

思索与实践

闸北区人民检察院理论研究成果集萃



曾 勉 · 主编

(第二辑)



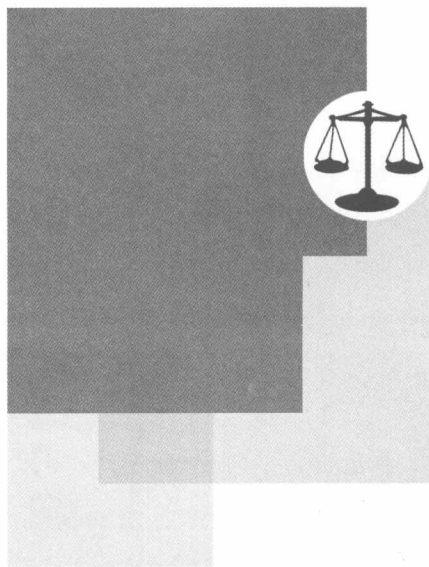
上海社会科学院出版社

曾 勉 主编

思索与实践

闸北区人民检察院理论研究成果集萃

(第二辑)



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

思索与实践: 闸北区人民检察院理论研究成果集萃.
第二辑/曾勉主编. —上海: 上海社会科学院出版社, 2008
ISBN 978-7-80745-284-3

I. 思… II. 曾… III. 检察机关—工作—闸北区—文集
IV. D926.32-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 150365 号

思索与实践——闸北区人民检察院理论研究成果集萃(第二辑)

主 编: 曾 勉

责任编辑: 张广勇

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海新文印刷厂

开 本: 787×1092 毫米 1/16 开

印 张: 28.25

插 页: 2

字 数: 520 千字

版 次: 2008 年 10 月第 1 版 2008 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-80745-284-3/D·053

定价: 56.00 元

版权所有 翻印必究

前 言

继 2007 年我院《思索与实践》编辑出版以后,《思索与实践》第二辑近期也顺利出版了。这是今年我院全体干警在院党组的领导下,结合中政委部署的“大学习、大讨论”活动,在紧紧围绕“强化法律监督,维护公平正义”这一检察工作主题,开拓创新、积极进取,各项检察工作取得新发展的同时,继续狠抓检察调研,使干警钻研业务、理性思考的氛围越来越浓厚的结果。因此,又出现了许多理论研究的各类成果。这些成果无论是在数量上还是在质量上保持了检察理论研究的良好发展势头,对培养和提高干警的理性思考能力,推动检察工作全面、平衡、持续发展起到了至关重要的作用。

本书收录的论文均是 2008 年我院干警的研究成果,继续保持了新颖性、专业性、实践性这三个特点,有的在各种类别评比中获奖,有的在国家级、省市级等专业期刊上发表,文章质量和内容较之以往有了新的提高和进步。由于我们深知理论和实践之间的辩证发展关系,我想随着检察理论研究不断地向纵深发展,这些探索和努力必将为开创中国特色社会主义检察事业新局面提供更加有力的支持和保障。

在今后工作中我院将会定期整理和汇编干警的各类理论研究成果,通过多种多样形式,利用各种各样平台,创新研究形式,大力营造学理论、重调研的氛围,贡献更多更好的各类研究成果,不断提高干部自身素质和能力,以最佳状态迎接和应对检察工作中不断出现的新挑战。

曾 勉

2008 年 10 月

目 录

第一部分：队 建 探 索

- 贯彻落实科学发展观 努力开创检察工作新局面/3
- 加深对新形势新任务的认识 全力建设严格、公正、文明执法的检察队伍/7
- 执法为民理念对检察工作的重要意义与具体体现/12
- 试论检察机关反腐败职能在依法治国中的体现/16
- 检察机关加强法律监督能力的若干思考/20
- 从加强检察队伍建设和能力建设上提高检察执法公信力的思考和建议/24
- 发挥检察制度的优越性 推动社会主义法治建设/28
- 社会主义法治理念对检察工作的总体要求/31
- 法律监督职能与和谐社会构建/35
- 检察机关践行社会主义法治理念的重要意义/38
- 刍议检察职位说明书应用的必要性和可行性/41
- 如何解决人才队伍建设中“不和谐”竞争问题/45
- 如何提高司法警察队伍的战斗力/48
- 加强反贪业务建设的若干思考/52
- 浅析如何打造未检工作的核心本领/56

