



柏恩敬 殷 驰 | 编译
林蔚然 白德胜

审前羁押制度演变的 比较研究

(汉英对照)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



柏恩敬 殷 驰 | 编译
林蔚然 白德胜

审前羁押制度演变的 比较研究

(汉英对照)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审前羁押制度演变的比较研究：汉英对照 / 柏恩敬
等编译. -- 北京：法律出版社，2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2213 - 5

I. ①审… II. ①柏… III. ①拘留—司法制度—研究
—中国—汉、英 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 088764 号

审前羁押制度演变的比较研究：汉英对照
SHENQIAN JIYA ZHIDU YANBIAN DE BIJIAO YANJIU:
HANYING DUIZHAO

柏恩敬 等 编译

策划编辑 王旭坤
责任编辑 涂俊华
装帧设计 鲍龙卉

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 天津嘉恒印务有限公司
责任印制 张建伟

编辑统筹 市场研发部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
总印张 37.25
总字数 510 千
版本 2018 年 5 月第 1 版
印次 2018 年 5 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

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、子公司销售电话：

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2213 - 5

总定价:86.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言

柏恩敬(Ira Belkin)*

本书是纽约大学法学院亚美法研究所一个多年研究项目的成果总结。这些年来,亚美法研究所协同中国及全球专家,针对中国2012年新修改的《刑事诉讼法》中的刑事司法改革前沿问题展开了探讨。本书主题即是这次修法试图解决的首要问题之一——审前羁押与释放。

每个刑事司法制度都面临许多重大挑战,其中之一就是在作出有罪或无罪的司法裁判之前如何处理刑事犯罪嫌疑人。公权力对普通公民影响最大,其中之一就是国家以有犯罪嫌疑为由对个人进行羁押。根据国际人权准则和基本的公平原则,一个人在被判定有罪之前应被推定为无罪,且不受包括羁押在内的任何形式的处罚,除非经一个适当的法庭在对案件进行审理之后判定被告人有罪且应受到刑罚处罚。但与此同时,当一个具有潜在危险性的犯罪嫌疑人从监禁中被释放时,他/她确实会对司法程序和社会安全构成威胁。显然不难预见,这些嫌疑人如果在法院判决之前被释放,他们中的有些人会在案件裁判前潜逃;有些人可能会毁灭证据、威胁证人,干扰司法程序;还有些人可能会在待审期间再次犯罪。当然,也有一些嫌疑人在获释后会按照法庭的要求准时出庭,并且不再犯罪。相应地,每个刑事司法体系都需要一个程序来决定哪些被告人可以在审前被释放,释放应当附加什么条件,而哪些被告人在终审判决前必须被羁押。我们在这本书讨论的问题正是如何确立一套审前羁押和释放的程序与标准,以便在这些相互矛

* 纽约大学兼职教授、纽约大学法学院亚美法研究所执行主任。

盾的考量中找到一个合理的平衡点。

本书各章分别介绍了美国和中国这两个不同的刑事司法体系是如何应对这一挑战的。我们之所以现在关注这个问题,是因为作为2012年《刑事诉讼法》修法的一部分,中国近年来针对审前羁押制度实施了许多重要改革。修改后的《刑事诉讼法》要求中国的检察官决定是否有“必要”对犯罪嫌疑人进行审前羁押。^[1]毋庸置疑,这项改革是一个巨大的进步;但与此同时,正如所有新规一样,大家尚不完全清楚应该如何执行。

当最初得知中国于2012年改革审前羁押和释放制度之时,我们亚美法研究所认为这是不同司法制度下的刑事专家分享经验的一个机会。他们可以围绕各自司法制度如何解决这个共同的难题进行交流,而我们研究所或许正好可以成为中国法律专家与其他司法辖区的同行们之间沟通的桥梁。2013-2014年,纽约大学亚美法研究所分别在中国多地组织了一系列的研讨交流会,邀请了包括法官、检察官、审前服务官员、辩护律师和学者在内的美国和其他法域的专家,与中国同行一起分享了心得经验。在交流中,我们不仅演示了美国联邦司法系统的审前服务官员是如何进行审前调查,并据此判定每个被告人的逃庭风险和社会危害风险的,还依据美国联邦法律进行了一场审前羁押模拟听证。在这次会议中,中国的法官、检察官和其他专家也分享了他们在新《刑事诉讼法》实施过程中积累的经验。

