

# 附定罪条件逮捕制度论 \*

## ——兼评《人民检察院审查逮捕质量标准（试行）》第4条

冀祥德

**摘要** 附条件逮捕一经问世，即引起一片质疑。在以该制度的正当性基础为中心的争论中，法律界与法学界人士见仁见智，众说纷纭。附条件逮捕的实质是附定罪条件逮捕，应当被定位于审查逮捕案件分流机制下的一项制度；它不是孤立的制度安排，而是系统的制度构建；不是简单的逮捕条件的降低，而是法定逮捕标准的分层次适用；不仅具有控制犯罪的价值，同时还有人权保障的目的；不仅是检察机关进行的一项工作探索，而且是中国司法制度与国际公约和国际刑事司法准则接轨的必然性制度改造。

**关键词** 强制措施 逮捕 附条件 诉讼定位 制度构建

作者冀祥德，中国社会科学院法学研究所研究员。

我国司法实践中近期出现了适用逮捕措施的一种新方式——附条件逮捕。该做法从检察机关二、三年来内部的摸索适用，到近期的专题研讨，学界和实务界对于这一事关公民人身自由的重大问题，见仁见智，反响强烈，司法实践中的执行情况也有较大差异。附条件逮捕是法治的进步还是倒退？有没有法律基础等正当性根据？是单向的追求惩罚犯罪还是兼有人权保障的价值？是羁押率的提高还是降低？围绕上述敏感的问题，人们各执一词，莫衷一是，展开了激烈的争论。面对学术界的质疑态度，一些实务部门似乎“底气”也不够充足，有限

的回应中，理由明显勉强、肤浅和简单，有的甚至认同了个别学者关于该做法“关起门来说很好，敞开门没法说出口”的评价。对于这样一个尚处于探索阶段的制度改造，是将其消灭在萌芽之中，防患于未然；还是继续予以探索与实践，进而规范化、制度化，成为法律人不得不直面的抉择。笔者从一开始即密切关注附条件逮捕的实践状况与发展命运，现从诉讼形态构造和中国法治发展的视角，对附条件逮捕的存废之争略述管见，以求引起学术界和实务界的全面认识与准确把握。

## 一、附条件逮捕诉讼形态定位：附定罪条件逮捕

### （一）附条件逮捕的产生背景

附条件逮捕在司法实务中的实践，源于最高人民法院朱孝清副检察长2005年5月11日在全国

检察机关第二次侦查监督工作会议上的讲话。概括其有关讲话内容及其精神，主要有三层含义：其一，对逮捕的三个条件要全面把握，整体衡量，其

\* 本文初稿完成后，曾于2008年8月30日在中国社会科学院法学研究所与北京市人民检察院、北京市人民检察院第二分院共同举办的“逮捕制度的深化与发展专题研讨会”上作过重点发言。朱孝清副检察长会议上的讲话和会后对本文的指导建议，陈光中教授、樊崇义教授、卞建林教授、汪建成教授、陈卫东教授、顾永忠教授会议上的发言，数次参与苗生明副检察长主持的《北京市人民检察院关于附条件逮捕及其定期审查工作的规定（试行）》的制定讨论以及王敏远教授的个别指教，对本文的完善颇多助益，谨致谢意。

中“有证据证明有犯罪事实”这一条件要以“证据所证明的事实构成犯罪”为原则，以“证据所证明的事实基本构成犯罪”为例外。其二，基本构成犯罪确需逮捕的，现有证据所证明的事实必须基本构成犯罪，即要达到‘八九不离十’的程度；根据现有证据综合分析，案件经过进一步侦查，能够取得定罪所必需的证据；必须符合逮捕的可能处刑条件和社会危险性条件。其三，为了保证这类案件的逮捕质量，在批捕时，要采取两条保障措施：一是要给侦查机关发出补充证据通知书，并跟踪掌握其补证情况；二是对侦查机关经过努力仍然难以取到证明构成犯罪的充足证据的，要及时撤销批捕决定。2006年9月28日最高人民检察院印发由最高人民检察院检察委员会通过的《人民检察院审查逮捕质量标准（试行）》，其中第4条规定：“‘有证据证明有犯罪事实’，一般是指证据所证明的事实已构成犯罪。对于证据有所欠缺但已基本构成犯罪，认为经过进一步侦查能够取到定罪所必需的证据，确有逮捕必要的重大案件的犯罪嫌疑人，经过检察委员会讨论决定可以批准逮捕，并应当采取以下措施：（一）向侦查机关发出补充侦查提纲，列明需要查明的事实和需要补充收集、核实的证据，并及时了解补充取证情况；（二）批准逮捕后三日内报上一级人民检察院备案；（三）侦查机关在侦查羁押期限届满时，仍未能取到定罪所必需的充足证据的，应当及时撤销批准逮捕决定。”

在笔者看来，朱孝清副检察长的讲话以及《人民检察院审查逮捕质量标准（试行）》第4条，是在司法实践中侦查机关和检察机关对刑事诉讼法第60条关于逮捕的条件理解不一致、各地检察机关对逮捕的标准执行不一致、特别是在将逮捕的标准等同于起诉和审判定罪的标准、实践中较普遍地提高了逮捕的法定条件的情况下作出的，其目的一方

面在于统一规范全国逮捕案件的适用标准，另一方面在于加强对“例外”案件的犯罪控制，同时改善检警关系，有效推行检察引导侦查工作的开展。但是，实践中对其理解和执行情况，却存在较大差异。

## （二）附条件逮捕在认识及实践中的差异

准确地说，附条件逮捕并不是一个法律概念，而是一些检察机关在执行《人民检察院审查逮捕质量标准（试行）》第4条过程中总结出来的一个概念，有的也称之为有条件逮捕、相对逮捕。对于其内涵没有一致性认识，实践中的操作情况差别很大。实务部门的认识主要有三种：第一种观点认为，附条件逮捕是“未达到逮捕标准的逮捕”，是认为证明犯罪事实的证据尚未达到批准逮捕标准，但确实具备补充、完善证据的条件及可能，而且侦查机关愿意并已有补充侦查具体计划与方案的，可以先作出批准逮捕的决定，同时要求侦查机关进一步完善证据材料的一种强制措施。也有人认为，附条件逮捕是逮捕的一项辅助措施，是指对于证据有所欠缺但已基本构成犯罪，经过进一步侦查能够取到定罪所必需的证据，确有逮捕必要的重大案件的犯罪嫌疑人，附加一定的条件暂时予以先行批准逮捕，如果在规定的时间内所附加的条件得到了满足，就作出正式批准逮捕的决定，反之，附条件逮捕的决定将被撤销。第二种观点认为，附条件逮捕是检察机关办理侦查机关提请逮捕的案件时，对重大案件的犯罪嫌疑人，证据有所欠缺但已基本构成犯罪，认为经过进一步侦查能够取到定罪所必需的证据，确有逮捕必要的，可以批准（或决定）逮捕，同时给侦查机关发出补充侦查提纲，要求补充列明的证据，侦查机关在规定的期限内，未能获取要求补证的证据时，检察机关及时撤销原逮捕决定。第三种观点将附条件逮捕引申为附条件逮捕

