

# 论刑法修改给审查逮捕工作带来的变化与冲突

范思力\*

---

## 目次

- 一、修改后刑法给审查逮捕工作带来的变化
  - (一) 适当削弱审查逮捕工作的诉讼监督属性,增强其司法属性
  - (二) 适当分离逮捕与羁押必要性的审查程序
  - (三) 适当赋予侦查监督部门调查取证权
- 二、由审查逮捕工作的新变化所引发的冲突
  - (一) 强化审查逮捕司法属性与当前“检察一体化”改革进程的冲突
  - (二) 逮捕与羁押必要性的审查程序适当分离后在适用证明标准上与我国现行刑事证明标准体系的冲突
  - (三) 赋予侦查监督部门调查取证权与权力缺乏制约的冲突
- 三、应对冲突的措施建议

**关键词** 审查逮捕 变化 冲突

---

修改后刑法,包括随后颁布的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》[以下简称《诉讼规则(试行)》]对审查逮捕工作的标准、程序、内容做了更为细致、明确的规定,要求审查逮捕工作必须兼顾打击犯罪与保障人权,是否适用逮捕措施,既要出于打击犯罪的需要,也要确保犯罪嫌疑人的合法权益免受不必要的损害。由此,今后审查逮捕工作不仅要继续防止错捕、漏捕,还要切实防止“构罪即捕”、“以捕代侦”、“以捕代罚”。有了变化才有进步的可能,本文拟结合修改后刑法、《诉讼规则(试行)》对审查逮捕工作所做的新规定,总结其中发生的变化,并对这些变化引发的冲突进行深入分析,提出自己的一些应对建议。

---

\* 贵州省贵阳市白云区人民检察院法律政策研究室助理检察员。

## 一、修改后刑诉法给审查逮捕工作带来的变化

此次修改后刑诉法、《诉讼规则(试行)》对审查逮捕工作的内容进行了修改和扩充,给审查逮捕工作带来了一些新变化。应当说,这些变化既是对当前审查逮捕工作存在的问题的反思总结,也是对中国特色社会主义检察制度的创新尝试,彰显了我国的法治进步,体现了我国司法改革的新成果。归纳起来,这些变化主要包括以下几个方面。

### (一) 适当削弱审查逮捕工作的诉讼监督属性,增强其司法属性

刑诉法修改前,有部分学者持检察机关职能“二元论”说,认为与追诉权相比,审查逮捕工作具有诉讼监督属性,应属于诉讼监督职能范畴。<sup>〔1〕</sup>这是因为从刑事诉讼流程上看,审查逮捕作为检察机关监督侦查活动的重要关口,侦查活动是否存在错误或违法,检察机关可以通过审查逮捕的方式及时在侦查终结前介入,所以先前审查逮捕工作整个程序和内容不仅包含逮捕必要性审查,还混合了非法证据排除审查、侦查措施监督等诉讼监督工作的内容和程序。另外,由于审查逮捕工作本身具有程序处分功能,可以附带增强其他诉讼监督工作的刚性,这就使得逮捕措施在实践中已远远超过自身承载的职责,逐渐被视为一项以是否批准逮捕作为保障其他纠违措施顺利实施的监督措施。

由于当前审查逮捕工作与其他诉讼监督工作程序的混同,逮捕措施承载的监督任务过重,使审查逮捕工作在办案模式上变得偏重于诉讼监督模式,主要按照“申请—批准—不服复议”的单向模式进行办案,其行政性明显强于司法性,导致我国的审查逮捕工作没有完全体现出犯罪嫌疑人及其辩护律师在决定是否逮捕上的地位和作用。检察官的判断主要还是依赖于侦查机关提供的单方意见和证据,其居中位置不明显,无法保障对抗双方有平等交涉或向其充分陈述的机会,由此削弱了审查逮捕工作的司法属性。

因此为增强审查逮捕工作的司法属性,落实国家尊重和保障人权的宪法原则,强化对逮捕适用的司法审查,<sup>〔2〕</sup>此次修改后的刑诉法、《诉讼规则(试行)》对其进行了一定程度的诉讼化改造,通过在审查逮捕阶段强化保障辩护律师享有的诉讼权利,明确了侦查监督部门听取辩护律师及犯罪嫌疑人意见的职责,再到将非法证据排除、逮捕必要性审查、纠正违法的程序和后果进行了分别规定、归类,使诉讼监督工作与审查逮捕工作的程序和后果进行了适当分离。这样的设计使审查逮捕工作的理念得以逐渐从“侦查中心主义”向“审判中心主义”过渡,审查逮捕的程序流程从过去强调单向配合制约到现在强调检察官居中主持侦辩双方平等对抗,将原先刑事诉讼程序的线性构造改造得更为立体,使审查逮捕工作的职责明确为对犯罪嫌疑人是否适用逮捕进行程序性裁判,其价值取向不再局限为判断犯罪嫌疑人是否构成犯罪,是否会影响侦查活动继续进行,而更多地引入了“必要性”的判断标准,即还应考虑逮捕对犯罪嫌疑人是否适当,将犯罪嫌疑人行为的社会危害程度、主观恶性、身体状况、家庭生活状况等个人情况也明确纳入到是否适用逮捕的考虑范围之内,对符合法定条件的,在是否适用逮捕上要区别于其他犯罪嫌疑人,进行一定程度的限制,以此体现“无罪推定”的观念,强化审查逮捕工作的司法属性。

