

刑事诉讼审前司法审查机制研究

[作者] 史立梅

[单位] 北京师范大学刑事法律科学研究院

[摘要] 以刑事审判为中心, 广义的刑事诉讼可以划分为审前程序、审判程序和审后程序三个阶段。审判程序具有典型的诉讼特征, 要求控辩平等、审判中立; 而审前程序以查明犯罪事实、发现收集证据为主要任务, 因此要求在权力行使的结构上具有较强的行政化色彩, 不具有严格意义上的诉讼结构。

[关键词] 刑事诉讼, 审判前程序, 司法审查机制

以刑事审判为中心, 广义的刑事诉讼可以划分为审前程序、审判程序和审后程序三个阶段。审判程序具有典型的诉讼特征, 要求控辩平等、审判中立; 而审前程序以查明犯罪事实、发现收集证据为主要任务, 因此要求在权力行使的结构上具有较强的行政化色彩, 不具有严格意义上的诉讼结构。自从控审职能分离以来, 一般说来, 审前阶段主要体现为侦查、检察机关的追诉活动, 法院作为审判主体则较少介入审前程序。但是, 随着刑事诉讼的日益文明化、民主化, 现代刑事诉讼要求权力的行使必须遵循两个原则: 其一是权力依法行使, 指权力主体必须依照法律的规定行使权力, 不得逾越法律的规定; 其二是权力正当行使, 指权力主体在行使权力时, 不得损害权力相对人的合法权利和利益。与司法裁判权的被动性、消极性不同, 侦查、检察机关的追诉权表现为一种主动性权力, 在追究犯罪时, 这种权力的行使总是呈现出一种天然的被滥用的趋势。为防止这种危险发生, 保护弱小的权力相对人的权利, 刑事诉讼审前程序需要一个处于中立地位的组织或机构来制约追诉权的行使。因此, 在刑事诉讼中, 法院作为行使司法权的主体, 有必要介入到审前程序, 对侦查、检察机关行使权力的行为进行司法审查[1]。

一、 审前司法审查机制的理论基础

(一) 分权与制衡原则

分权与制衡原则最早作为一种政治学说是由洛克和孟德斯鸠提出来的, 这一理论被西方资产阶级普遍接受, 成为“一种关于立宪政府的普适标准。”[2] 该理论的政治学意义并非本文的研究重点, 在此, 笔者只关注分权与制衡原则对刑事司法的意义。

从刑事司法的历史发展过程来看, 当统治者认识到犯罪不但是对个人权利的伤害, 其更是对社会秩序、国家利益的侵害时, 刑事司法就成为特定的国家机关运用国家权力的一个特殊领域, 在这个领域内, 国家权力与被追究的权力对象之间形成力量悬殊的两极, 在这种情况下如果权力集中行使且不受任何约束, 则被追究的人无疑会处于极为悲惨的境地。封建纠问式诉讼即是一个鲜明的例证。改变这种状况的唯一途径就是“以权力制约权力”。正如孟德斯鸠所言: “政治自由……只在权力不被滥用的时候才存在。但是一切有权力的人都容易滥用权力, 这是万古不变的一条经验。有权力的人们行使权力一直到遇有界限的地方才休止。……从事物的性质来说, 要防止滥用权力, 就必须以权力制约权力。”[3] 这里孟德斯鸠揭示了维护自由与权利的根本途径: 以权力制约权力。刑事司法领域内的控诉权与审判权的分离从根本上来说就是这种思想的体现。在封建纠问式诉讼下, 纠问法官既负责对案件的侦查, 同时又负责对案件的审判, 其权力不受任何制约: 只要法官认为能够发现真实, 一切方式方法都委诸于他的自由裁量。其结果只能导致法官在事实认定上的恣意性。为改变这种状况, 统治者采用了法定证据原则, 以此来约束法官的权力。但是, 基于人的认识能力的有限性, 法定证据原则将口供视为“证据之王”, 规定为取得被告人的供述, 纠问法官可以采用刑讯的方法。这种对权力的约束导致的是对被告人权利更大的侵害, 使被告人彻底沦为诉讼的客体。纠问程序集中体现了封建专制制度下的权力关系。十八、九世纪, 随着欧洲资产阶级力量的壮大

及其政治地位的提高，以洛克、孟德斯鸠等人为代表的新兴资产阶级提出了关于国家权力关系的新构想（即分权与制衡），与纠问程序相对，控审职能分离的诉讼原则随之应运而生。控审职能分离即要求法官专司裁判职能，追究、控诉犯罪的职能则委诸于警察机关和检察机关。但这并未揭示出分权与制衡原则的全部内容，分权的目的在于约束权力，因此，权力之间的相互制约才是这一原则的最终落脚点。在刑事诉讼中，这种制约体现在：没有警检机关的起诉，法官不能主动行使其职权；同时，警检机关诉讼活动的合法性与正当性需要接受来自法官的审查。上述分权与制衡不仅应当存在于审判阶段，而且应当存在于审前阶段。

