



中字体 ▼

“取保候审适用中的问题与对策”研讨会在京隆重召开

2007年6月30日至7月1日，由北师大刑科院副院长宋英辉教授作为主持人的“保释与中国强制措施改革”课题组主办的“取保候审适用中的问题与对策”研讨会在京隆重召开。会议的开幕式由北师大刑科院副院长宋英辉教授主持。在会议的开幕式上，最高人民检察院检委会副部级专职委员戴玉忠、全国人大法工委刑法室副主任滕炜、公安部法制局副局长孙茂利、中国政法大学终身教授陈光中、北师大刑科院常务副院长卢建平教授发表了热情洋溢的讲话。

在为期一天半的研讨会上，来自全国人大法工委、中央政法委、最高人民检察院、公安部、司法部、全国律协的领导、专家，来自北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、社会科学院法学研究所、上海交通大学、华东政法大学、西南政法大学等高校和科研机构的专家、学者，以及来自北京、上海、河北、浙江、山东等地的司法实务部门的代表和北师大刑科院刑事诉讼法研究所的研究人员共70余人出席了此次研讨会。各位专家针对我国取保候审适用中存在的问题，重点围绕取保候审的方式、取保候审前的风险评估与取保候审期间的监管、取保候审义务与违反取保候审义务的制裁、特殊人群的取保候审问题等议题进行了探讨。会议认为，对于符合条件的犯罪嫌疑人、被告人适用取保候审，对于保障人权、减少羁押带来的交叉感染及其他负面作用、节省司法资源等具有重要作用。为了充分发挥取保候审制度的积极作用，应当进一步完善立法关于取保候审条件、方式、程序的规定，实行取保候审前的全面调查和风险评估机制，建立“政府主导、社会机构参与”为模式的监管体系，促进办案人员观念更新，加强对办案人员的培训等。其中，北师大刑科院副院长宋英辉教授作了“取保候审实证研究”的报告，受到与会专家学者的高度重视和普遍好评。

研讨会的闭幕式由北师大刑科院刑事诉讼法研究所副所长刘广三教授主持。上海交通大学法学院副院长周伟教授、北师大刑科院副院长宋英辉教授分别致词，对研讨会进行了系统的总结。

“取保候审适用中的问题与对策”研讨会综述*

取保候审是我国刑事强制措施体系中一项非羁押性的强制措施,也是在我国刑事程序中实现犯罪嫌疑人、被告人非羁押处遇的最重要途径。从某种意义上来说,取保候审的适用状况直接影响到刑事诉讼惩罚犯罪和保障人权平衡目的的实现。然而,当前取保候审适用比率极低并导致一系列负面影响。这种情况的产生,一方面与我国社会整体处于转型之中、犯罪数量激增、人口流动性大大增强等因素有关;另一方面也与我国取保候审制度本身及在司法实践中的具体操作方式上的不完善密切相关。因此,明确取保候审实践中存在的问题并根据我国的现实国情进行制度上和操作方式上的完善是解决目前取保候审困局的一条思路。为此,2007年6月30日至7月1日,由宋英辉教授主持的“保释与中国强制措施改革”课题组在北京举办“取保候审适用中的问题与对策”研讨会。来自中央机关、高校、科研机构以及地方实务部门的专家学者共计70余人出席了此次会议。

此次研讨会是“保释与中国强制措施改革”课题组所进行的有关取保候审的实证研究和改革试点的成果总结会。在听取课题组关于取保候审实证研究的报告后,与会代表均对课题组通过深入调研和改革试点系统研究取保候审在实践存在的问题并结合我国国情提出相应的完善立法和改进司法的建议的研究思路和研究成果,予以了充分的肯定和赞赏。之后,各位代表针对我国取保候审适用中存在的问题,重点围绕取保候审的方式与程序、取保候审前的风险评估与取保候审期间的监管、取保候审义务与违反取保候审义务的制裁、特殊群体的取保候审等议题进行了深入的探讨。与会代表普遍认为在构建社会主义和谐社会和贯彻宽严相济刑事司法政策的大背景下,对取保候审制度乃至整个刑事诉讼强制措施体系进行系统、完善的实证研究是非常必要的,也是难能可贵的,具有理论和实践两方面的价值和意义。

