

Modern Transformation
of Procuratorial Function
检察职能的现代化转型

苏晓宏 主编



同济大学出版社

**Modern Transformation of
Procuratorial Function**

检察职能的现代化转型

主 编 苏晓宏

同济大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

检察职能的现代化转型/苏晓宏主编. —上海: 同济大学出版社, 2002. 8

ISBN 7-5608-2472-2

I. 检… II. 苏… III. 检察机关-工作-研究-中国 IV. D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 051295 号

检察职能的现代化转型

作 者 苏晓宏 主编

责任编辑 李春亮 责任校对 郁 峰 装帧设计 陈益平

出 版 同济大学出版社
发 行

(上海四平路 1239 号 邮编 200092 电话 021-65985622)

经 销 全国各地新华书店

印 刷 上海长阳印刷厂印刷

开 本 880×1230 1/32

印 张 14.375

字 数 417000

印 数 1—3000

版 次 2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5608-2472-2/D·70

定 价 22.00 元

本书若有印装质量问题, 请向本社发行部调换

《检察职能的现代化转型》 编辑委员会

主 任 储国梁

副主任 张志平 汤崇逸 杨重辉 苏晓宏

编 委 曾国东 包 健 陈伟钢 蔡宇宏 王志浩

《检察职能的现代化转型》

编写人员

(以撰写章节先后为序)

主 编	苏晓宏					
副主编	曾国东					
导 言	苏晓宏					
第一章	曾国东					
第二章	苏晓宏	高建兵	周保荣			
第三章	储国梁	张志平	苏晓宏	陆焕强	曾国东	
	杨为忠					
第四章	张志平	陈伟钢				
第五章	曹卫民					
第六章	苏晓宏	曾国东				
第七章	储国梁	刘应彪	刘金泽	郁 林	王家银	
	高 忠	丁 磊	傅勇平	陈浩榕		
第八章	储国梁	邵 旻	刘金泽	张海翔		
第九章	杨重辉	葛海英	朱立红	叶和忠		
第十章	储国梁	刘忠敏	朱海翔	郑耀义		
第十一章	汤崇逸	王德宝	王文飞	朱 军	王焕毅	
第十二章	包 健					
第十三章	盛俊杰	包 健				
第十四章	孙祺伟					
第十五章	杨重辉	胡卫康	蔡宇宏	夏 芳	夏维庆	
	朱爱华	祝黎明	戴行国	李海宁		
第十六章	张志平	陈伟钢				

序

当国梁同志携着《检察职能的现代化转型》一书的打印稿来请我作序时,我才欣喜地获知杨浦区检察院的同志不事张扬,埋头钻研,在短短三个月的时间里完全利用业余时间写就了一本 30 余万字的理论专著。

如何用邓小平理论、江泽民“三个代表”重要思想为指导,统一执法思想,端正执法观念,推进检察改革,加强法律监督,确保司法公正,依法从严管理和提高队伍素质,是我们各级检察机关领导和干部都在思考的问题。杨浦检察院作为一个基层检察院集中集体智慧,对检察权的理论、检察职能的实现、“入世”对检察工作的影响与对策、司法管理的转变等宏观热点问题进行了探索性的研究,也对公诉、反贪、预防、民检等具体工作发展作出了制度化、规范化的探讨,十分有意义。

参与此书写作的有院领导,也有年轻的检察官、书记员,他们在繁忙的检察工作之余,营造学习氛围,钻研检察理论并获得了初步的研究成果,这对提升检察机关地位和人员素质也有着积极的作用。

本书的主编是由上海市人民检察院安排到杨浦区检察院挂职锻炼的华东政法学院的青年法学学者。法学院校学者参与检察实务工作,加强了法学理论与检察实践的结合,从而也使得本书既有实务总结,也有理论深度。

欣然提笔,略缀数语,一来致贺,二是鼓励,谨以为序。

上海市人民检察院检察长 吴光裕

2002 年 6 月 10 日

导 言

世纪之交,司法改革成为我们法学界和司法界使用频度最高的中心话语之一。种种迹象表明,司法已日益凸现出其在推进我国实行依法治国,建设社会主义法治国家的基本方略,实现中国人民这一历史性理想的过程中的核心地位,我们的司法改革是在世界面临经济全球化发展的历史趋势和中国加入两个人权公约和世贸组织,日益融入国际社会这样的宏大背景下展开,无疑带有强烈的时代印记。

