

# 刑事强制措施体系及其完善

易延友<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**刑事强制措施可以分为以抓捕、截停、带到为目的的措施和以保证被告人出席审判为目的的措施两大类。为防止政府权力的滥用，西方国家从适当根据、令状主义、迅速带见法官等方面对羁押之前的抓捕、截停进行了规制；从羁押适用的法定理由、决定主体、上诉救济以及迅速审判等多个角度对审判前的羁押进行了规制。在我国，刑事强制措施也涵括了以拘留为中心、以留置盘问、公民扭送为补充的抓捕、截停、带到措施，以及以逮捕为术语标志的审前羁押措施和以取保候审、监视居住为形式的审前释放措施，并对这些措施设置了与西方大体相当而又略有差别的规制机制。尽管我国现行刑事强制措施体系较为完备，但仍需从拘留的临时化、逮捕羁押的司法化以及监视居住的自由化等方面进行完善。

**关键词：**人身自由 强制措施 逮捕 拘留 监视居住

---

## 引言

在刑事诉讼中，对公民人身自由的侵犯通常可以概括为“抓”、“押”、“审”三个阶段。其中，“抓”指的是抓捕、截停、带到等措施；“押”特指审前羁押或未决羁押；“审”是指审判以及定罪后对被告人判处的自由刑。在现代社会，无论是抓、押还是审，法律都给予各种实体上和程序上的限制，以实现保障自由的需要，其基本的原则是任何人有权被推定为无罪，从而在未被最终定罪之前，任何公民在被指控刑事犯罪时均享有一系列程序性权利，从而在制度上生发出一系列旨在保障公民人身权利免受恣意侵犯的具体规定。

本着防微杜渐的精神，各国法律对于审判前的抓捕、羁押措施均给予高度重视，从各个角度进行规制。我国法律也不例外。但多年来，学术界对西方强制措施的理解和介绍仍然有些隔靴搔痒，对中国强制措施的分析 and 阐释也有些雾里看花。因此，无论是从比较法的角度，还是从国内法上法解释学的角度，对于强制措施的论述，都有待深入。

本文第一部分以刑事诉讼进行的先后顺序以及功能目标为标准将强制措施区分为以抓捕、带到为目标的强制措施以及带到之后的取保候审和审前羁押措施。第二部分从比较法的角度阐释西方各国在宪法和法律上对上述各种强制措施施加的各种规制。第三部分分析中国宪法与刑事诉讼

---

<sup>\*</sup> 清华大学法学院副教授。

法对强制措施的规定，展示刑事诉讼中强制措施的功能与体系。第四部分分析中国宪法与法律对强制措施设置的约束机制，指出目前法律框架下强制措施约束体系的缺陷与不足，并提出完善的建议。第五部分对《刑事诉讼法修正案》关于强制措施的修改进行分析和评论，指出《刑事诉讼法修正案》对强制措施的修改既有一定的进步意义，也大有进一步完善的空间。

## 一、刑事强制措施的种类与体系

### （一）作为抓捕、截停、带到手段的强制措施

任何政府，其侵犯公民人身自由的第一个步骤，必然是将其抓捕、截停、带到执法机关接受调查。作为抓捕、截停、带到措施的强制措施，可以分为对现行犯和准现行犯的抓捕、带到措施，对重大嫌疑分子的截停、盘问措施以及非紧急情况下对危险较小之人的带到措施。

#### 1. 对现行犯和准现行犯的抓捕、带到措施

现行犯和准现行犯是大陆法系刑事诉讼中极为重要的概念，〔1〕日本和我国台湾地区亦采用此概念。黄东熊教授指出：“所谓现行犯乃指犯罪在实施中或实施后即时被发觉者而言”；另外，被追呼为犯罪之人，以及因持有凶器、赃物或其他物件，或于身体、衣服等处露有犯罪痕迹，明显可疑为犯罪之人，被视为准现行犯，等同于现行犯。〔2〕对于现行犯，世界各国都规定，任何人都可以实施临时性的人身保全。例如，意大利刑事诉讼法第 383 条规定：对于犯可提起公诉之罪的现行犯，任何人均可当场抓捕。德国刑事诉讼法第 127 条第 1 款规定：对于现行犯或者正在被追捕之人，任何人都可以将其暂时逮捕。日本刑事诉讼法第 213 条规定：“任何人都可以没有逮捕证而逮捕现行犯。”我国台湾地区法律亦规定：“现行犯，不问何人得径行逮捕之。”之所以如此，一是因为现行犯的犯罪嫌疑十分明显，不经司法审查也不容易发生错误；二是出于缓不救急的考虑，对于现行犯只有先行采取紧急措施，才不致使犯罪继续，造成更加严重的危害后果。〔3〕

#### 2. 对重大嫌疑分子的截停、盘问与逮捕（紧急逮捕/紧急拘留）

重大嫌疑分子，是指除现行犯（准现行犯）之外的、被强烈怀疑有严重犯罪行为的人。重大嫌疑分子中的“重大”，一是指怀疑的程度比较强烈，二是指怀疑的犯罪比较严重。例如在德国，警察对怀疑实施了犯罪的人可以责令停止，进行搜查和拘禁，拍照或提取指纹，以便确认身份（德国刑事诉讼法第 163b 条）；对于有犯罪嫌疑而又有逃亡之虞的人可以暂时逮捕（德国刑事诉讼法第 127 条第 2 款）。这里的责令停止和暂时逮捕，针对的都是有重大嫌疑而又不属于现行犯的情形。例如，警察和一名普通公民同时在大街上认出了两天前抢劫银行的犯罪分子，警察可以对此重大嫌疑分子实施暂时逮捕，而普通公民则无权实施暂时逮捕，因为该犯罪嫌疑人不属于现行犯。〔4〕在我国台湾地区，警察对于有重大嫌疑的人可以紧急逮捕。所谓紧急逮捕，是指被告或犯罪嫌疑人有逃亡之虞，如先行取得拘票将失却逮捕被告之机会的急迫情形，允许司法警察官员现行逮捕后，立即申请补发拘票的程序。〔5〕

#### 3. 对审判前处于自由状态被告人的带到措施

对于审判时处于自由状态的被告人，各国法律通常赋予法院传唤、拘传、签发法庭命令等形

〔1〕 See Stephen C. Thaman, *Comparative Criminal Procedure: A Casebook Approach*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2002, p. 47.

〔2〕 参见黄东熊、吴景芳：《刑事诉讼法论》，台湾三民书局 2002 年版，第 153 页。

〔3〕 参见谭森：《严而不厉的人身保全措施——一个比较法的视角》，《比较法研究》2008 年第 2 期。

〔4〕 参见〔德〕托马斯·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 93 页。

〔5〕 参见前引〔2〕，黄东熊等书，第 156 页以下。

式,通知、强制被告人到庭接受审判。例如,在美国,法庭通常有权向被告签发法庭命令或者传票,要求被告于审判期日到庭受审。在有的州,法律要求法官必须先签发传票,只有在传票传唤被告人不到时才允许签发逮捕令,但在另一些地区,法庭可以自由选择是否直接签发逮捕令。<sup>〔6〕</sup>在德国,法庭在审判前对可以自由行动的被告人可以书面传唤,若无正当理由拒不到庭则可以逮捕、拘传(德国刑事诉讼法第116条)。在我国台湾地区,审判前和审判时对未被羁押的被告人强制到案的方法称为“拘提”,其适用对象包括被告经合法传唤无正当理由不到场,被告犯罪嫌疑重大且不能期待其随传随到,被告有湮灭、伪造、变造证据或者串供之虞,被告所犯为重罪,被告被通缉,被告存在应当紧急逮捕的原因等情形。<sup>〔7〕</sup>

## (二) 抓捕、带到之后的取保释放与审前羁押

在公民被抓捕、截停、带到司法官员面前之后,该司法官员通常会决定是否将其予以羁押。在美国,传统上审前羁押必须有明显的证据证明被告人实施了犯罪,并且必须有逃亡的危险;法律禁止在没有证据证明被告人实施了犯罪的情况下仅仅因被告人具有一定的人身危险性就将其予以羁押。理论上认为,之所以如此是因为人们相信,只有当一个人滥用了他的自由时,才能够剥夺其自由。<sup>〔8〕</sup>但根据1984年保释法的规定,法官也可以仅仅为了防止被告人侵害他人或危害社会而将其羁押,也就是在逃亡的危险之外,增加了危害社会的可能性这一羁押理由。<sup>〔9〕</sup>这在理论上被称为“预防性羁押”,并引起诸多争议。<sup>〔10〕</sup>

