



逮捕权研究

张兆松◎著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社



逮捕权研究

张兆松◎著

图书在版编目(CIP)数据

逮捕权研究 / 张兆松著. —杭州: 浙江大学出版社, 2017. 6
ISBN 978-7-308-16690-4

I. ①逮… II. ①张… III. ①逮捕—司法制度—研究—中国 IV. ①D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 031303 号

逮捕权研究

张兆松 著

责任编辑 姜井勇(jiangjingyong@zju.edu.cn)
责任校对 虞雪芬
封面设计 周 灵
出版发行 浙江大学出版社
(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)
(网址: <http://www.zjupress.com>)
排 版 浙江时代出版服务有限公司
印 刷 绍兴市越生彩印有限公司
开 本 710mm×1000mm 1/16
印 张 16.75
字 数 292 千
版 印 次 2017 年 6 月第 1 版 2017 年 6 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-16690-4
定 价 58.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换
浙江大学出版社发行中心联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

序

逮捕是由法律规定的执法机构依照正当的法律程序审查或者决定,并经法律规定的执法机构执行,针对可能判处一定刑罚的犯罪嫌疑人、被告人采取的,具有一定时限的羁押、剥夺人身自由的最严厉的一种刑事强制措施。在我国,逮捕权是公安司法机关在一定时间内依法完全剥夺犯罪嫌疑人或被告人人身自由,并解送到一定场所予以羁押的一种强制措施的权力。我国的逮捕权主要由检察机关行使,同时存在着逮捕与羁押一体化、逮捕羁押率高、捕后变更强制措施比例低、变更难及捕后起诉定罪率、轻刑率偏高等特点。

在国外,逮捕是短时间的人身监禁。在未决羁押适用之前,警察机关或检察机关往往已经对嫌疑人采取了限制人身自由的逮捕或者拘留的措施。逮捕与羁押一般构成了两个相互独立的程序,在法律上成为两种不同的强制措施。对审前羁押的司法控制大体通过司法审查,明确羁押的根据、条件、期限及司法救济等方法进行。联合国大会通过的《公民权利和政治权利国际公约》和《保护所有遭受任何形式羁押或监禁人的原则》,确立了审前羁押中被羁押者应享有的权利与待遇的国际标准。

逮捕权的行使必须遵守人权保障原则、无罪推定原则、程序法定原则、比例原则和谦抑原则。人权是基于人的欲望、生存需要和社会属性而享有的权利,是使人成其为人的基本权利。刑事诉讼法的重要功能之一在于对一系列干预公民基本权利的强制措施予以有效的法律控制。无罪推定原则,是指在法院作出生效的有罪判决之前,犯罪嫌疑人、被告人在法律上被推定为无罪,作为无罪之人应当享有法律规定的包括人身自由在内的公民基本权利。程序法定原则,是指国家刑事司法机关的职权及其追究犯罪的程序,都只能由立法

机关所制定的法律加以明确规定,司法机关进行刑事诉讼活动必须严格依照法律规定的职权进行。这就要求在逮捕、羁押的理由,羁押的必要性、期限、场所、授权、审查、救济、防御等一系列环节上,都要有法律的明文规定,从而将逮捕、羁押的适用限定在正当且必要的范围内。比例原则也称相应性原则,是指刑事追究措施,特别是侵犯基本权利的措施,在其种类、轻重上必须要与所追究的犯罪行为相适应。它旨在要求国家在保护公民个人权利与保护社会公益之间保持合理的平衡状态。谦抑原则,是指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用逮捕(而用其他强制措施),获取最大的社会效益——有效地保障刑事诉讼的顺利进行。逮捕要坚持谦抑原则,既是人权思想的要求,也是由逮捕的性质和特点所决定的。

批捕权的归属,是刑事诉讼中一项重要的制度安排。关于如何配置逮捕权,学术界存在着法院行使说、检察院行使说和双重构造说的争议。在现行宪政条件下,检察机关的批准逮捕权具有合法性,应当保留检察机关对公安机关管辖案件的批捕权,同时,检察机关自侦案件的批捕权应由上一级人民检察院行使。但从应然角度看,由法院行使逮捕权具有正当性、合理性:这是由审判权的性质决定的,是“以审判为中心司法改革”的客观要求,是治理我国逮捕羁押难题的最佳方案,这是世界法治国家的通例。此外,逮捕权划归审判机关,有助于推进检察改革。鉴于我国现行宪法和法律将批准和决定逮捕的权力赋予检察机关的现状,可以由全国人大常委会作出授权,开展自侦案件批捕权划归法院的改革试点。在改革成功后,可再通过修改法律巩固改革成果。

