

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

杨 依*

内容摘要:在当前全面推进“捕诉合一”的改革背景下,构建科学合理的审查逮捕证明机制,提升逮捕决定的客观性与公正性,是防止审查逮捕职能弱化进而保障改革顺利实施的重要举措。审查逮捕证明与司法证明具有相似性,属于“准司法证明”活动,应当参照司法证明的方法建立层次化的“准司法证明”机制。逮捕的证据与刑罚要件涉及实体性问题判断,故而应当采用“准严格证明”模式。其证据须具备法定证据能力与证明力,但查证程序与证明标准可以适当简化和降低。而逮捕必要性要件是对社会危险性事项之证明,具有未然性与可变更性,应当采取“自由证明”模式。其证据必须客观而明确,但不必不拘泥于法定的证据来源形式,达到优势证明标准即可。

关键词:“捕诉合一” 审查逮捕 司法证明 严格证明 自由证明

一、缘起:“捕诉合一”改革与审查逮捕优化

随着国家监察体制改革与司法体制改革的深入推进,检察机关正面临着职权配置调整和工作机制创新。2018年7月24日,中央政法委在深圳召开了全面深化司法体制改革推进会,明确将“优化法院检察院机构职能体系”作为加快构建系统完备、科学合理的司法机构职能体系的重要任务。为贯彻落实会议部署,当前各级检察机关以内设机构改革为契机,在刑事检察工作中全面启动重组专业化办案机构与统一审查逮捕和审查起诉职能的实践探索。“捕诉合一”不仅成为检察机关整合的方向,也预示着检察权运行方式的革新。对检察机关来说,“捕诉合一”在实践层面拉近了侦查和起诉的距离,强化了侦查监督力度,提高了案件证据质量,使侦查能更好地为公诉作准备,有利于构建新型的诉侦关系。^[1]但同时也须明确,“捕诉合一”主要是办案主体的合一,而并非审查逮捕和审查起诉两道程序的压缩或混同。机构改革仍然应当以确保审查逮捕和审查起诉职能的精准有效发挥为目标。因此,强化审查逮捕的司法化因素,规范审查逮捕证明活动,进而提升逮捕决定的客观性与公正性,是预防审查逮捕职能弱化、保障“捕诉合一”改革正确实施的关键举措。

事实上,早在2016年9月最高人民检察院在《“十三五”时期检察工作发展规划纲要》中就明确将

*北京大学法学院博士后研究人员。

[1]参见邓思清:《捕诉合一是中国司法体制下的合理选择》,《检察日报》2018年6月6日,第003版。

“坚持‘少捕慎捕’”,“加强逮捕社会危险性证据审查”以及“围绕审查逮捕向司法审查转型,探索建立诉讼式审查机制”确定为未来五年检察工作的重要任务。为提升审查逮捕质量,在更高层次上实现惩治犯罪与保障人权相统一,近年来检察机关不断推动审查逮捕证明规范化和精细化建设。《人民检察院审查逮捕质量标准》《刑事案件审查逮捕指引》以及《关于审查认定逮捕社会危险性条件的意见》等规范文件相继出台。然而与丰富的改革实践相比,审查逮捕证明的基础理论研究却略显不足,一定程度上限制了改革实效。诸如,审查逮捕证明活动性质为何?应当遵循何种证明方法进行?在证据适用范围、查证程序以及证明标准上是否等同于庭审中的司法证明?理论与实践关注较少。而厘清这些本源性问题既是科学构建审查逮捕证明机制的理论基础,也是协调“捕诉合一”改革深入实施的思想思路。

当前许多地区检察机关正努力探索审查逮捕程序的适度司法化,这必然也会对审查逮捕证明活动提出更公正高效的实践需求。不仅如此,在“以审判为中心”诉讼制度改革的背景下,如何合理界定审查逮捕证明活动的性质,科学把握逮捕证明标准,使审查逮捕与司法裁判在功能上相区别,保障人民法院的定罪量刑裁判权不受审查逮捕的影响亦是持续深化诉讼制度改革的难点。鉴于此,笔者试以司法证明与审查逮捕证明的关系入手,展现审查逮捕证明的“准司法证明”属性,并在此基础上论证层次化的“准司法证明”机制结构体系,以期为审查逮捕阶段全面贯彻证据裁判原则,增进审查逮捕的公正性,提升人权司法保障水平作出智识贡献。

二、司法证明与审查逮捕“准司法证明”

改革的顺利实施须以坚实的理论基础为依托,在遵循职能规律的前提下兼顾实践需要。随着“捕诉合一”办案机制的建立,案件证据审查工作的重心将发生前移。此时,唯有厘清审查逮捕证明活动的本质,明晰其在行为属性、关系结构和价值选择方面的特殊要求,才能构建符合审查逮捕程序特征的证明机制,并在“捕诉合一”的改革中妥善处理审查逮捕与审查起诉以及审判阶段证明活动的关系。

