

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2018.03.011

论逮捕双层次证明模式

王雷

(辽宁大学 法学院, 辽宁 沈阳 110031)

摘 要: 我国逮捕制度在实体要件方面存在着逻辑关系错误的问题,在审查程序方面存在着行政色彩过浓、司法属性较弱的弊端,二者共同造就了“构罪即捕”的实践难题。为了解决这些问题,需要对我国现行的逮捕法律规范进行理论透视和要素重构,并对检察机关的审查程序进行诉讼化转型,构建起以提请逮捕的犯罪事实和嫌疑人社会危险性为证明对象,并适用不同证明标准、证明方法、证明程序的逮捕双层次证明模式,能防错捕,又防滥押,使我国批捕制度更加符合刑事司法规律,提高逮捕决定的准确性和权威性。

关键词: 逮捕证明; 证明模式; 双层次证明; 社会危险性

中图分类号: DF 71

文献标志码: A

文章编号: 1008-3758(2018)03-0291-08

Research on Two-level Arrest Proof Mode

WANG Lei

(Law School, Liaoning University, Shenyang 110031, China)

Abstract: The existence of wrong logical relations in entity element of the arrest system in our country and the problem of strong administrative color and weak judicial nature in the review process have brought practical difficulties in “arresting if constituting a crime”. In order to solve these problems, it is necessary to carry out a theoretical perspective, restructure factors of current norms concerning arrest laws in our country, proceed with the litigation transformation of the review procedures of procuratorial organs, and establish a two-level proof mode which can prove that the suspects have committed crimes and are dangerous to the society. Such mode should be applicable to different proof standards, methods, and certification procedures so as to prevent wrong arrest and illegal detention, making the arrest system in China more in line with the laws of criminal justice and thus improving the accuracy and authority of arrest decisions.

Key words: arrest proof; proof mode; two-level proof; social danger

逮捕双层次证明,是指以提请逮捕的犯罪事实证明为基础,以逮捕考察的嫌疑人社会危险性证明为核心,并分别适用相应的证明标准、证明方法和证明程序的审查逮捕司法证明新模式。在实体方面,逮捕双层次证明对传统的逮捕三要件进行了理论透视和要素整合,筛掉了刑罚要件,仅将犯罪事实和社会危险性作为证明对象,并突出社会危险性在逮捕考察中的核心地位和作用;在程

序方面,逮捕双层次证明对我国检察机关传统审查逮捕程序进行了诉讼化的升级改造,对不同证明对象采用与之相适应的证明标准、证明方法和证明程序,凸显其审前程序性裁判的司法性质,体现出鲜明的诉讼特征。

近年来,随着学术界和实务界对逮捕制度研究的不断深入,制约我国逮捕制度健康发展的深层次问题和本质性原因不断被挖掘出来,主要有:

我国逮捕制度的功能定位不准,发生价值冲突时难以取舍;实体要件缺乏理论依据,传统逮捕三要件之间存在逻辑关系混乱的问题;审查程序的行政色彩过浓,司法属性较弱,缺乏权威性和公信力;逮捕替代措施的实际执行能力不强,倒逼检察机关不得不适用逮捕强制措施。正如有的学者所言:“采用现代司法框架的各国中比较,中国检察机关是司法功能最强,但同时办案方式最缺乏司法性的检察机关。所谓司法功能最强,是指批准长期羁押的权力及司法救济权是其他国家检察机关不享有而我国检察机关享有的典型的司法权力。”^[1]“审查逮捕不应是行政化的审批活动,而应是审前的程序性裁判活动。它由侦查机关提出提请批捕的正式请求,由中立的检察机关作为裁判方主持,在犯罪嫌疑人及其辩护律师等诉讼参与人的共同参加下,解决关涉犯罪嫌疑人人身自由的重大程序性问题。”^[2]

我国检察机关正在研究和探索以逮捕诉讼化改革为主要内容的逮捕制度改革。逮捕诉讼化改革,也被称作司法化改革、逮捕诉讼化转型,就是指改变以往审查逮捕程序的书面、封闭、行政性质的审查方式,构建一种检察官居中裁断,侦查机关、犯罪嫌疑人及其辩护律师充分参与、相互对抗的司法审查程序^[3]。一方面,它要通过检察官直接审理案件,自主负责事实认定和法律适用,在审查方式上产生司法判断的亲历性、独立性;另一方面,采用对抗与判定“三方组合”结构,检察官在兼听双方意见的基础上进行判断和处置,在程序构造上产生司法审查的对审性、中立性,从而在审查方式和程序构造上凸显出审查逮捕程序的司法属性^[1]。“围绕审查逮捕向司法审查转型,探索建立诉讼式机制”已经被列入了最高人民检察院《“十三五”时期检察工作发展规划纲要》,高检院侦查监督厅近些年始终把“探索推进审查逮捕诉讼化转型”作为工作重点。目前,全国已有近十个省(市)已经开展了逮捕诉讼化探索,并取得一定成效^①。

