

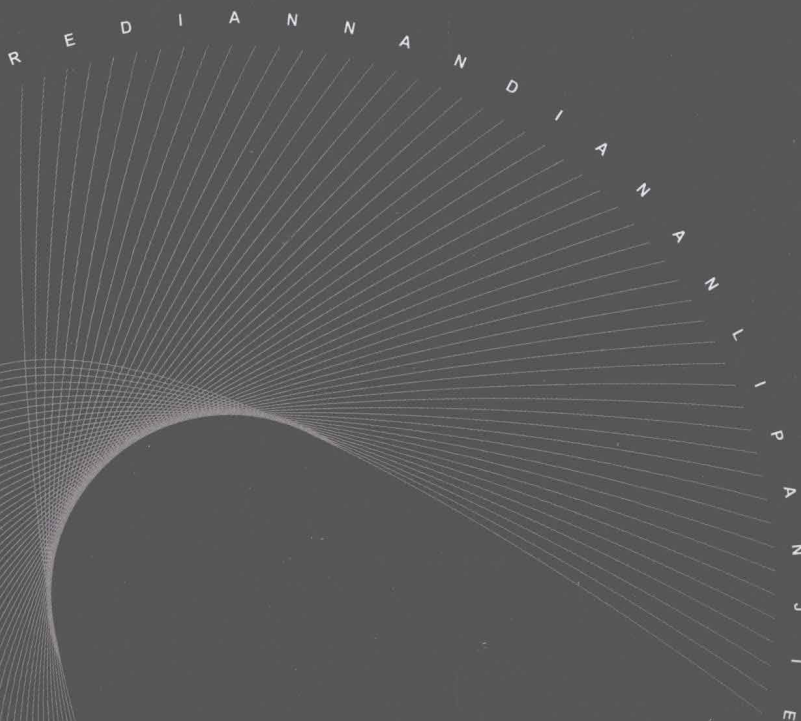
热点难点案例判解

万鄂湘 主编

刑事类

死刑裁量

于同志 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

热 点 难 点 案 例 判 解

万鄂湘 主编

刑 事 类

死刑裁量

于同志 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

热点难点案例判解. 刑事类 死刑裁量 / 于同志著.
北京: 法律出版社, 2009. 1
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9094 - 5

I. 死… II. 于… III. 死刑—研究—中国 IV. D924.124

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 193700 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/周丽君

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/综合出版分社

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/张宇东

开本/A5

印张/12.75 字数/344 千

版本/2009 年 1 月第 1 版

印次/2009 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 - 5036 - 9094 - 5 定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

于同志 男，1975年生，安徽蒙城人，中国人民大学刑法专业博士研究生。现任职于北京市高级人民法院，兼任北京市刑事侦查学研究会理事。曾供职于北京市第二中级人民法院、中共北京市委政法委员会。独著《刑法热点裁判与规则适用》、《网络犯罪》，合著《刑事审判前沿问题思考》、《刑法适用与审判实务》、《经济犯罪新型疑难案例判解》、《经济犯罪名案精析》、《刑法案例选编》等著作十余部，在《法学研究》、《法学》、《人民司法》等刊物发表论文七十余篇。先后获得中国法学第一届中青年刑事诉讼法学优秀科研成果奖，中国青少年犯罪研究会第十六届学术年会及全国法院系统第一届、第二届应用法学有奖征文，“姑苏杯”、“盛京杯”、“沈阳杯”学术征文一、二等奖等全国性科研奖励十余次。

充分发挥案例指导制度在建设公正高效权威的 社会主义司法制度中的作用 (代序)

当前,随着各种新类型案件、重大疑难等案件不断出现,同案不同判的情形在各地法院时有出现。例如,同是一个法院受理的案件,类似的法律事实,由不同的业务庭审理,适用法律的标准却不统一,甚至同一业务庭内不同合议庭对相似的法律事实也会作出大相径庭的裁判;不同法院之间也存在裁判标准不统一的问题。这些问题的存在,大大地削弱了司法的权威,降低了司法的公信度。统一司法裁判尺度已成为目前司法公正的迫切要求。胡锦涛总书记在党的十七大报告中指出:“加强宪法和法律实施,坚持公民在法律面前一律平等,维护社会公平正义,维护社会主义法制的统一、尊严、权威。”建设公正高效权威的社会主义司法制度是全面实施依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家的核心内容,是建设中国特色社会主义制度的有机组成部分,也是社会主义制度优越性的重要表现形式。建立案例指导制度是维护社会主义法制统一、尊严、权威的重要内容之一。

