

我国侦查程序诉讼构造的完善构想 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E6_88_91_E5_9B_BD_E4_BE_A6_E6_c122_480084.htm

摘要：现代刑事诉
讼法学是由刑事诉讼价值论和刑事诉讼构造论所构成。刑事
诉讼构造论则由一定的诉讼价值观所决定，其研究对象为控
诉、辩护和裁判三方的法律地位和相互关系。从诉讼构造类
型的角度来看，我国侦查程序诉讼构造在整体上属于职权主
义构造类型，这与我国欲进行的司法改革相距甚远。一项制
度选择的依据，首先是本国的历史和文化传统，因为进行选
择的主体是有着不同文化背景的国家和民族，他们是根据本
国或本民族的生理和心理习惯进行选择的；更重要的是，基
于维护整个人类相同的生存方式和生活需要，各国和各民族
在进行选择时又不能不考虑人类文明中超越文化、种族以及
人与人的具体差异的、具有普遍适应性价值的共同成果。因
此，完善我国侦查程序诉讼构造，就应当顺应现代刑事诉
讼的发展潮流，吸收当事人主义的合理因素，对控、辩、裁
三方的法律地位和相互关系进行调整，使控辩双方趋向平等，
裁方居于客观、公正的立场。 关键词：侦查、诉讼构造、完
善。 一、侦查程序诉讼构造的含义 侦查程序的诉讼构造观点
，最早是由日本的团藤重光教授提出来的，他认为，由于在
侦查程序中采取令状主义，法院对侦查机关的司法性抑制是
明确的，采取表明被疑人当事人地位的沉默权保障制度和辩
护人制度，因此，侦查程序“诉讼”性构造与审判程序相同
，即是由法院、侦查机关、被疑人（包括辩护人）的三方面
关系构成。“侦查程序诉讼构造是指，在侦查程序中，控诉

、辯护和裁判三方的法律地位及其相互的法律关系。”其中控诉是指对犯罪嫌疑人的追诉活动，主要是侦查活动。在我国，依照刑事诉讼法的规定，侦查程序中控诉权主体包括公安机关、国家安全机关、军队保卫部门、监狱和人民检察院。辯护是指犯罪嫌疑人及其辯护人为犯罪嫌疑人的利益进行的防御性诉讼活动。裁判是指由法律规定的主体对诉讼各方争议的案件实体问题和有关程序问题做出的具有裁判性质的处理。侦查程序中的裁判权主体负责对侦查程序的实体形成过程和程序形成过程进行评判并做出相应的裁判。譬如，侦查程序中，对侦查机关提出的关于逮捕犯罪嫌疑人的请求进行审查，做出批准或者不批准羈押的决定；对犯罪嫌疑人提出的对羈押有异议的申请，进行专门的听审或者聆讯，在控辯双方同时参加下，审查对犯罪嫌疑人进行羈押是否符合法定的条件，作出实施羈押、保释或者其他强制措施的裁决。裁判权主体在侦查程序中具有及其重要的功能。第一、保持侦查程序的诉讼性构造，维护程序正义。在侦查程序中，控诉权主体由于所处的地位决定了其权限的广泛性和权力行使的主动性。因此，在这一程序中，如果仅仅存在控诉权主体和辯护权主体，许多事项的处分，就会成为控诉权主体一方的单向性处分，其程序本身也会因此成为单向的行政程序；同时，由实施控诉行为的一方处分其与犯罪嫌疑人一方有争议的事项，难以避免由其地位所带来的偏颇性，程序的公正性就难以保障。鉴于此，现代刑事诉讼理论均强调侦查程序的“诉讼性”，将其作为诉讼程序的组成部分；在立法上，则在控诉权主体和辯护权主体之外，设立相对中立、不偏不依的裁判权主体，形成侦查程序中的控、辯、裁三方构造形