刑事诉讼审前阶段的分权与制衡体现在：在侦查、起诉阶段，一些具有裁判性质的处分权应当由法院来行使。这主要指对被追诉人的人身、财产等权利所采取的强制处分措施。对于这部分权力的归属问题，我国已有学者提出“是否采取强制处分，实质上具有一种裁判性质，是对程序进行的一种处分裁判”，[4]因此，其决定权应当属于法院；除此之外其他追诉权力（其中包括对强制处分裁判的执行权）则由侦查、检察机关来行使，这是刑事诉讼审前程序中的权力分配情况。从权力制约的角度来看，一方面，法院必须在侦、检机关提出相应请求的情况下才能启动其强制处分裁判权。这体现了追诉权对裁判权的制约；另一方面，对于追诉机关违法、侵权的行为，在受受害人或其他人（包括受害人的代理人、辩护人、亲属等等）提出申请的情况下，法院有权力进行审查，给与救济。这体现了裁判权对追诉权的制约。总之，刑事诉讼审前程序只有采取这种权力关系模式，才能最有效的防止滥用权力的现象发生。分权与制衡原则为司法裁判权介入审前程序以及建立司法审查机制提供了坚实的理论基础。

（二） 程序正义原理

程序正义是社会对刑事诉讼程序提出的内在价值要求。西方传统的自然法理论以“自然正义”作为程序公正的标准。“自然正义”有两项基本要求：（1）任何人不得作自己案件的法官；（2）应当听取双方当事人的意见。[5]美国学者戈尔丁对“自然正义”作了详细的分析，并在此基础上提出关于评价和判定司法程序公正性的九条标准，这九条标准从内容上来说可以分为三个方面即中立原则、对等原则和理性原则。其中，中立原则要求（1）与自身有关的人不应当是法官；（2）结果中不应当包含纠纷解决者个人的利益；（3）纠纷解决者不应有支持或反对某一方的偏见。[6]戈而丁所提出的关于中立原则的三条标准实际上是对“自然正义”第一项要求即“任何人不得作自己案件的法官”的具体化。应当提出的是，中立原则不仅是对审判程序提出的要求，而且适用于刑事诉讼任何阶段凡控辩双方存在争议的情况。因此，如果在审前程序中控辩双方产生关于被追诉方的人身、财产等实体权利或者辩护权、沉默权、证据先悉权等诉讼权利等方面的争议，基于中立原则的要求，应当由中立、无任何利益牵涉的第三方——法官对争议进行审查并做出裁决。通过上述分析可以得出以下结论：审前司法审查机制是刑事诉讼程序正义的必然要求，其意义在于“其一是能够公平促进争端的真正解决，而不是简单的了结；其二是确保诉讼各方对整个司法审判制度产生信任，而没有这种信任，这些法律制度将无以复存。”[7]

（三） 人权保障与权利救济原则

刑事诉讼应当追求实体公正与程序公正的统一，这一理念在当代已经逐渐超越各种法文化体系而获得了普遍的意义。因此，一个具有合理性的刑事诉讼程序不仅应当具有准确惩罚犯罪、避免冤及无辜的实体功能，而且应当具有尊重当事人及其他诉讼参与人的人格尊严和基本权利的程序功能，即所谓“正义不仅要得到实现，而且要以人们看得见的方式得到实现。”刑事诉讼的人权保障功能一方面体现在赋予当事人及其他诉讼参与人以基本的诉讼防御权利，以确保那些可能受刑事诉讼程序不利影响的公民个人拥有对抗强大的国家追诉机关的武器；另一方面则体现在为那些权利（包括实体权利和诉讼权利）受到非法侵害的人提供畅通的救济渠道，以保证其权利得以及时的救济。“无救济则无权利”，从这个逻辑来讲，上述两个方面是一个有机整体，缺少其中任何一个方面都会影响刑事诉讼所具有的人权保障功能的

发挥。

刑事诉讼审前程序是被追诉人及其他诉讼参与人的权利最容易受到侵犯的阶段，因为这个阶段的任务——追究犯罪决定了那种控辩双方完全平等对抗的诉讼格局在此不可能出现。因此，赋予被追诉方以充分的诉讼防御权利同时建立畅通的救济渠道在审前程序中尤为重要。其中，诉讼防御权利至少应当包括沉默权、获得律师帮助权、讯问时律师在场权、与律师会见、通信权等等，这些权利的意义在于保障被追诉人的人身、财产等实体权利不受追诉机关的非法侵害。而一旦上述实体权利和诉讼防御权利受到侵害，国家应当为权利受侵害一方提供一个诉讼内的便利、有效的司法救济程序。这一点在联合国关于刑事司法准则的司法文件中被特别强调。《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条第四款规定：“任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人，有资格向法庭提起诉讼，以便法庭能不拖延地决定拘禁它是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放。”《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第 32 条规定：“拘留如属非法，被拘留人或其律师应有权随时按照国内立法向司法当局或其他当局提起诉讼，对其拘留的合法性提出异议，以便其获得立即释放。”[8]总之，刑事诉讼所具有的人权保障功能要求在审前程序中设立一个司法审查机制，以保证权利受害者及时得到司法救济。

二、国外审前司法审查机制运作实践

目前西方各主要国家的审前司法审查机制主要包括：对强制性侦查行为的司法授权或许可制度（令状主义）、对审前羁押的司法裁决和司法救济制度、预审制度、对不起诉处分的司法审查制度。

（一）对强制性侦查行为的司法授权或许可制度（令状主义）

以是否具有强制性为标准，侦查行为可以分为强制侦查和任意侦查。强制侦查既包括对人身体的强制又包括对财产的强制。因为强制侦查涉及到对公民的人身自由、财产权利及其他宪法权利的限制与剥夺，所以无论是英美法系国家还是大陆法系国家，对于强制侦查行为都采行令状主义，即追诉机关需要采取逮捕、搜查、扣押、监听等强制措施时，必须事先向法官或法院提出申请，由后者对上述申请进行司法审查，在其认为符合法定的条件的情况下签发许可证，然后追诉机关才能进行上述侦查活动。