一、取保候审的立法及适用中存在的问题

取保候审作为一项非羁押性的刑事强制措施,对于惩罚犯罪和保障人权都有积极的意义。有学者指出,充分适用取保候审,对于保障犯罪嫌疑人、被告人的人身自由,减少犯罪嫌疑人、被告人和公安司法机关之间的对立情绪、保障刑事诉讼的顺利进行,降低公安司法机关的诉讼成本、缓解公安司法机关因为羁押所带来的不必要的工作量,增强犯罪嫌疑人、被告人的法律责任意识都有非常重要的意义。当前,构建和谐社会和贯彻宽严相济刑事司法政策的大背景,为理论界和实务界共同研究如何完善取保候审制度,以更多的适用取保候审,提供了一个良好的政策环境。而明确取保候审在立法和司法实践中适用方面存在的问题,是完善取保候审制度的前提。

(一) 取保候审的立法

关于我国取保候审的立法现状,有学者指出,从刑事诉讼法的发展和演进来看,1996年刑事诉讼法修改,有关取保候审的制度设计,还是引起了立法机关的足够重视的。到目前为止,包括刑事诉讼法在内的各项法律法规、司法解释以及相关部门的规章制度中,涉及取保候审的立法规定大约有152条之多,内容涉及取保候审的对象、取保候审的程序、取保候审的期限、被保证人和保证人的义务和责任等,应该说已经基本形成了关于取保候审的较为系统的法律规范体系。虽然说立法上对取保候审的规定可谓全面、系统,但就这些法律规范本身而言,一方面过于拖沓和繁冗且有挂一漏万之嫌,另一方面过于原则和抽象,缺乏可操作性,尚不能完全符合司法实践的需要,有待进一步改革和完善。还有实务部门代表以未成年人取保候审为例,认为目前法律关于取保候审的规定主要存在四个方面的问题:(1)没有形成权利保障和无罪推定的先进理念;(2)尚未体现未成年人在取保候审条件上的特殊性;

(3) 没有体现出一种追求公正价值的全面性；(4) 救济程序的设置上还不很完整。

针对此次刑事诉讼法修正案应否涉及取保候审及强制措施的问题，不少学者认为强制措施涉及利益重大且在实践中存在的问题较大，应当以此次刑事诉讼法的再修改为契机，加大对取保候审乃至强制措施的研究力度，通过对相关问题的研讨，推动整个刑事诉讼强制措施体系的改革，争取将之体现在立法之中。有学者进一步从世界刑事司法的发展趋势论证，关于取保候审的改革以及配套制度的建立必然要写进刑事诉讼法，只是时间早晚的问题。该学者指出，从世界刑事司法轻缓化的发展趋势来看，我国的取保候审制度也必然要经历一个发展和完善的过程，从而实现与国际刑事司法准则的对接，更加体现保障人权的价值理念。

(二) 取保候审适用中存在的问题

关于实践中适用取保候审存在的问题，与会代表基本上达成一致，普遍认为实践中办案机关对取保候审的适用条件掌握过严，造成取保候审适用少，无法发挥其应有的作用。具体而言，主要包括以下问题：

1. 取保候审的法律规定过于原则，缺乏可操作性。有来自实务部门的代表指出，刑事诉讼法第51条第2款“不致发生社会危险性”的规定过于抽象，现行的相关解释也没有对其予以明确，究竟什么情况才构成“不致发生社会危险性”，在实际办案中，更多的是由办案人员进行主观判断，缺乏确切的评判标准。

2. 办理取保候审的相关法律手续过于复杂。据来自基层公安机关的代表介绍，目前公安机关办理取保候审需要呈请部门领导审批，保证金需要到县（区）级公安机关行政部门开具收取保证金单据，再把保证金交到当地财政局，入财政专门账户，期间需要联系包括公安局局长在内的5个相关部门的负责人办理相关手续，案件审判结束后，退还保证金需要再将以上手续重复一遍。手续复杂、程序繁琐，在一定程度上影响了办案人员办理取保候审的积极性。