在德国,传统上审前羁押的目的也是为了确保犯罪嫌疑人、被告人到庭及保持证据的完整性。<sup>〔11〕</sup>这两项理由都要求有证据证明被告人实施了犯罪行为。但在1935年,纳粹政权基于政治的需要,将持续的危险犯及造成公众的不安也作为羁押理由;不过,1950年又将持续的危险犯从羁押理由中予以排除;但在1964年又再度将持续的危险犯列为羁押理由,只不过限于性犯罪案件和谋杀罪案件。如今,根据德国刑事诉讼法第112条的规定,预防性羁押可以适用于性犯罪、严重伤害、抢劫、勒索、严重盗窃、欺诈、纵火及毒品犯罪案件,在这些案件中,不需要嫌疑人有逃跑的嫌疑,只需要有确定事实证明嫌疑人在审判前可能犯同种类更严重的罪行即可。<sup>〔12〕</sup>

尽管世界各国法律都规定了审前羁押措施,但同时也普遍设置了形式多样的审前释放措施作为审前羁押的替代性措施。附条件释放的方法,比较普遍的有保释和监视居住。保释当中,又以保证金的方法最为普遍。美国宪法第八修正案虽然规定对被告人不得课以过高的保释金,但是何为过高的保释金并无准确界定,因为穷人往往交不起保释金。自1789年以来,其保释制度一直被称为富人的保释制度,美国的自由也被称为富人的自由。面对这些批评,美国在1966年颁布了保释法,规定嫌疑人和被告人理论上都享有审前被释放的权利,并列举了除保证金之外的多种保证方式。在1984年,美国再度修改保释法,在一定程度上放松了羁押的适用条件。<sup>〔13〕</sup>

〔6〕 See Wayne R. Lafave, Jerold H. Israel and Nancy J. King, *Principles of Criminal Procedure: Post- Investigation*, Thompson West, 2009, p. 177.

〔7〕 参见前引〔2〕,黄东熊等书,第163页。

〔8〕 See Albert W. Alschuler, *Preventive Pretrial Detention and the Failure of Interest-Balancing Approaches to Due Process*, 85 Mich. L. Rev. 510, 511 (1986).

〔9〕 The Federal Bail Reform Act, 18 U. S. C. A., 1984, 3141-3151.

〔10〕 See John B. Howard, Jr., *The Trial of Pretrial Dangerousness: Preventive Detention after United States v. Salerno*, 75 Va. L. Rev. 639, 639-679 (1989); Jack F. Williams, *Process and Prediction: A Return to a Fuzzy Model of Pretrial Detention*, 79 Minn. L. Rev. 325, 325-390 (1994).

〔11〕 参见前引〔4〕,魏根特书,第95页。

〔12〕 同上书,第99页。

〔13〕 See Florin Einesman, *How Long Is Too Long? When Pretrial Detention Violates Due Process*, 60 Tenn. L. Rev. 1, 3-4 (1992).

西方也有一些国家规定了监视居住的审前释放措施。例如,根据意大利刑事诉讼法第 283 条、第 284 条之规定,法官可以在规定居住义务的决定中,要求被告不得未经批准离开常住的市镇,或者要求被告在不影响其正常工作的情况下在特定时间内不离开其住宅;或者在实行住地逮捕的决定中,要求被告不得离开自己居住的住宅、公共治疗场所,在必要时限制或禁止被告人与其他非同居住人或扶助人联系,并且公诉人或司法警察可随时检查被告人执行有关规定的情况。这两条规定虽然名称上有所不同,但均类似中国刑事诉讼法规定的监视居住。在俄罗斯,犯罪嫌疑人、被告人可以向执法机关出具绝不离开住所或暂不外出的保证,以换取不被羁押的待遇(《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第 93 条)。这项措施被称为“具结不外出”,实际上也类似中国的监视居住。

### (三) 强制措施的体系

值得注意的是,在西方国家,抓捕、带到措施通常以“逮捕”来描述和界定。例如,在英国,逮捕就是指将被怀疑犯罪的人截停并加以控制的行为,在普通法的传统上,尤其是指对现行犯予以控制的行为。<sup>[14]</sup>在美国,逮捕通常是指有权的国家机关为了对嫌疑人进行讯问而将其带往监禁地点的行为。<sup>[15]</sup>在德国,依其刑事诉讼法第 115 条之规定,被告被捕后,应尽快并最迟于次日解送于主管之法官处。因此,德国刑事诉讼中的逮捕(有时亦称“拘捕”),也属于剥夺人身自由的即时行为,而非剥夺人身自由的持续状态。在有关人权的国际公约如《公民权利和政治权利国际公约》中,“逮捕”也是指“截停”、“带到”的涵义;诺瓦克指出,该公约规定的“逮捕”是指剥夺自由的行为,其所覆盖的期间通常只能延伸至被逮捕人被带到有权机关为止;“拘禁”则是指剥夺自由的状态,包括所有的拘留、审前拘禁、定罪后的监禁乃至绑架或其他行为导致的剥夺人身自由的状态。<sup>[16]</sup>

正是因为西方国家将所有抓捕带到措施都称为“逮捕”(由于语言表述的缘故,在翻译时偶尔也译为“抓捕”、“拘捕”、“捉捕”),而将带到之后的拘禁状态称为羁押,所以国内学术界均将这一制度组合统称为“逮捕与羁押相分离的制度”。应当指出的是,西方国家逮捕的形式是很多的,例如在美国就既包括对现行犯的逮捕,也包括对审判前未被羁押的被告人的逮捕;在德国,审判前对未被羁押者传唤不到时也可以进行逮捕。另一方面,逮捕并不能涵括除羁押之外的所有限制人身自由的措施。例如美国的拍身搜查、德国的截停盘问等,均不一定导致逮捕,但是也属于对人身自由的限制。与此同时,西方国家为了将侵犯人身自由措施的适用范围缩至最小,通常以取保候审、监视居住等措施,作为羁押的替代性手段;往往只是在其他保证方式均不足以保证被告人到庭受审或被告人不继续危害社会时,才予以羁押。因此,抓捕、带到之后,并不必然导致羁押。

## 二、西方国家宪法与法律对刑事强制措施的规制

### (一) 对抓捕、带到措施的规制

对于以抓捕、截停、带到为目的的侵犯人身自由措施,西方国家一般在程序上设置有三种保护机制:一是适当根据,二是令状主义,三是迅速带见法官。

[14] See Barbara J. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, University of California Press, 1991, p. 127.

[15] See Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, 3<sup>rd</sup> ed., LexisNexis, 2002, p. 169.

[16] 参见 [奥] 曼弗雷德·诺瓦克:《〈公民权利和政治权利国际公约〉评注》,孙世彦、毕小青译,三联书店 2008 年版,第 229 页。

以美国为例，其宪法第四修正案规定的“扣押”就是宪法规定的抓捕、截停、带到措施。根据宪法要求，执法官员在以逮捕的方式“扣押”公民人身时一般应当有令状，并且应当有适当根据。根据判例，令状应当由中立的法官签发；检察官签发的令状不得作为扣押的依据，也不得作为警察合理地相信其有正当根据的理由，因为检察官的控方身份使其不符合中立性要求。<sup>[17]</sup>但在实践中，由于逮捕通常属于对现行犯、准现行犯等采取的临时处置措施，因此实际上法官很少仅仅因为警察的逮捕没有令状依据而判定其违法。<sup>[18]</sup>

对于适当根据，美国联邦最高法院曾经判定，如果就实施逮捕的警察官员而言，就其合理信赖的信息来看，当时掌握的事实和情况足以使一个理智且审慎的人相信一个犯罪事实正在发生或者已经发生，就应当认为此时存在着正当根据。<sup>[19]</sup>在大陆法系，其法律体系中较少见到“正当根据”这样的术语。但根据本文第一部分的论述可知，大陆法系通常通过对现行犯、准现行犯、重大嫌疑分子的界定，来约束警察权力。换句话说，大陆法系是通过通过对抓捕、带到措施对象的界定来约束警察行为，英美法系则是以抓捕必须有适当根据这一程序性前提来约束警察行为。二者虽然表述不同，但在效果上异曲同工。

逮捕程序中的“迅速带见法官”要求，也早已成为世界各国的通例。例如，在德国，根据其刑事诉讼法的规定，对被逮捕的人应当毫不延迟地、至迟在逮捕后的第二日带到法官面前，由法官决定是否释放（德国刑事诉讼法第128条）。在英美法系，“迅速带见”的要求，通常以“无不合理迟延”（without unreasonable delay）这一术语来表述。<sup>[20]</sup>

在大陆法系，法律通常还会规定逮捕拘押之后的通知家属要求。例如，意大利刑事诉讼法第387条规定：“经被逮捕人或拘留人同意，司法警员应当立即通知其家属已实行的逮捕或拘留。”德国刑事诉讼法第114b条规定：“对逮捕事实、有关羁押期间的每一项新决定，应当不延迟地通知被捕人的亲属或者他的信赖人。”根据这些规定，大陆法系国家对于被逮捕拘押之人的通知要求是没有例外的。值得注意的是，英美法系并无法律明确规定这些要求，但是这并不妨碍英美法系国家被抓捕拘押之人自行通知自己的家属。

## （二）对审前羁押措施的规制

对审前羁押措施的规制可以概括为三个方面：一是羁押理由的法定性；二是羁押适用过程的司法性；三是羁押决定的可救济性。

羁押理由的法定性，是指法律对审前羁押明确规定了法定的理由。例如在德国，羁押的合法目的被限定为三个方面：一是确保被告在刑事诉讼中到庭接受审判；二是保障侦查机关合法的事实调查不受妨害；三是确保刑罚的执行。<sup>[21]</sup>在英美等其他西方国家，也莫不对羁押理由进行法律上的预先规范。正是由于这些规范，使西方国家在羁押的适用方面显得比较谨慎。美国联邦最高法院首席大法官伦奎斯特曾经不无自豪地断言：“在我们的社会，自由乃是一般状态，审判前羁押被告人则属于谨慎而有限适用的例外。”<sup>[22]</sup>在德国，羁押被认为对个人自由的影响最严重，

[17] *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443, 449-453 (1971). 该案中，法院判定，检察官的执法者身份与宪法要求的中立地位不相符合。

[18] *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103, 43 L.Ed. 2d 54, 95 S.Ct. 854 (1975).

