

SIKAO YU TANSUO

思考与探索

(第二辑)

主 编 陆建强

上海大学出版社

思考与探索(第二辑)

主 编 陆建强

副主编 周红亚

编 者 程 建 朱 贇 鲁 云 张申未

上海大学出版社

·上海·

内 容 提 要

本书收入了上海市嘉定区人民检察院在 2007、2008 年中较为优秀的法律调研文章 66 篇,其中既有对检察理论与实务的研究探讨,又有对队伍建设、领导艺术的心得体会,还有对热点问题的专题调研。理论与实际结合,实体与程序兼顾,较为全面地展现了该院干警在履行各项检察职能的同时不断思考与探索的求知精神。书中部分文章先后发表于国家级、省市级公开发行的报刊以及检察机关的内部刊物。

本书对于指导检察实践、坚持正确的执法理念、改进检察工作方法、推进检察改革与创新等,具有较高的参考价值和积极的借鉴意义。

图书在版编目(CIP)数据

思考与探索. 第二辑/陆建强主编. —上海: 上海大学出版社, 2008. 8

ISBN 978-7-81118-307-8

I. 思… II. 陆… III. 检察机关-工作-嘉定区-文集
IV. D926.32-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 133908 号

责任编辑 王悦生

封面设计 柯国富

技术编辑 金鑫章斐

思考与探索

(第二辑)

主编 陆建强

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路 99 号 邮政编码 200444)

(<http://www.shangdapress.com> 发行热线 66135110)

出版人: 姚铁军

*

上海江杨印刷厂印刷 各地新华书店经销

开本 787×960 1/16 印张 22 字数 394 千字

2008 年 9 月第 1 版 2008 年 9 月第 1 次印刷

印数: 1~1 400 册

ISBN 978-7-81118-307-8/D·097 定价: 47.00 元

序

PREFACE

在丹桂飘香、金风送爽的季节里,我们《思考与探索》(第二辑)与广大读者见面了。这是我院干警在2007、2008年两年中辛勤耕耘检察理论与实践的成果。两年来,在区委、市院的领导下,我们高举中国特色社会主义伟大旗帜,坚持以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,深入贯彻科学发展观,通过引导检察干警深入思考检察机关恢复重建对发展社会主义民主和社会主义法制的重要历史意义,深入思考社会主义法治理念对检察工作的指导作用,深入思考中国特色社会主义检察制度的优越性,在繁忙的检察工作中,积极动员广大干警撰写对自己所从事的检察工作的感受,联系岗位实际对中国特色社会主义检察制度、检察办案等问题进行研讨。本书中展现的是干警们的所思所得,虽片言只语,点点滴滴,有些观点尚值得探讨,但却是他们专注于执著于检察事业的真情流露。对此,我们不应求全责备,要给予热情的支持与鼓励。

今年是我国改革开放 30 周年,又恰逢检察机关恢复重建 30 周年,在这值得纪念的日子里,我们既感到无比自豪,更感到责任重大。当前,全院要按照中政委、市院的部署,积极开展“大学习、大讨论”活动,努力营造检察机关理论学习研究的氛围,引导干警在检察实践中学习,在思考与探索中提高,进一步深化学习型机关建设,进一步推进检察业务发展,充分发挥检察职能,不断提高检察干警的法律监督能力。

是为序。

上海市嘉定区人民检察院检察长

陆建强

2008 年 9 月

目 录

CONTENTS

上 篇

强化法律监督权 不断完善中国特色社会主义检察制度	3
根深木茂盛 源浚流方长——浅论检察机关的队伍建设	10
嘉定区人民检察院近年来办理非法行医案件分析	14
提升公诉能力问题之探讨	19
构筑先进检察文化 培养优秀检察队伍	26
金融诈骗犯罪中非法占有目的的认定研究——兼论贷款诈骗犯罪与贷款 欺诈犯罪的区别	31
片面共犯的法律思考	38
谈谈中层干部如何做到指挥有方	42
盗窃案件中的既未遂问题探究	46
诈骗犯罪的心理分析	51
浅谈新时期党员干部所应具有的创新能力和	59
《律师法》修订对检察机关的影响和对策	62
新《律师法》的施行对职务犯罪侦查工作的影响与对策	67
浅论如何做好一名反贪部门领导	73
当前行贿案件查处中遇到的问题及对策	77
浅析掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的若干问题	83
一人有限责任公司犯罪界定初探	89

