

羁押必要性审查制度试点研究报告

陈卫东^{*}

内容提要：为探索 2012 年刑事诉讼法第 93 条规定的羁押必要性审查制度的实施机制，中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心在 A 省 W 市开展了为期两年的试点研究。试点的内容是羁押必要性审查制度落实的各项支撑机制，包括归口管理、公开听证、风险评估、跟踪监督等。在两年试点期间，羁押必要性审查人数较之试点前增加了 57.4%，占同期全市批捕人数的 9.2%；适用案件范围逐步扩大，但仍然主要适用于审查起诉阶段的案件；审查后的释放或变更强制措施建议采纳率高达 99.6%；在 14% 的案件中采用了公开听证的诉讼化方式进行审查，取得了良好的法律效果与社会效果。基于试点的发现，完善羁押必要性审查制度，需要在理论上明确：羁押必要性审查的制度性质是对逮捕适用条件的持续、定期审查，具有司法权属性，对羁押必要性审查应进行诉讼化改造并将建议权改为决定权；同时，应更新对侦查保密原则的传统认识，向辩方开示与逮捕适用条件有关的证据，以便辩方有效参与羁押必要性审查程序。

关键词：逮捕 羁押 羁押必要性审查

为解决刑事司法实践中长期存在的“一押到底，实报实销”等现象，2012 年刑事诉讼法第 93 条首次确立了逮捕后的羁押必要性审查制度。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。有关机关应当在十日以内将处理情况通知人民检察院”。这一规定肩负着降低审前羁押率的重任，其实施状况备受关注。

围绕着羁押必要性审查制度的实施，中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心与 A 省 W 市检察院联合进行了为期两年的试点研究，旨在探索 2012 年刑事诉讼法第 93 条规定的实施路径与有效的实施机制。本文就是对这一试点研究的理论总结。

* 中国人民大学法学院教授。

一、研究背景

在我国多年的司法实践中,一直存在够罪即捕、羁押率居高不下的情况,以及一旦羁押时间超出应判刑期就关多长判多长的“一押到底,实报实销”现象。这些情况与现象突显出逮捕功能的异化,反映出逮捕长期以来被过度实体化,成了定罪的预演。而且,既然在批捕环节逮捕适用条件被人为拔高至定罪标准,自然而然的结果就是逮捕后的羁押无人过问,一捕了之,直至一审判决时审前羁押时间被用来折抵刑期。显而易见,这些传统观念与应用实践违背了逮捕作为强制措施的应有定位,无视逮捕适用条件会随着诉讼进程发生变化的事实,最终势必侵犯被追诉人免受不合理羁押的基本权利。^[1]

作为一项全新的制度,2012年刑事诉讼法第93条仅对羁押必要性审查作了初步授权。作为相应的配套实施细则,最高人民检察院于2012年颁布《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称“刑事诉讼规则”),其第616条至第621条对羁押必要性审查作了细化规定,重点明确了三个主要问题:一是检察院内部办理羁押必要性审查工作的主体根据诉讼阶段一分为三,分别是侦监部门、公诉部门与监所部门;^[2]二是明确了经羁押必要性审查后可以提出予以释放或者变更强制措施的建议的情形;^[3]三是规定了开展羁押必要性审查的工作方法。^[4]

在本试点研究开始之前以及进行过程中,理论界从不同角度对羁押必要性审查制度的实施状况及相关理论问题进行了一定研究。比如,林喜芬对某省2013年一年羁押必要性审查制度建立与运行的初步情况,进行了参与式观察研究,并着重探讨了归口管理的试点情况及其面临的挑战。^[5]谢小剑在江西省检察机关开展的调研表明,在一个未进行试点改革而是正常执行法律的地区,羁押必要性审查是如何处于虚置状态的。该研究还揭示了导致制度虚置的制约因素与实施障碍,包括司法管理不科学、取保候审缺乏监管、羁押证明制度不完善、羁押必要性审查诉讼结构失衡等。^[6]胡波对某省会城市2013年1月至2014年9月的12个基层检察院实施羁押必要性审查的数据进行分析,指出了羁押必要性审查案件在各诉讼阶段的数量差异以及建议释放的主要案件类型与原因,并揭示了羁押必要性审查制度在该省会城市面临的若干困境。^[7]

笔者认为,总体上,现有的研究多使用观察、司法统计数据、访谈等研究方法,虽能发现一定的问题,但对制度的调试完善缺乏系统的实证研究与完整结论;研究结论多限于

[1] 《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款规定:“人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由。”

[2] 参见“刑事诉讼规则”第617条。关于该条在起草过程中不同意见的争论及相关批评,参见陈卫东:《〈人民检察院刑事诉讼规则(试行)〉析评》,中国民主法制出版社2013年版,第24页;林喜芬:《分段审查抑或归口审查:羁押必要性审查的改革逻辑》,《法学研究》2015年第5期,第166页。

[3] 参见“刑事诉讼规则”第619条。

[4] 参见“刑事诉讼规则”第620条。

[5] 参见前引[2],林喜芬文,第157页以下。

[6] 参见谢小剑:《羁押必要性审查制度实效研究》,《法学家》2016年第2期,第136页以下。

[7] 参见胡波:《羁押必要性审查制度实施状况实证研究——以某省会市十二个基层检察院为对象的考察和分析》,《法学评论》2015年第3期,第186页以下。

对策层面，缺乏对羁押必要性审查制度深层理论基础的探究。为进一步观察与推进羁押必要性审查制度的实践应用，中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心联合 A 省 W 市检察院，于 2014 年 7 月至 2016 年 6 月在该市两级检察院开展了为期两年的羁押必要性审查制度试点工作。

二、试点研究过程与基本情况

（一）试点单位与试点内容

W 市位于 A 省中部、长江中下游地区。2015 年该市常住人口 365.4 万人，面积 6026 平方公里，下辖四区四县；2015 年人均 GDP 为 10907.7 美元。W 市地处我国中部地区，开埠经商的历史较为悠久，开放包容度较强，具有较强的试点样本价值。

试点自 2014 年 7 月正式开展以来，W 市检察院先后制定并公布了一系列落实羁押必要性审查制度的试点规范性文件，建立起一系列试点制度。这些制度构成了试点的主体内容，主要包括：

一是对外建立协作配合制度。以检察院的名义与公安局、司法局会签制定《W 市羁押必要性审查实施办法》《W 市羁押必要性审查工作机制》，建立羁押必要性审查协作机制，规范检察机关、公安机关、司法行政机关在羁押必要性审查工作中各自的职责，起到既监督制约又协作配合的作用，保证了司法公正，节约了司法资源。这些措施使羁押必要性审查案件占捕后案件的比例逐步提高。

二是对内推动建立归口办理与统一受理制度。为提高工作效率，形成部门合力，最大限度地发挥羁押必要性审查制度的功效，W 市检察院积极争取院党组的支持，制定了《W 市人民检察院归口办理羁押必要性审查案件的实施细则》，试行羁押必要性审查案件归口刑事执行检察部门办理，其他相关部门共同协作配合的制度。同时，在试点中推行羁押必要性审查案件由本院案件管理部门统一受理，无论是在押犯罪嫌疑人、被告人及其近亲属、辩护律师申请启动的羁押必要性审查案件，还是依职权启动的羁押必要性审查案件，均交由案件管理部门统一受理登记，统一审查。刑事执行检察部门统一办理，各有关部门积极协作配合的制度，确保了信息共享与顺畅流转，提高了案件审查质量与效率。

三是建立公开听证制度。为切实提高羁押必要性审查工作的公开性、公平性和公正性，出台了《W 市人民检察院关于羁押必要性审查的听证规则（试行）》，对公开审查的案件范围、主体、程序、方法等进行规定，并成立听证委员会，建立公开听证审查案件制度；对存在意见分歧、案情复杂的案件或者提出审查申请的案件，以公开听证的形式充分听取案件相关人员的意见，从而确定犯罪嫌疑人、被告人是否有继续羁押的必要，以提高羁押必要性审查工作的公正性。市县两级检察院都成立了听证委员会，共有听证委员 57 人；委员均面向社会公开选聘，有律师、医生、高校教师、企事业单位代表等，并且一半以上的委员具有人大代表或者政协委员身份。每次召开听证会时，会随机抽取 3 至 5 名委员参加；承办部门会提前将案件有关情况通报听证委员。听证委员在听证过程中可以针对案件情况进行提问，可以查看案件有关资料，可以针对案件进行讨论，对犯罪嫌疑人、被告人是否需要继续羁押独立提出意见，并对听证程序实施监督。听证委员的意见是决定审查结果的重

