

论 盘 查

万 毅^{*}

内容提要:作为一种介于行政警察和司法警察职能之间、介于刑事侦查程序与行政调查程序之间、也介于警察法与刑事诉讼法之间的、具有双重属性的警察行为,盘查是警察机关对于可疑人员和可疑场所临时进行拦阻、盘问、检视、检查的行为。由于在盘查过程中,一些强制性手段的运用将给公民基本权利造成不可避免的干预,因此,对盘查从启动到执行必须实行严格的程序控制,同时还应给权利受到违法盘查侵犯的当事人提供程序救济。

关键词:侦查启动 盘查 Terry 原则 合理怀疑 救济

一、导 论

美国学者博西格诺指出:“给予警察大于治安法官的权力就是向集权专制迈进了一大步。也许这一大步是对付现代形式的不法行为所需要的,但如果要跨出这一步,也应由人民通过宪法修正案的形式来慎重作出选择……然而,如果个人不再至高无上,如果警察看谁不顺眼就可以随意抓人,如果他们可以凭自由裁量权而‘扣押’和‘搜查’,那么我们就走进了一种新的政体。进入这一政体的决定,只能在这个国家的人民进行充分全面的讨论之后方能作出。”^{〔1〕}上述论述对于我们思考包括盘查在内的警察权问题具有某种警示意义。

侦查,因其启动方式的差异,可以分为两种模式:一种是被动型侦查,即由侦查机关以外的其他人或机构发现犯罪并报告给侦查机关,据此展开侦查,如被害人报案、第三者检举、犯罪嫌疑人自首等。被害人的告发、知情人的检举以及犯罪嫌疑人的自首,都是侦查机关获知犯罪消息、从而发动侦查破获罪案的主要信息来源;另一种则是主动型侦查,即侦查机关自行发现犯罪,进而展开侦查。在以上两种模式中,被动型侦查是最主要也是运用最为广泛的侦查方式。但是,这并不意味着主动型侦查就不重要而可以在研究中忽略。恰恰相反,由于在主动型侦查中往往涉及一些性质模糊、能见度较低因而相对来讲也更为隐蔽的强制手段的运用,可能给公民权利造成严重侵害,更应该引起我们的高度关注。

在主动型侦查模式下,侦查机关主要通过盘查、非正常死亡尸体的检验、现行犯、媒体报道、传闻、

* 上海交通大学法学院副教授

〔1〕 [美]博西格诺等:《法律之门》,邓子滨译,华夏出版社2002年版,第290页

传言等获知犯罪消息、发现犯罪,其中,采用最为普遍的就是盘查。所谓盘查,也称为职务询问、阻留搜查,指的是警察对于可疑人员和可疑场所临时进行拦阻、盘问、检视、检查,例如警方对公共场所或特定营业场所进行临场检查,查看其有无违法的色情或赌博行为,或者检查有无可疑人物或通缉犯;或者警方在特定路段设置检查站,凡是路过的车辆和人员,一律都要接受盘问、检查,其目的在于检查、查看有无犯罪或者违法行为,或者有无可疑人物或通缉犯。典型的盘查,可作如下分解:拦阻,即命令当事人停止前进;盘诘,即盘问当事人的身份及其他相关事项;检视与检查,即检视、搜索当事人的身体、持有物或座车。〔2〕

经验表明,盘查在揭露犯罪、打击犯罪方面具有突出的高效性和实用性,因此在各国司法实践中无不对之加以重视并充分利用。据统计,日本的“社区警察”〔3〕在1998年1月至1998年11月期间,共计破获刑事犯罪案件248295件,占全体警察人员破获案件数的约1/3,其中有118200件,是以“职务询问”(即盘查)的方式侦破的。换言之,依靠“盘查”破获的案件,至少约占警察所有破案数的1/7强。正基于此,日本近年来逐渐建立起了全国性的警察盘查讲习教官制度,试图将优秀警察的盘查经验传承下来,并让全国警察学习、掌握。〔4〕

基于打击犯罪的现实需要,不论是大陆法系国家,还是英美法系国家,均在其正式立法或司法实践中认可了警察运用盘查权的合法性。在大陆法国家,一般是通过警察法或刑事诉讼法对盘查作出授权性规定。例如德国在1977年《德国各邦统一警察法标准草案》以及1986年的《德国警察法前置草案》中均规定,在为达到防止具体危害及防止潜在危害的目的时,可以“强制地”对可疑人进行确认身份、拦阻、询问、命令交付证明文件、带往警所、直接强制、搜查当事人物品、鉴识、管束、收集资讯等行为;在某种条件下可侵入营业场所并予以搜查。此外,德国一些邦的警察职权行使法还另外规定了“扫荡”、“设置检查站”等措施。德国刑事诉讼法第111条专门就“设卡检查”作出了规定:如果有事实可以估计设卡措施将导致破获行为人、保全有助于查明犯罪行为的证据的,可以命令在公共街道、广场及其他公共场所设立检查卡。凡经过检查卡的任何人都负有接受身份确定检查、搜身检查以及随身携带物品检查的义务。在日本,《警察官职务执行法》第2条及第6条规定了“拦停、盘问、同行、进入公众得出入之处所”等警察职务行为。〔5〕法国现行刑事诉讼法也授权警察,当有迹象可以推定有关的当事人与某一刑事犯罪有联系时,即可以对该人进行身份检查;为了防止危害公共秩序,尤其是为了防止发生危害人身与财产安全的案件,也可以进行身份检查。〔6〕

在英美法系国家,早期的普通法即承认在公共场所,警察有任意拦阻及询问人的权力,警察无须具备任何实质理由,可以任意与人搭话(accost)或拦阻及询问(stop and question),这被称为“有权讯问”法则。〔7〕在英国,传统习惯上认为警察为预防和侦查犯罪,可为“Stop and Search”,即“阻留搜查”(也就是盘查),这被视为是警察的传统权力,一直得到沿用。但是,英国各区域对该项权力的范围、要件及内容等规定均不一致,一直到1964年修正确定《法官法则》(Judge's Rules)后才有统一的规定。但该规则的缺陷在于,仅仅是法官审判时所依循的法则,无法控制警察的侦查活动或者其他的行政讯问。〔8〕在1978年皇家刑事程序委员会成立并着手进行英国刑事诉讼程序改革的过程中,有人提出现有的警察盘查权在针对某些少数民族的使用上比例失衡,对打击犯罪也没有多大的贡献,因为多数的情况下他们并不能成功证实隐藏的不法行为,因此,建议取消警察的这一权力。但是,在考

