

审查逮捕听证程序研究

周 新*

摘 要 我国逮捕实践中存在的批捕率高、羁押量大等问题,很大程度上为现行审查逮捕模式所致。审查逮捕作为一种司法性质的职能,不但应由司法机关行使,更应以司法化的方式行使。在我国刑事司法语境下,检察机关负责审查批捕存在理论与制度上的正当性。基于此,改革的关键在于将检察机关所进行的封闭式、行政化的逮捕审查引导至诉讼化轨道,以切实保障犯罪嫌疑人的基本权利,为辩护权的行使架设平台。目前,我国部分地区正在推进的审查逮捕听证程序探索,取得了一定成效;域外保释听证的司法实践,亦为逮捕司法化改革的进一步完善提供了有益经验。推进审查逮捕听证程序建设,应当在总结试点成效、借鉴域外经验的基础上,革新办案理念,确立检察官居中听审、侦辩两造对抗的诉讼结构,由检察官遵循客观中立的要求进行审查,并赋予被追诉人相应的救济权利,以此构建我国审查逮捕的正当程序。

关键词 审查逮捕 听证程序 司法化 人权保障 捕诉合一

与西方国家逮捕与羁押相分离的制度不同,我国刑事诉讼中的逮捕包含针对被追诉人的强制到案和长期自由剥夺,此二者皆为对公民基本权利的重大干预。^{〔1〕}正是基于逮捕这种“基本权利之侵犯”^{〔2〕}的制度性质,其实施属于重大的国家行为,不能简单地由政府行使行政管理权

* 广东外语外贸大学法学院副教授。本文系国家社会科学基金一般项目“认罪认罚从宽制度改革研究”(项目编号:17BFX059)的阶段性研究成果。

〔1〕 在绝大多数法治国家,逮捕和羁押是相互分离的,逮捕仅仅是一种强制犯罪嫌疑人到案的措施,只能在短时间内剥夺犯罪嫌疑人的人身自由,并不必然导致长时间羁押。参见易延友:“刑事强制措施体系及其完善”,《法学研究》2012年第3期,第149页。

〔2〕 (德)克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第273页。

单方面决定,而必须经司法官员批准。对“审前羁押”进行司法审查,既是人权保障的要求,也是世界各国的通例,我国立法亦循此路径。^{〔3〕}我国宪法载有明文:“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。”然而,我国审查批捕的制度设置仅实现了形式上的司法审查,即将逮捕的批准权赋予中国法制与政治语境下的司法机关——检察机关行使,却未就实质层面的审查程序予以建构。^{〔4〕}质言之,人民检察院批准逮捕的程序始终依书面审查的方式进行,具有明显的行政性而无诉讼特征。^{〔5〕}这种审查逮捕模式,仅具司法机关审查之“名”,而无司法行为之“实”。

审批式的逮捕批准模式难以保证检察官中立、客观地作出判断,导致逮捕质量偏低,审前羁押量居高不下,既造成了对被羁押者人权的不当侵害,也浪费了大量司法资源。^{〔6〕}同时,羁押期限过长、超期羁押等严重问题亦相伴而生。^{〔7〕}实践中的问题很大程度上源于审查批捕司法权运行程序的缺失。考察各法治发达国家,针对犯罪嫌疑人、被告人适用的以剥夺人身自由为手段的强制性措施通常必经司法化审查、具备诉讼形态,而审前羁押更是如此。在当前推进“以审判为中心”诉讼制度改革的背景下,逮捕审查作为刑事诉讼的重要内容,关乎公民基本权利,应当在现行宪法与法律的场域中进行司法化的听证程序改革,通过审前程序的司法控制实现良法善治。由于我国审查逮捕制度长期固守行政化审查之模式,听证式改革“既无成例可援引,亦无大英百科全书可查”,需要立足于中国的法治背景与实践探索,同时借鉴国外法制经验,实现理论创新和制度建构。

一、审查逮捕听证程序的理论基础

构建审查逮捕的听证程序,须首先就相关理论基础予以厘清。首先,明确审查逮捕的司法属性,即审前羁押的权力为何应由司法机关行使;其次,阐释我国检察机关的司法机关地位,证成检察机关履行审查逮捕这一司法职能的正当性;最后,剖析审查逮捕以听证模式展开的必要

〔3〕 在我国,审前羁押这一概念可概略地与由检察机关批准的逮捕作等价理解,尤其在检察机关自侦案件范围大幅减少的背景下,审前阶段实施的逮捕几乎都以“批准”之模式作出。除介绍国外法制的內容外,本文对前述术语的使用指向相同的内容,特此说明。

〔4〕 参见陈瑞华:“审前羁押的法律控制——比较法角度的分析”,《政法论坛》2001年第4期,第111页。

〔5〕 1979年《刑事诉讼法》第45条规定“公安机关要求逮捕人犯的时候,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。必要时,人民检察院可以派人参加公安机关对于重大案件的讨论”。1996年《刑事诉讼法》第60条基本沿用了该规定,只是将“人犯”改为“犯罪嫌疑人”。2012年《刑事诉讼法》第86条以及第269条规定了审查逮捕阶段讯问犯罪嫌疑人、询问证人、听取辩护律师意见的情形,但是条文相对粗疏,通过程序限制权力的程序正义价值表现得也并不明显。

〔6〕 根据《中国法律年鉴》的统计,全国年批准与决定逮捕的人数从八十年代末的40万左右上升到了近期的100多万,这也直接导致了羁押场所及其配套资源的大量投入,某些地区曾经甚至出现了看守所被羁押人员休息、工作“两班倒”“三班倒”的情况。参见李艳:“广东30%看守所超容关押人多监少睡觉三班倒”,<http://news.sohu.com/67/63/news215176367.shtml>,最后访问日期:2018年6月14日。

〔7〕 参见陈瑞华:“未决羁押制度的理论反思”,《法学研究》2002年第5期,第60页。

性。只有阐明上述三个阶层递进的论点,相关改革才能获得理论支撑,这也是本文须要解决的基石性问题。

(一) 审前羁押决定职能的司法属性

逮捕及其附随的审前羁押毫无疑问属于影响公民基本权利的重大措施,但为保障诉讼的顺利进行,在如犯罪嫌疑人、被告人存在逃跑、灭证之虞的情形下,对其采取羁押措施必不可少。羁押的效果为剥夺公民人身自由,其不仅能够防止被追诉人逃避诉讼、毁灭证据,同样易被误用为一种侦查与取证的手段。长时间的剥夺人身自由乃对被羁押者身心的折磨,受此之困,被追诉人倾向于作出有罪供述,其本质与刑讯逼供并无差别。若由侦控机关自主决定与执行审前羁押,势必将使公民权利受到威胁。为节制侦控机关的侦查活动,实现权力制约以保障人权,在世界各国刑事诉讼制度中,决定羁押的权能当然地由法院行使(司法审查),并逐渐成为司法权之应然范畴。

除了形式上将羁押决定权交予法院,诉讼职能分配的另一重要内涵即在于确定审前羁押的决定方式。司法权或法院权力的行使以争议提请为前提,由中立机关通过独立、公开的审查,并以此为基础作出终局性判断,即,“司法权的基本特征表现为中立性、消极性、独立性和终局性”。〔8〕世界各国普遍对审前羁押采取审慎的态度,由法官作为中立的审查主体,依据正当的法律程序作出裁断,审查程序普遍呈现“诉讼”形态。〔9〕一般来说,警察、检察官甚至民众实施对犯罪嫌疑人的人身控制之后,皆应及时将犯罪嫌疑人带至法官处,由法官举行听证,听取诉讼各方意见、审查羁押的理由和必要性,进而作出是否批准羁押的裁决,这已成为羁押权行权的一种普遍方式。

英美法系国家主要采用诉讼化听证的方式,犯罪嫌疑人、辩护人和警察或者检察官同时出席,对是否羁押提出意见并进行辩论。在英国,警察实施逮捕后如果认为需要延押,应当在36小时内向治安法院(Magistrates' Court)申请“延押令”(warrants of further detention);治安法院举行专门的羁押听证程序,由警察和犯罪嫌疑人作为控辩双方参与,就是否羁押及理由发表意见、进行辩论。〔10〕为保障被逮捕人获得充分的辩护,其有权获得治安法院指定的事务律师提供免费法律援助。〔11〕在美国,警察实施逮捕后应当不迟延地将被逮捕人带到最近的联邦治安法官或州地方法官处,通常逮捕后的48小时内被带到法庭符合“不迟延”的规定;犯罪嫌疑人及其辩护律师出庭参与羁押审查,警方也有代表出庭,双方就是否羁押或者保释进行辩

〔8〕 沈德咏、曹士兵、施新州:“国家治理视野下的中国司法权构建”,《中国社会科学》2015年第3期,第43页。

〔9〕 参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2016年版,第680—681页。

〔10〕 参见赵朝、李忠诚、岳礼玲、陈瑞华:“英国刑事诉讼制度的新发展——赴英考察报告”,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第2卷),法律出版社1998年版,第330—331页。

〔11〕 See Nigel P. Gravells, “Bail Act 1976”, *Modern Law Review*, Vol. 40, No. 5, 1977, pp. 561—568.

论,法官决定是否释放以及保释的条件。^[12]

大陆法系国家通常也要求对逮捕后是否继续羁押进行司法审查。在德国,警察实施逮捕后应及时将犯罪嫌疑人移送有管辖权的法院审查,审查者须告知被追诉人有关的诉讼权利并立即予以讯问,犯罪嫌疑人可以提出辩解,然后由法官对“继续羁押所维护之公共利益”与“被告要求恢复自由之私人利益”进行审查并作出决定。^[13]日本实行“逮捕前置主义”,羁押前必须经过逮捕程序,逮捕和羁押都要进行司法审查,警察和检察官逮捕犯罪嫌疑人后应当在72小时内将其解送法官,法官应将指控事实告知被逮捕人,并听取后者的辩解。^[14]大陆法系国家过去主要采用单方面讯问犯罪嫌疑人的方式,检察官和律师不在场,但是近年来也有部分大陆法系国家采用控辩对抗的方式,辩护律师在羁押的司法审查中发挥更多的作用。^[15]如意大利的羁押审查,由检察官说明逮捕的理由,提出继续羁押的要求,预审法官进行听审,必须听取犯罪嫌疑人及其辩护律师的意见。继受苏联法的俄罗斯也于1992年建立了审前羁押司法审查制度,法院在被羁押人及其法定代理人、辩护人、检察机关的直接参与下,关于羁押的合法性和理由进行听证,在听取各方意见的基础上作出附理由的审查决定。^[16]我国台湾地区亦对羁押审查进行了听证式改造,将犯罪嫌疑人的羁押决定权从检察官移至法官,并在羁押审查程序设计中借鉴了英美法系的相关制度。^[17]

此外,国际公约中对于审前羁押的司法审查也有明确的规定。1948年联合国大会通过的《世界人权宣言》第9条载有明文,“任何人不得加以任意逮捕”。1966年《公民权利和政治权利国际公约》也强调审查与决定逮捕应当符合正当化、司法化的要求。^[18]《欧洲人权公约》第5条更是明确指出,被告“有权利在合理的时间内透过快速的司法程序决定其被拘留或逮捕的合法性,并应有权在合理的时间内受审或在审判前释放”。

可以看到,在现代刑事诉讼的发展中,构建审前羁押的司法审查已成为不可逆转的趋势,羁押决定权的司法属性得到了普遍确立。这种确立在应然的法律制度中体现为两个层面:一方面,羁押决定权由法院行使,其目的在于限制侦控机关的权力,实现权力之间的相互制衡;另一方面,羁押审查透过听证式的司法审查方式进行,以正当程序保障审查的全面性,并可提高决定的接受程度。

[12] See Michael Harwin, “Detaining for Danger Under the Bail Reform Act of 1984: Paradoxes of Procedure and Proof”, *Arizona Law Review*, Vol.35, No.4, 1993, pp.1091-1122.

