

# 英国保释制度对我国取保候审制度之借鉴

## ——兼议刑事诉讼法之再修改

冀祥德<sup>1</sup>, 王 辉<sup>2</sup>

(1. 中国社会科学院法学研究所, 北京 100720)

(2. 烟台市公安局芝罘分局, 山东 烟台 264000)

**摘要:**保释在英国是被追诉人的一项人身权利,保释的形式、程序、期限以及异议救济等均凸现出对被追诉人的权利保障,与之相适应的是独立的羁押措施、严格的司法审查和中立的保释法庭,保释是常态,羁押为例外。取保候审在中国是一项强制措施,其适用范围、保证方式、决定程序以及被取保候审人的义务履行等均受诟病,羁押的实质是拘留、逮捕措施的必然状态。羁押是常态,取保候审是例外。我国刑事诉讼法之再修改已经被确立为本届人大之立法规划,借鉴英国保释制度之长以改造我国取保候审之短,无疑具有现实意义。

**关键词:**比较研究;保释;取保候审;刑事诉讼法修改

**中图分类号:**D916 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-1565(2005)03-0038-06

英国保释制度历史悠久,立法完善,理念先进,制度完备。根据英国学者的解释,保释是指“在被逮捕的人提供担保或者接受特定条件的情况下,将其释放的制度。”<sup>[1]</sup>其许多规定颇值我国在刑事诉讼法再修改时,于改进刑事审前羁押、完善取保候审制度方面予以借鉴。

### 一、英国保释制度的历史演变

#### (一) 保释制度的产生

英语中保释(bail)一词源于古法语bailer,意指移交。最初是指将被释放之人移交给担保人或保证人看管。英国现代保释制度可追溯到英国的诺曼早期。这种保释制度大约形成于12至13世纪,产生于实际需要,是早期司法方式运作的结果。早期的英国司法体制不发达,实行法官巡回审判制,审判需等待很长时间才能进行,犯罪嫌疑人就一直被羁押下去,直到郡司法长官到来进行审判。

收稿日期:2005-04-03

**作者简介:**冀祥德(1964-),男,山东青州人,北京大学法学博士,中国社会科学院博士后,现任中国社会科学院法学研究所副主任,副研究员,主要研究方向为刑事法学、诉讼法学、证据法学、律师法学,司法制度与司法改革。

王辉(1970-),男,山东烟台人,南开大学法学院硕士研究生,烟台市公安局芝罘分局法制科副科长,主要研究方向为刑事法学。

但是郡司法长官数量有限,运气不好的犯罪嫌疑人等待审判的时间很长,有的长达数年,一些严重犯罪的嫌疑人往往也要等待数年。而监管犯罪嫌疑人非常耗费人力、财力,而且不安全,容易自伤、自杀和逃跑。那时地方上的郡长(作为国王的代表是地方最高治安长官)负责监管犯罪嫌疑人。每一次犯罪嫌疑人逃跑,郡长都要承担责任,被国王予以处罚。郡长为了逃避自己看管“犯人”的责任,便将“犯人”放出来交给“犯人”的朋友或者亲戚看管,等待审判,但要保证将来审判时能到庭受审。保证的方式通常是以交纳一定的财产作担保。这样,作出保释的一方实际上规定了保证人有监管“犯人”的义务,并且在审判时有责任将“犯人”提交到庭,这种做法后来被看作是现代保释制度的雏形。

#### (二) 保释制度的形成

12世纪到13世纪英国刑事审判前犯罪嫌疑人的羁押或者释放一直都由当地郡长决定,郡长完全根据自己的判断和制定的标准来决定是否允许犯罪嫌疑人保释。这种将被羁押者释放的做法,虽然对郡长和被羁押者都有利,但是同时也存在弊端:由于郡长的判断水平不高和对实际情况了解不详,经常决定不了哪些人应该保释,哪些人不应该保释;郡长的这种权力不受司法制约,往往会滥用保释为自己谋取利益,甚至收受贿赂。为了消除上述种种弊端,英国于1275年制定了一部规范审前释放程序的法律《威斯敏斯特法》,该法将犯罪分为可保释和不可保释两类,以此试图消除地方郡长的保释自由裁量权。<sup>[2]</sup>就可保

