



新刑事诉讼法适用指导丛书

总主编 | 孙 谦 童建明



新刑事诉讼法 强制措施解读

高景峰 杨雄 / 著

新
刑
诉
法

中国检察出版社

新刑事诉讼法适用指导丛书

总主编 | 孙 谦 童建明

新刑事诉讼法强制措施解读

高景峰 杨 雄/著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新刑事诉讼法强制措施解读/高景峰, 杨雄著. —北京: 中国检察出版社, 2012. 4
(新刑事诉讼法适用指导丛书/孙谦, 童建明总主编)

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0636 - 8

I. ①新… II. ①高…②杨… 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 (2012) 第 050066 号

新刑事诉讼法强制措施解读

高景峰 杨 雄/著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 17.75 印张 插页 4

字 数: 348 千字

版 次: 2012 年 4 月第一版 2012 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0636 - 8

定 价: 36.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序 言

孙 谦*

2012年3月14日，十一届全国人大五次会议审议通过了《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》。这是刑事诉讼法继1996年之后的又一次重大修订，以国家立法的形式体现了近十几年来司法改革的成果，在更高层次和水平上实现了控制犯罪与保障人权的平衡、司法公正与司法效率的统一，在前所未有的深度和广度上完善和创新了我国刑事诉讼制度，对于建设公正高效权威的刑事司法制度具有重要而深远的意义。全国检察机关要准确理解、全面贯彻新刑事诉讼法，忠实履行法律监督职责，保证新刑事诉讼法的统一正确实施。

准确理解和全面把握新刑事诉讼法的内容和意义。首先，要从我国社会主义民主法治进程上把握新刑事诉讼法的历史方位。这次修改是我国刑事诉讼制度发展的重大成果，也是充分反映我国国情和刑事司法实践要求的一个阶段性成果。随着我国经济社会发展和民主法治的推进，刑事司法制度必将进一步发展和完善。其次，要从立法原则上把握新刑事诉讼法的精神，自觉地更新执法理念。这次修改工作，秉持中国特色社会主义法治理念，坚持实事求是，从国情出发，总结司法实践经验，循序渐进地推进我国刑事诉讼制度的完善；坚持分工负责、互相配合、互相制约的原则，完善刑事诉讼中各司法机关的权力配置，以适应诉讼活动的需要；坚持贯彻宽严相济的刑事政策，惩罚犯罪与保障人权并重，既注意及时、准确地惩罚犯罪，维护公民、社会和国家利益，又注意对刑事诉讼参与人包括犯罪嫌疑人、被告人合法权利的保护。把握这些原则，是我们全面理解新刑事诉讼法立法精神的基本点。最后，要从“改了什么”、“为什么改”、“为

* 最高人民检察院副检察长，法学博士、教授、博士生导师。

什么这样改”三个方面理解和把握新刑事诉讼法各条款的内涵和要求。新刑事诉讼法内容丰富，涉及面广，不仅有大量条款的修改，而且有许多新条款，特别是增设了一些新程序、新制度。我们既要理解和把握各条款的内涵和要求，又要了解各条款的前因和后果，还要从程序和制度的整体上把握各条款的定位和意义。检察职能贯穿刑事诉讼始终，每个条款都与检察工作直接或者间接相关，不仅要熟悉并严格执行直接规范检察活动的条款，而且要熟悉规范其他执法和司法机关活动的条款，全面履行法律监督职责。

首先，要把贯彻落实好新刑事诉讼法作为当前的一项重要任务。新刑事诉讼法与检察工作关系密切，能否贯彻落实好新刑事诉讼法直接关系到检察工作的全局。我们一定要高度重视，结合实际，认真谋划，扎实做好准备。其次，要按照新刑事诉讼法的要求，尽快建立健全检察工作机制和执法规范，譬如，证人的保护制度和强制出庭制度，侦查程序中的技术侦查和秘密侦查措施，以及逮捕、监视居住和取保候审条件的细化和完善，犯罪嫌疑人、被告人辩护权的扩大和强化，简易程序适用范围的扩大和完善等。最后，要组织好新刑事诉讼法的培训和学习，把自学与培训、交流结合起来，以高度的责任感、使命感把新刑事诉讼法贯彻好、执行好。