检察机关目前开展的逮捕诉讼化改革主要集中在自身审查和决定产生的程序上,以召开一次听证会为主要内容,缺乏相应的证明制度改革。而证明恰恰是司法决定的依据,更是决定权威性的基础,缺乏了司法证明制度配套的逮捕诉讼化改革注定是形式性的、偏颇和不全面的,也将导致侦查机关参与改革的能力和动力不足。为此,亟需对逮捕证明的对象、证明标准、证明方法、证明程序等问题进行细化研究,提高侦查机关参与的积极性和主动性,以提高逮捕决定的正确性和权威性。本文所指的逮捕,仅指《刑事诉讼法》第79条规定的侦查机关(部门)提请检察机关审查批准的逮捕,而不包括人民法院自行决定的逮捕^②。

一、双层次逮捕证明对象

所谓证明对象是指证明主体运用一定的证明方法证明法律要件事实^[4]。在以成文法典为主要法律渊源的情况下,法律要件事实必须是由法律规范所确定的内容。为此,证明对象的确定就应当从法律条文的规则结构出发,只有在法律逻辑上对产生的法律后果必不可少的事实或者要素,确定为证明对象才更有意义。证明对象是存在着抽象证明对象与具体证明对象之分的,在诉讼过程中,证明对象应当呈现出一种从抽象到具体的递进过程。

一般认为,2012年《刑事诉讼法》规定的逮捕要件有三个,分别为:犯罪事实要件、刑罚要件、社会危险性要件^③。那么,三要件就是逮捕证明对象吗?有观点认为,由于此三个形式要件都需要证据进行证明,因而均属于抽象的证明对象^[5]。但是,笔者认为,要想准确回答这个问题,需要深入剖析三个形式要件的理论基础和逻辑关系,并对照上述证明对象的定义和内涵加以确定。

首先深入剖析传统逮捕三要件背后的理论基础。逮捕犯罪事实要件是对已然之罪的法律评价,社会危险性要件则是对未然之罪的法律评价,

① 上海市人民检察院课题组编写的《逮捕公开审查研究——以上海检察实践为分析样本》显示,2013—2015年,上海市检察机关三年内,总计公开审查了320件373名提请逮捕的犯罪嫌疑人,不批准逮捕242人,不捕率64.9%,远高于全市平均不捕率,不捕后没有逃逸、再犯现象发生。

② 对于人民法院逮捕的程序和标准,由于我国《刑事诉讼法》及相关司法解释均没有相应规定,故本文不予论述。

③ 关于逮捕要件,理论界和实务界主要有“旧三要件说”“新三要件说”“四要件说”三种,2012年《刑事诉讼法》修改后,一般采用“新三要件说”。“旧三要件说”是指逮捕要件有三个:证据要件——有证据证明有犯罪事实;刑罚要件——可能判处徒刑以上刑罚;逮捕必要性要件——采取取保候审、监视居住不足以防止发生社会危险性。“新三要件说”仅将第三个逮捕必要性要件总结为社会危险性要件,具体内容相同。“四要件说”认为逮捕有四个要件:证据要件、量刑要件、社会危险性要件、逮捕必要性要件。

分别是刑法哲学中社会危害性理论、人身危险性理论在逮捕制度中的体现^[6]。传统逮捕三要件中的犯罪事实要件在逮捕制度中的作用表现为：一是证明涉嫌犯罪行为的存在，即国家有权力在该阶段启动个别刑罚权；二是作为逮捕考察的社会危险性重要推定基础事实之一，一定程度上决定着嫌疑人社会危险性的大小。在这一点上，与其在量刑程序中作为确定量刑基准的作用基本相同；至于其中的刑罚要件，将其与犯罪事实、社会危险性放置在同一层次进行考察，属于逻辑错误，因为它们并不属于同一层级。一方面，刑罚要件是社会危险性要件的特殊条款，即对于不可能判处徒刑以上或者可能是处十年以上刑罚的犯罪嫌疑人，法律直接规定不得逮捕或者迳行逮捕；另一方面，它又是犯罪事实要件与社会危险性要件的中介桥梁，犯罪事实通过对应法定刑罚的高低，间接反映逮捕考察的嫌疑人社会危险性的大小，即预期刑罚越高则嫌疑人社会危险性越大，反之嫌疑人社会危险性则越小。

