



侦查权的 运行与控制

徐美君 著

Operation and Control of
Investigative Power



复旦法学文丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



复旦法学文丛

侦查权的 运行与控制

徐美君 著

Operation and Control of
Investigative Power

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侦查权的运行与控制 / 徐美君著. —北京:法律出版社,
2009.2

(复旦法学文丛)

ISBN 978-7-5036-8980-2

I. 侦… II. 徐… III. 刑事侦查—权利—研究 IV. D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 171883 号

©法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/9.625 字数/242 千

版本/2009 年 2 月第 1 版

印次/2009 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8980-2

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

致 谢

侦查程序的实践与改革是我这几年一直关注的问题,从写完博士论文《侦查讯问程序正当性研究》(中国人民公安大学出版社2003年版)之后,我就希望能从更宏观的角度来探讨侦查权和侦查程序。受美国福特基金会的资助,我开始了《侦查程序改革研究》课题的研究。2005年,我再以《刑事侦查权的司法控制研究》为题申报司法部法治建设与法学理论研究课题,并获得立项。本书当是我最近几年对侦查程序研究的体会和总结。

借此机会,首先感谢我的博士导师陈卫东教授。无论是项目的申报还是进展,他都给予了我莫大的帮助和支持。感谢清华大学法学院章卫平教授、华东政法大学叶青教授、国家法官学院王立教授、复旦大学法学院谢佑平教授、马贵翔教授、北京师范大学刑事科学院杨正万教授等诸位师长,他们为项目的立项、结项和研究作出了真诚和无私的贡献。感谢福特基金会北京代表处前项目官员刘晓堤女士,她在我学术生涯的早期给予了我极其珍贵

的扶持和信任,我将铭记在心。感谢复旦大学法学院季立刚副院长为本书出版付出的努力及为本书提出的有益建议。

还要感谢我的家人,他们对我的工作给予了最大限度的支持。要感谢的人真是太多,恕我不能一一列出。我将怀着一颗感恩的心继续生活,回报真情。

徐美君

2008年7月7日上海文化佳园谨记

目 录

引言 /1

第一章 侦查权运行要素之一:侦查权的主体 /3

第一节 侦查权主体的身份界定 /4

一、公安机关和检察机关是侦查权的主体 /4

二、法院不应当行使侦查性的权力 /7

第二节 侦查权主体关系的重构 /10

一、公安机关和检察机关侦查权分立的弊端 /10

二、警察和检察官在侦查程序中的关系考察 /15

三、构建警察与检察官更紧密的关系 /21

四、侦检一体模式的论证 /25

五、建立以审判为中心的大审前程序 /29

第二章 侦查权运行要素之二:侦查权的性质 /34

第一节 警察侦查权的性质 /35

一、我国目前关于侦查权性质的争论 /35

2 侦查权的运行与控制

二、侦查权属于行政权的论据 /39

第二节 检察侦查权属于监督权的质疑 /43

一、检察机关侦查职能与其法律监督职能的关系 /44

二、检察机关侦查职能附属于公诉权 /49

第三章 侦查权运行要素之三:侦查权的内容 /53

第一节 侦查权范畴 /54

一、侦查行为的内容 /54

二、侦查、侦查程序和侦查权 /58

第二节 初查 /59

一、初查的性质 /60

二、取消立案程序 /63

第三节 强制措施的制度性反思 /65

一、强制措施的功能与定位 /65

二、强制措施的种类 /68

三、强制措施的决定权归属 /70

第四节 取保候审制度的程序化改造 /72

一、我国取保候审制度的基础反思 /74

二、取保候审制度的立法缺陷 /79

三、程序化取保候审制度的设计 /82

第五节 秘密侦查 /87

一、监听 /90

二、诱惑侦查 /103

第六节 辨认 /131

一、作为侦查措施的辨认 /131

二、作为证据的辨认结论 /135

三、辨认的程序保障 /140

第七节 侦查终结 /152

一、侦查羁押期限与侦查期限 /152

二、侦查终结的条件 /156

三、侦查终结的处理方式 /159

第四章 侦查权的控制 /164

第一节 侦查权的检察监督 /166

- 一、检察侦查监督的合理性根据 /166
- 二、现行检察侦查监督的制度缺陷 /171
- 三、提高检察侦查监督的效力 /173

第二节 侦查权的司法审查 /175

- 一、司法审查侦查权的理论基础 /175
- 二、在我国建立侦查权司法审查制度面临的障碍 /182
- 三、司法审查侦查权的主要内容 /189
- 四、非法证据排除规则 /193