(一)司法证明及其方法

刑事证明有广义与狭义之分。广义的刑事证明涵盖了各诉讼阶段的主体收集运用证据认定案件事实、查明案件真相的诉讼活动,其以公安司法机关为主要证明主体,当事人及其辩护人、诉讼代理人为重要参与者。^[2]而狭义的刑事证明一般仅指庭审中的证明,是国家公诉机关和诉讼当事人在法庭审理中依照法定的程序和要求向审判机关提出证据,运用证据阐明事实、论证诉讼主张。^[3]庭审中的证明也被称为司法证明,其证明对象是纳入司法裁判领域,由中立的司法裁判者作出判决、裁定或决定的实体性与程序性事项。作为整个刑事诉讼的核心环节,司法证明要求在等腰三角形的诉讼结构之下,以控方为证明责任主体,控、辩、审三方共同参与,体现交互理性。^[4]这种特殊的关系结构有助于引导控辩双方对争议事实共同作出评价,令裁判者跳出单向思维的认识束缚,最大程度上实现司法证明的公正与理性。

刑事证明还包括“自向证明”与“他向证明”两种基本形态。^[5]“自向证明”也即“向自己证明”,通常是办案机关(人员)根据现有的事实与证据自我形成逻辑结论的过程,体现为一种职权行为。而“他向证明”即为“向他人证明”,是证明义务主体运用证据按照一定的论证方式向他人证明的活动,目的是

[2]参见陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2014年第5版,第171—172页。

[3]参见卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第13页。

[4]参见封利强:《司法证明过程论——以系统科学为视角》,法律出版社2012年版,第48页。

[5]自向证明是向自己证明,证明者先提出一个假设的结论,然后去寻找证据,按照一定的规则证明该结论是否成立;他向证明是向他人证明,证明者在证明的时候已经有了自己的结论,需要运用证据向其他人证明。参见何家弘:《论司法证明的目的和标准——兼论司法证明的基本概念和范畴》,《法学研究》2001年第6期。

为了满足他人的认知需要。需要指出的是,刑事审前程序中的证明活动大多属于“自向证明”。因为侦查阶段与审查起诉阶段的主要任务为“查明”案件事实与证据,从而为“自我论证”是否达到侦查终结与审查起诉之证据标准。虽然审查起诉阶段涉及对侦查办案结果的核查,但多以单方书面化审核案卷为主,以讯问嫌疑人和额外展开调查为辅。基于此,审前程序的证明活动在关系结构上也更多表现为刑事追诉机关的“单向”查明结构。^[6]与审前程序中的证明活动不同,司法证明则是“自向证明”与“他向证明”的高度融合。一方面,控辩双方为了最大限度满足法官对案件事实与证据的认知需要,各自依照法定的证明规则在法庭上举证、质证,这种“他向证明”的过程推动庭审进行。另一方面,法庭审理唯有保障并强化“他向证明”,使控辩双方尽力围绕争议焦点作出有效评价才更有助于法官内心“自向证明”逻辑结论之形成。

大陆国家对司法证明的方法论进一步细化,根据待证事实性质、法定的证明方法以及法定的查证程序等差异形成了严格证明与自由证明的理论模式。在待证事实上,严格证明主要适用于与定罪量刑相关的事项,因为此种证明直接关系到被迫害人实体性权利的分配,必须严格依照法定的证明方法与程序进行。而对于定罪量刑之外程序性事项的证明,则可采取更为灵活的自由证明方式。诚如罗克信教授所指出:“对于‘只具诉讼上之重要性之事实’以及‘判决以外之裁判事’的认定,可不拘任何方式来获取可信性。”^[7]

(二)审查逮捕证明的“准司法证明”属性

鉴于域外国家大多由中立的法官对审前阶段公民人身自由的限制与剥夺进行司法审查,故而逮捕羁押的裁断过程毫无争议属于司法证明的范畴,可直接依照司法证明的方法设立行之有效的证明机制。^[8]但我国检察机关行使审查批捕权是逮捕适用的普遍形态。审查逮捕也长期被视为检察机关履行侦查监督职责的重要途径,并与立案监督和侦查活动监督形成了“一体两翼”的工作格局。^[9]因此,构建在侦查监督职能之上的审查逮捕证明活动性质为何?是否属于司法证明?还能否直接采用司法证明的方法?这些就尤为值得关注。在过往的研究中,有学者基于检察机关非司法裁判者的身份从而否定审查逮捕司法证明的性质。例如陈瑞华教授认为,审前阶段逮捕决定虽然也需要足够的证据,并将案件事实证明到法定的程度,但由于审前阶段不存在中立的裁判者,因此典型意义上的司法证明活动并不存在。^[10]然而也有研究者将审查逮捕证明活动等同于司法证明,直接肯定了司法证明模式与规则在审查逮捕证明中的运用。如孙谦教授指出,逮捕社会危险性的审查和认定也需要采用司法证明的模式和规则进行,对于事关重大人身权益的证明采用严格的证明方式,同时对于程序性事实采取自由证明方式。^[11]值得注意的是,严格证明与自由证明均是围绕法官裁判事项而产生的证明方法论,是司法证明语境之下的概念。倘若我国审查逮捕证明活动并非司法证明,那么能否借鉴司法证明语境之下的方法论来构建审查逮捕证明机制就值得商榷。如果我国审查逮捕证明不属于司法证明,其性质又当如何界定。

