

关于刑事搜查几个问题之研讨

周国均

刑事搜查，是刑事诉讼中的一项重要诉讼活动。对此，各国刑事诉讼法均作出了规定。研究刑事诉讼中的搜查的概念、地位、目的、理由、主体、客体、种类和时间等有关问题，提出某些立法参考意见，这对推动此问题的深入研究，促进立法和公安司法活动的开展，不无重要作用。现就搜查中的主要问题作如下探讨。

搜查，有刑事诉讼中的侦查搜查和审判中的法院搜查。本文特指刑事侦查中的搜查。搜查，有广义狭义之分。狭义上的搜查，仅指对物件、处所进行的搜查；广义的搜查，除此之外，还包括对人身搜查。本文特指广义上的搜查。

一

关于搜查的概念。国内诉讼法学界大多数学者对刑事侦查中的搜查(以下简称“搜查”)界定为：“搜查是指侦查人员对被告人以及可能隐藏罪犯或者罪证的人的身体、物品、住处和其他有关地方进行搜索、检查的一种侦查活动。”^①但也有有的实际部门的同志认为：“搜查是指侦查人员在刑事诉讼活动中为了追究犯罪的需要，依法对被告人及有关地方进行的搜查、检查的侦查行为。”^②我认为，前一个概念比后一个概念更科学、具体，因为前者既阐明了法律依据，又解释了何为“搜查”。《日本刑事诉讼法》第218条至222条将类似我国刑事诉讼法第79条中规定的“搜查”规定为“搜索”。就“搜查”与“搜索”二者的含义与实施该活动的内容关系观之，我认为，“搜索”比“搜查”更能反映该行为的特定内容。因为，“搜查是具有强制性的行为”，“搜索”中的“索”字具有“寻找”和“强要”，即寻觅并强行获取之意。从搜查只要依法进行，即不必征得被搜查人的同意，在遭到其抗拒时有权采用合法手段排除抗拒而强行查看、寻找、提取有关物品的性质看，用“搜索”比“搜查”(寻找和检查)更妥贴、恰当。有鉴于此，我认为，可将搜查二字更改为“搜索”。建议在修改刑事诉讼法时将“搜查”改为“搜索”。笔者所言之搜索，是指侦查人员对被告人以及可能隐藏人犯或者罪证的人身、物品、住处和其他有关地方进行检查并缉获人犯和强行取获有关证据的一种专门调查工作。在刑事诉讼法还未将“搜查”改为“搜索”之前，本文在探讨问题过程中仍然继续使用“搜查”一词。

^① 陈光中主编：《刑事诉讼法学》，中国政法大学出版社1990年9月版，第244页。

^② 《公安机关办理刑事案件的程序》，中国人民公安大学出版社1989年4月版，第185页。

搜查在刑事诉讼中处于何种地位，对此有关国家或地区的法律规定和学者们的认识不尽相同。我国刑事诉讼法和苏俄、法国、联邦德国等国的刑事诉讼法，均将其作为侦查措施规定在侦查程序中；但是，我国台湾的刑事诉讼法将其作为对物的强制处分予以规定，并与对人的强制处分（传唤、拘传与逮捕、羁押）相对应，且不规定在侦查程序中而规定在总则中。鉴于这种情况，台湾学者认为：搜索，以发现被告或应扣押之物为目的，对于身体、物体或住宅或其他处所，施以搜查检索之强制处分^①。我认为，将搜查与拘留和逮捕并列规定为强制措施不妥。这是因为，虽然搜查与拘留和逮捕一样均具有强制性，但它不是对被强制者人身自由的强行限制，而只对有关人的身体或地方进行强制检查和索取所需之证据及查获人犯，两者的任务不同，故不同属一类。

搜查的目的旨在获取犯罪证据和捕获人犯。我国刑事诉讼法第79条规定的“为了收集犯罪证据，查获犯罪人”就是例证。英国法律规定，搜查的目的是为了捕获到隐藏起来的逃犯和寻找赃物及犯罪的工具等物证。（哈里斯：《哈里斯刑法》第4章第7节）美国的有关法律也作了类似的规定（小查尔斯·F·亨普希尔：《美国刑事诉讼》第4章）。我认为，搜查的目的中包括的这些内容对于通过搜查扩大证据的来源（对于案件可能具有意义的其他物品和文件也收集），并提取和增加证据的数量（发现被侦缉人的尸体）均有好处。