第二部分：法 理 肆 言

- 中德未成年人刑事法律后果比较研究/61
- 从《联合国反腐败公约》看我国贪污贿赂犯罪立法之完善/65

贿赂罪的立法缺陷及完善/69

我国治理商业贿赂的立法局限及完善/72

浅谈伪证罪的立法完善/75

浅析信用卡诈骗犯罪的司法认定/78

试论贷款诈骗罪中的欺骗行为/81

论正当防卫/85

浅谈商业贿赂概念界定的若干问题/88

浅谈简易程序启动被告的选择权/91

从侦查角度看证人宣誓制度的建立/94

论行政诉讼的举证责任/97

行政公益诉讼初探/101

政府信息公开制度/104

TRIMs 的界定和分类/108

TRIMs 利弊之争以及《TRIMs 协议》性质分析/111

完善我国外资立法的体例安排及设想

——兼评单轨制、双轨制和法典制模式之争/115

拒不执行判决、裁定罪的对象范围探讨/118

拒不执行判决、裁定罪的共犯形态探讨/122

拒不执行判决、裁定罪的客观要件探讨/126

拒不执行判决、裁定罪的主体问题探讨/130

试论商业秘密的权属性质/134

论我国商业秘密法律保护之完善/137

论商业秘密权之限制/141

论侵犯商业秘密权行为的表现形式及其认定/145

略论缔约过失/148

略论医疗鉴定中的因果关系与法的因果关系/151

侵权法因果关系的比较法研究/155

论网络游戏虚拟财产的法律保护/158

浅谈网络游戏虚拟财产保护中的几个问题/162

网络游戏虚拟财产保护分析/165

外资银行监管的理论分析/168

我国现行外资银行监管法律的分析/172

外资银行市场准入监管法律方面存在的问题及建议/176

- 外资银行破产制度的构想/180
- 反垄断法豁免制度的发展趋势研究/183
- 反垄断法与产业政策的冲突及协调/186
- 论反垄断法豁免制度的价值取向/190
- 论垄断协议豁免的认定/193
- 技术措施保护及反规避制度研究/196
- 网络对著作权权利限制制度的影响/198
- 网络著作权利益平衡机制中的合理使用制度设计/201
- 我国网络著作权利益平衡机制的建构目标/204
- 构建我国新型环境损害民事责任体制/208
- 构建新型环境损害民事责任体制的必要性/212

第三部分：监 督 指 南

- 新形势下完善检察工作机制的若干思考/219
- 完善举报线索价值评估机制的若干思考/223
- 检察机关刑事审判程序监督的主要特点/227
- 台议刑事立案监督工作之保障机制/230
- 从侦查监督角度试论对刑事拘留期限的检察监督/234
- 浅议检察机关捕诉衔接工作机制的构建/237
- 浅谈审查批捕阶段审讯的目的/240
- 台议刑事审判监督程序价值的体现/243
- 试论在构建和谐社会中反腐败机制的建设与完善/246
- 构建我国反腐败机制的几点思考/250
- 从脱漏管现象看监外执行制度/254
- 特殊被监管人权利保障缺失及对策/258
- 浅谈监所检察促进社会和谐稳定的途径/262
- 论预防职务犯罪预测预警机制的构建/266
- 检察机关加强文证审查工作的若干思考/270
- 试论人民监督员制度与职务犯罪侦查工作的衔接机制/274
- 浅议检察机关后勤服务管理机制的完善/278
- 电子证据初论/281
- 检察机关量刑建议制度研究/285

