

# 比较法视野中的刑事强制措施

孙长永\*

---

**内容提要:**从比较法的角度看,我国刑事强制措施制度具有立法授权的分散性和实际权力的集中性、适用对象的特定性和适用目的单一性等特点,但在体系上过度依赖羁押性手段,在制度设计上未能充分体现人权保障的精神,司法实践中“惩罚性”地适用强制措施以及追诉机关自我授权和执法违法的现象比较突出。为了保障公民的人身自由不受非法侵犯,应当对适用强制措施的权力进行重新分配,形成以强制到案的措施和强制候审的措施为基本类型的强制措施新体系,将取保候审设计为最常用的一种强制措施,并且完善相关的配套制度,健全适用强制措施过程中的权利救济机制。

**关键词:**人身自由 强制措施 司法审查 未决羁押 取保候审

---

“强制措施”对任何一个国家刑事诉讼的正常进行来说,都是不可缺少的。从公元前五世纪古罗马的《十二铜表法》和我国的《法经》,到现代法治国家的刑事诉讼法典或其他相关的单行法规,都有关于强制措施的规定。然而,就其固有性质来说,强制措施不可避免地会对个人的人身自由或其他基本人权造成一定的侵害。因此,强制措施对于刑事诉讼而言实在是一种“必要之恶”。从人权保障的需要出发,对强制措施的适用必须控制在必要的最低限度内。近代以来的人权思想,主要是以刑事诉讼中强制措施的控制和合理化为中心而发展起来的,在这个意义上,可以说,刑事诉讼的历史,也就是对强制措施不断加以合理限制的历史。<sup>〔1〕</sup>

我国1996年修改《刑事诉讼法》时,立法者对强制措施的适用条件和程序作了较大的修正,如:废除了公安机关长期采用的“收容审查”措施,相应地扩大了拘留的适用对象,放宽了逮捕的适用条件;同时对取保候审、监视居住的具体程序做出了明确的规定,将拘传后的最长留置时间限定为12小时;确认犯罪嫌疑人自被第一次讯问后或采取强制措施之日起有聘请律师的权利,允许被逮捕的犯罪嫌疑人及其律师申请取保候审。这些修改在很大程度上反映了改革开放的新形势下加强人权保障的总体趋势,同时也兼顾了侦查机关追究犯罪的现实需要。

但是,从《刑事诉讼法》的实施情况来看,无论是在立法上,还是在实务上,我国刑事诉讼中的强制措施制度都还存在不少的问题,距离法治原则和刑事司法的国际准则还有较大的差距,因而必须采取有效措施加以完善。本文拟从比较法的角度对我国刑事强制措施的主要特点加以简要的说明,然后对我国现行刑事强制措施制度存在的问题加以剖析,最后从制度设计和立法的角度就改革和完善我

---

\* 西南政法大学教授。本文是教育部全国优秀博士学位论文作者专项基金资助项目《侦查程序与人权保障》(项目批准号:200305)的阶段成果。

〔1〕 参见〔日〕高田卓尔:《刑事诉讼法》,青林书院1984年二订版,第144页。

国刑事强制措施制度提出一些初步的设想。

## 一、我国刑事强制措施的主要特点

虽然强制措施已经成为各国刑事立法中普遍确认的一项诉讼制度,但是各国法律规定的强制措施在种类、适用条件和程序等方面存在较大的差异。概括地说,可以将刑事强制措施界定为参与刑事诉讼的国家机关为了收集保全犯罪证据、迫使犯罪嫌疑人或被告人到案受审以及保证将来有罪判决所处刑罚的执行而依照法定程序采取的限制个人基本人权的各种强制方法。根据不同的标准,可以对刑事强制措施进行不同的分类。如根据侵犯的权利性质不同,可以把强制措施大体上分为以下四类:一是限制或剥夺人身自由的强制措施,如拘传、逮捕、羁押等;二是限制财产权的强制措施,如搜查和扣押等;三是侵犯身体健康的强制措施,如强制采样;四是侵犯通讯权或隐私权的强制措施,如监听或拦截通讯,强制进行人身检查、秘密录像等。<sup>[2]</sup>除侵犯财产权的强制措施外,其他三类强制措施还会在不同程度上侵犯个人的人格尊严。根据其适用对象不同,可以把强制措施分为对犯罪嫌疑人、被告人的强制措施以及对证人、保证人或其他人的强制措施,前者如对犯罪嫌疑人的逮捕和搜查,后者如对证人的拘传或罚款、对保证人的罚款以及对第三人住宅的强制搜查,等等。根据强制措施的功能不同,又可以分为强制到案的措施、强制候审的措施、强制取证的措施、诉讼保全措施和妨碍诉讼的制裁措施五种。强制到案的措施如拘传或拘捕;强制候审的措施如逮捕后的羁押或附条件释放;强制取证的措施如强制搜查、扣押和强制人身检查;诉讼保全措施如对可能判处有期徒刑的犯罪嫌疑人、被告人所有财产的查封、冻结或扣押;<sup>[3]</sup>妨碍诉讼的制裁措施如对违反保证义务的保证人的罚款或保证金的没收,对有作证义务却拒绝作证的证人的罚款,对违反法庭秩序的人的勒令退庭、罚款或拘捕,等等。根据决定或实施强制措施的权力主体不同,还可以将强制措施区分为侦查机关自行决定采取的强制措施、侦查机关经法官或法庭许可采取的强制措施和法院应侦查机关或犯罪嫌疑人的请求亲自采取的强制措施三类。<sup>[4]</sup>

与西方法治国家刑事诉讼中的强制措施不同,我国《刑事诉讼法》第一编第六章规定的“强制措施”是狭义上的强制措施,专指为了保障刑事诉讼的顺利进行而限制或剥夺人身自由的强制措施,包括拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕和扭送六种。但理论界的通说认为,“扭送”不是一种独立的强制措施,不具有诉讼性质,而是立法上赋予公民同犯罪分子作斗争的一种权利,旨在调动公民同犯罪作斗争的积极性。<sup>[5]</sup>至于搜查、扣押、查封、冻结、监听等,则一般被视为侦查中的“强制性措施”,而不是一种独立的“强制措施”。

与西方法治国家相比,我国刑事诉讼中的强制措施有以下三大特点:

[2] 与逮捕、羁押、搜查、扣押等直接对人的身体或物品实施“物理强制”不同,监听或拦截通讯由于侵害权益的特殊性,通常并不需要对权利人的身体或物品进行物理强制。但是,在未经权利人同意的情况下,监听或拦截通讯必然对权利人的隐私权或者通讯秘密权造成侵害,而这种侵害是完全违背权利人意志的,所以当代法治国家普遍将监听或拦截通讯视为“强制措施”。

[3] 如《德国刑事诉讼法典》第132条规定:“未构成签发逮捕令的前提条件时,为了保障刑事诉讼程序的进行,对在本法效力区域内无固定居所或者住所的、有重大犯罪嫌疑的被指控人,法官(在紧急情况下,检察院或者其附属官员)可以责令”其“对可能的罚金、程序费用提供适当的担保”;根据同法第111条c至第111条p的规定,有重要根据估计命令追缴价值补偿、收缴价值补偿的前提条件已经成立时,法官(在紧急情况下,检察院或者其附属官员)可以命令以提取、作扣押登记、冻结等方式对有关动产或不动产加以扣押。《意大利刑事诉讼法典》第316条也规定:“如果确有理由认为缺乏或者将丧失支付财产刑、诉讼费用或者其他应向国库缴纳的款项的保障,公诉人可以在诉讼的任何阶段和审级中要求对被告人的动产或不动产或者归属于他的钱财实行保全性扣押,上述扣押应遵守法律为正式扣押规定的有关限度。”

[4] 如《日本刑事诉讼法典》第179条规定,在侦查阶段,犯罪嫌疑人或者其辩护律师可以在符合证据保全的条件时请求法官做出扣押、搜查、勘验、询问证人或者鉴定人的处分,收到此项请求的法官与法院或者审判长有同等权限。

[5] 参见陈光中、徐静村主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社2000年修订版,第217页。

