止可能的主攻方向上的涉案人员提前知悉真实目的后潜逃、串供、毁灭证据。〔30〕

作为一种并非普遍的现象，1997年之前，检察院反贪局和纪委联合办案在实践中即有出现，但在基本态势上完全依赖纪委、手段上依赖“双规”，则出现在1997年之后。由于检察院自身在反贪案件上的困境及与之相对应的“双规”强大的功能替代，以及纪委对此前反贪案件的侦查谋略的修复，最高人民检察院出台的《关于检察机关反贪污贿赂工作若干问题的决定》第16条规定：“各级检察院要积极支持纪委对有关案件的协调。对纪检监察机关查办的重大违纪违法案件，需要了解情况，熟悉案情的，应该积极介入；对纪检监察机关移送的涉嫌犯罪的案件，要认真进行审查，属于检察机关管辖且符合立案条件的，要及时立案，开展侦查；检察机关受理或者立案侦查，尚不构成犯罪或者依法作出不起诉决定的案件，认为需要追究党纪政纪责任的，要移送纪检监察机关。”当1998年1月两高三部一委“四十八条”规定颁布后，为解决办案机关的犹疑，中央纪委、监察部专门在1998年6月通知：“两指”、“两规”“是国家法律和党内法规规定的纪检监察机关查处党纪、政纪案件的必要措施。实践证明，正确采用这项措施对于突破案件具有十分重要的作用，应当继续依法采用。”〔31〕2001年中央纪委进行了重申：“这些

〔26〕“依纪依法查办案件，严厉打击腐败分子”（1999年10月13日），载尉健行：《论党风廉政建设和反腐败斗争》，中央文献出版社、中国方正出版社2009年版，页426。着重号为引者加。

〔27〕《中共中央纪委办公厅关于印发〈关于纪检监察机关使用“两规”措施的办法（试行）〉的通知》，中纪办发〔2000〕1号，2000年1月20日。

〔28〕《关于对违反〈关于党政机关厉行节约制止奢侈浪费行为的若干规定〉行为的党纪处理办法》（1997年10月1日发布）。

〔29〕《中国共产党党员领导干部廉洁自律从政若干准则（试行）实施办法》以33个条文详细规定了对30种行为的处理。

〔30〕双规的适用程序、审批等，参见《中共中央纪委办公厅关于印发〈关于纪检监察机关使用“两规”措施的办法（试行）〉的通知》，中纪办发〔2000〕1号，2000年1月20日。

〔31〕见前注〔23〕。

年来的实践表明,‘两规’对突破一些重大案件发挥了很好的作用,必须继续使用。”〔32〕

这就在工作方式上,表现为:第一,纪委、检察院联合办案。检察院发现了犯罪线索,主动请纪委介入,以纪委名义将嫌疑人“双规”,待证据收集齐全后,再正式转为检察院名义的立案侦查。第二,纪委办理的案件,在案件突破后,单起犯罪事实金额5000元以上,认为需要移送司法机关处理的,移交检察院进行立案、刑拘、批捕。在合法的羁押期限内,检察院深挖事实、扩大战果,发现更多犯罪事实,全案移送起诉审判。第三,相当多重大案件中,纪委在封闭的“双规”期间,在较长时段内,待查清全部可能的犯罪嫌疑,再移交检察院,由反贪局将纪委阶段的取证转化为符合刑事证据规范所要求证据能力的证据。

检察院反贪局与纪委成为类似1997年公安部石家庄会议刑侦体制改革之前的公安刑警支队和预审处的关系,反贪局成为事实上的纪委的预审机构,而自己基本丧失了独立突破案件的能力(窝案、串供中已经构成共犯可以采取强制措施的除外)。1997年中共十五大当选的中央纪委常务副书记韩杼滨于1998年出任最高人民检察院检察长,〔33〕又给上述三种做法提供了一种组织正当外观。最高检分管反贪工作的副检察长王振川在1996年《刑事诉讼法》实施七年后仍然喟叹:“近年来,检察机关加强同纪委的协调配合,涉及县处级以上领导干部的不少案件都是先由纪委审查,再移送检察机关进入司法程序的。长期下来,一些地方因此形成了过于依赖纪委的现象,检察机关的侦查主要变成了审查转换证据,侦查职能未有效发挥,侦查权趋于弱化。”〔34〕

由上可见,“双规”是被发现和被择取的。行动者的行为并不是在某个时间、某个地点恰巧的偶然和随意,而是由制度所塑造,是一种被决定的选择。作为一种规范,“双规”的制度力量并非原本即被赋予和被识别出来的,而是在实践中被逐渐挖掘出来并放大的,这种被逐渐放大的规范力量和实践意义,是由检察院反贪案件在1996年《刑事诉讼法》后的能力萎缩中而获得的。“双规”这一初始潜行而后逐渐为学术界、公众所知的制度,逐渐引来许多批评:

第一,形式的合法性问题。1998年中国签署(尚未加入)的《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1项规定:“除非依照法律所确定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由。”2000年《立法法》第8条规定了十项只能制定法律的事项,其中第(五)项包括“限制人身自由的强制措施和处罚”,由此《纪律检查机关案件检查工作条例》的“双规”规定在合法性上与《立法法》冲突。

第二,依据实体性的正当程序原理及“比例性原则”,〔35〕“双规”的制度根据被质疑。

对于前者,“双规”形式的合法性问题因中央纪委的组织体制调整而解决。1993年2月22日中共中央、国务院批准了中央纪委机关、监察部《关于中央纪委、监察部机关合署办公和机构

〔32〕 尉健行:“查办案件工作的方针政策”(2001年8月22日),见前注〔25〕,页568—569。

〔33〕 “最高人民检察院检察长简历”,载《人民日报》1998年3月18日,第2版。

〔34〕 王振川:“在全国检察机关反贪案件技能研讨会上的讲话”,见前注〔15〕,页6。

〔35〕 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册·总论编),中国人民大学出版社2005年版,页233—234。

设置有关问题的请示》，规定中央纪委、监察部合署办公，实行一套工作机构、两个机关名称的体制。^{〔36〕}而1997年《行政监察法》第20条第3项规定：“责令有违反行政纪律嫌疑的人员在指定的时间、地点就调查事项涉及的问题作出说明和解释，但是不得对其实行拘禁或者变相拘禁。”由此，在合法性上，“双规”的来源就不再是1994年中央纪委《纪律检查机关案件检查工作条例》第28条的“两规”，而是《行政监察法》第20条的“两指”。形式上的合法性危机被化解。对于后者，批评是无法回避的。因为一个符合《刑事诉讼法》第79条规定的逮捕条件“有证据证明有犯罪事实”的犯罪嫌疑人，逮捕之后的羁押期限一般是2个月，最长7个月。^{〔37〕}何以仅“有违反行政纪律嫌疑的人员”被限制人身自由时间即可无期限？批评意见拿出域外法例如《法国刑事诉讼法》“侦查之无效”第171条“违反本法典或其他刑事诉讼程序条款规定的某项实质性手续，已经危害到与诉讼有关的当事人的利益时，即产生无效”。^{〔38〕}此外，《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3项“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或被释放。”

