

优秀论文：“ 羁押候审 ” 在中国----兼议非羁押性强制措施的扩大及其适用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文 https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484591.htm “ 羁押候审 ” 是相对于取保候审而言的，公安、检察、法院等办案机关经过一定的法律程序，以剥夺犯罪嫌疑人、被告人人身自由的方式，将犯罪嫌疑人关押在监狱（看守所）里等候法院审判的一种状态。也有人将羁押候审称之为“ 刑事羁押 ”、“ 未决羁押 ”、“ 审前羁押 ”，并定义为“ 犯罪嫌疑人、被告人在做出生效判决之前被剥夺人身自由的状态 ”，或定义为“ 刑事诉讼中的专门机关对涉嫌犯罪者在法庭审判前予以关押的一种暂时剥夺人身自由的强制措施，包括申请拘留、逮捕等 ”。最高人民法院副院长黄松有曾指出，目前，我国的立法制度设计是以羁押为主，而根据我国已经签署的《公民权利和政治权利国际公约》第九条规定，等候审判的人受监禁不应成为一般规则。取保候审在中国极少被适用，而羁押候审在中国却是一个相当普遍的现象。过度的羁押候审给社会带来了非常严重的后果，必须引起人们的高度关注。本文旨在对羁押候审的现状、后果及原因等进行分析，并提出有关改革建议，希望对刑事诉讼法的修改有所补益。

一、 羁押候审在中国公诉案件中的比例

羁押候审在中国公诉案件中究竟有多少比例呢？可以参考以下四组数据：第一组数据某大城市甲区检察院起诉一处2000年羁押率为79.3%，乙区检察院起诉二处1999年羁押率为88.3%，而取保候审率则分别为11.7%和13.8%；第二组数据系北京某区公安机关侦查终结及审查起诉的犯罪嫌疑人中，仅有16%的犯罪嫌疑人获得取保候审

，其余（84%）均处于捕后羁押状态；第三组数据为顾永忠律师对自己办理的刑事案件取保候审的统计，其取保候审的比例仅占6.8%，羁押率为93.2%。第四组数据是笔者自1994年至2004年亲自办理过的已结刑事公诉案件的统计。之所以对自己的案件进行统计，是由于自己在亲自办理案件中绝少遇见取保候审的情况，90%以上的犯罪嫌疑人被羁押，因此，对于上述羁押率79.3%的数据和有些学者引用的羁押率为60%的数据表示怀疑，又由于无法看到官方确切的数字，笔者无奈中选择了对自己实际办理的全部已结公诉案件进行统计的方式，以获取更为确切更具有说服力的数据。见附表：这些案件包括杀人、抢劫、盗窃、强奸、贪污、挪用、金融诈骗、黑社会等各种类型的案件和侦查、审查起诉、审判等不同阶段的各类案件共计102件。统计的结果是：102件案件中，被办理取保候审的犯罪嫌疑人7人，占全部案件的6.86%，其中逃跑1人，占取保候审人数的14.3%。羁押率为93.14%。或许同是律师的缘故，当笔者统计完自己所办理的刑事案件中取保候审比例为6.86%时，惊奇地发现同为律师的两组数据惊人的相似。与其他两组数据比对，有较大的差异。这种差异的来源也许我们可以从统计的不同时间、不同地点、不同的统计方法中找到答案。不过即使如此，我们仍可以从这四组数据中得出一个肯定的结论，即取保候审的比例最高仅16%，羁押比例最低为79.3%。也就是说，有将近80%的嫌疑人、被告人被羁押。那么，羁押率在英美国家是多少呢？有数据表明，在英国，警察对15%的案件拒绝保释，说明85%的犯罪嫌疑人可以获得保释，还有的数据表明在英国80%的犯罪嫌疑人得到保释。在美国的一份实证调研报告中，我们也

看到了早在1960年美国纽约地区有关保释的一些数据：在被调查的3455件案件中，有1006件犯罪嫌疑人没有获得保释，占全部案件数量的29%，其余均获得保释或假释，占总数的71%。这些数据表明在英美国家羁押候审的案件占有很少的比例，绝大多数的犯罪嫌疑人可以获得保释。当我们将英美国家的保释和羁押的数字与中国的取保候审和羁押数字做比对，发现两者恰好呈正三角形和倒三角形。

