



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

建设公正高效权威的 社会主义司法制度研究 (第三卷)

陈卫东 主编

 中国人民大学出版社

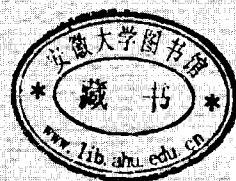


国家哲学社会科学成果

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

建设公正高效权威的 社会主义司法制度研究 (第三卷) 中国刑事诉讼程序改革研究

主编 陈卫东
本卷主编 陈卫东



中国人民大学出版社

目 录

第一章 公正与效率平衡视角中的侦查制度	(553)
一、引言	(553)
二、侦查制度的法治原则	(555)
三、侦查讯问与刑讯等酷刑的遏制	(565)
四、秘密侦查的法治化与侦查效能的提升	(569)
五、余论	(581)
第二章 公诉权的运行及其规制	(583)
一、不起诉权的制约和监督机制	(583)
二、附条件不起诉制度研究	(608)
三、起诉权的制约机制	(623)
第三章 对抗式诉讼模式研究	(648)
一、对抗式诉讼模式的含义及特征	(648)
二、对抗式诉讼模式在当代的新发展	(651)
三、对抗式诉讼模式的比较优势	(653)
四、对抗式诉讼模式的理论基础	(656)
五、中国应坚持对抗式诉讼模式改革	(660)
六、中国对抗式诉讼模式的改革路径	(662)
七、余论	(671)

第四章 中国刑事审判制度改革的基本课题	(673)
一、引言	(673)
二、1996 年以来中国对对抗制审判模式的借鉴和吸收	(676)
三、1996 年修正后的审判模式在运作过程中存在的问题	(681)
四、中国刑事审判制度的未来	(692)
五、结语	(701)
第五章 我国陪审制度的功能及其实现	(703)
一、我国陪审制度的政治意蕴与司法功能	(703)
二、我国陪审制度的技术功能	(706)
三、我国陪审制度的实质化改造	(713)
第六章 刑事诉讼庭前准备程序的构建	(719)
一、庭前准备程序的概念和功能	(719)
二、域外庭前准备程序之考察	(721)
三、对我国 1996 年刑事诉讼法确立的庭前准备程序的讨论	(738)
四、2012 年刑事诉讼法对庭前准备程序的修改及其检视	(741)
第七章 刑事一审程序的完善	(745)
一、一审程序的实际运行情况	(746)
二、1996 年刑事诉讼法规定的一审程序存在的问题	(747)
三、2012 年刑事诉讼法对一审程序的修改	(772)
四、一审程序的进一步完善	(776)
第八章 刑事二审程序的问题及对策	(782)
一、二审程序的总体评析	(782)
二、二审程序的审理范围	(787)
三、二审程序的裁判主体	(801)
四、二审程序的检察机关	(815)
五、二审程序的发回重审	(827)
第九章 死刑复核审理程序的完善	(841)
一、引论	(841)

二、报送程序的改革	(843)
三、立案程序的改革	(845)
四、审理程序的改革	(846)
五、裁判方式的改革	(848)
六、讨论决定程序的改革	(850)
七、关于死刑复核的期限	(852)
第十章 刑事再审程序改革反思	(853)
一、“有错必纠”原则的重申	(854)
二、“依法纠错”原则的艰难确立	(855)
三、复杂关系图景中的“依法纠错”原则	(858)
四、从塑造理念到建构新机制	(861)
五、刑事再审程序改革反思	(862)
第十一章 刑事执行程序的完善	(865)
一、刑事执行概述	(865)
二、刑事执行体制的改革与完善	(866)
三、执行变更程序的改革与完善	(873)
索 引	(886)

