



论我国刑事附带搜查制度的重构（上）

——以美国法为参照的分析

杨雄

摘要：刑事附带搜查，是指执法者在拘留、逮捕等强制措施之时，基于“保护执法人员及其它相关人员安全”和“避免证据毁损或灭失”的目的，搜查被追诉者的无令状搜查制度。构建我国真正的附带搜查制度，必须将其与有证搜查、紧急搜查区分开；立法应当明确规定附带搜查启动的具体要件，严格限定附带搜查的实施范围，完善对违法附带搜查的救济措施的规定。

关键词：刑事诉讼 逮捕附带搜查 无令状搜查 立即可控制原则 相当理由

On Re-construction of Legitimate Searches incident to lawful arrests

——Analysis from the view of American law

YANG Xi ong

(Beijing Normal University, College for Criminal law Science, Beijing ,100875)

Abstract : Searches incident to lawful arrests is one of warrantless search, when arrest or detent the accused , Law enforcement officer could search him in order to protect officer safety and prevent the imminent destruction of evidence; Re-construct searches incident to lawful arrests in China,we must differentiate it from warrant search and exigent searches;prescribe concrete terms ;restrict its range ;perfect redress measures of illegal Searches incident to lawful arrests.

Key words : Criminal procedure; Searches incident to lawful arrests; Warrantless Search ; Immediate Control Doctrine; Probable Cause

在现代法治国家中，羁押、搜查均系限制、剥夺公民基本人权的刑事强制措施。以搜查为例，其可能干预到人身权、财产权、隐私权等实体基本权，还可能限制、剥夺受干预人的程序基本权（诸如反对自证其罪特权等）。刑事强制措施的实施原则上必须经过法律保留原则、比例原则等宪法性原则的检验，才能彰显其自身的正当性，刑事搜查亦不例外。令状搜查必须事先获得中立司法机关的授权，且应基于相当理由的证据要件，事后还有证据排除法则作为受干预人的救济手段，来保障公民免受不合理的搜查、扣押。对于像附带搜查那样的基于追诉效率需要而设置的无令状搜查（无证搜查）[1]而言，在执行时可能无须具备令状的形式要件和实体要件，但是，追诉犯罪的需要与保障嫌疑人人权之间的利益权衡往往会要求无令状搜查应当遵循一些特殊的程序规则，以保障这些无令状搜查程序的正当化。诸如盘查中的“合理怀疑”（证据标准）、同意搜查中同意者的自愿性、紧急搜查中的紧急状态等等。

我国刑事诉讼法及其相关法律所规定的搜查程序虽然也涵盖了令状搜查和无令状搜查两种，但是，令状搜查的要件规定尚不明确，无令状搜查的体系欠缺科学性，目前立法上仅有的附带搜查、紧急搜查、盘

查（《警察法》有所涉及）均存在一定的缺陷。笔者在本文中将从比较法的角度，对附带搜查的一般法理进行探讨，进而提出完善我国刑事附带搜查的若干立法建议，仅供未来刑事诉讼法的修改作参考。

一、刑事附带搜查的法理基础

（一）刑事附带搜查概述

刑事附带搜查，是指执法者在拘留、逮捕、羁押等强制措施之时，虽无搜查证，也可以搜查该人身体及随身携带物品、所使用的交通工具、立即可触及的处所、住宅等的制度。必须明确的是，在不同制度语境之下，逮捕的外延有所区分。英美及日本等国家的附带搜查所附随的逮捕既包括警察根据法官签发的逮捕令状进行的有证逮捕，还包括执法警察根据自己的判断实施的无证逮捕。当然，在美国，宪法第四修正案中的“逮捕”经联邦最高法院的解释，内涵已相当广泛，不仅包括警察盘查中的拦阻（stop）行为，还包括非拘禁逮捕（non-custodial arrest），和将嫌疑人带至警察局的“拘禁逮捕”（custodial arrest）行为[1]。在United States v. Robinson案中，联邦最高法院指出，附带搜查只适用于后者，不适用于警察对人民短暂的拦阻和非拘禁逮捕。[2]西方国家的拘禁逮捕不过是以强制方式使嫌疑人到案的一种措施，它一般只会带来较短时间的人身监禁。而我国《刑事诉讼法》中的“逮捕”不仅指经签发令状的有证逮捕，还包含自然引起的羁押处分，侦查人员在紧急情况下不经事前签发令状而依法临时剥夺现行犯、重大嫌疑分子人身自由的无证逮捕行为则被称为“拘留”。基于论述的方便，下文中所使用的逮捕一词涵盖有证逮捕和作为拘留的无证逮捕。