综合英、美、法、德、日、意几个国家关于强制侦查的司法令状制度的具体规定，可以总结出以下几个方面的共同点：第一，司法令状必须具有特定性，即法官不能签发一般令状[9]，以防止漫无边际的强制侦查行为。英国法规定，治安法官签发的搜查证每张只能使用一次，自签发后的一个月内有有效。逮捕证上要写明被逮捕人的姓名以及有关他的相貌特征的描述，还应写明对逮捕人所控的罪行。[10]《美国刑事诉讼规则》第 4 条 c (1)、《日本刑事诉讼法典》第 63、64、107 条、《德国刑事诉讼法典》第 50 条均对司法令状的形式、记载事项作了详尽的规定。第二，警检机关根据法官签发的拘留、逮捕令状执行拘留、逮捕后一般必须接受法官的后续审查。这种审查的目的在于使法官在控辩双方（特别是辩方）在场的情况下，在听取双方意见的基础上决定对被追诉人进行羁押或者释放。《美国刑事诉讼规则》第 5 条所规定的“在治安法官前初次聆讯”、《德国刑事诉讼法典》第 115 条规定的“向法官解交”均属于这种审查。第三，在规定令状主义原则的基础上，也规定了一些例外情况，在这些情况下，警察、检察机关甚至是任何人采取强制性侦查措施无需事先得到法官的授权或许可。但是，这并不等于警察、检察机关的行为不受制约，因为法官仍需对这些措施进行事后审查。如英国、美国的无证逮捕，日本的现行犯逮捕和紧急逮捕以及德国的暂时逮捕等均属于事先无需取得法官令状就可以实施的强制性侦查措施，同时许多国家基本上都规定，警察、检察机关或者其他人在逮捕被追诉人之后，必须“立即”或者“无不必要延误”或者“不延迟”地将被逮捕人送交法官审查逮捕是否具有合法理由。

对于强制侦查行为采行司法令状主义的意义一方面体现在以司法权制约侦查权，防止侦查机关滥用职权，给公民的宪法权利造成不当侵害；另一方面也有利于法院统一掌握强制侦

查措施的适用标准，减少其不必要的适用，节省司法资源，提高诉讼效率。

（二）对审前羁押的司法裁决和司法救济制度

审前羁押是一种保证诉讼顺利进行的保障性措施，而非一种惩罚措施，因其涉及到较长时间限制被羁押人的人身自由，因此各国均对羁押的理由、期限进行严格的限制。除此之外，在程序上还设有专门针对被羁押人的司法裁决和司法救济制度。

英、美国家对审前羁押实行“逮捕前置主义”，警察、检察机关有证或无证逮捕被追诉人后，必须在合理时间内将被捕之人解送到法官面前进行审查以决定是否需要羁押。这种审查一般采用听审程序，控辩双方到庭陈述意见，法官在此基础上综合考虑各种因素做出羁押或释放的决定。对于法官决定羁押而签发的羁押令，美国联邦系统的法律规定了两种救济途径：一是申请复议，二是上诉。[11]英国为被羁押人提供的救济途径称为“人身保护令”制度，即被追诉人如果认为其羁押不合法，可以向高等法院申请人身保护令。[12]

法国刑事诉讼法规定的“先行羁押”通常由预审法官应检察官的请求经控辩双方的言辞辩论程序之后决定（《法国刑事诉讼法典第137条第2款》），预审法官无权依职权命令羁押被审查人。由于法国预审法官身兼侦查与司法双重职能，其所拥有的侦查权于司法权是一对相互矛盾的权力，高度集中的集权状态经常会使预审法官失去作为司法官员所必备的中立地位，为防止预审法官滥用权力，侵犯人权，法国刑事诉讼法规定了针对预审法官的行为及所作裁定的司法救济程序，即对于预审法官的诉讼行为及所作的裁定，控辩双方都有权向上诉法院起诉审查庭提出上诉或申请宣布诉讼行为无效，对于预审法官所实施的违法侦查行为或违法裁决，上诉法院起诉审查庭庭长不仅可以宣布其无效，或者直接加以纠正，而且还可以直接对预审法官追究责任。

根据《德国刑事诉讼法》第115条的规定，警检机关根据逮捕令逮捕被指控人之后，应当不延迟地向管辖案件的法官解交；法官应不延迟地，至迟在第二天对被指控人就指控事项予以讯问；讯问时，法官应告知被指控人所享有的权利，并给予其陈述有利于自己的事实的机会；维持逮捕时，法官应告知被指控人有权抗告和申请羁押复查等法律救济。因此，在德国，对于法官的羁押决定法律向被指控人提供了两条救济途径：一是提出抗告。[13]二是申请羁押复查。[14]这两种救济途径是因被指控人提出申请而启动的。此外，在德国还存在着法院依职权进行的羁押复查制度。依职权进行的羁押复查包括两种情况，第一种是待审羁押已经执行了三个月，被指控人在这期间既未申请羁押复查也未对羁押提起抗告的，应当依职权进行羁押复查，但被指控人有辩护人时除外（法典第117条第5款）。第二种是州高等法院的羁押复查。[15]

日本对于起诉前的羁押实行“逮捕前置主义”，并且以检察官的请求为前提，对于起诉后的羁押则由法官依职权决定。但不论是起诉前羁押还是起诉后羁押，都必须凭法官或法院依法签发的羁押证进行。根据《日本刑事诉讼法》第61条的规定，法院决定羁押被告人之前必须由一个羁押质问程序，即“羁押被告人，应当在告知被告人被告案件并听取其有关案件的陈述后进行”。这一规定同样适用于对于嫌疑人的羁押。[16]对于法院所作的羁押裁判，日本刑事诉讼法提供了两条救济途径：一种是“抗告”程序[17]，另一种是“准抗告”程序。[18]

