



权力制衡与权利保障：

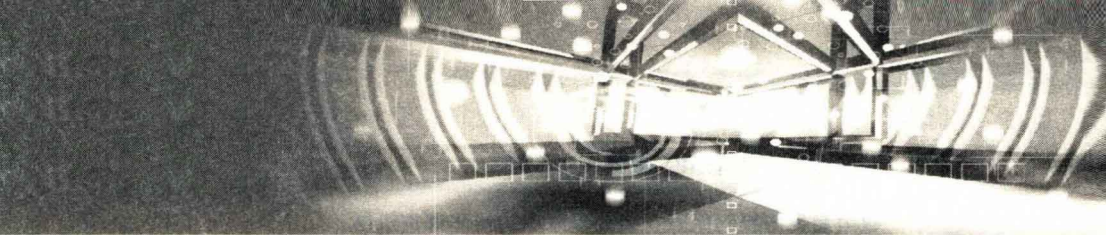
侦查程序中的司法审查机制研究

Power Balance vs Rights Protection

A Study on the Mechanism of Judicial Review in the Investigation Procedure

邱飞 著

光明日报出版社



权力制衡与权利保障：

侦查程序中的司法审查机制研究

Power Balance vs Rights Protection

A Study on the Mechanism of Judicial Review in the Investigation Procedure



邱飞 著

光明日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

权力制衡与权利保障：侦查程序中的司法审查机制
研究 / 邱飞著. —北京：光明日报出版社，2013. 3

ISBN 978-7-5112-4077-4

I. 权… II. ①邱… III. ①司法监督—研究—中国
IV. ①D926.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 034788 号

权力制衡与权利保障——侦查程序中的司法审查机制研究

著 者：邱 飞

出 版 人：朱 庆

终 审 人：孙献涛

责任编辑：宋 悦 茹新平

责任校对：邓永飞

封面设计：人文在线

责任印制：曹 净

出版发行：光明日报出版社

地 址：北京市崇文区珠市口东大街 5 号，100062

电 话：010-67078252（咨询），67078870（发行），67078235（邮购）

传 真：010-67078227，67078255

网 址：<http://book.gmw.cn>

E - mail：gmcbs@gmw.cn songyue@gmw.cn

法律顾问：北京市洪范广住律师事务所徐波律师

印 刷：北京振兴源印务有限公司

装 订：北京振兴源印务有限公司

本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社联系调换

开 本：710mm×1000mm 1/16

字 数：221 千字 印 张：15.75

版 次：2013 年 3 月北京第 1 版 印 次：2013 年 3 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 978-7-5112-4077-4

定 价：45.00 元

版权所有 翻印必究

目 录

CONTENTS

序 言	1
一、选题的由来和主要目标	1
二、研究方法	4
三、各章结构安排	6
第一章 司法审查与侦查程序	7
一、司法审查的概念	7
(一) 司法审查与违宪审查	10
(二) 司法审查与行政诉讼	13
(三) 司法审查与程序性裁判	16
二、司法审查的历史演变	19
(一) 司法审查原则的形成	20
(二) 司法审查制度的确立	27
三、司法审查在侦查程序中的逻辑展开	32
(一) 侦查程序的基本内涵	33
(二) 侦查程序中的司法审查	37

第二章 侦查程序中司法审查的理论基础	42
一、法治国家与人权保障：司法审查的政治缘起	42
（一）法治国家的逻辑展开：有限政府和司法审查	43
（二）人权保障的宪政要求：司法制约和司法救济	50
二、分权制衡与司法权优越：司法审查的逻辑基础	58
（一）何为司法权：对司法权内涵的不同解读	59
（二）司法权为何优越：分权制衡范式下的司法权	65
三、司法独立与司法权中立：司法审查的内在前提	71
（一）司法独立与司法权中立的关系辨析	72
（二）司法独立、司法权中立与司法审查	76
四、程序正义与实体正义：司法审查的运行机理	79
（一）何为正义：对正义的不同解读	80
（二）如何正义：以司法审查来促进实体正义与 程序正义的统一	83
第三章 域外侦查程序中的司法审查机制	87
一、英美法系司法审查机制	87
（一）英国	88
（二）美国	91
二、大陆法系司法审查机制	96
（一）法国	97
（二）德国	102
三、其他国家和地区司法审查机制	107
（一）日本	107
（二）俄罗斯	110
（三）台湾地区	113
四、结语	115

