

警察法学文库

刑事诉讼 对物强制措施研究

胡杰 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

警 察 法 学 文 库

刑事诉讼 对物强制措施研究

胡杰 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼对物强制措施研究/胡杰著. —武汉: 武汉大学出版社, 2018.9

警察法学文库

ISBN 978-7-307-20384-6

I. 刑… II. 胡… III. 刑事诉讼法—研究—中国 IV. D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 164625 号

责任编辑: 林莉 沈继侠

责任校对: 李孟潇

版式设计: 汪冰滢

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 北京虎彩文化传播有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 17.75 字数: 253 千字 插页: 1

版次: 2018 年 9 月第 1 版 2018 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-20384-6 定价: 60.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

前 言

为了实现对罪犯的追诉，刑事诉讼对强制措施的适用普遍而广泛。从侦查伊始，到提起公诉，直至法院判决，强制措施始终存在并发挥着自己的效用。同民事诉讼与行政诉讼比较而言，刑事诉讼强制措施中权利的脆弱性与权力的扩张性之间，冲突尤其激烈、对立明显尖锐。作为一项重要的诉讼制度，刑事诉讼强制措施的体系建构十分重要。种类齐全、层次分明、结构合理、体系完整、规则周密的刑事诉讼强制措施，更有助于保障刑事诉讼活动的顺利进行，防止诉讼过程中的意外，有助于实现多维正义，更是实现刑事诉讼目的与任务不可或缺的制度。

依照行使对象的不同，强制措施可以分为“对人之强制措施”及“对物（含动产及不动产）之强制措施”，前者如传唤、拘提、逮捕、羁押、身体检查等，后者如扣押、对物搜查等。当代各法治发达国家，不仅重视对公民人身权利的保护，还注重对公民财产权、特别是隐私权等基本权利的保护，其刑事诉讼强制措施制度在体系上既包括对人强制措施，也涵盖对物强制措施，有关搜查、扣押的具体规则更是详尽，在法治理念的引导下，其刑事诉讼强制措施正沿着程序正义的道路、以人权保护为主题，朝着系统化、优化的方向迈进。

反观我国，尽管宪法有关禁止侵犯“公民的合法的私有财产”、“公民住宅”以及“公民的人身自由和人格尊严”的规定为保护公民的财产权、住宅权、隐私权提供了效力最高的法律依据，《物权法》也为公民的财产权保护提供了私法上的支持，但公民的这些基本权利在刑事诉讼领域难以找到相对应的规范，更不必说系统的制度建设。长期以

来,我国把“惩罚犯罪”当成刑事诉讼的唯一目的,对刑事强制措施存在认识上的误区,仅仅将其作为一种手段加以使用,忽视了对公民财产权、隐私权等基本权利的保护,从而导致了现行刑事诉讼立法将人身保全措施直接等同于刑事强制措施、将“对物强制措施”排除在外的重大结构性缺陷。刑事诉讼司法实务中更是较为广泛地存在滥用权力、违法使用搜查、扣押措施、侵犯公民合法财产权、隐私权等基本权利的现象,理论界的学者们要么囿于立法规定仅仅关注羁押、逮捕等对人强制措施,要么醉心于研究搜查、扣押的具体规则,未能就对物强制措施制度建设及时作出回应。

笔者认为,搜查、扣押此类措施对收集证据、查获嫌疑人、控制犯罪发挥着重要的功效,其适用牵涉公民财产权、隐私权等基本权利的限制与保护,我国有必要建立起更为全面、完善、能够衡平国家公权力与私权利的冲突、符合现代法律制度价值导向和全面保护人权理念的对物强制措施法律体系,从而更加全面有效地保护法律关系主体的权益,维护其合法利益。

本书以《刑事诉讼对物强制措施研究》为题展开研究,全书共五章:

