

逮捕、搜查与扣押的宪法问题： 美国的经验教训

顾敏康 著

逮捕、搜查与扣押的宪法问题： 美国的经验教训

顾敏康 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

逮捕、搜查与扣押的宪法问题:美国的经验教训/
顾敏康著. —北京:法律出版社,2009.12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0091 - 6

I. ①逮… II. ①顾… III. ①刑事诉讼—强制执行—
关系—宪法—研究—美国 IV. ①D971.252②D971.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 203699 号

逮捕、搜查与扣押的宪法问题:
美国的经验教训
顾敏康 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 戴伟 张新新
责任编辑 张新新
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶松

开本 A5

印张 8.75

字数 244千

版本 2009年12月第1版

印次 2009年12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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0091 - 6

定价:22.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

20多年前,我在上海的华东政法大学读本科的时候,就已经对刑事法律产生了比较浓厚的兴趣。为此,在大三分专业班时,我就选择进了刑法专业班。本科毕业后,由于不想被分配去上海以外的地方工作,我决定报考研究生,并且幸运地考上了,选择的专业也是刑法专业。研究生毕业后,我顺利地留校当老师,给学生们上的第一门课就是“刑事司法管理”,因此对我国当时既有的刑事司法程序问题格外留意。但是,由于受当时的法律观念的限制,学习视野比较单一,对国外的相关法律规定也缺乏足够的认知,所以在给学生讲授“刑事司法管理”这门课时,我关注的重点往往是刑事司法机关间的配合多于制约,对犯罪嫌疑人或刑事被告人的法律权益尤其是程序正义的问题缺乏足够的重视和分析。即便如此,我当时对于有些警察动辄刑讯逼供、滥用公权力和忽视或轻视犯罪嫌疑人的合法权益的现象十分反感,总希望在这方面能够进行更为深入的研究,找到更好的解决办法。

1993年我自费去美国留学,有机会全面地和系统地学习美国的法律。其中的一门课引起了我的极大兴趣,那就是“刑事诉讼”。我第一次真正认识到,美国整个刑事诉讼问题,实际上就是探讨宪法权利保障的问题。我也第一次真正地认识到,程序正义在某种程度上比实体正义更为重要;不公正的刑事诉讼程序可能已经意味着警察滥用权力或违反法律,如果对之不予以禁止,宪法所赋予的公民权利就会在任何时候受到不正当的侵犯;那么,冤假错案就会更加容易出现。我还关注到,美国的法院为了遏制政府官员、特别是警察滥用权力,宁可在排除非法证据后,“放

走”表面上看已经构成犯罪的刑事被告。我至今还清晰地记得,当时正好发生了欧·杰·辛普森案(即前美国著名橄榄球黑人运动员辛普森被怀疑杀害其前妻和她的男朋友的案件)。此案的审理过程给了我极大的震撼,也充分领略了美国法院为了维护程序正义而让政府做出的必要牺牲(因为警方提供的证据有瑕疵,辛普森被判无罪)。当时,国内有许多人士认为,这种正义的代价似乎太大了。或许他们根本就没有想过,如果没有这种代价的付出,政府当局如何能够吸取这个沉痛的教训,彻底杜绝警察滥用权力的现象?!

1997年到香港城市大学法学院就职后,虽然我教授的科目主要为商事法律,但是,我并没有放弃原有对刑事法律的浓厚兴趣。相反,法学院唯一的一门“中国刑法和刑事诉讼”课就是由我教授的。十多年来,我见证了我国刑事诉讼法的发展历程,也关注到许多刑事诉讼制度尚未被提升到宪法层面进行讨论和关注。因此,我决定利用课余时间,在撰写商法文章的同时,也开始了对美国逮捕和搜查制度的进一步学习和研究。我也酝酿在此基础上撰写一本介绍美国有关经验和评论我国具体制度的书,为推动我国刑事司法的进一步深入发展提出自己的一些粗浅看法。