司法改革从某种意义上讲是在完成我国的法制现代化。所谓法制现代化,既具目标性,又有过程性,是一种制度在其发展过程中的变迁和替代,使之适应和符合变化了的时代要求和趋势,这本身就是一种与时俱进的反映。

检察机构和检察制度是一个国家司法体制的重要组成部分。众所周知,中国的检察制度是极具中国特色的,虽然在其历史沿革和演变的过程中间或有其他法系的历史参照可寻,但它根本上与中国特有的历史、政治乃至经济、社会、文化条件相结合,强烈地反映出其本土性的一面,同时也带有明显的不成熟和固有的内在矛盾性的一面,这也从另一角度参证了其改革和转型的必然性。

—

正如在法理学领域中“法是什么”这一古老而弥新的终极追问一样,研究检察制度,就问题的根本而言,也就是首先针对着检察权的根本属性即“检察权是什么”的问题,由此才能体现出其权力

24124/00

属性应有的职能。换言之,只有确定检察权的性质,才能相应地展开和形成运行这一权力及其相关职能的观念和政策。

我国宪法明确检察机关是行使法律监督权的国家机关,刑事诉讼法亦有相应规定,但并不意味着检察权作为一种法律监督权这一性质没有遭遇理论和实践的挑战,也并不意味着这一权力属性与检察制度、检察职能的运行之间没有矛盾,所以检察改革首先在于确定其权力边界,各种检察职能和相关制度都只能在明确的权力边界内运作,这样改革才能更具目标性和理性色彩,而不是又一次的权力再分配。

上面说过中国检察制度是极具本土特色的,它与西方国家以法院司法权为中心的体制模式相当不同,而目前国内讨论中的司法改革也多以法院的审判权为中心而展开。如何明确检察机关作为独立的司法机关,并在现行体制框架内依法独立行使检察权,从而解决检法、检警乃至检律之间的关系,纾解其矛盾,同样是改革中亟需回答的问题,否则,检察权也必然面临着在法制化的发展过程中被日益边缘化的危险。

检察改革是在经济全球化的时代和中国入世的历史际遇中推进的。在这里,讨论制度的内生性、本土性和移植趋同等等诸多关系都无济于事,实质上改革的压力和要求都是客观存在的,需要我们严肃地面对。

不同法系在其检察制度和检察模式上提供了多元的、不同质的参照系统,而在经济全球化的背景下又有借鉴和融合的趋势,中国检察制度在这样的背景下发生着激烈的变迁和应对,这种应对随着社会转型又为检察职能的调整和拓展提供了巨大的空间和舞台。法制的转型带来的不仅是制度的变迁和职能的转换,也不仅是地位和中心的转移,而且也带来了观念的转换和更新,只有在新的理念、新的执法思想主导下,我们才能从容面对、沉着应付经济

全球化和入世带来的挑战,使检察工作在新世纪再创新的局面。

能否适应和应对时代的挑战固然首先取决于制度,但更为重要的是取决于从事这一职业的人及其相应的全新的理念。目前学术界普遍提出的法律职业共同体的呼唤,实质上就是要求在人的全面发展这样的哲学终极基础上形成和产生高素质的司法人员。作为一个合格的司法人员,检察干部所必须具备的条件就是要有与时俱进的全新的司法理念、可靠的政治素质、深厚的人文底蕴、全面的职业技能、高尚的伦理情操,同时又掌握从事检察业务必备的各种方法论,唯此才能充分胜任其职务,有效全面实现其职责。

司法改革的目标的另一方面或者说最终目标都是为了更好地确保司法公正这一理想的实现。司法活动是一项实践性和操作性很强的活动,主持和参与这一活动的人是活生生的,同时又是有限性的,“徒法不足以自行”这一古老名言虽然为我们强调了人在法律实现过程中的关键作用,但理想和现实毕竟是有距离的,也正是在这一意义上人们意识到追求司法的实体公正最终结论或许是不可知的,或者只能无限接近,所以需要通过正当的程序公正来体现和保障实体公正。在法治和人治之间,如果能够获得上述理想化的职业人,那么司法公正的理想和实践的矛盾就会迎刃而解。既然我们无法把人员、案件和其他事务性工作都纳入一个统一的标准化的格式之中,使之成为无论在实体上还是程序上都可以批量化、类型化、成品化检验的对象,那么对人员、案件和事务的司法管理始终都是一种必需,但同时我们也意识到司法管理上一直存在着一个悖论,即人和事之间,依法独立行使职权与办案考核督查之间的矛盾,这恐非单凭制度设计所能一蹴而就的。

