

吴福兴 著

探究

新华出版社

吴福兴 著

探索

我——到漳州市
检察院任副
检察长，一干
就是十几
年……

TANJIU

新华出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

探究 / 吴福兴著. - 北京: 新华出版社, 2004.12
ISBN 7-5011-6891-1

I. 探… II. 吴… III. 检察机关-工作-中国
IV. D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 123500 号

探 究

吴福兴 著

*

新华出版社出版发行

(北京市石景山区京原路 8 号 邮编: 100043)

新华出版社网址: <http://www.xinhupub.com>.

中国新闻书店: (010)63072012

新华书店经销

龙展印刷有限公司印刷

*

850 毫米×1168 毫米 32 开本 14.625 印张 376 千字

2005 年 1 月第一版

2005 年 1 月北京第一次印刷

ISBN 7-5011-6891-1/D·1088

定价: 28.00 元

序

廖益新*

我认识本书的作者吴福兴同志，还是在他当年申请报名参加厦门大学法学院研究生课程进修班学习的时候。我问他作为一个基层检察院的负责人，工作繁忙，为什么要报名参加研究生课程进修班学习，并告知他要想通过研究生课程进修班学习，走在职人员以同等学力申请法学硕士学位的道路，还有一些需要个人努力才能成就的资格条件，这些前提条件对于一个在职工作的人而言，并不是容易获得和具备的。当时他对自己报名参加课程进修班学习的心迹表白，给我留下了深刻的印象。他坦承自己报名参加学习的目的，并不在于指望获取法学硕士学位的头衔，而是长期从事检察业务工作实践，使他深感法律在运行于社会实际生活过程中，存在着许多需要人们进一步探究的问题，而自己的专业知识有限，实在希望通过在职学习有关法学课程，改善个人的专业知识结构，加强法学理论方面的修养，并有机会就工作中碰到的各种疑难案件和争议问题，得到法学院教授们的指导帮助。

今天看来吴福兴同志当年说的确实是自己心里话。摆在读者面前的这本《探究》，概括总结了作者这些年来在基层检察业务工作中对自己参与处理过的有关案件中涉及的疑难和争议问题的认识和体会。它是作者多年来潜心学习法律专业理论知识，并努力运用于探索解决工作实际中遇到的各种问题的反映，说明作者当年报名参加研究生课程进修班学习并不是图虚名混文凭，而

* 廖益新教授系厦门大学法学院院长

是真心要求学问长知识，并能运用于解决业务工作中的各种问题。我不是研究刑事法律方面的专家，没有资格就《探究》一书中作者对有关案件争议问题的看法和意见擅加评判。但本书探究的有关法律问题，源自作者亲历处理过的各种实际案件，是有关法律规范在社会生活中运行的现实情况反映。作者对这些案件中有关案情事实的分析判断以及对争议问题的论辩说理，对于无论是在法学院里学习和研究刑事法律的学生和教师，还是在司法实务部门工作的同志，相信都会有很好的参考学习和研究的价值与意义。

《探究》一书主要反映的是作者本人在经办有关案件过程中的认识和体会。因此，作者在本书中就有关案件争议问题阐述的观点和看法，性质上属于一家之言，读者可能未必尽数苟同。正如作者在本书的自序中所言，“案件出现争议有利无弊”。真理与谬误，经过争议辩论后会更加界限分明。我相信本书的作者有这样的雅量胸怀，欢迎读者就书中涉及的争议问题与其继续进行商榷探究。

令我更为钦佩的是作者出于自己作为一个司法工作者的良知和责任感，对案件争议问题勇于探究的精神。作者明知，探究争议案件可能影响团结，或有损于某些领导和机关的“威权”。但为追求司法公正的目的，他能义无反顾地探究有争议的案件。这种崇尚法律的权威、追求司法正义的执着信念和无畏精神，是我们广大法律工作者在建设社会主义法治国家进程中应该秉持和发扬的品质和风格。也正是感动于作者的这种信念精神和诚意，在《探究》一书付梓之际，我愿缀上数语，以之为序，冀望作者在这条探究真理的道路上继续坚定不移地走下去。

2004年4月30日于厦门大学

自序

1992年6月，我到漳州市检察院任副检察长。任职期间，历经四位检察长。在一个岗位一干就是十几年，有人认为“忠厚”是无用的别名；亦有人认为“仁者寿”。凡此，我均无意考究。但若干年间，能有拙作《探究》的面世，聊以自慰。

