

少捕慎诉慎押政策下逮捕审查的合宪性调控

聂友伦 孔维汉

摘要:少捕慎诉慎押刑事司法政策的关键在于尽可能减少对被迫诉人的逮捕适用,这对检察机关的逮捕审查工作提出了新的要求。逮捕兼具诉讼行为与基本权干预的双重属性,但司法实践往往仅将逮捕作为单纯的诉讼行为对待,忽略了逮捕的基本权干预性质。作为一种基本权干预措施,逮捕适用应当依序通过法律保留原则与比例原则的审查,以此实现正当化证成。基于比例原则的宪法位阶,刑事诉讼立法将其规则化于逮捕条件中,形成了平面的审查框架。这种规则化看似清楚,实则遗留了不少问题。平面框架在实践中存在着实体偏向、逻辑不清、结构封闭等弊端,无法确保逮捕适用的正当性,构成了少捕慎诉慎押政策落实的重大阻碍。问题的解决应当回归基本权理论,通过比例原则内含的阶层秩序划分逮捕审查层次,并将逮捕立法的相关内容融入其中,构建层次明确、结构开放、思路清晰的逮捕审查体系。

关键词:逮捕审查;少捕慎诉慎押;基本权干预;比例原则;社会危险性

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2023.02.012

一、引言:少捕慎诉慎押刑事司法政策何以落实

自2021年“少捕慎诉慎押”作为刑事司法政策纳入中央文件以来,实务界与理论界对其背景、内涵、价值等方面展开了全面论述与深入探讨^①。扼要地说,“少捕慎诉慎押”即要求通过妥适的政策调整,尽可能降低刑事案件的逮捕率、起诉率、羁押率^②。虽细节尚有分歧,但业界对政策必要性已经形成了广泛共识^③。少捕慎诉慎押政策的推行有利于强化人权司法保障、促进社会和谐、节约司法资源,但欲落实政策,将纸面上的优势转化为治理上的实效,还须求诸具体实施机制。晚近研究提出的举措大多仍停留在以往的认识层面,如重视社会危险性查明、实施严格的逮捕与羁押必要性审查、控制公安机关的刑拘适用与报捕倾向、强化非羁押措施的选择激励、扩大起诉裁量权的作用等,缺乏理论突破与实践创新,无力对政策实施形成支撑。从决策者角度看,“少捕慎诉慎押”虽然设置了议程与目标,但实施计划与具体机制并不明确,如何使政策落到实处仍是亟待研究的问题。

少捕慎诉慎押政策的着力点须置于逮捕审查方面^④。首先,逮捕位于刑事程序的前端,在一定程度上决定着羁押、起诉乃至判决的结果,重要性不言而喻。中央文件的政策表述指明了这一点:“坚持少捕慎诉慎押刑事司法政策,依法推进非羁押强制措施适用”,“严格依法适用逮捕羁押措施,促进社会和谐稳定”^⑤。其次,逮捕的主要控制机制系检察机关的逮捕审查,把好审查关,即可有效限制逮捕

基金项目:教育部人文社科青年基金项目“司法解释权的行使规则建构研究”(22YJC820026);中央高校基本科研业务费项目;华东师范大学引进人才启动费项目“刑事诉讼法解释学研究”(2021ECNU-HLYT019)。

作者简介:聂友伦,华东师范大学法学院副教授,法学博士(上海200241; ylnie@law.ecnu.edu.cn);孔维汉,北京外国语大学国际关系学院科研助理(北京100081; 42320477@qq.com)。

① 蒋安杰:《贯彻落实少捕慎诉慎押刑事司法政策 最高检在重庆研讨会上释放强烈信号》,《法治日报》2021年10月18日,第3版。

② 贺恒扬:《少捕慎诉慎押刑事司法政策五大关系论纲》,《人民检察》2022年第3期。

③ 徐慧碧:《因势而谋 落实少捕慎诉慎押刑事司法政策——中国法学会检察学研究会刑事检察专业委员会首届专题论坛述要》,《人民检察》2022年第2期。

④ 洪浩、朱良:《论检察机关在刑事审前程序中的主导地位》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。

⑤ 《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》,http://www.gov.cn/zheng-ce/2021-08/02/content_5629060.htm,访问日期:2023年2月14日。

适用^①。出于便利侦查活动及迎合“刑拘转捕率”等考核指标的考虑,公安机关会将所有形式上满足逮捕条件的案件提请审批,因而逮捕是否适用在很大程度上取决于检察机关。虽然目前检察机关通过考核不捕率,有效约束了批准逮捕的倾向,显著降低了批准逮捕的数量,但因激励机制可能造成司法活动的扭曲,故欲长效地维持“少捕”态势,仍须在机制层面对逮捕审查作出调整。

逮捕质量普遍不高、逮捕适用正当性不足,既是少捕慎诉慎押政策指向的标靶^②,也是逮捕审查机制调整需要直面的问题。在程序上,逮捕仅被视为单纯的诉讼行为,审查者执行“符合条件一作出决定”的简单指令即可,但鉴于其实体效果,如此审查显然不够。作为剥夺人身自由的强制措施,逮捕的适用更是对公民基本权的“干预”,必须符合宪法的额外要求。在基本权视域下,干预的正当性应经“法律保留原则(形式合宪性控制)→比例原则(实质合宪性控制)”的审查得到确认,逮捕适用亦不例外。然而,我国的逮捕审查实践却未依前述流程展开,而是循“同时满足证据要件、刑罚要件与社会危险性要件即应逮捕”的思路。忽略逮捕的基本权干预性质,不经宪法层面的正当性审查,系现实中逮捕适用不当、逮捕数量高企的重要致因。因此,有必要以基本权理论及干预控制框架为基础,构建逮捕审查的正当体系,进而实现相应的政策目的。