要参考。实践证明,经过听证审查的案件,办案单位更易采纳建议,被害人也更易接受审查结果,办案风险有效降低。试点以来,共对38人举行羁押必要性审查案件公开听证,并提出释放或变更强制措施建议,均被办案机关采纳。在建立听证制度后,W市还在不断完善听证公开,并尝试进行微博直播,以彰显司法公信。

四是建立羁押必要性审查风险评估制度。试点过程中制定了《W市人民检察院羁押必要性审查风险评估实施办法》,对每一名进行羁押必要性审查的在押人员,根据所涉嫌的犯罪事实、主观恶性、悔罪表现、身体状况、证据收集固定情况、可能判处的刑罚以及有无再危害社会的危险等因素进行风险评估,为决定是否释放或变更强制措施提供依据。

五是建立跟踪监督制度。试点过程中制定了《W市人民检察院羁押必要性审查案件跟踪监督办法》,对于通过羁押必要性审查其强制措施被变更为取保候审或者监视居住的犯罪嫌疑人,从变更强制措施之日起,驻所检察人员每月定期到犯罪嫌疑人、被告人所在的村、居委会、辖区司法所、公安派出所了解情况并与其见面谈话,对其是否遵守相关法律规定进行分阶段定期考察、动态监督,确保“放得了,管得住,效果好”。

(二) 试点成效

1. 羁押必要性审查案件人数及比例

2013年至2014年7月试点以前,W市共受理羁押必要性审查案件162人,占同期全市批捕人数的7.4%,占同期判处缓刑、拘役等刑罚人数的34.1%。在试点开始之后的2014年7月至2016年6月,W市共受理羁押必要性审查案件265人,较试点以前增长57.4%,占同期全市批捕人数的9.2%,占同期判处缓刑、拘役等刑罚人数的65.6%。

表1 W市办理羁押必要性审查案件的数量及比例

年份	受理羁押 必要性审查 案件人数	同期批捕 人数	羁押必要性审查 人数占批捕人数 的比例(%)	同期判处 缓刑、拘役等 刑罚人数〔8〕	羁押必要性审查人数 占判处缓刑、拘役等 刑罚人数的比例(%)
2013	92	1507	6.10	1713	5.37
2014	127	1081	11.75	2339	5.43
2015	131	1461	8.97	1922	6.82
2016 (上半年)	77	699	11.02	900	8.56

由表1可以看到,羁押必要性审查人数占批捕人数的比例在试点期间稳步提升,说明羁押必要性审查的制度影响力在逐步显现,保障审前犯罪嫌疑人的人身权利,减少不必要、不合理羁押的理念在试点实践中被贯彻落实。同时,羁押必要性审查人数占判处缓刑、拘役等刑罚人数的比例也逐步提高,这表明从裁判结果上看,对一部分甚至较大部分犯罪嫌疑人适用非羁押性强制措施,不仅符合比例原则和合理性原则的要求,也符合我国目前刑

〔8〕数据包括一审判决判处缓刑、单处罚金、管制、拘役和免于刑事处罚的人数。

事司法的客观实践。当然，从表1的数据也能发现相应的问题。羁押必要性审查人数占批捕人数的比例仍然较低，这说明还有大量在押犯罪嫌疑人、被告人未进行羁押必要性审查，这一制度的应用仍然有较大的提升空间。

2. 释放或变更强制措施建议采纳情况

2014年7月至2016年6月试点期间，W市共受理羁押必要性审查案件265人，启动审查并提出释放或变更强制措施建议265人，办案单位采纳建议264人，采纳率为99.6%。其中，2014年7月至该年年底，提出建议57人，采纳建议56人；2015年提出建议131人，采纳建议131人；2016年（上半年）提出建议77人，采纳建议77人。从建议采纳情况看，办案单位采纳建议变更强制措施264人，全部变更为取保候审。

3. 羁押必要性审查案件的案件类型

从开展羁押必要性审查的事由看，2013年至试点前，W市受理羁押必要性审查案件主要集中在如下案件类型：刑事执行检察部门在派驻检察工作中发现犯罪嫌疑人、被告人有不需要或者不适合继续羁押情况的，特别是看守所在监管活动中发现犯罪嫌疑人、被告人因疾病、身体等原因不适合继续羁押，建议有关办案机关或部门变更强制措施未被采纳，从而提请检察机关进行羁押必要性审查的相关案件。试点开始后，羁押必要性审查的案件类型不断拓展。具体而言，包括当事人双方达成和解的交通肇事、故意伤害（轻伤）等人身伤害案件（涉80人）；犯罪数额不大，积极退赔退赃的盗窃、诈骗、职务侵占等侵犯财产案件（涉76人）；社会危险性低且具备监护条件的未成年人犯罪案件（涉18人）；犯罪嫌疑人、被告人患有严重疾病，生活不能自理的案件（涉22人）；其他危险驾驶、寻衅滋事、聚众斗殴等犯罪情节轻微的案件（涉69人）（图1）。在这些被提出释放或变更强制措施建议的犯罪嫌疑人、被告人中，具有初犯、从犯、过失犯、自首等犯罪情节的占大多数。同时，W市还不断扩大羁押必要性审查的适用范围，大胆尝试对涉嫌非法占用农用地罪和职务侵占罪的犯罪嫌疑人、被告人进行羁押必要性审查，取得了良好效果。

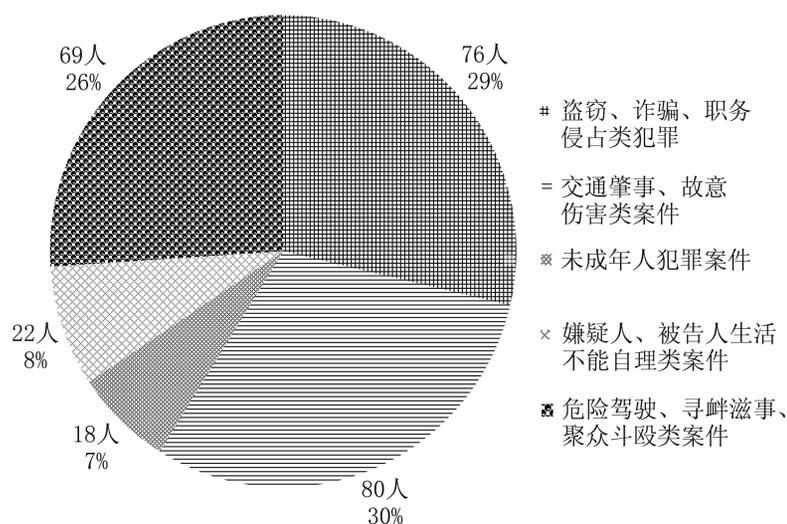


图1 W市受理羁押必要性审查案件的类型、所涉人数及比例

通过对比试点前后的情况可以看出,试点前W市审查的案件范围十分狭窄,仅局限于犯罪嫌疑人、被告人生活不能自理或者需要就医等情形,而试点后W市大胆尝试扩大受案范围。实践证明,对于未成年人犯罪以及交通肇事、盗窃等轻微刑事案件,羁押必要性审查适用最多,并且未出现犯罪嫌疑人、被告人脱逃等情况。这从反面印证了对于大部分轻微刑事案件无需采取羁押性强制措施。

4. 羁押必要性审查案件所处的诉讼阶段情况

W市在试点前所办理的羁押必要性审查案件共审查162人,其中侦查阶段40人,占总数的24.7%;审查起诉阶段92人,占总数的56.8%;审判阶段30人,占总数的18.5%。2014年7月至2016年6月试点期间,共提出释放或变更强制措施建议265件265人。在侦查阶段对其中74件74人提出建议,占提出建议总数的27.9%;在审查起诉阶段对其中139件139人提出建议,占提出建议总数的52.5%;在审判阶段对其中52件52人提出建议,占提出建议总数的19.6%(表2)。

表2 2014年7月至2016年6月W市羁押必要性审查案件受理、提出建议与所处诉讼阶段关系

诉讼阶段	受理羁押必要性 审查人数	案件受理数 占比(%)	提出释放或变更 强制措施建议人数	提出建议数 占比(%)
侦查	74	27.9	74	100
审查起诉	139	52.5	139	100
审判	52	19.6	52	100

