

# 限权与分权：刑事法治视野中的警察权

陈兴良

(北京大学法学院, 北京 100871)

**[摘要]** 警察权存在的正当根据在于维护社会治安, 其行使应遵从公共原则、责任原则、比例原则和程序原则。我国现有的警察权设置具有垄断、广泛、重大的特征, 对此应通过分权实现对警察权的限制, 将行政警察与司法警察分立, 行政警察内部再根据职责分工进一步分立。警察权的合理构造有赖于侦羁分离和侦鉴分离的实现, 需要强调控辩平衡和司法审查, 以最终符合刑事法治的要求。

**[关键词]** 警察权; 分权; 司法化

**Abstract:** The legitimacy of police power should be based on society safeguard and it is necessary for the police power to conform to public principle, responsible principle, proportional principle and procedural principle. After the present condition of police power in China is examined in detail, the separation of power can be realized by restriction to the police power and differing the administrative police from the judicial police. In order to construct police power reasonably, the power should be checked according to the conditions of criminal justice.

**Key Words:** police power; separation of power; judicial supervision

中图分类号: DF8 文献标识码: A 文章编号: 1000-5307(2002)01-0052-(17)

对于任何一个社会来说, 警察职能都是不可或缺的, 它是国家职能的重要组成部分。然而, 警察权在一个社会中的实际运作状态, 却在相当程度上标志着这个社会法治文明的发展水平。因为, 警察权力与公民权利在一定条件下成反比例关系, 即警察权的扩大意味着公民权的缩小, 警察权的滥用往往使公民权化为乌有。由此可见, 这里存在一个警察权的悖论: 一定限度内的警察权是为保障公民权所必需的, 而超出这种限度的警察权, 则有侵夺公民权之虞。因此, 如何勘定警察权的边界, 就成为一个重大问题。

论及警察权, 首先有必要讨论警察一词。在我国, 警察是指某人员而非机关, 机关称为公安机关(还包括安全机关)。在相当一个时期内, 警察被视为旧法术语而被弃用,

收稿日期: 2001-09-10

作者简介: 陈兴良(1956—), 男, 浙江义乌人, 北京大学法学院教授, 博士生导师, 法学博士。

改称公安人员。及至 20 世纪 80 年代以后，警察一词才在我国法律上复活。例如，1957 年我国颁布了《中华人民共和国人民警察条例》，但此后，尤其是在文革时期，警察一词在社会生活中消失，直至 1980 年《人民警察使用武器和警械的规定》颁布，警察的用法才逐渐恢复。1995 年颁布的《中华人民共和国人民警察法》正式确立了警察的法律地位。但作为机关，我国一直沿用公安机关这一称谓，而未称警察机关。在大陆法系国家，警察与警察机关是通行的称谓。法国学者指出，police 一词在实际使用中有各种不同的含义。例如，当我们说，“公安部门”（serivces de police）执行“警察领导机关”（autorite de police，警察权力机关、警察当局）依据它们“维护治安的权利”（pouvoir de police）而作出的决定，这时我们就可以看出这些含义的差别。从广义上理解，police（治安）一词包括公共权力机关强制要求公民遵守的全部规则。所以，“维护治安的权力”（Pouvoir de police）就是强制实施这些规则的权力。这一意义上的 police 便囊括了法律的各个分支。从狭义上并且限于从行政法的范围内理解，police（公安）一词指“通过总体的或个别的途径，采取某些特定的适当措施，以确保公共安宁、安全与公共卫生为目的的活动。”“公安领导机关”（autorite de police）是经授权行使这方面职权的行政领导机关（autorites administratives）。在日常语言中，police（警察）一词则仅指“保证执行警察领导机关为实行上述基本目的，决定采取的一般的或个别的指令以及适当措施为职责的全体公务人员。”〔1〕（P302）由此可见，在法国，警察既指人员又指机关。由于警察一词是在人员与机关双重意义上使用的，因此，警察权既指作为执行警务活动的人的权力，也指作为警察机关的权力。在更多的时候，是在后者的意义上使用的。例如，我国学者指出：警察权是指由国家宪法、法律赋予警察机关执行警察法规范，实施警务活动的权力。〔2〕（P127）在这一定义中，将警察权的主体界定为警察机关，我认为是一定道理的。当然，对于警察权的内容，在学理上还是存在分歧的。例如，我国学者认为，警察权有广义、狭义之分。广义的警察权是指国家赋予公安机关的一切权力，包括履行警察刑事职能和行政管理职能中所运用的一切权力。狭义的警察权，仅指国家赋予公安机关在进行公安行政管理过程中所运用的权力，即警察行政权。〔3〕（P12）我认为，警察权是警察行政职权与警察刑事职权的统一。

警察权存在的正当根据在于维护社会治安这是毫无疑问的。从历史发展来看，警察的这种社会职能存在一个演变过程。警察，其词源可追溯至雅典语和拉丁语，当时一般是指宪法或者有秩序的共同社会的意思。其后，在中世纪的法国，与封建领主的统治权相联系，为了公共秩序和福利而承认了作为特别统治权的警察权。进而，16 世纪以后，警察一词被用来表示一切国家行政，人们开始称由公权力维持一般社会秩序这件事本身为警察。另一方面，随着时代的发展，国家作用的内容不断扩大，同时也不断分化，司法、外交、军政，以及财政等，从警察中分离出去。在近代国家中，警察只意味着与社会公共福利及维持秩序有直接联系的内务行政。其后，内务行政逐步扩大，在警察国家、绝对主义国家中，发挥了巨大的作用。进入 18 世纪以后，随着法治国家思想的展开，自然法思想得以普及和深入人心，人权的尊重得以强调，警察才被限定为以保护个人的权利和维持治安为目的的作用。〔4〕（P302）由此可见，警察职能是随着社会发展，尤其是随着国家的演变而不断地变化的。警察从一般统治权的概念，到以维护社会治安

为职责的特别统治权的概念，变化是十分巨大的。总起来看，警察越来越变成一个职业化、专门化的概念，从而与社会治安有了密切的联系。这里所谓社会治安意味着社会的秩序与安全。当然，这种秩序与安全是以牺牲公民个人的自由与权利为代价的，因而必须建立在法治的基础之上。对此，法国学者指出：治安的概念是一个相当模糊的概念。然而，尽管它被给予不同的定义，人们似乎一致认为：治安包含着来自权力机关的法令，该法令以一种预防的方式来限制个人活动的自由发展。〔5〕（P87）由于警察权的行使及对公民个人自由与权利的限制，因此，警察权的行使必须遵守一定的原则。这种原则包括以下内容：

