

(第五卷)

刑事诉讼前沿研究

CRIMINAL

PROCEDURE

FRONTIERS

徐静村 / 主编

【前沿聚焦】

刑事强制措施立法研究

【证据论坛】

自白补强规则与自白的证明力

【诉讼法理】

论民众参与司法的价值及其实现方式

【程序专论】

我国起诉裁量权的制度重构
法治视野中的暂缓起诉制度

——兼论中国暂缓起诉制度之构建

【异域法苑】

日本裁判员制度——连接司法与国民的窗口
美国监听制度的产生及其流变

中国检察出版社

刑事诉讼前沿研究

(第五卷)

徐静村 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼前沿研究 (第5卷) / 徐静村主编. — 北京:

中国检察出版社, 2006

ISBN 7-80185-601-5

I. 刑… II. 徐… III. 刑事诉讼法-研究-文集

IV. D915.304-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 068328 号

刑事诉讼前沿研究 (第五卷)

徐静村 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路5号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658767 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm × 960mm 16 开

印 张: 22.75 印张

字 数: 404 千字

版 次: 2006 年 7 月第一版 2006 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-601-5/D · 1576

定 价: 36.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《刑事诉讼前沿研究》编辑委员会

主	任	徐静村				
编	委	龙宗智	孙长永	管光承	牟	军
		胡世澄	王成荣	邱俊芳		
主	编	徐静村				
学术秘书		潘金贵				

稿 约

《刑事诉讼前沿研究》是由西南政法大学刑事诉讼法学研究中心主办，徐静村教授主编，面向全国，以刑事诉讼法学为主要研究对象的学术论著荟萃，由中国检察出版社出版，每年出版两卷，每卷约40万字。现向全国同行征稿，稿约如下：

一、《前沿研究》作为刑事诉讼法学专业学术园地，主要栏目包括：诉讼法理、证据聚焦、程序专论、司法改革论坛、立法与实务研究、异域法苑等，每期依据来稿酌设专栏。对关于刑事诉讼法再修改、刑事证据制度改革、外国刑事司法制度方面的文章优先采用。

二、《前沿研究》发表刑事诉讼法学领域高水平、有创见的学术论文，字数一万字以上，无上限，来稿采用与否以学术价值为基本标准，对有较高学术水平的文章优先采用。

三、《前沿研究》注释采用脚注，每页分别编码，所注文献依次注明著（译）者、著作或者文章名、出版社或者报刊名、出版时间、版次或刊次及页数。引用外文文献的，按该语种通行注释体例设注。

四、来稿请寄：重庆市西南政法大学刑事诉讼法学研究中心 邮编：400031。电子邮箱：panjingui@163.com。亦可登录西南政法大学刑事诉讼法学研究中心主办的“西南刑诉法律网”（网址：<http://www.xnxs.com.cn>）在网上投稿。来稿一律不退，请附软盘并自留底稿。文章发表时署名自便，但来稿務必写明作者的真实姓名、地址、现工作单位、学衔、职称及联系方式。来稿不得一稿多投。3个月后如未接到采用通知，可另行处理。翻译稿件原文版权事宜，由译者自行处理并自行负责，投稿时需附原文。

五、编者保留对来稿进行技术性加工处理的权利。文章如发表，文责自负。一经采用，即付给稿酬。

编 者

目 录

前沿聚焦

刑事强制措施立法研究·····	徐静村 潘金贵等	3
一、逮捕制度立法完善的基本思路 / 3		
二、拘留制度立法完善的基本思路 / 16		
三、取保候审制度立法完善的基本思路 / 21		
四、拘传制度立法完善的基本思路 / 29		
五、取消监视居住制度 / 31		
结 语 / 33		

证据论坛

自白补强规则与自白的证明力 ·····	牟 军	37
一、英美法国家自白补强与大陆法国家自白印证的问题 / 37		
二、自白补强规则的价值 / 42		
三、自白补强规则中对补强证据的要求 / 44		
论司法鉴定之应用及其科学性 ·····	胡世澄 刘静坤	48
引 言 / 48		
一、司法鉴定与刑事侦查 / 49		
二、鉴定结论科学性之影响因素 / 54		
三、司法鉴定领域的观察者效应 / 56		