### (二) 适当分离逮捕与羁押必要性的审查程序

刑诉法修改前,无论是理论界还是实务界都认为目前我国刑事拘留、逮捕与羁押两者界限并

〔1〕 参见樊崇义:《法律监督职能哲理论纲》,载《人民检察》2010年第1期。

〔2〕 参见万春:《检察机关审查逮捕质量与诉讼化改革》,载《人民检察》2011年第13期。

不明显,在刑事拘留、逮捕与羁押未分离的情况下,特别是作为最严厉强制措施逮捕与羁押未分离,容易导致对逮捕的后续行为即羁押这一剥夺人身自由的严厉措施缺乏必要的审查和规制。<sup>〔3〕</sup>实际上由于我国刑事拘留、逮捕与羁押未分离,为防止逮捕后羁押不当,原先刑事诉讼法第72、73条规定公安机关、检察机关对逮捕正当性有审查义务,并规定了一定的法律后果。这里的正当性审查事由,不仅包含合法性事由,即逮捕后是否因案件事实或证据发生变化导致犯罪嫌疑人达不到逮捕条件,其实还包括合理性事由,即犯罪嫌疑人被逮捕后是否有继续羁押的必要,例如根据原先《人民检察院刑事诉讼规则》第90条、《公安办理刑事案件程序规定》第115条第2款的规定,对于应当逮捕的犯罪嫌疑人,如果患有严重疾病,或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女,可以不提请、批准逮捕。

因此从逮捕正当性审查的内容上看,逮捕之后的羁押必要性审查,其实早已有之,只不过附随在逮捕正当性审查之中。但实践中公安机关、检察机关逮捕后主动变更强制措施的情况鲜有发生,究其原因,笔者认为与逮捕正当性审查和羁押必要性审查之间的联系过于紧密,导致原先刑事诉讼相关程序失灵有关。所谓刑事程序失灵,主要是指公、检、法为基于办案方便而自行设计出来一套未得到正式法律确认但在刑事司法活动中逐渐得到普遍认可的“潜规则”或“隐形制度”,进而导致立法者所设计的法定程序无法得到有效的实施。<sup>〔4〕</sup>对于侦查机关的承办人而言,逮捕后继续羁押犯罪嫌疑人的诉讼成本和办案风险显然比不羁押犯罪嫌疑人要低许多,因为逮捕后如果变更为其他强制措施,对案件承办人而言不仅工作量增加了许多,而且责任更重,由于不适宜继续羁押是承办人提出的,那么犯罪嫌疑人释放后的监管责任自然落到了承办人身上,如果犯罪嫌疑人脱逃,且不论承办人是否监管不力,单就原先提出变更建议的动机而言,可能就要受到上级领导、纪检监察、检察机关的多方质问审查,两相权宜取其轻,主动或默认选择继续羁押显然成本最低,风险最小。

而对于审查逮捕的检察官而言,不仅同样存在诉讼成本高、办案风险大的问题,其所在侦查监督部门还存在一个缺乏审查机会的问题。由于我国的刑事诉讼程序呈线性构造,各个诉讼环节之间呈递进式走向,相应新旧证据材料也随之向前移送。因此对审查逮捕的检察官而言,由于以往过于依赖审查逮捕环节和书面审查方式,导致批准逮捕后审查逮捕的检察官对羁押必要性虽然具有监督义务,<sup>〔5〕</sup>但一来由于审查的范围有限,原先司法解释规定侦查监督部门仅对超期羁押导致的不正当羁押有权审查,审查范围不够全面;二来由于逮捕后如果犯罪嫌疑人一方不申请变更、监所部门不主动提示,审查逮捕的检察官一般难以注意到犯罪嫌疑人是否需要变更强制措施,即便注意到,其手上也缺乏相关证据材料来进行审查。

针对这些问题,此次修改后的刑诉法、《诉讼规则(试行)》首先将羁押必要性审查程序作单独规定,将其从原先的逮捕正当性审查程序中适当分离出来,同时对逮捕审查主体与羁押必要性审查主体进行了区分,使羁押必要性审查主体由原先的侦查监督部门,增加为侦查监督部门、监所检察部门和公诉部门,让监所检察部门、公诉部门以独立审查主体的身份分担侦查监督部门在逮捕