通过对比办理案件在各诉讼阶段的分布变化,试点工作中案件的阶段分布保持了较为一致的态势,没有更加集中或者更加分散。但是,无论试点前后,审判阶段羁押必要性审查案件的受理比例都是最低的,这说明对审判阶段羁押必要性的审查还存在不足。课题组的前期调研也发现,审判环节的超期羁押、无必要羁押现象比较普遍。如何加强对审判阶段羁押必要性的审查,值得进一步探讨。

三、试点效果的理论评析

(一) 启动方式与阶段

“刑事诉讼规则”第616条第2款规定:“人民检察院发现或者根据犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者辩护人的申请,经审查认为不需要继续羁押的,应当建议有关机关予以释放或者变更强制措施。”该款规定明确了启动羁押必要性审查的两种途径:主动审查和申请审查。

对所有被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人进行羁押必要性审查,是2012年刑事诉讼法第93条的立法原意,因此,仅对部分捕后犯罪嫌疑人、被告人进行羁押必要性审查是违反立法精神的。但是,近年来,每年被逮捕的人数都在80万以上,如果对每个犯罪嫌疑人、被告人在侦查、审查起诉、审判阶段均进行羁押必要性审查,不仅占用大量人力物力,也不利

于突出审查重点。因此，通过优化前述两种启动审查方式的适用，有助于实现公正与效率的适度均衡。

依职权启动能够克服羁押必要性审查依申请启动的被动性缺陷，能够有效增强审查工作力度，而依申请启动更有助于保障当事人的合法救济权益。从实践情况看，开展羁押必要性审查工作主要是依职权主动启动审查程序，依申请启动审查程序的情况较少。例如，2014年7月至2015年9月，W市共受理羁押必要性审查案件143件143人，其中，依申请受理23件23人，依职权受理120件120人。两相比较，辩方通过申请积极主张权利的状况不容乐观。这其中既有权利人认识不足、惮于行使权利的因素，也有辩护人等未能履行职责的因素，部分情况下也存在公安司法机关工作人员未能履行权利告知义务或者履行权利告知义务不当等因素。

以W市下辖A县检察院的数据为例。2013年至试点前共办理羁押必要性审查案件15件15人，其中依申请受理4件4人，占总数的26.7%。试点后共办理50件50人，其中依申请受理39件39人，占总数的78%，与试点前相比上升了51个百分点；2014年7月至12月办理9件9人，其中依申请办理5件5人，占总数的55.6%；2015年办理26件26人，其中依申请办理21件21人，占总数的80.8%；2016年（上半年）办理15件15人，其中依申请办理14件14人，占总数的93.3%。

从羁押必要性审查案件所处的诉讼阶段看，2014年7月至2016年6月试点期间，W市刑事执行检察部门在侦查阶段提出释放或变更强制措施建议的有74人，在审查起诉阶段的有139人，在审判阶段的有52人；审查起诉阶段的案件数量占比高达52.5%。从A县检察院的数据看，2013年至2014年7月试点前，共办理羁押必要性审查案件15件15人，审查起诉阶段10件10人，占比达66.7%。2014年7月至2016年6月试点期间，共办理羁押必要性审查案件50件50人，在侦查阶段对22件22人提出释放或变更强制措施建议，占全部案件数量的44%；在审查起诉阶段对24件24人提出建议，占全部案件数量的48%；在审判阶段对4件4人提出建议，占全部案件数量的8%（表3）。从上述数据看，相关部门似乎更倾向于在审查起诉阶段集中进行羁押必要性审查工作。

表3 W市各诉讼阶段受理羁押必要性审查案件分布（2014年7月至2016年6月）

	W市	所占比重（%）	A县检察院	所占比重（%）
侦查阶段	74人	27.9	22人	44
审查起诉阶段	139人	52.5	24人	48
审判阶段	52人	19.6	4人	8

出现上述情况的原因可能是：（1）刑事执行检察部门隶属检察机关，而检察机关主要负责审查起诉等工作。在此阶段，刑事执行检察部门既可以尽可能多地获取与案件相关的材料，又可以较为顺畅地与公诉等部门沟通、交流，促使其接受释放或者变更强制措施等检察建议。加之这些部门均受本院检察长领导，刑事执行检察部门的检察建议更易于相关部门所接受。（2）检察机关在侦查和审判阶段进行羁押必要性审查工作的积极性不高，也与法律的规定有一定关系。根据2012年刑事诉讼法第94条等的规定，侦查机关、检察机关

和审判机关均享有撤销或者变更强制措施的权利,那么,检察机关在侦查或者审判阶段发出检察建议时,就有可能遇到有关机关的抵触,甚至被认为是检察机关“越权”。在前期调研过程中,不少检察人员指出,侦查机关和审判机关不接受检察建议的一个理由就是,在相应诉讼阶段他们也有变更强制措施的权利,如果确有必要变更,他们会自行撤销或变更。^[9](3) 检察机关乐于在审查起诉阶段进行羁押必要性审查工作,也离不开这一诉讼阶段的特殊性。一般而言,随着侦查阶段的结束,案件事实已经调查清楚,证明犯罪嫌疑人有罪的证据得到固定,除非出现特殊情形导致证据材料发生变化,释放或者变更强制措施不会对诉讼活动造成阻碍性影响。为了更全面地保障被羁押人员的人身权益,也为了使羁押必要性审查工作的适用更为合理、科学,未来应当注重研究如何调动羁押必要性审查部门在侦查和审判阶段履行职责的积极性。

(二) 释放或变更强制措施建议的效力与审查结果

1. 释放或变更强制措施建议的效力

根据2012年刑事诉讼法第93条的规定,检察院在对羁押必要性进行审查后,如果认为不需要继续羁押的,应当“建议”而不是“决定”予以释放或者变更强制措施;有关机关应当将处理情况“通知”检察院,而不是经检察院“批准”。

对这一规定不少学者持有异议。如有学者认为,“修改后的刑诉法第93条规定,有关机关应当在10日以内将处理情况通知人民检察院。但该条文没有规定监督对象的具体义务以及不履行义务时应承担的法律后果,使得检察机关的监督缺乏法律刚性保障。”^[10]也有观点认为,“由于‘通知’并不等同于‘经过审查批准’,新的捕后羁押必要性审查制度如何兼顾对‘不应当继续羁押而继续羁押’和对‘应当继续羁押而不继续羁押’的双重监督,不妥善处理这一矛盾,有可能造成该制度在实质上被剥离检察机关的监督视野。”^[11]有的还建议,“对于羁押必要性的审查,人民检察院做出决定后,应当具有法律效力,有关部门必须执行。”^[12]

究其本质,检察权的主要特征之一是监督权与处分权的分离,法律监督权在本质上不是一种实体处分权。“检察机关对诉讼活动的法律监督基本上是一种建议和启动程序权。对诉讼中的违法情况提出监督意见,只是启动相应的法律程序,建议有关机关纠正违法,不具有终局或实体处理的效力。诉讼中的违法情况是否得以纠正,最终还是要由其他机关决定。”^[13]加强对司法权的监督制约,完善刑事诉讼中的检察监督措施,是2012年刑事诉讼法的一大亮点,但监督权不应意味着检察机关可以包办、代替有关机关行使权力。因而在立法层面,在羁押必要性审查中,对于不需要继续羁押的,立法机关只赋予检察机关“建议”有关机关予以释放或者变更强制措施的权利,这充分体现了立法机关将羁押必要性审查视为检察监督措施的特点。“规定为‘建议’而非强制性要求,主要是从监督角度考虑

[9] 关于2012年刑事诉讼法第94条与第93条的关系,下文会有详细论述。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。”

[10] 王伟、戚进松:《羁押必要性审查制度的具体构建》,《检察日报》2012年7月6日第3版。

[11] 刘松:《羁押必要性审查制度需细化》,《法制日报》2012年1月21日第7版。

[12] 冀祥德:《最新刑事诉讼法释评》,中国政法大学出版社2012年版,第87页。

[13] 张智辉:《检察权研究》,中国检察出版社2007年版,第75页。

的。人民检察院在审查中发现被羁押人没有必要继续羁押的，提出建议，由有关机关就羁押必要性进行全面审查，既考虑了监督的性质、特点，不代替其他有关机关做决定，又体现了对于解除、变更措施的慎重。”^[14]

