

TRIAL STUDY

审判研究

2011年 第1辑 总第044辑



《审判研究》

本辑要目

李建明

非法证据排除程序中控方的证明责任

韩波

宽严相济政策下的刑民交叉案件处理次序

胡宜奎

股东代表诉讼诉权的法理探讨

俞灌南 刘宇玥

民事审判监督三阶段的职能定位

泗洪县人民法院课题组

多元化纠纷解决机制在基层建立与运用的调查报告

马志相 周舜隆

在制度供给中蹚出基层法治之路

2011年 第一辑 (总第四十四辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2011年. 第1辑:总第44辑/《审判研究》编辑委员会编. —北京:法律出版社, 2011. 5
ISBN 978-7-5118-2080-8

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第073394号

©法律出版社·中国

责任编辑/李群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960毫米 1/16

印张/15.25 字数/255千

版本/2011年5月第1版

印次/2011年5月第1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 978-7-5118-2080-8

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	马汝庆	马志相
王世华	帅巧芳	叶兆伟	刘 华
刘亚平	刘媛珍	汤小夫	李玉生
李后龙	时永才	吴立香	何 方
宋 健	张 屹	张培成	陆鸣苏
范 群	茅仲华	周茸萌	周晖国
屈建国	胡道才	俞灌南	姜洪鲁
贺强兴	徐清宇	唐伯荣	蒋惠琴
谢国伟	褚红军	薛剑祥	

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轶 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 轶（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 魏 明

目 录

Trial Study 2011年第1辑(总第44辑)

专家论坛

- 1 李建明 / 非法证据排除程序中控方的证明责任
9 韩 波 / 宽严相济政策下的刑民交叉案件处理次序
24 胡宜奎 / 股东代表诉讼诉权的法理探讨

审判实务

- 33 王 芬 / 建筑领域劳动关系的确认及相关争议的处理
48 沈 湧 / 涉外商事审判中外国法适用的现状与思考

专题研究

- 58 俞灌南 刘宇玥 / 民事审判监督三阶段的职能定位
——以江苏审判实践为基点的研究
67 王继荣 李益松 / 论协同型审判权与诉权的建构
——以事实关系解明为中心
78 张 澎 张春萍 / 通过审判发展行政法:以正当程序为例
——基于《最高人民法院公报》(1985年~
2009年)的考察
91 庄金奎 谢兆鹏 / 基于传统法律文化的婚约财产制度构建
103 贾 娟 / 论知识产权诉讼中的证明妨碍及其规制
112 浦礼俊 许云苏 / 检察监督在审判监督程序中的功能完善与
制度规范研究
——以抗诉权为视角

调查报告

- 122 泗洪县人民法院课题组 / 多元化纠纷解决机制在基层建立与
运用的调查报告
133 杜开林 / “将量刑纳入庭审”的实践与思考
——来自中基层试点法院的调查

司法改革	
在制度供给中蹚出基层法治之路 ——兼论人民法庭的传统与改革 / 马志相 周舜隆	148
建立立案审理执行相互协调配合工作机制的探索与思考 / 谢唯立 王利冬	161
各抒己见	
从此岸向彼岸的渡过:论民事审判权适度扩张的场域选择 / 宋长琴 朱 薇 刘金霞	172
论参与分配与破产制度的协调完善 / 方 红	183
新《公司法》下监事代表诉讼制度解读与完善建议 / 陈秋荣	193
行政诉讼驳回诉讼请求判决研究 / 丁扣萍	200
房屋权属行政民事争议“一并审理”模式的理论探讨 / 张瑞强	213
审判参考	
江苏省高级人民法院关于调解协议司法确认程序 若干问题的意见(试行)	224
江苏省高级人民法院关于诉前调解工作的若干意见	229

专家论坛

非法证据排除程序中控方的证明责任

李建明*

2010年最值得称道的刑事司法改革举措之一,就是最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部(下文简称“两高三部”)于2010年5月30日联合颁布了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(下文简称《排除非法证据若干规定》)和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》。这意味着刑事诉讼中非法证据排除规则的正式确立,意味着理论界长期呼吁确立的非法证据排除规则从理论走进了实践,学术观点变成了官方具有法律效力的实践承诺。尽管《排除非法证据若干规定》还有许多不科学、不合理、不完善之处,但对于推进刑事司法现代化进程、提高刑事司法人权保障水平和程序公正水平的重要意义不可否定。