本书稿是在三年多时间间断断续续地完成的,原以为书的内容可能过时,因为国内的法治发展很快,有些想法瞬间就变成了具体的规定和实践。但是,重温一遍书写的內容以及我对国内刑事司法的观察,我感觉到这本计划中的书依然有其存在的价值。这也是促成我继续写作和完成此书的动力。

我要感谢我的妻子和女儿在我从事研究和撰写中所给予的关怀和所做出的牺牲;我要感谢我的中学老师韦国平先生,没有他当时如朋友般的鼓励和支持,出身于贫苦家境的我无法坚持努力向上,最后考取华东政法大学,成为我家七个兄弟姐妹中唯一的大学生;我要感谢我的研究生导师、已经过世的武汉教授,没有他的鼓励和教诲,我不会鼓起勇气,去到一个陌生的国度,一边打工、一边完成学业;我要感谢我在美国的老师、已经过世的罗伯特·阿特教授,没有他像兄长般的关怀和帮助,我也不会坚持完成“地狱般”的法律学习,并成功获得了香港城市大学法律学院的聘

用;我还要感谢国内和国外的其他老师和朋友,没有他们的关心和呵护,我也无法安心在城大法律学院完成这个项目。要感谢的太多,无法一一而尽。所有的帮助和关怀,都将化成我的工作动力,去面对下一个挑战。

最后,我希望将此书献给我已经去世的父母——他们不懂权利为何物,却含辛茹苦地将我和我的哥哥姐姐们抚养成人。

顾敏康

2009年元月

于香港维港湾

目 录

前言 /1

第一章 美国刑事司法的宪法问题 /1

第一节 刑事司法是什么? /1

第二节 刑事司法为什么会产生宪法问题? /5

第三节 本书的结构以及对判例法的认识 /18

第二章 逮捕的宪法问题 /30

第一节 逮捕的法律意义 /30

第二节 无证逮捕的宪法问题 /31

第三节 我国刑事诉讼法关于逮捕制度的改革设想 /35

第四节 警察的截停调查权 /42

第三章 与逮捕相关的搜查和扣押的宪法问题 /80

第一节 合法逮捕后的搜查和扣押 /80

第二节 美国无证搜查的历史回顾 /83

第三节 搜查是否应当区分证据材料与犯罪证据 /91

第四节 衣服里的隐私权 /97

第五节 小背包中的隐私权 /100

第六节 嫌疑人手指甲中的隐私权 /104

第七节 汽车里的隐私权之一 /106

第八节 汽车里的隐私权之二 /109

第九节 住宅里的隐私权 /115

第十节	对住宅进行无证搜查的范围 /119
第十一节	保护性扫视——无证搜查的例外 /122
第十二节	嫌疑人公共场合的隐私权范围 /128
第十三节	行李箱中的隐私权 /132
第十四节	旅馆房间中的隐私权 /144
第十五节	租客的一般隐私权 /155
第十六节	家属同意的无证搜查 /160
第十七节	第三人同意的搜查 /171
第十八节	警察随机搜查的问题 /178
第十九节	“一眼看见”——搜查证的例外 /184
第二十节	垃圾袋里的隐私权 /191
第二十一节	“旷野”里的隐私权 /195
第二十二节	公立学校学生的隐私权 /199
第四章	行政检查与刑事搜查的界限 /208
第一节	行政检查不能成为刑事搜查的借口 /208
第二节	美国对住宅的行政检查 /212
第三节	强制检验血和尿液是否构成刑事搜查? /220
第四节	对汽车废品站的行政检视 /224
第五章	与非法逮捕和搜查有关的证据排除 /234
第一节	排除违法证据的一般原理 /236
第二节	对排除规则的修正 /241
第三节	最终要被发现的证据 /253
第四节	非法证据对第三人的效力 /261
结束语	/266
术语目录	/269