不断学习 深入实践	95
工程重大安全事故罪和重大责任事故罪的理解与适用——一则案例的 展开研究	99
从一则案件论挪用资金罪的混合身份共犯问题	105
谈基层检察院中层干部的执行力	111
两起利用电话软件进行欺骗的定性研究	114
新农村建设中完善会计委派制度 提高预防职务犯罪效能的对策和建议	118
检察机关司法警察工作信息化建设的几点思考	122
用信息化手段实现对检察队伍、业务的精细化管理	126
如何做好基层检察院的信访接待工作	129
检察机关息诉息访工作的难点及对策	133
主动寻求人大监督 不断提高检察工作成效	137
关于嘉定区人民检察院实施检察建议情况的调研	141
浅议检察建议在民行检察与刑事检察实践工作中的若干问题	145
学习领导艺术 提高管理水平	151
生命权的私法救济论	155
论民事案件的执行监督	161
凝聚团队精神 加强沟通协作	166
统计工作如何提高为检察工作服务的水平	169

下 篇

关于宽严相济刑事政策的实践与思考	175
测谎技术在职务犯罪侦查决策中的作用认识	182
关于如何协调好宽严相济刑事政策在司法实践中运用问题的思考	185
加强教育引导 推进机关形象建设	189
侦查监督工作中如何贯彻宽严相济刑事司法政策	193
宽严相济刑事司法政策视角下的反贪工作	198
来沪务工人员的社会融合与矛盾解决机制——以上海市嘉定区、青浦区的 实践为视点	203
检察视角下的多元化纠纷解决机制初探	212

探析人民调解在轻伤害刑事案件处理机制中的作用	217
自侦案件刑事和解执法理念的法律思考	222
我国未成年人案件引入刑事和解制度初探	227
检察机关如何加强人权司法保护	236
刑事被害人国家补偿制度构建之探讨	241
英国法律援助制度研究	248
论我国刑事法律援助的完善——以《法律援助条例》为契机	254
简论言语识别在文检中的应用	260
贪污案件中会计造假的原因、表现形式及对策	266
技术侦查措施在反贪办案中应用的价值	270
“口供欠缺”对检察办案的影响分析及对策建议	276
化解压力 激发动力 再添活力	281
论刑事拘留制度的改革	284
浅谈我国取保候审制度的适用现状与改革对策	289
刑事诉讼中的程序性裁判探微	296
对未成年人犯罪处罚措施的思考	301
量刑建议的规范研究	307
论商品房买卖中的惩罚性赔偿	311
刑事附带民事诉讼的构成条件之再认识	317
浅谈未成年犯罪嫌疑人在羁押期间合法权益的保障——一起未成年人妨害 公务案引起的思考	322
我国刑事诉讼中的证据开示现状浅析	328
刑事案件中证人权益保障探讨	333
未成年人年龄证据的采信规则研究	338

上 篇

SHANG PIAN

强化法律监督权 不断完善 中国特色社会主义检察制度

陆建强

我国的检察制度是具有中国特色的社会主义检察制度,“这些特色是由我国社会主义性质,特别是中国共产党的领导和人民代表大会制度所决定,是与我国历史文化传统和社会主义初级阶段的基本国情相适应”^①的,具有应然性与合理性。法律监督是检察机关的本质特征,集中体现了中国特色社会主义检察制度的优越性,其与西方任何国家的检察职能不相等同。最高人民检察院曹建明检察长指出:“检察机关是否坚持和强化法律监督,不仅关系到是否坚持中国特色社会主义检察制度,在本质上也关系到是否高举中国特色社会主义伟大旗帜和是否坚持中国特色社会主义法治道路这一根本问题。”^②因此,检察机关要深刻认识新形势下坚持法律监督权的极端重要性,找准加强和改进检察工作的切入点、着力点,进一步强化法律监督,维护国家法律的统一正确实施,保障维护社会公平正义根本目标的实现。

