

检察实务前沿

问题研究（五）

RESEARCH ON FRONTIER ISSUES OF
PROCURATORIAL PRACTICE (VOL.5)

张本才 主编



上海检察文库·专题研究

4



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

检察实务前沿 问题研究（五）

RESEARCH ON FRONTIER ISSUES OF
PROCURATORIAL PRACTICE (VOL.5)

张本才 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

检察实务前沿问题研究. 五 / 张本才主编. —北京:
法律出版社, 2016. 5
(上海检察文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9428 - 1

I. ①检… II. ①张… III. ①检察机关—工作—研究
—中国 IV. ①D926. 3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 084215 号

上海检察文库

检察实务前沿问题研究(五)

张本才 主编

编辑统筹 政务分社

策划编辑 张瑞珍

责任编辑 田 浩

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制 吕亚莉

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 37. 75

字数 520 千

版本 2016 年 8 月第 1 版

印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www. lawpress. com. cn

电子邮件/info@lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010 - 62534456

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

第一法律书店/010 - 63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9428 - 1

平装定价:112. 00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

上海检察文库系列丛书

编委会主任：张本才

编委会副主任：周越强

委 员：陆建强 周永年 徐金贵 苏华平
龚培华 林 立 丁谷平 李 宁

分册主编：曾国东

办理危险驾驶犯罪案件难点问题的实证研究 001

引言	001
一、办理危险驾驶案件情况及分析	002
二、危险驾驶罪客观方面认定的难点问题	005
三、危险驾驶罪主观方面认定	014
四、危险驾驶罪适用《刑法》第13条“但书”条款问题	026
五、危险驾驶罪的完善	032

毒品犯罪认定的难点与法律适用 037

引言	037
一、个罪认定研究：以容留他人吸毒犯罪为例	039
二、共犯认定研究：以居间介绍毒品买卖为例	049
三、证据认定研究：以刑事推定和诱惑侦查为切口	064

网络寻衅滋事犯罪法律适用研究 076

引言	076
一、网络寻衅滋事犯罪基本概述	077

二、网络寻衅滋事犯罪的法律适用困境	091
三、应对网络寻衅滋事犯罪法律适用难点问题的对策	099
结语	122
 劳动教养制度废止后的刑事政策把握	 143
引言	143
一、劳动教养制度的历史考察	144
二、劳动教养制度废止前后违法犯罪惩治实证比较分析	155
三、劳动教养废止对刑事政策适用之影响	164
四、劳动教养制度废止后刑事政策的理解和思索	173
结语	194
 生态环境建设中的刑法规制研究	 195
引言	195
一、生态环境建设与环境犯罪的理论前沿问题	196
二、我国环境犯罪刑事案件的相关案例与实证分析	212
三、我国环境犯罪的刑法完善构想	235
四、生态环境建设中的检察监督机制创新	250
 网络金融犯罪的治理	 257
引言	257
一、网络与金融	258
二、国内网络金融的发展现状、趋势及刑事风险预测	267
三、网络金融的异化与犯罪新形式	279
四、网络金融犯罪的治理与应对	293

恶意透支型信用卡犯罪的法律适用研究 303

- 一、恶意透支型信用卡犯罪概述 304
- 二、恶意透支型信用卡犯罪的催收要件研究 308
- 三、恶意透支型信用卡犯罪的犯罪数额计算问题研究 313
- 四、恶意透支型信用卡犯罪的犯罪主体及对象研究 322
- 五、恶意透支型信用卡犯罪的“非法占有目的”研究 327
- 六、恶意透支型信用卡犯罪的立法完善 331

知识产权刑事保护若干实务问题研究 334

- 一、侵犯知识产权犯罪的现状与理论基础 334
- 二、实务中办理侵犯知识产权犯罪案件的突出实体问题 340
- 三、实务中办理侵犯知识产权犯罪案件的突出程序问题 373
- 结论 383

检察环节公开听证制度的规范与完善 386

- 引言 386
- 一、检察环节公开听证的基本问题分析 387
- 二、上海检察机关推行公开听证机制的实践概况 396
- 三、检察环节公开听证制度的规范与完善 404

