



华东政法大学博士精品文库

侦查权的宪法控制

孙煜华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



华东政法大学博士精品文库

侦查权的宪法控制

孙煜华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侦查权的宪法控制 / 孙煜华著. —北京: 法律出版社,
2014. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6597 - 7

I. ①侦… II. ①孙… III. ①刑事侦查—权利—
宪法—研究—中国 IV. ①D918②D921.04



©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印业有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/8.25 字数/220 千

版本/2014年6月第1版

印次/2014年6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 - 5118 - 6597 - 7

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“华东政法大学博士精品文库”编委会

主 任:何勤华

副主任:杜志淳 应培礼 顾耘

刘晓红 林燕萍 杨忠孝

委 员(以姓名拼音为序):

陈金钊 丁绍宽 董保华 范玉吉

高富平 龚汝富 何 敏 何明升

何益忠 黄武双 李秀清 刘宁元

刘宪权 罗培新 马长山 孙占芳

唐 波 童之伟 王 戎 吴 弘

杨正鸣 叶 青 余素青 张明军

赵劲松

总 序

夫博士者,博学之士也。博士是中国学位层级之顶端,享有崇高的声誉和闪耀的荣光。博士生在攻读学位期间,往往能够勤于积累,乐于求思,敢于创新,志于创造。博士生的科学研究活动,往往在导师的指导下与顶尖学术研究结合在一起,博士生因此也成为知识界后续发展队伍的有力代表,体现着高度的智慧水准和深厚的学力素养。职是之故,法学博士教育作为整个法学教育的重要组成部分,也是一项薪火相传、生生不息的使命工作,意义重大,足堪旌表。对博士的培养,某种意义上决定了一所高校的学术地位和研究水平,也是衡量高校教育实力的重要指标。

近年来,依照保障研究生教育质量、提升研究生教育水平、提高研究生教育对于社会、对于未来的贡献力等理念,全国高等院校的研究生教育改革创新风生水起。在上海市高等学校内涵建设工程与研究生教育创新计划等项目的支持下,我校研究生教育也开展了一系列活动,如研究生学术论坛、暑期学校、法律助理项目、优秀学位论文培育项目、

研究生海外访学项目以及硕士学位论文系列选集《崇法集》、《缘法集》、《明法集》、《尚法集》、《鹿鸣集》等,都取得了良好效果,活跃了学术氛围,激发了创新意识,形成了一定影响力。

华东政法大学开展研究生教育 30 多年来,深知深耕特色办学的重要性,也深知切合时代需求、发挥区位优势办学的重要性。学校地处上海这座充满活力,生机盎然的国际大都市,得天独厚,享世之繁华。我们深知,面对现实物质世界的诱惑,面对纷至沓来的机遇和挑战,在熙攘喧嚣的环境中静下心来,做些实际而扎实的学问,殊为不易。我们竭尽所能,努力让学校和师生沉静下来,不务虚渺,不事浮华。踏踏实实地进行教学和科研工作,身体力行,开拓创新,努力营造华政浓郁的学术氛围,打造华政自己的学术品位、学术品牌和学术传统。我们既怀有千百年来读书人著书立说,传诸后叶的学术追求;也充满了造福神州,匡济天下的国士情怀。

在此背景下,我们组织“华东政法大学博士精品文库”丛书,每年遴选若干部优秀博士学位论文出版,以期助推博士生学术发展,鼓励博士生精心治学。我们希望“华东政法大学博士精品文库”能够像一川清流,如一缕烛光,展现新时期学术青年的深思与创造,为我国的法学研究和法治实践事业注入自己的理想与力量!可以这样说,文库的每一本著作都满含着博士们的追求、志向与期望。这种志气和期望,体现着青年学子对我们国家法治建设的期许和信心,是博士们品德修养和科研底蕴的展现。他们将这种底蕴和情怀幻化为一种博大的向往,包含着对法治和真理的不懈追求,并将其内化为一种既定的生活方式。正如彼得·德恩里科所说:“每个人都有一个博大的襟怀:通过法治来构建并维系一个和谐社会,通过彼此努力和共同参与来解决社会冲突。这不仅是我们的襟怀,也是我们寻求的生活方式。”

我们亦希望,法治精神及其行为方式,能够在我们的社会中得到广泛而深刻的传播,在普通大众中,法治理念得到实质性的继受与发扬。个体行为合乎法律之要求,践行法治之内涵,这不仅是法律人的准则,同时也成为社会中每一位公民的生活方式和价值选择。下至民间,上