第四章 我国侦查程序司法审查机制构建的必要性与可行性	116
一、我国司法审查的现状	116
(一) 司法审查在我国的发展	117
(二) 我国侦查程序中的司法审查	120
二、我国侦查程序中建立司法审查机制的必要性	129
(一) 构造论分析	130
(二) 价值论分析	140
三、我国侦查程序中构建司法审查机制的可行性	146
(一) 对“司法权”的理解尚不统一	147
(二) 集权观念下欠缺分权制衡的空间	150
(三) 缺少司法独立的观念及制度基础	153
(四) 结论: 障碍, 并非不可逾越	154
第五章 我国侦查程序中司法审查机制的构建	157
一、构建司法审查机制的原则	157
(一) 充分考虑国情: 淮南之橘与淮北之枳	158
(二) 分步渐进实施: 有限理性到完全理性	162
二、建立司法审查机制的具体构想	165
(一) 主体的选择	165
(二) 范围的设定	175
(三) 方式的设立	178
三、对几种常见侦查措施进行司法审查的程序性设置	183
(一) 强制到案 (拘传、拘留、逮捕)	183
(二) 搜查	189
(三) 扣押	191
(四) 监听	193
(五) 诱惑侦查	195

第六章 我国侦查程序中司法审查机制构建的配套改革	197
一、深化检察制度改革,构建科学法检警关系	197
(一)对检察权的理性分析:宪政与司法维度	197
(二)构建科学法检警关系	205
二、改进律师制度,促进平等武装	212
(一)明确律师在侦查阶段辩护人的主体地位	214
(二)保证律师辩护权利得到实现	216
三、建立沉默权制度,加强人权保护	218
(一)沉默权制度的基本内涵	219
(二)我国采用沉默权制度的利弊分析	224
四、以法官职业化为进路,推进司法体制改革	227
(一)法律职业与法官职业化	228
(二)我国法官职业化的历程	230
(三)以法官职业化为进路,推进司法体制改革	231
五、结语	233
主要参考文献	236
后 记	244

序 言

一、选题的由来和主要目标

就刑事诉讼领域的司法改革而言，审判方式的改革似已取得了一定的成绩。然而，这一自上世纪 80 年代开始以来的改革，并没能有效地解决诸如刑讯逼供、超期羁押和非法限制被追诉方辩护权等顽症。而且，法治的权威、司法的信任在严峻的现实面前仍难以得到应有的彰显，理想与现实之间的落差并没有实现应有的缩小。这些问题让我们感觉到：仅仅通过审判方式的改革是难以获得司法的正义。换言之，我们发现，侦查程序作为刑事诉讼的第一个实质性阶段，必须予以足够的重视。当前我国刑事司法实践中出现的诸多问题，固然有些与办案人员的素质有关，但究其根源，却在于侦查程序中存在一些制度性的问题需要改革。其中，侦查程序的法治化、诉讼化就是一个重要方面。

在刑事诉讼过程中，可以说侦查程序是常态社会条件下最深刻地影响公民权利的国家权力运作程序，该程序集中体现了公民的个人权利与国家权力的紧张冲突与衡平关系。虽然侦查权的运作是揭露犯罪、打击犯罪、维护社会秩序的需要，但这一重要性却并不能保证每个侦查行为的正当性。介于侦查行为大都涉及公民的人身自由、财产及隐私等基本

权利，所以，如果缺乏有效的制约机制或程序性保障措施，侦查权的运作就极可能成为达摩克利斯之剑，随时可能威胁着每一个公民的安全，尤其是处于被追诉地位的犯罪嫌疑人的安全和利益。针对这种矛盾的客观存在，如何有效地化解冲突、构建衡平？显然既不能靠公民自身的反抗来达到，也不能靠侦控机关及其工作人员的主观真情来维护。实践理性表明，科学、合理地配置司法权力，以司法权制约侦查权，才是防止侦控机关滥用职权、维护公民权利的根本的、有效的路径。