[19] *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160, at 175 (1949).

[20] 在澳大利亚，普通法上曾经存在“无不合理迟延”（without unreasonable delay）这一表述，但在制定法上这一要求逐渐为“侦查和讯问的合理时间”（questioning and investigation for a reasonable time）所替代。See Jill Hunter, Camille Cameron & Terese Henning, *Litigation: Evidence And Procedure*, N. S. W., Nexilexis Butterworth, 2005, p. 453.

[21] 参见 [德] 克劳斯·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第281页。

[22] *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 755 (1987).

因而宪法上规定应当将羁押的范围及限度限定在最有必要的情形下。<sup>〔23〕</sup>

羁押适用程序的严格性，主要是指法律对羁押决定过程施加了严格的司法约束。这主要体现在两个方面。一是西方各国对于审前羁押均实行司法决定的制度，即只有法院才能决定是否对等候审判的人进行羁押。二是羁押的决定程序通常都是公开的、透明的，也就是以公开听证的方式进行。在这个过程中，被告人及其辩护人可以向法官陈述不应当被羁押的理由，控诉方则承担举证证明被告人应当被羁押的责任。值得指出的是，在西方，羁押是由法官决定的，不羁押也是由法官决定的。也就是说，与羁押并列的保释、监视居住等措施，都应当由法官来决定，不存在由警察或检察官决定保释或监视居住的情形。之所以如此，是因为保释以及取保候审和羁押一道，共同构成法官决定是否限制公民人身自由的两个方面。对限制人身自由的措施实行司法控制，当然也就包含了保释及监视居住都应当由法官决定的涵义。

羁押决定的可救济性，是指羁押决定作出之后对被羁押人提供的各种保护，首当其冲的措施是被羁押人享有的上诉权。在德国，被告人对羁押决定不服的，可以申请签发羁押命令的法官对羁押决定进行复议；复议通常会导导致羁押命令暂缓执行从而使得被告人被暂时释放；被告人也可以向地区法院上诉。<sup>〔24〕</sup>在英国，如果治安法官拒绝了被告人的保释申请，被告人可以在任何时候向高等法院提出保释申请；高等法院可以同意被告人的保释申请，也可以变更治安法院施加给被告人的保释条件。<sup>〔25〕</sup>另外，刑事法院也可以在特定情况下同意被告人要求保释的申请。<sup>〔26〕</sup>因此，对于审前羁押的命令，被告人实际上既可以向高等法院上诉，也可以向王座法院上诉，并且在实践上没有任何规则阻止他们两者同时使用。<sup>〔27〕</sup>

与上诉权并列的约束机制是羁押之后的“迅速审判”。在美国，迅速审判权是刑事被告人的一项宪法权利，由联邦宪法第六修正案明文规定。在英国，法律虽未明文规定迅速审判权，但根据1985年犯罪检控法，如果被告人在审判前遭到羁押，则对其羁押的期限从初次被治安法官聆讯至被交付审判不得超过70天；如果被告人被指控的是适用简易程序的犯罪，则至交付审判的期间为56天。<sup>〔28〕</sup>在德国，尽管刑事诉讼法未明文规定被告人享有迅速审判权，但其中有关刑事审判不应长时间中断的规定，被认为是迅速审判原则的体现。<sup>〔29〕</sup>

综上所述，西方国家对于审判前限制和剥夺公民人身自由的措施，从各个角度、各个方面进行了全面周到的规制，其目的就是防止国家权力的滥用，防止公民的基本自由遭到恣意的侵犯。

### 三、中国刑事诉讼中的强制措施

#### （一）拘留是紧急情况下的临时处置措施

如前所述，西方国家对于侵犯人身自由措施的规制是全面的、立体的、几无遗漏的。对于直接涉及公民人身自由的抓捕、带到措施，西方国家尤其普遍加以重点规范。遗憾的是，对于这一措施，中国宪法并无规定。但对于紧急情况下的临时处置措施，中国刑事诉讼法称之为“拘留”，

〔23〕 参见前引〔21〕，罗科信书，第281页。

〔24〕 参见前引〔4〕，魏根特书，第102页。

〔25〕 Criminal Justice Act 1967, § 22.

〔26〕 Supreme Court Act 1981, § 81.

〔27〕 See John Sparack, *Emmins on Criminal Procedure*, 8<sup>th</sup> ed., Blackstone Press Limited, 2000, p. 96.

〔28〕 同上书，第88页。

〔29〕 参见〔德〕约阿西姆·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14页。

有着比较详尽的规定。问题是,由于刑事诉讼法的规定在宪法上找不到对应物,是否存在刑事诉讼法的规定不符合宪法的嫌疑?对此问题,本文认为需要对宪法文本作历史解释。

事实上,在1954年的宪法草案第一稿中,是有关于刑事拘留的规定的。该草案第83条第1款规定:“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。”第2款规定:“任何公民非经法院或者检察长依照法律所作的决定或者许可,不受逮捕,在紧急情况下的临时拘留,至迟要在三日内得到法院或者检察长的许可,否则被拘留人应当得到释放。”从这一规定来看,当时的宪法起草者们是将拘留作为紧急情况下的临时处置措施来规范的。在宪法起草委员会第四次会议的讨论过程中,有人提出,“在苏联,临时拘留的批准程序是规定在刑法里的,我们的宪法是不是也可以考虑不写这一点?”由于刘少奇的坚持,在这一次讨论中,这一条规定得到了保留。<sup>[30]</sup>但是在第五次会议上,吴玉章、彭真、刘少奇、邓小平、沈钧儒、黄炎培等均同意删掉有关拘留的规定,理由是:第一,苏联的宪法没有规定;第二,拘留在宪法中讲不清楚,可以在刑事诉讼法中规定;如果刑事诉讼法一下子搞不好,可以在单行条例中规定。<sup>[31]</sup>

从以上历史文献的记载来看,新中国第一部宪法本来是有拘留的地位的,只是由于制宪者的犹豫,才没有将拘留规定进去。那我们如何对待这一立宪史上的事件呢?本文认为,从目的解释的方法来看,<sup>[32]</sup>1954年宪法相关条款的立法原意应当这样来解释:宪法本来是要规定拘留的,只是考虑到拘留是紧急情况下的临时处置措施,所以才没有规定拘留;反过来说,在制宪者看来,只有当拘留是紧急情况下的临时处置措施时,拘留才是符合宪法的。<sup>[33]</sup>

1954年颁布的《逮捕拘留条例》,的确是按照对宪法的这一理解对拘留作出的规定。该条例第6条规定:“公安机关对罪该逮捕的现行犯或者重大犯罪嫌疑分子,如果有下列情形之一的,由于情况紧急,可以先行拘留:(一)正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的;(二)被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的;(三)在身边或者住处发现有犯罪证据的;(四)犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的;(五)有毁灭、伪造证据或者串供可能的;(六)身份不明有流窜作案重大嫌疑的;(七)正在进行打、砸、抢、抄和严重破坏工作、生产、社会秩序的。”

根据上述规定,拘留必须同时满足两个条件:一是必须属于法律明文规定的紧急情况;二是只能作为临时处置措施。从上述规定中列举的情形来看,其第一项情形属于典型的现行犯;第二项和第三项情形则属于准现行犯;第(四)至(七)项情形则属于有重大嫌疑的情形。可见我国最初意义上的拘留,既包括了西方意义上对现行犯、准现行犯的抓捕、带到措施,也包括了对重大嫌疑分子的抓捕措施。值得注意的是,在同一个条文中,“紧急情况”、“先行拘留”等字眼,都得到相当程度的强调。<sup>[34]</sup>

