

关于入户盗窃但未窃得财物应如何定性问题的研究意见

最高人民法院研究室

执笔人 周加海*

有关部门就入户盗窃但未窃得财物应如何定性问题征求最高人民法院研究室意见。最高人民法院研究室经研究认为：对入户盗窃但未实际窃得任何财物的；应当以盗窃未遂论处。

【解读】

一、问题由来

张某深夜窜至王某家，将门推开后脱下拖鞋，赤脚进入屋内，在翻动抽屉内物品时，将睡着的王某夫妇惊醒，被二人当场抓获，扭送至派出所。在审理过程中，对于入户盗窃但未窃得财物的，是否认定犯罪未遂，出现意见分歧。据此，有关部门就入户盗窃但未窃得财物应如何定性问题，向最高人民法院研究室征求意见。

二、主要争议问题

第一种意见认为，对于入户盗窃的，即使未窃得财

* 最高人民法院研究室副主任。

物，也应认定为犯罪既遂。主要理由是：

1. 传统的盗窃罪是数额犯，刑法修正案（八）中增加了“入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃”等事实情节，入户盗窃处罚的重点对象是“入户”这个情节，即在盗窃数额达不到普通盗窃的入罪标准时，以盗窃的手段行为“入户”作为犯罪构成要件，这时入户盗窃的数额已经不是法律评价的重点，如果仍以盗窃是否取得财物的结果来认定既遂、未遂，就会出现盗得一元钱也是既遂，未盗得就是未遂的情况，当然，入户盗窃仍然存在未遂形态，关键是如何界定，应当以是否完成入户行为为标准，如果入户的行为由于行为人意志以外的因素（如撬锁未成等）尚未完成，则构成入户盗窃未遂。

2. 入户盗窃入刑意味着刑法加大了对“户”的保护，提升了“入户”情节的意义，这一点类似于抢劫犯罪的加重情节，抢劫犯罪如果具备八种加重情形的，均为既遂，司法实践中一般不会认定八种加重情节的抢劫未遂。

3. 从法理上说，入户盗窃侵害的是公民住宅权和财产权双重客体，其入户的手段行为本身已构成非法侵入住宅罪，但综合考虑以盗窃罪定罪处罚。只有非法侵入他人住宅和盗窃均未遂的情形下，才构成入户盗窃的整体未遂。入户但因故未窃取财物而认定为“入户盗窃”未遂，那么，已经既遂的非法侵入住宅行为如何进行刑法评价？这就产生一个悖论：即如果以非法侵入住宅罪处理，构成既遂（非法侵入住宅罪是没有情节、次数限制的），依法应处三年以下有期徒刑或者拘役，而以非法侵入住宅为手段进行盗窃，未窃取财物的，反而以盗窃未遂在三年有期徒刑以下处刑，还要再以“未遂”规定从宽处罚。

4. 刑法修正案（八）实施之初，从顺应民意、适应社会管理需要的角度，认定入户盗窃法网要从严，认定无罪和未遂要慎重，更要避免选择性司法。如果认定入户盗窃在入户之后还存在未遂，会使得人们对于该条法律产生疑惑，有损刑事法律立法和司法的权威性。为了能够达到刑法修改所预期的目的效用，将入户行为的完成就视为入户盗窃的既遂是较为可取的。

综上，刑法修正案（八）增加的“入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃”三类行为无数额及情节条件，行为人只要实施了这三类行为，即在形式上具备了盗窃罪的构成条件。入户盗窃虽然存在未遂状态，但是界定既遂、未遂的根据不是是否取得财物，而是是否完成入户行为。本案中，行为人入户行为已经完成，在取得财物前被抓获，应认定为盗窃既遂。入户盗窃没有取得财物的，可以作为量刑情节考虑，如果情节轻微的，可判处拘役、管制、缓

刑或者依法免除处罚。

第二种意见认为，入户盗窃但未窃得财物的，可以认定为盗窃未遂。主要理由是：

1. 犯罪成立和犯罪既遂是两个层面上的问题。犯罪既遂、未遂是在已经构成犯罪的基礎上讨论犯罪是否得逞、客观危害结果是否出现的问题。张某的入户盗窃行为，在刑法修正案（八）前不以盗窃罪论处，按照修正案（八）后的刑法规定构成盗窃罪，而由于意志外的原因未得逞，应认定为未遂。构成犯罪和犯罪未遂之间并不冲突。

2. 不能基于入户盗窃的罪状是对行为情节的描述就得出入户盗窃属于行为犯的结论。盗窃罪是侵财犯罪，无论是要求数额的普通盗窃还是入户盗窃，既遂、未遂的区分还是应当坚持以侵财结果为标准。

3. 从罪刑结构上分析，将达不到数额较大但有入户盗窃等情节的行为入罪，使刑事法网更加严密，立法的意图重在于“密”而不在“严”，将其入罪本身已经足以体现对入户盗窃等行为的严厉打击，在定罪基础上坚持区别既遂、未遂，对入户盗窃没有窃取任何财物的认定为未遂，符合宽严相济刑事政策的要求，也可以实现罪刑结构的均衡。

4. 《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第一条将盗窃未遂的处罚范围限制在“情节严重，如以数额巨大的财物或者国家珍贵文物为盗窃目标的”，是建立在刑法修正案（八）之前的盗窃罪犯罪构成基础上的，针对的是普通盗窃。在修正案后，此种限制不适用于入户盗窃、携带凶器盗窃等情况。