参见2006年10月23日云南省个旧市人民检察院、云南省个旧市公安局联合签发的《关于有条件批捕和绝对不捕、相对不捕、存疑不捕适用条件的规定》第1条，2007年8月29日重庆市渝北区人民检察院、重庆市公安局渝北区分局、重庆市公安局经济技术开发区分局、民航重庆机场公安局联合签发的《附条件逮捕实施办法（试行）》第1条。另据调查，《人民检察院审查逮捕质量标准（试行）》颁布后，某直辖市人民检察院制定了《检察机关办理立案监督案件流程》（试行），该流程第73条规定：“对于涉嫌严重刑事犯罪的犯罪嫌疑人，认为证明犯罪事实的证据尚未达到逮捕标准的，可以附条件逮捕。”参见盛宏文、张玉飞：《有条件逮捕的法理分析及制度设计》，载伦朝平、甄贞主编：《附条件逮捕制度研究》，法律出版社2008年版，第52页。

参见宋智勇、宋尚华：《附条件逮捕制度的正当性分析》，载伦朝平、甄贞主编：《附条件逮捕制度研究》，法律出版社2008年版，第60页。

参见宋毅、余浩：《二分院附条件逮捕案件情况分析》，载伦朝平、甄贞主编：《附条件逮捕制度研究》，法律出版社2008年版，第187页。

定期审查, 认为是指对于证据有所欠缺但已基本构成犯罪, 认为经过进一步侦查能够取到定罪所必需的证据, 确有逮捕必要的重大案件的犯罪嫌疑人, 检察机关在向侦查机关发出补充侦查提纲, 列明需要查明的事实和需要补充收集、核实的证据的情况下, 可以批准逮捕。逮捕后, 检察机关及时报上一级人民检察院备案, 并对侦查机关补充侦查情况和继续羁押的必要性进行定期审查。对于侦查羁押期限届满时, 仍未能取得定罪所必需的充足证据的, 或者经审查后认为没有继续羁押必要的, 应当及时撤销批准逮捕决定。

由于认识上的不同, 实践中附条件逮捕的执行情况不仅有差异, 有的甚至截然相反。持第一种观点的检察机关, 在实践中降低了逮捕的法定条件, 扩大了逮捕的范围, 导致了逮捕措施的滥用, 所以成为学者的诟病。持第二种观点的检察机关, 没有深刻认识到附条件逮捕所附条件系何条件, 又难以准确把握“证据有所欠缺但已基本构成犯罪”和“认为经过进一步侦查能够取到定罪所必需的证据”的适用, 所以面对质疑, “心中无底”。第三种观点将附条件逮捕进一步引申为附条件逮捕定期审查, 实际上突破了《人民检察院审查逮捕质量标准(试行)》第4条的规定, 虽然认识与第二种观点基本相同, 但是其定期审查机制的引入, 无疑使得附条件逮捕趋于理性和诉讼形态化。

### (三) 附条件逮捕的存废之争

附条件逮捕在司法实践中一经适用, 便引来众多的质疑。焦点主要集中在法律根据和人权保障两个方面:

1. 附条件逮捕是否有法律依据之争。有反对者认为, 附条件逮捕之“证据有所欠缺但已基本构成犯罪”, 是检察机关在证明犯罪事实的证据尚未达到法定逮捕标准的情况下所作出的一种逮捕决定。虽然在作出逮捕时, 要求审查批捕机关考虑侦查机关是否具备补充、完善证据的条件和可能, 并

提出补充侦查的具体计划与方案, 但从根本上说它降低了我国刑事诉讼法关于“有证据证明有犯罪事实”逮捕标准, 系违反法律的一种逮捕方式。对此, 支持者的回应是: 附条件逮捕是一种特殊的逮捕方式, 附条件逮捕在适用时, 虽然证据还达不到逮捕之条件, 但加上所附“条件”, 整个逮捕措施的适用依然是符合法律规定的。

2. 附条件逮捕是否侵犯人权之争。反对者的主要理由是: 附条件逮捕是对法治原则的严重破坏, 是检察机关的法外自我授权, 在实质上任意剥夺了公民的人身自由, 是一种变相的侵犯人权。反对者从“侵犯人权”一说又延伸出三种担心: 有罪推定、以捕代侦和导致高羁押率。担心有罪推定者认为, 附条件逮捕是不够法定逮捕条件而逮捕, 是有罪推定观念的产物; 担心以捕代侦者认为, 附条件逮捕使逮捕成为侦查机关破案的工具, 沦为获取犯罪嫌疑人人口供的重要手段; 担心导致高羁押率者认为, 附条件逮捕会导致高羁押率, 违背了现代刑事法治低羁押率、非监禁刑化的发展趋势。对此, 支持者主要有“实践需要说”和“例外说”两种观点: “实践需要说”认为, 附条件逮捕是实践中产生的客观需求, 符合我国现实国情的需要, 尤其适应严打时期的需要, 并非检察机关无根据的独创, 同时实施效果总体是良好的。持此观点的还进一步认为, 人权不应只包括个人的生存、发展、自由等权利, 集体人权也是人权, 是个人人权的基础和保障, 为保障大多数人的集体人权牺牲少数人的个人人权在实践中不乏其数, 也是正当的; “例外说”认为, 法定的逮捕条件之一是“有证据证明有犯罪事实”, 对该条件之理解有多种, 其中“一般原则加例外”的证明标准最能体现其内涵, 符合保护社会与保障人权并重的理念, 检察机关在批准或决定逮捕时, 通常须严格掌握“有证据证明有犯罪事实”的证明标准, 适用附条件逮捕要求的“基本构成犯罪”的证明标准仅是例外情况。

参见苗生明、王伟:《附条件逮捕定期审查制度若干问题研究》, 载伦朝平、甄贞主编:《附条件逮捕制度研究》, 法律出版社2008年版, 第5页。

门美子:《有条件逮捕制度理论及实践若干问题思考》, 载北京市人民检察院、中国社会科学院法学研究所、北京市人民检察院第二分院主编:《逮捕制度的深化与发展专题研讨会论文集》, 2008年8月30日, 第148—151页。陈卫东教授在该会议上的主题发言即持此观点。

