

短期限制人身自由刑事强制措施体系之比较与完善

李哲

(澳门大学 法学院, 澳门)

摘要: 刑事拘传与拘留制度的修改与完善应当以短期限制人身自由强制措施体系为视角, 明确界定拘传与拘留的制度功能。拘传应当实现对“经合法传唤无正当理由不到场的犯罪嫌疑人、被告人强制到场”的功能, 废除现行“径行拘传”制度及延长拘传期限至24小时的规定。拘留制度在短期限制人身自由强制措施体系中发挥主要作用, 实现“对现行犯的无证拘留”, “对非现行犯的有证拘留”以及特殊情况下“对非现行犯的无证拘留”的功能。

关键词: 拘传 有证拘留 无证拘留 现行犯

中图分类号: D925.2 **文献标识码:** A **文章编号:** 1004-9428 (2015) 05-0103-15

拘传与拘留制度本质上都是短期限制人身自由的强制措施, 但二者的设定目的和界限并不明晰, 实践中混用、滥用、借用问题突出。本次刑事诉讼法修改在强调人权保障, 增加“不得强迫自证其罪”原则的同时, 将拘传期限从12小时延长至24小时, 以满足侦查犯罪的“实践需要”⁽¹⁾。事实上, 刑事拘留制度规定得过于粗陋和失当, 导致实践中被迫选择拘传作为拘留的替代性措施, 才是产生“实践需要”的主要原因。正如对取保候审和监视居住的研究必须着眼于二者的功能协调与制度衔接一样, 拘传和拘留也不能孤立看待, 二者在本质上均属于短期限制人身自由的强制措施⁽²⁾。本文试图通过比较我国澳门和台湾短期限制人身自由的各种强制措施之体系与功能, 提出重新构建大陆短期限制人身自由强制措施体系的构想, 并在此体系下提出基于不同功能的刑事拘传与拘留制度的完善建议。

作者简介: 李哲, 澳门大学法学院助理教授、法学博士。

(1) 陈卫东教授指出, “拘传本身是一种强制限制犯罪嫌疑人、被告人到案接受调查的行为, 多年实践说明12小时基本合理。但是, 刑事诉讼法修正案(草案)将部分案件的拘传时间从12小时延长至24小时, 也是侦查部门现实需求的反映”。黄庆畅、李想 《聚焦刑事诉讼法修改: 12与24小时拘传时限的利弊权衡》, 《人民日报》, 2011-10-19。

(2) 所谓短期限制人身自由的强制措施, 是指相对于较长期限制人身自由的逮捕措施而言, 拘传和拘留制度限制人身自由的期限相对较短。

一、澳门、台湾短期限制人身自由的 刑事强制措施之比较

刑事拘留与拘留制度，本质上都是为保障刑事诉讼的顺利进行而采取的短期限制人身自由的强制措施。短期限制人身自由的强制措施在澳门统称为拘留，又可以细分为针对现行犯的拘留和针对非现行犯的拘留，无合理解释不到场的拘留，甚至还包括确保法院判决执行和法庭秩序的拘留。在台湾，短期限制人身自由的措施包括拘提和逮捕。其中，逮捕并非审前羁押，而是对现行犯和通缉犯短期限制人身自由的强制处分，原则上不能超过24小时。

（一）澳门的拘留制度

在澳门，短期限制人身自由的强制性措施统称为拘留⁽³⁾。澳门《刑事诉讼法典》第237条规定，进行以下各条所指之拘留，其目的为：a) 最迟在48小时内，将被拘留之人提交接受以简易程序形式进行之审判，或交由有权限之法官以便进行首次司法讯问，又或对其采用一强制措施⁽⁴⁾；b) 确保被拘留之人于法官主持诉讼行为时在场；c) 确保就缺席审判时所宣示之有罪判决作出通知；或d) 确保徒刑或收容保安处分得以执行。同时，第103条第2款规定，法官得依职权或应声请命令拘留无合理解释而不到场之人，而拘留之时间系实施有关措施所必要之时间，并得判处该人缴付因其不到场而引致之开支，尤其是与通知、事务处理及各人之往来有关之开支。

根据澳门《刑事诉讼法典》，刑事拘留⁽⁵⁾大致分为四种。

其一，对无合理解释不到场的拘留。在澳门，这一措施被视为对诉讼行为的规范，对于无合理解释不到场的，法官不仅可以决定采用拘留措施，还可以判处该人缴付因其不到场而引致的开支。

其二，对现行犯的无证拘留。现行犯的拘留，可以由任何一名刑事警察进行，无需经过任何事前的批准程序。

其三，非现行犯的无证拘留。澳门允许对非现行犯进行无证拘留，但并非由任一刑事警察进行，而是由“刑事警察当局”批准。在澳门，刑事警察当局包括局长、副局长、各

(3) 根据澳门刑事诉讼理论，拘留并非刑事诉讼中的强制措施，只是一种警察措施。只有那些经过检察院或者法官批准的强制性措施，才属于强制措施，如审前羁押、保证、限制离境等。但是，根据澳门《刑事诉讼法典》的规定，有些拘留也是需要检察院或者法官批准的，但是并非强制措施。这是澳门刑事诉讼理论应当进一步思考的问题，在此不再赘述。

(4) 澳门设有现行犯的速审程序，即“简易程序形式”，如犯罪嫌疑人在现行犯状态下被拘留，则可进入48小时内审判的速审程序，无需进入常规的侦查程序。如现行犯不能进入速审程序，则需在48小时内提交刑事起诉法庭法官，即预审法官决定是否羁押，称为“首次司法讯问”；或者由预审法官决定采用其他强制措施，如限制离境等。

(5) 澳门的拘留中还包括一些确保法官主持诉讼程序时在场及确保刑罚及保安处分的执行等的拘留，这些应纳入行政拘留的范畴，在此不赘述。

调查厅或处的负责人、督察、副督察等⁽⁶⁾。从其实质来看,在进行拘留之时并没有检察官或者法官签发的令状,仍然相当于无证拘留,只不过在警察机关内部经过了刑事警察当局的审查和认可。在司法实践中,刑事警察当局实行24小时值班工作制,因此警察如果需进行非现行犯的拘留,可以通过给值班的刑事警察当局打电话等即时电讯方式获得拘留许可。

其四,非现行犯的有证拘留。在澳门,对非现行犯的拘留令状的签发权原则上属于法官,但对于比较严重的案件,即可能判处超逾3年有期徒刑以上刑罚,或者有违法逗留情形的案件,其令状可由检察院签发。

