

从分权制衡原则审视羁押权之归属

刘 磊

内容提要:权力分立制衡原则是现代法治国刑事司法权力运作的基础,对于受指控人的基本权利保障具有重大意义。就国际公约与欧、美先进国家的法治经验论,纠问式侦查构造已日渐式微,检察官无羁押权为各国立法之通例。如果检察官已经行使侦查、公诉职权,就不宜再在侦查程序中担当预审法官,也不应当享有羁押决定权。我国未来的刑事司法改革应当温和而渐进地进行,在保障受指控人的听审权与救济权利的前提下保留检察官羁押权,引入事后审查制由中立法院对羁押进行事后复审。

关键词:分权制衡 羁押权 侦查构造 预审法官 听审权

刘磊,苏州大学法学院讲师,法学博士。

在现代法治国下,人民之人身、财产、自由、住宅等基本权利在宪法位阶上得到优先保障,人权早已不再是国家法的下位概念。而在现代刑事司法中,司法权力运作的机理,并非仅是权力机关的内部分工,而应当是通过司法机关的功能性分权及相互制衡来保障人权。^[1] 审前羁押虽以证据保全及防止再犯为目的,但其同时也是刑事司法机关于审前程序中剥夺犯罪嫌疑人基本人身自由的强制措施,强制手段的严厉性决定了其具有“准刑罚”的属性。^[2] 此外,羁押权如果用之不当,极易损害受指控人的人性尊严与人身自由,也与国际人权法的发展潮流相悖。“在一个法治国家中,国家只能在一定的条件下,透过国家高权的力量去介入个人的基本权领域。”^[3] 所以,为保障刑事被告的人性尊严,审前羁押的适用应当遵守分权制衡原则。我国自晚清修律以来,审前羁押权被交由检察官全权行使,法院无权对审前羁押进行“令状审查”。然而该制度延宕至今已流弊种种,且与国际刑事诉讼中的人权保护潮流相悖,所以实有进行深层研讨与制度变革之必要。

一 分权制衡原则与羁押程序中的人权保障

刑事诉讼法在现代国家中可谓“宪法之测震仪”,而侦查程序则最能体现一国人权状况的震级。在侦查程序中,如果法官与检察官在侦查中所担当的是“纠问官”角色,相互间缺少必要的权力制衡,审前羁押的司法审查与人权保障则会流于形式。

[1] “法治国家概念即应被认知为人民对抗国家侵害的防卫权利之集合,此时政府机关所为侵害人民行为例如羁押、搜索,必须不抵触法治国家概念。”陈志龙:“法治国检察官之侦查与检察制度”,载《台大法学论丛》第27卷第3期。

[2] “羁押乃指在刑事程序中,拘束犯罪嫌疑人或被告之人身自由,而将其拘禁于一定处所,使其在刑事程序中,得以始终在场,以确保刑事程序之顺利进行之强制处分。”如果将看守所与监狱的条件进行比较,以及从受羁押人心理所可能忍受的煎熬苦痛来看,受羁押人所遭受的“准刑罚”的严厉性可能并不亚于正式的监禁刑。参见林山田:《刑事程序法》,台湾五南图书出版公司2004年版,第299页以下。

[3] 蔡圣伟:“评2005年关于不能未遂的修法——兼论刑法上行为规范与制裁规范的区分”,载《政大法学评论》第91期。

(一) 权力分立制衡原则的意旨与运行机理

1. 古典权力分立理论的要旨

在现代宪政下,权力分立制衡系指国家为保障公民自由,须将立法、行政、司法等各种权力机关分立设置并使各种权力相互牵制与协调。权力分立制衡理论在西方有非常久远的思想源流,最早可追溯到古希腊先哲亚里士多德,但权力分立制衡制度的真正确立则是在欧洲启蒙运动前后。1748年,现代启蒙思想家孟德斯鸠(Montesquieu)在《论法的精神》中言明:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的经验。有权力的人直到把权力用到极限方可休止。从对事物的支配来看,要防止滥用权力,就必须以权力制约权力。”〔4〕孟氏的三权分立思想使其成为法国近代革命思潮的奠基人之一,并影响到美国立国之初的宪政构建。英国思想家洛克(Locke)则主张在“权立分立”中加入“国民主权”因素,自然法思想下的国民主权论和社会契约思想是其权力分立理论的基础,洛氏认为唯有经过人民授权立法机关的制定法才具有权威,立法权并非国家的终极权力。〔5〕洛氏的分权理论侧重于“人民主权”的“议会至上”原则,即在议会至上的基础上由内阁司掌行政,所以行政权应当接受国民议会的制衡。〔6〕德国思想家康德也受法国的三权分立思想影响,主张“不论是立法权或是执行权都不应该行使司法职务,只有任命法官作为行使此职务的官员”。〔7〕不过,古典权力分立理论侧重于分权而非制衡,对于公民宪法下的基本人权如何通过法院的“司法能动主义”来保障的问题,古典分权理论则较少论及。

2. 现代刑事司法中的分权制衡机制

在被称为“黑暗时代”的欧洲中世纪,行政权与司法权间并不作严格的区分,刑事司法权的各项权能间也缺乏明确的分工与制约。自1215年拉特兰会议(Fouth Lateran Council)以后,欧陆的预审法官在刑事侦查程序中拥有包括刑讯拷问在内的各种强制处分权,侦查、起诉与审判职能间也很难进行严格的区分(均属国家威权下的统治工具),司法机关之间只有“分工”而无权力制衡,结果导致欧洲中世纪的刑事司法演变为宗教迫害与刑讯拷问程序,人民的基本权利在刑事司法中得不到应有的正当程序保障。〔8〕在欧洲中世纪,侦查法官与“宗教裁判所”不受“控诉原则”的限制,其拥有侦查、起诉、审判等各种刑事司法权力,国家、社会利益则被绝对地置于个人权利之上,受控诉人在刑事司法上的地位仅仅是被动的“纠问客体”。〔9〕