### （一）警察公共原则

警察公共原则是指警察权行使具有一定的边界，这就是以维护公共秩序为必要，除此以外，警察权不得干涉。日本学者指出：警察公共原则又包括三项原则，即不可侵犯私人生活原则、不可侵犯私人住所原则以及不干涉民事原则。〔6〕（P37）由此可见，只有出于公共需要，才能行使警察权，而对于私人领域，警察权不得介入，这是警察权行使的首要原则。在理解警察公共原则的时候，关键在于如何区分公共领域与私人领域。黑格尔曾经论述警察在市民社会中的作用，这里的警察，原文为 *Polizei*，在黑格尔的用语中，指广义的内务行政而言，除了军事、外交、财政以外，其他一般内政都包括在内。黑格尔指出，犯罪是作为恶的任性的那种偶然性，普遍权力必须防止它或把它送交法院处理。除了犯罪以外，在本身合法的行动方面和在所有物的私人使用方面被容许的任性，也跟其他个别的人以及跟法院以外实现共同目的的其他公共机关发生外在联系。通过这一普遍的方面，私人行动就成为一种偶然性，这种偶然性越出主体权力控制之外，而对别人造成或可能造成损害或不法。这诚然只是一种损害的可能性，但结果竟于事丝毫无损，这一点却不能同样作为一种偶然性。问题是这些行为含有不法的方面，从而是警察监督和刑事审判的最后根据。〔7〕（P238）根据黑格尔的观点，警察权的使命在于消除阻挠任何一个目的的偶然性，维持一种外部秩序。当然，警察权也会扩张，如同黑格尔所说，当反思极为发达时，警察会采取一种方针，把一切可能的事物都圈到它的范围内来，因为在一切事物中，都可找到一种关系使事物成为有害的。在这种情况下，警察可能在工作上吹毛求疵，干扰个人的日常生活。尽管这是多么惹厌，然而毕竟无法划出一条客观的界线来。〔7〕（P239）看来，黑格尔的观点是悲观的，似乎公共领域与私人领域没有一条截然可分的界线。我认为，尽管公共领域与私人领域的区分是相对的，但仍然是可以区分的，这种区分应当由法律加以规定。这里涉及个人自由与限制的关系：个人自由是目的，限制自由是为了更好地实现自由。1789年法国《人权宣言》第4条规定：“自由就是指有权从事一切无害于他人的行为。因此人的自然权利的行使，只以保证社会上其他成员能享有同样权利为限制。此等限制仅能由法律规定之。”法国学者在解释这一规定时指出：这些为使社会生活成为可能而对个人自由进行的限制，只能由法律来确定（1789年宣言第4条）。这意味着，首先，这些限制只能由负责制定法律的专门机构进行确定；其次，这些限制的确立只能通过整体的抽象的方式来决定，不考虑诉讼事件和个人，而并不依据为某个确定的个人或事件作出的个别的、具体的决定来限定；最后，这些基于整体利益而施加在每个人的个人自由之上的限制对所有人都应

该是一视同仁的，这正是平等原则所得出的直接结果。〔5〕（P181）通过法律限制公民个人的自由和权利，由此使警察权获得了存在的根据。因而，警察权的行使也应当严格地以法律规定为界限。在这个意义上说，公民个人权利与警察权之间存在一种对应关系。但在逻辑上，对于公民来说只要法律没有禁止的，都是可以做的。所以，公民的权利既包括法定的权利，也包括非法定的权利。而对于警察机关来说，只要法律没有规定的，都是不能做的。所以，警察权只能表现为法律规定的职权，法律规定就是警察权的边界，不得逾越。就警察权与警察职权的关系而言，我国学者指出：这是两个有着密切关联但又不完全等同的概念。警察权是警察机关依法进行警务活动的权力，是各种警察职权的集合体；警察职权则是具体警察机关所拥有的权力，它与警察机关的法律层级地位、职责和任务相适应，是警察机关实施警务活动的资格和权能，也是警察权的具体配置和转化形式。〔2〕（P128）我认为，警察权与警察职权是抽象与具体的关系。警察职权是警察权的具体表现，是由各种法律明文规定的。因此，警察权的行使必然以一定的法律为根据。正是这种法律规定，体现了对警察权的限制，从而保证警察权的公共性。

## （二）警察责任原则

警察责任原则是指只对负有责任者行使警察功能。〔6〕（P37）警察责任原则是由警察权的性质所决定的，警察权的使命在于维持公共秩序，这种公共秩序主要是人们在社会生活中自发地形成的，而不是纯人为地建构的。因此，只有在这种公共秩序遭受破坏的情况下，才有动用警察权之必要。警察责任原则意味着，只有对于那些破坏公共秩序进行违法犯罪活动的责任者，为维护法律实施，维持公共秩序，才能对其行使警察权。警察责任原则将警察权行使范围限制为责任者，对于非责任者不能行使警察权，我认为是完全正确的。如果对非责任者行使警察权，就是警察权的滥用，这是法治社会所绝对不允许的。在警察权中，有相当一部分是处罚权，主要是行政处罚权。这种处罚权是一种派生权，具有第二性，也可以说是救济权，它是以存在违法行为为前提的，只有对于那些违法行为，才能予以处罚。因此，警察责任原则是对警察权，尤其是对处罚权发动的限制。

## （三）警察比例原则

警察比例原则是指警察功能仅止于维持公共秩序必要的最低限度。其条件与状态，与秩序违反行为产生的障碍应成比例。〔6〕（P37）警察权的设置与行使，目的都是在于维护社会秩序和公共安全，因此，警察权限应当与此形成比例关系，即维护的公共利益越是重大，赋予警察的权限也相应地大一些，反之亦然。尤其是在警察处罚权的行使中，要使处罚程度与违法程度相适应，两者应成比例。我国有关法律对于警察处罚的规定，都有一定的幅度，在此幅度之内，警察享有自由裁量权。自由裁量权的行使，应当使处罚程度与违法程度相适应。唯有如此，才能做到公正。

## （四）警察程序原则

警察程序原则是指警察权的行使应当严格按照法定的程序。警察权的行使，涉及对公民个人自由与权利的限制，因此，只有经过法定程序才能保证警察权行使的正当性。我国学者指出：警察机关必须依照法定程序行使警察权，不得违反法定程序。实施具体警察职权，应符合与其相应的程序要求，如审查、审议、传唤、讯问、取证、裁决等，

要按照法定程序的一般要求，如说明理由，表明身份等。除了应当遵守公安机关内部行使权力的程序制度外，如审批制度、证明文件制度等，还应遵循行使权力时的法定程序，如调查、取证、告诫、询问、裁决、执行等程序的规定，并且对警察权的行使实行监督、申诉、复议、诉讼等制约制度。这不仅有利于保障相对人的合法权益，也有助于公安机关正确地行使权力。〔2〕（P144）可以说，法定程序是对警察权行使的一种法律限制，防止警察权滥用与扩张，应当使警察权纳入程序的轨道。

## 二

警察机关，在世界各国一般均分为行政警察与司法警察。例如，日本学者指出：警察活动，大体分为行政警察活动和司法警察活动。〔6〕（P40）由此可见，行政警察活动与司法警察活动具有性质上的差别。法国学者在论及这种差别时指出：警察部门的作用，从总体上说，主要是保障具有治安性目标的立法、条例与个人签署的规章得到遵守。行政警察与司法警察两者都为此作出努力，但是两者是通过不同的途径作出这种努力的。法国学者指出：行政警察所做的努力集中在预防犯罪。对于行政警察而言，就是要防止社会秩序受到扰乱，并且在必要情况下，尽可能地恢复受到扰乱的秩序。行政警察应当通过现场指挥，以其指令，并且在必要时，以其行动，让人们遵守法律与条例、规章，同时尊重人的自由。但是，在行政警察的这一作用并未完全实现，社会秩序实际受到扰乱，行政警察只能通过其权力范围内的手段部分恢复受到扰乱的秩序时，如果有人实行了某种犯罪，这时就有必要查找谁是犯罪行为，以便对他们提起公诉。这种调查职能已不再属于预防性质，而属于制裁性质（或者更确切地说，具有对制裁给予合作的性质）。这一调查职责（fonction d' investigation）是司法警察应当履行的职责，它明显不同于行政警察的职责。〔1〕（P304）法国学者以预防犯罪与制裁犯罪作为行政警察与司法警察的职责划分，我认为大体上是准确的。司法警察和行政警察不仅职责不同，而且行使权力的法律根据也是有所不同的。司法警察是指进行犯罪的搜查、嫌疑人的逮捕等作用，这本来是刑事司法权的作用，适用刑事诉讼法。与此相对，作为行政作用的一部分，为了行政上的目的而进行的警察称为行政警察，适用各种各样的行政法规。〔4〕（P303）因此，行政警察主要使命在于维护治安，司法警察主要使命在于侦破犯罪。治安与犯罪，两者既有关联又有区别。犯罪状态是治安好坏的一个十分重要的指数。因此，惩治犯罪有助于治安的维护。但治安又有其自身的特点，它还取决于一般的社会秩序。由此可见，行政警察与司法警察的职能既有联系与衔接，又有区别。正是这种区别性，成为行政警察与司法警察分立的主要根据。

