



XINGSHI QIANGZHI CUOSHI
TIXI YANJIU

刑事强制措施

体系研究

赖玉中 著



中国政法大学出版社



中国铁路总公司
中国铁路总公司
中国铁路总公司

中国铁路总公司

列车运行措施

体系研究

中国铁路总公司

中国铁路总公司



XINGSHI QIANGZHI CUOSHI
TIXI YANJIU

刑事强制措施

体系研究

赖玉中 著



中国政法大学出版社

2012 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

刑事强制措施体系研究 / 赖玉中著. —北京: 中国政法大学出版社, 2012.3

ISBN 978-7-5620-4172-6

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第027332号

书 名	刑事强制措施体系研究
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088 fada.sf@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908433(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880mm×1230mm 1/32
印 张	7.75
字 数	175千字
版 本	2012年3月第1版 2012年3月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4172-6/D·4142
定 价	25.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

目 录

第 1 章 绪论	1
1.1 研究背景与研究意义	1
1.1.1 研究背景	1
1.1.2 研究意义	5
1.2 研究现状	9
1.2.1 国内研究现状	9
1.2.2 国外研究现状	11
1.2.3 研究现状简评	11
第 2 章 刑事强制措施体系的基本范畴	13
2.1 强制措施体系的概念	13
2.1.1 国外关于强制措施体系概念的争论	14
2.1.2 国内关于强制措施体系概念的争论	17
2.1.3 强制措施体系概念的本义	19
2.2 强制措施体系的权利客体与内容延展	20
2.2.1 干预与处分的权利客体的范围	20
2.2.2 体系内容的延展——类型化措施的展开	24
2.3 强制措施体系的适用主体与对象	31

2 刑事强制措施体系研究

2.3.1	由国家与私人构成的二元主体	31
2.3.2	由自然人与单位构成的二元对象	37
2.4	强制措施体系的构造	42
2.4.1	纠问式与弹劾式侦查模式的权力面孔	42
2.4.2	强制措施体系中权力制约与权利保障	46
2.5	强制措施体系的目的与功能	51
2.5.1	限制滥权与保障人权之双重目的	52
2.5.2	保障程序顺利进行与控制犯罪之复合功能	60
第3章 刑事强制措施体系运行的基本原则		67
3.1	合法性原则	67
3.1.1	合法性原则的基本解释	67
3.1.2	强制措施合法性原则的三个向度	69
3.1.3	强制措施合法性原则的宪法化与国际化	71
3.1.4	强制措施体系合法性原则的样态	77
3.2	比例原则	80
3.2.1	比例原则的基本内容	80
3.2.2	比例原则的历史脉络	82
3.2.3	刑事诉讼视野中的比例原则	85
3.2.4	强制措施体系中的比例原则	87
3.3	分权制衡原则	93
3.3.1	宪政层面的权力架构	93

3.3.2 刑事诉讼中“三权”的分立与制衡的演化	95
3.3.3 强制措施体系中的分权制衡原则——检察监督抑或司法监督	97
3.4 司法审查原则	102
3.4.1 司法权的宪政法治中心论	102
3.4.2 强制措施体系中的司法令状主义	105
第4章 我国刑事强制措施体系的现状分析	112
4.1 强制措施体系中的高羁押率是如何促成的	112
4.1.1 高羁押率的母体结构——由供到证的侦查模式	115
4.1.2 高羁押率的权力要素——检察机关行使批准、决定逮捕权	117
4.1.3 高羁押率的“合法”条件——拘留条件的泛化与逮捕条件的曲解	119
4.1.4 高羁押率的另类解释——变相羁押、隐性超期羁押的普遍化	123
4.2 强制措施体系中的国家权力是如何失范的	126
4.2.1 人民法院主动决定适用强制措施——悖反消极中立之属性	126
4.2.2 人民检察院行使批准、决定逮捕权——深陷同体监督之危机	128
4.2.3 公安机关僭越人身自由剥夺权与滥用强	

