**违法逮捕：类型、成因及其程序性制裁**

 梁士强[[1]](#footnote-0)\*

**摘要：**逮捕作为最严厉的剥夺自由强制措施，其正当性证成既应包含合规范判断，也应包含价值判断。违反程序规范属形式的违法逮捕，违反逮捕目的及比例原则等价值判断则属于实质的违法逮捕。规制违法逮捕必须树立对程序法的规范信赖。通过合宪性调控明确价值取向，通过法律解释严密法网，保障程序性制裁的功能得到充分发挥是可行的实现路径。

**关键词：**逮捕、正当性、程序性制裁

公民的人身自由不受侵犯，不仅是现代法治国家对于人权保障的基本共识，更是为我国宪法所确认的具有最高效力的法律规范。但对人身自由的保护并非绝对，正如丹宁勋爵所言：“每个社会均须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。”[[2]](#footnote-1)因此，基于社会防卫的需要，国家可以剥夺行为违反法秩序之人的人身自由，在刑事诉讼中，就是适用逮捕等羁押型强制措施，以保障诉讼顺利进行，预防犯罪嫌疑人继续实施危害社会的行为。“只要这种权力运用适当，这些手段都是自由的保卫者”，但“这种权力也可能被滥用，那么任何暴政都要甘拜下风”。[[3]](#footnote-2)由于逮捕完全剥夺人身自由，宪法、刑事诉讼法等的相关规范对权行使主体、适用条件、程序、场所、期限等作出的各种严明规定，在授权国家专门机关行使逮捕权力的同时，也为这一权力的行使范围划定了清晰的界线，除了使得应当被逮捕的公民受到羁押外，同时保障着不应被逮捕的公民不被任意羁押，从这个意义上讲，程序法规范是保护公民人身自由的“大宪章”。

### 一、逮捕的正当性

逮捕正当性最根本的依据来自于宪法。根据宪法第37条第二款规定，只有经过人民检察院批准，或是人民法院决定，方可对公民进行逮捕。该条款并非简单的关于逮捕的授权规范，而是以宪法最高的法律效力，确认了人身自由的司法保护原则，即剥夺人身自由的决定，原则上应由司法机关作出。在合宪基础上，逮捕的正当性又可以具体化为目的正当、权力行使主体正当、适用条件正当，且须具有必要性、相当性，此外，羁押需在正当的场所中、正当的期限内为之。

**（一）逮捕的目的**

耶林指出，“目的是全部法律的创造者。”[[4]](#footnote-3)目的决定法的价值取向。逮捕“作为一种对个人抽象自由进行约束的法律必须得到正当性的证明”。[[5]](#footnote-4)也就是说，逮捕是否具有正当性，取决于其是否符合法所期望其实现的目的，超越目的范围的逮捕不具有正当性。

1.保全目的。逮捕具有保全目的。与刑事诉讼中以证据、财物等作为对象的具体保全措施不同，逮捕的保全对象为整个刑事诉讼活动。本质上，所有强制措施都是为保障诉讼顺利进行的保全措施。强制措施的原理在于，通过各种施加强制力的手段使人不得不在整个刑事诉讼过程中参与各种诉讼活动。根据强制力程度不同，强制措施可以分为：使人心理受到强制的保证人担保型取保候审；以可能受到财产损失进行强制的财产担保型取保候审；使人身自由受到限制的拘传、监视居住；使人身自由完全丧失的羁押型强制措施，拘留、逮捕。

逮捕的保全目的体现在两个层面。

第一个层面是对于诉讼过程的保全。对于诉讼过程的保全包含两个方面：一是保证犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼活动中始终在场；二是保证侦查机关、检察机关、法院对案件事实及相关证据进行调查、收集、核实工作得以顺利进行。因此对于有可能自杀、逃跑，或是严重违反取保候审、监视居住规定，导致诉讼活动或判决执行无法顺利进行，或是有可能毁灭、伪造证据、勾串证人、妨害作证，使案情有晦暗之虞的犯罪嫌疑人、被告人，对其进行逮捕具有目的性。[[6]](#footnote-5)

第二个层面在于对诉讼结果的保全。逮捕能够保全刑事判决得以顺利执行。判决作出后、刑罚执行前，如不进行羁押，被告人仍可能自杀、逃跑以逃脱刑罚处罚，为保证国家刑罚执行权的有效行使，对被告人进行逮捕具有合目的性。

表1.1 羁押对刑事诉讼的保全

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  保全对象 | 保障内容 | 适用情形 |
|  诉讼过程  | 保证刑事诉讼中始终在场 |  可能自杀、逃跑； 违反取保、监居规定； 可能毁灭、伪造证据、  勾串证人、妨害作证 |
| 保全证据收集顺利进行 |
|  诉讼结果 | 保证判决顺利执行 |  可能自杀、逃跑 |

2.预防目的。逮捕具有预防目的。逮捕作为社会防卫的重要手段，有将具有高度危险性、可能继续危害社会的嫌疑分子，在判决定谳、交付执行之前，与社会大众相隔离，以实现预防其继续危害社会，保障公众安全的目的。所以，对于可能继续犯罪的、有危害国家安全、公共安全、社会秩序现实危险的、企图实施打击报复的、曾经故意犯罪又再次犯罪的犯罪嫌疑人、被告人进行逮捕具有合目的性。

不可否认，预防性逮捕与无罪推定原则具有高度紧张关系。否定说观点认为，仅仅以预防为由剥夺未被法院判决有罪的犯罪嫌疑人的人身自由，有违宪之虞。代表学者为罗克辛教授、林钰雄教授，他们认为预防性逮捕并非为了确保诉讼程序的进行，在逮捕要件体系中格格不入；对尚未被证明其犯罪行为的犯罪嫌疑人的自由进行剥夺，违反法治国家原则；从刑事政策而言，此种逮捕本质就是短期自由刑。[[7]](#footnote-6)日本刑事诉讼法关于羁押的规定中，不包括可能实施新的犯罪等情形，从立法层面否定预防性逮捕。[[8]](#footnote-7)

但国内外的学理研究与司法实践多数观点肯定预防性是逮捕的目的之一。本文亦采肯定说观点。从学理角度，诚然，预防性逮捕与无罪推定原则确实存在紧张关系，对于纯粹的预防性逮捕应当限制其适用。但是，如将社会防卫视为逮捕的目的之一，逮捕便非仅具有保全性质的一元论，以不符合保全目的批判预防性逮捕，从逻辑上难以成立；保全性逮捕亦是对未被证明其犯罪的犯罪嫌疑人的自由进行剥夺，如果剥夺未被证明其犯罪的犯罪嫌疑人自由违反法治国原则，保全性与预防性逮捕在此方面并无实质不同；认为预防性逮捕实质是短期自由刑，这种观点是预防刑论的产物，预防刑论认为刑罚的目的就是预防，[[9]](#footnote-8)在这个意义上预防性的逮捕和预防性的刑罚本质上差别不大，但预防刑论是纯粹的功能主义立场，在司法实务及学理上均未取得通说地位。刑罚目的的多数观点认为，刑罚是基于对犯罪行为报应的预防，[[10]](#footnote-9)即以报应刑为主的折中说。基于报应和预防的刑罚与纯粹的预防性逮捕便有本质的区别，逮捕的目的中不包含对行为的报应，以报应刑为主的折中说中，报应决定着刑罚的有无，预防必要刑影响着刑罚幅度，是多和少的问题，逮捕中的预防必要性影响的是是否要对犯罪嫌疑人、被告人进行逮捕，是有和无的问题，二者有本质区别。

