

A Guide to Criminal Justice

彭东/主编

本集要目

【本刊特稿】

论刑事抗诉的属性

【刑法适用】

交通肇事罪自首的司法认定

【司法前沿】

刑事证据的审查判断与运用

DNA检验鉴定与证据应用

【司法实务】

检察案例指导制度若干问题研究

“两个证据规定”审查判断运用证据新内涵及其新要求探析

【法律释义】

最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理网络赌博犯罪案件
适用法律若干问题的意见》的理解与适用

【疑案剖析】

介绍客户进行境外黄金期货交易的行为如何定性

——刘溪、聂明湛等人非法经营案评析

总第44集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2010 年第 4 集(总第 44 集)

主 编：彭 东

副主编：王 军 聂建华



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2010 年. 第 4 集: 总第 44 集 / 彭东
主编. —北京: 法律出版社, 2010. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0530 - 0

I. ①刑… II. ①彭… 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(2010)第 244090 号

©法律出版社·中国

责任编辑/何海刚

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/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/6.75 字数/160千

版本/2011 年 1 月第 1 版

印次/2011 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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0530 - 0

定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》

2010 年第 4 集(总第 44 集)

顾问委员会

总 顾 问:高铭暄 陈光中 王作富 姜 伟

顾 问:(以姓氏笔画为序)

卞建林 龙宗智 何家弘 张仲芳

张明楷 陈卫东 陈兴良 郎 胜

赵秉志 梁根林 阎敏才

编辑委员会

主 编:彭 东

副 主 编:王 军 聂建华 黄 河 史卫忠

编 委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 马相哲 孙铁成 李景晗

张凤艳 张希靖 张晓津 张寒玉

陈鸷成 侯亚辉 贺湘君 路 飞

通讯编委:王新环 赵志辉 刘永志 周东曙

马迎春 吕景文 曾 天 乔洪翔

李 宁 俞昕水 沈雪中 张厚琪

施忠华 黄秀强 孙牯昌 鲍 峰

孟国祥 刘光圣 王桂芝 张毅敏

罗绍华 曾广津 李建超 张树壮

李世清 杨 兵 朱会生 李志虎

赵宏斌 高 原 冯明杰 孙金梁

赵铁实 蒋洪军

执行编委:卜大军

目 录

【本刊特稿】

论刑事抗诉的属性	朱孝清(1)
----------------	----------

【刑法适用】

交通肇事罪自首的司法认定	张明楷(10)
--------------------	-----------

【司法前沿】

罪刑法定、宽严相济与公诉工作	梁根林(39)
刑事证据的审查判断与运用	陈瑞华(77)
DNA 检验鉴定与证据应用	赵兴春(114)
痕迹检验概述及鉴定结论在司法实践中的应用	白丽平(131)

【司法实务】

检察案例指导制度若干问题研究	王 军 卢宇蓉(139)
“两个证据规定”审查判断运用证据新内涵及其 新要求探析	卢乐云(153)

【法律释义】

最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理 网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》的	
--	--

理解与适用 陈国庆 韩耀元 吴峤滨(177)

【疑案剖析】

介绍客户进行境外黄金期货交易的行为如何定性

——刘溪、聂明湛等人非法经营案评析

..... 崔欣 杨永勤 程琰(194)

【本刊特稿】

论刑事抗诉的属性

朱孝清*

刑事抗诉是指检察机关在刑事诉讼中认为法院的判决、裁定确有错误时,提请审判机关重新审理并予以纠正的诉讼行为。对刑事抗诉的性质,法学界一直有不同的认识,主要有四种观点:第一种观点是“公诉说”。如陈卫东教授在《刑事二审程序中检察机关的职能与地位》一文中认为:(1)抗诉是对公诉的继续和补充,是公诉制度中的一项救济性权能。(2)抗诉审的诉讼结构与一审没有本质区别,仍是控辩平等对抗、法官居中裁判,因为如果被告人不上诉,则被告人在庭审中的目的在于使二审法院维持一审裁判,检察机关的目的在于使二审法院作出不利于被告人的裁判;如果被告人上诉,则控辩双方的对立更为明显。(3)被告人对一审未生效的判决、裁定享有与检察机关抗诉同等效力的上诉权,检察院的抗诉与被告人的上诉都必然引起二审程序,如果检察机关的抗诉是监督,那能否说被告人的上诉也是监督呢?显然不能。第二种观点是“公诉与法律监督双重属性说”。如龙宗智教授在《检