4 刑事强制措施体系研究

制措施执行权——逾越底线正义之红线	129
4.2.4 公、检、法三机关平行行使强制措施变更权 与撤销权——违背权力正向制约之法理	131
4.3 强制措施体系中的人权保障原则是如何被虚置的	132
4.3.1 人权保障的前提之一——不被强迫自证其 罪权无名无实	132
4.3.2 自然正义的基石之一——程序参与权名存 实亡	138
4.3.3 程序正当的关键之一——排除非法证据请 求权有名无实	144
第5章 我国刑事强制措施体系的完善路径	151
5.1 重构对人身自由权的强制措施体系	154
5.1.1 基于功能的考虑——构建强制到案体系	156
5.1.2 基于目的的考虑——增设独立的羁押措施	167
5.1.3 基于定性的考虑——引进保释制度替代 取保候审	182
5.1.4 基于实践的考虑——废除监视居住	189
5.2 构建对财产权、隐私权的强制措施体系——以	

搜查为范例的考察	195
5.2.1 传统意义上以物为对象的搜查	197
5.2.2 现代意义上以隐私为对象的搜查	203
5.3 拓宽强制措施体系的救济途径	206
5.3.1 强化辩护权	207
5.3.2 赋予受害人程序性上诉权	208
5.3.3 完善非法证据排除规则	210
5.3.4 对轻度违法的警检、司法人员处于纪律惩戒与 行政处分	215
5.3.5 追究严重违法的警检人员的刑事责任 ...	216
5.3.6 赋予受害人请求国家赔偿权	218
 参考文献	 220
后 记	235

第 1 章

绪 论

1.1 研究背景与研究意义

1.1.1 研究背景

我国 1996 年修订的《刑事诉讼法》，重点是在传统的超职权主义刑事庭审模式上嵌入大量的当事人主义因素，试图以修法为主导的方式，强行使中国刑事诉讼在“一修”之后，实现由超职权主义向当事人主义的跳跃式转型。这在一定程度上平衡了保障人权与控制犯罪的目的追求和公正与效率的价值取向，契合当时国内的社会现实和国际的发展趋势。但是，十余年的刑事司法实践却显现出“修法愿望是美好的，司法实践却是惨淡的”事实。深究其因，在坚守超职权主义侦诉程序的母体上嫁接当事人主义审判程序的新枝，繁花硕果实难苛求，对抗式庭审模式的改革效果已被职权式侦诉机制的固守抵抗冲淡得所剩无几。修法之原本目的是在一定程度上减少职权主义色彩，倡导保障被追诉人基本人权的理念，使其在刑事诉讼过程中获得公正对待与裁判，从而形成有中国特色的现代的、科学的、理性的刑事诉讼程序与制度。但是，多年来的刑事司法现实却无情地冲击着修法目的，使其逐一落空。一桩桩冤假错案渐成

媒体坊间的素材与谈资，一个个鲜活生命殒失于看守所的非正常死亡事件之中，几个被多级法院裁判认定已被杀害的被害人竟然“死而复生”，而几个被“合法程序”冤裁的被告人则不幸倒毙于正义女神的利剑之下，或者蒙受长达十余年的牢狱之灾。虽然法治的进演偶尔也需要一些极端事件的推动，倘若此类案件不是个别特例而是高频反复地出现，其制度性祸根则难逃其咎。也就是说，即使通过对审判阶段的修修补补，使其达到符合公正审理的国际基本标准，或者转型为更加注重程序正当与人权保障的对抗制庭审模式，也是难以取得良好的实践效果。因为这忽视了我国是以侦查案卷为中心形成裁判的事实，未对更为重要的审前程序进行全面系统地深入研究与革故鼎新，特别是事关被追诉人宪法基本权利的侦查程序与刑事强制措施体系，不可能真正实现由职权主义模式向当事人主义模式的成功转型。

