

CRIMINAL
PROCEDURE LAW

2012

刑事诉讼法

· 解读与适用 ·

樊崇义 主编

权威专家论证

深入浅出解读



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

CRIMINAL

PROCEEDINGS

2012

刑事诉讼法

· 解读与适用 ·

樊崇义 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

2012 刑事诉讼法:解读与适用/樊崇义主编. —
北京:法律出版社,2012.3(2012.6重印)

ISBN 978-7-5118-3226-9

I. ①2… II. ①樊… III. ①刑事诉讼法—法律解释
—中国②刑事诉讼法—法律适用—中国 IV. ①D925.205

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 035571 号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘琳

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/13.25 字数/417千

版本/2012年3月第1版

印次/2012年6月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3226-9

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

2012年3月14日,刑事诉讼法修正案草案在十一届全国人大五次会议闭幕会上经表决获得通过,其中赞成2639票,反对160票,弃权57票。这是自1996年修改以来,时隔十六年,刑事诉讼法的又一次重大修改。修正案草案的内容涉及证据制度、强制措施、辩护制度、侦查措施、审判程序、执行程序等各个方面。此前草案许多条文曾引起了热烈的讨论。修正案反映了我国刑事诉讼制度的许多进步与发展。在正式实施之前,解读好修正案、普及好修正案十分重要。本书由全程参与修正案论证的权威专家领衔解读,既回应司法实践、学术研究、法学教学中的相关疑问,也为准确适用该法律提供深入浅出、通俗易懂的指南。

为了便于读者准确理解条文之间的关系,本书的编章以修正案体例为基础,共设置了十一编与一个附则。“十一编”分别是:刑事诉讼法的任务与基本原则;管辖与回避;辩护与代理;刑事证据;刑事强制措施;刑事附带民事诉讼;期间与送达;审前程序(立案程序、侦查程序、审查起诉);审判程序(一审程序、二审程序、死刑复核、审判监督);执行;特别程序。在刑事证据、一审程序中,考虑章节的逻辑性和便于读者理解,对个别条文的顺序进行了微调。

阅读本书,需要重点掌握以下内容:第一,每编或者每章之下的“导读”是全编及章的宗旨和引领,介绍修改之处。第二,本书的法律条文皆是经过修正后的条文。为方便与1996年《刑事诉讼法》进行对照,条文中加黑的部分便是新修改之处。第三,本书针对没有修改的条文,仅设置

“法条解读”栏目,解读该条文的条文主旨和具体含义。第四,针对修正案中修改的条文,除了“法条解读”栏目外,特别设置了“图形解析”、“修改理由”、“适用难点”、“案例释义”栏目,以帮助读者准确掌握修正案的来龙去脉。在许多“适用难点”栏目中,还提出了一些进一步完善立法建议。

以撰写先后为顺序,本书的编写分工如下:

- 樊崇义 (中国政法大学教授):第一编,并担任全书主编;
雷小政 (北京师范大学刑事法律科学研究院教师):第二编,并担任主编助理;
卜开明 (司法部司法研究所副研究员):第三编、第十编;
吕泽华 (吉利大学法学院院长助理):第五编、第七编、第八编;
史立梅 (北京师范大学刑事法律科学研究院副教授):第四编、第六编;
张小玲 (中国人民公安大学副教授):第九编;
张品泽 (中国人民公安大学副教授):第十一编、附则。

本书常用法律文件及缩略语

中华人民共和国宪法	《宪法》
中华人民共和国刑法	《刑法》
中华人民共和国刑法修正案(八)	《刑法修正案(八)》
1979 年中华人民共和国刑事诉讼法	1979 年《刑事诉讼法》
1996 年中华人民共和国刑事诉讼法	1996 年《刑事诉讼法》
中华人民共和国刑事诉讼法修正案	修正案
中华人民共和国律师法	《律师法》
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》	1998 年六机关《规定》

最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释

最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》

公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》

《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》

中央社会治安综合治理委员会预防青少年违法犯罪工作领导小组、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、共青团中央《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》

