

我国逮捕制度改革检讨

刘计划*

内容提要 基于无罪推定与保障人权原则,逮捕作为未决羁押处分,应当受到严格规制。我国三次修改《刑事诉讼法》,均对逮捕制度进行了改革。1996年修法,修正了逮捕的证据要件;2012年修法,明确了逮捕的社会危险性要件即必要性要件,确立了准诉讼化审查程序模式,并构建了羁押必要性审查制度。实证研究表明,这两次修法对逮捕适用没有产生明显影响,未能有效减少逮捕适用,过度适用逮捕的问题未获解决。根本原因是,检察机关惯于先行作出“有罪认定”进而奉行“构罪即捕”,不能真正履行逮捕社会危险性即必要性要件审查义务。2018年修法,仅在逮捕条件条文中增加一款社会危险性考虑因素的规定,并无实质意义。鉴于检察机关审查批准逮捕模式无法克服自身局限,遭遇改革瓶颈,建立法院统一审查逮捕模式从而实现逮捕审查司法化方为出路。

关键词 逮捕制度 逮捕条件 逮捕审查程序 羁押必要性

引言

与域外刑事诉讼法重点规制羁押不同,^①我国《刑事诉讼法》第一编第六章名为“强制措施”,规定了独特的强制措施体系,即根据限制人身自由的强度,由轻到重规定了拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕五种强制措施,供法院、检察机关、公安机关根据需要依职权选择适用。^②其中,逮捕作为剥夺人身自由的强制措施,实质为一种羁押处分,在实践中已成为强制措施体系的核心。与域外实行法官审查逮捕(羁押)不同的是,我国形成了法院与检察机关双主体模式,且审前形成检察机关审查批准逮捕模式。我国三次修改《刑事诉讼法》,对于1979年《刑事诉讼法》确立的逮捕条款均有涉及。1996年,修正了逮捕的证据要件,即将“主要犯罪事实已经查清”改为“有证据证明有犯罪事

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授,博士生导师。本文系国家社科基金重点项目“刑事审判中心主义模式研究”(项目批准号:15AFX0140)的研究成果。

① 现代各国和地区一般在刑事诉讼法典中设“羁押”专章规范羁押条件和程序,如《德国刑事诉讼法典》第一编通则第九章“羁押和暂时逮捕”、《日本刑事诉讼法》第一编总则第八章“被告人的传唤、拘传及羁押”等。

② 参见刘计划《刑事诉讼法总则检讨——基于以审判为中心的分析》,载《政法论坛》2016年第6期。

实”。2012 年,细化了逮捕的社会危险性要件即必要性要件,确立了准诉讼化审查程序模式,创建了羁押必要性审查制度。2018 年,仅于逮捕条件一条中增加一款社会危险性考量因素的内容。

与拘传等到案措施及取保候审等非羁押措施相比,立法者更重视对逮捕进行法律规制。早在尚未制定《刑事诉讼法》的新中国成立之初,我国即于 1954 年制定了《逮捕拘留条例》。自 1979 年《刑事诉讼法》制定以来,每次修改也都体现出进一步规制逮捕适用的立法精神。从条文数量来看,现行《刑事诉讼法》“强制措施”一章共有 35 条,其中用近乎一半的条文即 17 条构建了逮捕制度的规范体系,足见其重要地位。那么我国逮捕制度的功能发挥的如何?是否充分保障了公民的人身自由?无疑地,对于逮捕制度立法变革以及是否有效实现了应有功能,需要结合立法、实务、理论进行综合分析、全面评估。鉴于此,本文将对我国逮捕制度改革进行系统检讨。

一、检察机关适用逮捕的实证分析

逮捕制度的运行实践是评价其功能发挥的重要标准,是检验刑事诉讼中人身自由权保障水平的重要依据。研究逮捕制度的运行实践,最具说服力的方式莫过于对逮捕适用人数进行实证分析。可以说,逮捕作为剥夺被追诉者人身自由的措施,其适用比例高低与人身自由权保障水平呈反比关系。

表 1 全国检察机关批准、决定逮捕和提起公诉人数对比表(1979—2017) ③

年度	批准、决定逮捕人数	提起公诉人数	捕诉比
1979—1982	79 万余	80 万余	约 98.8%
1983—1987	221 万	216 万	约 102.3%
1988—1992	2701009	2664848	101.4%
1993—1997	3037528	2989901	101.6%
1998—2002	3601357	3666142	98.2%
2003—2007	4313595	4840570	89.1%
2008—2012	4688544	6018489	77.9%
2013—2017	4530927	7173835	63.2%

③ 参见《全国检察机关主要检察工作情况统计表(1979—1982)》《全国检察机关主要检察工作情况统计表(1983—1987)》《全国检察机关主要检察工作情况统计表(1988—1992)》《全国检察机关主要检察工作情况统计表(1993—1997)》《全国检察机关主要检察工作情况统计表(1998—2002)》《全国检察机关主要检察工作情况统计表(2003—2007)》,载最高人民法院编《人民检察史——纪念人民检察机关恢复重建三十年》,中国检察出版社、江苏美术出版社 2008 年版,第 138、147、159、168、181、194 页《最高人民法院工作报告》(2013);《最高人民法院工作报告》(2018)。

表2 刑事犯罪案件全国检察机关批准逮捕和提起公诉人数对比表(1990—2017)④

年度	批准逮捕人数	同比上升	提起公诉人数	同比上升	捕诉比	同比上升
1990	605406	—	599904	—	100.92%	—
1991	521610	-13.8%	515677	-14%	101.15%	0.3%
1992	487888	-6.5%	489103	-5.2%	99.75%	-1.4%
1993	532394	9.1%	479860	-1.9%	110.95%	11.2%
1994	598633	12.4%	570693	18.9%	104.90%	-6.1%
1995	576033	-3.8%	555842	-2.6%	103.63%	-1.3%
1996	673733	17%	707704	27.3%	95.20%	-8.4%
1997	512978	-23.9%	493762	-30.2%	103.89%	8.7%
1998	582120	13.5%	557929	13%	104.34%	0.4%
1999	645632	11%	647440	16%	99.72%	-4.6%
2000	696265	7.8%	681254	5.2%	102.2%	2.5%
2001	823167	18.2%	817479	20%	100.7%	-1.5%
2002	765899	-7%	829530	1.5%	92.3%	-8.4%
2003	748756	-2.2%	793092	-4.4%	94.4%	2.1%
2004	811102	8.3%	867186	9.3%	93.5%	-0.9%
2005	860372	6.1%	950804	9.6%	90.5%	-3%
2006	891620	3.6%	999086	5.1%	89.2%	-1.3%
2007	920766	3.3%	1082487	8.3%	85.1%	-4.1%
2008	952583	3.5%	1143897	5.7%	83.3%	-1.8%
2009	941091	-1.2%	1134380	-0.1%	83%	-0.3%
2010	916209	-2.6%	1148409	1.2%	79.8%	-3.2%
2011	908756	-0.8%	1201032	4.6%	75.7%	-4.1%
2012	969905	6.7%	1390771	15.8%	69.7%	-6%
2013	879817	-9.3%	1324404	-4.8%	66.4%	-3.3%
2014	879615	-0.02%	1391225	5%	63.2%	-3.2%
2015	873148	-0.7%	1390933	-0.02%	62.8%	-0.4%
2016	828618	-5.1%	1402463	0.1%	59.1%	-3.7%
2017	1068729	29%	1664810	18.7%	64.2%	5.1%

④ 本表数据来源于历年《中国法律年鉴》，中国法律年鉴社出版。

表1反映的是,1979—2017年间历届全国人大任期内检察机关批准、决定逮捕人数和提起公诉人数及其对比情况。其中,1979—2002年的24年间,全国检察机关批准、决定逮捕人数与提起公诉人数之比约为100%,这表明公诉案件适用逮捕具有普遍性;而2003年以来,捕诉率逐渐下降,每5年为单位逐次下降10余个百分点。

