

比例原则在羁押必要性 条件中的适用*

陈禹瞳

【摘要】作为审前羁押制度核心条件的羁押必要性，集中体现了比例原则的内容与要求。本文立足于我国审前羁押制度的具体实践，以审前羁押制度目的为依据，通过比较借鉴域外审前羁押制度中比例原则的具体内容，对羁押必要性条件进行合目的、体系化的解读。应当在刑事诉讼全流程和全部逮捕类型中对羁押必要性条件的有无和高低进行实质性判断，提高未成年人的羁押必要性条件，对一般性羁押事由和预防性羁押事由作不同的解释限度要求，以确保审前羁押制度的正当性基础，真正实现将羁押的范围和程度限制在最有必要的情形。

【关键词】审前羁押制度 羁押必要性 全部逮捕类型 比例原则

【作者简介】陈禹瞳，中国社会科学院大学法学院2019级博士研究生，北京市人民检察院第一分院检察官。

【中图分类号】D925.2 **【文献标识码】**A

【文章编号】2097-1125(2023)03-0130-14

一、引言

鉴于羁押制度与刑事诉讼中的人权保障原则和无罪推定原则的天然抵牾，“以非羁押为原则，羁押为例外”是各国确立审前羁押制度的共识。审

* 本文系北京市人民检察院2022年检察理论课题“羁押必要性条件的理论检视与实践重构”(BJ[2022]b14)的阶段性成果。

前羁押制度包括事实（证据）条件、刑罚条件和羁押必要性条件。^①从理论上讲，以上三个条件均会对审前羁押率产生影响，如羁押必要性条件越高，适用羁押措施的门槛就越高，审前羁押率就越低。目前，各国一般以羁押必要性条件为核心来构建审前羁押制度。

理论界和实务界均认可，只有强化羁押必要性审查，真正发挥羁押必要性条件对适用审前羁押的限制和过滤功能，才能有效降低审前羁押率，实现少捕慎诉慎押的刑事司法政策目的。因此，近年来理论界陆续产出大量学术论著探讨我国逮捕制度和羁押必要性审查制度，并通过比较借鉴域外羁押必要性制度，反思我国逮捕制度羁押必要性条件中的实体内容、证明标准等问题，提出完善我国羁押必要性条件的建议。2021年4月，中央全面依法治国委员会将“坚持少捕慎诉慎押刑事司法政策，依法推进非羁押强制措施适用”列入2021年工作要点，少捕慎诉慎押从刑事司法理念正式上升为党和国家的刑事司法政策。2021年6月，《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》中明确提出将“严格依法适用逮捕羁押措施，促进社会和谐稳定”作为检察机关的一项重要任务。围绕少捕慎诉慎押，检察机关陆续开展的涉民营企业企业家羁押必要性审查专项活动、^②羁押必要性审查专项活动、发布检察机关贯彻少捕慎诉慎押刑事司法政策典型案例等举措，充分体现少捕慎诉慎押进入政策落实“加速期”的时代特色。

但是，由于我国没有形式上独立的审前羁押制度，从横向关系来看，审前羁押的事实（证据）条件、刑罚条件和羁押必要性条件之间的界分并不清晰；从纵向关系来看，羁押必要性条件在逮捕环节、捕后羁押必要性审查环节的延续性缺乏体系性。目前，在我国实际运行的审前羁押制度中，逮捕措施在功能上未区分强制到案和羁押候审、办案期限和羁押期限不分离、不同环节审查决定是否羁押（拘留、逮捕）和是否继续羁押的主体不同等因素，都与域外审前羁押制度存在重大区别，这加剧了在我国刑事诉讼语境中探讨羁押必要性条件的难度，也使得比较借鉴域外羁押必要性制度时产生了

① 第一，本文的讨论聚焦于羁押必要性条件的实体内容而没有涉及程序保障和证明标准等问题。第二，严格意义上，刑事拘留后的羁押也属于审前羁押，也涉及羁押必要性问题，尤其是我国实践中滥用延长刑事拘留条件的现象广受诟病（刑事拘留最长可达37天），导致犯罪嫌疑人被拘留后实际被羁押的时间远长于其他国家，但由于我国刑事拘留的实体条件与本文讨论的羁押必要性条件关联性不大，且刑事拘留和逮捕的决定机关、适用条件等均存在较大差别，故未将刑事拘留的实体条件纳入本文讨论范围。

② 为了最大限度避免和减少刑事案件对民营企业正常经营活动带来的影响，最高人民检察院于2019年7月至2020年3月开展了涉民营企业企业家羁押必要性审查专项活动。参见徐日丹：《涉民营企业企业家羁押必要性审查专项活动取得实效——提出变更强制措施建议2519人，建议采纳率达90%》，《检察日报》2020年6月5日。

不少无谓的学术误解与论点偏离。

近年来,不少学者在探讨如何降低我国审前羁押率、改善刑事强制措施时都提到了比例原则,将比例原则作为降低审前羁押率需要遵循的司法原则。^①但是,在现有的理论探讨中,对羁押必要性条件中比例原则的具体要求是什么,我国羁押必要性条件中比例原则适用的现状和问题是什么,比例原则如何与我国审前羁押制度特殊的具体实践相结合等问题的关注不足,导致比例原则在我国审前羁押制度中的适用宣示意义有余但解释功能不足。

