

主办：浙江工业大学法学院 浙江工业大学法治浙江研究中心

浙江法治评论

Zhejiang Legal Review

于世忠 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

第二卷

浙江法治评论

Zhejiang
Legal Review

第二卷

主 编：于世忠

副主编：石东坡

毛卫民

李永红

李 峰

编辑部学科编辑

单 勇 副教授

张友连 副教授

杜仪芳 博 士

粟 丹 博 士

陈利强 副教授

李 嘉 副教授

张 曙 副教授

图书在版编目(CIP)数据

浙江法治评论. 第2卷/于世忠主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2011. 12

ISBN 978-7-5615-4151-7

I. ①浙… II. ①于… III. ①社会主义法制-中国-文集 IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 263692 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup @ public. xm. fj. cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

厦门市金凯龙印刷有限公司印刷

2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷

开本: 787×1092 1/16 印张: 32 插页: 3

字数: 812 千字 印数: 1~1 000 册

定价: 60.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

主 编 寄 语

为了推动学科建设和科研工作,浙江工业大学批准设立了以法学院为依托的法治浙江研究中心,作为校级人文社会科学研究机构。该中心设有浙江刑事法治、浙江行政法治、浙江经济法治和浙江农村法治等四个研究方向,团结和吸纳法学院内外刑事法学、宪法行政法学、民商、经济法学、理论法学、国际法学等有关专家学者,现有研究人员15人,其中教授4人,副教授11人,全部拥有博士或硕士学位。该中心突出浙江省特色,突出应用性特色,突出一体化特色,针对法治浙江建设进程中的重大理论问题和主要实践问题,综合运用调查研究、比较研究、历史研究等多种研究方法,兼顾基础理论研究并重点突出应用理论研究和应用对策研究,分析在经济政治社会文化发展基础上的先行法治发展和区域法制发展,提出关于法治浙江的新判断和新对策,推动和支持浙江省和谐社会法制建设,深化和丰富法治理论特别是法律运行机制理论,以及部门法学理论。学院将努力把该中心建设成为省内一流、国内有重要影响的区域或地方法制建设的研究中心,浙江省人文社会科学重点研究基地中具有应用型、服务型的重要法学研究基地。

为了保障法治浙江研究中心发挥应有功能,进一步推动法学学科发展中凝练科研方向、活跃科研氛围、孵化研究成果、服务法制建设,该中心将出版连续出版物《浙江法治评论》,并开设“法治浙江研究网”。《浙江法治评论》是该中心与法学院共同举办的学术年刊。作为对外学术交流的一个重要窗口,既要有学术性,又要有应用性。既要展示学院整体研究实力,刊发学院教师研究成果,特别是该中心立项课题成果,又要邀集学界名家,开放式地吸纳学界研究成果,增强学术认知和学术认同,不断扩大学术影响。衷心期待在法学界、法律界各位先贤的提携和校内外专家学者的共同努力下,《浙江法治评论》能够作为法学研究交流园地的一棵新苗茁壮成长!

目 录



名家讲坛

社会转型下我国基本刑事政策的调整	张 旭	1
关于职务犯罪侦查一体化的若干问题	王祺国	8
民意与死刑的适用	刑志人	19
略论罪犯人格的实质认识问题	郭 明	29

法治浙江

“十二五”时期杭州推进民主法治建设的思路和对策	陈柳裕	宋小海	38
浙江海外劳工安全风险与保障	黄伟锋		53
技术性贸易壁垒的浙江应对	张艺耀	孙永武	寒 柳 62
浙江省检察机关量刑建议改革实证分析	邓楚开		73
浅议非监禁刑在浙江的适用	李亦丹		80

管理创新

论律师担任政府法律顾问在社会管理创新中的作用	陈三联		86
司法解纷之难及其破解	魏新璋		92
人民法院在社会管理创新中的作用与践行思辨	徐建新		103
事务管理基点下的审判管理	李延吉		109
信息公开视角下群体性突发事件的预防与处置	洪欢东	邵海霞	116

实务探讨

行政执法行为检察监督刍议	傅国云	123
职务犯罪审讯模式转型初探	徐荷生	134
职务犯罪案件审查逮捕上提一级的几个问题	章仕法	140
检察机关强化自侦案件监督机制的调查与思考	卢岩修 卢金有	146
试论渎职侵权检察监督的强化	毛志鹏 刘突飞	153
略论民事行政检察职能之强化与完善	赖联同	160
析人民调解协议的司法确认	毕慧 王峥伟 刘鹏	167
被执行人债权执行制度若干问题探讨	方方	172
试论对确定判决的债权人提起分配表异议之诉	陈长青 沈海虹 张成	177
危险驾驶罪认定中若干疑难问题思考	周宏伟 陈承锋	183
贩卖毒品罪的既未遂标准之认定	夏强	187
量刑规范化改革语境中的量刑事实证明问题	吴行 孙永武	193
审判实践中的证据感知	陈增宝	198
司法经验与法律适用	邵天一	206
从李昌奎案看网络舆论监督与司法裁判的良性互动	王冬明	211
论量刑交易	徐宗新 魏巍	218
监狱体制改革背景下罪犯教育改造研究	汪勇 陈青	227
重构未决羁押制度的现代化思考	宋跃 曹国华	236
房产新政引发房屋买卖合同纠纷的司法应对	张令	247
无仲裁条款的仲裁对“新区”公共事务管理的影响	董杰	253

