

我国刑事强制措施的功能回归与制度完善

卞建林*

内容提要 诉讼保障和人权保障是我国刑事强制措施的双重功能,惩罚教育、刑罚预支、证据发现以及犯罪预防等强制措施功能异化或者泛化的现象应当予以规范。未来我国强制措施的制度完善,应当以实现诉讼保障和人权保障功能回归为主线,秉持宪政视野、实践视野和国际视野,从整体上将强制措施区分为羁押措施和非羁押措施,实现逮捕与羁押相分离,设置独立的羁押程序,强化羁押的审查与救济,丰富羁押替代措施的种类并对其进行权利化改造,完善监视居住制度等。

关键词 强制措施 诉讼保障 人权保障 捕押分离 制度完善

一、刑事强制措施的概念解读

从哲学范畴来看,功能是事物作用于他物的能力,亦即系统作用于环境的能力。功能不应孤立地被理解作为一种静态的概念描述或者内容陈述,其取决于事物自身的内部构造或者结构并与其互成动态影响,“结构——功能分析”亦是社会学中最为重要的方法论之一。厘清刑事强制措施的功能,也就首先需要刑事强制措施的概念、结构等予以明晰。

在许多国家和地区,强制措施所涵盖的范围都较为宽泛,几乎包括所有干预或者限制公民基本权利的行为。在德国,强制措施包括对人格自由权之侵犯、对生理权之侵犯、对财产权之侵犯、对住宅权之侵犯、对通讯秘密权之侵犯、对职业自由权之侵犯以及对信息自主权之侵犯,且实施侵犯的职权单位不仅包括法官、检察官以及检察官的辅助机关,还包括不属于检察官辅助机关的警察及每个国民。^①在俄罗斯,诉讼强制措施分为三类,即拘捕、强制处分和其他诉讼强制措施。拘捕是短期剥夺犯罪嫌疑人的自由以查清其身份并解决是否需要对其适用强制处分等;强制处分是通过限制刑事被告人(特殊情况下亦包括犯罪嫌疑人)的人身自由以制止其妨碍具体刑事案件诉讼行为的可能性;其他强制措施则是为诉讼程序顺利推进以及生效裁判正确执行创造条件。在我国台湾地区,强制处分是指违反受强制的诉讼主体的意思而干预或者剥夺其基本自由与权利,包括对人身自由之剥夺、对身体不可侵犯性之干预、对居住自由权之干预、对秘密通讯自由之干预以及对财产权之剥夺。^②

我国刑事诉讼中的强制措施则是指公安机关、人民检察院和人民法院在刑事诉讼过程中,为了保证诉讼的顺利进行,依法对犯罪嫌疑人、被告人以及现行犯采取的在一定期限内暂时限制或者剥夺其人身自由的法定强制方法,并在刑法中设有专章予以规定,包括拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕五种类型。而搜查、扣押、查封、冻结等对财产权的强制处分以及监听、监控等对隐私权的强制处分均被划归至“侦查”章节之中作为强制性侦查行为予以规制。^③关于我国强制措施的内涵与外延,理论界批评之声此起彼伏,大多数观点都认为当前法定强制措施仅限于限制和剥夺犯罪嫌疑人、被告人人身自由的五种类型显得过于狭窄,与法治国家强化人权保障的理念相脱节,并进而提出了相应的改革主张:有

* 中国政法大学诉讼法学研究院教授,博士生导师。本文写作得到中国政法大学诉讼法学博士研究生李晶的大力协助,特致感谢。

① 参见[德]克劳思·罗科信《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第273页。

② 参见林山田《刑事程序法》,五南图书出版有限公司1998年版,第170页。

③ 监听、监控等对隐私权的强制处分在我国现行刑法中并无专门条文予以规范,但在《修正案(草案)》中已经将其作为技术侦查的部分内容纳入到“侦查”专章之中。

论者提出应当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;^④有论者则主张按照基本权利是否受到侵犯为标准来界定刑事强制措施,将搜查、监听等强制性侦查行为也纳入到强制措施范围之内,从而突出强制措施的本质特征以及在宪政体制中的地位;^⑤还有论者在支持应当将搜查、扣押等对物的强制措施纳入刑事强制措施体系的基础上,提出应探索限制经营、停止经营等符合我国目前实际情况的对单位犯罪嫌疑人、被告人的强制措施,使刑事强制措施体系更趋完整。^⑥为调和强制措施内涵与外延所存在的争议,“强制性措施”这一概念应运而生,并被用以包容和丰富强制措施的相关内容,具体包括对人身自由的强制性措施、对物的强制性措施以及对隐私权的强制性措施三个方面。^⑦笔者认为,对财产权的强制处分以及对隐私权的强制处分,考虑到其强制干预基本人权的内在属性,无论是否类属于强制措施,都应当在立法上参照强制措施的规范理念予以严格控制进而保证其能够依法、谦抑进行,国际上已有许多成熟先例可循,这也是我国刑事诉讼立法应当努力完善的重要内容。至于我国强制措施的具体涵义,为符合现行法律体系的规范逻辑以及理论实务部门的用语惯例,目前而言还是以对公民人身自由的强制处分为宜,此亦本文的研究立基所在。