目 录

论刑事诉讼被告人证明责任的承担

- 兼评《北京市高级人民法院关于办理各类案件
有关证据问题的规定(试行)》第66条第1款 聂昭伟 61
- 一、刑事诉讼中被告人承担证明责任的依据 / 62
- 二、刑事诉讼中被告人承担证明责任的具体情形 / 66
- 三、刑事被告人承担证明责任的性质与程度 / 71
- 四、刑事被告人证明责任承担的保障 / 73

诉讼法理

论民众参与司法的价值及其实现方式 胡 铭 79

- 一、作为民主形式的民众参与司法 / 79
- 二、民众参与司法的主要形式 / 81
- 三、民众参与司法的发展态势：以陪审制为例 / 92
- 四、民众参与司法的价值分析 / 100
- 五、我国民众参与刑事司法的状况及其完善 / 103

诉讼经济理念的刑事诉讼分析 申君贵 胡美丽 113

- 一、诉讼经济的内涵及构成要素 / 114
- 二、追求诉讼经济的意义 / 116
- 三、外国诉讼经济的推行情况 / 117
- 四、我国对诉讼经济的态度及不足分析 / 118
- 五、实现诉讼经济的途径 / 123

相生相克：传媒与司法的关系新探 陈川陵 135

- 一、传媒妨害司法 / 135
- 二、传媒促进司法 / 136
- 三、传媒对司法之促进作用的实现 / 139
- 四、司法该如何对待传媒 / 149
- 五、司法对传媒的限制、禁止与制裁 / 150

程序专论

我国侦查模式改革的新思考 吕 萍 159

- 一、关于侦查模式改革及修正法律应当遵循的原则 / 160
- 二、关于侦查的目的 / 171

三、关于侦查权的分配 / 174	
四、关于在侦查程序中引入司法审查机制 / 177	
论技术侦查中的法律规制问题	
——美国联邦最高法院 <i>Kyllo v. U. S.</i>	
案件所引发的思考	高峰 卢钜波 180
一、 <i>Kyllo v. U. S.</i> 案情及判决书内容 / 180	
二、技术侦查中人权保障的困境 / 183	
三、技术侦查对传统强制措施理念的冲击 / 184	
四、对 <i>Kyllo</i> 标准的反思 / 186	
我国起诉裁量权的制度重构	毛建平 191
一、我国的起诉裁量权在立法规定和刑事诉讼实践中存在的问题 / 192	
二、完善我国检察机关的起诉裁量权的必要性和可行性 / 199	
三、重构我国起诉裁量权的途径 / 202	
四、健全起诉裁量权的制约机制 / 215	
法治视野中的暂缓起诉制度	
——兼论中国暂缓起诉制度之构建	孔庆余 218
引言 / 218	
一、暂缓起诉之界定：相关概念辨析 / 220	
二、暂缓起诉之理论解构：以法治视野为进路 / 224	
三、比较法视野下的暂缓起诉：以日、德、荷为例 / 231	
四、反思与超越：暂缓起诉制度之中国化建构 / 238	
余 论 / 256	
讯问犯罪嫌疑人同步录音录像制度刍议	王璐等 257
一、同步录音录像制度的现实意义 / 258	
二、同步录音录像资料的法律地位 / 260	
三、推行同步录音录像制度所涉及的相关问题 / 262	
四、完善我国录音录像制度的建议 / 264	

异域法苑

日本裁判员制度

——连接司法与国民的窗口	冯 涛 271
一、裁判员制度产生之背景 / 271	

目 录

二、裁判员制度和陪审、参审制度的比较 / 276	
三、裁判员制度的概要 / 278	
美国监听制度的产生及其流变·····	李 明 288
一、美国监听制度的产生 / 288	
二、美国监听制度的发展 / 293	
三、监听制度的演变 / 298	
美国非法证据排除规则的确立、发展及趋势·····	尹腊梅 307
一、非法证据排除规则的确立 / 307	
二、非法证据排除规则的宪法依据 / 309	
三、主张排除非法证据的主体资格 / 317	
四、非法证据排除规则的适用范围 / 319	
五、毒树之果理论及其例外法则 / 322	
六、发展趋势及其影响因素 / 331	
英国刑事上诉与纠错制度的新发展·····	薛少林 334
一、概述 / 334	
二、对治安法院判决的上诉 / 336	
三、对刑事法院裁判的上诉 / 339	
四、向高等法院申请司法审查 / 343	
五、向上议院上诉 / 345	
六、英国刑事上诉制度的发展 / 345	
七、错案纠正制度 / 348	

