

Series on Legal Practice of
Guangzhou Lawyers

广州律师业务研究丛书

刑事实务论道

广州律师论文精选

Essays
of
Guangzhou
Lawyers

广州市律师协会
编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

刑事实务论道：广州律师论文精选

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

刑事实务论道：广州律师论文精选/广州市律师协会编.—北京：中国法制出版社，2018.11

（广州律师业务研究丛书）

ISBN 978-7-5093-9900-2

I.①刑... II.①广... III.①刑事犯罪-案例-中国IV.①D924.115

中国版本图书馆CIP数据核字（2018）第254049号

策划编辑：戴蕊

责任编辑：程思

封面设计：杨泽江

刑事实务论道：广州律师论文精选

XINGSHI SHIWU LUNDAO:GUANGZHOU LÜSHI LUNWEN
JINGXUAN

编者/广州市律师协会

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米 16开

印张/ 17.75 字数/ 252千

版次/2018年11月第1版

2018年11月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9900-2

定价： 78.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031

传真： 010-66031119

网址：<http://www.zgfzs.com> 编辑部电话： 010-66066620

市场营销部电话： 010-66033393 邮购部电话： 010-66033288

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话： 010-66032926）

《广州律师业务研究丛书》编印说明

广州市律师协会（以下简称广州律协）创立于1988年，是依照《中华人民共和国律师法》成立的社会团体。广州律协依法实施自律管理，作为行业的自律性组织，规划发展战略，提供会员服务，促进行业发展。在广州改革开放和现代化建设的大潮中，广州律协坚持不断完善广州律师行业各项自律机制，做好内部建设，目前已形成专门工作委员会和专业（事务）委员会并驾齐驱，服务行业的局面。

广州律协一直致力于提升广州律师行业的专业化、品牌化、规模化发展。自1979年恢复律师制度以来，广州律师行业从无到有，形成了一支专业领域多元化、业务能力过硬、后备力量充沛的律师队伍。截至2018年11月，广州有700多家律师事务所，超过13000名执业律师，行业规模在全国省会城市中居首。律师业务领域越趋宽广，已逐步由刑事、民事领域的传统业务向知识产权、金融证券、电子商务、企业并购重组、高新科技、基础能源建设等新兴业务延伸。广州律师在维护社会公平正义、推进广州新型城市化发展等方面发挥着重要作用，业务能力和专业优势日益凸显。

党的十八大以来，随着全面深化改革、推进依法治国各项重大举措的实施，广州律师迎来了全新的机遇与挑战。步入新时代，在全面依法治国的时代背景下，政治、经济、社会、文化等各领域的改革

发展都为律师创造了转型的契机。这也对广大律师发挥职能、履行使命提出了更高更艰巨的要求。站立在改革潮头的广州律师，迅速抓住发展机遇，广泛探索，深入钻研，将律师业务整体水平提升到更高的位置，做时代的弄潮儿。

《广州律师业务研究丛书》正是广州律协为提升广州律师理论及实务研究水平、促进多元化的交流、鼓励律师业务向更高层次发展而组织编著的。该丛书自2014年起组织撰写，旨在充分发挥广州律协各专业（事务）委员会的科研水平，总结广州律师业近年来在各领域的实务经验，展示业务成果和理论水平。

《广州律师业务研究丛书》作为为广州律师业提供专业、深度的案例分析和理论参考的书籍，具有以下特点：

其一，编审专业权威。丛书由广州律协有关领导组成的总编辑委员会审定选题，由资深律师、知名专家撰写研究性案例或论文，由相关专业（事务）委员会甄选及编辑，强调专业性，保持高水准。

其二，内容丰富多样。丛书内容覆盖面广，针对性强，有的是涉及新类型案件的，有的是分析疑难问题的，有的是源于现行法律尚未明确规定的或者在实践中存在分歧的。

其三，评析客观全面。丛书坚持以事实和法理为依据，对选取的案例进行客观全面的剖析和点评，务求使读者在全面了解案情、厘清法律应用逻辑之基础上，亦可作出自己的深入思考和客观判断。

其四，经验可供借鉴。基于广州律师业务拓展较快、专业化服务领域对实务水平要求较高的形势，丛书注重总结成功的业务经验，在实用性内容上加以延伸，为法律实务工作者提供业务策略和操作技巧上的参考。

《广州律师业务研究丛书》汇集了广州律师的业务成果，总结了广州律师的执业经验，反映了广州律师的理论水平、实务能力和职业风采。这是广州律协业务研究工作的最新尝试，必将推动律师业务总结和经验的交流，推进法治进步和社会文明。

广州市律师协会

2018年10月30日

- 一 实体法

- [1.浅析刑法中的危害结果对定罪量刑的影响](#)
- [2.浅议聚众斗殴罪](#)
- [3.浅议自首认定中的疑难问题](#)
- [4.浅议“主动配合调查后被抓捕可以认定为自动投案”](#)
- [5.我国刑法中特别没收的相关问题初探](#)
- [6.终身监禁制度初探](#)
- [7.试论“道路交通事故认定”](#)
- [8.醉驾型危险驾驶案件的相关问题探讨](#)
- [9.大众创业背景下虚报注册资本罪初探](#)
- [10.P2P网贷平台的刑事规制初探](#)
- [11.浅议对互联网金融的风险防控](#)
- [12.试论网络刷单行为](#)
- [13.证券犯罪的刑法规制初探](#)
- [14.恶意透支型信用卡诈骗罪相关问题探讨](#)
- [15.“互联网+”视野下职务侵占案认定的相关问题探讨](#)
- [16.利用影响力受贿相关问题探讨](#)
- [17.浅析刑法中“经济往来”系列条款的适用问题](#)

- 二 程序法

- [18.浅议刑事案件律师辩护全覆盖](#)
- [19.浅析跨境犯罪案件辩护要点及策略](#)
- [20.浅谈及时辩护](#)
- [21.浅述对控方证据质证的策略](#)
- [22.试论冤假错案的证据成因及应对机制](#)
- [23.非法证据排除相关问题探讨](#)
- [24.浅谈贩卖毒品案件无罪辩护技巧](#)

- [25.略论证人出庭作证的相关问题](#)
- [26.犯罪嫌疑人人口供相关问题探析](#)
- [27.试论刑事诉讼中的司法鉴定问题](#)
- [28.重大毒品案件鉴定存在的问题初探](#)
- [29.浅议毒品犯罪案件中《检验报告》存在的问题](#)
- [30.刑事诉讼程序中鉴定人相关问题探讨](#)
- [31.试论毒品犯罪技术侦查措施的律师辩护权](#)
- [32.浅谈电子证据的质证问题](#)
- [33.浅谈录音录像制度在重大犯罪案件中应用的若干问题](#)
- [34.刑事瑕疵证据补正规则初探](#)
- [35.律师参与庭前会议之实务探讨](#)
- [36.交叉询问实务技巧初探](#)
- [37.试论人民法院直接变更控方罪名的不当性](#)
- [38.略论量刑辩论程序的规范与完善](#)
- [39.略论我国刑事指令再审制度的不足](#)
- [40.浅谈我国刑事和解程序的发展与完善](#)
- [41.浅析刑事和解制度](#)
- [后记](#)