〔3〕 徐静村、潘金贵:《我国刑事强制措施制度改革的基本构想》,载《甘肃社会科学》2006年第2期。

〔4〕 参见陈瑞华:《刑事诉讼的中国模式》(第二版),法律出版社2010年版,第296页。

〔5〕 参见原《人民检察院刑事诉讼规则》第96条规定:“犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人委托的律师及其他辩护人认为人民检察院批准或者决定逮捕的犯罪嫌疑人羁押超过法定期限,向人民检察院提出释放犯罪嫌疑人或者变更逮捕措施要求的,由人民检察院审查逮捕部门审查,审查逮捕部门应当向侦查机关或者本院侦查部门了解有关情况,并在七日以内审查完毕。”

后进行羁押必要性审查的压力;其次,从合法性和合理性两个角度规定了没有必要继续羁押的情形,扩大了检察机关进行羁押必要性审查的范围;另外,赋予犯罪嫌疑人一方及其辩护律师申请启动羁押必要性审查程序和提供证据的权利,不仅使羁押必要性审查的启动机会增多,既可以依职权启动,也可以依申请启动,增加了犯罪嫌疑人获得羁押必要性审查的机会,还拓宽了审查材料获得的渠道,使犯罪嫌疑人能够有证明自己无必要羁押的机会;最后为强调羁押必要性审查的诉讼监督性质,特别赋予羁押必要性审查主体有向办案机关建议释放犯罪嫌疑人或变更强制措施权力,并明确办案机关的报告和解释义务。通过完善上述程序和措施,使逮捕与羁押必要性的审查程序实现适当分离,使“逮捕即羁押”,“逮捕后一押到底”的情况受到了一定程度的限制。

### (三) 适当赋予侦查监督部门调查取证权

原先刑法对审查逮捕阶段检察机关是否有调查取证权没有做出明确规定,随后原先《人民检察院刑事诉讼规则》第97条规定审查逮捕部门在办理审查逮捕案件时,不另行侦查,但可以复核证据。因为司法侦查权的实施是以犯罪嫌疑人的特定犯罪行为为对象,并通过法定授权和程序发现、收集、审查、核实犯罪证据材料最终查明案件事实真相。<sup>〔6〕</sup>所以调查取证权实际上是侦查权的重要组成部分,而原先规定侦查监督部门不能侦查,仅有审查、复核证据的权力,实际上就是没有赋予侦查监督部门调查取证权,这样规定笔者认为从理论上能够将决定批准主体与证明主体分开,保障审查逮捕的检察官的居中地位,有利于审查逮捕工作的诉讼化改造。

但实际上审查逮捕阶段的证明主体(主要包括侦查机关和辩护律师),能否很好地承担程序法事实的证明责任,以供检察官及时审查判断呢?答案是否定的。根据原先刑法第89条规定,侦查机关收集、调取证据仅限于有罪或无罪、罪轻或罪重的证据。从该规定分析,侦查机关取证范围并不包括收集与程序法事实有关的证据,比如一些能够证明犯罪嫌疑人是否患有严重疾病、是否有可能从事危害社会秩序、公共安全的违法活动的证据,既然属于法定收集范围之外的证据,侦查机关在取证时就容易忽略,即便收集来,由于侦查机关对犯罪嫌疑人的天然攻击性,收集而来的证据可能往往都会对犯罪嫌疑人不利。

反观作为相对方的犯罪嫌疑人一方及其辩护律师,虽然法律赋予了辩护律师调查取证权,但由于该权利缺乏强制力保障,在实行效果上往往显得很不理想,如果在审查逮捕阶段申请检察机关收集、调取证据,则又面临侦查监督部门没有侦查权,只有复核权,没有权力帮助辩护律师收集相关证据的尴尬境地,最终导致在调查取证上侦查机关过于强势,辩护律师过于弱势,不利于保障犯罪嫌疑人的合法权益。

另外,从当前公安机关与检察机关的关系看,当前检察机关与公安机关在审查逮捕阶段还是保持一种“轻制约,重监督”、“轻引导,重合作”的关系。在审查逮捕阶段,检察机关更多地还是在配合公安机关办案,这样当某个案件在审查逮捕阶段存在合理怀疑,需要进一步查清事实细节时,检察机关一般还是依赖公安机关随后补充证据的情况进行判断,如果补充证据中没有任何能用于证明犯罪嫌疑人清白的内容,那么这个阶段就基本没有通过证据洗刷犯罪嫌疑人清白的可能,这从实践中以不构成犯罪为由不批准逮捕和撤案占不批准逮捕案件总体的比例呈下降趋势就可以看出。<sup>〔7〕</sup>而许多关键性证据如果在这一阶段错失,那么在下一阶段将很难补充收集。因此从保障犯罪嫌疑人人权的角度看,侦查监督部门也需要借助其他力量以切实防止冤假错案发生。

