

法大评论

第五卷

主题研讨 中国取保候审制度

宋英辉 张建伟 吴宏耀 李哲
取保候审制度的基本问题

雷小政
论取保候审中的诚信失范及其缓和

舒瑶芝
取保候审支持制度的设想

何 挺
取保候审中脱保的原因及其对策分析

米尔建·R·达玛斯卡
证据移植的未卜命运：英美法系和大陆法系的尝试

王倩雯
美国非营利性组织导论

王倩雯等译
〔美国〕非营利性公司示范法

目录

[主题研讨：中国取保候审制度]

- 1 主题说明
- 3 宋英辉、张建伟、吴宏耀、李 哲/取保候审制度的基本问题
- 24 雷小政/论取保候审中的诚信失范及其缓和
- 49 舒瑶芝/取保候审支持制度的设想——对英美保释支持计划的借鉴
- 59 何 挺/取保候审中脱保的原因及其对策分析
- 71 李 哲/我国取保候审的性质及其救济程序研究
- 77 聂 磊、应沪晨/论取保候审例外情形之构建
- 86 附 录/取保候审实施问题与对策调查问卷及统计结果

[评 论]

- 100 周学峰/证券欺诈与因果关系的证明
- 114 邓 丽/违规国债回购交易中的债券权属分析
- 130 周 昊/论公司合并中的债权人异议
- 141 张真理/城市人口与资源矛盾的背后——从“人口准入制度”说起
- 152 梁笑淮/中国民事证据法定分类的徘徊、困境与出路

[译 介]

- 163 米尔建·R·达玛斯卡著 崔洁译/证据移植的未卜命运：英美法系和大陆法系的尝试

2 目 录

- 175 | 李 丽/有限责任合伙史话
186 | 王倩雯/美国非营利性组织导论
192 | 王倩雯等译/[美国]非营利性公司示范法(1987年修订版)

[读 书]

- 264 | 俞静贤/交往自由与主观权利——解读哈贝马斯的权利体系
278 | 泮伟江/超越哈特与德沃金之争——走向一种规范性的法律实证主义

/主题研讨：中国取保候审制度/

主题说明

在我国刑事诉讼中，取保候审是五种法定强制措施之一，发挥着保证犯罪嫌疑人不逃避或者妨碍侦查、起诉和审判并随传随到的法律功能。作为强制措施，取保候审运作的法理学依据是无罪推定原则和人权保障原理；在当前，扩大取保候审适用，还具有降低羁押率、减少羁押状态下“交叉感染”节约司法资源等实际功效。但是，在司法实践中，取保候审的适用陷入空前的司法困境：取保候审成为例外、被取保候审人逃跑时法律“束手无策”、被取保候审人“放任自流状态”、一般民众认为取保候审就是“花钱买人”等。完善取保候审制度是一项社会系统工程，需要克服规则缺陷、寻求利益平衡、革新司法观念、强化法律意识等一系列努力。

2004年11月至2005年9月，由陈光中教授主持的刑事诉讼法修改重点问题研究课题组在浙江省永康市进行了“未成年人案件取保候审、酌定不起诉改革实验”。实验中，除了根据实施细则进行是否适用取保候审、酌定不起诉进行风险评估，向取保候审、酌定不起诉决定机关提出建议外，还开展确立学校——社区——监护人帮教关系、举行法制教育与心理座谈、定期回访、确立附加义务、被害人救济等一系列配套措施。2005年9月，课题组在浙江省永康市进行问卷调查（《取保候审实施问题与对策调查问卷》），其中针对公安机关、检察机关、人民法院的“司法人员卷”发放120份，回收103份；针对政府部门机构、乡镇企业和居委会的“非司法人员卷”发放50份，回收40份。

以该改革实验为背景，本书特设“中国取保候审制度”专题，主要包括以下内容：宋英辉、张建伟、吴宏耀、李哲：《取保候审制度的基本问题》（专家研讨会纪要）；课题组成员论文有雷小政：《论取保候审中的诚信失范及其缓

和》、舒瑶芝：《取保候审支持制度的设想》、何挺：《取保候审中脱保的原因及其对策分析》、李哲：《我国取保候审的性质及其救济程序研究》、聂磊、应沪晨：《论取保候审例外情形之构建》；附录：实证调研数据《取保候审实施问题与对策调查问卷及统计结果》。

取保候审制度的基本问题*

宋英辉、张建伟、吴宏耀、李哲

宋：宋英辉，中国政法大学教授；

张：张建伟，清华大学副教授；

吴：吴宏耀，中国政法大学副教授；

李：李哲，法学博士，最高人民检察院理论研究所研究人员；

主持人：雷小政，中国政法大学硕士研究生。

主持人：今天，我们的研讨主要围绕“未成年人案件取保候审、酌定不起诉改革实验”中发掘的取保候审制度的五个基本问题进行：①取保候审的属性定位问题；②取保候审中逃匿情形的处理；③取保候审条件的设置（尤其禁止或例外条件）；④取保候审社会支持制度建构；⑤取保候审救济程序的构建。首先请宋英辉教授发言。

宋：当前，就我国强制措施而言，最大的问题就是羁押率很高，应该说是世界范围内都是绝无仅有的；另外一个突出问题就是超期羁押的现象仍然严重。这种状况不仅增加羁押场所的负担，而且对于本来不应被羁押的当事人来说，也影响其生活、工作或者学习，在其心理上形成阴影，还会造成“交叉感染”。在这次修改刑法的几次讨论当中，都谈到通过法律完善和改进我们的司法工作，尽可能地降低羁押率。如何降低羁押率，一个很重要的方式就是扩大取保候审的适用。

