

逮捕制度再改革的法释义学解读

李训虎*

内容提要：在我国，面对逮捕条件难以把握、审查逮捕诉讼化改造难获实质性突破、短期内难以通过修法对逮捕制度进行根本变革的复杂情势，逮捕制度再改革应超越过度依赖立法式刑事司法改革的思维定势，寻求借助法释义学开拓改革空间。通过宪法维度的法释义学分析，实现逮捕由强制措施到基本权干预的转换，这不仅能为逮捕条件的再解释提供理念支持，而且有助于证成审查逮捕诉讼化改造的正当性；运用法释义学思维，可以对逮捕三要件进行阶层化重构，建构以社会危险性为核心的证明对象体系，并重新厘定证明标准。

关键词：逮捕条件 审查逮捕诉讼化 刑事司法改革 法释义学

一、逮捕制度再改革的背景和路径

逮捕涉及对公民人身自由的限制，《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款规定，“等候审判的人受监禁不应作为一般规则”，体现了对公民人身自由的保护。我国于1998年签署了该公约，因此，降低逮捕率成为我国逮捕制度改革的基本方向。一般认为，我国存在的主要问题是捕人太多，羁押成为常态，实践中基本上是构罪即捕，造成这一局面的主要原因是法律规定不完善。^{〔1〕}针对此问题，2012年刑事诉讼法进一步明确了逮捕条件，删除了“有逮捕必要的”这一模糊表述，细化了社会危险性的判断标准，并对检察机关审查批捕时讯问犯罪嫌疑人、询问证人、听取辩护律师意见作了明确规定。^{〔2〕}2015年10月，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）》（以下简称“关于逮捕社会危险性条件的规定”），进一步细化了逮捕条件。

2012年刑事诉讼法已实施五年有余，关于改革后的逮捕制度的实施效果，检察机关相关部门负责人指出：“羁押比例依然过高，全国刑事案件逮捕人数总量仍然很大，每年近90万人，批捕率持续在80%左右的高位运行；忽视社会危险性条件，构罪即捕的问题仍然较

* 中国政法大学证据科学研究院副教授。

本文为中国政法大学“优秀中青年教师培养支持计划资助项目”成果。

〔1〕 参见黄太云：《刑事诉讼法修改释义》，《人民检察》2012年第8期，第33页。

〔2〕 同上。

为突出。如2015年全国捕后判处缓刑和没有判处徒刑以上刑罚案件的比例分别达到8.4%和7.2%，其中不少属于这种情况。”〔3〕尽管逮捕率依然高企，绝对数仍然呈现高位运行态势，但从纵向维度看，逮捕率呈下降趋势。全国普通刑事案件的批捕率从2005年的91%下降至2015年的80%以下；而截至2016年6月，不捕率为22.6%。〔4〕笔者在潜意识中将逮捕率下降主要归因于改革者不断细化逮捕条件的努力，但在实地调研中，大多数受访的一线司法实务人员却将逮捕率的下降归功于上级检察机关的有力把控与相关考核指标的变化。〔5〕他们认为，修改后的逮捕条件仍然缺乏可操作性、难以把握。〔6〕

在司法实践中，各地检察机关在法律规定的进一步深化审查逮捕程序改革，在公开审查和听证制度方面进行积极探索，可称之为“审查逮捕诉讼化改造”。尽管诉讼化改造的总体方向得到理论界相当程度的认同，但该项改革面临较大的内外部阻力，“主要是案多人少的矛盾和法律依据的不足，审查逮捕办案期限短、任务重，探索公开审查增加了工作量，使侦查人员和侦查监督人员工作更加繁忙，在没有法律依据支持的情况下，侦查人员对公开审查的支持十分有限”。〔7〕在此背景下，诉讼化改造难以获得实质性突破。

有学者认为，为了贯彻以审判为中心的诉讼理念，应将宪法第37条第2款修改为“任何公民，非依人民法院裁定，不受逮捕”；应当构建法院审查逮捕机制，即逮捕的批准、变更、解除以及再逮捕，都应由法院审查决定。〔8〕宪法于2018年3月刚刚进行过修改，短期内再修改的可能性不大。而以审判为中心的诉讼制度改革更多被形塑为“技术型审判中心主义”〔9〕，并未从宏观上动摇或者改变我国刑事诉讼的基本结构。可见，将批捕权从检察院转移至法院在目前情况下尚不具备现实可能性。

笔者认为，在逮捕条件难以把握、审查逮捕诉讼化改造难获实质性突破、短期内难以通过修法对逮捕制度进行根本变革的背景下，应当突破立法式刑事司法改革的思维定势，为逮捕制度再改革寻求更为现实和可行的路径，而法释义学方法不失为一种有效的工具。我们可以从宪法和刑事诉讼法双重维度重新阐释逮捕理念，并以此为基础重新解释逮捕的实体要件和程序要件，对逮捕条件进行阶层化重构；同时证成审查逮捕诉讼化改造的正当性，以破解逮捕制度再改革所面临的现实难题。

二、逮捕理念的再阐释

逮捕不仅是刑事诉讼法规定的强制措施，更是宪法规定的基本权利干预措施；审查逮

〔3〕 黄河：《侦查监督的现状、问题及发展方向》，中国刑事诉讼法学研究会2016年年会专题报告。

〔4〕 同上。

〔5〕 笔者选取华东、华中、华北六个基层检察院展开实证调研，进行深度访谈、数据分析，受访司法实务人员普遍认同这一判断。并且，这一判断得到相关学者实证研究的验证，如马静华指出：“从实践角度进行的分析表明，制度性因素与管理性因素都在共同发挥作用，而管理性因素更加突出。”参见马静华：《逮捕率变化的影响因素研究》，《现代法学》2015年第3期，第132页。