《排除非法证据若干规定》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》最大的亮点之一是,明确了非法证据排除程序中控方对于证据合法性的证明责任。本文拟讨论的是,为什么应当由控方承担证明证据合法性的责任、控方以何种形式证明证据的合法性、控方证明证据合法性应达到什么程度等问题。

一、控方承担证据合法性证明责任的正当性

由谁承担控诉证据合法或者违法的证明责任,是实施非法证据排除规则首先需要解决的问题,也是最为关键的问题。我国早有排除非法言词证据的司法解释规定,更有严禁刑讯逼供或以其他非法方法收集证据的规定,但却始终难以

* 南京师范大学教授,博士生导师。

排除非法证据,刑讯逼供等非法取证行为也一直禁而不止。从刑事诉讼机制的层面上分析,最主要的原因就是一直没有解决谁来证明证据合法或非法的问题。在《非法证据排除若干规定》出台之前,从立法机关到司法机关始终没有表明态度。因而,法律上关于严禁刑讯逼供或以其他非法方法收集证据的规定只能发挥劝导、告诫、警示的作用,而不能有效实现约束与制裁的功能。对应当由谁来承担证据合法与非法的证明责任,理论界曾有不同的看法,主要有以下三种观点。一是主张由辩护方承担,即认为应当由辩护方对控方取证过程违法的事实承担证明责任,这种观点主要来自司法实务部门,其理论依据是“谁主张,谁举证”的证明责任分配规则。当然,现在已经没有人再公开主张由辩护方承担证明证据违法责任,但在实务中仍有不少人依此潜规则行事。二是证明责任倒置论,主张参照行政诉讼中采用的证明责任倒置的做法,由证明能力更强的控方对侦查取证行为的合法性承担证明责任。三是认为应该由控辩双方合理分担,被告人对控方取证程序违法的事实承担行为意义上的举证责任,不承担说服责任和结果责任,控诉方对证据合法性承担完整的证明责任。^{〔1〕}第三种观点的实质还是认为应该由控方承担证明责任,只是其还特别强调了辩护方也应负一定的证明责任。《排除非法证据若干规定》对于证据合法性的证明责任分配的态度与第三种观点相似。

证据非法性与证据合法性是一个问题的两个方面,证明证据非法与证明证据合法都是适用或不适用非法证据排除规则的必要条件。鉴于证明证据依法取得比证明证据非法容易等因素,而且,解决非法证据的排除问题,目的之一是控制侦查机关收集证据的权力行为。因此,应当由控方承担证明控诉证据具有合法性的责任。

第一,从实际的证明能力来看,控辩双方的诉讼地位决定了双方的证明能力先天失衡。审前程序中,被告人明显处于弱势,大多数情况下处于被羁押状态,辩护律师的参与也极为有限,而且他们的活动空间都处于控方的监控之下,让他们收集控方违法取证的证据不具有现实可能性。而反观控方,侦控机关收集证据是一种主动进行的权力活动,因而由其证明自己实施的侦查取证行为具有合法性的能力远远超过辩护方证明其行为不合法的能力。所以,由控方承担证明取证程序合法的责任符合控辩平衡的理念。

〔1〕 宁松:“论排除非法口供举证责任之分配”,载《河北法学》2007年第6期。

第二,就控辩双方与证据的距离远近来说,也应该由控方承担证明责任。因为侦查和审查起诉等行为都是由控方实施的,他们最清楚收集证据的行为是否违反了法定的程序,也就是说他们距离能够证明取证程序是否合法的证据最近。而且,侦查机关的侦查取证过程通常都要形成笔录等文献资料和录音录像资料,控方持有这些能够证明程序行为的证据资料。与侦查和公诉机关相比,辩方距离这些证据要远得多。受制于审前程序特殊的时空环境,辩护方很难获得有关控方审前收集证据的程序行为违法的证据。因此,让控方承担取证程序合法性的证明责任完全具有合理性。

第三,依据一般的证明规则,“通常来说,无论古代罗马法上的举证责任规则,还是现代西方国家的举证责任规则,在具体运用时其效果应当是一样的:控诉方主张的通常是积极事实,被告方主张的则通常是消极事实。因此一般情况下应当由控诉方承担举证责任,而被告方则通常不承担举证责任”。〔2〕当辩护方对控方取证行为合法性提出异议而控方予以否认时,实质上是控方在主张合法性事实也即积极事实,所以由控方承担证明责任也符合一般证明规则。需要强调的是,在此意义上对于取证程序合法性的证明实行的是“谁主张,谁举证”的证明责任分配规则,而不是一般认为的“举证责任倒置”。