[13] Vgl. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2005, S.30.

[14] See UNAFFI, *Criminal Justice in Japan*, UNAFEI Official Website: <http://www.unafei.or.jp/english/pages/CriminalJusticeJapan.htm>, 最后访问日期:2019年6月5日。

[15] 参见段君尚:“大陆法系羁押审查制度的比较与借鉴”,载《法制日报》2017年12月13日,第13版。

[16] 参见(俄)K.Φ.古岑科主编:《俄罗斯刑事诉讼教程》,黄道秀等译,中国人民公安大学出版社2007年版,第248-251页。

[17] 参见蓝向东:“我国大陆与台湾地区审前羁押制度比较研究”,《人民检察》2014年第21期,第20页。

[18] 中国作为联合国常任理事国,对于签署与批准的一系列国际公约负有信守并适用的国际义务。在1998年签署《公民权利和政治权利国际公约》后,为贯彻尊重和保障人权的理念,中国修改了《刑事诉讼法》《律师法》等一系列的重要法律。

(二) 检察机关审查逮捕模式的正当性

我国《宪法》第 37 条第 2 款构建了我国检察机关审查逮捕模式的基础,其具体制度设计载于《刑事诉讼法》第 87 条:“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。”乍看之下,该模式似乎已经从根本上背离了羁押决定权的应然制度脉络,丧失了对侦控机关的节制效应,使得权力制约无法实现。但是,在中国法的特殊语境与制度背景下,由检察机关行使批捕权却存在具有特色的规范意义,权力制约的效应不但没有丧失反而更加强化,不论从形式还是实质上论之,目前这种批捕权配置体制都存在正当性。

1. 检察机关行使批捕权的形式正当性

审前羁押的决定权应由法院行使,这只是相应法制语境中的表述,并不表明审前羁押在任何情况下皆仅可由“法院”作出。该原则在《公民权利和政治权利国际公约》的规范表述为,“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”。可见,在形式上,行使审查逮捕权的主体为法官之外“行使司法权力的官员”亦无不可。

继续这一问题的讨论应明确“司法”的指称对象与概念范围。“司法”与“司法权”这两个中文语词由西洋舶来,最早现于介绍以美国为代表的“三权分立”的宪政体制著述中。^{〔19〕} 随着中国法制实践的发展,“司法”这个语词所表示的概念却变得相当模糊,当代法律文本对“司法”的使用尤其如此。宪法文本使用“司法”两次,所指内容为国务院与各级地方政府负责司法行政工作;刑事诉讼法使用“司法”十一次,有的使用为“司法机关”,泛指参与刑事诉讼的办案机关,^{〔20〕}有的使用为“司法工作人员”,指“审判人员、公诉人以及司法警察等”^{〔21〕}或者“有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员”;^{〔22〕}民事诉讼法关于司法协助的规定中,将司法协助的主体规定为人民法院;监察法关于“被留置人员涉嫌犯罪移送司法机关后……”的规定中,司法机关又指的是检察机关与审判机关;等等。关于我国司法概念的另一权威解释来自中国共产党的文件。自党的十五大报告提出“推进司法改革,从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权”后,历届党的大会报告都沿用了此种表述。亦即,我党对司法机关的界定既包括行使审判权的司法机关,也涵盖了行使检察权的检察机关。不难看出,在我国法制与政治的语境下,检察机关皆被理解为司法机关,而负责审查批捕的检察官当然也属“行使司法权力的官员”。^{〔23〕}

〔19〕 参见杨小敏:“晚清司法权概念考——以宪法学为视角”,《政法论坛》2014年第5期,第13页。

〔20〕 如《刑事诉讼法》第42条规定,“辩护人或者其他任何人,不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供,不得威胁、引诱证人作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为”。其中“干扰司法机关诉讼活动”被普遍理解为“影响司法机关对证据的收集、审查判断和对案件的公正处理”,这里的“司法机关”事实上即指侦、检、审三机关。参见郎胜主编:《中华人民共和国刑事诉讼法理解与适用》,新华出版社2012年版,第103页。

〔21〕 同上注,第348页。

〔22〕 参见郎胜,见前注〔20〕,第411页。

〔23〕 国外同样有如此见解,See Erik Luna, Marianne Wade, “Prosecutors as Judges”, *Washington and Lee Law Review*, Vol.67, No.4, 2010, pp.1413-1532.

但通常而言,只有法院被视作司法机关,我国检察机关的司法之辩仍需以法院以及域外检察机关为对照进一步展开。我党之所以将检察机关与审判机关并列,统称司法机关,可能的原因有三。第一,从渊源上看,检察官这一角色创立之初就是为了通过诉审分离机制来分散法官过于集中的司法权,防止法官滥用权力,换言之,检察机关本身就是由纠问制法院派生而来,其权力属性与法官行使的审判权有着千丝万缕的联系。^[24]第二,宪法及组织法在法院与检察院的设置上采取了相似而对等的组织原则;“审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督”,法院院长、检察院检察长由人大选举与罢免且任期相同,审判权与检察权依法独立行使且“不受行政机关、社会团体和个人的干涉”,等等。第三,检察权与审判权的行使目的都在于“维护法律”,^[25]这也是其与“以管理为本质”^[26]的行政权最重要的区别。很明显,基于社会主义法治理论的我国“司法”与域外“司法”的概念并不相同,^[27]但就权力的功能范围而言,我国司法的概念较域外更宽,既包括普遍意义上法院行使的审判权,也以检察机关行使的法律监督权为内容。在不同的宪政体制下,作为司法机关或法律监督机关的人民检察院,与域外国家检察机关的性质亦存本质区别。^[28]以职能范围观之,大部分国家的检察机关既执行公诉,也负责对侦查活动的领导,其权力核心为“控诉”,权力性质属于行政的范畴;^[29]而我国检察机关不仅负责起诉,还承担着审查逮捕、诉讼监督、申诉救济等一系列职能,这些权力的多元性使得我国检察权难以用某种一般性的概念所概括,而行使权力的性质又取决于职能属性本身。^[30]换言之,检察权的多元内涵使得其权力以具体职能的不同而产生了性质上的分化,如控诉职能类似行政权,而申诉救济职能则为通常意义上的司法权。^[31]

由于我国检察机关与审判机关在组织原则、行使权力的目的方面具有一致性,且职能内容与域外检察有着相当程度的不同,法律与政治的话语皆将其称为司法机关。基于此,检察机关行使本应由法院行使的审查批捕权或羁押决定权存在一定程度的、宏观上的合理性。然而,即使检察机关被视为司法机关,但其权力内容与行使权力的方式与通常“司法权”仍有部分相同。就审查批捕职能而言,由检察机关行使是否正当,还须经实质层面的论证。

2. 检察机关行使批捕权的实质正当性

域外国家以法院为羁押决定机关,其目的在于限制侦控权力。但是,将法院和司法审查视为实现法治的唯一路径,这一司法改革思路在中国司法实践中是难以完全行得通的。^[32]不同于域外国家的检法“二人转”,我国刑事诉讼的构造与职能分配更为复杂,宪法架构出的刑

[24] 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),台湾元照出版有限公司2015年版,第50—51页。

[25] 根据2018年《人民法院组织法》与《人民检察院组织法》,法院与检察院行使权力之目的都落脚于“维护社会公平正义,维护国家法制统一、尊严、权威”。

[26] 孙笑侠:“司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别”,《法学》1998年第8期,第34页。

[27] 参见翟国强:《依宪治国:理念、制度与实践》,中国政法大学出版社2016年版,第197—200页。

[28] 参见傅郁林:“我国民事检察权的权能与程序配置”,《法律科学》2012年第6期,第177页。

[29] 参见龙宗智:“论检察权的性质与检察机关的改革”,《法学》1999年第10期,第3页。

[30] 参见陈卫东:《中国刑事诉讼权能的变革与发展》,中国人民大学出版社2018年版,第183—185页。

[31] 参见陈卫东、林艺芳:“论检察机关的司法救济职能”,《中国高校社会科学》2014年第5期,第150页。

[32] 陈瑞华:“诉讼监督制度改革的若干思路”,《国家检察官学院学报》2009年第3期,第43页。

事诉讼呈现出一种公检法“三足鼎立”的样态。《宪法》第 140 条规定,“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律”。刑事诉讼法在具体化宪法规定时,将刑事诉讼程序划分为侦查、审查起诉、审判三个阶段,由公检法三机关分别负责,形成了所谓“流水作业”式的诉讼结构。概言之,侦查与起诉分立为二,侦查机关与起诉机关被严格区分;同时,侦查与审判之间的联系亦被隔断,在刑事案件的办理中,侦查仅与检察机关对接,审判也只接受检察机关提请的诉求。质言之,我国特有的司法体制决定了法院很难参与刑事审判前的诉讼活动。^[33]在检察机关独立设置,且其仅承担极少侦查职能的情形下,由于侦查权由专门的侦查机关行使,因此检察机关可以作为外部的、独立的审查机关介入其中。逮捕申请由侦查机关提出,作为外部机关的检察机关与审判机关,不论谁负责审查批捕,皆可形成对侦查活动的制约效应。更为重要的是,作为法律监督机关的检察机关与侦查直接对接,不但能经审查逮捕介入侦查活动,也可以此发现侦查中的违法行为并及时纠正。申言之,检察机关审查逮捕模式更能实现对侦查活动的制约作用,并由此产生对侦查的“训导”效应,这对于侦查活动的规范化、犯罪嫌疑人的人权保障有着重要的意义。

同时,检察官作为“法律守护者”的定位,使其负有普遍的客观义务,^[34]而这也是该模式的重要正当性基础。1877 年德国通过的帝国刑事诉讼法采纳了“法律守护者”观点,并被理论界广为接受和认可,随后传播到了欧洲大陆以及亚洲的其他大陆法系国家。^[35]检察官之客观义务载于联合国《关于检察官作用的准则》中,其要求检察官应当按照客观标准不偏不倚地履行职责。^[36]概言之,检察官客观公正义务是指检察官为了实现司法公正,在刑事诉讼中不应站在当事人立场、而应站在客观中立的立场上进行活动。^[37]我国《宪法》第 129 条和第 131 条明确了人民检察院的法律监督性质并要求人民检察院依照法律规定独立行使检察权,以此为基础,我国检察官客观工作义务发展出了三个基本内涵:坚持客观立场;忠实于事实真相;实现司法公正。^[38]