〔6〕 这一判断得到相关刑事诉讼法实施实证研究报告、调研报告的验证。参见孙长永、闫召华：《新刑诉法实施情况调研报告（2015）》，载孙长永主编：《刑事司法论丛》第3卷，中国检察出版社2015年版，第464页以下；卞建林主编：《修改后的刑事诉讼法实施情况调查与研究》，中国检察出版社2016年版，第14页以下。

〔7〕 前引〔3〕，黄河文。

〔8〕 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》，《政法论坛》2016年第6期，第45页。

〔9〕 参见龙宗智：《以审判为中心的改革及其限度》，《中外法学》2015年第4期，第847页以下。

捕程序的诉讼化改造亦非单纯的刑事诉讼制度改革问题，它同时涉及宪法规定的基本权利干预程序。因此，对于逮捕理念，应当从刑事诉讼法和宪法双重维度加以审视。

（一）逮捕制度再改革所面临的理念障碍

当前司法实务界在强制措施理念上存在较大问题。例如，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》第6条规定：“人民法院、人民检察院、公安机关应当将犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚作为其是否具有社会危险性的重要考虑因素，对于没有社会危险性的犯罪嫌疑人、被告人，应当取保候审、监视居住。”据此，当被追诉人认罪认罚且没有社会危险性时，应当采取取保候审、监视居住措施。反之，不认罪、不认罚，或者有社会危险性的，就应当采取比取保候审、监视居住更严厉的强制措施。由此，在刑事诉讼中，几乎所有被追诉人都会被采取强制措施，这无疑与2012年刑事诉讼法关于强制措施适用的立法旨意相悖。^{〔10〕}显然，上述规定存在对适用强制措施的曲解，体现出过于依赖强制措施的倾向。

司法实践中的一些个案也反映出实务界过度适用羁押性强制措施的现象。郎永淳危险驾驶案即为典型例证。^{〔11〕}在该案中，被追诉人被拘留将近一个月，且在被拘留前就处于羁押状态，这种做法明显违反2012年刑事诉讼法的规定。并且让人难以理解的是，为什么要对自首、积极赔偿、认罪认罚且没有社会危险性的被追诉人采取羁押性强制措施？

此外，附条件逮捕制度自2005年被检察机关推出后一直沿用到2017年上半年，^{〔12〕}该制度的实质是将原本不符合逮捕条件的犯罪嫌疑人予以先行批准逮捕。尽管最高人民检察院侦查监督厅出台《关于人民检察院审查逮捕工作中适用“附条件逮捕”的意见（试行）》来防范附条件逮捕所可能导致的“以捕代侦”，但附条件逮捕制度本身的合法性仍然存在问题，其未能恪守谦抑适用强制措施的理念。

上述现象表明，司法实务界对于强制措施理念的理解存在偏颇之处。唯有革新理念才能从源头上遏制司法实务界违法适用、普遍适用、过度适用强制措施的倾向。

（二）基本权干预：逮捕理念革新的宪法解释

逮捕是唯一在我国宪法中被明文规定的强制措施，要更新司法实践中的逮捕理念，宪法层面的审视必不可少。从目前来看，现有的一些观点更多从保障刑事诉讼顺利进行、防止被追诉人继续危害社会的角度看待逮捕，而缺乏宪法层面的审视。^{〔13〕}宪法第37条第1款规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。”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。”上述条款出现在

〔10〕 立法机关人士在解读强制措施立法时指出：“对于不具有社会危险性的犯罪嫌疑人、被告人，可以不采取强制措施的，应当尽量不采取强制措施。”郎胜主编：《〈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140页。

〔11〕 北京市朝阳区人民法院（2017）京0105刑初2227号判决书显示：被告人郎永淳“因涉嫌危险驾驶罪于2017年10月5日被羁押，次日被刑事拘留”。事故发生后，被告人自动投案，系自首，案发后积极赔偿对方经济损失并获得对方谅解，并自愿认罪认罚。但被告人自2017年10月5日投案后一直处于羁押状态，直至11月3日。在我国，羁押是拘留、逮捕的附带后果，而在该案中羁押似乎成为单独的强制措施。

〔12〕 2017年4月，最高人民检察院侦查监督厅下发《关于在审查逮捕工作中不再适用“附条件逮捕”的通知》，明确要求“从即日起不再执行《关于人民检察院审查逮捕工作中适用“附条件逮捕”的意见（试行）》，今后在审查逮捕工作中不再适用‘附条件逮捕’。”

〔13〕 例如陈光中主编：《刑事诉讼法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2016年版，第224页以下。

“公民的基本权利和义务”一章中，不难看出，宪法将逮捕视为对公民基本权利的干预和限制，这为我们从基本权利的角度审视逮捕问题提供了依据。

对于干预公民人身自由的措施，西方法治发达国家多从宪法层面进行考量。比如在德国，强制措施被视为“基本权利之侵犯”，^[14]并将对实体基本权的限制称为基本权干预。由此，刑事诉讼中的强制处分有了宪法上的意义。从强制措施到基本权干预，体现出刑事诉讼价值理念的转变。

被追诉人实施犯罪行为，侵犯了被害人的基本权利，而国家对被害人负有基本权利保护义务，因此，国家必须追诉犯罪以保护被害人进而保护整个社会。然而，在国家追诉犯罪的过程中，如果要对被追诉人施以一定的强制手段，如对被追诉人采取逮捕等强制措施，就构成对其人身自由等基本权利的干预，并且会冲击无罪推定原则。毕竟，逮捕与无罪推定之间存在紧张关系，滥用逮捕措施有违无罪推定的精神。^[15]再者，被追诉人未必是真正的犯罪人，国家的干预处分有发生错误的风险。因此，国家应当赋予被追诉人一系列诉讼权利来进行自我抗辩和自我保护，这样才能在一定程度上证成国家追诉行为的正当性。

