

曹文安 著

法学新思维 文丛

Yushen Zhidu Yanjiu

预审制度研究

笔者在设计我国预审模式时，将侦查主体进行了类别区分，两类侦查主体实行不同的预审模式：公安机关为一类，实行检察预审模式；人民检察院则实行预审法官预审的模式。在不改变当前刑事案件管辖的前提下，由于人民法院立案管辖的自诉案件通常较为简单，因而不必实行预审，对公安机关立案侦查的案件，初步调查和正式侦查均由公安机关负责进行，但正式侦查中如需对犯罪嫌疑人采取羁押候审、住所搜查、对犯罪嫌疑人财产的查封、扣押、冻结等措施的，需报人民检察院预审检察官批准，侦查终结后，由预审检察官主持以听证的方式不公开地进行起诉审查；而对人民检察院负责立案侦查的案件，初步调查和正式侦查均由人民检察院负责进行，但正式侦查中如果要对犯罪嫌疑人采取羁押候审、住所搜查、对犯罪嫌疑人财产的查封、扣押、冻结等措施的，需报人民法院预审法官批准，侦查终结后，由预审法官主持以听证的方式不公开地进行起诉审查。

中国检察出版社

Faxue Xinsiwwei Wencong

法学新思维(文丛一)

中国检察出版社

预审制度研究

曹文安 著



图书在版编目 (CIP) 数据

预审制度研究/曹文安著. —北京: 中国检察出版社, 2006

ISBN 7-80185-654-6

I. 预… II. 曹… III. 预审—司法制度—研究—世界
IV. D915.182.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 124951 号

预审制度研究

曹文安 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 12.25 印张

字 数: 342 千字

版 次: 2006 年 11 月第一版 2006 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-654-6/D·1630

定 价: 30.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



作者简介：

曹文安 男，1967年生，福建上杭县人，1989年毕业于西南政法大学。中国法学会会员，福建省法学会刑法学专业委员会委员，福建省警察学会特邀研究员。现任福建公安高等专科学校学报编辑部主任，常务副主编，法学副教授。曾被公安部授予“全国公安系统优秀教师”荣誉称号。出版《侦查讯问教程》、《预审精选案例评析》、《网络犯罪防控对策》等著作十余部，在《公安研究》等报刊上发表学术论文三十余篇。

序

刑事预审制度在现代中国刑事诉讼程序中的命运与过去立法的粗疏有关，无论是1979年制定的刑事诉讼法还是1996年修正后的刑事诉讼法，虽将预审规定为公安机关的一项专门业务，强调公安机关办理刑事案件必须经过预审，但是法律从未明确规定预审的性质任务和具体程序。与此同时，关于预审的理论研究十分薄弱，法律界对预审制度也缺乏必要的关注，至今对于预审的内涵与外延未能形成共识。作为一种舶来的制度，我国学者往往只是借用了预审这个概念性符号，却未能全面地了解这一符号所指的具体制度在不同法系国家刑事司法实践中的形式与内容。而在业外人士的意念中，预审则被误为审讯的别名。这种茫茫然的状态，最终导致预审被“侦审合一”所取代的后果。

预审既不像侦查那样作为一种显著的活动以突出的社会控制功能而被人们注目，也不似审查起诉或法庭审判那样在刑事程序中作为独立的诉讼阶段而具有重要地位；预审只是衔接侦查和起诉的一个中间环节，确实难以得到人们的重视。因此，在实行“侦审合一”之后，除了公安院校的少数理论工作者和侦查部门的一些实务工作者曾发出过微弱的呼声外，法学界对此并未表现出应有的敏感和热情，更遑论在预审作为一项具体工作程序消失了十年之后，法学界还会有多少人来关注这一已被忽视了的问题呢？

曹文安同志在本书中系统地梳理了刑事预审制度的历史与现状，特别重要的是，全书并不是孤立地讨论预审制度，而是将预审制度作为刑事司法制度的一个有机组成部分来进行研究，考察并论述了不同刑事司法制度背景下预审制度的“名”与“实”，资料翔实、论证充分，以简洁的笔调、流畅的行文，为读者全面展现了刑

