

逮捕制度新论

张剑峰 著



中国社会科学出版社

逮捕制度新论

张剑峰 著



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

逮捕制度新论 / 张剑峰著. —北京: 中国社会科学出版社, 2016. 8

ISBN 978 - 7 - 5161 - 8215 - 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(2016)第 109513 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 许 琳
责任校对 季 静
责任印制 何 艳

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2016 年 8 月第 1 版
印 次 2016 年 8 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 10.5
插 页 2
字 数 148 千字
定 价 38.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话:010 - 84083683

版权所有 侵权必究

内容摘要

逮捕是最严厉的刑事强制措施，亦是司法实践中应用最多的措施，因其适用的广泛性及可能造成的对犯罪嫌疑人人身权利的侵害，成为在刑事强制措施制度中，最受关注和研究最多的一项制度。新刑事诉讼法在惩治犯罪的基础上，在诉讼原则和具体程序规则层面上都进一步强调尊重和保障人权。逮捕制度的相关规定得以完善，重新界定了逮捕的条件、改革了审查批准逮捕程序、确定了羁押必要性审查、对逮捕的替代措施取保候审和监视居住的相关制度也有所突破，旨在促使我国司法实践中逮捕的正当性发展。在此基础上，笔者借鉴西方国家逮捕、未决羁押的相关制度，结合我国司法实践及国情现状，从理论基础、制度完善、程序设计、实践操作、替代措施等方面进行论述，进一步增强逮捕的正当性。全文共分五个章节：

第一章 逮捕的正当性。主要论述逮捕的基础理论。由于我国逮捕与羁押未分离，羁押是实施逮捕后的一种状态，故逮捕与未决羁押所涉的基本理论问题相近，在谈及理论基础时，逮捕与未决羁押概念基本混同。通过逮捕制度设计的不同理论的博弈，对几对理论进行了介绍和分析，指出逮捕是一柄“双刃剑”，国家主权与权力制约、功利主义与人权保障、求真主义与无罪推定几个不同理论碰撞的最佳契合，正是逮捕的正当性理论基础。一旦某一天平失衡，逮捕制度便成为一把“利剑”，直接伤害到相对方的利益。由此导出，适用逮捕必须遵循羁押法定原则、比例原则和羁押最后原则，通过法定的程序、法定的条件和法定的标准，将逮捕限制在必要的框架之内，增强逮捕

2 逮捕制度新论

实施的正当性。

第二章 逮捕的实质要件。主要从实体要件的角度论述逮捕的审查。逮捕的实质要件包括逮捕的证据条件、量刑条件及必要性条件，不同条件的证明责任及证明标准均有不同。证明责任主要由侦查机构承担，对于证据条件的证明应达到清楚而令人信服的证明标准；对量刑条件的证明，需达到优势证据的证明标准；对于必要性条件的证明，达到一般盖然性的证明标准。犯罪嫌疑人、辩护人方承担次要的证明责任，主要对违法性阻却事由、刑事责任能力、非法证据排除等一系列程序和实体性问题负有证明责任，其仅需通过提出初步的证据材料或提供线索要求侦查机构调取证据等方式，达到形成疑点的标准即可。新刑事诉讼法强化了逮捕必要性审查，逮捕必要性条件是正确适用逮捕的关键因素。

第三章 逮捕的程序设计。主要论述逮捕的应然程序。笔者从我国的逮捕现状出发，借鉴西方国家逮捕及未决羁押的司法审查制度，在正当性程序的理论基础上，构建起以检察机关侦查监督部门为中立的司法机关、以侦查机构为控方、以犯罪嫌疑人为辩方的诉讼模式构造，从程序的启动、程序的运行、相应的救济程序等方面，对审查逮捕程序进行了细致的设计，尤其是提出了非法证据排除的程序及效力。并特别指出了附条件逮捕这一实践中运用的比一般逮捕更加严厉的措施的控制和正当适用，对延长侦查羁押期限中存在的程序问题及决定主体问题亦给予了建议。