1998 年最高人民法院《刑法解释》

1999 年《人民检察院刑事诉讼规则》

1998 年公安部《刑事案件程序规定》

2010 年“两个证据规定”

2010 年《未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》

修改刑事诉讼法的理性思考(代序)

樊崇义

刑事诉讼法修正案获得通过,作为一名刑事诉讼法学的专业工作者,听到这一消息后,激动不已,十分兴奋。因为已经盼了十多年了。全国人大早在上一个五年就把刑事诉讼法的修改纳入了立法计划,由于种种原因一直拖到了这五年,本届人大的最后一年。作为一位从事刑事诉讼法学事业的理论工作者,有时夜不眠,思考着如何把刑事诉讼法修改好,如何使“中华人民共和国刑事诉讼法”达到正当、科学的水准。为此,我撰写本文,从四个方面对刑事诉讼法修改进行理性的思考,希望对解读和适用刑事诉讼法修正案有所帮助。

(一)与时俱进,吃透国情,修改要有针对性

我国刑事诉讼法典的诞生,大家知道的是在特殊的背景下制订和出台的:1979年3月,党的三中全会总结历史的经验,特别是文化大革命的惨痛教训,做出了把党和国家工作的重点从以阶级斗争为纲转移到社会主义现代化建设上的战略决策,并着重指出必须“发展社会主义民主,健全社会主义法制”。^{〔1〕}当时的针对性就是解决“林彪、‘四人帮’横行时期那种滥行逮捕拘留,侵犯干部和群众人身权利的严重问题”。^{〔2〕}

经过十六年,我国刑事诉讼法于1996年3月17进行了第一次修订,

〔1〕“汪汉斌访谈录之一:迈出健全社会主义法制关键的一步”,载《法制日报》2010年10月20日。

〔2〕“汪汉斌访谈录之三:迈出健全社会主义法制关键的一步”,载《法制日报》2010年12月4日。

把1979年《刑事诉讼法》从164条,增加到225条。当时大范围修改,是针对“刑事诉讼法实施十六年来,我国社会主义民主和法制建设不断发展,社会情况有了变化,司法实践中积累了不少经验,也反映出一些问题,需要总结实践经验,联系现代法制的发展,对刑事诉讼法进行补充修改”。^{〔1〕}其重点解决的问题有四:一是完善刑事诉讼过程中的强制措施,取消收容审查;二是进一步保障诉讼参与人的权利,确立未经人民法院判决不得定罪,修改律师参与诉讼的时间,保障犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利,同时强化对被害人的权利保障;三是完善了庭审方式,废止了免于起诉;四是加强了刑事诉讼各个环节的监督。这些修改,一方面总结了我们的司法实践经验,把成功的经验法典化,另一方面标志着我国民主与法制的进程要适应现代法制的进展,充分凸现程序的价值。1996年《刑事诉讼法》吸收了“无罪推定”的合理内核规定了未经人民法院判决不得确定任何一个公民有罪,提前了律师介入刑事诉讼的时间,提高了被害人诉讼地位并赋予了其诸多诉讼权利,这些修改在世界范围内反响强烈。西方媒体纷纷评论:中国民主与法制的进程所取得的成绩可谓“举世瞩目”!

刑事诉讼立法所取得的成绩和经验已经告诉我们,这次刑事诉讼法的修改必须继续坚持与时俱进,吃透国情,做到修改要有针对性。1996年《刑事诉讼法》距今已到第十六年。这些年来国家的变化可谓翻天覆地,民主与法制进程中所积累的经验需要认真总结,前进中出现的新情况、新问题更需慎重反思。尤其是社会、政治、经济、思想、文化等方方面面发生的变化对刑事诉讼活动产生了深刻影响。这些因素要求立法者要开动“机器”,认真思考。否则,就很难做到有针对性地解决实际问题,更难做到科学修法。

我认为,这次刑事诉讼法的修改需要认真思考的一个重点问题就是如何正确地评估和认识中国现实社会的阶段性特征问题。这一问题全面制约和决定着刑事诉讼程序的修改、完善和设计。近年来,由于经济体制的改革与转型,市场经济在逐步地形成与转轨。城市化进程的加快,全球