我国当前语境下电子证据独立性分析/289

检察机关量刑建议制度争议述评/293

电子证据的证明力分析/297

国外量刑建议制度考察/300

论未成年人刑事审判程序的完善/304

论我国未成年人案件综合审理模式的发展特征/308

我国未成年人案件审理模式转型原因探析/312

我国未成年人案件综合审理模式发展的障碍/316

有效的行为约束是预防职务犯罪的重要保障/320

第四部分：法 务 实 践

当前国家机关工作人员贪污贿赂犯罪亟待引起重视的若干问题/327

浅谈查办贪污贿赂串案窝案的若干对策/331

药品流通领域职务犯罪若干法律适用问题初探/335

当前查办贪污贿赂案件的难点及对策/338

浅谈单位受贿罪的查处/341

《律师法》修改对职务犯罪侦查工作的影响和对策/344

当前反贪侦查工作的难点及对策/348

自首制度若干争议问题研究/351

浅析司法实践中自首情节认定的若干问题/355

关于取保候审若干问题的思考/358

查办毒品犯罪案件的难点及对策/361

试论拓展群众举报线索的若干对策/364

被害人提出刑事申诉案件的现状及做好此类案件息诉工作的对策/368

浅议未成年人重新犯罪的刑罚适用/372

刍议未成年人主动交代同种跨刑期档次犯罪适用准自首的探讨/376

对外来未成年犯罪嫌疑人异地矫治可行性的思考/379

试论未成年人相对不起诉的适用/382

未成年人犯罪原因分析及预防对策/386

当前“80后”犯罪现象的调查与思考/390

进一步提高检察统计工作质量的若干思考/394

当前反贪侦查面对的困境及其解决途径/397

当前未成年人犯罪适用相对不起诉存在的问题及对策/401

未成年人相对不起诉的合理规制与现实完善/405

相对不起诉原则在当前未成年人犯罪中的适用/409

黑社会性质组织犯罪的罪数研究

——一罪与数罪的适用/413

黑社会性质组织范围划定标准研究

——司法实践的视角/417

司法实践视野下的黑社会性质组织犯罪研究/421

司法实践中黑社会性质组织成员范围的界定/425

审前羁押目的的反思/429

审前羁押制度适用原则辨析

——以《公民权利和政治权利国际公约》为视角/432

我国审前羁押替代性措施的完善/436

我国现行审前羁押制度的考察/440

第一部分：队 建 探 索

贯彻落实科学发展观 努力开创检察工作新局面

科学发展观是从社会主义初级阶段基本国情的立足点出发,总结我国新时期的发展实践,在继承和发展党的三代中央领导集体关于发展的重要思想的基础上,以胡锦涛同志为总书记的党中央提出的发展中国特色社会主义必须坚持和贯彻的重大战略思想。党的十七大报告强调:“要全面把握科学发展观的科学内涵和精神实质,增强贯彻和落实科学发展观的自觉性和坚定性。”作为基层检察机关,要以科学发展观为指导,努力提高我们自身分析问题、解决问题的能力以及履行法律监督职能的水平,切实把科学发展观贯彻落实到各项检察工作中去。

一、以科学发展观统领检察工作,必须充分发挥法律监督职能,更好地为党和国家工作大局服务

1. 树立以人为本、依法办案的意识 以人为本是科学发展观的核心。时代在发展,社会在前进,我国的法治建设也是一个不断发展的过程,以往重打击轻保护、重刑事轻民事、重实体轻程序等做法已不再适应当前形势的需要。随着形势的发展,法治建设在日益进步,我们要牢固树立以人为本的意识,并将该意识落实到检察办案中去。首先,要维护人民群众的根本利益,坚决查处侵害人民群众利益的案件;其次,要做到在刑事诉讼过程中实体和程序的公正,既保护被害人的合法权益,又保护被告人、犯罪嫌疑人的合法权益;再次,以人为本也对检察工作的进一步拓展提出了更高的要求,比如涉检信访问题,应当尽可能听取老百姓反映的问题,为其解决实际困难,决不能以所谓的“分外之事”为由,一律不管不顾,同时还要拓宽控申案源,继续以“案结事了”为目标,办理刑事申诉、刑事赔偿等控申案件,把执法办案同化解矛盾纠纷相结合,使控申办案工作的成效真正体

