

澳門刑事強制措施於大陸之借鑒與反思

楊宗輝*

現行《澳門刑事訴訟法典》是澳門回歸前法律本地化時制定並於1997年4月1日起生效實施的，此前澳門實行的是葡萄牙1929年制定的舊刑事訴訟法和1976年葡國憲法規定的刑事訴訟原則。澳門現行刑事訴訟法典體現了現代刑事訴訟的精神，既吸收了當事人主義訴訟模式中的一些有益的規則，又保留了原來的基本原則、制度及基本結構，還充分考慮到本地區的實際情況和需要。澳門刑事強制措施是其刑事訴訟法的重要組成部分，充分地體現了澳門這一法域的特點，其中不少制度的設置有其自身優良價值和合理性，對中國刑事訴訟中強制措施制度的完善具有一定的借鑒意義。同時，澳門刑訴中對強制措施的規定在提高訴訟效率方面同樣具有值得反思之處。

一、澳門刑事強制措施之規定

(一) 強制措施的概念

在許多國家和地區，強制措施所涵蓋的範圍都較為寬泛，幾乎包括所有干預或者限制公民基本權利的行為。“在德國，強制措施包括對人格自由權之侵犯、對生理權之侵犯、對財產權之侵犯、對住宅權之侵犯、對通訊秘密權之侵犯、對職業自由權之侵犯以及對信息自主權之侵犯，且實施侵犯的職權單位不僅包括法官、檢察官以及檢察官的輔助機關，還包括不屬於檢察官輔助機關的警察及每個國民。”¹“在俄羅斯，訴訟強制措施分為三類，即拘捕強制處分和其他訴訟強制措施拘捕是短期剝奪犯罪嫌疑人的自由以查清其身份並解決是否需要對其適用強制處分等；強制處分是通過限制刑事被告人(特殊情況下亦包括犯罪嫌疑人)的人身自由以制止其實施妨礙具體刑事案件訴訟行為的可能性；其他強制措施則是為訴

訟程序順利推進以及生效裁判正確執行創造條件。在中國台灣地區，強制處分是指違反受強制的訴訟主體的意思而干預或者剝奪其基本自由與權利，包括對人身自由之剝奪、對身體不可侵犯性之干預、對居住自由權之干預、對秘密通訊自由之干預以及對財產權之剝奪。”²

在中國大陸地區，刑事訴訟中的強制措施則是指公安機關、人民檢察院和人民法院在刑事訴訟過程中，為了保證訴訟的順利進行，依法對犯罪嫌疑人、被告人以及現行犯採取的在一定期限內暫時限制或者剝奪其人身自由的法定強制方法，並在刑訴法中設有專章予以規定，包括拘傳、取保候審、監視居住、拘留和逮捕五種類型。可見，在現行刑事訴訟法中，強制措施主要針對的是對人身自由的限制或暫時剝奪。³

在澳門，刑事強制措施制度規定在其刑事訴訟法的第一部分，單列一卷，名稱為“強制措施及財產擔保措施”。在一般規定之後，分為兩編，一編為強制措施；另一編為財產擔保措施。根據《澳門刑事訴訟法典》的規定，刑事強制措施指的是為確保訴訟程序順利進行及判決有效執行，或防止嫌犯擾亂公共秩序或社會安寧，或防止嫌犯繼續進行犯罪活動，而對嫌犯採用防範性措施。

(二) 強制措施之適用原則

強制措施與財產擔保措施並列規定在《澳門刑事訴訟法典》第四卷。在第一編一般規定中，立法確立了合法性原則(第176條)和適當適度原則(第178條)。第176條規定：“人之自由，僅得按具防範性質之訴訟程序上之要求，由法律規定之強制措施及財產擔保措施全部或部分限制之。”這就是說，在刑事訴訟中使用強制措施，其目的是保障訴訟的順利進行，並且

* 中南財經政法大學教授

只能是採取法定的強制措施和財產擔保措施，既不得任意使用，更不能非法使用。為此，法律規定了申訴程序、對違法拘留和拘禁的人身保護令制度、對違法或不合理的限制或剝奪自由的損害賠償制度。可見，合法性原則不僅要求權力主體嚴格執行法律關於強制措施的有關規定，同時賦予了當事人一定的程序性救濟權。

適當及適度原則，也可稱之為“比例原則”或“相應性原則”。它指的是權力主體在決定採用強制措施時，應在強制措施的種類、輕重、力度上必須與追究的犯罪行為及嫌犯個體情況相適應，既不應過度又不能不足。《澳門刑事訴訟法典》第178條第1款規定：“具體採用之強制措施及財產擔保措施，對於有關情況所需之防範要求應屬適當，且對於犯罪之嚴重性及預料可科處之制裁應屬適度。”也就是說，凡是符合採取強制措施的情形，就必須依法採取，不得姑息遷就。對不符合採取強制措施的情形，就不能濫用權力，非法採取強制措施。同時，所採取的強制措施的強度與存在情況的嚴重性相適應，不得超過必要的限度。第二款規定：“強制措施及財產擔保措施之執行，不應妨礙與有關情況所需之防範要求不抵觸之基本權利之行使。”也就是說，採取強制措施的目為了排除妨礙訴訟順利進行的因素，才可限制嫌犯的權利，與訴訟進行無關的基本權利則不可進行限制。例如，會見辯護人是嫌犯的訴訟權利，任何強制措施都不得限制嫌犯的該項權利。第三款規定：“僅當其他強制措施明顯不適當或不足夠時，方得採用羈押措施。”法律還特別規定，在某些情況下必須羈押。可見，這項原則既要保護居民的權利，又要保障訴訟的必要性和防範的安全性。為執行適當與適度原則，法官在決定採取強制措施的時候，通常應由強制措施強度的由輕到重進行選擇，只有當較輕的措施達不到預期的目的時，才能使用較重的強制措施，以便盡可能減少對嫌犯權利的限制。

