



司法改革背景下 逮捕的若干问题研究

□ 孙谦(最高人民法院副检察长)

近年来,检察机关依法行使审查逮捕职能,坚持少捕慎捕原则,全国普通刑事案件批捕率逐年下降,从2005年的91%下降至2016年的77.6%,审前羁押率从2005年的90%下降到2016年的59%左右,2012年修改刑事诉讼法后增加了关于审查逮捕讯问犯罪嫌疑人、听取辩护律师意见、询问证人等规定,增强了逮捕程序诉讼化程度,这是我国刑事诉讼法治建设和人权保障的重要成就,也是我国刑事诉讼民主、文明、进步的重要标志。

随着我国经济社会发展呈现新的阶段性特征,逮捕这一强制措施适用面临着一系列新挑战。一是“以审判为中心的刑事诉讼制度改革”,全面提升了适用逮捕的证据要求;二是司法责任的落实,给适用逮捕的方式提出了新的挑战;三是网络信息时代,重大、敏感案件适用逮捕的舆情挑战;四是刑事犯罪形态的新变化,增加了逮捕司法决断的难度。因此,对逮捕的宪法规范和刑事诉讼规范进行科学地阐释是十分必要的。

关于逮捕的定位与理念更新

第一,逮捕的定位。一是逮捕的价值定位:控制犯罪与保障人权平衡。一方面要实现追诉犯罪效果的最大化,用足用尽羁押手段是最便捷的选择。另一方面要充分保障人权,强制措施适用应以不羁押、少羁押为原则;二是逮捕的制度定位:法律监督之下的司法审查。审查逮捕权作为一项检察机关的职权,既是由法律监督职能派生的,也是法律监督的具体方式和途径;三是逮捕的角色定位:客观中立。逮捕是否客观中立,关键在于权力归属,而在于程序审查。

第二,逮捕的理念更新。徒法不足以自行,司法理念是影响司法品质的最关键因素。只有更新理念,才能发挥逮捕制度应有的作用。在司法改革背景下,审查逮捕的理念应做到“三个转变”,首先,从注重打击犯罪向重视保障人权转变;其次,从书面审查为主

向司法化审查转变;最后,从构罪即捕向比例原则转变。

关于社会危险性与逮捕和羁押的条件

第一,逮捕条件的逻辑关系。《刑事诉讼法》第79条规定的逮捕条件一般被概括为证据条件、刑罚条件和社会危险性条件。逮捕三条件之间存在内在逻辑关系,三者是不同的。证据条件是前提,刑罚条件是基础,社会危险性条件是核心条件。在审查逮捕时,在具备证据条件和刑罚条件的前提下,捕与不捕由社会危险性条件来决定。

第二,贯彻“以社会危险性条件为核心”的方法。坚持以社会危险性为核心,把人权保障、少捕慎捕理念落到实处。首先,坚持以证据为核心。对于刑事诉讼中事实的认定,应依据有关的证据作出,无证据,不得认定事实。同样,社会危险性条件的证明也必须落实到证据上。其次,对社会危险性条件的细化。《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》和《关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定(试行)》对于侦查机关如何收集社会危险性证据,如何认定社会危险性条件都发挥了重要的指引作用。最后,注意运用逻辑法则和经验法则。社会危险性具有未然可能性,具体客观性、动态性和法定性几个特点,判断认定社会危险性时需要运用逻辑法则和经验法则。

第三,羁押审查的一体化。社会危险性条件不仅是逮捕的核心条件,也应当是所有羁押审查的核心条件,应当构建起羁押审查的一体化机制,分别为理念的一体化、条件的一体化、方式的一体化。

关于逮捕的深层次证明标准

逮捕的证明标准应当是双层次的,第一

层次是对逮捕犯罪事实的证明标准,第二层次是对社会危险性的证明标准。将逮捕证明标准进行分层,对于事关重大人身权益的证明采用严格的证明方式,在证据标准、证据种类、查证属实等方面均体现严格性,有利于严防冤假错案,保障嫌疑人的权利。同时,对于程序性事实采取自由证明方式,区分对象、区别对待,有利于保障社会危险性证明在逮捕证明中的核心地位,降低诉讼成本,提高诉讼效率。

学界对于社会危险性条件的证据应采取何种证明标准存在差异,有主张优势证据、合理根据证明标准、高度盖然性等几种证明标准。确立优势证据的证明标准为宜。一是充分考虑社会危险性具有难以证明的特点;二是充分考虑人权保障与惩罚犯罪的平衡;三是充分考虑对司法效率的合理追求。