当今世界，从西方主要国家的刑事诉讼立法来看，许多国家都在立法中规定了司法审查原则，更有国家将司法审查原则提升到宪法层面加以确定（如美国、德国和日本等）。可以说，司法审查自 19 世纪在美国形成以来，已得到了大多数国家和人们的认同。发展至今，在刑事侦查过程中引入司法审查机制已成为一种国际化的趋势，侦查程序司法审查已经成为一项普遍适用的刑事诉讼国际准则。在西方两大法系中，虽然实施该机制的出发点和实施的范围、限度不完全相同，但在结果上却取得了殊途同归的效果（就动机而言，英美法系主要基于对公民基本权利的保护和尊重。大陆法系对强制侦查进行司法审查主要基于审判机关对侦查机关的制约制衡作用）。换言之，在今天的西方主要国家中，侦查程序司法审查已不再成为多高深的理论或实践问题。但是，如果我们就此以为该原则和制度具有放之四海而皆准的普适性，可以不加分析地照搬引进，则其结果必将是“水土不服”或“南橘北枳”，因为中西法律文化和法律制度有着许多深层次的不同。

我国现行侦查程序中，对侦控机关的审查主要是侦查机关的内部行政审查和检察机关的监督审查。我国检察机关虽具有准司法的性质，但这种审查却主要表现为事后审查，而非过程审查和事前审查。这与西方国家实践中的司法审查不同，与法治国家理性中蕴含的司法审查也不同。近年来，关于应否在我国建立侦查程序司法审查机制的问题，已得到了许多学者的关注，对其基本理论也有了诸多介绍和评析。可以说，在学术界，针对侦查行为应建立健全司法审查机制的观点，已得到了越来越

多学者的认同。但是，就我国的基本国情而言，在从传统走向现代、从人治走向法治的这一特定历史时期，能否构建、如何构建，即在我国侦查程序中构建司法审查机制的可行性、现实性论述的却相对较少，最起码是还很系统和全面。如何结合国情，在打击犯罪与保障人权的这一动态平衡中寻找着力点，实现侦查程序中司法审查机制的“软着陆”，却是少有论述或者说论述还不够深入。对此，笔者通过价值分析、理性思辨和实证研究相结合的方式，对构建我国侦查程序中司法审查机制这一特定的现实问题进行深入探讨，以期能够促进我国司法改革的科学发展。

当然，正如有些学者所认为的那样，司法审查在西方形成并得以顺利发展，是与其源远流长的自然法精神相一致，并且是和资本主义国家实行的三权分立、多党制等政治体制相联系的，而这些“有利”因素我国都不存在。我国自秦始皇统一后的两千年封建社会中，长期实行的是高度统一、集权的政治体制，坚持的是以“和”为统领的儒家人治文化，可谓长期缺乏对立与制衡的思想观念。新中国成立后，虽然从政治体制上废除了封建专制制度，但是长期以来又实行以高度集中、统一为特征的计划经济体制，国家所有制模式赋予政府（在一定意义也就是国家）无限的权力，将政府推到社会结构中至高无上的地位，这就使传统的国家权力本位主义观念，在新的社会结构形态下得以延续。在国家权力本位主义观念的关照下，只可能生成一种集权式的传统社会结构，而不可能产生以限制国家权力和保障个人权利为目的的、以“法治”和以“程序正当”为基础的现代社会结构。这种集权型政治结构极易导致行政权的“坐大”，因为集权型国家的首要任务是稳固统治、维持公共安宁，而在这方面，行政权具有天然的优势。相反，司法权对行政权的制约作用则遭到淡化。具体到刑事司法领域，往往更讲究“公检法三机关”联合办案，强调党的政法委、纪委领导下的相互配合。可以说，重人治轻法治、重打击犯罪轻权利保障、重权力配合轻权力制约、重实体真实轻程序公正等观念，在社会上和司法实践中仍成为有意无意间的行动规则和指南；司法不够独立和中立，司法权威得不到彰显，律师辩护权尚没有