第一章为“对物强制措施概述”。刑事强制措施虽说历经不同时代,但在整体结构上始终涵盖了对人身的强制措施和对物的强制措施。我国刑事诉讼法教材将人身保全措施直接等同于刑事强制措施,把“对物强制措施”排除在强制措施体系之外,这是一种狭隘的做法,存在结构性缺陷。刑事强制措施的内涵或曰其固有属性、本质属性是具有公法性质的诉讼行为,至于“措施”则是对其具体手段的反映。以“保障人权”为导向,则刑事强制措施可界定为“国家机关为保证刑事诉讼的顺利进行而依法实施的干涉公民基本权利的公法性质的诉讼行为”。在刑事诉讼强制措施体系中,对物强制措施是刑事诉讼强制措施的下位概念,因此,对物刑事强制措施应当界定为“国家机关为保证刑事诉讼的顺利进行,而针对刑事诉讼所涉及的物依法实施的、干涉公民财产权等基本权利的、具有公法性质的诉讼行为”。作为刑事诉讼的必要组成

环节，对物强制措施具有保证诉讼顺利进行和保障人权这两大功能。对物强制措施固然为查明犯罪事实、控制和维持社会秩序所必需，但其实实施常常伴随着直接强制力，其适用几乎必然涉及财产权、隐私权等基本权利的限制或侵犯。在刑事追诉程序中，节制、收缩国家权力，尊重、保护公民基本人权，在法律规定的限度内，尽可能避免和限制对物刑事强制措施的适用，尽量适用非强制性手段或者替代手段已成为近现代刑事诉讼程序的基本理念。

第二章是“对物强制措施的基本原则”。对物强制措施的基本原则，是指贯穿于对物强制措施制度，对具体规则的制定和实施具有普遍指导意义和规范作用的、国家专门机关和诉讼参与人在进行或参与刑事诉讼时必须遵循的行为准则。从该概念出发，则对物强制措施的基本原则应当具有规范性、根本性、公理性和普适性。对物强制措施基本原则的基本价值取向在于保护犯罪嫌疑人、被告人在诉讼中的合法权益，保障其在诉讼构造中的诉讼主体地位，使其能运用以辩护权为核心的各项诉讼权利与拥有强大诉追能力的国家追诉机关相抗衡，并借以自保。从现代法治国家的刑事诉讼立法和司法实践来看，程序法定原则、令状原则、比例原则得到了普遍的遵循。

刑事强制措施以限制或剥夺公民的人身自由、财产等基本权利为内容，潜藏着因国家机关滥用公权力而侵犯公民权益的危险，程序法定原则因此成为防止国家公共权力以刑事诉讼之名行任意践踏之实的一柄利剑。概言之，对物强制措施因为可能干预公民的财产权等基本权利，其实施必须获得法律的明确授权，法无明文规定者，不得采用。比例原则是源自于“法治国”理念及“基本人权的本质”之最基本的法律原则。该原则又被称为广义的比例原则或相当性原则，是国家干预人民基本权利时所必须遵守的基础原则，即国家行使权力、干预人民基本权利所使用的“手段”与所欲达到的“目的”之间必须合乎比例，抑或说具有相当性关系。对物强制措施中的比例原则具有实体和程序两个层面上的“正义”意蕴。在实体上，比例原则是指，对物强制措施实施主体对国家公权力的行使，不得超过为实现刑事诉讼目的而不得已进行的侵害，

否则不合比例。在程序上,比例原则是指,对物强制措施的种类、方式、力度等与所要的目的之间具有合理的对应性。令状原则的主要目的是控制侦查权,其具体内容涉及司法令状的申请、司法令状的签发、司法令状的执行、司法救济的申请以及司法令状的例外这几方面。为了发现犯罪事实,寻找犯罪证据,为了保障刑事诉讼活动的顺利进行,侦查机关必须享有对物采取强制措施的权利。鉴于强制侦查行为对人身自由权、隐私权和财产权造成了直接的干预,为了防止公权力过度地侵入、干预公民的基本权利,强制侦查从开始到执行、直至结束,都必须接受司法审查,获取令状的授权,并向犯罪嫌疑人、被告人及相关第三人提供救济的途径。当今法治发达的西方各国普遍确认了针对侦查行为的司法授权和审查机制。此外,司法令状原则还得到了国际性人权组织的认可。这些原则对具体制度的设计也具有指导性和规范化意蕴,反映了当代人类社会对刑事诉讼目的和价值的理解与追求,表征着人类刑事诉讼制度的民主与文明化进程,值得我国借鉴。