第一章 美国刑事司法的宪法问题

第一节 刑事司法是什么？

一、刑事司法的定义

在我国，“刑事司法”有广义概念和狭义概念之分。广义的刑事司法是指国家为追究犯罪行为而展开的全部刑事司法行为。因此，刑事司法机关并不局限于人民法院，还包括国家的公安机关、安全机关、人民检察院和矫正机关；其整个刑事司法行为或程序包括立案、侦查、起诉、审判、矫正等；其诉讼参与者包括当事人、法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人。相反，狭义的刑事司法则专指审判机关审理刑事案件的行为或程序，即公诉人提起公诉或自诉人提起自诉后，人民法院与控辩双方的诉讼行为，它不包括审判之前的立案侦查和审查起诉程序等。本书中，刑事司法是指广义上的刑事司法，涉及刑事诉讼程序的整个范畴。

在美国，整个刑事司法程序主要涉及正当程序（due process）和宪法第四修正案下的逮捕、搜查和扣押问题，以及监听和使用线人、获得律师权利、不自证有罪（the privilege against self-incrimination）、辨认、保释、起诉、要求迅速审判的权利（the right to a speedy trial）、审前协议（plea-bargaining）、陪审团审判、一事不再理（double jeopardy）等问题。相比之下，虽然美国和中国分属两个不同法律传统，但美国刑事司法所涉及的内容与中国刑事诉讼法所规定的内容在大体上还是比较相近的，具有可比性。因此，美国刑事司法的理论与实践也可以用来作为一面镜子，对照和

检讨我国现行的刑事司法制度与实践。“他山之石，可以攻玉”，其实可以从两个方面去理解：一方面可理解为是借助他国的经验来弥补自己的不足；另一方面也可理解为利用他国的经验将自己已有的事情做得更好，所谓“锦上添花”是也。

但是，我们也必须注意到这样一点：美国刑事司法与我国刑事司法这种表面上的相似性并不意味着两者背后所蕴涵的司法文化和理念的相似性。否则，我们也没有必要在谈论“洋为中用”时先谈论如何“本土化”的问题，直接将这些“洋货”拿来就可以了。当然，在谈论是否要借鉴相关制度前，还应当先要确认这些制度是否比我们的制度更好，不好的当然不能要！所以，本书在介绍美国的有关刑事司法制度时，必然要对这些制度背后的司法文化和理念进行必要的介绍和评价。在笔者看来，美国整个刑事司法程序的设置和运作，主要是针对政府可能出现的滥用权力的问题，^①这一方面可能是因为美国人民在独立前备受殖民者的任意妄为和滥用权力，并对之深恶痛绝；另一方面则可能是美国人民长期追求的价值观念体现：个人价值是绝对的，而国家价值是相对的。^②正因为如此，美国的法院在审理刑事诉讼的宪法性问题时，时常要评估和平衡政府的公共利益与当事人的个人利益，以求最终确认政府的有关影响个人权益的行为是否属于合理的和可以接受的行为。

毫无疑问的，我国的法院也必须小心翼翼地评估和平衡两者之间的利益，并尽可能地保护双方的正当权益。回顾我国的法制建设，我们不难看到法律的天平过多地倾向于国家和集体利益，从而过多地忽略了个人尤其是犯罪嫌疑人的利益，这不能不说是一种缺憾。当然，我们也已经看到保护人权的理论在我国逐步确立和发展的事实，尤其是我国已于1998年10月5日签署了联合国《公民权利和政治权利国际公约》，标志着我国政府重视和保护人权的决心。因此，不仅政府要带头保护公民的宪法权利，我们的法院在平衡两者的利益方面应当发挥更加重要的作用。因为

^① 当然也涉及个人利益和政府利益的平衡。

^② 金振朝：“透视‘天网’——评《疏漏的天网——美国刑事司法制度》”，载 <http://www.law-star.com/cac/30004044.htm>，2007年9月10日访问。

只有这样做,法院才不会为了追求社会稳定和安定团结而忽视保护刑事被告人的合法权益。

此外,我们还看到,就两国的刑事司法制度而言,我国以成文形式制定的刑事诉讼法似乎更加具有系统性和逻辑性,法官做出的判决也不具有判例^①意义上的功效。当然,这种法律规定的系统性和逻辑性并不绝对表明我国的刑事司法比美国的刑事司法更加优越。^②以笔者所见,判断一项法律制度的优与劣恐怕取决于这个法律制度的出发点和归结点。关于这个问题,下文会有详细论述。