悬置一个更高法，据此可以轻易对实定法和实践行为进行激昂的批评，但是解释双规如何发生，则是解决问题所必需且必须平和地细致搜索的。因为任何两个行动方案，如果制度收益相同，行动者一定会选择低成本方案。如果是一个具有更高政治可责难性和制度成本的方案被适用，一定是有行动者身不由己之处。这个使行动者身不由己的点何在？

三、“双规”如何发生？

在较长时段里，党内对于重大政治案件多使用隔离审查手段。^{〔39〕}隔离审查最大的制度效用除了能提供充分的侦查取证时间之外，还更在于关押地点可以根据对象的社会关系网络和政治利害需要采取的安全防护级别而进行选择。1971年“九·一三”事件之后的黄永胜、吴法宪、李作鹏、邱会作等人于1971年9月23日晚被隔离审查，^{〔40〕}四人均是中央政治局委员并分别担任总参谋长、空军司令员、海军第一政委、总后勤部长。在直到1976年的整个隔离审查期间，四人均被关押在北京卫戍区的营房区内，吴忠要求担任看管的师、团的首长负责，做到不死、不跑、不被抢走。^{〔41〕}

〔36〕 与中共中央军委和国家中央军委、中央外宣办和国务院新闻办、中央对台办和国务院台办等其他“一套人马，两块牌子”机构稍有不同，中央纪委机关和监察部的合署办公，法律形式合法性意义获取更重。

〔37〕 《刑事诉讼法》(2012年)第154、155、156、157条。

〔38〕 《法国刑事诉讼法典》，罗结珍译，中国法制出版社2006年版，页17。

〔39〕 相关程序和规定可参见《上海市革命委员会关于隔离审查的审批权限的规定》，沪革〔68〕第11号，1968年2月5日，载《中共中央文件汇编(1966.5—1968.5)》，1968年5月编，页474—476。

〔40〕 1976年四人被逮捕后，则按照法律程序(1954年《逮捕拘留条例》)被关押进公安部看守所(秦城监狱)，参见《李作鹏回忆录》(下)，北星出版社2011年版，页741。

〔41〕 参见周家鼎等：“无欲则刚——忆吴忠同志在京工作十年数事”，载《吴忠追怀录》，广东人民出版社1993年版，页207—208。吴忠曾为北京卫戍区司令员。

1979年《逮捕拘留条例》^[42]颁布,解放军军事法院请示最高人民法院:在《条例》公布前,有些单位用“行政看管”、“隔离审查”代替逮捕、拘留,剥夺了被告人的人身自由,现在判刑时,“看管”和“隔离”的时间应否折抵刑期、如何折抵刑期。最高人民法院批复解放军军事法院:“看管”、“隔离”一日折抵刑期一日。^[43]1979年6月《刑法》、《刑事诉讼法》颁布后,最高人民法院又批复福建高院对审前隔离审查折抵刑期问题进行确认。^[44]但这均属于文革期间遗留问题。1991年广西玉林中院经广西高院请示的县纪检、监察部门对一批贪污、受贿案件被告人在逮捕前放到招待所隔离审查折抵刑期问题进行请示,直接接触及到在《刑事诉讼法》实施十年后,纪检部门继续使用隔离审查的问题。^[45]这实际上是在后果意义上确认了隔离审查等同于刑事强制措施,因而一旦被告人无罪,会倒究此前的隔离审查。此后,隔离审查少有使用,逐渐淡出办案实践。

然而,规范的更易可以在纸上随意划出,现实的个体能动者/行动者(agent)非生活在意识形态天空,而是匍匐于现世的规则丛中,受制于制度结构。在结构未移易之前,个体的行为形态不可能变化,只能是名义进行更换。摘掉了某一个制度形式,而没有改变刚性的需求,此需求又不是可有可无的修饰性要件,那么需求和制度供给之间就会有一个紧张的对立关系。取消了隔离审查,对于特殊类型的特殊嫌疑人,普通的程序适用在时间和地点安全性上完全无法应对,此张力如何克服?在此局促下,1994年“双规”产生,1997年之后的检察院反贪案件也开始基本上依靠纪委“双规”。

“双规”并非隔离审查的一个简单历史性回归,而是被中国反贪案件这一问题域所矗立于内的中国现实经济、社会存在所塑造,这一视域下的特征表现为:

第一,经济、社会的基础结构能力(infrastructural power)^[46]软弱。在管制经济时代,粮票、布票、副食券等各种票证的一个非预期功能是社会控制。1980年代以后中国逐渐取消计划经济下的票证,纸币作为货币符号真正成为中国市场充当一切商品的统一价值表现材料的、唯一的一般等价物。此后,现金的流转监控始终是中国社会控制的一个难项,而受贿罪中最难查证亦最普遍发生的犯罪形式即是现金收受。反观西方现代银行业,其近代以来逐渐发展出了金融实名、客户身份识别、交易报告、防止拆分洗钱交易(smurf)等制度,以及货币流转以精准个体性识别方式流动(一定金额以上货币交易强制性的使用支票、汇票等票据,以及电子转

[42] 1979年2月23日五届人大常委会第六次会议通过。

[43] 《最高人民法院关于罪犯在逮捕前被“隔离审查”的日期可否折抵刑期的复函》(1979年4月27日)。

[44] 《最高人民法院对揭批“四人帮”斗争中清查出来的犯罪分子在逮捕判刑前被隔离审查的日期可否折抵刑期的问题的批复》,1980年4月17日,〔80〕法研字第13号。

[45] 《最高人民法院研究室关于隔离审查日期可否折抵刑期问题的电话答复》(1991年12月17日);《最高人民法院关于依法监视居住期间可否折抵刑期问题的批复》(1984年〔84〕法研字第16号)。

[46] 参见(英)迈克尔·曼:《社会权力的来源》(第一卷),刘北成、李少军译,上海人民出版社2007年版,页1-45。

账、实践中普遍的使用信用卡),逐渐收紧了现金监管。为建立一个可提供信赖的市场交易秩序,现代市场体系亦培育了多种制度,如完备的不动产权登记、公开等制度。^[47]此外,基于国家管控需要,还建立了严密的税收征管体系和反洗钱犯罪制度以及公务人员财产申报等制度。以上制度大多并非专为反贪案件所设,但是其制度收益溢出,表现出了正的外部性(positive externality),为受贿犯罪侦查提供了一个非物质的却是实在的“现场”(crime scene)。而诸制度在中国 1996 年《刑事诉讼法》修正前和修正后极长时间没有建立或者没有有效实施。^[48]

第二,刑事法总体性(totality)的缺失,即刑事法没有在中观和微观层面为反贪案件提供助力。19 世纪的德国刑法学家李斯特建立了“全体刑法学”观,^[49]将这一观念从学科建设向行动力上延伸,以刑事法总体性的眼界审视即是“刑法—刑事证据—刑事侦查”的一体化:①宽疏不等的刑法犯罪构成要件设置,为刑事证据的证据能力、证明力、证明标准悬置了不同的要求。②不同的证据能力、证明力、证明标准要求,为刑事侦查提出不同的侦查手段、侦查技巧选用方式和侦查难度。方向翻转之后的逻辑线路是:第一,侦查力强弱,为证据实现提供了不同的可能。第二,证据实现程度,为刑法犯罪构成要件成立提供了不同的基础。三个层级的互相依赖和力量传递关系明显。那么,如果侦查实践出现与制度法相扭的大的偏转,就极可能不是侦查一隅的缺失,而是直接与刑事实体法和证据法所规定的犯罪构成相关,是刑事法总体性不足所致。