（三）強制措施的種類及條件

在強制措施編中第一章為可容許之措施，第二章為採用措施之條件。這兩章對六種強制措施各自適用的條件及一般條件進行了規定。具體內容包括：

1. 強制書錄身份資料及居所措施

澳門法律規定了兩種強制報告本人身份和居所的情況。其一是法典第233條規定，為了認別涉嫌人的身份和居所，在開放予公眾且不法分子慣常前往之地方內，刑事警察機關可以認別身處其中之人的身份

和請涉嫌人指出其居所。如有值得懷疑的理由，刑事警察機關可以將無能力表明或拒絕表明其身份的人強制帶往最近的警區，但不得超過6小時。法律認為此種措施屬於警察措施，而不是刑事強制措施。其二是法典第181條規定，司法當局在首次詢問完結後，如訴訟程序應繼續進行，即使已依據本法典第233條規定進行了身份識別，仍須強制嫌犯提供資料。值得注意的是，法律明確規定，對此種要求，嫌犯有如實回答的義務，而不得拒絕回答。

2. 擔保措施

擔保只能以擔保金作保，適用於可能判處徒刑的嫌犯，與財產刑無必然聯繫，近似於其他國家或地區的保釋(保候)或取保候審。法律未具體規定擔保金數額，但是對適用的條件加以了規定：採取此項擔保措施，須考慮達到防範目的、犯罪的嚴重性、犯罪的損害及嫌犯的社會經濟狀況。

3. 定期報到措施

定期報到是指法官命令嫌犯履行按預定日期及時間向一個司法當局或刑事警察機構報到的義務。此種強制措施適用於可處六個月以上徒刑的犯罪。

4. 禁止離境及接觸措施

此種強制措施是指對於可能判處超過一年徒刑的嫌犯，法官可命令其不得離開澳門或未經許可不得離開澳門；不得與某些人接觸或不得常至某些地方或某些場合。

5. 中止執行職務、從事職業或行使權利措施

此種強制措施適用於可能處二年徒刑以上的嫌犯。中止執行職務是指命令嫌犯中止行使公共職務。命令中止事業是指命令嫌犯中止從事須具公共資格或須獲公共當局許可或認可方得從事的職業或業務。中止行使權利是指嫌犯中止行使親權、監護權、保佐權、管理財產權或發出債權證券權。

6. 羈押措施

羈押是最嚴厲的強制措施，只適用於法官認為前列各種強制措施對於有關情況系不適當或不足夠時，才可以命令將嫌犯羈押。對精神失常者不得羈押。

（四）強制措施適用之程序及救濟制度

第三章規定了措施的廢止、變更、消滅以及羈押前提之復查、措施持續時間，第四章是對上訴、聲請人身保護令及具體程序的規定；第五章對聲請損害賠償的種類、期間以及正當性進行了規定。其中對措施的廢止、變更及消滅法律規定由法官決定，並針對不同情況對羈押存續的期間進行了不同的規定。

對於強制措施適用的權利救濟制度，法律規定了申訴及損害賠償。在申訴方式中，對因違法拘留之人身保護令和對因非法拘禁之人身保護令規定了聲請之條件以及適用的詳細程序，並對不遵守高等法院就人身保護令的請求作出的處斷被拘禁之人之裁判者，規定可對其處以《刑法典》第 333 條第 3 款或第 4 款所規定的刑罰。

在損害賠償中，法律詳細規定了得請求損害賠償的強制措施被適用者的種類、期間及正當性。

綜上所述，澳門地區有關刑事強制措施的規定具有以下幾個特徵：第一，從適用主體來說，權力主體只能為司法當局，其他任何個人和單位均不得行使該權力。澳門具有其特殊的歷史和法律文化，在刑事訴訟中，刑事強制措施的主體也不同於中國內陸。在大陸，依據《中華人民共和國刑事訴訟法》的規定可知，公檢法三機關均有權決定採取相應的強制措施，但強制措施的執行機構只能為公安機關；“而在澳門地區，對強制措施的規定更為嚴格。在偵查期間內，必須由檢察院向法官(刑事起訴法官或稱為預審法官)提出建議，最後由法官決定是否採取強制措施，作為偵查主體的檢察機關和刑事警察機關是沒有此種權力的。”⁴ 第二，從適用對象來說，強制措施的對象為嫌犯。嫌犯的認定須依照一定的標準。但是當一個人已經成為嫌犯，當有理由相信存在免除責任或追訴權消滅的事由時，則需變更或解除強制措施。第三，從適用的程序和條件來說，《澳門刑事訴訟法典》對各個強制措施適用的條件和程序做出了嚴格的規定，因而，權力主體必須依法行使權力。例如，對羈押措施的適用，原則是窮盡其他強制措施而無法達到目的或不適當時方得適用，而不能對羈押措施任意適用。

二、澳門刑事強制措施與大陸之比較

中國大陸地區刑事訴訟法規定的強制措施有拘傳、拘留、取保候審、監視居住、逮捕五種。此五種強制措施與澳門刑事強制措施有一定相似性，但它們之間在稱謂、種類、適用條件、程序、功能、行使主體上仍存在着差別。古羅馬著名學者塔西陀曾說：“要想認識自己，就要把自己同別人進行比較。”比較是認識事物的基礎，是人類認識、區別和確定事物異同關係的最常用的思維方法。對兩地強制措施進行比較研究，找出各自制度中的“良善”制度，以求對中國刑事訴訟法中強制措施的完善提供參考，本章僅