我国公安机关是警察机关，除国家安全机关以外，绝大部分警察权都由公安机关行使。尽管在组织上没有划分为行政警察与司法警察，但在警察职权上，仍然可以划分为警察行政职权与警察司法职权。警察行政职权是指国家依法赋予警察机关及警务人员在进行警察行政管理过程中，为履行警察职责行使的权力。警察刑事职权是指国家通过法律赋予警察机关及其警务人员，在履行警察刑事职能的过程中实施的有关刑事犯罪对策方面的职权。〔1〕（P168、146）在我国，警察的这两种职权是由同一个机关行使的，即统一由公安机关行使，只不过在公安机关内部存在部门上的划分而已。因此，在我国没

有通常意义上的行政警察与司法警察的分设。尤其是在我国法律上，司法警察是一个警种，指在审判、检察机关的警察组织中从事司法诉讼事务活动的警务人员。这个意义上的司法警察与外国的司法警察是两个完全不同的概念，相当于外国的司法警察的是刑事警察，即从事刑事犯罪侦查、预审、执行刑罚的警察。从我国公安机关的设置来看，警察权的设置与行使上，具有以下三个特征：

一是垄断性。即警察权主要由公安机关集中统一行使，形成一种高度垄断的警察体制。我国警察机关除一般警察机关以外，还有专业警察机关，专业警察机关建立在铁路、交通、民航、林业、海关等行业，但在业务上受中央警察机关垂直领导，不受地方警察机关辖制。这种行业性的警察机关，随着这些行业的企业化，形成企业办警察的现象，其不合理性日益明显。这些专业警察机关由于上受到中央警察机关的垂直领导，因而并没有削弱警察权的垄断性。

二是广泛性。我国公安机关行使的警察权极为广泛，包括社会生活的各个方面。以警察行政职权而论，包括以下权力：1. 治安管理权，即维护社会治安秩序，进行治安管理的职权。治安管理权通常由公安机关的治安管理部门行使。2. 道路交通管理权，即维护交通安全和交通秩序，处理交通事故的职权。道路交通管理包括对车辆的管理、对道路的管理、对驾驶人员的管理、对乘客和行人的管理等。道路交通管理权通常由公安交通管理部门行使。3. 消防监督权，即为保护公共财产和公民生命、财产的安全，依法进行火灾预防、补救以及对防火安全进行检察、督促、审查、鉴定、检验的职权。消防监督权通常由消防管理部门行使。4. 户政管理权，即对本辖区内居住的全部人口进行登记造册，实施经常性管理的职权。户政管理权通常由户政管理部门行使。5. 出入境管理权，即对本国公民的出、入境和外国人的出、入境以及居留进行审查、批准、监督的职权。出入境管理权通常由出入境管理部门负责。上述警察行政职权涉及广泛的社会生活领域，警察行政管理范围是十分宽泛的。以警察刑事职权而论，包括以下主要权力：1. 侦查权，即警察机关为搜集证据，审查证据，揭露犯罪，查缉犯罪嫌疑人而进行专门调查取证的职权。2. 刑事强制权，即警察机关为保证刑事诉讼活动的进行，防止犯罪嫌疑人，刑事被告人和罪犯逃避侦查、审判和监管，依法采取对上述人员限制人身自由的职权。3. 刑罚执行权，即警察机关依法对已经发生法律效力刑事判决、裁决所确定的刑罚内容，付诸实施的权力。根据我国法律规定，监禁刑由监狱机关执行，管制、剥夺政治权力、缓刑等由公安机关执行。在刑事司法活动中，我国公安机关也享有广泛的警察权，表现为控制犯罪的权力安排。

三是重大性。我国公安机关不仅行使着广泛的警察权，而且涉及公民的自由、权利、财产的限制乃至剥夺，这是一种十分重大的权力。这些重大权力主要包括以下几种：1. 行政拘留权，指对于违反治安管理处罚条例的行为，公安机关依法处以在短期内剥夺其人身自由的权力。行政拘留的期限，法律规定为1日以上，15日以下；如果一人实施两种以上违法行为，都被处以拘留的，则合并执行期限可以超过15日。2. 刑事拘留权，指对应当逮捕的犯罪嫌疑人，公安机关在法定的紧急情况下，依法剥夺其人身自由的权力。按照法律规定，公安机关在有下列情形之一时，可先行拘留：（1）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后及时被发觉的；（2）被害人或者在场目睹的人指认犯

罪的；(3)在身边或者住所处发现有犯罪证据的；(4)犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；(5)有毁灭、伪造证据或者串供的可能；(6)不讲真实姓名、住址，身份不明的；(7)有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。尽管法律对刑事拘留的案件作了如上规定，但在一般情况下，先拘后捕是公安机关办理刑事案件的一般程序。换言之，公安机关并不严格按照上述法定事由决定刑事拘留，只要有必要的，公安机关都可以先行拘留。刑事拘留的期限，一般为3日；在特殊情况下可以延长1日至4日；对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，可以延长至30日。虽然法律对于刑事拘留期限延长的条件有概括的或者列举的规定，但在实际操作中，这些适用条件并不起作用。只要公安机关认为需要，就可将刑事拘留时间延长至30日。3. 劳动教养决定权。劳动教养涉及对公民人身自由权剥夺长达3—4年之久，实际操作中由公安机关一家决定适用。上述这些我国公安机关行使的警察权，都涉及对公民重大权益的剥夺，但公安机关可单方面决定。

从我国警察权上述三个特征可以看出，我国公安机关行使的警察权是巨大的，对社会生活的各个方面都有影响，对于公民的自由与权利享有限制乃至剥夺的权力。这种状态，是由以往建立在计划经济之上的国家体制所决定的。在这种国家体制之下，国家权力无所不在，统辖整个社会生活，个人则没有自由与权利。由于国家权力的极度膨胀与扩张，个人依附于国家而存在，形成一元政治国家。正如我国学者指出：计划经济体制没有约束，而是极大地强化了国家权力。在这一时期，经济高度一体化、国家与社会高度一体化。计划体制要求用政府权力全面介入和操纵经济活动的各个环节，企业成为政府的附属物，经济成为政治权力操纵的对象。计划经济所要求的权力限制，只是上级对下级的限制，而且这是一种不规范的限制，它不能构成对权力总量的限制，不能构成对权力作用于公民个人自由的限制。〔8〕(P191)在这种政治国家，警察权就成为国家统治权的重要内容。因此，在某种意义上说，政治国家也就是警察国家。随着我国实行经济体制改革，从计划经济向市场经济转轨，出现了政治国家与市民社会二元分立的格局。市场经济是一种以竞争为其原动力的经济形式，竞争是以自由为前提的，没有自由就没有竞争。竞争是与垄断相排斥的，计划在一定意义上说就是一种垄断。在市场经济体制下，经济上的自由必然带动社会结构的转变，对传统的一元的政治国家形成冲击。在这种情况下，公民自由和权利的扩大就势所必然。由此可见政治上的自由与经济上的自由具有内在同一性。正如美国学者萨缪尔森指出：“从帝王专制下得来的政治自由和从国家法令的干预下解放出来的自由市场价格制度，这二者是密切相关的。”〔9〕(P333)在政治国家与市民社会二元分立的社会，国家权力必然受到公民权利的限制，国家与个人不再是单方的限制关系，而是双方的互动关系。基于以上分析，我认为警察权同样面临着缩小与限制的命运。

