羁押必要性审查制度的实践探索

与完善建议

——以佛山市顺德区人民检察院办理羁押必要性审查案件为视角

课题组[[1]](#footnote-0)

摘要：2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》修改后确立羁押必要性审查制度。狭义上的羁押必要性审查制度是指犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，人民检察院应当对羁押的必要性进行审查。羁押必要性审查实际上是一种对逮捕适用程序时效缺陷的补充手段。因此首先要重视逮捕阶段的审查工作，之后的程序运转才能顺利，才能有足够的司法资源投入到羁押必要性审查中。本文以佛山市顺德区检察院办理的羁押必要性审查案件为例，分析羁押必要性审查制度在司法实践中的应用情况，当下羁押必要性审查侧重于书面、单方式的行政审查模式，应当对审查程序进行诉讼化改造，办案人员以司法听证审查方式通过当事人直接言词获得对社会危险性判断的心证，增强羁押必要性审查的参与度与透明度。

关键词：羁押必要性；逮捕；司法审查

一、羁押必要性审查程序的功能与定位

检察机关在我国刑事诉讼法中，对羁押措施的程序控制主要通过逮捕适用程序和羁押必要性审查程序这两个环节对刑事被追诉人的人身自由权进行保护。逮捕适用程序和羁押必要性审查程序可谓同源相生：都是对刑事被追诉人羁押状态的救济，都是旨在防范社会危险性的同时又能保障刑事被追诉人审前自由的状态。同时这两个程序环节都是源于刑事诉讼法第81条的规定，其对羁押适格与否的判断标准也是源自此条项。尽管在审查环节和制度功能上略有差异，但是因为其服务的对象以及在法律中的编排使得对一方的探讨离不开对另一方的剖析。为了更好地理解羁押必要性审查程序，我们也必须分析逮捕适用程序。对羁押必要性审查的认识不能脱离其他对羁押这项强制措施的程序控制的规定。所谓“不谋全局者，不足以谋一隅”，只有知道逮捕适用程序和羁押必要性审查分别扮演什么样的功能角色，才能理清两者之间的关系，并对羁押必要性审查在规制审前羁押的作用上有一个清晰的定位。羁押必要性审查程序与逮捕适用程序是一种联动的关系，逮捕程序适用的效果直接导致羁押必要性审查实操的面貌。正因为此间因果，笔者才试图通过将羁押必要性审查制度的考察纳入到一个更为宏观的版图中以求获得羁押必要性审查制度的原貌。

（一）功能定位

在我国，逮捕一般都是在羁押的意义上使用。逮捕也是刑事强制措施中最严厉的一项，是对刑事被追诉人最严厉的人身自由的限制。属于刑事诉讼程序“抓—押—审”中的“押”的环节。[[2]](#footnote-1)与“拘留、拘传”等抓捕、截停、带到措施不同，逮捕措施的功能是为了保障刑事诉讼的正常进行（一般性羁押），保障被追诉人在审判当日能够出席审判；同时，也对一些具有社会危险性的人犯进行控制（预防性羁押）。值得注意的是，羁押并不是对犯罪嫌疑人的惩罚，也不是刑罚的预支，尽管在实际效果上审前羁押的状态构成了与刑罚执行相同的效果。这种对羁押措施功能的定位是无罪推定的必然结果。在由中立的司法机构根据确实充分的证据将有罪的事实证明到排除合理怀疑的程度以前，任何人在法律上都是无罪的。这是无罪推定原则的应有之义。无罪推定是一种法律推定，是对刑事被追诉人法律地位的假定，不代表被追诉人在事实上或者经验上无罪。[[3]](#footnote-2)因为被追诉人无罪推定的法律地位，羁押的功能定位就仅仅在于保障刑事诉讼程序的顺利进行，而不存在惩罚、报应、感化教育等功能。

（二）位阶关系

如前所述，逮捕是属于刑事诉讼程序“抓—押—审”环节中“押”的环节。与逮捕同处于“押”环节的刑事强制措施还有取保候审与监视居住。但在适用上，它们之间有无先后顺序？在实务上，审前羁押率居高不下，“以羁押为原则，不羁押为例外”成为了实务部门通常的做法。乍一看，似乎羁押在适用上具有天然的优先性。但是这是否有法律根据，是否符合刑事诉讼法的精神？笔者认为，刑事诉讼法尽管没有直接规定三者之间的优先级，但是通过对法条的解释是可以看出立法者的真正用意。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第81条规定，“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，采取取保候审尚不足以防止发生下列社会危险性的，应当予以逮捕”中明确提到只有对采取取保候审“尚不足以防止发生社会危险性的”才适用逮捕措施。立法者用意很明显，取保候审是应当优先适用的强制措施，若取保候审不足以防止社会危险性的发生，才考虑逮捕。可以说，逮捕是一种不得已而为之的最后手段。因此在适用的优先级上，立法者似乎已经给出了答案。同时，从法条安排的顺序上看，《中华人民共和国刑事诉讼法》“强制措施”一章中，也是先规定了取保候审的情形、再规定监视居住，最后才规定逮捕。从体系上看，取保候审、监视居住在适用顺序上也应该优于逮捕。《中华人民共和国刑事诉讼法》的规定和法理解释为检察官在可以不逮捕的情形下适用取保候审或者监视居住提供了规范性支持。