一直以来，侦查程序都是我国刑事诉讼的中心程序。“就司法实践而言，99%以上的有罪判决率，事实上是靠强有力的侦查来维系的。真正决定中国犯罪嫌疑人和被告人命运的程序不是审判而是侦查。”〔1〕由于我国刑事诉讼中历来的“侦查中心主义”传统和“偏重控制犯罪兼顾保障人权”的积习，导致当前我国审前程序的理念与“尊重与保障人权”的宪法要求以及保障人权优先的国际潮流并不协调。一方面，效率优先兼顾公正的侦查主导型的刑事诉讼模式广受理论界与实务界诟病，甚至已经成为许多域外法治国家和地区批评与抨击我国刑事诉讼欠缺对被追诉人人文关怀与道德尊重，以及对其宪法基本权利

〔1〕 孙长永：《侦查程序与人权——比较法考察》，中国方正出版社2000年版，第5页。

没有提供全面的保障措施与广阔的救济途径之口舌；另一方面，过于偏重社会保全的目的与极度缺乏正当程序的特征，给予侵害人权与制造冤假错案可乘之机，出现了大量与强制措施体系有关的“中国特色”的程序性违法语词与实践案例，比如说对“高羁押率”、“超期羁押”、“枪下留人”、“躲猫猫”、“十万放人”、“死而复活”、“扣押=没收”、“留有余地的裁判”、“人肉搜索”等语词的程序解读，以及对“湖南滕兴善案”、“湖北余祥林案”、“河南胥敬祥案”、“云南杜培武案”、“河北聂树斌案”、“海南黄亚全、黄圣育案”、“河南赵作海案”、“重庆茂业血案”以及“陕西黄碟案”等案件的程序拷问，无不折射出现行审前程序乃是冤假错案的温床，而作为其中最为重要的工作之强制措施，毋庸置疑地成了侵害人权或者制造冤案的罪魁祸首。

刑事诉讼不断走向文明的演进过程，实质上就是一个不断提高对作为道德主体的追诉人的人格尊严的尊重水平，并且注重保护与救济其宪法基本权利的发展历史。由于强制措施体系与被追诉人宪法基本权利之间有着如此紧密的关系，所以，无论是学界，还是立法、执法与司法实务界，都极为关注强制措施体系的演变与发展。为了顺应保障被追诉人宪法基本权利的国际趋势，我国政府已经加入或批准了《禁止酷刑或施以残忍的、不人道的或有辱人格的待遇或处罚公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利与政治权利国际公约》等近20项关系基本人权的国际公约。签署国际条约所要求履行的国家责任，以及犯罪数量激增案情复杂所带来的“对正义无限追求与司法资源相对短缺”的世纪难题，引发了确立沉默权与零口供规则、清理超期羁押、附条件逮捕、慎重使用强制措施、

加强监所检察、职务犯罪审查决定逮捕权上提一级、严禁非法扣押、冻结款物^{〔1〕}等与刑事强制措施体系相关的司法改革话题接踵而至。

1996年修正的《刑事诉讼法》建构了由拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕等五项措施组成的由轻到重、结构合理且相互衔接的强制措施体系，但随着法治进程的深化和人权思潮的澎湃，其不适性显露无遗：其一，当前强制措施体系存在的结构性弊端，是导致高羁押率与变相羁押的制度祸根；其二，当前强制措施体系缺乏周延性，仅有限制或剥夺人身自由的强制措施，体系本身存在制度缺口，无法有效保护与社会发展同步的财产权、隐私权等宪法基本权利；其三，当前强制措施体系的权利救济途径不畅，被追诉人合法权益被侵害之后难以获