二、过度的羁押候审带来了非常严重的社会后果

1、超期羁押和变相超期羁押现象大量存在，屡禁不止。

超期羁押是寄生在羁押候审中的怪胎。在执法大检查 and 大力清理超期羁押之后，公开的超期羁押不断受到舆论和公众的谴责，为解决办案期限不足的问题，办案机关便采取各种“办法”变相延长审限。例如：拘留期限被广泛的采用为37日，逮捕被广泛的采用为7个月；在拘留时明知是两个罪名，但报捕时仅报一个，当这个罪名的办案期限用到“极限”时，再以“发现新罪名”重新报捕另一个罪名，期限重新起算；检察院审限不足时，可以采取“退回补充侦查”方式，退补一次可以延长一个月，加上“在途”期间，一次便可实际延长到二个月的时间，两次退补可以延长到4个月甚至更长时间。人民法院第一审在用完一个半月审限后，可以要求检察院“延期审理”，延期一个月以后，法院可以重新计算审限，又是一个半月，这样第一审的审限就从法定的一个半月延长到4个月，如果审限仍然不够，还可以由律师提出延期审理，一次一个月，5个律师就可以再延长5个月；第二审法院审理期间，支持第二审公诉的检察官阅卷时间不计入审限，因此，第二审法院的审限往往无法计算，在笔者办理的第二审案件中，很多案件的检察官“阅

卷”时间长达半年之久。大量的超期羁押和变相超期羁押形成了中国刑事诉讼中最为普遍、最为严重以及国际影响最为恶劣的问题之一。

2、托关系、走后门等不正之风盛行。由于犯罪嫌疑人的亲属及其律师难以通过合法的途径为嫌疑人成功办理取保候审，很多人只得无奈采取托关系、走后门的方式为嫌疑人争得应有的合法权利。败坏了社会风气，侦查机关、司法机关的公信力下降，老百姓怨声载道。

3、很多无罪的人在审判前就被强行施以“监禁”刑罚，人身权利受到了严重侵害。有多少被人民法院宣告无罪的案件，都是犯罪嫌疑人身戴枷锁，苦苦蹲在牢笼里一年、两年、数年、甚至十余年才等来的！笔者办理的102件刑事案件中，未被取保候审96人，经法院判决后，其中有2人被宣告无罪，1人定罪免刑无罪，4人被判处缓刑，他们都是在法院宣判前，在监狱（看守所）中度过一年或者两年的时光，无辜受到了失去人身自由这一极其严厉刑罚的不公正的“制裁”。

4、人民法院只能采取“实报实销”方式“姑息”判决。有些案件原本是很轻的罪，但由于法院宣判时，被告人已被羁押很长时间，人民法院为避免“如实”判决可能带来的“国家赔偿”，只得“押多少判多少”采取实报实销的方式。有些案件本应宣告无罪，但人民法院也经常会因为被告人已经被羁押多年，只得“姑息”判决其“定罪免刑”。造成了大量无罪的人被判有罪，罪轻的人没有得到“罪刑相适应”的刑罚。

5、管制、拘役等较轻的刑罚手段在司法实践中实际被“废除”。“管制、拘役”是我国刑法中规定的五种主刑罚之二，其中“管制”的执行是在监外；拘役的期限是1个月以上6个月以下，但由于犯罪嫌疑人从拘留开始，要完成侦查、审查起诉

、审判这三个漫长的程序，羁押的时间往往早已超过6个月。当人民法院判决时，“管制”和“拘役”早已无法适用。笔者自1979年刑法、刑事诉讼法颁布以来的26年中，以来从未办理过，甚至没有听说过任何一件判处“管制”或“拘役”案件，“管制”、“拘役”在现实的法律实践中早已实际被“废除”。

6、看守所人满为患，造成巨额的羁押成本。过度的“羁押候审”，看守所关押的人越来越多，虽然近年来各地看守所不断“扩大规模”，但仍无法满足越来越多羁押人员。有些看守所一间20平米的房间，竟然关押20余人，每个人睡觉只有50公分宽的地方，有些人不得已睡在了马桶旁边。大量“羁押候审”人员被关押在看守所，为看守机关带来了巨大的看管压力和经费支出。

