

中国人民大学刑事法律科学研究中心 主办

总第2辑

赵秉志 主编

刑事法 司法解释研究

Study on Criminal Precedents
and Interpretations

2003/1

本辑要目

赵秉志
周加海

关于自首制度司法解释的评析(上)

张新民

对死缓期间故意犯罪的死缓犯应否一律核准执行死刑

段启俊

非法经营同类营业犯罪主体的认定

黄京平^等

刑法第280条适用的若干问题研究

人民法院出版社

2003 年第 1 辑 (总第 2 辑)

刑事法判解研究

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

赵秉志 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 2003年. 第1辑:总第2辑/中国人民大学刑事法律科学研究中心编. -北京:人民法院出版社, 2003.6

ISBN 7-80161-557-3

I. 刑… II. 中… III. 刑法-判例-研究-中国
IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 041186 号

刑事法判解研究

2003 年第 1 辑(总第 2 辑)

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

赵秉志 主编

责任编辑 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290586(责任编辑) 65290516(出版部)

(010)65290558 65290541 65290543(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 243 千字

印 张 14.5

印 数 6000

版 次 2003 年 6 月第 1 版 2003 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-557-3/D·557

定 价 22.00 元

2003 年第 1 辑(总第 2 辑)
中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

《刑事法判解研究》

顾 问

高铭喧 马克昌 王作富
刘家琛 姜兴长 张 军

编辑委员会

主 任 赵秉志

委 员 (以姓氏笔划为序)

王新清 卢建平 任卫华
何家弘 杨万明 南 英
高憬宏 黄尔梅 黄京平
谢望原 甄 贞 熊选国

主 编 赵秉志

副主编 黄京平 谢望原

编 辑 杜 澎 阴建峰

目 录

解释研究

- 关于自首制度司法解释的评析(上) 赵秉志 周加海(1)
- 试析《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》 李文峰(29)
- 关于挪用公款罪立法解释研析 刘德法 王冠(42)
- 对最高人民法院《关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》之研析 庄劲(49)

法官论案

- 对死缓期间故意犯罪的死缓犯应否一律核准执行死刑
- 死缓犯赵某某犯脱逃罪核准执行死刑案 张新民(60)
- 受贿罪的牵连犯如何定罪处罚
- 吴某受贿案 牛克乾(69)

案例解析

- 罪刑法定的内在价值与外在要求
- 全国首例投寄虚假炭疽恐吓邮件案定性研究
- 游伟 谢锡美(77)
- 雇凶报复他人导致死亡能否构成共同故意杀人
- 徐某等杀人案 杨兴培 李翔 王春燕(91)
- 具有多个从宽情节岂能因“严打”便顶格处刑
- 黄海涛盗窃案 赵秉志 阴建峰(100)
- 非法经营同类营业犯罪主体的认定
- 刘某、林某非法经营同类营业案 段启俊(113)

伪造、使用伪造的 IC 电话卡应如何定性

——黄某等伪造有价票证、盗窃案 雷建斌(122)

诈骗罪应以“使被害人信以为真、自愿交付财物”为必要要件

——李某诉讼诈骗案 王 琤 万云峰(131)

不能犯的认定与处理

——张某等运输毒品(未遂)案 廖万里(140)

实务探讨

放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的司法疑难问题研讨

..... 赵秉志 许成磊(151)

刑法第 280 条适用的若干问题研究 黄京平 庄 伟 赵 飞(167)

票据诈骗罪司法疑难问题研究 高艳东(215)

关于自首制度司法解释的评析 (上)

赵秉志* 周加海**

1998年4月6日,最高人民法院根据刑法关于自首制度的新规定,对自首制度具体应用的若干问题作了新的解释,即《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》)。^①《解释》的颁行,对于推动自首制度的正确运用,确保自首制度所蕴含的惩办与宽大相结合之基本刑事政策的贯彻落实,无疑具有极为重要的意义。但是,从《解释》颁行以来的实施状况看,其本身也还存在一些问题:有些本应予以规定的问题,并未得到解释;有些解释仍不够具体,需要作进一步的“再解释”;有些规定,从合理性的角度看,尚有待反思,等等。本文对这些问题予以集中探讨,以期能引导人们,尤其是司法工作者在现有条件下更加科学、更加灵活地认识和运用《解释》的有关规定,同时也旨在为《解释》的进一步完善提供一些有益的参

