

# 从权力运作看职务犯罪预防的困境与出路

徐虹

(浙江省宁波市镇海区人民检察院 浙江 宁波 315200)

**[摘要]**如何强化检察机关职务犯罪预防工作一直是理论和实务研究的热点。适度扩大职务犯罪预防权力的范围,对强化职务犯罪预防工作有一定的功效,但在完善职务犯罪预防职能性权力的同时,还应注重对职务犯罪预防的运行机制的完善。检察机关职务犯罪预防的运行机制所要研究的是,按照法律监督权要求,从权力运作的内在规律,分析目前职务犯罪预防权行使存在的瓶颈问题,以动态视角对预防工作的依据、效力、保障及内外部运行环境等方面进行梳理和完善。

**[关键词]**权力运作 检察机关 职务犯罪预防 法律监督权

## 一、为什么权力运作为视角

从现实的司法环境看,目前检察机关职务犯罪预防工作执行力度较软,“务虚化”问题较突出,这与检察机关作为法律监督机关的宪法定位不相称,与当前广大人民群众对公平正义的要求尚有较大的差距。如何强化职务犯罪预防工作呢?理论工作者和实务工作者大多从完善职务犯罪预防工作职能性权力着手,分析职务犯罪预防权力的具体配置,提出要适度地扩大职务犯罪预防的范围,如增设检察机关职务犯罪预防的调查权、知情权、问责权等建议。的确,此种职务犯罪预防权范围的扩大无疑对强化检察机关职务犯罪预防工作是有帮助的。但笔者认为,如果在配置此种职能性权力时,不注意完善职务犯罪预防权的运行机制,职能性权力要素范围再大,也难以充分撑起职务犯罪预防的现实功能。本文在分析目前职务犯罪预防运作现状特点的基础上,提出完善职务犯罪预防权运行模式的几点建议。

## 二、职务犯罪预防运行现状的实证分析

### (一)职务犯罪预防权力运作的概念

检察机关职务犯罪预防的运作机制所要研究的,就是在实践中如何按照法律监督权要求以权力运行的内在规律行使职务犯罪预防权,从而立足检察机关的固有优势,构筑起防腐防线,完成惩防并举的使命。

权力运行规律是行使任何一项权力都不可缺少的基本的内在的规律,直接影响到权力运行的有效性。从权力运行的视角来看,检察机关的职务犯罪预防权力,主要涉及以下四点基本运作规律。1.权力运作的目的,目的决定运作。在职务犯罪预防体系构建中,既然要把检察机关作为职务犯罪预防的一个重要部门,其目的显然是要通过检察机的职能活动来构筑预防体系。也就是说,法律监督职能定位决定了检察机关职务犯罪预防的配置与运作,检察机关的职务犯罪预防权必须紧紧围绕实现法律监督目的的内在需求。2.权力运作的自我满足性,权力结构要素中的意志要素具有自我满足的特性,即应当有方法和手段来保障意志的实现。从职务犯罪预防的客观要求看,职务犯罪预防必须有“名正言顺”开展预防工作的法律依据,必须能够及时发现被预防单位存在的问题,必须有按照自身意志开展预防工作的能力,必须有对可能发生职务犯罪的隐患进行阻止的权力。3.权力运作的内部系统与外部环境。权力运作的内外部环境必然影响到权力运作的有效性。从职务犯罪预防的组织系统看,主要包括检察机关内设部门的运作机制和检察机关外

部的运作环境两个部分。4.权力运作的保障,主要指权力运作的人、财、物的配置。从我国检察机关的实际情况看,由于受到我国经济发展水平的制约,检察机关在机构设置和人财物的配置方面资源十分有限,没有充分的司法资源使职务犯罪预防能够延伸到所有可能发生职务犯罪的领域,这决定了检察机关职务犯罪预防权力运作的范围,即必须在党委和政府反腐倡廉的统一领导下,有重点地(如近年来对职务犯罪易发的重大工程领域)进行预防。