第三章是“刑事诉讼对物强制措施中的权利保护”。刑事诉讼活动是以国家为代表的对侵犯社会整体利益的行为给予否定性评价的活动,由一系列制度和程序构成。刑事诉讼各种制度和程序都具有发现客观真实,以惩罚犯罪实现国家刑罚权和保障人权的功能,而强制措施作为刑事诉讼活动的保障体系,这种功能更为突出。对物强制措施作为侦查的手段,是刑事诉讼程序设计和操作中的重要组成部分,国家机关适用对物强制措施的目的有二,一是控制犯罪,二是保障人权。

对物强制措施由于以国家强制力为支持,以实现国家刑罚权为表征,其行为必然具有一定的强制性。从控制犯罪、实现追诉职能来看,对物强制措施的适用与“人权保障”是对立的关系。一方面,采取刑事强制措施是国家权力作用的结果,另一方面,对公民权利的维护将带来对公权力的压制,二者之间势必存有激烈的矛盾冲突。搜查、扣押等对物强制措施固然为查明犯罪事实、控制和维持社会秩序所必需,但对物强制措施的实施常常伴随着直接强制力,从各国侦查实践的运行状态来看,其适用几乎必然涉及对财产权的限制或侵犯。为实现二者之间的

平衡,各国法律在规范对物强制措施的同时,无不从公民权利出发,对搜查、扣押等对物强制措施的种类、适用对象、理由、权限、程序等一一详加规范。从刑事诉讼制度中的隐私权保护来说,侦查程序中的隐私侵犯与保护问题也较其他程序显得尤为明显和重要。因为,在侦查程序中,一方面,国家侦查机关直接肩负着打击犯罪的任务,他们将直接地运用国家权力对个人采取强制性的逮捕、搜查、扣押等强制措施;另一方面,侦查程序是由具有司法和行政双重身份的公安或者警察完成,其中蕴含着与一般行政执法类似的自由裁量权问题,所以,各种形式的干涉隐私权的现象更为显著。在法治的视野下,政府权力在针对公民基本权利的对物强制措施的适用活动中必须保持克制,现代国家行为只有通过程序才能获得正当性,因此,现代刑事诉讼及其规范的国家刑事诉讼活动一直在保障公共秩序、公共安全和保护公民权利之间游走,试图寻找最佳平衡。

第四章是“我国刑事诉讼对物强制措施的立法缺陷”。在西方法治国家,对物强制措施扎根于人权保护理念的土壤中,生长于法治化的刑事侦查程序内,具体规则精细、制度建设完善,搜查、扣押等公权力的行使自始受到监督和制约,并在控制犯罪与保障人权的两个坐标之间根据社会发展的需要而不断调整。我国现行法律制度中有关对物搜查的规定相当不足。首先,当代法治国家的刑事诉讼法均确立了程序法定、比例原则及司法审查等基本原则,而我国刑事诉讼法虽然已经确立了“无罪推定”、“程序法定”原则,但立法上有缺失。这些基本原则具有落实刑事诉讼目的与任务、指导刑事诉讼对物强制措施的立法与实践、规范公权力行使和人民权利的保障、准确理解具体条文的规定、弥补立法漏洞和不足、解决执行对物强制措施具体实施中出现的法律适用问题等作用。基本原则的确立,对于将对物强制措施纳入法治化的轨道,防止专门机关滥用公权力,维护对物强制措施程序的稳定性,保障受干预主体的基本权利和救济权利,保证刑事诉讼程序的公开性和民主性具有极其重大的意义。其次,原则性规定的缺乏固然是我国现行刑事诉讼法的不足,而具体规定的不完善则直接使得搜查、扣押等对物强制措施中公

