

检察工作新探索

JIANCHA GONGZUO XIN TANSUO

顾军
主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

检察工作新探索

JIANCHA GONGZUO XIN TANSUO

顾军 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

检察工作新探索 / 顾军主编. — 北京: 法律出版社, 2015. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8062 - 8

I. ①检… II. ①顾… 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 130426 号

检察工作新探索 | 顾 军 主 编

责任编辑 孙东育 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京泰山兴业印务有限责任公司

印张 29.5 字数 600 千

印次 2015 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 8062 - 8

定价: 88.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《检察工作新探索》编辑委员会

主 任:顾 军

编 委:王 立 张文志 张家贞 张朝霞

王志民 高 凯 张京宏

主 编:顾 军

副 主 编:张文志

执行主编:孙春雨

编 辑:孙春雨 王伟 张翠松 卢凤英

序 言

党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，这是我们党的历史上首次专题研究全面推进依法治国，在我们国家法治建设史上具有里程碑意义。法律是治国之重器，法治是国家治理体系和治理能力的重要依托，检察机关作为国家法律监督机关，在新起点上推进检察事业新发展，是检察机关在全面推进依法治国中更好地肩负起实践者推动者的责任所在。加强检察理论研究既是推动检察事业创新发展的需要也是适应检察工作新形势新任务的需要，北京市人民检察院第二分院作为办理大案要案的分院级检察机关，近年来高度重视检察理论研究工作，先后在法律出版社出版发行了《刑事上抗诉疑难案例研究》、《刑事诉讼监督论》、《检察工作的理性思考》、《检察理论与实务研究新进展》、《附条件逮捕制度研究》、《检察工作新视界》、《检察工作的实践与思考》、《检察机关诉讼职权与监督职权优化配置问题研究》等书籍。虽然收到了良好的学术效果、法律效果、社会效果，但同时，我们也深切地感受到二分院群众性调研成果仍没有得到充分的体现。尤其是2012年新刑事诉讼法和新民事诉讼法修改通过后，检察机关的职能配置和工作模式发生了重要转变和新情

况、新问题,对中国特色社会主义检察理论研究提出了一系列重大课题,需要检察理论研究工作积极跟进,进行深入系统的研究论证,以满足检察实践对理论指导的迫切要求。有鉴于此我们集中时间和精力,对我院2012年以来,全院干警撰写的数百篇优秀调研成果进行梳理与归类,精选出38篇文章,分为“理论研究”、“实务研究”、“调研报告”三个专题,共计约40万字,结集出版,希望能得到专家学者、各界同仁的肯定和好评。同时,由于作者的学识、水平所限,书中难免有疏漏之处,敬请各位评批指正。

本书编委会
2015年4月

目 录

理论研究

1. 国家赔偿案件中精神损害赔偿制度的构建与完善 张文志、孙春雨 3
2. 我国现行刑法中不作为犯罪的立法现状分析 孙春雨、朱超然 20
3. 《刑事诉讼法》修改视角下检察组织的规范与完善 孙雪丽、王 伟 44
4. 也论法院、检察院和公安机关的宪法关系 张翠松 51
5. 犯罪论视角下的积极公诉与消极指控 田 申 63
6. 检察管理法治化研究论纲 孙春雨、张翠松 80

实务研究

1. 职务犯罪关联案件并案侦查机制研究 顾 军、马 军、许 婷、卢 明、杨 岚 95
2. 民事行政枉法裁判罪若干问题辨析 王 立、李华伟、马 健、王聚强 105
3. 谈刑事和解的几个问题 张文志 116

