

行政权抑或司法权 ——试论侦查权的权属

林仁博

(中国政法大学刑事司法学院,北京 100088)

[摘要] 侦查程序在刑事诉讼审前程序中处于一种核心地位,侦查权的行使如何符合法治并有效运作是理论和实务都要面临的问题。现今我国侦查机关所采取的强制性侦查行为呈现了近乎不受控制的状态:犯罪嫌疑人的人权得不到保障,由此造成的冤假错案也是频频见报。侦查人员执法方式的粗野、原始只是这一问题的表面现象,根源在于侦查权的权属定位在理论上、立法上出现了偏差,将侦查权定位为行政权并构建司法审查制度是解决上述弊端的根本途径。

[关键词] 侦查权; 行政权; 司法审查

[中图分类号] DF793 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2011)01-0061-04

一 问题的提出

无论在我国的刑事立法还是司法中,公安机关通常与检察机关、法院联系在一起,即所谓的“公安司法机关”,体现了我国对于侦查权属性界定的模糊状态,如有学者指出侦查权是依法搜集证据、揭露和证实犯罪、查获犯罪人并采取强制措施的权利,它与审判权和检察权同属于司法权,属于国家权力的重要组成部分^[1]。不仅如此,我国的一些立法也承认侦查权属于司法权的一部分,如我国刑法第94条的规定^①。此外,公安机关在刑事侦查活动中拥有一系列强制处分权,体现为对于大量涉及个人基本权益自由的事项,公安机关在刑事侦查领域都拥有权威的和最终的决定权^[2]。例如在刑事审判前程序中,除逮捕以外的其他所有强制措施和强制性侦查手段都是由公安机关自行决定、自行执行甚至自行延长和变更的。不难看出,侦查权具有了司法的终局效力。

司法权属性的本质在于司法权的判断性和终局性,即司法权应是一种权威的具备执行力的裁判。而将侦查权定位为司法权是对于现代刑事诉讼理念和构造的根本冲击,此种界定只是反映了重打击犯罪、轻人权保障的价值理念,认可了线形的刑事诉讼构造并对三角形诉讼构造进行否定。然而就当今刑事诉讼理论,一般来说,将侦查权视为司法权的观点并不多见,因为在现代社会中,警察无论就其所发挥的功能还是活动的程序、组织方式,都显示出其行政权的性质。

二 侦查权的行政权属性探讨

侦查权是归属于行政权还是司法权这对于刑事诉讼的

构造甚至对于宪政体制的完善都具有重要的意义,如果侦查权是属于行政权那么对其进行司法控制便具备了法理根据。因为在法治社会要求立法权、司法权、行政权的分离与制衡,正如孟德斯鸠所指出,每一个国家有三种权力:立法权力、行政权力和司法权力。并且这三种权力不能集中于同一个人或同一机关之手。“当立法权和司法权集中在同一个人或同一机关之手,自由便不复存在了……如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了……,如果司法权同立法权合而为一,则成为对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一,法官便能够握有压迫者的力量。如果同一个人或由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力……,则一切便完了。”^[3]反之,如果否认了侦查权归属于行政权那么意味着侦查机关的侦查行为与侦查决定将不受任何牵制,也就意味着在审前程序中弱小的犯罪嫌疑人的个人权益将面对丝毫不受约束的强大的侦查权,这将极大冲击现代刑事诉讼注重人权保障的价值理念。

对于侦查权属性的探讨将从侦查权的归属进行,亦即遵循着一种行政权抑或司法权的思维思路展开。文章将从主体、内容和本质、权力行使效力的阶段性抑或是终局性、运行方式、功能和价值取向五个方面进行对比阐述并作出侦查权为行政权的论断。

(一) 主体上的区分

1、从主体组织结构上看,侦查权的行使主体是采取行政主体的组织方式,要求集中统一、上命下从,不具有司法权主体的独立性特征。采取行政主体组织方式的原因有以下几点:(1) 基于侦查犯罪事实,查获犯罪嫌疑人的需要,侦查权

