



刑事侦查中的 令状制度研究

XING SHI ZHEN CHA ZHONG DE LING ZHUANG ZHI DU YAN JIU

高峰 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



本书的研究和出版得到孙长永教授“全国优秀博士学位论文作者专项资金(200305)”的资助!

刑事侦查中的 令状制度研究

XING SHI ZHEN CHA ZHONG DE LING ZHUANG ZHI DU YAN JIU

高峰 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事侦查中的令状制度研究/高峰著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0723 - 6

I. 刑… II. 高… III. 刑事侦查学 - 研究 IV. D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 128524 号

刑事侦查中的令状制度研究

XINGSHI ZHENCHAZHONGDE LINGZHUANG ZHIDU YANJIU

著者/高峰

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/10.625 字数/237 千

版次/2008 年 8 月第 1 版

2008 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0723 - 6

定价: 29.00 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: 66065672

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

控审分离及其在中国的进一步实现

(代序)

孙长永

(西南政法大学教授、博士生导师)

自近代以来,以保障基本权利为核心的一系列法治原则逐步得到世界绝大多数国家宪法的确认。作为法治的基本原则之一,分权制衡成为民主国家宪法的一项通则。分权制衡在宪法层面上表现为立法、行政和司法等国家权力在不同国家机构之间的合理分配以及它们相互间的牵制,在刑事诉讼过程中则体现为控审分离及其相关的诉讼制度和原则。纵观法国大革命以后的欧洲刑事诉讼制度史,控审分离大体上经历了“两次”:第一次是审判阶段控诉职能和审判职能的分离,第二次是审前阶段追诉权力与裁判权力的分离。历经大革命时代的多次反复,1808年的法国《治罪法》最终借鉴英国对抗制诉讼

的部分原则和技术，建立了所谓“改革后的刑事诉讼”（reformed criminal procedure）制度，在这一制度下，原来纠问式诉讼中集中于法官手中的控诉职能被交给检察官履行；未经起诉，不得审判；既经合法起诉，法院无权拒绝裁判；控诉限制审判范围，审判决定控诉的成立与否，由此形成了控、审权力互相牵制的格局。在无罪推定原则和程序法定原则的约束之下，第一次控审分离开创了以独立的司法权力和严格的司法程序保障基本人权的历史先河。第二次世界大战以后，基于对法西斯暴政和战争灾难的深刻反省，同时再次受到英美“正当程序”的启示，欧洲大陆以预审制度的改革为中心，先后实现了第二次控审分离。德、意等国废除了纠问式的预审制度，将预审法官批准各类强制侦查措施和审前羁押的司法权力交由独立的法官行使，而将预审法官亲自实施或者指挥实施强制侦查的权力转移到检察官手中。法国虽然没有废除预审制度，但预审程序逐渐向“司法化”方向转变，先是预审程序中律师帮助权和当事人参与权的不断扩大，继而将预审法官批准审前羁押的权力转交给专门设置的“自由与羁押法官”行使。另外，在《欧洲人权公约》和欧洲人权法院判例的影响下，意大利（1989年）、保加利亚（1997年）、俄罗斯（2001年）等先后修改本国的《刑事诉讼法》，取消了检察官或检察长的羁押决定权。如果说第一次的控审分离是关于刑事诉讼“实体”问题的，那么，第二次的控审分离可以说是关于刑事诉讼“程序”问题的，——只是，不要忘了，所谓“程序”问题，其本质仍然是宪法权利的司法保障问题。

