

房国宾 著

羁押替代措施研究

——就保释制度视角进行分析

河南人民出版社

羁押替代措施研究

——就保释制度视角进行分析

房国宾 著

河南人民出版社

· 郑州 ·

图书在版编目(CIP)数据

羁押替代措施研究：就保释制度视角进行分析 / 房国宾著. — 郑州：河南人民出版社，2012.5

ISBN 978-7-215-07967-0

I. ①羁… II. ①房… III. ①刑事诉讼-研究-中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 079720 号

出版社：河南人民出版社

地址：郑州市经五路 66 号

承印单位：河南文轩印务有限公司

开本：787 mm × 1 092 mm 1/16

印张：8.65

字数：208 千字

版次：2012 年 5 月第 1 版

邮政编码：450002

印数：1—4 100

印次：2012 年 5 月第 1 次印刷

定价：25.00 元

前 言

和谐社会的构建依赖于社会纠纷合理、合法地尽快解决,诉讼是解决纠纷的最终途径,而保释制度则是保障诉讼公平、公正进行的重要举措。因为其对实现刑事诉讼的双重目的具有不可替代的作用。在世界主要法治国家的立法中,除意大利、芬兰外,无一没有保释制度之规定。目前,我国刑事案件呈高发态势,审前羁押率较高。现行立法虽然规定了取保候审、监视居住等非羁押性强制措施,但事实证明,取保候审徒有虚名,监视居住也因司法资源消耗过大而极少适用。而审前羁押极易造成刑讯逼供或变相刑讯逼供,侵犯被追诉人的基本人权,不利于刑事程序正义的实现。为保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,落实宪法关于保障公民基本人权的規定,我国应顺应世界潮流,在刑事诉讼中引入保释制度,改变我国目前审前羁押率较高的现状。对于保释制度问题,我国现行刑事诉讼法及其司法解释未作规定,学术界总体来讲对其亦缺乏深入、系统的研究,这种现状与我国宪法关于保障公民基本人权的規定并不适宜。本书在对相关国际公约及有关国家关于保释制度规定进行比较研究的基础上,分析了我国建立保释制度的必要性、可行性,并提出了具体的构建设想,为我国保释制度立法提供参考,并最终服务于和谐社会的建构这一根本目的。

第一章从保释制度的起源入手,介绍了该项制度产生、发展的历程。认为保释制度的产生源于刑事案件的不断增加、司法资源的有限性及对公民个人权利的尊重。同时,认为我国在刑事诉讼领域应改变绝对功利主义的观点,建立相对合理主义的追诉观,为在我国引入保释制度提供理念基础。

第二章深入探讨了保释制度的价值根基。关于保释制度问题,理论界、实务界历来众说纷纭,赞成者有之,批评者亦相当广泛。首先,该部分从正、反两方面对保释制度存在的必要性进行了分析,并在此基础上探讨了该项制度的利弊得失。其次,从内在与外在两个方面对保释制度的价值进行了深入研究,认为保释制度是对犯罪嫌疑人、被告人自由权利的尊重,是司法文明的体现,利于实现诉讼经济。实施该项制度可以最大限度地限制违法取证及冤假错案的发生,并最终保障实体真实与程序正义的实现。

第三章从比较法的角度,论述了保释制度的基本内容。该章从保释的适用种类、适用条件、决定程序及事后监管等几个方面进行论证、分析,探索了两大法系各国保释制度立法规定的共性及差异,并进一步分析产生这种差异的原因,为我国引入该项制度寻求借鉴途径。另外,无救济则无权利。欲保障被追诉人的保释权,必须为该项制度设置救济程序。目前,各国关于保释制度的救济程序主要通过司法审查、上诉、人身保护令及定期复查等举措加以实现,并借此扩大保释制度的适用范围,实现保释制度的应有价值。

第四章首先分析了保释制度对于构建中国和谐社会的价值。目前,我国审前羁押率远高于世界平均水平,不但不利于实现刑事诉讼的目的,且易导致个案被追诉人报复社会,激化社会矛盾。引入保释制度益于实现控辩双方的平等对抗,利于社会纠纷的准确解

决,借以构建和谐社会。其次是借鉴两大法系的成功经验,结合我国的现实情况,提出一条适合中国国情的立法构想。从目前世界各国的立法规定来看,存在权利保释与裁量保释两种选择。鉴于我国的国情及历史传统,作者认为,我国目前应引入裁量保释,并以此为契机,提出具体建构设想。待时机成熟,再逐步引入英美法系的权利保释。

作 者

2011 年 12 月

目 录

前 言	
绪 论	(1)
第一章 保释制度的产生与发展	(4)
第一节 保释制度的起源	(6)
第二节 保释制度的形成	(7)
第三节 保释制度的发展	(12)
第四节 保释制度的完善	(15)
第二章 保释制度的价值分析	(22)
第一节 保释制度的基本价值	(25)
第二节 保释制度的价值冲突	(44)
第三节 保释制度的价值抉择	(54)
第三章 保释制度的基本内容	(60)
第一节 保释制度的适用主体	(60)
第二节 保释制度的运作程序	(69)
第三节 保释制度的运作基础	(92)
第四章 保释制度与中国刑事诉讼	(103)
第一节 中国确立保释制度的必要性	(103)
第二节 中国建立保释制度的可行性	(118)
第三节 构建我国保释制度的具体设想	(120)
主要参考书目	(133)
后 记	(137)