关于审查逮捕程序的诉讼化转型

一直以来,关于我国审查逮捕程序存在诸多批评声音,包括逮捕行政化审批、司法属性不明显、信息来源单向、无法兼听则明以及缺少司法救济途径等等。从我国司法实际出发,检察官作为审查逮捕主体具有理论合理性和现实必要性,是中国特色司法制度的必然要求,是我国检察制度监督优势的具体体现。逮捕诉讼化转型正是进一步保障检察官正确行使审查逮捕职能的重要途径。

我国审查逮捕权归属的传统。新中国成立后,我国借鉴了前苏联的检察监督体制,通过1954年宪法和逮捕拘留条例明确了审查逮捕权由检察机关行使。最高人民检察院确定了由侦查监督部门负责刑事案件审查批捕工作,并建立了一整套审查逮捕程序。

诉讼角色决定适格主体的正当性。逮捕关系公民人身自由这一宪法性权利,应当由司法官经过司法审查方式作出决定。在我国,检察机关属于司法机关是中国特色法律制度的鲜明特点。审查逮捕既是法律监督的方式,也是司法权属性的体现,侦查机关向检察机关提请批准逮捕,实质上是接受检察机关监督的重要方式。由于我国是检警、检审分立,由检察机关行使审查逮捕权,既能实现对侦查权的有效控制,又能实现审判权对批捕权的有效控制,形成侦查权、检察权、



审判权互相制约的格局。

检察机关行使审查逮捕职能的有效性。检察机关经过多年的实践,已经积累了丰富的经验,在保障刑事诉讼顺利进行的前提下,尽可能减少羁押,人权保障不断加强,批捕率逐年下降。从检察机关内部设置来看,审查批捕部门与审查起诉部门分立,也在检察机关内部形成了对批捕权的有效制约。

在诉讼化构建的问题上,程序的设计是至关重要的。由于我国司法体制和检察职能的特殊性,探索逮捕诉讼化需要不断加强实践创新。

一是进一步扩大审查案件范围。对于某些罪与非罪存在重大争议的案件,存在重大非法取证嫌疑的案件,在充分听取侦查机关意见基础上,可以就证据问题开展诉讼化审查;二是突出对社会危险性条件的审查。逮捕诉讼化的审查重点也在于社会危险性条件,从而进一步降低审前羁押率;三是加强对证据合法性的诉讼化审查。强化对证据的精细化审查,既要重视审查证据内容的真实性,也要重视审查证据来源的合法性;四是合理设置审查程序。诉讼化审查程序要在流程设计、参与人员、参与地点等方面予以明确;五是转变审查逮捕具体形式。随着审查逮捕逐步由行政审批向司法审查转变,具体形式也需要相应转变;六是完善法律援助制度。应当完善审查逮捕阶段法律援助机制,建立稳定、便捷的法律援助程序;七是健全司法救济措施。从司法实际出发,建立健全犯罪嫌疑人权利救济机制。

(原文刊发于《中国法学》2017年第3期)

【裁判规则】

房屋消费者 物权期待权在 执行异议之诉中的保护

□ 汤莉婷

【裁判要旨】

在执行程序中,基于对消费者生存权的维护,赋予消费者对买卖合同标的物排除另案强制执行效力的物权期待权。

在执行程序中,基于对消费者生存权的维护,赋予消费者对买卖合同标的物排除另案强制执行效力。具体应适用《最高人民法院关于人民

【相关法条】

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条规定:金钱债权执行中,买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议,符合下列情形且其权利能够排除执行的,人民法院应予支持:(一)在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同;(二)在人民法院查封之前已合法占有该不动产;(三)已支付全部价款,或者已按照合同约定支付部分价款且剩余价款按照人民法院的要求交付执行;

【案情概况】

2009年12月1日,史雪莹与房地产商明丰公司签订了《“澳池泊屋”房产认购协议》,约定史雪莹向明丰公司认购“澳池泊屋”4栋1单元0501号房产一套,面积142.03平方米,单价每平方米5600元,总价795368元。协议同时还约定了双方的其他权利义务。2010年5月15日,明丰公司向史雪莹出具收款发票,载明收到史雪莹支付的购房款795368元。2013年11月5日,明丰公司因与华融资产云南分公司金融不良债权纠纷一案,经云南省高级人民法院作出生效判决一份,依据该判决,华融资产云南分公司向法院申请强制执行,而后法院作出执行裁定书,