附带搜查是最原始的无令状搜查。有学者认为于盎格鲁撒克逊时期就已经存在。Telford Taylor教授指出，至少从17世纪开始，普通法就承认了无搜查令状而搜查一个被捕者及其附近地方的广泛授权，甚至当逮捕本身无令状时也如此。[3]美国联邦最高法院最早承认此制度是在1914年Week v. United States[2]案和1925年的Carroll v. United States[4]案。在其后的几十年中，随着附带搜查适用范围的逐步扩张，美国联邦最高法院藉由判例对其适用要件与范围作出了日益明晰化的解释。正如美国著名搜查法研究专家Wayne R. LaFave先生提出的那样，“无令状搜查作为例外存在不过是虚构的事实，逮捕附带搜查正在高频率地（greatest frequency）被执法者实践着”。[3]

（二）刑事附带搜查的理论根据

对于刑事附带搜查这一制度的正当性基础，日本学界存在限定说和合理说之争[5]。限定说认为刑事搜查原则上必须建构在令状原则之下，附带搜查这种附随于逮捕的搜查形态，应限定在为使逮捕顺利进行与保全证据的目的下，除此之外的其他情形，并不允许实施附带搜查。合理说则认为搜查并不当然须建构在令状原则之下，只要具有“合理的必要性”时均可实施。附带搜查既然已经有准予逮捕的法益侵害，附带所实施的搜查、扣押并无新的利益侵害，是无须限制其范围的，事实上，通常情况下“在逮捕现场发现犯罪证据的概率较高，收集证据的可行性和合理性较强”。合理说主要基于获取犯罪证据的考虑，认为只要不明显超过合理的范围，逮捕本身就可以为附带的无证搜查提供足够的正当性基础。

限定说和合理说二者不光在理论起点上不同，最为关键的是因此导致的附带搜查范围也有所区别，合理说远大于限定说，具体表现在以下几个方面[6]：依限定说，附带搜查的范围仅指犯罪嫌疑人的身体可直接支配的范围；就附带搜查在时间上的限制而言，即使不以成功逮捕为前提，在逮捕着手后，至少应以犯罪嫌疑人在场而紧接逮捕为必要条件。就第三人可否实施附带搜查而言，限定说虽然认为附带搜查以犯罪嫌疑人的身体及其直接支配下的场所为范围，若第三人有毁灭证据的可能性，也可以实施附带搜查；如犯罪嫌疑人逃亡后，依限定说，如就犯罪嫌疑人返回后仍有毁灭证据的可能性，仍有附带搜查的必要。

依合理说，附带搜查的范围包括犯罪嫌疑人隐藏证据的范围，特别是连接逮捕场所而为犯罪嫌疑人所管理的处所，例如，在犯罪嫌疑人住处中之一房间内逮捕之，依限定说，并不得附带搜索其它房间，然依合理说，由于其它房间亦有证据存在之可能性，故得搜查其它房间，甚且，在第三人管领之处所逮捕犯罪嫌疑人，或对于在逮捕现场之第三人的身体，如有证据存在之盖然性，也允许实施附带搜查；就附带搜查在时间上的限制来讲，附带搜查固然与逮捕间有密接性为必要，不论系在逮捕前后，在犯罪嫌疑人返家前所为的搜查、扣押亦属合法；犯罪嫌疑人逃亡后，因现场仍有证据存在的可能性，也可以搜查现场。

对于附带搜查制度本身存在的理论根据，美国法采限定说。美国联邦最高法院在Chimel v. California[7]一案中指出，在符合附带搜查的情形下，为了保护执法人员及其他相关人员的安全，才可实施武器搜查，为了避免证据被毁损或灭失，允许扣押相关证物。由Chimel案可知，美国联邦最高法院基于附带搜查所适用的情形有保护执法人员及其它相关人员安全和避免证据毁损或灭失的紧急性，例外承认其