一 实体法

1.浅析刑法中的危害结果对定罪量刑的影响

江申生^[1]

我国法律学术界内不乏学者对危害结果的研究，认为危害结果是犯罪构成中的一个重要部分，其在刑法的定罪量刑中享有举足轻重的地位。在法律实务界内而言，危害结果对定罪量刑起着决定性的作用。实务判例中危害结果因与主观认识等因素相联系，且某些时候难以准确判定，从而导致定罪量刑存在一定的难度。这难免会对司法实践中的定罪量刑产生影响，若不解决此类对危害结果认知不一的问题，司法实践中就难以作出恰当的判决，导致现实案例中量刑过重或过轻，以及冤假错案的产生等。

一、危害结果的概述

（一）危害结果的概念界定

我国通常研究的危害结果是狭义的危害结果，也就是危害后果，是指犯罪行为发生后所导致的事实性的客观损害以及主观的社会危害。其具有如下特征：1.危害结果是由刑法所规定的，即危害结果在法律上有一定的认定标准；2.行为的危害结果是直接客体遭受损害的事实；3.危害结果是由危害行为所造成的。

（二）危害结果在刑法中的地位

危害结果在我国刑法中有着重要的现实意义，危害结果反映了客观行为的社会危害性，也体现了侵害社会现实，而造成刑事处罚与社会危害性相对应，危害结果是否发生、是重还是轻，都会对量刑产生不同影响。因此，无论在理论上还是在实践中，结果总是在重要位置。在刑法理论中，犯罪的危害结果是作为犯罪的构成要件来研究的，因此它起着非常重要的作用。

我国刑法学对危害结果在犯罪构成中的地位有如下观点：第一种观点认为，危害结果是一切犯罪构成所必备的条件。第二种观点认为，危害结果不是犯罪构成体系中的必要要素，是犯罪构成的非共同要件。第三种观点认为，如果广义地理解危害结果，那么危害结果是犯罪客观要件中的共同要件；如果狭义地理解危害结果，那么危害结果不是犯罪构成要件中的共同要件，危害结果只是某些犯罪即结果犯的构成要件。主流观点是先对危害结果分类，然后再研究危害结果的地位。因此，第三种观点是我国刑法学的通说观点。认为部分危害结果是犯罪构成要件中的共同要件，部分危害结果不是犯罪构成要件中的共同要件。这种观念值得肯定。^[2]

将法定的危害结果是否发生作为结果犯中的犯罪即遂与未遂区别就显得特别重要。法定的犯罪结果，是专指犯罪行为通过对犯罪对象的作用而给犯罪客体造成的物质性的、可以具体测量确定的、有形的损害结果。在我国刑法中，这一类犯罪是一种常见的、多发性犯罪，如谋杀、故意伤害罪、抢劫、盗窃、强奸等。例如，故意杀人罪中的法定犯罪结果就是使用暴力等其他凶器粗暴剥夺他人生命，导致死亡，发生了死亡

结果的即是既遂，未发生死亡结果的是未遂。

在现行刑法分则中，有的个罪以实际损害结果的出现作为犯罪成立的标准，在这类犯罪中，危害结果决定犯罪是否成立，这说明了危害结果在其中的重要性，这被有的学者称为狭义的结果犯。相对应地，有的学者将以损害结果的发生作为犯罪既遂标准的犯罪称为广义的结果犯。这一看法已经受到了很多批评，有的学者认为，只有损害结果影响犯罪既、未遂的犯罪才是结果犯，再界定狭义结果犯会造成已有标准的混乱。

二、危害结果对定罪量刑作用和影响

（一）理论上的问题

《刑法》总则中第23条规定：“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”第24条第2款规定：“对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。”

从立法的角度来说，我国《刑法》中对于犯罪的未遂犯是有从轻或减轻处罚的规定的。没有造成危害结果的犯罪中止，刑法规定可以免除处罚。笔者认为刑法理论体系中对于抽象的危害结果是没有很明确的规定的。虽然危险犯中的“危险状态”是法律明文规定的犯罪构成要件，并且不少学者已视为这是一种危害结果，可见“危险状态”是可能发生客观损害可能性的，其被视为比较客观的一种危害结果。所以，由于个人认知的差异，会导致对理解危害结果产生差异，进而造成对定罪量刑等问

题产生分歧。

（二）审判上的问题

罪刑相适应原则是审判活动中的核心，审判者的任务就是将法律规范适用于具体的案件事实。法官审理刑事案件应当运用自己掌握的法律法规以及司法解释对案件事实进行阐述，主要是通过审理对案件情况进行调查了解、审视，对裁判依据的理解、适用，对客观事实与法律规范的适应运用。

刑法专家张明楷教授认为法官“对法条的解释就是胸中充满正义，目光往返于事实与法条之间，不断地将二者拉近的过程”。审判活动中法官是以法条为核心进行判决的。而在实际的审判活动中，往往以“实际损害”作为危害结果的重要部分。例如，侮辱罪、诽谤罪等犯罪，这些是对人们的荣誉权、名誉权的伤害，致使人们的精神、灵魂受到创伤，这种无形损害无法测量，且危害也极大，这就导致了对于抽象的危害结果没有统一的认识，从而在司法实践的过程中其可能得不到应有的重视。

（三）实践中的问题

在审判活动的过程中，法官拥有一定的自由裁量权，因而每一个法官的个人差异也会导致对危害结果的观点不一，从而导致定罪量刑存在差异。此外，舆论的压力对司法活动的影响是毋庸置疑的。例如，云南某高校大学生马加爵因心理扭曲变态杀人一案，其危害结果使得全社会为之震惊，该案不仅是被告人对其同宿舍受害同学的侵害，而且还造成社会的严重恐慌、舆论的争论、民众的评论、警方的通缉。案发当时，

人人恐惧，全员动员，追捕逃犯，最后终于在海南将马加爵追捕落网。所以危害结果不仅仅单方面影响定罪量刑，它是从多方面影响的。

1.法官主观情感影响定罪量刑

定罪量刑的过程中，法官有可能会掺杂个人情感，不一样的法官有可能会对危害结果存在不同的认识，或者说根据自己的个人主观因素轻视一些结果。

有些学者研究过这一方面的问题，对此有不同的理解：法律形式主义者认为在定罪过程中不会有法官情感因素，也不应该掺杂法官情感因素。他们认为：“判决是一个完全有理智的法官手中的社会控制工具。”“法律终有一日会被造成几乎像几何学一样精确。”法官应“在有关法律规则的框架内和在确定这些规则时已约定的思想方式内活动.....”^[3]然而，更多学者认为，定罪与量刑中法官的情绪的影响是不可避免的。不同年龄段的法官、不同社会阅历的法官都有着不一样的价值观。因此，不同法官对危害结果的认定是不一样的，在定罪量刑过程中不同法官对危害结果与刑罚之间的判定也就会出现不同的结果。