这些交流研讨会激发了十分重要和宝贵的思想撞击,我们想与更多的读者分享这些收获。鉴于此,我们在本书中收集了相关材料,并进行了中英互译,以便使用中、英文的学者和实务界人士参考查阅。

本书第一至五章介绍了自二十世纪六十年代始,美国法律专家是如何拷问美国法院是否秉持了美国宪法的理想,以及公众对“无罪推定”和与审前羁押相关的法律面前平等对待的原则是如何理解的。在后来被称为“曼哈顿保释计划”的研究项目中,研究人员通过一套新的实证研究方法展示了法律和程序在实践中的运作状况,并对此做了翔实的报告。他们发现,穷

[1] 在此,笔者不对2017年6月15日发布的《看守所法》(公开征求意见稿)做过多评论,但从草案的第34条来看,有望设立一个审查羁押必要性的专门机构。

人、有色人种和少数族裔的犯罪人羁押比例畸高,而且这与他们的逃庭风险和社会危害风险无明显关联。这项研究引发了在审前羁押和释放有关法律与程序方面的一系列变革,还带来了实证研究法在刑事司法制度改革方面更广泛的应用。

到底如何在犯罪嫌疑人逃庭或者重新犯罪的风险,与无罪推定及审前羁押带来的社会负担和经济负担之间取舍平衡?随着时间的推移,美国法院和立法机关已经对这个挑战进行了重新定义。在美国许多地方,法院和为法庭服务的审前机构运用基于实证研究的风险评估机制来判断一个被告人释放后是否有可能逃逸或再犯新罪,并对这些风险评估机制定期更新升级。与此同时,美国的法院和执法机关还发展出了一套审前羁押的替代措施,例如对被告人进行电子监控或者把被告人交由缓刑官监管。诸如这样的羁押替代措施给法庭裁决提供了更大的灵活性,也给被控犯罪的人提供了更大的自由度,同时还显著降低了审前羁押在经济和社会方面的高成本。那些没有风险或风险较低的被告人可以不附加限制条件地获得释放,这使他们可以继续工作,照顾家庭,并协助律师准备辩护。对于那些有一定风险的被告人,可以附限制条件地予以释放,比如要求其必须佩戴电子监控仪器。只有那些风险特别高的被告人才需要继续羁押。

以纽约市为例,研究显示,该市使用的风险评估机制准确率高达90%,这意味着在审前释放的被告人中,只有10%未能按时出庭或者在待审期间再犯新罪。^[2] 纽约市的经验已被美国的一些(虽然不是所有的)司法辖区仿效。正如第五章阿诺德基金会的报告指出的,在美国,并不是每一个城市或州都有足够的财力聘用专业人士与每一个被逮捕的人进行面谈,并采用纽约市的风险评估机制。在评估程序中,最昂贵的部分就是对每一个被告人进行面对面的访谈,以评估他们的逃庭风险和社会危害。为了解决这个难

[2] 2013年,全纽约市共有11%受重罪指控的被逮捕者在审前释放后没能按照要求参加庭审(根据2013年统计数据)。受非重罪指控的被逮捕者不按时参加庭审的比率略高,大约占14%(据2014年统计数据)。参见《纽约司法服务中心2014年年度报告(New York Criminal Justice Agency Annual Report)》,载纽约市刑事司法服务中心官方网站, www.nycja.org/research-in-progress/#。

题,阿诺德基金会开发出了一套无须一对一面谈被告人的风险评估机制。根据这套机制,通过了解被告人的犯罪前科、家庭状况、工作和受教育的情况,以及其他有预测效果的因素,可判断该人是否会逃庭或者在释放后再犯新罪。

法官掌握了这些信息之后,再比较过去的经验,可以作出一个有证据支持的判断,决定是否释放被告人或者在哪些条件下释放被告人。美国的对抗制和程序正义原则要求法庭为控辩双方提供证据展示和辩论羁押/释放的机会。而审前服务部门对被告人的背景调查和风险评估工具让法庭得以在事实而非直觉的基础上作出决定。

根据美国能查找到的最新数据,从2013年10月到2014年9月,在联邦法院受到重罪指控的所有美国公民中,53.9%的被告人被审前释放。在所有重罪被告人中,无论是否为美国公民,31.2%得以审前释放。^[3]在受理美国绝大多数刑事案件的州法院系统中,约60%的被告人在审前被释放。^[4]

