

A Guide to Criminal Justice

姜伟/主编

本辑要目

【司法实务】

我国刑法中自首制度司法适用若干问题研究

认定侵犯著作权罪若干问题研究

【证据运用】

毒品犯罪证据的运用及重要量刑情节的诉讼审查

【法律释义】

《中华人民共和国刑法修正案（三）》的理解与适用

《最高人民法院关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》的理解与适用

【疑案剖析】

抢劫罪犯罪形态及相关问题的认定和处理

——析郑州市“12·9”特大系列抢劫案

【诉讼文书范例】

关于起诉书格式（样本）修改内容的说明

2002年第1辑

（总第9辑）

刑事司法指南

法律出版社

刑事司法指南

2002年第1辑（总第9辑）

姜 伟/主编

阎敏才 彭 东 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. 2002 年. 第 1 辑/姜伟主编. —北京:
法律出版社, 2002. 4

ISBN 7-5036-3764-1

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(2002)第 023032 号

出版/法律出版社
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
责任印制/陶 松

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/何 萍

开本/880×1230 毫米 1/32
版本/2002 年 5 月第 1 版

印张/7.75 字数/188 千
2002 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室)

(010)88414140(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司)

(010)65120887(西总布营业部)

(010)88414934(科原大厦营业部)

(021)62071679(上海公司)

(010)88960092(八大处营业部)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3764-1/D·3399

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

刑事司法指南

2002年第1辑 (总第9辑)

顾问委员会

总顾问: 高铭暄 陈光中 王作富
顾问: (以姓氏笔画为序)
龙宗智 刘绍武 张军 陈卫东
陈兴良 周振想 郎胜 南英
胡安福 赵秉志

编辑委员会

主编: 姜伟才
副主编: 阎敏 彭东 黄河
主编助理: 黄河
编委: (以姓氏笔画为序)
王军 王健 白贵 泉 史卫忠
李树昆 李景 张凤 艳 贺湘君
侯亚辉 聂建华 黄卫平 路 飞
鲜铁可

通讯编委: 苗生明 杨宏 马和琴 赵元
王国宏 杨树林 张义昭 胡秋
沙莎 李刚 严正华 顾雪飞
杨建民 欧秀珠 王景风 王环海
王永禄 刘光圣 常智余 徐新励
周腾华 许玉民 孙治敬 吴永胜
张晓华 王成刚 樊民强 陈新章
马学礼 徐树仁 张彩霞 胡万
勇 扎

执行编辑: 史卫忠 侯亚辉 卜大军 孙铁成



法律出版社出版

张军 姜伟 田文昌

《刑事诉讼：控辩审三人谈》



定价：28.00元



- ◎庭审改革与控辩审的角色、职责变化
- ◎庭前程序的相关问题
- ◎证据的相关问题
- ◎法庭审理——法官主持庭审的相关问题
- ◎法庭审理——举证、质证的相关问题
- ◎法庭审理——证人出庭的相关问题
- ◎法庭审理——法庭辩论的相关问题
- ◎法庭审理——其他相关问题
- ◎第二审中的若干问题
- ◎如何认识刑事诉讼中的“传媒报道”
- ◎刑事诉讼改革展望

电话：88414899 88414900

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

目 录

【司法实务】

我国刑法中自首制度司法适用若干

- 问题研究 刘凌梅 司明灯 (1)
- 认定侵犯著作权罪若干问题研究 聂洪勇 (27)
- 论逮捕及其适用 杨振江 高景峰 (73)
- 诬告陷害罪论析 谢望原 许成磊 (98)
- 煽动分裂国家罪的认定与处理 王 军 (120)

【证据运用】

毒品犯罪证据的运用及重要量刑情节的诉讼审查

- 郑蜀饶 (131)
- 巨额财产来源不明罪的证明方法 聂建华 (168)

【法律释义】

- 《中华人民共和国刑法修正案(三)》的理解与适用 ... 黄太云 (184)
- 《最高人民法院关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》的理解与适用..... 孙军工 (196)

【疑案剖析】

抢劫罪犯罪形态及相关问题的认定和处理

- 析郑州市“12·9”特大系列抢劫案 ... 苏长明 杜道泉 (202)

【诉讼文书范例】

关于起诉书格式(样本)修改内容的说明 史卫忠 (220)

【问题征答】

如何理解徇私枉法罪中的“徇私”、“徇情”? (236)

【司法实务】

我国刑法中自首制度 司法适用若干问题研究

刘凌梅 司明灯*

有关自首的法律规定

【刑法】

第六十七条 犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

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。

【相关司法解释】

* 刘凌梅：郑州大学法学院教师，武汉大学法学院博士研究生；司明灯：河南省高级人民法院刑一庭助理审判员，法学硕士。

**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**

(1998年4月6日最高人民法院审判委员会第972次会议通过
1998年4月17日最高人民法院公告公布,自1998年5月9日起施行)