〔2〕 参见林钰雄:《刑事诉讼法上册(总论编)》,台湾元照出版有限公司2004年版,第377页。

〔3〕 指服务于派出所、驻在所的警察、警察分局的巡逻警员、铁路警察人员等制服警察。

〔4〕 参见郑善印:《警察临检法制问题之研究》,台湾《刑事法杂志》第46卷第5期。

〔5〕 同上文。

〔6〕 参见[法]卡斯东·斯特法尼:《法国刑事诉讼法精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1999年版,第334页。

〔7〕 参见王兆鹏:《路检、盘查与人权》,台湾元照出版有限公司2003年版,第94页。

〔8〕 参见简弓皓:《盘查与附带搜索》,台湾私立中原大学财经法律学系硕士学位论文。

虑来自警察和其他部门的意见后,皇家刑事程序委员会并没有采纳这一意见,而是同意对警察现有权力予以保留同时加以合理化,以保障这一权力的合法行使。委员会认为:“在街道上犯财产罪或者持有那些持有本身即为犯罪的物品的人不应完全免除被搜查的可能性。搜查权的适用有助于侦查和逮捕犯罪。”〔9〕因而继续建议赋予警察盘查人及车辆的一般权力。但同时强调,这种权力必须建立在合理怀疑的基础上,而且行使这些权力必须要有严格的限制。委员会因此建议警察盘查权应当根据统一的法律规定的形式行使,以代替现有的权力。继而,在1984年制定的《警察与刑事证据法》第一章中明确规定了警察盘查的权力,该法第1条明文规定,警察可为“Stop and Search”,但限于有“合理怀疑及相信”的情形。1994年《刑事审判和公共秩序法》扩大了警察盘查权的范围,赋予警察在预计可能有暴力的情况下行使盘查的权力。〔10〕

英国传统上的“Stop and Search”移植到美国后,发生了一些变化,美国将其称之为“Stop and Frisk”,即“拦阻与拍触”,又称“拍身搜查”。美国多数州的判决都认为,阻留及轻拍身体外部以发现犯罪嫌疑人或是危险武器,传统上是警察固有的权力,并且其行使时不须具备任何实质性理由。〔11〕美国联邦最高法院也在判决中承认,虽无合理的根据,但有合理的怀疑时,警察得对人实施拦阻,例如1949年Bringar v. U. S.案的协同意见大法官Burton认为,警察代表公众利益,有调查犯罪的积极义务,必须快速调查,防止犯罪,虽无“合理根据(probable cause)”得为逮捕或搜查的行为,只要有“合理的怀疑(reasonable suspicion)”需要进行调查,即得拦阻行人、汽车为调查,唯有如此才能有效发现并防止犯罪发生、防止损害的扩大。为此,美国国际犯罪委员会在1942年制定了《统一逮捕法》(the Uniform Arrest Act 1942),该法明确授权警察在有合理理由怀疑某人为犯罪嫌疑人时,即可拦阻并进行拍身搜查;如果有合理理由怀疑自己可能陷入危险,也可以拍查嫌疑人身上的武器。在1967年以前,有许多州立法采取了这一模式;许多下级法院也以这一模式为判决基础,承认警察有权对人进行“拍身搜查”。在1968年Terry一案的判决中,美国联邦最高法院重申警察可为“Stop and Frisk”,虽然调查性的“阻留”(stop)嫌疑人和为寻找武器而“拍搜”(frisk)外衣,并不等同于刑事侦查程序中的逮捕和搜查权,但其运用仍须遵守宪法第四修正案,只是因为其对公民权益的侵害较轻微,因此无须具备刑事侦查程序中搜查、扣押的“合理根据”或“相当理由”,只须达到合理怀疑的程度即可。〔12〕该判例所确立的盘查的规则后被称为“Terry原则”,成为美国实务界判断盘查合法性的指导性规则。

二、盘查的法律定位

尽管各国立法均对盘查作出了授权性规定,但是,关于盘查的法律性质,即盘查究竟属于一种行政警察活动,还是司法警察活动,抑或两者兼而有之?理论上对此不无争议。一种观点认为,侦查开端的活动当然属于行政警察活动,〔13〕例如日本学者土本武司即认为,警察职务询问(即盘查)规定于日本《警察官职务执行法》第2条,该法本质上是行政法规,而不是刑事诉讼法的一部分;相应地,该法对警察职务询问,也是作为单独的警察官的权限而不是作为刑事诉讼法上司法警察(官)的权限予以规定的。因此,警察职务询问,不是刑事诉讼程序的犯罪侦查活动,〔14〕而是一种行政警察活动。但

〔9〕 [英]麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,何家弘审校,法律出版社2002年版,第47页。

〔10〕 参见[英]迈克·麦康维尔:《英国刑事诉讼导言》,载《英国刑事诉讼法(选编)》,中国政法大学刑事法律研究中心组织编译,中国政法大学出版社2001年版。

〔11〕 前引〔8〕,简弓皓文。

〔12〕 前引〔7〕,王兆鹏书,第94页。

〔13〕 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第40页。

〔14〕 参见[日]土本武司:《日本刑事诉讼法要义》,董藩舆、宋英辉译,五南图书出版公司1994年版,第118页以下。

是也有学者认为,不能这样简单、武断地下定论,主张盘查属于一种过渡性质或者说双重性质的活动。^[15]

需要指出的是,关于盘查法律性质的理论纷争并非毫无实践意义的话语“泡沫”,而是直接指导盘查程序构建的基础性前提,因为,行政警察活动纯属行政权之运作,例如巡逻、守候、值班等警察勤务活动,其特点是并不直接干预公民的基本权利,因而无需由法律或法官加以严格约束,尤其是无需奉行司法令状主义;而司法警察活动则属于刑事侦查权的运作,直接关涉公民基本权利的干预和限制,因而必须由法律规定严格的程序,并由司法权介入控制,例如逮捕、搜查、扣押等。^[16] 据此,如果在理论上将盘查定位为一种行政警察活动,那么就无须对其施加严格的法律控制,但如果理论上判定盘查归属于司法警察活动,或者说带有司法警察活动的性质,那么由于涉及公民基本权利保障,就必须贯彻法律保留、程序法定以及司法令状原则,对盘查的程序施以严格的法律控制。^[17]