第四章 捕后的羁押必要性审查。主要论述捕后羁押必要性审查的制度安排。新刑事诉讼法首次明确了羁押必要性审查。羁押必要性审查是司法实践中的空白。最高人民检察院出台的刑事诉讼规则，对该内容体现为方案性的设计。笔者首次提出“三段三审制”的审查模式，根据刑事诉讼的不同阶段，从实践出发，逐一研判了该阶段羁押必要性的审查主体与该阶段羁押的决定主体，提出了具有可操作性、科学分配司法资源的方案。明确指出羁押与否的决定主体不同于羁押必要性的审查主体，羁押与否的决定主体一般为该阶段的程序主导者，而羁押必要性的审查主体一般为该阶段的法律监督者，清楚了

这一思路,结合犯罪嫌疑人的救济程序,羁押必要性审查才能在实践中逐步发挥其应有作用。对于因退回补充侦查、发现新罪名、犯罪嫌疑人身份不明以及管辖错误造成的羁押期限重新计算等几种特殊情况下的羁押期限的重新计算的审查加以明确。而检察机关羁押必要性审查的本质及效力问题,也是作者的论述重点之一。

第五章 逮捕的替代性措施。主要论述能够降低逮捕适用的可选择性替代措施的完善。替代措施的完善,是降低逮捕适用比例的题中应有之意。着眼于刑事强制措施体系,拘传、拘留、取保候审、监视居住和逮捕,着重讨论取保候审和监视居住,分析了指定居所的监视居住的性质,指出监视居住仅是取保候审和逮捕措施间的一种边缘性措施,不能成为真正意义上的逮捕的替代性措施,必将发展成为一种附义务的取保候审。而取保候审才是真正意义上的逮捕的替代性措施。通过实证调查的方式,论证了取保候审的法律基础及现实基础,搭建了取保候审的相关制度。将取保候审、监视居住的审查主体均设计为检察机关审查监督部门。

我国逮捕率偏高的问题一直被广泛关注,前期的司法改革已经进行了一系列的调整,新刑事诉讼法的颁布实施,必将会把我国逮捕的正当性适用推向一个新的台阶。笔者通过对相关理论的研究,从我国国情出发,借鉴西方国家的先进理念和成熟的司法制度,结合我国司法实践,构建出逮捕阶段的诉讼构造,通过该阶段各诉讼主体的“各司其责”,以程序的正义换取结果的正当性。

关键词:逮捕,实质要件的证明,听证程序,羁押必要性,取保候审

Abstract

System of Arrest; A New Theory Pretrial arrest is one of the most serious and powerful measures in the criminal justice system. It is also one of the most widely used in throughout the legal process. Its widespread use in conjunction with the potential for the human rights of the suspect to be violated has made the pretrial arrest system a central focus of public discourse and academic research. In addition to existing criminal law, the new Code of Criminal Procedure emphasizes respect for and protection of human rights. Upon its completion, the system of pretrial arrest and related legal procedures establishes a new set of conditions for pretrial arrest; reforms the investigation and detention process, confirms mandatory investigations and reviews, and stands as a breakthrough in the in realm of alternatives to pretrial arrest and post – bail residential surveillance (and the related legal procedures therein). It is designed to increase the legitimacy of arrest in China's legal system. On this basis, the author looks at Western countries' systems of arrest in combination with China's current judicial and national status quo. This paper discusses the system's theoretical foundation, process of completion, procedural design, and practical execution as well as alternative measures to arrest, in the pursuit of increasing the legitimacy of arrest in the People's Republic of China. The paper is divided into five chapters:

Chapter 1: The legitimacy of arrest The first chapter discusses the

2 逮捕制度新论

theoretical foundation of arrest. The laws of the PRC do not differentiate between the state of arrest and the state of pre-trial custody, the latter is simply a default state that follows the former, and hence the basic theories involved in arrest and pretrial custody are highly similar. When discussing the theoretical foundations of arrest and pretrial detainment, the two are essentially indistinguishable. Through the application of theoretical games and the introduction and analysis of several additional theories, the author points out that arrest is a “double-edged sword” which serves as an optimal solution at the collision point of national sovereignty and the restraint of government power, utilitarianism and the protection of human rights, the search for truth and the presumption of innocence. The legitimacy of arrest lies at the equilibrium of these elements. When it becomes unbalanced, arrest becomes a weapon to wield against the interests of the defendant. Thus, the proper use of arrest must be in accord with the legal principles of detainment, the proportional principles and the principles of final detainment. The established legal process, legal conditions and legal standards, place the practice of arrest within a legal framework, and increase the legitimacy of its use.