犯罪事实在刑罚学上又被称为不纯正量刑事事实，与纯正量刑事事实共同组成刑罚事实范围。而社会危险性的盖然性决定其需要采用推定方式作为其主要证明方法^[7]。刑罚事实又是社会危险性推定基础事实的一部分，与妨碍诉讼性推定基础事实共同组成社会危险性推定基础事实的范围。为此，逮捕考察的犯罪事实、刑罚事实、社会危险性推定基础事实三者之间的关系，应当是逐层递进的关系。具体如图1所示。

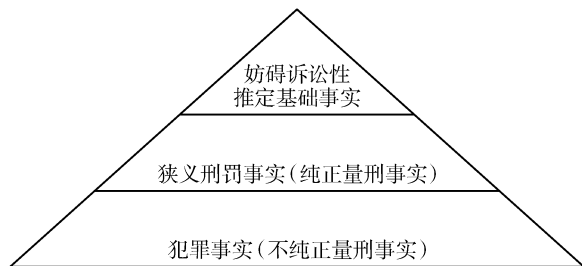


图1 逮捕考察的社会危险性推定基础事实

综上所述，逮捕证明对象被抽象简化为两个——犯罪事实和社会危险性。其中，提请逮捕的犯罪事实证明是逮捕措施的适用基础，关注犯罪行为侧面，是第一层次的证明，主要功能是证明逮捕的目的正当性(个别刑罚权)和防止错案；逮捕考察的社会危险性是逮捕制度的核心，关注犯罪嫌疑人的侧面，是第二层次的证明，主要功能在于证明逮捕这一强制措施作为手段的正当性。传统

逮捕三要件中的刑罚要件在双层次逮捕模式中不再单独作为逮捕证明对象，狭义刑罚事实仅仅是嫌疑人再犯可能性的评判依据之一，与犯罪事实、妨碍诉讼性推定基础事实，一并属于逮捕考察的社会危险性的推定基础事实。

1. 第一层次的逮捕证明对象：犯罪事实

逮捕犯罪事实是指侦查机关提请逮捕的犯罪嫌疑人构成犯罪的基础犯罪事实。逮捕正当化的依据应当是国家有权实施刑罚，且应当以最低侵害权利的方式实施。而提请逮捕的犯罪事实，在逮捕证明中的主要作用就应当是证明涉嫌犯罪的基础犯罪事实行为的存在，证明国家在刑事诉讼初期阶段具备了个别刑罚权，具有启动具体刑事个案、追究具体行为人刑事责任的权力。否则，国家刑罚权不能够从一般刑罚权落实为个别刑罚权，只能停留在一般、抽象意义之上。

对于逮捕犯罪事实的内涵，有学者将此处的犯罪事实进行了限缩性解释，认为逮捕犯罪事实是指犯罪嫌疑人构成犯罪的基础犯罪事实^[3]，笔者表示赞同。根据刑法理论，基础犯罪事实是指现有证据能够证明客观存在的犯罪结果是由犯罪嫌疑人的行为所导致，不包含派生的构成事实(从重、从轻、减轻的犯罪事实)和修正的构成要件事实(中止、未遂、从犯等)，后者可以在社会危险性证明中采用相对宽松的方式予以考量，从而适应侦查初期的效率需求，切实降低侦查初期的证明难度，防止陷入证明困境。逮捕犯罪事实具体可以分为三方面具体要素：一是“事的要素”，证据能证明发生了犯罪事实，包括多罪行中的一个、共同犯罪中的部分；二是“人的要素”，证据能证明该犯罪行为是该嫌疑人实施或参与实施的；三是“证据真实要素”，逮捕证据材料应当能够相互印证，基本真实可靠。

2. 第二层次的逮捕证明对象：社会危险性

逮捕考察的社会危险性是指犯罪嫌疑人实施再次危害社会、他人，以及其他妨碍诉讼正常进行的现实可能性，是判定嫌疑人应当承担多大人身自由方面的刑事诉讼负担的根本依据。根据我国《刑事诉讼法》的规定，逮捕考察的社会危险性由嫌疑人的再犯可能性和妨碍诉讼可能性构成。其中，再犯可能性一般被认为就是刑罚学上的人身危险性，是指蕴藏于行为人主体人格中的实施危害社会、他人的现实可能性，属于未然的领域。再犯可能性是适用刑罚的根据，已经被作为量刑，以

