

困境与进路:司法审查原则与中国审前程序改革

谢佑平¹, 万毅²

(1. 复旦大学法学院, 上海 200021; 2. 四川大学法学院, 四川 成都 610064)

摘要:现代司法审查原则以自然正义原则和正当程序原则为支撑,要求未经法院的司法审查,任何人不得被剥夺生命、自由或者科处其他刑罚;未经法院审查,不得对公民实施逮捕、羁押等强制措施以及其他强制性侦查措施。我国刑事诉讼机制中长期以来缺乏司法审查的理念,现行审前程序中的诸多制度设计存在着背离司法审查原则的现象,对此应当贯彻司法审查原则通过制度重构予以矫正。

关键词:刑事诉讼;司法审查;正当程序;审前程序

中图分类号:DF8 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2004)02-0024-07

现代法治国家也被称为“司法国家”或“裁判国家”,这是对司法权在现代社会生活中重要作用的形象描述,“司法国家”的典型特征和核心要素是司法审查原则的确立,即法院充分发挥司法的能动作用,对国家强制权的合法性进行审查,以保障个人的权益,防止国家强制权的违法侵害。刑事诉讼领域集中体现了个人权利与国家权力的紧张冲突与平衡,为保障个人权利免受国家权力的侵犯,必须遵循和贯彻司法审查原则,未经法院的司法审查,任何人不得被剥夺生命、自由或者科处其他刑罚;未经法院审查,不得对公民实施逮捕、羁押等强制措施以及其他强制性侦查措施。我国长期以来缺乏司法审查的观念,现行审前程序中的诸多制度设计存在着背离司法审查原则的现象,理论上对司法审查原则也缺乏全面、系统的研究。本文在考察了司法审查原则的内涵、意义及其效力的基础上对我国现行审前程序中背离司法审查原则的实践进行反思。

一 内涵与意义:司法审查原则的初步考察

刑事诉讼是以解决国家与公民之间的权益冲突为使命的诉讼形式,在刑事诉讼中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。在刑事诉讼程序中,作为国家利益代表的刑事追诉机关,代表国家行使着强大的刑事追诉权。由于国家权力本身的特质,刑事追诉机关行使侦查权与控诉权时往往伴随着一定的强制性,从而对犯罪嫌疑人、被告人的个人权利构成威胁。虽然基于保障法秩序的需要,允许刑事追诉机关对公民采取强制性侦查手段,但是为了防止侦查机关滥用强制权、非法侵犯公民的权利,必须给予犯罪嫌疑人、被告人向法院要求审查的权利,由法院来对刑事追诉机关权力行使的合法性进行审查。刑事追诉机关对公民的重大权益进行强制性处分,必须由法院经过正当的法律程序加以审查后才能作出;未经法院的审查,不得对任何人剥夺生命、自由或者科处其他刑罚;未经法院审

收稿日期:2003-10-12

作者简介:谢佑平(1964—),男,湖南宁乡县人复旦大学法学院教授、博士生导师;

万毅(1975—),男,重庆北碚人,四川大学法学院诉讼法博士研究生。

查,不得对公民实施逮捕、羁押等强制措施以及其他强制性侦查措施,从而以这种方式使公民在国家的强制权面前得到有效的法律保护,这便是刑事诉讼中的司法审查原则。

司法审查原则的思想基础和法理依据是近代以来十分流行的自然法理论。根据自然法则论的观点,个人权利并非国家赐予的礼物,它们是固有的,先于国家而存在,国家必须尊重和保护的这些先在的权利。因此,虽然基于保障社会秩序和安全的需要,国家权力有其存在的合法性,在必要的情况下,允许国家权力强制性侵犯公民的权利,但是由于国家权力具有扩张的本性,为防止国家权力过度扩张导致对公民个人权利的侵害,关键的是,一方面必须对国家权力的强制权明确地予以划分与限制,另一方面必须由法院对强制措施进行审查,使公民由此享受到有效的法律保护[1](序)。这一思想为现代法治国家理论所吸收,成为调整国家与公民之间关系的一般准则。根据法治国家原则,法律保护是公民的基本程序权利,在其权利受到侵犯的情况下,任何公民都有权得到公正和有效的司法救济。国家不仅受法律和权利的约束,而且受公正有效司法保护的约束[2](160页)国家受司法保护约束的表现就是国家强制行为需受司法审查。