(二) 台湾的拘提和逮捕制度

台湾短期限制人身自由的强制措施包括逮捕和拘提两种,拘提又分为一般拘提、径行拘提和紧急拘提。

逮捕是指“以逮捕之直接强制力而限制现行犯之人身自由,性质上属于无令状之拘捕”。⁽⁷⁾在台湾,对现行犯和通缉犯无证拘留称之为逮捕,乃“不要式径行拘捕被告,其情形有二:一为逮捕通缉犯,二为逮捕现行犯,两者均不用拘票”。⁽⁸⁾也就是说,逮捕本质上是对现行犯的拘留,而非大陆刑事诉讼法中作为审前羁押措施的“逮捕”。

拘提是指在一定时期内,拘束受拘提人的自由,强制其到达一定处所接受讯问,并保全被告人及犯罪嫌疑人或保全、收集证据的强制处分措施。⁽⁹⁾“一般拘提”规定于台湾“刑事诉讼法”第75条,“被告经合法传唤,无正当理由不到场者,得拘提之”。一般拘提本质上是对无合理解释不到场的犯罪嫌疑人、被告人采取的强制到场措施。

“径行拘提”规定于第76条,“被告犯罪嫌疑重大,而有左列情形之一者,得不经传唤径行拘提:(1)无一定之住、居所者;(2)逃亡或有事实足认为有逃亡之虞者;(3)有事实足认为有毁灭、伪造、变造证据或勾串共犯或证人之虞者;(4)所犯为死刑、无期徒刑或最轻本刑为五年以上有期徒刑之罪者。拘提被告,得使用拘票。”径行拘提相当于非现行犯的有证拘留。

“紧急拘提”规定于第88条之一,是1982年新增的条款,是指因侦查犯罪具备法定之急迫原因而来不及事先报请签发拘票时,暂时先予拘捕被告的强制处分。因此,司法警察无令状拘捕的权限从现行犯和通缉犯扩张至非现行犯,紧急拘捕可以称为非现行犯无证拘留。

(6) 第5/2006号法律“司法警察局”第12条规定,司法警察局的下列人员为刑事警察当局:(一)局长;(二)副局长;(三)刑事调查厅厅长;(四)博彩及经济罪案调查厅厅长;(五)国际刑警组织中国国家中心局澳门支局负责人;(六)情报处处长;(七)毒品罪案调查处处长;(八)有组织罪案调查处处长;(九)博彩罪案调查处处长;(十)经济罪案调查处处长;(十一)清洗黑钱罪案调查处处长;(十二)督察;(十三)副督察。

(7) 林钰雄《刑事诉讼法》(上册),元照出版有限公司2010年版,第342页。

(8) 张丽卿《刑事诉讼法理论与运用》,五南图书出版股份有限公司2010年版,第251页。

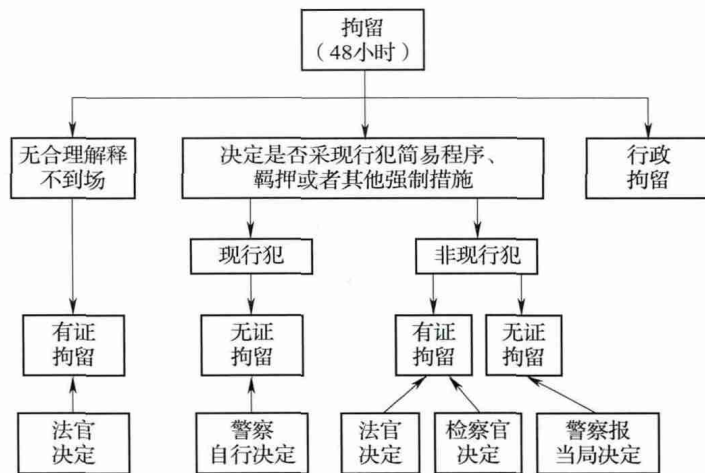
(9) 同前注[7],第340页。

(三) 澳门与台湾短期限制人身自由强制措施之比较

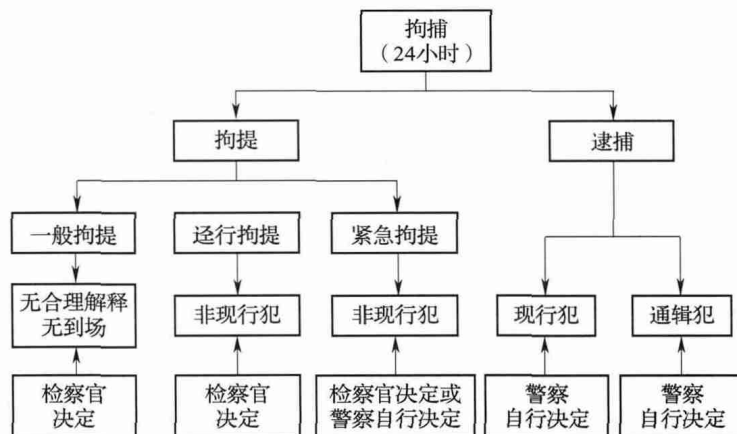
从澳门与台湾短期限制人身自由强制措施的体系来看，二者似乎存在着明显的差异。然而，透过立法的形式区别，两地关于短期限制人身自由强制措施的体系设置又是非常相似的。根据刑事诉讼对短期限制人身自由强制措施的功能需求，两地都遵循了大陆法系的基本设置规律，即将短期限制人身自由的强制措施区分为四种功能：第一，强制经合法传唤无正当理由拒不到场的被追诉人⁽¹⁰⁾到场（在澳门称“拘留”，在台湾称“一般拘提”）；第二，对现行犯无证拘留（在澳门称“拘留”，在台湾称“逮捕”）；第三，对非现行犯无证拘留（在澳门称“拘留”，在台湾称“紧急拘提”）；第四，对非现行犯有证拘留（在澳门称“拘留”，在台湾称“径行拘提”）。其中，“有证”或者“无证”是指是否经过警察机关以外的其他实体，如检察院或法官签发的令状。