[收稿日期] 2010-10-28

[作者简介] 林仁博(1984-),男,吉林松原人,中国政法大学刑事司法学院硕士研究生。

的行使主体必然要求高效,统一的运作,尤其是面临着现今犯罪形势日益严峻,犯罪情形日益复杂的状况,司法权所要求的独立意志与侦查权的实现所要求的统一意志是相互矛盾的。(2)域外立法规定了侦查权行使主体采取行政主体的组织方式。从警察机关来看,大陆法系国家实行集中统一模式,在警察组织体制方面,大陆法系各国实行中央集权,警察立法权与执行权属于中央政府由国家统一设立警察机关掌管,内部实行垂直领导,在警察组织性上实行垂直管理,警察实行军事化训练,警衔分明^[4]。英美法系国家警察系统传统上具有分散性的特点,但鉴于分散性不利于提高打击犯罪的效率,自20世纪以来,英美警察系统也出现了集中化的趋势。(3)中华人民共和国宪法第85和105条分别规定国务院是最高权力机关的执行机关,地方各级人民政府是地方各级权力机关的执行机关。在我国宪政体制中,行使侦查权的侦查机关属于人民政府的一个职能部门即中华人民共和国公安部,是国务院的职能部门之一。同时中华人民共和国公安部是国家的公安领导机关,负责领导和指挥全国的公安工作。公安机关上下级是领导关系^{[5]69}。从公安机关的外部组织形式和内部领导形式两方面而言,我国的侦查机关也是采取了行政主体的组织结构方式。

2、从主体的单一性与多样性上看,侦查权的行使主体具备行政主体的多样性特点。基于维持社会秩序的需要,行政权的行使主体应设置不同的部门以面对社会治理中不同行业、不同领域的要求;面对形形色色的犯罪要求各国依据各专业部门的性质设置不同的侦查机构以应对不同的犯罪。譬如在法国享有侦查权的主体除警察、检察官、预审法官以外,许多行政人员包括省长也享有一定的侦查权,在我国也是将侦查权分别赋予了公安机关、国家安全机关、监狱、军队保卫部门、海关走私犯罪侦查局。刑事侦查权的主体很多,而行使司法权的主体只有一家即为法院,按照现代的法治理念,司法机关是唯一有权对公民的基本权利和自由进行限制和剥夺的机关,为了防止这一权力被滥用,现代各国都对司法权的主体进行了严格的限制,规定只有法院才有权行使司法权^[6]。我国也概莫能外,《中华人民共和国刑事诉讼法》第3条规定审判由人民法院负责,第12条规定未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。

3、从工作人员的选任标准上看,侦查人员更契合于行政人员。行政人员的选任要求政治意向性而司法人员的选任首选标准是深厚的法律知识。侦查人员需要以遵循上级的命令为首要要求,这是行政性的重要体现,而司法人员则需要遵循自己的内心意志,依据深厚的法律知识,丰富的生活阅历来进行独自的、不受干涉的判断。

(二) 内容和本质的区分

从侦查权的内容上看,我国刑事诉讼法第89条规定公安机关对已经立案的刑事案件,应当进行侦查,收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料。对现行犯或者重大嫌疑分子可以依法先行拘留,对符合逮捕条件的犯罪嫌疑人,应当依法逮捕。侦查分为专门调查工作和有关的强制性措施,所谓专门调查工作是指刑事诉讼法所规定的

为收集证据、查明犯罪而进行的调查工作。根据刑事诉讼法第2编第2章的规定,专门调查工作具体包括讯问犯罪嫌疑人,讯问证人、被害人,勘验,侦查实验,扣押物证、书证,查询、冻结存款,鉴定,通缉等诉讼活动。所谓有关的强制性措施,是指刑事诉讼法所规定的收集证据、查明犯罪和为查获犯罪人而采用的限制剥夺人身自由或对人身体财物进行强制性的措施。根据刑事诉讼法第1编第6章和第2编第2章的规定,有关的强制性措施包括两类,一类是在侦查活动中采用的强制措施包括拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕五种;另一类是在进行专门调查工作中必要时采用的强制性方法,如强制侦查、强行搜查、强制扣押等^{[5]277}。以上为我国关于侦查权的主要内容的概括,而司法权则体现为法院依据事实,根据法律对纠纷的居中裁决以守护正义的活动,二者在内容上有着根本性的不同。