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心主任,中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师。

** 最高人民法院干部、法学博士。

① 在刑法修订之前,1984年4月16日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部曾联合发布《关于当前处理自首和有关问题具体应用法律的解答》。

考意见。

一、一般自首的认定

一般自首,是指犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的行为。根据刑法第67条第1款及《解释》第1条的规定,一般自首的成立,必须同时具备“自动投案”和“如实供述自己的罪行”两个条件。

(一) 关于“自动投案”

所谓自动投案,根据《解释》^①第1条第2款的规定:“是指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投案。”此外,该《解释》第1条第3款规定:“犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的;犯罪嫌疑人因病、伤或者为了减轻犯罪后果,委托他人先代为投案,或者先以信电投案的;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;犯罪后逃跑,在被通缉、追捕过程中,主动投案的;经查实确已准备去投案,或者正在投案途中,被公安机关捕获的,应当视为自动投案。”同条第4款规定:“并非出于犯罪嫌疑人主动,而是经亲友规劝、陪同投案的;公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友,或者亲友主动报案后,将犯罪嫌疑人送去投案的,也应当视为自动投案。”同条第5款规定:“犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的,不能认定为自首。”从目前的理论研究和司法实践情况来看,对于上述规定的理解和适用,主要有下列问题值得特别研讨:

1. 关于自动投案的时间条件

(1) “仅因形迹可疑被盘问、教育”的理解和适用。

《解释》规定:“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。目前,如何正确理解和适用这一规定,是司法实务中有关自首认定的较为棘手的问题之一;在刑法理论界,对上述规定的认识也存在较大分歧意见。困

^① 应当指出的是,该《解释》在条、款、项等技术规范的使用上是不尽严谨的。这给我们引注其有关内容带来了不便。

惑、争议的焦点主要集中在对该规定中“形迹可疑”的理解上。^①从笔者所掌握的资料看,目前,对于这一问题,主要有以下几种不同认识:

第一种观点认为,“形迹可疑,是指特定人的举动、神态不正常,使人产生疑问。这种疑问是臆测性的心理判断,它的产生没有也不需要凭借一定的事实依据,是一种仅凭常理、常情判断而产生的怀疑。”^②

第二种观点认为,只要有关组织或司法机关还未掌握犯罪的基本事实,那么,此时犯罪人就仍属形迹可疑人,其若能如实交代自己的罪行的,就仍应当视为自动投案。^③

第三种观点认为,所谓“仅因形迹可疑被盘问、教育”,是指公安机关、人民检察院、保安部门或其他有关组织在没有掌握犯罪的基本事实(即何人在何时何地实施了犯罪)或者足以断定某人实施了某种犯罪的重要证据之时,仅凭工作经验或个别线索,对被怀疑对象的盘查或询问。在司法实践中,“仅因形迹可疑被盘问、教育”通常表现为两种情况:一是有关组织没有掌握任何犯罪事实或犯罪证据,仅凭直觉和工作经验对被怀疑对象进行查询;二是有关组织虽已查获一定的犯罪线索和证据,但据此并不知悉犯罪的事实(或过程),也不能重点确定犯罪的嫌疑对象而对有关人员进行查询。^④

第四种观点认为,“在司法实践中,被告人因‘形迹可疑’被盘问后交代自己罪行的原因、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有关司法解释的基本精神,具体分析认定。……如果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,仅因‘形迹可疑’被有关组织或者司法机关盘问,或者有关组织或者司法机关进行例行检查,行为人如实交待自己所犯罪行的,应当视为自首。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,其身上或者所携物品能证实其有实施犯罪嫌疑的,如枪支、毒品、赃物等,行为人‘主动’

① 此外,对该规定“尚未被司法机关发觉”中的“司法机关”的范围,也有不同的认识。有鉴于这一问题与准自首的“如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行”中的“司法机关”的范围问题属于同一问题,故拟将其放在下文准自首的认定处一并论述。

