

A Guide to Criminal Justice

张仲芳/主编

本集要目

【司法实务】

死刑适用若干问题研究

非法经营罪研究

帮助毁灭、伪造证据罪和打击报复证人罪若干司法疑难问题探讨

【证据运用】

自白补强证据规则的补强范围

——从被告人周某故意伤害案谈起

【疑案剖析】

挪用公款罪司法认定的若干问题

——朱某挪用公款抗诉案评析

【司法文件选登】

最高人民法院 最高人民检察院印发《最高人民法院、最高人民检察院关于死刑第二审案件开庭审理工作有关问题的会谈纪要》的通知

总第26集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2006 年第 2 集(总第 26 集)

主 编：张仲芳

副主编：彭 东 王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2006 年. 第 2 集 / 张仲芳主编. —北京:
法律出版社, 2006. 5
ISBN 7-5036-6370-7

I. 刑… II. 张… 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(2006)第 040933 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/伍远超

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版社

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/7.375 字数/165 千

版本/2006 年 5 月第 1 版

印次/2006 年 5 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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6370-7/D·6087 定价:19.80 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》

2006 年第 2 集(总第 26 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)

龙宗智 刘绍武 张 军 陈卫东

陈兴良 郎 胜 南 英 胡安福

赵秉志 阎敏才

编辑委员会

主 编:张仲芳

副 主 编:彭 东 王 军 聂建华 黄 河

史卫忠

编 委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 王 健 李树昆 李景晗

张凤艳 张寒玉 张晓津 张希靖

贺湘君 侯亚辉 黄卫平 路 飞

通讯编委:苗生明 张道发 殷玉谈 刘永志

周东曙 苑瑞先 吕景文 胡秋华

沙 莎 季 刚 蒋永良 陈海鹰

张厚琪 欧秀珠 王景风 鲍 峰

刘建国 刘光圣 丁维群 徐新励

朱乾坤 李思阳 潘祥均 吴永胜

孙志红 王成刚 李志虎 徐 雷

朱绍银 苟军德 刘 军 尚 争

勇 扎

执行编委:侯亚辉

目 录

【司法实务】

死刑适用若干问题研究·····	赵秉志	宋伟岩	(1)
单位共同犯罪法律适用若干问题研析·····	石	磊	(22)
非法经营罪研究·····	杨万明	裴显鼎	朱 平(46)
保险诈骗罪共同犯罪定性研究·····	袁金彪	李 成	(99)
帮助毁灭、伪造证据罪和打击报复证人罪若干司法 疑难问题探讨 ·····	黄京平	张胜全	刘永寿 吴 江(121)
刑事撤回起诉制度研究 ·····	浙江省人民检察院“刑事撤回起诉制度研究”课题组		(170)

【证据运用】

自白补强证据规则的补强范围 ——从被告人周某故意伤害案谈起 ·····	谢小剑	(201)
--	-----	-------

【疑案剖析】

挪用公款罪司法认定的若干问题 ——朱某挪用公款抗诉案评析 ·····	欧阳昊	(214)
---------------------------------------	-----	-------

【司法文件选登】

最高人民法院 最高人民检察院印发《最高人民法院、
最高人民检察院关于死刑第二审案件开庭审理工作有
关问题的会谈纪要》的通知…………… (224)

【司法实务】

死刑适用若干问题研究

赵秉志* 宋伟岩**

相关法律及司法解释

《中华人民共和国刑法》(节录)

第四十八条 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。

死刑除依法由最高人民法院判决的以外,都应当报请最高人民法院核准。死刑缓期执行的,可以由高级人民法院判决或者核准。

第四十九条 犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女,不适用死刑。

第五十条 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,减为十五年以上二十年以下有期徒刑;如果故意犯罪,查证属实的,由最高人民法院核准,执行死刑。

* 北京师范大学刑事法律科学研究院院长、教授、法学博士、博士生导师,中国法学会刑法研究会会长,国际刑法学会中国分会副主席。

** 吉林大学法学院博士研究生。

第五十一条 死刑缓期执行的期间,从判决确定之日起计算。死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期,从死刑缓期执行期满之日起计算。

