

我国侦查权的程序性控制

詹建红 张 威*

内容提要：我国现有的侦查权程序性控制表现为以内部自律的科层制控制为主、外部他律的分权式控制为辅的基本制度格局。从制度构造的表象看，传统的线性分工模式、功利导向的控制方式和不彻底的程序性救济，暴露了侦查权程序性控制体系的残缺和现有制度的羸弱。在社会文化和制度环境的作用下，长期的科层制控制和检察监督所形成的固化观念，使我国侦查权的程序性控制陷入了理念上的“内卷化”，并逐步消解着以现有制度为对象而进行的种种机制性改良尝试。立足于未来发展，我国侦查权程序性控制的制度远景应该是建立合乎我国国情的司法审查模式，使侦查权的控制走向彻底的法治化和专业化。在既有的法律框架下，侦查权程序性控制的制度近景则是以非法证据排除规则为后盾，通过与检察监督的衔接，建立审前程序中以检察机关为中心、审判程序中以法院为中心的“二阶层控制模式”；并通过与案例指导、国家赔偿、司法建议等制度的配套运行，形成制度合力，倒逼侦查方式和技术的改善，进而促进制度远景目标的实现。

关键词：侦查权 程序性控制 司法审查 检警关系 二阶层控制模式

对侦查权进行程序性控制是基于如下认识：作为一国成员的公民应当享有该国宪法所保障的基本权利，这种权利不应受公权力不当侵犯。但是，为了公共利益的需要，公民对侦查行为有容忍义务，这是公民要求安宁生活所必须付出的代价。然而，作为私权保护原则的公民基本权利不受侵犯和作为公权力行使要求的公民容忍义务都有一个限度问题，过度强调任何一方都会导致法律价值天平的失衡，从而侵害公民权利或损害公共利益。因此，在保护与容忍之间寻找平衡点，就成了现代法治国家处理侦查权与公民权关系的不二选择。

侦查行为可分为强制侦查与任意侦查。强制侦查是指不受侦查行为对象的意思约束而

* 詹建红，中南财经政法大学法学院教授；张威，中南财经政法大学法学院硕士研究生。

本文为教育部“长江学者和创新团队发展计划”资助项目（IRT13102）、最高人民检察院检察理论研究课题（GJ2014C24）的阶段性成果。

进行的强制处分,其特征是强制性与侵权性;任意侦查则指以侦查行为对象的同意或承诺为前提而进行的侦查,其特征是不采用强制手段并且不对相对人的合法权益强制性地造成损害。^[1]在我国,立法没有严格区分强制侦查与任意侦查。事实上,在犯罪嫌疑人的人权保障程度和侦查法治化水平还有待提高的当下,从某种意义上讲,我国现行的侦查措施都带有强制性色彩。^[2]有鉴于此,立足于刑事司法职权的优化配置,从刑事诉讼活动有序进行的角度思考我国侦查权的程序性控制问题,无疑是值得深入研究的重要课题。

为适应时代发展的需要和解决司法实践中的突出问题,新刑事诉讼法加强了对侦查权的控制。其新增的第115条首次明确了当事人等对司法机关及其工作人员采取侦查措施有违法情形的申诉、控告及处理程序,使侦查措施的适用受到了一定的限制和监督。新增的第54条至第58条明确了非法证据的内涵与排除程序,通过非法证据排除规则来限制侦查机关滥用职权。与此同时,新刑事诉讼法还肯定了实践中存在多年的查封、技术侦查等侦查措施的法律地位,规定了相应的适用程序,在扩充法定侦查方式的同时,通过程序规则制约侦查权的行使。在新刑事诉讼法施行所带来的欢喜和忧虑尚在积累的情况下,党的十八届三中全会、四中全会又明确提出了“完善人权司法保障制度”、“规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序”、“完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督”、“健全冤假错案有效防范、及时纠正机制”以及“推进以审判为中心的诉讼制度改革”等改革举措,这给我国侦查权的程序性控制提出了新的课题。在新一轮司法改革全面逐步推进的时代背景下,以梳理我国侦查权的运行状况、检视我国侦查权程序性控制所面临的困境为基础,尝试探讨制度的未来走向和现实应对,也就具有了十分重要的现实意义。

一、我国侦查权程序性控制的基本格局

受现行体制和历史传统的影响,我国现有的侦查权程序性控制表现为以内部自律的科层制控制为主、外部他律的分权式控制为辅的基本制度格局。

(一) 内部自律的科层制控制

权力的行使固然需要外力牵制,但外力并非万能的监督利器,权力的行使仍然需要权力行使者的内部控制。在我国,侦查权的内部控制是通过侦查机关各部门间的分工制约和侦查机关上下级间的系统制约来体现的。从现有的规定看,除逮捕需经检察机关批准外,公安机关采取其他侦查措施都可以自行决定,即“自我授权、自我审批”。对检察机关侦查权的控制采用的同样是这种内部自律模式:上级检察机关通过行使领导权监督下级检察机关,各检察机关内部则实行以检察长为顶点的层级控制。^[3]由于新刑事诉讼法只是粗略地规定了侦查权行使的自我控制,这使得公安和检察机关不得不通过内部规定对这种控制的程序流程进行细化。根据2012年《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称《公安规

[1] 参见黄豹:《侦查构造论》,中国人民公安大学出版社2006年版,第265页。

[2] 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,第73页。

[3] 参见最高人民检察院2007年8月印发的《关于加强上级人民检察院对下级人民检察院工作领导的意见》、2009年9月印发的《关于省级以下人民检察院立案侦查的案件由上一级人民检察院审查决定逮捕的规定(试行)》。

定》), 实践中公安机关针对各种侦查措施的适用, 主要设置了 5 种不同的审批类型 (见表 1)。2012 年《人民检察院刑事诉讼规则 (试行)》(以下简称《检察规则》) 在沿用由侦查监督部门或公诉部门对本院侦查部门的侦查活动进行监督这一既定做法的基础上, 明确了上级检察机关对下级检察机关侦查活动的监督,^[4] 进一步强化了内部控制的科层化。^[5]

表 1 公安机关适用侦查措施的内部审批类型

类型	内容	《公安规定》依据
直接出示证件型	传唤犯罪嫌疑人必须出示传唤证和侦查人员的工作证件; 勘查现场, 应当持有刑事犯罪现场勘查证	第 194 条、第 209 条
现场指挥人员决定型	在现场勘查或搜查中需要扣押财物、文件	第 223 条
办案部门负责人批准型	到证人、被害人所在单位、住处等询问证人、被害人; 强制检查、提取、采集生物样本; 扣押财物、文件等	第 205 条、第 212 条、第 223 条
县级以上公安机关负责人批准型	解剖尸体; 扣押价值较高或可能严重影响正常生产经营的财物、文件; 扣押犯罪嫌疑人的邮件、电子邮件、电报; 等等 ^[6]	第 213 条、第 223 条、第 227 条
设区的市一级以上公安机关负责人批准型	技术侦查措施的适用	第 256 条

对侦查权进行内部控制在制度上的最大优点是其能保证侦查活动高效开展, 但这种控制方式过度偏重纵向的科层制控制, 而忽视横向的审查型控制, 难以实现控制权力不被滥用的初衷, 极易导致侦查权演变为维护部门利益和个人权威的手段。^[7] 当内部科层制控制流于形式时, 侦查权合理运用的管控责任会下沉至侦查人员个体自律的层面。但个体自律往往与个人的美德和人性的弱点相关联, 而当整个控权体系开始过度依赖侦查人员的个体自律时, 侦查权被恣意运用的风险就会上升, 并极有可能沦为无法自律者的专权工具。

(二) 外部他律的分权式控制

侦查权的外部控制主要是通过外部权力的监督与制衡来约束侦查权, 这是一种权力对另一种权力的制约。其方式主要表现为审查型控制、监督型控制和救济型控制。这三种控制方式在我国的立法中均有所体现, 但相关规定较为零散, 没有形成体系。需要明确的是, 在我国目前的司法实践中, 审查型控制和监督型控制为检察机关所垄断, 带有较强的检察监督色彩; 而救济型控制由检察机关和法院共同行使, 带有一定的司法控制色彩。

[4] 《检察规则》第 573 条在原规定的基础上增加了第 2 款: “上级人民检察院发现下级人民检察院在侦查活动中有违法情形的, 应当通知其纠正。下级人民检察院应当及时纠正, 并将纠正情况报告上级人民检察院。”