〔1〕 顾昂然:《关于中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)的证明》,方正出版社1998年版,第77页。

化和风险社会时代的到来,社会利益分配格局发生着巨大的变化,由此引发了大量的社会问题,产生了许多管理的真空和“盲点”。我国已经从一个“整体社会”(或曰一元化社会)转变为“多样化的社会”,即经济成分和经济利益分配多样化、社会生活多样化、社会组织形式多样化、就业岗位和就业形式多样化。基于这些变化,人民内部矛盾凸现,贫富之间的差距拉大,社会纠纷和刑事犯罪不断地攀升,信访多,告状多,土地、拆迁、物业等矛盾纠纷引发的群体性事件多,网络沉迷现象严重。同时,由于现代社会又是一个高风险、全球化、信息化的社会,风险的传输、扩散,放大了风险危机的影响。如司法机关处理的一件小小的案件而产生的不公或冤假错的问题,进入媒体、网络后,很快就会引起社会的震荡和强烈的反响,对和谐社会的建构带来不利影响。鉴于此,党中央对司法工作及时地提出了“化解社会矛盾,创新社会管理,廉洁公正执法”这三项重点工作要求。这次刑事诉讼法修改就是要解决上述问题,并在刑事诉讼法程序的设计上加以体现。例如,针对上访、告状、翻案等,如何完善上诉、抗诉、申诉程序?为化解社会矛盾,促进社会和谐,如何构建当事人和解程序?如何保障和完善犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利以及辩护制度?如何保障被害人的权利,构建被害人救助制度?对未成年人犯罪、老年人犯罪案件的处理程序如何作出特别规定?等等。

另外,对于不断增多的刑事犯罪案件,我们也要具体情况具体分析。许多调研报告显示,百分之九十以上的刑事犯罪均属人民内部矛盾。有数字显示,可能判处三年以下的案件要占30%左右,可能判处五年以下的刑事案件要占65%左右,真正“与我为敌”的刑事犯罪,包括恐怖犯罪,毒品犯罪,极其严重的腐败犯罪,毕竟是少数,甚至不到5%。基于这种认识和评估,反映在刑事诉讼立法上,如何在程序设计上贯彻区别对待、宽严相济的刑事政策就是一个重大课题。它关系到刑事和解的范围和条件,关系到不起诉的扩大与处置,更关系到简易程序的设置与设计等。

在新的形势下,对社会危害比较严重的刑事犯罪的处置,人民群众比较关心,因为它关系到群众的安全感和社会的公平正义问题。因此,刑事诉讼立法关于特别严重的刑事案件的处理,如群众关心的腐败案件的处理程序,“三股势力”的破坏行为的处理,毒品犯罪,洗钱犯罪,严重的杀人、放火等暴力犯罪等,刑事诉讼法的修改仍然要坚持“惩罚与保护”相

结合的原则,要强化对这些少数犯罪行为依法进行严厉惩罚。在程序的设计上,要给手段,给时间,给方法,要体现一个“严”字,要区别于90%以上的普通刑事案件的处理程序。这是我们在强调权利保障的同时,绝对不可忽视的一个问题。