现到为群众排忧解难上,体现到维护群众合法权益上,体现到构建和谐社会上。

2. 树立围绕中心、服务大局的意识 深刻理解科学发展观的精神实质,准确把握构建社会主义和谐社会的内涵和基本特征,找准检察职能与服务大局的结合点,就要在实际工作中做到“三个始终坚持”:一是始终坚持把检察工作置于党和国家工作大局之中;二是始终坚持把国家和人民的利益放在首位;三是始终坚持把检察工作与党委、政府的工作协调一致,不缺位、不越位、不错位,把强化法律监督作为服务、保障和促进和谐社会的最基本、最直接的途径,努力为构建和谐社会提供法律服务和司法保障。那么,如何在实际工作中真正做到以上“三个始终坚持”?我认为,第一,要坚持把维护社会稳定和公平正义作为重要任务,深入实践检察工作主题和总体要求,维护社会公正,稳定社会秩序,要从保稳定、求和谐、促发展的全局出发,依法严厉打击危害国家安全、危害社会治安的严重暴力犯罪,坚决遏制刑事犯罪高发势头,促进社会安定,深入开展“打黑除恶”专项斗争,依法严惩危害社会稳定、侵犯群众利益的黑恶势力犯罪和有组织的犯罪,切实增强群众的安全感;第二,要通过履行各项检察职能,树立检察机关法律监督的权威和社会公平正义维护者的形象,努力实现“风清气正”的经济发展环境,促进经济社会的全面、有序发展;第三,要在具体办案过程中进一步思考如何围绕中心,为大局服务,在坚持依法办案的前提下,认真执行宽严相济的刑事政策,谨慎、恰当地处理案件,保护经济的发展,既要严格依法办案,又要考虑社会效果,还要服务经济建设这个中心。

3. 树立惩防并举、保护发展的意识 检察机关打击和预防犯罪本身就是为了保护经济社会的健康发展。在今后的工作中,我们要进一步树立促进发展、保护发展、维护发展成果的意识,让人民群众充分享受到改革发展的成果。一方面要依法坚决地打击破坏社会主义市场经济的犯罪,另一方面,要继续抓好《人民检察院预防职务犯罪工作规则(试行)》的落实,要着重落实好市院与市纪委共同部署的八项重点预防工作任务。要结合所查办的案件,加强与纪检监察部门的合作,形成畅通的信息交换、资源共享制度。要以“更加注重治本,更加注重预防,更加注重制度建设”为指导原则,推动行业立法、立规、立制,与相关部门携手合作,致力于源头预防的对策研究、制定和实施。要探索技术预防工作方式和运用领域,继续保持预防调研、宣传的良好发展势头,将预防工作的新动向、新成果及时向各级领导和社会通报,塑造预防工作的形象和声势。

4. 树立依法监督、促进和谐的意识 “强化法律监督,维护公平正义”是中国特色检察制度的本质所在,也是构建和谐社会的根本保证。检察工作要以科学发展观为指导,就必须以建设和谐社会为目标,进一步加强法律监督职能,不

断增强敢于监督、善于监督、严格监督、规范监督的意识,正确处理实体与程序、打击与保护、监督与配合的关系,最大限度地体现法律效果、政治效果、社会效果的统一,切实维护稳定,关注民生,保障和谐。具体要做到以下两点:一是自觉增强检察工作服务构建社会主义和谐社会大局的工作力度。要将保障和谐作为检察工作的更高境界,在刑事检察、职务犯罪案件侦查、诉讼监督等各项工作中高度重视以改善民生为重点的和谐社会建设,自觉在维护稳定、保障民生方面投入更多的精力,突出重点,把握政策,统筹协调,实现办案法律效果和社会效果的双赢;二是主动、深入地参与社会治安综合治理。根据平安建设的统一部署,密切与公安、法院的联系、配合,加强信息沟通、交流,强化掌控和预判社会治安动态,积极参与平安建设实事工程。