* 2005年10月28日，受浙江省永康市检察院和《法大评论》编辑部邀请，“取保候审的基本问题”研讨会在中国政法大学诉讼法中心举行。其他参加座谈的有：中国政法大学博士研究生刘晓东、何挺，中国政法大学硕士研究生郭硕、戴莹、艾静等。限于篇幅，本文只精选了上述四位学者和主持人的发言；本文录音整理人为郭硕；本文已经作者审阅并修改。

从今年3月份到9月份，我们在浙江省永康市进行了未成年人取保候审实验，根据项目组统计，被适用取保候审实验的未成年人有三十多人，其中已知取保后重新犯罪的1人，逃跑的2人。目前正在静观实验效果，初步预计的情况是不错的。这次研讨的五个基本问题，是在实验的过程中发掘的几个根本性的较为复杂的问题。请大家畅所欲言，就这几个问题发表高见。

一、取保候审的属性定位问题

主持人：取保候审属性定位问题，确切地说，是取保候审的权利属性与义务属性问题。实验中，作为项目组成员，我在永康市与被取保候审人及其父母沟通时，发现最难解释的是：究竟什么是取保候审？通俗地说，“取保候审”中的“取”就是放人；“保”就是提供保证金或者保证人；“候”就是等待；“审”就是等待公安、检察机关的案件处理以及法院审判。有一保证人直接否定了我的看法，面带掌握“真理”般的喜悦说：取保候审不就是花钱买人，办案机关说了算的事情嘛！在确定实验实施细则时，项目组希望“可保可不保的案件”就保；一派出所所长根据实际经验表示质疑，“可保可不保的案件我们是不保的，万一人跑了怎么办；我们办过的取保候审案件绝大多数是打过招呼的，打过招呼后，人一般不好意思跑”。随着实验的结束，实际运行的取保候审给人这样的印象：取保候审是一个怪胎，办案人员重其中的义务属性，轻权利属性，在被取保候审人和保证人观念中，权利观念和观念双向不足：通俗地说，办案人员没把取保候审当成犯罪嫌疑人的权利，而是自己职权范围内的一项强制性、义务性的措施；很多人遇到亲人、熟人被抓，首先想到的是如何找人、送礼寻求放人，缺乏权利观念；被取保候审人从看守所出来，觉得和办案人员做了个“交易”，对交易而来的取保候审，往往缺乏义务观念。现在的问题是，法律是否发挥制度引导功能，明确取保候审是一种权利，起码是一种附义务的权利；如果定位于一种附条件的权利，那么是否应当规定一些应当取保候审情形？在未成年人案件这个特殊的领域中，是否确立“未成年人取保候审作为原则，羁押作为例外”的原则？

吴：主持人对“取保候审”的解释似乎有点问题。“取保候审”包含两层意思：“取保”说的是你给“保”；交保后，把你放了，在自由状态下“候审”——狭义上专指等待审判，但现在更多意味着“等待诉讼”。在“取保”一词中，“取”不是放人的意思。

关于取保候审的性质，可以从多个角度去讨论：理论层面、制度层面、实践层面。因此，在哪个角度进行讨论，定位一定要准确。就我而言，更愿意从制度

层面展开讨论。

就我国现行制度而言，我不太喜欢“取保候审究竟是权利属性还是义务属性”的提问，而是喜欢用取保候审是“一般权利还是例外规定”的表述。从我国现行立法规定来看，取保候审无疑属于例外规定。刑事诉讼法第51条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关对于有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以取保候审或者监视居住：……”从该条规定看，取保候审首先被限定于法定的几种情形；其次，在具备法定情形的案件中，是否取保候审，公安司法机关享有裁量的权利。

从比较法的角度看，我国关于取保候审的立法规定与西方国家有着明显差异。以一衣带水的邻邦——日本为例。根据日本刑事诉讼法第60条规定，对于相当于30万元罚金、拘留或者罚款的案件，除非被告人没有一定的住居，否则，不得羁押。对于已采取羁押的案件，日本规定了申请保释和职权保释两种方式。其中，对于申请保释，根据第88条规定，被羁押的被告人或者他的辩护人、法定代理人、保佐人、配偶、直系亲属或兄弟姐妹，可以请求保释。对于该项保释请求，第89条规定：“经请求保释时，除下列情形以外，应当准许：……”

比较上述两种立法思路，我们可以明显看出，二者对待取保候审的基本态度存在截然差别：在我国，取保候审仅仅是一种例外规定（即具备了法定情形，才得保释），而在西方国家，保释则是一种一般权利（即除非具备法定情形，都应当予以保释）。

更重要的是，从我国立法规定看，即使具备了法定情形，究竟是否对犯罪嫌疑人采取取保候审，乃属于公安司法人员的裁量权限。刑事诉讼法第51条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关……可以取保候审”。——在我国刑事诉讼法中，“可以”一般意味着“一般应当如此”，但是，在个案中，本案犯罪嫌疑人究竟是否属于“一般情形”，则完全取决于公安司法人员的裁量和判断。因此，在我国司法实践中，犯罪嫌疑人能否获得保释，不但应当具备法定的例外情形，更重要的是，还必须获得公安司法人员的“偏爱”。于是乎，取保候审几乎沦为了一种“恩赐”，而与权利的刚性无缘。

