

# 我国刑事有证搜查制度之反思

## ——从苹果“叫板”FBI事件说起

屈舒阳

摘要：苹果公司与FBI在搜查嫌犯Farook手机一事上各执一词，互不相让。相同的事件倘若发生在我国可能会出现截然不同的结果，这是两国刑事搜查制度的差异所导致的。随着科技的发展，公民的隐私变得愈加脆弱，但我国仍未能建立有效的刑事搜查制度，致使犯罪嫌疑人或被告人以及第三人的基本权利处于危险当中。在当前司法体制之下，可以构建“准司法审查”模式以起到暂时性“分权制衡”的功用。非实质性的程序性改革不足以解决搜查权滥用之现状，应当以实体性改革为重点，在比例原则的指导下，设立明确且特定的限制条件才能真正回应保障人权之需要。

关键词：刑事有证搜查；准司法审查；实体性限制；隐私权；比例原则

中图分类号：DF617 文献标识码：A 文章编号：1674-9502(2017)01-135-11

作者：屈舒阳，博士研究生，厦门大学法学院。

2015年12月2日，在美国加利福尼亚州圣贝纳迪诺市发生了骇人听闻的恐怖袭击案。犯罪嫌疑人Farook被当场击毙，其平日里所使用的苹果手机被FBI发现。FBI认为手机当中可能存有Farook与ISIS联络的线索，这不仅能够还原案件的事实真相，而且还可能帮助FBI破获其他恐怖袭击案件，使公民免受更大的伤害。然而，没有苹果公司的协助，FBI是无法顺利解锁并搜查这部手机的。因此，FBI只得寻求苹果公司的帮助，但苹果公司认为该项技术协助存在严重的安全隐患，给FBI提供了打开所有苹果设备数据的技术“后门”，严重威胁到其他用户的隐私，并引用美国宪法第四修正案的规定，拒绝了FBI的相关要求。虽然，FBI最终在Cellebrite公司的帮助之下成功解锁了嫌犯的iPhone，并撤销了相关司法程序，但这一案件所影射出的有关刑事搜查的争论还在持续发酵。究竟FBI的刑事搜查受到了何种限制？苹果公司为何会拒绝FBI的要求？相似的案件发生在我国会产生怎样的结果？这反映出我国在刑事搜查制度中所存在的何种问题？应当如何解决？“一石激起千层浪”的案件背后潜藏着刑事搜查制度中的种种问题，耐人寻味、值得深思。

《拒开“后门”，苹果叫板FBI底气何在》，<http://news.163.com/16/0222/08/BGDP7P0000014JHT.html>，网易网，2016年2月23日访问。

## 一、争议案件背后的制度展现与时代需求

在本案中, FBI 对苹果公司的要求究竟属于“合理技术支持”还是属于通常的解密行为?由于牵涉到过多的技术性问题,实非本文所讨论之重点。因此抛开相关技术问题来看苹果公司同 FBI 的争辩,可以发现,美国侦查机关的刑事搜查行为虽然受到了宪法和法律的限制,但由于科技的进步与发展,刑事搜查制度显然未能做到与时俱进,公民的个人信息处于随时被公权力掌控的危险当中。

### (一) 美国刑事搜查开展的严格限制

在苹果公司与 FBI 一案中,依据《全令法案》a 项条款之规定:“在法律允许的范围  
内,最高法院和所有由议会建立的法庭,可以发布必要或者合适的强制命令,以协助施  
加管辖权。”法官 Sheri Pym 发布了强制执行令,要求苹果公司提供“合理的技术支持”  
(reasonable technical assistance),以帮助 FBI 破译嫌犯的手机。但《全令法案》的适用  
具有相应的限制条件,即不得违背宪法和法律的规定。美国联邦宪法第四修正案规定:  
“公民的人身、住宅、文件和财产享有不受无理搜查和扣押的权利,不得侵犯。除依照合  
理根据,以宣誓或代誓宣言保证,并具体说明搜查地点和扣押的人或物,不得发出搜查  
和扣押令状。”此外,根据美国在 1994 年克林顿任期内通过的一项窃听法案《通信协助  
执法法》(Communication Assistance for Law Enforcement Act)中 103 节之规定:“除  
运营商提供用户加密通信,运营商需要处理解密所需的必要信息之外,通信运营商无解  
密或确保政府实现解密的义务。”

FBI 尝试对犯罪嫌疑人手机的破解与手机数据的采集明显属于刑事搜查行为,但其在  
采取刑事搜查行为之前,需要依法向法院申请令状。面对公权机关的刑事搜查行为,美  
国宪法第四修正案为公民提供了两种对抗不合理搜查和扣押的途径,即公民在面对不  
合理搜查和扣押时享有保证个体自由的权利;而且只有在具备“合理根据”并能够明确其  
所搜查对象的基础之上才能对相关事项进行搜查和扣押。此外,通信服务运营商具有为  
用户通信加密的责任,但不具有承担解密或帮助政府解密的义务。由此可见,美国不但

The All Writs Act.(a)The Supreme Court and all Courts Established by Act of Congress may Issue  
all writs Necessary or Appropriate in aid of Their Respective Jurisdictions and Agreeable to the usages and  
Principles of Law. An alternative writ or rule nisi may be issued by a justice or judge of a court which has  
jurisdiction.