绪 论

羁押替代措施是指为保障刑事诉讼的顺利进行,对已经被羁押或具备羁押可能性但又不具备必要性的被追诉人所采取的非羁押性措施。目前,从世界范围来看,羁押替代措施主要分为两大类:一是以英美法系各主要国家及德、法等多数大陆法系国家为代表。这些国家的羁押替代措施虽在具体适用形式及称谓方面有所区别,但总体可包含在保释制度的范畴之内;二是以大陆法系的芬兰及混合法系的意大利为代表。基于观念方面的障碍,这些国家的民众普遍认为保释制度有“金钱换自由”之嫌,对其有一种天然的排斥心理。因此,立法并未将保释制度界定为羁押替代措施,而是以“出行禁令”、“限制居住”等加以取代。

作为羁押替代措施,“出行禁令”主要适用于北欧的芬兰。就其具体内容而言,主要包括以下几个方面:

(1)适用主体与适用对象。根据芬兰立法规定,在不同诉讼阶段享有“出行禁令”适用权的主体不同。在侦查过程中,享有逮捕权的司法警察有权决定“出行禁令”,但在做出决定前,应当通知检察官。此时检察官亦可将侦查过程中批准“出行禁令”的权力收归自己行使。侦查终结案件提交检察官后,由检察官行使“出行禁令”的批准权。在审判阶段,由法庭根据公诉人的请求对未被限制人身自由的被告人采取“出行禁令”。公诉人要求羁押被告人的,法庭也可以主动决定采取“出行禁令”。对于“出行禁令”的适用对象,芬兰刑事诉讼法规定主要适用于可能判处法定最高刑为1年以上监禁的罪行,且可能继续犯罪、潜逃或者采取其他方法逃避侦查、审判或者刑罚执行的被追诉人。

(2)“出行禁令”适用对象应当遵守的规定。①不得离开指定地点或者区域,但为了工作或其他正当理由经裁决准许者例外。②不得进入或者访问指定地区。③经准许可留在其经常居所或者常去的医院。④在指定时间向警察报到。⑤对于“出行禁令”的适用对象不得签发护照,已经签发的,应当交给警察。

(3)“出行禁令”的适用期限。起诉前的出行禁令,其效力持续至庭审期间,除非该“出行禁令”被明令提前撤销或者部分撤销。法庭决定中断审理或者延期审理的,应当同时决定“出行禁令”是否继续有效。在审判过程中,法院在判决被告人无条件监禁时,应决定是否对其采取“出行禁令”,或者决定原“出行禁令”是否继续有效。若决定适用“出行禁令”或维持原“出行禁令”的效力,“出行禁令”的适用应持续至刑罚执行或者上诉法院另行做出决定时为止。

(4)“出行禁令”的撤销。因情形改变或者其他重要原因,法官可以撤销“出行禁令”。“出行禁令”的撤销主要见于以下几种情况:①“出行禁令”的适用条件丧失。②在采取“出行禁令”后60日内控方未予起诉,法庭可以撤销“出行禁令”。当然,享有逮捕权的官员在此期限之前提出展期申请的,法官可以决定延长“出行禁令”的适用期间。③无论起诉与否,法庭均可根据当事人的请求,部分或者全部撤销享有逮捕权的官员决定的

“出行禁令”。

(5)“出行禁令”的救济举措。鉴于部分“出行禁令”是由司法警察或检察官做出,不符合上诉的基本条件,因此芬兰刑事诉讼法并未赋予被羁押人对有关“出行禁令”裁决的上诉权,但立法规定被羁押者可通过提出申诉的途径寻求救济,且无任何时间限制。法官接到被羁押人的申诉后,应立即进行审查。

(6)“出行禁令”的保障举措。被追诉人违反“出行禁令”所规定的义务,潜逃、准备潜逃或继续犯罪的,应被立即逮捕,并被实施羁押,且会丧失其所享有的社会福利待遇。在芬兰,福利制度非常健全,不仅普通民众享有很高的社会福利,即使是犯罪嫌疑人也享有一定程度的社会福利。因此,对于被追诉人而言,违反“出行禁令”所规定的义务而逃跑可谓得不偿失。

而限制居住是指要求被告人在特定的地点居住,而且未经主管法官批准不得进入该地点,或者未经主管法官批准不得离开常住地市镇所适用的一种限制性措施,该项替代措施主要存在于意大利。“限制居住”的内容主要包括以下几个方面:

(1)适用主体与适用对象。在意大利,享有“限制居住”决定权的主体是法官。法院一旦做出限制居住的决定,应当立即将该决定通知主管的警察机关,由该机关负责监督上述决定的执行,并向检察机关报告违反规定的情况。“限制居住”的适用对象一般是依法应当判处无期徒刑或者三年以上有期徒刑的犯罪嫌疑人、被告人。