我国于2004年、2012年先后将国家“尊重和保障人权”写入了宪法和刑事诉讼法。2004年的人权入宪“突出了人权在国家生活中的价值与功能，使人权从一般的政治原则转变为统一的法律概念和宪法原则，预示着国家价值观的深刻变化”；^[16]这不仅表明国家以人权的实现为国家权力运作的基本价值取向，也表明国家权力要受到合理的限制，以防止公权力对人权的侵犯。^[17]2012年刑事诉讼法明确规定“尊重和保障人权”，标志着宪法层面的理念与刑事诉讼的价值理念、具体制度产生了实质关联，为解释刑事诉讼法具体条文提供了判断依据。由此，司法实践中的逮捕理念应当与时俱进地予以革新。

（三）刑事诉讼法层面的逮捕理念重塑

在基本权干预理念下审视刑事诉讼法关于逮捕制度的规定，可知刑事诉讼法层面的逮捕理念有待重塑，与基本权干预相对应的被追诉人基本权抗辩制度体系有待重建。

首先，逮捕应当受到法律保留原则的严格规制。国家对基本权进行干预时，必须有法律上的明确依据。^[18]根据立法法的规定，“对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”只能制定法律。这一规定是对宪法第34条、第37条的重申，但在表述方式上突出了法律保留的意义。同时，根据立法法第8条、第9条的规定，剥夺公民政治权利和限制公民人身自由属于绝对的法律保留事项。^[19]因此，逮捕等强制措施只能由法律予以规定，特别是逮捕实质要件的设定只能由刑事诉讼法规定。然而，最高人民检察院曾突破刑事诉讼法对附条件逮捕作出规定，这种做法有违法律保留原则。

其次，逮捕实质条件的设定及具体适用应遵循比例原则。基于逮捕对基本权的严重干预，除必须满足法律保留原则的形式要求之外，还必须满足其实质要求，即“法律之内容

[14] 参见[德]克劳思·罗科信：《德国刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第273页。

[15] 参见林钰雄：《刑事诉讼法》上册，台湾元照出版有限公司2013年版，第363页。

[16] 韩大元：《宪法文本中“人权条款”的规范分析》，《法学家》2004年第4期，第8页。

[17] 参见焦洪昌：《“国家尊重和保障人权”的宪法分析》，《中国法学》2004年第3期，第46页。

[18] 参见赵彦清：《受基本人权影响下的证据禁止理论》，载赵海峰、金邦贵主编：《欧洲法通讯》第4辑，法律出版社2003年版，第149页。

[19] 参见张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第61页。

必须符合比例原则”。^[20] 一般认为，比例原则包括三个方面：妥当性原则，即限制基本权利之措施必须能够达到所预期之目的；必要性原则，即在适合达到目的多种手段中，应当选择对人民之侵害最小的手段，又称最小侵害原则；狭义比例原则，即对于基本权利之侵害程度与所欲达到之目的间，必须处于一种合理且适度的关系，此项原则主要着重于受限制之利益与受保护之利益间之利益衡量，期待达到利益和谐之目的。^[21] 2012年刑事诉讼法细化逮捕的社会危险性条件、设立羁押必要性审查制度，都体现了比例原则的要求。但是，比例原则的上述三个方面在司法实践中的应用均存在不足，如逮捕异化为惩罚性措施，背离保障刑事诉讼顺利进行的目的是，构成对妥当性原则的违反；逮捕适用的最后性理念未能建立，逮捕甚至成为优先选项，构成对必要性原则的违反；强制措施过度适用，特别是构罪即捕，违反了狭义比例原则。为在逮捕的适用中贯彻比例原则，需要进行以下改革：无论是逮捕实质条件中社会危险性的确定、证明标准的厘定，还是司法实践中的具体应用，都应奉行妥当性原则，应当将逮捕还原为保障刑事诉讼顺利进行的临时性措施，祛除其惩罚性因素；应当遵循必要性原则，将逮捕定位为强制措施适用的最后选项；应当依据狭义比例原则，实现基本权干预程度与所达目的之间的合比例性。^[22]

最后，逮捕程序要件的构建应遵循基本权干预与基本权抗辩平衡原则。2012年刑事诉讼法赋予了被追诉人对于逮捕的程序抗辩权，当下的刑事司法改革力图通过审查逮捕诉讼化赋予被追诉人更多的程序性权利。但总体而言，目前所施加的基本权干预与被追诉人的基本权抗辩明显不成比例。审查逮捕程序更多呈现为国家对被追诉人的单向决定机制。基于此，构建控辩平衡的审查逮捕诉讼化机制有其必要性。

逮捕制度再改革所面临的障碍以及刑事诉讼法的应用宪法性质，促使我们反思传统的逮捕理念，尝试通过合宪性解释从基本权干预的角度重新定位逮捕的性质，并在刑事诉讼法层面重塑逮捕理念。运用宪法和刑事诉讼法一体化思维，我们可以从基本权干预强度的角度设定逮捕实质条件，从基本权保护义务的角度赋予被追诉人程序抗辩权，并从基本权干预与基本权抗辩相平衡的角度来推进审查逮捕诉讼化改造。

三、基本权干预视角下的逮捕条件再解释

1996年刑事诉讼法为适用逮捕设置了三个条件：证据条件，即有证据证明有犯罪事实；罪责条件，即可能判处徒刑以上刑罚；社会危险性条件，即采取取保候审、监视居住等不足以防止发生社会危险性。只有同时满足上述三个条件，才可以实施逮捕。2012年刑事诉讼法进一步细化了上述条件。尽管如此，逮捕率依然居高不下。司法实务人员仍然认为逮捕条件难以把握。鉴于此，笔者基于基本权干预理念，重新解读逮捕的相关法律规定，以便进一步厘清逮捕条件。

[20] 参见李建良：《基本权利理论体系之构成及其思考层次》，台湾《人文及社会科学集刊》第9卷（1997）第1期，第68页。

[21] 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（增订新版·上卷），法律出版社2010年版，第415页以下；上引李建良文，第69页。