法学争鸣

中国转型期地方司法成长的动力与影响力	褚宸舸 杜欢庆	258
司法伦理的填补	陈娟 王晓	266
政府组织法制视域中的行政服务中心	石东坡 张丽	271
正当行政程序原则的问题与出路	金亮新	278
权利的平衡	杜仪方 李亮	283
审前程序中控辩平衡的路径	丁娟	289
西方文化与犯罪	房绪兴 杨媛 袁媛	297
论主文化与腐败犯罪亚文化的冲突	周慧娟 单勇	302
论诚信建设与刑法理念践行	徐婉飞	308
防治内幕交易行为的法律整合之浅见	阮方民 陈士松	312
片面共犯理论的合理性及其前景展望	张利兆	320

对“四要件”犯罪构成体系无出罪机制的辩驳	杨艳霞	胡建媛	332
浅析行政犯罪中刑事责任与行政责任聚合之处断规则		顾 阳	339
“醉驾入刑”之我见		傅跃建	344
规范视角下危险驾驶行为的刑事立法重构	杨 勇	童一兵	351
公海捕鱼自由原则的限制及其影响		白 龙	358
我国海洋资源综合利用法律体系研究		陈曙光	367
建设工程 EPC 模式下业主法律风险的探究		何 兴	373
对公司治理结构完善的理论反思		李海龙	378
浅析抵押权的善意取得	朱红英	章幼戎	386
经济法调整方法新论		宓明君	391
学校辅助警务行为的法律界定		石鹏飞	397

知识产权

从事实到价值:作品的双重判断	余 俊	吴纪平	407
货币的著作权保护问题探析		詹爱岚	412
网络著作权侵权责任的立法规制		何 悦	418
科技型中小企业专利质押融资中政府作用的国际比较及借鉴		李 嘉	425
两岸知识产权制度对比研究		俞 锋	433
应用型知识产权人才培养模式探讨	张友连	李 峰	438

法史回眸

浅析西周婚姻制度	徐惠婷	陈一琳	443
清代上控制度的负功能		张 翹	450
从“杨乃武案”看我国古代刑事诉讼原则		张 飞	455

学生园地

论行政强制执行中的代履行		骆思慧	463
律师在侦查阶段地位的理论生态和权利保障		王 俊	473
性别歧视对女性犯罪心理形成的作用		赵轶菲	479
沉默权与不被强迫自证其罪权二者概念的形式构造		任震琨	484
商品房“限购”政策的局限和出路		范佳洋	490
反思司法鉴定制度		姜严丹	495

征稿函			500
-----------	--	--	-----

名家讲坛

社会转型下我国基本刑事政策的调整

张 旭*



〔摘 要〕 在社会转型下,我国的基本刑事政策正在发生深刻的变革,从镇压与宽大相结合,到惩办与宽大相结合,再到宽严相济。基本刑事政策伴随社会转型发生调整的外部动因在于社会转型对犯罪态势的影响,内部动因则是刑事政策自身导向和指引两项功能。本文通过对刑事政策调整的历史分析,总结归纳了社会转型后期我国基本刑事政策调整的主要方向。

〔关键词〕 社会转型;刑事政策;调整;功能

当代中国正处在社会主义制度下的社会转型期,社会生活中的各个领域都面临着深刻的变革。从上世纪 90 年代开始的社会主义市场经济的体制之变到如今的整个国家全面性的社会结构调整,这场历史洪流中的变革大潮越来越引起各种学术学科的重点关注。从刑事科学的角度来看,社会转型背景下,我国刑事立法、刑事司法和刑事执法也在发生着自身的转型,正逐渐从国家模式向社会模式演变。这种刑事立法的变革、刑事司法的调整和刑事执法的改革并不是凭空产生的,其总体走向的确立和主要基调的选择总是有一定的观念指导,有一种价值体现,而这种观念 and 价值的载体就是刑事政策。可以说,中国社会转型期下的刑事变革也就是刑事政策的调整。同时,这种社会转型的长期性和延续性又决定着刑事政策的调整具有时间上的稳定性和时空过程的广延性,不可能仅仅发生在某个阶段或某个领域,所以社会转型下的我国刑事政策的调整,从结构上来说,主要是基本刑事政策的调整。

所谓基本刑事政策,又称宏观刑事政策,是指在较长时期内在犯罪控制全过程中起主导作用的刑事政策,^①是国家和社会对犯罪行为和犯罪人从战略的高度所采取的处置措施。处在社会转型期的当代中国,其基本刑事政策也因犯罪态势的变化发生了若干次调整:从镇压与宽大相结合,到惩办与宽大相结合,再到宽严相济。基本刑事政策的调整反映了中国社会经济体制的深刻变革、社会结构的深刻变动、利益格局的深刻调整以及思想观念的深刻变化,从某种