两地短期强制措施体系在形式上的不同和在功能上的相似，可以从以下两个表格看出。

表一 澳门短期限制人身自由的强制措施



表二 台湾短期限制人身自由的强制措施



(10) 在大陆地区称为犯罪嫌疑人、被告人；在澳门称嫌犯；在台湾称犯罪嫌疑人、被告，因此本文采用一般性表述“被追诉人”。

可以看出,虽然澳门和台湾短期限制人身自由的体系表面看来差异巨大,但从实质来看,都遵循着一个基本原则,即每种功能都由单一措施实现,各措施之间定位清晰、适用条件明确,形成各有分工的清晰体系。当然,两地基于各自不同的情况和法律传统,这些基本功能相似的强制措施在具体的制度设计上还存在诸多差异。例如,同为审判前阶段针对非现行犯的有证拘留,在澳门分为检察官签发的令状和法官签发的令状,在台湾则只需要检察官签发令状。在拘留的期限问题上,澳门的规定是48小时内带至法官面前,而台湾则要求原则上24小时内带至法官面前,除非在深夜讯问的情况下,经被告方的要求而于翌日日间讯问(台湾“刑事诉讼法”第93条)。除此之外,在现行犯的认定标准,非现行犯可以进行无证拘留的条件方面,两地的规定均有差别。

(四) 澳门、台湾短期限制人身自由强制措施之批判与借鉴

澳门和台湾关于短期限制人身自由措施的规定及其体系也都存在一些值得思考和借鉴之处。在澳门,拘留制度规定于刑事诉讼法典分则“开立卷宗”之前的“警察措施”部分,但实际上拘留适用于整个刑事诉讼过程中。再如,澳门《刑事诉讼法典》第237条规定的作为“警察措施”的拘留手段,如确保法官主持诉讼程序时在场及确保刑罚及保安处分的执行等,从其性质上来讲应当属于维护诉讼秩序的行政拘留手段,而不是刑事诉讼措施。在台湾,关于1982年修法所确定的紧急拘提制度是否适当的争论一直没有停止过。笔者认为,台湾不妨考虑借鉴澳门的做法,规定紧急拘提由司法警察在征得本部门负责人的同意后进行,而非警察自行决定。再如,对于符合强制性羁押条件的案件,对没有逃跑或毁灭证据嫌疑的也可以拘留,是否有违比例原则。这些都是可以进一步思考的。

然而,需要看到的是,澳门和台湾短期限制人身自由的各项措施能够形成一个有序衔接的体系,各项制度的功能明晰,分工明确,在刑事诉讼中互相配合,共同完成保全被追诉人,收集和保全证据,保障刑事诉讼顺利进行的任务。总结来说,两地关于短期限制人身自由强制措施的规定有以下几点可资借鉴。

首先,短期限制人身自由的各种强制措施在刑事诉讼中具有整体性。在澳门,所有短期限制人身自由的强制措施统称为“拘留”,再将“拘留”基于不同功能作各种细化规定,例如,无合理解释不到场的拘留、现行犯的拘留、非现行犯的拘留等。在台湾,拘提和逮捕统称为“拘捕”,规定于“刑事诉讼法”总则第八章“被告之传唤及拘提”中。有学者将其归纳为“直接短期拘束人身自由”⁽¹¹⁾,“同为于一定时期之内拘束被告之自由的强制处分,目的在于保全被告,或在于收集、保全证据,以利刑事程序之进行”。⁽¹²⁾

其次,区别对待现行犯与非现行犯。相较于长期限制人身自由的审前羁押,短期限制人身自由只能在一至两天的短时间内控制被追诉人的人身自由,立法一般不会规定特别严格的审查和批准手续。然而,基于短期限制人身自由的事由不同,立法通常也会区分情况而适用不同的程序。澳门和台湾都明确区分了现行犯和非现行犯在短期限制人身自由措施中的程序,

(11) 王兆鹏《刑事诉讲议》,元照出版有限公司2009年版,第245页。

(12) 同前注[7],第339页。

允许警察自行实施对现行犯的拘留（在台湾称“逮捕”），而对非现行犯，只有非常特别的情况下才能允许警察（在澳门为警察当局）在未经检察院（在澳门，也可能是法院）批准的情况下采用拘留措施（在台湾称“紧急拘提”）。此种区分，既能够在紧急情况下满足警察追查犯罪的实际需要，又能够规范“不太紧急”情况下的强制措施适用，最大程度地实现追究犯罪与保障人权的平衡。并且，何为现行犯，在澳门和台湾都是由法律明文规定的。

最后，短期限制人身自由的强制措施之间形成了一个基于不同功能的周延体系。短期限制人身自由的各种强制措施应当形成一个外延周全的体系，以应对不同案件的实际需求。在澳门和台湾的刑事诉讼中，均以诉讼中可能针对的对象不同，将短期限制人身自由的强制措施基于不同功能分为不同种类，并且不同种类的措施适用不同的程序。如前所述，这些分类包括对无合理解释不到场的被追诉人的措施、对现行犯的措施、对非现行犯的措施等。而且，基于实践情况，又将非现行犯的措施进行细化分类处理，允许警察对部分具有特别紧急情况的非现行犯直接适用短期限制人身自由的强制措施。

二、大陆短期限制人身自由强制措施的体系与功能分析

大陆承载短期限制人身自由功能的强制措施包括盘查、拘传、拘留三种。

《人民警察法》第9条规定，为维护社会治安秩序，公安机关的人民警察对有违法犯罪嫌疑的人员，经出示相应证件，可以当场盘问、检查；经盘问、检查，有下列情形之一的，可以将其带至公安机关，经该公安机关批准，对其继续盘问：（一）被指控有犯罪行为的；（二）有现场作案嫌疑的；（三）有作案嫌疑身份不明的；（四）携带的物品有可能是赃物的。虽然目前的通行观点是将盘查定性为行政强制措施^{〔13〕}，在《刑事诉讼法》中并未规定“盘查、留置”制度，但从这一规定可以看出，在普通刑事案件中，警察完全可以使用盘查及留置手段调查刑事犯罪，而且其适用对象并不仅仅局限于现行犯，例如“被指控有犯罪行为的”、“携带的物品有可能是赃物的”等情况，就可能是非现行犯。盘查短期限制人身自由的时间通常为24小时，可以延长至48小时。也就是说，这一行政强制性措施实质上已经发挥了对现行犯无证拘留，甚至包括对某些非现行犯无证拘留的功能。

拘传包括“一般拘传”和“送行拘传”^{〔14〕}。根据《刑事诉讼法》第64条的规定，人民法院、人民检察院和公安机关根据案件情况，对犯罪嫌疑人、被告人可以拘传、取保候审或者监视居住。最高人民法院《关于适用刑事诉讼法若干问题的解释》第64条规定，对经过依法传唤，无正当理由拒不到庭，或者根据案件情况有必要拘传的被告人，可以拘传。公安机关和检察机关在办理案件过程中，根据案件情况需要，对经合法传唤，无正当理由拒不到场的犯罪嫌疑人，自然也可以拘传。此种拘传通常称之为“一般拘传”。刑事诉讼法还规定了