为了配合广大检察人员全面深入地学习贯彻新刑事诉讼法，最高人民检察院组织编写了《新刑事诉讼法适用指导丛书》。这套丛书共有8本，即《新刑事诉讼法理解与适用》、《检察机关贯彻新刑事诉讼法学习纲要》、《新刑事诉讼法与诉讼监督》、《新刑事诉讼法与职务犯罪侦查适用》、《新刑事诉讼法强制措施解读》、《新刑事诉讼法证据制度解读与适用》、《新刑事诉讼法适用疑难问题解答》、《中华人民共和国刑事诉讼法·中华人民共和国刑法》。这套丛书的内容基本能够满足广大检察人员学习掌握新刑事诉讼法内容的需要。

贯彻落实新刑事诉讼法是提高检察工作水平的重要契机。广大检察人员要以深化社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法三项重点工作为着力点，以开展“忠诚、为民、公正、廉洁”政法干警核心价值观教育实践活动为动力，深入学习掌握新刑事诉讼法，全面提升检察工作水平，为促进经济平稳较快发展、维护国家安全和社会和谐稳定作出新贡献。

2012年3月16日

目 录

第一章 刑事强制措施的基本范畴	(1)
一、强制措施概念的厘定	(1)
二、强制措施的本质	(9)
三、强制措施的根据	(12)
第二章 刑事强制措施正当性的理论基础	(16)
一、权力节制理念	(16)
二、诉讼主体性理念	(19)
三、程序指向性理论	(23)
第三章 刑事强制措施的功能	(26)
一、强制措施与刑事诉讼目的的关系	(26)
二、强制措施功能的具体内容	(30)
三、我国强制措施功能的完善	(34)
第四章 刑事强制措施的运作模式	(36)
一、刑事强制措施运作模式与刑事诉讼构造	(36)
二、刑事强制措施运作的模式分析	(42)
第五章 刑事强制措施适用的原则	(46)
一、法定原则	(46)
二、比例原则	(49)

第六章 刑事强制措施的基本要素	(58)
一、强制措施的主体	(58)
二、强制措施的客体	(63)
三、强制措施的程序	(67)
第七章 完善强制措施立法的价值取向	(81)
一、把尊重和保障人权作为完善刑事强制措施制度立法的重要目标之一	(81)
二、把社会公共秩序与个人人身自由有机统一于强制措施制度的立法完善中	(82)
三、把实体公正与程序公正有机地统一于强制措施的立法完善中	(83)
四、公正与效率兼顾	(84)
五、把合法性、必要性、适应性作为完善刑事强制措施立法的基本原则	(84)
六、完善监督制约程序, 加强监督制约, 是依法适用强制措施, 实现实体公正与程序公正的重要保证	(85)
第八章 逮捕	(87)
一、正确理解逮捕的作用和意义, 依法慎用逮捕措施	(87)
二、批准和决定逮捕	(89)
三、批准和决定逮捕的条件	(96)
四、批准和决定逮捕的程序	(109)
五、关于附条件逮捕问题	(119)
六、正确理解和适用“可捕可不捕的不捕”问题	(122)
七、错误逮捕	(124)
第九章 拘留	(129)
一、拘留的概念和程序	(129)

