

赖建国 著

法改语境下 之澳门 羁押制度

FAGAI YUJING XIA
ZHI AOMEN
JIYA ZHIDU



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法改语境下 之澳门 羁押制度

FAGAI YUJING XIA
ZHI AOMEN
JIYA ZHIDU

赖建国 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法改语境下之澳门羁押制度 / 赖建国著. —北京:
法律出版社, 2014. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6407 - 9

I. ①法… II. ①赖… III. ①刑事诉讼—研究—澳门
IV. ①D927.659.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 095974 号



编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗 慕雪丹
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 翟国磊

开本 A5
印张 7.25
字数 178 千
版本 2014 年 7 月第 1 版
印次 2014 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6407 - 9

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

数日前,澳门赖建国博士将其即将问世的专著稿《法改语境下之澳门羁押制度》寄给我,望为其作序,我欣然允诺。

说来还真有缘。建国是我担任澳门大学兼职硕士班导师时的研究生,后来我推荐他到中国政法大学诉讼法研究所读博,他以优异成绩提前毕业。他对老师的敬重,学术上的孜孜不倦,特别是对中、葡、英三界法律的择善而 from 的客观立场,都给我留下了深刻的印象。

建国在澳门检察院刑事检控机关工作多年,有着较为丰富的刑事实践经验,熟悉刑事诉讼的整个流程。他现在任职于澳门特别行政区政府专门从事重大法典立法事务的法改部门。记得在 2009 年期间,我应澳门特别行政区政府法律改革办公室邀请,率内地刑事诉讼法专家组,首次就澳门刑事诉讼法修改的若干重大问题与澳门法界专家进行座谈交流。期间与建国有了更进一步的接触,他虚心的求教交流态度、扎实的法学基础功底以及具有前

瞻性而独到的见解,令我颇为欣赏。

这部专著集澳门司法实践与法学理论于一体,纵论澳门的羁押制度,内容比较系统丰富。专著所阐述的,源自欧盟等先进法区的前沿法理,并聚焦重大疑难问题,值得立法者重视。尤其是在羁押期划分标准的章节,专著剖析了澳葡传统法理中的深层次问题,指出以严重性标准划分羁押期之缺陷,提出兼容严重性及复杂性之法理新标准,并据此修改有关制度。专著还就新科技视野下的新强制措施,结合澳门的情况予以探讨,提出解决方案。以上独具匠心之研究,相信对澳门未来的刑事诉讼立法工作有一定的参考价值。

尤其值得大家注意的是专著中论及的强制措施与预审制度。这是澳门特别行政区刑事诉讼法改革中最为敏感、价值冲突最为触目的一块。读者将看到澳门特别行政区司法机关、立法部门、律师界及学术界这四大界在此问题上的学术争鸣,这折射出澳门特别行政区立法进路之崎岖难行,十分值得“一国”之下各法律界予以关注。

笔者没回避各种权力冲突,理性分析各种权力配置,站在宪制的角度,以《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》为根据,本着审检分立之宪制原则,主张部分强制措施应回归澳门检察院,以保证独立行使其检控职能,法院则秉持中立属性履行审判职能。笔者认为,预审制度作出相应修改并不违反《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》,并着重指出,立法部门理应厘清立法时机与源自宪制规定的立法之区别,应当看到《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》已赋予澳门检察院作为司法机关这一新定位。在尊重传统法理的同时,更应当尊重当下的宪制规定,立法者唯有及时转变思维,才能作出符合《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》的法学解读。对于专著的以上创新之见,我颇感有说服力。

当然,专著在强调独立履行检控职能的同时,也注意法院、检察院权力配置之平衡,维护好预审制度,不能令它维护权益的功能受到削减。只有这样,方可全部体现《中华人民共和国澳门特别行政区基本

法》所确立的审检分立宪制原则精神,以及兼顾预审制度对人权保障的需要,平衡各种重要价值。综上,该专著堪称为澳门特别行政区回归以来,既回顾历史、立足司法实践,又前瞻先进法理、建言法改与法治的难得的好作品,十分值得澳门及内地的法律界同仁阅读参酌。

建国兼任澳门大学法学院等两所大学法律课程的教学工作,成为澳门特别行政区回归以来较为资深的法律人。2013年,他更应世界权威出版社 Kluwer Law 邀请,为《世界法律百科全书》(澳门卷)撰写诉讼法专著,并联合司法官编写首部澳门大学法学院法学士之诉讼法教程,足见建国在澳门法界已有一定的地位和影响。作为建国的老师,我对他的进步和学术成就表示由衷的祝贺,并相信他将会走得更远、更好,为“一国两制”的法制建设和法学交流,作出更大的贡献!

