

检察实务若干问题研究

天津市滨海新区汉沽人民检察院 编

 经济日报出版社

检察实务若干问题研究

天津市滨海新区汉沽人民检察院 编

经济日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

检察实务若干问题研究 / 天津市滨海新区汉沽人民
检察院编. —北京: 经济日报出版社, 2015. 12
ISBN 978-7-80257-900-2

I. ①检… II. ①天… III. ①检察机关—工作—研究
—中国 IV. ①D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 295320 号

书 名: 检察实务若干问题研究
编 者: 天津市滨海新区汉沽人民检察院
责任编辑: 王 含
责任校对: 常 爽
出版发行: 经济日报出版社
地 址: 北京市西城区右安门内大街 65 号(邮编: 100054)
电 话: 010-63567690(编辑部) 010-57737839(邮购部)
网 址: www.edpbook.com.cn
E-mail: jjrbcbbsbjb@163.com
经 销: 全国新华书店
印 刷: 三河市华东印刷有限公司
开 本: 787×1092mm 1/16
印 张: 22
字 数: 300 千字
版 次: 2015 年 12 月第一版
印 次: 2015 年 12 月第一次印刷
书 号: ISBN 978-7-80257-900-2
定 价: 68.00 元
特别提示: 版权所有·盗印必究·印装有误·负责调换

序

2015年,我院在市院和新区院的领导下,深入贯彻党的十八届四中全会和习近平总书记系列讲话精神,围绕“出亮点、出人才、出效果”的工作思路,以调研实绩打造工作亮点,以调研人才促进队伍建设,收获了较为丰硕的调研成果。

2015年是《检察实务若干问题研究》走过的第七个年头。七年里,我院每年出版一本论文集,《检察实务若干问题研究》从最初为干警进行检察理论交流的一个平台,逐渐发展成为我院展示调研成果的一项自主品牌,是一个对外展示的窗口。现在《检察实务若干问题研究7》即将付梓成书,这是我院干警刻苦学习深入思考的结晶,是调研水平的又一次展示。

目前司法改革全面推进,检察机关继续以法治为引领,深化司法改革,提高检察工作能力和水平。我院干警紧紧抓住这个历史机遇,围绕检察业务实践,坚持问题导向,总结检察经验,探索检察规律。《检察实务若干问题研究7》的出版,顺应了当前司法改革的趋势,其中的调研文章源于检察工作实践,有的放矢,针对性较强,既有对当前司法改革相关管理制度的前沿探讨,又有涉及检察业务工作的理论研究,以及源于检察实践的案例分析,多样而不失独特、精悍而不失精彩。

本论文集吸纳的多篇文章在国家级刊物刊载,许多优秀的调研文章在学报、期刊等公开刊物上发表,这也成为我院着重夯实理论研究功底,提升检察调研水平的不竭动力。借此之际,希冀《检察实务若干问题研究》能够促进我院调研水平有新提高、研究成果有新进步,鞭策我院干警继往开来,不断进取耕耘,获收更多丰硕的调研成果。

检察长 李若宽

目 录

理论篇

特别重大贿赂犯罪案件指定居所监视居住制度研究	李若宽(3)
非法集资行为刑法规制的必要性及适度性分析	李立强(9)
论我国职务犯罪侦查中特殊侦查措施使用的制度完善	辛 红(13)
论检察机关对指定居所监视居住的监督权	孙永胜(20)
浅论我国职务犯罪侦查阶段律师介入问题	孙永胜(26)
浅析电子证据取证的技术手段和原则	王瑞红(31)
审查逮捕工作应遵循级别管辖原则	马乐明(34)
应适当扩大“应当”同步录音录像的范围	马乐明(36)
检察权内部监督制约浅析	刘 诚(38)
刑事诉讼中专家辅助人制度研究	杨璐宁(42)
职务犯罪跨区域管辖制度研究	付晓雨(49)
挪用公款罪中“挪而未用”行为的性质分析	司佳辉(55)
论检察机关提起民事公益诉讼的制度构建	孙大勇(59)
浅析检察机关公益诉讼制度	权普庆(65)
浅谈职务犯罪侦查权的监督制约	王 轲(70)
强制证人出庭作证制度评析	
——以道德义务法律化为视角	王 轲(75)
刑事司法审查:法律监督新路径	王 轲(80)
检察人员分类管理制度研究	王 轲(85)
检察机关提起民事公益诉讼原告资格研究	王 娟(91)
浅析犯罪中止的时间性问题	张梦洁(98)
浅析我国的人大监督	陶金成 刁凌霞(101)
全面推进依法治国时期依职权监督的完善	刁凌霞(105)
论民事判决书说理模式的重塑	刘振铭 马乐明(110)
我国监督行政主体制度若干问题探析	吴 宁 刁凌霞(116)
司法改革背景下行政执法检察监督研究	吴 宁(124)