② 见中华人民共和国最高人民法院刑一庭编:《刑事审判参考》2000年第3辑,法律出版社2000年版,第21-22页。

③ 转引自黄祥青:《自首和立功探微》,载《中国刑事法杂志》总第39期,第23页。

④ 参见黄祥青:《自首和立功探微》,载《中国刑事法杂志》总第39期,第24页。

交待了自己的罪行的，不能视为自动、主动交待了自己的犯罪行为，不能认定为自首。”^①在某种意义上，这一观点代表着最高人民法院有关业务庭的指导性意见。

笔者认为，对“形迹可疑”的理解和把握，上述诸种观点虽都不乏具有一定的合理之处，但都还存在一定的缺陷与不足，以下试分别评析之：

其一，关于上述第一种观点。该观点实际是主张，只要有关组织或司法机关已经掌握了行为人实施犯罪的有关证据、线索，那么，不论这些线索、证据性质如何、数量多少、证明力多大，都应当认为行为人的罪行已被有关组织或司法机关发觉，行为人就已不再是形迹可疑人。这是值得商榷的。正如持上述第二种观点的学者所指出的，在司法实践中，有关组织单凭直觉或工作经验便发现犯罪嫌疑人并予以查询的案件毕竟是少量的；在大多数情况下，在犯罪发生以后，有关组织经过对犯罪现场的勘查和对周围群众的调查走访，总能或多或少地获取一些线索、证据。如果强调只有在有关组织不知任何事实证据的情况下犯罪人主动交待罪行的，方能认定为自首，那就势必会将大多数罪案中的犯罪嫌疑人均排除在“视为自动投案”的范围之外，这样显有要求严苛之弊，不利于鼓励犯罪人在犯罪后积极认罪悔过，走自首投诚之路。^②

其二，关于上述第二种观点。这种观点在一定程度上校正了第一种观点所存在上述的偏差，但令人遗憾的是，其校正尚不无矫枉过正之嫌。按照这种观点，只有在司法机关已经掌握了行为人犯罪的“基本事实”的情况下，方可认为司法机关已经掌握了犯罪人所实施的罪行，方可将行为人确认为某宗罪行的犯罪嫌疑人。这一认识显然缺乏对司法机关所掌握的、据以推定行为人犯有一定罪行的线索、证据的具体分析，以之指导司法实践，势必会导致对“自动投案”把握过宽、对自首认定过滥的问题。

其三，关于上述第三种观点。该种观点较好地领悟和贯彻了现行立法设立自首制度的两方面意旨，即鼓励犯罪人主动认罪悔过和实现司法的经济性；以之指导司法实践，既不会产生自首认定失之过严过苛的不足（如上述第一种观点），也不会导致对自首认定失之过宽过滥的弊病（如上述第二种

① 见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》2001年第6辑，法律出版社2001年版，第81-82页。

② 转引自黄祥青：《自首和立功探微》，载《中国刑事法杂志》总第39期，第23-24页。

观点),因而相对于前二种观点而言,该种观点更为可取。但是,笔者认为,该种观点仍还有一些不足,主要是其表述上尚不够确切、不够清晰,具体表现在:持有该种观点的学者认为,当有关组织掌握了足以“断定”某人实施了某种犯罪的“重要证据”之时,就可以认为某人的罪行已被发觉,某人就不再是形迹可疑人,而是重大犯罪嫌疑人。由此便会带来一系列的问题:何谓“重要证据”?如何判断某证据是否重要?如果后来发现某人并不是真正的犯罪人时,如何又能说当初可以凭借该重要证据就足以“断定”行为人为人实施了犯罪?是不是只有将行为人列为重大的犯罪嫌疑人后才可认为他已不再是“形迹可疑”人?等等。这说明,该种观点在表述上尚需要进一步完善的。

其四,关于上述第四种观点。该观点缺陷是显而易见的。按照这种观点,似乎可以认为,对“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”犯罪人尚可不以自首论,这显然违背了《解释》的明文规定。当然,笔者认为,这种缺陷主要是因为论者有关措辞不当导致的,其实际是想要表达的意旨主要在于: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;或者发现被盘问、教育的行为人身上或者所携物品中有枪支、毒品、赃物等能证实其有实施犯罪嫌疑的,则行为人就不再属于“形迹可疑”人。即使其‘主动’交待了自己的罪行的,也不能认定为自首。

