

上海
检察文库



检察理论研究 ①

法律监督热点问题研究

Studying the Hot Topics
of Legal Supervision

徐燕平 主编



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

上海
检察文库



检察理论研究 ①

法律监督热点问题研究

Studying the Hot Topics
of Legal Supervision

徐燕平 主编

4



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内 容 提 要

本书汇集了近几年上海检察机关法律监督热点问题的研究成果,无论从法律监督的新途径、新方法,还是法律监督在法治进程中的独特作用等方面,都做出有益的探索。

编写本书的目的是总结检察工作经验、探索司法实践中的关键问题,为检察体制和工作机制改革提供理论支持,完善有中国特色社会主义检察制度。本书视角独特、材料翔实,有很强的实践指导作用。

图书在版编目(CIP)数据

法律监督热点问题研究/徐燕平主编. —上海:上海交通大学出版社,2011

(上海检察文库. 检察理论研究)

ISBN 978-7-313-07099-9

I. ①法… II. ①徐… III. ①法律监督—研究—中国
IV. ①D926.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 015119 号

法律监督热点问题研究

徐燕平 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

常熟市文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 787mm×960mm 1/16 印张: 32 字数: 552 千字

2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-313-07099-9/D 定价: 65.00 元

版权所有 侵权必究

编者说明

近年来,上海检察机关的检察理论研究按照科学发展观的要求,围绕检察制度和检察工作面临的重大理论和实践问题,不断总结检察工作经验,探索检察工作规律,研究司法实践问题,为检察体制和工作机制改革提供理论支撑,也为充分发挥法律监督职能、完善有中国特色社会主义检察制度进行积极有益的理论探索。

《法律监督热点问题研究》是近几年上海检察机关法律监督热点问题的研究成果的汇集,无论从拓宽法律监督的新途径新方法、检察工作的创新和完善,还是法律监督在法治进程中的独特作用等方面,都做出有益的探索。如“贯彻宽严相济具体适用法律及其监督机制研究”、“检察机关诉讼监督工作机制的创新与完善”、“检察机关自身执法活动接受监督制约制度研究”等专题,视角独特,材料翔实,对法学理论研究和司法实务部门有所启迪。今后,我们将及时把上海检察理论研究的最新成果编纂出版,作为“上海检察文库”的组成部分,形成“检察理论系列”。

编者
2011年1月

目 录

贯彻宽严相济具体适用法律及其监督机制研究	1
一、贯彻宽严相济刑事政策与适用法律之间的关系论证	3
二、贯彻宽严相济刑事政策在职务犯罪侦查阶段的法律适用及其监督机制	9
三、贯彻宽严相济刑事政策在审查起诉阶段的法律适用及其监督机制	15
四、贯彻宽严相济刑事政策在审判阶段的法律适用及其监督机制	23
五、贯彻宽严相济刑事政策在执行阶段的法律适用及其监督机制	31
检察机关诉讼监督工作机制的创新与完善	43
一、检察机关诉讼监督概述	44
二、检察机关诉讼监督状况的域外考察	47
三、我国检察机关诉讼监督工作的现状及存在的不足	51
四、我国检察机关诉讼监督工作机制的创新与完善	67
对公安派出所的监督机制研究	81
一、概述	83
二、对公安派出所监督的范围评析	99
三、对公安派出所监督机制的构建	115

检察机关引导侦查取证实证研究	143
一、检察机关引导侦查取证必要性的实证分析	145
二、当前检察机关引导侦查取证的现状及问题	152
三、检察机关引导侦查取证方式的健全与完善	177
四、捕诉联动引导侦查取证制度之完善	184
检察机关与公安机关监督配合机制研究	193
一、检察机关与公安机关监督配合的基本理论	194
二、检察机关与公安机关监督配合的现状分析	208
三、完善检察机关与公安机关监督配合机制之构想	225
检察机关办理轻微刑事案件工作机制研究	245
一、检察机关办理轻微刑事案件工作机制概述	246
二、检察机关办理轻微刑事案件工作机制现状调查	253
三、完善检察机关办理轻微刑事案件工作机制的建议	263
检察建议立法化与机制完善研究	285
一、检察建议的基础理论问题	287
二、检察建议的实践调查与立法、机制建设现状	304
三、检察建议立法的必要性、可行性与立法途径	320
四、检察建议工作机制的构建与完善	331

