羁押必要性审查的审查标准问题研究

**广元市院 张洪基 王行林**

摘要：羁押必要性审查是人权保障的重要方式，新《刑事诉讼法》第93条增设的羁押必要性审查制度，是对我国现行逮捕羁押制度的一项重大改革。要保障羁押必要性审查制度得到落实，必须从该制度的基本价值追求出发进一步明确羁押必要性审查的审查标准。本文通过探讨羁押必要性审查的实体标准，以增强办案实务操作性。

关键词： 羁押必要性审查 审查标准 具体应用

一、羁押必要性审查的概念

长期以来，我国刑事司法实践中一直存在着逮捕羁押普遍化问题。近年在宽严相济刑事政策的影响下，逮捕率虽然有所下降，但对于公安机关提请批捕的案件，检察机关批捕率保持在85%以上。无逮捕必要不捕案件所占比例畸低,保持在10%以下（见附表）。

附表：2013-2015年某市检察机关批捕情况表

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 年 份 | 受案人数 | 批捕人数 | 无罪不捕人数 | 存疑不捕人数 | 无逮捕必要不捕人数 | 批捕率 | 无逮捕必要而不捕占受理案比例 |
| 2013 | 643 | 590 | 3 | 21 | 29 | 91.76% | 4.51% |
| 2014 | 745 | 670 | 3 | 26 | 46 | 89.93% | 6.17% |
| 2015 | 766 | 673 | 4 | 31 | 58 | 87.86% | 7.57% |

与此同时，“一捕到底”、“一押到底”的现象非常普遍，捕后变更强制措施的比例很低。这是羁押必要性审查制度产生的主要现实原因。

在理论上，羁押一般指“刑事诉讼程序中为了确保诉讼程序之进行及刑之执行而对被告所施行之自由之剥夺”。〔1〕由于羁押具有的在有罪判决确定前就先行拘禁犯罪嫌疑人的特性，因此羁押与无罪推定原则之间，具有高度的紧张关系，立法层次或司法实务中滥用羁押手段，等于是颠覆无罪推定原则。作为一种最严厉的强制措施，羁押无疑会使嫌疑人、被告人受到较长时间的监禁，从而使其人身自由受到“最严重、最深远的侵害”。因此必须对这一措施施加较之刑罚更为严密的法律控制，将羁押的适用限定在“最有必要”的情形下。〔2〕 这是羁押必要性审查制度产生的理论基础。

我国刑事诉讼法[第九十三条](http://law.lawtime.cn/lifadongtai/22304.html)规定：“犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，人民检察院仍应当对羁押的必要性进行审查。对不需要继续羁押的，应当建议予以释放或者变更强制措施。有关机关应当在十日以内将处理情况通知人民检察院。”

据此，羁押必要性审查是指人民检察院对已被逮捕且处于羁押状态的犯罪嫌疑人、被告人有无继续羁押的必要性进行审查的监督活动。

需要注意的是，羁押必要性审查要与逮捕必要性审查之间的区别，这两种审查机制是新《刑事诉讼法》建立的两阶段审查机制，前者是逮捕后，对仍处于羁押状态的犯罪嫌疑人、被告人是否需要继续羁押进行审查；后者是决定或批准逮捕时，对犯罪嫌疑人、被告人是否具有逮捕必要，是否符合逮捕条件进行审查。羁押必要性审查不是对原逮捕决定的复查，也不是为了纠正原错误的逮捕决定，而是在原逮捕羁押的基础上试就是否有继续羁押的必要进行审查。

二、羁押必要性审查的审查标准

（一）羁押必要性审查的审查标准的概念

羁押必要性审查的审查标准，也可简称为羁押必要性审查标准，是指衡量犯罪嫌疑人、被告人有无继续羁押的准则。主要包括实体审查标准和证据审查标准，本文探讨的是实体审查标准。

