

# 完善逮捕必要性审查制度构想\*

刘 晴,黄鹏玮

(重庆市人民检察院第一分院,重庆 401147)

**摘 要:**逮捕在我国是一种审前羁押制度,有力地保障了刑事诉讼的进行,但逮捕措施如被滥用,必将严重损害犯罪嫌疑人的人权,为此,我国刑事诉讼法引入了逮捕必要性条件。但逮捕必要性的适用在司法实践中还存在诸多问题,导致其对保障犯罪嫌疑人人权的效应还不明显和均衡。我们有必要建立完备的逮捕必要性审查制度,对逮捕必要性条件的证明、审查、评估等方面进行规范,从而更好地体现出逮捕必要性对保障人权的价值。

**关键词:**审前羁押;逮捕;审查制度;刑事诉讼;人权;犯罪嫌疑人

**中图分类号:**D926.34 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2012)04-0076-06

## 一、逮捕必要性的含义及其重要意义

为了更好的保障具体人——犯罪嫌疑人的人权,我国刑事诉讼法在逮捕制度的设置上引入了逮捕必要性这一条件,即在是否适用逮捕强制措施审查中,除了有证据证明有犯罪事实和可能判处有期徒刑以上刑罚两个必要条件外,还加入了采取取保候审、监视居住等方法尚不足以防止发生社会危险性,有逮捕必要性的条件。具体而言,刑事诉讼中的逮捕必要性分三个方面:一是犯罪的社会危害性。社会危害性“就是指对社会秩序和社会关系具有破坏作用的行为对社会造成这样或那样损害的事实特征。”<sup>[1]</sup>具体而言就是犯罪嫌疑人实施的犯罪是重罪还是轻罪,是单一犯罪还是数罪,是单一事实还是多个事实,犯罪情节是否严重,有无从重、从轻、减轻等情节,法定刑期可能在什么范围。二是犯罪嫌疑人的人身危险性。人

身危险性是指“犯罪可能性,属于未然之罪”<sup>[2]</sup>。具体而言就是其主观恶性如何,有无前科及继续危害社会的可能等。三是保证诉讼的可控性。犯罪嫌疑人有无自杀、逃跑、行凶的可能,有无串供、毁证、威胁证人作证的可能,是否具备取保候审、监视居住的条件等。

### (一)逮捕必要性审查是追求逮捕制度价值的反映

丹宁勋爵指出:“每一个社会均有保护本身不受犯罪分子危害的手段。社会必须有权逮捕、搜查、监禁那些不法分子。只要这些权力运用适当,这些手段都是自由的保卫者,但是这些权力也可能被滥用,而假如它被人滥用,那么任何暴政都要甘拜下风。”<sup>[3]</sup>鉴于逮捕的严厉性,我国刑事诉讼法在坚持保护社会利益的基础上,把犯罪嫌疑人人权保障作为设计逮捕制度的价值追求之一。

\* [收稿日期]2012-03-26

[作者简介]刘晴(1962—),男,重庆江津人;重庆市人民检察院第一分院副检察长,西南政法大学教授,主要从事刑事诉讼法学研究。

黄鹏玮,重庆市人民检察院第一分院侦查监督处干部。

犯罪嫌疑人未经审判宣告有罪之前法律上应推定为无罪的人,其基本权利应与自由人相同,国家应一视同仁地给予严密的正当程序保护,避免把侦查过程本身当做惩罚的方式。但不能否认的是犯罪嫌疑人人权的保障又具有一定的特殊性,其权利的享有应负有一定的容忍和配合义务。在我国目前侦查权力和犯罪嫌疑人权利失衡的情况下,引入逮捕必要性审查,给予犯罪嫌疑人人权一些特殊的程序保护,是校正这种失衡,体现逮捕价值的应有之意。

我国加入或签署了十余项涉及人权保障的国际公约,且我国宪法第四次修正案已明确规定:“国家尊重和保障人权”。逮捕事关公民的人身自由的暂时剥夺与限制,当其被滥用或误用时,特别是当它以国家名义被盗用时,它对人权造成的危害是无比惨重的。这方面的历史教训不胜枚举。<sup>[4]</sup>逮捕必要性是立法者从人权保障出发,不断完善逮捕程序,坚持对无逮捕必要的不予逮捕,只对那些确有逮捕必要的才予逮捕,防止出现被侵害的人权没有得到恢复,反而由于逮捕权的不当行使给人权带来新的侵害。