以此“刑法—刑事证据—刑事侦查”一体化的刑事法总体性的眼界来看,就反贪案件而言,在“刑法—刑事证据”这一环,1979 年《刑法》、1988 年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》和 1997 年《刑法》对于受贿罪构成要件的规定过于宽疏:①“为他人谋取利益”是客观要件还是主观要件曾莫衷一是;②国家工作人员在模糊人群内的边界存在重大争议;③犯罪构成出罪要件极多,如远低于市场价的“购买”、事后补借条、打麻将点炮、合资入股但仅少量出资、两口子行为、认干亲从而将受贿转化为亲友间情谊往来、有非对称交易外观等大量手段均可规避、消解犯罪构成。这些因素导致构成犯罪的支撑条件过于苛厉,必需有极细腻的证据体系才能达到证明标准所设置的要求,而这种过高的证明标准又为搜集证据的侦查提出了极严苛的难度,需要在多个证据、事实方向事先堵漏,侦查负载沉重。但是,基于 1980 年代以来的刑事政策设计,反贪案件的证据标准和各项证据要求、证明标准并未有任何降低,反而是在部分普通刑事案件中适用特殊证明标准保障,反贪案件依然执行最严格的证明要求。

普通刑事案件侦查有一个特殊证据规则庇护,即“两个基本”。1981 年 5 月,时任中央政

[47] 2012 年中国各地的房叔、房姐事件,使得此制度对于中国似更显制度收益。

[48] 时下中国个人所得税之所以实际上沦为国家机关、国有事业、国有企业单位工作人员的工资税,而对更多高收入的私营企业主、律师、艺人等自由职业主没有征管力量,原因也出于始终无法建立对国民收入的基本的监控。

[49] 参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论:犯罪原理的基础构造》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,页 5—8。

法委书记彭真针对当时凶杀、强奸、抢劫、放火、爆炸和其他严重破坏社会秩序的现行犯因“证据不完全,就判不下去”的情况,对于他 1980 年即提出的“两个基本”做了更为详细的阐述:“一个案件只要有确实的基本证据,基本的情节清楚,就可以判”,“要求把每个犯人犯罪的全部细节都搞清楚,每个证据都拿到手,这是极难做到的”。“至于判决性质不错或基本上正确,只是判刑轻重稍有不同意见,就不要长期翻腾”,“总的看来好,基本好,基本正确,就应该肯定是好,是正确”。^[50]该讲话由中共中央以中发[1981]21 号文件进行批转,“两个基本”作为一项基本刑事政策被固定。但该规则仅适用于普通刑事案件,而不适用于反贪案件,反贪案件依最高人民法院院长江华所说:“定案的事实必须是查证属实的,不清楚的、有怀疑的问题就不能认定。总之,案件事实一定要清楚,证据要扎实。”^[51]比如“赃款去向不明”这一因素,在普通盗窃案件中并不影响犯罪构成,但对于受贿案件则属于重要证据链条断裂或直接颠覆犯罪事实成立。

这样的反贪案件技术和证据规则约束,还导致了长期以来为学术界和社会所诟病的另一个司法陈习,即行贿人很少被追诉、交付审判。因为反贪案件机关只有将行贿人转化为与“污点证人”(tainted witness)同位格的司法角色,不对行贿人进行追诉,才能通过此辩诉交易(plea bargaining)^[52]以稳定作为对合犯的受贿罪两端之其中一端的言词证据,否则整个证据体系即被认为重大破损而无法认定。

由此,前述分别以受贿罪和故意杀人罪为示例所反映出来的两类案件的标示线路图,在侦查后续阶段更表现为不同。完整的图示表现为:

受贿罪: C — — — S — E₀ — E₁ — E_n — D — G

①获得一些微量线索(clues),根据侦查经验,某人有重大犯罪嫌疑(suspect),但仅是一些模糊的证据片段,甚至不足以达到立案的最低限度(所以以虚线——表示);

②通过初查,证据(evidence)量由空无、屑微(E₀)逐步增多(E₁);

③经过立案后充分侦查,达到“事实清楚,证据确实充分”的证明标准(E_n),犯罪嫌疑人可以被侦查终结、作为被告人(defendant)被起诉、定罪(guilty)。

故意杀人罪: CS — S — E₁ — E_{n-1} — D — G

①发现一个犯罪现场(criminal scene),经过现场勘查、重建,犯罪事实指向某人(suspect);

②当嫌疑人能被明确指向的时候,证据量已经达到较多(E₁),足以采取刑事拘留等强制措施;

③立案后侦查取证,不需要达到事实清楚、证据确实充分(E_{n-1}),即可以侦查终结、起诉、

[50] 参见彭真:“在五大城市治安座谈会上的讲话”(1981年5月21日、22日),载《彭真文选(1941—1990年)》,人民出版社1991年版,页409。

[51] “关于打击经济领域严重犯罪活动的谈话”(1982年3月),载《江华司法文集》,人民法院出版社1989年版,页227。

[52] 此方式是真正对应美国辩诉交易程序的中国行为,而此情形1997年以前即久已存在。学界纷扰的牡丹江铁路运输法院受理的孟广虎案是中国司法实践中更早就存在的赔钱减刑行为。

定罪。

以此为逻辑起点,再根据“刑法—刑事证据—刑事侦查”一体化的刑事法总体性眼界,来看反贪案件的“刑事证据—刑事侦查”这另一环,会顺应得出结论:应在侦查技术上对反贪案件作倾斜性规定,以提高侦查力。侦查力不是一个单变量结果,其不但取决于侦查技术,而且取决于侦查对象。但目前一方面,受贿案件日益隐蔽,侦查对象反侦查能力日益增强,另一方面,旧有的侦查技术手段完全无法担当。曾任最高检反贪总局局长的王建明承认:“目前我们发现犯罪的能力还不强,主要体现为依赖、等靠思想严重,过分依赖举报和纪检监察机关移送案件,发现犯罪的途径和渠道较为单一。”^[53]然而,基于各种复杂的政治考虑,从1978年检察院恢复、1979年《刑事诉讼法》颁布,检察院建立经济犯罪侦查机构,到1996年《刑事诉讼法》修改,反贪案件手段始终狭窄,完全无法匹配受贿类型犯罪的实际。1989年7月18日,中共广东省检察院党组曾给广东省委常委写请示报告,其中第4项说:“权力:除通常侦查手段外,经检察长批准,可以商请公安、安全机关采用秘密侦查措施;根据侦查工作的重要,可以建立专案和社会调查的特情耳目。”^[54]2005年3月,第十届全国人大代表、黄石市监察局副局长赵咏秋提交了《关于提升纪检监察机关反腐职能的建议》,在腐败多发地或程序环节设置“线人”跟踪侦探,或用电子设备进行隐蔽的取证(卧底反腐)。^[55]这些建议中提到的相关技术手段在普通刑事案件侦查中被赋予重要地位,^[56]在公安机关办理的毒品、恐怖犯罪、黑社会犯罪等孤证、少证案件中,使用特情的经费开支作为常规手段被列入财政业务费开支范围。^[57]美国国税局刑事调查部的探员马丁格说秘密线人(confidential informant)是最有价值的执法工具,“好线人,好案件;坏线人,坏案件;没线人,没案件”。^[58]