至庙堂,黎元众生,皆从法治,悉受既定规则之约束,按序行事。我们想,这可能就是法治理念实践的最终境界吧。

当然,我们也深知,九层之台,起于累土;千里之行,始于足下。心怀崇高的理念,欲将之付诸实行,必须从一点一滴做起。故此,我们希望文库可以成为一个良好的起点。有言道“从来新人有新路,学术新作亦空灵”,我们衷心地希望,文库能够让法学之声在黄浦江畔唱响,亦有助于法治精神在神州大地上传扬。

是为序。

华东政法大学校长 何勤华

2014 年 4 月

序

孙煜华是我在华东政法大学的学生。他从硕士、博士一直跟着我读过来,转眼已有六年光景。我们平时交往比较多,对不少问题的探讨也较深入。他为人正直真诚,勤学好问,悟性较高,也愿意在政法学术的研究上下工夫。经过这么多年的努力,他能有这部作品出来,我既为他高兴,也感到欣慰。在接到他作序的邀请后,我随即答应了下来。

煜华的这部作品《侦查权的宪法控制》,是在他博士论文的基础上修改而成的。他的这部著作,在很大程度上体现出我一直以来对于学术论文(不限于学位论文)的写作期待。

在论文选题方面,我一直希望研究者多在基本权利保障和宪法与部门法结合点上选题。这主要基于以下考虑:一方面,在宪法的教学和研究中,我自己历来非常注重宪法与部门法的衔接。中国当代在宪法实施方面有自己的特殊情况,其中最主要的一个问题是:没有违宪审查,宪法与部门法经常脱节;一些法律虽写明“根据宪法”制定(写不写都一样,任何法律的制定都必须根据宪法),但实际上常常脱离宪法。这就特别需要通过学术活

动推动两者的结合,进而促进宪法的全面有效实施。另一方面,我也比较主张顺应国际宪政的潮流,把宪法实施的重点放在宪法基本权利保障条款的实施上。当前,各国宪法法学界都首先注重基本权利保障条款的实施。可以毫不过分地说,法治发达国家的宪法学研究,在不小程度上同基本权利保障研究成了同义词。所以,顺应国际宪政的潮流,就意味着要突出基本权利保障条款的研究,真正倾力尊重和保障人权。

煜华的这部作品,在选题上横跨这两大重点,研究特别有意义,也有相当的难度。对于这个问题,过去研究的成果不多,有创新性的成果更少。他能有这样的选题确实难能可贵。

全书集中探讨的基本问题是如何消除新《刑事诉讼法》中侦查措施的违宪嫌疑。在讨论这个问题的过程中,作者按照有效实施宪法的要求提出和证明了创新明显的核心命题:有必要通过宪法解释得出具体的刑法立法依据,然后才能据此纠正涉嫌违宪的相关条款。其实自新刑法修改稿草案向社会公布之后,我就有意识地出席了一些刑法修改的研讨活动,发表修改意见。我的一个感觉是,有关刑法修改的探讨虽比较多,但总体上还是没有超越刑法的层次。在论证各自观点的过程中,学者们多半也强调保护人权,有的甚至引用了不少人权公约,但是自觉地从中国宪法文本出发探讨问题的,却屈指可数。

另外,作者还运用比较冷僻的法权分析方法,从侦查权扩张的基本法现象出发,提出和证明了保障基本权利关键在于制约侦查权的观点。法权分析方法是提出的一套法学理论方法,在多年的科研和教学实践中,我始终坚持运用法权分析方法阐释法现象,关注并且探讨了广泛的法学问题。与传统的权利义务为中心的法理学不同,法权分析方法以法权为中心解释法现象,分析权利与权力、权利与权利以及权力和权力之间的多层次联系,从维护它们彼此之间平衡的角度提出各种主张。在当前权力总体较之权利居压倒优势的法权架构中,法权分析方法尤其强调通过制约各种公共权力,保障公民的基本权利。作者对这种方法的运用是到家的。