二、作为基本权干预的逮捕正当化

以人身自由为代表的基本权首先是一种“防御权”,其功能在于对抗公权侵犯且原则上不受限制。不过,在公权与基本权冲突的场合,国家仍有权于宪法法律的事先规定、保护其他利益的必要范围内对基本权予以限制,从而使相应措施获得正当性。具体到刑事诉讼领域,所有强制处分的基本思维,本质均为建构在基本权干预正当性上的程序阻碍排除——惟因被追诉人之缘由造成了程序阻碍,办案机关方可在法定范围内对其基本权实施一定的合比例干预,以保障诉讼顺利进行。对于逮捕,《宪法》第37条第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”。该款位于“公民的基本权利和义务”章且紧随人身自由条款,表明逮捕乃“人身自由不受侵犯”的例外,具有基本权干预性质^③。因此,逮捕适用必须通过宪法层面的正当性检验,即法律保留原则与比例原则的审查。

(一)法律保留原则:逮捕正当化的形式要求

对基本权的干预,须依法律方得为之。法律保留原则在形式上限制基本权干预的任意性。在刑事诉讼中,该原则形塑的理念称作“强制处分法定主义”。对此,我国法律虽未作出概括规定,但就人身自由限制而言,立法者已将其设定为绝对的法律保留事项——根据《立法法》第8条、第9条,“限制人身自由的强制措施和处罚”只能由法律规定且没有例外。

逮捕实施在法律保留层面不生问题。除刑事诉讼法明文规定外,由《宪法》第37条第2款亦可得出授权的意思。因此,形式上,基于宪法法律的授权,人民检察院有权批准或决定、人民法院有权决定对犯罪嫌疑人、被告人适用逮捕这种基本权干预。

(二)比例原则:逮捕正当化的实质要求

仅有法律保留原则的限制,无法防止公权力侵犯基本权。比如,检察机关虽有法律授予的批捕

① 法院在审判阶段可以对被告人决定逮捕,但整体上看,由法院决定的逮捕数量远远少于检察机关批准的逮捕。本文仅以检察院批准逮捕为例论述。不过,无论法院还是检察院,其逮捕决定皆以审查为前提作出,故本研究亦大致适用于法院的逮捕审查。

② 贺恒扬:《少捕慎诉慎押刑事司法政策五大关系论纲》,《人民检察》2022年第3期。

③ 李训虎:《逮捕制度再改革的法释义学解读》,《法学研究》2018年第3期。应予注意,逮捕的基本权干预性质由“公民的人身自由不受侵犯”所决定,即使宪法未专门规定逮捕条款,其亦将因同时具有目的性、直接性和强制性特征而落入基本权干预的范畴。参见 Lerche P., Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S.106.

权,但其却不得对所有报捕申请皆予批准,否则必会因过度干预而使逮捕丧失正当性。宪法禁止对基本权的过度干预,纵使干预形式合法,亦须通过实质审查。根据基本权理论,基本权干预必须经过比例原则的实质审查,检视目的本身的正当性以及干预手段与目的之间的比例性,唯有确认目的正当、手段适合且必要、利益均衡后,干预处分才具备正当性。比例原则审查包括以下步骤:①目的性审查,判断干预目的是否正当;②适合性审查,判断干预手段是否有助于目的实现;③必要性审查,判断干预手段是否为实现目的所必需;④比例性审查,判断干预手段的目的利益是否超过干预对象的利益损失。仅当各阶段审查结论皆为肯定时,基本权干预方可获得适用的正当性,否则不应采取此等措施。包括逮捕在内的强制措施审查皆应贯彻比例原则,以确保少捕慎诉慎押政策最终在提请逮捕率、批准或决定逮捕率、羁押后变更强制措施率、羁押期限控制等方面产生实际效果^①。

比例原则审查存在着“目的性→适合性→必要性→比例性”的阶层秩序^②,后原则具有强化前原则的功能,相对顺位一般不可变动^③。首先,目的判断处于手段分析前——只有确认目的正当,探讨达成目的之手段才有意义。其次,在手段分析内部,应先考虑手段效度的有无,若手段无效即应排除适用,无须考量干预程度。至于必要性与比例性的阶层,则存在争议。“在大多数案件中,越小的损害手段往往有着越低的有效性”^④,因而有观点认为,必要性要求干预手段损害最小,这会排除一些收益较大但损害非最小的手段,为追求更大的公共利益,应先就各种可能手段与目的进行衡量,然后再就筛选出的各种手段进行必要性审查。然而,狭义比例原则涉及的维度较多且不甚清晰,在必要性审查前即要求审查者一概考虑缺乏现实可能。更危险的是,先予比例性审查很可能诱生预断——因某一霹雳手段(如逮捕)将获得很大收益,遂径行视之为“最小侵害手段”,难免会架空必要性审查。从审查侧重看,亦可得出相同结论:必要性审查是纯粹的手段分析,而比例性审查则需考量目的利益,处于较高层次,后者须建立在前者确定的基础上。

三、逮捕正当化的制度现状

在基本权理论下,逮捕正当化的证立应循“法律保留原则→比例原则(目的性→适合性→必要性→比例性)”之路径。然而,实践中的逮捕审查并未按此流程展开。逮捕措施在宪法与刑事诉讼法中皆有明确规定,法律保留的形式要求可得达成。问题主要出自实质方面——比例原则在我国是否为干预正当化必须贯彻的实然原则?逮捕立法是否遵循了比例原则的指引?最终形成了何种审查框架?

