

A Guide to Criminal Justice

姜伟/主编

本集要目

【司法实务】

关于自首和立功问题的认定与处理

敲诈勒索系列案件的比较与分析

检察机关在审查起诉过程中能否变更罪名

【证据运用】

毒品犯罪案件证据标准研究

【法律释义】

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件

具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用

【疑案剖析】

如何正确区分“诱惑侦查”中“提供机会”与“犯罪引诱”

——谢某某非法经营案评析

【2004年刑事法律和司法解释汇集】

总第20集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

上架归类:应用·司法实务



独角兽工作室

装 帧 设 计

ISBN 7-5036-5348-5



9 787503 653483 >

ISBN 7-5036-5348-5/D · 5065

定价: 15.00元(全年定价: 66.00元 含邮费)



刑事司法指南

2004 年第 4 集(总第 20 集)

姜 伟/主编

彭东 王军 黄河/副主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2004年第4集. 总第20集/姜伟主编.
—北京: 法律出版社, 2005. 1
ISBN 7-5036-5348-5

I. 刑… II. 姜… III. ①刑法—研究—中国②刑事
诉讼法—研究—中国 IV. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 006475 号

法律出版社·中国

责任编辑/伍远超

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/6.25 字数/141千

版本/2005年1月第1版

印次/2005年1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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939643

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号: ISBN 7-5036-5348-5/D·5065 定价: 15.00 元

《刑事司法指南》

2004 年第 4 集(总第 20 集)

顾问委员会

总 顾 问:高铭暄 陈光中 王作富

顾 问:(以姓氏笔划为序)

龙宗智 刘绍武 张 军 陈卫东
陈兴良 郎 胜 南 英 胡安福
赵秉志 阎敏才

编辑委员会

主 编:姜 伟

副 主 编:彭 东 王 军 黄 河

编 委:(以姓氏笔划为序)

卜大军 王 健 史卫忠 李树昆
李景晗 张凤艳 张寒玉 贺湘君
侯亚辉 聂建华 黄卫平 路 飞

通讯编委:苗生明 杨 宏 马和琴 赵春改

王国宏 吕景文 胡秋华 沙 莎

季 刚 陈剑虹 陈海鹰 杨建民

欧秀珠 王景凤 王环海 刘建国

刘光圣 潘爱民 徐新励 周 腾

陈亚春 周家模 吴永胜 孙志红

王成刚 常雁翎 陈新生 朱绍银

苟军德 胡万章 勇 扎

执行编辑:史卫忠 侯亚辉 卜大军 孙铁成

卢宇蓉 吕卫华

目 录

【司法实务】

关于自首和立功问题的认定与处理·····	熊选国(1)
妨害作证罪若干司法疑难问题探讨·····	黄京平 吴 江(21)
敲诈勒索系列案件的比较与分析·····	赵瑞罡 赵祺罡(61)
巨额财产来源不明罪客观行为解析·····	张 军(83)
检察机关在审查起诉过程中能否变更罪名·····	刘芳莉(94)

【证据运用】

毒品犯罪案件证据标准研究·····	龚树人(102)
走私普通货物、物品案件公诉证据参考标准 ·····	王 健 徐 达(113)

【法律释义】

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识 产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的 理解与适用·····	陈国庆 韩耀元 张玉梅(122)
--	------------------

【疑案剖析】

如何正确区分“诱惑侦查”中的“提供机会”与“犯罪引诱” ——谢某某非法经营案评析·····	欧阳昊 张江南(138)
--	--------------

立案标准与定罪标准的关系

——析谢希杰刑讯逼供、林来田、陶开强故意伤害案

..... 应建廷 戴红霞(147)

【2004年刑事法律和司法解释汇集】

刑法

最高人民法院关于被告人对行为性质的辩解是否影响自首成立问题的批复..... (154)

最高人民法院关于在林木采伐许可证规定的地点以外采伐本单位或者本人所有的森林或者其他林木的行为如何适用法律问题的批复..... (155)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部关于依法开展打击淫秽色情网站专项行动有关工作的通知..... (156)

最高人民法院 最高人民检察院关于办理利用互联网移动通讯终端 声讯台制作 复制 出版 贩卖 传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释 (158)

最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释..... (161)

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》有关信用卡规定的解释 (166)

最高人民法院研究室《关于对滥用职权致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失如何认定的答复》..... (167)