二、羁押必要性条件的比例原则要求

法治国家在限制人民的基本权利时,限制行为的目的和所采行的手段之间要有一个相当的比例问题,此即比例原则(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)。^②经过长期的演变和发展,作为权利保障利剑的比例原则,已从最初约束警察权的行政法原则迅速发展为宪法的一项基本原则,是公法领域的“帝王原则”。^③一般认为,比例原则分为三阶层:妥当性原则、必要性原则和均衡性原则(也称狭义的比例原则)。妥当性原则,是指作为法律(或公权力措施)的手段必须符合欲达到的目的;必要性原则,是指在所有能够达到立法目的之手段中,必须选择对人民之权利侵害最小的方法,又称“尽可能最小侵害之原则”;均衡性原则,强调的是一种利益衡量,衡量目的与人民权利损失两者是否成比例。^④

在刑事诉讼程序的各项措施中,羁押无疑是对个人自由影响最为严重和深远的干预。^⑤调和国家权力和公民权利冲突,在二者之间寻找平衡,真正将羁押范围和限度限制在最有必要的情形,成为现代法治国家的基本要求。对于未决羁押制度的建构,国际社会普遍引入比例原则予以规范。^⑥作为审前羁押制度核心条件的羁押必要性,集中体现了比例原则的内容与要求。

各国对审前羁押制度的立法规定不同,但一般都是以羁押必要性条件为核心来构建审前羁押制度,羁押必要性条件与其他两个条件,即事实(证

① 相关观点参见樊奕君:《比例原则视角下刑事强制措施价值平衡研究》,《中国刑事法杂志》2011年第12期,第103~107页;金石:《刑事诉讼强制措施的适用应遵守比例原则——兼论相关检察监督》,《西南政法大学学报》2006年第4期,第96~100页;张建伟:《少捕慎诉慎押的基本内涵与适用准则》,《人民检察》2022年第15期,第6~10页。

② 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上卷),法律出版社2010年版,第388、415页。

③ 参见刘权:《比例原则适用的争议与反思》,《比较法研究》2021年第5期,第172页。

④ 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上卷),法律出版社2010年版,第416~417页。

⑤ 参见[德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第281页。

⑥ 参见黄波:《比例原则适用于未决羁押的路径研究——以羁押时间为样本》,《江苏社会科学》2018年第3期,第206页。

据)条件和刑罚条件的关系较为明确。第一,其他两个条件是待审羁押适用的门槛条件。例如,德国《刑事诉讼法典》第112条规定待审羁押的前提条件为“具有重大犯罪嫌疑”,第113条规定对只能判处6个月以下自由刑或者180日以下日额罚金的犯罪行为,不允许因掩盖真相的危险而命令待审羁押。第二,将审前羁押区分为一般羁押、重罪羁押和预防性羁押,针对不同的羁押类型,对羁押必要性条件的审查重点不同,随着诉讼进程推进需要对羁押必要性条件这一核心要件进行动态审查。

(一) 妥当性原则

众所周知,羁押之目的在于保全刑事追诉、执行程序,也仅在此目的之内,才能限缩无罪推定原则的范围。^①根据妥当性原则,审前羁押制度的目的应当限定在为确保被告在刑事诉讼中到庭、保障侦查机关合法地进行犯罪事实之侦查的范围内,^②超出此目的范围的羁押制度设计则有违反比例原则之嫌。

根据目的的不同,羁押可分为一般性羁押和预防性羁押。前者是指符合羁押目的的羁押,即有逃亡或者使调查工作难以进行之虞的羁押理由;后者是指以预防犯罪为主要目的,不符合羁押目的的羁押。近年来,审前羁押不仅仅是为了保证诉讼顺利进行已是客观上不争的现实,因为实务上认为趁早对被告进行羁押实比迄今的预防措施更为有效。^③但是,域外多数国家或地区在立法上区分规定了一般性羁押和预防性羁押以及两者不同的适用条件,明确了以一般性羁押为主、预防性羁押为辅的原则,并认为现代诉讼强制措施的根本特征和改革方向应当是限制预防性羁押。

以德国为例,德国《刑事诉讼法典》第112条a规定的进一步的逮捕理由便是饱受争议的预防性羁押理由。该条规定的“将实施其他同类型的严重犯罪行为或继续实施犯罪行为,为避免急迫危险有必要羁押时……亦构成羁押理由”,被德国学者评价为“羁押要件之体系中出现了一个格格不入的措施”,因为“此并非为了确保诉讼程序之进行,而只是一种预防性的措施,即为一类似刑法第126a条所规定的保安羁押处分。此外,其就法治国家原则而言亦不无问题,因为此乃涉及对一尚未被证明其犯罪行为的犯罪嫌疑人进行自由之剥夺。并且这样的羁押理由也不利于刑事政策,因为这种羁押有着众所皆知的极不良的执行条件,即违反再社会化的短期自由刑。”^④