### (二)职务犯罪预防运行瓶颈的实证分析

有学者对我国目前12个有关职务犯罪预防的地方性法规进行了研究,通过分析和归纳,将检察机关职务犯罪预防的职权大致上细化为以下10项职权:(1)制订计划和措施,并督促、协调和帮助落实的权力;(2)调研、总结和推广经验的权力;(3)检查和通报的权力;(4)指导日常预防工作和开展专项预防活动的权力;(5)针对漏洞和隐患发出检察建议的权力;(6)收集、处理预防信息和建设信息系统的权力;(7)宣传教育、预警防范和提供咨询的权力;(8)督促和帮助建立完善相应制度的权力;(9)对举报予以受理和处理的权力;(10)其他预防职权<sup>①</sup>。

将这10项职权根据其性质进行梳理归纳,可以为四大类:1.知情调查权。知情调查权是指检察机关在职务犯罪预防中拥有对客观事实的知晓权力,它是职务犯罪预防权力中结构性的、前提性的法律要素。没有知情调查权或者知情调查权得不到充分保障,检察机关无法作出符合客观事实或法律要求的决定。2.检察建议权。在检察机关职务犯罪预防工作中居于核心地位,其主要功能正是体现在违法预防上,是检察权对职务犯罪预防得以实现的最直接的保证。3.咨询指导权,是建议权的延伸,并不具有法律上的强制力,主要是指利用检察机关的专业优势,在对职务犯罪预防的规律、经验、措施进行剖析、调研、总结的基础上,对有关单位、行业的工作、制度,提供咨询、指导和协助。

据此,职务犯罪预防运行中,主要存在以下三方面的难题。

1. 检察机关权力的法定性与职务犯罪预防法律依据不足存在的矛盾。

“检察机关只能根据宪法和法律的授权行使检察权,在行使检察权的时候,应当严格遵守法律的程序性规定和实体性规定,严格依法行使检察权。”<sup>②</sup>这被称作检察机关权力的法定性。职务犯罪预防权作为检察权的延伸,不能脱离检察机关权力行使的法定性的特征。但目前,检察机关开展职务犯罪预防

却面临一个普遍的问题,即法律依据的操作性不强。《刑事诉讼法》与《人民检察院组织法》中并未明确规定检察机关的职务犯罪预防权力。“2000年8月最高人民检察院职务犯罪预防厅设立并相继出台意见、通知和决定,使预防职务犯罪工作的开展有了指导和方向,但不够具体。许多内容只是原则性规定,明显缺乏可操作性,无法依据这些内容实施规范的预防措施。”<sup>[3]</sup>使得检察机关职务犯罪预防工作在具体的预防措施、检察建议的落实等方面缺乏足够的运行依据,困难重重也就不足为奇。

2. 检察机关权力的制约性与职务犯罪预防的弱强制性存在的矛盾。

检察机关权力是一种制约性的权力。从法律监督权的整体来看,监督权的本质就是对权力以监督为内容的制约,保证权力的法律限定的范围内实施,防止以权压法的现象。从检察权与司法权和行政权的关系来看,检察机关的批捕、公诉等权能正是从行政或司法权中剥离出来,反过来制约行政权和司法权的权力。“检察权位于司法权与行政权之间,既是司法权与行政权相互联系与制衡的介质,其本身又是两者制衡的体现。”<sup>[4]</sup>但目前职务犯罪预防的弱强制性却不利于检察机关对权力制约功能的实现。

检察建议权强制性不足也已经有目共睹。从上文对职务犯罪预防职权的归纳来看,咨询指导权占10项职能之中的7项。在10项职能的配置中,强制性权力的配置明显不足,不符合权力自我满足性的要求。一旦缺乏强制力的保障,权力的行使便犹如逆水行舟,导致在实践中检察机关预防职务犯罪对预防对象的制约作用不大,只能作表面文章,达不到实际效果。