就兩地具有相似性的具體強制措施進行對比。

(一) 逮捕措施與羈押措施

在中國大陸地區，刑事訴訟法中規定的逮捕強制措施其適用的必然後果是對犯罪嫌疑人或被告人進行羈押。因而，在一定程度上可以說逮捕就等同於羈押。其具體含義是為防止犯罪犯罪嫌疑人、被告人逃跑或毀滅證據，保證刑事訴訟的有序進行和刑罰目的的實現，而對其採取的在一定時期內剝奪人身自由的一種強制措施。修正前的刑事訴訟法第六十條對逮捕的條件予以規定：“對有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰的犯罪嫌疑人、被告人，採取取保候審、監視居住等方法，尚不足以防止發生社會危險性，而有逮捕必要的，應即依法逮捕。”同時也規定了逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必須經過人民檢察院批准或者人民法院決定，由公安機關執行。

依據中國修正的刑事訴訟法之規定，對犯罪嫌疑或被告人適用逮捕分為兩種情形，即應當予以逮捕和可以予以逮捕。應當逮捕又分為兩種情況：第一，同時具備三個條件：有證據證明有犯罪事實；可能判處有期徒刑以上刑罰；採取取保候審、監視居住等方法，尚不足以防止發生社會危險性，而有逮捕必要的。第二，有證據證明有犯罪事實，可能判處十年有期徒刑以上刑罰的，或者有證據證明有犯罪事實可能判處徒刑以上刑罰，曾經故意犯罪或者身份不明的。可以予以逮捕的條件是被取保候審、監視居住的犯罪嫌疑人、被告人違反取保候審、監視居住規定，情節嚴重的。在行使主體上可知，適用逮捕，必須經人民檢察院批准或決定或者人民法院決定，並統一由公安機關執行；同時修正的刑訴法增加了人民檢察院審查批准逮捕可以和應當訊問犯罪嫌疑人的情形以及人民檢察院在公安機關執行逮捕後，仍應當對羈押的必要性進行審查的規定。⁵

在澳門，羈押是最嚴厲的強制措施，澳門刑訴法對羈押的適用條件、羈押的執行、羈押的期限等做了嚴格而具體的規定。羈押措施只適用於法官認為其他各種強制措施對於有關情況系不適當或不足夠時，才可以命令將嫌犯羈押，並且對精神失常的人不得適用羈押措施。具體來說，羈押的適用也有可以羈押和應當羈押兩種情形：第一，在有強烈跡象顯示嫌犯曾故意實施可處以最高限度超過三年徒刑的犯罪；不合規則進入或不合規則逗留於澳門之人，或正將其移交其他國家或地區，或正在辦理驅逐手續的情形下，可採用羈押。第二，對可處以最高限度超過八年徒刑的暴

力犯罪或最高限度超逾八年徒刑的其他法定犯罪，如盜竊車輛、偽造貨幣、不法製造或販賣毒品等，法官必須對嫌犯採用羈押措施。同時，澳門刑事訴訟法對羈押規定了復查制度，即法官每三個月復查一次羈押的前提是否仍然存在，對繼續羈押的必要性進行審查。法律還規定了不同情況的羈押最長存續時間。⁶可見澳門的羈押期限彈性相當大，但又有嚴格的適用條件和程序。同時，為保證權利人的救濟權的實現，規定了嫌犯申訴的申訴及聲請賠償的具體程序。

對比中國大陸和澳門地區的有關規定可知，兩地在對待逮捕(羈押)的問題上，總的立法精神相同，某些方面在法條設計上趨於一致，體現了慎用強制措施和保護嫌犯權益的精神。但兩者亦存在比如行使主體、羈押期限、適用情形等方面的諸多不同。應當說，澳門刑訴法典對羈押制度的規定中，仍有值得我們借鑒的地方。第一是澳門地區關於人身保護令的規定，該規定賦予公民一項申訴權利，當遇有違法羈押的情形時，有權按照一定的程序請求法院發出人身保護令，對錯誤羈押予以糾正；第二，澳門地區對羈押的定期復查制度。該制度規定有關機關在羈押執行期間，仍應定期對羈押的執行情況進行審查，若是發現存在錯誤羈押或是羈押之情形已不存在而無羈押的必要時，則需要立即解除羈押或變更為其他強制措施。雖然中國大陸地區修正的刑事訴訟法增加了檢察院在公安機關執行逮捕後仍應當對羈押的必要性進行審查，但對於不需要繼續羈押的情形，只有建議權。相對於澳門對羈押的定期復查制度還有一定的距離。由於在澳門地區，拘留並非強制措施，在此並不贅述。

(二) 擔保和禁止離境及接觸措施與取保候審和監視居住措施

《澳門刑事訴訟法典》中的擔保和禁止離境及接觸制度與中國大陸地區刑事訴訟法修正後的取保候審和監視居住制度相類似，其作用比較接近，都屬於獨立的強制措施，不依附於逮捕、羈押措施；既可以對未經逮捕、羈押的人獨立使用，也可以作為停止逮捕、羈押的變更措施。但是，兩者也存在着許多不同。第一，適用程序上，在澳門刑事訴訟中，對於擔保和禁止離境及接觸措施的採用，必須經檢察院提請申請，而由預審法官作出是否准許的批示。而在大陸地區對取保候審和監視居住是由公安機關、檢察院和法院自行決定的，並無像澳門這樣嚴格的程序。第二，在適用對象上，澳門刑訴法規定較為嚴格，只有對該