(二) 司法改革,成效显著,改革的成果要进法典

近年来,党中央一直高度重视司法体制机制改革工作,继2004年转发中央司法改革领导小组《关于司法体制和工作机制改革的初步意见》后,又于2008年底转发了《中央政法委员会关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》,从优化司法职权配置、落实宽严相济刑事政策、加强政法队伍建设、加强政法经费保障四个方面,就深化司法改革工作作出了总体部署。在党中央的统一领导和具体部署下,近两年来,就以四个方面,列出六十个专题,分工到各个政法工作部门,通过调查座谈、试点实验、实证研究、专家论证等各种方法,在全国范围内掀起了大规模的司法改革热潮,现已取得了明显的成效。这些成果与刑事诉讼法的修改有关的内容,主要表现在两个方面:一是政法机关的职权划分进一步明确,职权配置更加科学,上下级关系更加协调,司法监督进一步完善,人民群众反映强烈的执法不作为、乱作为等问题得到了有效缓解,执法活动更加公开、公正,法律制度进一步健全;二是着力完善政策法律,在落实宽严相济刑事政策上取得新成绩。^{〔1〕}以上两个方面的成果主要体现在以下经中央批准而已经下发生效执行的各个司法解释的法律性文件之中:最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部(下称“两高三部”)于2010年6月13日颁发,7月1日生效执行的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(下称“两个证据规定”);“两高三部”于2010年9月13日颁发了《关于规范量刑程序若干问题的意见》,10月1日起在全国各级人民法院试行;最高人民检察院和公安部于2010年7月26日联合下发了《关于刑事立案监督有关问题的规定(试行)》,该规定于10月1日起在全国范围内试行;“两高三部”于2010年8月30日又联合发布了

〔1〕 孙春英、李恩树:“我国司法体制机制改革呈现良好态势”,载《法制日报》2011年1月28日。

《关于司法工作人员在诉讼活动中的渎职行为加强法律监督的若干规定(试行)》;最高人民法院、公安部于2010年8月31日联合颁发了《关于审查批捕阶段讯问犯罪嫌疑人的规定》,也于10月1日起施行;“两高三部”于2010年9月联合出台《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》;2010年7月2日,中央政法委第十四次全体会议及司法体制改革第六次主题汇报会,中央政法委书记周永康同志要求“要加强执法工作信息化建设,在讯问、拘押、庭审、监管场所实行全程录音录像,要大力推进‘阳光执法’”。最高人民法院于2010年8月16日颁发了《关于庭审活动录音录像的若干规定》;“两高”《关于调阅诉讼卷宗有关问题的通知》于2010年6月11日发布;2010年5月9日最高人民检察院发布《人民检察院扣押、冻结涉案款物工作的通知》(共六章五十四条)(发布之日生效);2010年10月最高人民检察院发布《检察官职业行为基本规范》(职业使命、履职行为、职业纪律、职业作风、职业礼仪、职务外行为等)(发布之日起试行);此外,还有《关于侦查活动监督有关问题规定》、《关于人民检察院对搜查、扣押、冻结等侦查措施进行法律监督的规定》等。

我国司法改革的这些成果以及司法解释文件,内容丰富,涵盖面宽广。每一项文件都是经过艰苦的实证研究之后形成的,是广大司法干警辛勤劳动的结晶,也是司法实务经验的总结,更是人民群众关心的热点与难点问题。因此,要逐项加以提炼。凡是与刑事诉讼法有关的内容,理所当然进法典。其重点应当包括:

1. 诉讼职权配置方面有五:一是着力加强诉讼中监督制约机制,包括立案监督、侦查监督,看守所监督程序,建立审查批捕阶段讯问犯罪嫌疑人制度等。二是解决诉讼监督手段单一,监督刚性不足的问题,按照“两高三部”联合下发的《关于对司法工作人员在诉讼活动中的渎职行为加强法律监督的若干规定(试行)》,明确检察机关对司法工作人员在诉讼活动中的渎职行为可以采取调查、建议更换办案人员等方式进行监督。三是针对职务犯罪案件的侦查、逮捕在同一检察院内操作,制约效果不明显的问题,决定省级以下人民检察院立案侦查的案件,需要逮捕的犯罪嫌疑人,报经上级人民检察院审查决定。四是强化人民检察院内部监督制约机制和全面推行人民监督员制度。五是加强辩护职能,改革完善刑事

辩护制度,以解决我国刑辩率低下和辩护难的问题。例如,新《律师法》所确立的律师在诉讼中的会见权、阅卷权、有限的案件事实调查权和庭审言论的豁免权等,必须进刑事诉讼法典,以提高诉讼权利的法律位阶;此外,还有律师的会见不受监听、取消侦查人员在场的问题,阅卷的范围问题,介入诉讼的时间问题,把在侦查阶段的介入从法律帮助权上升为辩护职能的行使问题等,也要进行改革和完善。立法者要采取坚决的措施改变我国的刑辩率低下的状况。