Chapter 2: The substantial elements of arrest This chapter discusses the substantive requirements of the review of arrest. The substantive elements of arrest include conditions regarding evidence, sentencing, and as well as other mandates. Different conditions of the burden of proof and the standard of proof are not the same. The burden of proof lies primarily with the investigative bodies, and all evidence must meet the clear standards of good evidence. Sentencing conditions must be in accord with clear and convincing standards. The necessary conditions of proof must meet the general standards of probability. The suspect and the council of the suspect bear a secondary burden of proof, primarily concerning illegal hindrances, criminal responsibility, and the rightful exclusion of illegal evidence as well as related procedural and substantive issues. Only by requiring investiga-

tive authorities provide preliminary evidence materials or clues which conform the standards of evidence, can a standard of reasonable doubt be formed. The new Code of Criminal Procedure strengthens the review of arrest, the necessary conditions for arrest, and the proper use of arrest.

Chapter 3: The procedural design of arrest This chapter discusses the proper process of arrest. The author, beginning with the current status of arrest in the PRC, looks at the arrest and pretrial detention review systems of Western countries. Upon the theoretical basis of a legitimate process, neutrality of the judiciary, the investigation conducted by the prosecution and supervision department must, throughout the entire legal process, treat the suspect as a defendant. These bodies must design a thorough review of the legal process of arrest, especially with regards to the exclusion of illegal evidence. This also indicates that the use of conditional arrest is more serious and must have more stringent controls than the practice of general arrest. They must also provide recommendations regarding the problems that exist throughout the process of extended detainment.

Chapter 4: Mandatory post – arrest review This chapter discusses the arrangement for mandatory post – arrest reviews. The new Code of Criminal Procedure mandates a review of detainment. The mandatory review of detainment remains a blank page. The Criminal Laws of the Supreme People's Procuratorate state that the content of the review should be designed in accordance with the conditions of the case. The author points out “the three stage three review” model's different stages. From practical application to judicial decision, the author follows the stages of the mandatory review, points out its applicability, and outlines the scientific distribution of judicial resources. The statute clearly indicates that pretrial detainment review is not the same as the mandatory detainment review proposition. Detainment and pre – trial detainment is led by this stage, whereas the mandatory detainment review acts as a review of the legality of the process as a whole. Only after further clarification on this topic in combina-

4 逮捕制度新论

tion with the suspect's relief procedures, can the mandatory detainment review have a meaningful role in the legal process. Clarification is also required on the return to supplementary investigation, the discovery of new accusations, the identity of the suspect being unclear, administrative errors that lead to the period of detention being recalculated, and other special circumstances. Questions regarding the substance and effectiveness of investigative bodies' mandatory detainment reviews are central points of this paper.

Chapter 5: Alternative procedures to arrest This chapter discusses the completion of alternative legal options that could lower the use of arrest. The completion of alternative options should lower the arrest rate. This chapter looks at the measures of the criminal justice system, the issue of warrants, detainment, the issue of bail, post - bail residential surveillance, and arrest. The author primarily discusses release on bail and residential surveillance, and analyzes substantive nature of residential surveillance. She also points out that residential surveillance is only a marginal measure that occurs after arrest and after bail, and thus cannot become a meaningful alternative to arrest and must be developed alongside a system for collateral obligations. Only then can release with bail become a meaningful alternative to detainment. Through empirical investigation on a legal and realistic basis, a related bail system can be established. The central review of bail and residential surveillance are all designed for use by investigative bodies and supervisory departments.

The increase in the PRC's arrest rate has received widespread attention. Legal reform in the previous period has already brought about a series of legal adjustments; the arrival of the new Code of Criminal Procedure will push the use of arrest in the PRC to a new level of legitimacy. This paper begins with the status quo of the PRC, and then studies the advanced concepts used in Western countries in combination with the legal practices in the PRC. The structured phases of litigation and the delegation of procedur-

al responsibilities to each judicial organ will allow the procedure of arrest to be more legitimate.