同注; 胡乱生、孙春雨:《试论附条件逮捕工作的法制化》, 载伦朝平、甄贞主编:《附条件逮捕制度研究》, 法律出版社2008年版, 第141页。

#### (四) 附条件逮捕的实质是附定罪条件逮捕

纵观对于附条件逮捕的各种看法，否定派似乎言之凿凿，肯定者却底气不足。笔者认为，“加上所附证据条件，逮捕的适用是符合法律规定的”之说，从逻辑上实际承认了附条件逮捕决定的违法性，它所认为的“只要加上附加条件即合法”的说法显然是一种逻辑悖论。因为，附条件后证据的获得是或然的，而非肯定的。虽然在继续侦查后有可能获取相关的证据，但是，这并不意味着在作出附条件逮捕决定时，逮捕条件即已成就；而且，重新审查中虽有可能因附加条件未实现而撤销逮捕决定予以补救，但毕竟已经进行的逮捕羁押已成为事实。“实践需要说”从实践需要角度来说明附条件逮捕制度的必要性，实际上已经将自己的逻辑底线建立在该制度违法的前提之下，只不过是因为实践需要就可以实施。所谓“保护集体人权可以牺牲个人人权”之说，且不论“集体人权”之说是否妥当，仅就集体人权与个人人权的价值取舍即是一个两难的命题。集体人权是一个泛化的概念，无法细细描述和集体衡量；但是个人人权组成集体人权却是肯定的，侵犯个人人权显然必然侵犯到集体人权，既然侵犯到了个人人权，则遑论以保护集体人权牺牲个人人权的正当性，更何况这种说法本身也是认为附条件逮捕制度是违反法律规定的的一个非常手段。相对于上述两个说法，“例外说”似乎有一定道理，因为它强调了附条件逮捕的限制适用性和补充例外性，回应了“侵犯人权说”对侵犯“多数人”人权的担心。但是，“例外说”将其正当性基础建立在“例外就可以侵权”观点之上，显然必受诟病。

## 二、附定罪条件逮捕诉讼构造定位：逮捕案件分流机制的下位制度

从笔者对上述附条件逮捕的内涵界定可以看出，作为附条件逮捕的支持者，笔者的观点与上述肯定派与否定派的观点均有不同，甚至在认识、理念和制度构建上截然相反。笔者是在一种理性的诉讼形态视野之下，将附定罪条件逮捕定位为整个审查逮捕案件分流机制的一种下位制度。因此，对于该制度的构造定位，必须注意如下几个问题：

### (一) 从附条件逮捕做法到附定罪条件逮捕制

笔者认为，无论是肯定者的观点，还是否定者的认识，皆缺乏对附条件逮捕所附条件系何条件这一基本问题的解读。在笔者看来，《人民检察院审查逮捕质量标准（试行）》第4条意旨之下的“附条件逮捕”，所附条件乃附定罪条件，而非附逮捕条件。如果所附条件系逮捕条件，即意味着降低了逮捕的法定条件，不仅没有法律依据，而且是侵犯犯罪嫌疑人人身自由权的违法行为。只有将附条件逮捕所附条件解读为定罪条件，才符合诉讼形态构造对强制措施的需求和中国法治发展的需要。因为，仅从逮捕“有证据证明有犯罪事实”的条件而言，有证据证明犯罪嫌疑人已经构成犯罪的当然可以逮捕，对“证据有所欠缺但已基本构成犯罪”的犯罪嫌疑人也可以逮捕，但是，必须附定罪条件。此方为对附条件逮捕的正确解读。

基于此，笔者认为，附条件逮捕的实质是附定罪条件逮捕。由于“附条件逮捕”名称没有起好，导致理解和做法上出现偏颇。为避免歧义，笔者建议将“附条件逮捕”修改为“附定罪条件逮捕”，并将其内涵界定为：附条件定罪逮捕是指在审查逮捕案件分流机制下，对于有证据证明有犯罪事实，但定罪证据尚未达到确实、充分的特定个罪案件和特殊时期案件的犯罪嫌疑人，确有逮捕必要的，可以附定罪条件予以逮捕。适用附定罪条件逮捕的案件，应当在批准或者决定逮捕的同时，向侦查机关作出补充侦查指导意见，列明定罪需要查明的事实和证据，规定补充侦查的完成期限，及时审查对犯罪嫌疑人羁押的必要性及继续侦查工作情况。侦查机关在规定的期限内，仍未能查明相关事实和取得所需证据的，应当及时撤销批准逮捕决定。

### 度

应该清楚地看到，我国现在只有司法实践中附条件逮捕的做法，但是，还没有形成附条件逮捕制度。在对附条件逮捕的认识与理解上，无论是理论界还是实务界，均存在很大的差异；实践中的做法也比较混乱，有的甚至是在借附条件逮捕之名，行滥用逮捕之实。侦查机关中有人认为，附条件逮捕就是检察机关在逮捕的适用上的“网开一面”，是

对不符合逮捕条件的犯罪嫌疑人予以羁押的“权宜之计”。检察机关人员中有人认为，附条件逮捕就是“附加一定的条件暂时予以先行批准逮捕，如果在规定的时间内所附加的条件得到了满足，就作出正式批准逮捕”；有的检察官还建议，在刑事诉讼法第68条中增加一款，“对于人民检察院认为经过补充侦查能够达到逮捕条件的重大、疑难案件，可以向公安机关提出明确的补充侦查要求后，予以逮捕两个月”，明确地表达了附条件逮捕就是对不够逮捕条件的犯罪嫌疑人予以逮捕的认识。在2008年8月30日，由北京市人民检察院、中国社会科学院法学研究所和北京市人民检察院第二分院联合主办的“逮捕制度的深化与发展专题研讨会”上，来自公安机关和检察机关的部分与会代表，在发言中也明确阐述和介绍了附条件逮捕就是对不合法法定逮捕条件的犯罪嫌疑人附一定条件予以逮捕的认识和做法。

为此，笔者认为，必须澄清对附条件逮捕的认识与定位。进一步说，如果将附条件逮捕定位于“对不合法法定逮捕条件的犯罪嫌疑人附一定条件予以逮捕”，那么，附条件逮捕必须立即叫停。在笔者看来，朱孝清副检察长的讲话以及《人民检察院审查逮捕质量标准（试行）》第4条所述意义上之附条件逮捕，应当统一认识到以下三个方面：第一，附条件逮捕既不是逮捕措施的“网开一面”，也不是“权宜之计”，更不是“正式逮捕的前置或者辅助措施”，而是刑事诉讼法第60条“有证据证明有犯罪事实”逮捕条件的应有内涵和逮捕制度的应有外延；第二，附条件逮捕所附之条件，不是附“逮捕条件”，而是附“定罪条件”；第三，附条件逮捕的犯罪嫌疑人是符合法定逮捕标准的，只不过尚未达到定罪标准。因此，鉴于当下对附条件逮捕认识不一、做法混乱的现实状况，应当对附条件逮捕尽快统一到附定罪条件逮捕的认识上来，通过构建附定罪条件逮捕制度，规范做法。

## （二）附定罪条件逮捕制度的诉讼构造定位

笔者认为，不能就附定罪条件逮捕而论附定罪条件逮捕制度。从刑事诉讼构造的视角看，附定罪

条件逮捕制度不应当是孤立的制度安排，而应当是系统的制度构建。在笔者的设计之中，至少应当有两个制度构造上的改革：

1. 在建立审查逮捕案件分流机制之下构建附条件逮捕制度。这里的审查逮捕案件分流机制，既包括公安机关提请批准逮捕的案件，也包括检察机关自侦部门移送审查逮捕的案件。通过审查逮捕案件分流机制的建立，使得一部分案件在较高的逮捕条件下适用取保候审、监视居住等非监禁措施，一部分案件适用一般的逮捕标准，对于附定罪条件逮捕的案件则适用较低的逮捕标准。如此，通过审查逮捕案件的分流，可以实现对多数案件逮捕标准的从严掌握，只有对少数案件实行附定罪条件逮捕，从而实现从总体上提高非监禁强制措施适用的比例，减少审前羁押人数，降低审前羁押率。否则，如果仅实施附定罪条件逮捕制度，而不考虑审查逮捕案件分流机制的建立，将会导致审前羁押率的上升，其诉讼构造上的该当性是欠缺的，不适当的。