## (二)逮捕必要性审查是宽严相济刑事政策的体现

惩办与宽大相结合,是我们在刑事司法活动中必须长期坚持的基本刑事政策。在刑事诉讼中,也是比例性原则的具体体现。比例性原则的基本内涵是如果为了保护国家和社会公益而不得不对公民个人权利加以限制或剥夺的话,要尽可能选择对公民个人权利损害最小的手段,并且对公民个人权利造成的损害不得大于该行为所能保护的国家和社会利益。加强逮捕必要性审查就是坚持宽严相济刑事政策的具体体现,按照宽严相济刑事政策的精神,对于一些情节轻微、社会危害不大、人身危险性小的犯罪嫌疑人,以“无逮捕必要”不批准逮捕,向法院直诉,既可以使他们在法庭上感受法律的尊严,接受法律的审判,又可以防止看守所复杂环境对偶犯、初犯、特别是未成年犯罪嫌疑人的交叉影响。同时,在决定慎用逮捕强制措施时,可以通过充分听取和考虑被害人的意愿,提高被害人在刑事诉讼中的地位,有利于化解

犯罪嫌疑人和被害人之间的矛盾冲突,化消极因素为积极因素,促进社会和谐稳定,这正契合了恢复性司法之意。

## (三)逮捕必要性审查是维护司法统一的有力手段

目前,司法实践中逮捕措施适用广泛,以无逮捕必要不捕的案件数量相对较少,犯罪嫌疑人捕后被处缓刑的比例较高。如果统计我国的审前羁押率,可以把逮捕人数除以起诉人数,可以得出一个大致的不完全的(不包括刑拘后未逮捕)羁押率。从《最高人民检察院工作报告》公布的数据看,全国2003年至2007年审前平均羁押率为90.20%,其后逐年下降到2010年的79.78%,下降明显。有的地区羁押率明显低于全国平均数,如重庆市2003年至2007年为81.39%,2010年下降到70.76%。但有的地区长期保持高羁押率,如沿海某省2003年至2007年为105.38%,2010年还在100.66%,2003年至2010年平均102.7%,而且年年超过100%。这些数据反映出各地掌握的逮捕标准有明显差异,相当一部分不应当逮捕的被逮捕羁押。大多数犯罪嫌疑人在审判前就被逮捕并先行羁押,而这些被逮捕的犯罪嫌疑人中相当大部分最后却被法院判处轻刑、缓刑或单处罚金,给人一种“前捕后放”执法不统一的感觉,在一定程度上造成了司法的不公正,损害了司法机关的公信力。同时,逮捕之后的轻刑化严重,从侧面反映了我国逮捕必要性审查不严,逮捕措施适用的质量不高。强化逮捕必要性审查,是维护司法统一的有力手段,也是降低畸高的逮捕率和捕后轻刑率的有效手段。

## 二、逮捕必要性适用的现状及原因

笔者以重庆市检察院某分院及其辖区基层检察院2008年至2010年适用无逮捕必要不捕情况为例对逮捕必要性的现状进行分析:

2008年至2010年,重庆市检察院某分院不逮捕人数占受理报请逮捕人数的比例偏低,2008年和2010年仅占11%左右,2009年更是下降到7.44%,同时,适用无逮捕必要不捕的人数少,仅占受理报请逮捕人数的1%~4%。(见表1)

表1 2008年至2010年重庆市检察某分院不捕情况统计表

年份	受理报请 逮捕人数	不逮捕 人数	百分比	无逮捕必要 不捕人数	百分比
2008	165	19	11.52%	5	3.03%
2009	242	18	7.44%	3	1.24%
2010	344	38	11.05%	14	4.07%

2008年至2010年,重庆市检察某分院辖区基层院不逮捕人数所占受理报请逮捕人数的比例要高于重庆市检察某分院,但适用无逮捕必要不捕

的依然较少,占受理报请逮捕人数的6%~7%。(见表2)

