

逮捕的实质化审查与诉讼化改革

聂友伦

[摘要] 围绕减少审前羁押这一刑事司法的关键议题，决策者对逮捕审查提出了实质化要求。作为基本权干预措施，逮捕的正当目的仅限于防御性质的保证诉讼顺利进行。被追诉人具有法定的社会危险性是逮捕正当化的前提，社会危险性的查明对政策落实至关重要。囿于对逮捕目的的错误认识，司法实践形成了以罪刑预测为内容、以书面审查为手段的审查模式，偏离了逮捕审查的应然方向。落实逮捕的实质化审查，不仅需要明确社会危险性的具体标准，更要为审查者提供查明社会危险性的平台工具。对此，应当加快构建诉讼化的审查框架，建立“三角式”的外观结构和“正当程序化”的内部运作机制，以审查逮捕听证实现实质的社会危险性审查。

[关键词] 审查逮捕；社会危险性；实质审查；诉讼化

一、引言

逮捕，是为防止刑事诉讼被追诉人逃避或妨害侦查、起诉、审判，而依法剥夺被追诉人人身自由的强制措施，其实施前提在于查明被追诉人的社会危险性。实质化的逮捕审查以社会危险性为核心，若脱离或虚置这个核心，则微观上将导致对公民基本权的侵犯，宏观上将造成整个法域逮捕质量低、逮捕数量高的结果。^①《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）虽将社会危险性列为逮捕的必要条件，但一直以来的审查实践不仅没有以此为本来，反而形成了以罪刑预测为首要内容、以书面审查为主要手段的模式，再加上规制手段与考核指标的不当设置，使得“构罪即捕”“达刑即捕”逐渐成为制度运行的普遍图景，逮捕羁押率长期在高位徘徊。^②

高逮捕羁押率直接引发了人权司法保障不足、社会关系恢复不畅、司法资源浪费等问题。^③对此，2021年《“十四五”时期检察工作发展规划》专门将降低逮捕羁押率作为未来检察工作的重点，意图通过刑事司法政策的引导，实现尽可能减少审前羁押的目标。

政策实效取决于是否找准了问题症结。关于高逮捕羁押率的成因，学界的关注点集中于批捕倾向——检察机关固有的追诉机关属性使其会出于犯罪控制或有效追诉等考虑而产生将所有被追诉人皆予羁押的偏好^④，但却将更为重要的影响因素或多或少地忽略了。一是审查者对逮捕规范的理解

作者：聂友伦，华东师范大学法学院副教授，ylnie@law.ecnu.edu.cn。

* 本文系教育部人文社科青年项目“司法解释权的行使规则建构研究”（22YJC820026）阶段性成果。匿名审稿人提供了专业细致的审稿意见，在此谨表诚挚谢意。

① 聂友伦：《审查逮捕应以社会危险性为核心》，载《法制日报》，2018-01-03。

② 郭烁：《徘徊中前行：新刑法背景下的高羁押率分析》，载《法学家》，2014（4）。

③ 孙长永等：《少捕慎诉慎押刑事司法政策的内涵功能及其落实》，载《人民检察》，2021（15）。

④ 相关研究，如郭松：《中国刑事诉讼运行机制实证研究（四）——审查逮捕制度实证研究》，167-175页，法律出版社，2011；汪海燕：《检察机关审查逮捕权异化与消解》，载《政法论坛》，2014（6）；马静华：《逮捕率变化的影响因素研究——以新〈刑事诉讼法〉的实施为背景》，载《现代法学》，2015（3）；刘计划：《我国逮捕制度改革检讨》，载《中国法学》，2019（5）。

度,即审查者是否了解社会危险性之于逮捕的意义、是否明确审查的核心内容;二是逮捕实践机制与审查对象的匹配度——欲查明被追诉人的社会危险性,须有实施审查的可靠程序。以上因素在当下皆为负向存在:一方面,社会危险性审查的观念远未深入人心,审查逮捕被作为检验案件侦查质量的手段,“以押代罚”“以捕代侦”的现象层出不穷;另一方面,逮捕审查实践呈现类似行政审批的书面审查模式,缺乏查明社会危险性的程序设置,实质化审查亦由此成为无源之水、无本之木。

逮捕审查的实质化要求对相关理论基础与实践进路展开系统检讨。本文首先将阐明社会危险性在逮捕决策中的核心地位,其次转向对逮捕审查实体倾向的分析,然后检讨阻碍社会危险性审查的机制因素,继而提出当前政策背景下审查逮捕实质化的现实进路。

二、社会危险性:逮捕正当化的基础

作为干预基本权的审前措施,逮捕实施的时点位于被追诉人正式定罪之前。根据无罪推定原则,在法院判决有罪前应视被追诉人无罪,而对“无罪”之人采取强度类似徒刑的措施,必须经法定机关依法决定与执行。《中华人民共和国宪法》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。”当然,这仅是逮捕“形式上的要件”^①,正当的逮捕另须符合实质要求。就结论而言,逮捕正当化的实质是贯穿于制度构建与运行始终的,是在被追诉人人身权利与逮捕目的之间进行的价值衡量,而社会危险性则是其中的核心因素。

逮捕的制度设置与具体实施须满足比例原则^②,这是证成逮捕正当性且一并实现干预目的与人权保障价值平衡的必要途径。比例原则首先对逮捕目的提出了要求。然而,由于法律并未明定逮捕目的,加之逮捕在功能与效果上的多元性,实践中缘此产生了两种性质迥异的对于逮捕目的的认识:一类是进攻性目的,认为逮捕可被用作惩罚犯罪或获取证据、便利侦控的手段;另一类是防御性目的,认为逮捕仅限于防止被追诉人为影响诉讼进行的行为^③,具有诉讼保全的性质。