3. 检察机关的权力运行的专业性于职务犯罪预防工作的综合性之间的矛盾。

检察机关职务犯罪预防权作为检察权的延伸,其在实际操作中,依赖检察权来实现职务犯罪预防的效果,最直接的表现就是直接依赖检察权中检察建议权,职务犯罪侦查起诉的权力也为职务犯罪预防权的行使提供了坚强有力的后盾,成为检察机关开展职务犯罪预防工作的明显的优势。与此同时,目前我国检察机关开展职务犯罪预防工作还依赖于党委和政府的支持,职务犯罪预防工作被纳入政府保廉体系,作为行政机关党风廉政建设考核的项目之一,通过行政权的上下级领导管理关系,推动检察机关职务犯罪预防工作的开展。

检察机关职务犯罪预防靠检察权与行政权两条腿走路的现象,主要源于检察机关的专业性和职务犯罪预防工作综合性的差异。<sup>[5]</sup>检察机关作为法律监督的专门机关,其行使职务犯罪预防权必然受到法律监督的性质的制约,具有显著的专业性特征。预防职务犯罪涉及社会的方方面面,是一项社会化的系统工程。因此,检察机关职务犯罪预防权的运行过程中,必须理顺预防工作的内外部工作机制,内部完善检察权能的一体化,外部促成检察机关与其他具有职务犯罪预防职能的行政机关的协调与合作,从而达到成效最优化的目标。

三、完善职务犯罪预防运行的立法与组织进路分析

(一)检察机关职务犯罪预防立法形式应当实现从分散型到专门型,从地方性到全国性的转变

目前,在国家立法空缺的情况下,却已有不少地方性法规率先对检察机关的预防职权加以规定。由此,产生了三大弊端。一是在缺乏上位法的有效指导之下,各地方性法规势必存在或多或少的差距,这与检察权行使的统一性相背离。二是各地方性立法囿于权限的限制,不能赋予检察机关职务犯罪预防权的必要的强制性。三是造成对职务犯罪预防地方性立法的合法性质疑,有损检察机关职务犯罪预防权的权威性。这种分散性、地方性的职务犯罪立法模式已经不适应于目前检察机关职务犯罪预防工作在全国如火如荼进行的需要,急需在总结各地立法经验的基础之上,专门制定全国统一的职务犯罪预防法律来规范检察机关的预防职权。专门性、全国性的立法,较之修改现行法律(如在《人民检察院组织法》加入职务犯罪预防的职权设置和程序规范)更能够有效总结整理各地方性职务犯罪预防法规,更符合职务犯罪预防社会性、综合性的特征。

(二)检察机关职务犯罪预防立法内容应当实现从职责型到权力型,从原则性到程序型的转变

目前检察机关职务犯罪预防权因其强制性较弱,失去了权力的特征,实际上蜕变成一种职责而非权力。这不符合职务犯罪预防权作为法律监督权的一个组成部分的特征<sup>[6]</sup>,对预防对象不能起到应有的制约作用。因此,在立法上应当实现从职责型向权力型,从原则到程序转变。当然国家权力的强制性有各种不同的表现方式,职务犯罪预防权的强制性应以检察机关法律监督权的本质和要求为标准。从法律监督权的程序性与制约性特征来看,检察机关的职务犯罪预防权应当是一种外在性的权力,不干预、不处分被预防单位本身的内部管理、决策执行等活动。具体来说职务犯罪预防权的强制力应当明确两大原则,一是程序性原则,即对检察机关关于职务犯罪预防的建议,被预防单位在实体上有自主决定是否接受、如何执行的权力,但在程序上必须明确被预防单位答复检察机关的时间、方式和事项。二是制约性原则,若有关单位不予回复,或无正当理由拒绝执行的,则应承担一定的法律后果,检察机关有提起有权管辖的机关追究其责任的权力,对由此造成严重后果的,如导致职务违法犯罪发生的,则可追究相关责任人的责任。同时,尚需明确职务犯罪预防权具体的操作程序,以避免权力行使的随意性。比如,明确职务犯罪预防权行使的决策程序、行使的方式等。