在观念层面上,司法审查原则的生成又是西方国家传统中的“正当程序”观念的逻辑展开。“正当程序”的思想系谱可以溯及到1216年制定的英国大宪章,正当程序概念据说最早出现于1354年爱德华三世时代。原来这一语词只是指刑事诉讼必须采取正式的起诉方式并保障被告接受陪审裁判的权利,后来扩大了其适用的范围,意味着在广义上剥夺某个人利益时必须保障他享有被告知(notice)和陈述自己意见并得到倾听(hearing)的权利,从而成为英美法中人权保障的根本原则[3](序)。此后随着两大法系的日渐融合,正当程序观念的某些思想也逐渐为大陆法系所采纳。正当程序观念的核心思想是“以程序制约权力”,要求国家机关在处分公民权益时必须遵循正当、合法的程序,以防止国家权力的恣意、专断。根据正当程序观念,在刑事诉讼中,作为国家利益代表的侦控机关必须遵循法定的刑事诉讼程序来展开追诉活动,在涉及对被告人的权益处分时,侦控机关不能单方面作出决定,而必须经过法院的司法审查程序后才能做出决定,因为,只有在司法

审查程序的介入下,被告人才能获得向中立的法官陈述自己的意见及得到倾听的机会。“司法审查的机会是一种宪法权利。宪法观念认为,没有这种机会,受其影响的私方当事人将在未经正当法律程序的情况下遭受丧失权利的危险。也就是说,审理人身权利的正当法律程序只有在其决定受置于司法审查的法院或行政法庭方能得以实施”[4](60页)。

从制度层面考察,司法审查原则的确立是以现代“控辩式”诉讼制度为背景和依托的。现代“控辩式”诉讼制度与封建纠问式诉讼制度的一个重要区别就在于现代刑事诉讼为了保障人权而实行了司法分权,即检察院与法院在刑事诉讼中分别承担着追诉与审判的职能,并且只能在各自的职能范围内行使职权,不能代行其他部门的职能。“控辩式”诉讼制度希望通过这种方式来防止封建纠问式诉讼模式下控审合一的司法集权现象的再现。但是,控审分离决不仅仅意味着控诉职能与审判职能的简单分立,而是要求控诉职能与审判职能之间形成相互制约的平衡机制。一方面在程序的启动和运作方面,控诉职能制约着审判职能,表现在诉讼程序由检察官的追诉行为开始,法官不再作为追诉人提起诉讼,没有检察官的起诉,法官不得展开审理,只有被起诉的被告人和罪行才是审判对象。另一方面审判职能也制约着控诉职能,表现在控诉权仅仅是一项程序上的权力,它不具有实体处分性和终结性。检察院作为追诉机关不能对被告人的权益进行强制性处分,检察院处分被告人的权益,必须由法院进行司法审查;未经法院审判,不得对任何人剥夺生命、自由或者科处其他刑罚;未经法院审查,不得对公民实施逮捕、拘留等强制措施以及其他强制性侦查措施。可见,司法审查原则实际上是控审分离的产物,是权力分立思想在刑事诉讼领域的体现。

从世界各主要国家的刑事诉讼立法来看,司法审查原则已经成为一项普遍的程序法治原则,如在意大利1989年10月开始施行的新刑事诉讼法中规定,检察官作为起诉机关,以“代表公共利益的当事人”身份,与其他的诉讼关系人处于一个辩论主义——当事人主义的对等关系之中。检察官的许多强制处分权被剥夺了,哪怕是两三个例外,也必须得到法官的许可[5]。更多的国家将司法审查原则提升至宪法层面加以保障,例如德国基本法第十九条第四款规定:“其权利受到公共权力侵犯的任何

人,都可以要求法院对侵犯进行审查。”日本宪法第三十一条也规定:“任何人,未经法律规定的程序,不得剥夺其生命、自由或者科处其他刑罚。”第三十三条及第三十五条规定,没有法官签发的令状,原则上任何人均不得被逮捕,也不得侵入、搜查以及扣押任何人的住所、文件以及所有物品。从刑事诉讼制度发展的世界性趋势来看,司法审查原则已经成为一项刑事诉讼国际准则,《世界人权宣言》第九条规定:“对任何人不得加以任意逮捕、拘禁或放逐。”《公民权利和政治权利公约》第六条规定:“未经合格法庭最后判决,不得执行死刑刑罚。”第九条规定:对任何人不得加以逮捕或拘禁,除非依照法律所规定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由。任何因刑事指控被逮捕或拘禁被剥夺自由的人,有资格向法院提起诉讼,以便法庭能不拖延地决定拘禁他是否合法以及拘禁不合法时命令予以释放。《世界刑法学协会第十五届代表大会关于刑事诉讼法中的人权问题的决议》第八条规定:“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,并且可受司法审查。”