2005年10月26日,最高人民法院发布《人民法院第二个五年改革纲要(2004~2008)》,提出了50项改革任务和改革措施。其中第13项提出,“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件,规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等”。这是最高人民法院第一次以正式文件的方式发布案例指导制度的改革意见。建立案例指导制度是一项重大的司法改革。在以制定法为特色的现代中国法律制度中,在司法审判工作中要引入不同于英美法系判例法制度的中国式的“案例指导制度”,是一项前所未有的工作。我国的案例指导制度是我国审判实践的产物,是我国审判方式进一步深化的重要措施。实行案例指导制度,通过参照最高人民法院和各辖区内的高级人民法院发布的典型案例,统

一法律适用和裁判标准,在法院同一辖区范围内,相同的或者大致相同的事实情况,会获得相同的或者大致相同的裁判结果,可以减少“同案不同判”的情形,并提高裁判结果的公信力,产生良好的社会效果。

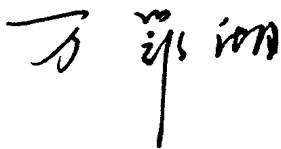
当前正是我国社会转型、社会结构调整、矛盾和纠纷不断凸显的时期,各类矛盾和纠纷比以往更加集中反映到人民法院受理的各类诉讼案件中。妥善处理这些矛盾和纠纷是构建和谐社会的需要,需要加强应用法学研究,抓住社会的热点、难点问题,使案例指导制度具有长久的生命力。要对典型案例进行深入研究,为案例指导制度做贡献。要积极落实最高人民法院发布的《人民法院第二个五年改革纲要》提出的建立和完善案例指导制度的要求。对有价值的案例进行深入研究,通过编写案例,尤其是通过“案例评析”部分的撰写,注重挖掘案例对于法律的解释和发展功能,归纳出具体的法律规则,展现典型案例精髓,不断完善法律规范体系。法官要树立终身学习的观念,提倡法官勤于思考、研究问题,通过对大量疑难案件和法律问题进行认真研究,可以加深对各项法律制度、法律政策的理解,从而提高处理矛盾、化解纠纷、适用法律的水平和能力,最终提高法官队伍的司法能力,提高审判工作的整体质量,最大限度地实现公平正义,为构建社会主义和谐社会作出贡献。我们虽然不是判例法国家,法官不能造法,但是在审判实践最前沿的法官,有着最鲜活的案例、最新发现的问题、最多关于实践的思考,这些都可以通过研究转化成司法解释、指导性案例及立法建议,所以切不可忽视法官进行研究的重要作用。我国是成文法国家,但案例研究在实践中也很重要。好的案例研究,沟通了理论和实务。学术界从案例析理论,增进学术研究;实务界以理论析实践,推进审判工作。

法律出版社是我国著名的法律专业出版机构,该社组织编写的这套《热点难点案例判解》系列丛书,可以说是一次案例研究的较好尝试。这套丛书具有如下特点:第一,案例编选精当。典型案例、热点难点案例的挑选是一件见水平、费工夫的工作,典型案例、热点难点案例不等于奇案怪案,而是蕴涵了法学原理,也富于实践指导意义的实践精华。本丛书案例编选具备相当专业水准,精当贴切,并注重社会效果,反映了近年来我国审判实践的进展。第二,案例分析深入。本丛书的案例研究,准确抓住案例的核心点,鞭辟入里,富于创新,析案思路清晰敏捷,不但透析

了案例中的法学原理,还能进一步引申新理论,发现新问题,这就对实务工作具有较大的参考价值。第三,编写队伍整齐。这套丛书的编写者,都是审判一线的庭长、副庭长,并都具有法学博士学位,可以说,都是专家型、学者型的法官。他们熟悉审判工作,也勤于思考,热爱学习,善于研究。这支优秀的编写队伍,保证了这套丛书的较高水准和较好质量。

我祝贺这套丛书出版,也期待看到我国案例研究工作的进一步深入。我相信,本套丛书以其较高层次的理论性和实用性,一定会受到全国广大理论和实务工作者的欢迎。

是为序。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized Chinese characters '王' and '印' followed by the English name 'Yimin'.

