

刑事程序比例构造方法论探析

秦 策 *

内容提要：刑事程序比例构造的要义是以比例原则为基础，对刑事诉讼中专门机关行使的各种强制性、干预性的程序性权力，进行合乎比例的体系化控制。传统上比例原则主要是一项司法原则，而其立法视角的确立与强化是刑事程序比例构造的逻辑起点。刑事程序比例构造的基本模型包含两重基本的比例关系：一是刑事诉讼措施与案件情形之间的比例关系；二是刑事程序针对不同强度的诉讼措施加以控制的比例关系。案件情形轻重、诉讼措施强弱、程序控制宽严的立法表述是一个方法论瓶颈，但可以通过类型化技术加以解决。静态比例性分析有助于对现有制度的诊断与评价，而动态比例性调节则是在制度改良过程中弥补比例性缺失的有效工具。

关键词：刑事诉讼构造 比例原则 比例构造 动态比例性调节

在现代法治国家，比例原则是公法上的“帝王条款”。〔1〕基于诸公法部门的“家族相似性”，将其适用于刑事诉讼领域并无疑义。曾有观点认为，为维护比例原则的纯粹性，在刑事法中不宜引入比例原则，〔2〕但这种观点已为主流理论所不取。在主张引入的学者中，又有特殊原则说与基本原则说之分，前者主张比例原则只能成为刑事诉讼的特殊原则或阶段性原则，主要的规范对象限于强制措施〔3〕和侦查行为〔4〕的相关制度及其实施；后者则

* 南京师范大学法学院教授。

本文为江苏高校优势学科建设工程资助项目（PAPD）、江苏高校区域法治发展协同创新中心研究成果，并受南京师范大学中国法治现代化研究院资助。

〔1〕 参见陈新民：《德国公法学基础理论》下，山东人民出版社2001年版，第389页。

〔2〕 参见许玉镇：《试论比例原则在我国法律体系中的定位》，《法制与社会发展》2003年第1期，第129页。

〔3〕 例如肖建波：《我国侦查羁押制度与比例原则的差距之实证考察》，《河南警察学院学报》2012年第1期；樊奕君：《比例原则视角下刑事强制措施价值平衡研究》，《中国刑事法杂志》2011年第12期；梁静：《宽严相济的刑事政策与强制措施的比例原则》，《河南社会科学》2008年第3期；金石：《刑事诉讼强制措施的适用应遵守比例原则——兼论相关检察监督》，《西南政法大学学报》2006年第4期。

〔4〕 例如樊传明、郑飞：《论比例原则在警察侦查取证程序中的适用》，《西部法学评论》2013年第1期；江智明：《比例原则视野下的侦查程序分析》，《贵州警官职业学院学报》2009年第5期；姚莉、陈虎：《论侦查监督中的合比例审查》，《人民检察》2006年第11期；韩德明：《侦查比例原则论》，《山东警察学院学报》2007年第2期；赵杨：《论侦查比例原则的构建》，《福建公安高等专科学校学报》2004年第3期。

主张将比例原则提升为刑事诉讼的基本原则或全局性原则。基本原则说本不占主流,但随着一些知名学者的倡导,逐渐成为优势观点。^{〔5〕}这些学者认为,在刑事诉讼中,国家权力与公民个人权利面临着尖锐的冲突,比例原则的确立对于合理划分二者的界限,防范国家权力滥用,保护公民个人权利具有非常重要的意义。^{〔6〕}

基本原则说似乎已成理论通说,但观诸刑事诉讼实践,比例原则的实际指导作用却仍然薄弱,司法实践中很少直接运用比例原则来审查与处置刑事诉讼措施的适用。^{〔7〕}这固然与我国刑事诉讼法中尚缺乏完善的司法审查制度有关,但也与比例原则未能在刑事诉讼立法中被有效贯彻有着莫大的关联。目前,立法者很少有意识地运用比例原则所内含的分析工具,来考量刑事诉讼措施的合比例设置。因此,就其实际作用而言,比例原则在刑事诉讼领域还只是单纯的理论论证工具,其对立法与司法的指导意义未得到充分揭示。

导致如此局面的原因之一是,学界对比例原则所内含的方法论缺乏足够关注,更遑论结合刑事诉讼制度语境进行因地制宜的提升与改造。依通说,比例原则包含着一套基础的三阶方法,即适合性分析、必要性分析与相称性分析。^{〔8〕}这些方法置于刑事诉讼的语境下,仍具有很强的解释与分析功能。但目前的运用仅限于对强制措施与侦查行为的评价,而未能扩展至起诉与审判行为;而运用方式上基本属于拿来即用,结合刑事诉讼制度语境的深入分析尚不多见。大致而言,存在的问题有:一是不区分比例原则的司法视角与立法视角,忽略了立法思维相对于司法思维的特殊性,用比例原则的司法适用方法来讨论刑事程序的立法构建,使比例原则的立法指导意义大打折扣。二是以偏狭的视角来理解刑事诉讼活动中的比例关系,将其局限在刑事诉讼措施与所追究的行为之间,如此只能形成案件情形与诉讼措施之间的“两层次构造”。^{〔9〕}这样的分析实质上是将针对具体案件的刑事诉讼措施与针对刑事诉讼措施的程序控制混为一谈,导致分析目标在究系惩罚犯罪还是保障人权上纠缠不清。三是缺乏对合比例量度的系统讨论。是否合乎比例需要得到客观的度量,如何以符合刑事诉讼特点且相对稳定的方法对案件情形轻重、诉讼措施强弱、程序控制宽严进行表征是一个重要的理论问题。这一问题如不能很好地解决,所谓合乎比例的判断只能沦为一种主观的估计、推测。可见,由于诸多理论缺憾的存在,比例原则实质上并未成为刑事诉讼领域具有贯通性与普适性的方法论原理。

事实上,比例原则蕴含着有一套自成体系的方法,不仅有助于对具体刑事诉讼行为的审查分析,而且能够为刑事诉讼立法提供整体而系统的整合与构造。本文的主旨在于揭示比

〔5〕 例如陈光中主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉再修改专家建议稿与论证》,中国法制出版社2006年版,第258页;陈卫东主编:《模范刑事诉讼法典》,中国人民大学出版社2005年版,第133页。

〔6〕 关于比例原则在刑事诉讼法中功能定位的讨论及相关学术史,参见秦策:《比例原则在刑事诉讼法中的功能定位——兼评2012〈刑事诉讼法〉的比例性特色》,《金陵法律评论》2015年秋季卷,第226页以下。

〔7〕 私法领域有先行的趋势,一些法官在民事司法实践中甚至开始自觉运用比例原则的基本原理审理案件。参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期,第143页。

〔8〕 德国学说中另有“二阶理论”,认为比例原则只有必要性和相称性两个子原则。“三阶理论”经由1958年德国联邦宪法法院“药房判决”的确认,成为法院适用比例原则的基准,同时也为学界通说所支持。关于两种理论的争议与讨论,参见胡建森主编:《论公法原则》,浙江大学出版社2005年版,第536页;蒋红珍:《论比例原则——政府规制工具选择的司法评价》,法律出版社2010年版,第42页以下。

〔9〕 典型的分析可参见杨明、张云鹏:《论预期刑事责任对诉讼负担的影响——兼论刑事诉讼中比例原则的适用》,《中国刑事法杂志》2008年第6期,第69页以下。

例原则的方法论内涵,将其与刑事程序法思维相结合,提出一种新型的刑事诉讼构造类型——比例构造。其理论功能在于依托比例原则的基本原理,结合刑事诉讼活动的特点,提炼一套行之有效、相对稳定的方法论,并且突破传统刑事诉讼构造理论的限度,探索刑事程序结构的新视域。上世纪90年代以后,中国刑事诉讼法学界关于刑事诉讼构造理论的研究曾达到一定高度,其核心是将控辩审三方关系作为构建刑事程序的基点,其提出的分析框架影响深远。^[10]但是,刑事诉讼是复杂、多面的活动,单一化的刑事诉讼构造理论显然不能充分体现刑事诉讼活动的丰富性以及刑事程序的多层次性。控辩审关系固然是构筑刑事程序最重要的一种关系,但它不应成为剖析刑事程序的唯一视角,也不妨碍我们循其他思路来探索新的刑事诉讼构造理论,进一步深化我们对于刑事程序的认识。在此,比例构造或许能够为刑事程序的理性构建提供独特的视角。