表2 2008年至2010年重庆市检察某分院辖区基层院不捕情况统计表

年份	受理报请 逮捕人数	不逮捕 人数	百分比	无逮捕必要 不捕人数	百分比
2008	6 257	1 041	16.64%	422	6.74%
2009	7 596	1 526	20.09%	525	6.91%
2010	9 000	1 736	19.29%	665	7.39%

重庆市检察某分院及其辖区基层检察院总体适用无逮捕必要不捕人数较少,逮捕率偏高,究其原因,主要存在以下问题:

### (一) 逮捕必要性审查未能引起足够的重视

逮捕必要性是判定适用逮捕强制措施的一个重要标准,但司法实践中,逮捕必要性并未真正成为审查逮捕的必要条件,而是沦为了一种软条件。分析其原因:一是传统“构罪即捕”的思想根深蒂固。重打击轻保护、重实体轻程序等传统执法观念在相当程度上仍然存在,表现为强制措施的适用侧重于有效追究犯罪,犯罪控制理念居于主导地位,而案件中无逮捕必要的事实和情节往往被弱化甚至是忽略,忽视对犯罪嫌疑人的人权保护。二是过分强调配合而忽视监督。检察机关应当运用决定是否逮捕的权力来监督侦查、保障人权,及时纠正侦查中的违法行为,但其往往未起到应有的法律监督作用,而是过分强调与侦查机关的配合,为保障进一步侦查其他重要罪行所需的时间,“以捕代侦”现象突出,而不论证其他重要罪行的罪行有无、证据有无,使得逮捕的程序制约机制未能发挥应有功能。

### (二) 缺乏逮捕必要性证明机制

逮捕必要性证明机制,是指侦查机关在提请

逮捕犯罪嫌疑人时,不仅要在提请逮捕意见书中有逮捕必要性的情况说明,还要提供证明犯罪嫌疑人有逮捕必要性的证据材料,同时检察机关在审查逮捕犯罪嫌疑人时要对逮捕必要性进行论证。首先,虽然最高人民检察院、公安部于联合发布的《关于依法适用逮捕措施有关问题的规定》第一条第二项规定,具有“可能毁灭、伪造证据、干扰证人作证或者串供;可能自杀或逃跑”等六种情形之一的,即为有逮捕必要。但是如何把握这六种“可能”,实践中缺乏统一的证明标准。虽然近年来最高人民检察院相继出台了一些有关慎用逮捕措施的规定,比如2011年制定的《人民检察院审查逮捕质量标准》,其中第五条和第六条细化了有逮捕必要的七种情形及无逮捕必要的八种情形,但这些规定仅由检察机关一家制定,效力有限,且内容仍较为原则和笼统,操作性不强。其次,由于缺乏逮捕必要性的证明机制,导致了对逮捕必要性证据的选择性适用。在适用无逮捕必要不捕案件时,举出大量的证据证实无逮捕必要。例如证实自首、立功、退赃后获得被害人原谅、怀孕、重大疾病等相关证据。但在逮捕的案件中,一般是一带而过,不列出证据来证明有逮捕必要。提请逮捕的机关提出有逮捕必要缺乏客观性,审

查机关提出来亦觉得缺乏权威性,使逮捕必要性沦为一种主观臆断。最后,没有将品格考察等内容纳入证明机制中,导致对人身危险性的判断缺乏依据。

### (三) 缺乏逮捕必要性刚性审查机制

#### 1. 缺乏刚性审查机制

逮捕必要性的审查缺乏一个刚性的审查机制,降低了逮捕必要性审查的可操作性。一方面,逮捕必要性的审查在司法实践中往往是包含在传统的逮捕审查程序中,由案件承办人根据具体情况进行分析、判断,由于缺乏一个专门的逮捕必要性审查程序,使得逮捕必要性审查长期处于一个不规范的境地。另一方面,侦查机关和检察机关在证明逮捕必要性的证据收集、报送和审查上没有具体的规定,导致侦查机关随意性大,可收集可不收集,往往会出现报送的案件材料中没有一份证明逮捕必要性的证据材料,而检察机关也缺乏相应规范的制约机制,不能进行有效、规范的监督。