4. 诉讼监督视野下的量刑规范化实证研究

——北京市人民检察院第二分院辖区量刑情况调研

..... 张朝霞、汪长青、李瑞明、赵婧文、田 申、张 茜 125

5. 对刑事申诉案件“分类息诉”的实证分析

..... 王志民、王志琴、吴瑞珊 139

6. 涉检网络舆情研究的研判与应对 ... 高 凯、曲 虹、支蕊娴 150

7. 腐败资产追回制度探析 刘敬新、宋 勇 158

8. 恐怖活动犯罪的司法认定 杜 邈 163

9. 重大毒品犯罪案件量刑规范化研究

..... 位鲁刚、高 鹏、张 婷、王 蕾 178

10. 证券刑事案件中内幕信息认定研究 宋 伟 194

11. 危害食品安全行为的司法认定与立法重构

——以行刑衔接为视角的考量 王 然、赵一璠 203

12. 渎职犯罪酌定量刑情节的类型化分析 李华伟、王聚强 210

13. 互联网金融犯罪侦查的难点与对策 徐 志、陈秋梅 221

14. 重罪未成年人量刑建议实践分析 王 巍 233

15. 我国未成年人犯罪记录封存制度的反思与重构

..... 张 军、陈运红 251

16. 公诉案件和解面临的问题及其对策 孙春雨、朱超然 261

17. 违法所得没收程序实践问题及立法完善 葛 燕 270

18. 刑事强制医疗程序的法律监督研究 郝家英 281

19. 辩护人、诉讼代理人权利保护机制的现状与完善

——以《刑事诉讼法》修改为视角 ... 王志民、王志琴、刘衍明 296

20. 电子数据在刑事案件中的调取、审查与运用

..... 金 轶、张 婷 307

21. 公诉引导侦查的三阶段论 卢凤英 321

22. 审查起诉工作中讯问策略的运用与限制 刘丹丹 331

23. 职务犯罪案件中取得外国人证人证言的工作方法探讨

..... 左 宇 340

24. 刑事申诉主体问题研究 范 晔 345

25. 民事检察类案监督的界定	李 敏	360
-----------------------	-----	-----

调研报告

1. 北京市检察机关办理涉众型经济犯罪案件 调查报告	卢 希、吴春妹、马迎辉	375
2. 村、乡、镇“一把手”职务犯罪风险点及预防建议	张京宏、刘敬新	392
3. 国有企业改制过程中的职务犯罪特点、成因和 预防	高景惠、丁子舟、桂 杨	402
4. 技术专家型干部受贿犯罪定量分析报告	陈 旭	412
5. 职务犯罪案件一审判决上下级检察院同步 审查制度的实证调查与思考	汪长青、王 晋	424
6. 北京市审查逮捕阶段讯问犯罪嫌疑人、 听取辩解工作调查报告	崔炎睿	436
7. 附条件逮捕案件适用调查报告 ——以北京市人民检察院第二分院五年适用 附条件逮捕案件为样本	孙雪丽、彭 慧	452

理论研究

国家赔偿案件中精神损害赔偿制度的构建与完善

张文志 孙春雨*

2012年修订的《国家赔偿法》第一次从立法层面确立了国家赔偿案件中实行精神损害赔偿的制度,被视为“我国国家赔偿制度的重要突破与完善”。^①国家精神损害赔偿制度的确立,体现了国家对公民精神权益的重视和保护,彰显了国家责任的进一步拓展和完善。然而,由于《国家赔偿法》对精神损害赔偿的规定比较原则,导致执法司法实践中面临诸多疑难复杂的问题缺乏处理依据,直接影响精神损害赔偿制度目标和价值的充分实现。我们认为,可以从以下十个方面予以完善:

一、确立国家赔偿案件中精神损害赔偿标准立法模式

世界上许多国家对精神损害赔偿做了较为详尽的

* 张文志,北京市人民检察院第二分院党组成员、副检察长,法学博士、博士后;孙春雨,北京市人民检察院第二分院检察委员会委员、法律政策研究室主任、检察员,法学博士。

^① 江必新、梁凤云、梁清:《国家赔偿法理论与实务》(下),中国社会科学出版社2010年版,第874页。

规定,大致分为两类:一是国家赔偿法直接规定;二是参照民法的相关规定。我们认为,确定国家侵权精神损害赔偿标准是公法规范要求。国家侵权精神损害赔偿的标准问题涉及公法规范,而不是私法规范。因此,国家侵权所致精神损害赔偿具体量化的标准不应比照适用民事赔偿方式,而应在国家赔偿法中进一步明确。具体理由:公法规范注重法定性,具有相对统一、刚性的量化标准;而私法规范则注重意定性,具有可约定的、柔性的量化标准。国家赔偿是国家责任的一种体现,毫无疑问具有公法性质。因此,国家侵权精神损害赔偿的标准要规范、相对量化,不能像私法那样完全奉行自由裁量,否则就违背了公法原则,破坏了信赖保护法则,有损于国家和法律的尊严。

二、明确国家侵权精神损害赔偿原则

(一) 国外国家赔偿中精神损害赔偿原则

综合考量、归纳各国确定精神损害赔偿的原则,大体有五种类型^②,包括酌定赔偿原则、限额赔偿原则、固定赔偿原则、比例赔偿原则、标准赔偿原则。尽管大都涉及的是赔偿数额原则,但对我国的国家侵权精神损害赔偿原则具有借鉴价值。

(二) 结合国情确定我国国家侵权精神损害赔偿原则

1. 抚慰为主、补偿为辅原则

精神损害很难像物质损害那样用数字来统计。法律上规定精神损害可以物质赔偿的目的在于这种方式有利于缓和、解除受害人精神上所遭受的痛苦,对受害人起到抚慰作用,从而进一步保护受害人的精神权益。这就决定了精神损害赔偿并不是主要目的和唯一方式,只不过作为一种手段,通过在经济上对受害人的补偿达到抚慰受害人的目的。因此,在精神损害赔偿中,应坚持“抚慰为主、补偿为辅”的原则。

