

关于逮捕的几个问题

朱孝清*

修改后的刑事诉讼法(以下简称“刑诉法”)实施已近一年,但有关方面对逮捕的几个问题的认识仍很不一致,影响了法律的正确实施和刑事诉讼的顺利进行,故很有加以研究的必要。

一、如何理解“有证据证明有犯罪事实”

刑诉法第60条将逮捕的第一个条件由原来的“主要犯罪事实已经查清”修改为“有证据证明有犯罪事实”,这是适应收容审查不再使用后的侦查工作之需要在强制措施方面所作的一个重要修改。如何理解“有证据证明有犯罪事实”?一般认为应包含以下两个内容:一是有证据证明犯罪事实已经发生;二是有证据证明该犯罪事实系犯罪嫌疑人或被告人所为。但对如何理解和把握其中的“有证据”,即证据应达到什么程度,则颇有分歧。主要有以下三种观点:第一种观点认为只要有证据即可,一个两个证据就是“有证据”。^[1]第二种观点认为要有“确实的两个以上能够互相印证的证据,而不能是孤证”;^[2]“要有相当的证据”^[3]或“相当的确实证据”;^[4]而不要求达到充分的程度。第三种观点认为要有确实、充分的证据,即有证据证明该犯罪事实确实为犯罪嫌疑人或被告人所为,或者说,犯罪嫌疑人、被告人已构成犯罪。^[5]

笔者认为,上述第一种观点即“只要有证据”的观点明显不当。只有当证据与“犯罪事实已经发生”、“该犯罪事实系犯罪嫌疑人或被告人所为”这两个证明对象有关联且能证明时,才符合逮捕条件。否则,如无关联,或虽有关联且有一定证明作用,但尚未达到“能证明”的程度,就不符合条件。第二种观点即“要有确实的两个以上能够互相印证的证据”或“有相当的确实证据”的观点,均意在说明证据不必达到“充分”或“嫌疑人、被告人已‘构成犯罪’”的程度,并试图对证据的证明力作出界定,有相当的合理性。但是,首先,证明犯罪事实的证据是质和量的统一,“确实”这一证据的质,必须以“充分”这一证据的量作保证,离开了“充分”,“确实”就不是真正的“确实”;离开了“确实”,也就无所谓“充分”。同时,证据的“确实”是一个由表及里、去伪存真

* 浙江省人民检察院副检察长。

[1] 这种观点具体有几种提法,之间略有差异,但较接近,故笔者将其归为一种。

[2] 参见最高人民检察院:《人民检察院实施中华人民共和国刑事诉讼法规则》及其研究室的有关材料。

[3] 樊崇义:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1996年版,第186页。

[4] 参见中国政法大学刑事法律研究中心:《在京部分教授关于刑事诉讼法实施问题的若干建议》,《政法论坛》1996年第6期。

[5] 参见苏玉华、杨善良:《两种逮捕条件的把握》,《人民检察》1997年第8期。

和互相甄别的过程。在诉讼过程中,特别在侦查过程中,有的证据当时被认为是“确实”的,但随着侦查的深入,可能瞬间变成不确实甚至虚假的。因此,“有确实的两个以上能够互相印证的证据”或“相当的确实证据”,未必能保证证据的“确实”。例如,案例一,犯罪现场留有某甲的指纹(留在茶杯上)、鞋印和物品,但经查,是由于犯罪分子陷害。案例二,有两个人指认某乙从犯罪现场出来,但经查,某乙无作案时间,犯罪分子是一与某乙相象者。案例三,某女深夜熟睡中被人强奸,惊醒后呼救,邻居某丙闻讯急往救之,罪犯夺路而逃,该女惊恐中抓住某丙并指认为强奸犯,丙被闻讯赶来的人“现场抓获”。这三个案件起初都有两个或两个以上被认为“确实”的证据,但如据此予以逮捕,容易失之过宽。其次,这种观点未能就证据对犯罪事实的证明程度作出界定。如能研究提出一个证明犯罪事实的“度”,那两个以上证据也好,相当的确实证据也好,都把它们放在这个“度”前加以衡量,达到这个“度”的,予以逮捕;达不到的,证据再多也不能捕。由于未能提出这个“度”,因而实际操作很难把握。第三种观点即“要有确实、充分的证据”的观点则要求太高,因为案件侦查终结、起诉、审判对证据的要求就是“确实、充分”,如果案件只有一个犯罪事实,证据确实、充分了才逮捕,那与侦查终结、起诉、审判对证据的要求已无区别,逮捕就失去了作为强制措施应有的作用。

