

穿越法律^的公平与正义

THE EQUITY AND JUSTICE OF THE LAW

● 林明枢 主编

东莞市人民检察院编

DongGuan Municipal People's Procuratorate

THE EQUITY AND JUSTICE OF THE LAW

穿越法律①的公平与正义

THE EQUITY AND JUSTICE OF THE LAW

● 林明枢 主编

东莞市人民检察院编

DongGuan Municipal People's Procuratorate

拿起调研武器 到检察实践中去

林明枢

理论可以是为五百年以后准备的，但法律必须活在当下，根植在民众的生活中，必须回应和关注社会的需要。正如法谚所云：“法律是一门实践的艺术”。

法律要活在当下，须臾离不开司法者在具体司法活动中积极探索与调研总结。这一点，对于我们这样一个法治建设中的国家来说显得尤为重要。因为目前我们的法律制度还十分年轻，不够成熟，再加上我们国家地域广大，民俗社情、经济发展进程各异与成文法的普适性、稳定性及滞后性之间的矛盾，使得法律制度构建与司法实际运作常有出入，这就需要包括广大检察官在内的司法者不断探索与完善。

《穿越法律的公平与正义》就是这样一本调研文集，是近三年来我市广大检察官对如何更好地推进法治进行探索的一个缩影。该文集在文章的选择上有二个突出特点，即注重了“知识的地方性”和“司法的经验性”。说明我们检察干警能将调研的目光紧紧盯在检察实践中亟待解决的突出问题上，在“实”字上写文章，在“用”字上下功夫，使这些调研文章无不充满着实证的雄辩力。

人类学家吉尔兹曾在其经典著作《地方性知识：从比较的观点看事实与法律》中提出了“法律是地方性知识”的观点。的确如此，一方面，有时法律的内涵往往要在地地方化的语境中去解读，才能得到有效地贯彻与执行；另一方面，一个地方化知识与智慧又往往要对制度构建与法律生成起着推进作用。东莞作为一个地处珠三角腹地的城市，其特殊的人口结构（外地人口是本地人口的四、五倍之多）与其

快速发展的经济比重（2004、2005 年连续两年排在全国综合实力百强城市第 12 位，地级市第 1 位），所引发出来的各种社会问题为检察理论与刑事法治发展提供了丰富的实证资源。这是其他地方无法比拟的。正如 2005 年岁末著名法学家陈光中教授来莞对刑法修改调研时很有感慨地说了一番话：“此次调研收获很大，有些问题是我们坐在书斋中无法想像出来，今后的刑法修改必须要考虑到类似东莞这样的特殊的社会结构情况”。本文集一篇篇反映东莞社会治安情况和防治犯罪对策分析的调研文章，就象一个反映社会综治动态的“晴雨表”和地方性的“知识库”，为领导总揽全局，决策部署，确定检察工作重点，及时准确地履行法律监督职能提供了一个有力的参考；同时，也为中国法学研究提供了富有鲜明地方特色的素材。

“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”。显然，这里强调的经验不是简单的感性认识之经验，而是经过理性思维归纳提炼、总结提高之后的经验，是对司法工作的规律性认识和理解。实践证明，能力的提升总是在理论与实践互动中。如果我们在工作中仅仅满足于感性认识，不懂得理性思维，不善于总结、推广实践经验，不能发现实践中遇到的问题，不愿寻求解决问题的途径和措施，不敢探索检察实践中规律性的东西，就无法让社会知悉这些科学性的理性认识，我们的检察工作就只能在原地踏步，甚至会造成在同一问题上重复出现，阻碍检察事业长足发展。对这个问题，高检院贾春旺检察长曾有过精辟的论述，他说“理论素质是人的素质的灵魂，理论上成熟是政治上、工作上成熟的基础”。的确很难想象，一个不善于理性思维，不善于研究总结的检察官，能够有效解决检察工作面临的种种困难和问题，掌握工作的主动权，适应形势和任务的变化与发展。在这里，我很欣慰地看到，有越来越多的同志重视起理性思维的调研活动，一股“肯学习、多思考、深调查、勤动笔”的调研之风正在我院兴起，愿这股风气越刮越盛。