三、研究意见及其理由

经认真研究，最高人民法院研究室同意第二种意见，认为对入户盗窃但未实际窃得任何财物的，应当以盗窃未遂论处。除上述四点理由外，补充两点：

1. 关于犯罪既遂的认定标准，实践中一般采用的是“犯罪构成要件齐备说”。而判断某一要素是否为某种犯罪的构成要件、判断行为人的行为是否已具备了某种犯罪的全部构成要件，不能仅以刑法分则的条文规定为依据，还应综合考虑该种犯罪的性质以及社会公众的一般认识。以故意杀人罪为例，若仅从刑法第二百三十二条规定看，“故意杀人的，处……”，似乎该罪是行为犯，只要着手实施杀人行为，不论有未致人死亡，都已构成故意杀人既遂。然而，理论上、实践中没有争议地认为，故意杀人罪是结果犯；

致人死亡的结果是该罪的不成文构成要件要素；只有造成致人死亡结果的，才能认定故意杀人既遂。又如抢劫罪，若仅从刑法第二百六十三条规定看，似乎该罪也是行为犯，只要以暴力、胁迫或者其他方法抢劫的，不论有未造成他人人身伤害、财产损失，都已构成抢劫既遂，但《最高人民法院关于审理抢劫抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》明确指出：“既未劫取财物，又未造成他人人身伤害后果的，属抢劫未遂。”类似地，对盗窃罪的构成要件要素，也不能仅从修正后刑法第二百六十四条的规定作出分析；盗窃罪系财产犯罪，根据传统认识、社会一般观念，应当将造成他人财产损失补充解释为该罪的构成要件要素；对实施盗窃行为但未实际窃得财物的，不应认定为盗窃既遂，只能认定为盗窃未遂。否则，难以为社会公众所理解、认同，也难以体现、贯彻罪责刑相适应的刑法基本原则。

2. 盗窃罪侵犯的是财产权益，是结果犯。行为人仅是为了实施盗窃而入户并不构成盗窃罪的既遂，在此种情况下，被害人并未失去对财物的控制，其财产所有权没有实质被侵犯，应认定为盗窃罪未遂。只有使被害人对财物失去控制后才能认定为既遂。值得注意的是，1997年修订刑法时，实际已对盗窃罪入罪门槛有过修正，即将“多次盗窃”补充规定为该罪的入罪条件之一。但刑法作出上述修改后，理论上、实践中并未因此认为盗窃罪的性质已发生变化，即认为盗窃罪已经从结果犯变成了行为犯，对于多次盗窃但未实际窃得财物的，也应认定盗窃既遂；而是仍然认为，盗窃罪属于结果犯，只有实际窃得财物的才能认定盗窃既遂。《刑法修正案（八）》进一步将入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃增加规定为盗窃罪的入罪条件之后，也应坚持同样立场。

综上，不仅入户盗窃，对于携带凶器盗窃、扒窃，也应以是否实际窃得财物作为区别既遂、未遂的标准。

最后一个“流氓罪”犯人的量刑反思

——唐某流氓案

印波* 刘越**

[基本案情]

唐某因涉嫌流氓罪，于1991年2月27日经原淮阴市清河区人民法院批准逮捕，随后唐某一直处于潜逃且被通缉的状态，二十余年后被抓获，2011年12月1日被淮安市公安局清河分局刑事拘留，2012年1月6日由淮安市公安局清河分局执行逮捕。江苏省淮安市人民检察院指控，1989年夏的一个中午，被告人唐某、陈少某等人在电影院门前与郑某、朱某、孙某等人相互寻衅斗殴，朱某将唐某臀部刺破，之后双方多次斗殴。1990年3月9日中午，郑某、王某持刀打陈某，而后该日下午，陈少某闯入王某家砸坏部分锅碗。次日，郑某、王某又到唐某家寻衅斗殴，因唐某未在家未果。当晚8时许，唐某回家后得知，纠集陈少某、诸葛某、顾某、兰某等人持械到王某家打砸。3月11日上午，王某路遇陈海某，便使用随身携带的大刀砍坏陈海某的皮夹克。而后，陈海某将此事告知唐某、陈少某，并一同到王某家打砸。当晚8时许，王某、

* 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授，法学博士。

** 北京师范大学法学院硕士研究生。

郑某纠集孙某、朱某等一伙二十余人持大刀、斧头、铁锹、棍棒等凶器，先到何某家打砸，后到唐某家门口，遇到唐某、赵某、兰某等纠集在一起的一伙人，双方发生斗殴。唐某一伙人将对方冲散，郑某逃至立新砖瓦厂门前被陈某、张某截住。陈海某持扁担与持大刀的郑某对打，扁担被其打落，张某见状便持竹杠向郑某头、肩部打，郑某见状掉头向南逃跑十余米后倒地，唐某一伙人将其围住，分别用铁锹、铁叉等凶器殴打郑某，后又将其扔进水沟，后又捞起准备再次殴打时因群众阻拦未果，最后经鉴定，郑某因颅脑损伤而死亡。