2.社会舆论参与影响定罪量刑

社会的媒体及舆论会对定罪量刑产生一定影响，其包括正面和负面的影响。

正面影响方面，媒体参与报道有利于实现审判公开，审判公开是现代刑事诉讼的一项基本原则，是司法民主的重要标志。审判公开在方式

上有直接公开和间接公开之分。直接公开是指允许公民旁听法庭审理和宣告判决的；间接公开是指允许新闻记者采访和报道。以媒体报道间接实现审判公开。由于现代社会人们工作繁忙，生活节奏快，居住分散，不太可能经常以旁听的方式去了解司法、监督司法，因此直接审判公开呈现一定的局限性，而公民对于法院审判的案件享有知情权。在此情况下，媒体的报道和监督能最大限度地实现公民的知情权和监督权。此外，直接审判公开需要必需的物质条件，许多地区法院由于受审判场地、设施的限制，往往不能满足人民群众旁听的需要，有时甚至发生影响法庭秩序的情况。通过媒体的报道实现审判活动的间接公开，可以弥补审判场所、设施的不足，成为公民了解司法、监督司法的主要途径。

负面影响方面，媒体有时会误导公众，片面报道，以道德绑架法律，影响司法活动。关于媒体如何影响司法活动，学术界有不少的学者对此进行了较为深入的探讨。例如，有的学者认为：“在现代民主社会，具有言论自由和选举权的民众，往往在舆论的驱动下，采取集体的行动，从而形成巨大的外在大力量。”因此，在现代民主社会，具有反映和引导舆论功能的新闻媒体被视为一支重要的社会力量，称之为立法、行政、司法之外的第四权力。也有学者认为：“传媒在法律允许的范围内，将司法部门的有关信息传递给公众，公众在对各种信息进行判断、评价的基础上形成舆论，再通过新闻媒体将舆论的评价和公众的褒贬公示社会，并反馈于司法部门，从而形成一种舆论压力环境，以达到约束和监督司法的目的。在这里，新闻媒介只是监督主体与客体之间的桥梁。”^[4]由此可见，定罪量刑活动作为司法活动的一种重要表现，媒体对司法活动所产生的影响，主要是通过公众的力量，以舆论的形式表现出来，从而影响司法的。

（四）争议分歧的问题

总体而言，学术界中对于危害结果问题有三种观点：第一类认为危害结果是犯罪构成的必备要件；第二类认为危害结果不是犯罪构成的必备要件；第三类认为如果广义地理解危害结果，那么危害结果是犯罪客观要件中的共同要件；如果狭义地理解危害结果，那么危害结果不是犯罪构成要件中的共同要件，危害结果只是某些犯罪即结果犯的构成要件。

1.危害结果是犯罪构成必备要件

此观点认为犯罪构成必须具有危害结果，危害结果对于定罪量刑而言有举足轻重的地位。

同意这一观点的学者认为必须有危害结果才能成立犯罪，它在犯罪构成理论体系当中具有独立的地位。换言之，要有实质的危害结果才能定罪，若是抽象的或可能有危害性的危害结果则不能作为定罪的条件。

2.危害结果是犯罪构成非共同要件

此观点认为危害结果并非犯罪构成所必备的，而是犯罪构成的非共同要件。即某些时候即使没有危害结果，也应给其定罪。

司法实践中包括刑法规定的一般意义上的危害结果，与我们理论上的犯罪危害结果这种抽象的理论往往是不同的，是比较直观和具体的东西，这就会导致一种错觉，把人们的认识指向具体的、直观的实际危害结果。

3.综合两者观点

综合两者观点把危害结果分为广义的和狭义的要来确定其是否是犯罪构成的共同要件。如果广义地理解危害结果，那么危害结果是犯罪客观要件中的共同要件；如果狭义地理解危害结果，那么危害结果不是犯罪构成要件中的共同要件，危害结果只是某些犯罪即结果犯的构成要件。

其对于定罪而言，有以下指引作用：

(1) 区分罪与非罪的标准之一。在一些犯罪中，危害结果是犯罪的构成要件，若犯罪行为没有造成一定的危害结果，就不成立犯罪。过失犯罪更是如此。然而，并非所有犯罪构成均以危害结果为共同要件，绝大部分直接故意犯罪的成立并非因没有危害结果而不成立。例如，犯罪嫌疑人实施抢劫行为，却没有获得财物、没有致人伤亡，但法律上仍然要追究其行为，并构成抢劫罪。因此，危害结果是犯罪追究刑事责任的兜底条件，是一项最低要求。

(2) 区分此罪与彼罪的标准之一。危害结果是否发生与结果的严重程度，在某些情况下是区别此罪与彼罪的标志之一。这表明，造成的危害结果不同，也是成为区分此罪与彼罪的标准，如在抢夺过程中，被发现后使用暴力手段致人伤害，就构成抢劫罪。另外，只是在法律规定的情况下，危害结果才有区分此罪与彼罪的作用。

(3) 区分犯罪形态的标准之一。犯罪既遂一般以发生特定危害结果为条件，而犯罪预备、未遂、中止均以没有发生特定结果为条件。由此能够表明，是否发生特定的危害结果，是区分犯罪形态的标准之一。例如，在故意杀人罪中，如果没有发生被害人死亡结果的，那么，故意杀人既遂就不能够成立。在直接故意犯罪中，是否发生一定的危害结果

会成为区分既遂与未遂的决定性标准。^[5]

三、危害结果与定罪量刑的建议

（一）危害结果难以界定增加定罪量刑判决难度

主客观相统一说是刑法审判活动中一个重要的学说，对于每个犯罪的认定，我们都应该查明行为人主观上是否有罪过，客观上是否实施了危害社会的行为，导致危害结果的发生，主客观逻辑成立，方可认定为犯罪。

笔者认为，主客观统一使得司法活动中对定罪更加的严谨，也严格规定了客观上需具有危害结果才能定罪，但这也必然会导致定罪过程中的一些漏洞。若某些时候犯罪主体并没有打算造成预料之外的危害结果，但实际却造成了比较严重的危害结果，这很可能会使判决难以恰当。此外，还需要查明犯罪的动机。作为犯罪活动中最直接的心理活动，犯罪动机在犯罪活动中极为重要。没有犯罪动机就没有犯罪行为，没有犯罪行为就没有犯罪危害结果。审判机关在司法实践中也应加以考虑犯罪动机与危害结果之间关系作为重要关系予以量刑考量。