内容和本质是表里的关系,本质体现于内容之中,内容是本质的外在体现。关于司法权的本质,孟德斯鸠指出,司法权力是惩罚犯罪和裁决私人诉争的权力^[7]。霍布斯认为司法权就是听审并裁决一切有关世俗法的、自然法以及有关事实争执的权力^[6]。那么侦查权的本质如何?通过上述对于侦查权内容的阐明,我们可以判定侦查权是一种执行权,也就是说侦查权在本质上属于行政权,正如陈永生教授说:“从本质上来看,侦查权是一种执行权这与行政权是一致的,而与司法权有着根本性的差异。”^[8]

(三) 功能和价值取向的区分

行政权以维护社会利益为目的,在公正与效率的价值取向上,行政主体也往往倾向于效率,因为对于行政而言,效率是行政权功能实现的必然要求。侦查权在功能和价值上的倾向是侦查权归属行政权的又一重要表征。

在功能上讲,侦查机关更为关注的是社会利益的维护,而司法更为在乎的则是个人利益的保障,英国皇家警察事务委员会的报告明确规定警察的根本任务是维持英国社会的安宁亦即维持法律与秩序,如果做不到这一点社会将处于无政府的状态^[9]。这与行政权的功能是保障国家与社会秩序的继续和维持的功能是一致的。而司法权则不然,法国宪法第66条明确规定司法机关作为自由的保护神,保障依据法律所规定的条件使此项原则获得遵守,司法权强调的是通过个人权益的保障来达到对社会秩序的维护。也就是说二者在功能的实现上存在着倾向性的不同。

就价值取向而言,侦查权更倾向于对效率的追求,而司法权则更倾向于公正,这无外乎基于侦查权的功能与司法权的功能是不同的,侦查权并不是最终公正的分配者与裁决者,只是为最终的公正提供证据材料和犯罪嫌疑人的准备阶段,这是符合司法裁判主义的要求的。基于犯罪证据的人为或自然的销毁以及犯罪嫌疑人的脱逃、证人记忆的遗忘规律等考虑使得侦查应将效率作为最高价值追求。法国著名侦查学家艾德蒙·费加尔常说侦查工作的头几个小时,其重要性是不可估量的,因为失掉了时间就等于蒸发掉了真理。而司法作为社会保障正义的最后一道屏障,公正自然是首要的价值标准,对于效率的要求需要以公正的实现为前提。

(四) 运行方式的区分

在大陆法系国家,侦查机关对于犯罪的主动追究被称作是“职权原则”或“职权主义”,在德国现行法中主要是遵循职权主义以及由国家主动展开犯罪侦查……其对所有犯罪属于主动追诉^[10]。侦查机关的运行或者说操作体现着一种积极性和主动性。而司法权的运行则体现出消极性和被动性,正如有学者说司法权的第三个特征就是只有在请求他时或者用法律的术语来说,在他审理案件时候,他才采取行动。从性质上说,司法权不是主动的,要使他行动就得推动它^[11]。美国学者格雷指出正是由于有一项向他提出的申请它才采取行动的这一事实才将法官与行政官员区别开来。由此也就使侦查官列入了行政官员行列。

(五) 权力行使效力的阶段性抑或是终局性的划分

刑事诉讼的分权与制衡原则要求行政主体作出的决定应是阶段性结论,而司法权作为判断权是最终实现正义的权属保障,司法裁判就应具备终局性。司法权作为终局性的权利主要体现在判决的确定力上,判决的确定力包括形式上的确定力即既判力和实质上的确定力即执行力。侦查机关的侦查结果如果具有确定力,那么从形式上将产生既判力,不仅其他部门不能染指,就连侦查机关自己也不得再过问此事,从内容上将能够发生执行力,执行机关将能够直接按照侦查形成的结论执行而不再根据法院的判决执行^[12]。所以侦查权只能是非终局性的,侦查作为刑事诉讼程序的初始阶段其所作的一切决定不应有着终局性。正如陈瑞华先生所说“公安机关拥有对个人基本权益的最终决定权和处置权”,这严重违背“控审分离”,“司法最终裁决”等一系列现代法治原则^{[2] 528}。在效力方面,侦查权亦应归属行政权。

