

预期目标与理性检视： 监视居住的实证研究

刘梅湘

【摘要】监视居住制度因其内在缺陷而难以承载减少羁押之使命,羁押替代措施实为羁押候补措施。监视居住的适用已进一步规范化,但存在将其作为侦查手段适用,在指定居所进行讯问,不当限缩“固定住处”范围,监视方法取保候审化或者过度监视,对犯罪嫌疑人是否患有严重疾病,是否生活不能自理的判断具有随意性等问题。应明确禁止在指定居所进行讯问和全天候人盯人的监视方法;规定电子监控设备费用可由拟被监视居住的人自己承担;明确严重疾病、生活不能自理的认定标准和程序;革新固定居所的范围被管辖区域捆绑的规定。社会力量参与监视居住执行具有市场经济体制的政策基础、政府购买社会服务的制度基础、成功试水的实践基础及发育成熟的社会基础,立法应将其合法化。

【关键词】羁押替代性措施;固定住处;监视方法;严重疾病;社会力量参与执行

【作者简介】刘梅湘,西南政法大学刑事检察研究中心教授。

【原文出处】《中国刑事法杂志》(京),2021.3.104~122

【基金项目】本文系国家法治与法学理论研究项目“非羁押强制措施适用难题破解”(项目编号:16SFB2029)的研究成果。

一、研究背景与数据来源

2012年刑事诉讼法修改,将监视居住从取保候审中分离出来,并将其定位为羁押替代性措施,以实现既减少羁押,又防止监视居住滥用之目的。^①2018年刑事诉讼法修改主要是完善与监察法的衔接机制,建立刑事缺席审判制度,完善认罪认罚从宽制度和增加速裁程序,并未对监视居住制度作实质性调整。^②因而,本文主要以2012年刑事诉讼法修改为节点,展开实证研究,所得观点不受2018年刑事诉讼法修改的影响。学者们认为对监视居住规定有别于取保候审的适用条件,有利于在非羁押性强制措施和羁押性强制措施之间建立一种过渡措施,使监视居住成为某些情形下的唯一选择,使其具有更广阔的

适用空间以充分发挥制度价值。^③立法机关和学界均希望通过对监视居住制度的修改,使其在司法实践中发挥重要作用,以达到既减少羁押又保障诉讼顺利进行之目的。修改后的监视居住制度运行已七年之多,那么,这一制度到底运行情况如何,立法者和学者们的期待是否已经实现?羁押替代性功能是否得以发挥?监视居住是否被滥用?各项程序规则是否运行顺畅?

学界对此做了一些实证研究,揭示了监视居住的一些局部状况,但仍存在一些局限:一是这些实证研究主要关注检察机关适用指定居所监视居住的情况。^④二是即使是关注了公安机关对监视居住的适用,也侧重关注公安机关适用指定居所监视居住的

情况,忽略普通监视居住。三是有些实证研究的数据全部建立在裁判文书的梳理和统计上,缺乏对监视居住适用情况的直观揭示,再加上并非所有的裁判文书都上网,其对于监视居住趋势的分析,可能与实际情况存在偏差。本文将对侦查机关适用监视居住进行直接考察,揭示预期目标的实现情况,并提出相应的完善建议。

本文数据主要由C市公安局和L市公安局所辖分局数据汇总统计而成,有些属于公安机关日常工作中系统自动生成,有些属于人工统计。课题组还对W市公安局和W市保安服务公司进行访谈,有些材料由他们提供。还有少量是来自中国法律年鉴和地方年鉴。C市是H省省会城市,下辖2个县级市、1个县、6个区,分局的设置与该行政区划对应,C市的数据是这9个县(市)局、分局的材料汇总后形成。L市是D省的一个地级市,下辖1个县级市、8个县、6个区,L市的数据是由6个县局和9个分局(大派出所)统计而成。^⑤C市的人均可支配收入远高于全国平均水平,属于经济发达地区;而L市人均可支配收入则低于全国平均水平,属于经济欠发达地区;W市属于东部地区,经济发展水平高于C市。C市、L市、W市都分属于不同的省份。因此,无论是从地域上还是经济发展水平上来说都具有代表性。

数据的时间跨度为2010年至2018年上半年,具体为C市的时间跨度是2010年至2018年上半年,L市统计的时间跨度为2011年至2018年上半年。需要说明的是,在考察监视居住在2012年《刑事诉讼法》修改前后适用率的变化情况时,是采用这一时间段的数据,在考察具体规则的适用情况时,是采用2013年及以后的数据。

二、监视居住适用的基本情况

(一)监视居住适用的总体情况

C市公安局在2010年至2018年上半年间,对犯罪嫌疑人、被告人采取刑事拘留、取保候审、监视居住、逮捕等四种刑事强制措施共191585人次。其中,采取刑事拘留的有92738人次,占刑事强制措施总数的48.41%;采取取保候审的有26792人次,占刑事强制措施总数的13.98%;采取监视居住的有13988人次,占刑事强制措施总数的7.30%;被依法批准逮捕的有58367人次,占刑事强制措施总数的30.47%(具体数据参见表1)。

L市公安局在2011-2018年上半年间,对犯罪嫌疑人、被告人采取的刑事强制措施总数为57761人次。其中,采取刑事拘留的有26586人次,占刑事强制措施总数的46.03%;采取取保候审的有16164人次,占刑事强制措施总数的27.98%;采取监视居住

表1 H省C市刑事强制措施适用的总体情况(单位:人次)

项目 年份	刑事强制措施总数	刑事拘留		取保候审		监视居住		逮捕	
		数量	所占比率(%)	数量	所占比率(%)	数量	所占比率(%)	数量	所占比率(%)
2010	17623	9107	51.68	1771	10.05	650	3.69	6095	34.59
2011	17209	8138	47.29	2420	14.06	1072	6.23	5579	32.42
2012	22974	11491	50.02	2807	12.22	1592	6.93	7084	30.83
2013	23366	11314	48.42	2467	10.56	2521	10.79	7064	30.23
2014	25277	12158	48.10	2438	9.65	3277	12.96	7404	29.29
2015	22409	10859	48.46	2298	10.25	2583	11.53	6669	29.76
2016	22481	10801	48.05	3748	16.67	1011	4.50	6921	30.79
2017	24665	11143	45.18	5575	22.60	847	3.43	7100	28.79
2018	15581	7727	49.59	3268	20.97	435	2.79	4451	28.57
总计	191585	92738	48.41	26792	13.98	13988	7.30	58367	30.47

1817人次,占刑事强制措施总数的3.15%;被依法批准逮捕的有13194人次,占刑事强制措施总数的22.84%(具体数据参见表2)。

可见,两地公安机关适用监视居住的比率都远低于其他强制措施,呈现出监视居住制度在司法实践运行中被“冷落”的景象,^⑥此种“冷落”现象在L市公安机关尤显突出,无论是修法前还是修法后,监视居住适用率都很低,一直处于低位运行状态,在2012年《刑事诉讼法》生效前,适用率是2.63%,在该法生效后,适用率虽然略有上升,但也只占3.34%。C市在2012年《刑事诉讼法》生效前,平均适用率为5.73%,在2013年适用新法后,监视居住率飙升,达到7.98%,到2014年时到达顶点,但也只是在短时出现高适用率,在2016年即开始下滑,然后又逐年减少,尤其让人惊讶的是,2017年和2018年的适用率比2011年和