及适用缓刑、假释、未成年人刑事责任的追究等决定的依据。妨碍诉讼可能性是嫌疑人实施妨碍诉讼正常进行、破坏诉讼秩序的现实可能性,如《最高人民检察院、公安部关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定(试行)》(以下简称《逮捕社会危险性条件规定》)中所列举的:“有吸毒、赌博等恶习的;有同案犯罪嫌疑人或者与其在事实上存在密切关联的犯罪嫌疑人在逃,重要证据尚未收集到位的;采取其他方式滋扰被害人、举报人、控告人正常生活、工作的……”。由于妨碍诉讼的行为有时并不构成犯罪,有时甚至不构成违法,如由于悔罪而着手实施自杀、自残,故无法被刑罚学上的再犯可能性概念所涵盖。嫌疑人再犯可能性、诉讼妨碍性都是蕴藏于嫌疑人主体人格中反社会、破坏诉讼秩序的现实可能性,是行为人动态人格和心理特征的呈现。

社会危险性成为逮捕的核心证明对象,首先是由逮捕目的决定的。逮捕根本目的是预防,即预防发生妨碍诉讼秩序和破坏社会秩序的情形发生,而非制裁、惩戒和教育。所以,逮捕重在考察嫌疑人破坏诉讼秩序和社会秩序的可能性,关注重心是实施犯罪的人,不是犯罪行为。其次是由社会危险性在羁押措施选择适用中的决定性地位所决定的。犯罪事实、社会危险性二者是逮捕、取保候审等羁押措施的共同证明对象。其中,对犯罪事实证明的主要作用是确保目的正当性,即证明国家刑罚权在该阶段是否真实存在,即使其可以发挥其他功能,也仅仅是附带功能,而绝非目的性功能。对社会危险性的证明,才是确定是否应当采用强制措施、采用何种程度的强制措施的决定性因素,即社会危险性高的嫌疑人,在刑事诉讼期间应当让渡更多的人身权利,承受较重的预防性强制措施;反之,则应当享受更多的人身权利,承受相对较轻的预防性强制措施。

与逮捕犯罪事实相比,逮捕考察的社会危险性具有盖然性、动态性两个显著特征。首先,社会危险性具有盖然性。《刑事诉讼法》第79条关于五种特定社会危险性的表述,都使用了“可能”“企图”“现实危险”等盖然性的用语,所要证明的是社会危险性发生的盖然性。盖然性难以证明,但却可以证明。因其是一种现实可能性,不同于抽象可能性,是一种基于现实的事实而对另一事实未来发生的概率的一种科学推论,所以,可以进行司法证明。对此,林钰雄先生曾经指出:“抽象而言,

任何被告都有‘可能’不当改变证据形态或影响共犯、证人,然而,单单抽象可能并不足以肯认此种危险存在,而是必须于具体个案中依照客观的事实或迹象认定”^[8]。与社会危险性相类似,证明对象有刑法上的危险犯,即指将危险作为构成要件要素和处罚依据的基本犯罪类型。其次,社会危险性具有动态性。在客观化的外在事物发生变化,或者外在因素对主体人格的潜在影响发生变化后,嫌疑人的社会危险性会随之变化。要想准确把握嫌疑人的社会危险性,需要在案件侦查、外部环境、个人心态发生变化后及时跟进、重新评估,否则就会出现刻舟求剑、表水涉滩的现象。回应社会危险性的动态性特征,2012年《刑事诉讼法》新增了羁押必要性审查,即根据案件情况、羁押条件、社会危险性等变化,检察机关应当及时和灵活地建议侦查机关变更强制措施。

综上,逮捕的证明对象被抽象简化为逮捕犯罪事实和社会危险性之后,对二者的证明呈现出递进过程,提请逮捕的犯罪事实证明是逮捕制度中基础性证明,缺之则无法保障逮捕的目的正当性,并可能产生冤假错案;逮捕考察的社会危险性证明是核心,决定着是否应当羁押嫌疑人,主要功能在于证明逮捕作为手段的正当性和防止滥押。如果第一层次证明失败,则无需开展第二层次的证明了。

二、双层次逮捕证明标准

根据《布莱克法律词典》的界定,证明标准是指当事人履行证明责任,而使证据达到确信的状态。通俗地讲,证明标准实际上就是“证明尺度”,据以衡量什么时候证明才算成功^[9]。而逮捕证明标准则是指负有证明责任的侦查机关提出证据,论证逮捕证明对象存在的可信程度,是侦查机关卸除证明责任、说服决定者、诉讼请求获得认可所需达到的最低界限,又是检察官对逮捕证明对象的真实性和可靠性所需要达到的内心确信程度。