不可否认，在我国从计划经济向市场经济转变过程中，随着现代化进程的启动，我国在经历着一次又一次的犯罪浪潮。20世纪80年代中期，我国出现了建国（1949年）以来第四次犯罪高峰期。前三次高峰期刑事大案最多为5万起，而第四次高峰期则达10万起以上。〔10〕(P41)从1983年开始我国对严重刑事犯罪实行“严打”，在一个时期内严打有效地刹住了犯罪分子的嚣张气焰，使犯罪率有所下降，治安状况有所好转。

但是，进入 90 年代以后，随着改革开放逐步深入扩大，市场经济迅速发展，各种社会矛盾明显暴露，犯罪像洪峰一样逐年上涨。90 年代中期发案率上升到 80 年代前半期的 8 倍，而且居高不下。由此，我国出现第五个犯罪高峰。〔11〕（P14）在这种犯罪压力之下，社会出现了对警察在镇压犯罪中的更高期待。因而，在短时间内，我国警察权的限制是不可能的，甚至还会有扩张的趋势。社会为避免犯罪的侵害，不得不忍受警察权带来的对公民个人自由与权利的限制。但是，随着犯罪得到有效的遏制，尤其是随着我国刑事法治发展，对于警察权的缩减与限制是十分必要的。我认为，对我国警察权的缩减与限制，主要通过分权的途径，即由一个机关垄断行使的警察权改变为由多个机关分散行使的警察权，并且个别权力也可以非警察化。

首先，行政警察与司法警察应当分立。警察行政职权与警察刑事职权由不同的警察机关行使，这是警察权分立的第一个步骤。在我国目前大一统的警察权体制下，警察行政职权与警察刑事职权是由同一个机关行使的。这种体制有利于控制犯罪，即把警察行政职权作为警察刑事职权的辅助手段，使犯罪能够得到更为有效的惩治。例如，日本学者指出：警察的任务是实施预防、镇压犯罪及搜查、逮捕犯罪嫌疑人等与犯罪相关的各种活动，公共安全和秩序。与犯罪有关的警察活动是犯罪的预防和搜查，是事前防止犯罪发生的警察活动，它以设置警戒体制、制止犯罪行为或清除诱发犯罪的因素等防范活动的内容。所谓搜查，是指在犯罪发生之后，收集证据，羁押犯罪嫌疑人，为审判做准备活动。〔12〕（P166）上述预防犯罪主要是行政警察的职责，对犯罪的搜查，则是刑事警察的职责。在犯罪发生以前，行政警察的犯罪预防活动中能够得到各种各样的犯罪线索，在行政警察与刑事警察一体化的情况下，更加有利于镇压犯罪。但与此同时，也常来一个负面影响，也就是公安机关凭藉警察刑事职权的行使以完成警察行政职责。也就是说，通过警察刑事职权的行使，将尽可能多的不稳定分子送入司法流水线，造成对检察院与法院的压力。因为在我国目前刑事司法体制下，犯罪的决定权实际上掌握在公安机关手里，公安机关是公、检、法这条司法流水线的入口，一旦进入这条司法流水线，启动刑事司法程序，定罪就几成定局。在这种情况下，通过惩治犯罪缓解社会治安的压力，就成为公安机关完成其职责的一条捷径。只有将警察行政职权与警察司法职权分离，将警察司法职权纳入检察官的约束之下，使警察刑事职权成为搜集证据，指控犯罪的一项辅助性工作，定罪权完全由法官行使，才能有效地改变警察刑事职权为警察行政职权服务的不正常状况。在这种情况下，作为承担维护治安、预防犯罪使命的行政警察，就必须通过行政手段而非刑事手段做好犯罪预防工作，从而防止了警察刑事职权的滥用。行政警察与司法警察的分立，也是大陆法系之通例。将司法警察从警察中分离出来，就是要独立地设立司法警察局或者刑事侦查局。司法警察局在地方（地、县）与公安机关在组织体制上分离，但在省和中央归属于公安厅和公安部统一领导，也就是对司法警察实行垂直领导，与地方公安机关不存在组织上的归属，只存在业务上的协作关系。由此可见，这种分离只是相对的分离而不是绝对的分离。除了行政警察与司法警察分立以外，行政警察内部还要根据职责分工进一步分立。例如目前已经具有相对独立性的消防局、交通管理局、出入境管理局和看守所都可以独立。此外，户籍管理具有民政的性质，其业务可以归入民政局。剩下的狭义上的警察职责就是维护治安，行使治安处



罚权，可以称为警察局或者治安警察局。

通过以上改造措施，虽然中央或者省（自治区或直辖市）还存在统一的警察机关，地方的警察机关行使的警察权予以分解。我认为，这种有限的分权可以防止警察权的滥用。在学说史上，分权的思想可以追溯到洛克，此后孟德斯鸠进一步发展了分权思想。这里所说的分权，一般是指三权分立，即立法权、行政权与司法权的分立。分权的目的在于以权力约束权力。因为根据孟德斯鸠的观点，一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用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，就必须以权力约束权力。〔13〕（P154）我认为通过分权以约束权力，不仅适用于立法权、行政权和司法权，而且也适用于行政权或者警察权。一个部门或者一个机关权力过于集中，难以防止这种权力的滥用。适当的分权，可以使权力之间起到一种制衡的效果，对于警察权也是如此。

### 三

警察刑事职权是警察权的重要组成部分，从各国法律规定来看，警察刑事职权的主要内容就是侦查权，以及为保证侦查顺利进行而适用的刑事强制措施权。

在刑事诉讼法上，侦查是指有侦查权的机关、人员收集、审查证据，揭露犯罪事实，证实犯罪人，为起诉和审判作准备的诉讼活动。由于侦查与起诉、审判是紧密相联的诉讼程序，因此，侦查在刑事诉讼程序中的地位以及与其他程序的关系，就是一个值得研究的问题。这个问题，在刑事诉讼理论上称为侦查构造论。关于侦查构造论，在日本刑事诉讼法学界存在以下三种观点：〔6〕（P25）一是纠问式的侦查观，即在纠问主义诉讼结构中的侦查活动的性质，在这种侦查活动中，侦查机关具有单方面的强制权，而犯罪嫌疑人只是消极的侦查客体。二是控辩式的侦查观，即在控辩主义诉讼结构中的侦查活动的性质，在这种侦查活动中，控辩双方在法律地位上是平等的，侦查机关不得单方面对犯罪嫌疑人实行强制，但侦查是为将来的审判作准备，为了确保被告人与证据，法院可以实施强制。三是诉讼上的侦查观，认为侦查程序就是由检察官、警察以及被害人组成的诉讼构造，侦查程序是具有独自的独立程序，而不是审判的准备程序。我认为，上述三种侦查构造的观点，表明对于侦查在刑事诉讼中的地位各自不同的认识。这里涉及到底是侦查中心还是审判中心的问题。如果坚持以侦查为中心，那么审判对于侦查只具有依赖性，必然强调侦查在刑事诉讼中的重要地位。如果坚持以审判为中心，那么侦查只不过是审判的一种预备活动而已。正确地认识侦查程序在刑事诉讼中的地位，我认为一方面要看到侦查程序是刑事诉讼的启动程序，没有侦查也就没有审判。当然，有侦查也并不必然导致审判，例如在不起诉等情况下就是如此。由此可见，侦查程序在刑事诉讼中具有一定的独立性。另一方面又要看到侦查程序毕竟不是决定犯罪嫌疑人的最终命运的程序，在绝大多数情况下，侦查是为审判作准备，因此不可否认侦查具有对于审判的一定依附性。基于这样一种认识，我认为侦查活动一方面是侦查机关一种自主的活动，另一方面侦查活动又要受到有关的限制。这里涉及侦查活动的性质问题，有必要深入研究。