（二）羁押必要性审查的审查标准的机能

由于新《刑事诉讼法》对于羁押必要性的标准没有作出具体规定，有的学者担忧“对于什么是‘不需要羁押’的情况也没有规定，完全依赖办案机关的自由裁量做出判断则有可能使该条款成为一纸空文。”〔3〕为了使羁押必要性审查制度真正发挥减少羁押的作用，增强审查工作的可操作性，明确捕后羁押必要性审查标准是必要的。羁押必要性审查的审查标准与羁押必要性审查的机能密切相关。所谓羁押必要性审查的机能就是羁押必要性审查工作现实与可能发挥的作用，包括显在的机能和潜在的机能。一般认为，羁押必要性审查具有以下三种机能：一是人权保障机能，指羁押必要性审查具有保障犯罪嫌疑人、被告人合法权益不受国家刑罚权不当侵害的机能。这也是 “未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”的明确要求。二是法益保护机能，指刑法所保护的法益不受犯罪进一步地侵害和威胁，通过依法打击和惩罚犯罪，保护个人合法利益、社会利益和国家利益。三是诉讼保障机能，指羁押必要性审查要保障刑事诉讼活动顺利进行，犯罪嫌疑人、被告人不得妨碍侦查、审查起诉、审判、执行等活动。如何认识和处理人权保障机能、法益保护机能和诉讼保障机能之间的关系，是羁押必要性审查工作的核心问题。在羁押必要性审查工作中，保障人权主要依赖于限制羁押而实现；保护法益和保障诉讼活动的顺利进行则主要依靠羁押来实现，防止发生社会危险性。在实践中，如何最大限度地保障犯罪嫌疑、被告人的合法权益，又最大限度地保护法益和保障诉讼活动的顺利进行，就成为难题。如果处理不当，必然导致办理羁押必要性案件质量不高，甚至产生办案行为萎缩现象，不敢办案，不愿办案。因此，羁押必要性审查标准不能脱离羁押必要性审查的机能，必须在人权保障机能、法益保护机能和诉讼保障机能之间进行调和，根据客观背景和具体情况，在充分权衡利弊的基础上，使三个机能得到充分发挥。

（三）羁押必要性审查的审查标准的确定依据

羁押必要性审查标准的核心问题就是有无继续羁押必要。在狭义上讲（不包括因刑事拘留而羁押的情形），羁押就是指对犯罪嫌疑人、被告人批准或决定逮捕后，在法定期限内将其拘禁在特定场所，剥夺其人身自由。〔4〕可见，羁押必须具备实体条件和程序条件。实体条件是指必须符合逮捕的法定条件。程序条件是指必须具有法定期限。因此，如果犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，据以逮捕的法定条件发生变化，不再符合逮捕条件，就应当认定无继续羁押的必要。所谓“不再符合逮捕条件”是指不再符合刑事诉讼法第七十九条规定逮捕法定条件。根据法律规定，适用逮捕的法定条件分为两种，即一般逮捕条件（刑事诉讼法第七十九条第一款）、特殊逮捕条件（刑事诉讼法第七十九条第二款、第三款）。如果犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，羁押期限届满，案件未办结且未依法办理延迟的，就不应当再羁押，也就无继续羁押的必要。据此，本文将羁押必要性审查的审查标准分为事实标准、刑罚标准和社会危险性标准。同时，对逮捕后的犯罪嫌疑人、被告人，如果符合监视居住条件，可以认为其无继续羁押必要，这是建议变更为监视居住的特殊标准。

 三、羁押必要性审查的审查标准的具体内容

（一）事实标准

事实标准也就是犯罪事实标准，是指犯罪嫌疑人、被告人逮捕后，案件证据发生重大变化，没有证据证明有犯罪事实，或者犯罪行为不是犯罪嫌疑人、被告人所为的，就应当认定无继续羁押必要。具体包括以下两种情形：（1）无犯罪事实。根据现有证据不能证明发生了犯罪事实，或者无证据证明发生了犯罪事实。（2）非犯罪嫌疑人、被告人所为。即现有证据证明犯罪事实不是被逮捕犯罪嫌疑人、被告人所为，或者无证据证明被逮捕犯罪嫌疑人、被告人实施了犯罪事实。事实标准的判断必须要以证据为依据，只要证明犯罪嫌疑人、被告人具有犯罪事实的证据不确实、充分，就应当认定为无犯罪事实或非其所为，即无继续羁押必要，应当释放该犯罪嫌疑人、被告人。

值得讨论的是，如果审查发现只是逮捕犯罪嫌疑人、被告人的罪名错误，不是此罪而是彼罪，是否具有羁押必要？本文认为，羁押必要性审查的事实标准，是从实体上审查是否具有犯罪事实，是罪与非罪的审查，而不是区分此罪与彼罪，如果仅仅是逮捕的罪名错误，只要犯罪嫌疑人、被告人实施了犯罪行为，具有犯罪事实，就不符合羁押必要性审查的事实标准，具有继续羁押必要。