2012年修订的刑事诉讼法(下文也简称刑诉法或《刑诉法》)将逮捕条件分为普通逮捕条件和特殊逮捕条件。普通逮捕条件包括:证据条件(有证据证明有犯罪事实);刑罚要件(也称罪责条件,即可能判处徒刑以上刑罚);社会危险性条件(采取取保候审、监视居住等方法不足以防止发生社会危险性,而有逮捕必要的)。特殊逮捕条件包括了直接逮捕条件和转逮捕条件。为了实现对未成年犯罪嫌疑人、被告人“严格限制适用逮捕措施”,要进一步明确适用标准、探索取保候审新路径、扩大监视居住的适用、完善社会调查制度、完善考核制度,构建不捕激励机制。

附条件逮捕,是指检察机关在审查逮捕过程中,对于证据有所欠缺但已基本构成犯罪、认为经过进一步侦查能够取得定罪所必需的证据、确有逮捕必要的重大案件的犯罪嫌疑人,经过检察委员会讨论决定予以批准逮捕,并要求侦查机关进一步补充证据材料的一种强制措施。附条件逮捕制度作为一项重大的审查逮捕改革举措出台,并不具有合法性、合理性和正当性。实施附条件逮

捕制度只会扩张检察机关的逮捕权,而不利于保障犯罪嫌疑人的合法权益。全国人民代表大会法律委员会或有关专门委员会应对附条件逮捕制度进行审查,经审查若认为该司法解释同法律规定相抵触,最高人民检察院应当予以修改或者废止。

2012年刑诉法对审查逮捕程序作了一定的修改,但审查逮捕程序仍然是一种检察机关单方的职权行为,是一种行政化的审批程序。这种行政化的审批程序的缺陷主要表现在审查方式的书面化、犯罪嫌疑人权利保障缺失、辩护律师在审查批捕程序中的作用难以发挥、被害人不能介入审查批捕程序、审查决定的审批化等方面。鉴于检察机关对逮捕的审查应属于司法审查的本质特点,检察机关应当加快推进审查批捕程序的诉讼化改造,其基本途径包括:加强对审查批捕阶段犯罪嫌疑人的权利保障,充分发挥辩护律师在审查批捕中的作用,赋予被害人参与审查逮捕程序的权利,建立批捕公开听证程序,取消审批制,实现检察责任的明确化。

我国法律要求对人大代表实施拘留、逮捕必须报经人大许可,这是国家权力机关对检察权的一种监督制约,旨在保证人大代表更好地履行代表职责,防止来自检察机关的不当干涉。我国的人大许可审查是全面的、实质性的审查,既包括程序审查和形式审查,也包括实体审查和实质审查,同时还包括强制措施适用是否影响、干涉人大代表执行职务的事务性审查。同一代表同时在“两地”当选人大代表不具有合法性,“人大代表”本身不能成为罪犯的保护伞。许可和暂停代表职务应当同时进行。在决定未经人大许可便是错误的情况下,检察机关最有效的救济途径是通过上下级人大之间的监督机制予以解决。

羁押必要性审查制度的确立体现了我国对犯罪嫌疑人、被告人人权的尊重与保护,其本质是限制羁押的适用。由于立法规定比较原则,羁押必要性审查中对羁押必要性审查的对象、程序的启动、审查的主体、启动时间和审查时限、审查的标准、羁押必要性的评估机制、无羁押必要性的证明责任、审查的方式、权利救济及无羁押必要检察建议的效力等问题,还需要不断探索和实践。当前羁押必要性审查制度存在的问题有:羁押必要性审查案件数量少,效果不明显;羁押必要性审查质量有待提高;羁押必要性审查考核机制不合理。完善羁押必要性审查制度的路径有:进一步提高对羁押必要性审查重要性的认识;扩大羁押必要性审查的对象;建立健全羁押必要性审查配套工作机制;建立以侦查监督部门为主,其他部门配合的审查主体格局;大力推进羁押必要性审查的诉讼化;建立健全激励考评和免责机制。