《逮捕拘留条例》第8条还规定:“公安机关拘留的人犯,需要逮捕的,应当在拘留后的三天以内,把被拘留人的犯罪事实和证据材料通知本级人民检察院。在特殊情况下,拘留的时间可以

[30] 参见韩大元编著:《1954年宪法与新中国宪政》,湖南人民出版社2004年版,第248页以下。

[31] 同上书,第253页以下。

[32] 关于目的解释的问题,也有很多理论家常持异议,认为立法目的是难以探求的。本文认为,尽管在很多情况下我们确实无法探知立法原意,但不能因此否定目的解释这一方法。因为,对于法律的有些规定,其立法目的并不是绝对不能探求;只要存在可以探求立法原意的途径,目的解释的方法就应当获得运用。

[33] 有论者指出:立法原意不仅包括明确无误地表达于法律之中,也包括在立法过程中参与立法者通过各种途径所作出的表达。参见乔晓阳主编:《中华人民共和国立法法讲话》,中国民主法制出版社2008年版,第181页。本文对拘留的宪法地位所作的解释,就是根据立法过程中参与立法者所作的表达,对立法原意所作的探求。

[34] 实际上,所谓“紧急情况下”的“临时处置措施”,与西方语境中的“无不必要迟延”、“迅速带见”等表述如出一辙,它们的涵义大体上应当是一致的。

再延长四天。”这一规定在期限上进一步明确了拘留的临时处置措施性质。其中，“在特殊情况下，拘留的期限可以再延长四天”的规定，突出显示了拘留的这一性质。立法者完全可以说“在特殊情况下拘留的期限可以延长至七天”。但是立法者没有这样说，而是选择了“在特殊情况下，拘留的期限可以再延长四天”这样的说法，就是突出拘留的紧急性、临时性。因为七天容易让人感到时间比较长，所以，虽然实际效果是一样的，但在语词的选择上，却显示了立法者对于拘留措施的谨小慎微。

1979年刑事诉讼法对于拘留的规定，沿袭了1954年《逮捕拘留条例》关于拘留的规定。1996年修改刑事诉讼法时，出于取消收容审查制度的需要，将收容审查的对象纳入到拘留的范围，从而将拘留的期限延长到了30日。如果说7天还勉强属于“紧急情况下”的“临时处置措施”，则30天的拘留期限却无论如何也不能说是“临时处置措施”了。但是，如果我们遵循1954年制宪者的足迹，尽管内心有些不情愿，仍然将30日的拘留期限理解为紧急情况下的临时处置措施，则勉强可以认为，中国刑事诉讼中的拘留还是大体上符合宪法的。

值得指出的是，尽管现行刑事诉讼法规定的拘留期限比较长，但是刑事诉讼法没有一处规定是将拘留当做羁押来对待的。从法律规定的效果看，拘留实际上会导致一定期限的羁押，但是实际上其他强制措施也会导致一定期限的羁押。例如我国的拘传，虽然法律明文规定不能以连续拘传的方式变相羁押，但12小时的期限，在效果上相当于羁押12个小时。又如西方的逮捕，尽管有“迅速带见法官”的要求，在带见之前，也还是羁押。但是无论西方还是中国，在法律上都强调这些措施不是羁押。这样强调的意义在于，抓捕、带到的正当性与羁押的正当性是不一样的：通常来讲，羁押需要有更加充分的理由，也应当适用更加正规的程序，因此西方通常由法官来决定羁押。所以，尽管作为抓捕、带到措施的强制措施也在一定期间内剥夺了公民的人身自由，但却不具有羁押的性质。在我国刑事诉讼法上，虽然基于打击流窜作案、结伙作案、多次作案的重大嫌疑分子的需要，将公安机关提请人民检察院批准逮捕的期限延长至30日，但刑事诉讼法中规定的“羁押”，仍然是指“逮捕”之后的羁押。极端地说，无论拘留的期限有多长，它都不是羁押措施。法律没有赋予其羁押的性质，它只能是紧急情况下的抓捕、带到措施。

## （二）“逮捕”属羁押措施，应当作为例外而适用

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”。因此，与拘留不一样的是，逮捕是中国宪法明文规定的强制措施，也是宪法唯一规范的强制措施。

值得指出的是，在中国，“逮捕”通常都意味着较长时期的羁押状态。无论是1954年颁布的《逮捕拘留条例》，还是1979年颁布并在1996年修正的刑事诉讼法，均是在羁押的意义上使用逮捕这一概念。例如，《逮捕拘留条例》第2条规定：“对反革命分子和其他可能判处死刑、徒刑的人犯，经人民法院决定或者人民检察院批准，应即逮捕。应当逮捕的人犯，如果是有严重疾病的人，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女，可以改用取保候审或者监视居住的办法。”这一规定中的表述，在1979年颁布并于1996年修正的刑事诉讼法中基本上得到保留，说明制定《逮捕拘留条例》时，立法者就是在羁押的意义上使用逮捕这一概念。也就是说，中国宪法中的逮捕应当是指羁押的状态而非即时行为。因此，中国的逮捕，实际上类似于西方国家法律体系中的审前羁押。

既然中国的逮捕相当于西方的羁押，则其适用必然应当十分严格，并且不应当作为常用措施。对此，中国宪法和刑事诉讼法虽未明文规定，但是这一意涵应当是包括并浸透在刑事诉讼法条文的排列顺序当中的。刑事诉讼法第50条规定，人民法院、人民检察院和公安机关根据案件

情况,对犯罪嫌疑人、被告人可以拘传、取保候审或者监视居住。在这一规定中,拘传是一种强制到案的方式。当犯罪嫌疑人、被告人到案后,对犯罪嫌疑人、被告人首先考虑的强制措施是取保候审或监视居住,无论其是否可判处徒刑以上刑罚,均是如此。因为,第51条规定:对可能判处徒刑以上刑罚,采取取保候审、监视居住不致发生社会危险性的,也应当取保候审或者监视居住。这两个条款均表明,刑事诉讼中常用的、例行的强制措施应当是取保候审和监视居住,只有在取保候审、监视居住的方法不足以防止发生社会危险性时,才需要予以逮捕。

刑事诉讼法第56条、第57条的规定进一步表明了立法者的这一立场。第56条规定,被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人违反取保候审期间应当遵守的规定(未经执行机关批准不得离开所居住的市县,传讯的时候及时到案,不得以任何形式干扰证人作证,不得毁灭、伪造证据或者串供),可以区别情形,予以逮捕。第57条规定,被监视居住人违反监视居住期间应当遵守的规定,情节严重的,应当予以逮捕。这实际上是说,立法者本来在第50条和第51条作出了一个价值判断,认为取保候审、监视居住应当优先适用,但是被取保候审、监视居住的人在取保候审、监视居住期间违反了应当遵守的规定,也就是以其实际行动证明其具有超过取保候审、监视居住所能防止的社会危险性,因此应当予以逮捕。换句话说,逮捕是不得已而为之,是最后的手段。

第60条的规定同样包含此意。第60条规定,有证据证明有犯罪事实,可能判处徒刑以上刑罚,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。这里明确指出,即便是对于可能判处徒刑以上刑罚的人,也只有在采取取保候审、监视居住不足以防止发生社会危险性时,才需要逮捕;如果采取取保候审、监视居住已经足以防止发生危险性,仍然不能逮捕。

综上所述,无论是根据刑事诉讼法条文规定强制措施的顺序,还是法条中包含的一般逻辑,逮捕都应当是备选的、在后的、例外的、不得已而适用的措施,而不能是经常的、优先的、例行的、可以随意适用的措施。

### (三) 中国的刑事强制措施体系

基于上述理解,中国刑事诉讼中的强制措施既包含了作为应当优先适用措施的取保候审和监视居住,也包含了作为例外适用措施的逮捕羁押,同时也有作为紧急情况下的临时处置措施的拘留。刑事诉讼法规定拘留必须有拘留证,在一些情况下必须立即采取措施时,来不及申请和签发拘留证,因此,《人民警察法》又规定了留置盘问,作为拘留的重要补充,这有点类似于西方警察实施的无证逮捕。又由于中国刑事诉讼实行密切联系群众的原则,任何公民均可对正在实行犯罪、犯罪后即时被发觉以及正在被通缉的人进行扭送,这实际上相当于由普通公民实施的“无证逮捕”,与警察的留置盘问(官方的无证逮捕)一道,共同构成对拘留的补充措施。以上三种措施共同构成紧急情况下对犯罪嫌疑人、被告人抓捕归案的一种到案措施,拘传则属于通常(非紧急)情况下将犯罪嫌疑人、被告人抓捕归案的到案方式。