自法国现代启蒙革命以后,预审法官专权独断的“纠问式诉讼”日渐式微。为保障受指控人的基本权利,侦查、起诉、审判等职权被交由不同的机关分别行使并相互制衡。现代刑事司法以“控诉原则”、“审检分立”、“审检制衡”、“法官保留”等若干原则来防止权力机关滥用权力,权力的分立制衡可谓是现代法治国公权力运行的根基原则。以欧陆国家的检察官制为例,德、日等国检察官的角色既非侦查法官,也非完全的行政官,而是在刑事司法中担当客观、中立的“法律守护人”角色。为实现权力制衡之目的,检察官不仅可以依据控诉原则来防止法官任意开启审判程序,还有权监督司法警察的不当侦查行为。但是,德、法等国的检察官并不拥有刑罚权等实体处分权,人民的人身自由非经正当程序不得被剥夺,唯有法院通过开庭审问才有权对受指控人论处实体性处分。如果检察官已拥有立案、侦查、公诉等权限,实不宜再拥有人

〔4〕 [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,孙立坚等译,陕西人民出版社2001年版,第183页。不过孟氏的“三权分立”思想属古典的分权思想,其中心意旨是通过权力间的制衡抑制君主国中的集权,其立论重心侧重于“司法权应当独立于行政权与立法权”。但是,任何一个思想家均要受其历史时空的限制,孟氏在论证人民基本权利如何通过宪政保障时则略显不足,孟氏只是主张通过权力的分立制衡消极地防止权力滥用,而且未能深入说明司法权与立法权之真正关联(例如司法机关是否有违宪审查权问题),所以欧陆国家的“法官释宪制度”和司法审查制度在二战以前相较英美法国家而言大为逊色。

〔5〕 参见[美]爱德华·S.考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1997年版,第70页。

〔6〕 洛氏的学说虽长期被“议会内阁制”国家奉为圭臬,但严格而论,洛氏学说的侧重点在权力的分立而非权力间的相互制衡,至于权力制衡与基本人权保障的关系,洛克爵士尚缺乏到位的指摘。参见李鸿禧:《违宪审查论》,台湾元照出版公司1999年版,第303页。

〔7〕 [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆2005年版,第144页。

〔8〕 参见林朝荣:“检察制度民主化之历史”,载《刑事诉讼之运作——黄东熊教授六秩晋五华诞祝寿论文集》,台湾五南图书出版公司1997年版,第177页。

〔9〕 参见[法]卡斯东·斯特法尼、乔治·勒瓦索、贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法精义》(上),罗结珍译,中国政法大学出版社1999年版,第76页。

身羁押权。因为依照现代权力分立原理,行政权与司法权具有结构功能上的差异:行政权以所求公益为目的并以效率为优先考量因素,司法权则以发现“法秩序”为目的并以“中立、超然”为司法原则,司法权以公正为优先价值;行政权注重层级分工及上下级节制,司法权则不受外部干涉而独立运作。与美国检察官的身份、地位不同,欧陆检察官在刑事司法中担当“法律守护人”角色,负有客观性义务,不以打击追诉被告为终极目的。但相较法院而言,欧陆型检察官更易于受行政机关及公共舆论的节制与影响,如果检察官同时拥有侦查、人身强制处分与公诉权,对受羁押人不易保持中立、超然性。所以,为了保证羁押适用准确性及刑事被告申请羁押审查,德、日等国禁止检察官在侦查中拥有羁押权。

(二) 羁押审查程序中审检制衡原则对受指控人权利保障之意义

1. 保障受指控人之“听审权”

在现代刑事司法上,没有不计代价的真实发现。侦查主体在剥夺犯罪嫌疑人基本人身自由时,必须遵守相应的程序法规范,即通过正当程序来发现真实与实现“法和平性”,而非不计代价地牺牲人权保护。“刑事程序在追诉犯罪之准确性与有效性外,同时亦兼顾到程序正义与人权之保障。”^[10]程序理性是现代国家权力运作法治化的基石,羁押程序不应是司法机关的擅断专行,而是通过各种程序保障机制的设置给予受指控人相应的程序权利,以保证羁押的适用符合“比例性”与“法和平性”。检察官如果同时作为羁押决定主体与听审主体,其不易在羁押听审程序保持中立性。所以,对于涉及受指控人重大人身自由的侦查强制处分,为尊重受指控人的人性尊严,不仅应当赋予其听审的权利,还应当通过中立的法院来进行羁押审查。对于受指控人而言,如果可以通过听审程序获取充分的“案件资讯”并及时地申请保释权,或者通过侦查主体的言词辩论而使中立法官驳回检察官的不当羁押请求,则可以有效地进行诉讼防御。由于检察官在人力、组织与职权上处于绝对的资源优势与心理优势,受指控人在力量对比上则明显处于弱势,如果不允许受指控人在羁押审查中表达任何正当意见,将会使羁押审查演化为“秘密审查”程序。侦查程序虽以秘密侦查为原则,但并不意味在犯罪嫌疑人在羁押审查中丧失所有的程序性权利。更何况羁押既然属重大的实体性处分,由中立法院通过听审程序审查检察官羁押请求是否正当,则更能符合现代法治国权力分立制衡原则。

2. 实现“法官保留”原则

“法官保留原则,是指将特定的公法上事项保留由法官行使,并且也仅法官始能行使的原则。”^[11]羁押虽不等同于刑罚,但作为刑事诉讼中最严厉的人身强制措施,羁押的决定与适用对于受指控人的人身自由影响重大。羁押既然在刑罚上具有折抵刑期之法律效果,所以其同时也具有“准刑罚”属性。一旦受指控人被决定羁押,其不仅被剥夺人身自由(直至判决确定),其经济、家庭等利益均可能因羁押而遭受不利的影响。为防止刑罚的滥用以及维系刑罚的谦抑性,现代刑法确立罪刑法定原则以明确国家刑罚权的适用范围;而在刑事诉讼中,为保证羁押适用的准确性,唯有通过中立、超然的法官才能审查羁押的要件及范围。通过中立法官的审查,既可以通过保释程序合理地刑事案件进行“程序分流”,还可以通过诉讼监督机制制约侦查、公诉机关滥用权力。