3. 取保候审的方式单一。刑事诉讼法中规定了取保候审的两种方式：一是保证金保证；二是保证人保证。有来自实务部分的代表指出，保证金保证对于经济困难的犯罪嫌疑人、被告人适用性较差，而保证人保证对于流动人口来说难以在短时间内在当地找到合适的保证人，因而都存在缺陷，适用性较差。有的代表指出，目前的取保候审方式缺乏灵活性和体系化，难以应对复杂多变的具体案情。还有的代表指出，保证金保证和保证人保证在实践中都作用有限，应当探索更多的取保候审方式。

4. 取保候审后缺乏有效的监管机制。有学者指出，根据刑事诉讼法的规定，取保候审的执行机关是公安机关，同时根据公安机关的内部规定，取保候审主要由犯罪嫌疑人居住地派出所来具体负责执行，但在实践中，由于基层派出所忙于应对社会治安管理和刑事侦查的双重任务以及一些非警务工作，根本无力对被取保候审人进行监管，这就造成“保而不管”的状态。这种监管空白的情况，一方面可能导致取保候审期间脱逃或者其他妨碍诉讼情形的发生，另一方面也会使办案人员因为担忧无力监管而拒绝适用取保候审。

5. 对违反取保候审义务的制裁措施因缺乏可操作性而失效。这一方面包括对被取保候审人的惩罚措施，另一方面也包括对保证人的惩罚措施。有实务部分的代表介绍，在实践中，对保证人罚款的制裁措施因难以执行而无法落实，而追究保证人的刑事责任也因取证较为困难而无法实现。对违反取保候审义务的行为制裁不力也是取保候审在现实中很少适用的原因之一。

6. 取保候审与案件的实体处理联系过于紧密而扭曲了取保候审这一强制措施的程序属性。一方面，办案机关在考虑是否取保候审时主要考虑是否可能判处实刑；另一方面，由于在实践中，法院对于之前取保候审的犯罪嫌疑人、被告人一般都判处有期徒刑缓刑以下刑罚，因此，办理取保候审的机关在考虑是否取保候审时不得不考虑到取保将导致判处缓刑而致放纵犯罪这一因素。

除此之外，取保候审适用中的问题还包括办案人员、犯罪嫌疑人及其家属、受害人等诉讼主体观念方面的因素，比如有的学者指出，实践中，办案人员长期以来形成的“以捕代侦”、“通过羁押获取口供”等观念都严重影响取保候审的适用。另外，有实务部门的代表还指出了实践中办案人员在适用取保候审时的一些两难困境。例如，犯罪嫌疑人及其家属往往以取保候审为条件，就是否投案自首与公安机关讨价还价，办理取保候审就投案自首，否则就继续潜逃；或者犯罪嫌疑人在被抓获后，向公安机关提出要求，办理取保候审就交代犯罪事实，不办取保候审就不交代犯罪事实。还有，部分受害人要求公安机关对犯罪嫌疑人必须采取拘留、逮捕的强制措施，否则就上访，利用政府强行压制公安机关逮捕犯罪嫌疑人等。

关于进一步扩大取保候审的适用可能面临的问题，有学者指出，扩大取保候审的最大难点就在于对外来人口、流动人口如何适用取保候审。当前，中国正处于城市化的进程之中，大量农村人口正在涌入城市，而且这个热潮还在逐步升温，再过几十年，中国的城市—农村格局可能会发生根本性的转变，城市化程度可能达到80%。这种形势下，对外来人口、流动人口的取保候审问题就成为一个亟待解决的问题。还有学者表示，一旦扩大取保候审的适用，那么如何来预防取保候审过程中可能出现的司法腐败等不当行为，这也是研究取保候审不可回避的一个问题。

二、完善取保候审的总体思路

关于完善取保候审的总体思路，主要围绕研究方法和研究视角的转换、诉讼理念的更新、理论基础的定位、配套制度的完善等几个大的方面展开。

（一）研究方法和研究视角的转换

从研究方法来看，与会代表均认为应通过实证研究的方法来完善包括取保候审在内的刑事诉讼制度。应当通过深入实践来发现问题，并针对问题设计改革的方案并进行实验以考察效果。从研究视角来看，当前的刑事诉讼法学研究已经不再禁锢在“乌托邦式”的理想图景下，而是更多融入了问题意识，从中国的现实出发去研究解决问题的方案，探寻适合中国自身的制度架构。与会代表大多认为取保候审制度的完善应立足于中国的实际情况，致力于解决中国的问题。也有学者指出，当前的实证研究还仅仅处于探索阶段，尚不能与社会学中较为成熟的实证研究相提并论，因此应当通过多种途经、多元模式、多维对照，加大对刑事诉讼相关问题的实证研究。