判處徒刑以上刑罰的才能適用；而根據中國大陸刑訴法的規定，對可能判處管制、拘役或者獨立適用附加刑的，都可適用。第三，《澳門刑事訴訟法典》所規定的擔保、禁止離境及接觸，既可以單獨適用，又和與其它強制措施合併適用；而中國大陸刑訴法所規定的取保候審、監視居住，均只能單獨適用，不能與其它強制措施並用。

值得一提的是，《澳門刑事訴訟法典》中禁止離境及接觸強制措施指的是在一定時間內限制嫌犯離開澳門和限制一定行動自由的一種強制措施。這種強制措施的適用條件與其他強制措施相同，其適用的對象為具有強烈跡象顯示其故意實施可判處最高刑超過1年徒刑的嫌犯。其限制自由的範圍是，不得離開澳門，或未經許可不得離開澳門；不得未經允許與某些人接觸或不得常至某些地方或某些場合。具體限制哪些自由由法官以命令的形式作出。而中國修正的刑事訴訟法中將這種制度作為取保候審的補充，第69條增加的第2款中“不得進入特定場合”以及“不得與特定的人員會見或者通信”、“將護照等出入境證件、駕駛證件交執行機關保存”其實質與澳門刑訴中禁止離境及接觸強制措施相同；同時也在監視居住中規定了“未經執行機關批准不得會見他人或者通信”、“將護照等出入境證件、身份證件、駕駛證件交執行機關保存”。可以看出，大陸地區的刑事訴訟法與澳門地區的刑事訴訟法在某些制度設計上雖然表述不同但在立法精神上卻具有趨同性。

(三) 中止執行職務、從事職業或行使權利措施

此種強制措施是《澳門刑事訴訟法典》特有的一種強制措施，在司法實踐中，法官需依據案件情況及嫌犯個人情況，作出自由裁量，既可以單一採用，也可根據需要將兩種或三種一併採用。採取這種強制措施，必須具有具備兩個條件：第一，罪該判處2年以上徒刑；第二，該犯罪與其職務、職業或權利的行使有密切的關係，因而最終可能被判處附加剝奪某些權利。具體方式為：命令嫌犯中止執行公共職務，此類公共職務通常是指經選舉或任命、聘任的具有一定公共權限的職務；命令嫌犯中止從事須經公共資格或須獲當局許可或認可方能從事的職業或業務。此類特定職業或業務與前項公共職務的區別在於它不具有權限性，而是具有公共服務性質，如法律服務、註冊會計師、郵電服務；命令疑犯中止行使親權、監護權、保佐權或發出債權證券權。該強制措施既可以單獨採取，也可以與其他強制措施一併採取。

中止執行行使職務、從事職業或行使權利的強制措施中國大陸刑訴法進行了很好的借鑒。修正的刑事訴訟法第 69 條增加了對取保候審人的補充規定，其中“不得從事特定的活動”可以看作是包括但不僅限於對職務和職業以及行使權利中止要求。

三、大陸對澳門刑事強制措施制度之借鑒

中國修正的刑事訴訟法有關強制措施的規定較之 96 年刑事訴訟法，與《澳門刑事訴訟法典》具有一定程度的趨同性和一致性，但不能否認的是，《澳門刑事訴訟法典》對強制措施的規定仍然具有可為中國刑事訴訟強制措施制度的進一步完善提供借鑒之處。從思想理念上講，澳門刑事強制措施中所體現的“慎刑”、“謙抑”理念首先值得我們加以借鑒。在澳門刑事強制措施制度中，立法上不僅從“合法性原則與適當及適度原則”對司法主體的行為進行約束，同時賦予預審法官在偵查階段的偵查權，以對檢察機關的偵查權進行制衡；從具體制度上講，澳門與中國大陸在訴訟過程上，總體仍實行國家職權主義訴訟模式，但澳門的各項強制措施之間更具有銜接性，並對強制措施設置了相應的權利救濟機制，使嫌疑人的訴訟主體地位得以較好確立，符合了正當程序原則，而這些正是中國現行刑事訴訟法所缺失的。借鑒並非簡單的法律移植，不是就具體的制度的全盤引進，而是在考慮中國內陸特殊的法律文化、憲政體制及其他本土資源的前提下，對相關制度進行揚棄、轉化，進行本土化改造，使其真正融入本國的法律制度體系中，發揮制度的整體功效。因而，本文認為，中國刑事強制措施的完善需要做到以下幾點：

（一）在刑事訴訟法中設立比例原則

1. 比例原則的概念

《澳門刑事訴訟法典》在對公權力機關行使強制措施權力的時候，明確規定了應遵循適當及適度原則，此原則與當今各國所倡導的比例原則基本同一。因而，本文在借鑒澳門適當及適度原則以完善中國強制措施制度時，將適當與適度原則闡述為比例原則，以與各國通行表述一致。“比例原則是行政法學中一個非常重要的原則。在憲法意義上，它是指只有在公共利益所必要的範圍內，才能夠限制公民的權利；在行政法意義上，比例原則是指行政權力在限制公民權利時，必須有法律依據，同時必須選擇在最小的限制