事预审制度在西方各国和中国的历史起源与变迁。本书对国内法学界在刑事预审制度方面既有的理论研究成果进行了较为全面的梳理，澄清了一些在过去的研究中较为模糊，甚或错误的认识，对于构建中国式的预审制度提出了自己的主张。本书的主张尽管与我在《中国刑事诉讼法（第二修正案）学者拟制稿及立法理由》中关于预审制度的设计有所不同，但是在刑事诉讼法再修改的大背景下，多一种建议，多一个呼声，总比没有建议没有呼声来得强，更何况我们为之努力的都是同一个目标，那就是中国刑事诉讼法治的健全与完善。

是为序。

徐静村

2006年9月1日

目 录

序	/1
导论	/1
一、本书的写作目的	/1
二、本书的主要内容	/2
三、本书的研究方法和研究进路	/8

上篇 外国预审制度之比较

第一章 法国的预审制度	/19
第一节 法国的刑事司法系统	/19
一、警察机关	/20
二、检察院（检察官）	/28
三、法院	/34
第二节 法国刑事司法语境中的预审	/47
一、法国初级预审的侦查性分析	/50
二、法国的初级预审是起诉审查程序，具有司法裁判性	/55
三、法国第二级预审的预审功能被弱化	/58
第三节 法国预审制度的变迁	/59
一、法国预审制度的萌芽——法兰西王国时期的预审制度	/60
二、1808年《重罪审理法典》基本奠定了法国的预审	

制度	/62
三、法国预审制度的曲折发展——徘徊在人权保障与惩罚犯罪之间	/65
第二章 德国的预审制度	/75
第一节 德国预审制度的变迁	/76
一、德国的预审制度发端于纠问式诉讼	/76
二、1877 年的《帝国刑事诉讼法》照搬了法国的预审制度	/80
三、1975 年，德国废除了预审法官制度	/81
第二节 德国刑事司法语境中的预审	/83
一、德国检察官领导和指挥侦查	/84
二、德国的侦查法官在侦查程序中负责对可能侵犯人权的侦查措施的批准	/90
三、德国的中间程序——法官掌握刑事案件起诉的最终决定权	/97
第三章 意大利的预审制度	/107
第一节 意大利预审制度的变迁	/107
一、19 世纪，意大利照搬法国的预审制度	/107
二、20 世纪上半叶意大利法西斯预审制度	/108
三、第二次世界大战后意大利确立了注重人权保障的预审制度	/109
第二节 意大利的刑事司法系统	/111
一、司法警察	/111
二、检察机关	/117
三、法院	/123
第三节 意大利刑事司法语境中的预审	/128
一、侦查法官在初期侦查程序中发挥预审裁判功能	/129

二、初步庭审程序是一种起诉审查程序	/130
第四章 英国的预审制度	/134
第一节 英国的刑事司法系统	/134
一、警察机关	/135
二、检察机关	/139
三、严重欺诈案件调查局	/147
四、治安法院和治安法官	/147
第二节 英国预审制度的变迁	/152
一、英王亨利二世之前英国的诉讼制度	/152
二、英国陪审制度的起源	/155
三、治安法官制度的变迁	/165
四、验尸官预审程序的变迁	/166
第三节 英国普通法的诞生及其形成的法治传统对英国预审制度的影响	/167
一、英国普通法的形成	/167
二、英国《大宪章》与英国的法治传统	/172
第四节 英国的私人起诉传统决定了英国式预审制度的产生	/174
一、英国的私人起诉与预审的关系	/174
二、英国起诉制度的变迁	/175
第五节 英国的预审制度正在走向衰落	/178
第五章 美国的预审制度	/180
第一节 美国的刑事司法系统	/180
一、警察机关	/181
二、检察机关	/186
三、大陪审团和预审法官	/195