与警察的正式侦查行为相比,盘查是在违法或犯罪未发觉之前,或者根本无违法或犯罪迹象前所进行的调查活动。这一活动与违法犯罪活动被发觉后,或已有违法犯罪迹象后,警察所作的侦查活动完全不同:警察在违法或犯罪发觉后所进行的侦查活动,具有事后性,其所依循的是刑事诉讼法或其他实体法律;而警察在违法或犯罪发觉前所进行的盘查活动,则具事前性,其所依循的为相关的警察职权法规。^[18] 这种差异性也是理论上就盘查的法律性质产生疑问、争议的原因所在。从性质和功能上区分,警察活动可以大体上分为行政警察活动与司法警察活动两大类型。尽管同为警察部门的组成部分,从总体上讲,行政警察与司法警察的基本功能都是保障法律的实施。但是,两者通过不同的途径实现这一功能目标:行政警察的主要职责是保障国家机关制定和发布的各种法律、条例、规章以及命令得到遵守,防止发生扰乱社会秩序的行为(包括犯罪行为),如果社会秩序已经受到扰乱,行政警察应当负责采取法律允许的一切手段恢复被扰乱的社会秩序;但是,如果行政警察只能通过其权力范围内的手段,部分(而非全部)恢复受到扰乱的秩序时——例如有人实施了某种犯罪,这时单靠行政警察的职权活动,是无法完全恢复社会秩序的,而必须通过查找谁是犯罪人进而对他提起公诉的方式,才能真正恢复被扰乱的社会秩序,那么,这种调查职能就不再属于预防性质,而属于追诉性质。^[19] 这一调查职责就属于司法警察应当履行的职责,它明显不同于行政警察的职责。^[20] 简单地说,行政警察的职能在于预防犯罪,而司法警察的职能则在于追诉犯罪。比较而言,行政警察活动的特征在于事前的危害预防,为此所采取的一系列手段属于行政权之运作,通常并不直接干预公民的基本权利,因此,无须特别由法律或法官加以严格约束;而司法警察活动的特征则在于事后的犯罪侦查,为此所采取的强制性手段属于刑事侦查程序的一环,例如逮捕、搜查、扣押、侦讯等调查行为,由于通常会造

成对公民基本权利的干预,因此必须有法律(尤其是刑事诉讼法)的明确授权,并依法定程序进行;其实施亦必须贯彻司法令状原则,受到司法权的控制。

但这并不是说,司法警察的活动与行政警察的活动之间泾渭分明,恰恰相反,从上述职责上的分工可以看出,行政警察与司法警察各自的职责任务之间有着极为紧密的联系:一旦行政警察的任务未

[15] 前引[2],林钰雄书,第376页;另见前引[4],郑善印文。

[16] 参见林山田:《刑事诉讼法改革对案》,台湾元照出版有限公司2000年版,第477页。

[17] 所谓“法律保留”原则,从宏观上讲,就是指国家对经济社会和公民自由的干预,必须得到法律的授权。没有议会法律的授权,国家不得干预。简而言之,国家行为涉及宪法对公民基本权之侵害时必须要有法律依据,以此凸显国家行为的实施已经获得作为民意代表的立法机关的授权。“法律保留”原则在刑事诉讼领域的表现就是“程序法定”,据此,国家发动刑事诉讼,进而干涉公民个人权利,必须有法律的明确授权,并且应严格按照法律所设定的条件、步骤和方式进行,否则即属违法侵害公民基本权利的行为。

[18] 前引[4],郑善印文。

[19] 由于大陆法系国家实行检警一体化,检察官才是侦查权的真正主体,警察机关仅仅是检察官的辅助机关,因此,司法警察的职责,准确地说,仅仅是对检察官的追诉职能给予合作。

[20] 前引[6],斯特法尼书,第304页以下。

充分得到履行,司法警察的任务便告开始。^[21]这种联系的紧密性决定了行政警察与司法警察在执行任务的方法上极为相近,同一行动往往可以同时服务于两项目的。例如,公安部门派出警员巡逻,既可以减少犯罪,也可以发现已经实行的犯罪;检查身份证,既可以了解外国人在本国居住是否符合规定,同时也有助于发现正在查找的犯罪人。^[22]这时,行政警察的活动与司法警察就很难区分。

根据上述分析,笔者认为,对盘查作双重定位更为准确。从认识论原理上讲,不同事物之间的界分是相对的,在性质不同的甲事物与乙事物之间,往往并非绝然对立,而是存在着一种过渡的中间状态,处于这种状态下的事物既可能具有甲事物的部分特征,也可能具有乙事物的某些特征。从刑事侦查实践来看,在预防犯罪的行政警察职能和追诉犯罪的司法警察职能之间确实存在着一个“灰色地带”,它在形式上属于行政警察预防犯罪的职能,但其执行过程往往会侵犯公民基本权利,其执行结果也经常促成逮捕、搜查、扣押等司法警察活动。^[23]这一“灰色地带”的警察活动,便是盘查,因此,盘查可以说是一种介于行政警察和司法警察职能之间、介于刑事侦查程序与行政调查程序之间、也介于警察法与刑事诉讼法之间的、具有双重属性的警察行为。^[24]

更为重要的是,警察的盘查活动,固然有维护社会秩序及保障社会安全的作用,但是,由于盘查本身在手段上的强制性(盘查,实际上是一连串强制处分行为的综合,无论是责令当事人停止前进、管制出入或行进、警戒并控制现场、盘诘可疑人、检查可疑物、遇有违法犯罪嫌疑时立即取证、将可疑人、物带案侦讯、制作临检记录等等,都是伴随着一定的强制力实施的),^[25]在盘查过程中,这些强制性手段的运用都将不可避免地给公民基本权利造成一定的干预和侵犯。首先,盘查可能干预公民的人身自由权。公民的人身自由,其内容包括行动自由和身体自由,以及不受政府不合理干扰的自由。而盘查授权警察对行进中的公民进行拦阻、盘问并对公民的人身进行检视、检查,无疑会干预公民的行动自由和身体自由。其次,盘查可能侵犯公民的财产自由权。盘查,主要限制的是公民的人身自由,但同样可能侵及公民的财产自由。盘查,也授权警察对公民所有的财物实施检视、检查,这种伴随着强制力的检视、检查,可能对公民的财产权造成直接或间接的损害。例如,当警察怀疑对方涉嫌持有凶器或危险物品时,可以以强制力打开、检查持有的物品,而在打开、检查过程中,如果情况紧急且有必要,可能损坏持有物;再如警察对一些营业场所进行临场检查,管制出入或行进、警戒并控制现场,造成客人不上门或者收不到钱,这当然也会对该营业场所的正常经营造成消极影响,间接损害经营者的财产收益。盘查本身的强制性,使其对公民基本权利构成了实质性威胁,因而将其定位为双重属性,更有利于对其进行法律控制,以防止警察滥用权力。