释的罪行而言,只要犯罪嫌疑人能够提供足以令人相信的出庭受审的保证,就可以获得保释。当时决定是否准予保释的一个基本前提是犯罪嫌疑人出庭受审的可能性。基于这个前提确定可保释犯罪大致有三个因素:一是犯罪性质的严重性;二是有被定罪的可能性;三是犯罪嫌疑人逃匿的可能性。但这种分类远未普及保释的权力而且郡长仍有权决定保证金数额。郡长滥用此项权力的状况仍然持续着。在随后的一百多年里,英国通过一系列法律将郡长在保释中的职能逐渐大部分转移给治安法官,但司法官员对保释制度的运控在早期英国社会一直是争论的焦点。

17世纪初的五爵土案使保释制度有了进一步的发展。17世纪初,英国国王查理一世由于未获得议会的拨款,命令贵族们向他提供贷款,那些拒绝贷款给国王的人被投进监狱,未能获得保释。其中有五个被监禁者提出了人身保护令申请,认为贵族并没有借钱给国王的义务,而且他们不应该在未被审判或者未获得保释的情况下不明不白的受到监禁。该案提交法庭审判后,裁判国王的行为违法。<sup>[3]</sup>鉴于此,英国议会在1628年通过了《权利请愿法》,议会在该法中指出,查理国王在没有正当理由的情况下监禁臣民的做法违反1215年制定的《大宪章》;该法同时指出,任何人不能在未受到明确指控的情况下被羁押;重申了“非经正当法律程序,任何自由民不被拘留或监禁”的法律规定。但这并不是赋予了被追诉者的绝对获得保释权,《威斯敏斯特法》关于不可保释罪和可保释罪的规定仍然有效,被指控不可保释罪的人仍然无权获得保释。1641年英国制定的适用于北美殖民地的《马萨诸塞湾自由典则》对于保释制度作了进一步的规定:该典则第18条规定,“任何人当其能提交充分保证人或保证金,保证其随时出庭及良好行为,其身体在被判决前不得被任何官吏和机构限制或囚禁,除非其犯死刑罪或污蔑法庭罪以及其他案件由法庭特别规定者”。该法典指出保释是被羁押人的一种权利。<sup>[4]</sup>但在英国本土,国王、法院和郡长会通过向人身保护令准许程序拖延或者变相阻挠被羁押人权利请愿书的实现。1676年,弗兰克斯·金克斯被指控“煽动暴乱罪”而遭监禁,他试图申请人身保护令状,起先法庭认为申请超出法律条款的规定,予以拒绝,随后该案未列入审判日程安排。金克斯一再要求审理,均遭法庭拒绝。<sup>[5]</sup>该案直接导致英国议会于1677年通过《人身保护法》,明确将保释作为一项法律制度。该法规定:治安法官应该在被羁押人交纳保证金、提供一个或几个保证人的情况下将其释放,保证金的数额由治安法官根据被保证人的情况、犯罪性质、保证其出庭受审的限度裁量决定。除非被羁押人实施的是法律禁止保释的犯罪。<sup>[6]</sup>《人身保护法》还规定司法机关应尽早告知逮捕事由,使被羁押人明确其涉嫌的犯罪能否被保释。尽管《人身保护法》扩大了被保释的范围,但是并未规定不准要求交纳过高保证金,假使一个犯罪嫌疑人被指控的是可保释罪,有权获得保释,但如果保证金的数额太高,该人不能交纳,仍然将被羁押。实践中这种通过收取高额保证金而变相剥夺保释权的做法,导致议会于1689年通过了《权利法案》。该法案的序言指责国王试图

推翻英国保护自由的法律,特别是向刑事被告人要求过高的保证金,逃避法律对公民人身自由的保护。该法案最后指出,在刑事案件中要求被告交纳过高保证金的做法侵犯了法律赋予公民的自由权利,规定不能要求交纳过高的保证金。<sup>[7]</sup>

综上所述,英国保护公民不受非正当羁押的发展史包括三部法律:一是《威斯敏斯特法》,它将犯罪分为可保释罪和不可保释罪,限制了郡长和法官对保释的自由裁量权;二是《人身保护令》,它从程序上限制了在没有具体理由的情况下对犯罪嫌疑人进行的监禁;三是《权利法案》,它规定了关于禁止收取高额保证金的条款,防止了司法官员通过要求交纳过高保证金而滥用保释政策的行为。这三部法律标志着英国保释制度法律的基本形成。