从客观、公正的立场出发,中立审查责任(包括审查逮捕和审查起诉)也是客观公正义务的重要体现。^[39]具言之,对于检察机关职能范围内需要以中立立场行使的权力,检察官应负有中立审查的义务。就审查逮捕职能而言,2012 年刑事诉讼法修改对此中立审查义务予以了明确:在审查逮捕程序中,检察官必须保持客观中立,听取双方意见,根据案件具体情况审慎地作

[33] 陈瑞华:“论检察机关的法律职能”,《政法论坛》2018 年第 1 期,第 15 页。

[34] 参见林钰雄:《检察官论》,法律出版社 2008 年版,第 21 页。

[35] 参见程雷:“检察官的客观义务比较研究”,《国家检察官学院学报》2005 年第 4 期,第 21 页。

[36] 联合国《关于检察官作用的准则》第 12 条、第 13 条、第 14 条明确了检察官的公正品性与客观义务,要求检察官“始终一贯迅速而公平地依法行事;在履行其职责时应不偏不倚,并避免任何政治、社会、宗教、种族、文化、性别或任何其它形式的歧视;保证公共利益,按照客观标准行事,适当考虑到嫌疑犯和受害者的立场,并注意一切有关的情况,无论是否对嫌疑犯有利或不利;……如若一项不偏不倚的调查表明的起诉缺乏根据,检察官不应提出或继续检控,或竭力阻止诉讼程序”。

[37] 朱孝清:“检察官负有客观义务的理由”,《国家检察官学院学报》2015 年第 3 期,第 14 页。

[38] 朱孝清:“检察官客观公正义务及其在中国的发展完善”,《中国法学》2009 年第 2 期,第 162 页。

[39] 陈卫东、杜磊:“检察官客观义务的立法评析”,《国家检察官学院学报》2015 年第 3 期,第 35 页。

出批捕或不批捕的决定。^[40]近年来深入推进的司法责任制改革进一步增进了检察官的办案独立性,这对于强化检察官中立审查责任有着重要意义。以司法责任制改革为主体的检察权运行机制改革通过检察权的合理配置,赋予了一线检察人员更多的办案权限,使其能够独立行使权力。一系列改革措施改变了过去承办人办理、部门负责人审核、分管检察长决定的三级审批制,权责不清、效率不高等饱受诟病的问题从制度上得到了解决。与此同时,也逐步实现了检察官队伍的专业化、职业化,检察官的办案主体地位更加突出,检察机关和检察业务的司法属性也愈发凸显。^[41]

3. 小结

我国法制与政治语境下的检察机关被视为司法机关,且由于刑事诉讼办案机关与诉讼阶段的三分,检察机关对审查逮捕职能的行使更能起到侦查权制约的作用。另外,基于检察官的客观义务,在审查逮捕时检察官应当秉持中立、公正的立场,这构成了审查逮捕最重要的正当性基础。但仍应注意,由于检察机关职能的多元化,具体检察权的性质可能因内容不同而性质不同。作为检察权主要内容的控诉职能具有浓厚的行政属性,检察机关在行使审查逮捕职能这种普遍司法范畴内的权限时,必须努力避免受到行政化职能的影响,而此亦为构建审查逮捕听证程序之目的。

(三) 审查逮捕听证式改革的必要性

虽然由检察机关履行审查逮捕职能在制度与理论上皆存正当性,但在权力运行的微观范畴内,仍应确保行使权力程序之正当。^[42]审查逮捕,本质为发生在审判期日之前的一类程序性裁判,虽其并非严格依照三面诉讼模式展开的审判程序,但审查逮捕所具有的司法属性仍对行权方式作出了“适度司法化”要求。^[43]以诉讼化听证的方式行使批捕权,其意义在于保障犯罪嫌疑人基本权利——辩护权中的知情权与有效辩护权。质言之,审查逮捕应当以司法审查的方式展开,这是剥夺公民基本权利的强制处分合法化的必要内容。现行行政化的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。此外,“审判中心改革”提高了证据审查标准,审查逮捕的听证模式客观上能够通过双方的质证辩论使检察官全面把握逮捕案件的证据情况,强化审查批捕的准确性并起到证据把关的作用。

为了防止公权力对人权的不当干预,司法机关对公民适用和实施强制措施的基础应当是对公民基本宪法性权利的尊重。^[44]2004年,我国宪法修改时新增了“国家尊重和保障人权”条款,这既是庄严的政治承诺,更为保障人权的立法和执法提供了最高规范,意味着“人权条

[40] 在审查逮捕方面,《刑事诉讼法》第81条规定了逮捕的条件;第90条以及第165条要求检察官根据具体情况依法分别作出逮捕或者不逮捕的决定;第95条还规定了羁押必要性审查制度,要求检察官对不需要继续羁押的嫌疑人和被告人,应当建议予以释放或者变更强制措施。

[41] 参见陈卫东、龙宗智、谢鹏程、曾国东、夏阳:“抓住改革的‘牛鼻子’——检察院司法责任制改革的理论与实践”,《中国法律评论》2016年第4期,第13页。

[42] 可以说,确定某种程序是否属于“正当程序”(due process),必须视该程序重视“人权保障”的程度而定。参见(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18页。

[43] 参见龙宗智:“检察机关办案方式的适度司法化改革”,《法学研究》2013年1期,第187页。

[44] 参见郭烁:“新刑诉法背景下的强制措施体系”,《政法论坛》2014年第3期,第61页。

款”将成为评价公权力的重要尺度。2012年,刑事诉讼法修改亦将“尊重和保障人权”纳入,使宪法的人权条款得以具体化,并依此对逮捕条件、审查逮捕机制及捕后救济措施作出了较大修改,凸显了审查逮捕中的人权保障属性,也为审查逮捕的诉讼化听证改革奠定了基础。^[45]而批准逮捕是宪法赋予检察机关的一项重要职权,审查逮捕的工作质量直接影响检察机关的诉讼监督和对犯罪嫌疑人人权保障的效果。

在刑事诉讼中,宪法对人权的保障集中体现于第130条获得辩护条款。逮捕乃强制措施中影响公民权利最甚的一种,被申请羁押人当然有权对此提出材料与意见,行使辩护权利。逮捕审查听证面向辩护权行使展开,其前提在于保障被追诉人的知情权,其内容为给被提请逮捕者提供一个可供进行有效辩护的平台。

知情权是被追诉人行使辩护权的基础。只有在被及时告知逮捕所依据的事实的情况下,犯罪嫌疑人方可充分行使表达意见与提出证据材料的权利,以阻止不当的逮捕决定。若在逮捕审查前不履行告知程序,仅于逮捕决定作出后通过“出示逮捕证”的形式进行告知,显然已经使辩护失去了“使其免受不公正对待和处理”的作用。换言之,有效辩护必须有明确的抗辩对象,缺乏针对性的防御很难说是有效的。^[46]从理论上讲,权利的告知应当由审查者践行,未履行告知程序的审查皆应被视为对辩护权的侵犯,决定也应归于无效。但就我国实践而言,由于整个逮捕审查采书面化的行政审批模式,大量犯罪嫌疑人在不知情的状况下被移送审查,到侦查人员向其出示逮捕证时方知自己已被逮捕,根本无所谓辩护权的行使,这确已违背宪法“有权获得辩护”之规定。

以犯罪嫌疑人知情权为基础,审查逮捕听证的实质内容即在于构建实现有效辩护的平台。辩护权的行使,应当以提出证据和意见的方式进行,其目的为抗辩与防御。在逮捕审查中,这种抗辩与防御针对的对象为侦查机关提请批准逮捕的意见,针对此意见,应给予辩方提出质疑与反驳的机会;而就辩方提出的证据与抗辩,提请逮捕的侦查机关也可作出回应与质疑。只有通过交互性的控辩,审查逮捕程序中的辩护权保障才能落到实处,逮捕的书面审查模式显然无法达成这一目的。单方面的“讯问”与“提出意见”已经背离辩护权的保障范围,既难以确保辩护意见的充分提出与听取,也无法实现有针对性的抗辩与防御,极不利于犯罪嫌疑人的人权保障。

明白地说,审查逮捕的司法化是保障公民宪法权利的必需,与听证审查相对的现行书面审查不符合宪法与刑事诉讼法在人权保障上的要求。换言之,我国审查逮捕问题的核心并不在于决定主体,而在于“没有确立司法审查和令状主义的审批机制”,^[47]更在于行政化的运作方式与其本身对司法属性的背离。行政化的审查逮捕缺乏同时听取控辩双方意见的程序,导致

[45] 在司法实践中,为保证审查批准权行使的公正性,强化对公安机关侦查活动的监督,最高人民检察院于2006年制定了《人民检察院审查逮捕质量标准(试行)》,其中第11条规定“审查侦查机关提请批准逮捕的案件,认为证据存有疑问的,可以复核有关证据,讯问犯罪嫌疑人,询问证人”。2010年最高人民检察院、公安部《关于审查逮捕阶段讯问犯罪嫌疑人的规定》第2条又进一步重申了讯问的具体情形。2012年刑事诉讼法修改时吸收了上述规定的内容。

[46] 参见严本道、谢佑:“侦查程序中犯罪嫌疑人权利告知制度的构建——以知悉权利和行使权利为中心”,《湖北社会科学》2007年第9期,第152页。

[47] 陈瑞华:“论侦查中心主义”,《政法论坛》2017年第2期,第5页。

检察官无法准确、全面把握逮捕的条件,影响逮捕的质量;行政性的审查逮捕决定说理不足,容易引起双方当事人不满,违背人权保障和正当程序原则。^[48] 审查逮捕听证程序改革,不仅是为了提高审查逮捕的质量和效果,更是为了推动检察机关办案方式的变革。检察官长期以来采用单方面阅卷的方式审查逮捕,与检察官的司法官身份并不相符。审查逮捕听证程序就是要构建基于人权保障的正当程序,从而贯彻检察官客观公正义务,保证决定以体现亲历性、司法化的方式作出。

除此之外,以审判为中心的诉讼制度改革也对审查逮捕办案的方式和质量提出了新的要求。“审判中心主义改革”是对过去侦查、起诉、审判三种职能关系的反思,其核心在于构建科学、合理的诉讼构造,发挥审判的把关作用。^[49] 审查逮捕作为刑事诉讼中的重要阶段,对查明案件、指控犯罪具有关键意义,当然应当服务于审判这个中心,把好案件事实关、证据关、法律关,在事实认定、法律适用等方面接受审判的检验。^[50] 一方面,以审判为中心的诉讼制度要求证据展示、证据裁判、证据采信的全过程都在法庭上形成,对审查逮捕环节证据的审查和运用提出了更高的要求。审查逮捕程序的听证式改造,使审查的内容不局限于侦查案宗材料,这不但可以突出审查批捕在保护人权方面的作用,同样也是审判中心主义的应有之义。^[51] 另一方面,审判中心主义强调被告人的刑事责任及关涉其人身自由等强制性措施的重大决定应经由审判作出,且必须依照法定的程序和方式。^[52] 逮捕所具人身自由之剥夺性质,使得审查逮捕听证程序成为我国宪法体制下实现上述要求的现实选择。