目 次

一、现行刑法对于死刑立法的抉择

- (一)进一步限制了死刑适用范围限制条件
- (二)放宽了死缓减为无期徒刑或者有期徒刑的条件
- (三)较大幅度地削减了死刑罪名
- (四)分则性条文对死刑适用的限制

二、刑法第48条规定的“罪行极其严重”的理解

三、死缓适用的若干问题

- (一)如何正确把握适用死缓的条件
- (二)如何正确理解和适用刑法关于处理死缓犯的规定

一、现行刑法对于死刑立法的抉择

通观1997年现行刑法对死刑的立法设置,首先应当肯定,从立法上限制和减少死刑,在相当大的程度上已受到立法者的重视。在现行刑法中,限制和减少死刑的措施主要包括以下几个方面:

(一)进一步限制了死刑适用范围限制条件

1997年刑法删除了1979年刑法关于对已满16周岁不满18周岁的未成年犯罪人可适用死刑缓期执行的规定。根据1979年刑法第44条前段的规定,犯罪的时候不满18周岁的人不适用死刑。但该条后段又规定:“已满16岁不满18岁的,如果所犯罪行特别严重,可以判处死刑缓期二年执行。”这一条文前后在逻辑上矛盾。按后段的规定,实际上对不满18周岁的未成年犯罪人仍可适用死刑,因为死缓是死刑的执行制度,而并非独立于死刑之外的

一个刑种。对于上述立法弊端,刑法学界不少学者提出建议,主张删除1979年刑法第44条后段的规定。1997年刑法第49条采纳了此立法建议。据此,对犯罪的时候不满18周岁的人一概不得适用死刑,包括死缓。1997年刑法的这一抉择,不仅在立法上进一步限制和减少了死刑的适用,而且有利于正确、全面地贯彻对未成年人犯罪从宽和合理处理的政策,具有非常积极的意义。从世界范围来看,目前大多数保留死刑的国家和地区,都明文规定对18周岁以下的未成年犯罪人不适用死刑,有的国家的死刑适用年龄甚至超过了18周岁,如古巴、保加利亚、匈牙利规定适用死刑的最低年龄为20周岁。就国际社会而言,联合国经社理事会1984年通过的《关于保护面对死刑的人的权利的保障措施》第3条也明文规定:“对犯罪时未满18岁的人不得判处死刑……”1997年刑法取消对已满16周岁不满18周岁的未成年犯罪人可以适用死刑的规定,顺应了国际进步潮流。

(二)放宽了死缓减为无期徒刑或者有期徒刑的条件

1979年刑法第46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;如果抗拒改造情节恶劣,查证属实的,由最高人民法院裁定或者核准,执行死刑。”这一规定将死缓减为无期徒刑的条件限定为“确有悔改”,将死缓减为有期徒刑的条件限定为“确有悔改并有立功表现”。在实践中,被判处死刑缓期2年执行的罪犯,有的没有悔改表现,又不属于抗拒改造情节恶劣的情况,这种情况如何处理于法无据。另外,对于没有悔改表现,但有立功表现的死缓犯能否将其减为有期徒刑犯;“抗拒改造情节恶劣”之要件的确切含义如何,亦不无问题。1996年3月17日修正后的刑事诉讼法考虑到死刑是最严厉的刑罚,我国对死刑的态度是严格控制死刑的适用范围、贯彻少杀的原则,因而在其第210条第2款规定:

“被判处死刑缓期二年执行的罪犯,在死刑缓期执行期间,如果没有故意犯罪,死刑缓期执行期满,应当予以减刑,由执行机关提出书面意见,报请高级人民法院裁定;如果故意犯罪,查证属实,应当执行死刑,由高级人民法院报请最高人民法院核准。”从而将减刑的条件修改为没有故意犯罪。与刑事诉讼法的规定相应,1997年刑法第50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,减为十五年以上二十年以下有期徒刑;如果故意犯罪,查证属实的,由最高人民法院核准,执行死刑。”1997年刑法的这一规定,明确地将“没有故意犯罪”规定为死缓减为无期徒刑的条件;将“确有重大立功表现”规定为死缓减为15年以上20年以下有期徒刑的条件;将“故意犯罪”规定为死缓执行死刑的条件。这种修改较之于1979年刑法的规定,放宽了死缓减刑的条件,也解决了以往立法中所存在的问题,在死缓制度上大大限制了死刑的实际适用。

(三)较大幅度地削减了死刑罪名

如前所述,1997年刑法颁布之前我国刑事立法中死刑罪名多达90余种。1997年刑法分则规定的罪名中,可以判处死刑的为68种。这其中包括原来刑法和特别刑法没有规定而由1997年刑法增设的一些罪名在内。撇开某些新增加的犯罪(主要指危害国防利益罪)规定的死刑不论,1997年刑法分则各章对以往刑事立法中规定的死刑罪名,主要通过以下途径进行了较大幅度的削减:

1. 对一些创制时未经周密、科学论证而实践效果并不理想,或者根据形势发展变化实践中基本不用的死刑罪名,删除了其死刑,主要包括:第一,1979年刑法分则第一章反革命罪中组织、利用封建迷信、会道门进行反革命活动罪,该罪在1997年刑法中移入了第六章妨害社会管理秩序罪,修改为组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信破坏法律实施罪,取消了死刑规定。第二,1981年

《惩治军人违反职责罪暂行条例》第12条规定的破坏武器装备、军事设施罪,将其部分行为吸收到1997年刑法分则第十章军人违反职责罪中的擅自改变武器装备编配用途罪后,取消了死刑。

2. 将一些死刑罪名加以合并,或通过技术处理删除了某些能够以其他死刑条款包含的死刑条文。此外,某些原规定有死刑的罪名在1997年刑法中已作分解或废止。主要包括:第一,1997年刑法将1979年刑法分则第一章反革命罪修改为危害国家安全罪后,此类罪中的条文与罪名作了收缩与精简,死刑罪名也由原来的15个减为现在的7个。具体而言,1979年刑法第95条的持械聚众叛乱罪与第93条策动叛乱罪作了合并,在1997年刑法第104条规定为武装叛乱、暴乱罪;第96条的聚众劫狱、组织越狱罪移入了1997年刑法分则妨害社会管理秩序罪一章,只有暴动越狱、聚众持械劫狱的首要分子和积极参加者,具备情节特别严重要件的,才处死刑;1979年刑法中的特务罪和间谍罪在1997年刑法中已并为间谍罪。另外,原来规定有死刑的反革命杀人罪、反革命伤人罪、反革命破坏罪等,在1997年刑法中被废止,这些行为相应地为危害公共安全罪、侵犯公民人身权利罪中的相关罪名所包含。第二,1982年全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》对投机倒把罪和盗运珍贵文物出口罪规定的死刑,因1997年刑法不再规定有此二罪而自然取消。投机倒把罪被分解为生产、销售伪劣商品犯罪,扰乱市场秩序罪等罪后,除原由1993年全国人大常委会《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》规定有死刑的生产、销售假药罪,生产、销售有毒、有害食品罪继续保留死刑外,其他犯罪均未有死刑的规定。第三,1983年全国人大常委会《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》对流氓罪规定的死刑,亦随着此罪名在1997年刑法中的废止而自然取消。流氓罪被分解为强制猥亵、侮辱妇女罪,猥亵儿童罪,聚众斗殴罪,寻衅滋事罪,聚众淫乱罪,组织淫秽表演罪等罪名后,各罪均未设置死