#### 2. 考核机制的不合理

侦查机关和检察机关都从自身需要出发,制定了本系统内部绩效考核办法。在侦查机关,长期以来都将“破案率”“报捕率”“批捕率”作为绩效考核的量化指标,这使得侦查机关对于犯罪嫌疑人能报捕就尽量报捕。而在检察机关,考核标准将逮捕率作为了逮捕质量的重要考核指标,且对捕后轻刑案件认定不属于错案,不影响考核。一方面,逮捕率的高低往往成为衡量工作成效的重要依据,而对不捕案件则要求必须严格控制在一定的比例内,且各类执法检查活动都将其作为重点予以检查,造成在审查逮捕案件时很少考虑有无逮捕必要条件;另一方面,适用“无逮捕必要”不但增加工作量,而且还存在一定的风险。考虑到与侦查机关的配合关系,也考虑到一些案件如果不捕可能发生涉检上访,从而否定全年的工作,所以,对侦查机关报捕的案件,即使可捕可不捕,也较易作出逮捕决定。

## 三、完善逮捕必要性审查制度的几点构想

### (一) 建立和完善逮捕必要性的证明机制

1. 统一逮捕必要性的具体标准。最高人民检察院2011年下发了《人民检察院审查逮捕质量标

准》,对逮捕必要性的标准作出了规定,但其效力仅局限于检察机关,且部分规定还不够完善,有必要通过上升到法律的层面对逮捕必要性的具体标准进行完善和统一。《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》(以下简称草案)无疑关注到了这一问题,在草案的第三十五条对逮捕必要性的证明标准作出了六点具体规定,概括为三方面:一是证明犯罪的社会危害性的,“对有证据证明有犯罪事实,可能判处十年有期徒刑以上刑罚的,或者可能判处徒刑以上刑罚,曾经故意犯罪或者身份不明的犯罪嫌疑人、被告人”。二是证明犯罪嫌疑人(被告人)的人身危险性的,“可能实施新的犯罪的”;“有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的”。三是保证诉讼可控性的,“可能毁灭、伪造、隐匿证据,干扰证人作证或者串供的”;“可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的”;“可能自杀或者逃跑的”。虽然草案对逮捕必要性作出了以上三方面的具体规定,但还存在一些不足,如证明犯罪的社会危害性方面,规定过于简单,没有具体从犯罪嫌疑人的犯罪性质、犯罪情节、主观恶性等方面进行考虑,未就组织犯罪、黑社会性质组织犯罪、暴力犯罪和严重危害社会治安和社会秩序的多发性犯罪等进行规定,也没有对如犯罪嫌疑人(被告人)不羁押可能发生社会危险性的其他情形留下空间。建议草案对此进行完善,通过立法的方式对逮捕必要性的证明标准进行完善和统一。

2. 完善相关证明机制。侦查机关在侦查阶段只是专注于构罪证据的搜集和固定,对于是否有逮捕必要的证据往往不会主动收集。检察机关应当做好与侦查机关的联系,达成一个长效的工作机制,一方面,侦查机关不仅要收集与案件事实相关证据,还要收集犯罪嫌疑人是否有社会危险性和妨碍诉讼可能的证据,如犯罪嫌疑人退赃赔偿情况、被害人的意见等,并将上述证据随卷宗一并移送至检察机关;另一方面,检察机关则应当对侦查机关提供的客观证据材料进行审查并进行论证,审慎作出犯罪嫌疑人是否有逮捕必要性的判断。同时,完善逮捕必要性证明机制还应当遵循公开性的原则,而该原则的落实需要相关制度的支撑,综合运用告知制度、律师介入机制、公开听证、释法说理、刑事和解等制度即可实现这一目的。

3. 延伸品格考察时间。将犯罪嫌疑人的品格考察提前至呈捕前侦查阶段,必要时检察机关以提前介入方式介入考察。现有机制下,对于犯罪嫌疑人人身危险性的考察是在侦查机关提请逮捕后才开始进行的,几天时间的考察往往非常有限,难以准确反映犯罪嫌疑人的真实情况,导致“无逮捕必要”适用困难。因此,在立案侦查开始后就收集其品格方面的证据十分必要。如对于在校学生和未成年人人身危险性的考察,在立案侦查后就应当与其所在的学校、单位、社区、街道等取得联系,搜集其犯前的品格证据,在呈捕前完成该部分证据的搜集。

