



xingshiqiangzhichufenquandefenpeiyuzhiheng

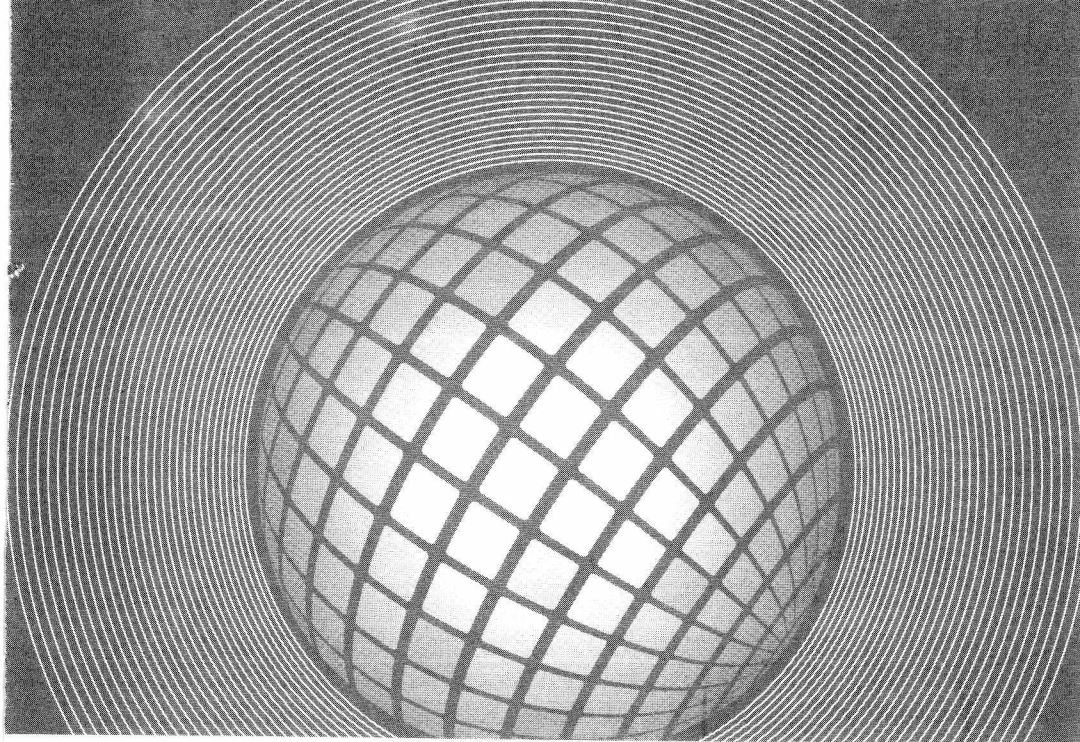
刑事强制处分权的 分配与制衡

从发生学的视角研究刑事强制处分权的根源，从本体角度分析刑事强制处分权的功能和作用，从比较法的纬度探析国外强制处分权分配与制衡的优劣所在，试图进行合理扬弃，打造刑事强制处分权分配与制衡的中国路径

宋远升 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



xingshiqiangzhichufenquandefenpeiyuzhiheng

刑事强制处分权的 分配与制衡

宋远升 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事强制处分权的分配与制衡 / 宋远升著. —北京:
法律出版社, 2010. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1005 - 2

I. ①刑… II. ①宋… III. ①刑事诉讼—强制执行—
研究—中国 IV. ①D925.218.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 141483 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杨红飞

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/8.5 字数/250千

版本/2010年8月第1版

印次/2010年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1005 - 2

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

刑事强制处分权的分配与制衡 (序)

在政治学或者社会学中,权力是不得不面对但非常难以界定的词语,它是政治学中运用得最为广泛的一个概念。它无处不在,不是因为它包罗万物,而是因为它来自所有的地方。就如莎士比亚在《哈姆雷特》所言:“一千个观众眼中有一千个哈姆雷特。”不同的主体,不同的情景,不同的价值观等主客观因素等导致对权力有不同的理解,使权力具有不同的面相。权力是社会关系中个人或者组织为了追求某种利益对于他人的一种特殊的控制、支配或者影响的权能,是政治社会运作中不可或缺的关键因素,同时,权力是公民很难阻止的力量,如果运用不当,很容易成为干预公民权利的压迫性的力量。正是权力这种一剑两刃的特点,使之成为众多专家学者对此乐此不疲的研究的重要原因。