### (三) 保释制度的发展与完善

从17世纪到18世纪,英国许多与保释制度相关的法律大都是为了规制具体犯罪中的保释问题,1862年的《刑事司法法令》将这些法律规定的保释问题予以整理。《刑事司法法令》在本质上彻底改造了保释制度,该法令对可保释罪和不可保释罪作出基本区分,规定证据的充分与否是区分可保释罪与不可保释罪的唯一标准,代替了原有的被指控犯罪种类,明确规定不可保释并应收监条件是必须有确定可信的证据,这些证据相互间不得自相矛盾,并且能得出有罪的推论。但是在1871年,议会又决定修改《刑事司法法令》的条文,这次修改更加有利于犯罪嫌疑人获得保释,甚至犯有重罪的人都可以申请保释,犯罪嫌疑人是否出庭受审是决定是否保释的唯一标准。到19世纪末,英国关于保释的法律,唯一关心的是确保犯罪嫌疑人能够在开庭时出庭受审。至此,保释条件的唯一标准就是被监控者能够在开庭时出庭受审。20世纪70年代,英国工党给治安法院关于保释程序的建议提出,应该有一种有助于保释的推定,法庭在被告还押时必须考虑对犯罪嫌疑人是保释还是拘禁,工党希望将此建议法制化。于是英国议会通过了《1976年保释法》,该法的核心目的是为了规定一种普遍的保释权利,即有助于保释的推定。20世纪中后期,英国的保释制度又有了跨越式发展,制定了不少保释的特别法,并在一系列相关法律中对涉及的保释问题作出了明确规定。其中较为重要的法律有1980年的《治安法院法》、1984年的《警察与刑事证据法》、1993年的《保释法修正案》、1994年的《刑事审判与公共秩序法》、1995年的《刑事诉讼法》(苏格兰)、1998年的《人权法》、1998年的《刑事犯罪与妨害治安法》等等。这些法律基本上构建起了英国完善的保释制度:犯罪嫌疑人准予保释是常例,被羁押是例外,并有着十分严格的规定,保释已演变成犯罪嫌疑人的一项普遍的权利,实质上成为维护犯罪嫌疑人在没有被判有罪之前等候审判过程中人身权利的程序保障。

### 二、保释制度的理论基础

前述看出,英国保释制度历经几个世纪的发展,现已发展成为一项普遍的权利,这与英国自由主义的历史传统和抗辩式的诉讼模式有着深厚的渊源关系。笔者认为,其

赖以产生、形成与发展的理论基础就是英国法中的人身自由和无罪推定原则。

### (一) 人身自由权是保释制度的宪政基础

人权是西方社会的一项宪法权利,人身自由是西方社会的一项基本人权。人生来是自由的,这就是所谓的天赋人权。德国哲学家康德说:“天赋的权利只有一个,即生来就有的自由权。”英国思想家洛克在谈到自由时说:“人的自然自由,就是不受人间任何上级权力的约束,不处在人们的意志和立法权之下,只以自然法作为他的准绳。”这种自然法上的自由观念,深深地影响着西方社会。他们认为,任何公民均享有人身自由,只有保障一个人的自由权,才能实现其他权利。并且自然法上的自由权观念,奠定了现代法治国家理念。公民自由与国家权力的关系是,公民自由作为一个人的自然权利是固有的,而非国家恩赐的,国家权力必须尊重、保障公民的自由权利,否则国家权力就是非法的。从这一角度出发,法治国家的公民除被依法判决有罪予以羁押外,在任何场合下都是自由的,包括在刑事诉讼中。因此,刑事诉讼中犯罪嫌疑人从自然法理论上讲享有自由权,这是其享有的基本人权。保释权的设立就成为保障犯罪嫌疑人人权之应有之义。正如英国LUTON大学的JOHN PITTS教授所说,保释是一种权利,而不是一种特权,与人生来是自由的这一天然权利是联系在一起的。基于这一理念,英国保释的适用范围很广泛,从理论上说无论什么性质的犯罪都可以适用保释。保释权所保证的刑事诉讼中的自由,不仅仅保证了从自然法上讲的人的最低层次的自由——人身自由,而且通过保证人身自由,还更好地实现了犯罪嫌疑人的其他诉讼权利,如辩护权、公正审判权等。可见保释权的设立,是保证犯罪嫌疑人人权的必然宪政要求。