[5] 这一趋势在公安机关的相关规定中也有所体现。参见《公安规定》第 192 条。

[6] 此外, 查封土地、房屋等不动产或者船舶、航空器以及其他不宜移动的大型机器、设备等特定动产的, 聘请有专门知识的人进行鉴定的, 查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产的, 也需经县级以上公安机关负责人批准。

[7] 如在司法实践中, 有的公安机关插手经济纠纷; 或出于其他非法目的和非法利益诉求, 任意扣押、冻结款物; 或者采取拘留、取保候审、监视居住等强制措施, 却不向检察机关报请逮捕或移送审查起诉, 并最终撤销案件的方式或其他方式内部“消化”案件, 从而使检察机关难以监督。参见高健、双瑞: 《公安机关拖延返还扣押物, 当事人可投诉》, 《北京日报》2010 年 7 月 29 日第 7 版。

1. 审查型控制

这是指检察机关通过对强制侦查措施的适用进行程序性授权或必要性审查来控制侦查活动。这种方式侧重事前控制,强调对侦查机关即将实施的侦查行为的合法性和必要性进行事前审查,从而决定是否有必要继续行动或可否继续实施该行为。检察机关行使审查批准逮捕权就是这种控制方式的典型表现。此外,新刑事诉讼法第93条规定的羁押必要性审查虽然兼具事前审查和事后救济的特征,但从立法本义看,其初衷在于预防不必要的羁押,因此也可以说是审查型控制的一种表现形式。

2. 监督型控制

这是指检察机关通过参与、观察、指导或督促等方式对公安机关的侦查过程进行监督。这种方式侧重对违法侦查行为进行事中控制,突出控制一方行使权力的能动性。在我国,这种控制的具体表现形式包括检察机关直接参与公安机关重大案件的讨论和其他侦查活动、指导重大案件的证据收集、要求公安机关对证据的合法性作出说明等。^{〔8〕}鉴于侦查活动是一种对效率要求较高的专业活动,过度的外部干涉会妨碍侦查进程、延误侦查时机,因此,在侦查过程中,监督型控制应保持适度的谦抑性,其重心在于给侦查活动提供专业的法律意见而非技术性侦查方法。除非有实质性的必要,检察机关应尽量不介入一般案件,不干预侦查策略的制定,以保证侦查活动的适度自主。基于此,监督型控制多在重大、疑难案件的侦查过程中发挥指导和监督作用,其适用面较窄。

3. 救济型控制

这是在违法侦查行为发生后,有权机关通过补救或惩戒等手段,为遭受违法侦查行为侵害的一方提供救济,以降低或弥补损害、阻吓违法侦查行为。这种控制侧重对违法侦查行为进行事后控制。根据现行的法律规定,我国的救济型控制包括纠正违法、非法证据排除、国家赔偿、追究刑事责任等方式。随着新刑事诉讼法的出台,救济型控制的范围有不断扩大的趋势。这表现在新刑事诉讼法不仅赋予了法院排除非法证据的权力,还赋予了检察机关对违法侦查和阻碍律师执业的审查救济权以及对非法证据的审查排除权等。同时,《检察规则》第565条进一步扩充了侦查监督的范围,将列举的侦查违法行为从11项扩充至20项,所补充规定的事项也多属于救济型控制的范畴。另外,《检察规则》第566条、第572条还细化了纠正违法和追究刑事责任的程序,根据违法情节的轻重设定了3种处理方式:情节较轻的,由检察人员以口头方式向侦查人员或公安机关负责人提出纠正意见;情节较重的,应当报请检察长批准后,向公安机关发出纠正违法通知书;情节严重,构成犯罪的,由侦查监督部门或公诉部门移送本院侦查部门审查。救济型控制发生在违法侦查行为实施之后,此时侵权行为已经发生,其控权效果显然具有滞后性,其控权原理则是通过补救或惩戒性手段威慑潜在的违法行为。然而,威慑效力的发挥有赖于完善的保障措施和优良的司法环境,从这个意义上讲,救济型控制效用的发挥有一个潜移默化的过程。

(三) 侦查权程序性控制方式的新动向:由过程导向型到结果导向型

新刑事诉讼法并未在审查型控制和监督型控制上取得突破,而是把重点放在了救济型

〔8〕 参见新刑事诉讼法第85条、第171条,《检察规则》第567条以及最高人民法院2010年12月公布的《关于适用〈关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定〉和〈关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定〉的指导意见》第29条。

控制上。新增的第115条关于违法侦查的申诉、控告及处理程序、第54条至第58条规定的非法证据排除规则都属于救济型控制的程序机制设计，其中以非法证据排除规则最具代表性。这不仅表现在其意义之深远和公众对其期望之高，而且还表现在其对侦查权控制格局可能带来的改变，即它会使侦查权的外部控制由过程导向型向结果导向型转变。

一方面，非法证据排除规则的确立使侦查权的控制方式发生了一定的变化。近年来披露的冤假错案暴露了侦查机关内部控权的羸弱和检察机关侦查监督的乏力，人们不禁反思以内部科层制控制和外部检察监督为特征的过程导向型控制模式的现实效力，并把目光投向域外法治国家早已运行成熟的非法证据排除规则。国内学者对以非法证据排除规则为核心的结果导向型控制模式的研究和提倡，也推动了立法的转型。新刑事诉讼法在增加对违法侦查的申诉、控告条款以强化过程导向型控制的效力的同时，还专门规定了非法证据的排除程序，其意在建立过程导向型和结果导向型并举的侦查权控制方式。

另一方面，在侦查权控制方式由一元向多元转变的过程中，侦查权控制格局也正从“以检察机关为中心”的一元格局转向“审前阶段以检察机关为中心、审判阶段以法院为中心”的二元格局。新刑事诉讼法明确规定了法官对证据合法性的审查权和非法证据排除权，从而使法院开始掌握违法侦查行为的救济型控制权。这使法院成为了侦查权控制中的一个重要角色，从而必将改变以往法院对违法侦查行为无所作为的局面。随着司法改革的深入，法院还可能通过非法证据排除规则的运用，逐步构建审判结果导向型的侦查权控制路径。然而，需要看到的是，法院虽然可以直接排除侦查机关通过非法手段收集的证据，但其威慑力的发挥是一个逐渐积累的过程。而且，我国侦查权控制方式和控制格局的多元化发展并不意味着侦查权已经得到有效控制，上述不少控制手段也只是刚被立法或司法解释所吸纳，其现实效果还需要接受进一步的检验。

二、我国侦查权程序性控制的现实困境

侦查权程序性控制体系的残缺和权力控制理念的“内卷化”，共同构成了我国侦查权程序性控制的现实困境，制约着侦查权控制法治化的现代发展。

（一）表层困境：侦查权程序性控制体系的残缺

控制结构、控制方式和救济机制是权力控制体系的基本要素。控制结构的内生力量在权力的运行实践中，不断影响着控制方式和救济机制的成型与发展。在现行体制下，我国侦查权控制的结构是线性分工模式。这种分工模式在使侦查权保持超强独立性的同时，却导致检察监督侦查的控权制度显得力不从心。受线性分工模式的影响，现有的控权方式表现出较强的功利性，过度追求权力行使的便利和部门利益，也表现出较强的控诉倾向。而残缺的救济机制更是使现行的权力控制实效大打折扣。

1. 传统的线性分工模式

在刑事诉讼的职权分工上，我国宪法和刑事诉讼法设定了“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件，应当分工负责，互相配合，互相制约”的关系模式。在司法传统的影响下，实践中逐渐形成了三机关的线性分工模式。这一模式如同一条流水线，公安机关、人民检察院和人民法院之间并无所谓的权力中心，而分别是流水线上的一条线段，各

条线段都有自己的“射程”，刑事案件则沿着这条流水线如流水作业般由一道工序进入下一道工序。^[9]线性分工模式使三机关在刑事诉讼中独立开展工作，并在不同阶段分别享有相应的权力。三机关权力的对等使我国的刑事诉讼并不能形成以审判为中心的诉讼构造。而且，审前阶段也无法形成相对一体的检警关系，法院更是无法参与审前的诉讼活动，审前阶段成为司法审查的真空区。一方面，法院未被赋予针对强制侦查措施的司法审查权，加之侦查行为不属于行政诉讼的受案范围，^[10]法院对侦查权滥用的最终司法救济权也被剥夺了。另一方面，对侦查权的检察监督在实践中并未有效地发挥其制度效用，^[11]这可以从2009年至2011年全国检察机关对侦查活动中违法情况提出纠正意见的基本数据得到证明（见表2）。