然而，就制度层面而言，我国取保候审的定位与诉讼理论之间的冲突是比较明显的。在理论层面，取保候审毫无质疑应当成为犯罪嫌疑人、被告人的一项诉讼权利。无论是从无罪推定进行逻辑推理，还是基于我国已签署但尚待批准的《公民权利与政治权利公约》的明文规定（第9条第3款第2句“等候审判的人受监禁不应作为一般规则”），都可以得出“保释是权利”的结论。

如果承认现行制度与诉讼理论所期待的“理想形态”存在较大的冲突，那

么，我们就不得不回答以下问题：在这次刑事诉讼法修改过程中，怎么才能够把立法制度和诉讼理论，或者说，和理论的理想形态沟通起来呢？我认为，一个最简单的办法是：转换取保候审的立法方式。即从规定哪些情形“可以”取保，转变为明确规定“哪些情形下，可以不予取保”——把取保变成一种常规，不得取保变成一种例外；把取保变成一种理所当然，把例外情形下的取保交委诸个案裁量。当立法把哪些法定情形“不得取保”突出出来时，取保候审当然就变成了一般权利。这时，每一个犯罪嫌疑人都可以理直气壮地要求追诉方来证明自己属于“不得取保”的例外。

总之，权利的属性必须依托于具体的制度才有生命力。否则单单谈“从理论上是权利，从实践上不是权利”是没有意义的。此外，取保是不是权利还可以从“受到侵犯时有无救济手段”这一角度进行讨论。对此，还是留到救济程序时再谈吧。

李：这个问题的讨论，更现实一些，实际上在追问：取保候审究竟是不是应该是一种强制措施？我们是把羁押作为一种强制措施而把取保作为一种权利呢，还是在将来的立法中仍然把取保候审作为一种强制措施？我现在的初步观点是拘传、拘留和逮捕可以作为强制措施继续保留，而取保候审应当和监视居住合并，监视居住应该作为取保的一种方式。取保候审我们现在还谈不到把它上升为宪法性的权利，但它仍然应当从强制措施的体系中脱离出来，作为一种权利。羁押是一种强制措施，被羁押的人如果被释放，那么取保就是一种权利；没有被羁押的人也可能有取保候审的问题。另外，把取保作为一种权利才能使有关人员在裁量“保还是关”的时候更多选择前者。

张：关于取保候审的性质，过去是个没有争议的问题，它就是一种强制措施。近年来，人们谈起取保候审的时候，撇开它的这个性质来谈它到底属于权利或者是义务。

相对应于羁押措施，从取保候审具有解除羁押转为释放的状态转变的角度来说，说它是一种权利是有道理的，即“被羁押者有被取保候审的权利”。光看“取保”两个字容易得出这样的结论。我看到在民国时期的教材将取保（具保）放在羁押这个章节来阐述它，把它看作羁押的改变措施，强制措施一般只是指拘提和羁押。

刚才李哲博士提到把监视居住和取保候审结合到一起，确实，过去也曾经有这样的说法，即决定取保的机构可以限制被取保人的住居，叫“限制住居”。我

们现在的监视居住已经不是原来意义上的限制住居了，完全是软禁的意思。我上周去无锡的侦查指挥中心，看到他们自己盖了几幢类似宾馆会所式的建筑，被侦查的对象吃、住、睡都在里面，名义上是监视居住，实际与羁押无异，惟与拘留、逮捕者羁押场所不同而已。

不过，把取保候审作为一种权利似乎也并非没有任何问题，因为这种权利并不是完整意义上的权利，一个犯罪嫌疑人能不能实现该权利取决于有权作出取保候审决定的机关，取决于办案人员根据事实、证据和法律的判断并在此基础上作出的决定。要不要对犯罪嫌疑人取保，是需要办案人员进行利弊权衡的，这就决定了提出的申请并不必然被许可。所以，我们可以清楚地看到，与其说取保候审是一项权利，不如说申请取保候审是一项权利。

把取保候审作为义务，从一个侧面看也是有道理的。这个侧面就是，在取保候审的同时，犯罪嫌疑人要遵守有关取保候审的规定，即不能逾越对于他的各种限制，保证做到随传随到。这里所谓“义务”，体现在“候审”二字上。从这个意义上讲，取保才是一种义务，一种限制人身自由的强制措施。

学者们想把取保候审看作是一种权利，实际上是想把它“权利化”，即将其视为被羁押者或者可能被羁押者的一项权利。把取保候审权利化，可以为下一步扩大取保候审的适用做准备，并和“无罪推定”下减少羁押的西方社会的惯常做法相呼应。

主持人：我们在实现取保候审“权利化”的时候，遇到的最大的现实障碍就是许多办案人员往往有一种特殊的羁押偏好，导致羁押率高，取保候审成为例外。在办案人员中，形成羁押偏好的因素有：取保候审工作量要远大于羁押；“外地人脱逃率100%”的强制推定；适用取保候审时存在被取保候审人逃匿的风险，逃匿行为与办案人员的考评、工作能力评估成绩挂钩；适用取保候审案件的实际办理期限相对较长；影响结案率等。这种羁押偏好导致实践中“申请取保候审难”，“变更为取保候审”更难。

吴：就制度研究而言，似乎可以把羁押和取保候审分割开来。但是，对犯罪嫌疑人而言，这两个看似分离的制度却是一一二、二二一的问题。在具体案件中，犯罪嫌疑人要么被羁押，要么被取保候审。如果不考虑监视居住的情形，二者基本上是非此即彼的关系。因此，取保候审的比率低，实际上可以等价于以下问题：“实际羁押率高”。