搜查应当具有一定的理由。这些理由是进行搜查的条件，它们由有权决定或者实行搜查的机关或人员自定。对此，概括起来，有如下几种学术观点：

1. 怀疑或推测说。即怀疑某人犯罪或推测可能发现证据。当具有这些条件时，就可以批准或决定搜查。例如，德国刑事诉讼法第102条规定的内容，就属此类。该条规定：“被怀疑为主犯、共犯、或者受贿犯的人，为了逮捕他，或者推测如果实施搜查可能发现证据材料的时候，可以搜查他的住宅、房舍、他的身体和属于他的物件。”又根据该法对该条的解释，这种怀疑是没有诸如“合理”的或“令人信服”的限制的怀疑，而只是有初步的怀疑。只要具有这种没有限制的怀疑，即视为具有搜查的理由。但是，对嫌疑犯以外的人进行搜查，须有“事实作为根据”。

2. 必要和足以认为说。即认为对被告人有搜查的必要和对被告人以外的人的身体、物品等，足以认为有应予扣押物品的情况。只要具备了二者之一，就可以决定进行搜查。例如，日本刑事诉讼法第102条的规定，就属此类。该条规定：“（1）法院在必要时，可以对被告人的身体、物品或住所或其他场所，进行搜查。（2）对被告人以外的人的身体、物品、住所或其他场所，以足以认为有应予扣押的物品存在的情况为限，可以进行搜索”。该法第218条第1款还规定：“（1）检察官员、检察事务官或司法警察职员，在认为侦查犯罪有必要时，可以根据审判官签发的命令文件，实施查封、搜查和勘验……”。第220条也规定：“检察官、检察事务官或司法警察职员在根据第199条的规定逮捕被疑人或逮捕现行犯时，如果必要，可以进行下列处分……（1）进入有人居住或有人看守的宅邸、建筑物或船舶内搜索被疑人；（2）在现场进行查封、搜索或勘验”。

3. 必要和相当理由说。即认为对被告人有搜查的必要和对第三人的搜查有相当的理由。只要具备两者之一，就可以决定进行搜查。例如，我国台湾的刑事诉讼法第122条第1项规定，对于被告人之人身、物件及住宅或其他住所，非有必要不得搜索；第122条第2项规定，

^①（台）刁荣华：《刑事诉讼法释论》（上册），汉苑出版社1977年再版，第172页。

对于第三人之身体、物件及住宅或其他处所，非有相当理由，可信为被告或应扣押之物存在时，不得搜查。台湾学者刁荣华认为，所谓“非有必要”，即非实施搜索无法达到扣押的目的。但是，对于有无必要，检察官、审判长或受命推事执行搜查时，有权认定。所谓“相当理由”，是指必须有相当的事实作为依据。例如，有人指证被告人匿入第三人的住宅之内，就属于有相当的理由；若无相当事实，就不得认为有相当的理由。所谓“第三人”，是指被告人以外的人，不管他与被告人是否有关系，只要有相当的理由使人相信在他那里有被告人或应当扣押的物品，那么就可以进行搜查。^①

4. 推定说。即在具有相当的根据可以推定某处或某人那里有犯罪物品等，当具有这个条件时，就可以进行搜查。例如，苏俄刑事诉讼法第168条的规定，就属此类。该条规定：“侦查员在具有相当根据可以推定在某处房舍或其他处所、或在某人手中存有犯罪工具，犯罪所得的物品和贵重物品，以及对于案件可能具有意义的其他物品或文件的时候，即应实行搜查以便发现和加以提取。”

5. 可能说。即认为可能发现有利于查明案件事实真相的物品，具有这个条件，就可以决定搜查。例如，法国刑事诉讼法第94条的规定，就属此类。该条规定：“对任何可能发现有利于查明事实真相的物品的地点应予搜查。”

