

# 构建羁押实质审查机制破解“久押不决”

刘艳红

少捕慎诉慎押作为我国新的刑事司法政策，要求检察机关要慎用限制人身自由的羁押措施，“可押可不押的不押”。为避免“一押到底”“久押不决”等问题反弹，必须建章立制，从规范层面构建以羁押—刑罚相当性为核心的羁押实质审查机制，对羁押与刑罚或者犯罪行为本身是否具有相当性进行实质审查。

## 相当性因素是羁押必要性审查的关键

决定对犯罪嫌疑人、被告人羁押需要依据《刑事诉讼法》第 95 条的规定进行审查，即“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”。结合 2016 年 1 月最高人民检察院印发的《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》（以下简称《羁押必要性审查规定》）第 15 条至第 18 条的规定，评估犯罪嫌疑人、被告人有无羁押的必要性，需要根据犯罪嫌疑人、被告人涉嫌犯罪事实、主观恶性、悔罪表现、身体状况、案件进展情况、可能判处的刑罚和有无再危害社会的危险等因素予以综合评估。这就意味着虽然社会危险性也是羁押与否的审查内容，但与逮捕审查比较而言，以犯罪事实、主观恶性、悔罪表现、身体状况等个案情况为主要内容的相当性因素才是羁押必要性审查的关键。然而，司法实务中的羁押性审查往往过于聚焦对社会危险性的考察而忽视羁押与可能判处刑罚之间的相当性审查。同时，受制于社会危险性的审查虚无化影响，“以羁押为原则，不羁押为例外”成为司法实务的主流。

## 应确立以相当性为核心的审查机制

要转变“以羁押为原则，不羁押为例外”的现状，检察机关决定羁押与否的审查重点应由社会危险性向相当性转移，确立以相当性为核心、以社会危险性为辅助的审查机制。基于对《羁押必要性审查规定》的规范性分析可以发

- 虽然社会危险性是羁押与否的审查内容，但与逮捕审查比较而言，以犯罪事实、主观恶性、悔罪表现、身体状况等个案情况为主要内容的相当性因素才是羁押必要性审查的关键。
- 要转变“以羁押为原则，不羁押为例外”的现状，检察机关决定羁押与否的审查重点应由社会危险性向相当性转移，确立以相当性为核心、以社会危险性为辅助的审查机制。
- 尽管《羁押必要性审查规定》已经为羁押相当性的判断提供了一个较为明确的标准，但部分表述存在一定程度的模糊性。因此，如何准确界定所可能处以的刑罚就成为判断羁押是否具有相当性的关键所在。面对上述问题，应以实质解释论展开对羁押相当性的审查。

现，检察机关提出释放或者变更强制措施的建议整体上分为强弱不同的两个层面，即“应当向办案机关提出释放或者变更强制措施的建议”和“可以向办案机关提出释放或者变更强制措施的建议”两种方式。

在“应当”层面，《羁押必要性审查规定》第 17 条对犯罪嫌疑人、被告人适用释放和变更强制措施所规定的法定条件，要么是有证据表明犯罪事实并非犯罪嫌疑人、被告人所为，要么是犯罪嫌疑人、被告人可能被判处拘役、管制、独立适用附加刑、免于刑事处罚或者判决无罪，要么是继续羁押犯罪嫌疑人、被告人，羁押期限将超过依法可能判处的刑期，要么是案件事实基本查清，证据已经收集固定，符合取保候审或者监视居住的条件。在上述四种情形中，不论是有无犯罪事实还是可能判处拘役、管制等情形，事实上都与犯罪事实所可能判处的刑罚有关，即适用羁押或者继续适用羁押措施与可能判处的刑罚之间不成比例，因此必须提出释放或者变更强制措施的建议。

在“可以”层面，《羁押必要性审查规定》第 18 条对犯罪嫌疑人、被告人适用释放和变更强制措施所规定的法定条件主要集中在预备犯、从犯、初犯、未成年人、患有严重疾病、怀孕等因素上，所列举的十二种因素虽然也有基于人道主义关怀而展开的，但整体上不论是预备犯、从犯、初犯还是主观恶性、正当防卫、紧急避险，事实上均在表明采取限制人身自由的羁押措施与犯

罪嫌疑人、被告人可能判处的刑罚之间可能不成比例，即羁押与可能判处的刑罚之间不具有相当性。“应当”与“可以”层面的规定表明，检察机关针对羁押与否的审查首先需要基于羁押的相当性展开，判断采用羁押或者继续羁押与可能判处的刑罚之间是否具有相当性，对于不具有相当性的，及时释放犯罪嫌疑人、被告人或者变更羁押措施。在此之后，对于具备相当性者，再转而判断社会危险性，通过对社会危险性的实质审查决定是否予以羁押。