一、逻辑起点:比例原则的立法视角

刑事诉讼比例构造理论的目标,是要在刑事诉讼措施所负载的国家权力与其所针对的公民权利之间形成必要的比例关系,使权力的行使恰到好处、权利的受损恰如其分、程序的规制恰当均衡。要达致这一目标,有必要确立关于比例原则的立法视角作为逻辑起点。

作为一项公法原则,比例原则的规范功能在于对公权力行使提供了一种评价标准。评价对象的不同带来评价视角上的差异:司法视角重在从法律实施的角度,对具体执法行为的合比例性进行评价;而立法视角着力从立法结构的角度,对授权具体执法行为的法律规定或制度的合比例性进行评价。比例原则最初形成于18世纪晚期德国的警察法领域,因此,从发生学的角度看,具体执法行为是比例原则的主要规范对象。其后虽经历由警察法至一般行政法的发展,但比例原则的基本要旨在于约束执法活动中的自由裁量权。20世纪50年代以后,德国联邦宪法法院通过大量援用比例原则进行违宪审查,开启了比例原则宪法化的时代,比例原则成为宪法位阶的法律原则。其在功能上可以同时约束行政、立法、司法机关,其规范领域遂由执法行为扩展至立法行为。^[11]

在讨论比例原则对刑事诉讼的规范意义时,多数学者秉持的是司法视角的贯彻,即通过引入司法审查机制,由司法机关综合案件情形对侦查行为或强制措施进行比例性审查。而立法上只需对司法审查权与程序性制裁作出规定即已足,具体的审查过程由司法人员裁量决定,与立法无涉。一些学者甚至认为,正是立法的局限性构成了比例原则的功能依据。立法者不可能通过法律事无巨细地控制每一项侦查行为,因此,侦查机关的自由裁量权客观上必然存在。这时司法机关需要一个相应的审查标准,来审查侦查机关是否实质性地遵守法律所容忍的对公民自由予以限制的范围。于是,比例原则成为司法审查的标准,这是权力分立体制下理所当然的结果。^[12]这样,比例原则被看成了纯粹的司法原则,从而遮蔽了其在立法上应有的功能。

[10] 参见李心鉴:《刑事诉讼构造论》,中国政法大学出版社1997年版;宋英辉:《建构我国刑事诉讼合理构造的理念与原则》,《政法论坛》2005年第3期;龙宗智:《刑事诉讼的两重结构辨析》,《现代法学》1991年第3期。

[11] 参见前引[1],陈新民书,第376页以下。

[12] 参见前引[4],姚莉等文,第13页。

应该说,比例原则的司法视角是相当有价值的。刑事强制处分(强制措施、侦查行为等)与行政行为具有高度的同质性,所侵犯的法益实质上也更为重大,故理当接受类似的司法审查及相应制裁。只是在笔者看来,如果仅仅讨论比例原则对于刑事诉讼法实施的规范作用,未免大大压缩了它应有的功能。因此,应当将其规范领域扩展至立法,使得合乎比例的判断不仅是法律实施行为的标准,也可以成为刑事诉讼制度与程序的评价标准。在德国,比例原则是通过成为违宪审查标准而跃升为立法原则的。透过违宪审查制度,司法机关对立法是否合乎比例进行判断,以制止立法对公民权利的过度侵犯。但从方法论的角度看,比例原则对立法活动的规范功能并不一定要通过违宪审查机制才能发挥。无论有没有违宪审查机制,立法者在制定法律时都应考虑对公权力应作何种配置和授予,并与公民基本权利的保障进行权衡。在此,比例原则显然是可以发挥独特作用的。

在刑事诉讼领域,比例原则的功能如何覆盖法律实施与法律制定这两个层次?对此,以强制搜查为例略作说明。现代法治国家对于强制搜查往往要求以必要者为限。司法机关在审查和决定特定强制搜查行为时适用比例原则,这就意味着比例原则是一项司法原则;执法人员在执行强制搜查时遵循比例原则的要求,则表明比例原则是一项执法原则。这是法律实施的层面。立法者在制定法律的过程中也会以特定方式适用比例原则,如考虑搜查措施的设置是否有助于侦查目的的实现(适合性分析),是否设置了对公民权益损害最小的搜查方式(必要性分析),以及搜查措施对公民权益的损害是否超过了侦查目的所追求的公共利益(相称性分析)等。并且,在赋予办案机关强制搜查权限,以及设定实体上的搜查事由时,往往要经过比例原则的考量才能获得妥当的结论。关于比例原则如何立法化,尽管立法者享有一定的判断余地,但上述规范作用是始终存在的,其方法论意义也是不容忽视的。即“从立法者制定法律授权基础的立法层次开始,就应该遵守比例原则的诫命,禁止手段与目的不相当的过度侵害。”^[13]由此,就确定了比例原则作为立法原则的地位。

作为立法原则,比例原则着眼于刑事诉讼程序的合理构建,为其司法运用创设前提条件。比例原则的立法视角包含两方面的功能:其一,评价功能,即在立法意旨与立法效果方面对某项刑事诉讼制度、程序是否造成了对公民权利的过度侵害进行评估。其二,构造功能,即借助比例原则所蕴含的概念工具和分析技术对刑事诉讼制度、程序进行构建。这两种功能使比例原则对立法活动产生实质性影响。事实上,由于现代刑事诉讼受到程序法定原则的制约,执法与司法的合乎比例判断是以立法的比例性为前提的。如果刑事诉讼立法没有规定多元化、层次性的诉讼措施,执法机关、司法机关又如何选择对公民权利侵害最小的措施?由此可见比例原则对于立法构造的意义。比例原则的立法视角与司法视角当然是法理相通的,但在方法论上又各有侧重。如何将司法视角所蕴含的个别性裁量机理转化为立法视角所必需的、相对固化的立法分析技术,尚需作进一步探讨。

二、基本模型与方法论瓶颈

(一) 基本模型

刑事程序比例构造的要义是在刑事诉讼活动中对国家专门机关行使的各种强制性、干

[13] 林钰雄:《从基本权体系论身体检查处分》,《台大法学论丛》第33卷第3期(2004),第178页。

预性的程序性权力，进行合乎比例的体系化控制。一方面，要增强各项刑事诉讼措施的效能，使其能够圆满完成追诉犯罪的基本任务；另一方面，要承认这些措施对公民权益会造成损害，力图将损害控制在最小范围，防止诉讼权力的滥用。具体而言，在刑事程序比例构造内包含着两重基本的比例关系：

1. 刑事诉讼措施与其所应对的案件情形之间的比例关系

这一重比例关系符合学界通说对于比例原则的基本认识，即“在刑事诉讼中采取诉讼手段，特别是限制或剥夺公民基本权利的强制性措施，在种类、轻重、力度上，必须与所追究的行为相适应，不能过度。”^{〔14〕} 这里包含着两个层次的区别对待：一是对于刑事案件，应根据具体情形区分轻微情形与严重情形；二是对于刑事诉讼措施，应当在强度上进行区分，以明确何为严厉措施、何为轻缓措施。在此基础上，再建立两者之间的比例或适度关系，以轻缓措施应对轻微情形，以严厉措施处理严重情形，既保证诉讼措施的目的能够有效达成，又可将损害控制在最小范围。

2. 刑事程序针对不同强度诉讼措施加以控制的比例关系

就司法视角而言，构造诉讼措施与案件情形之间的比例关系即已足，因为司法审查本身便是法官置身具体的案件情境，结合社会常理与生活经验，运用比例原则的各种分析方法（适合性、必要性与相称性）来作出恰如其分的判断。但是，在刑事诉讼中，更应强调程序法定原则的规范性作用。凡是涉及专门机关职权配置和犯罪嫌疑人、被告人重大权益保障的事项，都应当由立法机关通过法律加以明确规定；办案机关进行刑事诉讼应当严格遵守法定程序。因此，在刑事诉讼中，立法层面的比例控制应占据基础性地位。这就要求，立法应将刑事程序针对不同强度诉讼措施加以控制的比例关系，明确地表达出来。