检察机关量刑建议权及其制度研究	341
一、检察机关量刑建议权及其制度的基础理论	343
二、西方国家检察官量刑建议制度与实践	352
三、检察机关量刑建议制度在实践中存在的问题	358
四、检察机关量刑建议的运行机制	363
五、检察机关量刑建议的标准制定和能力建设	370
检察长列席审判委员会工作制度研究	379
一、检察长列席审委会制度的相关理论问题	380
二、检察长列席审委会制度运行现状及其存在的问题	396
三、检察长列席审委会工作制度的完善	408
民事执行法律监督问题研究	419
一、“执行难”、“执行乱”问题与破解路径	423
二、民事执行法律监督的法理基础	434
三、民事执行法律监督的现状分析	441
四、民事执行法律监督的制度建构	446

检察机关自身执法活动接受监督制约制度研究	459
一、检察机关自身执法活动的范围和特点	460
二、检察机关自身执法活动接受监督和制约的现状	467
三、检察机关执法活动接受制约和监督制度的模范理念	476
四、检察机关执法活动接受制约和监督制度的构建	486

贯彻宽严相济具体适用 法律及其监督机制研究

杨浦区人民检察院

课题组成员：李翔、黄敏、田园、何涛、任静萍、赵罡

2006年10月党的十六届六中全会通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中明确要求:“实施宽严相济的刑事司法政策,改革未成年人司法制度,积极推行社区矫正。”^①宽严相济刑事政策是我国在树立科学发展观、构建社会主义和谐社会的新时代背景下提出的一项重要刑事政策,将会深刻地影响我国的刑事立法和司法实践。2006年12月,最高人民检察院出台《最高人民检察院关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》,要求检察机关在工作中贯彻“宽严相济”刑事政策。然而,在司法实践中,严格依法,准确适用法律是对司法工作的基本要求。如何在贯彻宽严相济刑事政策同时准确适用法律成为理论和实务界必须面对的课题。检察机关作为法律监督机关,在履行侦查、起诉、诉讼监督职能的过程中不仅要把握好贯彻宽严相济刑事政策与具体适用法律的关系,同时肩负着监督其他司法机关适用法律、贯彻宽严相济刑事政策准确性的重要职能,这也对检察机关如何履行好法律监督职能提出了更高的要求,为此,我们以检察机关在各个诉讼阶段的基本职能为载体,探讨检察机关在具体适用法律过程中如何贯彻宽严相济刑事政策以及监督职能的实现。

① 党的十六届六中全会作出的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》指出,我们要深刻认识我国发展的阶段性特征,科学分析影响社会和谐的矛盾和问题及其产生的原因,更加积极主动地正视矛盾、化解矛盾,最大限度地增加和谐因素,最大限度地减少不和谐因素,不断促进社会和谐。《决定》强调,要实施宽严相济的刑事司法政策。这是我们党在新的历史条件下,总结长期以来打击犯罪、预防犯罪得出的重要结论,是发展社会主义民主政治、建设社会主义政治文明的必然选择,是维护社会稳定、促进社会和谐的客观要求。实施宽严相济的刑事司法政策,有利于实现惩治犯罪与保障人权的有机统一,法律效果与社会效果的有机统一,保护犯罪嫌疑人、被告人的合法权利与保护被害人的合法权益的有机统一,执法办案与化解矛盾的有机统一。检察机关作为法律监督机关,在惩治犯罪、化解社会矛盾、维护社会和谐稳定中担负着重要职责。在检察工作中贯彻宽严相济的刑事司法政策,这是检察机关更好地运用检察职能为构建和谐社会服务的内在要求。参见最高人民检察院新闻发言人童建明答记者问,载《检察日报》2007-2-1。