实际上,虽然审查逮捕阶段的证明不能算作典型意义上的司法证明,但与侦查阶段和审查起诉阶段的其他单向“查明”活动相比,审查逮捕程序中的证明具有“准司法证明”的属性。具体可表现为三个方面:第一,区别于审前阶段其他以案件事实和证据发现为主要目标的单向“查明”活动,审查逮捕证明在行为性质上更多呈现“他向证明”的过程。侦查机关作为“他向证明”的义务主体,不仅应移

[6]所谓“单向”的查明结构是相较于控辩审三方诉讼结构而言的。侦查与审查起诉主要是办案机关自行查明案件事实与证据的过程。虽然在办案机关内部也可能涉及各部门之间审核与被审核的情形,但此种审核过程仍然是办案机关一体化之下内部的职权划分,而非向其他机关证明的活动,所以侦查与审查起诉在结构上更多地体现为“单向”的查明结构。

[7]参见[德]克劳思·罗克信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第208页。

[8]例如德国审前羁押命令的签发可直接采用自由证明的方式进行。参见前引[7],罗克信书,第208页。

[9]参见朱孝清:《侦查监督的工作格局》,《人民检察》2013年第14期。

[10]参见陈瑞华:《刑事诉讼中的司法证明规则》,《法学论坛》2003年第4期。

[11]参见孙谦:《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。

送具体证据表明逮捕的证据要件、刑罚要件以及必要性要件均已达到,且证据的量与质还需达到法定的证明程度,否则将承担不予批捕的后果。检察机关作为“他向证明”的接受者,根据侦查机关证明责任履行的状况作出是否批捕的程序性决断。第二,审查逮捕证明在关系结构上亦呈现“两造对立,裁判居中”的特征。尤其是2012年《刑事诉讼法》增加了人民检察院讯问犯罪嫌疑人、询问证人以及听取辩护律师意见的相关规定,强化了检察机关在审查逮捕程序中的中立地位。近年来检察机关审查逮捕办案组织和办案程序的“去行政化”,使审查逮捕环节朝着三方诉讼结构的方向发展。被追诉人和辩护人的程序参与较以往更加受到重视,同时司法责任制强化了检察官在个案办理中的独立性,这些变化都使审查逮捕呈现出司法化的趋势。第三,刑事被追诉人审前阶段的人身自由与审判程序中所处分的人身自由在权利性质、社会价值上同等重要,理应受到严格的法律程序保护。审查逮捕必须有证明活动提供支撑,证明机制的确立可对逮捕裁量权进行有效的限制,有助于防范公权力滥用。^[12]因此,明确审查逮捕证明“准司法证明”的属性,并参照司法证明的方法建立符合审查逮捕程序特征的证明机制,可有效防范因证明方法不清晰而导致的犯罪嫌疑人、被告人权利减损的危险。这样既有利于提升审前阶段的人权司法保障水平,也有助于强化审查逮捕决定的公正性。

三、审查逮捕“准司法证明”机制缺位的实践困境

为了在提升办案效率的同时兼顾逮捕决定的公正性,“捕诉合一”改革理应审视和回应审查逮捕实践中长期存在的问题。由于规范和实践层面没有对我国审查逮捕证明活动的属性形成客观统一的认识,也没有建立起一套专门的、符合审查逮捕特点的证明机制,导致审查逮捕证明责任落实不清、证明标准把握不一。尤其是社会危险性标准客观化不强使得审查逮捕长期围绕逮捕的证据和刑罚要件进行,而法律又未明确规定上述要件的证明标准,办案人员在实际操作中时常套用公诉或审判的证明标准,影响了逮捕决定的客观性与公正性。此外,我国《刑事诉讼法》对公安机关证明责任规制不足,如遇公安机关不移送社会危险性的相关证明材料时,审查批捕办案人员只能根据自身的办案经验,而不是依据公安机关对逮捕社会危险性的证明情况作出判断。这些因素又加剧了审查逮捕程序书面化、行政化的色彩,不利于犯罪嫌疑人及其辩护人的有效参与。

(一)证据要件之证明标准把握不一

1996年《刑事诉讼法》将逮捕的证据标准从“主要犯罪事实已经查清”降低为“有证据证明有犯罪事实”,从而在法律形式层面区别于公诉与审判阶段的“事实清楚,证据确实、充分”标准,体现了对侦查阶段认识规律的回归。一般认为,“有证据证明有犯罪事实”是指有证据证明发生了犯罪事实,有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的,证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据已查证属实的。但如何在实践中具体把握“有证据证明”尚有不同观点。有学者认为,逮捕的证据标准为证据充足或者证据充分,如果将定罪证据不足的犯罪嫌疑人予以逮捕的,应视为错捕。^[13]有学者则指出逮捕的证明标准应理解为“基本犯罪事实清楚,基本犯罪证据确实,基本犯罪指向明确,相信犯罪系犯罪嫌疑人所为”。^[14]有学者提出,有犯罪事实只是要求有证据证明存在这种可能性,显示案件事实发生的轮廓即可。^[15]还有学者对逮捕证明标准予以量化,认为“有证据证明”可解释为“相当理由”或“优势证据”,只要检察官的心证程度超过了50%即可批准(决定)逮捕。^[16]立法模糊性不仅没有给审查逮捕提供客观