去年,煜华的博士论文参与了华政的论文评比,是学校里少数几本

优秀博士论文,现在正准备报到上海市评比。这里我顺便谈一下对论文评优的看法,现在各大法学学校普遍重视全国优秀博士论文的评比工作,有些学校甚至由于一直没有论文被评上,结果患上了“全国性优博论文缺乏焦虑症”。这真的大可不必,其实,上海市的优秀论文不一定比不上全国的优秀论文,我们评价一篇法学论文的好坏不能光看其光环和名头,要更看重其实际的创新,以及其对中国法治进步做出的贡献。

在煜华博士毕业之后,我一直比较关注他的发展。我推荐他到复旦大学政治学专业做博士后研究。基于我个人的经验,我相信这对他的宪法学研究会很有帮助。总体上看,政治学和宪法学虽分属两个学科,但两者完全可以实现优势互补。政治学的优势在于建立宏观分析框架;与政治学相比,宪法学的研究相对而言是微观的,比较重视具体的制度建构和操作能力。如果能将宏观的分析框架和微观的制度设计、运用技能结合起来,就比较容易产生创新的成果。相反,如果光有宏观框架,没有微观分析,那么这种研究就会失之空泛;如果光有微观分析,没有宏观视角,就只会落入工匠型研究的窠臼。

作为煜华的老师 and 好友,我对他的未来充满期待。在我看来,他最大的优势就是年纪还轻,又有比较好的学术素养,加上现在的两大学科整合优势,他应该有条件在未来的几十年中对我们社会的民主、法治建设事业和学术的创新,做出比较像样的贡献。

童之伟

2014年4月2日于上海新华路寓所

前 言

侦查权的局部扩张已经成为一种世界性趋势。技术侦查、秘密拘留、指定居所监视居住、如实供述的义务都是侦查权介入公民基本权利的突出表现,侦查权扩张的背后体现了权力扩张的固有规律和历史惯性、立法民主的匮乏和公共安全的威胁。宪法的基本原则和基本权利都给侦查权的扩张设定了边界,从法治、人权的观念和宪法的整体结构出发解释法检公互相制约原则,应是法院居于首要地位、检察机关次之,而公安机关位于最后。公安机关和检察机关行使的侦查权均应受法院审判权的制约。新《刑事诉讼法》在侦查领域面临的困境是:一方面,人权保障水平还远远没有达到国际上的通行标准,需要控制过于强大的侦查权;另一方面,在当今这个全球化时代,各种传统和非传统的威胁却又迫使国家在一定程度上强化侦查权或者保持其灵活性。控制强大的侦查权仍是我国当前主要的立法任务,因为唯有此才能实现侦查权和基本权利的总体平衡;不过,我们也不能让这种立法平衡机制过于僵化以致无法应对各种安全危机;为此还要引入司法令状制度和宪法监督制度这样相

对灵活的平衡机制。只有这样,才能实现静态平衡机制和动态平衡机制的统一,进而实现健全的宪法秩序。本书共分七章:

第一章,新刑法中侦查权的消长。我国刑法中的侦查权是一种侦查机关相对独立行使的、调查取证和采取强制措施权力。侦查权在权力外观上兼具行政性和司法性,在权力来源上则具有多元性,这决定了其本质属性的多元性。侦查权的历史变迁过程反映了这样一个事实,即侦查权的权力配置模式和国家宪法秩序有着密切的关联。新刑法在侦查权控制方面有很大进步,但侦查权也有不少局部扩张的情形,如让指定居所监视居住成为羁押性措施,新增了批准手续疲弱的技术侦查措施。导致侦查权局部扩张的原因包括:权力扩张的固有规律和历史惯性,立法民主的匮乏,以及公共安全面临客观威胁。

第二章,宪法对侦查权的制约。侦查权的扩张必然会影响到公民的基本权利,基本权利反过来也给侦查权的扩张设定了边界。同时,宪法基本原则也从宏观上给侦查权设定了界限,弥补了具体控权规范的不足。此外,面对侦查权与公民基本权利的关系失衡的总体法权格局,我们在加强基本权利保障的同时,应当利用其他权力对侦查权进行限制,最终使得侦查权与公民基本权利之间达到平衡。

第三章,技术侦查批准手续的合宪性困境与化解。技术侦查是本次刑事诉讼法专章规定的侦查措施。批准手续是控制技术侦查权、保障公民权利的关键所在。新刑事诉讼法尽管要求技术侦查经过严格的批准手续,但是对批准手续的内容、主体、程序均没有明确。历史上,技术侦查批准手续完全呈封闭状态,从批准权的设置、运行到批准文件的备案都由侦查部门自我授权,不受其他任何机关的监督和审查。这既不利于落实宪法中的法检公互相制约原则,又可能侵犯公民宪法上的多项基本权利。在宪法的框架下,批准手续应是中立、细化的并受到内外监督。同时,这个机制还应以公开的、明确化的法律形式出现,并且受到宪法和法律监督制度的保障。