前沿聚焦

刑事强制措施立法研究*

徐静村 (主持人) 潘金贵

钱学敏 彭华军 刘斌**

我国刑事诉讼法即将进行再修改,其中的一个重要内容就是刑事强制措施制度的立法完善。作为一项与公民的人身自由权利密切相关的诉讼制度,刑事强制措施制度是否科学、合理,直接涉及刑事诉讼打击犯罪与保障人权的目的能否实现、刑事司法中国家权力和公民权利的配置能否平衡。刑事强制措施制度的立法完善,牵涉到诉讼理念、价值取向、司法资源以及制度建构等多方面的内容。鉴于理论性研究已有不少专家作过见仁见智的探讨,又且修法在即,本文便另辟蹊径,着重于具体问题的剖析及制度建构层面的设计,用“对策式”研究方法提出技术性改革建议,以期能够在刑事诉讼法再修改时为立法机关提供具有科学、合理、可行的参考意见。基于这种指导思想,本文在分析我国现行刑事强制措施制度存在问题的基础上,仅就刑事诉讼法再修改时应当如何具体地改革完善我国的刑事强制措施制度进行探讨。

一、逮捕制度立法完善的基本思路

在我国现有的刑事强制措施体系中,逮捕无疑是最重要的一种强制措施,其重要性表现在两个方面:一是在立法上逮捕是最严厉的强制措施,被视为“防止犯罪嫌疑人或被告人妨碍刑事诉讼任务完成的最有效的手段”。^①二是在实践中逮捕的适用率很高,成为侦查中普遍采用的强制手

* 本文系最高人民检察院课题《刑事强制措施立法研究》的最终成果,由西南政法大学刑事诉讼法学研究中心与重庆市沙坪坝区人民检察院共同完成。

** 课题主持人:徐静村,西南政法大学教授,博士生导师;课题参加人:潘金贵,西南政法大学副教授,法学博士,硕士生导师;钱学敏,重庆市沙坪坝区人民检察院研究室副主任;彭华军,重庆市沙坪坝区人民检察院检察员;刘斌,重庆市沙坪坝区人民检察院研究人员

① 徐静村主编:《刑事诉讼法学》(上)(第3版),法律出版社2004年版,第244页。

段。根据有关统计,1998年全国公安机关报请批准逮捕的案件447472件、689025人,人民检察院批捕案件388788件、582120人,批捕率分别是86.89%和84.48%。^①从最高人民检察院工作报告的相关数据来看,近三年来全国检察机关的刑事案件批捕率均在90%左右。相比较而言,同样可以较长时间约束犯罪嫌疑人、被告人人身自由的取保候审、监视居住等强制措施实践中却适用得较少。与严厉性强、适用率高相对应,逮捕也是我国刑事诉讼中存在问题最多的强制措施之一,亟待通过刑事诉讼法的再修改来加以完善。我们认为,刑事诉讼法再修改时应当主要从以下方面来完善我国的逮捕制度:

(一) 将“逮捕”变更为“羁押候审”,实行“逮捕前置主义”

从刑事诉讼法的有关规定可以看出,我国现行逮捕制度的基本特征是逮捕即产生羁押的效力,犯罪嫌疑人被逮捕也就意味着在一定时间内将被羁押,被剥夺人身自由。^②在学理上,一般将逮捕的内涵解释为羁押,如权威教科书就将逮捕解释为:“逮捕是指公安机关、人民检察院、人民法院在一定期限内依法剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身自由并进行审查的强制措施,是刑事诉讼强制措施中最为严厉的方法。其严厉性表现为强行剥夺人身自由,羁押审查。”^③学者也解释为:“逮捕是由法律指定的执法机构依照正当的法律程序,针对可能判处一定刑罚的犯罪嫌疑人、被告人采取的有时限羁押、剥夺其人身自由的最严厉的刑事强制措施。”^④可见,无论就我国现行立法还是主流的学术理论,均认为逮捕与羁押基本同义。