二、羁押必要性审查的制度认识

2012年刑事诉讼法第93条第一次规定了羁押必要性审查制度，赋予人民检察院对未决羁押必要性进行法律监督的权力。[[4]](#footnote-3)羁押必要性审查可以分为职权型审查和监督型审查。职权型审查是广义概念的羁押必要性审查，包括检察机关审查逮捕、审查起诉时的逮捕羁押必要性审查及捕后羁押必要性审查。[[5]](#footnote-4)狭义概念的羁押必要性审查，是2012年刑诉法第93条规定的捕后羁押必要性审查，表现为检察机关向公安机关或者法院建议变更羁押措施。最新修正的刑事诉讼法延用了2012年刑事诉讼法关于羁押必要性审查的规定。[[6]](#footnote-5)另外，《人民检察院刑事诉讼规则》就羁押必要性审查主体、审查内容、处理方式等问题也做了进一步的界定。[[7]](#footnote-6)乍一看，羁押必要性审查与审查批准逮捕程序十分相似：都是以检察院作为审查主体，同时也是以“是否必要羁押”作为审查的内容，就连在对羁押与否的判断上，羁押必要性审查适用的标准也是逮捕程序的判断标准。[[8]](#footnote-7)因此羁押必要性审查很像是逮捕适用的续审或者复审。尽管有种种的相似性，但是这两项程序并不能混同。尽管在价值上，羁押必要性审查和审查批捕都是以保障刑事诉讼的顺利进行以及防范社会危险为取向，羁押必要性审查和审查批捕却发挥着不同的功能。

（一）逮捕适用控制的补充措施

尽管羁押必要性审查和逮捕适用的条件相似，但是羁押必要性审查程序并不能替代逮捕适用的程序。羁押必要性审查程序对逮捕适用程序不是替代或者事后补救的作用，而是一种对逮捕适用程序时效缺陷的补充手段而已。对刑事被追诉人审前人身自由的保障，对未决羁押的合理适用主要还是通过逮捕适用程序实现。

我国刑事诉讼法制定了比较完善的逮捕适用程序，对未决羁押措施的适用进行了严格的程序控制。刑事诉讼法第80条规定，逮捕只能由检察院和法院批准和决定，由公安机关执行。此条项严格控制了逮捕措施的批准、决定以及执行权，将逮捕这种最严厉的刑事强制措施的决定权赋予具有司法性质的机关，同时将决定权和执行权分离，防止逮捕权被滥用，加强了三机关的制衡。[[9]](#footnote-8)刑事诉讼法第81条是对逮捕理由的法律规定，从证据要件、刑期门槛、社会危险性这三个要素严格了适用逮捕的理由，这些法定理由也符合上文对逮捕功能定位的价值分析。[[10]](#footnote-9)除此之外，刑事诉讼法对逮捕程序也适当地进行了准诉讼化改造，规定了在审查批捕阶段可以和应当讯问犯罪嫌疑人、听取辩护律师意见的情形以及检察院在需要时可以询问证人等诉讼参与人。[[11]](#footnote-10)这些规定无疑强化了犯罪嫌疑人的程序辩护权。另外，刑事诉讼法也体现了在适用逮捕后的谨慎态度。刑事诉讼法94条规定了在逮捕后24小时内应当讯问犯罪嫌疑人，属于适用逮捕后的第一道纠错程序。[[12]](#footnote-11)刑事诉讼法96条规定了三机关在各自负责的诉讼阶段内对于逮捕不当的应当释放或者变更强制措施。[[13]](#footnote-12)刑事诉讼法97条还赋予了犯罪嫌疑人方申请变更强制措施的申请权。[[14]](#footnote-13)对于羁押期限届满的，三机关应当释放或者变更强制措施，犯罪嫌疑人方也有要求释放或者变更的权利。[[15]](#footnote-14)最后，刑事诉讼法严格控制逮捕期限，《中华人民共和国刑事诉讼法》第156条、第158条、第159条要求侦查阶段对犯罪嫌疑人逮捕后的羁押期限通常不得超过二个月。特定情况下，需要延长羁押期限的，还应区分不同情况报经上级人民检察院批准。[[16]](#footnote-15)