〔6〕 参见蒋石平:《我国侦查主体与侦查权的合理设置与配置》,载《河北法学》2008年第2期。

〔7〕 以某基层检察院不批准逮捕案件为例,2009至2012年该院以不构成犯罪为由不批准逮捕和撤案占年度不批准逮捕案件的比例分别为0、85%、45%、19%。

因此对侦查监督部门而言,针对当前侦、辩双方实力不对等的现实,不能机械、保守地谨守自己的中立地位,应从司法公正平等原则的本质精神出发,有意识、有针对性地通过行使自身职权,平衡证据比例,从而达到在审查逮捕阶段打击犯罪与保障人权并重的目的。为此修改后的刑事诉讼法、《诉讼规则(试行)》还赋予了侦查监督部门一定程度的调查取证权,使侦查监督部门在必要时能够有机会收集与逮捕或羁押必要性相关的证据。比如修改后的刑事诉讼法第86条第2款规定,人民检察院审查批准逮捕,可以询问证人等诉讼参与人,听取辩护律师意见。紧接着新颁布的《诉讼规则(试行)》第308、309条又对此进行细化补充,规定侦查监督部门必要时可以询问证人、被害人、鉴定人等诉讼参与人,听取律师意见,并制作笔录附卷。这意味着询问证人、被害人、鉴定人等诉讼参与人的笔录可以作为证据使用,而规定应将辩护律师的意见附卷,则可以保障辩护律师发表意见的权利,使侦查机关能够重视辩护律师的意见。

## 二、由审查逮捕工作的新变化所引发的冲突

审查逮捕工作改革是检察改革的重要组成部分,随着修改后刑事诉讼法、《诉讼规则(试行)》等法律、司法解释的颁布实施,审查逮捕工作改革的成果也浮出水面。但目前由于我国一些配套检察制度改革还未跟上审查逮捕工作改革的进度,其势必会与审查逮捕工作有所冲突,不利于审查逮捕工作改革的效果,下文试就这些冲突进行分析。

### (一) 强化审查逮捕司法属性与当前“检察一体化”改革进程的冲突

正如前文所述,修改后刑事诉讼法、《诉讼规则(试行)》对审查逮捕的诉讼化改造本意是为了强化审查逮捕工作的司法属性,使审查逮捕的检察官能够依法居中裁判。但这似乎与当前我国检察体制改革当中另一项重要工程——“检察一体化”的改革进度有了一定的冲突。所谓“检察一体化”,是指为保持检察权行使整体的统一,在肯定检察官相对独立性的同时,将其组成统一的组织体,即采取检察官所有活动一体化的方针。<sup>〔8〕</sup>“检察一体化”改革的本意是为了防止下级滥用权力,强化上级的领导权,同时保障检察机关的独立性。但目前由于“检察一体化”改革进程过于强调“上命下从”,相关法律既没有细致规定下级检察官的具体客观义务,也没有从制度上给予其独立身份保障以对抗上级的不当指令,同时也没有对“上命下从”的边界进行框定。这无形中强化了检察机关内外工作的行政性,变成“下级办案,上级定案”,由此使强化审查逮捕司法属性与一些“检察一体化”工作机制产生了冲突,具体包括两个方面:

#### 1. 强化审查逮捕司法属性与职务犯罪侦查一体化机制之间的冲突

此次为配合修改后刑事诉讼法强化审查逮捕司法属性的立法精神,最高人民检察院早在刑事诉讼法修改之前就于2009年颁布了《关于省级以下人民检察院立案侦查的案件由上一级人民检察院审查决定逮捕的规定(试行)》(以下简称“‘上提一级’规定”),该规定将省级以下(不含省级)人民检察院立案侦查案件的审查逮捕交由上级检察机关的侦查监督部门负责。这样一方面在一定程度上解决了同一检察机关自捕自侦缺乏制约的弊端,另一方面随着职务犯罪案件审查逮捕部门级别的提高,使得职务犯罪案件审查逮捕决定的中立性、权威性得到了增强。另外“上提一级”规定第13、15条确立的不服逮捕救济程序在确保审查逮捕工作司法属性不因二次复审而受到削弱的同时,还赋予了犯罪嫌疑人对不服逮捕决定有启动人民监督员程序的权利,使侦查部门和犯罪嫌疑人都具有“上诉权”,为修改后刑事诉讼法、《诉讼规则(试行)》对强化审查逮捕工作的司法属性所做的规定奠

〔8〕 参见孙谦:《中国的检察改革》,载《法学研究》2003年第6期。

定了基础。

从“上提一级”规定中我们不难发现,该规定要想真正发挥强化审查逮捕司法属性的作用,必须有一个前提条件,即侦查监督部门级别必须比侦查部门高,如果侦查部门与其在同一机关,甚至级别高于侦查监督部门,则又会回到自捕自侦缺乏制约,审查逮捕司法属性无法得到保障的老路。而职务犯罪侦查一体化机制的提出,无疑是对“上提一级”规定的最大挑战。

