

刑事法

前沿

NEW REPORTS IN CRIMINAL LAW

(第八卷)

主 编 陈泽宪



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中国社会科学院刑事法学科重点学科论坛
FORUM OF CRIMINAL LAW DEPARTMENT OF CASS

刑事法 前沿

NEW REPORTS IN CRIMINAL LAW

(第八卷)

主 编 陈泽宪
执行主编 樊 文

 社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

刑事法前沿. 第8卷 / 陈泽宪主编. —北京: 社会科学文献出版社, 2015. 11

ISBN 978 - 7 - 5097 - 7706 - 0

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法 - 研究 ②刑事诉讼法 - 研究 IV. ①D914.04 ②D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 167134 号

刑事法前沿 (第八卷)

主 编 / 陈泽宪

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 朱 姝 关晶焱

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社(010)59367156

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367090

读者服务中心(010)59367028

印 装 / 三河市东方印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 21.5 字 数: 354 千字

版 次 / 2015 年 11 月第 1 版 2015 年 11 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 7706 - 0

定 价 / 88.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

刑事法前沿

(第八卷)

撰 译 人 [美] 戴维·嘎兰德

[瑞士] 萨比娜·格雷斯

[德] 汉斯-约格·阿尔布莱希特

[德] 马克·恩格尔哈特

[德] 托马斯·魏根特

(以姓氏拼音为序)

陈泽宪 陈子楠 樊 文 黄 芳 黄 涛

刘家汝 吕凤丽 孙世彦 宋健强 王士帆

向泽选 杨宇冠 赵晨光 周维明 周漾沂

Contributors

Chen Zexian (Chief Editor): Professor and Director of Institute of International Law, Chinese Academy of Social Sciences (CASS)

Fan Wen (Acting Editor): Associate Professor and Deputy Director of Criminal Law Department at Institute of Law, CASS

Huang Fang: Professor at Institute of Law and Institute of International Law, CASS

Sun Shiyan: Professor and Director of Public International Law Department at Institute of International Law, CASS

Song Jianqiang: Director of Institute of International Justice Research, Harbin Institute of Technology

Xiang Zexuan: Researcher and Deputy Director of Institute of Procuratorial Theory at Supreme People's Procuratorate; Senior Procurator of the Second Rank

Yang Yuguan: Professor and Deputy Director of Procedural Laws College of China University of Political Science and Law

David Garland: Arthur T. Vanderbilt Professor of Law and Professor of Sociology at New York University, USA

Sabine Gless: Professor for Criminal Law and Criminal Procedure at University of Basel, Switzerland

Hans – Jörg Albrecht: Director of Max – Planck – Institute for Foreign and International Criminal Law and Professor at University of Freiburg Faculty of Law, Germany

Marc Engelhart: Researcher at the Max – Planck – Institute for Foreign and International Criminal Law, Germany

Thomas Weigend: Professor and Director of Institute of Foreign and International Criminal Law at Cologne University, Germany

Liu Jiaru: Doctor of Heidelberg University, Postdoctoral Research Fellow at Institute for Foreign and International Criminal Law, University of Cologne

Zhou Yangyi: Assistant Professor at College of Law, National Taiwan University

Zhao Chenguang: Lecturer at Institute of Criminal Law, Beijing Normal University

Zhou Weiming: Doctor Candidate at Institute of Law, CASS

Lü Fengli: Doctor Candidate at Institute of Law, CASS

Wang Shifan: Assistant Professor at National Cheng Kung University Department of Law

Chen Zinan: Doctor Candidate at Criminal Justice College of China University of Political Science and Law