2. 适当限制原则

我国幅员广阔,各地经济发展水平相去甚远,在实行精神损害赔偿时,应充分考虑各地的经济发展情况,确定适当的赔偿数额;此外,精神

^② 皮纯协、何寿生编著:《比较国家赔偿法》,中国法制出版社1998年版,第21~25页。

损害的程度往往被主观地扩大,各人对精神损害的后果感受也不同,所以采取适当限制原则,能够防止赔偿数额的大起大落,不至于显失公平。

3. 自由裁量原则

由于精神损害所涉及的生理、心理及人格利益的损害并不像财产损失那样容易判断,精神损害与物质赔偿没有准确的内在比例关系,受害人的精神损失很难用金钱做出准确的赔偿。对于同一种精神损害,如果发生在不同的受害人身上,那么它给当事人造成的精神痛苦会呈现出比较大的差异。正是基于这种考虑,必须赋予法官一定的自由裁量权。在审理具体案件中,法官依据法律原则、法律精神,根据一般的法律规定,并结合审判经验,决定是否予以精神损害赔偿并确定损害赔偿金的数额。当然,这一原则并不意味着法官可以随心所欲,而必须遵循一定的规则和方法。^③

4. 多元归责原则

《国家赔偿法》取消了单一的违法归责原则,从而在实质上承认了国家赔偿归责原则的多元化,那么国家侵权精神损害赔偿的归责原则也应该是多元的。但2012年修订《国家赔偿法》没有具体说明采取哪些归责原则。从立法本意来看,《国家赔偿法》规定的国家应承担的法律责任是相当广泛的,而违法归责原则起点是国家职权行为的可被司法审查性:除赔偿机关主动做出赔偿的情况以外,只有经过司法审查程序被确认为违法的行为,才有可能发生国家赔偿问题。事实上,国家职权行为违法形式是多样的,而被司法审查确认为违法的职权行为是有限的。另外,违法归责原则在现实中的可操作性差,因为国家机关及其工作人员的许多职权行为很难界定合法或非法。因此,应当引入以过错归责原则为主、以结果归责原则和过错相抵归责原则为辅的归责原则体系:(1)过错归责原则。主要适用于国家机关及其工作人员的职权行为、相关的事实行为和抽象行为。值得注意的是,该原则在司法实践中已经客观化。所谓客观化,即对国家机关及其工作人员注意义务的关注已转化为对其公务行为是否违反法律、法规、法律原则以及法律精神,违反了,则可以推

③ 李敏:《浅谈国家赔偿中的精神损害赔偿制度》,载《牡丹江大学学报》2011年第2期。

定主观过错的存在。客观化的发展,实际上是针对国家机关行为的内部不公开、不透明状况而言的,有利于被侵害人依据可以看得见、摸得着的标准来决定是非和确定责任。(2)结果归责原则。主要适用于国家机关及其工作人员的合法行为和法院的判决行为。国家机关及其工作人员行为合法并不表明不会给公民的权益造成损失,也不等于受害人义务自己负担这种损失。对于这种损失,受害人无过错或无法律依据应由他本人承担时,就应当归于国家责任。对法院错误判决实现结果归责,即只要经法院再审撤销原判,就能引起司法赔偿责任。在刑事诉讼中,一旦法院通过审判监督程序撤销原判,宣告无罪,因执行原判侵害相关人的的人身权及政治权利等就可以请求国家精神损害赔偿。在民事、行政诉讼中情况有所不同,在很多情况下可以通过执行回转挽回,因此应当规定,通过执行回转无法挽回受害人损失的,国家承担相应的赔偿责任。^④(3)过错相抵原则。如果受害人对损害事实或损害后果的发生有过错,可以根据其过错程度减轻或者免除国家侵权的精神损害赔偿赔偿责任。

5. 国家赔偿原则

国家赔偿责任就是国家对侵权损害负有赔偿责任,是国家赔偿制度的核心内容。国家赔偿责任是一种公法责任,^⑤即行为主体所实施的行为违反了公法规定而应当承担的责任。国家赔偿责任本质上是一种国家自己的责任,并不是国家机关工作人员的责任。正如有专家指出的,国家机关在履行职责的过程中,对公民造成损害的必须实施救济。但这种损害的造成不一定是责任问题,过多地追究工作人员责任,只能造成各机关相互推诿,形成一旦赔偿就证明自己有责任的想法,反而导致受害人难以获得赔偿。同时,国家赔偿不能等同于机关赔偿,国家赔偿涉及的是国家责任,机关只是代表国家承担责任。^⑥