第四章,秘密拘留条款的合宪性困境与化解。秘密拘留是指:对于涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪的嫌疑人,在出现有碍侦查的情

形时,不及时通知嫌疑人家属的拘留措施。当前这种在公安机关主导下的秘密拘留体制不利于保障公民的宪法权利,缺少有力的事前和事后制约,而事后制约的价值大为降低并可能遭到反制。同时,由于在秘密拘留下嫌疑人无法与家属取得联系,在现有的制度条件下,是难以聘请律师给自己提供法律帮助的,即使人身自由受到侵犯,也无法有效行使辩护权、申诉权和控告权。为了化解秘密拘留遭遇的合宪性危机,我们可以借鉴域外的人身保护令制度和司法复审制度,在中国宪法框架下构建司法主导的羁押程序机制;同时将嫌疑人移交中立的拘禁场所,实行侦押分离;即时通知嫌疑人的家属,并让其聘请律师协助嫌疑人行使辩护权、申诉权和控告权;逐步建立非裁量性、即时性和奉行当事人主义的人身保护救济模式。

第五章,指定居所监视居住的合宪性困境与化解。指定居所监视居住是一种适用于一些特殊且严重的罪行的、为了防范有碍侦查的情况而采取的、在侦查部门批准的居所内执行的监视居住,可折抵刑期的羁押性强制措施。《刑事诉讼法》的修改迁就了原法律执行中监视居住羁押化的现实,让名监实押的“潜规则”成为法定的“明规则”。指定居所监视居住背后潜藏着基本权利危机,其比拘留和逮捕更容易失控,不能体现法检公互相制约的程序控制精神。为了化解指定居所监视居住背后的基本权利危机,必须首先将指定居所监视居住定位于一种羁押措施,并比照拘留和逮捕这类羁押措施的人权保障要求,建立互相制约的决定、审查和救济程序,提高指定居所的保障程度,压缩指定居所监视居住的时间,让辩护权、申诉权和控告权的行使更加充分,并且与其他羁押措施实行同等的抵扣和赔偿制度。

第六章,如实供述义务的合宪性困境及化解。如实供述义务是与侦查机关讯问权相对应的被追诉人的法律义务。如实供述义务所面临的矛盾不仅存在于刑事诉讼法中,还进入宪法层面。如实供述的义务侵犯公民的言论自由、人格尊严等多项宪法基本权利和自由,并且与依法治国的宪法基本原则相悖。为了解释如实供述义务背后的合宪性困境,应当不再将如实供述作为一项法律义务,而应当按照免于自证其罪

的要求,赋予嫌疑人完全的供述自由。同时,充分运用受宪法保障的沉默权,制约侦查机关的讯问权,避免刑讯逼供或变相逼供措施侵犯公民的各项基本权利。此外,为了保障沉默权的实效,还应运用律师在场权、坦白从宽制度等各种辅助措施完善既有的沉默权制度。

第七章,如何实现侦查权与基本权利之间的平衡。首先要构建法权平衡的规范体系。为此,一方面,在人权保障的具体制度设计上,应该立足于保障被追诉人的各项基本权利;另一方面,权力配置由公安独大向审判优位转变。其次要让司法令状制度成为法权平衡的能动性支点。为了兼顾社会安全的需要和人权保障的要求,我应当在本国宪法框架下借鉴法治发达国家的司法令状制度,让其成为实现法权平衡的能动性支点。最后,使宪法监督体制成为法权平衡的最终保障。宪法监督难以激活让刑法修改中的合宪性问题无法纠正,为此必须转变党的执政方式,改变权力过分集中的局面,适时成立专门性的宪法监督机构,对各种作为式违宪和不作为式违宪采取有针对性的纠正措施。

本书是笔者在博士论文的基础上修改完成,在本书的完成过程中,发表了三篇相关文章:《涉案财产没收程序如何经受宪法拷问》(《法学》2012年第6期,本书第二章的部分内容)、《何谓“严格的批准手续”——对新刑法技术侦查条款的合宪性解读》(《环球法律评论》2013年第4期,本书第三章)、《指定居所监视居住的合宪性审视》(《法学》2013年第6期,本书第五章)。其中,《涉案财产没收程序如何经受宪法拷问》一文获中国政法大学第一届中华法学硕博英才奖二等奖。