（二）主观因素与客观因素兼重

造成审判活动中可能忽视一些抽象的危害结果，部分原因是犯罪主观方面因素占了一个较为重要的地位。首先，法律分别对故意犯罪和过失犯罪规定了不一样程度的刑罚，因此判决适用轻重不一的刑罚时着重查明主观方面因素。其次，属于犯罪主观方面的犯罪故意的不同表现形式、犯罪过失的严惩程度等因素，反映出了行为人的主观恶性和人身危

害性大小的不同，这些因素对量刑而言往往起着重要的作用。

笔者认为，犯罪主观的重要性有时可能会导致一些不起眼的危害结果被忽视，由于犯罪客体和危害结果都属于比较抽象的事物，而司法实践中的实际危害结果往往又是较为具体直观的，就应结合主客观因素并重原则，梳理好犯罪主观因素与危害结果的逻辑关系。

（三）重视危害结果对定罪量刑的影响

危害结果可分为实质性的或较为抽象的结果，直接危害结果或间接危害结果，物质性危害结果或非物质性危害结果，构成要件的危害结果或不属于构成要件的危害结果。目前存在的问题在于审判活动过程中判决的侧重点在于主观方面犯罪行为或实质性的犯罪结果。

然而犯罪结果也是量刑轻重中的重要情节。在我国刑法中，有的条文根据犯罪结果的严重程度，对量刑幅度进行了阶梯递增。例如，《刑法》第264条规定的盗窃罪，就规定了“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”三种不同的量刑幅度。我们看到，不仅有些法律条文规定犯罪结果的轻重决定量刑轻重的法定情节，而且在司法实践判例上，犯罪结果的轻重也是量刑轻重的酌定考量。笔者认为，量刑规范与罪行相适应是刑法的基本原则，充分理解和划分危害结果，具体区分危害结果的类别，规范危害结果与定罪量刑的关系，使得主观和客观辩证统一，才能科学性、量刑化、合理地作出合法、合理的判决。

^[1] 江申生，广东粤鑫律师事务所管委会主任。

[2] 聂慧苹:《论危害结果在犯罪构成体系中的地位与功能》,载《当代法学杂志》2011年第4期。

[3] 汪明亮:《论定罪量刑中的法官情感》,上海复旦大学2014年硕士学位论文。

[4] 谭骏:《论媒体监督对定罪量刑活动的影响》,上海复旦大学2008年硕士学位论文。

[5] 戴水法:《论危害结果在定罪中的意义》,载《知识经济》2010年第23期。

2.浅议聚众斗殴罪

——从该罪与共同犯罪关系的角度

陈觉为^[1]

聚众斗殴罪，是指行为人组织、策划、指挥多人斗殴和积极参加斗殴，严重危害社会生活安宁、侵犯人身权利的行为。从聚众斗殴罪的不同立法以及概念的不同理论界定中不难发现，聚众斗殴罪是一种非常特殊的犯罪，它不同于刑法中众多犯罪单独犯规定的形式，有关它的刑法规范规定的是多人的责任形式，但又不是通过刑法总则的共同犯罪来统一规定的。那么，其中首要分子与积极参加者的行为是否是一种共同犯罪？进而，这是一种必要的共犯形态吗？为此，深入研究聚众斗殴罪与共同犯罪的关系实有必要。

一、聚众犯罪中的聚众斗殴罪

关于聚众犯罪的理解，必须从犯罪学上的现象到立法规定的路径着手，即聚众犯罪是立法规定的结果，聚众是所有聚众犯罪的共同构成要件。聚众犯罪是一种特殊犯罪现象，又是一种独特的犯罪形式。它来源于刑法条文的明文规定，对它的研究应当以法律条文的规定为依据。从整个聚众犯罪的危害行为来看，聚众犯罪必须包括聚众行为和其他直接危害社会的行为。还应当注意的是，聚众行为与直接危害行为之间是一个统一不可分的整体，否则就不构成本罪的危害行为。

聚众斗殴罪首先是一种聚众犯罪，而聚众犯罪未必是共同犯罪。聚众犯罪既可以是事先组织，也可以是临时纠集、随时参加，同时一般不需要复杂的分工。因此，根据共同犯罪成立的基本条件，被聚集的众人之间是否存在行为共同或犯罪共同很难下定论。比如，在聚众扰乱公共场所秩序的案件中，有些人事先被组织参与，但未被告知如何行动，或者有些人临时被聚集而积极参加但出于其他目的，或在场助势，或者只是实施一些非常轻微的危害行为，或者不明真相而围观。关于聚众犯罪与共同犯罪的关系，我国学术界有不同观点。有的可以从二者之间的关系直接阐述，即是否共同犯罪上加以总结，有些可以通过作者分析共同犯罪的主犯与聚众犯罪的首要分子之间的关系来加以总结。对于聚众犯罪是否是共同犯罪，基本上可分为以下两种观点：

一种观点认为，聚众犯罪在理论上都是共同犯罪，而且是必要共同犯罪的一种。^[2]或者认为聚众犯罪与结伙犯罪和集团犯罪一样是共同犯罪的法律形式之一。^[3]

另一种观点认为，有的聚众犯罪为共同犯罪，如聚众劫狱罪；有的聚众犯罪是单独犯罪，如聚众扰乱公共场所或交通要道秩序罪。^[4]

在这两种不同的关系分析中，本文赞成第二种观点，即联系法律的规定，对以同一罪名追究二个以上之人刑事责任的聚众犯罪属于共同犯罪，对只处罚首要分子的聚众犯罪只能依单独犯罪认定。

以上不同观点存在的主要理由在于学界对共同犯罪与聚众犯罪首要分子之间关系的认识不同所致，具体而言，可分为以下两类：

第一类观点从首要分子是主犯的角度得出所有聚众犯罪都是共同犯罪的结论。例如，认为聚众犯罪的首要分子是与犯罪集团并列的共同犯罪的主犯之一，^[5]或者认为聚众犯罪的首要分子完全被一般共同犯罪中起主要作用的犯罪分子所包括。因此，聚众犯罪都是共同犯罪。^[6]简言之，其内在的逻辑就是，共同犯罪中才有主犯，既然首要分子是主犯，那么这就是共同犯罪。

第二类观点则认为聚众犯罪不一定是共同犯罪。其中大多数聚众犯罪的首要分子可以说是共同犯罪的主犯,因为这些条文规定除处罚首要分子外,还处罚其他有关的参加者。但也有首要分子不是主犯,因为有关法律规定只处罚首要分子,而对一般参加者不以犯罪论处。即首要分子只对其为首聚众犯罪的行为独立负刑事责任。这时的首要分子只是构成犯罪与否的界限,不是共同犯罪的主犯。^[7]这类观点的主要依据是追究二人以上刑事责任的才有共同犯罪成立的余地。