Contents

Chapter 1 The Investigation System in the View of Balancing Justice and Efficiency	(553)
1. Introduction	(553)
2. The Principle of Rule of Law in the Investigation System	(555)
3. Criminal Interrogation and Suppress Torture	(565)
4. Legalization of Covert Investigation and Promotion of the Investigation Efficiency	(569)
5. Conclusion	(581)
Chapter 2 Operation and Regulation on the Right of Prosecution	(583)
1. Restriction and Supervision Mechanism for the Power of Non-Prosecution	(583)
2. Research on the Conditional Non-Prosecution	(608)
3. Restriction Mechanism for the Power of Prosecution	(623)
Chapter 3 Research on the Adversarial Litigation Model	(648)
1. Connotation and Characteristics of the Adversarial Litigation Model	(648)
2. New Developments of the Adversarial Litigation Model at Present	(651)

3. Comparative Advantages of the Adversarial Litigation Model	(653)
4. Theoretical Basis of the Adversarial Litigation Model	(656)
5. Reform should be Continued towards the Adversarial Litigation Model in China	(660)
6. Approaches of the Reform towards the Adversarial Litigation Model in China	(662)
7. Conclusion	(671)

Chapter 4 Fundamental Issues in China's Reform of Criminal

Trial System

1. Introduction	(673)
2. Learn from and Absorb the Adversarial Trial Model in China since 1996	(676)
3. Problems Occurred during the Operation of the Current Trial Model	(681)
4. The Future of China's Criminal Trial System	(692)
5. Conclusion	(701)

Chapter 5 Functions and Realization of China's Jury System

1. The Political Implication and Judicial Functions of China's Jury System	(703)
2. Technical Functions of China's Jury System	(706)
3. Substantive Transform of China's Jury System	(713)

Chapter 6 Construction of the Criminal Pretrial Procedure

1. Meanings and Functions of the Criminal Pretrial Procedure	(719)
2. Study on the Criminal Pretrial Procedure Overseas	(721)
3. Discussion on China's Criminal Pretrial Procedure in 1996 ...	(738)
4. Amendment of China's Criminal Pretrial Procedure in 2012	(741)

Chapter 7 Perfection of the Criminal Procedure at the First**Instance** (745)

1. Operation of the Criminal Procedure at the First
Instance in Practice (746)
2. Problems Occurred in the Criminal Procedure at the
First Instance in 1996 (747)
3. Amendment of the Criminal Procedure at
the First Instance in 2012 (772)

Chapter 8 Problems and Solutions in the Criminal Procedure at**the Second Instance** (782)

1. Overall Assessment on the Criminal Procedure at the
Second Instance (782)
2. The Cognizance Scope of the Criminal Procedure at
the Second Instance (787)
3. Referees of the Criminal Procedure at the Second
Instance (801)
4. Procuratorial Organs in the Criminal Procedure at
the Second Instance (815)
5. Retrial in the Criminal Procedure at the Second Instance (827)

Chapter 9 Perfection on the Death Penalty Review Procedure (841)

1. Introduction (841)
2. Reform on the Submit Procedure (843)
3. Reform on the Registration Procedure (845)
4. Reform on the Trial Procedure (846)
5. Reform on the Modes of Judgment (848)
6. Reform on the Discussion and Decision-Making
Procedure (850)
7. Time Limits on the Death Penalty Review Procedure (852)

Chapter 10 Introspection on Reform of the Criminal Retrial

Procedure	(853)
1. Reaffirm the Principle that Any Mistake must be Rectified	(854)
2. Difficult Establishment of the Principle that Mistakes should be Rectified according to Law	(855)
3. The Principle that Mistakes should be Rectified according to Law in Complicated Relationships	(858)
4. From Shaping Ideas to Building New Mechanisms	(861)
5. Introspection on Reform of the Criminal Retrial Procedure	(862)

Chapter 11 Perfection on the Criminal Executive Procedure (865)

1. Introduction of the Criminal Executive Procedure	(865)
2. Reform and Perfection on the Criminal Executive Procedure	(866)
3. Reform and Perfection on the Alteration Procedure of Criminal Execution	(873)