式，并赋予裁判权主体维护公正的职责。第二、保护犯罪嫌疑人的人权，增强犯罪嫌疑人与控诉权主体相抗衡的力量。在侦查程序中，控诉权主体以国家强制力为后盾，享有法律赋予的特殊权力，而犯罪嫌疑人是全体社会成员中的个体，二者实力相差悬殊。而裁判权主体通过对裁判权的行使，一方面可以使在实力上处于劣势的犯罪嫌疑人获得与控诉权主体相抗衡的手段；另一方面，可以通过裁判权主体对控诉权尤其是强制处分权的行使予以控制，防止和减少因不当行使控诉权，特别是因滥用强制性处分权而发生的侵犯犯罪嫌疑人人权的现象。第三、可以实现国家权力的划分和限制。在侦查程序中，如果国家权力完全集中于侦查机关手中，又得不到有效地控制和制约，国家控诉权的滥用就难以避免。这种后果当然不是国家所期望的。在刑事诉讼中，由警察、检察机关代表国家对犯罪行使国家控诉权，由法院代表国家行使裁判权，正是这种权力的划分和限制，才有可能使刑事程序发挥实体公正与程序公正、控制犯罪与保障人权的应有功能。裁判权主体在侦查程序中行使裁判权，正是对这种国家司法权和控诉权的划分与限制的实践。通过侦查程序中裁判权主体的活动，防止国家控诉权的滥用，是权力制衡观念在侦查程序中的具体体现。

二、联合国确立的刑事司法准则 联合国大会1966年12月16日第2200A（XXI）号决议通过并开放给各国签字、批准和加入的《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款，1988年12月9日通过的《保护所有遭受任何形式羁押或监禁人的原则》第37条以及有关文书的有关条款都规定：受到刑事指控的被羁押者应当被及时带到法官或者其他被授权行使司法权的官员面前，接受该官员的司法审查；

“被羁押者有权启动法律程序，向司法机关对羁押的合法性提出异议，经司法机关审查，如果认为羁押是非法的，被羁押者应被释放。”前者是国家司法机关应该主动履行的义务，可以防止任意或者非法羁押，对防止刑讯逼供具有重要意义。后者是被羁押者对羁押的合法性主动提出异议，这一程序的典型范例是“人身保护令”和“人身保护程序”。国际公约的规定表明，提出这种特殊程序是一种权利，因此，这一程序必须由被羁押者提出。但是被羁押者也可能有困难或者其他因素不能启动这一程序，因此，应该容许其他人，如辩护律师或者家庭成员代表被羁押者启动这一程序。《公民权利和政治权利国际公约》具体规定，这种程序都要向法院提出，而不仅仅是授权行使司法权的机关。这一程序至少应该由完全独立于侦查、起诉程序的司法机关裁决。“以联合国文书的形式确立对侦查机关实施强制性处分进行司法审查的原则，表明国际社会对公民基本权利进行保障的重视，有利于通过各缔约国的努力，维持缔约国的宪法和法律秩序，减少侦查机关因不当的强制性处分而造成冤假错案和由此引起的社会动荡，维护司法的公正性和权威性。”

三、对我国侦查程序诉讼构造的完善构想

我国刑事诉讼体制改革的方向是吸收当事人主义中的合理因素，增加对抗性，淡化职权主义的特征。对抗是控辩双方平等的对抗，控辩双方诉讼地位平等是审判公正、正义的一项内在要求。但是，控辩双方先天不平衡，力量相差悬殊。因此，只有通过赋予辩护权主体一系列诉讼特权，借助裁判权监督和控制控诉权主体的权力，以此来纠正双方地位的实质不平等，从而控、辩双方才具有平等的攻击和防御的机会和手段。因此，对我国侦查程序

诉讼构造的完善应当包括两个方面：一是建立司法审查机制。二是建立和完善保障机制，也就是赋予犯罪嫌疑人及其辩护律师一系列诉讼权利。（一）建立司法审查原则 程序的普通形态是，“按照某一标准和条件整理争议点，公平听取各方意见，在使当事人可以理解或认可的情况下做出决定。它强调了程序的参与者的主动性和积极性，要求着眼于主体的侧面，特别强调程序参与者的相互作用，这样通过程序做出的决定其正当性和约束力的基础是交涉性的合意。”）根据国际标准，我国侦查程序应当建立司法审查原则。“该原则是指，所有涉及个人自由、财产、隐私甚至生命的事项，不论是属于程序性的，还是属于实体性的，都必须由司法机关通过亲自‘听审’或者‘聆讯’做出裁判，而且这种程序性裁判和实体性裁判具有终局性和权威性。”这一制度在侦查程序中，就是司法审查，它包括主动的司法审查和由犯罪嫌疑人提起的司法审查。包括以下内容：1、当侦查机关要逮捕犯罪嫌疑人时，应向人民法院提出申请，由人民法院进行审查，做出同意或者不同意的裁决；若是在紧急情况下无证逮捕，逮捕实施后，由侦查机关立即将犯罪嫌疑人带到法官面前，并说明情况，由法官对犯罪嫌疑人进行讯问，判定这种处分行为是否合法。若逮捕未获批准或者逮捕后被判定违法，应立即释放犯罪嫌疑人，但是，侦查机关可以上诉。2、当侦查机关认为要羁押犯罪嫌疑人时，应向人民法院提出申请，法院根据控辩双方提供的材料进行审查，以对席的形式，在犯罪嫌疑人、辩护律师、侦查人员共同参加下做出是否羁押的裁决。该裁决控辩双方都有一次上诉的机会。3、被羁押的犯罪嫌疑人及其近亲属、以及犯罪嫌疑人授权的辩