实际上,即使主张盘查是一种行政警察活动的部分学者也承认,由于搜查犯罪活动(行政警察活动)与侦查活动(司法警察活动)有着密切的联系,因此,尽管这个阶段属于行政警察活动,但实际上却存在着实施侦查活动的危险;而且从公民的角度来看,在这个阶段同样要承受一定的不利,所以,这个

[21] 前引[2],林钰雄书,第376页以下

[22] 参见[法]米海依尔·威尔玛斯·马蒂:《刑事政策的主要体系》,法律出版社2000年版,第67页;另见前引[6],斯特法尼书,第304页

[23] 前引[2],林钰雄书,第376页

[24] 也有学者在此基础上进一步指出,警察机关区分两者的关键就是警察活动的主观目的:如果主观上是为侦查“犯罪行为”,则该警察活动属于司法警察活动,更准确地说,是一种刑事诉讼行为;如果主观上是为查处“违法行为”,则该警察活动就属于行政警察活动,是行政调查行为

[25] 英国1984年《警察与刑事证据法》第117条明确规定:“警察于依据本法之规定而行使职权时,于必要时得行使合理的强制力。”

阶段的警察活动也必须遵守正当程序。^[26]对此,美国最高法院在 1968 年 Terry v. Ohio 一案^[27]的判决中指出,盘查是警察与公民最初始的接触,其发生的时间较“搜查与扣押”为早,法院认为盘查亦不应逃避宪法的检视审核。^[28]我国台湾地区最高法院所作的一份大法官解释中也曾明确指出:“临检实施之手段:检查、路检、取缔或盘查等不问其名称为何,均属对人或物之查验、干预,影响人民行动自由、财产权及隐私权等甚巨,应恪遵法治国家警察执勤之原则。实施临检之要件、程序及对违法临检行为之救济,均应有法律之明确规范,方符宪法保障人民自由权利之意旨。”^[29]

三、盘查的程序控制

为防止警察滥用盘查权,侵犯公民人权,现代法治国家均为盘查的启动和实行设定了严格的法定程序,并为遭受违法盘查的当事人提供及时的程序救济。

(一) 盘查的启动

由于刑事诉讼程序的运作以损害公民个人自由为代价,随意启动刑事诉讼程序,必将给公民个人自由造成极大威胁,因此,刑事诉讼程序的启动必须慎重。一般认为,刑事诉讼程序的启动应当遵循合理性和公共性两项原则。如前所述,盘查兼具刑事侦查行为的部分特征,涉及国家强制手段的动用,因而也存在滥用权力、侵犯人权的可能。为从源头上防止盘查的滥用,必须对盘查的启动从程序上予以控制,盘查的启动必须符合合理性和公共性两项原则。

1. 合理性原则 合理性原则要求,只有在存在“导致合理可疑的迹象”时,才能启动盘查权展开调查。合理性原则是基于现代国家权力运用理性化的要求而对警察盘查权的一种实质规制,其目的是防止盘查权的轻易乃至随意启动,侵犯公民基本人权。所谓存在“导致合理可疑的迹象”,是一个笼统的说法,英国法上称之为“grounds to suspect”,美国法上称之为“reasonable suspicion”,日本法上称之为“合理判断后有相当理由足以怀疑”,而德国法上则称之为“具体事实”。^[30]

在英国,1984 年《警察与刑事证据法》对盘查启动的程序条件作了明确的规定。该法授权警察可以阻留搜查被盗物品、违禁品以及意图用于不诚实的犯罪行为的物品和攻击性武器。^[31]不过,与皇家刑事程序委员会的观点一致,该法规定:警察盘查“权力的运用必须服从严格的防范措施”,为此,该法强调要为犯罪嫌疑人提供保护,因而要求盘查权只能在警察有合理根据怀疑被盗或违禁品将被发现时才能运用。根据 1984 年《警察与刑事证据法执行守则 A》的解释,所谓“合理怀疑”的根据是否存在,取决于每一个案件的具体情况,但是,无论如何,必须要有客观的基础,即怀疑必定由某些事物引起,而非警察的主观臆测、凭空猜测。警察往往需要在考虑其他因素诸如时间、地点以及有关人员或相随人员的行为的背景下,考虑被怀疑携带的物品的性质,例如,当获知携带物品或嫌疑人的描述信息;或某人被发现行为诡秘或小心翼翼或正在试图隐藏什么东西;或某人在不寻常的时间或在一个近来有许多抢劫和盗窃发生的地方携带某种特定种类的物品出现;特定的群体或团伙的成员或他们

[26] 前引[13],田口守一,第 40 页。

[27] 该案是俄亥俄州一名便衣警察发现被告 Terry 等 3 人于午后 2 点 30 分左右在商店门口窥视,并不时交头接耳数十次。依其多年的办案经验认为被告等行踪可疑而有合理怀疑被告 3 人欲抢劫而上前盘查询问 3 人姓名等,因被告 3 人支吾其词,警察更从其三人之言行态度合理怀疑被告等 3 人身怀武器,故进而轻拍被告 Terry 之胸口外部发现有类似手枪之物品,进而伸手入口袋而取出该物,而该物确为手枪。于是警察在发现武器后将 3 人逮捕。事后警察以手枪为证据对被告 Terry 进行犯罪指控,被告抗辩警察无令状搜查其身体,其搜查为违法搜查。

[28] 前引[7],王兆鹏书,第 97 页。

[29] 前引[2],林钰雄书,第 380 页。

[30] 同上书,第 379 页。

[31] 攻击性武器在这里做了一种宽泛的界定,即不仅仅指本身具有攻击性的物品,还指警察确信嫌疑人持有的用于攻击目的的任何物品。

的同伙习惯性地携带非法的刀具或武器或持有毒品,这时可以根据其穿着特别标志的衣服或表明成员身份的其他鉴定方式而确定其成员身份等。除此之外,合理怀疑绝对不能建立在只有个人的因素而没有情报和信息支持的基础上,例如,个人的肤色、年龄、发型或穿着方式,或警方熟知他曾持有非法物品的犯罪前科的事实都不能单独或彼此结合作为搜查这个人的唯一根据。合理怀疑也不能基于某人或某群体更可能犯罪这种僵化的观点作出。^[32]