### (一)立法授权的分散性和实际权力的集中性

根据我国法律的规定和理论界的通说,刑事诉讼中的强制措施只能由依法享有侦查、起诉和审判权力的机关决定适用,其他任何机关、团体和个人都无权实施强制措施。在这个意义上,可以说,强制措施具有“专属性”。但是在侦查、起诉和审判机关之间,关于适用强制措施的权力如何合理分配,则并没有具有充分理论依据的指导原则,而基本上取决于各自的“办案需要”。公安机关依法享有侦查权,为了调查收集证据、查获犯罪嫌疑人、查明案件事实,自然应当有权适用强制措施,因而法律赋予了它拘传、取保候审、监视居住、拘留以及提请批准逮捕和执行逮捕的权力。检察院享有部分案件的立案侦查权,并且承担绝大多数刑事案件的起诉职责,为了保证检察权的有效行使,法律赋予了它拘传、取保候审、监视居住、拘留和自行决定逮捕的权力;同时,检察院还是国家的法律监督机关,有权对公安机关的侦查活动实行法律监督,基于法律监督以及分权制约的需要,法律对公安机关立案侦查的案件中的逮捕权进行了分割:公安机关只有提请批准逮捕和执行逮捕的权力,而批准逮捕的权力则由检察院行使。法院作为审判机关,有责任依法惩罚犯罪分子,同时保障无罪的人不受刑事追究,为了确保审判活动的顺利进行,防止被告人逃避审判或应得的惩罚,法律授权法院可以对被告人予以拘传、取保候审、监视居住和逮捕。从立法上看,侦查、起诉、审判三机关适用强制措施的权力是并行的,没有高低或大小之分,除了办案程序上的分工、制约和配合关系之外,三机关都有权独立决定适用相应的强制措施,不受其他机关的审查。特别是公安、检察机关采取强制措施,既不需要法院的事先授权,也不受法院的事后审查。因而,立法上关于强制措施的授权具有相当的分散性。但从刑事诉讼的实务运作来看,由于我国刑事诉讼采取了“流水作业”的操作方式,公安、检察机关和法院分别承担侦查、起诉和审判职责,加之起诉阶段和审判阶段相对于侦查阶段而言时间较短,调查取证、查获犯罪嫌疑人、查明案件事实的主要压力集中在侦查阶段,因而实际上适用强制措施的权力主要集中在侦查机关手中,尤其是负责主要侦查职责的公安机关手中。即使是逮捕这样一种公安机关不能独立决定的强制措施,在司法实践中也主要是针对公安机关侦查的犯罪嫌疑人适用的。这与法治国家将紧急情况以外的人身强制措施的决定权统一交由独立的司法机关行使形成了鲜明的对比。

### (二)适用对象的特定性

这是指强制措施只能适用于犯罪嫌疑人、被告人,包括现行犯和重大嫌疑分子,而被害人和其他诉讼参与人(如证人)以及诉讼参与人以外的人,即使其严重违反诉讼程序,或者有妨害诉讼的行为,只要尚未达到构成犯罪的程度,就不能对其适用强制措施,而只能用其他方法对其做出相应的处理。这一特点表明,强制措施只能在刑事诉讼过程中使用,必须受到刑事诉讼法的严格限制。这反映了立法机关对历史经验教训的认真总结和深刻反省。因此,虽然法律上明确规定,对违反保证义务的保证人可以处以罚款,对违反法庭秩序的诉讼参与人和旁听人员可以勒令退庭、罚款或拘留,但这些处罚手段并没有被作为“强制措施”对待,而只是作为附带的程序性制裁手段在有关章节中分别加以规定。在立法者看来,由于强制措施直接限制或剥夺公民的人身自由,并且是出于追究刑事责任的需要而适用的,在历史上这种权力有过被滥用的痛苦经历,曾经导致不少无辜的公民丧失人身自由,甚至最后被迫害致死,因而必须加以特别严格的约束,在适用对象以及相应的条件和程序上做出专门的规定。根据这一立法精神,任何单位或个人如果对犯罪嫌疑人、被告人以外的人适用强制措施,都是非法的。

### (三)适用目的的单一性

我国的刑事强制措施不仅不能对被追诉者以外的人适用,而且即使是对被追诉者本人,也不能任意适用。根据《刑事诉讼法》的规定,逮捕犯罪嫌疑人、被告人必须具有法定的条件或理由,拘留的适用必须以存在紧急情况或者重大嫌疑为前提,其他三种强制措施也只能在立案以后的诉讼过程中出于保证诉讼活动顺利进行的目而选用。具体来说,刑事强制措施的主要目的在于防止犯罪嫌疑人、被告人逃跑、自杀、串供、毁灭证据、伪造证据、转移赃款赃物,保障侦查、起诉和审判活动的顺利进行;同时也是为了防止犯罪嫌疑人、被告人继续实施新的犯罪或其他危害社会的行为。如关于逮捕的条

件,我国《刑事诉讼法》第60条规定:“对有证据证明有犯罪事实,可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人,采取取保候审、监视居住等方法,尚不足以防止发生社会危险性,而有逮捕必要的,应即依法逮捕。对应当逮捕的犯罪嫌疑人、被告人,如果患有严重疾病,或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女,可以采用取保候审或者监视居住的办法。”根据这一规定,决定逮捕犯罪嫌疑人、被告人必须同时具备“证据要件”、“罪行要件”和“必要性”三要件,特别是“必要性”这一要件,清楚地表明了逮捕措施只能在为了保证诉讼顺利进行不得不用时才能决定适用,而不能为了其他任何目的加以适用。如果说强制措施适用对象的特定性是为了防止对被追诉者以外的人非法适用强制措施的话,那么,强制措施目的单一性则是为了防止对被追诉者本人滥施强制措施,二者都体现了立法对公民人身自由的高度尊重和严密保障。

## 二、我国刑事强制措施制度存在的主要问题

关于我国刑事强制措施存在的问题,学界近年来有较多的讨论。理论界和实务界分别从不同的角度提出了各种意见,还有一些实证性的调查报告和专题性的比较研究成果。<sup>[6]</sup> 根据个人的观察和思考,对照国际社会公认的刑事司法准则,笔者认为,我国刑事强制措施制度主要存在以下问题:

(一)在强制措施的体系上,过度依赖羁押性手段,而对羁押的替代措施重视不够。

如前所述,在现代各国刑事诉讼中,都存在剥夺人身自由和限制人身自由两种强制措施。然而,单就等候审讯或审判的强制措施而言,剥夺人身自由只是一种例外,即使是已经被逮捕的犯罪嫌疑人,也往往能够附条件地被释放,在基本自由的状态下等候审判和准备辩护。如在德国的前西德各州,2000年全年只有36000人受到审前羁押,大约占刑事法院判决人数的4%,如果不考虑违警罪,被审前羁押的嫌疑人比例大约是6%。<sup>[7]</sup> 英国自《1976年保释法》实施以后,羁押候审的比例大幅度下降,1990年降至10%,其后虽有一定程度的回升,但最高年份2000年也只有14%。<sup>[8]</sup> 日本法务省《平成十五年犯罪白皮书》显示,在2003年,日本各地检察机关处理的刑事案件(不含与交通有关的过失罪和违反道路交通规则的犯罪)中,犯罪嫌疑人的逮捕率仅占32.3%,全体犯罪嫌疑人的羁押率则更低,不足30.4%,<sup>[9]</sup> 与前一年度的逮捕率和羁押率基本相同。<sup>[10]</sup> 在美国,根据联邦司法部的统计,1996年,在警察逮捕后被指控犯有联邦法上的罪行的56982人中,经法院批准羁押的仅占34%,其他多数被告人均以个人具结或保释的形式被释放。<sup>[11]</sup>

《公民权利与政治权利国际公约》第9条规定:“等待审判的人被置于羁押状态不应当是一般的原则,但是释放时可以附加担保在审判时或司法程序的其他阶段出庭或者在案件需要的情况下于执行刑罚时到场的条件”。联合国人权事务委员会在关于该条规定的“一般性评论”中明确指出:“审前羁押应是一种例外,并尽可能的短暂”。<sup>[12]</sup> 联合国大会1988年12月9日通过的《保护所有遭受任何形式羁押或监禁的人的原则》第39条规定:除了在法律规定的特殊案件中,经司法机关根据司法利益决