第二节 美国预审制度的变迁	/200
一、继受英国法阶段的美国预审制度	/200
二、美国独立之后的预审制度	/203
第三节 美国刑事司法语境中的预审	/205
一、美国被殖民的历史使其形成了人权保障的传统，这一传统又对预审制度产生了重大影响	/205
二、美国重罪案件实行陪审团审判的模式是美国预审存在的重要原因	/208
三、检察官指控犯罪和提起公诉的证据标准与预审程序的关系	/209
四、美国的检察官实际操控着预审程序	/212
五、随着美国辩诉交易制度的日益盛行，预审制度正逐步走向衰落	/214
第六章 日本的预审制度	/216
第一节 日本预审制度的变迁	/217
一、明治维新以前的日本没有产生现代预审制度	/217
二、明治维新后日本的预审制度	/218
三、二战后日本废除了法国式的预审制度	/221
第二节 日本的刑事司法系统	/224
一、司法警察	/225
二、检察官	/228
三、侦查法官	/233
第三节 日本刑事司法语境中的预审	/236
一、废除法国式预审制度后，原由预审法官行使的部分预审职权分别由司法警察职员、检察官和侦查法官行使	/237
二、日本实行的检察官起诉独占主义和起诉便宜主义起	

到了预审的功能	/238
三、日本的检察审查会不同于美国的大陪审制	/242
四、日本的付审判请求程序具有一定的起诉审查功能	/244

下篇 中国预审制度之评述与重构

第七章 中国预审制度的变迁与发展	/249
第一节 中华人民共和国成立前的预审制度	/249
一、中国预审制度的起源	/249
二、清朝末年到民国时期的预审制度	/266
三、革命根据地时期的预审制度	/280
第二节 中华人民共和国成立后的预审制度	/296
一、中华人民共和国成立初期的预审制度（1949～1978）	/296
二、1979年《刑事诉讼法》规定的预审制度（1979～1996）	/299
三、1996年修订后的《刑事诉讼法》确立的预审制度（1996～）	/304
第八章 中国式预审制度评述	/306
第一节 中国式预审制度形成原因分析	/306
一、对革命根据地预审制度的继承	/307
二、建国初期我国面临的镇反形势和社会治安状况	/307
三、仿照前苏联将检察机关建构为法律监督机关	/309
第二节 中国式预审制度的特征	/311
一、中国式预审的纠问功能强于人权保障功能	/311
二、中国式预审制度建立在独特的公检法三机关的关系模式上	/314
三、预审主体与侦查主体的内部一体化	/316

四、中国式预审是侦查程序而非准备起诉程序	/317
五、承担预审职能的公安机关在刑事诉讼中具有法定的 客观义务	/318
第三节 中国式预审制度存在的问题分析	/320
一、中国式预审缺乏科学理论的支撑	/320
二、中国式预审在制度层面上缺乏严密的、系统的法律 规定	/341
三、中国式预审实践的法律依据不足	/343
第九章 中国预审制度的重构	/346
第一节 对当前重构理论的评述	/346
一、徐氏预审模式	/346
二、韩氏预审模式	/351
三、云氏预审模式	/353
第二节 重构中国预审制度应遵循的原则	/354
一、法治原则	/355
二、在中国的刑事司法语境里重构的原则	/358
三、公正与效率原则	/358
四、对抗原则	/359
第三节 中国新预审模式的构建	/360
一、中国新预审模式内容介绍	/360
二、对中国新预审模式的解析	/364
参考文献	/374
后记	/382

导 论

一、本书的写作目的

预审制度自从被引进我国那天起，就在存与废的争论中经历着磨难。中华人民共和国成立后，在重新建立的刑事司法体系中，继承了中国共产党领导的革命根据地的司法传统，将预审的职能赋予公安机关。1979年，新中国制定第一部《刑事诉讼法》时，在该法第3条明确规定对刑事案件的预审由公安机关进行。但是，由于预审制度这种设置主要是基于历史的传承，缺乏理论上的充分论证和科学的建构，因而在1979年的《刑事诉讼法》及1996年修订后的《刑事诉讼法》中，对预审制度的设置均存在逻辑不清、规定不明的问题。如，为什么只有公安机关立案侦查的刑事案件要经过预审，而人民检察院自侦的刑事案件却不需要？我国预审的内涵究竟是什么？它与侦查是何关系？等等。由于预审是我国公安机关办

理刑事案件的一项职能，而我国的刑事诉讼法学界的学者们在以往的理论研究中，多将研究的目光聚焦到人民检察院、人民法院办理刑事案件的程序中，对公安机关办理刑事案件的程序甚少论及。即使是在近几年开始兴起的对审前程序理论研究的热潮中，对预审的研究也是少之又少。因而对这些预审学基础理论性的问题，一直没有一个较为明确的答案。