（二）诉讼理念的更新

办案人员的观念与取保候审的适用密切相关。针对这一问题，有学者指出，制度的建设需要高素质的人员来执行，取保候审之所以存在很多问题，很大程度上就是诉讼理念的问题。因此，该学者建议通过刑事诉讼法的再修改，通过加大社会主义法治理念教育，促进办案人员的诉讼理念的转变和更新。这在一定程度上赢得了司法实务部门代表的赞同，“改革取保候审制度最重要的是有一个正确的诉讼理念，只有有一个正确的诉讼理念，才能解决问题。”

具体到如何进行诉讼理念和观念的更新，有学者认为应当从三个层次进行：（1）对强制措施的认识需要更新。目前对强制措施的理解还存在一定的偏差，对强制措施的性质、功能应当有准确的界定。（2）羁押性强制措施与非羁押性强制措施的划定需要更新。应当认识到，无论从联合国刑事司法准则还是国际刑事司法发展趋势来看，审前应当以非羁押性强制措施为原则、以羁押性强制措施为例外。（3）对取保候审的概念及功能的认识需要更新。需要对取保候审的名称、功能和性质有一个更为清楚的认识。

有学者提出，改革和完善我国的取保候审制度必须转变以下几个观念：（1）从适用取保

候审的单一目的向双重目的的转变。按照传统的认识和观念，保证刑事诉讼的顺利进行是强制措施的根本目的，然而根据程序正义价值的要求，取保候审的适用不仅是为了实现国家刑罚权，在更大程度上还要保障人权。因此，要从保证刑事诉讼顺利进行的单一目的转向保证诉讼顺利进行和保障人权的双重目的。（2）从实现诉讼权力到实现权利保障的转变。法律赋予公检法机关行使强制措施的权力，但是如何约束这一权力的恰当行使，保障诉讼活动顺利进行而又不侵犯被追诉人的合法权益，这就需要从权力实现转变为权利保障。（3）从诉讼功利主义向诉讼人本主义的转变。办案机关应当改变以自我为中心、以办案的便利为中心的思维方式，学会从犯罪嫌疑人、被告人的角度进行思考。（4）就被追诉者的地位而言，从诉讼客体化向诉讼主体化转变。也就是要摒弃有罪推定的传统思维，确立无罪推定的诉讼理念。（5）从评估风险扩大化的观念向制度化、管理化转变，正确认识被取保候审人可能逃跑的比例。

针对扩大取保候审的可能导致的风险，许多代表发表了自己的观点。有学者认为，应当确立取保候审的风险担当意识，认识到取保候审是存在一定风险的，国外的保释也存在一定比例的脱逃率，不能因为扩大取保候审有一定的风险有否定其必要性。还有的学者建议，应当对取保候审扩大可能带来的风险进行研究，了解办案机关和社会公众对于这些风险的承受能力。

（三）理论基础的定位

关于取保候审的理论基础，有的学者认为应当充分借鉴国外保释制度，从保释制度存在的理论基础中挖掘和寻求我国取保候审制度的理论基础，当前关于保释制度的理论基础较为一致的认识是无罪推定和人身自由权理论，因此，应当从这两方面入手，引进国外的保释制度以代替我国的取保候审制度。但是，也有学者指出，国外的保释制度在某种程度上可能并不适合中国的国情，完全引进国外的保释制度既无必要也不现实。保释制度实际上是被羁押的犯罪嫌疑人要求恢复自由的一种权利，司法机关自然要保障这种权利的实现，羁押只能是一种例外情形且必须要有法律上的根据。我国的取保候审制度在立法的价值取向上与保释不同，是法律赋予公安司法机关限制犯罪嫌疑人人身自由的一种选择性的强制措施，它的主要取向是为了保证诉讼的进行，取保是为了候审，而不是为了释放，这种立法取向上的不同也必然造成实践中把羁押当作一种常态，而取保候审只是一种例外和补充。进而有学者认为，我国取保候审制度完善的路径最终必须从我国本身的国情去探索，不能一味吸收和借鉴保释制度。当然，也不能以国情为借口，一概拒绝国外先进的制度，在对待国情的问题上，一切先进的司法文明需要依靠法律规则的培育来推动。