从司法实践角度，英国《1976年保释法》及《1994年刑事审判与公共秩序法》分别规定法庭如果相信被告人在保释期间会再犯罪可不予保释，以及曾经犯谋杀、杀人（包含未遂）、强奸（包含未遂）或者其他严重性犯罪，又被指控或判定犯有该罪时，不得保释；美国联邦最高法院在“美国诉赛了诺案”中也肯定了预防性羁押的合宪性。[[11]](#footnote-10)德国现行刑事诉讼法中预防性羁押的规定设立于1964年，仅适用于特定的侵害案件，1972年扩张至某些具有连续性质的财产犯罪。德国联邦宪法法院认为，就具有高度再犯之虞的重大性侵害犯罪而言，为保护社会大众免受其侵害而发动羁押确有必要，且立法者已设定诸多要件限制，因此并不违宪。[[12]](#footnote-11)

**（二）逮捕主体的正当性**

人身自由权利需要国家予以保护。法规范对人身自由的保护，是通过限制国家权力的方式实现的，其途径既包括设置正当程序，也包括进行权力划分。合宪性层面，国家将逮捕权划归司法机关行使，由此引出监禁权不可让渡原理。所谓监禁权不可让渡，是指监禁权属于司法权，通常不可让渡给行政机关行使，以免形成行政极权。[[13]](#footnote-12)这一原理是判断羁押权力的行使主体是否正当的基本准则。

在逮捕的制度设计上，我国采取了司法审查模式，这与世界通行模式并无本质区别，区别在于世界通行立法例通常认为的法院是唯一的逮捕决定或审查机关，[[14]](#footnote-13)我国宪法、刑事诉讼法规定检察院、法院均为逮捕的决定主体，按照刑事诉讼阶段论，对于侦查机关提出的逮捕申请，决定权在人民检察院，即逮捕权主要归之于检察院。

关于检察机关是不是行使逮捕权的正当主体，学界争议尤为激烈。大陆法系有法官保留原则，该原则指，“将特定的公法上的事项保留由法官行使，并且也仅由法官方能行使。”[[15]](#footnote-14)该原则应用在刑事法领域，认为包括实体法的死刑、自由刑；程序法上的拘留、逮捕，因剥夺生命或人身自由，属于法官保留范畴。林钰雄教授指出：“无论侦查中或审判中，法院为决定羁押之唯一机关，其法理基础在于绝对的法官保留原则”。[[16]](#footnote-15)他认为，具有独立性的法官作为中立的第三人，才能保障被告人身权利不受严重干预人身自由的拘禁处分侵害；检察官虽受客观性及合法性义务约束，但性质上仍属侦查机关，羁押事实上是完成侦查任务的最有效手段，客观义务与侦查任务往往会发生冲突。[[17]](#footnote-16)据此主张法院是唯一正当的羁押权行使主体。

我国大陆学者认为检察机关不是正当的逮捕权行使主体主要意见包括：一是检察权属于行政权而非司法权；二是检察机关作为侦查、控诉机关，客观义务与控诉任务会发生冲突；三是检察机关的地位和性质决定了其决定并非独立、中立，难以对公民人权实现保障；四是为不造成机关内部的决定冲突，检察机关批准逮捕会造成案件非诉不可的压力，可能进而导致出现冤假错案。

然而，上述观点并非没有讨论余地。

第一，检察机关是准司法机关，审查批准逮捕是司法活动，两者属性并不冲突。对于检察权的权力性质归属，历来众说纷纭，我国通说认为检察权属司法权；否定的观点认为检察权属于行政权；亦有观点认为检察权既不属司法权，亦不属行政权，应被划分为一种独立的权属；也有观点认为，检察权构成复杂，其中符合司法属性的是司法权，不符合的是非司法权，可以将检察权概而言之地称为准司法权说。[[18]](#footnote-17)

要对这个问题作出判断，首先须明确何为司法权，一般来说，司法权应当具备以下属性：是国家权力；本质是判断；绝对附属于法律；运作具有消极性；权力具有分散性；权力具有中立性；决定具有终局性。[[19]](#footnote-18)照此标准判断，检察权有明显不符合司法权属性的部分。检察权中的公诉权，本质上属请求权；诸如公诉权等权力运作具有积极性；实行检察一体体制，权力集中性较强；并非完全的中立；其决定亦不具终局性。按照三权分立的观点，不属于司法权及立法权的国家权力，即属行政权范畴。由此论之，检察权确有行政权的性质。但是以此否认检察权具有司法权性质太过武断。检察权并非没有司法属性，检察官在提起公诉前的审查批准逮捕、审查起诉活动，行使的权力本质是司法权，是基于侦查机关提供的事实及证据对于是否逮捕、是否起诉的判断，履行的是一种裁判职能，亦可称为“法官功能”。在这个阶段中，检察权是消极、克制、中立的，作出的决定亦是终局的，在这个意义上说，检察权具有司法权性质；在提起公诉后，由于公诉权本质属请求权，使得检察官有中立审查者角色转换为积极控告者角色，在此阶段行使的权力具有行政权性质。关于检察权的性质归属，纯粹的司法权说或行政权说都非妥当，本文采准司法权说观点。

此外，关于审查批准逮捕活动属于司法活动，对此问题争议不大。原因有三：一是审查批准逮捕是基于侦查机关请求作出决定的判断活动，其本质与司法权具有同一性；二是司法活动中除包含实体的审理和裁判外，亦包含对于逮捕在内的各种程序性事项的裁决；三是从应然性层面，基于对公民人身自由的司法保护原则，包含逮捕权在内的监禁权只能由司法机关行使。审查批准逮捕活动确属于司法活动，在提起公诉前，检察机关行使的权力是司法权，因此由作为准司法机关的检察机关，在其行使司法权的诉讼阶段，行使审查批准逮捕权，从逻辑与学理上并无不妥。

第二，我国刑事诉讼法采诉讼阶段论的立场，[[20]](#footnote-19)认为刑事诉讼是一个先行后续、阶段递进的活动，在侦查阶段，检察机关仅负有监督职能，并不负有控诉职能，只有诉讼阶段牵跃至审判阶段（提起公诉后），检察机关方负有控诉职能。在侦查阶段，检察机关是中立的监督、审查者角色。再者，同大陆法系的检察机关不同，我国的检察机关被定位为法律监督机关，而非侦查主体甚至唯一侦查主体，所担负的也不是侦控一体的控诉职能。随着监察法出台，我国检察权发展出现了较为清晰的“去侦查权化”倾向，这使得检察机关的监督色彩更加纯粹。是故，在大陆法语境下检察机关客观义务与控诉职能产生冲突，在我国刑事诉讼法语境下难以成立。

第三，认为检察机关并非独立、中立，非中立是由于检察机关承担控诉职能；非独立是由于检察机关“检察一体”的司法统制体制。在审查逮捕阶段，检察机关尚未承担控诉职能，监督者角色及客观性义务保证其中立地位。所谓独立的意涵应当是能够相对于侦查机关的独立行使权力，以实现对公民人身自由权的保障，从这个层面论，检察机关的独立是有宪法保障的。认为只有法院才能独立行使权力，不受内部及外界干涉，来自于国内学者对法院的“独立性假设”，是将理想中的“超然独立”法院，直接当作实然性前提使用，在我国，法院在需受执政党领导，在组织结构亦为金字塔式的统属结构，[[21]](#footnote-20)在独立性上，我国法院与检察院并无本质不同。

第四，如果说由检察机关批准逮捕，会造成非诉不可压力，造成对公民权利的损害。同理，由法院作为批准机关，必将带来非判决有罪不可的压力，相较之下，由法院行使逮捕权，对公民权利的损害更为严重。这样的逻辑显然不能成立。