2 检查实务若干问题研究

完善法院调解制度的再思考	吴宁(130)
经济制度宪法保障的历史考察	范子玉(134)
浅析诚信法对促进委托和信任的作用	李辉(143)
简析我国的股东表决权排除制度	付晓雨(147)

实务篇

滨海新区汉沽人民检察院 2014 年以来办理案件和相关工作进行专项检查报告

.....	李若宽	刘诚(153)
检察文化在惩治和预防职务犯罪中的价值定位与透视	李若宽	刘诚(158)
职务犯罪案件跨区域管辖制度的现状及重构	天津市滨海新区汉沽人民检察院课题组	(163)
贿赂犯罪中攻守同盟的防范与攻破	李若宽	(171)
论基层检察教育培训工作的症结、价值及问诊	杨正路	马乐明(176)
也谈“钓鱼执法”		
——对“钓鱼执法”的分析与反思	杨正路	刁凌霞(181)
简论腐败犯罪案件中刑事推定规则的适用	李建柱	司徒佳辉(186)
对《民事诉讼法》第二百零九条的理解与适用	高静	吴宁(189)
司法警察在查办职务犯罪案件中的监督职能	王亚军	王轲(196)
检察机关司法警察工作面临的问题及对策	王亚军	(202)
多管齐下,完善对指定居所监视居住的检察监督	马乐明	(205)
恶意调解的治理:以审判权运行为核心思路	刘振铭	马乐明(207)
如何在新民诉法背景下有效开展民事执行检察监督	宋海欧	(213)
论我国社区矫正制度的建立和完善	张昕	(218)
关于“特别重大贿赂犯罪案件”的思考与理解	王轲	(224)
论以审判为中心的诉讼制度改革对公诉工作的影响与挑战	孙大勇	(228)
贿赂案件证据体系的实证分析	王轲	(235)
“以审判为中心”对基层公诉工作的影响与对策	王轲	(241)
职务犯罪讯问笔录在不同侦查阶段的功能及侧重点	王轲	(248)
案管部门构建良性检律关系机制探析	王朋	(253)
审判人员违法行为监督工作实务研究		
——以新形势下民事审判活动违法监督为出发点	吴宁	(258)
微时代背景下职务犯罪预防方式的嬗变		
——以 A 市 B 区的职务犯罪预防工作成果为基础	许方方	(263)
基层检察文化建设中行为文化建设重要性的认识及思考	刁凌霞	吴宁(268)
对加强检察机关青年干警思想教育工作的思考和探讨	刁凌霞	(273)

滨海新区流动人口犯罪的诱因与防控	丁 楠(276)
我国口头遗嘱要件规则的修改建议	付晓雨(283)
浅论职务犯罪侦查中监听技术的运用	付晓雨(287)
浅析股东抽逃出资的民事责任	付晓雨(292)
浅探我国刑事公诉转自诉制度缺陷与改良对策	付晓雨(296)
对加强纪检监察工作的几点思考	刘 诚(301)
对培育检察职业良知的几点思考	刘 诚(305)
全媒体时代新区预防文化建设浅议	牛秀娥(308)
滨海新区汉沽人民检察院侦查监督科审查逮捕案件调取同步讯问录音录像工作经验总结	刘国付(313)
关于反贪队伍建设的专项调研报告	司佳辉(316)