职务犯罪侦查一体化是2006年最高人民检察院颁发的《关于健全职务犯罪侦查工作一体化机制的若干规定》确立的一项工作机制,该机制主要是针对重大的贪污贿赂、渎职侵权等职务犯罪案件,通过发挥“检察一体化”优势,由上级侦查部门统一管理案件线索,统一组织侦查活动,统一调度侦查力量和侦查装备,强化上下级相互之间的侦查协作,从而将办案效能最大化。职务犯罪侦查一体化提出后,分州市级以上检察院纷纷为此设立了侦查指挥中心。指挥中心的作用在于:对所辖范围内的职务犯罪案件侦查工作进行统一组织、指挥、协调和监督,对举报移送的和自行发现的大要案线索实行集中管理,有选择地进行指导和指挥查办。<sup>[9]</sup>如此一来,一些大要案件虽然名义上是由基层检察院立案侦查,但由于职务犯罪侦查一体化机制的推行,下级院无论是线索初查还是侦查方向、侦查意见都需要请示上级侦查部门,按照上级侦查部门的意见或建议来开展工作,因此一些大要案件的初始阶段实际变成由上级侦查部门来负责或参与办理。<sup>[10]</sup>

由此对应审查逮捕“上提一级”规定,表面看侦查监督部门似乎因为级别提高摆脱了自侦自捕的尴尬,但实际上一旦审查中出现了意见分歧,真正和侦查监督部门打交道的,仍然还是自己单位内的指挥中心或侦查部门,由此审查逮捕“上提一级”强化审查逮捕司法属性的效果实际被职务犯罪侦查一体化机制架空,两者的冲突也由此显现。

## 2. 强化审查逮捕司法属性与审查逮捕工作办案机制的冲突

强化审查逮捕司法属性既是为了保障审案的检察官能够公正地进行程序性裁判,也是为了使审案的检察官能够对自己的决定负责,以体现出审查逮捕的检察官裁判者、司法官的身份地位,但这实际上与现行审查逮捕工作办案机制是有冲突的。

当前我国的审查逮捕工作办案机制实质上就是书面审批制,一般案件由科处室负责人、检察长层层批准,重大案件层报至检委会讨论决定。从工作流程上看,审查逮捕工作办案机制其实是按照目前“检察一体化”的思维,以强化上级领导权为基础构造整个内部办案流程,整个工作流程强调行政性、单向性,即一个案件是否批准逮捕,体现的是检察机关的单位或上级意志,而非审查案件检察官的个人意志,每一个案件审批层都有权改变原先案件的处理结果,并且改变过程不可逆转。而从审查逮捕权能上看,现行审查逮捕的权能实际上也是按照目前“检察一体化”的思维,从加强对办案检察官制约,防范下级滥用权力的角度出发,进行了分解和分配,将审查逮捕权能分离为审理和裁判两个权能并由不同主体行使,以此在内部形成裁判制约审理的机制,即由承办检察官负责案件的依法调查、审核证据和事实,而由上级负责通过认定事实,适用法律对案件实体与程序问题给予判断。

采取现行审查逮捕工作办案机制的目的在于:(1)可以减轻承办案件检察官的办案风险,使办案错误由个人负责制转化为集体负责制;(2)可以防止承办案件检察官滥用职权;(3)可以在一定程度上缓解检察官个人办案能力不足的问题。但这样同时也会弱化审查逮捕权的司法属性,因为

[9] 参见王勇:《反贪侦查一体化建设的思考》,载《人民检察》2010年第6期。

[10] 以某基层检察机关2010至2012年反贪部门受理案件线索为例,该院2010至2012年总共收到案件线索95件,经上级院交办及转办案件线索61件,比例为64.21%。

司法权本身具有独立性、亲历性、判断性和法律适用的目的性。<sup>[11]</sup> 案件办理集体负责制会使法官的独立性无法明确,主要负责案件的究竟是审的人,还是决定的人? 而从防范滥用职权的可能性来看,将决定权向上集中而又没有赋予下级检察官具体的客观公正义务对抗错误指令,上级由于缺乏司法亲历性,其滥用权力的可能性并不低于下级办案检察官。另外,将级别作为衡量办案能力高低的标准,并不能成为下级办案检察官不用对案件进行判断的借口,下级办案检察官在案件审理过程中同样需要进行事实和程序的判断,否则审案就失去了内容和方向。

因此笔者认为,强化审查逮捕司法属性的目的之一在于保障决定的公正性,使侦查机关和辩护律师的对抗能够对决定者的判断产生作用,从而兼顾打击犯罪与保障人权。现行审查逮捕工作办案机制存在的弊端不仅弱化了审查逮捕权的司法属性,而且还违反了程序正当的要求,使修改后刑诉法、《诉讼规则(试行)》审查逮捕阶段的对抗构造流于形式,弱化了审查逮捕工作保障犯罪嫌疑人人权的价值,因此存在冲突自然在所难免。