[12]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。

[13]参见邓亚兵:《逮捕的证据标准:一次(种)以上犯罪的定罪证据确实充分》,《人民检察》2004年第6期。

[14]参见贺恒扬:《审查逮捕的证明标准》,《中国刑事法杂志》2006年第2期。

[15]参见郭志远:《我国逮捕证明标准研究》,《中国刑事法杂志》2008年第4期。

[16]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。

化、操作性较强的证据标准,反而为实践操作中人为提高逮捕证据标准留下了空间。

在国家错案追究和检察系统内部绩效考核的双重压力下,“错捕”“错不捕”以及“办案质量有欠缺”均属于逮捕质量问题,是衡量相关办案人员甚至是整个检察系统工作质量的重要因素。为了避免批准逮捕后嫌疑人、被告人被撤销起诉或者宣判无罪的情况,检察办案人员在审查逮捕时往往人为提高证据标准向公诉和审判的标准看齐。在证据方面甚至要达到“八九不离十”的程度,而且基于检察机关整体利益的考虑,公诉部门一般也会将被批捕的案件提起公诉。^[17]审查逮捕的证据标准并未真正在实践操作中与公诉和审判标准拉开距离,导致审查逮捕过于强调对犯罪事实和证据的审查,实体性的定罪活动提前到了侦查阶段。犯罪嫌疑人一旦被逮捕,就极有可能被公诉,甚至获得有罪的判决,形成了“逮捕中心主义”的乱象,偏离了其程序性保障措施的实质。

(二)逮捕必要性要件适用率低

2012年新《刑事诉讼法》修改将逮捕必要性要件中的“社会危险性”细化为五种情形,增强了逮捕必要性的现实操作性。然而实践中逮捕必要性适用率仍然偏低,无法起到大幅度分流、抑制逮捕的功效。以我国经济较为发达、法治建设水平较高的浙江省为例,2015年浙江省全省检察系统共受理移送审查批捕76196人,批准逮捕62225人(批捕率约为82%),因无社会危害性从而不予批准逮捕的仅为7354人。^[18]也就是说,在所有移送审查起诉的刑事被追诉人中,仅有9%的嫌疑人、被告人会因为无逮捕必要从而不予逮捕。实际上,侦查机关证明责任不清晰是造成逮捕必要性要件适用率低的重要原因。受到“重实体、轻程序”错误理念影响,一些侦查办案人员在移送审查批捕时往往只注重移送与犯罪事实相关的证据材料,而对于逮捕必要性有时只是单纯注明“采取取保候审不足以防止社会危害性”,或者“确有逮捕必要”就了事,专门针对社会危险性事由分别加以说明的比例很少。曾有学者统计,一些地区公安机关提出嫌疑人具有某种社会危险性的比例仅有17%,而具体提供证明或者说明材料的仅占总提捕人数的10%。^[19]

我国审查逮捕证明机制的缺位使得逮捕的证明活动长期缺乏基本的查证规则。侦查机关的社会危险性证明责任没有在法律层面得到明确,本该由侦查机关承担的社会危险性证明责任时常转嫁给检察机关自行审查,而不是直接不予批捕。实践中,即使侦查机关在报捕时涉及社会危险性事项的说明,大多也只是在案卷中写入“有可能逃跑”“有可能自杀”或“有可能实施新的犯罪”等语句,而缺乏其他具体的证明材料。加之辩护律师介入审查逮捕程序存在权利救济不完善、检方应对程序不明确以及律师介入后难以落实实体权利等问题。^[20]检察办案人员无法依据相应的证据充分评估犯罪嫌疑人、被告人妨碍诉讼进行或者继续发生危害社会的可能性,而只得依据案件事实与情节,结合自身办案经验加以判断。这些潜在的办案逻辑为审查逮捕程序长期封闭化、行政化、单方阅卷化等问题的生成提供了土壤。犯罪嫌疑人、辩护人无法有效参与并提出有针对性的反驳意见,令社会危险性审查具有随意性和主观性色彩。

(三)逮捕审查证明活动缺乏层次化

审查逮捕证明具有一定的复杂性与特殊性。其既包含了对业已发生的犯罪事实和应当判处刑期的证明,即逮捕证据要件和刑罚要件的证明,还包含了对尚未发生的程序性风险或者其他社会危害风险的预估,也即逮捕必要性事项的证明。但由于立法层面缺乏专门、科学的审查逮捕证明机制,逮捕三要件的证明方法长期被混同。对于社会危险性事项的证明很难达到证据与刑罚要件那样较高的

[17]参见王彪:《刑事诉讼中的“逮捕中心主义”现象评析》,《中国刑事法杂志》,2014年第2期。

[18]相关数据,参见浙江省人民检察院2015年工作报告,载http://www.zjjcy.gov.cn/art/2016/2/5/art_23_19724.html,2018年1月27日。需要说明的是,此处以浙江省检察系统的数据为样本,主要考虑到其工作报告中包含了全省检察系统共受理移送审查批捕的总人数,便于估算该省的批捕率和社会危险性适用率。而笔者在查阅其它省、市、自治区相关工作报告时发现少有提及此项。