(一)基础:比例原则的宪法位阶

国家机关任何干预基本权的公权行使,皆应符合比例原则^⑤。在我国,多数学者亦持类似观点,认为一些宪法条款蕴含比例原则的精神,足以使其“具有宪法位阶,能对立法、行政和司法活动进行直接约束,能作为宪法解释、司法审查的标准而适用”^⑥。《宪法》第37条即隐含着逮捕干预人身自由的比例性界限。虽然本条第2款规定了逮捕权限,但仅依其文义,无法保证第1款“人身自由不受侵犯”实现。若司法机关不问是非、不经审查即对公民批准或决定逮捕,则显然违背“国家尊重和保障人权”的精神,且可能构成第3款“非法拘禁”和“非法剥夺或者限制公民的人身自由”的违宪事由。申言之,执

① 孙长永:《少捕慎诉慎押刑事司法政策与人身强制措施制度的完善》,《中国刑事法杂志》2022年第2期。

② Ulrich Z., Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 97/1978, S.26.

③ Wolffers A., Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 113/1977, S.298.

④ Hickman T., “The Substance and Structure of Proportionality”, *Public Law*, 2008(4), p.716.

⑤ Jakobs M. C., Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, 1985, S.98.

⑥ 韩大元:《论紧急状态下公民基本权利的限制与保障》,《学习与探索》2005年第4期。

行逮捕必须以特定事项为前提,处于首要位置的是反映公共利益的逮捕目的。

“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”的表述略去了逮捕的适用目的,将其转化为“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,可以实施逮捕”,即可知其规范意义不足。从语义学角度看,该规定止于干预授权——目的设置的缺乏使得人们无法了解逮捕适用应有的事实背景与功能价值,难以支撑一个整全的干预条款。干预条款理应形成前提与结果兼备的结构,如公民通信权的干预目的,便被明定为“国家安全或者追查刑事犯罪的需要”。《宪法》第37条第2款的意旨同样包含类似“保护公共利益”的目的,只有这样理解,它才足以成为整全的干预条款随附于“公民的人身自由不受侵犯”后。质言之,从语用学角度看,宪法的逮捕规范除明确授权外,更存在权衡手段与目的、人身自由与公共利益的言外之意。事实上,不仅逮捕适用须满足比例原则,所有基本权干预皆应衡量目的与手段的关系,“国家尊重与保障人权”为此划定了界限——禁止公权对基本权的过度干预——这正是比例原则的控制范围。

(二)过程:逮捕立法对比例原则的规则化

比例原则在基本权干预事项上的宪法位阶,使其不仅拘束司法、执法等具体行为,也对立法活动形成限制^①。我国刑事诉讼的立法活动观照到了这一点——“刑事诉讼法的一次次改良,都是比例精神逐步彰显、比例构造愈加清晰的过程”^②——不妨称之为“比例原则的规则化”。对于逮捕,《刑事诉讼法》第81条第1款规定了三项适用条件,包括证据条件(有证明存在犯罪事实之证据)、刑罚条件(可能判处徒刑以上之刑罚)、社会危险性条件(采取取保候审难以防止被追诉人再次为危害社会的行为,包括再犯、严重违法、灭证、串供、报复证人、逃跑、自杀等),而比例原则的规则化集中体现在刑罚条件与社会危险性条件之上。

刑罚条件的规范效果应归属于比例性原则的范畴,即逮捕所欲达成的目的利益(刑罚权的实现及其后果),不能超过逮捕限制的不利益(以徒刑强度的羁押处置被追诉人)。逮捕固然是防止逃跑的有效措施,但即便对象具有逃跑的现实可能,也必须就冲突利益进行权衡,如被追诉人仅涉嫌危险驾驶,预期刑罚至多不过拘役,逮捕侵害的利益大于目的利益,故仍有违反比例原则之虞。但须注意,比例性原则涉及具体的价值衡量,而刑罚条件仅为一类目的利益的标识,不应被理解为适用逮捕的硬性要求。对于不符合刑罚条件的被追诉人,若其他目的利益的表征十分显著(如实际着手了危险行为),可能超过逮捕之不利益时,逮捕适用仍得通过比例性审查。

将社会危险性的规定包摄于比例原则中,可以发现该条件:①明确了目的正当性的内容,逮捕目的不能超过防止法定社会危险性的范围;②指明了逮捕的手段适合性,具有强烈人身自由干预性质的逮捕必然助益于相应危险的防止;③划定了逮捕与取保候审的适用界限,即对高社会危险性的被追诉人应适用逮捕,低社会危险性的被追诉人则可以取保候审——后者被认为“无逮捕必要”——为实现正当目的,适用取保候审与逮捕无效果的明显差异时,应选择干预程度更低的取保候审,这是必要性原则的规则化。质言之,逮捕立法应当遵循的目的正当性、适合性与必要性原则,已经内化为了逮捕的社会危险性条件。

(三)结果:平面化的逮捕审查框架

逮捕适用应经比例原则检视,否则即属不当。逮捕立法看似遵循比例原则指引,以逮捕条件承载了原则内容,但在比例原则规则化的过程中,刑事诉讼法其实又通过从阶层到条件的结构性概念代换,另行构建了区别于比例原则阶层审查的逮捕审查框架。其结果是,内含阶层秩序的比例原则被立法重组为了一套更为庞杂、更为概括、不分顺序的条件集合:其一,纳入了与干预正当性关联不大的证据条件;其二,社会危险性条件纵贯目的正当性、适合性与必要性,相当于概括承受了不同阶层旨趣相