2012年刑诉法仍沿用1996年刑诉法中关于侦查羁押期限的规定,但对

审判阶段办案期限的修改则直接影响到羁押期限问题。我国刑事羁押制度的主要问题有:羁押措施的非独立性、羁押期限的任意性、办案期限与羁押期限的等同性、延押理由的模糊性、延长羁押期限规定的矛盾性、延长羁押期限程序的不合理性、羁押场所的非独立性、超期羁押现象的严重性等。完善刑事羁押制度的构想包括:适当缩减侦查羁押的一般期限,明确规定捕后最长羁押期限,明确延长羁押期限的理由,修改延长羁押期限的审查决定权,明确规定重新计算羁押期限的法定情形和批准机关,加强对延押的程序控制,建立延押案件的羁押必要性审查制度,实行羁押场所和办案机关分离制度,建立羁押场所独立巡视制度,继续推进超期羁押的治理,加大追责力度等。

羁押替代措施,是指在犯罪嫌疑人、被告人到案后,或者被羁押一段时间以后,在保证其履行按时到案义务的条件下,对其不再采用羁押措施的一些强制措施。在我国,羁押替代措施只有取保候审和监视居住两种。2012年刑诉法对取保候审制度作了重要的修改,而要降低逮捕羁押率,必须扩大取保候审的适用范围。这就要求更新司法理念,树立平等的执法观;进一步完善取保候审制度;建立适用取保候审风险责任的免责制度;利用社会力量探索取保候审的新路径。指定居所监视居住不是一种新型的强制措施,检察机关应当加强指定居所监视居住的必要性审查和对指定居所监视居住的检察监督。监视居住的立法完善必须和“双规”(要求有关人员在规定的地点就案件所涉及的问题作出说明)的法制化统一起来,应当将指定居所监视居住的法律性质界定为具有严格限制人身自由的措施(准羁押措施),并实现“双规”的法制化。

刑事诉讼中错捕的认定标准只有《刑诉法》第七十九条的规定,凡逮捕时不符合《刑诉法》第七十九条规定的,不管捕后被认定有罪或不予赔偿,仍是错捕。刑事诉讼中的错捕与国家赔偿中的错捕应当加以严格区分,两者的认定标准不同、归责原则不同、界定目的不同,性质也不同。“存疑案件”是指犯罪嫌疑人被逮捕后,因犯罪事实不清、证据不足而被撤案、不起诉或宣告无罪的案件,捕后作存疑处理的案件应予国家赔偿。要保证错捕案件的责任追究得到真正落实,还须明确追责的范围、追责的主体和追责的程序。

目 录

第一章 逮捕权概述 1

 第一节 不同国别语境下逮捕的含义 1

 第二节 逮捕权的概念和特征 5

 第三节 逮捕权的结构 6

 第四节 我国逮捕权的特点 9

第二章 逮捕羁押权比较研究 14

 第一节 逮捕权的比较法考察 14

 第二节 审前羁押的比较法考察 25

 第三节 《联合国刑事司法准则》中关于逮捕羁押的规定 36

第三章 逮捕权的基本原则 39

 第一节 人权保障原则 39

 第二节 无罪推定原则 41

 第三节 程序法定原则 42

 第四节 比例原则 43

 第五节 谦抑原则 45

第三章 逮捕权的配置 47

 第一节 关于重新配置逮捕权的争议 47

第二节	逮捕权的归属——实然角度	51
第三节	逮捕权的归属——应然角度	61
第四节	逮捕权配置中的其他问题	71
第五章	逮捕条件研究	75
第一节	刑事诉讼法对逮捕条件的修改	75
第二节	普通逮捕条件	78
第三节	特殊逮捕条件	92
第四节	未成年犯罪嫌疑人逮捕条件的适用	96
第六章	附条件逮捕制度批判	107
第一节	附条件逮捕制度的创立及其内容	107
第二节	附条件逮捕制度的违法性	112
第三节	附条件逮捕制度应当废除	122
第七章	审查批捕程序的诉讼化	125
第一节	2012 年刑诉法对审查批捕程序的修改	125
第二节	现行审查批捕程序的缺陷	126
第三节	推进审查批捕程序的诉讼化改造	130
第八章	人大许可逮捕权研究	141
第一节	人大许可审查的性质	142
第二节	对两地兼任的人大代表如何许可	145
第三节	许可与暂时停止执行代表职务的关系	149
第四节	人大不许可后,检察机关的救济途径	151
第九章	羁押必要性审查制度研究	153
第一节	建立羁押必要性审查制度的意义	154
第二节	羁押必要性审查规则的适用	158
第三节	羁押必要性审查制度存在的问题	177
第四节	羁押必要性审查制度的完善	179