刑。只是对于聚众斗殴致人重伤、死亡的,1997年刑法第292条规定应依故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。第四,1991年全国人大常委会《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》第1条和第2条分别规定了两个死刑罪名,即拐卖妇女、儿童罪和绑架妇女、儿童罪。1997年刑法第240条将这两种犯罪合并规定为一罪,将以出卖为目的绑架妇女、儿童的行为作为拐卖妇女、儿童罪的严重情节之一,从而削减了一个死刑罪名。第五,1997年刑法第205条将虚开增值税专用发票的犯罪行为与虚开用于骗取出口退税、抵扣税款发票的犯罪行为规定为一罪,减少了一个死刑罪名。这两种行为在1995年全国人大常委会《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》中被分别规定为两罪,且均有死刑的设置。

(四)分则性条文对死刑适用的限制

在刑法分则中,对死刑罪名提高死刑适用标准,或具体明确死刑适用情节,亦是限制和减少死刑适用的重要途径。1997年刑法对于保留死刑的一些罪名,在死刑适用条件和适用情节上作了较大的修改。具体而言,主要包括:(1)1997年刑法第234条将故意伤害罪可处死刑的情节规定为“致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的”。1983年全国人大常委会《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第1条规定,故意伤害他人身体,致人重伤或者死亡,情节恶劣的,或者对检举、揭发、拘捕犯罪分子和制止犯罪行为的国家工作人员和公民行凶伤害的,即可判处死刑。这一规定对故意伤害罪适用死刑的条件放得太宽,经过实践检验,这种规定缺乏科学的论证和深入的调查研究,是不合理的。1997年刑法对故意伤害罪适用条件的规定,非常严格地将死刑适用范围控制在那些犯罪后果特别严重,犯罪人主观恶性极大的故意伤害犯罪中。(2)1997年刑法第199条将集资诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪和信用证诈骗罪的死刑适用情节明

确为“数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的”。这四种犯罪适用死刑的情节在 1995 年全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》中规定为“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”，“其他特别严重情节”外延不明，对死刑的有效控制不易掌握。(3) 1997 年刑法第 236 条将强奸罪、奸淫幼女罪的可以适用死刑的情节明确规定为五种情形：一是强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；二是强奸妇女、奸淫幼女多人的；三是在公共场所当众强奸妇女的；四是二人以上轮奸的；五是致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。在 1979 年刑法中，立法仅简单地规定，强奸妇女、奸淫幼女“情节特别严重的或者致人重伤、死亡的”，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。至于何为“情节特别严重”，有赖于司法人员酌定。对于强奸妇女、奸淫幼女这一类常见、多发的犯罪而言，这种死刑适用情节的概括规定，容易助长弹性用法，导致实际掌握死刑适用条件的不平衡，极不利于防止死刑的滥用。1997 年刑法明确将可以适用死刑的强奸罪、奸淫幼女罪限定为上述五种情形，为司法实务部门执法提供了具体、明确的依据；对于不属于这五种情形之一的强奸妇女、奸淫幼女行为，无论如何也不得判处死刑。(4) 1997 年刑法第 239 条新设了绑架罪，将 1991 年全国人大常委会《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》第 2 条第 3 款规定的绑架勒索罪纳入绑架罪之列。对于绑架罪，1997 年刑法保留了原绑架勒索罪中已设置的死刑，但处死刑的条件严格限定为“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人”的情形。(5) 对于抢劫罪适用死刑的条件，1997 年刑法第 263 条作了明确的规定，规定只有具备下列几种情形之一的，才可判处死刑：一是入户抢劫的；二是在公共交通工具上抢劫的；三是抢劫银行或者其他金融机构的；四是多次抢劫或者抢劫数额巨大的；五是抢劫致人重伤、死亡的；六是冒充军警人员抢劫的；七是持枪抢劫的；八是抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资