3. 贯彻无罪推定原则

现代刑事司法以无罪推定为原则,即任何刑事被告在未经中立法院定罪之前,在刑事诉讼程序上被推定为无罪。无罪推定属“不可反驳的法律上的推定”,在判决确定之前刑事被告人的法律地位为无罪,司法机关不得因犯罪嫌疑而歧视犯罪嫌疑人。根据无罪推定原则的精神,审前羁押的目的并非以惩罚犯罪为目的,而只是为保全证据、防止再犯、保证被告到庭讯问为目的的人身强制措施。所以,现代刑事侦查程序以羁押为例外,司法机关在决定羁押时应当遵循“必要性”或“最后手段性”原则。“羁押必要性”的审查如果由检察官全权决定,检察官作为侦查主体很难贯彻无罪推定精神。从诉讼心理学而言,检察官与司法警察在侦查取证进程中已经对犯罪嫌疑人形成若干“有罪预断”甚至偏见,再苛求检

[10] 林山田:《刑事诉讼法》,台湾五南图书出版公司2004年版,第8页。

[11] 林钰雄:《刑事诉讼法》(上),作者自刊本2003年版,第87页。

察官在羁押审查中维持中立性及恪守无罪推定精神,恐不符合诉讼心理学上的规律。如果由检察官行使羁押决定权,事实上往往会造成审前羁押率的居高不下。如果由不享有侦查权的中立法官来审查羁押的法定要件及必要性,较能避免判决之前可能产生的“犯罪人歧视效应”。无罪推定不应是纸面上的权利,而必须在刑事司法中通过周边制度的充分配套与落实才能发挥实效,羁押本属实体处分权,如果由侦查或起诉机关行使决定权,造成的可能恶果则是:流于形式的羁押审查以及审前的高羁押率只能是强化正式定罪前的“有罪预断”,作为现代刑事诉讼根基原则的无罪推定则会因此被虚置。

二 现代检察官在羁押审查程序中担当预审法官之迷思

检察官制起源于14世纪时的法国,创制检察官制的最初目的是为了维护封建君主的利益。在现代启蒙革命之前,法国检察官因“国王代理人”的身份曾经沦为“君王的耳目”,为获取嫌疑人的有罪供述,检察官有权穷尽一切人身强制方法以及各种不人道的酷刑来拷问嫌疑人。^[12] 在法国大革命之后,拿破仑于1808年颁布施行《治罪法典》(Code d'instruction criminelle),现代检察制度才得以正式确立,检察官也因此被称为“革命之子”。^[13] 受启蒙思潮的影响,欧陆国家创设检察官的目的主要有三:一是废除当时的纠问制度,确立权力分立原则;二是建构公正客观的官署以监督司法警察的侦查行为,避免沦为“警察国”;三是使检察官担当“法律守护者”角色以维系法治秩序。^[14] 为维系权力分立制衡原则,法、德等国在启蒙革命后将预审法官与起诉官在职能上进行分离,废止了检察官的羁押决定权。在1877年德意志帝国制定刑事诉讼法之后,德国的检察制度成为东亚国家争先效仿的蓝本,尤其以日本以及我国晚清民国时期为甚。但令人玩味的是,检察官制漂洋过海传入我国后,我国晚清的修律却扩张检察官权限,将侦查程序中的羁押决定权赋予检察官行使。1906年《各级审判厅试办章程》第17条规定:“刑事案件,其令状之执行由司法警察在检察官及预审法官指挥下为之。”为保证检察官运用充分的犯罪侦查手段追诉犯罪,该规定实际上默认了检察官的逮捕与羁押权限。民国时期基本沿用了晚清的羁押权立法,实行“审检合署”并将检察官列为“司法官”,公诉案件全权由检察官行使预审职权。^[15] 然而,废除预审制度是否同时意味着羁押决定权由检察官行使? 检察官同时拥有侦查、预审、强制处分、公诉等权限是否会违反权力分立制衡原则?

(一) 国际公约赋予检察官羁押权限的真实原因

从国际人权公约中有关羁押权的若干规定来看,虽然国际公约考虑到各国权力体制、诉讼文化、检察官地位等诸多差异,规定羁押权由“法官及其他法律授权的司法官员”行使,但国际公约明确要求羁押决定权主体必须“中立”,而且要求缔约国在羁押程序中给予受指控人充分的程序权利。例如,《公民权利与政治权利国际公约》第9条3款明确规定:“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人,应迅速被带至法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释放。”^[16] 此外,1953年《欧洲人权公约》第5条3款、1978年《美洲人权公约》第7条5款均要求羁押权由“法官或其他依法执行司法权限人员”行使,但羁押审查机关必须保障受指控人的阅卷权、听审权、接受迅速审判权、不服羁押的救济权、律师通讯权、申请保释权等程序权利。^[17] 另据欧洲人权法院在1988年“鲍韦尔斯”案的判

[12] 参见杨兆龙:《杨兆龙法学论文集》,艾永明、陆锦壁编,法律出版社2005年版,第280页。

[13] 参见黄东熊:《中外检察制度之比较》,台湾中央文物供应社1986年版,第1页。

[14] 参见林钰雄:《检察官论》,台湾学林文化事业公司1999年版,第14页。

[15] 1928年经司法部长蔡元培召集刑事诉讼修法会议,讨论废除预审制度,由检察官全权行使侦查职权与预审职能,立法理由谓:“我国从前法制,有以预审属诸推事者,亦有以预审属诸检察官者,其预审程序,均可视为侦查程序之延长。就法律规定而论,凡在预审中可以实施之处分,侦查中皆可为之,实无需重复程序之必要,故此法毅然予以废止。”谢振民:《中华民国立法史》,正中书局1948年版,第1252页。

