

天平 | 诉 | 讼 | 中 | 的 | 博 | 弈 |

了解对手如何战胜你，然后战而胜之。

公诉中的 博弈

GONG SU ZHONG DE BO YI

——
我的公诉战争

◎ 李爱君 / 著



中国检察出版社

了解对手如何战胜你，然后战而胜之。

公
诉
中
的

GONG SU ZHONG DE BO YI

博
弈



——
我的
公
诉
战
争

◎ 李爱君 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公诉中的博弈：我的公诉战争/李爱君著. —北京：

中国检察出版社，2011. 2

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0433 - 3

I. ①公… II. ①李… III. ①公诉 - 研究 - 中国 IV. ①D925. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 018554 号

公诉中的博弈——我的公诉战争

李爱君 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址：中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话：(010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销：新华书店

印 刷：河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本：720mm × 960mm 16 开

印 张：15.75 印张 插页 4

字 数：219 千字

版 次：2011 年 3 月第一版 2011 年 3 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0433 - 3

定 价：35.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究

如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

本书是李爱君同志的第二本专著，能为本书作序，我深感荣幸。

李爱君同志多年来在公诉战线上奋斗，取得了优异成绩。全国十佳公诉人、全国检察业务专家、江苏省十大杰出青年、江苏省十佳检察官等荣誉称号是对她本人素质和工作能力的充分肯定，而本书的出版无疑给这些荣誉添加了更多的注释。了解李爱君的人都知道，她是一位长于思考的实践者，本书沉淀了李爱君同志多年来的实践经验和自身感悟。

我不想对本书作过多的评价，毕竟我们是同事，过多的溢美之词难免有瓜田李下之嫌，还是把发言权留给其他读者。在这里，我想围绕以下关键词谈谈我以一名普通读者身份读完本书后的几点感受。

朴实。首先，朴实的文风。在我看来，对于一名法律工作者而言，具备良好的法律逻辑思维固然重要，但善于运用大众思维、社会语言去分析问题、解释法律，却是一门来自于实践的学问。本书以一般人都能读得懂的方式诠释了公诉工作的全貌，在书中，作者用朴实的生活语言解读案件、阐释法理，不管是讲述办案过程中的纠结，还是提出解决问题的方法，作者都娓娓道来，读之犹如与好友促膝谈心。本书不仅适合专业刑事司法人员阅读，其他人读起来，也并无生涩之感。其次，朴实的理念。我能感受到，作者试图通过本书传达这种理念，即公诉人首先应当是一个高尚的社会人，继而才是司法工作者。正是由于身兼双重身份，公诉人才会从社会情感和法律理性两个方面去综合审视自己的司法结论，从而陷入内心的自我博弈当中。作者通过本书很好地诠释了“先做人，后做事”这一朴实的道理。

新颖。关于博弈方面的书籍很多，内容大多着重于对抗中的技巧。但是，鲜有人站在博弈的立场全面审视公诉工作，本书显然视角更为独特，立意也更为新颖。作者并未将公诉工作中的博弈仅仅局限于控辩之间的对抗，而是花费大量笔墨阐述了公诉人在办案过程中面对情感与责任、罪与非罪、此罪与彼罪、一罪与数罪、事实与证据判断时的自我博弈，其中既揭示了问题，也为读者提供了解决问题的思路。另外，本书摆脱了传统观点，立足于新的视角去分析问题和解决问题。比如，其对司法与民意、情感与责任、证据规则和内心确信、公诉人应具备的综合素能等方面都有独到的见解；其所提倡的能动司法、将貌似符合犯罪构成的行为排除出犯罪范畴、公诉人应当与案件当事人以及辩护人在合作的基础上展开对抗，等等，都充满新意并具有很强的现实指导意义。上述特点，使本书具有很浓的原生态特色。

责任。透过书中文字，我能够感受到作者和她的同事们在办理案件或指导办案过程中的纠结和压力。我对作者在书中概括的公诉人在办案中“战战兢兢、如履薄冰”的心态十分理解。我想，这种压力来源于责任。书中列举了大量现实案例，其中许多案件如果仅仅作法律层面的考量，并不至于在办案人心里引起如此激烈的斗争，产生纠结和压力的主要原因在于，他们并不想简单地就案办案，而是始终胸怀大局，站在更高层面上去分析、解决问题，从而才在社会正义、刑法目的性和具体的妥当性之间反复权衡，本书字里行间所表现出的强烈责任感足以令人感动。