一、贯彻宽严相济刑事政策与适用法律之间的关系论证

(一) 刑事政策与宽严相济刑事政策的概念

1. 刑事政策的基本内涵

一般认为,刑事政策的概念最早出现在18世纪末19世纪初德国法学教授克兰斯洛德和费尔巴哈的著作中。费尔巴哈认为,刑事政策是国家据以与犯罪作斗争的惩罚措施的总和,是“立法国家的智慧”^①。我国刑事政策近代化的过程可以从晚清刑罚体系的变革起算,即以肉刑为中心向以自由刑为中心的刑罚体系的嬗变。而新中国的刑事政策和策略则是在长期革命实践的基础上独立发展而来的。在革命根据地时期和建国初期我国的政策主要倾向党内或者政治上的含义,而建国后相当长时期内刑事政策大多出现在国家主要领导人的讲话中。例如“首恶必办、胁从不问、立功受赏”,“坦白从宽,抗拒从严”等等。而对于刑事政策的概念,“至今几乎所有关于刑事政策的著述,找不到两个完全相同的刑事政策定义。”^②在国内,对刑事政策概念的表述就有如:“刑事政策是运用刑法武器同犯罪作斗争的策略、方针、原则,是我国刑事立法和刑事司法工作的灵魂。”^③“刑事政策是国家或者社会团体针对犯罪、犯罪者以及犯罪诸现象,根据以镇压、压制或者抑制和预防犯罪为目的的原则,采取有效的有指导意义的活动或者措施。”^④“狭义的刑事政策是指国家打击和预防犯罪而运用刑事法律武器与犯罪作斗争的各种手段、方法和对策。它涉及的内容主要是刑事立法、司法和司法机关的刑事惩罚措施。广义的刑事政策是指国家打击和预防犯罪而与犯罪作斗争的各种手段、方法和对策。它不仅包括以直接防止犯罪为目的的各种刑罚政策,还包括能够间接防止犯罪的各种社会政策。”^⑤等等不一而足。通过对形形色色刑事政策概念的比较研究发现,以上种种概念大致可以归纳为三大类,即广义、狭义和最狭义的概念。要准确把握刑事政策的概念,只有从其结构层次上进行剖析,才能逐层揭开刑事政策的面纱,从而准确界定刑事政策的内涵和外延。我们认为,我国的刑事政策,是指国家和社会基于对

① 米海依尔·戴尔马斯·马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平,译,法律出版社,2000:1。