### (二) 无罪推定原则是保释制度的诉讼基础

无罪推定原则是现代法治的必然要求,是刑事诉讼中对抗制诉讼模式的基石。其基本含义是,任何人在被法院经过严格的审判程序判决有罪之前,应推定其是无罪的。无罪推定原则要求司法官员必须遵守对被告人或任何人加以定罪的程序条件(如举证责任分配规则等),而且在诉讼过程中不应当将受到刑事追诉或者审判的嫌疑人、被告人当作犯人看待,应当给予其无罪公民的一切权利,并可以为维护自身权益而与追诉者展开程序上的对抗和辩论。这就要求国家在追究一个人的刑事责任之前,应尽量避免剥夺这个人的自由,即不能对其采取羁押措施。保释制度正是基于这样的理念促进嫌疑人、被告人获得与一般公民同样的自由权的。概括而言,一方面,保释制度是无罪推定的必然结果,保释制度保障了无罪推定原则在刑事诉讼中的实现;另一方面,无罪推定原则直接导致了保释制度的生成与发展,是保释制度得以存在的诉讼基础。

## 三、保释制度的基本内容

### (一) 保释的原则

在英国,保释必须坚持三项原则:一是保护公众;二是保护证据;三是避免犯罪嫌疑人或者被告人潜逃。基于该

三原则,保释具有三种例外情形:1. 有足够的理由相信,犯罪嫌疑人不会按照要求的时间出庭。2. 有足够的理由相信,犯罪嫌疑人可能进一步犯罪。3. 有足够的理由相信,犯罪嫌疑人会威胁、干扰、伤害证人,妨害司法程序正常进行。

### (二) 保释的形式

在英国,保释分为无条件保释和有条件保释两种。无条件保释是指嫌疑人无任何条件就可获得保释,但须有被保释人具结保证书。根据英国1976年《保释法》的规定,被保释人必须签署按时出庭的具结释放的保证书。有条件保释是指如果决定保释而不附加条件将导致危险时,可附一个或者多个条件。主要有两种:一是提供保证人。英国1976年《保释法》规定保释释放之前,可要求被保释人提供一个或多个担保人保证其自动归案。该法还规定了担保人的条件,要求在确定担保人时必须考虑其经济来源、品格和前科以及担保人与被担保人的接近程度。二是提供财产保。英国1976年《保释法》规定,担保物既可以为货币,也可以不是货币,《保释法》不规定保释金的上限和下限,保证金的数额通常由决定保释的法院或警察自由裁量决定。但根据1689年英国《权利法案》和有关法律的规定,英国法中不允许收取过高的保证金。除了保证金和担保人之外,如果决定保释还可能发生危险时,英国法律规定可附加一个或多个保释条件,主要有:(1)有一个明确的住址。(2)每天上午到当地警察局报告。(3)宵禁,即晚上不得出门。(4)安装电子监控装置,防止逃跑的安全措施。(5)实行保释支持计划,即政府推行措施,保证被保释人出庭。(6)提交护照等。

### (三) 保释的程序

在英国,保释程序在诉讼程序的不同阶段均可提起。1. 在实施逮捕阶段,保释权力主体是警察。犯罪发生后,由警察赶到现场实施逮捕,然后迅速将被逮捕人带到警察局,由拘留警察进行讯问并作记录,拘留警察有权决定对被逮捕人拘留、无条件保释或者有条件保释。这是一般规定。但是也有例外,如根据《1984年警察与刑事证据法》的规定,允许警察在逮捕时,现场给予被捕人保释,而不须将被捕人带到警察局。2. 治安法院阶段,保释权力主体是治安法官。嫌疑人送到治安法院,法庭必须听取检察官和嫌疑人律师的意见,以决定是否对嫌疑人进行保释。具体做法是检察官把案件情况告诉法官,明确指控哪种罪行,现有证据如何,就是否适用保释提出自己的意见。在检察官对保释提出看法后,由嫌疑人的律师对保释问题发表意见,通过反驳检察官的意见说服法官准予保释。3. 刑事法院、高等法院、上诉法院、最高法院均有权在权力范围内作出保释决定,其做法与治安法院相同。

## 四、英国保释制度与我国取保候审制度之比较

从形式上看,我国刑事诉讼法中关于取保候审的规定,如责令犯罪嫌疑人、被告人提供保证人,交纳保证金,保证随传随到,不逃避侦查、起诉和审判等制度,与英国的保释制度很相类似,都是在审前不剥夺犯罪嫌疑人、被告

的人的人身自由。但是,二者却存在着本质上的差别:保释制度是英国典型的审前释放机制,是犯罪嫌疑人、被告人的一项人身自由权利。而取保候审却与拘传、监视居住、拘留、逮捕共同构成了我国的刑事强制措施体系,是司法机关的刑事强制措施权力。具体分析,我国的取保候审与英国的保释制度有着以下差别。