Index	(886)
-------	-------

第一章

公正与效率平衡视角中的侦查制度

一、引言

侦查制度是刑事司法制度的重要组成部分，是刑事司法制度较之于民事司法制度、行政司法制度最具特色的一项制度、一个程序步骤。一方面，侦查程序在整个刑事程序中的重要地位，既体现在侦查环节是发现事实与收集证据的主要环节，同时体现在侦查程序的处理结论对于整个案件最终的处理结果具有决定性作用^①，后续的起诉与审判环节，从工作内容上看主要是对侦查工作内容与处理结果的审核。另一方面，历史的经验已经反复证明，绝大多数冤假错案在侦查环节上已经形成，不公正的侦查制度是错案形成的重要根源。我国刑事诉讼法在 1996 年的立法修改过程中重点在于审判方式的改革与完善，对于审前程序关注有限，特别是对侦查程序的立法完善与实务改革，立法机关与学术界都关注不够。近十余年来的刑事司法实践愈发凸显出 1996 年立法改革系统性关注不足所引发的一系列问题。对上述问题直接而又有力的论据是 2000 年全国人大常委会对刑事诉讼法执法情况大检查时所发现的三项主要问题，包括刑讯逼供、超期羁押与律师权利保障欠缺，主

^① 围绕侦查与审判之间的关系，理论上对侦查程序的目的有不同的观点，大致划分为“公判准备说”、“公诉准备说”与“侦查独立说”，此类学术观点主要源于日本学界的讨论，参见李簪簪：《侦查诉讼化研究》，中国政法大学 2005 年博士学位论文，第 50—55 页。基于无罪推定原则以及司法审查原则，侦查活动的判定结果不具有终局性，侦查总体上是为审判服务的。从这个意义上讲，现代刑事诉讼应当贯彻审判中心主义，但从刑事程序运行实践的角度来看，侦查程序的独立地位也不容一概否定，特别是侦查程序对于后续起诉、审判程序事实认定及案件处理的影响不容忽视。

要的问题都是集中在侦查环节上。推进我国刑事司法改革、健全刑事诉讼制度，当务之急，或者说当下最为迫切的问题在于，将改革的重心从审判程序转向侦查程序，建立公正、高效与权威的现代侦查制度。

如前所述，侦查程序在刑事司法中具有基础性与决定性地位，侦查制度的改革牵一发而动全身，特别是对于正处于改革开放深水区的当代中国，在国际政治、经济形势瞬息万变，社会各阶层利益关系错综复杂、矛盾不断凸显的现实国情下，推进侦查制度改革，意义重大但同时也蕴涵着极大的风险。较为稳妥的改革路线图应当是在综合考量秩序、安全与自由、权利的基础上，在平衡两种价值需求的基础上，逐步、稳妥地设计、推进相应的改革措施。以平衡的视角设计、推进相应的改革思路才是一种建设性的、现实的改革策略。

侦查制度的权威性源于公正与效率两项价值在侦查环节上实现平衡。换句话讲，权威性这一价值的实现是公正与效率两项价值实现平衡之后的结果。侦查制度的公正与效率两项价值的合理配置追求的目标应当是平衡，侦查制度是刑事司法制度的有机组成部分，而整个司法制度价值目标配置的基本原则是“公正优先、兼顾效率”，公正是司法制度的核心与灵魂，因此侦查制度应当追求公正，但同时侦查程序的独特性与侦查权的性质强烈要求追求效率这一价值。作为一种“准行政权”，或者说处于刑事司法系统中的行政权，侦查权在受到司法权约束的同时，权力运行规律主要体现出其行政本质，即在确保底线公正的基础上对效率具有强烈的追求。^① 因此，在侦查制度中，不应坚持“公正优先、兼顾效率”的策略，而是应当研究如何实现二者的有机平衡。平衡是一个较为抽象的目标，追求的是兼顾秩序与自由、安全与权利、效率与公正。具体而言，地区平衡、侦查程序参与主体之间的平衡和侦查手段的平衡配置都是侦查权平衡规制应当考量的要点。