在中国,“逮捕”与“羁押”的措施也是分离的,根本不需要如一些学者所声称的那样,建立“逮捕”与“羁押”相分离的制度,因为我们早已建立了二者相分离的制度。只不过我们的逮捕不叫“逮捕”,叫“刑事拘留”(以留置盘问、公民扭送为补充,并与拘传并列);我们的羁押不叫“羁押”,叫“逮捕”。<sup>[35]</sup>在这一前提之下,中国的刑事强制措施体系与西方的强制措施体系大体上是相当的,尽管宪法本身并没有立体化地规定所有的强制措施,刑事诉讼法完全可以补

[35] 需要说明的是,羁押实际上是包含“逮捕”、“抓捕”、“捉捕”的行为的。换句话说,羁押的命令可以涵盖“抓捕”的命令。例如在德国,羁押命令应当经拘捕而获得执行,而“拘捕即将之抓住”。参见前引[21],罗科信书,第288页。可见,若论“逮捕与羁押的分离”,其实在西方也并非绝对。

充并覆盖所有的强制措施种类，并形成内部融洽的和谐体系。

不过，在当前的刑事司法实践中，对于中国刑事强制措施体系的理解，与立法上的结构显然存在一定的差距。根据立法，拘传其实是一种带到措施，带到之后是否羁押，应当由司法机关决定，而不能对被拘传的人员叠加适用另一种带到措施——拘留。但实际上，拘留在很大程度上成为一种逮捕之前的羁押措施，因此，拘传之后往往并未逮捕，而是先拘留后逮捕。同样地，留置盘问、公民扭送两项措施也属于抓捕、截停、带到措施，带到之后是否羁押，在西方也是由法官决定，但在中国，仍然是由公安机关决定是否适用拘留这种带有短期羁押性质的措施。换句话说，拘留本来应当是抓捕、带到措施，但是已经逐步演变为短期羁押措施。另外，逮捕本应是最后手段，实践中却经常优先适用，取保候审、监视居住反而成为了例外。最后，《中华人民共和国行政监察法》以及《中国共产党中央纪律检查委员会工作条例》中规定的两指两规（俗称“双规”），在性质上与羁押无异，但缺乏具体而明确的法律规范，实际上属于逮捕的规避措施。

所有这些都使得刑事诉讼法规定的强制措施在司法实践中发生了一定的变异，从而使强制措施体系在实践结构上也产生了一些变化。

#### 四、中国法律对强制措施的规制及其完善

中国的刑事强制措施体系基本上是完全的，逻辑上是自洽的，与宪法也基本上是不矛盾的。如果理论界能够对刑事诉讼法的规定给予认真对待，并推动实务部门认真遵守刑事诉讼法的规定，而不是把刑事诉讼法当做一心要予以推翻的对象，则我们的法律在实施中和西方应当没有本质的区别。但是，这并不意味着中国的刑事强制措施就没有任何问题。相反，从严格的法治程序的角度来看，中国的刑事强制措施制度仍然有完善的空间。

##### （一）对以拘留为中心的抓捕、带到措施的规制及其完善

前文提到，西方国家对于抓捕、带到措施，通常以令状主义、适当根据以及迅速带见法官三方面的机制加以约束。在我国，拘传、刑事拘留、留置盘问以及公民扭送都属于西方意义上的抓捕、带到措施。根据规定，对于拘传、刑事拘留都要求有令状，留置盘问和公民扭送不要求令状，是因为这两项措施实质上相当于西方国家普遍实行的对现行犯的无证逮捕。因此，在令状的问题上，我国和西方国家的区别主要在于，我们的刑事拘留和拘传通常是由公安侦查机关自己签发拘留证（拘传证），这与西方普遍以法院这一司法机关制约警察机关权力形成对照。但值得注意的是，在美国，虽然令状主义和适当根据都属于抓捕、带到措施的程序性前提，司法实践中却很少因为缺少令状而判定非法，因此真正的约束乃是适当根据而非令状主义。从这个角度来看，我国刑事拘留以及公安机关实施拘传时由公安机关自己签发令状也不算是特别明显的瑕疵。

至于适当根据，前文已经指出，大陆法系并无适当根据这一概念，但通过对抓捕、带到措施之对象的界定，为警察权力的行使施加了约束。我国刑事诉讼法在法律概念体系上通过学习前苏联的模式借鉴了大陆法系，因此也是通过对抓捕、带到对象的限定来实现对警察权力的约束。例如，刑事诉讼法规定了拘留的七种对象，均属于现行犯、准现行犯和重大嫌疑分子。留置盘问的对象，则显然属于重大嫌疑分子。可见，我国刑事诉讼法虽然没有适当根据这一概念，但是并不缺乏对警察权力的约束。那些认为中国刑事诉讼中的强制措施完全不受约束的观点，完全是站不住脚的。

唯一成问题的是“迅速带见法官”。这存在两方面的问题：一是当限制人身自由的措施开始于刑事拘留时，因拘留的期限过长，不符合迅速带见法官的要求，因而需要在立法上缩短拘留的

期限,本文称之为“拘留的临时化”;二是当限制人身自由的措施开始于留置、拘传时,若接下来直接由司法机关决定是否逮捕羁押,则不违反“迅速带见”原则;但因实践中对被留置盘问、拘传的犯罪嫌疑人通常不是直接逮捕而是予以拘留,因此实际上不符合“迅速带见”原则。第二个问题解决起来会更加棘手。本文的建议是,通过司法解释明确拘留的非羁押性质,促使侦查机关在拘传和留置盘问的期限内向检察机关提出逮捕申请,或者在拘留期限缩短的前提下转为拘留。这两方面的努力,都必须以拘留的临时化为前提。

刑事拘留的临时化,是指刑事拘留应当在宪法原意的指导下,被界定为紧急情况下的临时处置措施。什么是紧急情况以及什么是临时处置措施,在语义上相当模糊。但1954年《逮捕拘留条例》和1979年刑事诉讼法规定的拘留,还可以称得上是“紧急情况下”的“临时处置措施”。其一,其适用对象仅限于现行犯、准现行犯或者重大嫌疑分子。其二,公安机关拘留人之后应当在3日以内将犯罪嫌疑人提交给人民检察院,由人民检察院决定是否羁押——也就是逮捕。只有在特殊情况下,公安机关才可以将提请逮捕的时间延长至7日。也就是说,公安机关单独决定限制公民人身自由的时间最长也只有7天。在同时满足上述两个条件的情况下,刑事拘留这种强制措施仍然可以说是符合宪法的。

但是,1996年修正后的刑事诉讼法取消了收容审查这种行政强制措施,并将这种措施的适用对象纳入刑事诉讼法,因此将公安机关暂时限制犯罪嫌疑人人身自由的期限——也就是提请检察机关批准逮捕的期限延长至30日。这一延期已经大大突破了宪法的限制。尽管我们无法准确地界定“急”到什么程度可以算是“紧急”,“临”到什么时候可以算是“临时”,但是,将30天的关押也理解为“紧急情况下”的“临时处置措施”总显得有些勉为其难,也不符合国际上的惯例。因此,从刑事程序法治化的角度来看,应当恢复刑事拘留作为紧急情况下的临时处置措施的性质,将有关刑事拘留期限的条款,改回到1979年刑事诉讼法的规定。

## (二) 对逮捕羁押的规制及其完善

中国宪法中的“逮捕”,实际上相当于西方语境中的“审前羁押”或“审前监禁”。在西方,法律对审前羁押设置了三方面的约束机制:羁押理由的法定性、羁押程序的司法性、羁押决定的可救济性。

在中国,宪法和法律也对作为审前羁押措施的逮捕设置了相应的约束机制。首先,在羁押的适用对象方面,刑事诉讼法将逮捕羁押的对象限定为必须满足“有证据证明有犯罪事实发生”、“可能判处徒刑以上刑罚”、“采取取保候审、监视居住不足以防止发生社会危险性”等条件。可见,羁押理由的法定性这一要求,在中国刑事诉讼法上已有明文规定。在羁押的适用方面,法律虽未明文规定逮捕羁押应当是迫不得已的手段,但如前文所分析,从刑事诉讼法规定强制措施的条文顺序来看,逮捕羁押实际上是被当做最后的手段来采用的。

中国宪法和刑事诉讼法也没有赋予被羁押公民迅速审判权。尽管如此,因为刑事诉讼法对逮捕之后的侦查羁押期限设定了严格的规则,通常情况下的侦查羁押期限只有2个月,一般情况下的审查起诉期限为1个月,适用普通程序案件的审判期限一般为1个月,所以,如果不存在特殊情况(例如补充侦查、改变管辖等),一个刑事案件从被逮捕之日起至一审宣判,一般不会超过4个月(关于逮捕后的羁押期限,可参看下页表)。因此,尽管宪法和法律没有规定迅速审判权,迅速审判的要求却体现在刑事诉讼法有关办案期限的规定当中。<sup>[36]</sup>