② 储槐植:《刑事政策:犯罪学的重点研究对象和司法实践的基本指导思想》,载《福建公安高等专科学校学报》(社会公共安全研究),1999(5)。

③ 高铭喧,王作富:《新中国刑法的理论与实践》,河北人民出版社1988年版,第67页。

④ 甘雨沛,何鹏:《外国刑法学(上册)》,北京大学出版社1983年版,第74页。

⑤ 王牧:《犯罪学》,吉林大学出版社1992年版,第379—380页。

犯罪现象和犯罪规律的把握,依据权力为背景,依照法定的程序,为实现一定时期的任务以保障公民自由和社会秩序的和諧统一为终极价值目标而制定的行为规则。

2. 宽严相济刑事政策的基本内涵

宽严相济作为我国刑事政策是由权力话语转化而来的学术命题,是基于特定政治语境下提出的概念,正如有学者指出的那样,“宽严相济的刑事政策是刑事法律对构建和谐社会这一政治目标的响应,它的确立表明我国的刑事政策在新的历史条件下的发展完善。”^①当前学术界对宽严相济刑事司法政策的基本内涵普遍阐述为:所谓宽严相济就是“该严则严,当宽则宽;严中有宽,宽中有严;宽严有度,宽严审时。”^②具体地说:宽严相济之“宽”,当然来自惩办与宽大相结合的“宽大”,其确切含义应当是轻缓。刑罚的轻缓,可以分为两种情形:一是该轻而轻,二是该重而轻。宽严相济中的“严”,当然包括严格之意,即该作为犯罪处理的一定要作为犯罪处理,该受到刑罚处罚的一定要受到刑罚处理,这也就是司法上的犯罪化与刑罚化。与此同时,宽严相济之严还含有严厉之意。这里的严厉主要是指判处较重刑罚,当然是指该重而重^③。当前也有学者指出,“宽严相济”刑事政策正是现代法治理念的一部分,其主张重点在宽,以适当地有利于行为人为出发点^④。司法实践中也出现了强调趋轻的价值倾向,对“严打”刑事政策出现了矫枉过正的情形,即过分强调从宽,这是宽严相济刑事政策的异化^⑤。实践证明,宽严相济不是一味从宽,对犯罪分子区别对待,当宽则宽,该严则严。实施宽严相济的刑事司法政策,是维护社会稳定、促进社会和谐的题中应有之义。宽严相济刑事政策是要达到法律效果与社会效果的有机统一,如果一个判决并不能获得大多数民众的认可,不能说是达到了刑事政策适用的目标。宽严相济也必须坚持罪刑法定、罪刑相适应等刑法基本原则。因此,宽严相济刑事司法政策中的宽与严是一个有机统一的整体,二者

① 陈兴良:《宽严相济:构建和谐社会的刑事法律响应》,载《检察日报》2007年4月25日第3版。

② 曹坚:《社会主义和谐社会语境中的宽严相济刑事司法政策》,载《广州市公安管理干部学院学报》,2007年第2期。

③ 陈兴良:《宽严相济刑事政策研究》,载《法学杂志》2006年第1期。

④ 黄京平:《宽严相济刑事政策的时代含义及实现方式》,载《法学杂志》2006年第4期。持该种观点还有:“宽严相济刑事政策价值取向的实质是刑法(罚)及刑事司法的‘宽和’,强调的重点是‘整体趋轻’。”王顺安:《宽严相济的刑事政策之我见》,载《法学杂志》2007年第1期。

⑤ 关于这一点,我们可以从实践中审判的案例来看,比如,被告人杨某杀死父亲,并制造被驴踢死的假象,在没有任何从轻情节的情况下,某检察院认为该案件系家庭纠纷引起,应按照宽严相济刑事政策给以从宽判决并被法院采纳。夏光明:《轻判弑父逆子是宽严相济刑事政策的曲解》,载《检察日报》2008年2月13日第6版。张希坡:《中华人民共和国刑法史》,中国人民公安大学出版社1998年版,第139页。

相辅相成,必须全面理解,全面把握,全面落实。既要防止只讲严而忽视宽,又要防止只讲宽而忽视严,防止一个倾向掩盖另一个倾向。

(二) 刑事政策与刑事法律的关系

在论证贯彻宽严相济刑事政策与适用法律之间的关系之前,首先要对刑事政策与刑事法律的关系进行必要的梳理。我国台湾学者林纪东指出:刑事政策的观念是刑法的基础,刑法的定罪科刑,本身不是目的,而只是为达到防卫社会和预防再犯的手段。刑事政策也就是刑法定罪科刑基础的政策。所以刑法的制定与运用,罪刑的确立与执行,都应由刑事政策的观点出发,以是否合于刑事政策的精神为指归。离开刑事政策的立法、裁判、执法,必是不良的立法、裁判、执法。”^①其观点在我国学术界曾经得到推崇,学术界基本认同刑事政策是刑法的灵魂与核心,刑法是刑事政策的条文化与定型化,刑事政策对于刑法的制定与适用都有着直接的指导意义^②。当然,也有人认为“在法治环境没有完全形成的今日,如倡导刑事政策于刑法的灵魂地位,我们很担心刑事政策会因为具有强烈的应世性和政治性色彩,一旦出现某种严重异己的犯罪态势就异常渴求社会的规则有序,从而丧却理性和平日温情脉脉的面孔,爆发出情绪性的甚至是歇斯底里的言动。此时的刑事政策就往往凌空于刑法之上,刑法的人权保护与公平正义的精神遭到了蔑视和抛弃,最终导致对刑事政策自身的话难和危机”^③。