自1949年以来，中国大陆的政治制度和刑事诉讼制度走上一条完全不同于西方法治国家的发展道路。在实行人民代表大

会制度的前提下，如何正确处理不同国家权力之间的相互关系，一直是一个未能得到妥善解决的问题。仅就刑事诉讼中的国家权力而言，公安机关曾经长期拥有不经法院审判而宣布“管制”的权力，至今仍然享有不经司法审判而以“劳动教养”的名义长期剥夺公民人身自由的权力；检察机关直到1996年修改后的《刑事诉讼法》实施以前，也享有以“免于起诉”的名义定罪的权利。1979年《刑事诉讼法》和1982年《宪法》均将公、检、法三机关在刑事诉讼中的相互关系界定为“分工负责、互相配合、互相制约”的关系，但法院的“审判权”似乎主要是定罪判刑的权力，因为在司法实践中法庭审理往往是走过场的，审理以后要做出无罪判决又面临重重阻力，法院对刑事案件的审判似乎主要是为了确认侦查、起诉机关的劳动成果，而不是以独立的司法权力对追诉权力的行使进行有效的审查和控制。20世纪90年代以来的审判方式改革，在一定程度上增强了法院审判的“实效”，但事实上的定罪权力基本上仍然掌握在侦查机关手中。形成这种局面固然有政治体制方面的原因，但从法律制度上看，主要原因在于追诉权力与司法权力配置不当，在于“侦查、起诉机关享有裁判权力，审判机关承担追诉职责”这一司法体制。受这一体制所限，在中国大陆地区，“第一次控审分离”尚未完全实现，“第二次控审分离”尚处于理论探索阶段。

近些年来，学界在研究《刑事诉讼法》再修改的过程中，几乎异口同声地主张建立对侦查行为的司法审查制度，以期通过审前阶段的控审分离，解决我国侦查实务中普遍存在的滥用权力、随意侵犯人权的种种问题。这一主张一方面准确地回应了经济市场化以后公众不断增强的权利诉求以及社会转型时期

司法权力相对扩张的现实需要，另一方面也反映了改革开放时代法学家们以国际眼光解决国内法律难题的良苦用心。从法律性质上看，强制侦查措施的批准权总体上属于司法裁判权的范围，不属于侦查、起诉机关的固有权限，因而它不应当由承担追诉职责的公安、检察机关自由行使，而应当由独立的司法机关以符合程序正义要求的方式行使。如果侦查、起诉机关自行掌握着强制侦查的批准、决定权，那么，本来公正、中立的裁判权就会沦为追诉权的附属品，其结果是，凡是强制侦查权力能够延伸到的地方，任何人将不再享有任何实质性的权利，等到法院决定审判的时候，法院也已经没有足够的条件或能力对被告人提供有效的司法保障。只有建立对强制侦查的司法审查制度，藉此建立对侦查、起诉行为的程序性裁判制度，才能从实质上全面确立“控审分离”原则，使追诉权力与司法权力得到合理的配置，进而使司法裁判权真正成为一支独立于追诉权力、并且对追诉权力构成合理制衡的力量，从制度上保证司法机关享有足够的权威，以保障基本权利不受侦查、起诉机关的随意侵犯。

不过，与欧洲大陆控审分离的实现路径截然不同的是，中国大陆地区的控审分离并不是从法官手中分离出控诉职能和追诉权力，而是从侦查、起诉机关手中分离出审判职能和裁判权力。由于司法传统和政治体制等多种因素的影响，中国大陆地区的法院系统尚未成长为一支独立的司法力量，在很大程度上它还是政治权力的驯服工具；相比之下，享有各种强制侦查权的公安机关却拥有无可比拟的“政治优势”，而检察机关的侦查权又与目前强调的“反腐败斗争”密切联系在一起。在这种背

景下，法学家们要求重新分配刑事司法权力的善良愿望以及社会公众视法院为“正义的最后一道防线”的崇高期待能够在多大程度上转化为现实，尚有诸多的变数。或许，理论上的积累尚需时间、条件的成就方能最终“开花结果”。