第二重比例关系要求通过程序控制的调节来形成与性质、强度不同的刑事诉讼措施的适应关系。比如，对轻缓措施采用较宽松的控制程序，以求适用上的便利、及时和效率；对严厉措施采用较严格的控制程序，以避免不当与过度使用，控制损害范围。经验表明，侵害性较小的诉讼措施的实效性会偏弱，而实效性强的诉讼措施的侵害性也较大。有时，为了有效实现追诉目的，不得不选择侵害性更大的诉讼措施，但是，并不能因为目的的正当性而否认程序控制的必要性。相反，由于该措施会给公民权益造成较大的损害，更为严格的程序控制自是应有之义。当然，具体的控制方式可以因事而异。

基于这两重比例关系，刑事程序比例构造实际包含着三个层次。案件情形、诉讼措施和程序控制各自都有程度或强度上的差别：案件情形的轻微与严重，诉讼措施的轻缓与严厉以及程序控制的宽松与严格。刑事程序比例构造就是要在刑事诉讼程序与制度中建立这三个层次之间的内在关联，即以轻缓措施应对轻微情形，以严厉措施处理严重情形；对轻缓措施采用较宽松的控制程序，对严厉措施采用较严格的控制程序。如此便形成了能够体现刑事程序特点的三层次结构，而这就是刑事程序比例构造的基本分析模型。

（二）方法论瓶颈

要建立前述两重比例关系，在方法论上有其前提性条件，即案件情形的轻重、诉讼措施的强弱、程序控制的宽严能够在立法上得到相对明确的表达，从而使“合乎比例”得到

〔14〕 王敏远主编：《刑事诉讼法》，社会科学文献出版社2005年版，第64页。

相对确定的衡量。比例原则尽管已内含较为严谨的方法论规程,但如何对合乎比例进行客观度量仍然存在问题。这就成为了三层次结构的方法论瓶颈。

笔者认为,为了突破这一瓶颈,可以借助结合诉讼情境和生活事实的类型化分析方法。类型化是一种依据事物特征建构类型的方法,它对具有大致相同外部特征的经验事实进行提炼和分类,并在法律意义上加以细化与定型,直至形成内在要素强弱不同的类型体系。类型化能够弥补法律概念过于抽象之不足。拉伦茨说:当抽象的一般概念及其逻辑体系不足以掌握某种生活现象或意义脉络的多样表现形态时,首要的辅助思考形式就是“类型”。^{〔15〕}之所以如此,是因为类型化具有联结抽象与具体的功能,它使抽象的接近于具体,具体的接近于抽象:“一方面,当处理或思考的对象接近于价值,利用类型体认其具体内涵,使之接近于实际生活;另一方面,当处理或观察的对象接近于具体生活,利用归纳认识其共同特征将之类型化,以进一步认识其间更根本的道理。”^{〔16〕}联结抽象与具体的功能使类型具有了比概念更大的包容性,规范因为吸纳了生活事实而变得丰富。类型要素的多少、强弱并不是固定的,而是可以根据具体情况进行调整,从而赋予合乎比例的法律效果。拉伦茨颇为典型地描述了这种分层处理技术:“因其要素的可变性,借着若干要素的全然消退、新的要素的加入或居于重要地位,一类型可以交错地过渡到另一种类型,而类型间的过渡又是‘流动的’。在类型系列中,几乎并连但仍应予以区分的类型,其顺序之安排应足以彰显其共同、异及其过渡现象。”^{〔17〕}通过对类型的某些要素的接纳或排斥,不同类型之间可以发生强弱对比的变化。这种分层描述技术,足以为描述案件情形的轻重、诉讼措施的强弱、程序控制的宽严,提供一种行之有效的方法。

三、案件情形的类型化与轻重区分

(一) 诉讼法视野下的刑事案件类型

就刑事诉讼法而论,区分案件类型的目的在于确定具体诉讼措施的适用。德国学者赫尔曼指出:“刑事追究措施,特别是侵犯基本权利的措施在其种类、轻重上,必须要与所追究的行为大小相适应。”^{〔18〕}其实质是要使具体的刑事诉讼措施与特定的案件类型相适应,使刑事程序成为合乎比例的设置。刑事程序是由具体的诉讼措施组合而成,具体的诉讼措施是对特定案件事实的反应。对于不同的案件情形,我们可能会采取不同的侦查措施、起诉措施或审判措施,以有利于对犯罪嫌疑人、被告人进行更为恰当的程序处置。应该说,刑事案件的类型划分对于刑事诉讼法而言意义重大,在立法上它有助于形成刑事程序的比例构造,在司法上则有助于宽严相济刑事政策的具体落实。

刑事诉讼法对案件类型的划分有其独特的着眼点。首先,刑事诉讼法上的案件类型划分着眼于过程性控制,要在流动与变化的语境中作出判断。其次,在刑事诉讼过程中,案

〔15〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第337页。

〔16〕 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第251页。

〔17〕 前引〔15〕,拉伦茨书,第345页。

〔18〕 〔德〕约阿希姆·赫尔曼:《德国刑事诉讼法典》中译本引言,载《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第13页。

件信息仍然处在不周全或者有所欠缺的状态中，关于案件情形的判断往往掺杂很多预期的成分，故案件类型的划分达不到也不需要达到非常细致与精确的程度。再次，在刑事诉讼过程中，罪与刑存在着不确定性，但被追诉人的状况是可以先行确定的，因此，刑事诉讼法会对被追诉人的情况有更多的考虑。最后，在刑事诉讼法上，除“罪”与“人”这两者外，尚有必要关注诉讼过程中的某些事实状态，如侦查活动中的紧急或者非紧急状况可能会导致不同类型诉讼措施的运用。

可见，从刑事诉讼的角度，我们关注的是对于刑事程序的启动、推进以及终结产生重大影响的案件类型划分。笔者认为，基于刑事诉讼的特点，最主要的案件类型划分可从“罪”、“人”和“事”三个角度展开，即涉嫌罪刑类型、被追诉人类型和诉讼情势类型。具体案件所呈现出来的不同状态——罪有轻重、人有差别、事有缓急——为刑事诉讼措施的适用提供了基本场景。

（二）案件情形类型的区别基准

1. 罪有轻重：基于所涉罪刑的类型划分

轻罪与重罪依何标准划分？刑法学界大致存在着三种学说：（1）实质标准说，主张根据犯罪性质、危害程度等犯罪的内在特质确定轻重等级。（2）形式标准说，主张以刑罚的轻重为标准划定轻重等级。（3）实质与形式标准综合说。依刑法学者的观点，实质标准说不具有合理性和可操作性：犯罪性质往往通过罪名表现出来，但罪名之间孰轻孰重很难进行比较，犯罪性质的轻重因而不具有可比性；社会危害性虽然是犯罪的本质，却难以为轻罪、重罪的划分提供一个清晰可行的标准。而综合说最终实际上也归于形式标准。因此，唯有形式标准说具有较大的合理性和可操作性。^{〔19〕}

上述是基于刑法立场所作出的分析结论，在刑事诉讼领域，情况却有不同。2012年刑事诉讼法中存在大量以类罪名为基础的案件类型划分。例如，危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、贪污贿赂犯罪、黑社会性质的组织犯罪与毒品犯罪等往往被视为重罪，在程序上以干预性、限制性更强的诉讼措施来匹配。当然，形式标准也是刑事诉讼法区分案件类型的依据。但在2012年刑事诉讼法的条文中，刑罚轻重的界限显得很多元，以有期徒刑为界限（第65条），以3年有期徒刑为界限（第210条），以5年有期徒刑为界限（第275条），以10年有期徒刑为界限（第79条），以无期徒刑、死刑为界限（第20条）均有其例。此外，综合标准也是2012年刑事诉讼法区分案件类型的依据，如第271条关于附条件不起诉的规定，以及第277条关于刑事和解程序的规定。