① 宋英辉、吴宏耀:《刑事审判前程序研究》,中国政法大学出版社2002年版,第210页。

② 严格意义上讲,我国现行刑事诉讼法中规定的逮捕包含了两种情形:一是动词意义上的逮捕,即控制犯罪嫌疑人、被告人人身的行为。如刑事诉讼法第71条规定:“公安机关逮捕人的时候,必须出示逮捕证。逮捕后,除有碍侦查或者无法通知的情形以外……”即是此层意义上的逮捕,类似于侦查实践中所谓的抓捕。二是名词意义上的逮捕,即较长时间剥夺犯罪嫌疑人、被告人人身自由的羁押状态。由于现行刑事诉讼法没有将“羁押”规定为一种强制措施,实际上逮捕措施就直接产生了羁押的效力。如刑事诉讼法多个法条中“需要逮捕的”、“不批准逮捕的”等规定,实际上是指“需要羁押的”、“不批准羁押的”。由于动词意义上的逮捕是瞬间行为,而名词意义上的逮捕是持续行为,而且瞬间行为直接导致持续行为的产生,因此,我国现行逮捕制度的基本特征可以概括为逮捕即产生羁押的效力。

③ 陈光中、徐静村主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1999年版,第235页。

④ 孙谦:《论逮捕》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第5卷),法律出版社2000年版,第89页。

问题在于,这种将逮捕与羁押等同而没有明确区分的法律规定,极易造成理解上的混乱。因为刑事诉讼法在规定了“逮捕”这一强制措施的同时,又在多个法条中使用了“羁押”的措辞,^①真正较长时间剥夺犯罪嫌疑人、被告人的实际上是“羁押”而不是“逮捕”,但“羁押”却又不属于强制措施的范畴,这就导致“羁押”在现行刑事诉讼法中处于较为尴尬的地位。正如有学者所言:羁押在我国“既不是一种独立的强制措施,也不是一种惩罚性手段,而是拘留、逮捕后的剥夺人身自由的一种持续状态,这种持续状态没有独立的法律地位”。^②世界上许多国家的刑事诉讼法中逮捕与羁押是两种不同的强制措施,这使我们在对外学术交流时会与对方就逮捕与羁押制度产生误解,不利于与国际接轨。因此,刑事诉讼法再修改时有必要对逮捕与羁押之间的关系进行重新梳理和定位。

各国刑事诉讼法对于逮捕与羁押之间的关系界定并不完全相同。大多数国家立法中,逮捕在法律效力上仅限于逮捕的动作行为,而不具有长期羁押的法律效力。逮捕产生的法律后果并不必然是羁押,逮捕只是羁押的前提,即实行所谓的“逮捕前置主义”。如在英美法系国家,司法警察将嫌疑人逮捕之后,必须在法定的最短时间内,将嫌疑人提交给法官进行审查。法官一般要举行专门的聆讯程序,在控辩双方的共同参与下,审查对嫌疑人进行羁押是否符合法定的条件,然后才能作出是否羁押或采取其他强制措施的裁决。^③在德国,法官决定待审羁押时,应当签发书面逮捕令。根据逮捕令逮捕被指控人后,应当不迟延地向管辖案件的法官解交,如果不能及时向管辖案件的法官解交的,应当不迟延地至迟在逮捕后的第二天向最近的地方法院法官解交。解交后,法官应不迟延地对被指控人就指控事项予以讯问,以便作出是否维持逮捕即维持待审羁押的决定。^④在日本刑事诉讼法中,逮捕与羁押是两种不同的强制措施。羁押必须以合法的逮捕为前提,羁押犯罪嫌疑人必须先实行逮捕或由检察官提出羁押申请,禁止侦查机关自行决定羁押。即在逮捕与羁押的关系上,日本也奉行“逮捕前置主义”。在日本学者看来,实行“逮捕前置主义”理由主要有:先行实行限制人身期间较短的逮捕,在必要情况下进而实行羁押,有助于

① 如刑事诉讼法第74条规定:“犯罪嫌疑人、被告人被羁押的案件,……”第124条规定:“对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限不得超过两个月”等。

② 周欣、王大为:《对中国刑事拘留、逮捕及其执行中存在的问题的思考》,载《中德强制措施研讨会论文集》,中国人民公安大学出版社2003年版,第235页。

③ 陈瑞华:《刑事诉讼前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第263页。

④ 《德国刑事诉讼法典》第114、115、115a条,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第50~51页。