二、诉讼保障与人权保障:我国刑事强制措施的双重功能

我国刑事强制措施较其他国家而言呈现出更为明显的单一性特征:首先是适用主体单一,即只能由办理刑事案件的公安司法机关适用,其他机关和个人无权实施强制措施;其次是适用对象单一,即只能适用于犯罪嫌疑人、被告人以及现行犯和重大嫌疑分子,而不能对其他诉讼参与人以及诉讼以外的人适用;最后是适用目的单一,强制措施立足于保障刑事诉讼活动的依法顺利进行,而非用以进行实体制裁或者替代侦查行为。基于这种单一性特征,我国刑事强制措施主要具备如下两种功能。

(一) 诉讼保障功能

所谓诉讼保障功能,是指刑事强制措施用以保障刑事诉讼活动的顺利进行,或者说用以排除刑事诉讼活动的不当妨碍。强制措施的诉讼保障功能具体体现为两个方面:一是保证被追诉人能够始终参与刑事诉讼程序以及法院裁判的结果能够得到执行,如果被追诉人拒不到案或者有自杀或逃跑可能的,则构成适用强制措施的事由;二是保证公安司法机关能够依法顺利进行案件事实和证据的调查认定工作,如果被追诉人有毁灭、伪造、变造证据或者串供、干扰证人作证可能的,则构成适用强制措施的事由。诉讼保障功能是刑事强制措施的原初功能,设置刑事强制措施的主要目的即在于保障侦查、起诉、审判以及执行等诉讼活动能够顺利推进,而这也是刑事强制措施能够获得正当性的基础所在。考察世界主要国家和地区的强制措施制度,诉讼保障都被视为强制措施尤其是羁押性强制措施的主要功能。我国台湾学者林山田指出“强制处分虽然无可避免地限制或者剥夺个人之自由与权利,但并非对于受强制者个人之处罚,而只是为达下列目的之强制措施:(1)确实掌握犯罪嫌疑人或被告,使其确实得以在场,始终参与刑事程序;(2)发掘或保全刑事证据;(3)确保刑事诉讼程序之顺利进行;(4)确保审判结果之执行,以建立刑法与刑事程序之威信。”^⑧

(二) 人权保障功能

“在刑事诉讼领域,秩序价值包含两种含义:其一是通过追究犯罪以恢复社会秩序;其二是追究犯罪的活动必须是有序的,不得导致无序状态。”^⑨如果将诉讼保障作为强制措施唯一功能的话,那无疑等于认可国家机关仅凭追诉需要而任意地、无节制地对公民人身自由等基本权利加以恣意干预和侵犯,其

^④ 参见孙长永《比较法视野中的刑事强制措施》,载《法学研究》2005年第1期。

^⑤ 参见杨雄《刑事强制措施实体化倾向之反思——以预防性羁押为范例》,载《政法论坛》2008年第4期。

^⑥ 参见宋英辉《完善刑事强制措施的理念与总体构想》,载《人民检察》2004年第17期。

^⑦ 参见卞建林主编《刑事诉讼法学》,科学出版社2008年版,第284页。

^⑧ 前引②,林山田书,第170页。

^⑨ [英]彼得·斯坦、约翰·香德《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第38页。

结果不仅导致刑事诉讼的无序和混乱,更会使得强制措施特别是羁押性强制措施被过度适用,因为处于羁押状态的被追诉人无论是在生理上还是心理上都更易受到控制。此外,按照无罪推定的基本原则,被追诉人在被依法判决有罪之前在法律上处于无罪状态,对居于无罪状态的被追诉人适用强制措施以限制或者剥夺其人身自由,完全是基于追诉犯罪的考量而对被追诉人课以容忍义务的无奈之举,但是这种容忍义务必须是有限度的。赋予强制措施以人权保障功能显然是调和上述矛盾的当为之道。强制措施的人权保障功能应当至少从两个方面予以体现:一是强制措施的内容设计必须体现对被追诉人人权的充分尊重与保护,除确有必要外不得强制处分公民人身自由且这种处分必须符合国际通行的人权保障基本要求;二是适用强制措施过程中违反人权保障的行为必须得到制裁,人身自由遭受不当强制处分的被追诉人必须能够得到有效救济。