(二) 逮捕与羁押必要性的审查程序适当分离后在适用证明标准上我国现行刑事证明标准体系的冲突

修改后刑诉法、《诉讼规则(试行)》将逮捕程序与羁押必要性程序做了分别规定,这导致原先各自的要件事实也发生了相应分离,比如逮捕必要性要件事实与羁押必要性要件事实就有所区别。不同的要件事实作为证明对象时,无论是承担证明责任的主体还是进行裁量的检察机关,均需要依据明确的证明标准,但由于目前我国程序法事实证明标准的缺位,使得某些程序法事实无法参照现行相应阶段的刑事证明标准,进而在证明和裁量上发生了冲突。

我国的刑事证明标准体系,有学者认为主要包括三个层次,即立案侦查的证明标准是“认为有犯罪事实需要追究刑事责任”;逮捕的证明标准是“有证据证明有犯罪事实”;侦查终结移送起诉、提起公诉和做出有罪判决的证明标准都是“证据确实充分”。<sup>[12]</sup> 随后修改后刑诉法、《诉讼规则(试行)》还对“有证据证明有犯罪事实”、“证据确实充分”进行了具体说明。从这三个层次的划分我们不难看出,当前我国的刑事证明标准都是针对实体法事实的证明标准,正如有论者所说,目前我国的刑事诉讼法规定证明标准其实就是认定犯罪构成事实存在的标准。<sup>[13]</sup> 对于与案件本身没有关系但对解决某些诉讼程序性问题具有法律意义的事实,比如监视居住时擅自会见他人或通信、羁押期限届满、犯罪嫌疑人有自杀倾向等程序法事实,则没有规定相应标准。程序法事实虽然与犯罪事实和量刑情节无关,但对于规范公权力运行、实现被追诉人的诉讼权利、提高裁判的权威性、弘扬程序正义而言却具有重要的意义。<sup>[14]</sup> 因此我国程序法事实证明标准确有明确必要,而且不能直接套用相应阶段的实体法事实证明标准,否则会导致在实践中无法适用。

以逮捕必要性要件证明标准为例,比如根据《诉讼规则(试行)》第139条的规定,对有一定证据证明或有迹象表明犯罪嫌疑人可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的,应当认为其具有社会危险性。如果将这里的“一定证据证明或有迹象表明”直接套用逮捕事实要件标准,即“有证据证明有犯罪事实”,则会出现以下问题:1. 有“一定证据证明或有迹象表明”证明的不是事实,而是发生事实可能性的存在,该事实实际并未发生,这就与“有证据证明发生了犯罪事实”的要求不同;2. 既然可以“有迹象表明”,就说明犯罪嫌疑人此时要么没有实施犯罪行为,要么没有证据只有

[11] 参见龙宗智:《为什么要实行主诉检察官办案责任制》,载《人民检察》2000年第1期。

[12] 参见何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2004年版,第352页。

[13] 参见罗国良:《我国刑事诉讼中的证明标准是定罪标准》,载《法律适用》2010年第9期。

[14] 参见闵春雷:《刑事诉讼中的程序性证明》,载《法学研究》2008年第5期。

迹象表明其存在实施行为的可能性,这显然达不到“该事实是犯罪嫌疑人实施的”、“证明实施犯罪行为的证据已经查证属实”的要求。因此对逮捕必要性要件的证明而言,实体法事实证明标准显然不能简单套用到同一阶段的程序法事实证明中,两者标准因证明对象的差异而有所区别。

反映在羁押必要性审查上也是如此,由于羁押必要性审查涉及事实的复杂性,因此没有单独的程序法事实证明标准同样会给羁押必要性审查带来问题和困难。以《诉讼规则(试行)》第619条列举的没有必要继续羁押情形为例,其中第1、2项涉及案件事实发生变化导致犯罪嫌疑人不构成犯罪或可能判处非监禁刑的,由于涉及有罪无罪、罪轻罪重的事实,因此属于实体法事实,第3项实际是对社会危险性可能性已被排除的证明,是一种逮捕必要性要件的继续证明,属于程序法事实,而第4项则规定既需要证明案件事实基本查清、证据已经收集固定,又需要证明符合取保候审或监视居住条件的,因此不仅涉及了实体法事实——案件事实是否基本查清,还涉及了程序法事实——是否符合取保候审或监视居住的条件。对证明方而言,针对每一项的不同要求,其诉讼权利的主张缺乏着力点,很难明确对羁押必要性程序法事实的证明究竟要到何种程度才能实现自己的主张,是“有证据证明发生了犯罪事实”?还是“证据确实充分”?对羁押必要性审查主体而言,自己的判断是否客观公正同样没有统一评判标准。这与羁押必要性审查程序当初设立是为了保障犯罪嫌疑人的诉讼权利,规范羁押裁量权的初衷显然不相符。