在美国,联邦最高法院在1968年Terry V. Ohio一案中,为警察盘查权的启动划定了实质性要件。在该案中,法院认为本案警察系在观察嫌疑犯后,形成“合理的怀疑”(reasonable suspicion),所为的“拦阻与拍触”是合理的,也是合法的。法院表示:当警察形成合理的怀疑,认为其所调查的对象可能携带武器对警察或他人造成危险,警察有宪法上的权限去确信该嫌疑犯是否携带武器,如发现该人携带武器,警察得解除其武器。至于何种情形才符合“合理怀疑”的标准?法院表示:警察主观上的猜测或预感不足以构成合理的怀疑;必须是根据当时的事实,警察依据其执法经验,所作合理推论或推理,形成合理怀疑。^[33]法院最后在判决中设定了警察行使盘查权的两大原则:一是只要警察从其自身观察认为有“合理怀疑”,即可发动盘查;二是只要警察于盘查时,有合理怀疑被盘查人可能身怀武器,经由拍触被盘查人的身体外部,即可为保护自身和他人的安全,而对被盘查人进行武器搜查,只有在此要件下才可进行盘查,否则不可因为盘查而对被盘查人进行例行性搜查。^[34]理论上认为,所谓“合理怀疑”标准,不探讨警察行为是否具备“合理根据”或“相当理由”,而着重于警察当时的行为是否合理。至于何谓“合理”?一般而言并无固定的标准,必须斟酌政府与公民的利益而为判断,判断时需考虑强制处分的强制性及其对公民的侵害,依据当时各种情况,综合判断警察为该强制处分是否合理。法院依“合理性”标准判断警察行为之合法性时,除必须斟酌当时客观的证据外,还必须考虑警察“专业”的观察,及警察的直觉反应,必须尊重现场执法警察个人的反应及行为。^[35]

在日本,《警察执行职务法》规定,警察“根据异常的举动及周围其他情况进行合理判断,对于有充分理由足以怀疑可能犯有或将要犯有某种罪行的人”,“可以拦阻询问”(警职第2条)。^[36]当询问如对本人的不利或妨碍交通时,可要求其一同前往附近的警察署、派出所或驻在所。学理上解释:这里的“合理判断后有充分理由足以怀疑”的标准,与英美法上的“合理怀疑”涵义相当。所谓“异常举动”,是指有可疑的动作、言语、服务、所持物品等表明有关犯罪的状态。所谓“其他周围的情况”,是指深夜、戒备状态等与犯罪有关的情况。^[37]具体亦需结合各种情况进行综合判断。

在德国,刑事诉讼法第163条b规定了作为一种强制处分的“确定身分”,根据该条的规定,某人具有犯罪嫌疑的时候,检察院、警察机构的官员可以采取必要措施,查明他的身份。在不能查明或者很难查明身份的情况下,允许拘留嫌疑人。在此前提下,也准许搜查嫌疑人人身、携带物品以及进行鉴别辨认。实践中,警察人员因常需在公路上及其他公众出入之场所(部分为了刑事追诉之目的,部分为了预防犯罪的原因)设置检查站或者对声誉不佳的区域或者餐饮场所,以及对在该处所停留之人,进行身份确认。根据德国刑事诉讼法的规定,设置检查站进行身份确认,必须获得法官的司法授权(紧急情况下,由检察官或其辅助机关决定),而要获得法官授权,必须符合两个条件:(1)对所犯之嫌疑必需有具体事实推定其成立,需要有事实佐证;(2)这些事实也必需能对具体实施设置检查站时,可获成功的预期提出根据,也即其假设必须要能证明,在一具体地点设置检查站可以逮捕犯罪行为人

[32] 前引[7],王兆鹏书,第99页以下

[33] 美国联邦最高法院在其他判决中曾说明,只要有些微客观的正当性,即可构成合理怀疑

[34] 前引[8],前引[6]文

[35] 前引[7],王兆鹏书,第99页以下

[36] 前引[13],田口守一,第41页

[37] 前引[14],日本武司书,第118页以下

或可保全证据物,而这对刑事侦查确有助益。^[38]可见,在德国,盘查的发动以有“具体事实”为前提,而其具体要求也与“合理怀疑”的标准接近。

不论是英美法上的“合理怀疑”,还是日本法上的“合理判断后有相当理由足以怀疑”,抑或德国法上的“具体事实”,作为一种证明标准,都区别于搜查、扣押所需要的“合理根据”或“相当理由”。美国联邦最高法院在 *Carroll v. United States* 一案(267 U. S. 162, 1925)中明确指出:所谓的“合理根据”,是指有客观的事实及情况的存在,或是从确实可靠的情报足以使一个理性谨慎小心之人相信在特定人或是地区有可扣押物存在。其所要求的犯罪证明程度远高于盘查。美国联邦最高法院更是在 *Camara v. Court*(387 U. S. 523, 1976)一案中量化了“合理怀疑”和“合理根据”的标准,最高法院根据对 166 位联邦法官进行访问的结果,得到“合理根据”的确信程度的平均值为百分之 45.78%;而“合理怀疑”的平均值为 31%。^[39]可见,作为一种证明标准,盘查所需的“合理怀疑”的确信程度远低于搜查、扣押所需的“合理根据”。这主要是因为,盘查与搜查、扣押的性质不同,后者是刑事侦查中的法定强制处分,而盘查仅仅属于一种介于刑事侦查程序与行政调查程序之间的过渡行为、准强制处分,在强制力运用的广度和深度方面,以及相应地给公民人身和财产权利造成的干预程度上,盘查都远不及搜查,因此,基于这一现实特征,法治国家对盘查的警惕和担忧就略逊于搜查,在程序设计上对盘查启动条件(即证明标准)的限制,也就远不如搜查严格。

2. 公共性原则。公共性原则要求盘查作为一项公权力,其启动应当以维护公共秩序为目标。所谓公共秩序有两层含义:其一,它是一种事实状态,不包括精神状态,不道德的观念如果没有表现为外部行为可能破坏社会秩序,即不在国家权力的活动范围之内。^[40]根据这一要求,追究思想犯罪遭到禁止。其二,公共秩序具有公共性质,个人生活范围之内的事件不影响外部秩序时,也不在国家权力的活动范围之内。根据这一要求,必须对公共生活与私人生活、公共信息与个人隐私进行明确界分。