将上述目的认识分别以比例原则检视即可发现,只有基于防御性目的实施的逮捕才具有正当性。就进攻性目的而言,其具体内容无法满足比例原则不同阶层之要求:其一,以惩罚犯罪为目的的逮捕,直接违反了适合性原则——定罪前适用的措施根本无从实现惩罚犯罪之目的;其二,出于便利取证、侦查或起诉等目的采取的逮捕,虽然相应限制能够达到预期目的,但却与必要性原则不符——便利取证及侦控活动主要体现在口供获取与固定方面,而讯问不以长期剥夺自由为必要,强制程度较低的传唤、拘传便可实现该目的,适用逮捕将超出“应当选择对公民权利限制最小的手段”^④之限制。就防御性目的而言,对被追诉人适用逮捕能够有效防止其危害社会或妨碍诉讼,而类似目的之达成通常仅能以剥夺人身自由的方式实现,故其在很大程度上符合比例原则的要求。质言之,防御性目的之现实存在系逮捕正当化的前提。

逮捕能够实现的防御性目的,虽无法律明文规定,但实已内化为社会危险性条件,由《刑事诉讼法》第81条所明确。根据本条规定,一般逮捕“实质上的要件”有三,包括证据条件(有证明存在犯罪事实之证据)、刑罚条件(该犯罪行为可能判处徒刑以上之刑罚)、社会危险性条件(对行为人采取取保候审措施难以防止其实施危害行为的可能性)^⑤。其中,有社会危险性情形包括

① 逮捕的形式要件,乃指批准、决定及执行逮捕必须具备的法定主体与程式条件,对此,《刑事诉讼法》第80、87、88、93条等作出了一些具体规定。

② 卞建林:《论我国审前羁押制度的完善》,载《法学家》,2012(3)。

③ 比如,保证被追诉人在刑事诉讼中始终在场,保障侦查与审判机关依法实施犯罪调查与认定的活动,保全审判与执行的进行等。参见C. Roxin, and B. Schünemann. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 28. Aufl., C. H. Beck, 2014, § 30 Rn. 1.

④ 郝银钟、席作立:《宪政视角下的比例原则》,载《法商研究》,2004(6)。

⑤ 实际上,《刑事诉讼法》第81条第3款规定的两种“径行逮捕”也要满足这些条件。其中,社会危险性条件为“可能判处十年有期徒刑以上刑罚”或“曾经故意犯罪或者身份不明”。对于“可能判处十年有期徒刑以上刑罚”而言,可视法律推定“可能判处十年有期徒刑以上刑罚”“曾经故意犯罪或者身份不明”的被追诉人具有采取取保候审不足以防止的社会危险性。

“可能实施新的犯罪”“有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险”“可能毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串供”“可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复”“企图自杀或者逃跑”。这五类情形划定了逮捕的目的界限，即：逮捕目的仅限于防止上述特定社会危险性现实化以保证诉讼顺利进行，超出范围或名不副实的逮捕皆无正当性。

唯被追诉人具有取保候审不足以防止的社会危险性时才可予以逮捕，若社会危险性不足，即使不采取逮捕措施，亦不会对诉讼顺利进行造成阻碍。至于证明案件的证据多寡、可能判处的刑罚轻重（重罪逮捕除外），则与逮捕决定无要件性关联。根据《刑事诉讼法》第 67 条第 1 款、第 74 条第 2 款以及第 71 条第 3 款、第 77 条第 2 款的规定，逮捕的适用对象也包括可能判处管制、拘役或独立适用附加刑的被追诉人，因而，刑罚条件并非实施逮捕的必备条件。同时，适用取保候审无逮捕之证据条件的要求，由于取保候审可在社会危险性现实化后转化为逮捕，故证据条件亦不具备必要性。^① 总之，逮捕是否正当，取决于被追诉人是否具有法定的社会危险性，而案件证据的“确实、充分”与判处刑罚的预期仅为适用逮捕的阻却事由而已。

三、实体倾向：审查逮捕的方向偏误

审查逮捕的制度价值在于“保证公安司法机关在刑事诉讼中准确有效地执行法律，加强公安司法机关之间的监督制约，防止滥用职权，保证准确有效地决定和执行逮捕，保护公民的合法权益”^②。更确切地说，“在于通过逮捕的实体条件和程序防止出现错捕和不当逮捕”，以确保逮捕质量。^③ 逮捕质量的首要保证是逮捕决定的正当性，其由被追诉人的社会危险性情况决定，故实质化的逮捕审查应当以此为核心。但是，司法实践对逮捕质量的理解却主要围绕“案件”“定罪量刑”而非“犯罪嫌疑人”“社会危险性”展开，并以此构建了责任制形式的逮捕控制机制。相应机制把审查逮捕的重点锚定于实体性的罪刑预测，将逮捕与起诉的有效性挂钩，这早已脱离逮捕“保证诉讼顺利进行”的正当目的，导致了“该捕不捕、应放不放”的现象。

（一）逮捕审查的过去：从“无甚限制”到“构罪即捕”