刑事诉讼法

最高人民法院关于刑事案件终审判决和裁定何时发生法律效力问题的批复..... (167)

最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件若干问题的规定(试行)..... (168)

最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于严格依法履行 职责,切实保障刑事案件办案质量的通知	(172)
关于人民检察院保障律师在刑事诉讼中依法执业的规定	(176)
关于加强行政执法机关与公安机关、人民检察院工作联 系的意见.....	(179)

【司法实务】

关于自首和立功问题的认定与处理*

熊选国

目 次

一、关于自首的认定

(一)关于自首的认定条件

(二)“如实供述自己的罪行”的认定

(三)过失犯罪中自首的认定

(四)几种特殊情况自首的认定

二、关于准自首的认定

(一)正确理解“其他罪行”

(二)如何理解“尚未掌握”的其他罪行

三、关于立功的认定

(一)共同犯罪的犯罪分子交代同案犯共同犯罪事实,不属于立功,可认定为如实交代自己的犯罪行为

* 编者按:最高人民法院刑二庭庭长熊选国博士新著《刑法刑事诉讼法实施中的疑难问题》即将由中国人民公安大学出版社出版,该书对司法实践中的疑难问题作了理性分析,可操作性较强。本集特从该书中选编此文,以飨读者。

- (二)行贿犯检举受贿犯,或者受贿犯检举行贿犯,也不属于立功
- (三)协助抓捕同案犯的对立功的认定问题
- (四)犯罪嫌疑人、被告人的亲属协助抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯)如何认定立功的问题
- (五)立功的线索来源问题
- (六)立功是指犯罪分子归案以后的表现
- (七)关于重大立功

关于自首、立功的问题,最高人民法院在1998年发布了《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》)。根据刑法和《解释》的规定,结合近年来执行刑法和《解释》中的实际情况,重点研究以下问题:

一、关于自首的认定

(一)关于自首的认定条件

关于自首的认定条件,1984年“两高一部”(指最高人民法院、最高人民检察院、公安部,编者注)《关于当前处理自首和有关问题具体应用法律的解答》曾作出规定,要求具备三个条件:一是自动投案;二是如实交代自己的罪行;三是接受国家审查和裁判。刑法修改后,刑法第67条第1款规定,犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。根据上述规定,成立自首主要具备两个条件,一个条件是犯罪以后能够自动投案;第二个条件是能够如实交代自己的罪行。刑法修改时之所以删掉“接受国家审查和裁判”这个条件,主要是有两个考虑:一是接受国家审查和裁判,已经体现在自动投案,如实交代自己的罪行里面去了,它包含在前两个条件之中。自动投案,如实交代自己的罪行,引起的法律后果就是国家审查和裁判,具备这两个条件,就表明犯罪嫌疑人或者被告人愿意接受国家的审查和裁判。二是单独讲接受国家审查和裁判这个条

件,在实践中有时不好理解,不好操作。在司法实践中,容易把被告人的辩护、辩解,也认为是不愿意接受审查和裁判。比如说,被告人主动交待人是他打死了,但他认为是正当防卫,不构成犯罪。事实问题不隐瞒,怎么打死的,都和侦查结果一样,但是他就认为这是正当防卫,算不算接受国家审查和裁判,应该说也要算,因为他对事实问题没有隐瞒,只是在依据法律作正常的辩护、辩解,应当允许。但这个条件缺乏可操作性,实践中容易被误解,所以刑法修改时删除了。虽然删除了,但过去我们在司法实践中有关这个条件规定的内容,这次司法解释还是把它吸收进来了,表现在两个方面:一个方面,投案以后又逃跑的,这种情况不算自首。因为尽管开始自动投案,但是后来跑了,等于还是没有投案。第二种情况,先如实交待,后来又翻供,也不能认定是自首。当然《解释》也规定了一条,如果开始翻供,后来又如实供述的,虽然口供有反复,但是在一审宣判以前又如实供述的,也应当认定为自首。这样尽量鼓励犯罪分子投案自首。

(二)“如实供述自己的罪行”的认定

《解释》第1条第2项规定:“如实供述自己的罪行,是指犯罪嫌疑人自动投案后,如实交代自己的主要犯罪事实。”正确理解《解释》的这一规定,要注意以下问题:

1. 对于犯数罪(含同种和异种数罪)的犯罪嫌疑人,如实交待自己的主要犯罪事实,是指行为人将自己实施的一个或数个独立构成犯罪行为中的主要事实或情节交待清楚,并不要求行为人将自己所犯数罪中的大多数犯罪交待出来。实践中,对于有的犯罪嫌疑人回避主罪、重罪,供述轻罪、从罪的情形,有的同志认为这是犯罪嫌疑人避重就轻,意图蒙骗过关,不宜认定为自首。笔者认为,刑法确定自首制度,并不以犯罪嫌疑人真正认罪为条件,这种情况下行为人已经如实交待了某一罪的主要事实,符合自首的条件。而且对这种情况认定为自首,既体现了刑事政策,也不会轻纵

犯罪分子。

2. 对于共同犯罪,由于各共同犯罪人在犯罪中的紧密联系,如实供述自己的罪行,与个人犯罪具有不同的特点。参与共同犯罪的从犯,在如实供述自己参与的罪行时,还必须交待自己所知的同案犯;对于主犯,则在此基础上还应供述所知同案犯的共同犯罪事实。如果犯罪嫌疑人只供述自己参与的罪行,不供述或有意回避他所知道的其他同案犯的情况或犯罪事实,实际上仍是没有如实交待自己的罪行,不能认定为“如实供述”。

3. 犯罪嫌疑人对所犯罪行的主要事实、主要情节均予以供述。但对案件的某些细节的供述与有关证据不符合,并在开庭时始终坚持自己的意见,考虑到其对主要犯罪事实的供认态度,仍应认定为“如实供述”。此外,如前所述,行为人对所犯罪行的主要事实、主要情节均予以供述,但对犯罪的性质有不同的认识,如将故意伤害理解为正当防卫,将贪污理解为挪用公款,只要在犯罪事实上没有故意隐瞒或者歪曲的,因为刑法规定自首并不以认罪为条件,也应当认定为“如实供述”。

4. “如实供述”应当在“一审判决前”作出。即行为人自动投案、如实供述罪行后又翻供的,原则上以一审庭审结束前能否如实供述作为自首成立与否的依据。这期间,无论其口供如何反复,只要在一审判决前作了如实供述的,可以认定为投案自首。但是在司法实践中,应当注意两种情况:一是犯罪嫌疑人自动投案后,在一审阶段翻供、二审期间又如实供述的,二审法院不能认定为自首。否则,容易滋长被告人在一审判决前竭力抵赖,赖不掉二审时再作供述也不迟的心态。二是犯罪嫌疑人自动投案后,在一审判决前如实供述罪行,但在二审期间翻供的,二审法院不能改变自首的认定。因为在这种情况下,二审法院不能给被告人加重刑罚,取消自首无实际意义。

(三)过失犯罪中自首的认定

我曾经看到一个案例,被告人陈某系某银行分理处的主任,在其任职期间,该分理处于1999年4月6日,接收了一笔异地单位500万元的定期一年的存款,并为该单位开具了《单位定期存款开户证实书》。当月8日,与支行同处一地的三明市科海公司总经理李某持一份盖有该存款单位公章(经鉴定该公章系伪造)的说明到该分理处,证实该存款单位《定期存款开户证实书》遗失,并谎称该笔500万元是其公司与存款单位做生意的对方资金,要求转入科海公司。被告人陈某在办理该项业务中,过于轻信他人,未按规定操作,指使他人将存款单位的500万元先后两次直接转入三明市科海公司户头。2000年4月6日,当存款单位凭开户证实书要求提现时,银行以该笔资金已被提前支取为由拒付,存款单位就此提起诉讼,诉讼结果直接造成银行经济损失达330余万元的后果。案发后,被告人陈某以国有企业人员失职罪被起诉。在案件审理中,对被告人陈某是否构成自首存在争议:

认为陈某行为构成自首的理由主要有:被告人陈某于案发当日即2000年4月6日在该单位接受公安干警询问时,就如实陈述了在本起案件中自己所实施的各项行为,且根据公安机关出具的情况说明表明被告人在案发后能主动如实交待自己的问题,并积极协助抓捕涉嫌诈骗罪的犯罪嫌疑人。因此,被告人属于在其尚未被作为犯罪嫌疑人接受讯问或被采取强制措施前即主动如实供述自己的罪行,其行为可以认定为自首。