二、刑事司法的功能和目的

一般而言,刑事司法的主要功能是为了保证刑事实体工作的正确运行,从而做到不枉不纵和正确定罪量刑。当然,要真正做到这一点,除了要讲究刑事司法人员的基本素质外,更需要讲究的是刑事司法程序的设置并严格遵守之。法治发达国家的经验已经告诉我们:人具有天然的弱点,因此是需要被管理的;而缺乏有效监督的权力也一定会出现滥权。对此,最好的制约方法就是对有关制约制度的创设和严格执行。美国刑事司法的设置就是以保护人权和防止政府滥权为出发点的,从而将其刑事司法制度上升为宪法层面上的刑事司法制度。所以,美国的许多刑事诉讼案件实际上就是宪法案件(或违宪审查案件),不会存在我国近期开展的宪法与刑事法律进行所谓“对话”的情况。^③就这一点而言,我国的刑事诉讼似乎还停留在以刑事司法机关为主实行国家权利的单一阶段,才会出现嫌疑人或被告人的权利往往被忽视乃至被践踏的现象。

刑事司法的主要目的是搜集能够证明嫌疑人有罪或无罪、此罪或彼罪、罪重或罪轻的证据事实;而刑事审判中具体运用这些证据事实来认定有罪或无罪、此罪与彼罪、罪重或罪轻等活动应当属于刑事实体范畴的问题。因此,搜集证据事实与运用证据事实显然属于两个不同的范畴:前者

^① 对判例的界定,下文会看到。

^② 不可否认,美国也有成文的刑事诉讼规则,主要分为两个部分:一是由州议会制定的规则,主要对开庭的时间、步骤和具体做法等做出规定;二是美国宪法的规定。

^③ “对话”本身已经表明了一种进步,但更重要的是重视在刑事司法中对人权的保护。

为程序问题,后者为实体问题。在美国,程序正义问题比实体正义问题更加受到关注,因为一旦出现执法者违反正当程序的行为,就意味着国家通过法律赋予执法者的权力可能已经被滥用;嫌疑人的宪法权利也一定会受到不同程度的实质侵犯。所以,人们常将程序正义比喻为“看得见的正义”和“活生生的正义”。^①

三、本书的重点和焦点

本书主要涉及广义性刑事司法的前期阶段,即侦查逮捕的阶段。这个阶段中的主角是警察和犯罪嫌疑人。确切地说,这个阶段主要涉及警察和犯罪嫌疑人之间发生的种种互动场面:警察盘问、截停、拍身搜查、逮捕、搜查和扣押等。如果将这些行为提升至一定的高度,则可将这些行为分为两大类:一是对人的扣押;二是对有关证物的搜查和扣押。如果说对人的扣押涉及对人身自由的限制并具有防止逃逸、串供或毁灭证物的功能,以利于警方的进一步调查工作,那么,对有关证物的搜查和扣押可能更多地涉及对个人隐私权的侵犯。^② 值得注意的是,国内的有关人士呼吁警察在侦查逮捕阶段,既要收集嫌疑人有罪、罪重的证据,也要收集嫌疑人无罪、罪轻的证据时,^③我们在美国的有关判例中却并未看到要求警察收集嫌疑人无罪或罪轻的证据。这可能与美国的律师在刑事诉讼中扮演着非常主动和重要的作用有关。

由于在侦查逮捕阶段犯罪嫌疑人的人身自由和个人隐私等权利均会受到公权力不同程度的侵犯,因此,如何在维护国家的治安利益和保护人权方面进行合理的平衡,就成为我们必须关注的焦点。

刑事警察工作在与刑事犯罪作斗争的第一线。毫无疑问,他们的工作非常辛苦和危险,也有不少警察还为此献出了自己宝贵的生命。尽管如此,当我们在敬佩他们不怕艰苦和危险、与违法犯罪做坚决斗争的时候,我们也不得不顾及并检讨他们如何合理行使法律赋予他们的公权力;