那么,究竟该如何理解和把握“有证据证明有犯罪事实”中的“有证据”?我认为,这里的“有证据”是指有基本确实、充分的证据。证据基本确实、充分了,犯罪事实也随之基本清楚了,并能证明犯罪事实基本上为犯罪嫌疑人或被告人所为了。据此,“有证据证明有犯罪事实”应理解为:起点犯罪的事实基本清楚,证据基本确实、充分,⁽⁶⁾犯罪事实基本上为犯罪嫌疑人所为(简称“三个基本”)。具体地说,首先,在犯罪事实的量上,这里的“犯罪事实”不是主要犯罪事实或全部犯罪事实,而是起点犯罪的事实。它既可以是单一犯罪行为的事实,也可以是数个犯罪行为中任何一个犯罪行为的事实。其次,在犯罪事实的质上,它不是原刑法“主要犯罪事实已经查清”的犯罪事实,也不是现行刑法对侦查终结、起诉、审判要求的“犯罪事实清楚”的犯罪事实,而是“基本清楚”的犯罪事实。再次,在证据的质和量上,它不是立案时仅能证明有犯罪“嫌疑”,拘留时能证明系“重大嫌疑”的证据,也不是侦查终结、起诉、审判要求的“确实、充分”的证据,而是“基本确实、充分”的证据。第四,在犯罪事实和证据与犯罪嫌疑人、被告人的联系上,它不是仅能证明“可能”系嫌疑人、被告人所为的事实和证据,也不是能证明“确实”系嫌疑人、被告人所为的事实和证据,而是能证明基本上为嫌疑人、被告人所为的事实和证据。总之,这样的犯罪事实和证据,是在起点犯罪上已分别接近“清楚”和“确实、充分”,但又存在一点距离的事实和证据;是八九不离十,基本上不会捕错的事实和证据。

提出以上观点的主要依据是:

1. 从刑事诉讼的任务和逮捕功能来看。准确及时惩罚犯罪与保障人权,是我国刑事诉讼的根本任务,也是刑法修改的一个指导思想。理解和把握逮捕的第一个条件,必须贯彻这一根本任务和指导思想,在惩罚犯罪与保障人权间寻求最佳结合点,以达到二者的有机统一。逮捕是刑事诉讼中的一种强制措施,而不是案件的最终处理,其功能是剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身自由,防止其串供、毁证、自杀、逃跑和继续犯罪,保障刑事诉讼的顺利进行。逮捕后,案件事实还有待于进一步查清,证据有待于进一步调取,被逮捕者最终是否构成犯罪还存在或然性,故不能保

(6) “事实基本清楚,证据基本确实、充分”,不同于“基本事实清楚,基本证据确实、充分”,后者是侦查终结、起诉、审判的标准,与“事实清楚,证据确实、充分”在本质上无异。