为实现强制措施的人权保障功能,有三项最为重要的原则应当在强制措施制度中得到确立,即程序法定原则、比例原则和令状原则。程序法定原则是现代程序法的基石,被视为刑事诉讼的首要原则,并早在法国1789年《人权宣言》中即获宪政层面的确立。《人权宣言》第7条指出“除非在法律所规定的情况下并按照法律所指示的手续,不得控告、逮捕或拘留任何人。”程序法定原则一方面要求强制措施的种类、适用主体、条件、对象以及程序等具体内容必须由法律预先明确规定,否则不能予以适用,这亦是法律可预见性的内在要求;另一方面则要求强制措施必须依据业已明确规定的法律进行,国家机关不能违反法律的既有规定适用强制措施,否则可能因违法行为承受程序性制裁。比例原则是国家干预公民基本权利时所必须遵守的基础原则,即国家行使权力、干预公民基本权利所使用的“手段”与所欲达到的“目的”之间必须合乎比例,抑或说具有相当性关系。比例原则在肯定国家公权力行使的前提下,通过强调权力行使必须审慎、必要且预先进行利益衡量进而实现法律对基本人权的保障,使得国家权力对公民的干预降低到最低限度。令状原则要求除特殊情形以外对被追诉人适用强制措施应当预先经由司法官员判断许可并签发令状,并在执行强制措施时出示相应令状。与令状原则相关联的就是司法审查制度,即由经法律授权行使司法权力的审判官或者其他官员对强制措施的合法性、必要性进行审查以决定是否适用。令状原则和司法审查制度通过将强制措施的決定权交由具有独立性和中立性的司法官员行使来保证强制措施的适用更加审慎,保证被追诉人的人权保障更为坚实。

(三)我国刑事强制措施的功能误区

1. 惩罚教育功能

强制措施与刑罚制裁以及行政处罚不同,其作为一种程序性保障措施,适用目的主要在于保障刑事诉讼活动的依法、顺利进行,而不具备惩罚犯罪的实体性功能。但在司法实践中,强制措施的实体化倾向却普遍存在,最为典型的就是将强制措施作为对犯罪嫌疑人、被告人的一种惩罚手段以及对其他人的一种威慑来予以运用,“公捕大会”等惩罚性适用强制措施就是例证。如果说强制措施的惩罚功能尚不能为理论界所肯定的话,那么其教育功能似乎获得了较为广泛的支持。有论者还将强制措施的教育功能细化为对被采取强制措施本人的教育、对社会上不稳定分子的教育以及对公众的鼓舞教育三个方面。^⑩客观来讲,通过对被追诉人适用强制措施在有些情况下确实具有一定的教育效果,但这只是强制措施的附带效应,如果将其视为强制措施的功能甚至主要功能则难免有失偏颇,且有纵容强制措施实体化之嫌,对正确、谦抑适用强制措施具有消极影响,亦不符合立法对强制措施的基本定位以及无罪推定、人权保障等刑事诉讼的基本原则。

2. 刑罚预支功能

刑罚预支功能的误用主要体现在羁押的适用方面。由于羁押可以折抵刑期,办案人员往往藉此抱有将犯罪嫌疑人、被告人“先行羁押、再予折抵”的心态,这不但为其办理刑事案件提供了极大方便,亦

^⑩ 参见李忠诚《刑事强制措施功能研究》,载《法制与社会发展》2002年第5期。

造成了貌似实质公平的假象。^①除却刑罚与强制措施二者的性质存在根本差异而不能加以混同以外,将刑罚预支作为强制措施的功能可谓危害极大:第一,如果被追诉人最后可能被认定无罪,那么司法机关是否可能因其已经承受的羁押而将错就错地进行判决?第二,即使被追诉人最后被认定有罪,那么司法机关是否可能对照其已经羁押的期限来予以量刑而避免刑期短于羁押期限所带来的国家赔偿问题?对于后者,司法实践中的“实报实销”做法已经作出了生动说明。

3. 证据发现功能

强制措施的证据发现功能在司法实务中极易引起混淆。从一定程度来说,强制措施确实具有发现证据的功能,但其应当从属于诉讼保障功能且只能通过如下两个方式予以实现:一是公安司法机关强制被追诉人到案接受讯问,并在此期间内收集是否应当将其予以羁押的证据;二是公安司法机关适用强制措施保全相关证据,防止被追诉人毁灭、伪造、变造证据以及串供和干扰证人作证。除此之外,由于强制措施不同于强制性侦查行为,不应再行作为证据发现的手段予以适用,即公安司法机关不能再行通过强制措施来为其案件侦破工作提供便利并将强制措施作为侦查替代行为来获得相关证据,特别是犯罪嫌疑人、被告人的供述,因为这种做法已经不再符合强制措施保障诉讼的初衷。^②