查封、扣押、冻结了被执行人明丰公司名下的财产,其中即包含本案史雪莹认购的房产。据此,史雪莹以其对执行标的享有合法权益为由提出书面异议,经执行法院驳回其异议请求后,史雪莹依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百零五条之规定,以华融资产云南分公司、明丰公司作为被告提起本案案外人执行异议之诉,经法院判决认定,史雪莹享有案涉房屋的物权期待权,在另案执行中不得执行涉案房产。

【规则解析】

案外人执行异议之诉(《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》)中明确规定的执行异议之诉的一种类型,是指案外人以其对执行标的物享有足以排除执行的权利,向执行法院提起申请申请执行人(有时可包括被执行人)的诉讼,旨在阻止对执行标的物的强制执行,以维护自身合法权益。本案史雪莹提起的诉讼,即属于此种情形。史雪莹作为华融资产云南分公司与明丰公司执行案的外人,认为查封的房产系其已向明丰公司所购,已签订合同、交纳全款,仅因明丰公司原因未办理物权登记手续,其已享有案涉房产的物权期待权。按照《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条规定,其已完全符合相关条件,可以排除另案执行。而华融资产云南分公司认为,本案情形应适用上述规定第二十八条,史雪莹并不满足该条款规定条件,不应排除另案执行。第二十八条适用的前提是“买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议”;第二十九条适用的前提是“买受人对登记在被执行人房地产开发企业名下的商品房提出异议”,并且从她走进邮局到签字拿取包裹再到离开邮局,都有警方提取的监控录像。警察证人在接受交叉询问时,对亲自参与的上述取证过程做了详细的说明。

书面买卖合同”是认定的难点。本案的认购协议并非规范文本的商品房销售合同,亦未办理销售合同备案、网签或者预登记手续,但依据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》及《商品房销售管理办法》的相关规定,本案认购协议明确了当事人名称、商品房基本状况、位置、房号、价款、交付方式,且史雪莹已依约交付全额款项。本案认购协议已经具备商品房买卖合同基本要素,应予以认定为合法有效的书面买卖合同。此外,史雪莹的诉请亦符合第二十九条第二、(三)项规定条件,故史雪莹对案涉房屋享有物权期待权;该民事权益足以排除执行。作为新型案件,案外人提起异议的原因和理由各不相同,所对应的法律规定亦不相同,仅就本案涉及的第二十八条和第二十九条而言,是关于物权期待权的具体规定。第二十八条针对的是无过错不动产买受人物权期待权;第二十九条专指消费者物权期待权。第二十九条适用范围严格限定在“一手商品房买卖过程中的买受人(消费者)”,第二十八条应为此之外的其他不动产买受人。虽然第二十九条的适用范围要小于第二十八条,但从具体的保护条件来看,第二十九条的适用条件又要宽于第二十八条。究其原因在于,立法保护的主体和基础不同,消费者物权期待权有其深刻的社会基础。在房价日益高企的当下社会,大多数消费者倾其一生积蓄购买房产,其居住生存权的价值更能获取广泛的社会理解与支持,在《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释[2002]16号)中明确,建设工程价款优先权优先于抵押权和其他债权。但建设工程价款优先权优先于抵押权和其他债权,并不能对抗已经交付全部或者大部分价款购房的消费者。因此,另案金钱债权的执行也不能对抗购房消费者。在执行异议程序中引入相关理念,亦是为了更好地解决民生问题,保护消费者合法权益。(作者单位:云南省高级人民法院)

【域外司法】

南澳地方法院陪审团 审判印象(二)

□ 张保生(中国政法大学教授)

在开审陈述中,检察官简述了控方的案件理论,即被告人在明知或理应知道的情况下,直接或间接地从事了贩毒毒品的交易犯罪活动;辩护律师则陈述了辩方案件理论,即被告人是在不知情的情况下被人利用从事了洗钱活动。

控控方主诉:警察出庭作证

在刑事案件审判中,控控方负有证明责任。在控方主诉阶段,检察官应以直接询问的方式进行证据出示。由于本案是一个隐秘性较强的洗钱案,没有太多目击证人,所以控方一共传唤了两位证人。尽管证人少,但控方的所有举证活动都是通过这两位证人的嘴,以问答方式实现的,绝无检察官越俎代庖宣读证言笔录的情形。