二、有关国家和地区关于拘留的相关法律规定	(130)
三、1996 年刑事诉讼法关于拘留的有关规定和实践中 存在的主要问题	(131)
四、立法过程中对完善拘留制度的有关建议	(135)
五、修改后的刑事诉讼法关于拘留的法律规定及其适用	(139)
第十章 取保候审	(141)
一、修改后的刑事诉讼法关于取保候审的适用条件和程序	(141)
二、刑事诉讼法修改前取保候审在立法和司法实践中 存在的主要问题	(143)
三、立法过程中对完善取保候审制度的有关建议	(147)
四、修改后的刑事诉讼法关于取保候审的法律规定及其 适用	(152)
第十一章 监视居住	(158)
一、监视居住的适用条件和程序	(158)
二、1996 年刑事诉讼法关于监视居住在立法和司法实 践中存在的主要问题	(160)
三、在立法过程中对完善监视居住的有关建议	(163)
四、修改后的刑事诉讼法关于监视居住的规定及其适用	(169)
第十二章 拘传	(175)
一、拘传在立法和司法实践中存在的主要问题	(175)
二、关于如何完善拘传制度立法以及修改后拘传措施的 适用问题	(176)
第十三章 搜查、扣押、查封、冻结	(181)
一、搜查	(181)
二、扣押、查封、冻结	(183)
三、完善对搜查、扣押、查封、冻结的监督程序	(185)

第十四章 羁押	(188)
一、羁押、羁押必要性、羁押审查制度	(188)
二、我国现行羁押审查制度的特点及主要问题	(196)
三、关于如何完善我国羁押审查制度问题	(204)
四、修改后的刑事诉讼法中的羁押必要性审查制度评介	(208)
五、羁押必要性审查制度在实践中的运用	(211)
附 录 域外强制措施立法选编	(214)

第一章 刑事强制措施的基本范畴

一、强制措施概念的厘定

一直以来,我国刑事诉讼法学界对于强制措施与相关范畴(如强制性措施、强制处分、强制侦查等)之间的界分存在不同认识,有些争议纠缠于用语的细微差别,忽视了强制措施的本质特征及其与公民基本权利的关系。只有探寻更为科学的标准,来重构强制措施的内涵与外延,才能促进强制措施理论研究的逐步深入。

(一) 强制措施的内涵

依据我国刑事诉讼法学界的通说,强制措施是指公安机关、人民检察院和人民法院为了保障诉讼的顺利进行,依法对犯罪嫌疑人、被告人所采取的在一定期限内限制或剥夺其人身自由的法定强制方法。^①这一界定是依据我国《刑事诉讼法》第六章“强制措施”的相关规定归纳而来。追根溯源,我国刑事诉讼法将五种限制或剥夺犯罪嫌疑人、被告人人身自由的手段规定为强制措施,这种做法渊源于前苏联。从某种意义上讲,这种表述基本上只是对我国刑事诉讼法有关强制措施的法律条文的简单注释,仅仅概括了我国五种强制措施的浅表特征,并未揭示强制措施制度的法理根据、本质属性,更谈不上从一般法理意义上反映刑事诉讼中强制措施的本质特征。

考察各国法律关于强制措施的规定,界定强制措施的标准有二:一是以是否侵犯人的基本权利、是否取得被适用对象同意为标准,凡是侵犯人的基本权利、违背被适用对象意志的措施,都属于强制措施,否则属于任意措施;二是以是否涉及人身自由为标准,凡是限制人身自由的措施,属于强制措施,否则就不属于强制措施。

上述两种划分标准,第一种更为合理与科学。因为以是否涉及人身自由为标准界定强制措施,仅将限制人身自由的措施作为强制措施,在逻辑上存在矛

^① 陈光中主编:《刑事诉讼法学》(新编),中国政法大学出版社1996年版,第202页;徐静村主编:《刑事诉讼法学》(上),法律出版社1997年版,第203页。

盾，因为除此之外还有许多措施具有强制性，而且，这种界定并未反映强制措施的本质属性。从汉语语词含义上看，“强制措施”实际上是与“任意措施”相对应的概念，按照“强制措施”与“任意措施”的界分，所有带有“强制性”的措施都应当属于强制措施。