Zack Whittaker. Apple VS FBI:Here's everything you need to know(FAQ).ZDNet,2016-2-19.

Amendment 4.The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against  
unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable  
cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons  
or things to be seized.

CALEA(Sec. 103) Prohibits a Carrier from being Responsible for Decrypting or Ensuring the  
Government's Ability to Decrypt any Communication Encrypted by a Subscriber or customer, unless the  
Encryption was Provided by the Carrier and the Carrier Possesses the Information to Decrypt the Communications.

Justin M. Wolcott. Are Smartphones Like Footlockers or Crumpled Up Cigarette Packages Applying the  
Search Incident to Arrest Doctrine to Smartphones in South Carolina Courts. 61 S.C.L. Review,2010:843.

对一般的搜查行为给予了相当严格的限制，而且对通信业务用户的信息还加以了保护。这反映出美国刑事搜查制度对公民基本权利的重视，在侦查机关行使权力之前需要征得中立的司法机关的批准，并且还需要提出明确的搜查对象以及搜查的合理根据。在搜查通讯业务用户信息时，不会强迫作为第三人的运营商配合其解密的要求。

## （二）现代社会下脆弱的个人隐私

在本案发生之前，苹果公司也曾同政府合作，成功解锁了几十部 iPhone。然而 FBI 的此次要求却不同往常，其所要求的技术支持相当于提供给 FBI 一种一劳永逸的解决方案，FBI 至此将会拥有解锁任意苹果设备的技术能力。因此，苹果公司与 FBI 的这场争论之所以备受世人关注，并不是因为这起案件关涉到嫌犯手机中的内容，而是因为这关涉到亿万苹果用户的个人隐私。美国公民自由联盟的研究员 Christopher Soghoian “一语点醒梦中人”，准确概括了这场纠纷的关键所在：“政府表面上急于破解 Farook 的手机以防止恐怖活动的再次发生，其实是想要通过此次裁决形成永久性的生效判例。”这可以解决 FBI 在侦查案件过程中被束手束脚的窘境。苹果公司表面上是公民隐私权的守护者，但这实际上关涉到巨大的商业利益。在个人隐私被网络虚无化的今天，人们迫切希望通过某种介质保存不愿被公开但又愿意个人独享的记忆，苹果公司对个人隐私的高度重视与保护就成为了消费者的不二之选。FBI 需要提升其对电子产品的搜查能力来应对日趋严重的恐怖活动犯罪，以保护社会公共利益。虽然争论双方“各怀鬼胎”，但确实都有着不容辩驳的理由。然而，苹果总裁 Tim Cook 认为 FBI 所要求苹果公司的协助行为是一种“危险的先例”(a dangerous precedent)，它有可能导致所有的苹果手机都处于不安全的状态。如果帮助 FBI 顺利解锁苹果手机，那么这就意味着 FBI 今后拥有了相应的能力，在苹果手机用户不知情的情况下，进入用户的设备中，通过相应的监管软件来查看用户的通话记录，拦截用户的手机短信，查阅用户的健康记录与财产状况，追踪用户的具体位置等等。

个人电脑、智能手机、网络存储都包含了大量的电子数据。在现代科技不断进步的当下，这些电子数据都成为了警方破获刑事案件的重要证据来源，但由于电子数据的“海量性”与关联性等特征，在对现代科技产品进行搜查的过程中都有可能涉及到被搜查人或第三人与案件无关的个人隐私。而且，恐怖活动犯罪的频繁发生，致使政府需要提高刑事侦查的效率以保证国家和社会的安全，这使得政府的权力得到不断的提升和加强。政府有时很难在公共安全与公民自由之间做到合理的兼顾，在恐怖主义侵袭下所制定的《爱国者法案》就已经带来了各种各样的新问题。刑事侦查效率自然是一个重要的价值选择，但当侦查效率同保护基本权利之间的平衡被打破时，那就应当重新考虑是否要对相

苹果帮政府解锁过几十部 iPhone 为啥这次不行，<http://www.techweb.com.cn/it/2016-02-20/2280997.shtml>，腾讯科技，2016年3月22日访问。

Christopher Soghoian. The Technology at the Heart of the Apple-FBI debate, explained. The Washington Post, February 29.