案例篇

无故殴打他人后 被害人主动给予财物行为如何定性	马乐明(321)
盗窃数额巨大案件的逮捕必要性分析 ——以肖某某盗窃案为例	马乐明(323)
强奸罪证据认定及逮捕条件适用问题研究 ——李某强奸、非法拘禁案	马乐明(326)
租赁汽车后将车抵押行为如何定性	马乐明(330)
在轻微刑事案件中合理运用和解制度 ——荣某某故意伤害案	刘国付(333)
超出申请恢复执行期限的债权不予保护 ——申诉人李某某与被申诉人天津市汉沽某金属机件厂买卖合同纠纷一案评析	吴 宁(337)
亲属之间如何分割死亡赔偿金	吴 宁(339)
张某与天津市某精细化工有限公司、刘某某等购销欠款纠纷检察建议案	吴 宁(342)

理论篇

特别重大贿赂犯罪案件指定居所 监视居住制度研究

李若宽*

[摘要]2012年修改的《刑事诉讼法》第73条规定,对于涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪,在住处执行可能有碍侦查的,经上一级检察机关或者公安机关批准,也可以在指定的居所执行。同年10月,最高检针对本次《刑事诉讼法》修改制定出台了《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》,其中对特别重大贿赂犯罪指定居所中“特别重大贿赂犯罪”、“有碍侦查”情形、“居所”的范围条件、审批程序、必要性审查、解除或变更的申请异议权、居住费用、法律监督等进行了具体的规定。但由于侦办贿赂犯罪有其特殊性,学界存在着对指定居所监视居住制度的争议,实践中也出现了多种适用问题。本文通过深刻剖析检察机关自侦的特别重大贿赂犯罪案件适用指定居所监视居住的立法意义、存在的问题,总结其性质和内涵,并提出完善的意见建议。

[关键词]指定居所;监视居住;特别重大;贿赂

一、特别重大贿赂犯罪案件指定居所监视居住的意义

(一)我国打击腐败犯罪与保护人权的需要

贿赂犯罪是指《刑法》分则第八章中包括受贿罪、单位受贿罪、利用影响力受贿罪、行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪7种贿赂犯罪。贿赂犯罪的特点在于侵害了国家的廉政建设制度,即侵犯了国家工作人员职务的廉洁性,败坏国家工作人员的声誉,损害了党和国家机关在人民群众中的威信。^[1] 贿赂犯罪是比较普遍的职务犯罪,由于属于“帐外”收赃的行为不易于被发现,所以呈现出多发、群发的特点。自十八大以来,我国反腐败斗争呈现常态化,反腐败斗争日益艰巨。但是根据《刑事诉讼法》保障人权的理念,对于符合监视居住条件的特别重大贿赂犯罪案件的犯罪嫌疑人、被告人,为了侦查的便利,也可以在指定居所监视居住。

* 李若宽(1959~),天津宁河人,天津市滨海新区汉沽人民检察院检察长。

[1] 百度百科,关于贪污贿赂罪的界定。

(二) 贿赂犯罪侦办现状的需要

贿赂犯罪属于对向犯罪的一种,往往呈现出“一对一”隐蔽性强的犯罪模式,是“权钱交易”的典型犯罪类型。目前,检察机关自侦的职务犯罪案件中,贿赂犯罪的侦破难度是比较大的。首先,调查取证难。因为贿赂犯罪“一对一”的特点,大部分案件的侦破依赖于有罪的言词证据。如果有罪口供突破不了,而能够证明有罪的非言词证据少甚至为无,那么对于侦查人员想要突破“零口供”可能比较难。而且,贿赂犯罪很容易出现串供、翻供的情况,因此,针对贿赂犯罪的特点和难点,对于符合监视居住的特别重大的犯罪嫌疑人、被告人,为了不妨碍侦查的顺利进行,防止串供、翻供等情况的发生,对其指定居所监视居住也是有必要的。