刑事强制处分权是政治权力在刑事诉讼中的体现,在这里,政治权力转变为诉讼权力。在刑事诉讼中,刑事强制处分权的运作同样值得关注,可以说,整个刑事诉讼就是权力与权利博弈的过程。因此,了解刑事强制处分权的运作规律,也是打开了对刑事诉讼中被追诉人权利进行考察的另一扇窗户。宋远升博士就是从一般意义上的权力作为切入点,将刑事强制处分权的本质尽量予以揭示,并通过权力分配与制衡的分析框架,从而为刑事强制处分权的运行勾勒出一幅深层次的图景,这恰恰是国内外学者很少专门涉足之处。

这本书主要是在远升博士论文的基础上完成的。作为我的一位博士生,尽管他具有曲折的往事,但是,磨难只是增加了他成长的动力,他仍然不坠青云之志,通过自己的努力,获得了属于自己的一片天空。他为人勤

奋而谦逊,豪爽而有义气,这也是我对他比较欣赏的地方。远升在做学问方面,已经初步形成了自己的风格,文风比较犀利,文笔比较优美,具有相应的思想和理论水平,具有古典主义的学术风格。当然,也存在着一些不完善的地方,这对他既是压力,也是动力。而作为他的师长,我也非常高兴我们师徒在三年中愉快地相处。在将来的日子里,希望他鹰击万里长空,飞得更加有力和高远。

谢佑平*

2010年6月

* 复旦大学法学院教授、博士生导师,中国刑事诉讼法学会副会长。

前 言

一个发达的法律制度经常会试图阻止压制性权力结构的出现,而它所依赖的一个重要手段便是通过在个人和群体中广泛分配权利以达到权力的分散和平衡。^① 作为刑事强制处分权分配及制衡的一个重要理论预设,权力天生具有恶性,是刑事诉讼中的“恶之花”。对于作为权力载体的刑事强制处分而言,一方面,其是保卫社会和人民的有力工具,具有毋庸置疑的正当性,属于必要的恶;另一方面其同样也是对公民基本权具有很大危害的凶器,毫无疑问属于“压制性权力结构”的重要内容。因此,对刑事强制处分权如何分配及制衡,直接反映了一个国家的总的立法及司法的价值取向,也体现了一个国家刑事强制处分权分配与制衡的理论支点以及范式,即究竟这种分配及制衡是以政府为优先还是以公民为优先,抑或二者兼顾。虽然在国外、域外有相关制度可资借鉴,但是,他山之石是否可以直接拿来攻我之玉,并不是不言自明、不需验证的问题,这也是保证我国刑事强制处分权合法、科学运行当前面临的一个重大命题,更是我国人权保障的一个重要难题。

在我国,“权力缺席”现象已经成为刑事强制处分权分配与制衡立法上的一个技术隐忧。这主要是指刑事訴訟立法中并没有明确规定一些刑事强制处分的内容,从而导致对刑事强制处分权的行使没有法律依凭的现象。譬如,对可能导致公民隐私权被严重侵犯的监听就没有在刑事诉讼法中明示规定。而规则上权力的缺席,本质上就是权力处于未定状态,

^① [美]埃德加·博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社2001年版,第361页。

这不仅让人对刑事强制处分权的正统性与合法性疑窦丛生,而且也使警察、检察等机关的权力推定成为可能,这其实也是造成刑事强制处分权力制衡机制难以发挥作用的重要因素。此外,在我国刑事强制处分权的分配上,也存在着两种比较极端的做法:一种做法是力图保持现有的权力分配状态,实行无为而治;另一种做法则漠视权力分配规律、中国司法现状以及侦查实践的要求,全面接纳西方的司法令状主义,将几乎所有的刑事强制处分包括拘传、搜查、扣押、逮捕、羁押都采取法官保留原则。因此,在我国,警察、检察等机关没有合法依凭、适用法律错误、违法滥权行使刑事强制处分现象,是与我国的立法本意偏差、立法科学性缺失等有着密切联系的。当然,这不仅反映在立法方面,还体现在有关理论的误读与误传方面。