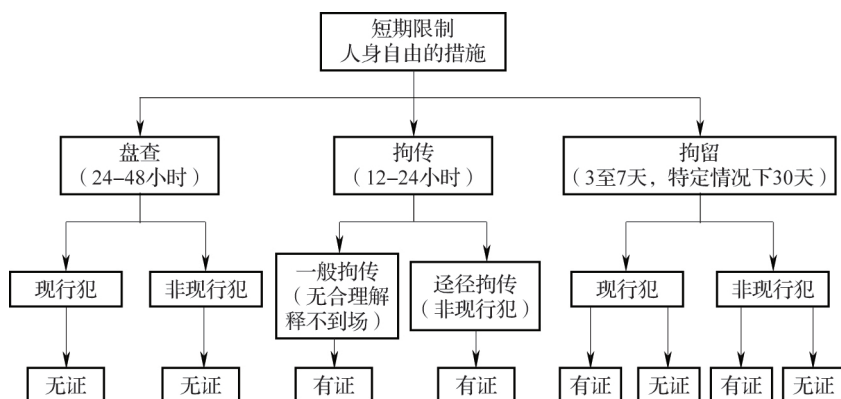
〔13〕 胡铭 《留置与拘传之研究——对公安办案实务中运用留置与拘传的考察与反思》，《吉林公安高等专科学校学报》2001年第4期。

〔14〕 张建伟 《刑事诉讼法通义》，清华大学出版社2007年版，第459页。

“径行拘传”制度，即不经传唤直接拘传犯罪嫌疑人、被告人。拘传必须是有证拘传，即在公安机关签发拘传证的前提下进行。⁽¹⁵⁾ 虽然这种措施名为拘传，但从其短期限制人身自由的特征来看，可以将其归结为一种有证拘留。其中一般拘传适用于无合理解释不到场的强制到场，径行拘传相当于非现行犯的有证拘留。

拘留适用的对象包括现行犯和非现行犯，一般应当有证拘留，但紧急情况下也可以无证拘留。《刑事诉讼法》第80条规定，公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：（一）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；（二）被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；（三）在身边或者住处发现有犯罪证据的；（四）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；（五）有毁灭、伪造证据或者串供可能的；（六）不讲真实姓名、住址，身份不明的；（七）有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。上述前四种情形，有可能属于现行犯的情况，但立法并未明确说明。那么，这几种情况下的拘留是否需要拘留证呢？《刑事诉讼法》第83条规定，公安机关拘留人的时候，必须出示拘留证。但考察拘留的情形，必须出示拘留证似乎很难做到。因此，公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称公安部《规定》）第121条规定，“拘留犯罪嫌疑人，应当填写呈请拘留报告书，经县级以上公安机关负责人批准，制作拘留证。执行拘留时，必须出示拘留证，并责令被拘留人在拘留证上签名、捺指印，拒绝签名、捺指印的，侦查人员应当注明。”同时，该条第2款又规定，“紧急情况下，对于符合本规定第120条所列情形（即拘留的七种法定情形，笔者注）之一的，应当将犯罪嫌疑人带至公安机关后立即审查，办理法律手续。”也就是说，大陆地区通过公安部的部门规章认可了无证拘留的存在（详见表三）。

表三 大陆短期限制人身自由的强制措施



(15) 根据公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》第75条，公安机关拘传犯罪嫌疑人应当出示拘传证，并责令其在拘传证上签名、捺指印。犯罪嫌疑人到案后，应当责令其在拘传证上填写到案时间。拘传结束后，应当由其在拘传证上填写拘传结束时间。犯罪嫌疑人拒绝填写的，侦查人员应当在拘传证上注明。与拘留不同，在拘传的程序上，公安部该规定并未允许无证拘传，因此，拘传必须有证进行。

三、大陆短期限制人身自由强制措施体系之重构

(一) 重构短期限制人身自由强制措施体系之必要性

在本次刑事诉讼法修改中,将拘传的期限从12小时有条件地延长至24小时,是立法对司法实践需要的回应⁽¹⁶⁾。根据现行拘留制度的规定,拘留主要适用于现行犯和重大嫌疑分子,并明确规定,检察机关只有在犯罪嫌疑人“犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃”,以及“有毁灭、伪造证据或者串供可能”这两种情况下才能适用拘留措施。检察机关办理的自侦案件基本上针对的都是非现行犯,在拘留无法适用或者不便适用的时候,就只能求助于门槛较低的拘传。但是,拘传的期间只有12小时,无法满足侦查实践的需要,由此引发了实务部门,尤其是检察机关强烈要求延长拘传期限的呼吁。

从表面来看,本次刑事诉讼法的修改明确规定“不得强迫自证其罪”原则的同时,延长了旨在讯问犯罪嫌疑人的拘传的期间,似乎是人权保障的倒退,是屈从于不合理的“实践需要”的产物。但是,从侦查机关的诉求分析,其要求延长拘传期限的实质是实现对非现行犯相对长期限制人身自由的功能。从比较法的角度分析,还没有发现哪个国家或者地区的立法将对非现行犯短期限制人身自由的时间限制在12小时之内。例如,在澳门为48小时,在台湾一般为24小时。因此,实践中关于延长拘传时间的要求并不过分,即使以最为严格的西方国家的标准来衡量,也是合理的。

但是,立法在回应这种实践需要时,选择了简单延长拘传时间的做法,笔者并不赞同。拘传毕竟不是拘留,其制度功能被严格限定在讯问被告的范围内,长达24小时的讯问,会给刑讯逼供带来极大的便利。虽然刑事诉讼法明确规定给予必要的休息时间,但何为必要?每讯问5个小时,给1个小时的休息,再继续讯问,是否符合刑事诉讼法的要求?如果将必要的休息理解为自日落到日出的不少于8小时的连续睡眠,就似乎丧失了本次立法延长至24小时的实际意义,显然也不是侦查机关希望的答案。所以,本次刑事诉讼法虽然用了很大的努力试图解决刑讯逼供的问题,但不能不说关于拘传时间延长这一条款,可能又在放纵甚至助长警察刑讯逼供方面种下了一颗危险的种子。

如果说取保候审和监视居住作为审前羁押的替代性措施,需要在立法修改时统一考虑,那么拘传和拘留作为相较于审前羁押的短期限制人身自由的强制措施,在立法修改时也应当统一考虑,基于短期限制人身自由在诉讼中所需要发挥的功能,重新配置拘传与拘留的制度功能,才能解决实践中的问题。