搜查的合法性。

那么，限定说为何较之合理说更适宜作附带搜查的正当性理论基础呢？笔者认为，主要原因无非以下三点，首先，司法审查制度是法治国家抑制权力滥用，保障公民基本权力的法宝。基于权力制衡理念而存在的令状制度为大多数国家所采行，令状原则已经成为正当法律程序践行的基本标志。非基于令状而实施的强制措施只能是例外。刑事搜查中的附带搜查制度也只不过是令状搜查的一种表现。合理说不承认搜查必须建构在令状原则之下，而以“合理的必要性”为实施标准有悖于法治精髓。其次，虽然附带搜查与其他搜查一样均以查获犯罪嫌疑人、收集犯罪证据为最终目的，但是，其特殊性在于附带搜查是附随于逮捕措施而实行的，那么，这就决定了其本身的内在特质，即除了获取犯罪证据之外，还应当保障逮捕措施的顺利完成。合理说以获取犯罪证据为唯一要旨，显然脱离了这一内在特质，当然，也正是这一点决定了附带搜查只能以消极的方式保全证据的存在。再次，逮捕所侵害的法益和搜查所侵害的法益是有区别的，逮捕所干预的基本人权主要是公民身体、行动自由权，而搜查虽然也干预此基本权，但是，搜查主要是以物理侵入的方式干预公民的隐私权，也就是说，并非上述合理说所言及“附带搜查除逮捕有侵害法益外，搜查并无侵害新的利益”。

二、刑事附带搜查的要件分析

作为无令状搜查之一的刑事附带搜查，虽然在执行时可能无须具备令状搜查的形式要件和实体要件，但是，追诉犯罪的需要与保障嫌疑人人权之间的利益权衡往往会要求无令状搜查应当遵循一些特殊的程序规则，以保障这些无令状搜查程序的正当化。刑事附带搜查发动的要件和接下来第三部分中所要谈到的附带搜查范围都构成抑制执法者权力扩张的界限。纵观各国附带搜查的立法及实践，附带搜查实施的主体必须是法定权力主体，诸如检察官、检察事务官及司法警察；实施的对象一般限于被拘留、逮捕、羁押的犯罪嫌疑人、现行犯；在发动、实施环节必须遵守以下诸要件：其一，须有合法逮捕；其二，在时间要素上，附带搜查应与逮捕同时或是紧接逮捕后进行；其三，在证据要件上，附带搜查的发动原则上必须具备相当理由的证据标准。以下笔者即对后三个要件予以详述之。

（一）前提要件：合法的逮捕

顾名思义，刑事附带搜查必须以合法的逮捕为前提，附带搜查准确地应该称为“合法逮捕附带搜查”。基于附带搜查自身的依附特性，如果逮捕本身非法，那么，随后所为的搜查亦不合法。[8]究竟何种逮捕措施以及如何实施逮捕手段，才构成合法的逮捕呢？在1954年，美国佛罗里达州法院指出，逮捕行为必须由下列要件组成：即存在一个目的或者意图来影响真正或者乔装的执法者实施的逮捕行为；必须有对被捕者确实的抓捕、羁押行为，且该实施者必须拥有现实的权力来控制被逮捕者的人；实施逮捕的官员对被逮捕人有影响逮捕行为的告知；被逮捕人对实施逮捕官员的逮捕意图有所理解。[9]在美国，警察对公民的侵权行为，可以联接成为一个整体，具体可分为三种：特里拦阻（Terry stops，类似于我国的警察盘查）、非拘禁逮捕和拘禁逮捕。[4]科罗拉多州最高法院在区分拘禁逮捕和非拘禁逮捕时指出，逮捕一词可能是指拘禁逮捕，也可能是指非拘禁逮捕。二者的区别在于拘禁逮捕的目的是为了将被逮捕者带入登记程序（booking procedure）和犯罪指控归档，非拘禁逮捕则仅基于传唤的目的带来短暂的羁押。警察只能在合法的拘禁逮捕时，附带实施全面的搜查。[10]