[36] 值得注意的反倒是在有些案件中,政府机关动过于“迅速”,反而让人感觉有些不知所措。例如,在李庄案中,对李庄的举报发生于12月11日;12日,重庆公安机关就决定对李庄刑事拘留;13日,批准逮捕;16日,提起公诉;30日,开庭审判。若不是刑事诉讼法规定“在开庭10日以前将起诉书副本送达被告人”,本案的审判甚至会更加“迅速”。

逮捕以后的羁押期限

|        | 一般期限 | 特殊期限     | 备注(数字为刑诉法条文序号)  |
|--------|------|----------|-----------------|
| 侦查羁押期限 | 2个月  |          | 124             |
|        |      | 延长1个月    | 124,案情复杂,上级批准   |
|        |      | 延长2个月    | 126,重大复杂,省级批准   |
|        |      | 延长2个月    | 127,十年以上,省级批准   |
|        |      | 重新起算     | 128,另有重要罪行      |
|        |      | 查清身份之日起算 | 128,不讲真实姓名、住址…… |
| 审查起诉期限 | 1个月  |          | 138             |
|        |      | 延长0.5个月  | 138,重大、复杂案件     |
|        |      | 补充侦查1个月  | 140,退回补充侦查      |
|        |      | 补充侦查1个月  | 140,补充侦查以二次为限   |
|        |      | 重新起算1个月  | 138,改变管辖        |
| 审判期限   | 1个月  |          | 168             |
|        |      | 至迟1.5个月  | 168             |
|        |      | 延长1个月    | 168             |
|        |      | 补充侦查1个月  | 168、166         |
|        |      | 补充侦查1个月  | 168、166         |
| 合计     | 4个月  | 15个月     | 不计算第128条规定的两种情形 |

但是,我国的逮捕羁押措施仍然存在进一步规制的空间。这主要体现在两个方面:一是羁押权行使的司法化,二是羁押决定的救济途径。

所谓羁押权行使的司法化,包括决定主体的司法化和决定程序的司法化。决定主体的司法化,就是指羁押决定应当由法院的法官决定,而不能由检察官决定。西方国家的法治经验表明,类似于中国宪法规定的逮捕措施的拘禁,应当由法官或授权行使司法权的官员来决定。之所以如此,主要是因为在西方的传统中,法院才是真正的司法机关。检察机关虽然也担负一定的司法职责,但由于其控方的角色,通常很难保证其中立和客观的地位。本文认为,如果我们拘泥于西方的传统和习惯,在中国,不仅检察官很难称得上是“被授权行使司法权”的官员,法官也很难称得上是司法官员,从而几乎找不到可以决定羁押的官员。但是人们在感觉上,仍然觉得法院一般会比检察院更加中立,因此由法院行使羁押决定权的呼声会持续不断。但在目前的形势下,决定主体的司法化一时难以实现。因此,我们的着力点就应当主要集中于决定程序的司法化。

所谓决定程序的司法化,就是指有权决定羁押的主体在批捕逮捕时,应当以消极、中立的姿态,平等地听取指控机关和犯罪嫌疑人双方的意见。本文认为,在决定是否批准逮捕时,检察机关应当在公安机关和犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人双方在场的情况下,以公开听证的方式,对犯罪嫌疑人、被告人是否应当逮捕羁押进行司法审查,审查嫌疑人、被告人自杀、逃跑、毁灭、伪造证据,指使证人做伪证等方面的人身危险性。之所以应当提高逮捕程序的司法化程度,是因

为：从法治的角度看，逮捕既然是一种较长时间内比较正式地剥夺公民人身自由的措施，就应当严格逮捕的条件，在程序上去除批准、决定逮捕的程序恣意性。这就要求必须以具有司法性质的程序来决定逮捕羁押措施。在羁押的决定主体未能实现司法化之前，如果检察机关在行使批捕权的方式、考察的重点等方面能够有一个实质性的转变，通过逮捕程序的司法化努力使自己行使该项权力的程序符合司法程序之特征，从而有效地降低羁押率，那么，理论界对检察机关行使批捕权的争论、反对和批评的声音也会逐渐平息。

完善逮捕羁押措施的第二个途径，是赋予被逮捕羁押的犯罪嫌疑人、被告人向原决定机关申请复议和向上一级检察机关申请复核的权利。因为人身自由涉及公民的重大利益，西方国家普遍要求羁押决定机关应当随时复查羁押是否仍有必要，同时赋予被羁押之人向上一级司法机关上诉的权利。在我国目前的司法体制下，羁押决定的程序本来就有先天的缺陷，基于对公民人身自由的保护，更应当赋予当事人针对审前羁押的决定要求复议、复核的权利。另外，公安机关对不批准逮捕的决定享有要求原决定机关复议和提请上一级检察机关复核的权利，从公平的角度出发，也应当赋予被羁押人同等的救济权。

### （三）对取保候审、监视居住的完善

在西方，无论取保候审还是监视居住，都是羁押的替代性措施，其目的与羁押的目的是一样的，那就是保证被告人出席审判并且不再继续危害社会。基于这一原理，与审前羁押一样，无论取保候审还是监视居住，都是由法官决定。因为，犯罪嫌疑人、被告人是否具有足够的人身危险性从而需要羁押，需要由法官做出事实上的判断。如果侦查机关和起诉机关认为不需要羁押，自然可以将嫌犯释放。但如果认为需要羁押，则嫌犯是否具有足够的人身危险性、是否需要羁押，均应由法官判断。

但在我国，取保候审、监视居住的适用权被同时赋予了公检法三机关。从理论上讲，如果侦查机关认为对犯罪嫌疑人、被告人不需要羁押，将其释放自然是可行的；但是若认为需要采取特定措施，则在西方就属于应当由法官加以判断的事项，其中包括对被告人施加何种限制、在准予保释时应当课以多少保释金等。在将嫌疑人、被告人羁押之后，是否需要改变强制措施、撤销羁押决定，也由法官决断，侦查机关不得自行将被法官决定羁押的嫌犯予以释放。但在我国，根据刑事诉讼法的规定，既然公检法三机关都有权决定取保候审和监视居住，自然也都可以决定保释金的大小、监视居住的强度。另外，根据规定，公安机关还可以将检察机关批准、决定或法院决定逮捕羁押的人予以释放，只不过在释放之后应当将情况报告给原决定逮捕的机关（1996年刑事诉讼法第72条、第73条）。

本文认为，这种制度安排是很有问题的。对于检察机关批准逮捕或者决定逮捕的人，公安机关只能申请释放，而不能自行释放。根据法律，检察机关既可以批准逮捕，也可以决定逮捕。如果公安机关决定释放的人员，检察机关认为应当逮捕，则可以自行决定逮捕。如果公安机关经过讯问，仍然认为不应当逮捕，则可以自行释放。这样循环往复，法律将失去严肃性。在西方，由于羁押、取保候审、监视居住的决定权统一由法院行使，就不会发生这样的问题。在我国，由于公检法三机关均有权决定取保候审和监视居住，从而容易产生当三机关的判断不一致时究竟以哪一机关的判断为准的问题。对此，本文认为，从法理上看，检察机关的判断应当优于侦查机关的判断，审判机关的判断又应当优于检察机关的判断。因此，案件一旦经由检察机关做出判断，公安机关就不能再自行作出决定。这是羁押权本属司法权之使然。因此，取保候审和监视居住的权力虽然也授予侦查机关行使，但是侦查机关只能在犯罪嫌疑人、被告人未被羁押的情况下行使取保

候审、监视居住的权力，在犯罪嫌疑人、被告人受到羁押的情况下，公安机关只能申请取保候审、监视居住，不能自行将被羁押犯罪嫌疑人、被告人释放，或变更其他强制措施。

另外，监视居住本来是一种部分限制而非完全剥夺人身自由的措施，在监视居住的状态下公民仍然应当享有相当程度的人身自由，只不过，其行为处于有权的国家机关的监督之下。从宪法的角度分析，监视居住侵犯的主要是公民的隐私权，而非人身自由权。只是在将隐私权作为人身自由权的延展部分来考虑的情况下，我们才将监视居住作为侵犯人身自由的一部分。从刑事诉讼法的角度看，现行刑事诉讼法的规定将监视居住作为一种限制人身自由而非剥夺人身自由的措施来设置。但在实践中，监视居住存在两大问题：一是适用较少，原因是监视居住在实施方面存在诸多困难；二是一旦适用，往往容易演变成变相拘禁。究其原因，一方面固然是因为我们在监视居住方面的投入的确不敷应用，另一方面也确实存在不严格遵守刑事诉讼法的情形。对此，本文认为，对于监视居住，应当在司法实践中适当引入具有较高科技含量的措施。例如在被监视居住者身上安装能够随时了解其行踪的电子装置等，使监视居住变得易于操作。与此同时，在监视居住的便利条件达成的前提下，通过监视居住的普遍适用，逐步降低逮捕的适用比率。换句话说，应当通过监视居住的自由化，实现监视居住的普遍化，以此逐步取代犯罪嫌疑人、被告人的普遍审前监禁状态。