人类社会不断发展与进步，一方面建立在我们不断总结前人和自身过去的先进经验并加以学习推广的基础之上的，另一方面更需要我们对未知的世界进行积极的探索。今天，公平与和谐已成为时代的最强音。面对大时代赋予我们的新使命、新任务，今后检察调研工作必须以新的视角，不断探索检察工作持续发展的对策措施和工作机制，以适应实现公平正义、构建和谐社会的司法保障需要。

“梨花千树雪，杨柳万条烟”。理论的探索是永无止境的，维护公理、秉持正义的使命也是永恒的。还要犹豫什么，拿起调研武器，到检察实践中去吧！

是为序。

二〇〇六年十二月

问渠哪得清如许？

——东莞市人民检察院 2003-2006 年调研成果概览

当你拿到这本调研文集时，一定会感受到它的厚重：所选用的 82 篇文章全部源于我院干警在 2004-2006 年间在全国各级刊物上公开发表或被上级部门所采用过的调研成果，其中有数十篇文章是发表在《人民检察》《法学》《中国检察官》《国家检察学院学报》《中国检察论坛》《法制日报》《检察日报》《当代检察官》《检察研究》等国家级、省级刊物或在省级以上研讨会上获奖。当然，这并不是近三年来我们调研硕果的全部，因篇幅所限，仍有部分在省级以上刊物发表过或获奖的文章未能选入。

到底是什么让这支人数 200 人左右的东莞市院检察队伍具有如此惊人的调研活力呢？答案正应了宋代大儒朱熹的千古名句：“问渠哪得清如许？唯有源头活水来”。

这“源头活水”，就是院党组对调研工作的高度重视与调研制度的平台搭建及落实。早在 1999 年，以检察长林明枢为党组书记的院党组就提出“抓调研，促进业务工作深入发展”，树立“以调研促发展，以调研求创新，以调研强素质”的治院理念，并在以后明确提出了要培养一批“会办案、会学习、会调研、会做群众工作”的专家型、复合型、学者型检察官。随之一些有利于促进调研工作持续发展的软硬件措施，如建立调研奖励制度，明确调研考核指标，调拨专门调研经费，扩建图书阅览室，设立现代信息网络等举措在我院纷纷出台。特别是在 2003 年春天成立了法律政策研究室，林明枢检察长还曾长期亲自主管研究室工作，大大提高了我院调研工作的组织协调能力。

上述调研制度和相关举措的平台搭建及院党组狠抓落实,使得我院调研工作开始走向制度化、规范化。越来越多的同志开始认识到调查研究是为领导决策提供科学依据的重要途径,是明晰工作思路、提高业务能力的有力举措,是检察工作不断深化、开拓创新的源泉,有力地扭转了部分干警中原有的“重办案、轻调研”的根深蒂固思想,调查研究正成为我院干警对检察工作孜孜以求、不断进取的缩影。