三 解决侦查机关滥权的出路——确立司法审查制度

余祥林案件,出现了可以证明被告无罪的事证后,公安怕被告被证明无罪,把可以证明被告无罪的村民关押,把试图证明被告无罪的被告母亲及哥哥关押。这是一起公安机关滥权的典型事例,滥权的原因也无非在于权力得不到制约,孟德斯鸠认为“一切有权力的人容易滥用权力,这是万古不变的经验,防止滥用权力的办法,就是以权力约束权力。”侦查权的基本职能是以行政权的形式出现的,体现为刑事追诉的功能,在我国的立法和实践中侦查权体现为一种近乎毫无约束的权力。对于未来的侦查程序的重构应在赋权的同时进行控权。因为“法治国家的一个典型特征,就是立法上每授出一项权力,就必须同时设立相应的控制权力的制约机制,使权力与权力或权力与权利之间得到充分制衡,以防止该项权力被滥用。”^[13]在前文论证了侦查权属于行政权后,对侦查权进行制约便成为问题所在,确立司法审查制度是解决的一条进路。下面将构建对行政权属性的侦查权的司法审查机制以解决侦查机关滥权的难题。

(一) 我国现行法的规定

根据我国现行刑事诉讼规定,对于搜查、扣押、通缉等涉及个人财产、隐私、自由等权益的强制性侦查行为,公安机关有权直接发布并直接执行,对于拘传、取保候审、监视居住、刑事拘留等强制措施,公安机关在侦查中有权自行发布许可

令,自行执行。对于刑事拘留和逮捕之后的羁押期间的延长也是由公安机关自行决定自行执行的。这就是对于我国目前的侦查权滥化的立法表现,可以说公安机关实际上在行使着司法权,因为公安机关在行使这些权力时没有受到任何制约。但从应然的角度看,公安机关不仅不应当行使司法权而且还应当受到司法权的有效审查和控制^{[2] 528}。因为“侦查作为侦查机构代表国家针对个人进行的追诉活动,也面临着限制和剥夺公民基本权益的问题,也存在着追诉机构和官员滥用国家权力的危险……”^{[2] 287}。

(二) 对现行立法的批判

我国的审前程序具有着很强的行政性和有限的司法性。审前程序具有很强的行政性,我国审前程序的行政性主要表现为侦查程序的职权性和裁量性,即侦查机关有权在法律规定的限度内依职权主动进行侦查,并享有广泛的自由裁量权^[14]。侦查程序的司法性主要表现为侦查机关的侦查行为必须尽可能做到客观公正,并且要受到法律的严格约束,但绝不因此而否认侦查行为本身还应当受到诉讼内和诉讼外的事后审查^[15]。我国的侦查程序与国外的最大区别就在于没有司法权的介入,缺少控辩审三方组成的诉讼构造,这使得侦查程序作为诉讼组成部分有些名不副实。在国外,由于法院的第三方独立的地位保证了司法审查的程序公正性,而在我国无论是侦查机关的自律性审查,还是对于逮捕的检察审查制度,由于是外部制约,因公诉权和侦查权同为追诉职能的同质性决定了这种制约本身仍是一种内部制约,因此不存在着真正的三方构造。由于缺乏司法审查制度,侦控机关和犯罪嫌疑人之间只能是“两方组合”的形态。这种形态无异于巨人与侏儒的较量,后果可想而知。