在我国，关于搜查的理由条件，刑事诉讼法没有规定，法学界仅有个别人进行过探讨。探讨者认为，搜查应具备两个条件：一个是实质性条件，即那些足以使司法机关有权采取搜查措施的事实；一个是形式条件，即司法机关进行搜查必须履行的手续。（《法学评论》1989年第4期第84页）我认为，该学者所言搜查的第一个条件，确属搜查应具备的条件，但第二个条件却是搜查的法定程序。就第一个条件而言，近似于搜查应具备的理由。有鉴于国外刑事诉讼法和我国台湾刑事诉讼法对搜查理由的规定，我认为，我国侦查中的搜查的理由可定为“认为有必要说”，即为了收集证据，侦查人员认为有必要时对被告人以及可能隐藏人犯或犯罪证据的人身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜查。所谓“认为”，是指侦查人员根据已有的事实作出的初步判定；这种事实是客观存在的事实，而不是搜查人主观臆断的事实。它们既包括可能隐藏人犯的事实，又包括可能隐藏犯罪证据的事实。所谓“有必要”，是指为了收集犯罪证据和查获犯罪人非进行搜查不可，否则就会坐失良机。所谓“可能隐藏人犯或犯罪证据的人”，是指被告人以外的第三人（包括共犯或参与犯罪的公民）。笔者认为，只要具备了上述条件就可以决定搜查。有鉴于此，建议将刑事诉讼法第79条修改为：“为了收集证据，查获犯罪人，侦查人员认为有必要时，可以对被告人以及可能隐藏人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。”

二

关于搜查的主体问题，我认为，搜查的主体既包括决定或批准搜查的人员，又包括执行搜查的人员。因为决定和批准搜查是得以执行的前提，执行搜查是决定或批准搜查的结果，二者缺一不可。在国外，一般说来，批准或决定搜查的人是审判官或检察官；执行搜查的是侦查员、警察或检察官。因各国情况不同，主体各有区别。在英国，一般说来，签发搜查证的是治安法官（但对某些案件的搜查无权签发搜查证），执行搜查的是警官（《外国刑事

^①（台）刁荣华，《刑事诉讼法释论》（上册），汉苑出版社1977年再版，第174页。

诉讼比较研究》第105页,《法律出版社》1988年1月版)。对某些案件(如盗窃案)中的搜查,任何警长以上的警官,可以书面授权警察为起赃而搜查房屋(同上书第160页)。在法国,批准搜查的是检察官,执行搜查的是预审法官(刑事诉讼法第93条第95条)或司法警官(刑事诉讼法第57条)。在德国,有权命令搜查的是审判官(刑事诉讼法第105条),但在延缓搜查会有危险时,检察官及其助手也有权命令搜查。在日本,批准搜索的是审判官,执行搜索的是检察事务官或司法警察职员(应依照检察官的指挥);但在法院认为为了保护被告人而有必要时,审判长可以命令法院书记官或司法警察职员执行(刑事诉讼法第108条)。苏俄刑事诉讼法第168条规定,搜查由检察长或副检察长批准,由检察员执行。在我国台湾,侦查中的搜索,由检察官签名,由司法警察或司法警官执行(刑事诉讼法第128条)。在我国大陆,搜查由县以上的公安机关、人民检察院的负责人批准,由侦查人员执行。从国外和台湾刑事诉讼法规定的情况看,它们将批准搜查的机关与执行搜查的机关分开,而不像我国大陆这样由批准搜查的公安机关和人民检察院的侦查人员执行。我认为,将搜查的批准和执行分开由不同的机关的人员进行,有利于从制度和程序上对搜查进行有效的制约。这样做是可取的。有鉴于此,我认为,在刑事诉讼法中是否可规定:“公安机关的搜查,由人民检察院批准后由公安机关的侦查人员执行;人民检察院的搜查,由人民法院批准后由人民检察院的侦查人员执行。”