1. 逮捕犯罪事实的证明标准:有证据证明有犯罪事实

我国逮捕司法实践中,原本运行着一般逮捕、附条件逮捕两个分层次的逮捕犯罪事实证明标准。其中,附条件逮捕是指依据现有已查证属实的证据基本上能够认定嫌疑人行为已构成犯罪,但证据还略有欠缺或较为薄弱,需要在捕后进一步

步补充完善的一种审查逮捕制度。但是,附条件逮捕的学术争议较大,于2017年4月28日被最高人民检察院停止适用。对此,笔者表示赞同,因为“该项制度在刑法中无依据,人为降低了逮捕犯罪事实的证明标准,扩大了逮捕的适用面,可能错误逮捕一些不构成犯罪的嫌疑人,是追诉思维在逮捕制度中的横行,是对嫌疑人人权的侵犯”^[10]。同时,在本文构建的逮捕双层次证明模式中,逮捕犯罪事实的证明范围已经被限缩性解释,派生和修正的犯罪构成要件事实均被放置第二层次的社会危险性证明中采用相对宽松的方式予以考量。为此,对提请逮捕的犯罪事实的证明标准就不能再降低了,否则就无法实现其证明逮捕目的正当性的基本功能了。

《刑事诉讼法》第79条将一般逮捕的证明标准规定为“有证据证明有犯罪事实”。理论界对该标准评价不一:有人认为该标准过高,等同于公诉、审判的犯罪事实证明标准^[11];也有人认为该标准过低,对证据几乎没有质量的要求,致使逮捕滥用^[12];还有人认为该标准的理解存在歧义,不能有效指导实践^[13];也有的认为该标准比较合理^[14]。为了消除分歧,有学者对何为“有证据证明有犯罪事实”进行权威的三维度解读,笔者表示赞同。首先,应当对“有证据证明有犯罪事实”进行建构性解读,即“基础犯罪构成事实的证据必须齐备”,也就是进行积极和肯定的证明。其中的“证据齐备”是指在认定逮捕犯罪事实是否达到证明标准时,无需具备所有犯罪事实的证据,仅需证明数罪中的一罪、多次中一次;不要求证据证实全部的犯罪情节,仅需证明基础犯罪构成的事实,派生和修正的犯罪构成要件事实均可放置第二层次的社会危险性证明中采用相对宽松的方式予以证据;据以证明犯罪事实的证据数量要充足,但不需要确实充分。其次,进行解构性解读,即“能动摇基础犯罪构成认定的疑点和矛盾必须得到排除”,主要体现为消极和否定的标准,要在证明过程中寻求其薄弱环节,发现、检验和消除疑点和矛盾。最后,裁判者进行内心确信的检验,即“事实不能没有、人头不能搞错”,力求做到主客观相统一,突出事实裁判者的重要地位和重大责任^[3]。

2. 逮捕考察的社会危险性证明标准:羁押必要

《刑事诉讼法》第79条规定:“采取取保候审不足以防止发生下列社会危险性的,应当予以逮

捕……。”逮捕考察的社会危险性的法定证明标准应当界定为羁押必要。羁押必要就是指嫌疑人的社会危险性已经达到了只有采取逮捕强制措施才能防止其现实发生。

对于逮捕考察的社会危险性的证明标准,学者们主张优势证据^[15]、合理根据证明标准^[2]、高度盖然性等几种证明标准,差异产生原因仅仅在于各位学者分析的侧重点不同,有的侧重于对法条用语分析,有的侧重于侦查属于诉讼初期的认可,有的侧重于宏观上降低逮捕率的预期。但笔者认为,逮捕考察的社会危险性的证明标准应当是有羁押必要,理由如下:一是符合法律规范的内涵。我国《刑事诉讼法》第79条中规定:“取保候审不足以防止发生下列危险性的,应当逮捕”,而不是“发生下列危险性的可能性比较大,应当予以逮捕”。可见,法定的比较对象是在保障诉讼秩序和社会秩序方面,逮捕与其他强制措施的保障能力之间的比较。二是符合强制措施体系的整体观。既然法规规范的内涵是两项强制措施制度在保障能力方面的比较,隐含着我们应当树立强制措施体系尤其是羁押措施的整体观,在整体观的视野下决定是否逮捕,体现逮捕的最后性特点,符合取保候审、监视居住条件的绝不当逮捕。三是可以有效将比例原则转化为具体要求。在研究社会危险性证明标准时,不得不论及比例原则,因为比例原则是“公法之皇冠原则”,系解决目的与手段关系的黄金原则。“目的正当+比例原则”原本是解决行政手段正当性的普遍法则,可以指导我们在“公益促进”与“私益保护”的平衡中选择合理的手段性措施。而逮捕等强制措施的本质应当就是国家刑罚权实现的手段之一,虽然我国《刑事诉讼法》没有明确把比例原则当做刑事诉讼的基本原则,但是在社会危险性、羁押期限、羁押必要性审查等重要制度中,已经实际上贯彻了比例原则^[3]。所以,逮捕等强制措施作为实现国家刑罚权这一目的的手段,应当遵守比例原则的规制。