範圍內行使。比例原則最早是由德國行政司法判例所確立的，隨後，一些國家將此原則在法律中予以明確規定。”⁷ 一般認為，比例原則包括適當性原則、必要性原則以及相當性原則。“比例原則要求政府部門所採取的限制公民權利的強制性措施應當有一個合理的度的界限，同時這些措施在合理的度的範圍內是必要的度由三個考量因素構成：即符合客觀情況的需要，具有相應的科學依據，其強度不能超過必要程度。其衡量標準是，強制性措施必須是控制突發性事件帶來的危害所必需的，它帶來的對於公民權利進行限制的後果和損失不能大於突發性事件所造成的後果和損失。”⁸ 在中國，刑事訴訟法的首要目的是打擊犯罪，保障犯罪嫌疑人、被告人的人權是刑事訴訟法的重要原則，二者在刑事訴訟法中同等重要，偵查機關在適用刑事訴訟強制措施時需要考慮刑事訴訟的訴訟保障和人權保障的雙重功能。在打擊犯罪和保障人權之間保持一種平衡。

2. 在刑事強制措施中設立比例原則的必要性

（1）確立比例原則是程序正義的要求

程序正義的基本要求之一就是平等對待，“即對相同的人和類似的情形必須得到相同的或者至少是相似的對待，只要這些人和這些情形按照普遍的正義標準在實質上是相同的或相似的。”⁹ 即根據普遍的正義標準，認定二者相同或者相似時，對二者必須作出相同或相似的處理；二者不同但認定它們相同並作出相同或相似的處理時，則是不平等的。確立刑事訴訟強制措施制度的比例原則，可以將刑事訴訟強制措施對公民權利的限制控制在必要的最低限度之內，從而實現程序的公正性。

（2）確立比例原則可以實現刑事訴訟強制措施打擊犯罪與保障人權之間的平衡

在司法實務中，偵查機關依法行使的刑事訴訟所規定的強制措施，對犯罪進行打擊，從而維護社會秩序的穩定，其重要性是不言而喻的。但對公民合法的基本權利的保障，是一個實行憲政的國家必須完成的任務。丹甯勳爵曾指出：“人身自由必定與社會安全是相輔相成的。每個社會成員均須有保護本身不受犯罪分子危害的手段。社會必須有權逮捕、搜查、監禁那些不法分子。只要這種權力運用適當，這些手段都是自由的保衛者。但是這種權力也可能被濫用，而如果它被人濫用，那麼任何暴政都要甘拜下風。”¹⁰ 因此，在社會公益與個人私益之間進行利益平衡已成為大勢所趨，而比例原則恰好為這種調和提供了實體上的操作辦法，即以法律的形式要求國家所實施的行為

應適合比例原則。

(3) 確立比例原則最大程度地限制司法機關的自由裁量權，體現司法公正

“比例原則運用廣泛，在當今的許多法治國家，比例原則規定於憲法，具有憲法位階，其得用於制約立法、行政，甚至司法，以避免各種權力行使的肆意與逾越，是為調和公益與私權，達到實質正義的一種理性思考的法則。”¹¹ “比例原則並不是等於廣泛裁量權，而是執法者在對法益權衡所應遵循的義務，而行政裁量權之行使又必須‘和義務性’，比例原則對其因而產生約束，如果行政裁量中任意選擇裁量、違反比例原則就應當屬於濫用裁量權，其裁量行為自然違法。若裁量權之行使受到比例原則的約束，或者行政裁量因違反比例原則而導致裁量權的濫用，比例原則將造成裁量空間之限縮。”¹² “依據比例性原則的要求，強制措施立法確立的強制措施種類、條件等應當與犯罪嫌疑人的身危險性相適應被告人的身危險性的大小成比例，應當使所能適應的強制措施力度與犯罪嫌疑人或，這就要求強制措施立法應當盡量考慮到各種犯罪情況以及行為人的身危險性，所適用的強制措施與之一一對應。儘管這種公正觀對強制措施立法要求近乎苛刻，但是立法機關應當認真研究、充分論證，盡量使強制措施立法滿足這一要求，以期在強制措施立法上做到公正。執行機關也要綜合各方面的因素，斟酌人權保護和追究犯罪，用比例原則的標準來衡量和選擇所適用的強制措施的種類和方法。”¹³

3. 比例原則在中國強制措施制度中的構建

(1) 將比例原則確立為刑事訴訟的一項原則

刑事強制措施制度是在刑事訴訟活動發揮着極大的作用。將比例原則確立為中國刑事訴訟法的一項基本原則不僅有利於立法者依據比例原則的基本要求構建刑事強制措施，也有利於實施強制措施的主體在運用強制措施時盡可能選擇對公民權利損害最小的手段，以此保障公民的權利。

(2) 按比例原則的要求及時有效地變更或解除強制措施

強制措施實施的目的是為了保證刑事訴訟的正常進行，在對犯罪嫌疑人或被告人適用強制措施後，若是發現適用的情形不存在或者適用錯誤時，應當及時變更或者解除強制措施，這是比例原則中必要性原則的內在要求。中國修正的刑事訴訟法對此進行了相應的規定，但缺乏救濟機制。

(3) 對強制措施的適用條件要進行嚴格的設定，

杜絕和廢止那些任意擴大強制措施適用條件的司法解釋。

刑事強制措施是一種嚴格限制或剝奪人身自由的行為手段，對它的適用條件在立法上力求做到嚴格準確，司法解釋也應當準確詮釋立法本意，而不能擴大解釋或者違背立法精神。有些機關從本部門的執法利益出發對刑事訴訟法做出了擴大解釋，在司法實踐中造成了強制措施的濫用。為了保護公民的合法利益，防止國家權力的肆意氾濫，在立法上對強制措施的適用條件予以嚴格設定，對每一項強制措施的適用期限予以嚴格規定，並對羈押期限的延長、不計算和重新計算進行嚴格控制。同時糾正司法解釋中與刑事訴訟法立法原意不相符合的地方，對相互矛盾和衝突的地方加以協調，以維護立法的嚴肅性。