#### (一) 思想观念之差别

英国人提到保释,是与人身自由权相联系的,其前提是保证司法公正,价值取向是保证犯罪嫌疑人、被告人的人身自由,理论依据是无罪推定,充分体现了当事人主义的控辩地位平等的诉讼模式,因此,保释是保证人身自由的司法机制,是刑事司法程序中保证人权的重要制度。而在我国无论立法界、司法界还是理论界,说到取保候审都把它当作刑事强制措施的一种,强调它与其他强制措施一样具有强制性、预防性的特点,应实现教育、惩罚之功能,其前提是确保司法秩序和社会秩序稳定,价值取向是保障刑事诉讼顺利进行,理论依据是打击犯罪和有罪推定,体现了职权主义以控审为主体的诉讼模式,因此,取保候审是比拘留、逮捕较为缓和的限制人身自由的强制措施。

#### (二) 前提条件之差别

保释作为一项犯罪嫌疑人、被告人的权利,无前提条件的规定,无论犯罪嫌疑人、被告人是否申请都应当考虑是否保释。保释是无条件的,只有在特殊情况下才附条件。保释是常态,羁押是例外。我国取保候审作为公安司法机关的一项强制措施权,有明确的法定条件,只有符合法定条件,而且经过法定机关批准,才能取保候审。羁押是常态,取保候审是例外。

#### (三) 不批准主体之差别

不批准保释无论在何种诉讼阶段,都要纳入司法审查程序,即要求有中立、公正的法官予以审理决定,警察、检察官无权不批准保释,并且作为控诉主体的检察官或警官,必须向法庭陈述不同意保释的理由,嫌疑人的律师有权陈述意见。我国取保候审不批准的主体视不同诉讼阶段而定,侦查阶段由侦查机关决定,审查起诉阶段由人民检察院决定,审判阶段由法院决定,并且只有批准机关单方面决定,没有中立的司法审查,也没有辩护律师的介入。

#### (四) 不批准条件之差别

不准保释有明确的法定条件,且必须经过证明才能拒绝保释。准予保释是无任何条件限制的,但在保释时可以附加若干条件。保释所附加的条件是保释后应遵守的规定,与不准保释的条件是两个不同的概念。而我国,准予和不予取保候审的条件是同一个标准,有明确的法律规定,即我国刑事诉讼法第51条、60条第2款规定的取保候审条件,符合条件的准予取保候审,不符合条件的不予取保候审。相比而言,取保候审的条件实际上与不予保释的条件属于同类。准予保释所附加的条件,则与取保候审所必须遵守的规定相类似。

#### (五) 不批准之救济措施之差别

对于不批准保释的决定,英国法规定可以依据普通法申请人身保护令,但对于不批准取保候审,我国法律没有

规定任何救济措施。

#### (六) 期限之差别

英国为了保障犯罪嫌疑人的人权,在刑事诉讼中实行及时审判原则,因此保释没有规定期限,但是效力只及于批准的诉讼阶段,在进入另一个诉讼阶段时,应重新决定是否保释。如从警察侦查阶段到检察机关审查起诉阶段,检察官可对已保释的犯罪嫌疑人提出不予保释的申请,法庭应当重新审理决定是否准予继续保释或是收监羁押。再如在一审第一次开庭后,等候判决时或等候第二次开庭时以及一审判决后上诉期间,都有是否准予继续保释或还押收监的可能性。我国取保候审有明确的期限规定,最长不超过12个月,但是没有规定进入不同诉讼阶段必须重新审查决定的程序。

### 五、我国取保候审制度之缺陷

从前述英国保释制度之考察以及与我国取保候审制度之比较中,不难看出我国取保候审制度存在的重大缺陷。

#### (一) 取保候审之适用范围过窄

第一,刑事诉讼法对取保候审的适用范围规定得过窄。公、检、法三机关办理取保候审的主要法律依据是刑事诉讼法第51条、60条、69条和74条,取保候审的适用范围主要是:1.可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的;2.可能判处有期徒刑以上刑罚的,采取取保候审不至于发生社会危险的;3.依法应当逮捕的犯罪嫌疑人、被告人患有严重疾病或者正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女;4.拘留后需要逮捕,而证据尚不充足的;5.犯罪嫌疑人、被告人被羁押的案件,不能在法定的侦查羁押、审查起诉、一审、二审期限内结案,需要继续查证、审理的。从法律条文本身来看,我国取保候审的适用范围似乎很广泛,从理论上讲任何犯罪都可以取保候审。但是,仔细分析其中社会危险性的规定,却在司法实践中将绝大多数犯罪排除在取保候审之外。因为,实践中,司法机关可以从各自的追诉利益出发,以这一理由随意拒绝取保候审,这从各地司法机关取保候审率普遍很低这一现状中能很好地体现出来。因此,取保候审的社会危险性标准是我国立法上造成取保候审适用范围窄的主要原因。