〔1〕 20世纪90年代以来，沉默权就是我国刑事诉讼法学界研究的热点，时至今日仍是炙手可热的理论前沿；自1999年辽宁省抚顺市顺城区人民检察院办理第一起“零口供”案件以来，全国各地涌现出数以千计的“零口供规则”案例。附条件逮捕制度是由2005年全国检察机关第二次侦查监督工作会议提出的，由2006年最高人民检察院检察委员会讨论通过的《审查逮捕案件质量标准（试行）》确认的审查批捕新制度，在低调运行3年之后，在全国检察系统内获得加速推进。从2003年5月起，最高人民检察院率先启动清理超期羁押行动，11月，最高人民法院、最高人民检察院和公安部联合下发通知，要求在全国范围内彻底清查超期羁押问题，到2004年年底，除有法定事由外，超期羁押案件全部清理完毕。2008年12月，中央政法委书记周永康同志在全国政法工作会议上要求政法机关慎重使用强制措施，努力实现法律效果与社会效果、政治效果的统一。2009年4月，最高人民检察院、公安部联合印发《全国看守所监管执法专项检查活动方案》，联合开展了全国看守所监管执法专项检查活动，以期维护在押人员的合法权益。自2009年9月起，为优化检察权的配置，规范职务犯罪的侦查工作、加强人权保障以及推进检察工作一体化、保障检察权依法独立公正行使，最高人民检察院颁布《关于省级以下人民检察院立案侦查的案件由上一级人民检察院审查决定逮捕的规定（试行）》，要求检察机关直接立案侦查案件的审查决定逮捕权上提一级。为规范人民检察院扣押、冻结涉案款物工作，提高执法水平和办案质量，保护公民、法人和其他组织合法权益，2010年5月，最高人民检察院颁行修订后的《人民检察院扣押、冻结涉案款物工作规定》。

得有效救济……刑事诉讼法不容回避转型的社会现实和发展的国际潮流，而只是关涉公民人身自由权的强制措施体系更是深陷重重困境。倘若仍然坚持只对现行强制措施体系内某一项或几项具体措施进行零敲碎打式的填补与完善，绝不可能挖除当前强制措施体系存在的结构性、周延性与救济性的病根，惟有在全面检视与系统研究整个体系内部结构与外部关系以及配套制度之后，适采全面推进与整体优化的体系完善之路，方能使当前强制措施体系蜕变成为被追诉人权利保护的屏障与保证诉讼程序顺利进行的方法。

上述种种关于强制措施体系对被追诉人宪法基本权利的重大影响及其当前所面临的众多问题，导引笔者兴趣所归与研究目的。另外，恰值修订刑法的计划被列入“十一五立法规划”，刑法面临再作重大修改的重要契机，对刑事诉讼各程序、各制度的基本问题进行深刻反思与全面检省，以世界的目光来研究中国的问题，在博采国际先进刑事法治的立法成果与司法经验的基础上，重构我国强制措施的体系尤显必要与紧迫。

1.1.2 研究意义

刑事强制措施是一把控制犯罪与保障人权的双刃剑，既是侦查机关侦破案件最为有力的武器，又是对被追诉人人身自由权、财产权和隐私权等宪法基本权利影响最为严重的侦查行为，正如英国大法官丹宁勋爵所说：“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护者。但是这种手段也可能被滥用。而假如它被人滥用，那么任

何暴政都要甘拜下风。”^{〔1〕} 强制措施绝对是权力与权利斗争最为激烈的场域，从体系的角度全面整体地对其进行研究将具有非常深远的意义。

首先，以干预与处分宪法基本权利为中心建构刑事强制措施体系，大大拓展了可以享受刑事强制措施所严格保护的宪法基本权利的范围。1982年《宪法》第37条规定的人身自由权、第38条规定的人格尊严权^{〔2〕}、第39条规定的住宅安全权以及第40条规定的通信自由和秘密权，以及2004年《宪法修正案》明确提出的公民合法私有财产不受侵犯，以及国家尊重与保障人权等，我国宪法实际上已经给刑事强制措施体系干预与处分的基本权利划定了明确的范围。刑法又被称为应用宪法或宪法测震仪，作为与宪法联结点的强制措施体系，不仅需要保障刑事诉讼的顺利进行，更加应当体现国家公共权力对被追诉人宪法基本权利进行正当干预与处分的本质。换句话说，强制措施体系干预与处分的权利客体范围，应当就是宪法及其修正案所圈定的权利范围，并且应当随宪法及其修正案的修正而变化。随着市场经济体制的发展与市民社会的逐步形成，我国宪法不断地拓展对基本权利的保护范围，强制措施体系也须因之得到相应拓展，把财产权和隐私权纳入到强制措施体系的保护之下，这也符合“同等权利同等保护”法理。