证被逮捕者都构成犯罪。当前,我国社会治安形势严峻,常成为人民群众关注的热点,理解和把握逮捕条件不能脱离这一实际。如果把逮捕的条件设置得太高,保险系数留得过大,逮捕就会失去强制措施的功能,从而影响惩罚犯罪。但同时,逮捕又是最严厉的强制措施,其本质属性是对人身自由的剥夺,加上中国传统观念对被逮捕人有普遍的否定评价,认为“被抓过的非好人”;从而可能影响其一生及家庭,故逮捕必须严格条件,审慎运用。宪法和刑事诉讼法规定任何公民非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定并由公安机关执行,不受逮捕,刑事诉讼法对逮捕规定了一系列严格的程序,我党还制订了“慎捕少捕”、“可捕可不捕的不捕”等刑事政策,都是基于“严格、慎重”的指导思想。因此,必须保证被逮捕者绝大多数构成犯罪。如达不到这一点,就会侵犯较多的人身权利,与刑事诉讼目的相悖。“只要有证据即可”的观点和“要有确实、充分证据”的观点,不适当降低或提高了逮捕条件,其结果不是影响保障人权就是影响惩罚犯罪,均难以实现二者的有机统一。而“三个基本”的观点则既能适应惩罚犯罪的需要,又能保证被逮捕者绝大多数构成犯罪,因而较好地实现二者的统一,是二者比较理想的结合点。

2. 从逮捕条件修改的初衷来看。原刑事诉讼法规定的逮捕的第一个条件是“主要犯罪事实已经查清”,但在十几年的司法实践中,政法机关一般并没有严格照此执行,而是自行放宽了条件,只要起点犯罪的事实清楚,证据确实、充分,嫌疑人已构成犯罪,即认为符合条件,予以逮捕;还有少数案件出于侦查工作的需要,起点犯罪的事实尚未查清,证据尚未达确实、充分的,也逮捕了。然而,尽管自行放宽了逮捕条件,刑事强制措施仍不能满足侦查破案的需要,而不得不大量使用收容审查这一非刑事强制措施。^[7]修改刑事诉讼法时,针对这一实际,为了适应收容审查不再使用后侦查破案的需要,决定适当放宽逮捕条件。因此,逮捕条件的这一放宽,不仅是对原法定条件“主要犯罪事实已经查清”的放宽,而且是对政法机关实际掌握的条件即“起点犯罪事实清楚,证据确实、充分,嫌疑人已构成犯罪”的放宽。只有这样理解,才理解了逮捕条件修改的初衷。正如在京的一些法学教授所说,如果把“有证据证明有犯罪事实”仅仅理解为“已经有证据证明某一犯罪事实确实是该犯罪嫌疑人所为”,那与以前的逮捕条件相比就一点也没有放宽。^[8]“三个基本”的观点在政法机关原实际掌握的逮捕条件的基础上作了有限度的放宽,因而是符合刑事诉讼法修改的初衷的。固守原实际掌握的逮捕条件的同志认为,刑事诉讼法第65条、第133条规定,对需要逮捕而证据还“不充足”的,可以取保候审或者监视居住。据此,逮捕条件必须“证据充分”。笔者认为,第一,法律规定的是“不充足”而不是“不充分”,这不可能是立法的疏忽,我们没有理由将它们作同义理解;第二,这里的“不充足”是相对于逮捕条件而言,而不是相对于“事实清楚,证据确实、充分”而言,它是指证据离逮捕条件要求的程度还不充足,证据证明犯罪事实的证明力还不充足,而不能理解为“证据要充分”。

3. 从逮捕在刑事诉讼中所处的环节和逮捕条件的科学性、可操作性来看。根据刑事诉讼法规定,立案的条件是“发现有犯罪事实或犯罪嫌疑人”,拘留的条件是有“重大嫌疑”,侦查终结、起诉、审判的条件是“事实清楚,证据确实、充分”。只要留心就会发现,上述的“嫌疑”、“重大嫌疑”、“清楚”和“确实、充分”所反映的都不是证据本身,而是证据所能证明的“度”。上述的第二种观点根据逮捕所处的环节及法律规定的逮捕条件,试图从证据的质和量上提出一个高于立案和拘留,低于侦查终结、起诉、审判条件的标准,但可惜的是,未能象法律界定立案、拘留和侦