是为序。

中国政法大学终身教授 陈光中谨识

前 言

有人说“没到过葡京酒店,等于没到过澳门”。但这不等于说,没看过本专著就难以理解澳门刑事诉讼法,或者没法读懂特区法律界。

澳门特别行政区刑事诉讼核心制度之一的羁押制度,是唯一剥夺人身自由的强制措施,为目前六种刑事强制措施中最严厉者,类似于中国内地的逮捕制度。澳门的羁押制度对外表现出相对稳定的态势,2014 年生效的法律改革文本对之修改甚少,唯司法界的呼吁如影随形。澳门检察官委员会关注法改部门是否对检察院的建议作出认真的研究以及原有的问题能否得到解决,而新的修订又引发新的问题,将影响公正与效率的推动及特区的法治。

本专著立足澳门刑事羁押的司法实践,具细展述之,为——探讨现存问题提供支持。并在这一前提下,重视欧盟法等先进法理,顾及法改述评——包括对最敏感的检察分立原则及预审制度作出重点研究。

另一重点,汲取包括欧盟、葡萄牙、香港特别行政区及台湾地区等两大法系的法学成果,与智者论,锐意揭示羁押期标准重构等传统法理之深层次问题,并就新科技视野下的新强制措施探讨解决方案。笔者期待,伴随着本作品的出版,读者终得分享法域雨露那一掬滋润。

首先,本专著从羁押的源起开始,站在司法官的角度展示澳门的司法实践,披露澳门司法官为采取羁押措施作出的努力,细陈羁押决定是怎样依法考虑,成全作品的实用价值,应用于澳门特区最严格的法律考试,它将对澳门法学士及实习律师具有相当的参考价值。进一步说,澳门的羁押制度主要由刑事程序法规范,程序法作品的篇章结构,要求以诉讼程序为思考主线。例如,在阐述羁押制度时,本作品便从羁押的建议、羁押的决定、羁押的复查次第展开。它注重引用澳门法院的司法见解,展示回归以来法学实践的阶段性成果,让读者把握澳门现行羁押制度。

其次,以上所述的阶段性成果仅是本专著的一部分内容,针对司法实践中出现的问题,笔者及其团队提供了分析意见。例如,对疑点“强烈迹象与证据”的深入探讨,对难点“过于注重严重性”东方式思维的抨击,对极具实务操作的“羁押具体目的”即第188条各项的剖析,以及对相对薄弱但异常重要的证据审查环节的重述,等等。

源自世界著名学者的指导意见:法研中避免提出具体建议及主张,与研究的深度没有必然的关系,这也正是学者与法改者研究维度的主要区别之一。学者看到深层次的问题然后提出,让学术趋于多元,乃上乘法学研究中一选择,本作品的部分研究也秉承这一初衷,例如,澳门与葡萄牙签署的《在法律咨询领域的谅解备忘录》,如形成法律解释在事实层面的“话语权”,是否与《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》所确立的由全国人大常委会掌控解释权有抵触,针对这一问题,本专著似乎仅适宜带出问题,而非给出答案;至于立法者何时修改法律,是现在修改还是五十年后才修改,那更是另一层面的问题。

在“一国两制”下,澳门的法律体系在五十年内应保持基本不变,

但法律研究仍可建基于两大法系,没必要割断其一。事实上,也很难再区分哪一法律理论属于哪一法系。读者将看到,本专著不乏对欧盟法律的理解,对传统法制提出法理错配的质疑,更承载了法学先贤的意见,对未来立法的导向意义更值得关注,是而本专著可供立法者参酌。

作为本专著质量保障的一部分,容略作介绍:笔者曾服务于澳门特别行政区检察院专责刑事诉讼的核心部门,工作范围遍及刑事诉讼各流程,研究项目的思考建基于多年刑事实务经验。之后任职于澳门法律改革部门,主力研究包括羁押制度在内的刑事诉讼法及国际公约。学术方面,法学硕士段同时师从内地著名刑事诉讼法专家陈光中教授,工作当中与由陈老师带领的内地研究力量有过深入接触,有幸分享其比较法研究的脉络,为本专著探讨前沿法学,载述澳门羁押史提供了重要的支持。陈老师的隆情厚谊,先在此致以衷心的感谢。