## (二) 完善刚性的逮捕必要性审查机制

### 1. 完善审查机制

由于逮捕必要性的理解和把握是一个极具弹性的问题,为保证其适用的正当性,防止不捕权的随意和滥用,有必要在坚持现有审查逮捕制度的基础上,完善相关的一系列逮捕必要性审查机制。

一是加强规范的证据审查程序。在坚持现有的对案件的审查的基础上,为加强对案件的逮捕必要性证据审查,需要加强以下的审查程序:

(1) 完善案件受理程序。改变过去侦查机关提请逮捕时不考虑是否有逮捕必要性的情形,加强对侦查机关报捕案件中是否有必要性证据和理由说明的审查,把住逮捕必要性入口关。(2) 讯问犯罪嫌疑人。拟适用无逮捕必要不捕的案件,必须讯问犯罪嫌疑人,考察犯罪嫌疑人的认罪态度、悔罪表现以及现实存在的社会危险性,听取其申辩意见和是否申请取保候审,掌握其家庭状况和社会关系,向其提出保证诉讼要求。(3) 严格审批程序。案件承办人确定是否符合逮捕的必要性条件,在《审查逮捕意见书》中“需要说明的问题”部分进行分析说明,提出有逮捕必要或无逮捕必要的审查意见,经侦查监督部门负责人审核,报分管检察长决定。对一些复杂或有争议的案件,应提交检察委员会研究决定。(4) 坚持逮捕必要性理由说明。检察机关在对案件作出无逮捕必要不捕决定的同时,应当以《不捕理由说明书》的形式向侦查机关说明犯罪嫌疑人无逮捕必要的理由和相关依据,加深侦查机关对逮捕必要性的理解,减少侦查机关要求案件复议、复核的数量,同时,该《不捕理由说明书》装订入侦查卷宗,为法院的量

刑提供参考。

二是规范审查逮捕必要性的证据材料。检察机关应当认真全面地审查侦查机关收集的证明逮捕必要性的证据材料,根据所掌握的全部资料来对逮捕必要性进行最后论证。检察机关审查后认为侦查机关报送的证据不能证明逮捕必要性的或对逮捕必要性证明不充分的,可以做出证据不足不捕的决定。所以证据不足不捕,既包括证明犯罪事实的证据不足,也包括证明逮捕必要性的证据不足。同时,承办人不能仅局限于审查案卷中的现有证据,要充分发挥主观能动性,全面收集并仔细考量有关犯罪嫌疑人主观恶性等影响宽严相济刑事政策适用的证据,以期全面体现案件事实,在宏观上权衡其具体适用,确保不枉不纵。<sup>[5]</sup>

三是完善风险评估机制。检察机关受理侦查机关移送的审查逮捕案件后,应当对卷宗材料进行全面审查,对犯罪嫌疑人的社会危险性进行综合评估,对逮捕与否可能产生的后果,要进行深入分析,预测风险,切实防止因处理不当出现逃跑、涉检上访等情况的发生。被害人及其家属等有关人员因案引发缠访、闹访,导致矛盾难以调和,事态趋于复杂的案件,检察机关应在审定逮捕必要性前,与侦查机关加强沟通和协商。

### 2. 设置科学合理的考核激励机制

(1) 改变注重逮捕率的考核方式。建议侦查机关改变将逮捕率作为考核主要内容的办法。防止一味追求逮捕率而使一部分可捕可不捕的轻刑案件也进入逮捕程序,从而忽视对犯罪嫌疑人的人权保护。建议检察机关改进通过控制不捕率来反映审查逮捕案件质量的考核机制,优化考核办法,逐步从“量”的控制变为对“质”的评价。重点考察作出不捕决定是否符合法律规定,对案件的事实、证据、情节的审查分析、认定是否清楚、定性是否准确等,综合评价所作出的不捕决定是否正确,更好地实现办案数量、质量和效果的有机统一。

(2) 改革以是否发生上访来考核工作业绩的标准。不能因为发生了涉检上访事件而一票否决检察机关的工作。上访是广大群众反映其诉求的一种合法合理的方式。当事人对于检察机关依法做出的逮捕或不逮捕决定无法理解而上访的,认为存在非法的利益勾当上访的,或是出于一些其他目的上访的,可能会对检察机关造成一些负面