结合表1,分析表2中的年度数据,可获以下更清晰的发现:(1)1979—2001年的23年间,捕诉率维持在100%上下,且大多数年度超过100%。这表明,逮捕适用普遍化。这一期间贯穿1979年和1996年《刑事诉讼法》实施期间,这也表明,1996年关于逮捕证据要件的修改并未对逮捕适用产生实质影响。(2)2002—2008年的7年间,批准逮捕人数仍保持上升趋势,但提起公诉人数升速更快,于是出现了捕诉率逐年下降趋势,其中2006年跌破90%。(3)2009—2016年的8年间,批准逮捕人数呈逐年下降趋势。2008年批准逮捕人数达到峰值,2009年之后发生转折,呈现下降趋势,这似乎预示批准逮捕人数出现反转。与之相反,提起公诉人数仍然保持上升趋势。由此,捕诉率呈现出持续下降的趋势。这一期间贯穿1996年和2012年《刑事诉讼法》实施期间,其中2013—2016年间,批准逮捕人数及捕诉率保持微降趋势,但变化并不明显。这表明,2012年《刑事诉讼法》修改后,逮捕适用平稳,呈现出收缩趋势,但未能实现大幅下降。这也表明,2012年《刑事诉讼法》对于逮捕社会危险性要件的细化及确立准诉讼化审查程序模式未能取得明显成效。(4)2017年,批准逮捕人数同比上升近3成,远超提起公诉人数的升速,捕诉率触底反弹,升至64.2%,打破了十余年来保持的批准逮捕人数与捕诉率同步下降的趋势。2017年,批准逮捕人数首次突破100万,比2016年多出24万多人,达到1068729人,同比上升29%;提起公诉人数再创新高,达1664810人,同比上升18.7%。造成批准逮捕人数骤然上升的原因不明,可能与一些地方检察机关推行“捕诉合一”有关,这是否意味着检察机关适用逮捕再次出现反转,特别值得关注。这至少显示,检察机关批准逮捕人数与捕诉率的下降或已进入瓶颈期。

2002年特别是2009年以来,一直到2016年,捕诉率持续下降令人乐见。对此,应当予以理性认识。究其原因,有主、客观两方面原因。主观方面的原因体现为,最高人民检察院对逮捕的态度发生变化,传导至下级检察机关,使得逮捕适用较之过去有所审慎。2007年之后,最高人民检察院关于逮捕的理念发生了明显变化。如类似“快捕快诉,始终保持对严重刑事犯罪的高压态势”的表述一直存在于2007年之前的最高人民检察院工作报告中,即将“快捕”作为指导方针。而2007年之后,最高人民检察院关于适用逮捕的政策表态开始发生变化。2007年工作报告开始采取略显客观的表述方式,如“认真履行批捕、起诉职责”。不过,最高人民检察院依然将逮捕人数同比增加视为检察工作业绩提升的表现。2010年之后有所变化,批准逮捕和提起公诉人数下降也能获得理性对待,最高人民检察院似乎不再担心人大代表与社会公众批评检察机关对犯罪“打击”不力。

虽然2007年以后“快捕”一词在最高人民检察院工作报告中消失了,但是最高人民

检察院一直将批准逮捕与提起公诉一样视为“打击犯罪”、维护稳定的重要职能与手段，这一观念根深蒂固。这也是逮捕人数、捕诉率下降有限甚而出现反弹的重要原因。

表3 全国法院审理刑事案件被告人判决生效情况统计表(2002—2017) ⑤

年度	给予刑事处罚(人)	拘役(人)	有期徒刑、拘役缓刑(人)	管制(人)	单处附加刑(人)	徒刑(实刑)以下(人)	徒刑(实刑)以下比例	徒刑(实刑)及以上(人)	徒刑(实刑)及以上比例
2002	690506	45438	117278	9994	11980	184690	26.7%	505816	73.3%
2003	730355	53092	134927	11508	14275	213802	29.3%	516553	70.7%
2004	752241	59472	154429	12553	17611	244065	32.4%	508176	67.6%
2005	829238	64676	184366	14604	19575	283221	34.2%	546017	65.8%
2006	873846	65790	206541	16166	22054	310551	35.5%	563295	64.5%
2007	916610	66606	227959	15882	24675	335122	36.6%	581488	63.4%
2008	989992	73183	249111	18065	27447	367806	37.2%	622186	62.8%
2009	979443	66125	250635	16833	23554	357147	36.5%	622296	63.5%
2010	988463	63848	265230	16171	22430	367679	37.2%	620784	62.8%
2011	1032466	76683	309297	14829	22125	422934	41.0%	609532	59.0%
2012	1154322	112766	355302	12853	23602	504523	43.7%	649799	56.3%
2013	1138553	133044	356523	14641	24819	529027	46.5%	609526	53.5%
2014	1164531	145086	368129	12226	23951	549392	47.2%	615139	52.8%
2015	1213636	157915	363517	11768	23059	556259	45.8%	657377	54.2%
2016	1199603	165161	366321	9463	23859	564804	47.1%	634799	52.9%
2017	1247823	158860	347989	7372	22997	537218	43.1%	710605	56.9%

2002—2016年,捕诉率持续下降亦有客观原因,即在法院判处的刑罚种类中,徒刑以上刑罚的适用比例在持续下降,且趋势明显。表3显示,判处徒刑及徒刑以上刑罚的比例2002年高达73.3%,至2014年已降至52.8%,下降两成多。特别是2010年《刑法修正案八》“醉驾入刑”以来,醉驾案件不断攀升、数量巨大且不适用逮捕措施,助推了捕诉率的下降。⑥

⑤ 本表数据来源于历年《中国法律年鉴》,中国法律年鉴社出版。

⑥ 自“醉驾入刑”以来,醉驾案件数量快速增加,如2009—2017年,危害公共安全案件的结案数分别为86814件、89028件、118403件、174510件、190435件、217826件、245407件、272974件、344409件。

表4 全国检察机关适用逮捕与法院生效裁判判处被告人刑罚对比表(2002—2017)

年度	全国检察机关批准、决定逮捕人数	有期徒刑以上人数 (含自诉案件)	有期徒刑以上占逮捕总人数的比例	未判徒刑以上刑罚但被逮捕人数	未判徒刑以上刑罚但被逮捕占逮捕总人数的比例
2002	782060	505675	64.7%	276385	35.3%
2003	764776	516553	67.5%	248223	32.5%
2004	828180	509249	61.5%	318931	38.5%
2005	876419	546017	62.3%	330492	37.7%
2006	906936	563295	62.1%	343641	37.9%
2007	937284	581488	62.0%	355796	38.0%
2008	970181	622186	64.1%	347995	35.9%
2009	958364	622296	64.9%	336068	35.1%
2010	931494	620784	66.6%	310710	33.4%
2011	923510	609532	66.0%	313978	34.0%
2012	986056	649909	65.9%	336147	34.1%
2013	896403	609526	68.0%	286877	32.0%
2014	899297	615139	68.4%	284158	31.6%
2015	892884	657377	73.6%	235507	26.4%
2016	842372	634799	75.4%	207573	26.4%
2017	1080538	710585	65.8%	369953	34.2%

观察表4可以发现,检察机关逮捕人数每年远超生效裁判判处徒刑及以上刑罚人数,判处徒刑以上刑罚人数一直仅占检察机关逮捕人数的6成多。这一事实使得2002年以来捕诉率下降的积极意义大大降低,甚而失去了价值。由此,每年20万至30多万被指控者被检察机关批准、决定逮捕而法院判处刑罚未达徒刑,更不消说尚有人数未明的被指控者即使被判徒刑,但其刑期短于未决羁押的时间,以及检察机关为了规避赔偿责任而在提起公诉后又撤回起诉,甚至逮捕“绑架”审判即法院因检察机关批准、决定逮捕,为顾及检察机关的“面子”与“利益”而在证据不充分的情况下作出有罪判决,^⑦以上种种情形,足以说明逮捕仍然被大量滥用。