海量性是指电子数据存储内容之广，其中牵涉到被搜查人方方面面的隐私信息。这是陈永生教授发表在《现代法学》2014年第5期《电子数据搜查、扣押的法律规制》一文中对电子数据一大特性的总结和概括。

José Felipe Anderson. Reflections on Standing: Challenges to Searches And Seizures in A High Technology World. Mississippi Law Journal, Vol 75: 1102-1105.

关法律条文进行修改了。因此,在电子科技如此发达的今天,伴随着大数据时代的到来,公民的隐私变得愈加的脆弱。对现有刑事搜查的规制已经不能够满足保护公民基本权利的需要,应当根据客观世界的变化与发展进行修正与完善。

### (三) 我国现行制度下相同案件的不同处理

抛开相关技术问题不谈,倘若本案发生在我国,依照现有法律规定,公安机关的搜查行为将会受到何种限制呢?对于社会的不断发展,我国刑事搜查制度又会作出了何种应对呢?依照我国《刑事诉讼法》第134条之规定:“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。”以及《公安机关办理刑事案件程序规定》第217条之规定,经县级以上公安机关负责人的批准,即可对犯罪嫌疑人的手机进行搜查。可以看出,公安机关的刑事搜查行为除了需要县级以上公安机关负责人批准以外,几乎不受任何的限制。即公安机关只要为了收集证据、查获犯罪人,在不需要提供任何理由和根据的情况下,就可以对犯罪嫌疑人或第三人的身体、物品、住所和其他有关地方进行搜查。在我国行政首长负责制的运行体制之下,公安机关负责人为能够迅速破获案件,其对于搜查申请的批准是不言而喻的。并且在行使搜查权的过程中,搜查的对象、时间、范围可谓相当之“概括化”,这就意味着刑事搜查行为无论针对何人、处于何时、搜查何物都由侦查机关自己把握。

自1979年《刑事诉讼法》订立至今,分别在1996年和2012年进行了两次大规模的修正,共有两百多项条文发生了变动。然而,有关刑事搜查制度的相关规定近40年的时间里仅仅只有“三个字”的改变,而这“三个字”的增加也只是依照证据规则的变化所作出的调整。因此,无论客观世界如何变化,我国的刑事搜查制度均以“以不变应万变”的姿态予以应对。可以说公安机关的搜查行为几乎不会受到任何限制,在电子数据爆发性增长今天,公民的基本权利受到了严重威胁。

## 二、我国刑事有证搜查制度的问题与缺陷

苹果公司同FBI之间针锋相对的论辩,反映出美国虽然在刑事搜查中对公民基本权利给予了严密的保护,但在社会新发展的境况下也表现出对公民基本权利保护的力不从心。反观我国刑事有证搜查制度同美国的刑事令状搜查制度在对公民基本权利的保护方面还存在着很大的差距。不仅无法解决原有制度上的缺陷,更无法处理新形势下的新问题。其主要表现在以下几个方面:

### (一) 搜查权力配置过于集中

《公安机关办理刑事案件程序规定》第217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。”

2012年对《刑事诉讼法》进行修正后,在1996年《刑事诉讼法》第110条的最后增加了“等证据”三个字。修正后的条文为:“任何单位和个人,有义务按照人民检察院和公安机关的要求,交出可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的物证、书证、视听资料等证据。”

司法审查制度起源于英国,“该制度是英王致力于中央集权化的过程中所采取的,意在推行王室正义和肯定王室司法管辖权的一种重要技术性手段,是对地方势力和领主司法管辖权的一种极有效的限制方式。”简言之,就是为了防止权力的过度集中,通过分权的方式来预防权力的滥用。刑事搜查作为国家实施公权力以行使刑罚权的一种途径,如果仅由单一主体享有,势必会导致权力的过度集中,造成权力的腐败和异化。而根据我国《刑事诉讼法》、《公安机关办理刑事案件程序规定》以及《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》中的相关规定,公安机关独自享有了刑事搜查从批准到执行的所有权力。在检察院的自侦案件中,检察院同样独自享有了刑事搜查从批准到执行的所有权力。这样的程序性规定虽然在一定程度上提升了刑事侦查的效率,能够帮助侦查机关及时追查相关犯罪嫌疑人并取得相应罪证;但这也意味着人民法院、人民检察院和公安机关之间未能形成相互制约与平衡的关系。虽然侦查机关的刑事搜查由县级以上公安机关负责人批准或由本级人民检察院检察长批准,但案件的破获与否关系到侦查机关以及相关侦办人员的切身利益,它能为侦查部门和所在机关提升业绩之同时,也可以使侦查人员的工作得到积极评价,其薪金待遇会受到直接影响,并为今后的职务晋升创造条件。因此,侦查机关为顺利破获案件自然会动用一切手段以保证刑事侦查的顺利进行。刑事搜查作为极有可能会侵犯到公民基本权利的强制措施,理应通过相对中立的第三方来批准侦查机关的搜查行为,但此时的侦查机关既当“运动员”又当“裁判员”,集刑事搜查的审批权与执行权于一身,无疑与正当法律程序之理念相违背。