① 张翔:《“合宪性审查时代”的宪法学:基础与前瞻》,《环球法律评论》2019年第2期。

② 秦策:《刑事诉讼比例构造方法论探析》,《法学研究》2016年第5期。

异的审查要求及侧重;其三,未区分逮捕条件的判断逻辑^①,孰先孰后由审查者自己掌握。

至此,逮捕适用合宪性控制的实质标准——阶层的比例原则,被平行的逮捕条件替代,只要同时满足证据条件、刑罚条件、社会危险性条件,逮捕适用即被视为正当。逮捕审查实践围绕逮捕条件而非比例原则展开,导致理论与实践产生了一些关键差异:在阶层框架下,逮捕的正当性须依序通过各阶审查方可达致;而在平面框架下,条件间关系未得明确,三项条件都是重点,审查遵循的检视步骤与思维模式无所立基,这难免使逮捕审查沦为毫无头绪的作业。

四、逮捕审查的平面框架检讨

审查框架的转化是否会导致逮捕出现正当性问题,以至阻碍少捕慎诉慎押政策的落实?对此,可先将平面框架诸要素予以剥离并解构其正当化功能,再与阶层框架比较,检视增减某要素对审查过程与结果的影响。就结论而言,平面框架存在实体偏向、逻辑不清与结构封闭的问题,其审查过程无法满足比例原则的要求,必将造成不当逮捕的批量出现。

(一)实体偏向:有必要审查证据条件吗?

逮捕立法何以引入证据条件?基本权干预正当化的路径为“法律保留原则→比例原则”,前者之权限审查显与证据无关,而后者之目的手段审查亦无涉“有证据证明有犯罪事实”这一事项。但从常理看,逮捕缺乏证据证明犯罪事实的被追诉人应属不当。满足一定的证据要求确为逮捕正当性之必需,然而在干预正当化的理论体系中却无证据条件的位置,对此应如何理解?

发动强制处分,须以犯罪嫌疑的确立为基础^②。证据条件的意义仅在确认被追诉人的犯罪嫌疑,实施所有强制处分均须满足此前提,只不过作出决定时被追诉人的犯罪嫌疑已属既定事项,毋庸通过专门的证据审查加以证明而已。比如,侦查机关在决定拘传犯罪嫌疑人时,其犯罪嫌疑已由立案程序事先确立,故仅须考虑比例原则——可否实现到案目的?是否适用传唤已足?等等^③。同为强制处分,逮捕与拘传的审查无本质区别,两者的对象都是已被确认犯罪嫌疑的被追诉人,差别仅为犯罪嫌疑是否须由审查机关再次确认。那么,令审查机关确认犯罪嫌疑的意义何在?

逮捕适用是为了“保障诉讼顺利进行”,而审查的意义主要系寻求基本权保护与诉讼保全的价值平衡以确保措施正当,这与犯罪事实的认定无必然联系。在逮捕审查中,审查者所关注的应是前述两方价值,而非思考案件证据确实充分与否以至是否需要终结诉讼的问题。若做太多考量,则包括逮捕在内所有强制处分的适用皆须纳入案件的证据审查,这不仅缺乏现实可能,理论上亦无任何支撑。当然,无须审查证据条件,不是说允许在没有案件证据的情况下适用逮捕。“有证据证明有犯罪事实”的落脚点在“有证据”而非“证明犯罪事实”,审查者仍须通过“有证据”确认犯罪嫌疑。

强调证据条件将对逮捕审查造成负面影响。由于不受阶层思维限制,审查者往往重点审查客观性强、对后续办案存在实益的证据条件,虚置主观性强、对控诉活动缺乏价值的社会危险性条件,诱发与扩大“构罪即捕”的问题^④。若要求审查机关严格把握证据条件,逮捕审查更会产生严重的实体偏向,其功能将异化为“证据把关”“控制侦查质量”,业已脱离基本权干预正当化的范畴^⑤。据介绍,少捕慎诉慎押政策实行以来,捕后不诉、捕后判决无罪或轻缓刑的数量有所下降,这被认为是逮捕质量

① 平面框架与阶层框架逻辑上的主要区别,源于框架构成要素的内在关系不同:一是各要素之间是相互依存还是各自独立;二是各要素是处于同一水平线还是立体的存在;三是各个要素之间是相互递进、由前推后,还是无前无后或前后均可。

② 柯耀程:《刑事诉讼理念与重建》,台北:元照出版有限公司,2009年,第165—166页。

③ 郭烁:《中国刑事拘留存在的问题及其变革》,《比较法研究》2013年第4期。

④ 王延祥:《少捕慎诉慎押“一体化”模型研究》,《青少年犯罪问题》2022年第5期。

⑤ 聂友伦:《检察机关批捕权配置的三种模式》,《法学家》2019年第3期。

提升的体现^①。然而,看似向好的实践变化恰能说明,政策的着力点仍集中于证据审查,这虽有助于减少逮捕数量,但对提高逮捕质量助益有限。因为,后续被不起诉、被判决无罪、被判轻缓刑的被追诉人,未必无逮捕必要;而那些被判处重实刑的被追诉人,也未必有逮捕必要^②。

(二)逻辑不清:调整审查顺序有意义吗?