为顺应以审判为中心的诉讼制度改革,检察机关应当强化证据裁判意识,准确把握逮捕条件,对案件证据,尤其是用以证明犯罪嫌疑人社会危险性的证据进行全方位的审查。听证模式对于提高案件证据之认识无疑存有促进作用,通过侦查机关、当事人及其辩护人对相关证据进行质证、辩论,逮捕审查人员能够对犯罪嫌疑人的社会危险性以及罪行情况有着更为深刻地认识。^[53] 正因如此,检察机关要逐步改变原有书面、间接的传统审查模式,按照“以审判为中心”的标准,加快构建审查逮捕的听证程序。通过当面听取犯罪嫌疑人及其辩护律师、被害人等各方的意见,更加全面、系统地审查案件,明确犯罪嫌疑人的社会危险性后再做出是否逮捕之决定。

总而言之,基于人权保障与改革要求的考量,听证程序改革实为审查逮捕的应然面向。审查逮捕听证程序,既能为辩护权行使提供有效的平台支撑,以充分保障犯罪嫌疑人的知情权与提出意见权,也能使检察机关经由侦查机关与当事人双方的质辩获得对逮捕事项更清楚的认识,防止出现因偏听偏信导致错捕与逮捕质量偏低的情况。更为重要的是,由于检察机关承担

[48] 参见郭烁:“捕诉调整:‘世易时移’的检察机制再选择”,《东方法学》2018年第4期,第139页。

[49] 参见沈德咏:“论以审判为中心的诉讼制度改革”,《中国法学》2015年第3期,第5—6页。

[50] 参见任楚翘:“审查逮捕如何落实‘审判中心’诉讼制度改革要求”,《人民检察》2015年第9期,第80页。

[51] 参见黄凯东、张涛:《实然与应然之间:以审判为中心的诉讼制度改革背景下审查逮捕程序诉讼化研究》,载《以审判为中心与审判工作发展——第十一届全国高级检察官论坛论文集》,2015年12月3日。

[52] 闵春雷:“以审判为中心:内涵解读及实现路径”,《法律科学》2015年第3期,第35页。

[53] 参见聂友伦:“审查逮捕应以社会危险性审查为核心”,载《法制日报》2018年1月3日,第11版。

着公诉这一明显带有控诉性质的职能,很可能因此影响其审查逮捕的中立性与客观性,^[54]这更加表明对批捕权的行使方式应朝着司法化与诉讼化的方向行进。

二、审查逮捕听证程序改革的现状及问题

(一)审查逮捕听证程序的实践探索

2012年《刑事诉讼法》第86条、第269条规定了审查逮捕阶段检察机关讯问嫌疑人、询问证人、听取辩护律师意见的制度,表明我国审查逮捕程序由行政化向司法化迈出了第一步。其一,确立了审查逮捕阶段犯罪嫌疑人的讯问制度,规定了“应当讯问犯罪嫌疑人”的三种情形,使犯罪嫌疑人能够充分参与到审查逮捕程序中,发表自己的意见。^[55]其二,辩护律师作为刑事诉讼中维护控辩平衡的重要力量,在审查逮捕程序中亦应发挥重要作用。与此同时,2015年《关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定(试行)》进一步规定了公安机关对社会危险性的证明责任和检察机关的审查义务;《“十三五”时期检察工作发展规划纲要》更是明确提出“围绕审查逮捕向司法审查转型,探索建立诉讼式审查机制”。

在上述文件的基础上,上海、天津、安徽、湖北、吉林、重庆、江苏、山东等地都相继进行了审查逮捕听证程序的探索,并取得了良好的试点效果。从实践情况看,虽然各试点地区推行的制度名称有所不同,^[56]所制定和实施的指导意见、暂行办法各有差异,^[57]但其指导思想基本一致:第一,立足宪法和法律的规定,探索和创新要有依据;第二,审查逮捕处于侦查的初期阶段,需要保护侦查秘密;第三,听证的核心目的是解决被审查者的社会危险性争议,减少审前羁押。基于此,试点地区对听证式逮捕审查的案件范围、启动方式、参与主体及具体流程等内容予以了先行探索。

[54] 此观点学界已有大量著作予以论述,在此不复赘言。参见刘计划:“逮捕审查制度的中国模式及其改革”,《法学研究》2012年第2期,第122—142页;汪海燕:“检察机关审查逮捕权异化与消解”,《政法论坛》2014年第6期,第80—91页;林喜芬:“论中国羁押审查制度改革的四重逻辑”,《法学家》2016年第6期,第83—93页。

[55] 参见陈瑞华:“检察机关法律职能的重新定位”,《中国法律评论》2017年第5期,第58—59页。

[56] 上海、安徽合肥、江苏南京等地将该制度称为“逮捕案件公开审查”,内蒙古自治区赤峰市称为“抗辩式审查逮捕工作机制”,天津市、重庆巴南区、吉林长春称为“公开听证”,山东肥城市、湖南永顺县称为“公开听审”。

[57] 参见卢俊宇:“上海市检察机关逐步探索公开听审逮捕案件”,http://news.xinhuanet.com/legal/2013-09/11/c_125365372.htm,最后访问日期:2019年3月8日;王镭、郭占利:“抗辩式审查逮捕机制提升办案质量”,载《检察日报》2015年3月8日,第3版;徐盈雁、杨学昊、张庆宇:“天津一分院出台新规:批准逮捕前先公开听证”,<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/10/id/2316573.shtml>,最后访问日期:2019年3月8日;“庐阳检察院捕前公开审查成功试点”,<http://news.hf365.com/system/2014/12/09/014371810.shtml>,最后访问日期:2017年3月8日;牛婉宁、刘莹、孙峰松:“长春南关:听证会校正审查逮捕‘准星’”,载《检察日报》2014年6月12日,第2版;朱颂扬、雷键:“重庆巴南检察院改革审查批捕方式 犯罪嫌疑人是否批捕要公开听证”,http://www.chinapeace.gov.cn/2014-05/12/content_11115362.htm,最后访问日期:2019年3月8日。

就适用案件的范围看,由于侧重有所差异,各地规定与实践并不相同。山东省东营市规定适用于事实清楚、证据确实充分,但逮捕必要性有争议的案件。^[58] J省N市^[59]规定,逮捕审查听证适用的案件包括:①案情重大或存有关键疑点;②检察机关认为不构成犯罪;③公安机关与检察机关在社会危险性方面存在重大争议;④关键事项需要听取专业意见。S市探索的逮捕公开审查程序适用于犯罪嫌疑人认罪,但对社会危险性有争议的案件,主要包括三类:①辩护人申请公开审查的;②社会危险性争议较大的;③有一定社会影响,公开审查有利于普法宣传的。各地在制定实施办法时一般也规定了不宜采取听证方式进行审查逮捕的案件,主要集中于案件事实存疑的案件,应当径行逮捕的案件,以及涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的案件。^[60]有些地方还规定了其他限制条件,如J省N市规定,涉及未成年人、在校学生的案件不得适用。

听证程序的启动方式大体包括主动启动与被动启动两类情形。S市规定,对于犯罪嫌疑人、辩护人提出申请的,需要审查是否符合听证审查的条件,符合条件的原则上都进行听证审查。S市自2013年开始探索逮捕公开审查以来,以职权启动的案件居多,共232人,依犯罪嫌疑人及其辩护人申请启动的共141人。此外,还有部分地区将被审查者及被害人的法定代理人、近亲属纳入了申请启动主体范围。

各地对审查逮捕听证程序的参与人员规定亦有不同,但一般都包括侦查机关人员和辩护律师。S市探索运用远程视频系统,犯罪嫌疑人直接参加审查逮捕程序。部分基层法院结合具体案件情况,在听取侦查机关和辩护律师的意见后,邀请犯罪嫌疑人所在社区居委会人员、所在单位负责人、监所监察干部等人员参加,将日常生活、工作、羁押期间的表现纳入对犯罪嫌疑人社会危险性的评估中。有些地区邀请人大代表、政协委员、人民监督员、法律专家参与,但参与的方式不一。S市规定人大代表、政协委员仅仅观摩,并不就犯罪嫌疑人是否具有社会危险性发表意见,也不对其他参与者提问;湖北随县规定人大代表、政协委员、人民监督员可就犯罪嫌疑人是否有逮捕必要发表意见;湖北浠水县规定所有参与人员均发表观点,按少数服从多数的方式作出审查逮捕决定。^[61]

虽然各地对适用审查逮捕听证的案件范围有不同规定,审查侧重也有所差异,但基本以犯罪嫌疑人的社会危险性为主要内容。S市重点审查逮捕犯罪嫌疑人的理由和证据是否充分,参与人员主要围绕社会危险性进行询问、出示证据、质证和发表意见,不涉及案件事实、证据和法律适用,程序设置较为简便,兼顾了司法公正和诉讼效率,实行听证审查案件的逮捕率低于

[58] 参见许全勇、陈星亮:“审查逮捕阶段公开听取意见的实证分析”,《人民检察》2014年第8期,第38页。

[59] 笔者所在课题组先期对J省N市、S市、A省H市等地进行了实地调研。鉴于可以理解的原因,对所调研的地区以字母指称。除另有说明的情况外,本文数据均来自课题组调研所得。

[60] 孙谦:“司法改革背景下逮捕的若干问题研究”,《中国法学》2017年第3期,第41页。

[61] 参见伊贵斌、彭俊轩:“随县:邀请人民监督员公开审查逮捕案件”,http://www.hbjc.gov.cn/ssjd/201506/t20150626_679191.shtml,最后访问日期:2019年3月17日;“浠水县人民检察院首次实行审查逮捕案件公开审查机制”,<http://www.cnxishui.net/2014-11/04/cms88164article.shtml>,最后访问日期:2019年3月17日。

按照通常做法进行审查的案件。也有地方规定检察机关不仅可以就是否逮捕犯罪嫌疑人进行审查,参与人员也可以针对案件事实、证据、法律适用发表意见。^[62]

(二) 审查逮捕听证程序的实践问题

在审查逮捕听证程序的试点中,尚存在一系列的理论与实践问题。就制度背景言,虽然司法化的逮捕审查顺应现行法之立法理念,但终究缺乏明确的制度依据。在微观的司法操作方面,参与人员仍未摆脱旧的行政化、书面化审查模式之固有思路,影响了机制的运作效果;听证审查的资源投入,限于目前案多人少的现实处境,亦将对检察机关实行制度的积极性造成限制。除此之外,域外国家实行的保释听证制度本质上即为一种听证式的逮捕审查,由于制度间具体流程与机制的相通性,本文略将之作为审查逮捕听证的模式加以考察,并就其实践中的具体问题予以检视,以期为我国目前审查逮捕听证程序改革的构建与完善提供可能的经验。

1. 审查逮捕听证程序试点的实践问题

首先,缺乏明确的法律依据与顶层设计。根据刑事诉讼法的规定,检察机关办理审查逮捕案件可以讯问犯罪嫌疑人、听取辩护律师的意见,但是并未规定检察机关可以采用“开庭”的方式进行审查。全国第四次侦查监督工作会议和2016年工作要点中虽已提出探索诉讼化的审查逮捕程序,但尚未制定规范性文件或形成明确可操作的指导意见,仍主要依靠各地自行探索。目前适用案件的范围仍不明确,案件选择的随意性与选择性比较明显,缺乏顶层制度设计。为了避免诉讼化审查逮捕听证程序的合法性受到质疑,应通过法律、司法解释予以明确规定,或经有权机关授权,并制定相关的规范性、指引性文件。