目 录

前 言 / 1

引 言 / 1

- 一、严峻的安全形势给侦查权扩张提供了借口 / 1
- 二、人权保障之得失取决于侦查权制约之成败 / 3
- 三、国内外研究综述 / 6
- 四、本书的主要思路、内容和创新 / 15

第一章 新刑法中侦查权之消长 / 21

第一节 侦查权的基本概念和宪法定位 / 21

- 一、侦查权的基本概念 / 21
- 二、侦查权的宪法定位 / 23

第二节 新中国成立后侦查权的历史变迁 / 26

- 一、1949 年新中国成立到 1966 年“文革”前 / 26
- 二、1966 年“文革”到 1979 年刑法制定前 / 28
- 三、1979 年刑法到 1996 年刑法 / 29

第三节 新刑法中侦查权的主要实现方式 / 30

- 一、强制措施 / 30
- 二、讯问 / 33
- 三、搜查 / 36
- 四、查封、扣押和冻结 / 38

2 目 录

五、技术侦查措施 / 39

六、通缉 / 40

第四节 新刑法对侦查权的控制 / 42

一、对非法取证的控制与如实供述义务存在矛盾 / 44

二、对秘密强制措施扩张的遏制与保留 / 44

第五节 新刑法中侦查权的扩张 / 47

一、指定居所监视居住成为羁押性措施 / 47

二、技术侦查措施及批准手续的疲弱 / 48

第六节 侦查权扩张的主要原因 / 49

一、权力扩张的固有规律和历史惯性 / 49

二、公共安全面临客观威胁 / 52

第二章 宪法对侦查权的制约 / 56

第一节 基本权利给侦查权的扩张设定了边界 / 56

一、实体权利 / 56

二、程序权利 / 69

第二节 基本原则给侦查权的扩张设定了框架 / 74

一、尊重和保障人权原则对侦查权的制约 / 74

二、法检公互相制约原则对侦查权的制约 / 77

三、依法治国原则对侦查权的制约 / 80

第三节 宪法控权体系背后的法权平衡原理 / 83

一、本次修法中侦查权与公民基本权利的关系失衡 / 84

二、公民基本权利与国家侦查权力应当维持平衡 / 88

三、侦查权和其他国家权力之间应当维持平衡 / 90

第三章 技术侦查批准手续的合宪性困境与化解 / 93

第一节 技术侦查措施及其批准手续 / 94

第二节 新刑事诉讼法没有明确技术侦查的批准手续 / 96

第三节 侦查部门自我批准悖离宪法精神 / 97

一、不利于落实法检公互相制约原则 / 98	
二、不利于保障公民的基本权利 / 103	
第四节 如何在宪法框架下构建严格的批准手续 / 110	
一、中立的批准手续 / 110	
二、细化的批准手续 / 113	
 第四章 秘密拘留条款的合宪性困境与化解 / 119	
第一节 新刑事诉讼法中确实存在秘密拘留 / 119	
第二节 公安机关主导下的秘密拘留体制不利于保障宪法权利 / 121	
第三节 受秘密拘留影响的宪法权利 / 125	
一、人身自由 / 126	
二、辩护权 / 128	
三、申诉、控告权 / 130	
四、通信权 / 133	
第四节 司法主导下的羁押程序机制是取代秘密拘留的可行方案 / 134	
一、人身保护令制度 / 134	
二、保护人身自由的司法审查制度 / 142	
三、国际公约中的人身保护制度 / 146	
第五节 如何在中国宪法框架下构建司法主导的羁押程序 / 147	
一、迅速移交司法听审 / 148	
二、迅速移交中立的拘禁场所 / 154	
三、嫌疑人可以聘请律师协助行使辩护权、申诉权和控告权 / 158	
四、任何犯罪的嫌疑人都可以获得人身保护救济 / 165	
 第五章 指定居所监视居住的合宪性困境与化解 / 168	
第一节 指定居所监视居住的主要内容和特点 / 169	
第二节 指定居所监视居住问题的由来 / 172	
一、补充住所监视居住 / 172	
二、“名监实押”成为潜规则 / 172	