二、特别重大贿赂犯罪案件指定居所监视居住存在的问题

(一) 立法上的缺陷

指定居所监视居住的立法缺陷不单单是指特别重大贿赂犯罪案件,更深层次上说监视居住制度本身就存在问题。首先,适用的不必然性。根据《刑事诉讼法》第72条的规定,明确将监视居住定位为逮捕的替代措施。^{〔1〕}犯罪嫌疑人、被告人符合逮捕条件但属于法律规定的特殊情形的,“可以”适用监视居住。并且,随后的关于监视居住、指定居所监视居住都明确的是“可以”,那就意味着即使符合监视居住条件也可以不执行监视居住而采取逮捕强制措施。这就给了批准和决定监视居住的机关很大的裁量权,实践中很多情况下办案人员为了方便诉讼,直接采用取保候审、逮捕。其次,指定居所监视居住立法不科学。2011年10月28日《成都商报》报道“卞建林教授认为指定居所监视居住是有危害的,一是立法的不科学,与立法理念相冲突、矛盾;第二这种规定会影响到其他强制措施的存在”。^{〔2〕}因为监视居住是强制措施之一,是以侵害人得自由为内容的,但是由于法律规定的不明确,居所的不确定,适用的随意性大,特别是针对特别重大贿赂犯罪而言,可能对沦为变相羁押,那就失去了监视居住本身存在的意义。同时,学界担忧因其没有规范看守所侦查活动的规定,可能给刑讯逼供提供场所与条件,非常危险。^{〔3〕}最后,作为逮捕的替代性措施,批准、决定机关有自主选择权,因此也不排除有扩大适用的嫌疑,那么对其他的强制措施的存在确实会造成影响。

(二) 法律规定不明确

首先,特别重大贿赂犯罪的指定居所监视居住与其他犯罪指定居所监视居住不同。涉嫌危害国家安全犯罪与恐怖活动犯罪没有犯罪严重程度的要求,即只要符合该犯罪构成要件,且满足指定居所监视居住条件均可以适用指定居所监视居住。而贿赂犯罪的指定居所监视居住要求“特别重大”。虽然《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第45条第二款对“特别重大”进行了规定,但在具体操作上仍旧不明确。其中,(一)涉嫌贿赂犯罪数额五十万元以上,犯罪情节恶劣的;(二)有重大社会影响;(三)涉及国家重大利益的,此三项都需要办案人员自己把握,内心判断。其次,犯罪嫌疑人家属与犯罪无牵连的,是否可以会面、探望或者一起居住照顾。固定住所监视居住可以跟家

〔1〕 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12月第一版,第100页。

〔2〕 见尹吉:《指定居所监视居住的法律适用研究》,载《中国刑法杂志》2012年第6期第61页。

〔3〕 同上。卞增智:《初探对指定居所监视居住执行的检查监督内容》,《法制与经济》2013年5月。

人一起生活,自由度更高,也有利于帮助犯罪嫌疑人、被告人重拾温情。但是鉴于特别重大犯罪侦查的需要,家属是否可以一起居住的问题法律并未给出规定,实践中多数不予批准,但是对于患病、生活不能自理的犯罪嫌疑人、被告人似乎又违背了监视居住的本意。最后,指定居所监视居住的场所不明确。《刑事诉讼法》列举了不得在羁押场所、专门办案场所执行。《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》细化了该规定。但是均为给予明确的规定或列举。实践中,医院、宾馆、纪委办案地点均被指定为居所,其中前两者居多。但对指定的居所如何保障犯罪嫌疑人监视居住赋予的权利和自由法律规定不明确,实践中也没有统一的标准。

(三) 实践上适用困难

首先,执行成本高。根据最高检《规则》,指定居所的费用不得要求被监视居住人支付。由于本身办案经费有限,支付指定居所的费用使得诉讼成本加大了,违背了监视居住设立的“降低羁押率,减少司法成本”目的。其次,执行警力有限。《刑事诉讼法》和最高检《规则》均规定了指定居所监视居住的执行机关为公安机关。虽规定了检察机关必要时可以协助,但主要的执行力量是来源于公安机关。鉴于公安机关案件压力,能够分配给执行监视居住的人员很少。再者,公安与检察机关配合不畅不利于侦查。特别重大贿赂犯罪主要的问题在于防止被监视居住人串供,利用监控手段查找线索等。公安机关于检察机关配合不畅有可能会错失案件侦破的时机。最后,由于监视居住的替代性特点,以及警力、财力的耗费,对法律监督、监控的要求,实践中长期存在监视居住适用较少、形同虚设。^{〔1〕}