综合上述观点，在我国刑事诉讼语境中，由检察机关作为逮捕权行使的正当主体，怠无疑义。

**（三）适用条件的明确性**

逮捕条件一般被归纳为包含证据条件、刑罚条件以及社会危险性条件。[[22]](#footnote-21)对于逮捕条件的判断是递进式的，具有明显的现行后续顺序，在个案判断中，应采取阶层式的审查方式，如果前一阶层的条件不具备，应直接作出不符合逮捕条件的决定，不需要进行后续条件的判断。

证据条件指，发生了犯罪事实、犯罪事实系犯罪嫌疑人所为均有证据证实，且这些证据已有查证属实的。[[23]](#footnote-22)

刑罚条件指，可能判处有期徒刑以上刑罚，这里的有期徒刑以上刑罚并非指法定刑，而是指结合具体案件事实所能判断的犯罪嫌疑人的预期刑期在有期徒刑以上。

社会危险性条件指，采取非羁押措施不足以发生社会危险性。《刑事诉讼法》第81条规定的逮捕条件中，“可能毁灭、伪造证据，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”“企图自杀或者逃跑的”以及“违反取保候审、监视居住规定，情节严重的”，属于基于保全目的的逮捕；“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”，“可能判处十年有期徒刑以上刑罚的”，“曾经故意犯罪”属于基于预防目的的逮捕。

**（四）必要性**

逮捕必要性是指，除逮捕外，其他强制措施均不足以保障诉讼顺利进行，或者防止犯罪嫌疑人、被告人继续危害社会。逮捕必要性与适用条件的关系是，如果一行为符合了逮捕的全部适用条件，原则上，对其进行逮捕便是必要的。即逮捕适用条件符合性表征逮捕必要性。逮捕适用条件中，犯罪行为的社会危险性越强，再犯可能性越大，妨害诉讼的可能性越大，逮捕必要性也就越强。逮捕过程中，作出逮捕决定时所依据的条件如发生变化，将使得逮捕不再必要，逮捕即应解除。同时，在逮捕例外地不符合比例原则的情况下，即便符合逮捕条件，也不具有逮捕必要性。

**（五）相当性**

相当性又称比例原则，指国家干预人民基本权利的“手段”与预达成的“目的”之间必须具有相当性的关系，即合乎比例。[[24]](#footnote-23)比例原则包括适当性、必要性以及狭义比例性，要求“所采取的措施可以实现所追求的目的”；“除采取的措施之外，没有其他给关系人或公众造成更少损害的适当措施”；“采取的必要措施与其追求的结果之间并非不成比例。”[[25]](#footnote-24)

比例原则更多用作个案判断，由逮捕决定者针对不同被逮捕对象的人身危险性程度进行利益衡量和价值判断。如果适用逮捕不能达到保全或预防目的，或者存在其他替代性措施，能够实现逮捕同样的效果，则不得适用逮捕。需要注意的是，即使逮捕适于达到保全与预防目的，且为损害最小之措施，但是其强制程度超出了相当比例范围，同样不得适用该措施，这是所谓的“超量禁止”。[[26]](#footnote-25)逮捕的超量禁止在刑事诉讼法第八十一条通过限制适用条件予以规定。立法者确定了对于不能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，逮捕的强制程度超出了相当比例范围，进而通过刑事诉讼法条文禁止了该情形中逮捕强制措施的适用。但在犯罪嫌疑人、被告人违反取保候审、监视居住规定，情节严重的情况下，由于非羁押强制措施均不足以保全诉讼顺利进行，仍可以例外地进行逮捕。

**（六）执行场所的特定性**

逮捕需在法定的羁押场所内进行，一般为看守所。羁押场所的功能除保障诉讼顺利进行以及防止被逮捕人继续危害社会外，更为重要的功能是保障被逮捕人不遭受非人道待遇。

正当的逮捕执行场所至少应为被逮捕人提供五个方面的保障：一是保障生命权、健康权、获得公正审判等基本权利不受侵犯；[[27]](#footnote-26)二是保障获得最低标准的健康生活条件；三是保障被讯问过程中，不受酷刑、侮辱等非人道待遇；四是保障会见和通信权，保障及时获得律师帮助；五是保障不在法定羁押期限外羁押，以及羁押解除决定的及时执行。

由此不难看出，逮捕执行场所正当与否对犯罪嫌疑人、被告人基本权利是否能够得到保障至关重要。当前，看守所的管理机关为公安机关。公安机关作为侦查机关的同时作为羁押的监管机关，难以避免地会在侦查活动受阻时，通过其掌控的逮捕执行场所向被逮捕人员施加强制力，迫使被逮捕人配合侦查活动。这与逮捕执行场所的人权保障功能是背道而驰的。因此，将看守所的管理权限移转至与刑事诉讼活动没有厉害关联的中立机构，如司法行政部门，有其必要性。[[28]](#footnote-27)

**（七）逮捕期限的严明性**

在我国，办案期限与羁押期限是没有被明确界分的概念，立法通过对侦查、审查起诉、审判活动设立明确的办案期限或羁押期限，来确定羁押期限的上限。原则上，不超过羁押期限上限的羁押都属于合法的羁押。但是，虽在法定期限内，由于过分拖延，不及时将诉讼推进至下一阶段，这一期间内进行的羁押，亦属不当。故尔，逮捕期限的正当性应当理解为，羁押必须在法定且必要的期限内进行，任何超越上述限度的羁押都不具正当性。

需要讨论的问题是，《刑事诉讼法》第160条第二款规定，不讲真实姓名、住址，身份不明的，应对其身份进行调查，侦查羁押期限自查清其身份之日起算。这样不定期的羁押期限规定带有浓重的惩罚性意味。根据罪刑法定原则，即便是经审判确定罪行的惩罚，尚不可能导致绝对不定期刑，因不讲真实姓名、住址，将此身份真实性的证明义务归之于公民个人，并且匹配对人身自由进行绝对不定期的剥夺作为法律后果，是对程序理性、程序法治的双重否定。这样的规定完全背离刑事诉讼的目的，不具有正当性。因此对于《刑事诉讼法》第160条第2款即便不从实定法中废除，在司法实践中也不宜援引作为羁押依据，更不得进行不定期羁押，据此款规定作出的羁押决定即便具有合法律性，也应认定为是违法羁押。

**（八）正当性与合法性关系之辨析**

或曰，在讨论违法羁押前不讨论羁押的合法性而讨论正当性，合法性与正当性是何关系？违法羁押与羁押正当性又是何关系？

合法性与正当性关系问题的讨论由来已久。在古典自然法时期，道德、法律并未被严格界分，合法性与正当性也并无分别，都包含有伦理的、道德的价值判断。自然法衰落后，至20世纪初期，法律实证主义盛行。在法律实证主义者看来，合法性与正当性也无本质区别，无论是合法性还是正当性都抽离了伦理与道德判断，变为纯粹的合规范的判断，规范凯尔森认为，“法律是由规范组成的系统”，“法律的有效性与伦理和政治因素无关”，[[29]](#footnote-28)故在凯尔森看来，正当性等同于合法性。施米特继承了这样的思路，认为法律的正当性产生自合法性，“合法性可以被视为正当性”。[[30]](#footnote-29)然而，如果仅仅将正当性理解为合法性，“将丧失超验的或者道德的维度”[[31]](#footnote-30)，将陷入价值虚无主义。在施米特看来，“正当性的唯一基础就只能是区分敌友的主权决断。”[[32]](#footnote-31)在这样的观念下，施米特最终倒向了纳粹主义。