[19]参见李强、朱婷:《新刑诉法实施后审查批准逮捕制度运行的调研报告》,《中国刑事法杂志》2013年第12期。

[20]参见叶青:《审查逮捕程序中律师介入权的保障》,《法学》2014年第2期。

证明标准,导致逮捕必要性要件证明在实践中较为随意,并且长期依附于证据与刑罚要件。

实际上,逮捕三要件在证明价值和证明难度上各有差异,应当形成层次化的证明机制。一方面,从待证对象的诉讼价值考察,逮捕的证据与刑罚要件是根据现有的客观证据材料可以在一定程度上表明犯罪嫌疑人实施了特定的犯罪行为,依照我国《刑法》应当追究有期徒刑以上的刑事责任。具备一定的犯罪嫌疑既是国家对特定公民发动刑事追诉的前提,也是逮捕得以适用的基础。

另一方面,从待证对象的证明难度来看,逮捕的证据与刑罚要件是追诉机关或者辩护律师对过去发生的犯罪事实运用法定的证据形式和证据规则加以证明的过程。而逮捕的必要性要件需要控辩双方基于犯罪嫌疑人当前的状况对其未来可能发生的风险进行预估,具有不确定性。

四、审查逮捕“准司法证明”机制的层次化构建

全面推行“捕诉合一”改革需要建立相关配套措施加以保障。而防止审查逮捕职能弱化的关键就在于构建科学的审查逮捕证明机制。审查逮捕的“准司法证明”机制具有内部层次化和外部层次化的双重特征。所谓内部的层次化是在逮捕三要件的审查过程中,依据各要件性质的差异设置不同的司法证明方法、调查程序以及证明规则,形成层次化的证明机制。易言之,对逮捕证据要件和刑罚要件的证明可采用“准严格证明”模式,而对逮捕必要性要件的证明应选取自由证明模式。而外部的层次化主要体现在审查逮捕阶段证明标准应当与公诉和审判的证明标准形成梯度。“以审判为中心”的诉讼制度改革并非要求审查逮捕阶段就向审判阶段的证明标准看齐,而是要尊重审判的核心地位,让审查逮捕和司法裁判在功能上有所区别。其中一个重要的途径就是不能按照审判的标准进行审查逮捕。由此可见,内部的层次化源于对侦查阶段认识规律的尊重,兼顾公正与效率。而外部的层次化符合我国刑事诉讼证明标准在法律形式上“一元化”和实然操作中实质递进的操作需要。鉴于内部的层次化是外部层次化得以实现的先决条件,故而笔者也将着重围绕内部层次化的构建展开。

(一)逮捕证据与刑罚要件的“准严格证明”模式

逮捕的证据要件(有证据证明有犯罪事实)与刑罚要件(可能判处有期徒刑以上刑罚)均是对犯罪是否成立以及应当采取何种刑罚的实体性判断。审查逮捕固然不是定罪量刑环节,但逮捕的适用必须符合法定的罪疑标准。因此,对于逮捕证据要件与刑罚要件的证明也应当遵循基本的司法证明方法,采用“准严格证明”模式。“准严格证明”区别于典型意义上的严格证明,由批捕阶段处于相对中立地位的检察机关予以审查,相关证据必须具备法定的证据能力与证明力要求,但查证程序可以比司法证明相对简化,同时证明标准也低于公诉和审判的证明标准。

首先,“准严格证明”模式下证据应当具备法定证据能力与证明力。“以审判为中心”的诉讼制度改革对证据的法庭准入资格提出了更高的要求,也强化了检察机关对证据收集合法性的证明责任。伴随“捕诉合一”机制的建立,法庭对于证据能力的要求将更容易传导至审查逮捕阶段。审查逮捕和审查起诉可以具有不同的证明标准,但相关证据都应符合同等的证据资格规范。在过往的司法实践中,侦查机关移送批捕的证据经常出现合法性参差不齐的情况。例如在物证与书证的提取和收集程序上,一些物证、书证来源不合法或者缺少相关《调取证据通知书》等司法文书,还有的书证没有提取人或提取人的签字具有一定瑕疵。又如言词证据的获取程序不符合法定程序,部分讯问笔录所显示的讯问地点不是在法定的讯问场所,或者嫌疑人及其辩护人明确提出侦查人员存在刑讯逼供或者其他非法手段获取口供的情况。与此同时,审查逮捕阶段排除非法证据也可能遭遇检察官追诉性方面的障碍以及价值定位方面的困境。^[21]2017年6月27日两高三部联合发布了《关于办理刑事案件严格