那么，为什么我们的办案人员那么喜欢羁押呢？从我了解到的情况，对于该

问题，办案人员最经常提到的理由有二：一是，“如果把人放了，人一跑，这个案子就黄了”；二是，“即便不跑，也会给我们的侦查工作带来重重障碍”。一般而言，对于普通刑事案件，以第一种理由为多；对于职务犯罪而言，则以第二种理由为主。

就普通案件而言，为什么说人放了这个案子就黄了呢？现实中又分为两种情形：一是，释放后，人跑了。在我国现行社会控制机制下，追逃几乎等于大海捞针；而在制度上，犯罪嫌疑人不在案，这个案子的程序根本不可能继续进行。二是，即使人不跑，一旦放了人，再想拿口供就变得难上加难了。然而，没有口供，几乎无法破案——在我国司法实践中，破案、定罪的主要依据是什么呢？当然是犯罪嫌疑人的口供。前一段时间，我们在永康、焦作看的大概二百多份卷宗。我的总体感受是：如果把案卷中的口供笔录全部拿掉，几乎80%—90%的案件都会陷入没有有力控诉证据的尴尬局面。在我国司法实践中，办案人员为什么那么喜欢羁押？和这一证据现象有极大的关系。

或许有人会说，把人放了照样可以进行讯问，但是，在司法实践中，侦查人员不得不考虑，在什么气氛下进行讯问，对方更容易被驯服呢？——在对犯罪嫌疑人的访谈中，我们问他们，为什么在侦查过程中会供述，而且，一直都供得很好。犯罪嫌疑人告诉我们，“一旦承认了，就最好老老实实地配合侦查人员工作，争取一个好的态度”。这样，或许有希望被保出去；如果不行，那就争取尽快判了——他们认为，在押的时间越短，判的刑期也往往较轻。我们在焦作调研时发现了一个很有意思的现象：对于类似的案件，即使一般情况下都判的是6个月，如果一个人在判决前已经被关押了6个月，那么，法院肯定要判你7个半月。也就是说，法院在尽力避免以下现象：宣告判决之后立即就释放。简言之，在侦查过程中，取保与否是侦查人员手中一个很重要的筹码，举得很高。一旦把你放了，哪怕是你不跑，再讯问，优势就不一样了。

除了容易获取口供这一诱惑，在押的成本较低，在押犯罪嫌疑人无报酬的劳动甚至会带来丰厚的经济效益，也是司法实践中偏爱羁押的重要诱因。在我国，在押的犯罪嫌疑人总是要从事这样那样的劳动，因此，关押一个犯罪嫌疑人，就等于多了一个无偿的劳动力。因此，羁押率不仅关系着侦破案件，而且关系着当地公安机关的经济创收。另一方面，在我国，羁押犯罪嫌疑人的成本又很小。在西方国家，一个犯罪嫌疑人在监所里面，是不能强制他劳动的；而且，国家还要给他提供“免费的三餐”、提供必要的体育设施、娱乐设施。在纽约曼哈顿看守所，每个犯罪嫌疑人拥有一个单独的空间，里面除了床，马桶、水管也一应俱全。在公共空间，则配有电视、篮球架供在押犯罪嫌疑人消遣。一日三餐不仅免

费，而且有一定的标准。

张：尽量少羁押，尽量多取保，是和无罪推定的刑事诉讼基本原则相联系的。一个人在最终被法院确定有罪之前应被看作是无辜的，从这个角度出发，对于一个可能的无辜者少羁押、多保释为妙。这样做，也可以使他有更多的活动空间为自己的诉讼进行更多准备，来更好地与控诉方进行平等的对抗。在我们国家，在取保候审问题上缺失的恰恰就是这一方面：无罪推定到现在也没有被真正广泛地认同，法律上也没有真正确立无罪推定原则。

关于羁押率高，我想补充的是。我国刑事诉讼中的定罪率高，与羁押率高密切相关。在西方一些国家，无罪判决的比率有时达到30%左右，定罪率比我们低很多。我国的无罪判决率大致只有2%左右。也就是说；这些被羁押的人最终只有2%是被无罪释放的，其他的一般都被判处一定刑期（拘役以上），既然如此，何必释放于外？还有一个原因是司法成本，如果一个人被取保候审，那么司法工作人员难免会担心他要跑掉。跑掉之后再抓回来，抓回的成本可能相当高，特别是脱保率高的情况下，就更是如此，而且有大量在逃人员存在，社会更缺乏安全感。我认为，针对这种担心，应允许有关机关在决定适用保证金方式取保的时候考虑抓捕成本，使数额的确定能够相当或者稍高于这个成本。此外，我国刑事诉讼过分依赖口供，这也是羁押率过高的原因，如果一个人被取保后再次被讯问，就要受到12个小时的限制；如果犯罪嫌疑人、被告人被羁押，就没有这样的限制，对于办案机关来说，何乐而不为？此外还有一个原因，就是办案人员在侦查中往往希望能够“查隐案、破积案”，连同已经获知的犯罪一起查清楚，既把犯罪嫌疑人其他的犯罪也能一一查清楚，羁押对于实现这个目的显然更加方便。另外，法院也希望把被告人先羁押起来再起诉到法院。因为法院考虑的是刑罚将来的落实问题，被告人逃亡，法院的判决落实不了，岂不白忙？