哲学家卡尔·波普尔认为,“社会科学的真正方法不是对社会发展进行预言的历史主义的方法,而是自然科学中行之有效的试错法。社会科学的任务不是控制社会整体、全盘改造社会的乌托邦工程,而是逐步、逐个、温和地治疗社会弊病^①”的渐进的社会工程。这种渐进的过程最主要的不是基于逻辑的,而是基于经验和实证的,是通过经验的力量排除“社会弊病”的过程,即通过事实的证伪性去检验及消除弊病。波普尔的渐进理论指明了一条道路:一项制度、一种做法或者一项程序的优劣,是需要长时间反复证伪的过程,并且通过这些过程去消除、检验而去伪存真、去劣存优。社会是一个长期渐进的发展过程,社会发展要求我国在解决刑事强制处分权的分配与制衡这一刑事诉讼重要命题及难题时不只是追求纯粹的理论及研究,而是要保证刑事强制处分权的分配及制衡能够适合社会发展的需要。我国正处于经济、政治变革的重要时期,存在着社会矛盾比较突出、社会反差巨大、犯罪率比较高的种种情状。权力与权利博弈的印记深刻地体现于刑事诉讼中,更体现于刑事强制处分权分配与制衡的制度设计与安排中。在此主题背景下,需要通过合理的刑事强制处分权分配机制,减少强制处分权被某一权力主体垄断的可能性。合理的强制处分权分配机制是对其制衡的基础性前提,当权力主体违法或滥用强制处分权时,事前、事后等一系列司法制衡机制则是刑事强制处分权在法定轨道上运行的根本保证。权力对权力的制衡只是对刑事强制处分

^① 赵敦华:《现代西方哲学新编》,北京大学出版社2001年版,第215页。

权制衡的一个方面。在另一方面,赋予被处分人程序性辩护权为代表的系列程序性权利,也是保证权力——权利天平保持有机平衡进而对权力制衡的重要内容,从而保证刑事强制处分权在作为公民自由与安全的保护神的同时,不至于成为令人恐惧的压制公民基本权的力量。

目 录

第一章 刑事强制处分与处分权基本概念范畴	1
第一节 刑事强制处分的基本定位	1
一、刑事强制处分的含义	1
二、刑事强制处分的范围	5
三、刑事强制处分的分类	8
第二节 刑事强制处分的权力分析	12
一、什么是权力	12
二、国家权力介入刑事纠纷及流变	18
三、刑事强制处分的权力分析	22
第三节 刑事强制处分权的功能及影响因素	29
一、法官、检察官、警察刑事强制处分权的功能	29
二、刑事强制处分构造与刑事强制处分权功能	34
三、刑事强制处分权的法定和实定功能	37
四、影响刑事强制处分权功能的外在因素	39
第二章 刑事强制处分权分配与制衡的基础理念	43
第一节 刑事强制处分权分配与制衡的本体理念	43
一、分权与制衡理念的演变	43
二、权力分立与制衡的基本内涵	48
三、权力分立与制衡在刑事强制处分中的体现及关系	53
四、刑事强制处分权分配与制衡在刑事诉讼中的价值	56