(四) 监督机制滞后

最高检《规则》规定,对于特别重大贿赂案件决定指定居所监视居住的,人民检察院侦查部门自决定之日起每2个月对指定居所监视居住进行必要性审查,即侦查部门进行自我监督。但是侦查部门的自查缺少监督,那么为了继续办案的方便或者时间、人员紧张的关系,这种自我监督也可能流于形式。同时,关于法定代理人等申请变更强制措施的,也只是侦查部门进行审查决定,并未规定上级检察院进行监督,只在解除时需备案。总之,侦查部门自我监督、审查的方式凸显的缺点也是显然的,需要进行监督。同时,刑诉法和《规则》对人民检察院监督指定居所监视居住的决定和执行均进行了规定。《规则》指明上一级的侦查监督部门作为决定的监督部门,并对近亲属等控告和举报的启动监督程序以及对监督范围进行了规定。^{〔2〕}因此,上一级侦查监督部门的监督包含两方面,一是普遍意义上的监督,但未明确要求上级侦查部门批准决定时予以监督;二是被动监督,明确规定近亲属等人提出控告或者举报时启动监督程序。这种监督机制导致了监督的滞后。监所部门依法对指定居所监视居住执行是否合法进行监督。但是实践中存在多种问题,主要体现在监督滞后上,例如,监所检察人员主要在看守所或者监狱等地方,由于人员有限,案件的特殊,居所的不固定等因素,监所检察人员很难对指定居所内活动进行有效监督,主要还是被动监督,即近亲属等人提出控告的启动监督程序。

〔1〕 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12月第一版,第101页。

〔2〕 详见最高人民法院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第119条规定。

三、特别重大贿赂犯罪案件指定居所监视居住的性质与适用

(一)特别重大贿赂犯罪指定居所监视居住的性质

《刑事诉讼法》没有针对指定居所监视居住特立一个制度,而是将其合并监视居住制度条款中,说明指定居所监视居住是属于监视居住范畴的,是监视居住的一种,因此特别重大贿赂犯罪指定居所监视居住首先要符合72条关于监视居住的条件,即符合逮捕条件且属于法律规定五种特殊情形之一。指定居所监视居住分两种,一是无固定住所;二是涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪,在住处执行可能有碍侦查的。对于后者立法目前主要为了排除“有碍侦查”的因素。结合第72条第4项,因案件的特殊情况或者办理案件的需要,采取监视居住更为适宜的,特别重大贿赂犯罪决定指定居所监视居住也是为了排除干扰,方便侦查的顺利进行。既然方便侦查,那么对于被监视居住人的人身自由的限制性理论上应比普通监视居住和无固定住所监视居住更强一些,但应小于逮捕的程度。加上,第74条关于指定居所监视居住期限折抵的规定,更加证明了指定居所监视居住的强制性会更强一些。因此,对于特别重大贿赂犯罪指定居所监视居住的适用理解应为主要为了侦查的便利,排除干扰,强制性更大,对人身自由权侵犯更多,指定在某一场所内的监视居住方式。但是该强制性主要指隔离外界接触,对其监控手段更严格,会面、通信等也更严格,对于居住期间的生活、休息、起居、活动、安全等事项都要保证跟固定居所的舒适度一样。

(二)特别重大贿赂犯罪指定居所监视居住的适用

第一,根据上述所论,特别重大贿赂犯罪指定居所监视居住适用的条件有:(一)符合逮捕条件;(二)符合五种法定情形之一的;(三)符合“特别重大”的标准;(四)符合“有碍侦查”的规定;(五)经上一级检察院侦查部门批准;(六)不得在羁押场所、专门的办案场所执行。符合上述六个条件,“可以”决定指定居所监视居住。第二,适用主体为检察机关,执行机关为公安机关。第三,侦查部门自决定之日起每两个月进行必要性审查。第四,上一级的侦查监督部门和监所监察部门对决定和执行进行监督。