(二) 大陆、澳门、台湾短期限制人身自由强制措施体系之比较

对比两岸三地短期限制人身自由强制措施的体系,可以看出,澳门和台湾的制度设置定位明晰,各有不同功能,每种功能只能对应一种措施。而在大陆,每种措施都具有多元功能,

(16) 刘召刚《刑事拘传的立法完善》,《上海公安高等专科学校学报》2006年第2期;谢波《我国刑事拘传制度探讨——兼评新修〈刑事诉讼法〉第64、117条》,《法治研究》2013年第1期。

每种功能几乎都可以通过不同的措施实现（详见表四）。

表四 大陆、澳门、台湾短期限制人身自由强制措施之比较

法域	合法传唤无正当理由拒不到场	现行犯	非现行犯	
			无证	有证
大陆	一般拘传	拘留 盘查、留置	拘留 盘查、留置	拘留 逐行拘传
澳门	拘留	拘留	拘留	拘留
台湾	一般拘提	逮捕	紧急拘提	逐行拘提

（三）大陆短期限制人身自由强制措施体系存在的问题

1. 刑事拘传与拘留的制度定位

《刑事诉讼法》的修改对拘传时间的延长，反映了实践中对拘传措施的过度依赖。在实践中，拘传似乎起到了“万金油”的作用。如果不属于盘查的几种情形，或者盘查的时间已过，则可以适用拘传的手段；在不能适用拘留的情况下，也可以适用拘传。同时，《刑事诉讼法》中的超长拘留期限又提高了人们对拘留制度的功能期待，将拘留异化为基本的侦查手段。最高人民检察院原副检察长朱孝清先生曾经谈到，一旦拘留后不能获取口供以及其他证据，就会导致案件难以侦破而不得不放人，从而出现“抓抓放放”，即犯罪嫌疑人拘留后因侦查无法深入而释放。对公职人员特别是领导干部“抓抓放放”，我国的承受力与西方国家存在很大差异，在西方国家，“抓抓放放”是司空见惯的事情，即使案件起诉后被判无罪的比率高达20% - 30%，人们也不认为有什么问题，反而会认为是司法独立和保障人权的体现。而我国由于受几千年封建法律文化、等级特权观念和官本位思想的影响，人们往往难以接受，甚至提出种种指责，因而检察机关要承担巨大的风险和压力。⁽¹⁷⁾ 这段论述可以说非常深刻地揭示了中国的问题。为什么社会对拘留如此敏感？因为人们对拘留的定位有偏差，一旦拘留就会在长达30天的时间内被剥夺人身自由，基本上就会被逮捕并提交刑事审判，因此认为被拘留就基本等同于被宣告有罪。

2. 短期限制人身自由强制措施的体系混乱无序

我国短期限制人身自由强制的各项措施存在定位混乱、功能重叠、适用无序等诸多问题。首先，单一措施的适用功能比较多元，例如拘留，既适用于现行犯，又适用于非现行犯；既可以是拘传拘留，也可以是无证拘留。

其次，多个措施的功能发生重叠，例如针对现行犯的拘留，可以是拘留制度，但实际上盘查、留置制度也发挥着类似的功能，甚至由于拘传证的取得并不困难，在某些地方还存在着后补拘传证的情况，因此拘传在一定程度上也发挥着现行犯拘留的功能。而对于非现行犯的拘留，立法并没有特别区分有证和无证的不同情形，拘留、盘查、留置，甚至拘传也都发挥了非现行犯拘留的功能。

(17) 朱孝清 《职务犯罪侦查措施研究》，《中国法学》2006年第1期。

最后,各措施的适用混乱无序。例如,发挥同一功能的各种措施期限各不相同。同为现行犯,在审前被限制人身自由的时间取决于对其适用的措施的“名称”。如果是盘查,则为24小时并可以延长至48小时⁽¹⁸⁾,如果是拘留,则有可能是3天,也可以延长至7天,甚至可以延长至30天⁽¹⁹⁾。再如,对于同一犯罪嫌疑人,公安机关可以对其进行刑事拘留,也可以根据《人民警察法》的规定先行盘查、留置,在48小时的时间用尽后再拘留。如果该犯罪嫌疑人非现行犯,也可以先拘传,再拘留。

(四) 大陆短期限制人身自由措施体系之重构

根据上述分析,可以看出,刑事拘传与拘留的设定目的不明确,在刑事诉讼中的分工不明,关系混乱,在讨论具体制度修改前,必须对拘传与拘留制度进行体系建构,搭建一个内涵清晰、外延周全的短期限制人身自由强制措施体系。

1. 拘传与拘留的目的

澳门《刑事诉讼法典》第237条“拘留的目的”中明确规定了拘留的目的。除现行犯需要审查是否将其提交特别适用于轻罪现行犯的简易程序审判外,拘留(包括无合理解释不到场的拘留)的主要目的也是准备证据,以移送法官决定是否采用羁押的强制措施,以及采用何种强制措施。在台湾,高等法院裁判指出,现行刑事诉讼法采所谓的拘捕前置原则主义,主张必经合法之拘提逮捕程序,始得声请羁押,否则羁押之声请即不合法,此一原则乃由“宪法”第8条规定而来,因人民涉嫌犯罪,须先经拘捕程序,始有移送法院审查其拘捕是否合法及有无羁押之必要。⁽²⁰⁾拘捕被告,即短期强制处分之目的“主要不在于犯罪事实之侦查,而在于收集、准备相关证据以便进而判断是否声请羁押”。⁽²¹⁾

因此,应当在刑事诉讼法中明确拘传与拘留的目的。拘传与拘留都是为了保障诉讼的顺利进行而采取的短期限制人身自由的强制措施。在具体目的上,拘传是为了保证对犯罪嫌疑人、被告人的讯问。而拘留则是与审前羁押相区别的短期限制人身的强制措施,其目的是收集、准备相关证据以报请检察机关批准逮捕。如果立法能够还原拘留的制度定位,规定拘留不过是短期限制人身自由,以决定是否报请批准逮捕的暂时性强制措施,则这一措施在实践中就不会被异化甚至神化,侦查机关在运用拘留手段时也会打消许多不应有的顾虑,改变过度依赖拘传或者盘查手段的做法。

2. 大陆短期限制人身自由强制措施体系之构想

大陆短期限制人身自由强制措施体系应当包括拘传和拘留两种。其中,拘传是“对经合法传唤无正当理由不到场的犯罪嫌疑人强制到场”的措施。同时,废除现行“径行拘传”

(18) 《人民警察法》第9条,对被盘问人的留置时间自带至公安机关之时起不超过二十四小时,在特殊情况下,经县级以上公安机关批准,可以延长至四十八小时,并应当留有盘问记录。