2. 在改革完善强制措施体系之内构建附定罪条件逮捕制度。首先，附定罪条件逮捕制度确立，将会对逮捕制度本身带来较大的变革，不附条件的逮捕将如何适用，是一个随之需要解决的问题。其次，审查逮捕案件分流机制的建立，将会对其它强制措施适用产生必然的影响。以拘留为例，实践中经常出现因为种种原因“借用逮捕”时间的现象。附定罪条件逮捕制度引领下的强制措施体系改革完善后，将直接影响侦查机关对于拘留的适用，既保证了侦查活动的时间，又可将侦查活动置于了检察机关的监督和指导之下。再如取保候审和监视居住，其目前的司法适用是有限的，虽然其间有司法理念、行政管理、监控措施等问题，但尽可能多的适用此非监禁措施以替代逮捕等监禁措施，乃世界各国强制措施适用的总体趋势。附定罪条件逮捕制度的建立，应当会在一定比例上提高取保候审和监视居住的适用。再次，从长远观点看，附定罪条件逮捕制度的建立，是深化我国强制措施制度改革现实举措。但是，应当注意毕其功而不能一役。笔

同注。

胡乱生、孙春雨：《试论附条件逮捕工作的法制化》，载伦朝平、甄贞主编：《附条件逮捕制度研究》，法律出版社2008年版，第136页。

者认为,可以考虑两步走的方案:第一步,对现行强制措施制度种类不作改变,仅在其适用分配上进行完善;第二步,待条件成熟后,规定羁押作为一种强制措施种类下的强制措施制度改革。

3. 在与国际公约和国际刑事司法准则接轨之中构建附定罪条件逮捕制度。我国政府于1998年10月签署了《公民权利与政治权利国际公约》(以下简称《公约》)。该《公约》第9条规定:除非依照法律所确定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由;被逮捕或拘禁的人有被告知对其指控的权利、被迅速带见法官的权利、被暂时释放等待审判的权利、提起诉讼以便法庭能不拖延地决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放的权利、遭受非法逮捕或者拘禁的受害者有获得赔偿的

权利。《公约》第10条规定:所有被剥夺自由的人应受到人道及尊重其固有人格尊严的待遇,包括享有律师帮助的权利以及不受酷刑和非法待遇等权利。目前,我国对该《公约》批准在即,但是,在每年一度的围绕该《公约》的人权对话中,关于逮捕等羁押措施的审查与听证、律师帮助等问题,一直是国外一些组织和个人攻击的焦点。笔者认为,附定罪条件逮捕制度的构建,可以系统建立包括附条件逮捕、不附条件逮捕等羁押性强制措施的司法审查与听证和律师帮助制度,建立必要的羁押司法审查制度和被羁押人权利救济制度,这是中国刑事司法制度与国际公约和国际刑事司法准则接轨的必然要求。

### 三、附定罪条件逮捕证明标准定位:逮捕标准的层次性适用

应该清楚地说明,笔者构建下的附定罪条件逮捕制度不是简单的逮捕条件的降低,而是法定逮捕标准的层次性适用。这种证明标准的层次性在证据法学中有着坚实的理论基础。

#### (一) 逮捕条件不是一个规则,而是一个标准

标准和规则是法的系统中最重要的两个要素。<sup>⑩</sup> 尽管规则怀疑主义已经对有关规则确定性的信念提出了非常具有颠覆性的批判,但应当承认的是,一般而言,规则的适用在确定性方面确实能够给人比标准更大的安全感。比如,要在个案中适用“杀人偿命”这样一条最简单的规则,只需要查明被告人是否实施了杀人行为,然后再进行一个以该规则为大前提,以查明的案件事实为小前提的三段论推理,便可以顺利得出是否应当让被告人偿命的结论。但是,社会生活太过纷繁复杂,法律无法在任何问题上都以这种具有相对确定性的规则加以规范,而不得不设置一些看上去弹性相当大的标准来实现规范的目的。比如,要确定一个因自己的过失行为造成危害后果的人是否构成过失犯罪,首先就

要看在当时情况下,这个人是否应当预见到可能发生危害结果。在这里,法律没有设置具体的规则,而仅仅提供了一个标准,由裁判者根据案件的具体情况来认定是否达到了这一标准。标准的适用要更大地依赖于裁判者自由裁量权,因此其确定性往往为人诟病;但是标准在灵活性上的优势,又可以弥补规则实现实质正义方面的某些先天不足,从而防止法治的形式主义沦落为罔顾情理的“规则拜物教”。

在运用证据认定案件事实的问题上,至少大陆法系国家明显经历了一个由规则的规范向标准的规范转变的过程。法定证据制度在欧洲被废除,取而代之的是自由心证原则,即标准就取代了规则成为在案件事实认定问题上最重要的规范方式。无论是法官的“内心确信”,还是普通法系国家由来已久的“排除合理怀疑”,甚至包括我国所谓的“有证据证明犯罪事实”、“事实清楚,证据确实充分”,都只是一个判断的标准而非确定性规则。法定证据制度的消亡表明,由于个案的具体情况具有复杂性

关于该问题之专论,详情见冀祥德:《未决羁押法律控制》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第13卷,中国政法大学出版社2003年版。

<sup>⑩</sup> 在这个问题上也存在不同的看法,如果对规则采取广义的理解,标准也被认为是规则的一种,即标准性规则,与之相对的是规范性规则。参见张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第54页。但本文为了论述方便起见,对规则采取狭义的理解,仅指那些规范性规则,而将标准视为一种与规则并列的法的要素。

和多样性的特点，在运用证据认定案件事实的问题上，规则这种形式根本无法满足实际的需要，而不得不让位于更具有灵活性的证明标准。我国刑事诉讼法第60条规定的逮捕条件就是一个标准，而不是一个规则。有条件逮捕制度正是在标准与规则的区分意义上，显示出其坚强而正当的生命基础。

## （二）证据标准的确立是利益权衡的结果，具有层次性

利益权衡是法律必须永远面对的一个问题，证明标准恰恰是一种在诉讼中进行利益权衡的重要机制。证明标准从内容上看表现为各种可能性（或者说法律真实性）的程度。法律通过对不同问题设置不同的证明标准，可以解决诉讼中遇到的一系列利益权衡问题。总体而言，证明标准越低，证明的成本就越小，这便意味着该项证明活动所指向的利益也就具有相对更大的优先权；反之，证明标准越高，证明的成本就越大，同时该项证明活动所指向之利益的优先权相对就越小。

以强制措施的适用为例，利益权衡之一：控方的利益在于要对可能发生的危害性行为进行调查，与之相对的则是犯罪嫌疑人作为普通公民应当享有的人身自由等利益，两者权衡之下确定强制措施的适用标准；利益权衡之二：由于强制措施对个人利益造成的损害远远轻于刑罚处罚，所以控方所要达到的证明标准相对于定罪而言要低。可见，法律通过不同的证明标准，在这个问题上对相互冲突的利益做出了新的权衡。控方的证明标准被降低，意味着辩方利益在这里要做出相当程度的让步。而且，由于刑事诉讼中存在的强制措施不止一种，不同种类的强制措施对犯罪嫌疑人利益损害的程度是不同的，因此随着强制措施严厉程度的不同，控方的证明标准也要有相应的变化。所谓强制措施的成比例