[22] 参见秦策：《刑事程序比例构造方法论探析》，《法学研究》2016年第5期，第157页。

（一）逮捕适用条件的阶层化重构

2012年刑事诉讼法第79条、《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第139条均对逮捕的证据条件作了规定，而未对拘传、取保候审、监视居住以及拘留等的证据条件作出规定。这样的区别对待突出了逮捕的特殊性及审查逮捕程序的严格性。但问题在于，其他强制措施适用同样需要“有证据证明有犯罪事实”，逮捕的证据条件相较其他强制措施似乎并无特殊性。这促使我们反思：审查逮捕程序的审查重点应当是什么？以往过度重视逮捕的证据条件是否有意义？

一般认为，逮捕的三个条件是并列关系，三个条件必须同时具备才能实施逮捕，但结合2012年刑事诉讼法的相关条文来看，实际情况并非如此。就罪责条件而言，根据2012年刑事诉讼法第79条第3款的规定，对违反取保候审、监视居住规定情节严重的犯罪嫌疑人、被告人可以予以逮捕。而根据2012年刑事诉讼法第65条第1款、第72条第2款的规定，取保候审、监视居住的对象包括可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的人。由此可见，罪责条件并非逮捕的必要条件，其价值主要在于将可能判处徒刑以下刑罚的人一般性地排除在逮捕的适用范围之外。或者说，这一条件是为认定社会危险性设定最低条件，从而对社会危险性的认定起到过滤作用。^[23]

通说对逮捕条件的理解存在以下误区：（1）过度强调逮捕的证据条件，忽视强制措施的基础性证据条件。由于逮捕与其他强制措施的证据条件实质上具有同一性，当司法实务人员适用逮捕过于强调证据条件，且缺乏其他条件的有效规制时，逮捕率居高不下的情况就难以避免。（2）对罪责条件定位失当。罪责条件并非逮捕的必要条件，由于对其缺乏清晰定位，导致罪责条件更多成为证成逮捕适用正当性的工具，无法发挥通过该条件有效排除逮捕适用的作用。（3）过度轻视社会危险性条件。尽管最高人民检察院、公安部力图实现对社会危险性条件的精细化操作，但因社会危险性条件长期处于边缘地位，无法在短期内获得基层司法实务人员的真正重视，加之对社会危险性证明标准的认知存在严重分歧，使得细化社会危险性条件的努力难见成效。

因此，有必要重新解释逮捕三要件之间的关系，将“有证据证明有犯罪事实”作为适用强制措施的基础性条件，将罪责条件视为原则上排除可能判处徒刑以下刑罚的人适用逮捕的否定性条件，将社会危险性条件视为适用逮捕的核心要件，从而改变逮捕三要件平行并列的关系，建构三者之间层层递进的证明体系。^[24]

贯彻逮捕系基本权干预并且是适用强制措施时的最后选项的理念，在满足“有证据证明有犯罪事实”这一证据条件时，侦查机关应首先选择适用非羁押性强制措施。即证据条件是适用强制措施的第一要件，检察机关在审查批准逮捕时，首先要判断是否可以对被追诉人适用强制措施，这是基础性证明阶段。这一阶段的核心任务是要求侦查机关证明犯罪行为系被追诉人所为，即建立犯罪事实与特定人员之间的高强度关联。唯有如此，才能在逮捕审查机制的入口防控冤错案件的发生。从这一角度看，《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》将逮捕的证据条件予以分解并要求查证属实，确有必要。只有当基础性证明阶段完成

[23] 参见孙茂利、黄河：《逮捕社会危险性有关问题研究》，《人民检察》2016年第6期，第30页。

[24] 同上。

后,才能进入罪责条件和社会危险性条件的审查。由于罪责条件并非适用逮捕的必要条件,相对于对罪责条件的审查,对社会危险性的审查更具有关键性的作用。

经过对逮捕三要件的阶层化重构,对逮捕必要性的审查体现为由客观到主观、由对过去已发生的事实到对未来可能发生的事项的逐层递进判断。这有利于防止滥用强制措施,有利于遏制逮捕适用的恣意性,有利于改变当下忽视社会危险性条件的现状,突出社会危险性条件的重要性,并将其定位为审查逮捕的核心问题。^[25]

(二) 社会危险性条件证明标准的厘定

对于逮捕的社会危险性条件,立法上经历了一个从无到有、从笼统到具体、从被忽视到逐步被重视的过程。^[26]1979年刑事诉讼法将社会危险性条件表述为“尚不足以防止发生社会危险性”;1996年刑事诉讼法沿用了这一表述;2012年刑事诉讼法增加了限制,表述为“尚不足以防止发生下列社会危险性……”,明确了社会危险性的范围。然而,社会危险性是一个宽泛而难以把握的概念,即便是列举了社会危险性具体情形的2012年刑事诉讼法,也不得不使用“可能”“企图”等表述,这使得公安、检察机关在司法实践中很难准确把握社会危险性条件。“关于逮捕社会危险性条件的规定”细化了关于社会危险性条件的立法规定,增强了认定标准的客观性。但是,再细化的规定也不可能穷尽社会危险性的所有情形。因此,司法实务界、理论界试图将量化评估方法引入对社会危险性的判断。^[27]

对社会危险性情形进行具体化列举并辅之以科学的评估方法,有助于提升社会危险性认定的客观性。但这样一种评估客观化的努力,仍然需要通过逮捕证明机制中的自由心证来实现对社会危险性的认定,即由审查批捕人员以“社会危险性相关证据为依据,并结合案件具体情况综合认定”,^[28]而自由心证的完成需要通过证明标准进行判定。由此,社会危险性证明标准的设定就是一个无法回避的问题。笔者主张采取高度盖然性的证明标准。理由如下:

首先,严格限制适用逮捕的理念要求采取较高的证明标准。逮捕作为限制被追诉人人身自由最严厉的强制措施,应当受到严格规制,并应当给予被追诉人与逮捕的严厉程度相匹配的程序性保障。在以往的司法实践中,常以逮捕为手段控制犯罪嫌疑人,获取其口供并通过笔录固定证据,最终导致庭审成为案卷笔录的确认程序。这样一种口供中心主义的制度设计无法避免逮捕的滥用,还使得逮捕异化为侦查的手段甚至刑罚的预支。逮捕被滥用的原因之一即在于缺乏严格的程序规制,其中包括忽视对社会危险性的证明。

关于逮捕的证明标准,有观点主张优势证据标准,^[29]另有观点主张合理根据的证明标准。^[30]这两种证明标准均源于英美法。优势证据标准的适用前提是对抗制的诉讼文化,

[25] 逮捕适用条件阶层化重构的构想受到了刑法学中三阶层犯罪论体系的启发。关于三阶层犯罪论体系,参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第96页以下。

[26] 参见前引[23],孙茂利等文,第28页。

[27] 参见卢志坚:《泰州高港:细化社会危险性证明标准防止“构罪即捕”》,《检察日报》2015年8月4日第1版;张吉喜:《统计学方法在评估“逮捕必要性”中的运用》,《广东社会科学》2014年第6期,第221页以下。

[28] 参见“关于逮捕社会危险性条件的规定”第4条。

[29] 参见万毅:《逮捕程序若干证据法难题及其破解》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2015年第2期,第89页。

[30] 参见闵春雷:《论审查逮捕程序的诉讼化》,《法制与社会发展》2016年第3期,第67页。

“包括了一项关于诉讼参与人的潜在假定：作为一个群体的原告和作为一个群体的被告，一般应得到平等对待”。^[31]然而，即便在我国对审查逮捕程序进行诉讼化改造，也不可能达到控辩双方平等对抗的程度，因此，适用这一标准的前提并不存在。而且，优势证据标准通常被看作较低的证明标准，从而无法发挥严格限制逮捕适用的作用。就合理根据这一证明标准而言，将其作为社会危险性的证明标准，会使社会危险性的证明变得更为容易，不仅无法遏制逮捕的适用，恐怕还会提升逮捕率。

其次，社会危险性证明事项的特殊性使其证明标准不能与定罪标准同质化。尽管笔者主张对逮捕适用较高的证明标准，但并不认同主张适用“事实清楚，证据确实、充分”的证明标准的观点。^[32]社会危险性的证明与对犯罪的证明存在显著差异，其是对未来不确定事项的证明，而对犯罪的证明是对过去已发生的事实的证明。并且，社会危险性在整个刑事诉讼过程中并非静止不变，而是有一个动态变化的过程，具有某种不确定性。因此，要求侦查机关在证明未来不确定的事项时达到“事实清楚，证据确实、充分”的程度，未免强人所难。

再次，社会危险性证明标准的设定应当与逮捕证明机制相匹配。长期以来，审查逮捕以具有行政审批色彩的书面审查方式进行，被追诉人难以参与这一活动，审查批捕部门基本依靠侦查机关一方提交的材料作出是否批捕的决定。在缺乏控辩对抗的情况下，逮捕的证明标准与定罪的证明标准同质化，在一定程度上有利于保护被追诉人的权益。但在审查逮捕诉讼化改造逐步推行并将全面深入展开，被追诉方的参与程度、举证能力将有明显改观的情况下，若要求侦查机关在证明社会危险性时须达到排除合理怀疑的程度，将大大增加逮捕的适用难度，恐怕难以满足打击犯罪的基本需要。

最后，对社会危险性的证明设置较高的证明标准也是比例原则的要求。逮捕的适用以可能发生社会危险性为前提，如果采用取保候审即能防止被追诉人串供、毁灭证据或逃跑等妨碍诉讼、重新危害社会的行为，就不能对其适用逮捕。根据比例原则的要求，不仅强制措施的选择适用需要遵循与社会危险性严重程度相称的比例原则要求，在强制措施适用的程序构建上，同样需要遵循与限制被追诉人权利程度相适应的程序保障原则，即当选择对被追诉人适用逮捕这一最为严厉的强制措施时，应当给予其更为严格的程序保障。

有实务界人士认为，对逮捕适用较高的证明标准不利于防控被追诉人的社会危险性，故主张采取优势证据标准。^[33]对此，2012年刑事诉讼法第79条第2款规定，对于可能判处10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，应当予以逮捕。也就是说，在上述三种情形下，立法者通过立法推定的方式免除了对社会危险性的审查判断，从而大幅限缩了需要进行社会危险性审查判断的案件范围。由此，径行逮捕与常规逮捕实行的是分立的证明模式，前者只需要完成基础性证明，后者则需要进一步完成社会危险性的证明。在此种情况下，如果再对第79条第2款规定的情形以外的其他案件适用较低的社会危险性证明标准，就可能会提升整体的逮捕适用率，这恐怕与逮捕制度再改革所欲达成的目标不符。

[31] [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法》，张保生等译，高等教育出版社2006年版，第807页。

[32] 参见赵运恒：《逮捕证明标准的异化及其重构》，《人民检察》2012年第3期，第64页以下。

[33] 参见刘慧玲：《逮捕社会危险性的证明》，《人民检察》2013年第3期，第63页以下。

综上所述,对于逮捕的证明标准,笔者不赞同“侦查、起诉阶段要向审判阶段看齐,适用统一的法定证明标准”〔34〕的同质化主张,亦不赞同与严格限制适用逮捕相悖的优势证据标准和合理根据标准,而是主张介于优势证据标准与排除合理怀疑标准之间的高度盖然性标准。笔者认为适用这一标准能够贯彻严格限制适用逮捕的理念,并且契合逮捕证明事项的特殊性,符合逮捕证明机制的诉讼化改革方向,也是落实比例原则的体现。