比较以上不同类型观点存在的主要依据，在成立共同犯罪的主要论证依据上，前者是首要分子，后者是犯罪人数。就合理性而言，以犯罪人数为依据更为准确，而以首要分子为标准则没有法律上的依据。聚众犯罪中的首要分子虽然在理解上可以借用刑法总则的统一规定，但这并不意味着聚众犯罪就是集团犯罪或是一般的共同犯罪。首先，共同犯罪并不总是有主犯、从犯与胁从犯的区分,有的共同犯罪只有两个以上的主犯,或者说共同犯罪中存在共同犯罪人都是主犯的情形。其次，从共同犯罪的故意来看,聚众犯罪的一般参加者与首要分子和积极参加者实施危害行为的心理态度往往并不一致。特别是有的参加者根本没有认识到自己是在参与他人的犯罪活动,有的对危害结果的发生缺乏故意犯罪应有的预见。最后，承认“首要分子”是现实生活中的日常用语时，我们

就必须认同首要分子通常是一人的现实。首要之义其实就是“重中之重”，如果再在首要分子上找出多名首要分子，其结果只能是进一步淡化“首要”的基本含义，这样，对几个不同的首要分子再区分时就可能会借用“首首要”或“第一首要”等荒唐的用词。仅仅处罚首要分子时，聚众犯罪就不可能是聚众犯罪。而在认定首要分子时，并不影响共同犯罪中主犯为几人的认定。

根据司法实践与法律规定，多数聚众犯罪都是以必要的共同犯罪形式实施犯罪，其共同犯罪人为首要分子和其他积极参加聚众犯罪者，个别聚众犯罪（如聚众持械劫狱罪）的共同犯罪人还包括其他参加者。法律规定只处罚首要分子的聚众犯罪，虽然也有其他参加者参加实施，但它只是一种事实上的多人行为，并不等于多人的共同犯罪，近似于共同犯罪的犯罪形态，在本质上不是共同犯罪，更不是必要共犯。至此，可以将聚众犯罪与共同犯罪的关系归纳如下：

1.聚众犯罪是必要共犯的有：《刑法》第268条规定的聚众哄抢罪、第290条第1款规定的聚众扰乱社会秩序罪、第290条第2款规定的聚众冲击国家机关罪、第292条规定的聚众斗殴罪、第317条两款规定的组织越狱罪、暴动越狱罪和聚众持械劫狱罪、第371条两款规定的聚众冲击军事禁区罪、聚众扰乱军事管理区秩序罪，共9个罪名。当这些聚众犯罪的首要分子或积极参加者为两人以上时，他们之间又包括有任意共同犯罪。

2.聚众犯罪不是必要共犯的有：《刑法》第291条规定的聚众扰乱公共场所秩序罪、第292条规定的聚众斗殴罪、第301条规定的聚众淫乱罪以及第303条规定的赌博罪包含的聚众赌博行为、第309条规定的扰乱

法庭秩序罪包含的聚众哄闹、冲击法庭的行为。

二、作为必要共犯的聚众斗殴罪

必要共同犯罪是指按刑法法规或其他刑法规范所规定的，必须由二人以上共同实行的犯罪。这里的“二人以上”应理解为“二个以上的犯罪主体”，如果该“二人以上”不是“犯罪主体”或者只有一人应负刑事责任，则不构成共同犯罪，也就无所谓必要共同犯罪。刑法规定聚众斗殴罪等聚众犯罪的立法目的在于由于该罪参与人数众多而具有的社会危害性，所关注的是该罪的规模、影响等，参与人数众多只是聚众犯罪客观方面的外在表现，并不反映该类犯罪责任主体的数量特征。

（一）聚众斗殴罪的归属

关于必要共同犯罪的分类，大陆法系国家和地区的刑法理论学者一般所主张的是二分法。德国学者如耶赛克等认为，必要共犯分为集团犯和偶遇犯。^[8]按照这种划分，在集团犯情况下，因为同一方面各参加者是同一目标，所有参加人均作为实行犯受处罚。这样也就不存在必要共犯的问题。在偶遇而共同实施同一行为的情况下，可能存在有些参加人，如无刑事责任能力者、无身份者，并不能处罚，而不成立共同犯罪的情形。日本的必要共犯通常可以分为集团犯和对向犯。集团犯，就如同上述德国的划分，刑法在犯罪构成要件上已经预先设定了具有同一目标的多人行为。也有将德国的偶遇犯与集团犯合称为集合犯的，如日本学者大塚仁就认为，集合犯又称集合的共犯、平行犯、多众犯、集团犯。意大利刑法规定的必要共犯有两种情况：一是刑事法律明文或者默示规定，所有共同犯罪的参加者一律都应受刑事处罚，如《意大利刑法典》第416条第1款规定的组织犯罪集团罪；二是法律规定只处罚某些或

者某个共同犯罪的参加者，如《意大利刑法典》第318条第2款规定的职务上之行贿罪。

我国刑法理论上探讨的必要共犯主要是集团犯罪和对向性犯罪，即集团犯与对向犯，关于聚众犯罪是否为必要共犯则因聚众犯罪是否为共同犯罪的认识而见解不一。如果认为对聚众犯罪不能一概而论，而将其作为独立的一种的话，那就形成三种必要共犯。马克昌先生将必要的共同犯罪进行三分法的分类，就是将必要的共同犯罪分为聚合性共同犯罪、对行性共同犯罪、集团性共同犯罪这三大类，实际上是将聚合性犯罪从大陆法系国家和地区对必要的共同犯罪的集合犯中分离出来。^[9]他认为，聚合性共同犯罪，又称聚合犯，即以不特定多数人的聚合行为作为犯罪的构成要件的犯罪，如我国《刑法》规定的“聚众斗殴罪”等。这种所谓聚合性共同犯罪也就是我国刑事立法和刑法理论所说的聚众犯罪，这种犯罪都由首要分子组织、策划、指挥多人，以聚众为必要条件所进行的共同犯罪活动。

比较而言，三分法比较符合必要的共同犯罪在我国法律规定。因为处罚聚众犯罪中的首要分子与积极参加者，还是仅仅处理首要分子完全是法律规定的结果。因为有了法律的相应规定，才有了刑法学界根据犯罪实际情况而进行的实事求是的归类或另行分类。在现有的分类中，对于对行性共同犯罪或者对合犯是否可以称为共同犯罪存在的争议比较多。因为存在对合犯的双方中只有一方负刑事责任，有的对合犯双方均负刑事责任的情形。有人认为在对行性共同犯罪中在给予同一评价的对合犯中，如重婚罪，双方均对一方已婚明知时，就是属于同一评价的对合犯，属于必要共同犯罪；如果一方缺少明知就不是共同犯罪。在分别给予不同评价的对合犯中，如受贿罪中，往往行贿的人或者被索贿者的