面对极易引发“合宪性危机”的预防性羁押,德国立法和实务均持谨慎和限制解释的态度。一是严格限制预防性羁押针对的罪名适用范围。例如,

^① 参见林钰雄:《刑事诉讼法》,自版发行2020年版,第383页。

^② 参见[德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第281页。

^③ 参见[德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第285页。

^④ [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第285页。

德国联邦宪法法院针对德国《刑事诉讼法典》第112条第3款旧的规定中所列的性犯罪，认为只有在严格限制的例外情况下，才允许因此类再犯之虞而成立羁押理由，并且因为这样的羁押理由能使得特别需要保护的国民不受可能发生的重大犯罪之侵害，这种有再犯之虞的羁押理由尚属不违宪。^①二是认为“以有再犯之虞所成立之羁押理由”只是辅助性的，即如果符合其他羁押理由，尽量不予适用。三是规定此种预防性羁押不能超过一年期间。^②鉴于这一羁押理由不符合无罪推定原则，德国法院在实践中很少使用预防性羁押。^③

（二）必要性原则

根据必要性原则，审前羁押制度中应当优先使用羁押替代措施，将羁押作为最后且不得已的手段。例如，德国《刑事诉讼法典》第116条规定：“（一）如果采取影响较轻的措施亦有充分理由可期待达到待审羁押目的，法官命令停止执行仅因逃亡危险而签发的羁押令。……（二）如果采取影响较轻的措施有充分理由期待明显减轻掩饰真相的危险，法官亦可命令停止执行因掩饰真相的危险而签发的羁押令。……（三）如果有充分理由可期待，被指控人遵守特定责令且可由此达到羁押目的，法官可以命令停止执行依照第一百一十二条a签发的羁押令。”^④这一规定，便是运用必要性原则评价羁押必要性条件是否发生变化的适例。

值得注意的是，不少国家和地区规定当犯罪嫌疑人犯特定重罪时，羁押必要性条件可以放宽，即所谓的重罪羁押。根据必要性原则，在重罪羁押中，羁押必要性条件可以放宽，但不能不考虑羁押必要性条件将所犯重罪单独作为羁押事由。诚如学者所言，羁押之目的应以保全刑事追诉、审判或者执行程序危险，被告所犯纵为重罪，如无逃亡或减证而导致显然难以进行追诉、审判或执行之危险，尚欠缺羁押之必要要件，亦即单以犯重罪作为羁押之要件，可能背离羁押作为保全程序之性质。^⑤

德国《刑事诉讼法典》第112条第3款（特定犯罪的重大嫌疑）规定，“具有……之重大嫌疑，即使不存在第二款规定的羁押理由，亦允许命令待

① 1974年刑事诉讼法将有再犯之虞的羁押理由扩张至暴力犯罪、财产犯罪、烟毒犯罪和公共危险罪，引发学者广泛批评。参见[德]克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第285页。

② 德国《刑事诉讼法典》第122条规定：“在第121条第1款规定情形下，依据第112条a的逮捕理由予以羁押的，执行待审羁押不得超过一年。”参见郎胜主编：《欧盟国家审前羁押与保释制度》，法律出版社2006年版，第128~129页。

③ 参见[德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼法原理》，江溯等译，中国法制出版社2021年版，第162页。

④ 宗玉琨译注：《德国刑事诉讼法典》，知识产权出版社2013年版，第105~106页。

⑤ 参见林钰雄：《刑事诉讼法》，自版发行2020年版，第383~385页。

审羁押”，被认为属于重罪羁押。“特定犯罪”原来仅包括少数严重罪名，类似谋杀、参与恐怖组织等，罪名范围不断地“立法扩张”引发了极大争议，但至少达成的共识是：如果在有重大上述犯罪嫌疑时，即不加考量其他要件而直接羁押，这会导致不管是否对确保调查程序或者刑罚执行程序有必要性均得施行羁押，则有违反法治国原则之嫌。因此，德国法院通过合宪性限缩解释的途径，赋予了该规定新的生命，认为此类特定范围的重罪，也需要有逃亡或者使调查工作难以进行之虞的羁押理由方得实施羁押。但相较其他轻罪，由于预期刑罚制裁较为严重，冒险犯难的诱因随之增加，在认定这些羁押理由之成立与否时，并不需像同条第2项那么严格的要求，而只需稍微轻度的逃亡或使调查工作难以进行之虞即可。^①

我国台湾地区“刑事诉讼法”第101条“所犯死刑、无期徒刑或最轻本刑为五年以上有期徒刑之罪”的重罪羁押条件，曾长期被诟病“只以该款重罪作为唯一的羁押原因”。后来，在“国务机要费案”^②实务判决的影响和学者的大力呼吁下，2017年修改时增加规定了“有相当理由认为有逃亡、湮灭、伪造、编造证据或勾串共犯或证人之虞者”，明确了重罪羁押也需要羁押必要性条件。

（三）均衡性原则

比例原则要求行为者挑选有助于正当目的实现的必要手段，并且该手段造成的损害同其所促进的利益应当成比例。^③后者便是均衡原则。根据均衡原则，适用羁押措施时，应当衡量羁押措施与罪犯所犯罪行轻重。因此，各国普遍规定了适用羁押措施的最低刑罚条件。例如，芬兰《强制措施法》规定“所犯之罪法定最低刑为两年以上监禁的”或者“法定最低刑虽然低