四、基本权干预与抗辩平衡下的审查逮捕诉讼化

对于推进审查逮捕诉讼化,理论界和司法实务界并无多大争议,但对于如何推进、由谁主导,则存在极大争议。学界的主流观点主张对逮捕应进行由法院主导的司法审查,〔35〕检察机关则主张在现有体制下推进诉讼化改造。〔36〕尽管争议的解决需要考量实定法及现实可行性,但其中最关键的问题是能否实现基本权干预与基本权抗辩之间的平衡。即无论审查逮捕权由谁主导,只要能够实现基本权干预与基本权抗辩之间的平衡,就不失为可行的解决之道。

(一) 法院主导的司法审查不具备现实可行性

在推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的背景下,由法院对逮捕进行司法审查,其正当性似乎更容易证成。然而,理论上的证成无法改变司法改革的现实逻辑。司法实务界人士对“以审判为中心”采取限缩式的解读思路,将其限制在“以庭审为中心”、实现庭审实质化的改革思路,强调“分工负责、互相配合、互相制约”的基本原则,尽力回避“以审判为中心”可能造成的对公检法三机关关系的冲击。〔37〕由此可见,当下司法改革的顶层设计并不支持对审查逮捕体制进行根本性变革。

学术界主张将审查批捕权交由法院行使,其背后的逻辑在于假定法院比检察院更中立、更公正,〔38〕但这恐怕只是一厢情愿。当下的司法实践表明,法院在强制措施的适用上并不比检察院更宽松,甚至有过之而无不及。调研发现,当案件起诉到法院之后,对于没有被羁押的被告人,司法实践中的普遍做法是,只要法院认为被告人会被判处有期徒刑以上的刑罚,就往往将非羁押性强制措施变更为逮捕。〔39〕而俄罗斯羁押体制改革后审前羁押依然被滥用的事实〔40〕表明,将审查批捕权交由法官行使未必会取得预期效果。

另外,审查批捕权划归法院关涉宪法部分条文的修改。〔41〕当问题涉及修改宪法、刑事

〔34〕 蔡长春:《统一思想,把握方向,凝聚共识,积极稳妥推进以审判为中心的诉讼制度改革》,《法制日报》2016年7月30日第1版。

〔35〕 参见陈卫东主编:《羁押制度与人权保障》,中国检察出版社2005年版,第211页以下。

〔36〕 最高人民法院2016年9月发布的《“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”。

〔37〕 孟建柱指出,推进庭审实质化,是以审判为中心的诉讼制度改革的关键环节。参见前引〔34〕,蔡长春文。

〔38〕 参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》下册,中国人民大学出版社2016年版,第731页以下。

〔39〕 在笔者的调研中,受访检察官普遍认为法院的这一做法导致检察机关降低羁押率的努力前功尽弃;受访法官虽然承认存在这一现象,但辩称是因为这些被告人很可能会被判处实刑。

〔40〕 See William Pomeranz, *Twenty Years of Russian Legal Reform*, 20 *Demokratizatsiya* 141, 146 (2012).

〔41〕 有观点认为,将审查批捕权划归法院,完全可以从宪法第37条第2款的规定推导出来,但这一观点并未成为通说。参见张翔:《逮捕权配置与宪法相关条款的释义》,《法制日报》2013年5月22日第12版。

诉讼法、检察院组织法等立法上的复杂操作且暂时不具备现实可能性时,应当探讨能否以及如何现行法的框架内实现改革目的。

(二) 检察院主导诉讼化改造的现实可行性

尽管检察机关努力推进审查逮捕诉讼化改造,《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》以及“关于逮捕社会危险性条件的规定”等规范性文件也已经初步构建了审查逮捕的诉讼化程序,但学界的多数意见认为,这类诉讼化改造未能改变由检察机关行使审查逮捕权的基本格局,审查主体的中立性、公正性存疑。^[42]针对这些质疑,如果能够通过对刑事诉讼法的解释,在既有的审查逮捕诉讼化改造的基础上继续推进,构建审查机构独立中立、对席公开审查、辩方充分参与、诉讼结果可救济^[43]的审查逮捕机制,或可回应上述质疑,并且能够解决审查逮捕诉讼化改造“没有法律依据”这一困扰司法实务部门的难题。

首先,审查批捕部门和审查批捕检察官的独立性问题。批评者认为,审查批捕机关与侦查机关具有追诉犯罪的共同目标,天然的追诉倾向使其必然偏向侦查机关,而不可能独立地进行审查。司法实践中公安、检察机关之间“配合有余、制约不足”的问题确实不容忽视,但十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督”,检察机关强化侦查监督改革成效显著,^[44]以及司法实务机关为防范冤错案件而强化制约的共识,为审查逮捕诉讼化改造奠定了现实基础。并且,随着检察院自侦部门的相关职能整合至监察委员会,检察院审查批捕部门将不再承受来自本院自侦部门的压力,这无疑有助于提升其独立性和中立性。

当审查批捕部门的外部压力骤减,现行法律确立的带有行政色彩的审查批捕决策机制就成为影响审查批捕工作独立性的重要因素。具体而言,2012年刑事诉讼法第87条规定,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讨论决定。据此,检察院内部实行层层报批的行政化审查批捕决策机制。^[45]未来的审查逮捕诉讼化改造能否打破这种行政化审批模式,进而实现“谁办案谁负责、谁决定谁负责”的目标,就成为评判审查逮捕诉讼化改造是否成功的关键指标。

从法理来看,刑事诉讼活动的特性与规律以及克服检察一体、上命下从弊端的需要,决定了检察官独立行使审查逮捕等检察事务权的正当性;^[46]从司法实践来看,检察官在授权范围内独立办理审查逮捕案件,行使普通刑事案件的批准逮捕权和无社会危险性案件的不批准逮捕权已经取得初步成效。^[47]尽管检察官独立行使审查逮捕权,从正当性与可行性来讲都不成问题,但依然需要通过重新解读上述法律条文以证成检察官独立行使审查逮捕权的合法性。虽然作为个体的检察官在2012年刑事诉讼法第87条中隐而不显,行使审查逮

