

入世后 检察工作 新视野

(上卷)

主编 刘建柱

中国检察出版社

上
卷

入世后
检察工作新视野

主 编 刘建柱
副主编 郭寿春

中国检察出版社

编 委 会

编委会主任

张建国

编委会副主任

杨志强

编 委

沈元秀

许天雄

郑利辉

张国明

佟 丹

刘建柱

赵秋丽

李雪锋

宋魏生

郭寿春

肖庆平

王维健

侯黎明

孙爱军

何俊培

袁 萌

序 言

由于毗邻香港的特殊地理位置、移民城市文化所特有的开放性格以及经济发达因而对于高层次人才所具有的吸引力，深圳市的司法机关人员素质较高，思想观念开放，在整个中国司法改革的格局中占据着引人注目的地位，也经常发挥着开路先锋的作用。据我了解，深圳市检察机关在过去的若干年间，充分发挥知识与人才的优势，积极推进对于司法改革尤其是检察制度改革的研讨，取得了引人注目的成绩。仅仅在 2002 年一年的时间里，全市检察系统的检察官以及其他人员就撰写调研以及案例分析文章近千篇之多。我们可以想见那里学习和研究的风气该是多么浓厚。

不过，从一个关注司法改革的学者的角度看，在过去的十余年里，当司法改革成为我国整体改革中最具活力的一个领域的时候，相关的学术研究还存在着种种不尽人意的地方。一个明显的现象是，法院制度的改革似乎吸引了更多的关注。在涉及到法院的问题上，近年来法学界翻译了不少国外作品，发表了不少论文和著作，一次又一次的学术研讨会不断地举行，实务界与学术界之间的良性互动格局也已经初步形成。但是，与此形成对比的是，从整体上看，在有关检察制度的问题上，学术研究却显得不是那么活跃，成果也没有那么丰硕。

在我看来，造成司法研究这种格局的原因部分地来自中国检察制度在当今世界的独特性。现行模式的制度渊源是十月革命后苏联的制度，在俄罗斯以及东欧国家已经剧烈转轨的今天，我们这种体制的正当性基础就出现了困难。平常我们说中国是一个发展中国家，这不仅仅体现在经济的不发达，也体现在制度建设方面往往需

要从发达国家那里寻求正当性资源。因此，谈起法院改革，人们完全可以从法治发达国家找到成型的理论作为相关改革方案的支撑，制度走向的目标也可以达成基本的共识。但是，一到检察制度改革的问题上，问题就变得十分棘手和混乱。这种情况是颇值得我们注意的。

很明显，如果在涉及检察制度的基本理论上没有一种具有原创性的系统且完整的建树，检察制度乃至整个司法改革的前景是没有办法乐观的。在没有与我们的现行模式类似的发达制度可资借鉴的情况下，一个可行的出发点对于眼下所面临的问题或者矛盾加以梳理，逐渐发现其中的一些要害问题，并且在博采各家理论的基础上，通过各个层面上的学术研讨和某些局部的制度试验，逐渐获得较为广泛的共识，从而推进制度的改良。

这里不妨简要地列举一下自己想到的涉及现代检察制度建构，尤其是中国的现代检察制度的建立和改革过程中所面临的几个矛盾。

第一个矛盾是国家权力与社会自治之间的冲突。我们经常说检察院代表着国家，从历史上看，检察院的出现充分表现了国家权力的兴起，表现了现代国家权力对社会控制的进一步加剧。这种权力的兴起是在中世纪后期。实际上欧洲中世纪早期人们对国家没有多少概念。人与人与其说是一种国家的认同不如说是一种种族的认同，另外还有行业之间的认同。只有在近代民族国家兴起后，才出现了民族与国家权力紧密关联的新型政治权力建构。民族国家出现的一个重要标志便是国家对于暴力的垄断；在刑事司法方面，过去的那种由私人起诉国家判断而完成的那种程序发生了变化，对刑事犯罪的追诉权力越来越多地被收到国家那里。不过，如果回归原点上，我们会发现，国家能否有效地、合理地代理包括刑事案件的起诉在内的事务本身便是一个问题。另一方面，实现社会事务的管理是要我们在整个社会自我组织能力方面的强化，如果国家权力过分渗透，会不会带来社会自治秩序的破坏，又是一个可以疑问的事项。因此，检察制度改革所要面临的首要矛盾便是这种国家权力