[16] 程味秋、[加]杨诚、杨宇冠编:《联合国人权公约和刑事司法文献汇编》,中国法制出版社2000年版,第90页。

[17] 参见蔡秋明:“被告羁押期间与在押被告之律师通讯权”,载颜厥安、林钰雄主编:《人权之跨国性司法实践——欧洲人权裁判研究》,台湾元照出版公司2007年版,第59页以下。

决书,一国若将侦查权与公诉权授予同一司法机关,即使该机关独立行使职权,其中立性也会颇受质疑,如果检察官同时担当侦查、公诉职能则不应当再拥有羁押决定权。^[18] 根据欧洲人权法院的判例,除非检察官在庭前程序中保持严格的中立,否则不得拥有羁押决定权。荷兰及瑞士五邦均允许检察官拥有羁押权,但上述两国检察官的职权、身份独立性近似于法官,且瑞士的检察官由人民直接选举产生。^[19] 对于羁押权的归属问题,在考虑各国检察官制度的差异后,国际公约使用较为灵活的用语,即“法官及其他经法律授权的司法官员”均享有羁押权。但即使如此,瑞士五邦的羁押权制度毕竟仅是个例,不足以代表整个欧美世界的发展态势,欧、美的多数国家仍将羁押决定交由中立法院行使。简言之,国际公约之所以使用“其他法律授权的司法官员”的表述,其目的是使荷兰、瑞士等少数国家能够加入公约。

(二) 检察官无羁押权限为当今先进国家所普遍采用

如果我们能够怀有真正的“法律全球化”眼光,通览欧、美诸国羁押权的立法现状与法治实效,我们会发现检察官无羁押权不仅是欧美诸国的立法通例,德、美、日等国也将羁押决定权交由中立法院行使,禁止享有侦查权、起诉权、执行权的检察官再享有羁押决定权。

1. 英美法系国家中的羁押权归属及具体运作

早在1215年,英国《大宪章》就对逮捕羁押规定了正当程序条款,即“非经本国法律并受同侪之合法审判,不得对自由民逮捕、拘禁、剥夺财产、驱逐或施以其他损害”。^[20] 英国于1640年建立了“人身保护令”制度,规定只有法官才有权决定是否羁押受指控人。^[21] 英国直至1985年才有正式的皇家检察署,不过英国检察官的数量有限,而且检察官的身份不过是“政府律师”,往往只调查、起诉少数重大犯罪案件,所以英国的检察官制并不发达。由于英国的“私诉主义”传统,起诉律师或起诉官的诉讼地位与被告方无异,所以为贯彻“武器平等”的理念,英国的起诉方并无羁押权。美国联邦及各州虽有体系化、专业化的检察官制,所有的刑事案件由检察官垄断起诉,但是依照权力分立原理,美国检察官在身份、地位上属完全的行政官,其当然无任何实体性处分的权利,所以美国所有刑事案件的羁押决定权由治安法官或职业法官行使。^[22] 根据美国宪法中的正当程序条款,所有的羁押申请均必须经过预审法官审查,即通过独立的“羁押听审”程序来审查羁押是否具备法定事由。羁押令状的签发者虽未在美国联邦宪法中明确规定,但联邦最高法院的判例指出:羁押令状的签发者必须中立、超然,美国司法警察、检察总长、办案检察官均无权签发令状。^[23] 所谓“中立、超然”,是指令状签发者需与案件无利害关系,且不得为侦查、起诉或执行主体。中立治安法官或地区法院在审查羁押请求时,应当以言词审理方式进行,允许受指控人陈述保释理由,如果不服羁押决定,有权在正式的审判启动之前提起所谓“中间上诉”。美国最高法院认为审前羁押可能会对受指控人的工作、经济收入、家庭关系等诸方面造成各种不利的影响,所以由中立法院来审查羁押才符合联邦宪法第四修正案的正当程序条款。^[24]

2. 德、日等国的羁押权归属

德国检察官虽具有良好的法律素养,在“检察一体化”的同时实现了检察独立,但是为了保证权力分立制衡原则的实现,德国法不仅禁止检察官行使羁押权,而且设置了专门的“羁押审理”程序,要求法院必须以言词审理的方式来保证受指控人的听审权。^[25] 如果受指控人不服地区法院的羁押决定,有权

[18] G. Pauwels Cases, Judgment of 26 May 1988, Council of Europe Yearbook of European Convention on Human Rights, 148 - 150 (1988).

[19] 瑞士联邦并无统一的刑事诉讼法典,各邦自行决定羁押权的归属,苏黎世、巴塞尔、阿尔高、伯恩邦及劳哥宾敦五邦允许检察官拥有羁押权。参见林山田:“羁押法制比较研究”,载林山田:《刑法的革新》,台湾学林文化事业公司2001年版,第288页。

[20] Ronald Jay Allen & Joseph L. Hoffmann, *Criminal Procedure: Investigation and Right to Counsel*, Aspen publishers (2005), p. 81.

[21] 参见林子仪:“人身自由与检察官羁押权”,载《月旦法学杂志》第6期;李建良:“论基本权利之程序功能与程序基本权”,载《宪政时代》29卷第4期。

[22] 参见最高人民法院司法改革小组编:《英美德法四国司法制度概况》,韩苏琳编译,人民法院出版社2002年版,第236页以下。

[23] 参见王兆鹏:《搜查扣押与刑事被告的宪法权利》,台湾翰芦图书出版公司2000年版,第58页以下。

[24] *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103, 95 S.Ct. 854.