### (三) 赋予侦查监督部门调查取证权与权力缺乏制约的冲突

修改后刑诉法、《诉讼规则(试行)》赋予了侦查监督部门一定程度的调查取证权,其意义在于平衡侦、辩双方的调查取证能力。对审查逮捕的检察官而言,行使调查取证权是为了履行自身的客观公正义务,使自己能够基于客观立场,为被告的利益搜集证据。通过这种客观义务所建立的自我约束以及外部制约,约束权力滥用行为,维护司法公正的底线。<sup>[15]</sup>但问题在于,调查取证权作为侦查监督部门拥有的一项权力,却没有相应的权力运行机制。笔者认为既然此时审查逮捕的检察官更多履行的是一种司法职能,如果缺乏相应的机制保障其规范行使,很有可能像法院的调查取证权当初设立时一般,在运行中不断受到各方质疑。

我国司法制度受授权主义影响,强调司法官应主动行使调查权力援助因客观条件或自身能力限制无法行使取证权的弱者,实现诉讼程序中的实质平等,进而使诉讼结果更加接近于实体正义。<sup>[16]</sup>因此如果裁判者过度行使调查取证权,就会面临收集而来的证据缺乏公信力,裁判者的中立属性被弱化等问题。但从修改后刑诉法、《诉讼规则(试行)》对侦查监督部门调查取证权的规定上看,显然没有吸取法院调查取证权改革的经验教训,过于简单,主要问题有三:1. 没有确立调查取证权应以依申请为主,正如前文所述,侦查监督部门行使调查取证权是出于侦查机关在调查取证能力上强于辩护律师的现实,因此调查取证权应主要是一种依辩护律师申请或依被讯问犯罪嫌疑人的书面或口头申请而启动的权力,没有限制地主动行使有违“谁主张谁举证”原则;2. 对依职权调查取证的情况没有限定条件,《诉讼规则(试行)》第308条对于是否行使调查取证的作用,仅用了“必要”二字,何为“必要”?是涉及犯罪事实补证由侦查监督部门进行更为适宜,还是涉及侦查机关未提供逮捕必要性的证据需要自行补充,亦或是因需要调查侦查机关是否有重大违法行为?没有边界的权力往往会存在很大的滥用空间;3. 没有对收集而来的证据规定质证程序,由于收集而来的证据对于是否适用逮捕具有重要作用,那么从程序正义的角度出发,即使该证据是真

[15] 参见龙宗智:《中国法语境中的检察官客观义务》,载《法学研究》2009年第4期。

[16] 参见姜丰建:《扩张或抑制:法院调查取证制度前路分析》,载《山东审判》2012年第3期。



实的也会因为没有一定的程序,使该证据不具有法律效力。<sup>[17]</sup> 因此如果侦查监督部门收集到了相应证据,应让侦查机关和辩护律师了解相应情况并在此基础之上听取双方意见,做出决定。而事实是由于辩护律师在此阶段并没有阅卷权,在将相应笔录附卷后,如果没有相应机制保障辩护律师了解证据情况,会导致辩护律师对侦查监督部门收集的证据无法发表意见,这样怎么能够保障该证据在决定是否适用逮捕时的法律效力呢?

因此,仅仅赋予侦查监督部门在审查逮捕时的调查取证权而又没有对其规制,这与权力应受制约的法治精神显然是矛盾的。反映在审查逮捕工作中,如果调查取证权使用不当,不仅可能会对侦查机关的侦查活动造成不当干扰,而且还会使逮捕决定的公正性受到侦、辩双方的质疑。

### 三、应对冲突的措施建议

针对审查逮捕工作发生的变化以及由此带来的一些冲突,笔者认为,下一步应当着重相关配套制度的设计和完善,毕竟仅仅依靠刑法及其相关司法解释不可能保障今后审查逮捕工作的正常运行,后续的工作也应以此此次刑法修改为契机,陆续进行完善。具体来说,可有针对性地从以下几个方面着手。

1. 对《人民检察院组织法》、《检察官法》进行相应地修改,使“检察一体化”能够真正保障检察官切实履行司法职能。笔者认为首先可对上级检察院对下级检察院的领导权限进行一定限制,将其职权范围概括为两类,一类是针对案件办理的领导权限,对下级院办理或交由下级院办理的案件,可以按照“事前不干涉个案办理,事中不发表个案意见,事后可对个案处理情况进行监督”的原则进行一般和例外规定;一类是针对行政事务的领导权限,比如指定、更换承办人、交办案件、惩戒奖励、职务晋升等事项,必须规定相应的法定情形,便于实践操作,防止出现以行政事务干预司法事务的情况。其次明确检察官个人的客观公正义务,除将客观公正义务规定为担任检察官所必须承担的义务外,还必须对客观义务的内容进行具体列举,比如案件的处理意见不得来自于事实证据以外的原因,不得损害被追诉人的合法权益,有权保留案件办理意见,庭审中应自由发表意见,等等,防止客观公正义务被“空洞化”。最后明确检察官个人的身份保障问题,除因违法犯罪、身体原因、个人意愿、执法发生重大过错等原因以外,检察官不得被随意惩戒,不得因检察官履行客观公正义务而影响其奖励、升迁,以此尽量减少检察官办理案件时可能遭到的不当干扰。