护律师，有权提起司法审查。法院应当启动司法审查程序。首先，对犯罪嫌疑人及其近亲属、辩护律师提供的材料进行审查，理由不能成立的，驳回申请，终止审查程序；如果理由有可能成立的，则通知侦查机关提供相应的证据材料。然后，法院对双方提供的证据材料进行审查，在此基础上，以对席的形式在听取控辩双方意见后做出是否维持羁押的裁决。对此裁决，控辩双方都可以上诉。

4、看守所的管理机构应定期对羁押情况进行审查，将情况及时向法院报告，法院根据具体情况分别做出处理。第一，超过法定羁押期限的，应无条件释放。第二，未超过羁押期限的，根据羁押的实质条件进行审查，如已无羁押必要的，应立即释放。

（二）建立和完善权利保障机制 为了实现控辩平衡，应赋予犯罪嫌疑人一系列诉讼权利，如赋予犯罪嫌疑人反对强迫自证其罪特权、获得辩护律师帮助权等等。其中强化律师对犯罪嫌疑人的帮助权显得尤其重要。鉴于我国现行刑事诉讼法对律师参加侦查程序的限制和法律规定的粗糙，应当承认律师对犯罪嫌疑人的帮助，不仅限于提供法律咨询、代理申诉和控告，而且应当明确规定律师是以辩护人的身份帮助犯罪嫌疑人实施辩护权，因此，应当从制度上保证律师充分行使辩护权。一般而言，在制度上应当提供三方面的保障：

1、在犯罪嫌疑人聘请律师的帮助方面，应做到：第一、明确规定侦查机关有告知的义务，违反这一义务，其制作的犯罪嫌疑人供述的证据无效。当侦查人员逮捕、拘留或者讯问犯罪嫌疑人时，应当告知犯罪嫌疑人有权聘请律师为其实施辩护，如果犯罪嫌疑人放弃这一权利，应当由犯罪嫌疑人在放弃权利书上签字或者盖章。第二、明确规定犯罪嫌疑人聘请律师既可以

口头提出，也可以书面提出。一旦提出申请，侦查机关有义务通知聘请的律师并将犯罪嫌疑人签字的委托书送达该律师。

第三、建立有效的法律援助制度，对于犯罪嫌疑人认为需要聘请律师，但由于种种原因无法聘请，侦查机关应当提供值班律师为其提供法律服务。

第四、聘请律师的方式可以由犯罪嫌疑人亲自聘请；或者由犯罪嫌疑人的近亲属代为聘请；或者由国家在符合条件下代为聘请负有法律援助义务的律师。

2、在律师行使辩护权的保障方面，应做到：

第一、取消侦查人员在律师会见时的在场权 律师辩护权的有效行使，需要犯罪嫌疑人与律师之间建立充分的信任关系，为达这个目的，在联合国制定的《囚犯待遇最低限度标准规则》中规定：“受到刑事指控而被逮捕或监禁，由警察拘留或监禁，但尚未审判和判刑的人在会见律师时，警察或监所官员对于囚犯和律师的交谈，可以用目光监视，但不得在可以听见谈话的距离以内。”另外，《关于律师作用的基本原则》中也规定：“逮捕、拘留或监禁人与律师联系协商时，可在执法人员仍看见，但听不见的范围内进行。”这样，既可以有效地防止犯罪嫌疑人逃跑，又可以使犯罪嫌疑人与律师建立信任关系，增强辩护的效果。我国理应照此进行规定。