(2)被限制居住人应当遵守的规定。①不得在特定的地点居住,且未经主管法官批准不得进入该地点,或者未经主管法官批准不得离开常居住的市镇。②主管法官做出决定后,被限制居住人应当立即向执行该决定的警察机关报到,并告知自己住宅的地址。③法官可以要求被限制居住人告知警察机关平常能找到自己的时间和地点,以便接受必要的检查。同时,被限制居住人有义务提前向警察机关报告上述地点和时间的变化。法官在确定“限制居住”有关的地域界限时,应尽可能考虑被追诉人食宿、工作或扶助方面的需要。④如果所涉及的人员是正在接受戒瘾治疗的吸毒者或酗酒者,法官可以进行必要的检查,以查明治疗计划是否正在进行。被限制居住人若违反有关义务,将被取消“限制居住”,实施预防性羁押。

(3)“限制居住”的救济举措。有关人员对“限制居住”的决定不服,可以通过以下三种途径予以救济。①申请复查。被告人自执行或送达“限制居住”决定之日起10日内,可以要求对该决定进行复查,被告人的辩护人也可以提出复查申请。被告人及其辩护人可在复查申请中说明理由,且可向复查法官提出新的理由,但检察官不得对“限制居住”决定申请复查。复查申请人应向做出“限制居住”决定的法官所在省府驻地法院的文书室提交复查申请,由该法院依照合议程序进行复查。在提交复查申请10日以内,如果法院没有宣布该复查申请不可接受,则应撤销、修改受到复查的“限制居住”决定。法院在做出复查决定时,可以采纳当事人在讨论期间提交的材料,也可因其他未在要求中列举的原因撤销受到复查的“限制居住”决定,做出有利于被告人的修改。另外,法院也可根据“限制居住”决定中未列举的理由确认该决定。法院如果在规定的时间内未就复查要求做出决定,“限制居住”的决定将立即失去法律效力。②向上诉法院提出上诉,此种救济途径是与申请复查并行的一种救济举措。公诉人、被告人及其辩护人均可针对限制居住

决定向上诉法院提出上诉,并说明有关的上诉理由,上诉法院自收到上诉申请之日起 20 日内做出裁定。③向最高法院提出上诉。公诉人、被告人及其辩护人针对上诉法院或复查法院做出的裁决以违反法律为理由提出,应自接到上诉法院或复查法院做出的裁决 10 日以内向最高法院提出上诉,最高法院应自接到该上诉文书 30 日内做出最终裁决。

相较而言,作为羁押替代措施,保释制度的适用更为广泛。作者在本书中着重从保释制度的视角对羁押替代措施进行分析、探研,以期对我国司法制度的改革有所裨益。

第一章 保释制度的产生与发展

英语中的保释(bail)一词,源于古法语“bailer”,意为“移交”(deliver),即将被释放之人移交给为其担保或保证的人监管^①。若从深层面理解保释的内涵,就有必要对保释的目的进行分析,因为其在很大程度上左右着对保释的理解。基于社会背景、诉讼模式不同,英美法系和大陆法系对保释制度的基本内涵存在认识方面的差异。

(在英美法系国家,民众对政府权力合理运用的可能性持根深蒂固的怀疑态度。)因此,除非在极少数的情况下,拒绝授权司法官羁押仅仅是被指控为犯罪的人。因此,在英美法系中,保释是从当事人的角度定义的,其被理解为一项权利,即被捕的犯罪嫌疑人、被告人在审前获得保释是自然而然的事情。除故意杀人罪等严重的刑事犯罪外,只要被告人愿意交纳保释金或提供保证人,并履行一定义务,一般都应获得保释。关于保释的基本含义,英国学者 L. B. 科尔森认为: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”^②。P. H. 科林则认为:保释是指“在被羁押人向法庭支付金钱作为其将出庭受审的担保后将其释放的制度”^③。而该国另两位学者麦高伟及杰弗里·威尔逊认为:保释应有狭义与广义之分。狭义的保释是指将被追诉人带至法官面前,由法官决定是否释放的制度;广义的保释不仅指法官作出的保释决定,也包括警察在犯罪嫌疑人被正式指控前为进一步讯问并强迫其在指定日期返回警察局而作出的保释决定^④。

在大陆法系国家,出于对国家权力的信任及打击犯罪的需要,往往希望政府能够充分行使国家权力。因此,在一般情况下,法官不愿意释放一个可能犯了罪的人,且大陆法系国家检察官的客观义务与法官的澄清义务也使得人们相信法庭不会错误羁押无罪的人,保释与否的最主要目的是看保释能否被用于保护社会,保释的内涵也是从司法机关的角度来加以界定的。在大陆法系中,保释并不是被告人的权利,在某些情况下被告人虽然可以获得释放,但不是因为犯罪嫌疑人、被告人享有保释权,而是作为羁押停止或者羁押理由消失后对犯罪嫌疑人、被告人仍需采取强制处分的一种替代措施来予以实施的。所以,大陆法系的学者对保释内涵的界定有别于英美法系的。如法国学者一般认为:保释是指“自由与羁押法官”在先行羁押理由消失后责令被告人(被审查人)交纳保证金或遵守一定的条件而将其释放的制度^⑤。德国学者则认为:保释是指法院在羁押期间届满或羁押

① Sir E. Coke. A little treatise on bail and mainprize. New York: Da Capo Press Inc., 1973, originally published in 1635, p. 1.