民的基本权利时刻处于不稳定状态。就对物搜查而言,我国现行有关有证搜查的规定多于无证搜查的规定,但相关规范在搜查的权限、搜查的启动、搜查证的记载等方面规定明显过于简单,不符合立法法有关法律的确定性、稳定性、可预见性等要求。我国现行扣押制度的不足有:扣押的范围不够明确、有关扣押的禁止性和限制性法律规定缺乏、扣押的执行程序不完备、公民财产权等权益的救济和制裁途径匮乏。对物强制措施制度的内容涉及执行主体的权限、对物强制措施的对象、启动的标准、执行程序等,通过对他国立法与我国规定的比较,可将对物强制措施的立法缺失概括为以下三大点:首先,未能在立法上确立和健全对物搜查制度的基本原则;其次,有关对物搜查的法律规定匮乏,进而直接导致了对物搜查内容上的高度概括;再次,救济和制裁制度相当不健全。

第五章是对我国对物强制措施的完善提出自己的观点和建议。对于目前正在热议的刑事诉讼法之修改,我们应有认知的是:改革是有必要的,但对物强制措施困境的解决并不能完全依赖于司法这个次体系自身,更要仰仗的是司法与其他制度之间的契合。应当重视对物强制措施法律制度的构建。因此,本书提出以下几点建议:第一,用制度规范秩序,因为依靠制度要比依靠“人治”更理性、更明智。第二,刑事诉讼对物强制措施的制度建设应当设计严密、层次分明、相互衔接,对一般情状、特殊情况均应加以规制。例如,搜查证、扣押证应当有副本,并交至当事人核对、签收。第三,必须建立完善的权利救济制度。第四,对物强制措施需要与其他法律、其他制度相互配合,特别是在构建此制度的过程中,应当避免“立法万能主义”思想的影响。第五,切实提高司法人员的素质。对他国对物强制措施的借鉴应当是“改造式”借鉴,而不能盲目地全盘拿来,必须注意到中国的具体情况,但同时也要具备发展眼光,不可一味借口国情特殊。随后,本书在分析现行搜查、扣押制度的不足与弊端的基础上,就我国搜查、扣押的完善提出建设性意见。

本书主要采用了比较研究、历史分析等研究方法,从整体的观念着

眼，在刑事诉讼强制措施的体系背景下探讨了构建对物强制措施的必要性与正当性。历史的研究方法则通过对强制措施历史发展的回顾论证了对物强制措施伴随刑事诉讼产生的必然性，以及对物强制措施的“法治化”发展趋势。本书重点采用了比较研究的方法，通过对代表性国家对物强制措施制度的比较，寻找出此制度的共通之处，为中国构建自己的对物强制措施制度提供有利的借鉴。最后，在进行上述研究工作的基础上，针对中国现行强制措施的弊端与不足提供了具体的建设性意见。

目 录

导 论	1
第一章 刑事诉讼对物强制措施概述	6
第一节 刑事诉讼强制措施的内涵	7
一、刑事诉讼强制措施的内涵	7
二、强制措施相关概念辨析	11
三、刑事诉讼强制措施的历史沿革	15
四、刑事诉讼强制措施的体系构成	20
第二节 刑事诉讼对物强制措施的语义界定	25
一、对物强制措施的概念展开	26
二、对物强制措施的定位	30
三、对物强制措施的主要形态	33
第三节 对物刑事强制措施的功能	47
一、程序保障功能	48
二、人权保障功能	52
本章小结	57
第二章 对物强制措施的基本原则	59
第一节 程序法定原则	59
一、程序法定原则的产生与发展	60
二、程序法定原则的基本内涵	64

三、对物强制措施法定化	68
第二节 比例原则	71
一、比例原则的产生	72
二、比例原则的内涵	76
三、比例原则在对物强制措施中的体现	80
第三节 司法令状原则	83
一、令状制度的历史考察	84
二、司法令状的现代内涵	89
三、司法令状原则在对物强制措施中的体现	94
本章小结	99
 第三章 刑事诉讼中对物强制措施中的权利保护	102
第一节 侦查目的观视野下的对物强制措施	102
一、对物强制措施与犯罪控制	103
二、对物强制措施与人权保障	105
三、对物强制措施中的价值平衡	108
第二节 对物强制措施与财产权保护	116
一、财产权的内涵	116
二、对物强制措施与财产权的冲突	121
三、对物强制措施财产权保护的域外考察	124
第三节 对物强制措施与隐私权保护	158
一、隐私权的内涵及其历史演变	159
二、以住宅权为中心的隐私权	163
三、对物强制措施与隐私权的冲突	167
四、对物强制措施中的隐私权保护	170
本章小结	181
 第四章 我国刑事诉讼中对物强制措施的立法缺陷	183
第一节 比较法视野下的对物强制措施制度	183