2004年3月，十届全国人大二次会议决定对《刑事诉讼法》进行再修改。这表明，《刑事诉讼法》的再修改已经提上我国最高立法机关的议事日程。在西南政法大学徐静村教授主持的司法部课题“刑事诉讼法再修改”的成果——由法律出版社出版的专著《中国刑事诉讼法（第二修正案）学者拟制稿及立法理由》中，我们已经看不到由公安机关负责进行的预审，预审成了人民法院对人民检察院提起的公诉案件进行庭前审查的一项制度，其目的是“保证公诉质量、提高诉讼效率、保障诉讼公正”。^①这种英美式的预审制度设计在中国是否可行？中国应当重构怎样的预审制度？这些问题引起了笔者的思考。笔者认为有必要对中外预审制度展开研究，彻底搞清预审的内涵，提出重构我国预审制度的可行性建议，以为将来修订《刑事诉讼法》时之参考。

二、本书的主要内容

本书正文部分共设两篇九章。上篇为外国预审制度之比较，下篇为中国预审制度之评述与重构。

在本书中，笔者试图对预审学的基础理论问题进行深入探讨：预审是什么？预审制度是如何产生的？应当如何构建一国的预审制度？各国预审制度的涵义有何差异？预审在一国的刑事诉讼制度中

^① 徐静村等著：《中国刑事诉讼法（第二修正案）学者拟制稿及立法理由》，法律出版社2005年版，第213～221页。

居于什么样的地位？发挥什么作用？各国的预审制度经历了怎样的变迁？中国的预审制度经历了怎样的变迁？为什么我国的预审制度与英美等国的预审制度如此不同？在中国法律语境中，预审是何涵义？我国应当构建怎样的预审制度，特别是在《刑事诉讼法》再修改的大背景下？

1. 我国的预审学研究认为，“预审制度不是从古就有的，它是阶级社会的产物，是资产阶级法制的产物，是针对封建社会对人权的侵犯而建立起来的一项制度，其目的在于保障人权。”^①“在刑事诉讼史上，第一个确立预审制度、并见之于成文法的，是公元1808年法国资产阶级政权颁布施行的《拿破仑刑事诉讼法典》。该法典明确规定设立预审法官，对刑事案件采取预审诉讼程序。”^②其后，各资本主义国家相继在本国确立了预审制度。但由于各国的政治、经济、文化、法律传统等的不同，这些国家规定的预审制度很不一样，特别是大陆法系的法国与英美法系的英国、美国等的预审制度差别很大。

① 相关论述参见：张宜伯主编：《预审学》，四川人民出版社1991年版，第20~21页。姚伦主编：《预审学》（上），中国人民公安大学出版社1986年版，第22页。

② 相关论述参见：张宜伯主编：《预审学》，四川人民出版社1991年版，第21页。姚伦主编：《预审学》（上），中国人民公安大学出版社1986年版，第22页。然而，从目前掌握的资料看，法国学者似乎并不这样认为。法国学者认为，法国在中世纪末期开始实行的纠问式诉讼程序中，“预审阶段有所发展，并且占有极为重要的地位，……在纠问式诉讼程序中，进行预审占去了大部分时间，而法庭开庭审理仅仅是必要履行的手续，旨在作出最后陈述并从中得出结论。”参见〔法〕卡斯东·斯特法尼等著，罗结珍译：《法国刑事诉讼法精义》（上），中国政法大学出版社1999年版，第77页。也就是说，法国学者认为在中世纪末期开始实行的纠问式诉讼程序中就有了预审。笔者在后面的论述中对此还将进行论证。