一、坚持党的领导,自觉接受人大监督是检察机关行使监督权的政治基础和宪法要求

胡锦涛总书记在全国政法工作会议代表和全国大法官、大检察官座谈会上指出:“坚持正确的政治方向关系政法工作的成败。”因此,检察机关一定要把握正确的政治方向,坚持党对检察工作的绝对领导,在任何情况下都不能动摇。我国检察机关之所以能有现在这样的法律地位,行使法律监督职能而不仅仅限于公诉职能,这是与中国共产党的正确领导分不开的,也是与党领导下的人民代表大会制度分不开的。可以说,“没有共产党的领导,就没有今天中国的检察机关”^③。检察工作是一项政治性很强的工作。面对不断发展变化的形势,面对相互激荡的各种思潮,面对错综复杂的执法环境,检察机关如果不坚持党的领导,法律监督的本质特征就

会产生动摇,检察工作也将迷失方向。所以,对检察机关而言,要时刻保持政治上清醒和敏感,要善于见微知著地从政治上观察、分析和处理问题,把检察工作同巩固党的执政地位、巩固人民民主专政紧密联系起来,充分履行职责,担负起检察机关的政治责任,掌握工作的主动权,努力从更高起点、更高层次、更高水平上谋划和推动检察工作。自觉地置身于党的领导之下,自觉地使执法工作服从服务于党和国家的工作大局和社会主义经济建设,把加强法律监督的各项具体工作纳入到党和国家整体工作部署中来谋划考虑。

在坚持党的领导的同时,检察机关要自觉接受人大、政协和社会方方面面的监督。检察机关是监督执法者的机关,更需要强化接受监督的观念,从维护宪法和法律尊严、维护国家根本政治制度和人民当家作主民主权利的高度,自觉接受人民代表大会及其常务委员会的监督,自觉接受政协民主监督、人民群众监督和新闻舆论监督,认真听取社会各方面的建议、批评和意见,不断改进和加强法律监督工作。

要正确处理好接受人大、政协和社会各界监督与依法独立行使法律监督权的关系。检察工作能不能做好,社会公平正义能不能实现,取决于干警素质、司法程序、执法环境等多种因素,但有效的监督至关重要。所以,检察机关一定要增强接受监督的意识,自觉地、有效地接受社会各界的监督,绝不能把独立行使法律监督权与接受外部监督对立起来。“人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”^④,这里的“干涉”是指干扰诉讼程序正常进行的非法行为,如以权压法、以言代法、强令检察机关服从等,而不是指正常的工作建议和意见。检察机关要在坚持依法独立行使法律监督权的前提下,严格区分正确监督和非法干涉的界限,自觉接受监督,以更好地履行法律监督职能。

二、准确把握法律监督权的内涵,不断完善法律监督的内容

检察机关恢复重建 30 年来,在认真履行法律监督职能的实践中,积累了丰富的经验,坚持打击犯罪与保障人权并重,既注意监督纠正有罪不究、执法不严的问题,又重视监督纠正侵犯人权、冤及无辜的问题,努力做到严格依法、客观公正,为惩罚犯罪、保护人民作出了重要的贡献。尤其是近年来,在推进检察改革的实践中不断探索,对检察制度有了较大的发展和完善。诚然,在努力构建社会主义和谐社会这样的新背景下,面对人民群众对政法工作的新期待,我们在履行法律监督权上还存在某些薄弱环节,离党和人民的要求还存在一定距离,这需要在履行职能中进一步准确把握法律监督权的内涵,不断完善法律监督的内容。主要有以下几方面:

第一,在刑事检察监督权方面,当前法律对检察机关刑事立案监督权、侦查活动监督权等方面的规定存在着过于原则、可操作性不强等问题。立案监督的职能缺乏与之相配套的措施和办法,也直接影响了检察机关对立案监督的整体效能。同时,根据刑事检察监督权的内涵要求,检察机关对公安机关不应当立案而立案、刑事和解以及法院直接受理的自诉案件,都要体现法律监督职能。在审判监督、执行监督中也还存在着一些问题和薄弱环节,亟待司法制度的不断完善。总之,检察机关要全面履行刑事法律监督权,还需要在法律的实践和规范中作不懈的探索和努力。