第二节 我国对物搜查制度的不足	187
一、对物搜查法律规定总体上较为单薄	187
二、对物搜查制度基本原则缺失	189
三、对物搜查的具体规定过于抽象和概括	191
四、救济、制裁制度不健全	193
第三节 我国扣押制度的不足	196
一、扣押的对象不够明确	197
二、有关扣押限制与禁止扣押的规定匮乏	198
三、有关扣押的种类及决定机关的规定不完善	199
四、缺少有关扣押合理根据的规定	201
五、缺乏对强制扣押适用比例原则的规定	203
六、有关扣押执行时间的规则设计有欠周密	204
七、公民合法权益的救济机制仍需改善	205
第五章 我国刑事诉讼对物强制措施完善的完善	207
第一节 制度建构前的若干思考	207
一、案例对比的启示：公权力不能打开每一扇门	208
二、日本的启示：改造式借鉴	211
三、制度建构先决问题的思考	215
第二节 对物强制措施基本原则的完善	218
一、我国对物强制措施的法定化	218
二、比例原则在我国对物强制措施中的体现	221
三、我国司法令状原则的确立	224
第三节 我国搜查制度的完善	227
一、有证搜查的规范化	228
二、无证搜查制度的完善	235
三、搜查执行程序的规范化	241
四、建立非法搜查、扣押的制裁、救济机制	242
第四节 我国扣押制度的完善	249

一、明确扣押的客体	249
二、增加有关扣押客体的限制性和禁止性规定	250
三、补充有关扣押之合理根据的规定	251
四、确立不同种类的扣押、接受独立的司法审查	253
五、添加强制扣押适用比例原则的规定	255
六、增加有关扣押时间的规定	256
参考文献	258

导 论

在刑事诉讼中，国家司法权和公民权利进行着直接的交涉。刑事诉讼关乎公民的生命、自由、财产与安全，国家权力的运用既可用于保护公民的基本权利，也极有可能因运用不当而侵犯乃至完全剥夺公民的基本权利。在黑暗的中世纪，起诉、审判等权力为法院垄断，犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼领域毫无权利可言，更遑论基本人权的保护。现代法治国家则以宪法为依据，以程序法定、司法审查、比例原则等程序原则为经构建公民权利保障的基本程序框架。

理念的引导是司法实践与法学研究的基础。“尊重与保护人权”反映到刑事诉讼法中，就是作为程序法的刑事强制措施对法律关系主体的生命权、自由权、财产权等基本权利的确认和保护。然而，无论是在实务界还是在学术界，受错误观点的长期影响，在不少人的内心形成了一种狭隘认识，即顽固地认为刑事强制措施实施范围只局限于人而不针对物，刑事强制措施所影响的民事利益只关乎公民的人身权利而非公民、企业的财产权利，更遑论对隐私权的侵害。上述片面观点造就了我我国现行刑事诉讼制度基本程序框架的扭曲、变形，以致在实际运作中无法真正地保障公民的财产权和隐私权。目前，我国刑事诉讼中的强制措施存在严重的非正当性危机，人们对刑事诉讼基本权利的保护，理念上缺乏深刻的认识、立法上缺少必要的支持，实践中有关主体寻求司法救济的权利遭受重重阻碍，难以适应构建社会主义和谐社会的需要，亦不符合民主、法治之要求。

在我国方兴未艾的刑事诉讼法再修改中，尽管刑事诉讼强制措施改

革受到前所未有的关注,扣押查封等对物强制措施的改革问题却远远未能引起各界的重视。以我国法学教材为例,涉及对物强制措施的内容很少,照搬法条、简单诠释成为惯例。在实践教学中,所分配的课时少得可怜,甚至没有。更为关键的是,对财产权、隐私权的漠视根深蒂固地渗透在人们的法律意识中,有人乐观地认为搜查、扣押的现行立法及其实践问题不大,有人则务实地强调搜查、扣押等对物强制措施的改革尚未达到必须提上议事日程的迫切程度。^①因此,与对人身采取的逮捕、羁押等对人强制措施相比,有关对物强制措施的研究显得门庭冷落,其理由主要有以下几点:将对物强制措施纳入刑事强制措施体系不能改变侦查机关自行实施的现状,且只能使刑事强制措施体系改变历史传统、导致其内部不协调,因此缺乏实际意义;会增加侦查程序的成本、降低侦查的效率;世界上有不少国家在有关刑事强制措施的立法中并没有纳入对物强制措施。^②