地区平衡是指在侦查制度的改革过程中应当注意到我国东、中、西部在经济发展、社会治安状况与侦查执法机关能力建设方面存在的显著差异，在设计、推进侦查制度改革的过程中应当充分考量上述差异，一方面改革的举措应当以中等发达地区为主要参照物加以设计，另一方面应当允许不同地区从本地区执法实践的实际情况出发，在遵循法制统一原则的前提下，适当地

^① 关于侦查权的性质存在“司法权说”与“行政权说”的争论，参见杨宗辉：《论我国侦查权的性质》，《法学》2005年第9期；徐美君：《侦查权的运行与控制》，法律出版社2009年版，第35—43页。

进行地方化规则的制定与实施。

侦查参与主体权能的平衡是指侦查机关与犯罪嫌疑人及其辩护人之间的权能应当尽量实现平衡,侦查人员与检察官、法官之间的权力能够有效制约,侦查主体的职权与社会公众的知情权、监督权之间也要实现平衡。

侦查手段配置的平衡是指侦查主体的常规侦查手段与特殊侦查手段之间应当合理分布、协调配置,二者的权力增减趋势应当呈现出成反比的法治发展趋势,也就是说,在一个法治社会或者说追求法治的社会中,侦查权中的常规侦查手段与特殊侦查手段之间应当体现为此消彼长的态势,而不应当是同时增减的关系,否则要么不利于安全与秩序的达成,要么将严重威胁公民的基本权利。在侦查手段、侦查措施的配置问题上,“要捆住警察的右手,就必须放开其左手,因为警察国家与没有警察的国家同样是令人难以接受的”^①。

兼顾公正与效率双重价值下的侦查权平衡规制是本章研究的主题,围绕这一主题,笔者首先探讨侦查权平衡规制的法治原则,主要包括三个主要原则:司法控制原则、强制侦查法定原则与任意侦查原则、侦查秘密原则。其次就侦查行为层面,将重点探讨常规侦查行为中的侦查讯问与特殊侦查措施等新型侦查措施,前者主要着眼于如何对侦查权进行控制以实现公正,毕竟刑讯逼供等各种酷刑行为被公认为是侦查环节上影响公正的最为突出的问题;后者则通过探讨秘密侦查的合法化问题,研究如何在对侦查权进行控制的同时实现侦查效能的提升。最后一部分将提纲挈领地指出在侦查程序各环节上其他影响侦查公正与效率的相关问题,包括侦查期限、反恐与有组织犯罪侦查的特殊程序、数据库建设与使用等内容。

二、侦查制度的法治原则

(一) 侦查权的司法控制或司法审查原则

1. 基本内涵与理论基础

我国较早关注侦查权司法控制问题的学者认为,我国侦查程序的结构性弊端突出表现在,缺乏中立的司法机构对侦查权进行有效的控制,侦查程序

^① 陈卫东:《秘密侦查合法化之辩》,《法制日报》2007年2月11日。

成为行政性治罪程序。因此,学者们对西方国家侦查权的控制模式进行了考察,并将其概况为三种主要的模式:司法授权、司法救济与非法证据排除。^①司法授权是指法官对重大的、关系到公民重要权利的强制性侦查措施颁发许可令,授权警察实施相应的强制措施,比如西方国家普遍确认的司法授权制度为:法官批准警方采取搜查、扣押、逮捕与窃听等强制措施;司法救济是指在诉讼过程中,嫌疑人及其辩护人如果对有关强制侦查措施不服,可以向一个中立的司法机构或司法官提起诉讼,申请救济,如英、美、德等国家都规定了对羁押不服的抗告。^②