最后想补充的是:其一,羁押决定将反映出一法域的法治水平,部分葡萄牙学者倡导羁押决定时应持法治取态。在“一国两制”下,法治精神当成为特区管治团队信守的基石——在任一历史阶段。其二,随着特区政府历经数载对《刑事诉讼法典》进行修改,新法典在社会的压力及司法机关、律师团体等多方角力下于2013年面世,2014年1月1日生效,包括羁押在内的强制措施的烽烟,一度为各界注目。本专著,在此也承载历史。

笔者

2014年于澳门特别行政区

目 录

第一章 羁押制度概述 / 1

第一节 羁押措施历史沿革 / 1

一、古罗马羁押史 / 1

二、澳葡羁押史 / 3

第二节 羁押的含义和特征 / 5

一、羁押的含义 / 5

二、羁押的特征 / 7

第三节 羁押类型之司法实践 / 14

一、常见犯罪类型 / 14

二、对准公罪羁押的反思 / 15

第四节 羁押制度之规范体系 / 18

一、羁押制度法律广义 / 18

二、羁押制度法律狭义 / 20

第五节 羁押批示论略 / 21

一、羁押决定各阶段 / 21

二、羁押批示之格式化 / 26

三、《欧洲人权公约》的启示 / 27

第二章 司法实务考：羁押决定之法定刑及 目的要件 / 32

第一节 羁押决定之法定刑要件 / 32

一、2013 年澳门《刑事诉讼法典》第 186 条与第 193 条之立法剖析 / 33

二、《有组织犯罪法》第 29 条 / 47

三、第 6/2004 号法律第 26 条 / 48

第二节 羁押决定之具体目的 / 55

一、具体目的:第 188 条 a 项述评 / 57

二、具体目的:第 188 条 b 项述评 / 59

三、具体目的:第 188 条 c 项述评 / 60

四、法理前瞻:对预防性羁押的反思 / 65

第三节 羁押决定之抽象目的——法律原则 / 67

一、合法性原则 / 68

二、适度及适当原则 / 71

三、补足性原则 / 72

第三章 司法实务考:羁押决定之证立要件 / 94

第一节 强烈迹象要件 / 95

一、基础性标准:应判处徒刑 / 95

二、司法官眼中的强烈迹象 / 97

第二节 强烈迹象与证据 / 98

一、证据的含义 / 98

二、制度渊源 / 100

三、证据原则 / 101

四、强烈迹象不等同证据 / 107

第三节 法源反思:强烈迹象与合理怀疑 / 108

一、合理怀疑与排除合理怀疑 / 108

二、强烈迹象与合理怀疑 / 110

第四节 羁押决定之证据审查 / 119	
一、证据审查是薄弱环节 / 119	
二、证据审查前之拘留合法性审查 / 122	
三、证据审查之一:四种获得证据的方法 / 126	
四、证据审查之二:七种证据方法 / 132	
第五节 法制缺失之证人保障及证言获取 / 142	
一、证人证言及保障制度 / 142	
二、证言获取新视角 / 146	
三、证言获取之立法观 / 150	
第四章 法理核心:羁押期划定标准重构 / 153	
第一节 羁押期之复查 / 153	
一、复查之司法实践 / 153	
二、对另案羁押之反思 / 154	
第二节 立法探讨:谁主羁押期延长 / 155	
一、政府法改部门之解读 / 155	
二、立法会常设委员会之信守 / 156	
三、法律观点搜集 / 158	
第三节 法理错配:羁押期划定标准 / 163	
一、传统的羁押期划定标准 / 163	
二、重构羁押期划定标准 / 166	
第五章 法理焦点:审检分立原则下羁押权配 / 169	
第一节 羁押决定权 / 170	
一、法改触发羁押决定权 / 170	
二、司法官委员会主张考 / 170	
三、律师界主张考 / 174	