四、特别重大贿赂犯罪案件指定居所制度完善的建议

(一)明确适用的原则

虽然指定居所监视居住是可以选择适用的,但是实践中为了办案需要,采取指定居所监视居住是有利于侦办特别重大贿赂犯罪案件的。但是从保护人权,保障犯罪嫌疑人合法权益的角度,由于指定居所监视居住对其人身自由的侵害较大,所以实践中要准确把握指定居所监视居住的适用原则,需求打击犯罪和保障人权的平衡。第一,明确合法性原则。指定居所监视居住的适用前提要满足监视居住的条件,同时符合“特别重大”案件标准和“有碍侦查”的规定。在实践中,不能简化适用条件,或对条件把握过宽导致大量案件进行指定居所监视居住。也不能规避指定居所监

视居住的适用。第二,明确必要性的原则。必要性原则实质就是最少的侵害性和不可替代性。^{〔1〕}侦查机关对指定居所监视居住犯罪嫌疑人的强制程度、强制手段、限制人身自由的内容等都应符合办案需要的最低要求,以尽可能减少和避免对犯罪嫌疑人直接造成不利影响。同时,充分考虑犯罪嫌疑人的人身危害性、犯罪轻重程度、认罪态度、个人情况等因素,对犯罪嫌疑人的监控要做到适度应用。

(二)完善立法,明确法律规定

首先,针对特别重大贿赂犯罪,明确其指定居所监视居住的羁押替代性属性,对犯罪嫌疑人与外界解除的限制程度高。其次,明确家属的会面、探望、一起居住需经检察机关批准。特别重大贿赂犯罪指定居所目的是排除“有碍侦查”因素,其不同于普通监视居住,其串供、干扰证人的风险较高,且对定案、定罪至关重要,因此,犯罪嫌疑人的家属应为会面、通信的监控之列。第三,明确“涉嫌贿赂犯罪数额在五十万元以上,犯罪情节恶劣的”的具体内容。其中,“涉嫌犯罪数额五十万元以上”指立案时经初查涉嫌贿赂犯罪数额,而非举报数额、供述数额等。对于共同犯罪案件,鉴于特别重大贿赂犯罪的特殊性,为了更好的查办窝案、串案,建议以共同犯罪总数来确定个人的犯罪数额。对于“犯罪情节恶劣”,根据近几年办案的统计数据,五十万元以上的案件大部分情节比较恶劣,案情复杂、社会危害性和影响比较大,要案居多。^{〔2〕}明确“重大社会影响”的标准。实践中,往往指的是一些身居要职,在社会和政治上影响都很大的国家工作人员。明确“涉及国家重大利益”的内容,主要是考虑发生在一些重要领域、涉及国家政治、军事、外交以及重点工程等关系国家重要利益的贿赂犯罪。^{〔3〕}由于重大社会影响和涉及国家重大利益的标准内容是随着时代的变化而变化的,因此,检察机关要不总结实践,随时提升以便指导实践。

(三)指定地点的设置

对于指定居所监视居住诟病最多的地方莫过于指定居所的不确定性、临时性。对指定的居所,《刑事诉讼法》和最高检《规则》都采取了否定式列举的规定。立法者担忧一旦从正面明确界定指定居所的专门地点,容易导致这些地点演化成羁押办案的专门场所,与立法精神不符,也容易将指定居所监视居住演化成变相羁押。^{〔4〕}立法者的担忧不无道理。但是针对指定居所监视居住实践中的困难,如诉讼成本高,执行人员紧张、监督不到位、居所标准不一等,建立统一的专门的执行场所也是有利的。主要的问题在于如何设置专门的执行场所以及指定居所监视居住的监视标准和内容。首先,严格区分看守所等羁押场所与专门的指定居所监视居住的区别。根据法律规定,监视居住场所的自由程度高,除了讯问在专门地点进行以外,犯罪嫌疑人其他的时间应在指定居所内休息、生活,执行人员对其监管程度远小于羁押场所的程度。犯罪嫌疑人可以经批准会见、通信、外出、就医等。执行人员监控犯罪嫌疑人的方式以尽量小地影响其生活为原则,主要采取电子监控、不定期检查等方式。其次,设置专门执行地点应该符合较好的生活条件和休息条件。比照社会生活的舒适和方便程度,建立医疗区域、休闲区域、会见区域等,保障犯罪嫌疑人合法权利,体现人文关怀和文明办案。最后,严格区分办案场所和监视居住场所。不建议在指定居所内设置办案场所,如果那样就破坏了指定居所中“住所”的本意。所以为了优化资源的配置,节约司法成本

〔1〕 周茂玉、吴杨泽:《检察机关指定居所监视居住实地考察及完善建议》,《人民检察》2014年6月第56页。

〔2〕 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12月第一版,第105页。

〔3〕 同上。

〔4〕 同上,第106页。

和时间,建议在办案工作区附近建立专门的指定居所地点,但不可在办案区内设置指定居所。

(四)建立完善监督机制

首先,明确监督的内容。侦查监督部门监督的内容应包括对适用条件的审查、法定程序的审查、犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属或辩护人对决定的异议,其他影响做出决定的情况等。其中对适用条件的审查应包括合法性审查和必要性审查。监所检察部门监督内容应包括执行机关监管活动、指定居所监视居住期限、执行机关考察活动、犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属或辩护人对决定的异议等。其次,确立必要性审查全面备案登记制度。在检察机关内部建立必要性审查台账,对必要性审查人员、结果等情况报送同级监督部门入账,并向上一级检察机关备案。确保侦查部门对其自身审查做到全程、全面的监督。同时,规定被监视居住人及其法定代理人、近亲属或辩护人提出异议的,同级检察机关监督部门可以会同侦查部门一起进行必要性审查,并向上一级检察机关备案。再者,确立侦查监督部门提前介入机制。加强对指定居所监视居住的监督,对特别重大贿赂犯罪案件侦查,侦查监督部门和公诉部门可以提前介入,不仅指导侦查,也要对指定居所监视居住的强制措施进行监督。最后,建立对指定居所监视居住执行活动全程跟踪机制。借鉴监所检察干警派驻看守所等羁押场所,对于特别重大贿赂犯罪指定居所监视居住的,同样应该派员全程跟踪监督。监所部门全程跟踪有利于及时收集处理犯罪嫌疑人的举报,督促对犯罪嫌疑人的讯问要全程录音录像,及时规范侦查行为和指定居所监视居住的执行行为,保障被监视居住人的权益。

非法集资行为刑法规制的必要性及适度性分析

李立强

一、非法集资的概念、特点

1. 非法集资的概念

在刑法领域,对非法集资并没有统一的定义。有些文件将非法集资定义为“单位或个人未依法定程序且未经相关部门批准,向特定的公众筹集资金,并且承诺定期给出资人以货币等方式予以还本付息的回报行为”〔1〕。“任何单位或个人未依法定程序且经中国人民银行批准,以发行股票、彩票、债券、投资基金证券或者其他债权凭证等一些特定的方式向社会公众募集资金,同时承诺在一定期限内以货币、实物或以其他方式向出资人还本付息给予回报的行为”〔2〕。以及《非法集资解释》中非法集资做出如下解释:“非法集资是指法人、其他组织或个人,未经有权机关批准,向社会公众募集资金的行为”。通过以上笔者认为非法集资是指单位或个人未依法定程序经有关部门批准,以发行股票、债券、彩票、投资基金或其他债权凭证的方式向社会公众募集资金,并承诺在一定期限内以货币、实物或以其他方式向出资人还本付息或给予回报的行为。

2. 非法集资的特点

有合理资金需求的非法集资,具有以下两个特征,使得现实中法律对其规制存在困难。第一,有合理的资金需求。这类非法集资行为有合理的资金需求,由于种种原因,不能从正规的渠道获取资金的支持,集资者才采用了非法集资的手段。对于有合理需求的这类非法集资行为,法律需适当的疏导,而不是一味的严厉打击。国家需对目前金融制度进行审视,应最大限度的满足民间的融资需求;同时,法律也应采取更有弹性的规制手段,在满足民间融资需求的同时也要保护社会公众利益,要在这两者之间达成平衡,降低融资成本,引导民间融资走向合法化。