其次,参与人员的应对能力有待提高,理念认识需要更新。审查逮捕由封闭走向公开,对办理案件的检察官以及侦查人员、犯罪嫌疑人、辩护律师都提出了新的要求。其一,负责侦查监督的检察官从幕后走到台前,存在一定的职能转变的困难,主持审查逮捕听证的检察官在语言表达、引导各方发言、掌控现场节奏和处理应急情况方面的经验稍显不足,能力有待提高。^[63]其二,一些检察人员对听证程序存在错误认识,认为通过阅卷、讯问犯罪嫌疑人和单独听取辩护律师意见,已经能够查清社会危险性,听证审查仅具有形式意义,必要性不大。^[64]在试点初期,部分案件确实不存在社会危险性争议,或者已有预先结论,“先定后审”的做法也加深了这种疑虑。其三,有些办案人员对于逮捕作用的认识仍然存在偏差,存在构罪即捕的观念,批捕倾向比较明显,影响了审查的实际效果。同时,侦查人员同样也不太适应审查逮捕听证程序改革带来的挑战。众所周知,公安机关工作压力极大,加之刑事拘留数、批捕率等指标的考核导向,使得侦查人员迫切寻求批捕结果。但是,因客观上缺乏统一的评价标准,主观上侦查人员不重视社会危险性调查与证据材料收集,或者对社会危险性的认识不足,社会危险性认定在实践中常存争议。此外,辩护律师对听证式审查逮捕程序了解不多,对这一改革的实际

[62] 参见张文璟、吴志明:“针对聋哑人盗窃案 惠安首次公开审查”, http://www.qzwb.com/gb/content/2016-11/07/content_5448201.htm, 最后访问日期:2019年3月18日。

[63] 当然,在捕诉合一改革后,公诉与批捕检察官一体办案可能对此问题有所缓解。

[64] 孙谦,见前注[60],第42页。

意义也存在疑虑。部分律师并没有深入调查犯罪嫌疑人社会危险性的具体情况,准备不充分导致发表的观点过于泛化,或者缺乏证据支撑、辩护结果不佳。试点中,许多案件在侦查阶段缺乏律师介入,这也使得审查逮捕听证程序难以开展,影响逮捕质量。

再次,实践中案多人少的矛盾依然突出,办案压力大、时间紧、任务重,如何调动司法人员工作积极性、有效开展审查逮捕听证程序,是改革面临的一大难题。2015年S市两个基层人民检察院人均办案量达到160余件,平均每人每周要办理3—4件案件;2016年A省H市某基层人民检察院侦查监督部门在员额制改革后实际办案人数只有3人,人均每年审查逮捕案件达到200件。审查逮捕的期限为7日,但是在5个工作日内,检察官对于几乎每一审查逮捕案件都要去看看守所或其他场所讯问犯罪嫌疑人,还要进行阅卷、撰写报告和汇报。此外,检察官还需要在办案软件中填写信息、归档、录入报捕材料,制作相应的记录以备后续复查,文书工作也占用了较多时间。此外,检察官在进行审查逮捕的同时还肩负着刑事执行、社区矫正等诸多任务,繁重的工作负担让检察官疲于应付,影响了开展审查逮捕听证程序改革的积极性。

2. 域外保释听证的实践问题:以英格兰及威尔士为范例

逮捕审查的制度渊源,发轫于12—13世纪英国的保释制度。迄今为止,其在实践与立法中已经形成了一整套完善的制度系统。^[65]在羁押的审理模式方面,英格兰与威尔士的司法实践对诉讼化听证的适用程度极高。有鉴于此,研讨其保释听证制度中的实践问题,对于我国逮捕审查司法化的构建与完善有着重要的借鉴意义。

虽然较其他欧洲国家,英格兰与威尔士的保释听证或羁押审查制度已颇为完善,^[66]但在实践中,诉讼化听证的运行仍然存在一系列问题。宏观来看,这些问题主要涉及制度的外观构造与内部运作两方面。就前者言,审查法院往往使用相关信息替代实质意义上的证据,这使得证人很少出庭,加之法律援助未能全面覆盖,这导致被告主体地位的动摇,影响控辩审三方构造的价值实现。对于后者,由于羁押审查前的信息披露程度不足,被告知情权难以保障,辩方无法有效组织防御,另因所有羁押案件皆需听证,亦造成了一些案件审查程序的虚化问题。

英格兰与威尔士的保释听证在外观构造上采完全的控辩审三方模式,由控方提出羁押申请,辩方提出反对意见,最后由法官作出决定。该模式作为各国际人权公约在羁押审查方面的一种标准范式,既可妥当保障被告人权,又赋予了保释决定之形式合法性,乃其羁押制度的运作基础。但应予注意,三方模式之构建必须以被告主体地位的实现在为前提,然而从英格兰与威尔士的实践看,控辩之间的平等武装仍未能完全实现。一方面,尽管刑事诉讼规则要求检察官

[65] 参见徐静村、潘金贵:“英国保释制度及其借鉴意义”,《现代法学》2003年第6期,第14页。

[66] 自1976年保释法实施以来,英国的审前羁押制度在人权保障方面的效果一直处于欧洲前列,其审前羁押的人数占总关押人员量的14%左右。See Roy Walmsley, *World Pre-trial/Remand Imprisonment List (2nd edition)* (ICPS, London 2014), Available from: http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27,最后访问日期:2019年6月15日。同时,2006年到2010年间,英国被裁定违反《欧洲人权公约》第5条关于羁押审查规定的案例仅有8件。参见欧洲人权法院历年统计数据, Available from: https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2010_ENG.pdf,最后访问日期:2019年6月15日。

在羁押审查中应当提出相关信息,但却未对证据之引用作出要求,不论控方还是辩方皆是如此。^[67]在这种物证不呈庭、证人不出庭的情况下,由于辩方所能提供的信息有限,法院是否羁押的决定往往很大程度上取决于控方提供的信息而非证据。^[68]另一方面,律师的参与殊为重要,其既可以使被告了解情况,也能在听证中提出质疑,确保程序的合法性,但实际情况却不容乐观——虽然大部分被告都可以获得律师帮助,但从实证研究的结果来看,这种律师帮助往往只是临时的,很难起到实质的“提供法律帮助”之作用。^[69]

基于控辩审的三方模式,英格兰与威尔士保释听证的内部运作采取类似庭审的方式。就其实践来看,突出的问题存在于两个方面:其一,缺乏在保释听证前向辩方披露信息的明确规定,可能导致辩方无法组织有效的防御。由于规范的缺乏,尽管检察官一般会将与羁押指控相关的信息提供给辩方,但在实践中,许多参与听证的律师都表示,信息是否提供、提供的充分程度、提供信息的时间等事项,会因审理法院、案件类型、听证日期等有很大不同。^[70]其二,保释听证存在“程式化”的倾向。由于保释听证适用于所有羁押申请的案件,而其中大量案件的被告对羁押的结果并无异议,^[71]此时进行的听证往往无实益而流于形式。同时,因待审案件数量较大,审查的平均耗时被压缩至几分钟,^[72]法官因此无法对每个案件的相关信息与情形皆予以查明,这就可能导致审查结果在可靠性、精确性与妥当性等方面出现问题。

(三)审查逮捕听证程序与捕诉合一改革

近期,检察机关的内设机构经历了又一次重大调整。从结果上看,以往负责审查逮捕的内设机构,即侦查监督部门,被与负责审查起诉的公诉部门合并,^[73]形成了所谓“捕诉一体”的权力配置模式。检察最高决策者似乎意图以此改革降低错误几率、缩减审查环节,以实现办案质效的提升。^[74]由于批捕权行使主体的职能与结构发生了较大变化,这被普遍认为将对审查逮捕的实践运行带来极为深远的影响。譬如,一种几乎占学术界主流的观点认为,检察机关行使公诉权,由其再行使逮捕权,无法保持中立和超然的地位。审查逮捕听证程序的前提立基

[67] See *R v Mansfield Justices, ex parte Sharkey* [1985] Crim.L.R. 148.

[68] See Anthea Hucklesby, “Court Culture: An Explanation of Variations in the Use of Bail by Magistrates’ Courts”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, Vol.36, No.2, 1997, pp.129-145.

[69] 近期的研究表明,在参与保释听证的律师样本中,37.25%的律师在庭前2小时内才被通知有初次听证的案件需要出庭,只有9.8%的律师提前1天得到了此通知;律师对此类案件的准备时间,只有19.49%的律师超过了1小时。See Ed Cape and Tom Smith, *The practice of pre-trial detention in England and Wales*, 2016, p.47. Available from: <http://eprints.uwe.ac.uk/28291>,最后访问日期:2019年6月15日。

[70] Ibid, p.114.

[71] See Anthea Hucklesby, “Remand decision makers”, *Criminal Law Review*, 1997, pp.269-281.

[72] A.M. van Kalmthout, M.M. Knapen and C. Morgenstern (eds.), *Pre-trial Detention in the European Union: An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU*, Tilburg: Wolf Legal Publishers, 2009, p.949.

[73] 参见彭波:“最高检内设机构迎来重塑性变革 十个检察厅重组亮相”,载《人民日报》2019年1月5日,第4版。

[74] 参见“国新办举行2019年首场新闻发布会最高检领导就内设机构改革答记者问”,载《检察日报》2019年1月4日,第1版。

于审查主体的中立立场,要求检察官履行中立审查责任,若这种观点确可证立,则不但听证程序无法建立,逮捕审查本身也将失之正当。在新的改革形势下推进审查逮捕的听证化,有必要对此予以专门分析。

第一,批捕与起诉主体的“合一”,是否将消弭检察机关在审查逮捕环节的中立性或“司法性”?持肯定观点的学者认为,由于审查逮捕具有司法属性,而公诉带有行政权色彩,若“捕诉合一”,必将导致逮捕的审查者在审查时站在控诉之立场,从而丧失行使司法权所要求的“中立和超然”。事实上,类似批判看起来形式正确,实则犯了概念主义的错误。司法、行政乃至立法的绝然对立,仅出现于国家政权三权分立模式实行之初,到了20世纪,严格依属性划分的权力分立结构在现代国家的宪政实践中基本绝迹,立法、司法、行政虽仍存边界但业已模糊。换句话说,某一具体职能的权力性质已不宜轻易归类,其可能源于司法却体现出行政性,亦可能源于立法但又带着司法的色彩。^[75]时至今日,随着社会多元化与经济全球化的趋势,国家权力已经不再是统治社会的唯一权力,^[76]这更使得以权力性质归属为基础的理论分析缺乏指导意义与说服力。具言之,权力边界的模糊化使得某项检察职能难以直接归于司法权或行政权的狭义范畴——仅就公诉而言,亦无法断言其即为100%的行政权。诚如论者所述:“审查批准逮捕与提起公诉之前的审查起诉,都具有司法(审查)性质,并无司法属性与行政属性之别。这两项审查活动,都在侦查过程中有把关作用,检察官在审查中的角色带有中立性,需要认真贯彻客观义务。”^[77]