第二节 审检分立宪制原则 / 175

一、审检分立原则与话语权潜规则 / 175

二、比较法视野下的审检分立 / 181

三、法理回归：宪制视野下的强制措施决定权 / 185

四、具体建言：各强制措施决定权重构 / 194

第三节 羁押措施新论 / 197

一、同样严厉的居所监视措施 / 197

二、时尚脚镣之高科技套餐 / 198

三、经济担保措施新论 / 200

参考文献 / 202

后 记 / 210

第一章 羁押制度概述

第一节 羁押措施历史沿革

一、古罗马羁押史^{〔1〕}

刑事强制措施制度是一项古老的诉讼制度,暂时剥夺人身自由的强制措施制度具体产生在哪个年代,还有待进一步考证。但有一点是不应当存有任何疑问的:人类历史上自有了刑律,就有了对惩罚对象或者罪犯的捉拿、押解和关押。^{〔2〕}自从有了国

〔1〕 宋英辉、李忠诚主编:《刑事程序法功能研究》,中国人民公安大学出版社2004年版,第143页。

〔2〕 孙谦:《逮捕论》,法律出版社2001年版,第9页。此外,该书在第37~38页分析:逮捕与羁押密切相关,逮捕的直接结果就是使犯罪嫌疑人、被告人处于被羁押状态。羁押在中国法中专指刑事强制措施中的逮捕、拘留后产生的后果,是指犯罪嫌疑人、被告人被逮捕和拘留后,将其解送到法定关押场所,使其处于暂时失去人身自由的状态。国外也有将此类概念翻译成监禁、拘留或者羁押。羁押本身,就意味着被羁押人已经失去了人身自由。陈卫东在其主编的《羁押制度与人权保障》第62页中提到:产生未决羁押后果的强制措施主要可分为拘留、逮捕和羁押三种方式,拘留一般适用于大陆法系国家,而逮捕(Arrest)适用于

家和法律的存在,统治阶层为了维护其统治秩序、强化国家的管治职能,就产生了追究犯罪的刑事诉讼,也有了保障诉讼顺利进行的强制措施。在古罗马,暂时剥夺人身自由的措施作为暴力统治的措施曾被大量采用。公元前五世纪古罗马的《十二铜表法》第1条规定,“若被传出庭受讯,必须到庭。若不到,则可于证人在场时,证实,然后将他强制押送”;第2条规定,“若托词拒或企图回避,则得拘捕之”。^[1]第1条的意思是:假如有人被传召出庭受讯,则被传召人必须到庭。若被传召人不到庭,则传讯人可于证人在场时,证实其传票,然后将被传召人强制押送到庭受讯。第2条的意思是:假如被传召人托词拒不到案或者企图回避,则传讯人可以将被传召人拘捕。最初,暂时剥夺人身自由的措施是作为军事镇压的手段,被统治阶层用来对付“奴隶身份”的人。统治阶层可以通过非讼程序任意处罚奴隶,对反抗的奴隶所采用的剥夺人身自由措施具有国家军事镇压的性质;而对另一种身份的“自由民”,为追究其刑事责任而采用的暂时剥夺人身自由的措施才具有司法的性质。该种司法性质的措施,可说是原始意义的“羁押”,但当时“捕”和“押”不分离,羁押是拘捕的自然后果。由此可见,暂时剥夺人身自由的措施从其产生的早期就和罪与罚、刑事诉讼有着密切的关联。^[2]值得强调的是,现代意义的暂时剥夺人身自由强制措施的形成

英美法系国家,逮捕又分为有证逮捕(Arrest with a warrant)和无证逮捕(Arrest without a warrant),无证逮捕相当于大陆法系国家中的拘留。陈瑞华在其主编的《未决羁押制度实证研究》第7页中提到:中国法中的逮捕本身就包含着羁押,逮捕和羁押在适用程序上没有分离,逮捕大体相当于英美法中有证逮捕(Arrest with a warrant)和羁押(Detention)的总和。可见,中国内地的逮捕或者澳门地区的羁押,实质上都是暂时剥夺人身自由的强制措施,所以在本节中,为免理解逮捕与羁押语义方面的困难,取两者共同之处,将逮捕或羁押也表述为“暂时剥夺人身自由的措施”。