传统上盘查权与警察权联系紧密,而警察权是以维护公共安全及社会秩序为宗旨的,因此,盘查权的运用受到这一目的的深刻制约,必须严格遵循公共性原则的要求。具体而言,公共性原则要求警察盘查权只能在公众场所方可行使,原则上在私人生活领域、住宅以及针对民事上的法律关系不能动用盘查权。英国 1984 年《警察与刑事证据法》第 1 条即明文规定,公共场所或部分属公共场所或有权使用之场所或经当事人明示或默示同意之场所及执行当时非属私人住宅而为民众出入的场所,得为拦阻与搜查。当然,作为例外,对于私人住宅,如果从其外部观察,即可公然看到其内部活动时,也可视为是公共场所而进行盘查。^[41]

(二) 盘查的实行

为了控制犯罪行为,盘查必须拥有一定的强制力,但是,盘查毕竟不是纯粹的司法警察行为,其强制力的程度,显然不能与侦查中的强制处分相比。那么,盘查执行中的强制力究竟应该维持怎样的一个“度”才是合理的?对此,需要从范围、深度和时间等多个维度加以把握。

1. 范围。盘查中的强制力行使的范围往往受到严格限制,仅限于与被盘查人人身直接相关的物品和场所,主要是被盘查人随身携带之物及其能立即触及的范围。例如在美国,盘查必须考虑执法人员的安全问题,这一点与附带搜查的考量类似,据此,赋予盘查警员检视、搜查嫌疑人所能“立即触及”的范围的权限,以免嫌疑人随身携带的武器危及警员安全。所谓“嫌疑人所能立即触及的范围”是指在此范围内嫌疑人有可能隐藏武器或者毁坏证据,包括其随身携带的物件、可直接控制的场所等。^[42]例如,警察设卡检查过往车辆,如发现坐在汽车里的人可疑,执行的警察至少能适当地在该汽车范围

[38] 参见[德]克劳恩·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社 2003 年版,第 348 页。

[39] 前引[7],王兆鹏书,第 108 页。

[40] 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 460 页以下。

[41] 前引[8],简引略文。

[42] 参见[美]乔恩·R·华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社 1997 年版,第 228 页以下。

内进行搜查,如工具袋和司机座椅下方,因为这些地方是嫌疑人直接能触及的范围。在德国,在警方设置的检查站,有嫌疑及无嫌疑之人原则上均有义务让警察人员对其身份加以确认,并对其携带之物品(包括座车)加以搜索检查。^[43]在日本,判例上也认为,只要符合了检查的必要性、紧迫性以及衡量因此受到侵犯的个人权利与应该保护的公共利益,允许对携带的物品进行检查。^[44]

2. 深度。从各国的相关规定和做法来看,盘查中的强制力行使仅限于人身和物品的外部,即只能进行表面检查,而不能进行深度检查;对公众出入场所如声誉不佳的区域(红灯区)或餐饮场所进行盘查时,也只能对该场所以及在该场所停留之人进行表面检查,而不能对场所进行彻底搜查,如不能要求场所管理人打开现金抽屉或保险柜。盘查与侦查中的搜查不同,其对公民人身和物品的侵害程度较低:一般而言,盘查对人身的侵犯仅及于身体的外表,而对物品的侵犯也局限于目光所及的外部,盘查中不得进行深度搜索和检查,否则就与搜查无异了。例如,在英国,警察在盘查时,为了查获被盗物品、违禁品以及攻击性武器,可以要求嫌疑人除去外衣、夹克或手套,但除此之外,不得命令嫌疑人当众脱掉任何东西。^[45]在美国,判例上认为,当警察形成合理的怀疑,认为其所调查的对象可能携带武器对警察或他人造成危险,警察有权去确信嫌疑人是否携带武器,如发现该人携带武器,警察可以解除其武器,但是警察只能实施确信嫌疑人有无武器的行为(例如拍触身体的外部),而不能为证据的搜查(例如伸手入衣取出皮夹查看)。理论上认为,在盘查中,警察仅仅有权为发现武器而实施对身体外部的轻拍,不得进行彻底的搜查。^[46]当然,如果通过拍触怀疑嫌疑人藏有武器时,可进行进一步的搜身,这时则适用附带搜查的理论,盘查则转化为搜查。在日本,理论上认为,对携带物品进行检查,必须以嫌疑人外观上有携带违禁品等嫌疑时,方可检查其携带的物品。为此,判例上认为,在职务询问过程中,对持有冰毒嫌疑很大的人,未获承诺即将手伸入其上衣内侧左方衣袋,取出携带物品(兴奋剂粉末和注射器)实施检查的行为违法。^[47]

3. 时间。警察的盘查权不仅可以针对“人”,而且可以指向“物”。警察不仅有权在对“人”有合理怀疑时,得“拦阻”该人以作进一步的调查,而且有权在对“物”有合理的怀疑、相信其内含有违禁物时,对该物暂予扣留。但是,盘查中的“拦阻”毕竟不是“逮捕”,其对当事人人身自由的限制应局限于“短暂”留置;若拦阻、留置时间过长,将被认定为逮捕。那么何为短暂留置?超过多长时间,即成为逮捕?英美法系各国以及日本在实践中均未对盘查的时间长度做明文限制,而是以警察疑虑排除的必要时间作为标准。例如,美国联邦最高法院认为,警察盘查不应受时间长短的僵硬限制。时间长短当然是判断的重要因素,但拦阻的目的、达成该目的所需的时间,应依常情常理及一般经验判断留置时间是否合理。同样,盘查中的扣留物品毕竟不能等同于扣押:盘查虽然允许强制扣留物品,但是扣留物品的时间应受限制,仅限于“暂时”扣留。^[48]在 *United States v. Place* 一案中,警察怀疑被告行李内有毒品,在机场扣留嫌疑犯的行李 90 分钟,以等待警犬来侦测有无毒品,待警犬反应显示有毒品,警察申请搜查证对行李进行搜查。美国联邦最高法院表示如警察有合理的怀疑,认为行李内有毒品,为了证实此怀疑,得无令状暂时扣留行李。但是,在本案中扣留时间长达 90 分钟,已超过必要的程度,法院因此判决警察非法。在此,法院运用权衡法则,衡量了扣留财产时所涉及的政府利益与公民个人利益。就政府利益而言,警察代表社会大众,有侦测发现毒品的重大利益。就个人利益而言,本案警察扣留财产时,不但侵犯财产持有之利益,也使所有人不能依原定行程行进,从而侵犯其人身自由权。但是,应当同时指出的是,这一标准本身也是相当灵活的,在另外两起案件中,联邦最高法院又宣布