第二,在民事、行政诉讼监督权方面,现行法律规定得过于原则和抽象,检察机关对此一方面要承受民事、行政诉讼活动当事人要求检察机关加强监督的压力;另一方面又要面临检察机关在诉讼过程中地位不明、手段缺乏的困境。由此,可以在法律上设立民事、行政公益诉讼权,对诸如损害公共利益的行政作为和行政不作为案件(如公害案件、环境污染案件等)、行政侵权行为后果严重受害人不敢或无力提起行政诉讼的案件、当事人请求检察机关参与的案件等,仅仅依靠行政机关自觉纠正或由其上级行政机关适用行政程序予以纠正是不够的,因而在法律上设定一个代表公共利益启动诉讼程序的诉讼主体是必要的。当前,一些地方已经开始积极探索公益诉讼活动,为国家和集体挽回经济损失,取得了较好的社会效果和法律效果,如2007年本院结合辖区特点,集中选取了一些破坏电力设备、破坏公用电信设施、破坏性盗窃等几类犯罪案件开展公益诉讼,2007年共提起刑事附带民事诉讼9件,挽回经济损失9.4万余元,得到了被害单位的认同与好评。法律还应当扩大民事、行政审判监督的对象;严格确定民事、行政诉讼法律监督的方式、程序;明确赋予检察机关调阅案卷权、调查取证权、出席庭审权等;进一步明确检察机关、法院相应的权利和义务,保障民事、行政法律监督工作不断向前发展。

第三,在国家工作人员职务犯罪的监督方面,2008年6月1日正式实施的新《律师法》,将增加自侦办案工作的难度,对以获取口供为核心的传统职务犯罪侦查模式造成冲击。对此,检察机关一方面要加强自侦队伍力量,采取岗位技能训练、全员培训等方式提升自侦队伍的整体素质,提高查案干警的侦查取证能力、审讯突破能力,以适应新执法环境下自侦工作的需求;另一方面,建议通过立法为职务犯罪的侦查提供适当的方法和途径,明确运用科技手段在刑事诉讼中的应用,如电子侦听、电话监听、电子监控、秘密拍照或录像、秘密监视(秘密跟踪和守候监视)等能成为检察机关职务犯罪侦查的重要法定手段。

三、改善法律监督方式,提高法律监督的有效性

法律监督权是通过监督方式和手段来实现的,而法律监督方式是由法律明文规定的,具有法定性和强制性的特点。检察机关不能任意选择监督方式,更不能在法律规定的范围之外使用监督手段。从我国法律现有的有关规定看,当前主要监督方式有四种:一是通过对职务犯罪的立案侦查,督促国家工作人员在履行法定职责时严格依法行事;二是通过追诉犯罪的活动伸张法律正义,督促全体公民尊重和遵守法律;三是通过参与诉讼发现和纠正诉讼活动中的违法行为,维护法律适用的合法性;四是通过对确有错误的刑事、民事和行政判决、裁定的抗诉,维护司法公正。^⑤由此可见,检察机关的法律监督手段尚显不足,缺乏足够的权威和效力,与法律监督的特殊性要求不完全相适应。如刑诉法规定的立案监督权,检察院发出通知立案书后,公安机关如果仍不立案,刑诉法以及司法解释都没有赋予立案监督权的法律效力以及违反监督权的法律后果。又如当检察机关发出检察建议或纠正通知以后,被监督机关既不提出异议,也不执行,纠正违法往往成为检察机关单方的法律行为,起不到纠正违法的应有效果。在审判监督、执行监督中也都有类似情况。完善和强化监督,其最终应落脚在完善和强化监督的方式手段上。在当前,尤其要注重以下两点:

第一,增强法律监督权的强制力。必须赋予检察机关以直接或间接的纠正违法行为,能使被监督者纠正违法行为的权力。如要求被监督者履行在接到“纠正违法通知书”后一定时限内作出纠正违法行为或说明情况或要求复议(包括要求上一级检察机关审议)的义务;赋予检察机关对不履行义务的被监督者可以启动上一级检察机关进行监督的建议权。