与社会自治之间的紧张关系。

接下来要面对的便是追诉犯罪与保护人权之间的矛盾。在这里，通常谈及保护人权的时候，总强调保护人权更重要的是保护受害人的权利，而不是被告人的权利。这种观念与一般法治国家的主流见解是相反的。由于在刑事司法程序中，垄断了暴力的国家居于绝对优势地位，因此，平衡这种不均衡的地位、更妥帖地保护被告人的人权便是标志一国刑事程序乃至整个司法制度的合理与文明程度的标尺。由于检察官所承担的正是追诉犯罪的职责，让他们同时努力保护被告人人权似乎有些自相矛盾。不过，考虑到检察官追诉犯罪并非要陷无辜于有罪，或者追求轻罪重罚，因而保护被告人的人权仍然是检控工作应有之义。当然，我们无法回避这里显而易见的内在矛盾。

第三个矛盾就是检察制度的建构中所面对的，作为司法人员的检察官群体以及权力运行的专业化与检察院内部管理的行政化之间的矛盾。如果允许下定义的话，不妨说检察权是由法律职业者或司法官来行使的一种行政性的权力。作为一个机构的检察院，它的内部管理模式往往是行政化的。尤其我们的检察制度来自苏联，后者的基本模式是一竿子插到底的，是半军事化的管理模式。我们虽然有所折衷，不过，宪法里明确规定的上下级检察院之间属于领导与从属关系——而非法院的那种“监督”关系——再明确不过地显示了检察体系管理模式行政化特色。然而，检察机关里的主体人员却是法律专业人士，他所运用的知识、所使用的语言、所追求的价值与法官以及律师之间是没有差别的。这样，检察官职业上的司法官性质与检察院内部管理制度的行政化特色之间便会发生相当的冲突。在推进法院改革中，至少在理论层面上，我们看不到这种矛盾，人们可以以圆恰的逻辑论证法官的独立性，而我们检察官的独立到底是在多大程度上可以等同于法官意义上的个人独立？

最后，是传统社会主义制度下检察院的崇高地位和目前世界范围内的制度转型所带来的检察权变化之间的矛盾。前面已经提及，检察院的崇高地位是社会主义国家出现后所形成的一个特色，也是

社会主义国家司法制度的一个共同特色。但是，随着八十年代末以来时局的变化，这种压倒性的崇高地位已经受到越来越多的质疑，如何寻找新的正当性基础是摆在研究者面前的大难题，当然，解决这一难题的过程也是特别富于理论和学术价值的。

承本书主编不弃，命我为这部文集作序，我就结合过去的一些思考，拉拉杂杂地列举了这些问题。提出问题容易，解决问题则要难得多。不过我相信，有像本书的作者们这样的研究热情，有法律界的更广泛的努力，困难总是会被一个一个地克服的，虽然新的困难又会不断地产生。

贺卫方

2003年9月8日

检
察
工
作
新
视
野

入
世
后

目 录 (上卷)

刑事法理论篇

(一) 刑事实体法类

- 3 论相对刑事责任能力及其处罚
——刑法第 17 条第 2 款之解释
- 11 全国人大《关于刑法第 384 条第 1 款的解释》涉及问题
之我见
- 24 罪刑法定原则别论
- 36 罪刑法定原则的理念与现实
- 45 初探刑事法律规避
- 51 对牵连犯统一适用数罪并罚之建议
- 57 由重刑化向轻刑化转变
——浅析中国刑罚改革走向
- 66 对我国坦白从宽政策法律化的思考