所以，现在真正阻碍取保候审制度改革的，是司法系统长期以来形成的一种司法习惯。而想改变这种旧的习惯做法，不能不在无罪推定原则下使诉讼制度配置得科学。

二、取保候审中逃匿情形的处理

主持人：在改革实验中，我们发现，取保候审人逃匿的，俗称脱保，呈现出“失信者的机会成本小，守信者的守信成本大”的问题：遵守取保候审法定义务意味着“等待坐牢”；而脱保后，“出去几年，回来一般就没事了”。未成年脱保危险性大于成年人，从实验来看，脱保的主要原因有：办案人员在决定取保时一

般只调查一些案内情况，比如是否是累犯，罪行严重情况如何等；对家庭生活背景情况一般不作了解；被取保候审人和保证人诚信问题非常严重，有的对取保候审存在理解偏差，认为“交了钱就可走人”；取保候审的监管非常薄弱，“保而不管”成为取保候审的一种常态；对脱保的追逃和惩戒方面机制十分疲软等。

这对许多被取保候审人和保证人提供了一种非制度性诱惑：逃匿是一种成本低廉而颇为获利的“理性”方案。

李：我们国家的脱保率，据北京某一个区的调查是在5%左右，这比英国12%的脱保率要低很多，但这一情况的造成是由于我们国家适用取保的比率很低。

主持人：尽管比率比较低。但从实践来看，被保人逃匿，其危害性，毫不逊色于脱逃罪。其不仅妨碍诉讼顺利进行、影响办案人员职业利益、破坏保证诚信机制，而且，容易引发被害人、一般民众的厌恶情绪。目前，关于处理被保人逃匿，许多人主张制裁其逃跑行为，制裁方案包括：没收保证金；没收保证金，且追加罚款；追究刑事责任，与原涉嫌犯罪数罪并罚；构成脱保记录，终生禁止取保，其中追究刑事责任中适用罪名方面，有藐视司法罪、藐视法庭罪、妨害司法罪、脱保罪、作为“脱逃罪”的一种行为等主张。对被取保候审人逃跑行为有过错（譬如，保证人与被取保候审人串通，协助其逃匿以及明知藏匿地点而拒绝向司法机关提供等过错）的保证人，许多人主张加以制裁，包括在财保中没收保证金，在人保中进行罚款；在财保中没收保证金，且追加罚款；在刑事附带民事诉讼中，承担民事连带赔偿责任；构成保证过错记录，将终生禁止其作为保证人或本身被取保；司法拘留；根据案件事实，认为已经构成犯罪的被告人在取保候审期间逃匿的，追究保证人刑事责任（不履行保证义务罪或者脱保罪共犯）等。当然，其中许多方案的有效性还是值得商榷的。

张：我注意到实验中关于取保候审的问卷调查，对脱保人员主张制裁者很多，特别是对司法人员的问卷调查结果表明几乎有100%赞同制裁。泛泛而言，对于脱保当然要制裁，但是用什么样的方式，却不能不留意方法。我不太赞同用刑罚的方法去制裁，比如说规定脱保罪或者是藐视司法罪，我不知道哪个国家有这样的罪名。藐视法庭罪在国外是有的，但藐视司法罪是没有的，司法是一个活动过程，藐视一个活动过程而构成犯罪似乎说不通。我不太赞同用刑罚的方法来制裁脱保的行为。我认为，在取保候审期间，取保的人违反取保的规定，隐匿或者是逃跑，应该采取程序法规定的司法处分的制裁手段。

吴：怎么制裁呢？——人都跑了！

张：人跑了，总不会人间蒸发、永久消失吧？如果犯罪嫌疑人违反了刑诉法有关的程序性规定，就用程序法规定的制裁措施来制裁。这种制裁是和刑罚相对而言的，制裁的手段之一就是变更强制措施，改为羁押，我们刚才也提到，如果把取保候审看作一种权利而要求加以保障的话，变更为羁押就是带有制裁意味的措施了；另外就是罚款，罚款不是罚金，不是刑罚手段而是一种司法处分措施，罚款的数额应当等同或者适当高于抓获脱逃人的成本，这样既可以挽回国家为抓获他付出的一定经济损失，又可以在此基础上体现出惩罚性；还有，如果是财产保的话，就以采取没收保证金加以制裁。

为什么要反对刑罚的手段？另定罪名是泛刑罚化倾向的反映。程序法设定的一些制裁手段属于司法处分性质的制裁手段，如果这些手段不起作用，采用刑罚手段，比如增加罪名，其实也没有用。因为如果犯罪嫌疑人最后被定罪量刑，那他因为脱保而增加一定的刑期，增加的刑期不可能很长，效果未见得理想。另外，如果犯罪嫌疑人隐匿或者逃跑了，他后来被抓获，诉讼继续推进，但最后却被认定为无罪，那他仅仅因为脱保而被判处刑罚，这样恐怕说不过去。需要注意的是，犯罪嫌疑人仅仅是脱保，并没有侵害证人或者继续犯罪的行为，其行为的严重程度还不足以构成犯罪，何必规定个罪名定他的罪？

刑法发展的一大趋势是非刑罪化。如果脱保的行为被认定为犯罪，被刑罪化，和刑罚发展的大趋势不太符合。我觉得在现有的基础之上，完善相关制度就可以，不用在刑罚上动脑筋。一个人如果想要脱保，即便增加一个罪名，也不能阻止他脱保。