那么，划分强制措施与任意措施的标准究竟是什么呢？围绕这一问题，日本法学界进行了许多有益的探讨。概括起来，主要有以下观点：（1）伴随着直接强制（物理的有形的力）及间接强制（课予预定制裁的义务）的处分属于强制处分，除此之外的处分属于任意处分。这是关于任意侦查和强制侦查区分标准的传统见解。（2）侦查在方法上分为不使用强制力的和使用强制力的两种，前者是任意侦查，后者即通过强制处分进行的侦查是强制侦查。但强制不仅是物理的强制，还包含令其负观念上的义务的情形。（3）在强制和任意之间，存在着一个不能归为强制的称为实力的中间地段。有时，可以将为了说服和劝导对方而进行的有形力的行使（中间的实力的说服）作为任意处分。（4）强制侦查是以强制（事实上的强迫 coercion）及强行要求（课予法律义务 compulsion）为构成要素的侦查方法，其他侦查方法为任意侦查。（5）强制侦查和任意侦查的区分，并非取决于是否有有形力的行使，而是以是否未经同意即实施侵害个人的权利和利益的处分为基准的。（6）强制侦查是以压抑个人意志，限制人身、住所、财产等重要的权利或利益的强制处分实施的侦查，除此之外的侦查是任意侦查。（7）强制侦查和任意侦查，以是否属于实质上侵害或威胁对方的权利或利益的处分为区分基准。^①不难看出，学说是以是否有物理的有形力的行使及其程度和是否存在对权利、利益的侵害及其程度作为区分任意侦查和强制侦查的基准的。按照各种见解基点的不同，上述观点可以分为传统的意思说、权利侵害说、新强制处分说和私生活秘密保障说。传统的意思说，强调被适用对象是否同意、是否有物理的有形力的行使及其程度。随着人权保障意识的提高和拍照、录像、侦听、测谎仪等所谓科学侦查手段的运用，学说关于任意侦查和强制侦查的区分标准也转移到了其是否属于实质上侵害权利、利益的处分上面。依照传统的观点，除刑事诉讼法明文规定的具有物理的有形力的强制处分以外的处分，均属于任意处分，则任意处分的范围就十分宽泛；而依照新的见解，则强制处分的范围变得宽泛，任意处分相对缩小。这种变化，表明在区分任意侦查和强制侦查的基准方面，人权保障的比重在增大。

^① 参见〔日〕安富洁：《刑事诉讼法》，法学书院1993年版，第2~8页；石川才显：《通说刑事诉讼法》，三省堂1992年版，第106~124页；村井敏邦：《现代刑事诉讼法》，三省堂1990年版，第68~93页。

日本学说的变化，与世界范围内人权观念的发展及强调刑事司法中的人权保障的趋势相契合。正如德国学者克劳思·罗科信教授所指出的那样：“刑事诉讼法上的强制措施均为对基本权利之侵犯。”^①我国台湾地区学者林钰雄教授亦认为：“强制处分在公法上之定位，属于干预人民受宪法所保障之基本权利的行为。”^②

综合考察以上学说，可以看出，强制措施与任意措施的划分，需要考虑以下因素：是否伴有强制力及其程度；是否取得被适用对象的同意；是否涉及被适用对象的权利。在这些因素中，由于被适用对象同意即意味着权利的放弃，强制力的有无及程度在许多情况下直接决定了侵犯人的权利的程度，故此，人的权利在这些因素中居于核心地位。因此，区分强制措施与任意措施，不应当简单地以是否违背被处分人的意思为标准，也不应当简单地以手段是否具有物理的强制力及程度为标准，而应当以被处分人的权利是否受到侵犯为标准。只有这样，才能揭示强制措施的本质特征。