比例原则的三个亚原则,均已经体现在逮捕双层次证明模式之中:一是适当性,其基本内涵是国家机关行使权力时,手段至少有助于目的实现,手段应当服从目的,但前提是目的具备正当性,不正当的目的不应当被实现。双层次证明中的对犯罪事实证明,就是在个案中寻求国家刑罚权的真实存在,建立起国家启用强制措施的合法性和正

当性前提,只有确定刑罚追究针对的是有证据证明有犯罪事实的嫌疑人,刑罚权的实现过程才具有正当性,诉讼秩序才有被保障的价值和意义。二是必要性,又称最温和方式或最小侵害原则,核心要义是“一个公权力行使,以达到目的为已足,不可过度侵及人民权利”^[16]。相同有效性的前提下,当有多种手段选择时,直接选择对公民权利限制或侵害最小的手段;而在异同有效性的情况下,应当采用相对最小损害性手段;在由于科技进步等原因出现更多手段可供选择时,应当及时变更、废除原手段,重新依据必要性原则选出一个新的最小损害手段^[17]。为此,对可能判处十年以上和不可能判处徒刑以上的嫌疑人,法律根据初步刑事责任推定其社会危险性巨大或者微弱,应当采用羁押措施或者无需羁押,是符合必要性原则的。但对于可能判处十年以下、徒刑以上的嫌疑人,法律则没有如此推定,就需要检察官根据嫌疑人社会危险性的大小,在羁押与非羁押的强制措施中进行判断和理性选择。三是相称性,又称狭义比例原则或相当性原则,基本内涵是如果权力行使能达成目的,但对公民权利的侵害已超出了收益价值,这样行使权力是不妥当的。比例原则作为保障公民权利不被过度侵犯的最后一道屏障,此时的手段被放在与目的同一层次进行价值衡量,不再受既定目的(作用)的限制,在副作用和作用之间、成本与收益之间进行比较权衡,要求二者相当、可接受,即不可“小题大做”或者“大题小做”。实践中,检察机关对羁押期限与判决刑期“实报实销”的个案遏制,以及对捕后轻刑率的宏观控制,就是要杜绝手段绑架目的、超越目的的现象。

综上所述,我们应当将比例原则作为审慎逮捕的理念表达,树立起逮捕就要审慎的执法理念;另一方面,我们应尽可能将其明确体现到实体标准之中,将其明确为逮捕考察的社会危险性的证明标准,从而在宏观和微观两方面统筹协调、有机互动,共同构筑比例原则在强制措施体系特别是逮捕适用中的展开。

三、双层次的逮捕证明 方法和证明程序

传统逮捕三要件证明模式对于逮捕考察的犯罪事实、社会危险性等证明采用了同等严格的证明方法,其中的社会危险性证明成本过高、证明难

度过大,导致司法实践中侦查机关不愿甚至无法进行有效证明,该要件的证明经常被虚化、搁置,成了“摆形式、走过场”。因此,需要根据实际情况,建立起既符合双层次证明对象的本质要求又具有较强可操作性的证明方法和证明程序。

1. 证明方法

证明方法是指证明主体利用证据,对争议的案件事实进行论证,与对方进行辩论,并且说服裁判者作出对己方有利认定所使用的各种方法^[18]。证明方法可以有多种类划分,如演绎证明法和归纳证明法、直接证明法和间接证明法、系统证明法和要素证明法,等等。严格证明与自由证明的划分直接关涉逮捕证明中需要的证据数量、质量,对逮捕司法实践的指导意义最强。德国学者克劳思·罗科信认为,对严格证明有以下两种限制:其一为有关法定证据之限制,即被告、证人、鉴定人、勘验及文书证件等。其二严格证明之证据需依法定的证据调查程序使用。日本学者田口守一认为,用有证据能力的证据并且经过正式的证据调查程序作出的证明,叫“严格的证明”;其他的证明,叫“自由的证明”^[19]。