综上分析和论述,笔者认为,所谓“形迹可疑”,应当是指这样两种情况:一是司法机关或有关组织尚未掌握行为人犯有某宗罪行的任何线索、证据,而仅凭行为人的举动、神态不正常,认为行为人为可疑。这种“形迹可疑”是一种纯粹基于常理、常情或者特定的工作经验所形成的主观判断;二是司法机关或有关组织已经掌握了据以推测行为人可能与某宗罪行有联系的一定的线索、证据,但据此线索、证据尚不足以合理地将行为人确定为是某宗罪行的犯罪嫌疑人。此种“形迹可疑”虽不属纯粹的主观判断,但仍主要属于直觉性的推测范畴。如果从案件查处的顺序看,“形迹可疑”通常又可表现为以下两种情形:一是司法机关或有关组织尚未将行为人与特定的待侦案件相联系。此种情形大多发生在司法机关或有关组织进行例行检查时(可将其概括为“以人找案”时);二是司法机关已经凭借办案经验或者一些尚不充分的线索、证据(即尚不足以据之合理地将行为人推定为某起案件的犯罪嫌疑人)将行为人与特定的案件联系起来。此种情形大多发生在司法机关正在查处有关待侦案件时(可将其概括为“以案找人”时)。

在具体理解和掌握“形迹可疑”时，应当注意以下问题：

①切忌不能认为，一旦有关司法人员已经将行为人与特定的待侦案件相联系，此时行为人的犯罪事实就已被司法机关发觉，其就已成了“犯罪嫌疑人”，司法机关对他的询问就已是“讯问”。如前所分析的那样，在司法机关将某人与特定的案件事实相联系并将其列为侦查对象时，不一定意味着司法机关就已经掌握了足以合理怀疑行为人犯有某种罪行的线索、证据。此时若一概剥夺犯罪人的投案自首机会，则不利于鼓励犯罪人认罪悔过，对司法机关顺利查处案件也有消极影响。

②也不能片面地认为，凡是在例行盘查时发现的行为人，凡是尚不能将其与特定待侦案件联系起来的行为人，就一概都属于“形迹可疑”人。在有些场合，即便司法机关或有关组织对行为人的盘查仍只属于例行盘查，但若凭借某种证据已足可合理怀疑行为人犯有某宗罪行时，那么，即便此时尚不能了解行为人所犯罪行的性质及具体情况，也应当认为行为人已不属于“形迹可疑”人，而是犯罪嫌疑人。例如，公安巡逻人员在深夜发现某衣着褴褛的人拿着一密码箱。巡逻人员让该人开启箱子接受检查，该人推说密码忘了无法开启。巡逻人员在将该人带至警局后，采用技术手段将箱子打开，发现其中所装物品与该人所述并不一致。此时，就应当认为，司法机关已经掌握了足以合理怀疑该人犯有某宗罪行的证据。尽管该人是在接受例行盘查时被发觉，即使此时司法机关尚不能了解其所涉嫌的具体罪名（盗窃、诈骗、抢夺抑或抢劫，等等），也应当认为其已不属于“形迹可疑”人；进而，即便他在司法人员的讯问下交待其有关犯罪事实的，也不能认定其成立自首。

③有一种情况应当特别注意：有些时候，行为人随身携带有足以可以合理怀疑其犯有某种罪行的特殊物品，例如，枪支、弹药、毒品、大量假币等，此时，判断行为人是“形迹可疑”人还是犯罪嫌疑人，必须具体分析：如果司法机关或有关组织已经发现行为人携带有上述物品，那么，就不能认为行为人只是“形迹可疑”人，而已属于犯罪嫌疑人；反之，如果行为人虽随身携带有这些物品，但藏匿得较为隐蔽，司法机关或有关组织在对其进行检查前尚未发现其携带有这些物品，那么，就仍然应当认为行为人是“形迹可疑”人；如果他在司法机关或有关组织对其身体和所携带的物品进行检查、检查前，即能供述其所犯罪行的，就仍然应当认定其成立自首。

④应当承认的是，所谓“足以合理地将行为人确定为是某宗罪行的犯罪嫌疑人”，尚是一个弹性极大、不尽明确的用语。但是，若认同“形迹可疑”人尚包括一些司法机关已掌握其可能犯有某宗罪行之线索、证据的行为人，

那么,就只能使用这样的用语;对其理解和把握,也只能由负责案件审理工作的司法人员具体情况具体分析。只是,应当强调的一点是,在遇有难以确切判断凭借有关线索、证据是否“足以合理地将行为人确定为是某宗罪行的犯罪嫌疑人”时,则应当本着“疑案处理应采有利被告原则”之现代刑法理念和鼓励犯罪人自首的刑事政策精神,认定此时尚不足以合理地将行为人确定为犯罪嫌疑人,也即,这类行为人若能在接受盘查(或者讯问)时能主动如实供述其罪行的,仍应当认定其成立自首。

(2) 被取保候审后畏罪潜逃,后又主动归案的,是否应认定为自动投案?