强制侦查的司法审查主要体现为侦查过程中的司法令状制度。如何借鉴法治国家的经验建立中国的令状制度，已经成为目前国内学界的一个热门话题。然而，令状制度的本质和功能是什么？构建令状制度可能面临哪些障碍？令状制度应当以何种方式实现？诸如此类的问题，尚需深入研讨。高峰以同名博士学位论文为基础修改而成的《刑事侦查中的令状制度研究》一书，对以上问题作了全面、系统的研究，其中对一些重大理论和实际问题提出了相当独到的见解。如在谈到令状制度的功能时，作者指出令状制度同时具有控权功能和维护执法权威的功能，因为令状制度就像整个司法裁判制度一样，将政府与人民这一具有宪法意义的“政治关系”纳入“技术化”的程序处理系统，以规范侦查行为、维护个人权利和保障司法独立的形式予以“个别分解”，这不仅可以使利害关系人通过正当程序获得救济，也可以使政府执法所必不可少的政治权威得以维持。这一论断有利于打消人们对于建立令状制度可行性的质疑，完全符合中国刑事侦查的现实需要。再如，作者对令状审查程序与审判程序进行了严格的区分，不赞成将法治国家侦查程序的“诉讼化”现象过分夸大，这对于似乎需要不断构建新制度的中国立法者来说无疑是一个非常有益的提示。作者提出的创新见解还有很多，总体说分析论证比较到位，但个别地方（如关于检察机关签发令状的正当性分析）也未必能够获得学界多数人

的认可。作为高峰的导师，我愿意把高峰倾注了多年心血的这部力作推荐给读者，希望它能够为学界和实务界深入思考控审分离原则在审前阶段的实现提供崭新的视角，也希望高峰博士能够以本书为起点，不断创新，为推动中国的程序法治做出新的贡献。

作为导师，我深知高峰在这部著作中所付出的心血和汗水。这部著作不仅是一部学术著作，更是一部具有现实意义的著作。它从控审分离原则出发，深入探讨了审前阶段的程序法治问题。高峰在书中提出了许多独到的见解和观点，为学界和实务界提供了新的视角和思考。这部著作的出版，不仅是对高峰个人学术成果的肯定，也是对他在程序法治领域所做贡献的认可。我希望这部著作能够引起学界和实务界的广泛关注和讨论，为推动中国的程序法治做出新的贡献。

内 容 提 要

令状制度起源于英美法系国家,最初的刑事侦查令状只是执法工具,并不具有保障人权的功能。经过数百年的演变,令状制度的人权价值逐步得以提升,并成为英美法系国家控制侦查权的主要途径。大陆法系国家根据自身的法律文化传统和司法体制背景对英美法系国家的令状制度进行了移植和改造,形成了独具特色的令状制度。当前,令状制度已成为两大法系控制侦查权的共同经验,为法治国家所普遍尊崇,同时还得到了有关国际人权文件和国际人权组织的确认和提倡。在我国刑事审前程序中构建令状制度业已成为司法改革的重点课题,在此背景下,研究刑事侦查中的令状制度具有深刻的意义。本文以刑事侦查中的令状制度为研究对象,从考察令状制度在英美法系国家的起源出发,先研究英美法系国家的令状制度,再将其与大陆法系国家的令状制度进行比较法考察,在此基础上深入剖析令状制度的价值和功能,最后对我国构建令状制度提出立法建议。本文共六章。

第一章为绪论。本章主要介绍令状制度的一些基本概念以及令状制度的起源。令状制度包罗万象,林林总总,而历史上的普通令状和协助令状曾是政府剥夺民权的臭名昭著的专制工具。本章首先将本博士论文的研究对象限定为刑事侦查中的令状制度。令状制度不仅仅意味着由法院掌握强制处分的决定权,历史上法官曾经签发“概括性”授权的普通令状,但由于缺乏具体的司法授权,此类令状不属于现代意义上的令状制度范畴。此外,签发