但是,反贪案件机关决定并直接使用各种技术侦查手段是政治问题而非简单的侦查技术问题。1982年,在中央政治局内分管政法工作的彭真即申明:

党内一律不准搞侦听、搞技术侦查。这是党中央决定的,是党中央多年来坚持的规定。在这个问题上,敌我、内外界限要分明,不能混淆。如果允许在党内使用此类技术侦查手段,此例一开,影响所及,势必在党内引起不安,引起一些疑神疑鬼、互相猜忌的现象,势必损害同志关系,损害党内民主团结和生动活泼的政治局面,并且会被阴谋家、野心家

[53] 王建明:“在全国检察机关反贪案件技能研讨会上的讲话”,见前注[15],页15。

[54] 《关于建立贪污贿赂罪案侦查局的请示报告》(粤检党字[1989]28号),载肖扬:《反贪报告——共和国第一个反贪污贿赂工作局诞生的前前后后》(附件三)法律出版社2009年版,页364—365。

[55] 参见赵咏秋:《我当代表十年》,湖北人民出版社2008年版,页434—445。

[56] 《中共中央关于加强公安工作的决定》,1991年10月31日,中发(1991)19号。

[57] 《耳目工作细则(试行草案)》(公安部1978年6月21日印发);公安部、财政部关于印发《公安业务费开支范围和管理办法的规定》的通知,1991年9月20日,公发[1991]12号。

[58] (美)约翰·马丁格:《秘密线人——最有价值的执法工具》,张辉等译,新华出版社2012年版,页1; *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201(1964)。

和帮派分子用来为非作歹,这对共产主义事业是很不利的。^[59]

1985年已经担任全国人大委员长的彭真继续强调:

党内不许搞侦听。搞侦听,后患无穷,实际上也解决不了什么问题。“文化大革命”以前,我和小平同志早就直接请示过毛主席、中央政治局常委,毛主席、常委同志同意我们的意见,明确决定不要搞那一套。现在技术发达了。搞这个太容易了。但是,一定不要用。在人民内部搞这一套没有什么大用,并有可能被敌人利用来做各种坏事。这种办法用到党内,就要造成疑神疑鬼,互不团结,并影响党的正常生活。切不要搞这种东西。^[60]

在公安侦查的普通刑事案件中,除监听、专案耳目、特情等手段之外,监视、密取证据、卧底侦查、秘密搜查等手段是从战争年代到前刑法时代再到刑法规范细密建立以来,经年使用的基本手段。^[61]但基于政治考虑,这些手段在反贪案件使用上时亦有诸多限制而讳莫如深。例如检察院反贪部门商请党委组织部,通过正式组织手续将一个充当卧底的侦查员(undercover)配给某握有重权的部门负责人任秘书,或通过其所在单位配给其任专职司机,或将其办公室主任转化为一个专案耳目。对此移用公安侦查手段于反贪所造成的政治后果,政治层面的考虑认为对政治的损伤远大于司法收益。

由此,原本由于反贪案件和普通刑事案件在自然属性上即存在重大差异,导致两类案件侦查难度迥异。而从刑事总体性下“刑法—刑事证据—刑事侦查”一体化视野看,对整个反贪案件总体的制度处遇的逆向区别,所产生的二元性又使得两类案件侦查力差别巨大。

以上情状在1996年《刑事诉讼法》实施后,基础结构能力和刑事实体法供给有适度改变:

其一,2007年中国金融监管机构加强金融监管,要求金融机构遵循“了解你的客户”的原则,了解客户及其交易目的和交易性质,了解实际控制客户的自然人和交易的实际受益人,确保能以重现每项交易,以提供识别客户身份、监测分析交易情况、调查可疑交易活动和查处洗钱案件所需的信息,在金融机构客户身份识别、客户身份资料和交易记录保存等方面收紧了管理。^[62]

其二,2003年最高人民法院对受贿罪“利用职务上的便利”、“为他人谋取利益”的认定等

[59] “在中央政法委员会扩大会议上的讲话要点”(1982年10月4日),载彭真:《论新中国的政法工作》,中央文献出版社1992年版,页302。

[60] 彭真:“搞好政法工作的几个基本问题”(1985年9月26日),同上注,页392。彭真所称似系出于1961年4月,毛泽东外出视察期间发现中央办公厅机要室对其谈话进行录音,于是指示汪东兴报告中央书记处查处,中央书记处对叶子龙等人进行了处分。1961年5月17日《中央书记处关于录音、记录问题的决定》作出了关于中央和地方党、政、军、群一律不准搞录音等五项规定。参见《杨尚昆日记》(上),中央文献出版社2001年版,页715—716;《杨尚昆日记》(下),页1—44。

[61] 《西北局关于目前锄奸问题的指示(初稿)》(1943年2月),载中央档案馆、陕西省档案馆编:《中共中央西北局文件汇集,1943(一)甲3》,页36;《公安部关于刑事侦察部门分管的刑事案件及其立案标准和管理制度的规定》(1979年12月24日)。

[62] 参见《反洗钱法》(2007年1月1日实施);《金融机构反洗钱规定》(中国人民银行令[2006]第1号,2007年1月1日实施);《金融机构客户身份识别和客户身份资料及交易记录保存管理办法》(中国人民银行、银监会、证监会、保监会[2007]第2号,2007年8月1日起实施)。

七个方面作了细化规定,〔63〕2007年中纪委八条〔64〕及随后最高人民法院、最高人民检察院对《刑法》受贿罪犯罪构成作扩大解释,对于以交易形式、收受干股方式、合作开办公司等合作投资名义、委托理财、赌博形式、以特定关系人为中介、收受汽车、房屋等未变更权属登记、收受财物后退还或上交、离职后收受财物等十个问题作了规定。〔65〕

其三,各种侦查手段也有了新的改变。第一,对重大反贪案件,检察院经常商请公安机关使用技术侦查手段,经过双方内部繁复的审批,由公安行动技术部门实施。当然其严格内审措施、实施条件和双向制约形态,〔66〕并非赋予检察院独立的实施行动技术权力,并未超出彭真所界定的政策范围。第二,晚近以来,江浙等多地检察院开始利用1996年修正后的《刑事诉讼法》第57条的模糊性,对重大贿赂案件犯罪嫌疑人使用6个月的指定监视居住强制措施,以在此其间获取口供。〔67〕

但是,反贪案件在初始立案上依附于纪委、借重于“双规”的局面并未改变,尤其是在高级职务国家工作人员受贿的大案要案中,仍几乎无一例外地系由纪委移送反贪局。诱致因素首先仍在于更具决定性的政治、经济、社会的基础结构能力和证据法、侦查手段被赋予的二元性并未根本改观;其次,这是指导反贪案件侦查的基本刑事政策考量和检察院进行的自我选择的结果等原因所导致。