2. 诉讼程序改革的重大成果有四:一是将量刑纳入庭审程序。最高人民法院近两年来全面推行量刑规范化改革试点工作,先后在全国 120 多个中级人民法院和一些基层人民法院进行量刑程序改革的实证研究,改变了过去量刑程序不公开的传统做法,使量刑程序从秘密转变为阳光下进行,增加了庭审的透明度,使当事人及人民群众看得见,摸得着公平、正义在哪里。各个试点的经验已经证明,“刑事案件的上诉率、抗诉率、发回改判率大幅度下降。”^{〔1〕}由此可见这一改革的重要性。刑事诉讼法的修改,一定要增设量刑程序。

二是关于二审程序、审判监督程序和死刑复核程序的改革和完善问题。对于这三个诉讼程序在 1996 年刑事诉讼法修改后所暴露出来的问题,根据司法改革中出台的一些对策与举措,一定要加以吸收和修订。例如,在二审程序中全面彻底贯彻和实行上诉不加刑的原则,对于二审发回重审的案件,应当立法规定明确的范围、条件、发回的次数,以保障上诉不加刑原则的彻底贯彻执行;还有二审的审理方式的改革,如何坚持做到“以开庭审理为原则,以不开庭审理为例外”;再如二审程序如何从实际出发,保证全面审查与重点审查相结合,明确上诉、抗诉的事实与理由,以保障当事人的上诉权和检察机关的抗诉权。同时,还要注意,在诉讼结构方面,要保持控辩平等对抗,以确保二审程序的权利救济和纠错功能。关于审判监督程序要做好改革:一方面,要解决“申诉难”的问题,尤其是当前出现的“缠访”、“缠诉”问题,在诉讼程序的设计上要完善申诉程序,确保当事人的申诉权;另一方面,对审判监督程序的启动和审理程序存在的

〔1〕 孙春英、李恩树:“我国司法体制机制改革呈现良好态势”,载《法制日报》2011 年 1 月 28 日。

问题,要先易后难,逐步解决。例如,科学设置启动再审的理由,将再审理由具体化、法典化;明确再审的期限和次数,乃至建立一个独立的再审程序,不受原来审理程序和审级之影响;在再审中设立法律援助和被害人的救助制度等,都是值得在修法中予以考虑和研究的问题。关于死刑复核程序的改革问题,根据现实的国情,还不宜搞“三审终审制”,更不能实行完全的诉讼化改造。我认为,要从现实出发,在原有死刑复核程序规定的基础上,要采取措施往前推进一步,诸如辩护律师的介入、参与,死刑案件二审程序全部开庭,从诉讼程序上严格控制和减少死刑,还有进行死刑核准的合议庭会见被告(包括视频方式)等,在这次修改中应把这些改革的成果加以明确规定和吸收。

三是提起公诉与诉讼监督的改革成果有二:其一,在新的形势下,为促进和谐社会的建构,改进不起诉制度,扩大不起诉的范围。在司法改革中,许多检察机关有创造性地通过试点实验“附条件不起诉”的作法,能否上升为法律,应该认真研究和总结。其二,在诉讼中加强各个诉讼环节的监督问题。在立案监督、侦查监督、监所监督、执行监督等方面,许多地方出台了一些新举措,新方法,包括检察机关内部制约和监督措施,都有一些新的改革成果。

四是侦查程序的改革与完善方向有四:其一,对拘留、逮捕、取保候审、监视居住等强制措施,为加强其实用性、操作性,刑事诉讼法应作出较为详细、具体的规定。其二,对侦查手段,尤其是技术侦查、秘密侦查等,现在我国适用这些措施的条件已经具备,需要立法加以明确和规范。对于这些手段如何在职务犯罪中加以适用,是一个更为慎重的问题。当前,我国职务犯罪的侦查手段十分欠缺,不利于反腐斗争的深入展开;同时,职务犯罪的特点与普通刑事犯罪不同,技术手段、秘密手段应当赋予检察机关独立适用,要改变当前由公安机关、安全机关代为行使的做法。其三,讯问犯罪嫌疑人程序的改革与完善,要重点解决刑讯逼供、“车轮战”、超期羁押等问题,增加规定讯问过程中的录音、录像制度,严格规定传唤、拘传以及讯问时间,尤其是应当保证犯罪嫌疑人有必要的饮食、休息的时间等。其四,应当完善涉案财产的处理程序,包括当事人不服的救济机制和检察机关对涉案财产的监督机制。