基于侦查程序的性质，在大陆法系理论上，存在行政程序说与司法程序说之分。

〔14〕(P1 以下)行政程序说认为, 侦查程序是作为行政官署的侦查机关主宰的, 以发现犯罪嫌疑人和犯罪事实为中心任务的程序。侦查程序在相当大的程度上具有不同于司法程序的特点, 它不容易受到法律的约束, 在侦查行为的效果上, 首先注重的是合目的性, 而不是合法性。侦查程序本质上乃是行政程序。司法程序说认为, 侦查程序固然须强调国家机关的权力, 并且具有相当的隐蔽性, 但它必须遵守法定的程序, 即使是从查明事实真相的角度出发, 也有必要对侦查程序进行法律约束。考虑到对侦查程序的法律约束的要求以及保障市民社会基本人权的需要, 侦查程序虽然不能与审判程序同等对待, 但可以视为一种类似的司法过程。因此, 侦查程序是一种司法程序。我认为, 侦查程序到底是行政程序还是司法程序, 关键在于如何理解行政与司法。就行政而言, 是一种公共管理活动。如果把侦查活动视为一种行政活动, 侦查机关就是行政主体, 犯罪嫌疑人就是行政相对人, 是行政客体。因此, 侦查活动就是侦查机关与犯罪嫌疑人之间的一种追查与被追查的关系。就司法而言, 是一种裁判活动。如果把侦查活动视为一种司法活动, 那么在侦查活动中除了侦查机关和犯罪嫌疑人以外, 必须要包括作为裁判者的第三方——法官的参与。在这种侦查构造中, 侦查活动就不是一种简单的侦查机关与行政相对人之间的追查与被追查的活动, 而是侦查机关与犯罪嫌疑人的一种追查与反追查的活动, 这里的反追查意味着犯罪嫌疑人享有同侦查机关对抗的权利。法官就成为中立的裁判者, 保证侦查活动依法进行。我国学者一般认为, 侦查活动兼具司法和行政双重特征。侦查活动为正确判明案件事实最终实现国家刑罚权的司法活动提供基础、创造条件, 因此是一种广义上的诉讼活动, 即具有司法性质。同时, 侦查活动具有纵向管理特征和行政组织方式, 因此又具有显著的行政性。〔15〕(P183)我认为, 侦查活动为司法活动提供基础、创造条件尚不足以表明侦查活动本身具有司法性, 只有在法官参与下的侦查活动才具有司法性。

在刑事法治中, 侦查活动应当改变单纯行政程序的性质, 引入司法裁判机制, 使侦查活动兼具行政性与司法性。侦查活动的行政性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。侦查活动的司法性表现为官方的侦查行为必须尽可能地做到客观公正, 并且受到法律的严格约束。〔14〕(P5、8)行政性是为了保证侦查活动的效率, 使犯罪得以及时证明, 犯罪人受到及时惩治。司法性则是为了保证侦查活动的合法性, 避免在侦查活动中造成对犯罪嫌疑人的合法权益的损害。

我国公安机关在侦查活动中享有广泛的警察刑事职权。公安机关人民警察的侦查权, 是指公安机关人民警察查明和证实犯罪、查获犯罪人, 而依法采取的专门调查工作和有关强制性措施的权力。〔16〕(P265)公安机关人民警察的侦查权, 也称为警察侦查权。由于警察在侦查活动中起重要作用, 因而各国法律都赋予警察在侦查过程中一定权力, 授权采取各种侦查行为, 以保证侦查的正常进行。例如, 各国刑事诉讼法规定侦查行为主要有: 询问被告人或犯罪嫌疑人, 询问证人, 勘验, 检查, 搜查, 鉴定, 侦查实验, 对质和辨认, 查封和扣押, 通缉, 等等。此外, 还有采取刑事强制措施的权利。刑事诉讼中的强制措施, 是法定机关为了使犯罪嫌疑人或被告人接受审讯、保全证据及保证刑罚之执行, 在诉讼进行中所采取的暂时限制其人身自由的强制方法。从强制措施的

种类上说,传唤、拘留、逮捕、羁押基本上为各国刑事诉讼法所共同,当然有的国家在提法上有所差别,但在含义上则基本相同。〔17〕(P135)我国公安机关的侦查权,一般认为包括以下内容:〔16〕(P270)(1)传唤权,即公安机关人民警察在侦查阶段通知犯罪嫌疑人于指定的时间自行到达指定地点或到其住处接受讯问的权力。(2)讯问犯罪嫌疑人权,即公安机关人民警察为了查明案件事实和其他有关情况,依照法律程序,以言词方式对犯罪嫌疑人进行审问的权力。(3)询问证人、被害人权,即公安机关人民警察依照法定程序,以言词的方式向了解案件真实情况的人、受犯罪行为侵害的人进行调查的权力。(4)勘验、检查权,即公安机关人民警察依法对与犯罪有关的场所、物品、尸体或人身等亲临查看、寻找和检验,以发现和固定犯罪活动所遗留下的各种痕迹和物品的权力。(5)搜查权,即公安机关人民警察为了收集犯罪证据,查获犯罪人,对犯罪嫌疑人以及可能隐藏犯罪人或犯罪证据的人身、物品、信息和其他有关地方,依法进行搜索、检查的权力。(6)扣押物证、书证权,即公安机关人民警察在勘验、搜查中,对发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或无罪的物品、文件,依法予以扣留的权力。(7)鉴定权,即公安机关人民警察在侦查刑事案件的过程中,为解决案件中的某些专门性问题,依法指派或者聘请有专门知识的人进行鉴别和判断的权力。(8)通缉权,即公安机关人民警察在侦查刑事案件的过程中,对应当逮捕而在逃的犯罪嫌疑人,依法通令缉拿归案的权力。(9)技术侦查权,即公安机关人民警察在侦查过程中依法运用现代科学技术侦破刑事案件,发现罪犯和查找罪证的权力。在警察侦查中,除上述权力以外,我国公安机关还享有刑事强制措施权。公安机关在侦查活动中,可以采取限制或剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身自由的强制方法,包括:拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕。在上述刑事强制措施中,除逮捕需经人民检察院批准以外,其他强制措施均可由公安机关直接决定采用。从上述情况可以看出,我国公安机关在侦查活动中享有广泛且巨大的警察权,它虽然有助于对犯罪的有效控制,但如果不加限制而被滥用,就会带来侵犯人权的消极后果。从刑事法治的理念出发,我国侦查活动中的警察权的合理构造,应当考虑以下几个问题:

### (一) 侦查制约

警察侦查是我国侦查的主要形式,承担着主要的侦查职责。但从刑事法治的标准来看,存在侦查过于集中的倾向。我认为,侦查机制的改造应从考虑警察机关内部的适当分权,以加强互相之间的制约。