(二) 進一步加強偵查監督

《澳門刑事訴訟法典》在強制措施中確立了刑事訴訟法院的司法介入，有力的防止了強制措施的濫用，有效的保障了公民的權利。然而在中國大陸地區因為憲政司法制度和法律文化的不同，法院在偵查階段並沒有介入偵查的權力。同時法律規定的有關強制措施的監督範圍十分狹窄，成為導致司法實務中司法主體任意適用刑事強制性措施的一個重要因素。

在強制措施方面中國偵查監督制度的缺陷表現在：第一，對公安機關適用限制公民人身自由的取保候審、監視居住措施，偵查主體可以獨立決定是否適用及適用的類型；第二，對於剝奪公民人身自由的拘留措施，公安機關在偵查過程中適用時，也只是採取行政審批程序獨立決定，缺乏檢察監督程序，不受司法機關的審查批准；第三，修正的刑事訴訟法增加了人民檢察院對逮捕後羈押的必要性進行審查。但此種監督的範圍比較狹窄，僅適用於逮捕，而對於其他強制措施存續期間並無檢察院進行審查的規定。在這種情況下，偵查機關為了方便收集證據，有效防止犯罪嫌疑人串供、毀滅證據等活動，更願意選擇適用剝奪犯罪嫌疑人人身自由的強制性措施，如拘留和逮捕，從而不可避免地導致實踐中出現普遍羈押犯罪嫌疑人的現象。

1. 將偵查機關的拘留決定權交由檢察機關審查批准

在中國，與其他國家或地區相比，公安機關在適用刑事強制性措施時存在着權力過大，權力的行使受制約性小等問題，除逮捕外，公安機關可以自行決定適用其他所有刑事強制性措施，這就導致了司法實踐

過程中刑事強制性措施被濫用、侵犯公民合法權利。爲了防止這種現象，對公安機關行使刑事強制性措施的權力進行效監督和制約，有必要將公安機關適用的限制公民人身自由的拘留措施納入到法律監督的範圍內。具體來說，中國應當在刑事訴訟法中明確規定公安機關在偵查過程中，如果需要適用拘留措施時，應當向檢察機關提出書面申請，由檢察機關進行審查並決定是否批准。雖然修正的刑事訴訟法規定了公安機關可以先行拘留的具體情形，但其在拘留後應當立即提請檢察院審查批准，檢察院也應立即做出批准或不批准的決定。如果得到檢察機關的批准，公安機關應當嚴格按照法律規定的程序執行拘留措施；否則，公安機關不得適用拘留措施，只能採取其他刑事強制性措施。

2. 擴大檢察機關對強制措施實施期間其必要性與合法性的審查

雖然大陸地區刑事訴訟法規定人民檢察院依法對刑事訴訟實行法律監督。但具體到強制措施中，規定檢察院對指定居所監視居住的決定和執行是否合法實行監督以及對犯罪嫌疑人、被告人被逮捕後仍應當對羈押的必要性進行審查外，對於拘傳、拘留、取保候審這三種公安機關有決定權的強制措施缺乏監督之規定。雖然這些強制措施與逮捕相比，其對人身自由的危害程度不高，但這些公安機關有權自行決定的強制措施恰恰更需要法律監督來保障其實施的合法性與合理性。所以，從長遠看，應逐步擴大檢察機關對強制措施實施期間其合法性與合理性審查的範圍。

(三) 完善權利救濟制度

法諺語，無救濟則無權利。權利救濟制度是防止公民人身自由和財產權利不被非法或者無根據地剝奪或限制的重要措施。權利救濟制度賦予犯罪嫌疑人或被告人一定的訴訟權利，如獲得律師幫助的權利、獲得司法救濟的權利、對非法羈押申請人身保護令並依法獲得國家賠償的權利等。然而在中國，雖然法律規定了當事人的權利救濟制度，但是法律規定的權利救濟制度並不完善。雖然法律規定了當事人要求解除強制措施的權利，卻沒有規定當事人尋求救濟的細化程序，具體說來，對當事人可以向哪個機關提出、提出方式、有關機關在作出決定的時間限制等具體程序規定不詳，操作性不強，這種狀況就使得該項救濟權利幾乎爲一紙空文。中國的訴訟構造採用了職權主義模式，因而，中國目前對於刑事強制措施的制度設計

主要是從司法機關行使職權的角度出發的，即國家通過刑事訴訟法賦予辦案機關採取強制措施的權力，即使有一些關於被追訴人救濟權利的規定，也因為缺乏明確有力的救濟程序而無力與強大的國家權力相對抗。一方面在使偵查機關在訴訟程序中能靈活機動地運用各種強制措施以有效地對案件展開偵查破獲案件，另一方面又導致了強制措施可能被濫用而侵犯被追訴人的基本人權。刑事強制措施制度的完善應當注重強化犯罪嫌疑人、被告人的救濟權利，通過犯罪嫌疑人、被告人行使權利來制約辦案機關的權力濫用。同時，修正的刑事訴訟法增加了檢察院對於犯罪嫌疑人、被告人被逮捕後仍應當對羈押的必要性進行審查的權力，這與澳門地區的羈押復查具有相似性，但是檢察院只具有建議權，有關機關可以採納也可以拒絕，這就使得檢察院對羈押進行復查不具有任何實質性的意義。《澳門刑事訴訟法典》對嫌犯在錯誤羈押時所規定的人身保護令制度可以爲中國內陸地區權利救濟制度的完善提供借鑒。人身保護令是澳門刑事強制措施制度中保障人權，獲得權利救濟的重要措施。立法將人身保護令分爲因違法拘留而申請的人身保護令和因違法拘禁而申請的人身保護令。兩種人身保護令都向高等法院提出，前者是申請高等法院命令立即將案件提交管轄法院，後者是由高等法院院長進行處理。兩種人身保護令的審查，都須聽取檢察院和辯護人的意見。當然，這種制度的移植需經過適合中國國情的適法性和本土化改造，而非簡單照搬。