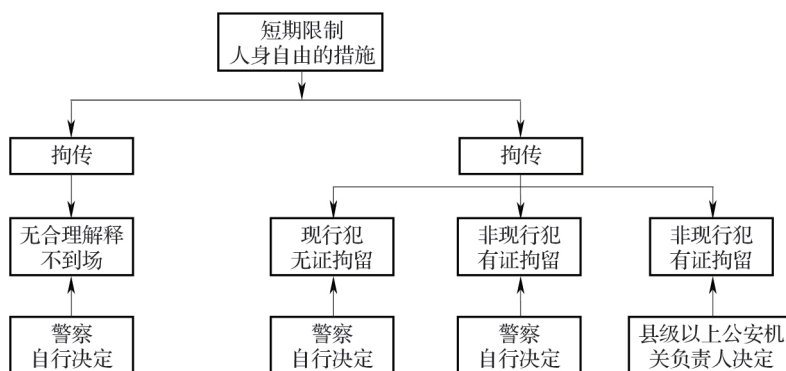
(19) 《刑事诉讼法》第89条,公安机关对被拘留的人,认为需要逮捕的,应当在拘留后的三日以内,提请人民检察院审查批准。在特殊情况下,提请审查批准的时间可以延长一日至四日。对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子,提请审查批准的时间可以延长至三十日。

(20) 台湾“高等法院”台南分院(96年声字第980号)。

(21) 同前注[7],第360页。

制度，将“径行拘传”所发挥的功能转至拘留制度。拘留是短期限制人身自由的主要措施，包括对现行犯的拘留和非现行犯的拘留，其中，非现行犯的拘留又分为有证拘留和特殊情况下的无证拘留两种。关于拘传与拘留的具体制度完善，将在下文详述。

表五 大陆短期限制人身自由强制措施体系之设想



3. 大陆刑事拘传、拘留制度的完善

上文所阐述之短期限制人身自由强制措施体系只是笔者的抽象构想，搭建了一个基本的制度框架，以界定拘传、拘留制度改革的基本方向。在该体系框架中，拘传的功能被严格限定在确保“经传唤无正当理由拒不到场的被追诉人到案接受讯问”的范围内，尤其是在立法明确了不得强迫自证其罪原则以后，更不应该将其作为一种可以长达24小时的获取证据的手段使用，而应还原其保证被追诉人到案接受讯问的本意。如果被讯问人愿意供述，12小时足矣，如果拒绝，也不能鼓励依靠时间战术获取口供。因此，应当对现行拘传制度进行改革，明确规定，如果犯罪嫌疑人、被告人经依法传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。同时，废除“径行拘传”，将其整合至拘留制度。下面将详细阐述关于现行拘留制度完善的构想。

在适用对象上，立法列举了属于“现行犯和重大嫌疑分子”的七种情形，即“正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；在身边或者住处发现有犯罪证据的；犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；有毁灭、伪造证据或者串供可能的；不讲真实姓名、住址，身份不明的；有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的”。但哪些情形属于现行犯，哪些情形属于重大嫌疑分子，在上述七种情形是否都应当出示拘留证，立法没有明确规定。而且，有些情形操作性差，模糊、混乱。例如，“犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的”这一条件中，“企图”属于主观心理态度范畴，很难把握和操作。而且，在很多情况下，如果不对犯罪嫌疑人讯问，他就没有自杀或逃跑的企图，但如果因为他没有自杀或逃跑的企图，不能对其拘留，只能拘传，而拘传由于其目的仅仅在于强制被告人到案接受讯问，因此不可能给予太长时间，又无法实现搜集证据提请审前羁押的目的。可以说，这种“企图”的规定，就使得这一条件陷入了“鸡生蛋，蛋生鸡”的怪圈，将拘留可能导致的结果变成了拘留的条件。

在适用主体上，公安机关和检察机关都可以适用，但是检察机关适用拘留受到了严格的

限制,仅能在“犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃”以及“有毁灭、伪造证据或者串供可能的”两种情形下适用。⁽²²⁾因此,检察机关在自侦案件中很难适用拘留措施⁽²³⁾,只能转而适用拘传。立法对检察机关的区别对待源于对拘留对象的规定。因为检察机关办理的案件很少为“现行犯”案件,因此立法限制了检察机关适用拘留的情况,但是忽略了对于非现行犯也需要赋予司法机关短期限制人身自由的手段的需求。

在适用程序上,公安部《规定》第121条规定,“拘留犯罪嫌疑人,应当填写呈请拘留报告书,经县级以上公安机关负责人批准,制作拘留证。”在拘留证的审批上,又存在着程序复杂的问题,往往要经过警察——警察所在部门负责人——法制部门负责人——主管局长等重重工序⁽²⁴⁾。

可见,我国看似内容丰富的拘留制度无法满足实践的真正需要,反而导致实践中拘传、拘留、盘查等诸项措施之间的混用、滥用、借用。因此,有必要在短期限制人身自由强制措施的刑事诉讼功能视角下重新考虑拘留制度的设置。

如前所述,应在拘留制度的体系设计上采纳大陆法系通行的对拘留的划分方法,将拘留分为现行犯的拘留和非现行犯的拘留。具体来说,有以下建议:

第一,取消现行关于公安机关与检察机关在适用拘留情形上的区别对待条款。根据我国现行《刑事诉讼法》第80条和第163条的规定,公安机关可以在七种情形下拘留犯罪嫌疑人,而检察机关办理自侦案件过程中只能在“犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃”以及“有毁灭、伪造证据或者串供可能的”两种情形下适用。这种立法规定的初衷可能是考虑到检察机关办理的自侦案件很少出现紧急的情况,因此不必要适用全部七种情形。但是,考察其它几种情形,检察机关在办理自侦案件的过程中仍然有可能适用拘留措施,例如正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的;被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的;在身边或者住处发现有犯罪证据的;有多次作案重大嫌疑的等。因此,对公安机关和检察机关在拘留适用情形上的区分是不符合实践情况的。

从立法技术上分析,即使法律统一规定了公安机关和检察机关适用拘留的条件,但只要是个案中不符合法律规定的条件,也是不能适用的,例如“流窜作案”的情形,不会产生任何问题。相反,如果法律预先对检察机关适用拘留的情形限制过多,则会导致在实践中本来可以适用拘留的案件无法适用,例如“在身边或住处发现有犯罪证据的”,或者“有多次作案的重大嫌疑的”等,只能转而寻求其他的解决途径,例如通过变相的多次拘传的方法实现拘留的功能,或者要求延长拘传的期限。