② [英] L. B. 科尔森. 朗文法律词典(英文版). 北京:法律出版社, 2003: 36.

③ [英] P. H. 科林. 英汉双解法律词典(英文版). 世界图书出版公司, 1998: 44.

④ [英] 麦高伟, 杰弗里·威尔逊. 英国刑事司法程序. 姚永吉, 等译. 北京:法律出版社, 2003: 103-104.

⑤ A. Esmein. A history of continental criminal procedure (Trans. by John Simpson). Little Brown and Company, 1913: p. 529.

理由消失以后,命令犯罪嫌疑人、被告人提供保证金或设定其他条件而将其释放的制度^①。我国台湾地区的学者林山田认为:保释乃是指法院命被告人提出保证书,并指定相当之金额,而释放羁押之被告^②。

在我国大陆,关于保释制度的含义,学术界同样存在不同认识,如陈卫东教授认为,保释是指被逮捕人以具结、保证人保证或财产、金钱为担保条件等方式获得释放,同时被要求在随后的诉讼程序中按照指定的时间、地点到案的措施^③。汪建成教授则认为,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”^④。而据薛波教授主编的《元照英美法词典》解释,保释是指在刑事诉讼中,受到犯罪指控而被逮捕或拘押的犯罪嫌疑人或被告人交纳一定数额金钱,或提供保证人,或满足其他法律规定的条件,并保证在以后的诉讼中能够按照法庭传唤指定的时间和地点到案后,将其予以释放的制度^⑤。

总之,国内外学者关于保释含义的具体表述、涵盖范围虽有差异,但都是围绕以下两个方面展开:一是保释是一种非羁押性措施,被保释的人不像被羁押的人那样被剥夺自由,而是保持着相当程度的人身自由;二是为了保证诉讼的顺利进行,保释并不是对被保释人完全放任不管,而是要求被保释人提供担保或承担相应的法律责任,以此来约束与限制其行为,使被保释人承受物质上和精神上的压力,促使其自觉履行义务。作者认为,保释制度是指在刑事诉讼中,受到犯罪指控而被逮捕或拘押的犯罪嫌疑人或被告人,在交纳一定数额金钱、财产凭证或出具保证书、提供保证人,并满足一定条件,且保证在以后的诉讼中能够按照法庭传唤通知书指定的时间和地点及时到案的前提下,将其予以释放的制度。

现代保释制度是以保障犯罪嫌疑人、被告人的人身自由为价值取向,以无罪推定和自然权利理念为理论基础,以确保司法秩序和维护社会公正为前提的一项刑事司法程序中保障人权的重要制度。虽然大陆法系国家不直接承认保释权,但大多数国家都认为审前羁押会侵犯被告人的基本人权,而保释制度的存在有助于缓解这一问题的压力。为了减少侵犯人权的事件发生,也应当提倡保释,实际上,在大陆法系国家里,作为羁押替代措施的保释制度一直起着保护犯罪嫌疑人、被告人人权的作用。从另一个角度来说,虽然保释是犯罪嫌疑人、被告人的一项权利,但这项权利的行使要受诸多条件的限制,且这项权利既不是绝对的权利,如犯罪嫌疑人、被告人的辩护权、律师帮助权、沉默权等,更不是所有犯罪嫌疑人、被告人的一种特权。

① Roxin. Die Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1987, p. 250.

② 林山田. 刑事诉讼法. 五南图书出版有限公司, 1998: 222.

③ 汪建成, 杨雄. 从英国保释制度看我国取保候审制度存在的问题及出路//陈卫东主编. 保释制度与取保候审. 中国检察出版社, 2003: 307.

④ [英] L. B. 科尔森. 朗文法律词典(英文版). 北京: 法律出版社, 2003: 36.

⑤ 薛波. 元照英美法词典. 北京: 法律出版社, 2003: 127.

第一节 保释制度的起源

关于保释制度的起源,英美学者认为很难确切地指明保释制度起源于何时、何地,也很难证明其当初产生的目的。正如罗斯科·庞德在叙述英国法起源时所说的那样:任何制度都不能被武断其起始,尤其是法律,现代以前有意识地创制新法是很难想象的^①。虽然,现在普遍认为保释是作为刑事司法人权保护的基本措施之一而存在的,但有学者研究表明,其产生的当初意图与我们现在所讨论的公民的基本人权无关,与无罪推定亦无关系。如 F. Pollock 和 F. Maitland 均认为保释制度直接产生于实际需要,而不是囿于人们对抽象自由的热爱^②。