认为陈某的行为不构成自首的理由主要有:成立自首的一个先决条件是要有犯罪嫌疑人主动投案的事实。在该案中,当发案单位于2000年4月6日发现存款可能涉嫌被骗,即已经以报案的形式将情况反映给公安机关,公安机关也于当日即介入对此案的调查了解,在此种情况下通知陈某并对其作了询问笔录,因此,不能视陈某有自动投案的行为。此外,陈某在接受询问时,并未意识

到自己的犯罪事实,故其陈述不符合如实供述犯罪事实的自首要件。基于此,陈某的行为不构成自首。

笔者赞同第一种观点。过失犯罪与故意犯罪具有不同的特点。在过失犯罪中,由于造成危害结果原因的复杂性,行为人可能并未意识到自己的行为是造成危害结果的直接原因,没有认识到自己的行为构成犯罪。在这种情况下,必须要求行为人事先主动向司法机关或者有关组织投案,不合情理。因此,如果司法机关在向其了解案情时,即主动如实交待了自己的所作所为的,可视为自首。本案中,2000年4月6日,当存款单位提现未遂,银行发现了被诈骗的可能性,即时报案,此时可以确认的是诈骗犯罪可能已发生,但此时并不能确认银行在此起诈骗案中存在失误,不能确认陈某为国有企业人员失职罪的犯罪嫌疑人,但其在公安机关了解有关案情时,如实供述自己在本案中所实施的行为,不缩小、不扩大,实事求是地反映当时的情况,且与之后的供述一致,应视为如实供述了自己的犯罪事实,成立自首。当然,认定过失犯罪自首,也不能一概而论。有的过失犯罪,危害结果与行为人过失行为之间的因果关系非常清楚,如交通肇事,对其认定应与故意犯罪相同,即行为人必须具备自动投案的条件。

(四)几种特殊情况自首的认定

1. 关于罪行尚未被司法机关发觉,仅因形迹可疑被有关组织或司法机关盘问、教育后,主动交代自己罪行的自首认定问题。

这个规定,是《解释》新增加的,过去没有。主要是针对有些人形迹可疑,一盘问,一教育,就主动交待了司法机关尚未掌握的罪行这种情况。这一规定体现了惩办与宽大相结合的刑事政策,对于鼓励犯罪分子实施犯罪后投案自首,节约司法成本,提高诉讼效率有积极意义。但在司法实践中,犯罪嫌疑人因“形迹可疑”被盘问、教育后交待自己罪行的原因、背景多种多样,情况复杂,是否认定为自首,尚需根据刑法关于自首的规定和司法解释的基本精神,

具体分析认定。

如刘某深夜盗窃他人摩托车一辆,但无法发动车子,便将车子推往住处。路上碰到民警巡逻,民警见其深夜推车而不骑车,觉得可疑,便拦住盘问。刘某便主动交代了盗窃事实。该案事实简单清楚,但在关于刘某是否具有自首情节这个问题上却颇有争议。一种意见认为,民警之所以盘问刘某,是因为他深夜在外,不骑摩托车反而推着行走,行为古怪,而且刘某完全可以编造谎言予以搪塞,但他选择了主动交代自己的罪行,这种情形属于自首。反对意见则认为,刘某之所以被民警怀疑,不仅仅是因为他行为古怪,更主要是因为赃物摩托车就在他的手上,他无法对此作出合理的解释,在这种情况下,刘某不得不选择坦白道路,因此不符合自首的相关规定。

笔者认为,罪行尚未被司法机关发觉,仅因形迹可疑被有关组织或司法机关盘问、教育后,主动交代自己罪行的,认定为自首,应当具备以下条件:第一,此类自首成立的时间必须是在罪行尚未被司法机关发现之前。包括两种情况:一是犯罪事实尚未被司法机关发现,二是犯罪事实虽已被发现,但司法机关尚未将行为人确定为犯罪嫌疑人。这两种情况的共同点就是行为人与具体案件之间的客观联系尚未被司法机关明确,正是行为人的交代第一次确立了其犯罪嫌疑人的地位。第二,形迹可疑。所谓形迹,按照《现代汉语词典》的解释,是指举动和神色,其外延包括:神态、表情、衣着、体形、语言、举止、动作、活动方式等。因此,形迹可疑的“疑”只是一种主观猜测,是一种没有事实根据的怀疑,所体现出来的只是行为人实施某一或者某种违法犯罪行为的可能性,这种可能性没有相应的客观事实作为依据。与犯罪嫌疑人的区别,应当以怀疑是否有事实根据以及这种根据是否足以把行为人与某一或者某种具体的犯罪联系在一起为标准。犯罪嫌疑依据的是确实具体的证据,属于对证据进行分析、判断的结果,因此,这种怀疑是具体的、