## (二) 搜查限制条件过于模糊

由于刑事搜查行为具有强制性的特征,极易对公民的基本权利造成威胁和侵害。因此,刑事搜查应当保持必要的理性和克制,避免感性和肆意的产生。美国宪法第四修正案就对搜查令状的颁发进行了限制,不仅要求侦查机关提供“合理根据”,还要求侦查机关必须能够提出明确的搜查地点和扣押的人或物。换言之,“就是执法人员认识到的和掌握的事实和情况可以使一个具有理性认知能力的人相信在某个地方或某人身上可以找到某件东西。”而我国在刑事搜查中却不存在类似的限制与要求,依据我国《刑事诉讼法》第134条之规定,侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关地方进行搜查,这就意味着刑事搜查所针对的对象不仅包括了犯罪嫌疑人的身体、物品、住处和其他有关地方,还包括了与案件无直接关系的第三人的身体、物品、住处和其他有关地方。然而,该条文中却并未要求侦查机关“特定化”其搜查对象,刑事搜查行为的开展只需要侦查人员主观上认为具有搜查之必要即可,并不需要提供“合理根据”以证明其搜查行为的正当性与合理性。虽然《公安机关办案细则》第8条第2款规定了,办案部门在申请搜查之时需要制作《呈请搜查报告书》,该报告书中应包括:简要案情,拟搜查的范围,搜查目的,搜查的法律依据等。该项规定表面上

项焱、张烁:《英国法治的基石——令状制度》,《法学评论》2004年第1期,第120页。

《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第220条规定:为了收集犯罪证据,查获犯罪人,经检察长批准,检察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、工作地点和其他有关的地方进行搜查。

李建明:《检察机关侦查权的自我约束与外部制约》,《法学研究》2009年第2期,第124页。

崔敏、郭玺:《论搜查程序》,《中国刑事法杂志》2004年第5期,第4页。

要求办案部门明确其搜查的范围,但并未要求办案部门提供相应的事实依据以证明其搜查的必要性与合理性。由此可见,相关规定并未触及限制搜查行为之本质,未能起到相应的制约功能。由此必然会导致“概括化”搜查的产生,侦查人员可以随意扩大其搜查范围,极有可能侵犯到犯罪嫌疑人以及相关第三人的隐私权、财产权等合法权利。

### (三) 忽视了对电子数据搜查的特殊性

美国宪法第四修正案最初是用来限制政府对住所和身体的搜查行为而制定的,但在过去的十几年的时间里,计算机犯罪不仅作为新的犯罪形态出现,计算机本身也承载了大量的犯罪证据。而且,近些年智能手机的高速发展也能够储存大量的信息,这些信息是高度集中且极为容易被获得的。永远在线的宽带网络也使得越来越多的电脑用户将个人资料转存至第三方存储服务提供商,使得信息在网络呈现交融的状态。无论是电脑和手机中的数据存储,还是网络交往中使用的软件与邮件都属于电子数据。“电子数据是以电子形式存在的、用作证据使用的一切材料及其派生物。它既包括反映法律关系产生、变更或消灭的电子信息正文本身,又包括反映电子信息生成、存储、传递、修改、增删等过程的电子记录,还包括电子信息所处的硬件和软件环境。”电子数据在刑事侦查中扮演着越来越重要的角色,但是对身体、物品以及住所等物理空间的搜查与对电子数据这一虚拟空间的搜查不同,二者之间存在着巨大的差别。首先,搜查的程式不同。Orin S Kerr教授将物理空间的搜查分为三个步骤,即进入(enter)、观察(observe)和翻找(move),通过进入物理空间之后的观察,并翻找相关物品以实现搜查对象的可视化。对虚拟空间电子数据的搜查,侦查人员不可能进入到虚拟空间当中,不能实现对虚拟空间中资料的观察与翻找,只有利用相关设备并输入相应指令对电子数据进行检索、处理和复制才是对虚拟空间电子数据搜查的基本程式。其次,搜查的发生时间不同。在对物理空间搜查进行之时,随着进入、观察和翻找动作的发生,其搜查行为即为发生。对于虚拟空间中电子数据的搜查通常并不是在取得电子数据载体之时就得以实现的,而是在将电子数据进行复制并带回侦查机关进行检索时或在协助搜查的第三方处进行检索时,其搜查行为才告发生。再次,搜查的行为方式不同。对物理空间的搜查通常需要一支有经验的搜查团队,而且搜查范围也较为容易实现“特定化”,例如:在搜查失窃的汽车时,通常就不需要对普通的公文包进行搜查。对于虚拟空间的搜查通常不需要过多的侦查人员参与,很多电子数据是通过侦查人员的指令,由相关电子设备来完成的,但是在甄别电子数据的过程中需要大量时间和精力投入。最后,对搜查的控制程度不同。在对犯罪嫌疑人房屋、物品等进行搜查时,由于其属于客观存在的物理空间,范围有限,故相关人员的隐私信息、财产信息等信息在一定程度上是可控的。在对相关电子数据进行搜查时,由