德国、日本、意大利等国则是先有预审制度，后又都将之废除了。^① 德国 1877 年制定的《刑事诉讼法典》将“刑事程序分为‘预审’（为了决定是否把案件提交公判，预审审判员进行非公开询问的程序）与‘正审’（审判程序），预审仍然采用纠问主义，在正审中采用控辩主义”。^② 1975 年 1 月 1 日生效的德国修正后的《刑事诉讼法》废除了预审制度。日本学者指出，“在很早就开始对预审存废问题展开热烈讨论的德国，战后，首先是旧东德从社会主义法的角度提出了废止预审制度，进而原西德也经历了与日本相类似的过程，最终于 1975 年废除了预审制度”。^③ 日本“从 1880 年制定《治罪法》以来，经过 1890 年所谓的旧旧《刑事诉讼法》（这里指明明治维新后制定的第一部《刑事诉讼法》，为旧《刑事诉讼法》前的法典。故用‘旧旧’——作者注），到 1922 年的旧《刑事诉讼法》为止，预审制度一直存在。……战后，随着侦查机关权限的扩大，主张预审程序是无用、重复的行政优位型废止论，与要求将其转变为庭审中心主义的司法优位型废止论二者实现了奇妙的统一，从而非常容易地废除了预审制度”。^④ 1948 年，在美国占领军的指导下，日本制定了现行《刑事诉讼法》，该法废除了预审制度。1865 年，意大利以法国 1808 年的刑事诉讼法典为蓝本，制定了意大利刑事诉讼法典。“这部法典确定了由预审法官主持审

① 这是通常的观点。但笔者在本书中提出，德国、意大利、日本其实废除的是法国式的预审法官制度，本来意义上的预审或者说原来由预审法官实施的“预审”行为仍然存在，只不过进行了改革，没有了预审的名称，改由司法警察或者检察官以及侦查法官进行罢了，即无预审之名而有预审之实。

② [日] 田口守一著，刘迪、张凌、穆津译，卞建林审校：《刑事诉讼法》，法律出版社 2000 年版，第 5 页。

③ [日] 松尾浩也著，丁相顺译：《日本刑事诉讼法》（上卷，新版），中国人民大学出版社 2005 年版，第 9 页。

④ [日] 松尾浩也著，丁相顺译：《日本刑事诉讼法》（上卷，新版），中国人民大学出版社 2005 年版，第 8~9 页。

前程序,包括调查和收集证据,有权决定逮捕和提起刑事诉讼,而且上述活动不公开进行。”^① 1988年,意大利对刑事诉讼法进行了较大改革,颁布了修改后的《刑事诉讼法》,这就是现行的《意大利刑事诉讼法典》,该《法典》废除了预审制度。

我国很多学者在讨论预审制度时,时常拿国外的预审作论据,认为预审就是法院正式开庭审判前的预备性审理程序。“作为刑事诉讼制度的预审,是预备性调查或预备性讯问的意思。一般所称作的预审,是指在法庭正式审判前对被告人进行的预备性审理活动。预审属于审判阶段,案件在检察或警察机关提起诉讼之后,由法院的预审法官进行,为法院正式开庭审判做准备。”^② 其实,这是一种片面的认识。在英美法系国家,预审的确是一种预备性审理程序,但法国的预审就与之不同。法国的预审有初级预审与二级预审之分,初级预审实际上是一种侦查行为(兼具部分裁判功能),而二级预审在2000年之前则是对重罪案件是否能向重罪法庭起诉所进行的初级预审的一种审查。

为廓清对国外预审的认识,把握预审制度的起源及其涵义,本书上篇分六章对西方主要国家即法、德、意、英、美、日的预审制度进行了比较与评述,阐明各国预审的涵义及预审程序在刑事诉讼中的地位和功能,以供我国重构预审制度之借鉴。

2. 中国的预审制度起源于西周,但在法律上第一次明确规定“预审”的是清朝末年。在清朝末年的修律运动中,清政府在其制

① 程味秋:《〈意大利刑事诉讼法典〉简介》,载黄风译:《意大利刑事诉讼法典》,中国政法大学出版社1994年版,第1页。

② 于树斌:《试论我国预审与侦查的关系——兼论预审在公安机关办理刑事案件中的地位 and 作用》,载《湖北警官学院学报》2005年第6期,第39页。其实,该论者观点中不仅存在未区分不同国家预审的问题,而且把预审看成是“为法院正式开庭审判做准备”,也是错误的。因为在许多国家,预审并不是法院正式开庭前的准备,而是对起诉的审查或筛选,以避免被告人遭受无根据的审判。庭前准备与起诉审查是完全不同的两个概念。