行为不构成犯罪，只追究受贿人的刑事责任。这也不成立共同犯罪。即使是双方行为分别都构成犯罪，认定为共同犯罪也不是太妥，因为，二人行为所对应的罪名和法定刑都不一致。但是，如果从受贿是因为受对方教唆、帮助而实施而言，行贿罪其实就是对实施帮助、教唆者专门适用的罪名。之所以用行贿罪而不用受贿罪罪名不是在于侵犯的客体不同，而是因为各自的身份不同。因此，从实质上看，可以认为分别构成行贿罪、受贿罪的双方行为是共同犯罪行为，而且是必要的共同犯罪。“聚众性共同犯罪”作为与“对行性共同犯罪”“有组织性共同犯罪”的一种必要共同犯罪，在共同犯罪的语境内比起聚众犯罪的概念更为准确，因为聚众犯罪不一定是共同犯罪。通过聚众性共同犯罪这一概念就自然排除了不属于共同犯罪的聚众犯罪。因此，聚众斗殴罪被作为共同犯罪认定时，就是聚众性共同犯罪，是一种必要的共犯形式。

（二）必要共犯中的主犯与从犯认定

在聚众斗殴犯罪作为必要共犯时，其首要分子毫无疑问就是共同犯罪中的主犯，此时，积极参加者是主犯还是从犯呢？由于受到文义一般理解的影响。“首要”或者“积极”都很容易引起将首要分子和积极参加者作主犯认定的见解。例如，有的学者主张，积极参加者与首要分子在聚众斗殴罪中均起主要作用，只是两者相比，前者所起的作用略小而已，^[10]即积极参加者一定为主犯。另有学者认为，聚众斗殴罪的积极参加者不仅指主犯，还包括主犯和部分从犯。^[11]还有的学者认为，“积极参加者”在聚众斗殴罪中不一定是主犯，应根据其在聚众斗殴中的作用而定。^[12]

本文认为，行为人是否为主犯应以其行为在犯罪中的作用而定，而

行为人是否为“积极参加者”，是对其在聚众斗殴罪中参与态度的表述。聚众斗殴中的主从犯划分是为了追究各共同犯罪人的刑事责任，以满足罪刑相适应原则的需要。既然是共同犯罪中的主从犯，那么，对共同犯罪人进行主从犯划分就应以其行为在聚众斗殴中的作用大小而定。聚众斗殴参与者是否为“积极参加者”的认定是以他们对众人聚集斗殴的态度为主的，是一个主观的标准，其实际所起作用的大小是依据其客观表现来认定的，这个作用其实就是行为人的参与行为对犯罪结果的贡献。当然，这并不是否定行为人的主观罪过，在作出这一贡献的过程中同样有行为人的罪过支配，但罪过与一个人的态度积极与否是明显不同的概念，态度是否积极是为了强调行为人的情绪参与程度。“积极参加者”的“参加”说明了他有实施斗殴行为的认识与意志，而“积极”是修饰“参加”的，表明行为人参加时的心理表现，其心理动机得到了很高程度的满足。通俗地说，“积极参加”就是非常乐意地参加，因此，它不是一个严格的法律用语，本身无从表现主从之意。他们的这种“积极”“主动”与其实际发挥的作用可能没有必然联系，体现更多的是其对斗殴的态度，与他们所发挥的作用没有必然的关系，其行为或者在犯罪中起主要作用，甚至是直接致人重伤、死亡，或者只是起次要与辅助作用。

《刑法》第292条没有划分主、从犯，并不是该罪中不存在从犯问题，其目的只是明确刑法惩罚的对象是首要分子和积极参加者这两类人员，从而指导司法实践将一般参加者排除出犯罪与处罚范围。另外，从《刑法》第292条规定的只有“首要分子”和“积极参加的”才可以构成聚众斗殴罪的条文规定来看，“积极参加的”与“首要分子”是刑法规定的责任主体的范围，而刑法总则关于主犯与从犯的处罚规定是同一犯罪中不同主体的处罚原则。

因而，上述三种观点均有不足，积极参加者既不是包括主犯和部分

从犯，也不是一定都是从犯，更不是全为主犯。这三种观点均将理论的侧重点放于将其评价为主犯上。事实上，积极参加者或者为主犯，或者为从犯，成为主犯只是一种可能而已。在司法实践中，区分该罪的主、从犯，应将积极参加者与首要分子统一考虑，根据聚众斗殴的参加者在聚众斗殴中的主观恶性、地位、作用、后果等因素，运用刑法总则的有关理论，按他们各自的行为在整个犯罪中的作用大小进行判断。如果其在犯罪活动中起主要作用的，应认定其为主犯，对其所参加或实施的全部犯罪后果承担刑事责任；如果其在斗殴中起次要或辅助作用的，应认定其为从犯，予以从轻、减轻或者免除处罚。对于“首要分子”和主、从犯的关系，与“积极参加者”和主、从犯的关系类似。如果聚众斗殴中的首要分子只有一人，则极有可能不存在共同犯罪问题，因而无主犯、从犯之分。在此种情况下，如果把聚众斗殴罪的首要分子全部作为主犯，“那就把不是主犯或者说不存在主犯问题的聚众犯罪的首要分子也包括在主犯的范围內，显然是不科学的。”^[13]

三、必要共犯的例外——非共同犯罪的聚众斗殴罪

聚众斗殴罪能否被认定为共同犯罪在我国刑法上必然涉及“众人”中人的主体资格问题，作为非身份犯罪，影响主体的主要是刑事责任能力。根据《刑法》规定，未满16周岁的人和精神病人因欠缺刑事责任能力是不能被认定为聚众斗殴罪的首要分子或积极参加者的。具体而言，如果有刑事责任能力的首要分子实施了聚众行为，被聚之“众”都是不满16周岁的人或精神病人，对于该部分行为人实施的聚众斗殴行为是否构成聚众斗殴罪？如果认为聚众斗殴罪为必要共同犯罪，则只有“首要分子”一人已满16周岁，即使被聚之“众”都是已满14周岁不满16周岁的人，由于《刑法》第17条第2款关于14周岁至16周岁的人的刑事责任的