二

应当说,从上个世纪末开始尤其是 1997 年新《刑法》与新《刑

事诉讼法》实施以来,我国的刑事诉讼制度和检察制度取得了长足的发展和明显的变化,但不可否认的是制定的某些条款并未真正落到实处,这也是我在一篇文章中讲过的,我国的法制发展到今天与法制先进国家的差距不是在立法上而更多的在贯彻层面。

随着检察改革的深入,在具体制度层面取得了可观的突破和发展,这些创新首先从公诉方式和主诉检察官制开始的^①。这一制度的推行使检察机关原有的人员管理、案件管理、后勤技术保障管理等模式不再适应新的模式,从而围绕这一变化重新配置检察资源和人员管理结构;同时这一制度又相应影响到庭审程序上的诸多方面的问题和改革。

检察官在法庭上是代表国家履行起诉职能的公诉人,他在行使检察权的同时实质上体现着国家的刑事起诉政策,展现着国家调整社会利益、保障人权、打击犯罪、预防犯罪、综合治理等一系列的宏观调适和控制。要实现这些政策的宣示和影响,公诉人必须有相应的权力和权利,既依据法定职责,又可自由裁量;既能影响实体(如量刑建议、变更起诉),又能控制程序(如简易审、简化审、抗诉),进一步扩展还会影响案件的诉与不诉和检警关系,如退查指示、引导侦查。

同样,主诉制的推行把检察公诉职能进一步推向前台,强化了庭审活动及庭审中的法律监督,证据规则及其运用的研究应运而生并得到发展,证据开示、证人出庭,成为庭审方式改革中的讨论热点。

庭审活动是程序正义的体现方式和有效途径,即所谓“正义要用看得见的方式实现”。程序正义的另一方面是要平衡不同主体

^① 主诉检察官制,由上海市杨浦区人民检察院于1992年首倡并率先试点推行,且最终受到最高人民检察院的肯定和推广。

之间的权利和义务,从而确保公正,在这方面既要体现法律面前人人平等,又要通过制度设计使诉讼过程中处于不利地位的主体的权利得到充分的保障和体现,这里我们除了未成年人的案件处理中捕诉防一体化、特殊化的探讨之外,提出了就起诉书内容在诉前向被害人公开听取意见的设想。

庭审的核心在于解决罪与罚的问题,对刑法疑罪的剖析,虽不可能面面俱到,但目的在于促进对法律及法律解释的进一步思考。

三

我国目前处于社会转型时期,同时也是社会大发展时期,大发展带来社会进步,也带来犯罪成因和样式的新变化。面对社会大发展,如何构筑社会大预防格局是我们正在做、亟需做的课题。

防范和查处职务犯罪是法律赋予检察机关的基本职能之一,也是我们党和国家反腐倡廉,巩固执政党地位的重要工作之一。在新的历史时期,随着社会关系结构的变化,职务犯罪形成的诱因及其表现的样式也呈多元化的趋势,各级检察机关必须根据党中央提出的反腐败的总体格局,坚持党委统一领导、党政齐抓共管、纪委组织协调、部门各负其责、依靠群众参与,在打击犯罪的同时进一步形成预防职务犯罪的社会化和多元化的体系,以期取得成效。

在这里,我们既有作为一个基层检察院在查处预防职务犯罪工作中的经验、体会和相关制度建设的总结,同时,也反映了对新的历史条件下贪污、贿赂、渎职、侵权案件有关的立法和司法问题的宏观思索。

检察机关作为法定的法律监督机关是否能够全方位地实现法律监督的职能,取决于一是立法上的保障,二是司法上的各种制度性保障。这里我们把检察机关在刑事检察监督诉讼发展的全过程

为线索,涵盖了检察工作中的立案监督、侦查监督、审判监督、执行监督每个环节,针对具体工作中出现的问题和矛盾相应提供了监督的方式、途径以及制度完善的粗浅意见,有些是对立法本身展开的思考,有些则是对具体工作实务探索的指导性规范。

民事行政检察是法律赋予检察机关的职能之一,也是检察工作新的拓展、新的领域,而这一工作在中国加入 WTO 之后将会有更大空间。这里我们不仅探索了民检工作中新的办案模式、办案机制,而且进一步提出了新的诉讼样式——民事公诉,论证了其理论依据和立法构想。

步入新世纪,面对这多姿多彩、纷繁复杂的世界,我们既感到豪情满怀,又感到任重道远。在实现向现代化转型的过程中,在检察机关与时俱进的发展过程中,我们在这里发出一点小小声音,但却是面向大时代发出的大声追问:什么是我们的贡献?