[21]参见林喜芬:《论我国审查逮捕阶段的非法证据排除问题》,《当代法学》2013年第6期。

排除非法证据若干问题的规定》细化了非法证据的认定标准,明确强调检察机关在审查逮捕程序中对侦查机关证据收集合法性的调查核实责任。审查逮捕在刑事诉讼程序中具有承前启后的作用,检察机关在审查逮捕时依法排除非法证据,有助于纠正侦查程序中的违法行为,防止“有病证据”作为批准逮捕的根据。^[22]基于此,检察机关如果发现证据不具备真实性和相关性,则可以因证明力过低达不到逮捕的证据标准不予批捕。如果发现证据是通过刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集的证据,应当坚决予以排除。

其次,“准严格证明”的查证程序可以适当简化。审查逮捕阶段侦查办案人员对于案件事实与证据的掌握程度还相对有限。加之办案期限的紧迫性,不可能要求此时对于逮捕证据要件与刑罚要件的查证程序像法庭审判那样严格。但是,对于诉讼效率的追求并不能以牺牲程序的公正性尤其是牺牲犯罪嫌疑人、辩护人的程序参与为代价。2012年新《刑事诉讼法》增加了检察机关讯问犯罪嫌疑人、被告人以及听取辩护律师意见的机制。为了贯彻法律的修改,一些地区开始积极探索“审查逮捕案件的公开审查”或“审查逮捕诉讼式审查机制”并取得了良好的社会效果,积累了宝贵的实践经验。需要明确的是,审查逮捕的诉讼式审查机制并不是严丝合缝的法庭审理,“其本质是检察官听取双方观点的渠道,不宜向法庭审判一样作往复辩论”。^[23]因此,审查逮捕的查证程序不必过于复杂,在检察机关秉持客观中立立场的前提下,应着重保障犯罪嫌疑人及其辩护律师就逮捕条件是否满足发表意见的机会。检察办案人员在充分听取各方观点的基础上作出决定并公开决定理由。

再次,“准严格证明”模式要求科学把握逮捕证据和刑罚要件的证明标准。一方面,我国逮捕证据要件的证明标准应该高于域外国家强制到案的证明标准。在过往界定和把握逮捕证据要件标准的研究中,曾有不少学者提出,我国逮捕的证明标准应当参照英美国家逮捕的“合理性依据”标准。^[24]笔者认为上述观点值得商榷。英美国家遵循逮捕与羁押相分离的原则。逮捕作为一种强制到案措施虽是审前羁押的重要前提,但其本身并不能直接引起审前羁押的结果。“合理性依据”实为警察在执法过程中对涉嫌犯罪可能性的预估,在法律后果上仅可引发短暂人身自由限制的强制到案,而并非审前羁押的主要考量因素。与英美国家有所不同,我国审查逮捕也是审查羁押,其条件设置理应比强制到案更为严格。因此,将英美国家强制到案的证据要求直接作为我国候审羁押的证明标准的观点确有不妥。出于人权司法保障的考量,我国逮捕的证据标准应该高于“合理性依据”的标准。

另一方面,证据和刑罚要件的证明标准应适当低于公诉和审判阶段的证明标准。侦查初期对犯罪事实与证据的掌握往往不够充分,难以达到事实清楚、证据充分的程度。“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革重申了刑事诉讼各程序环节的递进属性,落实在证据裁判主义之上,就是通过递进式诉讼程序形塑递进式证明(证据)标准,体现从感性认识到理性认识的过程。^[25]审查逮捕证明的“准司法证明”机制也应当体现出这种递进式证明标准的需要。与事实清楚、证据确实充分的标准相比,“有证据证明有犯罪事实”不再强调到底是主要犯罪证据还是次要犯罪证据,并且是否已经查清的问题,而是将证明重点转移到了是否“有证据证明”嫌疑人的行为构成犯罪。所谓“有证据证明有犯罪事实”可以是嫌疑人某一种或者某一次犯罪的证据已查证属实,而不要求整个案件事实的证据全部查清。并且检察办案人员可以着重围绕犯罪构成核心要件的证据进行审查,如犯罪构成客观方面的证据已查证属实,而不要求犯罪构成各个要件都达到确实、充分的程度。另外审查逮捕注重犯罪事实行为的证据审查,而不要求此时罪名定性必须准确,也不要求量刑的证据确实、充分,只需证明达到有期徒刑

[22]参见万春、高翼飞:《刑事案件非法证据排除规则的发展》,《中国刑事法杂志》2017年第4期。

[23]参见陈卫东:《审查逮捕司法化程序的构建》,《人民检察》2017年第10期。

[24]例如陈永生教授曾指出,美国逮捕合理根据的量化标准为45.78%,也就是说只有法官对有必要对嫌疑人、被告人实施逮捕的确信达到45.78%的程度时才可签发逮捕证,相较之下我国逮捕适用标准过于宽泛。参见陈永生:《逮捕的中国问题与制度应对》,《政法论坛》2013年第4期。