二、以科学发展观统领检察工作,必须紧密联系 检察机关自身实际,进一步加强党的建设和 队伍建设,确保严格、公正、文明执法

党的十七大报告对党的建设进行了全面部署,对加强政法队伍建设提出了明确要求。为此,我们要认真落实这些部署和要求,始终把队伍建设作为关系检察事业长远发展的大事来抓,毫不放松地加强检察队伍建设,不断提高检察干警的政治素质、业务素质和职业道德素质。一是以深入学习贯彻党的十七大精神为主线,抓好理论学习,营造浓厚的学习氛围。二是扎实抓好经常性的思想政治教育,进一步加强检察队伍的思想政治建设。要切实加大思想政治工作力度,通过深入开展社会主义荣辱观教育、检察工作主题教育和职业道德教育,大力弘扬“忠诚、公正、清廉、严明”的职业道德,提高干警的责任意识与规范意识,为争先创优提供强大精神支柱;要坚持“严管善待”,通过各种有效方式,了解和掌握干警的思想动态,解决干警的思想问题,为干警排忧解难,最大限度地调动干警的积极性;要大力加强检察文化建设,丰富检察文化的形式,提高干警的人文素养;要加强检察宣传工作,借助主流新闻媒体专题报道活动、本院局域网、政工专刊等各类载体,反映队伍建设和业务建设方面的经验、成果,宣传检察工作和干警风貌,树立先进典型,提升干警士气。三是继续巩固和发扬各项专题教育成果,进一步推进长效机制的健全和完善。深刻领会和把握社会主义法治理念教育、作风养成教育、警示教育的本质内涵和基本要求,将专题教育的成效融入行为中去,着重抓好新上岗、实习期届满以及青年干警这“三个环节”的教育工作,建立“析案明理”经常化的工作机制。四是以提高驾驭全局、创新发展、公正执法和

解决自身问题的能力为重点,抓好领导班子建设。要着眼发展目标,建立长效机制,积极探索体现民主集中制的各种具体制度,完善领导班子工作机制和检察机关领导班子核心能力框架;要落实党组中心组学习制度、中层干部培训制度以及后备人才梯队式培养制度,夯实理论功底,提高运用能力;要不断强化领导干部的责任意识,带头弘扬高检院提出的“五个优良作风”,构建有能力、有影响力、有吸引力的各级领导班子,为检察工作发展提供坚强的领导核心。五是以人为本,健全人才引进、培养、激励的工作机制,为打造过硬的检察队伍提供坚实保障。要积极拓宽渠道挖掘人才,实行个性化的管才机制;要健全人才激励机制,促使年轻干警脱颖而出,发挥优秀典型的引导作用。六是以创建学习型机关、学习型支部、学习型党员、学习型人才为契机,积极构建“网上学习”、“业务竞赛”、“全员培训”三座平台。七是加强纪律作风建设。要积极落实高检院提出的检察机关“五大优良作风”,巩固干警优良的思想作风、工作作风和生活作风,维护检察机关严格、公正、文明执法的良好形象;要以保障公正执法、廉洁从检为目标,以容易发生问题的执法环节和部位为重点,以强化对执法办案活动的监督为内容,进一步健全具有检察特点的教育、制度、监督并重的惩治和预防腐败体系。

三、以科学发展观统领检察工作,必须统筹各项 检察工作的全面、协调、持续、健康发展

这是检察工作落实科学发展观的根本任务。坚持统筹兼顾,就是要坚持以检察业务为中心,统筹执法规范化、队伍专业化、管理科学化、保障现代化建设,促进各项建设协调并进。既要在保持办案力度的基础上提高办案质量,又要在保证办案质量的前提下加大办案力度;既要注重办案的政治效果、法律效果,又要注重办案的社会效果,克服孤立办案、就案办案的做法;既要加大办案力度,又要协调与各方面的关系,让受案单位领导深刻认识到自身单位存在的薄弱环节;既要突出重点业务,又要全面开展其他各项工作,不断优化检务保障,努力为各项工作的开展提供更好的服务。关于检察机关内部工作如何做到统筹兼顾,我认为,一方面,对有基础、有品牌的部门,既要做好宣传工作,鼓励其保持现有的工作特色,又要不断挖掘新的工作“亮点”,在工作创新上下功夫,防止“吃老本”;另一方面,要重点关注相对后进的部门,积极鼓励其争先创优,并在人员等方面适当地进行调整,使工作面貌得到改观。

□ 曹 勉

加深对新形势新任务的认识 全力建设严格、公正、文明执法的检察队伍

当前,检察机关面临的新形势、新任务体现了五大特点:一是检察机关维护社会和谐稳定的压力越来越大;二是人民群众对执法规范的呼声、执法公信力的呼声和公平正义的呼声越来越高;三是检察机关保障和改善民生的任务越来越重;四是提高检察干警自身建设的要求越来越迫切;五是执法环境的负面影响对干警的压力越来越大。要适应新形势、完成新任务,就必须自我加压,以更高的标准和要求,在队伍建设上做到“四个新”,即在执法理念上要有新认识,在执法能力上要有新提高,在执法作风上要有新变化,在执法实践上要有新举措。