1979 年《刑事诉讼法》规定，适用逮捕应当满足“对主要犯罪事实已经查清”“可能判处徒刑以上刑罚”“采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要”的条件。但在早期实践中，以上条件其实并未得到严格执行。受“从重从快，一网打尽”等特殊政策影响，逮捕适用基本上处于“无甚限制”的状态，审查逮捕徒有过场，几乎未能产生任何保障权利、规制权力的作用。彼时，学界普遍认为逮捕具有如“惩罚人犯”^④“暴力威慑”^⑤“便利侦查”^⑥

① 此处存在的普遍误解是，认为若逮捕审查不确认案件证据的确实性与充分性，便极有可能造成逮捕无罪之人的结果，因而必须在逮捕审查时作证据审查。事实上，案件证据及其标示的犯罪嫌疑仅为实施一切强制处分的“门槛”，并非逮捕正当化的特殊要求。若额外作上述考量，则逮捕以外的其他所有强制处分，适用时皆须纳入案件证据审查，这不仅缺乏现实可能，在理论上亦无任何支撑。当然，证据条件缺乏必要性，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”的重点在“有证据”而非“证明犯罪事实”，审查者仍应通过“有证据”确认犯罪嫌疑，只不过毋须确保证据“确实、充分”而已。有关犯罪嫌疑理论，参见 W. Beulke, and S. Swoboda. *Strafprozessrecht*, 16. Aufl., C. F. Müller, 2022, Rn. 175.

② 王爱立主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》，165 页，中国民主法制出版社，2019。

③ 李昌林：《审查逮捕程序改革的进路——以提高逮捕案件质量为核心》，载《现代法学》，2011（1）。

④ 如认为：“逮捕是我国公安、检察机关和人民法院同反革命分子和其他刑事犯罪分子作斗争的重要手段，对及时、有效地打击犯罪活动和保护国家及人民的利益有着重要作用。”任振铎主编：《刑事诉讼法学》，177 页，吉林大学出版社，1987。

⑤ 如认为：“采取强制措施，对那些可能犯罪的危险分子也能起一定的震慑作用，使他们慑于法律的威严而不敢试法，有利于减少犯罪的发生和社会的安定。”徐益初：《刑事诉讼法》，141 页，四川人民出版社，1988。

⑥ 如认为：“公安、检察、法院当发现犯罪分子有这些企图可能时，为了保证能够及时查明案件的真实情况，准确揭露和惩办犯罪分子，保护国家和人民的利益，保障公民的人身自由和合法权益不被侵犯，根据犯罪分子的具体情况，完全有必要采取适当的强制措施。”吴磊编著：《刑事诉讼法基本知识》，88 页，上海人民出版社，1980。

之类的价值功能,为发挥相关作用即可批准执行。

逮捕的滥用直到“严打”结束后才有所改观。一个重要的转折点是1994年《中华人民共和国国家赔偿法》(以下简称《国家赔偿法》)的实施,该法明确规定了“对没有犯罪事实的人错误逮捕”情形下的国家赔偿。据此,一旦被逮捕人未被定罪,批准逮捕的检察机关便可能承担责任。为规避风险,审查者将被提请逮捕人的定罪预期纳入考量范围,以期确认“主要犯罪事实已经查清”这一证据条件,防止因捕后撤案、不起诉或判决无罪产生的国家赔偿。错捕的国家赔偿责任使审查逮捕的重点被置于有关定罪的实体方面,加上逮捕相较于其他强制措施“制度优势”^①以及相应权力控制机制的缺位,使得几乎没有审查者会将被迫诉人的社会危险性情况纳入考量——只要案件存在较明确的定罪预期,逮捕申请便很容易得到批准——最终形成了“构罪即捕”的实践样态。^②虽然此种实践与逮捕立法的规范意旨相去甚远,但客观上讲,逮捕审查从“无甚限制”到“构罪即捕”已是进步,在当时的社会环境及法治状况下亦无从苛责。

(二) 逮捕审查的现在:从“构罪即捕”到“达刑即捕”

逮捕审查实践除受国家赔偿制度的塑造外,还为责任性质的内部规范所形构,其中最重要的是最高人民检察院发布的《人民检察院审查逮捕质量标准》(以下简称《逮捕质量标准》)。

《逮捕质量标准》划定了错捕、错不捕、逮捕质量有缺陷三类情形:其一,批捕后因被迫诉人无犯罪事实而被撤案、不起诉、判决无罪的为错捕;其二,不批捕后被迫诉人实施了犯罪或严重影响诉讼进行的行为,以及不批捕决定作出后被变更为批捕,最终判处有期徒刑以上刑罚的为错不捕;其三,批捕后被迫诉人被判处有期徒刑更轻的刑罚、对不适宜羁押且无逮捕必要的被迫诉人予以批捕、审查逮捕超办案期限、未依法排除非法证据而予以批捕但又不属于错捕的,为逮捕质量有缺陷。在明确标准的基础上,《逮捕质量标准》规定了对应责任,以问题致因为基准在承办人、部门负责人、分管检察长乃至检委会之间归责,并要求将其作为业绩考核和惩处的依据。此后,检察机关普遍将“逮捕质量”作为院级考核与评优的重点指标,一些地方甚至实行错捕的“一票否决制”:只要某检察院发生一起错捕案件,该院便丧失了本年度在地方检察系统中的评优资格。