本书的第二部分介绍了审前羁押和释放决定在中国是如何作出的。我们从1979年改革开放时期说起,但论述的重点落脚于2012年的《刑事诉讼法》修正案是如何实施以及应当如何实施的。

自“文革”结束、1979年改革开放以来,中国一直致力于建设法治社会这一令人瞩目的治理目标。作为其中的一部分,中华人民共和国在1979年颁布了第一部《刑法》和《刑事诉讼法》。多年来,两部法律历经了数次修订,而1996年和2012年是规模最大的两次。在每一个立法改革时期,中国都在努力完善如何在法律框架内羁押和释放犯罪嫌疑人。

1979年《刑事诉讼法》就规定,刑事犯罪嫌疑人在其人身被警察控制后,因刑事侦查需要,可在特定期限内被警察拘留。在这个拘留的初始阶段,警察可以单独作出决定,无须得到其他任何机关的批准。然而,在该初始阶段之后,中国的警察必须向检察机关申请,以“逮捕”的名义继续羁押嫌疑人。

[3] 《2014年联邦司法统计——数据表格》,美国联邦司法统计局,表格3.2,载 <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs14st.pdf>, 2017年3月访问。

[4] 《州法院重罪被告审前释放》,美国联邦司法统计局,1990-2004,载 <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/prfdsc.pdf>, 2017年11月访问。

如果有证据足以指控嫌疑人涉嫌可被判处有期徒刑以上的犯罪,检察机关可以批准逮捕。同时,如果检察机关批准了逮捕,这也意味着他们自动确认了警察的侦查结果及其继续关押嫌疑人的决定。因而无法将逮捕决定分割成两个单独的部分,比如确认侦查结果但不对嫌疑人处以羁押。检察机关批准逮捕的后果就是对嫌疑人进行继续羁押,直至案件最终尘埃落定,除非被告人后来的程序中被获准释放。换言之,逮捕是中国检察机关独有的正式审查程序,它包括了对警察起诉意见的确认,并产生持续羁押被告人的后果。

1979年的《刑事诉讼法》对警察申请批准逮捕期限最初规定得较为严格。1979年《刑事诉讼法》第48条规定,公安机关必须在拘留后的三日内提请检察院批准逮捕,在特殊情况下,应当在七日内提请逮捕。但实践证明,该期限难以适用。此后不久,中国开始了一系列的“严打”运动,该期限规定被暂停适用。1996年,《刑事诉讼法》进行了第二次大的修改。此时,超期羁押问题已经如此严重,以至于1996年《刑事诉讼法》修改的主要目标之一就是対警察羁押设定一个可执行的期限。

1996年《刑事诉讼法》第69条将拘留时间限制为三天,特殊情况下(但并未规定“特殊情况”的性质和范围)可延长1-4天;“对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子,提请审查批准的时间可以延长至三十日”。但实际上,警察一般都将时限延长到30天,对此,嫌疑人并无任何救济措施。在拘留期限超过30天时,如果警方想继续拘留嫌疑人,则必须向相应的检察机关申请批准逮捕。检察机关必须在七日内作出是否批准的决定。

在1996年《刑事诉讼法》修改后的最初几年里,中国媒体中出现了很多关于“超期羁押”的报道,即羁押时间超过了《刑事诉讼法》规定的时限。换言之,许多被告人在侦查阶段被公安机关羁押的时间超过了37天,在起诉和审判阶段被检察机关和法院羁押的时间超过了《刑事诉讼法》允许用以审查起诉和裁判的时间。据报道,许多案件中的被告人在结案前都被羁押了数年之久。2002年,在政府启动一个旨在清理“超期羁押”存案的大规模运动后,超期羁押问题基本解决了。然而,对司法机关来说相对宽松的法定时限规定仍然得到了保留。不仅如此,正如本书中收录的一些文章所阐述的(参

见第七章但伟,第八章卞建林),几乎所有的嫌疑人在侦查初始阶段被警察羁押之后,都会被一押到底,直至最终结案。

1979年和1996年的《刑事诉讼法》都规定了羁押和逮捕的替代措施,这就是取保候审和监视居住。然而,两部法律都没有规定应当采取什么样的程序来恰当地决定适用何种“强制措施”,即拘留、取保候审或监视居住,或应当直接释放。这一决定权留给了公安机关和检察机关,但两个机关都没有责任决定羁押是否“必要”。公安机关和检察机关自然会根据哪种措施对自身的工作最便利来决定,而且它们的决定无须受到任何外部审查。根据卞建林教授的文章中引用到的一个研究,1990-2009年的审前羁押率几乎达到94.8%。但伟教授也引用中国官方统计数据指出,1996年《刑事诉讼法》修改后十年内的审前羁押率超过90%。