第二,批捕与起诉是否在功能上无法相容,即两种权力是否在行使上存有根本性矛盾?有论者从功能主义的视角对批捕、起诉及侦查监督予以分析,认为:“审查批捕与公诉属性完全不同的检察职能,合二为一将加深逮捕之实体化……实行‘捕诉合一’,势必将使审查批捕进一步偏向证据审查、侦查引导……一旦赋予审查批捕控制侦查的功能,审查者就具有了侦查主体的属性,使审查中立性不复存在,从而根本上动摇了必要性审查的基础。”^[78]从实然面看,该论者所述之由“捕诉合一”导致“强化侦查控制”的效应确实可能发生,但究其根本,却非捕诉合一改革所直接造成。在逮捕审查实践中,检察机关以批捕权为柄向侦查机关讨价还价的情况在捕诉合一改革前即已大量存在,这虽然致使逮捕审查在某种程度上产生“实体化”的问题,但显然与“捕诉合一”无关。申言之,只要切断审查逮捕的实体化来源,“捕诉合一”便不生(或强

[75] 譬如,大陆法系的检察机关就脱胎于法院。参见林钰雄,见前注[24],第50—51页。再如,司法解释权作为“两高”的职能,亦介乎立法与司法之间,用法理学者的话说:“抽象解释大致可以归入立法和法律实施的交叉领域,它兼有立法和法律实施的双重属性。”张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1998年版,第22页。

[76] 参见郭道晖:“权力的多元化与社会化”,《中国法学》2001年第1期,第4页。

[77] 张建伟:“‘捕诉合一’的改革是一项危险的抉择?——检察机关‘捕诉合一’之利弊分析”,《中国刑事法杂志》2018年第4期,第18页。

[78] 聂友伦:“检察机关批捕权配置的三种模式”,《法学家》2019年第3期,第55页。

化)上述功能性矛盾。^[79]

第三,“捕诉合一”将对审查逮捕的听证化改革产生何种影响?反对捕诉合一改革的学者普遍认为,“捕诉合一”的逆司法化将阻断审查逮捕的听证改革进程,或者,使听证程序对辩护权的保障效果归零。然而,该结论似乎略显武断。“捕诉合一”是一项检察机关内部的体制性改革,调整的是内部分工,而逮捕审查听证则属办案方式的改造,乃机制性、技术性的,两者位于不同的结构层面。笔者承认,体制性变化虽将带来制度运行状况的差异,但不同体制改革导致的制度实效变化亦大相径庭。应予注意,捕诉合一改革虽为体制性改革,然同时兼具内部性特点,即,“捕”和“诉”本为检察职能之一部,改革亦仅为内设机构的分工调整,未改变检察一体的集权体制,而以此为基础,断言“捕诉合一”将使作为客观机制性的听证化改革“戛然而止”,^[80]或有些言过其实。事实上,从权力运转的微观角度分析,不难发现,两项改革不但不会彼此掣肘,反而将带来相互之间的促进效果。一方面,逮捕审查的听证化改造将在制度上弥补“捕诉合一”可能出现的监督机制缺失之问题。捕诉合一改革后,以往存在的批捕与起诉之内部监督与制约效应消失了,有观点即认为其“可能导致权力滥用”,^[81]而构建逮捕审查听证程序所引入的外部监督机制,通过司法化的审查机制与适度的公开审理,正可替代本就低效的内部监督机制,解决办案监督不力的问题。^[82]另一方面,由于“捕诉合一”显著提高了检察办案的效率,^[83]使得司法资源能够充分分配、有效供给逮捕审查听证,缓解在之前试点中出现的人力资源不足的问题。

综上,就捕诉合一改革的反对意见来看,其既未能充分说明检察人员的中立地位在改革后即将丧失以致无法公正审查逮捕,也无法证成“捕诉合一”将必然对逮捕审查听证化产生消极影响。在笔者看来,捕诉合一改革后,逮捕听证制度不但未受阻碍,反而成为了前者必要的匹配机制;同时,通过捕诉合一办案机制节约的资源,又可反哺后者的推进建设。总之,在检察机关内设机构调整的背景下,更应大力推进审查逮捕听证制度的建设。

三、审查逮捕听证程序的构建

基于试点中出现的问题以及域外国家的实践经验,笔者认为,我国审查逮捕听证程序的构建应从理念革新与制度改造两方面展开。在理念层面,由于检察机关长期以来以追诉犯罪为首要任务,对逮捕措施本身以及审查逮捕性质的认识普遍存在偏差,将其作为追诉犯罪与侦查把关的工具,以致司法实践存在严重的构罪即捕与实体化审查之倾

[79] 解决“批捕控制侦查”的实然问题,应当从强化侦查监督的手段着眼,这与捕诉合一改革乃不同层面的课题,在此不赘。

[80] 叶青:“关于‘捕诉合一’办案模式的理论反思与实践价值”,《中国刑事法杂志》2018年第4期,第8页。

[81] 聂友伦,见前注[78],第51页。

[82] 参见郭烁,见前注[48],第136页。

[83] 参见王琳、林中明:“‘捕诉一体’给办案带来哪些变化”,载《检察日报》2019年6月2日,第4版。

向。改变办案思路、实现理念纠偏实乃程序构建之基础。就制度设计而言,诉讼化的逮捕听证程序应遵循诉讼制度的普遍规律:第一,在外观构造上,采取“等腰三角形”的诉讼构造,控、辩、裁三方共同参与,检察官在侦查机关和犯罪嫌疑人之间保持中立地位,同时最大限度地保障控辩权利之平等;第二,在内部运作上,遵循正当程序要求,检察官作为裁判者直接审查案件,采取“庭审”的形式进行;第三,对于审查结果,如果被追诉人不服批准逮捕决定的,应当有相应的救济途径。〔84〕

(一)审查逮捕的司法化理念革新

理念革新在对策研究中难免被视为老生常谈,但在审查逮捕这一问题上,办案理念的转变仍须重点强调。逮捕是一项保证诉讼顺利进行的强制措施,其目的仅在于诉讼保全而并不具有任何侦查或惩罚的性质。〔85〕但是,逮捕剥夺人身自由之性质使其极易被用作便利办案,尤其是取证之手段:其一,便于获得证据,即通过长时间剥夺被追诉人人身自由的方式,迫使其作出有罪供述或提供相关涉案的证据材料;其二,便于固定口供,即通过长期羁押作为反复讯问被追诉人的便利手段,以便有效固定有罪供述,并将其用作防范被告庭上翻供、提出非法证据排除动议之应对措施。有学者认为,由于检察机关还承担着控诉的职能,为了保障公诉部门有效公诉,审查逮捕部门就必然将产生批捕的倾向。〔86〕申言之,逮捕审查机关将会在尽可能不违反法律的范围内批准逮捕,构罪即捕的问题旋即产生。构罪即捕的成因看似仅为职能设置不当所致,但实质却根源于长久以来政法机关形成的“重打击、轻保护”之办案理念。包括检察机关在内的我国政法机关一直被视作“刀把子”,该隐喻实质上就是强调公安机关、检察机关、审判机关共同在打击犯罪中的作用。这种思潮使得打击犯罪的职能被泛化了。现代刑事诉讼应更多地注重人权保障方面的价值,即惩罚犯罪应当建立在保障犯罪嫌疑人、被告人乃至证人人权的基础上。在我国法治亟待进一步完善的当下,通过不合理的侵犯人权之手段追求真实发现的情况仍然普遍存在,偏高的羁押数量与批捕率正是其注脚之一。

2012年刑事诉讼法的修改以及司法改革中推行的审查逮捕听证程序改革,在办案组织和程序方面去行政化,逐步解决了办案亲历性、独立性的问题,让检察官真正回到居中裁断者的位置,这一改革既是强化司法审查属性、突出程序正义的具体体现,也对检察官履职过程中树立司法审查和程序正义理念提出了新的要求。〔87〕就审查逮捕而言,最为重要的理念革新在于实现审查的中立性,要认清逮捕措施的诉讼保全性质,在观念上排除打击优先、实体至上等不合时宜的指导思想,保证依法、公正地作出决定。但不得不承认的是,办案理念的革新必然将是一种渐进式的变化,且与社会思想的发展与进步息息相关,从“打击犯罪”到“人权保障”还有很长一段路程要走,不可能一日千里、一蹴而就。

〔84〕 参见徐建波、万春、熊秋红、刘广三、张敬博、闫昭:“检察机关审查逮捕质量与诉讼化改革”,《人民检察》2011年第13期,第46—48页。

〔85〕 参见郎胜,见前注〔20〕,第139页。

〔86〕 参见刘计划,见前注〔54〕,第133—134页。

〔87〕 参见孙谦,见前注〔60〕,第29页。

此外,在具体办案机制层面,检察机关还应注重诉讼证明理念之调整。^{〔88〕} 质言之,对社会危险性的认定,因其异于通常案件事实之证明,应基于证明对象、证明标准、证明方式的特殊性,采取与案件实体不同的认证方式,审查者必须在理念上有所认识。第一,证明对象不同。前者是未来可能发生的事实,后者则已经发生。这种差异使得审查者必须以相关证据材料为根据,推断危险发生的可能性,换句话说,社会危险性的认证过程已经从“事实发现”转为“机率预测”,该特性使得以往的证明机制不再具有普适性。第二,证明标准不同。由于是否羁押的判断属自由证明的范畴,而案件事实必须经由严格证明,因而社会危险性 with 案件事实适用的证明标准亦存差异。一般而言,严格证明除在证明的根据及程序上受法律严格限制外,应当达到排除合理怀疑这一证明标准,而自由证明则比较灵活,往往不必达到前述标准。^{〔89〕} 《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第 139 条似乎将该标准设定为“有迹象表明”。但通常认为,这一规定失之于宽,使得任何犯罪嫌疑人都易被解释为“可能逃跑”“可能自杀”,从而无效化社会危险性之規制,而优势证明标准可能是目前较为妥适的选择。^{〔90〕} 第三,证明方式不同。证明案件事实的证据,不仅需真实且与待证事实相关,依照《刑事诉讼法》第 50 条的规定,还应当具有法定的表现形式,而社会危险性则无此要求。笔者认为,只要证明社会危险性的材料具备相关性与真实性,如可以证明被审查者的再犯可能性或自杀倾向,便可作为检察人员审查判断社会危险性的证据。^{〔91〕} 同时,因社会危险性的证明对象是未来的可能性,而其集中由被审查者“人”之特性所体现,故实践中已经出现的技术测量方式与评估模型能够为审查者提供一定的参考,^{〔92〕} 虽不能作为决定的唯一依据,但应允许其进入审查程序。

(二) 审查逮捕听证程序的外观构造

审查逮捕听证程序之构造应当如此: 检察官处于等腰三角形结构的顶点, 提请批准逮捕的公安机关代表、被提请逮捕人及其辩护人位于结构的两侧。检察官居中主持, 明确争议焦点并控制听审节奏, 坚持直接言词原则进行审理并作出决定。侦查机关作为控方, 应当提供材料和信息, 承担证明被提请逮捕人存在社会危险性的责任。律师参与审查逮捕, 可以协助犯罪嫌疑人

〔88〕 社会危险性作为一种“诉讼事实”, 应当以证据加以证明。以英格兰与威尔士的实践看, 虽然其法制未对“羁押证据”提出要求, 但法院仅基于“信息”作出决定显然将出现可靠性与准确性的问题, 而这也已经招致了理论界的批评。See Cape et al, supra note 69, p.114.