[7] 造成大量使用收容审查的原因较多,但刑事强制措施不适应是原因之一。

[8] 同前引[4]。

查终结、起诉、审判的条件那样,就证据对犯罪事实所能证明的“度”作出界定,因为证据不在于多少,而在于对犯罪事实的证明力,从证据对犯罪事实所能证明的“度”方面设置标准,比仅仅就证据讲证据并以此设置标准更为科学,在实践中也更易把握,可操作性更强。而“三个基本”的观点,就证据对犯罪事实所能证明的度作出了一个高于立案和拘留,低于侦查终结、起诉、审判标准的界定。也许有人认为,“三个基本”中的“基本”是模糊语言,把它用于逮捕标准不妥。其实,模糊科学告诉我们,在不少情况下,模糊判断往往比表面上精确的判断更科学与准确。在刑事诉讼过程中,在案件事实没有查清之前,证据的质和量均具有易变性,证据对犯罪事实所能证明的程度也有相对性,故想以精确语言界定逮捕的标准是不现实的。“基本”这一模糊用语,恰恰符合这一环节证据易变性和证明力相对性的特点,因而倒是较为准确而科学的。

必须说明的是,“三个基本”的标准,是逮捕的最低标准,在实际执行中,多数案件会高于这一标准,达到证明“起点犯罪”的事实确实系犯罪嫌疑人或被告人所为,该犯罪嫌疑人或被告人已构成犯罪的程度。对未达该程度的其余案件,只要按“三个基本”的标准认真把握,是不会出现在逮捕后有较多的案件不构成犯罪这一结果的。

二、如何理解和把握“特殊的逮捕条件”

刑诉法第56条规定:“被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定,^{〔9〕}已交纳保证金的,没收保证金,并且区分情形,责令犯罪嫌疑人、被告人具结悔过,重新交纳保证金、提出保证人或者监视居住、予以逮捕。”第57条规定:“被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定,^{〔10〕}情节严重的,予以逮捕。”这两条有关逮捕的规定与刑诉法第60条是什么关系,即对违反法定义务的取保候审、监视居住者“予以逮捕”是否必须同时具备刑诉法第60条规定的条件,也就是说,逮捕是仅刑诉法第60条规定的一种条件,还是包括刑诉法第60条和第56条、第57条分别规定的两种条件?有的认为,被取保候审、监视居住者大多不符合逮捕条件,如果认为有两种逮捕条件,就等于逮捕条件在第60条已放宽的基础上作进一步放宽,这是不符合刑诉法修改关于进一步保障人权的指导思想与“慎捕、少捕”政策的,故刑诉法第60条规定的条件是逮捕的唯一条件。也有的认为,刑诉法第56条、第57条把可能变更为逮捕作为强制被取保候审、监视居住者严格遵守法定义务的保障措施,而该两条法律并无关于“予以逮捕”必须同时符合第60条的逮捕条件的规定,故显而易见,修改后的刑诉法规定了两种逮捕条件:一种是第60条规定的条件,它适用于一般案件,故称一般逮捕条件;一种是第56、第57条规定的条件,它仅适用于某些违反取保候审、监视居住的法定义务者,故称特别逮捕条件。

笔者同意后一种意见。其理由是:

1. 特殊逮捕条件在法律中有明确规定。根据刑诉法第51条、第60条、第65条的规定,以下四种犯罪嫌疑人、被告人,可以取保候审或者监视居住:1. 可能判处拘役、管制或者独立适用附加刑的(第51条第1项);2. 可能判处有期徒刑以上刑罚,适用取保候审、监视居住不致发生社会危险性的(第51条第2项);3. 应当逮捕但患有严重疾病或者妇女正在怀孕、哺乳自己婴儿的;4. 被拘留的人需要逮捕而证据不充足的。在这四种情形中,第3种本来就符合逮捕