4. 犯罪预防功能

强制措施的犯罪预防功能主要表现在预防性羁押,即以被追诉人可能再行犯罪^③而将其予以羁押。从强制措施的目的与宗旨来看,强制措施的适用只是着眼于被追诉人是否存在妨碍刑事诉讼顺利进行的可能,而并非着眼于被追诉人是否再行犯罪的可能;从无罪推定的基本内容来看,对于一个尚未实施犯罪行为的被追诉人加以羁押,以被追诉人过去所犯之罪来推定其未来之犯罪,有实施有罪推定之嫌。尽管存在上述争议,预防性羁押仍为德国、法国等法治国家刑事诉讼立法所肯定并被纳入到刑事强制措施的体系之中,其主要还是考虑到“这样的羁押理由能使得特别需要保护的国民不受极可能发生的重大犯罪之侵害”。^④与此同时,承认预防性羁押的国家和地区大都会在预防性羁押的适用要件方面相较于其他强制措施作出更为严格的规定,如限定为可能反复实施同一犯罪且对可能再犯的罪名予以详细列明,以尽可能限制其适用,此当为我国所借鉴。

概而言之,惩罚教育功能和刑罚预支功能实属于强制措施功能异化的情形,是将强制措施这一程序性保障措施予以实体化适用的错误做法。证据发现功能和犯罪预防功能则是强制措施功能泛化的表现:证据发现在本质上从属于诉讼保障功能,且不能与侦查行为的证据发现功能相混淆;犯罪预防是基于特殊利益保护而附加给强制措施的例外功能,必须受到严格限制。

三、我国刑事强制措施的立法修改

刑事强制措施是刑事诉讼最为重要的制度之一,历来为立法者所关注和重视。我国1996年修改《刑事诉讼法》就以较大篇幅对强制措施制度进行了修正,使得我国刑事强制措施制度得到显著进步。时至今日,《刑事诉讼法》正式施行已近十五年,其间执法环境以及犯罪情况发生很大变化,《宪法》先后历经两次重要修正,贯彻宽严相济的刑事政策、强化人权保障成为时代主题,司法体制和工作机制改革亦稳步推进并成效显著。在此背景之下,十一届全国人大常委会第二十二次会议于近日初步审议了《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》(以下简称《修正案(草案)》)并向社会公开征集意见。《修正案(草案)》的主要亮点之一就是刑事强制措施再次进行了较大幅度的修改,以满足司法实践的切实需要、因应刑事司法的发展趋势,具体修改内容简要分述如下。

^① 参见林钰雄《刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2005年版,第265页。

^② 参见前引^①林钰雄书,第263页。

^③ 预防性羁押在国外主要适用于有反复实施同一犯罪可能的情形,但在我国的适用情形却包括再犯新罪的可能以及有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的危险。

^④ 前引^①克劳思·罗科信书,第285页。

(一) 完善监视居住措施

虽然监视居住和取保候审都是用以限制犯罪嫌疑人、被告人人身自由的强制措施,但二者限制自由的程度却并不相同,立法原本也是意欲通过这种强制程度的差异性来体现出强制措施的层次性。但是,现行刑法对监视居住和取保候审规定了相同的适用对象和适用条件,仅仅是在遵守义务以及执行场所上有所区别,且具体选择何种场所(住处或者指定的居所)执行监视居住随意性较大,这就造成了实践中适用监视居住的“两难”境地:若是将犯罪嫌疑人、被告人置于住处执行监视居住,囿于执行机关人力、财力以及条件的限制,犯罪嫌疑人、被告人实际上很难得到严格有效的监控;若是将犯罪嫌疑人、被告人置于指定的居所执行监视居住,由于“指定的居所”其具体含义并不明确,监视居住易于被办案机关异化为变相羁押,考虑到监视居住的期间较长等因素,其实际强制效果较拘留甚至逮捕而言更重。

鉴于上述监视居住的适用困境,《修正案(草案)》对监视居住制度进行了以下修改:第一,将监视居住作为逮捕的替代措施并规定与取保候审不同的适用条件,即监视居住适用于符合逮捕条件,但患有严重疾病、生活不能自理的,怀孕或者正在哺乳自己婴儿的,因为案件的特殊情况或者办理案件的需要而采取监视居住措施更为适宜的,以及羁押期限届满但案件尚未办结,需要采取监视居住措施的情形;第二,将监视居住同时作为取保候审的补充措施,即对于符合取保候审条件,但犯罪嫌疑人、被告人不能提出保证人,也不能交纳保证金的,也可以监视居住;第三,为保证监视居住的效果能够顺利实现,规定执行机关可以采取电子监控、通信监控、不定期检查等监视方法对被监视居住人进行监督,并增设被监视居住人应当将身份证件、旅行证件、驾驶证件交执行机关保存的资格限制规定;第四,对监视居住的执行场所进行细化,即监视居住原则上应当在犯罪嫌疑人、被告人住处进行,无固定住处的可以在指定的居所进行,涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、重大贿赂犯罪且在住处执行可能有碍侦查的经上一级检察机关或者公安机关批准也可以在指定的居所执行,但不得指定在羁押场所、专门的办案场所执行监视居住;第五,考虑到指定居所监视居住对犯罪嫌疑人、被告人人身自由限制较大,规定除无法通知或者涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪,通知可能有碍侦查的情形以外,应当把监视居住的原因和执行的处所通知被监视居住人的家属,并明确被监视居住人的委托辩护权以及检察机关的监督义务。