规范上看，我国刑事诉讼法关于适用逮捕措施的规定十分完善，如果司法部门能够严格适用逮捕程序，未决羁押率畸高的现状将大大缓和。为什么在有如此完善的逮捕适用程序的规范下，还需要有羁押必要性审查？这是因为逮捕适用程序仅仅溯及审查逮捕阶段以前的事实，在这个时间节点之后，犯罪嫌疑人原本适用逮捕的条件可能发生变化，此时继续适用逮捕不再合适。易言之，批捕阶段对羁押必要性的判断是一个静态的判断，是一个时间节点的判断，羁押必要性审查就是为了克服批捕程序这种时效上的局限性，对犯罪嫌疑人的羁押状态赋予持续的关注，从对批捕阶段“不变”的条件的关注转向捕后“变化”的条件的关注。因此，在对未决羁押的规制上，羁押必要性审查仅仅只是对逮捕程序的补充。另外，从法条的安排上看，如前所述刑事诉讼法对逮捕程序的规制最为详细具体，羁押必要性审查仅仅出现在95条的规定中，仅作为逮捕程序众多规范中的一条。除此之外，从规范的内容看，刑事诉讼法第95条赋予检察院的是对羁押必要性的法律监督权，而不是决定权。检察院认为公安机关或者法院羁押措施不当的，只能提醒有关机关纠正错误，并不能越俎代庖替其决定。法律监督权是一种软性权力，只能起到启动相关机关的自我审查程序，相关机关是否作出释放或者变更强制措施的决定，由其自身职权作出决定，主要是依据刑事诉讼法第96条赋予的主动变更不适当强制措施或者释放刑事被追诉人的职权，是否行使这项权力完全属于各机关自我的决定。同理，检察院在审查起诉阶段改变逮捕的决定也不是通过95条，因为检察建议的对象不可能是自己，而是依据刑事诉讼法96条，通过行使法律职权形成释放或者变更的决定。[[17]](#footnote-16)因此，基于法律监督权的效力，真正对规范未决羁押起作用的是各机关在各自诉讼阶段改变羁押措施的决定权。检察院对于羁押的有效控制只能是通过逮捕适用程序。综上，逮捕适用程序是规范未决羁押的主要程序，羁押必要性审查只是起到对克服逮捕适用程序时效局限性的补充手段。如果没能严格执行法律对逮捕程序的规定，试图靠事后启动羁押必要性审查以补救因未能好好适用逮捕程序所导致的高企羁押率问题往往只会本末倒置。羁押必要性审查既不是逮捕程序的替代手段也不是虚置逮捕程序后的补救手段。适用好逮捕程序以解决未决羁押率高的问题，才是法律的精神所在。

（二）审查内容：三要件的理解与重心

刑事诉讼法第81条是对逮捕理由的法律规定，从证据要件、刑期门槛、社会危险性这三个要素严格了适用逮捕的理由。在刑期要件上，刑事诉讼法第81条划了一条比较低的标准，即规定只要判处有期徒刑10年以下刑罚的，都不是必须逮捕的案件。立法之所以如此规定就是要赋予检察官在适用逮捕替代措施时有更高的自由裁量权。这是因为虽然根据罪责刑相适用原则，刑罚的严厉性能代表责任的重大性。然而，责任越重不一定意味着刑事被追诉人人身危险性以及妨碍刑事诉讼进行的可能性越高。而只有后者才是是否羁押应该主要考量的因素。然而在实践中，因为缓刑的适用条件为三年以下有期徒刑或者拘役，且刑法条文设置量刑档次在三年以上的犯罪情节较为严重，考虑到诉讼程序中羁押措施的延续性，检察机关对可能判处有期徒刑3年以下的犯罪才会被纳入羁押必要性审查的范围。近年来因落实对民营企业司法保护的刑事政策，对涉民营企业负责人涉经营类犯罪可能判处十年以下有期徒刑纳入取保候审范围。另外，刑事诉讼法第81条规定了应当逮捕的条件，均是对行为人社会危险性的判断，在案件审查中由于缺乏规范的证明体系及自成系统的社会危险性证据来源，除了《人民检察院刑事诉讼规则》、《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》及其指导意见所提供的参照项外，检察官只能在其供述或者其他案件言词证据、书证等表现出来的信息进行自由裁量，而检察官自由裁量权的行使容易受到司法责任制、取保候审配套措施不到位等一系列因素的羁绊，如果决定或者建议适用非羁押措施，取保候审等非羁押配套措施没有执行到位，容易出现行为人“毁灭、伪造证据”、”干扰证人作证或者串供”、“对被害人、举报人、控告人实施打击报复”、“自杀或者逃跑”等结果，这一方面不利于刑事诉讼正常进行，另一方面检察官承担错案追究及司法责任倒查的后果。导致非逮捕措施的适用仍然较为谨慎，这无疑大大拔高了刑期要件的门槛，使得审查范围进一步限缩。

由于上述原因，对社会危险性要件的判断需要在证据要件和刑期要件之后，才开始审查社会危险性等逮捕要件。然而，在下文将会提到，实践中，对于可能判处三年以下有期徒刑的刑事被追诉人，同时具有认罪认罚、赔偿被害方等能体现悔罪的情节后，检察官才敢于考虑不逮捕或者捕后变更强制措施，导致容易忽视在判断社会危险性的过程中应该综合考虑的具体情形。社会危险性的判断是对刑事被追诉人的性格、脾性和品质的判断，这应该是一个逐案分析的审查方式，而不是僵硬地适用法条和套用一些可视化的标准。