第四,法治原则要求公共权力机构的一切公务活动都应有明确、合法的依据,刑事诉讼中侦查、公诉机关的取证行为也不能例外。依法收集证据是他们的法定责任,当辩方质疑他们的取证行为的合法性时,理应由他们来证明自己的行为符合法定程序,“这是从控方的举证能力以及督促侦诉机关依法取证的角度考虑的”。〔3〕通过对证明责任做这样的分配,也可以间接地制约控诉方的侦查取证权力。

第五,由控方承担证据合法性证明责任有助于监督制约刑事司法机关及其司法人员的权力行为,提高程序公正水平。如果明确规定由控方承担取证行为合法性的证明责任,那么他们在实施侦查和审查起诉行为特别是取证行为时必然有所顾忌,不敢滥用权力。因为一旦审判过程中辩护方质疑其程序合法性,并使这种疑问上升为程序性争议时,他们就必须证明自己的取证行为合法,否则就

〔2〕 易延友:“冤狱是怎样炼成的——从《窦娥冤》中的举证责任谈起”,载《政法论坛》2006年第4期。

〔3〕 汪海燕、范培根:“论刑事证明标准的层次性——从证明责任角度的思考”,载《政法论坛》2001年第5期。

要接受程序性制裁,辛辛苦苦收集的证据将被排除。于是,为了履行举证责任,避免受到程序性制裁,控方不仅必须使审前程序中的取证行为严格遵守法定程序,而且还要注意保留能够证明自己行为合法性的有效证据。而正确有效地履行证明自己行为合法性的责任,亦将迫使其严格遵守法定程序,就如同最高人民检察院推行的讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像制度所产生的积极效应一样。这样,由控方承担证据合法性证明责任的机制实际上对控方审前程序中收集证据的权力行为形成了监督制约,客观上具有引导和规范其审前程序行为,从而提高程序公正性水平、保证证据合法性的功能。就刑事司法实践来看,鉴于由刑讯逼供等程序违法行为酿成诸多冤错案件的现实,许多年来,相关部门也陆续出台了一系列规范性文件规范取证行为。如公安部制定的《公安机关办理刑事案件程序规定》第184条规定:“讯问犯罪嫌疑人,在文字记录的同时,可以根据需要录音、录像。”2007年最高法、最高检、公安部和司法部在联合发出的《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》中,明确规定“提讯在押的犯罪嫌疑人,应当在羁押犯罪嫌疑人的看守所内进行。严禁刑讯逼供或者以其他非法方法获取供述。讯问犯罪嫌疑人,在文字记录的同时,可以根据需要录音录像”。为了严禁刑讯逼供等非法取证行为并在必要时证明控诉证据的合法性,2006年1月,最高人民检察院部署全国各级检察机关在讯问职务犯罪嫌疑人时实行全程同步录音录像制度。透过政法机关的改革举措,我们不难看出刑事追诉机关已经意识到了应该由本机关承担取证行为合法性的证明责任。而国外的立法例也为我们提供了参照。在大陆法系国家,立法上并没有对程序合法性的证明责任作专门的规定,而适用一般的证明规则,“将任意性自白的证据能力视为程序性事实,法院依职权自由裁量和调查,当事人也不负证明责任。所以,在有刑讯逼供争议的程序性裁判中,控诉方(即对控方证据合法性提出质疑的辩护方——笔者注)只需要提供一定的遭受刑讯逼供的事实,被控诉方如果无法证明自己没有实施刑讯逼供,就必须承担程序性诉讼的败诉后果”。〔4〕在国外的立法中,没有让被追诉方承担证明控方取证行为违反法定程序的先例,相反都是要求控方对自己行为的合法性承担证明责任。