所以，我们必须承认，合法性与正当性两者不能完全等同。合法性是以实定法规范为依据的判断，正当性是包含了道德的、伦理的价值判断，对正当性的判断不依赖于实定法规范。德沃金指出，法律具有内在的正当性，“法律的正当性依赖于隐含在法律中的道德价值”。[[33]](#footnote-32)人定法规范既可能是“良法”，亦可能是“恶法”，合法性仅能通过评判“规范的制定或设定是否符合更高一级规范所要求的标准”，[[34]](#footnote-33)来对规范进行价值判断，但即便是上溯到最高位阶的规范，由于没有其他价值的限定而纯粹由人根据需要制定，便意味着实质上，合法性本身无法提供法律规范“良”“恶”的价值判断，这一判断便需委诸正当性。

所以我们可以得出这样的结论，具有正当性的逮捕不仅包含了合规范的判断，而且包含了保护人的价值以及人性尊严的伦理、道德层面的判断，逮捕的正当性与违法逮捕是相互对立的概念，这意味着，不符合正当性的逮捕，即便在形式上具有合法性，其实质上也属违法。

### 二、违法逮捕的类型及成因

**（一）违法逮捕的类型**

不符合正当性要求的逮捕，都由于侵犯公民的人身自由权利，形式或实质地违法宪法或刑事诉讼法规范均属违法逮捕。借助实体法刑法违法性的判断方法对违法逮捕进行考察，可将其划分为形式违法和实质违法。李斯特指出，形式违法指违反国家法律规范或者禁止性规定的行为；实质违法指危害社会的行为。[[35]](#footnote-34)决定主体不适格、违反法定适用条件、不具必要性、执行场所不当的逮捕以及超期羁押，这些情形是对宪法及刑事诉讼法具体实定法规范的违反，属于形式违法范畴；违反逮捕目的的逮捕以及违反比例原则的逮捕，虽在形式上不违反具体的实定法规范，但因实质地侵害了宪法所保护的公民人身自由权利，故尔属于实质违法范畴。

1.决定主体不适格的逮捕。逮捕决定应由司法机关作出。非由司法机关作出的羁押决定均属主体不适格的羁押。决定主体不适格的羁押，违反人身自由司法保护的宪法原则，也违反由该原则引申出的监禁权不可让渡原则。

2.违反法定适用条件的逮捕。逮捕条件的判断，需按证据条件、刑罚条件和社会危险性的条件的顺序进行判断，前一条件不符合便没有继续判断后续条件的必要，逮捕须符合上述全部条件方得为之，不符合任一条件的逮捕均属违法。

3.不具必要性的逮捕。符合逮捕适用条件的，原则上具有逮捕必要性，易言之，不符合逮捕适用条件的，一定不具有逮捕必要性。不具必要性而进行逮捕的，当然违法，判断逮捕必要性所依据的具体情形不复存在后继续逮捕的，亦属违法。

4.执行场所不当的逮捕。逮捕不能在保障被逮捕人不受非人道待遇的场所中进行的，即便决定合法，亦属违法逮捕。

5.超期羁押。逮捕不严格依法定羁押期限进行，在法定期限外进行羁押；在法定期限内任意拖延，任意拖延期间的羁押；应当解除却不及时解除的羁押均属超期羁押。

6.违反比例原则的逮捕。逮捕如不能实现保全目的或预防目的，或者逮捕并非实现该目的最为轻微的手段，或者即便逮捕适用实现目的，也是实现该目的的最轻微手段，但其侵害的利益远大于其所保护的利益时，在这些情形下依然决定逮捕的或持续羁押的，因违反比例原则而违法。

7.违反羁押目的的逮捕。在保全目的、预防目的外，基于诸如侦查需要、预支刑罚、震慑犯罪、被害人精神抚慰等而进行的逮捕，这些目的与逮捕目的背道而驰，无一例外地将被逮捕人视作工具或手段加以使用，侵犯人的尊严，根本性地违反宪法保障公民人身自由的原则。

**（二）违法逮捕的成因**

关于违法逮捕的成因，学者观点主要包括：执法者程序正义观念缺失、单薄，重实体、轻程序；诉讼体制存在缺陷，司法审查机制缺位，权力缺乏监督、制约；立法技术不强，程序不完善；救济措施缺位；民众观念偏差；司法资源不足等。[[36]](#footnote-35)这些分析从不同侧面剖析原因，提供灼见，反映出违法逮捕问题的复杂性。但总体上，停留在就事论事的分析，使得在对策层面，无非是在发现实定法不足，经过制度对比，将外国某一制度引入作为解决方案，这样的方案，往往这会导致方案或过于宽松，或过于紧缩，有的无法解决现实存在的问题，甚至增加新的问题。[[37]](#footnote-36)

因此，必须从问题本质出发，发现导致违法羁押的根本原因，方能针对性地讨论解决的方法。我们认为，导致违法逮捕的原因应包含程序法规范信赖缺乏保护、羁押目的异化，其中程序法规范信赖缺乏保护是问题的根本原因，很大程度上，正是因为法规范信赖缺乏保护导致了羁押目的异化且泛滥。

1.程序法规范信赖缺乏保护。人权保障被确立为刑事诉讼法的目的和基本功能后，刑事诉讼法便不再仅具有实现刑罚目的、保障实体刑法实施、落实刑事政策的工具价值，同时还具有了作为人权保障手段的独立价值。刑事诉讼法对公民的人权保障，是通过为参与诉讼活动的专门机关设置重重程序性规范，限制其侵害公民人权的能力来实现。从这个意义上说，程序性规范构成了专门机关在刑事诉讼中各种行为、活动的正当性依据。程序法中保障逮捕正当性的规范，维护着公民人身自由不受侵犯的宪法原则。

规范的生命在于被遵守。只有被遵守的规范才能被认为是现实存在且具有效力的。人们只有能够信赖他们应当恪守的规范是有效的，才会按照规范的指示去安排自己的行为。规范并不畏惧被违反，违反规范的行为本身并不动摇人们心中对于规范有效性的信念。但是，如果规范被违反，违反规范的主体居然不会因此受到制裁，承担相应的后果，则将从根本上动摇人们对于规范有效性的信念。遵守规范总是会带来各种不便，既然违反规范可能不导致不利后果，那么遵守规范就显得不再必要，人们在安排自己行为的时候，便不会将必须使行为符合该规范的要求作为考量。当人们普遍性地选择不遵守该规范时，这个规范无论辞藻多么华丽，保护的价值多么重要，都不可避免的“死掉”。

违法逮捕是典型的程序违法，在国内法理学对违法所作的一般分类中，主要依据规范性质和危害程度分为刑事违法、民事违法、行政违法和违宪，而不包括程序违法，[[38]](#footnote-37)“未将诉讼程序视为与刑事实体法一样作为具有独立地位的法律来看待。”[[39]](#footnote-38) 这样的观点当然是值得商榷的。刑事程序的独立价值已成学界共识，探讨此问题的著作汗牛充栋，程序违法作为对具有独立价值的刑事程序的违反，自然也应具有独立地位。程序违法的本质危害在于对法秩序根本性的动摇。因为在程序违法中，破坏规范信赖的居然是国家！耶林指出：“当权者在他自己破坏法律时所犯的罪行，这是十足的法律的死罪，是对法律自身的背叛。”[[40]](#footnote-39)美国联邦最高法院在马普诉俄亥俄州的判例中指出，摧毁一个政府最为迅速的办法，就是其不遵守自己的法律。[[41]](#footnote-40)