二 实体与程序:司法审查原则的效力二维

根据司法审查原则的精神,只要是对公民个人权利构成强制性侵犯的国家强制处分行为,不管是实体性强制处分行为,还是程序性强制处分行为,都应当成为司法审查的对象,从而接受法院的司法审查。

(一) 实体性强制处分——刑事制裁措施应当接受司法审查

处罚作为责任非难的一种形式,以剥夺被制裁人的一定利益为内容。刑罚作为国家处罚违法行为的最严厉手段,其适用将给被告人造成剥夺财产、人身自由甚至生命的严重后果,因此,其适用在程序上必须受到严格的控制。具体而言,国家应否对公民施用刑罚,不能由提起公诉的检察机关单方面决定,而必须由作为第三方的、相对中立的法院经过一定的审理调查程序后才能加以决定。“刑法本质上是一种‘裁判法’。原则上,只有通过诉讼并且只有在经过诉讼之后,刑罚才能得到适用。”[6](5—6页)实际上,国家之所以在检察院之外还设立法院来参与刑事诉讼,就是希望通过法院的介入来对检察院前一阶段的追诉效果进行独立审查,以确保追诉的公正性。这是因为,犯罪行为不仅侵害了被害人个

人,还对国家法秩序造成侵犯,因此,国家以检察院为代表向被告人提起控诉,检察院作为追诉者实际上处于案件的当事者一方,而根据“自然正义”原则,“任何人不得成为自己案件的法官”,检察院作为当事人是不能决定刑罚的执行的。如果由检察院来决定刑罚,难免会因其追诉者的心理和地位产生适用上的偏差,也难以使被告人和社会公众对判决结果的公正性产生认同感,这样就会抵消刑罚执行的效果和意义。只有由作为第三方的法院来决定刑罚,才能保证刑罚适用的公正性,才能使被告人和社会公众认同判决结果的公正性,才能使刑罚的威慑和预防功能得以发挥。同理,刑罚执行中的变更包括撤销、减刑、假释等也都应当由法院来决定,刑事执行机关可以申请但本身并无权决定。

有的国家实行刑事制裁措施的“双轨制”,即除了刑罚以外还可以对被告人适用保安处分。刑罚的适用以责任存在为前提,因此只适用于应负刑事责任的犯罪人,而保安处分的适用并不以责任为前提,它适用于有危险的犯罪人。在这种“双轨制”下,刑罚是一种带有威慑性的制裁措施,其目的在于镇压已实施的犯罪;而保安处分则是一种预防性的制裁,目的在于防止将来实施其他犯罪。从各国的规定来看,通行的保安处分措施包括针对精神患者的强制治疗、针对瘾癖者的禁戒处分、针对累犯等有犯罪习性者的保安监置等。这些保安处分措施以国家强制力为后盾,其适用同样会给公民的人身自由和财产权造成限制或剥夺。因此,从保障人权的角度出发,司法审查原则的适用对象应当延伸至保安处分措施。不仅刑事处罚措施的适用需要经过法院的审查,保安处分措施的适用,也必须经由法官进行司法审查后才能决定。正如德国刑法学者所指出的:“刑罚和处分的双轨制原则上讲是无可指责的,因为罪责报应和危险预防是两种不同的东西,但两者又都属于刑法的合法任务。如同刑罚一样,处分同样需要合法化:它们不仅必须是符合目的的,而且还必须能够经受住公正法庭的审判。”[7](106页)

(二) 程序性强制处分——强制侦查措施应当接受司法审查

1. 人身保全措施^①。逮捕、羁押等强制措施在国外刑事诉讼理论上也被称为人身强制措施,或人身保全措施。这些强制性措施的采用,虽然有利于查找嫌疑人并保全其人身,以便将来对其起诉和审