关于侦查权司法控制的内涵,司法审查原则是指强制侦查权力的行使必须由独立的司法机关的授权,并且允许侦查机关的相对人通过法定的程序向司法机关寻求救济,防止侦查机关违法行使侦查权力或者滥用侦查过程中的自由裁量权,具体包括司法授权与司法救济两个方面的内容。^③法治国家落实这一原则通常要求对强制侦查进行两次审查:第一次是事先的司法授权或者事后的司法确认审查,第二次是在开庭审理以前或者法庭审理过程中,根据被告人以侦查违法为由提出的证据排除申请进行的合法性审查。两大法系国家具体贯彻该原则时,在限度与范围上存在不同:大陆法系国家的普通法院只审查强制侦查的合法性,不能审查强制侦查的合宪性,即不能通过对侦查行为的审查判断侦查所依据的法律是否符合宪法;而英美法系国家的普通法院则可以同时审查侦查行为的合法性与合宪性。大陆法系部分国家(如意大利)允许检察官授权实施部分强制侦查行为,而英美法系国家则普遍要求司法令状只能由法官签发。^④

对侦查权进行司法控制的理论基础,包括三个方面:第一,是保护被追诉人权利的现实需要。第二,是正当程序理论在侦查程序中延伸的结果。因为侦查程序正当化必然要求司法对侦查程序的介入,使侦查结构具备控、辩、审三方因素。与此同时,对强制侦查行为的决定权本质上是司法裁判权,其应从属于审判职能的范畴,如若由侦查机关自行行使,将带来控、审

① 参见陈卫东、李奋飞:《论侦查权的司法控制》,《政法论坛》2000年第6期。

② 参见陈卫东、李奋飞:《论侦查权的司法控制》,《政法论坛》2000年第6期。

③ 参见孙长永:《强制侦查的法律控制与司法审查》,《现代法学》2005年第5期。

④ 参见孙长永:《强制侦查的法律控制与司法审查》,《现代法学》2005年第5期。

不分的可怕局面。第三,是落实司法最终裁决原则的要求。侦查阶段强制性措施的采用,可能引发公民权利与侦查权的争议与对抗,法院对这些程序性事项也应作出裁决。^①

与司法审查原则紧密相连但略有区别的概念为令状原则。令状原则也被称为令状主义,是指在进行强制处分时,对于该强制性处分是否合法,必须由法院或法官予以判断并签署令状;当执行强制性处分时,原则上必须向被处分人出示该令状。^②另外一种观点认为,令状制度是指通过令状的方式实施法律上的强制处分,并对利害关系人给予适当的司法救济的制度。^③

令状的性质根据侦查构造上的差异可分为两类:许可状与命令状。其中许可状是纠问式侦查构造的产物,法官仅审查侦查行为形式上的合法性,不审查强制处分的必要性等合目的性事项,侦查机关在执行令状时具有较大的裁量权;而弹劾式侦查构造中,强制处分被认为是法官的固有权限,令状为法官签发的命令,侦查机关在执行该命令时没有太多的裁量权。^④

针对令状原则,有学者考察了两大法系采用令状原则的状况,认为起源于英国的令状(warrant)指的就是一种司法授权。令状本身作为授权的标志,用以证明侦查机关的强制侦查行为具有正当理由与根据。而后,美国联邦宪法第四条修正案确立了美国式的针对搜查、扣押的令状制度。战后的日本进一步在宪法中发展了这一制度。令状制度并非英美法系国家所独有,大陆法系国家也存在类似的制度,比如在德国被称为“法官保留原则”。在德国法上,侦查程序中的法官保留原则要求将特定的强制处分之决定权交由法官来行使,并且仅有法官能够行使,其他参与刑事诉讼程序的国家机关仅享有申请权。在考察上述各国的令状制度后可知,令状制度的内容可以概况为三个方面:侦查机关在实施重要的强制侦查行为之前,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的,有权签发令状,并在该令状中对强制侦查行为的时间、对象与范围作出严格的限定;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