^④ 陈春龙:《国家赔偿不应实行单一的归责原则》,载 <http://www.news.sohu.com>,最后访问时间:2010年1月12日。

^⑤ 马怀德主编:《中华人民共和国国家赔偿法释义》,中国法制出版社2010年版,第1~5页。

^⑥ 刘翔:《国家侵权精神损害赔偿研究》,中国政法大学2011年硕士学位论文。

三、细化国家赔偿案件中精神损害赔偿的适用条件

《国家赔偿法》第35条规定的精神损害抚慰金的支付,只是发生于职权行为侵犯人身权、自由权,并且确给受害人带来了精神损害且造成严重后果的情形。此“严重后果”究竟是什么情形法律没有作出规定。根据民法实践和域外精神损害赔偿理论与实践,所谓“严重后果的情形”,我们赞同有的学者的观点:^⑦

(一)受害人的名誉和隐私遭受严重侵害,且受害人因此而遭受生活、工作上严重不便,以致其在日常的生活、工作圈中无法自由、自然地生活下去,而消除影响、恢复名誉、赔礼道歉方式无法消除这些后果。

(二)因职权行为导致公民身体残疾甚至死亡。残疾对人的精神无疑打击巨大,而死亡则给家属带来巨大的精神创伤。

(三)公民因职权行为而长期丧失自由。长期遭受监禁,长期不能过正常人的生活而被迫在监视、训诫下过一种改造生活,必然会使受害人的精神产生一种监管体制化倾向,难以回归正常的社会生活。

(四)受害人的家人因为职权行为而遭受巨大的精神打击而产生严重后果,比如余祥林案中余母因儿子遭受不白之冤而含恨早逝。

(五)受害人因为侵权行为而出现精神上的疾病。其通常表现为受害人反常的精神状况如失眠、消沉、冷漠、易怒、狂躁、迟钝,严重的则会出现精神病学上的临床症状。

四、完善精神损害赔偿的适用程序

(一)依职权还是依申请

应当明确受害人诉请为主、国家主动赔偿为辅的原则。精神损害作为一种心理创痛,只有受害人最清楚受损害的程度,国家机关一般无法了解损害的存在或者损害的轻重。如果受害人不主动提出赔偿要求,那么这种缺乏诉请的精神赔偿,必将是无的放矢。但在特定的赔偿案件

^⑦ 吴高盛主编:《中华人民共和国国家赔偿法精解》,中国政法大学出版社2010年版,第205~206页。

中,国家机关工作人员有义务适当提醒,以帮助受害人确定赔偿请求。如果受害人因种种顾虑没有提出赔偿请求的,国家机关应当主动赔偿。因为,国家赔偿制度既带有公法性质又带有私法性质。当主体合法权益受到国家侵权行为侵害造成精神损害时,不能像一般精神损害赔偿那样,须由受害人提出才能予以赔偿。国家应保护主体一切合法权益不受非法侵犯,当因其侵权行为侵害主体合法权益造成精神损害时,国家应主动赔偿损害。^⑧

(二) 程序设计的科学化

只有完善国家侵权精神损害赔偿制度中的国家赔偿的申请、违法确认、赔偿决定、赔偿费用的划拨、追偿以及国家赔偿判决、裁定或决定的执行等各个环节,方能畅通国家赔偿渠道,让国家赔偿取得权真正实现。鉴于精神损害赔偿的特殊性,在程序设计时要注重增加诉讼、听证环节和因素,充分保障受害人的诉权。

(三) 精神损害赔偿请求权能否转移问题

由于精神损害赔偿请求权具有人身属性,在一般情况下,该请求权只能为受到损害的公民享有,故域外立法大多规定国家赔偿请求权不得让与。例如,我国台湾地区“国家赔偿法”规定:“前项请求权,不得让与或继承。但以金额赔偿之请求权已依契约承诺,或已起诉者,不在此限。”如我国台湾地区法律所规定的,虽然上述权利是属于人身专有的、具有人格权性质,但是该请求权若被确认之后受害人死亡的,应视为是受害人已得到了请求之金额后死亡,则其继承人可以继承该金额。我国台湾地区的规定值得借鉴。

(四) 严格执行追偿制度

不同于民事侵权,国家侵权的直接行为主体往往系国家机关工作人员,而承担责任的主体则是国家机关。因此,在国家侵权精神损害赔偿制度中,由于直接责任人的存在,当国家在承担相应的赔偿责任后,应当依法追究直接责任人及相关负责人的法律责任。只有这样,才能对国家

^⑧ 覃怡:《略论国家赔偿制度中的精神损害赔偿》,载《法学评论》2000年第6期。