吴：我不同意张建伟老师的观点。比如，你刚才说，“如果一个人受追诉的行为本身是无罪的，只因为他违反了程序上的规定而又给他定一个罪，很荒谬！”对此，我认为应当具体分析他违反的是什么样的程序规定。——如果我们承认，程序法也是法，那么，违背程序的规定，当然也是违法，当然也应因违法程度而承担相应的法律责任。我想，经过近年来关于程序独立价值的讨论，我们都会承认：如果侦查人员违背了法定程序，我们会说他违法了。那么，同样的道理，犯罪嫌疑人违反了程序法义务，同样也是违法。——确实，一个人在实体上无罪但却违反了程序上的规定而被定罪，这看上去很荒谬。但是，如果承认，一个人在刑事诉讼过程中，同样负有程序法上的义务；违背这种程序法上的义务，同样应当承担相应的法律责任。那么，似乎没有理由说，对于违背程序法义务的行为，绝对不能采取刑事制裁的方式。伪证罪就是一个典型。伪证罪就是因为违反程序法义务而承担刑事责任。

张：违反程序法规定而被定罪并非没有，比如有的国家就有藐视法庭罪行、伪证罪等等，但设定罪名还考虑到这种违反程序行为的社会危害性，看其是否足以构成犯罪，不能任意为之。

吴：我的意思是：对于某些严重违反程序法义务的行为，并非绝对不能动用刑罚手段来加以制裁。因此，我认为，不能笼统地说“违背取保候审的义务”，而应当进行具体的分类。其中，就脱保而言，其核心难题在于逃匿。这也是困扰各国司法实践的难题。

以下，针对张建伟老师的发言，我表达两点异议：

第一，对于逃匿，张建伟老师刚才说，没有哪个国家会将逃匿行为规定成一项新的犯罪。其实，是有的。例如，法国刑事诉讼法典第4卷第1编“拒传”，针对重罪起诉后，“被告人未能捕获或未能如期到庭，或者在传唤到庭或被捕后又逃匿”的情形，规定了相当严重的法律制裁。根据该法典第627条规定，对于上述情形，重罪法院“应当发布命令，责令被告人在10日期限内自行到庭，否则，宣布其为违抗法律，应予停止其行使公民权利；在审查其拒传行为时，禁止其进行任何诉讼行为，对其追诉照样进行，而且任何知悉其下落者均有义务提供其住所”。10日限期届满后，重罪法院即对拒传进行判决。根据第632条规定，在履行第1款规定的法定程序后，“法庭应当根据检察长的要求，宣布抗传罪成立”。该罪名成立后，“被定罪人即被剥夺法律上的一切权利”（第635条）。

再如，在美国，被保释的犯罪嫌疑人如果逃匿，也有可能招致定罪的制裁。一般而言，在美国，对逃匿的制裁方式主要有以下几种：其一，最常见当然是没收保证金，根据违反义务的程度不同，还可以处以罚款或监禁（这里的监禁不是一种刑罚，但已经是在限制人身自由了）；其二，还有一种可能就是程序性制裁，但这种程序性的制裁不是体现在本次（诉讼）程序中，而是体现在以后的程序中。也即，如果该人又涉嫌犯罪而需要保释时，以前的逃保记录将作为法官考虑是否准许其保释的重要因素。换句话说，如果逃保，将增大以后被取保的难度。其三，如果检察官认为逃跑人的行为更恶劣的话，就可以指控此人犯有藐视法庭罪。当然，用刑罚的方法来制裁脱保仅限于重罪案件，而且要求情形比较严重。

第二，张建伟老师还提到，对逃保人的罚款金额，要大于抓获脱保人的成本。对此，我不敢苟同。罚款大于成本是一个很模糊的说法，而且，为司法人员随意把其他开支塞入“追逃成本”打开了方便之门。在司法实践中，追逃过程

中的花费很难具体计算。因此，用成本来计算罚款不仅非常麻烦，而且，随意性太强。就我国的司法现实，我更同意以下立法思路：罚款应该采取定额的方式。

简言之，我的基本想法是：对于脱保，一是应当制裁，二是应当有差别地制裁。此外，对于一些脱保行为可以在本程序中加以处理；对于严重的脱保行为，还应当成为以后再决定取保候审时的重要指标。比如，正常情况下，这种案件是可以取保的，但是，因为该人以前曾有脱保的严重违法行为，那么，在后一诉讼中，就可以不准其取保。在司法实践中，很多嫌疑人都不止一次犯罪（在英国，“大多数犯罪由少数惯犯所为”。我国的情况也非常相似），因此，用后一种方式制裁脱保行为，威慑作用可能会更好。

张：我再补充一下。无论哪个国家有抗传罪，我们都没有必要效仿。首先，我国的取保有保证人和保证金两种担保方式，如果再用一个罪名来制裁脱保，用刑罚威慑就可以了，这两种取保方式似乎大可不必存在；反过来说，既然保证人和保证金都约束不了犯罪嫌疑人，那采用刑罚同样约束不了他，用刑罚制度来替代现有的取保制度来达到控制一个人的目的，不如干脆把他关起来好了，何必取保？

另外，如果取保人传而不到，说明他人还在，并没有逃匿，第二次直接拘传他就行了，为什么要等他抗传再施以刑罚？

吴：我认为，我们不能笼统地讨论违背取保候审义务。刑事诉讼法第56条规定的被取保候审人的义务，涵盖了太多情形，如，不准时到案、传而不到、逃跑。这些情形的违法程度存在着很大差别。因此，笼统地讨论“违背取保候审的义务”，是没有意义的。现行立法规定必须将被取保候审人违背义务的情形具体化，并进行分类；然后，根据违法程度不同，设定相应的制裁措施。