判,但其实施以限制或剥夺公民的人身自由为代价,对公民人身自由与安全威胁甚大。根据“保障人身自由权是保障一切人权的基础”这一共识,各国均对人身保全措施的采用规定了严格的条件和程序,其中最重要的就是司法审查原则的确立。这主要表现在两方面:一是侦控机关采用逮捕、羁押等强制性措施必须事前得到法院的审批,如逮捕需要获得法官签署的逮捕令;另一方面被逮捕、羁押的被告人享有听证权,即有权向法院提出申诉,要求法院通过言词审理的方式对逮捕、羁押的合法性进行审查,逮捕、拘禁不合法的或者已经没有必要,被告人有权立即获得释放,即实行事前审查和事后审查的双重审查机制,为公民提供保护和救济。例如法国刑事诉讼法规定:先行拘押,由预审法官经对席审理作出决定。这是关于事前审查机制的规定。法国刑事诉讼法还规定,任何案件,以及在案件侦查的任何阶段,拟对受审查人实行先行拘押的预审法官都要通知当事人有权得到由其本人选定或依职权指定的诉讼辅佐人的协助。预审法官还通知受审查人有权享有一定的期限,以准备辩护。当事人可以对预审法官作出的实行拘押的裁定向上诉法院提出上诉,这是为当事人提供事后审查的救济机制。德国刑事诉讼法也有类似的规定。

2. 证据保全措施。刑事侦查程序的目的一是查获犯罪人,二是查获犯罪证据。因此,为保障查明案件的事实真相、获取案件证据,在刑事侦查程序中,除了需要采取强制性人身保全措施以外,还需要采用强制性措施如搜查、扣押、检查等以保全证据。这些证据保全措施的适用同样会给公民的权利造成强制性侵犯,因此,也必须贯彻司法审查原则,即必须经过法院的审查批准。

例如日本刑事诉讼法第九十九条针对查封、扣押措施规定:法院在必要时,可以查封证物或者应当予以没收的物品。第一百条规定:法院可以查封有办理通讯事物的官署或其他的人保管或持有的有被告人发出或寄交给被告人的邮件或有关电讯文书,或者使以上的官署或人员交出该邮件或文书。根据第一百零二条的规定,搜查决定权也在法院,法院在必要时,可以对被告人的身体、物品、居住或其他的场所进行搜查。第一百零六条规定:在公审庭以外进行的查封或者搜查,应当签发查封证或者搜查证而实施。

强制性证据保全措施中还包括一些秘密侦查措施和技术侦查措施如监听、诱捕、秘密录音、拍照、录像等,这些秘侦措施的采用并不以当事人的同意和自愿配合为前提,其实施往往会对公民的隐私权造成严重侵犯,因此,这一类证据保全措施的适用仍然必须经过法院的司法审查。例如就监听而言,不论是未经通话双方当事人同意的第三者监听,还是经一方当事人同意的同意监听,一经实施,就将侵犯通话当事人(至少是一方当事人)的隐私权,因此,监听的采用必须贯彻司法审查的原则。如法国刑事诉讼法典第一百条规定:“电讯截留措施由预审法官采取并监督。”德国刑事诉讼法典也规定,监听只允许由法官决定,在延误就有危险时也可以由检察院决定。检察院决定后,应当不迟延地提请法官确认。在三日内未得到法官确认的,决定失去效力。

三 困境与进路:司法审查原则与我国审前程序改革

司法审查原则所蕴含的法律至上观念是如此重要,以致人们将其视为是现代法治的前提和基本要素,而法律至上观念缺乏的国家则被视为是只有“法制”而没有“法治”的法治国^②。美国著名学者昂格尔曾经指出:在法治现代化进程中,中国形成了主要表现为行政命令方式的官僚型法,而未形成自主的、普遍适用的现代法律体系和法律至上的观念。法律至上观念缺乏的表现就是司法审查原则的缺位,不仅指狭义上的司法审查原则,也包括宪法层面的违宪司法审查原则的缺位。

在我国刑事司法机制中,司法审查原则缺位是指审前程序结构性缺陷,其典型例证是在1979年刑事诉讼法中设立的免于起诉制度。根据1979年刑事诉讼法第一百零一条的规定:“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以免于起诉。”据此,人民检察院认为被告人的行为虽然构成犯罪,但是应当免除处罚的,可以作出免于起诉的决定,这实际上是赋予了检察机关可以不经法院审判就定罪实体处分权,因为检察院作出免于起诉的决定是以认定被告人的行为构成犯罪为前提的,而这本应属于审判权的内容,由检察院来认定被告人有罪,无疑是对司法审查原则的极端背逆,它导致被告人在未经法院审判的情况下即被定罪。