得到切实的保障，以及检察监督而非司法审查的制度设置等，都和已实行司法审查机制的其他国家有着很大的不同。如何认识这些不同，既涉及到观念，也涉及到理论和实践。

笔者认为，西方以三权分立为话语背景的侦查程序司法审查理论，并不宜当然地成为我国引进该机制的理由，也不能成为我国在刑事侦查程序建立健全司法审查机制的理论支撑。基于此，笔者在认真探讨西方国家侦查程序司法审查机制形成的条件和基础上，对各主要国家现行的侦查程序中司法审查机制进行横向评析和比较，寻找出内在的逻辑规律，以期对构建我国侦查程序司法审查机制提供一定的参考和借鉴。司法审查是人类社会文明的共同产物，在不同的国家，会因文化传统、思想观念、政治体制、法律制度等基本国情的不同，而有不同的表现形式。但众多的不同中又必然具备相同的内核——基本的理念和原则是相同的——建设法治国家、寻求权力制衡和权利保障、追求程序公正等。因此，我们在体认到还有相当多的障碍性因素需要克服的同时，也应在逻辑上明白这些障碍性因素的克服，是要通过司法审查机制的建立来有效地完善，而不是等到这些问题逐一解决之后再再来建立健全刑事司法审查机制。因此，笔者提出在构建我国刑事司法审查机制的过程中，应注意结合国情、分步实施，做到这样“几个结合”：长远的法院审查和暂时的法院检察院共同审查相结合，原则上全面审查和个别的特殊例外相结合，原则上事前司法审查和特殊的事后司法救济相结合，司法机关的主动审查和当事人申请的被动审查相结合等，以期构建和完善我国侦查程序中的司法审查机制。

二、研究方法

全文采用如下主要三种研究方法：

（一）唯物辩证的方法。本文在研究和撰写过程中运用唯物辩证的方法论原则，坚持了三个基本观点：第一，坚持社会存在决定社会意识的

观点。对侦查程序中司法审查机制的研究,努力深入到社会生活、物质利益关系中去寻找根源、考察其产生和发展的基本动因。域外司法审查的产生有着深厚的经济、政治、文化、思想基础和渊源,随着我国社会主义市场经济的发展、政治民主化进程的加快,随着法治观念的提高、人权意识的提升,在侦查程序中构建司法审查机制就成为一种规律性的要求。第二,坚持社会现象的普遍联系和相互作用的观点。侦查程序中的司法审查机制之构建,不仅仅涉及到司法权、侦查权,还涉及到检察权、律师辩护权以及犯罪嫌疑人的合法权益等;不仅要考察具体的制度能否构建、还要考察如何构建;不仅要考察具体制度,更要考察相关的法律文化。即对侦查程序中司法审查机制的构建,还应放到侦查程序外来考察。第三,坚持社会历史的发展观点。一般来说,如简单地套用西方三权分立、司法独立等逻辑,或简单地依据我国立法和司法现状,是很难理直气壮地认为我国目前就具备了建成侦查程序中司法审查机制的条件,但是,当我们用历史的、发展的眼光来看待时,可能就会不一样。如我国传统儒家文化是一种“厌讼”、“无讼”思想,但近年来在我国却发生了“诉讼爆炸”的现象。这就说明利弊是相对的,因为整个社会都是处在不断地运动和发展过程中的。

(二) 历史考察的方法。本文详细地考察了司法审查的历史发展,并对分权制衡的历史发展、法治国家的历史发展、司法权的历史发展和检察权的历史发展等,都作了不同程度的探讨。通过历史地考察,对中西诉讼中的法律文化、司法制度中诸多的不同问题作了相应的分析,对立足现实,着眼长远提供了依据。

(三) 比较分析的方法。文章对域外侦查程序中的司法审查机制进行了比较和实证的分析,一方面彰显了侦查程序中建立司法审查机制的普遍性和国际性,另一方面也为探讨我国构建我国侦查程序中司法审查机制的必要性和可行性提供参考,既有利于发现现实中存在的障碍性因素,也有利于发现既有的有利条件,为理性地构建我国侦查程序中的司法审查机制提供较为充分的理论准备。

三、各章结构安排

全文由六章组成：

第一章为基本概述，介绍司法审查的定义、特点，和侦查程序中司法审查之由来与发展。

第二章分析侦查程序中司法审查的理论基础，着重从四个角度进行剖析：其一，政治缘起在于法治国家和人权保障理论；其二，逻辑基础为分权制衡和司法权优越理论；其三，内在前提则是司法独立和司法权中立理论；其四，运行机理则在于程序正义和实体正义相统一理论。

第三章介绍和评论域外主要国家和地区侦查程序中的司法审查机制，通过简要地分析，即可发现：侦查程序中的司法审查已成为现代法治国家的理性要求，并已成为世界性的普遍规则。

第四章对我国侦查程序中构建司法审查机制的可行性和必要性问题作以阐述。首先对我国的司法审查现状作以分析，在此基础上，从构造论和价值论的角度分析了我国侦查程序中构建司法审查机制的必要性，从现有障碍和有利条件角度分析了构建的可行性。