张：我觉得在保证人、保证金制度、拘传措施都有的情况下，采用变更强制措施以及程序法设定的种种处罚方式来处罚取保人，就已经足够了，已经不会给犯罪嫌疑人提供所谓抗传而构成犯罪的机会了，所以增加这样的罪名是没必要的。

还有就是我刚才提到的罚款数额问题，因为取保人已经被控制了，由于逃匿而抓获他而产生的额外成本应当由他本人来承担。当然，设定的数额和最后能执行的数额可能有差距，但判决的数额就是要给取保人以明确的信号：由于他逃匿而产生的额外成本将由他承担，这样才能体现出惩罚性。所以，对脱保人的罚款

应当等于或大于抓获他的成本。

这种罚款应当由法庭来决定，其他相关部门向法庭提供追捕成本的依据，当然证明程度可以要求低一点；对于在侦查和审查起诉过程中诉讼就终结的，对于由于取保人隐匿而产生的额外成本可以单独由法庭来解决。

吴：这种成本很难计算。在我国，采用定额的方式可能更容易实施。

张：如果这样，国家就要承担因为取保人逃匿而造成的损失。比如给逃匿的罚款额定一个1万元的上限，但实际抓获他的成本是5万，而且取保人有支付能力，那这笔钱还由国家负担就很不合理。而且抓获逃匿的取保人而产生的成本，不是正常的办案支出。何况即便是在正常的办案支出中，也应考虑到办案成本。

李：我觉得对于脱逃没必要用罚款的方式，因为在取保的时候就已经有保证金制度了。我前一段时间在武汉看美国的诉讼程序展示，有这么一个例子，一个人他没钱，但他两个哥哥愿意保释他，还答应如果他跑了的话，就付10万美元的罚金。我觉得取保候审的保证金制度可以像一个类似契约的东西，保证金的数额大于成本或小于成本无所谓，只要双方能合意并接受就可以了。即在取保的时候，双方就可以达成一个协议：要是取保人逃跑的话，取保方将付相应的钱款。一旦取保人违反取保的规定，只要没收保证金就够了。取保人为了能达到被取保的效果，他会提供一定的保证金的。

吴：看来，大家对脱保就罚钱还是意见一致的。我认为，如果立法将保释变成了一般权利，那么，被保释的人数就会大大增加。如此，不及时到案、传而不到或者逃匿等违反法定义务的情形，自然也会比较多。因此，在立法上，设定被取保收审人违反义务的法律义务就显得尤其必要。

刚才提到了保证人的责任。我认为，刑事诉讼法第55条关于保证人义务的规定还是比较清楚的：一是，保证人负有监督义务；二是，规定发现被保证人违反法定义务时，保证人负有及时报告的义务。对于保证人的法律责任，第55条第2款明确规定：“被保证人有违反本法第56条规定的行为，保证人未及时报告的，对保证人处以罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”因此，对于保证人而言，虽然负有监督义务，但并不意味着被保证人一旦违反法定义务，就要制裁保证人。相反，法律对保证人的制裁，是以保证人是否履行“及时报告义务”为条件的。当然，如果保证人资助被保证人逃跑，已经超出了保证人义务的范围，而构成了一项独立的犯罪。

然而，在我国司法实践中，只要取保人跑了，保证人就要承担法律责任。这其实是变相的连带责任。依据刑事诉讼法第 55 条的规定，保证人的法律义务和责任非常明确：首先是约束取被保证人履行相应的法律义务；如果被保证人违反了法定义务，保证人即产生及时报告的法律义务。现代法治要求“每个人对自己的行为负责”。因此，对于保证人，只有在“没有履行及时报告义务”的前提下才能予以处罚；保证人要构成犯罪，必须存在相应的独立的犯罪行为。

李：如果只让保证人负有“及时报告”的义务，那如果你是检察人员，你会放心给取保人办理取保候审吗？

吴：如果你觉得人保不行，那就只能财产保了。否则，就只能羁押了。

李：我觉得取保候审的保证人应当承担较大的义务。如果取保人逃匿了，保证人应当承担一定的罚款。

主持人：那如果保证人一方面报告取保人逃匿的行为，另一方面又帮助取保人逃匿，这如何处理？

吴：这是两个行为。如果保证人帮助被保证人逃匿的行为被查证属实，就构成了犯罪。如果不能，保证人只要履行了及时报告义务，那么，对被保证人的逃匿行为，就不应当承担任何法律责任。

宋：目前法律对保证人不履行义务是有制裁手段的，但我们发现，“追究法律责任”在实际中操作起来却很难，因为这些行为有时候很难查证，有时候就是保证人的“一个眼神”或者很小的动作，有关机关认定十分困难。

吴：这种问题肯定有。但是，任何权利都是有成本的。立法既然承认了取保制度，承认了保释这种权利，那么，就不能说，被取保候审的人“一个也不能跑”。如果强求必须设置一种制度，在这种制度下，被取保候审人绝对不可能逃匿，绝对不会违反法定义务，这只能是痴人说梦。为了获得保释制度的积极价值，必须要承担一定的风险和成本。——不可能做到万无一失。万无一失就是把被取保收审人关起来，不让他取保。我们现在很多时候就是采取的这种方法。因此，问题的关键在于，如果被取保候审人跑了，保证人应承担多大的法律责任？我认为，应当只限于保证人自己的行为。