7、很多年老体弱有病的犯罪嫌疑人在“羁押候审”期间得不到好的医疗和诊治，造成病情加重甚至死亡。笔者知悉，在上海曾有一嫌疑人因涉嫌贪污，被羁押在看守所，其入狱后感觉吞咽困难，无法吃饭，狱医对其检查认为“没病”，此后，该嫌疑人无法吞咽愈发困难，体重越来越轻，律师和家属多次提出要求将该嫌疑人取保候审或带到外面医院就诊，均遭到办案机关拒绝。直到该嫌疑人体重只剩下40多公斤，完全丧失体力后，办案机关才准予其“取保候审”。经诊断是胃癌晚期早已无法挽救了，该嫌疑人被取保候审后二个月便告辞人世。

8、助长了“刑讯逼供”等非法证据取得。由于中国的侦查手段落后，获取嫌疑人口供往往是破案的出口，而犯罪嫌疑人又被羁押在看守所，侦查人员的审讯难以被他人监督，客观上为刑讯逼供提供了便利。造成刑讯逼供现象在侦查中大肆泛滥。

三、对过度的羁押候审和取保候审难的原因分析：1、我国

刑事诉讼法总则中有关无罪推定原则的规定及与之相匹配的具体制度和措施不成系统，缺少逻辑关系。刑事诉讼法第2条和第12条规定“保障无罪的人不受追究”，“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”。这是修改后的刑诉法在吸收了无罪推定合理内核后而增加规定的一项基本原则。但这一原则仅仅吸收了无罪推定的“合理内核”，它对于什么是无罪？在具体操作中如何界定无罪？刑事诉讼法如何保障无罪的人不受追究等具体的问题上并没有任何明确的界定。我国刑事诉讼法分则部分也未制定出与无罪推定原则相适应、相匹配的具体制度和措施。事实上，“无罪推定是这样两个命题的简练表述：在决定被告人是否有罪时，不得从被告人曾被逮捕这一事实做任何推论；控方负有排除合理怀疑地证明被告人有罪的证明责任。在审前阶段，无罪推定意味着，通常情况下应该赋予被告人应得的自由。”。“当然，对无罪推定原则的承认，意味着不允许臆测是否被告人事实上将被裁判有罪。被告是否会再次实施犯罪、是否会对社会构成威胁或者是否会干扰证人，诸如此类的主观推测均有悖于无罪推定原则”。这段关于无罪推定的表述，说明无罪推定原则至少应当包括这样几层含义：1) 不能因犯罪嫌疑人被拘留逮捕而推论嫌疑人有罪；2) 不能在认定被告人有罪的判决前臆测被告人是否将会判决有罪；3) 有罪判决和量刑下达前，被告人应当享有自由；4) 控方负有证明被告人有罪的责任；5) 证明被告人有罪，必须排除一切合理怀疑。这几层含义说明了无罪推定原则绝不仅仅是一句空话，原则之下还应当有制度、措施等有着内在逻辑关系的各种环节支持并保证其实现的一个系统的体系。而我国的刑事诉讼法不仅没

有这些与之相匹配的系统规定，反而有些规定与无罪推定的原则相悖。例如1996年刑诉法的修改时，在侦查机关的拘留与逮捕期限上有不同的主张，有人主张延长拘留期限，也有人不赞成延长拘留期限，认为对拘留期限规定过长与国际通行的做法距离太大。但立法最终采纳了延长拘留期限的意见，在原有立法的基础上将拘留后提请审查批准逮捕的期限延长至30日，并未考虑如何减少和限制对犯罪嫌疑人的羁押。又例如，在刑诉法强制措施一章，修改后的刑诉法虽然将1979年刑诉法有关取保候审、监视居住等内容的第三十八条一个条文扩充为9个条文（其中取保候审7条，监视居住2条），但由于整个立法的思想都是围绕着“羁押为常态，取保候审为特例”这样一种制度结构来设计的。因此虽然取保候审的内容被扩充了7条，但8年来的实践检验证明，取保候审极低适用率的现状并未发生根本变化，羁押仍被广泛采用。对此，有不少文章认为取保候审难的原因是执法人员执法观念上的问题，对涉嫌进入刑事司法领域中的公民人权抱无所谓的态度，从客观上说，公检法队伍中确实广泛存在着思想认识问题。但当对这些思想观念进行深层次研究时就会发现，观念上的问题来自于立法上的偏颇，我国刑事诉讼法确立的所谓无罪推定的原则仅仅是一句空话，与相关的制度、措施及程序没有内在的逻辑联系，甚至自相矛盾，立法不仅没有纠正执法中的观念错误，反而助长了这些观念的泛滥。

