

刑事搜查制度研究

XINGSHI SOUCHA
ZHIDU YANJIU

王彬◎著



BOSHI LUNWEN JICUI
博士论文集萃



中国人民公安大学出版社

刑事搜查制度研究

王 彬 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事搜查制度研究/王彬著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 7

(博士论文集萃)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 196 - 1

I. 刑… II. 王… III. 刑事犯罪—现场勘察—司法制度—研究—中国 IV. D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 112978 号

刑事搜查制度研究

XINGSHI SOUCHA ZHIDU YANJIU

王彬著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2008 年 7 月第 1 版

印 次: 2008 年 7 月第 1 次

印 张: 24. 25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 400 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 196 - 1/D · 170

定 价: 52. 00 元

网 址: www.cppsup.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

(20E) 刑事搜查制度的比较研究

(Q3E) 刑事搜查制度的比较研究

(Q6E)

(S3E)

目 录

引 论	(1)
-----------	-------

第一章 刑事搜查制度概述	(7)
--------------------	-------

第一节 刑事搜查概说	(8)
------------------	-------

第二节 刑事搜查的二重性	(39)
--------------------	--------

第三节 刑事搜查制度的演进	(54)
---------------------	--------

第二章 刑事搜查的原则与价值内涵	(80)
------------------------	--------

第一节 强制侦查的共有原则	(81)
---------------------	--------

第二节 刑事搜查的特有原则	(102)
---------------------	---------

第三节 刑事搜查的价值内涵	(107)
---------------------	---------

第三章 刑事搜查制度比较研究	(117)
----------------------	---------

第一节 两大法系刑事搜查制度考察	(118)
------------------------	---------

第二节 以搜查对象为视角的比较研究	(139)
-------------------------	---------

第三节 几种无证搜查制度的比较研究	(173)
-------------------------	---------

第四节 刑事搜查的程序性制裁研究	(212)
------------------------	---------

第四章 非法搜查证据之证据能力问题	(227)
-------------------------	---------

第一节 非法证据概述	(228)
------------------	---------

第二节 非法搜查证据之证据能力	(234)
-----------------------	---------

第五章 刑事搜查制度：中国的问题与出路	(274)
---------------------------	---------

第一节 中国刑事搜查制度的立法分析	(275)
-------------------------	---------

第二节 中国刑事搜查制度的实务考察	(293)
-------------------------	---------

第三节 中国刑事搜查制度的改革与完善	(308)
附 录 主要国家立法对刑事搜查的规定	(339)
主要参考文献	(369)
后 记	(382)
(1)	第一章
(7)	第一章
(8)	第二章
(39)	第三章
(24)	第四章
(80)	第五章
(18)	第六章
(81)	第七章
(105)	第八章
(105)	第九章
(117)	第十章
(118)	第十一章
(136)	第十二章
(137)	第十三章
(215)	第十四章
(227)	第十五章
(238)	第十六章
(234)	第十七章
(274)	第十八章
(272)	第十九章
(285)	第二十章

一、研究背景

丹宁勋爵指出：“人身自由必定与社会安全是相辅相成的。我说的社会安全是指我们所生活的社会中的治安和良好秩序。倘若一个正直的人可以受到杀人犯或盗贼的侵害，那么他的人身就分文不值了。每一个社会均须有保护本身不受犯罪分子危害的手段。社会必须有权逮捕、搜查、监禁那些不法分子。只要这种权力运用适当，这些手段都是自由的保卫者。但是这种权力也可能被滥用。而假如它被人滥用，那么任何暴政都要甘拜下风。”^① 刑事搜查（通常简称搜查）作为刑事诉讼中的一种强制性侦查手段，其目的主要是获取犯罪证据，查获犯罪嫌疑人。在侦查过程中，侦查人员常常借助搜查来发现犯罪嫌疑人有罪无罪、罪轻罪重的各种线索和证据，从而完成审前阶段收集犯罪证据、查获犯罪嫌疑人的任务。因此，刑事搜查有其存在的必要性与正当性，但如果对搜查权不加以监督与制约，搜查在侦查过程中则可能被滥用，造成对公民权利的侵害。因此，刑事搜查中无处不体现着打击犯罪与保障人权的冲突与平衡。