〔9〕指被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守的四项规定。

〔10〕指被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应遵守的五项规定。

条件;第2种符合逮捕的事实证据条件和可能处刑条件,而不符合社会危险性条件,但由于其违反法定义务,使得社会危险性条件也已具备。对这两种情形予以逮捕,是符合第60条规定的逮捕条件的。第1种情形却不符合第60条的可能处刑条件,第4种情形则不符合第60条的事实证据条件。然而,刑诉法第56条、第57条却明确规定对违反法定义务的“予以逮捕”,这决不可能是立法者的疏忽,它明白无误地说明,法律规定了一个“特殊逮捕条件”。有人认为,刑诉法第57条规定的被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人“违反前款规定,情节严重的,予以逮捕”中的“情节严重”,应包含同时符合刑诉法第60条规定的逮捕条件之意。笔者认为,这样理解未免过于牵强,因为这里的“情节严重”,是指违反应遵守的规定情节严重,而决无包含“符合第60条规定”之意。

2. 规定特殊逮捕条件是收审不再使用后完善强制措施体系、惩罚犯罪的需要。为了适应收审不再使用后惩罚犯罪的需要,修改后的刑诉法完善了强制措施体系,对违反取保候审、监视居住法定义务的“予以逮捕”,是其中的一个方面。强制性是法律的一个特征,取保候审、监视居住者违反了法定义务,理应给予相应的法律后果;否则,如果束手无策,听之任之,那么,人民民主专政的国家机器未免过于软弱无能,刑事诉讼就难以顺利进行,犯罪分子也难免会被放纵。因此,必须对他们采取更有效的措施,包括采取逮捕这一最严厉的措施。

3. 规定特殊逮捕条件有助于少捕。规定特殊逮捕条件,不仅对已经违反法定义务者是一种惩戒,而且对尚未违反法定义务者是一种威慑,它有助于促进被取保候审、监视居住者严格遵守有关规定,老老实实接受审查,有效实现取保候审、监视居住功能,从而有助于扩大取保候审、监视居住的适用,减少逮捕的适用。古人有“以刑去刑”的刑罚思想,特殊逮捕条件则体现了以逮捕减少逮捕的策略思想。虽然,它会使少数案件突破第60条规定的一般逮捕条件,付出了一定的代价,但能换取较多的案件不适用逮捕的结果,从而减少诉讼成本。

规定两种逮捕条件,并不意味着执行时可以互相割裂,各行其事。既然特殊逮捕条件是普通逮捕条件的一种例外和补充,是“不得已而为之”,故执行特殊逮捕条件一要贯彻“从严掌握,慎用少用”的原则;二要以一般逮捕条件的立法原意和立法精神作指导。据此,对取保候审的犯罪嫌疑人、被告人违反法定义务的,应依法“区分情形”,尽量采取具结悔过、重新交纳保证金、提出保证人、监视居住等措施。少数必须“予以逮捕”的,一般限于以下几种情形:已符合一般逮捕条件的;严重犯罪的重大嫌疑人,不捕有放纵严重犯罪之虑的;有犯罪重大嫌疑,且可能发生新的社会危险性或严重妨碍诉讼进行的。对监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反法定义务的,法律规定必须“情节严重”才能逮捕。所谓“情节严重”,主要指:严重违法法定义务的;违反法定义务,经执行机关批评教育仍不改正的;具有社会危险性的;已经造成严重后果的。同时,为了保证逮捕案件质量,除符合“情节严重”要件外,还应以一般逮捕条件的立法原意和立法精神作指导,审查嫌疑人涉嫌罪行是否较重或犯罪嫌疑是否重大。对涉嫌轻微犯罪,处刑可能很轻的,或者证据十分欠缺,仅有一般嫌疑的,原则上不能逮捕。因为这两种情形与一般逮捕条件相差太远,如予以逮捕不符合逮捕的立法原意和立法精神。

适用特殊逮捕条件的逮捕由谁决定?有的认为,“这里的逮捕应由决定监视居住的机关作出”。^[1]笔者认为,逮捕必须经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,这是宪法和刑诉法规定的原则,故该种逮捕也需严格照此执行。如果决定监视居住的是公安机关,那公安机关

[1] 赵汝昆:《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定 学习纲要》,1996年4月版,第76页。

应写出提请逮捕意见书,移送检察机关批准。

三、如何界定“错捕”