Mina Ford. The Whole World Contained: How The Ubiquitous Use of Mobile Phones Undermines Your Right to Be Free From Unreasonable Searches And Seizures[J]. Florida State University Law Review, Vol. 39:1078.

Jonathan Zittrain. Searches And Seizures in A Networked World. Harvard Law Review Forum, 2006:85.

陈光中:《刑事诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,第215页。

协助搜查电子数据的第三方通常是指那些拥有电子数据证据,但侦查机关又无法将相关数据进行复制并带回检索,只能在第三方的帮助下取得与案件相关的证据。例如:腾讯公司所保有的用户聊天信息,移动公司所保有的用户通话信息。

Orin S Kerr. Searches and Seizures in a Digital World. Harvard Law Review, Vol 119, 2005-2006:538-545.

于电子数据与虚拟空间的相关属性，相关信息在一定程度上是不可控的，故极易对公民的隐私权造成侵害，而且，搜查人员在对物理空间的搜查结束之后，物理空间即不再受到搜查人员的“控制”，但对电子数据的搜查则还处于搜查人员的“控制”之下。这几点不同之处展现出侦查人员对电子数据搜查的任意性较强，而且不可能由见证人对搜查的全程进行实时监督等特点。因此，刑事搜查制度应当对对电子数据的搜查与物理空间的搜查予以区别对待。

### 三、“相对合理主义”下刑事有证搜查制度的完善

我国刑事有证搜查制度所存在的问题显而易见，应当结合当前社会发展之状况，吸收不同国家和地区的宝贵经验，构建符合我国当前司法体制的有证搜查制度。

#### （一）严格遵循比例原则的基本要求

刑事搜查属刑事侦查行为的一种，而刑事侦查行为之本质在于“执行”，即依照法律的规定进行专门的调查工作和强制性措施，“尽可能的将犯罪分子交付审判，从而实现宪法和法律维护社会安宁和秩序的职能目标。”这是国家刑罚权得以实现的必经阶段。刑事搜查行为具有强制性，被搜查人面对强大的公权力机关处于极度弱小的地位。为更好地保障被搜查人的基本权利，应当对搜查权进行限制。这种限制也应当保持在相对合理的范围之内，以保证侦查机关正常行使搜查权为基础。因此，应当运用比例原则来平衡二者之间的关系。

比例原则发源于德国，现已经被世界上越来越多的法治国家所接受。传统的“三阶”比例原则包括了：“适当性原则，即指公权力行为的手段必须具有适当性，能够促进所追求的目的的实现；必要性原则，即指公权力行为者所运用的手段是必要的，手段造成的损害应当最小；均衡性原则，即指公权力行为的手段所增进的公共利益与其所造成的伤害成比例。”在刑事搜查的过程中，刑事搜查行为应当遵循这三个基本原则，以保证侦查机关在正常行使搜查权之同时，将其对公民基本权利的侵扰降到最低。比如：在日间能够正常行使搜查权的情况下，就应当尽量避免夜间搜查。刑事搜查行为会不可避免的影响到被搜查人正常的工作与生活，尤其是夜间搜查，固然能够起到及时发现犯罪证据之功效，却也极易对被搜查人造成精神上的伤害，社会效果较差。因此，美国、法国、日本等国都对夜间搜查公民住宅的行为进行了限制。再比如：对被搜查人进行搜查时，应当尽量避免强制性搜查，只有在非强制性手段不足以达到搜查之目的时，方可运用强

陈永生：《论检察权的性质与特征》，《法制与社会发展》2003年第2期，第137页。

刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，《中国法学》2014年第4期，第133页。

《美国联邦刑事诉讼规则》第41条规定：“搜查令状的执行时间为日间，但搜查机关被证明存在合理原因的除外。”

《法国刑事诉讼法典》第59条规定：“除非屋主提出要求，或法律另有规定，搜查和家宅访问不得在6时以前和21时以后进行。”

《日本刑事诉讼法》第116条规定：“在令状没有记载夜间也可以执行的意旨时，不得在为执行查封证或搜查证而在日出前、日没后进入有人住居或有人看守的宅邸、建筑物或船舶。”