（二）刑罚标准

刑罚标准是指犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，因案件事实或者情节发生变化，根据刑法的规定犯罪嫌疑人、被告人不可能被判处徒刑以上刑罚，即只可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑，以及免于刑事处罚或者无罪的，就应当认定无继续羁押必要。

值得注意的是，如果被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人或被告人违反取保候审、监视居住规定，情节严重被逮捕的，就不再适用以上刑罚标准。因为对可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的犯罪嫌疑人或被告人采取取保候审或监视居住后，因其严重违反取保候审、监视居住规定，被依法决定或批准逮捕的，表明采取取保候审、监视居住不足以防止发生社会危险性，具有继续羁押必要。对该类犯罪嫌疑人、被告人的审查，不再考虑其是否具有刑罚标准。

（三）社会危险性标准

社会危险性标准是指犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，不再具有社会危险的，就应当认定无继续羁押必要。在刑事诉讼法上，社会危险性是指可能实施新的犯罪或其它可能严重妨碍刑事诉讼进行的行为。根据刑事诉讼法的规定，社会危险性包括以下五种：（1）可能实施新的犯罪的；（2）有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的；（3）可能毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串供的；（4）可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的；（5）企图自杀或者逃跑的。有证据证明或者有迹象表明犯罪嫌疑人、被告人可能或已经实施以上行为的，就应当认定其具有社会危险性。反之，则不具有社会危险性，就无继续羁押必要。关于社会危险性的认定，需要注意以下几种情况：

一是重刑犯的社会危险性标准。根据刑事诉讼法的规定，有证据证明有犯罪事实，可能判处十年有期徒刑以上刑罚的，应当逮捕。这里的重刑犯就是指可能判处十年有期徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人。如果重刑犯未被羁押，其实施妨害刑事诉讼的行为，甚至继续犯罪的可能性非常高，法律推定其具有社会危害性。但是，这种推定可以反证，即逮捕后如果有充分的证据能够证明该犯罪嫌疑人、被告人不具有社会危险性，就可以推翻这种推定，应当认定其无继续羁押的必要。但是，必须对不具有社会危险性的证明标准作严格限制，一般应当限定为该犯罪嫌疑人、被告人患有严重疾病或严重残疾，且不具有实施社会危险性行为的能力。

二是再犯罪的社会危险性标准。根据刑事诉讼法的规定，有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚，曾经故意犯罪的，应当逮捕。此类犯罪嫌疑人、被告人曾经故意犯罪，现在又再次实施应当判处徒刑以上刑罚的，表明其屡教不改，主管恶性大，如果不予羁押，其实施妨害刑事诉讼的行为，甚至继续犯罪的可能性非常高，法律推定其当然具有社会危害性。对此类犯罪嫌疑人、被告人应当认定其具有社会危险性。对其是否具有继续羁押必要，应当审查其是否符合事实标准、刑罚标准或者羁押期限标准。

三是身份不明犯的社会危险性标准。根据刑事诉讼法的规定，有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚，身份不明的。身份不明的犯罪嫌疑人、被告人，一旦潜逃，几乎不可能抓获。基于逃避刑事处罚，其逃跑可能性非常大，应当认定其具有社会危险性。对该类犯罪嫌疑人、被告人是否具有继续羁押必要，应当审查其是否符合证据标准、刑罚标准或羁押期限标准。

四是违反取保候审、监视居住规定被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人的社会危险性标准。犯罪嫌疑人、被告人如果违反取保候审、监视居住规定，并且情节严重，被依法决定或批准逮捕的，表明采取取保候审、监视居住不足以防止发生社会危险性，应当具有继续羁押必要。对该类犯罪嫌疑人、被告人的审查，不再考虑其是否符合刑罚标准。如果符合羁押期限标准，则应当认定其无继续羁押必要。

（四）羁押期限标准

羁押期限标准是指羁押犯罪嫌疑人、被告人的实际时间超过了法定的羁押期限，应当认定无继续羁押必要。羁押犯罪嫌疑人、被告人不仅在实体上要符合逮捕的法定条件，在程序上也要符合法定羁押期限。超过法定羁押期限主要有两种情况：一是办案环节的羁押期限届满，案件未办结。我国刑事诉讼法和司法解释对侦查、审查起诉、审判等各环节的羁押期限都作出了严格规定，在某一办案环节的羁押期限届满，包括经依法办理延迟羁押期限后，案件仍未办结，如果继续羁押犯罪嫌疑人、被告人，属于违法羁押，当然无继续羁押必要。二是实际羁押时间将超过依法可能判处的刑期。羁押的目的是为了保障诉讼活动的顺利进行，依法惩处犯罪分子。如果按照刑法规定可能对犯罪嫌疑人、被告人判处的刑期比其实际羁押时间还要短，当然无继续羁押必要。否则，犯罪嫌疑人、被告人的人权将得不到有效保障。由此可见，羁押必要性审查的羁押期限标准在防止和纠正超期羁押具有重要作用。