* 张旭,吉林大学法学院教授、博士生导师。

^① 储槐植:《刑事政策的概念、结构和功能》,载储槐植:《刑事一体化》,法律出版社 2004 年版,第 256~268 页。

程度上说,社会转型与基本刑事政策的调整具有一定必然性。

一、社会转型与基本刑事政策调整的基本关系

(一)社会转型与刑事政策调整的外部动因

所谓社会转型,原本是社会学中的术语,意指社会从一种类型转向另一种类型,社会转型实际上是对社会变迁的一种事实描述,是社会系统因发生结构性变动而引起社会模式的转换。这种社会模式的转化之所以会影响到一国基本刑事政策的调整,直接原因在于社会转型对于刑事政策的调整对象——犯罪态势的影响。

1. 经济转型对犯罪态势的影响。这是当代中国社会转型的开端,中国从计划经济体制向社会主义市场经济体制转变。所有制结构由单一的公有制转变为以公有制为主体多种所有制并存;社会分配方式形成了以按劳分配为主体多种分配方式并存的局面;经济产业结构也发生巨大调整,产业结构的中心逐渐从第一产业向第二、第三产业过渡,最终第三产业占据国民生产总值的重心。经济体制和经济结构的转变为我国迈向国富民强的目标奠定了坚实的基础,但与此同时,经济改革的种种弊端又似乎不可避免,例如分配方式的调整导致贫富差距的产生,而且越来越加剧;经济结构的转变导致一批农民被迫转向第二、三产业,而工业企业大批倒闭破产,失业率增高,社会闲散人员增多,不稳定因素激增,这些情况的极端化发展,最终导致犯罪问题的发生。根据《中国法律年鉴》的统计数据,从1988年以来,我国犯罪率逐年增长,并保持持续上升势头。作为社会变革的“晴雨表”,犯罪问题可谓与社会转型紧密相连。

2. 政治转型对犯罪态势的影响。从1978年十一届三中全会开始,中国政治体制改革拉开序幕,政治转型也初见成效:转变政府职能、党政职能分开、确立公务员制度等等,中国政治现代化步伐加快。但是由于政治体制改革仍然处在初级阶段,监督制度不健全,相关配套机制缺失,政务公开不透明,权力寻租等情形依然存在。特别是职务犯罪、贪污贿赂犯罪不仅屡禁不止,而且愈演愈烈,窝案串案呈现上升趋势,不仅大案、要案比例明显提高,而且涉案金额触目惊心,司法机关立案数量几乎逐年上升。据统计,1998年全国检察机关全年共立案侦查贪污贿赂、渎职等职务犯罪案件35084件,1999年共立案侦查38382件,2000年共立案侦查45113件,2001年共立案侦查45266件……^①

3. 社会结构转型对犯罪态势的影响。随着经济、政治的转型,我国社会结构发生了深刻的变化,城市化进程加速人口的流动性,家庭功能逐渐弱化,职业阶层取代社会阶层,并且趋于多元化,开放程度更加深入,很多过去不曾发生的犯罪开始大量出现,犯罪人通过地下经济获取非法利益后,为逃避打击也在不断寻求为“地下经济”披上合法外衣。由此计算机犯罪、白领犯罪、洗钱犯罪、恐怖主义犯罪、有组织犯罪蔓延。以计算机网络犯罪为例,1986年我国发现第一例计算机犯罪;1989年,全国该种犯罪发案100起左右;而1993—1994年间,全国发案就达到1200起。当前,计算机网络犯罪又增加了很多新花样,如网络赌博、网络诈骗、网络盗窃、网

^① 柳晔春:《预防职务犯罪:反腐败的理性选择》,法律出版社2003年版,第2~3页。

络洗钱等,同时,利用计算机网络制作、传播计算机病毒和色情信息的案件也逐年增加。^①

(二)社会转型与刑事政策调整的内部动因

所谓刑事政策的功能主要是指刑事政策在犯罪控制这一系统中所起的功效和作用,具体而言就是针对刑事立法、刑事司法和刑事执法的功能,主要分为导向和调节两大功能。

1. 刑事政策的导向功能,又称指引功能,对于刑事立法,主要体现在:(1)划定打击范围;(2)确定打击重点;(3)设定打击程度;(4)选定打击方式。^② 刑事政策通过对打击和预防犯罪的目标的确定、方向的指引、方式的选择、范围的划定以及路径的明确,表达了社会公共权威对于其认为符合公共利益行为的鼓励或对其认为违背公共利益行为的反对和禁止,从而将国家权威意志具体化为社会公共权威所希望的行为模式,上升至国家制度层面就是刑事法律的制定。刑事政策的导向功能直接决定了最终刑事立法的选择,刑事政策是刑事法律的上游概念,它从最基本意义上、从价值观念层面引领刑事立法、刑事司法和刑事执法。

2. 刑事政策的调节功能,分为内部调节和外部调节。^③ 刑事政策的内部调节功能,是指对刑事立法和刑事司法的调节,疏通立法与司法的双向关系,即互为信息的传送者和接受者。由于立法的静态性和司法的动态性的截然迥异,就需要刑事政策发挥调节二者之间关系的中介作用。刑事政策的外部调节是对刑事法律与社会环境之间的调节。刑事法律要想和外部的经济、政治等相关的社会环境形成一种良性的互动状态,必须要借助刑事政策这一调节器,随着客观环境的变化适时地修改刑事立法、调整刑事司法、完善刑事执法。