2007年11月19日

1	1 死刑裁量的一般标准
15	2 无充分证据证实犯罪时年满 18 周岁的能否适用死刑
31	3 “审判的时候怀孕的妇女不适用死刑”如何理解与适用
41	4 限制责任能力人犯罪如何裁量刑罚
58	5 犯死罪的聋哑人如何适用刑罚
67	6 适用死刑的犯罪主体应有年龄上限
81	7 “能人”犯罪可否从宽处理
100	8 结果加重犯如何认定与处罚
117	9 间接故意犯罪的如何量刑
129	10 如何把握互殴与正当防卫的界限及其处罚
140	11 犯罪中止与犯罪未遂情节如何影响死刑裁量
161	12 如何确定雇凶者与受雇者的罪责
177	13 自首是否从宽处罚及其从宽处罚幅度如何掌握
194	14 提供间接线索由亲属协助抓获疑犯的如何认定与处罚
209	15 归案后主动供述公安机关不掌握的关键情节如何量刑
219	16 因被害人过错引起的案件如何量刑
234	17 婚姻家庭矛盾引发的故意杀人案件如何量刑
247	18 如何把握民事赔偿与死刑适用的关系
265	19 死刑案件中的退赃情节如何认定与处理



Contents

278	20	公安特情人员诱惑侦查的如何裁量
297	21	如何把握“留有余地判处死缓”与“疑案从无”
311	22	为泄私愤驾车冲撞群众的如何认定与处罚
327	23	以借款返息为名骗取巨额资金后拒不交代赃款去向的如何处罚
339	24	吸食毒品后出现幻觉杀人的如何处理
350	25	非直接致伤的故意伤害如何认定与处罚
363	26	绑架中对被绑架人实施伤害致其重伤的如何定罪量刑
378	27	为毁灭证据灭债入户劫取债权人借条并致人重伤的如何处罚
395		后记

1

死刑裁量的一般标准

——闫某某故意杀人、盗窃案*

一、案情举要

闫某某因盗窃被查获归案后主动交代了司法机关不掌握的本人实施的一起杀人碎尸、一起杀人未遂及多起盗窃的犯罪事实,如何量刑?

被告人闫某某,男,45岁,北京市人,无业;1977年因扒窃被处行政拘留15日;同年因多次盗窃被处劳动教养3年;1980年因扒窃被处劳动教养2年;1982年因扒窃被处劳动教养2年;1986年因流氓被处劳动教养2年;1988年9月因犯惯窃罪,被判处有期徒刑7年;2001年8月因犯盗窃罪、伪造居民身份证罪被判处有期徒刑2年,2002年12月13日刑满释放。

2004年一二月间,被告人闫某某采用钻窗入室等方法,先后4次在北京市海淀区北蜂窝路×号院、海淀区海安军博存车处等地,从事主李某、黄某、杨某、李某某的家中及轿车内,窃得人民币共计2700元及价值人民币4340元的移动电话机、充电器等物品。2004年2月18日,闫某某因涉嫌犯盗窃罪被查获归案后,主动交代了以下犯罪事实:(1)2003年

* 案例来源:北京市第一中级人民法院(2004)一中刑初字第3717号刑事附带民事判决书;北京市高级人民法院(2005)高刑终字第87号刑事判决书。

10月中旬的某天22时许,闫某某将一妇女带至北京市海淀区北蜂窝路×号院某楼其家中留宿。次日凌晨4时许,闫某某趁该妇女熟睡之机,用铁锤猛砸其头部,致其重度颅脑损伤死亡。后闫某某将该妇女的尸体肢解,抛弃于海淀区莲花桥西北角垃圾堆、宣武区广安门桥下护城河等处。