上述事实表明,我国1996年、2012年两次修改《刑事诉讼法》所进行的逮捕制度改革并不成功,未能从根本上改变检察机关适用逮捕的观念与实践。

^⑦ 实践中,有法官出于“宁可委屈一个人、不愿得罪一群人”或“宁可判有罪保险、不可判无罪冒险”的心理,违心地宣告被告人有罪。参见胡云腾《谈谈人民法院“宣告无罪难”》,载《人民法院报》2014年6月4日第5版。

表5 全国检察机关逮捕人数与法院审理刑事案件判决生效人数对比表(2002—2017)

年度	全国检察机关批准、决定逮捕人数	全国法院审理刑事案件被告人判决生效人数(含自诉)	捕判比	年度	全国检察机关批准、决定逮捕人数	全国法院审理刑事案件被告人判决生效人数(含自诉)	捕判比
2002	782060	706707	110.7%	2010	931494	1007419	92.5%
2003	764776	747096	102.4%	2011	764776	1051638	72.7%
2004	828180	767591	107.9%	2012	828180	1174133	70.5%
2005	876419	844717	103.8%	2013	876419	1158609	75.6%
2006	906936	890755	101.8%	2014	899297	1184562	75.9%
2007	937284	933156	100.4%	2015	892884	1232695	72.4%
2008	970181	1008677	96.2%	2016	842372	1220645	69%
2009	958364	997872	96%	2017	1080538	1270141	85.1%

长期以来,检察人员片面强调逮捕对于刑事诉讼顺利进行的保障功能,奉行实体判断标准“构罪即捕”,致使逮捕功能异化,^⑧逮捕适用率畸高。表5显示,捕判率一直居高不下,2002—2007年间竟超过百分之百,即便“醉驾入刑”后捕判率有所下降,但仍高达7成以上,特别是2017年,竟又反弹至85.1%!事实胜于雄辩,近40年的实践已然证明,检察机关审查批准逮捕模式具有无法克服的内在局限性,改良式的变革不可能取得逮捕制度改革的成功。接下来,笔者将结合历次修法展开具体分析。

二、逮捕条件的修正与适用

我国《刑事诉讼法》规定了逮捕条件,且每次修改都予以修正。那么,法定的逮捕条件何以未能发挥限制逮捕适用的功能?逮捕条件又是如何被规避的呢?

(一) 逮捕条件的修正

1979年《刑事诉讼法》第40条第1款规定“对主要犯罪事实已经查清,可能判处徒刑以上刑罚的人犯,采取取保候审、监视居住等方法,尚不足以防止发生社会危险性,而有逮捕必要的,应即依法逮捕。”据此,逮捕条件包括三项要件,即证据要件、刑罚要件与社会危险性要件(必要性要件)。其中,证据要件即“主要犯罪事实已经查清”看似要求很高,但1979—1996年间公诉案件捕诉率超过100%,这似乎是一个悖论。

将“主要犯罪事实已经查清”规定为逮捕证据要件具有极大的负面效应。首先,检

^⑧ 参见刘计划《逮捕功能的异化及其矫正——逮捕数量与逮捕率的理性解读》,载《政治与法律》2006年第3期。

察机关在侦查初始即认定主要犯罪事实已经查清,这是在提前宣告犯罪嫌疑人有罪,是不正当的。其次,导致“构罪即捕”常态化。检察机关既然认定“主要犯罪事实已经查清”即犯罪嫌疑人有罪,为便于追诉,刑罚要件与社会危险性要件就会被虚化,从而演化为“构罪即捕”。而实践中捕诉率超过100%,反映出检察机关凡捕必诉、捕诉一体的现实。^⑨其弊端有二。首先,检察机关认定“主要犯罪事实已经查清”有违无罪推定原则,实践中也存在错误认定的教训。检察机关对批准、决定逮捕的案件往往“志在必得”,即必然提起公诉,而法院“必须”作出有罪判决,否则会以“法律监督”、协调等方式向法院施加影响与压力,定罪目的达不成时则撤诉以规避无罪判决。^⑩其次,“构罪即捕”导致逮捕承担惩罚犯罪、预支刑罚、震慑犯罪、安抚被害人、便利侦查等异化功能。

1996年《刑事诉讼法》第60条将逮捕证据要件修改为“有证据证明有犯罪事实”。立法部门的解释是,司法实践中普遍反映“主要犯罪事实”条件过于严格,在短期内无法查清,特别是对疑难、复杂案件很难做到。^⑪“有证据证明有犯罪事实”,一般是指同时具备下列情形:(1)有证据证明发生了犯罪事实;(2)有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的。^⑫由此,证据要件其实是指有犯罪嫌疑,但检察机关依然以“构成犯罪”为标准来把握。这和最高人民检察院对证据要件的错误理解有关。《人民检察院刑事诉讼规则》(1999)第86条第2款规定,“有证据证明有犯罪事实”是指同时具备下列情形:(1)有证据证明发生了犯罪事实;(2)有证据证明该犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的;(3)证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据已有查证属实的。^⑬其中增加的第三项意味着检察机关仍然以已有证据能够证实犯罪嫌疑人有罪为标准。这源于检察系统误读逮捕的程序措施性质,一直强调“捕得准”,且要“诉得出”“定得住”,而不能接受捕后不起诉或者判无罪,因为这会影响业绩考核,且需承担“错捕”的国家赔偿责任以及道义责任。

1997—2001年,捕诉率依然超过100%,与修法前相当,这说明,1996年证据要件的修正对逮捕的适用并未产生影响。原因何在?长期以来,逮捕三要件被简化成一个要件,即证据要件,而证据要件又被异化为有罪认定。证据要件的实质不过是指犯罪嫌疑而已,试想,检察机关如何在侦查初始阶段即认定嫌疑人“构成犯罪”?再者,检察机关也无权作出嫌疑人有罪的认定。近年检察机关反思时承认“构罪即捕”,实际以“捕得准、诉得出、判得下”为标准,^⑭而忽视对社会危险性要件的审查。无论是1979年《刑事

⑨ 有必要指出的是,1979年《刑事诉讼法》实施期间,检察机关实行捕诉合一。捕诉合一加剧了逮捕与起诉的一体化,批准逮捕意味着就会提起公诉,之后就会追求定罪的结果。这是因为,批准逮捕等同于起诉的标准,而所谓起诉的标准“证据确实充分”,不过是检察机关对犯罪嫌疑人提前“完成”了定罪。

⑩ 参见前引⑦,胡云腾文。

⑪ 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编《〈关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第114页。

⑫ 前引⑪,全国人大常委会法制工作委员会刑法室编书,第111页。

⑬ 2012年《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第139条保留了这一规定。

⑭ 参见吴玮《确保捕得准诉得出判得下》,载《检察日报》2010年7月30日第2版。

诉讼法》第40条,还是1996年《刑事诉讼法》第60条,都规定了逮捕的社会危险性要件,但一直处于休眠状态。这固然与社会危险性要件较为抽象有关,但根本原因还在于检察机关信奉“构罪即捕”。刑罚要件亦被架空,形同虚设,失去规范功能。

2012年《刑事诉讼法》第79条第1款规定“对有证据证明有犯罪事实,可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人,采取取保候审、监视居住等方法,尚不足以防止发生下列社会危险性的,应当予以逮捕:(1)可能实施新的犯罪的;(2)有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的;(3)可能毁灭、伪造、隐匿证据,干扰证人作证或者串供的;(4)可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的;(5)可能自杀或者逃跑的。”该款对社会危险性要件的细化,旨在列明社会危险性的具体情形,为检察机关提供指引。然而,2013年以来,捕诉率的下降速度变化并不明显,这表明立法关于逮捕社会危险性要件的细化收效甚微。

2018年《刑事诉讼法》第81条新增第2款“批准或者决定逮捕,应当将犯罪嫌疑人、被告人涉嫌犯罪的性质、情节,认罪认罚等情况,作为是否可能发生社会危险性的考虑因素。”该款构成对第1款社会危险性规定的补充,不过形式意义大于实质意义,实践价值极其有限。有学者即指出,司法实践中,认罪认罚因素对适用逮捕措施的影响非常有限。^⑮在《刑事诉讼法修正案(草案)》征求意见阶段,有观点则认为,该款实质上仍是法典中列举的社会危险性情形,其新增似乎缺乏规范意义,没有必要。^⑯