综上所述,无论从理论上还是从实践中看,“刑事程序中控诉证据合法性的举证责任主要由控方承担既是法治国家理念和程序正义原则的必然结论,又是

〔4〕 张剑秋、韩阳、谭琦:“被追诉人权利保障中的刑讯逼供的证明机制”,载《学术交流》2007年第3期。

举证责任规则及刑事程序自身特点的内在要求”。〔5〕由控方承担证明证据合法性的责任完全具有正当性。当然,也有学者对此提出质疑,认为“在我国未建立羁押场所分离、审讯录音录像、审讯时律师在场等制度以及证人出庭作证和直言词原则以前,要求刑讯逼供的举证责任倒置只能是画饼充饥、水中捞月,没有任何实际意义”。〔6〕笔者认为,证明责任的分配机制与相关配套制度是两个层面的问题,前者是基础和前提,后者则是辅助措施,虽然彼此关系密切,但不能本末倒置,不能仅仅因为没有设置配套制度就否定证明责任分配机制的合理性。理性的做法应该是,通过由控方承担证据合法性证明责任的机制,推动其他改革措施,尽快完善侦控行为的约束机制和监督机制。

二、控方承担证据合法性证明责任的程序性条件

现在,谁承担证明证据合法性的责任这一问题随着《排除非法证据若干规定》的颁布实施已经明确,不会再有争议。那么,控方在什么情况下需要承担证明责任?换言之,控方对自己提供的证据的合法性承担证明责任的程序性条件是什么?

侦查机关的侦查取证行为首先应被推定为具有合法性,因而并非辩护方提出了控方证据不合法的异议就导致控方对证据合法性承担证明责任。根据《排除非法证据若干规定》对于被告人供述审查的有关规定,控方对证据合法性承担证明责任主要有两个条件。一是辩护方提供了涉嫌非法取证的人员、时间、地点、内容等线索或证据;二是法庭对审前取得的证据的合法性存在疑问。这两个条件虽然是针对被告人供述的合法性问题而设,但对其他证据的合法性审查应当同样适用。辩护方提供侦查机关涉嫌非法取证的线索或者证据,旨在说明控方取证存在程序不合法的事实,从而使法官对控方证据的合法性产生合理怀疑并最终排除这些证据。如果辩护方仅仅声称控方某个证据不合法并要求排除,而不提供具体的线索或证据,不能说明控方取证行为不合法的事实或者事实存在的可能性,法官就不可能要求控方承担证明证据合法性的责任。需要进一步探讨的是,辩护方提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、内容等线索或证据时,

〔5〕 樊崇义主编:《刑事诉讼法实施问题与对策研究》,中国人民公安大学出版社2001年版,第284页。

〔6〕 陈晓辉:“刑讯逼供举证责任倒置之驳论”,载《中南民族大学学报》(人文社会科学版)2005年第5期。

是否必须针对人员、时间、地点、内容等各个方面同时提供相关的证据或线索?如果只能提供部分线索或个别证据,无法进一步提供更充分的线索或证据,是否也可以让控方承担证明责任?对此,尚无明确的规定或解释。我们认为,辩护方并非必须同时提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、内容等方面的线索或证据,只要提供的线索或证据足以说明存在或者不能排除非法取证的可能性就满足了控方承担证明责任的第一个条件,就应当要求控方承担证明证据合法性的责任。在有些场合,被告人可能对自己在侦查阶段的某个时间被关押在何处、哪些人对其进行了讯问、具体在哪个时间讯问人员对他采取了违法的讯问行为等说不清楚。一定要求其清楚地同时说明涉嫌非法取证的行为人、时间、地点和非法取证的具体事实,可能不合情理。此外,法庭对证据合法性是否存在疑问的判断完全由法官自由裁量。即使辩护方提供了涉嫌非法取证的侦查人员、时间、地点、内容的具体线索或者证据,法官也不一定启动非法证据排除程序,让控方承担证明证据合法性的责任。法官综合全部情况,认为辩护方未能提供足够的线索或者证据证明控方存在非法取证的可能性,法官就有权决定不启动非法证据的排除程序。但是,法官的自由裁量必须有充分的说服力,既要有事实依据,又要符合逻辑。法官基于对证据材料的内容和形成过程进行理性的审查判断,认为确实不存在非法取证的可能性,才可以驳回辩护方对控方证据合法性的异议并要求排除该项证据的申请。法官不得基于公、检、法三机关互相配合的原则而随意免除公诉机关对证据合法性的证明责任。而且,无论是要求控方承担证明责任,抑或驳回辩护方排除非法证据的申请,法官都应当公开自己的心证过程。