〔89〕 参见闵春雷:“严格证明与自由证明新探”,《中外法学》2010 年第 5 期,第 685 页。当然,证明标准的差异也源于证明对象的不同,任何人都无法对未来发生的社会危险性展开预测。

〔90〕 参见杨依:“我国审查逮捕程序中的‘准司法证明’——兼论‘捕诉合一’的改革保障”,《东方法学》2018 年第 6 期,第 131 页。应予注意,对自由证明项目的证明标准设置,很大程度上与一国刑事政策直接相关,并非一个绝对客观的存在物。就羁押而言,在刑事政策较为宽松的国家或时期,对社会危险性证明标准的要求可能较政策紧缩的国家或时期要高。

〔91〕 由于不符合法律对证据的定义,相关规定未对此类“倾向证据”使用“证据”的称谓。参见万毅:“逮捕程序若干证据法难题及其破解——法解释学角度的思考”,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2015 年第 2 期,第 86 页。

〔92〕 参见王贞会:“审查逮捕社会危险性评估量化模型的原理与建构”,《政法论坛》2016 年第 2 期,第 72 页。

人更好地行使辩护权利,推动审查逮捕程序有效运转。

应当注意的是,仅构建形式的三方模式,无法真正实现听证提高审查实质性之目的。从英国的经验看,确保逮捕审查效果的实现,必须注重辩方主体地位的维护,而其中最重要的内容即为保障犯罪嫌疑人获得有效的律师帮助。逮捕审查听证程序之主要目的在于确定犯罪嫌疑人的社会危险性,这就要求辩方能够有效提出证明其社会危险性程度低的证据与意见。事实上,由于缺乏法律训练与专业素养,仅靠犯罪嫌疑人自己很难实现实质化审查之目的,因此必须重视律师在审查程序中之参与。在审查逮捕司法化改革之初,各试点单位就将律师参与作为改革的重点内容,几乎在所有采听证审查的案件中,皆确保有律师参与。其中,当嫌疑人聘请辩护律师的,通知律师参与;嫌疑人无辩护律师的,由检察机关提前通知法律援助部门指派律师为其提供法律帮助,并实际出席逮捕听证活动,以保证嫌疑人权利的充分行使。

同时,为了充分了解被追诉人的社会危险性状况,准确作出逮捕决定,可以吸纳其他相关人员参与。一般而言,羁押审查不公开进行,但法官认为有必要时可以允许犯罪嫌疑人的亲属、被害人等利害关系人旁听。^{〔93〕} 为了促进社会矛盾的化解,对于有被害人的案件,如果不存在可能导致矛盾激化的情况,可以通知嫌疑人亲友和被害人参与,了解双方和解及赔偿情况。检察官也可以根据案件实际,通知犯罪嫌疑人所在居委会、工作单位代表、社区民警等代表参与,以便全面掌握其社会危险性的程度。

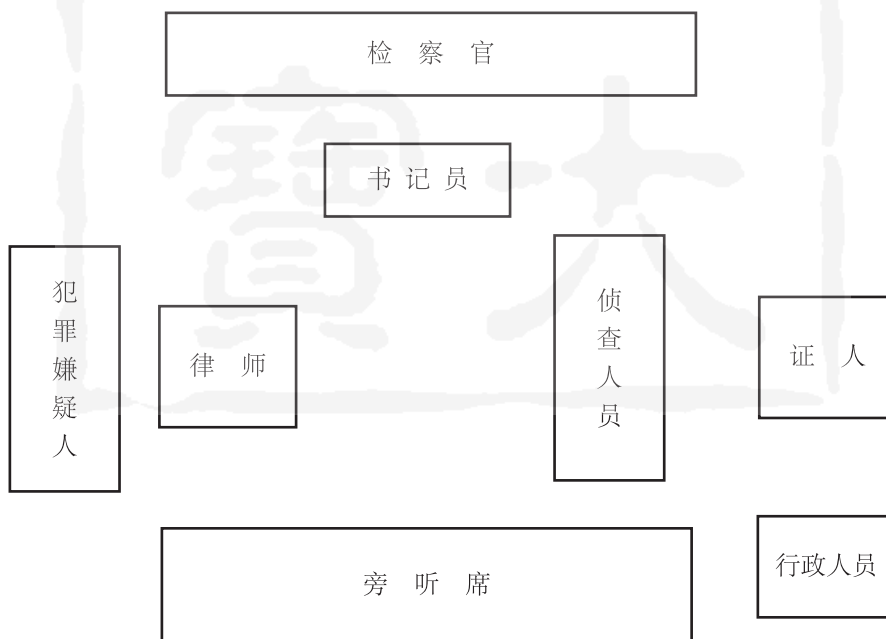


图1 审查逮捕听证程序的外观构造

〔93〕 相关立法例如韩国,参见宋英辉、孙长永、朴宗根等:《外国刑事诉讼法》,北京大学出版社2011年版,第527页。

(三) 审查逮捕听证程序的内部运作

1. 逮捕审查听证的适用范围

《刑事诉讼法》第 81 条规定了逮捕的三个条件,即证据条件、刑罚条件和社会危险性条件。考虑到司法实践中案多人少的情况,所有审查逮捕案件都通过开庭的方式进行审查,既无必要性,也无现实可能性。在一些实践探索中,检察机关主观地选择案件范围,容易导致未审先定的问题,影响了审查逮捕程序的效果。因此,在确定适用审查逮捕听证程序的案件范围时,应当按照客观的条件来判断。

第一,对于事实证据存疑的案件,应当适用审查逮捕听证程序。因事实证据存疑,审查者有必要拓宽获取信息的渠道,此时引入辩方的有效参与能够有助于案件情况的全面了解。更何况,辩护人参与本身乃程序正义的必备要素。反对者认为,批捕阶段位于侦查初期,尤应遵循侦查秘密原则,听证式的审查方式一方面可能会提前暴露关键证据和侦查取证程度,为犯罪嫌疑人翻供、串供或毁灭关键证据提供机会,另一方面也有可能对证人安全与证言稳定性造成不利影响。^[94] 然而,侦查秘密原则仅为“侦查的内容不得对外公开”的概括规定,虽原则性要求对相关侦查事项予以保密,但绝非一概排除任何外来的介入与公开,否则将导致侦查程序排除一切外来监督,走向封闭化与极权化。^[95] 而且,在现代刑事诉讼中,侦查阶段辩方之参与权也正不断扩张,较为保守的大陆法国家对被追诉人之保密要求也正逐渐放开。^[96] 此外,侦查秘密针对的是侦查这个类似“行政”的行为,而审查逮捕是侦查阶段的一种司法行为,应当遵循司法权的运行原则,司法化的办案方式在审查逮捕阶段仍有操作空间。由检察官主持下的由侦查人员、犯罪嫌疑人及其辩护律师参与审查逮捕听证程序,与侦查秘密原则并无冲突。

第二,某些案件由于法律的硬性规定或根本不存争议,则不需要采用听证模式进行逮捕审查。其一,对于《刑事诉讼法》第 81 条第 2 款规定的两种应当逮捕的情形,检察官没有自由裁量权,没有必要进行听证审查。^[97] 其二,在第 81 条第 3 款规定的转化逮捕的场合,由于犯罪嫌疑人的社会危险性已经由其违反取保候审、监视居住规定得以体现,亦无需进行听证审查。其三,犯罪嫌疑人对逮捕没有异议的,亦不应进行审查逮捕听证程序。审查逮捕本属司法行为,司法之前提在于存在争议,没有争议则无必要进行司法处理。英国的经验告诉我们,若将所有羁押案件皆以诉讼化听证的方式予以审查,必然将导致审查的“程式化”倾向——与案件的繁简分流类似,只有对无需听证审查的案件采取效率较高的形式审查,相应司法资源才能被节约以集中审查需实质化审查的案件。质言之,考虑到目前的实践情况,听证程序改革应当循序

[94] 参见孙谦,见前注[60],第 42 页。

[95] 程雷、吴纪奎:“侦查秘密原则初步研究”,《山东警察学院学报》2006 年第 4 期,第 95 页。

[96] 2012 年欧盟通过的被追诉人信息知悉权指令中明确要求欧盟成员国在决定羁押时应当事先告知辩方所有的侦查证据与材料。我国《刑事诉讼法》也加大了对侦查情况的公开程度,例如第 91 条规定“除无法通知的以外,应当在逮捕后二十四小时以内,通知被逮捕人的家属”。第 146 条规定“侦查机关应当将用作证据的鉴定意见告知犯罪嫌疑人、被害人”。

[97] 其他国家和地区也有类似规定,因犯罪嫌疑人所犯罪行极为严重或者曾有严重犯罪前科而不允许保释,必须羁押。例如,我国澳门地区《刑事诉讼法典》第 193 条第 1 款规定,“如所归责之犯罪系以暴力实施,且可处以最高限度超逾八年之徒刑,则法官应对嫌犯采用羁押措施”。

渐进,审查逮捕宜采取多样化方式进行,既需要探索审查听证的办案方式,也需要传统的“书面化”审查模式。^[98]

第三,社会危险性条件的具体情形在刑事诉讼法中规定较晚,^[99]实践中各方容易产生认识分歧,应当作为审查的重点。^[100]只有控辩双方对犯罪嫌疑人的社会危险性存在争议的,才有必要通过听证的审查方式予以查清。概括来说,以下三类案件尤应适用审查逮捕听证程序:①辩护律师就社会危险性事项申请听证的;②社会危险性争议较大,听证审查有利于汇集各方信息,以促使检察官作出全面判断的;③案件有较大社会影响或关注度高,听证审查有利于舆情控制的。

2. 逮捕审查听证程序的具体流程

与审判程序类似,逮捕审查听证亦需分阶段构建起启动程序、“庭前”程序、审理程序以及决定程序四部分内容。

第一,基于人权保障的考量,听证程序启动的设置应适当宽松,不论是检察官主动启动或依申请启动皆得允许。为使申请渠道畅通,一方面,检察官首次讯问犯罪嫌疑人时,便应明确告知其逮捕听证程序的申请权,并将相关情况记录在案以备监督。另一方面,由于辩护律师具备一定法律知识,当其提出符合条件的申请时,承办人须慎重考虑,一般应予启动。经承办人审查,听证申请不符合启动条件的,应及时反馈,告知犯罪嫌疑人及其辩护人不启动的理由。以上情况,承办检察官应在《审查逮捕意见书》中载明。

第二,所谓“庭前”程序,实即逮捕审查听证的准备阶段。检察机关决定启动审查逮捕听证程序的,首先应在“庭前”程序中确定犯罪嫌疑人是否聘请了辩护律师,对于无律师辩护的,检察机关应通知法律援助机构指派律师,由其在审查中出席并为犯罪嫌疑人提供法律帮助。其次,及时告知逮捕理由及其所依据的信息、证据对辩方展开有效防御十分重要。在英格兰与威尔士,虽然控方一般会与辩方分享相关羁押信息,但由于缺乏及时性与强制性的规定,许多案件的辩方无法针对该信息进行有针对性的抗辩,这导致法院的羁押决定往往基于不完整的信息作出。^[101]为减少信息缺乏对逮捕审查的不利影响,在确定将对案件进行听证审查后,检察机关应当及时将提请批准逮捕书中记载的逮捕理由及依据告知犯罪嫌疑人及辩护人,一并将审查的时间、地点、内容和要求通知参与人。

第三,审理程序的主要内容,乃各方围绕《刑事诉讼法》第81条规定的逮捕条件发表观点、出示证据,并以社会危险性为审查重点。审查逮捕毕竟处于侦查初期,如果参与人发表了可能

[98] 参见陈卫东:“逮捕程序司法化三题”,《人民检察》2016年第21期,第31页。

[99] 1979年《刑事诉讼法》第40条第1款规定,“对主要犯罪事实已经查清,可能判处徒刑以上刑罚的人犯,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,应即依法逮捕”。1996年《刑事诉讼法》第60条第1款规定,“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,尚不足以防止发生社会危险性,而有逮捕必要的,应即依法逮捕”。2012年《刑事诉讼法》第79条第1款第一次规定了五种具有社会危险性的情形。

[100] 参见聂友伦,见前注[53]。

[101] See Cape et al, supra note 69, p.21.