此外，美国联邦最高法院于Knowles v. Iowa[11]一案中还明确指出，合法逮捕应当是“现实的逮捕”（an actual arrest），不可是其它代替逮捕的侦查手段。因为其他代替逮捕的侦查手段，不会有侦查人员和其它相关人员安全及证据灭失的问题。联邦最高法院在Michigan v. DeFillippo[12]一案中甚至指出，合法逮捕仅需该法于警察人员执行时为“现实有效”的法律即可，即使该法于执行后被宣告违宪亦同。这是因为警察人员有执行法律的义务，且警察人员无权审查法律是否违宪。

（二）时间要件：即时性

刑事附带搜查的实施必须具有即时性，也就是说，附带搜查应当与逮捕同时或者紧随其后实施，符合此要件才属于正当的附带搜查。美国联邦最高法院在Preston v. United States[13]案中指出这一原则。其原因在于，若搜查不具有即时性要求，那么，并不会发生执法人员及其它相关人员安全上的顾虑及证据可能毁损、灭失的问题，附带搜查也就没有必要。日本学者福井厚认为，附带搜查以执法者认为有必要时为限，而此并不仅以侦查机关主观上认为有无必要为判断之依据，亦应综合当时情况，客观判断有无实施附带搜索之必要[14]。

对于这一要件，美国联邦最高法院后有放宽的情形，对于“逮捕后经过一段时间实施附带搜查”和“先附带搜查后逮捕”的情形均有承认其属合法的附带搜查。对于“逮捕后经过一段时间实施附带搜查”

的情形，美国联邦最高法院于United States v. Edward[15]一案中指出，只要是具有正当理由，是可以于逮捕后经过一段时间始为附带搜查。

对于“先附带搜查后逮捕”的做法，日本存在三种学说[5]，即有认为实施逮捕行为后才可以附带搜查；也有认为如果附带搜查与逮捕具有时间与场所上的不可分性，只要有实施逮捕行为，不论着手实施逮捕行为之前或之后都可进行搜查；还有认为只要符合逮捕情况，即使不着手实施现实之逮捕，亦允许进行附带搜查。对此问题，美国联邦最高法院在Rawlings v. Kentucky[16]案中采第二种学说，认为只要逮捕紧密接在搜查之后，此时究竟先为逮捕或先为搜查并不重要，警察所实施的附带搜查仍然合法。

笔者认为，上述两种只能作为例外而存在，因为，“先附带搜查后逮捕”情形种的搜查行为本身就欠缺逮捕的前提，上述两种情形都可能缺乏“保护执法人员及其它相关人员安全”和“避免证据毁损或灭失”的必要性。而且，附带搜查一旦在时间上缺乏限制，将可能导致执法人员藉逮捕行为，恣意搜查犯罪嫌疑人的身体、随身携带对象、所使用交通工具，或其它处所，对隐私权造成严重不合理之侵犯。[17]

（三）证据要件：相当理由

对于刑事附带搜查的实施，执法者不仅应在执行阶段遵循比例原则，在发动时，也应恪守比例原则，也就是说，实施搜查必须具有必要性，否则执法人员将会有滥权之虞，不利于对公民基本权利的保障。对于此要件，在美国法上，存在个案分析法则（Case-by-case Analysis）和明确法则（Bright-line Rule）两个不同的处理方法之争。所谓个案分析法则，是指只有在警察具有相当理由或怀疑，认为犯罪嫌疑人的身体或容器内藏有凶器或证据时，才能实施搜查；与此相对应的，就是所谓的明确法则，该法则系指，警察于逮捕犯罪嫌疑人后，可以无条件的实施完全搜查。美国联邦最高法院在United States v. Robinson[18]案中，多数意见认为应当采“明确法则”，即只要警察的逮捕行为合法，对被告身体的搜查，无须具备相当理由为前提。在拘禁逮捕的情形下，警察对被逮捕之人的身体可以实施完全的搜查。无须个案判断当时的搜查是否有相当理由。