三、控方证明证据合法性的证据方法

控方以什么形式证明自己所提供的证据具有合法性,即证明证据合法性的证据方法有哪些,这个问题在以往的实践中比较含糊混乱。针对辩护方当庭提出的证据合法性方面的异议,法官既有让公诉人当场作出口头说明的,也有让公诉人庭后提交书面说明的。从理论上讲,控方的取证过程是否存在违法问题,这是程序法上的事实。程序事实也是刑事诉讼中的证明对象,作为证明对象的程序事实成为争议事实时,当然也必须以证据加以证明。而诉讼证据必须具有法律规定的形式,凡不具备法定证据形式的资料、材料,都不具有证据的能力。控辩双方向法院提供的证据本身包含着证据取证是否合法的有关信息,本身就是证明取证过程合法性的证据。从《排除非法证据若干规定》的规定看,控方除了

通过所收集的证据材料本身证明取证过程的合法性之外,还可以通过提供讯问过程的录音录像、讯问过程中在场人员或讯问人员出庭作证、提供侦查机关加盖公章并由侦查人员签名或盖章的关于是否依法取证的说明材料等证明取证行为(即讯问犯罪嫌疑人并形成供述笔录的行为)是否合法。上述证据形式中,公诉人提供的侦查机关加盖公章并由侦查人员签名或盖章的说明材料并不属于刑事诉讼法规定的七种证据形式之一,既不是书证,也不是证人证言。这种说明材料不具有证据的能力,《排除非法证据若干规定》将其作为证据之一并允许公诉机关用这种说明材料证明取证行为的合法性于法无据。从严格的意义上说,这种说明材料不具有证据法上的合法性。

此外,根据“两高三部”2010年5月30日同时出台的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》,对于各种证据材料存在的合法性瑕疵(即不符合法律规定的程序要求的情形),可以由有关办案人员作出说明或者进行补正。这里,证据合法性方面的瑕疵,即实务中常说的证据瑕疵,与证据不具有合法性的界线如何划分,本身是个需要研究的问题。如果证据瑕疵对证据的合法性构成了实质性的影响(比如讯问笔录只有一名讯问人员签名或者犯罪嫌疑人在同一个时间段内形成了多份讯问笔录),那么,办案人员向法庭所作的说明或者所作的补正是否具有证明证据合法性的效力?笔者认为,办案人员向法庭所作的说明除非归属于向法庭提供的证言,否则同样不具有证据能力。至于对证据瑕疵的事后补正,更不能被理解为证明证据合法性的行为。如果证据瑕疵本身证明了存在非法取证的可能性,那么,控方应当对该项证据材料之取得过程的合法性承担证明责任,并以合法有效的证据予以证明,而不能以说明、补正之类代替证明责任的承担。

四、控方证明证据合法性应当达到的程度

控方履行证明证据合法性的责任需要达到什么程度,这实际上是个证明标准的问题。依据刑事诉讼法的规定,对被告人作出有罪判决,必须达到案件事实清楚且证据确实、充分的证明标准。那么,对于取证活动是否依法进行等程序性事实的证明是否也要达到证据确实、充分的程度?《排除非法证据若干规定》对于被告人口供的合法性的证明,明确规定:“对被告人审判前供述的合法性,公诉人不提供证据加以证明,或者已提供的证据不够确实、充分的,该供述不能作为定案的根据。”由此可见,对于控诉证据合法性的证明,至少其中被告人审判

前供述合法性的证明应当达到证据确实、充分的程度。口供是证据的一种,其他证据的合法性证明应当与口供的证明一样需要达到证据确实、充分的程度,应在情理之中。所谓证据确实、充分,可以理解为在法官内心排除了对控方非法取证可能性的合理怀疑。换言之,法庭对于控方所提供证据的合法性不再存在疑问。传统上认为,程序性事实的证明标准与实体性事实的证明标准应当有所区别,前者采用自由证明而后者采用严格证明,即实体性事实的证明标准应当高于程序性事实的证明标准。现在《排除非法证据若干规定》用证据确实、充分的标准要求控方对证据的合法性进行证明,虽然这样的规定相对于以往过于轻视程序性事实的证明而言,可能有点矫枉过正,但考虑到实践中通常还会对证明标准打点折扣,如此严格规定并无不妥。这样规定,既反映了官方对于排除非法证据的坚决态度,客观上也有利于定案证据合法性的保证。

宽严相济政策下的刑民交叉案件处理次序

韩 波^{*}

进入新世纪以来,刑民交叉案件的妥当处理渐趋成为我国司法的一大难题,也成为建设公正、高效、权威的社会主义司法制度必须高度关注的课题。本文试图在全面理解宽严相济政策的前提下,对作为刑民交叉案件处理的前提问题即处理次序进行探讨。