《逮捕质量标准》加深了逮捕审查的实体倾向,其不仅要求审查者对被迫诉人是否构罪作出判断,还额外增加了刑罚预测的任务。为防止“逮捕质量”出现问题,避免业绩考核的负面评价,各地检察机关制定了一系列逮捕审查的操作指引,其主旨无外乎提出两个层次的要求:第一,着重审查案件的证据情况,向被迫诉人核实并固定口供,确保证据的“质”与“量”达到定罪标准,防止错捕产生;第二,在确定有罪的基础上,深入研究案卷记载的犯罪事实、犯罪情节及实体法规定,预测被迫诉人最终可能判处的刑罚,尽量将预期未达有期徒刑以上刑罚及可能适用缓刑的审查对象排除出逮捕范围,避免错不捕与逮捕质量有缺陷。缘此,审查逮捕逐渐由“构罪即捕”转向“达刑即捕”的实践样态,其实体倾向由罪到刑更进一步。表1中被告人逮捕率的降低、逮捕人数与徒刑以上实刑判决人数的比率的上升,便是这种趋势的反映。

(三) 逮捕审查的实体倾向及其弊病

从下页表的统计看,自2010年以来,全国范围内的捕诉率呈不断下降的态势,似乎表明逮捕质量得到了提升。2010年至2016年,检察机关批捕、决定逮捕人数降幅明显,捕诉率由78.3%降至58.5%,被告人逮捕率由92.6%降至69.1%,这说明越来越多的被迫诉人在非羁押状态下完

① 在目的性类似的场域中,逮捕与取保候审、监视居住同时作为非临时性的强制措施,必然存在制度竞争。由于逮捕剥夺人身自由的性质,其无论是在保证诉讼顺利进行还是在“便利侦查”“惩罚犯罪”等方面,都具有非羁押措施不可比拟的作用,因而在适用上会产生相应制度优势。

② 刘计划:《逮捕审查制度的中国模式及其改革》,载《法学研究》,2012(2)。

成了刑事诉讼程序。2017年至2019年，检察机关逮捕与起诉人数整体上升，但捕诉率与被定罪人逮捕率在升高后旋即逐年下降，未出现明显反弹。2020年至2021年，检察机关逮捕与起诉人数呈现断崖式下跌的态势，逮捕人数减少至十多年以来的新低，捕诉率和被定罪人逮捕率历史性地降至50%左右的水平。在被提起公诉和最终被定罪的人群中，仅有一半左右经历过正式的审前羁押，“构罪即捕”现象已基本得到根除，这在过去是不可想象的。逮捕适用的不断减少，应当归功于检察机关对审查逮捕工作的努力改进，但问题是，逮捕质量真的提高了吗？

表 全国检察机关逮捕、公诉人数与有罪判决人数、判决有期徒刑实刑以上刑罚人数统计表

年份	检察机关批捕、决定逮捕人数	提起公诉人数	捕诉率	有罪判决人数	被定罪人逮捕率	判处有期徒刑实刑以上刑罚人数	逮捕人数与徒刑以上实刑判决人数的比率
2010	931 494	1 189 198	78.3%	1 006 420	92.6%	620 784	66.6%
2011	923 510	1 238 861	74.5%	1 050 747	87.9%	609 532	66.0%
2012	986 056	1 435 182	68.7%	1 173 406	84.0%	649 909	65.9%
2013	896 403	1 369 865	65.4%	1 157 784	77.4%	609 526	68.0%
2014	899 297	1 437 899	62.5%	1 183 784	76.0%	615 139	68.4%
2015	892 884	1 434 714	62.2%	1 231 656	72.5%	657 377	73.6%
2016	842 372	1 440 535	58.5%	1 219 569	69.1%	634 799	75.4%
2017	1 081 545	1 705 772	63.4%	1 268 985	85.2%	710 605	65.7%
2018	1 056 616	1 692 846	62.4%	1 428 772	74.0%	795 167	75.3%
2019	1 088 490	1 818 808	59.8%	1 659 550	65.6%	953 812	87.6%
2020	770 561	1 572 971	49.0%	1 526 811	50.5%	885 779	115.0%
2021	868 445	1 748 962	49.7%	1 714 942	50.6%	977 260	112.5%

数据来源：《中国统计年鉴》（2011—2022）、《全国法院司法统计公报》（2010—2021）。

事实上，即便不考虑实体法轻刑化^①与新冠肺炎疫情^②对逮捕实践的显著影响，捕诉率与被定罪人逮捕率的下降也仅仅只是看上去很美而已——责任制度的规制重点在于逮捕的证据条件与刑罚条件，几乎没有涉及被追诉人社会危险性的审查，由此产生的效果与真正意义上逮捕质量的提升其实缺乏关联。实体审查的强化和社会危险性审查的虚化直观地体现在逮捕人数与徒刑以上实刑判决人数比率的变化上。十多年来，该比率从2010年的65%左右稳步上升至2016年的75%左右，在2019年临近90%，并于2020年突破100%，达到了115%的水平。这在某种意义上表明，被追诉人是否被逮捕与是否被判处有期徒刑以上实刑的相关度越来越高，而与是否存在社会危险性则缺乏明显联系。据介绍，自2020年以来，捕后不诉、捕后判决无罪、捕后判轻缓刑的人数均有所下降，这被认为是逮捕质量提升的体现。^③然而，看似向好的实践变化恰能说明，目前政策着力点仍集中

① 实体法的轻刑化导致了犯罪总量大幅增长。在传统犯罪尤其是严重犯罪数量逐年降低的趋势下，犯罪数量的增长主要归因于劳动教养制度废除后刑法的扩张。例如，2011年《刑法修正案（八）》在减少重罪法定刑的基础上细化与新增了大量的轻刑罪状，新增盗窃入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃及危险驾驶罪等条款，使得大量原本并未触犯刑法的行为成为犯罪。近期，帮助信息网络犯罪活动罪的犯罪圈扩大亦是这种状况的反映。