- 79 浅谈自首制度中“自动投案”的认定
- 87 试论犯罪过失
- 94 试论当前贪污罪主体的界定
- 108 滥用行政权力与职务犯罪的关系
- 135 事后受贿的定性
——以行为构造为视角
- 145 试论单位犯罪的几个问题
- 152 试论单位犯罪的刑事责任承担者之确定
- 162 挪用公款罪认定疑难问题研究
- 175 关于挪用公款罪中“归个人使用”的理解与适用
- 181 论行贿罪的独立性
- 189 浅析行贿犯罪的特点、查处少的原因及对策
- 198 徇私舞弊不移交刑事案件罪犯罪构成的几个问题
- 207 非法行医罪的认定研究
- 253 关于非法行医罪若干问题的法律思考
- 262 走私犯罪相关问题的研究
- 278 虚开增值税专用发票犯罪问题研究
- 292 抢劫罪若干问题研究
- 303 抢劫罪的若干问题研究总结
- 339 对聋哑人犯罪及其处罚的思考
- 347 玩忽职守罪的司法认定
- 354 论“入户抢劫”的认定
- 360 被动式受贿中“为他人谋取利益”之精确把握
——析李某受贿案

(二) 刑事程序法类

- 371 围绕提高质量和效率,积极探索刑检办案制度的创新
- 377 刑事司法工作中若干问题研究
- 384 论刑事检控与审判的再改革

390	无罪控制略论
402	辩诉交易于中国应缓行
417	浅谈辩诉交易制度在我国推行的理性思考
424	刑事诉讼举证责任倒置初探
431	司法证明标准的选择
441	司法实践中与刑事证明标准密切联系的几个问题
447	刑事检控工作中的非法证据研究
456	刑事诉讼中的数字证据
463	对普通程序简便审理的若干思考
468	刑事简易程序问题研究及其完善方向探析
478	不起诉问题实务研究
499	主诉检察官制度问题研究
518	取保候审问题研究
532	不捕问题研究
543	2001 年深圳市走私案件不捕原因分析及对策
554	深圳市检察机关办理刑事抗诉案件情况的调查报告
571	福田区多发性犯罪的特点、成因和对策
581	浅谈深圳市宝安区检察院刑检部门“人少案多”的成因 与对策
590	论公民在刑事诉讼中的地位
604	关于刑事证据标准的几个问题
611	浅论目前我国不宜确立沉默权

目 录（下卷）

检察实务篇

（一）侦查类

- 621 适应新时期反腐败斗争的要求 探索和实践职务犯罪侦查工作的新思路
- 626 职务犯罪情报网络建设问题研究
- 641 职务犯罪侦查工作基础建设初论
- 650 贪污贿赂犯罪案件侦查的特别措施
- 655 自侦案件证据收集问题研究
- 669 论卧底侦查争议问题及其法律规制
- 683 诱惑侦查的法律规制
- 705 论深圳与香港区际刑事司法协助中的调查取证问题
- 714 美国刑法中“警察圈套”之探析
- 731 挖掘案中案的思路和方法
- 744 海关工作人员放私受贿案件的特点、侦查难点及对策
- 755 罗湖区检察院自侦案件撤案与不起诉的情况分析
- 761 追捕职务犯罪嫌疑人问题研究
- 772 浅析民行检察部门初查涉及的几个问题
- 780 检察机关追逃难的原因及对策
- 787 渎职侵权案件案源缺乏的原因和对策

（二）监督类

- 799 完善检察机关内部监督制约机制探讨
- 813 加强侦查监督 完善检察职能
- 823 如何在监所检察工作中开展侦查监督
- 831 借鉴香港罪犯权利救济制度经验 切实保护罪犯的合法权益
- 843 赋予中国检察机关公益诉讼权初探
——也谈当前检察制度改革的方向
- 856 民事行政检察监督新途径微探
- 875 试论民事行政检察工作瓶颈的原因及其对策
- 884 关于民行抗诉案件审查方式之思考
- 889 被判处死刑的被告人的权利保护问题研究
- 896 试论舆论监督对加强法律监督工作的作用
- 902 公益诉讼
——入世与行政检察工作展望
- 909 对看守所监督的思考
- 917 浅谈被押解、看管人员的心理特征及司法警察的对策
- 921 存疑案件刑事赔偿问题探讨
- 929 对我院刑事赔偿案件的原因分析及对策研究
- 935 存疑案件国家赔偿问题研究
- 940 不立案申诉之公开审查
- 952 论人大对司法机关之个案监督权与司法改革