在我国，程序法规范不能得到良好的遵守，根本原因在于在司法实践中，法律后果长期缺位，人民及公权行使主体缺乏规范信赖，遵守规范须委诸公权力“自我克制”。不同的人性取向对制度建构有不同影响，我国刑事诉讼法以性善论为取向，重视自律而忽视他律，以之建构的制度对要求每个掌握权力的人都做到自制自律的难度缺乏预见，对于权力的蛊毒以及腐败的传习性缺乏基本认识。[[42]](#footnote-41)在逮捕的规范设定上，虽明确规定了主体、适用条件、场所、期限等，但未相应地规定司法行政机关违反上述规定的法律后果，这使这些规范在逻辑结构上出现缺陷。现今通行的“新三要素说”认为，“任何法律规范在逻辑意义上是由假定条件、行为模式和法律后果三个要素构成。法律后果是任何法律规范都不可缺少的要素，如果缺少了法律后果就不能发挥其激励功能和惩罚功能，从而失去了法律的严肃性和权威性。”[[43]](#footnote-42)耶林也表达了对于这种自律机制的不信任，他指出，“如果所有交付公共当局处理的制定法的存在问题，仰仗公务员的义务忠诚，……那么，是非感就暗淡无光和麻木不仁，利益没有足够的力量，去战胜在争吵和纠纷面前的懒散和畏缩，结果是：法律规范没有得以应用。”[[44]](#footnote-43)

权力总有被滥用的倾向，尤其是在这种滥用并不产生法律后果时候，所谓重实体、轻程序，很大程度上亦是由于对程序的违反不发生风险，而注重实体会收获实际利益，这种行为模式并非偶然为之，而是功利性考量的必然结果，所以，将公权力机关不遵守程序归诸人员素质不高、责任心不强、司法资源太过不足的认识便太过表浅，没有触及问题的实质。程序法规范信赖缺乏保护，并因此动摇了程序法规范所维护的法秩序才是问题的根本。

2.逮捕目的异化。当对程序法规范信赖的保护缺失时，逮捕目的的异化可谓是必然的。在程序法规范中，剥夺人身自由的逮捕由于过于“凌厉”，其适用受到了极为严格的限制，只有在具有诉讼程序保全必要性以及预防犯罪必要性的特定场合中，才得作为最后手段适用。由于逮捕剥夺人身自由，能给人施加极大的强制力，通过逮捕将被逮捕人作为实现某种目标或宣示某种政策的工具，通常能得到被逮捕人的“配合”，达到立竿见影的效果。是故一旦程序法规范的控制失灵，异化的目的便会“疯狂涌入”，使逮捕工具化。异化的逮捕目的将逮捕理解为取证手段、预支刑罚与政策工具等。

第一，取证手段。主要指将通过逮捕向被逮捕人施加强制力，通过逮捕逼取口供。基于取证目的逮捕有浓重的人质司法色彩。逮捕不应当包含取证目的。田口守一教授指出，“拘留、逮捕的目的不包括讯问。”[[45]](#footnote-44)在英国，基于协助警察讯问目的而逮捕犯罪嫌疑人是非法的，女王诉蕾姆瑟迪弗案中，大法官指出，“不管是羁押官还是警察都无权以协助讯问的目的而对犯罪嫌疑人实施羁押。”[[46]](#footnote-45)虽然实然层面，犯罪嫌疑人因被逮捕，人身受到强制，确实因“潜在的逼迫效力”，[[47]](#footnote-46)更容易承认有罪，但这不仅无法赋予羁押作为侦查手段的正当性，反而因为存在这种倾向，逮捕的适用应当受到更为严格的限制，否则就会重回“口供中心主义”的旧路，使犯罪嫌疑人再度沦为诉讼客体。

而在作为取证手段的逮捕中，被逮捕人便是被作为工具来使用的。被逮捕人被视为提供有罪供述的工具，而逮捕是使用该工具的手段。主要方式是通过施加无法预期的漫长羁押期限，以及通过在羁押过程中限制、剥夺被羁押人从外界获得帮助的权利，主要是限制、剥夺被羁押人获得律师帮助的权利及其亲属的受告知权，向被逮捕施加强制力。这会使被逮捕人处于孤立无援的状态，彻底沦为办案机关的“人质”。取证目的的逮捕使被逮捕人难以从外界获得救济，在此状况下，被逮捕人受到刑讯逼供等非人道待遇的可能性陡增。当坚持抗辩进而获释希望渺茫的时候，被逮捕人会转而选择认罪，以期免受酷刑、重获人身自由，至少使逮捕期限缩减。办案机关也往往会因被逮捕人认罪而案结事了。所谓锤楚之下，何求而不得？基于逮捕的逼迫效力获取的口供，不仅侵犯公民基本人权，而且可能不具真实性，造成程序正义与实体正义双双失落的结局。

第二，预支刑罚。指认为逮捕与刑罚本质相同，即便对需要判处刑罚的犯罪嫌疑人、被告人进行普遍性的逮捕，也不会实质上造成他们的权利受到实质性危害。有观点认为逮捕与刑罚本质相同，它们的关系是：互为条件、“同向同性”、同为预防犯罪的重要手段。上述观点值得商榷。一旦将逮捕视为刑罚，审判与便刑罚失去先行后续的逻辑关系，刑罚的启动根据并非依据合乎程序的刑事审判，而是逮捕，相应地，逮捕的决定程序在实质意义上成为了审判程序，审判主体也由法院变作检察机关，这使得刑事审判程序仅仅是为早已启动的刑罚增补一件合法性的“外衣”，这否定了刑事诉讼所建构的审判程序的意义。另外，这将导致刑事诉讼中无罪推定等基本原则被形式化，使这些原则的人权保障功能沦为表浅的事实纠错功能。

相关实证研究结果证实，较未被逮捕的被告人而言，被逮捕的被告人更容易被定罪，且获得的刑期也更为漫长。[[48]](#footnote-47)视逮捕为预支刑罚除在学理上无法成立外，还会导致逮捕普遍化，与逮捕的最后手段性相矛盾；且会增加被逮捕人定罪风险，使其面临更长的刑期。

第三，政策工具。将逮捕作为政策工具并非不可，但底线是不可逾越宪法及刑事诉讼法划设的人权保障的屏障。司法实务中，逮捕常常被用作震慑犯罪、对被害人及社会公众进行精神抚慰的工具。逮捕的这种工具性适用常常与运动式执法相关联，当某类型犯罪成为重点打击、严厉打击对象时，司法实务机关往往倾向于不加区别地适用逮捕；当容易造成被害人信访风险，或需要满足公众对犯罪行为愤怒情绪宣泄要求的时候，犯罪嫌疑人、被告人也容易因此受到逮捕。这样将逮捕作为政策工具使用的结果，导致不符合比例原则的逮捕泛滥。构罪即捕成为常态。

不难发现，无论是将逮捕作为取证手段、预支刑罚还是政策工具，都将使逮捕偏离原有的保全与预防目的，使逮捕丧失最后手段性而被滥用，逮捕滥用的结果不仅使得不应受到逮捕的人丧失人身自由，更动摇人们对于宪法及刑事诉讼法相关人权保障规范的信赖。