3. 证据制度改革的成果有四:在这次司法改革中,关于证据制度的

改革成效更为显著,其突出表现是在“两个证据规定”上。这两项重要法律文件,归纳起来有四大成果可进刑事诉讼法典。一是刑事证据规则的确立,包括证据裁判原则、非法证据排除规则、程序法定规则、质证规则、证据关联性规则、意见证据排除规则、原始证据优先规则、补强证据规则。二是排除非法证据的程序。三是对物证、书证、证人证言、被害人的陈述、犯罪嫌疑人、被害人的陈述与辩解、现场勘验、检查笔录、鉴定人的意见、视听资料、电子数据证据等九种证据的收集、审查、判断程序。四是对全案证据的综合审查、判断程序和证明对象与标准。在这次修法中,对诉讼中证据的收集和运用,必须按照现代法制的要求,确立“不得强迫任何一个公民自证其罪”的规则。此外,证人、鉴定人、侦查人员出庭作证问题,增加证据种类问题,把电子证据列入诉讼证据等,也应予以解决。

(三)区别对待,宽严相济,程序的设计要落到实处

宽严相济刑事政策不仅适用于刑事案件的实体处理,也适用于刑事案件的诉讼程序。宽严相济不仅是个实体法问题,也是个程序法问题。

程序本身体现了对犯罪行为人的处理是宽还是严。其主要体现在:一是某些程序措施或手段的采用会改变当事人的处境而影响到当事人的合法权益,在这种情况下,是否采取某种措施实际已经体现了对该当事人的处理是宽还是严。最明显的是对犯罪嫌疑人、被告人采取的强制措施。由于不同强制措施的严厉程度是不一样的,是否采取强制措施,采取逮捕措施,还是取保候审,就已明显地体现了对犯罪嫌疑人、被告人的处理是宽还是严。二是起诉和不起诉体现了从严或从宽处理。其中,不起诉将被不起诉人及时从诉讼程序中解脱出来,其本身就已体现了对被不起诉人的从宽处理。三是适用普通程序还是简易程序,是自诉程序还是公诉程序,是基层法院管辖还是中级以上法院管辖的选择等也体现了处理的宽或严。因为根据我国刑事诉讼法,适用简易程序、被告人认罪程序、自诉程序或由基层法院管辖的案件一般处刑较轻,而适用普通程序、公诉程序或由中级法院以上法院管辖的案件一般处刑较重,适用何种程序进行审理实际已预示了被告人将会判处何等刑罚,从而也体现了案件处理是从宽还是从重。

程序是保证宽严相济刑事政策得以正确贯彻实施的重要条件。刑事政策与法律规范相比较,灵活性是其本质。“刑事政策的变动性与刑事

法律的稳定性之间形成一种互动关系,恰恰是刑事政策发挥作用的一个基本前提。”〔1〕这种灵活性在宽严相济刑事政策中的体现是,司法机关可以在法律规定的范围内根据犯罪行为、犯罪人的主观恶性以及社会危害性等,结合当时的犯罪与社会治安情况选择从宽或从重处理。这种选择权也就是我们常说的自由裁量权。因此,实行宽严相济的刑事政策也就意味着刑事法律必须赋予司法机关相应的自由裁量权。没有这种自由裁量权,刑事政策在司法中也就没有存在的余地。但这种自由裁量权是一把双刃剑:合理使用可以克服法律形式正义的缺陷,实现实质正义;如被滥用则容易引起腐败或反复无常,〔2〕刑事政策的目的难以实现。为了抑制宽严相济刑事政策这消极的一面,必须通过诉讼程序来规范司法机关的自由裁量权。因为程序实际上是一种角色分派体系,其内容在很大程度上是一种角色规范,目的是使管理和决定非人情化,从而限制恣意、专断和过度的裁量,保证一种理性的选择。〔3〕因此,通过诉讼程序,使法官保持中立,诉讼当事人有机会参与法官的决定过程,对犯罪行为人的处理过程和结果置于公众监督之下,就可以使宽严相济刑事政策在刑事司法实践中被正确地贯彻实施,对犯罪行为人“严”得恰当,“宽”得合理。