第二,公、检、法三机关在刑事诉讼法的基础上,又分别对取保候审的适用范围进行解释,但这种解释不是扩大取保候审的适用范围,而是从不适用取保候审的范围做出了扩充规定。《公安机关办理刑事案件程序规定》第64条规定:“对累犯、犯罪集团的主犯,以自伤、自残办法逃避侦查的犯罪嫌疑人,危害国家安全的犯罪、暴力犯罪以及其他严重犯罪的嫌疑人,不得取保候审。”《人民检察院刑事诉讼规则》第38条规定:“人民检察院对于严重危害社会治安的犯罪嫌疑人以及其他犯罪性质恶劣、情节严重的犯罪嫌疑人不得取保候审。”这两项规定首先违背了立法规定的法律层级原则,两机关无权对刑事诉讼法进行实际修改性的解释;其次增加了取保候审范围标准:我国刑事诉讼法规定适用取保候审采用了应受刑罚与社会危险性两

重标准,而公检两机关的相关司法解释又追加了罪名标准,明确规定几类犯罪无论是否具有社会危险性均不得取保候审,更进一步缩小了取保候审的适用范围。虽然,最高人民法院《关于执行 刑事诉讼法 若干问题的解释》中从正面作了几项补充规定,即已被逮捕的被告人患有严重疾病或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女,或者案件不能在法律规定的期限内审结的可以取保候审。但结合《刑事诉讼法》第60条、69条、74条看,拘留、逮捕后的羁押是常态,取保候审是例外,似乎成了司法机关无奈的选择,只不过是为了解决那些不能被羁押、但仍然需要控制的人的不得已的措施而已。

第三,司法实践中,取保候审的适用比率很小。公安司法机关在办理取保候审时,不仅考虑法律规定和司法解释,同时还要考虑诉讼需要和秩序需要。犯罪嫌疑人取保候审后是否能及时到案,是决定能否取保候审的一个重要因素。为了确保能正常诉讼,司法机关的通常做法是只对在本地同时有常住户口和固定住处的符合取保候审条件的犯罪嫌疑人取保候审,对常住户口在外地和在本没有固定住处的犯罪嫌疑人,即使符合取保候审条件,也不予取保候审。公安司法机关还从“秩序需要”出发,考虑被害人方的情绪、当地党委、政府的意见等,权衡是否取保候审。

#### (二) 取保候审保证方式单一,财产保规定缺陷多

首先,1996年修正后的《刑事诉讼法》对取保候审的担保方式在人保基础上增加了财产保,改变了取保候审担保方式单一的局面,但是,司法实务中,出于对担保人信誉之疑虑,公安司法机关大多采取财产保的方式,只有在犯罪嫌疑人确实交不出保证金而又不得不对其取保候审时,才采取人保,客观上形成了以财产保为主、人保为例外的现状。英美国家之由犯罪嫌疑人、被告人自签保证书、具结担保在我国更是不敢想象。

其次,就财产保而言,我国刑事诉讼法只规定了单一的金担保,而未规定其他财产担保,这从客观上增加了当事人申请取保候审的难度。因为现实生活中,有的犯罪嫌疑人由于种种原因虽然提供不出金钱担保,但却能提供其他财产如房产等作为担保,而单一的金担保无疑将这部分犯罪嫌疑人排除在取保候审的大门之外。

再次,刑事诉讼法对取保候审保证金的数额未作明确规定。公、检、法三机关的司法解释虽然对此作了一些规定,但却过于笼统,且随意性大。如《公安机关办理刑事案件程序规定》第75条规定:“保证金的数额应当根据当地的发展水平、犯罪嫌疑人的经济状况、案件的性质、情节、社会危害性以及可能判处的刑罚的轻重情况,综合考虑确定。”最高人民法院《关于适用刑事诉讼法若干问题的解释》第71条规定:“人民法院应当根据起诉指控犯罪的性质、情节、被告人的经济状况等因素,决定应当收取的保证金数额。”最高人民检察院《刑事检查规则》第44条规定:“采取保证金担保方式的,责令犯罪嫌疑人交纳1000元以上的保证金。”这些解释使司法机关可以随意收取保证金,并且由于未对保证金数额的上限作出规定,使得实践中保