表2 2009年至2011年公安机关立案数与检察机关纠正侦查违法数情况统计

	2009年	2010年	2011年
X(全国公安机关立案的刑事案件数 ^[12])	5579915件	5969892件	6005037件
Y(全国检察机关纠正侦查违法数 ^[13])	25664件次	33836件次	39432件次
Y/X(年度内纠正违法数占立案数的百分比)	4.599‰	5.667‰	6.566‰

2009年至2011年，全国检察机关对侦查活动违法情况提出纠正意见数分别占该年度全国公安机关立案侦查的刑事案件数的4.599‰、5.667‰、6.566‰。这种“千里挑几”的侦查监督局面并非说明我国公安机关的办案质量已经达到了无可挑剔的程度，就近年来不断曝光的由刑讯逼供导致的冤假错案和社会上对侦查行为表现出的不满来看，我国检察机关的侦查监督工作还有很大的改进余地。

2. 功利导向的控制方式

在我国，完善的侦查权程序性控制机制尚未建立，侦查权的运行有较强的功利性，无论控制范围、方式，还是控制要件，都存在先天不足，这给侦查机关留下了极大的裁量空间。

首先，侦查权偏向于自我控制，追求权力运行的便利。我国的强制侦查措施除逮捕外，包括技术侦查在内的其他强制侦查措施均不受司法审查，而由侦查机关系统内部决定，这种内部自律的控制方式严重违背了权力控制与制约的法治原则。一般来讲，他律是自律的前提和内容。^[14]因此，侦查权的他律作为侦查自律的前提必须完整而有效地存在，而这种

[9] 参见陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社2000年版，第231页。

[10] 参见最高人民法院2000年3月公布的《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第1条第2款第2项。

[11] 从广义上讲，检察机关侦查监督部门所承担的审查逮捕、刑事立案监督和侦查活动监督这三项工作的内容都属于侦查监督，即侦查监督的外延要大于侦查活动监督。但是，除特别指明外，本文一般从狭义上理解侦查监督，即主要是指检察机关针对侦查活动合法性进行的监督。

[12] 参见《中国统计年鉴》（2010年—2012年），<http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/>，2013年6月22日访问。

[13] 参见《历年最高人民检察院工作报告》（2010年—2012年），http://www.gov.cn/test/2008-03/21/content_925597.htm，2013年6月22日访问。

[14] 这是因为，从自律与他律的关系来看，自律总是与自由和理性联系在一起，自律是指自我主宰、自我约束、自我控制，这种状态必然要经过对外在规范的同化才能达到。参见詹世友：《“自律”与“他律”的哲理辩证》，《道德与文明》1998年第6期，第12页。

他律的核心正是体系化的程序性控制。

其次，侦查权控制方式偏向行政审批模式，过度追求监督效率。在监督过程中，由于对侦查机关的信息过度依赖，检察机关的侦查监督表现出较强的控诉倾向。在以往的司法实践中，检察机关的侦查监督多以行政审批和书面审查的方式进行，新刑事诉讼法注意到这一监督方式的片面性，规定了审查逮捕时可以讯问犯罪嫌疑人和听取辩护律师的意见，向诉讼化构造迈进了一步。但是，针对其他侦查措施的监督仍以行政审批的方式进行，重视侦查机关的意见，忽视程序性控制过程中各方主体的平等参与；而这并不利于查清案件事实，更不利于平等保护公民权利。

最后，侦查措施的启动要件不甚明确，侦查机关倾向于以本部门利益为判断标准。程序性控制的前提是侦查法定，即法律明确规定适用强制侦查措施的实体要件和程序要件，否则，侦查权的控制无从下手。新刑事诉讼法除了对拘留和逮捕等强制性到案措施的规定比较明确外，对搜查、扣押、查封、冻结等众多强制性取证措施的适用，则未明确规定实体理由或程序条件。这些笼统的规定实质上赋予了侦查机关过于宽泛的自由裁量权，侦查机关往往会以部门利益为导向，作出是否适用相关侦查措施的判断。而且，即使在审查时试图判断合法与否，也会因为相关规定过于模糊或赋权过大而难以形成统一的判断标准。

3. 不彻底的程序性救济

公民在认为其基本权利遭到侦查权侵害时，有权获得司法机关的有效救济，而且这种救济必须具有彻底性，这是享有权利并保障权利得以实现的应有之义。彻底的权利救济必须是中立裁判主体在当事双方平等参与的氛围中作出的全面判断，这种判断包括了恢复正义的命令和配套的制裁措施。在我国，针对违法侦查的救济具有不彻底性，这主要表现在以下三个方面：

首先，缺少中立的司法机关的参与。我国行政诉讼法并没有把侦查行为列入行政诉讼的受案范围，对于违法的侦查行为，相对方无法通过诉讼途径获得法院的司法救济，而只能向该机关申诉或控告，或者向具有控诉倾向的检察机关申请检察监督。这种做法实质上违背了司法最终解决的原则。这是因为，侦查权以正当程序行使时，公民固然具有一定的容忍义务，但判断是否履行了正当程序以及应否承担容忍义务的主体必须是中立的司法机关，而非侦查权的运用者或控诉利益相关者。

其次，针对违法侦查的国家赔偿范围比较狭窄且赔偿程序繁琐。国家赔偿法经过2012年的修改，虽然通过取消违法确认程序、将“虐待”列为侵犯人身权的行为表现以及把看守所纳入刑事赔偿义务机关等规定，扩大了刑事赔偿范围，但对于违法搜查、违法检查、违法强制采样和违法采用技术侦查等强制侦查措施造成人身、财产和精神损害的国家赔偿问题，却没有提及。而且，这次修改虽然一定程度上关注了赔偿程序设计的科学性，^[15]但原本就复杂的赔偿程序和较长的赔偿期间，在这次修改中没有得到应有的重视。狭窄的赔偿范围和繁琐的赔偿程序使许多遭受侦查权侵害的公民，要么难以获得赔偿，要么无所适从。

最后，缺乏完整有效的违法侦查制裁体系。缺乏制裁或制裁不足往往会造成违法行为

[15] 如取消了赔偿义务机关确认司法机关及其工作人员的行为是否侵权的程序，补充规定了被羁押人死亡或者丧失行为能力情形下的举证责任倒置等。

的泛滥,因此,救济总是与制裁密切相连。在我国,现有的惩戒措施主要是,对于构成犯罪的违法侦查人员,由检察机关立案侦查;对于不构成犯罪的,则给予内部处分。^[16]由于违法侦查行为的隐蔽性和基于内部利益考量的部门保护主义,在实践中,这些措施并没有充分发挥阻吓违法的作用。而且,由作为中立第三方的法院或检察机关宣布侦查行为违法或无效、建议启动内部追责程序或建议更换严重违法的侦查人员等措施也未得到立法认可,违法侦查的外部惩戒体系并未建立,这导致通过惩戒机制来阻吓违法侦查的愿景基本付诸泡影,从而增加了救济的成本。

(二) 深层困境: 侦查权程序性控制理念的“内卷化”

如果说控制体系的残缺是我国侦查权程序性控制难题的表象,那么,长期的科层制控制和检察监督所形成的固化观念则是造成这一难题的深层次原因。我国从革命根据地时期至今的政治与司法实践,塑造了以“自律”和“监督”为特征的权力控制理念。以该理念为支撑的刑事诉讼制度设计成型后,虽在现实的流变中不断调整,但终难突破传统思想、利益及经验的束缚,亦无法转变至新的形态,从而造成了权力控制理念的“内卷化”。^[17]由此,侦查权的程序性控制演变成一种“只有变化、没有进化”的制度形态。

1. 以犯罪控制为由强化侦查自由

侦查的目的在于发现事实真相,而获取真相最便捷的手段是对侦查权作最少的限制,即“自由地发现真相”。然而,自由所蕴含的任意性总会把权力带进非理性的深渊,不仅可能导致侦查权恣意践踏人之尊严或财产,且极易伤及无辜,使守法者遭受无妄之灾。当人们认识到“自由地发现真相”所蕴含的巨大风险时,“理性地发现真相”的观念便应运而生。所谓“理性”就是在正当程序的控制下,以和平、理智的方式探寻事实真相。然而,从“自由地发现真相”到“理性地发现真相”的转变并非易事。在我国的侦查实践中,“目的论”和“优越论”依然支配着部分侦查人员,并为其违法侦查行为提供“正当化”的心理慰藉。“目的论”认为,侦查最终的目的是发现真相、打击犯罪,只要目的是正当的,侦查过程中的“瑕疵”就是可以原谅的“崇高事业腐败”。^[18]“优越论”则认为,刑事诉讼的犯罪控制价值优于其他价值,侦查是打击犯罪的手段,打击犯罪就是保障人权,侦查权不应受过多限制,对侦查权的限制就是对人权保障的限制。对此有学者指出,刑事诉讼永远不可能以民事诉讼或其他更人性化的方式进行,刑事诉讼的最高价值在于控制和预防犯罪;如果一个社会犯罪率居高不下,那么刑事诉讼其他所有的价值都将成为无本之木、无源之水。^[19]无论“目的论”还是“优越论”,其实质都是为自由侦查观进行辩护,并希冀通过这种“正当化”辩护使侦查权摆脱外部力量的控制。