同時，中國大陸地區的刑事訴訟法不但應明確被採取強制措施的犯罪嫌疑人、被告人有權對不當適用強制措施申請救濟，還應當明確各種強制措施申請救濟的對象、具體的程序以及申請救濟所可能導致的結果等等。

四、澳門刑事強制措施之反思

毋庸置疑，澳門刑事訴訟法中對於強制措施在權力配置、程序安排以及救濟措施等方面的規定對大陸地區具有重要的借鑒意義，但同時我們也應該反思在保障公正及人權的前提下，以提高司法效率爲目的，澳門對強制措施的規定是否存在修改的必要。本文認爲，可由刑事警察機關採用身份資料及居所之書錄，且可以將除羈押以外的強制措施的決定權由法官改爲檢察院行使：

(一) 由刑事警察機關採用身份資料及居所書錄之理由

澳門現行刑事訴訟法典中規定，當嫌犯進行首次司法訊問或首次非司法訊問後，可由檢察院或法官對嫌犯繕立身份資料及居所之書錄。這意味着此種強制措施只能由檢察院或法官採用，且在嫌犯進行首次司法訊問或非司法訊問後進行。應該指出的是，此種強制措施與其他強制措施之間最顯著的區別就是它幾乎不會影響或限制嫌犯的基本權利，僅僅屬於嫌犯告知其真實身份及住所的一種行為。所以，即使並未經過訊問，嫌犯告知司法機關其身份及住所也並無不妥之處。刑事警察機關是受檢察院領導與制約的偵查機關，在偵查期間亦有權告知某人其成爲嫌犯，在偵查需要或情況緊急的情況下，如果刑事警察機關也可採用嫌犯的身份資料及居所書錄會更有利於偵查活動的展開和進行。畢竟，此種強制措施對嫌犯的人身幾乎並無傷害且嫌犯的真實身份及居所的採用對偵查活動的展開具有重要的價值。

(二) 檢察院有決定除羈押外的強制措施的權力之辨析

澳門現行的刑事訴訟法典將強制措施決定權除身份資料及居所之書錄可由檢察院採用外，其餘的強制措施在偵查期間由法官應檢察院聲請而決定採用，在偵查結束後，由法官依職權決定採用，但須先聽取檢察院的意見。但是，將除羈押外的強制措施的決定權賦予檢察院在現有制度和司法實踐上具有很大的可行性。

1. 《澳門刑事訴訟法典》對強制措施的救濟制度較完善

現行《澳門刑事訴訟法典》在強制措施這一編中對強制措施可以使用的措施、條件、措施的廢止變更消滅、申訴方式以及因違法或不合理使用強制措施侵

害嫌犯自由之損害賠償進行了詳細的規定，對採用或維持強制措施的決定可向上級法院提起上訴，對於羈押如果執行屬於違法拘禁，也可向終審法院申請人身保護令。且在檢察院提出控訴或偵查歸檔時，基於嫌犯或輔助人的聲請，刑事訴訟法院開展預審對其聲請進行司法核實。這就意味着，即使除羈押外的強制措施決定權賦予檢察院，而檢察院濫用了此權力並造成對嫌犯的侵害，在事中和事後嫌犯仍具有救濟權利的渠道和方式，何況檢察院並非具有了決定權就必然致使嫌犯的權利受到侵害。

2. 除羈押外的其他強制措施對嫌犯的人身侵害可能性較低

由於身份資料及居所之書錄本身可有檢察院採用，所以，除羈押外的擔保、定期報到義務、禁止離境及接觸與執行職務、從事職業或行使權力之中止與羈押這種剝奪人身自由的強制措施相比，僅僅是對嫌犯某方面權利的限制，並未剝奪其人身自由。並且每種強制措施均有其適用的條件，即使將這些強制措施的決定權交予檢察院，如果適用的條件未形成，檢察院仍然不能決定使用。

3. 將決定權賦予檢察院有助於司法效率的提高

澳門特別行政區檢察院刑事訴訟辦事處的統計資料顯示，在司法實踐中，檢察院經法官決定採用羈押措施的人數與檢察院對其他強制措施提請的人數相比數量懸殊，表1爲2000-2010年相關數據。

從表1我們可以看到，在檢察院提請經法院批准後所採取羈押的人數與其他強制措施提請之對象人數相比，從未超過其百分之六，同時，檢察院提請羈押的人數比法院決定羈押的人數要高，所以刑事訴訟法院每年對強制措施的決定案件絕對不在少數，並且除羈押外的其他強制措施占了絕大部分。如果將除羈押外的強制措施之決定權賦予檢察院行使，能夠減輕刑事訴訟法院的負擔，提高刑事訴訟程序的效率。

表1 檢察院刑事訴訟統計數字

項目 \ 年份	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
羈押人數	257	162	123	186	161	226	186	174	266	213	197
其他強制措施提請		3742	3992	3932	3566	4365	4718	4738	5194	5300	5127

資料來源：澳門檢察院網站：<http://www.mp.gov.mo/gb/statistics/stat2010.htm>。

4. 檢察院的職能及專業素質使賦予其決定權具有積極意義

在澳門，檢察院作爲偵查的領導者對刑事警察偵查活動實行領導和制約。澳門法律分析和借鑒了英美

法系與大陸法系對審前程序司法控制優劣良弊後，推行以當事人主義爲主、職權主義爲輔的混合式訴訟構造。在偵查程序中，吸收當事人主義因素，保護被告人、犯罪嫌疑人的權利。爲完善檢審分立原則，應當