2. 保障释放或变更强制措施建议效果的制度机制

由于检察院提出释放或者变更强制措施建议仅具有建议性质，导致实务中某些办案机关对其不够重视，影响了羁押必要性审查工作的最终效果。在此背景下，为避免提出检察建议后可能受到的“冷落”，提高建议采纳率，此次试点在总结经验、吸取教训的基础上探索采用“事先约谈+检察建议”的工作机制。“事先约谈+检察建议”是指，在正式发出检察建议之前，检察院与对应的办案单位进行沟通，针对拟发出的检察建议向其进行阐释、说明，从而实现检察监督功能的实质化。以W市试点期间的数据为例。W市共计提出释放或变更强制措施建议265件265人，采纳建议264件264人。A县检察院自试点以来共计提出释放或变更强制措施建议50件50人，采纳建议50件50人。之所以能够出现如此高的采纳率，据当地检察院办案人员反映，这多与“事先约谈+检察建议”的工作机制有关。实际上，这种工作机制已经逐渐获得检察系统的认可，相应的规则、机制业已初步成型。^[15]笔者在多个省市地方检察院调研时，检察院办案人员在谈及羁押必要性审查工作的难处时多会指出，实践中办案机关接到检察建议却不回应的情况时有发生，这已经成为制约羁押必要性审查制度发挥实效的重要因素之一。检察院对此多无计可施，导致羁押必要性审查制度的适用效果并不理想。^[16]“事先约谈+检察建议”的工作机制可谓是化解这一难题的有效方法。

但是，需要说明的是，“事先约谈”的功能主要体现在针对检察建议的阐释、说理，为后期的跟踪监督、纠正做铺垫，以期提高检察监督的实践活力。单就羁押必要性审查制度而言，“事先约谈”不能成为检察院提出释放或者变更强制措施建议的前提，更不能因为与办案单位事先沟通的效果不好而不再发出检察建议，否则检察院履行法律监督职责将受不利影响。司法实践中检察院应并用“事先约谈”与“纠正违法通知书”，推行约谈工作与跟踪纠正工作紧密结合，实现一“柔”一“刚”协同保障释放或者变更强制措施建议的落实与反馈。

对于确定需要发出检察建议的案件，充分说理也是检察建议富有生命力的内在要求。在发出检察建议之前，检察院应完成评估过程的解释工作，并在释放或者变更强制措施建议书中充分说明认为不需要继续羁押的理由和法律依据。在调研过程中我们了解到，包括法院、公安机关在内多认为建议书说理不足，难以说服办案机关采纳其建议。因此，除了要求在客观方面积极营造适用羁押必要性审查制度的条件以外，监所检察部门还应注意如何提高检察建议的质量。刑事执行检察部门在将来开展羁押必要性审查工作时，应当注重收集全方面的证据材料，寻找有力的法律规范支持，在撰写检察建议书时注重以下几个方面的细化：（1）发出检察建议的事实依据，主要是详实、有条理地列举事实、证据材料等；

[14] 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124页。

[15] 参见王立：《检察建议约谈制度研究——以北京市朝阳区人民检察院的实践探索为视角》，《人民检察》2010年第19期，第36页以下。

[16] 参见卞建林等：《浙江检察机关新刑诉法实施调研报告》，《国家检察官学院学报》2014年第3期，第30页。

(2) 明确、详细地说明发出建议的理由、所依据的规定等,做到有理有节;(3) 涉及重大复杂或者争议较大的案件时,应当有专门制度来处理此类案件,如各主体均可参加的听证审查制度等,确保审查活动及其检察建议的合法性、合理性。

(三) 审查的案件范围和案件类型

何种情形下不应继续羁押,是羁押必要性审查制度需要解决的主要问题,也是司法实践中的难题。为此,W市专门出台《W市人民检察院归口办理羁押必要性审查案件的实施细则(试行)》,并对案件受理范围作了明确规定。^[17]同时,W市还专门设立羁押必要性审查联动机制:审查逮捕部门在批准逮捕时针对涉嫌犯罪情节较轻的在校学生、未成年人、老年人、残疾人,具有悔罪、坦白、自首、立功、防卫过当、避险过当、患有严重疾病、生活不能自理等情节的犯罪嫌疑人、被告人,初犯、偶犯、过失犯、预备犯、中止犯、未遂犯、从犯、胁从犯等情形,在满足一定条件时向监所检察部门备案。这样就可以确保监所检察部门能够及时有效地掌握案件情况,保证羁押必要性审查的主动性和有效性。

从羁押必要性审查所关注的案件类型看,2014年7月至2016年6月,W市受理和提出释放或变更强制措施建议的案件包括:当事人双方达成和解的交通肇事、故意伤害(轻伤)等案件(涉80人);犯罪数额不大,积极退赔退赃的盗窃、诈骗等侵犯财产案件(涉76人);社会危险性低且具备监护条件的未成年人犯罪案件(涉18人);犯罪嫌疑人、被告人患有严重疾病,生活不能自理的案件(涉22人);其他危险驾驶、寻衅滋事、聚众斗殴等犯罪情节轻微的案件(涉69人)。可见,羁押必要性审查所针对的案件类型,一方面与定罪量刑涉及的证据材料相结合,突出逮捕时情形的变化或者社会危险性的降低等情形;另一方面则与刑事诉讼制度的适用相关联,例如2012年刑事诉讼法规定的公诉和解案件程序、未成年人犯罪案件程序等特殊制度,以及特殊的人权保障制度等,这些都成为开展羁押必要性审查工作的制度支持。

虽然试点在实践过程中努力扩展羁押必要性审查的案件适用范围和启动事由,但从实践运行来看:其一,由于变更强制措施后可能面临的诉讼风险,以及外来人员犯罪非羁押办案机制、异地社区矫正机制的缺失,试点工作对外来人员犯罪案件关注不足,致使在审查实践中对本地人员适用的多,对外来人员适用的少。其二,除未成年人犯罪案件外,羁押必要性审查主要局限于交通肇事等过失犯罪、情节轻微的故意犯罪案件、捕后刑事和解的案件以及羁押期限届满而案件尚未完结的案件,可能判处3年有期徒刑以上刑罚的案件较少适用。^[18]

(四) 听证制度与公民参与

为顺应司法改革注重人民群众参与司法的发展方向,^[19]W市试点工作的一大亮点就是

[17] 《W市人民检察院归口办理羁押必要性审查案件的实施细则(试行)》第5条规定:“对于符合下列情形的案件,应当启动羁押必要性审查:(一)犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者辩护人依法向本院申请进行羁押必要性审查或者变更强制措施,并能够提供有关证明材料的;(二)本院认为犯罪嫌疑人、被告人羁押条件可能或已经发生变化,提出进行羁押必要性审查的,办案部门依诉讼职能自行决定变更强制措施的除外。”

[18] 最高人民法院刑事执行检察厅《关于人民检察院监所检察部门开展羁押必要性审查工作的参考意见》第9条第2款规定:“监所检察部门建议释放或者变更强制措施的对象不能仅局限于可能判处三年有期徒刑以下刑罚的犯罪嫌疑人、被告人。”

[19] 参见陈卫东:《公民参与司法:理论、实践及改革——以刑事司法为中心的考察》,《法学研究》2015年第2期,第3页以下。

设置听证制度，以提升审查工作的公开性、公平性和公正性。W市检察院出台了《W市人民检察院关于羁押必要性审查的听证规则（试行）》（以下简称“听证规则”），为听证制度确定基本程序规范，并确保其具有可操作性。自试点以来，W市共计以听证形式对38人进行了羁押必要性审查，形成了一套可行的试点方案。

首先，“听证规则”明确界定了适用听证制度的主要情形：（1）羁押必要性审查案件承办部门与原办案机关（部门）就是否需要继续羁押存在重大意见分歧的；（2）案情重大、复杂的；（3）其他承办部门认为需要进行听证审查的。听证的启动分为依职权启动和依申请（或者建议）启动两种。为充分保障各方主体的参与意愿，“听证规则”第12条第1款规定：“听证审查参加人由下列人员组成：（一）办案机关（部门）代表；（二）犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人、法定代理人或者近亲属；（三）被害人及其法定代理人、诉讼代理人或者近亲属；（四）有关监管部门、派出所或社区、单位代表。”为有利于检察机关听取多方面意见，该条第2款进一步指出，检察机关可以根据案件情况邀请下列人员参加：“（一）人大代表、政协委员、特约检察员、人民监督员、投诉委员会委员等；（二）根据当事人申请或者案件需要邀请的有关专家及其他与案件有关的人；（三）涉及国家财产、集体财产遭受损失案件的有关单位代表”。这一规定为检察机关作出是否释放或变更强制措施的建议，提供了更为全面的信息来源。