法律，是人类社会发展到一定阶段的产物。她，从脱胎于原始社会的私人复仇和血亲复仇，就充满争议和探究。

我国远在奴隶制度时代解体到封建制度开始，人们对法律的认识就充满争议。商朝就有刑法，西周的周公称其为“殷彝”，意为常法（范文澜《中国通史简编》）。公元前536年，郑国郑子产所创法律叫“刑书”（杨荣国《中国古代思想史》）。又稍后，也有人认为：“法者，所以兴功惧暴也；律者，所以定分止争也；令者，所以令人知事也；法律政令者，律民规矩绳墨也”（管子《七臣七主》）。

就现代而言，人们对法律的认识更充满争议。简而论之，就有广义、较狭义和最狭义三种。广义的法律与法同义；较狭义的法律指宪法性法律与普通法律；最狭义的法律专指普通法律。

倘若把广义和狭义的法律按一定的标准分解的话，也是充满争议。如果按照法之创立与表现的形式，可分为成文法与不成文法；按照法定主体与适用范围，又可分为国际法与国内法。国内法，按照内容与效力大小，可分为宪法法律与普通法律。普通法律，按照法律调整的对象，又可分为刑事、民事和行政等。

然历史和现实证明：法律的繁荣发展源于争议与探究。

但面对内涵和外延丰富的法律，倘若刑事与民事混淆，就可能造成错案。这正如《诈骗还是欺诈》一文所言：“诈骗与欺诈，现代汉语都是指欺骗之类。但在法律的适用上，两者却存有差异。前者通常指刑事犯罪，后者一般指民事行为。司法实践中，两者极易发生混淆”。案件中的王某，找杨某帮助贷款，以自己的服装厂作为担保单位，由于逾期无法履约，K地检察院认为构成票据诈骗罪，批准逮捕并移送起诉。市检察院研究该案时意见分歧，经请示省检察院后王某才脱离牢笼。否则，罪名成立他可能被处无期徒刑。

改革开放以来，经济领域无序化加剧。倘若罪与非罪混淆，就可能草菅人命。这正如《一字之差 生死攸关》一文所指：“《刑法》于1979年7月1日通过，至1997年3月14日修订。期间，我国的政治、经济发生了较大的变革。由于经济主体的复杂化、经济形式的多样化，经济活动中罪与非罪的界限也更加难于区分”。案件中的李某，因借款未还，私自动用公司资金等。A地检察院认为构成盗窃罪，批准逮捕并移送起诉。市检察院审查后，认为李某的行为不构成犯罪。本案，如果不是有人力排原议，李某或许就要人头落地。

据此不难看出：案件出现争议有利无弊。

犯罪是社会特有的现象。因此，其表现形式是纷繁复杂的。这正如《解数已尽 刘某当断》一文中所说：“刑事诉讼中，由于各种因素，以至案件久拖不决。社会上各种传言不脛而走，被害人及其家属上访不断，孰不知司法机关乃至办案人员，也有其无可奈何之处”。该案由于案情复杂，案件事实不清，证据矛盾，争议激烈。经过反复探讨，各方面采纳了检察机关的意见，从而使得一起被认为近年来漳州市“天字号”的疑案得到解决。

况且，诚如法国当代著名律师勒内·弗洛里奥所谈：“不确切的资料，可疑的证据，假证人以及得出了错误结论的鉴定等等，

都可能导致对无辜者的判刑”。

由此可以知道：案件出现争议错综复杂。

于是，我潜心争议案件的探究。目的只有一个——追求司法公正。虽愚公移山，但乐此不疲。

然有人对案件探究心存芥蒂。司法实践中，“权势者”居高临下阻碍争议案件的探究不绝于耳。更有甚者，尽管《人民检察院组织法》明确规定各级人民检察院设立检察委员会实行民主集中制，讨论决定重大案件和其他重大问题。但在有的地方，个别检察长长达一年之多不召开检察委员会。凡此，殊不知是历史的熏陶，还是怕见阳光，或者是兼而有之？

中国传统文化上下几千年，纵横九万里。春秋战国，百家争鸣。儒家，重视“礼”的作用。同时，也有整套关于“仁政”的理论，影响深远。孔子、孟子就是其创始人。法家，则以重视“法”而得名。商鞅、韩非就是当时的代表人物。中国专制主义的鼻祖秦始皇，则是以重法反儒而统一中国的。后儒法交融，成为中华传统文化的思想特色。