一、在执法理念上要有新认识,就是要从 面临的新形势、新任务出发,与时俱 进,加强三种执法理念

1. 加强法律权威的理念 检察机关担负着保障法律正确统一实施的神圣使命,这就要求每一位检察人员在执法活动中必须确立“检察工作对法律负责”的观念,明确对法律负责与对党、对国家、对人民负责的一致性,把法律作为评判一切个人、社会团体和国家机关行为的根本标准,严格按照宪法和法律行使检察权,不为情所困,不为利所动,维护法律的权威,推进社会主义法治建设进程。

2. 加强执法为民的理念 检察机关必须强化“立检为公、执法为民”的正确执法理念,充分认识到检察权是人民赋予的,必须始终为人民谋利益,以“人民群众满意不满意,答应不答应,赞成不赞成”作为衡量工作成败的标准,真正做到“权为民所用,情为民所系,利为民所谋”。具体来说,要克服“执法就是专政”、“执法就是管人”、“执法就是执权”等一些错误观念,深刻明白“权从哪来、为谁执法、为谁监督”的问题,在执法办案中充分发挥职能作用,关注群众需求,缓解

民生矛盾,破解民生难题,切实做到以人为本、执法公正、一心为民。

3. 加强科学执法的理念 主要从“三个转变”入手:一是从“惩治犯罪”向“维护正义”理念转变。要加强人权保障意识和依法行使权力意识,使惩治犯罪、保护社会让位于维护正义、保障人权作为执法的第一选择;二是从“有罪推定”理念向“无罪推定”理念转变。要树立平等的观念,重视犯罪嫌疑人的供述和辩解,向无罪推定转变;三是从“重实体轻程序”向“实体与程序并重”理念转变。要在执法办案中强化程序正义,做到实体公正与程序公正并重,以实现“看得见的正义”。

二、在执法能力上要有新提高,就是要从面临的新形势、新任务出发,适应需求,提高四种能力

1. 不断提高维护社会稳定的能力 要强化稳定压倒一切的意识,坚持把维护社会稳定作为首要任务,深入实践检察工作主题和总体要求,从保稳定、求和谐、促发展的全局出发,牢牢把握“严打”的主动权,充分发挥刑检工作“前沿阵地”作用,依法严厉打击危害国家安全、危害社会治安的严重暴力犯罪,坚决遏制刑事犯罪高发势头,促进社会安定,深入开展打黑除恶斗争,依法严惩危害社会稳定、侵犯群众利益的黑恶势力犯罪和有组织犯罪。同时要强化与公安、法院等部门的联系、协调、配合,既要谋求打击犯罪、维护稳定的合力,又要深入、主动地参与社会治安综合治理,加强信息沟通、交流,强化掌控和预判社会治安动态,积极参与平安建设实事工程。

2. 不断提高化解矛盾纠纷的能力 在执法中,不但要体现人文关怀,把化解矛盾贯穿于执法的全过程,用自身的亲和力和沟通力,化干戈为玉帛,还要能及时掌握当事人的心理变化,灵活运用各种说明的技巧和方法,注重法律说理,切实做到以理服人,使上访人懂法律、明事理,从而心悦诚服,达到“息诉罢诉”的目的。同时还可以积极探索建立法律监督说理机制和捕后、诉后答疑制度。如对于撤案、不捕、不诉、抗诉等各项法律监督的决定、意见和建议,对事实和理由进行充分论证和重点说明,做好向犯罪嫌疑人、被告人、被害人以及有关单位的解释工作,减少不必要的申诉和复议复核,力争案结事了,防止因处理不当而引发新的社会矛盾。

3. 不断提高法律监督的能力 首先,要进一步强化法律监督意识,要敢于监督、善于监督,全面承担起法律赋予的刑事、民事和行政诉讼监督职责;其次,要积极探索完善法律监督机制、强化法律监督手段,突出法律监督的重点,找准