

# 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

# 我国取保候审的性质及其救济程序研究

李 哲\*

取保候审是我国强制措施体系的重要组成部分,是刑事诉讼过程中保障诉讼顺利进行的重要和常用手段。对于犯罪嫌疑人而言,取保候审制度相对于拘留、逮捕等剥夺人身自由的强制措施而言更具有可接受性,可以理解为对犯罪嫌疑人、被告人的权利保障措施。但是,对取保候审的性质、内涵、地位等认识不清,直接导致了取保候审的若干问题,而有关取保候审相应救济程序的缺失,更使得这一制度存在根本性的缺陷。本文试图从中国目前取保候审存在的主要问题入手,探析取保候审在我国的价值定位及其内涵外延问题,并在此基础上提出取保候审救济程序的初步构想。

## 一、我国取保候审现状之检讨

取保候审作为刑事诉讼的强制措施,是犯罪嫌疑人、被告人免受诉讼羁押的主要途径。这一措施的运用,体现了强制性措施限制适用与适度原则的基本精神,是在刑事诉讼领域保障人权的重要体现。然而,我国的取保候审制度在制度和实践层面都存在着诸多问题。

首先,在制度层面,取保候审制度作为刑事诉讼的强制措施,是保障诉讼顺利进行的重要手段,其采取与否完全是办案机关的职务行为。而取保候审的实施条件、保证金的数额、保证金的交纳和退还方式都没有明确规定,取保候审的解除程序及其异议程序等也不甚明确。当事人在取保候审的决定、适用过程中的参与渠道极端匮乏,诉讼利益和实体利益无法得到充分保障。

其次,在实践层面,取保候审也是问题重重。根据某县 2001 - 2002 年关于

---

\* 法学博士,最高人民检察院检察理论研究所研究人员。

取保候审情况的统计,<sup>[1]</sup>至少反映出实践中取保候审存在如下问题:①取保候审运用太少并且不力。例如,在该县,被采取取保候审的人次占刑事诉讼强制措施总数的25.51%,而刑事拘留的人次占刑事强制措施总数的52.31%,逮捕的人数占刑事强制措施总数的21.36%。可以看出,取保候审的人次几乎与逮捕的人次相当。并且,在这些取保候审的人次中,直接取保的只占取保总数的9.91%,而绝大多数是在拘留或逮捕后变更为取保候审。②取保候审的程序混乱,取保候审的后续措施不力。仍以该县为例,2001-2002年两年期间,共没收保证金206.86万元,占收取保证金总数的91.55%,而退还的仅占收取总数的3.98%,未处理的占收取总数的4.47%。这一比例显然无法以绝大多数的被取保候审人都违反取保候审义务为合理解释,只能反映出取保候审适用程序上的混乱。还有,在2001-2001年被采取取保候审措施的全部535名被取保候审者中,只有9人被取保后移交劳教,17人被移送起诉并经法庭审判判处刑罚,而其余的509名被取保者既没有解除取保候审手续,也没有撤销变更为其他强制措施,不了了之。这一组数据一方面反映了取保候审后续措施的缺乏,另一方面也反映了取保候审并没有真正实现保障诉讼顺利进行的目的,因为进入诉讼的只有17人,仅占取保候审总数的3.18%。

总之,我国取保候审制度存在的问题在于,取保候审制度根本性的价值错位、制度缺失导致了相关立法的失范和实践的混乱。因此,对取保候审的改革,应从对取保候审的价值定位开始,根本性的反思取保候审制度的若干基本问题,如取保候审的性质、取保候审的内涵、外延等若干问题。

## 二、我国取保候审制度的性质——权利与权力的较量

在我国,取保候审是作为公检法机关的办案手段而规定的,其目的是为了保障诉讼的顺利进行。而从有关强制措施的适用条件看,取保候审还有维护社会的公共安全、人道主义需要等多重价值取向,而从严格限制逮捕的条件,符合取保候审条件的及时变更为取保候审等制度规定看,取保候审又披上了一层温情的面纱,带有人权保障的意味。但是,需要注意的是,在我国刑事诉讼中,取保候审是作为公检法机关的权力而进行规定的,而非犯罪嫌疑人、被告人对抗审前羁押的权利。因此,要完善我国取保候审制度,一场根本性的从权力到权利的革命是不可避免的。

[1] 本文所使用数据来自杨满桥、卿飞舟:“取保候审措施适用情况的调查与思考”,载《中国检察》第10卷,北京大学出版社2005年版,在此对二位作者所作的辛勤工作表示感谢。

坚持取保候审的权利属性，而非国家机关的权力，其理由主要有四：

一是诉讼规律的必然要求。诉讼作为司法权解决纠纷的机制，必然坚持诉讼当事人的主体地位，使其在涉及诉讼当事人的实体权利和诉讼权利的情况下能够提出主张，被公正地对待，并且其主张被公正地裁决。而在诉讼过程中当事人的人身状态是否应当被羁押，在羁押后可否申请解除羁押，与诉讼当事人的利益密切相关，当事人自然应当被赋予有关这一问题的主体性地位，享有相应的诉讼权利。坚持取保候审的权利属性，是有效、充分保障诉讼当事人免受国家权力的粗暴、无理或者不恰当干涉的必要前提。