2012年再次修改《刑事诉讼法》时,立法者加入了第93条,要求检察机关审查“羁押是否必要”。但是,当时没有提出审查标准,也没有规定审查程序。

在本书第六至十三章中,研究中国制度的专家对中国审前羁押和释放决定的作出方式进行了探讨,介绍了司法改革,包括2012年的修法如何影响了中国检察机关的日常决策。其中三章(第七、八、九章)由中国刑事诉讼法界几位杰出的教授撰写:中国政法大学的卞建林教授及其同事、北京师范大学的宋英辉教授及其同事,以及来自最高人民检察院的智库——检察理论研究所的高级研究员但伟教授。来自北京和广州的几位资深检察官撰写了第十至十三章。^[5]

这些作者都对中国审前羁押面临的问题作了类似的表述。但伟教授指出,虽然约40%的中国刑事被告人最终被判处有期徒刑以下的刑罚,但中国的审前羁押率却超过了90%。简单计算,中国似乎可以多释放至少30%的刑事被告,而不会给刑事司法制度造成任何负面影响。考虑到中国每年起

[5] 香港中文大学的麦高伟(Michael McConville)教授及其同事撰写的第六章对2012年修改的《刑事诉讼法》生效之前的中国审前羁押状况进行了实证研究分析,剖析了审前羁押,特别是超期羁押的问题。与卞建林教授和但伟教授得出的结论一致,麦高伟教授也发现中国绝大多数刑事犯罪嫌疑人审前都处于被羁押状态。

诉近 100 万人,在审前羁押率上降低 30% 意味着有 30 万受到轻微刑事犯罪指控的人可以继续工作、学习、扶养家庭成员,为社会有所贡献,而不是被关押在看守所里。而且,这个数据还不包括那些可能被判处有期徒刑以上的刑罚,但对社区没有危害且没有逃庭风险,在候审时无须采用羁押措施的人。

但伟教授(第七章)和卞建林教授(第八章)的文章对中国的审前羁押制度为何涵盖如此之广进行了详尽的分析。

首先,新中国颁布第一部《刑事诉讼法》时就合并了“逮捕”和“拘留”两个概念,其原因无史可查。中国的检察机关是限制警察逮捕权和拘留权的审查机关。《刑事诉讼法》赋予了检察院在公安机关羁押嫌疑人的三日内审查案件的责任。正如《刑事诉讼法》的规定,如果检察院认为公安机关妥当完成了侦查任务,搜集了足够指控某人犯罪的证据,就可以决定逮捕;其逮捕决定同时对嫌疑人的审前羁押产生批准效果,这一效果一直持续至案件结束。在批准逮捕这一决定程序中,其包含的对侦查进行确认和对嫌疑人进行羁押这两个功能密不可分。时至今日,这个理念在《刑事诉讼法》中仍旧如此。本书的每一位中国作者都指出,这种混淆是建立一个平衡理性的审前羁押决定程序的主要桎梏。

其次,但伟教授指出,中国可以参照其他国家的一些做法和《公民权利和政治权利国际公约》的规定,将审前羁押和释放的决定权从检察官转移到更中立的法官手中。

他认为:

严格的司法审查机制和司法救济机制保证了羁押例外原则。主要表现为:(一)审查主体是第三方的客观力量:法官。除具有紧急抓捕功能的无证逮捕外,任何形式的关押都必须由法官签发逮捕令状和羁押令状;(二)羁押理由限定在是否有逃跑、破坏证据和再犯罪上,并以可能判处三年以上有期徒刑的重罪为主;(三)羁押期限普遍在 4 个月以内;(四)司法审查程序严格,当事人能够参与。英美法等国立控辩双方参加的听审程序,德、日和我国台湾地区设立法官书面审查和直接讯问犯罪嫌疑人的程序。每次申请延长羁押都必须向法官重新提出羁押