[25] 参见《德国刑事诉讼法典》第118条a项李昌珂译,中国政法大学出版社1998年版,第54页。

提起“抗告”或“羁押复审”以获得程序性救济。^[26] 即使是在 1975 年废除预审制度之后,德国法仍然通过诉讼监督制来保障羁押程序中的受指控人权利。德国检察官被设计为客观、独立、中立的司法官署,透过审检间的相互制衡,刑事羁押同时遵循“控诉原则”与权力制衡原则,避免“先押再查”以及“歧视犯罪嫌疑人”。在深刻反省法西斯纳粹时代的预审法官制及检察官制之后,德国禁止在审前程序中出現“检察官王国”,要求重大的强制处分需经宪法授权以及恪守法官保留原则,同时通过审检的权力制衡来维系法治秩序。德国有学者认为,现代刑事司法中的审检关系就如同环环相扣的机器齿轮,透过审检权力制衡来实现国家的刑罚权实乃法治国之伟大成就。^[27]

日本在二战以前,检察官并不拥有羁押权限,羁押由预审法官审查。但是,由于日本二战前对欧美的检察官制度曾存在一定的“误读”,同时对欧美法治经验的移植在纵深度上存在不足,加之日本特殊的东方文化以及日本法西斯势力的专行,在二战期间,日本的预审制几近演变成了预审法官纠问讯问嫌疑人的程序。日本检察官在二战期间也几乎沦为“政治的喉舌”,丧失了司法独立性。事实上,日本二战前的检察官与预审法官共同担当了“纠问嫌疑人”的司法官僚角色,审检间缺乏现代法治意义上的权力制衡。在美国的推动下,日本于二战后进行了司法民主化改革,经深入研讨后修宪,侦查中重大的强制处分必须经法官审查。根据现行《日本刑事诉讼法典》第 205 条规定,检察官在接到司法警察移送的嫌疑人后最迟 72 小时内必须向法院申请羁押。^[28] 日本废除庭前预审制后,对重大的强制处分实行“令状主义”,唯有中立法院才有权签发令状。^[29]

其他大陆法系国家如法国、意大利、奥地利、西班牙、韩国等也均不允许检察官决定羁押,唯有法院才有羁押决定权。^[30]

(三) 不同侦查构造下检察官的角色定位

1. 不同侦查构造下的检察官角色

根据侦查目的、诉讼两造的地位以及检察官角色定位上的不同,从诉讼学理来看,侦查构造可分为“弹劾式侦查构造”与“纠问式侦查构造”。弹劾式侦查构造的指导理念是“武器平等”与正当程序,该构造以英美刑事司法为典范。弹劾式侦查构造强调当事人两造在侦查程序中拥有平等的地位,侦查程序被认为是当事人各自准备审判的活动,检察官的角色类似“公益代表人”角色而无强制处分权。^[31] 侦查机关非经被告自愿同意不得强迫其接受讯问,为保障受指控人的诉讼防御权,重罪案件的犯罪嫌疑人有权获得充分的律师权利。对于涉及人身自由的重大的强制处分,受指控人与追诉方在法官面前有平等的听审权利。在弹劾式侦查构造下,追诉机关与受指控人均系“公平竞技”理念下的当事人而已,法院在侦查程序中始终保持中立、超然,检察官地位类似民事诉讼中的原告以追求胜诉为目的。

纠问式侦查构造则以犯罪控制为优先目的,相对国家高位的刑罚权及代表国家司法权的侦、诉、审机关而言,受指控人的程序性权利处于下位。羁押权无论是由检察官决定还是由预审法官审查,其间实质的差别并不大,侦查的目的只是为了其后的“纠问”审判做准备,对受指控人的审前羁押被视为国家刑罚权的“预支”。即使将无罪的受指控人错误羁押,相应的错误成本及社会风险仍由受指控人来承担。在极端的纠问式诉讼中,对于受指控人而言,第一审审判程序不过是其不服侦查处分的一次“上诉”机会而已,因为“先定后审”式的有罪预断可谓是司法官的心理定式。在纠问式侦查构造下,检察官或直接担当预审法官,或者与预审法官共同纠问受指控人,受指控人很难通过法律上的正当程序进行诉讼防御,自然也无法获得公正的听审权。在纠问式侦查构造下,无罪推定的理论仅是法学家的逻辑,从

[26] 参见[德]克劳思·骆克信:《刑事诉讼法》,法律出版社 2003 年版,第 297 页以下。

[27] 参见苏永钦:“检察官实施侦查羁押合宪性问题意见书”,载《宪政时代》第 21 卷第 2 期。

[28] 参见[日]田口守一:“逮捕后的人身羁押”,载[日]西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社 1997 年版,第 325 页。

[29] 参见[日]松尾浩也:《刑事诉讼法》(上),丁相顺译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 10 页。