第五章为我国侦查程序中司法审查的具体制度设计，提出了基于国情、分步实施的建构原则，对我国侦查程序中司法审查的主体、范围和方式等主要问题作了理性的分析，并对强制到案、搜查、扣押、监听、诱惑侦查等具体侦查行为的司法审查程序提出了初步设想。

第六章则意在分析如何在初步构建的基础上进一步完善我国侦查程序中司法审查机制，文章对侦查程序中所涉及的相关主体（即公、检、法、律和侦查相对人）的权力与责任、权利与义务的配置与定位进行了一定分析，提出了深化改革的路径和目标。

第一章 司法审查与侦查程序

司法审查从产生、发展到今天，其内涵和外延均发生了很大的变化。近年来，随着我国改革开放的日益深入，随着法治建设的逐渐推进，关于“司法审查”的论述已在学术界逐渐成为一个热点话题。法理学、宪法学、行政法学和诉讼法学等领域的教材和论著，大多都已涉及到司法审查的相关内容。但是，对司法审查的原理在刑事审前程序、特别是在侦查程序中如何展开的相关问题，却仍少有论述。虽然有些学者基于控制侦查权、保障人权的要求，对此提出了一些构想，但却缺少系统的分析。为此，本文试以侦查程序中的司法审查机制的构建为中心展开详细论述。

一、司法审查的概念

何谓司法审查？就其定义来说，可谓众说纷纭。不同学者，从不同角度，可能就会有不同的概括。如有学者认为：“司法审查是现代民主国家普遍设立的一项重要法律制度，是国家通过司法机关对其他国家机关行使国家权力的活动进行审查，通过司法活动纠正违法行为，并对由此给公民、法人、其他组织合法权益造成的损害给予相应救济的法律制度。”^① 也有学

^① 罗豪才：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年版，第1页。

者定义为：“司法审查（Judicial Review），是指司法机关通过对立法机关和行政机关制订的法律、法规及其他行使国家权力的活动进行审查，宣告违反宪法的法律、法规无效及其他违法活动通过司法裁判予以纠正，从而切实维护宪法的实施，保护公民的合法权益。”^① 还有学者定义为：“司法审查是指国家通过司法机关对其他国家机关行使国家权力的活动进行审查，对违法活动通过司法活动予以纠正，并对由此给公民、法人或其他组织合法权益造成的损害给予相应补救的法律制度。”^② 等等。这些定义基本上是从较为重要的宪政角度对司法审查的内容、对象及价值意义等作了大致相同的概括。对此，笔者以为，该定义对司法审查最为本质的——在权力运行过程中实施的，以权力制约权力、以权力保障权利——内涵似乎突出地不够，亦可谓存在美中不足吧。鉴于此，笔者谨试从权力运行的角度作如下定义：司法审查是指以中立的、价值无涉的司法裁判权对国家立法权、行政权等权力（包括侦查权、追诉权等）的行使进行合法性审查，以确保该权力的正确运行，同时给权力对象以司法救济的机会，以保障私人权利不受国家权力的侵犯。这一定义并非要标新立异，而仅仅是想表明司法审查的实质：从政治制度架构的层面而言，其是一种国家权力的分权制衡机制，它通过法院行使司法审查权对立法权和行政权进行平衡、制约；从权利保障的角度来说，其是一种权利救济机制，它在公民权益受到国家权力的强制侵犯时，为公民提供获得救济的机会，即允许公民向法院寻求司法保护，由法院对国家权力的运行的合法性进行审查，以向公民提供有效的法律保护；同时，这一定义还意在说明，司法审查不仅重在对权力运行结果的审查，更重在对权力运行的起始及过程的审查，体现了程序正当的要求：合目的性与合法性的统一。

从法治完善的角度看，司法审查的建立是法治发展和完善的体现，是防止国家机关滥用权力，保障公民权利得以真正实现的一项重要法律

① 王利明：《司法改革研究》，法律出版社2001年版，第277页。

② 林来梵：《从宪法规范到宪法规范——规范宪法学的一种前言》，法律出版社2001年版，第327页。

制度。司法审查具有如下基本特点：

1. 司法审查的主体，是指司法权的行使主体，一般指法院。世界各国通行的“司法”概念，与审判实为同义语，^① 因此，域外所说的司法审查，就是指法院所进行的审查。这和我国目前对司法权的界定有一定的不同。在当代中国，司法权通常被认为是“国家行使的审判和监督法律实施的权力”，^② 统一行使司法权的机关则是指各级人民法院和人民检察院。^③