羁押必要性审查的判断标准也源于此条项。在实践中对羁押必要性的判断，这三个要件是如何分别发挥作用的呢？实践中对逮捕的证明标准的要求仍然停留在旧刑事诉讼法的观念中，即要求逮捕阶段的证明标准就应该达到定罪阶段的证明标准。这么高的证明标准也是源于长期以来奉行的“捕得准、诉得出、定得住”的司法惯性。[[18]](#footnote-17)这并不是说检察机关不会就证据要件进行判断，证据要件是犯罪羁押事实的要求，是构成羁押理由的基础。[[19]](#footnote-18)在审查批捕阶段的工作重心放在审查证据是确实充分上，而不仅仅是刑事诉讼法81条规定的有证据证明有犯罪事实且有社会危险性，笔者认为，逮捕的事实证据要件应该指的是犯罪嫌疑而不是指犯罪事实清楚、证据确实充分。在审查逮捕阶段，不宜对逮捕的证明标准提高，如果逮捕阶段证据已经基本收集且固定，那么在后续的程序中较难有犯罪证据上的变化。逮捕阶段过高的证明标准会将证据要件的重要性无限放大，不利于对其他两个要件的审查，也容易助长“够罪即捕”的不良作风。另一方面，由于公安机关等侦查机关对收集社会危险性的证据不重视，到羁押必要性审查环节，审查所依赖的证据主要还是现有的证明有犯罪事实的证据体系，或者是逮捕后出现当事人双方达成赔偿谅解、退赃退赔等新的证据，审查尚未实现对犯罪嫌疑人自身成长经历、犯罪动机、犯罪心理、家庭情况、悔罪表现、再犯可能等评估体系，赖以羁押必要性审查判断的证据较为单薄。

三、羁押必要性审查的实施现状

（一）数据分析

2019年，顺德区检察院办理的羁押必要性案件共计506人，其中依据职权123人，依申请383人，提出变更强制措施建议共217人，采纳变更强制措施建议共181人），采纳率35.8%；2020年，顺德区检察院办理的羁押必要性案件共计400人，其中依据职权78人，依申请322人，变更或者建议变更强制措施件103人，采纳率25.8%；2021年1月至7月，顺德区检察院办理的羁押必要性案件共计313人，其中依据职权151人，依申请162人，变更或者建议变更强制措施127人，采纳率40.6%。这些案件有如下特点：

1.从受理数量来看，羁押必要性审查的案件数量呈现出上升的趋势。从数据上看，该院2020年办理的羁押必要性审查案件占到执行逮捕人数比例的9.71%。2021年第一季度，这个数据更占到逮捕人数的24.7%。由此可见，羁押必要性审查的案件范围呈现出上升的趋势。2021年办理羁押必要性案件占比的大幅提升，一方面是贯彻落实高检院和省检察院部署要求，全面落实“少捕慎诉慎押”司法理念，降低审前羁押率的必然结果；另一方面也反映了顺德区院在办理羁押必要性案件上投入较多的司法资源，让更多的处于羁押状态的犯罪嫌疑人可以获得救济的机会。2021年7月1日，最高人民检察院在全国检察机关组织开展为期六个月的羁押必要性审查专项行动以来，顺德区院对全部办理的案件进行梳理排查，进一步严格控制逮捕条件，对可捕可不捕的不捕，对可延可不延的不延、不符合重新计算侦查羁押期限条件的依法提出纠正意见，推动社会危险性条件审查的实质化和审查延押、重计备案审查程序的实质化。

表1 2019至2021年1至7月羁押必要性审查类型分析

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 时间  人数  类型 | 依职权 | | | | 依申请 | | | |
| 小计 | 侦查阶段 | 审查起诉阶段 | 审判阶段 | 小计 | 侦查阶段 | 审查起诉阶段 | 审判阶段 |
| 2019年 | 123 | 54 | 68 | 1 | 383 | 229 | 149 | 5 |
| 2020年 | 78 | 5 | 73 | 0 | 322 | 225 | 89 | 8 |
| 2021年1至7月 | 151 | 91 | 52 | 8 | 162 | 142 | 16 | 4 |

但是我们也要意识到办理羁押必要性案件比率不是越高越好，案件越多意味着司法资源的投入也就越多。保证犯罪嫌疑人的自由权，确保羁押措施的合理性一直是检察院肩负的使命，审前羁押的自由原则也是体现司法文明的核心要义，然而就未决羁押的规制，首先由逮捕适用程序来控制，如前所述，羁押必要性审查制度仅仅起到对逮捕适用程序的补充作用。真正贯彻“少捕慎押”的司法理念首先把好逮捕适用的关口，然后适用动态的羁押必要性审查制度来弥补及补充。