2. 适时建立审查逮捕主办检察官制,简化案件审批级别和方式。随着主诉检察官在各地的试行,其相关成功经验完全可以为审查逮捕主办检察官制度所借鉴,部分地区的先试先行也取得了一定的成果。<sup>[18]</sup> 具体来说,首先应减少案件的审批级别,由原先的“承办人——科处室负责人——检察长或检委会”,或有的地区采取的“主任检察官——副检察长——检察长或检委会”办案模式过渡为“主办检察官——检察长或检委会”,提高案件办理效率。其次赋予主办检察官一定的决定权,增加承办人亲历性在逮捕决定中的作用,对于不符合逮捕刑罚要件、必要性要件的,主办检察官应有权径行决定不批准逮捕,但要将不批准理由在 24 小时内报检察长备案,检察长若认为原先不批准逮捕决定错误的,应当报请检委会讨论是否变更强制措施。最后可借鉴主诉检察官的管理经验,通过强化考评,建立主办检察官退出机制,使审查逮捕主办检察官的准入能够“有进有出,优

[17] 参见周升乾、杨松:《从程序正义看法院的调查取证权》,载《重庆社会科学》2002年第5期。

[18] 相关材料参见湖北省人民检察院检察发展研究中心:《实行“两个适当分离” 优化检察职能配置——湖北省检察机关在法律制度框架内的实践探索》,载《人民检察》2010年第24期。

胜劣汰”。

3. 明确刑事程序法事实证明标准。正如前文所述,刑事程序法事实证明的主要价值在于限制公权力滥用、保障被追诉人的权利,不同于学界对实体事实是追求“法律真实”还是“客观真实”的争议,程序法事实属于纯粹的法律事由,其诞生和存在均依托于法律规定的程序,比如回避事由就是因为诉讼程序公正性的需要而规定,没有诉讼程序,回避事由自然也就不存在。从当事人的角度看,程序法事实之所以需要证明是为了避免自身因不正当的诉讼程序而受到不公正对待,而非用于攻击对方诉讼请求,其彰显的主要是防御价值,防御对象是程序裁判者而非诉讼相对方。从裁判者的角度看,证明程序法事实的价值在于保障整个诉讼程序的稳定性,防止诉讼程序出现倒流或重新启动的情况,最大限度地保障裁判的权威性。有价值才有制定标准的需要,为此只要当事人一方提供的理由和证据能够让裁判者信服或能够在双方对抗中呈现出优势,无论当事人主张的事实是否存在合理怀疑,裁判者都应当直接采纳其意见。但此处所说的合理怀疑与实体法事实中的合理怀疑不同,此处的合理怀疑必须以举证的方式提出。因此作为证明责任方的理由和证据如果没有体现出优势,相应的合理怀疑也就失去了让裁判者信服的可能性。因此笔者认为,借鉴德国证据法的“释明”标准,即当事人主张的事实和证据具有优势可能性,使裁判者能够内心确信,<sup>[19]</sup>将其作为我国刑事程序法事实的证明标准既符合刑事程序法事实证明的价值和要求,也具有一定的可操作性。

4. 规范侦查监督部门的调查取证工作。笔者认为可借鉴法院调查取证权的改革成果,由最高人民检察院以出台规范性文件的方式,首先将侦查监督部门调查取证权的行使规定为以依申请为主,以依职权为例外,并对依职权调查取证的范围进行明确列举,比如侦查活动可能有重大违法行为的、可能导致对犯罪嫌疑人处理不公正的,侦查监督部门应主动调查取证。其次,对于收集而来的证据,鉴于当前审查逮捕阶段对辩护律师阅卷权的限制,应当将其所能证实的事实告知侦查机关和辩护律师,以便听取双方意见,保障该证据的法律效力。最后若辩护律师在审查逮捕阶段向检察机关申请调取证据,应尽量由侦查监督部门自行收集,属于侦查机关未提交或属于《诉讼规则(试行)》第308条规定证据类别之外的证据,应当及时通知侦查机关提交或补充。

5. 保证侦查机关给予辩护律师资讯,使辩护律师能够有机会找到争议焦点。对侦查机关提请逮捕的文书,侦查监督部门应当要求侦查机关在文书中对提请事实和理由进行说明,对犯罪嫌疑人所涉及的社会危险性要进行简单列举;侦查机关除移送证实逮捕各个要件事实的证据外,对涉及社会危险性仅为迹象或无明显证据的,应当阐述完整的书面理由并由承办人签字附卷。这样当辩护律师介入时,至少可以通过侦查机关的提请逮捕文书了解犯罪嫌疑人的罪名和案件有关情况,并可以通过审查逮捕的检察官了解到侦查机关认为涉案犯罪嫌疑人具有社会危险性的理由。只有这样才能保证审查逮捕阶段的辩护律师能有的放矢,所自行或申请收集的证据能更具有针对性,加强律师参与对防止冤假错案的积极作用。

(责任编辑:林喜芬)

[19] 参见何家弘主编:《外国证据法》,法律出版社2003年版,第435~438页。