第十章 我国刑事羁押制度的重构 186

 第一节 现行刑事羁押制度的立法規制 186

 第二节 我国刑事羁押制度的主要问题 188

 第三节 完善刑事羁押制度的构想 195

第十一章 羁押替代措施研究 206

 第一节 取保候审的适用与完善 206

 第二节 监视居住的适用与完善 212

第十二章 错误逮捕问题研究 238

 第一节 刑事诉讼法中的错捕 238

 第二节 国家赔偿法中的错捕 240

 第三节 错捕中的“疑罪从赔”问题 243

 第四节 错捕与检察官责任追究 248

参考文献 252

索 引 257

后 记 259

第一章 逮捕权概述

逮捕是由法律规定的执法机构依照正当的法律程序审查或者决定,并经法律规定的执法机构执行,针对可能判处一定刑罚的犯罪嫌疑人、被告人采取的,具有一定时限的羁押、剥夺人身自由的最严厉的一种刑事强制措施。从宪法角度说,逮捕是一种维系统治和秩序的国家权力的表现;从法律制度说,逮捕是刑事司法制度的重要组成部分;从司法机关职能说,逮捕是一项具体的司法活动或司法行为。运用逮捕强制措施,一方面,对防止犯罪嫌疑人、被告人的社会危险性,确保诉讼顺利进行起着重要的保障作用;另一方面,它直接涉及剥夺公民的人身自由。

逮捕的性质是,通过国家权力和法律程序剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身自由,使犯罪嫌疑人、被告人处于被羁押状态。逮捕制度具有涉宪性的特点,即逮捕制度及其基本原则由各国宪法予以规定,因为它直接影响到公民基本权利,即人身自由权的行使。我国《宪法》第三十七条第二款规定:“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。”

第一节 不同国别语境下逮捕的含义

一、国外刑事诉讼中逮捕、拘留、羁押的含义

在德国法中,逮捕(或称暂时拘捕)是指在短时间内剥夺一个人的自由,暂

时逮捕是指在无法官签发的逮捕令的情况下的逮捕,待审羁押时的逮捕(审前拘留)是指根据法官签发的逮捕令的逮捕。在德国法中,有一种法官先行签发羁押命令的制度。一般来说,对那些具备法定羁押理由的嫌疑人,经检察官申请,侦查法官可以不经过逮捕程序而直接签发书面的羁押命令。

在意大利法中,当场逮捕和拘留都不被认为是防范措施,而属于对付和制止现行犯罪的临时性手段。当场逮捕是任何人都可实施的当场抓捕行为,在有理由认为存在逃跑危险时,公诉人或司法警察可决定或主动实行拘留。预防性羁押则是作为人身防范措施加以规定的。

在西班牙法中,逮捕是任何公民和警察都可实施的行为,只有法官根据法定条件作出命令才能转为羁押。与许多国家一样,丹麦、比利时、希腊法中的逮捕、拘留也是一种短时限的限制被告人人身自由的临时性措施,而且是羁押的前置程序。羁押是逮捕的后续程序,逮捕犯罪嫌疑人后,经审查符合羁押条件的,可以决定羁押。

在葡萄牙法中,逮捕是一种临时性的措施(不能超过48小时),所以理论上不被视为强制措施,只有羁押才是剥夺人身自由的措施。

在荷兰法中,根据强制措施的条件不同,分为拘留、逮捕、羁押三种。决定拘留、逮捕的权力由检察官行使。决定羁押的权力在于法院,由法官或者法庭行使。拘留可以持续6个小时,逮捕羁押的最长时间为3天。拘留和逮捕期满之后,嫌疑人必须予以释放,或者应检察官的请求,法官可以命令再延长10天,又称还押候审。还押候审期满后,如果羁押的事由仍然存在,检察官应当请求法庭决定再延长羁押嫌疑犯30天。

在芬兰法中,拘留、逮捕、开庭前监禁是有区别的,拘留是任何人都可行使的抓捕扣押并移交的权力,逮捕是由有逮捕权的机关决定并可向开庭前监禁过渡的强制措施,开庭前羁押的权力仅属于法庭。

在法国刑事诉讼法中,临时羁押就是指在一定期间内对被审查人、被告人予以关押,主要是作为一项侦查手段由预审法官使用。临时羁押作为保全证据或物件痕迹,或者防止对证人或被害人施加压力,或者防止被审查人与共犯之间进行串供的唯一方法,是保护被指控人、终止犯罪行为或防止其再犯罪,保证被指控人接受审判,或者为维护社会秩序不致罪行的干扰所必需的措施。