* 最高人民检察院副检察长,检察委员会委员,国家二级大检察官。

察制度教程》一书中认为:一方面,刑事抗诉基于刑事起诉权,具有行使诉权的性质,是对原公诉决定的继续支持,是公诉活动的延伸,而且同样具有启动法院审判程序的功能;另一方面,刑事抗诉又具有审判监督的性质,是人民检察院对人民法院审判活动的合法性以及审判结果的公正性的监督。第三种观点是“具体分析说”。如陈光中教授主编的《中国司法制度的基础理论问题研究》一书认为:抗诉通常分为对一审未生效裁判的抗诉和对生效裁判的抗诉。对生效判决的抗诉属于法律监督职能的体现,但是对于一审未生效判决的抗诉要一分为二地看待。从抗诉是否有利于被告人为标准,可以将检察机关对一审未生效判决的抗诉分为有利于被告人的抗诉和不利于被告人的抗诉。对不利于被告人的抗诉而启动的二审程序,与一审程序比较而言,在三个方面是相同的:(1)检察机关扮演的角色没有改变。不论是基于定性错误或者是量刑不当的理由提起,检察机关仍旧扮演指控犯罪的角色。(2)检察机关与被上诉人控辩对立的地位没有改变,双方仍然要围绕有关定罪量刑的争议点展开诉讼活动。(3)法官听取控辩双方意见居中裁判的角色没有改变。由于在二审中控辩审三方形成的诉讼结构没有改变,因此,检察机关二审的抗诉活动是对一审公诉活动的继续,目的是实现国家刑罚权。而对于有利于被告人的抗诉,由于检察机关抗诉的目的不是控诉犯罪或者惩罚犯罪,而是保证法律的正确实施,同时检察机关针对的对象不是被告人,而是一审法院的判决,检察机关与被告人不存在控辩对立的关系,因此,这样的抗诉属于检察机关履行法律监督职能的体现。第四种观点是“法律监督说”。如周永年检察官在《刑事二审程序中履行检察职能的若干问题研究》一文中认为:检察机关出席二审(含抗诉审)法庭的各项任务都有明显的居中性和超然性,并不着眼于对原审控方立场的维护,所谓“检察机关需要充当控方角色”并没有根据;有的抗诉检察机关是为了维护原审被告的利益,俨然成了

“第二辩护人”；在“两高”有关司法解释中，出席二审（含抗诉审）法庭的人员一概称为“检察人员”，而不再使用“公诉人”这一身份，故检察人员出席法庭仅仅是作为法律监督机关的代表，而不再履行刑事抗诉职能。

上述四种观点中，前三种观点都认为抗诉或某些抗诉的性质属于“公诉”或兼具“公诉”。由于“公诉”具有多种内涵，故为了避免违反同一律，有必要先明确上述观点中“公诉”的含义。

毋庸置疑，刑事抗诉也是一种“诉”，它是由检察机关代表国家提起的，而不是由私人（案件当事人）提起的，故它相对于由案件当事人提起的私诉（上诉）来说，也是一种“公诉”，也具有一审公诉所具有的行使诉权，将案件系属于特定法院并启动审判程序，约束审判范围的作用。但是，很明显，上述三种观点所说的“公诉”不是这一含义，因为如果指的是这一含义，那所有的刑事抗诉理所当然地都是一种“公诉”，而不需要什么研究和论证。因此，不能将刑事抗诉是“由检察机关提起且具有启动审判程序、约束审判范围的功能”作为论证刑事抗诉属于公诉性质的依据。据笔者理解，上述三种观点中的“公诉”是指检察机关的刑事控诉，因为控诉是刑事公诉的主要内涵，检察机关在刑事案件一审中的“起诉”，就是提起要求法院追究被告人刑事责任的“控诉”，上述三种观点也大多是从抗诉中“控辩对抗”的诉讼结构和“指控犯罪”的职能等角度来证明其公诉性质的。因此，研究刑事抗诉是否具有公诉的性质，指的是是否具有控诉的性质。