本书的出版，无论对李爱君个人还是南京市检察机关，都是一件值得高兴的事情。在此，我不仅要向李爱君同志表示祝贺，也要对那些默默奋战在公诉战线上的同事们表示深深的敬意。希望他们能够再接再厉，不断进取，为检察事业发展做出更大贡献。

南京市人民检察院检察长

葛晓燕

二〇一〇年十二月

前 言

两年前写完《审查起诉重点与方法》时，看着早生的华发和憔悴的容颜，曾决定给自己的心放个五年的长假，辍笔不耕，快乐工作、尽享生活。怎知才过了七百日，就禁不住朝霞^①的诱惑，又为博弈之道着迷，或许，我是真的太热爱公诉这个职业了。促成我写作本书的原因很多，但最根本原因还是自己有话想说。

随着刑事诉讼由自治型模式向回应型模式转变，公诉工作的社会属性日益明显，其内涵也更为丰富。如固守旧有的执法理念和沿袭一贯的工作模式，势必会导致良好的工作局面难以为继。在当前形势下，公诉人需要以社会人和法律人的双重角色去审视、解读案件，从惩治犯罪、保障人权、化解矛盾、弘扬正义等多个角度去实现办案的综合效果，既要使案件经得起法律检验，也要使自己的司法结论能够获得普遍的社会认同。在此过程中，当道德的感性与法律的理性纠结、当民众的需求与刑罚的价值矛盾、当现实的结论与善良的愿望冲突、当内心的确信与证据的缺失共存时，无论哪一种情形都会使得公诉人在情感与责任之间举棋不定。在实际工作中，公诉人一旦陷入罪与非罪、此罪与彼罪、一罪与数罪的争议当中，内心的纠结只有本人能够体会。在与辩护人、法官、当事人打交道过程中，虽然没有唇枪舌剑与剑拔弩张，但是，为使案件处理得更为妥当，公诉人需要为自己的观点加入更多注释，并想尽办法去说服、牵引对方。上述种种，势必带来公诉工作理念的更新和工作模式的改良。这些年，自

^① 中国检察出版社的史朝霞女士。



我感觉在这方面有一些想法和感悟，而我在上一本书中对此少有谈及，每每翻阅，总有意犹未尽之感，检察出版社的适时约稿最终促成了本书的问世。

多数人会认为控方与辩方是刑事诉讼博弈中两个最大的玩家，然而当我访问了身边许多公诉人，再回首自己所办理的近千起刑事案件，我发现，控辩双方在法庭上的正面交锋只是公诉博弈过程中最具魅力且最华彩的一个片段而已，在实际工作中，公诉人需要不断地与不同的对象展开博弈。回顾十余年来的公诉经历，我更愿意将公诉工作比作一场旷日持久的战争，因为在我看来，公诉人不断超越自我，实现素能提升便是战胜自我的过程；公诉人在处理情感与责任、罪与非罪、此罪与彼罪等争议时，其内心斗争是不可避免的；而公诉人在与案件当事人、辩护人、法官打交道过程中，根据自己的思路去纠偏、纠错，从而使得案件朝着预想的方向发展，同样也是不断斗争的过程。站在这个角度，公诉实际是一个看不见硝烟的战场，故而我将本书定名为“我的公诉战争”。

本书共分五章。第一章从公诉人自我定位入手，归纳了当前公诉人应当具备的综合素质，同时认为，站在公诉的角度，刑事辩护是一门遗憾的艺术，公诉人应当正确看待失败，并善于从实践中汲取营养，不仅要养成娴熟的法律逻辑思维，还要练就良好的办案感觉、敏锐的洞察力以及高超的处置问题的技巧。公诉人作为社会人，应当具有朴实的道德情感，而作为司法工作者，他又同时具有法律人特有的情感和正义观，当情感与法律、民意与司法发生碰撞时，公诉人应当通过能动地解释法律，在两者之间做到守恒。第二章从罪与非罪、此罪与彼罪、一罪与数罪、事实和证据判断四个方面，论及了当前办案实践中经常会导致公诉人陷入内心争斗的困惑或难点，分析了产生困惑与纠结的原因。在解决问题的层面上，有的提出了处理方法，有的则只提供了我的一些感悟，以期对读者有所启发。第三章为公诉人与辩护人的博弈。本书并没有按照传统模式将两者对立起来看待，而是主张公诉人与辩护人应当在相互信任的基础上，在合作中展