## 以实质解释论实现对相当性的实质判断

尽管《羁押必要性审查规定》已经为羁押相当性的判断提供了一个较为明确的标准，但诸如“可能被判处拘役……”“……将超过依法可能判处的刑期”“其他不需要继续羁押……的情形”等表述都存在一定程度的模糊性。因此，如何准确界定所可能处以的刑罚就成为判断羁押是否具有相当性的关键所在。面对上述问题，应以实质解释论展开对羁押相当性的审查。实质解释论的根据乃是罪刑法定原则的实质侧面——刑罚法规的适当性，即刑罚法规规定的犯罪和刑罚都应是适当的。在此基础上，实质解释论事实上就是以罪刑法定原则为内容展开的，具体包括如下三个方面。

一是必须禁止处罚不当的行为。行为必须具有法益侵害性，对于没有法益

侵害性的行为，并不需要刑法予以规制，因而也就不存在刑罚处罚。

二是刑罚的严厉程度必须与法益侵害性大小相适应。对于应当刑罚处罚的行为，必须以刑法规定的法定刑作为解释的基点，进而实现“罚当其罪”“罪当其罚”。

三是刑罚法规必须明确，那些模糊不清、规定不明的刑罚规定不具有法律效力。据此，羁押相当性中关于可能判处刑罚的判断就需要结合刑法中罪刑法定原则予以实质解释。具体而言，在判断所可能处以何种刑罚之时，首先需要判定行为本身是否具有可罚性，即是否对法益具有侵害性，在没有侵害性的前提下，应当认为行为不具有可罚性，因而也就符合《羁押必要性审查规定》第 17 条规定的“案件事实……发生变化，犯罪嫌疑人、被告人可能……被判决无罪”的情形。其次，在具有法益侵害性的前提下，需要结合行为的社会危害性大小判断处以何种严厉程度的刑罚，即以相关规定的最低法定刑为基准，结合犯罪情节界定是否可能判处拘役、管制、独立适用附加刑等。最后，对于那些部分行为是否构成犯罪存有模糊，而在现有的法律规范又尚未明确规定的情况下，应认定不具有处罚合法性，羁押措施也就因此不具有适用的空间。

总之，羁押必要性实质审查需要以羁押—刑罚相当性为核心展开，在确认羁押与所可能处以的刑罚之间具有相当性的基础上，再辅之以社会危险性的综合性考量。在相当性的认定上，则需要以罪刑法定原则为内容进行具体判断。唯有如此，才能贯彻落实“以不羁押为原则，以羁押为例外”的慎押刑事司法政策。

（作者系中国政法大学刑事司法学院院长、教授、博导，教育部“长江学者奖励计划”特聘教授，第七届全国十大杰出青年法学家，享受国务院特殊津贴专家，中国刑法学研究会常务理事。）



## 最新国际法律动态>>>

### 德国修订《消费者权益保护法》

10 月 12 日，德国修订了《消费者权益保护法》，将欧盟第 2020/1828 号关于消费者集体利益代表人诉讼的指令转化为德国法，以加强消费者权益保护。法案的主要内容包

括：一是规定补救措施诉讼。法案规定了补救措施诉讼这一新型代表人诉讼，该诉讼是指，消费者协会或其他适格原告有权就产品缺陷或非法价格条款等纠纷，直接代表消费者起诉经营者，请求经营者赔偿或履行其他法

律义务。

当不少于 50 名消费者的权利主张可能受到诉讼影响时，法院才会受理代表人诉讼。若干适格原告可以联合起诉。消费者无需亲自参与诉讼程序，但可享受诉讼利益。

二是规定资金来源披露义务。如果作为代表人诉讼的原告，应当向法院披露其资金是否受第三方资助，以及第三方是否参与诉讼。如果原告的诉讼资金来源于第三方资助，法院有权拒绝受理案件。同时，第三方在诉讼中的获赔金额不得高于被告支付赔偿金的 10%。

（德语编译：唐何依）

### 秘鲁严厉打击盗窃电子设备犯罪

10 月 18 日，秘鲁国会颁布了第 1578 号法令，加强对电子设备盗窃犯罪以及上下游犯罪的打击。法令的主要内容包括：

一是补充盗窃罪规定。将盗窃手机、计算机或其他移动终端设备规定为盗窃罪加重处罚情节，行为人可被处以 12 至 20 年有期徒刑。如果使用爆炸物、机动车辆实施上述犯罪，行为人可被处以 20 至 30 年有期徒刑。

二是补充电子设备相关犯罪规定。非法销售、购买已经激活的手机用户身

份模块（SIM 卡），行为人被处以 1 至 4 年有期徒刑。非法进口、销售能够篡改、更换或复制国际移动设备识别码（IMEI）、网络设备物理地址标识码（MAC）以及用户身份模块的设备，行为人可被处以 4 至 6 年有期徒刑。行为人基于帮助犯罪的目的，代理购买或持有用户身份模块，可被处以 3 至 6 年有期徒刑。（西班牙语编译：简海文）

上海法治报理论学术部  
上海外国语大学法学院

合作主办