Huang Tao: Doctor Candidate at Institute of Law, CASS

卷首语

《刑事法前沿》是中国社会科学院刑事法学重点学科主办的学术论坛的成果。

中国社会科学院刑事法学学科创建于1958年，其前身是中国科学院哲学社会科学部法学研究所刑法组（三组），研究领域包括刑法学、刑事诉讼法学及相关学科。50多年来，刑事法学学科的研究人员共出版专著、译著、教科书、工具书等数百部，发表学术论文、译文、研究报告和法制宣传文章数千篇，其中许多著作获省部级以上优秀科研成果奖。学科先后有十多位知名专家应国家立法机关的聘任，直接参与了多项刑事法律及相关法律法规的起草、论证工作，并及时推出一批重要的研究成果，为我国刑事法律的不断完善与正确实施做出了积极贡献。学科有多位专家受聘在国家司法机关兼任顾问、专家咨询委员，经常就一些重要司法解释和疑难刑事案件提供咨询意见，在刑事法律实务界颇具声望和影响。刑事法学学科研究人员先后承担一百多项国家、中国社会科学院和法学研究所的重点科研项目，所形成的主要科研成果对我国刑事法律学科发展和刑事法制建设产生了重要影响；在刑法基础理论、刑事立法改革研究、犯罪学、刑罚学、经济刑法学、刑事诉讼法学等领域均有突出建树，出版了一批具有一流水平的学术代表作；形成了理论刑事法学与规范刑事法学研究兼顾并重，刑事实体法学与刑事程序法学研究相得益彰，刑法学研究与犯罪学研究融会贯通，中国刑法学与国际刑法学研究交叉互动的学科特色。经2002年8月6日中国社会科学院院务会议批准，法学研究所刑事法学学科被确定为中国社会科学院“重点学科建设工程”项目。

《刑事法前沿》不仅是中国社会科学院刑事法学学科研究人员检验科研成果的园地，也是面向全国刑事法学界，反映学科前沿动态和发展趋

势，展示名家研究精品和青年才俊优秀成果的窗口。

《刑事法前沿》诚邀中外刑事法学名家就刑事法领域的一些前沿问题、重大理论和实践问题，进行深入探讨，阐发精论。

《刑事法前沿》将密切关注国际刑事法学界的最新研究动态，选用国际知名刑事法学家授权首发的重要论文，荟萃高水平国际学术研讨会的优秀文章和精彩评论。

我们热切期待《刑事法前沿》成为中外刑事法学界切磋交流的乐园，为繁荣刑事法学研究，推进中国刑事法治增添一份动力。

陈泽宪

2015年7月

目 录

立法改革

- 检察管理与检察权的公正行使 向泽选 / 3
- 走向法治国刑事程序的两个突出问题 樊 文 / 21
- 《公民权利和政治权利国际公约》与国内法律制度
——一些基本认识 孙世彦 / 44

刑法理论

- 论被害人生命法益处分权之限制
——以刑法父权主义批判为中心 周漾沂 / 59
- 刑法学的经济分析 周维明 / 100

刑事司法

- 刑事被告对国外不利证人之质问权
..... [瑞士] 萨比娜·格雷斯 著 王士帆 译 / 131
- 中德排除非法口供规则刍议 刘家汝 / 148
- 突出的程序问题：国外取证——欧洲的方式
..... [瑞士] 萨比娜·格雷斯 著 周维明 译 / 179

犯罪学

- 为什么死刑在消失? ……〔美〕戴维·嘎兰德 著 樊文译 / 191
- 恐怖主义、被害及对恐怖主义受害者的补偿
……………〔德〕汉斯-约格·阿尔布莱希特 著 吕凤丽译/
樊文 周维明校 / 208

国际刑法

- 国际刑事法院管辖补充性原则的规范分析 …………… 赵晨光 / 233
- 国际犯罪构成论体系新考 …………… 宋健强 / 266
- 论法人的国际刑事责任
……………〔德〕马克·恩格尔哈特 著 黄涛译 / 278
- 国际刑事法院管辖权与国家关系
——以利比亚情势为视角 …………… 杨宇冠 陈子楠 / 298
- 德国的国际刑法?
——国际刑法在德国的反映以及德国对国际刑法的影响
……………〔德〕托马斯·魏根特 著 樊文译 / 314
- 论我国刑法与《联合国反腐败公约》的协调 …………… 黄芳 / 324

CONTENTS

I . Legal Reform

1. The Procuratorial Management and The Exercise of Procuratorial Authority
Xiang Zexuan / 3
2. The Chinese Criminal Procedure Law on the Road to the Rule of
Law: Two Key Issues *Fan Wen / 21*
3. The International Covenant on Civil and Political Rights and
Domestic Legal Systems: Some Preliminary Observations
Sun Shiyan / 44