在这个问题上，实体法与程序法在关注点上存在差异。刑法之所以偏爱形式标准，是因为对刑罚轻重可以进行相对清晰的评估，以此划分较为客观统一。而刑事诉讼是一个动态和逐渐发展的过程，对刑罚轻重的预估不可能在每个阶段都能达到足够的清晰度，但在每个阶段却需要分别情形采取相应的诉讼措施。例如，侦查机关发现犯罪嫌疑人有实施恐怖活动犯罪的重大嫌疑，决定采用技术侦查措施收集进一步的证据。此时案情尚未明了，却需要考虑是否采取技术侦查措施；鉴于恐怖活动犯罪在犯罪性质上的严重性，立法授予侦查机关采取技术侦查措施的权力，而不必考虑将来可能判处的刑罚。因此，从诉讼法的

〔19〕 参见郑丽萍：《轻罪重罪之法定界分》，《中国法学》2013年第2期，第134页。

角度看,轻罪与重罪的划分应当采取形式与实质标准综合说。换言之,既要考虑刑罚的轻重,也要考虑犯罪的性质,如此作出的案件类型划分方能适应刑事诉讼的需要。

笔者虽然主张刑事诉讼上的轻罪重罪划分可以采用较为灵活多元的标准,但不意味着这是一个随意而为的过程。相反,统一的分析框架仍然是必要的。2012年刑事诉讼法在这一问题上显然存在缺失。首先,缺乏轻罪与重罪的统一区分,所有的刑罚划分界限都是因事而立,过于多样化,其设定缺乏有说服力的理论或实证基础,基本上属于经验估推的结果。其次,经常使用似是而非的弹性表述,致使实际界限模糊不清。例如,除了“重大案件”的表述之外,还有“重大的犯罪案件”、“重大刑事案件”、“重大复杂案件”、“特别重大复杂的案件”等称谓,有时还与“复杂”或“疑难”并称,有时还用“有重大影响”来修饰。又如,“轻微”刑事案件既可以是指自诉案件,也可以适用酌定不起诉,在司法实践中还扩展至可以“依法快速办理”的案件。^[20]再如,对于贪污贿赂案件,分别有“重大的贪污、贿赂犯罪案件”、“贪污贿赂犯罪”等重大犯罪案件、“特别重大贿赂犯罪案件”的区分。上述表述的分类意旨不明,其中的界限在司法实务中往往被有意无意地忽略,造成一些强制性权力被扩张行使。

笔者认为,基于刑事诉讼的性质与运作机理,应综合形式与实质标准来划分轻罪与重罪,在具体设置时应体现出整体性与统一性的设计思路。首先,把握形式标准应考虑两个要点:一是从刑事一体化的角度应保持诉讼法与实体法的一致性;二是刑罚界限的确立应当以一定的统计数据作为实证基础。从刑事法律的规定来看,3年有期徒刑是量刑或者进行程序处置的重要分界线,立法者似乎也倾向于以此来区分罪行轻重。但是,学界的主张并不统一,有主张以5年有期徒刑为界的,^[21]也有主张以7年有期徒刑为界的,^[22]但多属经验估推的结果。笔者认为,基于近年的法律年鉴数据分析,以3年有期徒刑作为轻罪与重罪的分界还是合理的,不会导致轻罪的范围过于狭窄。^[23]当然,根据案件情形或诉讼措施的特点,可以对刑罚界限进行微调,但应进行充分论证,避免立法上的随意性。其次,以实质标准为据考虑普通程序与特别程序的层次性设置。对特定类型的严重犯罪设置强度大、严厉化的诉讼措施,如针对恐怖活动犯罪、腐败犯罪可以设置体系化的、专门的反恐或反腐刑事特别程序。对于尚不能形成体系化的特别措施,可以在一般程序中作出有针对性的特别规定,以体现一般与特别的比例关系。同时,在性质相同的案件中,仍然可以进行不同轻重程度的界定,尽可能建立层次分明的比例序列。

2. 人有差别:基于被追诉人的类型划分

相对于刑法,在刑事诉讼中关注被追诉人有着更为迫切的意义。这是因为被追诉人完

[20] 参见2006年《最高人民法院关于依法快速办理轻微刑事案件的意见》。

[21] 参见卢建平、叶良芳:《重罪轻罪的划分及其意义》,《法学杂志》2005年第5期,第24页。

[22] 参见前引[19],郑丽萍文,第137页。

[23] 2012年全国法院判决罪犯总人数为1174133人,其中被判处3年以上不满5年有期徒刑的为96039人,被判处5年以上有期徒刑至死刑的为158296人。被判处3年有期徒刑以上的占总人数的21.66%,被判处5年有期徒刑以上的占总人数的13.48%。2013年全国法院判决罪犯总人数为1158609人,其中被判处3年以上不满5年有期徒刑的为79479人,被判处5年以上有期徒刑至死刑的为125015人。被判处3年有期徒刑以上的占总人数的17.65%,被判处5年有期徒刑以上的占总人数的10.79%。若以3年有期徒刑为界限,重罪与轻罪之比约为2:8,在比例上还是适当的。

全有可能并非事实上的犯罪人，却受到了刑事追诉，各种诉讼措施加诸其身。即便被追诉人就是事实上的犯罪人，也只能在定罪量刑环节体现罚当其罪的意旨，而不能适用过度的诉讼措施来加重其负担，否则就违背了刑事诉讼的基本精神和无罪推定原则。

刑事案件所涉及的犯罪嫌疑人、被告人形形色色，各具特点。年龄、性别、身份、精神状况、教育背景、职业、家庭状况、居住状况、社交、经济状况、经历境遇、性格品质、犯罪地位、认罪态度、与被害人的关系等方面都可能存在差异，其特征难以尽数，理论界一直在探索相对统一的类型化标准。目前较为成熟的主要有以下三种：

其一，人身危险性或社会危险性。虽然在刑事诉讼过程中，被追诉人的刑事责任尚在未定状态，但其人身危险性的有无或大小都可能成为程序性决策（是否羁押、取保候审、不起诉、强制医疗等）应当考虑的重要因素。2012年刑事诉讼法已有条款直接使用了“人身危险性”的用语（第288条），但更多的情况是使用“社会危险性”一词。两个术语虽然存在一些区别，但所指都是行为人可能发生的某种未然状况。在侦查、审查起诉、审判等诉讼阶段中，都有可能对犯罪嫌疑人、被告人的人身危险性或社会危险性进行预估，从而作出关乎其刑事处遇以及诉讼程序进程的决策。

其二，责任能力。责任能力是指行为人辨认其行为性质并据此控制行为的能力，即自由意志决定能力。在刑事诉讼法上，责任能力的有无、大小也是是否采取以及采取何种诉讼措施的影响因素。无刑事责任能力人虽然依刑法不负刑事责任，但仍然可能进入刑事诉讼，并被采取一定的诉讼措施。如依2012年刑事诉讼法，对依法不负刑事责任的精神病人可采取临时的保护性约束措施和予以强制医疗。同样，限制刑事责任能力人在刑事诉讼中往往会得到特别保护，法律会要求公安司法机关采取针对性的或相对轻缓的诉讼措施。

其三，特殊的身心状态或社会地位。以此为标准可以从被追诉人中划分出特殊群体或弱势群体类型，即由于生理或体能原因，其权益受到特殊保护与特殊对待的一部分人，包括妇女、未成年人、老年人、残疾人等。^{〔24〕}由于生理和体能上的不足，或社会地位低下，这类主体在实现权利方面存在这样或那样的障碍，与控方在诉讼能力上的不对等会进一步加剧。而且，这种弱势地位很难或几乎不能人为地加以改变，如果不给予特殊保护，其合法权益将处于危险状态。所以，在刑事诉讼中，弱势群体会被赋予普通被追诉者不能享有的额外权利，或被采取特别保护措施。