吴宏耀、苏凌：《刑事搜查扣押制度改革与完善》，中国人民公安大学出版社2011年版，第278页。

制性手段为之。由于刑事搜查行为既有可能涉及到犯罪嫌疑人非犯罪证据的隐私内容,也有可能涉及到第三人的隐私内容。如果能在经得被搜查人同意的情况下就可以实现搜查之目的,就无需公权力机关动用强制力实施,这自然就会降低搜查行为所带来的损害,并且这样的搜查行为对于被搜查人而言也更易于接受。在被搜查人不同意搜查的情况下,也应当对被搜查人的财产和隐私予以必要的保护,尽量降低搜查行为所带来的损害。还比如:一起涉案数额较小的盗窃案件,被告人可能会被判处拘役或者管制,但需要通过对案外第三人的住所进行搜查来寻找犯罪嫌疑人作案的证据。如果在第三人不同意的情况之下,还积极适用强制措施对其住宅进行搜查,恐有违比例原则之基本要求。为寻找犯罪证据所产生的消极后果明显大于成功追诉后所产生的积极效果。因此,刑事搜查的审批主体应当将比例原则作为其考量搜查行为合理性的基本准则,对于符合法定条件的刑事搜查,应尽量做到目的与手段相统一。

## (二) 构建相对合理的“准司法审查”模式

司法审查是现代法治国家限制刑事强制措施的一项基本制度,关系到弱小的公民在强大的国家机器面前能否得到有效的保护。搜查行为的本质是一种带有强制力的侦查行为,会直接影响到公民的住宅权、财产权、隐私权等合法权利。因此,“需要通过司法审查来限制相应的权力,即以独立且中立的司法权,对强制侦查进行事先审查,以司法令状批准并将其作为强制侦查正当性与合法性的依据,实现公民权益保障的目的。”只有在“迫在眉睫”的情况下,才允许刑事搜查在未经审查的情况下实施。我国目前的刑事有证搜查采取“自批自执”的审批执行方式,具有极强的任意性,其弊端显而易见。这虽然保证了刑事侦查的效率,但却有碍于司法公正的实现。因此,应当将刑事搜查的审批权同刑事搜查的执行权的权力归属进行重新划分。

在英国,逮捕前以及附带于逮捕的搜查权属于警察固有的权力,非经被搜查人同意或治安法官许可,不得进行搜查。在美国,也同样是由治安法官进行审查和批准的。在德国,依据《德国刑事诉讼法》第105条之规定,搜查必须取得法官的令状。在我国台湾地区,不论侦查阶段或审判阶段,搜查发动之决定权皆属法院之权限。综合相关国家和地区之经验可以看出,刑事搜查中的审批权均是由法官所掌握的。法官作为与案件利益无涉的第三方能够保持自身的独立与中立,能够对搜查申请进行客观的评断。然而,检视我国当前的刑事司法体制,《宪法》将检察机关定位为法律监督机关,法院仅仅承担审判职能,并无介入刑事侦查的法律基础,而且也不具备相应的人员配备和专业技能。公检法三机关仍处于“流水作业”的诉讼模式之下,逮捕、拘留等威胁到人身自由的强制措施尚不能切实落实司法审查制度,欲对刑事搜查采取司法审查无疑是“天方夜谭”。有

翁怡洁:《我国刑事搜查、扣押制度的改革与完善》,《国家检察官学院学报》2004年第10期,第64页。

龙宗智:《强制侦查司法审查制度的完善》,《中国法学》2011年第6期,第43页。

蒋丽华:《法治视野下搜查程序问题研究》,《当代法学》2004年第5期,第87-88页。

黄朝义:《刑事诉讼法》,新学林出版股份有限公司2013年第3期,第238页。

潘丽萍:《试论我国刑事搜查制度的改革》,《学术论坛》2005年第4期,第114页。

“流水作业”的刑事诉诸纵向构造是陈瑞华教授在《从“流水作业”走向“以裁判为中心”——对中国刑事司法改革的一种思考》一文中所提出的概念,它是指侦查、起诉和审判这三个完全独立而互不隶属的诉讼阶段,如工厂生产车间的三道工序,它们之间未能形成应有的相互制约关系,而被相互配合所代替。



鉴于此,不如构建一种“准司法审查”之模式,以确保对刑事搜查的审批权与执行权进行相对合理的分配。在公安机关负责侦查的案件中,若要申请搜查证需经得本级人民检察院检察长的批准;在检察院自侦案件中,若要申请搜查证应当经由本机人民检察院的检察委员会讨论决定。由此可以保证权力的分流,形成一定的相互制约关系,从而避免权力的滥用。之所以将此种权力架构称之为“准司法审查”模式,是因为其无法满足司法审查制度中所要求的由中立且独立的法院来对相应的强制措施进行审查,但同时又起到了相应的权力分流作用。虽然检察机关同公安机关之间有着共同的利益诉求,但毕竟检察机关在我国还承担着法律监督的职能,并且也确实在一定程度上对权力进行了重新分配,避免了“自批自执”的集权境况。“司法改革不能企求尽善尽美、一步到位,而只能采取渐进的、改良的方法,从逐步的技术性改良走向制度性变革。”“准司法审查”模式虽然是当前司法体制之下的无奈之举,但相较于眼下的行政审查模式而言,其已是相对合理的最优替代解决途径。当然,“准司法审查”制度也仅仅是一种过渡性措施,今后还是要将构建司法审查制度作为规制刑事强制措施的最终目标。