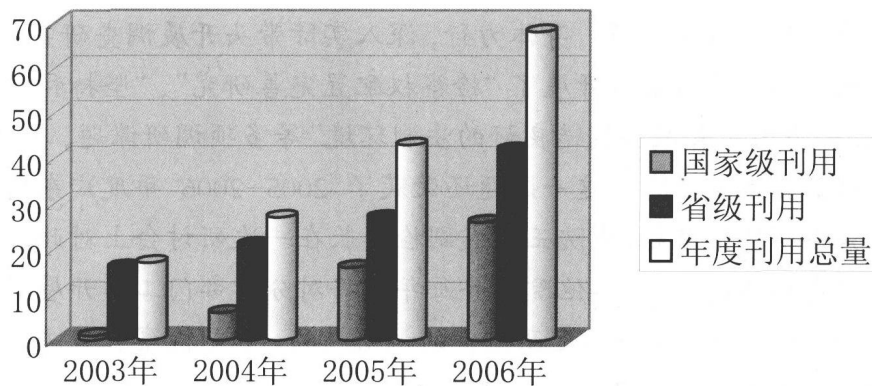
群雁高飞头雁领。这“源头活水”自然少不了院领导对调研工作的身体力行与示范推动。近年来,院领导在抓好调研工作部署与落实的同时,还亲自动手,身体力行,深入实际带头开展调查研究。林明枢检察长就先后主持开展了“检察权配置完善研究”、“坚持科学发展观,努力为民营经济创造良好的法制环境”等多项调研课题,其中“检察权配置完善研究”这一课题还荣获了2005-2006年度广东省十大优秀检察理论课题,省院王学成副检察长在一次研讨会上对此予以充分肯定和高度赞扬。其他院领导每年都将对分管部门工作开展有针对性的专题调研,其中不乏高质量的调研精品,如副检察长黄文艾撰写“论侦查询问录音录像证据规则之构建”和副检察长叶惠英撰写“近年我市女性职务犯罪调查”就分别发表在《中国检察论坛》和《检察研究》上。院领导的率先垂范,极大地激发了全市检察干警调研的积极性,一个“领导带动、专职促动、全院齐动、上下联动”的大调研格局在我院的进一步形成。据不完全统计,近几年来,我院有百分之九十五以上的干警直接参与了调研工作,一批优秀调研人才脱颖而出,一个个优秀调研成果不断涌现……

经过八年的引导、激励和熏陶,调研决策思维、调研工作制度 and 调查研究之风,已慢慢在我院生根、发芽并开花、结果,调研工作开始步入一个良性循环的快轨道。

调研成果不断攀升:从法律政策研究室成立以来的统计数据显示,自2003年来,调研文章在数量和质量上呈逐年上升的跨越式发

展。全院干警共撰写各类调研文章 910 多篇,被省级以上刊物采用 155 篇,其中,国家级采用 49 篇,省级采用 106 篇(详见“2003-2006 年东莞市院调研文章发表数量图”)。调研文章采用量仅次于广州、深圳,居全省第三位,连续三年被评为省、市调研工作先进单位。

东莞市院2003-2006年在国家级、省级刊物(或机关)采用的调研成果趋势图



调研攻关能力不断突破:继 2005 年首次参与高检院理论研究所课题《司法职务犯罪防治对策》(省院张学军检察长主持,课题现已完成并通过高检院的验收)后,今年我院干警撰写的《负事故主要责任的陈某是否构成交通肇事罪》被法律类中文核心期刊《人民检察》采用,还被人大复印资料全文转载;我院承担“检察权配置完善研究”和“检察机关公诉办案效率调查分析”两大课题分别 2005-2006 年度广东省十大优秀检察理论课题和专题调研课题一等奖。今年省院检察理论课题采用招标制以后,我院又一举夺得 2006-2007 年度省院十大调研课题中的两大课题,成为今年我省承担检察理论课题最多的检察院。

调研影响力不断扩大：国家检察官学院、中国检察官协会相继于 2005 年和 2006 年分别在我院召开了“国家高级检察官论坛”和“中国检察论坛联席座谈会”两次大型的理论研讨会。今年 2 月，最高人民检察院主管，国家检察官学院主办的刊物——《国家检察官学院学报》专题介绍我市检察调研工作，开创了该刊物对全国地级市检察院调研工作介绍的先河。

跨过八年的发展轨迹，承载八年的希望与重托。在时间的长河中，八年太短，还需争朝夕。在编辑本文集，面对一篇篇优秀的调研成果时，我们真切地感受到这些成绩的来之不易，并为之激动与自豪；但在激动自豪之余，更应冷静地看到我们调研工作还处在成长磨练的阶段，成绩已属于过去。不畏浮云遮望眼，而今迈步从头越。面对和谐社会的时代主题，新形势对检察调研工作也提出了更高的要求。在迎接新的挑战中，希望全院干警能相互共勉，共同努力，创造出东莞检察调研更广阔的一片天。