[25]参见谢澍:《论刑事证明之实质递进性》,《法商研究》2017年第3期。

以上刑罚即可。

值得关注的是,曾有不少质疑者提出,“捕诉合一”的办案模式容易令检察办案人员受到公诉观念和立场的影响,在审查逮捕时人为提高逮捕的证据要件证明标准,以防止捕后不诉情况的发生。并且,当前一些试点地区也把逮捕标准提升所导致的审前羁押率下降视为“捕诉合一”更有利于人权保障的体现。^[26]需要明确的是,审查逮捕职能的有效发挥不仅要求严格把握逮捕标准,防止审前羁押滥用,还包括准确适用逮捕措施,对于依法应当逮捕的坚决批捕,从而保障刑事诉讼活动的顺利进行。在“捕诉合一”之下,将公诉的证据要求适用于审查逮捕不但违背了“有证据证明”的法定标准,漏捕了本应逮捕的被嫌疑人,还可能稀释审查逮捕职能的独立性,令审查逮捕异化为审查起诉的“预审”。不仅如此,侦查、起诉、审判作为独立的诉讼环节,共同构建了刑事程序的基本框架,而审查逮捕在本质上仅决定被追诉人个体的人身状态,并不属于独立的程序阶段,对案件的证据完全可以形成递进审查。“捕诉合一”视角下的审查逮捕工作可以更多地关注后续侦查取证的可能性。^[27]

将证明标准相区别恰恰体现了逮捕强制措施的本质属性。因此,“捕诉合一”的机构整合不应模糊审查逮捕标准的界限。如果检察办案人员在审查逮捕时发现已达到逮捕标准,但对于起诉又缺少相关证据时,可以积极与侦查人员沟通,明确提出补证提纲,并引导侦查人员收集固定证据,但不应影响批捕决定的作出。

(二)逮捕必要性要件的“自由证明”模式

逮捕的“社会危险性”主要描述了妨碍诉讼顺利进行的程序性危险,是对威胁刑事诉讼法秩序行为的程序法规制。^[28]此种程序性风险通常不会直接影响刑事案件的实体性结果,故而对于程序性事项的证明无须采用“准严格证明”模式。更主要的是,随着诉讼的不断推进,逮捕必要性事实很可能根据嫌疑人自身的状况而发生变化,此时需要及时审查或调整,如果采取“准严格证明”模式势必会带来不必要的拖延,极大地影响诉讼效率。另外,“准严格证明”模式的待证事项是业已发生了的案件事实,而逮捕必要性要件中的待证事实通常还尚未发生。对于未然性事实的证明本身也难以达到较高的证明程度。因此,基于待证事实的特殊性和复杂性,逮捕必要性要件的审查应当采用更灵活多样的自由证明模式。

第一,在“自由证明”模式之下,逮捕必要性要件的证明必须建立在客观而明确的证据基础之上。我国《刑事诉讼法》将“企图自杀或逃跑”,“可能实施新的犯罪”,“可能毁灭、伪造证据干扰证人作证”,“具有危害国家安全、公共安全的现实危险”等作为社会危险性的证明对象,而“企图”、“可能”以及“现实危险”都偏重嫌疑人主观心理描述而缺乏客观化的标准,检察办案人员需要根据所掌握的情况综合预估其社会危险性的大小。倘若对社会危险性的评判不是建立在客观明确证据的基础之上,就会产生任何涉嫌犯罪的人都有可能逃避审判、再犯新罪或者都具有社会危险性从而都应当予以羁押的错误推论。

实际上逮捕必要性要件具有其独立的判断方式,不能仅仅因为犯罪嫌疑的严重程度就径行认定犯罪嫌疑人有逃跑的可能。德国《刑事诉讼法》明确规定如有客观证据证明嫌疑人存在以下情形才认定具有“逃亡之虞”:逃亡准备和于是有隐匿迹象措施,例如用假名租房,或者持有假证件和隐匿逃亡资金,已准备好旅行包,被指控断绝婚姻、亲属或职业上的联系等。^[29]可见对于社会危险性事项的证明虽可在证明方式上予以简化,但也必须建立在客观确实的证据之上。因此,侦查机关在报请逮捕时除了提供犯罪嫌疑人有犯罪事实并且可能判处有期徒刑以上的证据外,还必须提供犯罪嫌疑人已经预备或者正在着手实施某种具有社会危险性行为的具体证据或者说明材料,完成对逮捕必要性要件

[26]参见闫晶晶:《“捕诉合一”之问:让实践说话》,《检察日报》2018年8月27日,第001版。

[27]叶青:《关于“捕诉合一”办案模式的理论反思于实践价值》,《中国刑事法杂志》2018年第3期。

[28]参见杨依:《以社会危险性审查为核心的逮捕条件重构》,《比较法研究》2018年第3期。

[29]参见宗玉琨译:《德国刑事诉讼法典》,知识产权出版社2013年版,第99页。

的证明责任。如犯罪嫌疑人的主观恶性、犯罪习性、悔罪态度、对被害人的赔偿情况,家庭状况,有无工作收入和固定居所的情况等。这样检察机关才能更好地依法裁量,谨慎适用逮捕措施。