（五）特殊标准

特殊标准是指在犯罪嫌疑人、被告人逮捕后，在羁押期间仍然符合逮捕条件，但因具有法定情形，符合监视居住条件，可以认定无继续羁押必要，建议办案机关变更为监视居住。因为该标准只适用于建议将强制措施变更为监视居住，所以本文称之为特殊标准。根据刑事诉讼法第七十二条的规定，对符合逮捕条件，有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以监视居住：(1)患有严重疾病、生活不能自理的；(2)怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女；(3)系生活不能自理的人的唯一扶养人；(4)因为案件的特殊情况或者办理案件的需要，采取监视居住措施更为适宜的；(5)羁押期限届满，案件尚未办结，需要采取监视居住措施的。因此，在犯罪嫌疑人、被告人符合逮捕的条件的情况下，具有上述五种情形之一的，可以认定无继续羁押必要，建议办案机关变更为监视居住。

四、审查标准的具体运用

在实践中，关于羁押必要性审查的审查标准的运用主要有单一标准说和双重标准说。单一标准说认为只要符合事实标准、刑罚标准、社会危险性标准和羁押期限标准之一的，就应当认定其无继续羁押必要。双重标准说认为犯罪嫌疑人、被告人逮捕后除了符合事实标准、刑罚标准、社会危险性标准和羁押期限标准之一外，还应当符合取保候审条件，才能认定其无继续羁押必要性。本文认赞成单一标准说，羁押必要性审查要更加注重人权保障，只要犯罪嫌疑人、被告人逮捕后不再符合逮捕条件，就应当认定其无继续羁押必要。并且，法律规定对犯罪嫌疑人、被告人“可以”取保候审、监视居住，而不是“应当”，事实上就存在着对犯罪嫌疑人、被告人既不采取逮捕又不采取取保候审、监视居住强制措施的可能，也存在因无犯罪事实应当释放的情形，当然就不应当采取任何强制措施。因此，单一标准说值得肯定。

本文认为，事实标准、羁押期限标准是羁押必要性审查的绝对标准，只要犯罪嫌疑人、被告人符合事实标准、羁押期限标准之一，就应当认定无继续羁押必要。即：罪嫌疑人、被告人逮捕后，案件证据发生重大变化，没有证据证明有犯罪事实，或者犯罪行为不是犯罪嫌疑人、被告人所为的，就应当认定无继续羁押必要。办案环节的羁押期限届满，案件未办结或者实际羁押时间将超过依法可能判处的刑期的，应当认定无继续羁押必要。

关于社会危险性标准，除了符合变更为监视居住条件（即特殊标准）外，犯罪嫌疑人、被告人符合社会危险性标准的，应当认定为无继续羁押必要。即：犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，羁押期间只要有证据证明其不再具有社会危险，就应当认定无继续羁押必要。

关于刑罚标准，除了因违反取保候审、监视居住规定，情节严重，被逮捕外，犯罪嫌疑人、被告人符合刑罚标准的，应当认定为无继续羁押必要。即根据刑法的规定犯罪嫌疑人、被告人不可能被判处徒刑以上刑罚，只可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑，以及免于刑事处罚或者无罪的，就应当认定无继续羁押必要。

关于特殊标准，只适用于建议办案机关变更为监视居住的情形，即犯罪嫌疑人、被告人逮捕后，在羁押期间仍然符合逮捕条件，具有社会危险性，但具有法定情形，符合监视居住法定条件的，可以认定无继续羁押必要，建议办案机关变更为监视居住。

参考文献：

〔1〕[德]克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》[M]，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第281页。

〔2〕陈瑞华：《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》[M]，中国人民大学出版社2003年版，第161页。

〔3〕陈卫东.2012刑事诉讼法修改条文理解与适用[M].中国法制出版社。

〔4〕陈光中《刑事诉讼法》.高等教育出版社。