综合上述国家的羁押制度，大体上存在着以下两个共同特点：第一，羁押决定的做出必须经过法院听审，并由法官做出羁押裁判；第二，对于法官的羁押裁判，各国均规定了一种以上的救济途径，甚至规定可以上诉至最高法院，以防止不当羁押被追诉人、被告人。此外，各国几乎都规定了对被羁押人的保释制度，使得审前羁押真正成为一种例外措施，保释制度在防止不必要的羁押、节省司法资源、保障被追诉人、被告人的人身自由方面起着重要作用（各国的保释制度不尽相同，但限于篇幅，在此暂不予赘述）。值得提出的是，德国法规定的依职权羁押复查制度颇具特色，对于减少非法羁押、失去羁押必要的无根据羁押，防止长时间地羁押被指控人具有非常重要的意义。

（三） 预审制度

预审是审前司法权制约起诉权的一个重要程序，通过预审可以防止那些不符合起诉条件的案件进入审判程序，保护无辜被追诉人的人身自由和人格尊严。因此，预审的功能主要体现在过滤与保障两个方面。同时，存在预审程序的国家还通过预审附带解决其他有关的诉讼问题，如证据交换、证据排除、审查先前程序的合法性等等。

英国在 1933 年取消大陪审团之后由治安法院负责预审。英国的预审目前可分为两种：一种是不审查证据的预审，即预审法官可以不审查任何证据即可直接将案件移送刑事法院审判，适用这一程序的前提条件时，被告人有律师帮助，而辩护律师已经获得控诉一方提交的本方证据的复印件，并认为控方的证据足以证明将被告人移送刑事法院是合理的。二是通过审查证据的预审，即控诉一方必须将本方的证据提出于法庭上，以使被告人有机会对这些证据进行质证。以前，控辩双方在这种程序中都可以传唤证人进行询问，但 1996 年《刑事诉讼与调查法》只允许以书面方式提出证据，所谓的“言词预审程序”已不复存在。[19]

美国的预审程序并非刑事诉讼的必经程序。根据《联邦刑事诉讼规则》的规定，对于被指控犯重罪的被告人有权要求举行预审，被告人也可以放弃预审直接进入审判程序。另外，凡经大陪审团审查决定起诉的，一般不再经过预审。预审的主要目的是审查是否存在合理根据支持对被告人提出的指控，以确定是否交付审判；同时，美国的预审还被称为“证据先悉”程序，即在此阶段双方当事人可以了解对方掌握的证据。特别是辩护方对控诉方的证据可以有一个彻底的了解，因为控诉方在预审中除需要提供足以确立合理根据的必要证据之外，还有义务将准备传唤出庭作证的证人名单和其他准备在法庭上用作证据的目录提供给法庭和辩护方，并应法庭和辩护人的要求做出解释和说明。[20] 预审采开庭审理的方式，检察官和被告人均应到庭，辩护律师也可以出庭。证人需要出庭作证，被告人可以对控方证人进行交叉询问。

法国的预审分为预审法官的预审和上诉法院起诉庭的二级预审。由于预审法官集侦查与司法权于一身，因此其预审阶段与正式侦查阶段合二为一。虽然从形式上来说，预审法官最后审查的对象是由检察官提出的控诉，但实质上是预审法官自侦、自控、自审，因此这种预审并不具有一般意义上的预审特点与功能。真正具有预审特点的是二级预审。二级预审是由上诉法院起诉庭对预审法官认为构成重罪的案件进行的再一次预审。其目的在于审查对被告人的指控有无充分理由以及诉讼程序是否合法。预审采取辩论的形式，在法官报告案情之后，检察长和当事人的律师就案件提出各自的要求，提供自己的简要的意见。庭长可以命令当事人亲自出庭，以及命令将有罪证据呈验（法典第 199 条）。经过庭审，起诉庭如果认为事实既不构成重罪，也不构成轻罪或违警罪，或者犯罪人未查出，或者对被告人的指控没有充分理由，则宣布终止诉讼，释放被羁押的被告人。另外，如果起诉庭认为某个诉讼行为违反法律规定，就宣布该项行为无效或以后的诉讼行为无效，并且继续侦查。

上述三个国家的预审程序虽各具特色，但存在以下共同点：第一，预审是对案件的全面审查，负责预审的法官不仅从形式上审查控方提出的起诉，而且对其依据的证据和事实等实体问题进行审查。第二，预审均开庭进行，控辩双方到庭陈述自己的意见并展开辩论，因此预审裁判是建立在双方当事人充分参与的基础之上的。第三，负责预审的法官或法庭与负责审判的法官分离，以防止审判法官在审前产生预断，使庭审流于形式。

（四）对不起诉处分的司法审查

如果说预审制度在于防止不符合起诉条件的案件进入审判程序，以保护被追诉人的合法权益，那么对不起诉处分的司法审查则在于防止检察官滥用不起诉裁量权，以保护被害人的合法权益。刑事诉讼的人权保障功能不仅体现为对被追诉人权利的保护，而且应当体现为对被害人的保护。如果一项刑事诉讼程序只关注被告人的利益而忽视被害人的利益，很难说这是一项公正的程序。在这一方面，德国刑事诉讼中的“强制起诉程序”[21]和日本刑事诉讼中的“准起诉程序”[22]为其他国家提供了范例。