对自由侦查观的强调实质上是以犯罪控制为由漠视人权保障。其不仅不承认人的宪法性基本权利神圣不可侵犯,而且人为地把侦查与犯罪控制画上等号,刻意回避无罪推定原

[16] 内部惩戒措施主要包括行政处分、降低警衔、取消警衔、停止执行职务、禁闭等。参见人民警察法第48条、《公安机关组织管理条例》第28条、第33条、《公安机关督察条例》第11条至第13条。

[17] “内卷化”一词来源于美国人类学家戈登威泽,他用这一概念描述这样一种文化模式,即当达到了某种最终的形态以后,既没有办法稳定下来,也没有办法使自己转变到新的形态,取而代之的是不断地在内部变得更加复杂。参见刘世定、邱泽奇:《“内卷化”概念辨析》,《社会学研究》2004年第5期,第97页。

[18] See Bob Harrison, *Noble Cause Corruption and the Police Ethic*, 68 *FBI Law Enforcement Bulletin* 3-4 (1999).

[19] 参见张孝刚:《侦查权性质论纲》,《公安研究》2007年第11期,第67页。

则的基本要义和侦查可能造成的对公民权利的干预,混淆了侦查阶段的犯罪嫌疑人与终审判决后的罪犯,忽略了外部控制对自我控制的保障作用。可以说,在我国的侦查实践中,“重打击犯罪、轻人权保障”的观念依然有广泛的市场。而且,通过拉近侦查与犯罪控制的关系,不断为这种观念进行新的辩护,并利用这种辩护反对侦查权的程序性控制,阻碍侦查权法律控制程序的构建,这导致侦查权控制模式的现代化转型步履维艰。

2. 以现实困难为由反对结构革新

在侦查权控制模式的研究中,学界提出了以法院为顶点的诉讼式构造。该观点认为,因检察机关与辩护方的诉讼立场互相对立,若由检察机关行使侦查审查权,难以保证客观公正;而法官不属于争端的任何一方,由其作为中立第三方对侦查权进行司法审查,能够保证形式公正。^[20]对于这一方案,主要的质疑是:我国宪法对法院的定位只是审判机关,而没有把司法审查权完全赋予法院,即法院无权审查侦查行为;受编制或经费限制,法院也无力全面承担司法审查权;司法审查的前提是司法的独立,在法院不独立的情况下建立强制侦查行为的司法审查制度,难以达到预期目的;我国法官整体素质不高、司法威信不足,由法院审查侦查行为会导致司法审查制度效用的减损甚至丧失;由法院对强制侦查行为进行司法审查容易导致先入为主,进而导致逮捕与审判不分。这些质疑的论证逻辑可以归纳为:现实司法实践中,法院存在这样或那样的问题,司法审查权不能交给有问题的机关行使,或者说,由法院承担司法审查任务难以达到预期效果。

立足于制度环境,上述担忧确有一定的道理,而且多数问题也确实存在。但是,以法院的现实问题或困难来反对未来的改革确有不妥,这是因为改革就是革除现实弊病的过程,以现实样态反对未来革新将无益于激发司法制度的活力,甚至会阻碍司法制度的发展。由法院行使侦查行为的司法审查权是在反思我国现有侦查监督体制的弊端后,提炼域外经验并进行理性分析的结果,具有现实针对性和理论说服力,是立足现实、着眼长远的改革方案。这一方案会强化侦查权控制的中立性,促进公安、检察机关和法院职权分工的专业化和现代化。若法院能正确运用对侦查行为的司法审查权,发挥其人权保障功能,必将有利于提升司法权威。而且,负责审查的预审法官的增设还会推动编制、经费等客观条件的改善,从而助推司法走向专业化和精细化,进而促进司法独立和司法队伍的优化。

还有一些质疑者认为,侦查权在实践中突出地表现了司法权特征,其属于司法权而非行政权,因而具有不可诉性,不能由法院对违法侦查行为进行司法控制,而只能通过申诉或控告来解决。^[21]而且,我国的检察机关是国家的法律监督机关,现实的制度安排是检察监督侦查,由法院行使侦查行为的司法审查权会削弱检察机关的法律监督权。^[22]当然,我

[20] 在这一问题上还有两种代表性观点:“以检察机关为顶点的三角构造”和“公安机关的侦查行为由检察机关审查、签发许可令,检察机关的侦查行为由法院审查、签发许可令的折中式构造”。这两种观点的主张者大都支持以法院为顶点的诉讼式构造,但考虑到“一步到位式改革”的现实困难,才提出了上述过渡性方案。参见张国香、张中、毛立华:《刑事审前程序理念与制度探索》,《人民法院报》2004年8月11日第A14版。

[21] 参见李建民:《明确警察权的理论与实践》, <http://www.cpd.com.cn/n907228/n10258251/c10703364/content.html>, 2014年5月6日访问。

[22] 对此,有学者明确指出,强制性侦查措施的适用不能没有法律监督,而检察机关行使法律监督权不能没有强制性侦查措施的司法审查权。参见李建民:《强制性侦查措施的法律规制与法律监督》,《法学研究》2011年第4期,第164页。

们必须承认, 侦查权的科层制控制模式和检察监督模式在过去的侦查实践中发挥了积极的作用, 不仅保护了无辜的人免受侦查权不当侵扰, 而且对打击恶性犯罪、稳固新生政权、保卫社会主义革命果实做出了重大贡献。但是, 随着市场经济的发展和社会转型步伐的加快, 原有的侦查控制模式已经无法适应新时期的复杂状况: 社会结构的变化必然引发制度体系的变迁, 快速的社会发展和滞后的制度变革将使个体性问题演变为结构性问题, 因此, 侦查控制模式的转型已不能局限于修补原有模式, 而必须放在“法治中国”和“国家治理体系和治理能力的现代化”的总任务中进行思考。由此观之, 以权力运行的现实样态反对未来的结构变革是混淆了制度实践与制度变革的逻辑关系, 错误地把过去的现实性等同于现在的合理性, 忽视了制度在其依存条件改变的情况下必然向前发展的趋势。

3. 以形式的监督关系混淆实质的业务关系

检察机关与侦查机关的关系问题向来是理论争议的焦点。有学者主张检警一体化, 确立检察机关在侦查阶段的主导地位, 突出强调检察机关在刑事诉讼中对侦查机关侦查取证行为的领导、指挥和监督权。^[23] 反对检警一体化的学者认为, 检警一体化的理论误区在于不符合无罪推定的理念以及忽视我国检察机关职能与西方国家政体下检察机关职能不同的现实, 其实践误区在于监督不等于领导、指挥, 而且检察机关不具备侦查优势。^[24] 也有实务工作者进一步指出, 检警一体化不符合我国检察机关是法律监督机关的宪法定位, 监督并不是指挥而是保持距离从旁进行查看并督促, 检警一体化会使法律监督机关失去其必须具有的相对超脱、中立和客观的地位; 检察监督只是一种与被监督者地位平等的程序性监督, 具有启动公安、审判或执行机关内部纠错的效力, 但不能作出实体性处理。^[25]