3. 刑事政策功能与社会转型。

首先,从导向功能上看,社会转型影响了社会生活的各个领域,经济、政治和社会结构的巨变呼唤社会控制手段的转型,社会控制的主要手段逐渐从行政命令、行政管理向法律转型。法律自身的稳定性、公开性、确定性和连续性使其成为现代社会最主要的控制手段。针对犯罪问题而言,刑事法律是有效打击和预防犯罪的最佳利器。然而,由于法律自身无法克服的滞后性缺陷,面对社会转型期出现的纷繁复杂、日新月异的新问题、新矛盾,法律不能及时适应社会环境的变迁。而作为刑事立法、司法的引领,刑事政策却可以克服这一缺陷,因为刑事政策的内容是对犯罪反应的政治策略,其基本特征即是应时性,所有的刑事政策都是问题导向的,都是在特定的历史时期、特定的社会背景下针对特定的犯罪问题为适应解决问题的需要而产生的。^④ 于是,社会转型首先作用于刑事政策,通过导向功能,最终促使刑事法律的调整。

其次,从调节功能上看,社会转型期,社会结构发生调整、社会关系发生分化,转型所带来的负面效应也随即产生,犯罪问题与社会转型的矛盾凸显出来。为了有效遏制社会转型过程中的犯罪问题,刑事法律的调整应与社会转型保持高度协调,进而控制因社会分化所带来的不稳定因素,避免因社会转型造成一定的社会动荡。而保障刑事法律与社会转型实现协调一致的,靠的正是刑事政策这一调节器。社会转型下产生的新的犯罪态势,决定了刑事立法的内容

① 张旭、单勇:《犯罪学基本理论研究》,高等教育出版社2010年版,第147页。

② 储槐植:《刑事政策的概念、结构和功能》,载储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,第256~268页。

③ 储槐植:《刑事政策的概念、结构和功能》,载储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,第256~268页。

④ 侯宏林:《刑事政策的价值分析》,中国政法大学出版社2005年版,第93页。

和修正,但是犯罪态势毕竟属于中性的客观事实,而刑事立法则属于主观认识范畴,客观的社会变化要引起刑事法律的调整,必须通过刑事政策的中介作用。犯罪态势的变化促使产生进一步完善刑事立法的需要,通过政策分析,决策者作出应当如何应对的判断,从而形成刑事政策,这一政策通过立法活动,具体化为明确的法律,并据此采取行动和措施来打击和预防犯罪。^① 刑事政策的调节功能实现了刑事立法、刑事司法与适时变化的社会环境之间的良性互动。

二、社会转型下我国基本刑事政策调整的历史分析

社会转型期,社会环境发生了诸多变迁(经济、政治、社会结构等领域),环境变迁的负价值即转型代价必然引发犯罪态势发生变更,作为控制犯罪的有效手段——刑事法律被要求适应转型需要,而由于法律自身抽象性、滞后性的缺陷,就需要刑事政策发挥其导向和调节的功能,适时作出调整:一方面作为惩罚和预防犯罪的战略和策略,指导对现实犯罪态势的有效控制;另一方面作为刑事立法与刑事司法、刑事立法与社会状况的调节器,促进刑事立法与刑事司法、刑事立法与社会状况的良性互动。纵观改革开放开始、中国社会发生转型以来,我国的基本刑事政策发生了两次调整:

(一)社会转型初期阶段基本刑事政策的调整

社会转型的初期阶段,我国的基本刑事政策是惩办与宽大相结合。1979年《刑法》第1条开宗明义地将惩办与宽大相结合的刑事政策规定为刑法制定的根据。惩办与宽大相结合,惩办在前,宽大在后,体现了该刑事政策的重心在于惩办。在这一时期,整个国家处在社会转型的初期阶段,尤其在改革开放以后,国家和社会得以全面发展,工作重心从阶级斗争转向经济建设,影响社会安定的主要因素已不再是敌我矛盾而是人民内部矛盾,反映在社会控制领域,国家权力的控制范围和强度大大减弱,由此刑事案件的发案率也迅猛提高。数据显示,从1978年开始,刑事立案率以每年10~12件/10万人的速度持续增长,到1981年到达89.4件/10万人。面对复杂严峻的犯罪形势,这一时期我国的基本刑事政策发生调整。1983年,中共中央在全国政法会议上作出了《关于严厉打击刑事犯罪活动的决定》,“严打”的基本刑事政策正式确立。(笔者赞同李卫红观点,认为“严打”属于基本刑事政策,而不是一项具体刑事政策,因为它对所有的刑事犯罪都适用^②)历史证明,“严打”刑事政策的实施只在短时期内,在一定程度上起到了遏制犯罪的作用,但从长期来看,不仅没有收到明显的效果,反而出现了一些消极因素。^③ 比如:不利于人权保障,有失司法公正;增加司法资源消耗,不利于社会和谐稳定等。