2、“刀把子”理论是产生过度羁押，漠视人权的政治理论基础。使用国家的镇压力量，来打击和瓦解各种反革命破坏分子、各种反党反社会主义分子、各种严重刑事犯罪分子，以便维护社会安定，是完全符合人民群众的要求的，是完全符

合社会主义现代化建设的要求的。“刀把子”观念是历史上多年以来沿袭下来的，已深深植根于立法与司法中。

3、以取保候审申请取代羁押申请，必然导致羁押是常态，取保候审是特例的反常现状

英国有关保释的法律规定：“未被宣告有罪的人有权享有保释和免受任何条件限制的推定”，“有权从羁押状态返回社区的申请被错误地表述为保释申请。倾向于保释的推定意指事实上，起诉方提出拒绝保释并将被告人还押（remand）的申请。根据法律，如果没有检察官请求羁押（或条件）的干预，被告人会被给予保释并释放。”。

在英国，如果不对嫌疑人起诉，就必须对嫌疑人保释，不需要经过法官的批准，警察即有权自行决定对嫌疑人保释，当案件需要起诉时，控辩双方可以就羁押和保释进行商议，如能达成一致，不经过法官批准就可以保释，只有双方不能达成一致时，才由检察官向法官提出羁押或还押申请。由此可见，英国刑事诉讼程序设计上，就把保释作为一种常态，羁押为特例，如果要对某人羁押，必须向法官提出羁押申请，而保释并不需要申请。

对比中国的刑事诉讼法，中国的强制措施只包括拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕五种措施，羁押不是独立的强制措施，中国的刑事诉讼没有专门的羁押申请和羁押理由，没有专门的羁押适用程序，羁押仅仅是拘留和逮捕等强制措施的延续，羁押期限完全依附于办案期限。中国的取保候审制度与英国的保释制度恰好相反，法律没有规定羁押需要申请，而取保候审却需要申请，这种以取保候审申请取代羁押申请的制度设计，必然产生羁押是常态，取保候审是特例的反常现状。

4、我国刑事诉讼制度中缺少对羁押和取保候审等程序适用的独立的司法审查程序在

英国，如果不准备对嫌疑人保释，警察就必须24小时内，将嫌疑人送到法官面前，由法官来做出是羁押还是保释的决定。但我国的刑事诉讼法却规定公、检、法三机关均有权对犯罪嫌疑人做出取保候审决定，被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属有权申请取保候审，犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审。但是，中国刑事诉讼中任何强制措施的审批，都是由办案机关通过秘密审查方式来发布许可令状的，没有类似法院这样的中立机构，也不需要经过专门的授权程序。同时侦查及公诉机关实际上是嫌疑人、被告人的对立面，前者的诉讼地位决定了他们不可能心甘情愿地将嫌疑人释放，因此，大量嫌疑人被羁押，很重要的原因在于取保候审的裁判者“吹黑哨”，因为裁判者也是运动场上的一方。又由于没有救济手段，当取保候审申请遭到拒绝时，申请人没有任何申辩的机会，只能听之任之。

5、刑诉法对取保候审范围和适用条件规定不明确，缺少具体的衡量标准，导致任意解释泛滥 刑事诉讼法对取保候审适用的范围做出了规定：1) 对可能判处管制、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，不能在法定的办案期限内结案，需要继续查证、审理的。这些范围看似宽泛，但由于规定的不确定性，特别是其中有些语言表述含糊不清，造成了执法人员在适用中任意加以解释。例如：什么是“采取取保候审不至于发生社会危险”？由于没有客观标准，完全靠办案人