四、刑事政策考量与检察院的策略性选择

卢埃林、弗兰克一系的美国现实主义法学(American legal realism)关心纸上的法条之外的因素对法规范和诉讼的影响。〔68〕但是,美国的学院派法学研究关注的诉讼以法官和法院审判为中心,以美国法学研究范式为摹本的中国研究视域亦黯淡了政治的、社会的因素对于侦查的制约,而公安管辖案件的侦查和作为刑事程序第三手的法院审判所感受到的程序外因素均远不及反贪案件,这是诠释反贪案件倚赖于“双规”的又一节点所在。

1978年检察院恢复,1979年8月最高人民检察院设立经济检察厅,反贪案件踉跄起步。

〔63〕《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》,2003年11月13日,法〔2003〕167号。

〔64〕《中共中央纪委关于严格禁止利用职务上的便利谋取不正当利益的若干规定》(2007年6月)。

〔65〕《最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》(2007年7月8日)。

〔66〕参见《北京市检察机关职务犯罪侦查工作规则》(2004年2月26日北京市检察院检委会通过)第120、121、145条。

〔67〕“被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定:(一)未经执行机关批准不得离开住处,无固定住处的,未经批准不得离开指定的居所。”

〔68〕 Gary J. Aichele, *Legal Realism and Twentieth-Century American Jurisprudence: The Changing Consensus*, Garland Publishing, 1990, pp. 51-73; Karl N. Llewellyn, “A Realistic Jurisprudence—The Next Step”, in William W. Fisher III ed, Morton J. Horwitz, Thomas A. Reed, *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, pp. 53-58.

1982年《中共中央、国务院关于打击经济领域中严重犯罪活动的决定》颁布,将打击贪污受贿等经济领域犯罪列为“党中央着重抓的两件大事”之一,这促成各级检察院经济犯罪侦查初具形态。1989年7月,中共中央审时度势,决定做几件群众关心的事,其中第七件事要求“严肃认真地查处贪污、受贿、投机倒把等犯罪案件,特别要抓紧查处大案要案”。〔69〕此后两高发布“通告”,掀起反贪工作的第二次高潮。以此为转捩,检察院经济犯罪侦查工作渐创出格局。1989年8月18日,广东省检察院撤销经济检察处,成立全国第一个集举报、侦查、预防犯罪为一体的反贪污贿赂工作局(副厅级)。〔70〕1995年最高人民检察院成立反贪总局,并与税务检察厅一个机构、两块牌子,兼查办偷税、抗税、假冒商标等案件。〔71〕“反贪局”渐成一个声名响亮的机构,“反贪局在行动”甚至成为迄今风靡不衰的官场小说内必有的素材。

但是,在当代中国政制,“党管干部”是一项根本的组织人事原则。“管干部”被理解为既包括提拔干部,也包括审查、处分干部。〔72〕检察院反贪案件声势渐壮后,坊间熟语称“组织部提干部,赶不上检察院查干部”,这显然表现出检察院已实际涉入干部管理。1993年福建高院院长陈新秀受贿案、〔73〕1995年泰安事件〔74〕等案件发生后,反贪案件在制度内的位置布局被高度关注。

在诉讼中,检察院既负担刑事案件批捕、起诉,又享有对看守所、劳教所、监狱、劳改场的监所监督和对法院民事、行政案件的监督,同时又有反贪、反渎(法纪)两项大的侦查职能。从1990年代中后期开始,“谁来监督监督者”的声音渐起,检察院在政治上、学术上渐处于低位。1996年修正《刑事诉讼法》和1997年修正《刑法》,检察院的侦查手段、实际侦查管辖范围等受到了极大调整,并被取消了免于起诉权。从1995年全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》开始,到1996年《刑事诉讼法》实施后几年内,法检两院之间的矛盾冲突亦达到顶点。要求取消检察院的批捕权、法律监督权尤其是反贪案件权,将反贪合并于监察部,改造为类似香港的廉政公署样式的机构,仅保留公诉,甚至取消整个检察院的声音,在学术界、律师

〔69〕《中共中央、国务院关于近期做几件群众关心的事的决定》(1989年7月28日)。

〔70〕参见《广东省志·检察志》,广东人民出版社2006年版,页106。

〔71〕时任最高人民检察院副检察长陈铭枢:“在最高人民检察院反贪污贿赂总局成立暨挂牌仪式上的讲话”,载《中国检察年鉴(1996)》,中国检察出版社1996年版,页101—102。

〔72〕“纪委对党的干部进行监督,对违纪的进行查处,是实现党管干部原则,加强党的领导的重要的有机组成部分。反腐败必须由共产党来领导。”参见尉健行:“反腐败既要坚决,又必须稳妥”(2002年11月10日),见前注〔26〕,页610。

〔73〕陈新秀三次受贿现金5000元人民币和一台价值842元的收录机,福建省检察院认定其构成受贿罪免于起诉,1993年最高人民检察院驳回陈申诉,维持原决定。参见崔敏:《中国刑事诉讼法的新发展——刑事诉讼法修改研讨的全面回顾》,中国人民公安大学出版社1996年版,页109—137;崔敏:《呼唤法制文明——为健全诉讼法制呐喊》,警官教育出版社1999年版,页709—718。

〔74〕1994—1995年泰安市检察院立案侦查了泰安市公安局副局长阎克争、局长李惠民案,并挖出泰安市委书记胡建学和市委副书记孙庆祥及3名市委常委、2名副市长受贿、贪污、挪用公款、流氓案,经山东省检察院侦查、移送起诉,分别被判处死刑、死缓、无期徒刑等重刑。参见《中国检察年鉴(1997)》,中国检察出版社1998年版,页421—422。

界、司法界均不绝于缕。此声潮直接影响了最高决策层对检察院的基本认识。1998年人大换届,政法机关进行教育整顿,检察院尤其是反贪局成为教育整顿中的重点。^[75]其间,九届人大委员长李鹏约肖扬、韩杼滨二人谈话,谈了四个问题,其中之一即是“高检对公安和法院都能起监督作用,惟独高检未明确自己由谁来监督”。^[76]

在此情形下,检察院本不具有在政治全局上的权威,又逢司法体制内和学术评价危机,因此采取了政治上最安全的方式,即将最被各界关注的反贪案件收敛于纪委之下。因为纪委在当世政治架构内,是一个政治位阶极高的党内机构,它消解了检察院从事反贪案件的各种政治顾虑。