(二) 逮捕条件的适用

在适用逮捕条件时,应当坚持以下四点:第一,证据要件是指有犯罪嫌疑,而非以嫌疑人有罪为判断标准,具备证据要件并非作出有罪认定。第二,刑罚要件是指嫌疑人涉嫌犯罪的严重程度须达到极大可能判处徒刑以上刑罚,否则不符合比例原则。第三,社会危险性要件必须获得独立审查与证据证明。社会危险性情形必须有事实根据即有证据予以证明,而不能等同于主观猜测、怀疑的抽象的危险性。第四,证据要件与刑罚要件为逮捕的基础条件,社会危险性要件是必要条件,须同时具备方能批准逮捕。

2012年《刑事诉讼法》第79条第1款明确规定社会危险性情形,增强了可判断、可操作与可评价的标准,这就要求检察机关必须审查犯罪嫌疑人是否具备法定五种情形中的一种或者几种。然而,检察机关对逮捕条件的审查实践又如何呢?

2014年,北京市检察机关受理逮捕申请21352人,批准、决定逮捕16073人;不捕5279人,其中“不构成犯罪”不捕377人,“证据不足”不捕3092人,“排除非法证据”不捕4人,“无社会危险性”不捕1745人,“刑事和解”不捕294人,“符合监视居住条件”⁶

^⑮ 参见孙长永《认罪认罚从宽制度的基本内涵》,载《中国法学》2019年第3期。

^⑯ 参见聂友伦《“刑事诉讼法(修正草案)研讨会”在中国人民大学召开》,载中国人民大学刑事法律科学中心网站,<http://www.criminallaw.com.cn/article/?id=16888>,最后访问时间:2018年10月26日。

人,其他59人。^{①7} 审查结果具有两个特点:其一,检察机关对于批准、决定逮捕的16073人,未交代逮捕三要件,尤其没有说明具有社会危险性要件中何种情形,而是对不逮捕的案件给出理由。其二,检察机关不批准逮捕的理由有六、七项之多,但并非以三要件为根据。其中,证据要件“有证据证明有犯罪事实”被异化为“证据充分”,尤其以“证据不足”为由不批准逮捕颇显怪异。而“无社会危险性”不捕仅占不捕人数的1/3,更是仅占全部申请逮捕人数的8%,这显示出对社会危险性要件的审查职责没有被充分履行。

从北京市检察机关审查逮捕的实践来看,逮捕条件条款未被有效执行,社会危险性要件的指引功能未能实现,规范功能基本落空,检验功能也无从发挥。究其原因,第一,检察机关审查逮捕带有强烈的有罪推定色彩,仍然坚持所谓“构罪即捕”的实体判断标准,只要认为犯罪嫌疑人“有罪”,即批准逮捕。第二,检察机关诉讼文书中批准逮捕理由缺失。根据《人民检察院诉讼文书格式(试行)》,《批准逮捕决定书》的内容为,“经本院审查认为,该犯罪嫌疑人涉嫌××犯罪,符合《中华人民共和国刑事诉讼法》第79条第1款规定的逮捕条件,决定批准逮捕犯罪嫌疑人××。请依法立即执行,并将执行情况3日内通知本院”。由此可见,除了认定指控罪名,检察机关制作的批准逮捕决定书并不对逮捕的条件特别是社会危险性要件作任何说明。^{①8} 近年来,检察机关审查逮捕时试行“双向说理”机制,但限于公安机关和检察机关之间。于是出现这样的局面:检察机关不批准逮捕须对公安机关“说理”;^{①9}而批准逮捕仅告知涉嫌罪名,却不向犯罪嫌疑人“说理”,并不对逮捕的必要性即具有何种社会危险性事实依据作出说明。

最高人民检察院编写了针对50个罪名的《刑事案件审查逮捕指引》。然而从内容来看,仍然将审查逮捕的重心放在对有罪证据的审查与嫌疑人有罪的认定上,而审查社会危险性的内容则极为简略。如关于抢劫案审查的规定,其中,“一、抢劫案件审查逮捕的证据基本要求”有7页多,“二、抢劫案件审查判断证据需要特别注意的问题”有3页,而“三、审查逮捕抢劫案件对社会危险性条件的把握”却只有不足1页的内容。^{②0} 再如“故意杀人案件审查逮捕指引”,其中,“一、故意杀人案件审查逮捕的证据基本要求”为5页,“二、故意杀人案件审查判断证据需要特别注意的问题”有7页,而“三、审查逮捕故意杀人案件对社会危险性条件的把握”却仅有半页的内容。^{②1}

(三) 域外经验借鉴

^{①7} 参见《审查逮捕情况报表》(表15),载《北京检察年鉴》(2015),北京宝昌彩色印刷有限公司2015年印刷,第432页。

^{①8} 最高人民检察院2011年8月9日,印发《关于加强法律文书说理工作的意见(试行)》,2017年7月4日,制定《关于加强检察法律文书说理工作的意见》予以修订。上述文件并未要求批准逮捕的决定必须说理,而是规定“以下与审查逮捕有关的办案环节涉及的检察法律文书应当着重进行说理:侦查监督工作中,作出不批准逮捕决定或者对在罪与非罪上有较大争议且社会关注的敏感案件作出批准逮捕决定的;复议复核维持原不批准逮捕决定的”。

^{①9} 实践中,有的检察机关在批捕环节甚至邀请侦查人员及其部门领导列席讨论案件,参见任丕建《四川阆中:不捕案请侦查人员列席讨论》,载《检察日报》2007年3月28日第3版。

^{②0} 参见最高人民检察院侦查监督厅编《刑事案件审查逮捕指引》,中国检察出版社2015年版,第273-285页。

^{②1} 参见前引^{②0},最高人民检察院侦查监督厅编书,第207-220页。

为了体现羁押的必要性,域外刑事诉讼法建立了羁押说理制度。《德国刑事诉讼法典》第114条规定:(一)由法官签发书面逮捕令,命令待审羁押。(二)逮捕令应当写明:(1)犯罪嫌疑人,(2)其有重大嫌疑的行为,实施行为的时间与地点,犯罪行为的法定特征和应当适用的刑法规定,(3)逮捕理由以及,(4)在不危及国家安全的限度内,写明重大嫌疑和逮捕理由所依据的事实。”该条第2款特别将逮捕理由与所依据的事实作为逮捕令的必备内容。《日本刑事诉讼法》第60条第1款规定“法院有相当的理由足以怀疑被告人有犯罪行为并符合下列情形之一时,可以羁押被告人:(1)被告人没有一定住居时;(2)有相当的理由足以怀疑被告人将毁灭罪证时;(3)被告人有逃亡行为或者有相当理由足以怀疑被告人有逃亡可能时。”为此,日本最高法院《刑事诉讼规则》第70条规定,《羁押证》应当记载《刑事诉讼法》第60条第1款各项规定的事由。

参照比较法经验,以及基于实施《刑事诉讼法》规范审查逮捕权行使的需要,检察机关必须在《批准逮捕决定书》《逮捕证》中列明逮捕理由,明示逮捕的必要性,即具有法定的哪一种或哪几种社会危险性及其依据的事实、证据。如此,适用逮捕才具有实质正当性,才能避免失之随意。事实上,《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第139条第1款体现了对逮捕社会危险性的证明要求,即对于五种社会危险性情形,需要“有一定证据证明”。但是,实践中检察机关并未将其独立进行审查并予以书面说明。

(四) 小结

逮捕条件的三项要件是一个整体,检察机关应当全面审查。我国捕诉率居高不下,原因就在于检察机关秉持实体法思维,未能摆脱“构罪即捕”的思维模式。为此,检察机关应当于逮捕文书中列明逮捕所依据的事实及证据,实现逮捕条件的立法功能。