^① 刘青峰、王洪坚:“程序正义与司法权威的现实反映”,载 <http://npc.people.com.cn/GB/6868018.html>,2008年4月28日访问。

^② 关于对隐私权的论述,可详见第三章的相关内容。

^③ “公安机关如何面对新《律师法》”,载河南省公安厅网,<http://www.henanga.gov.cn/system/2008/10/23/010102462.shtml>,2009年3月14日访问。

我们也必须保护犯罪嫌疑人应有的合法权益。相比较有国家机器作为坚强后盾的警察来讲,犯罪嫌疑人显得更加孤立无援;我们不希望看到这些孤立无援的嫌疑人受到不应有的和不合理的待遇。从另外一个角度看,保护现实生活中的犯罪嫌疑人,就是保护千千万万的潜在嫌疑人,也就是保护你、我、他。作为警察,他们必须认识到这样一点:当他们做出一个错误的决定,当他们以非法的手段实施逮捕、搜查或扣押行动,他们不仅要面对嫌疑人(哪怕是真的犯罪行为人)被法院判定无罪的可能;他们还要面对自己接受内部纪律处分的可能。在更加可怕的情况下,他们可能要面对法律的惩处,也要面对媒体和社会大众的谴责。作为个人,他们可以从此离开警察生涯,但是,整个警察体系会因为出了这些个人的过错而蒙受社会大众的不信任。

本书的重点就是介绍和评判美国警察在侦查逮捕阶段所面临的最为突出的一些问题,那就是美国警察在进行逮捕、搜查和扣押时所面临侵犯犯罪嫌疑人的宪法权利的问题。其实,侦查逮捕阶段还会涉及监视或监听等警察行动;逮捕阶段还会涉及米兰达警告,等等。虽然本书也可能在论述相关问题的过程中涉及这些行动,但这些都不是本书所要关注的重点问题。虽然本书中的某些案例已经被有些作者介绍或评论过,笔者也曾见到过一些介绍这方面内容的文章和书籍,但是,这些介绍或评论与本书的切入点以及对案例的详细讨论是不同的。关于这一点,读者自己很容易做出比较和判断。

第二节 刑事司法为什么会产生宪法问题?

一、刑事诉讼与人权保护

在我国,法学者们似乎还在呼吁如何在刑事诉讼法中加重保护人权的分量,这离将刑事诉讼上升为宪法上的刑事诉讼还存在很大的一段距离。而在美国,整个刑事司法过程所涉及的问题属于宪法范畴的问题。例如,涉及刑事司法的宪法规定主要是《人权法案》(The Bill of Rights)

第一至第十修正案的规定,^①当然也涉及第十四修正案。这里值得一提的是宪法第十四修正案,因为这部于1868年通过的宪法修正案,在美国历史上发挥了极其重要的作用。按照美国联邦最高法院^②的解释,《人权法案》中涉及“自由的重要权利”(essential to liberty)均通过第十四修正案适用于州政府,成为州政府有义务保障的权利。这些权利通常包括:(1)第一修正案所保护的权利(言论、出版、集会、请愿等);(2)第四修正案所保护的权利(不合理的搜查和扣押等);(3)第五修正案中的部分权利(不自证有罪的权利、征用时的合理赔偿等);(4)第六修正案中的权利(公正的陪审团进行的迅速和公开的审理、与原告的质证权、辩护权等);(5)第八修正案中的权利(酷刑和不正常的处罚、过多的保释金、过分的罚金等)。就本书而言,我们关注的重点应该是第四修正案所保护的基本权利。

由此,我们可以大体看出美国刑事司法与我国刑事司法的进一步不同。在美国,刑事司法中发生的问题通常是属于宪法性问题,尤其是关于正当程序的问题。而美国这种对正当程序的法律规定,可以追溯到13世纪的英国变革。在1215年,男爵们要求当时的约翰国王放弃一些特定的权力。在这种背景下,著名的“大宪章”(Magna Carta)产生了。在这部总共61条的大宪章下,有些条款特别限制国王的权力。^③在今天,这也意味着政府的权力应当被限制。所以有的作者说:“对刑事诉讼中的个人权利的深入研究,可以使我们发现,宪法与刑事诉讼法同为一体,刑事诉讼法不再是单纯的部门法,而应当是‘宪法性的刑事诉讼法’”。^④