规定明确将聚众斗殴犯罪行为排斥在外，故不符合二人以上的要求，也就不构成聚众斗殴罪。相反，如果认为该罪不是必要的共同犯罪甚至不是共同犯罪，对于年满16周岁具有相应刑事责任能力的首要分子来讲，则符合聚众斗殴罪基本犯主体要件要求，仍然可以构成聚众斗殴罪，而其他“众人”则不构成犯罪。同样的，如果未满16周岁或精神病人者是组织、领导、策划者，其他积极参加者是具备刑事责任能力之人也会出现这种结局。针对此种情况，如果仍然局限于聚众斗殴罪是必要共犯的观点，可能就难以避免自相矛盾。妥当的做法就是将这两种情形分别对待。在首要分子是有刑事责任能力者，参加者无刑事责任能力时，首要分子是聚众斗殴罪的单独犯，此时不存在共同犯罪，没有必要共犯；如果首要分子是无刑事责任能力者，积极参加者属于二人以上，聚众斗殴的行为仍然是共同犯罪。如果积极参加者仅为一人的，同样不存在共同犯罪；在首要分子和积极参加者均为无责任能力者时，就不存在聚众斗殴罪。因此，首要分子或积极参加者属于无责任能力者时，一般难以处理聚众斗殴罪的必要共犯，除非承担责任的主体是二人以上。这种情况就应该被视为聚众犯罪必要共犯的例外。

[1] 陈觉为，广州金鹏律师事务所律师。

[2] 参见陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社1992年版，第150—151页。

[3] 参见赵秉志、吴振兴主编：《刑法学通论》，高等教育出版社1993年版，第224—225页。

[4] 参见姜伟：《犯罪形态通论》，法律出版社1994年版，第240页。

[5] 参见杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社1994年版，第137—138页。

- [6] 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1995年版,第540—541页。
- [7] 参见高格主编:《刑法教程》,吉林大学出版社1984年版,第152—153页。
- [8] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第847—848页。
- [9] 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第502页。
- [10] 参见王作富主编:《刑法分则实务研究》(下),中国方正出版社2001年版,第1282页。
- [11] 参见赵秉志主编:《扰乱公共秩序罪》,中国人民公安大学出版社1999年版,第301页。
- [12] 参见孟庆华:《妨害社会管理秩序罪重点疑点难点问题判解研究》,人民法院出版社2005年版,第159页。
- [13] 李宇先:《聚众犯罪研究》,湖南人民出版社2004年版,第57页。

3.浅议自首认定中的疑难问题

——从职务犯罪案件中辩护人的视角

郑锋^[1]

自首作为法定从轻、减轻处罚的情节，在职务犯罪条件的量刑中起到重要作用，也是刑事辩护中律师要重点关注和取得有效辩护的重要环节。但在实践中，关于自首的认定存在很大争议，特别是2009年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》（以下简称《意见》）发布了以后，同一地区公、检、法部门之间及各地办案机关之间把握尺度不一，使广大律师在职务犯罪的辩护中对自首认定的把握难度增加。为此，需从准确把握法律制定自首制度的立法本意入手，对两高司法解释关于职务犯罪自首的规定进行理解和解读，进而找到律师进行职务犯罪自首认定辩护的着力点。

一、当前职务犯罪自首认定发生争议的表现

自2009年“两高”《意见》发布、实施以来，职务犯罪案件中自首认定出现了一些办案机关、公诉机关、审判机关意见不统一的情况。笔者检索了广东省部分法院公示的2013—2016年职务犯罪有自首争议的20宗案件。其中检察院认定自首、法院亦认定自首的5宗，占25%。检察院不认定自首、法院认定自首的5宗，占25%。检察院认定自首、法院不认定自首的2宗，占10%；律师作自首辩护，检察院、法院均不认定的8

宗，占40%。

例一，佛山（2015）佛城刑初字第850号、（2015）佛中法刑二终字第405号案：

被告人梁邓某与何某为夫妻关系，在2011年间先后向时任佛山市社会福利院副院长、时任韶关市曲江区社会福利院院长、时任佛山市禅城区南庄镇卫生和计划生育局常务副局长等人行贿。2015年3月21日佛山市禅城区检察院将行贿人梁邓某抓获，同月经佛山市禅城区人民检察院电话通知，被告人何某前往接受调查并如实交代了犯罪事实。佛山市禅城区人民检察院指控被告人何某为牟取不正当利益，给予国家工作人员财物共24.5万元，情节严重，其行为已构成行贿罪。被告何某的辩护人认为，何某在佛山市禅城区人民检察院立案后经电话通知，主动前往办案单位接受调查并如实交代了犯罪事实，是自首，依法可以减轻处罚。一审判决认为检察机关的指控成立，并且接纳了辩护人的意见认为何某在检察院立案后经电话通知，前往办案单位接受调查并如实交代犯罪事实，是自首，可以减轻处罚。一审判决后，佛山市禅城区人民检察院不服提出抗诉，认为根据“两高”《意见》和广东省高院《关于进一步加强职务犯罪审判工作的若干意见》第9条规定：“被告人在接到办案机关电话通知后到指定地点交代办案机关已经掌握的犯罪事实，不具备自动投案的要件，依法不能认定为自首。”判决认定何某自首缺乏依据，属适用法律错误。二审法院审理后认为，“何某在接到电话通知后，主动前往办案单位接受调查并如实交代犯罪事实，是自首”，故驳回了抗诉，维持原判。

例二，（2013）粤高法审监刑再字第11号案：

被告人孙某于2010年7月6日被增城市人民检察院反渎局通知到案，如实供述了其犯罪事实。一审判决认为孙某有自首情节，可以减轻处罚。增城检察院提出抗诉，广州市检支持抗诉，两检察院认为孙某在一审判案前对自己的大部分犯罪事实拒不供认，虽然孙某是主动投案，但不符合如实供述案件，不能认定为自首。孙某辩护人认为，增城市反渎局先后于2010年10月9日和2011年3月两次出具了《关于孙某自首的说明》，均予以证明孙某具有自首情节。二审判决认为孙某自动投案且如实供述罪行可以认定自首。二审判决以后，广东省人民检察院提出抗诉，认为孙某不具有自首情节，理由是：增城市人民检察院在已经掌握犯罪事实的情况下，将孙某传来到案询问，即调查谈话，此不属于自动投案，只能算是如实供述。广东省高院对省检的抗诉立案再审，最后认为增城市人民检察院在掌握了孙某的受贿事实后，于7月6日对孙某发出了《询问通知书》。孙某虽按时到达接受询问并承认收受他人贿赂的事实，不属于自动投案，故不是自首。原一、二审期间侦查机关提交孙某是自首的材料和意见与查证事实不符，不予采纳，因而接受了抗诉，对案件进行改判。

我们在查阅外省的一些法院认定自首的职务犯罪案件判例中，也发现有类似的归案事实，在某省的一些法院认定为自首，而在另一省的一些法院就不认定为自首。

二、自首认定发生争议的原因

（一）关于自首认定的法律规定之间有冲突

《刑法》第67条，对自首的认定有明确的定义。该条指出犯罪后若主动投案并交代罪行可认定为自首；若犯罪被司法机关采取强制措施后

能主动交代司法机关未掌握的其他罪行，也可作自首认定，俗称为准自首。

1998年，最高人民法院出台了《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》），规定在司法机关尚未发觉或已经发觉未询问之前。犯罪分子主动向公安、检察院与司法机关投案，可认定为自动投案，若犯罪嫌疑人在被追捕期间投案或在被逮捕之后证实其准备投案也可视为自动投案。