“賦予檢察院在偵查階段決定實施強制措施的權力，使檢察院獨立完整地行使刑事偵查領導權。”¹⁴ 當然，我們也應當避免矯枉過正，對於剝奪人身自由的羈押的決定權仍交由法官行使較恰當。

檢察官與刑事警察學養的差異，由檢察官全面負責偵查工作有一定難度且不利於保證偵查的專業化和偵查效能的實現。澳門的刑事警察有時為了避免麻煩也會採取一些規避檢察官指揮的辦法。¹⁵ 因此，雖然檢察官即使實際參與偵查也主要限於法律控制，但刑事警察在偵查活動所獲得的消息以及證據均要向其報告，這就使得與法官相比，檢察官更瞭解和清楚偵查活動進行的狀況，賦予其除羈押外強制措施的決定權能夠使其對刑事警察偵查活動進行有效制約，這也正是檢察官專業法律學養的體現。

5. 賦予檢察院決定權亦是刑事訴訟比例原則的體現

正如前文所述，比例原則包括適當性原則、必要性原則以及相當性原則。將除羈押外的強制措施決定權賦予檢察院正事比例原則的體現。

首先，檢察院比法院更瞭解偵查活動的進展及實際情況，且有權向有關部門提出對刑事警察的懲戒或罷免建議，其作為決定權的主體具有適當性；其次，易對公民人身自由侵害的羈押由法院決定具有必要性，但其他對公民人身進行一般限制的強制措施由法院來決定是否具有必要性及不可替代性就值得探討

了；最後，在事中及事後救濟機制較健全的前提下，將對公民人身侵害可能性較小的強制措施交由檢察院決定體現相當性原則。

綜上，在刑事審前程序的偵查程序中，澳門推行以當事人主義為主、職權主義為輔的混合式訴訟構造。在偵查程序中，吸收當事人主義的因素，保護被告人、犯罪嫌疑人的權利；保留了澳門地區原有預審法官獨有的偵查權，以有效分散行政權在司法領域內的張力；有效地吸納了香港地區的偵查權分立機制的成功經驗，兼顧了司法權對行政權的分離與審查、司法救濟權的實現、當事人合法權利保護等刑事訴訟體制的平衡；保留預審法官的審查職能以防止起訴不當的同時又減弱預審法官在偵查上的職能以防止其權力膨脹；建立檢察官指導刑事警察偵查權的機制以防止行政權的擴大；設立司法救濟途徑以保障當事人人權。澳門地區偵查權在設置時，採取了沿襲式地接受大陸法系在偵查設置中先進的做法，並考慮本地區具體接納情況的方式。這種偵查模式為中國大陸地區偵查模式改革提供了合理的切入視角。但同時，在程序較完善，救濟機制較完備並考慮到自身司法實踐情況的基礎上，對於澳門強制措施的決定權問題，本文傾向於可由刑事警察機關採用身份資料及居所書錄且將除羈押外的強制措施決定權賦予檢察院，以提高刑事訴訟程序效率。

註釋：

¹ [德]克勞思·羅科信：《刑事訴訟法》，吳麗琪譯，北京：法律出版社，2003年，第273頁。

² 林山田：《刑事程序法》，台北：五南圖書出版有限公司，1998年，第170頁。

³ 關於刑事強制性措施的含義形成了三種學說：一是同一說，即刑事強制性措施等同於刑事強制措施。二是包容說，即刑事強制性措施包括刑事強制措施和其他偵查措施。三是並列說，即刑事強制性措施是指除刑事強制措施之外的其他偵查措施。本文採取的同一說。

⁴ 此處有一個例外，依據《澳門刑事訴訟法典》，強制提供身份及居所資料的強制措施可以由檢察院直接決定採用，而不須向法官提出建議。

⁵ 新《刑事訴訟法》第86、93條。

⁶ 具體是：如未提出控訴為六個月；如未作出起訴批示為十個月；如未在第一審判刑為十八個月；如未確定判刑為兩年。對屬於法典第193條列舉的可能判處超過八年徒刑的幾種嚴重犯罪的情況，最長羈押期限可分別延長至八個月、一年、兩年及三年。

⁷ Konrad Hesse. Grundzuge Des Verfassu Bunders Republik Deutschland. 13Auf. 1 S27.

⁸ 金石：《刑事訴訟強制措施的適用應遵守比例原則——兼論相關檢察監督》，載於《西南政法大學學報》，2006年第4期。

- ⁹ [美]博登海默：《法理學法哲學與法律方法》，鄧正來譯，北京：華夏出版社，2004年，第152。
- ¹⁰ [英]丹寧：《法律的正當程序》，李克強、楊百撰、劉庸安譯，北京：法律出版社，1999年，第58頁。
- ¹¹ 宋英輝：《刑事訴訟目的論》，北京：中國人民公安大學出版社，1995年。
- ¹² 李忠誠：《刑事強制措施制度研究》，北京：中國人民公安大學出版社，1995年。
- ¹³ 管志清、陳琦：《比例原則及其在刑事強制措施中的適用》，載於《鐵道警官高等專科學校學報》，2005年第2期。
- ¹⁴ 何超明：《檢察權在刑事訴訟中的地位和價值取向》，《澳門檢察》第5期，2006年，第12頁。
- ¹⁵ 劉立霞：《刑事司法發展趨勢研討會綜述》，載於中國民商法律網：<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=20696>，2012年9月30日。