第三节 侦查权的权利限制 /216

- 一、犯罪嫌疑人获得律师帮助的权利 /217
- 二、律师刑事辩护豁免权 /231
- 三、犯罪嫌疑人的沉默权 /238

第四节 媒体监督:审前案件信息的公开与限制 /258

- 一、审前案件信息公开面临的价值冲突 /260
- 二、审前案件信息控制与管理的经验 /265
- 三、我国刑事诉讼审前案件信息管理 /275

代结语:刑事诉讼中权力与权利的冲突与平衡 /280

- 一、刑事诉讼中权力与权利并非纯粹的此消彼长关系 /280
- 二、当国家安全与权利保护对立,权利总是处于危险之中 /284
- 三、一种可能的路径:享有安全的权利 /288

参考文献 /293

引言

我国现行刑事诉讼法,只有“审判权”和“检察权”的表述,并没有“侦查权”一词。刑事诉讼法第5条规定,人民法院依照法律规定独立行使审判权,人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。而在有关侦查权的行使和内容等方面,均使用“侦查”的表述。

通观整部刑事诉讼法,有关侦查的条文,主要是第3条:“对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审,由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉,由人民检察院负责”。同时,刑事诉讼法第2编第2章专门对侦查作了规定,第89条指出:“公安机关对已经立案的刑事案件,应当进行侦查,收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料。”第90条规定:“公安机关经过侦查,对有证据证明有犯罪事实的案件,应当进行预审,对收集、调取的证据材料予以核实。”

这些规定说明了我国的立法充分注意到侦查

权与审判权、检察权之间的差异。如果说,审判权、检察权在我国应当被保障独立行使的话,那显然侦查权并不受此限制。换言之,我国承认侦查权具有与审判权、检察权本质上的不同。那么,侦查权是否就是侦查的权力呢?

从上述的立法中可以看出,侦查在我国是指“收集、调取证据材料”,它与拘留、执行逮捕、预审、检察、批准逮捕、提起公诉并列,均为公安机关、检察机关在刑事诉讼中所采取的系列活动之一。但是,刑事诉讼法第82条却规定,“侦查”是指公安机关、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。显然,刑事诉讼法第82条将拘留、逮捕等行为包含在侦查之内,与第3条的规定矛盾。同时,刑事诉讼法第129条规定:“公安机关侦查终结的案件,应当做到犯罪事实清楚,证据确实充分”。该条规定也与第89条的规定相抵触。第89条要求侦查“收集、调取证据材料”,而第129条的规定却要求侦查“查明犯罪事实,收集确实、充分的证据”。两者之间存在明显的差异。

显然,立法在有关侦查的问题上出现了许多概念的混淆与逻辑混乱,这与长期以来我国对侦查权的研究缺乏有关。对侦查这一课题,刑事诉讼法学界的研究过去主要集中在对侦查程序的研究,而犯罪学界则较多地研究侦查的方法与策略。近年来随着对司法权研究的深入,学者们开始关注侦查权,但这些研究更多的是将侦查权作为论证司法权的工具,着墨于侦查权与司法权的比较。而实践中,屡禁不止的刑讯逼供、超期羁押等严重威胁刑事诉讼程序公正的顽疾,也主要集中在侦查阶段。在目前的立法水平和执法环境下,对侦查权进行全面系统地研究,具有重要性和迫切性,它将为重塑我国刑事诉讼结构,规范侦查权的运行,继而实现刑事诉讼实体公正和程序公正提供充分的理论依据。

第一章 侦查权运行要素之一：侦查权的主体

第一章 侦查权运行要素之一：
侦查权的主体

根据现行刑事诉讼法的规定,我国公安机关和检察机关分享侦查权,^{〔1〕}共同成为侦查权的主体。它们各自对一定的案件负责侦查,互相并不存在合作和协助。这种侦查权分立的状态使侦查权的行使出现很多弊端。同时,在我国,尽管法院作为国家唯一的审判机关,行使审判权,但是在现行的法律框架下,我国的法院也行使部分侦查的权力。因此,对侦查权主体身份予以明确界定,并重构侦查权主体之间的关系,是我国刑事诉讼必须解决的问题。