其次，“听证规则”规定了严格有序的听证程序。“听证规则”明确规定，听证会由听证审查主持人主持召开，主持人享有一定职权以确保听证会顺利进行。^[20] 听证程序分为听证开始前活动^[21]与听证开始后程序^[22]两部分。对于在此过程中可能出现影响听证继续进行的事项，“听证规则”规定了中止听证审查以及恢复或者终止听证审查的条款。此外，在听证过程中，检察院还选择通过微博、微信等新媒体适当公开听证信息，为社会民众了解、理解并逐步接受羁押必要性审查制度提供渠道与平台。

最后，关于听证委员的选拔。W市在全市范围内公开选聘，成立由律师、医生、法官等各领域人员组成的专家委员库。每次听证时，随机从委员库中抽取3至5名委员参加听证审查，确保听证委员意见的独立性、客观性和公正性。试点中，A县检察院聘请了10名听证委员，主要从该县人大代表、政协委员、律师、教师、医生等人员中遴选。从委员的身份看，人大代表1人，政协委员4人，律师2人，医生2人，教师1人，政府机关工作人员3人，司法组织工作人员1人，法律援助中心工作人员1人。

[20] “听证规则”第11条规定：“听证审查主持人行使下列职权：（一）决定听证的时间、地点和方式；（二）决定听证的延期；（三）主持听证进行；（四）询问听证参加人；（五）维护听证秩序，制止违反听证规则的行为；（六）决定对相关问题或事项的确认。”

[21] “听证规则”第15条规定：“听证开始前，应当进行以下活动：（一）宣布案由以及听证审查的内容、目的；（二）宣布听证审查纪律；（三）公布主持人、书记员以及其他参与人的姓名；（四）根据《刑事诉讼法》规定，告知当事人诉讼权利和义务；（五）询问当事人是否对主持人、书记员申请回避。宣布听证审查纪律可以由书记员进行。对主持人、书记员的回避，由检察长决定。”

[22] “听证规则”第17条规定：“听证开始后，按照下列程序进行：（一）主持人宣布听证开始，宣布听证活动内容；（二）申请人说明请求释放或变更强制措施的理由并举证。（三）犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人、法定代理人，办案机关（部门）代表，监管部门代表，被害人及其法定代理人按照顺序分别对是否需要继续羁押发表意见并举证；（四）相关公安派出所和社区、单位人员发表意见；（五）主持人向各方参与人发问及相关人员作答；（六）听证审查结束。听证审查应当场整理形成听证记录。听证结束后，听证记录应当交参加人签名或盖章。拒绝签名的，由书记员在笔录上注明情况。听证活动应实行全程录音录像。”

从运行情况看,在整个试点过程中,A县检察院提出释放或变更强制措施建议50件50人,其中采取听证形式审查的有9件9人,占18%;W市共提出释放或变更强制措施建议265件265人,其中38件38人举行了公开听证,占14.3%。总体而言,听证审查制度试点是引入社会参与和监督的有效途径,不但有利于促进羁押必要性审查工作顺利进行,而且有利于保障审查工作的民主性、公开性,使社会公众深入了解审查工作并予以理解和支持,也有利于降低办案风险,调动有关办案人员的积极性,最终减少审查过程中可能存在的阻力,为充分保障被羁押人员的合法权益创造条件。听证审查制度在总结经验的基础上可作进一步推广应用,但这一制度也有进一步完善的必要:(1)协调专业委员与民众参与的关系。为充分保障民众参与司法的意愿,可对听证委员会、专家委员库作适当调整。目前,专家委员库的选任范围有限,这决定了其并非人民群众参与司法的一般形式,应在现有基础上扩大听证委员会的选任范围,扩大社会监督来源,调动更多的民众参与羁押必要性审查工作。(2)协调检察院最终决定与听证委员会意见之间的关系,明确听证委员会意见的效力。需要重申的是,羁押必要性审查是检察院的法定职权,不能也不应交由其他主体或者组织行使,也不应受其他主体或者组织的不当影响。

(五) 犯罪嫌疑人、被告人的参与和律师的法律帮助

1. 犯罪嫌疑人、被告人的主体地位

在羁押必要性审查的过程中,犯罪嫌疑人、被告人作为程序参与主体、审查结果的利害关系主体,应享有主体地位,这是正当程序原则的基本要求。《W市人民检察院羁押必要性审查工作办法(试行)》第8条第4款、第5款规定,检察机关在进行羁押必要性审查的过程中,可以“听取犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属、辩护人,被害人及其诉讼代理人或者其他有关人员的意见”,并且“调查核实犯罪嫌疑人、被告人的身体健康状况”。“听证规则”第7条还规定:“听证审查一般应当在检察机关内进行。有条件的也可以在看守所内设置听证场所,便于在听证中直接听取犯罪嫌疑人、被告人的意见。”第17条规定,在听证程序中,“犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人……对是否需要继续羁押发表意见并举证”。这些听证程序规定保障了犯罪嫌疑人、被告人作为审查结果的第一利害关系人,能够在场参与羁押必要性审查并对审查结果施加影响。可以说,这些关于程序参与的规定赋予了犯罪嫌疑人、被告人对于羁押必要性审查程序最基本的参与权利。

在试点中,为落实和保障犯罪嫌疑人、被告人的参与,W市规定审查人员要做到以下几点:一是审查人员要亲自询问被羁押人员,当面听取其陈述和意见;二是利用远程提讯系统,让犯罪嫌疑人、被告人在听证过程中主动陈述其申请羁押必要性审查的理由,接受办案机关及听证委员会的询问;三是被羁押人员的近亲属、辩护律师提出申请的,应当面或书面听取他们的意见;四是办案机关如果认为有继续羁押的必要,应对继续羁押的理由承担证明责任。

当事人行使程序参与权的前提是了解其享有这些权利,因此,实践中应强化审查部门及人员的权利告知义务。比如,刑事执行检察部门向已被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人发放权利义务告知书,其中应列明申请羁押必要性审查的权利;通过检务公开、与司法行政机关协作等形式,就这些权利事项进行广泛宣传。

2. 律师介入提供法律帮助的作用和实践状况

从作用上看，律师参与羁押必要性审查，既能向被羁押人员解释羁押必要性审查制度的规范内涵，维护被羁押人员的合法权益，也可以通过向办案机关提出意见，帮助审查部门综合、全面审查案件情况，发挥监督制约作用，增强审查工作的实效性和合法性。至于律师介入羁押必要性审查提供法律帮助的法律依据，2012年刑事诉讼法明确了侦查阶段律师的辩护人地位，并赋予其履行职责的相应权利，这自然也包括羁押必要性审查在内。而2012年刑事诉讼法第86条第2款规定，检察院审查批准逮捕的过程中，可以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。本条款虽然是关于律师参与审查批捕的规定，但从一定意义上说，羁押必要性审查可以被涵盖在审查批捕的范畴内。

尽管《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》在推动羁押必要性审查方式多元化的条款中明确规定可以听取辩护人意见，但检察院对律师参与审查工作的重视程度仍需提高，而拓宽律师的参与渠道，保障律师参与的实质化是保证审查工作正当性、合法性的前置性条件。另一方面，律师参与羁押必要性审查工作的情况也不容乐观。有实证研究表明，66.8%的律师表示曾根据2012年刑事诉讼法第93条的规定提出羁押必要性审查申请，其中偶尔提出申请的比重较大，占46.5%；有33.3%的律师表示从未提出过审查申请；经常提出审查申请的律师仅占20%左右。对于律师提出的羁押必要性审查申请，有75.6%的律师反映，检察院从未同意或者偶尔同意；有20.7%的律师反映，检察院的处理方式为置之不理；仅有4.9%的律师认为，检察院经常同意其申请。上述数据表明，律师群体对羁押必要性审查的重视程度还不够。同时，因检察院消极对待律师提出的审查申请，使得律师群体普遍对羁押必要性审查制度的运行效果持怀疑态度。^[23]当然，产生上述现象的原因是多方面的，具体如下：

其一，2012年刑事诉讼法在侦查阶段给予律师的参与空间较小。2012年刑事诉讼法第33条明确赋予律师在侦查阶段作为辩护人参与刑事诉讼活动的地位，但根据“刑事诉讼规则”、《公安机关办理刑事案件程序规定》等相关章节的规定，辩护律师在侦查阶段的参与受到较多限制。比如，辩护律师有权查阅、摘抄、复制案卷材料应当自检察院审查起诉之日起；在侦查阶段的批捕环节，辩护律师则无权查阅卷宗，无法有效了解侦查机关当前收集的证据材料，难以就审查逮捕提出有针对性的、准确的法律意见。2012年刑事诉讼法第37条第4款规定，辩护律师向犯罪嫌疑人核实有关证据应当自案件移送审查起诉之日起。此前阶段，辩护律师主要从事了解案件有关情况、提供法律咨询等工作。但是，侦查机关在此阶段往往拒绝辩护律师进一步获取有关案件信息的请求，而且“了解案件有关情况”的规定本身就有较大的模糊性，这为侦查机关拒绝律师请求提供了借口。这些规定造成辩护律师与公安机关在知悉案件进程信息方面存在悬殊差距，也使得检察机关往往依赖公安机关提出的证据材料进行审查判断。而对于律师提出的意见，由于律师可能并未掌握准确的案件事实材料，检察机关往往不够重视。