贯彻《刑事诉讼法》关于逮捕条件的规定,还需从逮捕三要件出发确立科学的评价标准。最高人民检察院于2010年8月25日发布的《人民检察院审查逮捕质量标准》,是一个违反逮捕条件立法精神的评价标准。第22条关于“错捕”的规定,以“没有犯罪事实”“不应当追究刑事责任”等实体结果作为评价标准,异化了逮捕的性质。既然以“处理结果”来评判是否“错捕”,检察机关审查逮捕必然以“构成犯罪”为标准,以应对内部考核。而第25条所谓“错不捕”的规定,则封堵了不捕的空间。既然需要承担不捕的所有风险,^②为了降低风险,规避压力与责任,检察官必然追求“构罪即捕”。对检察官而言,“构罪”逮捕无须承担任何责任,相比不批准逮捕,自身更“安全”。该文件背离了逮捕三要件的整体性要求,加剧了证据要件的实体化与一元化倾向,是不科学的。

三、逮捕审查程序的改革与适用

依1979年《刑事诉讼法》,检察机关审查逮捕适用行政化审查程序,即由检察人员

^② 这种风险和压力还来自于被害人一方,譬如担心不捕会引发被害人申诉、上访,甚至发生各种意外事件。

书面审查公安机关提请批准逮捕书以及案卷、证据,报请部门负责人、分管检察长审批,其公正性与效率性均存在缺陷。2012年《刑事诉讼法》确立准诉讼化审查程序模式,即引入有限言词审查方式,有所进步但仍存缺陷,未能发挥逮捕审查程序的应有功能。

(一) 传统行政化审查程序模式

1979年《刑事诉讼法》第45条规定“公安机关要求逮捕人犯的时候,应当写出提请批准逮捕书,连同案卷材料、证据,一并移送同级人民检察院审查批准。必要时,人民检察院可以派人参加公安机关对于重大案件的讨论。”由此确立了行政化审查程序模式。由于证据由公安机关单方提供,其性质均为指控证据,导致检察机关仅审查嫌疑人是否有罪,并不独立审查社会危险性要件事实。除非嫌疑人为怀孕或者哺乳自己婴儿的妇女等特殊情形,检察机关只要认为在案证据能够认定嫌疑人“有罪”,即构成逮捕必要。检察机关派人参加公安机关对于重大案件的讨论,也只是围绕有罪证据的补充及确认展开。1996年《刑事诉讼法》第66条延续上述规定,将“人犯”改为“犯罪嫌疑人”。

审查逮捕的方式、方法并非单纯的技术问题,而是关系着审查程序是否正当的问题。行政化审查程序模式未能保障犯罪嫌疑人的程序参与权,也使得逮捕审查仅限于有罪证据,而无法实现对社会危险性要件的独立审查。公安机关作为逮捕的申请者,需要特别举证证明犯罪嫌疑人具有社会危险性事实,而犯罪嫌疑人享有辩护权,有权对公安机关申请逮捕的理由进行反驳,陈述获释或者适用非羁押措施的理由。在行政化审查程序模式之下,对逮捕社会危险性要件的审查被忽略了,混同于对有罪证据的审查确认。

(二) 准诉讼化审查程序模式的确立

基于程序正义的要求,审查逮捕程序需要保障犯罪嫌疑人被听取陈述的权利。^{②③}2012年《刑事诉讼法》新增第86条规定“人民检察院审查批准逮捕,可以讯问犯罪嫌疑人;有下列情形之一的,应当讯问犯罪嫌疑人:(1)对是否符合逮捕条件有疑问的;(2)犯罪嫌疑人要求向检察人员当面陈述的;(3)侦查活动可能有重大违法行为的。人民检察院审查批准逮捕,可以询问证人等诉讼参与人,听取辩护律师的意见;辩护律师提出要求的,应当听取辩护律师的意见。”该条关于言词审查方式的规定,意味着准诉讼化审查程序模式得以初步确立,是对逮捕审查程序的重大改革,具有重要的程序意义。

第一,它打破了审查逮捕行政化、书面化传统,使得审查逮捕程序带有形式意义上的司法化与诉讼化色彩,某种程度上有利于辩护职能的发挥。

第二,它改变了审查逮捕信息一元化局面,辩护方针对逮捕申请的抗辩意见和理由能够得以表达,扩大了审查逮捕的信息来源,利于审查者全面审查逮捕的三项要件。这也要求,公安机关必须特别举证证明社会危险性事实。审查者讯问犯罪嫌疑人、听取辩

^{②③} 被听取陈述的权利,又称面见裁判者的权利,对于裁判者而言,应当遵守听取陈述原则。听取陈述原则是指刑事诉讼中行使司法裁判性质职权的主体在作出重大裁决时,应当听取当事人陈述的一项原则。

护律师意见,使得审查逮捕从静态的、对有罪证据的审查转向动态的、逮捕必要性审查,有助于实现对逮捕条件的全面审查。

审查逮捕讯问犯罪嫌疑人、听取律师意见并非 2012 年《刑事诉讼法》新创。2010 年 8 月 31 日最高人民检察院、公安部制定发布的《关于审查逮捕阶段讯问犯罪嫌疑人的规定》即作出规定。然而,该《规定》及 2012 年《刑事诉讼法》施行以来,检察机关批准逮捕的人数仅有极小幅变化,积极影响并不明显,这说明准诉讼化审查程序模式的功能发挥极为有限。其一,言词审查方式在实践中极少适用。其二,检察机关极少情况下讯问犯罪嫌疑人及听取辩护律师意见的目的仍停留在对有罪证据的审查确认上,是基于防止“错捕”的目的。其三,检察机关书面审查基础上单方面讯问犯罪嫌疑人、听取辩护律师意见的做法并非真正的诉讼化审查,无法形成对席审判模式下侦、辩双方对逮捕要件的当面对抗,无法实现对逮捕三项要件的辩论式审查,依然流于对证据要件的审查。

(三) 准诉讼化审查程序模式的缺陷

准诉讼化审查程序模式仍存在缺陷。

第一,2012 年《刑事诉讼法》第 86 条第 1 款区分“可以”与“应当”讯问犯罪嫌疑人的情形,没有将讯问犯罪嫌疑人作为审查逮捕的必经程序,没有确立听取陈述原则。联合国《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条第 3 款规定了“带见审判官”制度,即“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”。这一规定体现了程序正义的基本要求,即剥夺嫌疑人的人身自由,应当听取其意见。域外普遍实行羁押司法审查体制,法官审查羁押皆开庭聆讯,以此保障被指控者被听取陈述的权利。如《德国刑事诉讼法典》第 115 条规定,(1) 根据逮捕令逮捕犯罪嫌疑人后,应当毫不迟延地向负责管辖的法院解交;(2) 解交后,法院应当毫不迟延地,至迟是在次日对犯罪嫌疑人就指控事项予以讯问;(3) 讯问时,应当告知犯罪嫌疑人对其不利的情况,告诉其有权对指控作出陈述或者对案件保持缄默。应当给予犯罪嫌疑人消除嫌疑、逮捕理由以及提出对自己有利的事实的机会;(4) 如果维持逮捕的,应当告知犯罪嫌疑人其有权提起(程序问题的)上诉和其他法律救济。《日本刑事诉讼法》第 61 条 〔羁押质问〕规定“羁押被告人,应当在告知被告人被告案件并听取其有关案件的陈述后进行。”而在我国,检察机关要么以经过书面审查足以作出批准逮捕的决定为由认为没有必要讯问犯罪嫌疑人,要么以案多人少为由认为做不到每案必讯,从而剥夺了绝大多数犯罪嫌疑人被听取陈述的权利。根本原因在于,我国立法并没有把被听取陈述作为犯罪嫌疑人的一项基本权利。