### (三) 实现新形势下刑事搜查的“特定化”

刑事搜查的“特定化”通常包括两个方面:搜查对象与范围是明确且特定的,而非模糊与概括的;侦查人员需要提供相应的证据证明其能够在明确且特定的对象与范围内收集到相应的犯罪证据或查获犯罪人。不难看出,在刑事搜查“特定化”的要求之下,无论审批搜查申请的主体是否中立,都需要对相应的实体性条件进行审查。因此,刑事搜查“特定化”的要求能够从实体上对搜查权的行使进行限制。在无法真正实现司法审查这一程序性限制的前提下,应当尽可能的对相应的实体性规范进行细化处理,以保证刑事搜查的正当性。换言之,在当前司法体制之下,对于刑事搜查权的限制应当将实体性限制作为重点,将程序性限制作为补充。这能够最大程度的保证被搜查人的合法权益不受侵害。因此,如何衡量搜查行为的预期搜查结果即成为了刑事搜查“特定化”的关键所在。

在美国,法院已经对合理根据进行了描述,就是当事人已经承认自己犯罪或者有证据证明犯罪证据将会被发现。联邦最高法院在 *Illinois v. Gates* 一案中确定了“综合全案情形的审查标准”(a Totality of the Circumstances Test)。法官应当根据案件中所能包含的全部信息对侦查机关所提供的证据进行审查,从而决定是否颁发搜查令。在德国,对犯罪嫌疑人的搜查与第三人的搜查进行了区分,对犯罪嫌疑人的搜查要求预计将发现证据材料;对其他人员的搜查要求必须具有事实依据存在。相比较可以看出,对

龙宗智:《论司法改革中的相对合理主义》,《中国社会科学》1999年第2期,第130页。

Thomas Mann Miller. Digital Border Searches After *Riley v. California*[J]. *Washington Law Review*, Vol. 90(1943):1952.

ILLINOIS, Petitioner v. Lance Gates et ux. 103S.Ct.2317.

《德国刑事诉讼法》第102条规定:[在嫌疑人处的搜查]对具有正犯、共犯或者包庇犯犯罪利益罪、阻碍刑罚罪或窝赃犯罪嫌疑之人,不仅为抓获他,而且如果预计搜查将发现证据材料,则可以搜查住宅和其他处所,以及其人身和所属物。102条规定:[在其他人员处的搜查](一)仅当为抓获指指控人、寻找犯罪行为痕迹或扣押特定标的,并且存在事实可以推测所寻找的人、痕迹或物就在将要搜查的处所时,才准许在其他人员处搜查。

《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译注,知识产权出版社2013年版,第79页。

第三人搜查的限制比对犯罪嫌疑人搜查的限制更为严格。“必要时”这一限制条件带有强烈的主观任意性,侦查机关并非必须提供客观证据加以证明;“有相当理由”则需要提供足够的资料或资讯予以证明。