二是国际司法准则的要求。联合国《公民权利和政治权利国际公约》第9条之三规定，任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或被释放。等候审判的人受监禁不应作为一般规则，但可规定在释放时应保证在司法程序的任何其他阶段出庭审判，并在必要时报道听候执行判决。由此可以看出，等候审判的人受监禁并非一般规则，也就意味着等候审判的犯罪嫌疑人、被告人有权获得释放，只不过这种权利要附加一定的义务，以保障诉讼的顺利进行。而且，根据该公约第9条之四的规定，任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人，有资格向法庭提出诉讼，以便法庭能够不拖延地决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放。因此，及时解除拘禁，获得释放，是贯彻刑事诉讼过程中，能够及时行使的权利，不具有时间、次数的限制。

三是世界各国通行做法所反映的必然趋势使然。美国宪法第8修正案规定，不能对保释课以额外的义务（*excessive bail shall not be required*）。虽然该保释条款并不意味着在所有的情况下保释条件都要限制在被告人支付能力的范围内，也不意味着法官在所有的案件中都必须允许被告人的保释，但是，保释仍然被理解为被告人的权利，并且是为权利法案所保障的宪法性权利。<sup>〔2〕</sup>而且，保释还是由司法权决定的，可救济的权利。关于是否保释的事项通常在被告人第一次出现，或者由具有裁量权的治安法官或审判法官出庭的保释听证会上决定。<sup>〔3〕</sup>如果司法官员想要拒绝保释，羁押被告人，则必须给出书面的理由，并且被告人可以立即就该决定提请上诉审查。<sup>〔4〕</sup>在英国、加拿大等英美法系国家，也有大致类似的保释规定。如加拿大权利与自由宪章第11条（e）规定，没有公正的原

〔2〕 [美] Steven L. Emanuel: CRIMINAL PROCEDURE, 中信出版社 2003 年版, 第 356—357 页。

〔3〕 [美] 罗纳德·杰伊·艾伦等:《刑事诉讼程序全书》, 中信出版社 2003 年版, 第 983 页。

〔4〕 [美] 杰罗德·H·以兹瑞等:《刑事诉讼法》, 法律出版社 1999 年版, 第 404 页。

因,不被拒绝合理的保释。而且,即使在大陆法系国家,也有一些相类似的规定。如德国基本法规定了适当原则,要求将羁押的范围及限度定在最有必要的情形下,规定在一些法定情形下不得羁押。<sup>[5]</sup>这也就从另一层面规定了公民有免受不当、非法羁押的权利,相当于英美法系的保释权。

四是中国实际情况的必然、客观要求。在现代刑事法律观念和社会观念发生深刻变革,刑罚由报应论转向多重目的论,社会各种力量联手共建和谐社会的大环境下,过于严厉的刑事诉讼手段,如拘传、拘留、逮捕等审前羁押措施应当尽量弱化,而强调取保候审等羁押替代措施的大量、有力运用。而取保候审的大量运用将会给侦查机关的侦查工作带来不便,在一定程度上与侦查机关迅速查明案情的利益相冲突,因此,赋予当事人申请取保候审的诉讼权利,使之与侦查机关的侦查权相抗衡,就成了现阶段构建和谐社会的必然需要。

在取保候审的权利定位下,我国目前取保候审的相关制度也需要作相应的调整,应当将取保候审放在我国刑事诉讼法规定的强制措施框架内重新审视,科学界定其内涵。我国刑事诉讼法规定的强制措施可以分为两类:拘传、拘留和逮捕都是控制、剥夺人身自由的手段,只是时间长短、适用目的、适用条件等有所区别;取保候审和监视居住是限制人身自由的手段,只是适用的条件及相应的权利义务有细微的差别。笔者认为,应当将取保候审、监视居住从强制措施体系中分离,明确我国针对人身的强制措施为审前羁押,为适应刑事诉讼中的不同需要,可以分为有证逮捕与无证逮捕,逮捕后由中立的机构决定是否实施较长期的羁押。对于被羁押的犯罪嫌疑人、被告人,赋予其申请取保候审的权利。取保候审的条件包括当事人签署保证书、提供保证人、交纳保证金、提供财产担保或者由保证人将其监管在一定的居所(类似目前的监视居住)等。

### 三、取保候审的救济途径

有权利必然有救济,否则不成其为权利。我国刑事诉讼法第52条规定:“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。”第96条规定:“犯罪嫌疑人被逮捕的,聘请的律师可以为其申请取保候审。”被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属和律师申请取保候审,有权决定的机关应当在7日内作出是否同意的答复。同意取保候审的,依法办理取保候审手续;不同意取保候审的,应当告知申请人,并说明不同意的理由。可以看出,虽然取保候审作为强制措施的一种,作为公检法人员办理刑事案件的手段,

[5] [德] Claus Roxin:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,三民书局1998年版,第322页。