令状的过程还必须是法官在审查基础上行使自由裁量权的过程。因此，令状制度应当包含三层含义：1. 侦查人员必须具备行使强制侦查行为的实质根据；2. 法官签发令状是对特定的强制侦查行为进行具体的司法授权；3. 令状签发过程是法官依法审查行使自由裁量权的过程。第一层含义强调令状制度的实体要件，第二层含义强调令状必须具有“特定性”的形式要件，第三层含义强调令状制度的程序要件，令状签发程序必须具有司法审查性质。令状制度的概念至少包括三个方面的内容：侦查机关在实施重要强制侦查行为之前，应当向司法机关申请令状；法官经过审查认为侦查机关已经具备实施强制侦查行为的实质根据，有权签发令状并在该令状中对强制侦查行为的时间、对象、范围做出严格的限定；原则上，侦查机关只有在获取令状具体授权的前提下，才能实施强制侦查行为，但侦查人员实施非强制性侦查行为、紧急侦查行为、附带搜查行为和盘查行为时无需令状的授权。本章在考察令状制度在英美两国发展史的基础上，揭示了令状制度从最初的执法工具演变为控制侦查权工具的一般规律，即：英美法系国家令状制度是在依次具备可能事由为主的实体要件和特定性为主的形式要件以及法官自由裁量为主的程序要件的前提下，逐步发展成为控制侦查权的有效工具的。由此，划分了侦查中的令状制度与其他令状制度的本质区别，以及现代意义上具有控制侦查权和保障人权功能的令状制度与传统意义上作为执法工具的令状制度的区别。尽管各国对于令状的适用范围问题的立法例不尽一致，但趋同性占主流地位，这体现在两个方面：一方面是司法令状的适用范围呈现出逐渐扩大的趋势。而这一趋势是技术侦查的发展所带来的必然结果。另一方面是对侦查中使用较频繁的、对人身侵犯性比较明显的侦查行为（例如：逮捕、羁押、搜查、扣押、

强制采样、监听等侦查行为)各国立法均设定了令状的要求。令状本身依附于强制侦查行为而存在,令状的种类同样受强制侦查行为的种类影响,各类强制侦查行为之间的差异也导致了不同种类的令状各具特色的结果。英美法系国家对强制侦查行为种类的划分较为简单,因此令状的种类相应较少。大陆法系国家对强制侦查行为的分类较为具体,因此其令状的种类也较为繁多、复杂,即,除了逮捕令、搜查令、监听令外,还普遍设立了人身检查令、强制采样令、扣押令等独立的令状形式。令状制度起源于英国,但它并非立法者在逻辑实证主义的支配下预先设定其程序功能的产物,而是慢慢长成的。在盎格鲁·萨克逊时代的英国令状制度并不适用于刑事侦查领域,也不具有控制行政权的功能,而是行政统治的工具。随着特定性令状的出现,具有控权功能的现代意义上的刑事侦查令状得以产生。此后,英国以制定法的方式确认了司法令状原则,刑事侦查中的令状制度在英国成文法中得以确认。起源于英国的令状制度,在美国得到了更为迅速的发展,这不仅体现在美国将令状制度上升到宪法制度,还体现在令状制度已被众多的具有里程碑意义的判例所确认。美国刑事侦查史大致经历了三个阶段:无令状的普遍搜查时代,普通令状时代(协助令时代)和特定性令状时代。

第二章为英美法系国家的令状制度。令状制度起源于英国,而发展于美国。它最初是英美法系国家控制侦查权的主要方式,此后初步为大陆法系国家所认可,并成为法治国家共同奉行的制度。因此,英、美作为令状制度的输出国,其令状制度具有重要的研究价值。受历史影响,两国的令状制度在主要方面具有明显的趋同性,但在一些具体问题上仍然存在着分歧。本章着重介绍和评析了美国的令状制度在实体、形式、程序三方面的要件内容,

在此基础上对英国令状制度也做出了相应的介绍和评析。令状制度的实体要件是指侦查机关在申请令状时所具备的实施强制侦查行为的具体理由，或实施强制侦查行为的实质理由、实体事由、实质原因，或者启动强制侦查行为的实体性“门槛”。令状制度的形式要件是指一个合法有效的令状在内容形式上应当具备的条件。特定性是令状形式要件的主要内容。令状的特定性就是要求所有的令状必须记载具体的范围，需要搜查、扣押的人或物，执行搜查扣押的地点，以及令状的有效期限。特定性要求的目的在于禁止签发普通令状，以防止漫无边际的强制侦查，特别是搜查和逮捕。令状是一种司法审查程序，它具体可以细分为申请程序、签发审查程序和救济程序三个方面内容，其中签发审查程序是令状程序的主要环节。