非法证据排除规则的适用研究 418

- 一、非法证据排除规则概述 418
- 二、非法证据排除规则在两大法系国家的发展 425
- 三、我国非法证据排除规则的立法现状与司法实践的适用现状 434

四、完善我国非法证据排除规则的思考	448
逮捕条件司法适用与审查模式研究	459
引言	459
一、逮捕条件司法适用和审查的内涵解析	460
二、逮捕条件适用与审查的比较研究	473
三、逮捕条件司法审查与适用的程序	493
四、我国法律框架下的逮捕条件司法适用与审查路径探索	498
讯问全程同步录音录像审查与运用研究	517
一、讯问全程同步录音录像概述	517
二、讯问全程同步录音录像在实践中存在的主要问题	524
三、影响讯问全程同步录音录像审查与运用效果的原因分析	531
四、侦监环节讯问全程同步录音录像审查与运用	534
五、公诉环节讯问全程同步录音录像审查与运用	541
检察法律文书质量与规范研究	557
引言	557
一、检察法律文书的质量与规范体系	559
二、职务犯罪侦查法律文书的质量与规范	572
三、公诉法律文书的质量与规范	580
四、检察建议的质量与规范	587

办理危险驾驶犯罪案件难点问题的 实证研究

上海市人民检察院、上海市长宁区人民检察院联合课题组*

引言

近年来,随着社会经济的快速发展和人民生活水平的日益提高,机动车已经走进普通民众的生活,在给人们生活带来了便利的同时,酒后驾驶、醉酒驾驶、飙车等危险驾驶行为不断增多,造成严重危害。据有关部门统计,2010年全国共报道道路交通事故390万余起,其中涉及人员伤亡的道路交通事故21万余起,造成6.5万余人死亡,直接经济损失9.3亿元。^①

正是在这一严峻的形势下,2011年5月1日起实施的《中华人民共和国刑法修正案(八)》新增了危险驾驶罪,将醉酒驾驶机动车与驾驶机动车追逐竞驶的行为纳入刑法规制,弥补了我国《刑法》在危害公共安全犯罪立法领域的不足,进一步加大了对公共安全的保护。作为一项新增罪名,其在理论与实践遇到不少难点,尤其是近年来,随着危险驾驶案件数量的增长,办理危险驾驶案件的难点问题日益突出,主要体现在以下几个方面:一是危险驾驶罪能否适用“但书”(《刑法》总则第13条)条款;二是危险驾驶罪的主观罪过形态问题和客观方面认定;三是危险驾

* 课题组长:顾晓敏、刘晶。

课题组成员:郑勇、杨诚、徐晓明、刘晓。

① 杨越超:《危险驾驶罪探析》,载《法制与经济》2013年7月。

驶罪是否可以扩大适用范围。对上述问题,理论和实践部门进行了诸多研究和探索。

一、办理危险驾驶案件情况及分析

(一)今年以来办理危险驾驶案件情况统计

自2011年5月1日起至2014年6月30日,全市共受理危险驾驶案件8044件8056人,其中醉驾型危险驾驶案件8043件8055人,追逐竞驶型危险驾驶案件1件1人。具体情况如下:2011年受理危险驾驶案件346件346人;2012年受理危险驾驶案件2261件2265人;2013年受理危险驾驶案件3198件3202人,而2014年仅1~6月就受理危险驾驶案件2259件2263人。分析受案数量,可以发现2013年危险驾驶案件出现了井喷式增长,2014年上半年危险驾驶案件数量更是大幅激增。