1978年成立的中央纪委,较之1949年设立的中央纪委会和1955年设立的中央监委,在职能、地位、权力上均完全不同。1978年中央纪委成立,陈云任第一书记、邓颖超为第二书记、胡耀邦为第三书记,黄克诚为常务书记,王鹤寿等十一人为副书记,由100人组成中央纪律检查委员会。^[77]在中国政体内,机构的权威与机构负责人在中共党内排名为正相关。陈云在1934年即任中央政治局常委,与邓小平是文革后两位仅存的中共1956年第八届中央政治局常委,第一代领导集体核心之一。此后历届中央纪委书记均由中央常委担任。从1982年十二大开始,中纪委委员与中央委员、中顾委委员(1982、1987年)一样,均由党的全国代表大会选举产生。2000年,中共中央还赋予纪委介入传统上由各级组织部固有行使的干部日常考核、选拔任用中,规定“加强对党政领导干部和干部选拔任用工作的监督。建立和完善……组织部门和纪检、监察部门联席会议制度”。^[78]中共中央又规定“为适应反腐败斗争的需要,进一步加强党的纪律检查工作,中央决定逐步做到地方各级纪委书记由同级党委副书记担任”。^[79]2004年之后,中共中央更作了一个新的重大变更:决定中央纪委、监察部全面实行对派驻纪检组、纪委进行统一管理,^[80]从而使得纪委更不易受制于地方的组织、利益牵扯和干预。由上可见,纪委从1978年建立迄今,在政治上,相对于党内其他工作部门、办事机构和政府、人大、

[75] 《中共中央组织部、最高人民检察院关于对地、县两级人民检察院和反贪局领导干部进行普遍考察的通知》,1998年6月9日,组通字[1998]25号;《中共中央组织部、最高人民检察院关于进一步加强地、县两级人民检察院领导班子组织建设有关问题的通知》,1998年12月18日,组通字[1998]58号。

[76] 李鹏:《立法与监督——李鹏人大日记》(下),新华出版社、中国民主法制出版社2006年版,页489。

[77] 《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》(1978年12月22日通过),载《三中全会以来重要文献选编》,人民出版社1982年版,页14;《中央纪律检查委员会第一书记、第二书记、第三书记、常务书记、副书记、常委、委员名单》,载《人民日报》1978年12月25日,第1版。

[78] 《中共中央办公厅关于印发〈深化干部人事制度改革纲要〉的通知》,2000年6月23日,中办发(2000)15号。

[79] 使用的措辞不是“兼任”。虽然2007年之后中共中央部署地方党委副书记职数削减,地方纪委书记不再是副书记,但是因为副书记削减,除政府首长外,仅有一个综合协调的副书记,因此地方党委常委的权重较之前上升。

[80] 《中国共产党中央纪律检查委员会第三次全体会议公报》,载《人民日报》,2004年1月14日,第1版。

两院等所有机构,日渐强势。在具体的反贪事务权力行使上,纪委逐渐被赋予全局的组织协调地位,检察院反贪案件则纳入纪委领导之下。

最高人民检察院从恢复组建、开始工作之初,在两项自侦案件上即确立了与中纪委的密切关系。1980年1月《刑法》、《刑事诉讼法》正式实施,当月召开的高检院务会议上,主持工作的高检院党组副书记喻屏就提出:“法纪检察和经济检察工作,可以说基本上还没有开展。过去干部少,没有力量,现在干部多了,可以抓了。首先要抓办案,不能坐而论道。这两项工作都和端正党风党纪有直接联系,要和中纪委建立密切联系。”^{〔81〕}

从1982年打击经济领域犯罪开始,中共中央规定:“党的各级纪律检查委员会应当成为党委领导这场斗争的坚强有力的办事机构。”^{〔82〕}而对于两高在此运动中的位置,时任最高人民法院院长郑天翔说:“关于经济犯罪案件,由中纪委牵头,高检、高法派人参加,共同研究,哪些该判,哪些该杀,然后分头办理。”^{〔83〕}1986年全国政法工作会议,政治局委员、书记处书记、中央政法委书记乔石明确界定:“特别是打击经济犯罪,法律、政策界限不易掌握,需要在党委领导下,会同各有关部门共同研究”,“查处经济案件不宜由政法部门来牵头,必须由各级党委来统一领导,组织各有关部门协同配合”。^{〔84〕}

随着职务犯罪在1992年之后逐渐成为政权内突出问题,“党内不正之风”的提法在官方话语体系中亦被直白的“腐败”一词所替代,对此事关政治全局的事项,纪委的份量更加持重。1997年中共十五大报告确立“党委统一领导,党政齐抓共管,纪委组织协调,部门各负其责,依靠群众的支持和参与”的反腐败领导体制和工作机制。^{〔85〕}2002年中共十六大修改《党章》,将“纪委组织协调反腐败工作”写入党章第44条,^{〔86〕}纪委在制度内的规范地位至此被以最高规格的党内规范固定。

因此,由于纪委的政治位阶和实际政治地位,对检察院而言的案内外顾虑,于纪委而言均不构成障碍。目前,检察院案件侦查管辖实行分级立案侦查,线索管理、初查与此保持一致:县(处)级干部和其他市地管理的干部涉嫌职务犯罪的案件线索由市院负责管理和初查、侦查,地(厅)级干部和其他省管干部涉嫌职务犯罪的案件线索由省院负责管理和初查、侦查,省部级干

〔81〕 高振河:《喻屏传——一位老共产党员的人生历程》,中共党史出版社2005年版,页450。

〔82〕 《中共中央、国务院关于打击经济领域中严重犯罪活动的决定》,1982年4月13日,中发(1982)22号,载中共江西省委打击经济犯罪活动办公室编印:《打击经济犯罪活动文件选编》1986年版,页3—14。

〔83〕 郑天翔:“坚决执行依法从重从快的方针——同省、市、自治区法院院长的谈话”(1983年8月3日),载郑天翔:《行程纪略》,北京出版社1994年版,页370。

〔84〕 参见“加强学习 振奋精神 做好政法工作”(1986年3月4日),见前注〔20〕,页84。

〔85〕 “高举邓小平理论伟大旗帜,把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪”(1997年9月12日),载《江泽民文选》(第二卷),人民出版社2006年版,页46。

〔86〕 《中国共产党章程》(中国共产党第十六次全国代表大会部分修改,2002年11月14日通过),载《人民日报》2002年11月19日,第1版。

部由最高人民检察院侦查。^{〔87〕}这种依干部职级划分案件侦查管辖与党委、党委组织部“下管一级”的组织人事体制一致,而与法院仅根据标的、量刑、刑种划分民商案件、刑事案件审判管辖形成鲜明对比。纪委虽然也执行此级别管辖尺度,但是驱动因素则完全不同。对于反贪案件而言,上收一级的管辖体制主要是考虑在目前分层治理、横向管理、“块块为主”的体制内,侦查机关受同一层级组织人事、编制、财政、土地等各个机关的制约而力量受限,或为此后工作造成困难。

即使在这样的反贪案件管辖体制下,侦查经验表明政策制度微妙亦并非没有学术关注意义。如果某县委书记的受贿案件不是由上级交办,而是检察院自查收集证据认定,虽然在1988年案件请示报告制度建立之后,未获得同意的立案、强制措施采取甚至初查都较难启动,但是如果有确实证据证实,罕有地方党委作否定指示。但这种先造成既定事实再要求批准的做法,不仅可能会被认为侵蚀了对干部的管理权,有关办案人任职前途受影响,而且其他部门亦会对检察院避而远之。在“机关办社会”的现实下,干部职级、职数配备、经费、办公、办案用房和人员家属住房等各方面都会得不到支持,这是检察反贪案件的主要案外顾虑。而这些案外考虑对于纪委几乎不成为影响。即使在学院内研究而言是微不足道的细节,但于办案实践却极重要的制约条件,办案费用问题,对需要向本级财政申请专案经费补助的检察院来说,始终是个敏感、头痛的主题,但是对于纪委,经费完全不构成制约。^{〔88〕}