1996年刑事诉讼法修改后,诉讼职能混淆的情况在一定程度上得到修正,检察院的免于起诉权被取消,

定罪权被收归法院统一行使。新刑诉法第十二条明确规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”由于定罪是量刑的前提，量刑是定罪的后果，因此，这一规定实际上是确立了实体刑罚措施的司法审查机制，即未经法院的判决，任何人不得被剥夺自由、财产或其他刑罚。但是，修改后的刑诉法在审前程序的设计上并未确立程序性强制处分行为即强制侦查措施的司法审查机制，逮捕、拘留、搜查、扣押等强制性侦查措施的采用并未贯彻司法审查原则，这说明1996年刑诉法仍然未能完全摆脱集权化诉讼模式的影响，审前程序在整体结构上仍然存在着明显的缺陷，具体表现在下述几方面。

(一)逮捕的采用实行检察审查而非司法审查。1996年刑诉法基于分权理念对逮捕措施的执行权与决定权实行了分离。根据1996年刑诉法第五十九条规定，“逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必须经过人民检察院批准或者人民法院决定，由公安机关执行”。据此，采用逮捕这一强制措施的决定权在人民检察院，而逮捕的执行权则在公安机关，这代表着一种分权制衡体制的形成。这说明我国刑事诉讼制度中不乏分权制衡机制，但是，这种诉讼分权机制在整体设计思路却与国外通行的诉讼理念不同，不是强调司法即法院对侦查的监督制约作用，而是注重发挥检察院对侦查的监督制约作用，司法审查原则未能得到贯彻。这与我国建国以来所继受的前苏联刑事诉讼制度的检察监督原则分不开的。根据检察监督原则，人民检察院是专门的法律监督机关，它对刑事诉讼全过程均有监督权，包括对侦查阶段强制措施的采用。在这种思路的指引下，我国1996年刑诉法规定公安机关采用逮捕，必须经过检察院而非法院的审查批准，即实行检察审查而非司法审查。

但是，实行检察审查，面临着法理合理性的质疑，因为从结构上看，侦查职能实际上是控诉职能的一部分，侦查是控诉的准备阶段，两者在性质上都属于刑事诉讼控、辩、审“三方组合”中的控诉方（法、德等大陆法国家刑事诉讼法中就将警察机关视为是检察院的辅助机关），两者在与辩护方相对抗这一点上没有分别。由于承担控诉职能的检察院与承担辩护职能的犯罪嫌疑人、被告人构成了刑事诉讼程序中相互对抗的双方，其关系犹如竞技活动中的参赛双方，由作为当事人一方的检察院来对逮捕的采用进行审查，无疑是让参赛的一方兼任裁判，这是难

以保证竞赛以及诉讼的公正性的。

这种检察审查机制的严重缺陷可以从逮捕后的羁押延长制度看出来。从各国刑诉法的规定来看，对羁押期间的延长也贯彻了司法审查原则，延长羁押期间的决定只能由法院作出，检察院是不能单方面决定延长羁押期间的。而根据我国现行刑事诉讼法的规定，案情复杂、侦查羁押期限届满不能终结的案件，经上一级人民检察院的批准可以延长一个月。这实际上是赋予了人民检察院单方面决定延长羁押期间的权力。这一授权违背了司法审查原则，也给犯罪嫌疑人、被告人的人权保障带来了极大的威胁，因为如果检察院可以单方面决定延长羁押期限，势必使法律所规定的羁押期限形同虚设，一旦检察院不能在法定期限内结案，它势必运用此权力自行延长羁押期限，而这对犯罪嫌疑人、被告人的人权保障是极其不利的。在司法实践中，这一制度缺陷的危害已经逐渐显露出来，超期羁押现象的屡禁不止不能说与此毫无关系。