(三) 我国未来立法的方向

对行政权进行司法控制,使侦查权回归行政权是我国未来立法的方向。但是侦查权作为行政权本身具有不受约束、极易侵犯人权的弊端,因此对侦查权进行司法控制也是应有之义。那么诉讼构造的三方如何确定,理论上争议的焦点在于是通过检察机关控制公安机关还是通过法院控制侦查权、检察权^[16]。通过检察权控制侦查权,存在的主要问题在于:一方面,对检察权仍然缺乏外部制约,另一方面,由于检察权与侦查权在诉讼职能上的同质性,检察机关甚至同时享有侦查权和公诉权,使得侦查、起诉的诉讼构造仍然是追诉者与犯罪嫌疑人的两方组合,这并不能实现对侦查权的有效制约。因此,我国应建立由法院作为居中裁判的第三方,以侦查机关为控方,以犯罪嫌疑人及其辩护律师为辩护方的三方构造进行侦查权的司法控制、诉讼化构造。司法审查机制是指由中立的、行使司法权的机关对侦查机关实施强制性处分进行审查的机制。从联合国所确立的刑事司法准则以及世界主要国家的立法规定看,司法审查机制主要包括以下几个方面的内容:通过实行令状主义进行事前审查;对紧急情况下侦查机关做出强制性处分进行事后审查,以确认这种处分是否具有合法性;运用非法证据排除规则,对侦查机关非法收集的证据加以排除,从而达到对强制性处分进行审查的目的。其核心在于行使侦查权的国家机关原则上无权动用国

家强制力,而必须在取得法院的授权以后,将法院的授权付诸实施。这与侦查权的行政权性质是相吻合的,也与控辩平等的诉讼法理相一致^[17]。

注释:

① 《中华人民共和国刑法》第 94 条。本法所称司法工作人员,是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。

[参考文献]

- [1] 王国枢. 刑事诉讼法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 1999: 231.
- [2] 陈瑞华. 刑事诉讼前沿问题(第 2 版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005: 528.
- [3] [法]孟德斯鸠. 论法的精神(上册)[M]. 张雁深译. 北京: 商务印书馆, 1963.
- [4] 王大为. 英美警察科学[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1995: 130.
- [5] 陈光中. 刑事诉讼法(第 2 版)[M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2005.
- [6] 陈永生. 论侦查权的性质与特征[J]. 法制与社会发展, 2003(2): 135-144.
- [7] [法]孟德斯鸠. 论法的精神(中译本)[M]. 北京: 商务印书馆, 1997: 155.
- [8] [英]霍布斯. 利维坦(中译本)[M]. 北京: 商务印书馆, 1985: 138.
- [9] [英]托尼. 布尼安. 英国警察概况[J]. 外国法译评, 1979(6): 23-34.
- [10] [德]克劳斯·洛克信. 德国刑事诉讼法(中译本)[M]. 台北: 三民书局股份有限公司, 1998: 100.
- [11] [法]托克维尔. 论美国的民主(上卷)[M]. 北京: 商务印书馆, 1993: 110-111.
- [12] 谢佑平等. 刑事司法权力的配置与运行研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006: 324.
- [13] 邓思清. 完善我国检察官自由裁量权制约机制之构想[J]. 法商研究, 2003(5): 86-93.
- [14] 杨立新. 刑事诉讼平衡论[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006: 420.
- [15] 孙长永. 侦查程序与人权[M]. 北京: 中国方正出版社, 2000: 8.
- [16] 陈卫东. 刑事诉讼法资料汇编[Z]. 北京: 法律出版社, 2005: 378-380, 422-426, 480-482.
- [17] 李昌林. 论刑事诉讼中的权力制约——以赋予法院形式裁判权为核心[J]. 甘肃社会科学, 2007(1): 203-209.

Investigation Power or Jurisdiction Power

——The discussion on the attribute of investigation

LIN Ren-bo

(Criminal Law University of China, Beijing 100088, China)

Abstract: The investigation procedure is the core of the precriminal procedure, the operation of the investigation power is the fact which theory and practice must tackle with. Now the compulsory investigation by public security organ was out of control. The right of the suspect can't be protected so there are a lot of cases of injustice. The superficial phenomenon is the detectives' crude behaviors while the essence is the deviation of the theory and legislation. Attributing the investigation power as the administration power and establishing the judicial review system is the solution to the malpractice.

Key words: investigation power; jurisdiction power; judicial review