基于此，法治国家大都高度重视对搜查权力的规制和对搜查中的公民权利的保护。通过对当今世界上一些主要法治国家的刑事搜查制度进行考察可以看出，各法治国家均注重刑事搜查制度的价值定位，在刑事搜查程序的设计与操作中，兼顾自由与安全、正义与效率，以期达致“价值的平衡”。在刑事搜查的启动、实施，非法搜查的法律后果等问题上，立法都有严格的规定。立法不仅在静态方面对刑事搜查限定一般条件（理由），如美国的“可能成立的理由”（probable cause）^②等，而且在动态方面还要求搜查必须接受中立的司法机关（主要是法院或法官）的司法审查，同时又赋予侦查机关必要的自由裁量权。可见，法治国家比较好地解决了刑事诉讼中打击犯罪和保障人权双重目的的冲突，实现了二者的相对平衡。

目前，我国有关刑事搜查制度之立法规定，主要见于现行《中华

^① [英] 丹宁著：《法律的正当程序》，李克强、杨百揆、刘庸安译，法律出版社1999年版，第109页。

^② 对“probable cause”，中国内地和台湾地区学者译文有别。大陆学者多译为“可能成立的理由”、“可能的原因”、“正当理由”、“合理根据”；台湾地区学者则译为“相当理由”、“正当理由”等。为了行文方便，本文在使用上述各种译文内容时，均表达同一个意思。

《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第2章“侦查”之第5节第109条至第113条、最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第7章第4节第174条至第185条、公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》第9章“侦查”之第5节第205条至第209条。其他有关刑事搜查制度的规定,散见于最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、海关总署《关于走私犯罪侦查机关办理走私犯罪侦查案件适用刑事诉讼程序若干问题的通知》、最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》、最高人民检察院《人民检察院侦查协作暂行规定》、最高人民检察院《人民检察院扣押、冻结款物的管理规定》等司法解释中。与法治国家的刑事搜查制度相比,我国刑事搜查制度在立法上存在着种种问题。例如,法律条文过少且规定过于粗疏,程序严密性较差,对搜查权力的限制与对公民权利的保障缺乏,等等。

在刑事司法实践中,搜查的侦查职能一直受到侦查机关的高度重视,但搜查实施过程存在对公民权利侵犯的潜在威胁却被有意或无意地忽视了,造成了在打击犯罪与保障人权二者之间的严重失衡。目前,社会各界和侦查机关关注的刑事诉讼的热点问题多集中在司法腐败、超期羁押、刑讯逼供等问题上,对搜查这样一种同样可能给公民权利带来严重侵害的强制性侦查行为,社会各界和侦查机关的关注程度显然不够。此外,我国法学界对刑事搜查制度的研究尚不够深入、系统与全面,研究仅仅停留在刑事搜查制度的某一个或者某一方面的枝节问题上,缺乏对刑事制度尤其是中国刑事搜查制度的系统论述和深入全面的研究,难以为立法提供建议、为刑事司法实践提供指导。

作为一个从事警察法学教育、研究十多年的警察法学教育工作者和刑事诉讼法研究者,选择刑事搜查制度作为研究课题正是基于上述原因。

二、研究结构与方法

本书分五章,基本的篇章结构如下:

第一章刑事搜查制度概述。主要对刑事搜查的概念、性质、分类、相关概念比较,刑事搜查侵权性与必要性,刑事搜查的演进与发展趋势等进行研究。

第二章刑事搜查的原则与价值内涵。该章主要对强制侦查的共有原

则,即程序法定原则、正当程序原则、比例原则、司法审查原则与令状原则,以及刑事搜查的特有原则,即时限原则、特定性原则进行研究;详细讨论了刑事搜查的价值内涵,即刑事搜查之中蕴涵的自由与安全价值、正义与效率价值。