2012年时下降了52个百分点,甚至比2010年的适用率还低。

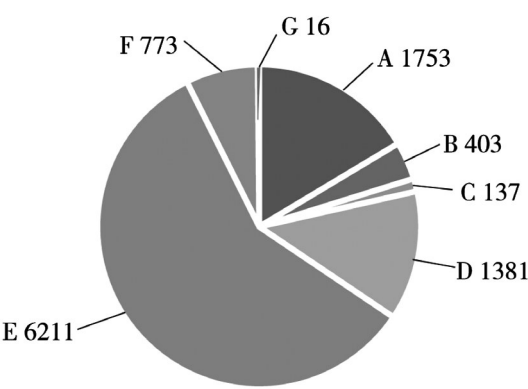
(二)监视居住适用的具体情况

1. 监视居住适用情形

考察2013—2018年监视居住适用情形,C市适用监视居住的10674人中,适用情形最多的是“羁押期限届满,案件尚未办结,需要采取监视居住措施的”,占比58.19%;其次是“患有严重疾病、生活不能自理的”,占比16.42%;再次是“因为案件的特殊情况或者办理案件的需要,采取监视居住措施更为适宜的”,占比12.94%。再往下,依次是“符合取保候审条件,但不能提出保证人,也不交纳保证金的”,占比7.24%;“怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女”,占比3.78%;“系生活不能自理的人的唯一扶养人”,占比1.28%(见图1)。L市适用监视居住的1401人中,适

表2 H省L市刑事强制措施适用的总体情况(单位:人次)

项目 年份	刑事强制 措施总数	刑事拘留		取保候审		监视居住		逮捕	
		数量	所占比率(%)	数量	所占比率(%)	数量	所占比率(%)	数量	所占比率(%)
2011	7091	3153	44.46	1726	24.34	205	2.89	2007	28.30
2012	8736	4201	48.09	2095	23.98	211	2.42	2229	25.52
2013	7978	3688	46.23	2155	27.01	236	2.96	1899	23.80
2014	7236	3447	47.64	2041	28.21	256	3.54	1492	20.62
2015	6984	3267	46.78	2032	29.10	259	3.71	1426	20.42
2016	6919	3000	43.36	2167	31.32	221	3.19	1531	22.13
2017	8049	3629	45.09	2475	30.75	268	3.33	1677	20.83
2018	4768	2201	46.16	1473	30.89	161	3.38	933	19.57
总计	57761	26586	46.03	16164	27.98	1817	3.15	13194	22.84



- A 患有严重疾病,生活不能自理的
- B 怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女
- C 是生活不能自理的人的唯一抚养人
- D 因为案件的特殊情况或者办理案件的需要,采取监视居住措施更为适宜的
- E 羁押期限届满,案件尚未办结,需要采取监视居住措施的
- F 符合取保候审条件,但不能提出保证人,也不交纳保证金的
- G 其他

图1 C市监视居住适用情形(单位:人次)

用情形最多的是“因为案件的特殊情况或者办理案件的需要,采取监视居住更为适宜的”,占比44.83%;其次是“羁押期限届满,案件尚未办结,需要采取监视居住的”,占比32.55%;再次是“患有严重疾病、生活不能自理的”,占比8.28%;余下依次是,“符合取保候审条件,但不能提出保证人,也不交纳保证金的”,占比6.14%;“其他情形”5.5%;“怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女”和“系生活不能自理的人的唯一扶养人”占比均为1.36%(见图2)。

由此可见,因羁押期限届满而适用监视居住的,都占了相当大的比例,在C市占据榜首,L市也位居第二。这说明,在刑事诉讼法修改后,监视居住的初始适用率并不高,相当大比例的监视居住都是在不得已的状况下被动适用。作为全新适用情形的“系生活不能自理的人的唯一扶养人”,两城所占比例都不大,但“因为案件的特殊情况或者办理案件的需要,采取监视居住措施更为适宜的”,所占比例则较大,L市甚至跃居榜首,C市占第三位。“符合取保候

审条件,但不能提出保证人,也不交纳保证金的”适用监视居住的,在C市和L市均处于七种情形中的中间位,即第四位,说明监视居住不仅是羁押替代措施,相当程度上还是取保候审的替代措施。应予以注意的是,“患有严重疾病,生活不能自理的”在两城市中占比都不低,在C市甚至位居第二,这一情形是否准确适用,值得警惕。

2. 监视居住执行场所

按照刑事诉讼法的规定,执行监视居住的场所有两类,一类是住处,^⑦另一类是指定的居所。监视居住原则上应当在住处执行,指定居所只能在犯罪嫌疑人无固定住处或者涉嫌危害国家安全、恐怖活动等犯罪时才能适用。由于统计的案件并不涉及国家安全犯罪和恐怖活动犯罪,因而,本文指定监视居住均属于“无家可归型”。在2013年至2018年上半年间,C市共适用住所监视居住10088人次,占监视居住总数的94.51%,适用指定居所监视居住586人次,占监视居住总数的5.49%(见表3)。同期L市适用住

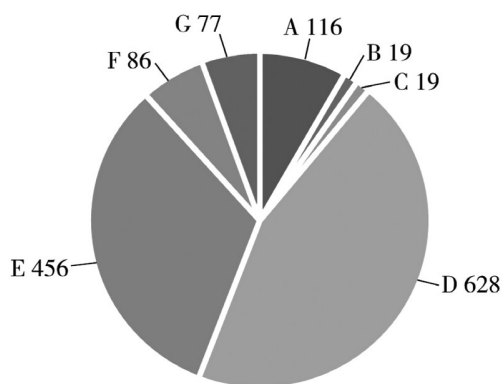


图2 L市监视居住适用情形(单位:人次)

- A 患有严重疾病、生活不能自理的
- B 怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女
- C 系生活不能自理的人的唯一扶养人
- D 因为案件的特殊情况或者办理案件的需要,采取监视居住措施更为适宜的
- E 羁押期限届满,案件尚未办结,需要采取监视居住措施的
- F 符合取保候审条件,但不能提出保证人,也不交纳保证金的
- G 其他

表3

C市监视居住执行场所的情况(单位:人次)

年份	总数	住所执行		指定居所执行	
		数量	比例(%)	数量	比例(%)
2013	2521	2356	93.45	169	6.70
2014	3277	3020	92.16	249	7.60
2015	2583	2522	97.64	58	2.25
2016	1011	998	98.71	31	3.06
2017	847	796	93.98	43	5.08
2018(上)	435	396	91.03	36	8.27
总计	10674	10088	94.51	586	5.49

所监视居住 1342 人次,占监视居住总数的 95.79%,适用指定居所监视居住 59 人次,占监视居住总数的 4.21%(见表 4)。由此可见,对于绝大部分犯罪嫌疑人,都是适用住所监视居住,只对小部分犯罪嫌疑人适用指定监视居住。适用指定监视居住的,C 市和 L 市都未发现在看守所、拘留所、监狱以及留置室、办案区或者在不符合法律规定的其他场所执行的情况。对 C 市和 L 市公安机关法制人员和侦查人员进行访谈,他们均表示在新法明确规定不得在羁押场所和专门的办案场所执行的情况下,不会去突破这条红线,而是会选择在招待所、民居、酒店等场所执行监视居住,如 C 市就是在办案机关就近找“有一定的配套设施,没有出过什么事情,有诚信,管理也到位”的宾馆执行。L 市公安局法制支队表示,较之于修法前随意确定指定居所,实践中已基本得到遏制。

3. 被执行人遵守义务情况

依据《刑事诉讼法》的规定,被执行监视居住的人应当遵守一系列的规定,以保障刑事诉讼活动的顺利进行。^⑧对 C 市、L 市、W 市公安机关进行调研和访谈,C 市公安机关办案民警指出,在监视居住的实际执行中,被监视居住人要遵守的义务与被取保候审人基本相同,被监视居住人只要不擅自离开 C 市,就不算违反执行规定。由于执行机关默许监视居住人离开居所,只要求其不离开 C 市的六区三县即可,因此,刑事诉讼法规定的被监视居住人“未经执行机关批准不得离开执行监视居住的处所”“未经执行机