对于最高法院的上述意见，学者们提出了反对见解，有学者认为，这种不需相当理由的做法，可能司法实践产生冲击。对于杀人、抢劫等传统犯罪而言，法院几乎假定在被逮捕人身上可以发现证据，所以习惯性地容许对被逮捕者实施身体搜查。Robinson案的判决对于这一类犯罪不会产生很大的冲击，也不会对一般人的权益产生影响。但是，如今有很多是没有证据的犯罪，被逮捕人身上不可能有所谓的犯罪证据，该判决容许对嫌疑人实施完全的搜查，可能严重侵犯被搜查人的隐私权。[19]一些学者还主张必须具备相当理由，才能实施附带搜查。

在司法实践中，美国许多州不赞同Robinson案的见解，它们或者以立法的方式限制该裁决的适用范围，或者（比如加州、纽约州、阿拉斯加州等）依据州宪法的解释，认为Robinson案见解不适用于各自州，认为即使已具备前述两要件，仍须依客观存在的情形判断，认为具备有相当理由而有附带搜查的必要时始可为附带搜查，否则会造成警察滥行搜查和违反令状主义之嫌。例如：因违反交通规则而被逮捕之人，除有其它的事实，如手指有血迹等可认为有附带搜查的必要，不可因逮捕即对之为附带搜索[20]。在英国、日本也都要求具备合理的理由相信（有必要）时才能实施附带搜查。[6]

笔者认为，虽然执法者所经常出入的犯罪现场多为被告或犯罪嫌疑人所掌控及直接支配，对执法者来说，其逮捕、搜查行为往往伴随着一定程度的危险，的确有可能受到突发袭击，危及执法者的人身安全，然而，基于公民人身自由权、财产权、隐私权等基本权利的保障，应当在维护执法人员安全、保全证据和维护公民基本权之间作一权衡。即，原则上采纳个案分析法则，要求必要具有“相当理由”的程度才可以实施附带搜查，但是，对于被逮捕者携带证据可能性较大的传统犯罪，为了避免造成执法人员执行职务时的危险；可以依执法者的客观判断，以合理怀疑标准作为认定是否发动附带搜查的要件[7]。

[1] 随着司法实践不断发展，美国联邦最高法院藉由种种的合宪解释，在不同的案件中确立了诸多的令状搜查（在我国又称为有证搜查）的例外，即无令状搜查，其中主要包括盘查（stop and frisk）、同意搜查（consent search）、一览无余的搜查（plain view）、径行搜查（hot pursuit）、汽车搜查（auto search）、紧急搜查（exigent search）、合法逮捕后的附带搜索（search incident to lawful arrest）等。此种立法模式得到许多国家的效仿。

[2] Week v. United States, 232 U.S. 383, 392 (1914). 在Week案中，被告Week 透过邮局签赌被逮捕，但警察于逮捕被告时并无令状，且警察于逮捕后又到被告家中进行搜查两次，并扣押若干信件及物品，并以此为证据起诉被告人。在美国联邦最高法院的审理中，被告声称，警察无令状进入其住宅搜查，为违法搜查，警察则辩称，

其是附带搜查，是合法搜查，美国联邦最高法院采纳了警察的主张，其认为警察是可为附带搜查的。

[3] See Wayne R. LaFare, *Search and Seizure-A treatise on the Fourth Amendment*, (3rd .ed)West Publishing, 1996, pp 68-69. 在英国，实践中绝大部分搜查都是无证搜查，通常是经过同意（占32%）或者附带搜查的（55%），治安法官发证批准的搜查只占12%。See Vaughan Bevan and Ken Lidstone, *A Guide to the Police and Evidenvce Act 1984*, 1986, P73.

[4] 我国台湾学者王兆鹏持不同见解，他认为，美国的逮捕可以分为一般逮捕（arrest）及拘禁逮捕，前者指警察对人民身体自由短暂的约束，后者指警察非但拘束被逮捕人的自由，且将被逮捕之人带回警察局，亦并非短暂的拘束。参见王兆鹏，刑事诉论讲义（一）[M]，台北：元照出版公司，2003，189.