在我国,刑事司法中所发生的问题是属于刑事诉讼法调整的问题。首先,虽然我国的刑事诉讼法第1条开宗明义地指出:“根据宪法,制定本

^① 具体的规定可见《维基百科》的介绍和翻译:<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%BE%8E%E5%9B%BD%E6%9D%83%E5%88%A9%E6%B3%95%E6%A1%88>,2007年4月19日访问。

^② 本书中会经常使用“最高法院”,如果没有特指,一般均为美国联邦最高法院。

^③ Robert Henley Woody, Search and Seizure, the Fourth Amendment for Law Enforcement Officers, Charles C Thomas Publisher, LTD. (Illinois, USA), 2006, p. 15.

^④ 杨开湘:《刑事诉讼与隐私权保护的关系研究》,中国法制出版社2006年版,第78页。

法”，但是，当事人是否可以直接引用宪法条文来主张自己的权利，在中国依然是一个不确定的问题；其次，刑事诉讼法与宪法在人权保护方面均存在着滞后的现象，许多在当前讨论的热门权利（如沉默权等）尚未入法，导致某些地方司法机关不得不自行其是，进行没有法律依据的“试验”。听说刑事诉讼法在近期内还要再修改，笔者认为修改的重点就是要提升刑事诉讼法的宪法性地位，强调对人权的充分保护。

如前面所说，本书主要涉及广义性刑事司法的前期阶段，即侦查逮捕的阶段。虽然我国与美国对逮捕的界定以及逮捕所产生的后果存在不同的解释，但是，有一点是相同的，那就是说逮捕本身均会涉及对人身自由的高度限制，逮捕前后均可能涉及对嫌疑人本人、其住宅或其他地方的搜查以及对有关物品的扣押。我们必须看到，虽然我国的刑事诉讼法对逮捕、搜查和扣押制度均做出相应的规定，但是这些规定本身是属于相对原则的规定；尤其是在实际执行过程中，侦查机关不依法办事，甚至出现滥权的现象比比皆是，令人对公安机关行为的正当性产生怀疑。为此，对这方面的规定进行比较有针对性的评价的最好办法，就是通过比较的方法来揭示我国在这些方面的不足或需要改进的地方。本书的重点就是具体介绍和评价美国的相关经验，为完善我国的相关刑事司法制度提供参考和借鉴。

必须指出的是，即使在美国，我们也能看到不少警察在执法过程中不当理解或执行法律规定的现象，甚至出现不少滥用权力的行为，但是，本书中所展现的这些案例足以说明，美国的法律对逮捕、搜查和扣押的规定是十分具体和生动的，尤其是在宪法层面上分析有关犯罪嫌疑人或刑事被告人的宪法权利是否被侵犯时，我们就会看到美国的法院是如何来平衡政府维护社会安全与犯罪嫌疑人不受无理逮捕、搜查和扣押这两者之间的利益，从而既保证政府打击犯罪的需要，又防止警察滥权、保证犯罪嫌疑人的正当权益。

为了介绍美国的逮捕、搜查和扣押制度，本书必然要关注美国宪法修正案中与之最为直接相关的宪法第四修正案。该修正案明确规定：“人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。除

依据可能成立的理由,以宣誓或代誓宣言保证,并详细说明搜查地点和扣押的人或物,不得发出搜查证。”该修正案提出了警察必须进行“合理”逮捕和搜查的要求。在一般情况下,逮捕需要逮捕证;搜查需要搜查证。只有在特殊情况下,逮捕和搜查才可以不需要相关的证件。还有一个问题,就是一般毫无地点或对象限制的搜查证应该是无效的,因为这会导致警察无限制地扩大对被搜查对象隐私权的侵犯。关于这些问题,本书将会在以后的章节中进行比较详细的介绍和评述。