开更为有效的对抗。第四章归纳了实际工作中公诉人与法官产生冲突的常见情形，并提出了说服法官的几种常用方法，称为与法官的博弈。第五章讲述了公诉人与当事人的博弈之道。主张公诉人与案件当事人打交道时，应当尽可能地获取当事人的信任，并针对当事人的不同特点和不同诉求，有目的地分而处置，以更理性、更平和的方式，引导刑事诉讼朝着公正、高效的方向发展。书中列举了大量现实生活中的案例，意在使本书更贴近工作实际，同时也为书中所持观点提供更为充分的论据。

感谢南京市人民检察院公诉一处的全体公诉人和我分享了他们办案中的快乐与苦恼、纠结与收获。感谢中国检察出版社再次提供给我难得的与读者作心灵交流的机会。

本书的写就没有太多借鉴，更多的是多年实践中自己的所思、所想、所得、所悟，工作之余，仓促完成，因此难免粗浅、差误，恳请读者朋友多多指正。

二〇一一年一月二十日



目 录

第一章 自我博弈——职业素养与内心世界	1
第一节 我是谁	2
一、我是公诉人	2
二、从犯罪嫌疑人到被告人，要一直跟着程序走	5
三、惩恶还要扬善	7
第二节 优秀公诉人的炼成	8
一、心理素质是锻炼出来的	8
二、理论功底有赖于不懈怠的思考	10
三、办案技巧要靠经验积累	11
四、办案感觉是法律素养、洞察能力和社会良知的 综合	13
第三节 如果失败是必须的，那就微笑着去拥抱	14
一、我的一些亲历——踏入社会的第一场博弈	14
二、站在公诉人的角度，刑辩是一门遗憾的艺术	15
三、拥抱失败的同时，你也站在成功的起点	17
第四节 情感与责任怎样才能守恒	18
一、法律人的情感与正义观	18
二、情感与责任有时会发生碰撞	21
（一）法律跟不上情势发展	22

(二) 法的一般规定是正当的, 但由于个案的特殊性, 导致适用法律的结果偏离一般社会情感	22
(三) 社会公众的普遍道德水准与法的期待有差距	25
(四) 证据规则适用结果使得社会一般情感得不到满足	27
三、情感与责任的守恒实则是博弈的过程	30
第五节 司法与民意怎样才能契合	32
一、我眼中的民意	32
二、司法与民众需求	35
三、能动司法是促成司法与民意契合的不二选择	36
四、实践中能动司法的一些个案	39
第二章 不辩之辩——隐形博弈	43
第一节 办案中的博弈大多是看不见的	43
一、办案中要与许多对象进行博弈	43
二、想要说服别人先要说服自己	45
第二节 在罪与非罪之间徘徊	45
一、时常在罪与非罪之间犹豫	45
(一) 有些法律条文过于原则, 留下太多的解释空间	46
(二) 有时, 我多么希望法律能给我一定的解释空间	48
(三) 犹豫之后的抉择	51
二、在几种情形下的纠结很痛苦	52
(一) 行为人的行为依法构成犯罪, 但承办人认为不 应当被评价为犯罪	53
(二) 行为人的行为应当以犯罪评价, 但法无明文规定 不为罪	55
(三) 承办人确信行为人犯了罪, 但证据不足以证明	56
三、有时罪与非罪的界限很模糊	58
(一) 证据是否充分	58
(二) 行为人是否具备特定身份	61

(三) 是否具有特定犯罪动机	64
(四) 是否具有特定犯罪目的	65
(五) 是否存在故意或过失	68
(六) 客观行为是否符合犯罪构成要件	69
(七) 行为与结果之间是否具有因果关系	71
(八) 犯罪是否作用于特定对象	72
(九) 是否产生法定后果	74
(十) 是否已过追诉时效	77
(十一) 是否存在排除犯罪事由	78
四、几种貌似犯罪的行为要排除出犯罪	80
(一) 貌似符合犯罪构成, 但实质上并不符合犯罪构成	81
(二) 貌似符合犯罪构成, 但行为呈现大众化	82
(三) 貌似符合犯罪构成, 但行为没有社会危害性	83
(四) 貌似符合犯罪构成, 但行为的社会危害性较小	86
(五) 貌似符合犯罪构成, 但认定行为构成犯罪很荒谬	88
(六) 貌似符合犯罪构成, 但认定行为构成犯罪与道德 观念相悖	88
(七) 貌似符合犯罪构成, 但是不能期待行为人作出 合法行为	90
(八) 貌似符合犯罪构成, 但社会对此行为普遍能够容忍	91
(九) 貌似符合犯罪构成, 但行为系由于职能部门不作为 或者滥作为所致	93
五、判断罪与非罪的原则和方法	94
(一) 罪刑法定是统领	95
(二) 存在疑问时, 将利益交给行为人	96
(三) 根据社会一般人正常观念进行判断	97
(四) 客观归罪或主观归罪都不可取	99
(五) 切忌机械套用犯罪构成要件	101
(六) 找到一点谬误便可全盘否定	103
(七) 换位思考是必要的	104