① 郭理蓉:《刑罚政策研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第15~16页。

② 李卫红:《刑事政策学》,北京大学出版社2009年版,第208~209页。

③ 王春林:《宽严相济刑事政策的时代意义》,载《江苏大学学报(社会科学版)》2009年第5期。

（二）社会转型发展阶段基本刑事政策的调整

处在社会转型发展阶段的当代中国,社会结构已发生深刻变化,原有利益格局业已发生调整分化,整个社会出现了一些新的社会阶层和日益多样化利益诉求,原来被过分强调的单极化的、重刑化的刑事政策已经明显不能适应新的发展需要,只强调刑罚惩罚、教育功能,忽视人权保护、社会保护等功能的刑事政策,已无法独立解决社会转型时期的犯罪问题和社会问题。随着依法治国、司法为民、以人为本的呼声日益高涨,法治文明不断发展,构建和谐社会成为时代的主旋律,我国的基本刑事政策也渐渐转入突出预防犯罪,坚持打防结合,坚持依法办事,坚持保障公民权利与保护社会秩序相结合的阶段。2006年10月,中共中央十六届六中全会通过了《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,明确提出要实施宽严相济的刑事司法政策,就此,宽严相济成为我国现阶段基本的刑事政策。

可以说,宽严相济刑事政策的确立,是我国社会转型背景下主导的基本刑事政策的一次重大调整。首先,在社会转型期,犯罪原因是一个由引起犯罪结果发生的诸多因素彼此联系、相互作用而构成的多层次的系统,社会原因在诸多犯罪原因中起到决定和引领作用,客观决定了单极化的、重刑化的刑事政策无法单一应付犯罪原因的任务。其次,在社会转型期,犯罪基本规律隐藏在社会结构的最深层次和社会矛盾最敏感领域,由此决定有效控制犯罪是一项复杂的社会系统工程,单一的刑事政策无法独立完成发现犯罪规律,解决社会矛盾的艰巨任务。最后,犯罪原因因素和犯罪功能更加凸现其两面性,引发犯罪的因素有时也可能是促进社会进步的因素,原有的单极化的重刑化的刑事政策无法应对社会转型所带来的新的犯罪态势和社会现实。

三、社会转型后期阶段我国基本刑事政策的调整方向

随着时间的推移、改革脚步的进一步加快,中国社会的转型势必将继续深化,总结世界上现有国家的转型,社会转型的基本趋势主要有三个方面:一是经济形态上,逐渐转变为以市场为主导的商品经济社会;二是政治形态上,逐渐向建立在个人自由平等基础上的民主法治社会转变;三是在社会关系上,向以个人独立自由为基础的契约性社会关系转变。随着社会转型进程的不断深入,转型后期甚至转型之后的基本刑事政策也将势必朝着社会转型的主要趋势进行适时的调整。

当然,要想通过社会转型的主要趋势准确、完整地概括或者定义转型后期阶段我国基本刑事政策的具体内容也是不现实的,因为基本刑事政策的调整要根据即时犯罪态势的改变方能作出,而犯罪态势又是客观存在的现实情况,随着社会转型的进展不断发生变化,我们无法用事物的发展趋势去定义未来事物的真实存在。但这又绝非不可知论,根据社会转型的主要趋势,我们可以作出这样的判断,社会转型后期的基本刑事政策应当着重体现如下内容(元素):

（一）高度关注人权保障

人权保障是刑法中的一项基本原则,作为刑事立法与刑事司法、刑事立法与社会现状的调节器,刑事政策的制定和执行同样贯彻着人权保障的基本精神。随着社会转型的不断深入,我

国基本刑事政策体现保护公民基本权利的期望更加强烈。

1. 保障人权是社会转型下基本刑事政策价值目标的第一追求。刑事政策作为一套指导同违法犯罪作斗争的战略、策略,总是基于并且体现了决策者所倡导的价值取向,由其表达出的决策者的价值取向总是代表了社会价值取向的主流和发展趋向。^① 刑事政策第一位的价值目标即是自由,自由作为人权的重要部分,是人们生存和发展的渴望,又是人们追求的最高理想和最高价值。刑事政策对于人权的高度关注即是体现在自由价值目标的确立,而这一点又是同社会转型的主要趋势不谋而合,可以说,对于自由等基本人权的充分保障是当代中国社会转型的价值需要和题中之意,无论是商品经济秩序的确立还是民主法治社会的形成,都离不开整个国家和社会对于人权的高度关注,并且均以人权的尊重和保护作为其确立和形成的根基。

2. 保障人权是社会转型下基本刑事政策模式调整的需要。学者严励认为,根据马克思·韦伯“理想类型”研究理论,刑事政策可以划分为三种“理想类型”模式,即国家本位型、国家·社会双本位型和社会本位型。^② 而这三种类型的逐级演进则成为社会转型乃至整个社会的发展方向。社会转型后期我国基本刑事政策的模式应该确定为国家·社会双本位型,并努力向社会本位型发展。国家·社会本位型模式下,国家和社会共同行使控制和预防犯罪的权力,严格罪刑法定,国家惩罚的对象受到严格的限制,即只惩罚法定犯罪,而越轨行为则由社会处理,同时国家出于预防犯罪的目的,对犯罪人通过惩罚、教育、改造使之重新回归社会。国家·社会双本位型源自“社会先于国家”的基本理念,因此,这一模式下的基本刑事政策坚持保护社会 and 保障人权相统一,保障人权优先的原则。保护社会是国家发动惩罚权的直接目的,而保障人权才是终极目标。