① 参见陈卫东、李奋飞:《论侦查权的司法控制》,《政法论坛》2000年第6期。

② 参见宋英辉、吴宏耀:《刑事审判前程序研究》,中国政法大学出版社2002年版,第39页。

③ 参见孙长永:《侦查程序与人权》,中国方正出版社2000年版,第28页。

④ 参见宋英辉、吴宏耀:《刑事审判前程序研究》,第39页。

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、附带搜查行为时无须令状的授权。^①

2. 司法控制、司法审查原则在我国的确立与构建

司法控制机制的阙如是我国侦查程序的重要特点,也被认为是导致违法侦查行为频发的主要原因。司法审查机制的建立既牵扯到宪法规范的修改,更涉及诉讼结构上的根本性变革及公、检、法三机关相互关系的调整,其变革范围与幅度之巨显然要求充分考虑相应改革方案的体系化与系统性程度。

有学者提出了构建我国侦查权司法控制机制的大致设想,包括法官作为中立的第三方介入侦查程序对强制侦查行为进行是否颁发司法令状的审查,紧急情形下则实行后续审核机制;对现行刑事司法体制予以调整,确立审判权的中心地位与中立形象,废止三机关分工负责、互相配合、互相制约原则与检察监督原则;实行检警一体化,检察机关领导、指挥侦查;改革法官选任制度,实现法官的社会精英化;确立非法证据排除规则;实行拘留、逮捕与羁押的分离等。^②

在构建侦查程序的司法审查制度时应当坚持两项原则:一是要达到刑事司法国际准则的要求;二是从我国实际情况出发,分步实施。就具体的构建方案而言,有学者认为,在我国目前的现实情况下,应区别对待司法授权与司法救济的范围,司法授权的范围短期内可以小一些,先主要针对强制候审和延长羁押期限、搜查、扣押、通讯监控、查封、冻结、保全证据等侦查行为,其他强制侦查措施以及紧急情形下的强制侦查可以由侦查机关自行决定,但利害关系人可以申请事后的审查救济。在审查内容上以合法性为主,例外情形下可以考虑必要性问题。在审查方式上,对羁押候审与延长羁押裁判的司法审查采用听证方式进行,其他司法审查活动应以书面审查为原则。另外,应建立对违法强制侦查的程序性救济机制作为制度构建的配套制度。^③

构建司法审查原则的同时需要考虑刑事司法国际准则的相关要求,联合国《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款前半段规定:“任何因刑

① 参见高峰:《刑事侦查中的令状制度研究》,西南政法大学2007年博士学位论文,第3—4页。

② 参见陈卫东、李奋飞:《论侦查权的司法控制》,《政法论坛》2000年第6期。

③ 参见孙长永:《强制侦查的法律控制与司法审查》,《现代法学》2005年第5期。

事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或被释放。”虽然联合国人权事务委员会并没有将检察官排除在“其他经法律授权行使司法权力的官员”的范围之外，但现有的国际人权法实践已经表明，法官是更为恰当的司法审查主体，如《欧洲人权公约》及欧洲人权法院已经将上述司法审查的主体限定为法官。^① 欧洲人权法院的判决意见表明，公约中所规定的“其他司法官员”不一定必须是法官，但如果不是法官，则相应的官员必须具有一些法官的特性与职务保障，包括：（1）独立于控辩双方与政府机关；（2）亲自听审羁押案件；（3）依照法律标准审查羁押的合法性；（4）有释放当事人的权力。^② 1994年世界刑法学协会第15届代表大会通过的《关于刑事诉讼中的人权问题的决议》第8条也明确规定：“影响被告人基本权利的任何政府措施，包括警察所采取的措施，必须有法官授权，并且接受司法审查。”^③ 这一国际标准也有助于我们审视我国目前所实行的由检察官负责批捕的所谓司法审查机制与公约的契合性。关于检察机关的侦查监督与司法审查的关系问题是一个需要深入研讨的问题。^④ 有学者深刻地指出，在讨论改革刑事侦查控制模式时，重要的问题并不是原有的控制模式中有无裁判职能，而是由谁承担裁判职能的问题。而“由谁承担裁判职能”的问题，绝不仅仅是个效果如何的问题，而且还是个正当性如何的问题。这个在现代西方国家中并无争议的问题，在中国之所以是个问题，当然是由具有中国特色的公、检、法三机关的关系所决定的。^⑤ 许多其他观点也聚焦在检察机关的职能、定位与司法审查的关系上，检察机关的批捕权并非令状制度，原因在于行使批捕职能时我国检察机关并未保持中立以及批捕程序的非诉讼性。由于检察院在批准逮捕时可以追加被批捕人，且在自侦案件中更是具有审查决定逮捕的权限，

① 参见徐美君：《侦查权的运行与控制》，第186页。

② Scheisser v. Switzerland, 1979.12.4, Series A, No.34, Para.31. 转引自 Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Conventions on Human Rights*, Thomas, 2004, p.419。在该案的裁决中，欧洲人权法院否认检察官符合公约中的“其他司法官员”的要求。

③ 孙长永：《强制侦查的法律控制与司法审查》，《现代法学》2005年第5期。

④ 这一争论的代表性问题为批捕权是交给法院行使还是维持现有的由检察官批捕的制度设计。

⑤ 参见王敏远：《刑事审查程序司法控制的理论分析》，见中国法学网，访问时间：2009年4月1日。

因而其中立性更加值得怀疑；在具体的批捕程序中，检察院并没有对犯罪嫌疑人和被告人举行听审，不符合最低限度的司法保障的要求。^①相反的观点则主张：我国法律已经规定了由检察机关进行司法审查的制度，只不过审查的范围不够全面，应当在未来的改革中将搜查、扣押、拘留等关系到公民重要权利的强制性措施交由检察官进行司法审查，同时改造目前检察官批捕的工作方式，令其采用听证方式，并进行诉讼化改造。这种观点还认为，除检察院自侦案件交由法院批准之外^②，批捕权应当由检察院继续行使而不应由法官进行司法审查，理由有：其一，法官批捕容易形成先入为主的印象，影响其公正形象。其二，影响国家赔偿责任的落实。错捕案件由法院决定，则确定国家赔偿时将出现自己作为自己案件法官的尴尬局面。其三，由法院行使批捕权将令被追诉者丧失最后的司法救济途径。^③另外也有观点从实践中法院人力资源的现实情况出发，认为如果由法院承担对侦查权的监督，在目前的司法语境中无疑是一种乌托邦，因为目前我国法院普遍办案力量不足，经费紧张，法院客观上无力承担这一职能。^④

纵观各种观点的争论，我们可以发现目前对于构建司法审查原则的分歧点主要集中于两个方面：一是《宪法》第37条第2款所规定的“任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕”，该条细致明确地规定了逮捕的权限分配问题。要想设置司法审查机制，必然涉及修宪问题。二是建立司法审查机制在当下中国所面临的实际困难，比如司法独立原则贯彻不足导致人们对法院行使司法审查功能的质疑，再比如人员编制等具体操作上的难题让人们对于建立司法审查机制持怀疑态度。

我们认为，关于修改宪法的问题，一方面的确应当慎重，但另一方面实际上在中国现有的立法体系下，主要还是一个操作形式的问题，关键在于社

① 参见高峰：《刑事侦查中的令状制度研究》，第94—95页。

② 在2008年年底开始启动的中央新一轮司法体制改革过程中，关于批捕权由检察院交由法院行使从而实现建立司法审查机制的改革构想，曾经被提到改革决策层面上加以考虑，但最终由于部门利益问题而没有纳入本轮司法体制改革方案之中。

③ 参见张智辉、邓思清：《论我国刑事强制性措施的改革与完善》，《法商研究》2006年第1期。

④ 参见左卫民、赵开年：《侦查监督制度的考察与反思——一种基于实证的研究》，《现代法学》2006年第6期。