(八) 给一般违法行为留出足够的空间	107
第三节 在此罪与彼罪之间犹豫	108
一、分歧总是难免的	108
(一) 法律条文不明确, 以至于在理解过程中产生太多的 争议	108
(二) 对事实理解不同, 形成此罪与彼罪的争议	111
(三) 对行为作法律上类型化的判断存在争议, 难以在此 罪与彼罪之间作出明确的判断	112
(四) 对证据和事实归纳产生分歧	114
(五) 犯罪手段与时俱进, 使得确认犯罪性质的难度与日 俱增	116
二、相近罪名之间的关系很复杂	117
(一) 构成要件上的包容关系	117
(二) 构成要件上的竞合关系	119
(三) 事实上的吸收交叉关系	122
三、个体解释法律的方法和角度有差异	124
四、区分此罪与彼罪的几点心得	126
(一) 准确地归纳犯罪事实	127
(二) 把握犯罪构成要件精髓	128
(三) 深入地解释法律	129
(四) 在事实与犯罪构成要件之间进行比对	132
(五) 一定的法律储备必不可少	134
(六) 罪责刑相适应	136
(七) 存在疑问时, 将利益交与行为人	138
第四节 在一罪与数罪之间权衡	140
一、一罪还是数罪, 有时很难判断	140
(一) 理论不能有效指导实践	140
(二) 证据不足使得罪数问题存疑	141
(三) 因实体认识不同产生罪数之争	143

二、罪数中的禁止重复评价原则	144
第五节 事实和证据的判断取舍	147
一、审查证据时心里不踏实	147
(一) 唯恐遗漏证据	148
(二) 唯恐轻信了虚假证据	150
(三) 唯恐证据之间的矛盾得不到排除	151
(四) 唯恐非法证据未被发现	152
二、有罪推定使不得	154
(一) 有罪推定思想的存在是造成错案的重要原因之一	154
(二) 轻易相信犯罪嫌疑人的有罪供述有时会犯错误	156
(三) 轻易排除犯罪嫌疑人的辩解有时也会犯错误	157
(四) 听取多方意见很重要	158
三、审查证据的过程比较复杂	160
(一) 逐个审查	160
(二) 比对	160
(三) 组合	160
(四) 综合	160
四、内心确信与证据规则的矛盾	161
五、多种因素使得办案人员不敢轻易作出事实判断结论	163
(一) 担心犯罪人逃脱法律追究	163
(二) 担心无辜的人受到法律追究	165
(三) 担心案件当事人的合法权益得不到保障	169
第三章 与辩护人的博弈——对抗与合作并存	171
第一节 与辩护人的庭前博弈	171
一、实践中的需要和效果	172
二、彼此信任非常重要	174
三、公诉人与辩护人庭前交流实践模式	175
四、与辩护人庭前交流应当注意的问题	177

第二节 与辩护人的庭上博弈	179
一、事实与证据的博弈	179
二、实体博弈	184
第四章 与法官的博弈——说服与合作同在	190
第一节 与法官产生冲突的几种情形	190
一、对证据的判断产生分歧，使案件结果陷入未知状态	190
二、对案件的实体定性产生分歧，使案件结果陷入模糊状态	193
三、其他情形下的冲突，使公诉人陷入尴尬状态	199
(一) 在法庭上，法官随意打断公诉人的发言	199
(二) 在法庭上，法官有违法或控庭不当情形	200
(三) 庭审结束后，法官提出不合理要求	200
(四) 公诉人本人的意见与经汇报后决定起诉的结果 有所不同，但该意见与承办法官意见相同	201
(五) 案件起诉后证据发生重大变化又无法说服法官怎么办	202
第二节 说服法官的几种思路	203
一、鉴定佐证法	203
二、情理分析法	204
三、判例引证法	205
四、专家论证法	208
五、事前沟通法	209
第五章 与当事人的博弈——释法与平衡的艺术	212
第一节 对抗胜于合作	213
一、与被告人（犯罪嫌疑人）的关系	213
二、与被害人（家属）的关系	215
第二节 情与理的运用	218
一、以情感人	218