目 录

序

导言

第一编 社会转型期的检察改革

第一章 检察模式的多元与融合	(3)
第一节 不同法系检察模式比较分析	(3)
第二节 中国检察模式的制度变迁	(8)
第二章 检察职能的定位	(17)
第一节 司法独立的理念与检察权的行使	(17)
第二节 社会转型与综合治理	(22)
第三章 检察机关的司法管理	(29)
第一节 人员管理	(30)
第二节 案件管理	(35)
第三节 事务管理	(45)
第四章 制度变迁与观念更新	(53)
第一节 法制转型与现代化	(53)
第二节 全球化背景下的检察工作理念	(55)
第三节 “入世”对检察工作的影响及对策	(61)

第二编 人的全面发展

第五章 检察官的基本素养	(69)
第一节 政治素质	(70)

第二节	人文底蕴	(74)
第三节	业务能力	(78)
第四节	职业伦理	(80)
第六章	检察业务方法论	(83)
第一节	法律解释的运用	(83)
第二节	司法判例的识别	(114)
第三节	司法效果的衡平	(122)
第四节	司法关系的协调	(127)

第三编 法庭上的公诉人

第七章	公诉权的运行	(135)
第一节	刑事起诉政策	(135)
第二节	检察自由裁量权	(138)
第三节	公诉权和量刑建议	(146)
第四节	变更起诉	(152)
第五节	诉讼程序简化	(158)
第六节	抗诉与刑罚规格	(161)
第八章	庭审与证据运用	(179)
第一节	证据规则	(179)
第二节	证据开示	(184)
第三节	证人出庭	(188)
第四节	庭审论辩	(197)
第九章	程序正义与权利平衡	(201)
第一节	未成年人案件审理的特殊化	(201)
第二节	被害人权利保障与诉前告知制度	(209)

第四编 大发展 大预防

第十章 职务犯罪的预防体系·····	(217)
第一节 职务犯罪的诱因与样式·····	(217)
第二节 预防体系的多元化与社会化·····	(219)
第十一章 职务犯罪查处谋略·····	(230)
第一节 职务犯罪的线索与查处·····	(230)
第二节 职务犯罪的审讯技巧·····	(243)
第十二章 贪污与贿赂犯罪·····	(266)
第一节 贪污、贿赂罪的现状、趋势及对策·····	(266)
第二节 贿赂犯罪的司法认定·····	(271)
第三节 贿赂犯罪证据评析·····	(280)
第十三章 国有资产的刑法保护·····	(292)
第一节 国有资产刑事立法缺陷·····	(292)
第二节 挪用公款的罪与罚·····	(298)
第十四章 渎职犯罪的罪数问题·····	(305)
第一节 渎职犯罪立法体例评价·····	(305)
第二节 渎职犯罪的罪数认定·····	(313)

第五编 全方位的法律监督

第十五章 刑事检察监督·····	(325)
第一节 法律监督权的再思考·····	(325)
第二节 侦查监督·····	(335)
第三节 立案监督·····	(356)
第四节 审判监督·····	(363)
第五节 执行监督·····	(371)

第十六章 民事行政检察监督·····	(390)
第一节 民事行政检察工作的拓展·····	(390)
第二节 民事公诉理论依据及其立法构想·····	(395)
第三节 民检案件中的当事人和解·····	(404)
第四节 民事申诉中的律师代理·····	(414)
第五节 主诉制与评议制的办案模式·····	(424)
后记·····	(435)

CONTENTS

Preface

Introduction

Part I Procuratorial reform during the social transformation period

Chapter 1 The pluralism and convergence of the procuratorial pattern (3)

- 1) The pluralism and convergence of the procuratorial
pattern of different legal systems (3)
- 2) The systematic changes of the procuratorial pattern
in China (8)

Chapter 2 The positioning of the procuratorial function (17)

- 1) The idea of the judicial independence and the
exercise of the procuratorial power (17)
- 2) The social transformation and the comprehensive
control of society (22)

Chapter 3 The judicial management of the procuratorial organ (29)

- 1) The personnel management (30)
- 2) The cases management (35)
- 3) The routine work management (45)