第二,多样性。为了规避法律的直接监管,非法集资行为常采取各种隐蔽形式,形式多样、手段常新,如借种植、养殖、项目开发、利用民间社会组织、庄园开发、物业、地产等形式进行非法集资。主要包括股权、债权、商品销售、生产经营等形式。非法集资者大多采用各种花样的翻新手段来掩盖其违法集资的目的,很少采用手段过于明显的非法吸收公众存款及擅自发行股票、公司、

〔1〕 见1998年国务院发布的《关于取缔非法金融机构和非法金融业务活动中有关问题的通知》。

〔2〕 见中国人民银行(1999)41号文件。

企业债券等行为,这为认定非法集资的性质,以及对如何将其和正常的营销活动、经营活动加以区别带来极大的困难。

二、对非法集资行为进行刑法规制的必要性

对于非法集资行为所引发的犯罪,我国的刑法并未以非法集资罪直接予以规制,而是用“非法吸收公众存款罪”和“集资诈骗罪”等类罪给予规制。非法集资行为是一种严重影响社会稳定的违法行为,涉及的案件人数众多,侵犯多数人的财产权益,对正常的金融管理秩序造成严重的影响,如果不严厉打击,将会对社会的稳定造成冲击,也会影响到社会主义经济的正常发展。将非法集资纳入刑法规制的轨道,体现了法律的公平公正。在当前的社会环境下运用经济、行政等法律手段已经不能对非法集资进行有效的规制,立法机关将非法集资这类严重侵犯他人权益,严重危害社会稳定的行为用刑法予以规制是十分必要的。

1. 非法集资行为具有严重的社会危害性

非法集资行为严重影响了我国金融市场的管理秩序,极大的危害了人民的财产安全。严重影响社会经济的可持续发展。影响了国家对民间资本的正常管理,有碍于金融业的正常运行。并且案件一旦发生,地方的资金常常会被席卷一空,严重影响了资金的循环利用,不利于地方经济的发展。有碍于国家对金融市场之外的资金有准确的把握,影响了金融机构的融资能力,同时在一定程度上也影响了国家的税收收入。国家通过金融政策和对金融市场的干预达到对经济市场的宏观调控作用,非法集资涉案金额重大,此行为使大量的资金涌入非法集资市场,大量非法集资行为的发生,将使国家对金融市场失去控制,金融杠杆失去作用,最终会危及到国家的金融安全,引发社会信任危机。非法集资行为对金融市场的负面影响是巨大的,必须加以严厉规制。

非法集资活动频发,对社会的稳定造成严重的威胁。非法集资行为的被集资人多数是缺乏基本的经济常识以及缺乏法律意识的弱势群体,包括城市中的低收入群体及下岗职工等。这些不特定的被集资者在利益的驱动下,满怀着希望将多年乃至一辈子省吃俭用省下来的血汗钱、养老钱出借,希望能获得丰厚的收益。然而,这些弱势群体将钱借出后,一旦集资人的经营出现问题,最终事与愿违,不但没能获取收益,反而造成血本无归。由于被集资者行为的本身就不受法律保护,利益一旦受损,这些被集资者往往会采取偏激非理性的方式来维护自己的权利,比如游行,上访等,为了快速解决问题,有些上访人会采取过激的行为,有的引发刑事案件,有的导致群体性事件,有的被境内外敌对势力所利用,还可能诱发政治事件,社会危害极大。众多的参与人因为遭受无法挽回的经济损失,会认为政府袒护非法集资人,在这种情况下,往往就会将矛头转向政府,严重威胁到社会的稳定。非法集资侵犯的大多数是弱势群体,事发后严重影响他们的生活。有的集资者,由于自己满怀希望的投资到最后血本无归,选择极端的方式结束了自己的生命,如浙江的银泰非法集资案,杨伟贵由于最后的集资款没能返还,喝农药自杀。不但给集资户造成严重的财产损失,也造成了严重的精神创伤,具有严重的社会危害性。

2. 对非法集资行为进行刑法规制符合刑法的价值功能

刑法的功能是指刑法潜在与现实可能对社会发挥的作用,刑法同时具有保护和保障两种功能。刑法的保护功能通过惩罚犯罪行为从而保护被犯罪行为所侵害的法益,非法集资犯罪通过惩