“五·四”运动以来，先驱者们把批判的锋芒直指孔孟之道，但却忽略了法家。毛泽东是站在时代的伟大人物，但他却自诩“马克思加秦始皇”（阙民《凤凰涅槃——“文化大革命”中的毛泽东与郭沫若》）。1973年8月5日，他老人家所写的《读〈封建论〉呈郭老》一诗，认为“祖龙魂死秦犹在，百代都行秦政法”。诗中所说的“百代”，有学者认为也包括当代。即：毛泽东执政时代亦在内（钱伯城《再读〈封建论〉并解读毛泽东读〈封建论〉诗》）。

可见，在如此氛围茁壮成长者，必须吐故纳新。否则，尽管他们曾经学习过现代“科学与文化”，抑或曾经远渡重洋“海归”。然而，身上不但留有“向阳”或“卫士”等“献媚”的符号，骨子里的专制主义随时都会兴风作浪。如此，害怕探究争议案件势所必然。因为，探究有损他们的“威权”。

改革开放，各种法律如雨后春笋破土而出，从而改变了泱泱大国以言代法无法可依的混浊局面。但“徒法不足于行”，司法公正，当今社会关注的热点焦点难点，关系到人心的向背。江泽民同志指出：“官吏的腐败、司法的腐败，是最大的腐败，是滋生和助长其他腐败的重要原因。”虽掷地有声且“法与律”频频出台，但“上有国策，下有良计”，再好的规章规定，再厉害的党纪国法，遇到“走私者”往往变成虚设。由此可见，借革命以营私者，害怕探究争议案件势所难免。因为，探究有损他们的“暗箱操作”，更影响他们以案“谋利”。

笔者杞人忧天。倘若两者“互为一体”，那么，国何以为是？民何以聊生？

司法公正，匹夫有责！

但务必有言在先。以我之陋，谬论难免。

因为，有人曾经告诫：探究争议案件，可能引起缠讼。

心有灵犀一点通！

时下，诸多争议案件之所以“诉得出去”，“判得下来”，往往得益于第三只手。换言之，没有这只手的斡旋，争议案件也许“论持久战”。虽然，其中不乏成功的杰作。譬如：书中《法网恢恢 疏而不漏》就是明鉴。但长此以往，并非国策。司法问题，必须依照《宪法》规定的法律程序解决。

也有人曾经规劝：探究争议案件，可能影响团结。

此君用心良苦！

我热爱伟大的祖国，更珍惜各民族的团结。因为团结，是民族和国家振兴的基石。但团结，在某些地方和部门已成为“领地”或“土围子”，成为“朋党”排斥“异己”的代名词。且团结，并不意味着必须削足适履或媚俗，必须放弃司法公正。倘若，你我之辈对诸如此类皆麻木不仁。那么，民族和国家就会不得安宁抑或在沉默中死亡。

于是，我义无反顾地探究有争议的案件。因为，对争议案件

探究

自序

的探究，实质只是学理分析，属于理论性探讨，不具有任何强制性和约束力。又因为，这种探究是不可避免的，而且是有益的。只要没有触犯宪法和法律，就不宜用武器的批判去代替批判的武器。但党同伐异者，想必也只有这招“克敌”的法宝。

案件产生争议，既有平等主体之间对法律的不同理解，亦有不平等主体之间权与法的较量。作为探究者，我只是一个与别人平等的执法者而不是案件争议的裁决者，心中只有“法律面前人人平等”，目的旨在追求司法公正。因此，就案论案，凡是沾亲带故的争议案件，一概自律杜绝探究。但书中所有的案件，我都是参与者而非旁观者。所以，探究时偶尔“寓褒贬，别善恶”，并无诽谤他人之意。这点！也务必有言在先。

然而，不畏艰苦努力探究争议案件的拓荒者，又往往是追求司法公正的落荒者。

但我无怨无悔！

是为序。

吴福兴

2003年6月6日于漳州

目 录

序	廖益新 (1)
自序	吴福兴 (1)