明确了本论题研究中所涉的“公诉”的含义，我们来研究刑事抗诉的性质。

笔者认为，上述“公诉说”将抗诉与一审公诉完全等同起来，看不到抗诉与一审公诉的一系列区别，看不到原审判决有罪而检察院抗诉无罪的抗诉（俗称“有罪抗无罪”）中根本不具有控诉属性，检察人员与原审被告人在法庭上根本不具有对抗性的实际，因

而难免有失偏颇。“公诉与法律监督双重属性说”将抗诉“具有行使诉权的性质”、“同样具有启动法院审判程序的功能”作为证明公诉性质的一个论据,似有将前述的抗诉之“诉”与一审公诉之“诉”相混淆之嫌,因而与本论题所说的“公诉”特指刑事控诉的含义有所偏离;同时该观点过于强调抗诉是一审“公诉的继续和延伸”,而忽视了抗诉特别是有利于原审被告人的抗诉与公诉的区别,故也有值得商榷之处。“具体分析说”将对生效判决的抗诉和对未生效判决的抗诉中有利于被告人的抗诉定性为法律监督,将对未生效判决抗诉中不利于被告人的抗诉定性为公诉,如此划分和界定是否科学同样值得怀疑,因为无论是对生效判决的抗诉还是对未生效判决的抗诉,都可区分为有利于被告人和不利于被告人两种情形,如果说对未生效判决抗诉中不利于被告人的抗诉具有控诉性质,那么对生效判决抗诉中不利于被告人的抗诉也同样应具有控诉的性质。第四种观点将利益倾向和职能相同的两种行为以所抗诉的判决是否生效为标准,分别界定为“法律监督”与“公诉”两种性质,可商榷之处同样存在;同时,该观点认为有利于被告人的抗诉的性质之所以是法律监督,其理由之一是“检察机关提起这种抗诉的目的是保证法律的正确实施”。言下之意,检察机关提起不利于被告人的抗诉,目的就不是保证法律的正确实施,而是指控犯罪。这同样值得商榷,因为无论是何种抗诉,也无论抗诉是否有利于被告人,检察机关的目的之一,都是保证法律的统一正确实施。

笔者认为,刑事抗诉无论所抗诉的裁判是否生效,抗诉的倾向是否有利于被告人,其性质都是法律监督。

一、从刑事抗诉具有的不同于公诉的基本特征来看

刑事抗诉具有一系列不同于一审公诉的基本特征:

1. 刑事抗诉所针对的对象是公权力即法院的审判权。刑事抗诉所针对的直接对象是认为确有错误的法院裁判,而法院裁判源

于法院的审判权,故刑事抗诉所针对的最终对象是法院的审判权,是对法院误用了审判权的法律监督。而公诉针对的对象却不是公权力,而是涉嫌犯罪需要追究刑事责任的被告人。

2. 检察机关在刑事抗诉中始终站在客观、中立、公正的立场上,代表国家对法院确有错误的裁判实施法律监督。一方面,它既不代表被告方也不代表被害方,而是要同时维护双方的合法权益;在具体的抗诉案件中,它要维护的是被法院错误裁判损害了的利益,而不管该利益是属于被告方还是被害方。另一方面,检察机关在抗诉中也不代表原审的检察院。以对未生效裁判的抗诉为例:(1)在抗诉的决策上,虽然抗诉是由原审检察院提出的,但根据刑事诉讼法和最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》的规定,上一级检察院要对原审检察院的抗诉进行独立的审查,经审查认为抗诉正确的应当支持抗诉;认为抗诉不当的,应当向同级法院撤回抗诉,并通知下级检察院。同时,上一级检察院在案件上诉、抗诉期限内,发现下级检察院应当提出抗诉而没有提出抗诉的案件,可以指令下级检察院依法提出抗诉。可见,案件是否抗诉的决定权在上一级检察院。(2)在出庭支持抗诉中,检察人员既不受原审检察院公诉的主张及理由的约束,也不受原审检察院所写的抗诉书的主张及理由的约束,而是站在客观、中立、公正的立场上,依法向抗诉法庭提出自己的主张和理由。因此,说“抗诉是公诉的继续和延伸”,主要是就抗诉的来源说的,即抗诉由公诉延伸、发展而来,如无一审的公诉,即无抗诉;而就一审的控诉职能来说,在抗诉审中却不一定能得到继续和延伸,这在有利于被告人的抗诉特别是“有罪抗无罪”的抗诉中,表现得尤为明显。况且,根据诉讼原理,“检察机关的诉,只能约束同级人民法院,而该审级的判决下达后,诉的生命就已终结”(见龙宗智:《论我国的公诉制度》)。据此,一审检察机关的控诉,不可能继续和延伸到二审,也不可能约束上一级检察院是否提出抗诉和如何抗诉。综上,检察

机关在刑事抗诉中的中立性是显而易见的。而在公诉中,检察机关虽然同是法律监督机关的身份,且负有法律监督职责和客观公正的义务,但由于承担的主要是控诉职能,在诉讼结构中处于控方,因而站在与被告人有限度对立的立场上。

3. 刑事抗诉无论是抗诉书还是检察人员出席法庭,其基本内容和任务是证明原审法院的裁判确有错误。而公诉的基本内容和任务是证明被告人的行为已构成犯罪应当追究刑事责任。

4. 刑事抗诉的直接目的是纠正原审法院确有错误的裁判,维护审判公正。公诉的直接目的是依法追究被告人的刑事责任。

5. 刑事抗诉的法律关系和诉讼结构同样有别于公诉。在公诉的法律关系中,诉讼客体是刑事案件,具体包括诉讼中所要查明的实体法事实和对该事实的法律评价;诉讼结构总体上是控辩对抗、法院居中裁判。在刑事抗诉中,由于抗诉针对的对象是原审法院的裁判,整个庭审活动也都围绕原审法院裁判是否确有错误来展开,故在法律关系上,诉讼客体虽然仍是原审所审理的刑事案件,但已不是本来面目的刑事案件,而是已被原审法院错误认定了的犯罪事实或错误适用了法律的刑事案件,故抗诉审的目的就是要纠正原审法院的这种错误,还案件的本来面目,并根据其本来面目来认定事实和适用法律。在诉讼结构上,抗诉中的检察机关与被告人的关系,在不利于被告人的抗诉中仍处于对立地位;在有利于被告人的抗诉特别是“有罪抗无罪”的抗诉中,双方已不再对立,检察人员已成为被告人利益的维护者和辩护者,“控辩对抗”的格局已不复存在。

综上所述,刑事抗诉的对象、内容和任务、目的、法律关系、诉讼结构以及检察机关的立场都不同于公诉,而是属于法律监督,即审判监督中对法院判决裁定的监督。

二、从对被告人“不利”或“有利”与法律监督的关系来看

以抗诉是否有利于被告人为标准,刑事抗诉分为不利于被告

人的抗诉和有利于被告人的抗诉。不利于被告人的抗诉之所以会对被告人“不利”,是因为原审法院对被告人错误地不判处刑罚或少判处了刑罚。要纠正法院的错误裁判,就必然要对被告人判处刑罚或增判刑罚。因此,对被告人的“不利”,是检察机关针对法院确有错误的裁判实施法律监督的必然结果。故在目的上,检察机关是为了对法院确有错误的裁判实施法律监督进而“不利于”被告人的;在针对的对象上,检察机关针对的是法院错误的裁判,而不是针对被告人或者既针对法院裁判又针对被告人。由于法律监督涉及被告人利益并会给她带来不利,因而庭审中必然会引起被告方的抗辩,使人觉得检察机关行使了控诉的职能。