权利，而不是权力或者义务，成为法律王国中最为基本的概念、最为常用的叙事方式。可以说，是权利本身使得法律更具有理性，权利协调了法律与道德之间的和谐关系。“在所有承认理性的政治道德的社会里，权利是使法律成为法律的东西，通过法律来实施基本的和宪法的‘权利’。这些权利使法律本身更为道德，因为它可以防止政府和政治官员将制定、实施和运用法律用于自私或不正当的目的。”^③当然，若对被处分人的权利不予区分的话，势必使得强制措施过于泛化，从而影响刑事司法发挥其控制犯罪的功能。因此，将被处分人的重要权利，即基本权利（或者说是宪法权利、基本权）是否受到侵犯作为界定强制措施和任意措施的标准，既能使强制措施与人的基本权利联系在一起，体现强制措施的本质特征，又可以在刑事司法控制犯罪方面发挥其应有作用；既能使强制措施这一范畴符合事物的规律和逻辑，又能明确强制措施在宪政体制中的地位，明确刑事诉讼法的应用（运用）宪法（“刑事诉讼法是宪法的大宪章”、“宪法之测震仪”）地位。这种理论上的倡导，有助于法律与实践对人权保障的关注。

① [德] 克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第273页。德国著名法学家罗科信教授在其第24版的《刑事诉讼法》教科书中的第一编第六目下，标题即定位为“强制措施及基本权利之侵犯”。

② 林钰雄：《刑事诉讼法》（上册），学林文化实业有限公司2001年版，第254～255页。

③ [美] 德沃金：《认真对待权利》，信春鹰等译，中国大百科全书出版社1998年版，中文版序言，第16～21页。

（二）强制措施的外延

德国刑事诉讼法没有对强制措施的外延作明确的划分。该法第一编通则部分有四个章节涉及强制措施的有关内容，分别是第八章“扣押、监视电信通讯、扫描侦查、使用技术手段、派遣秘密侦查员、搜查”；第九章“逮捕、暂时逮捕”；第九章 a “刑事追诉、刑罚执行的其他保全措施”；第九章 b “暂时执业禁令”。在理论界，有学者认为，强制措施可能侵犯的基本权利包括：（1）对人格自由权的侵犯，如拘提命令、逮捕、羁押、为勘验其心神状态所令入精神病院之处分、人身搜查、照相、暂时性扣押驾照；（2）对生理不得侵犯的权利之违犯，譬如抽验血液、脑电波测验；（3）对财产权的侵犯，如扣押；（4）对住宅权的侵犯，对住宅、处所之搜查；（5）对邮电通讯秘密权的侵犯；（6）对职业自由权的侵犯，譬如暂时的职业禁止；（7）对信息自主权的侵犯，譬如设置网络缉捕、栅网追缉、数据比对、科学仪器之使用、布建秘密侦探。^①

意大利刑事诉讼法将强制措施单独成编，也即该法典的第四编“防范措施”。该编第一章规定的人身防范措施可以具体分为强制措施（禁止出国、向司法机关报到、居住的禁令、住地逮捕、预防性羁押）和禁止性措施（包括暂停行使父母的权利、暂停行使公共职务或者服务、暂时禁止从事特定的职业活动或经营活动）。此外，人身防范措施还包括临时适用的保安处分。“防范措施”的第二章规定了对物的防范措施，包括对被告人的不动产或者动产或者归属于它的钱财实行保全性扣押、对与犯罪有关的物品可以进行预防性扣押等。此外，意大利刑事诉讼法典将检查、勘验、搜查、扣押、谈话或者窃听等措施放在第三编“证据”中作为“收集证据的方法”加以规定。

俄罗斯原刑事诉讼法受到前苏联刑事诉讼法的影响，其第一编第六章的“强制措施”只规定了“具结不外出、人保或者社会团体的保证、羁押”几种涉及人身自由的强制措施。但是，俄罗斯 2002 年生效的新刑事诉讼法对原刑事诉讼法中的强制措施进行了完善，在修改后的新刑事诉讼法典第四编“诉讼强制措施”中，利用 3 章 27 个条文，对拘捕犯罪嫌疑人、人身搜查、羁押、具结不外出和行为保证、人保、部队指挥机关监督、对未成年犯罪嫌疑人或刑事被告人的监管、监视居住、拘传、停职、扣押财产、有价证券等进行了详细的规定。此外，在该法典第八编“审前调查”的第二十四章、第二十五章中