对此,笔者不予赞同。理由如下:

第一,在现代法治国家,搜查、扣押制度不仅不应当受冷落,相反,在宪政的主导下,必须将其纳入刑事诉讼强制措施的体系内,方符合政治民主、保障人权的人民主权之本义。对物强制措施与逮捕、监禁等对人强制措施一样,均涉足公民的宪法基本权利,人身权、财产权同为民事权利,以“人身权比财产权更重要为由”主张将对物强制措施排除于刑事诉讼强制措施之外,是完全没有理由的。既然二者都关涉公民基本权利,法律就应当一视同仁,为它们设置相应的法律界限。

第二,法律的完善应当考虑历史传统,但决不意味着“祖宗之法不可变”。法律立、改、废的“稳定性”要求,是指“不可变动不居”,而不是“固步自封”;是指对传统的“合理吸收”,而不是“全盘接受”。我国的历史发展与文化传统向来“重义轻利”,忽视、无视公民

① 尼尔·J. 凯普罗著:《美国联邦宪法第四修正案:搜查与扣押》,吴宏耀、向燕、刘静、高聿等译,中国人民公安大学出版社2010年版,第4页。

② 李忠诚:《刑事强制措施体系的选择与完善》,载《人民检察》2009年第21期,第10页。

的财产权益，将对物强制措施纳入刑事诉讼强制措施的体系，恰恰是时代发展前提下，公民主体意识、权利意识（尤其是财产权利意识）觉醒的产物，是社会文明进步的反映。在当代法治国家，尤其是以大陆法系国家为代表，其刑事诉讼法通常将搜查、扣押作为对物强制措施纳入强制措施体系之中，并要求有关立法、司法活动必须遵循司法审查原则、程序法定原则和比例原则的约束。

第三，回溯刑事诉讼强制措施的历史沿革，不难发现，无论处于人类社会哪个阶段，刑事诉讼强制措施在体系构成上总是包含了对物强制措施，共同为实现刑事诉讼的目的而服务。刑事强制措施体系应由一定数量、一定类别的强制措施构成，在结构上是一个有机整体。如果说对人强制措施的法律规制有助于保护作为公民基本权利的人身权益，则对物强制措施的纳入有助保护同样作为宪法基本权益的财产权等权利。对人强制措施、对物强制措施作为强制措施的一部分，各有侧重，各有自己的保护对象，在发挥自身功效的同时相互衔接、相互补充，以集合体的形式发挥整体功能，用系统论的言语表述，那就是能够实现“1+1>2”的作用，这才是刑事诉讼强制措施体系的功效所在、价值所在，并不会导致所谓的“不协调”。

第四，立法确认对物强制措施制度，不仅不会增加侦查的成本，降低侦查效率，相反，规范化、制度化才能有效地防止滥用，提高效率、降低成本。事实上，考察历史，不难发现，在强权笼罩下的侦查（例如，德国法西斯秘密警察进行的侦查）在效率方面无疑是更高的。以1966年的“米兰达诉亚里桑那州”一案为例，在该案发生之前，美国警察的权力也是相当强大的，如果从有利于侦查这一角度出发，美国联邦法院根本不应当承认“沉默权”，但是，为了保障人权，尽管当时美国警察方面强烈反对，美国法院仍然选择了保护被告的“沉默权”，结果反而促进了侦查技术的进步、提高了对人权的保护。^①

① 当然，鉴于沉默权保护的不足之处，这一权利在美国司法中已经受到一定局限，但并不影响这一权利的存在，以及它在历史上的进步性。虽然我国的法治进程与他国相比，有自己的特殊性，在研究相关制度时，需要考虑合理借鉴，但绝不可因噎废食。