^① 参见[德]克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第284页。

^② 参见林钰雄：《刑事诉讼法》，自版发行2020年版，第383～385页。由我国台湾地区“国务机要费案”而来的98释665号释文中，法院认为，如无逃亡或减证导致显难进行追诉、审判或执行之危险，尚欠缺羁押之必要要件，单以犯重罪作为羁押之要件，可能悖离羁押作为保全程序之性质，违背比例原则、无罪推定原则；但如果被告所犯为死刑、无期徒刑或最轻本刑为五年以上有期徒刑之罪，其可预期判决之刑度既重，该被告为规避刑罚之执行而妨碍追诉、审判程序进行之可能性增加，刑罚权有难以实现之危险，该规定旨在确保诉讼程序顺利进行，使刑罚权得以实现，目的属于正当，又基于台湾地区宪制性规定保障人民身体自由之意旨，被告犯上开条款之罪嫌疑重大者，仍应当有相当理由认为其有逃亡、湮灭、伪造、编造证据或勾串共犯或证人等之虞，法院斟酌命该被告具保、责付或者限制住居等侵害较小之手段，均不足以确保追诉、审判或者执行程序之顺利进行，始符合该条款规定，非予羁押，显难进行追诉、审判或者执行之要件，此即羁押乃维持刑事司法权有效行使之最后必要手段，于此范围内，没有逾越台湾地区宪制性规定第23条规定之比例原则。

^③ 参见刘权：《比例原则适用的争议与反思》，《比较法研究》2021年第5期，第180页。

于两年以上监禁，但法定最高刑为一年以上，且根据犯罪嫌疑人本人情况和其他因素，可能有下列情形之一的……”，^①意大利《刑事诉讼法》第二节强制措施中规定“除第391条规定的情形外，只有当诉讼所针对的是依法应判处无期徒刑或者3年以上有期徒刑的犯罪时，才能适用本节规定的各项措施”。^②由此，只能判处罚金刑的罪犯，无论如何不应适用羁押措施。

三、我国羁押必要性条件中比例原则的适用现状

由于并不存在独立的审前羁押制度，我国刑事诉讼语境中羁押必要性条件的内涵和地位存在不同程度的模糊，审前羁押制度的立法变化导致对羁押必要性条件的解读“牵一发而动全身”。总体而言，在我国刑事诉讼中，逮捕环节的羁押必要性条件，从“构罪即捕”到“事实（证据）条件、刑罚条件和逮捕必要性条件”，这一逮捕条件的三要件基本框架在历次法律修订中再无根本性改变。^③但随着2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）修改时将逮捕类型从一种变为三种，即从一般逮捕变为一般逮捕、径行逮捕和转逮捕。羁押必要性条件是否仍然是所有逮捕类型的必备条件引起巨大争议。不同逮捕类型中羁押必要性条件的定位争议，也影响了捕后羁押必要性审查制度的适用范围。^④该问题在我国增加“未成年人刑事案件诉讼程序”专章对未成年人特殊保护，明确对未成年人审查逮捕案件要严格限制适用逮捕措施后，更是引发叠加问题，如对未成年人是否也适用一般性逮捕制度中的径行逮捕和转逮捕规定。^⑤

应当说，我国刑事诉讼法在审前羁押制度中虽然没有明文规定比例原则，但不少制度设计上体现了比例原则的理念和内容。例如，2018年《刑

① 郎胜主编：《欧盟国家审前羁押与保释制度》，法律出版社2006年版，第160~161页。

② 郎胜主编：《欧盟国家审前羁押与保释制度》，法律出版社2006年版，第180页。

③ 1996年、2012年、2018年修正《刑事诉讼法》的过程中，基本确立了我国长期以来的逮捕制度三要件模式，社会危险性条件的表述基本采取了1979年《刑事诉讼法》“采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的”的表述，2012年修改《刑事诉讼法》时增加了“可能实施新的犯罪”等五种社会危险性的具体判断标准，删去了“有逮捕必要的”规定。参见黄太云：《刑事诉讼法修改释义》，《人民检察》2012年第8期，第10~11页。

④ 2012年《刑事诉讼法》新增了捕后羁押必要性审查制度，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。并在《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《刑事诉讼规则》）第十三章“刑事诉讼法律监督”专章中单设第五节“羁押必要性审查”。新建立的羁押必要性审查制度在审查主体、审查内容等方面不断探索改变。

⑤ 参见宋英辉、张寒玉、王英：《特别程序下逮捕未成年人制度初探》，《青少年犯罪问题》2016年第5期，第94页。

事诉讼法》“强制措施”一章按照对人身自由限制程度轻重，将取保候审、监视居住等非羁押措施作为优先选择，体现了“以非羁押为原则、羁押为例外”的制度设计，在逮捕条件中规定的“采取取保候审尚不足以防止发生下列社会危险性”的羁押必要性条件，符合必要性原则；适用逮捕措施的最低刑期要求为“可能判处有期徒刑以上刑罚”，符合均衡原则。

但是，在我国审前羁押制度中，比例原则还没有真正发挥统领性和指导性作用。在立法上，审前羁押制度的具体规定既有符合比例原则的内容，也有与比例原则相违背之处。在实践中，还没有将比例原则内化为司法人员解释羁押措施条件、决定羁押和非羁押措施时当然的内在逻辑，更没有形成用比例原则检验羁押措施适用的行动自觉。