本书编写组

二〇〇六年十二月

目 录

拿起调研武器，到检察实践中去·····	林明枢（1）
问渠哪得清如许？·····	本书编写组（4）

【法治理念篇】

穿越法律的公平与正义·····	林明枢（3）
现行自侦案件管理模式反思与建构·····	黄文艾（9）
试谈职务犯罪窝串案的侦查·····	叶惠英（17）
为啥信“访”不信“法”？·····	李 勇（21）
围绕中心 立足本职 扎实开展检察机关党建工作·····	杜爱民（30）
尊法与信法——依法治国之内在要素漫谈·····	黄增彪（34）
司法者的良知：维护和实现公平正义的第三只眼·····	余辉胜（38）
司法者的诚信·····	余小松（42）

【检察风貌篇】

群众满意是我们最大的满足——访东莞市人民检察院检察长林明枢 ·····	汤贤辉（47）
发挥“三个作用”提高队伍建设整体效能·····	市院机关党委（54）
加强检察文化建设 全面提升检察队伍素质·····	林明枢（60）

东莞检察研究与检察改革情况报告·····	研究室 (65)
排忧解难促稳定 文明接待创佳绩·····	严迎春 (75)
从有罪推定到疑罪从无: 现代司法理念在东莞的飞跃·····	石亚明 (80)
依靠创新 东莞批捕呈现“三低一无”·····	汤贤辉 (83)
三项措施提高公诉效率·····	研究室 公诉科 (86)
雕刻公正 取信于民——东莞市检察院民行检察工作小记·····	马骥 (89)

【专题调研篇】

论检察机关法律监督权的配置完善·····	林明枢 (95)
对我市民营经济发展环境的调查·····	市院专题调研组 (104)
近年我市女性职务犯罪调查·····	叶惠英 (112)
当前我省预防和打击盗窃犯罪案件遇到的问题及对策建议 ·····	汤贤辉 刘天响 (115)
东莞市流动闲散人员的现状、问题及管理对策 ·····	市院专题调研组 (127)
关于禁毒法的立法调研报告·····	卢满华 康泽洲 (137)
检察机关办案效率分析与路径选择·····	市院课题组 (142)
东莞市两抢犯罪调查与对策思考·····	周春茂 (151)
我市故意伤害案件的特点、原因及对策分析·····	曾彩蓉 (159)
我市退查案件的特点、原因及对策分析·····	向东 曾彩蓉 (162)
对 2003 年不起诉案件特点、原因及对策分析·····	申诉科 (171)

【刑事检察篇】

我国刑事证据开示制度建构与本土化·····	曾广华 (179)
-----------------------	-----------

辨诉交易个案”的程序性实践分析·····	刘婵秀(187)
统一定罪依据论·····	张有胜(194)
论刑事司法国际标准与国内标准的冲突与协调·····	徐玲利(204)
轻微犯罪的刑事政策适用问题研究·····	康泽洲(210)
在理性和现实中的罪刑法定主义·····	董智敏 陈伟(218)
非法鉴定胎儿性别:刑法不能无动于衷·····	余辉胜(226)
论抢劫罪中的“当场”·····	陈凌(230)
走私犯罪在司法认定中存在的问题研究·····	周春茂(237)
走私普通货物罪与保税货物的监管·····	冯先美(245)
简论不宜认定为事后防卫的两种情况·····	缪伟栋(252)
论刑事证明标准的层次性·····	曾广华(258)
刑事证据司法适用若干问题研究·····	公诉科课题组(262)
浅议刑事诉讼中的举证责任的转移·····	余小松(270)
论共犯口供之证明力·····	陈凌 邓世坤(275)

【反贪侦查篇】

论侦查讯问录音录像证据规则之构建·····	黄文艾(283)
环环相扣 法网恢恢——我院近年开展涉外追逃做法与体会 ·····	刘满光(290)
侦查技术联手智破特大贪污窝串案·····	尹小茹(296)
改革办案机制 提高侦查成效——新办案模式的经验总结 ·····	江艳芬(302)
对职务犯罪侦查权设置问题的探讨·····	向芙蓉(308)
腐败成因:从差别交往理论角度分析和思考·····	刘俊俊(315)
商业腐败需列入反腐败战略重点吗·····	鲁昱(319)

论我国贿赂犯罪立法完善与《联合国反腐败公约》之衔接	徐玲利(326)
论增设影响力交易罪	杨重振(333)
豪赌镇长炮制的1.1亿大案	研究室(342)
反腐席卷建筑领域	研究室(350)
论对家庭型共同受贿犯罪故意的认定	余小松(353)