提高侦查效率和实现司法监控，而且对犯罪嫌疑人实行逮捕后本身存在予以释放的可能性。^①

我们认为，现行刑事诉讼法将逮捕与羁押混同的立法方式，一方面，如前所述容易导致立法及理解上的混乱；另一方面，逮捕即产生羁押的效力，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。我们主张，刑事诉讼法再修改时应当采取大多数国家逮捕与羁押分立为两种不同强制措施的做法，对逮捕的含义进行重新界定并建立与之配套的一系列机制，将现行的逮捕制度明确变更为羁押制度，同时确立“逮捕前置主义”的诉讼原则，明确逮捕只是羁押的前提，逮捕后是否应当羁押，尚须要经过一定的审查程序，作出羁押决定后才能将犯罪嫌疑人、被告人交付羁押，从而使我国刑事诉讼法关于较长时间剥夺人身自由的强制措施的立法规定与多数国家的做法接轨。同时由于现行刑事诉讼法规定的逮捕的实质内涵是羁押，如此修改也使“逮捕”体现了其原本就是羁押的法律内涵。至于具体的措辞，我们主张采用“羁押候审”这一用语，理由有三：其一，“羁押候审”这一概念首先明确了该强制措施的基本特征是犯罪嫌疑人、被告人将在一定时间内被剥夺人身自由、被关押，这是羁押制度的本质所在；其二，“羁押候审”这一概念还揭示了采用羁押措施的目的是“等候审判”，是为了保证犯罪嫌疑人、被告人能够到庭接受审判，保障审判的顺利进行而采取的防范手段，明确了羁押是一种预防性措施而不是惩罚性措施，这与我国主流理论关于强制措施法律属性的界定相一致；其三，“羁押候审”还与“取保候审”相对应，形成了犯罪嫌疑人、被告人在身份确定后等候审判的两种方式：一是通过取保的方式被限制人身自由而等候审判，二是通过羁押的方式被剥夺人身自由而等候审判，从而建立了我国刑事诉讼中犯罪嫌疑人、被告人等候审判的较为完善的强制措施体系。

（二）细化“羁押候审”的法定条件，增强立法的可操作性

现行刑事诉讼法规定的逮捕条件即羁押条件有三个：一是有证据证明有犯罪事实；二是可能判处徒刑以上刑罚；三是采取取保候审、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。在这三个条件中，第一个条件中的“有证据证明有犯罪事实”、第二个条件中“徒刑”的起刑点和第三个条件中的“社会危险性”都较有弹性而不易把握。这种模糊立法或许是受长期以来“宜粗不宜细”的立法思想的影响，但其产生的明显弊端就是司法实务部门在处理案件时普遍感到不好操作。

① 彭勃：《日本刑事诉讼法通论》，中国政法大学出版社2002年版，第86页。

相比较而言,多数国家立法对羁押的条件规定都较为明确。如对于徒刑的起刑点和社会危险性问题的,法国刑事诉讼法就规定得较为具体明确:羁押仅适用于重罪、可能判处的刑罚相当或高于1年监禁刑的现行轻罪或可能判处2年以上监禁刑的非现行轻罪案件;在符合刑罚要件的前提下,具备下列“社会危险性”的情形之一的,才可以羁押:一是羁押被审查人是为了保全证据,或者防止其对证人或被害人施加压力,或者防止其与共犯串供的惟一手段的;二是羁押是保护被审查人、制止犯罪、预防重新犯罪或者保证被审查人随时到庭接受审判所必要的。^①在德国,理论上认为,羁押嫌疑人只是为了确保其到庭以及保持证据的完整性。但“因为审前羁押严重影响人权并且容易被滥用,所以刑事诉讼法对其规定了很多限制,包括实体性的以及程序性的”。^②德国刑事诉讼法对于待审羁押条件的规定在明确性、具体性方面无疑堪称代表。德国刑事诉讼法第112条规定:根据一定的事实可以确定被指控人逃跑或者隐藏;分析案件情节,认为存在被指控人逃避刑事诉讼程序的危险,或者;被指控人的行为,使他具有毁灭、变造、隐匿、压制或者伪造证据,或者以不正当方式向共同被指控人、证人或者鉴定人施加影响,或者让其他人去实施这类行为的重大嫌疑的,并且由此将产生难以侦查事实真相的危险时,即构成羁押理由。此外,德国刑事诉讼法第112a条还以列举的方式对被指控人触犯了刑法的哪些条款,涉嫌构成哪些罪名而构成进一步羁押的理由作出了规定;第113条对轻罪案件在哪些情况下被指控人构成羁押的理由作出了规定。^③