的影响,但应进行深入细致调查。若确实存在徇私枉法、权钱勾结、玩忽职守的情况,处理相关人员无可厚非,若是严格依法办案,仅仅是因为上访者不懂法律而误认为检察机关没有依法办案或者是其无理的要求没有得到满足而上访,就不应该归责于检察机关。

### (三) 建立逮捕必要性条件的评估机制

#### 1. 纳入评估的案件范围

犯罪的事实清楚、证据充分;犯罪嫌疑人认罪悔罪态度良好;不羁押犯罪嫌疑人不会影响本案或其他案件的侦查;犯罪情节较轻、可能判处三年以下有期徒刑以下的案件,在特殊情况下,根据个案的案情可适当扩大。

#### 2. 评估的内容

将评估的内容分为三个部分:(1)犯罪性质和犯罪后果。其程度直接体现着犯罪的社会危害性,如是否属于盗窃近亲属、因亲属邻里纠纷引起的伤害以及盗窃数额、伤害后果等情况。(2)犯罪嫌疑人的社会危险性。主要是指犯罪嫌疑人的主观恶性,体现在罪前、罪中和罪后的具体情节上,如是否具有初犯偶犯、临时起意、从犯、自首、案发后在逃等情节。(3)诉讼保障条件。主要指犯罪嫌疑人是否具备取保候审、监视居住的保证条件、是否退赃退赔、是否有效赔偿、是否达成和解等情形。

#### 3. 将刑事和解引入评估机制

要求侦查机关将故意伤害、交通肇事等案件的和解工作作为提请逮捕前的必经程序。对确实不能和解的,侦查机关可以提请逮捕,但应在卷宗中显示有关和解工作的情况,以便检察机关在审查逮捕过程中继续进行和解工作。如果没有相关

材料,检察机关可不受案。

#### 4. 建立后评估保障机制

因无逮捕必要而依法做出不予逮捕决定后,一方面对犯罪嫌疑人及时开展释法说理工作,并让犯罪嫌疑人及其家属或者单位共同签署《义务告知书》和《保障到案承诺书》,引导其遵守相关义务,保障诉讼进程。如重庆市江北区人民检察院对无逮捕必要不捕的普通刑事案件适用《保障到案承诺书》,取得了不错的实践效果。另一方面向侦查机关送达不捕理由说明的同时,向被害人等送达《不捕理由说明书》,从法理和情理上消除疑惑达成共识,实现执法办案法律效果与社会效果的双赢。

#### [参考文献]

- [1] [4] 青锋. 犯罪的社会危害性新论[J]. 法学季刊, 1991(3):24,133.
- [2] 陈兴良. 刑法哲学[M]. 中国政法大学出版社, 2004:147.
- [3] 丹宁. 法律的正当程序[M]. 李克强等译. 群众出版社,1984:86.
- [5] 鲁大同. 宽严相济司法政策下新型审查逮捕机制的构架[J]. 法制与社会,2007(9):452.
- [6] 刘晴,赵靖. 检察机关执行羁押制度的现状分析及对策研究[J]. 西南农业大学学报(社会科学版),2009(7).
- [7] 刘凤兰. 宽严相济刑事政策应是我国的基本刑事政策[J]. 重庆工商大学学报(西部论坛),2008(增刊).
- [8] 谢佑平. 司法公正的构建[M]. 中国检察出版社,2005.

(责任编辑:杨 睿)

## Establishment of Examination System for Arrest Necessity

LIU Qing, HUANG Peng-wei

(The First Branch, Chongqing People's Procuratorate, Chongqing 401147, China)

**Abstract:** Arrest in China is a kind of preliminary custody system and effectively ensures the process of penal proceedings, however, if arrest measures are abused, the human rights of criminal suspects will be seriously violated, therefore, China Penal Proceedings Law introduces necessary conditions for arrest. There are many problems in judicial practice of the application of arrest necessity which lead to uncertainty and imbalance of the human rights protection effect for criminal suspects. Thus, we are necessary to set up perfected examination system for arrest necessity and to normalize arrest necessity conditions from the perspective of verification, examination, assessment and so on so as to better embody the value of arrest necessity on human rights protection.

**Key words:** preliminary custody; arrest; examination system; penal proceedings; human rights; criminal suspect