【诉讼监督篇】

坚持科学发展观——努力为民营经济发展创造良好的法制环境	林明枢(359)
完善监所检察监督方式	黄文艾(365)
处理集体上访事件急需完善检察工作机制	严迎春(373)
现行民行检察监督的困境与出路	民行科(379)
民行检察人员参与刑事附带民事诉讼的必要性与可行性研究	曾毅 柳鹏(384)
如何对举报线索进行跟踪督办	杨重振(391)
知识产权保护制度实证分析	王岸颖(394)
论超期羁押	刘照藩 章文涛(400)
论超期羁押与检察职能	黄元超(404)

【职务犯罪预防篇】

论建设工程招投标环节的职务犯罪预防	预防科调研组(411)
预防工作绩效管理框架初探	鲁罡(417)
个案预防“六结合”实践检验新思路	钟东亮(427)

警惕貌似合法的招投标违法行为·····	研究室 预防科 (431)
---------------------	---------------

【综合研究篇】

辩证把握法律效果与社会效果的统一·····	林明枢(437)
检察调研方法谈·····	汤贤辉(443)
人民代表大会的权力/利运作机制之思考·····	刘婵秀(451)
后司法考试时代:司法者的考试·····	余辉胜(458)
关于深化检察干部人事制度改革的几点看法·····	杨晓东(460)
加强我市检察机关司法警察队伍建设之探索·····	何炳权(464)
论我国的商事信用调节机制·····	蔡晔(468)

【疑案分析篇】

负事故主要责任的陈某是否构成交通肇事罪···	刘婵秀 邓世坤 (483)
冒充财产所有权人私自出售他人财产应定何罪·····	余辉胜(488)
如何认定重复盗窃中的犯罪数额·····	康泽洲(493)
从一宗机动车盗窃案看盗窃罪的既遂与未遂问题 ·····	陈勇权 余小松(497)
事后抢劫的既、未遂辨析·····	陈凌(503)
共同犯罪中部分人中止犯罪是否应认定为犯罪中止 ·····	黎剑辉 康泽洲(509)
刘某与东莞市拍卖行返还购房款纠纷申诉案·····	祝焕仪(514)

法治理念篇

穿越法律的公平与正义

——论在检察工作中全力维护和促进社会主义法治理念的公平正义

林明枢

中共中央在关于开展社会主义法治理念教育的重大决策中明确指出：“公平正义是社会主义法治价值追求”。的确，公平正义自古以来就是人类社会共同的、不懈的向往和追求，具有普世的价值意义；在构建社会主义和谐社会的今天，公平正义具有更为重要的价值意义。而检察机关作为国家专门的法律监督机关，它在维护国家法律的统一正确实施、保障社会公平和正义等方面发挥着不可替代的作用。这也是“强化法律监督，维护公平正义”作为今后一个时期的检察工作主题的重要缘由。在当前我国建设社会主义市场经济、法治国家与和谐社会的大背景下，如何在检察执法中维护和实现社会公平正义，这是一个十分复杂而又富有挑战性的话题。因为公平正义作为一种价值判断，其往往会因为判断主体不同尽现出对公平正义的不同态度。诚如美国法学家E·博登海默曾在其代表作《法理学：法律哲学与法律方法》指出：“正义有着一张普洛透斯似的脸（a Protean face），变幻无常，随时可呈不同形状并且有极不相同的面貌，当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时，我们往往会深感迷惑”。^①的确，尽管公平正义的内涵是十分丰富且不断变化，但只要我们在具体的检察执法中，自觉把握并运用社会主义法治的理念基本内容，以服务于构建和谐社会为目标，信守现代法治的基本理念和技术规则，社会主义法治理念的公平正义仍是有标准可循的。本文拟就如何在当前的检察工作中全力维护和促进社会主义法治理念的公平正义价值谈一些肤浅的看法。

一、坚持实体公正和程序公正并重的公正观，并突出程序正义的优先作用

^①（美）E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第252页。