在阶层框架下,各阶之间呈现递进关系。阶层式逻辑并非仅为使理论更加精密,其实践意义,一在于强化干预检视的充分性,避免错误或过度干预基本权,二在于帮助审查者整理思路,防止因过程“胡子眉毛一把抓”导致判断困难。然而,逮捕审查的平面框架却未确立任何逻辑,或者说,其逻辑本身就是拼凑式的,三项条件平起平坐、同等重要、无先后次序,只要匹配成功,即自动输出应当逮捕的结论。此时,审查者将难以把握所有与审查有关的细节,无法避免司法上的偶然和恣意,进而使逮捕审查沦为“法律门外汉”的作业,引发合宪性控制失序导致的错捕、滥捕现象。

检察机关逐渐意识到了上述问题,并试图采取简单的定性,为平面框架创建审查顺序。摘其要旨如下:“明确逮捕三要件的关系,即证据条件是逮捕的先决条件,刑罚条件是逮捕的基本条件,社会危险性是逮捕的关键条件,进而把握好逮捕三要件及其间的分寸,方能自觉理性地利用证据裁判规则实现证据与构成要件事实之间的深度融通,准确认定案件事实;方能自觉理性地实现逮捕要件的关系协调,从而依法公正地决定是否适用逮捕强制措施。”^③从“先决条件”“基本条件”“关键条件”的定性看,不难得出,这里的“自觉理性”审查顺序乃“证据条件→刑罚条件→社会危险性”条件。实务界权威进一步指出:“逮捕的三个条件是递进关系,社会危险性贯穿其中……逮捕的证据条件、刑罚条件和社会危险性条件的逻辑结构并不是平行并列的,而是层层递进的,围绕着‘有无逮捕必要’展开,其中社会危险性的有无和大小是‘有无逮捕必要’的决定性因素。”^④还有学者提出,应将证据条件作为适用逮捕的基础性条件,将刑罚条件作为原则上排除对可能判处徒刑以下刑罚的人适用逮捕的否定性条件,将社会危险性条件作为适用逮捕的核心要件……实现由客观到主观、由对过去已经发生的事实到对未来可能发生的事项之逐层递进判断^⑤。

逮捕条件排序而生成的审查逻辑,虽有一定实践指导意义,且在方法论与思考模式上存在参考价值,但就理论而言,这种阶层化不仅自洽性存疑,更无法替代比例原则的阶层秩序及其合宪性控制功能。就前者而言,刑罚条件的功能在于衡量利益大小,防止手段与目的比例失调,属于比例性原则的内涵,而上述学说却将其置于目的审查(社会危险性)之前,这颠倒了阶层秩序,使合宪性控制无法精确实现。对于后者,社会危险性条件的内容横跨目的正当性、适合性与必要性三个阶层,上述学说却要求对其同时判断、整体考量,这显然会导致各阶审查应然的规制功能出现紊乱。质言之,逮捕条件无论做何种排列组合,皆无法达到比例原则审查能够实现的正当化效果。

(三)结构封闭:平面框架能权衡利益吗?

在平面框架下,一旦被追诉人满足逮捕条件,即“应当予以逮捕”。刑事诉讼立法虽已通过比例原则规则化,将干预正当性的要求融入逮捕条件,但此处“应当”仍无法与“正当”画上等号。譬如,逮捕患有严重疾病的人或怀孕的妇女,将对病人、妇女的身体健康造成不可逆转的损害,极易侵犯逮捕对象人身自由以外的其他基本权,造成的损失明显超过诉讼保全的利益,不符合比例性原则的要求。不过,由于平面框架未将此类因素纳入,这些衍生性的基本权干预及其损失将无法得到控制。换言之,

① 蒋安洁:《少捕慎诉慎押刑事司法政策落实一年间》,《法治日报》2022年4月27日,第9版。

② 这种正确认识在最高人民法院发布的“首批贯彻少捕慎诉慎押刑事司法政策典型案例”之“徐某故意伤害案”与“廖某危害珍贵、濒危野生动物,非法狩猎案”中均有所体现。参见苗生明、纪丙学:《贯彻宽严相济依法充分准确适用少捕慎诉慎押刑事司法政策》,《中国检察官》2022年第1期。

③ 最高人民法院侦查监督厅编:《刑事案件审查逮捕指引》,北京:中国检察出版社,2016年,第9页。

④ 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。

⑤ 李训虎:《逮捕制度再改革的法释义学解读》,《法学研究》2018年第3期。

经平面框架确认“应当”的逮捕适用,依然可能存在实质意义上“正当”的缺失问题。

上述问题系平面框架固有的封闭结构所致。由于逮捕条件相对确定,平面框架能够权衡的利益限于人身自由与诉讼保全,无法对其他利益予以充分考量。为防止因此造成不当逮捕,立法者只得在逮捕之外另行创设监视居住制度,实现本应由逮捕正当化框架完成的部分任务。逮捕审查须有价值权衡的功能,但缺乏开放性的平面框架无法实现全面、不特定价值因素的判断,只能转而求诸例外规定。反过来看,这恰好说明平面框架的完备性阙如,仅以逮捕条件无法完成干预正当性判断与合宪性控制任务。在阶层框架下,此类“不宜逮捕”的情形皆可由比例性审查排除;而在平面框架下,即便得以叠床架屋、新增规则缓解矛盾,也显然并非万全之策——若出现了监视居住也无法容纳的情形,平面框架依旧无法保证逮捕适用的正当性。

平面框架将与正当性关联不大的证据条件作为重点,抹消了比例原则审查固有的阶层性与开放性——造成的结果是,符合逮捕条件的不一定能够通过比例原则检视(如怀孕的妇女),通过比例原则检视的未必符合逮捕条件(如预期刑罚不足)——逮捕的合宪性控制机制时常失灵。以上问题虽源自逮捕的制度设置,但直接原因还是主要出在规范的理解层面。逮捕条件系比例原则规则化的表现,而法律表达要言不烦,即便未能指明审查遵循的具体路径与思维模式,亦不违反上述原则。同时,强制处分须以犯罪嫌疑的确立为前提,纵使增加与干预正当性关系不大的证据条件,也不致造成合宪性问题。作为基本权干预实质条件的比例原则,不仅规范立法,还应在司法实践中直接贯彻。申言之,正当的逮捕审查不仅应遵守刑事诉讼法明定的逮捕条件,更须按照比例原则的内容与层次展开。