(二)倾向两极宽缓的刑事政策

社会转型期的基本刑事政策特别强调社会效果和法律效果的有机统一,既要实现对犯罪的有效控制,又要实现社会矛盾化解、构建和谐社会之目标。因此,片面强调单极化的、重刑化的刑事政策是行不通的,社会转型后期的刑事政策要以宽严平衡作为其基本的要求之一,即所谓“轻轻重重”。2010年2月8日,最高人民法院下发的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第2条明确规定:要正确把握宽与严的关系,切实做到宽与严并用。既要注意克服重刑主义思想的影响,防止片面从严,也要避免受轻刑化思想的影响,一味从宽。一方面对于严重的刑事犯罪要坚持依法严惩,另一方面对于具备从宽从轻处罚情形的犯罪人又要坚持从宽从轻处理。该项《意见》所反映出的宽严平衡、双极化的规定模式已经俨然成为转型期过程中刑事政策的调整趋向。

同时,“宽严平衡”中关于“宽”的规定,也就是宽缓的刑事政策已经成为未来调整的一种方向。近年来,随着非犯罪化、非刑罚化、非监狱化、行刑社会化和恢复性司法等理论越来越多地引入中国,文明、轻缓的刑事政策方向渐渐成为理论和实务不约而同的一种发展趋势。转型后期的刑事政策被要求突出对犯罪的预防和控制、强调对犯罪人的教育和感化,而轻缓的政策规定又恰恰契合了这一要求。况且,刑罚文明化的发展趋势即是从重刑到轻刑:从以生命刑为核心的刑罚体系到以监禁刑为核心的刑罚体系;从以监禁刑为核心的刑罚体系到以非监禁刑为

① 严励:《刑事政策的价值目标——刑事政策的理性思辨之一》,载《法制与社会发展》2003年第5期。

② 严励:《国家·社会双本位型刑事政策模式的探讨——刑事政策模式研究之三》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2003年第6期。

核心的刑法体系。因此,从刑罚的发展来看,轻缓的刑罚是社会发展的必然,这也是社会转型的一部分。^①而基于刑事政策对于刑事立法与刑事司法的调节功能,社会转型后期我国基本刑事政策的轻缓化也将成为一种不可避免的发展趋向。

(三)继续坚持“打防并举”,强调预防的刑事政策

社会转型过程中,随着建设民主法治国家进程的加快,人权保障观念深入人心,刑事政策控制犯罪的有效性和科学性要求随之提高,因此基本刑事政策将继续高举“打防并举”大旗,特别突出和强调犯罪预防。一方面,就刑事政策的决策和实施而言,社会转型下的基本刑事政策应当立足事前积极干预,医学上讲究“上工治未病”,要实现对刑事犯罪的有效控制,也要强调刑事政策的事前能动性考虑,达到“防患于未然”的目的。近几年,犯罪预防的观念在我国司法实践中已有不同层次的体现,例如检察机关为加强对职务犯罪的打击和控制,主动将监督检查关卡前移,提前介入案件调查,引导调查取证,强化侦查监督。另一方面,在突出强调事前防御的前提下,社会转型期的基本刑事政策还应积极考虑如何理性制定、适用和执行刑罚以及对犯罪被害人的补偿与救济等内容,形成事前预防与事后处置相结合的控制犯罪的完整体系。在刑事政策观念上,应确立事前预防是基础,是根本,事后反应是事前预防的必要延续和补充的科学观念。^②

此外,由于社会转型所导致的犯罪态势的变更,基本刑事政策中的犯罪预防观念侧重强调用社会治理的方式控制犯罪,即社会各界共同参与,消除和削弱引起犯罪的因素。这一点与刑事政策模式类型的演进也是不谋而合的,近20年来,我国刑事政策中社会因素介入有效控制犯罪的例子不在少数,例如为克服正规警力不足以独自承担维护社会治安的全部任务,社会保安队伍逐渐壮大;为预防和打击城市刑事犯罪,尤其是针对出租车司机抢劫刑事案件,部分城市出租车驾驶员群体与广播电视传媒自发联合组成“见义勇为”车队等。在社会转型的后期,刑事政策中犯罪预防的社会治理思想将会进一步延伸和发展,一是在观念层面,由于社会转型下,各种文化结构的重组以及文化冲突,人们的价值取向呈现多元化发展,需要通过基本刑事政策中社会治理的思想,对全社会进行正确的价值观和道德观的引导,发挥其引导功能;二是在技术层面,刑事政策将显著体现“政策”优势,最大范围、更有效地调动社会积极性,使更多社会因素参与到刑事犯罪的社会治理当中,构筑坚固的社会防控体系。

① 翟中东:《中国社会转型与刑事政策调整》,载《学术论坛》2003年第1期。

② 卢建平:《刑事政策学》,中国人民大学出版社2007年版,第336~337页。

关于职务犯罪侦查一体化的若干问题

王祺国*



[摘要] 职务犯罪侦查一体化机制是一项源于实践的新型现代化侦查机制,它有助于深入查处职务犯罪、强化反腐败的整体能力。职务犯罪侦查一体化的内涵是整体性、协同性、法定性和信息性的有机统一。现行职务犯罪侦查一体化机制存在狭窄、呆滞、乏力的现象。应着力加强组织领导体制和信息情报机制建设,并实施系统性初查的对策、纵横推进的侦查对策、灵活多样的讯问对策以完善侦查一体化机制。