第二、建立辩护律师的在场权 辩护律师的在场权是指当侦查人员讯问犯罪嫌疑人时，或者采取如扣押、搜查等强制性侦查行为时，犯罪嫌疑人的辩护律师有在场的权利。它可以有效防止侦查人员侵犯犯罪嫌疑人的人权，抑止非法侦查，而且对于保障犯罪嫌疑人诉讼权利的行使，保持侦查程序的诉讼构造，增强程序的透明度，维护程序的正当性和权威性，都有积极的意义。我国司法实践中屡禁不止的刑讯逼供现象，与

没有规定辩护律师的在场权有很大的关系。从抑止违法侦查、保障犯罪嫌疑人的合法权利、维护程序正义的角度讲，确立辩护律师在场权是十分必要的。具体措施是：第一，侦查人员对犯罪嫌疑人讯问之前，必须通知犯罪嫌疑人委托的律师或者法律援助律师在场。除非犯罪嫌疑人以书面的方式明确表示放弃律师在场权，侦查人员不得对其进行讯问。否则，由此获得的证据应予排除。只有通过律师在场时讯问获得的并经在场律师签名的犯罪嫌疑人的陈述才能作为证据使用。第二，对采取强制侦查措施，如扣押、搜查等，实行令状主义原则和律师在场原则，即侦查机关不仅要获得法官的令状许可，而且在执行搜查、扣押等措施时，还应有律师在场监督。第三、应赋予律师充分、可行的调查取证权，取消立法对于律师调查取证权的不合理限制侦查程序是收集决定犯罪嫌疑人命运的证据、证实有罪的关键性程序。为了避免受到错误追诉，证明自己清白或罪轻，犯罪嫌疑人必须在侦查程序中获得足够的有利于己的证据。由于犯罪嫌疑人大多已被羁押，失去了人身自由，因此不可能自行开展上述的调查取证工作。虽然我国刑事诉讼法规定侦查人员要全面收集证据，但由于其强烈地追究犯罪的倾向，决定了其往往忽视对犯罪嫌疑人有利的证据的收集。唯有犯罪嫌疑人委托的辩护律师才能完成这项调查取证工作。但是，我国现行法律的规定，使律师处于十分尴尬的境地，发挥不了任何作用，根本无法与实力强大的侦查机关相抗衡。案件事实只能靠证据说明，律师对证据的调查可以使司法机关对案件有一个充分、全面的认识。随着时间的推移，证据容易灭失，允许律师在侦查程序中进行调查取证，律师就可以从辩护方的角度及时

发现有利于犯罪嫌疑人的辩护证据，从而为后期辩护做好准备，避免因时过境迁，导致起诉、审判程序取证困难。而且，如果律师通过调查取证获得犯罪嫌疑人无罪的证据，可以及时向侦查人员提交，侦查机关经过查证属实，就可以及早避免冤枉无辜，及时调整侦查方向，准确打击犯罪。因此，赋予侦查程序辩护律师的调查取证权，是律师履行辩护职责的基本条件，也是控辩平衡的重要保障。律师调查取证权是一种权利，其实现有赖于义务的履行。但是，律师的这种权利有别于司法机关所拥有的权力，没有强制性。为了实现律师的调查取证权，必须有实现权利的有效途径，以及受到侵犯时的救济方法，因此，律师的调查取证权必须有国家强制力来保障。律师的本质特征是维护当事人的合法权益，其执业行为是基于当事人的委托而开始的，代表当事人利益的特点，决定了律师不应享有公权力，其行为不具有强制力。然而，就社会整体公正来讲，律师的存在，又是通过对个体权利的维护来约束国家公权力的行使，以实现法律的正确实施，规范人们的行为，最终促进社会主义民主与法制建设的完善。律师的执业具有两重性，一方面是为个体服务，另一方面又是为社会服务。因此，世界各国都将律师制度视为法治建设的一项重要制度。要实现律师执业的双重性，使律师调查取证权落到实处，更好地促进律师业的发展，推进社会主义民主和法制的进程，笔者认为，可以采取律师调查取证权从权力机关转授取得的方法。律师根据其承办案件的需要向法院申请“调查令”，人民法院的法官接到申请后应当签发。“调查令”的签发与否是基于律师的申请，而不是法官认为是否需要。法官签发“调查令”后，律师便可以持“调查