关批准不得会见他人或者通信”等规定被悉数消解。L 市办案民警则指出,大部分监视居住都在住所执行,而这种执行方式往往会导致一些问题,如未经批准离开住所,在传讯时不及时到案,等。据 L 市公安局统计,L 市在 2013 年至 2018 年上半年间,犯罪嫌疑人违反监视居住规定的共 25 人次,^⑨占监视居住总人数的 1.49%,其中,“在传讯的时候未及时到案”的最多,达到 14 人次,占违反监视居住总数的 56%;“未经执行机关批准离开监视居住的处所”次之,有 6 人次,占比 24%;“未将护照等出入境证件、身份证件、驾驶证件交执行机关保存”的有 4 人次,占比 16%;干扰证人作证情形最少,仅 1 人次,占比 4%。W 市办案民警访谈时谈到,W 市公安机关在执行指定居所监视居住时,聘请保安公司的保安人员参与执行,能够 24 小时轮班监视犯罪嫌疑人,被指定监视居住的犯罪嫌疑人几乎没发生违反法律规定义务的现象,但在住所执行监视居住的,因为警力有限,看管乏力,在传讯时不到案的情况也偶尔发生,这种情况占监视居住总数的 2% 左右。

4. 监视居住的监视方法运用情况

公安机关主要采用以下几种方式:①侦查人员直接进行监视;②聘请保安人员参与执行;③辅警参与执行监视;④使用电子手铐进行监视。C 市在 2012 年以前曾聘请保安人员参与执行,但考虑到没有法律上的依据,后来改请辅警参与执行,辅警参与执行监视居住时,接受侦查人员或者民警的领导和

表 4 L 市监视居住执行场所的情况(单位:人次)

年份	总数	住所执行		指定居所执行	
		数量	比例(%)	数量	比例(%)
2013	236	232	98.31	4	1.69
2014	256	246	96.09	10	3.91
2015	259	248	95.75	11	4.25
2016	221	211	95.48	10	4.52
2017	268	259	96.64	9	3.36
2018(上)	161	146	90.68	15	9.32
总数	1401	1342	95.79	59	4.21

安排,辅警并不会单独执行监视居住。W市一直以来都请保安人员参与执行,且效果良好,在保安人员参与监视居住的案件中,没有发生过未经批准离开居所、传讯时不到案、妨碍证人作证等诉讼风险,也正因为如此,W市公安局某办案部门与保安公司形成了稳定的合作关系,双方签订合同,由公安机关支付一定费用,保安服务公司挑选政治素质过硬、无违法犯罪记录、为人稳重可靠、身体素质良好的保安人员参与监视居住的执行。为了保证在执行的过程中不发生诉讼风险,同时不侵犯犯罪嫌疑人的合法权利,保安人员在参与执行前都要由公安机关进行培训,以确保保安人员在参与执行时遵守有关法律的规定和工作纪律。在具体的执行方法上基本上是同吃同住,共居一处。在上述几种监视方式中,采用电子手铐进行监视的比较少,C市仅在一区一市(县级市)进行试点,之所以没有普遍适用,一是对其技术可靠性还有待检验,二是电子手铐的价格偏贵,据C市民警介绍,一个电子手铐的单价为3000多元;三是对患有艾滋病、皮肤传染病的人使用电子手铐的,如何保障下一个使用的人不被传染,这一问题还没形成可靠方案。

从上述几种执行方式的效果来看,辅警及保安人员参与执行的,基本上不会发生未经批准离开居所、传讯时不到案、妨碍证人作证等诉讼风险,因为,这种方式近乎轮岗人盯人,被监视居住的犯罪嫌疑人几乎没有机会实施上述行为。而侦查人员或者民警直接负责监视的,由于其承担大量工作任务,往往无法付出更多时间和精力,犯罪嫌疑人受到的监视较少,因而,在传讯时不及时到案或者干脆不到案、妨碍证人作证、串供、毁灭证据等情形基本上发生于此种方式中。

5.本地人与外地人适用监视居住的情况

从C市的情况来看,对外地人适用监视居住的比例较高,从2013年到2018年上半年,每年对外地人适用监视居住都超过了本地人,平均达到了56.03%。L市则要低不少,同期对外地人适用监视居住的平均适用率为19.34%。通过对C市公安机关民警访谈,此乃因为C市作为省会城市,外地人员较多,尤其是在侵财类犯罪中,外地人员占了大多数,而这些人既无力缴纳保证金,又不能提供适格的保证人,因而只能适用监视居住。但L市则有所不同,本地人被监视居住的占了80.66%,外地人适用监视

表5 C市被监视居住者中本地人与外地人的情况(单位:人次)

年份	总数	本地人被执行监视居住的		外地人被执行监视居住的	
		数量	比例(%)	数量	比例(%)
2013	2521	1233	48.90	1267	50.26
2014	3277	1402	42.78	1863	56.85
2015	2583	1078	41.73	1504	58.22
2016	1011	438	43.32	571	56.48
2017	847	323	38.13	531	62.69
2018	435	219	50.34	245	56.32
总计	10674	4693	43.97	5981	56.03

表 6 L 市被监视居住者中本地人与外地人的情况(单位:人次)

年份	总数	本地人被执行监视居住的		外地人被执行监视居住的	
		数量	比例(%)	数量	比例(%)
2013	236	195	82.63	41	17.37
2014	256	205	80.08	51	19.92
2015	259	204	78.76	55	21.24
2016	221	179	81.00	42	19.00
2017	268	217	80.97	51	19.03
2018	161	130	80.75	31	19.25
总数	1401	1130	80.66	271	19.34

居住仅占少数,之所以如此,L市公安局民警解释说这主要与外地人犯罪所占比例低有关。如此看来,外地人和本地人的司法处遇是平等的,不会仅仅因为外地人身份而适用更严厉的措施。

三、羁押替代功能的实效评估与理性认知

(一)基于实践的评估

2012年修改刑事诉讼法,重新定位了监视居住的性质,将监视居住定位为逮捕的替代措施。之所以作此修改,一是因为对较轻的犯罪,没有必要适用监视居住;二是因为监视居住难以执行,实践中公安机关不愿适用;三是因为原来的监视居住不以符合逮捕条件为前提,对符合逮捕条件,而案件又有特殊情况的不宜采取逮捕措施的,缺乏必要的替代措施。^⑩从这一权威解释可以看出,监视居住的制度价值在于其替代性,即通过监视居住的适用而减少逮捕,监视居住与逮捕之间是替代与被替代的关系。但对于如何理解替代,替代是意味着候补还是优先适用?无论是刑事诉讼法还是在全国人大常委会法工委所编写的释义,都没有进一步解释。有学者对羁押替代性的含义进行解析,认为“替代”一词即暗含着取而代之、优先适用的意思,^⑪该学者还指出,监

视居住作为羁押替代性措施的实质就在于,相对于羁押而言,在适用时应当具有优先性,即以适用羁押之替代措施为常态,以适用羁押措施为例外。在必须采取一定的强制性措施时,如果通过非羁押性措施即可达到保障刑事诉讼顺利进行的,就不要采用羁押措施。^⑫综合上述权威解释和学理解释,羁押替代功能是否得以实现可以从以下几个方面进行观察:

第一,监视居住是否被更多适用。通过前面的数据可以发现,在五种强制措施中,监视居住都是适用率最低的。C市监视居住占刑事强制措施总数的7.30%;L市监视居住适用率更低,只占刑事强制措施总数的3.15%。因此,在强制措施体系中,监视居住所起作用并不重要,只是一种不起眼的强制措施而已。在监视居住与逮捕的择用上,其适用比例远远不及逮捕,C市在2010年至2018年上半年长达8年半的时间中,适用逮捕的比例在强制措施中占比30.47%;L市在2011年至2018上半年的时间中,适用逮捕的比例占比22.84%,C市和L市逮捕适用率都远高于监视居住的适用率。即使是在2012年刑事诉讼法明确将监视居住定位于羁押替代措施后,

逮捕的适用比例仍然很高,C市逮捕占比29.61%,监视居住占比7.98%;L市逮捕适用率21.23%,监视居住率为3.35%。监视居住适用率与逮捕相比,仍然很低。

第二,监视居住适用率在2013年以后是否有明显上升。2012年刑事诉讼法对监视居住的适用条件、适用对象等作了诸多调整,以契合其羁押替代措施之定位。因而,对2012年刑事诉讼法生效前后的监视居住率进行对比,很能体现其羁押替代功能的实现情况。如果刑事诉讼法修改后监视居住率上升,则说明监视居住的羁押替代功能业已实现。C市2010年至2012年监视居住适用率为5.73%,虽然在2013年至2018年上半年,监视居住适用率比2012年刑法生效之前要高,但是,应当注意的是,此后2016年至2018年处于连年下降状态,甚至远低于2013年以前的比率。L市2011年至2012年的监视居住适用率为2.63%,2013年至2018年上半年的平均适用率为3.34%,前后相比仅上升了0.71个百分点。可见,无论从C市还是L市来看,很难说监视居住的羁押替代功能在实践中已得以实现。

第三,监视居住是否得到优先适用。C市和L市监视居住的初始适用率都很低,从图一和图二来看,“羁押期限届满,案件尚未办结,需要采取监视居住措施的”适用比例相当高,C市达到了58.19%,在六种适用情形中居于首位;L市虽不及C市占的比例大,但也达到了32.55%,在七种适用情形中占据第二位。这表明,在监视居住和逮捕的选择上,大多会优先适用逮捕,监视居住并不是办案机关首先考虑适用的强制措施,只有在羁押期限届满,不能再继续羁押的情况下,才被迫适用监视居住。^⑬

第四,监视居住是否异化为羁押措施。监视居住定位为羁押替代措施,其实质是一种限制人身自由而非剥夺人身自由的措施,如果监视居住本身就是剥夺人身自由,替代羁押一说便不能成立。从C市和L市的情况来看,2012年刑事诉讼法生效后C市的指定居所监视居住占比5.49%,L市的指定居所监视居住占比4.21%,指定居所仍然占有一定比例,

而在指定居所监视居住的执行上,由于电子监控很少被运用,相当一部分都是由执行人员实施24小时监视,且共同居住。这种指定居所监视居住本质上显然属于对公民自由权的剥夺,^⑭只不过一个是在专门的羁押场所,一个是在居所而已。由此可见,作为羁押替代措施的监视居住,最终自身却异化成为羁押措施。

综上,从监视居住与逮捕的适用比例、监视居住在整个强制措施中的权重、刑事诉讼法修改前后监视居住适用率的前后变化、监视居住的优先性等来看,监视居住的羁押替代功能都不明显。

(二)理性认知

监视居住未能承载起羁押替代之功能,根本原因在于相关制度安排与这一定位不相匹配:首先,“可以监视居住”与“应当逮捕”的法律用语,使监视居住沦为候补措施。按照2012年《刑事诉讼法》第72条(2018年《刑事诉讼法》第74条)的规定,对于符合逮捕条件的犯罪嫌疑人、被告人“可以监视居住”,从文义上解释,“可以适用监视居住”一词意味着对于符合逮捕条件的犯罪嫌疑人,既可以适用逮捕,也可以适用监视居住,究竟适用哪一个,可以根据案件的具体情况来决定。但2012年《刑事诉讼法》第79条(2018年《刑事诉讼法》)却规定,对于符合逮捕条件的,则“应当”予以逮捕。“应当”一词,在法律上就是“必须”的意思,两者在效力等级和执行要求上没有什么不同。^⑮这说明只要符合逮捕条件,公安司法机关就必须采取逮捕措施。这种制度设计没有体现出将监视居住作为羁押替代措施的立法精神,相反,在监视居住与逮捕的适用上,有意无意凸显出逮捕优先为大的倾向,这使得监视居住在制度上被置于逮捕候补措施的境地。

其次,立法未给出足够多的适用空间。刑事诉讼法规定的监视居住对象包括三类:第一类是基于人道主义考虑的患有严重疾病、生活不能自理的人,或者是怀孕或者是哺乳自己婴儿的妇女;第二类是羁押期限届满、案件尚未办结的;第三类是案件的特殊情况或者办理案件的需要。这与2012年《刑事诉

讼法》修改前相比并无太大变化。根据1998年《公安机关办理刑事案件程序规定》,前两类也可以适用监视居住,而且按照1990年国务院颁布的且至今有效的《中华人民共和国看守所条例》第10条的规定,对患有严重疾病生活不能自理、怀孕或者哺乳自己婴儿的妇女,看守所也是不予收押的。由此可见,对于前两类情形,无论《刑事诉讼法》是否修改,对监视居住的适用率将不会产生影响。第三类“因为案件的特殊情况或者办理案件的需要,采取监视居住措施更为适宜的”,从新旧条文对照来看,似乎是一个全新的增加条款,但是深入分析,却不全是。因为2012年《刑事诉讼法》规定的“因为案件的特殊情况”一般是指案件的性质、情节等表明虽然犯罪嫌疑人、被告人符合逮捕条件,但是采取更为轻缓的强制措施不至于发生社会危险性,或者对犯罪嫌疑人采取监视居住能取得更好的社会效果,^⑩同时,目前《刑事诉讼法》规定了适用监视居住的前提是符合逮捕条件,而逮捕的刑罚条件即为“可能判处徒刑以上刑罚”。因此,因“案件的特殊情况”而适用监视居住与1996刑法中的“可能判处有期徒刑以上刑罚,采取取保候审、监视居住不致发生社会危险性的”有大体一致的重合关系,具言之,对于可能判处徒刑以上刑罚的被追诉人,如果其社会危险性不大,无论是按1996年《刑事诉讼法》,还是按照现行《刑事诉讼法》,都可以适用监视居住。因此,“因案件的特殊情况或者办理案件的需要”实际上只有其中的“办理案件的需要”属于新增。此外,“属生活不能自理的人的唯一抚养人”也属于新增加的情形,但这种情况可遇不可求,总量很少,对监视居住适用率的影响可以忽略不计。

由此可见,立法者将监视居住定位为羁押替代措施,希望通过规则的调整来增加其适用率,以减少羁押的适用,但由于该制度本身的内在缺陷,现有规则无法与这一新的定位相匹配,监视居住只能在很少的情况下发挥这一功能作用。即便如此,从法律文本的逻辑与侦查实践来看,与其说是羁押替代措施,毋宁说是羁押候补措施。

四、监视居住规则适用情况检讨与规则完善

公安机关在适用监视居住规则时,总体上比较慎重,明显违背法律要求的情况并不多见,尤其是在2015年最高人民检察院发布了《人民检察院对指定居所监视居住实行监督的规定》后,指定监视居住的适用得到进一步规范。被调研的公安机关没有出现将犯罪嫌疑人安置在羁押场所、办公场所、留置室、办案场所等法律禁止的场所的情况,对大部分外地人也没有适用指定监视居住。但不可否认的是,依然存在滥用监视居住的情形,如不合目的的使用、过度的使用、违法使用等。具体表现在以下几个方面:

一是将监视居住作为一种侦查取证手段。监视居住是五种强制措施的一种,而刑事强制措施的核心功能是保障诉讼的顺利进行,包括被追诉人及时到案配合诉讼进程的积极义务与不妨碍证据搜集的消极义务,但强制措施不应当具备取证的积极功能,强制措施的适用不得成为从被追诉人处取证的辅助工具。^⑪但是在实践中,却存在将监视居住作为侦查取证手段的现象,甚至将此作为工作业绩的一大亮点予以肯定。如在2014年的《河南年鉴》中,就提出“坚持把指定居所监视居住作为突破重大复杂案件的重要措施”^⑫。这是侦查经验的总结,也是因为监视居住具有如此功效:监视居住的期限较长,在执行期间犯罪嫌疑人未经执行机关批准不得离开执行监视居住的处所,未经执行机关批准不得会见他人或者通信,犯罪嫌疑人几乎与外界隔绝,尤其是一些被指定居所监视居住的犯罪嫌疑人,24小时都受到监控,因而更能够促使犯罪嫌疑人交代犯罪事实。^⑬

将监视居住作为侦查取证手段适用,典型的做法就是在指定居所讯问犯罪嫌疑人。刑事诉讼法规定对未被羁押的犯罪嫌疑人进行讯问的,应当在犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者他的住处进行。可见,对未被逮捕、拘留的犯罪嫌疑人的讯问地点,既可以是他的住处,也可以是他所在市、县内的指定地点。至于如何理解“指定地点”和“住处”,按人大法工委的解释,“指定地点”是指犯罪嫌疑人被讯问时工作生活所在的市、县的公安局、公安派出

所、基层组织及其所在单位等;“住处”是指犯罪嫌疑人在被讯问时居住的地方。^③“指定地点”中的公安局、公安派出所属于办案场所,讯问室的录音录像设备比较齐备,能有效防范刑讯逼供的发生,“基层组织及其所在单位”属于公共区域,除了公安人员和犯罪嫌疑人外,还有其他人员在场,刑讯逼供也不易发生,有权机关将“指定地点”作此解释,显然是着眼于预防刑讯逼供。问题就在于如何把握“犯罪嫌疑人讯问时居住的地方”,这个“居住的地方”是仅仅指办案机关所在地的“固定住处”,还是同时包括了指定住处?通过对C市、L市、W市民警进行访谈,得知在对指定居所监视居住的犯罪嫌疑人进行讯问时,基本上都是在指定居所进行,很少有在规范的办案场所进行讯问的。由于指定居所不像看守所那样具有录音录像设备,同时侦查人员与犯罪嫌疑人之间也没有物理间隔,无疑,这为加大审讯力度乃至刑讯逼供提供了空间条件,这也是为什么指定居所监视居住问题丛生乃至不得不进行专项检查监督的主要起因。^④

解决这一问题,应当通过立法明确禁止在指定居所进行讯问。讯问地点对于讯问是否依据法定程序进行有重要影响,在录音录像设施齐全的地方或者嫌疑人家中及其他公共区域进行讯问,刑讯逼供等非法讯问现象不容易发生,如果讯问地点任由办案机关随意指定,刑讯逼供等非法讯问将在所难免。曾有学者分别对北京市公安机关从事预审工作的民警和甘肃天水市某区的公安干警进行问卷调查,85%的预审民警和87.5%的公安干警都认为讯问地点对突破口供有很大影响,^⑤这也从实务层面反映出对讯问地点予以明确和限制的必要性。2015年最高人民检察院发布的《人民检察院对指定居所监视居住实行监督的规定》第4条规定:“指定的居所应当具备正常的生活、休息条件,与审讯场所分离;安装监控设备,便于监视、管理;具有安全防范措施,保证办案安全。”笔者认为,该规定要求“居审分离”,表明对被监视居住的犯罪嫌疑人的讯问不得在指定的居所进行。这一规定对防止监视

居住期间的刑讯逼供具有重要意义,但由于该规定是最高人民检察院单方发布的,对公安机关的约束力有限,因此,未来修法,应当将这一规定吸纳到《刑事诉讼法》之中。

二是不当限缩“固定住所”的地域范围。C市和L市都是设区的市,且下辖有县,两市在决定是否指定居所监视居住时,都是以区、县为范围进行判断,例如C市F区分局办理的案件,如果犯罪嫌疑人在C市Y区有住处,但在F区无固定住处,仍认定其在办案机关所在的区无固定住处,进而对犯罪嫌疑人适用指定监视居住,笔者调研的C市、L市、W市都是这种做法,多位学者对其他地区指定居所监视居住进行实证研究,发现都是以办案机关所在辖区有无住所作为指定居所监视居住的依据。^⑥

这种做法是否有法律上的依据呢?究竟应该在多大的地域范围内判断犯罪嫌疑人有无“固定住处”,《刑事诉讼法》并没有明确规定。不过,2012年3月由全国人大常委会法制工作委员会副主任郎胜主编的《中华人民共和国刑事诉讼法释义》将“住处”阐释为在“在办案机关所在地的市、县内学习、生活、工作的合法场所”,随后的《公安机关办理刑事案件程序规定》第108条规定,固定住处是指被监视居住人在办案机关所在的市、县内生活的合法住处。由此可见,有无“固定住处”的范围是指在办案机关所在地这个区域内。按照《公安机关办理刑事案件程序规定》第21条的规定“县级公安机关负责侦查发生在本辖区内的刑事案件。设区的市一级以上公安机关负责重大的危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、涉外犯罪、经济犯罪、集团犯罪案件的侦查”,依此规定,“办案机关”一般而言就是指县、区一级公安机关。所以,确定有没有固定住处,就是要看犯罪嫌疑人在办案机关所在的区、县范围内有无固定住处。从规范化执法的角度来看,公安机关对于在本市跨区作案的犯罪嫌疑人适用指定居所监视居住并不存在违规问题。

接下来的问题是,这种解释是否符合立法精神?毋庸置疑,《刑事诉讼法释义》是由人大法工委的同

志编写的,他们往往参与了立法、了解立法的缘由和过程,因而他们的解释具有权威性。但这种解释并不等同于法律本身。监视居住的立法逻辑,就是将犯罪嫌疑人限制在家中,以防其逃匿或者妨碍诉讼,监视居住限制的是犯罪嫌疑人行动的范围和交往范围,而不是剥夺他住在家中的权利,因此,除非他无家可住,或者涉嫌特殊重罪,监视居住都应当在其家中执行。笔者认为,应该重新调整这一解释,或者在刑事诉讼法中明确规定,在其生活或工作的市、县没有固定住处的,可以在指定的居所进行。

三是怠于监视,未能履行监视职责。监视居住是刑事诉讼法规定的强制措施之一,是对犯罪嫌疑人、被告人不予关押但不得离开住处或者指定居所,对其行动自由加以监视的一种强制措施。^③与取保候审是通过保证人或保证金来约束犯罪嫌疑人遵守法律义务不同,监视居住是通过赋予执行机关的监视职能来实现的,侦查机关可以采用电子监控、不定期检查以及通信监控等方法实现对犯罪嫌疑人的监视。因此,对被采取监视居住的犯罪嫌疑人进行监视是法律赋予侦查机关的职权,侦查机关不得放弃。