[6] 参见陈卫东主编:《刑事诉讼法实施问题调研报告》,中国方正出版社2001年版,第9页以下;樊崇义主编:《刑事诉讼法实施问题与对策研究》,中国人民公安大学出版社2001年版,第125页以下;陈瑞华:《问题与主义——刑事诉讼基本问题研究》,中国人民大学出版社2003年版;陈光中主编:《中德强制措施国际研讨会论文集》,中国人民公安大学出版社2003年版;陈卫东主编:《保释制度与取保候审》,中国检察出版社2003年版;李忠诚:《刑事强制措施功能研究》,《法制与社会发展》2002年第5期。

[7] 参见[德]魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第95页。

[8] 参见[英]麦高伟、威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,法律出版社2003年版,第110页以下。

[9][10] 参见日本法务省《平成十五年犯罪白皮书》, <http://www.moj.go.jp> (2004-7-19)。

[11] 参见 Federal Bureau of Statistics, Federal Pre-trial Release and Detention 1996, <http://www.usdoj.gov> (2004-7-19)。

[12] CCPR General Comment No. 08: *Right to liberty and security of persons* (Art. 9), 30/06/82. <http://www.unhcr.ch/tba/doc.nsf> (2004-7-19)。

定羁押的以外,被追诉者有权在等待审判的过程中被释放。联合国大会 1990 年 12 月 14 日批准的《非拘禁措施最低限度标准规则》第 6.1 条也规定:“在适当考虑对指控犯罪的调查以及对社会和被受害人的保护的同时,审前羁押应当作为刑事程序中的最后手段加以使用。”这些规定均表明,犯罪嫌疑人和被告人在判决以前的等待过程中不被长时间地剥夺人身自由应当是一种原则,而未决羁押只是万不得已的情况下才能采取的例外措施。

与法治国家的做法和国际准则的要求不同,我国刑事诉讼中的强制措施以剥夺人身自由的拘留、逮捕措施为核心,犯罪嫌疑人、被告人在羁押状态下接受侦查、检察人员的讯问以及等候审判,是绝大多数刑事案件的“常规”程序。根据最高人民检察院的工作报告和《中国法律年鉴》,自 1997 年新《刑事诉讼法》实施以来的七年里,全国检察机关每年批准和决定逮捕的犯罪嫌疑人人数与决定提起公诉的人数相比,有三年(1997、1998 和 2000)超过 100%,即逮捕的人数比起诉的人数还要多,最低比值为 2003 年的 93.35%,<sup>[13]</sup>即使扣除部分虽被逮捕但最后被决定不起诉的犯罪嫌疑人不计,被告人的羁押候审率至少也在 90%以上;考虑到公安机关在提请批准逮捕以前通常都会先行拘留犯罪嫌疑人,检察机关也有权决定适用拘留,而每年都有大量被拘留的犯罪嫌疑人后来没有被批准逮捕,侦查阶段犯罪嫌疑人的羁押率实际上肯定远远高于被告人的羁押率。<sup>[14]</sup>相比之下,立法虽然规定对可能判处管制、拘役以及没有逮捕必要的犯罪嫌疑人、被告人可以适用取保候审或监视居住的强制措施,但事实上,公安、检察机关很少适用。之所以很少适用取保候审或监视居住,除了执法观念、侦查模式方面的原因外,主要是因为立法上对取保候审和监视居住的条件规定得不明确,取保候审的担保措施不力,监视居住的执行方式难以操作,实际适用时侦查、起诉机关感到非常“不方便”,不足以保证侦查、起诉活动的顺利进行;加之对拘留、逮捕后的羁押程序缺乏有效的监督审查机制,羁押以后对于调查取证和讯问工作非常便利,所以侦查、起诉机关自然会“优先”适用羁押性的强制措施。持续不断的“严打”斗争和专项打击活动,进一步强化了侦查、起诉机关对羁押手段的依赖,从而导致羁押的普遍化。

羁押的普遍化可能产生多方面的消极后果。首先,对于中国这样一个发展中国家来说,它直接增加了执法和司法的成本,有限的看守设施和捉襟见肘的财政预算也很难为人数众多的在押犯罪嫌疑人提供基本的人道待遇;其次,为极少数执法官员实施刑讯逼供提供了便利条件;再次,增加了错误羁押的几率,这不仅使公民的人身自由随时受到威胁,而且也人为地扩大了国家对错拘、错捕的赔偿责任;最后,容易导致在押犯罪嫌疑人在犯罪恶习或手段方面的“交叉感染”,加重了国家在有效控制犯罪、稳定社会秩序方面所承受的压力。

(二)在制度设计上未能充分体现人权保障的精神,侵权预防和救济机制不健全。

现代刑事诉讼的基本原则之一是无罪推定,根据这一原则,任何人在法院依法判决有罪之前在法律上都是无罪的,既然如此,他的人身自由就应当得到法律的保障。而强制措施却直接限制或剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身自由,它使得一个在法律上处于无罪地位的公民丧失或者基本丧失了从事正常社会活动的必要条件。有鉴于此,法治国家普遍确立了程序法定原则、比例原则和司法审查原则,通过宪法或法律明确将强制措施的适用条件、程序、期限等加以限定,要求对于强制措施种类和期限

[13] 1997-2003 年各年度全国检察机关批准逮捕和提起公诉的人数见下表:

年 度	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
批捕人数	537363	598101	663518	715833	841845	782060	764776
起诉人数	525319	584763	672367	708836	845306	854870	819216

[14] 例如,2002 年,全国检察机关决定不批准逮捕的犯罪嫌疑人累计 466357 人,这些人在公安机关提请批准逮捕时,几乎无一例外地已经被拘留。如果把这一数字与当年批准、决定逮捕的人数(782060)相加,比当年检察机关决定起诉的人数(854870)与不起诉的人数(106715)之和还要多。如果不考虑撤销案件的数量,这说明对犯罪嫌疑人的羁押率已经超过 100%,也就是说,没有哪一个犯罪嫌疑人不曾被拘留或逮捕过。

的选择必须与涉嫌犯罪的严重程度和犯罪嫌疑人的人身危险性相适应,并且通过独立的司法官(法官)进行事先授权和事后审查,为人身自由受到限制或剥夺的公民提供有效的司法救济。大陆法系的预审法官制度(特别是法国2000年修改《刑事诉讼法典》时确立的“自由和羁押法官”制度)、英美法系的“人身保护令”制度等,都对政府在刑事诉讼中限制或剥夺公民的人身自由施加了严格的限制条件,并且提供充分的程序救济。《公民权利与政治权利国际公约》第9条规定:“二、任何被逮捕的人,在被逮捕时应被告知逮捕他的理由,并应被迅速告知对他提出的指控。三、任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人,应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员,并有权在合理的时间内受到审判或被释放。……四、任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人,有资格向法庭提起诉讼,以便法庭能不拖延地决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放。”根据联合国人权事务委员会的意见,审前羁押的合法性和必要性必须由独立和不偏不倚的法院进行及时、有效地审查,法院在审查羁押合法性、必要性时应当听取被羁押人或其律师的意见。<sup>[15]</sup>