关于搜查的客体。搜查的客体,是搜查所指向的对象,亦即是指被搜查的人或处所。根据我国刑事诉讼法第79条规定,我认为:搜查的客体主要包括:1.有关人的身体及其附着物。有关的人是指与隐藏犯罪证据有关的人,其中,既包括被告人,又包括第三人。所谓“第三人”,是指无论与被告人有关或无关但很可能隐藏有犯罪证据的人。所谓“身体”,是指人的全身,即可能隐藏证据的身体的各个部位。所谓“附着物”,是指人身上穿戴的衣、裤、鞋、帽、腰带、围巾、乳罩、手套等。2.物品。物品是指被告人或第三人所携带、持有、保管、寄卖的物件。携带,是指本人随带在手(包括手提、肩挑、身背、头顶等);持有,是指物品虽不是携带在手但处于该人控制之下(如押运的汽车或船只,让他人携带等)。保管,是指交由第三人暂时看管、保存。寄卖,是指委托他人代卖。3.住处。住处,是指被告人或第三人居住(常住地或临时住地)的地方。它们包括住所地和居住地。住所地,是指久住之地。在我国,一般指户口所在地。居所地,是指因一定的目的暂住或客居的处所,如旅馆、客栈或临时租住的房舍,等。4.从事公务所用的办公用品或从事经营所用的物品。从事公务所用的办公用品,是指办公用的桌、椅、凳、箱、柜等;从事经营使用的物品,是指柜台、货架、库房等。5.与犯罪有关的露天场所。与犯罪有关的露天场所,是指犯罪现场附近的露天场所或犯罪人住所附近的露天场所。

关于搜查的种类。所谓“搜查的种类”,是指按一定标准划分的搜查类别。综观大部分国家的刑事诉讼法规定,搜查的种类,按是否持搜查证进行分为有证搜查和无证搜查两种。有证搜查,是指持有搜查证所进行的搜查。关于有证搜查,在台湾省法学界,学说上称“要式搜索”或有“搜索票之搜索”。搜索证上须记明:被搜索人的姓名,应搜索的理由、处所、身体或物件,搜索人的姓名、时间等。无证搜查,是指不持搜索证所进行的搜查。对无证搜查,在台湾省,学说上称“不要式搜索”或“无搜索票之搜索”,无证搜查(索)分为三种:一是积极搜查,即由刑事诉讼法规定的特定人员进行的搜查,如我国台湾刑事诉讼法规定的由检察官进行的搜查,但应出示证件。我认为,设立积极搜查,主要是基于检察官职位而有迳直搜查权进行的搜查,因为检察官有权批准搜查,因此也有迳直搜查权。二是附带搜

查，即有关人员在拘留、逮捕被告人的同时所进行的搜查。如我国台湾刑事诉讼法规定，由司法警察或司法警官在执行逮捕、拘留、羁押或追捕现行犯、脱逃犯这两种情况下所进行的搜查。对此，日本刑事诉讼法第126条也规定：“检察事务官或司法警察职员在执行拘提票或羁押票时，如果有必要，可以进入有人居住或有人看守的宅邸、建筑物或船舶内搜索被告人。在此情况下，不需要搜索票。”苏俄刑事诉讼法第172条第2款规定：“在下列情况下，可以不单独作出决定和不经检察长批准而实行人身搜查：（1）在拘留和羁押的时候；（2）具有相当理由推定，现在实行提取或搜查的房舍或其他地点的人，随身隐藏对于案件有意义的物品或文件。”我认为，设立附带搜查，主要是考虑到搜查的目的与逮捕、拘留的目的基本一致，且为了简便手续，节省办案时间。三是特许搜查，即有关人员在法律允许的紧急情况下所进行的搜查。如我国台湾刑事诉讼法规定，由司法警官或司法警察官在有事实足信有人在内犯罪而情形急迫的情况下所进行的搜查。所谓“在内犯罪”，是指在某处之内有人正在犯罪，如在某处所内有人正在实施赌博犯罪等，所谓“情形急迫”，是指情形急不可待。我认为，设立特许搜查的目的，旨在为了及时搜查到人犯或者犯罪证据，防止为办理搜查证而丧失良机。我国刑事诉讼法第81条规定：“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。”我认为，从学理上分类，这两种搜查属于无证搜查中的附带和特许搜查。附带搜查，是指在执行逮捕、拘留的时候……不用搜查证也可以进行搜查；特许搜查，是指遇有紧急情况，不另用搜查证进行的搜查。对于前者，在大陆法学界，有的学者认为，“这种搜查是依附逮捕和拘留权的取得而取得，行使而行使”的搜查，它“是一种附有必要条件的法律行为。”还说，这种无证搜查行为，是由逮捕或拘留权延伸和派生出来的一种权利；即为搜查的依附性”。（《警察法学研究》1991年第4期第16至17页）但是，对于为什么说这种无证搜查权是由逮捕、拘留权延伸和派生出来的，该学者却未深究。我认为，其所以允许在逮捕、拘留人犯时可以进行无证搜查，主要是因为逮捕、拘留是比搜查强制性要大的侦查措施，且已办理了逮捕证、拘留证等法定手续，并有（票）证在手。从学理上讲，侦查人员既然可以对人犯采用比搜查强制性更大的逮捕、拘留措施，当然也有权采用相对逮捕、拘留强制性较小的侦查措施；既然已有的逮捕证、拘留证均是执行侦查措施的法定票证，且都能证明侦查人员的身份和权限，在这种情况下，当然可以起到代替搜查证证明侦查人员的身份和权限的作用，故不用搜查证也理在其中。无证搜查权正是基于上述条件和理由从逮捕权和拘留权中延伸和派生出来的。在我国大陆法学界，有些同志认为，刑事诉讼法第81条第2款规定的“遇有紧急情况”，是指三种情形：1.身带凶器、自杀器具的；2.可能隐藏爆炸、剧毒等危险物品的；3.可能毁弃、转移犯罪证据（《公安机关办理刑事案件程序》第166页，中国人民公安大学出版社1988年4月版）。笔者认为，仅用这三种情形概括不了刑事诉讼法所规定的“紧急情况”。除此之外，还应当包括：1.侦查人员目睹人犯正在实施犯罪之时；2.追缉人犯之时；3.不立即进行搜查就必然会缉获不到犯罪人或无法收集到犯罪证据等急不可待之时；4.侦查人员根据客观事实认为必须立即进行搜查的时候等。其所以法律赋予侦查人员有特许搜查的权力，我认为，其目的是为了及时地缉获到人犯和有效地收集到有关的证据。