※ ※ ※

他山之石 可以攻玉

——漫步域外检察制度	(1)
------------------	-------

上下几千年 当今世界殊

——回溯华夏检察制度的变迁	(9)
---------------------	-------

立足本国国情 定位法律监督

——略谈有中国特色的检察制度	(17)
----------------------	--------

“大移朝国务院”覆灭记	(24)
-------------------	--------

似是而非的“反革命案”	(30)
-------------------	--------

京官化肥受贿案始末	(38)
-----------------	--------

“一案”激起“四级”检察浪

——析京官化肥受贿案	(41)
------------------	--------

公交车和牌引发的争议	(48)
------------------	--------

一字之差 生死攸关	(55)
-----------------	--------

周某的行为属奸淫幼女罪	(62)
-------------------	--------

引起“地震”的“案中案”	(70)
扑朔迷离的强奸案	(73)
从“典型”强奸到“无罪”判决的反思	(79)
枉与他人做“笑典”	(86)
龙虎相争 权钱较量	(93)
沈所长的行为应如何定性	(96)
郑某的行为是否构成玩忽职守罪	(103)
张辛死亡之谜	(110)
法网恢恢 疏而不漏	(115)
红杏出墙 武郎命丧	(123)
当代“西门庆”与“潘金莲”难逃法网 ——一起用间接证据定罪的成功案例剖析	(126)
武松怒杀奸夫淫妇的启示	(134)
陈某的行为当属贪污罪	(141)
越分妄求 余殃在后	(148)
本案“太”值得商榷	(151)
乌礁洲“天字号”疑案	(158)
解数已尽 刘某当断	(161)
克顽攻坚 凶手服罪	(169)
多行不义必自毙	(176)
范氏兄弟致人死亡为何无罪? ——漳州首例特殊防卫案浅析	(179)
一起不该发生的错案	(187)
马总经理的行为应数罪并罚	(194)

一案三错 引以为戒

——兼议办案要坚持实体法与程序法并重	(201)
失之毫厘 谬以千里	(209)
张冠李戴的原因探究之一	(217)
张冠李戴的原因探究之二	(224)
张冠李戴的原因探究之三	(231)
杨某应判无期徒刑还是无罪?	(238)
存疑不起诉案件复查引发的法律思考	(245)
存疑不起诉刑事赔偿歧异的法律思考	(253)
存疑不起诉刑事赔偿歧异的法律再思考	(261)
存疑不起诉被害人民事赔偿的法律思考	(269)
古墓遗恨	(276)
法律的“无奈”与“适用”	(281)
冤案何以铸成(一)	(288)
冤案何以铸成(二)	(296)
“一心为公 人财两空”	(303)
一言九鼎千声怨	(307)
腰斩因果 少年蒙冤	(314)
郑某的行为属杀人还是伤害?	(321)
掩卷后的思索	(328)
“自批自贷”应当如何定性?	(331)
谁是指使者	(338)
谁之过	(345)
谁是真正的窃贼	(351)

拒交赃款去向能否定盗窃罪	(357)
王某为何上访不断 (一)	(364)
王某为何上访不断 (二)	(372)
从“死罪”到“无罪”的反省	(379)
八闽检察机关一号信访案	(386)
吴某之死应由谁承担民事责任	(391)
诈骗还是欺诈	(399)
官大断案“准”?	(406)
假烟引发的惨案	(413)
游某等人的行为是绑架还是非法拘禁?	(416)
特殊防卫必须“适时”和“适可”	(423)
虎头蛇尾“尾巴粗”	(429)
“县老爷”的行为作相对不起诉不当	(435)
难道敢逃就无罪	(443)

※ ※ ※

跋	(450)
---------	-------

他山之石 可以攻玉 ——漫步域外检察制度

当今世界，有普通法和成文法之分。前者的代表是英美法系，后者的代表是大陆法系。但随着世界经济全球化的发展，两者在“碰撞”中相得益彰，大有“分久必合”之势。就域外他乡的检察制度而论，其情形亦大体如此。

古老而又年轻的英国检察制度

英国是检察制度的发源地之一。但英国的检察制度始于何时，至今尚无定论。

英国的检察制度，起源于为国王办理财产纠纷的“代理人”和“律师”。这点，至今争论不多。但检察制度产生于何时，则存有争议。有人认为，13世纪，英国国王不但是全国的最高统治者，同时还拥有自己数以万计的庄园之类。此时，王室利益不受侵犯的必要性就摆上了议事日程。由此，英国就诞生了“王室法院”，其职能就是专门负责审理涉及王室利益纠纷案。而代表国王出庭起诉的被称为“国王代理人”，1243年，劳伦斯·德尔·布朗克作为“国王代理人”，向法院起诉了第一起涉及王室利益的诉讼案件。故此，有人认为这是英国检察制度的起源。