理由;(五)权利救济机制发达,被羁押人不服羁押裁决可以要求复审和上诉,在羁押过程中认为羁押不当可以向法院申诉;(六)保释社会化管理配套措施完善。

也有学者建议,针对不适当的羁押决定提供司法救济会对改善审前羁押状况有所裨益(参见第八章卞建林)。但是,似乎本书的大多数中国作者仍然认为检察官是羁押决定的最佳人选。甚至但伟教授也承认,对中国刑事司法制度进行结构性改革是一项“庞大任务”,就算能够改变,也需要相当长的时间,而现在的改革需求更加紧迫。基于目前中国的政治法律环境,以及对社会稳定和打击犯罪的强调,但伟坦诚指出,对审前羁押和释放制度进行大规模的彻底修整不太可能在近期实现。

以上这些都说明,要从整体上完善制度,降低审前羁押率,最好的做法是在目前中国《刑事诉讼法》体系框架内改革探索,找到妥善释放更多被告人和嫌疑人的机会。

为实现这个目标,中国专家指出,2012年《刑事诉讼法》或许能够提供最好的途径:要求检察官在个案中审查“羁押必要性”。看起来,这个改革可能正是1996年《刑事诉讼法》修改中漏掉的那个难以捉摸的“程序”——当时的修改提供了羁押的替代措施,但没有提出选择措施的有效机制。中国专家的第三个分析点主要集中在2012年《刑事诉讼法》改革上。他们似乎认为新《刑事诉讼法》是在过去基础上的一个完善提高,但也一致同意这次改革仍存在瑕疵,没能带来一些重要改变。正如北京蓝向东检察官引用官方数据分析的,2013年中国全国范围内,共提起1062063份逮捕申请,检察院批准了879817份,批准率为82.8%。在逮捕后的羁押必要性审查中,检察院建议释放或者将强制措施降级为非羁押措施的案件仅23894件,占总数的2.72%。

不出所料,中国专家都认为羁押必要性的审查程序是有缺陷的。他们的批评主要包括以下方面:(1)检察官没有动力进行审查,事实上,审查程序的设置和个人业绩考核标准都使检察官不愿作出非羁押建议;(2)哪些案件应该审查,如何审查,决定对嫌疑人是否继续羁押的标准是什么,法律没有提供足够的指导建议;(3)由于羁押没有时限规定,也没有要求定期审查,所

以羁押期限可以非常长,直到公安机关侦查终结,检察院提起公诉和法院作出最终判决。

此外,广东的李洪亮检察官在第十一章中指出,问题在于《刑事诉讼法》对“社会危害性条件”的界定,以及该条件应如何适用。更确切地说,问题在于检察官和公安机关在判断“羁押必要性”时没有严格适用该条件。正如李检察官论证的,个人绩效考核的标准是奖励批准逮捕,惩罚建议释放的检察官,这导致“社会危害性条件”沦为摆设,通常直接被忽略。

再次,中国专家并非只是对目前的体制进行简单批判,他们也提出了许多可以在中国现有刑事司法体制的框架下实行的具体切实的改革方案,包括:(1)从轻微案件开始,逐渐在所有案件中都要求进行羁押必要性审查;(2)采用风险评估机制,帮助检察官以证据为基础,对羁押释放作出更加客观的决定;(3)为了作出审前羁押或释放决定,采用公开听证;(4)强化目前可用的羁押替代措施,从而增强检察官的信心,相信被释放的被告人会按要求出庭,避免再次违法;(5)使检察官作出的决定具有终极效力,而不仅是建议效力;以及(6)修改个人绩效评估标准,奖励检察官作出恰当的释放决定,释放应该被释放的嫌疑人和被告人,即使被释放者逃庭或者再犯罪,只要释放决定合理且以证据为基础、不是因受贿腐败或者其他不当动机作出,都应保护检察官免受惩处。

最后,数位作者还讲述了他们已经起步的试点项目,用以验证他们的改革方案。

宋英辉教授和他的同事对他们在中国多处实行的针对未成年人犯罪取保候审的几个试点项目进行了详细描述(第九章)。宋教授分析的试点项目都涉及“观护基地”,即为参加试点的未成年犯罪人提供食宿、教育和工作机会,以及心理咨询的社会支持机构。这些试点都取得了令人瞩目的成果。根据观护基地的评估表,在许多案件中执法人员都撤销了对未成年犯罪人的指控,中心还为他们铺垫了一条通往就业和守法生活的道路。而且,宋教授和他团队的试点研究还针对中国大规模流动人口犯罪羁押的问题的应对提供了解决策略。试点项目中的观护基地一视同仁地接收外来人员和本地居民。由于基地为嫌疑人提供住宿,这就解决了如何释放那些在被起诉地