早在古罗马时期,就已出现类似保释的法律规定。从罗马建国到查士丁尼一世一千多年间,罗马的诉讼制度大致可分为三个时期,即法定诉讼时期、程式诉讼时期和非常诉讼时期。在法定诉讼时期,根据《十二铜表法》第一表第一条规定:若有人被传唤出庭受讯,则被传唤人必须到庭,若被传唤人不到,则传唤人可于证人在场时,证实其传票,然后将其强制押送。第二条规定:若被传唤人托词拒不到案或企图回避,则传唤人可以拘捕之。第四条规定:如诉讼当事人为富有者,则担保其出庭的保证人,应当是具有同等财产的人;如是贫民,则任何人都可以充任;保证人应担保诉讼当事人于受审时按时出庭。可见,古罗马早期拘传被告到庭是原告的责任,如果被告企图逃避,原告可以采取暴力强行将被告带到法官面前,如果被告想要免除原告的传唤,就必须找到一个有相当财力的保人担保;如果原告认为保人的财力不及被告,被告应另行更换担保人。担保人应保证被告人随传随到,依时出庭受审^③。此规定类似于现代的保证人担保制度。在程式诉讼时期,传唤仍由原告向被告亲自为之。但担保人担保可用金钱来代替,对于原告的传唤,若被告置之不理,原告则可请求法官作出“占有裁定”,允许其占有被告的财产,并于必要时拍卖之^④。非常诉讼时期,传唤被告是法官的义务,立法规定如案情重大或被告有逃亡的可能时,被告也应当提供担保人,保证被告到期出庭。担保人在被告不到庭时,应支付 50 金币以下的赔偿金。如果被告人不能提供担保人,执达员有权将其拘押^⑤。由此可见,古罗马时期的担保人担保、金钱担保,其主要目的是为了确保证被告人“及时出庭”,此与现代保释制度虽存在一定区别,但适用目的具有一定程度的一致性。

到了公元 8~9 世纪,在古法兰西诺曼人部落里存在这样的习惯法:当一个人被捕后,他可以以足够的任何动产或不动产作抵押,使他获得保释。如果他按照约定接受审判,这些动产或不动产应当归还。另外,还存在保证人担保的释放。但是,当对犯罪的惩罚可能关系到失去生命或肢体时,法官一般会十分小心,一般不愿意保释任何被指控犯有这样重罪的人,如谋杀罪和叛国罪。诺曼人认为,在这样的案例中保证人或被告保释人所提供的安

① 罗斯科·庞德. 普通法的精神. 唐前宏,等译. 北京:法律出版社,2001:11.

② F. Pollock, F. Maitland. The history of English law. Cambridge: Cambridge University Press, Vol. 2, 1953: p. 584.

③ 周楠. 罗马法原论. 商务印书馆,1996:865.

④ 周楠. 罗马法原论. 商务印书馆,1996:889.

⑤ 周楠. 罗马法原论. 商务印书馆,1996:921.

全保障并不被认为是足够的,即被追诉者要想获得审前释放,必须向郡长提供保证人。当时的法兰西各地均十分强调这项古老且严厉的保证形式:为确保被告人于审判日到庭接受审判,一方面,承担责任的第三方也就是保证人,必须承担民事责任,即在被告人逃避审判时保证人的财产将被没收;另一方面,保证人必须保证被告人不逃跑,否则保证人将遭受与被告人所犯罪行相同的严厉惩罚。

英国的保释制度可追溯到诺曼人入侵以后。12世纪,在威廉征服后的英国,因社会制度的变迁与动荡,司法制度也作了较大改革。基于控制司法权的需要,国王每年向各地派出巡回法官审理案件。巡回法官管理区域很大,处理事务的随意性也很强,不能及时对被追诉人进行审判,最终导致许多被羁押人需要等待很多年才能见到巡回法官,如此每年都有很多被羁押人在等待着巡回法官来到当地进行审理。由于巡回法官数量有限,审案常采用抽签的方法进行选择。所以,运气不好的被羁押人等待审判的时间更长,甚至长达数年。那些因某种原因被羁押的被检控者,因不堪漫长的等待折磨,许多人都选择以隐匿的方式逃避审判。由于每次犯罪嫌疑人逃跑,郡长都要被国王处以罚款或某种处罚。所以,他们就希望找到一种可以避免承担责任的办法。在此背景下,一种制度就产生了,即郡长将被羁押者释放回家,但他的家人必须保证其在开庭时出庭受审。另外,当时的犯罪嫌疑人主要是被羁押在郡长自己家里,狭小的空间难以容纳大量的嫌犯,使得这种做法越来越不切实际。为了避免对嫌犯长期羁押所带来的不公平,同时又解决关押场所不足的问题,许多郡长开始施行一种新的做法,即郡长允许犯罪嫌疑人在支付一定数额的金钱,或让其亲友作为担保人保证他将来按时出庭参加审判的情况下,将其释放^①。此可谓保释制度在英国的最初适用。