[1] 世界著名法典汉译丛书编委会编:《十二铜表法》,法律出版社2000年版,第2页。

[2] 张建良:《刑事强制措施要论》,中国人民公安大学出版社2005年版,第24页。

也经历了不平坦的路程,充满了藐视人权与重视人权的斗争。现代意义的暂时剥夺人身自由制度,是在“自由、平等、人权”的思想基础上逐步发展起来的。1789年法国《人权宣言》提到:“组成国民议会的法兰西人民的代表们,认为不知人权、忽视人权或藐视人权是公众不幸和政府腐败的唯一原因……”对于现代意义的暂时剥夺人身自由制度的发展,《逮捕论》的笔者孙谦总结了三处根源:^{〔1〕}一是思想根源。天赋人权的思想是对封建专制的致命打击,平等思想是对等级制度的彻底否定。二是经济根源。商品经济的发展推动了强制措施民主化进程,因为商品是天然的平等派,经济上的平等必然要求政治民主和法律面前的平等。三是理论根源。以孟德斯鸠、卢梭、洛克等人为代表的一大批启蒙思想家,为创造全新的法治和人权实践,提供了完整的理论体系,把人权、自由、平等以及公正看作是人类的最高追求。以上均不可避免地涉及强制措施的改革,特别是对最有可能侵犯或者限制人权和自由的羁押措施的进一步完善。

二、澳葡羁押史

就历史而言,澳门的“五大法典”等均源自葡萄牙。在欧洲大陆,关于羁押或者临时扣押这个议题,早在19世纪末期便已引起争论。争论反映在两方面:一方面代表公共秩序,另一方面代表个人自由。公共秩序方面,概念较难确定,也不常使用,随着时间的改变而改变,随着国与国之间的理解不同而不同,且公共秩序也代表一种基本利益,即司法制度想维护的基本利益;而个人自由,可理解为个人的基本权利。这两方面的争论,使一些国家的法律体制出现波动,而快速波动的法律体制又造成体制的不稳定,不稳定又反过来影响到有关争论。

19世纪后期,在加拿大和美国,以上的争论被另外一种忧虑所取代,这种忧虑建基于经验方面的研究。在立法层面,法国曾有过是否选择适用羁押的忧虑,意大利则在学说层面出现这种忧虑。而在葡萄牙,

〔1〕 孙谦:《逮捕论》,法律出版社2001年版,第20~21页。

在决定适用羁押措施时,立法层面和学说层面都没有如法国和意大利出现忧虑或者争论;葡萄牙只在传媒引起的社会舆论以及演说家引起的评论方面提及以上议题,但该提及未如古希腊哲学家亚里士多德(Aristotélico)般深入,或仅仅停留在较为表面的层次。直到现在,尤其是2002年年底直到最近,羁押在社会上备受关注。一些学者如Adam Smith在正式和非正式的场合讨论了羁押问题,指出与欧洲的其他国家相比,葡萄牙的羁押犯太多。学者责怪羁押制度存在问题,也责怪司法人员在适用羁押时把握不好。他们还指出羁押的问题不容忽视,因为羁押将对社会产生一系列不良影响,如对人身自由基本保障的影响。最近,葡萄牙司法部以第187/2003号训令设立了“监狱制度改革及研讨委员会”,该委员会作了一个监狱改革纲要草案和一个终局报告。草案虽然以撮要的方式作出,但也提到了羁押;该报告称葡萄牙的羁押犯比例并不比欧洲的其他国家低,尽管如此,委员会仍建议修改羁押制度和执行方式,并认为此等修改重要而且迫切。^[1]

本专著认为,如只停留在讨论的层面,仅止于观察习俗、履行现行法律和尊重当局,现行的羁押制度最终将因不合时宜而被人遗弃。而之所以提到以上的葡萄牙羁押史,乃是期望从比较法角度,增加对羁押制度的认识。现阶段的司法实务当中,澳门法院也参考或者引用葡萄牙学说,故了解葡澳羁押史,了解相关学说,目的在于知己知彼,择优引用,期望利于澳门法学的健康发展。^[2] 上述提到澳门《刑事诉讼法典》承继关系的情况是:现行的《刑事诉讼法典》(以下称2013年澳门《刑事诉讼法典》),2013年新法生效前的原澳门《刑事诉讼法典》(以下称1996年澳门《刑事诉讼法典》),由1996年第48/96/M号法令核准,

[1] [葡]João Luís de Moraes Rocha:《Ordem Pública e Liberdade Individual – Um estudo sobre a prisão preventiva》, Editor “Edições Almedina SA”, Junho 2005, consulta Introdução fls. 15 – 18.

[2] 本专著在章节也论及学说、司法见解或者判例。不管评论的结果如何,作为学术研究,以比较法的角度,参照相关国家的历史,知己知彼,择优引用。