没有固定住所的外来人员的难题。宋教授的文章为重新审视中国审前羁押制度的有效性和羁押替代措施的种种裨益提供了强有力的依据。

宋教授的试点研究项目还为解决未成年人犯罪和年轻人轻微犯罪问题提供了有效的解决之道。他的研究方法甚至可以延伸至某些成年人犯罪。但是,它们的适用范围仍然有限,也仅涉及针对审前羁押若干问题的其中一个解决方案,即强化对羁押替代措施的适用。

但伟教授则描述了一个具有更广泛适用性的试点项目(第七章)。他的项目利用了中国检察机关特有的地位——作为负责监督所有其他国家机关行为合法性的国家组织,检察院在中国的每一个看守所都驻有监所检察官(后更名为“刑事执行检察官”)。在但伟的试点项目中,看守所的驻所检察官被授权审查其所驻看守所在押人员的“羁押必要性”。此外,但伟教授还给这些检察官提供了他开发的一套风险评估审查工具,以及向办案机构(负责侦查监督的检察官、侦查机关和检察院领导)提出变更强制措施检察建议的由11个具体步骤组成的工作机制。在他研究的两个试点区中,试点成果一般但很有前景。在两个试点看守所里,检察官分别建议释放了46个、35个在押犯。在一个试点区,46份释放建议中有37份被采纳。这表明,哪怕只是对每一个案件多注意一点,也足以找到根据释放更多的在押犯。如果将但伟教授的试点扩大,很有可能大规模降低羁押率。但正如他意识到的,即便能够在全国范围内推广,这些试点措施也不能解决和改善中国审前羁押制度要应对的所有挑战。

本书包含的另一系列试点是北京东城区检察长蓝向东负责的项目(第十章)。在这些试点中,检察官使用风险评估机制,开展公开听证,对外来人员采用非羁押形式的强制措施。虽然规模偏小,但试点成果令人瞩目:

例如,2013年间A市监所检察部门共计启动羁押必要性审查程序380人次,其中提出释放或者变更强制措施建议共计367人次,被本院相关职能部门、侦查机关、审判机关采纳建议并实际变更强制措施331人次,建议采纳率为90.2%。

尽管中国专家从不同角度提出了应对审前释放和羁押决定中各种挑战的思路,但对于问题的症结以及必需的改革措施,学者一般已经达成了共识。或许本书中唯一对此持异见的学者是另一位来自广州的检察官林兰(第十二章)。与其他作者不同,林兰认为审前羁押能够起到有效的惩罚作用。她还认为利用审前羁押来“鼓励”嫌疑人对被害人赔偿,是对国家强制权的恰当适用。当然,林检察官仍对改变中国审前羁押状况提出了一些有益的建议,包括使用风险评估机制,公开听证以及完善非羁押措施来替代羁押。在某种程度上,林兰代表了利用刑事程序打击犯罪的一种相对保守观点,不在无罪推定等人权方面予以太多考虑。有多少中国的检察官和在法律界拥有较大影响的人士与林兰持相同观点,我们不得而知。但重要的是,即便是林兰检察官也认为有必要进行重大改革。

通过总结本书中中国专家撰写的八篇文章,我们可以得出一些重要结论。第一,中国专家对现行审前羁押制度及其缺陷有着深刻的理解,他们深知能够促进制度完善的长期和短期解决方案。第二,这些文章承载了包括检察官、其他执法人员和政府官员在内的中国法律制度专家令人惊叹的巧思独创,以及他们在中国现行法律体制内解决完善的愿望。第三,他们清楚地找到了问题所在和根本原因,对积极改革提出了切实可行的方案。同时,他们对近期内的改革前景有着务实的态度。我们期望,公开的讨论和深刻的分析能对中国审前羁押制度可持续性的改革有所促进;对于不必要的审前羁押,就算不能完全杜绝,也能明显减少其适用频率。

本书中描述的两个刑事司法体系与它们所植根的社会体系一样迥然不同。但它们都面临一个共同难题,而且在致力于完善制度机制、解决该难题的奋斗路径中彼此有所交叉。对于这两个司法体系的刑事司法学者、实务者和改革者,以及他们在世界其他国家的同行而言,比较研究应该都有所裨益。我们希望大家能在阅读本书时有所收获。