原则，如果换算成证据法学上的语言，无非是强制措施与证明标准相适应的原则，即控方能够达到怎样的证明标准就适用何种强制措施。

## （三）附定罪条件逮捕的诉讼证明标准定位

通过上述阐释可以看出，证明标准所承担的权益权衡功能要求它必须是有层次、有体系的。因为在诉讼中需要进行利益权衡的问题多种多样，所以证明标准也不可能单一化。证明标准的层次或体系就表现为法律对所有利益进行权衡之后列出的一个价目表，说得更形象点儿，承担证明责任的一方当事人要想获得相关的利益，就必须按照证明标准确定的价格提供证明。由此可以得出结论：在我国的逮捕条件“价目表”中，存在着高、中、低多种层次的“价目”，只不过是人们不知道也没有找到附条件逮捕这一“低价目”而已。究其原因，是由于缺乏证明标准理论的科学指导。

笔者认为，就审查逮捕的案件而言，不同刑事案件所侵犯的利益显然是不同的，其利益权衡之下，证明标准具有层次性是其该当性解读。笔者正是以此为理论基础，提出了对我国审查逮捕案件的分流机制构想。具体说来，就是在法定逮捕条件下，把审查逮捕案件的证明标准可分三个层次：一是较高逮捕证明标准。主要适用于轻罪案件、未成年人犯罪案件、过失犯罪案件等；二是一般逮捕证明标准，主要针对于一般案件，可以适当继续执行现行司法实践中的逮捕标准；三是较低逮捕证明标准。仅适用于特别个罪案件和特殊时期犯罪案件，即本文所称之附定罪条件逮捕。<sup>①</sup>如此，从证明标准的层次性理论，进一步说，是从逮捕证明标准的层次性理论中，即找寻到了附定罪条件逮捕的证明标准定位。

## 四、附定罪条件逮捕诉讼价值定位：特殊犯罪控制与一般人权保障

逮捕制度的一般价值在于为刑事诉讼提供程序保障和为社会提供制止犯罪和预防犯罪的现实保证。在我看来，附定罪条件逮捕制度除具备逮捕制

度的一般价值外，还有其独立的特殊犯罪控制价值和人权保障价值。

### （一）特殊犯罪控制价值

<sup>①</sup> 囿于文章篇幅所限，笔者在这里只能谈概括性意见。需要特别强调的是，适用附条件逮捕的“两特”案件，应当以列举式详细规定，不能有“口袋性”条款。



一般认为, 犯罪控制, 一方面是指, 基于犯罪条件的揭示, 由国家与社会采取各种措施与方法, 致力于减少、消除犯罪发生的致罪因素;<sup>⑩</sup> 另一方面是指, 对于个体犯罪现象以及社会犯罪现象, 予以限控与遏制的一系列活动。<sup>⑪</sup> 犯罪控制分为积极控制和消极控制, 积极控制主要通过正面引导达到犯罪控制的目的, 消极控制则是通过对犯罪进行负面评价达到犯罪控制的目的。笔者认为, 在消极控制中, 附定罪条件逮捕制度就是对于特定个罪或者特殊时期的犯罪予以控制的重要手段。

1. 特别个罪犯罪控制。当前, 我国刑事犯罪仍处于高发期, 社会治安形势复杂严峻, 尤其是重大恶性刑事案件屡有发生。例如, 2008 年上海杨佳袭警案件, 造成 6 死 4 伤的严重后果; 2006 年陕西邱兴华故意杀人案件, 有着一夜之间残忍杀死 10 人的恶劣情节; 同时, 涉案金额特别巨大或者社会影响恶劣的涉众刑事案件也不断发生。亟需对此类刑事犯罪活动保持高压态势的基础上, 采取有效措施, 强化控制力度。但是, 随着犯罪的智能化与复杂化, 犯罪手段的日新月异与侦查手段、侦查技术不足之间的矛盾仍将持久存在。收集证据的种种困难, 客观上限制了犯罪控制活动的开展。司法实践中, 以定罪标准替代逮捕标准的法律适用, 弱化了对犯罪的控制强度, 影响了检警关系, 也引起了受害方的不满。附定罪条件逮捕制度的建立, 不仅有利于侦查工作的进行, 强化了侦查监督, 改善了检警关系, 而且及时抚慰了被害人及其家属情绪, 对于特别个罪的犯罪控制有着直接的效果。例如, 在 2006 年全国“打黑除恶”专项斗争中, 北京市检察机关针对一批长期作案、多次逃脱法律制裁的黑恶势力犯罪嫌疑人, 适用附条件逮捕, 结合其它诉讼活动的有效进行, 取得了“除恶务尽, 群众满意”的法律效果和社会效果。<sup>⑫</sup>

2. 特殊时期犯罪控制。荀子曰: “势位齐, 而欲恶同, 物不澹则必争, 争则必乱, 乱则穷矣。圣

王恶其乱也, 故制礼义而分之。”<sup>⑬</sup> 我国周代就有“刑乱国用重典”思想。在明朝, “乱世用重典”更成为明太祖的治国理念。朱元璋将此语引申为两个内容, 即重典惩治贪官污吏等某类犯罪人和强化法制建设。卢梭说: “公意永远是公正的, 而且永远以公共利益为依归。”<sup>⑭</sup> 法国刑法学家斯特法尼认为, 民众的愤恨就是惩罚犯罪行为的道德目的, 道德目的是与刑罚的报应性质相联系的, 人们对犯罪的愤恨影响与引导着社会对犯罪所作的反应, 这种愤恨对社会的正义是不可缺少的。长期以来, 社会始终在尽力维护这种健康的愤恨情感。民众怀有的不安全感所引起的集体心里状态的一种典型表现便是要求惩罚作恶者。<sup>⑮</sup> 因此, 法律所追求和体现的公正, 一定程度上来说, 就是特定时期民众认同的价值和道德标准, 如果两者差距拉大, 势必会引起法律与社会的隔阂和冲突。美国“9.11”事件后至今, 对恐怖案件犯罪嫌疑人的侦查控制, 也是例证。强调在特殊时期加强犯罪控制, 并非指称现在系乱国、乱世, 而是意在言明, 在特殊时期, 往往易发生具有重大社会危害性的刑事案件, 而这些犯罪行为又往往会造成极大的社会影响, 所以, 为了维护和稳定社会秩序, 避免社会动荡, 可以采取较之一般时期更严厉的控制措施。以逮捕的社会危险性条件而言, 特殊时期的犯罪, 往往具有更大的社会危害性。本文所指特殊时期主要是指地震等自然灾害发生时期, 举办奥运会等对国家、世界具有重大影响的活动时期以及其它对国家荣誉与安全、国计民生、公共秩序等有着重大影响的活动或者事件举办和发生时期。以我国 2008 年发生的“5.12”四川汶川大地震为例, 在全国上下抗灾的同时, 就发生了以救灾物资为犯罪对象的哄抢、盗窃、诈骗等犯罪活动, 造成了恶劣的社会影响和后果, 必须予以特殊控制。再如, 2008 年北京奥运会活动期间, 发生的北京鼓楼暴力侵害外国人犯罪案件、爆炸袭击新疆地区边防干警案件以及云南公共汽车爆