首先,在讨论刑事搜查“特定化”之标准时,其实并不需要对犯罪嫌疑人与第三人进行区分。根据我国《刑事诉讼法》第12条之规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”因此,从法理上来说,在未经法院判决以前,犯罪嫌疑人或被告人应当被推定为无罪,其与普通公民的地位相当,应当对其进行平等的保护而不能区别对待。其次,申请刑事搜查之范围应当明确且具体,并将电子数据作为搜查单独的一类搜查对象予以对待,而不能将其包含于某类物品或场所之中。在申请搜查之时,应当做到尽可能的具体化与明确化,例如:对住所的搜查应当提出明确的住所所在城市、街道以及相应的门牌号码;对物品的搜查也应当明确其特性,而不能仅仅是对物品类别的概括。在现代社会当中,电子数据对于公民隐私权、财产权等基本权利的承载丝毫不亚于传统的物理承载方式,并且伴随着大数据时代的到来而变的愈加重要。所以,在对电子数据进行搜查时,也应当尽量对搜查之范围进行准确定位。例如:当需要对房屋进行搜查时,房屋内所摆放的电脑和手机不应包含在对房屋搜查的范围之内。倘若需要对手机或电脑进行搜查时,应当另行申请相应的搜查证,而且对于电子数据的搜查不能仅仅描述为某类存储介质,要具体记载存储介质中所要搜索的内容。再次,应当对申请物理空间的搜查与申请虚拟空间的搜查设定不同的标准。美国宪法第四修正案,是针对现实世界所发生的行为而制定的,在21世纪所面临的挑战是,如何将法律中所制定的针对现实世界的行为规制转化到网络这一虚拟世界当中去。因此,要根据二者不同的特性来设定不同的申请审查标准。在申请搜查物理空间之时,应当做到有合理的依据。对于合理依据之标准而言,“侦查人员应当提供相应的证据、信息或被告人已经承认其犯罪,其证明标准应超出信任程度的50%以上,”换言之,发现犯罪证据或查获犯罪人的“可能性”比“不可能性”要高。在没有初步证据或信息予以证明的情况下,是不具备批准搜查之条件的。在申请搜查虚拟空间之时,应当强制性的制定搜查草案(Search Protocols),搜查草案的内容根据不同案件的不同情况可以有所不同,但是都应当包含有两个最为基本的要素:第一,侦查人员对于将要搜查的电子数据须提交一份详细的搜查说明。“必须明确说明侦查机关需要对谁的、何种电子设备(譬如电脑、手机,还是其他电子设备)中存储的涉嫌何种犯罪的文件和数据进行搜查。”第二,侦查人员在搜查相关电子数据时所使用的方法。不同的搜查方法将会产生不同的限制条件,例如:关键词搜查(Keyword searches)就与元数据搜查(Metadata)就存在很大差别。关键词搜查被应用于搜查某一

罗绪刚:《电子数据搜查与扣押程序的立法构建》,《政治与法律》2015年第6期。

Susan W. Brenner, Barbara A. Frederiksen. Computer Searches And Seizures: Some Unresolved Issues. Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Vol. 8(39):113.

刘金友,郭华:《搜查理由及其证明标准比较研究》,《法学论坛》2004年第4期。

陈永生:《电子数据搜查、扣押的法律规制》,《现代法学》2014年第5期,第123页。

Derek Haynes. Search Protocols: Establishing the Protections Mandated by the Fourth Amendment Against Unreasonable Searches and Seizures in the World of Electronic Evidence. McGeorge Law Review, Vol. 40, 2009: 771-772.

特定的文档，并且语言的运用是相对可预测的。如果某一特定文档有明确的名称或日期或相应的扩展名等，那么就不能对与其不相关的文档进行检索了。元数据是描述数据属性的信息，用来支持如指示存储位置、历史数据、资源查找、文件记录等功能。电子设备中文件的创造、改动以及删除等信息都将被记录下来。因此，在搜查的过程中，侦查人员可以利用关联的信息进行搜查，与其不相关的文件就不会有被侵犯的威胁。在发布搜查证之前，相关审批人员还要对搜查草案进行审核，以确定搜查范围足够收缩以防止不合理的搜查产生，而评估搜查草案还需要提供具有客观存在的物理性证据。正是基于电子数据的特殊性以及其与普通物理空间搜查所存在的种种不同，应当根据其特性“量体裁衣”以保障公民的基本权利不受侵害。第三，应当对搜查的时间和期限进行明确的限制。搜查通常应当在日间进行，除法定紧急情况以外不得在夜间进行搜查，对住宅的搜查应当禁止在早6时前晚9时后进行。日间搜查通常也应当根据其所搜查的范围设定相应的开始时间和结束时间，避免长时间侵扰公民工作与生活的现象出现。而且，应当禁止重复搜查，搜查证只能当次有效，如还需搜查则要另行申请搜查证才可。搜查证还应当设立有效期，侦查机关在搜查证签发之后倘若在1个月之内未行使其搜查权，逾期不能执行搜查。

#### 四、结 语

苹果公司同FBI的争论在法律的层面上还有着不同角度的解读，但就刑事搜查而言，原有的规定已经无法满足当前社会发展中公民基本权利保障的需要，更何况我国刑事搜查的相关规定在过去的30多年之中都未曾根据时代的发展进行修正和调整，其限制公权力之成效可想而知。苹果公司作为科技巨擘，法院对这起纠纷的裁决会起到标杆性的作用，直接影响到世界各国刑事搜查制度在现代社会中的具体运用。反观我国的刑事搜查制度，整体上的重构似乎不可避免，但这并非一朝一夕所能完成的，应当根据我国当前司法体制，循序渐进的予以修正和完善。

（责任编辑：丁亚秋）

Derek Haynes. Search Protocols: Establishing the Protections Mandated by the Fourth Amendment Against Unreasonable Searches and Seizures in the World of Electronic Evidence[J]. McGeorge Law Review, Vol. 40, 2009: 771-772.

闵春雷：《完善我国刑事搜查制度的思考》，《法商研究》2005年第4期，第124页。