② 新冠肺炎疫情是造成近年逮捕人数（以及起诉人数）断崖式下跌的主要诱因。自2020年新冠肺炎疫情以来，我国刑事司法系统的正常运作遭到了较大冲击，不仅侦查机关、检察机关、审判机关受到影响，看守所、监狱等监管机关更是首当其冲。由于监管场所人员密度大、卫生条件差、医疗资源稀缺，为防止病毒输入导致被监管人员群发性感染，各地监所均实行了极为严格的入所和收押政策。同时，看守所系公安部门主管，为维持系统内部的有序运作，侦查机关也大大减少了报捕数量。

③ 蒋安洁：《少捕慎诉慎押刑事司法政策落实一年间》，载《法治日报》，2022-04-27。

于案件实体方面,虽有助于减少逮捕数量,但对提高逮捕质量的助益十分有限。^①

逮捕审查实体倾向造成的弊病相当明显。一方面,逮捕的适用对象应为采取取保候审尚不足以防止发生社会危险性的被追诉人,而实践中却有大量虽预期可判处有期徒刑以上刑罚但采取取保候审已足或根本不满足社会危险性情形的人被采取了逮捕措施^②,这本身就是一种滥捕,属于“低逮捕质量”或“错捕”的范畴,但现行制度却缺乏对此类“应放不放”情形的评价,未将其视为不当。另一方面,所涉罪刑未达有期徒刑以上程度的被追诉人未必不具备法定的社会危险性,若其有强烈的逃跑、威胁证人、毁灭证据等倾向,出于保证诉讼顺利进行的目,也须及时采取逮捕措施,而对此的评价机制处于缺失状态,使得“该捕不捕”的情况亦时有发生。

《国家赔偿法》《逮捕质量标准》对逮捕的责任制规定,使审查逮捕的重点被置于“罪刑”之上:错捕与错不捕是对“罪”的判断错误,逮捕质量有缺陷则是对“刑”的判断错误。逮捕质量责任集于案件的实体处理结果,这是一种结果责任与预测责任,其本质乃以未来事实评价先前预测,毫无科学性可言。更重要的是,相关规定无涉逮捕“保证诉讼顺利进行”的正当目的,对正当化逮捕决定缺乏促进作用,反将审查机关的关注点移至罪刑预测,偏离了实质化审查的正确方向。

四、书面审查:政策落实的机制阻碍

为保证逮捕的正当性,须确认被追诉人的社会危险性,这既是宪法法律的内在要求,也是保障人权、降低逮捕羁押率的本义应得。不过,即便有此正确认识,逮捕的实质化审查仍难径行展开,其落实另需两项客观条件:一是存在明确的社会危险性标准;二是有供查明社会危险性的平台工具。

早在1979年《刑事诉讼法》中,社会危险性就已被列为逮捕条件,1988年最高人民检察院一厅《关于办理批捕案件的质量标准(试行规定)》将其解释为“人犯可能逃跑、自杀、串供、毁灭罪证、妨碍诉讼活动的正常进行,或可能进行行凶报复、继续作案等犯罪活动,给社会带来新的危害等”。2001年最高人民检察院、公安部《关于依法适用逮捕措施有关问题的规定》将社会危险性进一步细分为:“可能继续实施犯罪行为,危害社会的;可能毁灭、伪造证据、干扰证人作证或者串供的;可能自杀或逃跑的;可能实施打击报复行为的;可能有碍其他案件侦查的;其他可能发生社会危险性情形。”2012年《刑事诉讼法》基本吸收了上述内容,将社会危险性归为五类并取消了兜底条款。现行条文对社会危险性的界定近乎精确,但相关规定在实践中却仍被认为缺乏标准上的明确性,未能发挥预期提高逮捕质量之作用。^③

由于实务机关不严谨的法律认识,几乎任何已经满足“有证据证明有犯罪事实,可能判处有期徒刑以上刑罚”的被追诉人都可以被强行解释为具有该当逮捕的社会危险性。^④有鉴于此,2015年,最高人民检察院、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《社会危险性规定》),对社会危险性情形予以了细化,试图通过列举式指引限制审查者的裁量权,提高逮捕审查的实质化程度。不过,制度指引在实践中发挥的作用仍不理想。^⑤根据笔者在中、东、西五省市的调查情况看,《社会危险性规定》实行后的2016年与实行前的2015年相较,各地区的批捕率(批准逮捕人数与报请批准逮捕人数的比值)虽小幅下降,但基本情况变化不大,

① 聂友伦、孔维汉:《少捕慎诉慎押政策下逮捕审查的合宪性调控》,载《山东大学学报》(哲学社会科学版),2023(2)。

② 这种情形集中体现在过失犯罪案件中,尤以交通肇事案为甚。另外,从结果来看,大量被批准逮捕的犯罪嫌疑人最终被判处缓刑,这也在很大程度上说明了其社会危险性程度未达逮捕条件的要求。