<sup>⑩</sup> 参见康树华:《犯罪学: 历史 现状 未来》, 群众出版社 1998 年版, 第 191—196 页。

<sup>⑪</sup> 参见张小虎:《犯罪预防与犯罪控制的基本理念》, 载《河南省政法管理干部学院学报》2008 年第 1 期。

<sup>⑫</sup> 参见张新宪:《附条件逮捕制度的建立过程及运行情况》, 载伦朝平、甄贞主编:《附条件逮捕制度研究》, 法律出版社 2008 年版, 第 161 页。

<sup>⑬</sup> 《荀子·王制》。

<sup>⑭</sup> [法] 卢梭:《社会契约论》, 何兆武译, 商务印书馆 2005 年版, 第 35 页。

<sup>⑮</sup> [法] 卡斯东·斯特法尼:《法国刑法总论精义》, 罗结珍译, 中国人民大学出版社 1998 年版, 第 39 页。



炸案件等，其造成的恶劣影响不仅仅及于被害人，而且极大地扰乱了社会秩序，在国际上也造成了不良影响。附定罪条件逮捕制度对于该种特殊时期的犯罪控制，理应担当重任。

## (二) 一般人权保障价值

刑事强制措施是一把双刃剑。现代刑事程序设置的主要目的是为了防止国家公权力的滥用和专横。作为强制措施体系之内的附定罪条件逮捕制度的构建也不例外，所以，人权保障当然应成为附定罪条件逮捕制度构建的价值选择。正如前文所述，附定罪条件逮捕制度控制犯罪的价值，仅限于上述“两特”刑事案件。对于大多数刑事案件而言，将实行更加严格的逮捕条件，并扩大非羁押措施的适用范围和比例。这在整体意义上，无疑是降低了羁押率，控制了逮捕质量，体现了附定罪条件逮捕制度的一般人权保障价值。

1. 总体上降低羁押率。羁押是国家公权力对公民私权利的一种约束，所以，为避免公权力对公民私权利的不正当侵犯，域外法治发达国家一般以保释为原则，谨慎适用羁押措施。减少羁押作为人权保障的一种方式，可以通过减少羁押的范围和减少羁押时间而实现。附定罪条件逮捕制度正是从这两方面实现了这一目标：一是明确了对于不同案件逮捕的证明标准不同，将审查批捕案件按照罪与罚相适应的原则进行分流，这推动了逮捕的另两个条件被批准逮捕者加以重视，缩小了逮捕的适用范围，从而达到了减少羁押的目的；二是根据我国刑事诉讼法规定，逮捕的侦查羁押期限为2个月，在特殊情况下，最长可以延长至7个月。一般说来，

侦查机关往往会根据法律规定用尽侦查羁押期限。在附定罪条件逮捕制度中，所附定罪条件成为羁押是否继续的评判标准，如果在规定的时间内所附条件没有实现，逮捕即被撤销，此相对于羁押个体而言，减少了羁押时间。同时，对于采取拘留措施的，附定罪条件逮捕制度使得侦查机关减轻了心理负担，不至于普遍适用拘留的最长期限37天，也在一定程度上降低了羁押率。

2. 实行逮捕质量控制。逮捕质量取决于批准逮捕和不批准逮捕的正确与否，需要检察机关对逮捕证明标准和案件证据材料进行全面的衡量和把握，实行对逮捕的质量控制。就批准逮捕而言，逮捕质量控制就是要控制错捕、滥捕现象尽可能少地发生。错捕、滥捕是一个多层次的概念，既有实体方面的原因，也有程序方面的问题。就不批准逮捕而言，逮捕质量控制就是要控制漏捕现象尽可能少地出现。特别是对于重大案件的犯罪嫌疑人来说，一旦漏捕，既不利于侦查取证等诉讼活动的顺利进行，又容易放纵犯罪，贻害无穷。附定罪条件逮捕制度对于逮捕质量控制的意义在于：第一，附定罪条件逮捕明确了证明标准，使得审查批捕者对于证据的把握更加有的放矢，从而防止了错捕、漏捕现象的发生；第二，附定罪条件逮捕通过所“附条件”，有效引导侦查活动，使逮捕案件的质量显著提高。以北京市为例，2003年末实施附条件逮捕时，捕后作无罪处理率为2.2%。2006—2007年，北京市检察机关共附条件逮捕938人，作无罪处理的24人，占全部逮捕人数的0.05%。<sup>⑮</sup>

## 五、附定罪条件逮捕制度基本构想

最高人民法院《人民检察院审查逮捕质量标准（试行）》颁布后，与该制度关联的仅有的第4条的规定，既没有界定出一个准确反映内涵、又表明制度外延的概念，同时规定本身又过于模糊和笼统，以致司法实践中出现了理解不一致和执行混乱的状况，加之“附条件逮捕”名称悖于法治，由此招致学术界的批评当在情理之中。我认为，在给予

其“附定罪条件逮捕”诉讼定位后，应当尽快实现从附条件逮捕各行其是的做法，到附定罪条件逮捕制度规范统一的转变，构建出一套切实可行的、适应中国社会现实需要的、符合诉讼规律的附定罪条件逮捕制度。该制度应当既包括逮捕前的案件分流机制，又包括逮捕时的听证机制与侦查指导机制，还包括逮捕后的羁押审查机制和权利救济机制。

<sup>⑮</sup> 同注<sup>⑭</sup>，第162页。

### （一）建立逮捕前案件分流机制

笔者认为，案件分流机制是附定罪条件逮捕制度构建的前提。所谓案件分流，即对于所有的审查逮捕案件，按照罪与罚的关系状况进行分流，使得多数案件适用较高的或者一般的逮捕标准，少数案件即附定罪条件逮捕案件适用较低的逮捕标准。

1. 部分案件适用较高的逮捕标准。对于可能被判处有期徒刑3年以下刑罚的案件，未成年人及在校学生犯罪案件，正在怀孕或者哺乳自己不满1周岁婴儿的妇女及老年人犯罪案件，犯罪嫌疑人患有严重疾病的案件，过失犯罪案件，犯罪预备、犯罪中止案件、防卫过当、紧急避险案件，有自首或者重大立功表现的案件，被害人谅解的案件，共同犯罪中的从犯、胁从犯等，对相关犯罪嫌疑人以非羁押性强制措施为主，原则上不适用逮捕；少数确有逮捕必要的，适用较高的逮捕标准。