所谓“刑事政策的观念是刑法的基础”,我们认为这里主要针对的是刑事政策法治化在立法领域的表现。刑事政策的法律化是有目的、能动的活动,是将控制和预防犯罪的政治战略,贯彻到刑事实体法、刑事程序法和刑事执行法中去的过程。就刑事立法而言,刑事政策是刑法的灵魂,刑事政策高于刑法,表现在它指引刑法的制定、修改。刑事政策的法律化使得刑事政策的价值选择和基本方略转化为刑事法律,从而使刑事政策获得权威性和稳定性。但是,在刑事政策和法律相冲突的场合,我们主张政策应该让位于法律。我国的法律(主要是刑事法律)体现了刑事政策的价值取向,同时法律确立之后,就具有了自己独立的品格和价值。作为行为

① 林纪东:《刑事政策学》,正中书局1969年出版,转引自《刑事政策刑法化的理性思考》,载《政治与法律》2005年第4期。

② 陈兴良:《刑法的人性基础》,中国方正出版社1996年出版。

③ 董文惠:《也论刑事政策与刑法的关系——对刑事政策是刑法的灵魂论的质疑》,载《云南大学学报》2004年第1期。

规范它为社会公众提供行为标准,直接规范人们的社会行为;作为评价规范,它为司法者和一般社会公众提供评价标准,直接规范司法者和社会公众对一定行为的评价(法律评价)。此时法律的地位不能够被动摇,更不能被刑事政策所取代。刑事政策具有长期性、稳定性和短期性和不确定性相对立统一的特征,尽管法律也具有动态的变化特征,但是,法律是由专门的立法机关经由严格的法律程序制定出来的法律文件,具有法律的规范性特征。法律绝对不能和刑事政策亦步亦趋,否则,法律就丧失了其作为法律的独立品格。

刑事政策一方面是抽象的指导性意见,另外一方面又具有很强的实践性。在刑事司法领域中,在刑事法律规则缺乏或者不明确的情况下,为了控制社会当前突出矛盾或者满足社会发展的短期目标,刑事政策作为一种必要的补充,此时的刑事政策具有了法律所具有的性质特征,我们可以把这种场合称之为刑事政策司法化的过程。刑事政策在刑事司法过程中起重要的指导作用,决定刑事司法的基本价值取向。有的学者甚至认为“刑事政策在国际刑事司法协助中起着重要的指导作用”^①。但是我们主张刑事政策在司法化的过程中应当与法治的基本精神和价值趋同。尤其应当注意防止刑事政策过分扩张的取向。正如有的学者指出的:“几十年的实践教训说明,刑事政策的作用不能过分扩张,如果刑事政策作为理论指南的同时,又取代刑事法律成为具体案件的直接标准,不仅会助长法律虚无主义,更将导致刑事案件惩罚无法规格化和明确化。”^②注意刑事政策尤其是短期刑事政策的临时性特点,防止给民众在认识上造成“临事制刑”的错位。所以我们主张,刑事政策不能作为刑事法定罪处刑的直接依据。“刑法永远是刑事政策不可逾越的藩篱”。^③刑事政策对刑事法制的导向功能只能只有经过立法对其精神的正确吸收以及法律在司法活动中的具体运用才能得以充分发挥,如果将其作为具体案件的裁判依据,不仅会助长法律虚无主义,更将导致刑事案件惩罚无法规格化和明确化。

(三) 贯彻宽严相济刑事政策与适用法律之间的辩证关系

1. 贯彻宽严相济刑事政策必须以刑事法律的规定为基础

如何具体把握宽严相济刑事政策中的“宽”和“严”,是刑事司法必须面对的重

① 陈卫东、石献智:《刑事政策在刑事司法中的地位和作用》,载《江海学刊》,2002年第5期。

② 苏惠渔、孙万怀:《刑事政策的科学化之路》,载《检察日报》2000年3月2日第3版。

③ [日]庄子邦雄:《刑罚制度的基础理论》,载《国外法学》1979年第4期;转引自张永红:《刑法的刑事政策化论纲》,载《法律科学》2004年第6期。

要问题。宽到什么限度,严到什么限度?能否突破刑法规定的罪与非罪的界限和法定刑的最高与最低限度?我们认为,“宽严相济”刑事政策之“严”与“宽”必须以刑事法律的规定为基础。具体而言,其应当符合以下原则:

(1) 必须符合罪刑法定原则的要求。我国在 1997 年刑法中确立了罪刑法定原则,刑法第 3 条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚”。从我国对罪刑法定原则的规定看,与其它国家的刑法中的规定存在区别,解读我国的罪刑法定原则应立足于两个层面:行为构成犯罪的,应予以刑事处罚;行为不构成犯罪的,应做非罪处理。罪刑法定原则要求刑事司法在贯彻宽严相济的刑事政策时,定罪、量刑、行刑之宽与严都必须于法有据。宽不是要法外施恩,严也不是无限加重,而是要严格依照法律,根据具体的案件情况来惩罚犯罪,该严则严,该宽则宽,宽严相济,罚当其罪。因此,一方面,不得该轻而重,不得超越刑法的范围,在法定刑之上量刑,更不得为了追求所谓的“实质合理性”而处罚具有某种社会危害性但法律并无明文规定的行为。另一方面,不得法外开恩,通过各种程序对法律明确规定为犯罪的情况进行非犯罪化、非刑罚化等刑事处理。

(2) 必须符合罪刑相适应原则的要求。罪刑相适应原则的基本含义是:犯多大的罪,就应承担多大的刑事责任。在刑事司法中,法官对犯罪分子裁量刑罚,不仅要看犯罪行为及其所造成的危害结果,而且也要看整个犯罪事实包括罪行和罪犯各方面因素综合体现的社会危害性程度,讲求刑罚个别化。总之,罪刑相适应原则就是要求在综合考察犯罪行为的社会危害性、犯罪人的主观恶性和人身危险性的基础上,合理配刑、适度量刑和依法行刑。罪刑相适应原则的本质要求就是区别对待,实现刑罚个别化;而宽严相济刑事政策的核心亦是区别对待。罪刑相适应原则与宽严相济刑事政策有着天然的紧密关系,这一原则既是刑事司法贯彻宽严相济刑事政策的底线和标准,也是宽严相济刑事政策对刑事司法的一个具体而又较高的要求。在司法实践中贯彻宽严相济刑事政策,总的标准就是应做到宽大而不宽纵,严格但不苛厉,有宽有严,宽严适中,轻重有度,有张有弛,张弛结合,宽与严之间具有合理的平衡,互相衔接,形成良性互动。既不能宽大无边或严厉过苛,也不能时宽时严,宽严失当^①。同时,根据罪刑相适应原则的基本要求,结合我国刑事司法的实际情况,还应当着重解决下列问题:①纠正重刑主义的错误思想,强化

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

量刑公正的执法观念;②纠正不同法院量刑轻重悬殊的现象,实现执法中的平衡和协调统一。^①

(3) 必须符合正当程序原则的要求。正当程序是一种权利保障机制,其基本含义是:“除非事先经过依据调整司法程序的既定规则进行的审判,任何人不得被剥夺生命、自由、财产或者法律赋予的其他权利。”简单而言,正当程序就是要求必须依照法定而合理的程序进行刑事诉讼,进而保障公民的合法权利和人身自由。而实行宽严相济刑事政策就是要解决司法机关对犯罪人是否批捕起诉,是否定罪,是从宽还是从严量刑等的自由裁量权问题,要保证这种裁量权的合理运用及防止滥用,就必须遵守正当的程序。只有通过正当的法定程序,才能得出公正的实体结果,也才能够保证宽严相济刑事政策确定的内容落到实处。因此在刑事司法中,要严格按照刑事诉讼法的规定办案,保障犯罪嫌疑人被告人全面行使刑事诉讼法赋予的权利。