③ 王宇飞等:《逮捕条件中的社会危险性问题研究》,载《人民检察》,2014(16)。

④ 陈卫东、聂友伦:《侦查视角下的刑事速裁程序效率研究——现状、问题与展望》,载《中国刑事法杂志》,2016(6)。

⑤ 杨依:《以社会危险性审查为核心的逮捕条件重构——基于经验事实的理论反思》,载《比较法研究》,2018(4)。

很难说标准的进一步细化对实质化审查起到了促进效果。^①

逮捕审查实质化的瓶颈不在标准模糊，而在配套程序机制的缺位。长期以来，审查逮捕聚焦于案件实体方面，形成了以书面为主的审查模式——根据卷宗载明的内容，审查者通常足以判断被追诉人是否构成犯罪、能否判处有期徒刑以上刑罚。由于案卷笔录等书面材料仅与案件有关，不太涉及独立于案件本身的被追诉人之社会危险性，使得书面审查模式无法承载实质审查的任务。在书面审查模式下，审查者判断社会危险性的依据往往只是缺乏根据的猜测，或者至多是抽象的、形式的书面说明，而后者通常仅由提请批准逮捕申请书中的片言只语表示，缺乏必要的查证流程与异议机制。例如，在交通肇事等过失犯罪案件中，公安机关提请批捕、检察机关批准逮捕的理由多为“犯罪嫌疑人可能逃跑”，而“可能逃跑”通常缺乏证据支持——是否有逃跑动机？是否有逃避法律责任的前科？是否与境外存在密切联系？只有举证证明具体的社会危险性事实，“可能逃跑”才能形成内心确信，否则，类似“莫须有”的逮捕理由便是毫无根据的感觉，根本无法称之为证明。

社会危险性主要体现于被追诉人人格特质方面，如反社会倾向、暴力倾向、逃避倾向等，对其审查应围绕“人”这一主体展开，由审查者通过直接接触被审查者以及查阅反映被审查者日常表现、犯罪后状态等情况的材料进行评估，而非仅根据案卷中的嫌疑人及其犯罪行为加以判断。书面审查模式缺乏亲历性，即便检察官可以通过讯问被追诉人或询问辩护律师意见来获得一些信息，但仍然不够全面，很难据此作出妥当决定。^② 囿于书面审查模式的固有缺陷，实践中被追诉人社会危险性的判断通常取决于司法人员的个人经验而非可经检验的证明。^③ 此外，提请批准逮捕申请书中记载的事项仅是侦查机关的一面之词，其适用逮捕的倾向明显且迫切，仅以此为准，极易使逮捕未审先定，最终导致通过社会危险性标准的细化来提高逮捕审查实质化程度的预期化为泡影。

五、诉讼化：实质化审查的现实进路

配套程序机制的缺乏使得逮捕审查实质化举步维艰。受新冠肺炎疫情影响，逮捕羁押率已降至较低水平，随着疫情防控进入“乙类乙管”阶段，逮捕人数极有可能强势反弹，如何应对这一挑战，常态化、高标准地实现“少捕”之目标，更是决策者当下亟待考虑的问题。解题的关键在于将审查逮捕纳入司法轨道，构建一套诉讼化形态的审查程序，这不仅是限制逮捕适用、提高逮捕质量的必然选择，也是保障公民基本权的应然取向。

（一）审查逮捕诉讼化的理论展开

逮捕系对公民基本权的强烈干预，属于重大的国家行为，不能简单地由行政机关单方面决定。^④ 参照各国普遍的法治实践及相关国际公约的要求，是否适用逮捕，必须以司法官员为审查主体，采取司法的方式作出判断。^⑤ 对逮捕实行司法保留，主要理由有三：第一，就职业立场而言，

① 2015年与2016年批捕率的具体情况如下：S市为84.4%与82.3%，A省为74.0%与73.4%，G省为86.1%与85.0%，C市为82.2%与80.1%，S省为80.6%与78.6%。近期的调研反映了类似情况，参见王子毅：《降低审前羁押率的影响因素分析与对策研究》，载《中国刑事法杂志》，2021（4）。

② 有学者研究发现，虽然法律规定了“讯问犯罪嫌疑人”条款，但实践中“对逮捕必要性的影响很小”。参见马静华：《逮捕率变化的影响因素研究——以新〈刑事诉讼法〉的实施为背景》，载《现代法学》，2015（3）。

③ 卢建军：《人身危险性评估的基本方法》，载《人民检察》，2011（14）。

④ C. Roxin, and B. Schünemann. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 28. Aufl., C. H. Beck, 2014, § 29 Rn. 6ff.

⑤ 羁押的司法审查乃世界通行之标准。《公民权利和政治权利国际公约》第9条规定：“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，并有权在合理的时间内受审判或被释放。等候审判的人受监禁不应作为一般规则，但可规定释放时应保证在司法程序的任何其他阶段出席审判，并在必要时报到听候执行判决。”因我国逮捕通常伴随着长期羁押的效果，故逮捕审查也应遵循此原则。See *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on Its Missing to China* (18 to 30 Sept. 2004), [https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx? si=E/cn.4/2005/6/Add.4](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=E/cn.4/2005/6/Add.4), 2023年1月11日最新访问。

较之侦查机关,司法机关对便于侦查活动的逮捕有着更低的适用倾向;第二,就制度保障而言,司法机关受独立行使职权原则、听审原则及客观义务等拘束,有助于保障决定的客观性;第三,将逮捕的申请权与决定权分离,符合权力分立原理,能够实现办案机关之间的相互制约。