上述三种因素存在诸多交叉重叠，统一的类型化标准尚不可得。但无论如何，被追诉人是刑事诉讼措施的对象，其类型化对于诉讼措施的设置与适用会产生重要影响。

3. 事有缓急：基于诉讼情势的类型划分

诉讼情势是指国家专门机关在诉讼过程中所面对的、导致某种强制性措施被适用的具体情境、状态或形势，其大致可以分为紧急与非紧急两种情况。世界各国一般都认可，对于刑事诉讼中的紧急情况，应当准予办案机关采取比普通或非紧急情况下强度更大的诉讼措施，尽管这可能会对被追诉人或者利害关系人造成较大的损害。同时，相应的授权机制也较为宽松，以利于紧急情况下诉讼措施得到便利实施。比如，涉及侦查行为或强制措施，往往会有关于“紧急情况例外”的规定，如紧急搜查、紧急逮捕等，侦查机关可以获得较

〔24〕 参见余少祥：《法律语境中弱势群体概念构建分析》，《中国法学》2009年第3期，第67页。

为迅捷的紧急情况处置权。这些紧急情况大致包括：对警察的身体伤害、对证据的破坏、紧急追捕、对第三人的危险以及醉酒驾驶等。^[25]

紧急情况之中隐含着实现追诉利益的迫切性，一旦时机消失，损失恐难弥补。于是，刑事程序比例构造要求在真实发现与人权保障之间进行微调，在诉讼措施上作出与普通情况不同的规定，以便更有针对性地回应诉讼情势的发展与变化。在美国，一般的搜查需要获得法官的令状授权，但如果某种紧急情况的存在使得获取搜查证的要求变得不现实、无效用、过于危险或者没有必要，那么法律许可无证搜查。^[26]例如，美国联邦最高法院曾指出，如果证据在获得搜查证之前即将消失，那么，未经司法授权提取手指甲中碎屑的做法并不违反联邦宪法第四修正案。^[27]另外，在人身安全和重大财产利益遭受迫切危险的情形下，无证搜查也是法律许可的例外情况。^[28]

需要指出的是，紧急情形的特别处置原则上只能适用于侦查阶段，而不宜适用于审查起诉、审判阶段。其原因在于，在侦查阶段具有紧急处置的必要性，如紧急搜查可以避免证据的灭失，紧急逮捕可以避免犯罪嫌疑人的逃匿等。而到了审查起诉、审判阶段，主要证据往往都已收集完毕，犯罪嫌疑人也已经归案，需要的更多是理性而冷静的程序运作；如果授权司法机关采取强度更高的诉讼措施，会对犯罪嫌疑人、被告人造成不相称的损害。

显然，在紧急情形下，侦查机关的权力得到了强化，所采取的诉讼措施较常规状态更加严厉，也更有可能侵犯公民权利，其中隐含着滥用权力的风险。基于比例分析的思路，应当对其采取更加严格的控制。虽然在授权程序上显得较为宽松，以利于诉讼措施的便利实施，但同时也应当加强事中以及事后的控制与救济，以求得比例性的平衡。

四、诉讼措施的类型化与强弱区分

（一）诉讼措施强度的两面性

刑事诉讼措施的类型化，旨在从类的角度评估诉讼措施的强度。诉讼措施的强度，是指特定诉讼措施作用于一定的人或事所产生的效果与力度。刑事程序比例构造要求，对于不同的案件情形，应采取不同强度的诉讼措施。当然，其前提在于诉讼措施的强度能够得到恰如其分的评估。

以往分析刑事诉讼措施往往局限于其实现某种诉讼价值的功效，但经验表明，强度较大的诉讼措施虽有助于实现追诉目的，却也造成了较大的侵害；反之亦然。因此，诉讼措施的强度具有两面性：一是有效性，即诉讼措施对追诉目的的实现程度；二是侵害性，即诉讼措施对公民权益的损害程度。由此带来了两种性质迥异的分析视角，有效性分析与侵害性分析，而它们与比例原则的适合性分析、必要性分析紧密关联。这两重分析不仅有助于全面认识刑事诉讼措施的功能与实效，而且能够帮助我们对诉讼措施的设置与适用进行

[25] 参见[美] 罗纳德·V. 戴尔卡门：《美国刑事诉讼——法律和实践》，张鸿巍等译，武汉大学出版社2006年版，第243页以下。

[26] 参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》，北京大学出版社2005年版，第195页。

[27] Cupp v. Murphy, 412 U. S. 291 (1973).

[28] See Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, Matthew Bender & Co. Inc., 1997, pp. 180 - 181.

调整。例如，如果某项诉讼措施虽然侵害性较小，但面对特定案件情形却难以实现追诉目的，则其在强度上不足。因此，为了实现追诉目的，可以增加强度，即可以采用更加有效（也可能侵害性更大）的诉讼措施。如果两种措施能够同等实现追诉目的，但其中一种可能造成的侵害更大，则该措施强度过大，不应采用。

如果说有效性与侵害性构成了诉讼措施强度的评估内容，那么，类型化分析就成为了不可缺失的评估方法。这是因为，无论是有效性分析还是侵害性分析，都不能仅从对诉讼措施的抽象概念分析而得到精确阐明。刑事诉讼措施发生于特定时空，围绕特定的事件或人展开，它所呈现出来的有效性与侵害性往往是具体的，甚至可能是因人而异、因事而异的，乃至同样的措施适用于不同的情境、事件、人会体现出不同的强度。于是，诉讼情境以及相关生活事实，对于评估特定诉讼措施的有效性与侵害性至关重要。当然，过度个别化是无法满足立法层面的构造要求的，还需要从类的角度对诉讼措施强度进行判断。对此，可以依据诉讼措施的性质以及情境事实来进行归类。

（二）诉讼措施强度分析的考量因素

1. 时间

时间要素包括特定诉讼措施的发生时间、持续期间或顺序逆序等。这些时间要素会对犯罪嫌疑人、被告人的生活、权利产生实质影响，从而影响诉讼措施的强弱。（1）发生时间。同样的搜查方式，白天进行还是夜间进行，强度是不一样的。因此，法治国家和地区的刑事诉讼立法对日间搜查和夜间搜查，均作了区分性的规定。（2）持续时间。相比于较短时间的羁押，较长时间的羁押的强度更大。（3）时间推移。如果对犯罪嫌疑人、被告人采取了一定的诉讼措施，但随着时间的推移，情况发生了变化，条件不再具备，则应当变更或者撤销该措施，否则即属强度过当。我国台湾学者李震山曾提出“时间比例性”的概念，指“目的达成后，或发现目的无法达成时，处分应即停止”。^{〔29〕}（4）顺序逆序。正常情形下，刑事诉讼顺序向前发展，但有时为了查明真相，也会存在回流性程序机制（如补充侦查、发回重审等）。程序回流会导致时间延长，会对犯罪嫌疑人、被告人造成较大的侵害。这也可以归属于诉讼措施强度过大的情形，需要加以制约。

2. 空间

空间要素包括诉讼措施发生的范围、地点或场合。这些空间要素会对犯罪嫌疑人、被告人的权益产生实质影响，从而使诉讼措施产生强弱之分。（1）空间范围。例如，强制措施强弱层次的区分依据之一正是犯罪嫌疑人、被告人可以自由活动的空间范围，由此形成了取保候审（适用对象可以自由活动的范围为所居住的市、县）、监视居住（固定住处或指定居所）、羁押（看守所）的层级体系。（2）发生地点。例如，在不同的地点搜查，对公民权益的侵害程度会有所不同。现代社会的法律对住宅给予了较多保护，以致形成了一项特别的权利——公民的住宅不受侵犯，以此来对抗非法的或者不合理的搜查。于是，同样的搜查措施应用于住宅或其他场所，在强度上是不同的。（3）空间布局。法庭的空间布局与不同的审理方式相关，也可以视为特定的诉讼措施，从而也可以作强度上的区分。卞建林等