Key words: Arrest, Proof of the substantial elements, Hearing procedure, Mandatory review of detainment, Release Upon Bail Pending Trial

目 录

引 言	(1)
一 选题的理论意义和实践意义	(1)
二 国内外研究现状	(2)
三 本文的核心观点	(3)
四 研究方法和创新观点	(4)
第一章 逮捕的正当性	(6)
第一节 逮捕制度的理论基础	(6)
一 主权主义与权力制约	(7)
二 功利主义与人权保障	(11)
三 求真主义与无罪推定	(18)
第二节 逮捕的理由	(23)
一 提供程序保障	(23)
二 预防社会危险行为	(25)
第三节 逮捕的适用原则	(27)
一 羁押法定原则	(27)
二 比例原则	(29)
三 羁押最后原则	(31)
第二章 逮捕的实质要件	(33)
第一节 概述	(33)
一 逮捕的性质和特点	(33)
二 逮捕三要件	(36)

2 逮捕制度新论

三 审查逮捕的现状	(42)
第二节 逮捕实质要件的证明	(44)
一 证明责任	(45)
二 证明标准	(54)
三 证明方法	(56)
第三节 非法证据的排除	(57)
第三章 逮捕的程序	(59)
第一节 我国逮捕程序的现状	(59)
第二节 逮捕程序的比较法考察	(61)
一 大陆法系国家	(62)
二 英美法系国家	(64)
三 日本	(66)
四 两大法系国家的比较	(66)
第三节 逮捕程序的设计	(67)
一 程序设计的理念	(68)
二 审查逮捕的主体	(71)
三 逮捕的听证程序	(74)
第四节 特殊情况下的审查程序	(79)
一 延长侦查羁押期限的审查程序	(79)
二 附条件逮捕的审查程序	(81)
第四章 逮捕后的羁押必要性审查	(83)
第一节 羁押必要性审查的内涵	(83)
第二节 我国捕后羁押的特点	(84)
一 捕后持续羁押	(84)
二 捕后变更强制措施原因相对集中	(85)
三 捕后变更强制措施程序不规范	(86)
第三节 我国三段三审式审查模式	(86)
一 基本概念	(87)
二 侦查阶段：一段一审	(88)
三 审查起诉阶段：二段一审	(91)

四 审判阶段：三段一审	(94)
五 程序的运行	(95)
六 程序的监督及救济	(97)
第四节 特殊情况下的羁押必要性审查	(98)
一 重新计算的羁押期限的羁押必要性审查	(98)
二 退回补充侦查的羁押必要性审查	(100)
三 管辖权错误后的羁押必要性审查	(100)
第五节 检察机关羁押必要性审查结果的效力	(101)
第五章 逮捕的替代性措施	(104)
第一节 扩大适用取保候审	(104)
一 我国取保候审的现状	(105)
二 我国扩大适用取保候审的基础	(108)
三 保释制度的比较法考察	(112)
四 完善取保候审制度的建议	(122)
第二节 适度适用监视居住	(130)
一 监视居住的功能定位	(131)
二 监视居住的现状	(132)
三 慎用指定居所的监视居住	(133)
四 监视居住的完善	(135)
结 论	(137)
参考文献	(140)

引 言

一 选题的理论意义和实践意义

逮捕是刑事强制措施中最严厉的一种，是国家强制性的剥夺犯罪嫌疑人、被告人人身自由的手段。从国际视角看，世界各国均认为逮捕限制了犯罪嫌疑人、被告人的人身自由，有侵犯人权的嫌疑，但从联合国公约直至各国刑事法律，均规定了逮捕、羁押的强制措施，体现出这一制度的重要地位，亦说明逮捕制度的存在有其合理性。然而，个案中适用逮捕的正当性问题，仍需要进行充分论证。尤其是我国高居不下的逮捕率，以及逮捕后伴随着的长期羁押状态，甚至出现了刑讯逼供和超期羁押等一系列问题，一直是我国近年来司法改革的重要问题之一。

自司法改革以来，我国逮捕制度的发展情况，可以看出，我国的刑事司法受刑事政策及法律理念的影响很大。而简单地将现有的司法结果归结于某一制度的落后或者某一国家机关的偏颇，均属于只看到表象，只抓到皮毛的表现。在刑事法律制度、审查逮捕制度未做任何调整的情况下，我国近十年来，尤其是近五年逮捕率呈现下降的趋势，就足以说明这一点。新刑事诉讼法对逮捕制度相关问题进行了完善，体现了国家的立法思想。我们要学习、要借鉴的是先进的理念，如何将先进的理念融入我国的法律实际中来，立法上还有哪些问题需要进一步完善，司法实践中如何准确把握和执行法律？在我国的社会、法律框架下完善相关法律制度和实践操作，促