II . Criminal Law

1. On the Limit to the Right of Disposing of the Legal Interest of Life—
Mainly around the Criticism on the Paternalism in Criminal Law
Zhou Yangyi / 59
2. The Economic Analysis of Criminal Law Research *Zhou Weiming / 100*

III . Criminal Justice

1. The Right to Confront Witnesses Abroad *Sabine Gless / 131*
2. Discussion on the Exclusion of Confession by Illegal Means in
China and Germany *Liu Jiaru / 148*

3. The Prominent Procedural Issues: Obtaining Evidence Abroad—
a European Approach *Sabine Gless* / 179

IV. Criminology

1. Why the Death Penalty is Disappearing? *David Garland* / 191
2. Terrorism, Victimization and Compensation of Victims of Terrorism
Hans – Jörg Albrecht / 208

V. International Criminal Law

1. The Normative Analysis on the Complementary Principle of the
Jurisdiction of the International Criminal Court *Zhao Chenguang* / 233
2. A New Review on Theoretical System of
International Crimes *Song Jianqiang* / 266
3. International Criminal Responsibility of Corporations
Marc Engelhart / 278
4. On the Relationship of the International Criminal Court Jurisdiction
and States—the Perspective of the Libya War
Yang Yuguan and Chen Zinan / 298
5. The International Criminal Law of Germany? — the Reflection of
International Criminal Law in German Law and the Effect of German
Law on International Criminal Law *Thomas Weigend* / 314
6. On the Harmonization of China's Criminal Law and UN Anti –
Corruption Convention *Huang Fang* / 324

立法改革

检察管理与检察权的公正行使

向泽选*

摘 要：检察管理通过对直接影响或者制约检察权公正行使的各项要素的调配和组合，间接地推动检察权的公正行使。由于传统的行政式的检察管理模式背离了检察规律的基本要求，导致检察管理在推动检察权公正运行中的功能发挥受阻。要使检察管理推动检察权公正运行的应然性功能得以正常发挥，在检察队伍的宏观管理上，必须建立检察人员的分类管理制度，用司法官的管理模式对检察官进行管理；在检察人员的微观管理上，必须建立检察人员履职和道德表现的管理台账，为检察干部的晋升提供客观依据；在检察业务的管理上，必须进一步深化案件管理机制的改革，强化检察权运行的过程监督；在对下级检察院的管理上，必须增强各下级检察院独立办案和独立决策的意识；在检察经费的管理上，必然加快检察经费保障制度改革的进程，排除因经费保障的地方化所引发的检察权行使中的行政干涉。要通过对检察管理相关内容的革新，为检察权的公正行使提供高素能的主体、高效的决策机制、有效的监督机制以及科学的物资保障机制。

关键词：检察管理 检察权 公正行使 应然功能 路径选择

现代检察制度是随着国家将刑罚权分解并由不同的国家机关承担侦查、起诉与审判职能而产生与发展起来的，规制国家刑罚权的正确行使是现代检察制度诞生的一个重要起因。从制度渊源看，公正应当是检察权的权力禀赋。我国检察机关又被定位为国家的法律监督机关，法律监督是检察权的本质属性，也因此决定了追求国家刑罚权的公正行使、确保国家法律

* 向泽选，最高人民检察院检察理论研究所副所长，研究员，二级高级检察官。

的正确统一实施是检察机关的重要使命。作为督促国家刑罚权规范运行的检察机关本身对检察权的行使应当是公正的，并且应当能够明察刑罚权运行中的不规范现象。但检察权的行使者同样是具有利益追求和偏好的“经济人”，而非绝对的“理性人”，检察权一旦作为一种公权力在社会中运行，必然具有其他公权所具有的扩张性和侵犯性，同样需要外力的制衡，需要排除权力运行中的外部干扰以及需要其他的制度保障。可以说，在确保检察权公正行使的诸多要素中，检察管理不是直接影响检察权公正行使的要素，它在促成检察权公正行使中的地位和作用也因此容易被忽视。事实上，检察管理以对检察资源合理调配和检察事务合理安排和部署的方式，为检察权的公正行使创造条件，检察管理与检察权的公正行使依然存在严密的逻辑关联。本文拟对检察管理在促成检察权公正行使中的功能，传统检察管理模式在保障检察权公正行使中存在的问题及其解决路径进行阐释。