#### 1. 侦羁分离

侦羁分离,是指侦查机关与羁押机关的相对分离,即看守所独立于侦查机关。看守所是在审判前暂时羁押被采取强制措施的犯罪嫌疑人的场所。我国的看守所隶属于公安机关的预审部门,预审部门对看守所进行监管。因此,看守所也就是预审部门的办公场所。这种看守所隶属于侦查机关的体制,虽然有利于提高侦查效率,但同时也造成一些弊端,这就是为刑讯逼供提供了便利条件。由于看守所隶属于侦查机关,因此看守所的职责就不仅是看管犯罪嫌疑人,而且也有破案或者至少协助破案的职责。犯罪嫌疑人一旦被采取强制措施进入看守所,就在侦查机关的一手控制之下。虽然我国检察机关有对监所检察的职权,但并不能从根本上解决问题。嫌疑人如果不在一个相对中立的机关的

羁押之下，很难防止侦查活动中侵犯犯罪嫌疑人权利现象的发生。关于羁押场所的中立性，是各国刑事诉讼活动中遇到的一个问题。例如，日本刑事诉讼法规定，羁押关押场所是监狱，监狱包括警察的看守所。警察看守所被称为“代用监狱”，实务中犯罪嫌疑人的羁押关押场所大多使用代用监狱。对此，在日本刑事诉讼法学是存在以下两种观点：一是代用监狱存置论，主张保留代用监狱，理由是全国只有117座拘留所，而警察的看守所则比较多。从讯问犯罪嫌疑人等的侦查需要来看，犯罪嫌疑人人身羁押在附近的侦查机关比较方便。二是代用监狱废止论，认为把羁押关押场所定在代用监狱，人身终日在侦查当局的控制之下，可能出现强迫自首的情况，羁押关押场所原则上应定在拘留所，代用监狱应作为例外。对此，日本学者田口守一的观点是：这个问题与讯问犯罪嫌疑人问题有关。如果能消除讯问的封闭性，保障讯问的任意性，就会降低羁押场所问题的重要程度。如果不改善问题，那么根据代用监狱例外说的主张，否认、沉默案件和重大案件的羁押，尤其应该羁押在拘留所。不过，如果能够给予犯罪嫌疑人会见等便利时，也可以在代用监狱中执行羁押关押。〔6〕（P56—57）由此可见，日本学者对这一问题带有一定的折衷味道，但关键在于：讯问的封闭性与任意性，恰恰是侦查机关为取得侦查效果所刻意追求的，当羁押场所隶属于侦查机关的情况下，这种讯问的封闭性与任意性怎么可能避免呢？在英国，为改变警察将犯罪嫌疑人置于一种“帮助警察进行调查”（helping the police with their inquiries）的不利境地，《警察与刑事证据法》创立了一种新的警官类型，叫作看守官。第一个“指定”的警局——即有条件在相当长时间内羁押犯罪嫌疑人的警局——在任何时间都必须有一名看守官值班。看守官应当由警士（Sergeant）以上警衔的警官担任，但无需专门的培训。看守官一职极其重要，它承担着保障犯罪嫌疑人权利的重要职责。看守官独立于对被羁押犯罪嫌疑人的任何调查程序。因而，当一名警官履行看守官职责时，他不得参与从犯罪嫌疑人那里收集证据的调查活动，也不得参与针对犯罪嫌疑人的证据收集活动<sup>①</sup>。〔18〕（P192）这种独立的看守官的设立能够在一定程度上保障犯罪嫌疑人的权利。以上做法，在我国看守所体制改革中值得借鉴。我认为，在目前的体制下，要进一步加强监所检察的工作力度，使驻所检察员享有更大的监督权，从而承担起保障犯罪嫌疑人权利的职责。从长远来看，应当将看守所从公安机关分离，隶属司法行政部门<sup>②</sup>，从而形成对警察侦查权的制约。

## 2 侦查分离

侦查分离是指侦查机关与鉴定机关的相对分离，即司法鉴定部门独立于侦查机关。在我国刑事诉讼法中，鉴定被认为是一种侦查行为。例如，我国学者指出：侦查中的鉴定，是指鉴定人接受司法机关的委托或者聘请，运用专业知识对案件中的某些专门性问题进行分析研究和鉴别的一种行为。〔15〕（P200）因而，我国将刑事诉讼中的所有鉴定

① 我国学者在论及英国侦查模式时指出：在英国侦查警察（investigation officers）与羁押警察（custody officers）之分。羁押警察由于不承担具体的调查工作，长期驻守在羁押场所，并一般具有高于侦查警察的警衔和相对于后者的独立性，因此能够对侦查活动（尤其是羁押措施）的合法性实施一定的制约。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288—289页。

② 我国学者指出：看守所不独立于侦查机关，就不可能杜绝羁押场所内的违法行为。必须将看守所从公安局分割出来，可以仿监狱设置，人事、财政等均由司法局管理。参见唐亮：《中国审前羁押的实证分析》，《法学》2001年第7期，第35页。

都称为司法鉴定。根据我国刑事诉讼法及司法解释的规定，公检法三机关都有司法鉴定决定权，而犯罪嫌疑人和被害人则只有司法鉴定的申请。我认为，刑事诉讼活动中的鉴定不应一概称为司法鉴定，而应分为侦查鉴定与司法鉴定。侦查鉴定是由侦查机关自行决定指派或者委托鉴定人所作的鉴定。这种鉴定是侦查的一种辅助手段，通常由公安机关自设的技术部门作出。这种鉴定具有内部性、单方性，是侦查行为之一种。侦查鉴定不能等同于司法鉴定，司法鉴定应当是由中立的第三方作出的鉴定，这种鉴定结论才具有证据的效力。因此，在审判阶段，除非被告人没有异议，否则侦查鉴定不能当然地采纳为定罪证据。我国目前普遍存在自侦自鉴的现象，即在同一个案件中，鉴定人既参加鉴定活动又参加侦查活动。我国学者提出鉴定活动与侦查活动分离原则，即公安机关的部门鉴定机构必须相对独立，不能设置在侦查部门之内。〔19〕（P62 以下）我认为，这一观点是有道理的。侦查分离是公安机关内部加强鉴定活动对侦查活动制约的一种手段。作为司法鉴定，更应当强调它的独立性、中立性与权威性。

## （二）控辩平衡

在侦查程序中，警察机关的侦查活动具有主动性与主导性，这是毫无疑问的。但这并不意味着在侦查程序中，犯罪嫌疑人只是被追查的消极客体，为保障犯罪嫌疑人的人权，各国刑事诉讼法都规定了犯罪嫌疑人在侦查程序中享有一定的权利。这些权利包括：1. 获知本人被告发的权利。犯罪嫌疑人有要求告知被控告犯罪的权利。2. 辩护权，包括犯罪嫌疑人自己为其辩护和聘请（或依法指派）律师为其辩护的权利。例如美国宪法第 6 条修正案规定：在所有的刑事诉讼中，被告人享有……接受律师帮助自己辩护的权利。美国纽约州《刑事诉讼法》第 170°10 条和第 180°10 条规定，被传讯的被告人，在被传讯时及在此以后的任何诉讼阶段，有权得到律师的帮助。如果他应传出庭时没有律师，他有下列权利：（1）要求为得到律师而暂停诉讼；（2）不受控制地、用书信或电话的方式为得到律师而自由地与外界联系，告知亲友他已被控犯罪；（3）如果他因经济原因不能得到律师，可以要求法院为其指定律师，除非由于起诉书仅控告一个或数个交通肇事罪而不适用本项规定。3. 沉默权或拒绝回答权。沉默权是各国刑事诉讼法所普遍确认的一项权利。沉默权通常是在刑事诉讼中产生的，主要发生在侦查、预审或审查起诉、审判阶段。根据各国法律的规定，在这些阶段讯问犯罪嫌疑人和被告人时，被讯问人有权保持沉默。沉默权赋予犯罪嫌疑人以一种拒绝回答权，它的理论基础是无罪推定原则。正如英国学者提出：沉默权是无罪推定的重要组成部分。既然国家指控一个公民有罪，那么，就必须承担举证责任。只有已经以适当的方式履行了该项责任，惩罚才具有正当性。〔18〕（P191）4. 申请调取证据、询问证人、鉴定人和翻译人员的权利。5. 了解侦查案卷材料或案情的权利。例如美国联邦法院制定了先悉权原则，根据此项原则，被告人及其律师可以查阅被告人向警察官员或大陪审团所作的供词或陈述。6. 提出申诉或提出某些申请的权利。上述权利的规定，使得犯罪嫌疑人在侦查程序中在一定程度上能够形成与警察侦查的对抗性，从而达致控辩平衡。