影响案件侦查工作的言论,检察官应当予以提醒、制止,参与人不听劝阻的,检察官应当中止审查。^[102] 为了兼顾诉讼公平与效率,须合理设置审查程序,可以参照以下顺序进行:首先由检察官核实参与人身份,宣读审查纪律,宣布参与人名单,询问是否申请回避,简要概述报捕事实;犯罪嫌疑人参与的,向其解释清楚“社会危险性”的意义;然后,由侦查人员阐述提请批准逮捕的理由,说明犯罪嫌疑人的社会危险性情况,补充证明材料;随后,犯罪嫌疑人及其辩护人针对是否应当逮捕犯罪嫌疑人发表意见,出示、提交相关证据材料,侦查人员查看上述材料并发表意见。争议较大的,检察官可以组织各方发表第二轮意见。经检察官许可,参与人可以互相提问、辩论,检察官也可以讯问犯罪嫌疑人或对参与人发问。在充分听取各方意见后,检察官宣布审查结束,除特殊情况外,一般应当当场作出决定。

第四,决定阶段,应当由承办人作出是否批捕的决定。在审查结束后,检察官应当根据案件卷宗、参与人的意见及其提供的证据材料进行综合评判,依法作出处理意见,并由检察长签批。^[103] 根据案件审批权限,可以由承办检察官当场作出决定的案件,一般应当当场公开宣告。公开宣告事实上也是公开说理的过程,检察官可以向参与人全面地阐述决定的依据,有助于各方支持检察机关的决定,并体现司法的公开透明。

(四)审查逮捕听证程序的救济措施

逮捕是剥夺犯罪嫌疑人人身自由的强制措施。基于有权利即有救济之原则,人民权利遭受侵害时,应当有依正当程序获得公平审判的权利,只有赋予被追诉人必要的对抗和救济手段,才可能防止司法权的滥用。^[104] 我国法律在强制措施的制度设计上缺乏有效的权利救济机制,导致犯罪嫌疑人、被告人的诉权难以得到保障,然而,就域外实践看,两大法系国家一般都规定了对羁押的司法救济。^[105]

英美法系国家的一般做法是被羁押者可以通过提起上诉、再次申请保释或申请人身保护令的方式寻求司法救济。例如,与中国优先保障国家刑事司法机关有效行使的“权力”本位的制度设计理念不同,英国的保释制度核心在于“权利”本位,即不论涉嫌何种罪名,获得保释都是被羁押者的天然权利。^[106] 在英格兰与威尔士,如果被告人是首次保释被拒将会被羁押一周左右,之后其可再次提出保释申请,由法院再次予以审理。此外,对于保释决定亦可直接向皇家法院上诉,但皇家法院对于保释的条件更高,改变决定的可能性不大。在苏格兰,对于保释或不保释的决定,控辩双方都可以上诉。一般而言,上诉法院的法官十分注重初审法院作出的裁决,仅当认为初审法官错误行使决定权时才可能进行改判。

大陆法系国家和地区的一般做法乃司法复审,法院可以依被羁押者的申请进行审查,也可

^[102] 参见万毅:“审查逮捕程序的诉讼化改革 热点与难点并存”, <http://www.scfzbs.com/llqy/201702/55835231.html>,最后访问日期:2019年3月18日。

^[103] 参见周永年等:“逮捕案件公开审查机制探索”,《人民检察》2016年第23期,第63页。

^[104] 参见冀祥德:“论司法权配置的两个要素”,《中国刑事法杂志》2013年第4期,第6页。

^[105] 参见陈瑞华:“刑事强制措施改革的新动向与新思考”,《人民检察》2008年第24期,第9页。

^[106] See Yale Kamisar, Wayne R. Lave & Jeold H. Isral, *Modern criminal procedure: cases, comments and questions*, Minnesota: West Publishing Company, 1999, p.866.

以依职权主动进行审查。^[107] 例如,在我国台湾地区,法院裁定羁押被告后,如果当事人对法院的裁定不服,可以依一般救济途径,向直接上级法院抗告。被羁押者除了可以通过一般抗告获得救济之外,还可以由被告、辩护人、得为被告人辅佐人之人申请撤销羁押与停止羁押而获特别救济。被羁押者如果认为执行羁押机关对其作出不利决定,超过羁押目的或维持羁押处所秩序的必要范围,不法侵害其宪法权利的,还可以向法院提起诉讼请求救济。^[108]

《刑事诉讼法》第92条仅规定了公安机关对不批捕决定的复议、复核权,但没有赋予犯罪嫌疑人同样的救济权利。^[109] 在审查逮捕听证程序改革中,考虑到对等原则,应当赋予犯罪嫌疑人、辩护人对检察机关的批捕决定申请复议、复核的权利。犯罪嫌疑人及其辩护人不服逮捕决定,有权向作出决定的检察机关申请复议,检察机关应当及时作出复议决定并书面答复申请人;如果对复议决定仍不服的,有权向上一级检察机关提请复核,上一级检察机关应当立即复核并作出是否变更的决定。^[110] 同时,为保障被羁押人的合法权利,还应对羁押必要性审查制度予以改革。根据2016年施行的《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定(试行)》,羁押必要性审查案件由刑事执行监督部门统一办理,可以听取犯罪嫌疑人及其辩护律师、侦查机关、侦查监督和公诉部门等各方意见,也可以采取公开审查的方式。^[111]

四、结 语

在司法改革深入推进的当下,审查逮捕作为刑事诉讼程序的重要内容与关键阶段,应当得到理论界与实务界的重点关注。学界对审查逮捕制度改革的必要性已基本形成共识,“去行政化”亦为其改革之主要方向,而在路径选择中则存不同意见。一种代表性观点认为,应当将批准与决定逮捕的权限统一交由法院行使,“以制约公安机关、检察机关行使的追诉权,更好地实现保障人权的刑事诉讼目的”。^[112] 事实上,这种“重组织调整,轻程序保障”的倾向往往将导致更进一步的体制性震荡,无益于法治的稳定发展。解决问题的对策动辄指向已经由宪法与法律规定的司法体制与机构组织,这种思路本身就是行政化治理与法律工具主义的体现,不能根本解决法律实践中的现实问题。易言之,在司法行政化色彩如此浓厚的当下,批捕权由何机关行使绝非逮捕问题的解题关键。

审查逮捕改革的核心在于提高逮捕质量而非单纯地降低羁押率,这取决于审查机关对案件审查与适用法律的审慎程度,因此重点在于改革完善批捕权的行使方式。批捕权作为一种裁断性权力,其行使应“合于司法”——这也是本文的核心论点之一。在现行法制背景下,以程

[107] 参见陈瑞华:《比较刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2010年版,第310页。

[108] 参见林钰雄,见前注[24],第398—410页。

[109] 参见闵春雷:“论审查逮捕程序的诉讼化”,《法制与社会发展》2016年第3期,第68页。

[110] 参见贾俊玲、林强:“四个方面推进审查逮捕程序诉讼化改革”,《人民检察》2014年第12期,第75页。

[111] 事实上,一些地区已就羁押必要性公开听证式改革进行了试点,取得了良好的法律效果与社会效果。参见陈卫东:“羁押必要性审查制度试点研究报告”,《法学研究》2018年第2期,第175—194页。

[112] 刘计划,见前注[54],第122页。

序保障为思路,赋予辩方阅卷、到场、辩论等一系列权利,构建以检察官居中听审、两造对抗的“诉讼化”审查模式,既实现了逮捕审查的正当化展开,亦提升了批捕程序的人权保障水平,同时暗合“捕诉合一”的制度脉络,实乃当下最优与最现实的改造路径。

审查逮捕听证程序改革是一个系统过程,一方面应当在总结试点经验和借鉴域外制度的基础上出台规范性文件,明确规定审查逮捕听证程序的启动方式、参与人员、审查内容和救济途径,另一方面也需要完善相关配套制度,最大程度地发挥审查逮捕听证程序的应有作用。同时,以司法责任制改革为契机,应当赋予并强化检察官对普通刑事案件的批捕权和因无社会危险性不批准逮捕的权力。此外,为了维护审查逮捕三方构造中的控辩平衡,还应完善审前的法律援助制度和听取辩护律师意见制度,建立覆盖审前阶段的法律援助程序,确保辩护方的充分参与。在理念层面,为应对审查逮捕听证程序带来的挑战,负责审查逮捕的检察官需要更新办案理念,克服对诉讼化听证审查方式的畏惧和抵触心理,提高主持审查程序、引导各方发言的能力;侦查人员和辩护律师也应当增强对社会危险性的认识和理解,并在审查程序中围绕社会危险性证据进行充分质辩。

Abstract: There is a high rate and a large amount of detention in China's legal practice, which is largely due to the current pattern of detention examination. As a judicial function, detention examination should be exercised not only by judicial authorities but also in a judicial manner. Under China's criminal justice system, it is legitimate in theory and in practice for procuratorates to be responsible for the examination. On this basis, the key to reform is to guide the enclosed and administrative examination conducted by the procuratorates towards the litigation path, so as to safeguard the fundamental rights of criminal suspects and set up a platform for the exercise of the right to defense. Now hearing procedures for detention examination are being promoted in some regions in China, which has made some achievements. Meanwhile, the judicial practice of extraterritorial bail hearings has also provided some useful experience for the further improvement of judicial reform in detention system. To promote hearing procedures for detention examination, on the basis of summarizing the achievements of pilots and using the experience from extraterritorial regions, we should reform the perception of handling cases, and establish a litigation structure in which public procurators are in the middle for hearings and investigators and counsels defend against each other, which means that public procurators should examine in an objective and neutral manner and that the prosecuted persons shall be granted their corresponding remedy rights, so as to build and improve the legitimate procedures for detention examination system in China.

Key Words: Detention Examination; Hearing Procedures; Judicialization; Human Rights Protection; Combination of Detention Approval and Prosecution

(学术编辑:孙 远)

(技术编辑:刘译矾)