证金收取数额失控,某些司法机关甚至以过高的保释金要求变相剥夺犯罪嫌疑人、被告人取保候审的权利,以达到羁押之目的。

#### (三) 缺乏司法审查程序,取保候审决定行政化

综观我国取保候审的审批程序,显现出职权主义、行政裁决的显著特点。我国刑事诉讼法及司法解释规定,公检法三机关都有办理取保候审的权力,办理取保候审的程序都是审批制。目前三机关的内部报告审批程序都是行政首长负责式的,其基本办案流程十分简单,先由办案人员根据案情提出是否取保候审的意见,然后报分管领导审批,分管领导根据办案人员的汇报就可作出是否取保候审的决定。这种审批是在单方、秘密的情况下进行,无中立的第三方进行司法审查,申请取保候审方更无权参加,犯罪嫌疑人、被告人及其聘请的律师不能在场,不能提出自己的理由和争辩。公检法三机关受自身追诉利益的需要往往会作出不予取保候审的决定。犯罪嫌疑人、被告人的所谓取保候审权利获得与否完全取决于司法人员自身的利益取向,缺乏最基本的客观公正性,从根本上违背了古老的自然正义原则和正当程序理念。另外,我国取保候审制度中,没有为申请取保候审方设置有效的申诉程序,公检法三机关的取保候审决定都是终局性的,不受任何复议、复核程序审查,即使申请方对司法机关不同意取保候审的决定持有异议,也无法向上一级公安司法机关申请复议、复核。

#### (四) 取保候审后的执行措施不力

1996年修正的《刑事诉讼法》将取保候审的执行机关统一为公安机关,试图解决以往谁决定谁执行而不利于管理和监督之弊端,但是,由于依然没有建立有效的取保候审后的监督与控制机制,导致被取保人违反义务的情况较多。尽管《刑事诉讼法》第56条规定被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定:(1)未经执行机关批准不得离开所居住的市、县;(2)在传讯的时候及时到案;(3)不得以任何形式干扰证人作证;(4)不得毁灭、伪造证据或者串供,但没有规定逃跑的责任,而且在实践中,取保候审后,多放任自流,被取保人逃跑的成本较低,无法追究其故意不履行取保候审义务之责任。

### 六、完善我国取保候审制度的思考

我国取保候审制度存在的诸多弊端,导致取保候审没有发挥其应有的作用,与之相对应的是刑事拘留、逮捕措施的大量使用,造成刑事羁押数量过多,超期羁押、刑讯逼供现象严重。因此,借鉴英国保释制度以改造我国之取保候审制度,改变我国刑事强制措施的现状,已成为本次刑事诉讼法再修改之必然。有鉴于此,笔者有如下思考:

#### (一) 取消取保候审措施,建立保释制度

维护和尊重人权的观念是现代社会的一项基本价值观念,也是人类文明的发展趋势,而保障被追诉人的人权则是现代文明刑事司法领域的一个重要特征。在当今中国社会不可逆转地迈向法治国的进程中,尤其是时下面临刑事诉讼法之再修改,英国乃至西方诸多法治国家之保释

制度在保障被追诉人权利方面给予我们的昭示,当值首肯。笔者认为,我国要建立现代文明的刑事司法制度,就必须转变禁锢国人千年之传统诉讼价值观念,从打击犯罪的强职权主义和诉讼理念上的有罪推定,向保障人权的当事人主义和诉讼理念上的无罪推定转变。具体到取保候审制度改造上,就是要在本次《刑事诉讼法》再修改中,大胆地改革刑事诉讼的强制措施,取消取保候审措施,建立保释制度,以立法变动的方式明确获得保释、不被羁押是被追诉人的一项权利,只有在特定情形之下,决定机关方可拒绝保释。笔者建议对于决定机关拒绝保释的情形,应当采用列举式立法,建议立法模式为:“被拘捕人或被羁押人及其法定代理人、近亲属和律师有权申请保释,拘捕或羁押的决定机关应当给予保释,但有证据证明有下列情形之一的,可以拒绝保释:(1)犯罪嫌疑人、被告人可能逃避追诉或者审判的;(2)犯罪嫌疑人、被告人可能妨碍追诉的;(3)犯罪嫌疑人、被告人可能重新犯罪的。”