第二节 刑事强制处分权分配与制衡的引申理念	63
一、平衡理念	63
二、法治理念	68
三、民主理念	74
第三章 刑事强制处分权的分配	79
第一节 警察刑事强制处分权的分配	79
一、警察刑事强制处分权的二分法:执行权与决定权	79
二、美、英警察刑事强制处分权分配的比较:以决定权为主的考察	84
三、法律与现实中的警察刑事强制处分权	94
第二节 检察官刑事强制处分权分配	96
一、检察官刑事强制处分权的溯源	96
二、检察官刑事强制处分权分配蕴涵的价值及冲突	99
三、检察官刑事强制处分权的基本样态及分类	102
四、检察官刑事强制处分权分配的比较考察	105
五、检察官刑事强制处分权存废及发展趋势	113
第三节 法官刑事强制处分权的分配	117
一、法官刑事强制处分权的溯源	117
二、当代两大法系国家法官刑事强制处分权分配的比较考察	125
三、国际公约中的法官刑事强制处分权	132
第四章 刑事强制处分权的制衡	139
第一节 刑事强制处分权的事前司法制衡	139
一、中立而超然的审查主体	139
二、“相当理由”的司法令状实体要件	143
三、“特定性”的形式要件	148
第二节 刑事强制处分权的事后司法制衡	150
一、刑事强制处分权事后程序制裁式制衡	150
二、刑事强制处分权事后程序救济式制衡	169
第三节 刑事强制处分权的程序性辩护制衡	175
一、刑事强制处分权程序性辩护的权利属性	176
二、刑事强制处分权程序性辩护的样态	180

三、刑事强制处分权程序性辩护的证明责任:一个不容忽视的问题	189
-------------------------------------	-----

第五章 我国刑事强制处分权分配与制衡的现状与构建	195
---------------------------------------	------------

第一节 我国刑事强制处分权分配与制衡的现状与省思	195
一、我国刑事强制处分权分配与制衡的现状	195
二、我国刑事强制处分权分配与制衡的省思	210
第二节 我国刑事强制处分权分配的构思	215
一、警察刑事强制处分权分配的构思	215
二、检察官刑事强制处分权分配的构思	221
三、法官刑事强制处分权分配的构思	226
第三节 我国刑事强制处分权制衡的构想	230
一、事前采取法定原则与司法令状原则相结合的制衡机制	231
二、建立以事后程序性制裁为中心的事后制衡机制	238
三、建立与完善我国的程序性辩护制度	246

主要参考文献	251
---------------------	------------

中文文献	251
西文文献	258

后记	259
-----------------	------------

第一章 刑事强制处分与处分权 基本概念范畴

第一节 刑事强制处分的基本定位

刑事强制处分,在我国刑事诉讼法中基本与之对应的法律术语被称为刑事强制措施^①。但是,我国的刑事强制措施无论在内涵、范围还是属性上都不能正确定位。只是将其看作是一种单纯的诉讼行为,将其视为保证刑事诉讼顺利进行的强制方式,而没有看到其实体性的一面,即刑事强制处分也是对公民基本权进行干预的手段,属于对人身权、财产权和隐私权具有重大威胁的力量。因此,必须明确对刑事强制处分进行定位,厘清其含义、范围、属性以及功能,以此作为刑事强制处分权的合法、科学分配和制衡的基本前提。

一、刑事强制处分的含义

马克斯·韦伯认为,人对外界的认识是通过概念和范畴获得的,外物只有经过概念化才能转化为认识对象。人们认识的客观实在,是经过概念重新组织建构起来的实在,而不是机械地摹写和照相。因此,一门科学知识中的概念的精确程度,常常是这门科学成熟程度的标志。^② 因此,这

^① 关于刑事强制处分与刑事强制措施的概念内涵及外延的区分,可参见杨雄:《刑事强制措施的正当化基础》,中国人民公安大学出版社2009年版,第14~15页。

^② 李蓉:《刑事诉讼分权制衡基本理论研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,第151页。

也是我们对刑事强制处分含义进行探知和研究的原因所在。对于刑事强制处分的含义,我国台湾地区的有关学者进行了大量的探讨,这些观点包括:蔡墩铭认为,在刑事诉讼,为获得或保全证据或确保被告之到场,须有各种强制力行使,对于含有强制力行使之要素的处分,一般称为强制处分^①。陈运财认为,从区别任意处分与强制处分的角度来看,若要对强制处分做一般性之定义,应以有无侵害个人之实质或重要的权益作为判断基准^②。林山田认为,强制处分乃刑事程序中,刑事追诉机关或审判机关为了探索犯罪事实或保全刑事证据,确保刑事程序之顺利进行,使用限制或剥夺其基本自由或权利的强制手段,而针对犯罪嫌疑人或被告以及其他诉讼关系人所为之强制措施^③。林钰雄认为,强制处分,乃国家机关追诉犯罪时,为保全被告或搜集、保全证据之必要,而对受处分人施加的强制措施^④。但是,上述强制处分概念,也受到挑战。譬如,德国学者Amelung指出,刑事诉讼法应根本放弃“强制处分”(Zwangsmassnahmen)的传统用语,改以“刑事诉讼上之基本权干预”(strafprozessuale Grundrechtseingriffe)替代,如此才能精确描述这种公法行为的特征。^⑤