正是如此,《最高人民检察院关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》第4条规定的检察机关贯彻宽严相济的刑事司法政策应当坚持的原则中,要求贯彻宽严相济的刑事司法政策,必须坚持罪刑法定、罪刑相适应、法律面前人人平等原则,实现政策指导与严格执法的有机统一,宽要有节,严要有度,宽和严都必须严格依照法律,在法律范围内进行,做到宽严合法,于法有据。

2. 适用法律以宽严相济司法政策为指导

刑事司法活动应该严格遵循法律所确定的刑事诉讼程序,严格依据法律规定适用刑法等措施,除此之外,还必须从预防犯罪的最终目的出发,接受刑事政策的指导。有人会问,既然严格执法,那还有贯彻宽严相济政策的余地吗?回答是肯定的。

一方面,在刑事司法实践中,虽然有刑法、刑事诉讼法等作依据,但是在具体的司法活动中,刑事政策对司法活动的指导作用却不容忽视。法律规定了犯罪构成和刑罚制度,规定了追究犯罪的程序,但是刑事司法如何运用好这些制度,使得法律惩治、预防犯罪的功能收到预期的最佳效果,则需要刑事政策根据社会形势进行调节。同时,法律规定相对稳定,比较原则、概括,而具体案件则千姿百态,出现的法律问题也是各种各样,对有些法律没有明确规定而又极具争议的问题应当如何处理,很多情况下都需要进一步解释明确,使之具体化后才能适用。

^① 赵秉志:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年出版。

然而,不论是立法解释还是司法解释,其制定都有一定的指导思想,都离不开刑事政策的指导与协调,将政策精神渗透到法律解释中去,从而进一步推动法律的实施。

另一方面,我国刑法中大量的犯罪是以情节不确定的用语作为区分罪与非罪的标准,甚至作为适用刑罚的标准;而且刑法规定的法定刑的幅度非常大。在我们刑法中存在着适用刑法的很大法律空间就是对我们贯彻宽严相济刑事政策构成的限制和范围。具体而言,如关于刑法总则对于犯罪定义。1997《刑法》第13条关于犯罪定义的规定中有但书讲“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。“情节显著轻微危害不大”,就是法律空间,什么是“情节显著轻微”,刑法中没有任何具体的规定,这靠司法人员去判断。如犯罪情节的表述,《刑法》37条规定:“对于犯罪情节轻微,不需要判处刑罚的”,也要根据具体案件判断,而且要区分情节是否轻微。与《刑法》37条相关的《刑事诉讼法》第142条的“不起诉”中的“绝对不起诉、相对不起诉都是案件事实清楚、不作犯罪处理或虽然构成犯罪但刑法规定不受刑罚处罚的,可以不起诉”等等,类似以上规定都是法律空间。除了情节之外,分则中关于具体罪的规定还有许多以不确定的词语作为行为构成犯罪的法定要件,或者作为区分法定刑不同档次的根据,比如“数额较大”、“数额巨大”、“数量较大”、“后果严重”、“后果特别严重”等类似这样的词都是法律空间的范畴。再如关于法定刑幅度,除了绝对法定刑,即绑架杀人的判处死刑外,其它罪都有法定刑幅度,这些法定刑幅度本身,也是法律空间。

下面,我们将从检察机关在刑事诉讼的侦查、起诉、审判和执行四个阶段,就如何在适用法律过程中贯彻宽严相济刑事政策及其法律监督职能的实现分别展开具体论述。

二、贯彻宽严相济刑事政策在职务犯罪侦查阶段的法律适用及其监督机制

我国刑事诉讼法第82条第1款解释了侦查的概念,“侦查是指公安机关、人民检察院在办理案件过程中,依照法律进行的专门调查工作和有关的强制措施。”作为打击职务犯罪的首要环节,职务犯罪案件的侦查更应准确理解和应用宽严相济刑事政策,只有把宽严相济刑事政策落到具体的法律操作层面,才能进一步达到侦查法制化的目的。