出于正当化逮捕适用的考量,我国法律亦规定了逮捕的司法控制,但其完备性却存在较大问题。依据“以审判为中心”诉讼制度改革的精神,对于干预被追诉人基本权的强制处分宜采司法审查,由法院或其他中立机关作出最终裁决。^①逮捕也是如此,其审查应当贯彻亲历性、判断性、独立性等原则,以司法化的方式进行。^②然而,逮捕制度及其实践却以书面审查代换本应由司法方式进行的听证审查,这无疑强化了审查的实体倾向,偏离了实质化审查的目标。逮捕决定权的行使理应回归司法,为社会危险性查明提供诉讼化的平台工具。逮捕审查诉讼化致力于构建侦、辩双方到场,检察官当场审查的听证审查模式,以有效革除书面审查“对事不对人”的弊端——审查者可以借由针对性的材料展示、争点辩论及言词讯问等方式,充分掌握被提请逮捕人的社会危险性情况,再据此作出决定,最大限度地确保逮捕的正当化。

审查的诉讼化不仅具有正当化逮捕的意义,而且直接与被追诉人的人权保障息息相关。除了间接保障公民人身自由、住宅不受侵犯以及通信自由和通信秘密等基本权外,诉讼化的逮捕审查还可以有效促进获得辩护权的实现。获得辩护权属于基本权之范畴^③,被提请逮捕的被追诉人及其辩护人理应获得对相应申请提出抗辩的机会。单向且封闭的书面审查既无法保障被追诉人的知情权,也事实上剥夺了其进行有效辩护的权利,这很难不被认为是公民获得辩护权的侵犯——“书面逮捕审查由于无法实现上述人权保障的要求,从而难以被视为一种正当程序”^④。诉讼化的审查逮捕要求侦、辩双方到场,当场提出有关被追诉人社会危险性的材料,并主要围绕社会危险性事项进行辩论,唯有如此,辩护权才能在审查逮捕阶段发挥应有作用,相应制度设计才能实质满足人权保障的宪法要求。

司法权具有公正性、独立性、职业性、被动性、公开性、交涉性、中立性及终局性等特点。审查逮捕诉讼化应以逮捕决定权行使的司法化为重点,基于司法权性质重塑行权方式,建立“三角式”的外观结构和“正当程序化”的内部运作机制。具体程序可参照以下要点设计:第一,审查的诉讼化构造应以对抗制为框架,由检察官居中主持、明确争议焦点并控制听审节奏,经言词方式审理;第二,提请批捕的公安机关派员出席,与被追诉人及其辩护人分列检察官两侧,由控方承担社会危险性证明责任、辩方作出回应与抗辩,检察官可对争点发问;第三,审查结束后,检察官根据审理形成的心证,原则上当场作出是否批捕的决定。

(二) 审查逮捕诉讼化的实践探索

近年来,审查逮捕的诉讼化逐渐受到高层重视。2016年出台的《“十三五”时期检察工作发展规划纲要》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”。随后,根据最高人民检察院的统一部署,部分地方检察机关启动了诉讼化审查的试点工作,取得了一定成效。^⑤

宏观上看,审查逮捕诉讼化对逮捕羁押率的降低起到了明显的推动作用。试点地区采取听证审查的案件批捕率持续降低,不捕率远超全国平均水平。从笔者调研的情况看,2016年至2019年,G省各级检察机关办理逮捕听证案件871件共计1017人,其中批捕592人、不批捕425人,批捕率为58.2%;2017年至2019年,S省各级检察机关办理逮捕听证案件80件125人,其中批捕14

① 闵春雷:《以审判为中心:内涵解读及实现路径》,载《法律科学》,2015(3)。

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

③ 张翔:《“近亲属证人免于强制出庭”之合宪性限缩》,载《华东政法大学学报》,2016(1)。

④ 周新:《审查逮捕听证程序研究》,载《中外法学》,2019(4)。

⑤ 段君尚:《推进逮捕审查程序的诉讼化改革》,载《中国社会科学报》,2020-03-25。

人、不捕 111 人，批捕率为 11.2%；2019 年 1 月至 9 月，C 市各级检察机关办理逮捕听证案件 142 件 192 人，其中批捕 87 人、不捕 105 人，批捕率为 45.3%。根据第三方独立评估的结果，在 2016 年至 2019 年间，试点地区通过诉讼化审查所减少的逮捕人数约达 6 000—10 000 人。^① 不仅如此，在适用诉讼化审查的不捕案件中，大部分类型都是无社会危险性不捕，这从侧面证实了听证审查模式较书面审查模式更有利于社会危险性的查明。比如，2016 年至 2019 年，Y 市下辖试点检察院共受理提起批捕案件 5 866 人，其中批捕 4 212 人、不捕 1 654 人，批捕率为 71.8%，其中无社会危险性不捕 922 人，占不捕总数的 55.7%；同期办理逮捕听证案件 104 件 123 人，批捕 79 人、不捕 44 人，批捕率为 64.2%，其中无社会危险性不捕 39 人，占不捕总数的 88.6%。再如，2016 年 5 月至 2017 年 5 月，Z 省各级检察机关的批捕率为 76.9%，而适用听证审查案件的批捕率为 62.8%，其中无社会危险性不捕占不捕总数 82.8%，远高于适用书面审查的案件。

不可否认，诉讼化的逮捕审查也存在一些实践问题，其中较为突出的是适用率不高。即便在试点地区，采用听证审查的案件也仅为少数。究其原因，一方面，听证审查的制度化程度不足，未对检察机关的适用提供规范支持；另一方面，一些检察官自认为通过阅卷与讯问即可查清案件事实与社会危险性情况，尤其是在实行“捕诉合一”后，更加不愿费时费力组织听证。^②