2. 附定罪条件逮捕案件实行较低的逮捕标准。实行附定罪条件逮捕案件必须是少数案件，对其适用范围应当采取列举式。笔者称之为“两特案件”，即特别个罪案件和特殊时期案件。其中，特别个罪案件包括：危害国家安全犯罪案件，恐怖犯罪案件，有组织犯罪案件，故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒案件，有重大影响的贪污贿赂、渎职侵权案件，事关公共利益和社会稳定的涉众犯罪案件；特殊时期案件包括：在特定时期以特定人或者物为犯罪对象的案件，在特殊时期造成特别影响或者特别危害的案件，例如在自然灾害时期、战争时期、国家或者地区举行重要活动时期发生的对相关事件有严重影响的犯罪案件。

3. 部分案件适用一般的逮捕标准。除去上述两种情形的其它刑事案件，可以继续适用现行司法实践中的逮捕标准，即定罪证据已经达到确实充分的条件。定罪证据不够确实充分的，应当采取取保候审、监视居住措施或者释放犯罪嫌疑人。

### （二）建立逮捕时听证机制与侦查指导机制

按照《公约》第9条的规定，借鉴法治发达国家的经验，在构建附定罪条件逮捕制度中建立羁押

听证与侦查指导机制，是我国强制措施制度改革和检警关系发展的重要举措。

1. 逮捕听证机制。虽然我国的检察官可以被理解为《公约》第9条第3款规定的法官之外的“其他经法律授权行使司法权力的官员”，但是，长期以来，我国的逮捕制度却一直存在封闭的行政化特点。检察机关无论是否作出逮捕的决定，一向将犯罪嫌疑人及其律师“置之度外”，使得逮捕制度完全失去了诉讼化形态。附定罪条件逮捕制度的构建，即是解决此弊端之契机。首先，对于所有的附定罪条件逮捕案件一律实行逮捕听证制度；其次，逐步实现对所有审查逮捕案件均实行逮捕听证制度。从我国现行诉讼权力配置状况和优化权力配置的实际需要出发，可以建立两种不同情况的逮捕听证制度。

#### （1）公安机关侦查案件的听证制度

在公安机关侦查的刑事案件中，由负责审查逮捕的检察官主持听证，居中裁决，提请逮捕的警察与犯罪嫌疑人聘请的律师形成两造局面，陈述各自的理由，进行举证质证。

#### （2）检察机关自侦案件的听证制度

检察机关自侦案件的逮捕听证中，位于听证主持和裁判地位的应是法官，负责侦查工作的检察官与犯罪嫌疑人聘请的律师形成两造局面，陈述各自理由，进行举证质证。

2. 侦查指导机制。在我国检警关系的改革中，有两种基本观点：一是以检察机关学者孙谦为代表的“主导型”模式，<sup>①</sup>二是法学界陈兴良教授为代表的“指导型”模式。<sup>②</sup>但无论那种模式，皆说明了在我国强化检察机关侦查监督职能的必要性。因为，按照我国刑事诉讼法第66条的规定，对公安机关提请逮捕的案件，检察机关在审查起诉之前对侦查行为的指导，主要在于“参与案件讨论”这一种方式，而对于侦查机关整个侦查过程的指导与监督，渠道十分有限。在检警关系如何全面改革尚存争议的情况下，率先在附定罪条件逮捕案件中引入侦查指导机制，由检察机关对“两特案件”作出逮

<sup>①</sup> 参见孙谦：《检察：理念、制度与改革》，法律出版社2004年版，第188页。

<sup>②</sup> 参见陈兴良：《从法官之上的法官到法官前的法官——刑事法治视野中的检察权》，载李贵连主编：《中外法学文萃——纪念北京大学法学院百年院庆》（上），北京大学出版社2004年版，第713—714页。

捕决定的同时，对侦查机关的侦查活动予以指导，促使侦查机关及时、准确、全面地收集和保全指控犯罪所需的证据，保证侦查活动的依法进行，不仅十分必要，而且切实可行。这也是附定罪条件逮捕制度区别于一般逮捕制度的主要特征。

3. 人民监督员监督机制。前已述及，“附条件逮捕”出现后，不仅学者批评指责，而且社会民众也望“名”生义，产生了检察机关与公安机关联手侵犯犯罪嫌疑人合法权利的猜疑。而2003年9月2日，最高人民检察院制定颁布《关于实行人民监督员制度的规定》（试行）后，人民监督员制度开始试行，其中第13条规定了人民监督员对人民检察院查办的职务犯罪案件中的犯罪嫌疑人不服逮捕决定的，可以实施监督。经过5年来的不断探索实践，人民监督员监督机制取得了良好的社会效果和法律效果。因此，在构建附定罪条件逮捕制度之时，应当考虑引入该机制，一方面，可以推进“检务公开”，消除社会民众对于附定罪条件逮捕制度的疑虑；另一方面，又为附定罪条件逮捕制度的实施上了一把“监督之锁”，防止该制度的滥用。人民监督员监督机制可以参照职务犯罪案件中犯罪嫌疑人不服逮捕决定的监督办法，结合逮捕听证制度一并施行。

4. 辩护权保障机制。对犯罪嫌疑人权利的侵犯主要存在于审判前程序；审判前程序中，以羁押性措施的适用为主；而羁押性措施适用中，又以辩护权的保障缺失最为显著。辩护权不仅包括自我辩护权和有权通过律师行使辩护权，同时还包括自我辩护之前的知情权和获得律师帮助权。我国的逮捕等羁押性措施皆是在犯罪嫌疑人不知情的情况下作出的，现行刑事诉讼法中也没有律师辩护权的规定。此一方面表现为犯罪嫌疑人自身被羁押的知情权与辩护权的缺失，另一方面表现为律师辩护权的缺失。但是，按照《公民权利和政治权利国际公约》第9条规定，对于被逮捕和被羁押的人必须告知逮捕、羁押的理由以及不利于他的任何控告。联合国《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第32条规定：被羁押者随时都可以提起对拘禁的异议程序，还应允许律师或其家庭成员代表被拘禁者启动这一程序。由此可见，不仅在一般逮捕制度中，应当建立犯罪嫌疑人辩护权保障机制，在

附定罪条件逮捕中，犯罪嫌疑人是否构成犯罪尚处于或然状态，建立辩护权保障机制则更为重要。

### （三）建立逮捕后羁押审查机制与权利救济机制

羁押审查机制与被羁押人权利救济机制，不仅是《公约》以及联合国有关文件的规定，也是法治发达国家羁押制度的有机组成部分。在我国的逮捕制度中，羁押是逮捕的当然状态，既未建立羁押的审查机制，被羁押人的权利救济机制也不规范。为此，笔者认为，随着附定罪条件逮捕制度的建立，宜同时建构逮捕后的羁押审查机制与被羁押人权利救济机制，并既适用于附定罪条件逮捕制度，又适用于一般逮捕制度。