在坚持令状制度的基础上，同时承认并严格限定令状制度的例外情形是英美法系国家的共同做法。本章中对英美法系国家法系令状制度的四种典型例外：非强制性侦查行为、紧急侦查行为和附带搜查行为和盘查行为分别予以介绍和评析。强制侦查行为与非强制侦查行为是根据行为是否由相对人自愿配合为前提而对侦查行为所作的分类。非强制侦查行为具有保障人权和提高侦查效率双重价值，因此受到了法治国家所普遍承认和重视。但非强制侦查行为无需司法令状原则的约束，事前司法审查的阙如容易导致侦查权的滥用，因此英美法系国家对非强制侦查行为进行了多方面的限制。紧急侦查行为既是侦查必要性的需要也是警察自由裁量权的重要内容，因此法治国家均赋予了警察在紧急情形下无需令状直接实施强制侦查行为的权力。同样，紧急侦查权也缺乏事先的令状控制，容易导致权力的滥用。英美法系国家采取限定紧急侦查行为的范围、种类、提高紧急侦查行为的实体要件，

加强事后司法审查以及推广电子令状等多种方式对紧急侦查行为进行必要的控制。盘查属于行政强制措施,并可同时适用于刑事侦查领域。虽然盘查不受司法令状原则的约束,但英美法系国家仍然对盘查设立了实体要件和程序要件,并针对不同种类的盘查措施给予不同的限制。

第三章为大陆法系国家(地区)的令状制度。大陆法系国家的令状制度并未引起我国学界的足够关注。因为传统上,英美法国家通过司法令状对侦查权进行“动态的控制”,而大陆法国家并不具有令状控权的传统,其令状制度是借鉴英美法系国家令状制度的产物。大陆法系国家强调法官享有强制处分的决定权,因此令状是这种司法决定的外壳。在此前提下,大陆法系国家对法官专业技能的重视程度普遍高于英美法系国家,后者更为强调中立性,通过第三方不偏不倚的立场以普通人的常识心理进行判断裁量。此外,与英美法系国家重视令状的形式要件相比,大陆法系国家更倾向于强调令状的内容,不愿意以形式上的瑕疵为由而排除所获取的证据。需要强调的是,大陆法系国家不如英美法系国家那样热心于以司法令状方式控制侦查权的原因与大陆法系国家的法律文化传统和司法体制背景有关。在国家主义传统理念背景下,大陆法系国家的侦查机关获取了高度的信任,加之两大法系国家侦查人员所受教育和训练并不相同,大陆法系国家的侦查人员被认为具有更高的职业能力,其执法环境相对于美国更为宽松,因此大陆法系国家控制侦查权的迫切性不如美国强烈。司法令状并非大陆法系国家唯一的控权方式,大陆法系国家的检察机关所享有的侦查监督权在一定程度上对司法令状起到了补充作用,此外,大陆法系国家在其他方面为犯罪嫌疑人的权利提供了比美国法更为有力的程序保障,例如通过保障侦查行为相对人的在场权、

知情权，为非法侦查行为的受害者提供行政救济等方式弥补令状控权的不足。因此大陆法系国家侦查程序中的人权状况并不比英美法系国家差，这值得我们注意。德国和美国均将令状作为司法审查的重要形式并以此控制侦查权，但两国的令状制度在实体要件、形式要件、程序要件以及司法审查原则等方面存在着明显区别。德国所特有的“发现真实”的思想、国家主义传统、对隐私权的不同理解以及控制侦查权的多种途径的存在是造成令状制度差异的主要因素。本章着重介绍了德国的令状制度，并将其与美国的令状制度进行比较研究，最后得出结论：德国令状制度运行的外部环境虽然并不理想，但其侦查程序中的人权状况在很多方面比美国更为进步，这对我国构建令状制度来说，不无借鉴意义。此外，本章简要介绍了日本令状制度的产生过程，日本的令状制度是在二战后被迫从美国移植而来的。尽管在移植之初受历史条件的限制，日本宪法上的令状原则仍然存在着一些局限性，但令状制度经过改良，与日本的本土资源相结合，并发展成为一项独具特色的制度。