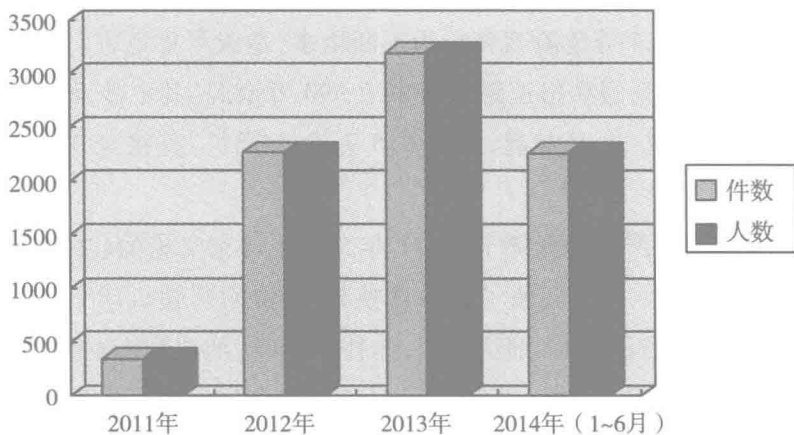


图1 2011年5月~2014年6月全市受理危险驾驶案件情况统计

分析2014年1~6月受理的2259件醉驾案件,其中本市户籍人员860人,外地来沪人员1392人,外国国籍11人。反映出危险驾驶犯罪行为户籍特征较明显,多数为外地来沪人员。

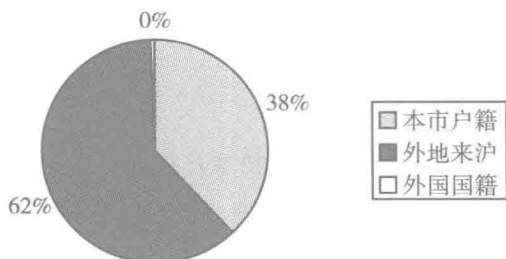


图2 2014年1~6月本市醉驾案件涉案人员户籍统计

男性2206人,女性57人,从年龄段看,21~30岁的559人,31~40岁的881人,41~50岁的608人,51~60岁的194人,61岁以上的21人,这也反映出青年人是饮酒消费的主要群体,也是容易酒后驾车的主要群体。

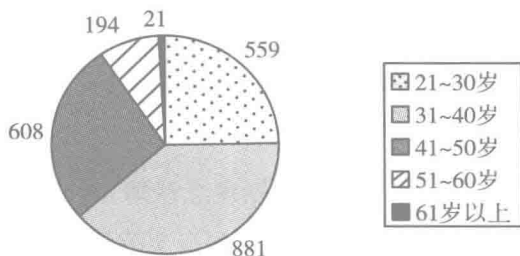


图3 2014年1~6月本市醉驾案件涉案人员性别及年龄结构统计

从2014年1~6月已判决的2137件案件量刑情况看,其中1109件判处拘役实刑,1017件判处拘役宣告缓刑,11件判处免于刑事处罚。

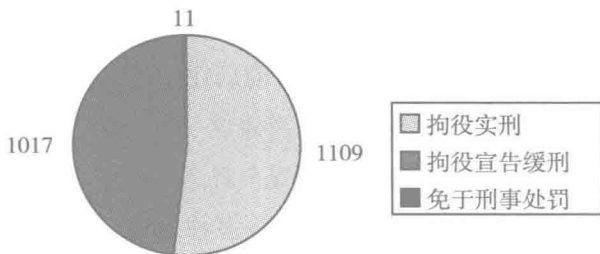


图4 2014年1~6月本市醉驾案件判处刑罚统计

(二) 危险驾驶案件高发原因及对策

1. 危险驾驶案件高发的原因分析

(1) 立法层面

《刑法修正案(八)》增加危险驾驶罪是根据社会公共安全的管理需要合理扩大处罚范围,加大了对追逐竞驶、醉酒驾驶等危险驾驶行为的打击力度。由于本罪是抽象的危险犯,不需要司法人员具体判断醉酒行为是否具有公共危险,这与交通肇事罪必须造成人身财产损失等法定后果才能定罪不同,故入罪门槛较低,是造成本罪高发的原因之一。

(2) 刑法实施层面

危险驾驶罪法定刑本身就低,加之法院在量刑上存在对危险驾驶罪本身的判罚由开始慎用缓刑到现在基本适用缓刑的转变。由于判决较轻,对危险驾驶犯罪人的震慑力不大,导致一些安全观念淡薄的驾驶员对酒后驾车持无所谓的态度,危险驾驶犯罪率高与打击偏轻有着不可忽视的影响。

(3) 驾驶者层面

从驾驶者自身上看,涉案人员法制观念淡薄,对交通管理执法存在侥幸心理。酒驾案件发生时间相对集中于深夜至凌晨,驾驶员一般认为时间较晚,被查获的可能性较小。同时部分驾驶员漠视交通安全,缺乏自律意识,对驾驶技术过于自信,导致酒后驾驶、违章开车的情况频繁发生。

(4) 酒文化层面

劝酒、派酒等酒文化也在一定程度上引发危险驾驶犯罪。中国的酒文化源远流长,劝酒、派酒使得醉驾案件频发,特别是部分中青年自我约束力低,酒后逞强醉酒驾驶频发,传统节日前后往往是酒驾的高发时段。

2. 预防危险驾驶案件发生的对策及建议

(1) 加强法制宣传,增强道路交通安全观念

通过电视、广播电台、网络新闻媒介等多种途径,加强宣传交通安全知识。有关部门可将历年发生的危险驾驶案例印发成册,剖析事故原因,指出事故危害,提出预防建议,免费发给驾驶员,教育他们牢固树立责任意识。

(2) 提高驾驶员遵守法律法规、执行操作的自觉性

就危险驾驶罪案件进行公开审理,组织驾驶员代表进行旁听,让驾驶员接受深刻的法制教育。在驾校进行培训时,增设应用虚拟现实技术的驾驶模拟器,让驾驶员亲身体验由于酒驾导致的危害,增强新驾驶员交通安全意识感和责任感。

(3) 加大惩处力度,注重综合效果

公安机关要加强路面查处力度,针对夜间至凌晨时段餐饮酒吧等娱乐场所较为集中的路段设置定点巡查,将日常整治检查与专项整治检查相结合。检察机关和法院要严格依法处理,形成威慑,树立法律的威信。

二、危险驾驶罪客观方面认定的难点问题

刑法条文中对于危险驾驶罪的客观罪状表述为“在道路上驾驶机动车追逐竞驶,情节恶劣的,或者在道路上醉酒驾驶机动车的,处拘役,并处罚金”。其中,对于道路、机动车、追逐竞驶、醉酒等名词需要进一步地明确。

(一) 关于“道路”认定问题

根据刑法条文表述,我国的危险驾驶罪与交通肇事罪所规定的驾驶区域被限定在“道路”范围。换言之,如果在非道路范围内醉驾或追逐竞驶,则不构成犯罪。

对于“道路”的范围,刑法没有明确界定。根据《道路交通安全法》第119条的规定,道路是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方,包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。从字面理解,道路包括两大类:一是我们日常生活中的各种马路;二是马路以外属于道路的公共区域。而司法实践中认定“道路”较为困难的就是第二种意义上的道路界定。在以往的办案实践中,检察院、法院会根据公安机关处警情况来区分是否属于“道路”范围,交警处警的属于道路,其他民警处警的则是非道路。但这种区分方法并不科学。

根据上海市《关于醉酒驾驶机动车案件法律适用的座谈会纪要》第2条规定,在广场、公共停车场及居民区、企业内道路等公共通行区域为移动

车辆而醉酒驾驶机动车发生轻微事故的以及在农村机耕路路上醉酒驾驶二轮轻便摩托车的,一般不追究刑事责任。换言之,在上述区域醉酒驾驶机动车的,也可以构成危险驾驶罪。从该规定来看,原先在办理交通肇事罪中不属于道路的居民区、企业内道路都被纳入了刑法意义上的“道路”范围。

我们认为,危险驾驶罪的行为区域定于“道路”,不符合设立危险驾驶罪的立法宗旨,也不符合司法实践。危险驾驶罪的犯罪区域应当及于整个“公共场所”。

首先,危险驾驶罪的设立目的是因为醉酒驾驶行为具有严重的社会危害性。而比较“醉酒驾驶机动车”和“道路”两个要件,显然是醉酒驾驶机动车的行为是危害的根源,必然是刑法规制的重点。法条规定“道路”区域的用意,只是为了排除在某些不足以危害不特定公众安全的区域的醉酒驾驶机动车的行为入刑,如无人的旷野、码头等地。