第二,审查程序采用的并非真正诉讼化方式,而是单方听取意见的方式,无法形成逮捕理由的对抗式审查。单方听取辩护律师意见的审查方式意义极为有限,无法在侦、辩双方之间展开逮捕必要性事实与理由的辩论,审查者依然停留在对有罪证据的审查认定上,而忽视对逮捕必要性的审查。再者,辩护律师参与逮捕审查程序的比例极低。

由此可见,对于逮捕审查程序仍然存在认识误区。

第一,将逮捕视为检察机关的专有职权,将逮捕审查程序视为检察机关有权自行决定的工作方式。有观点认为,我国检察机关审查逮捕的性质为司法审查,也有观点认为,其属于侦查监督职能范畴。笔者认为皆不成立。在现代国家,逮捕审查属于司法裁判权,由不承担追诉职能的中立裁判者行使。即便有些国家的学者认为检察机关具有司法机关属性,但这些国家的检察机关并无羁押决定权,如德国、意大利等。而传统上强调检察监督职能的国家如俄罗斯也已将羁押决定权由检察机关转移给法官,也就没有将审查羁押视为检察机关享有的侦查监督职能。就逮捕审查程序而言,无论是行政化书面审查方式还是准诉讼化言词审查方式,传统观念认为属检察机关职权行使裁量权范畴,不过是检察机关行权方式的调整而已。站在犯罪嫌疑人权利的角度予以审视,并非检察机关认为证据充分,对符合逮捕条件没有疑问,就可以不听取嫌疑人的意见。站在程序正义的角度,犯罪嫌疑人享有当面陈述的权利,逮捕决定者应当保障犯罪嫌疑人当面陈述意见的权利。因此,对每一个被申请逮捕的犯罪嫌疑人进行讯问,同时听取申请方及辩护律师的意见,应当成为审查逮捕的必经程序。

第二,检察机关无论采取何种审查方式,主要目的是为了审查有罪证据的确定性,而不是社会危险性。

第三,将检察机关作出的批准逮捕决定视为具有终局的法律效力,没有赋予犯罪嫌疑人提出申诉等救济的权利。

(四) 小结

2015年最高人民检察院和公安部联合发布《关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定(试行)》,明确了公安机关对逮捕社会危险性要件的证明责任和检察机关的审查义务。近年来,地方检察机关也在引入言词审查方式的基础上,提出逮捕诉讼化改革命题,开展了审查逮捕诉讼化探索,不仅通知辩护人到场,还邀请人大代表、政协委员参与,似乎取得了一定成效。2016年,最高人民检察院《“十三五”时期检察工作发展规划纲要》更是指出,“围绕审查逮捕向司法审查转型,探索建立诉讼式机制”,提出了改革的方向和目标。^{②4}

无疑,逮捕审查应当建立审理与裁判机制,而不是采取行政化的审查程序。在这一裁判机制中,存在对逮捕条件的证明要求,申请方应当负举证责任,以证据证明达到逮捕所需的三项要件。但是,在逮捕人数居高不下的情况下,检察机关审查逮捕诉讼化的适用比例难以提高,更为重要的是,检察机关缺乏普遍适用的主观意愿。即便检察机关一定程度上实行审查逮捕“诉讼化”,也难以实现预期目标,因为承担追诉职能的检察机关无法保持中立,且难以改变的实体化考核标准使其难以摆脱“构罪即捕”的窠臼。总之,对于检察机关审查逮捕诉讼化改革的前景不容乐观,几乎不可能取得大的成效。

^{②4} 参见张晓津《简论审查逮捕的诉讼化转型》,载《人民检察》2017年第23期;孙谦《司法改革背景下逮捕的若干问题研究》,载《中国法学》2017年第3期。

四、羁押必要性审查制度的确立与适用

(一) 羁押必要性审查制度的立法意旨

2012年《刑事诉讼法》第93条创设了逮捕后检察机关继续对羁押的必要性进行审查的制度。该条规定“犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后,人民检察院仍应当对羁押的必要性进行审查。对不需要继续羁押的,应当建议予以释放或者变更强制措施。有关机关应当在10日以内将处理情况通知人民检察院。”

《刑事诉讼法》原本规定了逮捕的救济程序,即犯罪嫌疑人等有权申请撤销或变更逮捕,人民法院、人民检察院和公安机关可以依职权或依申请撤销或者变更逮捕。如2012年《刑事诉讼法》第94条规定“人民法院、人民检察院和公安机关如果发现对犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施不当的,应当及时撤销或者变更。公安机关释放被逮捕的人或者变更逮捕措施的,应当通知原批准的人民检察院。”^⑤首先,该条确认人民法院、人民检察院、公安机关在各自主导的诉讼程序中分别享有撤销或者变更包括逮捕在内的强制措施的权力。其次,因公安机关并无逮捕批准、决定权,因此其虽有权解除或者变更逮捕措施,但需通知原批准的人民检察院;检察机关享有批准决定逮捕权,因此有权解除或者变更逮捕措施,不过限于自侦案件侦查程序以及公诉案件审查起诉程序;法院享有完整的逮捕决定权,因此也就享有在审判程序中解除或者变更逮捕措施的权力而无需通知批准逮捕的人民检察院。^⑥同时,2012年《刑事诉讼法》第95条规定“犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者辩护人有权申请变更强制措施。人民法院、人民检察院和公安机关收到申请后,应当在3日以内作出决定;不同意变更强制措施的,应当告知申请人,并说明不同意的理由。”解读该条可知,犯罪嫌疑人等诉讼参与人享有申请变更强制措施包括逮捕措施的权利;人民法院、人民检察院和公安机关根据犯罪嫌疑人等的申请,在各自主导的诉讼程序分别享有变更逮捕的权力。

既然《刑事诉讼法》赋予了犯罪嫌疑人等诉讼参与人申请变更逮捕的权利,规定了公安机关在侦查程序中可以依职权或依申请变更逮捕,为何新创逮捕后检察机关继续对羁押的必要性进行审查的义务?原因有三,其一,基于逮捕批准权的完整性原则。逮捕批准权不仅包括批准权,还包括变更权、解除权、再次批准权。检察机关批准逮捕后对继续羁押必要性进行审查以决定是否予以解除或者变更实为应有之义,亦构成其法定职责。其二,羁押的必要性会发生变化乃至丧失。正如立法机关所指出的,“作为逮

^⑤ 需要说明的是,该条在1979年《刑事诉讼法》中是没有的,为1996年《刑事诉讼法》新增条文,即第73条,具有进步意义。

^⑥ 《宪法》第37条第2款规定,任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。由此,法院拥有完整的逮捕决定权,不过现阶段限于审判程序中。

捕条件的证据条件、罪行条件、社会危险性条件,无一不与逮捕的必要性相关。而这几方面的条件都可能随着诉讼活动的进展发生变化,进而影响到继续羁押的必要性发生变化。”^{②7}其三,公安机关审查救济模式具有天然的局限性。公安机关虽然依职权或依申请应当对逮捕后的羁押进行审查以判断应否解除或者变更,但作为侦查机关难以进行中立审查,导致产生逮捕后“一押到底”的痼疾。因此,增加检察机关在批准逮捕后继续审查羁押必要性的义务是必要的,是对检察机关批捕权完整性的确认。^{②8}

(二) 羁押必要性审查制度的适用

2012年《刑事诉讼法》实施以来,最高人民检察院虽然制定了《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定(试行)》(2016)(以下简称《羁押必要性审查规定》)等规范性文件,但并未显示出应有的关注程度。无论是2013年以来的最高检工作报告,还是《中国法律年鉴》,均无全国检察机关羁押必要性审查的数据。笔者只能根据地方检察机关的数据进行分析。如2014年,北京市检察机关批准、决定逮捕16085人,补查重报后批捕69人,至于羁押必要性审查,检察机关仅提出(解除、变更)建议87人,被采纳66人。其中检察机关侦查案件254人,建议4人,采纳4人,公安安全监狱机关侦查案件15831人,建议83人,采纳62人。听取辩护人意见仅172人,其中,检察机关4人,公安机关168人。^{②9}通过上述数据可以发现:(1)羁押必要性审查效果不佳。检察机关对批准、决定逮捕的16154人,提出释放或者变更逮捕建议的仅87人,只占逮捕人数的0.5%;采纳仅66人,为逮捕人数的0.4%。(2)公安安全监狱机关侦查案件检察机关建议变更83人,仅被采纳62人,接受比例低至76%。(3)检察机关对羁押必要性审查程序中,辩护人参与率极低,未能发挥辩护人的应有作用。“窥一斑而知全豹”,北京市检察机关羁押必要性审查实践应该体现了全国检察机关羁押必要性审查的整体情况。