员自己进行主观臆测，司法机关从各自追诉的利益出发，可以得出每个嫌疑人都有发生社会危险的可能性的推论；又如：什么是患有严重疾病？没有一个衡量的客观标准。笔者办理过的案件中，有的患有严重心脏病；有的患有重度肌无力；有的患严重腰椎间盘突出症……，其亲属和律师无一例外的向办案机关提出了取保候审的申请，但均未得到批准，理由是他的病不严重；再如：什么是证据尚不充足？多少份证据就算充足？获得什么样的证据算充足？也没有具体的衡量标准。在此基础上，公、检部门又分别对取保候审的适用范围做出解释：“对累犯、犯罪集团主犯……以及其他严重犯罪的嫌疑人不得取保候审”。“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”。这两项规定违背了立法的法律层级原则，增加了取保候审罪名标准，缩小了范围标准。两机关对取保候审范围的限制性解释，对执法机关普遍存在的有罪推定和片面强调打击犯罪的思潮起到了推波助澜的作用，助长了执法人员对取保候审做出泛滥性的任意解释。在司法实践中，任何一种说法都可以构成不批准取保候审的理由：外地户口的不能取保、没有工作单位的不能取保、态度不好不交待问题的不能取保、不认罪的不能取保，等等。甚至有人论证对共同犯罪嫌疑人、要案的犯罪嫌疑人、犯罪数额大的犯罪嫌疑人、口供不稳反复变化的犯罪嫌疑人慎用取保候审。5、在实体法中没有专门就取保候审期间脱逃行为的单独罪名。担心犯罪嫌疑人在取保候审期间脱逃是公检法不愿意办理取保候审的一个重要原因和理由。虽然取保候审有保释金或保证人的规定，但有时保释金仍难以遏制被取保候审人脱逃的行

为，保证人如果在脱逃行为中没有共谋或并不知悉，保证人也不会受到任何的处罚。2005年2月笔者访问了美国纽约市刑事法院，通过访问得知在美国不管对你的指控最终是否被判决有罪，只要在保释期间脱逃或不按时到庭，都可以独立的构成蔑视法庭罪，可以判处1年至5年的刑罚。而我国刑法第六章关于妨害司法犯罪一节中13种犯罪，均没有对取保候审不能按时到庭做出犯罪规定，使取保候审期间的脱逃行为缺少有效的法律控制手段。

6、对取保候审适用条件缺少具体的量化标准

公检法机关对犯罪嫌疑人能否确保不脱逃、准时出庭，能否构成可以取保候审的条件，缺少有效的评估数据和方法，因此，在对嫌疑人能否按时到庭、是否会继续犯罪等没有把握的时候，选取了保守的做法，宁可取保候审不成功，也不能因此造成一定的后果。

四、对我国非羁押性强制措施扩大及适用的几点建议

- 1、修改刑事诉讼法，就羁押和非羁押性强制措施独立设章。确定取保候审为一般原则，规定羁押和取保候审适用范围、条件、申请和审批的程序，对有关范围、条件的适用尽可能清楚、明确，避免产生歧义。增加其他非羁押性强制措施的品种。
- 2、开展试点取得经验，逐步推广。选取有关公安或检察机关开展试点，由律师中的志愿者和法学院学生参加担任社会调查员，通过对犯罪嫌疑人、被告人的自然状况、出生地、在本地居住的时间、有无固定住所、与其同住的亲属的基本情况、婚姻状况、生活经济来源、健康状况、被扶养人情况、工作年限与工作单位、在工作单位与社区的一贯表现，以往参加公益活动的情况与犯罪或其他不良记录等情况进行调查、量化与评估。通过评估获取相应的分值数据，提供给审查批准取保候审的司法

官员做参考，并对取保候审人员进行一定时间的跟踪，获取其是否按时到庭以及重新犯罪等信息，做出最佳评估数据。如果有条件，还可以在取保候审人员所在地的社区、街道等地征集志愿者，督促、帮助取保候审人员按时出庭。当试点完满完成后，总结经验，扩大推广。这种方法可以使有关司法部门乐于接受，好的效果会打消有关司法部门的担忧，使取保候审得以更大范围的推广。经费的来源：在试点期间可以通过赞助、捐款、资助等方式筹集，此后可由政府拨出一定的经费用于该项工作。

3、建议对刑法修改，增加“蔑视法庭罪”，对取保候审期间脱逃行为按独立犯罪处理，不管其被控的犯罪是否成立，不按时出庭的脱逃行为都将被科以严厉的刑罚制裁。通过此种方法，震慑和督促取保候审人员按时出庭和归案。

4、被取保候审人员在取保候审期间的身份证件和护照等证件暂时交由主管的公安机关保管。取保候审期间外出或确需使用身份证件时，可向公安说明情况，由公安机关酌情决定是否同意。这种方法可以有效防止取保候审人员在取保候审期间外逃，随时掌控取保候审人员的活动范围，保证取保候审的顺利实施。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com