其次,从危险驾驶罪侵害的客体出发确定“道路”的范围。危险驾驶罪在刑法分则中归于危害社会公共安全类犯罪,侵害的是不特定多数人的生命、健康、财产权益。然而在生活中,机动车能够行驶到达的公共区域,除了道路外,还有许多公共区域,如居民区、绿化广场、学校等。这些区域车辆较少,但人员相对集中,行为人在这些区域醉酒驾驶机动车造成的危害与道路上的危害后果相当,甚至更为严重。

最后,修正案规定本罪犯罪区域在“道路”范围,是出于应然方面考虑的,机动车应当遵循道路交通安全法规定在道路上行驶。但是在实然方面,醉酒驾驶机动车、追逐竞驶的前提就是行为人违反了交通法规,在行为人已经处于醉酒无法辨别道路、掌控车辆的情况下,或行为人追逐竞驶、不计后果的情况下,任何地面区域都有可能驾车闯入,此时还要求其遵守法规在道路上驾驶,显然不合理。

此外,从司法实践来看,以往的危险驾驶罪也并非拘泥于“道路”范围。如行为人驾车超速失控冲入路边商铺,犯罪结果发生在非道路范围的商铺之内,但仍应当认定为构成交通肇事罪。

对此,有观点提出,危险驾驶行为不要求发生在公共道路(公路)上,只需要发生在道路上;在校园内、大型厂矿内等道路上,以及在人行道上追逐竞驶的,因对不特定或者多数人的生命、身体产生危险,依然可能成立本罪。^①在危险驾驶罪犯罪区域上若能突破行政法的道路概念,扩大到公共场所,许多争议就能迎刃而解。

1. 居民小区

居民小区在以往的司法实践中通常不属于“道路”范畴,发生的机动车致人死亡案件也不以交通肇事罪认定,而以过失致人死亡罪定罪。在《刑法修正案(八)》颁布以后的一段时间内,小区内的醉驾案件也有不认定构成犯罪的情况。居民小区内人员、车辆众多,毫无疑问属于公共场所,而且除了小区内居民外,也有小区外的居民、车辆进出。虽然小区内驾车车速不快,但在小区内危险驾驶的后果甚至比道路上还要严重。所以居民小区也应当成为危险驾驶罪的犯罪区域。只有小区内居民在自己房屋区域内的危驾行为,因为不涉及公共安全,才不构成危险驾驶罪。

2. 停车场

停车场分三类,第一类是对外开放的停车场,任何人均可进入;第二类是部分企业、单位所有或专属的停车场,允许本企业单位人员或与本单位有业务等关联的人员进入,如饭店门口的停车场;第三类是私人购买停车位的停车场,停车位固定,如购买产权的小区停车库。其中第一类停车场在《道路交通安全法》中有明确规定,属于“道路”。第二类、第三类是否属于道路,存在争议。“不特定是和特定相对而言的,不特定和特定都具有其本身质的规定性……所谓不特定是指行为人之行为足以威胁的是不确定的多数人的生命、健康或重大公私财产安全,可能侵害的对象以及危害结果具有非确然性,是局外人甚至犯罪分子本人也难以预料和控制的,是不受人的主观意志支配的。危害公共安全罪的不特定性既表现在对象不特

^① 张明楷:《危险驾驶罪及其与相关犯罪的关系》,载《人民法院报》2011年5月11日。

定上,又表现在结果不特定性上。”^①根据这种界定方法,第二、三类的停车场,虽然进出停车场车辆人员相对固定,但根据停车场的功能和进出人员来说,也应属于公共场所。对于行为人来说,在上述区域的危驾行为对于侵害对象和危害结果也具有不特定性,符合危险驾驶罪侵害不特定多数人的公共安全的犯罪客体要求,也应当构成危险驾驶罪。