第三章刑事搜查制度比较研究。该章分四节展开,即两大法系国家刑事搜查制度比较考察;以搜查对象为视角的比较研究;几种无证搜查制度的比较研究;刑事搜查的程序性制裁问题。每一节又分若干个小问题进行研究与比较。

第四章非法搜查证据之证据能力问题。该章分两节展开,第一节论述了非法搜查、非法搜查证据及其表现形式;第二节论述了非法搜查证据之证据能力问题,重点论述了证据能力的概念、两大法系国家关于非法搜查证据之证据能力的立法规定与司法实践,以及中国非法搜查证据的证据能力的有关问题。

第五章刑事搜查制度:中国的问题与出路。该章分“立法分析”、“实务考察”与“改革与完善”三节展开论述。第一节详细阐述了中国刑事搜查制度立法的现状、存在的问题,以及现状与存在问题的原因;第二节详细讨论了中国刑事搜查制度的实务问题;第三节详细地阐述了中国刑事搜查制度改革与完善的必要性、理论指导、基本思路,并提出了对中国刑事搜查制度立法的具体建议。

由于刑事搜查制度涉及不同国家和地区的立法与司法实践,以及在立法与司法实践中的不同价值取向,因此对刑事搜查制度的研究方法也存在多样性。笔者在研究刑事搜查制度时,主要采用了以下方法:(1)价值分析与实证研究相结合的方法。平衡是一种状态和结果,也是一种价值追求。面对刑事搜查中的各种矛盾与冲突,面对刑事搜查中的不同利益需求,如何选择解决矛盾与冲突的方法,则是本文必须回答和解决的问题。在回答这一问题的过程中,本文采取了价值分析方法,以刑事搜查过程中实现利益平衡、价值平衡和刑事搜查程序的正当化、合法化为研究视角,具体运用法理学、法社会学“正当性”的分析方法,作出了明确的价值判断,即刑事搜查的立法与实践应最大限度地满足不同利益主体的不同需求,以使刑事搜查过程达到一种相对平衡状态。在本文研究中,笔者将有关刑事搜查理论与两大法系国家和中国大量司法判例及实际案例结合起来进行考察,最大限度地做到理论与实践的统一。(2)结构功能分析方法。平衡理论要求,在刑事搜查中既要保障国家

侦查机关侦查权的有效行使,又要保障被搜查方及其他相关公民的合法权益,同时还要兼顾刑事搜查中的自由与安全、正义与效率的平衡。要实现这一目标必须以平衡理论为指导构建具体的刑事搜查平衡机制,因为功能的实现取决于结构的合理设计。本书在探讨刑事搜查的程序性制裁机制时,采用了结构功能分析的方法。(3)普遍性与特殊性相结合的比较分析方法。在本书的研究中,以两大法系国家为代表,对其刑事搜查制度立法与司法实践中普遍确立的原则、制度与精神实质进行研究,并分析两大法系国家形成各自刑事搜查制度的原因。在对两大法系国家刑事搜查制度研究的基础上,对中国现行刑事搜查制度的立法与司法实践进行研究,查找中国现行刑事搜查制度在立法与司法实践中存在的问题与不足,以便为中国刑事搜查制度的改革与完善提供有价值的建议。

三、研究意义

本书的研究具有以下意义:

首先,研究刑事搜查制度有利于改革和完善我国刑事搜查立法。如上所述,现代许多法治国家对刑事搜查均已有了比较完善的立法规定,无论是大陆法系国家,还是英美法系国家,如美国、英国、德国、日本等,都将刑事搜查作为强制性侦查行为纳入法律规制的范畴,对其适用的基本原则、基本程序以及搜查所获得证据的证据能力问题等进行了比较全面的规定。我国立法虽然对刑事搜查制度有规定,但相比之下,我国立法对刑事搜查制度的许多规定都极其简单和粗疏,甚至有些非常重要的问题都尚未涉及,可以说差距相当大。因此,通过对刑事搜查制度的研究,对比法治国家和地区的刑事搜查制度,可以启发我们对我国刑事搜查制度现状的思考、分析,查找我国刑事搜查立法与司法实践中的不足与问题,借鉴法治国家和地区有益的立法经验,对我国刑事搜查进行改革和完善,以便构建科学合理的刑事搜查制度。

其次,研究刑事搜查制度有利于推进我国的侦查程序改革。众所周知,我国《刑事诉讼法》曾于1996年进行过重大修改,当时的许多修改措施,如调整管辖范围、律师介入侦查、取消收容审查、完善强制措施等,都曾对我国侦查程序的改革产生了深远的影响。新法实施7年之后,2003年10月,十届全国人民代表大会再次将《刑事诉讼法》的修改列入了立法规划,由此开始了新一轮研讨热潮。此次修法的基本精神

十分明确,就是进一步加强权力制约,保障基本人权。

但必须说明的是,1996年,我国刑事诉讼法的修改虽然对侦查程序有所涉及,但修改的重点主要在审判程序,即在审判阶段吸收了当事人主义的合理因素,但对侦查程序却没有过多触及,各种侦查行为仍表现出强烈的职权主义色彩,侦查机关仍然被赋予强大的侦查权,不仅有权自行决定除逮捕以外的拘传、拘留、取保候审、监视居住等强制措施,而且有权自行采取搜查、扣押、冻结等强制性侦查行为,事先不需要司法机关的批准,事后也不受司法机关的审查。在最近几年的研讨中,学界和实务界要求加强对强制措施的修改与完善,清理超期羁押以及遏制刑讯逼供等非法取证行为等方面的呼声很高,这些方面成为社会各界关注的热点,但同样是强制性侦查行为的搜查却被学界和实务界所忽视。然而,我国刑事司法实践中的实际情况却是,一方面搜查在打击犯罪、保护社会公共安全方面发挥的作用越来越大,另一方面随着社会的进步和公民权利意识的提高,搜查暴露出来的问题也越来越多,如搜查权力过大、随意性强、缺乏必要的监督等。可以说,我国的刑事搜查制度的法治水平还比较低,而低水平的刑事搜查制度又直接影响着我国侦查程序的法治化水平。因此,加强对刑事搜查制度的研究,完善我国现行的刑事搜查制度,对推进我国侦查程序改革具有十分重要的意义。

再次,研究刑事搜查制度有利于保障公民权利。刑事搜查作为一种强制性侦查行为,它的适用必然涉及国家权力的有效行使与被搜查人及相关公民的权利保障问题。在法治国家和地区,刑事搜查立法通常是在规定并保障侦查机关有效行使搜查权的同时,还明确保障被搜查方及相关公民的合法权利,并规定有一整套完备的事前与事后保障机制,尽量做到国家权力行使与被搜查人及相关公民权利保障的平衡。例如,英国、美国等除规定严格的令状主义规则以外,对于无证搜查还规定有事后的审查机制,以及非法搜查证据排除规则。这样既能够保证并规制侦查机关搜查权的有效行使,同时也保障了被搜查人及其他相关公民合法权利。而我国刑事搜查从决定到实施完全掌控在侦查机关手中,缺乏应有的事前与事后的规制与约束,刑事搜查中国家权力行使与公民权利保障之间难以做到平衡。因此,应通过对法治国家和地区刑事搜查程序性制裁机制的研究,吸取其有益之处,构建我国的刑事搜查程序性制裁机制,实现制约国家权力并最终保障公民权利的目的。

第一章

刑事搜查制度概述

第一节 刑事搜查概说

作为国家意义上的刑事搜查是刑事诉讼程序发展到一定历史阶段的产物，其产生、发展与完善都和国家权力的正确行使以及公民权利保障有关。但在不同的国家和地区，由于在司法体制和诉讼结构上的不同，导致人们对刑事搜查的理解也存在着一定的差异，即使在相同的司法体制和诉讼结构下，由于人们对刑事搜查理解的切入点不同，也会存在不同的看法。因此，在考察、研究各国刑事搜查制度之前，有必要对刑事搜查的概念、性质、分类等诸多基础性问题进行梳理，以便对中外刑事搜查制度进行更深层次的研究。

一、刑事搜查的概念及特点

（一）刑事搜查的概念及其界定分析

据历史记载，中国古代的奴隶社会和封建社会，搜获、搜缉、搜检皆有搜查之意。例如，清朝《疑狱集》注：“馆客悔谢，乃引思竟于告者之党，搜获其妾。”清朝《宦游纪略》中说：“武营详请搜缉，竟成大狱。”《梁书·贺琛传》记载“若家家搜检，其细已甚……”^①

《辞海》没有收录“搜查”一词，但有“搜索”与“搜检”的词条。“搜索：搜求、搜查”，如“阳虎去齐走赵，简主问曰：‘吾闻之善树人。’虎曰：‘臣居鲁，树三人，皆为令尹。及虎抵罪于鲁，皆搜索于虎也’。”“搜检：搜寻、检查”，如“科举时代，乡试、会试，不许夹带文字，设搜检官搜检”。^②《现代汉语词典》有“搜查”的词条，“搜查：搜索检查”。^③

我国《刑事诉讼法》第2编第2章第109条规定：“为了收集犯罪证据、查获犯罪人，侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜查。”我国《刑事诉讼法》把刑事搜查制度规定在分则“侦查”一章中，从而将刑

① 高潮等主编：《中国古代法学词典》，南开大学出版社1985年版，第323页。

② 商务印书馆编：《辞海》，1979年8月修订版（第2册），第1295页。

③ 商务印书馆编：《现代汉语词典》，2002年增补本，第1201页。

事搜查与强制措施区别开来。因此,我国学者认为,“搜查是指侦查机关为了发现犯罪证据,查获嫌疑人而依法对嫌疑人以及可能隐藏犯罪证据或嫌疑人的其他人的身体、物品以及其他有关场所进行搜索、检查的一项侦查活动。”^①“搜查是侦查人员为了收集犯罪证据、查获犯罪嫌疑人,依法对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人身、物品、住处和其他有关地方进行搜索和检查的一项侦查措施”。^②也有学者认为,“搜查是指侦查人员为了收集证据、查获犯罪嫌疑人,依法对于犯罪嫌疑人以及可能隐藏犯罪嫌疑人或者罪证的人的身体、物品、住处和其他有关地方进行搜寻、检查的一种侦查行为。”^③还有学者认为,“搜查是指侦查机关为发现犯罪证据,查获犯罪嫌疑人,对嫌疑人以及可能隐藏犯罪证据或犯罪人的其他人的身体、物品、住所和其他有关场所进行搜索、查看的一种强制处分行为。它包括经权利人同意后的任意搜查和侦查机关经批准或紧急情况下依职权的强制搜查。”^④

在我国台湾地区,“立法”将刑事搜查称之为“搜索”,其“刑事诉讼法”第122条规定:“于被告之身体、物件及住宅或其他处所,必要时得搜索之。对于第三人之身体、物件及住宅或其他处所,以有相当理由可信为被告或应扣押之物存在时为限,得搜索之。”学者林钰雄认为,“搜索,系指以发现被告(含犯罪嫌疑人)或犯罪证据或其他可得没收之物为目的,而搜查被告或第三人之身体、物件、电磁记录、住宅或其他处所之强制处分”。^⑤陈朴生教授指出:“搜索,乃以发现被告或应扣押之物为目的,对于身体、物件或住宅或其他场所,施以搜查检索之强制处分。”^⑥林山田教授认为,“搜查乃以发现被告或犯罪证据或其他可得扣押没收之物为目的,而对于被告或第三人身体、物件、住宅或其他处所等,施以搜查检索之强制处分。搜查系以物之发现为主。虽间或亦有对人之身体施行搜查的事情,但其目的乃在于发现犯罪证据或其

① 宋世杰、黄柳著:《刑事搜查初探》,载《贵州警官职业学院学报》2003年第2期。

② 周钦主编:《中外刑事侦查概论》,中国政法大学出版社1999年版,第145页。

③ 龙宗智、杨建广主编:《刑事诉讼法学》,高等教育出版社2003年版,第263页。

④ 刘金友、郭华著:《搜查理由及其证明标准比较研究》,载《法学论坛》2004年第4期。

⑤ 中国台湾林钰雄著:《刑事诉讼法》(上册 总论编),中国人民大学出版社2005年版,第299页。

⑥ 中国台湾陈朴生著:《刑事诉讼法实务》(再订版),海宇文化事业有限公司1998年版,第208页。

他应扣押物。搜查因其范围不同,得分为广狭二义。狭义之搜查,专指为发现证据物件及可以没收之物件强制处分;广义之搜查,则兼指发现被告之强制处分。”^①

在我国澳门特别行政区,刑事诉讼法典将对人身的搜查称为“搜查”,对场所的搜查称为“搜索”。例如,澳门《刑事诉讼法典》第159条(前提)规定:“一、如有迹象显示某人身上隐藏任何与犯罪有关或可作为证据之物件,则命令进行搜查。二、如有迹象显示上款所指之物件,又或嫌犯或其他应被拘留之人,正处于保留于某些人进入之地方或公众不可自由进入之地方,则命令进行搜索。”所谓“搜查”是指“针对人身进行的有关搜身和查看,目的是发现和收集可能隐藏于人身的与犯罪有关或可作为证据的物件”,而“搜索”是指“对地方进行的搜索检索,目的是收集有关物证或缉拿涉嫌犯罪的人”。^②澳门《刑事诉讼法典》明确区分刑事搜查和强制措施,前者被规定在法典第一部分第三卷第三编第二章,后者被规定在法典第一部分第四卷第二编。澳门地区《刑事诉讼法典》对刑事搜查与强制措施的界定基本与中国内地相同。

日本学者认为,“搜查就是对一定场所、物或人身实施以发现物或人为目的的强制措施。侦查机关可以根据法官签发的令状搜查或查封”(《日本刑事诉讼法》第218条第1款)。^③“刑事诉讼法上,搜查是指以发现犯罪证据和犯罪嫌疑人的人身为目的而开展的对一定场所、物品和人身实施的强制措施”。^④日本刑事诉讼法把刑事搜查的性质界定为强制措施,但是日本刑事诉讼法的强制措施不同于我国刑事诉讼法的强制措施。“在我国,一般认为刑事诉讼强制措施仅仅是指人身强制措施,包括拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕五种”,但是在日本“主要包括传唤、拘传、逮捕、羁押、搜查和扣押六种”。^⑤

在德国,“搜查”的对应词语是“Durchsuchung”,即如果一个物品被作为证据扣押或者没收、充公之可能标的物品没有置放在明显的地方或者没有被自愿交出,则应当对可能隐藏、存在相关证据的人身、

① 中国台湾林山田著:《刑事诉讼法》,三民书局1983年版,第181页。

② 周士敏著:《澳门刑事制度论》,国家行政学院出版社2001年版,第147页。

③ [日]田口守一著:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第62页。

④ 彭勃著:《日本刑事诉讼法通论》,中国政法大学出版社2002年版,第100页。

⑤ 孙长永著:《日本刑事诉讼法导论》,重庆大学出版社1993年版,第58页。

住所以及私人财产进行搜查。^①德国学者罗科信认为,刑事搜查“为一种寻找,即寻找可以为没收或追征之客体或证据物,但却被藏匿起来之物品,以及可疑之嫌犯”。^②他还认为,刑事搜查本质上就是一种对基本权利之侵犯的强制措施。^③这一点与日本刑事诉讼法之规定相同,但与中国刑事诉讼法之规定不同。

英语“search”一词在刑事程序中对应的汉语释义为“搜查”,其他的汉语释义是“搜索、搜寻、探究、调查等”。^④在美国,“search”是指政府官员检查某人或某地,以便获得和扣押犯罪证据的行为。^⑤美国学者华尔兹教授认为,在美国,搜查有两个基本要素:一个是主观要素,一个是客观要素。主观要素是指“执法人员有扣押(占有)其搜查目标的意图”;客观要素是指“由执法人员意在以侵犯某人有关搜查目标的隐私权的合理预期之方式来实现扣押的某种行为构成的”。^⑥华尔兹教授是基于美国宪法意义对刑事搜查进行界定,即政府官员行为侵入了个人对隐私权的合理期待的时候,他就是在进行宪法意义上的“搜查”。按照华尔兹教授的观点,搜查含义广泛,可以包括从监听到使用嗅毒犬、高倍望远镜等行为,甚至执法人员不是在寻找犯罪证据的行为。

分析上述各国立法对刑事搜查的规定以及学者对刑事搜查的理解可知,学界对刑事搜查概念的界定大体上有三种类型:一是“行为性质”型,即以日本学者田口守一为代表,通过界定搜查行为的性质即“强制性措施”来定义搜查。二是“功能”型,即通过界定搜查行为的功能即“收集犯罪证据,查获犯罪嫌疑人”来界定搜查。国内大多数学者是以此角度界定搜查的。三是“功能兼性质”型,即同时从功能和性质两个角度界定搜查。但需要说明的是,华尔兹教授对搜查概念的界定则采用了“物理侵入”和“隐私权合理期待”两个标准。

在以上界定方式中,笔者认为第三种界定方式即“功能兼性质”

① 参见[德]托马斯·魏根特著:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2003年版,第111页。

② [德]克劳恩·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第344页。

③ 同上,第273页。

④ 参见陆谷孙等编:《英汉大词典》,上海译文出版社1991年版,第3084页。

⑤ [美]彼得·G.伦斯特姆著:《美国法律词典》,中国政法大学出版社1998年版,第206页。

⑥ [美]乔恩·R.华尔兹著:《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第257页。

型的界定方式较为科学严密。其他两种界定方式都存在一定的缺陷。“行为性质”型界定方式虽然揭示了搜查的强制性性质，但这一方式对搜查的界定并不足以反映搜查活动的本质特征，因为法院在一定条件下也可以实施有关强制性措施，进行搜查活动。侦查机关进行收集证据，查获犯罪嫌疑人的搜查活动是否等同于法院实施的此项活动呢？因而这种界定方式在逻辑上存在不足。“功能”型界定方式虽能将侦查机关的搜查活动与法院的搜查活动区别开来，但却不能表明作为国家职能部门的侦查机关进行的搜查活动与作为公民个人的被追诉方以及私人侦探进行的收集证据，查获犯罪嫌疑人的活动在性质上有何差异。而“功能兼性质”型界定方式能够克服以上两种界定方式的不足，不仅表明搜查活动的功能是“收集犯罪证据、查获犯罪人”，因而有别于法院以核实证据为目的的“搜查”活动，而且表明侦查机关实施的搜查活动具有“强制性”和“专门性”，因而有别于被追诉方、私人侦探实施的不具有专门性和强制性的调查取证活动。

（二）科技发展对刑事搜查概念界定的影响

在传统刑事搜查中，搜查范围是现实的物理空间，搜查人员借助的是其视觉、听觉或嗅觉等生理感官来发现搜查目标——犯罪人或犯罪证据。在“卡兹诉美国”一案之前，如果问“什么是《美国宪法》第四修正案意义上的搜查”，回答通常是“对受宪法保护区域的侵入”，强调的是搜查行为对人身或住所的物理侵入。但是，“卡兹诉美国”一案使这一切都发生了改变，因为《美国宪法》第四修正案保护的是人，而不是场所。人们有意向公众暴露的，即使是在其家里或办公室内，也不是《美国宪法》第四修正案所要保护的对象……但是，如果他将这一切作为私人事务寻求保护时，即使是在公共场所，仍然受宪法的保护。^① 因此，当以公民的个人隐私权而不是以其财产或住宅安全作为衡

① What is a search under the Fourth Amendment? The traditional approach was to speak of intrusion into certain “constitutionally protected areas” in that the Fourth Amendment protects the “right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures.” This property approach was rejected in *Katz v. U. S.* (1967), in favor of a privacy approach. . . “For the Fourth Amendment protects people, not places. What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection. . . But what he seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected.” [美] 杰罗德·H. 以兹瑞、威恩·R. 拉法吾著《刑事程序法》（影印本），法律出版社2000年版，第60页。