公诉机关认为，被告唐某的行为构成流氓罪，应当以流氓罪追究刑事责任，建议判处其死刑并剥夺政治权利终身。辩护人的主要辩护意见是：（1）被害方存在重大过错。（2）唐某认罪态度好，系初犯，且在多年潜逃的过程中表现良好。而法院一审审理认为，被告人唐某伙同他人多次寻衅滋事、携带凶器聚众斗殴并致人死亡，其行为已经构成流氓罪，且情节严重，依法应予严惩，对公诉机关指控予以采纳。依照《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第十二条第一款、1979年《中华人民共和国刑法》第一百六十条第一款、第二十二条款第一款、第二十三条款第一款、第四十三条款、第四十七条款、第五十三条款第一款、第七十七条款及全国人民代表大会常务委员会《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第一条第一项之规定，判决如下：被告人唐某犯流氓罪，判处死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身。后唐某未上诉，而后在江苏省高级人民法院死刑复核时，提出了再审申请，江苏省高级人民法院复核认为原判事实清楚，适用法律正确，审判程序合法，裁定驳回其再审申请。

根据现有的信息可以考证，该案可能不是最后一个以流氓罪定罪的案例。该案于2012年为江苏省高级人民法院核准，相比之下，2013年4月8日，湖南省资兴市人民法院以流氓罪判处被告人曹某某有期徒刑1年6个月，或许是我国最后一个以流氓罪定罪量刑的案例。然而，该案中的唐某可以被认为是最后一个流氓罪犯人。根据该判决，即便唐某获得最大程度的减刑，也至少需要服刑到2029年。相比之下，被广为称作“最后一个流氓罪犯人”的北京青年牛某某需要服刑至2020年。因此，本案具有一定的历史意义。

[疑难之处]

本案的疑难之处主要有以下几点：（1）本案定罪采用的“从旧兼从轻

原则”是否适用得当？（2）本案中唐某是否应当认定为主犯？（3）本案是否应当认定为“互殴”？（4）案件认定的事实是否存在逻辑问题？（5）本案是否存在对唐某酌情从轻处罚的理由？（6）唐某与同案犯陈少某之间量刑是否均衡？（7）被害人家属拒绝接受唐某的赔偿及信访对于量刑究竟有何影响？

[法理分析]

一、关于本案适用“从旧兼从轻”原则是否得当

流氓罪规定在1979年《刑法》第一百六十条，其具体表述为：“聚众斗殴，寻衅滋事，侮辱妇女或者进行其他流氓活动，破坏公共秩序，情节恶劣的，处七以下有期徒刑、拘役或者管制。流氓集团的首要分子，处七年以上有期徒刑。”

之所以在某些流氓罪案件中适用了死刑，是因为1983年9月2日全国人大常委会发布的《关于严惩严重危害社会治安犯罪分子的决定》，该决定将流氓犯罪的最高法定刑上升至死刑，即对于“流氓犯罪集团的首要分子或者携带凶器进行流氓犯罪活动，情节严重的，或者进行流氓犯罪活动危害特别严重的”，“可以在刑法规定的最高刑以上处刑，直至判处死刑。”

本案的案发是在1979年《刑法》适用之时，而本案的审判是在1997年《刑法》出台之后，新旧法交替的情形下触发了“从旧兼从轻原则”的适用。所谓的“从轻”实际上是从保障人权的角度出发，当新旧法交替而出现适用冲突时，除了“从旧”来维护法的安定性之外更需要在新旧法条文反复比较适用哪部法律更有益于保护行为人的权利，如果“从旧”会损害行为人的权利，那理应突破从旧的要求，此时保护人权是更强理由，适用“从轻”的规定。那么这里的“从旧兼从轻”则应当通盘考虑，适用1979年《刑法》第一百六十条的量刑，即判处唐某有期徒刑，而非死刑，缓期二年执行。

这里所说的通盘考虑应当主要考虑到时代背景以及相应的刑事政策。二十世纪八十年代的整个社会处于改革开放的浪潮下，新的思想不断改变着每个公民的闭塞观念，新的生活方式冲击着传统行为习惯，在整个社会新旧冲突交融的背景下，人们的价值观念发生重大变化，利益结构与分配方式也有重大更新，同时为犯罪活动提供了温床，暴力犯罪的发生率大幅攀升，社会治安恶化。1983年的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》（将

流氓罪的最高量刑提高到死刑)是在“严打”的政策背景下产生,突出强调了在当时阶段要从重从严打击严重危害社会秩序和社会治安的七类犯罪,其背后有更强的法理考量,即不惜以严厉的刑罚手段来缓解社会矛盾,维护社会治安。实践证明“严打”政策在社会转型时期的确发挥了非同一般之作用,同时“严打”政策同刑法的严厉性不谋而合,是调整矛盾激化时期的利器。

2006年,中国共产党十六届六中全会通过了《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,明确提出了:“实施宽严相济的刑事司法政策。”自此,宽严相济的刑事政策出现在公众视野中,取代了“严打”成为新的指导政策,随后全国政法工作会议、最高人民法院、最高人民检察院相继召开会议强调并具体落实宽严相济的刑事政策。根据这一政策,重罪应当宽待,意指对于犯罪嫌疑人所犯罪行较重时,要充分考虑其是否有法定或酌定从轻、减轻情节,综合认定全案事实及证据,突出刑法的感化功能,不同于“严打”中严厉惩罚犯罪的要求。“严”意指严谨、严肃,在本质上是坚持罪刑法定原则的基本要求,剖开说来指严格依照法律规定,一方面要坚持法无明文不为罪,法无明文不处罚,另一方面要坚持有罪必须要依照法律规定定罪量刑,既要严谨地定罪,又要严肃地量刑,切忌主观盲目。根据这一政策,应当严格依照法定程序对犯罪嫌疑人展开侦查、审查起诉,并且严格认定全案证据,在定罪时严格依照刑法的条文,同时在对其量刑时也要综合全案考虑是否存在坦白、自首等情节,考虑其认罪服法的态度,考虑其人身危险性和社会危害性,从而达到严中有宽。^①