搜查，以是否以公开进行的方式不同为标准，又可分为公开搜查和秘密搜查两种。公开搜查，是指侦查人员向被搜查人出示搜查证之后，在其家属、邻居或见证人在场的情况下进行的搜查。这种搜查已如前述。秘密搜查，是指不惊动被搜查人和有关人员的情况下对其处

所、物件或有关地方所进行的搜查。在我国，秘密搜查应经县以上公安司法机关的负责人批准，且应在非用不可的情况下才允许慎重使用。搜查，按是否合法为标准，可分为合法搜查和非法搜查。合法搜查，是指由法定的人员依照法定的手续和程序所进行的搜查。非法搜查，是指非法定的人员进行的搜查和法定的人员不依照法定手续和程序进行的搜查。我国刑事诉讼法第79条至第83条分别规定的搜查就是合法搜查。不依照刑事诉讼法进行的搜查，就是非法搜查。我国宪法第37条和第39条规定了“禁止非法搜查公民的身体”和“禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅”。可见，合法搜查是法律允许的，非法搜查是严禁的。在非法搜查中，有的是无搜查权的公民进行的搜查，有的是在被搜查人不同意的情况下强行进行的，有的是在被搜查人（被搜查人为了证明自己清白无辜，在邀请第三人为见证人的情况）同意后进行的，有的是由侦查人员进行的。在这类非法搜查中，既有未经有关领导批准而侦查人员为了报私仇滥用职权对其他公民进行的搜查，还有违反刑事诉讼法第81条或82条的规定所进行的搜查，等。对违法搜查者，我国法律规定，轻则追究行政法律责任，重则追究刑事责任。例如，我国刑法第144条规定了“对非法搜查他人身体、住宅、或者非法侵入他人住宅的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”