(2)2003年12月4日23时许,闫某某携带铁锤、绳子等凶器到北京市海淀区北京交通大学东路×号院某楼地下室某房间,与徐某(女,时年40岁)同宿。次日凌晨6时许,闫某某趁徐某熟睡之机,用铁锤猛打徐某的头部,并用尼龙绳欲将徐某勒死,因徐某奋力反抗搏斗,其杀人未遂。

(3)2003年10月9日1时许,闫某某在北京市海淀区北蜂窝路×号院内,闫某某采用改锥撬碎车窗玻璃的方法,盗窃李某轿车内价值人民币8713元的安利化妆品等物品。

(4)2003年10月的某天凌晨1时许,闫某某在海淀区北蜂窝路×号院内,采用改锥撬车门的方法盗窃事主张某的桑塔纳牌2000型轿车内的人民币600元以及价值人民币860元的太阳镜1副、白色女士皮凉鞋1双、卡座式录音磁带7盘等物品。

(5)2003年11月的某天凌晨1时许,闫某某在北京市丰台区莲花池西路国税局宿舍厕所内,盗窃北京天岳恒鑫厦物业管理有限公司价值人民币693元的日立牌电锤1个。

二、裁判要旨

一审法院经审理认为,被告人闫某某故意非法剥夺他人生命,致人死亡,其行为已构成故意杀人罪;闫某某还以非法占有为目的,秘密窃取公民财物,数额巨大,其行为又已构成盗窃罪,且闫某某在刑满释放后5年内又犯罪,系累犯,故对其所犯故意杀人罪、盗窃罪依法应予从重处罚。闫某某所犯故意杀人罪虽系自首,所犯部分故意杀人罪属于未遂,但其犯罪的性质极为恶劣,手段凶残,情节、后果特别严重,必须依法严惩,故对闫某某所犯故意杀人罪不予从轻处罚。据此,于2004年12月17日依法判决:被告人闫某某犯故意杀人罪,判处死刑,剥夺政治权利终身;犯盗窃罪,判处有期徒刑10年,剥夺政治权利2年,并处罚金人民币1万元,决定执行死刑,剥夺政治权利终身,并处罚金人民币1万元。

一审宣判后,闫某某不服,以其有自首情节,一审量刑过重为由提出上诉。

二审法院经审理认为,上诉人闫某某的行为构成故意杀人罪和盗窃罪,且在刑满释放后5年内又犯罪,系累犯,故对其所犯故意杀人罪、盗窃罪依法应当从重处罚。但鉴于闫某某在因涉嫌犯盗窃罪被羁押期间,主动供述司法机关尚不掌握的两起故意杀人犯罪事实并指认抛尸现场,系自首,其所犯部分故意杀人罪系未遂,故对闫某某所犯故意杀人罪可判处死刑,不立即执行。据此,于2005年6月13日依法终审改判:上诉人闫某某犯故意杀人罪,判处死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身;犯盗窃罪,判处有期徒刑10年,剥夺政治权利二年,并处罚金人民币1万元,决定执行死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身,并处罚金人民币1万元。

三、焦点问题

对既有法定从重处罚情节又有法定从轻处罚情节的
被告人如何量刑?

本案审理中的争议问题是,对罪行极其严重,但同时具有法定从轻处罚情节和从重处罚情节的被告人闫某某,如何裁量刑罚?对此有两种不同意见:(1)被告人系累犯,依法应予从重处罚,其所犯故意杀人罪虽系自首,但犯罪的性质极为恶劣,手段凶残,情节、后果均特别严重,罪该处死,故应适用死刑立即执行予以严惩。(2)被告人虽属罪行极其严重,又系累犯,可以判处死刑立即执行,但其所犯故意杀人罪,是在公安机关未掌握其任何作案线索的情况下主动供述,确属自首,如被告人不供述,此案将很难破获。考虑其自首的价值和国家的刑事政策,应对其实施的故意杀人罪予以适当从宽处罚,判处死刑缓期二年执行。