二、以理服人	219
第三节 释法与利益平衡	220
一、与表现各异的被告人（犯罪嫌疑人）之间的博弈	220
（一）真诚悔悟型	221
（二）认罪但不悔罪型	221
（三）认事但不认罪型	222
（四）拒不供认型	223
二、与风格不一的被害人（家属）的博弈	223
（一）理性温和型	223
（二）理性激烈型	224
（三）不理性且极端型	225
第四节 司法信任的建立	227
一、真诚相待	227
二、耐心倾听	230
三、周到说理	231
四、细致沟通	233
五、借助外力	235
六、坚守法律	237
七、赢得理解	237

第一章 自我博弈

——职业素养与内心世界

司法应当是独立、客观、审慎的，但绝不是孤立的，脱离于社会之外的。作为司法人员的公诉人应当以怎样的形象面对世人，应当担当哪些社会责任，如何去履行这些责任？社会不断发展，赋予了公诉工作更为丰富的内涵。作为公诉人，应当根据时代发展，不断对自己再认识，再定位，再塑造。公诉人同时具有社会人和刑事司法工作者的双重身份，在独立行使司法权追求正义时应照顾大众的情感。实践中，当情、理、法发生碰撞时，当法律的理性遭遇道德的感性时，公诉人时常陷入情感与责任的自我博弈当中。如何做到两者之间的守恒、如何实现法律思维与大众情感之间的融会贯通、如何学会在法律事实与社会现象之间的触类旁通，^①不仅是对公诉人综合素能的全面考验，也是司法工作在鲜活的社会生活中永葆生命力之源泉。

^① 笔者不知道“触类旁通”这一措辞是否精准，我想要表达的意思是，法律作为一门社会科学，与社会现象、社会道德、社会法情感都存在千丝万缕的联系，于是要求公诉人有这样一种“触类旁通”的能力，通过法律事实和诉讼活动，感悟到它对社会观念的引导、社会行为的塑造及社会生活的影响。

第一节 我是谁

一、我是公诉人

伟大的古希腊悲剧作家索福克勒斯的《俄狄浦斯王》寓意无穷，曾经使哲学家亚里士多德十分着迷，特别是其提到的“斯芬克斯之谜”，更是永恒地吸引并考验、锻造着无数哲学、语言学、心理学、文学、美学等领域的思想者的智慧，千百年来，人们对它的阐释构成了一道人类自我意识和认知的亮丽风景。“斯芬克斯之谜”尽人皆知：狮身人面鸟翼怪兽——斯芬克斯在古老的特拜城问经过的路人：什么动物早晨四条腿，中午两条腿，晚上三条腿走路，腿最多时最无能？众多无法给出答案的人们都死在怪兽面前，直到年轻的俄狄浦斯回答：“人。”于是，斯芬克斯一头扎入大海。少年时代读到这个故事时惊叹俄狄浦斯的智慧，而今，经历了许多世事后重读这一古老的神话时不禁要问：既然答案就是人类自身，为什么只有俄狄浦斯能够回答出来？为什么先前死去的人都没能回答？有人分析过，男人被斯芬克斯那美丽的面庞所迷惑而丧失理智，女人被斯芬克斯野兽的吼叫所恐吓而无法思考、不能回答。这分析颇有道理，生活在大千世界，面对着各种诱惑和困扰，当我们只用眼睛看世界，而不用心看自己时就常常会迷失自己，因为眼睛通常只是看自身之外的事物，难以看透自身。我想先前没能回答的人们就是因为只用眼睛看身外，却忘记了自己为何物。

许多公诉人背着行囊离开法学院时，心中都充满了正义与豪情，充满了公正与理性。保障人权、保护弱者、维护国家和公共利益、维护法律尊严是我们所担当的责任。随着时间的车轮向前滚动，一起起案件在控辩的博弈中不诉、起诉，一些人在实现正义的过程中越加成熟、睿智而不失理性；一些人却在博弈中变得迷茫、迟钝和盲目自信；还有一些人则丧失了