欲研究刑事强制处分,必须将其与任意处分区分开。一般而言,任意处分与强制处分具有不同的外在物理形式,也具有不同的内在价值追求及取向。任意处分强调对被处分人意志的尊重,不具有强制性,一般不会对公民的重要生活权益造成损害;而强制处分强调的是处分的合目的性,为实现刑事实体目的允许有权机关或者个人使用对公民重要权益造成损害的强制性手段,不以公民意志自由为前提。强制处分与任意处分不同,注重的是秩序价值的实现。但是,从刑事诉讼程序的价值定位来看,秩序

① 蔡墩铭:《刑事诉讼法论》,台湾五南图书出版有限公司1993年版,第155页。

② 陈运财:《刑事诉讼与正当法律程序》,台湾元照出版有限公司1998年版,第169页。

③ 林山田:《刑事程序法》,台湾五南图书出版有限公司2000年版,第253页。关于刑事强制处分的定义,可以参见陈姝桦:“刑事强制处分权分配构想之建构——以被告为中心”,台湾中正大学法律研究所2002年硕士学位论文。

④ 林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),中国人民大学出版社2005年版,第224页。

⑤ Amelung, 1976; NJW 1979 ff.; 德文文献指引: Lin, Yu-hsiung, 1998, S. 36 - 38; 中文文献用语如陈志龙, 1998, 页11及1998.01, 页21。转引自林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),中国人民大学出版社2005年版,第226页。

价值应当受到自由价值的制约,在强制处分中,也应当体现自由价值的精神。

在日本理论界,曾对强制处分和任意处分的区分进行了深入的研究,一般来说,有五种影响较大的学说:^①第一种为形式强制力说,认为伴随着直接物理性质的实力或强制力的行使(直接强制)或者使负有包含制裁义务的行为(间接强制)的处分,为强制侦查。^②第二种为“形式权利侵害说”,认为强制处分就是未经对方的同意而侵害个人权利与法益的行为。^③第三种为“重要权利侵害说”,认为强制处分是指违对方明示或默示的意思而侵害其重要权益的行为。^④第四种为“单纯侵权说(单纯侵犯重要权利说)”,认为强制侦查就是指侵犯对方重要利益的行为。^⑤与第二种、第三种学说相比,第四种观点排除了“同意”这一要件。第五种为“单纯同意说”,认为任意侦查是以被处分人同意或承诺为前提进行的侦查,强制侦查是以不受被处分人的意志约束而实施的侦查。^⑥

可以看出,在强制处分和任意处分的划分问题上,日本学界似乎还难以达成一致,主要的分歧在于对被处分对象意志和被处分对象权益在区分任意处分和强制处分中所起作用的说法不同。

第一种观点把形式强制力,即直接物理性质的强制力或者间接的制裁义务作为衡量强制处分的标准,这种观点认为只要存在直接的物理强制力或包含制裁行为就构成了强制处分行为,这很难符合现代刑事诉讼特质及人权保障的趋势。这是因为,对于监听等秘密处分行为,虽然没有对被处分对象造成直接有形的物理强制侵犯,也没有包含制裁行为,但对

① 陈卫东、程雷:“任意侦查与强制侦查理论之介评”,载何家宏主编:《证据法论坛》(第7卷),中国检察出版社2004年版,第19页。

② [日]团藤重光:《条解刑事诉讼法》(上卷),1950年版,第361页,转引自陈运财:“侦查之基本原则与任意侦查之界限”,载《东海大学法学研究》1995年第9期。