(三) 羁押必要性审查程序的完善

2012年《刑事诉讼法》第93条确立了羁押必要性审查制度,但没有构建起完善的羁押必要性审查机制。由于缺乏程序规定,也就无法对羁押必要性审查实践进行规范与评估。最高检印发《羁押必要性审查规定》,旨在加强羁押必要性审查,但规范性不足。

关于逮捕后羁押必要性审查程序的完善,有以下几个问题需要明确:

第一,审查主体应具有足够的权威性。员额制改革以来,检察官成为独立的办案主体,审查效率有所提高。不过鉴于羁押关涉宪法人权,建议由副检察长或副检察长级别的检察官负责羁押必要性审查。^{③0}法国于2000年6月15日修改刑事诉讼法,即规定由

^{②7} 前引⑪,全国人大常委会法制工作委员会刑法室编书,第124页。

^{②8} 在2012年修法确立继续羁押必要性审查制度之前,《刑事诉讼法》仅对检察机关批准延长羁押期限作出规定,如1979年《刑事诉讼法》第92条和1996年《刑事诉讼法》第127条。由此可见,2012年修法之前,立法更关注延长羁押期限的侦查需要,而忽略了检察机关在羁押期限内主动审查继续羁押必要性的现实需要。

^{②9} 前引⑪。

^{③0} 我国《刑事诉讼法》第87条规定“人民检察院审查批准逮捕犯罪嫌疑人由检察长决定。”

法院副院长级别的法官负责羁押的审查。^①

第二,主动审查与被动审查相结合。主动审查是指检察机关基于职权与义务对羁押必要性进行的持续审查,被动审查是指检察机关基于犯罪嫌疑人等诉讼参与人的申请而进行的审查。

第三,定期审查与不定期审查相结合。检察机关应定期进行主动审查,如每3个月复查一次;也可根据犯罪嫌疑人及辩护律师的申请而启动审查,犯罪嫌疑人等诉讼参与人每次申请时应当提出新的理由,否则可以不予启动审查。

第四,实行言词审查方式与书面审查方式相结合。羁押必要性审查原则上应当采取言词审查方式,由犯罪嫌疑人及其辩护律师在审查者面前陈述申请理由,侦查人员也应到场。

第五,检察机关对羁押必要性审查后作出的决定应具有绝对的法律效力,公安机关应当执行。检察机关对羁押必要性进行审查后,《刑事诉讼法》规定的是建议权,即“对不需要继续羁押的,应当建议予以释放或者变更强制措施”。据称,规定为“建议”而非强制性要求,主要是从监督角度考虑的。人民检察院提出建议,其他机关必须本着认真负责的态度,对建议的要求及所根据的事实、证据等进行研究和考虑,从而全面就羁押必要性进行审查,及时作出正确决定,并在10日以内将处理结果通知人民检察院。未采纳检察机关建议的,应当说明理由和根据。^②上述解释值得商榷。从审查批准逮捕的权力归属来看,检察机关对继续羁押必要性进行审查后享有的并非建议权,而应是实质意义上的决定权,因为批准逮捕权是一项完整的权力。在域外,法官享有的羁押权即是一项完整的权力,包括羁押决定权、变更权、解除权、再羁押权。由此,我国检察机关对继续羁押必要性进行审查后应享有变更或解除逮捕的权力。逮捕必须经检察机关批准,即检察机关享有批准逮捕的权力,却无权变更与解除,这无疑是矛盾的。

(四) 小结

虽然笔者于对策法学意义上提出了羁押必要性审查程序的完善方案,但深知可行性不强,效果也难以期待。这是因为,检察机关秉持“构罪即捕”的思维定式而难以改变,并非以社会危险性要件作为判断标准,导致羁押必要性审查程序的实际功能极为有限。如《羁押必要性审查规定》第17条关于排除羁押必要性情形的规定,与《刑事诉讼法》关于逮捕社会危险性要件的规定格格不入,难以保证社会危险性要件的适用。^③

^① 参见陈卫东、刘计划、程雷《法国刑事诉讼法改革的新进展——中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心赴欧洲考察报告之一》,载《人民检察》2004年第10期。

^② 参见前引①,全国人大常委会法制工作委员会刑法室编书,第124-125页。

^③ 不能将继续羁押必要性审查与逮捕必要性审查割裂开来。在我国,逮捕的实质就是羁押。逮捕的必要性,就是羁押的必要性。而羁押的必要性,就是逮捕的必要性,指的就是逮捕的第三项要件,即《刑事诉讼法》规定的五种社会危险性。根据2012年《刑事诉讼法》第79条(即2018年《刑事诉讼法》第81条),审查逮捕进行的就是羁押必要性审查,而2012年《刑事诉讼法》第93条(即2018年《刑事诉讼法》第95条)规定的不过是继续羁押必要性审查,它们共同构成了羁押必要性审查体系。

五、确立法院统一审查逮捕模式

我国历次修改《刑事诉讼法》对逮捕制度的改革均属改良式,实践效果甚为有限。检察机关审查批准逮捕模式已陷入制度瓶颈,无论是逮捕条件的完善,还是逮捕审查程序的改革,抑或羁押必要性审查制度的确立,都难以在减少逮捕人数上取得成效。归根结底,是因为该模式具有无法克服的局限性。这源于检察机关的追诉角色,使其难以摆脱“构罪即捕”的思维定式。逮捕沦为检察机关追诉犯罪的工具,服务于其追诉目的,审查逮捕沦为审查起诉乃至检察“定罪”的预演。实践中,逮捕条件难以把握,审查逮捕诉讼化改造难获实质性突破,根源正在于此。由此,让检察机关审查逮捕时恪守无罪推定原则是不现实也不可能的,检察机关无法克服追诉倾向及行政化行权模式的限制,无法像法院一样居于中立地位实行开庭对抗的审查程序。

检察机关审查批准逮捕模式亦缺乏理论基础。

首先,审查逮捕并非侦查监督职能的体现。^④虽然检察机关审查逮捕或涉侦查活动合法性审查,但并不构成对侦查的监督。检察机关审查后作出是否逮捕的决定,是对嫌疑人人身自由的处分,其性质并非什么“监督”,真正的侦查监督应当是对各种侦查行为特别是强制侦查行为实施的事前审查与同步监督。^⑤检察机关作为追诉主体审查批准逮捕,实为假侦查监督之名行剥夺指控对象人身自由之实,本质即“原告抓被告”,构成了刑事诉讼中最大的不公正与非正义,导致逮捕的滥用与工具化。而近来“捕诉合一”的回潮更是将程序不正义推向极致。

其次,审查逮捕亦非检察机关行使司法审查职能的体现。审查逮捕实质上是一种司法裁判性质的权力,现代国家皆由法院行使。《联合国关于检察官作用的原则》第10条规定,“检察官的职责应与司法职能严格分开”。由此,检察机关并非与法院共享司法职能,检察机关审查批准逮捕也并非行使司法审查职能,因为其并非司法审查的适格主体。

我国逮捕审查制度有待进行结构性改革,即进行真正的司法化、诉讼化改造。司法化改造是指,应当摒弃逮捕审查制度的检察追诉模式,确立由法院统一审查逮捕的制度模式,还原逮捕权的司法权属性;诉讼化改造是指,建构法院开庭、言词审理的诉讼模式,由控辩双方围绕逮捕三项要件展开举证、辩论,以实现诉讼公平与逮捕的合理适用,最大限度地保障公民的人身自由。