日本法既有大陆法系的传统,又受英美法的影响。在日本,人身保全是强制措施,人身保全的方法有拘留(拘留的日文原文是“逮捕”)和逮捕(逮捕的日

文原文是“勾留”)。^① 拘留是短时间的羁押,包括普通拘留、现行犯拘留和紧急拘留三种。逮捕是较长时间的关押,分为起诉前阶段作为犯罪嫌疑人的羁押和起诉后成为被告人之后的继续羁押,两者之间有重大的差别,在时间长短和能否保释上都有区别。羁押是指继续拘禁被逮捕的被疑人的裁判及其执行。

在西方国家,羁押是法律明确规定的刑事诉讼强制措施之一,是指有罪判决确定前,将被告人拘禁于特定拘禁场所(看守所)的强制处分。英美法系国家通常称之为“审前羁押”,仅指法庭审判开始之前的羁押,并且一律实行逮捕前置主义;大陆法系国家统称为“未决拘禁”,不过各国之间仍有一定差别,法国称之为“先行羁押”,德国称之为“待审羁押”,意大利称之为“预防性羁押”,日本称之为“勾留”,直译为“羁押”。欧洲国家奉行以审判为中心,不论是起诉式还是预审式,羁押都是由法官或法庭决定,出庭和审理之间的羁押被称为候审羁押,而在此之前的48小时的“羁押”则作为前置程序,不是真正意义上的羁押。

英美国家规定了 arrest 和 detention 两个程序。Arrest(seize 或 take hold of)相当于汉语中的抓捕、扭送的意思,是指警察或任何有权力的人抓捕和扭送被怀疑犯罪的人到警察机关的行为,它是一个短暂过程,而不是关押状态。在英美国家,即使是无司法身份的普通公民也可以行使逮捕权,当然,公民实施的逮捕要毫不停留地将被逮捕人交给警察;警察在无证(无逮捕令状)的情况下亦可实行抓捕,警察在抓获疑犯后24小时之内要作出释放或提交法官审查以决定是否羁押(detention)。由此可见,英语中的 arrest 与我国法律上的逮捕不同。英美国家的 arrest(seize)制度更接近我国的警察置留盘查、传讯及正式拘留前的抓捕行为,甚至包括道德范畴内的群众见义勇为的扭送。

从世界各国关于逮捕的明确规定看,逮捕更倾向于是侦查机关的固有权限,经事前审查性质的司法审查状态的逮捕,即法官批准逮捕并不占多数。针对逮捕实施的事前审查方式,即由法官对警察、检察官提出的逮捕申请进行合法性和必要性方面的审查,仅存在于英美法系国家的有证逮捕和日本的普通逮捕中。虽然英美法系国家与日本都规定“有证逮捕是原则,无证逮捕是例外”,但事实上大多数逮捕都是无证逮捕。在意大利关于刑事审前强制措施的法律体系中,针对逮捕的司法审查并不存在,几乎所有的逮捕都是由警察、检察官自行决定和自行实施的。

^① [日]田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第54、58页。

二、我国刑事诉讼中拘留、逮捕、羁押的含义

我国刑事诉讼中的羁押不是一种强制措施,而是伴随拘留和逮捕之适用而来的持续剥夺犯罪嫌疑人、被告人人身自由的当然状态和结果。在限制人身自由的强制措施中,拘留和逮捕与羁押直接相连,其性质和产生的法律后果都是羁押。拘留和逮捕一旦执行就是实现羁押,人身自由权即被剥夺,只是拘留与逮捕的适用范围和羁押时间不同。我国刑事诉讼中的拘留是由侦查机关自行决定和执行的、暂时的或先行的羁押(initially detain),逮捕则是由检察机关批准或决定并由法院决定的较长时间的更为严格的羁押(detention)。

刑事拘留是指公安机关、人民检察院在紧急情况下,对现行犯、重大嫌疑分子依法采取的暂时剥夺其人身自由的一种强制方法。通常被视为在紧急情况下暂时限制犯罪嫌疑人人身自由的刑事强制措施,在某些方面类似于西方国家法律中的紧急逮捕或暂时逮捕,不同之处在于拘留与拘留后的羁押是完全合二为一的,相当于英美国家的有证逮捕与羁押的总和。逮捕是指经人民检察院批准或决定,或经人民法院决定,由公安机关执行的,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、监视居住等方法尚不足以防止社会危险性,而有逮捕必要的,暂时剥夺其人身自由的强制措施。逮捕往往是在拘留后的继续羁押,只是适用条件更加严格,审批程序也更加严格。虽然法律上没有明确起诉后的待审羁押将如何进行,但实际上这种羁押一直与办案期限相联系,并持续到审判终结,直至交付刑罚执行。