^① [德] 克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社 2003 年版，第 273 页。

对勘验、检验、侦查试验、邮件的电报的搜查、提取和扣押、谈话的监听和录音的具体程序作出了明确的规定。

各国涉及人的基本权利的强制措施的外延范围，大致可以涵盖以下四种：一是对人身权的强制措施；二是对财产权的强制措施；三是对隐私权的强制措施；四是对经营、执业利益的强制措施。具体而言：

1. 对人身权的强制措施，包括拘传、拘留、逮捕、羁押、取保候审（保释、司法监督、司法管制）、监视居住（住地逮捕）、人身检查、鉴定留置等；
2. 对财产权的强制措施，包括勘验、检查（对物体）、搜查、扣押等；
3. 对隐私权的强制措施，包括监听、采样、派遣侦查人员、照相、通缉等；
4. 对经营、执业利益的强制措施，包括停业、关闭机构、^① 限制经营（如对欺骗性广告与伪造事实之犯罪采取的措施）^② 等。

我国刑事诉讼法规定的强制措施，是针对人身自由权予以限制、剥夺的措施。对于隐私权、财产权的干预措施规定在“侦查”一章。对于有违法犯罪嫌疑的人予以留置规定于人民警察法中。此外，对于诸如监听等对隐私权的干预措施在人民警察法、国家安全法、新刑事诉讼法中作为“技术性侦察（查）”手段作出了规定，对于经营、执业利益的干预措施则没有作为刑事诉讼中的强制力干预手段来规定。如果以涉及人的基本权利来界定强制措施的外延，我国刑事强制措施除了拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕外，还应当包括侦查中的强制性侦查行为，以及其他有关法律中涉及人的基本权利的措施。本书所研究的强制措施，是广义上的强制措施，或者说是实质意义上的强制措施，即以涉及人的基本权利为标准所界定的强制措施，而不论其在法律上是否表述为强制措施。

（三）强制措施与相关概念辨析

我国刑事诉讼法学中，与强制措施有关的学术惯用范畴有很多，诸如强制

① 《法国刑事诉讼法典》第706—36条允许预审法官先行关闭在其内实行了犯罪的机构或关闭机构之一部分，最长期间为3年。自1970年12月31日的法律以来，对毒品走私案件也作出了相类似的规定（刑事诉讼法典第706—33条）；在涉及对待动物的残忍行为时，也准许预审法官命令将这些动物交给有资格的机构。参见[法]卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》（下），罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第581～582页。

② [法]卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》（下），罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第638页。