在我国侦查程序中，犯罪嫌疑人的权利没有得到充分保障。例如，各国刑事诉讼法都规定了在侦查程序中，犯罪嫌疑人享有获得辩护，尤其是律师辩护的权利。我国《刑事诉讼法》中，犯罪嫌疑人在侦查程序中，辩护主要是指自我辩护，即当侦查人员对犯

罪嫌疑人进行讯问，犯罪嫌疑人对指控的罪行可以进行辩解，即犯罪嫌疑人可以辩解自己无罪。即使在承认有罪的情况下，也可以提出证明自己罪轻、减轻或免除刑事责任的证据。在侦查程序中，律师辩护是不被允许的，但法律规定犯罪嫌疑人可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。这一规定使律师介入刑事案件的时间提前到侦查阶段，在一定程度上扩大了犯罪嫌疑人的诉讼权利。但由于在司法实践中，律师在侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律援助还受到各种阻力，因而犯罪嫌疑人在侦查程序中的辩护权难以真正落实。更为重要的是，我国刑事诉讼法不仅没有赋予犯罪嫌疑人在侦查程序中享有沉默权，而且规定了犯罪嫌疑人具有如实供述的义务。我国《刑事诉讼法》第93条规定：犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。但是对与本案无关的问题，有拒绝回答的权利。在解释上述规定时，我国学者指出：侦查人员向犯罪嫌疑人提问，犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答，即既不夸大，也不缩小，更不得隐瞒。这是我国法律对犯罪嫌疑人的要求，是本着实事求是的精神和原则提出的。同时又规定对与本案无关的问题，犯罪嫌疑人有拒绝回答的权利。这样规定是为了保证讯问紧紧围绕查明案情、揭露犯罪这一中心问题进行，防止涉及与案件毫无关联的国家秘密或纯属个人隐私等现象的发生。〔20〕（P138）由此可见，这一规定主要体现的是查明犯罪事实的犯罪控制理念，而没有体现对犯罪嫌疑人的权利保障。尤其是这一规定使犯罪嫌疑人处于一种自证其罪的地位，从而与无罪推定原则形成明显的价值冲突。至于拒绝回答与本案无关的问题的权利，说成是犯罪嫌疑人的诉讼权利，〔21〕（P399）恰恰表明在我国侦查程序中犯罪嫌疑人没有权利。因为对于与本案无关的问题，侦查人员根本不当讯问，它不属于讯问内容，这应当是讯问的起码准则。侦查人员违反这一准则，犯罪嫌疑人拒绝回答，岂能成为犯罪嫌疑人的诉讼权利？

根据以上分析，我认为在我国侦查程序中，警察权与犯罪嫌疑人的权利是严重失衡的。正如我国学者指出：在我国刑事侦查程序中，犯罪嫌疑人承担着被迫自证其罪的义务，辩护律师所能提供的帮助极为有限，嫌疑人的诉讼主体地位受到极大的削弱，甚至成为诉讼的客体。〔22〕（P335）这种状况表明，我国刑事法治还处在一个低水平上，犯罪嫌疑人的权利还没有得到充分的保障。为了实现在侦查程序中控辩之间的平衡，使侦查活动不仅成为查明犯罪、证实犯罪的活动，而且也成为保障人权、尊重人权的活动，我认为侦查程序应当进一步强调犯罪嫌疑人的权利。

首先，在落实侦查阶段律师提供法律援助权利的基础上，引入律师的实质辩护权，包括调查取证等权利，从而形成积极的控辩平衡。在我国1979年刑事诉讼法中，律师介入是在提起公诉以后，在侦查和审查起诉阶段律师不能介入。1996年刑事诉讼法修改中，将律师介入时间提前到侦查阶段这是一个历史性的进步。但刑事诉讼法将审判前律师介入的活动定性为提供法律援助而不是辩护。这里的提供法律援助，刑事诉讼法规定为提供法律咨询、代理申诉、控告，即就犯罪嫌疑人涉嫌的实体法问题，在侦查中犯罪嫌疑人的权利义务问题等提供法律咨询；代犯罪嫌疑人申请解除强制措施；代犯罪嫌疑人控告侦查人员的刑讯逼供、变相拘禁行为。但法律同时对这种律师提供法律援助权利的行使规定了两点限制：一是涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘请律师，应当经侦查机关批准。二是律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员

在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。由于侦查机关在思想认识上并未摆正犯罪侦查与人权保障的关系，因而法律规定的侦查阶段的律师法律援助的权利得不到切实的落实。主要表现就是对律师会见权加以限制或者剥夺，使得律师在侦查阶段会见犯罪嫌疑人十分困难，当然也就说不上提供切实的法律援助。在这种情况下，侦查活动仍是在相对封闭的条件下进行的，刑讯逼供、违法取证等现象难以杜绝，而法律赋予律师代为犯罪嫌疑人行使的控告权无法实现。我认为，刑事诉讼法规定的在侦查阶段的律师法律援助权要依法加以落实。不仅如此，还要进一步赋予在侦查阶段律师的实质辩护权，例如侦查人员讯问时的在场权、调查取证权等。只有这样，才能提升侦查阶段控辩的对抗性，保障犯罪嫌疑人的合法权利。