“强制起诉程序”与“准起诉程序”虽然在运作上有所不同，但二者在以下几个方面却

是相同的：第一，告诉人或被害人的起诉请求必须先向检察机关提出，而不能直接向法院提出，只有在检察官拒绝起诉请求的情况下，法院才予以介入。这一特点体现了司法的被动性与司法最终裁决原则。第二，法院在对起诉请求进行审查时，除了考虑请求人提出的证据与事实之外，还要求检察官移送其掌握的全部案卷材料和证据，必要时还要讯问被指控人或者对案件事实进行其他调查。这能够保证法院在对案件事实和证据有了比较清楚的认识之后再做出是否起诉的裁判，而不是仅仅因为请求人提不出有利的证据而简单的驳回其请求。第三，提出起诉请求的告诉人或被害人在请求被驳回或者中途撤回请求的情况下，需要承担由此给法院、检察官、被指控人所带来的费用。这一规定能够促使请求人慎用起诉请求权，防止其在没有任何根据的情况下随意提出起诉请求，增加法院、检察院的工作负担以及被指控人的讼累。

[1] “司法审查”一词最早产生于美国，意指最高法院的违宪审查权，体现了司法权对立法权、行政权的制约。但本文的“司法审查”一词并非在这个意义上使用，而是指在刑事诉讼范围内，法院对侦查、检察机关所实施的涉及公民人身、自由、财产等实体权利和辩护权等诉讼权利的行为进行授权、审查和救济的权力。

[2] [英]维尔著：《宪政与分权》，苏力译，生活·读书·新知三联书店 1997 年 10 月第 1 版，第 90 页。

[3] [法]孟德斯鸠著：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆 1961 年第 1 版，第 154 页。

[4] 宋英辉著：《刑事诉讼目的论》，中国人民公安大学出版社 1995 年 10 月第 1 版，第 194 页。

[5] 陈瑞华著：《刑事审判原理论》，北京大学出版社 1997 年 2 月第 1 版，第 55 页。

[6] [美]戈尔丁著：《法律哲学》，齐海滨译，三联书店 1987 年版，第 240 页。

[7] [美]戈尔丁著：《法律哲学》，齐海滨译，三联书店 1987 年版，第 241 页。

[8] 程味秋等编：《联合国人权公约和刑事司法文献汇编》，中国法制出版社 2000 年 11 月第 1 版，第 90、248 页。

[9] 孙长勇著：《侦查程序与人权》，中国方正出版社 2000 年 9 月第 1 版，第 29 页。

[10] 程味秋主编：《外国刑事诉讼法概论》，中国政法大学出版社 1994 年 12 月第 1 版，第 23 页。

[11] 孙长勇著：《侦查程序与人权》，中国方正出版社 2000 年 9 月第 1 版，第 222 页。

[12] 程味秋主编：《外国刑事诉讼法概论》，中国政法大学出版社 1994 年 12 月第 1 版，第 24 页。

[13] 见《德国刑事诉讼法典》第 304、306、310 条的规定。

[14] 见《德国刑事诉讼法典》第 117、118 条的规定。

[15] 见《德国刑事诉讼法典》第 121、122 条的规定。

[16] 孙长勇著：《侦查程序与人权》，中国方正出版社 2000 年 9 月第 1 版，第 217 页。

[17] 见《日本刑事诉讼法典》第 420、421、423、424、426、427 条的规定。

[18] 见《日本刑事诉讼法典》第 429 条的规定。

[19] 中国政法大学刑事法律研究中心：《英国刑事诉讼制度的新发展——赴英考察报告》，《诉讼法论丛》第 2 卷第 346—347 页。

[20] 美国的证据展示并非只限于预审阶段，由于检察官在预审中对其指控合理性的证明不需要达到“排除合理怀疑”(beyond reasonable doubt)的最高程度，而只需证明被告人有罪具有“合理的根据”(probable cause)即可，所以检察官不需要将其所掌握的全部证据均在预审中提出，也不必将所有证人全部传唤出庭作证。而且在实践中，检察官为了避免自己掌握的全部证据均在预审中被辩护方所获悉，也经常有意识地限制向辩护方展示证据的范围，故意不透露一些关键的证据或证人。这就导致辩护方一般不可能在预审阶段了解控诉方的全