为正确认定自首和立功,对具有自首或者立功表现的犯罪分子依法适用刑罚,现就具体应用法律的若干问题解释如下:

第一条 根据刑法第六十七条第一款的规定,犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。

(一)自动投案,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。

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。

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。

犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的,不能认定为自首。

(二)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。

犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的,只对如实供述部分犯罪的行为,认定为自首。

共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人,除如实供述自己的罪行,还应当供述所知的同案犯,主犯则应当供述所知其他同案犯的共同犯罪事实,才能认定为自首。

犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的,不能认定为自首;但在一审判决前又能如实供述的,应当认定为自首。

第二条 根据刑法第六十七条第二款的规定,被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯,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。

第三条 根据刑法第六十七条第一款的规定,对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚;对于犯罪较轻的,可以免除处罚。具体确定从轻、减轻还是免除处罚,应当根据犯罪轻重,并考虑自首的具体情节。

第四条 被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯,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。

目 次

一、一般自首的认定

(一)关于“自动投案”

(二)关于“如实供述自己的罪行”

二、准自首的认定

(一)被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、正在服管制刑的罪犯以及正在缓刑和假释考验期内的缓刑犯和假释犯,能否成为准自首的主体

(二)“其他罪行”的理解和认定

三、取保候审与自首

(一)投案并如实供述自己罪行被取保候审期间又犯新罪的,能否认定自首

(二)被取保候审后畏罪潜逃,后又自动投案并如实供述自己罪行的,能否认定自首

四、特殊犯罪中自首的认定

(一)巨额财产来源不明罪中自首的认定

(二)交通肇事罪中自首的认定

五、单位犯罪的自首问题

(一)犯罪单位能否成为自首的主体

(二)犯罪单位自首的认定

关于我国自首制度的司法适用问题,1998年最高人民法院《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》)作了较为具体的规定,解决了理论界和司法界长期以来争论不休的若干重大问题。但是,从近年来的司法实践来看,又出现了不少新问题,加上对《解释》内容的理解和适用方面也不断产生一些认识分歧,需要认真探讨和总结。

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。

(一)关于“自动投案”

根据《解释》的规定,自动投案是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法发觉,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。在这一方面,司法实践中经常遇到的问题主要有以下几个方面:

1. 报案能否视为投案

一般来说,报案和投案并不难区分,但也有例外。

例如:张某和被害人因故发生口角,继而厮打。厮打中,张看到自己身上受伤,即掏出随身携带的匕首猛刺,将被害人杀死,然后自行到乡派出所。该所值班民警问张有啥事,他说打架了,来报案哩。这时值班民警见他身上有伤,误以为他是被害人,就截住张

的话头说：“你先去乡医院治伤吧，有啥事回头再说。”张某于是就到医院看伤去了。不久，值班民警又接到他人报案，方知张某就是杀人凶手，即赶到医院将其抓获。

对此，有的同志认为，报案就是报案，和投案完全是两码事。报案是指向司法机关报告案件的发生，它并不包含投案所要求的承认自己实施了犯罪行为，自愿接受国家司法机关的审查和裁判的含义。上述案例中的犯罪嫌疑人的行为均不能认定为自动投案。笔者认为，汉语中的每一个词语一般都有其固定的内涵，报案和投案确实不能相互包容，但是也不能一概而论，需具体问题具体分析，某些特殊环境下报案行为还是可以视为自动投案的。一般说来，能对报案和投案作正确理解的仅止于有相当文化程度的人和懂法的人，只上过几年小学和一字不识的文盲搞不懂二者之间的区别。本案中，犯罪嫌疑人张某是文盲，他知道认罪服法，却不知道关乎自己命运的报案和投案的一字之差的法律后果相差那么悬殊。用他归案后的供述来说，“如果知道，肯定会说投案”。对于投案自首的认定，要看其本质是否符合法定要件，而不要机械地理解运用，对某些法律用语过于苛求。虽然张某说的是报案，但张某是按照值班民警的话去医院治伤，直至被抓，他如果想逃跑，是有充分的条件和时间的，但却没有跑。这表明其事实上是基于其本人意志而主动地归案，自愿置于公安机关的控制之下，接受国家司法机关的审查和裁判，其行为完全符合自动投案的特征，应当认定为自动投案。

2.“双规”期间交待犯罪事实，是不是自动投案

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于规定的时间内如实向组织交待自己的违法乱纪问题。由于纪检部门不是司法机关，理论界和司法实务的同志对上述问题的认识就产生了分歧。有的同志认为，纪检部门不是司法机关，即使被查处人的犯罪事实