(二)对羁押制度重新改造,将羁押规定为一项独立的强制措施

在对英国司法制度深入考察后,就我国保释制度的构建对取保候审措施取代这一刑事诉讼法之立法变动而言,显然不能是这样一个简单的法律修正手术。这是因为,在英国,保释制度的确立是以对被追诉人的羁押措施独立为基础的。而在我国,作为对犯罪嫌疑人、被告人人身自由剥夺的一项重要法律制度,对未决羁押应当予以检讨性批判:适用的目的失之偏颇;未决羁押不是一个例外,而是一种常态;缺乏比例性原则;期限具有不确定性;羁押措施滥用;超期羁押现象严重;场所设置违背中立性原则;救济功能缺失等等。中国的未决羁押还是刑事侦查、追诉活动的手段,而不是一项独立的强制措施。对此,笔者已经撰文论及,指出从无罪推定的理念考察,未决羁押应当受到比已决羁押更加严格的司法控制,被羁押人应当受到比已决犯更加充分的制度保障。必须对我国现行未决羁押制度进行制度性、法治化的改造与构建,使之成为一个独立的、封闭的司法控制系统。<sup>[8]</sup>惟有如此,以保释制度替代我国取保候审强制措施的改造方能成为有本之木。

(三)针对现行取保候审制度之缺失,予以对策性改造  
笔者认为,刑事诉讼法再修改中,除上述变革外,针对我国取保候审制度的现实问题,在保释制度的构建中,还应当考虑以下几个问题:

第一,扩大适用范围。一方面,应当对刑事诉讼法第51条关于适用条件的“社会危险性”要做出有利于被追诉人的解释;另一方面,取消公检法三机关司法解释中对于现行取保候审的禁止性规定,必须取消适用取保候审的罪

名标准;同时,取消现行取保候审适用条件的量刑性规定,规定无论可能判处何种刑罚都有权不被羁押。

第二,扩大财产保范围,规定保证金限额。在《刑事诉讼法》再修改中,规定财产保既可以采用保证金的方式,也可以采用其它有效财产保的方式。增加不得对被保释人收取过高保证金的条款,保证金的收取应根据被告人所受指控的罪行的严重性、犯罪记录、经济能力、社会关系等作出明确规定,并明确一定额度。

第三,制定羁押的程序规范,规范羁押的决定程序。笔者认为,针对我国的现实,可以考虑分两步走:第一步,在本次《刑事诉讼法》修改中,改变目前作出取保候审决定不透明的做法,设立羁押听证制度。具体做法是,被追诉方提出保释申请后,决定机关应举办有犯罪嫌疑人或者其律师参加的听证会,在充分听取犯罪嫌疑人及其律师的意见后,才能决定羁押。第二步,进一步修改刑事诉讼法,建立羁押司法审查程序,规定公安、检察机关在对犯罪嫌疑人采取羁押措施时必须经过人民法院的司法审查。具体做法是,公安机关、检察机关在传讯犯罪嫌疑人后,首先应当考虑采取保释措施,如果公安、检察机关认为应当羁押犯罪嫌疑人的,必须由侦查机关和犯罪嫌疑人或者其律师在法官的主持下进行辩论,最后由审查法官决定是保释还是羁押。

第四,强化被保释人履行义务措施。一方面,应当在立法变动中加大被保释人的义务,如强化被保释人报告制度、扩大没收保证金或其它财产保的范围、降低由保释转为羁押的条件、增加对保证人罚款、行政拘留的规定等。另一方面,针对取保候审执行不利的状况,除加强公安机关的监管力度、落实警方的责任外,建议借鉴英国的保释支持制度,建立由教育部门、民政部门、福利机构、社区及妇联等社会团体共同参加的保释支持机构,构建一个多元化的主体与功能机制,敦使被保释人履行保释义务,如建立保释旅馆、安装电子监控装置等。

#### [参考文献]

- [1][英]L B 科尔森. 郎文法律词典:英文版[M]. 北京:法律出版社,2003. 36.
- [2][3][4][7]Nation Bail Bonds directory: History of Bail.
- [5]外国法制史资料选编:下册[M]. 北京:北京大学出版社,1988. 30.
- [6]History of Bail: Bail Law in England[EB/OL]. <http://www.google.com>
- [8]汪建成,冀祥德. 我国未决羁押制度的批判性重构[J]. 山东公安专科学校学报,2004,(1).

[责任编辑 解永照]