事实上, 检察机关对侦查机关的监督是形式的、程序性的, 而检察机关与侦查机关的业务关系却是实质的, 以形式的监督关系混淆实质的业务关系确有不妥。从检察官制度的创设目的来看, 检察官的主要职责有二: 一是负责追诉刑事被告, 消除纠问式诉讼的弊端; 二是国家权力的双重控制——作为法律的守护人, 检察官既要保护被告免于法官的擅断, 也要保护其免于警察的恣意。^[26] 侦查机关的侦查职能与检察机关的追诉职能具有业务上的承接关系, 二者在审前程序中很容易形成控诉共同体。在这个共同体中, 检察机关既是侦查成果的审核者, 又承担着控制警察滥权的职责, 这种实质的业务关联决定了检察机关在检警关系中的主导地位。长期以来, 我国的立法借鉴了前苏联检察监督侦查的体制, 检警关系仅具有形式上的监督关系; 二者被认为是平等的司法主体, 甚至在一段时期内, 地方公安机关负责人兼任当地的政法委书记, 领导检察机关。立法忽视检警实质上的业务关联, 过度强调二者的平等性和监督关系, 最终使检察监督名不副实, 以致有学者指出, 我国以检察监督为主的侦查控制模式, 客观上存在权力滥用的可能, 不但是一种十分危险的制度设计, 而且与我国建立社会主义法治国家的理想背道而驰。^[27] 此外, 检察机关对政府事实上的依附、监督职权位高体弱、监督资源在诉讼监督和侦查监督中的配置不合理等缺陷,

[23] 参见陈卫东、郝银钟:《侦、检一体化模式研究——兼论我国刑事司法体制改革的必要性》,《法学研究》1999年第1期,第61页以下。

[24] 参见杨宗辉、周虔:《“检警一体化”质疑》,《法学》2006年第5期,第129页以下。

[25] 参见万春:《侦查监督制度改革若干问题》,《河南社会科学》2010年第2期,第16页以下。

[26] 参见林钰雄:《刑事诉讼法》上册,中国人民大学出版社2005年版,第102页以下。

[27] 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,第118页。

也阻碍了检察监督的效力。^[28] 质言之,以形式上的监督关系混淆实质上的业务关系,从而得出现行侦查监督体制存在合理性,其避实就虚的推理不仅不能使人信服,更会给司法实践带来困扰。检察机关与侦查机关之间业务上的实质关联根植于检察机关的固有职能,检警关系的法律定位必须符合这一特征,以凸显检察机关的主导地位。

三、我国侦查权程序性控制改革的路径选择

对侦查权进行程序性控制是法治国家约束公权力的必然要求,也是现代司法制度重视人权保障的重要体现。然而,控制体系的残缺和控制理念的“内卷化”使我国侦查权的程序性控制陷入进退维谷的境地。为走出这种困境,应该在发展趋势和现实可行性的双重视角下审视侦查权程序性控制的制度调整。一方面,应该顺应司法规律和文明潮流,规划侦查权程序性控制的制度远景,适时进行改革。另一方面,考虑到深层体制的变革尚需时日,侦查权程序性控制的制度改革宜在长远规划的指引下,依据现实条件规划制度近景,使侦查权的程序性控制在现实环境中有所作为。

(一) 改革远景:以分工负责为轴心的司法审查模式

侦查权固然应有其自主决定的空间,但其运行的合法性问题必须交由专司法律适用的法院进行判断,这是权力分工和司法专业化的结果,亦是正当法律程序和法律统一适用的要求。侦查权程序性控制的未来根基是建立合乎我国国情的司法审查模式,使侦查权的法律控制走向彻底的法治化和专业化。

1. 司法审查的根基:分工负责

侦查权必须接受司法审查这一原则并非与生俱来,而是权力分化的结果。权力的分工使制约成为可能,对制约效果的强调则是纯粹分权理论吸收制衡理论后向前发展的结果。早期的纯粹分权理论所主张的限制政府权力的方式是否定性的,即只要有一些自主的、负有具体职能的决策机构存在,就足以限制权力的集中。后来,纯粹分权理论与制衡理论相结合,向分权学说注入“对权力行使实行一套积极限制”的观点,即给予每个部门一定权力,使其可对其他部门实施一定的直接控制,尽管这种干预是有限的。^[29] 发展后的分权理论具备了强大的制度实践能力,为多数国家所接受,司法审查的根基亦在于此。我国的政体虽是议行合一的人民代表大会制度,但在其下亦有分权精神的体现。宪法第135条规定的分工与制衡原则的制度逻辑是:人民代表大会产生行政机关、检察机关和法院,三机关有不同的职能分工,分别在宪法赋予的权力范围内承担各自的宪法和法律责任;它们共同对人民代表大会负责,并受其监督;作为行政机关组成部分的公安机关与检察机关、法院的关系,当然也要适用这一宪法逻辑。^[30] 分工负责是根本,互相制约和互相配合则是分工负责的进一步阐释;制约与配合都源于三机关之间不同的分工,不同的分工使三机关具备了

[28] 参见前引[22],李建明文,第162页。

[29] 参见[英]M. J. C. 维尔:《宪政与分权》,苏力译,三联书店1997年版,第16页以下。

[30] 对此,一种合理的解释是,侦查权是一种从属于行政权的具体权力,将其与检察权、审判权并列体现了宪法高度关注行政权对公民权利保障的影响。这一解释将监督制约侦查权的要求提升到了根本法的层面。参见韩大元、于文豪:《法院、检察院和公安机关的宪法关系》,《法学研究》2011年第3期,第13页。

不同的专业素养。侦查机关精于案件的侦查和证据的收集,检察机关精于案件的起诉和权力的监督,法院则精于证据的审查判断和法律的解释适用。一方面,三机关在各自的分工范围内依法各司其职,这本身就包含了配合或制约的内容;在分工负责的前提下,互相配合和互相制约是辩证统一的整体;三机关之间的理想关系应当是以互相制约为主,在此前提下强调积极配合。^[31]另一方面,权力从混沌走向分化的过程就是权力在变动的环境中不断寻求更专业化定位的过程——三机关的分工随着社会的发展而不断趋向专业化。作为追诉和法律监督机关,检察机关需要发挥其法律专业素养和立场客观的优势,主导侦查程序;而作为事实认定和法律适用机关,法院需要承担对侦查处分的合法性进行判断的职责。

分化之后的权力应遵循各自的属性,在本职范围内有效运转,而不能逾越界限,代行其他权力的职能。侦查权固然具有行政权与司法权的双重属性,但从侦查权运行的整体看,其更多具有行政权的特征,应接受司法权制约,而不能行使本由司法权行使的职能。司法审查权的本质是对行为合法性的司法判断权。从宪法对国家机关权力的划分看,宪法赋予检察机关的是法律监督权而非司法判断权,公安机关所享有的侦查权亦不包含对行为合法性的判断权;司法判断权是法院应当享有的权力,其与侦查权和检察权之间有明显的界限。因此,检察机关不能跨越宪法设置的权力鸿沟,由其行使司法审查权无法通过根本法的检验。

基于分工负责的权力分立与制衡理论,侦查权的行使应当遵循令状原则。这是指强制侦查措施的启用,如无紧迫事由,应经中立的司法机关审查并签发令状后方可进行。较之内部审批程序,由中立第三方主持的事前审查无形中给侦查机关运用强制侦查措施设置了障碍。这会促使侦查机关以细致、冷静、理性的态度论证运用强制侦查措施的正当性,从而打消其对强制侦查措施的依赖心理,迫使其放弃一些不必要的强制侦查措施的采用。但是,设立令状原则的前提是立法能正确认识和界定强制侦查措施。为此,我国立法宜借鉴国外的成熟经验,以侦查过程中是否使用强制力为标准,区分任意侦查与强制侦查并对之进行不同的规则设计,以在侦查效率和权利保护之间取得平衡:对于不使用强制力的任意侦查行为,其行使无需具备特别的要件;而对于使用强制力的强制侦查行为,其行使则需满足相应的特别要件。

2. 司法审查的构造:二分模式

强制侦查的法官保留原则,最先发源于英国宪政史上的人身保护令制度。时至今日,拘束人身自由的逮捕、拘禁必须经过法官的审查,已成为现代法治国家的共通要求。在我国侦查权程序性控制的未来制度设计中,也应明确规定法官保留事项,而且这种制度安排并非没有宪法根据。2004年宪法修正案增加的“国家尊重和保障人权”条款丰富了公检法三机关互相制约关系的内涵:侦查权作为对公民基本权利影响最大的公权力,增强审判权对它的制约符合宪法的人权保障精神,这是在人权保障条款基础上重新解释三机关制约关系的关键。而审判权对侦查权的制约突出地表现在法院对强制侦查行为的司法审查,这应当是审判权的内涵在宪法文本得到系统性丰富后的必要延伸。^[32]

[31] 参见樊崇义主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1996年版,第107页。

[32] 有学者指出,强制侦查的司法审查方案只是法院审判权在应有的程序裁判范围内的小幅度延伸;这亦可视为法院司法制约权的体现,其并未动摇基本的刑事诉讼构架。参见龙宗智:《强制侦查司法审查制度的完善》,《中国法学》2011年第6期,第50页。