我国1996年修改后的《刑事诉讼法》关于强制措施的规定虽然在一定程度上体现了保障人身自由的精神,但从立法规定和实务运用来看,这种保障仍然显得力度不够,其突出表现是:所有剥夺或限制人身自由的强制措施一律采用单方面的行政审批程序,缺乏司法授权和司法审查程序,不足以防止强制措施被滥用。根据现行法的规定,公安机关有权独立决定拘传、取保候审、监视居住和拘留;经检察机关批准,还可以适用逮捕措施。公安机关独立决定适用强制措施时,由公安机关的领导内部审批即可,不需要举行任何形式的听证程序;检察机关审查批准逮捕时,完全依据公安机关单方面侦查取得的书面证据材料不公开进行,既不听取犯罪嫌疑人或者其律师的意见,也不举行听证;检察机关在自行侦查案件过程中需要适用强制措施时,也同样采用内部的、书面的审批程序。公安、检察机关在适用强制措施时,除在《取保候审决定书》、《监视居住决定书》或者《拘留证》、《逮捕证》上载有涉嫌犯罪的罪名以外,甚至连采取这一措施的理由也不必告知犯罪嫌疑人。这些强制措施对犯罪嫌疑人人身自由的限制或剥夺,短则可能持续十几天(如拘留),长则可能达到数月(如监视居住)、一年(如取保候审),甚至超过一年(如逮捕后的羁押)。不仅如此,立法上针对可能出现的复杂情况,为公安、检察机关延长羁押期限做出了诸多灵活性的规定,如在侦查过程中发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的,重新计算侦查羁押期限;对犯罪嫌疑人做精神病鉴定的时间,不计入羁押期限;办案机关改变管辖的,重新计算办案期限,等等。这些期限的重新计算都不需要其他机关批准。至于法律允许的在各种情形下对羁押期限的“延长”,也只需要上级检察机关的批准,根本不容犯罪嫌疑人或者其律师提出任何申辩。在如此漫长且灵活多变的时间里,被采取强制措施的犯罪嫌疑人除了向公安、检察机关提出申诉以及在强制措施的期限届满以后要求解除强制措施以外,没有权利向法院提出申诉,要求法官对强制措施的合法性进行审查,而只能无可奈何地等待公安、检察机关对案件实体问题的处理结论。可以说,面对公安、检察机关采取的强制措施,犯罪嫌疑人基本上处于一种无助的状态。

针对实践中出现的错案,人们常常总结经验说“根源在于刑讯逼供”,殊不知刑讯逼供的前提是施行刑讯逼供的侦查人员控制了犯罪嫌疑人的人身自由,因此错案的起始原因在于公民个人的人身自由未能得到程序法的有效保障。这不仅是我国刑事强制措施制度的重大缺陷,也是我国宪法制度存在的问题之一。

(三)“惩罚性”地适用强制措施的情况比较普遍。

强制措施本来是以保障刑事诉讼活动顺利进行为宗旨的,其固有特征在于它对合法诉讼活动的保障性和对程序违法的预防性,而不具有惩罚性,因此它与刑罚和行政处罚等实体法上的“制裁”方法有着本质的区别。国际准则不仅禁止非法适用强制措施,而且也禁止“不合理地”或“不必要地”适用

[15] See *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, United Nations, 2003, pp.197-209.

强制措施。然而在我国刑事诉讼中,却比较普遍地存在强制措施“惩罚化”的情况,即公安、检察机关有意识地把强制措施作为对犯罪嫌疑人、被告人的一种惩罚,甚至是对其他人的一种威慑。考察司法实务,可以发现,惩罚性地适用强制措施主要表现在,拘留、逮捕等剥夺人身自由的强制措施的适用,有三种不同的形式:一是通过“公处大会”或“公捕大会”的方式,把拘留、逮捕当作与行政拘留和刑罚相当的惩罚性措施加以适用,明确地向普通公众传达“违法犯罪的下场”;二是把被拘留、逮捕的犯罪嫌疑人、被告人当作“准罪犯”对待,不仅强制性地对其中不少人“剃光头发”,还以刑讯逼供等非法方法和不合理的长期羁押等“合法”手段迫使犯罪嫌疑人、被告人“交待”罪行;三是滥用《刑法》关于未决羁押可以折抵刑期的规定,对判决前已经受到较长时间羁押的被告人,在其被指控的犯罪缺乏确实、充分的证据证实的情况下,由法院做出有罪判决,并且“适当参考”甚至完全“比照”所受的羁押期限判处相应的刑罚。

惩罚性地适用强制措施,是“以阶级斗争为纲”的年代里以处理“敌我矛盾”的方式办理刑事案件的做法在新形势下的延续。其观念上的前提是有罪推定,把犯罪嫌疑人、被告人一律以罪犯相待;其现实条件是公、检、法三机关“平起平坐”的诉讼构造。既然三机关的职能都是“打击犯罪,保护人民”,公安、检察机关抓获的“人犯”当然也会被法院判决认定为罪犯,以“先行羁押”的方式“预支”部分刑罚,自然完全符合“办案需要”。这不仅与刑事司法的国际准则和宪法关于“尊重和保障人权”的要求相抵触,而且也有悖于强制措施本身的固有性质,使刑事程序几乎完全沦为专门机关借以“治罪”的工具,而在很大程度上丧失了最起码的权力制衡和权利保障的功能,从而导致滥用强制措施现象的加剧,客观上为产生新的冤、假、错案提供了便利。

(四)侦查、起诉机关自我授权和执法违法的现象比较突出。

在我国,《刑事诉讼法》是依据《宪法》制定的“基本法律”之一,其他一切有关刑事诉讼的法律、行政法规、部门规章、司法解释、条例和地方性法规等都不得与之相抵触,否则就应当是无效的。这既是我国《宪法》和《立法法》的基本精神之一,也是法治原则的基本要求之一。但是,在强制措施的解释和适用方面,公安、检察机关的有关部门规章和司法解释却存在明显的自我授权现象,从而削弱了法律对公民人身自由的保障。如公安部1998年制定的《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称《规定》)第112条规定:“犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址、身份不明,在30日内不能查清提请批准逮捕的,经县级以上公安机关负责人批准,拘留期限自查清其身份之日起计算”。这一规定与《刑事诉讼法》第128条第2款的规定相冲突,因为后者的规定是:“犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址,身份不明的,侦查羁押期限自查清其身份之日起计算。”对照同法第124条,这里的“侦查羁押期限”是指“逮捕后的”羁押期限,而不是拘留以后提请批准逮捕的期限。《规定》第96条在《刑事诉讼法》以外增加规定:“被监视居住的犯罪嫌疑人在监视居住期间,公安机关根据案情需要,可以暂扣其身份证件、机动车(船)驾驶证。”《规定》第63条、第94条“授权”公安机关对检察机关已经决定不批准逮捕、不起诉的犯罪嫌疑人适用取保候审或监视居住措施,变通了《刑事诉讼法》第70条和第143条关于在这两种情形下“应当立即释放”的规定,扩大了公安机关的权力。类似的“自我授权”的情形还有最高人民法院1999年制定的《人民检察院刑事诉讼规则》第55条关于取保候审期限的规定以及最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部1999年联合发布的《关于取保候审若干问题的规定》第12条关于暂扣保证金的规定,等等。

至于公安、检察机关在适用强制措施过程中执法违法的现象,那就更为突出了。如以连续拘传的方式变相延长控制犯罪嫌疑人的期限;对同一犯罪嫌疑人重复取保候审,违反法定条件适用取保候审;以变相拘禁的方式执行监视居住;对不符合《刑事诉讼法》第69条第2款规定的犯罪嫌疑人也适用30日的提请批准逮捕的期限,对没有逮捕必要的犯罪嫌疑人批准逮捕,超期羁押;对处于强制措施控制之下的犯罪嫌疑人进行刑讯逼供;以部门规章、司法解释或地方规范性文件的形式随意限制犯罪

嫌疑人或者律师的权利等等。<sup>[16]</sup> 由于立法上对违法适用强制措施的做法缺乏适当的救济措施,有关的责任追究机制不够健全,犯罪嫌疑人的人身自由受到非法剥夺或限制却无法在刑事诉讼领域内得到有效的救济,由此造成一些严重的错案,一些犯罪嫌疑人的亲属因此被迫走上了“上访”的道路,引起社会舆论的强烈不满。自20世纪90年代以来,最高人民法院、最高人民检察院和公安部等机关多次集中清理“超期羁押”,<sup>[17]</sup> 虽然大幅度地减少了非法羁押的现象,但是“边清边超、前清后超”的现象较为突出,如何从制度上防止强制措施的非法适用(包括超期羁押问题)至今仍然未能得到彻底解决。