（一）径行逮捕与转逮捕情形是否适用羁押必要性条件存在争议

我国的法定逮捕条件中，对于径行逮捕和转逮捕中是否需要判断符合羁押必要性条件存在较大争议。否定观点认为，从文义解释和体系解释的角度看，不能得出径行逮捕和转逮捕情形也需要判断羁押必要性条件的结论，主要理由如下。第一，从法条表述上，第1款一般逮捕条件与第2、第3款径行逮捕和转逮捕条件是并列关系。2012年修改《刑事诉讼法》时，第1款一般逮捕条件延续了1996年《刑事诉讼法》羁押必要性条件的要求，但第2、第3款径行逮捕和转逮捕规定中并无羁押必要性条件要求。第二，2018年修改《刑事诉讼法》时新增加的将认罪认罚等情况“作为是否可能发生社会危险性的考虑因素”的内容规定为第2款，而非第5款（第3款、第4款为径行逮捕和转逮捕），也可以佐证立法本意只是要求在一般逮捕中判断羁押必要性条件。第三，《刑事诉讼规则》第134条规定：“对有证据证明有犯罪事实、可能判处有期徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人，除具有刑事诉讼法第八十一条第三款、第四款规定的情形外，应当严格审查是否具备社会危险性条件。”这一规定似乎更加明确了径行逮捕和转逮捕时不再考虑羁押必要性的结论。

此外，径行逮捕和转逮捕中是否需要判断羁押必要性条件的争议，也影响了我国未成年人逮捕制度的构建。围绕未成年人是否适用径行逮捕和转逮捕制度，存在较大分歧。肯定说认为，“严格限制适用逮捕措施”是对批捕裁量权的引导，而非对总则逮捕强制性规定的突破，成年人的一般逮捕条件有裁量余地，可以根据“严格限制适用逮捕措施”对未成年人的逮捕标准进行更严格的把握，但对于“径行逮捕”则无任何裁量空间。因此，未成年人与成年人同样要一律逮捕。^①否定说则认为，特别程序的定位决定了未成年人应当有不同的逮捕标准，对未成年人严格限制逮捕措施适用，应当限制

^① 参见宋英辉、张寒玉、王英：《特别程序下逮捕未成年人制度初探》，《青少年犯罪问题》2016年第5期，第96页。

所有逮捕措施，基于未成年人的身心特殊性考量，逮捕未成年人要坚持必要性原则，对未成年人案件要看有无逮捕必要性，适用于所有逮捕规定。^① 上述分歧其实是径行逮捕和转逮捕制度争议在未成年人特殊保护领域的延伸。

（二）未区分一般性羁押与预防性羁押导致预防性羁押不合理扩张

虽然在审前羁押制度中承认预防性羁押已经是实务的通行观点，但一般会从适用条件上对一般性羁押和预防性羁押事由进行明确区分，限制预防性羁押事由的扩张以维护审前羁押制度的正当性。如果认为二者居于同等地位，就不会从限制预防性羁押的角度解释羁押必要性条件，更不会从预防性羁押与公民人身自由的宪法权利、无罪推定原则、比例原则的关系角度进行深入探讨，可能造成预防性羁押适用范围的不合理扩张。

但在我国审前羁押制度中，通说认为，羁押或者强制措施的目的包括保障诉讼顺利进行和防止可能造成新的社会危害。在法条列举的五种社会危险性情形中，前两种是对犯罪嫌疑人造成社会危险可能性的规定，体现强制措施的预防功能（预防性羁押），后三种是妨碍诉讼可能性的考虑，体现强制措施的诉讼保障功能（一般性羁押）。^② 在我国羁押必要性条件的“社会危险性”情形中，一般性羁押和预防性羁押均被认为符合羁押制度的目的，对预防性羁押并非持例外、限制的态度以及将两者置于同等地位，而应当是各有侧重。

这种观点导致实践中解释预防性羁押事由时，一般不会采取限制解释的态度。例如，《刑事诉讼规则》第129、130条分别就“可能实施新的犯罪”和“有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险”两种社会危险性情形进行了更加细化的列举和兜底条款的规定，这两种情形显然属于预防性羁押。如果认为预防性羁押并非例外，便不会严格解释限制兜底条款的适用，进而可能造成预防性羁押理由进一步扩张。再如，由于未区分一般性羁押和预防性羁押以及明确二者的原则与例外关系，如果犯罪嫌疑人既符合五种社会危险性列举情形之一，也符合“可以作出不批准逮捕或者不予逮捕的决定”情形之一，^③ 如果不围绕“保障诉讼顺利进行”的羁押制度目的对社会危险性条件进行实质性判断，往往容易得出犯罪嫌疑人具有社会危险性，从而符合羁押必要性条件的结论。

（三）捕后羁押必要性审查范围是否覆盖全部逮捕类型意见不一

《刑事诉讼法》规定的捕后羁押必要性审查制度的适用范围是“犯罪嫌疑

① 参见宋英辉、张寒玉、王英：《特别程序下逮捕未成年人制度初探》，《青少年犯罪问题》2016年第5期，第97~99页。

② 参见孙谦主编：《〈人民检察院刑事诉讼规则（试行）〉理解与适用》，中国检察出版社2012年版，第237页。

③ 根据《刑事诉讼规则》第140条的规定，如果犯罪嫌疑人涉嫌的罪行较轻，且没有其他重大犯罪嫌疑，具有犯罪预备等七种情形之一的，可以作出不批准逮捕或者不予逮捕的决定。