第一位出庭证人是名警察。有两件事和我过去想的都不一样。一是宣誓程序,他步入证人席后,书记员交给他一本《圣经》,并非像我想象的那样由证人自己宣誓,而是由书记员问证人:你能保证只说实话,除实话外别无其他吗?证人回答,我保证。这就宣誓完了。二是证人坐着作证。我过去在课堂上经常用心理学实验结果给学生讲证人应该站着作证,但实际上,证人席是有座椅的,而且证人宣誓后马上就坐下来回答问题了。书记员还不时地给他端上一杯水。后来发现,这位证人作证一直持续了一天半(包括直接询问和交叉询问),如果没有座椅一直站着作证,估计说说话的

时候腿都会发抖了。当然,由于证人席正对着陪审团席,证人即使坐着,其面部表情、说话声调也都在陪审团视线之中。

控控方出示的主要证据,是警方调取的2012年11月至2013年1月被告人收到包裹单后7次到邮局取包裹的中央监控录像(CCTV),包裹外貌和警方秘密拆包展示其内容(成捆的澳元现金)的照片,以及警方截获的被告人与一位男性(毒贩斯特朗)的4次电话通话录音、两条手机短信。显然,这位警察是作为这些电子数据证据的提取者、复制者来作证的。这就是我们在课堂上所讲的辨认证人或鉴定人,他虽未直接目击犯罪事实,却对这些音像电子证据的同一性和真实性有亲身知识。这个辨认鉴定的作证过程极其繁琐,检察官一盘一盘地播放监控录像和包裹内外的照片,不时停下询问证人:警方是怎么取得这些监控录像的,如何提前潜入邮局拆开包裹取证,然后又将其重新封好,等等。

作为实物证据铺垫环节的辨认鉴定程序,每一个环节都是近乎机械的:检察官提请法官出示第X号展示件,这通常是一块光盘,或者是电子扫描照片;法院书记员便在法庭里按逆时针方向,先走到检察官面前接过光盘,再走到证人面前交给其辨认鉴定(通过容易辨认的物理特征,记录号或标题等),然后再交回检察官播放。在播放过程中,检察官向证人提问(直接询问),让其就有关取证过程和制作过程进行辨认鉴定。



台递上包裹单后,在邮局职员查找包裹时,她要随手翻翻邮局的杂志,要么看看柜台上出售的物品;然后,从容地在电子签名机上签字;拿上包裹后,还要和邮局职员笑容可掬地聊上几句,有几次甚至是谈笑风生;最后,拿着(有两次是托举着)包裹走向邮局。在法庭休息时,我和法官走回办公室的途中,米尔司迪德法官问我有何感受。我说,看上去好像很轻松。法官说,他也有同样的感觉。这可能会使陪审团相信她对洗钱不知情。

被告人斯特朗(Storm Strang)的4次电话录音、两条手机短信的证据出示,检察官首先向法官、陪审团成员分发(王室诉佩特拉·卡姆案电话笔录),每次通话和短信的起止时间、通话内容,制作人员等都记得一清二楚。然后,检察官播放卡姆与斯特朗的4次电话录音,并对证人直接询问让其辨认鉴定。相比之下,我国庭审中实物证据的出示,要么是缺乏这个辨认鉴定程序,要么是让当事人辨认(《刑事诉讼法》第190条规定:“公诉人、辩护人应当向法庭出示物证,让当事人辨认”),但这实则侵犯了不得强迫自证其罪的权利。

开始交叉询问,针对这些实物证据的提取、制作、保管过程的合法性以及操作规程等情况进行询问,由证人根据亲身知识作证。辩护律师特别就警察对邮局包裹的检查情况进行了详细的询问。本案被告人佩特拉·卡姆在3个月中从Glynde Plaza邮局取了7个寄给她的包裹,这些包裹都是斯特朗的毒品,卡姆每次取回包裹后都在随后几天内交给她。实际上,警方早就发现斯特朗是一个种植贩卖大麻团伙的头目,从2012年6月到2013年1月,该团伙从阿德莱德向昆士兰和西澳大利亚州发送大麻41次共计1200公斤,价值超过700万澳元。由于警方早就监控了该贩毒集团的活动,所以每次这些包裹寄到邮局后,警察都会及时赶到邮局拆包,称重、照相,然后再将它们按原样重新封好。第二天卡姆来取的包裹,实际上都是警察检查过的,并且从她走进邮局到签字拿取包裹再到离开邮局,都有警方提取的监控录像。警察证人在接受交叉询问时,对亲自参与的上述取证过程做了详细的说明。

(未完待续)
(《南澳地方法院陪审团审判印象(一)》详见《法制日报》2017年7月12日11版)