性措施、强制处分、强制侦查等。学者对于这些用语理解不一。根本原因在于，各个术语之间的本质内涵尚未在学理上得以澄清。

1. 强制措施与强制性措施

修改后的《刑事诉讼法》第106条第1款在界定“侦查”的概念时指出，“侦查”是公安机关、人民检察院在办理案件过程中，依照法律进行的专门调查工作和有关强制性措施。对于强制措施与强制性措施之间的关系，我国诉讼法学界在20世纪80年代曾经有过争论。概括而言，有三种观点：一是“同一说”，认为刑事诉讼法上的侦查包括的强制性措施，就是拘传、取保候审、监视居住、逮捕、拘留。二是“包容说”，认为侦查中的强制性措施不单纯指刑事诉讼法的五种强制措施，还包括为确保证据的搜集而采用的带有强制的办法，它体现在专门调查工作诸项活动之中。持“包容说”的学者认为，所谓“强制性措施”，是指侦查机关采取的涉及限制或剥夺个人人身自由、财产、隐私等权益措施，它既包括法定的五种“强制措施”，即拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕等，也包括诸如搜查、扣押、冻结、通缉等侦查措施。^①刑事诉讼中的强制性措施，既包括人身强制，如逮捕和拘留，又包括对物的强制，如搜查、扣押。^②三是“并列说”，认为我国刑事诉讼中作为侦查概念组成部分的有关强制性措施与强制措施是两个既不等同、也不互相包含的概念。^③谈及二者的区别时，有学者认为，强制性措施是为了保证专门调查工作的顺利进行，主要在侦查阶段进行；而强制措施是为了保障诉讼活动的顺利进行，可以在立案、侦查、起诉、审判等各个阶段使用。两者的强制力度也有所不同。一般来说，有关的强制性措施的强制力度小于强制措施。此外，两者在适用对象、条件及程序等方面均有区别。^④

实际上，从语义学的角度看，强制措施和强制性措施并无本质区别，我国刑事诉讼法将强制措施和强制性措施人为地赋予不同的含义，是沿袭前苏联刑事诉讼法的做法。^⑤这种区分的问题在于难以反映强制措施的本质特征，且可能造成理解和运用上的混乱。诸如勘验、检查等保全证据的手段在起诉和审判阶段也可能会使用，那么，这些手段既不属于强制性措施，也不属于强制措施

① 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5页。

② 徐静村主编：《刑事诉讼法学》，法律出版社1999年版，第235页。

③ 李忠诚：《刑事强制措施制度研究》，中国人民公安大学出版社1997年版，第8页。

④ 陈光中主编：《刑事诉讼法》（新编），中国政法大学出版社1996年版，第278页。

⑤ [前苏联] 蒂里切夫：《苏维埃刑事诉讼》，张仲麟译，法律出版社1984年版，第189～190页。

的范畴,究竟属于什么性质的行为呢?笔者认为,有必要将强制措施和强制性措施两个概念统一起来,刑事诉讼法中不再区分强制措施和强制性措施。基于程序目的指向上的一致性,将保全证据的搜查、扣押、勘验、检查、监听、采样等对人身权、隐私权、财产权的强制性处分措施统一纳入强制措施的序列中加以规定,依据是否涉及人的基本权利来界定强制措施的范围,有利于避免法条上和理论上所面临的困境。

2. 强制措施与强制处分

日本、前苏联和我国台湾地区诉讼理论中惯常采用“强制处分”一词涵盖逮捕、羁押等强制手段。但是,我国台湾地区诉讼理论中的强制处分概念与我国大陆刑事诉讼法中的强制措施并不是在同一个意义上来使用的。蔡墩铭教授认为,在刑事诉讼,为获得或者保全证据或者确保被告的到场,需有各种强制力的行使,对于含有强制力行使之要素的处分,一般称之为强制处分,唯所谓强制力包括甚广,其不但指直接施以物理力,如搜查;而且使对方负有行为之法律义务也包括在内,譬如传唤。^①柯耀程教授从“排除障碍”的角度提出新的界定,认为强制处分,系指刑事诉讼程序中,侦查机关、审判机关或者执行机关为了达成程序任务、排除程序阻碍而为之强制措施,且此种强制措施乃是对于人民基本权利的限制与干预。^②在具体探讨刑事强制处分问题时,学者们一般均将传唤、拘提、逮捕、羁押、提出命令、搜索、扣押、身体检查、盘查等作为其外延范围,一起加以研究。^③翁玉荣指出,强制处分,可区分为广义和狭义,后者专指直接对人或物为排除可能之反抗或妨害所实施之强制处分,专以强制为目的,如拘提、羁押、搜索或扣押均属之;前者,则除狭义强制处分外,尚包括具有强制性质之调查证据在内,如勘验等。^④由此可见,我国台湾地区学界实际上沿袭了大陆法系德国法的传统,一以贯之地在其意义上使用强制处分的概念,该概念的内涵和外延大于我国大陆刑事诉讼法意义上的