但相关司法解释已经赋予了取保候审一定的权利属性，即申请取保候审权。但是，如果将取保候审上升为诉讼参与人的一项诉讼权利，则仅仅给其一个不那么有力的申请取保候审权是远远不够的。而且，对于不同意取保候审的，是否应当给予被取保候审人一定的救济手段，以及被取保候审人对取保候审的条件有异议，以及取保候审适用过程中的相关问题有异议的，都没有相应的救济手段。而且，在现有规定中，取保候审是公检法机关依职权决定的事项，诉讼参与人，如被害人、证人等都没有相关的发表意见的途径，也是需要完善的。

为此，需系统构建有关取保候审的救济程序。

### （一）关于取保候审的救济范围

概括而言，取保候审的救济范围包括对采取或者拒绝取保候审决定不服的救济、取保候审条件的救济和取保候审期间的救济等内容。如上所述，如果将取保候审作为诉讼当事人的诉讼权利，那么与取保候审相关的涉及其自身利害关系的事项都应当纳入救济范围。

首先，被羁押的犯罪嫌疑人、被告人有权申请取保候审，这是最为基本的权利保障。在其申请遭到拒绝的情况下，有权申请再次审查。其次，是取保候审条件方面的救济。权利必须能够被当事人切实享有，因此，当取保候审的条件过于严苛或者显失公平的时候，如课以过多的，无力负担的保证金以及其他变相拒绝取保候审的条件时，应当赋予权利人相应的救济手段。还有，是取保候审期间方面的救济。取保候审是一个持续性的决定，往往涉及对诉讼当事人人身的限制，因此取保候审只能限定在必要的限度内，被取保候审人应当有权对超过法定期间的取保候审决定，以及虽然没有超过法律规定的取保候审的最长期间，但适用取保候审已显然不合目的的取保候审提出异议。

### （二）关于取保候审救济的权利主体

取保候审救济的权利主体首先并且最为重要的是犯罪嫌疑人、被告人。考虑到犯罪嫌疑人、被告人被限制或者剥夺人身自由以及其法律知识等情况的限制，可以允许被取保候审人或者申请取保候审人的法定代理人、近亲属、辩护人等代行其取保候审的救济权，但上述人员的权利只不过是犯罪嫌疑人、被告人权利的延伸，其权利实质上还是归属于犯罪嫌疑人、被告人的。

这里想要讨论的是刑事诉讼中被害人、相关证人在取保候审过程中的权利问题。取保候审是对犯罪嫌疑人、被告人免受非法、不恰当羁押的权利保障，但是在此过程中也应当考虑其他诉讼参与人的权利。取保候审的适用条件之一是采取



取保候审不致发生社会危险性，如果被害人或者相关证人认为如果将犯罪嫌疑人、被告人取保候审将会危及其生命或财产安全，应当有发表意见的权利。并且，应当建立被害人、证人的人身保护制度，如果被害人、证人认为对犯罪嫌疑人、被告人取保候审可能危及其人身和财产安全的，可以申请人身或财产保护。

### （三）关于取保候审救济的程序建构

取保候审的救济程序建构，与取保候审的申请和决定程序有着直接的联系。在我国目前的情况下，恐怕很难建立由中立的司法官决定是否应当取保候审的机制，还是由公检法三机关各自决定更为实际和可行。而在此种决定程序存在瑕疵的制度中，设计一定的救济程序就显得尤为必要。

笔者认为，鉴于取保候审的问题涉及公民的人身自由和社会公共安全，还是应当慎重对待。在救济程序上，应当增强其诉讼属性，建立类似大陆法系准抗告程序的特别诉讼程序，由中立的司法官对取保候审的决定、条件、期间等问题进行裁决。该程序应当是建立在对等的诉讼构造，权利申请人和取保候审决定机关当庭对抗的模式之下进行。可以规定，对取保候审不服的，可以向作出决定的同级人民法院起诉，要求人民法院审查并作出裁定。但鉴于取保候审是诉讼措施，具有一定的临时性和暂时性，因此兼顾效率，规定该裁定是最终的裁定，不得上诉。

### （四）关于取保候审救济程序的证明问题

取保候审的救济程序应当纳入刑事诉讼程序，具有诉讼构造，带有诉讼色彩。因此，必然涉及证明的问题。关于取保候审相关事项的证明有别于对案件事实的认定，应当属于自由证明的范畴，无需严格遵循证据规则，在证据的可采性方面可以适当放松，如可以采纳传闻证据、不严格保障免于作证的特权等。正如前所述，取保候审是犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利，因此，其权利行使无需证明，如果公安司法机关想要剥夺其审前被释放的权利，必须承担证明责任，证明审前羁押是基于一定的事实基础的。该证明无需达到定罪的证明标准，但是也应当高于优势证据的标准，因为其必须涉及犯罪嫌疑人、被告人的人身自由。该证明标准应当高于民事案件认定事实的标准，但低于定罪的证明标准，掌握在二者之间，可以表述为“有足够的可信的证据证明”可能妨碍诉讼顺利进行或危害社会公共安全的标准。当然，如果被审前羁押的犯罪嫌疑人、被告人提出取保候审的申请，则必须有一定的合理理由才能向法院提起诉讼。