(三)理顺检察机关职务犯罪预防内外机制

实现检察机关职务犯罪预防权运行的内外协调,主要处理好二种关系。1. 检察机关内部分工协作的关系。诸如“完善检察长领导下的预防职务犯罪工作协调机制和各业务部门分工负责的预防工作责任制,建立健全查办案件和预防工作的联动机制,预防部门和办案部门密切配合,打防结合,以打促防,实现各部门的信息共享,预防部门与控申、民行、反贪反渎等部门的案卡管理和统计系统建立连接,实现预防部门对职务犯罪信息实时进行量化分析和预测”<sup>[7]</sup>等内部工作的领导机制、执行机制和信息机制,提高职务犯罪预防权运行的效率。2. 检察机关与党委、政府、人大在职务犯罪预防过程中的关系。这又可细分为两种关系,一是领导关系,是指检察机关是党委的统一领导下反腐败斗争的一个重要部门,

[下转第37页]

动态过程,在这一过程中各种情况可能会发生变化,因此司法审查也应当具有动态性,根据不同的情形作出相应的处理。羁押超过时限的,根据具体情况或释放或更换为其他的强制措施;未超过时限的,进一步审查实质条件,如果已无羁押必要的,也应根据案件的具体情况或释放或更换为其他的强制措施。这样便可即使发现不当羁押的情况,兼具救济功能。

### 三、结语

不受任意和非法的羁押是每个公民的宪法权利,也是保障人权的必然要求。虽然未决羁押作为一项强制措施可以保障刑事诉讼活动的顺利进行,但毕竟是在判决生效前剥夺了一个在法律上无罪的公民的人身自由,不可避免地具有预期惩罚的特质。因此,讨论未决羁押的公正性及其保障,对于人权的保障具有十分重要的意义。在短短的一篇文章中并不能穷尽未决羁押公正性的要素和保障制度。人类文明不断发展,对这一问题的探索也将继续深入。

### [参考文献]

- [1][3][13]陈建军,李立宏.刑事诉讼价值论.中南大学出版社,2006-12.
- [2][美]E·博登海默.法理学:法律哲学与法律方法.邓正来译,中国政法大学出版社,1999-1.252.
- [4][8][10]肖建国.程序公正的理念及其实现.法学研究,1999,(3).转引自 C. Perelman, Justice, Law and Argument, D. Reidel Publishing Company, 1980 p.1.
- [5]李德顺,戚渊.关于法的价值对话.中国法学,1996,(5):38.
- [6]季卫东.程序比较论.比较法研究,1993,(1):10.
- [7]李组军.论程序公正.现代法学,2001-6.92.
- [9]陈瑞华.刑事审判原理论.北京大学出版社,2003-9.51.转引自

Christopher Osakwe, The Bill of Rights for the Criminal Defendant in American Law, in Human Rights in Criminal Procedure, p.260, 1982 by Martinus Nijhoff Publishers.

- [11]未决羁押属于刑事诉讼程序,因此本文在这里探讨的是刑事诉讼程序公正的标准。
- [12]季卫东.程序比较论.比较法研究,1993,(25):12.
- [14]董茂云,潘伟杰,谢佑平,侯健.宪政视野下的司法公平.吉林人民出版社,2003.1—2.
- [15]谢佑平.刑事诉讼国际准则研究.法律出版社,2002-7.233.转引自林山田.论羁押之特质目的及其决定权之归属.刑事法杂志,30(6):1.
- [16]张文显.法理学.高等教育出版社,北京大学出版社,1999-10.74.转引自 Black' law Dictionary West Publishing Co. 1983 p.1074.
- [17]陈永生.侦查程序原理论.中国人民公安大学出版社,2003-10.133.
- [18]孙连钟.刑事强制措施研究.知识产权出版社,2007-6.78.转引自[德]联邦宪法法院判例集.第19卷.第342页.
- [19]公丕祥.法理学.复旦大学出版社,2005-1.289.
- [20]孙连钟.刑事强制措施研究.知识产权出版社,2007-6.63.
- [21][26]陈瑞华.刑事诉讼的前沿问题.中国人民大学出版社,2000-1.225,158.
- [22]宋英辉.刑事诉讼目的论.中国人民大学出版社,1995.194.
- [23]冀祥德.控辩平等论.法律出版社,2008-7.283.
- [24]陈瑞华.审前羁押的法律控制——比较法角度的分析.政法论坛,2001,(4):107.
- [25]张曙.论我国审前羁押制度的完善.14.转引自[法]卡斯东·斯特法尼,乔治勒瓦索,贝尔纳布洛克.法国刑事诉讼法精义(下),罗结珍译,中国政法大学出版社,1998.611.
- [27][英]哈耶克.自由秩序原理.邓正来译,三联书店,1997.235.

[作者简介]蔡伟,女,江苏丹阳人,南京师范大学2007级诉讼法学硕士研究生,研究方向:刑事诉讼法学。

### [上接第33页]

立足检察职能开展职务犯罪预防工作。二是协作关系,是指检察机关与其他具有职务犯罪预防职能的机关如纪委、监察部门、审计部门的协作关系。纪委、行政监察部门的预防可视为行业内预防,检察机关的预防可视为行业外预防,内外统筹方能收到最大成效。目前,虽各自开展预防工作的职能立足点不同,但检察机关与这些机关在职务犯罪预防工作中仍存在职能交叉不清的现象,需要通过法规或相互制定共同预防职务犯罪的计划、文件等形式来明确各自预防权限、方式、目标,及协作途径,做到优势互补,信息互通,形成合力,优化整体协作效能。

### [注释]

- ① 另一方面是源于目前职务犯罪预防工作法律依据不明确,强制力不够,使得检察机关职务犯罪预防工作不得不借助党委政府的力量。
- ② “检察机关开展预防职务犯罪是法律监督职能的重要组成部分。其从源头上探索遏制和防范职务犯罪的治本措施,其本质也是促进有关单位、部门完善制度、强化管理,加强监督,保证权力运作正当合法。同时,利用检察机关打击职务犯罪的优势开展预防职务犯罪,还可以发现犯罪,实现防打结合。加强法律监督职能和加强职务犯罪预

防是相辅相成的,预防和监督的目的是一致的。”李晋华、田凯:《检察机关预防职务犯罪的价值与途径》载《检察实践》2003年第2期。在此基础上,笔者认为职务犯罪预防权是法律监督权的一项重要权能,是法律监督权不断丰富的表现。

### [参考文献]

- [1]魏迪,徐旭红.检察机关职务犯罪预防职权研究[J].法治研究,2007,(6):21.12.个地方性法规他们分别是无锡、邯郸、安徽、乌鲁木齐、黑龙江、江西、济南、吉林、洛阳、宁波、江苏和浙江。
- [2]张智辉.检察权研究[M].北京:中国检察出版社,2007.233.
- [3]于凤珍,苏玉华.检察机关职务犯罪预防工作研究[J].国家检察官学院学报,2005,(3):37.
- [4]梁玉霞.宪政视野中的检察权[A].检察论丛,第10卷.北京:法律出版社,2005.72.
- [5]敬大力.检察机关职务法律监督职能与预防职务犯罪的若干问题[J].人民检察,2003,(10):12.

[作者简介]徐虹(1981—),女,宁波人,就职于宁波市镇海区人民检察院,华东政法学院硕士研究生,研究方向:中国刑法。