〔1〕 在我国,国家安全部门、军队保卫部门、监狱也享有对特定案件的侦查权,行使与公安机关相同的职权。为叙述方便,本书并没有对这些部门专门列出,而是由公安机关或警察统括之。参见,“张克明论刑事诉讼中的侦查权主体”,引自本书《侦查权运行要素之一》。

第一节 侦查权主体的身份界定

一、公安机关和检察机关是侦查权的主体

主体是一个哲学的范畴。“严格说来,主体(subject)是一个近代哲学产生的特定概念,它来自拉丁文‘subjectum’,意为‘在底下的东西’。古代哲学家和经院哲学家用‘subjectum’这个词来翻译希腊文‘hypokeime-non’一词,这个词在亚里士多德那里意为一切性质、变化或状况的载体,实际上是‘基础’或‘实体’的意思。从17世纪近代哲学产生开始,‘主体’一词渐渐有了我们今天熟悉的意思。它表示意识的统一,即奠定一切感觉、一切知觉、一切思维(知性、理性)和意志基础的东西。因此,‘主体’一词常常被用作‘自我’或‘我’的同义词,表示心理学及认识论意义上的、与对象或客体相对的‘个人’,他是认识的主体,也是行动的主体。”^{〔1〕}而在刑事诉讼领域,所谓侦查权的主体,即指享有侦查权的个人或机构。

世界各国,关于侦查权的主体身份,基本上都赋予警察和检察官。比如德国,德国刑事诉讼法第163条规定:“警察机构部门及官员要侦查犯罪行为,作出所有不允许延误的决定,以避免产生调查案件真相困难。”德国的检察官被称为“侦查程序的主宰者”,在犯罪侦查程序中居于主导性的地位。德国刑事诉讼法第160条规定,检察官通过告发或其他途径了解到有犯罪嫌疑者,应查明案件情况,以决定是否提起公诉。检察院不仅要侦查证明有罪的,而且还要侦查证明无罪的情况,并且负责提取有丧失之虞的证据。该法第161条同时规定,为了侦查的需要,检察官可以要求所有的公共机关部门提供情况,自行或者通过警察机构部门进行任何种类的侦查。

〔1〕 张汝伦:“主体的颠覆:从黑格尔到马克思”,载《学术月刊》2001年第4期。

在美国,犯罪一经发生或有人告发,即先由警察进行犯罪侦查。警察侦查目的在于发现犯罪嫌疑人,并经由逮捕将其纳入刑事司法程序。被逮捕的犯罪嫌疑人通常先被送至警察局进行犯罪资料的登录,然后由逮捕警察立即前往会见检察官,提示其所获得的证据,并将该案有关笔录、卷宗材料等送交检察官,由检察官以其法律专业素养检视警察所搜集的证据是否充分。如果是重罪或侦查费时或法律问题复杂的案件,往往于逮捕之前,检察官即已介入。检察官根据警察人员所提供的证据资料,进一步决定是否进行追诉。

在具有大陆法传统,同时又深受英美法影响的日本,对于侦查权主体的相关规定,主要见于日本刑事诉讼法第189条至第194条。日本刑事诉讼法第189条第2项规定,司法警察职员知悉有犯罪发生时,应立即侦查犯人及证据。同时,日本刑事诉讼法第191条规定,检察官认为必要时,可以自行侦查犯罪。日本的警察机关为根本的犯罪侦查机关,其具有独立开始、开展犯罪侦查的权限,并且对所有犯罪都有侦查的责任与权限,并不受管辖的限制。通说认为警察具有“第一次性质的侦查权”,而检察官则具有第二次的、辅助性的侦查权,仅在提起公诉及公判任务的要求下,司法警察证据收集不够完备和违法搜集证据时,才行使侦查权。两者同为侦查权主体。