3. 企事业单位、学校内部区域

上述区域在传统的交通肇事案件中,和居民小区一样被排除在“道路”范围之外,上述区域属于公共场所,但不属于道路。同样,考虑到在上述区域危险驾驶行为侵害的对象和危害结果具有不特定性,也应当将其纳入危险驾驶罪的犯罪区域。但是,在这些区域的危险驾驶行为是否一律构成危险驾驶罪,也要具体情况具体分析,如白天在学生上课的学校内醉酒驾车,应当构成危险驾驶罪,但如果夜晚在无人的学校操场醉酒驾车,则不构成。

4. 人行道、步行街等禁止机动车进入的公共区域

道路是“允许社会机动车通行的地方”,相对应的就有禁止机动车通行的区域。但是,这些禁止区域只是行政法上的规定,并非机动车本身性能无法达到的地方,当行为人处于醉酒失控状态中或行为人为求竞驶胜出,其也会忽略或不顾禁令标志,强行闯入并造成危险。所以,上述区域内的危险驾驶行为也构成危险驾驶罪。

5. 农田、机耕路

在农村除了一般道路外,还有大片的农田及农田之间供农用耕种机械通行的、连接农村与道路之间的机耕路。在农田或机耕路上危险驾驶,是否构成危险驾驶罪,需要具体分析。在连接农村与农村之间、农村与道路之间的机耕路应当认定为危险驾驶罪的犯罪区域。农田与田间机耕路,在白天农忙期间,人员较多,属于危险驾驶罪的“道路”范围;而在农闲、夜晚期间,不存在足以对不特定公众造成危险的情况下,在上述区域的危险驾驶行为不构成危险驾驶罪。

^① 陈兴良、黄振中:《论危害公共安全罪中的不特定性》,载《河北法学》1992年第5期。

(二) 关于机动车的认定

危险驾驶罪中明确规定,驾驶的车辆必须是机动车,不包括人力、畜力驱动的非机动车。因为机动车的速度快、力量大,足以对公共安全造成危险。根据《道路交通安全法》第119条的规定,机动车是指“以动力装置驱动或者牵引,上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆”。但司法实践中,对于机动车的认定存在一定争议。

1. 工程、农用机械等履带式车辆

根据《道路交通安全法》的规定,机动车是轮式车辆,也包括轮式工程专项作业车辆。然而同样是工程专项作业车辆,除了轮式的,还有履带式的,如挖土机、联合收割机。《道路交通安全法》对于履带式车辆能否上道路行驶没有明确规定,通常情况下,履带式车辆是搭载平板挂车移动的,但在郊区道路上,也有履带式车辆直接上路行驶的情况存在。履带式专项作业车辆虽然速度较慢,但是从其体积、重量、力量来看,同样对公共安全具有较大的社会危害性,也应当被纳入危险驾驶罪的刑法意义上的“机动车”范围。

2. 助动车、轻便摩托车

上海早已取消燃油助动车,燃气助动车也将在2016年全面退出,但仍存在一些无牌的燃油助动车、气改油的助动车,甚至外地牌照的燃油助动车。根据《汽油机助力自行车》规定,助动车的气缸工作容积不大于30毫升,时速不高于20公里/小时。然而根据《机动车运行安全技术条件》规定,时速不大于50公里/小时,如用内燃机,汽缸容积小于50毫升的,属于轻便摩托车,按规定轻便摩托车也属于机动车。现实中许多助动车包括燃油、燃气、电力助动车的时速或汽缸容积都超过了助动车的标准,达到了轻便摩托车的标准。对于此类悬挂助动车牌照的车辆,由于行政机关的许可认定已将其排除在机动车范围外,故驾驶员驾驶助动车的危险驾驶行为不宜认定为危险驾驶罪。现在司法实践中普遍将轻便摩托车纳入危险驾驶罪成立的机动车的范围,但根据轻便摩托车时速不高于50公里/小时的标准,如果发生危险驾驶行为,往往不足以危害到公共安全,反而受到伤害的