(二) 完善逮捕要件和审查逮捕程序

准确把握逮捕要件是正确适用逮捕措施的前提和基础。长期以来,司法实务机关围绕逮捕要件特别是逮捕必要性进行了一系列的改革和探索并取得了不少成效。根据现行刑法的规定,逮捕要件包括三个方面:一是证据要件,即有证据证明有犯罪事实;二是刑罚要件,即可能判处有期徒刑以上刑罚;三是必要性要件,即采取取保候审、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。在这三个要件中,最难为司法实务机关所掌握也最容易引起混乱的当属逮捕必要性。何谓“发生社会危险性,而有逮捕必要”?要件标准过松会导致逮捕羁押率的居高不下以及司法资源的较大浪费,要件标准过严又易于使得强制措施保障诉讼顺利进行的既有目的无法实现。为解决司法实践中对于逮捕要件理解和适用混乱的问题,《修正案(草案)》细化规定为:可能实施新的犯罪的;有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的;可能毁灭、伪造、隐匿证据,干扰证人作证或者串供的;可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的;可能自杀或者逃跑的。此外,《修正案(草案)》还将特定重罪以及特定被追诉人列入了逮捕事由,即对证据证明有犯罪事实,可能判处十年有期徒刑以上刑罚的,或者可能判处徒刑以上刑罚,曾经故意犯罪或者身份不明的犯罪嫌疑人、被告人,应当予以逮捕。

规范审查逮捕程序是正确适用逮捕措施的重要环节。针对审查逮捕程序在现行立法中较为薄弱以及在司法实践中操作混乱的现象,《修正案(草案)》对检察机关审查批准逮捕的程序予以了明确和细化,规定检察机关审查批准逮捕可以讯问犯罪嫌疑人、询问证人等诉讼参与人并听取律师的意见,如果出现对是否符合逮捕条件有疑问、犯罪嫌疑人要求向检察人员当面陈述或者侦查活动可能有重大违法行为的情形则应当讯问犯罪嫌疑人,如果辩护律师提出要求则应当听取辩护律师的意见。同时,为防止

不必要羁押和超期羁押,《修正案(草案)》还规定了检察机关在逮捕后对羁押必要性进行审查的义务,要求检察机关对于不需要继续羁押的应当建议予以释放或者变更强制措施。

(三)完善强制措施制度的其他内容

除上述修改以外,《修正案(草案)》还对强制措施的其他内容予以了完善,以满足公安司法机关的办案需要,同时注意对被追诉人的人权保障:第一,适当延长拘传时间,在原则不得超过12小时的基础上增加规定案情重大、复杂且需要采取拘留、逮捕措施的不得超过24小时;第二,丰富了被取保候审人的义务,增加被取保候审人应当在住址、工作单位和联系方式发生变动时予以及时报告的义务,增加可以要求被取保候审人不得进入特定场所、不得与特定人员会见或者通信、不得从事特定活动的行为限制规定以及将旅行证件、驾驶证件交执行机关保存的资格限制规定;第三,将辩护律师介入刑事诉讼的时间提前至犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起;第四,规定拘传犯罪嫌疑人应当保证其必要的饮食和休息时间;第五,规范犯罪嫌疑人被拘留、逮捕后不予通知家属的情形,将“有碍侦查”的情形限定只适用于“涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪等严重犯罪”。

四、完善我国刑事强制措施制度的若干建议

总体而言,《修正案(草案)》的修改强化了我国强制措施体系的层次性和系统性,明确和细化了强制措施的适用条件与程序,丰富了强制措施的内容,总体上体现了控制犯罪与保障人权相统一的立法指导思想。但同时应该看到,与国际刑事司法准则的基本要求和法治发达国家的普遍做法相比,《修正案(草案)》对强制措施的修改亦存在一些不足和有待商榷之处,有些修改甚至可谓不合理、不科学。囿于篇幅限制,本文择其要者论述如下:

(一)完善强制措施制度的整体思路

完善强制措施制度应当具备“三种视野”:一是宪政视野。刑事强制措施制度的设计与实施从根本上均涉及到宪法有关公权力行使和私权利保护的规定,只有坚持以宪法为根据来探讨刑事强制措施改革与完善才具有正当性和合法性,也易于获得社会不同利益群体的普遍认可;二是实践视野。完善刑事强制措施,必须正视当前我国司法实践尤其是侦查实践的真实状况和问题,在此基础上开展对策化研究,分析原因,寻找对策,解决问题;三是国际视野。刑事强制措施作为与公民基本权利密切相关的一项制度,已为许多国际重要人权条约所明确规范并形成了一系列相关的国际刑事司法准则,我国刑事强制措施制度的完善必须努力与国际刑事司法准则的基本要求接轨与呼应。