笔者赞同第二种意见。本案被告人的罪行极其严重,应当判处死刑,但属于不是必须立即执行的,故可以判处死刑缓期二年执行。

四、法理析解

对罪行极其严重,既具有法定从轻情节又具有法定从重情节的被告人应慎用死刑立即执行。

刑法第48条第1款规定:“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子,如果不是必须立即执行的,可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。”这一规定包含三层意思:其一,死刑只适用于“罪行极其严重”的犯罪分子,但并不意味着对所有“极其严重”的罪行都应当适用死刑;其二,即使是“罪行极其严重”的犯罪分子,如果不具备“应当判处死刑”的条件,绝不可以对之适用死刑;其三,犯罪分子即使符合“应当判处死刑”的条件,如果属于“不是必须立即执行的”,可以判处“死刑缓期二年执行”。上述三层次的要求相互配合形成了我国死刑的裁量标准,结合本案准确理解它们的含义及其相互关系,将有助于正确地适用死刑。

(一)关于“罪行极其严重”

“罪行极其严重”是死刑适用的实质条件。如何理解其含义,对认定死刑的裁量标准至关重要。1979年刑法规定死刑只适用于“罪大恶极”的犯罪分子。从语言逻辑规则上看,“罪大恶极”和“罪行极其严重”的内涵有着明显区别:前者强调行为的客观危害和行为人的主观恶性两个方面;后者则只是强调犯罪行为在客观上的社会危害性。那么,刑法规定上的这一客观主义倾向是不是意味着死刑的裁量标准有所降低呢?笔者认为,不论立法者对这一词语的修改旨在将概念含义具体化,还是要对死刑适用的条件做实质性修改,降低死刑裁量标准的立法意图都是可以排除的。尽管由于立法技术上的原因,“罪行极其严重”在字面意义上只是强调行为的客观危害,但在司法实践中,基于“慎杀”的死刑政策,对“罪行极其严重”的理解仍应从主客观两方面进行,即人民法院在裁量刑罚时,一方面应当根据犯罪分子的社会危害行为及其后果来确定是否应当判处死刑;另一方面还要考察犯罪分子的主观恶性。所谓罪行极其严重,

既指犯罪行为对国家、社会和人民的利益危害特别严重,情节特别恶劣,同时也指行为人具有极其严重的主观恶性。客观危害特别严重和主观恶性特别恶劣是既相互独立,又相互统一的判断罪行是否极其严重的两个方面,两者不能割裂,不能单独作为判断标准。客观危害虽然特别严重,但只要其主观恶性不大,或者说即使犯罪人的主观恶性特别恶劣,但只要其客观危害不算特别严重,就不应判处死刑,尤其不应判处死刑立即执行。

司法实践中,人们所说某一犯罪行为不太严重、比较严重、严重、非常严重、极其严重,都是在对不同的情形进行比较后得出的结论。所以,“罪行极其严重”的判定,需要经过比较加以确定。笔者认为,在评判“罪行极其严重”而进行比较时,应注意做好以下5个方面工作:

(1)历史比较,即将所要评判的犯罪和以往被判处死刑的犯罪进行比较,确保可能判处死刑的犯罪的严重程度不低于以往判处死刑的犯罪的严重程度。进行历史比较的目的,主要是避免随意降低死刑适用标准,保持刑法死刑适用标准的前后统一。

(2)地区比较,即将所审理的案件与其他地区判处死刑的案件进行量刑平衡,确保适用死刑的案件,在全国范围内考察,罪行都是极其严重的,以此消除各地区间死刑裁量标准的差异,实现不同地区死刑适用的均衡和协调同一。

(3)同种罪的个案比较,即将同时决定适用死刑的同一性质的不同个案进行比较。从目前我国各地法院死刑适用的实际情况来看,很多法院都有将死刑案件集中执行的做法。因此,有必要将同时决定适用死刑的同种犯罪的不同个案进行比较,以确保适用死刑的案件,都是在考虑适用死刑的案件中罪行最为严重的。