〔29〕 李震山：《行政法导论》，台湾三民书局股份有限公司1999年版，第86页。

认为,我国刑事法庭的空间布局表现为独特的“伞形结构”,^[30]试图对被告人施加强大的心理压力。相对于大陆法系和英美法系国家旨在彰显控辩平等意旨的法庭空间布局,这种空间布局显然给被告人心理造成了过度的负担,是不足取的。可以作为比照的是,由于近年来对未成年人特殊保护理念的提倡,一些地区的未成年人法庭开始推行“圆桌审判模式”,通过法庭空间布局的改变来营造宽松、缓和的审判氛围,缓解未成年被告人的心理压力,体现对罪错未成年人的人文关怀。

3. 实施方式

实施方式是根据刑事诉讼措施本身的性质而作的归类。每一种诉讼措施都会采取某种实施方式,采取何种方式会影响其强度大小。例如,强制措施可以划分为限制人身自由的强制措施(如取保候审、监视居住)与剥夺人身自由的强制措施(如羁押),后者又可分为暂时的强制到案或者人身控制与持续的拘禁状态。在监视居住的过程中,对犯罪嫌疑人的监控可以是常规监控方式,也可以采用强度更大的电子监控或不定期检查。而实务中出现的侦查机关在执行指定居所监视居住时,采取与犯罪嫌疑人同吃同住的直接监控,则在强度上甚至超过了羁押,给犯罪嫌疑人带来了过度的负担。又如,人身检查可以划分为非侵入性身体检查与侵入性身体检查;监听可以划分为固定于特定线路的有线通讯监听与全方位的电子监听。这两大类措施中都是后者的强度要大于前者。再如,起诉方式可以分为自诉与公诉;不起诉可以分为不附条件的不起诉与附条件的不起诉;审判程序的适用可以划分为合作性程序与对抗性程序、简易程序与普通程序等;审理方式可以划分为公开的开庭审理与不公开的开庭审理、调查讯问式审理与书面审理等。这些不同的方式类型,在实现追诉目的或者干预公民权利方面,其有效性与侵害性都存在差异。

4. 被追诉人权益

这里的被追诉人权益是指诉讼措施直接干预或侵害的被追诉人的法定权利或者生活利益。同样的诉讼措施,针对的权益不同,会呈现出强弱上的差异。一般的原则是,所涉及的权益越重要,相应诉讼措施的强度越大;反之亦然。在不同的权益间进行比较,较理想的状况是能够找到权益的位阶。但权益位阶往往十分抽象,加之立法政策在不同时期有不同侧重,其位序也会呈现出很大的不确定性。^[31]但是,仍然可以总结出一些公认的原则:(1)干预人格权利的诉讼措施在强度上一般大于干预纯粹财产权利的诉讼措施。例如,在言词证据与实物证据之间,各国法律对取得言词证据的过程会施加更多的约束,这是因为它更多涉及公民的人格权利。(2)干预复合性权利的诉讼措施在强度上一般大于干预单一性权利的诉讼措施。例如,现代社会高度重视对住宅权利的保护,这是因为这一权利包含了公民的隐私权、财产权、人格尊严等要素。(3)干预核心权利的诉讼措施在强度上大于干预外围权利的诉讼措施。德国联邦宪法法院曾将公民个人权区分为三个层次:“私人核心领域”、“简单个人领域”和“社会关系领域”,以此来考察公权力措施的强弱层次。^[32]

5. 公共利益

公共利益是指特定诉讼措施的采用所要实现的目标。较重要和迫切的公共利益往往支

[30] 参见卞建林、李簪簪:《从我国刑事法庭设置看刑事审判构造的完善》,《法学研究》2004年第3期,第84页。

[31] 参见王利明:《民法上的利益位阶及其考量》,《法学家》2014年第1期,第82页。

[32] 参见李倩:《德国刑事诉讼法证据禁止制度类型分析》,《中国刑事法杂志》2010年第1期,第121页。

持适用强度较大的诉讼措施。公共利益的衡量可以从两个方面进行：一是公共利益的重要程度。德国联邦宪法法院在“药房判决”中将国家限制职业自由所要追求的公益目的，区分为“一般公益”、“重要公益”与“极端重要公益”，并将许可和限制职业自由的法定要件相应地进行了层级化处理。^[33]这种源自职业自由领域的利益层级划分，可针对不同事务领域的利益特性加以类推适用。例如，在“私人谈话录音案”中，德国联邦宪法法院判决，由于指控纳税欺诈罪所涉及的国家利益并不优于隐私领域内的个人利益，因而不足以引起采纳录音带的效果。但同时法庭也指出，如果该案指控的罪行不是纳税欺诈而是暴力犯罪，结论则会相反。^[34]其原因在于，与追诉纳税欺诈相比，追诉暴力犯罪所涉及的公共利益要大得多。二是公共利益的迫切性，即如果立法者不授予采取某项诉讼措施的权力，或者给予过于严格的限制，执法或司法人员因而无法作出迅速反应，对相关公共利益进行及时保护，那么诉讼措施在有效性上存在不足。

6. 关联对象

刑事诉讼措施的矛头虽然指向犯罪嫌疑人、被告人，但其在实施时也有可能波及上述以外的第三人。与犯罪嫌疑人、被告人不同，第三人并非国家行使刑罚权的对象，其对国家追诉不应承担必然的忍受义务。刑事诉讼措施波及第三人固然可能增强追诉效果，但侵害范围也有所扩大，所以，波及第三人的诉讼措施在强度上会大于未波及第三人的诉讼措施。这种波及有两种类型：（1）直接关联，亦即将诉讼措施直接施加于第三人及其财产之上，如对第三人进行人身检查或者对其住所进行搜查等。（2）间接关联。诉讼措施虽未直接施加于第三人，但由于第三人与犯罪嫌疑人、被告人的特殊关系或现实状态，使得该措施的适用对第三人造成了不利后果。比如，办案机关欲对符合条件的犯罪嫌疑人、被告人采取羁押措施，却发现他是生活不能自理的人的唯一扶养人。此时若适用羁押措施，会对被扶养人造成不利，故办案机关采取强度较轻的监视居住措施是更为妥当的做法。

五、程序控制的类型化与宽严区分

（一）程序控制类型化的必要性

在对案件情形轻重缓急、诉讼措施强弱加以区分之后，我们可以在两者之间建立比例关系。但问题是，我们能否以案件严重、情势紧急或者所涉及的公共利益重大、迫切为由，片面追求诉讼措施的有效性，而容忍它对公民权益的诸多侵害？回答当然是否定的，立法者在此需要设置更多的约束条件。案件严重、情势紧急、所涉公共利益重大、迫切，固然是设置或实施高强度诉讼措施的实体条件，但程序上的控制仍然不能缺失。对于高强度诉讼措施还应加以更加严格的程序控制，以避免其被滥用，对公民权益造成过度损害。

法定程序的意义在于对刑事诉讼权力的行使进行制约，但各种法定程序在控制的广度、深度与力度方面存在差别，由此可以形成不同的程序控制类型。程序控制类型化旨在从严格或宽松的角度对刑事程序进行归类，确立针对不同强度诉讼措施加以不同程度控制的比

[33] 参见许宗力：《基本权的保障与限制》下，台湾《月旦法学教室》2003年第12期，第58页。

[34] See Kuk Cho, “Procedural Weakness” of German Criminal Justice and Its Unique Exclusionary Rules Based on the Right of Personality, in Temple International and Comparative Law Journal, Spring, 2001, p. 25.