(五)立法规定的强制措施与实际适用的强制措施相脱节,存在一些“法外”的强制措施。

在法治原则之下,每一种国家权力的行使都必须有法律上的依据,符合法定的程序。尤其是剥夺或限制人身自由的强制权力,更要受到法律的严格限制,以防止政府无根据地或者非法限制或剥夺公民个人的人身自由。法治国家都对刑事诉讼中能够适用的强制措施以成文法或判例法的方式做出明确的规定,除了这些明确规定的强制措施以外,不得出于收集保全证据、保证犯罪嫌疑人或被告人于审判或执行刑罚时到场为目的而以任何其他的方式限制或剥夺人身自由。《公民权利与政治权利国际公约》第9条第1款规定:“人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或者拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由。”我国《宪法》第37条规定:“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。禁止以非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。”《刑事诉讼法》第3条规定:“对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审,由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉,由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外,其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。”《立法法》第8条规定,有关“犯罪和刑罚”、“限制人身自由的强制措施和处罚”等事项,只能由“法律”做出规定。这些规定均表明,剥夺或限制人身自由的强制措施必须以严格意义上的“法律”为依据,不仅其他任何机关、团体和个人无权适用强制措施,而且即使是专门办理刑事案件的机关也只能严格依据法定的条件、程序和期限适用强制措施。

然而,由于历史和现实的多种因素,在我国,实际被用于调查、保全证据以及防止犯罪嫌疑人、被告人逃避或阻碍侦查、起诉和审判活动的强制措施,远远不止《刑事诉讼法》所规定的五种。其中比较明显的表现有三:一是《警察法》第9条规定的“留置盘查”被普遍用于办理刑事案件<sup>[18]</sup>,有的公安机关拘留的犯罪嫌疑人90%以上都事先经过留置盘查<sup>[19]</sup>;二是劳动教养等“行政法规”所规定的审查措施或行政处罚手段也被一些公安机关用于查处刑事案件,以避免直接决定刑事拘留后超过法定的羁押期限,甚至对同一违法犯罪嫌疑人连续适用行政拘留、刑事拘留和劳动教养三种不同性质的剥夺

[16] 参见陈卫东主编:《刑事诉讼法实施问题调研报告》,中国方正出版社2001年版,第9页以下。

[17] 参见《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于严格执行刑事诉讼法,切实纠正超期羁押的通知》(2003年11月12日);《最高人民法院关于清理超期羁押案件有关问题的通知》(2003年7月9日);《最高人民检察院关于进一步清理和纠正案件超期羁押问题的通知》(2001年1月21日);《最高人民检察院、最高人民法院、公安部关于严格执行刑事诉讼法关于对犯罪嫌疑人、被告人羁押期限的规定,坚决纠正超期羁押问题的通知》(1998年10月19日);《最高人民检察院关于清理和纠正检察机关直接受理侦查案件超期羁押犯罪嫌疑人问题的通知》(1998年6月5日);《公安部关于建立看守所、收审所在押人员超期羁押、超时限关押情况报告、通报制度的通知》(1995年11月14日);《最高人民检察院、最高人民法院、公安部、国家安全部关于严格执行刑事案件办案期限,切实纠正超期羁押问题的通知》(1993年9月3日)。

[18] 这一做法已经得到公安部的认可,参见赫赤勇:《关于〈公安机关办理刑事案件程序规定〉的说明》,载中国法学会诉讼法学研究会编:《公检法机关执行刑事诉讼法新规定》,群众出版社1999年版,第320页。

[19] 参见万玲:《对公安机关使用留置盘问的几点思考》,《中国刑事法杂志》1998年第6期。



人身自由措施<sup>[20]</sup>；三是执政党的纪律检查委员会和政府的监察部门普遍使用“双规”、“两指”的办法参与查办国家工作人员贪污、受贿等赎职犯罪案件<sup>[21]</sup>。这些游离于《刑事诉讼法》以外的强制措施，对法定的强制措施带来严重的冲击，对公民的人身自由构成多重威胁。如何正确对待各种没有“法律”依据的强制方法以及如何协调各种合法强制措施之间的关系，成为完善我国刑事强制措施体系时必须面对的一个急迫现实问题。

### 三、我国刑事强制措施制度的改革与完善

我国刑事强制措施制度存在的上述问题，源于多种不同的原因，而且不同的问题的起因也不完全相同，概括起来，基本原因大体上有以下六个方面：一是全社会的人权意识尚不够发达，对人身自由的保障未能真正从宪政的角度给予重视，特别是一些侦查、检察人员有罪推定、等级特权的陈旧观念根深蒂固，以至于根本没有把犯罪嫌疑人当作与自己有着平等人格和尊严的人来对待；二是立法者和执法者对强制措施的性质认识有偏颇，赋予强制措施太多的、不应有的功能，特别是盲目推崇强制措施的威慑作用，以至于强制措施与刑罚不分；三是“侦查中心主义”的诉讼构造使得侦查阶段收集的证据基本上可以不受限制地进入庭审程序，成为定罪判刑的根据，从而将定案处理的全部压力和实际权力几乎集中在侦查阶段；同时，“口供中心主义”的侦查模式又使得侦查机关对案件的侦破和案件事实的调查过分倚赖口供，强制措施则成为侦查机关获得口供和其他证据线索、查获余罪的“捷径”，并且成为全案最终能够以有罪判决终结的基础条件；四是在制度设计上未能贯彻拘留、逮捕与羁押相分离的原则，而将承担监管职责的看守所交由主要的侦查机关——公安机关领导，并且对强制措施缺乏独立的司法审查机制，为部分公安、检察机关滥用强制措施特别是滥用羁押手段提供了便利；五是现有的取保候审和监视居住措施程序设计不合理，又缺乏其他有效的羁押替代措施，导致羁押的普遍化；六是立法技术上对剥夺或限制人身自由的强制措施缺乏通盘考虑，行政强制措施、刑事强制措施、纪律检查手段之间缺乏必要的协调，对强制措施的决定、执行、变更、撤消和解除程序的规定缺乏可操作性，为行政法规、部门规章、司法解释、地方规范性文件等随意扩大公安、检察机关的权力，限制犯罪嫌疑人或其律师的权利提供了可乘之机。

可见，我国刑事强制措施制度存在的问题，不仅仅是强制措施制度本身的问题，它涉及到我国刑事诉讼的基本理念、刑事政策、司法权力的配置、诉讼构造、看守所管理体制、程序规则、证据规则等各个方面。因此，要彻底解决这些问题，需要从以上各个方面进行“综合治理”，这当然不是短期内就可以做到的。然而，根据我国已经签署的《公民权利与政治权利国际公约》以及其他国际性文件和宪法关于人身自由不受非法侵犯的原则规定，必须积极、稳妥地推进刑事强制措施制度的民主化、法治化进程，革除刑事强制措施所存在的制度性缺陷，切实贯彻无罪推定、程序法定、分权制衡和司法救济原则，使专门机关适用强制措施的权力被控制在保证刑事诉讼活动顺利进行所必要的最低限度以内，从而对公民的人身自由提供足够的程序保障。从制度设计的角度出发，改革和完善我国刑事强制措施制度，应当采取以下措施：

（一）对适用刑事强制措施的权力进行重新分配，健全刑事强制措施体系。

首先，将所有用于办理刑事案件的人身强制方法统一作为刑事强制措施加以规定。除行政机关可以依法适用行政拘留、强制戒毒、强制医疗、驱逐出境和紧急状态下的强制隔离措施以及法院依法判处的刑罚以外，禁止国家专门机关以外的任何机关、团体和个人适用剥夺或限制人身自由的强制方法，以实现刑事强制措施与刑事诉讼以外的剥夺或限制人身自由的强制方法以及刑罚处罚之间的衔