从C市、L市、W市的调研情况来看,对采取一般监视居住的犯罪嫌疑人,办案机关几乎处于放任状态,基本上是按照取保候审的执行方法来执行的,被监视居住人无须批准就可以离开住处、与他人会见或者通信,犯罪嫌疑人、被告人的活动范围遍及全市。监视居住变成了比取保候审强制程度还要轻的强制措施,因为被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人还需以保证金或者保证人的方式进行担保,被取保候审人一旦违反有关义务规定,则可能丧失保证金的一部或者全部,用保证人担保的,则保证人可能被罚款或者追究刑事责任。

之所以有怠于监视的现象发生,最根本的原因还在于警力有限。解决这一问题似乎很简单,那便是增加警力,实际上,目前公安机关已经增加了大量辅警,但仍然不能满足需要,因而,只能通过另外的途径解决,如让社会力量参与监视居住的执行。鉴

于后面专门探讨这一问题,在此不再赘述。

四是监视居住异化为羁押。监视居住作为限制人身自由的强制措施,被监视居住人的人身自由虽然受到限制,但与羁押状态下剥夺人身自由还是有显著区别。决定两者界限的主要因素包括:(1)监视的方法;(2)自由活动的空间范围;(3)饮食起居时间上的自由程度;(4)能否自由与家人(同居人)会见;(5)能否在经过批准后离开居所及与他人会见。羁押状态的犯罪嫌疑人不仅饮食起居时间要遵守羁押场所的规定,在没有变更为其他强制措施前犯罪嫌疑人、被告人是不得离开羁押场所的,也不能与家属和其他亲友见面。但被监视居住的犯罪嫌疑人在住所内享有正常生活的自由,在监视居住期间,经执行机关批准可以外出或者进行正常交际。在上述因素中,采取的监视方法是一个重要因素。^⑤如果是对被监视居住人进行24小时看护,生活起居都在监视之中,其与拘留、逮捕的区别仅在于关押地点不在看守所而已。^⑥而上述公安机关在执行指定监视居住时,都采用此种方法。这与羁押替代性措施的本质在于对被追诉人附条件“释放”是相悖的。^⑦

由此可见,禁止人盯人的监视方法是监视居住回归到限制人身自由措施的必由之路。为了使监视居住发挥诉讼保障功能,可以根据需要采取电子监控。针对实务中电子监控设备价格偏高,办案机关难以负担的情况,立法可以规定让被监视居住人自己承担电子设备费用,这也是西方一些法治国家的做法。如加拿大卑诗省最高法院法官批准被加拿大当局拘留的孟晚舟保释时,要求孟晚舟自己承担佩戴GPS电子监控设备的相关费用。我国可以借鉴这一做法,这样,既可以保障犯罪嫌疑人到案,又可以使犯罪嫌疑人免除羁押,同时也可以减轻国家的财政负担。

五是对犯罪嫌疑人是否患有严重疾病、是否生活不能自理的判断具有随意性。对符合逮捕条件的“患有严重疾病、生活不能自理”的人适用监视居住,是基于人道关怀,应当准确适用。在考察的公安机关中,这种情形适用率都比较高。如C市在2013年

至2018年上半年间,达到1753人次,达到监视居住总数的16.42%,而“怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女”“系生活不能自理的人的唯一扶养人”两种情形加起来的总和也只占5.06%。同样的,L市“患有严重疾病、生活不能自理”也远远高于“怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女”“系生活不能自理的人的唯一扶养人”两种情形的总和。

虽然适用这一情形的比例不低,但判断标准却不甚明确。通过对C市、L市干警访谈得知,不同的办案机关乃至不同的办案人员在认定犯罪嫌疑人是否患有严重疾病、生活不能自理时,有的是根据常识和经验进行判断,有的是按照《暂予监外执行规定》及《保外就医严重疾病范围》的规定来判断。在适用程序上,如果尚未对犯罪嫌疑人采取强制措施,公安机关发现犯罪嫌疑人可能患有严重疾病,或者犯罪嫌疑人及近亲属、辩护人提供诊断材料的,办案人员根据就诊记录及一般社会经验予以确认,或者由公安机关向医院开函,根据医院的诊断结果予以确认。对诊断的医院,有的要求县级三甲以上医院诊断并开具证明,有的对医院则没有资质要求,只要是正规医院就可。如果犯罪嫌疑人已经被羁押在看守所,则参照《暂予监外执行规定》中保外就医的有关程序进行。按照这一程序,对服刑罪犯是否患有严重疾病、是否具有生活自理能力,都是由看守所组织包括医疗专业人士在内的人员进行诊断和鉴别,医院的选定须是省级政府指定的医院。由此可见,对“严重疾病及生活不能自理”的确认无论是在实体法的依据上还是在认定程序以及认定主体上,都存在较大的随意性,各地甚至不同的办案人员所掌握的标准也不尽相同。此种乱象,也必然会导致监视居住措施的滥用。

解决上述问题,需要明确严重疾病、生活不能自理的标准和程序,对于严重疾病的范围和生活不能自理的鉴别标准可以比照《暂予监外执行规定》,但确认程序应有所不同。在确认程序上,对犯罪嫌疑人、被告人患有显而易见的严重疾病、伤残或有充足证据证明其患有严重疾病的,可以由办案单位进行

认定。^③对犯罪嫌疑人本人或其近亲属、辩护人以患有严重疾病、生活不能自理为由申请监视居住,办案人员依据常识和经验难以判断的,可以经县级公安机关负责人同意后,委托省级政府批准的医院进行检查诊断,医院出具的病情诊断或者检查证明文件,应当由一名具有中级以上专业技术职称的医师作出,经主管业务院长审核签名,加盖公章,并附化验单、影像学资料和病历等有关医疗文书复印件,最后经县级以上公安机关负责人批准后执行监视居住。在此需要说明的是,之所以在程序上没有暂予监外执行严格,在于两者适用的对象不一样,暂予监外执行针对的是服刑中的罪犯,为保障生效判决的严肃性和权威性,同时为了防止权钱交易,必须设置严格的程序。而监视居住作为一种刑事强制措施,针对的是尚未被确定有罪的犯罪嫌疑人,秉持“等候审判的人受监禁不应作为一般规则”“羁押是例外,释放是原则”这些国际社会普遍实行的刑事司法准则,在我国尚未确立强制措施司法审查的背景下,适当降低其他程序要求是适宜的。

五、对社会力量参与监视居住执行的理论评析

(一)产生的背景及主要做法

C市、L市、W市都曾利用保安公司等社会力量协助执行监视居住,之所采取这一做法,并不是因为公安民警漠视法律或者懈怠职责,而是因为警力严重不足不得已而为之。警力不足是司法实践中一个突出而又并不新鲜的问题,为缓解案多人少这一矛盾,公安机关聘用了大量辅警,以协助公安机关维护社会治安、打击违法犯罪、开展行政管理。但即使辅警人数与正式警察达到1:1甚至更高,警力仍然捉襟见肘,同时,辅警的薪酬由地方财政负担,这就决定了辅警增加的数量受当地财政的影响,不可能无限量增加。监视居住的适用与警力不足的矛盾在现有的制度和思维框架已无力解决,在这种情况下,一些地方的侦查机关只好转换思路,另辟蹊径,聘请社工人员或者保安服务公司参与监视居住的执行。