在这一思路下，立法有必要明确侦查法定原则和运用强制侦查措施的比例原则，以指导并约束审查者的裁量权。法定原则的具体要求体现在两个方面：其一，侦查权的启动必须有明确的法律依据，法律没有明文规定的侦查措施，侦查机关不得实施。其二，法律应明确规定强制侦查措施的实体要件和程序要件，并根据其对公民权利的干预程度确定要件的严格程度。比例原则的要求则体现在三个方面：其一，强制力的行使不得超越必要限度；其二，对公民基本权利的强制处分在无必要时应及时撤销；其三，对被强制人的身体及人格尊严应予以必要的注意。详言之，强制侦查措施的运用应保证手段的适合性、手段与目的之间必要的关联性；在采取对公民权利干预较小的手段即能达成目的时，不采用对公民权利干预较大的手段；当强制侦查措施如羁押、通缉、监听等已无采用的必要时，应及时撤销；在强制侦查过程中，被强制人的身体和人格尊严仍应受到必要的尊重；强制手段的使用应以必要为限度；不得扩大伤害，注意保护被逮捕人或被搜查人的隐私或名誉等基本权利。

根据司法审查的一般理论，强制侦查措施的申请机关与决定机关应当分离，而且如无紧急情况，应经超然中立的法院审查并签发令状后方能为之。但鉴于我国侦查权控制的现状，由检察监督模式径直过渡到司法审查模式，恐怕会超出现有体制的承受能力，也会给侦查机关及法院带来业务上的压力。因此，审查模式的改革需要考虑体制的承受能力，为侦查方式的转型和司法审查经验的积累留下缓冲空间。基于此，我国强制侦查审查模式的改革宜采取“两步走”的渐进式改革。

改革的第一步是，采行强制侦查措施审批的“二分模式”，按照强制侦查措施对公民基本权利的干预程度，划分检察机关与法院的审批权限。同时，废止侦查机关对强制侦查措施的自我审批，明确“除紧急情况外，所有强制侦查措施必须接受检察机关或法院的审查并取得令状后方得为之”。一方面，把监视居住、逮捕、羁押以及搜查、查封、扣押、冻结、鉴定、留置等对公民自由权和财产权干预程度较高的强制侦查措施纳入法院审查的范围，侦查机关若需动用以上措施，必须向管辖法院申请令状。另一方面，拘留、勘验、身体检查、技术侦查措施等强制侦查措施则为检察机关的审批事项，当检察机关成为侦查机关时，上述强制侦查措施的审批权归法院行使。而且，为维护审判的中心地位，在审判阶段如需采用以上强制侦查措施，则皆由法院审批。以上举措如能有效落实，必将在促进公民权利保障的同时，降低强制侦查措施的适用比率，促进侦查方式的改革，还可以为法院积累司法审查的经验。

改革的第二步是，待“二分模式”有效落实、法院司法审查机制趋于完备、检察引导侦查的关系得以建立后，强制侦查措施的审查权将由法院统一行使。也就是说，除紧急情况外，强制侦查措施的采用必须向法院申请令状后方得为之；检察机关也只有申请权，而不再有裁决权。对于若迟延就有危险的紧急情况下的拘留、搜查、扣押等侦查事项则可由侦查机关自行决定，但必须在3日内报告管辖法院，法院认为不应准许的，应及时撤销侦查机关的紧急侦查决定。如果侦查机关未向管辖法院告知该事项或者告知后被法院撤销的，其采取紧急侦查措施所获得的口供、物证等不得作为证据使用。司法审查一般应为书面审查，但如果法官或检察官认为有必要，可以听取强制侦查相对方及其辩护人的意见；强制侦查的相对方提出要求的，应当听取其意见。为避免法官先入为主，应做到预审法官与审

判法官相分离。鉴于我国法院现有的组织结构,可在法院内部设立预审庭,负责强制侦查的司法审查、签发相关令状。对于令状和违法侦查的司法救济,可作如下设计:其一,不服法院颁发的令状的,可向上级法院提出抗告;不服检察机关颁发的令状的,可向同级法院提出抗告;抗告的内容为撤销或变更令状。羁押期间可向羁押地法院申请羁押审查,羁押审查可视条件采用言辞审理。其二,将违法侦查处分与非法证据排除规则相衔接。违法侦查所获取的言词证据应当排除,所获取的实物证据则可以裁量排除。其三,将违法侦查的后果与内部惩戒程序、刑事追诉程序和国家赔偿程序相衔接。侦查人员违反职务上的义务,符合内部惩戒事由的,应给予内部惩戒;情节严重,构成犯罪的,由检察机关的渎职侵权检察部门启动刑事追诉程序;侦查人员在履行公务过程中,由于故意或过失给相对人造成损害的,相对人有权向管辖法院申请国家赔偿。

3. 检警关系的调整: 检察引导侦查

从比较法的视角考察,在世界范围内,除英国由于历史传统仍保留警察主导侦查的制度模式外,^[33]多数法治国家采取的是检察官主导侦查的制度模式,并强调检察官的客观义务。同时,这一模式也得到了不少国际性法律文件的肯定。如《国际刑事法院罗马规约》规定的就是检察官负责侦查的制度模式,其将检察官定位于偏向自主型和独立型的官署组织,强调其负有侦查的客观性义务,并必须致力于发现实体真实。^[34]《欧洲刑事法典草案》在比较了各国的警察、检察官及调查法官主导侦查等几种单行或混合模式后,最后肯定的也是检察官主导侦查的制度模式,并明确检察官的客观义务及其组织的独立性。^[35]其实,我国检警关系的改革方向并不是要在机构设置上,将侦查机关隶属于检察机关或确立检察领导侦查的体制,而在于如何通过组织法上的人事管理和诉讼法上的审查事项确立检察引导侦查的机制,从而走向职能上的一体化。虽然从法律监督机关的定位不能推导出检察机关享有领导和指挥侦查的权力,但法律监督权的内涵一定包含对侦查活动的开展进行法律监督,这是检警关系的第一层含义。

在控辩平等日益受到立法重视的大背景下,现代刑事诉讼的对抗性和专业性给公诉活动带来了新的挑战。人们越来越深刻地认识到,侦查活动的进行应服务于公诉活动的有效开展。检察机关为保证公诉活动的顺利进行和法律的正确实施,需要引导侦查机关依法开展侦查活动,这是检警关系的第二层含义。正如学者所言,无论是检警关系一体化的反对者还是支持者都赞同这一观点,即侦查是为审查起诉和提起公诉服务,检察机关应加强对侦查工作的引导、指挥和监督。当检警一体化论者的观点从体制一体化转向职能一体化时,检警关系一体化的支持者和反对者就不再有本质上的矛盾和冲突了。^[36]那么如何实现检察引导并监督侦查?对此,我们认为,我国未来的检警关系改革宜以检警职能上的一体化为目标,因为检察机关和侦查机关有各自的业务专长,二者的关系应是互补关系,而非压制

[33] 为加强对刑事警察的控制,英国于1985年引进检察官制度并创设了刑事起诉署。但由于私诉体制的影响甚大,其作用没有得到有效发挥,在实务中也只是审查警方的刑事指控,充当警察的顾问。参见黎敏:《西方检察制度史研究》,清华大学出版社2010年版,第255页以下。

[34] 参见“国际刑事法院罗马规约”,http://www.china.com.cn/law/flfg/txt/2006-08/08/content_7057365.htm, 2014年5月6日访问。

[35] 参见林钰雄:《改革侦查程序之新视野》,台湾《月旦法学杂志》2008年6月号(第157期),第207页以下。

[36] 参见宋英辉主编:《刑事诉讼法学研究述评(1978—2008)》,北京师范大学出版社2009年版,第304页。

关系。因此，在强调检察引导侦查的同时应避免产生内部压制，即宜通过权力的合理分配，保证检察机关与侦查机关的适度分离。总体而言，检察机关拥有公诉职能和监督职能这两大主要职能。由公诉职能可解释出如下结论：检察机关对一切犯罪应具有侦查权。而这也是上文所论证的检察机关与侦查机关之间实质业务关系的根本所在。在此基础上，应该从以下三个方面理解检警关系。