[20] 参见黎伟华：《关于公安权力的法律思考》，《民主与法制》2000年第16期。

[21] 参见陈光中主编：《刑事诉讼法实施问题研究》，中国法制出版社2000年版，第81页。

接,保证公民的人身自由不受非法侵犯。在这一方面,《欧洲人权公约》第5条对合法剥夺人身自由的强制方法明文加以列举的规定<sup>[22]</sup>,值得借鉴。

其次,将刑事诉讼中的人身强制措施区分为“强制到案的措施”与“强制候审的措施”两大类。在侦查、起诉阶段,原则上,强制到案的措施属于公安、检察机关的权限,公安、检察机关有权独立决定适用,但利害关系人在事后可以申请法院进行司法审查;强制候审的措施原则上属于法院的权力范围,只有法院才能以程序性裁判的方式命令适用。强制到案的措施包括留置、拘传、拘留、逮捕,强制候审的措施包括羁押、取保候审和监视居住。对已经被留置、拘传、拘留、逮捕的犯罪嫌疑人,公安、检察机关如果认为应当适用强制候审的措施的,应当在法定期限届满以前以书面方式向法院提出申请,由法院做出裁定;但侦查机关在符合法定情形时也可依职权或者应利害关系人的申请决定适用取保候审。这样,一方面可以保证公安、检察机关有足够的手段查获犯罪嫌疑人、制止现行犯罪,便于他们依据法定程序收集犯罪证据;另一方面又可以将他们的“固有权力”限制在“强制到案”的范围以内,超出这个范围,则原则上必须事先获得司法授权,并且必须接受法院的事后审查,从而为人身自由受到侵犯的公民提供必要的司法救济。

(二)对强制到案的措施适用的对象、理由、期限和程序做出明确的规定,防止公民被非法地或者无根据地置于犯罪嫌疑人的地位。

首先,鉴于“留置盘查”事实上已经被作为刑事强制措施在使用,而且其适用对象主要是正式立案前被他人控告或指认有犯罪嫌疑的人以及有其他违反治安管理或犯罪嫌疑的人,应当在《刑事诉讼法》中对其做出明确的承认,并对其适用的实体要件和程序要件做出明确的规定。公安部已经于2004年8月4日公布了《公安机关适用继续盘问规定》,并决定于同年10月1日起实施。该《规定》总结了近年来公安机关适用留置盘查的经验教训,对留置盘查的适用对象和时限、审批和执行程序、候问室的设置和管理以及执法监督机制作了具体的规定,反映了公安部以部门规章的形式改进公安执法工作、加强人权保障的积极努力,值得肯定。但《规定》的内容仍有待进一步修改完善,如留置的对象应当包括群众扭送到案的犯罪嫌疑人,以便公安机关有足够的时间对被扭送人进行必要的调查讯问;留置盘查的时间一般不得超过12小时,最长不得超过24小时,如果在24小时内仍然不能发现有合理的根据足以怀疑犯罪嫌疑人已经实施了某一特定的犯罪,不论其真实姓名、住址、身份是否查清,均应当予以释放,不能因为被留置人不讲真实姓名、住址和身份而随意进行留置盘查。禁止利用连续留置的办法变相拘禁被留置人。为了与其他强制措施相衔接,应当继续总结该《规定》的实施经验,待条件成熟后吸收其精神,写入《刑事诉讼法》,通过基本法律保障公民的人身自由不被公安机关非法侵犯。

其次,将拘传的对象限定为有证据怀疑其实施了某一特定犯罪的嫌疑人,或者已经被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人或被告人。为了防止公安、检察机关以连续拘传或者拘传与留置连续使用的方式变相拘禁犯罪嫌疑人,立法上应当明确规定:对同一犯罪嫌疑人不得连续使用拘传和留置盘查的措施,两次拘传之间至少应当间隔12小时。

再次,将拘捕区分为有证拘捕与无罪拘捕。无证拘捕仅仅适用于“现行犯”和“准现行犯”,包括《刑事诉讼法》第61条第1、2两项规定的情形;有证拘捕则适用于《刑事诉讼法》第61条第3-7项规

[22] 《欧洲人权公约》第5条第1款规定:“每个人都享有人身自由和安全。任何人不得被剥夺自由,但在下列情形下,依据法定程序进行的除外:(1)经合格的法院定罪之后对一个人的合法羁押;(2)因不遵守法院的合法命令或者为了确保履行法律规定的任何义务而对一个人的合法逮捕或者羁押;(3)有合理根据怀疑一个人已经犯罪,或者可以合理地认为有必要防止其实施犯罪或在犯罪之后逃跑时,为了把他带至合格的法律机关而进行的合法逮捕或者羁押;(4)出于对未成年人的教育管束或者为了把他带至合格的法律机关而对他的合法羁押;(5)为了预防传染病的传播而进行的合法羁押以及对心智不健全、醉酒、吸毒成瘾、流浪的人的合法羁押;(6)为了防止一个人非法入境或者对拟驱逐出境或引渡的人而进行的合法逮捕或羁押。”

定的情形。由于拘捕主要是在“紧急情形”下适用的一种制止犯罪、抓获犯罪嫌疑人的强制措施,完全要求“有证”拘捕是不现实的。事实上,《公安机关办理刑事案件程序规定》第106条第2款规定:对于符合《刑事诉讼法》第61条规定的情形之一,“因情况紧急来不及办理拘留手续的,应当在将犯罪嫌疑人带至公安机关后立即办理法律手续”。这实际上已经承认了无证拘捕。但是由于《刑事诉讼法》第64条明确要求“公安机关拘留的时候,必须出示拘留证”,公安部的上述部门规章有违反《刑事诉讼法》之嫌。因此,修改《刑事诉讼法》时应当明确肯定无证拘捕,以满足侦查机关查办刑事案件的正当需要。同时,检察机关拘捕的对象也不应当限于《刑事诉讼法》第61条第4项和第5项规定的情形,而应当包括除第6项以外的其他六种情形,以适应检察机关的侦查需要。

关于拘捕的期限,《刑事诉讼法》第69条规定:公安机关对被拘留的人,认为需要逮捕的,应当在拘留以后3日以内提请检察机关批准逮捕;在特殊情况下,提请批准逮捕的时间可以延长1日至4日;对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子,提请批准逮捕的时间可以延长至30日;检察机关审查批准逮捕的期限一律为7日。在实务上,各地公安机关普遍不加区别地将所有犯罪嫌疑人拘留后的羁押期限延长至30日,造成对公民人身自由的非法侵犯。权衡侦查讯问和调查取证的实际需要与保障犯罪嫌疑人人身自由的正当要求,应当区别有证拘捕和无证拘捕的情形,明确不同的审批权限,并且分别规定不同的期限:有证拘捕应当经过检察机关批准,并且签发拘捕令;无证拘捕,公安机关可以自行决定,但应当在48小时以内报请检察机关审查确认,并且转化为有证拘捕,否则应当释放被拘捕人;对有证拘捕的人,公安机关应当在7日以内经过同级检察机关审查同意后提请同级法院批准羁押,对流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子,经过同级检察机关书面许可,提请批准羁押的时间可以延长7日;负责审查批准羁押的法院应当在7日以内做出是否批准羁押的决定。这样,公安机关无证拘捕的期限不得超过48小时,有证拘捕的期限一般不得超过14日,最长不得超过21日。取消《公安机关办理刑事案件程序规定》第112条的规定。检察机关有证拘捕的期限可以维持现行法第134条的规定不变。

最后,公安、检察机关对被留置、拘传或拘捕的犯罪嫌疑人,必须当面告知其留置、拘传或拘捕的原因,犯罪嫌疑人如果认为留置、拘传或拘捕违法的,可以通过法定代理人或近亲属、律师向当地基层法院提出申诉,由基层法院预审法庭以“对席辩论”的方式进行合法性审查。法院审查后如果认为留置、拘传、拘捕措施违法的,应当做出命令公安、检察机关撤消留置、拘传、拘捕的裁定,释放犯罪嫌疑人。受到非法留置、拘传、拘捕的犯罪嫌疑人可以依法申请国家赔偿。

(三)对未决羁押的权力、条件、程序和期限做出明确的规定,使其成为在司法权力控制之下的独立于拘捕的强制候审措施。

首先,除羁押县级以上的人大代表需要经过同级人大或者其常委会同意以外,批准羁押的权力应当统一由法院行使,取消检察机关的批准逮捕权,以防止“以捕代侦”,贯彻《公民权利与政治权利国际公约》第9条规定的司法审查原则。为此,可以考虑在基层法院、中级法院设置对应的预审法庭,配备必要的预审法官,专门负责审查批捕羁押、强制侦查的令状签发、证据开示、审前会议以及解决控辩双方关于证据可采性的争议等程序性裁判和审前准备事项。