1. 羁押审查机制。羁押审查机制应当包括定期审查和不定期审查两种机制。

#### （1）定期审查机制

笔者建议，在一般侦查羁押期限为2个月的情况下，定期审查应当在作出逮捕决定后第一个月届满前10日和侦查羁押期限届满前10日分两次进行。审查主体应当是由原作出逮捕决定的检察机关。审查方式以听证会议的形式进行。审查内容包括：犯罪嫌疑人继续羁押的必要性；犯罪嫌疑人被逮捕后继续侦查取证情况；继续侦查行为的合法性；案件全面证据情况，包括控诉证据和辩护证据。对于第一次审查，如果认为已无羁押必要的，应当变更强制措施；如果认为逮捕错误的，应当作出撤销逮捕的决定并立即释放犯罪嫌疑人；如果需要羁押并侦查的，可以继续指导侦查取证等活动。对于第二次审查，如果所附条件仍未成就，则应当作出撤销逮捕的决定，变更非羁押性强制措施或者立即释放犯罪嫌疑人；如果达到了所附定罪条件，则应当建议移送审查起诉。

#### （2）不定期审查机制

不定期审查机制包括检察机关自查和犯罪嫌疑人及其辩护人申请审查两种。自查应当成为是检察机关审查批捕部门的一项日常工作，自查的内容及审查后的处理与定期审查规定相同。同时，被逮捕的犯罪嫌疑人及其聘请的律师、亲属，也可以提出羁押审查的申请。检察机关应当及时予以审查，作出答复；必要时，检察机关可以召开听证会议，听取双方的意见，审查提供的证据和是否需要继续羁

押的理由。

2. 权利救济机制。由于犯罪嫌疑人尚处于未得到法院最后判决确认有罪状态，因此在本质上仍属于法律上无罪的人。而逮捕无疑是对其人身自由的剥夺，是以牺牲公民个体利益为代价，换取对社会集体利益的保护。因此，各国都在法律制度上为被羁押人提供了有效的救济手段，使其对个人权利可能造成的损害降到最低。英美国家的保释制度和人身保护令制度，大陆法国家的司法复审制度均属此列。我国附定罪条件逮捕制度建立的同时，应当建立被羁押人的权利救济机制。

#### (1) 不服逮捕决定的申诉机制

无论是适用一般逮捕的犯罪嫌疑人，还是被附定罪条件逮捕的犯罪嫌疑人，对逮捕决定有异议的，其本人、律师以及亲属均有权向中立的司法机关进行申诉，受理的司法机关应当予以审查并作出书面决定；必要时，应当组织听证。对检察机关作出的逮捕决定不服的，犯罪嫌疑人及其律师或者亲属有权向作出逮捕决定的同级人民法院或者上一级人民检察院提起申诉；对法院作出的逮捕决定不服的，可以向上一级人民法院提起申诉。

#### (2) 撤销逮捕后的国家赔偿机制

虽然《公约》中赋予了被错误羁押人赔偿权利救济，规定“任何受到非法逮捕与羁押的受害人享有获得赔偿的权利”，但是，对于被撤销逮捕的犯罪嫌疑人是否享有要求国家赔偿的权利，我国现行国家赔偿法没有明确规定。因此，在构建附定罪条件逮捕制度的同时，应当对现行国家赔偿法进行修改，扩大国家赔偿的适用范围，规定以国家对错误

羁押赔偿为普遍，以适用国家免责条款、对被错误羁押人不赔偿为例外的原则；应当提高国家赔偿的数额，尽可能地对被错误羁押人所受到的损害降到最低；应当设立国家赔偿专项基金，简化被错误羁押人的求偿程序，使其在最短的时间内得以补偿。但是，需要注意的是，被撤销逮捕的犯罪嫌疑人，若在侦查机关移送审查起诉后，法院判决其罪名成立，即不存在国家赔偿问题。

综上所述，笔者所构建的附定罪条件逮捕制度，既不同于一些检察实务部门正在实践及某些学者理解的“未达到逮捕标准的附条件逮捕”，也不同于认为定罪“八九不离十”、附加一定的条件暂时予以先行批准逮捕、如果在规定的时间内所附加的条件得到了满足、就作出正式批准逮捕的有条件逮捕，也不同于仅附案件定期审查制度的附条件逮捕，而是建立在对提请或者移送批准逮捕案件作分流处理的前提下，以证明标准的层次性理论为正当性基础，以附定罪条件为实质，以特殊犯罪控制与一般人权保障为诉讼价值追求，以国际公约与国际刑事司法准则为设计坐标，立足中国刑事司法现状，对我国强制措施制度予以诉讼化改造的一种“牵一发而动全身”的制度构想，是深入贯彻落实“深化司法体制改革，优化司法权配置，规范司法行为，建立公正高效权威的司法制度”的应有举措。可以预见，附定罪条件逮捕制度的构建，将会有力推动我国刑事诉讼法再修改和刑事司法制度改革的进程。

(责任编辑：刘计划)

## ABSTRACTS

Research on the Basic Theories Relating to Judicial Appraise

WANG Jiancheng · 1 ·

Judicial appraisal refers to an action that the expert who has special knowledge or skill in certain field and is appointed by judicial authorities or entrusted by parties gives his opinion about the special fact in case during legal action. It has three main characteristics of legal, science and subject. Judicial appraisal is based on following aspects: the limitation of understanding level of human being is its foundation of theory of knowledge, the conflict and balance of variety values is its foundation of theory of value, social division of labor is its social science foundation, and the development of technical is its natural science foundation. Judicial appraisal has double values both of instrument and procedure, the former is to find truth, while the later is to carry out justice and efficiency. Judicial appraisal also has two function, the one is to extend knowledge level of judge and another is to increase prove force of other evidences. Judicial appraisal consists of three elements. They are expert witness, expert testimony, and its procedure, therefore the system of judicial appraisal must be established around these aspects.

**Keywords** Judicial Appraise; Theoretical Foundation; Value; Function; Structure

Wang Jiancheng, Professor of Beijing University Law School.

The System of Arrestment Attached by Convicted Conditions: Comments on "People's Procuratorate for the Quality Standard of Reviewing arrestment" Article 4

JI Xiangde · 28 ·

The system of conditional arrestment arose many queries once it came out. In the debate which centers on justness foundation of this system, the legal profession and law academics expressed all kinds of ideas. In my opinion, conditional arrestment, essentially, is attached by convicted conditions. It should be defined as a system under the triage mechanism of reviewing arrest system. It is not an isolated institutional arrangements, but is a systematic system construction; not simply lowers the arrestment conditions, but applies the arrestment statutory standards at different levels. This system not only has the value of controlling crimes, but also intend to protect human rights; not only is an exploration of Procuratorial Institutions, but also a necessary institution construction as to Chinese judicial system getting integration with the international criminal judicial codes.

**Keywords** Compulsory Measures; Arrestment; Conditioned; The Status in Litigation; System Construction

Ji Xiangde, Researcher of Institute of Law at Chinese Academy of Social Sciences.

The Litigation Status of the Third Party Without Independent Claim

LONG Yifei, YANG Jianwen · 40 ·

The third party without independent claim is the litigation party. However, on such an institution, there is natural conflict in Chinese Civil Procedure Law, which has lead to many confusing questions. The litigation party status of the third party without independent claim should be definite. The appropriate way for the third party without independent claim to enter litigation is the application by the litigation parties, while the way of append or notice by courts runs beyond the passive nature of the justice which should be abolished.

**Keywords** Litigation Status; Litigation Party; The Third Party Without Independent Claim

Long Yifei, Ph.D., Professor of Renmin University of China Law School; Yang Jianwen, Ph.D.