首先，检察机关拥有的侦查引导权包括一般指示权和个案指挥权。一方面，检察机关有权对公安机关发布一般指示。这种一般指示是通过发布常态性的指引规则实现的，即检察机关根据受理申诉控告和案件公诉过程中发现的有关情况，定期向公安机关发布“公诉反馈信息”和“侦查指引意见”，以引导其依照法定程序富有成效地开展侦查工作。其中，“公诉反馈信息”主要总结一个时期内所有公诉案件从提起公诉到审判终结的过程中，检察机关所遭遇的与侦查有关的公诉障碍，分析其原因以及对策。“侦查指引意见”则是在总结一个时期内违法侦查现象和公诉障碍的基础上，提出进一步规范侦查行为的意见和纠正违法侦查的建议，并附典型案例予以示范、剖析。另一方面，检察官有权对公安机关行使个案侦查指挥权。这主要体现在以下几个环节：一是公安机关侦查终结将案件移送检察机关审查起诉后，检察官从维护公诉的角度进行补充侦查；二是对于重大、疑难刑事案件，侦查启动时即与公安机关开展联合侦查；^[37]三是对于因关系复杂公安机关侦查有困难的案件，由检察机关单独侦查。

其次，为方便检察引导侦查，检察机关需对侦查进行“两端控制”。在侦查的开端，检察机关有权知悉侦查启动信息并决定是否介入侦查；在侦查的终端，检察机关有权控制案件的诉讼进程，作出中止程序、移送其他管辖部门、撤销案件、起诉或不起诉等决定。为此，公安机关在发现刑事案件线索并启动侦查时，应迅速向检察机关报告该案件的相关信息；检察机关在对案件进行备案后，根据案情紧要程度决定是否介入个案侦查。侦查终结后，公安机关应迅速将全部相关文书和证据移送检察机关，以为检察机关作出处理决定提供依据。值得注意的是，为确保检察引导侦查的全程性和实效性，防止警察滥用终止侦查的权力以逃避检察监督，终止侦查的权力应由检察机关行使，侦查机关不享有对刑事案件的最终处理权。^[38]侦查机关须在案件侦查终结后向检察机关移交全部相关材料，并附处理建议。为确保机会平等，犯罪嫌疑人及其辩护人也有权向检察机关提出处理意见并附理由或相关证据材料。至于如何处理，则由检察机关审查全部材料后依法作出最终决定。

最后，赋予检察机关对违法侦查人员的惩戒建议权。为保证检察引导侦查机制的有效运行，应保证检察机关在惩戒违法侦查人员方面能有所作为。为体现侦查权的相对独立性，相应措施的设计要尊重引导权的属性，区分引导权和领导权，保障公安机关在引导体制内的适度独立。为此，宜在不违背引导与监督本意的情况下，赋予检察机关对侦查人员的人事建议权和渎职人员的惩戒建议权，以及在具体案件侦查过程中建议更换侦查人员的权力。

[37] 我国司法实践中已有此做法。如昆明“3.01”严重暴力恐怖事件发生后，云南省人民检察院和昆明市人民检察院第一时间派出检察官介入侦查。参见徐日丹：《最高人民法院就昆明“3.01”严重暴力恐怖事件迅速作出部署：要求检察机关从严惩处暴恐分子全力维护社会稳定》，《检察日报》2014年3月3日第1版。

[38] 德国刑事诉讼中就采取了此种做法，即侦查机关虽有权启动侦查，但不能自行终止侦查程序，而必须将案件交由检察机关，由其决定是否撤销案件。参见[德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社2004年版，第91页。

其中的人事建议权可以通过检察长参与公安机关人事决议讨论或者把检察机关对侦查人员的办案评价列为其晋级依据等途径来实现。^[39]

（二）制度远景：以非法证据排除规则为中心的二阶层控制模式

在目前的司法体制和制度环境下，我国侦查权程序性控制的制度远景应是通过非法证据排除规则与检察监督的衔接，建立审前程序中以检察机关为中心、审判程序中以法院为中心的二阶层控制模式，并通过相关制度的配套运行倒逼侦查方式和技术的改善。

1. 第一阶层：检察监督与非法证据排除规则的衔接

我国现行检察监督的最大难题是监督效力的匮乏。面对检察机关的侦查监督，公安机关往往只是在程序流转上接受而在行动上消极对待。只要违法侦查行为尚未达到犯罪的程度，一般来说侦查监督就不会引起重视，以致通常会出现检察机关边监督、侦查机关边违法办案的情况。^[40]新刑事诉讼法赋予检察机关在审前程序中排除非法证据的权力，这无疑增加了侦查监督的威慑力。然而，这种威慑力能在多大程度上解决固有难题则取决于非法证据排除规则在侦查监督中的地位和贯彻力度。为此，应该思考侦查监督与非法证据排除规则能否有效衔接。

首先，侦查监督与审前程序中的非法证据排除规则在制度上具有同构性，这是二者衔接的基础。二者的同构性体现在职权主体和权力指向这两方面。职权主体上的同构性是指侦查监督的职能部门与非法证据排除的职能部门的一致性，即二者都由检察机关内部的侦查监督部门和公诉部门共同承担：侦查阶段由侦查监督部门负责，审查起诉和审判阶段由公诉部门负责。权力指向上的同构性是指二者共同指向的核心是违法侦查行为。略有区别的是，侦查监督指向的内容包括审查逮捕、审查起诉中的事实认定和法律适用以及侦查活动中的违法侦查；非法证据排除规则指向的是违法侦查所获取的证据。

其次，侦查监督与非法证据排除规则在违法信息的获取方式和价值取向上也具有相似性。一方面，二者获取违法信息的方式基本相同：一是主动介入而获知。非法证据的线索可以是检察机关履行侦查监督职能过程中主动发现的，而违法侦查的线索也可以是检察机关主动介入侦查或者在审查逮捕、审查起诉、讯问犯罪嫌疑人的过程中发现的。二是被动接收而获知。二者都可以通过当事人、辩护人、诉讼代理人和利害关系人对违法侦查行为的控告，获知非法证据或违法侦查行为的线索。获取信息途径的相似性可以使侦查监督与非法证据排除程序在初查过程中相互转化或者同时进行。另一方面，二者都倾向于维护多元的价值观，事实的发现、人权的保障、程序的公正、公务行为的廉洁性都是它们所关注的。^[41]

在认识二者的同构性或相似性的基础上，需要进一步厘清的问题是如何实现侦查监督

[39] 对此，法国的立法借得借鉴。《法国刑事诉讼法典》第19-1条规定：“检察长对经授权办案的司法警察警官所做的评语，在做任何晋级决定时，均在考虑之列。”参见《法国刑事诉讼法典》，罗结珍译，中国法制出版社2006年版，第23页。

[40] 参见罗海辉：《试论强制性侦查措施的检察监督机制完善》，《上海公安高等专科学校学报》2011年第3期，第62页。

[41] 现代法律程序所包含的价值多元决定了发现真相的价值并不绝对优于其他价值。对事实真相的追求仅仅是司法裁判活动的一部分，促进发现真实的那些价值，必须与诸如社会和平、个人尊严、裁判的安定性、诉讼成本等法律程序的其他相反方向的需求达成一种平衡。参见[美]米尔吉安·R.达马斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀、魏晓娜等译，中国人民公安大学出版社2006年版，第4页。

与非法证据排除规则的衔接。我们认为，二者的衔接涉及非法侦查方法的认定、调查程序和处理方法这三个方面。

首先，关于非法侦查方法认定的衔接。对此，关键在于分清二者对“非法”的界定的异同。在进一步分析之前，有必要根据行为的手段或目的是否涉及证据而区分两种不同的违法侦查行为。一种是涉证型违法侦查行为。该行为的手段或目的涉及证据，其行为后果是破坏现有的证据或获取被违法行为污染的证据，如把扣押的涉案金条以小换大、故意篡改犯罪嫌疑人的口供或者以非法手段获取证据。另一种是非涉证型违法侦查行为，该行为的手段或后果并不涉及证据，如应当退还取保候审保证金而不退还，或者在搜查过程中损坏被搜查人的财物等。从新刑事诉讼法和《检察规则》的相关规定看，非法证据排除规则所界定的“非法”包括了“刑讯逼供等非法方法”、“暴力、威胁等非法方法”、“收集物证、书证不符合法定程序”等，这些都是涉证型违法侦查行为。事实上，非法证据排除规则所界定的“非法”也只能是涉证型违法侦查行为。而侦查监督所认定的“非法”既包括涉证型违法侦查行为，也包括非涉证型违法侦查行为，其涵盖了《检察规则》第565条所列举的侦查活动中可能存在的20种违法行为。因此，侦查监督所认定的“非法”比非法证据排除规则所认定的“非法”要宽松，囊括了非法证据排除规则所认定的“非法”的所有情形。在此意义上，可以把检察机关排除非法证据的职权视为侦查监督权的一种特殊形态。因此，侦查监督部门所认定的涉证型违法侦查行为就有可能成为非法证据排除规则所认定的非法方法，若要判断这种“可能”是否实现，需借助非法证据排除规则所设定的调查核实程序。^[42]