（四）配套制度的完善

有学者指出，立法上配套制度的缺失也在一定程度上限制了取保候审的扩大适用，导致羁押率过高。该学者主要从辩诉交易制度、特殊侦查手段、证人保护制度、强制措施制度四个方面分别分析了在我国完善取保候审制度所存在的制度障碍。有的代表认为，应当构建审前的风险评估机制、审中的监督制约机制、审后的支持考察机制和羁押司法复审机制“四位一体”的系统工程来改革和完善取保候审制度。还有学者建议通过进一步强化律师参与取保候审的作用，赋予检察机关对公安机关适用取保候审的监督职能等方式来完善我国的取保候审制度。

也有学者在对国外保释制度的发展历程进行考证之后，认为取保候审在某种意义上已经不单纯是一个法律问题，更多的是一个社会控制问题。我国现在的社会控制能力较弱，在某种程度上不容易对被取保候审人进行监管和控制。但是，随着国家的社会控制能力的逐步提高，当犯罪嫌疑人、被告人知道其行为、信息都在国家机关的控制之下时，他逃跑的欲望就会大大降低。因此，从社会控制的角度去理解取保候审的问题也是完善取保候审的思路之一。这一观点被许多与会代表所认可，认为取保候审不仅是一个法律问题，更大意义上来说

而是一个社会系统工程。作为一项社会系统工程，取保候审的改革进度除取决于实践部门的观念转变和立法制度的影响之外，还受制于一些更为宏观的因素。例如，国家对社会的控制能力、国家总体的经济发展水平和国家对司法的投入、社会本身的发育水平和程度以及科学技术的发展和在刑事司法中的应用。

三、取保候审制度完善的具体问题

（一）取保候审的条件

针对取保候审条件缺乏可操作性、赋予办案机关较大的自由裁量权的问题，一部分学者认为应采取列举式的立法方法，明确可以取保候审和不可以取保候审的特殊情形，使取保候审的条件在实践中更具操作性。例如，明确规定正在怀孕、哺乳婴儿的妇女或者患有严重疾病的人、老年人以及未成年人在具备一定条件的情况下应当取保候审。但也有些学者对此持不同观点，他们认为，立法上不应也很难明确规定取保候审的适用条件，只能采用原则性的模式，实践中公安司法机关可以在原则的框架下自行掌握标准。学者们普遍认为，应当把取保候审的适用条件与羁押的条件衔接起来，通过健全羁押制度来扩大取保候审的适用，对于不符合羁押条件或者没有羁押必要的，一律适用取保候审。在此基础上，有学者进一步阐释，以可能判处的法定刑为标准划定取保候审的适用条件时，尽量采用裁量性规范；以犯罪主体为标准划定取保候审的适用条件时，可以采用技术性规范，比如对于未成年犯罪人原则上必须取保候审等。

（二）取保候审的方式

刑事诉讼法规定了保证人保证和保证金保证两种方式。对于保证人方式，有学者指出，保证人能否以及在多大程度上履行保证责任，取决于整个社会的信用制度建设。就我国当前的社会诚信体系发展水平而言，诚信评估机制尚不健全，更无所谓诚信备案机制。在这种情况下，寄希望于个人基于诚信的保证方式恐怕并不能产生实质的效果。对于保证金方式，就我国目前的犯罪格局来看，多数犯罪都是利益诱惑使然，很多犯罪嫌疑人、被告人都是无力支付保证金的，要是能够支付保证金，在某种程度上他也就不会犯罪。实践中，办案人员遇到的很多案件都是这种情况，可保可不保又拿不出保证金的，干脆将其逮捕。