以实现强制措施的诉讼保障和人权保障双重功能为主线,在秉持宪政视野、实践视野和国际视野的基础上,笔者认为,我国刑事强制措施制度完善的方向和目标为:第一,健全刑事强制措施制度以强化其层次性,形成一套强制力轻重有别、选择性丰富多元并且能够适用于不同案件需要的刑事强制措施体系;第二,将强制措施从整体上区分为羁押措施和非羁押措施,明确“非羁押措施为主,羁押措施为辅”的强制措施适用原则,丰富羁押替代措施的种类并实行权利化改造,优化羁押措施和羁押替代措施之间的衔接与变更;第三,严格并限制羁押措施的适用,确立程序法定原则、比例原则和令状原则,建立完整的司法审查与救济制度。

(二)设置独立的羁押程序

我国实行“捕押合一”的模式,羁押成为逮捕的必然后果,逮捕的实施即意味着相对人将在相当长一段时间内被剥夺人身自由,而羁押则缺乏明确的法律地位以及单独的适用程序。虽然《修正案(草案)》试图在审查批准逮捕程序中引入犯罪嫌疑人、证人、辩护律师等多方诉讼参与人以保证逮捕措施的审慎适用,但逮捕和羁押混同这一问题的症结仍未能得到彻底改变。笔者主张,应当从根本上对我国的逮捕制度进行改革,逮捕和羁押是不同的强制措施,具有不同的法律后果,适用不同的诉讼情形,应当对逮捕与羁押明确加以区分,实现逮捕和羁押相分离,将逮捕定位于羁押的前置程序,实行“逮捕前置主义”,继而设置独立的羁押程序,以控制羁押的适用。这种以逮捕为前置的羁押制度,一方面能够适

当放宽逮捕的适用条件,以满足侦查机关侦查犯罪的现实需要,另一方面能够严格羁押的适用条件和程序,通过强化羁押的司法审查来规范和控制羁押措施的适用。

1. 羁押的审查

基于逮捕和羁押相分离的设想,羁押的审查与批准应当包含三个方面的内容:

首先,对逮捕的审查批准。检察机关在收到公安机关的逮捕申请之后,应当对被追诉人是否符合逮捕要件进行严格的书面审查。经审查批准逮捕的,检察机关应当签发逮捕令状并交由公安机关执行,逮捕的令状应当明确被逮捕人、逮捕事由和执行时间等。

其次,逮捕后对被逮捕人是否予以羁押的审查。公安机关逮捕犯罪嫌疑人之后,认为需要对其予以羁押的,应当在逮捕之后的法定时间内(例如24小时)向检察机关提出羁押申请。检察机关应当对羁押的事实依据、法律依据和羁押必要性进行审查。羁押审查应当以聆讯的方式进行,检察机关应当告知犯罪嫌疑人所涉嫌的犯罪事实以及罪名,告知其有权委托律师作为辩护人。审查时应当讯问犯罪嫌疑人并听取其辩护律师的意见,可以要求办理案件的侦查人员到场说明情况,陈述羁押的理由与必要性。检察机关经审查后,应当根据具体情况作出批准羁押、不批准羁押或者予以取保候审、监视居住等决定。

最后,羁押后对羁押必要性的审查。检察机关批准羁押之后,仍应当定期对羁押的必要性进行审查,对于因情况变化而不需要继续羁押的,应当及时解除羁押措施;需要采取其他强制措施的,亦应作出相应决定。

2. 羁押的期限

检察机关批准羁押的,应当签发羁押证并载明羁押期限。羁押期限即将届满,公安机关认为有继续羁押之必要,需要延长羁押期限的,应当在期限届满的七日前向检察机关提交延长羁押的申请,检察机关按照羁押审查程序作出是否延长羁押的决定,决定延长羁押的同样应当载明延长期限。如果羁押期限届满且公安机关没有向检察机关申请延长羁押或者申请未被检察机关批准的,应当及时解除对犯罪嫌疑人的羁押。