(1) 犯罪事实证明:采用严格证明方式

犯罪事实证明涉及的诉讼利益是犯罪嫌疑人的行为性质是否为犯罪,“罪是评判的基础”,对犯罪嫌疑人的人身权益影响更大,是逮捕的基础和前提。因此,对犯罪事实应当采用相对于社会危险性更加严格的司法证明方法,其严格性主要体现在证据能力、证明程序两方面:一方面,仅允许采用诸如被告人供述、证人证言、鉴定意见等法定证据形式;另一方面,必须以法律规定的程序进行,没有经过法定必经程序的证据则丧失其证明能力,而且适用各类排除性证据规则的限制。对逮捕考察的社会危险性证明方法,出于对诉讼经济和社会危险性自身特征的考虑,则应当采用相对宽松的自由证明方式:一方面,证据种类可以适当突破法定的八种证据类型,引入倾向证据、测谎记录、社会调查、警犬嗅觉同一性认定等证据;另一方面,可以采用简易证明手段,如电话查询、材料说明,而且不适用非法证据排除规则。

(2) 社会危险性证明:主要采用推定的证明方式

社会危险性的盖然性特征决定了对社会危险性的证明,多数情况下呈现“证明(基础事实)+推定(待证事实)”的间接证明结构,即社会危险性的

大小存否,并非运用证据直接证明,而是根据基础事实进行推定的结果。推定与司法证明一样也是认定案件事实的方法之一,即根据基础事实成立认定推定事实的成立,主要有以下几种情形。

一是法律规定了一些关于逮捕考察的社会危险性的法律推定。《刑事诉讼法》第79条把逮捕的刑罚条件限制为徒刑以上刑罚,如果法定刑罚不可能判处徒刑以上的,法律推定其社会危险性未达到羁押必要。如果犯罪嫌疑人可能判处十年以上有期徒刑,法律推定其具有较高的社会危险性,已经达到羁押必要;如果嫌疑人曾经故意犯罪或者拒不讲明也无法查明其身份,刑事责任达到徒刑以上刑罚,则法律推定其具有较高的社会危险性,应当予以逮捕。“轻刑转捕”案件中,犯罪嫌疑人虽然具有可能判处徒刑以下刑罚的社会危险性“弱化因素”,但同时又具有了“强化因素”——被取保候审、监视居住后,出现了严重违反相关规定,妨碍诉讼的情形,立法解释对其推定为不逮捕不足以防止其社会危险性,应当逮捕。

二是司法解释中也有类似规定,降低了逮捕考察的社会危险性的证明难度,防止陷入证明困境。《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第144条规定了可以推定犯罪嫌疑人的社会危险性较小或没有的常见的六种情形,其中包括自愿达成和解协议。与此同时,《逮捕危险性条件规定(试行)》总结实践经验,列举了犯罪嫌疑人在犯罪前后十九种情形,作为推定犯罪嫌疑人社会危险性的基础事实,如是否具有妨碍诉讼的违法记录、是否有同案犯在逃。

三是司法实践中普遍适用事实推定。法律、司法解释也难以全部列出推定社会危险性的基础事实,在遇到上述法律规定基础事实之外的新情况时,还需要办案人员运用逻辑法则和经验法则进行事实推定,如司法实践中适用《逮捕危险性条件规定(试行)》中的“其他情况”这一兜底条款,需要司法人员独自进行认定和进行自由裁量。应当注意的是,推定的基础事实应当与法律推定的基础事实,在具体性、紧迫型、现实性、概率性和后果严重性等方面均具有相当性,不能够相差太远,以确保事实推定的合理性和准确性,同时应当准许对方提出反证,可以推翻推定。

当然,实践中并不排除采用直接证明方法证明嫌疑人的社会危险性,如有的嫌疑人在诉讼过程中一直叫嚣报复、扬言再犯,就可以直接认定。

2. 证明程序

证明程序是指进行司法证明所要遵循的法律程序,也是审查和裁判需要经历的诉讼程序,是推动裁判者对证明对象由“不知”到“知之”的程序。鉴于逮捕是剥夺嫌疑人的人身自由,虽然可以对其中的部分证明对象仅要求自由证明的方法,但在程序上必须要以保障嫌疑人的人权为重心进行严格限制,做到程序正当化、诉讼化。一方面,应当积极构建对抗与判定的“三方组合”结构,减少裁判者的独裁机会、偏向机会;另一方面,应当积极推行检察官直接审理案件,权限下放、简化文书,防止出现“审者不判、判者不审”的违反司法规律现象。随之而来的问题,如何处理好与侦查保密原则之间的矛盾关系问题。笔者认为,应当根据具体个案的保密等级、争议程度等方面不同,采用一体式或者分体式证明模式——即保密等级低、争议不大的案件,可以采用犯罪事实与社会危险性一体式审查模式;相反,保密等级高,或者争议较大的案件,应当采用“上下半场”的分体式审查模式,在“上半场”对犯罪事实的证明中,在参与人员、证明过程、裁定方式等方面给予保密要求特殊关照。