第四章为国际人权组织视野下的司法令状制度。本章中主要介绍欧洲人权法院对司法令状原则的评价以及联合国相关人权文件中对司法令状原则的阐述。《欧洲人权公约》在文本上并没有完整表达司法令状原则，但欧洲人权法院通过判例的形式对司法令状制度做了较为丰富阐述。其中，欧洲人权法院在对强制侦查行为的审查方面均具有独具一格的判断标准。例如，对令状签发主体的中立性问题，它抛开了传统的以检察机关、检察权的属性作为判断中立性唯一标准的做法，将对象限定为具体行使羁押审查权的检察官，从分析其职责出发，提出了可供我们借鉴的判断检察官中立性的三层具体标准。此外，欧洲人权法院还强调司法令

状审查中的“比例性原则”，而这是英美法系国家令状制度中较少提及却又至关重要的原则。欧洲人权法院不仅对欧盟成员国的立法产生了深远的影响，也使两大法系国家的刑事司法出现了融合的趋势。欧洲人权法院通过一系列的经典判例，对各国的司法令状制度产生了积极影响。在文本意义上，司法令状制度并未在联合国相关的人权文件得以完整地体现，但这并不意味着司法令状制度的价值未得到国际人权组织的肯定。尽管联合国人权文件中针对逮捕、拘留等羁押候审措施的司法审查要求规定得比较原则，不够具体，但在联合国人权事务委员会的相关评论中司法令状制度得到了较为具体的阐述。

第五章为令状制度的理论分析。本章首先阐述了司法审查的一般原理，再分析了令状制度的本质，最后得出结论：令状制度与司法审查的关系属于形式与内容的表里关系，即，令状制度的本质是司法审查，令状制度是司法审查的表现形式。它在本质上属于司法审查，但并非一般意义上的司法审查，而是具有一定的特殊性。本章在自由、公平、人权三方面分别阐述了令状制度的法律价值。令状制度是一种刑事程序制度，因此具有程序价值。程序是自由的保障，程序在国家权力和个人自由之间划分了一条界限，这条界限标志着个人自由和权利的适当范围同政府为更大利益而采取行动的适当范围之间的分界线。同样，令状程序为个人的自由提供了充分的保障，它在政府为控制犯罪而行使的权力与个人自由之间划分了一个界限。令状程序在程序主持主体和程序结果接受主体以及程序法律行为方面均充分体现了程序的公平价值，符合程序正义的最低要求。强制侦查行为对人身自由权、隐私权和财产权造成了直接的干预，为了防止政府过度地干预人权，而要求强制侦查必须事前接受司法审查，获取令状的授权。

令状通过控制侦查权来保障人权，因此，作为司法审查原则在侦查程序中的体现，令状是在国家权力与公民人权紧张对峙状态下，联系政府与公民的纽带，其所具备的人权价值是不言而喻的。

此外，本章对令状制度的功能做出了具体评析：一方面是控制侦查权的功能，另一方面是维护执法权威功能。前者是令状制度的主要功能，通过令状审查程序和令状救济程序来实现，后者是令状制度的次要功能，主要体现在秩序与责任两方面。令状程序中在政府与个人之间引入了客观中立的第三方，使权力与权利的关系从单纯的“命令服从”趋向于“对话与说服”，整个侦查权的运行过程具有双向交涉性，对争端的解决由当事人双方在程序中进行对话与抗辩，司法权对争端的内容在程序的环境中予以独立判断，以此方式维持法律秩序。令状制度体现了司法审查原则，它将政府与人民之间具有宪法意义的“政治关系”纳入了“技术化”的程序处理系统，以规范侦查行为、维护个人权利和保障司法独立的形式予以“个别分解”，这不仅使直接的利害关系人通过正当程序获得救济，也可以使政府执法所依赖的政治权威得以维持。此外，强制侦查行为在事前审查中如果获取了司法令状，那么在事后的司法救济中，侦查人员能够在两个方面减轻责任或免除责任。一是举证责任方面；二是赔偿责任方面。在此意义上，令状制度被称为警察的“避风港”，令状本身也成为了警察执法的“护身符”。

虽然，令状制度具有控制侦查权与保障人权的功能和维护刑事执法正当性的价值，但令状制度并非完美无缺的制度，它具有明显的局限性，也面临着多方面的挑战。一是高新技术发展背景下，技术侦查对传统令状制度提出了挑战。二是令状原则例外化、法官审查形式化以及非法证据排除规则的适用效果不理想是令状