从实践中的具体情况来看,社会力量参与

监视居住属于有偿的协助式参与:在适用监视居住措施时,保安服务公司或者社会服务机构(社工)与公安机关签订协议,由保安服务公司或社工提供劳务,保安人员和社工在公安机关的领导指挥和监督下对犯罪嫌疑人进行看管监视,而公安机关支付一定费用的做法。在协助式参与方式中,公安机关与保安服务公司(保安人员)或社工是指挥与被指挥、监督与被监督的关系。保安人员或者社工按照公安机关要求的方式方法进行监视,不得随意变更。当发现犯罪嫌疑人违反《刑事诉讼法》第77条规定,不遵守法定义务时,保安人员或者社工应当立即报告公安人员,并有权用口头方式禁止。如果保安人员或社工未能尽到监视义务,则属于违反合同的行为,按照合同约定处理。如果保安人员或社工协助犯罪嫌疑人逃匿或者实施妨碍诉讼的行为,构成犯罪的,依法追究其刑事责任。

(二)基于政策与实践背景的合理性分析

作为一种有偿的协作式参与,保安公司和社工人员参与监视居住实质上是政府购买社会服务的一种方式。随着政府职能转型,原来一些传统上由政府承担的职责,部分地通过或委托或授权的方式转交社会组织来有偿承接,在这些转让的职能中,甚至包括了公共安全的维护,在2013年和2014年国务院办公厅先后发布《关于政府向社会力量购买服务的指导意见》(以下简称《购买服务指导意见》)、《政府购买服务管理办法(暂行)》(以下简称《购买服务管理办法》)后,政府购买社会服务已上升为转变政府职能、创新社会管理的一项重要举措,一些传统上属于公安司法机关“专享”的活动被纳入购买范围为公安司法机关购买社会服务打开了一道缺口。随着各项改革向纵深推进,社会力量参与非羁押强制措施合理性得以彰显:

首先,“推进国家治理体系和治理能力现代化”的总体要求提供了政策基础。推进国家治理体系和治理能力现代化是十八届三中全会确立的重要指导思想。国家治理体系和治理能力的现代化,意味着要整肃传统体制机制之积弊。新中国成立以后,国

家治理模式经历了“全能型国家治理”转变到“发展型国家治理”的过程,全能型国家治理模式显然与市场经济制度相抵牾。在新的发展型国家治理模式中,国家治理体系中的“治理主体不仅仅来自政府和社会公共机构,还包括民间组织、私人组织及各种公民社会组织。治理表明在现代社会国家正在把原先由它独自承担的责任部分转移给公民社会和私营部门,参与者最终将形成一个互动的合作网络,公民社会、私营部门与政府在特定领域中合作并分担政府的部分行政管理责任”。^②社会力量参与非羁押强制措施的执行,实际上就是国家把原来由它独自承担的监视被限制人身自由的犯罪嫌疑人到案和防止其实施妨碍诉讼的责任通过契约责任的方式转移给保安服务公司,当然,社会力量在这一过程中要接受公安机关的监管、指挥和安排。

其次,政府购买社会服务的立法提供了制度基础。一方面,在市场经济制度的框架下,政府与市场并不是完全的二元对立关系,政府是市场的参与者,是社会经济体内在的成员,^③因而,政府偶尔也会以市场主体的身份出现,与其他社会组织如公司、企业发生交易关系;另一方面,市场经济激活了社会力量,促进了社会力量的崛起,为制度供给提供了新的来源,为社会秩序提供了有效保障。^④正是基于这样的背景和认知,在市场与政府关系变革中的第二阶段,^⑤全国人大常委会于2002年颁布了《政府采购法》,随着改革不断向纵深推进,2013-2014年国务院办公厅分别发布了《购买服务指导意见》和《购买服务管理办法》。《购买服务指导意见》明确指出:“政府向社会力量购买服务,就是通过发挥市场机制作用,把政府直接向社会公众提供的一部分公共服务事项,按照一定的方式和程序,交由具备条件的社会力量承担,并由政府根据服务数量和质量向其支付费用。”《购买服务管理办法》则对政府购买社会服务做出了更细致的规定,包括购买的主体和承接主体、购买内容、购买方式和程序、评估机制等。虽然这些制度安排中未明确规定在强制措施的适用中可以购买社会服务,但社区矫正、法律援助、公共安全维护被

纳入购买范围中,公安司法机关购买社区服务可以说已出现一道曙光,这些法律法规与《最高人民法院关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》中的有关规定一道已在相当程度上证成司法过程中的事务性工作可以通过购买服务或服务产品的方式实施。^③

再次,实务部门的试水行为提供了实践基础。笔者率领的调研团队在2014年和2018年分别到西部的Q省X市及前述C市、L市、W市公安机关进行调研,这些公安机关都聘用或曾经聘用保安人员参与指定居所监视居住的执行,从其实施效果来看,既没有发生脱逃或妨碍诉讼的行为,也没有发生保安人员对犯罪嫌疑人进行殴打、侮辱等不法现象。无独有偶,2010年前后,全国各地出现了不少管(观)护帮教基地,管护帮教基地主要是解决在案发地无稳定住所、无稳定收入、亲友监护的青少年犯罪嫌疑人取保候审适用问题,这些“三无”人员往往既无法提交保证金,也提供不了保证人,他们即使符合取保候审条件,也无法适用取保候审。^④因此,一些检察机关与当地的工厂、企业以及关心下一代工作委员会建立联系,共同建立管护教育基地,由管护教育基地提供保证人,并将犯罪嫌疑人安置在工厂、企业中,这种“发挥民营企业的作用,为‘三无’涉罪外来人员提供保证、监护、帮教,创造取保候审的担保条件”^⑤的做法,实质上就是让企业或工厂参与非羁押强制措施的执行中。从实践运作情况来看,无一脱保漏保和重新犯罪问题,^⑥取得了良好效果。笔者曾就社会力量参与非羁押强制措施的执行问题征询侦查人员的意见,绝大多数公安干警并不排斥保安人员、社会工作者参与非羁押强制措施执行,而且还认为这一举措有利于提高非羁押强制措施适用率。因此,这一举措如果被立法者采纳,将来施行起来应该不存在抵触情绪。

最后,庞大而又规范有序的保安服务公司、社工人员队伍提供了主体基础。保安服务公司的职责与公安机关密切相关,从它诞生的第一天起,便身肩维护社会安全、防范违法犯罪之大任。截至2014年

年底,全国保安服务公司达到5031家,保安人员450多万。保安服务公司曾多次圆满完成了全国“两会”安全保卫任务,2011年至2015年,各地保安从业人员为公安机关提供破案线索111.24万条,协助抓获违法犯罪嫌疑人59.81万人,为国家、集体和个人挽回经济损失193亿元,^⑦在协助维护社会治安、促进社会和谐稳定中做出了积极贡献。

我国不仅拥有众多的保安公司和保安人员,还拥有数量可观的社会工作者。据民政部发布的《2018年民政事业发展统计公报》,截至2018年年底,全国持证社会工作者共计43.9万人,其中社会工作者10.7万人,助理社会工作者33.2万人,法律类的社会组织超过4197个。这两支已具规模、运行有序、社会效果良好的队伍为监视居住执行的社会参与提供了人员储备。

结语

2012年刑事诉讼法对监视居住作了大幅度修改,以期实现减少羁押,并防止监视居住制度的滥用之目的。然而,在将监视居住定位为羁押替代措施时,在具体规则的设置上存在制度先天不足的问题,以致监视居住难以承受羁押替代之功能,立法者希望通过监视居住的适用而减少羁押的预期目标也几乎没有实现。在监视居住的程序规则适用方面,绝大多数程序规则得到遵守,尤其是在居所的指定上得到进一步规范,在调研单位中指定的居所都符合法律的规定。但监视居住被滥用的情况仍然存在,主要表现在将监视居住作为侦查取证手段,在居住场所进行讯问,存在刑讯逼供风险;对患有疾病、生活不能自理的判断无法可依,存在随意判断的情况;在监视的方法上问题更为显著,要么24小时全天候人盯人,要么怠于监视,任由被监视居住人自由活动,等等。对于这些问题,通过规则的修补或者调整,问题应该不难解决。