其次，理性地配置国家公共权力，从而有效地保障公民、

〔1〕 [英] 丹宁：《法律的正当程序》，李克强等译，群众出版社1984年版，第86页。

〔2〕 一直以来，隐私权作为人格权之名誉权的一项固有内容而得到我国立法与司法的确认，比如《南方周末》版的“2008年十大影响性诉讼”之“王菲因人肉搜索诉网站侵犯隐私权、名誉权案”。而2009年《侵权责任法》则首次将其从人格权中独立出来单独加以规定，无疑大大提升了我国对隐私权进行法律保护的力度。

单位的宪法基本权利。在我国，似乎可以认为当前强制措施体系的构造，是一种两造直接对抗司法审查缺位的非诉讼化构造；尚未纳入强制措施体系的诸如搜查、扣押、查询、冻结、查封等强制性侦查行为，纯粹就是警察单方执法的行政结构；而在现代侦查中经常采用的诸如监听、强制采样等对隐私权进行处分的技术性侦查措施，却在刑法中根本未做任何规定。在强制措施或强制性侦查行为适用过程中，相对于被追诉人，侦查机关却握有绝对强大的，并且基本上不受约束的侦查权力，时常出现刑讯逼供、超期羁押、非法搜查、任意监听等侵犯宪法基本权利的现象就不足为奇了。“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停止。”〔1〕阿克顿勋爵也曾言“权力导致腐败，绝对权力绝对导致腐败”。〔2〕而法治的核心在于对国家公共权力的制约和对公民、单位基本权利的保护：对于国家权力来说，法无明文规定即为禁止；对于私人权利来说，法无明文规定即为允许。“法律的基本作用之一乃是约束和限制权力，而不论这种权力是私人权力，还是政府权力，在法律统治的地方，权力的自由行使受到规则的阻碍，这些规则迫使掌权者按一定的行为方式行事。”〔3〕理性地重新配置强制措施体系中的各项权力，从而达到以权力制约权力的目标，必须把一些强制性侦查行为和技术侦查措施上升为强制措施，纳入作为强制措施体

〔1〕〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁琛译，商务印书馆1982年版，第154页。

〔2〕〔英〕阿克顿勋爵：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，商务印书馆2001年版，第342页。

〔3〕〔美〕E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第358页。

系的组成部分，从而确保公民、单位的宪法基本权利不被国家公共权力恣意侵犯。

再次，进一步缩小与刑事司法国际准则之间的差距。现代刑事司法的国际一体化趋势越来越明显，联合国先后制定颁布了《国际人权宪章》、《公民权利与政治权利国际公约》和《禁止酷刑公约》等，区域性组织也颁行了《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》和《非洲人权公约》等。其中，被追诉人人权保障的相关内容主要集中在《公民权利与政治权利国际公约》第7条的反酷刑、第9条的保护人身自由与安全、第10条的被剥夺人身自由人的最低待遇和第17条的隐私权保护，以及《禁止酷刑公约》的各条内容。我国于1986年12月签署了《禁止酷刑公约》，该公约于1988年11月对我国生效；1998年10月签署了《公民权利与政治权利国际公约》，但至今未获全国人大常委会批准。值得庆幸的是，近几年中国积极创造条件缩小与刑事司法国际准则之间的差距，力争尽快批准《公民权利与政治权利国际公约》。“中国加入和实施国际人权公约规定的最根本目的是为了使中国人民和一切在中国管辖范围内的个人享受到符合国际标准的人权保障。”^{〔1〕}所以，以体系方法研究与被追诉人基本人权最密切相关的强制措施，非常有利于缩小与刑事司法国际准则之间的差距。

最后，以权利对抗权力，拓宽权利救济路径。早在1703年，英国就通过“阿什比诉怀特案”确立了“有权利必有救济”的原则。在该案中，大法官判称：“如果原告拥有一项权利，他就必然要有维护和保持该权利的方法，如果他在行使权

〔1〕 杨宇冠：《国际人权法对我国刑事司法改革的影响》，中国法制出版社2008年版，第86页。