第二,废除现行拘留七种情形的规定,明确区分现行犯与非现行犯。现行法律采取的是列举式的规定方法,明确规定在七种情形下可以适用拘留。但是,如前所述,这七种适用情

(22) 《刑事诉讼法》第163条规定,人民检察院直接受理的案件中符合本法第七十九条、第八十条第四项、第五项规定情形,需要逮捕、拘留犯罪嫌疑人的,由人民检察院作出决定,由公安机关执行。

(23) 同前注 [17]。

(24) 马静华《侦查权力的控制如何实现——以刑事拘留审批制度为例的分析》,《政法论坛》2009年第5期。

形可能并不能穷尽实践中需要拘留的情况，而且各情形界限不清，适用程序混乱。例如，对于现有的七种适用情形，既可能是现行犯，也可能是非现行犯，在适用程序上原则上都应当出示拘留证，但在情况紧急时也可以事后补发拘留证。这就给司法带来了极大的不确定性。应废除现行的七种情形，采纳大陆法系国家的普遍做法，将拘留的适用对象划分为现行犯和非现行犯，并设定不同的适用程序。

澳门和台湾的刑事诉讼法中均明确界定何为“现行犯”。澳门《刑事诉讼法典》第239条规定，“一、凡正在实施或刚实施完毕之犯罪，均为现行犯。二、行为人在犯罪后，实时被任何人追蹑，或实时被发现带有能清楚显示其刚实施或参与犯罪完毕之对象或迹象者，亦视为现行犯。三、如属继续犯之情况，则仅在仍存有能清楚显示犯罪正在实施及行为人正参与犯罪之迹象时，现行犯之状态方存续。”台湾“刑事诉讼法”第88条也有类似规定，即：“现行犯，不问何人得径行逮捕之。犯罪在实施中或实施后实时发觉者，为现行犯。有左列情形之一者，以现行犯论：一、被追呼为犯罪人者。二、因持有凶器、赃物或其他对象或于身体、衣服等处露有犯罪痕迹，显可疑为犯罪人者。”

因此，可在参考上述概念的基础上废除目前七种情形的规定，明确在刑事诉讼法典中规定现行犯的认定标准，即“正在预备犯罪、实施犯罪或犯罪刚刚完成的”；“在犯罪后即时被发觉或者被追呼为犯罪人的”以及“实时被发现能清楚显示其刚实施或参与犯罪的迹象或证据的”为现行犯。并明确规定，而对于非现行犯，则应当区分情形，只在特别紧急的情况下才能适用无证拘留。

第三，明确有证拘留与无证拘留的适用条件。在立法明确了现行犯与非现行犯的概念后，应当区分现行犯与非现行犯设定不同的程序。对于现行犯，警察可以进行无证拘留，但事后应当补发拘留证。对于非现行犯，应当建立有证拘留为原则，无证拘留为例外的制度。

此项制度设计的难度在于如何确定非现行犯无证拘留的范围。澳门的规定是从罪行的严重性角度出发，规定必须是可能判处超逾3年有期徒刑以上刑罚，或者有违法逗留情形的案件⁽²⁵⁾，警察认为可能有逃跑之虞并且情况紧急的非现行犯⁽²⁶⁾，才能适用无证拘留。而台湾刑幅门槛相对较低，如果是根据现行犯供述找到的共犯或者是逃犯，并没有刑幅的限制；对于经盘查而逃逸的，则要求可判处1年及以上的刑罚。但是，如果非上述情况，则要求满足

(25) 虽然澳门《刑事诉讼法典》第240条并未明确规定被追诉人涉嫌罪行的轻重程度，但其条件之一为“可采取羁押措施”而根据《刑事诉讼法典》第186条，如属下列情况，且法官认为以上各条所指之措施对于有关情况系不适当或不足够，得命令将嫌犯羁押：a) 有强烈迹象显示嫌犯曾故意实施可处以最高限度超逾三年徒刑之犯罪；或 b) 作为羁押对象之人曾不合规则进入或正不合规则逗留于澳门，又或正进行将该人移交至另一地区或国家之程序或驱逐该人之程序。

(26) 澳门《刑事诉讼法典》第240条规定，“如属下列情况，刑事警察当局亦得主动命令非现行犯情况下之拘留：a) 可采用羁押措施； b) 有资料支持恐防有关之人逃走属有依据者；及 c) 因情况紧急，且如有延误将构成危险，以致不可能等待司法当局之介入。”上述三项必须同时满足，才能适用。参见：Manuel Leal - Henriques 《澳门刑事诉讼法教程》（下册），卢映霞译，法律及司法培训中心2010年版，第14页。

强制性羁押的条件⁽²⁷⁾，即可判处超逾5年以上刑罚，并且情况紧急，有逃亡之虞的重大嫌疑者。⁽²⁸⁾

在大陆，可以考虑对符合以下情形的非现行犯实现无证拘留，包括：（1）经现行犯指认或者检举为共犯的；（2）比较严重的犯罪案件，如可能判处有期徒刑3年以上刑罚的，如不适用拘留可能导致犯罪嫌疑人逃跑、继续犯罪或者有毁灭证据可能的；（3）对于犯罪性质比较特殊的案件，如危害国家安全犯罪、恐怖主义犯罪、黑社会性质组织罪等，如不适用拘留可能导致犯罪嫌疑人逃跑、继续犯罪或者有毁灭证据可能的。对于其他情形的非现行犯，则一律适用有证拘留。鉴于侦查的紧迫性，有证拘留可采用电话等即时通讯方式，事后以书面形式补正。

第四，修改目前拘留期限和延长期限的程序。拘留的期限问题，可能是我国目前刑事诉讼改革中的难题之一，也是加强审前程序的人权保障必须解决的问题。从比较法角度考察，鲜有国家的立法允许警察在没有任何其他机关审查、介入的情况下控制犯罪嫌疑人的人身自由长达37天之久。大陆现行的拘留期限规定可能是与刑事诉讼中高羁押率的原因是同一的，即担心如果不在审前限制犯罪嫌疑人的人身自由，犯罪嫌疑人可能会脱逃，妨碍诉讼的进行。这一担心在地域广大、人口众多、信用体系又不是很发达的地区确实是合理的，但是，随着刑事侦查技术的提高、刑事侦查手段的增加，以及取保候审、监视居住等措施的改革，应当对刑事拘留期限提出新的、更符合国际标准的要求。然而，本次刑事诉讼法的修改非但没有解决这一问题，反而在第165条中延长了检察机关自侦案件的期限，即人民检察院对直接受理的案件中被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在14日以内作出决定。在特殊情况下，决定逮捕的时间可以延长1日至3日。