什么叫错捕?当前主要有三种观点。第一种观点认为要以案件处理的最终结果为标准。但具体又有两种不同认识:一种认为要看案件处理结果是否符合逮捕条件,如果逮捕后不构成犯罪,或判处徒刑以下刑罚,或判处徒刑缓刑,均为错捕;一种认为逮捕后不构成犯罪的为错捕。第二种观点认为要以批准或决定逮捕当时的案件事实和证据是否符合逮捕条件为标准,当时符合逮捕条件,即使后来不构成犯罪,也不属错捕。第三种观点认为要以国家赔偿法规定为标准,该法第15条第2项规定:“对没有犯罪事实的人错误逮捕的”,受害人有取得赔偿的权利。据此,只有对没有犯罪事实的人逮捕才是错捕。由于对“错捕”标准认识不一,影响了对逮捕条件的理解和把握,影响了逮捕质量的评价和国家赔偿法的正确贯彻。

上述三种观点,实际是对两个问题认识不一所致:第一个是前提条件问题,即犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后,出现什么样的结果,才可能涉及“错捕”;第二个是标准问题,即在具备前提条件的情况下,以什么标准界定错捕。现分别予以研究。

关于前提条件问题,较一致的看法是时间上以诉讼终结为前提。但对案件的诉讼结果,则有三种观点:1. 诉讼结果与逮捕预期不符。认为逮捕是依据刑事诉讼法第60条规定的三个条件进行对照衡量后所作出的决定,故逮捕的预期就是嫌疑人、被告人构成犯罪,判处徒刑以上刑罚且不是缓刑。如果诉讼结果与该预期的任何方面不符,即可能涉及错捕。2. 诉讼结果不构成犯罪。3. 诉讼结果没有犯罪事实。

笔者认为,错捕即为错案,是错案的一种表现形式,故错捕的成立,必须以诉讼结果不构成犯罪或没有犯罪事实为前提,而不应包括判处徒刑以下刑罚与徒刑缓刑,因为后者不在错案之列。那么,究竟以“不构成犯罪”为前提还是以“没有犯罪事实”为前提?我认为,以“没有犯罪事实”为前提较为妥当。因为第一,刑事诉讼法第60条规定的逮捕的首要条件是“有证据证明有犯罪事实”,国家赔偿法第15条规定的刑事赔偿范围之一是“对没有犯罪事实的人错误逮捕的”,故以“没有犯罪事实”为前提有法律依据;第二,某些案件虽不构成犯罪但不属错案。如有的实为犯罪,但因犯罪情节轻微而作不起诉处理(刑事诉讼法第142条第2款);有的有犯罪行为,但依法不追究刑事责任(刑事诉讼法第15条第2、3、4、5、6项);有的有犯罪嫌疑甚至重大嫌疑,但因证据不足而撤案、不起诉或判无罪(如刑事诉讼法第140条第4项、第162条第3项);有的属严重危害社会的行为,但因不符合犯罪构成的主体或主观方面条件而不构成犯罪(刑法第16条、第17条第4项、第18条)。因此,以“不构成犯罪”作为错捕成立的前提不妥,而以“没有犯罪事实”作为前提则是妥当的。当查明被逮捕者没有犯罪事实而被撤案、不起诉或判无罪时,即应考虑该逮捕是否为错捕。

再来研究标准问题。具备了错捕的前提后,以什么标准界定错捕?主要有两种观点:1. “当时说”。即以批准或决定逮捕的当时的事实和证据是否符合刑事诉讼法第60条“有证据证明有犯罪事实”这一条件为界定标准。当时就不符合的,为错捕;当时符合,即使后来查明没有犯罪事实,也不属错捕。如有的说:“犯罪事实的存在是人民检察院批准逮捕的最基本条件,没有证据证明或现有证据不足以证明某人实施了犯罪行为,就批准逮捕的,是错捕。因错捕造成损害的,受害人有权请求国家赔偿。”“对有证据证明有重大犯罪嫌疑人进行逮捕,如果后来查明被逮捕人没