不仅如此,正如本案主审法官王某在与被害人郑某的母亲张某的《谈话笔录》也表明:“当前的死刑政策与从前的严打时期已经有了区别。当前的政策是要慎用死刑,严格控制死刑。”这里的慎用死刑、严格控制死刑包括慎用并且严格控制死刑缓期二年执行。因此,既然已经时过境迁,也不应当适用死缓,而是适用更为轻缓的刑罚。

本案案发是在二十世纪九十年代初,距今已经有长达25年之久;从整个案情来看,充其量是典型的年轻人斗殴、寻仇报复,流氓罪会达到可以判处死刑的程度是因为当时的社会治安不稳定,流氓事件频发并且在刑满释放后继续为非作歹,仅仅七年以下的有期徒刑不足以达到刑法的社会预防目

^① 贾东军、国章成:《严打刑事政策:反犯罪的中国经验》,中国人民公安大学出版社2008年版,第289~290页。

的，故而全国人大常委会行使了其立法权将流氓罪的打击力度增大。在转变为宽严相济的刑事政策后，本案的处罚依旧按照“严打”政策下的规定来量刑是过于严苛的。该案流氓行为的社会危害性其实已经很低，犯罪嫌疑人未被逮捕归案期间也遵纪守法，人身危险性也极低，其本人参与的社会生活秩序良好，在唐某被审判时，其邻居百余人联名写信证实了唐某在十几年生活中忠厚老实，与邻里关系融洽，家庭责任心也很强，请求法院对他从轻处罚，他的危害性没有达到了非要判处死刑不可的程度。因此，综合以上考虑，如果要彻底适用“从旧兼从轻原则”，就应当贯彻“宽严相济”原则，根据流氓罪的相关规定的变迁史，适用对于申诉人唐某最轻的量刑，即1979年《刑法》第一百六十条对于流氓罪的量刑，判处其有期徒刑。

二、本案中唐某是否应当认定为主犯

对此，笔者持否定看法，理由如下：

第一，唐某在冲突过程中从未主动寻衅斗殴。从江苏省高级人民法院《刑事裁定书》等材料认定的事实可以推断：唐某几乎从未主动寻衅斗殴。1990年3月10日晚，郑某、王某来唐某家寻衅斗殴，上门拿刀架在唐某姐夫脖子上，唐某没在家，后得知情形，也只是在陈少某等人带领下（因唐某不认识王某也不知道其住处，并且在这之前郑某已经与陈少某发生多次冲突）去王某家砸坏大衣橱、电视机等物品，并没有殴打任何人。1990年3月11日20时许，郑某、王某纠集了30余人来到唐某家斗殴，从常人的角度也是需要反抗、自卫的。因此，自始至终，唐某都从来没有主动挑起事端，殴打甚至伤害人身。从唐某等人所用的器具来看，也均为家庭必备的农具，例如铁锹、铁叉和棍棒等，并没有像郑某等人一样用致命的大刀等凶器。从斗殴事件的始末可以看出，唐某没有主动挑起事端，没有加害人身的意图。

第二，唐某没有纠集他人与郑某一方斗殴，并非组织犯。没有足够的证据表明唐某一方的参与斗殴人是唐某纠集，并指示他们与郑某一方斗殴的。江苏省高级人民法院的《刑事裁定书》认定唐某“让多人在其家中等候，并让同伙持械与对方殴斗”客观性值得质疑。据同案犯顾某的供述，他和其女友到被告人家里还磁带，赵某是到唐某家找顾某借照相机，赵某的供述可以对这一事实加以印证。赵某说到了唐某家看到大家在抽烟吹牛，并没有谈到打架的事。陈少某供述其案发当晚到唐某家小店还钱。张某供述他是到唐某某（唐某表弟，与唐某住在一个院子里）家玩的，施某到张某家找张

某，张某通过其父亲转告他到唐某某家去找他，施某便去了唐某某家，这与施某的供述相印证。杨某供述他是在案发当天晚上八点多钟路过唐某家找唐某玩的；陈海某本来就与郑某有矛盾。唐某某更不是唐某纠集的，从张某、施某的笔录中可以看出，陈少某、张某、施某等人是和唐某某一起去的唐某家。因此，唐某根本没有纠集人与郑某一方争斗。