部证据。实际上，对于控辩双方而言，“审判前的动议提出阶段”才是证据展示的关键阶段。陈瑞华《英美刑事证据展示制度之比较》，《政法论坛》1998年第6期。

[21] 见《德国刑事诉讼法典》第172至177条的规定。

[22] 见《日本刑事诉讼法典》第262至270条的规定。

三、我国审前程序的现状及存在问题

我国的审前程序基本上体现为公安机关和检察机关的职权活动，法院没有任何介入。从总体上来说，我国的审前程序存在以下几个方面的特点：

（一）除逮捕之外的强制措施及其他一些带有强制性的侦查措施均由侦查机关自行决定、自己执行。这包括我国刑事诉讼法所规定的拘传、取保候审、监视居住、拘留四种强制措施以及侦查机关在侦查过程中针对财产所实施的搜查、扣押、冻结等强制性措施。虽然法律规定侦查人员采取强制性措施一般要经过本部门领导的审批并签发相应的证状，但这属于侦查机关内部的工作程序，其结果只能是使权力更加集中于一部分领导的手中，这显然不符合权力的分离与制衡原则。对于这些强制性侦查行为，法律没有规定任何外部的制约机制和救济途径。以拘留为例，根据法律规定，拘留的期限（审查批准逮捕的时间）最短为7日，最长可达30日，在此期间，被拘留人没有对拘留决定提出异议、申诉、控告的实质性权利。[1]实践中，侦查机关对于没有“流窜作案、多次作案、结伙作案”情形的被追诉人，也将提请审查批准逮捕的时间延长至30日。[2]由于我国刑事诉讼法未赋予被追诉人沉默权、讯问时律师在场权（虽规定了律师会见权、通信权但实践中又受到侦查机关的各种阻碍），未确立非法证据排除规则，未区分关押场所和侦查机关驻所等等，因此，被追诉人在被拘留期间最容易遭受侦查机关的非法取证，特别是刑讯逼供行为，一旦遭受又得不到任何有效的救济，刑事诉讼的人权保障功能在这一阶段无从体现。其他强制措施也存在同样的问题，比如取保候审苛以过多的保释金、监视居住变成变相拘禁等等，这些问题的存在一方面体现了执法人员的法律意识淡漠、业务素质不高的现状，另一方面也体现出现行法律制度的不健全。至于搜查、扣押等强制性侦查行为侵犯公民财产权利的情况，在目前的中国似乎并未得到重视，更谈不上相应的制度建设问题了。

（二）逮捕由检察机关批准或者决定或者由人民法院决定，并由公安机关执行。从刑事诉讼法律规定来看，我国的逮捕制度存在着以下几个问题：第一，从批准权与决定权行使的角度来说，无论是由检察机关审查、批准、决定逮捕还是由法院决定逮捕，在决定做出当时，被追诉人没有参与决定过程并阐述自己意见的权利。第二，对于逮捕的决定，被追诉人没有提出异议的救济途径。根据刑事诉讼法的规定，对于检察机关不批准逮捕决定书，公安机关有权要求复议或复核，但对于逮捕的决定，法律并没有相应的规定被追诉人是否有权利提出异议以及向谁提出。第三，逮捕与羁押不分。公安机关侦查的案件虽然由检察机关批准逮捕，但逮捕被追诉人之后，公安机关自行对其羁押，其间人民检察院不对被羁押人进行任何复查。第四，检察机关自侦案件的逮捕措施由检察机关自己决定。第五，被逮捕人在羁押期间没有申请人身保护、复议或复查的权利；对于超过羁押期限的强制措施，被追诉人没有有效的救济途径。以上立法中存在的问题导致了实践中被追诉人被不合理逮捕、被超期羁押的现象比比皆是。综合上述几个问题，可以说我国逮捕制度的根本缺陷在于缺少一个中立并且能够独立的做出逮捕决定、对逮捕的执行进行审查、为被逮捕人提供救济的机构和相应的程序。

（三）检察机关的起诉决定不受法院的实质审查，对于检察机关的起诉，人民法院无权驳回。根据我国1979年《刑事诉讼法》的规定，对于人民检察院提起公诉的案件，人民法院进行全面审查。对于不符合起诉条件的案件，可以退回人民检察院补充侦查，对于不需要判刑的案件，可以要求人民检察院撤回起诉。由于原法典规定对公诉案件的审查即审判均由同一合议庭负责，这种全面审查会导致审判人员预断，导致先定后审使庭审流于形式的后果。所以，1996年修改刑事诉讼法之际，与庭审方式改革相适应，我国的公诉案件庭前审查从以

前的实体审转变为现在的以程序性审查为主，只要起诉书中明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据的复印件和照片，人民法院就应当开庭审判。根据有关的司法解释，即使上述材料不齐全，人民法院也不能驳回起诉，而只能要求人民检察院补充材料。[3]从效果来看，这种公诉案件审查方式不仅不能有效防止法官在审前对案件产生预断，而且丧失了其对案件的过滤作用和保障作用。

（四）对于检察机关决定不起诉的案件，被害人有权直接向人民法院起诉。根据我国刑事诉讼法的规定，对于有被害人的案件，决定不起诉的，人民检察院应当将不起诉决定书送达被害人，被害人如果不服不起诉决定，可以自收到决定书后七日之内向上一级人民检察院申诉，请求提起公诉。如果人民检察院维持不起诉决定，被害人可以向人民法院起诉。被害人也可以不经申诉，直接向人民法院起诉。这是刑事诉讼法修订之后新增加的内容。赋予被害人对人民检察院不起诉决定书的申诉权以及对不起诉案件的自诉权，是为了解决实践中存在的被害人“告状无门”问题，但这种做法存在着两个问题：一是这种公诉转化为自诉制度在一定情况下会导致诉讼程序的混乱。比如共同犯罪案件，如果人民检察院对其中一部分被追诉人决定起诉，而对另一部分被追诉人做出了不起诉处分，被害人则对这些被追诉人向人民法院提起了自诉，法院一旦受理，此时应按何种程序审理？法院受理这类案件时检察院是否派人出庭，能否抗诉？[4]二是根据刑事诉讼法的有关规定，人民检察院所作的不起处分有三类：法定不起诉、轻罪不起诉和证据不足不起诉。在前两种情况下，被害人提出自诉在举证上不存在什么问题，但对于证据不足的案件，被害人如何拿出足够的证据向法院提出起诉？而对于缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，根据法律的规定，法院应当说服自诉人撤回自诉或者裁定驳回起诉。而实践中恰恰又以被害人对这部分案件提起自诉居多，在这种情况下，法律赋予被害人的权利又有何实际意义？因此，以这种公诉转自诉的方式来制约检察机关的不起诉裁量权其科学性值得怀疑。