[30] 参见朱楠:“检察官应拥有强制处分权之剖析”,载《月旦法学杂志》第 6 期。

[31] 参见曾正一:《侦查法制专题研究》,中央警察大学出版社 2006 年版,第 112 页以下。

国民的心理意识或诉讼文化而言,受羁押人不过是“待审的有罪被告”而已。

2. 检察官担当预审法官之省思

如上所述,纠问式侦查构造下受指控人的程序性权利被抑制,检察官与预审法官以追诉犯罪及实现国家的刑罚权为首要诉求,在侦查程序中往往只是“分工配合”的关系。但是,即使是在纠问式侦查构造下,羁押权的具体归属也可能因各国宪政状况、诉讼文化及检察官法律素养的不同而有所差异。例如,日本现今的侦查构造其实是上述两种侦查构造的混合,羁押权等重大的强制处分仍由法院行使。我国目前的侦查构造总体而言应属“纠问式侦查构造”无疑,并不实行预审法官制,而是由检察官担当预审法官的职能来审查监督强制处分,但由此而造成的负面效果则是:侦查程序极易演化为“警察国”或“检察官王国”。德国、日本废除预审制后,之所以未将重大的侦查强制处分权交由检察官行使,主要目的是通过诉讼监督制防止检察官滥用权力。欧陆的检察官制往往以“检察一体化”为特征,检察机关内部实行“上命下从”,在其已经拥有侦查、提起公诉、实行公诉、法律监督等权力的情况下再赋予其羁押决定权不仅违反权力分立制衡原则,而且会损害受指控人的听审权等诉讼防御权。从德、日等国当今刑事司法的实务以观,其侦查构造其实是“修正的纠问侦查构造”,即在追求侦查效率的同时给予受指控人若干程序性权利,通过言词审理的方式保证羁押决定的公正性与正当性。现代检察官担当预审法官不仅与刑事诉讼发展的国际趋势相悖,而且对侦查程序中的权利保障机制的具体建构会造成严重的冲击。另外,检察官拥有羁押权会使侦查主体与实体处分权主体“角色混同”,侦查程序中的权力制衡机制更无从建构,可能的恶果则是进一步强化侦查构造的纠问化色彩,受指控人在羁押中的救济权利则会被虚置。

三 “温和渐进的司法改革”与我国检察官羁押权的存废

我国自晚清仿效日本而间接继受欧陆的检察官制以来,由于变法之初对欧陆检察官制的目的与精髓缺乏深入的研讨,加之立法上“诉讼监督制”的疏漏,检察官制其实一直存在着一定的隐患。相对法、德等国的检察官制而言,我国检察官的三大权力的制度建构均存在不同程度的“偷工减料”,羁押程序中也缺乏有效的权力制衡机制。^[32] 如前所述,检察官无羁押权乃先进国家之立法通例。不过,“学习西方,必须熟知西方制度的文化土壤。这需要我们自己有丰厚的学术气候与土壤,才能精确而且全面了解西方制度,才不会东拼西凑、即兴地修补自己的法律与制度”。^[33] 在羁押权的存废问题上,唯有破除“权力思维”建构适当的分权制衡机制,温和渐进地在羁押审查程序中建立行之有效的救济机制,才是我国羁押法制的未来改革方向。

(一)“国情论”与“检察官当事人化”之批判

1. “拿来主义”与“维权意识”——“国情论”的虚像与实像

主张维持现制的论者往往假借我国“国情”为据,认为我国检察官的羁押权是源于宪法规定,而且“自信”地论证我国检察官中立性、独立性不逊色于欧陆检察官制或我国法院,其认为由法院行使羁押审查会使法院产生所谓“有罪预断”。^[34] 依“国情论”者的理路,西方的羁押权法制有西方的宪政背景、诉讼文化、司法体制等诸多原因,我国目前的法制背景既然不同于西方,所以也无需“模仿”德、日等国将审查羁押权交由法院行使。表面来看,国情论者以“拿来主义”的眼光有选择地移植西方制度,似乎属法学研究中的“本土化意识”。但国情论者却可能忽略了:奉行“拿来主义”的前提是在对西方制度不存在“误读”的前提下,国际准则中的很多人权保护条款属国际“强行法”规范,一国可以温和渐进地改革其与国际标准不符合的制度,但并非改革伊始就可认为国际人权保护标准可以“相对合理主义”或任

[32] 从我国检察官制继受外国法的历史以及检察官羁押权的法律溯源来看,1928年的刑事诉讼立法废除预审制,将预审职权全权交由检察官行使。参见林永谋:《刑事诉讼法释论》(上),作者自刊本2006年版,第133页以下。

[33] 张丽卿:《刑事诉讼制度与刑事证据》,台湾元照出版公司2000年版,第5页以下。

[34] 朱孝清:“中国检察制度的几个问题”,载《中国法学》2007年第2期。王守安:“批捕权应交给法院吗?”,载《人民检察》2000年第8期。

意降低。简言之,改革的步调不能仓促,可以分阶段进行,但改革的动力却可能来自国际人权标准,改革的成败因素还取决于改革者是否能够承受“突破的阵痛”以及拥有反省自身的能力。真正的改革者应当具有接受外来制度的胸襟与气度,以人民的真实利益诉求为考量,深入研讨一切制度的利弊得失而后“革故布新”。其实,羁押权归属的改革方向绝非是简单地构建“检察官王国”或“法官王国”,而是透过审检间的分权制衡机制给予受指控人正当的听审权与救济权。

2. 检察官是否当事人主义化与羁押权归属问题并无直接关联

英、美等国的检察官在身份上不过是政府的“起诉代言人”,依照“武器平等”理念与辩方共同构成诉讼当事人,所以英、美等国的检察官无羁押决定权。我国主张废除检察官羁押权的学者似乎从英美法制寻找到了法理与现实上的依据,主张将检察官彻底行政化从而废除其羁押权限。^[35]但羁押权的归属问题与检察官是否当事人化或行政化并无必然关联,如前所述,德、日等国检察官在宪政定位上为“司法官”,但德、日等国未赋予检察官羁押权限的原因在于分权制衡原则。更何况,我国未来的检察制度改革如果以美国式的检察官制为“模本”,不但会因法律继受、国民心理、宪政体制等原因而增加不必要的改革成本,而且会使检察官在刑事司法中丧失客观性、公正性,刑事司法中的分权制衡机制则会因此受到冲击。即使仅从司法实务层面以观,美国检察官滥用权力之“能事”也远在德国检察官之上。^[36]美国当事人进行主义的运作与美国的宗教、民权观、律师业的发达、国民心理等因素有着密切的关系,学其形式容易,学其精髓则不易。所以,质疑检察官羁押权的理由无须从检察官是否行政化入手,从权力分立制衡原理以及羁押审查中的程序保障机制进行分析更能切中问题的核心。