(4)异种罪的个案比较,即将侵犯相同或类似客体的犯罪行为进行比较,如绑架行为和抢劫行为之间比较,同属危害公共安全的放火、爆炸等犯罪行为的比较等,力求不同性质的犯罪的死刑适用,能够相对地保持一致。

(5)同案的被告人比较,即在共同犯罪中,如果考虑对数个被告人适用死刑,应当将该数个被告人的罪行进行比较,一般只对其中罪行最为严重的被告人,适用死刑。

换言之,认定“罪行极其严重”,在综合考察犯罪行为的客观危害和

犯罪人的主观恶性的基础上,从“极其严重”的角度,应当是在对全国的不同时期、不同地区、不同性质的犯罪行为、同种性质的不同个案、共同犯罪中的不同被告人的罪行进行比较后,认为社会危害最为严重的。只有符合此要求才属于“罪行极其严重”,方可考虑适用死刑。

本案被告人闫某某曾多次因扒窃、盗窃、流氓行为被行政处罚,因犯惯窃罪、盗窃罪、伪造居民身份证罪被处刑罚,既有劣迹,也有前科,在刑满释放未满1年内又实施多起犯罪,其犯故意杀人罪、盗窃罪时系累犯。可见,闫某某主观恶性大。在本案中,被告人闫某某故意实施了两起杀人行为,且手段残忍,并直接导致一名被害人死亡,其犯故意杀人罪的性质、后果、情节均特别严重。因此,从主客观方面考察,本案被告人闫某某罪行确属极其严重,其所犯故意杀人罪符合死刑适用的实质条件,对被告人闫某某可以依法判处死刑。但是,是否必须对闫某某判处死刑呢?这还要看其是否属于“应当判处死刑”的。如前所述,即使闫某某属于“罪行极其严重”的犯罪分子,但是,如果不具备“应当判处死刑”的条件,也绝不可以对之适用死刑。

(二)关于“应当判处死刑”

现行刑法将可以判处死刑的犯罪极其严重情节规定得较为具体,并非触犯了死刑条款的行为都必须判处死刑。所谓应当判处死刑,是指行为在构成“极其严重”的罪行的前提下,因符合法定情形而应当对行为人判处死刑。“罪行极其严重”与“应当判处死刑”是两个不同层次的概念,前者表明“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”,但是对这种犯罪分子不一定要判处死刑;后者表明犯罪分子所犯罪行虽然极其严重,但是对其判处死刑还须排除从宽处罚情节或者具有相应的从重处罚情节。

从刑法分则条文看,某一犯罪行为在构成“极其严重”的罪行的前提下,符合以下三种情形才能对犯罪分子适用死刑:一是行为人所犯罪行已经构成法定刑为绝对确定死刑之罪,并且不具有法定减轻处罚情节的情形;二是行为人所犯罪行已构成法定刑中挂有死刑之罪,同时具有法定从重处罚情节或者多个从重处罚情节的情形;三是行为人所犯罪行已构成刑法第103条和第433条规定的“可以判处死刑”之罪,不但“对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣”,而且还具有其他从重处罚情节的情形。由此可见,一定量刑情节的有无,对于认定是否“应当判处死

刑”具有至关重要的意义。

按照笔者的理解,对罪行极其严重的犯罪分子判处死刑应当排除从宽处罚情节或者具有相应的从重处罚情节。在是否为“应当判处死刑”的认定上,应全面考察案件所具有的各种情节,并针对不同情况,综合分析,审慎判断。

(1)犯法定刑为绝对确定死刑之罪,只有在案件没有任何法定减轻处罚情节的条件下,才能对犯罪分子判处死刑;如果案件具有法定减轻处罚情节,就不应对之适用死刑。

(2)除了个别法定刑为绝对确定死刑之罪外,如果对犯罪分子适用死刑,就应当具备相应的从重处罚情节;如果不具备相应的从重处罚情节,一般不适用死刑。

(3)如果犯罪分子具备了相应的从宽处罚情节,特别是法定的从宽处罚情节,原则上不对其适用死刑立即执行。

就本案而言,被告人闫某某所犯故意杀人罪不属于法定刑为绝对确定死刑之罪,如果对其适用死刑,应具备从重处罚情节。闫某某在犯故意杀人罪、盗窃罪时属于累犯,且杀人手段极其残忍,后果极其严重,具备了应当判处死刑的条件。但是,被告人闫某某同时又具备重大余罪自首情节,^①对其能否适用死刑立即执行呢?笔者以为,上述裁量标准主要针对单一具有从重处罚或从宽处罚情节的情况而言,当某一死刑案件同时具备从重和从宽处罚情节时,多数情况属于“不是立即执行的”,首先