[42] 参见刘计划:《逮捕审查制度的中国模式及其改革》,《法学研究》2012年第2期,第133页以下。

[43] 参见[美]迈克尔·D.贝勒斯:《程序正义》,邓海平译,高等教育出版社2005年版,第22页以下。

[44] 参见熊秋红:《完善侦查监督工作机制,加强人权司法保障》,《检察日报》2016年11月2日第3版。

[45] 例如北京市人民检察院2014年发布的《北京市人民检察院审查逮捕办案细则(试行)》第6条规定:办理审查逮捕案件,应当指定办案人员进行审查。办案人员应当审阅案卷材料,制作《审查逮捕意见书》,提出批准或者决定逮捕、不批准或者不予逮捕的意见,经部门负责人审核后,报请检察长批准或者决定;重大疑难案件应当经检察委员会讨论决定。

[46] 参见陈卫东、李训虎:《检察一体与检察官独立》,《法学研究》2006年第1期,第5页以下。

[47] 参见郝洪:《上海市检察院出台工作细则落实司法责任制》,《人民日报》2016年1月18日第11版。

捕权的是作为整体的检察院及作为首长的检察长以及检委会，但这一立法模式并不否定检察官独立行使职权的正当性，近年来主诉检察官、主办检察官办案责任制试点工作特别是司法责任制改革极大地增强了检察官的独立性。并且，未来的检察制度改革会继续“全面落实人民检察院司法责任制，坚持‘谁办案谁负责、谁决定谁负责’，完善检察权运行机制。突出检察官司法办案主体地位”。^[48]在此改革背景下，在审查逮捕这一具有明显司法属性的事项上赋予检察官独立、完整的裁判权，无论在法理、法律还是司法实践层面均不存在障碍。

其次，公开听证程序的构建问题。考察一个程序是否具备诉讼化特征，是否进行公开听证是一个重要的考量因素。尽管2012年刑事诉讼法没有规定审查逮捕的公开听证程序，但其专门增加了审查批准逮捕时讯问犯罪嫌疑人、询问证人、听取辩护律师意见的规定，为听证程序的推行提供了可能。很多地方检察院如北京、天津、河南、陕西等地检察院已经推行审查逮捕公开听证程序试点工作，取得了积极效果。^[49]2012年刑事诉讼法的新增规定以及司法实践已有的成功探索，为公开听证程序的构建奠定了基础。未来的审查逮捕诉讼化改革需要在此基础上更进一步，将审查逮捕程序中“可以”讯问犯罪嫌疑人、询问证人、听取辩护律师意见的规定扩大解释为“应当”讯问犯罪嫌疑人、询问证人、听取辩护律师意见，并将前期试点工作中审查批捕人员主持，侦查人员和犯罪嫌疑人、辩护律师就是否应当逮捕进行公开辩论的做法常态化。唯有如此，审查逮捕程序才能完成从单方讯问程序向公开听证程序的转变。

再次，辩护律师参与审查逮捕程序的问题。审查逮捕的公开听证程序能否真正发挥作用，能否避免听证的形式化，取决于辩护律师能否实质参与其中。毕竟绝大多数犯罪嫌疑人在审查逮捕过程中处于被羁押状态，无法收集证据，加之欠缺相关法律知识，根本无力与侦查机关就逮捕问题展开实质抗辩，唯有借助辩护律师的帮助才能保障其合法权益。尽管2012年刑事诉讼法将律师参与刑事诉讼的时间提前，使得律师在侦查阶段即可以辩护人的身份参与诉讼，但在司法实践中，侦查阶段的律师辩护率明显偏低。虽然2012年刑事诉讼法扩大了法律援助在刑事诉讼中的适用范围，但仍然不足以有效解决审查逮捕程序中犯罪嫌疑人权利保障不足的问题。如果没有辩护律师的参与，审查逮捕诉讼化改革很难达到预期效果。不过，随着《关于开展法律援助值班律师工作的意见》的实施，^[50]以及最高人民检察院积极推动“法律援助值班律师为犯罪嫌疑人提供免费法律帮助，释明逮捕条件和社会危险性含义，参与逮捕公开审查，提高审查逮捕案件的辩护率和辩护质量”，^[51]可以预见，值班律师参与逮捕公开审查制度将会促进审查逮捕诉讼化改造中基本权抗辩机制的形成。

最后，被追诉人能否获得有效救济的问题。根据1996年刑事诉讼法的规定，对于检察机关作出的不批捕决定，侦查机关可以申请复议和复核，而对于批捕决定，犯罪嫌疑人则

[48] 参见最高人民检察院2016年9月发布的《“十三五”时期检察工作发展规划纲要》。

[49] 参见敬大力：《北京市人民检察院工作报告》，《北京日报》2017年2月8日第4版；徐盈雁等：《批准逮捕前先公开听证》，《检察日报》2016年10月13日第2版；李想：《豫陕检察尝试侦查监督新模式》，《法制日报》2016年5月13日第3版。

[50] 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于开展法律援助值班律师工作的意见》规定：法律援助机构在法院、看守所派驻值班律师，为没有辩护人的犯罪嫌疑人、刑事被告人提供法律帮助。

[51] 参见前引〔3〕，黄河文。

没有同等的申请复议、复核权。显然，批捕决定的不可救济性有损于完整意义上的审查逮捕诉讼化机制的构建。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，^[52]并增设了有关机关对申请的处理程序，这在一定程度上弥补了被追诉人对批捕决定没有申请复议、复核权的缺陷。另外，2012年刑事诉讼法增设羁押必要性审查制度，明确了检察机关进行羁押必要性审查的义务。2016年最高人民检察院《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》赋予犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属、辩护人申请进行羁押必要性审查的权利，此项规定有助于被追诉人对其认为不适当的逮捕决定进行救济。