例关系。程序的比例性要求立法者根据案件情形的轻重缓急、被追诉人的人身危险性以及诉讼措施的强度等因素,具体考虑设置何种力度的程序控制机制,一方面使诉讼措施的追诉力得到应有发挥,另一方面最大程度地降低其固有的侵害性,防止其被滥用。这种控制不是以全有或全无的方式发生作用,而是存在一个量变的调整过程,即通过宽严力度不同的程序控制机制来调节不同强度的诉讼措施,程序的比例性于此得到彰显。由此,刑事程序也获得了更为精细化的构造。

(二) 程序控制类型化的基准

1. 审批主体

在刑事诉讼中,相当多的诉讼措施需要通过审批环节获得授权。不同的审批主体往往代表了不同的程序控制力度。我们可以根据审批主体的不同,将程序控制划分为外部控制类型与内部控制类型。外部控制类型将决定主体与执行主体完全分离,由中立第三方对诉讼措施的合法性与合理性进行审查。在西方国家,鉴于侦查强制处分的侵害性,一般由法官进行司法审查,以保证程序控制的严格性。内部控制类型又可以分为若干模式。纯粹的自我授权模式是决定主体与执行主体合二为一,属于最为宽松的程序控制类型。内部行政审批模式则是在机构内部将决定权赋予行政级别较高的负责人,如我国搜查、扣押等诸多侦查措施的审批都是采取这一模式。由于同一机构在整体利益上的一致性,这种模式并不具有很大的控制力度。由上级机关审批也可归于内部行政审批模式,其审查力度要大一些。如最高人民检察院2009年发布规定,要求省级以下检察院立案侦查的案件由上一级检察院审查决定逮捕。^[35]然而,由于上下级检察机关之间领导与被领导关系的存在,使得它们之间的整体利益趋同,故上级机关审批的控制力度要小于外部控制类型。

2. 授权令状

令状本是侦查机关在刑事诉讼中实施强制性处分的授权性文书,令状的有无以及载明何种事项也体现了对诉讼措施的控制力度。(1) 有无令状之分。在西方国家,司法令状是侦查机关行使强制处分权的事先制衡机制,未经有效令状授权的搜查、扣押等强制处分在程序上是无效的。因此,作为一种程序控制机制的司法令状,能够实现对侦查权行使的有力约束。但是,司法令状虽然有助于杜绝草率、随意的办案方式,却不利于捕捉稍纵即逝的机会。在紧急情形下,如果一味要求侦查人员取得司法令状,则可能在追诉犯罪的过程中贻误战机。在此情形下,有必要放宽对侦查行为的程序控制,采用事后审查机制作为弥补。(2) 令状载明事项具体与否。令状载明的是侦查行为适用的对象及范围,为办案人员的具体实施行为划定了界限;一旦超越令状确立的范围,该行为即为非法。现代刑事诉讼反对没有载明事项的“一般令状”或“空白令状”,因为此类令状在程序控制上过于宽松,会使令状制度失去意义。令状载明事项的范围与特定化程度代表了不同的程序控制力度。

3. 适用条件

刑事诉讼措施的实施总要基于一定的实体条件,若无适用条件的限制,其实施极易沦为恣意。于是,适用条件成为了重要的程序控制方式,通过调整适用条件可以改变程序控

[35] 参见2009年《最高人民检察院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)》。

制的力度。例如,1996年刑事诉讼法对监视居住规定了与取保候审相同的适用条件;2012年刑事诉讼法通过提升监视居住的适用条件,把监视居住从非羁押性强制措施转变为以减少羁押为目标的羁押替代性措施,从而强化了对监视居住的程序控制。可见,适用条件的增减与升降往往是立法者调整程序控制力度的重要方式。值得注意的是,适用条件还可以分为概括条件与具体条件两种类型。概括条件因条件不明确而使执行者获得了较大的裁量空间,相反,具体条件因条件明确而压缩了裁量空间;后者的控制力度显然更大。

4. 裁决程序

针对某种诉讼措施采取何种形态的裁决程序,会导致控制力度上的变化。诉讼性程序的程序控制力度一般要大于行政性程序,这是因为:诉讼性程序在结构上表现为控辩裁三方组合,由此产生了控辩平等、裁判中立、直接言词等程序要求,具有较强的公开性、透明性和参与性。而行政性程序只是决定者与决定者的两方组合,缺乏控辩对抗,大多采用书面审查,具有封闭性与秘密性,缺少当事人的参与,其诉讼权利难以得到保证。但是,在刑事诉讼过程中,并不是所有事项的裁决都会采用诉讼性程序,基于诉讼效率以及降低当事人讼累考虑,也会采取具有不同控制力度的裁决程序。例如,在审判程序中,具体的审理方式可以分为公开的法庭审理和不公开的法庭审理、调查讯问式审理和书面审理等,它们对所议事项的审查密度、对当事人权利的保护是存在差异的。

5. 过程控制

这是从诉讼过程发展的角度来设置、安排程序控制,可以分为事先控制、事中控制和事后控制。事先控制是在诉讼措施尚未作出之前进行审查,以考量其是否符合法定条件及合理性、可行性等问题。例如,对犯罪嫌疑人实施羁押,原则上需要司法机关事先批准。事中控制是指在诉讼措施实施过程中采取一定的监督或制约措施,防范公民权利遭受不当侵犯。例如,在讯问过程中允许律师在场,或者在搜查过程中有见证人在场。事后控制是在诉讼措施实施完毕之后对其采取一定的审查措施。例如,在紧急逮捕之后,要求办案人员迅速将犯罪嫌疑人带往司法机关,对逮捕的事实与法律依据进行审查,以防止错捕的情况发生。事先控制、事中控制、事后控制是依流程产生的三种不同的控制方式,三者各具特点,相互之间可以取长补短。例如,对于紧急逮捕,不可能采取事先控制,但为了防止紧急逮捕对公民权利造成过度侵害,采取事后控制几乎是必然选择。过程控制还可以采取其他的类型划分,如定期审查与不定期审查、一次性审查与持续性审查;一般而言,这两类中都是后者的控制力度要比前者强。

6. 救济方式

通过赋予权利受损方一定的救济途径,可以对职权性诉讼措施进行程序控制。救济方式存在不同类型,其程序控制力度也有严格与宽松之别。在程序启动上,可以区分依申请启动的救济和依职权启动的救济。前者可以容纳当事人更多的权利诉求,后者则更多体现了专门机关的意愿;就职权性诉讼措施而言,依申请启动的救济可以产生更强的约束力。根据裁决的主体,救济程序可以划分为诉诸中立第三方的救济程序、由采取诉讼措施的上级机关主导的救济程序以及由采取诉讼措施的同一机关进行的救济程序。基于利益相关性的考量,可以判定这三种救济程序的控制力度是由强到弱依次递减的。

7. 制裁方式

这里的制裁是指程序性制裁,即要求违反法定程序的办案机关或人员承担法律程序上的不利后果。这是对职权性诉讼措施的重要控制方式。如何对程序性违法行为进行制裁,体现了程序控制的力度。例如,相比于1979年刑事诉讼法第138条,1996年刑事诉讼法第191条将第一审法院违反法定诉讼程序的行为予以具体化,增强了对此类行为的控制力度。再比如,2012年刑事诉讼法增加了关于非法证据排除规则的具体规定,旨在强化对非法取证行为的控制力度。程序性制裁存在宽严之分。比如,在程序性制裁方式中有诉讼行为绝对无效与诉讼行为相对无效之分,前者的控制力度显然要大于后者。制裁决定的作出方式也有严格规则式制裁与自由裁量式制裁之分。2012年刑事诉讼法对非法取得的犯罪嫌疑人、被告人供述、证人证言、被害人陈述采取了严格排除的立场,而对非法取得的物证、书证采取了裁量排除的立场,这在程序控制的力度上是有差异的。

六、比例性的动态调节

类型化技术让我们能够相对明确地描述案件情形的轻重、诉讼措施的强弱以及程序控制的宽严,进而寻求三者之间的适度对应关系。事实上,这种对应关系能够行之有效地帮助我们对现有制度进行比例性的诊断与评价。举例而言,2012年刑事诉讼法在修改起诉制度时,对公诉处分机制进行了层次化设置,比例性结构更为清晰。该法第271条至第273条增设了附条件不起诉,第279条增设了和解不起诉;在法定起诉与法定不起诉之间,各种裁量不起诉形式更加多样。这与“适当起诉”的理念相适应,^[36]也体现了比例构造的精神。因为从比例构造的角度看,绝对的起诉法定主义容易导致公诉权力的过度使用,不符合相称性的要求。比例性的公诉处分机制能够较为灵活地应对刑事案件与犯罪嫌疑人的不同状况,增强了追诉的合理性,也使公诉权过度使用所造成的侵害被降到最低。