在对取保候审方式进行反思的基础上，有学者建议我国应当设立多元化、阶梯型的保证方式体系，在原有保证金保证和保证人保证的基础上，适当增加几种保证方式，比如说个人具结、附条件取保、财产保证等。有学者着重就附条件取保的设想做深入的阐释，认为可以构建有中国特色的附条件取保候审制度，给决定机关一定的自由裁量权，根据犯罪嫌疑人的不同情况设定一些不同的附加条件，而这些附加条件是有针对性的，一旦违反，也要相应的给予针对性的处理。还有学者认为可以设立一种类似居间人的取保候审保证机构，一方面由居间机构与被取保候审人签订合同，代替被取保候审人支付保证金；另一方面，居间机构要向公安司法机构承诺切实履行对被取保候审人的监管。此外，通过考察国外保释旅馆、保释拘留所的做法，有的学者认为将我国刑事诉讼法中规定的监视居住改造为取保候审的一种方式也未尝不可。

在取保候审方式的具体适用方面，专家们认为，取保候审的诸多方式应当可以根据案件的具体情况选择适用，并且不局限于一种，可以合并适用多种保证方式。另外，取保候审的方式还可以根据案件情况的发展而及时变更，在作出取保候审决定时适用比较严重的保证方式，如果被取保候审人在取保期间表现良好的话，应当及时变更为比较轻微的方式。

（三）取保候审前的风险评估

有学者指出，对于公安司法机关或者犯罪嫌疑人、被告人而言，取保候审前的风险评估都是起着非常重要的作用。对公安司法机关来说，经过风险评估之后，无论作出取保候审还是

拘留、逮捕的决定都有了基本的依据，消除“办关系案”、“司法腐败”等非议的影响；对犯罪嫌疑人、被告人来说，风险评估也为其提供了对抗公安司法机关自由裁量权的武器，约束和限制公安司法机关的权力恣意和侵犯人权。还有的学者指出，取保候审的风险评估目的应当多元化，既包括对是否需要适用取保候审进行评估，还应对怎样更好的适用取保候审进行评估。有学者进一步阐述，风险评估不仅要解决对犯罪嫌疑人、被告人是羁押还是取保候审，还要解决取保候审后应当采取怎样的保证方式和监管措施。

关于取保候审前风险评估的制度设计，与会代表提出以下内容：

首先，评估方式应当程序化。有学者认为，虽然我国现在还很难一步到位构建英美国家的保释制度，但是就目前的司法状况而言，完全可以做到评估方式的程序化，具体就是要做到风险评估方式的公开化和诉讼化。究其原因：一是程序化具有强化正当性的功能；二是程序化具有说理性的功能；三是程序化具有说服的功能；四是程序化具有免责的功能。来自上海实务部门的代表还介绍了上海检察系统针对未成年人取保候审风险评估的具体程序：一是权利告知；二是开展社会调查；三是进行分析评定；四是审批核准。

其次，应当做到评估内容的层次性。在实践中，各机关在对适用取保候审进行风险评估时，考虑的主要因素就是有无继续犯罪的人身危险性、会不会逃避追诉、会不会妨害作证。有学者指出，这三个方面的考虑因素应该是不同层次的，首先考虑的是应该有无继续犯罪的人身危险性，如果不存在继续犯罪的人身危险性，那么后面两项就可以掌握的相对宽松一些。

再次，评估指标应当定量化。应该说，科学、合理的设置风险评估的指标直接决定了取保候审的适用程度。按照实践中掌握的标准，主要包括对犯罪行为的评估、对个人情况的评估、对家庭情况的评估和对社会保障支持的评估。有学者认为，应当进一步完善风险评估指标的设定，使之逐步定量化、规范化。有明确的指标就会减少在取保候审过程中的随意性，在最大程度上为公安司法机关决定是否适用取保候审提供依据。而有的学者则认为风险评估的指标不能太条文化、太格式化、太具体化，应该做到因案而异、因人而异。