当然,也应看到,过于具体的立法会导致法条烦琐。但是,我们认为,对于一些重大的诉讼制度如直接涉及公民人身自由的羁押制度,在立法上就应当尽量细化、具体化,从而增强其规范性和可操作性,而不应在乎法条的多少。故此,我们主张,刑事诉讼法再修改时对“羁押候审”的条件应当采取细化、具体化的立法方式,适当增加相应的解释性条款,改变现行刑事诉讼法中逮捕条件规定的模糊状态。具体而言,针对前述现行逮捕条件法律规定存在的问题,刑事诉讼法再修改时对于“羁押候审”

① 《法国刑事诉讼法典》第144条,余叔通、谢朝华译,中国政法大学出版社1997年版,第68页。

② [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第96页。

③ 《德国刑事诉讼法典》第112、112a、113条,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第48~50页。

的条件可以规定为：“有证据证明有犯罪事实，可能判处三年有期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，尚不足以防止发生社会危险性，而有羁押必要的，应当依法决定羁押候审。”根据此规定，即排除了可能判处三年有期徒刑以下刑罚的犯罪嫌疑人被羁押的必要性，因为此类案件一般罪行轻微，社会危害性小，没有羁押的必要，而且轻罪不羁押也可以缓解羁押场所紧缺的压力。同时，在该条后面可以增加两款解释性规定，以增强其可操作性：

其一，就“有证据证明有犯罪事实”作出明确解释。对此，我们认为，最高人民检察院制定的《刑事诉讼规则》（以下简称《规则》）第86条对“有证据证明有犯罪事实”的解释较为具体，较有可操作性，反映了司法解释所具有的“拾遗补阙”功能，刑事诉讼法再修改时可以将其上升到刑事诉讼法条文的层面，即可规定：“‘有证据证明有犯罪事实’是指同时具备下列情形：（一）有证据证明发生了犯罪事实；（二）有证据证明该犯罪事实是犯罪嫌疑人、被告人实施的；（三）证明犯罪嫌疑人、被告人实施犯罪行为的证据已经查证属实的。”

其二，就“社会危险性”作出明确解释。从羁押条件法律规定的逻辑上分析，“社会危险性”应当是指犯罪嫌疑人给社会带来新的危害的潜在可能性。它与“社会危害性”有一定的区别：社会危险性重在可能性，而社会危害性重在危害的现实性。从有关国家的立法来看，构成羁押条件的社会危险性可以分为两种情形：一是基于犯罪嫌疑人、被告人自身的人身因素而可能给社会带来的危险性，可以称为人身危险性。如前述法国刑事诉讼法第144条第2、3款，德国刑事诉讼法第112条对犯罪嫌疑人可能逃跑、妨害作证等而构成羁押理由的规定即属于这种情形。二是基于犯罪嫌疑人、被告人涉嫌实施的罪行的因素而可能给社会带来的危险性，可称为罪行危险性。如前述德国刑事诉讼法第112a条对被指控人涉嫌实施了哪些罪行而构成待审羁押理由的规定即属于这种情形。其实，我国现有的公安部制定的《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称《规定》）第64条“对累犯、犯罪集团的主犯，以自伤、自残办法逃避侦查的犯罪嫌疑人，危害国家安全的犯罪、暴力犯罪，以及其他严重犯罪的犯罪嫌疑人，不得取保候审”的规定就包含了对犯罪嫌疑人人身危险性和罪行危险性进行衡量的要求；《规则》第38条“人民检察院对于严重危害社会治安的犯罪嫌疑人，以及其他犯罪性质恶劣、情节严重的犯罪嫌疑人不得取保候审”的规定，实际上就是对犯罪嫌疑人罪行危险性进行衡量的要求。如果换一个角度来看，“不得取保候审”也就意味着必须予以羁押。换言之，犯罪嫌疑人具有前述人身危险性或者罪行危险性的，即构