(二)我国羁押权制度的病理分析

我国侦查程序之所以未能建构完善的分权制衡机制,除了法律继受上的原因以外,其实是“侦查中心主义”、“国民心理”以及“口供中心主义”等因素综合作用的结果。

1. 国民的“法意识”与侦查构造

由于我国目前正处于社会转型时期,面对高发的刑事案件,国家的犯罪治理能力明显存在不足,加之传统刑事司法以及国民对犯罪人的疏远与冷漠,我国目前的侦查构造总体而言仍然属于“纠问式侦查构造”。从我国国民对待犯罪人的深层心理结构来看,我国国民往往将犯罪嫌疑人视为国家、社会秩序的对立面,低犯罪率的期待以及社会治安的维系才是我国国民心理深层上的首要诉求。与欧美民众不同,我国国民因自身能力的不足尚不能成为司法改革的真正动力,更无法如欧美社会自下而上地构建起“自生自发的秩序”,所以国民将犯罪治理的期待几乎完全委诸于国家司法机关。对于国家司法机关在侦查程序中所可能产生的权力滥用问题,我国国民总体而言不仅缺乏真正的“公共意识”,而且往往将社会治安的恶化原因简单地归结为个体的犯罪人。当国家制定打击犯罪人的刑事政策或在侦查程序中为追求侦查效率而牺牲受指控人的程序权利时,国民在刑事司法中表现更多的是支持而非异议。我国国民一方面对国家权力机关在治理犯罪中的不力状况颇有微词,另一方面则因为其自身缺乏更新制度的能力而疏远刑事司法。具体到羁押制度上,我国国民的心理底线是“不得将无辜之人羁押或定罪”,对于客观有罪的受指控人或刑事被告,程序立法上的疏漏以及分权制衡原则的缺失则是可以“宽容”的。不过,就未来的刑事司法改革而言,改革者虽然要充分考量国民朴素的正义感,但对于国民深层的“法意识”则必须进行鉴别而引导之。如果羁押制度改革的目标是继续维持目前的纠问式侦查构造以及顺应国民片面的“报应刑”思想,那么羁押权无论是由检察官还是预审法官行使,其间实质的差别并不大,受指控人的听审权与救济权则不会有实质上的改观。

2. “口供中心主义”与羁押权的归属

所谓口供中心主义,是指刑事证明制度上将刑事被告的口供作为主证据,再视其他证据与口供的“印证”程度而决定定罪与否。由于我国侦查机关目前在警力、物证鉴定技术、侦查方法等办案条件上

[35] 参见郝银钟:《刑事公诉权原理》,人民法院出版社2004年版,第106页以下。

[36] 参见吴巡龙:“美国刑事诉讼两造对抗制度之修正——证据开示程序”,载《法学丛刊》第185期,第42页以下。

存在不足,犯罪嫌疑人的口供事实上成为侦查机关侦破案件的主要手段。为保证侦查机关能够充分获取口供,我国目前不仅未赋予犯罪嫌疑人以沉默权,而且通过延长侦查羁押期限以使侦查机关能够获取足够的口供。^[37] 所以,相对德、日等国的审前羁押期限而言,我国现行刑事诉讼法典中所规定侦查羁押期限可谓是“世界之最”。^[38] 在我国目前保释率较低背景下,羁押的最长期限仍由人民检察院自主决定是否延长而且采用书面审查的方式。可见,我国之所以在延长羁押权问题上给予检察机关更多的权限,有其犯罪控制上的深层背景。我国目前在犯罪预防与犯罪矫治上的成效远不如欧美诸国,如果侦查机关不能通过羁押犯罪嫌疑人获取充分的口供,将会影响侦查机关的办案效率。在“片面化的侦查效率”的追求下,如果由人民法院审查羁押而降低了审前羁押率,侦查机关很可能会因口供的不足难以获得侦查线索,进而使公共安全与犯罪控制受到影响。

3. 受指控人在羁押审查程序中程序权利的缺失

对于受指控人而言,如果不服检察官的批捕决定,根据我国现制可以申请“申诉”,即通过人民检察院系统的“内部监督”来获取程序性救济。但在“检察一体化”的背景下,受指控人虽然可以通过上下级检察机关的内部监督来寻求救济,但是其实际效果恐怕令人怀疑。我国检察官“审查批捕”时是以书面审查的方式进行,受指控人及其辩护人均无权到场陈述意见,拥有侦查职权与公诉权的检察院是否能够避免“有罪预断”而“兼听”受指控人的意见,则更成疑问。我国检察机关虽然在运行“人民监督员”制度,但我国目前的人民监督员制度与日本的“检察审查会”或美国的“大陪审团制”有着本质的区别,而且人民监督员是非法律职业人员,其往往不具备足够的法律素养来判断“羁押比例性”、“诉讼障碍可能性”及“防止再犯危险性”等法律专业问题,再遑论我国“人民监督员”可以防止不当批捕是否言之有据?无论是从国际公约还是欧美国家羁押审查上的法治经验而论,受指控人的“听审权”与实质的程序救济权在我国现制下均难以获得有效的保障。例如,德、日等国允许受指控人对羁押决定提起“抗告”,美国为了保障受指控人的救济权允许其提起“人身保护令”或“羁押复审上诉”。^[39] 受指控人的听审权将会是我国未来的羁押制度改革“突破点”,维持现制的结果不过是强化我国目前的纠问侦查构造。