以上笔者就目前我国刑事诉讼审前程序的现状及存在的主要问题进行了简要的概括和总结。其实这些问题早已引起我国学者的关注，学者们为此也提出过许多仁者见仁、智者见智的改革方案。笔者在此将这些问题同时提出来，主要目的在于将这些问题综合起来加以考虑，以寻求一个整体性解决方案。

四、建立我国审前司法审查机制

我国的审前程序能否引入类似西方的司法审查机制，对此我国学者有不同的见解，这些观点大致可以分为两种：一种观点认为在我国，检察机关也是司法机关，同时又是国家的法律监督机关，其职责在于维护法律，监督法律的正确实施。因此，我国的审前程序完全可以由检察机关负责审查和监督，这是我国的“司法审查”方式。我国根本没有必要引入西方式的“司法审查”机制，对于目前我国刑事诉讼中存在的种种问题，通过加强检察监督完全可以解决。[5]另一种观点则认为在我国检察机关虽然属于国家的法律监督机关，但在刑事诉讼中同时承担着侦查犯罪和审查、提起公诉的职责，因此，在本质上属于国家的追诉犯罪机构，这决定了检察机关不可能站在客观、公正的立场上行使其监督职能，或者说其法律监督经常是从如何有效进行追诉的角度进行法律监督。基于这种情况，这种观点认为中国刑事诉讼审前程序应当有中立的司法机构（法院）介入，对整个诉讼活动进行司法审查。[6]

以上两种观点一个立足于我国的现实国情，另一个则旨在打破现行体制的束缚。二者均具合理之处，但也有各自的缺陷。前一种观点认为加强检察监督可以解决审前程序中存在的诸多问题，对此笔者不敢苟同。检察机关在刑事诉讼中承担的追诉职能与监督职能之间存在的冲突与矛盾是无法否认的。根据分权与制衡原理，这样两种权力应当有不同的机构或人员来行使，并且两个权力主体之间应当是相互制约的关系。目前，我国检察机关内部确实存在着这样的分工，但是检察机关的领导体制决定了两个部门之间不可能实现真正的制约。特别是检察机关自行侦查的案件，也由检察机关自行监督，在实践中这种监督难免会演变为没有

监督。对于“监督者由谁来监督”的问题，这种观点更无从解答。后一种观点虽然符合现代刑事诉讼的基本理念，但在我国现行的宪政体制下却无实现的可能性。检察机关的法律监督地位是由宪法赋予的，取消其法律监督者的地位无异于对宪法进行大规模的调整，其难度可想而知。因此，解决我国审前程序中存在的诸多问题，即需要照顾现行体制，同时也需要对现行体制有所突破，即寻求一个相对合理的解决方案。

（一）在保留和完善检察监督的基础上借鉴西方的经验，引入司法审查机制。首先，改变公安机关对强制性措施的自行决定、自行执行的现状，将搜查、扣押、拘传、取保候审、监视居住的决定权交由检察机关行使。公安机关在侦查案件的过程中认为需要采取上述措施的，应向检察机关提起书面请求，由检察机关决定是否应当适用并签发相应的具有特定性的令状。公安机关必须按照令状上规定的内容执行。对于检察机关的决定，被追诉人有权申请法院进行司法审查，对于法院的裁判，检察机关和被追诉人有权提起抗诉或上诉。

其次，改革我国的强制措施体系，将拘留、逮捕与羁押相分离。从拘留适用的条件来看，其类似西方的无证逮捕，但从拘留的期限来看，拘留又是一种短期（与逮捕的期限相比）的羁押。这种拘留、逮捕、羁押不分的局面不利于保护被追诉人的正当权利。笔者认为，应当区分有证逮捕和无证逮捕两种情形，将拘留适用的情形归入无证逮捕，对符合拘留条件的现行犯或重大嫌疑分子，公安机关事先不需要获得检察机关的许可而直接拘留被追诉人；除此之外公安机关认为需要对被追诉人逮捕的，应当向检察机关提出书面申请，由检察机关进行审查决定是否需要逮捕并签发逮捕令，逮捕令应写明被逮捕人的姓名、身份特征、逮捕的理由以及逮捕令的有效期限[7]，之后由公安机关执行逮捕。不论是拘留还是逮捕，公安机关在抓获被追诉人之后应当不延迟的将其解交检察机关，由检察机关审查拘留、逮捕是否存在合法的理由，并决定是否需要对被追诉人进行羁押。检察机关必须在被追诉人及其律师在场并有机会陈述自己意见的基础上做出羁押决定。对于检察机关的逮捕决定、羁押决定，被追诉人及其律师有权向人民法院提出申诉和控告，由人民法院对检察机关的决定进行司法审查并做出裁判。对此裁判，被追诉人、检察机关有权提出上诉或抗诉。

最后，建立羁押期间的人身保护制度。在被羁押期间，被追诉人及其律师有权向做出决定的检察机关申请取保候审、监视居住，检察机关经审查认为羁押的必要性已经消失的，可以决定对其适用取保候审或者监视居住。对于检察机关拒绝其申请、维持羁押决定的，被追诉人有权向法院提出申诉。如果被羁押的被追诉人认为对其实施的羁押已经超过法定的羁押期限，有权要求做出羁押决定的检察机关解除，检察机关拒绝的，被追诉人有权向法院提出申诉。公安机关认为应当延长羁押期限的，必须向检察机关提出，由检察机关做出决定，对于此决定，被追诉人有权向法院提出申诉。