二、逮捕、搜查和扣押在我国现状

逮捕、搜查和扣押在整个刑事司法过程中占据了非常重要的位置,涉及人身自由被限制、有罪证据被搜查和扣押。因此,强调正当程序或合理的警察行为就显得极为重要。在我国,虽然我们见证了刑事司法程序在总体上朝着法治化的方向发展,但是,我们也已经听到过许多的警察滥权、无证逮捕、搜查和扣押的案例。所以,当上海发生杨佳谋杀警察的案件时,我们看到有不少网民表露出对他的同情,这不能不说是一件十分不正常的事情:人们知道杨佳是一个典型的故意杀人犯,但更多人是想知道杨佳成为杀人犯的动机,其中就涉及警察是否存在滥权的问题。这与平时老百姓经常遇到或听到的有关警察违法乱纪、滥用权力的情况是密不可分的。所以,我们的警察必须好好检讨自己平时在履行职责时是否足够重视老百姓的合法权益,并严格依法办案。以下的案例,更是从各个侧面揭示了警察滥用权力可能或已经导致的恶劣后果。

2001年5月20日,受害人仪某的儿子小吴骑摩托车与当地一名老师发生交通事故,双方协商后达成谅解。而此后,时任派出所副所长的姜某却带领联防队员多次闯入仪某家中,以找其儿子处理撞车事故为名进行搜查,并且将仪某打成轻微伤。汶上县检察院认为,姜某带着空白的搜查证进入居民家中搜查,其行为已经构成了非法搜查罪,遂向汶上县法院提起公诉。此案在2002年7月1日进行了首次开庭。2003年3月14日上午10时,汶上县法院又对此案进行了第二次开庭。庭审中,被告人姜某答辩认为,他去仪家不是为了搜查,而是为了传唤其儿子小吴。他认为自己“工作有失误”并对原告仪某“表示歉意”。姜某的辩护人称,公安人员

在执法上具有难度,治安案件当事人不会主动到公安机关接受处罚,姜某的行为属于强制传唤,并非搜查。经过近两个小时的庭审及合议庭合议,汶上县法院当庭做出宣判:被告人姜某非法搜查罪成立。^① 本案中,被告人身为警察,居然持空白的搜查证去被害人家进行搜查,并且强词夺理,将这种行为轻描淡写为“工作上失误”。这里明显存在着几个问题:第一是法律上的缺陷。我国刑事诉讼法第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。”接着,第111条规定:“进行搜查,必须向被搜查人出示搜查证。在执行逮捕、拘留的时候,遇有紧急情况,不另用搜查证也可以进行搜查。”由此可以看出,搜查证是在侦查犯罪案件中使用的。这里,法律明确规定警察的搜查权,也规定了警察在进行搜查前必须向被搜查人出示搜查证,但是,法律没有进一步规定搜查证的签发程序。而这个问题只能由部门法去解决。1998年5月14日,公安部颁布了《公安机关办理刑事案件程序规定》,其第205条规定:“为了收集犯罪证据、查获犯罪人,经县级以上公安机关负责人批准,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”。因此,只要有关负责人批准,搜查证就可以签发,而负责人如何进行批准,需要审查哪些要件,均无更具体的规定,容易导致搜查证可能被滥用。第二是空白搜查证的问题。“空白”即意味着没有负责人的签发,因此也可以推定被告人姜某缺乏授权,是属于擅自行动。其实,即使是由负责人签发的对搜查时间、地点或具体物品的“空白”搜查证也是不合理的,因为对这些栏目的“空白”就必然导致被搜查人的隐私权受到进一步的侵犯。第三是可否使用搜查证的问题。本案涉及的仅是一起交通事故,在一般情况下不是刑事诉讼

^① 卢金增:“山东省首例公安干警涉嫌非法搜查一案宣判罪名成立”,载正义网,<http://www.jcrb.com/zyw/n57/ca39726.htm>,2007年4月19日访问。