第三，从郑某的死因来看，其死亡结果不是唐某行为直接造成的。

郑某被追上、打倒时，唐某并不在现场。江苏省高级人民法院的《刑事裁定书》认定：“郑某逃至立新砖瓦厂门前被陈海某、张某截住……张某即持竹棍向郑某头、肩部打，郑某见状掉头向南跑10余米后倒地。”张某的证词表明：“陈海某追上郑后拿工具与持长刀的郑对打，陈的工具被郑打掉后，其就帮陈，打郑两竹棍，一棍打郑左肩上，一棍打在郑头上，郑头一歪又落到肩上。后郑跑到健康东路南边时，被东西绊趴在地，刚要爬起，被顾某冲上去用铁锹打一下，就没有起来。”陈海某的口供也与此相印证。最后郑某因颅脑损伤抢救无效死亡想必也与该头部打击（分别由张某和顾某所击）有直接关系。诸葛某等人的口供也可以对该事实加以印证。另外，根据诸葛某等人的口供，在郑某倒地后，施某用铁锹捂了郑头上两下，陈少某也拿铁锹打了郑头上一下。根据施某等人的口供，诸葛某用手中的两根木棍砸了郑海波头部好几下（七八下）。这些均为头部损伤的外因。原江苏省淮阴市公安局出具的尸体检验鉴定书及照片证实郑系颅脑损伤而死亡；致伤工具为有一定重量的钝性物体。通观全案，并没有足够证据表明唐某袭击了郑某的头部。

郑某是被与其认识和结仇的陈海某、诸葛某等先期五人追赶、殴斗而造成脑部损伤导致死亡的。在卷宗中同案张某供述中可以证实，直到郑某被抬到唐某家门口时，诸葛某还在殴打郑某，并说：“郑某，你把我害得好苦啊。”“郑某，你三番五次拦我。今天你到我手里，我把你砍掉。”至于陈某为什么对于郑某紧追不舍，诸葛某为何与郑某结仇，案卷材料并没有详细阐述。在诸葛某的口供中，他说：“当时我气哭了，要上去揍郑的，因为郑某经常拦我打，别的没有人打。”陈海某的昂贵的皮夹克被郑海波砍破，他与张某是最早追赶郑某的。根据张某在口供，陈海某一边追，一边喊：“你赔我羊皮夹克，不赔我就和你拼了。”

从唐某与郑某最终的接触时间来看，唐某也不可能在郑某的死因上承担主要责任。唐某从另一地赶到郑某被打倒处，有很长的时间间隔，唐某某、陈少谋、王某等人的供述足以证实唐某是最后一个到达现场的人，当时郑某

已经被打倒在地并且动弹不得。有很多同案犯说郑某在装死，实际上如果按照常理判断，在唐某赶到之前，郑某实际上已经遭受了致命伤。唐某此时只是出于气愤，打了郑某两下（主要是听在场的人说郑在装死，用铁锹撅了他一下，踢了他一脚），不可能对郑某的生命构成威胁。此处也得到唐某在2012年3月29日所作的口供相印证，即“圆头的铁锹，拍了他肩膀的部位，我还踢了几脚”。

第四，本案的主犯应当是案件的肇事者郑某（本案被害人）、王某以及陈少某和造成严重后果的陈海某、诸葛某等人，而非唐某。

尽管郑某系死者，但是他受到孙某的指使伙同朱某等多人捅伤唐某是个不争的事实。郑某等人故意闯入唐某家的院子行凶，造成了严重的后果。他还曾无故用刀架在唐某姐夫脖子上。郑某在3月11号晚上领头到唐某家小店门口打架（见陈少某的口供）；郑某一方的吴某、叶某等人的口供还表明郑某以要钱的名义纠集人去唐某家闹事，但是实际的目的是去打人，最终被仇家打倒受伤致死。

有大量证据表明，这个案件的引发者是陈少某，造成严重后果的是陈海某、诸葛某等人。这些人才构成主犯，而非唐某。这起暴力事件原本就是来自于唐某的堂弟唐某某的朋友——陈海某、陈少某和诸葛某等人与对方的恩怨。唐某对于双方之间的恩怨并无了解，也没有参加打斗。即便死者郑某、朱某等人受孙某指使在电影院捅伤唐某，其都没有在这八九个月中报复该两人，而是采取报案的方式试图解决该事。郑某、王某是因为与陈少某之间的争斗，才于3月10日晚，带领几十个人到唐某家寻衅。他们明显报复的对象不应当是唐某及其家人。唐某没在家，他们就威胁唐某的姐夫，用刀架在他脖子上。随后矛盾才予以激化。可以推测，之所以要将唐某定位为主犯无非是因为郑某是恰好在唐某家门口死亡的，而且唐某一直潜逃。

关于一些细节，也是有很大争议的。唐某说自己只参与扔郑某到水里的，不是自己主动提议的。确实有很多证据表明，唐某的口供为事实。同案犯陈少某供述是顾某而不是唐某说将郑扔进水沟。施某、张某、陈海某在1990年中的供述中说是顾某要将郑某扔进水沟。同案犯诸葛某在供述中说是顾某提议将郑某拖回去吊打，张某在1990年两次供述也这样描述。赵某和陈海某则在供述中说不知道是顾某还是唐某提议拖回去吊打。但在1991年4月的供述中，又都指证说是唐某说要要将郑某拖回去吊打。前后供述的不一致，无法认定是谁提议的拖回去吊打，而这一事实的认定也是主要认定谁是首要分子的重要依据。而依据刑法中事实存疑有利于被告人的原则，不应