令”向有关单位、个人进行调查。有关单位、个人必须接受调查并提供与案件有关的真实情况。否则律师有权向法官作出说明，由法官根据事实、依据法律追究有关人员的法律责任。当然实施这种转授权力制度，要制定一套完整的程序和实体法规，规定律师向法院那个法庭申请，规定什么情况下，什么时候可以授权、授多大范围的权力，律师违法行使权力或者超越行使权力，将承担何种法律责任，相关人员不履行举证义务，将怎样启动国家强制力来保障律师调查取证权等一系列规定。

第四、完善和保障侦查程序辩护律师的会见权 辩护律师的会见权是我国刑事诉讼法赋予律师在侦查程序中的一项重要诉讼权利，它对于维护犯罪嫌疑人的合法权利，监督侦查行为，实现侦查程序正义和控、辩平衡都具有重要意义。但是，由于我国刑事诉讼法存在的漏洞，致使辩护律师的会见权难以得到充分的实现。因此，应进行完善。

（1）统一立法 我国刑事诉讼法对律师会见权只作了原则性规定，没有规定保障律师会见权的具体措施。为实际操作的需要，最高人民法院、最高人民检察院和公安部分别作了具体规定，后六部委又作了联合规定。这些规定、规则和解释成了实践中关于律师会见权的操作规范。对律师会见权分别由不同部门做出规定，而且这些规定又不完全一致，各部门各行其是，导致实践中的混乱；而且这些规定与刑事诉讼法的立法精神是否一致，它们的效力如何，也有待进一步研究。另一方面，这些规定也不符合联合国《关于律师作用的基本原则》，也不符合犯罪嫌疑人享有辩护权的基本精神。《关于律师作用的基本原则》第8条明确规定：“遭逮捕、拘留或者监禁的所有人，应有充分机会、时间和便利条件，毫不

迟延地，在不被窃听、不经检查和完全保密情况下接受律师来访和与律师联系协商。这种协商可以在执法人员能看得见听不见的范围内进行。”我国是联合国常任理事国之一，为维护我国在国际社会的良好形象，应将其中的合理内容引入我国法律之中。鉴于以上理由，笔者认为，对辩护律师在侦查程序中的会见权的操作规范、保障措施，应由立法机关借鉴国际公约的合理内核，在刑事诉讼法中做出统一的规定。

（2）关于辩护律师会见的批准问题 为了防止侦查机关任意限制辩护律师的会见权，立法必须明确规定需要侦查机关批准案件的范围。对于其他案件，律师要求会见犯罪嫌疑人，侦查机关只有在法定的时间内安排会见的义务，没有批准的权力。（3）关于安排会见的时间问题 联合国《关于律师作用的基本原则》第7条规定：“各国政府还应确保被逮捕或被拘留的所有人，无论是否受到刑事指控，均应迅速得到机会与一名律师联系，不管在任何情况下至迟不得超过自逮捕或拘留之时起的48小时。”我国应照此规定办理。第五、律师享有参加羁押的听审程序的权利。在独立、不偏不依的法院举行对犯罪嫌疑人是否羁押的听审时，可以参与听审，并有权提出意见、建议和证据。3、应保障律师基于辩护权而产生的控告、申诉、申请变更强制措施等权利的行使，这包括：第一、律师可以对侦查人员的刑讯逼供等非法行为，向法院以书面形式提出。第二、对侦查人员非法限制其权利的，可以书面形式提出意见，侦查机关必须解决，否则，律师可以向法院起诉。第三、在有明确的事实和合法依据时，律师可以根据犯罪嫌疑人的要求，代为向法院申请变更强制措施。主要参考书目及文章 1、《刑事诉讼国际标准研究》 谢佑

平主编，法律出版社。 2、《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》 陈光中、丹尼尔.普瑞方廷主编法律出版社。 3、《刑事审判前程序研究》 宋英辉、吴宏耀著，中国政法大学出版社。 4、《刑事诉讼的前沿问题》 陈瑞华著，中国人民大学出版社。 5、《刑事诉讼构造论》 李心鉴著，中国政法大学出版社。 6、刘根菊、杨立新：《对侦查机关实施强制性处分的司法审查》，载《中国刑事法杂志》2002年第4期。 7、《法治秩序的构造》 季卫东著，中国政法大学出版社。(作者：李根成，北京市博盟律师事务所) 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com