超期羁押是羁押的一个突出问题,我国司法实践中检察机关纠正超期羁押主要采取侦查监督的方式进行,即检察机关认为公安机关存在超期羁押的,不能直接作出决定或采取解除措施,而是通过侦查监督的方式来要求公安机关予以纠正。这种做法与宪法与法律赋予检察机关的职权并不符合,甚至可以说偏离了宪法和法律关于逮捕的权力配置。根据宪法第37条规定,检察机关享有对逮捕的批准和决定权,而公安机关只有逮捕执行权。^⑮即在任何情况下,公安机关都不享有决定逮捕的权力。犯罪嫌疑人之所以处在羁押状态下,完全是基于检察机关批准逮捕权的效力所在,即犯罪嫌疑人因检察机关批准而羁押。如果羁押期限届满且未获延长,则检察机关的批准逮捕权至此即效力终结,再无法定理由或法定授权对犯罪嫌疑人继续羁押而只能解除其羁押状态。换言之,侦查期间只要检察机关不继续行使其批准逮捕权以延长羁押期限,则羁押期限届满即无正当理由对犯罪嫌疑人继续实施羁押,检察机关无须通过行使侦查监督权来建议公安机关解除或者变更强制措施。同理,羁押期间检察机关通过羁押必要性审查认为不应当继续羁押的,应当直接解除羁押措施而非仅仅建议予以释放,这是检察机关批准逮捕权的既有内容。关于羁押期限的另一问题就是将羁押期限与办案期限予以混同。羁押期限与办案期限是两个性质完全不同的概念;前者着眼于是否存在羁押事由,一旦羁押事由不复存在则羁押期限即行届满,而不论案件办理是否结束;后者则是公安司法机关用以办理刑事案件的期限总和,包括侦查、审查起诉以及审判期限。

3. 羁押的场所

检察机关批准羁押的,由公安机关将犯罪嫌疑人送交看守所予以羁押。《修正案(草案)》进一步从法律层面明确了看守所的羁押场所地位,要求公安机关逮捕后应当立即将被逮捕人送看守所羁押。鉴

^⑮ 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。”

于司法实践中看守所管理体制弊端所引起的诸多问题,曾有学界呼吁对看守所进行中立化改革,将看守所从公安机关独立出来,划归为司法行政部门领导,其理由主要如下:一是看守所在体制上属于公安机关领导和管理的,这使得看守所不可能在侦查机关与被羁押人之间保持应有的中立性;二是基于看守所和侦查机关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,包括超期羁押在内,往往会提供相应的便利。^⑩毋庸置疑,从体制上实现看守所中立化的改革建议具有相当的合理性,但目前实现这一目标似乎难度较大,正在进行的看守所条例修改亦并未涉及“侦羁分离”的内容。^⑪鉴于这一现实,笔者认为看守所中立化的理念重在实质而非形式。即看守所虽然归公安机关管理和领导,但是其作为法定羁押场所必须保持与侦查部门的中立性和独立性。在职能方面,看守所作为羁押执行场所,其职能亦须符合强制措施功能设定的基本要求,即诉讼保障与人权保障。加强被羁押人人权保障是看守所改革的方向和重点,应当保障被追诉人在羁押期间与其近亲属和辩护律师的会见通信权,从制度上排除在看守所进行刑讯逼供等违法取证行为的可能,如实现讯问的物理隔离和录音录像、规范提外审程序、建立独立医生制度等。在外部监督方面,应当强化检察机关的监所监督职能,明确检察机关驻所机构进行监督的方式、程序和责任,探索建立巡回驻所监督机制。同时,提高看守所的公开性和透明度,注意发挥社会和媒体对看守所的监督作用。

4. 羁押的救济

我国目前尚不存在完全意义上的羁押救济程序,仅仅是规定被追诉人及其法定代理人、近亲属或者辩护人对于超期羁押的有权要求解除强制措施,这不仅在司法实践中收效甚微,亦是与国际通行做法存在很大差距。笔者认为,应当借鉴我国台湾地区针对羁押设置的“准抗告”制度,建立对检察机关羁押决定的救济程序。检察机关批准羁押而被羁押人不服该决定的,有权向上一级检察机关提请复核,上一级检察机关应当立即复核并作出是否变更的决定,维持羁押决定的应当告知被羁押人理由。羁押期限尚未届满,但是被羁押人认为羁押事由已经消灭的,有权请求检察机关再行对羁押必要性进行审查并作出是否继续羁押的决定。羁押期限届满后仍处于羁押状态的,被羁押人及其近亲属以及辩护人有权要求羁押执行机关立即解除羁押措施;羁押执行机关拒不解除的,检察机关应当命令解除,并视情形对超期羁押的违法行为作出相应处理决定。

(三) 完善羁押替代措施

1. 丰富羁押替代措施的种类并实现权利化改造

我国强制措施制度的一个重要问题就是羁押替代措施过于薄弱,公安司法机关在羁押与释放被追诉人之外并不存在很大的选择空间:拘传主要用以强制被追诉人到案接受讯问,拘留则主要适用于案情紧急的现行犯和重大嫌疑分子,取保候审相对适用较多但现实约束力不强,监视居住难以执行且易于演变为变相羁押,除此之外办案机关缺乏其他选择。这种羁押替代措施的选择困境成为导致我国司法实践中羁押率过高的一个现实因素。未来在对现有羁押替代措施加以修改完善的基础上,也应当积极借鉴国外立法经验创设其他限制人身自由程度不同、轻重有别的羁押替代措施,如定期报告行踪、限制从事特定活动、强制接受医疗检查与治疗等,并实现羁押替代措施的权利化改造,即除法律规定的特殊情形以外,被追诉人都有权向公安司法机关申请适用取保候审等羁押替代措施而不被羁押或解除羁押。