### 三、违法逮捕的程序法规制

**（一）目标：规范信赖重塑**

违法逮捕长期无法从根本上得到有效治理，归根到底是由于程序法的规范信赖缺乏保护。法律就是要确保人们都能够信赖规范，所以，一定要对违反规范的行为进行制裁。制裁是一种回馈机制，不仅向违法者回馈了对其行为否定性的评价，同时让守法者建立对规范的信赖。程序性制裁作为程序法规范的“法律后果”， 在刑事诉讼中能够惩戒国家专门机关的程序违法行为，保护个人权利，进而能够确证程序法规范的有效性。我国的程序性制裁在“价值取向上，偏重于实质真实发现”，[[49]](#footnote-48)当程序制裁将影响实体上作出有罪裁判时，程序性制裁往往在其辐射效力被限制的情况下适用或者干脆弃之不用，这使程序性制裁功能无法发挥。在程序性制裁的具体方式中，非法证据排除范围窄化，法网不严且不密；否定诉讼行为效力的撤销原判、发回重审仅对第一审判决产生作用。应当根据刑事诉讼法中程序性制裁规范文本，通过丰富其内涵，对其实现科学化的重构，来严密法网、明确标准、导正观念，使程序性制裁的功能得到充分发挥，进而树立对程序法规范的信赖。规范信赖的重树须通过刑事诉讼法的内部控制和宪法的外部控制共同作用方能实现。刑事诉讼法的内部控制的手段是程序性制裁，宪法的外部控制的手段是合宪性调控。

**（二）前置价值判断：合宪性调控**

在法律规范体系中，宪法是最高位阶的规范，宪法规范所作出的价值判断是根本性的，所有部门法均依据宪法而制定，其具体规范的价值取向不得与宪法相冲突。当具体规范所体现的价值与宪法相价值冲突时，应当主动通过宪法价值调节其自身价值，在对该法律规范的诠释时，应使依据该规范作出的行为不与宪法价值相冲突，如果冲突，该行为会被司法者认定不具有相当性，属于实质违法，进而受到排除。这就是所谓的合宪性调控。

司法实务中，逮捕目的混乱不堪，逮捕被作为获得口供、震慑犯罪等的工具而使用。基于这些目的作出的逮捕决定，即使在形式上符合法律条文的规定，实质上也是支配这些功能的不同目的，借逮捕之名对公民宪法权利进行侵害。

进行合宪性控制应注重宪法文本内容，尤其是宪法中有关公民基本权利义务的规定，对目的的控制。[[50]](#footnote-49)一个目的或该目的实现的功能会造成公民基本权利克减的，应通过合宪性考量，禁止进入逮捕的目的体系中。例如打击犯罪目的，该目的进入逮捕的目的体系，将导致逮捕被作为侦查手段使用，被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人将沦为口供来源，在这样的目的支配下，必将导致犯罪嫌疑人、被告人遭受不人道待遇，应通过合宪性思考，将此目的排斥在逮捕目的之外。要贯彻宪法的要求，便需要在司法中进行合宪性解释。虽然，我国法院并不享有违宪审查权，但是国家专门机关及其工作人员在代表国家行使权力的时候，有义务遵守宪法，这就意味着，司法机关有义务作出合乎宪法规范的解释结论，在对涉及侵害公民宪法权利的违法羁押进行程序性制裁时，司法官得出的解释结论不得与宪法相违背。

合宪性调控应分为两个步骤进行，第一步，判断具体行为的目的或所依据的规范其价值是否与宪法规范的价值吻合；第二步，当与宪法规范价值存在冲突时，通过程序性制裁对依据这样的目的、规范作出的行为进行否定性评价，使之承担程序违法的法律后果，以此来维护宪法以及与宪法取向一致的程序法规范价值。

从表面看来，在逮捕目的或依据的规范与宪法价值相冲突时才引入合宪性调控，合宪性调控是作为例外的补充手段存在，实则不然。合宪性调控是将对宪法价值的判断前置于一切程序性制裁之前，但由于在一般的程序性制裁场合，所依据的规范本身与宪法不存在价值冲突，合宪性调控对制裁结果不产生影响，故而无须将合宪性调控作为一个独立环节进行。

**（三）程序性制裁**

程序性制裁有其独特的制裁方式，“它是通过宣告无效的方式来追究程序性违法者的法律责任”。[[51]](#footnote-50)遍观世界各国立法例，主要是通过宣告行为无效或非法证据排除方式，影响实体裁判结果，以达到制裁目的。

1.权力主体。

程序性制裁权的本质是判断，是司法权性质，程序性制裁一方面是对程序违法行为的惩戒，一方面是对权利受到侵犯的当事人的保护，行使制裁权的主体应具有中立性。检察机关在侦查监督、审查起诉活动中居中行使判断权，是故在侦查监督、审查起诉活动中检察机关可以成为适格的程序性制裁主体。侦查机关具有依照程序性制裁标准自行制裁的权力，但自行制裁只是产生不使违法行为的后果通过辐射效力继续扩散的效果，制裁权仍归之于检察机关和法院。

2.制裁方式：绝对无效和强制排除。

科学、合理的程序性制裁体系须基于保障公民自由与权利的正当程序理念加以建构，将合宪性调控加入后，程序性制裁既能够规制违反程序法规范的各种类别的形式违法，也可以规制各种实质违法。形式的、实质的违法逮捕均属宪法性侵权。从程序性制裁角度来看，宪法性侵权行为属绝对无效行为，与该行为具有因果关联性的证据，应当予以强制排除。行为无效规则和非法证据排除规则两者并不冲突。非法证据排除实质上是由于取证行为无效导致证据排除，与行为无效规则是特殊与一般的关系。行为无效的适用范围大于非法证据排除，因为诉讼中，并非所有诉讼行为均与证据相联结。既然是一般与特殊关系，在适用上特殊优先，即可以适用非法证据排除规则，适用非法证据排除规则，不得适用时，则适用行为无效规则。

对违法逮捕导致的事实行为绝对无效和非法证据强制排除不受公共利益权衡，亦不受重罪权衡。

不受公共利益权衡是因为，首先，刑事诉讼法保护的公民宪法权利及其衍生出的基本诉讼权利仅要求达到“最终最小主义”标准，即对人权保障的最低限度标准，这是宪法层面对国家追诉犯罪、保障公共安全和利益同保障人权进行衡量的结果，在这衡量中，已经将社会公众利益作为衡量的因素考虑在内，且已形成社会契约，再因公共利益克减公民权利，缺乏正当性；其次，对宪法公民宪法权利及其衍生出的基本诉讼权利的保护，并非仅仅对犯罪嫌疑人、被告人个人的保护，而是保障每个公民上述权利均不会受到来自国家的非法侵犯，这个利益具有公共性，由于受宪法保护，具有最高位阶性，作为最高位阶的公共利益，当然不需要与具体、个别的公共利益进行权衡。

不受严重犯罪权衡的观点存在争议。在我国台湾地区，严重犯罪便是非法证据排除的例外情形。[[52]](#footnote-51)本文立场，不应与严重犯罪进行权衡，理由包括，首先，与严重犯罪进行权衡，就是鼓励国家专门机关在办理重罪案件中违法；其次，从某种角度说，国家专门机关不遵守法律规定，对法秩序的破坏，更甚于严重犯罪对法秩序的破坏；其三，重罪案件的侦办过程到处理结果，对犯罪嫌疑人、被告人的权利影响均严重于一般案件，诉讼活动及刑罚处罚的正当性更需要正当程序来担保；其四，我国司法实践层面，最高司法机关的立场也反对程序性制裁与严重犯罪权衡，这体现两个证据规定中，《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》的执行标准与排除范围严于《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，表明最高司法机关看来，越是重罪案件，程序性制裁就应越为严格而不是更为放松。