一、对“宽严相济”政策的全面理解

明确政策的内涵是正确、有效实施政策的前提。自党中央提出宽严相济司法政策之后,各级各地人民法院、检察院、公安机关结合各自的工作实践积极探讨宽严相济司法政策的定位与内涵。就近三年来的探讨成果而言,我国实务部门对于宽严相济司法政策基本上达成共识。我国法院对于贯彻、落实宽严相济司法政策非常重视,在2008年5月13日召开的全国法院刑事审判工作座谈会上,最高人民法院王胜俊院长指出,贯彻宽严相济刑事政策,必须实行区别对待,在“相济”上下工夫。既要防止只讲“严”而忽视“宽”,又要防止只讲“宽”而忽视“严”,坚持罪责刑相适应的刑法基本原则。^{〔1〕}而检察院工作的同志认为,实施宽严相济的刑事司法政策,就是对刑事犯罪要区别对待,既有力打击和震慑犯罪、维护法律的权威和尊严,又充分重视依法从宽的一面,最大限度地化消极因

^{*} 中国政法大学副教授。本文为国家社会科学基金重大项目《建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究》(卞建林教授主持,项目批准号:07& ZD032)课题成果。

〔1〕 陈永辉:“王胜俊在全国法院刑事审判工作座谈会上强调严格执行宽严相济刑事政策 全力维护国家安全社会稳定”,载《人民法院报》2008年5月14日。

素为积极因素。^{〔2〕}在公安部门工作的同志认为,宽严相济刑事司法政策的核心和实质,就是根据社会治安形势和犯罪分子的不同情况,实行区别对待,该严则严,当宽则宽,做到打击少数,挽救教育大多数。^{〔3〕}有学者充分挖掘了宽严相济司法政策在程序法意义上的内涵,认为宽严相济刑事政策体现的是一种合理的区别对待。^{〔4〕}

新中国成立60年来,我国刑事司法政策基本的演进轨迹是“惩办与宽大相结合”政策、“严打”政策、“宽严相济”政策构成的三部曲。自新中国成立到2006年党中央《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中提出实施宽严相济的刑事司法政策,我国刑事司法政策的实际侧重点在于“惩办”、“严”。与改革开放前的“惩办与宽大相结合”政策相比较,宽严相济政策的优先着眼点在于“宽”;与改革开放后实施的“严打”政策相比较,宽严相济政策的突出优点在于全局性、长效性、人性化。对于宽严相济政策,最为通俗的理解可以概括为对司法机关的四个方面的要求:可以刑事案件立案可不以刑事案件立案的,公安机关就不以刑事案件立案;可逮捕可不逮捕的,公安机关就不逮捕;可公诉可不公诉的,检察机关就不提起公诉;可作有罪判决可不作有罪判决的,法院就不作有罪判决。我国刑事政策的变迁是我国经济、社会、文化以及犯罪特征发生重大变化的现实必然引致的结果;是我国刑罚功能观念由“报复性”刑罚观逐渐转向“恢复性”刑罚观的体现;是我国预防、遏制犯罪策略科学化的表征;是科学发展观在法治建设中的落实。

宽严相济司法政策在构建和谐社会的时代背景下应运而生,自然与构建和谐社会的机理一脉相承。笔者认为,近三年来对于宽严相济政策内涵的理解,基本上属于一种内界视角的探讨,主要侧重于刑事领域如何对待犯罪的探讨。和谐社会的基本命题之一就是纠纷的妥当、快速、有效化解。因此,有必要从纠纷解决的宏观视角,对宽严相济政策作更为全面、深刻的理解。构建和谐社会的根本出路在于以人为本。基于此,宽严相济政策的中心内涵在于对纠纷解决的人性化裁量与衡平。对此内涵可以从三方面把握。第一,政策适用的场域是全社会

〔2〕 李培龙等:“宽严相济的刑事司法政策及其在检察工作中的实现”,载《华东政法学院学报》2007年第2期。

〔3〕 计苏光、林新、王胜国:“关于贯彻宽严相济刑事司法政策的若干思考”,载《公安研究》2009年第8期。

〔4〕 樊崇义、吴光升:“宽严相济刑事司法政策与刑事侦查程序”,载《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2007年第3期。