

侦查程序中 司法审查制度研究

申世涛 著



廣東省出版集團
花城出版社

侦查程序中 司法审查制度研究

申世涛 著



廣東省出版集團
花城出版社

中國·廣州

图书在版编目 (CIP) 数据

侦查程序中司法审查制度研究 / 申世涛著. — 广州: 花城出版社, 2008.8

ISBN 978-7-5360-5458-5

I. 侦… II. 申… III. 侦查—司法监督—中国 IV. D926.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 124557 号

责任编辑: 张 瑛

封面设计: 张术辉

出版发行 花城出版社

(广州市环市东路水荫路 11 号)

经 销 全国新华书店

印 刷 台山市彩宁纸品印制有限公司

开 本 880×1230 (毫米) 32 开

印 张 6

字 数 150,000 字

版 次 2008 年 8 月第 1 版 2008 年 8 月第 1 次印刷

定 价 22.00 元

如发现印装质量问题, 请直接与印刷厂联系调换。

前 言

我国原来的刑事诉讼采取的是强职权主义模式,修改后的刑事诉讼法对审判程序作了调整,基本上实现了控辩对抗的现代诉讼模式(从法条上),但也有一个致命的缺陷,那就是对侦查程序几乎没有做任何实质性的调整,仍沿用原来行政式的单方面追究犯罪的模式。在这种侦查模式下,侦查机关享有强大的权力,而嫌疑人权利相对弱小且救济途径不畅。有权力的人都容易滥用权力,这是万古不变的一条经验(孟德斯鸠语);有权利必有救济,没有无救济的权利。防止权力滥用的最好方式,就是以权力来控制权力;而保障权利最好的方式就是给权利以充分的救济。正是基于这种考虑,现代法治国家在侦查程序中,普遍引入中立的司法机关,对于侦查机关采取的强制措施或者强制侦查行为进行事前授权和事后审查,以此来限制侦查机关的权力和保障嫌疑人的权利,从而在国家权力和公民权利的边界设立起一道坚固的屏障,使国家权力不越“雷池”。也正是带着这种反思,笔者认为在我国未来侦查程序中,也应该引入中立的第三者,设立司法审查制度,从而实现行政式的单方面追究犯罪的侦查模式向现代诉讼式侦查模式转变,真正使侦查程序纳入到诉讼轨道上来。本书分六章,分而简述之。

第一章为侦查程序中司法审查制度的概述,首先作者论述了侦查程序的基本理论,即侦查目的和侦查结构,接着论述侦查程序的基本范畴和司法审查的基本内涵。第二章论述了侦查程序中司法审查制度存在的理论基础,分四个方面,一是法治理论基础;二是权力分立和制衡的理论基础;三是人权保障的理论基础;四是程序正义的理论基础。第三章从比较法的角度对西方主要国家(包

括日本)的司法审查制度进行了考察。首先,在司法审查的主体上,西方国家都毫无例外地赋予了具有中立地位的司法官(这里的司法官一定是和审判法官相互分开的)。其次,在司法审查的方式上,笔者分为四个方面:一是司法授权,即侦查机构在采取强制性侦察措施之前,要经过司法官以令状形式的授权;二是针对羁押的正式的程序性听审,西方国家都实行羁押分立制度,在逮捕嫌疑人之后,必须尽快地将其解送到司法官处,由司法官就逮捕的合法性,是否羁押和释放作出决定。当然,听审的程序各个国家有所不同,一般英美国家采取控辩式,大陆国家采取司法官单独讯问的方式。三是司法救济,有权利就有救济,笔者以羁押为例,分析了西方国家的救济方式和途径。四是非法证据排除规则,西方国家都普遍建立了此项制度,只是排除证据的范围有所不同。但一般都排除了非法获得的口供,对非法获得物证是否排除各国规定不一。再次,作者考察了司法审查的范围。总体说来司法审查的对象是针对人身自由和财产权利的强制性侦查措施,笔者将其分为针对人身的强制性侦查措施和针对证据的强制性侦查措施两个方面,并在每一项下以列举的方式讨论了具体强制侦查措施的内容和程序。第四章论述了我国侦查程序的现状。笔者首先论述了我国现实立法中对侦查行为的控制和监督,并在此基础上分析了控制的不力和监督的缺陷。为了使阅者对我国侦查程序现状有更直观的认识,在接下来的论述中,笔者以超期羁押为例,用实证研究的方法,分析了我国目前超期羁押的现状和根源。第五章介绍了在我国建立司法审查制度的必要性和所遇到的困难和阻力。笔者认为,设立一项制度,不能就制度论制度,还应采用普遍联系的观点,分析新制度和旧制度之间的冲突、调和和衔接问题,甚至更进一步了解制度背后的生存土壤。只有全面了解和新制度有牵连的其他制度、以及引入新制度的“本土资源”,才能设计出带有“乡土气息”的新制度。第六章循着上一章的分析路径,首先分析新制度生存

的理论准备,并在此基础上具体设计我国侦查程序中的司法审查制度,当然,最后还要注意和新制度相牵连的其他刑事诉讼制度的变革和完善。

在写作本书过程中,笔者参考了许多学者的专著和论文,在这里向他们表示感谢!同时,还要感谢花城出版社的张瑛编辑,没有她的帮助,这本书不可能这么快就和读者见面。最后,还要感谢我的家人,在背后对我的默默支持。

申世涛

2008年6月

目 录

第一章 侦查程序中司法审查制度的概述·····	(1)
第一节 侦查程序的基础理论·····	(1)
一、侦查目的概述·····	(1)
二、侦查构造概述·····	(11)
第二节 侦查程序的基本范畴·····	(21)
一、侦查的界定·····	(21)
二、侦查权的界定·····	(25)
三、侦查程序的界定·····	(27)
第三节 司法审查概述·····	(33)
一、司法审查的概念·····	(33)
二、司法审查的历史发展·····	(37)
三、本书中司法审查制度的含义·····	(47)
第二章 侦查程序中司法审查制度的理论基础·····	(49)
第一节 法治理论·····	(50)
第二节 权力分工和制衡理论·····	(53)
第三节 人权保障理论·····	(56)
第四节 程序正义理论·····	(60)
一、程序正义的缘起·····	(60)
二、程序正义的内容·····	(61)
三、程序正义在侦查程序中的体现·····	(63)
第三章 国外侦查程序中司法审查制度的运作实践·····	(67)
第一节 司法审查的主体·····	(68)

第二节 司法审查的方式	(70)
一、司法授权	(71)
二、针对羁押的正式的程序性听审	(74)
三、司法救济	(77)
四、非法证据排除规则	(83)
第三节 司法审查的范围	(87)
一、对人身强制性侦查措施的司法审查	(88)
二、对证据保全强制性侦查措施的司法审查	(94)
第四节 总体评价	(96)
第四章 我国侦查程序运行的现状分析	(98)
第一节 现实立法对侦查行为的监督控制	(99)
第二节 我国侦查程序存在的缺陷和弊端	(100)
一、对侦查活动监督控制上的缺陷	(100)
二、审前羁押制度的混乱	(101)
三、嫌疑人权利弱小且救济途径不畅	(102)
四、司法实践中各种违背法律的现象时有发生	(105)
第五章 我国侦查程序中建立司法审查制度的必要性和面临的困难	(115)
第一节 我国侦查程序中建立司法审查制度的必要性	(115)
一、侦查程序中建立司法审查制度是恢复诉讼格局的需要	(115)
二、侦查程序中建立司法审查制度是畅通救济途径的必然需要	(117)
三、侦查程序中建立司法审查制度是克服侦查机关内部制约有限性的必然要求	(118)
四、侦查程序中建立司法审查制度是完善监督机制的需要	(119)

五、侦查程序中建立司法审查制度是与国际接轨和履行国际义务的需要·····	(121)
第二节 我国侦查程序中建立司法审查制度所面临的困难·····	(122)
一、缺乏司法审查制度生成的思想渊源和社会制度·····	(122)
二、公、检、法三机关权力属性(领域)的模糊性·····	(126)
三、公、检、法三机关的关系问题·····	(133)
第六章 我国侦查程序中司法审查制度的建构·····	(138)
第一节 我国侦查程序中司法审查制度建构的理论准备·····	(138)
一、转变传统观念,牢固树立人权保障理念·····	(138)
二、检察权的定位·····	(141)
三、司法权本质的回归·····	(143)
四、检警一体化制度的确立·····	(149)
第二节 我国侦查程序中司法审查制度的具体设计·····	(151)
一、司法审查的主体·····	(151)
二、司法审查的方式·····	(153)
三、司法审查的范围·····	(155)
第三节 相应配套制度的改革和完善·····	(157)
一、改革和完善强制措施制度·····	(157)
二、刑事诉讼中律师权利的实现和扩展·····	(161)
主要参考文献·····	(168)

第一章 侦查程序中司法 审查制度的概述

第一节 侦查程序的基础理论

从原理上说,一项制度设计在客观上的运作效果往往与其主观上的目标设定密不可分,制度设计的目的制约甚至决定着制度的架构及其实际效果。客观地说,自1996年我国《刑事诉讼法》修订以来,现行刑事侦查制度在设计 and 运作中的一些缺陷和弊端已经充分暴露出来,而认真地分析产生这些结构性缺陷的深层次原因,可以上溯到我国立法和理论界普遍认同的侦查目的和侦查构造上来。正是相对封闭和落后的侦查目的和侦查构造(侦查模式),导致了我国现行刑事侦查制度的缺陷。那么,反过来,要想发展和完善我国的具体侦查制度,还需要先从理念入手,改革现有侦查制度的理念,并在此理念的指导下,完善相应的制度和方法。

一、侦查目的概述

(一)侦查目的的界定

侦查目的是侦查程序的基本中心理论。正是侦查目的的不同,才有了各国不同的侦查程序和侦查制度。然而,令人遗憾的是,很少有人就单独的侦查目的展开论述。这使我想起目前我国刑事诉讼目的的研究状况,司法制度的改革正在如火如荼地开展,各种诉讼理论的探讨层出不穷,但是真正刑事诉讼目的的专著只

有一本。相对于其他的诉讼理论,刑事诉讼目的的研究状况要尴尬的多。

1. 目的的含义。在《辞海》中,目的是人在行为之前根据需要在观念里为自己设计的要达到的目标和结果。目的贯穿实践过程的始终。它的产生和实现都必须以客观世界为前提,同时还受一定历史条件的制约。在哲学范畴里,目的是指行为主体根据自身的需要,借助意识、观念的中介作用,预先设想的行为目标和结果。它的特点是行为的目标和结果可以以观念形态预先存在,成为人们引起行动的原因,指导或规定行为(内部的和外部的),协调和组织行动,以实现预定的结果。人的实践活动以目的为根据,目的贯穿于实践过程的始终。目的能否实现,能否达到预期结果,主要在于客观规律是否反映在目的当中。主观目的要转化为实现了的目的,必须具备一定的条件和手段。由此可知,目的应具备以下两个主要特征:其一,目的是一种观念形态存在于大脑当中,从观念到现实还有一个转化过程。其二,目的的产生和实现都以客观世界为前提,受到客观规律的制约。目的能否实现,实现的程度如何,关键在于是否正确地反映客观规律。

2. 侦查目的。侦查目的作为目的的一种类型,除了具备目的的基本特征外,还应有其独到之处:一是侦查目的主体的特殊性。从世界范围来看,侦查的主体都是专门的国家机关。其他个人和组织都不享有侦查权。二是侦查目的规律的特殊性。作为侦查行为的认识活动,不是一般意义上的认识活动,它要受到价值、法律等因素的制约。例如,不能为了发现案件事实,而任意采用有违法律的侦查手段。鉴于上述认识,笔者认为侦查目的应是以观念形式表达的国家进行侦查活动所期望达到的目标,也就是国家根据对侦查活动规律的认识及其所追求的价值而预先设计的关于侦查活动结果的理想模式。

3. 侦查目的与相关概念的关系

(1) 侦查目的和刑事诉讼目的的关系。刑事诉讼目的是立法者预先设计的进行刑事诉讼活动所要达到的具体目标。刑事诉讼是控、辩、审共同活动的过程,各方在诉讼中有不同的利益追求,立法者根据占社会主导地位的价值观念对诉讼各方的直接利益及其所反映的潜在利益的权衡,使各方在诉讼中的活动受到统一目的的制约。任何一方都不能毫无限制地追求本方利益,为自己的诉讼需求而不择手段。因此,刑事诉讼目的与控诉、辩护、审判三方参与刑事诉讼的目的是不同的。属于控诉目的的侦查目的,当然不能和刑事诉讼目的相提并论,它有自己的相对独立性。从系统论的观点来看,刑事诉讼目的是一个整体系统,参与刑事诉讼各方的具体目的是总系统下的子系统。子系统是总系统的前提和基础,总系统是子系统的综合反映。所以侦查目的和刑事诉讼目的又有相统一的一面。

(2) 侦查目的和侦查价值的关系。我国社会科学界认为价值一词有两种含义:一是指体现在商品中的必要劳动时间;二是指客观事物的有用性或是具有的积极作用。^① 其中,第一种含义为政治经济学所专用,其他社会科学领域的价值指的是第二种含义。关于法律价值和法律目的的关系,法理学界也没有一个清晰的界定,“人们可以把法律目的归结为法的价值的内容,因为法的价值要回答关于法律目的,尤其是长远目的的问题。但是,法律目的远不是法律价值的全部,法的价值还要研究法与人的关系、法律平等、正义、法的评价标准等重大问题。”^② 在笔者看来,侦查价值和侦查目的的关系问题,在总体上可以这样来把握,侦查价值和侦查目的都属于观念层面而存在于内心当中,侦查价值处于更高的层

① 卓泽渊著:《法律价值论》,法律出版 1999 年版,第 196 页。

② 卓泽渊著:《法律价值论》,法律出版 1999 年版,第 196 页。

次,它是侦查目的的前提和基础。而侦查目的是根据侦查价值,并在一定的侦查价值的指导下确立的。例如,在纠问式的诉讼制度下,占统治地位的是安全价值,侦查的价值自然反映国家安全,在这种侦查价值基础上的侦查目的自然以追究、惩罚犯罪为主。在现代控辩式的诉讼制度中,惩罚犯罪和保护人权是主流的诉讼价值,那么在这种价值指导下的侦查目的自然也体现了惩罚犯罪和保护人权并重的观念。

(3)侦查目的与侦查结构的关系。结构是事物要素之间的组合,但这种组合并不是不讲规则和不守秩序的简单堆积。尤其在社会科学领域,每一结构现象的背后总能揭示出一种内在精神,这就表明了结构的非自主性。侦查目的说到底是由立法者赋予的,因此,作为侦查活动框架的侦查程序结构无论怎么规划,都不能僭越立法者的本意即侦查目的。^①由此可见,侦查目的和侦查结构的总体关系为:一方面,侦查目的是侦查结构的基点。^①侦查目的决定侦查程序的结构模式;^②侦查目的决定侦查程序的结构类型。另一方面,侦查结构是实现侦查目的的手段和方式,同时侦查结构还对侦查目的具有一定的制约作用。

(二)侦查目的的学说评介

从世界范围来看,对侦查目的理论研究较成熟的国家是日本。它曾经先后出现三种不同的侦查目的学说,我们就以此为契机,展开侦查目的学说的论述。

1. 公(审)判准备说。在日本,过去都认为侦查程序是以公判为目的,也就是说侦查程序是为公判做准备。这一学说可称为公判准备说,其倡导人是板仓松太郎教授。^②该观点主张,侦查程序的设计和运作应当以服务审判为目的,也就是说侦查阶段查明案

^① 陈岚:“侦查程序结构论”,载《法学评论》,1999年6期,第56页。

^② 李心鉴著:《刑事诉讼结构论》,中国政法大学出版1992年版,第180页。

情、收集证据和查获犯罪人是直接为法官审判案件作准备的。审判准备说的理论特点在于强调侦查对于审判的准备性和预备性,要求审判结果直接建立在审查结论之上,从而使侦查对审判具有强大的影响力甚至是决定力。尽管在理论上,审判准备说提出的时间较晚,但是,其内容在诉讼史上却是由来已久,封建纠问式诉讼结构下的侦查目的观就是审判准备说的实践形态。^① 审判准备说将侦查的结果作为审判的基础,容易导致“书面审理主义”和“侦查中心主义”,即侦查阶段成为刑事诉讼最主要、最关键的阶段,案件的处理结果实际上早在侦查阶段就已经决定,法庭审判成为根据侦查阶段形成的调查笔录作出判决的书面审理过程,这一切使得侦查程序带有极强的预备裁判性质。侦查构成了审判活动的前提和基础,法庭审判则成为侦查结论的展示和推演。显然,审判准备说的理论缺陷在于把犯罪嫌疑人作为侦查的客体,使得他的基本诉讼权利丧失殆尽。

2. 公诉准备说。上世纪 70 年代,团腾重光教授认为侦查是为了提起公诉,旨在发现犯罪人、收集证据的侦查活动。其学说可称为公诉准备说。^② 公诉准备说实际上是近代控辩式诉讼结构的学理表达与观念反映。相对于审判准备说,公诉准备说的出现是一种进步,以“审判中心主义”取代“侦查中心主义”,对于确保刑事诉讼程序的公正性和实现刑事诉讼人权保护的价值目标而言,无疑是一种巨大的推动。但是,公诉准备说在反对审判准备说倾向的同时,也未能完全清除纠问主义的遗痕。因为公诉准备说强调侦查仅仅是为公诉做准备的预备性阶段,主张侦查的所有目的是为了提起公诉,这无疑是要要求对所有被立案侦查的犯罪嫌疑人均

① 谢佑平、万毅著:《刑事侦查制度原理》,中国人民公安大学出版社 2002 年版,第 69 页。

② 李心鉴著:《刑事诉讼结构论》,中国政法大学出版 1992 年版,第 180 页。

应提起公诉,而忽视了侦查的结果可能是查明犯罪嫌疑人无罪而不应起诉的情形,这就使公诉准备说带有相当强烈的有罪推定色彩,而这对涉诉公民的人权保障是极为不利的。^①

3. 侦查独立说。该学说是井户田侃教授提出的。他认为,侦查目的是为了明确嫌疑的有无,进而决定起诉与不起诉。这一学说的立足点是“诉讼”的构造化,和切实保障被疑人及其辩护律师的辩护权,旨在以嫌疑的不存在、不起诉等理由,撤销没有必要提起的公诉案件,在侦查终结阶段就及时将被疑人从诉讼程序中解放出来。^② 这一学说现已成为日本诉讼理论学界的通说。侦查独立说的理论优势在于充分注意到了侦查程序对犯罪嫌疑人权利的保障,顺应了现代刑事诉讼注重人权保障的发展趋势。但是这种目的说也有弊端,它强调侦查的自主性而不以公诉为目的,使侦查阶段摆脱了司法的控制(尽管持该种观点的人认为,检察官可以监督警察的活动,但是,其相对于作为司法官的法官的中立性要差得远),有造成纠问化侦查的危险倾向。但相对于其他两个学说,其对犯罪嫌疑人的权利保护达到了相当的高度,在刑事诉讼历史上,它使保障人权的价值观念重于惩罚犯罪。

4. 评说。总体说来,上述三种学说,争议和分歧的焦点在于两个方面。其一是侦查程序、起诉程序和审判程序的相互关系问题。审判准备说强调侦查程序和审判程序之间的联系,在两者中,侦查程序居于主导地位,审判程序流于形式。公诉准备说强调侦查程序和公诉程序的关系,强调公诉程序的重要性。侦查独立说强调侦查程序本身的相对独立性,它有权撤销没有必要提起的公诉案件。其二,从实质意义上看,三者的分歧在于“查明案件真实”

① 谢佑平、万毅著:《刑事侦查制度原理》,中国人民公安大学出版社2002年版,第74页。

② 李心鉴著:《刑事诉讼结构论》,中国政法大学出版1992年版,第180页。

和“保护人权”孰轻孰重的问题。公判准备说和公诉准备说通过强调侦查就是为了查明案件事实,查获犯罪人,以交付起诉和审判,从而忽略了侦查程序所必须面对的犯罪事实的无,犯罪人的无这一现实可能性;而侦查独立说虽然表面上指出侦查的目的是为了查明嫌疑的有无,决定起诉和不起诉,但其主要倾向则在于让人们重视嫌疑的无和不起诉的可能性。因此,可以说,前两说有重视犯罪,轻视保护被告人之偏,而后一说则又有着强化保护、淡化惩罚之偏。但是,也必须明确指出,比起前两说,后一说的历史进步意义(指出了诉讼的两面)是不容怀疑的。^①

在笔者看来,上述学说只是为了论述问题的方便而作的理论上的分类,在实际生活中,这种理论只具有“相对合理性”。考察现代各国的刑事侦查制度,很难找到只采一种理论模式的国家,大多国家往往是在采纳一种理论模式的基础上,对其他理论的兼采。从各国的做法来看,公诉准备说是现代各国普遍采纳的侦查目的说,因为它是以现代控辩式诉讼模式为基础的,不管是大陆法系国家还是英美法系国家,公诉准备说都是指导侦查程序运作和侦查机关行为的基本理念。但是由于历史传统和司法现实的不同,各国在普采公诉准备说的基础上,又有不同的侧重点。大致说来,英美法系国家在公诉准备说的基础上,更倾向于侦查独立说,而大陆法系国家则在公诉准备说的基础上兼采了审判准备说的部分特征,由此导致了大陆法系国家与英美法系国家侦查目的说上的诸多区别。^②当然,考察对比的目的在于“拿来主义”为我所用,在扬其长避我短的基础上,对我国的侦查目的有所帮助。比较英美法系国家的侦查说和大陆法系国家的侦查说,以公诉准备说为基础,

① 李心鉴著:《刑事诉讼结构论》,中国政法大学出版1992年版,第181页。

② 谢佑平、万毅著:《刑事侦查制度原理》,中国人民公安大学出版社2002年版,第78页。

倾向于侦查独立说的英美法系国家,更有利于对犯罪嫌疑人人权的保障,而大陆法系的国家侦查说更倾向于对犯罪的惩罚。从诉讼发展的历史来看,两大法系有一种相互吸收的趋势,“但总体上看仍是职权主义向当事人主义吸收的更多。所以职权主义向当事人主义作深广度的转化是近期发展的一个主要方面……”^①所以,英美法系国家的侦查目的说顺应了刑事诉讼发展的世界性趋势,应该说是更为先进、合理的侦查目的说。特别是针对长期以来重视惩罚犯罪、轻视人权,具有强职权主义性质的我国,吸收英美法系国家侦查目的当中的保护人权的有益成分,对我国侦查目的说的改变和顺应世界潮流尤为重要。

(三)我国侦查目的说的设立

1. 现有情况

我国诉讼法学界尚未对侦查目的问题进行深入的研究。典型的刑事诉讼法教科书指出,“侦查是全部刑事诉讼程序中的一个独立的诉讼阶段,在刑事诉讼中具有非常重要的地位……侦查机关为查明案情,查获犯罪嫌疑人,必须依法开展侦查活动,收集确定充分的证据证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪重或者罪轻的各种材料,从而为检察机关提起公诉和人民法院进行审判做好充分的准备和奠定坚实的基础。”^②“侦查的基本任务一是查明案件真实情况,包括案件的‘五何’要素,二是收集有关证据证实案情。”^③有学者根据侦查的历史使命及其在刑事诉讼中的地位,把侦查目的分解为直接目的、长远目的和终极目的。“及时、准确地揭露和证实犯罪,把犯罪嫌疑人缉捕归案,正是侦查的直接任务或侦查直接的目标。侦查的长远目标是通过及时准确地揭露犯罪,有效控制

① 徐静村主编:《刑事诉讼法》(上),法律出版社1999年版,第360页。

② 陈光中、徐静村主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1999年版,第283页。

③ 徐静村主编:《刑事诉讼法》(上),法律出版社1999年版,第211页。