第二节 保释制度的形成

对保释制度的形成,英国关于保释制度的立法可谓居功至伟,在一定程度上扮演了主导性的角色。在英国保释制度的起步阶段,由于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。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。郡长的这种权利不受司法制约,往往会滥用保释为自己谋取利益,甚至收受贿赂。为此,英国于1275年制定了第一部具有代表性的规范审前释放程序的法律——《威斯敏斯特法》,为保释活动的进行提供了较为明确的操作依据,同时亦对地方郡长保释自由裁量权进行控制。该法将犯罪分为可保释罪和不可保释罪两类,不可保释的情况主要有:可判处死刑的;根据国王的命令不得保释的;根据法官的命令不得保释的;根据林区法庭命令不得保释的;被放逐的犯罪;被具结离开国家出亡的;同意公认罪行的;公开破坏且被知晓的盗窃;严重的纵火犯;伪造货币犯;伪造国王封印罪;明显的犯罪;影响国王自身安全的叛国罪^②。可保释的情况主要有:通过郡长审讯而被指控盗窃

① 齐树洁. 英国司法制度. 厦门大学出版社, 2007: 508.

② Sharma R. Human rights and bail. New Delhi: A. P. H. Publishing Corporation, 2002: 78.

的;有轻度嫌疑的;轻微盗窃的;有重罪认罪状的;(事前或事后)的从犯;轻罪(如不受死刑、肢解惩罚的侵占罪)等。地方郡长如果不遵守此项条例的规定就会受到处罚。总之,《威斯敏斯特法》在限制地方郡长权力的同时,亦有利于保障被羁押者的权利。正如英国学者所说:英国在《威斯敏斯特条例(一)》施行之后,保释法律的历史轨迹是努力提高现行法的效能,特别是在被告人实施了法律规定的可保释的罪行的情况下,尽量给他提供满足保释的机会^①。

在英国,从14世纪起郡长的权力逐步由治安法官接替。此后,有关保释的职能改由治安法官行使。1554年,菲利浦和玛丽法令增加了一项保释程序,规定被告人要想获得保释,必须由保人写出具结书交给法院。根据具结书,如果被告人逃跑或不按时出庭,具结书中注明的财产或金额将被法院没收。由此,保人承担的风险不再是自己坐牢,而是丧失财产,这种做法在英国一直沿用到现在。

由于《威斯敏斯特条例(一)》存在着不足,实践当中时常出现治安法官滥用职权的情况。直到17世纪初的“五爵士案”,才使滥用职权的情况有了一定程度的缓解。五个爵士因拒绝向国王提供借款而在未经审判的情况下遭受监禁,遂提出人身保护令的申请。有鉴于此,英国议会于1628年通过《权利请愿书》,指出任何人不能在未受到明确的指控下被羁押,重申了非经法律程序,任何自由民不被拘留或监禁的法律规定。但是,国王、法院和治安法官可以通过人身保护令准予程序推迟或变相阻挠《权利请愿书》上述目的的实现。至1676年,因弗兰克斯·金克斯案件导致英国议会于1679年通过了《人身保护法》,滥用职权的状况才得到较大改观。1676年,弗兰克斯·金克斯因被指控“煽动暴乱罪”而遭监禁,他试图申请人身保护令,起先法庭认为弗兰克斯·金克斯的申请不在法律条款规定的范围内,予以拒绝,随后该案未列入审判日程安排。金克斯虽一再要求审理,均遭法庭拒绝。《人身保护法》明确将保释作为一项法律制度加以界定。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。这是保释第一次以法律制度的形式被明确下来,使犯罪嫌疑人审前释放有了明确的法律依据。

然而,尽管《人身保护法》有助于保释的执行,但该法并未规定保释决定机关不得向被监管者收取过高的保释金,这就使得被指控犯可获保释罪行的嫌疑人,虽然获得了保释的权利,但往往因为支付不起昂贵的保释金而被羁押,这就变相剥夺了犯罪嫌疑人的保释权。为此,英国议会于1689年通过了《权利法案》。该法案明确规定,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,治安法官不能要求被告交纳过高的保证金。至此,在英国,保释制度作为一种自由权利观念和制度最终得以确立。

英国学者凯勒·福特认为,英国保护公民不受非正当羁押的发展史包括了三个阶段:一是从《威斯敏斯特法》开始,法律将犯罪分为可保释罪和不可保释罪,限制了法官和行政官员对保释的自由裁量权;二是《人身保护法》限制了司法官员在没有具体理由情况下

① Nationwide Bail Bonds Directory: “History of bail”. <http://www.bail-bonds.16/history-of-bail.htm>.

对嫌疑人进行的监禁;三是《权利法案》关于禁止收取高额保释金的条款防止了司法官员通过要求交纳过高的保释金而滥用保释权力^①。这三部法律亦标志着英国保释制度的法律框架基本形成。到了19世纪,英国对保释制度作了进一步完善,赋予审判法官批准保释与否的权利,但对叛国案等特殊案件作了例外性规定。1848年颁布的《犯罪起诉法》确立了以下规则:即审判法官可以依其自由裁量权,批准保释任何被控重罪或成文法规定的轻罪的人,但对于某些特定的轻罪,法官不得拒绝保释;而在叛国案件中,除非根据国务大臣的命令或由高等法院的法官批准,否则不得批准保释^②。