2009年《意见》则对自首范围收窄。《意见》规定：犯罪人若没有自动投案，而是在办案机关依例讯问、调查期间，主动交代公安机关已掌握的有关犯罪事实，不以自首论。该意见把自动投案的时间限制在办案机关调查核实、询问，采取调查措施或强制措施之前，即使行为人没有被立案，没有被采取强制措施，只要纪委已通知行为人谈话，即使行为人就纪委已掌握的线索如实交代也不能认定为自首。

2010年，最高人民法院又出台了《关于处理自首与立功若干具体问题的意见》，对刑事犯罪的自首作出了从宽的司法解释。在重申1998年《解释》第1条第（1）项规定的七种视为自动投案的情形外，又增加了五种可视为自动投案的情形：1.犯罪后主动报案，虽未表明自己是作案人，但没有逃离现场，在司法机关讯问时交代自己的罪行的；2.明知他人报案而在现场等待，抓捕时无拒捕行为，供认犯罪事实的；3.在司法机关未确定犯罪嫌疑人，尚在一般性排查询问时主动交代自己罪行的；4.因特定违法行为被采取劳动教养、行政拘留、司法拘留、强制隔离戒毒等行政、司法强制措施期间，主动向执行机关交代尚未被掌握的犯罪行为的；5.其他符合立法本意，应当视为自动投案的情形。

从以上四个法规和司法解释的表述来看，《刑法》第67条对司法机关采取强制措施以前的投案视为自动投案，1998年的司法解释则将自动投案的时间提前到未询问之前，但同时又规定在追捕期间或逮捕后证实其准备投案，也可以视为自动投案。2009年的《意见》不仅把纪委列为办案机关，还将自动投案的时间提前到调查谈话之前，而2010年的司法解释将自动投案的时间在1998年的司法解释的基础上放松，提出在司法机关对嫌疑人尚处在一般性排查询问时主动交代的也可视为自动投案。

可以看出，与普通犯罪自首相比，职务犯罪的自首更为严格，不仅要符合一般自首的规定，甚至还把自动投案的标准提前到纪委采取调查措施时。

（二）对自首立法本意的理解有冲突

自首制度的设立，从立法的本意或价值取向来看，是为了节约司法资源，同时更好地分化犯罪分子，促进犯罪分子悔罪。因此，从刑法对自首条件的设立和一些司法解释的颁布，都是以此立法本意为基础展开的，宽严相济的刑事政策，也是根据此立法本意和不断变化的司法实践制定的。宽些也是为了实现此立法本意，严些也是为了实现此立法本意，而不是离开此立法本意的宽和严。办案机关和办案的工作人员，不应盲目地跟随政策风向，如果上级要求从严把握自首的标准，便认为卡得越死越好。这样的思维必然背离自首制度的立法本意。在办案中应当以法律为准绳，在符合当前法律法规及立法本意的前提下办理案件。

（三）办案机关职责不同而产生价值取向冲突

职务犯罪由于其自身的特点导致纪委检察机关和法院在自首认定问

题上会出现分歧。绝大多数的职务犯罪都是在较为隐蔽的环境下进行的，其犯罪现场往往是排斥第三人的，如行贿、受贿中，通常只有行贿人和受贿人在现场，这就使得口供在办案机关办理职务犯罪案件时发挥着至关重要的作用。纪委和检察院反贪局在办理职务犯罪案件中为了固定证据，大多数情况下往往会与犯罪嫌疑人进行“交易”：即为了促进犯罪嫌疑人早日认罪，侦查机关会以自首为条件换取犯罪嫌疑人的如实供述，而此时法院予以否定。相反，法院又是根据侦查机关所提供的证据以及相关材料认定犯罪嫌疑人具有自首情节，而检察机关却不予认可。

三、律师在职务犯罪自首认定上的辩护空间和对策

虽然在职务犯罪自首认定上各办案机关、审判机关存在争议，律师在职务犯罪自首的辩护效果存在不确定性，且司法机关在职务犯罪自首认定上有趋严的倾向，留给律师的辩护空间越来越窄，但只要我们准确把握自首制度的立法本意，吃透两高司法解释及意见的精神，职务犯罪自首认定的辩护仍有争取空间。

（一）注意把握自动投案的时间节点

自动投案是自首认定的前提条件，但何谓自动投案，实践中有不同的理解，最重要的是对时间节点的把握。

2009年“两高”《意见》明确为“犯罪事实或者犯罪分子未被办案机关掌握，或者虽被掌握，但犯罪分子尚未受到调查谈话、讯问或者未被宣布采取调查措施或者强制措施时，向办案机关投案的，是自动投案”。在此要件上把握两点：

1.犯罪事实或者犯罪分子未被办案机关掌握，是指犯罪分子还未进入办案机关的办案程序，或案件事实未移送到办案单位手上，在此之前向办案机关投案应视为自动投案。例如，（2015）粤高法刑二经字第107号案，遂溪县人民检察院在办理尹某某涉嫌行贿一案中，发现谢某某涉嫌受贿的线索，由于谢某某为正处级干部，不属于该院管辖，按程序应报湛江市人民检察院，同时为了不耽误时机，该院检察长梁某向县委书记林某汇报，林某听完汇报即打电话通知谢某某到其办公室，与梁某动员其投案自首，谢某某当即同意，随后到遂溪县检察院如实交代受贿事实。江门中院一审时认为其不属自动投案，未认定自首，但上诉后，广东省高院认定了此情节为自首。

2.或者虽被掌握，但犯罪分子尚未受到调查谈话、讯问，或者未被宣布采取调查措施或者强制措施，向办案机关投案。这里有一个如何理解调查谈话的概念的问题。纪委的调查谈话是一个内涵很有争议的程序。按照中纪委披露的办案流程，纪检监察机关处理违纪案件要经过4个程序。第一，案件线索受理，对检举、控告以及发现的涉嫌违纪的线索予以受理；第二，初步核实，如果举报内容可能涉嫌违纪就会进入初步核实程序，以确认举报线索所反映的问题是否存在；第三，立案，经初步核查，确有违纪事实，并需要追究党纪政纪责任的，办理立案手续；第四，案件调查，立案后根据案情组织调查收集证据，查明违纪违法事实，在调查阶段，对明显涉嫌犯罪的，适时报送司法机关。因此，2009年《意见》中的调查谈话、讯问和“调查措施、强制措施”应是程序上的案件调查，即立案后或采取“双规”措施后的调查措施和强制措施，而不是“线索受理”“初步审核”阶段的了解谈话。对在此两个阶段发生的由纪检监察部门电话通知被谈话人员到办公地点谈话的情况，笔者认为符合自首的立法本意：一是电话通知并不是强制措施，嫌疑人在接到电