

JICENG JIANCHA SHIWU TANSUO

基层检察实务探索

潘 浩 主编



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社



基层检察实务探索

JICENG JIANCHA SHIWU TANSUO

潘 浩 主编



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP)数据

基层检察实务探索 / 潘浩主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2011. 5
ISBN 978-7-308-08567-0

I. ①基… II. ①潘… III. ①检察机关—基层组织—工作—中国—文集 IV. ①D926.32-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 059823 号

基层检察实务探索

潘 浩 主编

责任编辑 田 华
文字编辑 杨利军
封面设计 魏 莹
出版发行 浙江大学出版社
(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)
(网址: <http://www.zjupress.com>)
排 版 合金设计工作室
印 刷 绍兴市义鸣彩印包装厂
开 本 710mm×1000mm 1/16
印 张 18.5
字 数 290 千
版 印 次 2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-08567-0
定 价 48.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话(0571)88925591

目 录

【论文篇】

- 03 “以自首论”的理解和适用
- 09 对涉嫌犯罪的人大代表适用强制措施问题探究
- 17 实事求是——刑事证据制度的灵魂
- 24 论消极公诉权之积极行使
- 66 外来犯罪嫌疑人逮捕适用的问题和对策
- 76 入户盗窃以非法侵入住宅定罪中的“两个极端”现象应予警惕
- 85 证据审查不妨从三处着手
- 89 由疑罪从轻到疑罪从无——孙万刚案件改判的启示

【论坛篇】

- 103 从实例看程序价值
- 121 “飞车抢夺”的定性
- 138 轻伤害案件和解利弊析
- 153 非法证据排除对司法实践的影响
- 172 逮捕条件新探
- 187 加强基础工作 突破侦查瓶颈
- 205 检察机关量刑建议析评
- 221 论言词外证据的审查判断
- 227 加强检察环节说理工作探析
- 235 轻微刑事案件提速办理制度探析
- 246 从被害人的权利看公权对私权的尊重
- 256 检察机关如何适应律师法的修改
- 265 寻找检察工作服务社会的结合点
- 280 证据审查采信中存在的问题及其改进

【 论 文 篇 】

本篇选取了著者潘浩同志从事检察工作期间在各类刊物上发表的学术论文8篇。记载了潘浩同志在检察系统20多年的工作实践，也浓缩了绍兴地区基层检察机关务实推进检察改革的创新历程。



“以自首论”的理解和适用^{*}

《中华人民共和国刑法》第67条第2款规定：“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。”这一规定是在总结司法实践经验的基础上对自首制度的补充和完善，也是党和国家一贯实行的惩办与宽大相结合的基本刑事政策的具体体现。

“以自首论”，在理论上又称之为准自首、特殊自首、余自首。它的确立，从立法上放宽了自首的成立条件，扩大了自首的适用范围。由于其与一般意义上的自首相比有着自身的特殊性，加之作为刑法确立的新制度，在司法实践中也必然会碰到一些新问题，为此，笔者试就“以自首论”的理解和适用，结合《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）中的有关规定，发表拙见，以求教于大家。

一、“以自首论”的主体

“以自首论”的主体，依法而言，就是“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯”。具体包括：

1. **被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人。**但是由于法律并没有规定对正在被追诉的犯罪嫌疑人、被告人都必须采取一定的强制措施，因而对于这些未被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人（包括强制措施已解除

^{*} 本文发表于《法学》1999年第3期。

的)或在接受讯问时或主动去司法机关如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,是适用《刑法》第67条第1款还是第2款就值得探讨。虽然犯罪嫌疑人、被告人未被采取强制措施,但司法机关依职权对其部分犯罪进行了立案、侦查、审查起诉、审判等诉讼活动,其部分罪行(一罪或数罪)已经被司法机关掌握,这显与《解释》所述“犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉,或者虽被发觉,但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时,主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院报案”的自动投案有别,因为犯罪嫌疑人自动投案后所供的罪行是自己所犯的所有罪行或者是数罪中的部分罪行,其所供的罪行并不受司法机关是否掌握的限制;与《解释》中的“罪行尚未被司法机关发觉,仅因形迹可疑,被有关组织或者司法机关盘问、教育后,主动交代自己的罪行的,……应当视为自动投案”的情形也有异,因为其部分罪行已处于司法机关的追诉之下,故不再具有投案的自动性。未被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人供述司法机关尚未掌握的其他罪行的,由于在自动投案这一条件上的欠缺,加之其实质仍是“如实供述司法机关还未掌握的本人基本罪行”——余罪,所以对此类情形适用《刑法》第67条第2款“以自首论”的规定更为妥当。因此,从对余罪的自首而言,笔者认为,对该类主体规定为“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人”,在立法技术上有需改进之处,以“正在被追诉的犯罪嫌疑人、被告人”取代更为确切。

2.正在服刑的罪犯。要正确理解“正在服刑的罪犯”,必须分清其与“罪犯”、“依法被关押的罪犯”的不同内涵。从法律规定看,只有被人民法院的生效判决确定为有罪的人才称之为“罪犯”。“正在服刑的罪犯”,是指被人民法院的生效判决确定有罪并被处以刑罚且刑罚尚未执行完毕的人;“依法被关押的罪犯”,是指被人民法院的生效判决确定有罪并被判处剥夺人身自由的刑罚且正在监狱或其他执行场所执行刑罚的人。可见,“罪犯”、“正在服刑的罪犯”、“依法被关押的罪犯”三者逻辑上系属种关系,前者包含后者,后者只是前者的一部分。在“罪犯”中有不服刑的罪犯——被生效判决确定为有罪但免于刑事处罚的犯罪分子,在“正在服刑的罪犯”中又有未被关押的罪犯,如被判处有期徒刑和拘役的缓刑犯、管制犯以及被单处附加刑的罪犯。可见,“正在服刑的罪犯”有着特

定的含义。在《解释》第2条、第4条中均以“已宣判的罪犯”取代了法律所规定的“正在服刑的罪犯”，笔者认为，两者之间不能画等号。“已宣判的罪犯”在一定意义上只是“罪犯”的代名词。从严格依法办案的角度而言，罪犯必定是“已宣判的罪犯”，未予公开宣告的判决、裁定是无效的判决、裁定。但是由于公开审判制度尚有不健全、不规范之处，在司法实践中大量的终审判决、裁定未予公开宣判，对于没有公开宣告的终审判决、裁定从何时开始发生法律效力的问题，司法解释未曾明确，原司法部在1957年8月19日以“司法字第1422号”《关于二审判决和裁定从何时开始发生效力问题的复函》^①中作了“第二审的判决和裁定，都是终审的判决和裁定，也就是发生法律效力的判决和裁定。其开庭宣判的，从宣判之日起发生法律上的效力。其没开庭宣判的，从送达当事人之日起发生法律上的效力”。因此，规定“已宣判的罪犯”似有将未宣判的罪犯排除于罪犯以外之嫌，这势必给适用“正在服刑的罪犯”带来困难。基于以上分析，笔者认为，将“正在服刑的罪犯”解释为“已宣判的罪犯”，一方面修改、变更了法律条文的固有内容，背离了司法解释应当遵循“以现行法律明文规定的内容，即法律条文上的内涵和外延，作为解释的对象和范围”^②的合法原则，另一方面也未达到以司法解释使法律规定具体化、明确化的目的，相反只能把对“正在服刑的罪犯”的理解引入误区。

为正确适用法律，有必要对“正在服刑的罪犯”的范围进行深入的分析 and 探讨。

——正在被执行死刑（包括死缓）、无期徒刑、有期徒刑、拘役的罪犯系正在服刑的罪犯，这是毫无疑问的。如果将其仅限于上述范围内，则实际上就是将“正在服刑的罪犯”理解成“依法被关押的罪犯”，而两者的不同前面已有所论述，不再赘言。管制期限内的犯罪分子属正在服刑的罪犯也不难理解。对于正在缓刑、假释考验期限内的犯罪分子理应认为刑罚尚未执行完毕。从刑法的规定看，“缓刑考验期满，原判刑罚就不再执行”，“假释考验期满，就认为原判刑罚已经执行完毕”；犯罪分子在缓刑或假释考验期内被发现判决宣告以前还有漏罪没有判决的，均应撤销缓刑

^①任子孝主编：《罪案诉程手册》，中国检察出版社版1992年版，第588页。

^②周道鸾：《刑法刑法的修改与司法解释的完善》，人民法院出版社版1992年版，第119页。

或假释并依照《刑法》第70条的规定，予以数罪并罚。因此在缓刑、假释考验期限的犯罪分子如实供述司法机关还未掌握的其他罪行的，对其所供的“其他罪行”应“以自首论”，然后对其依法予以数罪并罚。