伴随着英国对外的殖民扩张,其司法制度亦随之传播,保释制度也不例外。1607年,英格兰移民登陆北美大陆。1641年,英国制定了适用于北美殖民地的《马萨诸塞湾自由典则》,该典则第18条对保释制度作出了具体规定:任何人当其能交充分之保人或保金保证其随时出庭及良好行为,则其身体在判决之前不得被任何官吏和机构限制或囚禁,除非其犯死刑之罪案或侮蔑法庭罪以及其他案件由法庭特别规定者……《马萨诸塞湾自由典则》认为请求保释是被羁押人的一种权利^③。此后,在北美各州制定宪法时,一般都把公民享有保释权写进宪法之中。其中较具代表性的当属1776年弗吉尼亚州宪法有关保释的规定,该法第9条明确规定:不得科以过高的保释金。它遵循英国《权利法案》的精神,禁止法官对可保释的犯罪科以犯罪嫌疑人、被告人所无法达到的条件,从而达到变相羁押犯罪嫌疑人的目的。美国建国后,宪法没有专门规定公民的基本权利,为此美国国会于1789年增补关于保障公民基本权利的《权利法案》。其中第八修正案逐字逐句模仿弗吉尼亚宪法第9条规定的内容,即“在一切案件中,禁止科以过多的保释金、过重的罚金或施加异常的残酷刑罚”。该修正案不仅隐含犯罪嫌疑人、被告人审前享有保释权,而且还进一步禁止“用过高的保释金要求变相羁押受可保释罪指控的犯罪嫌疑人、被告人”。另外,为了保障被追诉人的该项权利得到实施,美国宪法还规定了被追诉人审前的知情权。如宪法第六条修正案规定,对于任何被逮捕之人,其有权及时得知被指控的罪名、性质和理由。该修正案的直接作用在于可促使被控人在受到可保释罪的指控下,能够及时地申请保释。为了保证美国宪法赋予公民权利的顺利实施,就在《人权法案》通过不久,美国国会又出台了《1789年司法法》,该法明确规定任何在联邦法院受审的被告人均有权获得保释,非因死刑而被捕的人均应获得保释。至于犯死刑罪的被告人能否获得保释则应由法官决定,在程序上应由最高法院或上诉法庭,或者一名最高法院的法官以及地方法院的法官在考虑犯罪的性质和背景、证据的证明程度以及法律适用等诸多因素之后,通过自由裁量权来决定被告人是否应该获得保释^④。《1789年司法法》明确了可保释的范围,并且对法官在可否保释问题上的自由裁量权进行了明确指引。

在美国,保释制度形成之初绝大部分被告人都能按时出庭接受审判,但随着工业经济的发展以及中西部的开发,美国人口流动加快。很多东部的犯罪嫌疑人为了逃避法律的

① [美]罗伯特·诺齐克:《无政府、国家与乌托邦》,何怀宏译,中国社会科学出版社,1991。

② Neil Corre, David Wolchover. Bail in criminal proceedings. Blackstone Pr. Ltd, London, 1999.

③ 外国法制史资料选编(下册).北京:北京大学出版社,1988:30.

④ Nationwide Bail Bonds Directory: "History of Bail". <http://www.bail-bonds.16/history-of-bail.htm>.

制裁,纷纷逃到西部。与此同时,国家法律对中西部的控制几乎是无能为力的,许多被保释者也加入了逃亡的行列。此直接导致的结果是:美国的司法机关更为关注被告人被保释后能否按时出庭,而不是被告人的保释权利。联邦与州的各级法院为了保证被告人的出庭率,普遍认可通过支持提高保释金要求的方法来降低保释适用率,确保被告人出庭。这样以来,必然造成被告人审前羁押率的居高不下,引起美国公众对司法制度的不满。在19世纪初,美国的保释方式仅有金钱保释一种,被告人交不起保释金就只能被监禁,这种情形为美国职业保释制度的产生与发展提供了契机。依据职业保释保证人制度规定,在保释裁定中,法官设定现金保释额,当被告人及其家属无力交纳时,就可能转而寻求商业性质的职业保释保证人的帮助。在对被告人的基本情况和所涉嫌的罪行认真审查后,如果同意接受业务,职业保释保证人就与被告人、法院共同订立协议,由职业保释保证人向法院提供被告人所需交纳的保释金,同时收取服务费用。被告人向职业保释保证人所支付的服务费通常是保释金总额的10%。有时职业保释保证人收费更高,达到保释金总额的20%或30%;职业保释保证人也可能要求被告人家属或朋友联合在保证书上签名或提供附属抵押物。反过来,如果在法院开庭时被告人不出庭,职业保释保证人同意交付法院全额保释金,在这些条件下法院释放被告人。如果被告人不出庭,职业保释保证人可以捉拿被告人,将其带回法院,并扣押作为附属抵押物的任何财产^①。为了降低风险,职业保释保证人很少向法庭直接支付现金担保,他们从保险公司购买保单,并支付收取费用的30%。这样,如果保释金总额为1 000美元,职业保释保证人从客户那里收取100美元,然后留下70美元^②。

当然,职业保释保证人制度在美国长期存有争议。支持者认为职业保释保证人在以下三个方面起到了重要作用:

(1) 职业保释保证人可使更多的嫌疑人获得保释。若没有职业保释保证人的帮助,那些穷困的和没有经验的被告人将会因为无法交纳足额的保释金,情况变得更糟^③。

(2) 职业保释保证人促进了法庭的正常运转。这主要体现在:一方面,职业保释保证人在保释期间会监管被保释人,防止其脱保。许多职业保释保证人会通过邮件提醒被告人未来开庭的日期,在开庭前一天打电话告诉他们,或者要求他们定期给职业保释保证人的办公室打电话^④……另一方面,当被保释人脱保时,职业保释保证人亲自或者雇用赏金猎人,将被保释人抓回交给法庭进行审判,从而保障了诉讼的顺利进行。

(3) 职业保释保证人降低了政府的费用。在保释制度的适用过程中,政府可能需要支出的费用包括:评估被告人逃跑风险的费用、监管被保释人的费用和对脱保人复捕的费用。职业保释保证人制度将保释的费用部分或者全部转移给了私人机构、警察以及其他

① [美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽,南希·弗兰克.美国刑事法院诉讼程序.陈卫东,徐美君,译.中国人民大学出版社,2002:345.

② David . W. Neubauer. 美国的保释制度. 岳悍惟,译//陈卫东. 保释制度与取保候审. 中国检察出版社,2003: 222-223.

③ Holly J. Joiner. Private police: defending the power of professional bail bondsmen, 32 Ind. L. Rev. 1413 (1999), p. 1423.

④ Mary A. Toberg. Bail bondsmen and criminal courts, 8 JUST. SYS. J. 141, 142 (1983), p. 142.

执法部门,可以将这些节省下来的费用用于其他方面。

然而,反对者认为职业保释保证人制度不可避免地存在一系列负面影响,主要表现在以下几个方面:

(1)职业保释保证人制度难以对被保释人产生有力的约束。被告人象征性地支付给职业保释保证人相当于10%保释金的费用,由于这部分费用是不归还的,所以它不能有效地从经济上促使被告人回到法庭上去^①。

(2)职业保释保证人制度的实施可能导致事实上的法律面前人人不平等。在职业保释保证人制度下,那些请得起职业保释保证人的被告人获得了自由,而请不起职业保释保证人的被告人则仍待在看守所里。

(3)该项制度让保释制度的适用在法庭外有着过多的控制因素。有人认为,这一制度最终的结果是,让职业保释保证人把持着看守所的钥匙,控制着谁被羁押及谁被释放。因为他们有权决定为谁担保,当他们认为某个被告人值得去冒险时,就为其担保;而那些被职业保释保证人认为有较大风险的被告人和无力支付担保费用的被告人,将仍被羁押。而法庭和法官则只是享有决定保释金数额这一相对不重要的权力^②。

(4)职业保释保证人复捕被告人的权力广受批评。为了保护他们的投资,职业保释保证人可能随时放弃对被告人的担保,也可能为了让被告人到案而运用“合理的方式”来复捕逃跑的被告人^③。

(5)职业保释保证人制度容易引起司法腐败。职业保释保证人向法官、狱管人员和其他法院人员行贿、给回扣和送礼物,法院书记员和狱卒们以给职业保释保证人介绍业务和向他们提供有关被告人的信息材料作为交换。另外,法官和检察官还可减少没收金额或驳回指控,以使职业保释保证人免尽被没收保证金的义务^④。

(6)赏金猎人的权力过大,有侵犯公民宪法权利之嫌。如在1810年康涅狄格州的纽黑文,尼科尔斯的职业保释保证人为其交纳了500美元保释金而被释放。尼科尔斯并不是一个逃犯。在尼科尔斯预定的出庭日期到来之前,职业保释保证人决定从尼科尔斯在纽约的家里拘捕他,将其送到康涅狄格州。职业保释保证人雇用了赏金猎人拘捕尼科尔斯。赏金猎人在午夜闯入尼科尔斯纽约的家里将其拘捕,直到将其送到康涅狄格州,赏金猎人的态度一直很强硬。尼科尔斯最后起诉赏金猎人触犯非法侵入、非法侵害、殴打和非法监禁等罪行。纽约州最高法院裁决支持赏金猎人,法院指出了赏金猎人的权力来源,认为这一权力“不是基于诉讼程序,而是源于保释担保的本质”。赏金猎人抓捕尼科尔斯的权力不是源于政府,而是源于职业保释保证人和被保释人之间的协议。根据双方之间的协议,被保释人被认为是在保证人的监护之下,保证人有权关押受托管者。因此,职业保

① Holly J. Joiner. Private police: defending the power of professional bail bondsmen, 32 Ind. L. Rev. 1413 (1999), p. 1418.

② Pugh v. Rainwater, 557 F.2d 1199 (5th Cir 1977).

③ Holly J. Joiner. Private police: defending the power of professional bail bondsmen, 32 Ind. L. Rev. 1413 (1999), p. 1419.

④ [美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽,南希·弗兰克.美国刑事法院诉讼程序.陈卫东,徐美君,译.中国人民大学出版社,2002:347-348.