草率认定唐某就是首要分子。

第五，唐某就其臀部被捅伤向公安机关报案没人过问是唐某还击对方的外在环境因素。

郑某等人受人指使带人捅伤唐某臀部，有足够的证据表明，唐某在报案长达八九个月之间没有人过问。不仅如此，唐某的家人也多次到闸北派出所请求处理，没有受到任何的答复。医疗费都是由唐某自行承担的。由此可见，当时的刑事司法环境的恶劣。在当时的社会治安情况下，一个公民被故意伤害得不到任何的救济。在第一次唐某被捅伤后，第二年对方的几名主犯又上门威胁唐某的家人，并且闯入唐某家中行凶。所有的这些事情通过报警根本无法得到妥善的解决。于是郑某等人的寻衅行为才会得到纵容，可以防患于未然的事情才最终爆发。法院应当适当考察犯罪所处的社会环境，给予唐某相对轻缓的处理。

三、本案是否应当认定为“互殴”

本案判决书及裁定书均认为本案性质为互殴。但是，笔者认为，从有关证据能够证明的事实来看，有关司法文书的认定不正确，本案并非互殴。

第一，《刑事裁定书》认定的“1989年夏的一天中午，被告人唐某及陈少某等人在原淮阴市和平电影院门前与郑某及朱某、孙某等人发生互殴”的事实认定不准确。事实上是被告人唐某一人看完电影后被郑某等人带人殴打。唐某没有携带任何凶器，可见根本没有起意与郑某一伙人斗殴。不仅如此，朱某还预谋故意伤害唐某，用刀捅伤唐某臀部，致使其卧床一个月之久，可见其故意伤害犯罪行为之恶劣。面对这样的事情，唐某报案竟然没有人理会。医疗费是被害人唐某自行承担的，而且他此后根本没有对于加害人寻求报复，根本不存在双方互相斗殴的情形。

第二，《刑事裁定书》认定的“被告人唐某伙同他人多次寻衅滋事、持械聚众斗殴并致人死亡”的事实认定也不准确。正如第一中所叙述，在1989年的那次根本不是双方互相斗殴，而是郑某、朱某、孙某等持致命武器故意伤害唐某的单向犯罪行为。在这之后，唐某报案派出所没有受理；不仅如此，1990年3月10日晚上，正如《刑事裁定书》所认定的，郑某等人还变本加厉，无缘无故地持械到唐某家威胁家人、寻衅斗殴。对于一个遭遇犯罪侵害却没有方法救济的人，唐某又一次遭受人身威胁，在这种情况下，他也只是在陈少某带领下到王某家砸坏大衣橱、电视机等物品，并没有斗殴，侵害他人人身。3月11日上午王某又一次持刀故意伤害唐某某的朋友

陈海某，唐某等人只是损坏王某家的物品。直到最后一次案发之前，唐某都没有斗殴，更不存在互相斗殴的事实。

1990年3月11日20时许开始的斗殴事件也需要一分为二的来看待。毫无疑问，肇事者是郑某、王某、孙某等人，他们持大刀、斧头、铁锹、棍棒等器械（很多为致命武器）来到唐某家门口寻衅，明显具有故意伤害的动机。事发当晚，唐某并没有带人出去攻击；而对方先向唐某家扔砖块；当他们闯入唐某家，准备行凶，正常的人也都会予以自卫反击，至少在冲散郑某一伙人之前，都应当构成正当防卫。从暴力事件发生的地点来看，也是在郑某等人严重侵犯了唐某及其家属的住宅完整和人身安全，并且已经实施了威胁和行凶之后。任何人都有权利维护自己所拥有的处所的完整权，排除他人的侵害。不仅如此，这种私力救济不是唐某所愿意的，他在之前报案没有得到理会，在迫不得已的情况下，才还手回击的。之所以认定唐某是主犯，无非是因为“斗殴”的地点在唐某家，郑某死亡发生在唐某家门口。然而，双方并没有约定在这里发生冲突，唐某等人是迫不得已的情况下，即郑某等人已经侵犯了他及其家属所拥有的合法处所，唐某也不可能弃家人的生命安危独自逃跑，从常识判断来讲，他只能还击。诚然，在郑某一伙人被冲散了之后，唐某等人继续追打逃走的人不能认为是合法合理。唐某并没有约架，也没有纠集很多人打斗，所以无论是将其认定为“互殴行为”，抑或将其认定为“聚众斗殴”都是不妥当的。

第三，淮安市中级人民法院《刑事判决书》对于1989年夏，唐俊与孙晨光等人寻衅斗殴证据不足的辩解及辩护意见，竟然认为“唐某及其辩护人所提该意见无证据印证，本院不予采纳”。这里需要指出证明责任应当由控诉方所承担，如果公诉机关不能举出足够的证据，应当承担相关的责任，认定辩护意见成立。

四、司法机关对案件事实的认定是否存在瑕疵

笔者认为，本案司法机关在认定案件事实时，存在明显的互相矛盾以及含糊不清之处。

第一，《刑事裁定书》认定：在张某将郑某打倒后，“唐某、陈少某、诸葛某、陈海某、张某、顾某、唐某某、施某先后赶到将郑某围住，分别用铁锹、铁叉、棍棒等殴打郑某”，这看起来似乎是张某将郑某打倒后，唐某第一个赶到现场用凶器殴打郑某的。这明显不符合现实情况。（1）既然陈海某、张某将郑某截住，陈海某首先与郑某打斗，张某见状用竹棍打郑某的