有些学者认为,对上述情形不能认定为自动投案,理由是,犯罪嫌疑人、被告人既被取保候审,在指定期间内其就负有未经批准不得擅自离开指定场所、保证随传随到义务。其在取保期间逃跑后,仍负有及时到案的义务。因此,他在逃跑后主动归案,只是“报到归案”,而不能视为投案。^①

笔者不赞同上述观点。笔者认为,对上述情形应当认定为自动投案。主要理由是:首先,在上述情形中,犯罪人归案,完全是在其本人意志的决定下自动为之,因此其行为符合“自动投案”的本质属性。其次,在上述情形下,犯罪人归案实际兼具履行取保期间的报到归案义务和自动投案的双重属性(这与交通肇事后主动报案的行为类似。交通肇事后主动报案,兼具履行交通法规所设定的法律义务和主动投案的双重属性)。否认上述情形中犯罪人归案行为的自动投案性质,是片面的,有失客观。最后,在我国刑法中,自首只是一种可以型从宽处罚情节。因此,认不认定自首是一个问题,认定自首后是否从宽处罚以及如何从宽处罚则是另外一个问题。正如将“犯罪后逃跑,在通缉、追捕过程中,主动投案的”认定为自动投案并不会带来处罚不公、鼓励犯罪人逃跑的不良影响一样,如果我们能正确理解和适用自首犯的处罚原则,将上述情形认定为自动投案,也不会产生什么“鼓励犯罪分子利用类似手段逃避应有法律制裁、钻法律空子”的负面效应;相反,如果不以自动投案论,则会人为造成本可避免的、断绝这类犯罪人认罪悔过的自新之路、迫使其对抗到底的有害影响。这显然与自首制度的设立宗旨相悖。

(3) 对犯罪(通常是过失犯罪)以后,在抢救伤者或财产的当场即被抓获的行为人能否以自首论?

^① 参见刘凌梅、司明灯:《我国刑法中自首制度司法适用若干问题研究》,载姜伟主编:《刑事司法指南》2002年第1辑,法律出版社2002年版,第22-23页。

有一种意见认为,对上述情形应当一概以自首论。理由是,如此处理有利于鼓励犯罪人在犯罪后积极抢救伤者或财产。否则,如果不认定此种情形成立自首,相反,倒对那些在犯罪后本有条件抢救伤者或财产、却为争取“自首从宽”而放弃抢救前往投案的行为人以自首论,则显然有失公平。

笔者不赞同上述观点。笔者认为,在上述情形下,能否对行为人论以自首,应当根据刑法及《解释》的有关规定具体分析,不能一概而论。详言之,只有在以下两种情况下,方可认定行为人成立自首(以行为人能如实供述其罪行为条件):其一,行为人在犯罪后已及时自行通过电话等向有权接受其投案的单位或个人报案,或者已委托他人向有关单位或个人报案,上述单位或个人是在接到犯罪人本人或其委托的人的报案后,方赶往其抢救伤者或财产的现场将其抓获的。因为,此时行为人的行为完全符合《解释》关于“犯罪嫌疑人……为了减轻犯罪后果,委托他人先代为投案,或者先以信电投案的,……应当视为自动投案”的规定。其二,行为人在抢救伤者或财产时,已明确对他人包括围观群众言明,其准备在将伤者送往救治后或将财产抢救完毕后向有关单位或个人投案的。因为此时行为人的行为完全符合《解释》关于“经查实确已准备去投案,……应当视为自动投案”的规定。反之,如行为人虽有抢救伤者或财产的表现,但其本人并未采取适当措施及时报案,也未委托他人代为报案,且也无证据证明其确实准备在抢救伤者或财产后投案的,那么,就仍然不能认定其有自动投案的表现,不能认定其成立自首。

有必要指出的是,作如上的处理,并不会如有些学者所说的那样,带来用刑不公的问题。因为,认不认定成立自首是一个问题,是否从宽处罚则是另外一个问题。对于为争取“从宽”而放弃抢救伤者或财产的犯罪人,即使认定其成立自首,考虑到其恶意利用自首从宽之制,也可依法不对其从宽处罚;相反,对于因抢救伤者或财产而耽误自首时机的犯罪人,即使不认定其成立自首,但考虑到其有抢救伤者或财产的情节,也可依法对其从宽处罚。

(4) 犯罪人在接到司法机关口头通知后,主动到司法机关如实交待自己的罪行的,能否认定为自首?