的。在1979年刑法中,抢劫罪可处死刑的条件被规定为“情节严重或者致人重伤、死亡”。何为“情节严重”,司法实务中宽严掌握不一。1997年刑法对其予以明确化,有利于对抢劫罪的准确量刑,有利于准确掌握和控制死刑的适用。(6)对于盗窃罪适用死刑的条件,1997年刑法第264条亦作了明确规定。根据这一条的规定,具有下列情形之一的,判处无期徒刑或者死刑,并处没收财产:一是盗窃金融机构,数额特别巨大的;二是盗窃珍贵文物,情节严重的。1979年刑法第152条原本对盗窃罪未规定死刑,1982年全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》鉴于当时盗窃犯罪活动比较猖獗的形势,规定犯盗窃罪,情节特别严重的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,可以并处没收财产。为了消除司法实务中的分歧,1992年12月,最高人民法院、最高人民检察院联合发出的《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》第6条指出,盗窃财物数额特别巨大,或者盗窃数额接近特别巨大并具有其他特别严重的情节,属于盗窃犯罪的“情节特别严重”。“其他特别严重情节”,一般是指盗窃集团的首要分子或者共同盗窃犯罪中情节严重的主犯;盗窃银行金库、国家珍贵文物、救灾救济款物、重要军用物资的;盗窃他人急需的生产资料,严重妨害生产建设或者造成其他严重损失的;盗窃他人生活、医疗急需款物,造成严重后果的;等。盗窃公私财物数额特别巨大,同时具有其他特别严重情节的,依法判处无期徒刑或者死刑,可以并处没收财产。1997年刑法明确规定的作为盗窃罪可以适用死刑的两种情节,是在总结实践经验、适当吸收上述司法解释内容的基础上而作出的。(7)1997年刑法第383条和第386条分别提高了贪污罪和受贿罪适用死刑的数额标准。1988年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》对贪污罪适用死刑的条件规定为“个人贪污数额在5万元以上”且“情节特别严重”;将受贿罪适用死刑的条件规定为“受贿数额在1万元以上,

使国家利益或者集体利益遭受重大损失”。1997 年刑法第 383 条对贪污罪适用死刑的条件规定为“个人贪污数额在 10 万元以上”且“情节特别严重”；受贿罪适用死刑的条件亦作了相应的提高。(8)1997 年刑法第 446 条将《惩治军人违反职责罪暂行条例》第 20 条规定的掠夺、残害战区无辜居民罪的构成修改为仅限于战时。在《惩治军人违反职责罪暂行条例》中，此罪“情节特别严重”的，处无期徒刑或者死刑。在 1997 年刑法第 446 条中，此罪“情节特别严重”的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，增加了“10 年以上有期徒刑”这一可与死刑并列作选择适用的法定刑。

现行刑法对死刑立法的削减，成为 1997 年中国刑法修改的重要内容，较好地体现了我国一贯主张的尽量限制和减少死刑适用的刑事政策。当然，考虑到目前我国社会治安的现实状况，许多刑法学者所提出的一些削减死刑立法的建议，在 1997 年刑法中也未被采纳。从世界范围来看，减少、限制乃至废除死刑已成为不可逆转的潮流。在中国当前及今后相当一段时期内，废除死刑可能还无法提到议事日程，但严格限制和减少死刑理应成为我国当前刑事立法和司法中高度重视的问题。

二、刑法第 48 条规定的“罪行极其严重”的理解

刑法第 48 条第 1 款前半段关于死刑适用的总体条件之规定，已由 1979 年刑法第 43 条的“死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子”改为“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”。如何理解和把握这一规定的精神，就不仅直接影响到怎样适用死刑立即执行，而且也直接影响到死缓的适用。刑法第 48 条第 1 款规定的“罪行极其严重”，其含义是什么、有何意义？学者间有不同的理解。有的学者认为，1997 年刑法使用“罪行极其严重”一词，克服了 1979 年刑法第 43 条使用“罪大恶极”一词含义不明、用语不够严谨的弊病。所谓“罪行极其严重”，是指犯罪对国家和人民的危害特别严重；罪行是否极其严重，不仅要考察犯罪行为的客观危害，还要