三

关于搜查的时间。世界上不少国家和地区的刑事诉讼法规定了搜查应在白天进行或者夜间进行，并且将其是否依照这种规定进行作为衡量合法搜查还是非法搜查的一个条件。关于搜查时间中的“白天”和“黑夜”的确定问题，综观世界各部刑事诉讼法规定，大致有三种情况：有的国家刑事诉讼法规定某些搜查可以在白天进行，某些搜查在具备什么条件下才能在夜间进行。对于如何确定白天和夜间的界限未作出规定，而以人们对白天和夜间的习惯理解为准。笔者把刑事诉讼法赋予侦查人员按习惯确定白天和夜间的方法，称为“习惯时间法”。例如，苏俄刑事诉讼法第170条规定：“除有紧急必要情形外，提取和搜查不许在夜间进行。”至于何时为夜间，法律未作具体规定，而由侦查人员按习惯确定，美国联邦刑事诉讼法规则第41条也有这种规定。有些刑事诉讼法把某些搜查规定在白天进行，把有的搜查规定在夜间进行，而将日出后至日没前规定为白天，将日没后至日出前规定为夜间。笔者把这种不管春、夏、秋、冬四季白天和黑夜的长短而只以是否在日出期间或日没期间为标准来确定时间的方法，称为“相对时间法”。例如，日本刑事诉讼法第116条规定，白天，是指日出后至日没前这段时间，夜间，是指日没后至日出前这段时间。我国台湾刑事诉讼法第146条第2项的规定，亦是如此。有些国家的刑事诉讼法具体规定一日中的几时至几时为白天，头天的几时至次日的几时为夜间。笔者把这种确定时间的方法称为“绝对时间法”。例如，法国刑事诉讼法第59条规定，每天6时至21时为白天，22时至次日早晨5时为夜间。又如，罗马尼亚刑事诉讼法第103条规定，晚6点至次日早晨6点为夜间，早晨7点至19点为白天。联邦德国刑事诉讼法则规定更具体。该法第104条第3款规定：“夜间。在四月一日至九月三十日期间，是指晚上九时起至早晨四时止的时间；在十月一日至三月三十一日期间，是指晚上九时起至早晨六时止的时间。”由于我国刑事诉讼法未规定搜查的时间，因此，在公安司法实践中各地做法不一。不过，在大部分地方，一般采用在白天进行搜查，只在紧急的情况下，才在夜间搜查。为了使搜查的时间有一个统一的规定供各地遵循，我认为，我国立法机关应当根据本国的具体情况借鉴上述刑事诉讼法的规定，在刑事诉讼法中增补规定搜查的

时间。确定的方法可采用相对时间法。这是因为：1.由于我国地域辽阔，东与西、南与北的边远地区相距数千里，同一天日出的时间相差一至两小时，若以几时日出至几时日没为白天，必然不符合某些地方的实际情况；2.以相对时间方法确定白天和夜间，对于占全国人口绝大多数的农民来说，他们也容易掌握。当然确定了搜查时间，就应当规定对哪些案件可以在夜间搜查，哪些案件不能在夜间搜查。对此，可参考下述国外的立法例。

世界上许多国家和地区的刑事诉讼法规定了对某些案件中的被告人或处所在哪些情形下，能或不能在夜间搜查。对此，从理论上分类，我认为可以分为三种，

第一类：规定除在特殊情况之外，一般不准在夜间搜查。笔者称这种规定时间的方法为“附带条件的允许夜间搜查法”，亦简称“特许夜间搜查法”。苏俄刑事诉讼法的规定就属此类。例如，该法170条规定：“除紧急必要的情况外，提取和搜查不许在夜间进行。”

第二类：先规定对某些场所仅限于对某些人可以在夜间搜查，然后规定在某些场所不受前款的限制。笔者称这种规定时间的方法为“相对肯定与相对否定结合法”。例如，联邦德国刑事诉讼法规定的方法属于此类。该法第104条规定：“夜间搜查。（1）对于住宅、营业所或者其他具有围墙的场所，只限于追捕现行犯或者延缓追捕有危险，或者缉拿逃犯的时候，才可以在夜间搜查。（2）对于在警察局监管下的人的住宅，对于任何人在夜间都进得去房舍，或者为警察局所知悉的先前犯罪人作为隐藏处或集合地的房舍以及作为因犯罪行为而获得的物件的贮藏所的房舍或者作为秘密赌窟或卖淫的房舍，不适用前款限制夜间搜查的规定。”

第三类：是有条件地否定在哪些情况下不许在夜间进行搜查，继而又正面肯定在何种法定情形下对何处可以在夜间进行搜查。笔者称这种规定时间的方法为“相对否定与相对肯定结合法。”法国、日本刑事诉讼法和我国台湾刑事诉讼法的规定就属此类。例如，法国刑法第59条规定：“除房舍主人或看守人提出要求或法律另有规定以外，搜查住宅不得在六时前和二十一时后进行，”“但为了查明触犯刑法典第334条、第334条之一、和第335条规定的罪行，白天或夜间任何时候可以在下列地点进行搜查，旅馆、公寓、寄宿舍、酒馆、俱乐部、协会、舞厅、演出场所以及这些场所的地点的附带部分以及任何向公众开放的或为公众所使用的场所直至人们经常出入的妓院。”