其二，辩护律师接受询问、提供法律意见缺乏有效的参与、反馈机制。提出的意见得到反馈，应当是制度有效性的基本要求。“刑事诉讼规则”第309条规定：辩护律师提出意

[23] 参见吴宏耀、郭烁主编：《行进中的中国刑事诉讼》，人民日报出版社2016年版，第103页以下。

见的,应当制作笔录附卷;辩护律师就专门事项提出书面意见的,办案人员应当审查,并在审查逮捕意见书中说明是否采纳的情况和理由。这一规定虽然有所进步,但仍显粗疏:(1)有关条款、办案规则并未明确、细化听取辩护律师意见的流程、机制,导致各地的具体操作差异较大。由于无明确的规范可循,也影响到检察机关听取意见的积极性。(2)缺少意见反馈机制。审查逮捕意见书是回复公安机关的,并不会同时送交辩护律师,而现有规定也未要求检察机关对辩护律师的法律意见进行回应,这导致辩护律师不能合理预期其意见能否取得预期的辩护效果,无形中打击了辩护律师提交法律意见的积极性。

其三,部分检察机关缺乏重视辩护律师意见的认识。由于受传统办案理念以及法定办案期限的影响,有些检察人员对辩护律师的意见不够重视,未能充分认识到询问、听取辩护律师意见对于依法审查逮捕、防止错误批捕等的重要价值。一方面,不能主动听取辩护律师的有关意见;另一方面,即使有辩护律师提出要求、意见,也缺少及时反馈的态度。

在羁押必要性审查工作中,为拓宽律师提出法律意见作为审查工作有益参考的制度路径,在推动相关规范精细化、操作化的同时,还需要注重以下几个方面的工作:(1)办案单位转变理念。检察院及其工作人员应尊重律师参与羁押必要性审查的合法权利,为律师履行辩护职责提供适当便利,主动听取辩护律师提出的相应意见。(2)与公开审查等制度相配套,建立健全辩护律师法律意见反馈机制,及时审查辩护律师提出的意见并说明是否采纳意见及理由。(3)辩护律师群体在履行辩护职责时,也需从认识层面重视提出羁押必要性审查申请的权利保障意义。

(六) 风险评估与司法责任

1. 风险评估

尽管在没有继续羁押的必要时释放被羁押人员或者变更强制措施对于被羁押人的权利保障意义重大,但由于目前非羁押性强制措施的适用存在缺陷,加之监管手段缺位,导致发生诸如犯罪嫌疑人、被告人脱逃、串供、毁灭伪造证据、被判处实刑后不到案等情况,办案人员也有可能因此而要承担相应责任,这些都严重限制了办案单位对被羁押人员进行及时、有效的考察和监督,从而导致办案人员怠于进行羁押必要性审查。

从试点数据看,W市自2014年7月至2016年6月共审查265件265人,提出释放或者变更强制措施建议并被采纳264件264人,无一犯罪嫌疑人、被告人发生脱逃、串供等不利于诉讼活动顺利进行的情况,也无办案单位因进行审查、提出建议受到责任追究;A县检察院提出释放或变更强制措施建议50件50人,建议均被采纳,也无一犯罪嫌疑人、被告人发生不利于诉讼活动顺利进行的情况。但是,课题组及试点单位一致认为,在对犯罪嫌疑人、被告人进行羁押必要性审查时,仍有必要建立、完善风险评估制度与后续监管机制。

首先,对于犯罪嫌疑人、被告人被释放或者被变更强制措施的,监管重点应当是犯罪嫌疑人、被告人能否遵守相关规定,不妨碍诉讼活动顺利进行。具体而言,包括以下几个方面:(1)犯罪嫌疑人、被告人是否在传唤时及时到案;(2)犯罪嫌疑人、被告人是否有毁灭、伪造证据的行为;(3)犯罪嫌疑人、被告人是否存在翻供、串供行为;(4)犯罪嫌疑人、被告人是否存在干扰证人作证的行为;(5)犯罪嫌疑人、被告人是否被法院判处非监禁刑;(6)犯罪嫌疑人、被告人是否有重新违法犯罪的危险。

其次,对于检察建议未被采纳的案件,监管重点应放在后续跟踪监督工作上。一旦案

情发生新的变化，认为犯罪嫌疑人、被告人不应继续羁押的，要立即重新启动羁押必要性审查程序，并向办案机关提出释放或变更强制措施建议。

再次，对犯罪嫌疑人、被告人进行法制教育与宣传。在羁押必要性审查过程中以及犯罪嫌疑人、被告人被释放或者被变更强制措施后，应当强化对犯罪嫌疑人、被告人及其家属的法制宣传和思想教育，阐明各种强制措施的法律意义及其区别，告知其不予羁押不代表案件终结，并要求其务必遵守有关规定，保证随传随到。

最后，建立跟踪回访制度。在犯罪嫌疑人、被告人被释放或者被变更强制措施后，密切关注其动态，通过定期或不定期的跟踪回访，与犯罪嫌疑人、被告人保持电话联系或见面沟通，或者通过实地走访，与犯罪嫌疑人、被告人所在社区、单位的人员、片区民警进行沟通，掌握其思想动态、行为表现，随时了解犯罪嫌疑人、被告人是否有串供或者其他妨害作证的行为，动态评估其再犯、脱逃的风险。对于发现新罪、漏罪，出现新的社会危险性事实等情形，满足逮捕条件的，应督促侦查机关及时立案侦查。

2. 司法责任

追责风险的不确定性已经对羁押必要性审查的启动产生明显的消极影响，而司法责任终身制的推行可谓是“雪上加霜”。2015年《最高人民法院关于对检察机关办案部门和办案人员违法行使职权行为纠正、记录、通报及责任追究的规定》，^[24]也未能结合羁押必要性审查工作的具体实际，规划出合理的追责情形和责任承担形式。在目前的形势下，唯有健全审查逮捕案件质量考评机制，明确追责类型和责任层级，方可消除审查办案人员的顾虑，防止办案人员面临被不当追责的风险。

要合理界定追责情形，应做到如下几点：（1）应当明确羁押必要性审查并不是否定和质疑前期的逮捕决定，因此，对适用逮捕措施的质量审查，应当以决定主体批准或者决定逮捕时可获得的证据材料为限。只要批准或者决定逮捕时符合适用逮捕措施的法定条件，即使后来因羁押必要性审查而对逮捕措施予以变更的，也不得认定当时适用逮捕措施是错误的。（2）办案单位和社会民众均应对释放或者变更强制措施后的脱逃率或者不到案率，有一定的心理准备。我们应当认识到，被释放或者被变更强制措施的犯罪嫌疑人、被告人脱逃或者不到案是有可能发生的，要求所有被释放或者被变更强制措施的犯罪嫌疑人、被告人都能到案是不现实的，也不符合司法活动的基本运行规律。因此，只要将脱逃或者不到案人数及其比重控制在一定限度内，就应当可以为立法机关、办案部门乃至社会民众所接受。（3）针对具体的追责情形，有必要细化羁押必要性审查工作的考评机制，尤其是针对不到案、脱逃等情形，追责时应区分不同情形，不宜一刀切地笼统追责。特别是要明确哪些情形下应当追责、追责的基本程序以及责任的层级轻重，着重规范办案人员的申诉救济途径，通过合理划分责任界限实现追责的法定性和严格性。同时，还要防止追责时有权机关可能受到社会民众意愿的不当影响和干扰。

在降低追责风险方面，除了强调适用非羁押性强制措施的特殊作用以外，还可以适当借助社会力量来构建多维全方面、立体综合式的监管体系。对于外来人口犯罪适用取保候

[24] 《最高人民法院关于对检察机关办案部门和办案人员违法行使职权行为纠正、记录、通报及责任追究的规定》，http://www.spp.gov.cn/flfg/201512/t20151219_109602.shtml，2016年4月2日访问。