[5] 胡清竣，无令状搜索之研究，台湾中央警察大学法律学研究所硕士论文，2001，83-84。日本最高裁判所判例采第二种学说，日本学界则多采第一种学说。

[6] 依据英国《1984年警察与刑事证据法》第32条的规定，除非警察“有合理的理由相信”（reasonable believe）人身或场所具备其他条款规定的情形，否则警察无权进行附带搜查。日本《刑事诉讼法》第220条也规定，检察官、检察事务官或司法警官职员在进行附带搜查时，应在有必要时才可以进行。

[7] 王兆鹏，搜索扣押与刑事被告的宪法权利[M]，台北：台湾翰芦出版公司，2001，193。至于相当理由与合理怀疑之间的区别，美国法律将警察执法的心证程度高低分为“相当理由”（probable cause）、“合理怀疑”（reasonable suspicion）及“单纯怀疑”（mere suspicion），“相当理由”之内容为何，美国联邦最高法院于1949年在Brinegar v. United States案中曾定义为：“就警察所知之事实及情况，有合理可信之讯息足使合理注意程度之人相信”之程度，有无相当理由，应客观判断，非以执法人员之主观判断为准；至于合理怀疑，亦不应考虑警察模糊的主观猜测或预感，而应考虑当时事实状况及警察依经验所作具体合理之推断，参见吴巡龙，相当理由与合理怀疑之区别[J]，刑事法杂志（46卷），[4]，58.

[1] See Wayne A. Logan, *An Exception Swallows a Rule: Police Authority To Search Incident to Arrest*, 19 Yale L. & Pol'y Rev. 381(2001).

[2] United States v. Robinson, 414 U.S. 218 (1973) .

[3] Telford Taylor, *Two Studies in Constitutional Interpretation* , 28-29 (1969), See Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*. 107 Harv. L. Rev. 757 (1994). p765.

[4] Carroll v. United States , 267 U.S. 132 (1925) .

[5][20] 刘世兴，附带搜索要件及范围之比较研究，台北大学硕士论文，2002，49-52、69-70.

[6] [日]上口裕、后藤昭、安富洁、渡边修合，基础演习刑事诉讼法[M]，有斐阁，1996，41-42；[日]福井厚，刑事诉讼法讲义[M]，法律文化社，2003，138.

[7] Chimel v. California, 395 U.S. 752, 762 (1969) .

[8] Draper v. U.S. , 358 U.S. 307(1959).

[9] Melton v. State, 75 So. 2d 291, 294 (Fla. 1954)

[10] People v. Bland, 884 P.2d 312, 316 n.6 (Colo. 1994).

[11] Knowles v. Iowa, 525 U.S. 113 (1998) .

[12] Michigan v. Defillippo, 443 U.S. 31 (1979) .

[13] Preston v. United States, 376 U.S. 364 (1964) .

[14] [日]福井厚，刑事诉讼法讲义[M]，法律文化社，2003，136.

[15] United States v. Edward, 415 U.S. 800 (1974) .

[16] Rawlings v. Kentucky, 448 U.S. 98 (1980)

[17] 蔡东成，搜索程序中犯罪嫌疑人隐私权保护之研究[J]，刑事科学，（32），1991，102.

[18] United States v. Robinson, 414 U.S. 218 (1973)

[19] See Catherine Hancock , *State Court Activism and Searches Incident to Arrest* , 68 Va L. Rev. 1085, 1104 (1982) .

[21] United States v. Rabinowi, 339 U.S. 56 (1950) .

[22] Chimel v. California , 395 U.S. 752 (1969) .

[23] Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966) .

[24][26] 王兆鹏，刑事诉论讲义（一）[M]，台北：元照出版公司，2003，180.

[25] New York v. Belton, 453 U.S. 454 (1983) .

[27] 张斌,我国无证搜查制度法理之构建,现代法学,2003,(4)。



(杨雄(1979——),男,湖北随州人,法学博士,北京师范大学刑事法律科学研究院讲师,研究方向:刑事诉讼法学、证据法学。)

更新日期:2006-9-4

阅读次数:430

上篇文章:论我国刑事附带搜查制度的重构(下)

下篇文章:我国再审改革思路探讨

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有:北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号