尽管按照上述解读而实现的审查逮捕诉讼化机制与学术界所主张的审查逮捕司法化的愿景存在差距，但通过对法律、规范性文件规定的解释，基本可以解决司法实务界最为担心的审查逮捕诉讼化改造的“法律依据不足”问题，亦能够在现行法律框架内构建审查逮捕诉讼化改造的基本形态，进而实现基本权干预与基本权抗辩之间的基本平衡。

结语：刑事诉讼法解释共同体的构建

行文至此，逮捕制度再改革的路径已基本清晰。在刑事诉讼的宏观结构尚未发生根本转变之前，将批捕权交由法院行使并不具备现实可行性。相反，超越过度依赖立法式刑事司法改革的思维定势，运用法释义学的方法，通过解释宪法、刑事诉讼法为逮捕制度再改革寻找依据，在现行法律框架内证成并构建检察机关主导的诉讼化审查逮捕模式，不失为当下最具可行性的改革方案。

长期以来，刑事诉讼法释义学的研究相对滞后。在比较法、实证研究等研究方法占据主流、传统注释法学被轻视的背景下，容易被人误解为注释法学的刑事诉讼法释义学未能获得实质性发展。近年来，刑事诉讼法学研究中法释义学方法开始兴起。^[53]其中既有法释义学的体系化尝试，也有法释义学方法的具体运用，法释义学研究成为刑事诉讼法学研究中一个新的学术增长点。^[54]理论界和实务界应当以此为契机，倡导、应用、发展刑事诉讼法释义学，通过法律职业群体内的对话、沟通、辩论形成观点纷呈的思想市场，逐渐在基本问题上达成共识，形成各方普遍接受的理念，进而形成刑事诉讼法解释共同体。这一共同体的形成不仅有助于消除对刑事诉讼法可能存在的误解和曲解，也有助于推进刑事司法改革的顺利进行。

尽管笔者主张通过发展刑事诉讼法释义学来促进刑事诉讼法的实施，弥补立法式刑事司法改革的缺陷，但笔者并不主张刑事诉讼法释义学单兵突进，也不意味着对其存在的局

[52] 参见前引〔10〕，郎胜主编书，第201页。

[53] 代表性论著例如易延友：《刑事诉讼法学》，法律出版社2013年版；万毅：《微观刑事诉讼法学：法解释学视野下的〈刑事诉讼法修正案〉》，中国检察出版社2012年版。

[54] 据不完全统计，2013年至今我国公开发表的刑事诉讼法释义学文章已有30多篇。相较于2012年刑事诉讼法修改之前的法释义学研究，无论是方法运用的自觉性，还是涉及的范围、探讨的深度，现有研究都有显著提升。但是，刑事诉讼法释义学研究仍然存在诸多问题，如远未形成融贯的理论体系；对法释义学研究方法的探讨严重不足；多为单一的法条研判，实践导向不足；带有明显的法条注释痕迹等。

限性视而不见,^[55]更非否定刑事诉讼法学研究方法的多元发展,而是希望通过加强刑事诉讼法释义学研究,改变与其他学科相比法释义学研究相对滞后的局面,丰富和深化刑事诉讼法学研究。

反思法释义学的自身缺陷,主张法释义学与社科法学或其他学科相互促进,是非常必要的,但当下最为紧要的任务是构建刑事诉讼法释义学。^[56]毕竟,跨学科研究须建立在法释义学有相当发展的基础之上;^[57]缺乏真正意义上的法释义学传统和积淀,缺乏以此为基础的法律解释共同体,诸多具体的刑事司法改革问题恐怕都难以顺利解决。本文可以视为笔者推进刑事诉讼法释义学方法运用的一次尝试。期待以此为起点,展开更加深入的刑事诉讼法释义学研究,促进刑事诉讼法解释共同体的构建。

Abstract: Faced with such complex situations as the difficulties in grasping conditions of arrest, constraints encountered in litigation reform, and the infeasibility of carrying out fundamental reform of the arrest system through the revision of law in the near future, the re-reform of the arrest system in China should go beyond the traditional thinking mode that depends heavily on legislative reformation and turn to legal dogmatics to expand the reform space. Re-defining arrest as an intervention in civil rights through dogmatic analysis from the constitutional perspective can provide not only theoretical support to the re-interpretation of arrest litigation reform, but also justification for the review of conditions of arrest. In addition, through the application of legal dogmatics, the common theory of “three essential elements of arrest” can be restructured to form a system of objects of proof with social risk as its core, and the standards of proof can be redefined. What’s more, according to legal dogmatics, there is no systematic obstacle to the review of the arrest litigation reform. In a word, legal dogmatics can not only remedy the deficiencies in the legislative-style criminal justice reform, but also promote the diversification and transformation of the research method of criminal procedure law, thereby contributing to the construction of a Criminal Procedure Law interpretation community.

Key Words: conditions of arrest, litigation reform of the arrest system, criminal justice reform, legal dogmatics

[55] 即便是在法释义学占据主流的德国法学界,学术界的反思也是由来已久。参见卜元石:《法教义学与法学方法论话题在德国21世纪的兴起与最新研究动向》,《南京大学法律评论》2016年春季卷,第4页以下。

[56] 有学者认为,德国对于法释义学的反思是建立在法释义学异常发达、不可撼动的基础上的,而我们还没有真正意义上的法释义学。参见上引卜元石文,第21页。

[57] 即便是被认为不重视法释义学的美国,在20世纪80年代之前,关注法律教义还是美国法学的主流。此后,“法学从一种主要关注法律教义的工作,转变为一个高度理论化以及跨学科之论著方兴未艾的领域。” See James R. Hackney, *Legal Intellectuals in Conversation: Reflections on the Construction of Contemporary American Legal Theory*, New York University Press, 2012, p. 2. 转引自郑戈:《郑戈的2016年书单》,《南方周末》2017年1月19日第25版。