[43] 前引[38],罗科信书,第 348 页

[44] 前引[13],山口守一书,第 43 页

[45] 前引[9],支高伟等主编书,第 47 页

[46] 前引[7],王兆鹏书,第 127 页

[47] 前引[13],山口守一书,第 43 页

[48] 作为一项强制处分措施的扣押,可以一直持续至刑事诉讼终结

16 小时内的拦阻以及 29 小时内的留置为合法。^[49] 与美国做法不同的是,德国刑事诉讼法则对查验身份的最长持续时间作了明确的规定,根据德国刑事诉讼法第 163 条 b 和 c 的规定,为查验身份而剥夺自由,最长不超过 12 小时。客观地评价,虽然美国的做法与其判例法传统更为契合,但从人权保障的角度而言,德国立法明确规定留置盘查持续期间的做法似乎更为可取,也更易于实践中遵行和操作。

(三) 违法盘查的救济

基于人权保障的原则,对于警察违法实施盘查,给当事人的人身和财产权利造成损失的,应当设置相应的程序予以救济。但是,在具体的救济途径上,各个国家又基于不同的司法传统而有不同的做法。

在英美法国家,对违法盘查等的救济是通过当事人提起民事诉讼的方式进行的。在英国,如果一名警察未经同意获得特别的法律授权而进行搜查(包括盘查),尤其是有暴力攻击行为时,该行为便构成侵权,并且可以成为要求损害赔偿的民事诉讼的根据。^[50] 在美国,宪法仅对搜查、扣押作出了规定,而没有关于警察盘查的相关规定,但是,美国联邦最高法院解释认为,根据宪法的精神,盘查时的拦阻,可以视为宪法上对人的扣押;盘查时对人身体的拍触,可以视为宪法上之搜查。^[51] 因此,对警察违法盘查的救济,适用关于违法搜查扣押的救济程序。在美国,对警察侵犯犯罪嫌疑人、被告人权利的行为,其法律提供了一些刑事诉讼程序之外的救济方式,其中最为重要的是民事侵权诉讼。在美国侵权法中有一个特殊的领域,涉及公共权力机构对个人权利的侵犯问题,并建立了一些不同于普通侵权行为的救济措施,这个领域通常被称为“公共侵权法”(public tort law)。据此,受害者可以州法律为根据提起民事侵权诉讼,也可以联邦宪法和民权法为根据,提起宪法侵权诉讼。^[52]

而在大陆法国家,对被盘查人的权利救济主要是通过行政诉讼的方式进行的,即允许被盘查人向法院提起行政诉讼。例如在日本,违法盘查的警察要承担民事、刑事以及行政责任,同时,被盘查人得针对该盘查提起行政诉讼。德国法也有类似的规定。^[53]

四、我国盘查制度存在的问题及其改革

我国刑事诉讼法并未就盘查作出明确规定,但是警察法第 9 条规定:“为维护社会治安秩序,公安机关的人民警察对有违法嫌疑的人员,经出示相应证件,可以当场盘问、检查。”据此,在我国,盘查权也构成警察的重要职权。实践中,我国警察正是据此在其执法活动中广泛行使盘查权的。

但是,值得注意的是,关于盘查制度,我国警察法仅有一条授权性规定,除此之外,关于盘查依据什么标准启动^[54]、盘查中警察权力行使的界限等具体的程序问题,警察法及相关法律均缺乏明确规定,理论上也缺乏深入探讨,实践中基本上是放任警察自由行事,这就导致实践中警察盘查几乎是在一种“无程序”、“无规范”的状况下进行的,警察机关无需任何实质性标准即可对公民实施盘查;且在盘查过程中搜索和检查的力度没有任何限制,这样,盘查就与搜查、扣押等几乎没有任何实质性区别了。

[49] 这两起案件有其特殊之处,即都是发生在边境地区,处置不便。参见前引[7],王兆鹏书,第 120 页以下。

[50] 参见前引[10],麦康维尔文。

[51] 参见前引[7],王兆鹏书,第 136 页。

[52] 关于这一程序的详细论述,请参见陈瑞华:《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 73 页以下。

[53] 前引[4],郑善印文。

[54] 我国警察法虽然规定盘查针对“有违法嫌疑的人员”,但是,何谓“有违法嫌疑”,涵义并不清楚,也缺乏量化的标准,与现代法治国家奉行的“合理怀疑”等标准相比,可以说“有违法嫌疑”并不是一个有效的法律概念,因为从理论上说,警察可以凭借任何标准判定公民有违法嫌疑。

我国盘查制度的现实状况,与主要法治国家的做法大相径庭,其最直接的消极后果就是当事人的人身自由和财产权益失去了程序的保障,而成为任由警察机关侵害的对象,严重背离了人权保障的基本法治原则。例如,据2003年11月22日《新京报》报道,上海某大学博士后贾方钧一纸诉状将上海市公安局徐汇分局徐家汇警署告上了法庭。贾方钧的诉讼状陈述,2003年2月17日晚11时,他在上海市漕溪北路被徐家汇警署的警察盘查。由于贾未随身携带身份证,被带到警署留置。贾称,他被带到警署后,并无警察对他进行询问或听取他的陈述、申辩。直到第二天上午9时被释放,扣留近10个小时。事后,贾方钧不服,向上海市公安局徐汇分局申请行政复议,徐汇分局作出行政复议决定,对徐家汇警署实施的行政强制措施不予确认违法,对贾方钧要求国家赔偿的请求不予支持。贾方钧遂向徐汇区人民法院提起诉讼。从本案可以看出,正是由于法律上对警察盘查权行使的条件和程序缺乏相应的规定,导致实践中警察盘查权随意启动甚至恣意行使,这已经现实地侵及我国公民的人身自由等基本人权,可以说,我国警察盘查制度的完善已经势在必行。

笔者认为,我国盘查程序改革的关键在于落实“法律保留”和“程序法定”原则的要求,全面实现盘查程序的法定化,即由法律就盘查的启动标准、盘查权行使的界限和强制力度等作出明确规定,从而建立盘查的正当法律程序。笔者认为,在具体制度设计上,可作如下考虑:

(一)立法体例。就立法体例而言,可以借鉴德国、日本以及我国台湾地区的经验,采用刑事诉讼法与警察法相结合的立法模式,首先由刑事诉讼法对盘查作出授权性规定,^[55]然后再由警察法对盘查的启动标准、盘查权行使的界限和强制力度等程序问题作出详细、明确的规定。强调由刑事诉讼法对盘查作出授权性规定,是为了严格贯彻法律保留原则以及程序法定原则,因为,对于盘查这一兼具刑事司法性质、可能干预公民基本权利的权力,应当由刑事司法领域最重要的基本法律——刑事诉讼法来作出授权性规范,更为慎重,而其具体程序设计则交由警察法来完成更为适宜。从国外的理论和立法经验来看,普遍采用“警察任务”和“警察职务”分别立法的模式,前者着重于解决警察的任务和组织构成、宣示警察机构的职权,具有警察“组织法”的性质;后者主要解决警察执行具体职务时的条件、程序等问题,具有警察“行为法”的性质。^[56]德国、日本等国均采用这一立法模式,这一模式使得警察在执行任何一项具体职务时,都有相应的法律依据,因而被视为法治国家的基本要求,这就如同在《法院组织法》、《检察院组织法》之外,尚需制定《刑事诉讼法》一样,前者是“组织法”,而后者是“行为法”,两者相结合才能保证刑事诉讼活动依照法定轨道进行。我国警察法主要规定的是人民警察的任务、职权、权利、法律责任等,显然属于警察“组织法”的范畴,它没有也不可能就警察行使具体职权的程序作出规定。因此,要完善警察行使“盘查权”的程序,必须另行制定警察“行为法”或可称为“警察职务执行法”,就盘查的启动标准、盘查权行使的界限等作出明确、具体的规定。

(二)程序内容。盘查的程序设计包括盘查的启动标准、盘查的实行力度以及救济程序等内容。

1. 盘查的启动标准。就盘查的启动而言,应严格遵循理性原则和公共性原则,具体可以借鉴日本的立法表述(“合理判断后有相当理由足以怀疑”),并参酌美国判例上尊重警察个人经验的做法,规定:“警察在公共场所或公众可以出入的场所,根据异常举动或其他周围情况,并参酌其个人经验,对有合理理由怀疑为已有犯罪行为之人或将有犯罪行为之人,经出示相应的证件、表明警察身份后,可以拦阻并当场进行盘问、检查”。

2. 盘查的实行力度。至于盘查实行的力度,由于情况的复杂性,在盘查的范围和深度等方面可能更多地要依赖于实践中判例规则的建立,但是,立法上还是应当明确以下原则:第一,应当强调盘查中强制力行使的必要性,为此,可以考虑规定:“警察依据本法之规定而行使职权时,得行使合理的强制力,但以必要性为前提”这一总的原则;其二,对于盘查后留置的时间应当通过立法明确予以限定,这

[55] 我国台湾地区刑事诉讼法第88条第一项第四款规定,警察得对人民“盘查”。这即属于一种授权性规定。

[56] 前引[4],郑善印文。

方面可以保留目前警察法第9条的规定：“经盘问、检查对被指控有犯罪行为的，或者现场作案嫌疑的，或有现场作案嫌疑身份不明的，或携带物品可能是赃物的犯罪嫌疑人，可以将其带至公安机关继续盘问。对被盘问人的留置时间自带到公安机关之时起不超过12小时。”但是，应当删除原条文中关于“在特殊情况下，经县级以上公安机关批准可以延长至48小时”的规定，这是因为，留置盘问仅仅是一项过渡性措施，其对公民人身自由的强制不应逾越一定的限度，如果允许将留置盘问的时间延长至48小时，在对人身自由的强制性方面已经超过拘传而接近于拘留了，这也正是实践中公安机关广泛采用留置而不愿适用拘传，导致拘传这一法定的刑事强制措施被虚置的根本原因。^[57]对于这一悖论，应当通过盘查的立法予以纠正。

3. 盘查的救济程序。根据我国实践中的做法，对于警察的违法盘查，公民可以提起行政诉讼，这与德、日等传统大陆法系国家的做法是一致的，但是，对于警察违法盘查可提起行政诉讼，警察法并没有明确予以规定，普通公民恐无从知晓，难以及时主张自己的权利。另外，对于警察违法盘查给公民造成人身及财产损失的，能否获得国家赔偿，法律语焉不详，实践中亦一般不予赔偿，这些情况都是非常不利于公民权利救济的。我国台湾地区《警察职权行使法》规定，警察执法时，民众如认为警员侵害其利益的，可以当场陈述理由，表示疑义，警员如认为有理，应立即停止或更正其行为，如民众要求说明，警员应将疑义理由制作记录交付，民众也可依法提起诉愿及行政诉讼，若有违法情事，更可请求国家赔偿。对于这一立法经验，我们可考虑予以借鉴。

Abstract: Stop and frisk is a kind of constabulary action whose nature sits between the administrative and criminal police function, between the administrative inquiry and criminal investigation, and between the police law and criminal procedural law. It is usually defined as a temporary stop, frisk, check and investigation to the suspects by police organs. As in the course of these actions, the enforcement of some compulsory methods will intervene citizens' fundamental rights inevitably, so we should give strict procedural control to stop and frisk from its startup to the enforcement, and provide victims with the corresponding procedural remedies.

Key words: start - up of the investigation; stop and frisk; Terry principle; reasonable suspicion; remedy

[57] 在实践中，公安机关往往愿意对犯罪嫌疑人选择适用留置盘问而不愿适用拘传，拘传的实际功能已为留置盘问所取代。“传唤、拘传的时间不得超过12小时，这对公安机关来说，过于短促，多数案件难以在12小时之内掌握犯罪嫌疑人的犯罪事实。在此情况下，若按刑事诉讼法的有关规定，要么放人，要么就是勉强采取拘留或者逮捕的强制措施。这一方面可能使一些真正有罪的人逃脱刑法制裁，另一方面则易造成错误拘留或逮捕，引起国家赔偿纠纷。因此公安机关更愿意选择留置盘问。”而从实际情况来看，据统计，某地公安机关在侦查的302件案件中，有283件采用了留置盘问，占全部案件数的93%，其中作出延长继续留置盘问的又占了绝大多数；留置盘问超过48小时的占15%。参见陈卫东：《刑事诉讼法实施问题对策研究》，中国方正出版社2002年版，第7页以下。