一 检察管理在促进检察权公正行使中的应然性功能

检察管理^①是指人民检察院为了实现检察职能和检察活动的目标，依法运用组织领导、计划调控、决策指挥、沟通保障和激励创新等手段，对各种检察资源进行调控和运用的活动。^② 检察管理的内在机理表明，检察管理是通过对直接影响或者制约检察权公正行使的各项要素的调配和组合间接地推动检察权的公正行使，各项检察资源的组合形式不同，其所产生的推动检察权运行的效能就可能不尽一致，即便是同一项检察资源，如人力资源，其不同的组合形态在检察权运行中可能发挥的效能也不一样。因此，检察管理在推动和保障检察权公正行使中的地位和作用是不能忽视的。要在深入研究和深刻认识每一项检察资源以及各项检察资源的不同组合形态在推动或者确保检察权公正行使中的地位和作用的基础上，积极发挥检察管理对检察资

① 从检察管理的运行机理及其目标看，检察管理应当定位为检察机关对其内部事务（此处的事务包括人、事以及物）的组织、协调、管控和运用。检察管理的主体包括上级检察机关、检察机关的领导者和检察机关的检察人员。检察管理的内容大体可分为管事和管人两方面，具体包括检察业务管理、检察行政事务管理和检察队伍管理等。本文无意对检察管理的具体内容进行阐述，只是从宏观层面论述检察管理在检察权公正行使中的作用、现行检察管理模式存在的问题，以及解决问题的宏观路径。

② 朱孝清、张智辉主编《检察学》，中国检察出版社，2010，第525页。

源的调配效能,实现各项检察资源的优化组合,从而为检察权的公正行使发挥保障、调节和矫治功能,为检察权的公正行使创造条件。

首先,保障功能。即检察管理者通过对检察资源的调配和组合,挖掘和调动检察人员的创造性,提高其他检察资源的使用效率,为检察权的公正运行提供人力、物资和技术等方面保障的功能。检察官是检察权的行使主体,但检察权一体化的运作机制又决定检察权的运行不是依靠单个人的力量实现的,不同检察官的组合所产生的效能是不一样的,在不同的境遇下,同一检察官主体发挥的作用也不尽一致,检察管理通过对检察人员的调配和使用,提升检察官在检察活动中的创造性。同时,检察权的运行还需要其他检察辅助资源,如检察经费、检察技术和检察信息等要素的支撑,检察管理者按照检察活动基本规律的要求,以及实现检察权公正运行对各项辅助性资源的需求量,为检察权的运行提供充沛的资源供给,避免因资源供给不足而使检察权的运行轨迹发生异变,为检察权在法定轨道上运行提供人力资源和其他资源最佳组合的保障性供给,确保检察公正的最后实现。

其次,调节功能。“调节”即为适应客观情势的状况及其发展趋势所进行的调配和节制。检察管理对检察权公正运行的调节功能,就是根据既有的检察管理模式对检察权运行质量和效能的影响度,亦即根据对既有管理模式在检察权运行中所发挥的效能的评估指数、社会经济结构的变迁对上层建筑各要素提出的要求,以及社会公众对检察公正状况的满意度,适时地对检察管理的模式、内容、重点乃至方式进行调控的功能。检察权要依靠检察官的推动方能按照特定的程序运转起来,检察官在推动检察权运行中投入的精力和用心程度,以及检察官的心智状况影响检察权的运行质量,同时,检察权的运行质量又与其他检察资源的供给状态密切相关。在相对恒定的时间段内,检察管理者使用的检察官是特定的,^① 配备的其他检察资源的量也是固定的,特定的检察人力资源和其他资源相互作用影响

① 正是这些被重用的检察官在推动检察权向前运行中发挥骨干作用,其他检察官在检察权运行中发挥的只是辅助性作用,但这些辅助性作用也能影响或者制约检察权的运行进度和效果。如果被重用的检察官具有很强的检察技能和其他综合素养,如品德高尚、才华出众,并且是通过公平的方式产生的,则他们能率领和影响其他检察官与其一道推动检察权在法治轨道上向前运行。如此,检察权的公正行使就获得了权力行使主体上的保障。否则,就很难从推动检察权运行的团队上确保检察权的公正性。