基于同一道理,在有利于被告人的抗诉中,抗诉之所以会对被告人“有利”,是因为原审法院裁判对被告人错误地判处了刑罚或多判处了刑罚;要纠正法院确有错误的裁判,就必然要对被告人宣告无罪或少判处刑罚。因此,对被告人的“有利”,也是检察机关对法院确有错误的裁判实施法律监督所带来的必然结果。

按照“公诉说”、“公诉与法律监督双重属性说”和“具体分析说”的观点,如果说检察院不利于被告人的抗诉行使的是控诉职能,并属于或兼具公诉性质,那么,照此逻辑,有利于被告人的抗诉行使的就应当是辩护职能,并属于或兼具辩护性质了。然而该三种观点都没有看到有利于被告人的抗诉所具有的辩护性质,如“公诉说”将不利于和有利于被告人的抗诉都定性为公诉;“公诉与法律监督双重属性说”将不利于和有利于被告人的抗诉都定性为公诉与法律监督;“具体分析说”对未生效裁判抗诉中不利于被告人的抗诉定性为公诉,而将有利于被告人的抗诉定性为法律监督。这都是违反他们自己所持观点的逻辑的。

笔者认为,就算不利于被告人的抗诉所履行的是公诉职能、有利于被告人的抗诉所履行的是辩护职能的观点能够成立,但由于上述公诉职能和辩护职能都是对法院确有错误的裁判实施法律监

督带来的,是法律监督的必然结果,都从属于、服务于法律监督,故根据事物的性质是由事物主要矛盾所决定的哲学原理,刑事抗诉无论是不利于还是有利于被告人,其性质都应当属于法律监督。

三、从抗诉与上诉以及二者主体的区别来看

虽然检察机关与被告人在刑事诉讼中属于平等对抗的主体,检察机关抗诉与被告人上诉所针对的都是原审法院的裁判,检察机关对未生效裁判的抗诉与被告人上诉都必然引起二审程序,但是不能得出“如果认为检察机关抗诉是法律监督,那么被告人的上诉也应当是法律监督”的结论,因为抗诉与上诉、抗诉主体与上诉主体具有诸多区别:

1. 诉讼地位的区别。被告人在诉讼中的地位是当事人。而检察机关一般被认为是准司法机关或司法机关,在诉讼中的地位在多数国家既是当事人,又不完全是当事人,而是“形式上的当事人”或“名义上的当事人”;在我国及少数国家则不是当事人,其中我国则是法律监督机关。

2. 是否为了自身利益上的区别。被告人上诉是为了自身的利益,而检察机关所代表的是国家和社会整体的利益,其提出抗诉目的是维护国家法制和社会公平正义,与其自身利益无关。

3. 上(抗)诉条件和效力的区别。根据我国法律规定,对未生效的裁判,被告人上诉的条件是“不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定”,仅以“不服”为条件,至于法院裁判是否有错误则在所不论;检察机关抗诉的条件是“认为人民法院第一审的判决、裁定确有错误”。对生效裁判,申诉是被告人的权利,不需要任何条件;检察机关抗诉的条件则是“发现法院的判决、裁定确有错误”。在上(抗)诉的效力上,虽然对未生效裁判的上(抗)诉都必然引起二审程序,但对生效裁判,检察机关的抗诉必然引起审判监督程序,而被告人申诉由于其条件不是以“确有错误”或“具有特定理由”为前提,故不必然引起再审,只有符合法定情形时才引起

再审程序。

4. 是否负有客观公正义务上的区别。被告人不需要也不应当负客观公正义务。而检察机关无论是大陆法系国家还是英美法系国家都负有客观公正义务,联合国《关于检察官作用的准则》对此也作了明确的规定。它要求检察官不应站在当事人(控方)立场而应站在法律立场上为诉讼行为,兼顾对被告人“有利”和“不利”两个方面,客观公正地处理案件。