制度方面的问题目前已基本得到解决。2019 年《人民检察院刑事诉讼规则》第 281 条规定，“对有重大影响的案件，可以采取当面听取侦查人员、犯罪嫌疑人及其辩护人等意见的方式进行公开审查”，这为逮捕的诉讼化审查提供了规范依据。2020 年《人民检察院审查案件听证工作规定》进一步明确了诉讼化审查的初步框架，被称为“审查逮捕听证”的工作机制正逐步在全国范围内铺开。2021 年《人民检察院羁押听证办法》在总结实践经验的基础上，更为精确地对审查逮捕诉讼化作出了工作部署，就听证条件、听证主体、听证流程等内容进行了规范。

捕诉一体改革对诉讼化审查的影响同样显著，其将迫使逮捕审查的重心移回案件实体，一定程度上导致了逮捕听证的形骸化。逮捕审查实质化的前提之一是审查主体的中立超然，但受控诉职能影响，要求检察官秉持客观立场并非易事。一旦审查者被赋予了侦查把关、侦查引导的职能，其就已经实质参与了侦查活动，再令其审查逮捕，难免陷入“既为运动员又为裁判员”的矛盾。^③ “捕诉合一”要求一个检察官或办案组负责同一案件批捕与起诉的做法，势必导致审查逮捕沦为审查起诉的预演——当根据侦查卷宗足以确信被迫诉人将被判处有期徒刑以上刑罚、公诉质量与所谓“逮捕质量”能够得到保证时，审查者便会批准逮捕——实体倾向将更加严重。^④

此外，诉讼化的审查逮捕在实践中还存在如听证启动机制不明确、侦查人员与辩护律师参与度不足、社会危险性审查与实体审查难以平衡等诸多问题，仍“面临较大的内外部阻力”^⑤，但整体的改革方向无疑是正确的。未来，检察机关应当继续推动审查逮捕听证的普及，并在及时发现实践问题、充分总结试点成果的基础上，科学设置程序，规范权力运行，形成可复制、可推广的经验，全面实现审查逮捕的司法化运行，切实提高逮捕审查的实质化水平。

六、结语

逮捕作为基本权干预措施，其适用必须具备正当性。通过比例原则的检视可以发现，唯有逮捕目的属于防御性质的“保障诉讼顺利进行”时，逮捕适用才具备正当化的可能。逮捕的正当目的是

① Report by Prof. Sarah Biddulph, Asian Law Center in University of Melbourne, 2019.

② 王子毅：《降低审前羁押率的影响因素分析与对策研究》，载《中国刑事法杂志》，2021（4）。

③ 聂友伦：《检察机关批捕权配置的三种模式》，载《法学家》，2019（3）。

④ 孙长永：《诉前羁押实证研究报告》，载《现代法学》，2023（3）。

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

否现实存在,取决于被追诉人是否具有法定的社会危险性。为确保逮捕决定的正当性,审查者必须查明被追诉人的社会危险性事实,这构成逮捕审查实质化的应然内涵。然而,相关规范将审查逮捕的重点置于实体性的罪刑预测,使得审查逮捕依次形成了“构罪即捕”“达刑即捕”的实践样态,偏离了实质化审查的正确方向。逮捕的实质化审查,不仅要求规范制定者明确社会危险性的标准,更需要为审查者提供查明社会危险性的平台工具。契合罪刑预测的书面审查模式与社会危险性的查明之间,存在手段与目的不兼容性。为使社会危险性审查落到实处,应当构建诉讼化的审查框架,将审查模式由以书面审查为主变更为以听证审查为主。目前,各地检察机关实行的审查逮捕听证符合改革方向,应当得到持续关注与积极推进。

完善逮捕制度,降低逮捕羁押率,对于提高国家人权司法保障水平、增进司法机关制约监督力度意义重大。为此,应以社会危险性审查为核心,实现逮捕审查由实体到程序、由形式到实质的转变,这既是构建法治化逮捕制度及审查程序的基础,更是降低未决羁押率、确保逮捕正当性的关键。逮捕审查的实质化不仅要改变现有办案方式,办案人员也须注重理念层面的革新,深刻理解逮捕的正当目的及其在人权保障方面的限制。此外,检察机关还需要对涉及逮捕质量评价指标、批捕业务考核方式等配套制度进行调整,破除基于实体结果的责任制度,以适应新时代审查逮捕的工作要求,而这可能是目前更为重要的课题。

On Substantive Examination of Arrest and Its Litigation Reform

NIE Youlun

(School of Law, East China Normal University)

Abstract: Policy makers demand for a substantive examination of arrest around the key topic to reduce pre-trial detention in criminal justice. The legitimate purpose of arrest cannot ignore the defensive nature of ensuring a smooth judicial process. To avoid any dangerous act of the defendant justifies an arrest. Thus to clarify whether the defendant is dangerous or not is the key to the application of arrest. Due to a misunderstanding of the purpose of arrest, the procuratorate has developed a model of examination holding the prediction of conviction and sentencing as its main content and written review, the main method. This is not in accord with the purpose of examination of arrest. The implementation of the substantive examination of arrest not only requires the clarification of the specific criteria of the danger the defendant may bring, but also needs to provide for the reviewer platforms and tools to identify the possible dangers in question. For this reason, the authorities should speed up the construction of a litigation-oriented framework of examination and establish a proper structure and due procedural mechanism of internal operation.

Key words: Arrest examination; Social danger; Substantive examination; Litigation

(责任编辑 李 理)