五、逮捕审查的正当体系

现行审查框架无法确保逮捕适用的正当性,与“少捕慎诉慎押”坚持比例原则的精神相悖,成为政策落实的重大制约因素。平面框架展示的仅为一套平铺、封闭、概略的逮捕要素集合,与基本权理论构造的体系之间的区别,是要素与体系的区别,是要素列举与逻辑体系的区别,是简单的要素列举与将诸要素按照类型化方法组合后形成阶层体系的区别。不过,平面化的逮捕条件与阶层化的比例原则并无矛盾,两者在同一审查体系中可以而且应当得到调和。比例原则划定了干预的正当化路径,具有确定的阶层性与一定的开放性;逮捕条件的引入,则大体明确了比例原则各阶层的审查内容,如干预目的、措施限度、考量因素等。构建逮捕审查的正当体系,为少捕慎诉慎押政策的落实提供机制抓手,允宜回归比例原则的阶层审查,将相关逮捕条件及具体法定因素纳入诸审查层次予以实现。

(一)目的性审查:社会危险性之有无

在阶层框架下,比例原则审查的首个层次乃目的正当性。目的正当性审查要求,先查明公权行使的目的,再判断该目的是否为法所允许^①。考虑到法律对逮捕条件的明确规定,无论是目的查明还是正当性检视,结果皆取决于被审查者形式上的社会危险性。质言之,目的性审查,一是判断逮捕适用有无防止特定社会危险性发生的目的,二是判断被追诉人是否达到特定社会危险性的最低要求。

首先,检视逮捕目的是否属于防止法定社会危险性发生的范畴。逮捕目的必须具有明确性,不能是抽象的“保障诉讼顺利进行”,只能是针对个案适用逮捕的具体意图。通常而言,逮捕目的由侦查机关在提请批准逮捕书中载明,对此应就其“合法性”进行审查——若载明的逮捕目的系防止法定社会危险性发生,则逮捕目的具有形式正当性;若非属此类或语焉不详,则逮捕目的存在违法之虞。

其次,检视被审查者是否达到逮捕目的所指特定社会危险性的最低程度。仅有名义上的正当目的当然不够,其原因在于现实中公权机关以“合法目的”掩盖“非法目的”的情况偶尔会出现^②。查明

^① Deterbeck S., Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl., 2012, S.67.

^② 刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期。

干预的真实目的较为困难,审查者往往无法作出准确判断,只能通过形式目的能否得到最低限度实现来反向效验。在逮捕审查中,应当先对被审查者的情况进行概略检视,若被审查者连提请批准逮捕书中载明社会危险性的最低程度都未达到,目的正当性当然无法证立。比如,实践中最为泛滥的报捕理由是“可能逃跑”,但某些案件的犯罪嫌疑人囿于疾病、安全等因素,属于根本“无法逃跑”的类型,此时宣称的防止逃跑,便无目的正当性。

目的性审查不对社会危险性程度作具体要求(这是必要性审查的内容),仅限于检视特定社会危险性是否现实存在。在刑事诉讼中,几乎所有被追诉人或多或少都有一定的社会危险性,区别主要在于程度不同。正因如此,目的性审查通常不构成逮捕适用的阻却事由,但其作为比例原则的首个阶层依然重要。目的性审查从形式上限制逮捕目的,在一定程度上可以制约提请逮捕的随意性,促使侦查机关更多地关注社会危险性因素,而非局限于案件证据等实体问题。

(二) 适合性审查:目的与手段的立法预设

目的正当性得到确认后,逮捕审查原则上须转入手段的适合性检视。一般而言,手段只要能够促进目的达成,就应当认为具有适合性,即便手段仅部分有助于目的实现亦复如此^①。换言之,适合性审查的容许度较高——如果手段不是全然实现不了目的,那么手段的选取就符合适合性原则。逮捕乃通过限制人身自由以及严格的监视管控达成剥夺自由的效果,最大程度地限缩被追诉人一切行为的可能,一旦予以适用,无论是犯罪或严重违法,还是灭证、打击报复或自杀、逃跑,被羁押者皆难通过“行为”实施。因此,只要逮捕通过了目的正当性审查,即自动具有手段的适合性。

(三) 必要性审查:社会危险性之程度

必要性审查系对被追诉人社会危险性程度的判断。长期限制人身自由的强制措施除逮捕外,还有取保候审与监视居住,即便抛开监视居住这一“羁押替代措施”不谈,干预手段亦有选择余地^②。逮捕作为“最严厉的刑事强制措施”而被视为“最后手段”^③,若干预目的可由强度较低的取保候审实现,则逮捕的正当性即被阻却。取保候审与逮捕的执行内容法定,强度也相对恒定,能够防止的危险范围亦较固定。同时,被审查者的社会危险性程度在审查时点亦处于客观可测的状态,若其落入取保候审的控制范围内,则无逮捕必要,反之若超出该范围,则有适用逮捕的需求。

必要性审查的核心是评定社会危险性。关于如何测量社会危险性的问题,囿于篇幅,本文难以在技术面作具体探讨,谨从理论上提出几点注意因素,分述如下:

第一,社会危险性审查“对人不对事”,其关注重点并非犯罪事实,而是被追诉人本身。被追诉人或逃跑、或灭证、或再犯,与犯罪事实无必然联系,更多取决于人格特质所塑造的逃避追诉、再次犯罪之倾向。例如,在许多初犯、偶犯、过失犯的场合,虽然被追诉人可能被判处较重刑罚,但再次犯罪或逃避追诉的可能性并不高;而某些惯犯、常习犯、反社会倾向严重者,即使涉及案件相对轻微,亦极有可能危害社会、逃避追诉或报复证人,需要认定为较高社会危险性^④。对“人”的审查,内容呈现主客观结合的样态:客观方面,社会危险性内含于人格特质,又为一系列客观因素所形塑与体现,如社会关系、精神状况、居住环境、经历境遇、教育背景以及犯罪情况等;主观方面,客观因素型构的社会危险性

① BVerfGE 30, 292(316); BVerfGE 38, 61(91)。

② 适用监视居住要求犯罪嫌疑人、被告人“符合逮捕条件”,这就意味着通常情况下被监视居住者的社会危险性程度已经达到了适用逮捕的标准,具备逮捕之必要。之所以适用监视居住而非逮捕,乃是出于诉讼保全利益小于犯罪嫌疑人、被告人特定利益损失之比例性衡量的考虑。监视居住的性质决定了其适用不具普遍性,一些实证研究展示了这种情况。参见左卫民:《反思监视居住:错乱的立法与尴尬的实践》,《学习与探索》2012年第8期。

③ 陈瑞华:《审前羁押的法律控制——比较法角度的分析》,《政法论坛》2001年第4期。

④ 这些情况在适用保释制度的国家中不乏多见。参见 Heaton P., Mayson S., Stevenson M., “The Downstream Consequences of Misdemeanor Pretrial Detention”, *Stanford Law Review*, 2017, 69(3), p.711.

程度仍需审查者“综合衡量”^①。

第二,社会危险性审查的主体须客观中立^②。审查者的主观因素对被审查者社会危险性的认定起着重要影响。虽然相关办案指引对社会危险性的情形予以了细化,但因其无法完全以客观形式表达,故不免使具体判断取决于审查者的办案偏好、司法经验而非可经检验的证明^③。换言之,不同审查者,因其所处立场、利害判断或认识不同,对同一案件被追诉人的社会危险性程度可能作出差异较大的认定。

第三,社会危险性审查宜以诉讼化形式展开。社会危险性程度判断理应基于相关证据的证明,而现行书面审查模式缺乏必要的证明环节,审查者难以借此准确把握。诉讼化的逮捕审查致力于构建两造具备、检察官居中的审理模式,当场的举证、质证及辩论可以使审查者充分掌握被追诉人的社会危险性情况^④。与之相对,封闭的书面审查既无法保障当事人的知情权,也变相剥夺了被审查者进行抗辩的机会,这很难不被认为是基本权的二次侵犯。

(四)比例性审查:开放结构下的利益衡量

在逮捕适用已具正当性与必要性的情况下,仍须进行具体的比例性检视,防止干预造成的权利损失超过干预获得的目的利益。刑罚条件是比例性审查的典型,其目的乃一般性地防止对不可能判处徒刑以上刑罚的被追诉人采取强制程度近似徒刑的逮捕措施。此时,保全诉讼的目的利益被认为低于被追诉人人身自由的损失。

比例性审查具有开放性,涉及的利益衡量一边是逮捕的目的利益,另一边则是适用逮捕可能损害的、不特定的利益。除刑罚条件反映的利益外,比例性审查还应囊括其他利益,视其具体情况,亦可能阻却逮捕适用的正当性。相关情形部分载于监视居住的规定——虽然犯罪嫌疑人、被告人“符合逮捕条件”,即满足干预前提的“有证据证明有犯罪事实”、目的正当性与适用必要性的“社会危险性”、手段比例性的“可能判处有期徒刑以上刑罚”,依然可不被逮捕而以监视居住为替代。这是受狭义比例原则支配的后果,如“患有严重疾病、生活不能自理”,即以被追诉人的身体健康权与保全诉讼的利益进行衡量,当利益重心偏向权利保障时,逮捕正当性受到阻却。另外,干预措施可能损及的利益具有不特定性,比例性审查所涉利益衡量无法由法律一一明确。比如,对于涉嫌犯罪的民营企业企业家,适用逮捕虽然有利于诉讼顺利进行,但往往会导致企业经营陷入困境^⑤,以致造成影响市场稳定、引发员工失业、减少政府税收等后果,这就需要审查者对两方利益进行权衡,作出符合狭义比例原则的决定。

如何在比例性审查中准确进行利益衡量?较为流行的思路是先将利益量化,并在此之上构建相应模型予以比较。例如,阿列克西基于帕累托最优的理念,提出了权衡法则,并通过分量公式使狭义比例原则具体化^⑥;还有学者引入成本收益分析方法,将抽象的权衡问题转化为手段成本与目标收益的比例模型,推导出了均衡性判断公式^⑦。这些学说在理论上不失为一类有效的分析工具,但在审查实践中,由于利益因素往往并不明确且无同质性,难以进行量化计算。本文认为,仅就逮捕的比例性审查而言,应有之义在于给封闭的框架赋予一定开放性,确切地说,乃为合乎逮捕条件但实质不正当的逮捕适用提供超法规的阻却事由。据此,保有利益权衡的裁量性质本身即为比例性审查所需,无须对其予以过分明确的量化处理。

① 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。

② 孙谦:《司法改革背景下逮捕的若干问题研究》,《中国法学》2017年第3期。

③ 卢建军:《人身危险性评估的基本方法》,《人民检察》2011年第14期。

④ 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。

⑤ 谢小剑:《审前未决羁押率下降:基本特点与成因解析》,《中国刑事法杂志》2021年第4期。

⑥ Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp.407-413.