我国也是如此。刑事诉讼法第18条规定,刑事案件的侦查由公安机关进行。贪污贿赂犯罪、国家工作人员的渎职犯罪、国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪和侵犯公民民主权利的犯罪,由人民检察院立案侦查。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件,经省级以上人民检察院决定后,人民检察院也可以直接受理侦查。因此,与世界上大多数国家一样,我国的公安机关和检察机关均享有侦查权,成为刑事诉讼侦查权的主体。

我国的公安机关是“国家的治安保卫机关”,负责承担保护公共安

全、维护公共秩序的职责。^{〔1〕} 侦查经常寓于治安之中,通过对犯罪的侦查,使犯罪得到有力的打击,从而达到维护社会治安的目的,这是警察作为国家机器一部分的最主要职责,也是世界各国关于警察职能的最基本定位。而检察机关,尽管在我国的最基本定位是法律监督机关,但是其享有侦查权却是由来已久。

检察机关享有侦查权,在我国可以追溯至清王朝。我国古代实行的是政治君主专制制度,司法体制是司法、行政合一。与此相对应,刑事诉讼采用的是纠问式诉讼模式。侦查、起诉并无严格的职能和阶段上的划分,侦查、控诉和审判高度地结合在一起。审判官集侦查、控诉、审判职能于一身,对于犯罪,无论是否有人告发,司法官员都有权侦查,并对被告人采取刑讯拷打手段积极地收集证据,最后作出裁决。这种模式一直沿袭到 20 世纪初。

光绪三十三年(1907 年),即将覆灭的清王朝着手进行司法改革,仓促出笼了《大理院审判编制法》和《各级审判厅试行章程》。这两个法律在设立各级法院(审判厅)的基础上,同时设立了检察厅,从而在中国历史上第一次将审判职能和控诉职能作了划分,并将这两种职能置于不同的两个部门。两部法律首次对检察官的职能作了规定,检察官不仅具有收受诉状、请求预审、提起公诉和上诉的职权,而且还具有调查事实、搜集证据和指挥调度司法警察逮捕罪犯的职能。显然,检察机关在我国最初即具有极大的侦查权和指挥侦查权。

北洋政府和 1927 年后的南京国民政府承袭此项规定,也赋予了检察机关在享有公诉权的同时拥有很大的侦查权。到了南京国民政府的后期(1935 年)后,法律赋予了检察官更大的侦查权,检察机关可以指挥、协调行政长官、警察、军人、宪兵队长实施侦查。新中国成立后,尽管检察机关的发展经历了许多波折,并曾中断 10 年之久,但检察机关

〔1〕 陈光中主编:《刑事诉讼法学》(新编),中国政法大学出版社 1996 年版,第 47 页。

的侦查工作却随着诉讼制度的建立和健全不断发展成熟。1949年12月,新中国成立后不久,经中央人民政府毛泽东主席批准的《中央人民政府最高人民检察署试行组织条例》就规定检察机关“对刑事案件实行侦查,提起公诉”。1954年9月,第一届全国人民代表大会第一次会议通过的《中央人民政府最高人民检察院组织法》规定,检察机关“对于刑事案件进行侦查,提起公诉,支持公诉”。据此,各级检察机关设置了专门机构,开展侦查工作。当时法律上虽然没有划分各有关机关对刑事案件的侦查范围,但实际上由检察机关侦查的主要是国家机关、企事业单位工作人员利用职权从事犯罪活动的案件。1962年11月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部作出了《关于公、检、法三机关受理普通刑事案件的职责范围的试行规定》,对公安机关和检察机关的侦查管辖的范围作了划分。后来在1979年修正通过的人民检察院组织法和同年制定的我国第一部刑事诉讼法典中,对检察机关的侦查权作了明确具体的规定。1996年修订的刑事诉讼法,在保留检察机关侦查权的同时,根据形势的变化和打击犯罪的需要,对检察机关直接侦查的案件范围作了修改。废除了原刑事诉讼法“人民检察院认为需要自己直接受理的其他案件,由检察院立案侦查”的规定,构建了现行检察机关的侦查权限。

可以看出,我国的检察机关,尽管在侦查权限上一直处在不断的发展完善之中,但从始至今,其在刑事诉讼中都一直具有侦查职能。正如有学者所说:“从新中国成立起,法律就规定了检察机关对刑事案件的侦查权,但检察机关侦查工作的全面展开,则是随着刑事诉讼制度的建立和健全而逐步实现的。”〔1〕