2.从受理阶段来看，受理侦查阶段羁押必要性审查案件占比较高。办理羁押必要性审查程序前移较为明显。从办理案件的阶段看，侦查阶段的案件占比较高，2019年侦查阶段羁押必要性案件占羁押必要性审查案件总数的55.9%；2020年，侦查阶段羁押必要性案件占案件总数的59%；2021年1月至7月，侦查阶段办理的羁押必要性审查案件占比为74.4%。但是，自2020年以来，审判阶段的羁押必要性案件仅有5件，占比不到1.9%。

数据上体现出侦查阶段羁押必要性审查的案件比重较高，另外依当事人申请启动审查案件比重较大。2020年依当事人申请启动审理的占比80.5%。究其原因，一方面是羁押必要性审查程序前移，以便及时对羁押状态进行审查，发现不适宜继续羁押或者不必要羁押的情况及时进行处理。另外一方面是因为侦查保密原则，当事人一方很难在侦查阶段了解案件的调查情况。根据刑事诉讼法，辩护律师只能在审查起诉阶段查阅、摘抄、复制案卷材料，在侦查阶段只能了解案情。而羁押必要性审查的申请需要知悉检察院适用逮捕时的理由，即逮捕的证据要件、刑罚要件和社会危险性要件，并针对相应的理由进行申辩和说明。侦查阶段将当事人方被排除在案件调查之外，因为信息的缺失，当事人方申请羁押必要性审查更多只是一种碰一碰运气的尝试——法律赋予了当事人方以申请必要性审查的权利，当事人方多以刑事和解、犯罪情节轻微等理由申请羁押必要性审查。所以在侦查阶段信息不对称的情况下，依申请审查较为容易被当事人在逮捕后提出，客观上能够起到提醒检察部门依职权审查的效果。

3.从变更强制措施的比率来看，羁押必要性审查案件呈现上升趋势。侦查阶段变更强制措施的比率在2021年1月至7月之间占比73.9%，相比2020年的39%，采纳率大有提升；审查起诉阶段变更强制措施的比率较为平稳，2021年1月至7月之间审查起诉阶段强制措施的变更率为24.3%，这个数据在2020年全年是29.9%。由于在审查起诉阶段当事人提出取保候审等变更强制措施的申请没有计入羁押必要性审查案件范围，也容易使羁押必要性审查与审查起诉阶段对羁押的程序性控制相混淆，弱化羁押必要性审查的制度意义。

4.从案件审查方式上看，羁押必要性审查主要以非公开审查为主。2020年以来顺德区院办理的羁押必要性审查案件，仅有3个案件以公开审查的方式办结，占比1.2%。从审查方式上看，羁押必要性审查行政化趋势明显、司法性不足，公开听证审查案件较少。

（二）司法实践中存在的困难和问题

1.司法理念有待转变

首先，羁押必要性审查是为了贯彻“少捕慎押”的司法理念，解决羁押率畸高的现实难题，实现对刑事被追诉人人身自由权的保障。易言之，羁押必要性审查的初衷在于人权保障，为的是平衡我们国家过去片面追求控制犯罪的价值追求。羁押必要性审查要求在所有刑事强制措措施中将逮捕作为最后的手段，同时要求公权力行使时“手段”和“目的“之间的平衡。[[20]](#footnote-19)这就要求公安司法机关在刑事诉讼中在多个手段能够实现目的的情况下，应当优先适用对被追诉者权益减损最小的手段。例如，《德国刑事诉讼法》第112条第1款规定，如果与案件的重大程度以及预期判处的刑罚、矫正及保安处分不合比例的，则不允许命令审前羁押。[[21]](#footnote-20)但实践中司法理念有待于进一步完善，这主要体现在以下几个方面：其一，由于担心影响诉讼进行，或者被害人不理解导致信访案件的发生，对羁押必要性审查案件作出不予立案受理或者驳回的决定；其二，一些符合羁押必要性审查立案条件的当事人因不知情该项制度而没有向检察机关提出申请；其三，由于影响羁押因素的证据没有能够实现公、检、法信息共享，案情变化只有诉讼阶段办案人员才掌握，检察官难以了解变化情况，而错过依职权主动审查的时机。

2.裁量权的规避

由于实践中审查标准尚不完善，导致对具体的社会危险性判断则规避裁量权的运用。审查标准不完善主要体现在：一是外地户籍与本地户籍的区别对待。为了方便取保候审措施执行，而对本地户籍人员趋向于适用非羁押措施；二是案件信息共享不畅，影响检察机关及时主动审查羁押必要性；三是取证不规范，办案机关取证时忽视被羁押人员主观恶性、身体状况、社会危险性的取证，对犯罪嫌疑人或被告人案发前的一贯表现、有无固定收入和住处、认罪态度、被害人态度等证据调取，导致审查形式化。