考察行为人的主观恶性和人身危险性。^①有的学者则认为,1997年刑法第48条将1979年刑法第43条中的“罪大恶极”改为“罪行极其严重”并不妥当;“罪行极其严重”,也就是俗语所说的罪大恶极,其含义仍应当从罪大与恶极两个方面加以把握:“罪大”,是指犯罪行为及其后果极其严重,给社会造成的损失特别巨大,它体现犯罪的客观实害的一面,是社会对犯罪危害行为和危害后果的一种物质的、客观的评价。“恶极”,是指犯罪分子的主观恶性和人身危险性特别大,通常表现为犯罪分子蓄意实施严重罪行、犯罪态度坚决、良知丧尽、不思悔改、极端藐视法制秩序和社会基本准则等,是社会对犯罪人的一种主观心理评价。^②有的学者认为,“罪行极其严重”,是指犯罪对国家和人民危害特别严重和情节特别恶劣的犯罪。^③我认为,1979年刑法中的“罪大恶极”,的确是一个比较模糊的概念,且非严格的法律术语,1997年刑法中将“罪大恶极”之表述予以具体化是有必要的。^④但毋庸讳言的是,修订刑法将“罪大恶极”修改为“罪行极其严重”,尚有可议之处。这一修改,并不像持上述第二种观点的论者所说的那样——只是文字上的一般修正而实质意义上并未改变。仅仅语言逻辑规则就可告诉我们,“罪大恶极”与“罪行极其严重”的内涵是有显著区别的:前者同时强调犯罪行为的客观危害和行为人的主观恶性与人身危险性两个方面,后者则只是强调客观上的犯罪行为及其危害社会的后果这一个方面。另外,1997年刑法第5条关于罪责刑相适应原则的规定为:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这一规定也表明,所谓“罪行”,仅仅是指犯罪

① 赵秉志主编:《新刑法典的创制》,法律出版社1997年版,第79、81页。

② 陈兴良:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版,第139~140页。

③ 高西江主编:《中华人民共和国刑法的修订与适用》,中国方正出版社1997年版,第190页。

④ 赵秉志:《刑法改革问题研究》,中国法制出版社1996年版,第212页。

行为及其客观危害后果(行为人的主观恶性及人身危险性属于应当与刑罚的轻重相适应的、影响刑事责任大小的其他因素)。因此,“罪行极其严重”无论如何也是不能完全等同于“罪大恶极”的。这样一来,一个不得不令人思索的问题是:立法者将“罪大恶极”修改为“罪行极其严重”,岂不是降低了死刑(包括死缓)适用的条件?亦即按照1997年刑法之规定,是否只要从犯罪的客观危害一个方面去确定是否应当判处死刑,而置行为人的主观恶性和人身危险性于不问?我认为,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作实质性的变更,降低死刑适用条件的立法意图是可以排除的。而惟一可作为合理解释的是:立法者为了便于司法操作、力求概念明确化,出于此一初衷的用语修改却导致了不应有的概念异化(即“罪行极其严重”与将“罪大恶极”具体化的立法本意相去甚远)。这不能不说是立法技术上的一个缺憾。

那么,在1997年刑法的现有立法状况下,如何掌握适用死刑(包括死缓)的基本条件即“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”呢?我认为,可以从这样两点入手:

1. 尽管由于立法技术的原因,“罪行极其严重”在字面意义上只不过是指数罪行为的客观危害一个方面,但在司法实践中,仍应当站在贯彻“坚持少杀、防止错杀”的死刑政策之高度,对死刑的适用条件作限制解释(对“罪行极其严重”一词则属扩大解释)。即人民法院在量刑时,一方面应当根据犯罪分子的社会危害行为和后果去确定是否应当判处死刑,另一方面也应考察犯罪分子的主观恶性和人身危险性。我国1997年刑法第5条明文规定了罪责刑相适应原则,因而对于任何犯罪判处刑罚、判处任何刑罚,离开行为人的主观恶性和人身危险性而片面强调行为的客观危害,都是违背这一原则的;死刑的适用须慎之又慎,因而在判断是否应当适用死刑时违背这一原则的做法及其不良后果,尤不堪设想。