5. 是否具有监督属性上的区别。各国检察机关所担负的公诉职能都具有对警察和法官双向节制的性质。担负的其他职能如监督、引导、指挥警察侦查,监督审判,监督、指挥法院裁判的执行,对涉及国家和社会公益的民事、行政案件提起或参与诉讼等,也大多具有监督的属性,这在大陆法系国家尤为明显。正因为如此,一些国家的检察机关被称为“法律守护神”或“护法机关”,我国一些学者将西方国家的检察机关界定为“诉讼监督机关”或“司法监督机关”。也正因为检察机关特别是大陆法系国家的检察机关都具有监督的属性,我国清朝末年在引入西方检察制度时,没有将英语中原意为“告发、检举、指控、公共起诉”的 public prosecution 直译为“指控”或“公共起诉”,而是翻译为具有监督含义的“检察”。还正因为世界各国检察机关都具有监督属性,从而使前苏联以及中国等国家将检察机关定性为法律监督机关成为可能。但就被告人来说,由于其上诉仅为维护自身的利益,且其不具有中立性和客观公正性,因而不可能具有监督属性。

基于以上多方面的区别,那种认为“如果检察机关抗诉是法律监督,那被告人上诉也应属于法律监督”的观点,是缺乏根据的。

【刑法适用】

交通肇事罪自首的司法认定

张明楷*

目 次

一、自首与交通肇事罪的关系

二、自首与履行行政义务的关系

(一)履行行政法规定的义务与自首并不矛盾,质言之,不能因为行为人的行为属于履行行政义务,就直接否认其为自首

(二)将肇事者履行《道路交通安全法》第70条规定的行政义务的行为认定为刑法上的自首,不存在重复评价问题

三、认定自首与罪刑相适应原则的关系

四、认定自首与不报安全事故罪的关系

五、认定自首与预防交通肇事罪的关系

* 清华大学法学院教授,最高人民检察院公诉厅副厅长(挂职)。

众所周知,在司法实践中,对于行为人交通肇事后,保护现场、抢救伤者、向公安机关报告,同时符合自首条件的案件,有的司法机关认定为自首,有的司法机关不认定为自首;刑法理论上也存在肯定说与否定说之争。如此截然相反的做法,严重地影响了刑法的权威与适用效果,既不能让部分被告人信服,也不利于引导国民的行为。因此,有必要展开深入讨论,以避免消极后果。在旧刑法时代,司法实践与刑法理论普遍认为,成立自首必须具备三个条件:自动投案,如实交代自己的罪行,接受审查与裁判。^① 现行《刑法》第67条规定:“犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。”表面上,现行刑法没有明文将“接受审查与裁判”作为自首的成立条件之一,但事实上并非如此。这是因为,自动投案,原本就是指犯罪嫌疑人在犯罪后,主动将自己置于公安、司法机关的合法控制下,接受公安、司法机关的审查与裁判的行为。一方面,犯罪后主动站在公安、司法机关门前或者进入公安、司法机关办公楼,什么话都不说、什么事也不做的行为,不可能属于自动投案。另一方面,主动前往公安、司法机关并如实交代的自己的罪行后又逃跑的,也不能认定为自首。所以,自首实际上必须具备两个实质条件:一是主动使公安、司法机关知道自己实施了犯罪行为;二是(自动)接受审查与裁判。在旧刑法时代,第一个实质条件被分解为自动投案、如实交代自己的罪行两个条件。但在现行刑法之下,只能将接受审查与裁判归入“自动投案”。所以,自动投案的实质是犯罪嫌疑人自动将自己置于或最终置于公安、司法机关的合法控制下,接受司法机关的审查与裁判。在此前提下,若能如实供述自己的罪行,就成立自首。

① 参见最高人民法院、最高人民检察院、公安部1984年4月16日《关于当前处理自首和有关问题具体应用法律的解释》;高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第284页。