第二,更加重视预防职务犯罪工作对构建和谐社会的积极作用。预防职务犯罪是一项社会综合工程,检察机关开展预防职务犯罪工作具有得天独厚的职能优势,一方面具有丰富的预防资源,可以了解到各个方面潜在的职务犯罪信息,掌握各方面的制度缺陷、管理漏洞和发案规律,为党委、政府提供防止腐败的决策参考。另一方面,也具有法律的权威性和专业性,检察机关预防职务犯罪是以宪法和法律赋予的法律监督权作为基础,并以职务犯罪侦查和起诉权作为后盾,况且打击职务犯罪本身也是一种特殊的预防,不仅对已然职务犯罪起到惩罚教育作用,更重要的是对未然的职务犯罪人起到警示震慑作用。总之,通过检察机关的预防职务犯罪工作,可以促使国家工作人员树立正确的权力观,形成依法行使权力的自律机制,也有利于倡导廉政、诚信的社会风气,引导公民与职务违法犯罪行为作斗争。

公民的控告、检举以及制度、监督等他律机制的形成,可以促使国家工作人员依法行使权力,达到法律监督的目的。如香港廉政公署“执法、教育、预防”三管齐下,肃贪倡廉;^⑤澳门廉政公署自澳门成立以来,一手抓案件调查,一手抓教育预防,并且将教育预防和办案视为同等重要,在反贪倡廉、清洁社会风气方面取得了成效。^⑥两地廉署的成功实践,为检察机关开展预防职务犯罪工作作了有力的事实证明,值得我们在检察改革中借鉴。

四、完善检察机关自身监督制约机制,提高检察机关的执法公信力

改革开放以来,虽然最高人民检察院和全国各级检察机关在这方面进行了大量卓有成效的探索,相继出台了许多这方面的规定,但总的来看,当前全国范围内统一的监督制约制度和机制尚未完全健全,而且由于各地改革发展的不平衡,制定的规章制度往往缺乏统一有效的依据;“检察机关制定的行政性处罚规定与《公务员法》及监察机关制定的行政性处罚规定之间的关系也不十分明晰”^⑦。完善检察机关自身监督制约机制,其根本目的就在于规范执法行为,防止滥用执法权,提高检察机关的执法公信力。

要完善执法活动的监督,促进严格公正执法。人民监督员制度是当前检察机关进行自身监督采取的一项重要举措,试行以来取得了良好的效果,得到了社会各界的充分肯定。因此,将人民监督员制度纳入法律规范并在全中国全面推开的条件已经具备,时机已经成熟,把人民监督员制度纳入法制化轨道有助于完善中国特色社会主义检察制度。

要不断完善内部工作机制,严格执行规范。要紧紧围绕以确保办案质量为核心的质量保障体系,不断建立和完善与之相关的保障控制措施、考核评判标准和监督纠错机制。要针对不同的执法岗位和执法环节,建立健全相关的业务工作规范,不断完善检察办案制度。完善主诉(主办)检察官审查、科室核查、职能部门督查制度,严把办案质量关。要加强对检查、督查数据的分析,充分运用督查成果开展办案质量讲评,引导干警重视和自觉改进办案活动中的问题。要深化检务效能监察工作,抓好突出问题的整改,促进执法水平的不断提高。要发挥好主诉(主办)检察官联席会议、侦捕诉联席会议以及检察委员会的作用,加强对疑难复杂案件的把握。认真执行最高人民检察院去年颁布的《检察人员执法过错责任追究条例》。

要完善执法活动的外部协调机制。注重发挥公检、检法联席会议的平台作用,加强经常性的工作沟通,及时统一执法认识,理顺执法关系,明确执法标准,形成执法合力。要着力加强与行政执法部门的协作,深化行政执法与刑事司法衔接机制

建设,进一步加强对涉及刑事追究的行政执法活动的监督。

要加强自身廉政建设。强化法律监督权必须以提高队伍素质为基点。提高干警的政治素质和法律素质是提高检察机关法律监督能力的必然要求。检察机关要经常性地开展遵纪守法、廉洁自律的教育,提高干警廉洁奉公、严肃执法的自觉性和自律能力,树立正确的世界观、人生观、价值观、执法观和权力观,全心全意为构建和谐社会、全面建设小康社会服务。