③ [日]田宫裕:《刑事诉讼法I》,有斐阁1975年版,第129页,转引自陈运财:“侦查之基本原则与任意侦查之界限”,载《东海大学法学研究》1995年第9期。

④ [日]井上仁:“任意侦查与强制侦查的区别”,载《刑事诉讼法的争点》,有斐阁1991年版,转引自陈卫东、程雷:“任意侦查与强制侦查理论之介评”,载何家宏主编:《证据法论坛》(第7卷),中国检察出版社2004年版,第19页。

⑤ [日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第30页。

⑥ [日]土本武司:《刑事诉讼法要义》,董舆、宋英辉译,台湾五南图书出版有限公司1997年版,第123页。

诸如隐私权、秘密通讯权、言论自由权却有不可忽视的影响。因此,该观点已经落后于现代刑事诉讼的需要,也不利于嫌疑人、被告人权利的全面保护,因此难以被认同。

第二种观点考虑到被处分对象的意愿以及被处分人的权益,但是,这种观点不加区别地对嫌疑人的所有权利和法益作同一保护,而没有考虑强制处分运行的特殊规律,也没有考虑到强制处分和任意处分划分的目的,存在着忽视公共利益的不足。

第三种观点则既考虑到被处分对象的意志作用,同时照顾到被处分主体的重要利益;既摒弃了对被处分对象所有利益不加区分同等保护的观点,同时照顾到国家在追诉中的公共利益。刑事诉讼实际上也是一个双重目标追求的过程,需要既考虑程序价值,又要考虑实体价值,因此,不能把对被处分对象的任何权利的侵犯都视为强制处分,这会给在犯罪浪潮不断上升的形势下的犯罪打击带来更多的困难,也不利于整个社会秩序的维护和公民福利的保障。可见,采取“单纯侵权说”和“形式权利侵害说”等观点不如“重要权利侵犯说”科学。实际上这与日本最高法院判例中的解释是一致的。由于这一判例在日本各级裁判所都得到了遵循,多数的判例基本沿袭了该判例中所确立的“重要权利侵犯说”的标准。^①

第四种观点认为,被处分对象的重要权益是衡量强制处分的关键标准。但是,该观点忽视了被处分人同意因素的考虑,没有考虑到刑事侦查的效率及便宜性。具有一定不足。侦查中受处分人的同意就意味着权利和权益的放弃,在这种情况下同意与否已成为权益是否受损的标准,很难解释同意的情形下还存在权益受损的问题。^②

第五种观点实际上只确立了一个标准,即决定强制处分和任意处分的唯一标准就是被处分对象的“同意”。只要没有被处分对象的同意,任何处分行为都是强制性质的;而只要有被处分对象的同意,即使烈性再强的处分行为都是任意处分。但是,该观点也失之偏颇。譬如,监听,一般当事人并不知道,因而也就无从同意。同意可以是区别强制处分和任意

① [日]井上仁:“任意侦查与强制侦查的区别”,载《刑事诉讼法的争点》,有斐阁1991年版,转引自陈卫东、程雷:“任意侦查与强制侦查理论之介评”,载何家弘主编:《证据法论坛》,中国检察出版社2004年版,第19页。

② 同上,第21页。

处分的一个因素,但不能是唯一因素。该观点有时并不利于被告人、嫌疑人权益的全面保护。因为,即使被处分对象同意有权机关采取某种处分行为,但是,这种同意下面掩盖了很多问题,既有嫌疑人的自愿同意,还有因为胁迫、诱骗、威胁、激怒、侮辱下的同意,还可能有嫌疑人本人不了解处分行为性质而同意。如果不加区分,一味地认为只要嫌疑人同意就属于任意处分行为,既不利于对有权机关权力恣意的控制,也不利于对被告人、嫌疑人权利的实质保护。

借鉴上述观点,并进行合理扬弃,笔者认为,一般而言,刑事强制处分是指,违反被处分人明示或默示的意思,通过获取证据以及控制被处分人身的方式干预被处分人基本权的本质为强制性的诉讼行为。其中,查明案件事实是刑事强制处分的主要目的,获取证据以及控制被处分人身为刑事强制处分作用的两种主要方式。强制性为刑事强制处分的本质属性。这里的强制性可以包括现实的和潜在的,直接的和间接的。譬如,对于监听,并不一定是一种表现于外在的直接的强制力,但对隐私权这种重大基本权的威胁是非常显著的,属于潜在的强制性威胁,因此,也应是刑事强制处分。此外,被处分人的基本权是刑事强制处分直接针对的客体。