人、被告人被逮捕后”，法条本身并未限制逮捕类型。径行逮捕和转逮捕是否适用羁押必要性条件的争议，也影响了两情形是否适用捕后羁押必要性审查制度。

如果认为径行逮捕和转逮捕中不适用羁押必要性条件，无论捕后羁押必要性是否发生变化，都难以适用捕后羁押必要性审查制度；反之，径行逮捕和转逮捕后羁押必要性发生变化时，便存在适用捕后羁押必要性审查制度的可能性。在实践中，径行逮捕和转逮捕后，影响羁押必要性条件的因素也可能发生动态变化。例如，捕后犯罪嫌疑人与被害人依法自愿达成和解协议且已履行的、犯罪嫌疑人认罪认罚积极悔罪的情形。此外，未成年人能否适用径行逮捕和转逮捕的争议，也延伸到适用这两类逮捕的未成年人是否适用捕后羁押必要性审查制度的问题。

四、用比例原则重构羁押必要性条件体系

审前羁押制度中适用比例原则，不是要求将比例原则在法律中明文规定，而是要从理念指导、制度设计、解释适用等方面真正贯彻比例原则。比例原则由警察法重要原则发展为宪法基本原则的重要理由之一，就是其为处理公权力和私权利冲突提供了内容丰富、有实际意义的指导性原则。

我国审前羁押制度中，应当将比例原则的理念和规则具体化，运用比例原则对羁押必要性条件进行合目的、有层次的解读：以审前羁押制度“保障诉讼顺利进行”目的为基本依据，在三种法定逮捕类型中均应当适用羁押必要性条件，但证明标准可以不同；捕后羁押必要性审查的范围应当覆盖全部逮捕类型，但审查可以区分重点；通过提高未成年人羁押必要性条件，对未成年人“更加严格适用逮捕措施”和避免“一押到底”的特殊保护。通过将比例原则的内容融入对羁押必要性条件的体系性、实质性解释过程，确保羁押制度的正当性基础，真正实现将羁押范围和限度限制在最有必要的情形。

（一）全部法定逮捕类型均应符合羁押必要性条件

径行逮捕和转逮捕情形是否适用羁押必要性条件，也影响了未成年人逮捕程序的适用。捕后羁押必要性审查范围的确定，在审前羁押制度构建中可谓“牵一发而动全身”。本文认为，从比例原则出发，应当将羁押必要性条件作为审前羁押制度的核心条件，全部法定逮捕类型均应当要求符合羁押必要性条件。当然，不同逮捕类型的证明方式和证明标准允许存在差异。

1. 径行逮捕和转逮捕应适用羁押必要性条件

认为只有一般逮捕适用羁押必要性条件的观点看似符合法条的文义逻辑，却忽略了审前羁押制度“保障诉讼顺利进行”的目的和比例原则的适用。例如，犯罪嫌疑人身份不明的，有时是犯罪嫌疑人“主观不愿说”，有时是侦查机关“客观未查明”，犯罪嫌疑人自供身份与侦查核查身份不一致，但可以保证到案、不妨碍诉讼的，难以认为具有羁押必要性。再如，犯

罪嫌疑人虽然曾经故意犯罪，但如果前罪是轻罪、后罪是过失犯罪以及前、后罪时间相隔甚远，后罪具有自愿认罪认罚且获得被害人谅解等从宽情形时，如果不对羁押必要性进行判断就应当逮捕，不仅有“前科终身制残余”色彩，而且也可能违背了羁押制度的目的。^①在“可能判处十年以上有期徒刑刑罚”的情况下，虽然刑罚轻重与犯罪嫌疑人的社会危险性、妨碍诉讼的可能性存在正相关，但也不能认为严重犯罪的犯罪嫌疑人就一定具有羁押必要性。此外，与径行逮捕情形相比，被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反取保候审、监视居住规定，情节严重，体现出犯罪嫌疑人、被告人存在一定的诉讼风险，但也不能据此认为可以不对转逮捕情形中被羁押人的羁押必要性条件进行实质性、综合性判断。

因此，从比例原则出发，在径行逮捕和转逮捕条款中补充解释要求具有羁押必要性条件，是符合羁押制度目的的体系性解释结论；当然，基于径行逮捕和转逮捕情形的人身危险性更大，对犯罪嫌疑人具有羁押必要性的证明标准可以略低于一般逮捕。^②例如，在径行逮捕中，身份不明的原因可能很复杂，有主观原因也有客观原因，应当综合考虑“身份不明”因素在个案中的影响作用，如是否可能影响诉讼顺利进行、是否仍有非羁押措施的适用可能性、体现犯罪嫌疑人、被告人事后何种态度等，判断其是否符合羁押必要性条件。“曾经故意犯罪”在一定程度上体现了犯罪嫌疑人、被告人犯前罪后未能悔改的主观恶性和人身危险性，原则上可以推定具有一定的羁押必要性，但司法人员仍应当围绕审前羁押制度的目的，综合考虑前罪和后罪的性质、间隔、再犯的是否系过失或轻罪，是否认罪认罚、是否积极退赃退赔、双方当事人是否和解、是否有自首或立功等法定从宽情节等因素、是否构成累犯，综合判断其是否符合羁押必要性条件。“可能判处十年以上有期徒刑刑罚”类似于域外的重罪羁押情形，不甘受罚是人之本性，犯重罪之人“逃亡或者妨碍诉讼顺利进行”的可能性固然高于犯轻罪之人，但这仅意味着对犯重罪之人具有羁押必要性的证明程度可以低于犯轻罪之人。^③总之，