二、法院不应当行使侦查性的权力

法院是国家的审判机关,对提交给它的案件确认是否有罪并适用

〔1〕 孙谦主编:《检察理论研究综述》(1979—1989),中国检察出版社2000年版,第183页。

刑罚。这是世界各国对法院职能的共识。据此,我国刑事诉讼法将法院排除出侦查主体之列,规定法院负责审判,侦查由公安机关和检察机关负责。但是,如果我们仔细探究法院在刑事诉讼中的权力,可以发现,我国的法院实际上行使了大量具有侦查性质的权力。

我国的法院享有对被告人拘传、取保候审、监视居住、决定逮捕的权力。与公安机关相比,在采取强制措施上,仅无刑事拘留权。

为使拘传和逮捕符合程序,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第65条规定:“审判人员对被拘传的人,应在拘传后12小时以内讯问完毕,不得以连续拘传的形式变相相关押被拘传人。”该解释第79条规定:“对人民法院决定逮捕的被告人,审判人员必须在逮捕后24小时内进行讯问。”该解释并没有规定这种讯问应当在开庭前还是在开庭后进行,但是显然,这种讯问不是庭审讯问。因为,如果庭审讯问,法院无须拘传或逮捕被告人。无论是开庭前还是开庭后的讯问,尽管是由审判人员行使,但事实上与公安机关的讯问无异,均是在庭审之外为获取案件证据而采取的讯问行为。

根据刑事诉讼法第45条,人民法院有向有关单位和个人收集、调取证据的权力。并且第43条对审判人员、检察人员、侦查人员收集证据的权力作了相同的规范。同时,根据刑事诉讼法第158条,人民法院为了调查核实证据,享有勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结的权力。与公安机关相比,法院仅缺少搜查权和通缉权。

不难看出,在我国,尽管法院作为审判机关,但它仍然享有许多侦查性的权力,与侦查机关的差异并不大。法院这种既审判,又侦查的尴尬地位,不仅使得我国现行的刑事诉讼法具有侦审合一之嫌,同时也与我国长期致力刑事诉讼改革相悖。

1996年刑事诉讼法改革的一大亮点是基于审判公正,将法官庭审前对案件的实质性审查改为程序性审查,避免法官开庭前过多了解案情,形成先入为主,使法庭审判流于形式,破坏审判应有的中立性、公正性。为此,立法改过去的审前案卷全案移送为如今法官在审前只能阅

读起诉书、证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片。但是,如果法院在审判过程中享有如此广泛的侦查性权力,依然不能树立审判的中立与公正。

孟德斯鸠早就提出,“如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一,法官便将握有压迫者的力量”。^{〔1〕} 尽管现代法治,纯而又纯的三权分立机制都是不存在的,司法权与其他国家权力都会产生一定的交叉。例如,在奉行“议会至上”的英国,上议院既是议会的组成部分,又是该国事实上的最高法院。在大陆法系的法国和德国,司法受行政影响的情形也很常见,比如,法院的司法行政事务在很大程度上受司法行政机构的控制,从法院的财政预算到法官的任免、升迁和薪金,司法行政机构都拥有相当的决定权。^{〔2〕} 但无论如何,法院不应当行使侦查性的权力却是得到普遍认可的,否则就将退回到侦审合一的野蛮诉讼时代。

法院具有诸如逮捕等限制或剥夺公民人身自由权利措施的决定权,是世界范围内一种普遍的做法,这是立法者为限制侦查权的滥用所做的制度设计。但是,在对被告人逮捕后由法官在庭审外对被告人进行讯问,并且讯问得来的口供将会在法庭上作为证据使用,这显然直接与法官的中立性抵触。笔者认为,作为审判机关,法院的审判权与侦查权应当有实质内容上的区别。应当改造目前的制度设计,法院具有拘传、逮捕等强制措施的决定权,但之后对被告人的庭外讯问,则应当委托检察机关行使。

或许有人会指出,在大陆法系国家,法官在庭审时享有调查、收集

〔1〕 [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1963年版,第153页。

〔2〕 参见陈瑞华:《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》,中国人民大学出版社2003年版,第3~4页。