李：我觉得应当特别限制保证人保证这种方式。

吴：在美国，还存在一种自我保证的取保方式。如果被保释人家境贫困，无须缴纳保证金，只需写一个保证书，保证自己将服从法庭义务，绝不逃跑，法庭也可以给予保释。在纽约，人口流动性非常之大，却在极力推行这种自我保证的保释方式。究其原因，关键不在于法律制度本身，而在于相关社会控制制度的支

撑。在我国，取保候审的种种问题，真正的症结在于缺少必要的社会控制制度的支撑。因此，尽管在司法实践中，人保这一制度存在很多问题，但是，不能因为问题多就把责任全部转嫁到保证人身上来。

主持人：通过刚才的讨论，大家取得了一个共识：对于被取保候审人以及保证人，如果其违反相应义务，应当按比例原则构建一个程式化的制裁体系。但是，针对最严重的逃匿行为是否追究其罪责，在这个问题上大家是有分歧的。关于成本的问题的讨论，我们似乎忽视了一个问题，很多犯罪嫌疑人是很贫困的。如果他们脱保了，应当如何处理，这时罚款就起不了多大作用，这时，是否设定一个罪名填补这个缺口？

从目前的实验结果来看，我个人认为，还是应当有一种罪名来制裁。脱保的危害性值得强调：它不仅对取保候审中的保证契约关系是一个很大的破坏；对司法人员的办案也是一个很大的障碍；对被害人的触动和伤害也很大甚至激起被害人对于司法公正性的怀疑和他们的仇恨心理；从法的有效性来看，目前许多人对取保候审法律功能的理解比较差，对取保候审中保证契约关系中缺乏诚信概念，我们的立法又缺乏对于脱保行为的强制力。夸张地说，目前，我们的法律对被取保候审人逃跑的，几乎没有办法。这种状况容易促使一些人选择规避法律或违法的行为方式，并且从中获取非法性利益。所以，规定一个罪名，估计其相容性不是问题，关键的问题反而是这一罪名的构成要件、证据条件、救济程序。

三、取保候审条件设置

主持人：取保候审条件，学术界和实务界最为关心的问题之一是：是否设置取保候审的禁止条件，或者叫例外条件。在实验中，一些办案人员提出是应当规定一些禁止取保候审情形，譬如：危害国家安全犯罪，有组织犯罪，恐怖犯罪，情节严重或性质恶劣的暴力犯罪，可能判处无期徒刑、死刑的，有过脱保记录的，具有重罪前科、多次前科的，具有毁灭证据、报复证人、串供等妨碍诉讼行为可能的。最为头疼的是对在本地无固定住所，没有近亲属的外来人员，是否适用异地取保候审。

张：什么是异地取保候审？我觉得这个提法不太好，有点费解。

主持人：异地取保候审是一个约定俗成的概念，是指犯罪嫌疑人属于外来人员，在涉嫌犯罪地没有固定住所，没有近亲属，若适用取保候审，保证人是外地人，在当地很难执行，一般允其回到户籍所在地履行法定义务的情形。异地取保

候审目前几乎没有。

张：我认为，对于一个没有固定住所的外地人，采用取保候审确有一定困难。这时如果有本地人给他作保证人，或者他能交纳保证金，也许不存在什么问题。但如果此人交不起保证金，本地找不到保证人，能够找到的保证人都是外地人，这时如果取保的话，司法机关担心他跑了，这种担心不是多余的。

其实有一个办法可以解决这种问题，那就是移送管辖，刑事诉讼法不是规定了“犯罪地为主、居住地为辅”的地区管辖原则了吗，这种情形正好适用居住地管辖。我觉得采用由居住地管辖的制度来解决这个问题比较好。以前对于流动人口的强制措施，往往采取羁押措施不予取保，原因就是他们居无定所，为什么不移交给他们户籍所在地进行侦查、起诉和审判呢？

吴：这不能一概而论。一些外来人员，尽管户籍不在当地，但是，他在当地具有相当广泛的社会根基（如常年在此打工；如在此有很多亲戚朋友，等等），或者尽管在当地没有根基，但具有相当清晰、明确的社会身份（如身在外地的游客，因有固定的工作而很容易查找到）。对于这些人，如果一律规定只能羁押，就说不过去了。因此，对于外来人口也应当具体分类。并非所有外来人口，取保后都回逃跑；也并非逃跑了，就都很难查找。比如我们大学教师，如果取保了，你会舍弃现在的一切一跑了之么？

张：那就应当移送到其户籍所在地进行处理。

李：但是移送居住地管辖会使得举证变得困难。

张：应当连同有关证据一同移送。我认为，就一般情况而言，可以采取羁押不予取保的办法，但对于一些特殊情况不能不取保，比如怀孕、有严重疾病的，那只能采用这种方式。

主持人：由当地机关决定取保候审，由取保人的居住地公安机关执行，这样就涉及异地机关之间的协助与配合问题。移送管辖方案究竟如何？

李：我认为，移送管辖只移送取保候审这一部分，但侦查这一部分并不移送。因为取保一般只存在于诉讼初期，而侦查的时间就比较长，由当地公安机关侦查比较好。

张：如果案件不移送，那就是一个国内司法机关的协助问题了。如果只移送取保不移送案件会出现人、案脱节的情况。因为取保候审和传唤是紧密联系的，如果居住地机关只负责取保而不负责传唤的话，就完全脱节了。取保候审不同于监视居住，监视居住会有人专门看管被监视人，取保候审则是犯罪嫌疑人一旦取