其次，关于调查程序的衔接。依据现有规定，非法证据的调查程序是，检察机关的案件承办人获取涉嫌非法取证的线索后，报请检察长批准，启动调查核实程序。非法证据的调查核实由侦查监督部门或公诉部门负责，渎职侵权检察部门在必要时可以派员参加。其方式主要包括讯问犯罪嫌疑人、询问办案人员、询问在场人员及证人、听取辩护律师的意见、调取相关材料等。^[43] 侦查监督的调查程序并不明确，现有规定也只是用“应当受理”、“及时审查”、“依法处理”等词一笔带过，因此可操作性不强，但操作的空间较大。为确保调查的深入和有效，我们认为，针对涉证型违法侦查行为的调查，应实行侦查监督的审查程序和非法证据的调查程序的双向联动，把审查程序的灵活性和调查程序的严谨性结合起来。当接到相关违法线索后，承办检察官可在侦查监督和非法证据排除程序中选择适合本案的调查手段；针对重大、疑难违法侦查案件的调查，其方式可适度司法化，召开由争议双方和利害关系人参加的听证会。其最终目的是建立专门针对违法侦查行为的统一的、规范的特别调查程序。

最后，处理方法上的衔接。检察机关的职能部门针对违法侦查行为进行调查后，需要根据调查结果采取相应的处理方法。目前，侦查监督的处置办法主要有口头提出纠正意见、发出纠正违法通知书、移送本院侦查部门审查以及移交有管辖权的机关处理。非法证据排除规则的处置办法主要有排除非法获取的证据、明确要求对瑕疵证据予以补正或作出合理解释、对于尚未构成犯罪的侦查人员向其所在机关提出纠正意见、对于构成犯罪的侦查人

[42] 至于非涉证型违法侦查行为，如拒不退还应予退还的取保候审保证金，也需要通过相关程序进行调查。由于其不涉及证据问题，无法与非法证据排除规则相衔接，故只能另作他论。

[43] 具体操作流程参见《检察规则》第68条至第70条。

员则移送侦查部门立案侦查。二者在处置办法上的衔接主要表现在, 侦查监督的处置办法为非法证据排除规则的处置办法提供了缓冲, 而非法证据排除规则的处置办法为侦查监督的处置办法提供了进一步的制裁手段。针对严重违法行为发出的纠正违法通知书, 公安机关不及时回复又不要求复查的, 可设置推定条款, 推定其承认了违法事实, 检察机关可以把该违法行为所获取或破坏的证据予以排除, 或者视为存疑证据而不作为审查批准逮捕和审查起诉的依据。值得注意的是, 证据被排除或被作为存疑证据而不予使用后还可以带来放射效力, 即如果其他证据不能证明犯罪嫌疑人实施了犯罪行为, 而案件还在审查逮捕阶段的, 则不予批准或决定逮捕; 案件在审查起诉阶段的, 则可将案件退回侦查机关补充侦查或决定不予起诉。这种放射效力会给检察机关排除非法证据增添实质性的威慑力。

2. 第二阶层: 以非法证据排除规则为中心的司法救济

现代刑事诉讼是以审判为中心的诉讼, 建立审判权对侦查权的制约和引导机制是审判中心主义的题中之义和重点内容, 该目标能否实现关键在于非法证据排除规则能否在审判中得到严格落实。最高人民法院于2015年2月26日发布的《关于全面深化改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》明确提出, 至2016年底, 推动建立以审判为中心的诉讼制度, 促使侦查、审查起诉活动始终围绕审判程序进行, 并强调“严格实行非法证据排除规则, 进一步明确非法证据的范围和排除程序。”该论断可谓一语中的, 认识到了社会转型期司法之所急。新刑事诉讼法通过引入非法证据排除规则, 使法院开始涉足侦查权的控制。在具体细则层面, 最高人民法院也已有所作为, 在印发的有关文件中就明确界定了“应当排除”的非法证据的范围并细化了排除非法证据的程序。^[44]然而, 更为急迫的问题是实践层面的。就目前非法证据排除规则的运行实践看, 多数法院处于观望状态, 对排除非法证据缺乏底气。造成这一问题的原因主要是: 积累已久的对实体公正的偏爱、顾虑部门关系的办案习惯以及缺乏具有针对性和指导性的案例作为参考。最后一个原因虽更具代表性, 却相对容易克服。为此, 最高人民法院应注意收集、发布关于非法证据排除的指导性案例, 通过这些案例提炼非法证据排除规则在实践中的难题和应对之策; 明确几种在实践中具有代表性的非法证据排除情形, 从而提炼出排除非法证据的基本条件, 使非法证据排除规则更具操作性和指引性。另外, 最高人民法院还需要发布一批不予排除的指导性案例, 通过这些案例逐步建立非法证据排除规则的例外事项。总而言之, 通过正反两方面的指导性案例来统一非法证据排除规则的适用。

审判权对侦查权进行制约和引导还可以体现在国家赔偿和司法建议领域。依据我国现有的规定, 法院可以通过审理国家赔偿案件和发出处置违法侦查行为的司法建议等方式制裁违法侦查行为。首先, 在国家赔偿方面, 国家赔偿法第14条规定了不服赔偿义务机关的赔偿决定或赔偿义务机关不作为的, 赔偿请求人可向法院提起诉讼, 这就确定了法院对国家赔偿案件的审判权和相关法律的司法解释权。为此, 最高人民法院可以在现有法律框架下出台关于国家赔偿范围和程序的司法解释和指导性案例, 明确国家赔偿法第17条第4项“刑讯逼供或者以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民

[44] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第95条至第103条、《最高人民法院关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第8条、第9条。

身体伤害或者死亡”中“等行为”和第18条第1项“违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施”中“等措施”的含义，把违法侦查造成的公民人身伤害或财产损失都纳入国家赔偿的范围。同时利用好第35条“造成严重后果的，应当支付相应的精神损害抚慰金”的规定，对于违法侦查造成公民精神损害的，综合全案情况从宽解释“严重后果”的含义，以与新刑事诉讼法“尊重和保障人权”的条款相呼应。其次，在司法建议方面，对于非法证据排除案件和国家赔偿案件中实施违法行为的侦查人员，法院应充分发挥其司法建议权：对于构成犯罪的，建议人民检察院立案侦查；对于尚不构成犯罪的，建议公安机关和 Related 纪委监委监察机关给予处分。如果违法侦查行为依据的是相关文件或规章，法院应同时建议相关机关纠正此类违法行为并撤销作为其依据的文件或规章。

总之，法院通过综合运用非法证据排除规则及相关指导性案例、国家赔偿案件的裁判以及提出司法建议等方式，可以形成制度合力，使违法侦查行为受到应有的惩戒；并且通过司法制裁方式对违法侦查行为进行否定性评价，从而切实有效地防止违法侦查行为的发生。

Abstract: The existing control pattern of criminal investigation power in China takes internal hierarchical self-disciplinary control as the main method and external heteronomous control by judicial power as the supplementary method. Judging from the surface of the institution structure, the traditional linear model, the utilitarian control mode, and the incomplete procedural remedies have exposed the weakness and incompleteness of the existing system. Squeezed between institutional environment and social culture and influenced for a long period of time by deep-rooted notions formed through bureaucratic control and prosecutorial supervision, the system of procedural control over criminal investigation power in China has been caught in a process of conceptual involution, and gradually frustrating all attempts for improvements. The reform of the system of procedural control over criminal investigation power should be carried out according to a short-term plan on the basis of actual conditions and under the guidance of the long-term plan. The long-term goal of procedural control system in China should be to establish a judicial review model which is in line with China's national conditions to realize the complete legalization and professionalization of criminal investigation power. Under the existing legal framework, the short-term plan is to establish, on the basis of the exclusionary rule and through the prosecutorial supervision, a two-step control mode that takes the prosecution as the center of the pretrial procedure and the court as the center of the trial proceedings, to develop a synergistic effect through the operation of such supporting systems as case guidance, state compensation, judicial suggestions and other similar systems, so as to compel the investigation organs to make improvements in investigative methods and techniques, thereby further contributing to the realization of the long-term reform plan.

Key Words: criminal investigation power, procedural control, judicial review, relationship between the prosecution and the police, two-step control mode