其次,参照现行法规定的逮捕条件,对未决羁押的条件做出合理的规定。可以将羁押的条件规定为“有确实证据足以怀疑某一犯罪已经发生和犯罪嫌疑人实施了这一犯罪,并且没有任何其他措施能够防止犯罪嫌疑人逃避侦查、审判,或者妨碍证人、被害人、鉴定人依法作证,或者继续危害社会,因而有羁押必要的”。这一规定较之现行法第60条逮捕条件的规定有三大改进:(1)根据无罪推定原则,羁押的正当根据是“犯罪嫌疑”而非“犯罪事实”,因而该规定消除了现行逮捕条件上的有罪推定色彩;(2)羁押的“必要性”这一要件被具体化,体现了未决羁押的“例外原则”,便于将替代羁押的候审措施放在优先位置加以适用;(3)规定“有确实证据足以怀疑”而非“证明”犯罪嫌疑人实施了某一犯罪,降低了羁押的门槛,有利于缩短拘捕的期限。

再次,在审查批准羁押的程序中引入拘捕前置原则和司法审查原则。具体内容包括:(1)羁押的批准权由法院专门设置的预审法官3人组成合议庭行使;(2)公安机关提请批准羁押应当通过同级检察机关提出书面申请,并且由承办检察官签名;(3)提请批准羁押的对象只能是已经被拘捕的犯罪嫌疑人;(4)预审法庭审查批准羁押应当举行听证,检察官必须当庭说明羁押的理由并提供证据,证明羁押的必要性,对此,侦查人员有义务予以协助;犯罪嫌疑人及其律师有权提供证据反驳羁押的理由,并且申请取保候审;(5)预审法庭听取控辩双方的意见后,应当按照少数服从多数的原则在法定期限以内于犯罪嫌疑人或者其律师、检察官在场的情况下宣布是否批准羁押的决定,并且说明理由;(6)对不批准羁押的犯罪嫌疑人,预审法庭应当根据控辩双方的申请和案件情况裁定取保候审或者立即释放,并且依法宣布取保候审所附带的条件;(7)对预审法庭不批准羁押的裁定,控方不得声明不服,但是可以要求预审法庭在裁定取保候审时附带必要的条件,当犯罪嫌疑人违反取保候审的条件时,或者有新的证据足以证明有羁押必要时,可以再次提请批准羁押;对批准羁押的裁定,辩方可以依法向上级法院提出上诉,并且可以申请取保候审。

第四,关于侦查羁押期限,可以继续沿用现行法的规定。但是,为了防止出现“超期羁押”,凡是需要延长羁押期限、重新计算羁押期限的,应当分别呈报上级法院或者最高法院审查批准,而不应当由上级检察机关批准。法院审查批准延长或者重新计算羁押期限,应当在法定期限届满以前根据相应的检察机关的书面申请举行听证。听证之后,法院如果没有批准延长或重新计算羁押期限的,应当命令释放犯罪嫌疑人或者依法裁定取保候审。此外,鉴于《刑事诉讼法》第128条关于“犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址,身份不明的,侦查羁押期限自查清身份之日起计算”的规定在执行过程中成为某些侦查机关超期羁押的“借口”,应当取消这一规定。犯罪嫌疑人虽然姓名、住址、身份不明,但只要有证据证明其犯罪事实的,应当按照其自报的姓名或按照规定确定的编号依法起诉和审判;如果没有证据证明其有犯罪事实,或者证明其犯罪的证据不足的,应当依法撤销案件、决定不起诉或者宣告无罪;在任何情况下,都不应当以其不讲真实姓名、住址、身份不明为由无限期地羁押犯罪嫌疑人。

第五,改革看守所的管理体制,实行看守所中立化。根据现有的管理法规,看守所在体制上属于公安机关领导和管理,这种管理体制使得看守所不可能在侦查机关与被羁押人之间保持中立。相反,为了实现追究和惩罚犯罪的共同目标,看守所对侦查机关的侦查行为,乃至违法行为,往往会提供相应的便利。因此,借鉴英国、日本和美国等国家的经验,应当使看守所独立于侦查机关,从公安机关划归司法行政部门领导,并且明确规定看守所的主要职责之一是保障被羁押人的合法权益,其中包括告知被羁押人在羁押期间享有的权利,如被告知指控犯罪的性质和理由,委托律师,申请取保候审,告知羁押的合法期限,要求进行身体检查,等等;特别是要明确,看守所应当在法定羁押期限届满以前预先通知办案机关,如果被羁押人的羁押期限已经超过了法定期限,看守所有义务通知采取强制措施的有关解除或变更强制措施。

(四)进一步充实取保候审的程序规定,努力使其成为刑事诉讼中最为常用的一种强制候审措施。

为了贯彻国际人权法中的“羁押例外”原则,借鉴英美法“保释”制度,应当大力改造取保候审制度,使多数犯罪嫌疑人、被告人能够在基本自由的状态下等候传讯或审判。具体可以采取以下措施:

第一,将取保候审规定为所有犯罪嫌疑人、被告人的一项诉讼权利。除恐怖犯罪和可能处死刑、无期徒刑的其他重大犯罪以外,所有犯罪嫌疑人、被告人,不论是否已经被留置、拘捕或羁押,都有权申请取保候审。公安机关拒绝取保候审时,犯罪嫌疑人有权再次向检察机关提出取保候审的申请;检察机关拒绝取保候审时,犯罪嫌疑人可以继续向法院预审法庭申请。所有驳回申请的决定,都必须具体说明理由。

第二,增加取保候审的附带条件。取保候审的附带条件是担保犯罪嫌疑人、被告人不逃避或妨碍侦查、审判的重要保证,犯罪嫌疑人能否满足这些条件,是办案机关判断是否适用取保候审的前提。因此,立法上允许附带哪些条件、这些条件能否起到应有的作用、办案机关在具体案件中应当如何选

择附带的条件,对于扩大取保候审的适用并且保证取保候审被正确适用,具有重要的意义。根据近几年的司法实践经验,参酌英美法中保释的条件,应当对现行法的规定做如下改革:(1)只要确有必要,保证人担保与保证金担保可以同时并用;(2)保证金可以由犯罪嫌疑人本人亲自缴纳,也可以由其他自然人、法人或非法人单位代为缴纳,以鼓励专业担保公司的建立和发展;(3)保证金的形式可以是现金,也可以是国内法院有条件没收的有价证券或不动产;可以是人民币,也可以是可兑换的外币;(4)对被取保候审的犯罪嫌疑人,除可要求其提供保证人和保证金以及遵守《刑事诉讼法》第56条规定的条件以外,在必要时,还可以附带其他条件,如不得继续实施新的犯罪;<sup>[23]</sup>上交机动车(船)驾驶证、护照或其他可供其出入境使用的有效证件;不得接触本案被害人;不得妨碍本案鉴定人客观公正地进行鉴定;每天定时向执行机关报告活动情况;禁止出入娱乐场所;接受对其酒瘾、毒瘾的治疗;在为其升学、就业考试或者其他特定的目的而取保候审时,考试或其他事务处理完毕之后及时返回看守所受押,等等。

第三,充实关于取保候审的决定、变更或撤销程序的规定。公安、检察机关决定适用取保候审时,必须事先听取犯罪嫌疑人及其律师的意见,并且根据法律的规定选择附带适当的条件;犯罪嫌疑人或其律师认为取保候审的决定或者取保候审所附带的条件不合法或者不必要的,可以申请法院予以撤销或者变更,法院对此应当在举行听证以后做出裁定。

第四,完善取保候审的执行程序和执行条件。对被取保候审人的监督和考察,应当与被监视居住人、被判处缓刑或假释的人的监督考察一起统筹安排,必要时可以考虑由社区服务机构根据当地派出所的委托有偿进行;在没有社区服务机构的地方,取保候审仍然应当由当地公安派出所的专人负责执行,但必须将对被取保候审人的监督考察落到实处。执行过程中,需要对保证人进行罚款、没收保证金时,应当经过决定机关事先批准,并且告知被取保候审人可以向上级机关申诉,也可以申请法院进行司法审查。