⑦ 刘权:《均衡性原则的具体化》,《法学家》2017年第2期。

六、结论

少捕慎诉慎押刑事司法政策是继“以审判为中心”“认罪认罚从宽”之后中央确立的又一项重大改革举措,将对刑事司法的现代化、科学化、精细化发展起到重要的推动作用,有着鲜明的时代价值与现实意义。目前,“少捕慎诉慎押”的实践贯彻主要依靠考核激励实现,这不利于政策的行稳致远。落实少捕慎诉慎押政策,应当将重点置于逮捕控制机制,以基本权理论为基础对落后的逮捕审查机制进行合宪性调控,从而确保逮捕适用的正当性,有效避免不当逮捕。为了实现这一目标,需要重新审视逮捕措施在宪法下的公民基本权干预定位,回归干预审查须遵循的普遍原则与基本理论,并以此为基础,结合法律规定进行阶层性、开放性的改造。如此,才能建立起逮捕审查的正当体系,确保审查思维与结果的一致,最终达致逮捕在实质意义上的正当化。

结合全文论述,可以大体勾勒出逮捕适用的四阶段审查模式。应予以注意,鉴于目的性审查分为形式审之合法律性(逮捕目的是否属防止法定社会危险性发生)与实质审之实在性(特定社会危险性是否现实存在)两个层次,加上逮捕的适合性,即对正当目的之促进作用已为法律联结,此处所谓“四阶”逮捕审查与比例原则“四阶”审查并不一一对应。具体如下:

1. 目的的形式审查。审查提请逮捕之理由形式上是否属于法定社会危险性范畴。若否定,逮捕正当性直接予以排除;若肯定,则继续审查犯罪嫌疑人、被告人形式上的社会危险性。

2. 目的的实质审查。审查犯罪嫌疑人、被告人是否最低限度地达到逮捕理由载明的社会危险性。若此特定社会危险性未达最低限度,则可视为逮捕目的不存在,应排除逮捕正当性;若肯定,则逮捕目的正当,转入必要性审查阶段。

3. 必要性审查。审查犯罪嫌疑人、被告人的社会危险性是否达到了取保候审无法防止的严重程度。若否定,则逮捕适用因缺乏必要而无正当性;若肯定,则转入比例性审查阶段。

4. 比例性审查。审查适用逮捕可能导致的利益损失,包括可能判处的刑罚、案件及审查对象的特殊性等,并将可能损失的利益与逮捕的目的利益进行衡量。若目的利益小于或有损失,则逮捕因违反狭义比例原则而缺乏正当性;若目的利益大于或有损失,则逮捕即通过比例性审查检视,符合干预正当化的全部要求,适用的正当性得以证立。

Constitutional Regulation of Arrest Examination under the “Less Arrest, Cautious Prosecution and Detention” Policy

Nie Youlun¹ Kong Weihai²

(1. Law school, East China Normal University, Shanghai 200241, P.R.China;

2. School of International Relations and Diplomacy, Beijing Foreign Studies University, Beijing 100081, P.R.China)

Abstract: The “Less Arrest, Cautious Prosecution and Detention” policy should be primarily carried out through the arrest review and it brings about new requirements for the procurator. The arrest as two features, litigation act and interference of basic rights. However in judicial practice, reviewers often treat the arrest as a pure litigation act while ignores the interference of basic rights. As an intervention of basic rights, the application of arrest should be reviewed at the constitutional level in a hierarchical way. The formal legality of the arrest should first be confirmed through the principle of

legal reservation, and then reviewed by the four levels contained in the principle of proportionality (Purpose → Suitability → Necessity → Proportionality), so as to limit the arbitrariness of the arrest's interference with basic rights at the substantive level and to ensure the justification.

Based on the constitutional rank in proportionality principle, the criminal procedure law takes the principle's content by means of the provisions of the arrest conditions. But in this process, the law ignores the hierarchical nature of the proportionality principle, which directly leads to the formation of a flattened review framework, that is, the application of arrest is determined by the review of evidence elements, penalty elements, and social dangerousness elements. Although this regularization appears to be clear, we have found the following problems. On the one hand, the flattened review framework introduces evidence elements that have little to do with the legitimacy of the intervention, and on the other hand, it makes the social dangerousness elements shoulder different levels of review requirements. Meanwhile, this framework has a blended logical structure which does not distinguish the review order among the elements, which leads to the disadvantages such as substantive bias, unclear logic, and closed structure in the arrest review, which cannot ensure the legitimacy of the applicability of the arrest. This has become a major obstacle to the implementation of the "Less Arrest, Cautious Prosecution and Detention" policy.

We should return to the theory of basic rights to find a solution. Hierarchies of arrest examination should be divided according to the hierarchical order contained in the principle of proportionality. Relevant content from the law of arrest should be integrated into it. In this way, an arrest review system can be built with clear levels, open structure, and clear thinking. In conclusion, our ideal arrest review consists of a four-step process: (1) the formal examination of the purpose, which examines whether the reason for the arrest formally falls within the category of statutory social dangerousness; (2) the substantive examination of the purpose, which examines whether the criminal suspect or defendant meets the minimum social danger stated in the reason for the arrest; (3) the necessity examination, which examines whether the social dangerousness of the criminal suspects or defendants has reached a critical level that cannot be prevented when they are on bail; (4) the proportionality review, which reviews the loss of interests of the subject that may be caused by arrest and weighs it against the purpose interests of the arrest.

Keywords: Arrest examination; "Less arrest, cautious prosecution and detention" policy; Basic rights intervention; Principles of proportionality; Social dangerousness

[责任编辑:林 舒 王苏苏]