(二)拘留、搜查、扣押等强制性侦查措施的采用实行公安机关内部审查。我国1996年刑诉法与国外刑诉法相比，在侦查程序设计上的最大区别之一就是作为人身保全措施的拘留以及搜查、扣押等证据保全措施的决定权交由公安机关行使。另外，在司法实践中，监听等秘密侦查措施和技术侦查措施的采用也完全由公安机关自行决定，不需要经由其他机关的审查、批准。同时，由于我国检察院享有自侦权，对于自侦案件中的犯罪嫌疑人，需要加以逮捕的，根据我国刑诉法的规定，由人民检察院自行决定。这实际上也是一种内部审查机制。显然，这种内部审查机制因缺乏有效的外部制约而注定是一种有缺陷的制度设计。从法理上讲，单靠侦查机关的上级机关从内部进行同体监督而缺乏外部制约，是难以真正规制侦查机关的违法行为的（俗话说，“再快的刀刃也砍不到刀背上”）。只有由作为第三方机关的法院来制约侦查机关，才能保证侦查活动的合法性和公正性。从实践效果来看，由于这一制度性缺陷的存在，尽管从上到下各级公安机关都要求公安人员转变执法观念、公正执法，但是关于公安随意拘留、非法搜查、扣押的报道仍然充斥于各种媒体之中，而在现有制度框架内，我们似乎也很难寻找妥善的对策。

然而，我们认为，虽说加强侦查监督离不开检察

机关的作用,但是加强检察机关对侦查的监督应通过“检警一体化”即通过赋予检察机关立案控制权和侦查指挥权来实现,而不宜将强制侦查行为的审查权赋予检察院;监督、制约侦查活动的最有效手段应当是在侦查程序中引入“中立性因素”,建立强制侦查行为的司法审查机制。只有在我国侦查程序中贯彻司法审查原则,对侦查程序实行司法控制,才能真正有效制约侦查机关的违法行为。

针对侦查程序缺乏监督制约的现状,我国学者提出了多种改革方案,但是仔细分析起来,这些改革方案的基本观点都是趋向于加强检察机关的法律监督权,以此来加强对侦查机关的监督、制约。然而,我们认为,加强对侦查程序的监督制约离不开检察监督,但是加强检察对侦查的监督应通过“检警一体化”即通过赋予检察院立案控制权和侦查指挥权来实现,而不能将强制侦查措施的审查权赋予检察院;面对司法审查机制不完善这一刑事诉讼制度的结构性缺陷,改革侦查程序的关键是摒弃由检察院来行使强制侦查措施审查权的传统模式,确立司法审查原则,由作为中立第三方的法院来监督、控制侦查程序,只有采用司法审查原则,对侦查程序实行司法控制,才能有效制约侦查机关的违法行为。在这方面,可以考虑引入侦查法官或预审法官制度。所谓侦查法官、预审法官,是指在侦查阶段,对侦查机关的强制侦查行为进行审查决定的法官。“在以往侦查程序是由检察官主导,而有关于刑事诉讼法上基本权利之侵害行为,亦是由检察官来发动,但是检察官所发动之刑事诉讼法上基本权利的侵害行为,亦必须由法官来审酌是否有其必要性,此意乃谓在侦查程序中,即有法官介入其中,此种法官当然并非对侦查程序全然不了解的法官,而是一种对侦查程序有所认知,且能对刑事诉讼法上基本权利侵害之侦查行为做出判断的‘侦查法官’(Ermittlungsrichter)”[8]。根据我国的情况,目前有三种较为可行的方案:一是在人民法院内部增设预审庭和预审法官,专门负责强制侦查行为的审查批准,类似于现在检察院的批捕科。二是由人民法院内部现有的业务庭兼任预审职能,如可以由现有的告申庭承担预审职能,因为基层法院的告申庭一般业务不多、任务不重,完全可以在不影响原有业务的情况下承担起预审的职能。三是由人民法院刑庭的法官轮流、随机性地承担预审职能。但是,无论采用哪一种方案,都

必须注意两个问题:一是诉讼职能的分离问题,为了防止控审不分造成法官先入为主形成预断,参加过预审的法官绝对不能再参与后面的庭审。二是预审专业化问题。虽然都属于审判职能,但是预审职能与庭审职能的内容不完全相同,而带有自身的特点,这也要求我们在选拔、配置预审法官时,应当注意选拔那些对侦查程序的特点和要求比较了解和精通的法官来担任预审法官。