在逮捕证明诉讼化审查程序中,分体式审查体现了诉讼化结构,与目前刑事审判环节将定罪和量刑进行了区分有异曲同工之妙。具体来说,就是在审查逮捕过程中先进行犯罪事实审查,只有根据犯罪事实的证明标准审查犯罪事实已经符合法定的条件后,才需要进行社会危险性审查;只有符合社会危险性证明标准的情况下,建立了有羁押必要的内心确信之后,才能作出逮捕的决定。这样的程序构建首先是减少了司法成本,将犯罪事实和社会危险性证明分体分层后,最大限度地减少了不符合犯罪事实条件的案件进入到下一阶段的审查环节,自然减少了相应的司法成本;其次是集中了司法专注力,能够更有针对性和指向性,使得侦查机关和辩护人能够抓住各自重点,提升司法效率;再次,“下半场”的审查尽量采用公开听证方式进行,能够在一定程度上化解因对社会危险性采用自由证明方法而产生的审查逮捕扩权、产生新的司法腐败的担忧。

参考文献:

- [1] 龙宗智. 检察机关办案方式的适度司法化改革[J]. 法学研究, 2013(1): 179.

[2] 闵春雷. 论审查逮捕程序的诉讼化[J]. 法制与社会发展, 2016(3):63.

[3] 孙谦. 司法改革背景下逮捕的若干问题研究[J]. 中国法学, 2017(3):28.

[4] 熊秋红. 转变中的刑事诉讼法学[M]. 北京:北京大学出版社, 2004:282.

[5] 李晓丹. 逮捕证明问题研究[D]. 重庆:西南政法大学法学院, 2010:4.

[6] 陈兴良. 刑法哲学[M]. 5 版. 北京:中国人民大学出版社, 2015:187.

[7] 孙茂利,黄河. 逮捕的社会危险性有关问题研究——兼对《最高人民检察院、公安部关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定(试行)》的解读[J]. 人民检察, 2016(6):28-34.

[8] 林钰雄. 刑事诉讼法(上)[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2005:344.

[9] 汉斯·普维庭. 现在证明责任问题[M]. 吴越,译. 北京:法律出版社, 2000:91.

[10] 张兆松. 附条件逮捕制度批判[J]. 现代法学, 2009(5):157-163.

[11] 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[J]. 人民检察, 2004(6):61.

[12] 赵运恒. 逮捕证明标准的异化及其重构[J]. 人民检察, 2012(3):64-67.

[13] 孙长永,黄维智,赖早. 刑事证明责任制度研究[M]. 北京:中国法制出版社, 2009:304-305.

[14] 陈卫东. 刑事审前程序与人权保障[M]. 北京:中国法制出版社, 2008:232-233.

[15] 刘慧玲. 逮捕社会危险性的证明[J]. 人民检察, 2013(3):64.

[16] 陈新民. 行政法学总论[M]. 台北:三民书局, 1995.

[17] 刘权. 论必要性原则的客观化[J]. 中国法学, 2014(6):178-195.

[18] 陈光中. 证据法学[M]. 北京:法律出版社, 2013:291-292.

[19] 田口守一. 刑事诉讼法学[M]. 张凌,宇秀峰,译. 北京:中国政法大学出版社, 2010:269.

(责任编辑:王 薇)



(上接第 268 页)

[23] 杨太明,刘布春. 安徽省冬小麦种植保险天气指数设计与应用[J]. 中国农业气象, 2013,34(2):229-235.

[24] 张萍. 农业天气指数保险纯费率厘定的实证研究——以山东省冬小麦为例[J]. 保险职业学院学报, 2015(4):59-64.

[25] 张淑杰,张玉书. 东北地区玉米生育期干旱分布特征及其成因分析[J]. 中国农业气象, 2013(3):350-357.

[26] 王倩,曹杰,周兆基,等. 基于面板随机效应模型确定鲁北三地棉花干旱指数保险理赔金额[J]. 中国农业气象, 2014(3):293-298.

[27] 王韧,邓超,谭留芳. 基于湖南省 14 地市面板数据的水稻天气指数保险设计[J]. 求索, 2015(1):69-73.

(责任编辑:王 薇)