——正在被执行附加刑的罪犯是否也属于正在服刑的罪犯，专家、学者对此鲜有论述。笔者认为，从理论上讲，应当是肯定的。因为附加刑是刑罚体系的有机组成部分，附加刑无论附加适用还是单独适用都是刑事处罚。对附加刑中的剥夺政治权利，除管制附加剥夺政治权利的期限与管制的期限相等并同时执行外，刑法相关条文对剥夺政治权利的期限均有严格规定，且明确“附加剥夺政治权利的刑期，从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起计算”。因此，对主刑已经执行完毕而正在执行剥夺政治权利期限内的或者被单处剥夺政治权利期限的犯罪分子供述司法机关尚未掌握的其他罪行的，应“以自首论”，这无论是在理论上还是司法实践中都不会有较大的困惑。但是，对独立适用没收财产、罚金刑的或者主刑已执行完毕而其附加没收财产、罚金刑尚未实际执行的罪犯，作为“正在服刑的罪犯”在操作上存在着一定的困难。因为刑法分则的许多条文都有并处没收财产或罚金的规定，但司法实践中对判处没收财产或罚金之判决往往由于犯罪分子的财产状况而难以执行或不能及时执行完毕。《刑法》第53条规定“罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴”，而对没收财产却无期限规定。对于罚金刑而言，如果以判决指定的期限为服刑期的话，期满不缴纳的其服刑期又到何时为止呢？“以自首论”所自首的是余罪，这就必然涉及数罪并罚制度，也势必牵涉到对“刑罚执行完毕以前”的期限确定。从解决执法上的难点考虑，为避免因理解上的分歧而出现司法上的偏差，有必要以司法解释对何谓“罚金、没收财产的执行完毕”进行明确的界定。

二、“以自首论”的成立条件

与一般自首应具备自动投案、如实供述自己罪行两个成立要件相比，“以自首论”的成立条件只需要如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪

行即可。但在所供罪行上，“以自首论”的罪行必须是司法机关还未掌握的其他罪行，一般自首则无此限制。这也正说明犯罪分子在“其他罪行”的供述上具有主动性，已经对其所犯罪行具有悔改和愿意接受法律制裁的意愿，符合自首的本质特征。由于这一供述的主动性与投案的自动性有一定的相似性，从而成为立法上确立“准自首”的理论依据。

具体适用“司法机关还未掌握的本人其他罪行”时，应注意正确把握“司法机关还未掌握”和“其他罪行”。

——关于“司法机关还未掌握”。司法机关不知道犯罪已经发生或者虽然知道犯罪发生但尚未查明犯罪人的情形，我们可以清楚地得出“司法机关还未掌握”这一结论。但某些案件所表现的是甲司法机关知道“其他”犯罪的发生且已查明犯罪人，但不知道该犯罪人已被乙司法机关采取了强制措施或判刑，而乙司法机关则不知道该犯罪人还有其他罪行。对于这种情形能否以“司法机关还未掌握”认定，在认识上存有分歧。条文中的“司法机关”是泛指全国所有的司法机关，还是仅指犯罪嫌疑人、被告人、罪犯供述时的特定的司法机关？如系前者，那么只要全国有一个司法机关发现了某一犯罪并查明了犯罪人，就应认为司法机关已经掌握。但是就自首的本质特征而言，从鼓励犯罪人自首这一立法者确立余罪自首制度的出发点考虑，对本条文中的司法机关作狭义的理解更符合立法精神。相反，如果对“司法机关”作广义的理解，势必会使一些犯罪分子认为对余罪供与不供一样，顽固不化，继续隐瞒，这样必然使一些“余罪”不能受到及时、有效的惩治，也有悖于确立余罪自首制度的初衷。

——“其他罪行”是否包括同种罪行，学术界也有不同的观点。从《刑法》第67条第1款和第2款的文字比较及立法本意看，“其他罪行”应当指非同种罪行，即与犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯被指控、处理的罪所不同的罪行。《解释》第2条规定：“如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。”司法解释已明确规定其他罪行限于不同种罪行，司法工作者应予遵循。对于犯罪分子如实交代司法机关尚未掌握的同种罪行的，虽然不能以自首论，但在具体量刑时仍应予以充分考虑。因为犯罪分子对犯罪的态度毕竟是量刑的酌定情节。《解释》第4条规定：“如实供述司法机

关尚未掌握的罪行与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属同种罪行的，可以酌情从轻处罚；如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚。”这一规定在将供述的同种罪行与自首区别的前提下，规定为酌情从轻的情节，使“坦白从宽”、“惩办与宽大相结合”的政策具体化。

三、适用“以自首论”应注意的问题

“以自首论”的是犯罪人所供述的司法机关尚未掌握的本人其他罪行，而不是对全案成立自首，对此应予高度重视。认识到这一点不仅有益于对犯罪分子的准确量刑，其更重大的意义在于克服部分司法人员在认定“以自首论”时的心理障碍。有的司法人员在重打击轻保护的思维定式支配下，有意、无意地忽视无罪、罪轻的事实和证据，总是认为对已被抓获归案的（有许多是颇费周折才抓获的）犯罪分子“以自首论”就得对其从轻处罚，在心理上觉得不平衡，却没有认识到“以自首论”仅限于司法机关尚未掌握的其他罪行，而非全部罪行。而且根据刑法的规定，对于罪行极其严重的犯罪分子虽有自首情节，依法也可以不予从轻处罚。所以司法人员应以对待一般自首的心态客观地对待“以自首论”的罪行。

由于“以自首论”的犯罪人在主动投案这一条件上的欠缺，其自首的罪行不具有一般自首的直观性、明了性，稍有疏忽就往往忽视了对这一情节的认定，加之如实供述司法机关尚未掌握的同种罪行的也可酌情从轻处罚，因此在办理案件时，应注意对各罪罪行发现过程的审查，首先应分清哪些罪行已被掌握，哪些罪行尚未掌握，在此基础上再分清同种罪行中尚未掌握的罪行与已被掌握的罪行以及两者间的比重。这样做才能为正确认定自首、准确量刑打好基础。

对涉嫌犯罪的人大代表适用 强制措施问题探究^{*}

【摘 要】长期以来，由于受法律和各种法规的限制，检察机关对人大代表适用强制措施在适用范围、执行程序、许可主体和变更等方面遇到了问题，影响了依法独立办案。对此，要加强对人大代表司法保障权的立法研究，规范对人大代表采取强制措施的司法实践操作。

【关键词】人大代表；强制措施；主要问题；相关对策

在办案中，不可避免地会涉及人大代表。由于各级人大代表的数量多，加之在人大代表中党政官员、各类企业家又占有相当的比例，因此检察机关在侦查贪污贿赂案件中，涉及人大代表的问题也更为突出。

从司法实践看，检察机关在查办贪污贿赂案件中或多或少都查办过人大代表涉嫌职务犯罪的案件，既有县级人大代表，也有市级人大代表，更多的是乡镇级人大代表；既有一般的人大代表，也有担任一定职务的代表，如人大常委会委员、专门委员会主任等；既有党政机关领导干部，又有国有事业单位负责人，更多的是国有企业中从事公务的人员，农村基层组织负责人也占有一定的比例。从办理案件中所采取的强制措施种类看，集中于取保候审、拘留和逮捕三类，很少适用拘传、监视居住。总结近几年来对涉嫌犯罪的县级以上人大代表适用强制措施的司法实务，许多问题亟待研究解决。

^{*} 本文发表于《人民检察》2001年第6期。获2001年浙江省“反贪侦查难点问题研讨”优秀论文奖；2001年度全国检察机关优秀专题调研成果二等奖。

一、对“其他限制人身自由的措施”的理解

《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》(以下简称《代表法》)第30条规定:“县级以上的各级人民代表大会代表,非经本级人民代表大会主席团许可,在本级人民代表大会闭会期间,非经本级人民代表大会常务委员会许可,不受逮捕或者刑事审判。如果因为现行犯被拘留,执行拘留的机关应当立即向该级人民代表大会主席团或者人民代表大会常务委员会报告。对县级以上的各级人民代表大会代表,如果采取法律规定的其他限制人身自由的措施,应当经该级人民代表大会主席团或者人民代表大会常务委员会许可。”何谓“法律规定的其他限制人身自由的措施”,由于立法语言不精确导致理解上的歧义。有的认为是指司法拘留、行政拘留、劳动教养等剥夺、限制人身自由的处罚,有的认为既包括剥夺、限制人身自由的处罚,也包括限制人身自由的强制措施。而限制人身自由的强制措施包括哪几种,在司法实践中也有不同的认识。不少人错误地将其理解成羁押型的强制措施,加之最高人民检察院制定的《人民检察院刑事诉讼规则》对人大代表适用强制措施只规定了拘留、逮捕的具体程序,而对其他强制措施只字未提,这就使执法者误以为对人大代表适用其他强制措施不需要经过许可,特别是在取保候审的适用上。许多执法者认为这一措施本身就是可软可硬的一种强制措施,谈不上妨碍人大代表行使代表职能,以为适用取保候审无需经过人大许可,在个别案件中径行决定并采取了这一措施。但由此也充分暴露了由于立法上对“其他限制人身自由的措施”的不确定、司法解释上的不明确,加之执法者的执法水平、素质因素的差异,不可避免地造成了理解上的歧义、适用上的错误,而这种错误更多地集中在对人大代表适用取保候审的问题上。

二、拘留报告程序的执行问题

《代表法》规定,人大代表“如果因为现行犯被拘留,执行的机关应当立即向该级人民代表大会主席团或者人民代表大会常务委员会报告”。

这就要求我们首先必须弄清什么是现行犯，哪些情形属于现行犯的范畴。《刑事诉讼法》第61条只是指明了可以先行拘留的现行犯或者重大嫌疑分子的七种情形，但没有分清哪几种情形属于现行犯，哪几种属于重大嫌疑分子。有专家、学者称“所谓‘现行犯’是指正在预备犯罪、实行犯罪或犯罪后即被发现的人；所谓‘重大嫌疑分子’是指有证据证明，很可能是实施犯罪行为的人”。^①以此理解，似乎在拘留的七种情形中除第一种情形以外，其余均不属于现行犯之列。这样，《刑事诉讼法》第132条所规定的人民检察院直接受理案件中有权作出拘留决定的两种情形——“犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的”和“有毁灭、伪造证据或者串供可能的”——也应排除于现行犯之外。这与前述对现行犯的理解明显不同。正是因为对现行犯理解上的不同，直接影响了对人大代表拘留的报告制度的执行。司法实践中对人大代表的拘留一律采用报请许可制度，而使报告制度形同虚设。这样做一方面因为对人大代表的拘留事先已得到人大的许可，但另一方面也实在有违刑事诉讼法律中设置的在紧急情况下暂时剥夺犯罪嫌疑人人身自由的强制措施——拘留的初衷。在侦查某些人大代表涉嫌犯罪的案件时，检察机关不得不借助于纪检、监察部门的“两规”，这样做既能使涉嫌的代表与外界隔离，保障侦查工作的顺利进行，又可有时间等待人大常委会的许可。所以，检察机关在开展对人大代表涉嫌犯罪案件的侦查中，如果对拘留报告制度不能作出明确的规定，办案活动往往难以顺利开展。

三、拘留报告或报请许可的主体问题

由于侦查管辖权属分于不同的机关，且强制措施的决定主体、执行主体以及案件的管辖主体极有可能不同，这一问题反映于检察机关直接受理案件就更为集中、突出。检察机关在办理案件中对各种强制措施都享有决定权，但是取保候审、监视居住、拘留、逮捕的执行主体却是公安机关。从《代表法》的规定看，对人大代表的拘留应由执行机关报告。由于制定

^①周道鸾、张泗汉：《刑事诉讼法的修改与适用》，人民法院出版社1996年版，第142页。

《代表法》时，检察机关依照当时的法律尚无拘留决定权，在现行刑事诉讼法赋予检察机关拘留决定权的前提下，仍由执行机关报告显然与执法现实脱节。尽管《人民检察院刑事诉讼规则》规定由人民检察院报告或报请许可，《公安机关办理刑事案件程序规定》第141条第2款也明文规定：“公安机关在依法执行拘传、取保候审、监视居住、拘留或者逮捕中，发现被执行人是县级以上人民代表大会代表的，应当暂缓执行，并报告原决定或者批准机关。如果在执行后发现被执行人是县级以上人民代表大会代表的，应当立即解除，并报告原决定或者批准机关。”两者在检察机关对人大代表适用拘留措施时由检察机关报告或报请许可已无冲突，目前在办案实际中也按谁办案谁报告或报请许可的办法执行。这一做法虽然简捷、及时，但追本溯源却显得于法无据，甚至有悖于法律。

四、强制措施的变更与许可

在案件办理过程中，对某一犯罪嫌疑人所采取的强制措施并非一成不变，如由取保候审、拘留变更为逮捕，拘留、逮捕变更为取保候审等，尤其是在检察机关侦查案件中对犯罪嫌疑人实施拘留的期限较为短暂，期限届满就应撤销或变更。对涉嫌犯罪的人大代表在适用强制措施时也有着类似的现象，因此在办理案件的过程中就必须考虑这样的问题，即人大主席团或常委会的许可是同意对代表采取任何强制措施的许可还是同意对其采取某一强制措施的许可，对强制措施的许可是实行一次性许可制度还是逐步性许可制度。根据有关法律、司法解释的规定，理应按逐步许可制度执行，但按照逐步许可制执行，其间的弊端如工作的繁琐性、操作的复杂性显而易见，而强制措施的及时性和有效性却大打折扣。因此，在个别案件的许可程序上，司法实践中尝试了两步并作一步走的做法，即将拘留和逮捕一并报请许可，由人大常委会一次性许可拘留及逮捕。但这样做毕竟在法律上找不出依据，而且显得多此一举——既然报请许可拘留的同时报请许可逮捕，那么直接报请许可逮捕不是更直截了当吗？如果适用每种强制措施都需要经过许可，岂非使司法效率大打折扣？