（三）预防类

- 963 检察机关如何开展职务犯罪行业预防研究
- 977 坚持“打击、保护、预防、服务”办案思路追求最佳办案质
量和效果
- 986 把握职务犯罪的原因、特点 建立完善的预防工作新机制

- 997 预防职务犯罪的检察职能应进行四方面转变
- 1003 关于进一步完善福田辖区大预防网络的思考
- 1010 积极推进预防职务犯罪立法 全面适应依法治国基本要求
- 1017 海关陆路查验环节职务犯罪预防的调研报告
- 1025 预防国有企业职务犯罪与健全法人治理结构
- 1037 如何预防和减少集体举报

(四) 综合保障类

- 1045 完善检察人员公正执法保障机制
- 1051 建立检察考核评价体系的若干思考
- 1059 新时期特区检察工作改革与发展方略论
- 1074 切实贯彻“5. 31”讲话 推动检察工作与时俱进
- 1077 认真加强作风建设 推动检察工作与时俱进
- 1084 加入 WTO 对检察工作的影响及对策
- 1098 加入 WTO 后检察机关面临的考验与改革举措
- 1103 浅谈入世后检察机关面临的挑战和对策
- 1111 解读检察权
- 1121 试析朱元璋“重典治国”思想与实践
- 1127 关于检察官职业化与检察官制度若干问题的理性思考
- 1150 中国检察机关在保护人权方面的地位和作用
- 1156 深圳市检察系统队伍建设情况的调查报告
- 1174 与时俱进把检察长巡回接访推向深入
- 1179 司法会计鉴定结论的一个误区
——“所有权转移”问题
- 1186 刑事伤害鉴定的再思考
- 1192 252 例保险事故伤残鉴定浅析
- 1198 司法会计行业的现状及对策
- 1210 法医鉴定为群众投诉热点的原因及对策探讨
- 1215 深圳市司法鉴定体制改革的构想

- 1224 检察机关后勤管理略论
- 1236 司法警察队伍规范化建设探析
- 1241 浅谈司法警察对检察官人身安全的有效保护
- 1245 检察长办公会会务若干问题研究
- 1258 现行检察统计报表刑事检察统计指标的情况及存在的问题
- 1264 试论如何提高检察机关公文处理质量
- 1271 关于做好内勤工作的几点思考
- 1281 强化督促检查 抓好工作落实
- 1285 教育培训在检察队伍建设中的地位和作用
- 1290 从文档一体化角度浅谈我院文档管理工作
- 1298 调研工作必须着眼于实用

刑事实体法类



论相对刑事责任能力及其处罚

——刑法第 17 条第 2 款之解释

元志明 王东华*

一、相对刑事责任能力的概念

刑法第 17 条第 2 款是有关相对刑事责任能力的规定。相对刑事责任能力是指行为人仅限于对刑法所明确规定的某些严重犯罪具有刑事责任能力，而对未明确规定的其他危害行为无刑事责任能力的情况^①。对于相对责任能力这一称谓，我国有学者认为不太贴切，“容易误解为行为人对所有犯罪都不具有绝对的责任能力，而是只具有相对的责任能力”^②，因而主张使用部分责任能力这一概念。这一观点颇有见地，但为遵从惯例，本文仍使用相对责任能力作为相应概念。

在外国刑法理论中，相对（部分）责任能力的概念，本来就是就偏执狂提出的，发展到后来形成了包含两种情形的理论体系。一种是在能力的方向上受到限制，即只对某种类的犯罪具有责任能力，例如，具有好诉妄想的偏执症患者，相对于诬告罪是责任无能力的。另一种是在能力的程度上受到限制，即只对某范围的

* 作者单位：深圳市人民检察院法纪检察处

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学（上编）》，中国法制出版社 1999 年版，第 172 页。

② 冯军著：《刑事责任论》，法律出版社 1996 年版，第 142 页。