头、肩部，后仅仅跑了十米左右，陈海某怎么可能是在唐某、陈少某、诸葛某之后赶到围住郑某的呢？（2）根据唐某本人的陈述，他是最后一个赶到北边现场的，而且有多人的口供可以作证，怎么能变成他是第一个打郑某的人呢？

第二，《刑事裁定书》认定的殴斗动因不清楚、明确。例如，1989年夏的一天中午，郑某、朱某、孙某等人究竟为何围堵在淮阴市和平电影院看电影的唐某，为什么要持刀捅伤唐某？这起引起后续矛盾的事件如何被认定是互殴？

五、对唐某应当酌情从轻处罚的理由

笔者认为，综合本案全案情况来看，应当对唐某酌情从轻处罚，理由如下：

第一，唐某以往的品行良好，从未主动挑衅或者侵害他人。在郑某等人闯入唐某家之前，唐某仅仅因为堂弟唐某某（两人住在同一个院子里，从小一起长大）和孙某打过架，而且两人之间从未持械，也未造成任何伤害。唐某与其他任何人都没有仇怨。陈少某、陈海某、诸葛某等人之所以与郑某、朱某等人产生仇怨，主要是他们没有正当职业，经常在三中门口玩，所以才与在三中上学的郑某等人发生冲突。在卷宗中已经证实：在对方未来到唐某家之前，顾某、何某、赵某等人和对方（包括孙某）没有任何关系。事发当晚，他们临时到唐某某玩，偶遇此事，唐某并没有故意纠集他们殴斗。

第二，《刑事裁定书》中遗漏的重要事实“唐某报案、警察卸责”实际上是后来唐某等人在家持械反抗郑某一伙人殴打，以暴制暴的源头。江苏高院的《刑事裁定书》以及淮安中院的《刑事判决书》中对于唐某的报案只字未提。报案没有人予以理会是私力救济的诱因之一。试想一个被刀伤及身体的人在几次被威胁之后，投诉无门，在自己家中不可能不使用械具予以自卫，这足以证明唐某主观恶性并不大，其没有故意致人死地的动机。

第三，唐某在臀部被刺伤后的八九个月里从来没有试图报仇，这表明他没有伤害的故意。唐某在被刺伤后去报案，没有人理会，他并没有寻求私力救济。郑某、朱某等人就在唐某家门口的三中上学，他竟然从来没有试图报复。后来，唐某获悉捅伤他的人外名叫“二怀”（即朱加明），这伙人是郑某带的头，受到孙某指使，即使这样，他也没有对于幕后的孙某进行报复。

第四，唐某属于初犯，在犯罪的时候只有19岁。他在二十多年的潜逃

过程中表现良好，他组建家庭后辛苦打工、家庭和睦，与周围的人相处很好。唐某及其家属愿意积极赔偿被害人以寻求谅解（见淮安市中级人民法院刑事诉讼一审卷宗唐某亲属主动交纳的十万元补偿款《收条》复印件）。唐某所在的村民有上百人联名请愿，请求对于唐某从轻处罚。

第五，唐某家庭处境困难，因本案遭受沉重打击，值得同情。这起由郑某等人多次挑衅所最终造成的悲剧最后不仅由唐某来买单，而且唐某的家属也备受煎熬。唐某的父母很早的时候就相继去世了，其姐姐也因为当年给钱帮助其逃跑失去了工作，最后还导致家庭破裂，一直单身，至今仍然身患多种慢性疾病，唐某的二姐夫在下班途中遭车祸身亡。唐某的儿子已经辍学，整天把自己关在家里不想见人。唐某一家已经是家破人亡，非常凄惨，法官也可以从法律的社会效果的角度考虑减轻对其的处罚，从而挽救唐某并挽救其整个家庭。

六、本案在量刑上是否遵循了罪刑均衡的原则

笔者认为，从司法机关对唐某的量刑与对同案犯陈少某的量刑来看，本案量刑明显偏重，违背了罪刑均衡原则。

撇开上述所有问题，即便按照即决判决，江苏高院的《刑事裁定书》所认定的事实以及法律定性没有问题，与同案犯的量刑之间在实质上是不均衡的。很明显，法院将唐某与陈少某定为同等量级的主犯。根据唐某案的《刑事裁定书》《刑事判决书》和1992年对于陈少某等人的江苏高院所作的《刑事裁定书》、淮阴市中院所作的《刑事判决书》，唐某和陈少某均被认为是挑事者，多次寻衅滋事、聚众斗殴并致人死亡，情节恶劣，后果特别严重，行为构成流氓罪，而且均为流氓犯罪的主犯。陈少某被判处死刑缓期二年执行，剥夺政治权利终身。唐某亦被判处死刑缓期二年执行，剥夺政治权利终身。然而，这两个刑罚名为一致，实则具有很大差别。

陈少某根据1979年《刑法》服刑，1979年《刑法》第四十六条规定，判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果确有悔改，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有悔改并有立功表现，二年期满以后，减为十五年以上二十年以下有期徒刑。第七十一条规定：被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，如果确有悔改或者立功表现，可以减刑。但是经过一次或者几次减刑以后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判的二分之一；判处无期徒刑的，不能少于十年。根据这些规定以及司法实践可以推断，一般而言，被判处死缓，即便转为无