五、深化检察人员管理体制改革,推进检察官专业化程度

长期以来,我国对检察官的管理一直采取的是与党政干部一样的行政管理方式。在级别划定上套用的是行政级别,工资待遇和其他福利待遇也以行政级别为依据,甚至法律职务的评定资格、晋升条件都取决于其行政级别乃至行政职务的状况。这样管理的结果,忽视了检察工作对检察官个人主动性与独立性的要求,淡化了检察官个人在实现检察职能中的作用,检察机关成了准行政机关,这在很大程度上削弱了检察官的办案积极性和责任心,影响到检察权行使的正确性。

深化检察人员管理体制改革,其目的在于形成符合司法属性的人员管理制度,加快检察队伍的专业化建设。检察官是开展检察工作,履行法律监督职责的主体,规范检察官考核任用制度是深化检察人员管理体制改革的重点。本院在实践中,注重以下几个方面:

第一,确定科学的考核内容,力求公平性。考核内容主要包括“德、能、勤、绩、廉”五大项,其中“能”和“绩”是考核的重点。考核内容既包括工作实绩、勤政廉政等一贯表现,也兼顾到了任职时间、工作年限等客观因素;既包括对检察业务工作的考核,也包括对参加政治理论学习、撰写调研信息、遵守规章制度等的考核。坚持定量考核为主、定性考核为辅,量化考核分值占85%,民主测评分值占15%。为了体现各个业务部门工作的差异性,我们将对“能”的考核任务交给科室,由科室制订考核标准,避免“一刀切”带来的不可比性。同时,为鼓励干警钻研业务,安心一线,对公诉、反贪等主要业务部门设置不同的系数予以倾斜。

第二,建立规范的考核程序,力求公开性。考核严格按照个人小结、民主评议、书面测评、综合评鉴、党组审议、考核结果和拟任人选公示、依法提请任命的程序进行。实行考核内容、考核过程、考核结果、党组审议决定的人选“四公开”,接受全院以及当事人的监督。

第三,要尊重考核结果,力求公正性。对考核内容尽可能地予以分解量化,坚持用具体实在的数据说明问题,坚持个人量化自评与组织的量化考评相结合。坚

持公开、公正、竞争、择优的原则,实行差额选任,增强考核任用工作的竞争性。对当事人提出的考核异议,认真、慎重地进行复核复查,力求考核的公正。

在此基础上,本院制定落实了《关于干警晋升职务等级的暂行办法》、《书记员晋升助理检察员暂行办法》等工作制度,实现量化考核的全面覆盖以及与干警职务、职级晋升的紧密衔接,进一步建立健全了人才培养、选拔和管理的长效工作机制。

综上所述,我国的检察制度是具有中国特色的社会主义检察制度,尽管还存在着与依法治国方略不相适应的地方,这就需要在现行的法律定位基础上,结合现实国情,借鉴国外的有益经验,不断充实和完善检察制度法律监督的本质特征,使我国的检察制度沿着社会主义的方向不断前进。

注释:

① 贾春旺:《繁荣发展检察理论》,载《法律监督与公平正义》(上卷),中国民主法制出版社 2008 年版,第 363 页。

② 2008 年 4 月 28 日至 30 日,曹建明在江苏、上海调研工作时发表的重要讲话。

③ 贾春旺:《把讲法治与讲政治有机地统一起来》,载《法律监督与公平正义》(上卷),中国民主法制出版社 2008 年版,第 144 页。

④ 我国《宪法》第 131 条和《人民检察院组织法》第 9 条规定。

⑤ 张智辉:《“法律监督”辨析》,载《人民检察》2000 年第 5 期。

⑥ 陈辉、范红娟:《香港廉政公署研究》,载《理论导刊》2006 年第 1 期。

⑦ 陈伯良、李洁:《澳门廉政公署反贪倡廉取得成效》,载 2000 年 7 月 10 日《人民日报(海外版)》。

⑧ 张志文:《中国检察制度改革论纲》,法律出版社 2007 年版,第 131 页。

(2008 年)