当然,这种诊断与评价只是一种静态分析,制度的改良往往需要动态的比例性调节,即基于案件情形特点进行评估,调整诉讼措施的强弱以及程序控制的具体方式、宽严程度,对不合比例的情况进行纠偏。所谓不合比例是指特定诉讼措施不符合适合性、必要性、相称性的要求,以及相应的程序控制偏于宽松或偏于严苛。纠偏的过程就是要弥补该诉讼措施在适合性、必要性、相称性等方面的缺失,根据其特点设置适当的程序控制方式。例如,2012年刑事诉讼法第136条第2款规定,侦查人员要进行无证搜查,必须同时满足两项条件:一是在“执行逮捕、拘留的时候”,二是“紧急情况”,其条件相当严苛。但在司法实践中,个别地方有90%以上的公安搜查都属于无证搜查,且不符合前述法定条件。只是为了避开繁琐的呈批搜查证手续,提高侦查效率,侦查人员经常先无证搜查,一旦搜出证据,就事后补签手续;如果未搜出,则无需补办,也不制作搜查笔录,当事人一般也不会对侦查人员的无证搜查提出异议。^[37]严苛的立法规定与随意的实务运用之间的反差表明,我国的无证搜查规定与它所对应的紧急情势之间缺乏适合性,不能有效实现立法的基本意图。

[36] 参见[法]卡斯东·斯特法尼、乔治·勒瓦索、贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1999年版,第499页。

[37] 参见李超峰、邢永杰:《我国搜查制度的运行现状、问题及完善》,《江西社会科学》2014年第2期,第159页。

同时，在程序控制方面采取的是将紧急搜查与附带搜查合并的适用条件，过于严苛的控制窒息了无证搜查措施的基本效用。实务中无证搜查的随意化对犯罪嫌疑人以及普通公民的基本权利造成了过度侵害。从比例构造的视角出发，笔者认为应根据司法实践的需要，增强无证搜查的实际功效。具体可以将紧急搜查、附带搜查与同意搜查进行类型化区分，以分别针对不同的案件情形与诉讼情势，从而在一定程度上弱化当前过于严苛的适用条件控制，满足办案实际需要，并将实务中大量存在的无证搜查纳入规范化轨道。在程序控制方面，对无证搜查不可能采取事先审查的方式，但为了防止无证搜查的任意适用给犯罪嫌疑人及普通公民造成过度侵害，应当通过强化事后审查来加以控制。

我国刑事诉讼法并未将比例原则规定为基本原则，也没有直接证据表明立法者将比例原则确立为修订刑事诉讼法的指导思想，但是，观察立法的历次修订，我们会发现，刑事诉讼法的一次次改良，都是比例精神逐步彰显、比例构造愈加清晰的过程。例如，与1996年刑事诉讼法相比，2012年刑事诉讼法对案件进行了更加细致的类型划分，特别程序案件（未成年人刑事案件、当事人和解的公诉案件、违法所得没收特别程序案件和精神病人强制医疗程序案件）的类型化即是明证。除此之外，2012年刑事诉讼法还试图将重大案件（如危害国家安全犯罪案件、恐怖活动犯罪案件、贪污贿赂犯罪案件等）与一般案件进行类型上的区分，对应性地规定相应的诉讼措施，如指定居所监视居住、技术侦查措施、违法所得没收特别程序等。刑事案件的类型化有助于实现刑事程序的比例性设置，即诉讼措施在种类、力度上与所要追究的行为相适应。对于侵犯公民权利强度较大的诉讼措施，则将其适用限定在特定案件情形范围内；同时，对其也采取了更加严格的程序控制，这些都是符合比例构造的意旨的。

但是，比例原则毕竟尚未成为明确的立法原则，刑事程序的比例构造远未成为立法上的自觉，因此，在相关制度与程序的比例性设置方面还存在诸多不足。仅举一例。2012年刑事诉讼法第130条以极其简略的条件，授权侦查机关可以对犯罪嫌疑人进行人身检查。但在侦查实践中，人身检查所涉及的范围相当广泛，其实施方式亦是各种各样，从测量身高到抽血开刀都有可能；如果是采集生物样本，既可能采取侵入式取样方式，也可能采取非侵入式取样方式，采集的既可以是隐私性样本，也可以是非隐私性样本。如果立法上仅仅设定概括性的适用条件，显然不利于实务操作，甚至还会导致侦查权力的滥用，这显然不符合比例构造的要求。当然，这也表明，比例构造方法论在刑事程序的合理化、精细化方面，具有广阔的应用空间。

余论：切实推进比例原则的刑事诉讼法化

比例原则蕴含着宝贵的价值与技术资源，需要我们挖掘出来，使之对刑事诉讼程序的合理构建有所助益。虽然我们在理论上已经试图将其确立为刑事诉讼法的一项基本原则，但客观地说，比例原则的刑事诉讼法化才刚刚起步。这大体上涉及法教义学与法律实践两个层面。在法教义学层面，我们需要将比例原则所蕴含的诸多原理与刑事诉讼法的教义分析有机地结合起来，使之贴近刑事诉讼法及其实践的具体特性，从而展示其对整个刑事诉讼进程的贯通性指导价值。这不仅是对比例原则理论解释功能更充分的表达与发挥，也是促使比例原则丰富与发展自身内涵的一条重要路径。本文将比例原则与刑事诉讼构造理论

结合起来,提出了整合刑事诉讼制度与程序的方法论,其用意也正在于此。在法律实践层面,我们需要努力拓展比例原则对于刑事诉讼立法与司法的辐射范围和方法论指导意义。首先,应在建立有效司法审查机制的基础上,根据各项强制措施与侦查行为的具体特点,寻求富有针对性的比例审查标准。其次,更重要的是,将刑事起诉与审判行为纳入比例构造的框架之内,扩展比例原则对审查起诉和审判程序的规范作用。就检察机关的公诉权行使而言,其必然包含着对犯罪嫌疑人的基本权利、诉讼权利与合理利益的司法处置权,因此,这里存在着适度行使公诉权及其比例构造的问题。在审判活动中,法院除了作出实体裁判,也行使着复杂多样的程序性权力,其中有些权力与被告人的程序权利和合理利益是直接相关的,于是,这里也存在着适度行使审判权及其比例构造的问题。

总之,比例原则的刑事诉讼法化要求将整个刑事诉讼措施体系都置于比例原则的规制范围内,将比例和均衡的理念贯穿于刑事诉讼的各个阶段,而这正是刑事程序比例构造原理的方法论意义之所在。

Abstract: Based on the principle of proportionality, the proportional construction of criminal procedure aims at proportional systematic control of various compulsory and interfering procedural powers exercised by special organs in the criminal procedure. Traditionally, the principle of proportionality is mainly a judicial principle. The establishment and strengthening of the legislative perspective is the logical starting point of proportional construction of criminal procedure. The basic model consists of two sets of basic proportional relations. the first are those between criminal procedural measures and circumstances of the cases they are dealing with, and the second are those between criminal procedural controls and the criminal procedural measures they are targeting at. The gradient legislative expression of the three analytic levels, namely, the seriousness of the circumstances of the case, the strength of criminal procedural measures, and the strictness of criminal procedural controls, is a bottleneck in methodology, which can be overcome by type analysis techniques combined with the litigation situation and the life facts. The circumstances of a case can be typified according to the type of crime and punishment, the type of the accused, and the type of litigation condition; litigation measures can be distinguished in strength or harshness in light of time, space, method of implementation, interests of the accused, public interests and the related persons, whereas the strictness of procedural control can be adjusted in light of the approval authority, authorization writ, applicable conditions and deciding procedure, process control, remedies, sanctions and other typifying standards. This theoretical model can be used not only to carry out static diagnosis and evaluation of the existing criminal procedural system, but also to make dynamic proportional adjustment, thus serving as an effective tool to remedy the deficiency of proportionality in the improvement of the legislations.

Key Words: criminal procedural construction, the principle of proportionality, proportional construction of criminal procedure, dynamic proportional adjustment