期徒刑后，也需要二年以后才会转为有期徒刑。那么陈少某服刑的上限可以为 $2 + 2 + 20 = 24$ 年，而考虑到重大立功比较难，下限则为 $2 + 2 + 10 = 14$ 年。

同理，唐某适用最新的修订后的《刑法》第五十条规定：判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为二十五年有期徒刑。根据第七十八条的规定，减刑以后，判处无期徒刑的，不能少于十三年的实际执行刑期。如此一来，唐某的服刑上限可以为 $2 + 2 + 25 = 29$ 年，而下限为 $2 + 2 + 13 = 17$ 年。

由此可见，虽然两者之间同样适用死刑缓期二年执行，但是无论从量刑的上限还是从下限来讲，都是唐某明显重于陈少某，量刑明显有失均衡。更何况刑法仍然需要适用从旧兼从轻的原则，时过境迁，刑罚的适用应当较当时更加轻缓化，不可以有其名而无其实，应当经过计算对唐某适用更为轻缓的刑罚。根据前文推算，如果要让唐某服刑与陈少某大体一致的话，此处需要将唐某判无期徒刑，方显刑法的谦抑性。

七、被害人家属拒绝接受赔偿及信访对于量刑的影响

尽管有上述一系列有利于被告人唐某的分析，本案中有一方面对于被告人唐某减轻处罚最为不利，就是被害人郑某的母亲张某及姨父卜某拒绝接受被告人唐某及其姐姐的赔偿，对于被告人的罪行不予以谅解，而且还通过信访等方式给司法机关施加压力。

被告人唐某的姐姐，将仅有的积蓄十万元交给法院，希望郑某的亲属对唐某表示谅解。其声明的不足之处在于，她期望将该积蓄作为对价换取法院的减刑：“我希望你们法院能判处15年以下有期徒刑”，“如果对方不谅解，你们法院判了无期徒刑以上的重刑，那我就不愿意赔钱了，你们法院该怎么判就怎么判，我也不管了。”唐某的姐姐毕竟也有自己的家庭，没有全力以赴帮助唐某赔偿，以寻求张某、卜某的谅解。

在主审法官与张某进行谈话时，张某明确表示“我要求判处他死刑立即执行，并且放弃民事诉讼，我不要他们家一分钱，我只要抵命”，“我想以代理人的身份参与庭审”，“坚决要求判处唐某死刑，他是主谋，手段太残忍恶劣”，“陈少某已经被判处死缓，唐某的作用比陈少某大，就一定要判处死刑”，“事情发生当天下午唐某大喊打死郑某；唐某是首要分子，故意杀人，死刑”，“唐某是有预谋的，起到组织、指挥作用”，“案发后改名

换姓，在外潜逃多年，应从严惩处，坚决要求判处死刑”，“妄图逃避法律惩处，抓捕消耗了国家资源”，“二十年中潜逃继续犯罪，改名换姓，伪造假身份证”，“根据有关法律政策，坦白从宽，抗拒从严，唐某实属抗拒，应从严处治”，“不杀不足以平民愤，强烈要求判处死刑，立即执行”，“坚决要求抵命，杀人偿命，天经地义”。

不仅如此，张某也依据法律提出了几项诉请，要求法院判处唐某三项犯罪事实：（1）唐某聚众斗殴、堵塞交通，破坏交通秩序，抗拒、阻碍国家治安管理和工作人员依法执行职务，情节特别严重，应当依据《刑法》第二百九十一条，判处聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪，处以五年以下有期徒刑。（2）唐某大喊要打死郑某等人，是有阴谋、有计划地故意杀人，应当依据《刑法》第二百三十二条，判处故意杀人罪，处以死刑。（3）唐某隐姓埋名二十余年，妄图逃避法律惩处，伪造假身份证，情节严重，应当依照《刑法》第二百八十条第三款，判处伪造身份证罪，判处伪造身份证罪，判处三年以上七年以下有期徒刑。

张某提出这些论据后，坚决拒绝接收任何赔偿，强烈要求判处唐某死刑立即执行，并且因为法院的判决提出多次信访，给法院造成了一定的压力。司法机关在这种情况下往往因为惧怕受害方上访、告状，通过维持或提高量刑，来化解社会矛盾。从这方面来看，命案的判决在司法实践中确实受到受害方的意识的影响。如果郑某的母亲和姨父能够谅解，相信笔者在前几部分的减轻量刑的论断可以兑现。在司法实践中，如果受害方接受赔偿，则可能减轻一个幅度量刑。

当然，最高人民法院也曾发布的指导性案例中也出现过，即便未与被害人亲属达成赔偿协议的情况下，法院仍认定被告人及家属的民事赔偿为“积极赔偿被害方经济损失”，并将其作为判处死缓的考虑因素之一的情况（参见“王志才故意杀人案”）。如果将这一案例的意思进一步引申，被害人亲属不予以谅解，没有达成民事赔偿协议，综合案情，法院也可以认定积极赔偿被害方经济损失，并对被告人从轻处罚。在本案中，参考该指导性案例，被告人的家属道歉态度还算比较积极诚恳，倾其所能进行赔偿，但是不能作为进行赔偿谈判的条件。即便被害人家属没有接受赔偿，从整体上来看，还是尽可能参考本部分以上的意见，认为对于唐某的量刑畸重，给予被告人更为轻缓的量刑。