[关键词] 职务犯罪;侦查一体化;对策

在我国的刑事侦查理论上,职务犯罪侦查理论一直是薄弱的领域,到今天系统的职务犯罪侦查理论并没有完整地建立。职务犯罪侦查学著作数量很少,职务犯罪侦查还不是高等院校必选的课程。研究职务犯罪侦查理论的大多数还是检察系统的同志,外界普遍对职务犯罪侦查理论感到陌生,这不仅是因为我国的职务犯罪侦查的法律规定相对简单,国外的职务犯罪侦查法律与我国的国情有很大差距,很难简单地借鉴和移植;而且非检察人员很难亲身感受职务犯罪侦查的神秘过程,不能够很方便地介入职务犯罪侦查的生动情景,不能掌握实践中职务犯罪侦查的一手素材,因而无法在感性和理性相结合上去勾勒职务犯罪的系统理论。正是这样的原因,职务犯罪侦查一体化机制也是从检察机关侦查实践中破土而出、逐步形成的,^①其雏形是检察机关职务犯罪协作、配合机制,即检察机关在职务犯罪侦查过程中要加强内部不同环节、不同区域之间的侦查协作,做到资源共享、优势互补,形成侦查工作的合力。因此源于实践并在不断实践的职务犯罪侦查一体化机制不仅仅是要着力构建的理论问题,而且是必须要在实践中检验和运作的重大侦查实务问题,其实践性远远重于理论性,而理论的丰富和完善又对实践有强有力的推动和指导意义。今后无论在职务犯罪侦查法律上有无重大突破,并不会改

* 王祺国,浙江省人民检察院副检察长。

① 对职务犯罪侦查一体化的研究主要源于侦查实践的呼唤。实践中职务犯罪侦查一体化作为检察一体化的先行者和主阵地也就是十余年时间,尤其是进入新世纪后侦查一体化步伐明显加快。自本世纪初起,最高人民检察院陆续出台了一系列关于侦查一体化的规定,如关于设立职务犯罪大案要案侦查指挥中心的方案、关于职务犯罪大案要案侦查指挥中心的暂行规定、关于健全职务犯罪侦查一体化机制的若干规定等,对职务犯罪侦查一体化的发展起了重要推动作用。

变侦查一体化机制的巨大的理论空间和广阔的实践空间,并不能动摇侦查一体化是检察机关依法查处有影响有震动的职务犯罪大案要案的主体侦查模式的地位。

一、从侦查战略上加深对侦查一体化的认识

一体化是当今最时髦的词语之一,全球一体化已经远远地超出经济的范畴。无论是政治、经济、法制、文化,乃至军事,国际社会之间一体化进程进一步加快,国与国之间的利益关系越来越紧密,彼此相互依存度不断提高。这已经是不以人们的意志为转移的客观规律。顺应时代潮流就不能不确立一体化的理念,就不能不走一体化的发展路子。不然,发展之路就会越走越窄,就不能与时俱进,最终就会被时代所抛弃。职务犯罪侦查一体化机制也是如此,在已经有一定理论支持和实践支撑的今天,如果不能顺势而上,把挑战变成机遇,就会使职务犯罪侦查工作裹足不前,侦查能力就会失去强大的体制保证。所以,我们有必要从战略的高度审视职务犯罪侦查一体化的必要性和紧迫性。

1. 侦查一体化是反腐败斗争政治格局决定的。腐败现象的严重性、危害性、长期性和复杂性决定了反腐败斗争是一场关系党和国家生死存亡的严重的政治斗争,这是党和国家必须长期坚持的政治战略。在党确定的反腐败斗争工作格局中,检察机关处于各司其职的重要地位。依法执法已经成为党执政的重大原则。依靠法制反腐败是依法治国新的形势下反腐败斗争的时代特征和基本途径,检察机关依法查处职务犯罪案件就是依法开展反腐败斗争的重要体现。这种以法律这一国家意志为依据的反腐败法定形式,最能体现党和国家反腐败的决心和力度,最具有威慑力和公信力。尽管在我国的政治体制和政权结构中,任何机关、部门都有反腐败的政治责任和工作职责,党委是反腐败斗争的领导者,党委的纪律检查机关是反腐败斗争的组织协调者,党政齐抓共管是反腐败斗争最重要的工作机制,但在司法领域检察机关是唯一的对国家工作人员享有依法侦查职务犯罪的司法机关。无论何种形式的反腐败斗争,只要查处的国家工作人员已经涉嫌犯罪都要依法通过检察机关立案侦查,并由检察机关对已经构成职务犯罪的案件依法向法院提起公诉。反腐败斗争是党委领导下的整体格局,要形成既各司其职又分工配合的工作合力,必须坚持惩防结合、整体作战的工作方针。职务犯罪侦查权是法律赋予检察机关的,其他任何机关、部门都不享有这一法定权力,但作为反腐败的最后环节,职务犯罪侦查必须要在反腐败工作机制、工作格局内进行,必须要在坚持党的绝对领导和党管干部原则下进行,必须要符合党和国家反腐败斗争的工作重点和策略。职务犯罪侦查权是检察机关的司法权,而不是赋予检察机关内部的侦查部门的,内部的侦查部门只是代表检察机关依法查处职务犯罪的主体力量而不是全部力量,因此,检察机关作为专门的依法查处职务犯罪的司法机关在反腐败斗争中必须是整体融入而不是部门融入,必须是全面参与而不是局部参与,那种仅仅把检察机关内部的职务犯罪侦查部门当作依法查处职务犯罪的唯一力量是不符合从整体上开展反腐败斗争的政治战略的。