有犯罪事实,不能认为是错捕,也不能要求国家赔偿。”^[2]2. “诉讼结果说”。即以诉讼最终结果作为界定错案的标准。当诉讼结果为“没有犯罪事实”而被撤案、不起诉、判无罪后,错捕即告成立。持这种观点者认为,“没有犯罪事实”,既是错捕成立的前提,又是错捕界定的标准。笔者认为,从逮捕是诉讼过程中司法人员对犯罪嫌疑人、被告人是否符合逮捕条件所作的阶段性的评断这一角度看,“当时说”是合理的,而“诉讼结果说”则似有值得商榷之处。因为“当时说”反映了逮捕作为对案件阶段性评断的特点。在诉讼过程中,逮捕所依据的“犯罪事实”是需要进一步查证的,经进一步查证后,多数案件能被进一步查实,但也不能完全排除极少数案件被否定的可能。因此,不能以诉讼结果倒回去评价诉讼过程中对案件所作的阶段性的评断是否正确。据此,当时的事实、证据不符合逮捕的事实、证据条件却予逮捕,后来又查明没有犯罪事实的,是错捕;当时的事实、证据符合逮捕条件而予逮捕,即使最终没有犯罪事实,也不属错捕。因为依据当时的事实、证据符合逮捕条件的案件予以逮捕,其逮捕的决定是正确的;其批准或决定逮捕的行为是依法办案。如果仅因后来证据的变化就认为是办了错案,这对批准或决定逮捕的机关及其承办人来说,是难以理解和接受的。

然而,从实体法角度看,“诉讼结果说”又有其合理性。因为任何案件办得是否正确,都要接受最终诉讼结果或客观事实的检验,逮捕这一强制措施亦然。当被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人最终被查明没有犯罪事实而被撤案、不起诉、判无罪时,如果司法机关依“当时说”认为不是错捕,不是错案,那当事人是无论如何难以理解和接受的:我明明没有犯罪事实,是个无辜者,却被逮捕关押,蒙了冤,受了屈,是个地地道道的错案,怎能认为“不是错捕”,“也不能要求国家赔偿”^[4]呢?你司法机关不是在强词夺理吗?同时,国家赔偿法第15条第2项明确规定,刑事赔偿范围之一是“对没有犯罪事实的人错误逮捕”。这里的“没有犯罪事实”应理解为客观上没有犯罪事实,或者诉讼结果没有犯罪事实,而不能理解为依逮捕当时的证据“没有犯罪事实”。前面“当时说”中所引的两种说法,实属对此误解所致。因此,对没有犯罪事实的人予以逮捕的,就是错捕。

既然“当时说”与“诉讼结果说”各有其成立的理由,那么如何协调这两个标准的关系?笔者认为,这两个标准虽然差异甚大,但均应作为判定是否错捕的标准,因为它们分别从不同的角度对错捕作出了界定,均有其合理性。前一个标准中的“当时的事实、证据”,虽属实体性质,但由于该标准运用于诉讼过程之中,相对于案件的客观事实和诉讼结果来说,它又是程序性的,故为了跟后一个标准相区别,可称为程序性的错捕标准。后一个标准则纯属实体的性质,故称为实体性的错捕标准。区分这两种标准的意义在于:1. 正确界定两种错捕标准的内涵和外延,防止理论和实践的混乱和混淆。2. 指明两个标准不同的作用:程序性标准的作用是评价司法机关批准或决定逮捕的工作质量,为工作考核提供依据;实体性标准的作用是检验案件的质量,为刑事赔偿提供依据。当然,无论是用于评价工作质量还是用于刑事赔偿,均能促进司法机关提高执法办案水平。总之,这两个标准各有其理,各有其用,共同构成了科学而完整的错捕标准。我们既不能互相混淆,又不能互相代替。

附带提及,根据国家赔偿法第17条关于免赔的规定,以实体性标准界定的错捕,不一定都予刑事赔偿。由于该内容不属本文范围,故不展开论述。

[2] 胡康生:《中华人民共和国国家赔偿法 释义》,1994年7月版,第44页。

[4] 同前引[4]