有观点认为法院审查逮捕不利于公正审判,实属主观想象。既与我国《宪法》规定

^④ 1999年4月,最高人民检察院将刑事检察厅分设为审查批捕厅和审查起诉厅,2000年8月,则将审查批捕厅更名为侦查监督厅。随之,地方检察机关开始内设批捕处(科),后将批捕处(科)改为侦查监督处(科),主要职能即审查逮捕。

^⑤ 我国《刑事诉讼法》第二编第二章规定了“讯问犯罪嫌疑人”“勘验、检查”“搜查”等侦查行为,这些才是检察机关侦查监督的对象。

相悖,也与国际经验不符。照此逻辑,我国《宪法》规定法院有权决定逮捕就是不正当的?现代国家实行法官审查羁押制度都是错误的程序设计?那些旨在维护检察机关批捕特权的所谓质疑,枉顾诉讼规律与国际准则,不值一驳。

还有观点认为,法官与检察官审查逮捕没有差异,都是依据法定的逮捕条件进行审查,审查的结果是一样的。此种说法在1997年我国台湾地区羁押制度改革前也出现过。然而台湾地区的实际情况是,当检察官失去羁押权后,其向法院声请羁押的人数大大下降,这说明,检察官行使羁押权的时代,其羁押人数有很大的“水分”。

表6 台湾地区侦查中被羁押人数统计表(1984—1997)^{③⑥}

年度	地方法院检察署(处)侦查期间被羁押之被告人人数	年度	地方法院检察署(处)侦查期间被羁押之被告人人数
1984	16640	1991	25425
1985	15588	1992	27408
1986	15422	1993	28317
1987	13967	1994	22403
1988	13820	1995	20073
1989	16575	1996	21717
1990	21281	1997	23131

表7 台湾地区地方法院检察署新收刑事侦查案件声请羁押情形表(1998—2016)^{③⑦}

年度	新收侦查案件人数	司法警察机关随案解送人犯	检察官向法院声请羁押	法院裁定准许羁押	许可羁押百分比	起诉人数	羁押与起诉人数之比
1998	343317	92666	8365	7508	89.8%	141535	5.3%
1999	371890	112337	6668	6168	92.5%	142172	4.3%
2000	391806	114758	6304	5701	90.4%	150795	3.8%
2001	367813	105183	6041	5368	88.9%	157437	3.4%
2002	373977	102055	6146	5339	86.9%	153003	3.5%
2003	355521	96228	5799	5069	87.4%	136258	3.7%
2004	382216	113403	7435	6507	87.5%	139454	4.7%
2005	430190	90769	10889	9296	85.4%	158817	5.9%

^{③⑥} 参见王泰升、沈静萍《台湾检察史——制度变迁史与运作实况》,“台北法务部检察司”2008年版,第240页。

^{③⑦} 数据来源:台湾地区“法务部”法务统计年报。

年度	新收侦查案件人数	司法警察机关随案解送人犯	检察官向法官声请羁押	法院裁定准许羁押	许可羁押百分比	起诉人数	羁押与起诉人数之比
2006	478449	110885	11977	10238	85.5%	189943	5.4%
2007	512629	118082	13497	11608	86.0%	221486	5.2%
2008	519065	119106	11663	9980	85.6%	231813	4.3%
2009	519845	108680	10791	8789	81.4%	216540	4.1%
2010	526373	103050	11368	9151	80.5%	218443	4.2%
2011	505008	87714	10432	8715	83.5%	211783	4.1%
2012	497204	105876	9492	7899	83.2%	203760	3.9%
2013	498049	109406	8265	6637	80.3%	208262	3.2%
2014	519456	129741	7585	6030	79.5%	219121	2.8%
2015	535199	133237	7593	5864	77.2%	226278	2.6%
2016	562014	135437	7791	6353	81.5%	235549	2.7%

表6显示,1997年之前8年间,在检察官行使羁押决定权模式下,台湾地区每年羁押2万多人。而表7显示,1997年羁押制度改革即羁押决定权转移给法官而检察官行使声请权后,羁押人数大幅下降,1998年羁押人数仅是1997年羁押人数的32%,下降了68%,改革效果可谓立竿见影,这也使得羁押权归属的激烈争论销声匿迹。特别引人注意的是,1998年检察官向法官声请羁押8365人,仅为1997年检察官羁押人数的1/3。这表明,检察官自行减少了声请羁押人数,挤出了近2/3的“水分”。而在羁押制度改革讨论中,主张保留检察官羁押决定权的观点曾认为,检察官与法官接受同样的养成教育,不太可能滥用羁押权。^{③⑧}台湾地区羁押制度改革后检察官声请羁押的人数大大下降,这说明,检察官审查决定羁押模式的缺陷是无法依靠自身克服的。

根据表7可知,2016年台湾地区检察官起诉人数是1998年起诉人数的1.7倍,而羁押人数几乎没有增加,以致捕诉率低至2.7%。由此,1997年台湾地区修改“刑事诉讼法”完成的羁押制度改革取得了成功。^{③⑨}台湾地区羁押制度改革具有启示意义。参照台湾地区的经验,我国大陆地区如果实行法院审查逮捕制度模式,逮捕人数或将减少2/3,这意味着每年仅需逮捕30万人左右。^{④⑩}这将极大提升人权保障水平,而逮捕异化

③⑧ 参见高通《我国台湾地区羁押制度改革研究》,载《台湾研究集刊》2011年第5期。

③⑨ 具体分析,参见前引③,高通文。

④⑩ 2011—2017年,全国法院审理刑事案件判决生效人数中,判处3年以上有期徒刑至死刑的被告人人数分别为244495人、254335人、204494人、184475人、189384人、167725人、294295人。基于比例原则,结合逮捕条件审查的全面性,每年逮捕30万人是大致可行的。

问题将得以消除,逮捕人数过多所产生的一系列问题也将迎刃而解。

近年来,刑诉学界普遍认可对逮捕审查进行司法化改造,但有学者称目前不具备现实可行性。^④ 其实,很多制度创新一度也曾被认为是困难的,短期内不可能实现,然而诸如非法证据排除规则与值班律师制度的建立以及监察委员会的组建等不胜枚举的改革成果,不都在近年实现了吗? 因此,我们一定要坚定学术立场,为改革提供坚实的论证。再者,法学家的天职是推进科学研究,而非患得患失地计算研究成果何时转化。对于包括逮捕制度改革在内的刑事诉讼改革,最好的态度莫过于“莫问收获,但问耕耘”!

Abstract: Based on the principle of presumption of innocence and protection of human rights, arrest, as pre-trial detention, should be strictly regulated. All of the three revisions of Criminal Procedure Law reformed the arrest system. In 1996, the evidence element was revised. In 2012, the element of social dangerousness, also called necessity element, was clarified; the quasi-litigation examination procedure mode was set up and the necessity examination system of custody after arrest was constructed. Empirical studies illustrated that both revisions did not make obvious effects on the application of arrest. The reform of legislation did not reduce the application of arrest effectively and the problem of over-applied arrest still remains. The root cause is that procuratorate is accustomed to pursuing the presumption of guilty and approving arrest simply based on existence of crimes, so that the procuratorate could not fulfill the duty of examining the necessity element of arrest. The revision of criminal procedure law in 2018 has no substantial effects as it only added a factor in considering social dangerousness. The reform is encountered with a bottleneck because the procuratorate could not overcome its own limitations in examination and approval of arrest. The right way is to establish a unified mode of arrest examination conducted by courts in order to construct a judicial review system of arrest.

(责任编辑:李 游)

^④ 数年前,最高人民检察院曾经提出,要把检察机关直接受理案件审查决定逮捕权交由法院行使,这无疑是逮捕制度改革的重要一步,但被最高人民法院拒绝了。最高人民检察院的开明态度意味着建立法院统一审查逮捕体制的障碍不复存在,而最高人民法院对于这一重大改革则缺乏理论准备与历史担当,错失了推动逮捕审查司法化改造进而最终实现以审判为中心刑事诉讼制度的契机。