序

孔杰荣(Jerome A. Cohen)*

本书跟与之同时出版的以警察讯问犯罪嫌疑人为主题的另一本书相似,也是关注同公民个人自由攸关的一些最基本问题。它以创新的双语形式对中国和美国为解决刑事审前羁押这一两难问题进行了分析。如何保护被羁押者的个人权利免受政府公权力滥用的威胁,同时不过度限制国家保护社会不受反社会行为侵害的能力,这是一个世界性的挑战。

在任何一个政治体制之下,羁押权都是一种足以毁掉人生的权力。当然,刑事程序并不是国家行使羁押权的唯一途径。作为对刑事程序的补充或是刻意规避,行政羁押成为国家常诉诸的手段,在社会各领域执行相关法律,包括对精神病、出入境、药物成瘾、轻微的不法行为等进行规制。特定民事程序也能导致对人身自由的强制。中国和美国的治理经验都表明,即便到了现代,缺乏安全感的政府有时会将军事拘留手段扩张适用于原本不受军事管辖权管辖的领域。

当然,在每个国家都关心的公民自由方面,正式的刑事程序成为众人瞩目的焦点是理所当然的。本书阐明了审前羁押在刑事程序中的重要地位。书中不仅解释了审前羁押刑事政策和实践在平衡个人权利与更宏观的社会与政府利益时面临的诸多难题,而且作为讨论重点,还分析了每个法域在审前羁押方面取得的进展。

我承认,对于本书涉及的每个法域的审前羁押问题我都有着强烈的个

* 纽约大学法学教授、亚美法研究所所长。

人兴趣。在我职业生涯的早期,作为美国华盛顿特区的检察官,我的工作任务之一就是每天早晨跟警察和他们带来的嫌疑人会面,决定是否提议逮捕;如果确需逮捕,是提议保释还是羁押。当然,作为一名专门研究中国刑事司法体系的学者,当得知 2012 年中国的《刑事诉讼法》修正案加入了一新条文,授权检察官审查被逮捕嫌疑人继续羁押的必要性时,我和我的同事柏恩敬都为之振奋。

诚然,正如在柏恩敬教授的引言和但伟教授的序言这两篇精彩的文章中,以及为本书供稿的其他中国专家发人深省的论述中所强调的,中国的审前羁押程序要达到国际准则要求的标准,必须在立法和实践层面都要有更多作为。

我特别希望,中国的全国人民代表大会在下一次修正《刑事诉讼法》时能赋予犯罪嫌疑人在法庭上质疑审前羁押决定的权利,特别是针对那些建立在对《刑事诉讼法》错误理解基础上的决定。实际上,长期以来,中国公安机关在向检察院申请批准正式逮捕令之前,有权力自主决定对嫌疑人羁押长达三十天。

我相信,这本书呈现的开创性的研究、综合全面的评述和富有创造力的改革建议能够激发中国和美国在法律实施方面取得更大进步。纽约大学法学院亚美法研究所很荣幸能够赞助本书的出版。

2017 年 11 月 3 日

序

审前羁押在刑事诉讼程序中是一个小问题吗？

但 伟*

审前羁押在人类出现司法制度以后的很长时间内一直是一个理所应当的正当的国家行为。对犯罪的行为人实施抓捕并羁押在监禁场所是保全社会、保全诉讼的当然办法,而且社会也给予充分的理解。至于被羁押人在羁押后是否还有什么权利或者是否可以变更为非羁押措施,则是很多国家的司法制度所没有涉及的问题。审前羁押和审后监禁一样意味着犯罪控制和犯罪惩罚,具有当然的正当性和正义性。同时,审前羁押似乎不影响定罪也不影响量刑,对社会来讲只有好处没有坏处。这样,审前羁押在很多国家的司法制度中就是一个很小的没有什么争议的问题,在中国的司法制度中也是如此。

中国从1979年开始有了第一部成文的《刑事诉讼法》。在此之前的三十年刑事羁押是延续革命时期对待犯罪和敌人的做法。1979年颁布的《刑事诉讼法》没有单独规定羁押和羁押期限,而是将批准逮捕视为羁押的开始。逮捕后的侦查期限、审查起诉期限和审判期限就是羁押期限。逮捕本来是一个动词,持续时间短;羁押是一个名词,呈现一个静止的状态。这两个不同长时的剥夺人身自由的刑事强制措施在当时的立法中被重合成一

* 最高人民检察院检察理论研究所研究员。