① 根据刑法第67条第2款的规定,余罪自首,是指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。余罪自首又称特殊自首或准自首,与一般自首相比,它有着自身的特殊性,不要求具备自动投案要件,但对成立自首的主体则有较为严格的界定,即必须是被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯;同时,对所供述的罪行也限制在司法机关还未掌握的本人其他罪行。在本案中,被告人闫某某在涉嫌犯盗窃罪被羁押期间主动供述了本人其他两起故意杀人事实和3起盗窃事实,被告人实施的这5起犯罪事实,均属于公安机关还未掌握的罪行。其中,故意杀人罪,与公安机关已掌握的盗窃犯罪属不同种的罪行,因此,被告人闫某某对故意杀人罪的主动供述依法成立余罪自首,但被告人闫某某对盗窃罪的主动供述,由于与公安机关已掌握的犯罪属于同种罪行,依据最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第2条的规定,不构成余罪自首。参见刘树德、于同志:《刑事审判前沿问题思考》,北京大学出版社2008年版,第204~208页。

应当慎重适用死刑立即执行。

(三)关于“不是必须立即执行的”

刑法第48条第1款规定:“……对于应当判处死刑的犯罪分子,如果不是必须立即执行的,可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。”根据这一规定,笔者认为,适用“死缓”必须同时具备三个条件:一是“罪行极其严重”;二是“应当判处死刑”;三是“不是必须立即执行”。前两个条件是适用“死缓”的前提条件,后一个条件是适用“死缓”的实质条件,这也是考察死缓裁量标准的关键。所谓“不是必须立即执行的”,是指犯罪分子在罪行极其严重并且应当判处死刑的前提下,还具有从轻处罚情节的情形。也就是说,适用“死缓”的犯罪分子首先必须罪行极其严重和依法应当判处死刑,只不过是因为具有某些从轻处罚情节而不立即执行死刑。

刑法对应当判处死刑的犯罪有明文规定,但是对于哪些属于“不是必须立即执行”的情况没有明确描述。刑法学界在探讨此问题时基本上持经验立场,即从审判实践经验的角度对有关情况加以综合和归纳,理论上的研讨明显不足。在笔者看来,所谓“不是必须立即执行”的情况,其实质上就是案件现实所具有的从轻处罚情节。并且,在同一案件中,这种从轻处罚情节,是指与“应当判处死刑”的从重处罚情节同时并存的从轻处罚情节,只不过它的重要性弱于或数量少于前者而已。

详言之,对于法定刑为绝对确定死刑之罪来说,犯罪分子具有的从轻处罚情节,依法虽然不能对抗死刑的适用,但它却是适用“死缓”的理由和依据;而对于法定刑为相对确定死刑(即法定刑中挂有死刑)之罪来说,如果案件不具有从重处罚情节,或者案件具有从轻或者减轻处罚情节,都不能对犯罪分子适用死刑,当然也就谈不上适用“死缓”的问题。正如2001年1月21日法[2001]8号最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》第二部分第4条规定,犯法定刑中挂有死刑的金融诈骗罪,“对于犯罪数额特别巨大,但追缴、退赔后,挽回了损失或者损失不大的,一般不应当判处死刑立即执行;对具有法定从轻、减轻处罚情节的,一般不应当判处死刑。”由此可见,除法定刑为绝对确定死刑之罪外,适用“死缓”的案件,只能是罪行极其严重而且既有从重处罚情节又有从轻处罚情节的案件。对于单纯具有从宽处罚情节的案件,依照