基于上述理由,在近两年司法改革的过程中,尤其是中共中央《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》,把落实宽严相济刑事政策作为司法改革的一项重要内容。它不仅对刑法改革定罪量刑提出了具体的指导意见,还对建立健全宽严相济的刑事诉讼程序提出了具体要求。这些要求经过近两年的实践,已经取得了明显的效果,其主要内容包括:一是完善保护国家安全和打击恐怖犯罪、黑社会性质犯罪的诉讼程序。同时建立健全查处流动性、团伙性、跨区域性犯罪案件的管辖制度和 work 程序。二是建立和完善从宽处理的法律制度和程序,包括未成年人案件特别诉讼程序,老年人犯罪案件的从宽处理机制,自诉案件和轻微刑事

〔1〕 参见陈兴良:“宽严相济刑事政策研究”,载《法学杂志》2006年第1期。

〔2〕 参见【美】劳伦斯·M. 弗里德曼:《法律制度》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第41页。

〔3〕 参见季卫东:《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,中国法制出版社2004年版,第25~26页、第98页。

案件的刑事和解程序,轻微刑事案件的速决程序,扩大简易程序的适用,建立非监禁刑的执行和社会防控机制,推进社区矫正的立法工作等。三是建立健全贯彻宽严相济刑事政策的协调制度。包括完善立案、撤案标准,完善逮捕条件,健全宽严相济的审查起诉制度,设立附条件不起诉,建立健全行刑执法有效衔接制度,使因从宽处理未追究刑事责任的人依法受到党纪政纪或治安行政处分。四是健全贯彻宽严相济刑事政策的保障制度。例如,完善错案认定标准和错案追究制度,建立被害人救助制度,完善刑事赔偿制度,健全法律援助制度,构建贯彻宽严相济刑事政策的法律监督制度等。

总之,在刑事诉讼立法中如何贯彻宽严相济的刑事政策问题,不仅是一个重大的理论问题,更重要的是一个实践问题。从2008年以来,广大司法干警踊跃探索,在法律允许范围内,对以上种种程序都进行了科学的实验和论证,有许多项目已经取得了很好的社会效果。例如,未成年案件诉讼程序、当事人和解程序、附条件不起诉、简易程序、被害人救助制度、社区矫正等。在修法中要认真总结实践经验,有计划、有步骤地使这些成果在刑事訴訟法典中有所体现,把宽严相济的刑事政策实实在在地落实在诉讼的过程中。

(四)放眼世界,遵循规律,修改的内容要正当、科学

2011年1月24日,吴邦国委员长在《形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话》中明确指出:“党的十七大,强调要坚持科学立法、民主立法,完善中国特色社会主义法律体系,坚定不移地发展社会主义民主政治,对新时期立法工作提出了新的要求。”党中央对立法工作的新要求的核心是立法的质量问题。立法的质量又体现在法律规定的内容是否正当,是否科学。在新的历史时期,立法工作要实践科学发展观,首先要遵循规律。违背规律当然就会失去正当性与科学性。当前,我国正处于转型时期,刑事訴訟法的修改的正当性与科学性,应该是既要放眼世界,又要着眼于中国特色,既要认真理解和学习作为全人类共同探索和遵循的诉讼规律,又要解决中国的实际问题。学会处理这两个方面的正确关系,防止走偏方向,其正当性和科学性才能显现出来。结合这次刑事訴訟法的修改,按照诉讼规定的要求,我认为有以下几个突出问题,必须认真对待: