



检察实务专家指导丛书

总主编 陈福宽

副总主编 谢佑平 周永年

2

检察实务中的 刑事程序问题解析

JIANCHA SHIWUZHONG DE XINGSHI CHENGXU WENTI JIEXI

谢佑平◎主编

真实案例拓展办案思路 法学理论破解实践难题

中国检察出版社



检察实务专家指导丛书

总主编 陈福宽

副总主编 谢佑平 周永年

2

检察实务中的 刑事程序问题解析

JIANCHA SHIWUZHONG DE XINGSHI CHENGXU WENTI JIEXI

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

检察实务中的刑事程序问题解析/谢佑平主编. —北京: 中国检察出版社, 2009. 4

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0071 - 7

I. 检… II. 谢… III. 刑事诉讼 - 诉讼程序 - 研究 - 中国
IV. D925. 218. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 046762 号

检察实务中的刑事程序问题解析

主编 谢佑平

出 版 人: 袁其国

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)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 19.5 印张 插页 4

字 数: 361 千字

版 次: 2009 年 7 月第一版 2009 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0071 - 7/D · 2051

定 价: 36.00 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

《检察实务专家指导丛书》总序

陈 旭*

《检察实务专家指导丛书》是一套将上海市检察院、分院、基层院在司法实践方面的优势与复旦大学法学院在法学理论研究方面的优势相结合，追求实践为理论提供实证研究对象、理论为实践释疑解惑，实现两者良性互动的丛书。本书通过汇集全国特别是上海检察实务中遇到的重点、疑点和难点问题，结合案例，由法学理论专家和检察实务专家以现行的法律和司法解释为依据，逐个分析解答，论述客观，依据充分，旨在为司法实践提供参考，以厘清认识中的误区，排解实务人员的困惑，促进严格、公正、文明执法。

丛书内容翔实，既包括实体法、程序法专辑，也包括各项检察业务专辑。丛书的作者既有在法学理论领域有较高理论水平的著名专家学者，又有在检察实务领域有较高知名度的检察业务专家或专门人才。丛书坚持开创性、理论性和操作性的有机统一，以生动的案例和理性的思辨，力求走出一条检察理论与司法实践相结合，用科学理论指导检察实践，推进检察机关规范执法的探索之路。该书具有以下特点：

一是突出针对性。丛书针对司法实践中的重点、疑点和难点问题，列举“主案例”，提炼重点，蒸馏疑点，分析难点，在专家作出“指导意见”的基础上，又列举“辅助案

* 上海市人民检察院检察长。



例”进一步论证和诠释，并指明“关联法规”等法律依据，切实解决事实认定和法律适用等方面的争议。

二是把握实践性。丛书以现行法律、解释等各种规范为依据，突出实践性和实用性，坚持为办案服务，为检察工作服务的宗旨，用法学理论来破解实践难题。只有在缺乏法律规定或法律有重大瑕疵时，才提出作者的观点，理论深度中等，其对检察工作第一线的办案人员具有指导意义。

三是注重广泛性。丛书包括实体法、程序法和检察业务三个专辑，既体现了传统丛书对实体问题的重视，又结合案例，对司法实践中经常遇到的刑事、证据、民事行政等程序问题进行了深入探讨。同时，还对刑检、自侦、控申、监所、民行等检察业务进行了研究。

四是紧跟时代性。丛书不事先确定每册书籍的内容，而是根据司法实践中迫切需要解决的实体、程序和检察业务中的问题，以“之一、之二、之三”等形式，连续、滚动出版。因此，丛书是一个只有“起点”没有“终点”的开放体系，与时俱进，与检察实务同步，充分展现时代性。

五是立足可读性。丛书援引了发生在司法实践中的大量典型案例，融会了真实性、理论性和趣味性的统一。丛书摒弃空洞的理论和晦涩的文字，以朴实无华的语言，体现出通俗和专业的结合，使其既适用于“内行”，又有益于“外行”，凸显了工具书和教科书的双重价值。

丛书追求作为静态法学和作为灵动法学的统一与和谐，以达致充满活力、开放性和创造性，其对于干部培训工作也具有重要参考作用。最高人民检察院根据中央颁布的《干部教育培训工作条例》和《关于进一步加强人民法院、人民检察院工作的决定》，制定了《检察官培训条例》和《“十一五”期间全国检察干部教育培训规划》，明确了检察队伍建设的指导思想，确定了以提高广大干警的素质和能力为重点，加强针对性和实效性的职业培训要求。最近，上海检察机关也制定了《关于全面开展岗位练兵岗位成才活动的指导意见》，围绕“一个素质、四个能力”，即检察官综合素质和出庭公诉能力、法律文书写作能力、侦查突破能力和证据分析运用能力，突出检察实务技能和执法办案规范化“两个重点”，推进岗位练兵、岗位成才活动。中国检察出版社组织策划的《检察实务专家指导丛书》，以提高执法办案能力、服务一线干警为宗旨，对落实中央和最高人民检察院的干部培训部署具有重要的实践意义。

二〇〇九年三月

序 言

随着社会主义市场经济的发展和依法治国进程的深入，在全社会实现公平正义已成为时代发展的必然要求，也是构建社会主义和谐社会的基本保障和重要标志。检察机关作为国家的法律监督机关，在维护社会公平、促进社会正义、服务保障民生方面担负着重要职责。只有坚持实体公正与程序公正并重、法律效果和社会效果并举，才能更好地维护社会的和谐与稳定。

在以程序公正确保实体公正的现代司法理念引领下，检察机关始终将程序公正作为树立司法权威的根本基础。但与此同时，由于我国《刑事诉讼法》在某些问题上的规定过于原则和笼统，刑事司法实践中有关程序性疑难问题大量涌现，各地检察机关对程序疑难问题的处理莫衷一是。为了指导检察人员在办理刑事案件中更好地遵守《刑事诉讼法》的规定，正确理解刑事诉讼程序的价值与精神，本书立足于检察办案实践，突出实用性、权威性，通过对诉讼程序问题的解析，从理论的高度提供专家指导意见，从实践的角度提供解决一类问题的法律途径，既为执法、办案工作提供指导，也为制定司法解释提供实践和理论依据。

本书坚持理论与实践相结合，具有以下特点：

一是体系严谨，结构具有合理性。通过“司法实例—争议焦点—关联法规—专家指导—辅助案例”的体例模式，既注意全面反映案件的客观情况，又罗列了司法实践部门的不同争议观点，侧重于对法律适用问题的解析，举一反三，学以致用。



二是实务性强，内容具有典型性。本书选取的基本上是在检察办案过程中涉及诉讼程序存在较大争议的案例，有相当一部分是当前检察实践中的热点、难点问题，如网络犯罪案件的管辖问题、证据效力问题等，在对这些问题的各种观点进行充分展示的基础上，以专家指导的方式从刑事诉讼法学理论和原理的层面上展开研究，以点带面，触类旁通。

三是理论性强，观点具有指导性。本书综合了检察机关具有丰富办案经验和理论造诣的资深检察官以及刑事诉讼法理论研究领域专家、学者的实践经验和研究成果，对现有检察实务中的诉讼程序问题进行了犀利的剖析，并对完善立法与司法提出富有建设性的建议，有利于法律监督能力的增强和检察实践的发展。

本书是《检察实务专家指导丛书》之二，请读者继续予以关注和支持。

谢佑平

二〇〇九年三月

目 录 Catalogue

《检察实务专家指导丛书》总序	1
序言	1
一、管辖与回避	
1. 网络犯罪案件的管辖如何确定	3
[主 案 例] 金某等盗窃案	3
[辅助案例] 1. 吴某盗窃案	11
2. 王某盗窃案	12
2. 检察机关应否批准公安机关超越管辖范围提请批准逮捕的案件	13
[主 案 例] 王某故意伤害案	13
[辅助案例] 1. 王某非法拘禁案	19
2. 吴某等非法集资诈骗案	19
3. 职能管辖交叉时能否按照主罪进行管辖	21
[主 案 例] 仇某受贿案	21
[辅助案例] 1. 李某职务侵占案	26
2. 赵某职务侵占、强奸案	27
4. 手机短信诈骗犯罪案件的管辖如何确定	28
[主 案 例] 施某等诈骗案	28
[辅助案例] 1. 张某等诈骗案	32
2. 李某诈骗案	33
5. 人民检察院处理本院检察长为被害人的案件应否整体回避	34
[主 案 例] 吕某故意杀人案	34
[辅助案例] 1. 倪某受贿案	39
2. 陈某等妨害公务案	40

二、强制措施

6. 在非自行侦查案件审查起诉过程中对到案的嫌疑人能否



改变原强制措施	45
[主 案 例] 倪某容留卖淫案	45
[辅助案例] 1. 汤某盗窃案	48
2. 何某某故意杀人案	49
7. 违反取保候审法定义务能否作为适用逮捕的实质条件	50
[主 案 例] 韩某合同诈骗案	50
[辅助案例] 1. 王某故意杀人案	58
2. 梁某合同诈骗案	59
8. 服刑期间发现漏罪应否采取逮捕措施	60
[主 案 例] 王某受贿、滥用职权案	60
[辅助案例] 1. 欧某盗窃案	63
2. 桑某某故意杀人案	63
9. 羁押期间能否计入侦查羁押期限并折抵刑期	65
[主 案 例] 庞某故意伤害案	65
[辅助案例] 1. 肖某非法经营案	69
2. 杨某等盗窃案	69
10. 释放被逮捕的嫌疑人应否在释放前通知作出原决定的机关	70
[主 案 例] 乔某容留他人吸毒案	70
[辅助案例] 1. 邓某、陈某故意杀人案	73
2. 程某故意杀人案	73
11. 公安机关对嫌疑人刑事拘留期限如何计算	75
[主 案 例] 姚某爆炸案	75
[辅助案例] 1. 李某强奸、杀人案	80
2. 熊某某盗窃案	81
12. 变逮捕为取保候审后发现不当而再逮捕的, 手续应否重新办理	82
[主 案 例] 孙某拒不执行判决案	82
[辅助案例] 1. 曾某盗窃案	85
2. 韩某故意杀人案	85
13. 送达时间的起讫点与诉讼期间如何计算	87
[主 案 例] 建某聚众打砸抢案	87
[辅助案例] 1. 严某某诈骗案	94
2. 李某某贪污案	95

三、侦查与证据

14. 初查的性质及初查措施	99
[主 案 例] 黄某故意杀人案	99
[辅助案例] 1. 刘某等非法持有枪支案	105
2. 蔡某受贿案	106
15. 初查中获取的材料如何使用	107
[主 案 例] 梁某受贿案	107
[辅助案例] 王某爆炸案	115
16. 立案条件应当如何把握	116
[主 案 例] 李某交通肇事案	116
[辅助案例] 张某故意伤害案	124
17. 如何保证立案监督的效果	125
[主 案 例] 陈某故意伤害案	125
[辅助案例] 1. 刘某玩忽职守案	133
2. 侯某强奸案	133
18. 检察机关如何对自侦案件进行立案监督	135
[主 案 例] 魏某贪污案	135
[辅助案例] 1. 周某挪用公款案	141
2. 张某等徇私枉法案	141
19. 对检察机关侦查活动的监督如何才能更为有效	143
[主 案 例] 陈某盗窃案	143
[辅助案例] 1. 宋某故意伤害案	147
2. 刘某、赵某抢劫案	148
20. 骨龄鉴定结果能否用来认定未成年人的年龄	149
[主 案 例] 王某盗窃案	149
[辅助案例] 1. 肖某盗窃案	153
2. 张某贩卖毒品案	154
21. 侦查实验结果能否作为计算盗窃金额的依据	156
[主 案 例] 张某盗窃案	156
[辅助案例] 1. 李某诬告陷害案	159
2. 孙某、郑某刑讯逼供案	160
22. 司法精神病鉴定的条件与规范	162



[主 案 例] 李某故意杀人案	162
[辅助案例] 1. 秦某故意伤害案	167
2. 赵某故意杀人案	168
23. 秘密侦查手段如何规范使用	169
[主 案 例] 王某等走私案	169
[辅助案例] 1. 李某非法经营案	173
2. 王某运输毒品案	174
24. 网络犯罪侦查中如何取证和采信	175
[主 案 例] 李某贪污案	175
[辅助案例] 1. 王某破坏计算机信息系统案	180
2. 张某盗窃案	180
25. 辨认结论是否具有证据效力	182
[主 案 例] 于某故意杀人案	182
[辅助案例] 1. 陈某盗窃案	187
2. 杜某故意杀人案	187
26. 区际刑事司法协助如何才能取得成效	189
[主 案 例] 吴某等非法经营案	189
[辅助案例] 1. 李某等受贿案	195
2. 杨某受贿案	195

四、审查起诉与公诉

27. 如何处理上下级人民检察院提起公诉时的级别管辖分歧	199
[主 案 例] 张某合同诈骗案	199
[辅助案例] 1. 李某故意伤害案	204
2. 刘某抢劫案	204
28. 犯罪嫌疑人家属不服不起诉决定可否提出申诉	205
[主 案 例] 李某受贿案	205
[辅助案例] 1. 何某贪污案	210
2. 李某贪污案	211
29. 法院是否有权变更公诉机关的起诉内容	212
[主 案 例] 李某故意伤害案	212
[辅助案例] 1. 王某等故意伤害案	216
2. 赵某工程重大安全事故案	217



30. 撤回起诉与不起诉在效力上是否能够等同	218
[主 案 例] 杨某强奸案	218
[辅助案例] 1. 胥某盗窃、抢劫案	223
2. 马某盗窃案	224
五、审判与执行监督	
31. 法庭审理中撤回起诉有无次数和期限的限制	227
[主 案 例] 蔡某合同诈骗案	227
[辅助案例] 1. 余某盗窃案	233
2. 陆某受贿案	233
32. 被告人在庭审中推翻的以前的口供是否可用	236
[主 案 例] 唐某、朱某抢劫案	236
[辅助案例] 1. 陈某等职务侵占及公司、企业人员受贿案	242
2. 赵某故意伤害案	244
33. 法定代理人有无延期审理申请权	246
[主 案 例] 胡某盗窃案	246
[辅助案例] 1. 丁某绑架案	248
2. 朱某强奸案	249
3. 陈某故意伤害案	250
34. 刑民交错案件能否适用刑事优先原则	251
[主 案 例] 陈某某贷款诈骗案	251
[辅助案例] 1. 娄某诈骗案	256
2. 杨某拒不执行判决、裁定案	258
35. 未成年人犯罪案件需要遵守哪些特殊原则	260
[主 案 例] 陈某抢劫案	260
[辅助案例] 1. 金某故意伤害案	265
2. 张某故意伤害、强奸案	265
36. 检察机关应否介入死刑复核程序	267
[主 案 例] 刘某保险诈骗、故意杀人案	267
[辅助案例] 1. 周某贩卖毒品案	274
2. 孙某抢劫案	275
37. 服刑即将期满前的余罪如何处理	276
[主 案 例] 张某抢劫、非法拘禁案	276



[辅助案例] 1. 宋某贩卖毒品、故意伤害案	279
2. 孙某贩卖毒品案	279
38. 减刑后发现原判决计算剥夺政治权利期限 有误可否抗诉	281
[主 案 例] 钱某抢劫案	281
[辅助案例] 1. 方某抢劫案	284
2. 李某盗窃案	284
3. 刘某盗窃案	285
39. 对人户分离和外来人员监外服刑的如何执行 监督	286
[主 案 例] 顾某盗窃案	286
[辅助案例] 1. 张某抢劫、盗窃案	289
2. 某油漆厂合同诈骗案	290
3. 蒋某贪污、票据诈骗案	290
40. 存疑案件应否给予国家赔偿	292
[主 案 例] 杜某故意杀人案	292
[辅助案例] 1. 居某挪用资金案	297
2. 唐某盗窃案	298
后记	299

一、管辖与回避

1. 网络犯罪案件的管辖如何确定

【案情简介】金某等盗窃案

2006年5月22日,深圳腾讯公司到南山公安分局高新派出所报案,称该公司陆续接到数以万计的用户投诉,称自己的QQ号以及QQ号里的Q币被盗。接报后,深圳市公安局迅速展开侦查。

侦查人员先后到长春、沈阳、鞍山、海城等地进行调查,最终摸清该盗窃团伙的运作内幕:该团伙以嫌疑人金某、衣某为首,在辽宁海城通过招聘方式招来30多名工人,并把这些分散在三个地点工作,每个地点又分别设立管理员进行分管。由金某、衣某提供作案软件工具,攻击各类网站,然后在攻破的网站挂上木马程序。凡访问过挂有木马网站的用户一旦登录QQ账户,其密码便被发到金某、衣某指定的服务器上。衣某将盗来的QQ号卖给吉林长春的嫌疑人于某,于某组织人员把QQ号里的Q币集中在指定账户,后将QQ号和Q币以较低价格进行转卖。该团伙共盗取QQ号码、游戏账号数百万个,涉案金额百万元,非法获利70多万元。7月8日,深圳警方在鞍山、长春两地,将42名犯罪嫌疑人抓获。11月18日,主犯金某被抓获。

【争议焦点】

深圳市公安机关对此案是否具有管辖职权。

【关联法规】

《中华人民共和国刑事诉讼法》第18条、第24条、第25条、第26条。



[专家指导]

国际互联网是一个以 TCP/IPC (传输控制协议/互联协议) 通信协议联结各个国家、部门、机构的计算机网络的数据通信网。其资源共享、分散控制, 分组交换、单独使用的非中心化的管理机制, 彻底改变了人们传统的行为模式。网络犯罪, 是指利用网络技术, 使计算机网络、无线通信网络等网络系统的功能受到影响、破坏、损害, 或者借助于计算机网络、无线通信网络等网络系统实施的严重危害社会的行为。网络空间的全球化、开放性、虚拟化、非中心化等特点, 动摇了传统司法管辖的基础, 使司法机关对网络犯罪的管辖面临着严峻的挑战。

传统国内刑事诉讼法以属地管辖权为基础, 确认管辖有赖于犯罪行为地和结果地的确定, 而在网络犯罪中, 要确定犯罪地本身就是个难题。^① 这是因为, 网络犯罪是运用计算机技术借助于网络实施的具有严重社会危害性的智能型犯罪, 其表现形式多样,^② 具有犯罪手段先进性、犯罪现场的网路性 (犯罪行为发生地与犯罪结果发生地相分离)、犯罪过程的隐蔽性、犯罪后果的严重性等特点。然而, 我国目前有关网络犯罪的立法还比较分散和概括, 不完整、不具体。

不仅如此, 网络犯罪还带来了国际法上管辖的新难题。由于网络犯罪具有很强的全球辐射性,^③ 这使得原有的法律规范要想适用于网络空间、调整网络犯罪, 最严峻的挑战就是各国或享有独立刑事訴訟权的行政区 (以下简称

① 总的来说, 如何确定网络犯罪的犯罪地, 是一个争议激烈的问题。2000年11月在海南省海口市召开的“新千年中国刑法问题研讨会”上, 无国界犯罪的管辖问题引起了学者们的关注。根据我国刑法理论及刑典规定, 犯罪行为或者犯罪结果有一项发生在我国领域内的, 即认为是在中国领域内的犯罪。但对于网络犯罪行为并未发生在中国领域内, 而行为在空间上穿越了中国领域的, 我国是否有管辖权, 法学界存在着诸多争议。

② 主要包括: (1) 金融诈骗 (如网上信用卡诈骗); (2) 网络病毒; (3) 网络黑客; (4) 网络泄密; (5) 网络欺诈; (6) 网络盗窃; (7) 网络色情 (有的国家规定部分此类行为为合法的); (8) 网上侵犯知识产权; (9) 网上侵犯隐私权; (10) 网上侵犯名誉权; (11) 网络教唆与恐怖活动。

③ 例如, 在美国政府诉托马斯夫妇案中, 托马斯夫妇在他们的计算机公告牌上登载了许多淫秽资料, 并允许他人任意进入广告牌查看这些材料。检察官在托马斯夫妇所居住的加利福尼亚州起诉失败后, 将这些淫秽资料下载到规定登载这些资料构成犯罪的州, 从而成功地起诉了托马斯夫妇。法院认为, 尽管托马斯夫妇的材料是储存在加州自己家的电脑中, 由用户个人自由下载的, 且不违反加州法律, 但是在田纳西州被发现的, 违反田纳西州的法律, 因而被判有罪。该案引发的争议是: 在超地域、超国界的全球信息网络系统中, 人们是否必须遵守世界上其他地区相互冲突的法律。