尤需提及的是,侦查机关实际作为纪委的预审机构这一关系形成,在中国政治语境下,有现实的政治考虑,即对特殊政治性案件的查办,检察院的政治分量不足。1978年之后,由林彪、江青两案开始了先例。1978年十一届三中全会公报宣布“必须加强社会主义法制,使民主制度化、法律化,使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威,做到有法可依,有法必依,执法必严,违法必究。……检察机关和司法机关要保持应有的独立性”。^{〔89〕}但原由汪东兴领导的“林江两案”中央专案组在十一届三中全会闭幕之后,移交给了中央纪委。中央纪委成立了“林彪、江青反革命集团案件审理领导小组”,中纪委副书记刘顺元领导一组,审查林彪集团案件;中纪委副书记张启龙领导二组,审查江青集团案件;中纪委副书记王鹤寿、章蕴领导三组,审理康生、谢富治的问题。^{〔90〕}至1980年4月以后,江青集团移交给公安部预审,林彪集

〔87〕 参见《人民检察院刑事诉讼规则》(1999年9月21日);《浙江省人民检察院关于规范要案线索管理和初查工作的有关规定(试行)》,2002年1月17日,浙检反贪字〔2002〕13号。

〔88〕 中央纪委书记吴官正在给中央书记处书记、中央纪委副书记何勇和其他中央纪委驻会领导的信中说:“财政部保证办案费用,我们更要自觉,更要带头,希望管理局加强管理,希望分管领导严格要求。”参见“大力发扬艰苦奋斗的作风”(2007年7月10日),载吴官正:《正道直行——党风廉政建设的实践与思考》,人民出版社2008年版,页487。

〔89〕 《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》(1978年12月22日通过),载《人民日报》,1978年12月24日,第1版。

〔90〕 参见汪文风:《从“董怀周”到审江青》,当代中国出版社2004年版,页54、63。

团移交给总政预审,预审完毕移交最高人民检察院审查起诉。^[91]这一模式为此后三十年大要案办理所沿袭。

五、走出双规?

1979 年纪委成立初期,中央纪委常务副书记黄克诚曾担心:一些案件可能中央纪委再三督促地方党委也不办,不答复,考虑要请《人民日报》帮忙,而如果有些事《人民日报》也推不动,就要请最高人民检察院和最高人民法院帮忙,“如果我们没有这种决心和勇气,就只是‘养老院’了”。^[92]三十多年间不断的制度调整使得黄克诚的担心没有出现,纪委成为既具有超越于被查处对象的至高政治地位,同时又有坚实的具体手段的反贪机构,这些坚实手段突出的表现在“双规”措施上。在刑事政策设计上,“双规”的制度功能具有技术纽结意义。目前反腐败领导体制的既定政策“党委统一领导”、“纪委组织协调”于 1997 年 10 月确立,制度调整需由技术细节获得支持,这一体制通过前述 1996 的《刑事诉讼法》修正获得实际保证。如果检察院反贪局具有独立的发起对大案要案的侦查能力,则该体制势必会被弱化。

但是,如前文所述,对“双规”的批评是无法回避的,其只是一个阶段性政策的产物。2001 年,时任中央纪委书记尉健行就表示:“有的被审查人员被‘双规’半年、一年,甚至更长。这当然与案件复杂有关系,也与办案条件有关系。现在要就‘两规’规定一个时限也难,但还是要有一个大致的时间规定。”^[93]在基本治理思路,晚近中国不断宣示法治化道路,在“双规”这一各界瞩目之问题上近期亦渐作出调整。

2012 年《刑事诉讼法》修正即可看出立法在试图“走出双规”方向上对反贪案件手段上的努力:①第 148—152 条规定对于“重大的贪污、贿赂犯罪案件”,检察院可以使用技术侦查手段,此措施被学界给予较高关注。②将传唤时间由 12 小时改为 24 小时。但是,此次修法规定技术侦查,实际上并非反贪案件手段具有实质意义的制度增量措施,只是对前述多年来侦查实践做法的一个法律确认,内审程序和条件、形态亦如此前。^[94]24 小时规定相对于反贪案件“案件突破”的必要时间而言,制度的边际收益意义并不大。^[95]在侦查行动力上,具有制度增量意义的是第 73 条的规定。2012 年《刑事诉讼法》第 73 条规定:“对于涉嫌特别重大贿赂犯

[91] “回忆彭真同志领导下的‘两案’审判工作——访审判林彪案办公室副主任图们”,见前注[13],页 112。

[92] “在中央纪律检查委员会第一次全体会议开幕式上的讲话”(1979 年 1 月 4 日),载《黄克诚纪念文集》,湖南人民出版社 2002 年版,页 79。

[93] 尉健行:“查办案件工作的方针政策”(2001 年 8 月 22 日),见前注[26],页 568—569。

[94] 参见《北京市检察机关职务犯罪侦查工作规则》(2004 年 2 月 26 日北京市人民检察院检委会通过);《公安机关办理刑事案件程序规定》(2012 年 12 月 13 日颁布)第 254—264 条;《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(2012 年 10 月 15 日颁布)第 263—267 条。

[95] 当然不可能过长时间或回到 1997 年之前实际无时限的连续传唤。

罪,在住处执行可能有碍侦查的,经上一级人民检察院批准,也可以在指定的居所执行。”该条是从侦查技术上解决检察院反贪案件依赖纪委“双规”问题的一个条款。然而,此努力却遭致学界意见反弹,该条从征求意见稿公示开始即引发强烈批评。

从前文细述的受贿案件的自然属性和制度处遇以及基础结构能力、刑事法总体性的弱势而言,该条是在反贪案件能力所受到的结构性约束形态下的一个被决定条款。从“双规”到第73条指定监视居住,对正当程序论而言,显然是一种改进:①检察院由人大产生,受人大监督,整个检察院有组织法、程序法、实体法制约。②指定监视居住并非如“双规”是一个封闭的程序,按照2012年《刑事诉讼法》第37条规定,辩护律师可以同被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人会见、通信、提供法律咨询,会见不被监听,自案件移送审查起诉之日起,可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据。③时间,不是指定时间和无期限羁押,最长时限6个月。④只能适用于犯罪金额50万元以上的案件,^[96]而不是琐细案件。⑤指定监视居住措施必须报上一级检察院批准,审批机关至少是地市级检察院,加上2009年之后地方检察院自侦案件逮捕由上级检察院决定,^[97]则使立案机关因事先的自我审查和事中、事后上级机关的审查而受到严格约束。⑥按照最高人民法院细则,整个程序亦建立了诸多内部约束机制和适当的开放性。^[98]

当然,就本文所述检察院相对于纪委在政制内的位阶和结构性权力而言,该条可能并未能完全取代对高级别国家工作人员受贿犯罪初始突破时依赖“双规”的局面。但该条规定是对2012年之前江苏、浙江等地反贪实践中即开始施用的指定监视居住做法的一个形式合法性的确认。通过立法的正式纳入,修补了此前利用立法漏洞进行各种机会主义司法的弊端,维护了正当程序论之威信。而且,依经验而非理论跳动来看,在江苏、浙江一些市县反贪案件实践中,指定监视居住手段的使用使检察院在部分非重要职务案件中已不再依赖“双规”。