而且，在司法实践中，拘留期限延长被普遍滥用。在云南横县，被延长拘留期限的人数占全部被拘留人的63.9%，平均延长期限为25天，还有的地区延长至30日情形占有拘留后提请批捕人数的35.52%⁽²⁹⁾。即使在相对发达的某直辖市的某城区看守所，拘留期限延长的情况也非常普遍。在拘留期限延长总体情况方面，全部被调查者的拘留期限延长率为98.8%；平均被延长至28.5天。其中，延长至7天者为19人，占全部被调查者的5.6%；延长至30天的为298名，占88.4%；另有个别人员延长至30天以上。⁽³⁰⁾因此，当延长至30日的情况已经从立法时所期望的“极特殊情况”异化为司法常态的情况下，拘留的期限必须缩短，否则任何提高被拘留人权利保障的话题都只能流于空谈。

(27) 台湾“刑事诉讼法”第101条羁押的要件中，将超逾5年以上的重罪作为强制性羁押的条件，即只要超逾5年以上的重罪，该犯罪嫌疑人必须羁押。然而，在实践中，台湾的大法官指出，即使是5年以上的重罪，也必须考虑比例原则，是否具有相当理由认为可能具有逃亡或毁灭证据的可能。

(28) 根据台湾“刑事诉讼法”第88条之一的规定，主要适用于以下四种情形：（一）因现行犯之供述，且有事实足认为共犯嫌疑重大者；（二）在执行或在押中之脱逃者；（三）有事实足认为犯罪嫌疑重大，经被盘查而逃逸者（但所犯显系最重本刑为一年以下有期徒刑、拘役或专科罚金之罪者，不在此限）；（四）所犯为死刑、无期徒刑或最轻本刑为五年以上有期徒刑之罪，嫌疑重大，有事实足认为有逃亡之虞者。

(29) 张超《公安机关实施刑事拘留期限状况调查报告》，《中国刑事法杂志》2010年第5期。

(30) 同前注[26]。

因此，虽然我们无法在短期内实现与西方国家基本一致的 24 小时、48 小时或者 72 小时的拘留期限，但是至少应当取消延长至 30 日的拘留期限规定。同时，应当严格延长拘留期限的程序，将延长拘留期限的审批权转交检察机关行使。具体设想是，公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的 3 日以内，提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，经同级人民检察院批准，提请审查批准的时间可以延长 1 日至 4 日。检察机关自行侦查的案件，应当在 10 日内作出批准逮捕的决定，特殊情况下可以延长 1 至 4 日。

此外，虽然盘查并非刑事诉讼中短期限制人身自由的强制措施，但是鉴于其在实践中发挥的短期限制人身自由的实际功能，应当考虑在立法中建立盘查和拘留的衔接制度。

从司法实践的运作情况来看，由于使用留置能争取到最多 48 小时的办案时间，有的干警就把留置当成了办案的一大法宝，只要有案子就往这个口袋里装。对案件中犯罪嫌疑人身份明确的，案情轻微不需要适用留置或是刑事案件中应当使用刑事强制措施的也都一概适用留置。⁽³¹⁾ 而且，为了争取更多的办案时间，侦查人员往往用尽了盘查、留置的 48 小时后，再采取刑事诉讼措施，如拘传或者拘留等。

在我国行政刑事双轨制的法律现状之下，取消作为行政强制措施的盘查，代之以刑事诉讼措施，是不妥当的。但是，为了避免这种滥用盘查手段、侵犯被盘查人权利的现象，建议如果案件经过盘查，发现属于刑事案件的，应当立即转为刑事案件并采用适当的刑事诉讼措施，并可以借鉴法国《刑事诉讼法》第 78 条 -3、第 78 条 -4 的规定，将之前盘查的时间从随后采取的刑事诉讼措施（如拘留）的时间中扣除。

（责任编辑：宋浣沙）

(31) 同前注 [13]。

Comparison and Discussion on the System of Criminal Short – term Pretrial Detention

LI Zhe • 103 •

The compelled appearance and detention in criminal procedure law shall be examined and improved as a whole body of short – term pretrial detention. The functions of the compelled appearance and detention shall be clarified under the context of short – term pretrial detention. Compelled appearance shall be limited as a method to compel the suspect and defendant to appear while a legal summon can not work. The current function of compelled appearance as a “direct compelled appearance without prior summons” shall be abolished together with the prolonged time limit up to 24 hours for such compelled appearance. Detention shall play a more active and dominant role in the system of the short – term pretrial detention with the functions such as detain without warrant of a red – handed criminal , detain with warrant of a suspect , and detain without warrant of a suspect under urgent circumstances.

Key Words: Compelled Appearance; Detain with Warrant; Detain without Warrant; Flagrant Delicto

Li Zhe , Assistant Professor at Law School of Macau University , Doctor of Laws.

The Risk In Trial and Court Mediation

CAO Yunji • 118 •

The choice of form for dispute resolution is faced with risk and cost evaluation. In China , judges evaluate the costs while it is the parties who evaluate costs in choosing form of dispute resolution in continental and common law system. Mediation may lead to “incomplete justice”. The direction where the disappeared justice goes depends on who evaluates the costs. The disappeared justice greatly offset the risk which judges encounter in the trial process. With the new civil procedural law issued and the judicial reform policy reinforcing the responsibility of collegiate bench enacted , the risk between the mediation and trial nearly balanced , but the risk of trial continues to exist in the future. So the judge will transfer the risk he encounters to the parties by procedure rules , and that’s why it’s of great significance to reconsider the power allocation of judges and parties , and raise the status of parties in civil trial. The interior or exterior supervision system for judges should be transferred to litigation rights restricting judicial power system in judicial reform.

Key Words: Judge’s Responsibility System; Power Allocation; Adversary System; Trial Risk
Cao Yunji , Doctor Candidate at Law School of Tsing – hua University.

Research on the Mode of Third Party’s After – procedure Protection in China

ZHANG Xingmei • 133 •

With the principle of judgment’s relativity spreading outwards gradually and unfaithful litigation acts increase , to satisfy both the entity and procedure purposes of civil procedure law , it is of legitimacy , necessary and emergency to give effective after – procedure relief and protection to the third party , who can not attend the original lawsuit with the reason of which not attributable to himself and whose civil rights are related to the lawsuit , to make up the lack of procedural interests protection before procedure. The 2012 revised Civil Procedure Law established the withdrawal lawsuit of the third