## 五、对《刑事诉讼法修正案》关于强制措施修改的几点评论

中国刑事强制措施所面临的问题基本上可以概括为刑事拘留的临时化、逮捕羁押及其替代措施（取保候审、监视居住）的司法化以及监视居住的自由化和通常化。刑事诉讼法若要修改，在强制措施方面也应当从这几个方面着手。但遗憾的是，根据全国人大常委会2012年3月14日公布的《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定》（以下简称《刑事诉讼法修正案》；同时，方便起见，在引用修改后的条文时，均以修改后重新公布的条文顺序为准），此次刑事诉讼法修改在强制措施方面虽然有些许的进步，但是有些方面的修改却值得商榷。

### （一）对抓捕、带到措施的修正

因留置盘问属于人民警察法规定的强制措施，同时，《刑事诉讼法修正案》对于刑事诉讼法规定的公民扭送基本上未予更动，对拘传只是延长了12小时的期限，因此，对抓捕、带到措施的修正，就主要体现为对刑事拘留的修正，主要表现为三个方面：

一是对拘留后不通知的情形给予了具体化。新刑事诉讼法第83条规定：“公安机关拘留人的时候，必须出示拘留证。拘留后，应当立即将被拘留人送看守所羁押，至迟不得超过二十四小时。除无法通知或者涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪等严重犯罪，通知可能有碍侦查的情形以外，应当在拘留后二十四小时以内，通知被拘留人的家属。”其中，“涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪等严重犯罪，通知可能有碍侦查的情形”的规定，属于新增加的内容。这一修正的目的，旨在对不予通知的情形进行更加细致的界定和规范。应当承认，这是修改刑事诉讼法的一个进步，应当肯定，但这一进步仍然是不够的。如前所述，在大陆法系，普遍要求司法机关在将犯罪嫌疑人、被告人逮捕后立即通知被逮捕人的家属，这一通知要求是没有例外的。在英美法系，虽然通常无此要求，但是由于被逮捕的犯罪嫌疑人享有与其家属通话的自由，从而要求执法

机关通知家属的要求显得并不迫切。因此,从保障人权的角度来看,通知的要求不应当有例外。<sup>[37]</sup>

二是对不应当拘留的情形,明确规定予以释放,删除了发现不应当拘留后可以取保候审或者监视居住的规定(第85条,对现行刑事诉讼法第65条的修正)。这一修正的立法意图尚不明确,但似乎可以解释为:《刑事诉讼法修正案》为被错误拘留的人给予了更多的保护,因为它禁止公安机关继续以取保候审或监视居住之名限制公民的人身自由。

三是被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反取保候审、监视居住期间应当遵守的规定的,可以予以逮捕;需要逮捕的,对犯罪嫌疑人、被告人可以先行拘留(新刑事诉讼法第69条、第75条)。本文认为,这一规定不妥。如前所述,从历史解释的角度来看,制宪者是基于拘留是紧急情况下的临时处置措施的考虑,才没有将其在宪法中加以规定。换句话说,只有当拘留是一种紧急情况下的临时处置措施时,这种较为暂时性地剥夺公民人身自由的强制措施,才是符合宪法的。今天我们再次修改刑事诉讼法,本来应当重新考虑拘留的期限,在适当时机恢复拘留作为紧急情况下的临时处置措施的性质,如此方能显示时代的进步和法治建设的发展成就。退一步说,即使不恢复拘留作为紧急情况下临时处置措施的性质,也不应当延长或变相延长拘留的期限。而《刑事诉讼法修正案》关于取保候审、监视居住之后可以先行拘留的规定,实际上就是变相延长了拘留的期限,导致在刑事诉讼中来回反复地适用拘留。因为,公安机关对犯罪嫌疑人拘留之后可以逮捕、取保候审、监视居住,如若取保候审、监视居住之后又可以先行拘留,那么,不难想象,在将来的实践中,公安机关可能会反复采取拘留——取保候审或监视居住——拘留……的措施,这极不利于保障公民依照宪法享有的人身自由权。

刑事诉讼法的修改应当尽力着眼于刑事被追诉人权利的保护。如果修改刑事诉讼法不能起到对刑事被追诉人雪中送炭的作用,也要尽量避免使其权利状况雪上加霜的恶果。因此,有关被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应当逮捕时,可以先行拘留的规定,实在与刑事诉讼法治化的大潮格格不入。

## (二) 对逮捕羁押的修正

《刑事诉讼法修正案》对逮捕羁押措施的修正主要体现在三个方面:一是明确列举了逮捕所要防止的社会危险性。逮捕防止的社会危险性包括:(1)可能实施新的犯罪;(2)有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险;(3)可能毁灭、伪造、隐匿证据,干扰证人作证或者串供;(4)可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复;(5)可能自杀或者逃跑。值得指出的是,新刑事诉讼法是在现行刑事诉讼法第60条条文结构的基础上,增加列举了上述危险性情形,并没有改变第60条的条文结构。也就是说,第60条规定的逮捕条件,在修正后的刑事诉讼法中仍然适用。因此,新刑事诉讼法并没有在中国刑事诉讼中确立预防性羁押的合法性。逮捕羁押仍然必须以“有证据证明有犯罪事实”为前提,不允许在没有犯罪事实发生的情况下仅仅因为嫌疑人具有人身危险性而对其实施羁押。但该规定的实施效果仍有待观察。

第二个方面是明确列举了应当逮捕的情形。新刑事诉讼法规定:“对有证据证明有犯罪事实,

[37] 值得注意的是,无论是原刑事诉讼法还是2011年8月全国人大通过的《修正刑事诉讼法草案》,都规定应当将拘留的原因和羁押的处所通知被拘留人的家属或者所在单位。但是,最终正式通过的《刑事诉讼法修正案》删掉了有关“拘留的原因和羁押的处所”的规定(有关逮捕后的通知、指定居所监视居住后的通知也删除了相关规定)。这似乎意味着,执法机关在拘留(逮捕、监视居住)犯罪嫌疑人、被告人后,只需要通知其家属或所在单位犯罪嫌疑人、被告人已经被拘留(逮捕、监视居住)即可,而不必告知被拘留(逮捕、监视居住)的原因和羁押的处所。本文认为,获悉被指控罪名以及被羁押处所乃是犯罪嫌疑人、被告人及其家属和所在单位的基本权利。《刑事诉讼法修正案》将这一规定删除,必将导致对犯罪嫌疑人、被告人家属和所在单位上述权利的侵犯。另外,2011年8月公布的《修正刑事诉讼法草案》当中,并没有删除上述规定,全国人大常委会未经公开征求意见即将之删除,在立法程序上也有违法之嫌。

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。”这一规定实际上列举了三种必须予以逮捕的情形：一是可能判处十年有期徒刑以上刑罚的，二是可能判处徒刑以上刑罚且曾经故意犯罪的，三是可能判处徒刑以上刑罚身份不明的。这种规定虽然在司法实践经验上有一定的道理，因为这三种人通常具有逮捕所要防范的社会危险性。但是，如此规定显然过于僵化了。因为，根据现行刑事诉讼法的规定，上述三种人不一定会被逮捕，而且也不一定有逮捕的必要。例如一个可能判处有期徒刑十年以上刑罚的八十岁的老人，奄奄一息，嗷嗷待毙，手无缚鸡之力，难道仅仅因为他可能被判处十年有期徒刑以上刑罚，就应当逮捕？又如，一个曾经故意犯罪但从未有过自杀、逃跑、妨害证据等行为的人，如果被指控过失犯罪，难道也一定要逮捕羁押？

新刑事诉讼法也吸收了近年最高人民检察院在逮捕批准程序方面的改革。例如规定了人民检察院在批准逮捕程序中可以讯问犯罪嫌疑人；人民检察院在审查批准逮捕过程中可以询问证人等诉讼参与人，听取辩护律师的意见；辩护律师提出要求的，应当听取辩护律师的意见（新刑事诉讼法第86条）。这些规定使得人民检察院的批捕程序朝着司法化的方向迈进了一步，但这仅仅是万里长征的第一步。逮捕牵涉公民人身自由这样的重大利益，法律应当规定检察机关在审查批准逮捕时应当讯问犯罪嫌疑人，而不是可以讯问。检察机关应当在公开场合举行关于是否批准或决定逮捕的听证，公安机关应当作为控方出席并陈述理由，辩护律师则作为辩护人出席并进行答辩。

另外，如前所述，逮捕羁押完善的第二个方面，应当是赋予被羁押的犯罪嫌疑人、被告人针对羁押决定立即申请复议、复核的权利。然而，这在《刑事诉讼法修正案》当中却没有任何体现。我们本应当趁此次修正刑事诉讼法的机会，完整地赋予犯罪嫌疑人、被告人针对羁押决定向上级司法机关申请复议的权利。