① 实践中发生的真实案例：犯罪嫌疑人20岁时曾因故意伤害被判处有期徒刑一年，时隔20年后因交通肇事致人死亡，其主动投案自首且与被害人家属达成赔偿调解协议，取得对方谅解，但仍因“曾经犯罪”被逮捕，实践中，这一结论引起了极大争议。参见许璧尊：《浅谈径行逮捕中的社会危险性要件及其证明标准》，万春、李雪慧主编：《检察调研与指导》2018年第1辑，研究出版社2018年版，第74页。

② 例如有观点认为，刑事诉讼法规定径行逮捕、转逮捕情形中，原则上可以推定“不逮捕不足以防止社会危险性”。参见孙茂利、黄河：《逮捕社会危险性有关问题研究——兼对〈最高人民法院、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》，《人民检察》2016年第6期，第30页。

③ 参见林钰雄：《刑事诉讼法》，自版发行2020年版，第383页。

在径行逮捕场合，可以降低对羁押必要性条件的证明标准，但应当允许反证，经过综合判断各项影响因素后，如果犯罪嫌疑人不具有实质的羁押必要性，应当以不符合羁押必要性条件为由不予适用羁押措施。

再如，在转逮捕情形中，如果被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反取保候审、监视居住规定，情节严重，说明存在采取非羁押措施不足以防止犯罪嫌疑人、被告人诉讼风险的可能性，体现出一定的羁押必要性；但检察人员仍应当从违反取保候审、监视居住规定的原因是否体现了影响诉讼顺利进行的危险性，以及综合是否具有认罪认罚、自首、双方和解等其他情节，对犯罪嫌疑人是否具有羁押必要性进行实质性判断。转逮捕情形还需要注意两点。第一，监视居住和取保候审的定位不同。监视居住是逮捕的替代措施，所以根据比例原则，违反取保候审规定的情节严重程度应当高于违反监视居住规定时，才能考虑予以逮捕。第二，《刑事诉讼规则》增加的“对于被取保候审、监视居住的可能判处徒刑以下刑罚的犯罪嫌疑人，违反取保候审、监视居住规定，严重影响诉讼活动正常进行的，可以予以逮捕”，平息了“可能判处徒刑以下刑罚的是否可以逮捕”的转逮捕适用争议，但根据比例原则，相比“判处徒刑以上刑罚”情形，应当对“可能判处徒刑以下”的被取保候审、监视居住人的违反规定行为是否“严重影响诉讼活动正常进行”做更为严格的解释以及更高的要求。

2. 未成年人“严格限制适用逮捕措施”的体系性解读

羁押作为最严重的强制措施，极易造成羁押场合的交叉感染，可能给未成年人的教育挽救带来不利影响。根据《中华人民共和国未成年人保护法》第4条“保护未成年人，应当坚持最有利于未成年人的原则”以及我国《刑事诉讼法》体现的对未成年人的特殊处理原则，应当通过在审查逮捕和捕后羁押必要性审查环节结合未成年人的特点贯彻比例原则，对未成年人羁押必要性条件提出更高要求，以有效降低未成年人的审前羁押率。

在审查逮捕环节，应当在肯定径行逮捕和转逮捕情形需要符合羁押必要性条件的前提下，通过提高未成年人羁押必要性的条件要求，实现对未成年人“严格限制适用逮捕措施”的基本原则，而非“头痛医头，脚痛医脚”地割裂成年人与未成年人是否适用径行逮捕和转逮捕的条件。例如，《刑事诉讼规则》第463条区分了未成年人“应当不批准逮捕”和“可以不批准逮捕”不同情形的条件，其中“可以不批准逮捕”的前提条件是“罪行比较严重”，明显不同于成年人的“罪行较轻”，且具体情形条件也明显低于成年人“可以不批准逮捕”的条件。这也要求司法人员在判断未成年人羁押必要性条件时，需要更多考虑未成年人涉嫌犯罪的性质、情节、主观恶性、心智成熟度、一贯表现、犯罪诱因、认罪悔罪、有无监护和社会帮教条件等情况，综合衡量未成年犯罪嫌疑人的羁押必要性。

（二）对一般性羁押事由与预防性羁押事由区分解释限度

虽然在不少国家的羁押制度中，预防性羁押事由的扩张趋势明显，但根据比例原则，保障诉讼顺利进行的功能是羁押制度的原则属性，预防犯罪的功能只能是例外属性，两者的解释限度应有所区别。根据比例原则，应当对一般性羁押事由和预防性羁押事由作不同的解释限度要求。