对于司法实践中出现的公安司法机关聘请保安公司或社工参与监视居住的试水行为,不能简单地斥其违法,而应该置于提升国家治理体系和治理现代化这一宏观背景中予以考量。如果这一举措有助

刑事诉讼控制犯罪和保障人权两大目标的实现,并有利于降低司法成本,激活民间力量,增加就业岗位,那么,立法者应该考虑将这一做法纳入法制轨道。具体做法上,可以在总结现有经验教训的基础上,再在局部试点,然后再进行理论研究,为未来入法提供理论和实践支撑。

注释:

①参见郎胜:《中华人民共和国刑事诉讼法修改与适用》,新华出版社2012年版,第157页。

②《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第6条和第12条针对监察体制改革进行的修改,涉及监视居住的内容调整。除此之外,2012年《刑事诉讼法》与2018年《刑事诉讼法》相比,涉及监视居住的相关条文只有条文序号的变化。为方便读者,后文所引条文,如无特殊说明,以2018年《刑事诉讼法》条文为准。

③参见陈光中:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改条文释义与点评》,人民法院出版社2012年版,第115页。

④谢小剑、朱春吉:《公安机关适用指定居所监视居住的实证研究》,载《中国法律评论》2019年第6期,第75页。

⑤L市在2010年前后推行警务管理机制改革,公安分局和派出所撤并后组建新的大派出所,改革后形成了8个县级公安局、1个县市级公安局、14个公安分局(大派出所)。本文仅选取其中数据完整的6个县、9个分局(大派出所)的数据进行统计。

⑥左卫民:《反思监视居住:错乱的立法与尴尬的实践》,载《学习与探索》2012年第8期,第58-63页。

⑦这里的“住处”,是指犯罪嫌疑人、被告人在办案机关所在地的市、县内学习、生活、工作的合法住所。参见郎胜:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2012年版,第168页。

⑧2018年《刑事诉讼法》第77条(2012年《刑事诉讼法》第75条)规定:“被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定:(一)未经执行机关批准不得离开执行监视居住的处所;

(二)未经执行机关批准不得会见他人或者通信;(三)在传讯的时候及时到案;(四)不得以任何形式干扰证人作证;(五)不得毁灭、伪造证据或者串供;(六)将护照等出入境证件、身份证件、驾驶证件交执行机关保存。”

⑨此次统计增加了L市J分局适用监视居住的人数,因此,监视居住的总人数为1672人。

⑩参见郎胜:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2012年版,第162-163页。

⑪王贞会:《羁押替代性措施的涵义、模式与功能省思》,载《比较法研究》2013年第2期,第92页。

⑫参见王贞会:《羁押替代性措施的涵义、模式与功能省思》,载《比较法研究》2013年第2期,第92-93页。

⑬也有其他学者通过调研指出,公安机关在适用监视居住时大多是被动适用。参见王朝亮:《公安机关决定指定居所监视居住执行中的违法违规行为及监督》,载《中国检察官》2018年第4期,第56页。

⑭程雷:《指定居所监视居住实施问题的解释论分析》,载《中国法学》2016年第3期,第234页。

⑮王波:《“应当”及相关用词在法律中的意义诠释》,载《法律方法》第19卷(2016年),第162页。

⑯郎胜:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2012年版,第165页。

⑰程雷:《指定居所监视居住实施问题的解释论分析》,载《中国法学》2016年第3期,第235页。

⑱2014年《河南年鉴》,第159页。

⑲朱孝清:《刑事诉讼法实施中的若干问题研究》,载《中国法学》2014年第3期,第261页。

⑳王爱立:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2018年版,第263页。

㉑如2013年至2015年《河南年鉴》均载明该省对实践中存在突出问题的指定居所监视居住展开专项检查活动。参见2013年《河南年鉴》,第162页;2014年《河南年鉴》,第171页;2015年《河南年鉴》,第145页。

㉒毕惜茜:《论我国侦查讯问规则的建立》,载《中国人民

公安大学学报(社会科学版)》2012年第5期,第104页;郑韵:《新刑法背景下侦查讯问实证研究》,载《河北公安警察职业学院学报》2016年第1期,第29页。

②张忠柱:《指定居所监视居住研究》,中国人民公安大学博士学位论文,第104页;张智辉、洪流:《监视居住适用情况调查报告》,载《中国刑事法杂志》2016年第3期,第102页。

③郎胜:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2012年版,第162页。

④有学者指出,影响是剥夺人身自由还是限制人身自由的因素有四个,即空间因素、时间因素、意志因素和手段因素,其中,最重要的是意志因素和手段因素,这两者决定了强制措施的属性。意志因素包含两方面的含义,一是执行机关在指定居所监视居住执行过程中是否具有绝对的主导权;二是被追诉人是否有权在指定居所监视居住执行过程中随时中止该强制措施。“手段因素”不但包括对被追诉人的监视方法,还包括被迫人违反相关义务规定所面临的法律后果。参见张忠柱:《指定居所监视居住研究》,中国人民公安大学博士学位论文,第87-89页。

⑤江涌:《监视居住:异化及废止》,载《江苏警官学院学报》2009年第4期,第10页。

⑥张忠柱:《论我国羁押替代性措施的重构》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2018年第4期,第111-117页。

⑦钟明:《患有严重疾病过的法律解读》,载《人民检察》2006年第6期,第47页。

⑧参见李志强、姚金海:《国家治理现代化:缘起、实践及整体框架》,载《深圳大学学报(人文社会科学版)》2014年第5期,第74页。

⑨李俊生、姚东旻:《重构政府与市场的关系》,载《财政研究》2018年第1期,第30页。

⑩燕继荣:《社会变迁与社会治理——社会治理的理论解释》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2017年第5期,第76页。

⑪我国有经济学者将改革开放后40年的政府与市场关系改革分为四个阶段,第一阶段是改革初期到1992年,此为计划和市场关系的探讨阶段,在社会主义有计划商品经济的框架内逐步扩大市场调节的范围。第二阶段从1992年确立社会主义市场经济到党的十八届三中全会,这是市场在国家的宏观调控下对资源配置起基础性作用阶段。第三个阶段从党的十八届三中全会到2017年党的十九大,是市场对资源配置起决定性作用和更好发挥政府作用的阶段。第四个阶段即十九大召开至今这是加快社会主义市场经济体制建设阶段。参见洪银兴:《市场化导向的政府和市场关系》,载《政治经济学评论》2018年第6期,第28页。

⑫依照《最高人民法院关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》第10条,为了切实减轻审判事务性工作负担,应充分运用市场化、社会化资源,探索将通知送达、材料扫描、卷宗归档等辅助事务外包给第三方机构,将协助保全、执行送达等辅助事务委托给相关机构,提高办案效率。

⑬丁正红:《平等保护涉罪外来人员取保候审权益的探索与实践》,载《人民检察》2009年第20期,第55页。

⑭丁正红:《平等保护涉罪外来人员取保候审权益的探索与实践》,载《人民检察》2009年第20期,第55-56页。

⑮丁正红:《平等保护涉罪外来人员取保候审权益的探索与实践》,载《人民检察》2009年第20期,第56页;林志敏、曹国君:《江苏省常州市检察机关三大模式建立完善“管护帮教基地”》,载正义网, http://news.jcrb.com/jxsw/201205/t20120508_856372.html, 2018年9月30日访问。

⑯张洋:《保安服务业务多元化发展四年提供破案线索111万余条》,载《人民日报》2016年10月19日,第11版。