由此可见,我国刑事诉讼中拘留和逮捕的含义与英美德日等国家法律规定的不同。如果一定要作比较的话,真正与西方国家无证逮捕、紧急逮捕相类似的应当是我国公安机关实施的留置,刑事拘留大体上相当于无证逮捕与羁押。我国法律中的逮捕既具有强制到案的作用,又具有持续剥夺犯罪嫌疑人人身自由的功效,它大体上相当于英美法中的“有证逮捕”(arrest with warrant)与“羁押”(detention)的总和。^①

^① 陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》(下册),中国人民大学出版社2016年第5版,第711页。

第二节 逮捕权的概念和特征

一、逮捕权的概念

逮捕权是公安司法机关在一定时间内依法完全剥夺犯罪嫌疑人或被告人人身自由并解送到一定场所予以羁押的一种强制措施的权利。从宪法角度说,逮捕是一种维系统治和秩序的国家权力的表现;从法律制度说,逮捕是刑事司法制度的重要组成部分;从司法机关职能说,逮捕是一项具体的司法活动或司法行为。运用逮捕强制措施,一方面,对防止犯罪嫌疑人、被告人的社会危险性,确保刑事诉讼顺利进行起着重要的保障作用;另一方面,它直接涉及剥夺公民的人身自由。

逮捕权可以分为提请逮捕权、批准逮捕权、决定逮捕权等。

二、我国逮捕权的特征

(一) 国家性

逮捕从其产生之日起,就一直是以国家的名义进行的。逮捕永远不是个人或者一部分人的行为,它是国家权力的体现。逮捕作为国家权力之一具有权威性和普遍的约束力。国家权力之权威性的来源主要是两个:一是权力运作的规则性,无规则的权力运作只会导致人们的反感、不安,而绝不可能给人们和社会带来自觉服从与安全稳定;二是权力运作的公开性,公开是权力的必然属性与基本要求。没有公开性,权力就没有权威性,其特定性就难以明确,强制性就难以体现,权威性就无从产生。权力的公开性是权力运行可预测性的必要条件,但权力未必能使自己的公开性得到彻底贯彻和体现。如果运用法律来规制权力,就能保证权力的权威性。法律的权威性、公开性和可预测性与权力的权威性相得益彰。国家权力作为一种公共政治权力,凌驾于其他社会权力之上,其权力行使于国家的全体居民、所有社会组织和社会公共事务,任何其他类型和层次的权力都不能任意侵犯和支配。

(二) 涉宪性

逮捕的性质是,通过国家权力和法律程序剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身

自由,使犯罪嫌疑人、被告人处于被羁押状态。逮捕制度具有涉宪性的特点,即逮捕制度及其基本原则由各国宪法予以规定,因为它直接影响到公民基本权利,即人身自由权的行使。我国《宪法》第三十七条第二款规定:“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。”

(三)法定性

英国著名法学家拉兹认为:“法治意味着政府的全部权力必须有法律依据,必须有法律授权。”^①“对公权力,凡法无明文规定(授权)的,不得行之。即在法治社会中,对一切公权力主体,要求贯彻权力法定、权力合法性的法治原则。具体指的是:权力来源(取得)的合法化;权力运行的合法化;权力制约的合法化。”^②任何公共权力都必须产生于法律的明确授权,非法律明确授权不得拥有某项权力;任何公共权力之权力范围的大小都是由法律加以确认的,不得超出法律授权的范围,否则就构成越权;在法律授权的范围内必须行使其权力,否则就会构成渎职;公共权力的行使必须按照法律规定的程序、方式进行,否则会构成权力的滥用而无效。我国《刑事诉讼法》第七十八条规定:“逮捕犯罪嫌疑人、被告人,必须经过人民检察院批准或者人民法院决定,由公安机关执行。”

第三节 逮捕权的结构

一、公安机关在逮捕中的权力

(一)提请批准逮捕权

《刑事诉讼法》第八十五条规定:“公安机关要求逮捕犯罪嫌疑人的时候,应当写出提请批准逮捕书,连同案卷材料、证据,一并移送同级人民检察院审查批准。必要的时候,人民检察院可以派人参加公安机关对于重大案件的讨论。”

^① 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第61页。

^② 刘作翔:《迈向民主与法治的国度》,山东人民出版社1999年版,第175页。