2. 司法审查的内容，主要包括国家立法机关行使立法权行为的合法性和国家行政机关行使行政权行为的合法性。在某些特殊情况下，司法审查还要对国家机关行使公权力的合理性进行审查。^④

3. 司法审查的基础，一方面要求司法权能够独立、中立地运行并具有优势地位；同时，国家不同性质的权力之间存在着分立与制衡的空间和要求。

4. 司法审查的目的，在于通过对公权力行使的合法性乃至合理性进行审查，以防止国家公权力的滥用，保证国家机关能在宪法和法律的范围内活动，从而最终实现对公民合法权益的保护。^⑤

5. 司法审查的结果，是对公权力行使的批准、维持或纠正，并对受到公权力不当行使的受害人予以救济。具体来说，司法审查主体对国家机关所行使公权力经过审查后，其合法性得到确认的，即予以批准或维持；合法性未得到确认的，即予以撤销或责令有关机关予以纠正；如果造成相对人基本权益损害的，则根据当事人申请，通过赔偿制度予以救济。

① 郭成伟、宋英辉：《当代司法体制研究》，中国政法大学出版社2002年版，第12页。

② 《法学词典》，上海辞书出版社1984年版，第241页。

③ 因此，曾有学者认为我国侦查程序中已建有自己的司法审查制度，即人民检察院对公安机关的逮捕申请依法进行审查、批准的制度。参见刘根菊、黄新民：“刑事诉讼司法审查制度的内外机制条件探析”，《政法论丛》2006年第1期。

④ 如我国行政诉讼法实行的是“以合法性审查为原则，以合理性审查为例外”的制度。合理性审查的范围目前限于该法第五十四条规定的“滥用职权”和“行政处罚显失公正”两个方面。

⑤ 王振民：《中国违宪审查制度》，中国政法大学出版社2004年版，第42—43页。

当然，司法审查的内涵是相当丰富的，要真正地把握其实质，还须对与其相近的其他概念，诸如违宪审查、行政诉讼和程序性裁判等作以比较和分析。

（一）司法审查与违宪审查^①

违宪审查是我国宪法学界二十多年来的热门研究话题，从反思现行体制到提出改革方案，从介绍国外相关制度到探讨中国模式，从概念、思想的论证到具体案件的分析，有关“宪法监督”或“违宪审查”的著述，已有汗牛充栋之观。据有学者统计，1980—2003年国内关于宪法监督方面正式发表的论文有178篇，有关论文集6部，专著16部。^②但其中有些人对违宪审查及其相关概念的运用不够严谨，往往将违宪审查与司法审查等概念交替使用，使其内涵与外延混乱不堪。以至于在我国，有许多人，甚至有许多学者都认为司法审查与违宪审查是等同的概念，是同一事物的不同称呼。如龚祥瑞先生认为：“司法审查（Judicial Review）又称违宪审查，它是西方国家通过司法程序来审理和裁决立法和行政是否违宪的一种基本制度。”^③王磊先生认为：“宪法的适用是指国家司法机关根据法定职权和法定程序，应用宪法处理具体案件的专门活动，一般将这种活动称为‘司法审查’或‘违宪审查’。”^④陈业宏、唐鸣先生认为：“违宪审查制度，也有人称之为司法审查制度，是指国家通过一定的程序（多为司法程序）来审查或裁决国家的立法（法律）和行政（法令）或者国家机关领导人的行为是否符合（违反）宪法的一种基本制度，是一种为防止违宪而设立的专门制度。”^⑤这些近于相同的认识在一定程

① 对于“违宪审查”的概念，张千帆教授认为使用“宪政审查”或“宪法审查”这一概念更准确。因为在美国，constitutional review是指法院或专门成立的审查机构，基于宪法对立法行为的审查，“违宪审查”难以从字面上理解这项制度的含义，而且还不是准确的直译。参见张千帆：《宪法学导论——原理与应用》，法律出版社2004年版，第153—154页。

② 陈云生：《宪法监督司法化》，北京大学出版社2004年版，第553—563页。

③ 龚祥瑞：《比较宪法和行政法》，法律出版社1985年版，第114页。

④ 王磊：《宪法的司法化》，中国政法大学出版社1999年版，第19页。

⑤ 陈业宏、唐鸣：《中外司法制度比较》，商务印书馆2000年版，第355页。