《人民检察院刑事诉讼规则》第579、580条对在哪些情况下可以建议变更羁押性强制措施或者释放作了相对具体的罗列。[[22]](#footnote-21)从列举的这几项条件来看，除因立法技术而设置的兜底条款，以及羁押期限届满和刑期与羁押期限的平衡被列入应予考虑的范畴，其余条件几乎与《中华人民共和国刑事诉讼法》第81条所规定的逮捕条件形成了一一对应的关系，即羁押必要性的审查应当重点考虑证据要件、罪行要件、社会危险性要件在羁押过程中发生变化的情形。[[23]](#footnote-22)但因存在上述审查难题，涉及检察官的裁量权以决定审查案件范围的时候，趋向于选择某一类型的案件来做羁押必要性审查，而忽视了其他类型的案件。这里面可能有政策导向的原因，也可能是因为办案资源有限的无奈之举，更有可能是一种风险更小的策略性选择。[[24]](#footnote-23)但无论如何，根据刑事诉讼法第95条第规定，刑诉法没有限定羁押必要性审查案件审理的范围。从依职权审理案件的类型上看，限制案件办理的范围并有针对性地提起羁押必要性审查，这并非刑事诉讼法的原意。

另一方面，由于司法责任制的问责，以及因为取保候审等羁押替代性措施配套不健全，和被害人申诉控告的压力，检察官在对具体案件羁押必要性审查时往往倾向规避裁量权的行使，尤其是对“社会危险性小”这种没有一套客观标准的判断要素避之不及。对“社会危险性小”的判断往往让位于对证据要件和罪行要件的判断。是对社会危险性的判断，是一种纯粹主观的判断，主要依赖于办案人员的经验和对人性的洞察。主观的标准是不能审查的，对于同一个事件不同的人会产生不一样的看法。对于这种需要依靠办案人员主观能动性来决断案件的情形，主要依靠办案人员的职业伦理和良心，这也是司法裁量权的应有之义。由于侦查机关较少收集羁押必要性的证据材料，刑事诉讼法一方面赋予办案人员一定的司法裁量权，要求其判断羁押必要与否；另一方面客观证据的缺失，导致办案人员害怕滥用司法裁量权，又因防止其主观臆断而设置严格的司法责任追究。这种处境无疑是两难的，是一种既被信任又不被信任的境地。正是因为这种进退不得，办案人员在面临“社会危险性”判断时往往倾向于规避裁量权的行使而采取最为保守的方式寻求自保。在对社会危险性的判断上更愿意去依赖一些格式化的标准，比如是否认罪认罚、是否赔偿并且取得谅解、是否初犯等可视化标准。而这些标准都是《人民检察院刑事诉讼规则》第580条项下的罗列，从制度本身的定位看，这样的结局是有违法律初衷的。

三、羁押必要性审查的前进方向

（一）明确羁押必要性审查的功能及定位

羁押必要性审查程序和逮捕适用程序都是源起刑事诉讼法第81条的规定，其判断是否适用或者继续适用羁押措施标准也都是由81条所规定。然而，尽管这两项程序有种种相近之处，却不可相提并论甚至相互混淆。虽然逮捕程序和羁押必要性审查程序都是为了保障适用羁押措施的合理性所设置的程序控制，但是二者在实现这一目标上却有主次之分。逮捕适用程序是刑事被追诉人羁押的状态第一次受到审查的关口，是对刑事被追诉人人身自由权最及时和最全面的保障。如前述，刑事诉讼法对逮捕程序的规定十分完善，而且条目繁多，对刑事被追诉人的人身自由权的重视可见一斑。因此，在逮捕阶段，刑事被追诉人人身自由是最有可能得到保障的阶段。如前所述，羁押必要性审查只是逮捕程序的补充而已，其主要是解决逮捕程序的时效局限性问题，将对刑事被追诉人的羁押状态的审查从“点”的把关延伸到“线”的持续关注。羁押必要性审查主要是通过刑事被追诉人的悔罪情节进行量化处理，在符合“情节轻微”、“认罪认罚”、“赔偿谅解”的情况下才考虑改变羁押措施。而对这些符合要求的案件进行羁押必要性审查并改变羁押措施只能是隔靴搔痒，对于逮捕羁押的程序控制所要实现的目标相距甚远。因为在这些符合条件的案件中，其实早在逮捕程序就可以不羁押，因为不能说只要认罪认罚了或者赔偿了就不具有社会危险性了，社会危险性是对一个人品行、脾性的判断，是一种经验性判断，单纯作出这些“表面工夫”很难说这个人就没有社会危险性了。

除此之外，羁押必要性审查是不应该是常态，而应该是一种个案的、特殊的方式。要将羁押必要性审查个案化，首先就是重视逮捕阶段的审查工作，只有把好第一关，之后的程序运转才能顺利，能减少大量不必要的工作。在逮捕阶段，就不应该只注重证据要件的把握，而应该把更多的精力放在社会危险性的判断上。放低逮捕的证明标准，才能摆脱“够罪即捕”的司法观念，从而才有更多的精力和需要放在对人身危险性和保障刑事诉讼顺利进行的可能性的审查上来。