3.辐射效力及其范围。

要使程序性制裁具有惩戒违法的功能，当然要承认其的辐射效力。仅认定违法逮捕行为无效，但不承认辐射效力，不使对违法逮捕的制裁效果传导到其他诉讼行为及实体裁判上，不可能发挥程序性制裁惩戒违法的功能。当前，程序性制裁的法网并不严密，诸多与程序违法相关联的证据类型、诉讼行为并不在程序性制裁相关规则的范围内。要严密法网，就必须使非法证据排除的范围能够及于一切证据类型，使行为无效规则的影响及于一切诉讼阶段的一切程序违法行为。基于此，我们需要重新解释刑事诉讼法第56条第一款及第238条的意涵。

（1）第56条第一款：物证的扩大解释。

刑事诉讼法第56条第一款规定，收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。该条中“物证”物证应作扩大解释，其实际含义应为实物证据。原因在于：第一，非法证据排除规则的目的是制裁取证违法行为，而非个别类型证据的取证违法行为。因为制裁违法行为会使侦查、控诉、审判机关行为时寻找违法方式的理性替代方式活动，如果仅制裁部分类型证据的违法取证方式，那么针对不受制裁的证据类型进行违法取证，便会成为原来违法取证的替代方式，这将使规范的目的落空。第二，规范的前半段，列举了供述、陈述、证言均属言词证据类型，后半段与之相对应的自应是实物证据类型，在此语境下，物证不应按证据法定分类的专用规范概念解释，而应解释为一般概念。物证其广义概念就包括实物证据的意涵，将物证概念解释为实物证据并无不妥。或曰，犯罪嫌疑人、被告人供述、被害人陈述和证人证言都是规范概念，与一般概念对应似有不妥。应知证人证言也非规范概念，因为其中当然地包含鉴定意见，超出了规范概念的范畴，是故供述、陈述和证言也应理解为一般概念。这样正反比照，便可明确物证、书证的实际含义为实物证据。第三，司法解释的规定也支持这样的解释结论。在《两个证据规定》中，勘验、检查、搜查、提取、制作视听资料等行为不符合法律的程序规定，都可能导致取得的证据不能作为定案依据。

（2）第238条：行为无效范围延展至各个诉讼阶段。

刑事诉讼法第238条所列举的五种类型的程序违法中，“其他违反法律规定的诉讼程序”的内容，至少包括违反刑事诉讼法基本原则中保护公民权利的行为，以及违反宪法中关于保障公民人身自由、人格尊严、住宅、通信不受侵犯权利的行为。“其他违反法律规定的诉讼程序”不仅能够发生在审判阶段，也能够发生在刑事诉讼的各个阶段。无论在哪个诉讼阶段，这些行为一旦发生，如果不及时阻断它们的效力，这些违法行为的效力就会不断向后面的诉讼阶段蔓延，直至导致裁判无效。程序必须具有良好的闭合性，[[53]](#footnote-52)防止违法行为的效力蔓延，如果“各程序环节对上一环节及本环节的程序违法不及时给予否定性评价，就会承担下一环节对其作出的否定性评价的后果。”[[54]](#footnote-53)对违法行为发现、纠正越及时，程序的闭合性就越强，违法行为导致“裁判无效”或“程序瘫痪”的可能性就越小。因此，虽然刑事诉讼法第238条是针对第一审的规定，但由于刑事诉讼程序的内在一致性，违法逮捕等“其他违反法律规定的诉讼程序”足以导致任何阶段的诉讼行为无效。

（3）违法逮捕程序制裁中辐射效力的例外。

在违法逮捕场合，对于损及宪法保护的人身自由、人格尊严等基础性价值的程序违法行为，程序性制裁应具有惩罚导向。如果例外情形太过容易成立，必然导致惩罚效果不彰；但违法逮捕期间取得的一切证据都被排除，范围又太过宽泛。因此有必要对取证行为进行二分：一类是与犯罪嫌疑人、被告人人身性权利有密切关系的取证行为，如讯问、搜查等；另一类是与其人身性权利无密切关系的取证行为，如询问证人、被害人、勘验现场等。程序性制裁重点惩戒的是侵害公民基本权利的行为，在违法逮捕情形下，前一类行为更容易因犯罪嫌疑人、被告人被羁押而使其权利受到更为直接、严重的侵害，如果承认例外情形，会使程序性制裁的目的落空。所以，第一类取证行为获取的证据，原则上不应承认例外情形；进行第二类取证行为获得的证据，可以承认例外情形。需要注意的是，仅以取证为目的进行的逮捕，由于目的本身不适当，在此期间取得的证据均应排除，因而不受此限制。

### 四、结 论

要保证逮捕正当地实施，必须确证与之保障公民自由与权利的程序法规范有效，这就需要对违法逮捕进行制裁。制裁违法逮捕根本性手段是规范内部的程序性制裁。

就确定正当逮捕的程序法规范而言，程序性制裁是规范的法律后果要素，是构成规范的必要组成部分。这意味着在特定条件下实施的特定行为一旦被评价为违法逮捕，只要规范有效，程序性制裁必然启动。对于法律后果的预期，驱使规范接受者——既包括国家也包括一般公民，依据规范对其行为作出安排，反过来确证了规范的有效。基于规范信赖，规范与接受者能够形成良性的互动。树立规范信赖的关键在于违法逮捕与程序性制裁在逻辑上具有引起与被引起的必然关联。在这一关联性无法建立的时候，程序性制裁便无法发挥其惩戒程序违法、保障公民基本权利的功能，实现保护规范信赖的目的更无从谈起。因此，需要严密法网、完善程序，使程序性制裁覆盖诉讼的每个阶段，无效规则针对一切诉讼行为，证据排除范围及于所有证据类型，以此建立行为违反规范与招致法律后果间的必然逻辑关联，使程序性制裁作为程序法规范法律后果的功能得以充分发挥。

但是，重构的程序性制裁制度仅能规制形式的违法逮捕，尚无法完全实现保护规范信赖的目的。对于逮捕目的相违背的、实质的违法逮捕，须在程序性制裁中引入合宪性的价值判断。行为主体有义务保证基于具体规范实施的行为不与宪法价值相冲突，司法者有义务在具体诉讼行为与宪法价值相违背时得出合乎宪法价值的解释结论。通过宪法价值排除与其价值相冲突的具体程序法规范的适用。结合了合宪性调控的程序性制裁，能从根本上解决程序法规范缺乏信赖保护的问题，因而能为有效治理违法逮捕提供可行的方案。