使其一步步走向成熟，是笔者选题的出发点和落脚点。

二 国内外研究现状

从各国司法实践看，西方国家逮捕制度类似于我国的拘留，属于一种临时性的强制措施，而犯罪嫌疑人被逮捕后，会在极短的时间里被带到法官面前，经由法官审查，决定是否进行审前羁押，羁押是一种独立的强制措施。西方国家的逮捕及未决羁押制度在司法实践中不断完善和修正，从偏重于对犯罪嫌疑人人身权利的保护，到注重犯罪嫌疑人人身权利和社会危险性的综合评价，相关制度已经日趋成熟。西方国家遵循以法官为审查主体，按照法定程序决定羁押与否的司法审查制度。如德国法律赋予法官可以依申请或者依职权签发先予羁押的书面命令。检察官提出申请，法官审查后，可以发布书面命令将犯罪嫌疑人羁押。依职权是指在法律规定的特定条件下，法官可以依职权在不用通过检察官申请的情况下直接发布书面的羁押命令将犯罪嫌疑人羁押。英国法律规定警察仅能将犯罪嫌疑人扣留 36 小时，超过 36 小时，警察如果仍想对犯罪嫌疑人进行扣留的话，就需要向法院提出申请，由法院做出是否允许延长扣留期限的决定，在警察提出延长扣留期限的申请后，有管辖权的法院需要针对该申请秘密召开听证，听证的参加方分别为提出申请的警察方和犯罪嫌疑人及其辩护律师一方，听证程序允许双方进行充分辩论，主持听证程序的两名法官将结合双方的辩论意见，最终决定是否同意警察的申请，允许对犯罪嫌疑人继续扣留，如果申请最终被法院驳回，警察仍然可以继续提出延长扣留期限的申请，但在对犯罪嫌疑人提起诉讼之前，对犯罪嫌疑人扣留的总时限必须控制在 4 日内。

我国学者在此方面亦有较多的研究，如孙谦撰写的《逮捕论》，主要从对逮捕制度理论思考的角度，阐述了逮捕制度发展的历史沿革，并以形式一体化的视角，结合实体法，论述了逮捕与犯罪、逮捕与刑罚的内在联系，结合程序法，论述了逮捕与证据的关系。旨

在揭示法律现象所蕴含的原理，使执法者明白条文背后的法律精神，明白具体的执法活动对社会生活以及公平正义所带来的影响，增强执法者的责任感和正义感。再如房国宾撰写的《审前羁押与保释》，以涵盖逮捕的审前羁押为视角，从审前羁押的法律定位、审前羁押适用的正当性、适用标准、适用程序等方面进行了制度化的构建，将保释作为审前羁押的替代措施，进行了论述，具有较大的比较法上的意义。我国学术界的通说认为应当限制逮捕，注重对犯罪嫌疑人人权的保护。但多数是依照域外国家的法律制度设计我国的逮捕制度，尤其是以法院为审查主体的司法审查制度，忽略了中国国情和中国特色制度。

新刑事诉讼法对强制措施章节进行了较大的完善，要求几种情况下，检察机关在审查逮捕阶段要提讯犯罪嫌疑人；细化了逮捕必要性条件；首次提出羁押必要性审查；明确了取保候审和监视居住为逮捕的替代措施，具有一定的进步意义。新刑事诉讼法颁布实施以来，尚未有针对目前的法律规定对逮捕制度进行系统论述的文章。

三 本文的核心观点

诚然，深入的理论剖析、清晰的制度设计、良好的程序规划、完善的配套保障以及成熟的社会基础，是一项制度得以充分发挥作用的坚实基础。我们欣喜地看到，新刑事诉讼法对逮捕制度相关规定的调整，更倾向于保护犯罪嫌疑人的权益，主要表现在规定律师可以辩护人的身份参与到审查逮捕环节，赋予了犯罪嫌疑人、被告人充分的辩护权，对犯罪嫌疑人、被告人实施逮捕后要进行羁押必要性审查等；还进一步细化了“有证据证明有犯罪事实”的标准，使实践掌握更具有可操作性；非法证据排除，也是审查逮捕阶段的新亮点。但是这些规定还不尽完善，相关司法解释亦刚刚出台，尚处于磨合期的试行阶段。这恰恰是法律工作者充分发挥主观能动性，建言献策，进一步丰富和完善我国法律制度的最佳时机。