在这里有一个程序回流的问题。如前述，羁押必要性审查是对逮捕的续审和复审，因此，羁押必要性审查很容易演化为对逮捕的替代措施，或者是虚置逮捕后的补救措施。然而，这样做是十分不经济的。英国法学家扎克曼（Zuckerman）就很尖锐地批评了程序回流的问题。他认为刑事诉讼程序就像是汽车制造工厂里的流水线作业，最经济的方式就是从最开始的环节就把工作做好，而不是等到汽车都组装完、出售了发现刹车有问题再把车召回，重新拆卸和组装。[[25]](#footnote-24)扎克曼提到，刑事诉讼好比这条流水线，任何程序要想最经济地进展，往往开头的部分是最重要的；如果开头的程序没有走好，试图通过后续程序来补救往往起到事倍功半的效果[[26]](#footnote-25)同理，在判断适用羁押措施的合理性时，最应该把控的就是逮捕适用程序。

（二）羁押必要性审查制度的完善建议

羁押必要性审查和逮捕措施一道构成了对审前羁押措施的程序控制。尽管羁押必要性审查只是逮捕适用程序的一个补充，但是其与逮捕措施的前进方向是一致的。在此，笔者通过以下两个方面，对审前羁押措施的程序控制给出完善路径。

1.羁押理由的法定性。我国刑诉法规定的很明确，刑诉法第81条做了一个硬性规定：对于可能判处徒刑以上的，有妨害诉讼进行或者有社会危险性的，应当逮捕（一般性逮捕）。同时，对于可能判处10年以上或者徒刑以上但是身分不明的、累犯的应该予以逮捕。同时，刑诉法规定在有违反取保候审、监视居住规定的，可以予以逮捕（违规性逮捕）。尽管刑诉法规定的很详细，但是实际操作中，经常有检察官犯难。特别是对“社会危险性”“可能犯新罪”的评估。要鼓励检察官对其司法裁量权的运用，一方面应该摒弃司法责任制的羁绊，对被开释者又犯罪的情形不应过多苛责。我们应该承认检察官不是上帝，判断一个检察官是否尽责应当以其在做羁押必要性审查当时的情形是否足以使一个审慎的人做出放人的决定为审查对象。而不是靠事后用“主观审查主观”的方式甚至是“事后诸葛亮”的方式来告知其做错了。另一方面，对于抽象的社会危险性的判断还可以参照其他法院的做法。在美国，犯罪嫌疑人在第一次被聆讯（first appearance）时，治安法官就会对其作羁押与否的判断。但是治安法官并不会为评价社会危险性犯难，这是因为在美国，有一个独立的审前服务机构，专门负责调查被追诉人的情况，评估被追诉人逃跑或危害社会的风险，同时监管被释放的被告，监控其可能危害社会的行为。其中为了实现审前风险评估的客观性和有效性，美国联邦司法部采用了精算评估分类法，经过研究表明对联邦和州司法实践有一定影响的涉及犯罪嫌疑人审前风险的九个因素，如被捕时是否还存在其他未决指控；曾因轻罪被逮捕次数；曾因种罪被逮捕次数；曾拒绝到庭次数；被捕时就业情况；被告人居住状态；主要指控犯罪性质，等等。量化后得出刑事被追诉人相应的风险等级并向法院提出是否适用羁押替代性措施的建议。[[27]](#footnote-26)

2.审查程序的司法性。公检法平行办案的司法实践传统之下，不可能要求有一个超脱的、中立的司法机构来进行羁押必要性审查。在当下，以检察院作为羁押必要性审查的主体还是有必要。检察机关作为法律监督机关在羁押必要性审查案件中行使法律监督权。尽管不能要求审查主体具有完全的司法性，但是可以对羁押必要性审查程序进行诉讼化改造。在听证程序中，确保被追诉人出席听证，同时告知其具有沉默权、辩护权、对质权和司法救济途径。办案人员居中听取双方的意见，并综合审前服务机构的建议作出决定。实践中羁押审查程序的司法性远远不足。虽然行政化的审查方式也是出于案多人少的无奈之举。然而，正如笔者先前分析的那样，不是将所有的案件都纳入羁押必要性的审查中，只有这样才能解决司法资源不足的问题并改变行政化审查的现状。

3.审查方式的公开性。改变行政化审查的方式，采用听证等公开审查方式能更好地适用逮捕规定的三要件。如前述，在当下羁押必要性审查案件中，办案人员对是否继续适用羁押的判断应当立足于客观证据基础上形成主观心证。“三年以下、”“认罪认罚”、“赔偿谅解”不应当成为改变羁押措施的标配。应当引导侦查机关收集证实羁押必要性的证据材料。羁押必要性审查应当重视对社会危险性的审查，而这又关系到被追诉人的品行和脾性，是一种经验性的主观判断。在当下大部分案件都要经过羁押必要性审查环节的背景下，只能依靠这种格式化的指标来节约时间和资源，办案人员需要了解被追诉人更多背景信息以形成主观心证。只有在司法程序中，检察官才能直接面对被追诉人，直接听取被追诉方的意见，进一步了解被追诉人的背景信息，从而形成自己对社会危险性的心证。这样，社会危险性要件才能得到有效的适用。