审、监视居住等非羁押性强制措施有难度等问题,办案机关可以适当创新工作方式,充分利用社会主体的广泛参与来克服这些困难。比如,S市F区在开展羁押必要性审查试点的过程中,大量外地户籍犯罪嫌疑人在释放后全部及时到案。^[25]近些年来广受好评的“外来犯罪嫌疑人帮教基地”和“未成年犯罪嫌疑人帮教基地”,也是利用社会力量的典型例证。例如,在W市即有引入社会力量提高监管便利性的尝试。^[26]又如2013年浙江省慈溪市法院出台《涉嫌犯罪外来人员帮教基地若干意见》,明确了企业、社区、学校、福利机构等成为帮教基地的条件。^[27]从现有的试点效果看,这些帮教基地取得了显著成效,在健全羁押必要性审查工作后续监管制度的过程中,实现了法律效果和社会效果的统一。

关于利用电子设备实施电子监控以增强监管效果的做法,社会各界均主张予以引进并引发热议,^[28]部分地方公安机关已经采用该手段来服务于取保候审、监视居住的监管工作。例如,2014年四川省出台《四川省公安机关取保候审、监视居住执行工作管理规定》,其中第21条、第22条规定,执行派出所对被监视居住人,可以采取GPS定位、电子手环、视频监视等电子监控措施,实行动态监管;社区民警可以采取电子监控和不定期实地检查相结合的方式实施监管。^[29]通过传统监管方式与高科技监管方式的协调配合,尽可能根据不同被监管对象的特点来满足不同监管时期、不同监管部门的不同需要,以表明通过适用非羁押性强制措施也能保障诉讼活动正常进行,从而有利于减轻监管部门的工作压力和工作负担,提高相关司法机关工作人员采纳释放或者变更强制措施建议的自愿性。

四、需要进一步破解的理论难题

试点作为一种推进改革的方法,也在不断发现新问题。试点的可复制、可推广的价值能否充分展现,试点是否具有持久的生命力,在很大程度上取决于试点过程中发现的新问题能否在理论上得到充分回应并提出相应解决方案。W市羁押必要性审查试点在实践运行中提出了若干需要在理论上予以破解的难题,这些难题的解决既关系到试点方案的进一步完善,也为理论界深化相关研究提供了重要契机。

(一) 羁押必要性审查制度的功能

在试点中,对于当事人向检察院提出启动羁押必要性审查的申请次数应否限制,在多起案件中引发了办案人员的困惑。2012年刑事诉讼法、“刑事诉讼规则”对此并无明确限

[25] 樊华中:《羁押必要性审查法律适用之实证分析——以S直辖市F区检察院三年实践为样本》,《河南财经政法大学学报》2017年第2期,第82页。

[26] 例如,W市A县检察院利用本县开发区工厂较多的优势,在有关企业建立安置帮教基地,使外地犯罪嫌疑人、被告人既能在当地居住随叫随到不影响诉讼活动顺利进行,又可获得劳动收入。如该县某企业已接纳2名被变更强制措施的犯罪嫌疑人在本企业工作,均未发生脱逃或其他影响诉讼活动顺利进行的情况。

[27] 参见《涉罪外来人员帮教基地挂牌》, http://news.163.com/13/1129/06/9ER2JQC400014AED.html#from=related#xwzy_35_bottomnews, 2016年4月1日访问。

[28] 参见高一飞、刘博楠:《限制自由强制措施中的电子监控》,《南通大学学报(社会科学版)》2014年第1期,第41页以下。

[29] 参见《四川省公安机关取保候审、监视居住执行工作管理规定》, http://www.qf.gov.cn/zzq/xzjd/dsz_qf_gov_cn/zcfg_2690/201505/t20150518_13936.html, 2016年4月1日访问。

制，但检察院担心当事人无限制反复申请会严重阻碍诉讼进程。^[30] 另外一个实践操作中的困惑是，羁押必要性审查的内容与批准逮捕的审查内容高度重合，基本上均围绕逮捕的证据条件、罪行条件与社会危险性条件这三个要件展开，^[31] 羁押必要性审查相当于二次批捕程序，这种重复劳动令实务操作人员颇感困惑。

产生上述问题的主要症结在于，立法与司法实践对羁押必要性审查的功能定位不明确，即羁押必要性审查与批准逮捕审查之间的功能差异尚不明确。笔者认为，二者在功能上是一致的，审查的对象都是逮捕适用条件，其间的差异在于时序上的不同，即羁押必要性审查的功能是识别逮捕适用条件随着诉讼进程有无变化，以防“一押到底”“一关了之”。恰恰是由于二者功能上的一致，立法者在规定羁押必要性审查的负责机关时，将审查权授予了批准逮捕的主体——检察机关。需要强调的是，羁押必要性审查应着眼于据以决定批准逮捕的条件有无变化，其着眼点在于逮捕适用条件的变化，而非对逮捕适用条件进行重复审查。无论是依职权启动的审查，还是依申请启动的审查，都应当具备逮捕适用条件可能发生变化的线索与材料，以确保羁押必要性审查与批准逮捕审查保持适度区别，从而实现诉讼资源的合理配置。

基于上述功能定位，在制度设计上，应当赋予羁押必要性审查以伴随诉讼进程定期进行的特点。在一个相对固定的时间段内，当事人提出启动审查的申请次数应当加以限制，并且伴随着时间的推移，启动审查的概率应逐步降低。

（二）羁押必要性审查制度的性质

立法机关在确立羁押必要性审查制度时使用了“建议”一词来界定羁押必要性审查权的性质，立法机关工作机构的释义书也将这一制度的性质界定为行使法律监督权，^[32] 应当说这一性质界定与宪法对检察机关的法律监督机关的定位紧密相关。法律监督权的本质是建议而非命令，因此，经过羁押必要性审查，检察机关即使认为不需要继续羁押，也只能建议相关办案机关予以释放或变更强制措施。本次试点以及全国检察系统开展羁押必要性审查工作的数据均显示，不具强制执行力的释放或变更强制措施建议的采纳率是极高的，但羁押必要性审查案件的总量占比也不过 10% 以下。这一高一低两个数据说明，检察机关在行使此项法律监督权时采取了极为谨慎的态度，担心建议性质的法律监督行为若不被办案机关理睬，会面临法律监督权威受损的尴尬局面。

从更为长远的角度看，羁押必要性审查如要真正实现立法的预期目标，即有效解决长期羁押、普遍关押等问题，建议性质的法律监督权定位显然是实现立法目标的主要瓶颈之

[30] 《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》第 12 条对当事人申请启动审查的次数作了限制。该条规定，经检察院审查后未提供新的证明材料或者没有新的理由而再次申请的，由检察官决定不予立案，并书面告知申请人。即当事人如无新的证据，申请次数以一次为限。

[31] 《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》第 17 条规定了羁押必要性审查的工作内容，要求检察官在审查时若发现如下情形，应当向办案机关提出释放或者变更强制措施的建议：（一）案件证据发生重大变化，没有证据证明有犯罪事实或者犯罪行为系犯罪嫌疑人、被告人所为的；（二）案件事实或者情节发生变化，犯罪嫌疑人、被告人可能被判处拘役、管制、独立适用附加刑、免于刑事处罚或者判决无罪的；（三）继续羁押犯罪嫌疑人、被告人，羁押期限将超过依法可能判处的刑期的；（四）案件事实基本查清，证据已经收集固定，符合取保候审或监视居住条件的。以上四种情形中，第一、二、四种分别对应 2012 年刑事诉讼法第 79 条规定的逮捕适用条件中的证据条件、刑期条件与社会危险性条件。

[32] 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 198 页。

一。从应然的角度看,批准或者决定逮捕以及对羁押必要性的定期审查,本质上都是决定是否剥夺公民的人身自由;围绕这一问题,侦查机关或者控方主张(继续)羁押犯罪嫌疑人、被告人,而犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人主张不应受任意羁押或者继续羁押,此时由相对中立的第三方进行裁决,方能满足《公民权利和政治权利国际公约》第9条关于羁押性强制措施正当程序的基本要求。该条要求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;任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人,有资格向法庭提起诉讼,以便法庭能不拖延地决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放。上述国际公约的规定反复强调“审判官”“司法权力”“法庭”等的权能,盖因羁押性强制措施的适用系剥夺公民人身自由的关键诉讼环节,唯有司法权方能保障这一重大事项得到公正、公平的裁断。