综观上述，各部刑事诉讼法规定可以在夜间搜查的情况是：1.凡有居住的房舍或由有人看守的住宅，需要搜查时，在征得房主或看守人同意的情况下；2.凡是在警察局控制的住宅，对于任何在夜间可以进去或隐藏犯罪人或犯罪证据的房舍；3.被追缉的现行犯可能隐身的处所；4.旅馆、饮食店、酒店或公共娱乐场所，如俱乐部、舞厅、演出场所和附带的场所以及妓院，等；5.经常有犯罪行为发生或有伤风化发生的场所，如赌窟、淫乱点，等；6.假释人居住或使用的房舍。7.除法律规定不能在夜间搜查的各种情况以外的情况均可在夜间搜查。

为何上述各部刑事诉讼法莫不限制在夜间进行搜查？我认为，主要是考虑到房舍或住处的公民夜间均已休息，其近邻也已休息。在夜间搜查必定惊扰被搜查人的全家人和其近邻甚至四周的公民。为了尽量减少此种情况发生，故限制夜间搜查只能在极少情况下才可以进行。然而，法律规定了在某些情况下可以在夜间进行搜查，这完全是出于不得已，非这样就不能查获到犯罪人和收集到犯罪证据。可见，从这个角度而言，夜间搜查不可不要，但也不宜多搞。鉴于我国刑事诉讼法无白天搜查和夜间搜查的规定，我认为，在完善刑事诉讼

法时，应当参考借鉴上述刑事诉讼立法技术方面的有关规定，增补这方面的内容。

关于强制搜查。无论在有证搜查或无证搜查中，执行搜查的人遇到被搜查人抗拒时，有权强制进行搜查。对此，有的国家刑事诉讼法作出了规定。例如，美国纽约州刑事诉讼法第690.50条规定，在搜查住宅和车辆过程中，如果搜查遭到拒绝，可以强制进行搜查。必要时，可以用非致命的武力反击被搜查人。如果警察合理认为采用必要的武力可以反击危及生命危险的阻击时，可以使用致命的武力。日本刑事诉讼法第111条规定：“在执行搜索票时可以开锁、启封或作其他必要的处分。”苏俄刑事诉讼法第170条第4款规定：“在实行搜查……时，如果占有人拒绝自动地启开门户，侦查员有权启开锁闭的房舍和贮藏室，但是应当避免不必要地损坏门闩、门户和其他物品。”我国台湾省刑事诉讼法第132条也规定，对抗拒搜索的，应当用强制力进行搜查，以便达到搜索的目的，但不能超过必要的限度。第132条还规定，因实施搜索可以开启锁扇、拆开封缄或实行其他行为。在采取这种措施时，法国刑事诉讼法第97条第3项规定：“经封闭后的物件，可以开启，但在开启时必须要有被控被告人及其辩护人到场或者及时传唤他们到场。开启第三者家中的扣押物同样应传其屋主到场观看。”由此可见，搜查人员在遇到抗拒搜查时可以使用一定强制力进行搜查是许多刑事诉讼法允许并予以规定的。鉴于我国刑事诉讼法没有这方面的规定，我认为，在修改、完善刑事诉讼法时，可参考上述刑事诉讼法的立法例，增补这方面的规定。

（作者单位：中国政法大学）

责任编辑：王敏远

《比较法研究》征求订户

经国家新闻出版署批准，由司法部主管、中国政法大学主办的《比较法研究》（季刊）将于1993年第1期起改为向国内外公开发行人。

《比较法研究》是国内唯一的比较法学学术刊物。它以发表高品质的学术成果为己任，倡导对各国法律制度与思想进行深入扎实的比较研究，增进中外法律界的相互理解与交流，努力为中国的现代化法制建设作出第一流的学术贡献。

在这改革开放、讲求法治的时代，你需要有一份新意盎然、编辑精雅的《比较法研究》。

《比较法研究》国内刊号为CN11—3171/D，每季第一个月出版，每期定价3元，全年订费12元。由编辑部办理发行，请订户通过邮局汇款。地址：100088北京市学院路41号 中国政法大学比较法研究编辑部。

欢迎订阅，欢迎赐稿！

《比较法研究》编辑部