2. 完善监视居住制度

我国的监视居住制度历来为理论界所诟病,司法实务中亦适用率不高,主张取消监视居住的观点不在少数。有论者从三个方面详细论述了取消监视居住的理由:一是监视居住与变相羁押之间的界限难以把握,执行难度大;二是监视居住极大地增加了执行机关的诉讼成本,不符合诉讼经济原则;三是监视

^⑩ 参见陈光中、张小玲《中国刑事强制措施制度的改革与完善》,载《政法论坛》2003年第5期;前引⑤,孙长永文;徐静村、潘金贵《我国刑事强制措施制度改革的基本构想》,载《甘肃社会科学》2006年第2期,等等。

^⑪ 参见王丽娜《在押人员判决前有望见家属》,载《京华时报》2011年3月9日第8版。

居住适用条件模糊 适用率低 实践价值不大。^⑮ 诚然 , 监视居住确实存在实用性较差以及执行起来不好把握等诸多问题 , 但鉴于我国目前羁押率依然较高以及羁押替代措施明显不足的现实局面 , 保留监视居住制度无疑能够在羁押与取保候审之间形成一种有效缓冲和过渡机制 , 在丰富公安司法机关适用强制措施选择的同时也有助于扩大羁押替代措施的适用 , 实现诉讼保障与人权保障的平衡。关键问题在于如何完善现有的监视居住制度 , 以使其能够切实发挥应有效用。

《修正案(草案)》将监视居住定位于羁押替代措施的立法意图值得肯定 , 这一定位可以从两个方面进行理解: 一是监视居住适用于符合羁押条件但又存在不适宜进行羁押的情形; 二是监视居住适用于不符合羁押条件但是需要采取强制措施的情形。总的方向 , 应当是限制和减少羁押措施的适用。但仔细研读后不难发现, 《修正案(草案)》关于监视居住的具体规定存在如下问题: 第一, 监视居住的功能定位模糊, 既想将监视居住作为羁押替代措施以减少羁押的适用, 又把监视居住作为类羁押或准羁押措施; 既想将监视居住与取保候审区分, 又把监视居住作为取保候审的补充措施。第二, 指定居所监视居住立法任意性过大, 适用的范围广、持续的时间长, 缺乏外部监督等, 很有可能在具体实施中被扩大适用, 歪曲适用, 甚至异化为类似 96 年刑事诉讼法修改前的收容审查制度。使法律规定的强制措施体系受到冲击, 徒具形式。侦查机关完全可能规避法律规定的提请批准逮捕程序, 转而采用指定居所监视居住。第三, 鉴于指定居所监视居住的秘密性和随意性, 极易产生变相羁押的效果, 进而使本次立法修改可能取得的其他进步, 如逮捕后必须立即送交看守所予以羁押、讯问必须在看守所内进行、讯问时同步录音录像、非法证据排除规则等, 实施中全都化为泡影, 客观上为刑讯逼供、超期羁押等违法行为大开绿灯。

笔者认为, 完善监视居住必须严格坚持其羁押替代措施的法定定位, 目的是限制和减少羁押的适用。为此应当作出如下修改: 第一, 监视居住的适用对象为符合羁押条件但是不适宜进行羁押的, 以及不符合羁押条件但是需要采取监视居住这一强制措施的被追诉人; 第二, 监视居住的实质是非羁押, 因此不能完全剥夺被监视居住者的人身自由, 不能形成变相羁押或实质羁押; 第三, 规范监视居住的执行场所, 取消指定居所监视居住的规定, 对于有住处的被追诉人必须在其住处执行监视居住, 对于没有固定住处又确实需要对其采取监视居住的则可以在工作单位、居住社区或特定的公共场所进行; 第四, 缩短监视居住的期限, 以不超过三个月为宜; 第五, 强化被监视居住人的权利保障, 明确被监视居住人有权会见其亲属和聘请的律师, 而且无需经过办案机关的批准, 被监视居住人及其聘请的律师有权申请取消监视居住等。

Abstract: Criminal coercive measures in China have dual function: litigation safeguard and human rights protection. Phenomena of the function dissimilation or generalization of coercive measures, which include punishment education, penalty in advance, evidence finding, crime prevention, etc., should be regulated. The prospective system improvement of criminal coercive measures in China should focus on realizing the return of the function of litigation safeguard and human rights protection. According to constitutional, practical and global perspectives, coercive measures as a whole should be divided into detention measures and non-detention measures. Several issues, such as realizing the separation between arrest and detection, establishing independent detention procedure, highlighting the investigation into and remedies for detention, expanding types of detection alternative measures and making them into rights, improving the residential surveillance system, etc., are also discussed.

(责任编辑:李 游)

^⑮ 前引⑮ 徐静村、潘金贵文。