在我国的法律框架内还原羁押必要性审查的司法权属性,首先需要破除法律监督权的思维定势。宪法将检察机关定位为法律监督机关,是对检察机关的整体定位,但具体到检察权的权能属性,显然不能将所有的检察权均归为法律监督权。比如,理论界聚讼多年的公诉权是否属于法律监督权的问题,如今已几无争议,即公诉权是一项不同于法律监督权的权力。^[33]批准逮捕权显然也属于司法权。当然,在批准逮捕的过程中可以进行侦查监督,但不能因为要附带进行侦查监督,就将整个批准逮捕权归结为法律监督权。批准逮捕权本身是决定权,与监督权的建议属性在本质上有明显差异。

对羁押必要性审查以及批准逮捕进行司法化改造,还面临一个法律规定障碍。2012年刑事诉讼法第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。重大案件应当提交检察委员会决定”。基于检察一体原则,法律将批准逮捕权赋予了检察长,而非具体承办案件的检察官。《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定(试行)》第21条对释放或变更强制措施建议的作出,也规定须经检察长或分管副检察长批准。这种行政审批式的内部流程与批准逮捕权、羁押必要性审查权应然的司法权属性直接抵牾。从司法权运行规律的角度看,消除上述矛盾,理顺羁押决定权与羁押复审权的权能配置关系,需要围绕检察权的依法独立行使进一步深化司法改革。

羁押必要性审查权要回归为司法权,还需要同步调整两项法律规定,方可实现法律制度间的平衡与协调安排。司法权应当是决定权而非建议权,因此羁押必要性审查的结果不应当是建议释放或者变更强制措施,而应当是有权直接决定释放或变更强制措施。这需要将2012年刑事诉讼法第93条规定的建议权改为刚性的决定权。这一变动也涉及逮捕决定权内涵的扩张。根据2012年刑事诉讼法第94条的规定,检察院批准逮捕后释放或变更强制措施的权力由案件所处诉讼阶段的办案机关自行决定。换言之,在批准逮捕后,检察院无权直接决定撤销逮捕或变更强制措施。羁押必要性审查权能性质的调整,实际上就是改变批准逮捕后逮捕措施撤销权与变更权的现有制度安排,从而在更完整的意义上体现逮捕批准权或决定权由检察院行使的宪法规定。

其次,应当认真对待逮捕批准程序行政化与羁押必要性审查程序诉讼化之间的反差,适度推进批捕程序的诉讼化改革进程。《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定(试行)》

[33] 参见陈卫东:《转型与变革:中国检察的理论与实践》,中国人民大学出版社2015年版,第14页以下。

第14条规定了类似诉讼化模式的公开审查机制；最高人民检察院刑事执行检察厅2016年《关于贯彻〈人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）〉的指导意见》第30条至第34条明确规定了公开审查程序，确立了检察官居中听取控辩双方意见的诉讼化审查模式。反观同为羁押决定程序的批准逮捕程序，2012年刑事诉讼法第86条、第87条仅仅规定了讯问犯罪嫌疑人程序以及必要时可以询问诉讼参与人、听取律师意见的程序，远未具备两造对质的诉讼化构造。^[34] 伴随着羁押必要性审查程序的司法化、诉讼化，处于前端的批准逮捕程序也应与之保持同步，推进程序上的诉讼化与司法化。2012年刑事诉讼法规定了听取辩方与诉讼参与人的意见，申请批捕的公安机关也应提交相应的意见与证据，但对批准逮捕的审查机制与程序未有明确规定，这为批准逮捕审查方式由行政化转向司法化、诉讼化预留了空间。

（三）羁押必要性审查与侦查保密原则

在试点中，由于侦查机关强调羁押必要性审查的审查范围不应突破侦查保密原则，在审查过程中对侦查阶段收集的证据情况应当保密，这使得辩方基本上只能就逮捕适用条件中的社会危险性条件申请启动羁押必要性审查。这在一定程度上造成羁押必要性审查的总体适用数量相对有限。笔者认为，这当中存在着对侦查保密原则的认识误区，有必要从理论上对这一原则进行溯本清源式的梳理。

侦查保密原则起源于大陆法系国家，确立该原则的法理依据有二：一方面确保侦查活动有效进行，便利追诉犯罪，防止公开侦查进程从而导致犯罪嫌疑人逃避追诉，实施反侦查活动、毁灭证据；另一方面是犯罪嫌疑人受无罪推定原则的保护，过早在侦查阶段公布其身份，会导致其名誉受损以及法官、社会公众对其作有罪推定。^[35] 也就是说，侦查保密原则包含两层含义：对内保密与对外保密；前者是指对犯罪嫌疑人保密，后者是指对社会成员保密（主要是新闻媒体）。^[36] 2012年刑事诉讼法中尽管并无侦查保密原则的明文规定，但相关规定体现了这一原则。比如规定律师行使阅卷权的起始时间为检察院对案件审查起诉之日；^[37] 自案件移送审查起诉之日起，律师才可以向犯罪嫌疑人核实证据。^[38] 上述规定均表明，对于侦查阶段的证据情况，侦查机关应当对辩方保密。

但是，大陆法系国家的侦查保密原则逐渐出现萎缩与弱化的态势。特别是随着辩护权保障的逐渐发展，侦查阶段的辩护权扩张已经成为世界各国的共同趋势。而在侦查过程中涉及审前羁押的问题上，侦查保密原则在欧洲大陆受到了严格限缩。根据2012年5月22日欧洲议会通过的关于刑事程序中知悉权的指令，至迟在决定羁押程序前，侦查机关应当据以申请羁押的证据与材料告知辩方。^[39] 该指令要求欧盟所有成员国应当在2014年6月2

[34] 批准逮捕审查程序的司法化、诉讼化完全符合诉讼规律与刑事司法的发展方向。最高人民检察院2016年发布的《“十三五”时期检察工作发展规划纲要》明确提出，围绕审查逮捕向司法审查转型，探索建立诉讼式审查机制。关于这一问题的论述，参见陈卫东：《逮捕程序司法化三题》，《人民检察》2016年第21期，第30页。

[35] See Mireille Delmas-Marty and J. R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002, p. 691.

[36] 参见孙长永：《侦查程序与人权》，中国方正出版社2000年版，第34页以下。

[37] 参见2012年刑事诉讼法第38条。

[38] 参见2012年刑事诉讼法第37条。

[39] See Directive 2012/13/EU of The European Parliament and of the Council of 22 May 2012, <http://db.eurocrim.org/db/en/doc/1745.pdf>, 2017年2月5日访问。

日前完成指令的国内法化,即履行指令的要求,修改国内法的相关规定。随着该指令的付诸实施,在羁押决定环节,侦查证据保密的规定被打破。这背后蕴藏的机理在于,羁押决定是对公民人身自由的剥夺,在经过司法程序对是否剥夺公民人身自由进行裁决时,侦查保密原则的价值追求应当让位于对人身自由的保障。从程序性质的角度看,羁押决定在西方国家都属于司法程序。根据诉讼化构造的机理,据以决定羁押的证据应当事先为辩方所知悉,并接受辩方的质询,这是程序公正的基本要求。

对于羁押必要性审查而言,在审查程序进行时,侦查程序已经进行了较长时间,如果证据已经收集固定,就应当向辩方开示据以决定羁押的证据,并由辩方对之进行审查,然后再判断是否存在犯罪嫌疑人、被告人毁灭、伪造证据或干扰取证等可能。在羁押必要性审查的过程中,应将有无羁押必要性的证据开示给辩方以便利其提出有效质疑,从而帮助检察官作出合理决定。

Abstract: In order to explore the mechanisms for the implementation of the detention review system provided by Article 93 of the Chinese Criminal Procedure Law, a two-year pilot research was conducted in W City of A Province. Tested in the pilot research were several supporting mechanisms for implementing the detention review system, including mechanisms for designated case management, public hearing, risk evaluation, follow-up supervision, etc. During the two-year period of pilot research, the total number of detainees undergone detention review had increased by 57.4%, consisting 9.2% of all detainees in the city; and public hearing had been held in 14% of piloted cases, leading to better legal effects and social feedback. The pilot research shows that several theoretical issues need to be addressed in order to improve the detention review system: the nature of the detention review should be that of a continuous and periodical judicial review of conditions of arrest; its procedure should be adversarial and the prosecutors should be able to make release decision, not only recommendations. In addition, the confidentiality of investigation should be adjusted so that information about the necessary evidence on arrest can be disclosed to the defense to facilitate its effective participation for the review of the necessity of the detention.

Key Words: arrest, detention, review of the necessity of detention