在司法实践中,存在这样一种情形,即司法机关以口头方式(如通过打电话或者委托他人捎带口信等),通知犯罪人到指定的地点“来一趟”。后犯罪人如约前往,并主动交待了其犯罪事实。这种情形能否成立自首?在司法实践中,有一种意见认为,根据《解释》的规定,犯罪人自动投案,只能发生在尚未被司法机关讯问或采取强制措施前。而司法机关的口头通知实质也

是传唤、讯问的一种方式,因此,对以上情形,不能认定为自首,因为在这种情形下,犯罪人已丧失了自动投案的时机。

笔者不赞同这种观点。笔者认为,对上述情形,一般仍应当认定为自首,主要理由是:其一,在有些时候,尤其是在犯罪人的罪行尚未被发觉的情况下,司法机关通知其到指定的地点,很难说是为了讯问,而完全有可能是将其作为一般的证人而向其了解案情,或者只是将他作为一般的盘查对象进行询问。其二,我国刑事诉讼法及有关司法解释规定,传唤犯罪嫌疑人的,必须向犯罪嫌疑人出示传唤通知书和有关证件,^①据此,口头通知,即便在某些情况下确实包含着传讯的意图,也不是法定的传唤方式。因此,将口头通知等同于传唤、讯问,是没有法律依据的;认为在上述情形下,犯罪人已被司法机关“传讯”,是不尽妥当的。

当然,如果司法机关对犯罪人发出某种“口头通知”,实质是诱捕犯罪人的一个策略[例如,司法机关已掌握犯罪人的犯罪事实,为了将其顺利逮捕,而假称因有关案件(通常是与犯罪人罪案无关的案件)需要找犯罪人了解情况],此时行为人若如约前往的,则应另当别论。在这种情况下,一旦犯罪人达到约定地点,司法人员往往即会对其采取强制措施,在此之后,即便他能如实供述自己的罪行,也不能再对其以自首论,因为此时他已出于被动归案的状态,已丧失了自动投案的时机。

(5) 犯罪嫌疑人在被纪检、监察部门“两规”、“两指”期间,如实交待自己的罪行的,能否认定为自首?

所谓“两规”(又有称“双规”),是指《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》第28条第3项规定的“要求有关人员在规定的地点就案件所涉及的问题作出说明”。所谓“两指”(又有称“双指”),是指《中华人民共和国监察法》第20条第3项规定的“责令有违反行政纪律嫌疑的人员在指定的时间、地点就调查事项涉及的问题作出解释和说明”。“两规”、“两指”措施,目前已为纪检、监察部门查处党纪、政纪案件所频繁使用。在实践中,常遇有犯罪嫌疑人在被“两规”、“两指”期间,如实交待自己罪行情形。对这类案件,能否认定为自首,司法实务界颇感棘手,刑法理论界也争论激烈。有人认为应当一律认定为自首,有人持完全相反的观点,还

^① 参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第91、92条;《人民检察院刑事诉讼规则》(1998年12月16日)第137条。

有人认为应当具体分析。^①

笔者认为,在遇有上述情形时,只要犯罪嫌疑人在进入刑事诉讼程序后不翻供的,就应当一律认定为自首。上述第二、第三种观点不能立足。对此,我们关键是要看到:根据我国宪法、立法法以及刑事诉讼法等法律的有关规定,纪检、监察部门对行为人的审查并不是刑事程序意义上的讯问,其对行为人所采取的“两规”、“两指”措施也不是刑事诉讼法所规定的强制措施。无论是直接将纪检、监察机关视同“司法机关”,将“两规”、“两指”措施当作“强制措施”(上述第二种观点),还是将纪检、监察机关视为“准司法机关”、将“两规”、“两指”视为“准强制措施”(上述第三种观点),都是没有法律依据的。因此,即使犯罪嫌疑人已受到纪检、监察部门的审查或被采取“两规”、“两指”措施,其仍属于“尚未受到讯问、未被采取强制措施”的犯罪嫌疑人,因而仍未丧失自动投案的时机;只要他在司法机关介入、对其犯罪事实进行刑事诉讼意义上的调查之时能如实供述其罪行的,就完全符合自首的成立条件,就应当依法认定其成立自首。