(五)对监视居住的适用条件和期限加以修正,防止变相拘禁和恶意延长羁押期限。

关于监视居住,目前有两种截然不同的意见:一种意见认为,应当予以废除。理由是:监视居住与取保候审难于区分,而且有时还成为变相拘禁,使监视居住失去应有的独立存在的价值,不取消不足以防止其弊端。<sup>[24]</sup>另一种意见认为,应当予以保留,但应加以改革和完善,防止变相拘禁。<sup>[25]</sup>笔者认为,监视居住虽然实际适用率很低,效果不理想,但毕竟是一种不同于羁押的强制候审措施,对于减少未决羁押的人数,节约司法成本以及减小对公民人身自由的侵犯,具有一定的积极意义,因此,应当予以保留。但是,为了防止变相羁押,同时划清监视居住与取保候审的界限,应当对监视居住的对象、权限以及被监视居住人的权利等做出更加明确的规定:(1)监视居住的对象原则上应当限于在办案机关所在地没有固定住处以及有继续流窜作案嫌疑的犯罪嫌疑人、被告人,对其他不符合羁押条件的犯罪嫌疑人、被告人,原则上应当适用取保候审的措施。(2)对监视居住的期限加以更加严格的限制,并对适用监视居住的权力加以具体分割:公安机关决定监视居住的,不得超过1个月;1个月以上、3个月以下的,必须报经检察机关批准;超过3个月的,必须经过法院预审法庭批准,但在判决以前监视居住的期限累计不得超过6个月。(3)被监视居住的人及其律师有权被告知监视居住的理由,有权申请

[23] 这一条件实际上已经包含在1999年最高人民法院、最高人民检察院、公安部和国家安全部《关于取保候审若干问题的规定》第12条之中。

[24] 徐静村主编:《21世纪中国刑事程序改革研究》,法律出版社2003年版,第255页;陈光中:《关于刑事诉讼法再修改的几点思考(上)》,《检察日报》2003年11月6日第3版。另参见晏向华、韩红:《修改刑事诉讼法的时机已经成熟》,《检察日报》2003年12月17日第3版。

[25] 陈光中、张小玲:《中国刑事强制措施制度的改革与完善》,《政法论坛》2002年第5期;另参见陈卫东主编:《刑事诉讼法实施问题对策研究》,中国方正出版社2002年版,第16页;甄贞主编:《刑事诉讼法学研究综述》,法律出版社2002年版,第127页。

法院对监视居住的合法性进行审查,并且有权申请取保候审。法院认为对犯罪嫌疑人适用监视居住不合法的,应当撤销监视居住,但可以根据案件情况以及检察机关的申请,裁定予以取保候审。(4)取消《刑事诉讼法》第57条第1项关于被监视居住人“不得离开住处,无固定住处,未经批准不得离开指定的居所”的规定,可以修改为“不得离开以固定住所为中心的正常工作、生活所必要的活动区域;无固定住处的,该活动区域由决定机关在本市、市辖区、县、自治县以内指定。”

(六)完善相关的配套制度,健全适用强制措施过程中的权利救济机制。

根据法治国家的经验,适当的救济机制是防止公民的人身自由不被非法地或者无根据地剥夺或限制的重要保证。这种救济机制内在地包含了犯罪嫌疑人的一系列诉讼权利,如被告知指控的性质和理由的权利;在合理期限内接受审判或被释放的权利;获得律师帮助的权利;获得人道待遇的权利;对非法关押获得国家赔偿的权利;获得司法救济的权利,等等。其中多数权利在我国现行法律制度中已经有一定的规定,对有些权利前文也已经作了探讨。这里需要补充以说明的是以下三项权利:

第一,律师帮助。我国《刑事诉讼法》第96条赋予了犯罪嫌疑人自被第一次讯问以后或者采取强制措施之日起聘请律师的权利,允许律师代为申诉、控告,提供法律咨询,向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌犯罪的罪名,会见在押的犯罪嫌疑人,向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。但是,由于立法上的限制和执法上的干扰,这些权利在实践中很难得到落实。根据《公民权利与政治权利国际公约》第14条的规定,“有相当的时间和便利准备辩护,并且与自己聘请的律师联络”是犯罪嫌疑人享有的最低限度的“程序保障”标准,我国作为该公约的签约国,应当积极采取措施落实这一标准,不应当有任何折扣。为此,应当对侦查阶段获得律师帮助的权利进一步加以充实:(1)允许任何犯罪嫌疑人聘请律师,而不管案件性质是否涉及国家秘密,此项权利应当由公安、检察机关在采取强制措施之日或者第一次讯问之前告知犯罪嫌疑人;(2)在押犯罪嫌疑人有权在第一次讯问结束以后立即会见律师,或者与律师、近亲属进行通信联络,以及接受亲友提供的衣物或现金;对犯罪嫌疑人与其律师之间的会见或通信,公安机关经检察机关依法批准,可以推迟不超过5日,但不得派人在场,或者监听、拦截;出于安全考虑确有必要时,可以进行监视;(3)为了保证在押犯罪嫌疑人能够平等地获得律师帮助,可以借鉴加拿大、英国、日本的经验,在每个看守所建立“值班律师”制度,<sup>[26]</sup>免费向所有的在押犯罪嫌疑人提供第一次法律咨询,作为国家法律援助制度的组成部分。

第二,人道待遇。保障在押犯罪嫌疑人受到人道的待遇,既是国际人权法的要求,也是我国《看守所条例》的要求<sup>[27]</sup>。只是在司法实践中,各种不人道的待遇甚至酷刑,时有发生。为了杜绝这种现象,除了加强看守所的文明管理以及设施建设以外,最重要的是建立对在押犯罪嫌疑人的定期健康检查制度:即任何犯罪嫌疑人,在进入看守所时,应当由合格的值班医师或者定点医院指派合格的医师进行健康检查,并建立医疗档案;随后,在整个拘捕期间,至少应当进行两次健康检查;批准羁押以后,犯罪嫌疑人及其律师可以再次申请进行医疗检查,对此项申请,看守所原则上不得拒绝。前两次检查的费用,由看守所在预算经费中支付;随后进行检查的费用,由申请人自行支付,但最后被宣告无罪的人有权要求国家补偿。犯罪嫌疑人或者其近亲属、辩护律师可以自费获得检查结果和有关记录的复印件。

第三,司法救济。这里的司法救济是指,所有的强制措施最终必须接受法院的合法性审查,其中取保候审、监视居住和羁押这三种强制措施,还必须接受法院的“必要性审查”。特别是羁押,不仅要经过法院的事先授权,而且必须应犯罪嫌疑人或其近亲属、辩护律师的申请接受法院的两次事后审查:(1)犯罪嫌疑人等不服预审法庭批准羁押的裁定时,可以向上级法院提出上诉;(2)被告人等认

[26] 关于这一制度在日本的适用情况,参见宋英辉、吴宏耀:《刑事审判前程序研究》,中国政法大学出版社2002年版,第393页以下。

[27] 参见《中华人民共和国看守所条例》第22条至第27条。

为未决羁押超过法定期限的,可以申请预审法庭解除羁押或者变更为取保候审。只要犯罪嫌疑人、被告人或者其辩护律师认为羁押不合法的或者侵犯其宪法权利的,甚至可以逐级对羁押裁定提出上诉。法院审查以后认为适用强制措施违法的,可以裁定撤销强制措施,命令释放犯罪嫌疑人、被告人;认为适用强制候审的措施不必要的,也可以撤销强制措施,命令释放犯罪嫌疑人、被告人或者变更为取保候审或监视居住。凡是违法适用强制措施的,预审法庭应当根据犯罪嫌疑人、被告人或者其辩护律师的申请,或者依职权,排除犯罪嫌疑人、被告人在被采取强制措施期间所做的供述,不允许控方把它用作指控该犯罪嫌疑人、被告人有罪的证据。

---

**Abstract:** Chinese compulsory measures bear the characteristics of formal separation of power and actual concentration of power, etc. The compulsory measures system depends too much on arrestment and detention without full consideration of human rights. In order to protect the freedom of person, the compulsory measures system should be redesigned with bail available for most defendants and with adequate relief for the disadvantaged defendants.

**Key words:** the freedom of person, compulsory measures, judicial review, pre-trial detention, remand on bail

---