第一，羁押制度只有在保障诉讼顺利进行的范围内才有合法性，虽然现阶段我们无法完全禁止预防性羁押事由，但不能将两者作为同等地位的羁押事由，尤其不能将预防性羁押事由作为羁押制度的目的之一，这明显不符合比例原则的目的。

第二，根据比例原则，我们对预防性羁押事由应当作比一般性羁押事由更为严格的限缩解释，尤其是对兜底条款的解释要更加谨慎，应当不断反思羁押措施是不是“防止社会危险性”的最后手段。例如，《刑事诉讼法》中规定了不足以防止社会危险性发生的五种情形，《刑事诉讼规则》第129~133条对五种情形作了更为细化的列举，且每条都有“其他……的情形”的兜底规定。在适用时，我们应当不断反思该种社会危险性条件是否指向阻碍诉讼的顺利进行，将该条件适用范围限制在足以保证诉讼顺利进行的必要范围内，不宜随意扩大解释。对于兜底条款的解释应当严格遵循同类解释原则，通过前面的列举示例将兜底条款的认定要求传达给司法工作人员，根据羁押制度的目的得出合理结论，避免预防性羁押事由的不合理扩张。

（三）捕后羁押必要性审查制度覆盖全部逮捕类型

2012年《刑事诉讼法》在建立捕后羁押必要性审查制度时，并未区分逮捕类型，捕后羁押必要性审查制度的范围应当涵盖全部逮捕类型，不应将该制度限制解释为仅适用一般逮捕条件。

首先，所有逮捕类型均需要对羁押必要性进行判断。在径行逮捕和转逮捕类型中，当被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人羁押必要性条件发生变化时，应当通过羁押必要性审查制度及时变更羁押措施。根据比例原则，应当将羁押必要性条件贯穿我国审前羁押制度的始终。在审查逮捕阶段，全面审查各种逮捕类型是否符合羁押必要性条件；在捕后羁押必要性审查阶段，全面审查各种逮捕类型的羁押必要性条件是否发生变化，是否具有继续羁押的必要性。在我国羁押期限和诉讼阶段未完全分离的模式下，无论适用何种逮捕类型，在逮捕后继续审查羁押必要性具有非常重要的意义。

其次，现阶段应当有步骤、有重点地开展羁押必要性审查。最高人民检察院于2022年7月开展的羁押必要性审查专项活动选择了三类重点案件，包括法定刑在三年以下有期徒刑的在办羁押案件，涉民营企业经营类犯罪在办羁押案件，以及犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者辩护人提出羁押必

要性审查申请的在办羁押案件。^①这一实践探索体现了现阶段捕后羁押必要性审查工作的逐步推进，具有一定合理性，但未来仍需要全面发挥捕后羁押必要性审查制度的作用，真正达到有效减少不必要羁押、推动降低审前羁押率、依法保障被羁押人人身权利的制度效果。

最后，未成年人适用径行逮捕和转逮捕条件被逮捕时，也适用捕后羁押必要性审查制度。虽然我国捕后羁押必要性审查制度设计中并未针对未成年人进行特殊规定，但应立足对未成年人特殊保护的立法精神，结合未成年人的身心特点、逮捕时羁押必要性条件的变化情况作出是否继续羁押的决定。

五、结论

随着我国刑事犯罪结构态势和司法追诉方式发生深刻变化，降低逮捕羁押率的时机已经到来。^②同时，我们也要清醒地认识到，中国未决羁押制度改革的方向和目标是不难确定的，但如何在实现这些方向和目标过程中克服一系列的体制和观念障碍，却是极为艰巨的课题。^③抛开中外审前羁押制度的形式差异，从近年来我国刑事诉讼中越来越重视逮捕时审查羁押必要性条件、逐渐建立和完善捕后羁押必要性审查制度来看，中外对于通过严格适用羁押必要性条件降低审前羁押率的目的和手段其实是殊途同归的，关键仍在于运用比例原则合理解读羁押必要性条件。在域外，比例原则普遍适用于包括审前羁押在内的所有刑事强制性措施。^④但在我国，刑事强制措施中对比例原则的适用仍处在初级阶段。因此，本文关于在羁押必要性条件中适用比例原则的探讨，希望可以抛砖引玉，为采取其他限制公民基本权利的刑事强制措施时如何遵循比例原则提供一些有益的借鉴。

（责任编辑：方 军）

① 参见《最高检组织开展为期6个月的羁押必要性审查专项活动 推动落实“少捕慎诉慎押”刑事司法政策》，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202107/t20210705_523119.shtml，2022年7月11日。2022年3月，最高检已决定将该专项活动延至2022年12月31日，案件范围也从三类重点案件拓展为全部在办羁押案件。

② 参见《苗生明：从杭州诽谤案看普通犯罪检察理念之变》，https://www.spp.gov.cn/spp/zhuannlan/202102/t20210203_508319.shtml，2022年2月4日。

③ 参见陈瑞华：《未决羁押制度的理论反思》，《法学研究》2002年第5期，第83页。

④ 参见〔德〕托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼法原理》，江溯等译，中国法制出版社2021年版，第158~159页。广义的强制措施既包括搜查、扣押、人身检查、监听窃听等侦查措施，也包括狭义的强制措施，即审前羁押制度内容。