持有上述第二、第三种观点的学者或许会提出这样的疑问:在犯罪嫌疑人被“两规”、“两指”的情况下,有些时候,当司法机关介入时,犯罪嫌疑人已处于被限制或完全丧失人身自由的状态,其何来“自动投案”的行为?的确,在此种情况下,说犯罪嫌疑人有严格意义上的自动投案行为是十分牵强的。但是,我们应当看到,此种情形之所以发生,在某种意义上,可以说是因纪检、监察部门对其所采取的根本没有相应法律依据的“强制措施”(当然,这并不意味着,如果纪检、监察部门不对犯罪嫌疑人采取这样的措施,他就一定会向有关单位或个人自动投案),以及现行刑法有关准自首之适用主体的不尽恰当的规定所致,^②因此,笔者认为,在此种情况下,对“自动投案”作适当地灵活理解,应当说是必要的。

(6) 犯罪人自动投案后逃跑,后再次主动归案的,是否应当视为“自动投案”?

有人认为,将上述情形视为自动投案,便违反了《解释》关于“犯罪嫌

① 参见刘凌梅、司明灯:《我国刑法中自首制度司法适用若干问题研究》,载姜伟主编:《刑事司法指南》2002年第1辑,法律出版社2002年版,第5-7页。该文所探讨的仅是“两规”期间的自首认定问题。考虑到“两指”与“两规”在性质上极为类似,因此可以推知,在“两指”期间的自首认定问题上,论者也应持相似观点。

② 现行刑法有关准自首的适用主体规定的缺陷,请见后文。

疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首”的规定。^①

笔者认为：其一，这种观点错误地理解了《解释》上述规定的含义。应当认为，该规定仅是指“犯罪嫌疑人自动投案后，又逃跑并且拒不主动归案的，不能认定为自首”，而不是指“犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑，即使再次自动投案的，也不能认定为自首”。其二，基于正反两方面理由，都应当将上述情形视为“自动投案”：一方面，此种情形完全符合自动投案的特征。犯罪人自动投案后逃跑的，实际上是重新回归到尚未投案的状态，重新获得投案自首的时机，因此，此时，犯罪人若基于其本人意志再次主动归案的，理应视为自动投案；另一方面，对此种情形不以自动投案论，无异于是断绝这类犯罪人认罪悔过自新之路，无异于是鼓励其对抗到底，这显然与自首制度的设立本旨不符。

2. 关于自动投案之投案对象的理解和把握

根据《解释》规定，犯罪分子在犯罪以后，不仅可以直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案，还可以向“其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案”。在理解和适用上述规定时，首先需要注意的是：其一，不能认为这里的“所在单位”，只能是指国家机关以及国有企业、事业单位或者人民团体等。^② 因为，如此理解悖离了鼓励犯罪人自首和便利犯罪人自动投案的立法和司法解释精神。其二，这里的“其他有关负责人员”，应当是指公安机关、检察机关、人民法院以及犯罪人所在单位（公检法机关除外）、城乡基层组织中的非在执行职务期间的负责人员。对“负责人员”，不宜作狭窄的理解，即不能仅将之限定为上述机关、单位或者组织中的领导人员，而应当认为也包括其他负有刑事案件侦查、起诉、审判职责的一般司法人员、犯罪人所在单位的直接主管人员（如部门经理、班、组长以及保卫人员等），以及城乡基层组织中具体负责治安保卫事宜的主管领导及一般工作人员等。至于这些人员是否属于国家工作人员，则并无特别要求。如果犯罪人向上述机关、单位、组织中的正在执行职务的负责人员投案的，则应当属于向其所属机关、单位或者组织本身投案。因为，在执行职务期间，这些负责人员是以其所属机关、单位、组织的名义开展工作的。

关于自动投案的投案对象，有下列问题值得深入探讨：

（1）犯罪人的亲友或者其他与犯罪人有某种密切关系的人（如犯罪人的

① 转引自叶巍：《自首制度新视界》，载《东吴法学》2001年号，第80页。

② 参见单民：《略论自动投案》，载《法学》1999年第2期，第37页。