### （三）对取保候审、监视居住的修正

新刑事诉讼法对取保候审、监视居住的修正，可以概括为三个方面：

一是进一步完善了被取保候审人、被监视居住人在取保候审、监视居住期间应当遵守的义务。例如增加规定了公检法机关可以责令被取保候审人、被监视居住人不得进入特定场所、不得从事特定活动、将旅行证件、驾驶证件交执行机关保管等。

二是进一步将取保候审与监视居住进行了区分，细化了各自的适用对象。在现行刑事诉讼法的框架下，监视居住是较取保候审略微严厉的强制措施，因为被监视居住人所要遵守的规范更多，所受限制也更多。正因为如此，取保候审的期限为12个月，监视居住的期限为6个月。但从总体上看，二者的适用对象并无明显区别。然而，根据新的刑事诉讼法，取保候审与监视居住成为相互独立、有明显递进的两种强制措施。其中，取保候审的适用对象没有改变，监视居住的适用对象则包括符合逮捕条件，但具有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人：一是患有严重疾病、生活不能自理的；二是怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女；三是因案件的特殊情况或者办理案件的需要，采取监视居住措施更为适宜的；四是羁押期限届满，案件尚未办结，需要采取监视居住的（新刑事诉讼法第72条）。值得指出的是，上述第三类和第四类情形实际上将监视居住延伸适用至一切符合逮捕条件的犯罪嫌疑人、被告人。因此，立法者的意图是要将监视居住的适用对象予以扩大，并在一定程度上替代逮捕羁押。

三是进一步明确了监视居住的性质，将监视居住作为介于取保候审和逮捕羁押之间的一种强制措施，而不再是与取保候审强度相同的强制措施，同时规定了对被监视居住人家属的通知要求。新刑事诉讼法第73条规定：“监视居住应当在犯罪嫌疑人、被告人的住处执行；无固定住处的，可以在指定的居所执行。对于涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、重大贿赂犯罪，在住

处执行可能有碍侦查的,经上一级人民检察院或者公安机关批准,也可以在指定的居所执行。但是,不得指定在羁押场所、专门的办案场所执行。”〔38〕新刑事诉讼法还规定:“指定居所监视居住的期限应当折抵刑期。犯罪分子被判处管制的,监视居住一日折抵刑期一日;被判处拘役、有期徒刑的,监视居住二日折抵刑期一日。”上述规定明白无误地表明,新刑事诉讼法中规定的指定居所监视居住,实质上是一种准羁押措施。与拘留不同,拘留在实践中被当成一种短期羁押措施,其效果与逮捕中的羁押效果是一样的。但从新刑事诉讼法的规定来看,《刑事诉讼法修正案》的起草者试图将监视居住界定为一种强度介于取保候审与逮捕羁押之间的准羁押措施,以区别于逮捕这种名正言顺的羁押措施。

本文认为,根据以往的经验,在取保候审、监视居住尚未司法化的前提下,仓促将监视居住改为准羁押措施,极有可能使监视居住在司法实践中演变为正式的羁押措施,而且几乎没有任何监督。根据宪法第37条的规定,刑事诉讼中对于公民人身自由权的剥夺,必须经由司法机关——人民检察院或人民法院批准或决定。由于拘留属于非正式的、紧急情况下的临时处置措施,期限比较短,因此无需司法机关批准,公安机关可以单独决定。但是,如果监视居住变身为羁押措施,期限又比较长,没有经过司法机关批准就由公安机关单独决定与执行,这绝对是对公民人身自由权的恣意侵犯。

监视居住的期限为6个月,对公安机关而言,比起现行刑事诉讼法规定的逮捕这种名正言顺的羁押措施,新法规定的指定居所监视居住至少具有三大优势:一是不需要经过司法机关批准,公安机关单独就可以决定。虽然新法规定对于涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、重大贿赂犯罪,在指定居所执行监视居住须经上一级人民检察院或者公安机关批准,但对于其他普通刑事案件,只要是没有固定住处的,公安机关均可直接决定在指定居所执行监视居住。二是直接就能羁押6个月,不需要像逮捕那样,第一次只能从2个月开始,只有在满足特定条件的情况下才能延长,而且申请延长还要履行比较繁琐的手续,例如必须经过上一级甚至省一级人民检察院批准等。三是可以不受看守所规定的限制,公安机关可以对被指定居所监视居住的犯罪嫌疑人、被告人进行任意的讯问。在这样的优势下,可以想见:修正后刑事诉讼法规定的逮捕极有可能被架空,或者会成为监视居住的后置措施:在原来的体制下,通常是先拘留,后逮捕;在新的制度下,这个程序会增加一个环节:先拘留,后监视居住,最后再逮捕。这样修改之后,监视居住就成为了一种不需要经过司法预先批准的羁押措施。这严重违背宪法的规定。

其实,监视居住的所有上述问题,均源于取保候审、监视居住的非司法属性。只要监视居住是由法院决定的,并由法院在法定的期限内决定期限,上述问题便可迎刃而解。因此,监视居住的问题,实际上应当连同取保候审的问题一道解决。

## 结 语

不论中外,人类在刑事诉讼中面临的问题基本上是一样的:如何使对人身自由的限制处于受约束的状态,从而使公民的自由不致受到恣意的侵犯。在西方,法律对以“抓”为中心的逮捕措施施加了适当根据、令状主义、立即通知、迅速带见法官等限制;对于以“押”为特征的审前羁押则从多方面进行了约束。中国宪法和刑事诉讼法也对刑事诉讼中的强制措施进行了系统规范,

〔38〕《修正刑事诉讼法草案》还规定,对于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,还可以不受24小时以内通知家属的限制。或许是由于公众普遍担心并极力反对“秘密失踪”,立法者最终去掉了对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可以不通知的规定,而仅保留了有关无法通知的情形可以不通知的例外。本文认为,新刑诉法第73条最根本的问题并不在于“秘密失踪”,而是这种准羁押措施根本就不符合宪法。

其中有些规范至今看上去仍然值得称道。如果不是由于司法实践对立法的偏移，如果不是由于这些年众多学者一心追求推翻现有法律文本，中国的强制措施大体上应当还是值得肯定的。当然，中国的强制措施也与西方存在一些细微的差别，在人身自由的保障方面还有一定的差距，因而存在可以完善的空间，但是这种完善显然应当是个别的、具体的，而非抽象的、体系性的。同时，完善的方向也应当是朝着有利于公民人身自由不受恣意侵犯，而不是赋予国家官员尤其是警察部门更多的自由裁量权。然而，《刑事诉讼法修正案》对于强制措施的修改，的确是在相反的方向上走得较远，令人担心的以“进步”之名行“退步”之实的问题，可能终成现实。也许，此次刑事诉讼法的修正，让我们对下一次有了更多的期待？

---

---

**Abstract:** The criminal compulsory measures may be classified into two groups. One are measures that aim at apprehending, stopping and bringing the suspect to judges, which are generally called as *arrests*, and the other are measures that ensure the appearance of the defendant at the trial, which are usually called as *pretrial detentions*, *residential surveillance* and *bails*. In order to prevent the abuse of the power of depriving citizens' personal freedom, the West sets many restrictions on compulsory measures. With respect to the measure of apprehending, the law requires probable cause, a writ from judges, and bringing the suspect to a judge without unreasonable delay after an arrest. With respect to pretrial detention, the law requires causes with legality and judge-dominated decision process, and entitles the suspect with the right to appeal to the superior court and the right to a speedy trial.

In China, measures that aim at apprehending and stopping the suspect, and bringing the suspect to law enforcements are called as *criminal detentions*, *stops for further interrogation* and *seizure and deliver*. In addition, measures that ensure the appearance of the defendant at trial are called as *arrests*, *guarantors pending trial*, and *residential surveillance*. Chinese law also sets restrictions on compulsory measures. For example, the law requires a warrant when making a *criminal detention*. Contrastingly, the *criminal detention* warrant is not subscribed by a judicial officer, but by a public security organ. Although Chinese law does not entitle the defendant the right to a speedy trial, it sets time limits for handling cases in different stages for different organs, thus requires law enforcements to handle cases quickly.

Admittedly, China's compulsory measures need to be improved. It is necessary to make the time period of the *criminal detention* shorter so that it looks more like a provisional measure in exigent conditions. And more procedural safeguards to the suspects and defendants are needs in the process of deciding an *arrest*. Still, people under the *residential surveillance* should be more liberal. Unfortunately, the Resolution on Revising the Criminal Procedure Law promulgated on March the fourteenth, 2012 does not make the compulsory measures improved. It leaves more things to do to improve China's compulsory measures.

**Key Words:** personal freedom, compulsory measure, criminal detention, arrest, residential surveillance

---

---