（二）对于检察机关自行侦查的案件，检察机关认为需要采取强制侦查措施的，应当由人民法院来决定。即由侦查部门向人民法院提出书面申请，由人民法院审查并签发令状之后，侦查部门才能够执行。侦查部门拘留或者逮捕被追诉人的，应在抓获被追诉人之后不延迟的解交人民法院进行审查并做出是否羁押的裁判。人民法院必须在被追诉人及其律师在场并有机会陈述自己意见的基础上做出羁押决定。被追诉人在羁押期间有权向做出羁押决定的人民法院申请取保候审、监视居住，认为超过法定羁押期限时有权要求法院解除羁押。侦查部门认为需要延长羁押期限的，应当向做出羁押决定的法院提出，由法院决定是否需要延长及延长的期限。对于上述由法院签发或做出的令状和裁判，被追诉人有权向其上级法院提起上诉。

（三）取消目前的庭前审查程序，增设审前的预审程序。鉴于目前的庭前审查程序存在的诸多弊端，笔者主张取消庭前审查程序，同时增设审前预审程序。对于检察机关决定提起公诉的案件，人民法院的专门机构有权进行全面审查，对于符合起诉条件的案件，人民法院决定进入正式审判程序；不符合起诉条件的则予以驳回。预审应当开庭进行，控辩双方均应到庭。如果辩护方对起诉没有异议，法庭可以采用书面审理方式；如果辩护方认为起诉缺乏充分的根据，法庭则应采取言词方式进行审理。控辩双方应出示各自的证据，并进行辩论。最

后由法庭做出是否起诉的裁定。以预审方式来制约起诉，一方面可以发挥其过滤和保障的功能，另一方面还可以解决目前在我国存在的审前证据展示问题。

（四）取消作为不起诉救济而设的公诉转自诉制度，赋予被害人请求法院对不起诉决定进行司法审查的权利。被害人不服检察机关不起诉决定的，有权要求向上一级检察机关申诉，请求提起公诉。对于检察机关维持不起诉决定的，被害人有权在一定期限内向人民法院提出起诉请求，由人民法院对不起诉决定进行审查。经过审查，人民法院认为应当提起公诉的，有权要求检察机关起诉。如果被害人中途撤回申请或者人民法院经审查驳回其申请，法院可以裁定被害人承担由此给法院、检察院、被追诉人造成的损失。对于人民法院所作的裁判，被害人有提起上诉的权利。

（五）扩充人民检察院审查批捕部门的职能，在人民法院内部增设司法审查庭。鉴于以上构想给检察机关和法院增加了许多新职能，有必要在检察院和法院内部建设相应的机构来承担这些职能。目前，人民检察院内部的审查批捕部门负责立案监督、审查批准逮捕等审前诉讼监督工作，因此，依笔者的构想，检察机关对公安机关采取的强制性措施所享有的许可、授权和审查权力可以由审查批捕部门行使，这样可以避免增设新的机构。但是，目前我国的法院内部却不存在一个相对独立的负责审前司法审查的部门，因此，笔者主张在法院内部增设一个独立于审判庭等机构的司法审查庭，其职能包括：负责对检察机关侦查部门采取的强制性侦查措施进行司法授权和司法审查；受理被追诉人不服人民检察院各种决定而提出的申诉；主持预审程序；受理被害人不服检察机关不起诉决定而提出的起诉申请；上级人民法院的司法审查庭还负责受理因不服下级法院司法审查庭所做的裁判而提起的上诉或者抗诉，考虑到诉讼效率的要求，这种上诉和抗诉应当遵循两审终审原则，不能无限制的提出。总之，无论是检察机关的审查批捕部门还是人民法院的司法审查庭，都应当保持相当的独立性，否则，表面的分权就会变成实际的集权，司法审查机制也会随之流于形式。

[1] 修改后的刑事诉讼法第 96 条规定被追诉人所聘请的律师可以代理被追诉人进行申诉、控告，但法律并未进一步规定申诉和控告应当向谁提出、以什么形式提出、由谁审查并做出决定、对此决定是否可以继续提出异议等等，因此在实践中这一规定形同虚设，不能有效发挥作用。

[2] 陈光中主编《刑事诉讼法实施问题研究》，中国法制出版社 2000 年 5 月第 1 版，第 94 页。

[3] 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第 37 条。

[4] 陈光中主编《刑事诉讼法实施问题研究》，中国法制出版社 2000 年 5 月第 1 版，第 179 页。

[5] 代表观点可见：张雪姐《关于检察机关职权的争议与思考》，孙谦 刘立宪主编《检察论丛》，第 2 卷第 146—203 页。

[6] 代表观点可见：陈瑞华著《刑事诉讼的前沿问题》第 282—283 页、第 334—337 页，中国人民大学出版社 2000 年 1 月第 1 版。

[7] 逮捕令应当有期限规定，这对于防止滥用逮捕、保护被追诉人的合法权益具有重要意义。但我国却缺乏这样的规定，以至于一张逮捕证一旦签发，就可以终生有效。如《北京晨报》2001 年 6 月 29 日登载了一篇题为《诈骗 600 元，一张逮捕证 17 年后完成使命》的文章，讲述了犯罪嫌疑人王高寿于 1979 年 8 月诈骗被害人应德堂 600 元前后潜逃，警方接到报案后一直追查，但未发现犯罪嫌疑人的踪影。2001 年 6 月 17 日，一直潜逃在外的王高寿回到家乡，刚进家门即被派出所干警逮捕。警察所持的逮捕证是 1984 年 1 月 29 日签发的，已历时 17 年，这一次终于完成了它的使命。