笔者认为,刑法修改甫定,鉴于中国社会的复杂,刑法条文需要经历时间沉淀,才可辨识出制度效果,过早的断言是一种自负。但此前经验支持这样一种印象:相对于基础结构能力和整个刑事法的总体性而言,目前刑法法条的规定侦查程序的立法体例,依然构成对反贪案件的一种管制,而在没有通过根本的结构性制度供给满足侦查需求、提高侦查能力的情势下,管制只会催生出非正式程序以进行功能替代。而在基础结构能力大规模提升有限甚至困难的局促下,“走出双规”对正当程序论提出的一个自我理解的问题就是中国刑事诉讼是否需要建立特别刑事程序的问题。

本文开头所描述的相对于普通刑事案件的反贪案件的自然属性和制度处遇,构成“双规”问题域的起点。这种事态所提示的另外一个意义在于刑事立法可能存在的偏差:刑事立法者

[96] 侦查实践为规避该数额限制,已经提出50万是立案时涉嫌数额,而不可能是侦查终结或判决认定数额,这或可导致该数额限制虚化。

[97] 《最高人民法院人民检察院关于省级以下人民检察院立案侦查的案件由上一级人民检察院审查决定逮捕的规定(试行)》(2009年9月4日起施行)。

[98] 参见《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(2012年10月15日颁布)第110—128条。

在侦查制度构建时的认知原型(prototype),显出自公安机关侦查的故意杀人、抢劫、强奸妇女等普通刑事案件,反贪案件仅是《刑事诉讼法》第二编内规定十个小组的普通侦查 49 个条款后 5 个条款的附录,对反贪案件的殊异个性估计不足。此外,基于各种政治考虑和刑事政策设计,反贪案件和普通刑事案件在刑法、证据法、侦查权力赋予反而表现出来一种并非倾斜于反贪案件的二元性。失范由此而起。

失范,是行为为既有系统所不容,但是失范标示社会演化并推动社会改新,如果所有的行为都是中规中矩,那么表明社会始终是在封闭系统内重复而没有改新,亦无法促动规范更新。刑罚世轻世重,程序因犯罪事态而定,而不可能制定一个万事仪表的程序反复用于任何时间空间的犯罪。刑事法学者常将无罪推定、罪刑法定和改进对被告人权利保护等制度吁请、诉诸于名人名言,其中之一即溯源于贝卡利亚,从贝卡利亚的论述寻找话语支持,但贝卡利亚也早就说过:“为了打倒一头狂暴的扑向枪弹的狮子,必须使用闪击。”^[99]在正当程序理论策源地的美国,1970 年面对有组织犯罪潮,尤其是对罪犯老大(crime bosses)起诉困难所凸显的传统法律的无力,美国颁布了“关于诈骗与腐败组织法”(1970 Racketeer Influenced Corrupt Organization Statute)(RICO),其中对追诉和审判都进行了新的锐利规定。^[100]2001 年“9·11”后,面对犯罪手段绝然不同于传统技法的“超限战”,美国国会深感整个刑事法总体性的软弱,颁布了旨在专门对付恐怖犯罪的 PATRIOT(爱国者法案),在十个大类条款包括电子通讯的监听、截取计算机信息交流等侦查手段方面突破此前的立法和判例。^[101]

时下中国刑事诉讼实践中,“双规”等非正式程序内的行为的出现,传递的是正当程序设计本身的理性不及。依西方政治哲学中绵延不绝的契约论思想,法律是公民和国家公权力之间的一个“清单”、“大宪章”、“契约”。^[102]根据正当程序立论前要件之一的这种契约论思想,如果将刑事诉讼法作为一个契约,那么因为大量未来事态、事件、行为是不可预测的,契约是不可能完备的,无法穷尽各种不确定并预先规定在文本中。即使可以预测到,亦可能是不可描述的,因为描述要使用语言,而语言又是另一个不确定性的外部工具,因此,即使事先作了记载,事后的应用者也可能对同一个语词的涵义发生分歧,从而发生行为偏离。

因此,正当程序理论希冀的程序正当常被违反。遭遇“双规”,提示出正当程序的自我设计之不及,就本文分析的主题,所指向的即是:在政策性因素发生变化、社会基础结构能力等因素转变之后,在现有的实体法和证据、侦查等程序法供给条件下,检察院反贪案件机构独立发起

[99] (意)贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 1993 年版,页 44。

[100] Stephen L. Mallory, *Understanding Organized Crime*, Jones and Bartlett Publishers, 2012, pp. 225—227.

[101] William C. Banks, “United States responses to September 11”, in Victor V. Ramraj, Michael Hor and Kent Roach, *Global Anti-terrorist Law and Policy*, Cambridge University Press, 2005, pp.490—510.

[102] 参见(法)卢梭:《社会契约论》,李平沅译,商务印书馆 2011 年版,页 17—21;(法)让·博丹:《主权论》,(美)朱利安·H.富兰克林编、李卫海等译,北京大学出版社 2008 年版,页 48。

侦查大案要案的侦查力能否建立。

六、余 论

学界以正当程序和社会控制的二元对立作为中国刑事诉讼法学的立论空间,两者可能只是学术想象的对立。自由主义国家不是社会控制能力软弱的国家,即使在“守夜人”意义上的最小国家而言,利维坦也必须具有调处公民社会的力量,具有社会控制以及在公共生活受到侵害时实现刑法设定的报复、一般预防、特殊预防功能的能力,是谓“藏器于身,待时而动”。如果基础性的社会控制形态去软化,依托道德哲学、政治哲学内的悖反论题会逐渐丧失立论空间。

1997年之后中国反贪案件的局面与“双规”问题的凸显或可作为这一想象的学术对立之反射。“双规”成为现象,原本就在于1996年《刑事诉讼法》大幅地削弱了反贪案件能力,而制度供给又没有以新手段弥合需求。以激进的态度改变反贪案件线路以“走出双规”和2012年《刑事诉讼法》第73条,势必陷入又一个“革命第二天”问题:以断臂之勇变革陈规成功后怎么办,是回到过去还是听任陷入混乱?取消“双规”之后,反贪案件如何侦查?完全无能为力还是走回到另外一个别的名义的没有“双规”的双规?

“告别革命”和“革命再起”论^[103]是政治历史大题,本文只在狭窄论题内,从技术发生角度,对“双规”问题作朴素的经验分析,进行不同于泛道德立场的社会物理学形态观察。虽然韦伯挖苦说,“专家没有灵魂,纵欲者没有心肝”,^[104]但它使诛心论没有了对象,从而使得讨论只在事实因果间展开。

(责任编辑:傅郁林)

[103] 参见李泽厚、刘再复:《告别革命——回望二十世纪中国》(第五版),香港天地图书有限公司2011年版,页121—141。

[104] (德)马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓、陈维纲等译,生活·读书·新知三联书店1987年版,页143。