二、刑事强制处分的范围

对刑事强制处分权进行分配和制衡的一个重要理论前提就是需要明确刑事强制处分的范围和界限。对于逮捕、羁押、拘留、取保候审、搜查、扣押等,已经成为现代法治国家所公认的强制处分,在学术界也没有太大争议。而对于其他的诸如盘查、拘传、监听等^①则存在较大争议,因此,有必要对其地位和性质分别予以厘清。

(一) 盘查

警察参与社会治安的工作,可分为事前的危害预防和事后的犯罪侦查两大阶段。对于前者,通常并不直接干预公民之基本权利,因此,毋庸特别由法律或法院加以约束;后者则属刑事侦查程序的一环,通常会涉及基本权之干预,必须依照法律保留原则进行。然在此二者间存有一灰色地带,其内之警察作为原属前一阶段之预防工作,其执行经常干预基本

^① 关于拘传、监听可参见陈姝桦:“刑事强制处分权分配构想之建构——以被告为中心”,台湾中正大学法律研究所2002年硕士学位论文。

权,其执行结果亦时常促成第二阶段之逮捕、搜索、扣押、侦讯等侦查犯罪工作,此灰色地带之警察勤务方式,便是盘查。据此,盘查是介于预防性与干预性、介于行政法(警察法)与刑事诉讼法的强制处分。^①有日本学者认为盘查属于行政警察活动,在日本,警察职务询问活动(即盘查)规定于《警察官职务执行法》第2条,该法本质上是行政法规,而不是刑事诉讼法的一部分;相应地,该法对警察职务询问,也是作为单独的警察官的权限而不是作为处于刑事诉讼法上司法警察(官)地位的官员的权限规定。因此,警察职务询问,也不是刑事诉讼程序的犯罪侦查活动。^②诚然,盘查部分行为具有行政行为的特征,但更多部分则具有刑事强制处分的属性。这是因为,首先,从盘查的性质而言,其确实会对公民的基本权造成相当的侵害和威胁。警察盘查可以分解为拦阻、盘诘、检视或拍身检查,上述几种行为,特别是拦阻和拍身检查不仅可能会侵犯公民的人身权、财产权,还会侵犯公民的隐私权。其次,一些法治国家也是将盘查在刑事诉讼法中予以规定,并被视为刑事强制处分。譬如,在美国,联邦最高法院通过判例确认盘查中的拦阻,为宪法上对人的扣押;盘查时的拍身检查,为宪法上的搜索。在英国,盘查也被视为司法行为而不是行政行为。再次,盘查往往与一些刑事强制处分紧密相连,譬如,逮捕、搜查、扣押等。盘查往往紧紧依附在一些刑事强制处分之后,可能会带来逮捕、搜查、扣押等后果。在性质上严格将盘查与上述其他强制处分区分开无疑是困难的。最后,我国台湾地区的一些学者也将盘查与传唤、拘提(拘传)、逮捕、羁押、提出命令、搜索(搜查)、扣押、身体检查等一起作为刑事强制处分的外延来一起进行研究。^③因此,应当承认盘查的部分行为具有刑事强制处分的特性和地位。既然盘查的部分行为具有刑事强制处分的特质以及符合其构成要件,因此,特别应将盘查的拦阻和拍身检查等部分在刑事诉讼法中专门予以规定,以防止其游离于法律之外成为法外之行为。

① 林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),中国人民大学出版社2005年版,第318页。

② [日]土木武司:《日本刑事诉讼法要义》,董潘舆、宋英辉译,台湾五南图书出版有限公司1994年版,第118~119页。

③ 林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),中国人民大学出版社2005年版,第237~241页;柯庆贤:《刑事强制处分》,台湾三民书局股份有限公司2002年版。