有针对性的怀疑,比如“此物是否被盗窃而来”,“这个人身上的刀有血,是不是杀了人”,等等,要排除这种怀疑必须作出比较合理的解释,甚至还必须提供相关证据。形迹可疑只是一般性怀疑,比如“这个人是否做了什么坏事”之类,这种怀疑因为司法机关没有掌握行为人实施犯罪的任何证据、线索,行为人身上、所携带的物品也不能证明其有实施犯罪的嫌疑,所以也没有任何针对性,因此非常容易解释甚至根本就无需解释。第三,交代的主动性、真实性。行为人在司法机关没有出示任何证据的情况下,出于自己的主观愿望,自动、如实地交代自己的罪行。这种交代尽管是在被盘问、教育的情况下进行的,但由于司法机关没有掌握行为人实施犯罪的任何证据,与自动投案、如实交待自己罪行情形相似,可认定为自首。相反,如果是在司法机关出示相关证据进行针对性讯问和教育后才交代自己罪行的,属于被动交代,不能认定为主动交代。

根据上述论述,司法实践中认定“形迹可疑型自首”,关键把握以下两点:一是看司法机关是否掌握了行为人犯罪的一定证据或者线索,二是看行为人当时不如实交待是否能自圆其说,能否作出合理的解释。如前述刘某盗窃一案,一是刘某被民警发现时,赃物摩托车正在他的手上,此时盗窃犯罪事实虽还未被司法机关发现,但对赃物的持有状态足以说明他当时不仅形迹可疑,而且具有犯罪嫌疑。民警根据物证,有理由怀疑刘某实施了与该赃物有关的犯罪,这种怀疑以证据为基础,是对证据进行分析、判断的结果。二是刘某没有合法手续,无法对赃物摩托车的情况进行合理的解释,所以不得不选择交代自己的罪行,这种交代是在证据面前被迫作出的无奈之举,属于被动交代。因此,不构成自首。与此类似,如果司法机关掌握有一定的线索,已将行为人纳入排查范围;或者行为人因“形迹可疑”被盘问时不作交待,被带人民警室或其他特定场所后被勒令交出或者搜出其身上或者所携物品能证实其实

施犯罪嫌疑的,如枪支、毒品、赃物等,行为人被迫交代了自己罪行的,不能认定为自首。相反,如果侦查人员仅凭工作经验对某人有所怀疑而作调查询问,犯罪嫌疑人经政策教育后如实交待罪行的,或者公安人员、联防队员等在公共场所(如车站、机场、列车上等)因怀疑某人携带违禁物品而对其进行一般查询时,其能及时交出随身携带的毒品、枪支弹药或者假币等非法物品并作有罪供述的,可以认定为自首。

2. 关于向纪检、监察机关如实交代罪行的自首认定问题。

在纪检、监察机关采取“双规”措施后如实交代自己罪行的,是否认定自首,有不同意见。一种意见认为,只要在纪检、监察机关如实交代自己罪行的,都应当算自首。因为刑法第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。纪检、监察机关不属于司法机关,案件还没有到司法机关行为人就交代了,应当认定为自首。对这个问题,笔者认为不能简单地肯定或者否定,应当根据刑法关于自首的立法精神来掌握,具体情况具体分析。所谓“双规”,一般是指党的纪检部门接到群众举报或发现问题时,责令身为党员的被查处人在规定的地点、规定的时间内如实向组织交待自己的违法乱纪问题。一般来讲,“双规”期间交待犯罪事实分四种情形:一是举报人举报被查处人的犯罪事实比较清楚,也有一定的真实证据的,被查处人在“双规”前期心存侥幸,百般抵赖,妄图混过关,后在纪检人员出示有关证据以后,才不得不交待自己的犯罪事实;二是纪检部门虽事前掌握有关事实和证据,但尚未告知被“双规”的被查处人时,被查处人经过教育便主动如实交待了自己的犯罪事实;三是虽有举报,举报内容后来经查不实,但被“双规”的被查处人却主动交待了不为人知的犯罪事实;四是虽有举报,但被“双规”的被查处人在如实交待了被举报的犯罪事实以外,还主动交待了纪检部门和司法机关事前并不掌握的其