第二,在自由证明之下,证据不必拘泥于法定的证据来源形式,只要是客观存在并与待证事实相关,能够帮助裁判者形成认知的材料均可作为证据使用。一般认为,能够证明刑事被追诉人品行声誉、性格倾向、生活环境以及行为习惯等特征的品格证据与案件事实无必然的关联,因此不能作为认定被告人有罪的证据适用。但刑事被追诉人品格与行为习惯的证据却可以用于逮捕必要性要件的证明。例如嫌疑人是否具有长期吸毒、酗酒的恶习以及是否具有暴力倾向均是衡量其社会危险性大小的考察内容。例如,在一起临时起意犯罪案件中,倘若犯罪嫌疑人在案发后认罪态度良好,主动赔偿被害人的损失,审查批捕办案人员完全可以根据其长期品格良好的证据材料对其作出有罪但无逮捕必要从而不予逮捕的决定。

专家意见书的证据能力问题长期受到理论与实践的争议,故而实务部门在审理案件时通常只将专家意见书作为重要参考,而不会直接将其作为定案证据使用。^[30]笔者认为,具有专门知识或者技能的专家所发表的意见虽然不能被直接用于证明犯罪行为是否成立,但此类意见可用于专业人员或者机构对犯罪嫌疑人逮捕必要性的评估。承认专业性意见在逮捕必要性要件证明中的证据能力,可弥补检察机关、侦查机关与辩护律师在社会危险判断上的专业性不足。在美国的保释听证程序中,法官除了听取控辩双方的意见之外,还会将中立的第三方审前服务机构所提供的“风险评估报告”作为保释决定的重要参考依据。审前服务机构需要通过走访犯罪嫌疑人的家庭居住社区以及工作单位,了解刑事被告人的个人背景、家庭居住状况、就业记录和收入状况、经济状况、健康状况,以及过去是否有吸毒酗酒或是其他犯罪前科,综合各方面信息评估释放被告人是否会对社区造成危险以及有逃避审判的危险,进而提出法庭释放或者羁押被告人的意见。

近年来建议借鉴域外国家专业化、客观化、精细化的社会危险性评估机制的呼声日益高涨,^[31]而社会危险性评估机制的建立必须以自由证明模式之确立为前提。即便是在以“正当程序”而著称的美国,许多适用于庭审的证明规则也不会适用于审前阶段的羁押必要性审查。例如,刑事被告人依据宪法而享有质证与交叉询问的权利,并且在保释听审中被告人及其辩护人也有权反驳或者对控方的证据提出质疑。但是对于保释听证所依据的证据可以建立在传闻信息的基础之上,并且非法证据排除规则也不适用于保释听证程序。德国羁押令审查亦采用自由证明模式,法院可以不拘于任何方式来获取可信性,例如查阅卷宗或者电话询问等方式,只要客观上能够使人达到释明程度即可。^[32]由此可见,唯有在自由证明模式下逮捕必要性审查判断方式才可灵活多样,查证程序也得以简化进行,最大限度地提升诉讼效率。

第三,自由证明模式下逮捕必要性要件达到优势证明标准即可。优势证明标准是以证据的盖然性大小作为说服力的判断基础。质言之,诉讼一方所提供的证据材料必须令裁判者相信待证事实成立或存在的可能性大于其不成立或者不存在的可能性。具体在审查逮捕中,就是基于全部已知证据,犯罪嫌疑人具有法定社会危险性的可能大于没有法定社会危险性的可能,采取取保候审不足以防止发生社会危险性。^[33]然而《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第139条在细化逮捕社会危险性时规定,人民检察院在审查社会危害性标准时对于“有一定证据证明”或者“有迹象表明”犯罪嫌疑人具有继续危害国家、公共或社会安全,可能阻碍证据获取干扰作证,亦或者实施打击报复,企图自杀逃跑行

[30]参见《审查逮捕证据审查与判断要点》,中国检察出版社2015年版,第182页。

[31]相关观点可参见蓝向东:《美国的审前羁押必要性审查制度及其借鉴》,《法学杂志》2015年第1期;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;谢小剑:《我国羁押事实的适用现状及其规范化》,《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第4期。

[32]参见[德]克劳思·罗克信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版第208页。

[33]参见刘慧玲:《逮捕社会危险性的证明》,《人民检察》2013年第3期。

为的,应当予以逮捕。按照上述规定,即使没有切实的客观证据证明,只要“有迹象表明”也可认定具有社会危险性。与优势证明标准相比,“有迹象表明”标准过低,并且存在主观推测和恣意化适用的倾向。将“有迹象表明”作为我国逮捕社会危险性证明标准恐怕会扩大社会危险性的适用范围,不利于人权司法保障。另外,需要注意的是,2012年《刑事诉讼法》特别将“可能判处10年有期徒刑以上刑罚”、“曾经故意犯罪”,以及“身份不明”视为推定具有社会危险性的情形,只要预先满足基础事实的证明即可“径行逮捕”。在上述三种情形下,基础事实的证明必须依照“准严格证明”的方式进行,才能以推定的特殊的方法免除对社会危险性审查。综上所述,对于逮捕社会危险性的证明应以客观的证据材料为基础,并且应当达到优势证明标准。如果侦查机关不能提供切实的证据,检察机关应当坚决作出不予批捕的决定。对于批准逮捕的也应当强化对嫌疑人、辩护人的说理力度,表明是否采纳辩方意见以及采纳的事实和理由。