① 蔡墩铭:《刑事诉讼法论》,五南图书出版有限公司1999年版,第155页。

② 此种强制处分概念,是由学者柯耀程教授在台湾中正大学所讲授的2001年度“刑事诉讼法专题研究”的课程中首先提出,此种概念十分注重强制处分的目的指向,亦即强制处分存在的目的是为了排除程序阻碍,若没有阻碍,强制处分即不应该发动。陈姝桦:《强制处分分配构想之建构——以被告为中心》,台湾中正大学法律学研究所硕士论文(2002),第6页。

③ 柯庆贤:《刑事强制处分》,三民书局2002年版;林钰雄:《刑事诉讼法》(上),学林文化有限公司2000年版;王兆鹏:《刑事诉讼讲义(一)》,元照出版有限公司2003年版,第22~24页。

④ 翁玉荣:《实用刑事诉讼法》(上),元照出版有限公司2002年版,第240页。

强制措施。

3. 强制措施与强制侦查

根据侦查行为是否以相对人自愿配合为前提,可以将侦查行为分为强制侦查与任意侦查。所谓强制侦查,是指不受受侦查人意思的约束而进行的强制处分。与此相对的是任意侦查原则。所谓任意侦查,是指以受侦查人同意或承诺为前提或者不对受侦查人的意志产生强制而进行的侦查。《日本刑事诉讼法》第197条第1款规定:“为实现侦查的目的,可以进行必要的调查。但除本法有特别规定的以外,不得进行强制处分。”该规定是任意侦查原则和强制侦查法定主义的法律依据。日本学者认为,在现行法上,是将任意侦查作为原则(任意侦查原则),而强制侦查则只能属于例外,仅限于刑事诉讼法有特别规定的场合方可进行(强制侦查法定主义)。因此,对于任意侦查,法律没有特别限制,即使法律没有明文规定,原则上也可以采取适当的方式进行;对于强制侦查,则只要刑事诉讼法上没有具体的规定,就不得进行。^①

在西方国家,强制侦查原本属于法官的权力。在审前程序与审判程序分离,而侦查机关借助于法官命令实施强制侦查后,为了限制强制侦查的滥用并保证其正确适用,各国对强制侦查均采取令状原则。所谓令状(warrant),是指记载有关强制性处分裁判的判决书。令状原则,有的也译为令状主义,指在进行强制性处分时,关于该强制性处分是否合法,必须由法院或法官予以判断并签署令状;当执行强制性处分时,原则上必须向被处分人出示该令状。在英、美、法等国家,诉讼理论认为,令状是指法官的命令(order)。由于侦查不过是侦查机关单独进行的准备活动,被疑人也可以独立地进行准备,强制处分只是为了将来进行裁判即确保被告人及保全证据才由法院实施的,是法官固有的权限,当事人只不过是利用强制处分的结果而已。^②实行令状原则,旨在使作为第三方的审判机关,就强制性处分的理由及必要性进行审查并作出公正的判断,以防止强制性处分的滥用,达到有效地维护人权的目的。德国法学家约阿希姆·赫尔曼教授指出:“德国刑事诉讼法注意到这个强制性,它将没收、搜查措施(《德国刑事诉讼法典》第94条至第100条,第102条至第110条)与待审羁押和暂时逮捕措施(《德国刑事诉讼法典》第112条至第131条)直接相关地规定在一起。德国的法学思想一直认为,允许以强制性侵犯

① [日]安富洁:《刑事诉讼法》,法学书院1993年版,第2页;石川才显:《通说刑事诉讼法》,三省堂1992年版,第106页、第107页;土本武司:《日本刑事诉讼法要义》,董璠典、宋英辉译,五南图书出版公司1997年版,第122~171页。

② [日]平野龙一:《刑事诉讼法》,有斐阁1958年版,第83页。