被其发觉,也不能视为司法机关已经发觉,而且“双规”也不是刑事诉讼法规定的五种强制措施之一,被“双规”的被查处人不能视为已被采取了强制措施。所以,“双规”期间如实交待犯罪事实的,应当视为自动投案,以自首论处。也有的同志持相反观点,认为被查处人交待之前,纪检部门已经发觉了其犯罪事实,这时的纪检部门实际上代行的是司法机关的部分职权,应当视同司法机关。被查处人被“双规”,标志着其犯罪事实已被司法机关发觉并被采取了强制措施,因而在此期间供述自己罪行的情形不能认定为自动投案。

笔者认为,近年来,随着反腐败力度的不断加大,一大批贪污、贿赂案件被查处,由于这些案件中的罪犯绝大多数都具有双重身份,既是国家工作人员,又是中共党员。而我国的政治体制实行的是共产党的领导,因此对这些案件总是先由党的纪检部门立案查处,待主要犯罪事实查清给予党纪处分之后,再移交司法机关立案追究其刑事责任。在纪检部门立案查处这些案件的过程中,“双规”措施虽不是刑事诉讼法规定的五种强制措施之一,但该措施却具备了这种强制措施的根本特征——限制和剥夺人身自由,甚至比某些强制措施如取保候审等在限制和剥夺人身自由方面有过之而无不及,更为严厉。因此,笔者认为,上述两种观点都有失偏颇。在当前法律未作明确规定的情况下,结合实际对自动投案中的司法机关和强制措施作些合理的适当地扩张解释,以便解决现实中存在的问题,还是必要的,即纪检部门在立案查处涉嫌犯罪的案件过程中,将其视为准司法机关,其对涉嫌犯罪的被查处人所采取的“双规”视为准强制措施。但是,在认定投案自首时必须严格掌握。笔者认为,对于“双规”期间如实交待犯罪事实的是否都视为自动投案问题,不能一概而论,应区分不同情形区别对待。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,也有一定真实证据的,被查处人被“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,但尚未告知被查处人时,被“双规”的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他犯罪事实。第一种情形中被查处人不是自愿交待自己的罪行的,当然不能视为自动投案,不构成自首。第二种情形中纪检部门虽然事前掌握被查处人的犯罪事实,但是纪检部门毕竟不是专门的司法机关,对此种情形认定为投案自首有利于促使被查处人改过自新,可视为自动投案。第三种情形完全符合自动投案的特征,应当认定为自动投案。第四种情形参照现有司法解释,如果其交待的其他犯罪事实与纪检部门事前掌握的不属同种罪行,应当认定为投案自首。如果属同种罪行,则不能认定为自首。当然,对此问题最终解决,尚需有关部门尽早作出相关立法或司法解释。

3. 对“投案对象”的理解

根据《解释》的规定,自动投案的对象可以是公安机关、人民检察院、人民法院,也可以是所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员。对此,理论界和实务界主要存在以下分歧:“所在单位”是包括所有企业、事业单位、人民团体,还是仅指国有企业、事业单位和人民团体;“其他有关负责人员”是否仅限于非执行职务之中的国家工作人员;被害单位、被害人能否成为投案对象。

(1)“所在单位”是包括所有企业、事业单位、人民团体,还是仅指国有企业、事业单位和人民团体?有的学者认为,这里的单位是指国有企业、事业单位和人民团体。笔者认为,这种观点缺乏法律依据。从现有有关自首的法律和司法解释来看,并没有规定投案

对象仅限于此,而只是笼统地规定可以是“所在单位”。可见,只要犯罪人向自己所在的单位投案,不管本单位的所有制性质如何,国有也好,集体也罢,甚至私营、合资、外资独资等,均不影响其自动投案的成立。

(2)“其他有关负责人员”是否仅限于非执行职务之中的国家工作人员?有的学者认为答案是肯定的,并举例如不是在机关、单位内从事公务活动,而是在家休息、从事家务劳动或在医院养病等的国家工作人员。笔者认为,在司法实践中对投案对象的范围应作宽泛的理解,不应加以不合理的限制。不管犯罪嫌疑人向何单位、何人主动投案,只要其自愿将自己置于司法机关的控制之下,接受司法机关的审查和裁判,而且其最终被移送司法机关交付追诉,那就具备了自动投案的本质特征,就应当认定为自动投案。从《解释》的规定来看,所谓“其他有关负责人员”,是指除公安机关、人民检察院、人民法院和犯罪嫌疑人所在单位、城乡基层组织以外的其他所有机关、单位负责人员,既包括国家工作人员,也包括非国家工作人员。这样理解符合法条本身的含义和立法意图,增加了犯罪嫌疑人悔过自新的出路,促进了刑罚目的的实现,也有利于进一步减少司法成本。至于是否仅限于非执行职务中的人员,在笔者看来,机关、单位负责人的国家工作人员身份在其任职期间始终是存在的,很难说其在执行职务时接受投案,是其所属机关、单位的代表,而不在执行职务时接受投案,就是代表个人。而且作此区分对司法实践中意义不是很大,不管该有关负责人员在接受投案时是否在执行职务,也不管犯罪分子是向单位投案,还是向有关负责人员投案,总之依法都应该视为自动投案。