其次，赋予犯罪嫌疑人沉默权，改变犯罪嫌疑人自证其罪的情况。从刑事诉讼发展史来看，沉默权是在反对纠问式诉讼的斗争中确立起来的一项诉讼权利，其要旨在于当一个公民被指控为罪犯的时候，他有权拒绝向控方提供可能对其不利的任何信息，从而在刑事诉讼过程中保持沉默。沉默权，建立在以下三个理念基础之上：（1）无罪推定。无罪推定是指任何公民未经法定程序而由有权机关确定有罪之前，均应当被假定为无罪。根据无罪推定的原则，举证责任应当由控方来承担，被告人没有自证其罪的义务。在这种情况下，被告人保持沉默，不作不利于自己的供述，就不应当带来任何不利于自己的法律后果。在这个意义上说，沉默权的实质就是反对自我归罪的特权。因此，沉默权是无罪原则的题中应有之义。如果没有实行沉默权，那么就不可能具有真正意义上的无罪推定。（2）人权保障。在人权理论上，可以将人权分为实体上的人权与程序上的人权。实体上的人权直接涉及终极利益的处置，当然是十分重要的。程序上的权利虽然具有工具价值，但是，这种权利对于保障实体上的权利具有重要意义。可以说，离开了程序上的权利，实体上的权利就不可能真正实现。因此，沉默权作为一项程序上的权利，对于保证刑事诉讼的公正具有重要意义。沉默权意味着被告人在刑事诉讼过程中的自主性：在必要的情况下，提供有利于本人的供述；否则，保持沉默。在这种情况下，被告人才是诉讼的主体而不是诉讼的客体。（3）诉讼人道。纵观整个刑事诉讼的历史，可以清晰地发现一条从野蛮到文明的发展线索。在严刑拷问与刑讯逼供的刑事诉讼制度中，唯一的目的就是要被告人招供。因而，被告人对于刑讯的肉体承受能力就成为区分有罪与无罪的标准。在这种诉讼制度中，人无任何尊严可言，使人不成其为人。当被告人具有沉默权的情况下，刑讯就失去了其存在的合法性与合理性根据。因而，沉默权是诉讼文明的重要标志。长期以来，我国的刑事诉讼活动实行“坦白从宽，抗拒从严”的政策，并且在刑事诉讼法中明文确认了被告人的如实陈述的义务。根据我国刑事诉讼法的规定，被告人应当如实回答司法人员的询问，并且将是否如实回答作为被告人的认罪态度好与不好的一个检验标准。在这种情况下，被告人是不享有沉默权的。尽管我国刑事诉讼法规定了无罪推定的原则，但由于未实行沉默权制度，因而无罪推定原则的实行是不彻底的。尤其是在我国司法实践中，还存在着大量的刑讯逼供的现象。刑讯逼供现象的存在原因是十分复杂的，但没有赋予被告人以沉默权不能不说是一个重要的原因。因此我认为，随着我国刑事法治的加强，逐渐地使我国的刑事法治民主化、科学化，就必然要引入沉默权的制度，这是大势所趋。当然，沉默权的规定与惩治犯罪的需要之间是存在一

定的矛盾的。沉默权体现的是对被告人权利的保障，这是人权思想的表现；而惩治犯罪的需要体现的是对社会的保护。当两者发生冲突的时候，到底是前者优先还是后者优先，这确是一个两难的选择。我认为，应当把人权保障放在一个重要的位置上，而且对犯罪的惩治也应当以一种人道的与文明的方式进行，唯有如此，才能实现刑事法治。沉默权之引入我国刑事诉讼程序，尤其是引入侦查程序，将会给我国侦查阶段的控辩关系带来重大影响，对于保障犯罪嫌疑人的权利具有十分重大的意义。当然，沉默权的引入，对于控制犯罪也会造成一定的冲击，这也正是否定沉默权的某些学者所担忧的。我认为，这个问题需要通过提高侦查人员的自身素质来解决，尤其是要克服在办案当中过份依赖犯罪嫌疑人人口供的习惯，改变口供中心主义。同时，也要有一些沉默权的例外规定，从而取得控辩之间的平衡。

### （三）司法审查

基于公检法三机关互相制约、互相配合这样一种司法流水线式的刑事司法体制，在我国是不存在对侦查活动的司法审查的。而在法治国家，对侦查活动进行司法审查是司法的题中之义，唯此才能使侦查活动具有诉讼性。

对侦查活动的司法审查，主要是指侦查活动中采取的剥夺或者限制人身自由或者其他权益的强制性措施，除例外情形以外，由司法机关作出决定，而侦查机关自身无权决定。从各国司法制度来看，均实行所谓令状主义。令状主义来自 1679 年英国的《人身保护法》，该法规定了被羁押者可以向法官申请人身保护令，可以要求被保释。对于依人身保护令而被释放者以及被保释者不得以同一原因再次被羁押，故意违反者，将被科处罚金。当然，随着控制犯罪的需要，英国对警察逮捕权的司法制约机制也有弱化的趋势。<sup>〔23〕</sup>但从总体上说，通过令状制度对侦查机关的羁押以限制，这是各国立法之通例。

我国目前公安机关具有刑事拘留权，而逮捕权则由检察机关行使。就刑事拘留权而言，是公安机关一家之权力，缺乏制约。就逮捕权而言，检察机关的行使可以起到对公安机关的制约作用。当然，在检察机关直接管辖的案件上，同样存在自侦自捕的问题。从刑事法治的长远发展来看，将司法审查机制延伸到审判之前，从而有效地保障被告人的正当权益是完全必要的。但在当前，可以通过强化检察机关对于公安机关的制约，使检察官担负起一定程度上的法官之前的法官之职能，未必不是一种可行的办法。当然，检警双方同属控方，具有诉讼利益上的一致性，只有通过扩大实质上的辩护权，才能取得控辩平衡。

### 参 考 文 献

〔1〕〔法〕卡斯东·斯特法尼，等：《法国刑事诉讼法精义（上）》〔M〕，罗结珍，北京：中国政法大学出版社，1998。

〔2〕惠生武：《警察法论纲》〔M〕，北京：中国政法大学出版社，2000。

〔3〕高文英，严明：《警察法学教程》〔M〕，北京：警察教育出版社，1999。

〔4〕杨建顺：《日本行政法通论》〔M〕，北京：中国法制出版社，1998。

〔5〕〔法〕莱昂·狄骥：《宪法学教程》〔M〕，王文利，沈阳：辽海出版社，春风文艺出版社，1999。

〔6〕〔日〕田口守一：《刑事诉讼法》〔M〕，刘迪，等，北京：法律出版社，2000。

〔7〕〔德〕黑格尔：《法哲学原理》〔M〕，范扬，张企泰，北京：商务印书馆，1961。



- 〔8〕孙国华. 市场经济是法治经济〔M〕. 天津: 天津人民出版社, 1995.
- 〔9〕〔美〕萨缪尔森. 经济学(上册)〔M〕. 高鸿业, 等. 北京: 商务印书馆, 1988年.
- 〔10〕中国现阶段犯罪问题研究论文集(第1集)〔C〕. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1989.
- 〔11〕曹风. 第五次高峰——当代中国的犯罪问题〔M〕. 北京: 今日中国出版社, 1997.
- 〔12〕〔日〕大谷实. 刑事政策学〔M〕. 黎宏, 北京: 法律出版社, 2000.
- 〔13〕〔法〕孟德斯鸠. 论法的精神(上册)〔M〕. 张雁深, 北京: 商务印书馆, 1961.
- 〔14〕孙长永. 从侦查程序与人权——比较法考察〔M〕. 北京: 中国方正出版社, 2000.
- 〔15〕徐静村. 刑事诉讼法学(上)〔M〕. 北京: 法律出版社, 1997.
- 〔16〕杨玉海. 邢曼媛. 公安机关人民警察权力简论〔M〕. 北京: 群众出版社, 1999.
- 〔17〕陈光中. 外国刑事诉讼程序比较研究〔M〕. 北京: 法律出版社, 1988.
- 〔18〕〔英〕安祝·桑达斯, 瑞查德·扬. 英国警察权力与犯罪嫌疑人权利的立法平衡与实践〔A〕. 陈光中, 江伟. 诉讼法论丛〔C〕. 北京: 法律出版社, 2000.
- 〔19〕邹明理. 我国现行司法鉴定制度研究〔M〕. 北京: 法律出版社, 2001.
- 〔20〕陈光中, 严端. 中华人民共和国刑事诉讼释义与应用〔M〕. 长春: 吉林人民出版社.
- 〔21〕程荣斌. 中国刑事诉讼法教程〔M〕. 北京: 中国人民大学出版社, 1997.
- 〔22〕陈瑞华. 刑事诉讼的前沿问题〔M〕. 北京: 中国人民大学出版社, 2000.
- 〔23〕吴宏耀. 英国逮捕制度的新发展〔J〕. 国家检察官学院学报, 2001, (2): 116—119.

(本文责任编辑 周少华)