(三) 温和渐进地变革羁押权制度

从理想层面而论,所有的审前羁押由中立法院审查决定,这更能符合刑事诉讼的国际发展趋势,也易于在羁押审查程序中建构言词审理的“听审”机制。但如前所述,我国在短时期内,国民意识、侦查构造、犯罪预防与犯罪矫治技术均难以有实质的改观,加之我国目前的法院功能与角色与欧美国家存在质的不同,所以检察官羁押权的存废问题并非我国羁押制度目前改革的关键。即使是在刑事司法现代化的欧陆国家,“于职权主义的王国中,实体真实被认为是一种绝对的存在”。^[40] 我国目前的审前程序仍然依赖于检、警的职权活动,真实发现及犯罪控制仍然是我国侦查程序的主要目的。所以,以建构羁押程序中受指控人的程序权利为目标,温和渐进地变革羁押制度才更为可行。现代刑事司法改革的目的既非是为营造“咸与维新”的假象,也非是“维权思维”下的固守成规,而应当是在充分研讨国外先进制度的基础上通过具体的“司法技术”使刑事司法向人权保护的终极目的迈进。

1. 禁止检察机关延长法定的羁押期间

即使继续维持检察官的审前羁押权,未来的刑事诉讼法修改必须同时限制侦查机关延长羁押期限。相对欧、美诸国而言,我国的拘留期限已经相当长,如果维持现制再允许人民检察院任意延长羁押期限,受审人的“速审权”则流于形式。人民检察院可以根据重罪、轻罪分别适用羁押期限,但超过羁押期限后必须

[37] 陈瑞华:“未决羁押制度的理论反思”,载《法学研究》2002年第5期。

[38] 根据我国《刑事诉讼法典》第124、126及第127条的规定,侦查羁押的最长期限为5个月(除拘留期间以外),且在“补充侦查”、“犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址身份不明的”、“改变管辖的”等情况下要重新计算期限。日本的侦查羁押期限最长不得超过20日,审判中的羁押期限不得超过3个月;德国的羁押期间最长不得超过6个月(包括审判中的羁押),基于防止再犯而再延长羁押期限必须由州高等法院批准。

[39] 参见刘磊:“刑事上诉审之构造”,载《中国刑事法杂志》2007年第4期。

[40] 李茂生:《权力、主体与刑事法》,台湾翰芦图书出版公司1998年版,第146页。

交由法院事后审查。对重罪的羁押期限不得超过2个月,对轻罪的羁押期限不得超过1个月,且上级检察院无权延长羁押期限。如果超过2个月后又延长羁押期限,检察机关必须以“防止再犯”、“可能造成诉讼障碍”为由向受案管辖法院申请延长,否则属超期限羁押。我国《宪法》37条规定:“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。”我国宪法虽然规定了检察官的羁押决定权,但羁押期限则是由刑事诉讼法典具体规定,法院与检察官共同决定、审查审前羁押期限并不违宪。简言之,我国宪法只是明确规定检察院与人民法院均享有羁押权,但并不否定法院在检察官羁押后对羁押期限进行“事后审查”。如前所述,羁押对受指控人的人身自由、家庭、经济等方面所造成的影响并不亚于正式的“监禁刑”,所以由法院事后审查检察官羁押决定是否正当完全符合现代宪政之精神。

2. 重塑受指控人的程序主体地位

人民法院在审查延长羁押申请时,除非受指控人放弃听审权,法院不得以书面审理的方式进行羁押复审,而是应当以言词审的方式来审查检察官的羁押延长申请是否正当。为保障受指控人正当的听审权,受指控人与辩护律师均有权到场接受讯问并有权针对羁押必要性问题提出意见。羁押复审的目的与正式的审判程序不同,羁押审查以受指控人是否有“妨碍诉讼程序可能性”、“防止再犯风险”为基本目的,所以羁押由法院审查会产生有罪预断的主张有失偏颇。如果检察官、受指控人不服预审法官的决定,有权向上级法院提起“抗告”。对于延长羁押之申请,如果受指控人放弃听审权,则可允许法院以书面审查的方式进行,但人民检察院仍然有到场陈述之义务。人民法院审查检察机关的羁押延长申请,应当在3日内决定是否延长羁押。为符合国际公约中受指控人的速审权规定,人民法院决定延长羁押期限后,最长不得超过6个月。如果人民法院在一审审理中发现受指控人羁押期限将会超过6个月,除非基于“防止社会危险性”申请高级人民法院审查批准,否则应当解除羁押。

3. 在人民检察院自主决定批捕的案件中建构监督与救济机制

检察机关在审查批捕时,对于重罪案件应当由一名检察官与两名人民监督员共同组成“批捕审查庭”,^[41]犯罪嫌疑人的辩护律师有权到场陈述意见。如果犯罪嫌疑人不服检察机关的羁押决定,除了可向上级检察机关申诉外,还有权向管辖人民法院提起羁押复审请求。对于受羁押人的复审申请,人民法院根据案卷及申请理由决定是否受理,申请期间不停止羁押的执行。

另外,人民法院的羁押“听审”程序与庭前的公诉审查程序存在不同,庭前的公诉审查程序目的是为审查人民检察院的公诉是否具备法定的证明标准以及是否符合诉讼条件,羁押审查的目的是受指控人是否有羁押之必要,但是如果发生“程序竞合”,人民法院可以在公诉审查程序中同时审查羁押。

[Abstract] The principle of separation of powers is the foundation of contemporary countries and is very important to defendant's rights in criminal procedure. International conventions and the experience of Western countries show that the inquisitorial system of criminal investigation is in decline and it becomes a general rule that public prosecutors no longer exercise the power of detention. Since public prosecutors are already playing the role of investigator and prosecutor, it is not appropriate for them to be a judge in pretrial review. China should reform its system relating to the power of detention in a gradual, step-by-step way. Under the pre-condition of fully safeguarding defendant's rights of hearing and appealing, the prosecutor's power of pretrial detention could be retained and a system be introduced whereby the judge has the power to review the detention carried out by the prosecutor.

(责任编辑:王雪梅)

[41] 由于羁押审查涉及法律专业问题,我国的人民监督员选任程序应当进行适度调整,只有社区的常住公民、具有一定的教育水准以及受过法律训练的普通公民才能被选为人民监督员。