(3)被害人能否成为投案对象?关于向被害人投案是否成立自首,在刑法理论界存在着两种观点。支持者认为,自首在原则上,一般须向有侦查犯罪权之公务员投案,然而,对于向不具有此权之公务员投案,而经其转移于有权之公务员,或者向犯罪之被害

人或告诉权人自首,经其告诉或自诉,而受裁判,仍不失为刑法上之自首,即理论上的准自首。反对者则认为,自首以对于未发觉之罪投案而受裁判为要件,至于其方式虽不限于自行投案,即托人代理自首或向非侦查机关请其转送,亦无不可,但须有向该管司法机关自承犯罪而受裁判之事实,始生效力。如果在犯罪后仅向被害人或非有侦查犯罪职务之公务员陈述自己犯罪的事实,而无投案受裁判之表示,即与自首之条件不符。因此,向被害人自首不同于向有侦查犯罪权限之公务员自首,前者为准自首,它不具有一般自首的法律意义。一般自首不含准自首。

据笔者看来,虽然现有法律和《解释》并没有对此作明确规定,但被害人可以成为投案对象。不过,并不是只要向被害人投案并如实供述自己的罪行的都成立自首。普通案件中要成立自首,须于向被害人投案后,自愿地经由被害人移送司法机关接受审查和裁判。那种虽然向被害人投案,但却不愿意经由被害人移送司法机关从而接受审查和裁判的情形,自然不能以投案自首论处。而对于自诉案件,向被害人投案后,须同意被害人将自己的罪行告诉司法机关,经自诉而受到追诉后,才成立自首。后面这种情形在历史上称为首服。首服见诸立法,始于《唐律》,当时被称之为首露。《名例律》(总 39 条)规定:诸盗、诈取人财物而于财主首露者,与经官司自首同。这就是说,行为人盗窃或诈骗了他人的财物后,如到物主那归还财物自首的,和到官府自首的效果是一样的。及到明、清,改称首服。《大清新刑律》第 51 条规定:犯罪未发觉自首于官受审判者,得减本刑一等。犯亲告罪而向有告诉权之人首服,受官之审判者,亦同。日本刑法第 42 条也作了相似的规定:犯罪人在搜查机关发觉前自首的,可以减轻刑罚;就告诉才能提起公诉的犯罪,犯罪人向可以告诉的人告诉自己的犯罪事实,委托其处理的,与前项同。韩国刑法典第 52 条也规定:(1)犯罪后向搜查机关自首的,可以减轻或者免除处罚。(2)告诉才处理的犯罪向被害人自

白者,准用前项的规定。可见我国封建社会和日本、韩国刑法中规定的首服,其适用范围仅限于告诉才处理的案件。我国有的学者据此得出结论,认为首服是指犯罪人实施了告诉才处理的犯罪以后,向有告诉权人告知自己的犯罪事实,并同意其告知司法机关的行为。其仅适用于告诉才处理的案件。笔者认为,根据最高人民法院《关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》第1条的规定,人民法院直接受理的自诉案件除了告诉才处理的以外,还包括人民检察院没有提起公诉,被害人有证据证明的轻微刑事案件和被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任,而公安机关或者人民检察院已经作出不予追究的书面决定的案件。被害人直接向人民法院起诉这些案件的,人民法院应当依法受理。因此,这些案件中的犯罪嫌疑人向被害人投案的,都可称之为首服,视为自动投案。为此,笔者建议将来修改法律时,可以在投案对象中加上被害人。

4.“司法机关”的外延

司法实践中容易产生的疑问是:自首条款中的“司法机关”是泛指全国所有的司法机关,还是仅指犯罪地(包括犯罪行为地和结果发生地)的司法机关,抑或是指犯罪嫌疑人供述地的司法机关?例如,甲地发生一起凶杀案,当地公安机关根据查明的犯罪事实和证据,认定李某系该案的犯罪嫌疑人而前去抓捕时,李某潜逃。当地公安机关遂向全国发出了通缉令。当李某逃至乙地,于一天深夜徘徊街头之际,乙地巡警发现形迹可疑上前盘问,李某便如实交待了其在甲地杀人的犯罪事实。对此,有的论者认为自首中的司法机关是泛指全国所有的司法机关,只要犯罪嫌疑人的罪行被一家司法机关发觉,即视为被全国的司法机关发觉,这种情况下就不能成立投案自首了。还有的论者在对上述观点提出批评的同时,提出这里的司法机关应当是指具体处理该案的司法机关,但由于上述情形经常出现在同一城市中的甲区和乙区之间,因此对司法