2. 侦查一体化是适应严重腐败现象的形势决定的。敌变我变是提高对敌斗争能力的基本方法。职务犯罪侦查一体化机制是适应我国从计划经济向市场经济、从封闭向开放的社会转型过程中职务犯罪发生深刻变化的现实决定的,从职务犯罪侦查实践中来到职务犯罪侦查实践中去的侦查一体化机制蕴含着丰富的时代特征和长远的生命力。从上世纪末开始,跨地区、

跨行业、跨部门甚至跨境的窝案、串案已经成为严重贪污贿赂等职务犯罪越来越突出的犯罪规律,职务犯罪的上下串联、左右连接不仅在犯罪的表现方式、形态上有了深刻的变化,而且在犯罪的内涵、结构上也发生了质的变化。职务犯罪的纵横交叉的联合体形成了利害关系的命运共同体,这些上下左右权、钱、势、利互成犄角、互相支撑的犯罪合成不但大大提高了职务犯罪的严重的危害性,而且大大增强了抵御犯罪风险、抗拒法律制裁的能力。职务犯罪时空的扩大、领域的拓展和链条的拉长极为有利于人为地肢解犯罪的构成要件、隐蔽犯罪的主观意图、分散犯罪的各个要素,会给严重的职务犯罪穿上一层貌似合法的外衣,给职务犯罪侦查工作准确找到切入点和突破口带来很大的困难。同时越来越多的严重职务犯罪与涉黑、涉毒、涉私等严重刑事犯罪相勾结,形成犯罪同盟,对政治安全、社会稳定、改革发展具有极大的破坏力。而一旦职务犯罪与刑事犯罪形成规模化、团队化,犯罪的专业性、智能性、渗透性、涉外性就会提高,犯罪的手段、方法、策略就更加高超,职务犯罪侦查的难度就会大大增强。在已经发生重大变化的职务犯罪面前,传统的单兵作战模式显然已经不能适应职务犯罪侦查工作的需要了。近几年来,检察机关不断加强对侦查一体化的理论思考,尤其是在侦查实践中取得了实实在在的工作成效,这为深入推进侦查一体化工作机制提供了宝贵的理论和实践经验。实践是检验任何工作的唯一标准,侦查一体化的无数次生动有效的实践告诉我们,职务犯罪侦查一体化无疑是检察机关当前和今后构建新型侦查模式的核心和方向。^①

3. 侦查一体化是检察机关侦查权法律保障缺失决定的。职务犯罪与绝大多数刑事犯罪显然是两大类迥然不同的犯罪形态,其对抗性、隐蔽性强,危害性、破坏性大,外部干扰、阻力多、还有许多不可预测的复杂因素,从大多数国家的立法看应当有一种特别的侦查程序。联合国专门有反腐败国际公约足以说明腐败现象作为一种具有国际性的严重的社会问题的特殊性和规律性。法律理论界曾在上世纪90年代广泛讨论过应当制定一部专门的职务犯罪侦查法,并向全国人大常委会提出立法建议,但立法机关并没有采纳。1997年修改的刑事诉讼法仅就职务犯罪侦查规定了一节,其中主要的还是规定一次性传唤持续时间不得超过十二小时,职务犯罪侦查的基本程序与刑事犯罪的侦查程序大致合一。特别要看到的是刑事犯罪侦查的最有力的法律手段并没有赋予给检察机关,如技术侦查权,四十八小时留置权和对身份不明、流窜作案犯罪嫌疑人三十天的刑事拘留权等。就是监视居住的强制措施因被查对象是确定的国家工作人员对检察机关职务犯罪侦查也很难适用。不仅如此,从2010年起,职务犯罪的批准逮捕权上提一级,使得职务犯罪立案管辖权与决定逮捕权相分离,承担职务犯罪侦查主要任务的基层检察机关不再享有批准逮捕权,导致侦查机关职务犯罪侦查权的不完整和法律保障的严重不足。在这种情况下,检察机关要依法有效地查处职务犯罪的根本出路就是挖掘内部潜力、自身形成合力,而职务犯罪侦查一体化便是最有效有力的侦查工作机制。这既是无奈的选择,也是必然的选择。

4. 侦查一体化是检察机关的法定领导体制决定的。面对职务犯罪严峻的现实和职务犯罪

^① 浙江省的职务犯罪侦查一体化机制无论是理论上还是实践中都走在全国前列。2005年由嘉兴市人民检察院承担的最高人民检察院职务犯罪侦查一体化课题顺利结题,填补了国内此项研究的空白。在省检察院的统一领导、组织下,全省大多数地区运用侦查一体化机制依法查处了一些行业、系统的职务犯罪窝案、串案,取得了前所未有的办案成效。如2009年上半年嘉兴市检察机关在检察长亲自挂帅下,运用侦查一体化机制调集全市检察机关大部分侦查力量用三个月的时间集中查处了发生在嘉兴港区、平湖市的四十六起职务犯罪大案要案。该市检察机关侦查一体化领导小组被省检察院荣记二等功。嘉兴市委在全市党风廉政建设大会上对检察机关充分发挥在反腐败斗争中的作用予以充分的肯定。