但也有人认为，英国的检察制度出现于15世纪至16世纪。1461年，约翰·赫伯特新任“国王代理人”，他的任职通知书被

正式称为“英格兰检察长”。1515年，又首次任命了一位副检察长。据此，有学者认为这时才谈得上英国检察制度的建立。

还有人认为英国的检察制度始于19世纪。1879年，英国颁发《罪行起诉法》，并据此专门设置了处理王室利益之外案件的公诉处。业务上受总检察长的指导，行政组织上则隶属于内政大臣。有学者认为，这才是真正意义上英国检察制度的开始。说来有趣，英国没有“司法部”这个机构，司法行政的职能由内政大臣、大法官和总检察长行使。总检察长直属首相，不但由首相任命，且在执政党的议员中产生，与执政党共沉浮。更为有趣的是，英国总检察长和副总检察长近千年一直沿袭“国王的代理人”和“律师”的衣钵，至今仍是政府首相和部门首脑的“法律顾问”，不但要向他们提供“法律咨询”，有时还要代表他们在议院对法律问题“发表意见”，甚至代表政府向议员答复有关法律方面的“质询”。

英国在诉讼上实行“当事人主义”的原则。所谓的当事人主义原则，是指任何人都有权提起诉讼。虽然，英国检察院的主要职能是进行各种诉讼活动，但由于实行当事人主义，英国检察院通常只对重大刑事案件和法律规定必须由他起诉的案件才负责起诉。换言之，英国大多数刑事案件由警方侦查，并由警方或警方委托的律师充当公诉人。但英国检察院拥有侦查指挥权，检察官有权指挥警察对某些案件进行侦查。

英国原来没有从中央到地方完整的检察机关，而是设立两个平行层次的检察体制。中央一级是总检察长和副总检察长；地方一级则是由内政大臣领导的“检察官”。时至1977年，英国才最终决定仿效大陆法系国家，建立全国统一的检察制度，并取消内政大臣对地方“检察官”的任命。

如果说，英国的检察制度古老而又不至于衰亡。那么，完全得益于他们能摒弃历史的包袱和门户之见，主动吸取别国有益的事物，与时俱进。

年轻富有特色的美国检察制度

在英美法系国家中，美国是一个年轻但又颇具代表性的国家。美国独立后，经过争论决定沿袭英国的普通法。因此，美国的法律受英国影响甚深。但美国的检察制度，经过 200 多年的发展逐渐形成自己的特色，并由此成为英美法系检察制度的代表之一。

由于美国实行联邦制，其检察机关亦划分为联邦检察院和州检察院两级，互无隶属关系。美国总检察长同时又兼任司法部长，有权依法在美国最高法院内提起和进行所有可能涉及美国的诉讼。美国总检察长由总统任命和参议院认可，向总统负责并报告工作，在法律上代表合众国。由于美国总检察长同时又是司法部长，当然也是内阁成员。由此，联邦检察长和执政党共进退。而且，联邦总检察长还负责对总统和各部门的首脑提供法律咨询。这些，和英国的检察制度如出一辙。

前述，美国的法律沿袭英国的普通法，故其公诉权也是分散的。美国在沿袭英国法律时，将英国大小陪审团制度全部照搬。美国的大陪审团不出席审判，只负责收集证据，决定是否提出控诉，从这个意义上讲，大陪审团拥有重罪的起诉权。但由于美国检察院的作用日益突出，大陪审团日显没落，有的州已弃之不用。美国的小陪审团参加庭审，与法官对被告人进行审判。由此可见，美国重罪的起诉权是由大陪审团和检察院共同承担的。在美国，警察和律师也拥有起诉权。但这种起诉权，一般局限于轻罪，且须经检察官的同意或指定。

美国检察院不但拥有公诉权，而且拥有中止和延缓诉讼权。更有甚者，倘若法院授予或支持，检察院还拥有自由裁量权。著名的“辩诉交易”，就是这种自由裁量权的体现。检察院除了在刑事诉讼中拥有“重权”和“大权”外，还拥有亲自侦察和指挥