（四）关于取保候审后的监管

关于取保候审后的监管空白的情况，有学者建议是否可以把检察机关和法院也纳入到取保候审的监管主体范围内，哪个机关决定取保候审的就由哪个机关负责监管。但有的学者认为即使将检察机关和法院纳入到监管主体范围内，恐怕也不能完全缓解当前司法资源匮乏、人员供给不足的矛盾。要想使监管空白的问题有较大改观，必须吸收社会力量参与到取保候审的监管程序中，这就涉及到一个成本转移的问题，将目前用于看守所、监狱建设的资金投入到社区矫正制度的完善和健全上。

关于具体加强监管的措施，与会代表提出了以下内容：（1）在取保候审的监管中可以建立一种相对限制人身自由的措施，例如国外的保释拘留所、保释旅馆，也可以将我国现在的监视居住改造为取保候审的方式之一；（2）通过电子化的装置控制，例如电子手镯等设备；（3）通过附设特定的义务来对特定事项进行限制，例如扣押证件、限制出境、宵禁等；（4）定期报告；（5）协调社区共管机制，例如街道办事处、居民/村民委员会或者专门的社会组织参与监管等；（6）取保候审期间的检查评估，了解被取保候审人在取保期间的风险值有无变化；（7）责任追究，例如没收保证金、收监，就违反取保候审规定的可以再设定罪名，以后再犯罪不得适用取保候审，等等。

（五）取保候审的义务及违反取保候审义务的法律后果

关于取保候审的义务，有学者指出，以往谈到取保候审的义务往往指的就是被取保候审人在取保候审期间所应当遵守的义务和保证人的义务，而忽视了取保候审的义务还应包括负责审查是否取保候审的办案机关人员的义务，具体应当包括以下几项：（1）告知义务，包括告知取保候审权利的义务和告知审查结果的义务；（2）审查义务，通过书面审查和调查询问

的方式审查是否具备取保候审的条件；（3）作出取保候审的义务，对于符合取保候审条件的作出取保候审决定。对于不批准取保候审的，必须告知不批准取保候审的理由。另外，还包括一些其它的义务，比如说监管的义务、及时取消取保候审的义务。

关于被取保候审人的义务，多数与会代表都认为取保候审的义务应当分为一般义务和特殊义务。一般义务可以规定的原则一些，例如我国刑事诉讼法第56条所规定的四项义务；特殊义务则应根据犯罪的具体情况和犯罪人的不同情形，在规定一般义务之外附加，例如扣押证件、定期报告、宵禁、禁止接触某些对象人或物品、限制出境等，尽量体现特殊义务的多样性和层次性。对于被取保候审人来说，不仅要履行所规定的一般义务，还必须严格遵守所附加的特殊义务，否则，必须承担法律对于违反取保候审义务所施加的制裁。

设定义务就必须明确违反义务后的制裁措施。关于违反取保候审义务的制裁，按照制裁的性质可以分为程序性制裁和实体性制裁。我国刑事诉讼法中对被取保候审人违反义务后的制裁多是从程序的角度进行规定的，比如说变更强制措施、没收保证金等，因此，有学者建议是否可以将被取保候审人违反义务的行为在实体上规定为一种犯罪，当然不一定只要是违反取保候审的义务就构成这种犯罪，必须考虑违反义务的程度和情节。但是，作为完整的制裁体系必然要从程序性制裁延伸到实体性制裁，否则制裁的约束力还是不够的。

另外，还有学者认为，违反取保候审义务的制裁机制，还应当包括两个问题：一是被取保候审人若违反规定的义务，是直接转为逮捕，还是要符合逮捕的条件之后才能转化为逮捕，还需不需要考虑可能判处的刑罚这个要素。因此，应当深入研究取保候审与逮捕的衔接问题，包括刑罚条件和证据条件的掌握。二是对保证人责任的认定机制，如何认定保证人的责任，这在我国现行立法中没有明确规定，应当加大这方面的研究力度，对此，有的学者建议对保证人的责任认定采用无过错责任制。除此之外，还包括对审查批准取保候审的机关违反义务的制裁，也是完善取保候审制度必须解决的问题之一。

* 本综述由何挺、王贞会执笔，宋英辉审改定稿。录音整理者为冯诏锋、廖莎、管延青、焦桂斌等。

更新日期：2007-9-1

阅读次数：393

上篇文章：“全球反恐法律框架研讨会”在京召开

下篇文章：死刑改革的全球考察

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号