1. 课题组成员：杨洋 肖蕾 郑唯辰 [↑](#footnote-ref-0)
2. 易延友：刑事强制措施体系及其完善[J]. 法学研究，2012（03），146。 [↑](#footnote-ref-1)
3. 易延友：论无罪推定的涵义与刑事诉讼法的完善[J]. 政法论坛，2012（01），16。 [↑](#footnote-ref-2)
4. 参见2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》第93条。

   5 陈卫东：羁押必要性审查制度的理论和实践[M]. 北京，中国法制出版社，2019年版，第9页。 [↑](#footnote-ref-3)
5. 6 参见2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》第93条。 [↑](#footnote-ref-4)
6. 7 参见2018年《中华人民共和国刑事诉讼法》第95条。 [↑](#footnote-ref-5)
7. 8 参见《人民检察院刑事诉讼规则》573条-582条。 [↑](#footnote-ref-6)
8. 参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第81条。刑事诉讼法81条规定，“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，采取取保候审尚不足以防止发生下列社会危险性的，应当予以逮捕。”此条规定了逮捕的三个要件，分别是证据要件、刑罚要件、社会危险性要件。 [↑](#footnote-ref-7)
9. 参见参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第80条 [↑](#footnote-ref-8)
10. 同上，第81条。 [↑](#footnote-ref-9)
11. 同上，88条。 [↑](#footnote-ref-10)
12. 同上，94条。 [↑](#footnote-ref-11)
13. 同上，96条。 [↑](#footnote-ref-12)
14. 同上，97条。 [↑](#footnote-ref-13)
15. 同上，98，99条。 [↑](#footnote-ref-14)
16. 同上，156，158，159条。 [↑](#footnote-ref-15)
17. 顾永忠，李辞：捕后羁押必要性审查的理解和适用[J].国家检察官学院学报，2013年第1期，第77页。 [↑](#footnote-ref-16)
18. 刘计划：我国逮捕制度改革研讨[J].中国法学，2019（5），144。 [↑](#footnote-ref-17)
19. 林志毅：论羁押理由与羁押事实[J]. 政法论坛，2013第2期，第41页。 [↑](#footnote-ref-18)
20. 陈卫东：羁押必要性审查制度的理论和实践[M]. 北京，中国法制出版社，2019年版，第14页。 [↑](#footnote-ref-19)
21. 《世界各国刑事诉讼法·欧洲卷·上》，《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编辑，中国检察出版社2016年版，第274页。 [↑](#footnote-ref-20)
22. 第五百七十九条 人民检察院发现犯罪嫌疑人、被告人具有下列情形之一的，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、免予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，符合取保候审或者监视居住条件的。

    第五百八十条　人民检察院发现犯罪嫌疑人、被告人具有下列情形之一，且具有悔罪表现，不予羁押不致发生社会危险性的，可以向办案机关提出释放或者变更强制措施的建议：

    （一）预备犯或者中止犯；

    （二）共同犯罪中的从犯或者胁从犯；

    （三）过失犯罪的；

    （四）防卫过当或者避险过当的；

    （五）主观恶性较小的初犯；

    （六）系未成年人或者已满七十五周岁的人；

    （七）与被害方依法自愿达成和解协议，且已经履行或者提供担保的；

    （八）认罪认罚的；

    （九）患有严重疾病、生活不能自理的；

    （十）怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女；

    （十一）系生活不能自理的人的唯一扶养人；

    （十二）可能被判处一年以下有期徒刑或者宣告缓刑的；

    （十三）其他不需要继续羁押的情形。 [↑](#footnote-ref-21)
23. 胡波：羁押必要性审查制度实施情况实证研究——以某省会市十二个基层检察院为对象的考察和分析[J].法学评论，2015（3）。 [↑](#footnote-ref-22)
24. 侦查阶段依职权提起的羁押必要性审查案件主要集中在“走私国家禁止进出口的货物、物品“这个罪名。值得注意的是此罪项是没有被害人的犯罪，社会危险性小，并且审前不羁押犯罪嫌疑人也不容易引起利益相关者的不满甚至申诉。而在审查起诉阶段依职权提起的羁押必要性审查案件主要涉及未成年的案件。未成年属于弱势群体，同时在社会的一般观念中未成年是受到优待和照顾的，国家政策上也是以教育感化为主，因此审前释放犯罪的未成年对办案检察官而言风险相对较小。 [↑](#footnote-ref-23)
25. Zuckerman A. (2014). The Protection of the Accused from Miscarriage of Justice, Israel Law Review, 31(1-3), 590-611. [↑](#footnote-ref-24)
26. See id. [↑](#footnote-ref-25)
27. Marie VanNostrand and Ph.D. Gena Keebler, Pretrial Risk Assessment in the Federal Court, U.S. Department of Justice Office of the Federal Detention Trustee, Vol. 73 No. 2 (2009). [↑](#footnote-ref-26)