需注意的是,程序设计至关重要的一环是价值的衡平。侦查程序的目的并不仅是保障人权,它还承担着查明案情、惩罚犯罪的任务,侦查程序的设计必须充分考虑、调协这两个相互冲突的价值目标,在强调人权保障的同时,也必须充分考虑惩罚犯罪的需要。确立侦查法官制度,并不意味着对所有情形不加区分一律只能经由侦查法官批准后才能采用强制处分措施;而只意味着原则上,强制侦查措施应当经法官审查批准后才能采用,在例外情况下,也允许检察官以及警察机关自行决定。从国外的立法来看,在情况紧急的情形下,即在延误就有危险的情况下往往允许检察官先为紧急处分,然后才向法院申请追认核准,如德国刑法第一百条规定:对于扣押,只有法官,在延误就有危险时检察院也有权命令。检察院的扣押令如果在三日内未得到法官确认的,即使还未产生扣押邮件的结果,也失去效力。这就在确认法官拥有最终审查权的基础上赋予了检察官紧急处分权,有利于保障侦查目的的实现。同时,在法律明文规定的情形下,警察机关也可以行使紧急处分权,这主要是指一些情况更为紧急的情形,如现行犯的逮捕、通缉犯的逮捕等,在这种情形下,警察机关往往来不及向法院甚至检察官申请,而必须立即实施,但事后仍然必须向法院申请。如日本刑事诉讼法第210条规定:检察官、检察事务官或者司法警察职员,在有充分理由足以怀疑被疑人已犯有相当于死刑、无期惩役或无期监禁以及最高刑期为3年以上的惩役或监禁之罪的场合,由于情况紧急而来不及请求法官签发逮捕证时,可以在告知理由后逮捕被疑人。在此场合,应当立即办理请求法官签发逮捕证的手续。在不能签发逮捕证时,应当立即释放被疑人。我们在建构司法审查机制时,也应当注意衡平侦查程序惩罚犯罪与保障人权两大目标的冲突,在强调法院的司法审查权的同时,也应当赋予检察院、公安机关在紧急情况下的临时处分权。但是,

需要注意的是,检察院、公安机关仍然应当及时向法院报告,无论如何,法院应当享有最后的决定权。

注释:

- ①也称为强制性人身保全措施,在我国称为强制措施。但我国实际上这一指称是有问题的,因为强制措施实际上应当包括两大类:一是保全人身的强制性措施如逮捕;另一类是保全证据的强制性措施如搜查、扣押。我国立法上将逮捕等强制性人身保全措施直接等同于强制措施,说明立法者对此的认识是不全面的。
- ②昂格尔在此提出了法治与法治国观念的区分,并认为这是欧洲法律理论的奠基石。参见昂格尔著《现代社会中的法律》,吴玉章,周汉华译,南京:译林出版社2001,97-99页。

参考文献:

- [1](德)约阿希姆·赫尔曼.德国刑事诉讼法典中译本引言[J].德国刑事诉讼法典[Z].李昌珂译.北京:中国政法大学出版社1995.6.
- [2](德)哈特穆特·毛雷尔.行政法学总论[M].高家伟译.北京:法律出版社,2000.
- [3](日)谷口安平.程序的正义与诉讼[M].王亚新、刘荣军译.北京:中国政法大学出版社,1996.
- [4](美)杰弗里·C·哈泽德等.美国民事诉讼法导论[M].张茂译.北京:中国政法大学出版社,1999.
- [5](日)小岛武司等.司法制度的历史与未来[M].汪祖兴译.法律出版社2000.118.
- [6](法)卡斯东·斯特法尼等.法国刑事诉讼法精义[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [7](德)汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书(总论)[M].徐久生译.北京:中国法制出版社,2001.
- [8](台)陈志龙.法治国检察官之侦查与检察制度[J].台大法学论丛,(27).

Judicial Review Principle and Pre-Trial Procedure Reform in China

XIE You-ping; WAN Yi

(Law School, Fudan University, Shanghai, 200433; Law School, Sichuan University, Chengdu, Sichuan 610068, China)

Abstract: Modern judicial review principle, supported by natural justice principle and due process principle, requires that any person is not to be deprived of life or freedom, be inflicted upon other punishment, or be arrested, detained or imposed on other compulsory measures investigative measures, without judicial review by the court. There exists a long-term lack of the idea in China's criminal proceedings and a deviation from judicial review principle of many system designs in the existent pre-trial procedure, which are to be corrected through implementation of judicial review principle and reconstruction of system.

Key words: criminal action; judicial review; due process; pre-trial procedure

[责任编辑:苏雪梅]