1. \* 广东省佛山市顺德区人民检察院检察官，清华大学法学硕士。 [↑](#footnote-ref-0)
2. 【英】丹宁勋爵：《法律的正当程序》，李克强等译，法律出版社1999年版，第109页。 [↑](#footnote-ref-1)
3. 同上注。 [↑](#footnote-ref-2)
4. 【美】E·博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2010年版，第114页。 [↑](#footnote-ref-3)
5. 【美】罗斯科·庞德：《法理学（第一卷）》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，521页。 [↑](#footnote-ref-4)
6. 参见林钰雄：《刑事诉讼法》（第7版），元照出版社2015年，第363页。 [↑](#footnote-ref-5)
7. 参见【德】克劳思·罗克辛：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第285页；林钰雄：《刑事诉讼法》（第7版），元照出版社2015 年，第373-374页。 [↑](#footnote-ref-6)
8. 参见陈永生：《逮捕的中国问题与制度应对——以2012年刑事诉讼法对逮捕制度的修改为中心》，载《政法论坛》2013年第4期，第24页。 [↑](#footnote-ref-7)
9. 参见张明楷：《责任刑与预防刑》，北京大学出版社2015年版，第44页。 [↑](#footnote-ref-8)
10. 同上，第127页。 [↑](#footnote-ref-9)
11. 参见王贞会、茹艳红：《羁押目的及其关联命题之辨》，载《山东警察学院学报》2011年第6期，第44页。 [↑](#footnote-ref-10)
12. 林钰雄：《刑事诉讼法》（第7版），元照出版社2015年第7版，第374页。 [↑](#footnote-ref-11)
13. 参见张建伟：《刑事诉讼法通义》（第2版），北京大学出版社2016年，第356-357页。 [↑](#footnote-ref-12)
14. 陈永生：《逮捕的中国问题与制度应对——以2012年刑事诉讼法对逮捕制度的修改为中心》，载《政法论坛》2013年第4期，第32页。 [↑](#footnote-ref-13)
15. 林钰雄：《刑事诉讼法》（第7版），元照出版社2015年，第98页。 [↑](#footnote-ref-14)
16. 同上，第367页。 [↑](#footnote-ref-15)
17. 同上注。 [↑](#footnote-ref-16)
18. 参见张建伟：《论检察》，中国检察出版社2014年版，第44-46页。 [↑](#footnote-ref-17)
19. 同上，34-42页。 [↑](#footnote-ref-18)
20. 关于诉讼阶段论的相关内容参见张建伟：《审判中心主义的实质内涵与实现途径》，载《中外法学》2015年第4期，第865-867页。 [↑](#footnote-ref-19)
21. 参见张建伟：《司法金字塔：法院统属结构及其调整》，载《中国法律评论》2017年第6期，第23-31页。 [↑](#footnote-ref-20)
22. 参见张建伟：《刑事诉讼法通义》（第2版），北京大学出版社2016年，第372页。 [↑](#footnote-ref-21)
23. 同上注。 [↑](#footnote-ref-22)
24. 参见林钰雄：《刑事诉讼法》（第7版），元照出版社2015年，第314页。 [↑](#footnote-ref-23)
25. 参见【德】哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第238-239页。 [↑](#footnote-ref-24)
26. 参见张建伟：《刑事诉讼法通义》（第2版），北京大学出版社2016年，第358-359页。 [↑](#footnote-ref-25)
27. 参见《欧洲保护人权和基本自由公约（ECHR）》，转引自陈卫东主编：《遏制酷刑的三重路径：程序制裁、羁押场所的预防和警察讯问技能的提升》，中国法制出版社2012年版，第379页。 [↑](#footnote-ref-26)
28. 近年来，一些人大代表呼吁，将看守所移交司法行政机关管理。参见《看守所移交司法行政机关、提高证人出庭率、取消二审书面审等 今年两会代表委员修改刑法建议（全）》，载<https://mp.weixin.qq.com/s/OI7nmWQ3zOho2jpShjytgQ>，访问日期2019年3月9日。 [↑](#footnote-ref-27)
29. 参见【加】大卫·戴岑豪斯：《合法性与正当性——魏玛时代的施米特、凯尔森与海勒》，刘毅译，商务印书馆2013年版，第120-121页。 [↑](#footnote-ref-28)
30. 【德】卡尔·施米特：《合法性与正当性》，冯克利等译，世纪出版集团、上海人民出版社2015年版，第102页。 [↑](#footnote-ref-29)
31. 周濂：《正当性与合法性之辨——评戴岑豪斯<合法性与正当性>》，载《读书》2014年第5期，第46页。 [↑](#footnote-ref-30)
32. 【加】大卫·戴岑豪斯：《合法性与正当性——魏玛时代的施米特、凯尔森与海勒》，刘毅译，商务印书馆2013年版，第112页。 [↑](#footnote-ref-31)
33. 同上，第257页。 [↑](#footnote-ref-32)
34. 同上，第121页。 [↑](#footnote-ref-33)
35. 参见【德】弗兰茨·冯·李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第201页。 [↑](#footnote-ref-34)
36. 参见何家弘：《亡者归来——刑事司法十大误区》，北京大学出版社2014年版，第155-156页；陈瑞华：《未决羁押制度的理论反思》，载《法学研究》2002年第5期，第60-83页；陈永生：《我国未决羁押的问题及其成因与对策》，载《中国刑事法杂志》2003年第4期，第78-72页；万毅、成凯：《非法羁押、超期羁押的程序规制》，载《云南大学学报》2004年第2期，第96-100页；秦蜻：《隐性超期羁押的表现形式、成因及遏制对策》，载《西南政法大学学报》2011年第3期，第93-99页等。 [↑](#footnote-ref-35)
37. 例如，有论认为问题成因是诉讼机制不完善，当前逮捕制度导致逮捕权的滥用，过多人被逮捕。后转以论证逮捕诉讼化作为解决方案，认为应当降低逮捕标准，并以预期可予定罪为标准。但从事实清楚，证据确实、充分标准，降至预期可予定罪标准，会使得被逮捕的人数大幅提升，其解决方案不仅无法解决其提出的问题，反而会使问题更为严重。 [↑](#footnote-ref-36)
38. 公丕祥主编：《法理学》，复旦大学出版社2002年版，第469页。 [↑](#footnote-ref-37)
39. 王敏远：《刑事司法理论实践与探讨》，中国政法大学出版社1999年版，第46页。 [↑](#footnote-ref-38)
40. 【美】鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，郑永流译，法律出版社2012年版，第35页。 [↑](#footnote-ref-39)
41. 【美】克雷格·布拉德利：《刑事诉讼革命的失败》，郑旭译，北京大学出版社2009年版，第16页。 [↑](#footnote-ref-40)
42. 张建伟：《刑事司法体制原理》，中国人民公安大学出版社2002年版，第92-103页。 [↑](#footnote-ref-41)
43. 参见舒国滢主编：《法理学导论》（第2版），北京大学出版社2012年，第101-104页。 [↑](#footnote-ref-42)
44. 【德】鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，郑永流译，法律出版社2012年版，第26页。 [↑](#footnote-ref-43)
45. 【日】田口守一：《刑事诉讼法》（第5版），张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社2010年，第95页。 [↑](#footnote-ref-44)
46. 王贞会、茹燕红：《羁押目的及其关联性命题之辨》，载《山东警察学院学报》2011年第6期，第43页。 [↑](#footnote-ref-45)
47. 同上注。 [↑](#footnote-ref-46)
48. 参见王贞会：《羁押替代性措施研究》，政大出版社2013年版，第40-41页。 [↑](#footnote-ref-47)
49. 张建伟：《非法证据缘何难以排除——基于刑事诉讼法再修改和相关司法解释的分析》，载《清华法学》2012年第3期，第63页。 [↑](#footnote-ref-48)
50. 参见劳东燕：《刑法中目的解释的方法论反思》，载《政法论坛》2014年第3期，第88页。 [↑](#footnote-ref-49)
51. 林喜芬：《“程序性制裁理论”的理论反思——以非法证据排除规则为分析焦点》，载《南京师大学报（社会科学版）》2010年第2期，第50页。 [↑](#footnote-ref-50)
52. 参见王兆鹏：《刑事诉讼讲义》，元照出版公司2006年版，第31页。 [↑](#footnote-ref-51)
53. 程序的闭合性指程序的进行遵循一定条件、方法、步骤和仪式，程序活动处于相对隔离于生活世界的因果链条中，程序系统相对独立，程序行为有始有终，程序链条紧凑，限制参与者恣意妄为的空间。参见马永平：《论程序自治的合目的性——<刑事审判参考>三个非法证据排除指导案例评析》，载《河南财经政法大学学报》2016年第5期，第74-75页。 [↑](#footnote-ref-52)
54. 马永平：《刑事程序性法律后果研究》[博士学位论文]，中国社会科学院刑事诉讼法学2017年，第33页。 [↑](#footnote-ref-53)